第一章　公司的设立

第一节　公司设立概述

一、公司设立的概念

公司的设立，是指为使公司成立、取得法人资格而依法定程序进行的一系列连续的准备行为。

公司设立行为的内容，因公司种类的不同而有很大差别，在不同的国家也有不同的规定。无限公司、有限责任公司的设立与股份有限公司相比，无论在设立条件还是设立程序上，都比较简单；而股份有限公司由于股东人数众多，以募集方式设立的股份有限公司还要经过公开招股程序，因而在各类公司的设立中是最复杂的。如在公司股东方面，无限公司、有限责任公司在设立时即可确定股东的人数及名单，而以募集方式设立的股份有限公司则必须经过认股程序方可确定；在公司资本方面，无限公司、有限责任公司股东出资的方式及数量，在公司设立中即可确定，而以募集方式设立的股份有限公司则必须经过认股程序方可确定；在公司组织机构的组成上，无限公司、有限责任公司在公司设立中即可以章程确定之，而股份有限公司则必须经过发起人会议或

需要全本请访问 www.ertongbook.com

创立大会的选任才可以产生公司的董事会、监事会。

在我国，公司设立行为的内容不仅因所要设立的公司的种类不同有所差别，同时亦因股东身份不同而有不同的法律要求。如外商投资公司、国有独资公司的设立条件与设立程序与一般的有限责任公司、股份有限公司有很大差别。同时，在我国，国有企业改组为公司，在设立程序和设立行为上，亦较一般新设公司复杂。因为此类公司的设立，除要履行一般的设立程序外，还要依法履行诸如产权界定、资产评估、产权登记等特定设立程序。

与公司的设立密切相关的是公司的成立。公司的成立，是指公司经过设立，具备了法定条件，经公司登记机关核准登记，发给营业执照，取得法人资格的一种法律事实。公司设立与成立的主要区别在于：第一，发生阶段不同。设立和成立是公司取得法人资格过程中一系列连续行为的两个不同阶段，设立行为发生于公司成立之前，成立则发生于公司被依法核准登记之时，成立是设立行为被法律认可后，依法存在的一种法律后果。第二，行为性质不同。设立行为发生于发起人之间，是一种私法行为；而成立行为发生在发起人与主管登记机关之间，是一种行政行为，具有公法的性质。第三，法律地位不同。公司在被核准登记前，被称为设立中的公司，此时的公司尚无法人资格，其内、外部关系一般被视为合伙，如公司最终未被核准登记，因设立公司所发生的债权债务关系，类推适用有关合伙的规定；如公司被核准登记，发起人为设立公司所实施的法律行为，其后果归属于公司。公司一经获准成立，即取得法人资格，其债务由公司承担。

关于公司设立行为的法律性质，目前大致有三种看法：一是契约行为说。该学说认为，在公司设立过程中，发起人协议、公司章程都是以当事人的合意为基础，并对当事人有拘束力，因此，公司的设立应属私法上的契约行为。二是单独行为说，该学说认为设立行为是每一行为人各自的单独行为，其因围绕取得公司法

人资格这一共同目标而竞合。三是共同行为说，该学说主张公司的设立是两人以上为了共同目的所进行的共同行为。我们认为共同行为说揭示了公司设立行为的实质，在公司设立过程中，发起人或股东的行为代表的是全体发起人或股东共同一致的意思，而不是单独的意思。公司章程的订立、创立大会决议成立公司，都反映了这种一致意思下的共同行为。

二、公司设立的立法主义

各国公司法对待公司设立的立法态度并不相同，即使同一个国家，在不同的历史阶段也不完全相同。有的学者认为，如果以相对宽松的态度对待公司设立问题，就会使公司设立活动变得相当简单。这种态度会鼓励人们积极利用公司形式从事各种活动，但难免使得少数人滥用公司形式，损害社会公众或公司相对人的利益。相反，如果采用严格的限制态度，在一定程度上会对社会公众有利，但也会同时限制商业的发展。

在公司法的发展史上，出现过分别代表相应的立法态度的四种立法主义，即自由主义、特许主义、核准主义和准则主义。

（一）自由主义。自由主义也称放任主义，它意味着公司的设立全凭发起人的意志，国家不加干预，也无需履行特别的法律程序。这种立法主义出现在中世纪末公司产生的时期。这种理论的核心在于，它认为公司设立行为无外乎是发起人之间的利益分配关系的反映，具有交易行为的一般属性，所以应当反映出意思自治的思想。各国在公司法的发展过程中逐渐认识到，公司设立虽然带有交易行为的一般属性，但由于它具有法律主体的创造功能，所创造的法律主体将独立地进行交易活动，会与社会公众或公司的相对人之间发生各种错综复杂的交易关系，如果对此不加限制和规范，将会使得公司成为妨碍交易安全的“洪水猛兽”。因此，各国现代立法均已基本放弃这种立法主义，转而在不同程度上强

调公司资格的法定主义。

（二）特许主义。特许主义即公司设立须经国家元首或国家特别机关特许。特许主义最早出现在英国。在英国公司法发展的早期，公司资格被视为是国王授予某些商人的特权，获得这种特权的商人可以通过组建公司的方式进行商业活动，除此以外的其他商人都只能以普通个体商人的身份从事活动。根据传统的特许主义，公司必须通过国王颁布“特许令”方式成立，国王将逐一审查并特许某些商人设立公司。这种特许在理论上被称为“元首特许主义”。这种立法态度无疑使得王室的权力变得异常巨大。特许主义发展到后期，开始改变元首特许主义的作法而采用法律特许主义的方式。所谓“法律特许主义”是指由国家制定特许条例，凡是要设立公司并取得法人资格的，必须与某一特许条例的规定相符合，再经过特许才能成立。在公司法的历史上，采用特许主义设立公司的典型例证是英国历史上的东印度公司。无论采用何种特许主义，公司资格都会因特许权限内容的不同而有差异，所以，特许主义与公司主体资格法定的现代公司法原则之间，是存在冲突的。到 19 世纪以后，随着具有强烈资合因素的合股公司的兴起和资本主义经济的迅速发展，终于导致了西方国家的公司设立由特许向核准主义和准则主义转变。

（三）核准主义。核准主义又称许可主义，即设立公司除了要符合国家法律规定的设立条件外，还要经过政府主管机关对公司设立的逐一审批。核准主义显然不同于特许主义：特许意味着根据各个不同的公司而分别颁行法令，特许令内容的不同也导致公司能力的不同；核准则意味着各种公司应当遵循同样的设立规则，并获得政府主管机关的认可。核准主义是由法国路易十四颁布的商事条例中所创设的立法主义，并影响到一些国家的公司立法，但现在的多数国家的立法已经放弃了此种立法主义，原因是，核准主义过分强调了行政机关在公司设立中的作用，且其设立程序严

苛，有碍于公司的发展。

（四）准则主义。准则主义又称登记主义，即法律规定公司的设立条件，公司设立时，按法律规定的各项条件和程序筹备并载入公司章程，不需要政府机关的事先批准即可向公司登记机关注册登记设立公司。这种设立制度使得成立公司更为灵活、简便，有利于公司的发展，适应了经济发展的需要。但单纯的准则主义势必造成公司的滥设。现代国家多转而采取严格准则，一方面从法律上严格规定公司设立的条件和发起人的设立责任，另一方面加强了立法机关或行政机关对设立公司的监督。这是当今世界各国普遍采用的公司设立的立法原则。

我国在 1994 年《公司法》实施之前，企业（包括公司）的设立采取的都是严格的核准主义，即公司设立除具备法律规定的条件和程序外，还须经有关主管部门审核批准。这种公司设立制度有碍公司制度的发展，已不能适应市场经济的需要。因此，《公司法》采取了准则主义与核准主义相结合的立法主义，即股份有限公司的设立采取核准主义，有限责任公司的设立一般采取准则主义。

三、公司的设立方式

公司的设立方式，一般是指公司设立过程中的股份发行方式或资本获得方式。公司的设立方式有以下两种：

（一）发起设立

发起设立，亦称共同设立、单纯设立，是指公司的资本由发起人全部认购或认缴，不向发起人之外的任何人募集而设立公司。因无限责任公司是人合公司，两合公司和有限责任公司亦近似于人合公司，资本都具有封闭性，故仅能采取此种设立方式。股份有限公司亦采取发起设立方式。

（二）募集设立

需要全本请访问 www.ertongbook.com

募集设立亦称募股设立、渐次设立、复杂设立，是指公司发起人仅认购公司资本总额的一部分，其余部分向社会公开募集而设立公司的一种方式。由于无限公司、两合公司、有限责任公司均不能向社会公开发行股份，所以只有股份有限公司可以采用这种方式设立公司。但也有有的国家没有规定募集设立的方式，在股份有限公司成立前，不得发行股票。也就是说，只允许发起设立公司，然后以公司的名义公开发行股票。采用这种制度的有德国、英国、美国等。需要强调的是，募集设立行为仅发生在公司设立时期，公司成立后对外发行股份的行为不属于募集设立行为。在我国，募集设立包括定向募集和社会募集两种形式。采取定向募集方式设立，公司发行的股份除由发起人认购外，其余股份不向社会公开发行，但可以向其他法人发行部分股份，经批准也可以向本公司内部职工发行部分股份。采取社会募集方式设立，公司发行的股份除由发起人认购外，其余股份应向社会公众公开发行。采取发起方式和定向募集方式设立的股份有限公司，称为定向募集公司。定向募集公司在公司成立一年以后增资扩股时，经批准可转化为社会募集公司。

以募集设立方式成立公司，必须对发起人认购的股份比例进行最低限制性规定，以防止发起人完全凭借他人资本开办公司，自己不承担任何责任。根据我国公司法，以募集方式设立股份有限公司的发起人认购的股份，不得低于公司股份总额的 35%。

发起设立和募集设立的主要区别在于是否向社会公众募集股份。由于发起设立公司时，公司股份全部由发起人认购，所以虽然不排除股份有限公司以发起方式设立，但此方式通常实只适用于人合因素较浓的公司形态；又由于发起设立时不能向社会公开募集股份，所以它在集资能力上受到限制。但在募集设立公司时，由于发起人只需要认购部分股份，其余部分将向社会公开发行，所以只能适用于资合性质浓厚的公司形态，即股份有限公司。在此

意义上，股份有限公司具有较强的集资能力。

四、公司设立的条件

由于公司设立以法定主义为原则，因此公司法关于公司设立条件和程序的规定具有强制性，这与依照意思自治原则订立合同有明显区别。

法律对各类公司设立的条件要求并不完全相同。通常情况下，公司设立条件分为一般条件和特殊条件。一般条件是各类公司成立是都应具备的条件；特别条件是针对各种不同公司类型而分别设定的条件。公司设立的一般条件往往都是一个理论上的概括，特殊条件往往都是以法律规定的方式表现出来的。

根据公司法理论，公司设立的一般条件有以下三个：

（一）发起人

发起人就是直接进行公司设立活动且在公司章程上签章的人，在公司设立中的一般工作人员不属于发起人。设立任何公司，都必然有发起人（虽然我国公司法没有明文规定设立有限责任公司应有发起人）。发起人一般须为两个人以上。发起人必须能够独立地承担民事责任，其可以是法人，也可以是自然人。但不管是法人还是自然人都应当是不受法律特别限制的人，比如，党政机关在一般情况下就不能作为公司的发起人。由于发起人都负有出资或认购公司股份的义务，因此，公司成立后，其就成为公司的首批股东。关于发起人的详细情况，容后详述。

（二）资本

公司的资本，亦称股本，是指全体发起人和股东认缴或认购的股金总额。在我国，由于实行资本确定原则，公司资本应为在工商行政管理机关登记的实收股本总额。

资本是公司设立必不可少的条件之一，它是公司运营的物质基础，也是公司对外债务担保的基础。因此，各国公司法对公司

的资本都作出了规定。公司资本是由股东出资构成的，股东出资方式和数额，因公司种类的不同而有所差别。股东可以货币、实物、工业产权等出资，无限公司的股东还可以劳务和信用出资。

（三）章 程

公司章程是设立公司的基本行为准则，它规定公司设立的目的与经营范围、组织机构、活动原则等基本问题，是公司设立必不可少的基本条件。

无限公司、有限责任公司的章程由全体股东共同制定，股份有限公司的章程由全体发起人制定，并经公司创立大会审议修订。章程经公司设立登记后发生法律效力。

公司章程必须以书面形式依法订立。公司章程必须记载法定必载事项，其内容不得违反法律规定。

第二节　　公司的名称和住所

一、公司名称

（一）公司名称的概念与特征

公司名称是公司在营业中所使用的独特称号，是公司人格特定化的外部标志。根据各国法律规定，任何公司都必须有自己的名称，以保障公司生产经营活动的顺利进行，维护公司和交易相对人的利益，维护社会经济秩序。

公司名称不同于公司的商标。商标是商品的特定标志，它既可以用文字表示，也可以用符号、图形表示，一个公司可以有若干个商标，公司名称却只能有一个，且只能用文字表示。

公司名称与公司字号（商号）既有联系又有区别。公司的“字号”是公司名称的重要组成部分和实质性内容，反映了公司名

称的最根本特征；保护已登记公司名称的专用权的实质和核心是保护公司的“字号”。

公司名称具有以下几个特征：

1. 唯一性。即一个公司只能有一个名称，这主要是因为，如果允许一个公司拥有两个以上名称，会带来交易和管理上的不便，使交易相对人利益受损。

2. 标志性。公司名称首先是公司独立人格的外部标志。虽然公司是由投资者或股东投资设立和支配的组织，相应地公司利益也最终表现为投资者的利益，但为了降低投资风险和保护投资者利益，简化交易关系，公司法授予公司以独立人格，从而使得公司成员与公司本身相脱离，使得公司营业更为简便。公司名称还是公司从事营业活动的标志。凡属公司营业活动，公司代表人或代理人均应以公司名义进行，如签署有关文件或做出特定的履行行为；相反，如果公司代表人或代理人是以自己的名义从事活动，其行为在性质上应认定为个人行为，而不是公司行为。在审判实践中，凡是属于公司营业范围内的事项，公司代表人或代理人所为的行为可以直接推定为公司行为，除非公司能够证明该代表人或代理人没有获得此种授权。

3. 排他性。在一定范围内，只有一个公司能使用特定的、经过注册的名称，这就是公司名称的排他性。对于一个公司合法取得和使用的名称，禁止其他同类业务的公司使用，这是保护工业产权、防止不正当竞争、防止商业欺诈的一项重要法律措施。并且，使用和其他公司已经注册的名称相类似的名称也为法律所不许。“类似”是指公司名称的差异性不易为人辨认，易对社会产生误导作用。例如：xx（所在地名)银花有限责任公司和 xx（所在地名）樱花有限责任公司这两个名称就极为相似，其中有一个公司违反了法律的规定，侵犯了另外一个公司的名称权。但是，在我国，公司名称排他性的范围是相当有限的，根据《企业名称登

记管理条例》，只有在同一登记机关辖区内，同行业的企业才不能有相同或类似的名称。

另外，各国对公司名称选定的立法态度也各有不同，大致是两种原则，一种是“真实主义”原则，即法律限定公司名称必须与公司实际情况相符，如德国、法国都是采用这种原则。另一种是“自由主义”原则，即法律原则上对公司名称的选择不加限制，如英国和美国。但这里的“自由”也是相对而言的。在现代各国，对公司名称的选定不加任何限制是罕见的，即使在采用自由主义原则的国家，其法律也有禁用商号的规定。多数国家规定，公司名称作为绝对记载事项必须在公司章程中载明，名称的确定还须经国家登记主管机关的审查，作为公司登记的必要事项予以登记。有些国家还规定，公司名称在获准前须进行公告，公告期内无人提出异议方可办理登记手续。

（二）公司名称的构成及其选定的禁止和限制

根据《企业名称登记管理条例》，公司名称由四部分依次组成，即公司所处行政区域、商号、行业或经营特点、公司的组织形式。

1. 公司所在行政区域。根据《企业名称登记管理条例》，公司名称应当冠以公司所在行政区域名称（即所在省、市、区、县等名称）。例如在兰州市登记设立的公司，其名称应冠以“兰州”字样。但是以下公司可以不冠以所在行政区域的名称：（1）全国性公司、国务院或其授权的机关批准的大型进出口公司、国务院或其授权的机关批准的大型企业集团、国家工商行政管理局规定的其他公司，如中国航空航天工业总公司；（2）历史悠久、字号驰名的公司，如王府井商场股份有限公司；（3）外商投资企业。

2. 商号。商号是公司名称的核心内容，是公司人格特定化的标记，也是在公司名称中唯一可以由当事人自主选择的内容。商号应当由两个以上的字组成；公司有正当理由可以使用本地或异地地名作商号，但不得使用县以上行政区域名称作商号；私营公

司可以使用投资人姓名作商号。

3. 公司的行业或经营特点。公司名称中之所以要反映出公司的行业或经营特点，主要是因为公司法不仅是组织法，而且同时具有交易法的特点，公司名称中反映出其行业或经营特点，可以使得交易相对方能够直接从公司名称知晓和判断该公司的能力，从而减少无效或效力不确定交易的发生。《企业名称登记管理规定》第 11 条规定，公司应当根据其业务主管部门依照国家行业分类标准划分的类别，在公司名称中标明所属行业或者经营特点。近年来，随着有些公司经营范围的不断扩展和转换，要求在公司名称中反映公司的经营特点这一做法的合理性不断受到怀疑，因此，在实践中，有些公司在其名称中往往不反映其具体的行业或经营特点，而以笼统的“实业”、“工业”等词代替，如“兰州黄河实业股份有限公司”。

4 公司的组织形式。《企业名称登记管理规定》第 12 条规定，公司“应当根据其组织结构或责任形式，在企业名称中标明组织形式。所标明的组织形式必须明确易懂。”各国公司法关于公司组织形式的规定有所不同，就大陆法系国家的典型分类方法，公司依照其责任形式，可以分成无限公司、有限责任公司、两合公司、股份有限公司和股份两合公司五种。就资产结构来说，公司股本可以采用股份形式加以表现，也可以采用出资额形式加以表现，前者为股份有限公司或股份两合公司，后者为无限公司、有限责任公司和两合公司。在我国，公司分成有限责任公司和股份有限公司。根据《公司法》第 8 条规定：“依照本法设立的有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司字样，依照本法设立的股份有限分司，必须在公司名称中标明股份有限公司字样。”

此外，根据《企业名称登记管理条例》，公司名称中不得含有下列文字和内容：损害国家、社会公共利益的；可能对公众造成欺骗或误解的；外国国家名称、国际组织名称、政党、党政机关、

需要全本请访问 www.ertongbook.com

群众组织、社会团体名称及部队番号；汉语拼音字母（外文名称中使用的除外）、数字等。同时，只有符合一定条件者，才可以在公司名称中使用以下文字：全国性公司、大型进出口公司、大型企业集团可以在公司名称中使用“中国”、“中华”、“全国”、“国际”等文字；具有三个以上分支机构的公司，可以在名称中使用“总”字；使用“开发”、“实业”、“发展”等词汇为商号的，应有三个以上的子公司或分公司。

（三）公司名称的登记

公司名称登记一般与公司开业登记同时进行。但是，如有特殊原因，也可以适用预先核准制度，于开业登记前，预先单独申请公司名称登记。公司名称经登记后，由登记机关发给“企业名称登记证书”。

根据《公司登记管理条例》的规定，设立公司依法须报经审批或者公司经营范围中有须依法报经审批的项目，应当在报送审批前办理公司名称预先核准，并以公司登记机关核准的公司名称报送审批。设立有限责任公司，应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准；设立股份有限公司，应当由全体发起人指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准。公司登记机关应当在收到申请文件 10 日内作出核准或者驳回的决定。公司登记机关决定核准的，应当发给《企业名称预先核准通知书》。该《通知书》是公司设立登记提交的必备文件。公司预先核准名称的保留期届满不办理公司设立登记的，其预先核准的公司名称自动失效。

预先核准的公司名称保留期为 6 个月，在保留期内，不得以预先核准的公司名称从事营业，也不得转让预先核准的公司名称。

（四）公司名称专用权的效力

公司一经注册成立，即取得对其名称的专用权。所谓公司名称专用权，是指公司对其经注册的名称拥有的专有使用和依法转

让的权利。公司名称专用权的效力包括以下两个方面：

1. 专有和排他使用的效力。公司名称经核准登记注册后方可使用，在规定范围内享有专有权。公司可以将其名称在印章、银行帐户、牌匾、信笺和其他对外交往中使用。关于公司名称的排他使用效力，本节开始已有叙述，此处从略。

2. 依法转让的效力。公司名称是“商誉”的重要组成部分，也是工业产权保护的对象之一，因此，公司名称具有人身权和财产权双重属性，具有财产价值，可以进行有偿转让。但公司名称能否单独转让，各国规定不一。有的国家规定只能与公司一起转让或者在公司终止营业的情形下转让。从我国有关法律的规定来看，企业名称是不允许单独转让的，但企业名称可以随企业或者企业的一部分一并转让。企业名称只能转让给一户企业。企业名称的转让方与受让方应当签订书面合同或协议，报原登记机关核准。企业名称转让后，转让方不得继续使用已转让的名称，以维护企业名称的排他性。另外，我国法律还规定，外商投资企业、企业集团的名称不得转让；使用“中华”、“中国”、“国际”、“国家”、“全国”字词的企业名称或者名称前不冠以行政区划名称的企业名称，不得随企业的一部分进行转让。

二、公司的住所

公司的住所通常是指其主要办事机构所在地，是公司设立和存续的必不可少的要素。首先，公司住所既是公司生产经营的指挥场所，又是公司登记机关登记文件中所确定的公司所在地；其次，公司住所与公司生产经营场所有所不同。后者通常是公司从事生产经营活动的场所，它可以不同于公司住所。

确定公司住所的意义在于：

（一）便于确定诉讼管辖。根据我国《民事诉讼法》的规定，住所地是确定地域管辖和诉讼文书送达的基本标准，对法人或者

其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

（二）便于确定债务履行地和承担其他民事责任的履行地。根据《民法通则》的规定，合同履行地点不明确的，住所地是确定合同履行地的唯一标准；给付货币的，在接受给付一方的所在地履行；其他标的在履行义务一方的所在地履行。

（三）便于确定公司登记机关和税收征管机关，加强政府机关对企业的监督管理。住所地通常与工商行政管辖范围以及税收征管范围是一致的。对于跨国公司来讲，明确公司住所地还有助于加强国际税收的征管，避免双重征税。

（四）在涉外经济纠纷中，住所地是确定解决纠纷的准据法的条件之一。

根据我国《公司法》以及《公司登记管理条例》的规定，公司以其主要办事机构所在地为住所。

公司住所是公司章程的绝对必要记载事项之一，也是公司注册登记的事项之一。公司变更住所，必须办理变更登记，否则不得以其变更事项对抗第三人。

经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个。公司的住所应当在公司登记机关管辖区内。

第三节　公司的章程

一、公司章程的概念及法律意义

公司章程，是指对公司的组织与行为、公司与公司之间的关系、股东与股东之间的权利义务关系以及公司性质、经营范围、组织机构、活动方式等内容进行记载的基本文件。公司章程在公司法中占有重要地位，其法律意义表现在以下几个方面：

（一）章程是公司成立的行为条件

如前所述，一个公司的设立应具备三个条件：即发起人、资本和章程。前两个条件为单一条件，仅就某一要素从法律上加以规定，而章程要件为复合条件，这实际上是许多具体要素的综合体，而其中的一些具体要素也是公司成立所必不可少的。我国公司法第 22 条、第 79 条对有限责任公司、股份有限公司章程分别规定了 11 项和 13项记载事项，内容之丰富、范围之广是其他任何条文所无法比拟的。尤其象其中的公司名称和住所、公司经营范围、公司注册资本、股东、发起人姓名或名称等绝对记载事项，均是公司设立的必要要件，缺少其中一项，该章程便无效，公司不得设立。因此，在公司设立实践中，发起人的要素和资本的要素一般都易于把握，而公司章程的制定却是一项比较复杂的工作。

公司章程作为公司成立的三大要件之一，为世界各国公司法所普遍采用。在立法上主要有两种表述方式：一是在公司法中明确规定章程为公司设立的必要要件。如《日本有限公司法》第 5 条规定“有限公司在成立时必须制定章程。”《日本商法》第 62 条、第 165 条分别规定无限公司、股份有限公司设立必须制定章程。我国的《公司法》也采取明示方法专条规定公司章程为公司设立要件，如第 11 条规定“设立公司必须依照本法制定公司章程。”这种立法方式能突出章程的法律地位，易于使公众明了其为公司设立的要件。二是公司章程内容散见于有关条文之中。如《美国标准公司法》并没有像中国、日本公司法那样明确规定有关“设立公司必须制定章程”的条文，但全文 152 个条文中,用了 11 条近 70 个款项规定公司章程的制定、内容、修改、备案等，并在规定公司其他内容时，全文有近 80 处涉及公司章程，诸如“不得违背公司章程所载之规定”“除公司章程另有规定除外”。从这些规定看出，虽然美国公司法在公司章程上规定不十分明朗，但从它所涉及的内容来看，它与德国、日本等大陆法系国家的公司法相比，

在公司设立三大要件上更注重于公司章程，该法第 53 条规定：“一人或数人、本州（国）公司或外州（国）公司，一经签署并向州务卿递送两份公司章程，即可充当公司创办人。”可见章程在公司设立中何等重要。

（二）章程是公司对外的信誉证明

章程是公司重要的基本文件，章程的产生方式、记载内容、变更和修改程序由法律作出强制性规定，并经工商管理部门审核批准，是具有法律意义的文件。章程所记载的事项，充分反映出公司的性质、目的、规模等重要问题。在现代社会中，赢利固然是商人追求的最高目的，然而交易安全更为商人们所看重。如何才能保证交易安全，在很大程度上章程对其安全系数作出了全面的记载。一是公司的经营范围，这对交易的能力与资格作了明确划分，经营者在选择合作伙伴时必须首先考虑，尤其是对专卖、专营产品的交易更应慎重。二是对方资金能力，这是交易成功与安全的物质条件，决定双方的履约能力，如果没有与合同相适应的履约能力，即使行为合法，信誉良好，也难达到交易目的。相反，如果公司注册资金雄厚，即使交易遇到障碍，也能有效地避免和减少损失。以上这两项内容是交易安全与否的关键问题，在公司章程中均作了明确记载，并且是章程中最为核心的内容。因此，公司章程是公司最为有力的资信证明。

（三）章程是公司对内管理的依据

章程是公司对外的法律文件，就公司设立、公司运作中最为重要的问题加以规定。然而，公司的运作还必须在章程的原则范围内制定出公司管理的具体办法，在公司法上称作章程细则。这几乎为各国公司所普遍采用。如《美国标准公司法》比较全面地规定了章程细则的制定要件。该法第 4 条第 12 项规定“为经营和管理公司事务，制定和修改与公司章程和本州法律不相抵触的章程细则”,第 27 条规定：“公司的初始章程细则应由公司董事会

通过采用。在不违背股东采取行动废除或更改章程细则之前提下，董事会应被授权更改、修正或废除章程细则或采用新的章程细则”，“章程细则可包括与法律或公司章程不相抵触的管理公司事务的任何条款或规定”。

制定公司章程细则应把握以下几个问题：一是制定章程细则是公司的一种法律行为，这种法律地位的取得是由法律直接规定来实现的，它是公司章程的延续与具体化。二是制定权由董事会或经理行使，有的国家规定董事为公司经营者，有的国家规定董事和经理为公司经营者，因此，在制定章程细则行使人上各有不同。按照公司法规定，这些经营者负有组织、指挥公司生产、经营的重大责任，除了在公司法上直接规定其一些权利外，法律授权其制定章程细则，也是为了增强其对公司的管理与控制能力。三是章程细则的范围。公司章程是就公司的重大问题进行记载，而章程细则则是就公司的人事安排、经营运作、职权划分、奖惩办法等作出规定，越具体越易于操作，这是由细则本身的属性所决定的。因此，只要是有关管理公司事务的任何事项都可以记载在细则之中，尤其是一些比较重要的且易变的事项，为了避免章程变更而产生的严格程序，往往也记载在章程细则之中。四是制定章程细则的原则。虽然有关管理公司事务的任何事项都可以记载在章程细则之中，但它必须以与法律或公司章程不相抵触为原则，否则该内容便无效。章程细则与公司章程不同，公司章程只要有一项绝对也要记载事项的内容违法，就可以宣告该章程无效，而章程细则中的一项内容违法并不影响细则的其他内容和整体的有效性。

对于公司章程的法律性质，学者们有不同看法。英美法系的学者侧重于从章程效果的角度出发，认为公司章程一经登记，即对公司及其股东有约束力，如同公司的每位成员均在章程上签字盖章一样，因此，公司章程是一份契约或合同，无疑具有契约或

需要全本请访问 www.ertongbook.com