

根据最新修订公司法撰写



# 公司章程 制定指南

(最新修订版)  
The latest revision

Articles of Association  
to develop guidelines

乔路 / 主编

成功制定公司章程的必备工具

有限责任公司章程的制定 一人有限公司章程的制定  
国有独资公司章程的制定 股份有限公司章程的制定  
中外合资企业章程的制定 外商独资企业章程的制定  
企业集团章程的制定

 法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

根据最新修订公司法撰写

# 公司章程

# 制定指南

(最新修订版)

The latest revision

Articles of Association  
to develop guidelines

乔路 / 主编



法律出版社

LAW PRESS • CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

公司章程制定指南:最新修订版 / 乔路主编. —  
北京:法律出版社,2013.12  
ISBN 978-7-5118-5672-2

I. ①公… II. ①乔… III. ①公司—章程—制定—指南 IV. ①F276.6-62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 276831 号

公司章程制定指南(最新修订版)  
乔路 主编

编辑统筹 法律应用出版分社  
责任编辑 何海刚  
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 三河市龙大印装有限公司  
责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16  
印张 29.5  
字数 501 千  
版本 2016 年 1 月第 2 版  
印次 2016 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)  
电子邮件/info@lawpress.com.cn  
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779  
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:  
第一法律书店/010-63939781/9782  
重庆公司/023-65382816/2908  
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843  
上海公司/021-62071010/1636  
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5672-2

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 编写组成员简介

### 庄子安

北京大成律师事务所资深律师。经济学、法学双学士。曾担任大型国企财务主管，擅长公司业务、并购、诉讼。专业范围：投资咨询、财务会计、房地产等领域的法律事务。

E-mail: zian.zhuang@dachenglaw.com

---

### 陈晖

北京大成律师事务所合伙人。熟练使用英语、韩语。专业领域为公司、房地产、并购重组、IPO及增发、破产重整，曾为诸多大型及海外公司提供该类法律服务，如中国网通、中国工艺美术、中国惠普、中国人寿、中国航空油料、亿城集团等。

E-mail: hui.chen@dachenglaw.com

---

### 谢晓静

北京大成律师事务所高级合伙人。主要从事公司收购、兼并及重组、国有企业改制与产权交易、基金设立、风险资本和私募股权投资融资等方面的法律业务。

E-mail: xiaojing.xie@dachenglaw.com

---

### 冷雪峰

北京大成律师事务所高级合伙人。辽宁大学法律硕士，拥有注册会计师和税收职业资格专业资质，在公司并购重组、企业改制及税收筹划领域具有丰富的法律操作经验，为客户提供综合的法律、财务及税收解决方案。

E-mail: xuefeng.leng@dachenglaw.com

---

### **姜秋琴**

北京市天达律师事务所刑辩团队主管合伙人。中国政法大学刑法学硕士，中南财经政法大学侦查学学士，第九届北京律师协会刑事诉讼专业委员会委员、副秘书长，中南财经政法大学兼职教授、硕士研究生导师。主要执业领域为刑事辩护和企业刑事法律风险防控。著有《公司企业管理人员刑事法律风险与防范》、《商界警示——企业管理人员不可不知的88种刑事法律风险》、《从政警示——国家公务人员不可忽视的66种刑事法律风险》、《这样做HR最有效——最新企业劳动人事管理全书》、《企业法律顾问实务全书》、《最新企业合同范本及风险规避大全》。

网址：<http://louqiuqin.fabao365.com>

---

### **曹阳**

北京大成律师事务所高级合伙人。主要从事房地产领域业务。通过多年业务实践，擅长房地产项目并购、房地产开发、工程建设施工、房地产预售和销售、房屋租赁、物业管理等业务。

E-mail：[yang.cao@dachenglaw.com](mailto:yang.cao@dachenglaw.com)

---

### **黄勇**

北京大成律师事务所前人力资源部主管。中国政法大学法学学士，具有政府及公司法律工作经历，长期从事劳动法研究与实务工作，在劳动法律服务领域具有扎实的实践经验，熟知人力资源管理方式方法。

E-mail：[yong.huang@dachenglaw.com](mailto:yong.huang@dachenglaw.com)

---

### **陈景云**

北京大成律师事务所合伙人。中国政法大学法学硕士，拥有企业法律顾问资格。十余年的高校教师生涯和法律顾问工作，铸就了扎实的法学理论功底，积累了丰富的法律服务经验。主要业务范围：公司并购、企业改制重组、公司治理与股权激励、投融资。

E-mail：[jingyun.chen@dachenglaw.com](mailto:jingyun.chen@dachenglaw.com)

---

### **王金龙、刘勇、唐文波、殷艳红、钱惊宇、于江源、于晓庆、吴阳、邱磊**

北京大成律师事务所资深律师，长期从事诉讼及非诉的法律事务工作。

网址：[www.dachenglaw.com](http://www.dachenglaw.com)

---

## 前 言

感谢河北侯凤梅律师事务所侯凤梅老师,如钢笔般,教我写下人生坚实印记。感谢北京大成律师事务所李雨龙老师,似毛笔般,助我挥洒律师行业色彩。感谢北京大成律师事务所及全体同仁!

笔者从事律师行业近二十年,主要从事公司律师全程操作实务为主的工作,希望把一些工作点系统化,便同身边长期致力于法律实务工作的朋友们商议,特成此丛书。本丛书可以说是律师长期实践经验的小结,剔除了于实务无助的纯理论分析,结合最新法律法规与社会实际状况,力求去伪存真;从分析、解决具体法律问题的角度,为相关领域人士提供业务操作层面的实实在在的“干货”。

笔者初步体会,公司律师全程操作实务工作至少包括如下五部分内容:

一是通常理解的“常年法律顾问服务”。即为企业提供日常法律事务处理工作,包括提供法律咨询;草拟、修改、审查日常合同和有关法律文件;对企业日常法律风险进行论证,发表律师意见;向高管与员工进行有关法律培训;处理日常劳动事务;参加一般性会谈;出具律师函等。企业亦可与律师协商,就某非诉讼专项法律事务形成常年法律顾问合作。

二是“非诉讼专项法律服务”。这类服务种类繁多,系律师利用法律专业知识和社会经验与资源,为企业提供的特色服务,并随着社会经济的发展而处于不断创新中,所涉领域远大于纯法律服务范畴,如企业设立辅导、改制、并购重组、投融资、上市、产权转让、产权界定、房地产开发、知识产权事务处理、公司治理、薪酬设计、私募策划、信托运用、经济纠纷处理、专项谈判、专项尽职调查、专项法律风险防控、税收筹划、解散清算等。

三是“涉诉类法律服务”。这主要指当企业涉及诉讼仲裁类纠纷,而企业未聘请律师担任代理人、辩护人时,律师根据相关诉讼经验所提供的诉讼思路设计、诉讼法律风险分析、诉讼文件草拟修订、沟通谈判等服务,该类服务随时可能转化为诉讼代理。该类服务亦可归于前两类服务之中;律师的诉讼经验,有助于判断非诉讼事务的后期诉讼风险,是有效提供常年与非诉讼专项法律服务的保障。

四是“高附加值法律顾问服务”。这包括律师以团队优势,根据不同企业的需求而提供的全方位整体或个性化法律服务,投融资中介等高端平台提供,以及律师为企业相关负责人(通常拥有若干家企业)个人提供的法律领域私人顾问服务等。

五是“附送法律顾问服务”。律师因对企业提供相关法律服务,必然要接触到企业各个层面的人,律师对于这些人遇到的私人法律问题,通常会附送法律咨询。但应注意,提供此类咨询服务时不得与其所在企业发生利益冲突,通常指不能做出有损企业利益的解答。

本丛书共分四册,以保障企业运作、发展为基点,从律师业务的视角,对公司律师应把握的相关实务问题予以阐释。第一册包括企业设立业务、企业治理业务、合同审查制作业务、劳动合同关系处理业务、知识产权业务;第二册专门介绍被称作“公司宪法”的公司章程的制定;第三册包括房地产业务、国企改革与产权转让业务、投资并购业务、企业解散业务、税收管理业务;第四册包括民事诉讼法律风险防范、企业及高管的刑事法律风险防范。

每章的基本架构为:对律师实际工作中遇到的常见及疑难法律问题进行系统分析,提供解决方案;从实务角度出发提供业务操作指引;根据实际操作案例,将最实用、适用的法律文书归纳整理为范本形式;有针对性地提供对应领域的实用法规。

受社会及市场等因素影响,我国政策法规变动较快,本丛书成稿时所依据的法律规定亦会随时间推移而有所变化;本丛书中的相关法律解析,亦可能与届时的国家政策法规有偏差,请读者朋友关注相关法律动态。

由于包括笔者在内的编写组全体成员均需处理日常律师工作,故主要利用夜晚与周末时间完成本丛书,受时间、精力、能力等条件限制,疏漏与不当之处难免,望各位读者指正。

乔路

携编写组全体作者

2015年6月1日

# 目录

CONTENTS

前 言 .....	( 1 )
<b>第一章 公司章程概述 .....</b>	<b>( 1 )</b>
一、公司章程的概念和法律特征 .....	( 3 )
二、公司章程的性质 .....	( 4 )
三、公司章程的作用 .....	( 4 )
四、公司章程的内容 .....	( 6 )
<b>第二章 有限责任公司章程的制定 .....</b>	<b>( 9 )</b>
经营范围 .....	( 12 )
股东会职权 .....	( 15 )
股东会召开时间 .....	( 17 )
股东会议事方式和表决程序 .....	( 18 )
董事长和副董事长的产生办法 .....	( 28 )
董事任期 .....	( 29 )
董事会职权 .....	( 30 )
执行董事职权 .....	( 33 )
董事会议事方式和表决程序 .....	( 33 )
经理职权 .....	( 36 )
职工监事比例 .....	( 39 )
监事会职权 .....	( 41 )
监事会议事方式和表决程序 .....	( 43 )
法定代表人 .....	( 45 )
股权转让 .....	( 45 )
营业期限和解散事由 .....	( 46 )



公司向其他企业投资、担保 .....	( 47 )
股东对公司及其他股东的赔偿责任 .....	( 48 )
两类公司分红、表决及清算的对比 .....	( 49 )
增资优先权 .....	( 50 )
自然人股权的继承 .....	( 50 )
财务报告的报送时间 .....	( 51 )
会计师事务所的聘请 .....	( 51 )
高级管理人员的界定 .....	( 51 )
<b>第三章 一人有限公司章程的制定 .....</b>	<b>( 53 )</b>
<b>一、设董事会的一人有限公司 .....</b>	<b>( 55 )</b>
区分一人有限公司与个人独资企业 .....	( 55 )
股东主体要适格 .....	( 56 )
股东有独立制定章程的权利 .....	( 56 )
经营范围 .....	( 57 )
2013 年新《公司法》取消了原对注册资本一次性缴足的规定 .....	( 58 )
不设股东会 .....	( 59 )
股东的职权 .....	( 59 )
董事长和副董事长的产生办法 .....	( 59 )
董事任期 .....	( 60 )
董事会职权 .....	( 61 )
董事会议事方式和表决程序 .....	( 61 )
经理职权 .....	( 62 )
监事的设置 .....	( 62 )
监事的职权 .....	( 63 )
法定代表人 .....	( 64 )
避免公司与个人财产混同 .....	( 65 )
其他自由规定事项 .....	( 65 )
<b>二、设执行董事的一人有限公司 .....</b>	<b>( 66 )</b>
执行董事职权 .....	( 68 )

<b>第四章 国有独资公司章程的制定</b> .....	( 71 )
章程的制定主体特殊 .....	( 74 )
经营范围 .....	( 75 )
最高权力机构特殊 .....	( 77 )
董事会设置 .....	( 77 )
不得兼职的规定 .....	( 78 )
经理的产生办法 .....	( 79 )
监事会设置 .....	( 79 )
其他非特有事项 .....	( 81 )
董事、监事、高级管理人员的其他限制 .....	( 81 )
与关联方交易的特殊规定 .....	( 82 )
<b>第五章 股份有限公司章程的制定</b> .....	( 85 )
一、一般股份有限公司 .....	( 87 )
章程需载明的事项 .....	( 88 )
章程制定主体及通过方式 .....	( 89 )
经营范围 .....	( 90 )
设立方式的选择 .....	( 91 )
股东大会职权 .....	( 93 )
转、受让重大资产、担保等事项 .....	( 93 )
选择适用累积投票制 .....	( 93 )
股东大会的召开 .....	( 95 )
股东大会的议事定足数 .....	( 96 )
董事会会议记录对董事的保护 .....	( 98 )
股份转让的限制 .....	( 103 )
其他事项 .....	( 103 )
二、上市公司 .....	( 104 )
独立董事 .....	( 114 )
<b>第六章 中外合资企业章程的制定</b> .....	( 189 )
合营企业章程应当载明的事项 .....	( 192 )
合营主体要适当 .....	( 193 )

关于出资的特别规定 .....	(195)
组织机构的特殊性 .....	(198)
董事会职权 .....	(199)
董事会议事方式和表决程序 .....	(199)
经理(即总经理) .....	(201)
利润分配 .....	(203)
合营的终止 .....	(204)
章程须被批准 .....	(205)
投保等事宜 .....	(205)
章程在合营企业设立过程中的使用 .....	(205)
<b>第七章 外商独资企业章程的制定 .....</b>	<b>(223)</b>
投资主体 .....	(226)
企业对外投资的期限 .....	(228)
董事会问题 .....	(230)
经理问题 .....	(231)
变更登记 .....	(232)
章程需要批准 .....	(233)
投保事宜 .....	(233)
其他事项 .....	(233)
章程在外商独资企业设立过程中的使用 .....	(233)
<b>第八章 企业集团章程的制定 .....</b>	<b>(235)</b>
认识企业集团 .....	(237)
章程内容 .....	(237)
名称变更 .....	(238)
认识母公司 .....	(239)
母公司的分类 .....	(240)
对集团成员的基本要求 .....	(242)
母子公司体系 .....	(245)
合理规范企业集团间的不公平关联交易 .....	(246)
企业集团设立财务公司的条件 .....	(248)

企业集团终止 .....	(252)
<b>附表</b> .....	<b>(253)</b>
1. 各类公司注册资本对比表 .....	(255)
2. 各类公司注册资本(金)最低限额表 .....	(257)
3. 各类公司组织机构对比表 .....	(264)
4. “同股同权”对比表 .....	(266)
5. 如何办理名称预先登记 .....	(267)
6. 如何办理有限责任公司登记注册 .....	(281)
7. 公司登记流程图 .....	(288)
8. 北京市行政许可和备案项目目录表 .....	(290)
<b>附录</b> .....	<b>(355)</b>
中华人民共和国公司法 .....	(357)
中华人民共和国公司登记管理条例 .....	(381)
企业名称登记管理规定 .....	(391)
企业名称登记管理实施办法 .....	(395)
企业经营范围登记管理规定 .....	(399)
公司注册资本登记管理规定 .....	(401)
中华人民共和国证券法 .....	(404)
中华人民共和国中外合资经营企业法 .....	(430)
中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例 .....	(433)
中华人民共和国中外合作经营企业法 .....	(442)
中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则 .....	(445)
中华人民共和国外资企业法 .....	(452)
企业集团登记管理暂行规定 .....	(454)
国家工商局关于实施《企业集团登记管理暂行规定》有关问题的 通知 .....	(456)
<b>参考文献</b> .....	<b>(459)</b>

# 第一章

---

## 公司章程概述

- ◎ 公司章程的概念和法律特征
- ◎ 公司章程的性质
- ◎ 公司章程的作用
- ◎ 公司章程的内容



## 一、公司章程的概念和法律特征

公司章程是指公司必备的由发起设立公司的投资者制定的,并对公司、股东、公司经营管理人员具有约束力的,调整公司内部组织关系和经营行为的自治规则。通说认为,公司章程具有两大法律特征:

### (一) 法定性

公司章程是依照公司法的规定制定的基本法律文件,可称之为公司的“宪法”。在公司法中,章程的法定性表现为:(1)章程具有必备性。《公司法》第11条明确规定,设立公司必须依法制定公司章程。公司章程实质上是经营者对投资者的一种行为承诺与法律保证,也是投资者对经营者行使监督权、进行诉讼的法律依据。(2)章程具有内容确定性。由于章程在公司法中具有特殊的法律地位,故其内容十分严格和规范,并多由法律直接规定。对有关公司的重大事项,我国都以立法形式确定了下来,进行强制性规范,公司章程必须按照公司法所列举的事项记载,不得遗漏,且不能与强制性规范相抵触。(3)章程具有稳定性。章程一经依法制定,非经法定程序不得随意变更。(4)章程形式必须合法。章程是特定的法律概念和法律制度,必须采用书面形式并履行法定手续才能生效。认识章程与公司法之间的关系的基本原则是:有关章程的一切,包括内容、形式、制定与变更程序,都必须符合公司法的强制性规定,只有在此前提下,才具备谈论“当事人意思自治”的余地。违反公司法的强制性规定将导致章程全部或部分无效。

### (二) 契约性

公司章程是股东或发起人共同制定的。从某种意义上来说,它是股东或发起人意思自治的产物。公司章程的契约性主要体现在:(1)公司章程作为一种行为规范,不是由国家而是由公司依法自主制定的。(2)公司章程是一种法律以外的行为规范,由公司自己来执行。当出现违反章程的行为时,只要该行为不违反法律,就由公司自行解决。(3)公司章程作为公司内部规章,其对内效力仅及于公司和相关当事人,而不具有普遍的约束力。<sup>[1]</sup> 公司章程的以上“契约性”,并未否定其“规则性”,下文笔者将对此问题进行阐述。

[1] 方铮:“公司章程法律问题研究”,载《杭州商学院学报》(原浙江省政法管理干部学院学报)2003年第6期。

## 二、公司章程的性质

对于公司章程的法律性质有不同看法,争论的焦点是:公司章程是契约性的、按自治原则所达成的协议还是带有法律强制性的自治规则。笔者认为,从《中华人民共和国公司法》(以下简称新《公司法》)的规定和如下对公司章程规则性与契约性的比较可知,公司章程是契约与规则的结合,公司章程更多体现出规则性。

### (一)从效力范围上看

契约(或合同)的效力具有相对性,即契约的效力只及于签约的各方当事人,对契约以外的其他人无约束力。而公司章程则不仅对参与制定公司章程的股东或发起人有约束力,对后来加入公司的新股东也具有约束力,而且经过公示的章程条款也构成对公司交易相对人的约束。

### (二)从遵循的原则上看

签署契约遵循“契约自由原则”。而公司章程的设置并非是自由的,在我国其是公司成立所必须具备的法律文件,它必须采用书面形式,而且必须具备法定条款,受到公司法诸多强制性规定的限制。

### (三)从制定与修改程序上看

契约的制定与修改需经各方当事人的一致协商同意,但公司章程的制定与修改不需要经全体公司成员的一致同意。

### (四)从法律责任上看

违约的诉权只在当事人之间产生,而违反规则的诉讼主体可能会是国家授权的特殊主体。例如在公司设立过程中,一方出资,一方未出资,法律只授权已出资的投资人起诉未出资人,这属于违约责任;但同时这种不履行出资的行为可能导致行政责任或刑事责任,这时公司章程体现了规则的特点。

### (五)从生效时间上看

公司成立之前,章程主要是契约,对内具有约束力;而公司成立后,章程才对外有效,同时对内也有效,这时它就成为规则了。<sup>[1]</sup>

## 三、公司章程的作用

### (一)公司章程是国家对公司进行管理的重要手段

在计划经济时代,国家对全民所有制企业主要通过行政手段进行管理;而

[1] 林立华:“公司章程性质辨析”,载《广东行政学院学报》2003年第15期。



在市场经济时代,国家对企业不能再过多通过行政手段管理,尤其是对公司。由于产权多元化,公司享有的不仅仅是经营权,还包括法人财产权,公司具有独立的法律人格,所以,对公司制企业,国家不可能、也不必要用行政手段进行直接干预,而应是运用经济、法律的手段进行间接干预。具体说来,就是通过对公司章程的法律规制实现对公司的管理。

## (二) 公司章程是公司的自治规范

### 1. 公司章程具有对股东的约束作用

股东虽然是公司的出资人,但股东向公司出资以后,从某种意义上说就丧失了对原有财产的所有权,并以此换取了股权。股东原有财产的所有权转移给公司,公司对股东出资的财产享有完整的占有、使用、收益和处置的权利。股东与公司的法律人格都是独立的,股东不得违背公司章程直接去支配公司的财产,也不得要求公司返还财产。股东对公司的权利不是表现在对公司财产的直接支配上,而是体现于参加股东会行使表决权、股份转让权、股息红利请求权、剩余财产索取权等方面。

### 2. 公司章程具有对公司本身的约束作用

公司作为有独立法律人格的法人,它的权利能力与行为能力是由公司章程来规定的。公司的组织机构及其权限、公司的资本、公司对内对外的一系列重大问题等都是由公司章程规定的。

### 3. 公司章程具有对公司董事、监事、经理的约束作用

公司章程明确规定了他们的任职资格、产生办法、行使的职权等。

## (三) 公司章程是股东维护其合法权益的重要工具

公司制企业的特点是“三权分立”(即股权、法人财产权、经营权的分立),股东向公司出资以后就丧失了对其出资的直接支配权,所有股东的财产融合在一起就形成了公司的财产,公司对其财产享有法人财产权。但是,公司财产从最终来源看,是股东向公司出资的结果,其终极所有权仍然属于股东。股东向公司出资是投资行为,他们关心自身的股东权益,公司章程通过对股东、董事、监事和高级管理人等权利义务的规定,实现对股东权益的保障。

## (四) 公司章程是保护公司债权人利益的重要手段

章程作为公司的行为规范,其内容是法定的,包括公司的名称,住所,经营范围,注册资本,股东的姓名或名称,股东的权利和义务,股东的出资方式 and 出资额,股东转让出资的条件,公司的机构及其产生办法、职权、议事规则,公司法定代表人,公司的解散事由与清算办法等。公司章程所应记载的这些内容涉及公司的方方面面,反映着公司的全貌,是公司信息的总披露。公司债权人

通过查阅公司章程就可以把握公司财产状况、信用能力,从而决定是否与之进行交易。有了公司章程,就可以使与公司交易的相对人了解公司的重要信息,这对于提高交易的安全性、维护公司债权人的利益是非常有利的。<sup>〔1〕</sup>

## 四、公司章程的内容

### (一)公司章程记载事项的分类

根据法律对公司章程所记载事项有无明确规定,以及所记载事项对章程效力影响的不同,将章程所记载事项分为绝对必要记载事项、相对必要记载事项和任意记载事项三种。

#### 1. 绝对必要记载事项

绝对必要记载事项,亦称绝对记载事项,是指法律规定的、章程必须记载的事项。缺少其中任何一项,公司登记机关不予登记。绝对必要记载事项有两个基本特性:(1)按公司性质要求必须具备的条款,是涉及公司根本问题的重大事项。(2)须逐一、合法记载。一般而言,公司的名称、住所、经营性质或业务范围、注册资本、股份公司的股份总数和每股金额、股东或发起人的姓名或名称、公司的法定代表人、股份公司的通知和公告方法等,是公司章程的绝对必要记载事项。

#### 2. 相对必要记载事项

相对必要记载事项,是指在法律上有规定,但在公司章程中未记载时不影响公司章程效力的条款。如果缺乏这种条款,仅该未记载的事项不发生效力,或者可以适用法律的具体规定;公司章程如对此加以记载时,所记载的条款则发生法律效力。其特点为:(1)法律明确规定。就该特性而言,相对必要记载事项与绝对必要记载事项有共性。(2)章程制定人决定是否记载。法律虽然对相对必要记载事项有明确规定,但章程制定人对章程是否记载有选择权,如其未在章程中记载,不影响章程的效力。因此,规定相对必要记载事项的法律规范为任意性规范,而规定绝对必要记载事项的法律规范是强制性规范。(3)相对必要记载事项记载不合法时,只导致该事项无效,不影响整个章程的效力。相对必要记载事项的重要程度和意义逊于绝对必要记载事项,因此,法律虽明确规定,但对是否必须记载未做严格要求,允许章程制定人根据被设立公司的具体情况抉择。相对必要记载事项对章程制定人的指导作用则是显而易见的。就各国及各地区法律的通常规定看,相对必要记载事项主要有:发起

〔1〕 汪张林:“略论公司章程的作用”,载《经济师》2000年第1期。

人所得的特别利益,设立费用及发起人的报酬,有关出资、公司的期限、分公司的设立事项等。

### 3. 任意记载事项

任意记载事项,是指法律上没有规定或要求,完全由当事人根据需要,在不违反法律和公共道德的前提下在章程中记载的某些事项。其特点为:(1)法律未明确列举,由章程制定人协商确定。由此区别于绝对必要记载事项和相对必要记载事项。(2)是否记载由当事人任意选择,如记载则与其他事项具有同样的约束力,如不记载或者所记载的事项不合法,不影响整个章程效力。如常年法律顾问的聘请、物资的采购和产品销售、公司债的发行、任意公积金的提取等条款。<sup>[1]</sup>

#### (二)新公司法<sup>[2]</sup>的相关规定

以上从公司章程内容分类的角度,整体上讲了章程记载事项问题,我国新《公司法》并未做出“绝对”、“相对”与“任意”的区分。在章程记载事项问题上,使用了“应当”的表述与列举式的表述。

#### 1. 绝对必要记载事项和任意记载事项的有关条款

从新《公司法》条文的文义上理解,绝对必要记载事项(含任意记载事项)为:

依新《公司法》第25条规定,有限公司章程应当载明的事项:(1)公司名称和住所;(2)公司经营范围;(3)公司注册资本;(4)股东的姓名或者名称;(5)股东的出资方式、出资额和出资时间;(6)公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;(7)公司法定代表人;(8)股东会会议认为需要规定的其他事项。其中,前7项属于公司章程的绝对必要记载事项,第8项属于任意记载事项。

依新《公司法》第81条规定,股份公司章程应当载明下列事项:(1)公司名称和住所;(2)公司经营范围;(3)公司设立方式;(4)公司股份总数、每股金额和注册资本;(5)发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式和出资时间;(6)董事会的组成、职权和议事规则;(7)公司法定代表人;(8)监事会的组成、职权和议事规则;(9)公司利润分配办法;(10)公司的解散事由与

[1] 郝自贤:“对公司章程内容的认识与思考”,载《内蒙古财经学院学报(综合版)》2004年第2期。

[2] 公司法历经多次修订,“新公司法”是指由中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议于2013年12月28日修订通过,自2014年3月1日起施行的《公司法》。

清算办法;(11)公司的通知和公告办法;(12)股东大会会议认为需要规定的其他事项。其中,前11项是公司章程的绝对必要记载事项,第12项是任意记载事项。

## 2. 相对必要记载事项有关条款

全面考察新《公司法》可知,公司章程法定的相对必要记载事项在某些条款中有所体现,如:(1)关于股东会定期会议的召开,包括召开时间、召开地点等情形。新《公司法》第39条规定,有限公司股东会的“定期会议应当按照公司章程的规定按时召开”。(2)关于董事长、副董事长的产生办法。第44条规定:“……董事会设董事长一人,可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。”(3)关于董事任期。董事实行任期制。第45条规定:“董事任期由公司章程规定,但每届任期不得超过三年。董事任期届满,连选可以连任。……”(4)关于股东会会议股东行使表决权的方式。第42条规定:“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。”(5)关于股东会的议事方式和表决程序。第43条规定:“股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定。……”

## 第二章

# 有限责任公司章程的制定

- ◎ 经营范围
- ◎ 股东会职权
- ◎ 股东会召开时间
- ◎ 股东会议事方式和表决程序
- ◎ 董事长和副董事长的产生办法
- ◎ 董事任期
- ◎ 董事会职权
- ◎ 执行董事职权
- ◎ 董事会议事方式和表决程序
- ◎ 经理职权
- ◎ 职工监事比例
- ◎ 监事会职权
- ◎ 监事会议事方式和表决程序
- ◎ 法定代表人
- ◎ 股权转让
- ◎ 营业期限和解散事由
- ◎ 公司向其他企业投资、担保
- ◎ 股东对公司及其他股东的赔偿责任
- ◎ 两类公司分红、表决及清算的对比
- ◎ 增资优先权
- ◎ 自然人股权的继承
- ◎ 财务报告的报送时间
- ◎ 会计师事务所的聘请
- ◎ 高级管理人员的界定



新《公司法》从尊重股东意思自治的角度出发,授予公司股东更大的自治权,许多公司重要事项,股东可通过章程自由约定,笔者在章程的相关条款后,加注了新《公司法》条款和制定相关条款时的注意事项予以说明(本书其他相关章节亦大致相同)。由于股份公司与有限公司在新《公司法》规定上的重叠性,故笔者在本章有关法条部分加注上“同时适用于股份有限公司”,以方便读者进行比较。

### 制定有限责任公司章程须知<sup>[1]</sup>

一、为方便投资人,北京市工商行政管理局制作了有限责任公司(包括一人有限公司)章程参考格式。股东可以参照章程参考格式制定章程,也可以根据实际情况自行制定,但章程中必须记载本须知第二条所列事项。

二、根据《中华人民共和国公司法》第二十五条规定,有限责任公司章程应当载明下列事项:

- (一)公司名称和住所;
- (二)公司经营范围;
- (三)公司注册资本;
- (四)股东的姓名或者名称;
- (五)股东的出资方式、出资额和出资时间;
- (六)公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;
- (七)公司法定代表人;
- (八)股东会会议认为需要规定的其他事项。

三、章程中应当载明“本章程与法律法规不符的,以法律法规的规定为准”。经营范围条款中应当注明“以工商行政管理机关核定的经营范围为准”。

四、股东应当在公司章程上签名、盖章。

五、公司章程应提交原件,并应使用 A4 规格纸张打印。

[1] 北京市工商行政管理局制作。

附:《有限责任公司章程》参考格式

北京市工商行政管理局  
BEIJING ADMINISTRATION FOR INDUSTRY AND  
COMMERCE(2014 年第一版)

\_\_\_\_\_有限(责任)公司章程  
(参考格式)

### 第一章 总 则

第一条 依据《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)及有关法律、法规的规定,由\_\_\_\_\_等\_\_\_\_\_方共同出资,设立\_\_\_\_\_有限(责任)公司(以下简称公司),特制定本章程。

第二条 本章程中的各项条款与法律、法规、规章不符的,以法律、法规、规章的规定为准。

### 第二章 公司名称和住所

第三条 公司名称:\_\_\_\_\_。

第四条 住所:\_\_\_\_\_。

### 第三章 公司经营范围

第五条 公司经营范围:(注:根据实际情况具体填写。最后应注明“以工商行政管理机关核定的经营范围为准”。)

#### ◎ 经营范围

◆ 新《公司法》第 12 条 公司的经营范围由公司章程规定,并依法登记。公司可以修改公司章程,改变经营范围,但是应当办理变更登记。

公司的经营范围中属于法律、行政法规规定须经批准的项目,应当依法经过批准。



### ◆ 注释

1994年的《公司法》规定：“公司应当在登记的经营范围内从事经营活动。”至《公司法》2004年修订时，仍对该项内容进行了保留。而实践中经常会出现公司超越经营范围从事经营活动的情况，这使得对于公司超越经营范围对外签订的合同是否有效的问题，曾一度出现争议，最高人民法院对此在1999年12月最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》中进行了明确：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”

可见，只有当超范围经营且违法时，该经营行为方可被认定无效。但是，章程制定时仍应认真填写经营范围，经营范围会被印制在公司的营业执照上，这对公司客户对公司的认知及公司的经营定位都将产生重大影响。

根据《企业经营范围登记管理规定》，经营范围分为许可经营项目和一般经营项目。许可经营项目是指企业在申请登记前依据法律、行政法规、国务院决定应当报经有关部门批准的项目。一般经营项目是指不需批准，企业可以自主申请的项目。（1）申请许可经营项目，申请人应当依照法律、行政法规、国务院决定向审批机关提出申请，经批准后，凭批准文件、证件向企业登记机关申请登记。审批机关对许可经营项目有经营期限限制的，登记机关应当将该经营期限予以登记，企业应当在审批机关批准的经营期限内从事经营。（2）申请一般经营项目，申请人应当参照《国民经济行业分类》及有关规定自主选择一种或者多种经营的类别，依法直接向企业登记机关申请登记。

确定经营范围时，应把握如下原则：（1）股东应清楚投入公司资金的流向、投资目的及投资风险；（2）公司在该范围内进行经营的能力；（3）合理把握公司股东、董事、经理对公司经营领域的掌控能力；（4）通过适当确定经营范围，争取建立一定的管理秩序，防止无序经营的状态，经营范围不宜过大或过小。

确定的经营范围内还要注意，当出现如下情形时，工商部门将不予登记：（1）法律、行政法规、国务院决定禁止企业经营的；（2）属于许可经营项目，不能提交审批机关的批准文件、证件的；（3）注册资本未达到法律、行政法规规定的从事该项目经营的最低注册资本数额的；（4）法律、行政法规、国务院规定特定行业的企业只能从事经过批准的项目而企业申请其他项目的；（5）法律、行政法规、国务院规定的其他情形的。

具体确定经营范围时，可以参照当地工商部门的经营范围指引，试举

三例:

(1)概括型:×市××科技有限公司,经营范围:法律、法规禁止的,不得经营;应审批的,未获审批前不得经营;法律、法规未规定审批的,自主选择经营项目,开展经营活动。

(2)具体型:×市××运输有限公司,经营范围:货物运输;销售建筑材料、装饰材料、五金交电、汽车配件。

(3)混合型:×市××商贸有限公司,经营范围:销售粮油制品、干鲜果品……法律、法规禁止的,不得经营;应审批的,未获审批前不得经营。

#### 第四章 公司注册资本及股东的姓名(名称)、 出资额、出资时间、出资方式

第六条 公司注册资本:\_\_\_\_\_万元人民币。

第七条 股东的姓名(名称)、认缴的出资额、出资时间、出资方式如下:

股东姓名或名称	认缴情况		
	认缴出资额	出资时间	出资方式
合计			

#### 第五章 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则

第八条 股东会由全体股东组成,是公司的权力机构,行使下列职权:

(一)决定公司的经营方针和投资计划;

(二)选举和更换非由职工代表担任的董事、监事,决定有关董事、监事的报酬事项;

(三)审议批准董事会(或执行董事)的报告;

(四)审议批准监事会(或监事)的报告;

(五)审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案;

- (六) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损的方案;
- (七) 对公司增加或者减少注册资本作出决议;
- (八) 对发行公司债券作出决议;
- (九) 对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议;
- (十) 修改公司章程;
- (十一) 其他职权。(注:由股东自行确定,如股东不作具体规定应将此条删除)

### ◎ 股东会职权

#### ◆ 新《公司法》第 37 条第 1 款(该规定同时适用于股份有限公司)

股东会行使下列职权:……(十一)公司章程规定的其他职权……

**第 99 条** 本法第三十七条第一款关于有限责任公司股东会职权的规定,适用于股份有限公司股东大会。

#### ◆ 注释

(1) 制定章程时,股东可根据实际需要,对新《公司法》未予穷尽的股东会职权进行约定,如约定“公司对××产品的采购决定及采购计划,公司参与××类项目的决定及投标方案,决策权归属于股东会”。

股东会,或者股东大会,是依法由全体股东组成的公司权力机构,我国新《公司法》第 36 条规定:“有限责任公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构,依照本法行使职权。”第 98 条规定:“股份有限公司股东大会由全体股东组成。股东大会是公司的权力机构,依照本法行使职权。”法律一般赋予股东(大)会较大的职权,股东(大)会有权决定公司的经营方针和投资计划,有权选举和更换董事、由股东代表出任的监事及其报酬,有权审议董事会和监事会报告,有权修改公司章程。股东(大)会是公司最高权力机构。一般情况下,股东(大)会是公司依法必须设立的公司组织机构。但外商投资设立的有限责任公司不设股东会,由董事会代行股东会的权力;国有独资公司不设股东会,由国有资产监督管理机构授权董事会行使部分股东会职权。

一个公司的运作离不开自身的职能架构,它只能在法律所允许的范围內行使其权力,任何越权行为都是得不到法律支持的,股东(大)会也不例外。我国新《公司法》对股东(大)会的职权有明确的规定,由第 37 条和第 99 条的规定可知,有限公司与股份公司该职权是相一致的。

我国从立法上确立了股东会和股东大会作为公司最高权力机关的地位,

其权力多为决定权而非执行权。股东(大)会的职权有:①决定公司的经营方针和投资计划;②选举和更换非由职工代表担任的董事、监事,决定有关董事、监事的报酬事项;③审议批准董事会的报告;④审议批准监事会或者监事的报告;⑤审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案;⑥审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案;⑦对公司增加或者减少注册资本作出决议;⑧对发行公司债券作出决议;⑨对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议;⑩修改公司章程;⑪公司章程规定的其他职权。

(2)需要注意的一点是,根据新《公司法》第37条和第99条的规定,有限公司股东行使职权时,对相关事项以书面形式一致表示同意的,可以不召开股东会会议而直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章;但股份公司则不允许以此种方式作出决定。

#### (3) 股东(大)会对董事会的制衡机制。

不论是有限公司的股东会,还是股份公司的股东大会,均是公司的最高权力机构,对公司的组织、职权和重要事项享有决定权;董事会是公司的执行机构,享有对公司日常事务的管理权和执行权。在公司实践中常常会出现董事会滥用职权损害股东权益的事件,那么就需要通过制度设计来保护股东的利益不受非法侵害,股东(大)会对董事会的制衡机制就是建立在这一论断的基础之上的。

除了累积投票制(见笔者在股份有限公司一章的论述)的制衡外,股东(大)会对董事会的制衡在其职权上主要表现在董事任免权、董事报酬决定权、重大事项决定权,具体为:①决定公司的经营方针和投资计划,并由董事会据此制订公司的经营计划和投资方案;②选举和更换董事,决定董事的报酬事项;③审批董事会的报告;④审批董事会制定的年度财务预、决算方案;⑤审批董事会制定的利润分配方案和弥补亏损方案;⑥审批董事会制定的公司增、减注册资本及发行公司债券方案,并作出相关决议;⑦审批董事会制定的公司合并、分立、解散或变更公司形式方案,并作出相关决议;⑧通过制定与修改公司章程对董事会作出约束性规定;⑨对董事会其他形式的制约。

#### (4) 股东(大)会对监事会的制衡机制。

监事会作为公司中专门的监督部门,有其特殊的制约权力,比如,临时股东(大)会召集权、特定条件下对股东(大)会的召集和主持权、提案权等。而股东(大)会对监事会的制约机制也主要体现在有关股东(大)会职权的规定上。具体表现在:①审议批准监事会的报告;②选举和更换由股东代表出任的

监事,决定有关监事的报酬事项。

从我国的立法现状和司法实践来看,对于监事会我们更多的应是加强其权利、发挥其监督作用,而并非限制其权利的行使。监事会的监督,是保证以公司章程为基础的公司治理结构科学化的重要因素,我们更应该给脆弱的监事会以支持,防止股东(大)会过多地给监事会以限制。

第九条 股东会的首次会议由出资最多的股东召集和主持。

第十条 股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。(注:此条可由股东自行确定按照何种方式行使表决权)

第十一条 股东会会议分为定期会议和临时会议。

召开股东会会议,应当于会议召开十五日以前通知全体股东。(注:此条可由股东自行确定时间)

定期会议(注:由股东自行确定)按定时召开。代表十分之一以上表决权的股东,三分之一以上的董事,监事会或者监事(不设监事会时)提议召开临时会议的,应当召开临时会议。

## ◎ 股东会召开时间

◆ **新《公司法》第 39 条** 股东会会议分为定期会议和临时会议。

定期会议应当按照公司章程的规定按时召开。代表十分之一以上表决权的股东,三分之一以上的董事,监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的,应当召开临时会议。

◆ **注释**

股东会的会议方式一般分为定期会议和临时会议两类。章程制定时可自由约定定期会议召开的时间,如规定:“股东会定期会议一年召开两次,分别于×月×日和×月×日召开”;也可以规定“于每个会计年度终了后×个月内召开”等。

(1)定期会议。定期会议是指根据公司法 and 公司章程的规定在一定时间内必须召开的股东会议。定期会议主要决定股东会的职权范围内的重大事项。我国公司法规定定期会议应当依照公司章程的规定按时召开。

(2)临时会议。临时会议,也称特别会议,是指定期会议以外的必要时候,由于发生法定事由或者根据法定人员、机构的提议而召开的股东会议。根据新《公司法》规定,下列情形下可以召开临时会议:

a. 持有有一定比例股份的股东申请时。有限责任公司代表 1/10 以上表决权

的股东可以提议召开股东会临时会议;股份有限公司当单独或合计持有公司股份10%以上的股东请求时,应当在2个月内召开临时股东大会。

b. 根据董事提议或在董事会认为必要时。有限责任公司1/3以上的董事可以提议召开股东会临时会议;股份有限公司董事会认为有必要时,应当在2个月内召开临时股东大会。

c. 根据监事提议或在监事会认为必要时。有限公司监事会(不设监事会的有限公司监事)提议召开临时会议时,应当召开临时股东会;股份公司监事会提议召开时,应当在2个月内召开临时股东大会。

d. 发生法定事由时。股份有限公司当董事人数不足新《公司法》规定的人数或者公司章程规定的人数的2/3时,或当公司未弥补的亏损达实收股本总额1/3时,应当在2个月内召开临时股东大会。新《公司法》对有限责任公司无此规定,章程制定时可参照对股份公司的规定,将相关内容加入章程中。

第十二条 股东会会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事主持。

(注:有限责任公司不设董事会的,股东会会议由执行董事召集和主持。)

董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的,由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持;监事会或者监事不召集和主持的,代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。

第十三条 股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。(注:股东会的其他议事方式和表决程序可由股东自行确定)

## ◎ 股东会议事方式和表决程序

◆ **新《公司法》第43条** 股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定。

股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

### ◆ 注释

(1)对于增减注册资本等特别事项,新《公司法》已明确:须经代表2/3以上表决权的股东通过。这里的“股东”指的是全体股东。

(2)对于普通事项如何表决,章程制定时,应明确两项内容:

a.“议事定足数”,即股东会有效召开需要代表多少表决权的股东的参加;

b.“议决定足数”,即经过多大比例股东通过,股东会决议方为有效。是经过1/2(可不含1/2)以上的全体或参会股东通过,还是其他比例通过股东会决议,在制定章程时可自行约定。

(3)股东(大)会的召集和提案。

有限责任公司股东会的首次会议由出资最多的股东召集和主持。有限责任公司设立董事会的,定期会议和临时会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的,股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的,由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持;监事会或者监事不召集和主持的,代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。

股份有限公司的发起人应当在股款缴足后30日内主持召开由全体发起人和认股人组成的公司创立大会。公司成立后股东大会会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事主持。董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的,监事会应当及时召集和主持;监事会不召集和主持的,连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以自行召集和主持。

有限责任公司召开股东会会议,应当于会议召开15日前通知全体股东;但是,公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。有限责任公司股东会定期会议按照公司章程规定时间召集,临时会议应法定人员提议而召集,具体时间没有规定。

股份有限公司召开股东大会会议,应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开20日前通知各股东;临时股东大会应当于会议召开15日前通知各股东;发行无记名股票的,应当于会议召开30日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。股份有限公司定期会议也按照公司章程规定的时间召

集,但临时会议应在法律规定情况发生后2个月内召集。

单独或者合计持有股份公司3%以上股份的股东,可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交董事会;董事会应当在收到提案后2日内通知其他股东,并将该临时提案提交股东大会审议。临时提案的内容应当属于股东大会职权范围,并有明确议题和具体决议事项。股东大会不得对通知中未列明的事项作出决议。

#### (4) 股东会表决。

表决权为股东基于股权的持有,就股东(大)会决议事项作出一定意思表示的权利。股东行使表决权是股东决定公司重要事项的前提,公司的任何重大决策都是股东集体表决的结果,股东的资产受益、选择管理者等权利都依赖于表决权的行使。

a. 关于表决权行使方式。2004年《公司法》第41条规定,股东会会议由股东按照出资比例形式表决权。新《公司法》第42条规定,有限公司股东会会议由股东按照出资比例行使表决权,但是,公司章程另有规定的除外。

b. 关于公司自持股份表决权的限制。新《公司法》第103条规定,股份公司股东出席股东大会会议,所持每一股份有一表决权。但是,公司持有的本公司股份没有表决权。

c. 关于累积投票制(详见笔者在股份有限公司一章的论述)。

d. 关于股东表决权排除。股东表决权排除,是指当某一股东与股东(大)会的决议事项有特别利害关系时,该股东与代理人均不得就其持有的股权行使表决权的制度。<sup>[1]</sup> 股东表决权排除制度是为了排除利害关系股东对关联交易的决议可能造成的影响,防止关联股东滥用表决权。各国公司法规范普遍规定了这一制度,例如德国《股份公司法》,欧共体第五号公司法(草案)指令。在我国,1997年的《上市公司章程指引》第72条首次提出了表决权排除制度:“股东大会审议有关关联交易事项时,关联股东不应当参与投票表决,其所代表的有表决权的股份数不计入有效表决总数;股东大会决议的公告应当充分披露非关联股东的表决情况。如有特殊情况关联股东无法回避时,公司在征得有权部门的同意后,可以按照正常程序进行表决,并在股东大会决议公告中作出详细说明。”新《公司法》第16条第2款规定,公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议;该条第3款规定,前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款

[1] 刘俊海:《股东诸权利如何行使和保护》,人民法院出版社1995年版,第108页。



规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

#### (5) 股东会的决议。

股东会决议根据决议通过需要表决权的比例,可以分为普通决议和特别决议。根据我国法律规定,在遵守股东(大)会合法召集这一前提下,就有限责任公司而言:普通决议的议事方式和表决程序依公司章程规定;特别决议须经代表 $2/3$ 以上表决权的股东通过。就股份有限公司而言:普通决议须经出席会议的股东所持表决权的 $1/2$ 以上通过;特别决议须经出席会议的股东所持表决权的 $2/3$ 以上通过。适用特别决议的事项主要有:①修改公司章程;②公司的分立、合并、解散;③增加或减少注册资本、变更公司形式。

#### (6) 股东会决议瑕疵相关问题。

股东会和股东大会是有限公司和股份公司的权力机关,是由全体股东组成的,就董事、监事的选任,章程变更及公司合并、分立、解散等法律规定的主要事项,做出公司内部最高决策。股东在股东(大)会上以资本多数决的原则,对待决事项通过赞成或否定的方式来决定其意思。由股东(大)会的性质所决定,股东(大)会的决议对于保证公司的利益向着股东利益的正确方向发展,保证公司营利目标的实现,以及保证交易安全都具有不可忽视的意义。然而,股东(大)会的决议可能存在各种各样的瑕疵,股东(大)会决议瑕疵的存在,将严重影响公司、股东的利益和债权人的合法权益。因此,在法律上对股东(大)会的瑕疵进行救济具有其不可或缺的意义。笔者在此以股份公司为主线,对股东(大)会的责任追究制度进行阐述。

##### ① 股东会决议瑕疵

股东(大)会决议制度的核心,是按照资本多数决原则,为了公司维持的目的,将多数股东的意思吸收为公司团体的意思。资本多数决原则乃是资合公司区别于人合公司的一大特点。股份公司是典型的资合公司,必须按照“效率优先,兼顾公平”的精神进行公司经营与运作,资本多数决原则乃是此精神在公司决议时的具体体现。股东大会因其显著的重要地位和决议的特点,在程序和内容上必须符合法律 and 公司章程的规定,否则该决议就可能被撤销、变更或确认无效。

##### a. 目的外事项的决议

目的外事项的决议是指股东大会就召集大会目的以外的事项进行决议。召集股东大会的目的必须记载于召集通知上,如《日本商法》第232条第2款规定:“前款通知中应记载会议目的事项。”一般认为,未记载于通知上的事项

不得进行决议。对目的外事项进行决议,虽然在形式上,每一投票股东仍按其持有股份数而享有的投票权进行投票决议,符合股份平等的原则,但此种投票违反了股份平等原则的真正内涵。原因是该决议是由知晓目的外事项股东与不知晓目的外事项股东在不平等的前提下进行表决的,因而,目的外事项的决议当然构成股东大会决议的瑕疵。日本商法并未明确禁止目的外事项的决议,而是通过学说和判例来否定目的外事项决议。

与日本商法不同,我国公司法就目的外事项作了明确规定。我国新《公司法》第102条规定:“召开股东大会会议,应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东;临时股东大会应当于会议召开十五日前通知各股东……股东大会不得对前两款通知中未列明的事项作出决议。……”可见,我国新《公司法》对目的外事项决议的效力采取了明确的否定态度。

#### b. 表决权受限制股东行使表决权的决议

股东平等是现代公司法的基本原则之一,依据此原则,每一股东按其拥有股份的多少而对公司享有权利和承担义务,股份平等是股东平等原则的具体体现。我国新《公司法》第126条第1款规定:“……同种类的每一股份应当具有同等权利。”第103条第1款规定:“股东出席股东大会会议,所持每一股份有一表决权。但是,公司持有的本公司股份没有表决权。”因此,在召开股东大会对公司事项进行决议时,持有多数股份的股东,便较持有少数股份的股东拥有更多的发言权。在特定情况下,多数股东利用这种优势地位,滥用资本多数决原则,为自己谋取私利而损害公司和少数股东的利益。在此情形下,股份平等背离了股东平等的要求,以形式上的平等掩盖了股东间实质上的不平等。资本多数决原则,对于保护大股东的热情、平衡股东间的利益、提高公司的决策能力、维持公司的高效运营等方面都具有重大意义,资本多数决赋予股东平等原则更多的可操作性;但一旦那些占资本多数的股东利用资本多数决原则,使其意志成为公司的意志,将其利益凌驾于公司及少数股东利益之上,就有必要揭开资本多数决的面纱以对公司及少数股东进行保护。

为了避免占资本多数的股东滥用资本多数决原则,操纵股东大会决议,以达其长期控制公司的目的,国外有关立法限制公司持有的自己股份,限制相互持有股份的股东、特别利害关系股东和持有优先股的股东的表决权行使。如《韩国商法》第369条规定:“公司持有的自己股份无表决权。”第368条规定:“对于股东大会的决议有特别利害关系者不得行使表决权。”《法国商事公司

法》第 358 条规定：“如果一公司拥有另一公司 10% 以上股份或 10% 以上资产时，不得享有表决权。”德国股份公司法和日本公司法亦有类似规定。参与股份公司的股东以经济利益为共同目的，表决权的行使须受公司和全体股东共同利益的限制。公司股东就公司事项决议时，如违反表决权限制的规定，则构成股东大会决议方法上的瑕疵。

同样，我国立法者亦注意到了这一问题，新《公司法》第 16 条对特别利害关系股东表决权进行限制，明确公司为其提供担保的股东不得参与公司对该担保事项的表决。这一规定有利于防止大股东滥用表决权损害公司利益、中小股东利益及公司债权人利益。第 103 条增加了“公司持有的本公司股份没有表决权”的规定。这是因为如果公司持有的自己股份享有表决权，会导致董事会利用该表决权巩固自身地位、损害其他股东利益，从而扭曲了股东表决权的本来目的。

#### c. 违反议事方式和表决程序的决议

股份公司实行的是资本多数决原则，以公司多数股东的意思作为单一的团体意思。因而股东大会的议事方式和表决程序，对资本多数决原则的公正运用具有重要意义。例如，《美国标准公司法》第 32 条规定：“除公司章程另有规定外，有表决权的股份之多数拥有者亲自或由代理人出席会议，应构成股东大会会议的法定人数。但在任何情况下，法定人数也不应由少于有表决权股份的三分之一构成。……”《日本商法》第 239 条规定：“除本法及章程另有规定者外，股东全会的决议，应有代表已发行股份总数过半数的股东出席，并经出席股东表决权的过半数通过方能形成。”以上规定即为“议事定足数”，即股东大会有效召开需要多少适格股东的参加。我国公司法只对股东大会决议的生效进行了规定，即对“议决定足数”作了规定，并没有规定股东大会的议事定足数。以至于有学者笑言，即使只有极少数的股东甚至是一名股东与会，也可以作出约束全体股东的决议。这不能不说是我国公司立法的欠缺，也为某些公司不重视股东大会，由少数股东操纵股东大会留下缺口。

#### d. 违反公司章程规定的决议

章程是公司发起人依法订立的规定公司组织及活动原则的文件，是公司活动的行为准则，也是确定股东权利义务的依据。新《公司法》第 81 条规定了公司章程应当记载的事项，如公司名称和住所、公司的通知和公告办法等，全体股东均受公司章程的约束。股东大会如未经修改章程而作出违反章程规定的决议，即为可撤销的决议。

我国新《公司法》没有明确规定章程的生效时间，即对章程是经制定签

章后即发生法律效力(制定说),还是必须向有关管理部门进行登记方才有效(登记说)未予明确。笔者认为,从章程的合同属性来讲,宜采取制定说,登记体现的更多是对第三人的公示力。《合同法》第44条规定,法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的合同,依照其规定。而我国公司法、法规(含新《中华人民共和国公司登记管理条例》)并未对章程须经登记方为生效做出明确规定,工商登记实践中,对章程采用的也是备案制。另外,对于章程修订案,从合同法及股东意思自治原则等方面考虑,也宜采取制定说。

违反章程规定进行决议主要有如下情形:a. 由无召集权人召集股东大会作出的决议;b. 通过召开股东大会的董事会决议存在瑕疵;c. 未向部分股东发出召集通知、不遵守通知期间、通知方式不正确或通知事项不齐全;d. 股东大会超越股东大会权限进行决议;e. 将股东大会权限内事项不按委托的约定委托他人;f. 违反章程中有关股份平等原则而进行决议等。

## ②股东会决议瑕疵的法律救济

我国新《公司法》第22条对股东(大)会决议瑕疵的法律救济作了规定:“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起六十日内,请求人民法院撤销。股东依照前款规定提起诉讼的,人民法院可以应公司的请求,要求股东提供相应担保。……”此规定为股东提供了法律上的救济途径,但这仅仅是一种事后补救措施,并受诸多限制。股东大会决议瑕疵的法律救济应是多种的,且利害关系人可根据具体情况选择适用。

### a. 股东会决议瑕疵的事前救济

事前救济主要是通过限制特定类型股东的表决权而实现的,笔者试列举几种特定类型表决权加以分析。

其一,相互股表决权的限制。相互股有狭义和广义之分。狭义的相互股是指两个独立的公司相互向对方公司出资的状态,而广义的相互股是指三个以上的公司之间的循环出资。相互股公司经营者们互相在对方公司的股东大会上行使表决权,如果所持相互股能充分控制对方公司的规模,那么双方经营者的地位互相取决于对方的意思。于是,双方经营者在连任问题上相互协力,完全有可能产生永久性的经营者控制。同时,经营者可以将真正的出资者排除,无出资者也可以间接控制自己公司的股东大会。这样,该经营者就可能既不属于

他人,也不向他人负责地永续性存在。

我国《股份有限公司规范意见》第 24 条第 2 款规定:“……一个公司拥有另一个企业百分之十以上的股份,则后者不能购买前者的股份。”该规定的出发点乃是为了避免相互持股引起的系列问题。但该规定并未完全禁止相互持股,也未对相互股表决权作出任何限制。如 A 公司拥有 B 企业不到 10% 的股份,则 B 企业仍能取得 A 公司的股份,仍然会导致资本虚增、公司控制权的扭曲、公司社团性的破坏等问题。这有待我国公司法在公司发展进步中逐步加以完善。

其二,自己股份表决权的限制。公司取得自己股份,又称为公司股份的赎回和重购,即公司重新获得发行在外或流通在外的本公司股份的所有权。公司取得自己股份在日本称为自己股份,在英美法上称为库藏股或库存股。在法律、政策上,公司取得自己股份不但有违公司资本充实原则、股东平等原则、股份交易公正原则,而且可能导致具有反社会性的经营者永保职位的弊端,有违出资与表决均衡原则。尽管股东在公司成立后不能撤回投资是公司的一项基本制度,但为调节资本构造、安定股市行情、防卫敌对性企业收购等目的,许多国家会根据本国具体情况,在一定条件下容许公司回购自己股份。

我国《股份有限公司规范意见》第 32 条规定:“公司非因减少资本等特殊情况,不得收购本公司股票,亦不得库存本公司已发行股票。特殊情况需收购、库存本公司已发行股票,须报请体改部门、人民银行专门批准后方可进行。”《股票发行与交易管理暂行条例》第 41 条规定:“未依照国家有关规定经过批准,股份有限公司不得回购其发行在外的股票。”《上市公司回购社会公众股份管理办法(试行)》(证监发[2005]51 号)虽也对回购问题进行了规定,但该办法所称上市公司回购社会公众股份仅是指上市公司为减少注册资本而购买本公司社会公众股份并依法予以注销的行为,不涉及公司后续对持有自己股份表决权的问题。

新《公司法》吸收了类似英美法库存股的概念,公司会出现持有自己股份的情形。第 142 条规定:“公司不得收购本公司股份。但是,有下列情形之一的除外:(一)减少公司注册资本;(二)与持有本公司股份的其他公司合并;(三)将股份奖励给本公司职工;(四)股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议,要求公司收购其股份的。公司因前款第(一)项至第(三)项的原因收购本公司股份的,应当经股东大会决议。公司依照前款规定收购本公司股份后,属于第(一)项情形的,应当自收购之日起十日内

注销;属于第(二)项、第(四)项情形的,应当在六个月内转让或者注销。公司依照第一款第(三)项规定收购的本公司股份,不得超过本公司已发行股份总额的百分之五;用于收购的资金应当从公司的税后利润中支出;所收购的股份应当在一年内转让给职工。公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。”新《公司法》注意了法条间的衔接问题,在第103条中明确规定公司持有的本公司股份无表决权。由此可见,我国基本采取的是“原则禁止,例外许可”的模式。

其三,特别利害关系股东表决权的限制。特别利害关系是指在与股东地位无关时,特定股东由于该项股东大会决议的结果而具有个人的利益。当某一股东与股东大会的决议事项有特别利害关系时,该股东与代理人均不得就其持有的股份行使表决权。参加公司的股东以经济利益为共同目的,为实现共同利益,公司股东按照资本多数决原则对公司事项作出决议。在就特别利害关系事项决议时,为确保决议的公正性,应限制特别股东停止行使特别利害关系事项的表决权,以真正实现股东平等。

1997年证监会在《上市公司章程指引》中首次规定了特别利害关系股东的表决权排除制度。2014年修订的《上市公司章程指引》对此制度也有规定,《上市公司章程指引》第79条规定:“股东大会审议有关关联交易事项时,关联股东不应当参与投票表决,其所代表的有表决权的股份数不计入有效表决总数;股东大会决议的公告应当充分披露非关联股东的表决情况。注释:公司应当根据具体情况,在章程中制订有关联关系股东的回避和表决程序。”上述规定仅限制关联股东对自己所持股份的表决权的行使,没有明确关联股东是否可以代理其他股东行使表决权,这无疑是立法上的缺漏。并且,上述规定是由证监会制定的有关公司章程的规范性意见,法律效力层次较低。

新《公司法》第16条规定:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,按照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议……公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决……”第21条规定:“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”这可以说是立法的一大进步。

综上,笔者认为要使股东(大)会决议的事前救济真正发挥作用,在我国现行法律、法规并不十分完善的情况下,应在公司章程中对特定类型股东表决

权进行相关的限制性约定,赋予事前救济以明确的依据。

b. 股东会决议瑕疵的事后救济

股东(大)会决议瑕疵的事后救济,主要体现在对决议的撤销、变更、无效之诉上。

股东(大)会决议是公司内部的最高意志,是公司运作上最基本、最关键的程序。决议不得含有程序、内容上的瑕疵。含有瑕疵的决议,必然损害股东的利益,无法真正体现股东平等,且会对公司的运营带来损害,致使公司有被少数人操纵之虞。大陆法国家公司法大都规定,如果股东大会决议在内容或程序上违反法律或章程的规定,任何股东均有权请求法院宣告该决议无效或予以撤销。股东提起诉讼时,可以单独行使诉权,亦可集体进行诉讼。

如果股东(大)会在程序、形式等方面与法律、章程的规定不符,股东有权在一定期限内向法院提起诉讼,要求法院撤销或变更该决议。股东的撤销、变更之诉的提起条件并无股东持股比例、持股延续时间的限制,而且与瑕疵无关的股东、无表决权的股东都可以提起诉讼。股东请求法院撤销或变更决议必须在法定期限内作出,超过法定期限而股东未提出异议的,该决议即为有效。对股东大会决议的撤销、变更判决,不仅对公司、股东发生效力,而且对第三人也发生效力,并具追溯力,其无效追溯至决议做出之时。

新《公司法》第 22 条对股东大会决议的无效和撤销做出了明确规定。简言之,决议内容违反法律、行政法规的“无效”;决议内容违反公司章程的,以及会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或公司章程的,属于“可撤销”。对于决议被法院宣告无效或撤销的法律后果,笔者认为应从两个层面来考虑:第一,当决议针对的仅是公司内部事宜时,决议无效或撤销后,当然地发生“恢复原状”的法律效果;第二,当公司基于决议而又与第三人签订了合同时,并不必然导致合同的无效,对合同效力的判断应按合同法相关规定执行。由于合同的签订、履行使公司及股东受到损失的,应根据新《公司法》第 20 条等有关规定,由责任股东对公司或其他股东承担赔偿责任。

(7) 公司股东可根据实际情况,在章程中完善股东会议事规则,亦可将规则抽出作为章程附件单独规定,单独规定时可以约定如下几项内容:总则、股东会的职权、股东会的召开、参会与委托参会、股东会提案的审议、股东会提案的表决、股东会的决议、附则。



第十四条 公司设董事会,成员为\_\_\_\_\_人,由\_\_\_\_\_产生。董事任期\_\_\_\_\_年(注:每届不得超过三年),任期届满,可连选连任。

董事会设董事长一人,副董事长\_\_\_\_\_人,由\_\_\_\_\_产生。(注:股东自行确定董事长、副董事长的产生方式)

(注:有限公司不设董事会的,此条应改为:公司不设董事会,设执行董事一人,由股东会选举产生。执行董事任期\_\_\_\_\_年,任期届满,可连选连任。)

### ◎ 董事长和副董事长的产生办法

◆ **新《公司法》第44条** 有限责任公司设董事会,其成员为三人至十三人;但是,本法第五十条另有规定的除外。

两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司,其董事会成员中应当有公司职工代表;其他有限责任公司董事会成员中也可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

董事会设董事长一人,可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。

#### ◆ 注释

(1)章程制定中可自由约定董事长、副董事长的产生方式:可以是某股东委派或某些股东联合委派,股东会决议(普通或特别决议)通过,董事会选举产生等。

(2)对于董事长的罢免问题:新《公司法》第37条、第99条规定股东(大)会有权“更换”非职工代表担任的董事(含董事长),相当于是有对董事长罢免的规定。另外,第53条、第118条还规定了监事会的罢免建议权,即监事会对董事(含董事长)执行公司职务的行为进行监督,对违反法律、行政法规、公司章程或者股东(大)会决议的董事(含董事长)提出罢免的建议。

(3)对于董事长的职权问题:新《公司法》将有限公司董事长、副董事长的产生办法,授权股东自行通过章程约定,赋予股东更大的自主权。董事长的职权主要表现在负责召集和主持董事会等方面。具体就有限公司而言,董事长负责主持股东会,负责召集和主持董事会;就股份公司而言,董事长负责主持股东大会,负责召集和主持董事会,负责检查董事会决议的实施情况。

有限公司章程中可以约定董事长的职权有如下几点:

a. 主持股东会,召集和主持董事会会议;



- b. 督促、检查董事会决议的执行;
- c. 签署公司债券;
- d. 签署董事会重要文件;
- e. 行使法定代表人的职权(董事长担任法定代表人时适用);
- f. 在发生特大自然灾害等不可抗力的紧急情况下,对公司事务行使符合法律规定和公司利益的特别处置权,并在事后向公司董事会和股东会报告;
- g. 董事会授予的其他职权。

### ◎ 董事任期

◆ **新《公司法》第 45 条(该规定同时适用于股份有限公司)** 董事任期由公司章程规定,但每届任期不得超过三年。董事任期届满,连选可以连任。

董事任期届满未及时改选,或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的,在改选出的董事就任前,原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定,履行董事职务。

**第 108 条第 3 款** 本法第四十五条关于有限责任公司董事任期的规定,适用于股份有限公司董事。

### ◆ 注释

(1)章程中可自由约定董事任期,但每届任期不得超过法定的 3 年。

(2)“导致董事会成员低于法定人数”中的“法定人数”,由于新《公司法》规定得不如股份有限公司清楚,容易产生歧义。笔者认为,根据股东意思自治原则、维持公司稳定的原则,并参照新《公司法》第 100 条的规定,“法定人数”指的是公司章程规定的人数,在章程未规定时执行新《公司法》的规定(根据第 44 条的规定,董事会成员为 3 至 13 人,故低于法定人数应指低于 3 人)。

章程对此应予明确,如规定:“董事任期届满未及时改选,或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于本章程规定的人数的,在改选出的董事就任前,原董事仍应当依照法律、行政法规和本章程的规定,履行董事职务。”

(3)董事对公司的义务和责任主要表现在两个方面:一是董事对公司的忠诚义务和责任;二是董事的勤勉、谨慎并具有熟练技能的义务和责任。新《公司法》第 147 条、第 148 条规定了董事的忠实义务和勤勉义务。具体规定如下:董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入,不得侵占公司的财产。董事、高级管理人员不得有下列行为:①挪用公司资金;②将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账

户存储;③违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保;④违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易;⑤未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务;⑥接受他人与公司交易的佣金归为己有;⑦擅自披露公司秘密;⑧违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

第十五条 董事会行使下列职权:

- (一)负责召集股东会,并向股东会议报告工作;
- (二)执行股东会的决议;
- (三)审定公司的经营计划和投资方案;
- (四)制订公司的年度财务预算方案、决算方案;
- (五)制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案;
- (六)制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案;
- (七)制订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案;
- (八)决定公司内部管理机构的设置;
- (九)决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项,并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项;
- (十)制定公司的基本管理制度;
- (十一)其他职权。(注:由股东自行确定,如股东不作具体规定应将此条删除)

(注:股东人数较少或者规模较小的有限责任公司,可以设一名执行董事,不设董事会。执行董事的职权由股东自行确定。)

## ◎ 董事会职权

◆ **新《公司法》第46条(该规定同时适用于股份有限公司)** 董事会对股东会负责,行使下列职权:……(十一)公司章程规定的其他职权。

**第108条第4款** 本法第四十六条关于有限责任公司董事会职权的规定,适用于股份有限公司董事会。

### ◆ 注释

(1)章程可规定董事会负责选举产生董事长、负责聘请承办公司审计业务的会计师事务所等。

(2)董事会的职权并非可以无限制地行使,新《公司法》规定了股东代表诉讼制度,通过对董事会的成员——董事的监督,来制衡董事会的权利。

股东代表诉讼,在英美法系被称为股东派生诉讼或者第二级诉讼,是指当公司合法权益受到侵害,应当行使诉权的公司机构拒绝或怠于行使权利时,公司股东可以以自己的名义代表公司进行诉讼的法律制度。如上文所述,董事对公司负有忠实义务,要求董事在执行公司职务的过程中必须始终把公司利益放在首位,不仅仅把大股东的利益放在首位,而且要考虑中小股东的利益。董事若违反其忠实义务,侵害了中小股东的利益,应当区分不同情况向公司或中小股东承担法律责任。股东代表诉讼制度是一种很好的对董事的监督机制。

新《公司法》第149条规定:“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”第151条规定:“董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的,有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东,可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼;监事有本法第一百四十九条规定的情形的,前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的,前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。”

可见,我国在立法上确立了股东代表诉讼制度。另外,新《公司法》第152条还对股东为维护自己的利益而直接起诉董事的权利予以了明确:“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定,损害股东利益的,股东可以向人民法院提起诉讼。”

关于股东代表诉讼,有学者认为,中小股东为公司利益诉讼有时只是为了伸张正义,不过是从公司间接受益,因而缺乏必要的激励机制;而且,如果微量持股的股东同样可以提起股东代表诉讼,可能会给其他股东造成不利影响,而这些股东恰恰是股东代表诉讼假定的受益人。因此,一般而言,法律对提起股东代表诉讼的股东资格应有所限制。我国《公司法》的上述规定对此也有所体现,但考虑到我国中小股东长期被忽视的历史情况,对提起股东代表诉讼的

股东资格并未做过于严格的限制。相比较而言,美国在其股东派生诉讼中,规定了董事有权对将来的诉讼进行成本与收益分析,然后在进行商业判断的基础上作出中止诉讼的决定。这也是为了防止股东代表诉讼偏离其初衷而设立的限制。因此,笔者建议在新《公司法》再行修订时或在相关司法解释中,对这一制度做进一步的细化规定。

### (3) 董事会决议瑕疵救济方式的完善

董事会决议是由达到法定比例的董事出席、并经法定比例的董事表决通过而做出的决议。董事会决议的效力从形式要件上,要满足董事会的召集程序合法、出席方式(是本人出席还是委托代理人出席)及同意做出决议的董事人数符合法定的比例;从实质要件上讲,董事会决议的效力取决于董事会做出的决议是否在其职权范围内,以及决议内容是否违反法律、法规或公司章程的规定。

#### ① 董事会决议的无效

一般情况下,董事会决议不符合实质要件时,决议自作出之日起即为无效。董事会决议的无效一般可分为下列几种情况:一是决议经营国家禁止或限制经营的商品或营业的;二是决议将公司资产以个人名义开立账户存储的;三是决议将公司资金挪用的。<sup>[1]</sup>

在决议无效的情况下,决议对任何人自始不具有法律约束力,不需要有人主张无效,决议也不存在事后补正的情况。根据我国新《公司法》第22条的规定,董事会决议的“内容”违反法律、行政法规的无效。

#### ② 董事会决议的可撤销

一般情况下,董事会决议违反形式要件时,董事会决议是可撤销的。董事会决议可撤销主要有以下五种情形:一是股份公司未于董事会召开10日以前通知各董事的;二是决议和会议记录未经董事签名的;三是非法剥夺董事表决权的;四是有限公司出席会议的董事不符合章程的限制性条件的;五是股份公司出席会议的董事未达到全体董事的1/2,或者决议未经全体董事过半数通过的。

根据我国新《公司法》第22条的规定,董事会决议的“内容”违反公司章程的,或者董事会会议“召集程序、表决方式”违反法律、行政法规或公司章程的,该决议为可撤销的决议,股东可以自决议作出之日起60日内,请求法院撤销。

[1] 赵旭东:《公司法学》,高等教育出版社2003年版,第341页。

### ◎ 执行董事职权

◆ **新《公司法》第 50 条** 股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设立董事会。执行董事可以兼任公司经理。

执行董事的职权由公司章程规定。

#### ◆ 注释

章程制定时，可以根据本公司的实际情况，将新《公司法》赋予董事会、经理的职权授予执行董事，并给予执行董事更多的职权。

第十六条 董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

第十七条 董事会决议的表决，实行一人一票。

董事会的议事方式和表决程序。（注：由股东自行确定）

### ◎ 董事会议事方式和表决程序

◆ **新《公司法》第 48 条** 董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

董事会决议的表决，实行一人一票。

#### ◆ 注释

(1) 对于新《公司法》已规定的议事方式表决程序，章程不能做出不同的规定。

(2) 对于新《公司法》未规定的议事方式表决程序，章程可以另行规定，如：明确董事会召开的时间、通知程序、议题提出和讨论方式、其他召开程序等；并可规定：“董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。”

(3) 董事会议事方式和表决程序的完善。

#### ① 合理化的会议频率

董事会的会议一般分为普通会议和临时会议。普通会议是在公司章程规定的固定时间召开例会，而临时会议是指当公司经营中遇到需要董事会及时决策的必要事项时，董事会可以召开临时会议。临时会议是普通会议的重要

补充,原因在于普通会议往往在公司章程规定的时间召开,一年内召开的次数是有限的,难以满足市场千变万化所导致的及时决策的需要。

根据新《公司法》,一个年度内有限公司董事会会议的召开次数不做强制性规定,由有限公司根据自身的情况合理决定,并可规定在公司章程中。股份公司每年度至少召开两次董事会会议,至于具体的次数由公司根据具体情况决定。事实上,会议频度合理化是强化董事会决策能力,避免董事会会议形式化、空洞化的重要举措。董事会作为会议体,如果不开会就谈不上决策,更谈不上履行其控制和监督职责。因此,董事会必须定期集会。如何合理确定董事会会议频度是难以作出一个统一的具体规定的,只能分析和借鉴国际、国内一些大公司的成熟做法并结合本公司的实际情况确定。从实践来看,大多数美国大型公司每年召开8次董事会会议,有的会议频度虽稍低但会议时间较长,便于集中时间进行充分的讨论。

## ②重视董事会会议程序

要充分发挥董事会的作用,避免其成为某些人争权夺利的工具,董事会就必须牢牢掌握会议议程,如明确会议前的准备工作,完善并严格遵守董事会会议召集权,而不能任凭经营者操纵董事会会议,使董事会成为经营者的“橡皮图章”。具体地说,董事会是否开会、会议讨论什么事项,均应该由董事会决定。在美国非常重视会议议事日程问题,如美国商业圆桌会议、加州公务员退休系统和机构投资者理事会,对会议议程均有明确要求,美国通用公司和英特尔这类大型公司也非常重视议事日程等会议准备工作。

我国新《公司法》第47条规定:“董事会会议由董事长召集和主持;董事长不能履行职务或不履行职务的,由副董事长召集和主持;副董事长不能履行职务或不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持”。就股份公司而言,“代表十分之一以上表决权的股东,三分之一以上董事或者监事会,可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后十日内,召集和主持董事会会议”。从上述这些规定可以看出,我国对董事会的召集和主持规定得十分简约,仅仅规定了董事会会议由董事长召集和主持,在董事长不能履行或不履行职责时由副董事长召集和主持,在某些特殊情况下由某个董事召集和主持。笔者认为,每个公司应在公司法简单规定的基础上,根据本公司的具体情况制定一个详细的董事会会议议程,并明确规定在公司章程或章程附属文件之中。总的来说,会议议程应体现以下原则:第一,董事长与董事会其他成员商议后确定具体议程;第二,在董事会召开期间,每个董事都有权要求增加议题,该议题是否会成为本届董事会

的议题,应由全体董事的过半数以上决定;第三,会议议程应该正式化、书面化。

此外,完善董事会的运作,有必要把一些有助于保证会议顺利召开和作出公平决议的事项,也制定成一个详细规则并明确规定在章程中,具体来说,如:会议议程及其他会议材料应该在会议之前送达董事,便于董事充分进行准备、在会议上可进行充分的讨论。董事会决策来自每个董事的意见、建议和判断,而大多数董事并不是公司的具体经营者,不可能对进行正确决策所需要的信息了如指掌,为使董事会更有效率,有必要建立一定的决策支持体系来保证董事正确决策。我们可以借鉴大多数国家的做法,从以下四个方面构建董事决策支持体系:一是董事可以向公司索取有关信息,最高经营者必须予以支持;二是董事可以直接接触公司高层经营者或其他雇员,以便了解情况;三是董事可以咨询有关外部独立专家意见,由公司承担费用;四是允许非董事经理列席会议,便于向董事会提供有关信息,并回答有关问题和接受质询。

### ③具体的议事方式和表决程序

新《公司法》只规定了董事会会议的某些必需的基本议事程序。譬如,对股份公司而言,“董事会会议应有过半数的董事出席方可举行,董事会作出决议,必须经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决,实行一人一票。”“董事会会议,应由董事本人出席,董事因故不能出席,可以书面委托其他董事代为出席,委托书中应载明授权范围。”对于有限公司董事会的议事方式和表决程序,我国公司法未做具体规定,主要留给各个有限责任公司在章程中根据具体情况去规定,具体制定时可参照股份有限公司的规定执行。

根据上述规定可以看出,新《公司法》只要求股份公司董事会会议必须有过半数的董事出席,并未考虑到董事会的会议形式是传统意义上的众人集聚在一起的会议形式,还是与现代社会高科技发展导致的、和通信技术异常发达相匹配的电视或电话会议形式,或是传真决议等形式。实际上,美国特拉华州公司法规定:“董事会成员可以实际缺席,但可以通过电话或电视进行表决,这样的董事会的成员也包括在法定人数之内。”在我国,大多数学者及司法审判人员都认可了诸多的会议替代形式,认为传统会议以外的电话会议、传真等形式只要是具备了会议的实质条件又确实是多数人真实意志的体现,就应该认可其法律效力,而不应当对公司法有关会议的规定做狭义的理解。无论董事会的形式如何改变,本质上参加董事会的董事数必须是全体董数的半数以上,这样董事会会议才具有合法性。

(4)公司股东可根据实际情况,在章程中完善董事会议事规则,亦可将规

则抽出作为章程附件单独规定,单独规定时可以约定如下几大项内容:总则,董事的构成、义务及职权,董事会和董事长的职权,董事会会议的召集、通知和出席,董事会会议的议程与议案,董事会会议的表决,董事会会议记录(董事会秘书),附则。

第十八条 公司设经理,由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责,行使下列职权:

- (一)主持公司的生产经营管理工作,组织实施董事会决议;
  - (二)组织实施公司年度经营计划和投资方案;
  - (三)拟订公司内部管理机构设置方案;
  - (四)拟订公司的基本管理制度;
  - (五)制定公司的具体规章;
  - (六)提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人;
  - (七)决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员;
  - (八)董事会授予的其他职权。
- (注:以上内容也可由股东自行确定。)  
经理列席董事会会议。

## ◎ 经理职权

◆ **新《公司法》第 49 条(该规定同时适用于股份有限公司)** 有限责任公司可以设经理,由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责,行使下列职权:……

公司章程对经理职权另有规定的,从其规定。

经理列席董事会会议。

**第 113 条** 股份有限公司设经理,由董事会决定聘任或者解聘。

本法第四十九条关于有限责任公司经理职权的规定,适用于股份有限公司经理。

### ◆ 注释

(1)有限公司与股份公司不同,经理不是必须设置的公司机构,可设可不设。

(2)股东可根据本行业特点,不按新《公司法》的规定,而是在章程中另行设定经理的职权。