

与朱树英律师商榷兼论合作协议与公司章程之间关系 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E4_B8_8E_E6_9C_B1_E6_A0_91_E8_c122_479382.htm 作为一名对建筑房地产方面法律事务非常感兴趣的律师，朱律师的文章、作品自是留心收集，作为案头之必备。日前，拜读了您的近作《房地产开发法律实务》一书，更是受益匪浅，在这晚辈有礼了。但是对书中案例15的分析，实在不敢苟同，在此将一己之见陈述于下，请朱律师以及其他感兴趣的同行指正。本文仅就案例解析中的观点与朱律师商榷，对于案件事实及审判方面的情况，因无法接触第一手的材料，不作评价，如有涉及权作讨论。

一、合作协议是双方在平等基础上签定的，并在其后的履行过程中得到了政府有关部门的批准，合法有效，与朱律师观点相同，不细说。

二、补充协议中不是无偿分给原告5%的房源，而是明确规定为补偿原告的前期投入。书中叙述《补充协议》“三方就联建协议投资方式和利益分配的具体方式约定除原告前期已支出款项外，今后原告不在投入任何资金，对于原告所取得的开发权，第一被告、第二被告同意给予补偿，原告可无偿得到该项目5%的房源，……”这话说得很客气，但是，联系联建协议全面的看，实际是三方共同投资合作，只不过原告的投资是以已经投入发前期费用为限，并且对此投资，两被告是认可的。5%的房源是投资回报，而不是两被告无偿给的。因此，补充协议的实质不是项目转让，更不是炒作，而是三方对投资及将来最终合作成果的处理作出的安排而已。

三、约定5%的房源，不是保底条款。补充协议中以5%的房源作为原告的补偿，这不是联营合

同中的保底条款。房地产开发有商业风险，这是每一个经营者都明白的道理。这个风险是什么？除了极少发生的天灾人祸外，最大的风险就是市场价格下跌，无法收回投资，以致亏损。本案中，补充协议约定以5%的房源作为对原告前期投入的补偿。这是一种用实物分配作为处理最终合作成果的方法，不违反法律规定。根据公平合理的原则和一般人的理解，对于本合同的其他当事人的利益分配也是用实物来度量的，即分别为52.25%、42.75%的房源。但是，这不是各方的利润，只有在实现销售后，销售收入超过投资的部分才算是利润，否则，就是亏损。另外，书中介绍的案情没有提到如何处理项目公司的亏损，如果约定原告对该亏损不负责任，那么有失公平；但是仅仅是没有约定并不能得出不负担亏损的结论，其他合作方可以通过诉讼、仲裁的方式解决问题。由此可见，补充协议符合共负盈亏、共担风险的联营特征的。原告分得5%的房源不是利润，更不是固定利润，该条款也不是保底条款。。

四、合作协议与公司章程有密切联系但是各自独立。朱律师说：“本案合作建房的争议发生在合作各方先协议合作，后演变为组建项目公司的过程中，由于协议合作只是当事人之间的协议，而演变成项目公司，则应以我国公司法发有关规定为依据；而且当事人之间协议只符合当事人的意愿，而项目公司由工商登记部门审核批准，除当事人意愿外，还反映了政府的审批。本案是协议合作在前，成立项目公司在后，因此，当两者约定的权利义务发生矛盾时，应以后者为准”。这里对合作协议和公司章程的关系没有正确认识。合作协议和公司章程是各方在合作过程中，在不同的阶段根据的各方合意和法律规定，签定的不同的法律文件

。二者之间有着密切的联系，但是却相互独立。区别如下：

- 1、二者签定的阶段不同。合作协议是在各方达成合作意向，并就具体条款达成合意后签定的。公司章程是各方对合作形式达成新的合意后，按照公司法的要求制定的。不言而喻，合作协议在先，公司章程在后。
- 2、适用的法律不同。合作协议适用《民法通则》、《合同法》的有关规定，而公司章程主要适用《公司法》。
- 3、约束的对象、调整的关系不同。合作协议只能约束在协议上签字的各方当事人，对外没有效力，调整的是合作各方的法律关系；公司章程除了约束在章程上签字盖章的股东，还对公司董事会、监事会、公司经理等治理机构发生约束力，其调整的是公司内部，涉及公司正常运转的各个主体之间的关系，例如：主体之间的关系，例如：股东之间、股东与公司之间、股东与公司治理机构之间、公司与治理机构之间，等等。公司法第59条明确规定：董事、监事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。还有其他条文约定了公司章程对董事、监事、经理等高级管理人员的约束事项和相应的责任。监事、经理可能不是股东，而当前国家正在推行的独立董事制度，更是明确要求的独立董事的独立性，但是他仍然要受公司章程的约束。由此可见，公司章程约束对象和调整的法律关系的范围要比合作协议大得多。
- 4、变更内容的方法不同。合作协议是各方之间的约定，根据《民法通则》、《合同法》的规定，变更协议内容需要协议各方协商一致方可；而公司章程是指导公司正常运转的纲领性文件，为了及时适应瞬息万变的市场，根据《公司法》第四十条的规定：公司可以修改章程。修改公司

章程的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。由此可见，二者内容的变更方法是不同的。

5、二者消灭的途径不同。合作协议约束签字各方，根据《合同法》第九十一条的规定：有下列情形之一的，合同的权利义务终止：（一）债务已经按照约定履行；（二）合同解除；（三）债务相互抵销；（四）债务人依法将标的物提存；（五）债权人免除债务；（六）债权债务同归于一人；（七）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。而公司章程是指导公司的正常运转，《公司法》第一百八十九条规定：“公司因不能清偿到期债务，被依法宣告破产的，由人民法院依照有关法律的规定，组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组，对公司进行破产清算”、第一百九十条规定：“公司有下列情形之一的，可以解散：（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时；（二）股东会决议解散；（三）因公司合并或者分立需要解散的”，据此，公司可能因为不能清偿到期债务、股东的约定、股东会的决定等情况而被宣告破产或解散。公司被宣告破产或解散并清算、注销后，公司章程自然寿终正寝。由此可见公司章程的消灭可能是自行约定的也可能是被法院强制的。从书中介绍的案情看，合作各方未就结束合作协议达成一致的意思表示，签署的公司章程也没有明确表示结束原协议，所以原协议仍然有效。综上所述，合作协议和公司章程是有密切联系但是又相互独立的法律文件。它们在内容上不乏重叠之处，但是因为二者形成的阶段、约束的对象、适用的法律等方面的不同，内容上有不同之处或者二者分别约定了不同的内容是十分正常的。法律没有规定哪个效力一定更高，或者后签

署的一定取代前面的文件，更不能说“两者约定的权利义务发生矛盾时，以后者（公司章程）为准”。对此，学者也有相似的观点：“如果设立协议中有公司章程未涉及但又属公司存续或解散之后可能会遇到的事项，相应的条款可继续有效，但效力只应限于签约的发起人。”“当事人之间协议只符合当事人的意愿，而项目公司（的公司章程）由工商登记部门审核批准”，不错，但是工商登记部门对公司章程审核什么？或者说审核的标准是什么？工商登记部门审核的是公司章程能不能保证公司的运转、是不是符合公司法的规定。工商登记部门不审核当事人之间处分自己权利的意愿，否则就是违法行政了。那么，当合作协议与公司章程不一致和二者分别约定了不同的事项时，如何处理其效力问题？当二者分别就同一个问题作出了不同的约定时，以后签署的公司章程为准。因为此时可以视为双方对此问题重新达成了协议，变更了原来的约定。当二者分别约定了不同的内容时，分成两种情况：一种是公司章程约定了合作协议中没有约定的，自然有效。公司章程是经过股东同意并且符合法律规定。另一种情况是合作协议中约定了而公司章程中没有约定，如果这个约定没有违反法律强制性规定，就有效。本案中，合作协议关于房源的分配比例就属于后一种情况。对于公司的最终经营成果如何分配，在公司章程中没有约定，但是完全可以在清算时按照合作协议的约定来处理。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com