

关于公司章程调整适用法律问题的探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E5_85_AC_E5_c122_484590.htm

一、问题的提示 公司是浙江宁波一家老牌调味品国营企业。该企业后来又并入两家单位进行组合。企业组合后，公司进行了管理层调动。

为了安排原各单位的岗位骨干，J公司不得不对将近公司总职工数 1 / 4 的人员安排了领导岗位。此后，由于三家单位的领导们难以相互融合，勾心斗角，领导层人员过多，导致总人数不到 2 0 0 的 J 公司连年亏损。 2 0 0 0 年，J 公司进行国有企业改制，组建公司持股会，并指定几个领导担任大股东，国有股份全部转让。两年后，J 公司进行管理层收购，解散了公司持股会。持股会将所占股份分别转让给管理层各领导。这些受让持股会的领导分别又拖带一定数量的隐名股东实际持股。值此，J 公司成为一家由 2 7 名通过工商登记备案的名义股东组成的，实际为全公司剩余 1 7 1 名职工全体隐名持股的民营有限责任公司。股份结构中，以公司董事长、总经理、副总经理为大股东，分别占股为 2 0 %、

1 0 % 和 5 . 6 % ，其余皆为小股东。这样，公司为了体现职工的股东权利，往往将公司重大决策交付 1 7 1 名全体职工参加的“ 股民大会 ” 解决。由于公司人员混杂的原状并没有随着企业改制而改变，即使是 2 7 人的股东大会，也往往不能对公司的某个重大决策作出半数以上的表决通过。由于公司的经营决策长时间与市场脱节，J 公司为此继续连年亏损。在此情况下，职工却要求公司每年必须有分红，以弥补公司微弱的工资水平。J 公司为了安抚职工情绪，在业务经营

连年亏损的情况下，不得不通过变卖公司部分土地使用权和其他财产用于公司日常开支和所谓的“分红”。此外，由于两次股权变动，管理层以相对便宜的价格收购了国有股份。为此，所占人数众多但股份参与额度较小的小股东和隐名股东均对公司大股东表示不满。为了约束大股东们的投机行为，J公司在设置改制后公司章程的时候，超越《公司法》对有限责任公司股东的约束，对于股东股份转让的行为作了进一步的限制性规定。该公司章程第十四条规定，“股东在公司登记后，不得抽回出资，股东之间可以相互转让其全部出资或者部分出资，但转让必须经董事会全体董事过半数同意……股东如提出转让出资的，须向公司董事会提出申请，转让价格按公司上年会计年报的每股净资产值计算。经批准同意出让的出资，在同等条件下，董事长有优先购买权”。章程第十六条规定，“公司董、监事成员在任期内不得转让股权”。自2003年起，J公司计划再进一步改变股权结构，决定通过内部股份转让集中公司股权，在几个自愿参与股权集中收购的股东中产生一个占公司51%股份以上的大股东，以控制公司股权分散难以决策的局面，使公司走出困境。这个计划得到了绝大多数股东和职工的响应。但是，由于约66.8%的股份被公司董、监事会成员持有，这部分股份因受公司章程第16条的约束而不得转让。这就使得股权集中计划难以实施。J公司打算通过股东会决议取消章程第十六条。但是，大股东股份转让一旦自由，则很有可能不考虑公司的困境解决，而马上对外转让股份赚取超额差价，这是小股东们所不愿意看到的。因此，取消章程第16条的提议遭到绝大多数股东（包括职工隐名股）的反对，决议一直无

法达到 2 / 3 以上多数通过。直至 2 0 0 5 年，长期无法脱困的 J 公司不得不聘请律师解决法律障碍，以使股权集中计划能够得以实施。律师在了解了 J 公司的情况后，决定不修改章程，而采用临时调整章程部分条款适用的方法解决现状。律师们首先根据公司章程的第十四条规定，将公司拟订的股权集中收购方案由公司董事会决议通过，并决议先予认可通过该收购方案产生的唯一股东的股份收购资格。其次，召开公司股东大会，将董事会的决议通告每位股东，并记录在股东会决议之中。同时，在股东会决议中决议“本次收购不受公司章程第 1 6 条的约束”。该股东会决议得到了公司股东的全票通过。这样，J 公司最终得以在一个月时间内，根据原拟订的股权集中方案产生了公司的唯一大股东 Z，Z 集中收购股份最终达到公司总股权比例的 8 2 %。然而，个别反对 Z 的股东不满意最终的结果。为了推翻这个结果，他们以股东会决议无效为由向法院提起诉讼，将 J 公司告上了法院，案件争议的焦点就是：股东会通过决议的形式临时调整公司章程部分条款的适用的行为与章程条款直接抵触，决议因此是否无效？根据最高人民法院的案由确定，该案案由确定为“股东会决议侵犯股东权纠纷”。因此，法院的判决最终以股东会决议侵犯原告权利证据不足为由，驳回了原告的诉请。但是，针对公司的特殊事件，公司股东会通过决议的形式，不变更章程而直接临时调整章程条款适用的行为究竟是否有效呢？本文拟围绕章程临时调整适用的合法性问题展开讨论。笔者将通过以下顺序来进行论证：1、公司章程能否不变更而临时调整适用？本部分将通过对部分基本法理原则的展开以及对国外立法的借鉴来说明，调整章程的适用

是能被允许的。2、临时调整章程适用应当遵循什么样的原则？该部分将着重阐述章程调整的限制范围和表决程序。相对限制章程调整适用是必要的，公司自治权利的滥用将加大公司的不稳定性，这同样是极度危险的事情。

二、公司章程，能否不变更而临时调整适用？

关于这个问题，笔者找了很长时间都没有找到比较贴近的学术文章或资料。兴许，无论对公司法或公司章程持什么观点的，都认为这个问题是很理所当然的简单吧。持公司法“强行法”说的学者一致认为，即使是变更章程都应当是严格遵循法律规定，且大有法无明令不得为的观点。从1998年大港入主爱使案件我们就能看出端倪。当时吵得纷纷扬扬的爱使章程第67条超越法律规定是否有效的问题，最终以中国证监会认定爱使章程“不规范”，并指示上海证券管理办公室约见爱使董事会成员，督促爱使按照《公司法》的规定程序尽快修改公司章程而落幕。由此可见，持这种观点的人当然地认为，在当前《公司法》并没有明令授权的情况下，公司章程未经变更是绝对不能临时通过股东会的决议形式调整适用的。这将使公示的章程变得有不确定性，令公司的章程太过灵活而显得不那么规范了。另有激烈的观点认为，公司章程等同于公司的宪法，既然是“宪法”，那就不是想调整就调整的。除非更改，否则是绝对不能触及分毫的。持公司法“任意法”说的学者则认为，公司本身就是一套合同规则，是许多自愿缔结契约的当事人之间的协议。因此，“合同自治”和“缔约自由”的原则是应当占公司运行的主导地位。如果缺乏必要的灵活性，公司这一企业形式的初衷就被放弃了。股东开办公司，为的不能再是自己的利益，而要满足公众的利益。在英美法

国家，公司章程被认为是一种契约，如高尔教授认为，章程应视为公司股东、董事及高层管理人员之间订立的合同。日本公司法学界的观点则比较倾向于公司章程是一种自治法规。但是，这种所谓的自治法规，应当也是基于“契约在当事人之间即法律”的原则而产生的。归根到底，也还是将章程认为契约，而不是等同于国家的强制性立法之意。既然章程是契约，则公司股东为了公司的利益应对紧急事件，应该可以临时调整章程的适用，而不是机械地去变更公司章程??合同签订后，合同当事人可以通过签订补充合同去变更或补充原合同条款，并不意味着必须要将原合同再拿来修改了才行。从公司章程能否被股东会调整适用这个问题上讲，笔者较倾向于第二种观点。但是，即使是可以对章程临时调整适用，也不应当是无节制的。毕竟，公司章程虽然不等同于国家强制法，但也并不等同于契约。有学者认为，章程属于涉他性合同，有涉及第三人利益的考虑。即认为，“章程，从某种意义上说，是股东与发起人意思自治的产物……但它并非仅仅是制定者之间的一种契约安排和私法秩序，而是一种涉他性文件。”至于章程的调整适用应当遵循什么样的原则，笔者将在下一个章节阐述。公司章程能够不变更而临时被调整适用的理论基础其实有不少。首先，“法无禁止不违法”的法理原则我们是都了解的。但是，在实际操作过程中，过于古板的将法律规定教条化，往往使我们大多数人束手束脚。这样的束手束脚尤其体现在许多个案的审判实践中。令笔者感到困惑的是，“法无禁止不违法”的原则思想现在逐渐被“法无授权不得为”的思想所取代。以公司章程的调整适用来说。我国的《公司法》并没有哪个章节说章程

的调整适用只有变更一途，临时的调整是被禁止的。从《民法通则》和《合同法》的条文中我们注意到，中华人民共和国法律的法理思想并没有产生突变。对于民事行为或合同行为的效力判定，终究还是以有没有违反法律和行政法规的“强制性”规定来判断的，而不是民事行为“有没有”法律或行政法规的明确规定来判断的。既然如此，在《公司法》并没有禁止公司股东临时调整章程适用的前提下，为什么又非变更章程不可呢？正如本文提示中所例的案例一般，变更章程往往并不能解决公司的困境，而章程调整适用的灵活性却能满足特定时期的公司需求。以公司章程的设立和变更为例，相关章程条款究竟能否突破《公司法》所规定的基准线？高于《公司法》的标准是否可以？高于《公司法》标准的章程条款再降回到法定标准，是否因违反章程规定而必然无效？这样的问题早已在争论不休中了。其实争论的法理原则也就是“法无禁止不违法”是否能真正被适用的问题。中庸的往往是国人所追求的，走在前面则往往成了异端。就如爱使案件一样，它的章程67条真的是“不规范”的吗？有学者对此作了非常深刻的探讨，认为“应当允许公司章程在《公司法》并无明确禁止的情况下行使自治权”。同理可证，公司章程的临时调整适用在法律没有明确禁止的情况下又有何不可呢？其次，自古以来就一直被沿用的“举重以明轻”的法理思想也能证明公司章程临时调整适用的合法性。根据《公司法》的规定，无论是有限责任公司还是股份有限公司，在满足表决程序的情况下，章程应当是能够被变更的。那么，既然在满足表决程序的情况下章程的“变更”都能被法律允许，难道说更轻情节的“调整适用”反而不能被允许了

吗？法律赋予砍树的权利，则必然含盖了折枝的权利。再者，效率和公正一直是公司法追求的价值目标。从国外的公司法立法和操作实务上来看，“效率优先，兼顾公平”的原则是经常被采用的公司法原则，资本多数表决原则乃是此精神在公司决议时的具体体现。举例而言，在一个没有副董事长的公司，董事长在任期内突然死亡。因此，补选董事和重选董事长势在必行。如果说教条理解公司法的话，则公司至此再也无法召开股东会和董事会了。因为根据我国现行《公司法》，两会的召集人和主持人都依法必须是董事长，而董事长已经死亡了。我们说，从公司的“效率兼顾公平”原则出发，灵活运用公司法原理，这样的问题还是能够得到解决的。与我国一样，在英美法系国家，董事一般也是由股东会选任的，但如果在两次股东会之间出现董事席位空缺，根据英美公司法的原则：除非章程存在特别规定，股东会和董事会都有权补缺董事。有学者认为，此种立法的价值取向显然是“强调效率原则”的体现。因为，在特定情况下，董事会作出决策如果因董事空缺而达不到必须具备的法定人数，或者召开临时股东会又代价太大或不可能，这势必影响经营效率，赋予董事会任命补缺董事的权力显然比较妥当。这是“基于企业维持的理念，以防止业务执行中断为目的的”。

虽然，我国的《公司法》与国外立法不尽相同。但是，公司法的基本法理思想是相通的。在一个法域，只要没有违反强行法的禁止性规定，世界通行的法学理念都是可以借鉴的。最后，就我国的司法现状来看，尽可能地尊重公司的自治行为已经逐渐受到司法机关的重视。浙江省高级人民法院浙法民二（2004）14号文件，《民商审判若干疑难问题

的理解》第 11 条的规定也有类似指导意见，认为在理解公司行为与章程有部分抵触时，不能一概而论，不能仅依据公司章程的规定来裁决公司行为的效力，应优先考虑股东权利的行使和保护。从《公司法》第 111 条的规定来看，法律对于股东诉公司决议无效方面的导向也是注重于决议是否违法和侵犯股东权益方面，而不是看是否违反了公司章程（对于有限责任公司，甚至于《公司法》都没有作类似的诉权规定）。《最高人民法院 关于审理公司纠纷案件若干问题的规定（一）》（征求意见稿 2）第 37 条的规定中也体现了这个精神。该条款规定，“股东参加了股东会议且对会议召集程序未表异议，或者虽对会议召集表示异议但对决议事项投票赞成，或者虽没有反对但以自己的行为实际履行了股东会决议，其提起诉讼，请求撤销股东会决议或者认定股东会决议无效的，人民法院应当驳回”。这也体现了尊重公司人合特性和章程契约性的特征。使人民法院不等同法律一样地去理解公司章程的遵守，以尽可能避免司法干预公司内部经营管理的情况发生。“效率优先，兼顾公平”的原则同样被写进了党的十六大报告之中，在全国推广。就文前案例而言，如何令 J 公司脱离困境，解决股权集中的法律障碍？怎么做才能即有效又公平？僵持了多年的问题，被章程的临时调整适用所突破，股东会决议空前地全票通过，这不能不说是“效率优先，兼顾公平”的体现。如果章程的修改才是唯一途径的话，J 公司的问题，直至 J 公司最终被连续的亏损拖跨，都难以得到解决，这是“三个和尚没水吃”的道理。损害的不单是公司的整体利益，同样也包括了股东及第三人的利益。章程是公司的股东制定的，被公司的股东临时调整

适用又有何不可呢？“既然那些公司的参与者经常能判断什么是他们所需要的，法官应该允许公司参与各方有相当的空间来超越法律原则”。

三、临时调整章程适用应当遵循什么样的原则？公司的章程指定是一个涉他性领域（效力涉他和记载事项涉他），应当受到法律的规制。特别是公司章程的制定和修改基本上是一个内部控制过程，受其效力影响的债权人等公司外部人无法参与发表意见，如果对此种关涉第三人利益的契约的形成过程不进行监控，则该契约的拟订可能根本不会考虑第三人的利益，从而极有可能使其利益受到损害。由于公司的活动带有不确定性和动态性，一旦此种第三人达到一定规模并形成团体，则不当的章程自治行为会影响到整个第三人利益团体的安全，乃至损及交易秩序的维护。因此，公司章程的涉他性要求公司章程的制定和变更必须遵循必要的原则和程序。章程的设立和变更尤其是如此，更何况临时的调整适用。笔者认为，公司章程的临时调整适用应当遵循以下几个原则。

1、章程的调整适用只能是针对某一具体事件，而不应当是泛指某类事件。如果说是一项长期的约束规定，单单以股东会决议的形式作调整会使公司章程的不确定性增加。这使得公司高级管理层，乃至外界，很难对公司的基本治理结构有一个全面了解，不利于公司的管理，也不利于债权人对公司管理情况的掌握。这是不值得提倡的。因此，章程调整只能是临时的，且是为了应对某一个特别事件的处理。一旦该事件结束或不再发生，则公司应当继续恢复原章程条款的适用。对公司章程条款的长期调整，其法律意义等同于变更公司章程，是应当根据法律的规定履行章程变更的必要程序的。否则，应认定为无效。

2、

章程临时调整适用不宜过多。这里有两层意思。其一，是章程调整适用的条款不宜过多。如果某一事件必须对章程作大规模的调整适用，则意味着原章程已限制了公司的发展，必须彻底变更。在此情况下，对原章程大规模地作调整是不合时宜的。不但不能解决公司日益增加的同类事件，更使章程变得极其不稳定，原章程的存在将会继续给公司带来极大的不便。因此，在这种情况下，修改章程才是最能体现公司自治的“效率优先、兼顾公平”原则的。其二，是章程调整适用的次数不宜过多。如果公司在一年发生了多起被公司章程限制却又不得不去解决的事件，则原章程条款的存在已经成为公司发展的障碍，应当彻底修改或去除。章程的临时调整适用已经不能帮助提高公司事务处理的效率。这样的情形，从目前流行的法律经济学的观点来说，调整适用对公司来讲反而效率低、不经济，彻底变更章程才是最经济有效的解决方式。

3、章程调整适用的程序要求应当不低于法律规定的章程变更的程序要求。章程的变更类似于公司内部“变更立法”，其程序是相当严格的。除必须要通过股东会作出决议外，法律对会议的通知、2 / 3 以上表决权的通过等方面也作了相应的强制性规定。章程临时调整适用虽然只是对章程部分条款的暂时变通，但是，毕竟还是对章程的条款作了变化，从广义理解，应当属于章程变更的法律范畴。笔者仅仅认为，对这样的临时调整，可以不完全根据章程变更的法律规定，履行工商变更登记程序，以继续保留原章程的权威而已。这并不表示公司调整章程适用可以放低条件，以使公司章程成为一个名存实亡的空文。

4、章程调整适用的内容不能与国家的法律法规相抵触。与章程的设立与修改一样，章

程内容不能违反国家法律法规的强制性规定，一旦违反则是无效的。既然章程的变更尤其是如此，那么，章程的调整适用更应当遵守这条最基本的法律原则。但是，这里需要提出的是，章程调整适用的条款的内容与章程其他条款的内容也不应当相互抵触。否则，调整适用后的章程条款依然将受到章程其他条款的约束，章程的调整适用不能达到公司的期待目的。注释： 本文所指的“章程临时调整适用”是指公司股东会为了某一事件，临时对公司章程的条款作出适用、不适用或变更的决议，而不正式变更公司章程的行为。

GOWER ' S PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW, SIXTH EDITION, BY PAULL. DAVIES(BALLIOL COLLEGE, OXFORD) D.D.PRENTICE(PEMBROKE COLLEGE, OXFORD), LONDON SWEET & MAXWELL, 1997, PP.120-122. 堀口亘：

《会社法》，第2页。 关于“公司章程是涉他性文件”的观点，参见蒋大兴：《公司法的展开与评判》，法律出版社，2001年12月第1版，第281 - 287页。 蒋大兴：《公司法的展开与评判》，法律出版社，2001年12月第1版，第311页。关于其对爱使章程第67条的探讨意见，参见第303 - 317页。 例如，美国《示范公司修订本》第8.10条规定：“（A）除非公司组织章程另有规定，如果董事会出现空缺（包含因增加董事人数而出现空缺），则：（1）股东会可以去填补该空缺；（2）董事会可以去填补该空缺；（3）如果留任董事不能构成原董事会的法定人数，他们可以去填补该空缺，办法是留任董事的多数肯定票来填补空缺。（B）如果空缺的原任者是由一个股东的投票团体选出的董事，又如果该空缺应由股东来给

以填补，则只有该投票团体的股票持有者才有权投票填补该空缺。……”在英国，除非公司章程作出禁止性规定，否则公司对于董事职位的临时性空缺有予以填充的固有权，此种权利通常被授予给公司董事会行使。并且，根据法院判例，如果公司章程对公司董事的最大数额作了规定，在董事人数未达此数额时，公司董事会也常常享有增加董事名额的权利。但应注意到的是，由董事会运用填充权或董事名额增加权选任的董事，其任期多有限制，一般只能延续到下一年度公司召开股东大会时止，除非该种董事在下一年度股东大会上被重新选为董事，否则即应辞职。当然，如公司章程规定该种董事的任职应延续到被其替代的董事原本可以担当董事职位的期限时止，则此种延长填充董事任期的章程条款亦属有效。此外，根据英国法律的规定，如果公司董事会故意或因有争执无法达成协议而不能行使填充权时，则公司股东也享有董事填充权。例如1948年《公司法案》A表第97条规定，填充临时空缺和增加董事的权利是公司成员和公司董事会共同行使的权利。以上内容参见张民安：《现代英美董事法律地位研究》，法律出版社2000年版第9-10页。这个问题，在96年版的新《公司法》中，通过监事、股东替补的形式得到了解决。使原本就存在的公司自治方式上升到法律规定。这是我国立法机关对公司法“效率优先、兼顾公平”原则的一个认可。参见张开平：《英美公司董事法律制度研究》，第86页。[韩]李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社2000年版，第444页。[加拿大]布莱恩·R·柴芬斯：《公司法：理论、结构和运作》，法律出版社2001年版，第321页。

蒋大兴：《公司法的展开与评判》，法律出版社，2001年12月第1版，第286页。（作者单位：浙江波宁律师事务所）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