

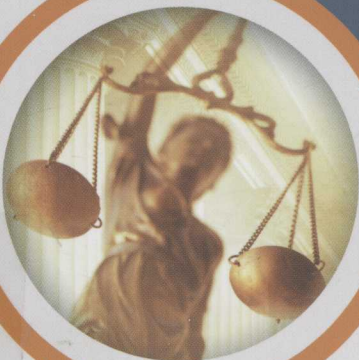
新公司法

理论精解与实施研究

XINGONGSIFA

LILUN JINGJIE YU SHISHI YANJIU

丰晓萌◎著



中国水利水电出版社

www.waterpub.com.cn

新公司法

理论精解与实施研究

丰晓萌◎著



中国水利水电出版社
www.waterpub.com.cn

内 容 提 要

新公司法给我们带来的是观念上的崭新改变,彰显了股东自律和自治的立法理念,强化了企业征信制度,为创业造就巨大的发展空间。本书以新公司法为基础,结合现代发展的新情况对公司法司法理论与实务进行了精解和探究。全书理论与实践相结合,内容结构系统完整,整体思路清晰,能够为公司的运营带来新的理念和方向。

图书在版编目(CIP)数据

新公司法理论精解与实施研究 / 丰晓萌著. — 北京:
中国水利水电出版社, 2015.6
ISBN 978-7-5170-3358-5

I. ①新… II. ①丰… III. ①公司法—法律解释—中
国 IV. ①D922.291.91

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第156006号

策划编辑:杨庆川 责任编辑:陈 洁 封面设计:崔 蕾

书 名	新公司法理论精解与实施研究
作 者	丰晓萌 著
出版发行	中国水利水电出版社 (北京市海淀区玉渊潭南路1号D座100038) 网址:www.waterpub.com.cn E-mail:mchannel@263.net(万水) sales@waterpub.com.cn
经 售	电话:(010)68367658(发行部)、82562819(万水) 北京科水图书销售中心(零售) 电话:(010)88383994、63202643、68545874 全国各地新华书店和相关出版物销售网点
排 版	北京鑫海胜蓝数码科技有限公司
印 刷	三河市佳星印装有限公司
规 格	170mm×240mm 16开本 16.25印张 211千字
版 次	2015年11月第1版 2015年11月第1次印刷
印 数	0001—2000册
定 价	49.00元

凡购买我社图书,如有缺页、倒页、脱页的,本社发行部负责调换

版权所有·侵权必究

前 言

公司法是商法的重要组成部分,是国家为了实现对公司组织和行为进行规范而制定的,调整公司在设立、变更和终止以及其他对内对外活动中所发生的社会关系的法律规范的总称。公司法在保护公司、股东和债权人的合法权益,维护社会经济秩序和促进市场经济的健康发展方面发挥着十分重要的作用。

随着社会主义市场经济不断发展以及全球经济一体化的不断深入,公司制度应该进一步改革以适应时代进步,因此,政府从2013年起,开始在全国各地推行公司注册资本登记制度的改革方案试点,在放宽注册资本登记条件、改革企业年检制度、放宽经营场所登记条件、推进企业诚信制度建设、推进注册资本认缴登记制等方面进行了尝试。最终,在总结前述经验的基础上,全国人大于2013年12月28日对公司法进行全面修订,正式自2014年3月1日起施行。

本书共七章,第一章是公司设立的司法基础;第二章是公司章程的发展;第三章是公司的资本制度研究;第四章是公司债的制度研究;第五章是公司治理的司法研究;第六章是公司财务会计制度;第七章是公司变更纠纷理论与实务。

新公司法给我们带来的是观念上的崭新改变,彰显了股东自律和自治的立法理念,强化了企业征信制度,为创业造就了巨大的发展空间。新公司法的实施能够帮助我们击退笼罩在中国经济上的重重雾霾,还中国经济一个广阔无垠的蓝天,让更多的投资者和创业者自由飞翔。

在本书的撰写过程中,作者参考了很多法律领域专家和学者

的文献和著作,首先要在此向这些作者表示诚挚的感谢。此外,由于时间的限制以及本人能力的不足,本书一定还存在一些不足之处,还望广大读者以及学界同仁批评指正。

作者

2015年5月

目 录

前言

第一章 公司设立的司法基础	1
第一节 公司设立的概念与性质	1
第二节 公司设立的立法类型	13
第三节 公司设立的效力	17
第四节 公司设立瑕疵及其救济	22
第五节 公司人格与能力	26
第二章 公司章程的发展	38
第一节 公司章程的新变化	38
第二节 公司章程的制作原则	50
第三节 公司章程与股东协议	60
第三章 公司的资本制度研究	63
第一节 公司资本制度概述	63
第二节 公司资本原则与类型	71
第三节 公司资本的构成	78
第四节 公司增资司法实务	83
第五节 公司减资司法实务	97
第四章 公司债的制度研究	105
第一节 公司债概述	105

第二节	公司债的发行	114
第三节	公司债券的转让、上市与偿还	123
第四节	可转换公司债券	131
第五节	公司债券持有人的权益保护	137
第五章	公司治理的司法研究	142
第一节	公司治理概述	142
第二节	股东会制度	149
第三节	董事会制度	157
第四节	监事会制度	163
第五节	经理制度	168
第六节	股东诉讼	171
第六章	公司财务会计制度	176
第一节	公司财务会计制度概述	176
第二节	公司财务会计报告的编制和提供	192
第三节	公司财务会计报告审计	199
第四节	公司净利润的分配	205
第七章	公司变更纠纷理论与实务	215
第一节	公司的合并制度	215
第二节	公司的分立制度	227
第三节	公司的清算制度	235
第四节	公司终止与解散制度	243
参考文献		253

第一章 公司设立的司法基础

“公司”这个词在中国最早出自孔子的《列词传》：“公者，数人之财，司者，运转之意。”庄子说：“积弊而为高，合小而为大，合并而为公之道，是谓‘公司’。”21 世纪，公司是最典型的企业法人，是市场经济运行之中最重要和最活跃的经济主体。各个国家依托公司来增加税收，提高就业率，促进经济增长。

然而公司的建立需要一定的法律规范和法律程序来进行制约和指导，依法设立公司最直接的作用是能够鼓励投资创业、强化公司的意思自治、加强对债权人的保护、加强对中小股东利益的保护及强化公司社会责任和职工保护措施。为此熟悉公司设立运行的司法基础其重要性便不言而喻了。

第一节 公司设立的概念与性质

一、公司的概念与特征

(一) 公司的概念

在现代各国社会经济生活中，公司作为经济的主体对于国家和社会的重要性越来越明显。为了更好地发展公司、管理公司，为此我们必须在理论和实践上对公司有一个清晰透彻的了解。然而，由于法制传统、法律体系以及立法习惯的差异，各国各地区

对公司概念的界定,都存在较大的差异,而且即使在同一国家,随着社会经济和公司法等方面的不断发展,公司的概念也在不断地发生着变化。所以一直以来公司的定义并没有形成统一,在这里介绍两种比较典型的定义:大陆法系和英美法系对于公司概念的界定。并在最后介绍我国对公司的定义。

1. 大陆法系公司的概念

大陆法系国家或地区一般认为,公司是依法设立的、以营利为目的的社会法人。虽然在大陆法系之中,公司的定义有着严格的法律依据,但是在大陆法系中,有些国家的立法并不就公司做统一的定义,而是对各类不同的公司分别定义;还有些国家的立法,既未对公司下统一的定义,也未对各类不同的公司分别定义,而只是规定各类公司设立的目的、性质,但从中能够概括出各类公司的定义。

2. 英美法系公司的概念

与大陆法系国家的法律传统不同,英美法系国家不太注重对公司法律概念的严格界定,因而也缺少明确的公司定义。在英国,一般称公司为“company”,美国则称公司为“corporation”。《布莱克法律辞典》将公司定义为“一定数量的个人,出于共同的兴趣目标,为了从事某一工商业或其他合法的营业而组成的社团或者联合体”。英国《2006 年公司法》(Companies Act 2006)第 1 条规定:“公司是指根据本法被组建和登记的公司。”美国《示范商业公司法》第四分章规定:“公司或本州公司,是指为营利而组织的非外地公司,它是按本法组织的或是受本法制约的公司。”我国香港地区则沿袭英美法系传统,在其公司条例中将公司解释为“依本条例组织及登记之公司或现已存在之公司”。从上述英美法系对公司的定义看,主要表明了公司需依法登记或组建的特点,很难说是对公司的完整定义。

3. 我国公司的概念

采用的是《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)中对于公司的定义,《公司法》定义第2条规定:“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”第3条规定:“公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”

综合考虑我国《公司法》的有关规定,以及其他国家或地区对公司概念的界定之后,我们认为公司是指依法设立的、以营利为目的的企业法人。

(二)公司的特征

1. 营利性

企业出现之后是为了发展获利的,营利是企业的本质所在,也是一切企业组织存在和活动的基本目的。任何企业为了能够发展壮大在日常的经营之中必须要使得产出大于投入,换句话说就是使得收入大于成本,即营利用了。所谓营利是指公司因日常的经营而获得的利益。公司由投资者投资组建而成,投资者设立公司的目的当然是为了获得投资收益和回报。而要实现这一目的,就必然要求公司最大限度地追求经营利润。可以说,公司只是投资者运用其财产追求资产增值的一种方式。公司的营利性并非仅指公司自身获得利润,还包括将利润分配给公司的投资者。与此不同是公益法人,公益法人尽管有时也从事某些营利性的活动,但此种营利不是公益法人的最终目的,其盈利不是为了分配给其成员,而是为了某种社会公益事业或实现法人的宗旨,这样的社会组织并不属于营利性组织。如基金会为了维持和扩大其资助科学研究资金而将其财产用于投资,福利救济院为了保证

和充实救济金而开办工厂等。而公司这种营利性组织则完全是以取得经济利益并分配给其成员为目的的,这正是营利性法人与公益性法人的根本区别所在。

此外,公司的营利性还表现在其持续性上,公司是通过持续的经营或营业而获得盈利的。偶尔进行的营利性活动不构成营业。这将公司与那些偶尔从事营利性活动的临时合伙相区别开来。

2. 法人性

绝大部分国家(包括中国)的立法都明确规定公司是法人,在法律上具有独立性。所谓法人,是具有民事权利能力和民事行为能力、依法独立享有民事权利、承担民事义务的组织。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第37条规定了法人的四个条件:依法设立;有必要的财产和经费;有自己的名称、组织机构和场所;能够独立承担民事责任。公司之所以为法人,是因为公司具备法人的基本特征和条件,即公司是依法设立的,拥有自己独立的名称、独立的组织机构和场所、独立的财产和能够独立承担民事责任。

(1)名称独立。公司的名称,相当于一个自然人的姓名。公司的名称有多个方面的作用,其中最为典型的是可以被人们熟记而作为品牌效应,公司名称一般可以自由选择使用,但应标明公司所在地的行政区域、所在行业以及公司的类型。公司在设立登记时,其名称必须报经有关主管部门核准,且不得与登记主管机关辖区内已经登记注册的同行业公司的名称相同或相近,以便与其他公司或企业区别开来,否则公司登记注册的名称是不合法的,当然也就注册不了更不受法律保护。

(2)财产独立。独立的财产既是公司进行日常业务经营的物质基础,也是其承担财产责任的物质保证,是严格受法律制约和保护。公司财产最初的一部分来源于股东的出资(注册资本或起始的投资资本),其标的物(固定资产、流动资产、无形资产等)

之所有权将移转于公司,成为公司财产的构成部分。公司财产的后续部分来源于公司在经营过程中所获得的一切财产权利,包括有形资产如机器设备、厂房等,也包括无形资产如商标权、专利权等知识产权,当然还有公司的经营所得的利润等方面。我国《公司法》第3条有明确的规定:“公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。”

在公司财产权问题上,应特别注意公司的财产权与股东的股权之间的关系。股东一旦将其财产作为出资转移给公司后,便成为公司财产的一部分,股东不能随意对出资财产进行占有、使用、处分,否则,就构成对公司财产权的侵犯。股权,即股东享有的权利的简称,是股东基于股东的身份和地位而享有的权利。

(3)独立的组织机构。完善、健全的组织机构是现代公司制度的鲜明特点,是公司独立人格的表征和承载者,也是《公司法》对公司提出的法定要求。各国公司法均对公司的组织机构作了详细的规定,组织机构包括了公司的权力机关、公司的执行机关以及公司的监督机关等。

(4)独立承担民事责任。公司拥有独立的财产,独立的组织机构是其能够独立承担民事责任的基础。公司独立承担民事责任主要有两方面的内容:一是公司的责任独立于股东的责任。公司在经营活动中所产生的债务,只能以公司本身的财产来偿还,而无权要求公司的股东以个人财产来替公司偿还债务。我国《公司法》第3条规定:“公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”因此,当股东履行了出资义务之后,就无需对公司的债务承担责任,即便公司资不抵债或破产(当然股东可以在公司出现债务危机的时候对公司进行再次投资)。二是公司对行为人执行职务的行为承担责任。公司在法律上属于拟制的“人”,其活动只能通过其代表机关或代理人如董事、经理等实施,其民事责任亦可能由于董事、经理等管理人员的过错行为所致,但此时不能要求公司的管理人

员对公司的债务负责,还是应由公司承担责任,只不过可以对其具体的行为人依据公司的章程追究一定的责任,公司应该做到赏罚分明。

3. 社团性

从公司的组织形式来看,公司是一种法人组织。法人按照其内部组织基础不同,可以分为社团法人和财团法人。社团与财团的区别在于社团是人的集合,而财团是财产的集合。社团法人是由二人以上集合组成的法人,是先有成员,然后由成员出资,在成员的基础上形成的法人,其成立的目的有的是为了直接谋求全体成员经济利益或者是其他的利益,如各种协会(各类商业行业的协会、注册会计师协会)等社团组织;财团法人又称为“目的财团”,是以一定的目的财产而成立的法人,是先有财产,然后才有管理该财产的人员。它是以社会捐助所得财产作为其成立的基础,其成立的目的一般是为了社会的公益事业,如慈善机构、基金会等。

公司的社团性包含了公司应由两个以上的股东出资设立的内在要求。基于公司社团性的要求,一人公司无论是设立时股东仅一人,还是设立后股东减为一人,均曾被视为对公司社团性的否定而为公司法所禁止。但随着各国法律对一人公司的逐渐承认而使公司的社团理论受到挑战,有些学者认为公司已经逐渐失去了其社团性特征。而有些学者则认为,无论从公司的本质看,还是从各国公司法的规定看,公司都应当是一种社团或联合体,这是公司与独资企业的根本区别之一。忽视了公司的社团性或团体性的特征,就很容易把公司的与独资企业混同起来。一人公司只不过是公司的特殊形态,并不否认以社团性为常态的公司特征。

我国修订后的《公司法》基于鼓励投资创业、促进公司设立和发展的立法目标,尊重现实生活中一人公司在我国大量存在的客观事实,并顺应各国先后承认一人公司的国际潮流,也同样承认

了一人有限责任公司,并专列一节对其作了特别规定。这是我国《公司法》的一大突破与创新,也是对公司社团性理论的一大突破。修订后的《公司法》虽然承认了一人公司,但一人公司只不过是公司的一种特殊形态,这并不否认以社团性为常态的公司特征。传统公司法的许多制度和规定对一人公司并不适合,而一人公司存在的许多特殊问题在传统公司法中也并未涉及,正因如此,修订后的《公司法》针对一人公司作了专门性的制度安排。

4. 法定性

公司的法定性特征主要表现在必须按照法律规定的条件、程序和类型设立公司即依法创建公司。我国《公司法》第2条规定:“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”该法第6条第1款规定:“设立公司,应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的,由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司;不符合本法规定的设立条件的,不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。”可见,设立公司必须依据《公司法》规定的公司种类以及法律对公司所规定的条件和程序进行,不符合设立条件,以及不按照法定程序设立公司的,不得以公司的名义进行生产经营活动,否则是违法的,一经查出即取消营业资格证。应注意的是,在我国,只允许设立有限责任公司和股份有限公司两种公司类型,其他国家允许设立的无限公司、两合公司、股份两合公司等公司类型并没有被我国《公司法》所承认,因而在我国不能成立这些类型公司。

二、公司设立的概念和特征

(一) 公司设立的概念和特征

公司设立是指公司的设立人为了成立公司并使其具有受

法律保护的法人资格而依法渐次进行的一系列活动的总称。公司设立的实质在于使一个尚不存在或正在形成的公司逐渐具备条件进而取得民事主体资格的过程。在英美法系和大陆法系之中,对于公司的设立也存在着较大的差别。在英美法系国家,为了方便公司设立,公司法通常只规定相关的操作程序,很少规定公司设立的具体条件。大陆法系国家通常将公司设立视为形成法人人格的完整过程,规定了较为严格的设立条件与程序。

公司设立制度在各国有不同的规定,即使在同一个国家,各类公司的设立也有不同的规定,股份有限公司的设立规定是各种公司中最严格的。这是因为股份有限公司的股东人数较多,其资本的筹集需要经过特定的招股程序,其机关成员往往需召开创立大会选任,利润的分配也需要经过公司的权力机构进行协商;而其他公司类型的股东、出资及机关成员,在公司设立之初即可在章程中确定,无须履行复杂的招股程序、利润分配程序。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,还要依法履行特定的设立程序,如产权界定、资产评估、产权登记等。但是从总体上我们可以将公司设立的特征概括为以下几个方面:

1. 公司设立需要有公司设立人

公司设立人,又称公司创办人,是指依法出资或认购股份并以筹建公司为目的进行一系列法律行为的人。设立人可能是多人,也可能是一人;设立人既可能是自然人,也可能是法人或国家等多种形式。设立人在公司法上具有特殊的主体地位,设立人对内执行设立业务,对外代表正在设立中的公司,可以为公司的法人代表。若公司设立完成并依法成立,则设立人自动转为公司的股东并依法受到法律的保护;若公司设立失败未能依法成立,则由设立人对设立中公司的行为承担责任。

2. 公司设立必须依法律规定进行

公司在设立的过程之中需要满足一系列的实体性条件和程序性要求,各国公司法对此均做出了严格规定。只有按照《公司法》等法律规定的条件和程序完成设立行为,才能产生成立公司并使其获得法人资格的法律效果。也就是说,未完成设立行为或设立行为虽已完成但未满足法律规定的条件,公司均不能成立,成立了的也是不合法的公司。比如,设立时设立的资格不足,股东出资未经验证等,都将导致公司设立的失败。

3. 公司设立以取得法人资格为目的

公司设立行为的目的是取得公司法人资格成为能够独立经营受法律保护的实体。公司只有取得了法人资格,也就是取得法律上的主体地位,才具有行为能力和权利能力,才能以本公司自己的名义取得民事权利和承担民事义务。公司不像自然人一样可以基于出生获得法律人格,而必须依照法律规定完成设立行为才可获得法人资格。设立中的公司并不具有法律上的权利能力,且只能从事与设立、筹建公司相关的行为,超出该范围的行为即属设立人的个人行为,与公司设立无关,由此而产生的行为后果应当由设立人自己承担相应的法律责任。

4. 公司设立是一系列的法律行为综合实现的过程

公司设立包括公司发起、筹建和成立的全过程,涉及公司设立人为筹建公司而订立设立人协议,选择公司类型,制定公司章程,决定公司名称、住所、经营范围、出资方式、资本总额,由设立人认股并出资、召开创立会议、选举公司机关成员以及申请设立登记等一系列法律行为。值得注意的是,公司设立的具体内容会因公司类型的不同而有所区别,相对而言,在各种公司设立中,股份有限公司因为其自身的特点在设立的过程之中无论在设立行为的实体内容上,还是在设立程序上,均较其他公司复杂。

（二）公司设立与公司成立的联系和区别

要正确理解上述公司设立的概念和特征,还必须明确公司设立与成立的联系与区别。如上所述,公司设立是公司设立人以公司成立为目的而进行的一系列法律行为,而公司成立则是指公司设立人完成公司设立行为,经公司登记机关核准登记,领取营业执照,获得公司法人资格的一种法律事实。公司成立的日期是营业执照的签发日期。公司设立是公司成立的前提条件与基础,公司成立是公司设立的直接目的和法律后果。二者的区别主要在于:

1. 发生时间不同

一般而言,公司设立行为发生在公司取得营业执照之前,而公司一旦领取营业执照、取得法人资格,即告公司成立,可以进行正常的经营活动而且是受到法律的保护和支持的。实际上,公司的成立是设立行为被法律认可后依法存在的一种法律后果。也就是说,设立行为并不必然导致公司的成立,设立行为只有符合法定的条件和程序,才可能为法律所承认,否则公司也就无法成立。

2. 行为人不同

公司设立行为的当事人主要是由设立人,即发起人或者认股人组成;而公司成立行为的当事人则是由申请人和有权批准申请的主管机关组成。

3. 性质不同

公司设立表现为设立人一系列的民事法律行为,以设立人的意思表示为主要的要素,受平等、自愿、诚信等民商法基本原则的指导。其性质因公司类型的不同可以界定为共同民事法律行为或单独民事法律行为。而公司的成立发生在设立人与主管登记