



吴春岐 温小鹏 鞠海亭 著

公司设立 非诉讼 法律实务

GONG SI SHE LI FEI SU SONG FA LU SHI WU

- 🔍 《公司法》核心咨询专家强力举荐！
- 🔍 为你提供以法为辅的公司运营谋略！
- 🔍 公司设立法学理论与实务应用的全新结合！
- 🔍 公司成功设立的必备读本！

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



吴春岐 温小鹏 鞠海亭 著

公司设立 非诉讼 法律实务

GONG SI SHE LI FEI SU SONG FA LU SHI WU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

作者简介:

吴春岐,男,山东滨州人,民商法博士研究生,副教授。众成仁和律师集团兼职律师。多年致力于公司法的研究、教学和公司非诉讼法律实务,出版《公司法新论》、《公司法》、《中国民法典立法研究》、《抵押权》、《房地产法新论》、《中国民法》等著作七部;在《学习与探索》、《制度经济研究》、《判解研究》、《中国房地产》等刊物发表学术论文20余篇。

温小鹏,男,1965年出生,1994年取得律师资格。中国政法大学国际法硕士,首都经贸大学房地产开发硕士,会计师资格,现任北京市京一律师事务所主任,北京市律师协会国际投资委员会委员。多年致力于公司法的研究和公司非诉讼法律实务,曾代理多家美国跨国公司在我国各类不同的行业进行直接投资;代理多家跨国公司在我国进行公司收购与兼并;代理外国风险投资公司在我国进行风险投资;代表我国公司到境外设立公司、上市及进行风险融资。

鞠海亭,男,1966年出生,山东省平度市人。华东政法大学法学博士,中国人民大学法学博士后,曾被评为浙江省“优秀法学青年”。现任温州市中级人民法院研究室副主任(主持工作)。在国家和省级法学刊物上已发表三十余篇法学专业论文,其中在《现代法学》、《法学》和《人民司法》等国家级核心期刊上发表十四篇。出版个人专著《网络环境下的国际民事诉讼法律问题》,参编著作《电子合同与电子签名法研究报告》。

序

刘俊海*

现代公司法致力于鼓励投资兴业。因而，公司设立制度成为公司法理论体系和规则体系中的基础与核心。公司设立行为有广狭二义。广义的公司设立行为指依照法定条件和程序创设公司法律人格的各种法律行为与事实行为的总称；狭义的公司设立（或称发起人的公司设立行为）仅指发起人为创设公司法律人格而实施的一连串民事行为。公司设立的过程既涉及事实行为，也涉及法律行为；法律行为中既包括出资人或发起人的民事行为，也包括审批机关和登记机关的行政行为。此处重点讨论公司设立过程中的民事法律行为。因此，公司设立过程中有许多疑难法律问题需要研究，如公司设立的性质、公司设立过程中的债权债务承担、设立中公司的法律地位、公司设立无效的法律后果等。

在公司法实践中，与公司设立相关的法律实务特别是非诉讼法律实务的发展如火如荼。公司设立过程中的非诉讼法律实务一方面建立在对公司法基本原理和基本制度的吸收与消化的基础之上，另一方面也为公司法研究的繁荣和制度设计的进一步完善提供了取之不尽、用之不竭的营养元

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师、中国人民大学商法研究所所长。中国法学会消费者权益保护法研究会副会长兼秘书长。作为核心咨询专家或起草工作小组成员，参加了《公司法》、《证券法》、《证券投资基金法》、《合伙企业法》、《政府采购法》、《西部开发促进法》等商事经济法律的研究、起草和修改工作。2007 年被评为第五届“全国十大杰出青年法学家”。

素。遗憾的是,与汗牛充栋的公司法学术研究专著和公司诉讼类法律实务书籍相比,公司非讼法律实务类的专题研究相对较少。因此,从非诉讼的视角、从投资者的视角深入研究公司设立过程中的公司法律问题是我国当前公司法研究中亟待加强的一个课题。

吴春岐等几位作者撰写的《公司设立非诉讼法律实务》一书在此方面进行了有益的尝试和探索。本书作者之一吴春岐曾于2003年和2006年先后出版了《公司法新论》和《公司法》,对公司法进行了比较系统和全面的研究。在此基础上,经过长时间的酝酿,吴春岐联合有志于长期从事公司法研究和公司非讼实务工作的学者和资深律师,历时两年,共同撰写了《公司设立非诉讼法律实务》一书。

该书以公司设立顺序为逻辑主线,以公司设立的基本法律原理和相关法律规范为基础。本书第一编结合公司设立的相关法律规范,相对系统地阐述了公司设立的基础理论,为运用法学理论和法律规范,指导和规范公司设立行为奠定了坚实的基础。

该书以公司登记非诉讼实务为核心。随着市场经济的不断深入发展,与公司诉讼类法律实务相比,公司非诉讼法律实务的规模和数量之巨值得业内人士高度重视。为加强本书的实用性,作者先从公司登记相关非诉讼实务中寻找出法律问题,然后有针对性地开展法律分析。作者针对公司设立法律问题,选择专题设章进行论述,并在每章最后专门选择有关案例进行分析和总结,提醒读者在从事这些非诉讼法律实务时应特别注意的一些问题。

总之,该书全面系统地介绍和剖析了与公司设立相关的基本法律问题和非诉讼疑难问题,在发现问题、分析问题的基础上力求解决问题,并就相关问题表达了作者的一些独到见解,具有相当的理论水准和较高的实用价值。

作品从来都是遗憾的艺术。尽管本书是作者经过长期酝酿和反复斟酌修订而最终完成的,写作过程中也付出了艰辛的努力,但文中仍存在一些不妥之处,希望作者在今后的研究中不断总结,进而取得更多的研究成果。

CONTENTS

第一编 公司设立相关理论基础

第一章 公司设立概述 /3

第一节 公司设立的概念与性质 /3

一、公司设立的概念 /3

二、公司设立的性质 /5

第二节 设立中公司 /7

一、设立中公司的概念 /8

二、设立中公司的法律地位 /10

第二章 公司设立的方式、条件与程序 /15

第一节 公司设立的方式 /15

一、发起设立 /15

二、募集设立 /16

第二节 公司设立的一般条件 /17

一、主体要件 /18

二、资本要件 /23

三、组织要件 /31

第三节 公司设立的一般程序 /49

一、订立发起人协议 /49

- 二、制定公司章程 /50
- 三、政府部门审核 /53
- 四、发起人认缴出资 /54
- 五、申请设立登记 /54

第三章 公司的能力 /57

第一节 公司的民事权利能力 /57

- 一、公司民事权利能力的概念与特征 /57
- 二、公司民事权利能力的开始与终止 /59
- 三、公司民事权利能力的限制 /62

第二节 公司的民事行为能力 /68

- 一、公司民事行为能力的概念与特征 /68
- 二、公司民事行为能力的实现 /69

第三节 公司的民事责任能力 /73

- 一、民事责任能力的一般原理 /73
- 二、公司民事责任能力的概念与特征 /74

第四章 公司设立的法律责任 /77

第一节 公司设立无效 /77

- 一、公司设立无效概述 /78
- 二、公司设立无效的主要情形 /81
- 三、公司设立无效的法律后果 /82

第二节 公司发起人的法律责任 /82

- 一、公司发起人法律责任概述 /83
- 二、公司发起人法律责任的形态 /85

第二编 公司设立非诉讼法律实务

第五章 公司设立的立法原则与设立条件相关法律实务 /93

第一节 公司设立概念与设立原则相关法律实务 /93

一、《公司法》对公司设立若干前提性事项的规定 /93

二、《公司法》关于公司设立原则的规定 /98

第二节 各类公司设立方式、条件与程序相关法律实务 /104

一、有限责任公司的设立方式、条件与程序 /104

二、一人公司与国有独资公司的设立方式、条件与程序 /114

三、股份有限公司的设立方式、条件与程序 /118

四、合营企业、合作企业和外资企业设立的特殊规定 /131

第六章 公司章程相关法律实务 /153

第一节 公司章程制定相关法律实务 /153

一、公司章程制定的一般性规定 /153

二、公司章程主要条款的制定 /162

第二节 公司章程修改相关法律实务 /186

一、公司章程修改的一般程序 /186

二、公司章程修改中的特别注意事项 /188

第七章 公司设立登记相关法律实务 /199

第一节 公司设立登记管辖与登记程序相关法律实务 /199

一、公司设立登记的管辖 /199

二、公司设立登记的程序 /202

第二节 公司诸事项登记相关法律实务 /211

一、公司名称登记 /211

二、公司资本登记 /212

三、公司法定代表人登记 /213

四、公司经营范围登记 /216

第八章 公司能力相关法律实务 /229

第一节 公司权利能力相关法律实务 /229

一、公司民事权利能力的起止 /229

二、公司民事权利能力的限制 /236

第二节 公司行为能力与责任能力相关法律实务 /248

一、公司行为能力的限制 /248

二、公司民事责任的承担 /250

第九章 公司设立法律责任相关法律实务 /258

第一节 公司设立无效问题相关法律实务 /258

一、公司设立无效的法定事由 /259

二、公司设立无效的补正 /264

第二节 公司发起人法律责任相关法律实务 /270

一、发起人的出资违约责任 /270

二、发起人的资本充实责任 /274

三、发起人的损害赔偿赔偿责任 /277

四、公司不能成立时的发起人责任 /277

五、发起人的其他责任 /278

附录 1 公司设立条件一览表 /286

附录 2 现行法有关公司设立的规定 /288

中华人民共和国公司法 (节选) /288

(2005 年 10 月 27 日)

中华人民共和国中外合资经营企业法 (节选) /290

(2001 年 3 月 15 日)

中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例 (节选) /291

(2001 年 7 月 22 日)

中华人民共和国中外合作经营企业法 (节选) /297

(2000 年 10 月 31 日)

中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则 (节选) /298

(1995 年 9 月 4 日)

中华人民共和国外资企业法 (节选) /303

(2000 年 10 月 31 日)

中华人民共和国外资企业法实施细则 (节选) /304

(2001 年 4 月 12 日)

中华人民共和国公司登记管理条例 (节选) /310

(2005 年 12 月 18 日)

企业名称登记管理规定 (节选) /318

(1991 年 7 月 22 日)

企业名称登记管理实施办法 (节选) /322

(2004 年 6 月 14 日)

附录 3 常用公司设立法律文书 /328

公司名称预先核准申请书 /328

公司名称预先核定情况 /331

公司设立登记申请书 /332

____公司股东 (发起人) 名录 /333

6

**第一编 公司设立相关
理论基础**

第一章 公司设立概述

第一节 公司设立的概念与性质

一、公司设立的概念

公司设立的定义在立法上未见明确的规定。由于公司是投资者或投资者之间达成协议并依照法律规定组建的商事组织形式，在该组织被法律承认之前，必定有一个依照法定的条件和程序设立的过程。因此，有人认为，公司设立是指发起人^①依照法律规定的条件和程序，为组建公司，使其取得法律人格而必须采取和完成的一系列法律行为的总称。^②从传统民法理论对法律行为的本质认识来看，这一定义不完全准确。公司设立既为一过程，则在该过程中所进行的一切与公司的最终成立有关的行为皆应属于公司设立行为的范畴，而法律行为在民法理

① 在我国《公司法》中，仅股份公司设立人称为发起人，有限公司设立人则统称为股东。本书不再作此区分，无论是股份公司设立人，还是有限公司设立人，均统称为发起人。

② 梁宇贤：《公司法论》，台湾三民书局1980版，第54页。

论上是有特定含义的，它必须以一定的私法效果为其目的，公司设立过程中的某些行为，如公司设立人之间的协商行为并不能完全被法律行为一词所涵盖。因此，公司设立是指发起人依照法律规定的条件和程序，为组建公司，使其取得法律人格而必须采取和完成的一系列行为的总称。

由此可以看出，公司设立的目的是组建公司，并使其具有法人资格。因为在交易的过程中，公司能给投资者带来便利和利润，减少风险，所以投资者甘愿在公司设立之前接受各种法律的限制。同时，公司的设立必须符合法定的条件和程序。公司设立更多地涉及到公司法程序方面的规定，公司设立的行为不得违背这些程序性规定。拟设立公司的出资者或发起人依照法律规定的条件和程序，从事一定的准备工作，如达成共同筹组公司的股东协议、订立公司章程、认股及缴纳出资、确定董事会等公司机构、向公司登记机关申请公司设立的登记等，均属于公司设立行为的组成部分。

对于公司产生过程的阐述，在法律用语上常常使用“公司设立”和“公司成立”两个概念，公司的设立和公司的成立虽然只有一字之差，却有明显的不同。公司成立是指设立中的公司如果符合法律规定的条件，经过申请注册手续，由公司登记主管机关审核发放执照，从而取得法人资格的一种法律事实。在性质上来说，公司成立不是行为，而是事实状态，是法律对发起人的一系列准备行为的认可。具体说来，二者区别表现在以下几个方面：第一，发生的阶段不同。公司的设立行为贯穿于获得法律人格的整个过程，在获取法人资格即公司被依法核准登记时公司即成立。所以，设立在成立之前，成立是设立的一种结果。公司的设立并不一定导致公司的成立，其会有两种结果，一是设立行为被法律认可导致公司成立，一是公司设立行为无效或撤销，公司不能成立。可见，公司的设立是一个过程，要经历一段时间，而公司的成立是一个瞬间即可完成的点，是设立结果的表现形式。第二，行为的性质不同。因为公司设立行为是设立公司的一系列准备行为，主要发生在发起人之间，或者发起人与认股人之间，

他们地位是平等的，可以自由表达自己的意思，在进行法律行为时还应遵循民法的基本原则，按照法律行为的成立要件和生效要件来判断该法律行为的效力。当发生争议时可以依据当事人的协议解决。而公司的成立行为主要发生在发起人和公司登记机关之间，是行政机关行使职权的过程，所以具有行政性，属于行政行为，具有公法的性质，若发生争议则应归属于行政争议范畴，须按照相应的行政法规来解决。第三，法律效力不同。公司设立过程中尚未取得法人资格，不能享有法律规定的有关的权利或承担有关的义务，故不能作为独立的主体从事交易和其他行为，公司设立过程中发生的各种债权债务关系不能以公司的名义享有或承担。而公司的设立行为一旦完成，公司已经成立，其便具有了法律规定的民事法律关系的主体资格，也有权以自己的名义进行有关的业务活动和法律活动。也就是说，公司的成立，意味着公司的独立法律人格已经取得。^①

二、公司设立的性质

在公司成立之前发起人所做的所有的准备行为都是公司的设立行为，其目的都是为了取得公司的法人资格。在这些准备行为中，发起人之间的行为多为民事法律行为，而发起人申请注册登记、申请募集股份的行为则有行政行为的性质。在这些行政行为中体现了国家的意志，是国家对公司设立进行管理的重要手段，具有强制性。除此之外，如选择营业地点、进行资产评估、缴纳股款等行为只是具有法律效果的事实行为。所以公司设立的性质并不是单一的，公司设立的核心部分或主要内容，是民事法律行为。但从学界关于公司设立行为性质的研究来看，争议颇大，概括起来，主要有三种不同的学说：

其一，合伙契约说。又称为契约说或契约行为说，该说认为发起人协议、公司章程都是以当事人的意思表示一致为基础的，对当事人当然地产生

^① 参见吴春岐：《公司法》，中国政法大学出版社2006年版，第64-65页。

生约束力，因此公司的设立属于民法上的契约行为。这种学说强调公司章程在公司设立中的重要地位，并依照公司章程的合伙契约性质来解释设立行为的法律效力。

其二，单独行为说。该说认为公司的设立行为是发起人以创办公司为目的所做出的单独行为，公司的章程是各股东单独行为的联合或者偶然契合。根据对各个发起人联合的方式理解不同，学术界又有偶合的单独行为说和联合的单独行为说之分，前者指公司的发起人各有设立公司的不同的目的，其各自独立的行为偶然地凑合在一起而成立了公司；后者指发起人最初各自设立公司的意思表示并不一样，只是在设立公司的共同目的下联合起来，形成共同的意思表示而共同联合的设立公司。

其三，共同行为说。又称为公司行为说，该说认为公司的设立是发起人在同一个目的的指导下，以多数发起人的意思表示共同一致而做出的行为。

上述诸说皆有不完全准确之处。就单独行为说来看，无论是偶合的单独行为说还是联合的单独行为说，都忽略了发起人设立公司的共同目的，以及全体或多数发起人平行一致的行为，所以单独行为说在理论上说不通，与事实也不吻合，不能用这种理论来解释公司设立的法律性质。对于合伙契约说，我们认为合伙契约与公司设立至少有以下几点区别：首先，二者主体地位不同。公司的设立是创立公司的团体行为、集体行为，发起人仅是设立中公司的组织分子，是设立中公司的一员，未经选任、聘任为董事或委托为代表人，不能代表设立中公司从事法律行为，若为之，则是其个人行为，法律后果自然归属其个人；而合伙关系中的合伙人则是合伙的主体，每个合伙人都有权代表合伙企业从事经营业务，因此每个合伙人的经营对全体合伙人都发生法律效力。其次，二者目标内容不同。公司的设立以创设新的权利主体为目标内容，而合伙契约以成立债权债务关系为目标内容。最后，二者形成过程不同。契约的成立，需经过要约和承诺两个阶段，而章程的订立则不经过这两个环节，它是发起人平行一致的意思