



面向 21 世纪 课 程 教 材
Textbook Series for 21st Century

公 司 法 学

The Science of Corporate Law

刘俊海 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



面向 21 世纪 课程 教材
Textbook Series for 21st Century

D922.291.91
LJH

公 司 法 学

The Science of Corporate Law

刘俊海 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公司法学/刘俊海著. —北京:北京大学出版社,2008.8

(面向21世纪课程教材)

ISBN 978-7-301-12193-1

I. 公… II. 刘… III. 公司法-法的理论-中国-高等学校-教材
IV. D922.291.911

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第077756号

书 名: 公司法学

著作责任者: 刘俊海 著

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 978-7-301-12193-1/D·1770

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 29.5印张 556千字

2008年8月第1版 2008年8月第1次印刷

定 价: 40.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

内 容 简 介

如果说宪法是国家政治生活中的根本大法,是治国安邦的总章程,那么,公司法堪称公司经济生活中的根本大法,是投资兴业的总章程。完善的公司法治是增强民族经济竞争力的必要条件,是衡量一国资本市场现代化和法治化的试金石,更是构建和谐社会的重要法律基础。本书从介绍公司法的基础理论入手,结合作者多年公司法研究的学术成果及其参与 2005 年《中华人民共和国公司法》修改的立法经验,对公司从设立到终止的公司生命周期中的基本原理、基本制度、基本概念和基本法律关系进行了深入剖析和权威诠释。本书以 2005 年修订的《中华人民共和国公司法》的制度设计为主线,兼及其他国家和地区的公司法,并关注到 2005 年修订的《中华人民共和国公司法》颁布和实施以来的新生法律问题。全书结构合理,逻辑清晰,主题鲜明,学术性与实务性并重,是法学院系和财经院系学生学习公司法的权威教科书。

作者简介

刘俊海,民商法博士,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。历任中国社会科学院法学所研究员、中国社会科学院研究生院教授、博士生导师、中国社会科学院法学所所长助理等职。兼任中国消费者协会副会长、中国法学会消费者权益保护法研究会副会长兼秘书长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、北京仲裁委员会仲裁员、全国总工会法律顾问委员会委员等。1989年毕业于河北大学法律系,获法学学士学位。1992年毕业于中国政法大学研究生院,获经济法硕士学位。1995年毕业于中国社会科学院研究生院,获民商法博士学位。1996年至1997年赴挪威奥斯陆大学从事博士后研究。1998年受欧盟资助赴荷兰阿姆斯特丹大学法学院从事访问研究。2000年至2001年受美中学术交流委员会资助,赴美国密歇根大学和堪萨斯大学作高级访问学者。参加了《公司法》、《证券法》、《证券投资基金法》、《合伙企业法》、《国有资产法》和《政府采购法》等商事经济法律的研究、起草和修改工作。自1987年起,已出版《股份有限公司股东权的保护》、《公司的社会责任》、《欧盟公司法指令全译》、《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》、《公司法的剖析》等专著或译著12部,在美国《哥伦比亚商法评论》(Columbia Business Law Review)和《中国法学》等学术刊物发表中英文学术论文一百余篇。自1996年以来,多次赴美国、荷兰、德国、芬兰、新西兰、日本、新加坡、马来西亚、泰国、越南等国和我国台湾、香港和澳门地区出席学术研讨会,并多次提交英语论文并发表英语演讲。1999年被北京市法学会授予“优秀中青年法学家”称号。《电子商务中的信任机制研究》(英文)在美国商法学会(the Academy of Legal Studies in Business)2001年年会上荣获拉尔夫·邦奇奖(the Ralphe Bunche Award)。2003年被《财经时报》评选为全国“2003年度十大意见领袖”。2005年《股份有限公司股东权的保护》一书在中国社会科学院、中国法学会和全国青联举办的第一届“中国青年法律学术奖(法鼎奖)”评选中获金鼎奖(一等奖)。2006年被中国法学会评选为第五届“全国十大杰出中青年法学家”。

自序

公司是市场经济社会的主人翁,是经济发展、科技进步、国家富强、百姓富庶、社会和谐的物质基础。如果说宪法是国家政治生活中的根本大法,是治国安邦的总章程,那么,公司法则是公司经济生活中的根本大法,是投资兴业的总章程。实践证明,完善的公司法治是增强民族经济竞争力的必要条件,是衡量一国或者地区资本市场现代化和法治化的试金石,更是构建和谐社会的重要法律基础。凡属市场经济大国,不管其为大陆法系,抑或英美法系,无不拥有引以自豪的公司法,无不拥有一大批职业化的公司法学者、公司法法官和公司法律师。因此,公司法应当成为法学院系和财经院系学生的必修课程。

在多年从事公司法研究的过程中,早就想写一本公司法教材,也有不少读者和出版社约我写这样一本教材。但由于近年忙于公司法修改的专题研究,迟迟未能如愿。在我2006年撰写《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》期间,我从中国社会科学院法学研究所调入了中国人民大学法学院。从研究员岗位转换到教授岗位后,既要继续从事商法的学术研究工作,还要为意气风发的本科生和研究生们传授商法知识。要传授商法知识,教材似乎又必不可少。

此时,适逢北京大学出版社法律编辑室谢海燕老师热忱邀请我撰写一本公司法教科书。恭敬不如从命。心中的负疚感总算得以缓解。撰写一本公司法精品教科书并非易事。本着弘扬主流价值观、介绍与评论通说的教材撰写规则,我为撰写这本教科书前后投入了一年多的时间。本书以2005年修订的《中华人民共和国公司法》的制度设计为主线,兼及其他国家和地区的公司法,强调了基本原理、基本制度、基本概念的论述,期望能对法学院系和财经院系的同学们研习公司法起到引路指南的作用。

在此,要对鼓励与支持我撰写此书的所有家人和友人表示感谢。我要感谢妻子徐海燕教授在繁忙工作之余支持我的学术事业。我要感谢我的女儿每天带给我的阳光心情。

由于我才疏学浅,本书缺憾定所难免。尚祈读者诸君有以教之,不胜感激之至。

刘俊海

2008年4月15日

于中国人民大学

目 录

第一章 公司法基础	(1)
第一节 何谓公司	(1)
第二节 公司的分类	(7)
第三节 公司法的概念、特点和调整对象	(17)
第四节 公司法的作用	(23)
第五节 公司法的渊源	(27)
第六节 中国公司法历史	(32)
第二章 公司设立	(38)
第一节 概述	(38)
第二节 公司设立要件	(40)
第三节 公司设立程序	(46)
第四节 公司发起人	(55)
第五节 设立中公司	(60)
第六节 公司设立无效	(64)
第三章 公司章程	(67)
第一节 公司章程概述	(67)
第二节 公司章程的个性化设计	(71)
第三节 公司经营范围制度	(76)
第四节 公司章程与股东协议	(79)
第四章 资本与股份	(81)
第一节 公司资本与资本三原则	(81)
第二节 最低注册资本制度	(87)
第三节 股东分期缴纳出资制度	(89)
第四节 股东的出资方式	(91)
第五节 瑕疵出资股东的民事责任	(96)
第六节 抽逃出资股东的民事责任	(102)
第七节 股份与股票的概念	(106)
第八节 股份发行	(110)
第九节 新股发行	(114)

第五章 股东权	(121)
第一节 股东权概述	(121)
第二节 股东权、物权与债权的比较	(126)
第三节 股权平等原则	(136)
第四节 向弱勢股东适度倾斜的原则	(141)
第五节 股东有限责任原则	(145)
第六节 股东诚信原则	(149)
第七节 股东资格的确认	(155)
第八节 股东的账簿查阅权	(160)
第九节 股东的分红权	(164)
第十节 股东的退股权	(170)
第十一节 股东代表诉讼提起权	(176)
第六章 股权转让	(181)
第一节 有限责任公司股权转让合同的效力	(181)
第二节 有限责任公司股权变动的效力	(184)
第三节 有限责任公司股东向非股东转让股权的特殊限制规则	(188)
第四节 外商投资有限责任公司股权转让的特殊规则	(191)
第五节 股份有限公司的股份上市	(193)
第六节 股份有限公司的股份转让	(196)
第七节 股份有限公司股份转让的法律限制	(200)
第八节 非法证券活动的整治	(208)
第七章 公司治理	(215)
第一节 公司治理概述	(215)
第二节 股东会制度	(219)
第三节 董事会制度	(232)
第四节 董事长制度	(241)
第五节 总经理制度	(245)
第六节 监事会制度	(248)
第七节 公司董事、监事、高级管理人员的约束与激励	(252)
第八节 独立董事制度	(265)
第九节 瑕疵公司决议的司法救济机制	(275)
第八章 公司债权人的保护	(282)
第一节 概述	(282)
第二节 揭开公司面纱制度	(282)
第三节 公司担保	(288)

第四节	一人公司债权人的特殊保护	(294)
第五节	会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿责任	(297)
第九章	并购重组	(305)
第一节	并购重组概述	(305)
第二节	公司合并	(308)
第三节	公司分立	(314)
第四节	控制权收购	(319)
第五节	资产收购	(327)
第六节	外资并购制度	(328)
第七节	上市公司并购重组财务顾问制度	(336)
第十章	公司社会责任	(345)
第一节	公司社会责任概述	(345)
第二节	强化公司社会责任的理论根据	(348)
第三节	公司社会责任运动的实践	(352)
第四节	建设服务型政府,推动公司社会责任运动	(356)
第五节	强化公司社会责任是全社会的共同责任	(359)
第十一章	公司债券	(365)
第一节	公司债券概述	(365)
第二节	公司债券的发行	(370)
第三节	公司债券的流转	(374)
第四节	公司债券持有人的利益保护机制	(376)
第十二章	公司财务会计制度	(385)
第一节	概述	(385)
第二节	公司会计信息质量要求	(387)
第三节	财务会计报告、会计要素和会计计量属性	(390)
第四节	公司财务会计报告的编制和提供	(396)
第五节	公司财务会计报告审计	(399)
第六节	公司净利润的分配	(403)
第七节	公司内部控制制度	(406)
第十三章	特殊类型公司	(413)
第一节	一人公司	(413)
第二节	有限合伙	(415)
第三节	外商投资公司	(420)
第四节	国有独资公司	(432)

第十四章 公司终止	(436)
第一节 公司终止概述	(436)
第二节 公司解散事由	(437)
第三节 清算中公司的法律地位	(440)
第四节 公司清算程序	(442)
第五节 清算义务人的义务与责任	(450)
第六节 公司的司法解散	(453)

第一章 公司法基础

第一节 何谓公司

公司是市场经济社会的主人翁,是经济发展、科技进步、国家富强、百姓殷实、社会和谐的物质基础。完善的公司法治则是增强民族经济竞争力的必要条件,是衡量一国或地区市场竞争力的试金石,更是构建和谐社会的重要法律基础。美国著名法学家巴特勒教授在 1921 年曾如是感慨:“公司是现代社会最伟大的独一无二的发现。即使蒸汽机和电都无法与之媲美。而且,倘若没有有限责任公司,蒸汽机和电的重要性也会大打折扣。”^①

假定投资者筹划设立公司开展经营活动,必先了解何谓公司。我国《公司法》第 2 条指出:“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。”该条规定仅仅是对公司作出了立法分类,并未对公司给出权威的立法定义。笔者认为,公司是依法设立的、以营利为目的、并依法承担社会责任的法人。

一、公司是法人

(一) 公司具有独立的权利能力、行为能力、责任能力和诉讼能力

在现代市场经济社会,民事主体主要包括自然人、法人和其他组织(如合伙企业)三类。公司属于法人的范畴,也是最活跃的法人类型。公司一旦有效成立,即卓然独立于股东,如同婴儿自其呱呱落地之时就开始成为独立的法律主体(法人)。由于公司人格独立于股东人格,股东的死亡或变更也不妨碍公司之存续。除非股东决定解散公司或公司并入其他公司,公司可永久存在。

公司的独立法律人格意味着公司具有独立的权利能力、行为能力、责任能力和诉讼能力。就权利能力而言,除非宪法和法律另有规定、公司的存在目的另有限制,自然人根据宪法、实体法和程序法享有的一切权利(如物权、债权、知识产权、股权、人格权与诉权等),公司皆得享有。与公民隐私受法律保护相若,公司商业秘密亦受法律保护。但公司不享有专属于自然人的政治权利(如政治生活中的选举权与被选举权)以及以自然人人格或身体为前提的人身权利(如继承权、生命权、健康权、身体自由权等)。

^① A. L. Diamond in Orhnia (Ed.), Limited Liability and the Corporation (1982), p. 42.

就责任能力而言,公司如同自然人一样,可独立承担法律责任(包括民事责任、行政处罚和刑事责任)。公司以其全部财产对其债务承担无限清偿责任。而股东和经营者原则上不对公司债务负清偿责任。公司的债权人不得向公司的股东或经营者主张债权,股东和经营者的债权人也不得向公司主张债权。当然,在债务人股东无其他财产可供执行时,股东的债权人可依法申请法院强制执行该股东对公司享有的股权,并从中受偿。但法院执行的财产仅是股东的财产权利(股权),而非公司的财产权利(包括财产所有权)。因此,“有限责任公司”或“股份有限公司”中的“有限”二字确指“股东责任有限”,而非“公司责任有限”。

(二) 公司借助公司机关实施公司行为

公司缺乏自然人的眼耳鼻舌身,须仰赖股东会(意思机关)、董事会(执行机关)或监事会(监督机关)等公司机关形成和执行公司的意思表示。公司机关制度是公司法人性的体现。公司机关与公司人格具有同一性。公司机关在公司目的范围之内实施的行为(法律行为、准法律行为、事实行为、诉讼行为或侵权行为等违法犯罪行为),均自动、当然视为公司行为。董事、监事和高级管理人员在执行公司职务过程中的主观故意或过失即为公司的故意或过失。

(三) 公司财产受《物权法》的保护

物权是公司自治与公司资本制度的基础。公司成为独立法律主体的关键在于,公司具有独立于股权和股东财产所有权的法人所有权。公司财产独立于股东、董事、经理或政府的自有财产。没有独立财产的公司,不是真正的公司和法人。公司对财产的所有权可称之为“法人所有权”。作为所有权人,公司有权在强行性法律规范和公序良俗容忍的范围内,自由地占有、使用、处分公司财产,并从中受益,亦可排除包括控制股东、债权人和经营者在内的第三人的干涉、妨碍和限制。占有、使用、收益和处分为公司物权的四大积极权能,而排除第三人干涉乃为公司物权的消极权能。我国《物权法》第68条第1款明确规定:“企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利。”

(四) 法律有关法人的规定均适用于公司

依据我国《民法通则》的分类方法,法人分为企业法人、事业单位法人、社会团体法人和国家机关法人。准此以论,公司属于企业法人的范畴。因此,我国《民法通则》等基本民商法律有关法人的规定原则上也适用于公司。

(五) 公司的法人性并非绝对

公司的法人性与股东有限责任原则均有相对性。为保护公司的债权人免于遭受控制股东“草船借箭”、“借尸还魂”、“坚壁清野”、“瞒天过海”等阴谋诡计的不法侵害,现代公司法倾向于在例外情况下授权法院责令滥用法人资格、欺诈坑害债权人的股东对公司债务承担清偿责任。此即“揭开公司面纱”或公司法

人资格否认的法理。

二、公司具有营利性

传统公司作为股东个人的营利手段而设立和存在,公司的存在价值仅在于营利。公司是商法人,公司具有营利性。这为公司法涂上了浓厚的营利性色彩。美国《模范商事公司法》明确将公司称作“商事公司”(business corporations)。公司不同于非营利法人或公益法人。相比之下,非营利社团法人,如行业协会、消费者协会、工会、研究会等,往往以谋求社会中不特定多数人的利益为宗旨。

公司的营利性作为一个经典概念,指公司的存在目的在于从事商事行为、追求超出资本的利润,并将利润分配于诸股东。公司的营利性体现为三点:一是公司自身的营利性;二是股东的营利性;三是高管的营利性。

公司的营利性意味着,公司具有商人的全部权利能力和行为能力,有权在法律和公序良俗不禁止的范围内开展各种经营活动,以追逐超出资本的利润。公司向消费者和其他交易伙伴提供商品和服务的行为是经营行为(商事行为),即以营利为目的,固定地、反复地、连续地开展的营业行为。每个公司在法理上具有营利性,但并不意味着每个公司在实践中都能赚钱。公司开展经营活动时不得以自己亏损或微利为由,拒绝履行法律为企业或者经营者^①设定的义务和责任。公司的营利性决定了公司在达到破产界限、无法实现公司的营利目标时,应进入破产程序(包括清算程序和破产保护程序)。公司的营利性是股东营利性得以实现的基础和手段,也是公司承担社会责任的前提与保障。

股东的营利性意味着,股东有权从公司取得投资回报,公司应把股东利益最大化视为公司最高价值取向。我国当前股市投机性过强的重要原因在于,股东领取的股利甚少,物质股利仅具“精神鼓励”作用,有些公司甚至不分股利;为追求投资回报,只能寄希望于股票投机。一些营利甚丰的公司滥用“公司利益高于股东利益、股东长远利益高于股东近期利益”的理论,甚至提出“小股东利益服从大股东利益”的错误理论,长期推行低股利甚至零股利的分红政策。公司经营层和控制股东虽能通过丰厚薪酬和关联交易等方式攫取私利,却使许多小股东饱受其害。股东的营利状况既取决于公司的营利状况,也取决于公司的股利分配政策。分红政策属于公司自治的范畴,法院原则上缺乏对其妥当性进行司法审查的正当依据和判断能力。但当股利分配政策沦为控制股东或经营者压榨或排挤中小股东的手段时,法院应破例对于遭受压榨或排挤之苦的中小股东提供法律救济。我国《公司法》注意到股东的营利性,在第75条第1项将公司

^① “经营者”一词有时指公司的代理人董事、监事和高级管理人员;有时则指公司或企业。后者如《反垄断法》和《消费者权益保护法》中的“经营者”。

连续五年赚钱、连续五年具备分红条件、连续五年不分红则为股东的法定退股事由。

高管的营利性意味着,公司法既要设定公司高管的约束机制,也要设定高管的激励机制,包括薪酬激励和股权激励机制。高管应是职业经理人,是重要的商人阶层。高管位高权重,直接支配和控制公司的各种资源。不把高管作为商人对待,高管心态必然失衡。心理失衡之下,各种掠夺公司财富和股东财富的道德风险便会滋生蔓延。对于高管而言,公平的利益激励不是万能的,但没有公平的利益激励则是万万不能的。高管的营利性既是实现高管市场化定价的理论基础,也有利于强化高管的诚信义务。因为,有偿受托人的忠诚和勤勉义务要高于无偿受托人。

三、公司具有社会性

倘若把营利性看作公司与生俱来的自然属性,社会性则是公司后天培育养成的社会品德。从宏观角度看,公司作为独立的经济组织和民事主体,即公司居民,与自然和其他组织一样均为重要的社会成员。从微观角度看,公司本身除了扮演股东和经营者的营利工具,还寄托和承载着债权人、劳动者、消费者、当地社区、政府、社会公众等利害关系人的切身利益。换言之,现代社会的公司不再是股东的公司、经营者的公司,还是社会的公司,是诸多利益相关者的公司。现代的公司已变成多元化利益的聚焦点和多重法律关系中的义务主体。我国《公司法》第5条引领世界公司社会责任立法的时代潮流,明确要求,“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任”。

四、公司具有资合性

公司的资合性是指公司内外关系的确定以资本、而非股东信用或股东人际关系为基础。股东之间权利的行使以其各自的出资额为衡量标准,公司对外的债务清偿以公司资本为根基。在通常情况下,公司的信用基础取决于公司的资本基础。

为维护交易安全,传统公司法创设了资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则。我国《公司法》还确认了法定最低注册资本原则。资本确定原则和法定最低注册资本原则着眼于从形式上预先确定公司资本金额,资本不变原则着眼于从形式上预防资本额的减少,资本维持原则着眼于从实质上维持和保护公司的实有资产。公司的实有资产对于公司债权人的重要性高于观念上的注册资本。基于鼓励投资兴业与维护交易安全的双重立法目标的权衡,我国《公司法》改革形而上学的传统资本制度,大幅降低了法定最低注册资本,慷慨允许股东分

期缴纳出资,空前扩大股东出资方式的多元化。

公司具有资合性,并不意味着所有公司都没有人合性。相反,非上市公司尤其是闭锁型的有限责任公司具有较强的人合性。人合性是把众多股东连接在一起的粘稠剂。最为典型的闭锁型公司是由亲朋好友组建的有限责任公司。公司有无人合性、人合性色彩之浓淡,均取决于公司章程、股东协议的约定和股东结构。

五、公司具有自治性

公司虽冠以“公”字,但绝非公法主体,而系私法主体,天然需要弘扬公司自治与股东自治精神。公司自治精神强调,公司在强行性法律规定和公序良俗容忍的范围和限度内,有权为了追求自身的经济利益,以自己的名义实施各种商事行为,从而为自己创设权利、设定义务,国家对此只能予以确认和保护,而不能予以干涉和妨碍。公司自治原则是市场经济的活力之源,也是现代公司法的基础。广义的公司自治还包括股东自治在内。

公司自治原则又可引申出公司财产权利尊重原则和公司行为自由原则。公司财产权利尊重原则意味着,公司依法取得的物权、债权、知识产权和股权等民事权利,代表着公司拥有的资本、劳动、管理与技术等财产资源,依法受到尊重与保护。这些民事权利的享有和行使是企业生存和盈利的前提条件。公司行为自由原则既包括双方行为自由(契约自由),也包括单方行为自由,还包括多方行为自由(如章程自由)。该原则有助于公司依其自主决定的意思形成民事关系。尽管有些法学家发出了“合同死亡”的慨叹,但笔者认为契约自由原则并未发生动摇,而且在知识经济和网络经济时代获得了再生与扩张。公司行为自由原则有助于公司放心大胆地开展商事流转,缔结商事关系,取得利润的最大化。

我国《公司法》相信公司和股东的智慧与自治能力,扩张了公司自治空间,充分尊重股东自治、股东自由、股东民主和股东权利,大幅减少了行政权和国家意志对公司生活的过度干预。我国《公司法》已开始意识到市场智慧多于政府智慧,商人智慧多于立法者的智慧的客观现实。公司自治与股东自治性理论虽在我国《公司法》中已充分展现,但仍有不少盲点需要填补。实践已经而且必将继续证明,弘扬公司的自治性理论对于指导未来的公司法改革、提高公司立法产品的质量具有永不磨灭的理论指导作用。

传统公司法教科书往往把社团性看作公司的核心特征。但现代公司法开始不约而同地突破公司的社团性,公开承认一人公司。我国《公司法》在第24条果断地删除了有限责任公司股东的二人下限,致使一人有限责任公司制度在中国大地上落地生根,与我国传统文化中鼓励单打独斗的文化基因也是一拍即合。因此,笔者认为社团性不是公司的本质属性。当然,我国《公司法》对社团性理

论的突破仍有局限性。笔者建议立法者将一人公司制度引入股份有限公司领域,承认一人股份有限公司。

六、我国企业和公司登记数据扫描

公司已成为我国社会主义市场经济中的主要企业形态。据统计,截至2007年6月底,我国实有企业876.1万户。内资企业327.6万户;外商投资企业28万户;私营企业首次突破五百万户,达到520.5万户。个体工商户2621.4万户。^①按照这种统计方法,公司组织形态分散于内资企业、外商投资企业和私营企业之中。将私营企业与内资企业相提并论在逻辑上是错误的。但由于企业登记机关内部区分为内资企业登记部门、外资企业登记部门和个体私营企业登记部门,为便利统计,企业登记机关多年来一直沿袭这一分类传统。

随着我国国有企业改革不断深化,国家产业政策不断调整,越来越多的国有、集体企业进行了规范的公司制改革,国有企业退出一般性竞争领域,部分国有、集体企业或注销或转为私营企业,同时我国加入世贸组织的承诺逐步兑现,国际资本争相涌入,市场竞争更加激烈,部分规模小的国有、集体企业因体制、机制等原因管理不善、竞争力下降,导致被兼并、破产、关闭,国有、集体企业数量持续减少,在内资企业总户数中所占比重继续下降,而公司制企业所占比重持续增加。其中,国有企业实有68.2万户,占内资企业总户数的20.82%;集体企业104.3万户,占31.82%;公司132.7万户,占内资企业总户数的40.51%;股份合作企业17.9万户,占5.46%;其他企业4.5万户,占1.39%。内资企业注册资本实有18.4万亿元,其中公司注册资本12.74万亿元,占内资企业实有注册资本的69.35%。^②

私营企业越来越多地采取公司组织形式,成为《公司法》的调整对象。积极的政策导向吸引了大量民间资本、产业资本和金融资本的积聚,为非公有制经济发展营造了良好的投资成长环境。截至2007年6月,我国私营企业520.5万户,注册资本8.3万亿元。其中,私营有限责任公司406.8万户,占私营企业总户数的78.17%;注册资本7.72万亿元,占私营企业注册资本总额的92.7%。股份有限公司实有1762户,注册资本850.2亿元。独资企业实有100.2万户,注册资金4512.4亿元。合伙企业实有13.3万户,注册资金711.7亿元。

外商投资企业中亦多采取公司形式。截至2007年6月底,我国实有外商投资企业28万户(不含国家工商行政管理总局外资局自身登记企业的数据)。其

^① 《2007年上半年全国企业持续稳定发展,企业结构进一步优化》。参见国家工商行政管理总局网站:http://www.saic.gov.cn/zwxqx/zwgk/ndbg/t20071101_25697.htm。

^② 同上。

中,外商独资企业 17.2 万户,外商投资股份公司 548 户;中外合资企业 9.3 万户;中外合作企业 1.5 万户。其中,外商独资企业增长较快,占实有户数的 58.8%。^①近年来,随着外商独资经营领域放宽,外商独资企业和外商投资股份公司双双上升,中外合资、中外合作企业双双下降。这主要是由于外商独资企业的经营方式自主、灵活而备受外国投资者青睐;而中外合作企业受制于一些合作因素的干扰,如目前国家加强对国有土地资源的管理,土地的管理和使用权审批日渐严格,使投资者成本大为增加。

第二节 公司的分类

交易安全必然呼唤公司类型的法定主义。为增强公司法律关系的预期度与透明度,便于债权人与公司缔结法律关系时有所选择,公司法必须确立公司类型法定原则。具有法律意义的公司类型往往直接源于立法者的授权。投资者无权在立法分类之外再行创新公司类型。但在市场和广大商人的创新力面前,传统的公司类型法定主义必然表现出一定的弹性化。换言之,在公司法允许的框架内,投资者可在股东人数、股东相互关系、股权结构和公司治理等方面作出个性化的创新设计。与其他国家和地区相比,坚信自由市场经济理念的美国诸州就能容忍和许可更多的公司类型。本节兼从法律和学理角度概述公司的主要分类。

一、有限责任公司、股份有限公司、无限公司、两合公司

以公司组织形态和股东责任为准,公司分为有限责任公司、股份有限公司、无限公司、两合公司。其中,有限责任公司与股份有限公司中的全体股东,以及无限公司与两合公司中的有限责任股东的投资风险表现为直接责任、无限责任。此种分类在立法中最为重要。

有限责任公司指特定人数以下的股东以其出资额为限对公司债务负责的公司。我国《公司法》第 24 条规定,有限责任公司由五十个以下股东出资设立。

股份有限公司指特定人数以上的股东以其所认缴股份为限对公司债务负责的公司。根据我国《公司法》第 79 条之规定,股份有限公司发起人为二人以上二百人以下。有限责任公司与股份有限公司的关键区别不在于股东人数之多寡,而在于公司治理规则的弹性化程度与股权转让限制程度的差异化。

无限公司指股东以其所有财产对公司债务承担无限连带清偿责任的公司。

^① 《2007 年上半年全国企业持续稳定发展,企业结构进一步优化》。参见国家工商行政管理总局网站:http://www.saic.gov.cn/zwxxq/zwgk/ndbg/t20071101_25697.htm。