

第一章 公 司 法

一、公司法概述

案例 1 公司的种类

【案情摘要】

A、B、C 三人投资设立一公司。A 出资 50 万元人民币，B 以价值 40 万元的房屋出资，C 出资人民币 60 万元。在设立过程中，C 出资最多，便主张设立的公司为两合公司，并认为我国的公司法规定的公司概念包含了两合公司、有限责任公司、无限公司和股份有限公司四种类型。

【法律问题】

C 对我国公司分为四种类型的主张是否正确？

【参考结论】

C 对我国公司分为四种类型的主张是不正确的。

【法理、法律精解】

在我国，公司是指依据《公司法》设立的企业法人。《中华人民共和国公司法》（以下简称《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 3 条第 1 款规定：“有限责任公司和股份有限公司是企业法人”。根据我国《公司法》，公司分为有限责任公司和股份有限公司。这是我国法律上对公司的分类，仅包括两种公司，其分类的实质标准是公司全部资本是否分为等额股份。有限责任公司是全体股东对公司只以各自出资额为限承担责任的公司。《公司法》第 3 条第 2 款规定：“有限责任公司，股东以其出资额为限对公司承担

责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任”。股份有限公司是公司全部资本划分为等额股份，全体股东在其各自所认购的股份数额内对公司承担责任的公司。《公司法》第 3 条第 3 款规定：“股份有限公司，其全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任”。无限公司和两合公司是大陆法系国家公司法根据股东对公司债务承担责任的不同来划分的。我国《公司法》并不规定无限公司和两合公司，而只承认有限责任公司和股份有限公司。故 C 主张设立的公司为两合公司，并认为我国《公司法》规定的公司概念包含了两合公司、有限责任公司、无限公司和股份有限公司四种类型，C 的这种认识是错误的。

二、公司法基本制度

案例 1 公司的设立原则

【案情摘要】

2001 年 3 月 24 日，A 与 B 对公司的设立原则发生了争议，A 认为我国的公司设立紧跟世界潮流，为鼓励公司的设立，活跃市场，采取了登记主义制度，只要具备法律规定的条件并提出申请即可获得政府的承认。B 则认为我国是社会主义国家，公司设立都要按照程序由政府审批。

【法律问题】

A 与 B 对公司设立原则的认识是否正确？

【参考结论】

A 与 B 对公司设立原则的认识均不全面。

【法理、法律精解】

公司的设立，是指为使公司成立而依法进行的一系列法律行为及相关法律程序的总称。公司设立中的法律行为，主要是发起人或股东为设立公司而进行的民事法律行为，性质上属于共同行为，即

二人为了共同的目的所进行的一致行为；此外，还包括行政行为，如国家行政机关所进行的审批行为、登记行为等。公司的设立与成立不同，公司成立是指公司取得法人资格，它是公司设立行为的结果和设立程序的终结。并且，公司设立后果还有可能是公司不成立。从历史上看，公司设立原则共有四种：（1）自由主义原则，即公司设立由当事人自由为之，法律不加干涉。近现代各国均放弃了自由主义。（2）特许主义原则，即公司设立须经国家元首颁发令状或议会通过特别法令许可。（3）核准主义原则，即公司设立除符合公司法的规定条件之外，还必须经国家授权的行政机关审查批准。现在多数国家不采取此种做法。（4）准则主义原则，即公司设立只须符合公司法预先规定的条件，即可登记成立。鉴于公司设立过程中的各种弊端，各国遂在立法中严格规定公司设立要件，加重发起人的责任，并加强公司设立的登记制度。这种做法被称为严格准则主义原则，先前的做法则称为单纯准则主义原则。现在大多数国家采取严格准则主义原则。我国《公司法》对公司设立实行的是准则主义与核准主义相结合的制度。设立有限责任公司的，必须符合《公司法》的规定要件，体现了公司设立的准则原则。对股份有限公司，则采取核准主义原则，除符合《公司法》有关规定外，必须经国务院授权的部门或省级政府批准。由此可见，在本案例中，A与B对公司设立原则的认识均是不全面的。

案例 2 公司的名称

【案情摘要】

2001年2月，甲公司开业，公司登记名称为“××甲公司”（以下简称甲公司），同年9月，与该公司地理位置仅隔200多米远的另外一条马路上，又有一家乙公司注册，名称为“××乙公司”（以下简称乙公司）。这两家公司虽然相隔很近，但在行政区划上不属于同一个区，因此均分别向各自所在的区工商局办理了公司名称注册登记。为此，甲公司与乙公司打起了名称官司。

甲公司主张，该公司自2001年2月经工商局批准开业以来，

就一直以“××甲公司”的名称营业至今；而乙公司在这之后用“××乙公司”的名称，与它的名称相似，而且乙公司也兼营同样产品，并且两公司相距不远，在社会上造成了一定的影响。甲公司据此认为乙公司侵犯了甲公司的名称专用权，因此，请求法院判令乙公司停止使用“××乙公司”这一名称，并承担赔礼道歉及消除影响的民事责任。乙公司主张，本公司名称与甲公司的名称不相同，登记管理机关不同，并且行业不同。根据国家有关法规规定，名称登记有行业之分，我方是属于同类产品加工业，而甲公司是属于同类产品零售业，行业不同，因而是可以使用同一名称的，不存在侵权问题。

【法律问题】

1. 甲公司的登记名称应如何确定？
2. 乙公司的名称专用权是否应受到法律保护？

【参考结论】

1. 甲公司的登记名称应依照《公司法》、《公司登记管理条例》和《企业名称登记管理规定》的规定来确定。
2. 乙公司的名称专用权应受到法律保护。

【法理、法律精解】

1. 公司名称是确定和代表一个公司的符号，是公司人格特定化的标记，是区别于其他公司或企业的重要标志，也是公司信誉的标志。(1) 公司名称确定的原则。我国《公司法》和《企业名称登记管理规定》对于公司名称采用有限制的自由主义原则和真实原则。前者是指公司在不违反法律上限制性规定的前提下，可以根据自己的意志自由选定公司名称中的字号。真实原则是指公司选定的名称必须与其经营内容相一致，使他人易于了解该公司名称的来历、经营范围、责任承担方式等，从而维护社会公共利益。《企业名称登记管理规定》第 11 条规定：“企业应当根据其主营业务，依照同行业标准划分的类别，在企业名称中标明所属行业或营业特点”。这一规定，同样适用于公司。(2) 公司名称的组成。公司名

称包括四个组成部分：一是公司种类。根据《公司法》的规定，凡是依据该法设立的公司，必须在公司名称中标明“有限责任公司”或“股份有限公司”字样。二是公司注册机关的行政级别和行政管辖范围。例如，在国家工商局注册的公司，其名称可冠以“中国”；在省工商局注册的公司，名称可冠以“××省”，以此类推。但是外商投资企业可以在名称中间使用“中国”字样，也可以不冠以行政区划名称，如“日本松下电器株式会社（中国）公司”。还有一些历史悠久、字号驰名的企业、全国性企业，其名称前也可以不冠以行政区划名称。三是公司的行业或营业特点。即公司的名称应显示出公司的主管行业和行业性质。四是字号。公司的字号也称为商号，必须由两个以上的字组成。字号是公司名称的核心内容，也是公司名称中惟一可以由当事人自由选择的内容。公司有正当理由的，可以使用本地或异地地名作字号。私营公司可以使用投资者的姓名作字号。

现今我国有关公司名称的法规主要是：《公司法》、《公司登记管理条例》和《企业名称登记管理规定》。前两者有规定的，适用前两者的规定；前两者无规定的，则适用后者的规定。（1）我国《公司法》第9条规定：“依照本法设立的有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司字样。依照本法设立的股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司字样”。根据此条规定，如果一个公司没有标明上述字样，则不适用我国《公司法》的规定，即不属于《公司法》调整的对象。（2）《公司登记管理条例》中第11条规定：“公司名称应当符合国家有关规定。公司只能使用一个名称，经公司登记机关核准登记的公司名称受法律保护”。此乃是一条关于公司名称及保护的原则规定。（3）我国于1991年5月21日发布的《企业名称登记管理规定》就企业名称的组成、如何确定、核准及登记机关、登记程序及法律责任等作出了详细规定，这是关于企业名称方面的专门性规定。既然公司是企业，上述《规定》也就适用于公司的名称。根据《企业名称登记管理规定》第6条的规

定：“企业只准使用一个名称，在登记主管机关辖区内不得与已登记注册的同行业企业名称相同或者近似”。这条规定是确定企业名称的一项限制性规定，也是判断一个企业名称是否被侵权的标准。从这一规定的内容可以看出，它采取了行政区域和行业两个要件，即一个企业只有与另一企业在同一登记机关辖区内，并且属于同一行业时，才存在侵犯名称权的问题。如果一个企业与另一辖区内的同行业的企业，即使名称相同或相近，也不构成侵权；或者同一辖区内不同行业的两个企业的名称相同或近似也不会被禁止。

2. 公司的名称权是指公司享有依法决定、使用、改变或转让自己名称的权利。公司名称权的核心内容是名称专用权。未经名称权人的许可，任何人不得使用、盗用或假冒名称权人的公司名称，也不得使用与名称权人的公司名称相似的名称。否则，就构成侵权行为，应承担法律责任。（1）《民法通则》中的有关规定。我国《民法通则》第 99 条规定：“法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”公司是企业法人，根据上述规定享有名称权并受法律保护。下列行为属于侵犯公司名称权的行为：第一，干涉公司决定、使用自己的名称；第二，盗用他公司已登记注册的名称；第三，假冒他公司已登记注册的名称。对于上述侵权行为，被侵犯名称权的公司可以根据《民法通则》的规定，向法院起诉，要求侵权人停止侵害、消除影响、恢复名誉和赔偿损失。（2）《企业名称登记管理规定》中的有关规定。该《规定》第 27 条为：“擅自使用他人已经登记注册的企业名称或者有其他侵犯他人企业名称专用权行为的，被侵权人可以向侵权人所在地登记主管机关要求处理。登记主管机关有权责令侵权人停止侵权行为，赔偿被侵权人因该侵权行为所遭受的损失，没收非法所得并处以 5000 元以上、5 万元以下罚款。”这是通过行政手段对公司名称权加以保护；“对侵犯他人企业名称专用权的，被侵权人也可以直接向人民法院起诉。”这是通过司法手段对公司名称权加以保护。如果公司名称权被侵犯时，名称权人

是通过行政手段还是通过司法手段获得保护，笔者认为，被侵权人有选择权。

就本案而言，确定乙公司是否侵犯甲公司的名称专用权，应当根据上述规定进行判断，虽然上述规定还有不完善的地方。根据案情得知，甲、乙两公司在行政区划上不属于同一个区，登记主管机关也不是同一个，并且行业不同，显而易见，虽然两公司的字号相同，但是乙公司没有违反《企业名称登记管理规定》第 6 条的规定，故没有侵犯甲公司的名称权。

案例 3 公司的章程

【案情摘要】

甲总公司的公司章程中规定：“董事会是总公司的最高权力机关，其下属分公司经理等高级经营管理人员的任免须经董事会讨论决定，由董事长签字才能生效。”2000年1月，甲总公司总经理 A 未经董事会讨论通过，擅自以总公司的名义，任命 B 为其下属乙分公司的经理，该乙分公司是 2000 年 7 月设立的，不具有独立法人地位，取得了工商行政管理部门签发的“营业执照。”2001 年 6 月 1 日，B 持甲总公司乙分公司的营业执照，向该市工商银行申请流动资金贷款，经工商银行审查同意后，双方签订了借款合同，贷款总金额 50 万元，期限为 1 年。由于该乙分公司经营管理不善，2002 年 6 月贷款到期时，只能偿还贷款 30 万元，还有 20 万元无力偿还，市工商银行找到甲总公司，要求其承担下属乙分公司的贷款债务。甲总公司以其章程规定下属乙分公司的经理的任免应由董事会决定，而该下属乙分公司经理 B 的任免不符合公司章程的规定为由，拒绝了市工商银行的请求。市工商银行遂以甲总公司及其乙分公司为共同被告，向人民法院提起诉讼。

【法律问题】

1. 甲总公司制定的公司章程对哪些人具有约束力？
2. 公司章程的性质和内容有哪些？
3. 甲总公司能否以公司章程的规定为由拒绝银行的请求？

【参考结论】

1. 甲总公司制定的公司章程对公司、股东、董事、监事、经理具有约束力，但不能对抗善意第三人。

2. 公司章程是公司的“自律性”规范，签署公司章程属于要式行为，公司章程不仅必须采用书面形式，而且必须具备法定条款。

3. 甲总公司不能以公司章程的规定为由拒绝银行的请求。

【法理、法律精解】

1. 公司章程是关于公司的组织、内部关系和开展公司业务活动的基本规则和依据。设立公司必须依法制定公司章程。公司章程首先是规范股东之间及公司内部关系的准绳，相当于公司发起人或股东间的合同，对股东和由股东利害关系所派生的股东会、董事会、监事会等公司机关及其成员均具有约束力。具体而言，公司章程包含了对未来公司的约束（签署公司章程时公司尚未成立，但成立后的公司行为若与公司章程所规定的内容不相符合，就将被视为无效行为）；对公司未来股东的约束力（公司章程不仅对签署章程的投资者具有约束力，而且对后来进入公司的新股东同样具有约束力）；对与公司交易的相对人也产生约束力（公司章程于公告后具有公示效力，经过公示的公司章程条款也构成对公司交易相对人的约束，如有限责任的公示）等等。其次，公司章程是规范公司与第三人的关系和国家对公司进行监督管理的依据，为了维护第三人的利益和社会交易安全，公司的住所、法定代表人、注册资本、经营范围、股东或发起人的姓名等章程的主要内容，应可供公众查阅。工商行政管理机关也根据依法登记的公司章程来对公司进行监督管理。

2. 公司章程的性质。公司章程是公司的“自律性”规范，其形式上虽然与合同有类似之处，但本质上属于完全不同的两个概念。合同的效力具有相对性，即合同仅对合同当事人具有约束力，对合同或协议以外的其他人并无约束力；而公司章程却包含了对未

来公司、对公司未来股东，以及对与公司交易的相对人的约束力。另外，签署合同应当遵循“合同自主原则”，合同当事人可以依法自由约定合同条款，也可以在法律规定范围内选择合同形式；但签署公司章程属于要式行为，这不仅要求公司章程必须采用书面形式，而且要求公司章程必须具备法定条款。

公司章程的内容。公司章程的内容分为必要记载事项和任意记载事项，必要记载事项中又分为绝对必要记载事项和相对必要记载事项。绝对必要记载事项是指依法必须在章程中记载的条款，缺少其中任何一项，章程即为无效，公司登记机关不予登记。公司的名称、住所、经营性质或业务范围、注册资本、股份公司的股份总数和每股金额、股东或发起人的姓名或名称、公司的法定代表人、股份公司的通知和公告方法等，是公司章程的绝对必要记载事项；相对必要记载事项是指在公司章程中未记载时不影响公司章程效力的条款，如果缺乏这种条款，仅该未记载的事项不发生效力，或者可以适用法律的具体规定；公司章程对此加以记载时，所记载的条款则发生法律效力。我国《公司法》第 22 条和第 79 条分别列举了有限责任公司和股份有限公司的章程应记载的事项，其中股东的权利义务、有限公司的股东转让出资的条件、股东（大）会和董事会的职权、监事会的职权、股份公司董事会的召集和决议方式、公司的解散事由和清算办法等事项，因为法律上已有较明确的规定，当事人在章程中如无特约，可以适用法律的规定，故应属相对必要记载事项。任意记载事项是指法律上没有规定或要求，完全由当事人根据需要，在不违反法律和公共道德的前提下，在章程中记载某些事项的条款。如常年法律顾问的聘请、物资的采购和产品销售、公司债的发行、任意公积金的提取等条款。

3. 公司章程实质上是公司的自治法规，根据我国《公司法》第 11 条的规定，设立公司必须依照公司法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、经理具有约束力。也就是说，一般而言，公司章程只对公司内部人员具有约束力，而不能对抗善意第

三人。在本案中，虽然甲总公司总经理 A 违背了该公司章程的规定，未经董事会决定，擅自以总公司的名义任命 B 为下属乙分公司的经理，但 B 持有下属乙分公司的营业执照和法人授权证明书，足以使第三人确信他身份的合法性和他的代理权，具有公信力。至于公司章程如何规定，B 的身份如何取得，这只是甲总公司的内部事务，第三人没有进行查证的义务，没有义务也就没有过失。某市工商银行出于善意且无过失所从事的民事法律行为理应受到保护，鉴于该乙分公司不具有独立的法人地位，没有自己的独立名称和章程，没有自己的独立财产，只是附属于甲总公司而存在的法人的分支机构，因此当乙分支机构无力偿还债务时，甲总公司应承担连带清偿责任，甲总公司不能以其内部事务来对抗善意第三人，其应负责清偿银行贷款本息及超期罚息。

案例 4 公司不能成立时发起人的责任

【案情摘要】

1995年2月，A公司等5家企业共同筹划建立某股份有限公司。资本总额确定为1200万元，发起人认购其中500万元的股份，其余700万元向社会公开募集股份。同年3月，发起人认足了500万元的股份，其出资方式有现金、厂房、设备、土地使用权等。为了使成立后的公司能够及早运行，由发起人共同成立的股份有限公司筹建处向B公司租赁了厂房，并约定由B公司为其进行装修及购买办公家具。租赁费、装修费及购置办公家具的费用总计人民币90万元。双方商定股份有限公司一经成立即向B公司一次性付清全部款项。两周后，B公司按约定将所有事项全部完成。在各项准备工作均已经完成的情况下，经国务院证券部门批准，A公司等5家发起人在当地报纸上发布招股说明书，进行公开募股。但4个月募股期限过后，仅募集到620万元，公司无法成立。B公司向发起人要求偿付租金、装修费及办公家具款90万元。发起人以种种理由相互推诿，拒付上述款项。B公司遂以发起人为被告向当地法院提起诉讼。

【法律问题】

公司不能成立时，发起人应当承担什么责任？

【参考结论】

《公司法》第 97 条规定：“股份有限公司的发起人应当承担下列责任；（一）公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；（二）公司不能成立时，对认股人已缴纳的股款，负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。”

【法理、法律精解】

法院认为，由 A 公司等 5 家企业协商成立的股份有限公司筹建处与 B 公司签订的合同合法有效。由于发行的股份超过募股截止期限尚未募足，股份有限公司不能依法成立。A 公司等 5 家企业作为公司发起人应对公司筹建过程中与 B 公司发生的债权债务承担连带责任，判决 A 公司等 5 家企业向 B 公司支付欠款 90 万元。

公司依法注册登记之前，公司虽未成立，不具有法人资格，也没有权利能力和行为能力，但是公司的发起人作为创设公司的成员，经常需要对外代表设立中的公司进行筹备创立活动，所以发起人的法律地位应属于设立中公司的机关。基于发起人的这种法律地位，发起人对外代表设立中的公司进行的活动所产生的权利义务应归属于设立中的公司。如果公司依法成立，那么，发起人的行为后果就由成立后的公司承担。但对于未能依法成立的公司，《公司法》第 97 条规定：股份有限公司不能成立时，其发起人应当承担下列责任：（1）对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；（2）对认股人已缴纳的股款，负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。据此规定，公司在筹建过程中所产生的债务和费用并不因公司不能成立而自然消失。为了保护债权人和其他人的利益，作为进行各种设立行为的发起人，就应当对设立行为所产生的债务和费用承担清偿责任。同时，所有的发起人之间对设立行为所产生的债务和费用的清偿负连带责任。

案例 5 公司的权利能力

【案情摘要】

2000年1月，A、B与甲房管局等共同发起设立了房地产乙公司，注册资本2000万元，A、B分别出资500万元人民币。乙公司组建后，房地产业已不如前几年那么景气，公司经营了一段时间之后，没有取得预期的经济效益。本市另有一家电脑丙公司是上市公司，由于电脑的行情很好，所以有很多人把股票投资转向电脑丙公司，其股票价格不断上涨。房地产乙公司的董事长D想，现在投资房地产效益不大，不如把公司的流动资金换成股票，这样做不用花力气去经营就能取得较好的效益。经董事会研究同意，公司拿出1000万元，通过证券经纪人买入电脑丙公司的股票800万股。在房地产乙公司买进股票后不久，因国家下达关于股票发行配额的规定，又有部分公司开始上市，原有部分上市公司也开始进行配股，股市价格开始回落。至2001年3月，电脑丙公司的股票已跌至每股20元。

2001年5月中旬，房地产乙公司召开本年度股东会，在股东会上，D向与会的股东通报了购买电脑丙公司股票的情况，与会股东在如何处理股票买卖导致的损失问题上意见分歧。A、B认为，现在股价普遍呈下跌趋势是因为以前国家对股票发行的控制过严，现在逐步放宽发行引起的。其实上市公司并不一定都取得了良好的经济效益，普通人对于股票价格的判断是基于供求关系，而不是基于公司经营状况，因此，股票价格的下跌趋势在一段时期内已不可避免，主张尽快抛出电脑丙公司的股票，损失由作出投资决定的董事会承担。D等董事会成员认为，公司董事会作出购买股票的决定是为了公司的利益着想，购买行为属于公司经营权的范围，董事会有权作出决定；同时股票价格的升降是由许多因素决定的，暂时的股价下跌并不一定意味着决策的失误。D等大部分董事会成员是由甲房管局等单位提名的，因此，甲房管局等大股东也倾向于认为购买电脑丙公司股票属于公司经营过程中发生的行为，此责任应由公

司来承担，但是，《公司法》第 12 条中对公司的转投资行为进行了限制，董事会作出的购买电脑丙公司股票的决定超过了《公司法》关于转投资额的限制，因此超出转投资限制的行为应被认定为无效，公司可向卖出股票的人要求返还投资款。

在股东会上各方达不成一致的协议，A 等个人股东所占总股份的比例较小，其主张在股东会上没有获得通过。A 认为虽然从账面上看公司资产并未减少，还是 2 000 万元，但从实际来看，作为长期投资购买电脑丙公司的 1 000 万元股票款实际价值已大大下跌，如不做处理，公司会受到更大的损失。因此，A 等个人股东向人民法院提起诉讼，要求立即卖出电脑丙公司的股票，损失由董事会中作出决定的董事们承担。

【法律问题】

1. 房地产乙公司是否具有权利能力？
2. 我国《公司法》是否对公司转投资数额作了限制？
3. 董事会是否应对自己的越权行为承担法律责任？

【参考结论】

1. 房地产乙公司具有权利能力。
2. 我国《公司法》对公司转投资数额限制作了明确规定。
3. 董事会应对自己的越权行为承担法律责任。

【法理、法律精解】

1. 公司权利能力是指公司依法享有权利和承担义务的资格。它有两层含义：其一是公司权利能力是由法律赋予的，而不完全依赖公司发起人或者股东的意志；其二是公司是公司权利能力的享有者，公司权利能力与发起人或股东的权利能力相区别。因此，公司权利能力意味着公司可以与其发起人或者股东相独立，依法直接享有权利和承担义务。公司作为独立的企业法人，其权利能力具有某些不同于自然人权利能力的特殊性，其权利能力在性质上、法律上、宗旨上同时也要受到许多限制。

2. 我国《公司法》对公司转投资数额加以了限制，第 12 条规

定：“公司可以向其他有限责任公司、股份有限公司投资，并以该出资额为限对所投资公司承担责任。公司向其他有限责任公司、股份有限公司投资的，除国务院规定的投资公司和控股公司外，所累计投资额不得超过本公司净资产的 50%，在投资后，接受被投资公司以利润转增的资本，其增加额不包括在内”。此处的“净资产”是指公司资产减去公司债务之余额，又称所有者权益，包括股本、资本公积金、盈余公积金和未分配利润。“投资”是指以现金、实物、无形资产作为出资而成为另一法律实体的所有者或债权人。“累计投资额”是指公司股权投资的账面总值，不包括债权投资。我国《公司法》限制转投资，其目的是保护债权人的利益。

3. 根据我国《公司法》的规定，股东会和董事会各有不同的权限划分，董事会应当在法律规定或公司章程授权的范围内进行活动，如果董事会越权，就应当对自己的行为承担责任。从公司法对股东会和董事会的职权规定可以看出，有关公司的投资计划应当由股东会决定，董事会只有提出投资方案的权力，在投资方案未被批准前，董事会不得进行投资。本案中房地产乙公司的董事会在未经股东会同意、讨论通过的前提下就进行了违反《公司法》规定的转投资行为，显然构成了越权。对于此越权行为，外部责任由公司承担，与善意第三人无关，内部责任则应由董事会向受到损害的股东进行赔偿。虽然本案中房地产乙公司的董事会为逃避责任，提出因购买股票用款超过我国《公司法》关于转投资的限制，因此，转投资超出部分无效，丙公司应退回超出部分的股款，房地产乙公司把股票还给丙公司。但事实上，证券市场要遵循自由买卖的原则，只要丙公司在和房地产乙公司进行交易时没有违反证券交易的法律法规，其行为就应认定为有效。至于房地产乙公司用流动资金购买股票超过了《公司法》对转投资的限制，是公司内部的责任问题，与股票交易的效力无关。鉴于房地产乙公司的董事会在 2001 年 1 月未经股东会同意擅自购买股票的行为是错误的，属董事会的越权行为，房地产乙公司在购买股票时未遵守《公司法》关于转投资限制

的规定，对于超过净资产 50% 的部分，理应由董事会承担责任。股票的卖方在卖出股票时没有义务去了解买方的情况，只要双方商定好价格，股票和股款交割后买卖行为即已完成，因此丙公司没有任何法律上的责任。

案例 6 公司的合并

【案情摘要】

甲公司与乙公司属业务上竞争伙伴。甲公司因合同纠纷欠乙公司人民币 300 万元，于是甲公司以其全部资产抵债，然后办理注销登记。后来双方发生矛盾，甲公司不履行协议，于是乙公司起诉至人民法院，请求法院判令甲公司履行与乙公司签订的合并协议。

【法律问题】

甲公司与乙公司之间的协议是否属于公司法意义上的公司合并？

【参考结论】

甲公司与乙公司之间的协议不属于公司法意义上的公司合并。

【法理、法律精解】

公司合并是指两个或两个以上公司按照法律规定的程序结合为一个公司的法律行为。根据《公司法》第 184 条的规定，公司合并的种类包括两种：吸收合并与新设合并。吸收合并，是指一个公司吸收其他公司，被吸收公司解散，吸收公司存续并扩大的合并方式。新设合并，是指两个或两个以上公司合并创设一个新公司，合并各方解散的合并方式。

根据《公司法》的规定，公司合并的程序是：（1）签订合并协议。若干公司有合并意向时，应进行协商，就有关事项签订书面合并协议。合并协议一般包括以下内容：合并各方的名称、住所；合并后存续公司或新设公司的名称、住所；合并各方的资产负债状况及其处理办法；合并后存续公司或新设公司的注册资本及资本结构；存续公司章程的变更或新设公司章程的拟订；不同意合并的股东的出资或股份的处理办法；合并各方认为需要载明的其他事项

(2) 股东会作出合并决议。合并各方应就合并协议召开股东会讨论，作出特别决议。股份有限公司的股东大会就公司合并作出决议时，必须经出席会议的股东所持表决权的 $2/3$ 以上通过。有限责任公司的股东会就公司合并作出决议时，必须经代表 $2/3$ 以上表决权的股东通过。国有独资公司不设股东会，公司合并须由国家授权投资的机构或部门决定。(3) 报经审批。合并各方中有至少一方为股份有限公司的，公司合并须经国务院授权部门或省级人民政府批准。(4) 通知债权人。公司应当自作出合并决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上至少公告 3 次。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第一次公告之日起 90 日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。不清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得合并。在规定的期限内债权人未提出异议的，视为同意合并。(5) 编制资产负债表和财产清单。(6) 移交财产，进行合并。(7) 办理登记。合并后存续公司登记事项发生变化的，应当办理变更登记；因合并而解散的公司，应当办理注销登记；因合并而新设的公司，应当办理设立登记。在合并中，涉及股份有限公司的设立、变更、注销登记，还应进行公告。

公司合并的法律后果主要表现在以下三个方面：(1) 公司解散。在吸收合并中，被吸收公司解散；在新设合并中，参加合并的各个公司均解散，法人资格消灭。(2) 公司变更或设立。在吸收合并中，存续公司的资本、股东、营业、组织机构等发生变化，需变更章程，进行变更登记。在新设合并中，创设一个新公司，需要进行设立登记。(3) 权利义务的概括承继。因合并而存续的公司或新设的公司，必须概括地承继合并前各公司的权利义务，包括债权与债务以及物权、知识产权等。

本案中，甲公司与乙公司并没有就甲公司与乙公司合并一事达成一致意见，双方的本意，是用甲公司的全部财产来清偿欠乙公司的债务，这是双方对债务履行方式的一种合意，并没有体现出甲公司与乙公司就两公司合二为一的意向。至于甲公司办理注销登记手

续，这本身是甲公司内部的问题，外人无权干涉，即便在协议中写明这一条件，也并没有赋予乙公司请求法院注销甲公司的权利。总之，甲公司与乙公司之间的这份协议，是双方对债务清偿形式的一种约定，而非公司法意义上的公司合并。对本案中甲公司与乙公司之间的债权债务关系，乙公司可以依协议要求甲公司以其公司全部资产偿还，若甲公司资不抵债，乙公司可通过破产还债程序得到清偿。至于甲公司办理公司注销登记一事，系甲公司的内部事务，须由其股东大会决定。

案例 7 公司的分立

【案情摘要】

原告甲厂与乙公司自 1999 年 10 月发生业务关系，至 2000 年 8 月 10 日先后签订了 5 份购销代销西服合同书，乙公司共计购得原告各种西服 10 000 套，西服款总计 300 万元，至 2001 年 5 月该公司共付给原告 200 万元。按合同签订的时间计算，1999 年 10 月 20 日所签合同尚欠 15 万元，1999 年 11 月 18 日所签合同欠 20 万元，1999 年 11 月 29 日所签合同欠 25 万元，1999 年 12 月 10 日所签合同欠 20 万元 2000 年 8 月 10 日所签合同欠 20 万元。

乙公司隶属于丙财政局。2000 年 11 月 10 日丙财政局为了加强对生产资料市场的领导，实行条条管理，专业经营，进一步贯彻落实中央和国务院的指示精神，以文件请求该县政府，要求撤销原“乙公司”成立“丁公司”、“丁一公司”、“丁二公司”。县政府于 2000 年 12 月 25 日以文件批复同意撤销“乙公司”，分别成立相应的公司，为全民所有制企业性质，独立核算，自负盈亏，隶属于丙财政局领导。2001 年 1 月 20 日丙财政局通知成立“丁公司”、“丁一公司”、“丁二公司”。在注销申请书中声明：对原设备、设施、物资、债务等按照业务发生的大小、业务发生的关系、业务发生的项目，由主管单位统一调度。新成立的三个公司对债务分割达成协议，主管单位按照业务经营范围对原往来账户进行分割，指定丁公司偿付原告之款。但由于丁一公司对此有抵触，长期拖欠原告货