

21世纪 民商法 文丛

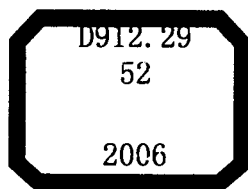
Gongsifa De Xiandaihua

张民安 主编

公司法 的 现代化

张民安 著

中山大学出版社



21 世纪民商法文丛

张民安 主编

公司法的现代化

张民安 著

中山大学出版社

· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法的现代化/张民安著. —广州: 中山大学出版社, 2006. 6

(21 世纪民商法文丛/张民安 主编)

ISBN 7-306-02711-5

I. 公… II. ①张… III. 公司法—研究—中国 IV. D. 922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 053193 号

责任编辑: 浩然

封面设计: 方楚娟

责任校对: 曾育林

责任技编: 黄少伟

出版发行: 中山大学出版社

编辑部电话: (020) 84111996, 84113349

发行部电话: (020) 84111998, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传真: (020) 84036565

印 刷 者: 中山大学印刷厂

经 销 者: 广东新华发行集团

规 格: 787mm × 1092mm 1/16 34.625 印张 463 千字

版次印次: 2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 49.90 元

本书如有印装质量问题影响阅读, 请与承印厂联系调换

序

一、我国 1993 年公司法存在的主要问题

1993 年 12 月 29 日，第八届全国人民代表大会常务委员会第 5 次会议通过了我国 1993 年公司法（以下简称 1993 年《公司法》）。该法共分 11 章 230 条，内容包括总则、有限责任公司的设立和组织机构、股份有限公司的设立和组织机构、股份公司股份的发行和转让、公司债券、公司财务和会计、公司合并和分立、公司破产、解散和清算、外国公司的分支机构、法律责任以及附则等。1993 年《公司法》的颁布是我国商事法律生活中的重大事件，它对规范公司的组织和行为，保护公司、股东和债权人的利益具有重要意义。但是，由于我国公司法是在计划经济刚刚被废除和市场经济刚刚确立的时候制订的，因此，该公司法的许多规定还带有明显的计划经济时代的印痕，主要表现在：其一，我国 1993 年《公司法》的指导思想存在问题。在任何国家，公司法的制定都是为了鼓励投资人将他们的闲散资金投入到了商事企业中去，以便利用这些资金去从事大规模的经济和经营活动，刺激社会经济的发展和商事事业的繁荣。但是，我国 1993 年公司法的制定并不是为了刺激投资人的投资积极性，而是为了改造传统的国有企业，使传统的国有企业摆脱效力低下的局面。其二，我国 1993 年《公司法》调整的具体内容存在问题。在一般国家，公司法严格区分有限责任公司和股份公司，或者分别制定有限责任公司法和股份公司法，或

者分别规定两种不同的公司治理结构。而在我国，1993年公司法不仅不区分有限责任公司和股份公司，将有限责任公司和股份公司规定在一部公司法中，而且还不区分有限责任公司和股份公司的治理结构，将有限责任公司的治理结构等同于股份公司的治理结构。因此，有限责任公司的股东会、董事会的职权和活动规则同股份公司股东会、董事会的职权和活动规则几乎完全相同。我国1993年公司法之所以将有限责任公司和股份公司的治理结构混同，其重要原因在于，在20世纪90年代初期，无论是有限责任公司还是股份公司，基本上都是由国有企业转制而来，公司法基本上是对披上公司这层面纱的国有企业进行规范的法律。其三，我国1993年公司法的行政色彩十分浓厚。我国公司法受计划经济时代行政权力至上的影响，对某些行政机关享有的权力作出了明确规定，使行政机关享有决定公司生死存亡的重大权利：对于公司的设立而言，我国1993年公司法规定，任何股份有限公司的设立都要经过国务院授权部门或省级人民政府批准，不取得这些行政机构的批准，公司发起人不得设立股份公司，否则将要受到法律的严厉惩罚。对于公司的死亡而言，我国1993年公司法规定，一旦公司违反法律、行政法规，公司的行政主管机关可以责令公司关闭，使公司进行解散和清算；同时，根据我国公司法的有关规定，工商行政管理机关可以吊销公司的营业执照，责令公司解散。其四，我国1993年公司法对公司的设立采取抑制态度。我国1993年公司法的基本指导原则是抑制他人从事商事活动，而不是鼓励他人积极从事商事活动，因此，我国1993年公司法规定了世界上最高的最低注册资本、最严格的公司设立程序和最严厉的违法制裁，使大多数人没有资格和经济能力去设立

公司。

二、我国 2005 年公司法在我国公司法现代化中的地位

为了使公司法真正成为推动我国经济发展和经济繁荣的力量，我国应当修改公司法，使我国公司法成为真正意义上的现代公司法。为了反映社会公众的要求，我国立法机关最终在 2005 年开始了公司法的修改历程：2005 年 2 月 25 日至 28 日，十届全国人大常委会第十四次会议首次审议《中华人民共和国公司法修改草案》，这次修改草案对 1993 年公司法作了 200 多处的改动，征询全国各界意见 1000 多条；2005 年 8 月 23 日至 28 日，十届全国人大常委会第十七次会议第二次审议公司法修改草案；2005 年 10 月 27 日，十届全国人大常委会第十八次会议表决通过了修改后的我国 1993 年公司法（以下简称 2005 年《公司法》，该法自 2006 年 1 月 1 日起施行）。修改后的公司法共计 13 章，219 条，内容包括总则、有限责任公司的设立和组织机构、有限责任公司的股权转让、股份公司的设立和组织机构、股份公司的股份发行和转让、公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务、公司债券、公司财务、会计、公司合并、分立、增资、减资、公司解散和清算、外国公司的分支机构、法律责任和附则。2005 年《公司法》对 1993 年《公司法》的有关规定作出了很大的修改，包括：降低公司最低注册资本，废除严格的法定资本制度改采分期缴付的资本制度；完善上市公司的治理结构，强化监事会的地位；强化公司董事会的职权，弱化公司董事长的职权；同时，2005 年公司法增加了众多新内容，包括：一人公司制度，独立董事制度，公司僵局制度以及公司人格否定制度等。2005 年《公司法》的通过具

有重大的意义，它一方面反映了现代公司制度的要求，第一次将现代公司法上的许多重要制度规定下来，使我国公司法律制度同其他国家的公司法律制度逐渐靠拢，消除了我国公司法和其他国家公司法之间存在的重大差异，为我国公司法的现代化、统一化作出了重大贡献；一方面反映了我国市场经济体制的要求，第一次将商人的要求规定在公司法中，大大提升了意思自治原则和契约自由原则在我国公司法中的地位，使我国公司法所具有的浓烈公法气味得以逐渐消散，使我国公司法中的强制性规定和禁止性规定得以逐渐减缓。我国2005年公司法是否可以看作现代意义上的公司法？答案是否定的。虽然我国2005年公司法借鉴了其他国家公司法的众多成功经验，反映了现代公司法的基本精神，但是，我国2005年公司法并非现代意义上的公司法，它只不过是我国公司法迈向现代化道路上的一个里程碑。从理论上讲，公司法的现代化包括的内容很多，诸如公司法指导思想的现代化，公司法性质的现代化，公司治理结构的现代化和公司具体制度的现代化方面。我国2005年公司法如果存在现代化某些特征的话，这种现代化也仅仅表现在某些具体制度的现代化方面，在其他方面均没有达到现代化的要求。因此，我国2005年公司法虽然已经通过，但是，该公司法的通过并非我国公司法现代化的终结，而仅仅是我国公司法现代化的开始。我国公司法还将面临更大、更频繁的修改。

三、我国公司法现代化的具体内容

具体说来，我国公司法的现代化包括：

(1) 我国公司法指导思想的现代化。我国公司法的真正目的不是为了改造国有企业，因为，通过这些年的改革实

实践证明，公司法并非是挽救国有企业的救命符，国有企业并没有因为贴上公司的标签而效率良好，国有企业仍然存在传统企业状态下存在的问题。我国公司法的制定，其真正的目的是为了保护公司股东的法律地位，使他们能够通过投资公司获得大量的投资回报。因为，在任何社会，公司法担负的唯一历史使命是通过严格贯彻公司法所规定的有限责任制度来刺激社会公众的投资积极性，使他们愿意将自己的闲散资金投入公司组织，为公司组织瞬间聚集大量资本并因此而开展大规模的商事经营活动提供物质保障，这就是著名经济学家科斯认为公司不同于企业的原因。只有社会公众愿意投资，愿意设立公司，社会的商事活动才能够逐渐繁荣，社会才能够逐步得到发展。我国是一个经济比较落后的国家，我国公司法的首要任务不应当是保护传统意义上的国有企业，不应当是为了给予国有公司以大量的特权，而应当是保护公司股东的利益，使公司股东通过对公司的投资获得最大化的利益。为此，我国公司法应当强调公司对股东承担的义务，应当强调公司董事会对公司承担的利息分配义务和违反此种义务所承担的责任。

(2) 我国公司法性质的现代化。公司法究竟是公法还是私法？在我国，学者在讨论公司法性质的时候，虽然亦强调公司法的私法性，但他们往往更强调公司法的公法性，强调商人对公司法的强制性规范和禁止性规范的遵守，强调公司法强制性规范和禁止性规范被违反时所产生的法律后果的承担。实际上，这样的观点有矫枉过正之嫌，因为，无论公司法的强制性规范或禁止性规范有多少，公司法的基本性质仍然是其私法性而非公法性，私法性是公司法的本质特性，公法性只是公司法的非本质特性，强调公司法的公法性只是

为了确保公司法的私法性的实现，而不是取代公司法的私法性。例如，传统公司法认为公司的目的性条款是公司章程的必要条款，欠缺此种条款时公司无效。然而，当代公司法认为，即便欠缺此种条款，公司亦不因此而无效，公司仍然是有效的。公司法的私法化使公司法逐渐回归到公司法的本来面目，使20世纪50年代之前已经被两次世界大战所扭曲的面貌逐渐得以恢复，为公司法的发展和商事繁荣的发展作出了重大贡献。我国公司法更应强调公司法的私法性，减少公司法的公法性规定，使公司法真正体现出商人的需要。

(3) 我国公司治理结构的现代化。在我国，2005年公司法仍然延续传统企业法和1993年公司法的组织结构，将公司董事长看作公司的法定代表人，有权代表公司对外从事任何活动。公司董事长法律地位的强化实际上是我国传统国有企业厂长负责制或者经理负责制的反映，是我国传统国有企业依附行政机关的反映，它将专制性质的政治体制引入到企业领域，使企业遭受的风险大大加强。为了减少公司董事长对公司施加的不良影响，我国公司法应当废除公司董事长是公司法定代表人的制度，将公司董事会作为公司的法定代表人，以便强化公司企业内部的民主机制和约束机制，防止某些人在公司内部为所欲为，实施损害公司利益的行为；另一方面，2005年公司法仍然坚持股东会至上的原则，将公司的重大权利交给股东会行使，使公司董事会成为公司股东会的消极执行机构。公司董事会应当成为公司的核心机构，有权享有公司事务的一般管理权和公司业务的执行权，因此，现代公司法是将公司董事会看作公司的管理机关而非执行机关。我国公司法也应当如此。

(4) 我国公司法律制度的现代化。在我国，2005年公

司法的具体制度存在众多的问题，诸如公司设立的条件问题、程序问题和公司强制解散问题等。这些问题如果不及时解决，将严重影响公司组织的稳定、协调和健康发展。在我国，1993年《公司法》赋予国家行政机关强制公司解散的权力，包括国家行政机关责令公司关闭，国家行政机关吊销公司企业营业执照两个方面。此种规定遭到学者的严厉批评，认为它们是计划经济时代企业附属地位和行政权力至上的反映，同市场经济和商法的基本精神背道而驰，应当被废除。遗憾的是，我国立法机关在2005年公司法中仍然规定了这样的制度，因为该法第181条规定，国家行政机关可以吊销公司企业的营业执照、责令公司企业关闭。在公司法上，公司一旦获得营业执照，即获得独立的人格，有自己的生命，此种生命受法律的保护，就像自然人的生命受法律保护一样。即便公司设立之后从事违法活动要被强制解散，公司也只能通过司法裁判的方式来解散，不得通过行政机关以命令的方式单方面地解散，否则，是对公司生命的践踏。因此，我国未来公司法应当废除这样的制度。

因为上述方面的原因，笔者才将本书书名定为《公司法的现代化》，希望通过介绍两大法系国家的公司法律制度，提升我国公司法的现代化水平，为我国将来修改或者制订新的公司法提供理论指导。

张民安博士
2006年1月22日于
中山大学法学院

作者简介

张民安 男，1965年12月29日生，湖北黄冈市人。1987年毕业于湖北黄冈师范学院英语系，之后在湖北黄冈从事高中英语教学工作。1991年9月考入吉林大学研究生院，师从李忠芳教授，攻读民商法专业硕士学位，1994年7月获法学硕士学位。1999年9月考入中国社会科学院研究生院；师从梁慧星教授，攻读民商法专业博士学位，2002年7月获得法学博士学位。现为中山大学法学院副教授，民商法专业硕士生导师，广东省人民检察院专家咨询委员会委员，中国法学会民法研究会理事，广东电视台《与法同行》栏目首席法律顾问和首席评论员，中华人民共和国执业律师，精通英文，熟悉法文。自1995年起，先后在《法学研究》、《民商法论丛》、《商事法论集》、《法制与社会发展》、《中外法学》、《法学评论》、《现代法学》等法学核心期刊以及《中山大学学报》、《吉林大学社会科学学报》和《南京大学学报》等中国中文核心期刊上发表学术论文60多篇，其中绝大多数论文被国内权威学者援引并被重要刊物转载。2000年11月在法律出版社出版专著《现代英美董事法律地位研究》；2002年11月在中国政法大学出版社出版专著《过错侵权责任制度研究》；2003年1月在北京大学出版社出版专著《公司法上的利益平衡》；2003年4月在法律出版社出版专著《现代法国侵权责任制度研究》。这些专著自出版之日起即被众多的学者广泛援引。2002年3月至8月在中山大学出版社主编出版了“高等院校法学专业民商法系列教材（1）”，包括《民法总论》、《民法物权》、《民法债权》、《婚姻家庭法》、《知识产权法》、《商事法学》以及《民商法法规汇编》。2003年8月至12月在中山大学出版社主编出版了“高等院校法学专业民商法系列教材（2）”，内容包括：《商法总则》、《合同法》、《公司法》、《证券法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《破产法》以及《国际商法》等。2004年5月至2005年5月在中山大学出版社主编出版了“高等院校法学专业民商法系列教材（3）”，包括：《民

法总论案例与评析》、《物权法案例与评析》、《债法总论案例与评析》、《侵权法案例与评析》、《合同法案例与评析》、《婚姻法案例与评析》、《知识产权法案例与评析》、《公司法案例与评析》、《证券法案例与评析》、《保险法案例与评析》、《票据法案例与评析》、《破产法案例与评析》以及《海商法案例与评析》等。自2005年5月起在中山大学出版社主编出版系列出版物《民商法学家》；在中信出版社主编系列出版物《侵权法报告》。



作者简介

张民安，男，1965年12月29日生，湖北黄冈市人。1994年7月毕业于吉林大学，获法学硕士学位；2002年7月毕业于中国社会科学院研究生院，获法学博士学位。现为中山大学法学院副教授、民商法专业硕士生导师、广东省人民检察院专家咨询委员会委员、中国法学会民法研究会理事、中华人民共和国执业律师，精通英文，熟悉法文。先后在《法学研究》、《中外法学》、《法学评论》、《现代法学》等核心期刊发表学术论文60多篇；先后出版专著《现代英美董事法律地位研究》、《公司法上的利益平衡》、《过错侵权责任制度研究》以及《现代法国侵权责任制度研究》；先后主编出版了《高等院校法学专业民商法系列教材（1）》、《高等院校法学专业民商法系列教材（2）》和《高等院校法学专业民商法系列教材（3）》。自2005年起分别在中山大学出版社和中信出版社主编系列出版物《民商法学家》和《侵权法报告》。

目 录

序	(I)
---------	-----

第一编 公司与公司法的性质

第一章 公司法的统一化和现代化	(1)
一、公司的界定	(1)
二、公司的类型	(7)
三、公司与合伙组织的关系	(12)
四、公司法的性质	(17)
五、公司法的历史(一):英美法系国家公司法的历史	(18)
六、公司法的历史(二):法国公司法的历史	(25)
七、两大法系国家公司法的统一化趋势	(30)
八、我国《公司法》的制定	(36)
第二章 公司的法律性质	(48)
一、导论	(48)
二、公司契约理论	(48)
三、公司法律制度理论	(52)
四、公司法律机制理论	(54)
五、公司财产共有理论	(56)
六、公司法人理论	(59)
第三章 公司契约理论	(66)
一、导论	(66)
二、公司契约理论的历史发展	(66)
三、公司契约的有效要件	(71)
四、公司契约的法律效力	(76)
五、公司契约理论与我国公司法	(81)

第二编 公司的能力

第四章 公司法上的越权行为原则	(87)
一、公司越权行为原则的历史沿革	(87)
二、公司越权行为原则的规避：弹性目的条款的使用	(89)
三、公司越权行为之防止：内部约束机制的增强	(91)
四、公司越权行为原则与第三人的保护	(93)
五、公司越权行为原则与我国公司法	(94)
第五章 公司法人民事权利能力之性质	(98)
一、公司法人特殊权利能力原则之渊源	(98)
二、公司法人特殊权利能力原则与商事社会之理念	(102)
三、公司法人一般权利能力原则之确立	(106)
四、公司法人一般性权利能力原则确立之条件	(110)
第六章 公司侵权责任能力	(116)
一、导论	(116)
二、公司侵权责任能力的根据	(117)
三、公司侵权责任能力与公司的越权行为原则	(121)
四、公司侵权责任能力与董事个人侵权法律责任	(124)
五、结论	(129)

第三编 公司的设立

第七章 公司设立制度	(131)
一、公司发起和设立的重要意义	(131)
二、公司设立的制定法根据	(132)
三、公司设立主义	(136)
四、公司瑕疵设立的法律效力	(141)
第八章 法国公司设立的实质性要件	(146)
一、导论	(146)

二、公司股东的非单一性要件	(149)
三、公司股东的出资	(153)
四、公司股东对公司经营结果的分担与分享	(165)
五、具有设立公司的主观意图	(169)
六、公司股东的同意	(173)
七、公司股东的缔约能力	(178)
八、公司的标的	(180)
九、公司的合法原因	(183)
第九章 法国公司设立程序	(185)
一、导论	(185)
二、公司股东的出资	(186)
三、公司设立程序：公司章程的签名及注册登记	(198)
四、公司章程的具体内容	(207)
五、通过事实行为所创设的公司	(218)
六、设立中的公司理论	(223)
第十章 公司目的性条款	(228)
一、公司目的性条款之历史型态	(228)
二、公司目的性条款的功能	(231)
三、公司目的性条款的变更	(235)
四、公司目的性条款制定的原则	(237)
第十一章 设立中的公司理论	(239)
一、导论	(239)
二、法国公司法关于公司成立前合同的法律效力	(240)
三、英美公司法关于公司成立前合同的法律效力	(245)
四、我国公司法关于公司成立前合同的法律效力	(248)
第十二章 公司瑕疵设立效力	(252)
一、导论	(252)
二、英美公司法关于公司瑕疵设立的效力	(252)
三、法国法关于公司瑕疵设立的效力	(256)
四、我国公司法关于公司瑕疵设立的效力	(263)

第十三章 公司无效制度	(270)
一、导论	(270)
二、公司无效制度的历史	(271)
三、公司无效制度的抑制	(275)
四、我国公司无效制度	(279)

第四编 公司的法人格

第十四章 公司人格独立理论	(283)
一、导论	(283)
二、公司人格独立的标志	(284)
三、公司人格独立的前提条件	(288)
四、公司人格独立的具体表现	(295)
五、公司人格独立的保障	(307)
六、公司人格独立与我国公司法的完善	(311)
第十五章 公司人格否认制度	(319)
一、公司人格否认的理论基础	(319)
二、公司人格否认的具体因素	(323)
三、公司人格否认的渊源	(324)
四、公司人格否认与我国公司法的完善	(325)

第五编 公司的股东

第十六章 公司股东表决权	(329)
一、股东表决权的适用范围	(329)
二、公司股东的表决方式	(331)
三、股东表决权的集体行使原则：股东会会议	(335)
四、股东瑕疵决议的法律效力	(344)
五、股东表决权集体行使原则的软化：公司股东的书面 同意	(349)