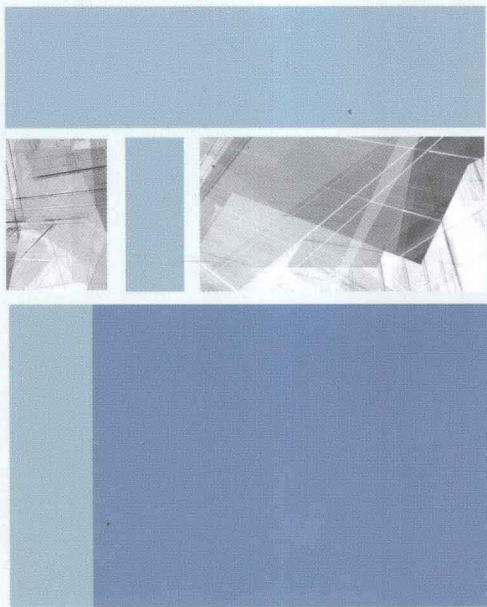


公司法论

CORPORATION LAW

施天涛◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

公司法论

CORPORATION LAW

施天涛◎著



法律出版社

LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法论/施天涛著. —北京:法律出版社,2005.8
研究生教学用书
ISBN 7-5036-5437-6

I. 公… II. 施… III. 公司法—中国—研究生—
教材 IV. D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 083817 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣

装帧设计/邓瑞安

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/23.75 字数/670千

版本/2005年8月第1版

印次/2005年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5437-6/D·5154

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



施天涛，法学博士。现为清华大学法学院商法学教授，博士生导师。北京市政协常委，北京市高级人民法院特约监督员，北京仲裁委员会仲裁员，中国商法研究会常务理事。曾任新加坡东亚政治经济研究所访问研究员，美国斯坦福大学法学院访问教授。出版学术著作8部，发表学术论文30余篇，其中代表性著作有：《商法学》（第二版），法律出版社，2004年版；《关联企业法律问题研究》法律出版社，1998年版、《财产法》（合译），中国大百科全书出版社，1998年版等。

这是 一本为教而写的公司法教科书(代序)

一、为什么写作本书?

一直以来我都有撰写一部公司法教科书的冲动,这固然是因为自己长期治理公司法的偏好,但真正的原因则是为了适应教学需要。我在讲授公司法这门课程时总是面临着这样一种困扰:我国公司法既有理论的观念滞后与现行法律的制度缺失远远不能反映现代公司法的发展状况。如果完全按照“中国公司法”框架讲授,对学生来说多少有些不公平,因为这样的理论与法律难以给他们毕业后从事公司法法律业务提供什么真正有用的指导。有鉴于此,近年来在我的公司法课堂上我总是尽可能地不断更新讲授内容。但由于这些内容没有形成教科书式的书面文字,学生课前无法预知,课后不能复习(仅仅依靠课件难以达到这一目的),影响了学生进一步的知识深化。当然我可以给学生列出一长串参考性专著和散见于各类刊物的文章,但这无疑又将大大提高其读书成本。对于法学院的学生而言,毕竟公司法只是他们众多的选修课程之一(一般也不过二三个学分)。

我所面临的另一个困惑是,任何一门学科的学习与讲授当首重知识的基础性和系统性。公司法也不例外。这使得我在公司法课堂上不得不投入大量时间在这方面。但是,引导学生运用其所学的基础知识来分析和解决公司法的具体问题又具有同等重要性,尤其是需要这样的训练来培养学生的法律思维方式和法律运用能力。借用一句俗语,即 Think like a lawyer,我再续上一句 Practice like a lawyer。然而,在有

限的课时内则难以同时兼顾上述不同目标。

如何解决这些矛盾？一个办法就是求助于教科书，一部知识更新化的公司法教科书。同时，如果有了教科书，一些纯知识性的东西可以由学生自学掌握，教师则可以专注于引导和提升。人文社会科学是可以自学的，法学当然也可以自学，而且应当鼓励自学。

二、本书的写作思路是什么？

本书的内容是我近年来在不同程度上相继给本科生和研究生讲授过的。总体来说，学生的反映还不错，评价也是肯定性的。但我也却经常面对学生这样的疑问：“老师您讲的大多是外国和地区公司法”，有的学生甚至干脆说：“您讲的是美国公司法”。对于这样的问题，我每每都要进行耐心解释。这个问题很重要，也很尖锐，有必要借此机会再次予以解答，因为这很可能同样是本书读者的疑问。

如果将这样的问题视为一种评价的话，我无法完全接受。无论是课堂讲授还是本书的写作我都在认真对待中国公司法问题。但是，我也确实吸收了相当分量的外国和地区的公司法理论和制度内容。这也正是中国公司法学者和教师所不得不面对的一种尴尬。如果中国公司法理论和制度足够成熟的话，谁又愿意做这种出力不讨好的事情呢（对于绝大多数中国法学家而言，毕竟读外文要比读中文困难得多）？

公司法学是一门显学。在西方发达国家，公司法理论非常发达，著述极为丰富，而且不断地被新的理论和方法所补充或替代；公司法律制度相当完善，司法经验尤其丰富。然而，相对于其他学科，包括公司法在内的中国商法学起步较晚，理论研究不够深入，学术积累非常有限。相对于其他法律，包括公司法在内的中国商法的发展历史相当短暂。1993年中国公司法所存在的立法上的粗浅和遗漏，包括理念和制度的落后和瑕疵都是显而易见的。同时司法实践的经验积累也非常有限。

我并非在非议中国公司法和商法学者，恰恰相反，我认为中国的公司法和商法学者所面临的压力和挑战非常之大。中国公司法和商法学者现

在的任务仍然是基础理论和制度框架的构建,公司法本身就是舶来品,其基础理论和制度的建设必然依赖于对国外公司法理论的借鉴和输入。在这一点上,中国公司法和商法学者近年来所付出的艰辛努力有目共睹,如果从历史和比较的角度来评价,可以说成就斐然。近年来出现的许多优秀著述就是明证,只不过尚未及时地为教科书吸收总结。

我也并非在否定中国公司立法和司法,恰恰相反,中国公司和商事立法者和司法者所面临的压力和挑战同样非常巨大。在一个需要建立市场经济的国家,公司法与商法制度的建立和完善起着至关重要的作用。自20世纪90年代以来,短短的十多年来我国已初步形成了适应市场经济需求的商法体系,目前立法者已经开始了包括公司法在内的诸多商事法律的修改工作,司法机关也在法律的实施过程中贡献他们的智慧。

这种状况必然要求法学院的教师在讲授公司法和撰写公司法教材时需将国外成熟的具有代表性的理论和制度以及司法经验加以引进并在比较法的意义上使之原理化。原理化是否可能呢?我认为,在公司法领域的经济现象在他国存在,在中国也会发生,即使今天不发生,明天也会发生;他国解决这些问题的方法和规则同样也可以为中国立法和司法采用。事实已经证明,昨天发生在市场发达国家的经济现象,今天已经在中国发生;事实同样已经证明,西方发达国家先进的公司法观念和制度已经或正在为我国公司法引进。

当然,这种借鉴和移植工作甚是艰难,尤其是被包裹在层层程序面纱之中的英美法律,往往令人望而生畏。但是,如果揭开面纱,借鉴和移植同样是可能的,也是最有意义的。因而,即使再艰辛,这样的工作也值得。很显然,英美公司法,尤其是美国的公司法毫无疑问在当今世界具有领导地位,各国都在学习、借鉴和移植。原理化首先意味着法律制度的理论支持和政策选择。西方国家发达的公司法理论从各种视角为公司法律制度提供了精到的解说。一般而言,法律是利益平衡的产物,理论的指导意义可使立法者和司法者在权衡规则的取舍和适用时更加周延。然而,在借鉴这些理论运用于公司法分析时也是痛苦的。

现代公司法理论所融合的经济学和财务学分析方法和工具着实让人头疼,但这又是当代中国公司法和商法学者所无法回避的事。我常常后悔,为什么选择了公司法和商法学作为我的传道职业和研究方向。但选择在了解之前,路已走出,似乎已经没有回头的余地。

更为重要的是,原理化还需要将西方国家发达之公司法理论和经验与中国具体情况相结合,即所谓的“本土化”。因此,对中国公司法自身的关注和讨论也是本书的重要构成,甚至是最基本的定位和终极目的,这自不待言。

三、本书是如何写成的?

本书主要是由我不同时期的讲稿和两次国外访问进修时的听课和读书笔记奠定的基础,并经过相当长时间整合而成。如前所述,本书旨在借鉴国外公司法理论和法律的基础上构建中国公司法的基本原理(略有一点“贪心”/ambitious 的计划),这就需要对国外的法律进行发掘、鉴别和整合。但这并非意味着这样的工作需要我从头开始。如果是这样的话,我岂有这个能力?而且前人已经做出的努力,后人岂有不消受之理?因此,本书的写作在很大程度上是借助于国外比较流行的教科书并在其指引下按图索骥,譬如,汉密尔顿、克拉克、高维尔、格维尔茨等流行作家的经典公司法教科书。这些教科书比较适合中国读者的口味,借此机会,我也将其推荐给读者。尤其是汉密尔顿的公司法,我自学生时代就开始阅读,从此就没有离开过我的书桌(这本书我几乎都读“烂”了)。正因为如此,本书的内容和体系乃至写作风格都受到了其极深的影响。此外,日本、韩国的公司法翻译著作也是本书的重要参考资料。我国台湾地区的公司法著作同样是本书的重要参考,尤其是对我早期的研习和教学影响较大。

再者,借鉴外国公司法,外国何其多,焉能面面俱到?因此,本书主要借鉴的是英美国家的法律,尤其是选择了美国公司法作为标本。即便是美国公司法也够恼人的,各州均有自己的公司法,而且更重要的公司法还在判例中。所以,在借鉴美国公司法时,所选择的标本主要是美

国律师协会(ABA)的示范商事公司法和美国法学会(ALI)的公司治理指南。这两部“法律”虽然仅具示范和指引性质,但其绝大部分内容已为州法采用,尤其是前者,在某种意义上已经成为州法的象征,即使是美国学者也在该种意义上引用。事实上,可以说这两部“法律”本身就是对美国真实判例法的重述(restatement),也体现了美国优秀法学家的才华和智慧。同时,我也在自己的能力范围内对州公司法及其判例有所注意,尤其是特拉华公司法及其判例是本书重要参考法例。当然,读者自应注意到,德国、法国、日本、韩国和欧盟以及我国台湾地区等公司法或者商法也是本书内容的重要借鉴。但由于语言限制,本书对欧洲国家及欧盟公司法的考察只能借助于已经翻译成中文的法律。

本书是否达到了原理化呢?我只能说这本来就只是我的一个目标。眼高手低乃人之常病。囿于自己的学识浅薄,虽然勤奋有余,奈何天分、能力有限;另一方面,欲在一片几乎荒芜的领地建立公司法原理之高瓴,需要众多学者、甚至是几代人的努力。因此,本书至多可以说仅仅是一个尝试。但这种尝试是有意义和价值的,即使失败,也可为后者鉴。基于这样的认识,我原准备将本书称之为《公司法原理》,现在则名之为《公司法论》。这一态度的改变表明,我的理解是,“原理”需要更加成熟化一些,“论”则代表一种探索,也为自己留下进一步完善的空间。

我认为一部成熟的教科书至少应当满足三个标准:一是知识的更新性;二是体系的合理性;三是内容的精确性。以此标准衡量本书,我的自我评估是,知识的更新性基本做到了。体系的合理性大致不会存在什么问题,而且这本身就是一个具有个人倾向的问题。内容的精确和准确却存在着相当的差距,这主要说明自身功力尚欠火候。然而,理论建树与学术积累并非可以一蹴而就,功夫在于点滴,需要慢慢修炼。白蛇传中的青蛇只修炼了五百年,自然赶不上修炼了一千年的白蛇,而白蛇终究又不敌法海的淫威。我的功力大概也就相当于青蛇,但若没有青蛇的惹是生非,牵线搭桥,又何来流传千古的一段佳话。因此,对于书中存在的错误和缺陷,除了请读者多几分宽容外,还需要提醒读者进行批判性阅读。当今时代,大凡认得几个字的人差不多都在写书,著

述泛滥于市。我也难免堕入其中,但却有个不成其理由的理由以为掩饰,身为教师,编写教科书,不得已而为之尔。我欣赏青蛇急人所难的品格,明知能力有限,却勇于牺牲自己成全他人。若待修炼成仙,又何须过问人间世俗。

四、需要感谢的人们

除了最近几年的集中整理工作外,本书形成于长期的教学过程中,这是一个互动的过程。在这一过程中,基于教学所反馈的意见使得我可以不断地调整思路和完善内容。在此,我不仅需要向听过我的公司法课程的所有同学致谢,而且还需要向他们致歉,尤其是向早期的同学们致歉。因为这一过程不仅是本书渐趋形成的过程,而且在一定意义上可以说,他们也是本书的“试药人”。这几乎是个规律,没有学生的牺牲,就没有老师的成熟。

我的好友法律出版社丁小宣君始终都是我写作本书的友情支持者,没有他的鼓励和督促,本书的出版可能还要往后延捱。

本书初稿写成后,我的好友清华大学经管学院金勇军君阅读了全文,并提出了许多中肯的意见。在得到了他可以将本书付诸出版的肯定性意见后,我才获得了足够的面对读者的信心。

在本书定稿后,清华大学法学院部分民商法专业博士生和硕士生自愿帮我校对稿件,他们的细心工作和辛勤劳动是我本人无法替代的。我将他们的名字列举如下,并致以谢意。他们是:刘哲、周勤、杜晶、张华明、马正平、付维国、曾永锋、龚薇、王兴华、樊春丽、郭凤娜、祝文珍、庄园、钱佳丽、张传荣、言霜霜、徐志展、辛恩克、王玉国、杨维智、柏勇、罗祁峰。

是为代序。

施天涛谨记
2005年7月2日
清华大学明理楼

目 录

第一编 公司 导 论

第一章 公司概述	(3)
第一节 公司的经典定义	(3)
一、公司的概念解析	(3)
二、公司的人格性	(5)
三、公司的社团性	(7)
四、公司的营利性	(8)
第二节 公司的特征	(9)
一、集中管理	(9)
二、有限责任	(11)
三、股权的自由转让	(15)
四、公司的永久存在	(16)
第三节 公司的性质	(17)
一、公司完全是法律的产物吗?	(18)
二、公司是当事人之间的契约安排吗?	(20)
第四节 公司能力	(29)
一、公司权利能力	(29)
二、公司行为能力	(31)
三、公司责任能力	(32)
四、公司在公法上的能力	(34)

2 目 录

第二章 公司的类型	(35)
第一节 公司类型概述	(35)
一、公司的法定种类	(35)
二、公司的法理分类	(42)
第二节 我国公司法上对公司的分类	(50)
一、有限责任公司与股份有限公司	(50)
二、国有独资公司	(52)
三、外国公司的分支机构	(55)
第三章 公司观念的现代修正	(57)
第一节 揭开公司面纱	(57)
一、揭开公司面纱概述	(57)
二、揭开公司面纱的标准	(63)
第二节 一人公司	(74)
一、一人公司概况	(74)
二、一人公司的立法例	(75)
三、承认一人公司存在的必要性	(77)
四、一人公司的理论证明	(79)
五、一人公司的制度框架	(81)
第三节 公司的社会责任	(84)
一、公司社会责任的理论交锋	(84)
二、公司社会责任的实践运动	(87)
三、公司社会责任的立法成就	(90)
四、我国法律涉及到与公司社会责任的相关规定	(92)
五、公司社会责任与股东利益的平衡与协调	(94)

第二编 公 司 设 立

第一章 公司设立的一般规则	(99)
第一节 公司设立概述	(99)

一、公司设立的概念	(99)
二、公司设立的方式	(101)
三、公司设立的法律政策	(102)
第二节 公司设立的条件和程序	(105)
一、公司设立的条件	(105)
二、公司设立的程序	(108)
第三节 设立登记与公司的成立	(110)
一、设立登记的程序	(110)
二、设立登记的性质	(111)
三、设立登记的效力	(111)
第四节 公司设立不能与设立瑕疵	(113)
一、设立不能	(113)
二、设立瑕疵	(114)
第二章 发起人	(120)
第一节 发起人概述	(120)
一、发起人概念	(120)
二、发起人人数	(122)
三、发起人资格	(123)
第二节 发起人的地位	(126)
一、发起人内部关系	(126)
二、发起人权力与权利	(126)
三、发起人义务与责任	(127)
四、发起人的受信义务	(129)
第三节 设立中公司	(130)
一、什么是设立中公司?	(130)
二、设立中公司的特征和性质	(132)
三、设立中公司的法律关系	(135)
第四节 先公司交易	(136)
一、先公司合同	(136)

4 目 录

二、发起人协议	(143)
第三章 公司章程	(145)
第一节 公司章程概述	(145)
一、公司章程的概念与特征	(145)
二、公司章程与公司细则	(148)
第二节 公司章程的记载	(150)
一、公司章程记载概述	(150)
二、强制记载事项	(151)
三、任意记载事项	(152)
第三节 公司章程的效力	(153)
一、公司章程的时间效力	(153)
二、公司章程的对人效力	(156)
三、违反公司章程的后果	(157)
第四章 公司目的与权力	(158)
第一节 公司目的与权力概述	(158)
一、公司目的	(158)
二、公司权力	(159)
第二节 越权原则	(174)
一、越权原则的历史演变	(174)
二、越权原则的现代适用	(178)
第五章 公司名称与住所	(182)
第一节 公司名称概述	(182)
一、公司名称的概念和特征	(182)
二、选用公司名称的原则	(182)
第二节 我国法律关于公司名称的规定	(183)
一、公司名称的选用	(183)
二、公司名称的登记	(187)
第三节 公司名称权的保护	(189)
一、公司名称权的性质	(189)

二、公司名称权的效力	(190)
第四节 公司住所	(191)
一、公司住所的意义	(191)
二、公司住所的确定	(192)

第三编 公司融资与财务

第一章 公司融资	(195)
第一节 公司融资渠道	(195)
一、股权融资	(195)
二、债权融资	(195)
第二节 公司资本	(198)
一、公司资本概述	(198)
二、公司法上的资本原则	(201)
三、法定资本制度的修正	(205)
第三节 出资法律制度	(206)
一、最低注册资本限额	(206)
二、出资缴纳	(208)
三、出资形式	(211)
四、出资估价	(215)
五、出资瑕疵责任	(216)
第四节 股份的发行与上市	(218)
一、股份	(218)
二、股份的发行	(228)
三、新股的发行	(236)
四、股份的上市	(242)
第五节 公司债券	(245)
一、公司债券概述	(245)
二、公司债的种类	(247)

6 目 录

三、公司债债权人的权利	(249)
四、公司债券的发行	(250)
五、信托公司债	(253)
六、可转换公司债	(254)
第二章 公司财务、会计	(257)
第一节 公司财务、会计制度	(257)
一、公司法对财务、会计制度的要求	(257)
二、建立财务、会计制度的意义	(258)
第二节 公积金与公益金制度	(258)
一、公积金	(258)
二、公益金	(261)
第三节 公司分配制度	(261)
一、股利分配规则	(261)
二、股利分配政策	(269)

第四编 股 东 权 利

第一章 股东	(277)
第一节 股东资格与股东地位	(277)
一、股东资格	(277)
二、股东地位	(278)
第二节 股东身份的认定	(282)
一、股东身份的认定方法	(282)
二、名实不符情况下股东身份的认定	(285)
第三节 股东名册	(286)
一、股东名册概念	(286)
二、股东名册的备置与记载	(287)
三、股东名册的效力	(288)
四、在册股东与受益所有人	(289)

五、股东名册的封闭与在册日期	(289)
六、股东名册的披露	(292)
第二章 股权	(293)
第一节 股权概述	(293)
一、股权的概念和特征	(293)
二、股权的分类	(295)
三、股权与公司财产权	(296)
第二节 股权的内容	(299)
一、股利分配请求权	(299)
二、剩余财产分配请求权	(300)
三、新股认购优先权	(300)
四、表决权	(300)
五、知情权	(302)
六、诉讼权	(307)
第三章 股权转让	(308)
第一节 股权转让概述	(308)
一、股权转让的概念和特征	(308)
二、股权转让的效力	(310)
第二节 股份转让	(310)
一、股份转让的自由	(310)
二、股份转让的限制	(311)
三、股份转让的方式	(313)
第三节 出资转让	(315)
一、出资转让的概念	(315)
二、出资转让规则	(316)
三、对出资转让限制规定的评价	(317)
第四节 优先认购权的转让	(318)
第五节 股份回购	(319)
一、股份回购概述	(319)