

公司法的理论与实践

吴西彬 陈海龙 靳怀宇 著

兰州大学出版社

PDG

公司法的理论与实践

THE LAW OF CORPORATION

吴西彬 陈海龙 靳怀宇 著

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公司法的理论与实践/吴西彬,陈海龙,靳怀宇著。

兰州:兰州大学出版社,2003

ISBN 7-311-02191-X

I.公... II.①吴...②陈...③靳... III.公司法
—法的理论—研究 IV.D912.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 049670 号

公司法的理论与实践

吴西彬 陈海龙 靳怀宇 著

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水路 308 号 电话:8617156 邮编:730000

E-mail:press@onbook.com.cn

<http://www.onbook.com.cn>

甘肃省标准计量情报研究所印刷厂印刷

开本:850×1168 毫米 1/32 印张:8.375

2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷

插页: 字数:223 千字 印数:1—1000 册

ISBN7-311-02191-X 定价:17.00 元

作者简介:

吴西彬,男,1969年10月生,1992年毕业于中南政法学院法律系,1993-1996年任金研律师事务所律师,1996年起任教于焦作工学院法学专业,2001年起兼任北京某律师事务所证券律师。在核心期刊发表论文多篇,其他刊物发表论文十几篇,2001年后的专著主要有:《个税纳税人举证责任的承担》、《累计投票制的博弈性及其解决方法》、《转户土地被收回的补偿问题》、《发行公司募集资金计划应考虑适宜的资本结构》、《谈股份有限公司多层次控制链形成的原因》等。

陈海龙,男,1970年生,河南省社旗县人。1993年毕业于河南大学并获法学学士学位,2002年毕业于中国人民大学并获法学硕士学位。现为焦作工学院社科系讲师。主要从事政治学和宪法学的教学与研究工作,并发表学术论文多篇。

靳怀宇,男,1969年10月生,河南博爱县人,讲师,1992年毕业于中南政法学院经济法系,现在职攻读硕士学位。

目 录

第一章 公司总论	(1)
第一节 公司的概念.....	(1)
第二节 公司的权利能力和行为能力.....	(6)
第三节 公司的三个特征	(14)
第四节 公司的法人人格的否定理论	(16)
第五节 公司的历史沿革	(23)
第六节 公司的分类	(27)
第七节 股份合作企业	(59)
第二章 公司法的概念	(78)
第一节 公司法概述	(78)
第二节 公司立法的冲突及其调整	(81)
第三节 我国现行公司法的修改	(97)
第三章 公司筹资理论	(124)
第一节 公司筹资的概念.....	(124)
第二节 资金的价值.....	(128)
第三节 财务分析.....	(133)
第四节 资本成本和杠杆利益.....	(138)
第五节 资本结构.....	(142)
第六节 筹资理论在公司实务中的运用.....	(147)
第七节 股利政策.....	(152)
第四章 公司设立中的法律问题	(157)
第一节 公司设立的概念.....	(157)
第二节 发起人.....	(159)

第三节	资本·····	(166)
第四节	章程·····	(175)
第五章	公司股权变化的法律问题·····	(186)
第一节	公司的合并·····	(186)
第二节	公司的分立·····	(193)
第三节	减少注册资本·····	(194)
第四节	我国上市公司收购制度·····	(195)
第六章	公司治理的法律问题·····	(208)
第一节	公司治理的概念·····	(208)
第二节	公司治理结构的发展及存在的问题·····	(213)
第三节	有关董事的理论·····	(232)
第四节	公司治理结构的规制·····	(240)
第七章	公司破产、解散和清算·····	(253)
第一节	公司破产和解散·····	(253)
第二节	公司的清算·····	(258)

第一章 公司总论

第一节 公司的概念

一、词义

“公司”一词在汉语中可作分解解释。“公”是“属于国家或者集体的”、“无私、共同”等意思；“司”是主持、操作、经营管理等意思。公司合在一起，是指共同经营管理的意思。现代汉语词典上的公司是指大型的工商业组织。

公司的英文表达方式主要有：1. company，其意为“一个多人联合而成的经营商业或者工业企业(an association of persons for carrying on a commercial or industrial enterprise)”；2. corporation，其意为“一个依法产生个人自愿联合存在的具有很多自然人的权利和义务但是永续存在并且承担有限责任的拟制之章程联合体(an invisible, intangible, artificial creation of the law existing as a voluntary chartered association of individuals that has most of the rights and duties of natural persons but with perpetual existence and limited liability)”。

二、公司定义之立法模式

一种是日美式，在公司法中以概括的方式规定公司的定义。如，日本商法典第52条规定：“本法所谓公司是指以从事商行为为目的而设立的社团。”美国律师协会制定的标准公司法，虽不是立法机关所制定，但为许多州所采用。该标准公司之第2条规定：“公司是指受本法令管辖之营利公司。”

另一种是德国式，没有在公司法中规定公司的定义，只是规定每种公司的定义或特征。我国《公司法》采用德国式。按照我国《公司法》第二条规定：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。

三、学者对公司的定义

近代学者魏源曾给公司定义：“数十商凑资营运，出则通力合作，归则计本均分。”

台湾学者张国键认为，公司者，为以营利为目的，依照公司法组织登记成立之社团法人也。其含义有四：①公司应为法人；②公司应为社团法人；③公司应为营利社团法人；④公司应依本法组织登记成立。（张国键：《商事法论》，台北三民书局印行，1980年，第116-118页）

1904年清公司律中对公司定义：“凡凑资经营贸易者为公司。”

近代学者王孝通对公司也有定义：“多人以营利为目的，凑集资本，协同劳力，互相团结之组织体者。”

政法大学徐晓松对公司的定义：“我国公司是指全资资本由股东出资构成，股东以其出资额或所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的依公司法成立的企业法人。”

清华大学王保树在相关的论述中并没有给公司下定义，只是认为公司乃企业的一种组织形式，它依照公司法设立。

武汉大学漆多俊对公司定义为：“公司是两个以上股东，以营利为目的共同出资，依照法律规定设立的法人。”

北京大学甘培忠对公司定义：“公司是依照法定程序设立的，以营利为目的，股东以其出资额为限对公司负责，公司以其全部资产对外承担民事责任的具有法人资格的经济组织。”

北京大学徐燕对公司的定义，公司乃依法设立的、由两人或两人以上联合组成的企业法人，国家授权投资的机构或国家授权的部门可以单独出资设立公司。

上述诸论代表了中国近现代学者对公司的基本认识，大同小异，可资借鉴。

在英美法系国家，公司(Corporation或Company)这一概念具有广泛的含义，并无法定的明确定义。概括地讲，公司是指由法律赋予

其存在,并与其发起人、董事、股东截然分开的法人团体(Corporate Identity)。这种团体无论是否具有营利性,为何目的而组成,都可称为公司。(参见徐燕:《公司法原理》,北京,法律出版社,1997年,第38页)美国法学界对公司有不同的理解:一种观点认为,公司实际上是一种特权,一种州政府给予公司所有人允许其作为公司进行经营的一种许可。另一种观点认为,公司是股东相互之间、股东与公司之间、或者公司与州政府之间的合同或契约。大多数学者认为公司是一个由法律“模拟”的人。

四、公司法人本质之学说

公司法人是法律所认可的自然人之外的权利义务主体,法人既可以是自然人的集合体,也可以是财产的集合体。法人何以同样可以称为享受权利和承担义务的民事主体,对这一问题的本质,自18世纪以来,主要有三种学说:

其一,法人拟制说

德国近代罗马法学家萨维尼,主张唯有具备意思能力者,是具有法律上之人格,因此,唯有自然人方能成为权利义务之主体。社团本为抽象之概念,并非实体之存在,是通过法律之力将社团拟制为自然人。所以,法人只是法律拟制之人。

其二,法人否认说

此说从法人为法律拟制结果出发,依实证方法考察,认为社会生活中除存在自然人和财产之外,从来无所谓法人的存在。又分为三说:①目的财产说。德国学者布林兹(BRINZ)所主张。认为法人之本质不过是为一定目的而存在的无主体之财产而已。②受益人主体说。德国学者耶林(JHERING)认为,享有法人财产利益的多数个人为其实质主体,所谓法人不过是形式上的权利义务归属者而已。③管理人主体说。德国学者霍达(HOLDER),认为实际管理法人财产的人为法人的主体。

其三,法人实在说

此说认为,法人是法律拟制之结果,其主体也非应否认,而是有

其社会实在。该学说又分为三类：①有机体说。德国法学家 GIERKE 所倡导。他认为，在人类社会生活中，自然人为自然的有机体，有其个人的意思。而团体作为社会的有机体，也有其团体的意思。法律对于团体赋予其人格，使其为权利义务的主体，就是法人。②组织体说。法国学者 MICHOU D 认为，法人是法律的组织体，是适于为权利义务主体的法律上的组织体。③社会作用说。日本民法学者我妻荣认为，法人可独立承担社会作用，有适于具有权利能力的社会价值。

20 世纪以来，法人组织体说已为大多数学者接受，并为绝大多数国家立法所采纳。实际上，法人拟制说的影响最大，它承认，法人的权利能力和行为能力是由法律创制的，从而区别了法人的能力和其成员的能力、法人的财产和其成员的财产、法人的人格和其成员的人格、法人的责任和其成员的责任，这对于法人制度的确立具有十分重要的作用。从法人拟制说到法人组织体说，表明人们已不再将法人制度看成是纯粹的法技术问题，法人有其实实在在的组织体，法人不等于其成员的意思之简单相加，法律将其拟制为法人是对事实的尊重，不仅符合社会经济发展之需要，也是法律制度的一个创举。

五、公司与企业

企业一词，源于英语中的“enterprise”，并由日本人将其翻译成汉字词语，而传入中国。Enterprise 原意是企图冒险从事某项事业，且具有持续经营的意思，后来引申为经营组织或经营体。（史际春：《企业、公司溯源》，载王保树主编：《商事法论集》，第 1 卷，40 页，法律出版社，1997 年）经查询，enterprise 之意乃“经济组织或者活动（an economic organization or activity）”，其意甚广。

大陆法国家往往认为企业是一种人力和物力的相结合的、有组织的经济实体。德国的卡尔斯滕·施密特教授认为，企业应具有三个标志，即独立性、在市场中从事有偿的活动、其持续经营具有计划性和目的性。

日本学者对企业的界定更为扩大，认为还应包括在政府和地方

政府指导下从事以不追求利润为目的的公共财物生产和劳务提供的公营企业和民众基于互助合作而经营的合作企业。此外,依国际惯例,固定且相对稳定的个体经营,亦不妨称之为企业,即所谓“独资企业”。

还有人认为,企业与法人、公司等概念不同,它并非严格意义上的法律概念,而是一种作为客观事实的社会现象,一种相对独立且持续存在的各生产要素相结合的组织体。

我国学者对企业的界说相对简单,既无大陆法之严谨,也无英美法之深刻,一般仅限于经济组织的含义,且常与法人、公司等法律概念相混淆。有人认为,企业一般就是指从事生产和流通,给社会提供商品或劳务,为盈利而进行自主经营,具有法人资格的经济组织。

有人认为,企业是指依法成立并具备一定组织形式,以营利为目的的独立从事商品生产经营活动和商业服务的经济组织。

近来,也有学者借鉴新古典理论和法律与经济学派的分析,认为企业是指各种要素的投入者(人力资本和非人力资本的投入者)为了营利的目的而联合起来的一种具有独立的民事主体地位的契约组织。

本人认为,公司乃企业之属下概念,因此,一般把企业分为独资企业(SOLELY - CAPITAL ENTERPRISE),合伙企业(PARTNERSHIP ENTERPRISE)和公司企业,公司是企业的一种主要形式。企业和企业法人(LEGAL PERSON),并不是一个概念,在企业中,还有被称为个人独资和合伙企业等没有法人资格的企业种类,企业法人从严格意义上就是指公司企业法人(当然,我们国家的情况比较复杂)。企业所得税也不是针对所有的企业的,个人独资企业和合伙企业,不是企业所得税的纳税义务人,所以,上述两个企业可以避免双重纳税的负担。

六、部分对公司的不规范认识

社会上存在对公司的不规范认识。我国计划经济时期创建了许多名为“公司”、实非为公司的企业,这些企业或者是国有企业,或者

是集体和私营企业,但都不是公司法所规范的公司。比如全称为“某某劳动服务公司”或“某某实业公司”的公司,不是公司,实为传统企业。还有一些公司虽然没有“公司”之称谓,如“中国银行”等,但仍然是按照商业银行法和公司法规范的公司。

第二节 公司的权利能力和行为能力

一、公司权利能力与公民权利能力的区别

其一,公民的权利能力,是以自然人的生命、身体为前提的权利能力,公司无法享受或承担。如专属于自然人的生命权、健康权、亲权、肖像权、人格权等权利,公司是没有资格享有的。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》),第98条、第100条、第103条、第104条等条款,将这些属于自然人特有的人身权,只规定公民享有,法人不能享有。对于企业是否有人格权问题,学界多有争论。近年来也出现了以侵犯法人名誉权为诉讼标的案件,比如北京的恒生电脑案件等,甚至个别地方出现了法院起诉当事人和律师诽谤案件,千奇百怪。有人对此种现象提出了批评,认为,名誉权应该专属于自然人,法人的人格权被侵害,应该从侵犯商业利益角度解决,不能提起名誉权侵权之诉;公共机构的人格被侵害,不能提起诉讼,这是它们作为公共机构的特征造成的,公民有批评公共机构的自由。

其二,公民作为一种自然人,他(她)的权利能力始于出生,终于死亡。而公司的权利能力则只能从公司登记成立时开始,到公司撤销或解散时终止。《公司法》规定,公司营业执照签发日期,为公司成立日期,营业执照签发以后,公司才具有权利能力。

不过,公司和公民的权利能力仍有交叉之处,主要有:

其一,人格权之交叉。人格权是指法律予以保护的与权利主体的人格不可分离的权利,是人身权的一种,包括姓名权、名誉权、荣誉权、资格权等。《公司法》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。“根据这一规定,公司可以成为其他有限责任公司、股份有限公司的发起人、有限责任股东,或者指派代表担任其他公司的董事或监事。公司所享有的这些权利能力具有人格权属性。另外,《民法通则》第101条规定:“公民、法人享有名誉权、公民的人格尊严受到法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉”,第102条规定:“公民、法人享有荣誉权,禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号”等,这些通常只有自然人才能享有的人身权,公司也能够享有。 4

其二,接受遗赠权之交叉。依照《继承法》第10条遗产继承人顺序的限制,公司不得享有继承权。但是,在接受遗赠权方面,由于该种权利能力并非以自然人的性质为前提,同时《公司法》也未作限制性规定,因此,公司可以像自然人一样,享有此种权利。《继承法》第16条规定:“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。”公司可以视为其中的“集体”或“法定继承人以外的人。”

二、公司权利能力在法律上的限制

1. 公司经营范围的限制。《民法通则》规定,企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。公司作为企业法人,必须在核准登记的经营范围内从事经营活动。《公司法》第12条对此已作了明确的规定。公司经营范围的限制主要包括:(1)公司的经营范围应由公司的章程予以规定。公司章程作为公司内部最重要的规范性文件,必须对公司的经营范围作出明确规定,也只有章程才能对公司的经营范围进行规定。《公司法》第22条关于有限责任公司章程应当载明的事项,及第79条关于股份有限公司章程应当载明的事项,都明确规定将公司经营范围列在其中;(2)公司的经营范围必须依法登记。对经营范围中属于法律、行政法规限制的项目,应当依法经过批准。公司的经营范围经章程规定后,还要依法登记,经登记后才发生效力。对属于法律、行政法规限制的项目,如从事印刷、刻字等特种行业,必须经过批准;(3)经营范围既经登记或批准,非经股东同意修

改章程及变更登记,公司不得经营超过登记营业范围之外的业务。这样做,一是可以防止公司负责人任意变更公司经营范围,侵犯股东的权利,二是防止扰乱社会正常经营秩序。(4)要变更公司的经营范围,公司必须依照法定程序修改公司章程并经公司登记机关变更登记。具体地说,有限责任公司要变更经营范围,其修改章程的决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过、股份有限公司要变更经营范围,其修改章程的决议,必须经出席股东大会的股东所持表决权的三分之二以上通过。决议通过后,还要到工商部门办理变更登记事项。登记机关作变更登记后,变更经营范围才成立;(5)对超出登记机关核准的经营范围从事非法经营的公司,除公司承担相应的责任外,对公司的法定代表人(董事长),可以给予行政处分、罚款,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

2. 公司转投资的限制。公司可以向其他公司投资,具有转投资权利能力。但这种权利能力必须受到一定的限制:(1)接受投资主体的限制。公司的转投资,只能投向其他有限责任公司或股份有限公司,而不能投向其他主体;(2)转投资责任的限制。公司进行转投资后,只以转投资的投资额为限对所投资公司承担责任;(3)转投资额的限制。公司进行转投资的,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百分之五十。这里之所以对投资公司和控股公司作例外规定,是因为这些公司在一定程度上是以投资为专业的,因此,不应当加以限制。转投资额不得超过公司净资产的百分之五十,应包括公司以其资金购买其他公司的上市股票。转投资额的限制有一例外规定,就是公司在投资后,接受被投资公司以利润转增的资本,其增加额不包括在百分之五十内。

3. 公司资金借贷和担保的限制。《公司法》规定,董事、经理不得将公司资金借贷给他人。董事、经理将公司资金借贷给他人的,责令退还公司的资金,由公司给予处分,将其所得收入归公司所有。构成犯罪的,依法追究刑事责任。该规定虽然是约束公司董事、经理的,但对公司本身也具有一定的约束力。公司的资金,应当主要用于公

司的经营业务活动,对与经营业务无关的借贷活动(主要是指贷出),应当限制乃至禁止,否则,会影响公司的正常经营,也会损害股东的合法权益。许多国家和地区在制定公司法时,都明确规定限制公司资金借贷。如中国台湾省的《公司法》第15条第2款规定:“公司之资金,除因公司间业务交易行为有融通资金之必要者外,不得贷与股东或任何他人。”《公司法》虽然没有明确规定公司资金限制借贷,但作为公司主要管理人员的董事和经理,其借贷行为受到禁止,实际上是对公司借贷权利能力的一种限制。

在担保方面,《公司法》作了类似于借贷的规定,即董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。

4. 公司合并、分立的限制。公司合并与分立作为公司重大变更,该项权利的行使,必须受到严格的限制。

5. 公司分配税后利润的限制。具体见后文股利分配一章。

6. 公司增加或减少注册资本的限制。

7. 公司股份转让的限制。包括:第一,对公司发起人和管理人员行使股份转让权的限制。公司的发起人及其他管理人员与公司的利益紧密相关,他们所持有的本公司股份不得随意转让。其中发起人持有的本公司股份,自公司成立之日起三年内不得转让。公司董事、监事、经理持有的本公司股份,在任职期间内不得转让;第二,对公司收购本公司股票的限制。公司不得收购本公司的股票,但为减少公司资本而注销股份或者与持有本公司股票的其他公司合并时,可以收购本公司股票。公司收购本公司的股票后,必须在十日内注销该部分股份,并依照法律和行政法规的规定办理变更登记,并予以公告。在公司股份转让的限制方面,还有一点,就是公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的物。

三、英美法上的越权无效原则

英美法上的越权原则,是指公司的活动不能超越其章程中目的条款规定的范围,否则即使该行为是合法的,也因为其超越了目的条款的授权,传统上认为其无效,不具有法律上的强制执行力。公司也

不得经由股东大会或董事会追认该行为的效力,交易对方不得请求履行有关合同、也不得请求该公司赔偿损失,而只能追索已交付的款物。这种做法,对公司及其股东较为有利。因为公司的越权行为是公司一方主动进行的,股东因越权行为遭受损失时,可以要求公司或行为人承担责任,公司在对其不利时则可以越权行为作为借口,逃避应负的法律 responsibility。对公司的交易对方来说,则要求其每进行一项交易都必须去了解对方公司的章程及目的条款,实属不便,而对方公司的某种行为是否在其目的范围之内,也不易判断,一旦对方发生越权情形,致其遭受损失时,又不能获得法律上的救济,因而不公平的。所以,法律上对越权原则的解释和适用不得不逐渐放宽,其具体表现为两个方面:

一是对公司的目的条款作放宽的解释,只要公司董事认为某项业务有利于公司,且法律上并无明文禁止,从事该业务即不导致公司越权。

二是对善意第三人进行保护,放弃推定与公司从事交易的人已注意到公司目的条款的理论。而这种修正可以说是与大陆法系的德、法等国的规定相符。他们一般认为公司章程的目的条款所规定的目的范围,仅仅是公司对公司董事和经理人代表权或代理权的内部限制,不得对抗善意第三人。1968年欧共体颁布的公司法《第一指令》第9条规定,所有欧共体国家均实行法国和德国的做法。在英美国家,“越权规则”最早产生于英国。美国于20世纪50年代就废除了“越权规则”,英国于1989年也正式废除“越权规则”。因此可以说,在当今发达国家“越权规则”已经成为历史了。1999年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第10条业已作出了与国际惯例接轨的规定,即“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”

基于上述分析,那么公司经营范围作为章程“必载事项”的效力何在呢?一般认为,公司经营范围是公司股东为自己设立的活动空

间。因为公司的行为实际上是由公司经营者代理或代表行为归属的结果,所以经营范围的规定实际上是公司对本公司董事、经理行为的限制。公司经营范围本质上是一种内部规范,只具有对内的效力,外部第三人可以推定公司的行为在其经营范围之内。

还有,经营范围作为“登记事项”的意义与效力何在呢?经营范围必须记载在公司登记机关签发的《企业法人营业执照》上。于是有人就认为。与公司做交易的第三人怎么可能连对方的营业执照都不看就与其签合同呢?如果他看了,怎能说他不知道对方的经营范围呢?如果他知道,有怎能说他是善意的呢?既然他非善意,又何必对他保护呢?这种推论确有道理。英国的“越权规则”延续了150年,其主要理论基础正在于此。但实际情况是这样的:随着市场经济的深入发展,政府对企业经营的限制越来越少,企业经营的自由度越来越大。企业营业执照上列出的经营范围只能大致概括出企业经营的特征,而不能详尽所有。1991年,江西省曾经为一个案子中涉及的避孕套究竟是“化工产品”还是“药”的问题,弄得一审再审,最后由最高人民法院反复批示才结案。试想连法官都搞不清楚所谓的“经营范围”,怎么指望交易相对人会一目了然呢。

那么究竟为什么还要把“经营范围”作为登记事项呢?因为对于登记机关而言,他既拥有职权也负有义务审查申请人的“经营范围”是否合法。这种审查包括三方面:(1)公司的经营范围不得有损害国家、社会、公共安全和利益的经营事项。如我国禁止经营色情业。(2)公司的经营行业应当符合法定的最低资本额要求。(3)公司经营范围中属于法律、行政法规限制的项目,必须有审批机关的批准文件。

四、公司的行为能力

公司的行为能力,是指作为法人的公司在法律上有独立的意思能力,可以根据自己的意思从事活动,取得权利及承担义务,并就其活动承担法律上的后果。

由于公司的独立主体资格是法律赋予的,所以其行为能力和权