市场经济法律丛书／丁邦开 主编

公司法律制度

GONGSI FALU ZHIDU

蒋亚东 何俊昆 丁邦开／等著

东南大学出版社

市场经济法律丛书/丁邦开　主编

公司法律制度

蒋亚东　何俊昆　丁邦开等著

东南大学出版社

图书在版编目（CIP）数据

公司法律制度 / 蒋亚东等著. —南京：东南大学出版社，2002.1
（市场经济法律丛书/丁邦开主编）
ISBN 7-81050-885-7

Ⅰ.公… Ⅱ.蒋… Ⅲ.公司法-中国 Ⅳ.D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 000993 号

东南大学出版社出版发行
（南京市四牌楼 2 号 邮编 210096）
出版人：宋增民
江苏省新华书店经销 南京玉河印刷厂印刷
开本 850mm×1168mm 1/32 印张 10 字数 270 千字
2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷
印数 1-2500
定价：16.50 元
（凡因印装质量问题，可直接向发行科调换。电话：025-3792327）

市场经济法律丛书

序

人类社会已经进入了21世纪，我国的社会主义市场经济的发展也进入了一个新的阶段，市场经济在一定意义上说就是法制经济。因此，社会主义市场经济的建设必须与社会主义市场经济的法制建设同步进行；为适应建立健全社会主义市场经济体制和社会主义现代化建设的要求，必须继续加强社会主义市场经济的法制建设。

我国社会主义市场经济的法制建设虽然已经取得了巨大的成就，但仍然是任重而道远。我们既要充分地肯定我国社会主义市场经济法制建设已经取得的成绩，又要客观地评价社会主义市场经济法制建设中所存在的问题。在新的历史时期，当代经济学家和法学家应当携起手来，在建设有中国特色社会主义的伟大事业中，从理论和实践的结合上，不断开拓前进，认真探讨和研究社会主义市场经济体制下法制建设的新课题。我们必须十分重视理论和实践的结合。理论的滞后必然会导致实践无所适从，理论与实践共生共存。没有实践根基的理论，是虚幻而空洞的假设；没有理论指导的实践，是盲目的行动。实践是理论的基础，并且只有借助于理论形式才得以升华。因此，法学理论在我国法制建设中具有重要的作用。据此，我们组织了高等学校和研究机关、党政机关和司法实际部门及企业界的有关专家、学者，编写了这套“市场经济法律丛书”，由丁邦开任主编、蒋亚东任副主编。祈望这套丛书的出版对繁荣我国的社会主义市场经济建设和繁荣社会主义市场经济法制建设，培养适应新世纪的经济学人才和法学人才有所贡献。

丁邦开

2002.1

目　录

第一章　公司及公司法概述 …… (1)
第一节　公司的概念与法律特征 …… (1)
第二节　公司的产生与发展 …… (9)
第三节　公司的价值 …… (12)
第四节　公司的能力 …… (18)
第五节　公司法的概念和特征 …… (28)
第六节　各国公司立法 …… (31)

第二章　公司的类型 …… (34)
第一节　公司的基本分类 …… (34)
第二节　公司的其他分类 …… (50)
第三节　各国的法定公司类型 …… (81)

第三章　公司的设立 …… (104)
第一节　公司设立概述 …… (104)
第二节　公司设立的条件 …… (123)
第三节　公司设立的程序 …… (147)

第四章　公司资本 …… (156)
第一节　公司资本概述 …… (156)
第二节　公司资本制度 …… (162)
第三节　公司资本的形成与变更 …… (168)
第四节　公司资本的转让 …… (174)

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

第五章　公司的组织机构……（182）
第一节　公司组织机构概述……（182）
第二节　股东会……（188）
第三节　董事会……（195）
第四节　经理……（201）
第五节　监事会……（206）

第六章　公司的组织变更……（210）
第一节　公司的合并……（210）
第二节　公司的分立……（225）
第三节　公司的组织变更……（230）

第七章　公司财务会计制度……（238）
第一节　公司财务会计制度概述……（238）
第二节　公司的财务管理……（243）
第三节　公司的会计报告……（259）
第四节　公司的利润分配……（268）
第五节　违反公司财务会计制度的法律责任……（286）

第八章　公司的终止……（291）
第一节　公司的破产……（291）
第二节　公司的解散……（298）
第三节　公司的清算……（301）

第九章　公司法的回顾与展望……（304）

后　记……（310）

第一章　公司及公司法概述

第一节　公司的概念与法律特征

一、公司的概念

任何一种法律制度都以准确界定它的调整对象为前提，公司法也不例外。对于公司概念的准确把握和透彻理解是公司法律制度得以建立和完善的前提条件。然而，各国从理论到立法对公司都有着不同的定义。

（一）英美法系国家（地区）对公司的定义

英国著名公司法学者高维尔（L. C. B. Gower）教授在其名著《现代公司法原理》中指出："尽管公司法在法律界已是公认的法律部门，公司法著作也汗牛充栋，由于公司（company）一词没有严格的法律上的含义，公司法的准确范围却模糊不清。"① 英国 1948 年公司法（Companies Act，1948）第 1 条规定："任何 7 个或 7 个以上的人，或者，当设立闭锁公司（private company）时，任何 2 个或 2 个以上的人，为了合法的目的而结合在一起，通过在联合备忘录（memorandum to association）上签名以及遵照本法关于登记的

① 转引自张开平著《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社，1998 年版，第 1 页。

规定,可以成立一个承担有限或无限责任的公司法人。"[①]英国在随后几次对公司法的修订中,对公司都加以了定义,其1985年公司法第1条规定,任何两人或两人以上为了合法目的均可依照本法规定组成有限责任或无限责任的公司法人。香港学者张汉槎给公司下的定义为:具有法人团体身份(corporate identity),为法律承认存在权利(rights)和责任(duties)并与其发起人(promoters)、董事(directors)和成员(股东)(members)截然分开的社会组织。[②]在美国,统一的公司法并不存在,各州享有其独立的公司立法权,而影响较大的美国示范公司法并未对公司做出严格、完整的定义,其规定散见于各具体条文之中。但通说认为:"公司是一个通过政府行为而产生的拟制的人。"(A corporation is an artificial person that is reacted by government action)[③]

从英美公司法的角度看,公司是一个依法设立的、享有独立权利能力、具有独立法律地位的民事主体。它可以分为营利性的商事公司和非营利性的公司,也可分为有限责任的公司及无限责任的公司。

(二)大陆法系国家(地区)对公司的定义

大陆法系国家通常将公司规定为:"依公司法设立、以营利为目的的社团法人。"这一传统定义把公司视为由四个要素组成:(1)依法设立;(2)以营利为目的;(3)具有独立法人资格;(4)具社团性质。[④]

---

① Palmer's Company Law. 20 Edition. by Drive M. Schmitt Hoff and T.P.E.Curry. London Stenens & Sons Limited,1959. P829.

② 张汉槎著《香港公司法原理与实务》,科学普及出版社,1994年版,第3页。

③ Business Law & the Regulatory Environment: Principles & Cases. 13th Edition. by Ronald A, Anderson, Ivan Fox, David P. Twomey and Marianne Moody Jennings. West Educational Publishing Company,1998.

④ 江平主编《新编公司法教程》,法律出版社1999年版,第24页。

日本有限公司法第1条称："(1)本法所称有限公司，系指依本法而成立的，以商行为或其他营利行为为开业之目的的社团；(2)有限责任公司为法人。"① 其在商法典第二编公司中则称："(1)本法所指的公司，为以商行为为开业之目的而设立的社团；(2)依本编成立的，以营利为目的的社团，虽不以商行为为业，仍视为公司"(第52条)。法国民法典第1832条将公司描述为："公司有2人或数人通过契约约定将其财产或技艺集用一共同的企业、以分享由此产生的利润和自经营所得的利益而设立。"我国台湾公司法第1条则将公司定义为："公司者，乃以营利为目的，依照公司法组织登记成立之社团法人也。"我国现行公司法对公司也加以了定义，但所言并不明确。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。"第3条称："有限责任公司和股份有限公司是企业法人。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，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。"

通过比较可知，两大法系对于公司的定义有许多相似之处，并在传统上都认为公司是一个社团。然而，随着许多西方国家对一人公司的承认，公司的社团属性正在逐渐消失。

二、公司的法律特征

随着公司制度的产生与逐步发展，公司形成了它自身独有的法律特征，这些特征使得公司区别于其他社会组织或企业形态。毫无疑问，从不同的角度可以得出关于公司不同的法律特征，而笔

① 卞耀武主编《当代外国公司法》，法律出版社，1995年版。除非另有说明，本文所引用美国示范公司法、法国民法典有关公司的规定及德国、日本、英国公司法之法条均出自该书。

者则从公司的本质属性出发，将公司的法律特征归结为四个方面。

（一）依法设立

虽然公司法所属的民商法是严格意义上的私法，且私法领域以当事人的意思自治为主导，即当事人在自愿、平等的基础上可以任意创设权利、义务。但是，现代民商法仍将“企业组织形式法定”视为其不变之原则。企业只有根据相关的法律组建成特定的组织形态，它的合法权利才有可能得到完全的保护。换句话说，如果当事人在法律规定的各种企业组织形式之外，创设一种新的企业形式，那么，该当事人及其企业的权利只能以民法的一般性条款予以保护，而不能以与企业组织形态相关的法律加以保护。简而言之，虽然国家并不绝对禁止创设法律规定之外的企业组织形式，但是由于该企业的权利、义务没有得到立法机关的明确保护，从而处于一种不稳定状态，企业的组织成本与交易成本陡然上升，这对于企业的壮大发展极其不利。

公司依法设立是指根据法律对公司设立中实质的要件与程序要件的规定创设一个新的企业组织。公司设立所依据的法律，在民商分立与民商合一的国家有着很大的差别：前者依照商法典或单行的公司立法设立，如德国、日本；后者则依照民法典或单行的公司立法设立。至于英美法系，则一般以相关的法案（如英国Companies Act，1995）辅之以大量的判例组成。

当然，公司的设立并不是意味着所有企业都要经过审批。从公司设立的立法主义来看，历史上存在着四种类型：①放任主义，又称为自由主义，即公司之设立，国家对之不予任何限制，悉任设立人之自由；②特许主义，即公司之设立，须得到国家元首或法律之特许；③许可主义，即公司之设立，除依据有关法令规定条件外，仍须经行政官署之许可；④准则主义，即国家就公司设立之要件，预先以法律规定一定的准则，如合乎准则，即可取得公司法人之资

格。[①] 从西方国家的发展趋势来看，准则主义将处于主导地位，而我国在90年代之前，采取的是许可主义即注册前的审批主义，在公司法颁布之后，股份有限公司的成立，仍然适用审批主义，有限责任公司的成立则采用准则主义。

（二）具有独立的法人资格

世界各国公司法都将公司毫无例外地视为具有独立的人格（personality）的法人（legal person）。公司法人人格的独立性是指作为与自然人并列的另一类民事主体，它的人格在法律上独立于它的设立人或成员（股东）而存在。法人的独立人格可以从以下四个方面得以体现：[②]

1. 独立名称

法人具有其区别于其他民事主体而独立存在的名称。虽然法人名称中可能含有个别股东的姓名，但法人名称与股东名称仍相互独立，股东姓名的更改并不必然导致法人名称的变更。法人名称作为一个符号，标识了法人的独立存在。

2. 独立意思

关于法人是否具有其独立的意思，因不同学说而异。法人否认说由于否认法人独立人格的存在，认为法人人格的实质为自然人的人格，因而也否定法人具有其独立的意思；法人拟制说认为法人人格是法律上的拟制，它纯属观念上的存在，是法律技术的产物，因为它不可能有意思器官，也就是没有独立的意思能力；法人实在说则认为法人乃有机体或社会组织体，从而是社会的客观存在，具有独立的意思能力。法人意思的有无及其是否独立实际涉及到法人是否被视为一个超越于个别自然人之上的独立实体的问题。诚然，如法人否认说与法人拟制说所认为的，法人的意思必须

① 参见（台）蔡荫恩著《商事法概要》，三民书局，第26页。

② 参见江平主编《法人制度论》，中国政法大学出版社，1994年版，第32页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

由自然人来形成和表达，但是，法人的意思并非是众多自然人意思的简单叠加，而是由其意思机关通过特定议事规则形成，并经过特定机关加以表达的。换句话说，法人的意思是其成员（股东、董事）意思的上位概念，它来源于其成员的意思，但是从总体上它高于并独立于其成员的意思。因此，法人具有其独立的意思，这是法人人格独立的前置性条件。

3. 独立财产

法人的财产可以分为两类：一类是法人设立时的财产；一类是法人设立后所获得的财产。无论是哪一类财产，一旦划归到法人名下，法人便获得了该财产完整的所有权。法人的财产与其成员的财产相互独立，只有在特殊的情况（如公司法人人格的否认）时，两者才有一定的联系。法人财产一旦形成，其成员不得任意支配。法人财产的使用与处置只有通过法人的意思机关才能进行。

至于法人人格与财产的关系，江平教授认为："个人人格与财产的关系大不同于团体人格与财产的关系。个人具有人格并不以财产为条件，没有任何财产的自然人仍然是独立的民事权利主体；而团体具有人格则是要以拥有财产为绝对条件，没有财产的团体不可能具有独立人格，是以财产为法人人格的不可或缺的要素。"① 笔者认为财产在公司法人中确实具有重要的作用，但是将财产作为任何社团法人都必须具备的"绝对要件"，未免有失偏颇。这里涉及到法人的独立人格究竟应以哪一个要素为核心的问题，是独立的意思，还是独立的财产，或者是后面将提及的独立的责任。江平教授认为"独立的财产和独立的责任是法人独立人格的两根基本支柱"。然而，在私法自治（或曰意思自治）的社会中，私权（包括财产权）的变动在绝大多数情况下是基于当事人的自由意思而产生的。对当事人真实意思的肯定与保护是社会的一项基本

① 江平主编《法人制度论》，中国政法大学出版社，1994 年版，第 13 页。

价值目标。从这个角度出发，具有独立的意思是法人具有独立人格的先决条件，或曰法人独立人格的核心体现为法人的独立意思。根据民法的“自己责任原则”，当事人只承担，也必须承担基于其真实意思所为的民事行为。当事人的意思是权利、义务产生的最基础的根源。法人的独立财产与独立责任也是基于法人的独立意思而产生的：没有独立意思，独立财产只是假象，其实质仍为他人的财产；没有独立意思，独立责任也无从谈起。由此可见，与独立财产和独立责任相比，独立意思更具核心地位。只要独立意思存在，就可必然推出法人的独立财产与独立责任两个属性。其中独立财产所指的并非法人现实拥有的一定数量的财产，而是法人通过其独立意思获取或处分财产的某种资格和能力。综上所述，笔者认为社团法人不以拥有财产为绝对要件，而以拥有独立意思为绝对要件。当然，对独立意思的判断与界定存在相当大的难度，远不如衡量法人的财产数量那样简单，可是实务操作的困难并不足以使我们放弃对这一理念的追求。

4. 独立责任

通过前面的分析，法人的独立责任是法人独立意思的必然逻辑结果。法人通过自由意思所为的行为，必然要由法人独立承担责任。这里需要辨别的是独立责任与有限责任的区别。独立责任是从法人的角度来讲的，即必须由法人独立承担责任，依法人名下的财产而不是其成员（股东）个人的财产来承担责任。有限责任在公司法中是针对出资人或股东而言的，即出资人或股东仅以其出资额或股份为限对公司承担责任。投资者的风险限度仅为其投入公司的原始资本，除此之外，并不对公司的其他债务承担责任。法人的独立责任从数量上讲将是一种无限责任，即法人必须清偿它所有的债务，直至所有财产赔付完毕。日常所讲的法人承担有限责任，其实并不准确，只是被人们反复使用，约定俗成罢了。

法人的独立责任是在法人人格与其成员人格分离的基础上产生的。在公司制度中，公司的独立人格是股东只需就出资额为限

承担有限责任。但是，当公司的独立人格被股东滥用时，法院可判令由股东对公司的行为承担责任，这便是所谓的“揭开公司的面纱”理论。关于这一理论的详细阐述，容后进行。

（三）以营利为目的

公司区别于其他组织的另一特征是公司以营利为目的。这里有必要对营利加以科学的界定。通俗地讲，营利是指收益大于成本，从而获取利润的行为。但是，由于公司法人人格与公司成员（股东）人格的相互独立，我们需要区分获利的主体是公司还是其成员。依通常说法，公司的营利目的是指公司通过营利行为，最终将利润分配给股东。这就是说，不仅公司本身要从事营利活动，而且公司的营利活动的目的是将利润分配给股东。因此，公司的营利性行为目的，从严格意义上讲，应该是公司以使股东获利为目的。从这个角度讲，那些不以营利为目的或虽然从事营利行为但不将利润分配于其成员的组织，都不属于公司。如大陆法系中的公司公益性社团法人，虽然其本身也可以从事某些营利行为（如投资），但由于它不将利润分配予成员，因而不被视为公司。

以上为公司营利性的传统观点。但在现实中，公司法还面对以下一些问题，即公司是否可以从事非营利性行为？本身不从事营利性行为的组织可否登记为公司？如果被登记为公司，其地位如何？依传统观点，公司的营利性为其绝对必要条件，公司本身必须从事营利行为。但各国现代公司立法并未将公司从事营利行为规定为必要条件。如 1993 年德国股份公司法第 3 条规定：“股份公司被视为是商业公司，即使企业本身不经商。”德国有限责任公司法第 1 条规定：“有限责任公司可以依照本法规定为了任何法律允许的目的由一人或数人设立。”日本商法第二编公司法第 52 条之二规定：“依本编成立的，以营利为目的的社团，虽不以商行为为行业，仍视为公司。”日本有限公司法第 2 条规定：“有限公司虽不以商行为为业，仍视为商人。”美国示范公司法第 3 章第 2 条规定：“除非公司的组织章程另有规定，每家公司……有权力像一个个别

的人那样去做一切对经营公司业务和处理公司事务有必要的或有利的事情，这包含下列不受限制的权力：……(13)为公共利益或为慈善、科学或教育利益作出馈赠；……(15)在和法律不抵触的情况下，作出促进公司和事务发展的支付和馈赠。”上述国家的公司立法都确定了公司的商事性，但并不要求公司必须从事具体的商行为。换言之，公司可以从事非盈利行为，并非以营利为目的的社团也可以登记为公司，但公司法将依该法而成立的公司一概视为具有商事性，在民商分立的国家属商事主体，受商法调整。这无疑拓宽了公司这一组织形态的适用范围，其利弊得失有待考证。

(四)社团性

在传统公司法中，公司属社团法人，因而以社团性为其必要条件，即公司必须由两个以上的成员集合而成。但是，随着西方各国在不同程度上对“一人公司”(one-man company)的承认，公司的社团属性正在渐渐淡化。因此，这里关于公司的社团性略去不谈，关于“一人公司”的利弊及各国的特殊规定，将在相关章节中加以论述。

第二节　公司的产生与发展

作为一种企业的组织形态，公司制的产生和发展并非世人主观地随意创设，而是与生产力的发展有着紧密的联系。另一方面，作为一种具体的法律制度，公司制的沿革同时受到各国的文化传统、民族性格及政治形态等的影响。可以说，公司制是在各种因素的合力作用下发展到今天这种形态的。

一、公司的萌芽时期

一般认为，公司起源于中世纪的欧洲，在中世纪时，有两个因素对于尔后出现的公司具有重大意义：一是合伙制度的巨大发展，出现了两个以上的出资人共同经营的经济实体；一是法人制度的

巨大发展。这二者的结合就形成了公司。

西方的家族经营团体首先出现于中世纪的意大利及地中海沿岸的商业城市。在原先的企业形态中,独资企业占有绝对主要的地位。但是,当企业者去世后,它的资产往往由数个继承人继承。为了保持企业能继续存在下去,维持其规模效应,各继承人并不把自己所继承的财产从企业中分离出来。这样,企业的资产便成了数个继承人的共同财产,企业由独资企业转变成合伙企业。家族经营团体或家庭合伙的出现是后来无限公司的萌芽。

公司出现的又一渊源是中世纪意大利沿海城市的康孟达(commanda)契约。康孟达契约是一种商事契约,是资本所有者以其商品或资本委托航海者(航船所有人、商人或他人)代为买卖,受托者以其自己的名义从事贸易活动,所获之盈利,按契约分配。[①] 当亏损时,航海者负无限责任,而出资人仅在其出资范围内负有限责任。康孟达契约即解决了航海者资金不足的问题,又满足了出资人要求分散风险的愿望。因此,这种组织形式得到了广泛的运用,其范围从海上贸易逐渐扩展到陆上贸易,数量大大超过了家族经营团体。康孟达组织成了尔后出现的两合公司与隐名合伙的雏形。

二、公司的产生时期

公司产生的巨大推动力来自于对分散风险与集中资金的要求。而最早出现的公司形式——无限公司,却并没有很好地满足这一要求。因为无限公司在本质上与合伙并不存在很大的差别,无限公司的股东仍须对企业的债务承担无限责任。这使得拥有巨额资本的资本家、银行家不愿进行投资,因为任何一家它参与投资的无限公司,都有可能因经营不善而使其出资人倾家荡产。于是,

① 参见石少侠著《公司法》(修订版),吉林人民出版社,1996 年版,第 17 页。

在无限公司之后出现了两合公司。两合公司的原型是上面所提的康孟达组织。它改变了由所有股东都负有无限责任的作法，而仅让部分成员承担无限责任。具体做法是，由参加经营的一方对公司的债务承担无限责任，出资方不参与经营，只承担以出资为限的有限责任。这种公司形态较好地解决了出资人的风险问题，但是，由于出资人与经营人以人身信赖为基础，不可能形成较大的企业规模。因此，对于资金的高度集中仍存有不足之处。

在公司制度的演进过程中，无限公司与两合公司的作用极其有限，在现代社会并未被广泛使用。与无限公司和两合公司不同，股份有限公司在公司制度中占有重要的地位。1600 年，经英国女王特许成立的东印度公司是世界上最早成立的股份有限公司。该公司具有独立的法人地位，公司的业务是独立的，与它的股东没有关系，也不能把公司的业务视为某一股东的业务；公司的总资本被平均分为若干股，每个人可以按照自己意愿认购若干；股份的转让方法和范围都比较任意、方便；公司实行有限责任制，每个股东都负有限责任。东印度公司是最早具有法人地位和章程的商业公司，也是最早出现的股东完全负有限责任的公司，它最终使股份有限公司这一公司形态得以创立和发展。

三、公司的发展时期

由于自由资本主义时期对个人本位的极大推崇，公司制作为对团体人格的肯定并未得到迅速的发展。直到 19 世纪末、20 世纪初，资本主义发展到垄断阶段时，公司制才得到了长足的发展。

以法国大革命为标志的资产阶级革命将个人的自由、平等与权利视为最高目标，极力否定以教会为代表的封建团体人格，害怕法人制度会限制个人的权力和利益。其中，最突出的表现是，1804 年拿破仑法典中竟然没有关于法人制度的规定。这种完全的个人本位原则将权利、义务的承担者限定为个人，排除了团体作为权利、义务承担者的可能性和合理性。股份有限公司被视为是个人

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com