

公司法新论

公司的本质究竟是什么？

数百年来，

这个问题一直困扰着各国学者。

当公司制度成为法学、
经济学、管理学、政治学、社会学等诸

多科学的研究对象时，

随着各学科的交叉和融合，
对公司本质的理解更是众说纷纭。

不同的时代背景、经济社会环境、
人们的认知程度甚至研究者个人的
理论偏好与学术研究的路径都可能
深深影响对公司本质的解释。

20世纪以来，由于经济学概念和理论的引入，
使得人们对公司本质的讨论变得十分活跃，
这主要表现在对作为公司脸面的自然人与
公司之间关系的解释似乎找到了新的依据。

在这些经济学理论中，公司管理理论和公司契约
理论先后掀起了对公司本质讨论的热潮，
而且这种对公司本质的讨论和理论也不同程度的
地影响了西方世界的立法和司法实践。
公司管理理论强调公司作为一个机构以及公司
权利被公司管理层行使的重要性。

在整个商法体系中，
公司法是最贴近市场和社会实际的部门法之
一。

公司是市场经济的核心主体，
其在健全现代市场经济中发挥着举足轻重的
作用。

本书不是以新旧公司法的比较为体例进行构
思的，而是力求做到理论与实际相结合，

强调公司法的理论性，

突出介绍国内外公司法领域的新成果和新观

点……

在众多的传统公司理论学说中，
基本可以分为两大类：

一类是公司法律拟制理论。

该理论认为，法律的客体只能是自然人，
公司作为“人”在某种意义上只能是“法律
上的拟制”或者是一种实现自然人共同工
作愿望的一个代号。

根据这种理论，公司的权利和义务在本质
上是自然人的权利和义务。

另一类是公司实在理论，

该理论认为公司作为社会和经济事实而真
实存在，公司作为实体大于它的组成部分，
公司的权利义务区别于自然人的权利义务。

李德智 著 辽宁大学出版社

D922. 291. 914/48

2007

公司法新论

李德智 著
辽宁大学出版社

©李德智 2007

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法新论/李德智著. —沈阳: 辽宁大学出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-5610-5497-0

I. 公… II. 李… III. 公司法—研究—世界

IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 184520 号

责任编辑: 郭胜鳌

封面设计: 邹本忠

责任校对: 何悦

辽 宁 大 学 出 版 社

地址: 沈阳市皇姑区崇山中路 66 号 邮政编码: 110036

联系电话: 024-86864613 网址: <http://press.lnu.edu.cn>

电子邮件: lnupress@vip.163.com

沈阳航空发动机研究所印刷厂印刷 辽宁大学出版社发行

幅面尺寸: 148mm×210mm

印张: 13.5

字数: 370 千字

2007 年 12 月第 1 版

2007 年 12 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978-7-5610-5497-0

定价: 30.00 元

前 言

在整个商法体系中，公司法是最贴近市场和社会实际的部门法之一。公司是市场经济的核心主体，其在健全现代市场经济中发挥着举足轻重的作用。刚刚颁布并实施的新《公司法》是在总结 1994 年以来我国的公司法实践、吸收了世界先进国家公司立法中的新内容，并结合我国现阶段市场经济发展的现实需要的基础上所修订完成的。本书以新《公司法》为依据，对其主要内容进行了研究和解读。本书共分八章，包括公司与公司法；公司设立；公司设立的法律后果；公司治理结构；控制股东、董事和公司高级管理人员的义务与责任；公司资本与公司债券；公司合并、分立、解散、清算和公司其他法律制度。其中，公司其他法律制度包括了一人公司法律制度、国有独资公司法律制度、公司财务会计法律制度和外国公司的分支机构法律制度。

本书是在作者多年公司实践工作和对公司法研究的基础上写作而成的，在写作过程中，力求做到理论与实际相结合，强调公司法的理论性，突出介绍国内外公司法领域的最新立法动态，阐述公司法领域的新成果和新观点。同时尽可能避免有些内容的交叉与重复。

本书写作期间，正值新《公司法》的颁布，因而部分内容对新旧《公司法》进行了比较。但是，由于本书不是以新旧《公司法》的比较为体例进行构思的，所以在写作过程中根据需要使用了“新《公司法》”、“《公司法》”，其均指 2006 年 1 月 1 日生效的新《公司法》。涉及 1993 年《公司法》内容的，在本书中作了特别提示。

目 录

第一章 公司与公司法概述	1
第一节 公司的概念与特征	1
一、公司的概念	1
二、公司的特征	3
三、公司与合伙企业的联系与区别	8
第二节 公司的本质	9
一、传统公司理论	10
二、现代公司理论	12
三、我国关于公司本质的讨论	19
第三节 公司的类型	21
一、公司的学理分类	22
二、公司的法律分类	26
第四节 公司法概述	35
一、公司法的概念和调整对象	35
二、公司法的特征	36
三、公司法的基本原则	38
四、公司法的作用	40
第五节 各国公司法的制定与修改	42
一、国外主要国家公司法的制定与修改	42
二、我国公司法的制定与修改	47

第二章 公司设立	55
第一节 公司设立概述	55
一、公司设立的含义	55
二、公司设立的方式	56
三、公司设立的条件	57
四、公司设立的程序	65
第二节 公司发起人	70
一、公司发起人概述	70
二、公司发起人的资格	73
三、公司发起人的权利与义务	76
四、公司发起人的责任	78
第三节 公司章程	81
一、公司章程概述	81
二、公司章程的制定和修改	87
三、公司章程的记载事项	91
四、公司章程的效力	93
第三章 公司设立的法律后果	96
第一节 公司法律人格	96
一、公司法律人格概述	96
二、公司人格否认制度	101
第二节 公司有限责任制度	110
一、公司有限责任制度概述	110
二、有限责任制度的价值	113
三、有限责任制度的弊端	115
第三节 公司的能力	118
一、公司的权利能力	118
二、公司的行为能力	123
三、公司的责任能力与诉讼能力	127

第四章 公司治理结构	130
第一节 股东与股东（大）会	130
一、股东	130
二、股东（大）会概述	137
三、股东（大）会的职权	143
四、股份有限公司股东大会权力的实现	144
五、有限责任公司股东会权力的实现	149
第二节 董事会	151
一、董事会概述	151
二、董事会的职权	155
三、董事会权力的实现	157
四、董事与董事长	160
五、执行董事	166
六、董事会秘书	167
第三节 经理	169
一、经理的法律地位	169
二、经理的聘任与报酬	171
三、经理的职权	173
四、经理的义务	174
第四节 监事会	176
一、监事会概述	176
二、监事会的职权	181
三、监事会职权的实现	183
四、监事会主席	185
第五节 独立董事	186
一、独立董事制度概述	186
二、独立董事制度存在的主要问题	190
三、完善独立董事制度的法律对策与建议	196

第五章 控制股东、董事和公司高级管理人员的义务与责任	202
第一节 控制股东的义务	202
一、控制股东之法律界定	203
二、控制股东之诚信义务	205
三、控制股东违反诚信义务之主要表现	207
四、控制股东违反诚信义务常见的救济渠道和 具体措施	210
五、控制股东的法律责任	213
第二节 董事的义务与责任	214
一、董事的忠实义务	214
二、董事的注意义务	223
三、董事违反义务的责任与责任豁免	227
第三节 《公司法》关于董事、监事和公司其他高级 管理人员义务与责任的规定	233
一、董事、监事和公司其他高级管理人员共同的 义务与责任	233
二、董事和公司其他高级管理人员共同的义务与 责任	235
第六章 公司资本与公司债券	245
第一节 公司资本制度概述	245
一、公司资本概述	245
二、公司注册资本	247
三、公司资本原则	248
四、公司资本的增加	253
五、公司资本的减少	255
第二节 股份	260
一、股份概述	260
二、股份的性质	261

三、股份的种类	261
四、股份的发行	267
五、有限责任公司公司异议股东回购请求权	274
六、股份有限公司股份回购	276
七、有限责任公司股份的转让	280
八、股份有限公司股份的转让	286
第三节 上市公司收购	292
一、上市公司收购概述	292
二、上市公司收购的基本原则	297
三、要约收购	301
四、协议收购	310
第四节 公司债券	315
一、公司债券的概念和特征	315
二、公司债券的种类	315
三、公司债券的发行	317
四、公司债券的转让	319
五、可转换公司债券	320
第七章 公司合并、分立、解散和清算	326
第一节 公司合并	326
一、公司合并概述	326
二、公司合并的程序	330
三、公司合并无效之诉	332
四、公司合并中相关主体的利益保护	333
第二节 公司分立	338
一、公司分立概述	338
二、公司分立的形式	340
三、公司分立协议	341
四、公司分立的程序	342
五、公司分立的法律后果	343
六、公司分立中相关主体的利益保护	344

第三节 公司解散	344
一、公司解散的含义	344
二、公司解散的原因	346
三、公司解散的程序	351
四、公司解散的效力	352
五、公司解散的撤销	353
第四节 公司清算	354
一、公司清算的含义	354
二、清算组	354
三、公司清算的程序	357
四、清算中公司若干法律问题	360
第八章 公司其他法律制度	364
第一节 一人公司法律制度	364
一、一人公司概述	364
二、一人公司基本法律制度	372
第二节 国有独资公司	377
一、国有独资公司概述	377
二、国有独资公司的设立	379
三、国有资产监督管理机构的职责	380
四、国有独资公司的组织机构	381
第三节 公司财务会计法律制度	384
一、公司财务会计制度概述	384
二、公司财务会计报告	386
三、公积金制度	391
四、利润分配	395
第四节 外国公司的分支机构	401
一、外国公司分支机构概述	401
二、外国公司分支机构的设立	406
三、外国公司分支机构的清算	411
主要参考文献	413

第一章 公司与公司法概述

第一节 公司的概念与特征

一、公司的概念

关于公司的概念，由于法律制度与法律体系上的差异，不同国家和地区对公司的理解各有特点。因此，在解读公司的概念时，不能脱离对各国公司立法的考查。

英美法系素来不注重对法律概念的严格界定，因而也缺少对公司概念的明确定义。正如英国著名公司法学家高维尔教授指出：“尽管公司法在法律领域已是公认的法律部门，有关这方面的著述也是汗牛充栋，但却依然无法准确把握其范畴，因为公司一词并没有严格的法律含义”。在英美法系国家，用来表述公司的词汇主要有三个，即 Company, Corporation 和 Firm。从布莱

克法律词典 (Black Law Dictionary) 的解释看,^① Company 泛指一切企业、合伙、公司、组织和合股公司; Firm 指商业实体或企业, 非注册商业实体, 两个或以上人组成的合伙; 相比之下, 布莱克法律词典对 Corporation 的定义则更接近现代意义上的公司。尽管如此, 除了 Firm 一词常被经济学者或管理学者使用于它们的领地外, Company 与 Corporation 在公司立法和法律实践中则没有本质上的不同, 没有人认为 Company 是指合伙或其他组织。只是由于历史和文化的因素, 英国和新西兰等国家一般称公司为 Company, 因此, 英国公司法用 the Company Act 来表述。美国、澳大利亚、加拿大和新加坡等国家习惯于用 Corporation 一词来表述公司。

在大陆法系国家和地区, 公司立法通常明确规定公司的定义, 但具体做法则有所区别, 主要表现在, 这些国家和地区通常根据公司的特征, 根据立法的需求, 从某一方面对公司进行定义。如《日本商法典》第五十二条第一款规定: “本法所称公司, 是指以从事商行为为目的而设立的社团。” 同条第二款规定: “依本编规定设立的以营利为目的的社团, 即使不以从事商行为为目的的, 也视为公司。” 该法第五十四条第一款还规定: “公司是法人。” 又如《德国股份法》第一条规定: (1) 股份公司是具有独立法人资格的公司。对于公司的债务, 仅以公司的财产向债权人负责。(2) 股份公司具有划分成股份的基本资本。” 由此可知, 大陆法系国家和地区基本将公司定义为以营利为目的的, 拥有独立法人资格的社团或法人。

① According to Black' Law Dictionary, the company means union or association of persons for carrying on a commercial or industrial enterprise; a partnership, corporation, association, joint stock company, and a corporation means an artificial person or legal entity created by or under the authority of the laws of a state. An association of persons created by statute as a legal entity. The law treats the corporation itself as a person which can sue and be sued. The corporation is distinct from the individuals who comprise it (shareholders). Firm means business entity or enterprise. Unincorporated business. Partnership of two or more people.

我国从 1956 年社会主义改造完成到 1993 年《公司法》颁布前,对公司概念的使用较为混乱。1985 年国务院颁布的《公司登记管理暂行规定》曾给公司下过定义:“本规定所称公司指依本规定程序设立,有独立财产,自主经营,自负盈亏,依法承担经济责任的从事生产经营或服务性业务的经济实体。”这一定义只是区分了公司与非经济组织,并未揭示公司的本质特征,没有指出公司与其他企业组织形式的区别。1993 年颁布的《公司法》和 2005 年新公司法也未给公司下一个概括性的定义,主要从以下几个方面阐述公司的基本含义:第一,公司是法人,公司责任的有限性,例如《公司法》第三条第一款规定:“公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”第二,股东责任的有限性,例如《公司法》第三条第二款规定:“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”

著者认为,对公司定义的概括,应突出公司的本质属性。公司的概念应界定为:公司是指股东依照公司法的规定,以出资方式设立,股东以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任,公司以其全部财产对公司债务承担责任的企业法人。

二、公司的特征

目前,绝大多数的公司法著作或文章将公司特征归纳为公司的社团性、公司的营利性和公司的法人性,也有一些公司法著作根据公司独有的和有别于其他经济组织的特点将公司的特征进行重新归纳,认为公司的特征主要体现为公司的集中管理,有限责任,股权自由转让和公司的永久存在。^① 对公司特征的总结归纳应考虑公司自身的特点和公司与其他经济组织的区别。固然,公

① 施天涛著:《公司法论》,法律出版社,2005 年版,第 9~17 页。

公司的社团性和营利性是公司经典特征，但这一特征不是公司独有的。^① 公司的特征应体现它的独有性和一般性。所谓独有性是公司与其他经济组织比较而具有的特点，而一般性是指排除公司法的特殊规定，而体现公司的一般特征。例如，公司有限责任特性可能在一定条件下通过“揭开公司面纱”排除适用，而股份的自由转让不是完全的自由，是受到一定限制的。公司的特征应主要体现在以下几个方面：

（一）公司具有独立的法人地位

1. 公司是依法成立的企业法人

与一般的法人组织不同，公司的设立具有特定的条件和程序。例如我国《公司法》第六条规定：“设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。”只有满足这些条件和程序，公司才能成立。这体现了公司法的强制性要求。违反公司法对公司设立及行为的强制性要求，公司将不能成立或将受到法律的严惩。

2. 公司有自己的章程

公司章程是指就公司组织及运行规范、对公司性质、宗旨、经营范围、组织机构、活动方式、权利义务分配等内容进行记载的基本文件。我国《公司法》第十一条规定：“设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力”。从这一规定可以看出，章程是公司必备的重要法律文件，其效力范围不仅适用于公司股东，而且对于将来成立的公司以及公司的董事、监事、高级管理人员也具有约束

^① 例如：我国《合伙企业法》规定，普通合伙企业必须由两个以上合伙人组成，有限合伙由2人以上50人以下组成。而我国《公司法》则规定，有限责任公司由50以下股东组成。因此，在这一点上，合伙更具社团性。而营利性也不是公司独有的特征，因为个人独资企业和合伙企业成立的目的是以营利为主要特征的。

力。国家有宪法，公司有章程。章程对于公司的作用有如宪法对于国家的作用。^①

3. 公司拥有独立的财产

这种独立财产既是公司赖以进行业务经营的物质条件和经营条件，也是其承担财产义务和责任的物质保证。公司的财产主要由股东出资构成，公司的盈利积累或其他途径也是公司财产的来源渠道。虽然公司财产主要是由股东出资构成，但一经出资给公司，所有权即归公司享有，而股东只享有股权。我国《公司法》第三条也明确规定，公司“有独立的法人财产，享有法人财产权”。同时公司拥有独立的财产还意味着公司能够履行适当的义务，可以承担与其独立财产相匹配的责任。因此说，公司拥有独立的财产，也就具有了对外承担责任的独立性。公司财产责任的独立性，保障了投资者的安全，因而大大地增强了公司在吸引资本方面的作用。

① 由于历史原因，我国旧《公司法》（1993年《公司法》）带有浓厚的公法味道，公司章程只作为摆设而没有发挥应有的作用。例如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等等。

2005年《公司法》强化公司章程的自治功能，全方位地赋予公司更大的自治空间。公司章程是公司的自治规则，是公司的行为规范，对特定公司的权利能力和行为能力均有重要影响。公司章程的自治性特征，体现了公司经营自由的精神，表现为公司不同则章程也有所不同。每个公司在制定章程时，都可以在公司法允许的范围内，针对本公司的成立目的、所处行业、股东构成、资本规模、股权结构等等不同特点，确定本公司组织及活动的具体规则。因此，不同公司的章程必然会存在差异。

从功能层面考量，公司章程自治是公司自治的主要手段。在民商法领域，衡量一部法律中自治的空间有多大，需要考察任意性规范或者意思自治在该法中表现为多大的范围和多大的形式。同样，公司法中公司自治的理念也要依托于大量的任意性规范来落实。在一定意义上说，任意性规范越多，意思自治的范围就越大，公司自治的空间就越宽广。公司章程是公司的自治规则和行为规范，因而，当公司法中需要任意性规范来践行意思自治时，大多会出现诸如“公司章程另有规定除外”，“由公司章程规定”等表述，用公司章程来实现公司自治。参见时建中：《公司法与公司章程在公司治理中的协调》，2006年2月16日，<http://www.chinado.cn/ReadNews.asp?NewsID=522>

4. 公司设有独立的组织机构

公司设有独立的组织机构是公司与合作等非法人组织机构的主要区别。公司的组织机构主要包括股东会、董事会、经理和监事会。关于公司组织机构，本书将在第四章公司治理结构中具体讨论。

(二) 有限责任

所谓公司有限责任是指公司以其所有财产对其债务承担责任，股东以其出资额为限对公司债务承担责任。有限责任公司的股东只以其认购的出资额为限对公司负债，对超过其出资额范围的公司债务不承担责任，公司的债权人不得直接向股东主张债权或请求清偿。公司以其全部财产对外承担责任，如果公司所有财产不能承担公司债务，公司也不得主张由股东来清偿。有限责任制度的存在在责任承担机制方面使公司与合伙、无限责任公司等其他经济组织形式严格区分开来，它是公司最重要最基本的特征。例如我国《企业合伙法》规定，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。公司有限责任主要表现在以下几个方面：

(1) 公司责任与股东责任的独立。公司只能以自己拥有的财产清偿债务，股东除了缴纳出资外，对公司债务不再负责，即使公司资不抵债时，也不例外。

(2) 公司责任与其工作人员责任的独立。公司的民事活动虽由其董事、经理等管理人员实施，其民事责任亦可能因管理人员的过错行为所致，但不能因此要求公司的管理人员对公司的债务负责，特别是在公司无力清偿其债务时，不能随意追加。

(3) 公司责任与其他公司或法人组织责任的独立。公司与其他法人组织之间虽然存在千丝万缕的联系，包括存在母公司与子公司的关系，或存在主管部门与下属企业的隶属关系，但在民事法律地位上它们都是独立的法人，其责任也只能各自独立承担。

关于“有限责任制度”的具体内容将在第三章“公司设立的法律后果”中详述。

(三) 公司股份的自由转让

股份自由转让制度，是现代公司制度最为成功的表现之一。

正是凭着充分而有效的股份自由转让制度，新老投资者不断更替，资本市场不断拓展，公司运营所需资本源源不断地得到补充与供应，以资本为基础追求商业财富增长的现代市场经济才得以充满生机和活力。但股份的自由转让不是无限制的自由，而是满足一定条件下的自由转让。在这方面，有限责任公司股东股份或出资的转让要受到一定程序性限制。

股份有限公司是典型的资合公司，投资者在向股份公司投资以后，既不能以退股的方式要求公司返还财产，也不能直接支配由自己的投资所构成的公司财产。如果投资者不能根据自己的判断而随时处分所持有的股票，他们必会因其利益无法保障而放弃以购买股票向公司投资的方式，转而寻求其他投资方式，股份公司将因此不复存在。因此，股份有限公司的股份可以自由转让，公司章程不得禁止股东转让股份。

（四）公司永久存续

在英美法系国家和地区，公司具有法人人格，不仅意味着公司能够以自己的名义享有权利、履行义务并承担相应的法律责任，而且还意味着公司可以永久存续。在包括我国在内的大陆法系国家和地区，尽管大多未就公司的存续年限作出明确的限制性规定，但一般要求在公司章程中确定一个公司经营期限，从而使公司的存在期间具有了一定限制。当然，该期间届至可以通过修改公司章程而延长其经营期限，因而并不必然导致公司终止，但毕竟在客观上限定了公司的“生命期”。《法国商事公司法》第二条甚至规定公司“不得超过 99 年的期限”。但在英美法系国家，则普遍确认公司的永久存续性。譬如，美国《示范商事公司法》(Model Business Corporation Act) 修订本即赋予公司永久的存在权或者说允许公司“无限期”存在。公司的法人地位在经过确定的年限或完成了指明的商事活动时，并不自动终止，章程也不必周期性地更新。当然，永久存在并不意味着公司不能终止其存在，但是在执行有效的解散程序之前，公司作为法人可以继续存在下去。