

浙江大學出版社

公司规范运作法律研究

李有星 著

公司规范运作法律研究

李有星 著

浙江大學出版社

图书在版编目(CIP)数据

公司规范运作法律研究 / 李有星著. —杭州: 浙江大学出版社, 2001. 8

ISBN 7-308-02497-0

I. 公... II. 李... III. 公司法—研究—中国
IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 063844 号

出版发行 浙江大学出版社

(杭州浙大路 38 号 邮政编码 310027)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

(E-mail: zupress@mail.hz.zj.cn)

责任编辑 傅百荣

排 版 者 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 浙江上虞印刷厂

开 本 850mm×1168mm 1/32

印 张 17

字 数 426 千

版 印 次 2001 年 8 月第 1 版 2001 年 8 月第 1 次印刷

印 数 0001—1100

书 号 ISBN 7-308-02497-0/D·125

定 价 38.00 元

前 言

《公司规范运作法律研究》是针对公司法施行实践中出现的种种不规范现象以及公司法理论和立法的不足而展开研究的。由于公司法律制度所涉及的内容很多,公司规范运作所遇到的问题更广,因此,本书不求面面俱到,而是选择公司运作中常见的 12 个方面的问题作为研究的重点。这 12 个方面的问题是:

第一是公司设立规范问题。公司设立中首先碰到的是公司名称的规范。按规定,公司法实施后,规范的公司是有限公司、股份有限公司,或集团有限公司、集团股份有限公司。没有集团公司、总公司的名称,但实践中却出现了许多集团公司、总公司,这需要规范。其次是公司的设立运作中的具体法律问题。公司设立不同于公司成立,公司设立过程中的不同阶段存在不同的法律关系,出现不同的责任形态。从发起人有意向共同出资到公司成立的长时间内,其中的责任归属如何划分,公司设立失败或公司设立无效的后果处理等等问题,都无法从现行《公司法》中找到直接的答案。对该问题作深入的研究并加以规范是必要的。本书对公司名称、公司设立以及设立过程的责任归属作了详细的阐述。

第二是公司股东的规范问题。股东是向公司出资的人,什么样的主体能充任股东,党政机关及其干部能否充当股东,居委会、村民委员会能否作为出资人,双向持股股东关系怎么处理,持股会属于什么性质,有限公司的出资人、股份公司的发起人与股东间的关系怎样?又如控股股东的多数决权的行使和限制,少数股股东的权益如何保护,累积投票权在中国施行的基础,股东的义务责任、控股股东的民事赔偿责任等都值得探讨。书中就公司股东构成的法

律制度、股东特殊形态制度、股东权利行使的规范运作和股东义务责任的规范问题作了阐述。

第三是公司资本的规范问题。我国《公司法》实行的是法定资本制度,但根据《中外合资经营企业法》设立的公司企业又有授权资本的存在。针对法定资本制,有不少学者提出公司所要求的最低资本标准高,应降低设立公司的注册资本。那么,我国的公司资本制度需合理设置和完善。针对实践中大量存在的虚假出资、抽逃出资情形,应加强防范和控制。随着知识经济的发展,无形资产如技术、工业产权、高新技术在公司注册资本中的比重愈来愈高,如何合理安排这类投资的相关制度,应作出专题的研究。书中就公司资本的法律制度、公司资本构成的规范运作、公司资本中的瑕疵与规范等问题作了充分的阐述。

第四是公司股权的规范运作问题。公司的股权结构往往是复杂的,过去有国有股、集体股、法人股、内部职工股,现在又有职工持股、双向持股,还有认股权、股票期权等问题。普遍存在的优先股应怎样合理设置和规范,公司用于奖励职工的股份从何而来?能不能从股市中回购,公司到底能不能持有本公司的股份?股权转让的条件限制、股权转让应如何规范操作等等问题很值得研究。本书对公司股权制度、公司优先股设置的规范问题、股权转让规范运作以及公司认股权问题作了阐述。

第五是公司董事、经理的行为规范问题。公司董事、经理的行为规范是公司立法十分关注的问题。公司从股东会议中心主义演变到董事会中心主义,乃至当今的经理中心主义趋势看,董事、经理的权力扩张是必然的,关键的问题是如何赋予其权力相对应的责任和义务,对其有损公司、股东利益的行为实施监督和有效的追究。公司董事、经理的越权代表公司的法律问题,董事、经理的竞业禁止和自我交易的规制问题,董事罢免和赔偿请求权的行使,董事会议瑕疵及其责任追究以及独立董事等问题值得研究。书中就日

前董事、经理所遇到并迫切需要解决的若干方面问题作了深入的阐述。

第六是公司转投资行为规范问题。股东出资设立公司,公司以股东投资而构结的财产再行投资,从而产生转投资。转投资有其有利的一面,也有其不足的一面。我国公司运行中常见的一个问题就是突破转投资的额度规定,有短时间内,实施公司数量的大规模扩张,人为地虚增资本和制造“空洞股份”,使债权人盲目地相信公司的实力而与之交易。这种现象大大地损害交易对象的安全性和债权人的利益。转投资行为形成的子公司常被母公司用来实施违法行为和规避法律的工具。转投资问题应引起人们的重视,并应通过立法规范其行为。书中对公司转投资的法律界定、公司转投资的法律规定及缺陷、公司转投资的负面效应及其法律规制等问题作了全面阐述。

第七是公司担保捐赠行为的规范运作。公司对外担保所带来的风险是巨大的。虽然《公司法》第 62 条规定:“公司董事、经理不得以公司资产为本公司股东或其他个人债务提供担保。”但实践中,还是许多董事、经理将公司的资产为公司股东或其他个人债务提供担保。还有那些控股大股东,利用其控股地位,利用表面合法的股东会议的决议,让子公司为自身的债务提供担保,严重损害子公司的股东和债权人利益。全国闻名的猴王集团公司和 ST 猴王的事件,济南轻骑集团公司与济南轻骑股份公司之间的担保、关联交易受损事件,极为典型,令人深思。为规范上市公司的对外担保行为,2000 年 6 月 6 日,中国证券监督管理委员会发布了《关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知》,但这毕竟不具《公司法》的效力,况且,它没有涉及一般的有限公司、股份公司的担保问题如何解决。另外,公司的股权质押担保公司以及公司捐赠等问题都十分值得研究。书中对公司对外担保规范、股权质押担保以及公司捐赠等行为的规范运作问题作了系统的阐述。

第八是公司关联交易行为规范运作。公司关联交易是公司法中的核心问题之一,由于公司存在控股、参股等因素,公司之间的交易就会复杂化,关联公司之间交易往往失去公正性,公司法应重点解决董事抵触利益交易的有关问题和公司关联交易中非控股股东的权益保护问题,追究关联交易中控股股东的责任。公司关联交易是不可避免的,更不是任何关联交易都不利于交易的公司。为保障关联交易的公平和互利,法律要求关联交易决策形成的程序的合法化、公开化。为此,人们设计了针对关联交易的法律程序和法律责任制度,设置了诸如关联交易信息披露、股东会会议批准、关联交易关联方股东乃至关联方董事回避表决以及独立董事监督、认可或不定关联交易等等制度。本书重点对公司关联交易的一般制度、董事抵触利益交易的规范、公司关联交易的规制措施以及公司关联交易法律的完善等作了阐述。

第九是公司利润分配的规范问题。公司股东凭其持有股份(权)分享公司的利润,这是十分清楚的。然而,问题在于公司有着多种因素会影响公司利润的形成。在当年经营确定的情况下,公司尚需提取法定公积金、任意公积金、法定公益金等,七提八提的结果,是经营者和股东之外的人得到了好处,最终是股东可分配的利润减少了。我国《公司法》中确立的利润分配制度存在一些不足,需要弥补制度的缺陷。另外,近年来出现一些诸如股利分配、影子股份分配等新问题,还有违法分配股利的法律责任等问题都是值得研究的。书中对公司利润分配的制度、公积金的规范运作问题以及公司股利分配的规范问题作了阐述。

第十是公司合并规范运作问题。公司合并是企业市场竞争的必然的结果,然而合并就会涉及到股东利益、债权人利益和合并公司职工的利益问题,该怎么保护这些人的利益?近年来,出现的许多现象中有一个核心问题是通过企业主体的合并(或分立)严重侵犯债权人的利益。这种情况下,公司合并的操作者(如股东、董事、

经理)承担什么责任?债权人保护制度如何完善等问题在书中作了研究。

第十一是公司收购的规范运作问题。公司收购中的敌意收购、善意收购、恶意收购等问题就产生,公司收购也有一个实体和程序的合理设置、规范运作问题公司收购中,被收购公司的经营者遇到的压力最大,因为他们面临着以往的董事、经理职位往往会发生变动,甚至失去,故而会不顾股东利益地采取反收购措施,那么合理地准允采取反收购和限制经营者为谋私利而反收购之间的界限就需要法律作出规定。西方国家在收购过程中常见的“毒丸计划”、“金色降落伞”、“白衣骑士”等措施可为我们借鉴。我国虽尚未有完善的公司收购、反收购制度规范,但公司收购现象也很常见,完善我国公司收购制度也十分必要。书中对上述问题作了研究。

第十二是公司解散与清算的规范运作问题。公司解散和公司清算是终结公司法律关系、消灭公司法人资格的两个基本法律问题。公司解散,其已存的债权、债务尚未了结,法人资格尚存。公司清算就是了结解散后公司的债权、债务关系,结束公司没有完成的业务,追索债权、清偿债务,将剩余财产处分,最终消灭公司法人资格。按照《公司法》的规定,公司不论在何种情况下解散,也不论由谁组织清算组,清算是必经程序。但公司运作实践是:公司解散环节十分随便,解散后的公司,并不成立清算组进行清算。特别是负债累累的公司,公司早已人去楼空,公司的财产不明,公司的股东未尽责任,最终是损害公司尤其是公司债权人的利益。特别是那种公司歇业,被撤销和被吊销营业执照的公司,其清算环节、程序是十分不规范的。在这种情况下,作为清算主体的公司股东、董事会必然要承担起相应的法律责任。本书对公司解散、清算的法律制度、公司清算主体及清算的相应责任,公司歇业、撤销或被吊销营业执照后的法律问题作了系统的研究。

本书所重点研究的上述 12 个问题,虽不全面,但却是公司没

有规范运作的核心或者讲是公司制度缺陷最严重的部位。公司立法将上述 12 个方面的相关问题解决得好一些,公司规范运作程度就必然会提高。本书是国家社科规划课题《我国商事主体法律问题研究》的成果组成部分,也是浙江省哲学和社会科学规划课题《公司规范运作法律研究》的研究成果。笔者在此引用申报课题时的一句话:公司规范运作研究的意义在于揭示公司实践中运作不规范的原因及给交易安全、市场经济秩序带来的危害,通过对策性研究,寻求公司规范运作的方法和基本制度,为我国公司法制度的完善和商事法的发展作出贡献。

本书能够呈现给读者,首先要感谢浙江大学法与经济学研究所所长、中国人民大学法学博士生导师卢建平教授,感谢我的同事王为农、陈小英、吴继忠、周黎明、袁继红、王卫星、缪凌蓉、余永祥、封丽萍、叶宏伟等给予的支持和帮助,还要感谢我的研究生吴红瑛、顾凌云、万政伟、魏静、杨巍、胡研婷、蒋涛、吴谦、潘昀、马春波、赵骏。我还要感谢省社科规划办、浙江大学人文社科处领导的关心、支持和帮助。我要深深地感谢国内外在公司法方面深有研究的专家、教授、学者们,因为本书的许多理论和观点来自于他们的研究成果,由于不能一一当面道谢,在此一并致谢。

本书写作过程中虽经历了较长时间,花费了许多心血,但公司法律制度甚为复杂,本书的探讨仍有许多遗憾,对书中不足之处,敬请批评指正。

李有星

2001 年 6 月 16 日于浙江大学



作者简介

李有星，男，1962年10月出生，浙江缙云人，1986年起从事法律教学和律师实务工作，1995年起在浙江大学国际经济法系任国际经济法教研室主任，现系浙江大学法律顾问室副主任、浙江大学法与经济学研究所副所长、副教授、硕士生导师，主要研究商法、经济法。主要著作有：《经济法》、《涉外经济法》、《国际经济法》、《国际商法》、《票据法学》、《知识经济与法制建设》等13部。发表“论国际技术转让的限制性商业条款与管制”、“合同意思自治与合同监管研究”、“票据伪造背书法律研究”、*Regulation of the Internet: the Chinese Approach* 等中英文论文近50篇。承担国家级、省部级等各类课题20多项。

目 录

第一章 公司设立的规范运作问题	(1)
第一节 公司设立的法律制度	(1)
第二节 公司名称的规范问题	(5)
第三节 公司设立的规范运作	(10)
第四节 公司设立过程的责任归属	(27)
第二章 公司股东规范运作问题	(49)
第一节 公司股东构成的法律制度	(49)
第二节 股东特殊形态的法律规制	(57)
第三节 股东权利行使的规范运作	(74)
第四节 股东义务责任的规范问题	(107)
第三章 公司资本的规范运作问题	(118)
第一节 公司资本的法律制度	(118)
第二节 公司资本构成的规范运作问题	(127)
第三节 公司资本中的瑕疵形态	(139)
第四节 公司资本制度的缺陷与完善	(150)
第四章 公司股权规范运作问题	(168)
第一节 公司股权制度	(168)
第二节 公司的优先股权设置的规范问题	(172)

第三节	公司股权转让规范运作问题·····	(179)
第四节	公司认股权运作规范问题·····	(189)
第五章	公司董事、经理行为规范问题 ·····	(210)
第一节	公司董事、经理的行为法律制度 ·····	(210)
第二节	公司董事、经理越权代表公司法律问题 ·····	(221)
第三节	董事、经理的竞业禁止和自我交易问题 ·····	(235)
第四节	董事罢免的规范运作问题·····	(251)
第五节	董事会决议瑕疵的法律问题·····	(264)
第六节	独立董事制度法律问题·····	(272)
第六章	公司转投资行为规范运作问题 ·····	(283)
第一节	公司转投资的法律界定·····	(283)
第二节	公司转投资的法律规定及缺陷·····	(286)
第三节	公司转投资的负面效应及其法律规制·····	(293)
第七章	公司担保捐赠行为的规范运作问题 ·····	(303)
第一节	公司对外担保的规范运作·····	(303)
第二节	公司对外担保的特别规定·····	(306)
第三节	公司股权质押担保的法律问题·····	(317)
第四节	公益捐赠行为的规范运作·····	(328)
第八章	公司关联交易行为的规范运作问题 ·····	(335)
第一节	公司关联交易的理论·····	(335)
第二节	抵触利益交易的规范运作·····	(347)
第三节	公司关联交易的规制措施·····	(355)
第四节	我国公司关联交易法制的完善·····	(365)

第一章 公司设立的规范运作问题

公司的设立是一个复杂的过程,其中涉及的主体很多,包括公司发起人、股东、董事、监事和与公司设立行为有关的第三人。他们在公司法的调整下相互之间发生作用,引起一系列法律关系的产生、变更和消亡。公司的设立过程不仅影响到发起人、董事等公司行为相关人的利益,而且可能损害第三人和社会整体利益,由于设立中的公司尚未取得法律人格,责任的认定相当困难。在司法实践中,公司设立过程中发生的纠纷和问题也很多,我国现行的《公司法》只是简单规定了公司设立的条件和程序,对公司在设立中发生的各种法律关系和法律责任缺乏相应的法律调整和法律认定,这对我国发展市场经济,建立现代企业制度是相当不利的。本章对公司设立涉及的法律制度、公司名称的规范、设立中常见问题和设立责任归属等作出阐述。

第一节 公司设立的法律制度

一、公司设立的法律界定

公司设立是指公司发起人为促成公司成立并取得法人资格,依照法律规定的条件和程序所必须完成的一系列法律行为的总称。

公司设立包括公司发起、筹建到成立的全过程。公司设立的内容因设立公司的类型不同而有所区别,但所有公司的设立都是以取得法人资格、使设立的公司形成法律上的独立人格为宗旨的。公司设立一般包括下列基本内容:公司发起人为筹建公司而达成的

合意、签订发起人协议或投资协议,选择公司类型,确定公司名称、经营范围、注册资本额、制定公司章程和申请登记等。公司设立的内容,股份有限公司比有限责任公司较为复杂,公开募集的股份有限公司除一般设立内容外还包括向政府主管机关提出募股申请、制定招股说明书以及其他募集股份的事宜。在设立过程中,公司发起人的设立行为不仅会引起各项法律关系的建立,而且因公司是否最终获得成立,会涉及到公司发起人、其他股东、债权人甚至社会公众的利益。公司设立行为发生在公司成立之先,所以有学者将其称之为“前公司行为”。从时间上看,它是公司从发起人合意到登记成立到开始正常运营过程中第一个环节;从法律性质上看,公司的设立有其特殊性,以公司依法登记成立为分界点,其后,公司已经取得了独立的法律人格,能够以自己的名义独立地从事各种民事、经济活动。而在此之前,这种公司在法律上尚无权利能力,在实际上,它又能够实施一定的行为,承担一定的责任。关于设立中公司的法律性质,各国法律有不同规定,在法学理论界也有不同的认识。德国法学家认为,公司在设立阶段,不具有权利能力。英美国家则有学者认为,设立中公司是一种非法人团体,可以享有一定的权利和承担一定的义务,其财产受法律保护。我国多数学者则同意这样一种观点,即“设立中的公司不是完全独立的民商事主体,但在设立过程中具有相对独立性,具有有限的法律人格”^①。

我们赞同,设立中公司不具有法人人格,但其超越了公司发起人和股东的个人人格,可以以自己的名义从事设立公司的活动,并在一定范围内承担责任和义务,其对第三人所为的法律行为,则由行为人和公司发起人负连带责任。因此,从法律性质上讲,公司的设立是由具有有限人格的设立中公司和发起人以及其他行为关系

^① 范健:《设立中公司及其法律研究》,选自王保树主编《商事法论集》(第2卷),法律出版社1998年版,第150页。

人分担责任的民事法律行为。

二、公司设立与公司成立的区别

公司设立与公司成立是两个不同的概念。公司成立是指设立中的公司经发起人依法定条件和程序完成了所有设立行为并得到登记主管机关核准,取得法人资格,可以依法经营的特定状态。公司设立是促成公司成立并取得法人资格的一系列法律行为的总和。公司成立是发起人设立行为与政府审查核准的结果。发起人尽管完成了全部设立行为,但申请成立的公司不符合法律规定的具体条件得不到政府的核准登记,公司不能成立,或尽管设立的公司具备了法律规定的条件,但是得不到政府的核准登记,公司仍然不能成立。公司不能成立的结果就是不能取得法人资格,从而也不能从事经营活动。公司成立与公司设立主要有以下几个方面的区别:

1. 行为性质不同。公司设立是发起人为促成公司成立并取得法人资格的一系列行为的过程,其行为的基本性质属民事行为。公司的成立主要是由发起人的设立行为引发政府主管机关核准登记的行政行为,是设立行为的结果,是一种法律状态。没有发起人的设立行为,就不能引发政府机关核准登记的行政行为。没有政府机关核准登记的行政行为,发起人的设立行为也就失去了意义。

2. 行为的效力不同。公司设立是公司成立的前提,但是公司设立不必然导致公司成立。公司虽经设立并完成全部设立行为,在未取得政府主管机关核准登记,发给营业执照前公司仍然不能算成立,不能成为享受权利、承担义务的独立主体,不能以自己名义对外开展经营活动。公司未成立,因设立而产生的债权债务关系由发起人自己承担。公司成立,即一个新的民事主体产生。

3. 行为主体不同。设立行为实质是民事行为,是发起人所为,公司设立行为的主体是发起人。公司成立是行政行为和发起人行行为共同作用的结果,成立行为的主体是政府主管机关和发起人。

三、公司设立的方式

公司设立的方式,是指设立公司采取何种方法和程序。公司类型不同,设立的方法和程序也不同,同一种类的公司因募集资金方式不同,设立的方法和程序也不尽相同。公司设立的方式以设立时公司资本募集的方式可分为发起设立和募集设立两种。

1. 发起设立。发起设立是指由发起人共同出资认购公司应发行的全部出资额而设立公司的一种方式。以发起设立方式设立公司的,发起人以书面认足公司章程规定的发行资本后,应缴纳全部股款;以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权抵作股款的,应当依法办理其财产权的转移手续。发起人交付全部出资后,应当选举董事会和监事会,由董事会向公司登记机关报送设立公司的批准文件、公司章程、验资证明等文件,申请设立登记。经公司登记机关核准登记后,发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司成立后,应当进行公告。发起设立的主要特征是公司资本不向社会公开募集,而由全体发起人认购全部资本额。设立公司时的发起人是未来公司的全部股东。此种设立方式对社会公众利益影响相对较小,法律规定的程序比较简单,成立后的公司股东也具有稳定性、封闭性等特点,因而比较适应中小型公司。根据我国《公司法》的规定,有限责任公司实质采取此种设立方式(有限公司发起股东认缴全部出资),部分股份有限公司的设立也采用此种方式。

2. 募集设立。募集设立是指发起人认购公司应发行股份的一部分,其余部分按法律规定程序向社会公众募集而设立公司的方式。募集设立的主要特征:一是向社会公开募集股份,所以也称招股设立;二是募股的顺序是先由发起人认购部分股份,然后余额部分由社会公众认购,所以又称渐次设立;三是与发起设立相比,募集设立直接影响社会公众利益,法律对此规定的程序严格且复杂。此种设立方式比较适应规模较大的股份有限公司。我国《公司法》