

公司法律制度

GONGSI FALÜZHIDU XINLUN

新论

钟明霞 著

中山大学出版社

公司法律制度新论

钟明霞 著

中山大学出版社

·广州·

版权所有 翻印必究

图书在版编目(CIP)数据

公司法律制度新论/钟明霞著. —广州:中山大学出版社, 2003.6
ISBN 7-306-02070-6

I. 公… II. 钟… III. 公司法 IV. D912.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 0069106 号

责任编辑:邹岚萍 封面设计:陈影 责任校对:曹遂 责任技编:黄少伟

中山大学出版社出版发行

(地址:广州市新港西路135号 邮编:510275

电话:020-84111998、84037215)

广东新华发行集团发行

南海系列印刷公司印刷

(地址:广东省佛山市市东下路6号 邮编:528000)

850毫米×1168毫米 32开本 12印张 301千字

2003年6月第1版 2003年6月第1次印刷

定价:22.00元

如发现因印装质量问题影响阅读,请与承印厂联系调换

前 言

公司法是建立现代企业制度的重要法律基石，是市场经济法律体系的重要组成部分，它规范公司的组织和行为，在市场经济中发挥着重要作用。我国《公司法》自 1994 年 7 月 1 日施行以来，已经 8 年多。虽然这方面的著作多有问世，但由于商事公司再现于我国经济生活的时间并不长，公司法的理论尚未与公司法的实践紧密结合，公司法的精神也远未深入人心，因此，需要多种不同层面、不同定位的公司法著作问世。

本书的特点在于理论密切联系实际，一方面阐明了公司法的基本原理和基本制度，并适当介绍西方发达国家的公司法律制度和最新发展动向，以资参考和借鉴；另一方面探讨了公司法在实施中遇到的一些疑难问题及对策，对完善我国公司治理结构提出了许多独到的看法。特别是随着我国《证券法》的施行，本书及时增加了证券法的相关内容，如上市公司收购和重组制度、信息披露制度及股票发行审核制度的改革，这些内容对加强公司的规范运作，保护公司、股东和债权人利益及维护市场交易安全具有重要意义。本书的另一个特点是资料新，补充了大量国内外的最新资料，包括作者最近在英国和加拿大收集的许多第一手资料。针对当前上市公司引进“独立董事”的热潮，本书对独立董事制度的起源、作用及其局限性等均作出了客观的介绍及评价。

公司法是法学领域中实践性最强的一门学科，是发展市场经济必不可少的一部重要法律。公司法也一直是各国学者研究的重点。21 世纪以来世界各国公司法发展的特点是越来越重视公司治理运动。世界银行于 2002 年 5 月还专门发布了一份题为《中

国的公司治理与企业改革——建立现代市场制度》的研究报告。世界银行对改善公司治理行为日渐重视，已将其作为建立市场制度、实现经济持续增长和减少贫困的总体工作的一部分。研究中国公司法的新发展，不仅可为我国公司法的进一步完善提供一定的理论依据，更可为公司这一市场经济中的最重要主体提供广阔的舞台，加强规范运作和参与国际市场竞争的意识，提高我国经济在全球市场中的竞争力。

作 者

2003 年 3 月

目 录

第一章 公司概述	(1)
第一节 公司的概念和法律特征	(1)
第二节 公司的种类	(11)
第三节 公司的沿革	(21)
第四节 公司的作用	(24)
第二章 公司法概述	(28)
第一节 公司法的概念和特征	(28)
第二节 公司法的渊源及地位	(31)
第三节 公司法和其他法律部门的关系	(33)
第四节 公司法的作用	(34)
第五节 西方国家公司立法	(36)
第六节 我国公司立法	(44)
第三章 公司法基本制度	(47)
第一节 公司的名称和住所	(47)
第二节 公司的权利能力和行为能力	(54)
第三节 公司的设立	(68)
第四节 公司的登记	(74)
第五节 公司章程	(86)
第六节 公司资本及其立法原则	(90)
第四章 有限责任公司	(96)

第一节	有限责任公司的概念和特征	(96)
第二节	有限责任公司的设立	(99)
第三节	有限责任公司的组织机构	(108)
第四节	有限责任公司的股东及股东出资	(122)
第五节	转让出资及增减资本	(128)
第六节	国有独资公司	(131)
第五章	股份有限公司	(141)
第一节	股份有限公司的概念和特征	(141)
第二节	股份有限公司的设立	(144)
第三节	股份有限公司的组织机构	(155)
第四节	股东、股份与股票	(167)
第五节	股份的发行和转让	(181)
第六节	上市公司	(191)
第七节	独立董事制度	(227)
第六章	公司债	(239)
第一节	公司债概述	(239)
第二节	公司债的发行和转让	(244)
第三节	可转换公司债	(249)
第七章	公司财务和会计	(254)
第一节	公司的会计制度	(254)
第二节	公司财务会计报告	(264)
第三节	公司的利润及税后利润的分配	(269)
第八章	公司合并、分立与公司形式的变更	(274)
第一节	公司合并	(274)

第二节	公司分立·····	(277)
第三节	公司形式的变更·····	(279)
第九章	公司的破产、解散和清算·····	(281)
第一节	公司破产的概念·····	(281)
第二节	破产的申请与受理·····	(284)
第三节	债权人会议·····	(286)
第四节	破产和解·····	(294)
第五节	破产债权·····	(296)
第六节	破产清算·····	(301)
第七节	公司的解散及其清算·····	(303)
第十章	外国公司的分支机构·····	(307)
第一节	外国公司及其分支机构概述·····	(307)
第二节	外国公司分支机构的设立·····	(311)
第三节	对外国公司分支机构的监督与管理·····	(324)
第四节	外国公司分支机构的解散及清算·····	(329)
第十一章	违反公司法的责任·····	(335)
第一节	违反公司法责任概述·····	(335)
第二节	公司和股东的法律责任·····	(339)
第三节	董事、监事、经理和职工的法律责任·····	(358)
第四节	中介及服务机构的法律责任·····	(364)
第五节	政府管理部门的法律责任·····	(368)
参考文献 ·····		(371)

第一章 公司概述

第一节 公司的概念和法律特征

一、公司的概念

随着改革开放的深入和市场经济的兴起，特别是《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）的颁布和实施，“公司”一词越来越为人们熟悉和广泛运用。

公司是企业的一种组织形式。从法律上讲，它是指依公司法设立、以营利为目的的社团法人。这通常是大陆法系国家的公司法给公司下的定义。如《日本商法》第 52 条规定：“本法所称公司，是指以从事商行为为业而设立的社团。”并且该商法第 54 条规定公司为法人。英美法中的公司并非仅指以营利为目的的公司，以非营利为目的的社团法人也可称为公司。例如有些公司是为了社会公益或慈善的目的而设立。经济学家则提出了另外一种公司学说，即创立一种经济学模式来研究公司问题。这种学说通常被称为“契约关系”学说。该学说将公司看作是一种体现着个人之间契约关系网的法律拟制。这些个人包括劳动力、物料和投入资本的“所有者”，还包括公司产品的消费者和其他个人。根据这一学说，公司的管理者是主要角色，他们把所投入的各种资源融为一体，以便获得最理想的表现。股东并不被看作是公司的“所有人”，他们与债券持有人和其他债权人一样，只不过是获得了其投资的回报而投入资本的投资人。当然，在许多情况下，

股东也可以独立地为公司提供管理服务。^①

我国《公司法》颁布以前，公司的概念含混不清，公司法调整的公司与企业法调整的企业无实质区别，这就抹杀了公司是独立法人的本质特征。现行公司法虽然没有直接规定公司的定义，但参照《德国股份公司法》和《德国有限责任公司法》的立法模式，规定了公司的种类及各种公司的定义或特征，即公司是指依照公司法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。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。

二、公司的法律特征

（一）公司是以营利为目的的经济组织

公司首先必须是以营利为目的的经济组织，这就意味着公司必须从事经营活动，而经营活动的目的在于获取利润，并将其分配给公司的股东。这一特征可概括为三个方面：

1. 公司须以营利为目的从事经营活动

经营的目的是使公司自身的财产增加并获取利润，从而使出资的股东也因此受益。当然，强调公司的营利性，并不否定公司的社会责任。即公司在追求经济利益的同时，也要考虑社会整体利益，不能把追求营利与社会利益对立起来。“公司社会责任”一词起源于美国，并且在美国商界使用得十分广泛。美国学者通常认为，公司社会责任是指公司董事作为公司各类利害关系人的信托受托人，而积极实施利他主义的行为，以履行公司在社会中

^① （美）罗伯特·W. 汉密尔顿著：《公司法概要》，中国社会科学出版社1998年版，第4页。

的应有角色。^①我国《公司法》第14条第1款规定：“公司从事经营活动，必须遵守法律，遵守职业道德，加强社会主义精神文明建设，接受政府和社会公众的监督。”这一法律规定实际上赋予了公司一定的社会责任。

2. 公司的营业必须是连续不断的经营活动

关于公司经营的连续性，我国《公司登记管理条例》第62条规定：“公司成立后无正当理由超过6个月未开业的，或者开业后自行停业连续6个月以上的，由公司登记机关吊销营业执照。”这体现了公司权利义务的一致性。公司营业具有固定内容和确切经营项目，并不排斥法律准许的多种经营或多项经营，但多种经营或多项经营也应当是固定的、确切的，要改变经营性质和范围必须依照法定程序。至于同一性质的范围，通常是指从事某一方面、某一领域的经营活动，如银行、保险业务、运输业务、商业批发业务等。

3. 公司依法将所得盈余分配给股东

我国《公司法》第177条第4款规定：“公司弥补亏损和提取公积金、法定公益金后所余利润，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。”

公司的营利特征，使它同不以营利为目的的公益法人区分开来。在西方国家，公益法人主要是指科学、教育、卫生、慈善等机构，这种机构虽然也可能设立董事会，但它与公司的性质和组织原则完全不同。我国《民法通则》所规定的事业单位法人即属于这类不以营利为目的的公益法人。公司的营利特征，还使它区别于以行政管理为目的的国家机关，这一点在我国尤其重要。它可以从法律上保障政企分开，保障公司的独立经营者地位，而非政府的附属物。我国长期以来存在着一种行政性公司，或者主要

^① 刘俊海著：《公司的社会责任》，法律出版社1999年版，第2页。

功能为行政管理的公司，这是计划经济体制的产物，不属于法律意义上的公司。在政府职能转变过程中，一些原属于国务院行业主管部门后来改为总公司的，仍具有原来某些行政管理职能。这种过渡性的公司也不是公司法调整的公司。

值得注意的是，在西方国家，并非所有的公司都具有营利性。如美国的一些公司，作为一种独立的机构，具有政府的某些职能。所以，为了确切表明公司的性质，西方国家通常把具有营利性特征的公司称为商事公司。而我国的公司都具有营利性，相当于西方国家的商事公司。

（二）公司是具有法人资格的经济组织

我国《公司法》第3条规定：“有限责任公司和股份有限公司是企业法人。”这就表明公司不仅是法人，而且是以营利为目的的企业法人。

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。我国《民法通则》第37条规定：“法人应当具备下列条件：1. 依法成立；2. 有必要的财产或经费；3. 有自己的名称、组织机构和场所；4. 能够独立承担民事责任。”公司作为法人，自应符合上述四个条件和特征。

1. 公司必须依法设立

按照《公司法》的有关规定，设立公司应当依据的法律包括两个方面：第一，设立公司所依据的法律，主要是《中华人民共和国公司法》。《公司法》是我国专门规范公司设立、运作等问题的法律，只有按照公司法规定的条件、方式、程序组织起来的经济组织，才能称为“公司”。这一点，不仅我国《公司法》有明确规定，其他国家和地区的法律也有类似的规定。如美国《示范

公司法》第2条规定,“公司是指受本法令管辖之营利公司”;^①台湾《公司法》第1条规定,“本法所称公司,谓以营利为目的,依照本法所组织、登记成立之社团法人。”第二,设立公司除了要依据公司法的规定外,还要符合其他有关法律的规定。强调这一点,与公司的历史发展是分不开的。在国外,公司的设立先后经历了特许主义、核准主义、准则主义和严格准则主义四个阶段。在公司发展的早期,设立公司必须经国王或者国会的特别许可,随后发展为由行政机关审核批准,到19世纪末则广泛地采用具备法律规定条件即可成立公司的准则主义。在现代国际社会中,许多国家为了实现宏观经济调控,防止在设立公司采用准则主义中产生的滥设公司的弊端,采用了严格准则主义的制度,以加强对公司的监督。于是对公司设立规定了许多条件,这些条件除了在公司法中规定外,还在其他有关法律中进行了规定。在立法技术上,公司法一般采用某些特定问题适用其他法律的规定方式。如《公司法》第8条第2款规定:“法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的,在公司登记前依法办理审批手续。”那么,要成立经销烟草制品批发业务的公司,就必须依据《烟草专卖法》第15条的规定:“经营烟草制品批发业务的企业,必须经国务院烟草专卖行政主管部门或者省级烟草专卖行政主管部门批准,取得烟草专卖批发企业许可证,并经工商行政管理部门核准登记”。再如《公司法》第18条规定:“外商投资的有限责任公司适用本法,有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定的,适用其规定。”

2. 公司必须有自己独立的财产

公司的财产与其股东个人的财产相分离而存在。公司的财产

^① 美国《示范公司法》不是美国立法机关制定的法律,而是美国律师协会制定的公司法范本,为美国许多州公司法所引用。

来自股东的投资，股东一经把财产投入公司，就丧失了对该财产的具体支配权，而取得了股权，股东个人无任何直接处置公司财产的权利。公司对由股东投资形成的公司财产享有充分、完整的支配权。我国《公司法》第4条规定：“公司享有由股东投资形成的全部法人财产权，依法享有民事权利，承担民事责任。”此条中的“全部法人财产权”是否等同于所有权，这是一个有争议的问题。笔者认为，公司享有法人财产权意味着，公司股东可依所有者身份，对公司享有所有者权益，并对其施加控制；公司作为独立民事主体的法人，对公司资产享有占有、使用和处分的权利，并就其行为承担法律责任；股东作为所有者，不直接对公司的行为承担法律责任。

3. 公司必须是一个组织体

法人的一个重要特征就是它是一个组织体，它不仅是人的集合体，而且是人的有机集合体。公司要成为一个组织体，首先必须有自己的名称。公司的名称表明该公司与其他公司的区别，同时也表明自己公司的性质。公司的名称通常由商号、所属行业和组织形式三部分组成。公司必须有自己的住所及固定的经营场所，公司的住所是其主要办事机构所在地，是公司活动的中心地，对确定公司民事活动所在地及诉讼管辖等有重要意义。公司场所是公司为实现其设立目的所实施经营行为的地方。没有场所，公司就无法正常开展经营活动。公司必须有健全的组织机构。公司是人的有机结合体，健全的组织机构是其团体意志得以实现的组织保障。公司的组织机构包括公司的权力机构或决策机构、业务执行机构及监察机构等。公司还必须有与其经营规模相适应的从业人员和专业人员，以及专门的财会人员和健全的财务制度，这对保障公司及投资者的利益，维护交易安全是必不可少的。

4. 公司必须独立承担民事责任

独立承担民事责任是法人资格的最终体现。公司有自己独立的财产决定了它必须独立承担民事责任。公司独立承担民事责任意味着公司应以它的全部财产承担债务。全部财产应包括公司的总资本额以及历年的积累。从内容上看,不仅包括流动资金、商品,还包括厂房、设备、生产工具等固定资产以及各种财产权利,例如各种知识产权、债权、股权等无形财产权及有偿取得的土地使用权。

公司对它的法定代表人和代理人的经营活动承担民事责任。我国《民法通则》第43条规定:“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任。”这条规定同样适用于公司。股东不对公司的债务直接承担责任。由于股东和公司在公司法中是两个不同的权利主体和责任主体,因而公司的债务只能以公司的资产承担责任,不能由股东直接承担,但不排除在法律特别规定的情形下,公司的债务直接由股东负责。国外公司法常有这方面的规定,理论上称为“揭开公司的面纱”或“公司人格否认”,即在特定情况下,法律不顾公司的特性,追溯公司法律特性后面的经济实情,从而责令特定的公司成员直接承担公司的义务和责任。例如,英国《公司法》第31条规定:“如公司股东知道公司在不足法定最少股东数的情况下经营业务已达六个月,则股东对公司的所有债务应予负责。”本书将在“一人公司”部分详细论述公司人格否认理论。

公司不但是独立的民事主体,而且是独立的诉讼主体,公司可以自己的名义起诉、应诉。

(三) 公司是两个以上股东共同出资组成的经济组织

在西方国家公司中,公司不仅是法人,而且是社团法人。社团法人是指由两个以上的社员集合而成的法人组织。相对于社团法人的是财团法人。财团法人(如基金会、学校等)是以财产捐

助为其成立基础，然后任命或委托人员来管理这些财产。两者的区别在于，社团法人是先有社员（成员），然后由社员出资组成；而财团法人是先有财产，后由人管理。公司即是由两个以上股东共同出资组成的社团法人。我国《公司法》规定，有限责任公司由2个以上50个以下股东共同出资设立；设立股份有限公司应当有5人以上为发起人。这表明我国《公司法》在总体上也是坚持公司是具有社团性的。

传统上，一人出资的企业即独资企业不能称为公司。但20世纪以来，西方一些主要国家渐渐承认并且发展了一人公司，这就使得原本要承担无限责任的独资企业也能像其他公司法人一样仅承担有限责任，即在法律上承认了可以由单一投资者独享股权。我国《公司法》中规定的国有独资公司即承认股权的单一性。但即使如此，也应视为立法的例外情形。就公司的典型形态而言，享有股权的仍应是两个以上股东。

公司的上述法律特征就将公司与其他非法人组织区别开来。在现实经济生活中，“公司”和“企业”是两个运用得非常普遍的概念。但在不少人的观念中，以为“公司”和“企业”是同一个概念，公司就是企业，企业就是公司。这纯粹是一种误解。实际上，公司和企业是两个不同的法律概念，二者之间有很大区别。所谓企业，是泛指一切从事生产、流通或者服务性活动以谋取经济利益的组织。根据企业财产组织方式的不同，企业在法律上又可以分为三种类型：一种是独资企业，即由单个主体出资兴办的并归单个主体所有和控制的企业；第二种是合伙企业，即由两人以上共同出资、共同经营的企业；第三种则为公司企业，即由两个以上股东共同出资而设立的法人组织。可以说，公司属于企业范畴，是企业的一种组织类型，企业的范畴大于公司。

公司不同于独资企业。两者的区别主要有：

（1）公司必须是法人，不允许设立不是法人的公司；而独资

企业是由单个主体出资兴办并归单个主体所有和控制的企业，是否具有法人资格并非是独资企业设立和存在的主要条件。

(2) 公司的财产与股东的财产在法律上是严格分开的。公司的最初财产是由股东投资的，但股东投资后，财产即归属于公司，由公司独立自主地经营，股东不再对其出资直接享有控制权。而独资企业的财产与投资者的财产则没有严格的区分，投资者出资后仍直接控制着企业的财产，企业的经营活动仍受投资者的直接控制。

(3) 公司股东的财产责任是有限的，即公司以其全部资产对外承担责任，股东只以其出资额为限对公司债务承担责任。即使公司资不抵债，股东个人也不须负责。而独资企业由于投资者个人的财产与企业的财产没有严格的区分，所以企业资不抵债时，并不能仅以企业的财产来承担责任，还要以投资者个人的其他财产来偿还债务。晚近出现的“一人公司”属例外情形。

合伙是与公司比较相近的一个概念，它通常是指两人以上依契约提供资金、劳务、技术等，为一定的目的合伙经营，共享利润，共担风险。合伙与公司的相同点在于，二者都是以营利为目的；都要求有两个以上出资人出资的行为；都必须有出资的份额；盈利的分配一般与出资份额大小成比例。现代公司正是在合伙的基础上发展演变而来的，是合伙的高级形态，因而仍然具有合伙的某些特征。

但公司与合伙的差别也是十分明显的，主要表现在：

(1) 合伙是根据契约成立的，它基于合伙人之间的合意，没有合伙人之间的合意就不能成立合伙。而公司成立的基础是章程行为。章程行为是一种加入行为，同意公司章程者即可成为股东，这在股份公司中表现得尤为明显。公司章程是股东享受权利、承担义务和责任的依据之一，是股东共同的行为准则。

(2) 合伙不具有法人资格。合伙自身不具有独立人格，具有