

目 录

第一章 公司的内涵与变迁	(1)
第一节 企业内涵的法律界定	(1)
一、企业的法律含义	(1)
二、企业的特征	(4)
第二节 公司的概念与特征	(9)
一、公司的概念	(9)
二、公司内涵的限定:本书的立论基础	(14)
三、公司的特征	(18)
第三节 公司的发展与沿革	(33)
一、公司的发展与沿革	(33)
二、中国公司的产生和发展	(48)
第二章 公司法概述	(56)
第一节 公司法的概念与特性	(56)
一、公司法的概念	(56)
二、公司法的特性	(57)
第二节 公司法体系及其立法考察	(65)
一、英美法系公司法	(66)
二、法国法系公司法	(72)
三、德国法系公司法	(73)
四、折衷法系公司法	(76)
第三节 中国公司法的制定与修订	(78)
一、《公司法》的制定历程回顾	(78)
二、《公司法》的修订背景及概况	(80)
三、新《公司法》的变化及其意义	(83)
第四节 公司法的地位与作用	(85)
一、公司法在法律体系中的地位	(85)
二、公司法的作用	(91)
第三章 公司的类型	(94)
第一节 公司的学理分类	(94)

2 目 录

一、人合公司、资合公司与人资兼合公司	(94)
二、公营公司与民营企业	(95)
三、母公司与子公司	(95)
四、总公司和分公司	(96)
五、本国公司、外国公司与跨国公司	(97)
第二节 公司的法律分类	(98)
一、大陆法系公司的法律分类	(98)
二、英美法系公司的法律分类	(103)
第三节 我国公司的法律分类	(105)
一、有限责任公司	(105)
二、股份有限公司	(107)
三、国有独资公司	(108)
四、上市公司	(110)
五、外商投资企业的公司法适用	(112)
六、股份合作制企业的公司法适用	(113)
第四章 公司的设立	(117)
第一节 公司设立概述	(117)
一、公司设立的概念	(117)
二、公司设立的性质	(120)
三、公司设立的立法类型	(122)
第二节 公司设立的具体制度	(123)
一、公司设立的方式	(123)
二、公司设立的条件	(125)
三、公司设立的程序	(128)
第三节 公司设立的效力与责任	(131)
一、公司设立的效力	(131)
二、设立中公司的法律问题	(140)
三、公司设立的法律責任	(148)
第四节 公司的名称	(159)
一、公司名称概述	(159)
二、公司名称的选定与我国公司名称制度	(159)
三、公司名称权的内容	(164)
四、我国公司名称及商号制度存在的主要问题及其完善	(167)
第五节 公司的住所	(173)
一、公司住所概述	(173)

二、公司住所的法律意义	(175)
第五章 公司登记制度	(176)
第一节 公司登记概述	(176)
一、公司登记的概念与特征	(176)
二、公司登记立法	(177)
三、公司登记管理机关	(180)
第二节 公司登记的种类	(181)
一、开业登记	(181)
二、变更登记	(183)
三、注销登记	(184)
四、分公司登记	(185)
第三节 公司登记的程序	(186)
一、登记申请	(187)
二、审查与受理	(188)
三、决定	(189)
四、登记公示、公开	(190)
第四节 公司登记的效力与监督管理	(191)
一、公司登记的效力	(191)
二、公司登记的监督管理	(192)
第六章 公司章程	(197)
第一节 公司章程概述	(197)
一、公司章程的概念	(197)
二、公司章程的特征	(199)
三、公司章程的作用	(202)
第二节 公司章程的性质与效力	(203)
一、公司章程的性质	(203)
二、公司章程的效力	(207)
第三节 公司章程的制定和修改	(209)
一、公司章程的制定	(209)
二、公司章程的内容	(210)
三、公司章程的修改	(213)
第七章 公司的人格制度	(216)
第一节 公司的能力	(216)
一、公司的权利能力	(216)
二、公司的行为能力	(218)

4 目 录

三、公司的责任能力与诉讼能力	(219)
四、公司的目的(经营范围)之于公司能力的影响	(220)
第二节 公司法律人格要素	(223)
一、公司法律人格要素的概念	(223)
二、公司法律人格要素之构成	(225)
三、公司法律人格之实质要素	(232)
第三节 一人公司制度	(235)
一、一人公司概述	(235)
二、一人公司的产生与发展	(237)
三、西方国家和地区的一人公司立法	(239)
四、中国一人公司及其制度现状	(243)
五、一人公司对传统公司法律人格理论的挑战	(245)
第四节 公司直索责任	(246)
一、公司直索责任的概念与特征	(246)
二、公司直索责任实践考察	(248)
三、公司直索责任的一般适用情形	(251)
第八章 公司的资本制度	(254)
第一节 公司资本制度概述	(254)
一、公司资本的概念	(254)
二、公司资本制度的类型	(256)
三、公司资本原则	(260)
第二节 股东出资制度	(262)
一、出资制度概述	(262)
二、股东出资的典型形式	(263)
三、股东出资非典型形式	(266)
四、验资机构的法律责任	(273)
第三节 增加资本与减少资本	(277)
一、增加资本	(277)
二、减少资本	(280)
第九章 股东、股权、股份与股票	(282)
第一节 股东	(282)
一、股东的概念	(282)
二、股东资格的取得	(282)
三、股东资格的认定	(283)
四、股东的法律地位	(287)

五、股东的权利与义务	(288)
第二节 股权	(292)
一、股权的概念和种类	(292)
二、股权的法律性质	(294)
第三节 股东出资与股份	(296)
一、有限责任公司股东出资及其转让	(296)
二、股份有限公司的股份和股票	(303)
第十章 公司组织机构	(316)
第一节 公司组织机构与公司治理结构	(316)
一、公司治理结构的概念	(316)
二、公司法律人格与公司组织机构	(317)
三、公司治理结构的主要模式	(318)
第二节 股东会	(320)
一、股东会的概念和职权	(320)
二、股东会会议	(322)
三、股东表决权的行使	(325)
四、股东会决议	(329)
第三节 董事会	(332)
一、董事会的概念和职权	(332)
二、董事会的产生和结构	(333)
三、董事会会议	(339)
第四节 监事会	(341)
一、监事会的概念和职权	(341)
二、监事会的产生	(343)
三、监事会的组成	(344)
四、监事会会议的召集与决议	(344)
第五节 经理	(345)
一、经理的概念及立法模式	(345)
二、经理的法律地位	(346)
三、公司经理权	(347)
第六节 董事、监事、经理的义务	(351)
一、概说	(351)
二、董事、高级管理人员的忠实义务	(352)
三、董事、监事、高级管理人员的勤勉义务	(356)
第十一章 公司债	(359)

6 目 录

第一节 公司债概述	(359)
一、公司债的概念和特征	(359)
二、公司债与股份	(359)
三、公司债和一般债务	(360)
四、公司债券的主要种类	(360)
第二节 公司债券的转让与转换	(361)
一、公司债券的转让	(361)
二、可转换公司债券的转换	(362)
第十二章 公司的合并、分立与解散	(363)
第一节 公司的合并与分立	(363)
一、公司的合并	(363)
二、公司的分立	(366)
第二节 公司组织形式的变更	(366)
一、公司组织形态变更概述	(366)
二、公司组织形式的立法例	(367)
三、公司组织形式变更的要件与程序	(368)
第三节 公司的解散与清算	(369)
一、公司的解散	(369)
二、公司的清算	(372)
第十三章 外国公司的分支机构	(375)
第一节 外国公司分支机构的含义	(375)
一、外国公司分支机构的概念	(375)
二、外国公司分支机构的法律特征	(375)
第二节 外国公司分支机构的设立	(376)
一、外国公司分支机构设立的含义	(376)
二、外国公司分支机构的设立申请	(377)
三、外国公司分支机构的设立许可	(377)
四、外国公司分支机构的登记	(378)
第三节 外国公司分支机构的权利和义务	(378)
一、外国公司分支机构的权利	(378)
二、外国公司分支机构的义务	(379)
主要参考文献	(380)

第一章 公司的内涵与变迁

第一节 企业内涵的法律界定

一、企业的法律含义

在立法上,各国基本上不对企业的概念作出法律上的界定,也极少从法律主体甚至组织体意义上使用企业概念,而是从不同的角度出发使用企业概念,从而使企业概念表现出不同的含义。甚至在同一国家的不同法律部门中,关于企业含义的理解也可能表现出较大的差异。

尽管在立法上缺乏关于企业的明确界定,国外法学界则从不同角度对“企业”概念作出了许多不同但较为清晰的学理界定。美国出版的《布莱克法律辞典》对企业的解释是:“企业是一种冒险活动或组织,尤指投入财产的冒险事业。”〔1〕日本学者将企业定义为:“企业,通常指从事一定财物生产和提供劳动的经济组织”,“其中包括以从事不追求利润为目的的公共财产生产和提供劳务的企业”。〔2〕在《布罗克斯百科全书》中,企业被界定为:能够“提供产品或劳务,这些产品或劳务既能出售达到营利目的,同时又能满足公共需要。企业按经济规律行事,也就是说,试图以最节约的必要资金来谋求实际的产品或劳务量”。〔3〕尽管在德国法律中至今还没有一个统一的关于企业的概念,然而,在德国商法学理论中,法学家们基本上将企业看成是商事交易中的、从事着营利性经营的经济实体。

我国法学界对企业概念的认识相对较为统一,但还是存在一定程度上的差异。相对早期的企业定义较为简单,随着立法与法学的共同发展,法学界对企业的界定也逐渐完善起来。认为“企业是经营性的从事生产、流通或服务的组织”,〔4〕可视

〔1〕 See Henry Campbell Black, M. A., Black's Law Dictionary, West Publishing Co. 1979, Fifth Edition, p. 476.

〔2〕 《中日经济法法律辞典》“企业”条,展望出版社 1988 年版。转引自郑立、王益英主编:《企业法通论》,中国人民大学出版社 1993 年版,第 9 页。

〔3〕 上海社会科学院法学所编译:《经济法》,北京知识出版社 1982 年版,第 161 页。

〔4〕 李占祥:“积极创新社会主义企业管理学”,载《经济理论与经济管理》1984 年第 4 期。

为我国企业概念的早期定义的代表。后来在此基础上发展起来的企业定义大多注意将企业的特征涵括于企业定义或其综合性的界定之中。有学者认为,一般来说企业是由一个永久性组织和这个组织建立的生产方式构成的。依此观点,企业包括物质部分和人的部分,两者结合构成一个以特定方式从事经营活动的整体。持久性是企业最基本和最重要的特征之一。由此派生出许多规则,其中包括雇佣关系不因企业易主而变更,企业所有权的转移不影响企业与第三人的债权、债务关系,企业的存在与企业构成人员的变化无直接关系。财产独立是企业的第二个典型特征。企业财产既是经营资本,也是企业对第三人履行债务的物质保证。在法人企业中,企业财产与企业成员的个人财产是完全分离的。以此为基础,该学者将企业概念界定为:“企业是按一定的生产方式和经营方式将生产资料、劳动者和经营者结合为一个整体的,以营利为目的的,从事商品生产、运输、销售或提供劳务或服务的社会组织体。”〔5〕另有学者认为:“企业是经营性的从事生产、流通或服务的某种主体;作为概括的资产或者资本和人员之经营体,企业也可以作为交易的客体。”〔6〕多数学者则认为企业是指依法成立并具备一定组织形式,以营利为目的独立从事商品生产经营活动和商业服务的经济组织。〔7〕还有学者更进一步将企业定义为:“企业是依法设立的,从事经营活动并具有独立或相对独立的法律人格的组织。”〔8〕应当说五种定义都大同小异,各有其合理性,只不过各有侧重而已。第一种定义较为简单,可涵括于其他定义中;第二种定义将企业的内涵阐述得较为全面;第三种定义则既注意到了企业的法律主体属性又注意到了企业亦可作为交易的对象而成为法律客体;第四种定义简洁明了地表述了企业的基本内涵;第五种定义则注意到了企业乃具有独立的或相对独立的法律人格的组织,明确了个人独资企业的法律主体地位,较为难能可贵。

基于上述企业定义的分析,我们将商法意义上的企业概念界定为:企业是指依法成立并具备一定组织形式,以营利为目的独立从事生产经营和服务性活动,具有独立法律主体地位的经济组织。这一商法意义上的企业定义与上述第四、五种定义较为接近,但在上述第五种定义提出“企业具有独立的或相对独立的法律人格”

〔5〕 参见郑立、王益英主编:《企业法通论》,中国人民大学出版社1993年版,第9、11页。

〔6〕 史际春、温焯、邓峰:《企业和公司法》,中国人民大学出版社2001年版,第2页;潘静成、刘文华主编:《经济法》,中国人民大学出版社1999年版,第135页。

〔7〕 参见甘培忠:《企业与公司法学》(第二版),北京大学出版社2001年版,第2页;马德胜、董学立:《企业组织形式法律制度研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第9页;夏利民、包锡妹:《企业法》,人民法院出版社1999年版,第9页;张士元等编著:《企业法》,法律出版社1997年版,第10页;王保树等:《企业法通论》,工人出版社1988年版,第3页;赵旭东:《企业法律形态论》,中国方正出版社1996年版,第13页。

〔8〕 杨紫烜主编:《经济法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第106页。

的基础上,更进一步明确提出企业具有独立的法律主体地位。在企业的性质上,我国法学界往往将企业限定为以营利为目的从事商品生产经营活动和商业服务的企业,也就是说我国法学界所理解的企业就是许多西方国家所界定的商业企业或商事企业。考虑到这种理解已经成为一种普遍性认识,我们在此也没有使用商业企业或商事企业的概念,而是直接在商业企业或商事企业意义上使用企业概念。^[9]

企业作为商主体,在其所参加的法律关系中自然是权利、义务的承担者。许多人认为只有法人企业才是真正意义上的权利、义务的承担者,而合伙企业与个人独资企业则并非真正意义上的权利、义务的承担者。其依据为,法人企业的投资者无须在其出资之外另行对企业债务承担任何责任,而合伙企业的合伙人则要承担连带责任,个人独资企业的企业主则要以其个人资产承担责任。从责任承担方式这个角度来看,这种理解确实非常有说服力,然而这一理解却是对责任承担方式之于企业法律人格意义的一种误解。鉴于其具体理由我们已在前文论述,此处不予赘述。作为商主体的企业还有一点显著区别于一般民事主体,这就是企业不仅可以作为法律主体还能够作为法律客体。也就是说,企业具有法律含义上的双重性:一方面,作为社会组织体,企业是民事权利、义务的享有者和承担者,是民商事法律关系的主体,是法律人格的载体;另一方面,企业作为有形财产和无形财产的集合体,它当然可以作为转让、交换的客体,因而又可成为商行为的客体。

企业之所以具有法律含义上的双重性,即兼具法律主体与法律客体的地位,是由企业在不同的法律关系中所处的地位不同所决定的。相对于企业自身的行为及其拥有的权利和义务,企业是法律关系的主体;相对于企业的企业主(在公司中应为所有股东)而言,企业作为一个整体又是企业主的财产,可以成为交易的对象,可以由企业主予以处分。也就是说,某一企业在此法律关系中可以是权利、义务的承受者,但在彼法律关系中就有可能成为权利、义务指向的对象。企业作为法律关系的主体,是其法律含义的主要方面,而作为法律关系的客体,则是商品经济发展的产物。在商品经济发展初期,企业规模较小,竞争也远不如现在激烈与残酷,极少发生将企业整体作为交易对象的情形。随着商品经济的发展,尤其是进入现代市场经济时期以后,企业作为交易对象的现象已经发展成为极其平常的市场交易现象。除此之外,企业并购、接管等行为还完全可以由具备雄厚经济实力的企业本身运作,因此该实施并购或接管行为的企业就成为该商事法律关系的主体,而被并购

[9] 事实上,在西方国家,企业并不限于商事企业(即营利性企业),还包括合作社企业、公益性企业等类型。在德国法学中,还包括倾向性企业。所谓倾向性企业,是指主要为政治决策、联合政治决策、宗教政策、教育政策、科学或者艺术政策直接提供咨询服务的企业。参见[德]托马斯·莱塞尔、吕笛格·法伊尔:《德国资合公司法》(第三版),高旭军等译,法律出版社2005年版,第17~18页。

或被接管的企业则成为该商事法律关系的客体。^[10]

二、企业的特征

企业是人类为了持续地进行有规模的生产经营活动而组织起来的一种实体,它具有与其他社会组织所不同的社会属性。企业的特征正是这种特殊社会属性的表现。一个完善的法律概念应当将该概念所界定的对象的基本特征都包含在内。基于此,在我们所给定的企业的定义中,实际上已经包含了企业的特征。但企业法律概念中所包含的企业特征毕竟还过于抽象,难以具体把握。因此,为进一步阐述企业的含义,我们特地从以下四个方面对企业的特征予以分析。

第一,企业在形式上表现为一种组织体。

企业的这一特征使得企业与企业主及其他从事商品交易活动的个人区别开来,也明确标示了企业的外延并不限于公司这种最典型的企业形态。

在大陆法系国家的商法典中,一般不在商主体意义上使用企业概念,但属于企业性质的公司则被认为是商人。同时,在性质上应为个人独资企业的所谓个体商人则不被看做企业,而是将其作为自然人的延伸即所谓“商自然人”。此外从事以营利为目的的商行为的自然人也被视为商人。因此,形成了企业、企业主以及其他从事商品交易活动的个人均包含于商人范畴的局面,从而使这几个具有明显区别的概念的含义模糊起来。

人类早在原始社会初期,为了抵御自然力量,满足生存的需要,就已开始利用部落这种组织形式进行生产活动。随着社会的进一步发展,特别是随着商品经济的发展逐渐形成了资本主义生产关系后,人们为了实施依靠单个人难以实施的经济行为,获取在个人状态下难以获得的财产规模效益,在个人财产聚合的基础上形成的各种经济组织逐渐发展成为人类借以谋生或获取商业利润的最基本的组织。这种经济组织就是企业。因此,企业这一组织形式,就其本质而言,原本就是对个人经济活动的超越。企业乃个人间结合的产物,但一经形成就成为一个“法律上的人”,一个源于又独立于结合成企业的个人的“法律拟制”的人。企业作为组织体意义上的“法律上的人”,一方面,通常由两个以上的成员组成,具有团体性;另一方面,在维系生产经营所必需的组织结构上,也通常会形成企业生产经营的决策机关或决策机制,从而具有意思能力。这两点充分表现了企业的组织性。但需要说明的是,企业的组织性并非必须借此才能表现。进入法律视野的企业,其组织体也可因法律“定格”而由一个人“组成”,如个人独资企业。这看似是一个悖论,实则与企业之所以产生、存在的内在依据是一致的。如上所述,企业这一组织形式,就其本质而言,原本就是对个人经济活动的超越。两个以上的成员固然可以相互借助对方的力量从而拥有单个人所无法形成的力量,但对于仅有一个企业主的个人独资

[10] 参见范健、王建文:《商法论》,高等教育出版社2003年版,第395~396页。

企业来说,企业的经营能力实际上也并不限于企业主的能力。个人独资企业可以借助企业雇员甚至是非长期雇员的能力,从而形成超越企业主个人能力的经营能力,同样实现对个人经济活动的超越。^[11]因此,我们应当超越关于组织体属性的传统认识,不将企业的组织体属性限定在两个以上的成员上理解。此外,属于企业的商主体之所以能够成为商主体,其本质性要素在于独立的财产与独立的意思。依此判断,对于具有两个以上成员又拥有较为完备的法人治理结构的公司(一人公司与我国的国有独资公司、外商独资公司除外)来说,当然属于企业范畴。即便是一人公司与我国的国有独资公司、外商独资公司以及合伙企业与个人独资企业,尽管要么欠缺了团体性,要么欠缺了组织结构,甚至两者都欠缺,但都具备了独立的意思与独立的财产,都可以成为商主体,也就是说都可以成为具有商主体地位的企业。

长期以来,我国法律对企业作为组织体的理解也较为机械。如原《私营企业条例》第2条规定,私营企业是指“企业资产属于私人所有、雇工八人以上的营利性的经济组织”。因而是否达到“雇工八人以上”的雇工指标,就成为作为组织体的私营企业区别于《民法通则》第26条所规定的“不属于组织体”的个体工商户的标准之一。显然将雇用工人人数的多少作为判断是否为企业的标准并不合理,因而我国《个人独资企业法》已改变了这一立场,从而“与国际接轨”了。

第二,企业在社会功能上是独立从事生产经营和服务性活动的经济组织。

不仅企业所从事的活动主要是经济活动,而且其存在的目的本身就在于通过从事经济活动以获取盈利,因而它是一种经济组织。企业是经济活动的主导力量。经济活动主要就是商品生产或商品经营以及提供劳务或服务的活动。为从事经济活动,企业需要集中资金、劳动力、技术、原材料、管理以及土地等生产要素,根据市场需求进行专门商品的生产、销售以及提供其他的商业服务。尽管就企业的初衷来说,严格意义上的企业在主观上本不以服务于社会为其目的或其直接目的,而是以营利为目的,但企业活动在客观上却能满足人类社会在物质生活和精神生活方面的某种现实需求,这就是企业的社会功能。这种社会功能使企业与国家机关、军队、教会以及民间团体等组织区别开来。

企业以营利为目的而从事的生产经营和服务性活动,要求企业的行为具有连续性和独立性。所谓连续性,是指企业的经济活动处于持续状态,任何一次性的或季节性的短期商业活动都不能被认为是企业的经济活动。如某几个下岗工人为了在夏季销售西瓜等水果,临时合伙经营一个营业摊点,随着夏季西瓜销售季节的结束即告解散的行为,就不能算作企业的经济活动。尽管该行为本身是以营利为目的,

[11] 我国《个人独资企业法》第8条即将“有必要的从业人员”作为设立个人独资企业应当具备的条件之一。

也具有两个以上的人的结合;但这种结合因其目的的短期性,只能算是一种合伙契约关系,并未形成一种稳定的组织体,其行为当然也不能称为企业的经济活动。所谓独立性,是指企业对外活动是以企业的名义发生的,企业对于具体的经济活动拥有自主决策的权利和能力,并能以自己的名义享受权利、承担责任。作为法人企业,企业的决策权集中在法人机关,而非法人企业的决策权则掌握在企业主手中。在企业的民事责任方面,法人企业以其经营管理的财产或所有的财产对外承担民事责任,具有完全的独立性;^[12]而非法人企业的债务则要由企业主以企业财产以及所有个人财产承担无限连带责任或无限责任,从而表现出相对的独立性。企业的独立性还表现为其原则上应当进行独立核算,单独计算成本和费用,以收抵支,计算盈亏,对其业务通过财务会计进行反映和控制。在这个意义上讲,分公司、分店和其他独立核算、取得营业执照的企业分支机构,都可以称为企业。当然,个体经营或家庭经营的个体工商户乃至个人独资企业的财产同个人或家庭的财产,事实上很难分清,但就法律的要求来说,则实际上是应当通过建立相应的账册予以严格区分的。不过,不实行独立核算的企业内部分支机构和职能部门则不成为企业。

我们说企业是从事生产经营和服务性活动的经济组织,从法理上两个问题需要进一步明确。其一,企业必须有明确的生产经营或服务性活动范围。^[13]这要求企业具体从事什么经济活动必须在公司章程中加以载明,并在企业登记管理部门注册登记,企业应在注册登记的经营范围内从事活动,如有改变,则必须进行变更登记。其二,企业的生产经营活动必须合法,不得从事违法的生产经营活动。这又表现为两方面的意思:一是必须在注册登记的生产经营范围内进行活动,二是不得从事法律禁止的或损害国家、社会公共利益的生产经营活动。

第三,企业设立的目的具有营利性。

企业通过其具体的业务活动以获取利润,这一目的性根植于投资者的投资欲望和动机之中。投资者无论是政府还是个人,在把消费资金转为生产资金时都期望资本增值,这种期望通过企业去实现,从而表现出企业活动的营利性。所谓以营利为目的,乃从投资者的角度观察,是就投资者设立企业的目的而言;若从作为组织体的企业本身角度观察,则营利乃企业活动的宗旨。对投资者设立企业的目的而言,企业的存在仅具有工具意义。尽管企业作为一种组织体,乃一种社会客观存在,并具有长期存在甚至在理论上无限期存在的可能性,在利益上还表现出不同于

[12] 其实,在现代商法实践中,法人企业的责任也并不完全绝对化地独立于企业主,在存在法人企业的法律人格被滥用的情况下,适用“刺破公司的面纱”或公司人格否认制度时,公司的责任就没有完全独立了。其具体内容本书将专章论述。

[13] 尽管对于企业的目的或经营范围的法律意义上的理解已经不主张将其作为企业能力的严格限制,使得超出这一范围也并不必然导致企业行为无效,但至少形式上各国还大多要求企业目的或经营范围予以明确记载于章程。其具体内容本书将专门论述。

投资者个人利益的抽象利益;但企业毕竟只是投资者为实现营利目的而设立的一种经济组织,其本身并没有最终归属意义上的财产,其现实层面所“归属”或“占有”的财产,实质上只是企业为实现最终用于分配该投资者的利润而必须存在的经营中的财产,其自身利益也就变成一种为满足他人利益的抽象利益。

对于何为“以营利为目的”,各国立法实践和理论有不同认识。有的国家认为营利目的应仅仅限于生产经营领域而不在于利益的归属和利润的分配及用途。有的国家认为以营利为目的,不仅仅局限于生产经营领域,更主要地表现于利润分配领域,企业的营利活动仅具有手段意义,将企业活动所得利润分配于企业投资者才是最终目的。前一观点主要是社会主义国家提出用以解释由国家投资的企业所得利润都用于社会公共事业和职工福利事业。就社会主义国家在计划经济时代的企业来说,确实只有采此说才能解释企业的营利性,因而被我国一些学者认为是“较有说服力”的观点^[14]。但是,毋庸讳言,在计划经济时代,生产经营中还大量存在无偿划拨行为的企业,就其实质而言并不能称为严格意义上的企业,事实上西方国家也大多不将其视为严格意义上的企业。后一观点则具有普遍性,被绝大多数国家所采纳。在我国,随着市场经济体制的建立以及现代企业制度建设的逐步推进,也普遍采纳了后一观点。依此,如果经营所得并不分配于投资者,即使在其生产经营活动中能带来一定的盈利,也不能界定为企业。事实上,这正是企业与通过自己对社会的服务去实现经济利益的非营利组织及自由职业者的区别所在。尽管这类组织或个人也需要获取一定经济利益,甚至还能获得较高的经济利益,但由于其主要目的是为人类提供道德性很强的服务,或者说其行为在客观上具有很强的社会公益性,因而在西方国家和我国均不将其视为企业(特指商事企业,其含义将在本章第二节阐述)。因此,在判断某一从事生产经营活动的组织是否为企业时,不应将“利润分配于投资者”这一重要的企业判断标准作绝对化的理解。某一从事生产经营活动的非营利组织即便将利润适当分配于投资者并不意味着就属于企业,只要其不将利润完全分配于投资者,仍不妨碍其非营利组织性质的认定。另外,也不能认为非营利组织事实上能够获得一般企业所难以企及的利润,就应当划入企业范畴。譬如,自来水厂也是通过自来水的生产经营活动获取一定利润甚至是相对较高的利润,其利润也分配于投资者;但自来水厂所生产的产品——自来水,具有民生上的重要意义,并且其利润一般并不完全用于分配,更多的还是用于进一步发展,以便更好地提供产品和服务。因此,西方国家往往将其划入非营利组织范畴,使其享受免税待遇;我国也将其纳入实行企业化经营的社会公共事业单位,从而享受一般企业所不能享受到的优惠待遇。再如,在韩国,诸如相互保险公社、中小企业协同组合、乡村金库、韩国证券交易所等,虽属社团法人,但并不以营利为目的,

[14] 参见郑立、王益英主编:《企业法通论》,中国人民大学出版社1993年版,第12页。

即使有盈余的分配或分红也不能成为企业。^[15]日本也存在着这样的非商事企业意义上的非商事公司,如相互保险公司、各种协同组合等。^[16]我国的民办学校也具有这种性质。从类型上讲,民办学校应相当于西方国家的私立学校。依此,将民办学校纳入非营利组织应无疑义。然而,我国的民办学校与西方国家私立学校有实质性区别。西方国家私立学校由私人捐资设立,但捐资者并非投资者,捐资者不能成为学校股东,不能分享学校盈利。我国民办学校则往往由私人投资者投资形成,尽管应当肯定民办学校投资者的投资办学行为的社会公益性,但也应当肯定,一般来说,民办学校投资者不仅具有营利目的,甚至以营利为基本目的。我国相关法律法规也肯定了民办学校投资者可以适当分配学校盈利。如2002年12月28日颁布并于2003年9月1日生效的《民办教育促进法》第51条规定:“民办学校在扣除办学成本、预留发展基金以及按照国家有关规定提取其他的必需的费用后,出资人可以从办学结余中取得合理回报。取得合理回报的具体办法由国务院规定。”这一点,使得我国民办学校超越了传统非营利组织与企业的界定标准。但毫无疑问,基于学校所提供的教育服务的公益性,不宜将民办学校纳入企业范畴。也正是基于此考虑,我国立法将这种组织称为“民办非企业单位”。

第四,企业存在的法律条件是必须依法成立并具备一定的法律形式。

现代世界各国,对各类企业的设立都制定有法律上的审查核准制度,只是具体的程序繁简程度与主管部门不同而已。国外历史上(英国工业革命前后)曾允许自由设立企业,在欧洲中世纪商事公司发展时期,该原则还一度盛行。但由于自由设立原则弊端逐渐显现出来,这一原则很快被各国抛弃。目前世界各国通行的企业设立制度主要有特许设立、许可设立与准则设立几种。由于特许设立原则带有浓厚的政治色彩和垄断意味,现代国家除在特定情况下对某些特殊企业的设立仍适用该原则外,已基本不再采用。许可设立原则,又称行政许可或核准设立原则,尽管可以有效控制企业的设立,但由于其程序严苛,有碍企业的发展,现在采取该原则的国家也已不多了。在发达的资本主义国家,主要实行准则设立原则,即实践中被称为“注册制”的设立原则。我国长期受计划经济体制的影响,在《公司法》颁布前,企业设立采取严格的核准原则,程序复杂、环节众多,设立条件非常严苛,有碍于企业的发展,已不适应我国市场经济体制建设的需要。从我国进行企业制度改革的现实情况看,我国目前已经确立了准则设立制度,但就其要求来看,应属于严格的准则设立制度。此外,我国还存在着核准设立制度。如设立有限责任公司,除法律法规规定须经有关部门审批的以外,仅须向公司登记机关申请设立登记,明显采取的是严格准则设立制度;法律法规规定须经有关部门审批的,则采取的是行政

[15] 参见[韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日煊译,中国政法大学出版社2000年版,第35页。

[16] 参见[日]末永敏和:《现代日本公司法》,金洪玉译,人民法院出版社2000年版,第7页。

许可设立制度。如设立股份有限公司,则必须经国务院授权部门或省级人民政府批准,显然采取的是核准设立制度。

在商主体严格法定原则下,要设立作为商主体的企业只能在法律规定的企业形态中作出选择,不允许在法律规定的企业形态之外另行创设一种企业形态,或者将法定企业形态作出违背既有规定的变更。一般来说,企业在法律形式上可以分为公司、合伙企业与个人独资企业,而不同法律形式的企业有不同的设立要求,且在企业的法律地位、权利义务、管理制度以及对外债务的承担上均有实质性的差别。因此,企业设立时,必须严格根据其选择的企业形态,依照相关法律规定,满足相关要求,始能最终成功设立。

第二节 公司的概念与特征

一、公司的概念

(一) 公司概念界定概说

现今所称“公司”一词,在语源上可以追溯到古罗马时期的拉丁语词汇“Societas”,其意为“人合组织”,但究其实质而言,其含义则与今日之“公司”殊为不同,并不具有今日公司所具有的基本内涵。在现代各国社会经济活动中,公司作为最为重要的经济活动主体以及绝大多数人工作的空间,早已成为一个应用非常普遍的基本概念。然而,由于法制传统与法律体系上的差异,公司在各国与地区的概念,无论是其名称本身还是其内涵与外延,都具有较大的差异。即使在同一国家和地区,随着社会经济实践与制度以及公司法本身的发展,公司的概念及其内涵、外延也往往处于发展变动之中。

除了法律意义上的公司概念界定分歧外,公司概念还存在着描述性和规范性的、经济意义上的、制度意义上的和组织意义上的、不同传统下的和不同历史时期的等各种不同的界定。由于存在着不同的界定角度、方法以及各国在同一学科意义上关于公司的内涵与外延均存在明显的差异,对公司语词的使用往往存在着学科与翻译上的模糊性。例如,经济学上几乎将所有营利性的企业都称为公司,把公司看做一种经济工具,并大多对公司的经济特点作描述性的界定。经济学传统上将公司作为一种投入和产出关系,现代经济学的企业理论则开始注重公司的结构,把公司看做一系列契约的“连接点”。^[17]这与法律意义上的公司界定显然不同。

[17] 参见王红一:《公司法功能与结构法社会学分析——公司立法问题研究》,北京大学出版社2002年版,第13页。

因此,在学习与研究公司法时,必须特别注意,在不同学科与不同立法例下使用的公司概念并不统一,应当注意区分其内在含义。当然,在公司法的框架下,本书仅就公司法律意义上的含义加以界定。

(二)大陆法系的公司概念

一般来说,大陆法系之公司乃指依法设立的以营利为目的的企业法人。公司在德语中称为“Handelsgesellschaft”,法语则称公司为“Société”(商事公司为 Société Commerciale),在日语中称为“会社”。^[18]但是,需要注意的是,在德国、法国、意大利等欧洲大陆法系国家,公司与合伙在词汇上使用的是同一词语,需要根据相关语境确定其具体含义。就公司含义的法律界定而言,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,大略可分为以下三种情况:

1. 在公司法或商法中对公司作统一定义。如《日本商法典》第 52 条第 1 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 2 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,也视为公司。”该法第 54 条第 1 款还规定:“公司是法人。”^[19]与此相似的立法例还有《韩国商法》第 169 条及第 171 条第 1 款。^[20]我国台湾地区“公司法”第 1 条也规定:“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。”《法国商事公司法》未就公司概念作概括性规定,仅在第 34 条就有限责任公司作了界定:“有限责任公司是由一人或数人仅以其出资额为限承担损失而设立的公司。”^[21]不过《法国民法典》第 1832 条(1985 年 7 月 11 日第 85—697 号法律第 1 条)规定:“公司由二人或数人依据一项契约约定,将其财产或技艺用于共同事业,以期分享利润或获取由此可以得到的经济利益而设立。”于 1978 年修订的该法第 1842 条还规定,“除第三章所指的隐名合伙以外的公司,自其登记注册之日起享有法人资格”。^[22]

2. 不就公司作统一定义,而是对各类公司分别定义。如《意大利民法典》即在第 2291 条、第 2313 条、第 2325 条、第 2452 条、第 2462 条分别就无限公司、普通两合公司、股份公司、股份两合公司、有限责任公司作出了明文规定。^[23]《瑞士债法典》也作了基本类似的规定。^[24]

[18] 参见范健、蒋大兴:《公司法论》(上卷),南京大学出版社 1997 年版,第 2 页。

[19] 吴建斌主编:《日本公司法规范》,法律出版社 2003 年版,第 17 页。

[20] 参见《韩国商法》,吴日煥译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 36 页。

[21] 参见《法国商法典》,金邦贵译,中国法制出版社 2000 年版,第 103 页。

[22] 参见《法国民法典》(下册),罗结珍译,法律出版社 2005 年版,第 1359、1364 页。

[23] 参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 534、539、541、624、626 页。

[24] 参见《瑞士债法典》,吴兆祥等译,法律出版社 2002 年版,第 167、175、231、232 页。