

高等教育法学教材

企业与公司法学

甘培忠 著

北京大学出版社
北京

瀛教授、吴志攀教授、贾俊玲教授、盛杰民教授、徐燕副教授，人民大学的刘文华教授，中央党校的周升涛教授，社科院法学所的王保树教授、崔勤之教授，北京大学的张秀明博士，国家工商局的欧阳青处长等，在本书写作过程中，他们对某些疑难问题提供了最合理的意见，以使本书臻于完善；同时也为我提供了一些重要的文献资料。我特别要感谢我的夫人李惠津，她承担了大部分家务琐事及教育孩子的责任，使我尽全力专心写作。

我深深地热爱教学的工作岗位，也热爱北大，为之奉献生命是我之所愿。在本书出版之际，写下以上的语句，以抒心中的感受。至于本书的见解、观点，若有疏漏谬误之处，谨望读者不吝指教。

甘培忠

1997年12月2日于燕园

图书在版编目(CIP)数据

企业与公司法学/甘培忠著. —北京:北京大学出版社,1998.2

ISBN 7-301-03665-5

I. 企… II. 甘… III. ①企业法-法的理论②公司法-法的理论 IV. D912.292

书 名: 企业与公司法学

著作责任者: 甘培忠

责任编辑: 张晓秦

标准书号: ISBN 7-301-03665-5/D·0375

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

电 话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑部 62752032

排版者: 北京经纬印刷厂

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

850×1168毫米 32开本 16印张 410千字

1998年3月第一版 1998年3月第一次印刷

定 价: 18.80元

序 言

从 1993 年开始,我着手撰写《企业与公司法学》这部教材,经 5 年才得完成。这是我人生中最感欣慰的事项之一。

1987 年以来,我有幸在北京大学法律系主讲企业法、公司法、破产法的课程,历十年而未致他谋。这一期间,正值我国企业改革由浅入深、由表及里地推进,为反映这一现实的运作,课程的内容也不断变化,加之我也直接或间接地参加了若干企业法律、法规的制定工作以及以律师身份参与处理了逾 30 件涉及企业制度的案件,讲课内容相对丰富,听课对象也渐次由本科学生扩大到研究生、中国高级法官培训班学员、香港树仁学院中国法课程班学员。这些年来,也曾为中央国家机关、中央党校及银行、大型企业举办过多个专题的讲座。

科研是教学效果的必要保障,大学的教育尤其如此。十多年来,我结合我国企业改革每一阶段面临的相关问题撰写了近 30 篇论文,主编完成了 3 本书,与其他专家合著了两本书,但我竟未能较早撰写出内容系统的一本教材。究其原因,主要是我国企业制度的确处在较大的变革之中,教材的内容构成体系难以确定,有些章节写完就改,最后却被废掉。此外,人生已至不惑之年,写字撰文,刻意求真求佳,也是拖延的原因之一。

我要感谢北大出版社的张晓秦同志,他不仅对本书的出版给以诚挚的帮助,并对我拖延交稿时间一年多而予以谅解;我要感谢所有听过我课程的各类、各地的学员、学生,他们求知的欲望和聪颖的智慧已经注入本书;我要感谢北大法律系的杨紫烜教授、魏振

目 录

序言	(1)
第一章 企业与企业法	(1)
第一节 企业概述	(1)
第二节 企业的分类	(8)
第三节 企业法	(12)
第二章 企业法律形式	(21)
第一节 企业法律形式的概念	(21)
第二节 几种主要的企业法律形式	(23)
第三节 企业法律形式选择	(28)
第三章 企业设立法律制度	(34)
第一节 企业设立的概念和条件	(34)
第二节 企业设立审批程序	(38)
第三节 企业设立登记	(42)
第四节 企业名称登记管理规定	(53)
第五节 设立企业的法律责任	(56)
第四章 独资企业法律制度	(61)
第一节 独资企业的设立	(61)
第二节 独资企业的性质与一人公司	(64)
第三节 独资企业主的权利与企业管理	(67)
第四节 独资企业的业务转让	(68)
第五章 合伙企业法律制度	(70)
第一节 合伙企业的设立	(70)

第二节	合伙企业的财产权与法律地位	(74)
第三节	合伙人的权利与合伙事务的执行	(80)
第四节	合伙企业与第三人关系	(86)
第五节	入伙与退伙	(91)
第六节	两种特殊的合伙形式	(100)
第六章	全民所有制企业法律制度	(102)
第一节	全民所有制企业法概述	(102)
第二节	企业的法律地位和权利义务	(107)
第三节	企业经营权和经营责任	(118)
第四节	企业内部管理体制	(126)
第五节	企业和政府的关系	(134)
第六节	企业改制与财产监管制度	(138)
第七章	集体所有制企业法律制度	(152)
第一节	概述	(152)
第二节	城镇集体所有制企业法	(155)
第三节	乡村集体所有制企业法	(162)
第八章	私营企业和个体工商户法律规定	(166)
第一节	私营企业的概念和法律特征	(166)
第二节	私营企业的法律地位	(169)
第三节	私营企业的权利和义务	(169)
第四节	个体工商户法律规定	(173)
第九章	企业承包与租赁经营及联营	(176)
第一节	企业承包经营	(176)
第二节	企业租赁经营	(185)
第三节	企业联营	(192)
第十章	中外合资经营企业法律制度	(197)
第一节	合资企业的特征与立法	(197)
第二节	合资企业的设立	(202)

第三节	合资企业的组织机构·····	(208)
第四节	合资企业的资本·····	(211)
第五节	合资企业的经营管理·····	(218)
第六节	合资企业的利润分配·····	(221)
第十一章	中外合作经营企业法律制度·····	(222)
第一节	合作企业概述·····	(222)
第二节	合作企业的设立与法律地位·····	(227)
第三节	合作企业的各方出资与组织机构·····	(231)
第四节	合作企业的盈亏分配与资产归属·····	(235)
第五节	合作企业的经营期限·····	(237)
第六节	关于非法人合作企业的特别规定·····	(238)
第十二章	外资企业法律制度·····	(240)
第一节	外资企业的概念与立法·····	(240)
第二节	外资企业的设立与组织机构·····	(246)
第三节	外资企业的投资及土地使用·····	(251)
第四节	对外资企业的国家监管与保护·····	(256)
第十三章	公司与公司法·····	(261)
第一节	公司的概念·····	(261)
第二节	公司的特征·····	(264)
第三节	公司的种类·····	(269)
第四节	公司法·····	(275)
第十四章	有限责任公司·····	(285)
第一节	有限责任公司的概念与特征·····	(285)
第二节	有限责任公司的设立·····	(288)
第三节	有限责任公司的股东与组织机构·····	(296)
第四节	国有独资公司·····	(305)
第十五章	股份有限公司·····	(310)
第一节	股份有限公司的概念与特征·····	(310)

第二节	股份有限公司的设立·····	(313)
第三节	股份有限公司的股东与组织机构·····	(325)
第四节	外商投资股份公司·····	(336)
第十六章	股份有限公司的资本与股份·····	(340)
第一节	股份有限公司的资本·····	(340)
第二节	股份有限公司的股份·····	(346)
第三节	上市公司·····	(356)
第十七章	公司债券·····	(363)
第一节	公司债券的概念与特征·····	(363)
第二节	公司债券的种类·····	(366)
第三节	公司债券的发行·····	(367)
第四节	公司债券的清偿·····	(372)
第五节	公司债券的转让·····	(373)
第十八章	公司财务制度与会计制度·····	(374)
第一节	概述·····	(374)
第二节	公司财务会计报告·····	(375)
第三节	公司的公积金与公益金·····	(380)
第四节	公司的股利分配·····	(384)
第十九章	母公司与子公司·····	(388)
第一节	母公司与子公司的概念·····	(388)
第二节	母子公司间法律关系的特征·····	(389)
第三节	母子公司关系的商业功能分析·····	(391)
第四节	母子公司关系的法律规制·····	(395)
第五节	母公司对子公司的直接债务责任·····	(405)
第六节	几个相关的公司概念·····	(409)
第二十章	公司代理与分支机构及外国公司·····	(414)
第一节	公司代理·····	(414)
第二节	公司分支机构(分公司)·····	(428)

第三节	外国公司	(430)
第二十一章	公司的变更与分立及 M&A	(435)
第一节	公司的变更	(435)
第二节	公司的分立	(441)
第三节	公司的合并与收购(M&A)	(445)
第二十二章	公司重整	(460)
第一节	概述	(460)
第二节	公司重整制度的内容	(463)
第三节	我国公司重整制度的建立	(469)
第二十三章	企业解散与清算及注销	(475)
第一节	企业解散	(475)
第二节	企业清算	(479)
第三节	企业注销登记	(485)
第二十四章	法人企业破产制度	(486)
第一节	破产与破产法	(486)
第二节	我国企业破产立法及适用范围	(489)
第三节	我国企业破产制度的主要内容	(491)

第一章 企业与企业法

第一节 企业概述

一、企业的概念

“企业”(Enterprise)一词,在汉语中本来没有,现在我们通常所称的“企业”,是从日语中翻译来的词语,而日语中的词汇又渊源于英语语系中。世界各国的学者在对“企业”一词下定义时,往往是从不同的角度表述其研究的结果,众说纷纭,莫衷一是。我们首先列举以下几种中外学者对企业所下的定义,以便进行分析和讨论。

1. 企业是统一的社会和经济体制中独立的和基本的劳动组织。

2. 企业是以获得利润为目的而进行活动的个别经济组织。

3. 企业是一种把土地、资本、劳力、管理、技术等生产要素集合起来的组织,它对某种事业作有计划、有组织、讲求效率的经营,并在经营中承担一定风险,其目的在于创造利润。

4. 企业是现代社会中人们进行生产活动的一种组织形式和经营方式。

5. 企业是从事生产、流通和服务性经营活动的盈利性经济组织。企业又是一个独立或相对独立的商品生产者和经营者,具有经济上的独立性和自主权,具有自己独立的经济权利、经济责任和经济利益。因此,企业必须实行独立的经济核算和自负盈亏,对外是

一个经济法人。

6. 企业的概念,有其实实在在的内容,主要包括:(1) 企业是从事生产和经营活动的单位;(2) 企业是独立核算盈亏的单位;(3) 企业必须具有一定的权利和义务,具有法人资格。以上内容构成了一个从事生产和经营活动的经济实体。

列举出以上一些关于企业的定义,实际上具有两个意义:一是有利于我们从不同的侧面了解企业所具有的社会、经济方面的属性,把握企业的基本法律特征,从而能对企业制度加深理解;二是我们对一些不恰当的甚至是错误的表述可以进行辨析,以便我们能形成准确的认识。前述定义中 4、5 两种说法在我国理论界和实际部门有广泛的影响,其实确有不当之处。第 4 种定义把企业描述成“现代社会中人们进行生产活动的一种组织形式和生产方式”,虽然强调了企业的法律结构特征,但忽略了企业作为一种经济实体的本质特征,且把企业与企业的法律形式(即组织形式)相混淆;第 5 种定义在概括语中提出“企业必须实行独立的经济核算和自负盈亏,对外是一个经济法人”,这种说法从表象上看,确实强调了企业和社会生活中的独立性,但是把企业与企业中有法人资格的企业混同为一体,不加区别,是不符实际的。其实,有大量的企业并不能自负盈亏,并不具备法人资格;至于“经济法人”这种提法在法学上是不严肃和不严谨的。

任何一个名词只是代表某一事物或现象的表象符号,定义是对该词语所代表的事物或现象的本质属性的揭示。因此,定义要简练和准确,从而形成一个科学的概念。从这一认识出发,我们认为:企业是指依法成立并具备一定的组织形式,以营利为目的独立从事商业生产经营活动和商业服务的经济组织。

二、企业的特征

企业是现代社会人类为了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。揭示出这些社会属性,就会把握住它的特征。企业的特征主要有三个方面:

1. 从企业存在的社会性质和功能的角度来看,企业是独立从事商品生产经营活动和商业服务的经济组织。这一特征我们称之为企业的第一经济特征。

由于企业所从事的活动主要是经济活动,因而它是一种经济组织。企业需要集中资金、劳力、技术、原材料、管理甚至土地等生产要素,根据市场需要进行专门商品的生产、销售以及提供其他的商业服务,从而能满足人类社会在物质生活和精神生活方面的某种要求,这同国家机关、军队、医院、教会团体等部门的职能相区别。这是从企业的功能角度而言的。

从企业活动的方式上来讲,企业的行为具有连续性和独立性的特点。所谓连续性是指在特定的以年为单位的时期内,企业的活动处于持续状态,任何一次性的或季节性的短期商业活动则不认为是企业的行为。如某市几个企业下岗人员为了在夏季销售西瓜等水果,临时合伙申请一个营业网点,在该销售季节结束时即告解散的行为不是企业的行为。所谓独立性,是指企业对外的活动是以企业名义发生的,企业内部的分支机构对外活动时一般要取得企业的授权或认可,除非该分支机构已获得独立的营业资格。此外,独立性还表现在企业决策和民事责任的承担方面。对法人企业来讲,企业的决策权集中在法人的管理机关,非法人企业的决策权则集中在投资人手中;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,体现了完全的独立性;而非法人企业的债务要由投资者承担无限的或连带的责任,表现为不完全的独立性。

由上可见,企业要从事独立的连续的商业活动,就必须具备下述基本条件:第一,应有自己的名称和固定的办公地点;第二,有独立支配或相对独立的财产;第三,有经营管理的自主权;第四,实行

独立核算,对外可独立或不完全独立地承担民事责任;第五,要有合法营业的执照;第六,有相应的组织机构,法人企业还应有章程。

2. 从企业生存和发展的目的来看,企业以赢利为其活动宗旨。这一特征我们称之为企业的第二经济特征。

企业通过其具体的业务活动以求利润的实现,这种目的性置根于投资者的投资欲望和动机,投资者无论是政府还是个人,在把消费资金转入生产资金时一般都期望资本的增值,这种期望通过企业去实现,就表现为企业活动的营利性。在社会主义或资本主义社会里,都有一些为城市或社区居民服务的公用企业,诸如市政建设管理企业、公共交通企业等,它们虽然主要以社会服务为宗旨,但也会考虑合理的经济利益,政府对其提供财政补贴时也强调通过自身努力来实现收支平衡或有商业利润。

在现实社会生活中,有一些社会组织或公民个人也通过自己对社会的服务去实现经济上的利益,如私立学校、私立医院、个人执业行医、会计师、艺术家之类的自由职业者等,由于它(他)们的主要目的是为人类提供道德性很强的服务,故在西方国家和我国均不把它(他)们看成是企业。

3. 从企业存在的法律条件来看,企业必须依法成立并要具备一定的法律形式。这一特征即为企业的法律特征。

现代世界各国,对各类企业的设立都制定有法律上的审查和注册制度,虽然程序繁简、管辖机关各不相同。本世纪80年代,南美洲某国4位大学毕业生曾对企业设立做过一次实验:他们在本国注册一个资本金为4万美元的企业,花去数千美元的费用(主要是贿赂政府官员),花了4个月时间才注册完备;他们尔后去美国纽约市设一同样规模的企业,费用不到100美元,且只有4天时间即注册完备。这说明发达国家(美国人称其本国为自由企业制度国家)与发展中国家在企业设立的法律程序上有很大差别,但这不否认各国对企业设立都有法律上的规制。国外历史上(英国工业革命

前后)曾有过自由设立的原则和事实,但这仅是企业设立中的短暂一面,目前世界各国通行的企业设立制度有特许设立、许可设立和准则设立几种。在发达资本主义国家,主要实行准则设立制度,实践中也将这种设立制度称“注册制”。从我国进行企业体制改革的现实情况来讲,我国目前已经确立了准则设立制度,企业经营的业务中如有法律规定必须报政府有关机关批准的,要求在企业注册时,提交政府机关的批准文件,特定行业企业由国家特许设立。此外,企业在法律上有公司企业、合伙企业和独资企业三种形式,不仅各种形式的企业在设立时有不同的法律要求,且在企业的法律地位上、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。对企业的上述关系都要由法律加以规定并实施调整。

三、沿革

人类社会的历史充满了探索、冒险和开拓的经历。企业的产生和发展则把这种冒险和开拓的精神品格延伸并定位于无限广阔的工商领域。英语中的“企业”一词,往往被确切地理解为冒险干一番事业的情景。

“企业”一词固然是英国工业革命后人们进行连续的工商业活动的组织的概括反映,但它的雏形却产生并存在于农业文明时代。石器时代的工具简单到人人可以磨制的程度,那时以狩猎为生,社会尚不需要专门的工具制造业,人类为了满足低级的道德生活,其遮盖物和装饰物主要采自于兽类和植物类。到了畜牧业与农业的第一次分工时期,家庭已经出现,即使是刀耕火种也需要有简单的工具。以家庭为主体的手工业制造(主要用于家庭消费的需要)和冶炼、制陶等手工工场开始出现,许多产品用来交换,专门进行商业交换的店铺也产生了。家庭手工业逐步发展为家族手工业,手工工场的规模越来越大,各种器具的制造业为适应人类社会的需要而产生,交换在更广泛的区域内进行并最终发展成海上贸易,独家

进行的工商业活动或是合伙型的商业机构纷纷出现在东方和西方的文明社会中。生产不是为了自身的消费,生产在简单的专业化基础上进行,生产的规模性、有序性、连续性造就了创造企业的运动。

企业中独资形式和合伙形式的企业比公司形成得要早。完整的独资、合伙的经营形态在欧洲可追溯到罗马时代。在罗马法中,已经有普通合伙与简易合伙之分别。到了中世纪,合伙制度有了较大发展,地中海沿岸的意大利各商业城市中出现了家族经营团体,家族经营团体是从独资经营中演变出来的,它是后来的无限公司及有限公司的早期形态。到了地理大发现时代,西方殖民主义者开始向海外掠夺,积累资本。当时出现于海商贸易业方面的两种组织形式:一种是共同筹集资金,共担风险,共享利益的船舶共有制;另一种是有产者出资,将资产交船舶所有人或其他人在海外贩售货物,盈利按出资额分配,亏损时有产者负有限责任,贩售人负无限责任的康孟达(Commenda)组织。这两种形式的贸易发展对公司的形成具有重要作用,特别是康孟达组织的出现,意味着家族经营团体的亲情因素日益淡化,商人之间的结合则占有重要位置。康孟达组织后来演变为隐名合伙和两合公司。

在中世纪的英国,曾有一种经皇家颁发特许状设立的贸易团体,成为独立的法人。这种团体被称为合伙团体(Societas),商人可以自由入股参加,按入股份额分配利润。16世纪时,这种团体在英国具有了所有合伙人的共同责任和共同免责的特征。这种英国式的合伙团体,到17世纪初即发展成特许设立的公司并影响了后来的合伙法和公司法。

在中世纪,欧洲商业最繁荣的地区是地中海沿岸的城邦国家。米兰、佛罗伦萨、威尼斯、热那亚等地,不仅有许许多多的独资、合伙性商业团体,而且还出现了大量的同业公会(类似于现代的商会组织),公会可以制定商业交易规则,处理债权人与债务人间的纠纷,处罚一些行为不规的商人,以及保护入会商人的利益。世界上

第一家银行也是在这时期产生于热那亚。银行可以借钱给政府，并监督政府的税收，银行家的责任也初步形成为有限责任，这对后来公司股东的责任形式有很大影响。

最早出现的公司是无限公司(无限公司实质与合伙团体无本质区别)，之后出现的公司是两合公司(两合公司与康孟达组织也无本质区别)。无限公司与两合公司的出现，对公司制度的深化发展并没有产生历史性的推进作用。而股份有限公司的产生对公司制度的最终形成起到了意义极为深远的作用。1600年，英国成立了国王特许的享有法人资格的东印度公司，该公司有独立的章程，开设时的总资本为68372英镑，总资本划分为若干股份，成立时有198名负有限责任的股东。1602年，荷兰也成立了东印度公司。这两大股份公司的成立，真正揭开了公司制度的篇章。到18世纪末，欧洲曾出现许多股份两合公司，它是将两合公司与股份公司合为一体，但这种公司形式随着工业化的进一步发展逐渐消亡了。

19世纪中叶美国横贯东西的铁路建设开始，股份公司制度起了巨大作用，股份公司在美国得到了相当规模的发展。资本空前地得到积累并集中使用，许多大的工程建设得以实现，公司的资产日益膨胀。到了20世纪，尤其是二次世界大战后，股份公司迅速膨胀，母公司、子公司、孙公司等形成了多层次的控股公司，在国际上形成了跨国公司体系。许多美国公司的资产额比世界上某些地区一国的资产还多，如通用汽车公司1979年的总资产达322.2亿美元，埃克森石油公司1982年总资产达623亿美元。1996年，美国美林证券集团的总资产已达2130亿美元，而同期中国450多家证券公司的资产和仅为1600亿人民币，尚不足其十分之一。

在现代资本主义市场经济条件下，小企业(包括独资企业、合伙企业、有限公司)和大企业处于并存状态，虽然许多大的股份公司在一些集约化程度高的行业中形成了垄断性的局面，但小企业经营灵活，且能方便顾客及社区居民，仍有较大的发展趋势。以美