

总主编◎高在敏 李少伟

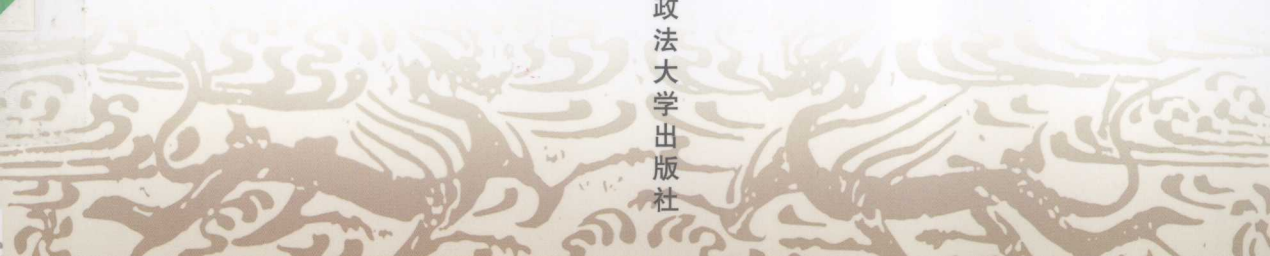
法学专业民商法学方向课程与技能课程系列教材

车 辉◎主 编

公司法理论与实务

GONG SI FA LI LUN YU SHI WU

中国政法大学出版社



法学专业民商法学方向课程与技能课程系列教材

【总主编 高在敏 李少伟】

公司法理论与实务



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法理论与实务 / 车辉主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2009.9

ISBN 978-7-5620-3545-9

I. 公... II. 车... III. 公司法 - 中国 - 教材 IV. D922.291.91

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第145531号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 20印张 320千字

2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3545-9/D·3505

印 数: 0001-3000 定 价: 32.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

民商法是市场经济的基本法。民法学、商法学和民事诉讼法学是高等学校法学专业的核心课程。西北政法大学民商法学院根据教育部《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》，先后编写并出版了《民法学》、《商法》和《民事诉讼法学》等教材。在此基础上，根据我院课程设置的需要和教材建设规划，在总结多年课程教学经验、吸收教学改革成果的基础上，组织学术水平较高、教学经验丰富的教师编写并推出“法学专业民商法学方向课程与技能课程系列教材”。编写此“系列教材”的目的在于：其一，深化民商事实体法学和程序法学的教学内容，扩展和丰富课程类型；其二，体现理论与实务的结合，培养学生的法律专业技能或实务操作能力。

首批编写和出版的教材有：《侵权责任法理论与实务》、《民事案例评析》、《商事案例评析》、《证券法理论与实务》、《票据法理论与实务》、《破产法理论与实务》、《亲属法学》、《民事强制执行法》、《仲裁法学》。

这套系列教材的出版既是我院教学改革阶段性成果的体现，更是一种新的尝试，其中难免有欠妥之处，诚望同仁和读者不吝指正。

编 者

2009年8月

编写说明

为了进一步深化教育教学改革,为国家及西部地区培养经济社会发展所需要的各类高素质创新人才,构建教学研究型大学本科人才培养体系,西北政法大学于2005年制定了新的本科教学计划,特别强调增设专业选修课,其中民商法学院开设了《公司法理论与实务》的选修课,学时为34课时。通过几年的教学实践,该课程取得了较好的成绩,深受学生们的欢迎,同时,我们还积累了许多经验。目前学校已对2005本科人才培养方案进行了修订,制定出新的2009本科人才培养方案,其中《公司法理论与实务》这门专业选修课将继续开设。为此,我们在总结已有的教学经验的基础上,结合本科教学的特点和本科生的需求,理论结合实际,专门组织有经验的一线教师编写了《公司法理论与实务》这本教材。

本书的写作体例密切结合这门选修课的特点,强调理论与实务的结合,并打破了传统教材的模式,不再涉及系统的基本理论部分的内容(因为在商法必修课中已学过公司法的基本理论,本书不再重复),而是密切结合现有公司法等相关立法和司法实践中的突出问题进行编写,以扩展学生的视野,增强学生发现问题、分析问题及解决问题的能力。该书主要由应用指南、理论拓展、法律链接、思考案例等几个板块组成,共分19个专题。其中的法律链接部分,由于篇幅所限,只能附《公司法》法条的出处并标明条数,未引出具体的内容,只能请大家自己查阅。

本书的撰稿人及分工情况以撰写专题先后为序:

车 辉 专题一

肖新喜 专题二、四、五
张晓飞 专题三、十七、十八
程淑娟 专题六、七、八
杨汝轩 专题九、十、十一、十九
党海娟 专题十二
费 煊 专题十三、十四
杨春平 专题十五、十六

最终由车辉负责统改定稿。

我们的教材内容也还有许多有待商榷之处,加之由于时间仓促,其中的错误、纰漏之处在所难免,敬请学界同仁和各位师生批评、指正。

编 者

2009 年 8 月

| 目 录 |

专题一 公司的设立 1

【应用指南】

- 一、公司设立协议与公司成立的关系 / 1
- 二、营业执照的吊销 / 1
- 三、对《公司法》第 59 条第 2 款的评析 / 2

【理论拓展】

- 一、设立行为的性质 / 3
- 二、设立中公司的法律地位 / 6
- 三、公司设立的效力 / 7
- 四、公司登记的法律效力 / 9
- 五、公司营业执照的存废 / 10
- 六、一人公司的设立 / 11
- 七、股份有限公司的设立方式 / 13

【法律链接】 / 13

【思考案例】 / 14

专题二 公司发起人 17

【应用指南】

- 一、发起人的法律地位 / 17
- 二、发起人的义务与责任 / 20

【理论拓展】公司成立前发起人行为效力的认定 / 22

【法律链接】 / 28

【思考案例】 / 29

专题三 公司法人人格否认制度 30

【应用指南】

- 一、公司法人法律人格独立与股东有限责任 / 30
- 二、公司法人人格否认制度的基本概念和适用情形 / 33
- 三、公司法人人格否认诉讼 / 36

【理论拓展】

- 一、关于一人有限责任公司法人独立人格滥用推定制度 / 39
- 二、公司法人人格否认制度适用中的几个特殊问题 / 40

【法律链接】 / 41

【思考案例】 / 42

专题四 公司章程 44

【应用指南】

- 一、公司章程的制定与修改 / 44
- 二、公司章程与设立协议的关系 / 45

【理论拓展】公司章程的效力 / 47

【法律链接】 / 52

【思考案例】 / 52

专题五 公司的能力 53

【应用指南】法定代表人超越公司章程限制行为的效力 / 53

【理论拓展】公司的责任能力 / 59

【法律链接】 / 63

【思考案例】 / 63

专题六 公司的资本制度 64

【应用指南】

- 一、公司资本低于法定资本最低限额的法律后果 / 64
- 二、股东非货币资产出资的评估与缴纳 / 69
- 三、公司资本的分期缴纳 / 76

【理论拓展】

一、注册资本法定最低限额制度的存废 / 79

二、劳务出资与信用出资的法律问题 / 81

【法律链接】 / 86**【思考案例】** / 86**专题七 股东的出资义务 88****【应用指南】**

一、股东出资义务的履行 / 88

二、股东违反出资义务的民事责任 / 93

三、违反出资义务股东的股权 / 100

【理论拓展】股东违反出资义务的责任追究应否受诉讼时效的限制? / 104**【法律链接】** / 107**【思考案例】** / 107**专题八 股东资格的认定 109****【应用指南】**

一、股东名册记载与股东商事登记不符时股东资格的认定 / 109

二、隐名出资情形下股东资格的认定 / 115

【理论拓展】股东资格认定的依据 / 118**【法律链接】** / 123**【思考案例】** / 123**专题九 股东的权利 125****【应用指南】**

一、股东权利的分类 / 125

二、股东权利的内容及其行使 / 126

三、中小股东利益的保护 / 130

【理论拓展】股权的性质 / 136**【法律链接】** / 138

【思考案例】 / 138

专题十 有限责任公司股权的转让 140

【应用指南】

一、股权转让的方式及其限制 / 140

二、股权的强制执行及其限制 / 142

三、股权的继承 / 142

四、股权转让的程序 / 143

五、异议股东股权回购请求权 / 144

六、股权的质押 / 147

【理论拓展】

一、优先购买权的部分行使 / 148

二、侵害股东优先购买权的股权转让的效力 / 148

【法律链接】 / 149

【思考案例】 / 150

专题十一 股份有限公司股份的转让 152

【应用指南】

一、股份概述 / 152

二、股份转让的方式和限制 / 159

三、股份的回购 / 162

四、股份的质押 / 163

五、记名股票被盗、遗失或者灭失的处理 / 164

【理论拓展】公司章程能否限制股东转让其股份？ / 164

【法律链接】 / 166

【思考案例】 / 166

专题十二 股东会、股东大会 168

【应用指南】

一、有限责任公司股东会、股份有限公司股东大会的职权及行使 / 168

二、有限责任公司股东会会议和股份有限公司股东大会会议的基本规则	/ 169
三、异议股东回购请求权	/ 173
【理论拓展】	
一、公司治理中权力分配的演变路径	/ 176
二、股权结构与公司治理之间的关系	/ 177
三、上市公司国家股“一股独大”导致的公司治理问题分析	/ 177
四、表决权代理和表决代理权的征集	/ 179
五、表决权信托	/ 181
【法律链接】	/ 182
【思考案例】	/ 184
专题十三 股东会、董事会决议的无效与撤销	186
【应用指南】	
一、股东会、董事会决议的无效事由	/ 186
二、股东会、董事会决议的撤销事由	/ 188
三、股东会、董事会决议无效与撤销之诉的有关问题	/ 192
四、股东会、董事会决议无效与撤销的法律后果	/ 193
【理论拓展】股东会、董事会决议不存在制度	/ 195
【法律链接】	/ 199
【思考案例】	/ 199
专题十四 董事、监事、高级管理人员的义务与责任	200
【应用指南】	
一、忠实义务的内容	/ 200
二、勤勉义务的内容与判断标准	/ 205
三、董事、监事、高级管理人员违反义务的责任	/ 206
【理论拓展】勤勉义务与注意义务的辨析	/ 209
【法律链接】	/ 212
【思考案例】	/ 212

专题十五 公司诉讼 214

【应用指南】

- 一、公司诉讼的类型 / 214
- 二、公司资本诉讼 / 215
- 三、股权诉讼 / 226
- 四、股东代表诉讼 / 233

【理论拓展】

- 一、股东抽逃出资纠纷诉讼的法律性质 / 239
- 二、公司债权人作为出资纠纷诉讼原告的地位 / 240
- 三、违反出资义务股东的股东资格剥夺问题 / 241

【法律链接】 / 242

【思考案例】 / 243

专题十六 公司变更 245

【应用指南】

- 一、公司资本的增加和减少 / 245
- 二、公司的合并与分立 / 248
- 三、上市公司的收购 / 256

【理论拓展】

- 一、公司合并与公司收购的比较 / 259
- 二、公司在减资、合并时不当履行债权人保护程序的法律后果 / 260
- 三、公司要约收购的三种模式 / 262

【法律链接】 / 263

【思考案例】 / 264

专题十七 公司的解散 266

【应用指南】

- 一、公司解散的涵义 / 266
- 二、公司解散的类型 / 266

三、司法解散的法定事由 / 270	
四、司法解散制度适用的几个具体问题 / 272	
【理论拓展】我国公司司法解散制度的缺陷及完善 / 274	
【法律链接】 / 276	
【思考案例】 / 278	
专题十八 公司的清算	280
【应用指南】	
一、公司清算的概念 / 280	
二、公司解散与清算的关系 / 281	
三、普通清算与特别清算 / 282	
四、普通清算的法律程序 / 283	
五、特别清算的法律程序 / 285	
【理论拓展】	
一、清算中公司的法律地位 / 287	
二、关于债权申报的效力 / 288	
【法律链接】 / 289	
【思考案例】 / 293	
专题十九 公司利润分配制度	295
【应用指南】	
一、利润分配的基本原则 / 295	
二、利润分配的方式 / 296	
三、利润分配的程序 / 297	
四、违法分配的法律后果 / 297	
五、公积金制度 / 299	
【理论拓展】公司利润分配中的中小股东保护 / 300	
【法律链接】 / 301	
【思考案例】 / 301	

专题一

公司的设立

【应用指南】

一、公司设立协议与公司成立的关系

公司设立协议也即合同，因此公司的设立过程实质上是对合同的履行，公司的成立伴随着设立协议的终止与设立过程的结束。但是公司成立时，设立协议并不一定履行完毕。例如，关于公司合并、分立、清算等事项的约定，由于公司独立人格的确立，这些协议中没有履行的部分也随之终止履行。需要明确的一点是，对于相同的法律事项，设立协议与公司章程有不同规定的，设立协议应当让位于公司章程。但是，如果设立协议中有公司章程未涉及但又属公司存续或解散之后可能遇到的事项，相应的条款可继续有效，但效力仅限于签约的发起人。公司成立后股东之间的关系由合同关系转化为法定关系，他们之间的权利义务已上升到法定层面了。股东与股东、股东与公司之间的争议也多为侵权之争。在实务中，因股东相互之间侵犯权利、股东侵犯公司权利或公司侵犯股东权利而产生争议的案件，应作为公司纠纷受理，而不应当做违约纠纷受理。解决这种争议的依据当然为公司法和公司章程，而非设立协议。但是，设立协议的终止并不代表其不具有任何法律意义。对协议有效期内发生的涉及签约当事人利益的问题，该协议仍是处理争议的根据。该争议应是公司设立期间产生的，争议所涉及的利益应是签约发起人的个别利益。对于违反出资义务的行为，即使公司已整体遭受损害，也只有在其他发起人同时遭受个别损害的情况下，才可依据设立协议就发起人自身的损害提起违约之诉。

二、营业执照的吊销

在我国的营业执照制度下，吊销营业执照在行政执法和司法审判中表现出

不同的法律后果。最高人民法院法《关于企业法人营业执照被吊销后，其民事诉讼地位如何确定的复函》中明确指出：“企业法人被吊销营业执照后，应当依法进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭。因此，企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以以自己的名义进行诉讼活动。”行政部门从工商管理角度将营业执照吊销等同于注销登记，而司法部门则从审判实践出发肯定吊销营业执照后企业法人的主体地位，以便解决诉讼主体和债权债务问题。^{〔1〕}新《公司法》回避了公司不申请注销登记如何处理的问题，但“公司营业执照签发日期为公司成立日期”的规定仍然将营业执照看作公司人格存续的标志。在营业执照与注册登记并存，且强化营业执照的双重功能而忽视注册登记的独立作用的情况下，吊销营业执照后的主体资格问题不可能得到彻底的解决。另外，营业执照的纸面化形式使吊销后的收缴极为困难。国家工商行政管理局《关于企业登记管理若干问题的执行意见》第14条规定：“无法收缴的，由登记机关公告作废。”但现实中已被吊销的营业执照仍然在市场上流转，在公告效力有限的情况下，仅一句“利用应缴回的营业执照从事经营活动的，按无照经营论处”的规定，能否很好地解决问题仍值得怀疑。

三、对《公司法》第59条第2款的评析

相对于普通有限责任公司而言，一人有限责任公司在法人治理结构或权力制衡机理方面存在着先天的不足。如果允许一个自然人投资设立多个一人有限责任公司，则极易发生虚假出资、抽逃出资、自我交易、关联交易、连环担保等现象，从而不利于交易安全。新《公司法》第59条第2款规定：“一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。”然而，该条却不能在现实中得到很好的执行，主要体现在以下几个方面：

1. 投资人极易规避该规定，使其徒具空名。规避的途径有很多，^{〔2〕}例如：
①可以设立一个形式上的一人有限责任公司和另一个或另多个实质上的一人有限责任公司；②可以设立两个或两个以上实质上的一人公司；③可以以他人名

〔1〕 张辉：“营业执照制度的检讨”，载《汉江大学学报》（社会科学版）2006年第3期。

〔2〕 殷洁：“我国一人有限责任公司设立制度评析”，载《法学论坛》2007年第6期。

义另行注册设立若干个一人有限责任公司等。

2. 既然有限责任公司的出资额具有可转让性,那么两个或两个以上有限责任公司的股权通过转让集中于一人手中是完全可能的。对于这种事实上形成的多个一人有限责任公司涉及继续让其存续,还是保留其中一个,解散其他,抑或是解散全部等问题。

3. 由于《中华人民共和国外资企业法》对于外商独资设立有限责任公司未作数量限制,因此对于《公司法》中的“自然人”是否包括外国人、无国籍人以及港澳台地区的人,司法实践面临两难选择。如果将其理解为包括所有的自然人,这有违“特别法优于一般法”的原则,并且不利于继续鼓励外商投资;反之,则必然造成内外投资者之间新的不平等待遇,由此势必又会出现一些“曲线救国”的假外商。

4. 当今社会人口流动性大,许多人可能在异地注册多个一人有限责任公司。出于监管成本和地方经济利益的驱动,当地公司登记机关(即工商行政管理机关)对于一个人注册多个一人有限责任公司可能心有余而力不足。因此,从工商行政监管的角度来看,限制一个自然人只能设立一个一人有限责任公司,现实意义不大。

5. 没有法律责任的义务相当于没有义务。我国《公司法》仅仅规定一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司,该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司,但是并未对违反该规定的法律责任或处理办法作出相应的规定,这无疑会影响执法的实际效果。

【理论拓展】

一、设立行为的性质

(一) 对设立公司的不同态度

通说认为,对公司设立行为的立法态度经过了以下五个阶段,每个阶段的立法者采取的不同态度都与社会经济水平的发展有密不可分的关系:

1. 自由主义,又称为放任主义,即公司是否设立完全听凭当事人自由,法律不加任何干涉。此种公司设立主义流行于欧洲中世纪。公司设立的放任主义理论流行于我国台湾地区商事法学界,著名商事法学家张国键教授对此作了明确的说明。他认为,公司设立的立法主义之一是所谓的放任主义,“放任主义,

亦称自由主义，即公司之设立，全任当事人之自由，法律不加干涉，一经成立，即享有法律上之人格，无须经过任何手续之谓也。此种主义之流行，每至于任意滥设，在欧洲中世纪自由贸易时代，颇为盛行，近世各国，则鲜有采之”。^{〔1〕}也有学者认为根本不存在什么自由主义，因为欧洲中世纪存在的是合伙而非公司。^{〔2〕}

2. 特许主义，是指公司的设立必须经过有关机关的特别许可，经颁发特许文书后方可成立的制度，如国王或国会的许可。该主义流行于英美国家的早期立法。这一原则带有浓厚的政治色彩和垄断效果，曾在17~19世纪被英国、荷兰等国家采用。美国受英国法的影响，在公司的设立上，直到19世纪初仍采取特许主义，由州立法机关签发特许状以成立公司。虽然这种做法杜绝了滥设公司的现象，但公司设立过于严格。

3. 核准主义，又称许可主义，即公司设立除符合有关法律规定外，还须经有关行政机关审查批准。依此原则，公司的设立能够得到有效的控制，但由于其设立程序的严格，有碍于公司的发展。因此，采取此种设立原则的国家亦不普遍。

4. 单纯准则主义，是指公司设立的必要条件由法律作出统一的规定，凡是公司创办人认为符合法定条件的，不需经任何行政机关的审批，公司即可设立。然而这种单纯的准则主义一经实行，即造成滥设公司现象的严重后果。为此，各国开始寻找一种新的公司设立方式，以利于公司的发展和社会经济秩序的稳定。

5. 严格准则主义，是指在严格规范公司设立条件、加重公司设立责任的同时，增加法院判定设立或行政机关设立登记的监督公司设立的程序。按照这种原则设立公司，既不像特许主义与核准主义那样繁琐严格、限制公司发展，又不像自由主义和单纯准则主义那样放任自由，造成滥设公司。所以自19世纪末，大多数国家均采用这种原则设立公司。

我国针对不同的公司采取了准则主义与核准主义，其中有限责任公司与股份有限公司奉行准则主义，国有独资公司与外资企业奉行核准主义。

〔1〕 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1981年版，转引自张民安：“公司设立制度研究”，载中国民商法律网，访问日期：2007年7月22日。

〔2〕 张民安：“公司设立制度研究”，载中国民商法律网，访问日期：2007年7月22日。