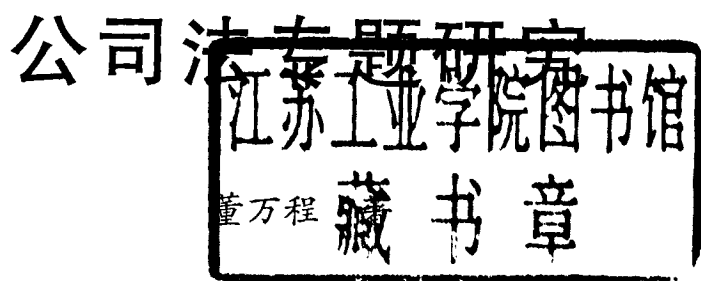


公司法专题研究

董万程/著

北京燕山出版社

02.5
06



北京燕山出版社

图书在版编目(CIP)数据

南风丛书

公司法专题研究/董万程著 - 北京:北京燕山出版社
2004.6

ISBN 7 - 5402 - 1142 - 3

I. 公… II. 董… III. 法律 - 研究 - 中国

IV. I242.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 023188 号

南风丛书
公司法专题研究
董万程 著

北京燕山出版社出版发行
北京市西城区西单力学胡同北安里 3 号 100031

新华书店经销

天河印刷厂印制

850 × 1168 1/32 开本 11.8 印张 300 千字
2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月第 1 次印刷

印数:1 ~ 1000

定价:26.00 元

序 言

公司是投资的载体,是企业法人的重要类型,是参与市场经济活动基本的民商事主体,它蕴含了现代企业制度的精髓和价值取向。公司法律制度是重要的市场经济法律主体制度,直接关系到投资环境的改善和经济建设的发展。现行的我国公司法于1993年12月29日颁布,于1994年7月1日开始实施,至今已有10年时间,其间九届人大常委会第十三次会议于1999年12月25日和十届人大常委会第十一次会议于2004年8月28日作出了两次修改。第一次修改对公司法修改了两条:一是在第六十九条中增加了国有独资公司设监事会以及监事会的组成、职权等内容,二是在第二百二十九条增加了第2款,即:“属于高新技术的股份有限公司,发起人以工业产权和非专利技术作价出资的金额占公司注册资本的比例,公司发行新股、申请股票上市的条件,由国务院另行规定。”第二次修改对公司法修改了一条,即删去原公司法第一百三十一条第2款“以超过票面金额为股票发行价格的,须经国务院证券管理部门批准”。公司法的颁布及其以后的两次修改,对于我国恢复商事公司制度,推进国有企业改革走公司制之路,促进企业转换经营机制,保护股东和债权人合法权益,起了很重要的作用。但是由于颁布公司法时,我国刚刚实行社会主义市场经济体制,许多矛盾尚未充分暴露,实践对公司法规则的需求不及今日,所以公司法不可避免地会留下缺陷,伴随社会投资和公司实践的迅速发展,人们提出了许多应由公司法解决的问题,尤其司法实践中出现了许多现行公司法无法解决的疑难问题,现行公司法及两次修正案已远远不能满足时代发展的要求,对公司法进行全面的修改完善已势在必行。国家有关立法部门已着手对公司法的全面修改完善工作。因此,加强对公司法律制度发展和完善的研究具有重要

的理论意义和应用价值。

本书是作者主持完成的海南省教育厅高等学校科研课题“我国公司法律制度的发展和完善”的内容,本书以我国公司法律制度的发展和完善这一主题为中心,针对我国公司法理论和实践中的疑点、难点、热点问题,以比较的方法、分析的方法,从公司法律制度的发展入手,阐述世界各国公司立法情况及其发展趋势,论证我国公司法理论和实践中存在的疑难问题的解决对策,提出修改完善我国公司法的立法建议和措施。本书选取了公司法发展和完善中16个方面的问题,进行专题研究,包含了我国公司法理论和实践中存在的主要疑难问题,诸如:公司人格否认制度的法理和适用,一人公司的立法、股权与公司法人财产权、中小股东权益的法律保护措施、公司资本制度的改革与发展、股权转让合同的效力和认定、公司治理结构的完善、母子公司关系的法律规则、公司非破产清算的法律责任、全面修改我国公司法的立法建议,等等。旨在审视我国公司法的理论和实践,探究公司立法的深层次问题,为解决司法实践中疑难问题提供可行方案,具有一定的典型性、系统性和前瞻性。本书作者长期讲授公司法课程,已发表数篇关于公司法方面的论文,本书是作者在长期的教学和科研的基础上,经过深入研究,不断补充资料,修正观点,加强分析后形成的,包括作者教学和科研过程中的心得体会和处理实际问题的思考,体现了对公司法理论和实践研究的最新成果。

本书可以为立法机关修改完善公司法以及进行公司方面的立法提供参考资料,为司法机关、执法机关和相关企业、事业单位及有关专业人员、管理人员和社会公众提供法律上的指导和帮助,为高等院校法学专业师生进行公司法专题学习和研究提供教学资料。

董万程 于海南大学

2004年6月8日

目 录

序言	(1)
第一章 公司法律制度的发展	(1)
第一节 公司制度的起源	(1)
第二节 我国近、现代企业、公司的产生	(8)
第三节 英美法系国家公司法的制定和发展	(15)
第四节 大陆法系国家公司法的制定和发展	(27)
第五节 我国公司立法的沿革	(32)
第六节 我国 1993 年公司法制定中的重大争议问题	(42)
第七节 我国公司法颁布的重大意义	(46)
第八节 现代公司法的发展趋势	(49)
第二章 修改我国《公司法》的建议	(59)
第一节 关于公司法总则的修改建议	(60)
第二节 关于公司设立制度的修改建议	(62)
第三节 关于公司经营制度的修改建议	(64)
第四节 健全和完善公司法人的治理结构	(65)
第五节 公司法与证券法和外资企业法的协调发展	(67)
第三章 公司有限责任制度的价值和完善	(69)
第一节 有限责任原则的确立	(69)
第二节 有限责任原则的含义	(70)
第三节 有限责任原则的价值	(71)
第四节 有限责任制度的缺陷	(74)
第五节 有限责任制度的完善	(75)
第四章 公司人格否认制度的法理和适用	(80)
第一节 公司人格否认的含义和特点	(81)

第二节	建立公司人格否认制度的必要性	(85)
第三节	公司人格否认责任适用的要件	(87)
第四节	公司人格否认责任的承担	(93)
第五节	最高人民法院的两个判例分析	(98)
第六节	我国公司人格否认制度的立法现状和立法完善	(105)
第五章	一人公司与我国公司立法	(112)
第一节	一人公司的含义	(112)
第二节	各国立法对一人公司的态度	(116)
第三节	我国一人公司的立法现状	(117)
第四节	一人公司产生的原因	(120)
第五节	一人公司的法律性质	(125)
第六节	一人公司对公司法律制度的冲击	(127)
第七节	各国对一人公司的立法规制	(130)
第八节	对我国一人公司的立法建议	(133)
第六章	股权与公司法人财产权	(134)
第一节	股权的概念和内容	(134)
第二节	股权的分类	(148)
第三节	股权的性质和特征	(150)
第四节	公司法人财产权的性质	(154)
第五节	股权与公司法人财产权的关系	(160)
第七章	中小股东权益的法律保护	(162)
第一节	股东权的产生及滥用的根源	(162)
第二节	保护中小股东权益的必要性	(164)
第三节	各国立法对中小股东权益的保护措施与我国公司立 法的借鉴	(165)
第八章	公司资本制度的改革和发展	(175)
第一节	公司资本的内涵	(175)
第二节	公司资本的构成	(176)

第三节	西方国家的公司资本制度	(181)
第四节	我国公司资本制度的内容	(183)
第五节	我国公司资本制度的特点	(186)
第六节	我国公司资本制度改革与发展的探讨	(193)
第九章	有限责任公司股权转让合同的效力和认定	(208)
第一节	股权转让合同的概念和特点	(208)
第二节	有限责任公司股权转让合同的成立与生效	(210)
第三节	有限责任公司股权转让合同效力的认定	(214)
第四节	有限责任公司股权转让合同纠纷中的疑难问题	(216)
第十章	股份有限公司治理结构的完善	(225)
第一节	公司治理结构的含义和内容	(225)
第二节	各国公司治理结构的比较	(227)
第三节	我国股份有限公司治理结构的特点	(232)
第四节	我国股份有限公司治理结构规制的缺陷	(234)
第五节	我国股份有限公司治理结构的发展和完善	(236)
第十一章	董事的义务和民事责任	(242)
第一节	董事义务产生的法理依据	(242)
第二节	董事的注意义务	(244)
第三节	董事的忠实义务	(247)
第四节	董事的民事责任	(250)
第十二章	我国上市公司独立董事制度的价值和完善	(254)
第一节	独立董事制度的渊源及发展	(254)
第二节	独立董事制度的本质和法律价值	(257)
第三节	我国建立独立董事制度的必要性	(258)
第四节	我国独立董事制度的主要法律特征	(259)
第五节	对我国独立董事制度内容的评价	(261)

第六节	完善我国独立董事制度的法律对策	(263)
第十三章	我国监事会制度的现状和发展	(265)
第一节	各国监事会制度立法的比较	(265)
第二节	我国监事会制度的现状	(272)
第三节	我国监事会制度与独立董事制度的功能协调	(275)
第四节	我国监事会制度的发展和完善	(278)
第十四章	母子公司关系的法律规制	(282)
第一节	世界各国和地区对母子公司的法律认定	(284)
第二节	我国关于母子公司的法律规定	(291)
第三节	母子公司关系的特点	(294)
第四节	子公司取得母公司股份的限制与规制	(296)
第五节	保护子公司债权人的措施	(300)
第六节	保护子公司少数股东权益的措施	(303)
第十五章	公司的社会责任	(305)
第一节	公司社会责任的起源和发展	(305)
第二节	公司社会责任的特点	(308)
第三节	公司社会责任的内容	(311)
第四节	建立和完善我国公司的社会责任制度	(313)
第十六章	公司非破产清算的法律责任	(316)
第一节	公司清算的功能与现有立法的缺陷	(316)
第二节	公司在清算中的法律地位	(318)
第三节	公司清算主体的确定	(322)
第四节	公司清算主体的法律责任	(326)
附录	中华人民共和国公司法及修正案	(331)
	主要参考书目	(369)

第一章 公司法律制度的发展

随着市场经济的发展,人们已经形成一个共识,即在公司法律制度的基础上构建我国的现代企业制度。公司法律制度是关于市场经济规范市场主体法律制度的法律制度,对我国市场经济的发展起着重要的规范和保障作用。如何理解和认识公司法律制度,必须从其产生、在各国的发展、我国公司立法的沿革、现代公司法的发展趋势等方面进行分析,通过对各国立法的横向和纵向的历史发展的比较,研究和探讨我国公司法律制度,对促进我国公司法律制度的发展和完善具有重要的理论意义和应用价值。

第一节 公司制度的起源

一、现代企业、公司的起源

通常认为,现代的企业、公司起源于中世纪欧洲地中海沿岸。自11世纪起,西欧地中海沿岸的商业和城市手工业兴起,出现了威尼斯、热那亚、佛罗伦萨、比萨、布鲁日等依赖海上贸易的工商业城市。出于资本、人员联合和减轻风险的实际需要,便出现了现代企业、公司的以下三种雏形:

1. 船舶共有。从事海上贸易,需要巨额资金,且风险很大,人们便共筹资金、共担风险,共同拥有船舶及合伙从事海上贸易,形成船舶共有的企业形式。

2. 康枚达契约或组织。康枚达(commenda)是拉丁方言,含有信用和委任的意思。依康枚达契约,不愿意或无法直接从事海上冒险的人,将金钱或货物委托给船舶所有人或其他人,由受托人进行航海和交易活动,所获利润由双方按约定的方法分配,委托人仅

以委托的财物为限承担风险。由此亦形成一种原始的企业形态。即经营者依其信用由他人处获得资本,出资者将资金委托他人经营而分享利润。这是后来的两合公司的雏形。

3. 家族经营体或家族企业(family business undertaking)。在封建社会,身份、血缘关系在社会生活中居于主导地位,家族成员间的合伙,必然优先于异姓间的合伙,这在中外概莫能外;个体经营的合乎逻辑的发展,则是“父业子承”,由后辈共同拥有及经营从先辈处继承的某项工商事业,遂形成家族经营体。

有著作提到,关于现代企业、公司的萌芽,存在着三种观点。一种是大陆起源说,认为公司、企业起源于欧洲大陆的地中海沿岸,是由家族经营体发展而来;第二种是海上起源说,认为公司、企业起源于海上贸易,是由船舶共有、康枚达等形式发展而来;第三种是综合说,认为现代的公司、企业是由三种原始的企业形式共同发展而来。笔者认为第三种说法比较正确。因为在中世纪地中海沿岸工商业兴起的过程中,手工业与海上贸易是相辅相成、互相影响的,有关社会关系在时间和空间上不可能互相隔绝,独立发展。

随着社会经济的发展,各种合伙形式中的身份因素减弱,合伙关系逐渐成为单纯的经济关系,各合伙人相互代理、平等地处理合伙事务,并对合伙债务承担无限责任,便形成了较为规范的合伙社团(societas),这是现代无限公司的萌芽。又鉴于合伙社团的资本受合伙人出资的限制,为扩展经营规模,人们依照康枚达的形式,吸收不参与经营的其他人投资,该投资者仅对合伙债务承担有限责任,形成二元形态的合伙组织,则为两合公司的形态。法国公司法中的两合公司,按音译即为普通“康枚达”公司(société en commandite simple)。日本称两合公司为“合资公司”。中国在北洋政府1941年颁布的公司条例中,创设了两合公司的名称。英美法上没有两合公司,与之类似的是有限合伙。

二、古代的其他公司、企业萌芽形式

以上企业、公司的雏形,还可以追溯到罗马到时代,甚至更早时的习惯做法。例如,船舶共有也是罗马时代航海经商的一种形式。根据罗马法上的海商诉(actio exercitoria,又译“船主之诉”),船舶共有人须对受其委托的航海者在航海经商中所负的债务承担连带责任。又如与康枚达契约类似的船舶借贷,船主与债主约定,双方于船舶返航时分享利润,船舶如不能安全返航,则债主不得请求返还本息,这种被认为是海上保险萌芽的法律关系,在雅典时代就有了。其实它也是一种合伙或企业形式。甚至在公元前18世纪的《汉穆拉比法典》中,就有关于自由民与自由民合伙的记载,尽管不能肯定其所指的合伙已经形成为相对稳定的经营形式。古希腊人则把各合伙人以其全部财产投入合伙的称为“共同体”;罗马共和国末期以后,商品关系空前发达,罗马法始把合伙作为一种无需任何法定形式的诺成契约,罗马人常以合伙方式经营奴隶、橄榄油、粮食和酒的买卖。^①

另外,古代有一些不完全属于私法范畴的团体或组织,也与现代的公司、法人制度有一定的渊源关系。如在罗马时代,有船东、商人、作坊主等组成的团体,经国家特许从事营利活动,具有联合经营的社团和受国家控制的行会双重性质。公元3世纪以后,确切的法人概念虽然尚未形成,但这些组织以及向政府承包收税的团体(societas publicanorum)、寺院、慈善团体、政府等,已被认为具有独立的法律人格。

西欧于11-12世纪,在自治的工商业城市兴起的同时,商人们也建立了行会组织。英语中的公司(company)一词,最初就是指行会。商人的自治团体除了发扬和推行商业惯例、处理商事纠纷外,还举行商品交易会,制订和执行有关价格、质量、规格、交货条件等规则,履行一定的商务管理职能。同时,中世纪的商人团体为

^① 史际春《企业、公司溯源》、《商事法论集》第1卷,法律出版社1997年版,第53页。

了取得行业垄断和稳固的自治地位,求助于封建国家的庇护,谋求封建国家授予特许权,并履行政府委托的某些职能,乃至官商勾结,使行会具有浓重的公权力色彩。如法国路易 11 世国王曾授予巴黎布商行会在巴黎专营国产棉布的特权,以奖励该行会在战争中对他的支持。^①

三、企业、公司制度发源或萌芽时期的习惯法特征

在企业、公司起源或萌芽的时期,没有国家制定的成文法予以调整。在古罗马或更早的时代,适用的是本民族习惯法以及各民族在长期交往中形成的惯常做法;罗马大法官在处理罗马人与外族人关系的司法实践中,则发展出由大法官的判决、告示、法学家的解说等构成的万民法,亦即罗马及后世的私法。

在中世纪,封建法律拘泥于狭隘的形式,神明裁判和私法决斗盛行,寺院法禁止放贷生息、借本经商和转手倒卖等商事行为,商事习惯不为法院所承认,于是商人们自行组织起来,制订规章,汇编习惯法,设立裁判庭处理商事纠纷,依商事惯例及其自奉为权威的罗马私法来调整商事关系。所以在古代,并无以国家强制力为后盾的明确的法律规范,来保障及调整原始的企业关系。例如,关于合伙或无限公司、两合公司内外部关系的基本原则,在 14、15 世纪时就已确立,但直到 17 世纪,才有国家的法律(法国)对其作明确规定。

四、现代企业、公司制度的确立

现代企业的主要形式是公司,而在大陆法系国家,商事合伙主要也是以无限公司和两合公司的形式存在的(另外还有隐名合伙)。因此,现代典型的企业制度,就是公司制度。

代表着资本主义萌芽的商人阶层,与封建国家相互利用。封建国家欲利用商人的经济力量,商人阶层则借助封建国家的力量

^① 史际春主编《公司法教程》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 48 页。

来发展工商业。随着商人团体和封建国家的合作加深,以及资产阶级国家政权的建立,现代的企业、公司形式和相应的制度逐渐得到了确立。

法国查理九世国王于 1563 年颁布敕令,创建商事法庭,使商事纠纷的处理由商人自治发展到国家的裁判。1673 年,路易十四世颁布了《商事条例》,其中首次以成文法的形式规定了无限公司和两合公司。当时把无限公司称为“普通公司”(societe en generale),两合公司则称为康枚达公司(societe en commandite)。

15~16 世纪,在意大利出现了股份制的银行,如 1407 年热那亚成立的圣乔治银行(St. Giorgio)和 16 世纪末米兰的安布罗秀斯银行(Ambrosius),这些银行由债权人团体组成,专对政府贷款,其资本分为若干份额,可以转让,已经具有股份公司的若干特征。但学者通常认为,此制仅见于意大利,主要为公法性质,故而不是现代股份公司的前身。

17 世纪初期西欧和北欧国家纷纷设立的殖民公司中的合股公司,则是现代股份公司的直接前身。所谓殖民公司,是由政府或国王特许设立,取得在海外特定地区从事贸易的独占权,并代行某些本国政府权力(如英国东印度公司在东印度拥有政治统治权)的贸易组织。从 1553 年到 1680 年,仅英国一国设立的殖民公司,就有 49 个之多。其中包括 1553 年成立的俄罗斯公司(又称“莫斯科公司”),享有在俄国、高加索和中亚的贸易独占权;1568 年成立的东陆公司(Eastland Company, 又译伊士特兰公司),取得在波罗的海沿岸的贸易独占权;1581 年成立的土耳其公司(又称“东方公司”或“近东公司”),获得在君士坦丁堡、叙利亚和小亚细亚地区的贸易独占权;1588 年成立的几内亚公司,享有在塞内加尔、冈比亚等地的贸易独占权;1606 年成立的伦敦公司(又称“弗吉尼亚公司”),获得在北美殖民地弗吉尼亚进行殖民经营的特权;1670 年成立的哈得逊湾公司,获得在北美哈得逊湾地区从事殖民地经营

的特权,等等。

殖民公司可以分为两类。一类是行会性质的合组公司(regulated company, 又译规约公司);另一类则是合股公司(joint stock company)。合组公司本身没有资本,参加公司的人缴纳一定的入伙金,但仍以各自的名义经营自己的资本,经营风险亦由入伙者各自负担,而与公司无涉,只不过加入公司者必须遵守公司的规约或规章制度而已。合组公司的作用,是为本国国民在海外的贸易活动创造条件,如在海外建立武装防御力量,设立商馆,俸养本国派驻海外的官员,等等。所以,合组公司与中世纪的行会相比,并未发生质的变化。

合股公司则是以公司参加者入股的资金作为共同资本,由公司通过董事会统一经营,股东对其持有的股份可以自由转让,并按其股份比例分享利润及分担损失。如英国和荷兰的东印度公司,其后法国、葡萄牙、丹麦等,也都设立了东印度公司;英国的几内亚公司、东陆公司、哈得逊湾公司,法国的西印度公司,以及德国的布兰登堡非洲公司等,都是合股公司。合股公司在集资和共同经营方面具有优越性,而且它避免了合组公司那种成员分散经营、彼此竞争的不利状况,适合于当时的殖民地垄断经营,因此作为一种新生力量,逐渐在殖民公司中取得主导地位,并使合组公司最终退出历史舞台。

合股公司是由行会或合组公司衍生而来,最初是临时性组织。每次航海前,合股公司都进行集资,发行可以自由转让的入股凭证;航海结束时,则由出资者按入股份额分配利润,同时各出资人须对其共同事务及共同活动承担无限连带责任。合股公司从合伙团体发展到拥有公司意思机关、具有自己统一意志的组织,有一个发展的过程。如英国的东印公司虽然于1600年就获得了女王的特许状,并于次年按合股原则组织了远征队,开始其印度航行,但据亚当·斯密在《国富论》中提到,一直到1612年,各入股商人的出

资才合并成公司的共同资本,此前只有船舶是共有的,经营资本则还是个人的。

由此,我们联想到关于现代股份公司起源的分歧:欧洲大陆国家一般认为,股份公司起源于荷兰的东印度公司;而英美一般认为,英国的东印度公司才是现代股份公司的鼻祖。但由于荷兰东印度公司于1602年由经营马来群岛贸易的几家公司合并成立时,就形成了共同经营的实体,故而德国学者黎赫曼(Lehmann)提出的关于现代股份公司起源于17世纪的荷兰和北欧国家,以及荷兰东印度公司是最早的股份公司的说法,是较为可取的。

1807年,法国商法典首次从法律上规定了股份有限公司,并明确股东仅以自己的出资对公司债务间接地承担有限责任;该法典也对18世纪末出现的股份两合公司作了规定。英国则于1855年制订《有限责任法》,追随时代潮流,允许公司股东可以承担有限责任。至此,现代股份公司制度得到确立。如果仅从法律的角度看,而不考虑经济、科技等其他因素,那么我们可以说,在主要资本主义国家确立了财产独立和(股东及企业)有限责任的股份公司、也即有限责任法人制度的19世纪中期,现代企业制度就已经问世了。

有限公司则出现在19世纪末的德国。1892年,德国制订有限责任公司法,使中小企业的投资者与股份公司的股东一样,可以享受有限责任的便利,从而促进了社会的投资和经济的发展。接着,葡萄牙、奥地利、法国、日本等国,均仿效德国,建立了有限责任公司法律制度。英国亦步其后尘,于1907年颁布公司法,首次对非开放公司(private company,又译“私公司”、“封闭公司”等)作出规定,将其股份责任分为有限和无限两种,以达到与大陆法系国家的有限公司相同的效果。有限公司和有限责任的非开放公司的出现,是对法人制度的强化和弘扬。考虑到科学管理在19世纪末20世纪初已问世,我们不妨认为,此时现代企业制度在发达国家已经

得到确立。

第二节 我国近、现代企业、公司的产生

一、外国洋行——中国人最早见到的近代企业、公司

中国历史上最早的近代企业或公司，确与洋行和公行有关。不过应当明确，洋行有土洋之分。中国传统的洋行，如前所述，实为牙行的一种，是经营对外贸易或“洋货”的牙行；公行则是“土”洋行的行会。中华国土上最早的近代企业，无疑是西人于鸦片战争前后，为强化对华贸易，而到中国境内直接设立的行号或公司、企业。

鸦片战争前后，外商、外国公司到中国做生意，逐渐采取直接在中国境内设立行号的做法，所设行号中也有称为“洋行”的。它与清政府特许设立、从事并管理对外贸易的中国洋货行同名，但性质殊异。18世纪时，广州就有外商开设的行号。如上述东印度公司“公班衙”；英商怡和洋行(Jardine Matheson & Co.)的前身，则于1782年在广州设立。初时，外国洋行多为其本国公司的经纪机构，代理其本国公司从事对华进出口业务，收取佣金，故又称佣金代理行。

从1813年到1833年，英国逐渐取消东印度公司对东方和对华贸易的专营权，英商和其他外商蜂拥到中国经商，设立洋行，包括独资、合伙和公司行号。洋行中较著名的，还有美商旗昌洋行(Russell & Co)、英商沙逊洋行(E. D. Sassoon & Co)等。英商于1835年在广州设立的保险公司——裕仁(又译“于仁”)洋面保安行，以及英商丽如银行(Oriental Banking Corporation)于1845年在香港和广州分别设立的分支机构，则是中国人最早见到的资本主义金融企业。鸦片战争后，外商获得了在各通商口岸的自由贸易权，清朝的洋行和公行制度因而消亡，洋行遂专指外商的公司或行号。外