

公司法 论纲

汤春来 著

人民出版社

公司法论纲

汤春来 著

人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

公司法论纲/汤春来著. —北京:人民出版社, 2003. 12

ISBN 7-01-004121-0

I. 公…

II. 汤…

III. 公司法—高等学校—教材

IV. G711

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 23793 号

公司法论纲

GONGSIFA LUNANG

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京京丰印刷厂印刷 新华书店经销

2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

开本: 890×1240 毫米 1/32 印张: 13.375

字数: 348 千字 印数: 0,001—5,000 册

ISBN 7-01-004121-0/D·932 定价: 22.00 元

序

公司是现代社会架构中最基本的组织形式。《中华人民共和国公司法》颁布、实施以来,为我国的社会主义市场经济建设做出了应有的贡献。从某种意义上甚至可以这样说,《公司法》的颁布、实施是我国企业制度改革的一个里程碑,在理顺企业内部产权关系、保护股东合法权益、建立公司产权流通机制、协调企业与政府关系等诸多方面,《公司法》都发挥着无可替代的作用。但是,随着我国经济形势的不断变化,《公司法》自身的缺陷已经清晰地凸现出来,虽然1999年我国对《公司法》作过一次大的修改,但仍不足以消弭这些缺陷。尤其在我国加入WTO后,《公司法》的诸多规定与当前经济运行的现实需要严重悖离。因此,如何完善《公司法》,使之更加便捷、更加高效地为社会主义市场经济服务,是急需理论界研究的一个大问题。因为,《公司法》的完善离不开理论上的求证,而理论上的求证则需要学人们的艰苦探索。

本书是汤春来副教授在多年公司法教学经验和理论研究的基础上,广泛收集两大法系的公司法素材,结合我国公司运作的实际情况,对公司法进行的一次全面、系统的理论思考和探索。通读全书,给我最为深刻的印象是:创新。主要表现在:

一是重新诠释了公司法理念。作者认为,公司法理念是公司效率与公司正义的互助与自足。书中针对法学界近年来“效率至上”的观点广为流行的现状,认为建构公司法理念的体系不应忽视公司正义的重要性。在此基础上,作者认为,公司正义由微观层面上的股份正义、中观层面上的治理正义和宏观层面上的社会正义三个层次同构而成,并主张通过制度创新来实现这三个层次的公司正义。

二是强调应该重视一人公司的立法。作者主张,在我国社会主义市场经济建设中,应该正视一人公司(尤其是实质意义上的)客观存在的现实,并强调在修改《公司法》时应对一人公司作出制度安排,包括明晰一人公司的设立条件、规范一人公司的监督管理机制等。

三是深刻反思了我国的公司设立制度。作者认为现行《公司法》所建立的公司设立制度存在着十分明显的缺陷,建议修改《公司法》时应该建立公司设立瑕疵责任制度,加重发起人的责任以及建立公司设立无效诉讼制度来杜绝滥设公司的行为。

四是以崭新的视角确证了我国公司治理机制的重构路径。本书提出应该转换思路来完善我国的公司治理机制。首先,从宏观上讲,应该处理好三重关系,即处理好公司治理机制中的封闭性与开放性的关系、处理好公司经营者的激励机制与约束机制的关系、处理好资本市场培育与治理机制完善的关系。其次,从微观上讲,主张以多元化利益主体来锻造新的公司治理机制。具体而言:通过小股东从“消极股东”向“积极股东”的回归,避免公司治理中“股东大会空壳化”现象的出现;通过职工持股制度和职工监事制度的建立,为职工有效参与公司治理提供制度保障;通过创设银行主债权人制度和派生诉讼等制度,加大债权人参与公司治理的力度。

五是以寻机性会计为基点,探讨革新我国公司财务会计制度的基本对策。寻机性会计最早出现在19世纪的英国。它是公司管理层及其会计机构和人员利用会计法规、会计准则的漏洞或未涉及的领域以及会计原则特别是计量原则的可选择性,有目的地选择会计程序和方法,以达到预谋的利己效果的会计行为。近几年来,国内外频繁爆出上市公司财务欺诈的丑闻,大多是通过寻机性会计手法完成的。在此基础上,作者指出了规制寻机性会计行为的基本对策,比如:进一步修订和完善会计准则;明晰产权并设计有效的约束激励机制;提高会计人员的业务素质和职业道德;完善相关法规,强化寻机性会计的法律责任等等。

春来同志是我的学生,1989年毕业于原中南政法学院经济法专业。作为他的老师,我对他是比较了解的。在读书期间,他就以刻苦钻研、勇于探索而知名,是当时在校本科生中极少数公开发表论文的学生之一。毕业以后,我们时有联系。据我所知,在繁忙的工作之余,春来同志仍然在法学研究领域勤奋耕耘,并取得了非常不错的成绩,已经公开出版专著两部,在《中国法学》等权威刊物上发表论文近40篇。作为他的老师,我为他的成绩感到高兴。

记得当年我在他的毕业纪念册上专门留言,今天,我仍然将这句话送给他:“长风万里鹏正举”;同时,我也希望他能够不断求索,取得更加丰硕的成果。

斯为之序。

吴汉东

2003年12月于武汉

(吴汉东先生系中南财经政法大学校长、教授、博士生导师)

目 录

序	吴汉东
第一章 公司法及其法理念	(1)
第一节 公司含义及其流变	(1)
第二节 公司化运动的历史考察	(8)
第三节 中国公司法介评	(18)
第四节 公司法理念的创新	(32)
第二章 公司的基本形态	(59)
第一节 概 述	(59)
第二节 股份公司	(65)
第三节 有限公司	(72)
第四节 无限公司	(78)
第五节 一人公司	(85)
第六节 公司集团	(100)
第七节 其他公司	(113)
第三章 公司的组织和运作	(117)
第一节 公司设立	(117)
第二节 公司收购	(142)
第三节 公司重整	(162)
第四节 公司破产	(183)
第五节 公司清算	(211)
第四章 公司组织机构及其公司治理	(231)
第一节 概 述	(231)

第二节 股东会	(232)
第三节 董事会	(241)
第四节 经理	(253)
第五节 监事会	(265)
第六节 公司治理机制的重构	(275)
第五章 公司资本制度	(300)
第一节 概 述	(300)
第二节 公司资本的构成	(303)
第三节 出资、转资、增资和减资	(308)
第四节 股份与股票	(315)
第五节 公司债券	(324)
第六章 公司财务会计制度	(339)
第一节 概 述	(339)
第二节 公司财务会计报告	(342)
第三节 公司税后利润的分配	(348)
第四节 寻机性会计问题	(355)
第七章 公司法律责任	(368)
第一节 概 述	(368)
第二节 公司发起人的法律责任	(378)
第三节 公司股东的法律责任	(384)
第四节 公司董事的法律责任	(392)
第五节 公司监事的法律责任	(404)
第六节 违反公司财务会计制度的法律责任	(409)
主要参考文献	(411)
后 记	(418)

第一章 公司法及其法理念

第一节 公司含义及其流变

公司作为现代社会生活中最基本的企业组织形式,已是人们耳熟能详的名词。明晰公司的概念和特征乃是公司立法与公司法理论研究的逻辑起点。因此世界各国公司法差不多都有对公司的概念加以定义,各大法系间学派林立,观点迥异。

一、公司英文译法的辨析

在我国,不同的辞典对“公司”一词的英译是不同的。归纳起来,大约有“company”、“corporation”、“Corp.”、“Co.”和“firm”五大类型。其中 company 和 corporation 两种译法的使用频率最高。对于这两种译法,依据英文辞典的释义,人们有不同的理解。有人认为就公司的规模而言,corporation 大于 company,但这也不是绝对的,因为闻名世界的大公司也有使用 company 的情况,如 Shell Oil Company。也有人就公司的范围而言,认为 company 在语域方面的适用范围宽于 corporation,诸如商贸公司(Trading Company),航运公司(Shipping Company),出版公司(Publishing Company),电气公司(Electric Company),凡此种种,不一而足。还有人认为按英美等国的法律,corporation 一定是具有独立法人资格的大公司,但在美国,具有法人资格的大公司也不乏采用 company,如 Gulf energy and Minerals Company。还有人从语体角度来看,认为 company 通俗,corporation 则较为正式,但这也是相对而言的。

从总体上看,我国公司译名存在着比较突出的混乱现象,尤其是有限责任公司和股份有限公司的英译,更是如此,亟待有关部门进行规范。事实上,一个公司英译名的恰当与否对公司形象是非常重要的。针对目前我国有限责任公司和股份有限公司基本上均采用“Co., Ltd.”的英译法,笔者请教了有关英语专家,得到了如下建议:对我国公司法确认的有限责任公司宜统一采用“... Co., Ltd.”进行英译,为了正规,在“Co.”和“Ltd.”之间用逗号相隔是合乎要求的;若单用“Ltd.”表示,也需在“Ltd.”之前加上逗号与公司名称的其他内容隔开。对我国公司法确认的股份有限公司,则宜采用“... PLC.”或“... plc.”进行英译,“PLC.”是英语“Public Limited Company”的缩略式,用大写“PLC.”或小写“plc.”均可,其前不需要加逗号;除非特殊情况,应尽量避免采用美国式“Inc.”或“Corp.”表示法来英译我国的股份有限公司。

二、两大法系中的公司含义

公司,在两大法系国家的公司法中有不同的定义。大陆法系认为,公司是依照商法或其他有关法律组织登记成立,并以营利为目的的社团法人。英美法则认为,“公司是依公司法的规定而设立的经济组织体”(英国)。

依据大陆法系理论,公司是一种法人,并且是法律赋予其主体资格的团体法人。法人有公法人与私法人之分,私法人中又有社团法人和财团法人之别。

首先,公司就是一种社团法人,而非财团法人。

其次,公司必须以营利为目的。公司虽然是社团法人,但并非社团法人都是公司,因为社团法人还有不以营利为目的而是以公益事业为目的的公益法人。可以说,公司就是以营利为目的的社团法人。其中,“营利”是指经营的目的在于获取一定利润,并将所获利润分配给全体股东。

再次,公司必须依有关的法律组织成立。公司只有经注册登记后才具有法人的资格,才是独立的民事主体。英美法理论则认为,法人性和责任的有限性是公司的最本质属性,凡是全体股东或者部分股东负无限责任的,通常属于合伙组织。可见,大陆法系与英美法系在公司概念上最主要的区别在于:英美法所指的公司不仅是以营利为目的的企业法人,还包括非营利性的公司,而大陆法则不认为非营利性的社团法人为公司。进一步分析,我们还可以发现,大陆法系国家与英美法系国家的公司法在定义公司的概念时还存在其他一些差别,具体来说:

(1)大陆法系国家的公司法、商法或民法一般对公司不设专门的定义性规范。有关公司定义的界定多散见于法条之中。《德国股份公司法》认为,股份公司是具有一份划分成股份的基本资本,且具有独特立法资格的商业公司。它仅以公司的财产对公司的债务负责。《法国民法典》认为,公司是由两人或数人通过契约约定将其财产或技艺集于一共同的企业,因分享由此产生的利润和自经营所得的利益而设立。《日本商法》则规定公司是以实施商业行为为目的而设立的社团。凡依该法设立的以营利为目的的社团,即使不以商业行为为业,也称为公司^①。综观大陆法系三大代表国家关于公司的定义方法,一个共同点就是:公司是依法定程序设立的,以营利为目的的社团法人。因此,依法设立、以营利为目的、社团法人乃是大陆法系界定公司定义的“三要素”。

(2)在英美法系国家中,虽然判例法处于主体地位,但公司法则以成文法为主,同时也很注重通过判例发展公司法制。在英美法系的公司法中,公司并非仅指以营利为目的的公司,也包括非营利性的公司。在英美法系的公司法中,一方面,肯定公司与合伙同属于人的组合,且以营利为目的;另一方面,又特别强调公司是不

^① 参见高程德:《中国公司法实务》,企业管理出版社1994年版,第14~18页。

同于合伙的人的组合,因为公司的本质属性是法人性与有限责任。总体上讲,尽管在表述上与大陆法国家略有差异,但都确认了公司是两个或两个以上的股东出资组成的,以营利为目的的法人,亦即肯定了公司固有的社团性法律特征。

三、我国公司的含义及其流变

我国古代就有“公司”一词,语出《庄子》:“积俾而为高,合小而为大,合并而为公之道,是谓公司。”译成现代用语,公司就是众人共同无私地从事及处理公众事务。主要是指公众管理事务,很少涉及商业性事务,即使是有所指,也与现代意义上的公司存在很大的差别^①。在我国,公司作为一种真正意义上的法律术语,当始于清末的《公司律》,该律以《日本商法》为蓝本,因此对公司的含义也与日本商法中的规定类同。

新中国成立后,公司立法像其他立法一样,开始了一个新的时期。我国曾先后多次颁布了与公司有关的法律、法规,公司的含义也在不断演变。1950年12月29日通过的《私营企业暂行条例》是新中国成立后的第一个私营企业法规,也是第一个规范公司的法规,它将公司的组织形式界定为五种,即无限公司、有限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司,实际上是旧中国公司法确立的公司类型的移植,该条例将公司的含义界定为私营投资经营、从事各种生产经营事业、以营利为目的的社团法人。

改革开放以来,我国公司立法有了重大的发展。尤其是十一届三中全会以后,以横向经济联合为发端,具有市场经济气息的公司立法开始凸现。但是,客观地看,此后相当长的一段时期,我国的大多数公司与其他类型的企业并没有本质性差别,有的本身就是行政性公司,具有浓厚的传统体制印痕。1985年8月25日公

^① 参见孔祥俊:《公司法要论》,人民法院出版社1997年版,第29~30页。

布、1988年6月3日废止的《公司登记管理暂行规定》，确认了某些公司行为规则，对公司的含义也明确加以规范，比如，该规定第2条认为，“本规定所称公司指依本规定程序设立，有独立财产，自主经营，自负盈亏，依法承担经济责任的从事生产经营或服务性业务的经济实体”。不难看出，这个规定与《民法通则》对全民所有制工业企业的界定大同小异，没有什么区别。

现行《公司法》对公司含义依然没有作出明确的规定。要探寻公司的含义，只能从《公司法》第2、3、5条所确立的法定形态、法律地位、责任形式和终极目标中去归纳。《公司法》第2条规定：“本法所称公司是依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司”，这一规定表明：我国公司法是采用公司形态法定主义，或称限制创设原则。凡在中国境内设立公司必须：（1）依照《公司法》规定设立；（2）只能设立有限责任公司和股份有限公司。不得在此之外任意创设新的类型。《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。有限责任公司，股东以其出资额为限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的债务承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”从中可以看出，《公司法》试图从公司的法律地位——企业法人、公司的资本构成——出资或股份、公司的责任性质——股东的有限责任和公司的独立责任等三个角度来对公司的含义进行界定。值得特别注意的是，《公司法》第5条还规定：“公司以其全部法人的财产，依法自主经营，自负盈亏。公司在国家宏观调控下，按照市场需求自主组织生产经营，以提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值增值为目的。”这说明，我国《公司法》强调公司是以营利为目的，以提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值增值作为终极目标的经济组织。

正是基于以上规定，国内有的学者将公司定义为“是由两个或

两个以上股东出资组成的从事营利性经济活动的企业法人”^①。有的学者则以两种方式对公司的含义进行界定：一种是简单的界定方式，认为公司是依照公司法设立的，以营利为目的的企业法人；一种是比较详细的界定方式，认为公司是依照公司法成立的，资本是由股份或出资组成，股东以其所持有的出资额或者股份额为限对公司的债务承担责任，公司以其全部资产独立承担责任的，以营利为目的的企业法人^②。

四、本书对公司含义的基本看法

我们认为，从《公司法》的有关规定来看，完整的公司含义应该包括这样几个部分：

(1) 公司必须依公司法设立(第2条)。

(2) 公司类型是有限责任公司和股份有限公司(第2条)。

(3) 必须是企业法人(第3条)。

(4) 资本构成是股东的出资或持有股份(第3条)。

(5) 责任性质为股东的有限责任和公司的独立责任(第3条第2、2款)。

(6) 以营利为目的(第5条)。但是，由于《公司法》同时又有关于国有独资公司和外商投资的有限责任公司的规定，因此，上述六大要素似乎不足以完全揭示公司的含义。在界定公司的含义时，本书认为：

首先，不能仅以《公司法》作为公司设立的法律准则。《公司法》第2条规定：“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司”，这是无可厚非的。但是，这并不

① 参见石少侠：《公司法教程》，中国政法大学出版社1997年版，第2页。

② 参见孔祥俊：《公司法要论》，人民法院出版社1997年版，第29～30页。

意味在界定公司的含义时必须附加“依照《公司法》设立”一语。一是《公司法》只规定了设立有限责任公司和股份有限公司应当具备的条件,而对设立此两种公司程序的规定则比较杂乱,给人任意解释的空间很大;二是《中华人民共和国公司登记条例》第3条第2款明确指出:自本条例施行之日起设立公司,未经公司登记机关核准登记的不得以公司名义从事经营活动。这一规定与《公司法》第2条的规定存在抵触,给实际操作带来无所适从的困境。因此,本书认为,在对公司的含义进行界定时,应以“依法设立”代替“依《公司法》设立”。

其次,公司与企业法人不能划等号。企业法人是指以营利为目的的法人。企业法人不仅指法人从事生产经营活动以赚取利润,而且还具有将利润分配给出资者的功能。《公司法》的立法者们认为公司是企业的用意,无非是想体现公司具有赢利并将利润分配给股东的功能。然而,根据企业法人的组成形式,企业法人还可以分为公司法人和非公司法人。显然,《公司法》将公司法人反过来指向企业法人,实在是以偏概全、以小容大,显得立法技巧不够纯熟。因此,在对公司的含义进行界定时,应以“经济实体或经济组织”代替“企业法人”。

再次,《公司法》关于人的组合的规定不利于确保公司含义的完整。《公司法》第19、73条都要求股东或发起人要符合法定人数,在第64、75条第2款同时又规定国有独资公司可以单独设立或国有企业改建发起人可以少于5人。然而,《公司法》对外商投资设立有限责任公司的人数要求明显地予以放宽,规定外商可以单独出资设立有限责任公司,实际上就是“一人公司”。这也就等于打破了公司固有的社团性法律特征。遗憾的是,从《公司法》赋予给公司的内涵中,我们无法找寻到内含“一人公司”的痕迹。

针对上述弊端,结合我国公司运作的实际状况,本书认为:公司是依法设立、以营利为基本目的且具有法人资格的经济组织。其法律特征主要表现在:

（一）具有法人资格

公司的出资者所有权与企业法人财产权相分离。公司股东作为出资者按照投入公司的资本额享有所有者的权益，有重大的决策和选择管理者的权利。在公司中的国有资产所有权属于国家。公司享有由股东投资形成的全部法人财产权，因而享有完整的法人资格。

（二）依法设立

它不仅依照《公司法》设立，有关《中华人民共和国公司登记条例》等法律性文件，同样也是公司设立的法律依据。

（三）以营利为基本（而非全部）目的

公司以其全部的法人财产，依法自主经营和自负盈亏。在国家宏观调控下，按照市场的需求规律，自主组织生产经营或服务，以提高经济效益、劳动生产率和实现资产的保值增值为目的，亦即以营利为基本目的。但是，营利绝不是惟一目的。

（四）它是一种经济组织或经济实体

具体来讲，公司是一种从事生产、流通、服务等经济活动、以营利为基本目的的经济组织或经济实体。

第二节 公司化运动的历史考察

一、国外公司化运动的历史考察：以美国为例

美国经济腾飞的原因有许多。其中，一流的工业组织是促使美国经济结构发生质变的最重要原因。美国学者伯纳德·施瓦茨在评价公司制度对美国经济发展的作用时曾指出：“正是公司制度

使人们能够聚集起来对这个大陆进行经济征服所需要的财富和智慧。”^①当时的企业管理已经开始追求科学化系统化,盛行公司化经营。工业规模的扩大和技术的改进提高了企业合并的可能和需要,以致“企业垄断成为镀金时代经济生活中不可遏制的火焰”^②。各垄断公司作为工业的龙头,带动了美国经济发展中“公司化”运动的到来。

(一)科学发明:公司化的技术前提

美国著名经济史学家格伦·波特认为,19世纪末20世纪初,美国公司化运动兴起的前提有三个:(1)遍布全国的水陆交通网;(2)电报电话的发明;(3)制造技术的进步。“前两者促使公司辐射全国市场,而后者则扩大了公司的生产规模”^③。这种分析当然不失为经典。但是,不容忽视的是,美国公司化运动兴起的关键还是当时技术发明的产业化使然。早在19世纪下半叶,“美国就进入了一个史无前例的技术扩张时期”^④。尤其是以发明大师爱迪生为首的一批美国发明家所作出的大量商业性很强的发明,促使美国工业公司经营结构发生巨大的变化,一大批在当时可谓“高新技术产业”的新兴大公司纷纷涌起,不仅影响了美国社会生活,而且还有助于美国公司科学管理精神的张扬。

进一步而言,美国的公司化运动又极大地推动了美国科技发

① 参见(美)伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,中国政法大学出版社1989年版,第67页。

② Sean Dennis Cashman. American the Gilded Age: From the Death of Linco Into the Rise of Theodore Roosevelt[M]. New York: New York University Press(1984), 47p.

③ Glenn Porter. The Rise of Big Business; 1860~1920[M]. Harlan Davidson, Inc(1992), 41~45p.

④ Malcom Bradbury and Howard Temperley. Introduction to American Studies[M]. London: Longman(1981), 177p.