



# 目 录

<b>第一章 公司法概述</b> .....	(1)
第一节 公司法的概念和性质 .....	(1)
第二节 公司法与相关法的关系 .....	(5)
第三节 公司法的特点、原则与立法目的 .....	(8)
第四节 西方国家公司法立法情况 .....	(12)
<b>第二章 公司概述</b> .....	(16)
第一节 公司的概念和特征 .....	(16)
第二节 公司的分类 .....	(18)
第三节 公司的设立 .....	(25)
第四节 公司的章程 .....	(32)
第五节 公司的资本 .....	(37)
第六节 公司法人人格否认制度 .....	(39)
第七节 公司的股东 .....	(42)
第八节 公司的组织机构 .....	(48)
第九节 公司的董事、监事和高级管理人员 .....	(54)
第十节 本章典型案例解析 .....	(56)
<b>第三章 有限责任公司</b> .....	(95)
第一节 有限责任公司概述 .....	(95)
第二节 有限责任公司的设立条件 .....	(96)
第三节 有限责任公司的组织机构 .....	(97)
第四节 有限责任公司的股权转让 .....	(100)
第五节 一人有限责任公司 .....	(101)
第六节 国有独资公司 .....	(103)
第七节 本章典型案例解析 .....	(104)
<b>第四章 股份有限公司</b> .....	(142)
第一节 股份有限公司概述 .....	(142)
第二节 股份有限公司的设立 .....	(142)
第三节 组织机构 .....	(144)
第四节 股份的发行与转让 .....	(146)



第五节 出资与股权纠纷的法律适用 .....	(148)
第六节 上市公司 .....	(151)
第七节 本章典型案例解析 .....	(153)
<b>第五章 公司债券</b> .....	(163)
第一节 公司债券的概念、特征和种类 .....	(163)
第二节 公司债券的发行和转让 .....	(165)
<b>第六章 公司的财务、会计制度</b> .....	(166)
第一节 公司财务、会计制度概述 .....	(166)
第二节 公积金及利润分配 .....	(167)
<b>第七章 公司的变更、解散和清算</b> .....	(169)
第一节 公司的合并和分立 .....	(170)
第二节 公司的解散和清算 .....	(171)
第三节 本章典型案例解析 .....	(177)
<b>第八章 外国公司分支机构</b> .....	(186)
第一节 外国公司分支机构概述 .....	(186)
第二节 外国公司分支机构的权利、义务、解散和清算 .....	(189)
第三节 本章典型案例解析 .....	(190)
<b>第九章 公司法律责任</b> .....	(193)
第一节 法律责任概述 .....	(193)
第二节 《公司法》对法律责任的具体规定 .....	(194)
<b>附录 1 《中华人民共和国公司法》</b> .....	(197)
<b>附录 2 《中华人民共和国公司登记管理条例》</b> .....	(226)
<b>附录 3 《中华人民共和国公司法》司法解释之一</b> .....	(238)
<b>附录 4 《中华人民共和国公司法》司法解释之二</b> .....	(239)
<b>附录 5 《中华人民共和国公司法》司法解释之三</b> .....	(247)
<b>附录 6 2013 年《中华人民共和国公司法》修改指要</b> .....	(252)
<b>参考资料</b> .....	(258)



# 第一章 公司法概述



## 第一节 公司法的概念和性质

### 一、公司法的概念与调整对象

公司法的概念有广义和狭义的区别。在广义上,公司法是指规定各种公司的设立、组织、活动、解散以及公司对内对外关系的法律规范的总称,包括涉及公司的所有法律、法规,如《公司登记管理条例》等。在狭义上,公司法专指以公司法命名的立法文件,在中国即是指由全国人大颁布的《中华人民共和国公司法》。

公司法的调整对象主要是在公司的设立、组织、经营和终止过程中所发生的社会关系。具体有:(1)公司内部组织管理关系。主要是公司内部组织机构,如股东会或股东大会、董事会、监事会相互之间,公司与公司职员之间发生的各种关系。(2)公司外部组织管理关系。主要是公司在设立、变更、运营和终止解散的过程中与有关国家经济管理机关之间形成的纵向的行政管理关系。公司的设立审批、登记,股份与公司债的发行审批、交易管理,公司财务会计的检查监督等等,都属于这种关系。(3)公司内部的经济关系。公司发起人之间、发起人与其他股东之间、各个股东之间、股东与公司之间在公司设立、变更、破产、解散和清算过程中所形成的带有财产内容的社会关系。(4)公司外部的经济关系。公司从事与公司组织特征密切相关的营利性活动,公司与其他公司、企业或个人之间发生的经济关系,比如发行各种公司债券或股票,都属于这种关系。

### 二、公司法的性质

#### (一)公司法是典型的私法

公司法是商事法律的重要内容之一,而商法与民法一样同属于私法的范畴,故公司法属于私法,是关于私的权利和利益的法律。因此,公司法的主旨在于维护股东的意思自治和权利自由,如股东设立何种类型公司、选择何种行业投资、聘请何人管理公司、股份如何转让等,都是建立在股东意思自治的基础上的。私法自治和权利保障的理念是公司法的最高理念。同时,在现代市场经济条件下,为确保社会交易安全和公众利益,带有公法色彩的强制性规定越来越多地渗透到公司法领域。

#### (二)公司法既是商事行为法又是商事组织法

一般而言,公司法首先是一种商事组织法,它通过对公司的法律地位、公司设立的条件和程



序、公司意思机关和代表机关的确立、公司股东的权利和义务、公司合并、分立、解散的条件和程序等的规定,完善了公司的法人组织,使其具有了独立于公司股东的人格,以便自主地进行经营活动。同时,公司法也规定了与公司组织具有直接关系的公司行为,如公司设立行为、募集资金行为、股份转让行为、对外交易行为等。因此,公司法又具有行为法的特征,是组织法与行为法的结合。

### (三)公司法既是程序法又是实体法

中国公司法重点规定了有限责任公司和股份有限公司的权利、义务的实质内容和范围,这都属于实体法方面的规定。如关于公司内部组织机构的设置,法定代表人的产生,股东、董事、高级管理人员的权利、义务与责任,监事的权利、义务与责任等方面的规定,确定了公司中各方当事人在实施公司行为时的实体权利和义务。同时,公司法为确保这些实体权利的实现和义务的履行,还规定了取得、行使实体权利,履行实体义务必须遵守的法定程序,如股东会或股东大会的召开程序,董事会的议事规则等。当然,公司法以实体法内容规定为主,程序法的内容是第二位的。

## 三、中国公司法的制定

中国的《公司法》由第八届全国人大常委会第五次会议于1993年12月29日通过,自1994年7月1日起施行。此后,《公司法》于1999年、2004年进行了两次小的修订。2005年10月27日,《公司法》在进行了大规模的修订后,第十届全国人大常委会第十八次会议重新颁布,新法于2006年1月1日起施行。2013年12月28日,十二届全国人大常委会第六次会议审议并通过了公司法修正案草案,修改了原公司法的12个条款,对公司法所做的修改,自2014年3月1日起施行。

### (一)1949年前的中国公司立法

解放前中国公司立法有近50年的历史。中国长期处于封建社会,商品经济不发达,传统的中国社会中没有公司这种形式。19世纪末清朝政府仿效欧美通过招商集股方式兴办轮船、电报等企业,著名的招商局就是以现代集股方式成立的中国最早的公司之一。清政府为了加强商业贸易的发展,调整新出现的这种经济关系,于光绪28年(1902年)任命沈家本和伍廷芳为法律大臣,同年成立商部,把修订商律作为主要工作,开始制定商人通例和公司律。光绪29年12月(1904年1月)正式颁行公司律,共131条,是中国第一部公司法。这部公司法是以1856年英国合股公司法、1862年的公司法以及1899年日本商法典为蓝本,因此,它是英美法与大陆法混合的产物。

中华民国成立后仍援用1904年公司律。1914年公布公司条例,共6章251条,在体例结构上仿日本商法,内容则主要采用德国新商法,后来该条例又经过两次修改。1929年12月国民政府颁布了新的公司法,共6章233条,这是一部比较完整的现代中国公司立法。1946年对这部公司法作了较大修正,共10章361条。目前台湾地区的公司立法就是在这部公司法基础上经过1966年、1968年、1969年、1970年、1980年、1983年、1990年多次修改至今的。



## (二)1949 年后的中国公司立法

中华人民共和国成立后废除了原中华民国的一切法律,包括公司法。解放初期,中国还有一万多家私营公司。为鼓励私人投资经营有利于国计民生的企业并确定这些公司和其他私营企业的法律地位,1950 年通过了“私人企业暂行条例”,共 32 条。1951 年又公布了“私营企业暂行条例实施办法”共 105 条。条例根据当时存在的公司情况,规定了五种公司形式:无限公司、有限公司、两合公司、股份有限公司及股份两合公司。这时的公司立法只是限于调整私营企业的经济关系。1954 年颁布了“公私合营工业企业暂行条例”。公私合营企业虽然不称为公司,但其实质内容具有有限公司的特征,因为它确认公私双方的股份并确定合营企业股东对企业债务负有限责任。1956 年,随着社会主义改造的完成,西方国家普遍存在的那些公司形式在中国大陆地区就不再存在了。社会主义改造完成以后,在中国经济领域中只存在国营企业和集体企业了。随着国营企业专业化协作的不断发展,一种体现高度计划统一模式的生产性专业公司就产生了。1961 年的“国营工业企业工作条例(草案)”(即工业 70 条)第 43 条规定企业之间要通过各种形式、有计划地组织协作,实行物资的定点供应。凡是企业和企业间能够 and 需要直接联系的,都要直接建立协作关系;不能够直接联系的,可以按行业把有关的工厂组成生产性的专业公司(如通用机械公司、仪表公司等),可以按专业产品组成销售公司(如五金公司、化工原料公司等)或者购销站,由它们分别负责组织产品的生产和供应。可见,这种公司虽然名为生产性的专业公司或销售公司,实际是按计划组织生产和销售的行政性公司,它本身并不是一种从事经营性的公司。1964 年中央决定在工业、交通部门试办托拉斯,这是企业经营的一项重大改革措施。托拉斯就是仿效苏联工业联合公司的模式,实行专业化生产的大、中、小型企业相结合的生产体系。当时准备采取两种作法:一是一开始就建立全国统一的托拉斯,如汽车工业公司、纺织机械公司等;二是先建立地区性托拉斯,如长江航运公司、京津唐电力公司等。这种公司是生产经营性的,但它是根据行政命令组合而成的具有垄断性的国营工业联合公司。参加的企业既非自愿,又非以自己的资金入股,也失去了独立的法人地位。这类公司组建的不多,法律规范也不完善。十一届三中全会实行改革开放政策以来,适应市场经济需要的公司应运而生。1980 年国务院通过了“关于推动经济联合的暂行规定”,提出走联合之路,组织各种形式的经济联合体;提出要坚持自愿原则,不能用行政命令强行组织;允许组织联合体不受行业、地区和所有制、隶属关系的限制。这个规定是后来企业联营式公司发展的基础。1985 年国务院发出了“关于进一步清理整顿公司的通知”,批准通过了“公司登记管理暂行规定”和“工商企业名称登记管理暂行规定”。这几个文件对公司制度的确立和完善起了积极作用。1986 年国务院发布了“关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定”,使经济联合进入一个新的阶段。它可以是生产领域的联合,可以是生产与科研之间联合,可以是生产与流通之间联合,可以是流通领域之间联合,可以是综合部门、专业部门、军用工业、民用工业、各地区、各中心城市之间联合。除物资、市场、销售上的联合外,也可以是资金上的联合,后来又进一步提倡企业之间走资金联合的道路,这就形成了以企业联营为主要形式的有限公司。1988 年国务院通过“私营企业暂行条例”,规定私营企业可以分为独资企业、合伙企业、有限责任公司三种形式,并在第 9 条中规定:“有限责任公



司是指投资者以其出资额对公司负责,公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业”。这样,法律就实际上规定了以法人或自然人作为股东而设立的有限责任公司。1992年国家体改委等单位发布了股份制企业试点办法,使股份公司和有限公司这两种公司形式的设立、组织有章可循。

### (三)中国公司法的制定

1983年由国家经委、国家体改委开始起草公司法。当时计划经济机制仍占主导地位,政企合一性质的公司大量存在,这种公司无法规范进市场经济模式的公司中去。当时公司仍然以所有制性质划分,绝大多数公司仍然是单一的全民所有制企业,没有股东和股权的机制,这种公司也难以规范进市场经济模式的公司中去。当时虽然已经有了少量比较规范的有限公司,但股份公司的实践尚无,更没有股票上市的公司,缺乏制定统一公司法的实践基础和外部环境。于是决定暂时先不制定统一的公司法,先分别制定有限公司和股份公司两个单行条例,也可以回避大量国营公司是否应当在公司法中单独作为一种公司类型加以规定的棘手问题。从1986年开始,公司法起草方案改为分别起草有限责任公司条例和股份有限公司条例。在这时期内已经积累了大量公司实践中正反两方面经验,经历了1985—1986年和1988—1989年两次清理整顿公司。清理整顿中出现的主要问题有:第一,公司的设立缺乏规范,大量公司资金不真实,甚至属于皮包公司之列;第二,政企不分、官商不分,党和国家机关办公司,利用权力进行商业经营、金融等活动;第三,公司的组织形式不规范,任何从事经营活动的企业均可以称为公司,公司与企业法规范的企业无法区别;第四,所设立的大量公司集中在商贸、金融领域,带来流通领域的混乱,引起流通领域价格的非正常暴涨;第五,公司内部管理和分配制度混乱,缺乏必要约束,高工资、高福利现象严重,少数人利用职权贪污、盗窃、投机倒把、行贿受贿等。上述这些现象曾使得公司蒙受很不好的名声,甚至给人以搞公司便是搞违法活动的印象。基于以上原因,急需规范公司的行为,于是国务院加紧制定上述两个条例。国务院在研究这两个条例时认为股份公司在我国尚属试点性质,不宜在全国以行政法规形式加以普遍规定,有限公司适应中国经济发展需要,可以先行通过。在邓小平南方讲话后,股份制企业发展迅速,为适应规范化的需要,先由国家体改委于1992年以这两种公司的规范意见的形式代替国务院行政法规加以公布。由于人大代表和各方面人士要求尽快制定公司法的呼声很高,国务院于1992年8月正式向全国人大常委会提请审议有限责任公司法草案。全国人大常委会委员们在审议这个公司法草案时提出,为适应社会主义市场经济发展的需要,应当制定一部覆盖面更宽一些、内容比较全面的公司法。根据七届全国人大常委会委员长会议的决定,由全国人大常委会法制工作委员会在国务院和国务院有关部门拟订的上述条例草案、规范意见和法律草案的基础上,汇总起草公司法草案。在汇总起草过程中,调查研究了一些地方开办公司的经验,参考吸收了世界经济发达国家公司立法的优点,征求了中央有关部门、地方、法律专家、经济专家、企业的意见,起草了中华人民共和国公司法草案,于1992年12月提交七届全国人大第三十次会议审议。草案经初步审议后,又经多次征求意见和修改,于1993年6月提请八届全国人大常委会第二次会议再次审议。草案再次审议后又经过多次修改,于1993年12月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第五



次会议通过,中华人民共和国第一部公司法正式诞生。

## 第二节 公司法与相关法的关系

### 一、公司法与民法的关系

民法作为调整平等主体之间的财产关系和人身非财产关系的基本法,它所确立的一些基本制度和基本准则,对于调整股东之间、股东与公司之间以及公司在生产经营过程中形成的法律关系同样适用。例如,民法中的法人制度对于确认公司的法律地位具有重要的作用;民法中的物权理论对于认识公司股东的股权性质,具有重要的指导意义;民法中的代理制度和委任制度,适用于对公司经理和董事法律地位的确定;民法中的合伙制度,对于确认无限公司的股东地位与责任具有借鉴意义,甚至可以直接适用;民法的侵权赔偿制度,可以直接用来确定董事、经理给公司造成损失时应负的责任。这一切都充分证明,民法是公司法的基础,公司法离不开民法。反之,民法也离不开公司法,民法中的法人制度直接源于公司。公司制度的完善,本身也是民事主体制度的完善;公司股权制度的形成,也是民法物权理论与实践的发展。民法和公司法相辅相成、相得益彰。就这两个法律部门的学习而言,两者之间的关联则更加重要。可以说,没有良好的民法功底,很难真正领会公司法的真谛;而没有公司法的深厚功底,也无法深刻而确切地把握民法的基本制度与理论。甚至可以说,公司法充当了民法与商法之间的连接点,正是公司制度与公司法理论沟通了民商法的内部关系。

### 二、公司法与商法的关系

商法是指调整因商主体及其他主体所从事的商行为而形成的法律关系即商事法律关系的法律规范的总称。商法可分为商主体法(商事组织法)和商行为法(商事活动法)。商主体分为商法人、商合伙与商个人,其中最典型的便是商法人,而公司则为商法人中最典型与最重要的组织形态。因此,商主体法即以公司法为中心。当然,在公司法规范性文件中还包含一些行政法与刑法方面的内容,但这种立法模式上的安排并不能改变公司法作为典型的商事部门法的属性。

### 三、公司法与经济法的关系

中国法学界曾经对经济法的法律属性及其调整对象进行了长期的争论,到现在还有不少经济法学者将其作为核心研究对象。不过,尽管关于经济法的法律界定仍存在较大的认识分歧,但对于经济法实质是国家管理经济之法这一结论则已基本形成共识。经济法是国家干预经济活动的体现,其主要功能在于防范并弥补市场机制的缺陷与商法之不足,纠正完全自由竞争所产生的垄断与不正当竞争行为以及资源的非理性耗用。而公司作为最基本的市场主体,经济法必然作用于公司的生产经营活动。因此,从这个意义上讲,公司是经济法的重要调整对象。然



而,这并不意味着公司法就属于经济法或者与经济法之间存在着较大范围的交叉。公司法作为私法,虽然具有较强的公法色彩,并较为明显地体现了国家对私法主体的干预,但其私法属性却不容抹杀,不能将其混同于以国家管理经济为基本功能与价值取向的经济法。

#### 四、公司法与企业法的关系

企业法的概念在世界范围内仍是争论不休的。在立法体例上,世界上没有一个国家曾经制定过一部统一的名为企业法的法律,甚至在有的国家和地区的立法和实践中企业法这一术语也不存在。因此,在全球范围内,不可能像刑法、民法那样对企业法界定出一个一般适用的标准含义。在现代社会,任何国家和地区都会制定关于企业的立法,但是由于社会性质、经济制度以及立法传统的影响,各国的企业立法差异较大,调整的社会关系的范围也不尽一致。在西方国家,关于企业的立法实际上都是关于商主体的立法。譬如,德国除在《德国商法典》中对公司制度作出了规定外,还另行制定了1892年《德国有限责任公司法》以及1937年《德国股份法》等企业法;日本也在《日本商法典》之外于1938年颁布了《日本有限公司法》,此外日本还颁布了大量关于扶持中小企业的产业政策性法律。因此,由于立法上的差异,要概括出一个具有普遍意义的企业法概念确实不可能。

中国法学界对企业法的内涵与外延的认识均存在着较大的差异。在国外法学界,尽管极少将企业法作为一个独立的法律部门予以研究,但关于企业法内涵与外延的认识也仍然存在着较大的差异。因此,如何认识公司法与企业法之间的关系,始终是公司法理论研讨中争议较大的问题之一。对此,有的主张实行一元制,主张以公司法作为调整企业活动的基本法律,用公司法取代企业法;或者主张以企业法作为调整企业活动的基本法律,不同意制定公司法。有的则主张实行二元制,即主张企业法与公司法并存,分别调整企业关系与公司关系。毫无疑问,由于企业类型的多样化及公司关系的特殊性,不仅决定了中国必须制定公司法,而且还决定了在公司法之外,必须有与其他企业类型相对应的企业法,如独资企业法、合伙企业法等。这种商事主体法意义上的企业法,必将同公司法形成多元并存的局面。目前,公司法与企业法是一种并存互补关系。它们各自以不同的企业关系作为其调整对象,相互补充调整各自无力所及的领域,以排除立法调整的空白。

#### 五、公司法与证券法的关系

广义的证券法是指与证券有关的一切法律规范的总称,既包括专门的证券法,也包括公司法、票据法、民法等其他法律中涉及证券内容的部分。狭义的证券法是指专门对证券发行、证券交易、证券管理及相关行为进行法律调整,并由此形成的法律规范体系。因此,公司法与证券法在调整对象与范围上都有交叉,两者都对因股票和公司债券发生的法律关系进行调整。证券法在很大程度上是公司法的延伸,投资人权益的自由转让是公司法与证券法连结的纽带。对此,法学界有一种形象的说法:公司法是静态的证券法,证券法是动态的公司法。首先,公司法中投资人权益的自由转让构成证券法延伸的法理基础。公司股票制度构成投资人权益自由转让的



基础框架,证券市场的出现实现了公司股份无障碍转让的理想,使公司得以筹集到更多的资金,涉及更多人的经济利益,并进而成为占支配地位的企业组织形式。公司股票和公司债券是证券市场中最为活跃、交易量也最大的证券品种。公司法与证券法各自从不同的角度对公司股票与公司债券的发行制度加以规制。一般来说,证券法在公司法的原则性和基础性规定的基础上,以更具技术性与操作性的方法对公司股票与公司债券的发行制度加以规定。因此,此次立法部门利用两法一起修订的契机,将公司法中有关股票公开发行、上市交易监管的规定移入证券法修订草案中,并进行了适当合并与修改。其次,由公司法构造而成的公司是证券法和证券市场的主角,证券市场中交易的主要产品——公司股票和公司债券都是公司发行的,证券市场的中介组织也采取了公司形式。最后,独立发展的证券法也促进了公司法的延展,证券法将公司法的效力范围从少数资本所有者扩展至一般社会公众,公司法的影响力也由此提升。证券法为公司法中永恒的利益争执与平衡提供了新的工具,上市公司收购与兼并、委托投票制度以及公司治理结构的创新与变革都与证券法密切相关,证券市场中出现的特有欺诈性行为也为公司法中的董事义务提供了更多的思考空间。因此,无论是在理论研究,还是立法、司法及实务中,公司法与证券法都是紧密联系的。证券法和公司法之间的密切关系使得两部法律必须存在一致的立法理念、紧密衔接的制度框架、协调配合的规则设计。在中国十届全国人大常委会于2003年底公布的立法规划中,不仅将《公司法》与《证券法》同时纳入修订对象,而且还将两部法律联系起来,谋求协调一致的和谐修订。这两部法律分别于2005年8月、10月同时提交全国人大常委会进行第二次、第三次审议,最终一并获得通过,两法的修订工作基本保持同步进行的态势,显示出了两法的密切关联性。

## 六、公司法与破产法的关系

公司终止有多种原因,而公司不能清偿到期债务,被依法宣告破产即为公司终止的一个重要原因。新《公司法》对公司破产进行了调整修订,新《公司法》第183条规定:公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东,可以请求人民法院解散公司。不过,一般来说,公司法仅就公司破产与重整制度作原则性规定,而具体的公司重整、和解、清算制度则由破产法规定。因此,公司法与破产法形成了一种相对应的配套关系,公司法所规定的公司组织形式构成了破产法所规定的公司破产制度的基础,而破产法的制度与完善又使公司法律制度获得了延展。

## 七、公司法与行政法的关系

一般认为,行政法是调整国家行政机关实现其管理职能的权力过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。它主要规定国家行政权力的组织、行政权力的活动以及行政活动后果的救济等法律问题。行政法调整的行政关系与公司法调整的公司法律关系具有不同特性。不过,两者之间也具有一定的联系。在现代市场经济条件下,为了平衡社会经济运作中各方的利益和协调性地维护各方权利,保障社会经济的正常秩序,促进商事交易的发展,国家逐渐加强了其经济管



理职能,对社会经济的干预不断加强。这样,国家不仅从行政的角度对公司所从事的商事交易实施行政管理,而且从宏观调控的角度介入公司自治领域进行行政干预。此即所谓私法公法化之趋势。其结果使得公司法与行政法的关系更加密切,甚至大量的公司法规范被纳入执行商事管理职能的行政法之中,或者说公司法中的公法性规范本身就具有行政法律规范的性质。譬如,公司注册与核准制度、公司财务、会计制度、股权转让登记制度等均属此类。此外,对公司主体的行政处罚及其行政复议与行政诉讼等法律规范,都是既涉及公司法领域又涉及行政法领域。这些制度的目的在于保证公司商事秩序的建立与商事权利的实现。从这个意义上说,公司活动中的行政法调整,是行政法对公司法的补充。

### 八、公司法与刑法的关系

鉴于公司犯罪的特殊性,为防止公司制度被滥用,保障社会交易安全,当代各国公司法都普遍增加了刑事处罚条款,甚至列举了超出刑法典规定的新罪名。中国公司法也对公司犯罪作出了专门的规定。考虑到公司犯罪的特殊性,为便于公司法的操作与施行,全国人大常委会在公司法颁布后,又专门制定了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》。1997年3月14日修订通过的《中华人民共和国刑法》。也规定了与公司有关的犯罪。这对于完善市场经济体制下的主体制度,并进而规范主体的行为,有效地维护社会经济秩序,充分发挥国家对社会经济关系的调节作用,都具有十分重要的意义。

除上述公司法与其他法律部门的关系外,公司法与涉外经济法、劳动法、诉讼法等也有着密切的联系。公司法与如此众多的法律部门密切相关,归根结底,在于公司法自身就包括了多种法律关系,而每一种法律关系都必然涉及相关法律部门的有关规定。总之,公司法是中国法律体系中一个重要的法律部门,是市场经济条件下不可或缺的重要法律部门。

## 第三节 公司法的特点、原则与立法目的

### 一、公司法的特点

#### (一) 公司法是主体法和行为法相结合的法律

公司法是商事主体法,但跟一般的商事主体法有所不同,也涉及到一些公司特有的行为和活动,比如股票和证券的发行和交易,因此,公司法中也有一部分行为规则。因此,公司法是主体法和行为法的结合,但主要的基本性质是主体法。

#### (二) 公司法是强制性与任意性相结合的法律

法律的强制性是指法律必须依照法律的规定,不能以个人的意志予以变更;法律的任意性是指当事人可以自由协商做出约定,法律规定只有在当事人没有自己约定的情况下才加以适用。在任意性的规范中,最典型的就是合同法,整部合同法的绝大多数规范都是任意性的。公司法到底是强制性的还是任意性的?这是一个理论性很强的问题,更是一个实务问题,实践中



的很多公司纠纷、矛盾都是由这个问题引起的。公司法应该具有一定程度的任意性,因为公司法的根本属性是私法,应该尊重当事人的意愿和选择,应该承认当事人自愿协商达成的协议的效力。根据公司法的合同理论,整部一个公司法就是一个合同,是立法机关为所有要设立公司的人准备的一份现成的合同。因此,当事人要修改合同的一部分有何不可?这就是公司法应该具有一定任意性的法理根据。但公司法更多的规范应当具有强制性。公司法虽然调整私人之间的关系,但是它所涉及的不仅仅是公司内部股东或发起人之间的利益,还会涉及到公司之外的第三人——债权人、交易对方的利益,会涉及到整个社会交易的安全,会进一步影响到整个社会经济的秩序和稳定,这仅仅靠公司内部的当事人——股东加以约束和安排是无法保障的,因为当事人都是要寻求自身利益的最大化,这些外部主体的利益必须要依靠法律强制力的干预。

### (三)公司法以成文法为表现形式

各国立法中,有的公司法是判例的形式;有的公司法不是判例,采取分散的形式。但更多国家的公司法都是以成文法的形式存在的,即使一些实行判例法的国家,其公司法往往有统一的成文法。因此,公司法一般是采取成文法的形式,大陆法国家更是如此。

### (四)公司法具有一定的国际性特点

各国公司法的制定都参考借鉴了其他国家和国际相通行的制度、规则,从而使各国公司法表现出趋同性、一致性,这是基于各国经济往来合作的需求。中国比较强调中国特色,但在公司法的立法上也充分注意到公司法的国际性。在公司法的修改过程中,中国顺应了各国公司法改革的潮流,参考借鉴了国外公司法的最新发展和成功经验,引进了很多的制度规则。

## 二、公司法的原则

### (一)保护公司及其利益相关者权益的原则

其一,维护公司的合法权益不受侵犯。其二,确认股东的广泛权利。公司法形成了一套专门的中小股东保护制度,包括中小股东召开股东大会的请求权、召集权、主持权,包括异议股东的股份收买的请求权,包括股份公司实行的累积投票制等等。其三,确保公司债权人权利的实现。公司法规定了法人格否认制度,对一人公司施加了特别规定,其立法的目的就是保护债权人的权利。其四,保护职工的合法权益。公司法特别规定:第一,监事会中职工代表最低要有1/3的比例;第二,董事会可以有职工董事。

### (二)股东法律地位平等的原则

股东法律地位一律平等,同股同权,同股同利。在实践中,经常出现大股东欺压小股东的现象,形式上平等,事实上并不平等。解决这个问题同样是公司法的一个任务,公司法通过中小股东的保护制度来实现一种实质的平等,最大限度地消除不平等的情况,这是股东平等原则的进一步要求。

### (三)股东承担有限责任的原则

公司是独立的法人,公司承担独立责任,股东承担有限责任,有限责任成为现代公司法最重



要的基本原则。有限责任限制了投资者的风险,投资者能够在实现自己利益的同时,又不至于遭受太大的法律风险。

#### (四)权力制衡的原则

在公司的组织机构制度中,由不同的机构执掌不同的权力,相互之间有分工、有制约、有配合,共同实现公司的科学、高效的管理,为股东带来最大的收益。

#### (五)公司的社会责任原则

公司是营利性组织,但同时也是社会成员,是社会关系中非常重要的一个主体,应该承担社会成员的责任,而且基于在社会生活中的重要地位,公司应该承担更重要的社会责任。这种责任有时候不是法律具体规定的某种责任,而是在法律规定之外的一种责任,这种责任是靠法律原则确立的。

### 三、公司法的立法目的

中国公司法第1条规定,“为了规范公司的组织和行为,保护公司、股东和债权人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,制定本法。”公司是市场经济条件下、适应社会化生产而产生的现代企业组织形式。作为市场主体,其设立和行为是否规范,治理结构是否科学合理,直接关系到公司能否以最有效的方式从事经营活动、创造社会生产力。制定公司法,即力求通过为公司提供切实可行的制度设计,以规范公司的组织和行为,使公司能够按照法律的规范设立并进行活动,以充分发挥其优势、促进市场经济的发展。公司是以资本联合为基础的经济组织,享有独立的法人财产权;股东是出资者,享有股权;其他经济主体在经济活动中与公司发生经济往来,可能成为公司的债权人,他们的合法权益都应当受到法律的保护。制定公司法,就是要明确规定公司的权利和义务:对内规范公司与股东的关系,对外规范公司与交易对方的关系;并通过对违法行为的民事、行政制裁措施,切实保护公司、股东和债权人的合法权益。制定公司法的根本目的是要通过规范公司的组织和行为,保护公司及有关利害关系人的合法权益,使公司的活动纳入法制轨道,形成良好的社会经济秩序,为市场主体提供公平、有序的发展环境,从而促进社会主义市场经济的发展。

### 四、公司法的作用

公司法的基本作用无疑在于确立并维护了公司法律制度,使公司这一最为重要的商主体获得了全方位的法律调整。对于现代西方国家而言,现代公司法的完善和进步是商品经济高度发展的要求和结果,但反过来,公司法本身又对鼓励投资、集中资本兴办企业、维护商事组织的法律人格与合法权益以及繁荣市场经济等都起着无可替代的作用。就中国而言,由于经历的是一场由计划经济向市场经济转轨的改革,因而公司法还起着不同于西方国家公司法的特殊作用。中国旧《公司法》第1条规定:为了适应建立现代企业制度的需要,规范公司的组织和行为,保护公司、股东和债权人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,根据宪法,制定本法。此即其确立的公司法的宗旨。很明显,推动中国现代企业制度的建设,乃当时《公司



法》的重要使命。如今,以公司制为核心的现代企业制度已基本建立,并且现代企业制度不仅包括公司制度而且包括合伙企业等其他企业制度,因而在公司法的立法宗旨中不必保留适应建立现代企业制度的需要的规定。基于此,新《公司法》第1条修订为:为了规范公司的组织和行为,保护公司、股东和债权人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,制定本法。依此,中国《公司法》的宗旨在于,规范公司的组织和行为,保证公司、股东和债权人的合法权益维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展。但推进中国现代企业制度的建设,不仅构成了中国《公司法》的历史作用,而且仍将构成未来《公司法》的作用,因而应在公司法的作用中予以保留。总的来说,中国《公司法》的作用主要表现为以下四个方面:

其一,为公司的组织及其行为提供了明确的法律规范。在中国先后出现了几次股份制热潮,在此期间诞生了一大批不规范的公司。这些所谓公司都需要由统一的公司法加以规范。在旧《公司法》实施之后,通过一系列规范措施,终于使若干历史遗留下来的问题得以基本解决。随着经济实践的发展,旧《公司法》日益明显地显示出其滞后性,因而相应地构成了中国经济建设的障碍。通过此次全面修订《公司法》,较为彻底地解决了这些问题,《公司法》必然又会以其新的适应性促进中国市场经济体制的建设。

其二,维护社会交易安全 and 经济秩序的稳定。公司作为最典型与最具影响力的经济组织,尤其是股份有限公司(其中又以上市公司为典型),因其资本雄厚,经营规模庞大,业务范围广泛,在社会经济生活中具有举足轻重的地位。公司法将公司的设立、运行等都纳入到法律的轨道,如实行严格的公司设立条件和登记程序,实行公司会计事务公开化原则,通过制度安排加强有关部门如银行、税务、审计等部门对公司的检查和监督等。公司法规定了发起人的责任,当公司不能成立时,发起人对设立行为产生的债务、费用承担连带责任;在公司设立过程中,如果是发起人的过失,给公司造成损害的,还要承担赔偿责任。这些措施无疑对保护整个社会的交易安全 and 经济秩序的稳定,具有非常重要的制度价值。

其三,保护公司、股东、债权人及其他利益相关者的合法权益。公司法确认了公司的独立法律人格,明确规定了公司的权利能力和行为能力、公司组织机构的设置及职权、股东对公司应承担的义务以及董事、监事、高级管理人员的义务与责任等。这些规定有利于维护公司作为独立的法律主体的合法权益,防止其他组织、个人以及公司管理人员对公司利益的侵害。维护股东的合法权益,乃公司法的基本理念。因此,公司法设置了一系列制度对股东实行严密保护。由于公司制度有可能被公司股东及管理者滥用,使公司债权人的权益受到非法但非常隐蔽的侵害,因而公司法通过规定公司的财产制度及相应的活动规则,如确定最低资本额、加强资信审查、严格公司会计和盈余分配制度等,使公司的基本履约能力得以确立和维护。新《公司法》还确立了公司直索责任制度。这些规定使公司债权人的权利得到了法律保障。此外,公司法还对股份有限公司发行股票、公司发行债券、公司职工对与其权益密切相关问题的表决权与参与权等作了规定,使社会公众、投资者及公司职工的利益得到了应有的保障。

其四,有力地推进了中国现代企业制度的建设。中国长期实行计划经济体制,在企业领域曾长期以政企不分的国有企业为主导形式,企业并未确立独立的法律人格。随着股份制的发



展,中国公司立法就成为以法律形式确认改革实践的依据以及改革的导向,为公司制度的全面建设确立了统一的依据与法律保障。可以说正是旧《公司法》的制定,使公司作为现代企业中最典型的组织形态,获得了确定的保障,从而在推进中国现代企业制度建设的同时,推进了中国市场经济体制的建设。国有企业要实行现代企业制度的改造,主要就是采用公司制度,因此健全公司的法律制度,对于建立和完善社会主义市场经济体制、对于促进中国社会主义市场经济的发展,都具有十分重要的作用。

#### 第四节 西方国家公司法立法情况

西方国家公司立法已有三百多年历史。公司立法促进了公司制度的不断发展和完善,同时,公司立法也随着公司制度的发展而不断完善。西方国家公司立法的一个出发点是保护资本的自由流通和安全流通,这样就必须确保股东的权利和利益。早期公司立法普遍注意规定公司中股东的权限,特别是体现股东意志的股东会的权力。谁出钱、谁管理的原则让位于谁出钱,谁决策的原则。股东通过股东会牢牢掌握住公司重大事务决策的权力。第二次世界大战后的公司立法有了新的发展,董事会的权限不断扩大。股东会过多地干预会影响经营管理决策指挥的效率,于是许多国家立法都规定了股东的派生诉讼权,即赋予股东在董事会决议侵犯股东合法权益时提起诉讼的权利。欧洲公司法草案还规定由股东直接推选独立的审计员,该审计员不向监事会和董事会负责。所有这些都是在新条件下公司法确保股东权益的新措施。西方国家公司立法的第二个出发点是确保公司这种经济组织能够自由经营、安全经营以及尽可能快地扩大规模经营。早期公司法都明确规定了资本不变原则,即股东不得抽回股本或变相抽走资本,以保障公司享有独立于股东的全部、完整的财产权。第二次世界大战后公司立法有了新的发展,许多国家采取了授权资本制,公司的首期股份不必认足和缴足股款,即可成立公司,这样就加速了公司的设立。一些国家公司立法规定了法定公积金制度,规定必须提取法定公积金后才能分派股利,这就加速了公司规模的扩大。一些国家公司立法规定了重整制度,使公司避免破产后对社会经济带来的震荡。这些都是公司立法扶持和保护公司的有力措施。西方国家公司立法的第三个出发点是保护善意第三人的合法权益。早在中世纪时的商事习惯法就规定了商事交往中对善意第三人保护的原则。保护善意第三人利益在经济秩序中就是保护社会正常交易的安全,就是保护与公司进行正常业务交往的个人和经济组织的合法利益。当公司股东承担的责任从无限责任转到有限责任时,保障与公司交往的第三人利益尤为重要,公司法所确立的资本真实原则就是对此所作的法律保障。二十世纪后,尤其是第二次世界大战后,公司立法更体现了在自由、放任主义基础上加强国家必要的干预。严格的公示主义就是这一干预的重要表现,必须向社会公开披露的事项越来越多,越来越严。公司立法规定的行政处罚和刑事制裁的事项越来越多、越来越严,也是加强国家干预、保障社会利益的表现。



## 一、德国公司法

德国的公司立法在世界范围内仍有举足轻重的地位。最早的德国公司立法是 1861 年的旧商法,其中第二编是关于公司的规定,按德国体例编纂的商法典均把公司与票据、海商、保险列为单独一编。1897 年德国制定了新商法,即德国商法典,其中第二编定名为商事公司及隐名合伙,共五章,前四章分别规定无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司的组织。德国商法典有关公司的规定要比法国商法典丰富得多。1892 年德国颁布了有限责任公司法,这是世界上第一个有限公司法,以后世界许多国家有关有限公司的立法也均以单行法形式出现。1931 年又以单行法规对商法典中有关股份公司和股份两合公司的规定加以修正。1937 年颁布了股份及股份两合公司法,简称股份法,商法典中关于股份公司及股份两合公司的规定即告废止。第二次世界大战后,联邦德国政府即着手修改旧股份法,1965 年通过新股份法,共五编 410 条。第一编为股份公司;第二编为股份两合公司;第三编为联合企业,对康采恩等联合性企业(或称集团公司、关联企业)作了较详细规定;第四编为公司的合并等;第五编为罚则。德国公司法的一个特点是它具有更大的弹性,例如,德国没有规定有限公司成员人数的限制,没有规定有限公司股东将其股权转让给他人的限制,也没有要求公开其财务报告。德国公司法的另一个特点是有其特殊的管理制度。德国公司的监事会有决策职能,董事会由监事会任免,对监事会负责(规模小的有限公司可不设监事会)。德国公司法首创了工人参与制,即有一定数量的监事会成员是从职工中选举产生。这种工人参加管理的参与制对其它国家后来的立法作用很大。德国公司法再一个特点是规定了关联公司(控股公司和参与公司)。德国规定,集团公司是由集团控股公司及其所拥有的几个子公司或从属公司一起组成的集团,并规定母公司或集团公司须为本身和子公司制备合并财务报表。

## 二、法国公司法

法国的公司立法对欧洲大陆和世界公司法的发展有一定影响,虽然这方面的影响不如它的民法典那么大。法国早在 1673 年路易十四时代就制定了世界第一部系统编纂的商事立法——《商事条例》(或译《商事敕令》)。在该条例中已正式有关于公司的规定,它是法国商法典的前身。拿破仑于 1804 年颁布了著名的法国民法典后,又于 1807 年颁布了法国商法典。在该法典第一编商行为中的第三章是关于公司的规定,但总共只有 29 条。过于简单的公司立法越来越不适应公司的蓬勃发展,特别是股份有限公司的迅速发展,于是颁布了一些单行法,作为对商法典的补充。其中最主要的是 1867 年的公司法,它规定了除有限公司外的所有各种形式(当时有限公司的形式还未出现),对股份有限公司的旧规定作了全面修改。1925 年法国制定了单行的有限公司法。1940 年又对 1867 年的公司法作了重要修改。1966 年戴高乐执政时制定了一部全面规定所有各种形式公司的公司法,共 509 条。法国政府决心摒弃繁琐的修补办法而重新制定完整、统一的公司法。这个法公布后,过去有关公司的法律均相应废除。1966 年的法国公司法是当代最新的公司法之一,内容充实、结构严谨,对其他国家制定公司单行法颇有参考价值。



1985 年公司法对其作了一些修改。法国公司法以其规定严格而著称。例如它对公司发起人和经理人的欺诈行为作了一系列限制性规定;对有限公司股东股权转让的限制规定较严;对有限公司和股份公司均有指派审计师审计的规定;对这两种公司均有亏损超过原资本一半时必需减资的规定;对违反公司法准则的行为规定了一系列刑事处罚,该法第二编为罚则,共 46 条,占全部条文近十分之一。

### 三、日本公司法

日本公司立法始于明治维新以后。最初并无综合性公司法规,只有规定特种公司地位的单行法规,如国立银行条例、私营铁路条例等。1890 年颁布了日本旧商法,法典的第一编第六章是关于公司的规定,这是日本第一个综合性的公司立法。1899 年颁布了新商法典,其中第二编对除有限公司以外的各种形式公司作了完整的规定。日本商法典是依德国商法典的模式制定的。1911 年日本政府对商法公司篇进行了较大修正,涉及条数达一百余条。1938 年又参照欧美最新公司立法,将商法典公司篇进行较大修改,将条文作了重新排列。同年又颁布了“有限公司法”。第二次世界大战后,日本采用了美国的相当多的公司立法原理,1950 年以股份有限公司法为中心对商法典的有关内容作了彻底的修订。此后 1955 年、1962 年、1963 年、1966 年又陆续对公司法进行多次修改。对公司法最重要的一次修改是 1981 年。1992 年日本实行新的商法和有限公司法,提高了股份公司和有限公司的最低资本金限制,这将对许多小公司产生根本性的影响,或者增加资本,或者改变性质。新法效法欧陆国家的作法,允许一人公司的存在,它认为公司成立时几个发起人不是重要的事情,重要的是公司资本金的数额。日本公司法虽然效法欧美国家公司法律制度,但它始终坚持公司法属商法典范围(除有限公司法为单行法),它不同于法国式的将公司法从商法中分离;也不同于德国式的将股份法从商法中分离;也不同于英美式的单行法立法体例。

### 四、英国公司法

英国的公司立法对英美法系国家和地区影响很大。英国是资本主义经济发展最早的国家,也是股份公司最早出现的国家之一,但在资产阶级革命胜利前英国没有公司法。当时仅有的有关公司立法还规定了最严格的公司设立主义,即规定除国会法令许可外,不得设立公司。19 世纪 30 年代和 40 年代是英国历史上资本主义经济迅速发展时期,这就需要对公司实行开放政策。1844 年英国国会通过一项法律,允许私人组织公司并采用完全公开原则作为保护公众投资利益的最好方法。这时,私人设立的公司采取股东有限责任的形式还没有得到普遍承认。而经济的发展需要新的私人投资,只有实行有限责任才能刺激更多的私人投资。于是在 1855 年经过激烈争论后通过了一项有限责任的议案,次年产生了第一个现代的公司法,即有限责任形式的公司法,定名为合股公司法。英国的公司法经常修改,修改后的新公司法通过后,旧公司法即失效。1862 年通过新公司法,后来又制定了特别法,1908 年颁布了统一的公司法。至 19 世纪末英国形成一个惯例:由一个专家委员会每隔 20 年左右对公司法进行一次审查,提出修改意



见,这种作法一直沿续至今,不同的是最近对公司法的修改更频繁了。在英国公司立法中起着重大作用的是1929年的公司法和1948年颁布的新公司法。1967年、1972年、1981年又分别对1948年公司法作了某些重大修改。英国公司法的一个特点是它的公司法主要调整股东承担有限责任的公司和股东承担有限保证责任的公司(即股东除其认购的股本外,依章程规定,在公司财产不足清偿债务时,还要在一定保证金额范围内负补充责任)。股东负有限责任的公司通常分为开放型公司和封闭型公司,也有的书籍将前者译为上市公司,后者译为不上市公司,但译为公司和私公司是不确切的。无限责任公司和相当于大陆法的两合公司则由1890年通过的合伙法和1907年通过的有限合伙法调整。英国公司法的另一个特点是比较灵活、自由,例如没有规定公司资本的最低限额,没有规定法定公积金制度。在英国法中,没有监事会这种管理机构,但设有公司秘书一职,权限较大,负责董事会日常工作。英国公司法的再一个特点是它调整的范围比较广泛。公司的破产是在公司法中规定、而不是在破产法中规定,因为英国破产法只适用于个人的破产,这也与其他许多国家不同。

## 五、美国公司法

美国公司立法虽然同属于英美法系,但又具有其特点。美国的公司立法权在各州。纽约州早在1807年就颁布了第一个关于公司的法律,允许私人组织公司,但有关公司方面的法律规范主要不是来源于立法机构,而是来源于法院的判例。主要由法院判例构成的公司法,有时也称普通公司法。普通公司法在很多方面继承了英国的规范,但又有自己的发展。为统一各州的立法,1909年制定了统一的股票转让法,1928年制定了统一商事公司法,1950年制定了标准商事公司法。这些法律也像统一买卖法、统一合伙法、统一商法典那样,并不是联邦统一制定的具有强制效力的成文法,而只是供各州议会采纳,只有经过各州议会通过才对该州有强制效力。标准公司法经多次修正,现已被多数州所采用。美国公司立法最大特点是大多数的公司都按各州的公司法成立并活动。美国公司法中所称的外国公司实际上包括外国公司和外州公司。由于各州公司法规定的权利能力、优惠和豁免,创办公司的条件和收费、公司税收等都有所不同,有的差别还较大。这就使得公司的发起人可以根据各州规定不同而加以选择。例如美国特拉华州公司法规定的公司设立条件和程序比较灵活、简便,税收和费用又比较低,因此,许多外州的公司便到该州设立公司并注册登记,然后在该州或该州以外的地点营业,这就是美国特拉华州公司法比起其他各州公司法名气更大的原因。



## 第二章 公司概述



### 第一节 公司的概念和特征

公司是指依法设立的,以营利为目的,由股东投资形成的企业法人。企业是指从事商品生产、流通或服务活动,在法律上具有一定独立地位的营利性经济组织。但在一些英美法系的国家,不同的利益主体为了实现共同目的,从事共同事业就可以采用公司形式。在这些国家,公司分为商事公司和非营利公司,并不一定都属于企业。公司是一种企业组织形态,是依照法定的条件与程序设立的、以营利为目的的商事组织。中国公司法第 2 条规定:本法所称的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。第 3 条规定:公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权,公司以其全部财产对公司债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任,股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。公司的概念在各国公司法理论上并不相同。由于各国立法对公司组织形式在社会上的适用范围规定不同,对公司的种类规定不同,加之不同类型的公司法律特征有一定区别,即使是相同类型的公司在不同国家、地区的法律中具体规定也会有差异,因此,在公司法理论上很难形成一个为各国学者们公认的、抽象的公司概念。一般而言,公司具有三个基本的法律特征:

#### 一、公司是具有法人资格的主体

中国公司法第 3 条规定公司是企业法人。法人是与自然人并列的一类民商事主体,具有独立的主体性资格,具有法律主体所要求的权利能力与行为能力,能够以自己的名义从事民商事活动并以自己的财产独立承担民事责任。公司是最典型的法人类型,体现了法人的最本质特征。依据中国公司法的规定,公司法人资格的取得需符合以下条件:

1. 公司必须依法设立。公司的依法设立主要是指设立程序而言,即公司的设立必须依据法定的程序办理相关的登记手续,领取公司法人营业执照,有的公司如商业银行、保险公司、证券公司等的设立还须经审批程序。凡在中国境内设立的公司,必须依照中国公司法、公司登记管理条例及其他相关法律、法规所规定的条件和程序设立。公司法第 6 条第 1 款规定:“设立公司,应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的,由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司;不符合本法规定的设立条件的,不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。”

2. 公司必须具备必要的财产。一定的财产是公司得以存在的物质基础。公司作为一个以营利为目的的企业法人,必须有其可控制与支配的财产,以从事经营活动。中国公司法将公司



享有的独立的法人财产称之为法人财产权,公司法第3条第1款规定:公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司的财产一般被称为公司资产,包括由设备、材料、工具等动产和房屋、土地等不动产以及货币组成的有形财产,也包括企业名称、工业产权等无形财产;但就公司成立时的财产而言,主要是指有形财产。公司成立时的原始财产由股东出资构成,股东可以货币、实物、土地使用权、工业产权等方式出资,股东一旦履行了出资义务,其出资标的物的所有权即转移至公司,构成公司的财产。公司的财产与股东个人的财产相分离。这是公司财产的一个重要特征,它是公司能够独立承担民事责任进而取得法人资格的基础,也是股东只以出资额为限对公司债务承担责任的依据。

3. 公司必须有自己的名称、组织机构和场所。公司的名称相当于自然人的姓名,可以自由选用,但必须标明公司的种类即有限责任公司或股份有限公司。依照公司法第8条的规定,有限责任公司必须在公司名称中标明有限责任公司或者有限公司字样,股份有限公司必须在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。公司名称属于公司章程绝对必要记载事项之一,也为公司登记事项之一。公司必须具有完备的组织机构。规范的内部治理结构是公司法人不同于很多其他法人组织的重要标志之一。公司作为法人并无自然实体,必须设立公司机关以决定和实施公司的意志。公司健全的组织机构是其公司法人意志得以实现的组织保障,它包括公司的权力机构、执行机构和监督机构。依据中国公司法,有限责任公司和股份有限公司的组织机构大体相同而略有差异,主要表现为前者有较多的灵活性而后者有更强的规范性。例如,有限责任公司可以不设董事会,也可以不设监事会。公司要有自己的经营场所,它是公司实现其设立目的实施经营的地方;公司还必须有自己的住所,其住所可与其场所一致,也可以不一致。但住所是公司法律关系的中心地域,凡涉及公司债务之清偿、诉讼之管辖、书状之送达均以此为标准。依中国公司法第10条之规定,公司以其主要办事机构所在地为住所。

4. 公司必须能够以自己的名义独立从事民商事活动并独立承担民事责任。从原则上讲,公司几乎是与自然人一样的独立实体。而公司若要与自然人一样,就必须拥有权利。这些权利是非常广泛的,如以自己的名义拥有财产包括不动产的权利、起诉和应诉的权利以及在公司目的范围内从事任何合法的经营活动的权利。但是,基于公司本身固有的性质和某些法律政策上的原因,公司的权利受到一定限制。如公司不能享有某些只能由自然人享有的生命权、婚姻权、继承权、肖像权、隐私权、名誉权、人格尊严权等权利,又如公司在经营活动中的某些权利应依照公司法的要求与其经营范围相一致。公司必须在依法自主组织生产和经营的基础上自负盈亏,用其全部法人财产对公司债务独立承担责任。公司独立承担责任,就意味着股东除承担对公司的出资义务外,不再承担任何其他责任,即股东的有限责任。这也是公司与其他类型的经济组织形态如合伙、个人独资企业、法人的分支机构等的本质区别之一。公司法第3条第1款规定:“公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”公司的独立责任意味着公司股东的有限责任。公司法第3条第2款规定:“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”有限责任是公司制度的基石。但如果公司股东滥用有限责任或恶意利用有限责任制度而损害公司其他股东或公司债权人利益的,得否



认其有限责任,而由股东承担无限责任。这在公司法理论和制度上称为公司法人格否认,英美法称为刺破公司面纱。中国现行公司法也对该制度作出了规定:公司股东不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益,不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任;公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。

## 二、公司是以营利为目的的社团组织

公司以营利为目的,是指设立公司的目的及公司的运作,都是为了谋求经济利益。为此,公司必须连续不断地从事某种经济活动,如商品生产、交换或提供某种服务。公司的营利性特征已为世界上许多国家和地区的公司立法所确认,从而成为公司的基本特征。公司的营利性是公司区别于非营利性法人组织的重要特征。营利法人的宗旨是获取利润并将利润分配予成员(出资人或股东);而非营利法人的宗旨是发展公益、慈善、宗教、学术事业,它们即使从事商业活动、赚取利润,也只是以营利为手段,旨在实现与营利无关的目的,而且其营利所得不能直接分配于成员。区分营利法人和非营利法人的主要法律意义在于对其设定不同的设立程序、赋予不同的权利能力、适用不同的税法等。公司的营利性实质上是股东设立公司的目的的反映。公司只有以营利为目的,实现公司利益最大化,才能让股东收回投资,并进而实现赢利。法律承认并保护公司的营利性,方能鼓励投资、创造社会财富,促进市场经济的发展。因此,中国公司法第4条将股东的资产收益权作为股东的第一项权利加以规定,体现了公司的营利性特征。

依法人内部组织基础的不同,可将法人分为社团法人和财团法人,公司属于社团法人。公司的社团性表现为它通常由两个或两个以上的股东出资组成。股份有限公司具有完全的社团性,其股东为2人以上。有限责任公司同样体现了公司的社团性,只是法律允许存在例外情形。中国公司法关于有限责任公司社团性的例外情形包括两种情况,一是一人有限责任公司,二是国有独资公司,在这两种公司中,都只有一个股东。但是社团性除了含有社员因素外,还含有团体组织性,即不同于单个的个人的特性,而是一个组织体,就此特性而言,一人有限责任公司和国有独资公司同样体现了公司的社团性。

## 第二节 公司的分类

由于公司概念本身的不确定性,再加上各国法律制度的差异,因此在公司的分类上也各不相同。但总的来说,可以从大陆法系与英美法系两大类别来考察公司的法律分类。

### 一、大陆法系公司的分类

大陆法系一般将公司分为无限责任公司、两合公司、有限责任公司、股份有限公司和股份两合公司。



### (一) 无限责任公司

无限责任公司,简称无限公司,日本称“合名会社”,法国称“合股公司”,是指由两名以上的股东组成,全体股东对公司债务负连带无限责任的公司。无限责任是指公司股东不仅要以其出资,而且还要以其出资以外的其他个人财产来清偿公司债务;连带责任是指公司的各个股东必须对公司全部债务承担责任。公司的债权人既可以要求所有股东,也可以只要求其中个别股东清偿债务,若部分股东清偿了全部债务,则有权向其他股东追偿。由于股东承担无限责任,在实行民商分立的大陆法系国家,如法国、德国,民事合伙和商事合伙都可以称为公司。其中属于商事合伙的公司就是无限公司和两合公司。因此,无限公司实际上属于合伙性质。无限公司与合伙的区别在于,前者在许多国家被赋予法人地位(如法国、日本、意大利、比利时、西班牙及中国台湾地区),股东只是对公司的债务负补充的连带清偿责任。即便是在德国、瑞典、瑞士、匈牙利等大陆法系国家,虽未确认无限公司的法人地位,但其作为一种独立的公司形式,事实上也取得了民事主体地位。无限公司内部关系具有合伙性质,而在外部则呈现出法人的性质,但在五种公司形态中,无限公司的法人性最为淡薄。无限公司股东出资较为宽松,可以财产、劳务及信用出资。在无限公司中,各股东均构成了公司之业务执行机关。执行业务既为股东权利也为股东义务,除以章程免除外,股东不得任意抛弃。而不执行业务的股东也有监督权。无限公司作为公司组织形式之一,可谓利弊兼存。其优点主要有:第一,组织和设立程序简便,无最低资本额的限制,出资方式不限于现金和实物,劳务和信用亦可出资;第二,股东间关系密切,相互间具有良好的信赖基础;第三,清偿债务不以出资为限,能够使债权人给予更高的信任。其弊端为:股东投资风险过大,责任过重,不利于吸引投资。正因为如此,无限公司的规模往往不大,在当今世界也并非主要的公司组织形式,在有些国家(如日本)甚至已经趋于消失了。

### (二) 两合公司

两合公司,又称简单两合公司,日本称为“合资会社”,是指由一人以上的无限责任股东与一人以上的有限责任股东组成,其无限责任股东对公司债务负无限连带责任,有限责任股东仅以其出资额为限承担责任的公司。由于两合公司中有限责任股东与无限责任股东承担的责任和风险不同,因而在公司中的法律地位也不同。无限责任股东代表公司执行业务,而有限责任股东没有业务执行权和代表权,只有一定的监察权。两合公司属于人合兼资合公司,但就其本质而言则偏向于人合公司。两合公司为大陆法系国家所特有,其以无限责任股东为重心,相当于英美国家的有限合伙。两合公司由无限公司发展而来,除了存在有限责任股东之外,其与无限公司并无太大差异。在立法上,德国、法国、日本及中国台湾地区等绝大多数大陆法系国家和地区均对两合公司作了单独规定,但一般除了就有限责任股东另设规定外,其他均准用无限公司之规定。在法律人格上,大陆法系国家和地区与对无限公司的态度一致,也分为确认法人资格与未明确确认法人资格两种。两合公司中,无限责任股东可以财产、劳务及信用出资,有限责任股东则只能以财产出资。在内部关系方面,有限责任股东不得执行公司业务,但法律赋予其监督权;由于有限责任股东不执行公司业务,也不负竞业禁止义务。在外部关系方面,两合公司专由无限责任股东代表,有限责任股东则不能代表公司。由于两合公司的人合性,有限责任股东



转让股权受到限制。依中国台湾地区“公司法”，需要无限责任股东过半数同意，有限责任股东才能转让股权。两合公司的优点主要表现为：第一，它避免了无限公司要求所有股东都负连带无限责任从而不利于吸引投资的缺陷，使一些拥有资金只想投资获利却不愿意冒太大风险或直接从事经营活动的人有了投资场所；第二，由于部分股东承担无限连带责任，使债权人债权之实现能得到更加充分的保障，因而往往比有限责任公司具有更高的信用。

### （三）有限责任公司

有限责任公司，简称有限公司，是指由一定人数以上股东共同出资，股东以其出资为限对公司承担责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的公司。有限责任公司为小型股份有限公司而创设，同时，它吸收了无限公司和两合公司的许多重要特点，其实质为介于股份有限公司和人合公司之间的一种公司形式。因此，有限责任公司的特征是资合性与入合性的统一；与无限公司相比，有限责任公司股东之间的关系较为松散，股东一般不能以其信用出资，因此其具有资合性；与股份有限公司相比，有限责任公司出资转让受到限制，不公开募集资本，股东与股东之间的关系也相对较为紧密，因而又具有一定的人合性。对于有限责任公司的股东人数，各国立法一般都有上限和下限的规定。例如《日本有限公司法》第8条规定，股东最多不得超过50人；英国公司法亦规定，封闭式公司的股东人数不得超过50人。就立法目的而言，规定股东人数上限，一方面是由有限责任公司的性质决定的，因有限公司在一定程度上具有人合的特点，股东相互间须有信任关系，这就决定了股东人数不可能太多；另一方面是为了区别于股份有限公司，股东人数突破上限，就应考虑公司形态之变更。如《法国商事公司法》第36条规定：“有限责任公司的股东人数不得超过50人。公司拥有50人以上股东时，应在2年的期限内将公司转变为股份有限公司。否则，公司解散，但在该期限内股东人数变为等于或低于50人的，不在此限。”至于是否规定股东人数的下限，取决于各国对“一人公司”的态度，凡规定股东须为2人以上的国家，一般不承认“一人公司”，凡无下限要求的，一般均承认“一人公司”。有限责任公司是在克服了其他公司类型的种种缺陷的基础上产生和发展起来的，具有自身特殊的优势：第一，有限责任公司的设立程序简便易行。有限责任公司只有发起设立而无募集设立。这样，只要公司设立人订立了公司章程并缴足出资后，即可向公司登记机关申请设立登记，而不必像设立股份有限公司那样，需要履行发行股票所需的各种严格、复杂的法定程序和手续。第二，有限责任公司的组织机构简单灵活，便于管理，容易协调。在有限责任公司中，只有股东会为必设机构，而董事会和监事会是否设立，则取决于公司规模的大小和股东人数的多少，它们并非必设机构。但对于股份有限公司而言，股东会、董事会和监事会均为必设机构。同时，在组织形式和投票方式等方面，法律对股份有限公司有着更为严格的强制性要求，留给股东的选择余地和活动空间相对较少。第三，有限责任公司兼具入合和资合双重性质，便于股东投资、经营。有限责任公司虽是资合公司，但其仍不乏入合色彩。其股东人数有限，强调股东间的相互信任，可以协调一致地对公司进行经营，从而避免了股份有限公司股东人数多、组织松散、不易控制的缺陷。同时，有限责任公司的法定最低资本额较低，使得财力并不雄厚的个人也能获得投资机会，从事中小型企业的经营。第四，有限责任公司股东只在其出资范围内承担有限责任，最大限度地减少和降低了



投资风险,有利于公司的建立和发展。第五,有限责任公司不能发行股票,使其经营能够保持更为稳定的状态。有限责任公司只签发股单,它不能上市流通和转让,从而能够克服股份有限公司人格的波动而受影响的弊端。

#### (四)股份有限公司

股份有限公司,是指由一定人数的股东发起设立,并可以通过发行股票筹集资本,全部资本分为均等的股份,股东以其所认购的股份为限对公司债务承担责任,公司以其全部资产对其债务承担责任的公司。严格来说,股份有限公司应称为有限责任股份公司,不能从字面上将其理解为发行股票的数量受到限制的公司。股份有限公司与有限责任公司的主要区别在于:第一,股东人数的广泛性。由于股份有限公司面向社会集资以适应社会大生产对巨额资本的需求,这就使股份有限公司股东的人数具有广泛性的特点。各国公司法对股份有限公司股东人数均只规定最低限额,而没有最高人数的限制。第二,公司资本划分为等额股份。为了适应筹集资本及股份转让方式的需要,公司的全部资本必须划分为等额股份。股份既是公司资本的最小单位,也是计算股东权利义务的基本单位。第三,公司股份以股票的形式转让的公开性、自由性。股份以股票的形式向社会不特定的多数人发行并自由转让,是股份有限公司与其他各种公司相区别的最典型特征。这种由股份自由转让而形成的证券化资本的运行与公司财产的运行相互分离和相互制约,对公司法人权利的最终形成产生了重要影响。第四,股份有限公司是典型的资合公司。由于公司股份可以自由转让,自由转让且极不稳定,因此股东与股东之间,股东与公司之间的联系极为松散,公司的存续与股东的变化、股东人数的增减无关。这使股份有限公司成为典型的资合公司。

股份有限公司作为现代企业制度的优势主要表现为:第一股份融资速度快、规模大,在企业原有的筹资渠道之外另辟蹊径,从而使企业可以在短时间内筹集到大量资金,拓宽了企业的资金来源和融资渠道,进而可以改变企业传统的财务结构,企业也可藉此摆脱困境或进一步扩大其经营规模。第二,股份公司股东众多,股份分散,从而也就有效地分散了公司投资人的投资风险,使每个投资者都只承担较小的投资风险。同时,股份公司股份的分散化,大大降低了大股东(尤其是国家作为股东)的控制成本,只需掌握一定比例的股权可控制和掌握几倍于投资额的资金和营业。第三,股份有限公司股份可自由转让,一方面极大地方便了投资者的投资,投资者可以根据自己的意愿和公司的经营状况随时购买或转让股份,从而使其投资更具灵活性;另一方面,基于股份公司浓厚的资合性特征,股份频繁转让及由此而带来的股东频繁变动,对公司的组织与营业并无影响,仍能保持公司经营稳定。而在人合公司或具有人合色彩的公司,股东的变动则势必影响到公司的正常运营。第四,股份公司作为典型的资合公司,真正实现了“所有权”与股权、股权与经营权的分离。由于资本和股东的社会化,不可能每个股东都直接参与公司的经营管理。而独立的管理层的出现,则有效地提高了公司的经营管理水平,使公司的管理纳入科学的轨道,并因此为公司本身带来巨大的经济效益,推动了社会经济整体进步。不可否认,股份有限公司从其产生之日起就不可避免地带有其自身难以克服的缺陷。这主要表现为:法律规定的设立条件十分严格,设立程序非常复杂,这无疑加大了公司的设立难度;股份分散、



股东人数众多,不仅使公司缺乏凝聚力,而且股东极有可能因此失去控制公司的能力,在董事、经理违背诚信义务的情形下,股东权益极易受损;股票在证券交易市场自由交易,使股票市场极易成为不法者的投机场所,不利于交易安全。

#### (五)股份两合公司

股份两合公司,是由无限责任股东和有限责任股东共同组织,前者对公司债务负无限连带责任,后者则以其所持股份为限承担责任的公司。立法者的基本思路是,通过股份两合公司这种公司组织形式将人合公司与股份有限公司的优势结合起来。藉此,可以发挥无限责任股东的个人信用及其在企业经营方面的热忱;此外,还能发挥股份有限公司资本积聚的功能及其作为公众公司的优势。股份两合公司与两合公司的区别在于:股份两合公司中的有限责任股东的出资划分为等额股份,而两合公司中的有限责任股东的出资则无须采用股份形式。股份两合公司的内部组织结构和管理模式同股份有限公司有很大区别。两者之间的根本区别在于,股份两合公司中人合公司之组织结构自由取代了股份有限公司之严格规定。股份两合公司这一公司形态其实具有很高的实际价值。一方面,企业主的人格魅力和经营管理方面的才能对企业具有至关重要的影响;另一方面,企业对资本的需求必须通过公众投资来解决,而股份两合公司恰恰兼顾了企业的这两种需要。此外,股份两合公司还可以作为一家两合公司或有限责任公司向股份有限公司发展的中间形态。但股份两合公司未来能否发挥更大的价值,则令人怀疑。作为现代企业典型组织形态的主要是有限责任公司和股份有限公司,这两种公司形态在西方国家中被投资者普遍采用。中国公司法也只确认了有限责任公司和股份有限公司两种公司类型。

## 二、英美法系公司的分类

英美法系国家和地区,依公司股东对象不同及股票能否自由转让为标准,将公司分为开放式公司与封闭式公司。这是英美法系公司最普遍、最基本的法律分类。开放式公司是指可以公开招股,股东人数无最高数额限制,其股票可以在证券市场公开交易的公司。该公司类似于大陆法系股票获准上市的股份有限公司。封闭式公司,是指股份全部由设立该公司的一定人数的股东(英国限定为50人以下,美国多数州则限定为30人以下)认购,不能对外公开发行股份,股份不能在证券市场自由转让的公司。该公司类似于大陆法系的有限责任公司。但在除美国外的英国等大多数英美法系国家和地区,不上市公司比大陆法系有限责任公司的外延要广,它还包括无限公司。较为特殊的是,除一般无限公司外,有限公司的章程还可以规定公司的董事对公司债务负无限责任。这种董事负无限责任的有限公司有些类似于大陆法系的两合公司,只不过负无限责任的不是公司股东而是董事。

在除美国之外的英美法系国家和地区,依公司是否注册为标准,公司被分为注册公司与非注册公司。注册公司是指依照公司法注册设立的公司。非注册公司是指依照特许制度或各种特别法令而设立的公司,依其设立的依据,又可进一步分为特许公司和法定公司。但在英国等国家和地区,公司法并不限于商事公司法,慈善性、非营利性公司也可成为注册公司,并受公司法调整。因此,注册公司未必就是一般商事公司意义上的公司。非注册公司是不依公司法设立



的非商事公司,但也未必就不受公司法调整。

### 三、中国公司的分类

尽管中国公司法只规定了两种类型的公司即有限责任公司和股份有限公司,但公司法理论上是存在不同类型的公司的,即使是有限责任公司和股份有限公司也可以依据不同的标准而将其分别归入不同类型的公司分类之中。依据不同的标准,可将公司作不同的分类,而每一种分类均有其法律上之意义。有些类型的公司中国公司法未作规定,故不具有立法和司法的意义,但从学理上进行把握和理解仍然是很重要的,它们对于准确地理解和领会公司法的原理具有重要意义。同时需要注意的是,各种分类标准都有一定的相对性而不是绝对的。

#### (一)无限责任公司、两合公司、股份两合公司、股份有限公司和有限责任公司

以公司股东的责任范围为标准,即以公司股东是否对公司债务承担责任为标准,可将公司分为无限责任公司、两合公司、股份两合公司、股份有限公司和有限责任公司。这是最主要的公司分类。无限责任公司是指由两个以上股东组成、全体股东对公司债务负连带无限责任的公司。两合公司是指部分无限责任股东和部分有限责任股东共同组成,前者对公司债务负连带无限责任、后者仅以出资额为限承担责任的公司。股份两合公司是指由部分对公司债务负连带无限责任的股东和部分仅以所持股份对公司债务承担有限责任的股东共同组建。因这三种公司的固有缺陷,其数量已经很少,特别是股份两合公司。中国公司法未对此三种公司作出规定。但在不少西方国家的公司法上,仍然存在此三种类型的公司,尽管其数量只占少数。股份有限公司是指由一定以上人数组成,公司全部资本分为等额股份,股东以其所持股份对公司承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。中国公司法将股份有限公司作为最基本的公司形式之一予以调整。有限责任公司是指股东仅以其出资额为限对公司承担责任、公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。在公司的发展史上,有限责任公司出现得较晚,由于它较好地吸收了其他公司形式的优点并克服其不足,因此,这种公司形式在世界各国得到了迅速发展。中国公司法也将有限责任公司作为一种主要公司形式予以确认。因此,中国公司法上的公司的股东都是承担有限责任的,公司以自己的财产独立承担责任。只是有限责任公司的股东是以其认缴的出资额为限对公司债务承担责任,而股份有限公司的股东是以其认购的股份为限对公司债务承担责任。

(二)封闭式公司与开放式公司。以公司股份转让方式为标准,亦即以公司股份是否可以自由转让和流通为标准,可将公司分为封闭式公司与开放式公司

封闭式公司又称不公开公司、不上市公司、私公司等,是指公司股本全部由设立公司的股东拥有,且其股份不能在证券市场上自由转让的公司。有限责任公司属于封闭式公司。开放式公司又称公开公司、上市公司、公公司等,是指可以按法定程序公开招股,股东人数通常无法定限制、公司的股份可以在证券市场公开自由转让的公司。这种公司事实上就是指股份有限公司中的上市公司。并非所有的股份有限公司都是上市公司,但是股份有限公司都具有开放性,都可以申请向社会公开发行人股份和募集资金,而有限责任公司是不能向社会公开发行人股份的,也就



无法通过此方式募集资金。因此,中国公司法上的公司,有限责任公司属于封闭性公司,股份有限公司属于开放性公司,但股份有限公司中的非上市公司仍然具有封闭性,只有股份有限公司中的上市公司才是真正意义上的开放式公司。

### (三)人合公司与资合公司以及人合兼资合公司

以公司的信用基础为标准,亦即以公司的交易信用来源和责任承担依据为标准,可将公司分为人合公司与资合公司以及人合兼资合公司。人合公司是指公司的经营活动以股东个人信用而非公司资本的多寡为基础的公司。人合公司的对外信用主要取决于股东个人的信用状况,故人合公司的股东之间通常存在特殊的人身信任或人身依附关系。无限责任公司是典型的人合公司。资合公司是指公司的经营活动以公司的资本规模而非股东个人信用为基础的公司。由于资合公司的对外信用和债务清偿保障主要取决于公司的资本总额及其现有财产状况,因此,为防止公司由于资本不足而损害公司债权人利益,各国法律都对资合公司的设立和运行作了较严的规定,如强调最低注册资本额、法定公示制度等。股份有限公司是典型的资合公司。人合兼资合公司是指公司的设立和经营同时依赖于股东个人信用和公司资本规模,从而兼有两种公司的特点。两合公司、股份两合公司和有限责任公司均属此类公司。中国公司法上的公司,有限责任公司属于以人合为主但兼具资合性质的公司,股份有限公司是典型的资合公司。但股份有限公司中的非上市公司仍具有一定的人合性质。

### (四)总公司与分公司、母公司与子公司

以公司相互之间的法律上的关系为标准,亦即以公司之间在财产上、人事上、责任承担上的相互关系为标准,可将公司分为总公司与分公司、母公司与子公司。总公司又称本公司,是指依法设立并管辖公司全部组织的具有企业法人资格的总机构。总公司通常先于分公司而设立,在公司内部管辖系统中,处于领导、支配地位。分公司是指在业务、资金、人事等方面受本公司管辖而不具有法人资格的分支机构。分公司不具有法律上和经济上的独立地位,但其设立程序简单。中国公司法第 14 条规定,公司可以设立分公司。设立分公司应当向公司登记机关申请登记,领取营业执照。分公司不具有企业法人资格,其民事责任由公司承担。但是,需要注意的是,分公司尽管不具有法人资格,不享有独立的财产权利,不能独立承担民事责任,但分公司能够以自己的名义从事法律行为,有相应的权利能力和行为能力。在民法的民事主体理论上,分公司可以归入非法人组织之中,非法人组织属于既不同于自然人又不同于法人的另外一类法律主体。母公司是指拥有其他公司一定数额的股份或根据协议,能够控制、支配其他公司的人事、财务、业务等事项的公司。母公司最基本的特征,不在于是否持有子公司的股份,而在于是否参与子公司业务经营。子公司是指一定数额的股份被另一公司控制或依照协议被另一公司实际控制、支配的公司。子公司具有独立法人资格,拥有自己所有的财产,自己的公司名称、章程和董事会,对外独立开展业务和承担责任。但涉及公司利益的重大决策或重大人事安排,仍要由母公司决定。中国公司法第 14 条第 2 款规定:“公司可以设立子公司,子公司具有法人资格,依法独立承担民事责任。”

### (五)本国公司、外国公司和跨国公司

以公司的国籍为标准,亦即以公司在哪一国登记注册并取得主体资格、受该国法律管辖为



标准,可将公司分为本国公司、外国公司和跨国公司。依照中国公司法的规定,允许外国公司在中国境内设立分支机构,从事生产经营活动,但外国公司属于外国法人,其在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格,该分支机构在中国境内进行经营活动而产生的民事责任,由其所属外国公司承担。

## 第三节 公司的设立

### 一、公司设立的概念

#### (一)公司设立的概念

公司的设立,是指发起人为组建公司,使其取得法人资格,必须采取和完成的多种连续的准备工作。公司的设立应是动态地、发展地把握为成立公司而进行的各种行为的概念,对其确切把握具有重要意义。设立公司的过程包含了许多法律行为,如确定发起人、制定公司章程、筹集公司资本、确定公司组织机构、办理公司注册登记等。公司作为现代企业制度中的法人,其设立有严格的法律规定,在设立条件、方式、程序等方面要比其他形式的企业的设立复杂得多。公司设立制度在各国有不同的规定,即使在同一个国家内,各类公司的设立也有不同的规定,股份有限公司的设立规定是各种公司中最严格的。这是因为股份有限公司的股东人数较多,其资本的筹集需要经过特定的招股程序,其机关成员往往需召开创立大会选任;而其他公司类型的股东、出资及机关成员,在公司设立之初即可在章程中确定,无须履行复杂的招股程序。在中国,国有企业改组为公司,在设立程序和设立行为上,亦较一般新设公司复杂。因为此类公司的设立,除要履行一般的设立程序外,还要依法履行特定的设立程序,如产权界定、资产评估、产权登记等。就各类公司设立行为的共同内容而言,主要包括发起人为筹建公司所进行的协商,订立公司章程,决定公司种类、名称,确定经营范围及公司资本的总额,选择营业地点,由发起人或股东认股并出资,召开公司的创设会议,推选公司的组织机构成员,以及做好公司登记所需的其他准备工作等。

#### (二)公司设立与公司设立登记、公司成立的关系

要正确理解公司设立的概念,还必须明确其与公司设立登记、公司成立之间的关系。这三个概念既有区别又有联系,在实践中又经常被人混淆,因而有必要对其含义及相互关系加以考察。

公司登记包括设立登记、变更登记及注销登记。公司设立登记,是指为了设立公司,依照法定条件和程序,由当事人将登记事项向营业所在地登记机关提出申请,经登记机关审查核准,将登记事项记载于商事登记簿的综合法律行为。公司设立与公司设立登记具有以下主要区别:第一,发生的时间不同。公司设立和公司设立登记是公司取得法人资格过程中一系列连续行为的不同阶段。公司设立行为实际上包含了从发起人订立发起人协议到公司最终获准设立登记的整个过程,包括一般性设立行为(狭义上的公司设立行为)与申请设立登记行为;公司设立登



记则包括申请设立登记和核准设立登记(狭义的公司设立登记行为)两个阶段,前者属于商事行为或民事行为,后者则属于行政行为(在登记机关非行政机关的情况下应属于广义的公法行为)。公司设立人依法将相关材料报请登记机关审核,进入核准设立登记阶段之后,公司设立行为才最终完成。第二,行为的性质不同。公司设立过程中虽然需要向登记机关提交相关材料,但主要发生于发起人之间,从本质上讲,应认为是一种私法行为。公司设立登记既具有明显的私法属性,又具有强烈的公法属性。在行政法学界,一般将公司设立登记界定为行政确认行为,具体为其中之登记行为;也有学者将行政确认与行政登记作为两种并列的行为,而将公司设立登记界定为在实体法意义上包含于行政许可但在学理上又与之有实质区别的行政登记行为。不管怎样,公司设立登记行为发生于发起人与登记主管机关之间,应将其纳入公法行为的范畴。第三,法律的要求不同。从行为内容和形式要件来看,公司设立行为中既包括要式行为(如制定章程),也包括非要式行为(如订立发起人协议);而公司设立登记行为则一律为要式行为,法律对登记的时间、内容、程序、申请人资格等大都有强行性规定,不需要也不允许当事人协商变更。第四,法律的效力不同。公司设立过程之中,即便已经完成全部设立行为,只要还没有核准登记,就只能称为“设立中公司”,在法律上属于不具有法人人格与独立责任能力的非法人组织;而公司一经核准登记,即获得法人资格,成为具有独立责任能力的法律主体。

公司成立,是指公司经过设立程序,具备了法律规定的条件,经主管机关核准登记,发给营业执照,取得法人资格的一种事实状态。尽管理论界对公司设立与公司设立登记的形式存在争议,但均认可其法律行为的性质,只不过对于究竟是私法行为还是公法行为存在疑义。对于公司成立的法律属性的界定,则分歧较大。有学者将其混同于公司设立登记,认为公司成立主要表现为主管机关的登记和核准,是一种行政行为;也有学者认为,公司成立是能导致申请成立的公司因此取得法律资格的行政行为,其作用相当于民法上的形成权,故又称“设权处分行为”;还有学者将公司成立笼统地视为一种法律事实或法律状态。如上所述,应当将公司设立登记从公司成立中独立出来。依此,公司设立登记被界定为公法行为或行政行为并无多大疑义,但公司成立则不宜称为公法行为或行政行为。而法律上对某一“事实”加以界定的方法,又不外乎“行为”、“法律行为”、“法律事实”、“事件”、“状态”等概念,因而无论如何界定都会发生法律概念界定上的悖论。因为公司成立乃公司设立及公司设立登记的后果,而上述“行为”等概念都是导致某种后果的原因。事实上,在将公司设立登记独立于公司成立的前提下,完全不必以“行为”等概念来界定公司成立,而直接谓之“法律后果”即可。

## 二、公司设立的立法类型

在经济发展的不同时期,国家对公司设立的干预情况有所不同,即在不同时期对公司设立奉行不同的立法原则。从各国公司设立立法的历史来看,一般经历了从自由设立—特许设立—核准设立—准则设立的过程。自由设立主义又称放任主义,是指政府对公司的设立不作任何限制,法律不加任何干预。这种公司设立的原则产生于欧洲中世纪末的自由贸易时代,法国大革命时期对无限公司等合公司实行过这种办法。随着商事公司的发展,这种对公司的设立听任



自由、毫无限制导致了投机者滥设公司,危害交易安全。这种公司设立原则已经被普遍废弃。

特许设立主义指的是公司成立须经国家元首特许或由立法机关制定专门法律。特许原则盛行于 17 至 19 世纪的英国。如 1600 年的东印度公司、1694 年的英格兰银行以及英国早期的公用事业公司,包括铁路公司、电力公司、煤气公司、自来水公司等,均依特许设立。其时特许设立方法有两种:第一,经英国国王特别许可,取得从事某种商事活动的许可证而设立的“特许公司”;第二,由英国国会颁发特别制定法而获授权设立的“制定法上的公司”。在东印度公司时代至 18 世纪,由于滥设了许多公司,各国纷纷以特许设立主义来规制。由于特许主义导致过度管制公司设立的结果,当今各国一般仅对特殊公司才采取特许设立主义。需要说明的是,自由设立主义和特许设立主义时期的公司并非现代股份有限公司与有限责任公司,其时还没有产生这两种公司,所能设立者仅为无限公司等入合公司。核准设立主义指的是公司设立除符合公司法规定之外,还必须经国家授权的行政机关审查批准。该立法例始创于法国 1673 年《陆上商事条例》,1807 年的《法国商法典》对股份有限公司和股份两合公司也采取这种设立原则。该设立原则也被 1861 年《普通德意志商法》所采取,并逐渐为许多国家所采纳。该设立原则过于严格,行政机关对公司设立进行实质性审查,其实施逐渐构成了公司发展的障碍,在现代各国除有限度地予以保留外,已逐渐被准则主义所取代。准则设立主义指的是公司法预先规定公司的设立条件,只要符合设立条件,公司即可登记成立。准则原则对公司设立的要求较为宽松。此设立原则主要是为了适应 19 世纪末 20 世纪初资本主义社会经济迅速发展,公司大量产生的实际需要。1862 年英国公司法首先采取该立法例,随后德国 1870 年股份法也采取了该立法例,后为其他国家普遍仿效。20 世纪后,这一原则已为各国公司立法广泛采用。不过,不少国家为了防止公司设立过滥,现已加强了对公司设立行为的监督,实行了严格准则主义。与此相对应,一般意义上的准则主义被称为单纯准则主义。所谓严格准则主义,一是严格公司设立的法定条件,加重设立人的法律责任;二是加强司法机关、行政主管机关对公司设立和监督。这是为了避免单纯准则主义过于放任的缺陷,也避免特许主义和核准主义过于繁琐的弊端。需要注意的是,这种对于公司设立条件的限制及其法律责任的明确规定,虽然体现为登记机关及法院对公司的监督,但明显不同于公司成立后登记机关及法院对其经营活动的监督。

依中国《公司法》第 6 条之规定,中国公司的设立一般采用准则设立主义,但法律、行政法规对设立公司规定必须报经批准的,则采用核准设立主义,也有学者认为这也是严格准则主义的体现。目前,在中国从事某些国家设置了特别设立条件的特定行业的有限责任公司与股份有限公司,必须先行报经政府主管部门或政府授权部门审查批准,然后依法将设立的主要事项呈报公司登记机关审核备案,并取得企业法人营业执照。这种立法原则应纳入核准设立主义。其他有限责任公司与发起设立的股份有限公司的设立则应纳入严格准则设立主义;而募集设立的股份有限公司的设立仍应纳入核准设立主义。

### 三、公司设立的方式

公司设立的方式主要分为两种,即发起设立和募集设立。发起设立又称“同时设立”、“单纯



设立”等,是指公司的全部股份或首期发行的股份由发起人自行认购而设立公司的方式。有限责任公司只能采取发起设立的方式,由全体股东出资设立。股份有限公司也可以采用发起设立的方式。中国公司法第 77 条明确规定,“股份有限公司可采取发起设立的方式,也可以采取募集设立的方式。”发起设立在程序上较为简便。中国公司法第 77 条第 3 款规定:“募集设立,是指由发起人认购公司应发行股份的一部分,其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。”因此,募集设立既可以通过向社会公开发行股票的方式设立,也可以是不发行股票而只向特定对象募集而设立。这种方式只为股份有限公司设立之方式。由于募集设立股份有限公司资本规模较大,涉及众多投资者的利益,故各国公司法均对其设立程序严格限制。如为防止发起人完全凭借他人资本设立公司,损害一般投资者的利益,各国大都规定了发起人认购的股份在公司股本总数中应占的比例。中国规定的比例是 35%。中国公司法第八十四条规定:“以募集设立方式设立股份有限公司的,发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五;但是,法律、行政法规另有规定的,从其规定。”

#### 四、公司的设立登记

公司设立登记是指公司设立人按法定程序向公司登记机关申请,经公司登记机关审核并记录在案,以供公众查阅的行为。设置公司设立登记制度,旨在巩固公司信誉并保障社会交易的安全。在中国,公司进行设立登记,应向各级工商行政管理机关提出申请,并应遵守《公司登记管理条例》的有关规定。根据《公司登记管理条例》的规定,设立公司应当向公司登记机关申请公司名称的预先核准。其中,法律、行政法规或者国务院决定规定设立公司必须报经批准,或者公司经营范围中属于法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的项目,应当在报送批准前办理公司名称预先核准,并以公司登记机关核准的公司名称报送批准。设立有限责任公司,应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准;设立股份有限公司,应当由全体发起人指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准。申请名称预先核准,应当提交下列文件:(1)有限责任公司的全体股东或者股份有限公司的全体发起人签署的公司名称预先核准申请书;(2)全体股东或者发起人指定代表或者共同委托代理人的证明;(3)国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。预先核准的公司名称保留期为 6 个月。预先核准的公司名称在保留期内不得用于从事经营活动,不得转让。公司设立人首先应当向其所在地工商行政管理机关提出申请。设立有限责任公司应由全体股东指定的代表或共同委托的代理人作为申请人;设立国有独资公司应由国家授权投资机构或国家授权的部门作为申请人;设立股份有限公司应由董事会作为申请人。

值得注意的是,随着 2013 年公司法的修订,2014 年 3 月 1 日起实施工商登记注册新政,就是公司登记注册不再需要提交验资报告。设立有限责任公司与设立股份有限公司在设立申请文件方面其实是一样的要求,只是相关法律文件的签署人的称谓不同而已:前者称为股东;后者则称为发起人。当然,以募集方式设立的股份有限公司在设立申请时需要提交的文件有所不同,主要是增加了创立大会的会议记录;其中以募集方式设立公开发行股票的,还需提交国务院



证券监督管理机构的核准文件。根据《公司登记管理条例》的规定：“依法设立的公司，由公司登记机关发给《企业法人营业执照》。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司凭公司登记机关核发的《企业法人营业执照》刻制印章，开立银行账户，申请纳税登记。”因此，公司经设立登记的法律效力就是使公司取得法人资格，进而取得从事经营活动的合法身份。

### 五、公司设立的发起人

发起人是指为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人。发起人是有限公司和股份公司设立的不可或缺的条件之一。自然人、法人、非法人组织等民商事主体均可以作为公司设立时的发起人。国家也可以作为公司的发起人，具体由国有资产管理部门作为出资者代表而履行发起人职责。自然人作为发起人时，法律并无行为能力的要求。在设立公司的过程中，发起人的职责主要包括：(1)签订出资协议；(2)订立公司章程；(3)确认出资方式，对以实物、知识产权、土地使用权出资的进行协议作价或者委托评估；(4)办理公司登记手续；(5)其他与公司设立相关的事务。设立公司有时是一个复杂的过程，尤其是股份公司的设立。设立是一个法律行为，公司成立是设立行为的后果，但有时可能并不能成立公司，即设立失败。当出现设立失败的情况时，容易产生发起人的责任。从公司设立开始到公司最终成立这一阶段，称为设立中公司。发起人在公司设立过程中的相互关系属于合伙性质的关系，其权利、义务、责任可以适用合伙的有关规定。发起人为设立公司而以自己的名义对外签订合同的，合同相对人有权请求该发起人承担合同责任。如果最终公司得以成立，且公司对发起人以自己的名义对外签订的合同予以确认的，或者公司已经实际享有合同权利或者履行合同义务的，合同相对人也可以请求公司承担合同责任。发起人如果是以公司的名义在设立公司过程中对外签订合同的，则公司成立后由公司承担合同责任。但是，如果公司能够证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人订立合同，则公司可以抗辩，但此种抗辩不能对抗善意第三人。公司设立失败时，发起人对设立公司产生的费用和债务承担连带清偿责任。换言之，债权人有权请求全体或者部分发起人承担全部清偿责任。对外承担了清偿责任的发起人，对内取得求偿权，有权向其他发起人追偿。其他发起人应当按照约定的责任承担比例分担责任。如果没有约定责任承担比例，则按照约定的出资比例分担责任；如果出资比例也没有约定，则按照均等份额分担责任。在公司设立过程中，发起人因自己的过失使公司利益受到损害的，应当对公司承担赔偿责任。发起人因履行公司设立职责而给第三人造成损害的，公司成立后由公司承担对第三人的赔偿责任；如果公司为成立，则由全体发起人对第三人承担连带赔偿责任。公司或者无过错的发起人在承担对外责任后可以向有过错的发起人追偿。

### 六、设立中的公司的法律地位

设立中的公司，是指从发起人开始设立行为到公司取得法人资格正式成立这段时期内为筹备公司设立而存在的各种人和物的要素的组合物。公司是企业法人，也是社团法人。但公司的成立需要一个过程。在这个过程中，发起人或其他相关当事人为设立公司形成一个相对稳定的



集合体,这个集合体对特定范围的财产(主要是出资)进行专门管理,并为设立公司而从事某些民事法律行为。有些公司的设立因需要进行基本建设或其他原因而要经过较长的时间,还要建立专门的筹备组织并须在工商登记机关进行筹建登记。由于设立中的公司尚未取得法人资格,故在传统民法及公司法理论中普遍认为是一种无权利能力的社团。中国有关法律(《民事诉讼法》及其司法解释、《行政诉讼法》)规定及理论中则将其纳入非法人团体(或称非法人组织、非法人单位)的范畴。这种不具备法人资格的公司雏形体具有何种法律地位,即其权利能力与行为能力如何,并适用何种法律加以调整,在立法例及学说中有不同的主张。中国民事实体法及《公司法》对设立中公司的法律地位未作概括规定,《民事诉讼法》将其作为非法人组织的一种而赋予独立的诉讼主体资格,学说中普遍认为设立中的公司是一种无权利能力的社团,不具有民事主体的资格,但具有诉讼主体的资格,其内部关系与外部关系一般适用社团法人的规定。通常认为,设立中的公司既不同于行为人个人的法律地位,无任何团体人格,也不同于法人那样具有独立团体人格,而是一种具有相对人格或不完全团体人格的组织。理由如下:第一,设立中的公司是为了产生公司法人而形成的集合体,它与取得法人资格的公司具有持续的联系与延伸关系,它所关心的是如何使自身具备公司法所规定的团体人格的法定条件,这就与建立在双方合同基础上旨在确定当事人个人之间权利义务关系的合伙有本质差别;第二,中国法律允许设立中的公司以自己的名义在设立业务范围内实施民事法律行为(如订立合同等),并确认其法律效力,表明设立中的公司作为一种组织具有一定的权利能力与行为能力,而与作为自然人主体特殊表现的合伙不同;第三,设立中公司的法律行为,其后果不像合伙那样总是由其成员承担,而是由将来成立的公司法人承担;第四,设立中的公司尽管具有团体的某些权利能力与行为能力,但与具有独立团体人格的公司法人的重大差别在于,公司法人实施的法律行为,由其自身承担独立的责任,而设立中的公司不具有独立承担责任的能力,其行为的法律后果,要么由成立后的公司承担,归属于公司,要么由设立人承担。因此,设立中的公司是在其业务范围内享有权利能力与行为能力,但不能独立承担责任的一种具有不完全团体人格的集合体。这种集合体既不宜于完全适用合伙的规定,也不可能一律类推适用社团法人的规定,而是根据具体情形由相应的法律调整。主要表现如下:一是设立中公司的内部关系,如负责人、组成人员的权利义务、议事规则、活动范围等应类推适用社团法人的规定。二是在业务范围内实施的法律行为,如在设立过程中订立的合同等,确定其与其他民事主体一样具有当事人能力,维护其法律效力。业务范围以外的法律行为,确定为设立人个人的行为,如设立人以设立中公司的名义实施该行为时,则为无效民事行为。三是责任承担上,公司成立后,设立业务范围内的行为所产生的法律后果,如实施法律行为应履行的义务、设立费用的承担、非因发起人的过错而造成他人的损害等,都应由公司法人承担。设立业务范围以外的活动,其后果由行为人承担。如公司未能成立时,因设立行为所产生的后果则应由发起人承担。如发起人为数人时,应类推适用合伙的规定,由全体发起人对外承担无限连带责任。四是设立中的公司可以作为诉讼主体参与诉讼活动。

## 七、公司的设立瑕疵

公司设立瑕疵,是指经公司登记机关核准登记并获营业执照而宣告成立的公司,在设立过