

虞政平 著

公司法

案例教学

上

COMPANY CASE LAW

(第二版)

人民法院出版社

COMPANY CASE LAW

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法案例教学 / 虞政平著. -- 2 版. -- 北京: 人民法院出版社, 2018.10

ISBN 978-7-5109-2252-7

I. ①公… II. ①虞… III. ①公司法—案例—中国—教材
IV. ① D922.291.915

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 207264 号

公司法案例教学 (第二版)

虞政平 著

责任编辑 兰丽专 赵作棟 陈晓璇

执行编辑 孙 静 马 倩 杨佳瑞

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550565 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 2200 千字

印 张 126.5

版 次 2018 年 10 月第 2 版 2018 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-2252-7

定 价 498.00 元 (全 3 册)

版权所有 侵权必究

第二版序

《公司法案例教学》出版发行后，获得读者广泛好评，并曾先后加印多次。如此长达180万字、专业性很强的著作，能够获得社会广泛认可，当然让我深感荣幸与鼓舞。这次人民法院出版社再次邀请，希望我重新修订出版该著作，我欣然予以接受。只是接受修订任务以来，始终忙于巡回法庭的繁杂工作之中，能够挤出用于静心写作的时间十分之有限。经常只能是下班之后、周末之余、节假日等，甚至经常是在旅途的高铁之上，才有可能压缩出思考与提笔之间隙，由此使得修订工作前后经历一年有余，大大晚于出版社要求的交稿日期，甚为歉疚。

虽然这次修订出版的动因，主要是源于2013年《公司法》之修正以及《公司法解释（四）》的出台，但借助于这次修订，事实上在以下更多方面作了再版之努力：一是更新替换案例。即将原著作之中年份较早、审判层级相对较低的案例，替换为时间更近、审判层级更高的案例，凡有最高人民法院就相关主题作出裁判的，尽可能予以吸收，如此原著作之中近1/3之案例被替换，以至于本著作更为切合新时期公司审判之实际情形。二是结合《公司法》修正之修订。即结合2013年《公司法》关于公司认缴资本制度的修改精神，在相关案例中就股东出资责任面临的新裁判理念等作了必要介

绍，同时，结合2013年《公司法》删除一般公司注册验资规定的有关精神，也相应删除了原著作之中关于验资等部分案例，但个别仍有保留，以便体现本书展现公司审判几十年来整体历史画面之基本价值追求。三是结合《公司法解释（四）》进行修订。《公司法解释（四）》共涉及公司决议、股东优先购买权、股东知情权、股东利润分配权、股东代表诉讼等五个主题，原著作之中就该五个主题均已涉及，且原相关案例之评析精神与现《公司法解释（四）》之条文精神总体并未出现大的出入，由此再版修订只是在相关案例以及新的补充案例之中结合《公司法解释（四）》条文逐一作了阐述，以使《公司法解释（四）》的精神更好地融入本书学习之中。四是结合近年来公司法争议较大的问题补充相关案例。再版之中，就公司对外担保、逆向揭穿面纱、认缴资本制下的出资责任、明股实债、股东资格反向确认、股东除名、保险行业及上市公司隐名持股、股东权利行使限制、股权转让与担保、一股两卖、前股东权益保护、对赌协议、关联交易、公司并购阻扰、VIE结构等补充全新案例，并就这些问题的主要争议作了介绍。五是就相关案例补充评析内容。如围绕公司电子印章、公司企业借贷权能、挂靠公司责任范围、股东资格纠纷管辖、名义股东之间转股、外资股权变动、公司分立程序、吊销执照等，就数十个案例进行补充评析，实际是将司法实践中遇到的相关案例问题以补充评析内容的方式进行拓展式介绍，以使修订后的著作更为满足实践问题的教学需要。六是增加了《中国企业制度之历史变迁》为再版代前言，并附录了我国《公司法》以及相关四部司法解释之全文，如此不仅进一步增强了著作的完整性，而且更为方便读者结合法条研读相关案例，著作使用更为便捷。另外，由于2013年《公司法》修正时删除了第29条，以至于整部《公司法》条文之序号发生变化，如此原著作之中有关《公司法》条文序号的表述亦不得不作相应调整。同样的情形亦发生在《公司法

解释(三)》之中,该解释结合2013年《公司法》之修正精神,将他人代为垫资引发的责任条文删除,即删除了第15条,并重新公布,以至于原著作之中关于《公司法解释(三)》条文的表述亦不得不重新调整。但由于涉及调整的条文序号繁多,或许难以避免还有未曾调整过来的条文序号,尤其是其他相关部门重新修订之规章甚至刑法条文序号等,均难一一调整与补正,敬请读者谅解。

基于以上之主要修订,致使再版后的著作文字达220余万字,比原先多出40余万字,案例总数为220个。考虑再版后字数、读者阅读方便以及收藏等需要,再版后的著作将原版上、下两册的安排改为上、中、下三册的安排,并同时出版精装本。希望再版后的《公司法案例教学》能够不辜负广大读者的期待,并望再次受到大家的欢迎与认可。需要特别指出的是,书中相关问题,原本不少即存有争议,有些分析与观点可能并不完全正确,望广大读者批评与指正!

让我们共同在公司法知识的海洋里探寻,并以我们共同的努力推进公司法理论研究之繁荣,推进公司纠纷案件审判水平之提升,为我国公司法之不断完善尽心尽力!

作者

2018年8月于南京三巡

原 版 序

中国改革开放 30 余年来，社会主义市场经济体制已经建立并逐步完善，现代公司企业法律制度也与时俱进、并逐步适应市场经济发展的需要。在各国市场经济模式下，公司无疑是经济发展最为主要的推动力量。正是由于大大小小各类公司主体从生产、服务到贸易领域日益不懈的追求与创新，才有了当今世界经济的繁荣与发展，才有了社会财富之积累与文明之发达。作为规范公司设立与治理的公司法，无疑是市场经济法律体系中最为基础、最为重要的部门法律。长期以来，人们对于公司法律的精神还不是十分的了解，对于公司法律的运用依然还有陌生的感觉，进一步加强公司法的学习与运用，对于推动市场经济发展，正确处理经济纷争，妥善化解社会矛盾，均有十分重要的意义。

近些年来，人民法院受理的涉及公司企业的纠纷日益增多，公司诉讼日益成为人民法院司法审判的难点和社会关注的焦点之一。为此，最高人民法院在 2005 年《公司法》修订施行的基础上，已经先后制定了三部针对公司法的司法解释，而且后续相关司法解释也正在草拟制定之中。针对一部法律出台如此密集的司法解释并不多见，这也足可看出公司法律制度的复杂与深奥。尽管如此，公司诉讼遇到的新问题依然繁多，处理难度依然很大，相关法律依据依然

缺乏，对于公司诉讼的研究显然亟待加强。

政平同志有着深厚的公司法理论功底，并长期以审判专家的视角从事公司法的理论研究，其关于公司法理论研究的著作已经十分丰厚，这本《公司法案例教学》更是其10余年来公司法研究最为重要的成果，凝结了其无数的心血、汗水及聪明才智。这本著作囊括改革开放30余年来司法实践遇到过的各类主要公司诉讼法律问题，纵横国内外、旁征博引，跨越历史与现代、游刃有余，足以让人学以解惑、学以明理、学以致用。可以肯定地说，这是一本公司法案例教学的典范教材，是一本公司法理论与实践运用相结合的最佳读本，是值得广大法官、律师、法律院校师生、公司企业高管与法律顾问等研习参考的力作好书。

是为序。

沈德咏^①

2012年3月23日

① 最高人民法院原常务副院长、一级大法官。

原版序二

世界公司法的历史走过了几百年的发展历程，而我国公司法自1908年清朝第一部《光绪公司律》至今也已历经百余年之发展。公司法的历史发展与各国市场经济的发展密切相关，一部世界公司法的发展史，也即一部世界市场经济的发展史。伴随着我国改革开放的步伐，20世纪90年代新中国制定了自己的公司法，并先后进行了多次修订。尽管这部公司法还有很多方面亟待进一步完善，但毫无疑问它已经并正在为我国市场经济的发展提供最为基础的保障作用，为我国市场经济的繁荣正在作出积极的贡献。

公司法的学习并非易事，公司法的运用更是难事。公司法不仅是实体法，而且也是程序法，不仅是民商法，而且也可能涉及刑法、行政法之内容等。对公司法之理论掌握与运用，更是需要有合同法、物权法、侵权法、民事主体法律制度等扎实的民商法知识功底。公司法作为与市场经济联系最为紧密而实践运用性极强的一门学科，不仅是现代法律院校学生必修的课程，更应是广大法官、律师、公司高管人员等必须掌握的知识范畴。

案例教学是西方法学教育的传统与特色所在，也是多年来我国法学教育所一直大力提倡的教学方法。长期以来，不少法律院校、法学教授致力于案例教学的实践探索，已经取得了可喜的成绩。但

是，因为始终缺乏相对完整而体系化的案例教材，致使我国法学领域的案例教学水平始终受到制约，始终难以形成普遍态势。由政平博士编著的《公司法案例教学》一书，可谓近些年来案例教学的典范教材。书中选编案例全部来自近些年的司法实践，具有鲜明的实践特性，每一案例更是具有很强的针对性、典型性、代表性；书中提示的问题几乎涵盖到全部公司法知识要点，反映了公司法实践运用中可能遇到的多角度、多方面主要问题；书中所作的理论分析与演绎更是深入浅出、通俗易懂，既讲解现行公司法精神又不受现行规范之所限，既分析理论、历史与社会背景又比较介绍国外相关制度规范，足以让人触类旁通、融会贯通、学以致用。可以说，《公司法案例教学》为我国各门法律学科案例教学提供了十分难得的编写参考模式，是我国法学领域案例教学十分难得的参考教材。

政平博士是我十多年前所曾指导的优秀博士之一。多年来，他在审判领域不断进取，如今已经成长为一名优秀的全国审判专家。不仅如此，他还一直致力于公司法的理论研究，已经是硕果累累。这本厚达150余万字的《公司法案例教学》更是凝聚着作者多年来的辛劳，代表了作者公司法研究的最新成果，是我国公司法理论与实践运用相结合最具分量的著作，必将为推动我国公司法教学的繁荣、为推动我国公司法研究水平的进步、为推动公司法实践的广泛运用作出突出贡献！

政平[®]
2012年
3月22日

① 中国政法大学终身教授、著名法学家、博士生导师。

原版述评

公司法理论与实务研究的鸿篇巨著

——虞政平著《公司法案例教学》原版述评

赵旭东 教授^①

伴随着中国公司法研究的繁荣，公司法方面的著述可谓汗牛充栋、浩如烟海。但这依然掩不住新近出版的虞政平所著《公司法案例教学》在公司法领域产生的冲击性效果，面对这样一部厚达 1600 余页、洋洋 180 万字的鸿篇巨著，只能令人感到由衷的惊叹。

令人惊叹的当然首先是本著作的部头，尽管法学领域不乏大部头的作品，公司法方面的著作也有超过百万字的巨著，但除了个别资料汇编性的工具书之外，迄今还没有过近 200 万字的公司法论著，就此而言，本书定是创下了单部中国公司法著作的总篇幅和总字数之最。

更令人惊叹的是，这样一部鸿篇巨著居然出自一位法官、而非学者之手。对于以法学研究和著述为业的学者或高校教授来说，也许完成这样的一部论著并非望不可及，如果能沉下心来，集中全部的精力，多花几年时间，再加上健康的身体作保障，总是可能的。

^① 中国政法大学博士生导师，中国商法学研究会会长。

但这样的任务竟由一位法官来完成。本书作者虞政平博士，是最高人民法院的现任法官，并担任业务庭的领导职务，现时我国各级法院法官的工作之忙、负担之重，无人不晓。据悉，本书写作耗时长达十年，可以想见，这十年作者为此付出了何等的辛劳和心血，如果不把别人喝茶、饮酒、休闲的时光用于文字的劳作，如果没有对自己其他业余活动的严格克制和专注写作的超乎寻常的执着和毅力，这一切怎么可能。就写书而言，这本是学者的专业，而对法官，则是他们的副业，但这位业余的作者却硬是完成了连专业作者都不易完成的巨著。由此，在惊叹之余，我们不能不对本书作者表示钦佩。

毫无疑问，本书具有极强的实务性。作为案例教材，其固有的实务特色不言自明，与许多其他同类著作不同的是，本书选取的所有案例都是活生生的司法审判案例，而非举例说明性的编撰事例，其展现和聚焦的问题都是公司法适用中最普遍、最突出的实务问题。显然这得益于作者所从事的司法审判工作得天独厚的条件，但作者审理和参与的案件毕竟有限，如果没有长期的、孜孜不倦的广泛收集、精心整理，也不可能将类型如此全面、案由如此丰富的200个判例聚于一书。同时，本书不是将案例原汁原味的搬用，不是简单地将判决书直接移植于著作之中，而是根据所要阐述的关注焦点，对原始案件材料进行手术式的剪裁、归纳，提炼出具有教材特点、契合教学规律的简明案情。前者是案例教材编写的大忌，也是迄今多数案例教材失败的重要原因，因为，少有读者有仔细读懂繁杂案情的耐心和时间。后者当然需要更多的创造性劳动，而这却是任何案例教材实用、好用、取得成功的必要条件。本书的实务性还特别表现在其所涉问题的广泛性和以问题为导向的体例结构上。本书未按一般教材体系编排，而是按实践中公司纠纷的几大类型和相应的审判案由划分，在此之下，作者梳理了200个源于个案、又具有一定普遍性的法律适用问题。由于数量众多、概括明晰、涵盖广泛，

它甚至可以作为读者、特别是法官和律师应对具体实务问题的参考依据和工具书使用。

本书将自身定位于案例教学，或多或少地淡化和掩盖了其理论研究和学术探讨的内容和色彩。其实，本书的命名有些自谦，从其内容看，它绝不只是一般的案例教材，同时也是一部学理研究分量甚重的学术力作。这种理论性在本书每一专题之后特设的“裁判解析”栏目中得到集中、充分的反映，并展示出作者独特的观察视角和纵深的理论思考。近些年来，学者们在公司法领域探索的大多数理论问题，尤其是其中颇有争议的疑难和热点问题，在本书中都借助个案的背景，有不同程度的触及和探究。譬如，公司人格定位、公司对外担保及投资或借贷权能、揭穿公司面纱、股东出资责任、股东资格确认、股权转让效力与权利变动规则、公司决议效力审查与把握、公司解散与清算纠纷处理，甚至公司诉讼之执行乃至公司中的犯罪等等。也与一些法官作者研究法律问题时的过分慎言不同，作者并不讳言自己对各种疑难和争议问题的鲜明态度和独立见解，由此，也进一步透露出本书的理论特色和作者作为审判专家和学者型法官的本色与形象。

原版代前言

公司制度之历史演变与发展进程

虞政平

公司是近现代以来最为主要的法人形式，其之所以得以兴起与发展，首先与人类之结社特性乃至法人观念密不可分。人类群居之天然本性孕育了部落、民族、村镇、城邦乃至国家之崛起与发展，而法人团体之理念也似乎深深蕴藏于人类群居之天然本性之中，以至于结社观念如此本能地为人类所创造，而法人理念也如此自然地为人类所接受。

罗马时代，类似于现代人所谓之社团与财团等法人组织早期形式即已经出现。如国家（或罗马人民）、自治城邦、市镇和乡村、帝国后期的行省，以及基于私人志愿性的技艺和行业团体、各种商业社团（如金矿社、银矿社、采盐社、包税社）等社团；如养育院、医院、孤儿院、向教会和宗教活动的遗赠等慈善团体，乃至国库甚至尚未继承的遗产等财团。也许正是因为人类事务需要合作处理的共同需求，使团体与组织之类的概念始终根深蒂固于人类的认识之中。中世纪时代之法人理念，一方面，继续保持罗马法有关法人特许或拟制观念之延续发展；另一方面，日耳曼人

集体意志的团体观念以及教会法独特的主体理念亦得到体现，而普通法下的法人拟制观念也得以不断强化与拓展。如日耳曼人的家庭、武士团、氏族或者村庄都被认为具有一种所有成员均分享的集团人格，它的财产是他们的共同财产，对它的债他们承担共同的责任。这显然是一种原始而自然的团体观念，团体主要被视为人的自然联合，而这种自然联合所形成的共同力量，应当有其特别或不同于单个人的权力，法律除了承认或对这些权力限制外，几乎没有创造或所谓的拟制空间，这也就是后人所谓法人实在说或法人有机体说之要点所在。与法人实在说不同，在教会法看来，法人不是如日耳曼人所认为的那样，是由自然人之联合而客观地存在。反之，却是因为人们主观拟制将其视同自然人一样地对待，方享有法律的权能。即所谓“在涉及社团事务中，团体视作如同它是一个人一样对待”。当然，也许教会之所以将团体与个人相等同，并不是基于将团体视同个人对待之观念拟制，而是因为神看来，团体与个人都具有同等的人性或灵性，两者都是神法所创造并加以保护的具有同等灵性之主体。因此，教会法认为，给予一个团体拥有财产、订立契约以及起诉与应诉的能力，比起给予个人之这类能力并不更具有人为性或拟制性。而英国中世纪之法人理念，则几乎可以说是教会法与罗马法混合之产物。在普通法看来，唯有获得皇家或议会之特许，法人方可成立，这实际是典型的罗马法有关法人特许理念之延续，带有明显的法人拟制观念。在英国，诸多自治城市、大学、行会以及特许公司，它们皆是通过皇帝或议会的特许批准，而成为法人，像牛津与剑桥大学便可谓英国最早特许法人之象征。当时为法律所认可之法人形态主要有两种：一为独体法人，它是通过某一职务之继任及延续而形成，其以法人之名义有权永久保留其名下之财产；二为合体法人，如大学、自治城市、男女修道院等，它们同样可以法人之名义永久

性地享有其名下之所有财产。

公司制度之兴起与发展，无疑也是人类商业交易实践长期探索之结果。在公司组织出现之前，人类已经自然地采用了多种结社经营之商业模式。发展至中世纪，类似之行会（或称基尔特）、普通合伙（或称索塞特）、有限合伙（或称康孟达）、特许公司等商业组织，已经为近现代公司之诞生孕育了丰富的商业组织精神。可以说，中世纪时代两大法系商业组织的启蒙发展，实际有着极为相似的发展历程，而这也许是由于农业社会向工业社会，或者说封建社会向资本主义社会过渡发展之共性所致。总体而言，从5到11世纪，商业不振，公共和私人经济两者几乎都是属于农业性的，在主要的大宗生产方面还存在着经济上的自给自足状态。至11、12世纪，由于农业财富不断地积累、人口的增长、城市的兴起以及十字军东征带来的刺激，欧洲商业日渐兴旺发达，货币经济亦开始逐渐取代昔日的自然经济。随之，以行会、索塞特以及康孟达等为代表的商业组织或者经营手段，直接推动了商业革命的进一步发展。尔后，尽管人们习惯于把中世纪史与近代史人为分界线划在16世纪，但现代经营方式及实践都发端于14、15世纪，而不是16世纪。那些在16世纪得以发展的制度已然沿用甚久，在经商实践中，16世纪几乎没有创造什么新东西。被誉为现代股份公司渊源的特许公司，便是发源于14世纪，普遍兴起于16世纪，并于19世纪初随公司立法之法典化运动直接完成了向现代公司之过渡。

行会（guild），一般而言，是指技能工匠及贸易商人为了共同利益及成员保护而自愿组成的并由成员承担会费的同业协会。无论中世纪行会的根源是什么，有两个事实是很清楚的：它们与市民阶级的产生和城市的形成同时发生。而且在它们萌芽之时，就是组织起来的自由商人或手艺人团体，以保护他们摆脱不自由

的竞争和同等团体的竞争。最早出现的这类团体应是商人公司，在11世纪人们就发现有其存在的迹象，而自由工匠的组织，直到12世纪晚期才出现。至15世纪时，行会组织几乎遍布欧洲当时已兴起的所有大小行业，哪里有工商业，行会制度就在哪里生根发展。行会的历史重要性，不是在于它们的政治活动，而是在于它们的商业与工业活动，它们是中世纪时代解决商业与劳动问题的手段。行会控制资本并管理劳动；它们支配生产与分配；它们规定价格与工资；在它们的组织里，有着一种社会的影响。随着行会势力的不断壮大，随着中世纪各大小城市通过特许方式纷纷取得独立与自治的权力，行会日益成为城市中管理经济生活的重要代理人，并也纷纷效仿自治城市特许的做法，努力向皇家申请特许状，以求获得特别领域管理的特权甚至是垄断经营之权利，以至于原本自愿建立的协会之类的行会发展成为垄断性特许行会组织。后来，海外特许贸易公司的形态之一——特许管理公司（chartered regulated company），便直接源于特许基尔特（the chartered guild）的海外延伸发展，并进一步演化发展为后来的特许合股公司。

索塞特（societas），乃为人类商业发展史中较早采用的一种商业经营形式。中世纪被普遍称为索塞特之类的普通合伙形式，其实在罗马时代即已如此称呼，这两者之渊源关系显而易见。随着农业积累与商业的发展，索塞特名称下的经营模式于12至13世纪已为欧洲大陆人们更为普遍地熟知；无论其名称在各地有何不同，然其经营之主要特性——每一合伙人对合伙债务无限连带地承担责任，却是相同的。索塞特不仅为后来两大法系无限公司的立法直接提供了渊源，同时，其与股份形式以及股东有限责任等不断结合，实际亦为现代股份公司之形成作出了贡献。普通合伙来源于家族型的商业企业，只是随着岁月的流逝，家族型合伙

制方逐渐向并无血缘纽带联系的其他个人开放。然可想而知，由于其无限连带责任的特性，其开放的程度总是有限的，其合伙人之范围仍多局限于家庭成员、亲戚以及彼此较为亲密、较为了解的一些群体。很难想象人们会与陌生人轻率结下商业盟约，并自愿许诺对因陌生人过错造成的任意损失承担连带且无限的责任，无论如何这不是一个普遍的现象。而且可想而知，在行会组织占据商业形态主要地位时，普通合伙因其与行会宗旨的相违背，显然是受到排斥的。普通合伙经中世纪几个世纪的推广发展，至15、16世纪时，已更为成熟地发展出类似现代合伙所采用的各项规则，如联合账号共同经营之规则、每一合伙人均以全体合伙代理人之身份对外从事经营的代理规则、合伙事务依据多数票议决的投票规则以及根据入资股份的多少分配利润或分摊责任（当然要无限连带）之规则等等。这些经过实践日益发展起来的规则，随即为同时兴起的特许公司所借鉴，直接为特许公司的早期发展提供了参照模式。而且在普通法系中，普通合伙还曾一度与信托制度相结合，发展出合股信托经营的模式以及一系列原则。所有这些规则与原则经不断修改与吸收，并随着特许公司向现代股份公司的过渡发展，皆已成为当代公司法中较为主要的原则与制度。

康孟达（*comenda*），与上述索塞特共为支撑中世纪贸易的两种最为重要的合伙经营形态。康孟达与索塞特最为重要的区别在于其成员责任的混合形态，亦即同一康孟达之中，不仅有承担无限连带责任的普通合伙人，同时，还有以投资为限承担有限责任的有限合伙人。普通合伙人对内对外代表合伙积极地经营，而有限合伙人却常常是不愿参加或被限定参加康孟达合伙的管理，并其身份一般不向外披露。康孟达不仅为大陆法系法典化之后的两合公司以及隐名合伙提供了渊源，同时，亦为英美法系有限合伙的立法直接提供了借鉴。康孟达于11世纪晚期即在意大利、

英格兰和欧洲的其他地方逐渐获得运用。这种经营方式调动的资金一般用于长距离海上贸易，而不常用于陆上贸易。至15世纪时，其与索塞特之类的普通合伙已并驾齐驱，共同成为当时非常流行的两种商业组织。1673年《法国商事条例》，即对两合公司形态以及有限合伙人以出资为限承担责任，作了首次成文法律之规定。通常认为，康孟达的合伙形式，来源于阿拉伯人商业联营的委托经营制，并与教会禁止放债生息的法令密切相关。在穆罕默德时代，委托制已成为当时富商之间盛行的一种合伙形式，亦即一个以一笔确定数额为入资基金的投资人与一个不予限定责任的实际经营合伙人所达成的委托经营的业务关系。在阿拉伯人中间，“委托”之所以盛行，应该归功于人们处心积虑地逃避伊斯兰教法律中反对放债生息的规定，委托投入资本通过经营而分红，与放债生息的做法形式上总是有所区别的。阿拉伯人的这一商业惯例，于8至10世纪传播到拜占庭，包括南意大利的港口城市，尔后，这种形式传遍了整个地中海。随着康孟达从航海贸易中不断兴起并向内陆高风险事业延伸发展，随着康孟达日益成为一切贸易皆可选择的经营模式，以康孟达为象征之有限合伙比以索塞特为象征的普通合伙更具有时代的开拓价值。如果说索塞特之类的普通合伙主要在于人力联合的话，那么康孟达已实现了人力与资本的共同联合，并将为下一步纯资本的联合经营打下基础。它不以成员之间关系的亲近为一定条件，它使得拥有资本却无心管理或无能管理的投资者，可以因有限责任而放心地投资；它首次实现了资本所有权与经营权的适当分离，使那些资金相对微薄之人，甚至下层教士们亦开始参加到海外贸易中来；它在更为广泛的领域聚集资本，从而推动了资本与才能管理者的有机结合，使新兴大企业的诞生成为可能。有限合伙聚集资本以及有限责任的原则，直接为随后兴起的特许合股公司所吸收，为特许合股公司

的发展提供了最为重要的原则支柱，从而亦积极推动了现代股份公司之兴起。

特许公司（chartered company），则是指发源于欧洲，开始于公元14世纪，盛行于公元16至19世纪中叶，由国王凭其特权或议会通过特别法令，以授予特许状方式而设立的公司。在其之后即为现代注册公司的日益兴起与发达。尽管世界两大法系有关法人之理念存有差异，但其公司法的发展历程，都曾经历过特许公司这一共同的发展阶段。而且，当代较为普遍的观点认为，特许公司当为现代股份公司之直接渊源所在，乃现代股份公司的早期模式。特许公司之兴起与发展，事实上是前述各类商业组织力量与以皇权或议会为代表的国家力量联合推动的产物。“company（公司）”一词，首先为海外冒险事业所使用，而通过皇家特许状授予公司以特权的做法则在公元14世纪即已开始，但直至16世纪，由于海外贸易的扩大，此类特许公司方普遍起来。此后，历经三个半世纪左右的发展历程，至公元19世纪中叶前后，随着普遍特许制向自由注册企业制度的过渡，特许公司占据企业形态主流的地位才日渐从历史中消退下来。特许公司多个世纪的发展历程，尽管不可能走千篇一律的道路，但总体而言，经历了由特许管理公司（chartered regulated company）向特许合股公司（chartered joint-stock company）之基本发展历程。所谓特许管理公司，其实不过是中世纪特许行会组织的海外延伸，其运营原则与现代公司仍相去甚远。此类公司内部各个成员在交纳一定的进入费并接受某些管理条件后，其各自的经营仍是独立的，成员之间没有共同账目，亦不彼此共享利润或共担风险，仍然是各自的经营各负盈亏。他们唯一共享之处，乃是以某一管理公司之名义享有某一特许状下某一特定海外地区以及某一特定贸易领域的对外垄断权。至16世纪后期，众多特许公司不断采取合股的

形态，成员之间以联合存货进而联合账号并最终联合股份的方式统一进行经营。在特许合股公司的特许状中，有关公司法人人格之内容亦不断地丰富起来，内容涉及公司名称、目的、共同印章、诉与被诉、拥有财产以及永继存续等，而所有这些亦成为当时理解法人人格特征的全部内容。早期特许合股公司的股份制度，曾采取股份数目确定而面额不确定的办法，故资本的增加通过进一步向原有股东摊派的做法必不可免。特许合股公司所享有的这样一种自中世纪法人制度以来一直存在的征税或费用摊派的权力，一方面，使得身为法人之公司并不具备独立而完全的自我责任能力；另一方面，也使得其成员之责任始终处于不限定之状态，这便是早期特许公司责任模式的最好写照。尽管早期的“合股—joint stock”还只是出于商人存货联合经营所需，但后来的合股则已完全具备了面向社会募集资本之含义。无论对内还是对外而言，特许合股公司完全是一个资本的集合体，有着统一的公司利益，有着联合的抗风险能力，有着资本与管理的分离体制，可以说，唯有特许合股公司才是现代股份公司之直接渊源所在。

特许公司之所以于公元16世纪前后在欧洲范围内普遍兴起的发展态势，绝不只是一种偶然的现象，而是有着其相应的政治、经济、技术、思想意识等深厚的社会背景。就政治而言，随公元814年查理曼大帝去世而欧洲政治得以四分五裂，随公元1296年法国腓力四世在向教士征税问题上战胜教皇卜尼法斯八世从而结束教皇至高无上的权力，欧洲范围内各个强大的民族君主政体得以日渐崛起。这些大而新的政治统一体，势力不断增强，国家机构逐渐完备，在调动人力物力从事海外冒险事业方面作出了极其重要的贡献。哥伦布和达·伽马所取得的巨大航海成功，便与西班牙和葡萄牙朝廷的支持密不可分，而特许公司的兴起则首先是从海外冒险事业开始，君主们不仅以颁发特许状甚至还动用皇家

海军作后盾的方式，直接推动了特许公司的日益壮大。就经济而言，中世纪时西欧地区经济的显著发展是促使西欧向海外扩张的一个无可争辩、显而易见的因素。西欧经济除了在14世纪由于连年的粮食歉收和饥荒曾衰退外，在中世纪早期及以后的世纪里，一直保持相当稳定的增长。经济增长下的人口增长以及农业的发展相应地促进了商业和城市的发展，不仅欧洲内部互补有无的贸易在不断发展，而且欧洲和外部世界之间的贸易也在发展；由于明显的地理方面的原因，欧洲完全做不到自给自足，它迫切需要香料和其他外国产品，欧洲的消费者和生产者变得习惯于并依赖于外国的商品市场。这一切驱使商人们不得不去寻找新的产地、新的路线和新的市场，最终使欧洲人航行于各大洋，使欧洲商人遍布每一个港口。正是如此经济上的强烈驱动，商人们纷纷联合申请皇家特许，以凭国家权威作后盾实现自身经济的梦想。就技术而言，直接为拓展海外贸易提供支持与保障的，当属造船、航海设备、航海术和海军装备等方面的重大技术进步。如果没有规模更大、速度更快、操纵更灵便的海船及航海设备，如果没有磁罗盘、星盘以及象限仪之类航海术的指引，如果没有较为精确的航海情报汇编以及地图的帮助，如果冶金学家没有发展铸炮技术而造船技术亦无法架设大炮于军舰，那么以拓展海外贸易同时又身兼殖民功能的特许公司便无法实现其掠夺的梦想，至于抵达遥远的印度以及南北美洲等地开拓贸易的设想只能是空中楼阁。就思想意识而言，欧洲有一个强大的推动力——一个牟利的欲望和机会，一个使牟利得以实现的社会和体制结构。它拥有向外猛冲的推动力，基于欧洲与外界进行贸易的传统，欧洲对外国产品的确有着真实而强烈的需求。再加上商人们在民族君主政体中所享有的特殊政治权力和社会声望，以及君主们迫切富强以便互相抗衡的竞争心态，如此商人们与君主们互为迎合，共同追求特许公

司的兴旺与发达。

公司制度的进一步发展及正式形成，绝非商业组织自身单一力量推动与进化之过程，而是与人类科技进步、自由与平等思想、市场经济模式乃至整个社会之发展进程密切相关。伴随公司自由注册制度、股票交易制度、股东有限责任等现代公司基本制度之形成与推动，世界范围内的公司得以雨后春笋般地发展起来，成为现代人类社会文明与进步最为重要之推动力量，为当今世界之繁荣与发展发挥了不可替代之作用。

发展至工业革命时代，即18世纪末至19世纪中期前后，以科学革命为支撑的工业革命使得各类产业得以突飞猛进的发展。1763年，代表工业革命核心进程的蒸汽机最终由格拉斯哥大学的技师詹姆斯·瓦特发明。这种新的动力能源不仅为现存的棉纺工业以及新兴的石油、燃气等能源的开采提供了动力，而且需要铁、钢和煤的供应量增加。这种需要又促使了采矿以及冶金技术的改进，而纺织、采矿、冶金工业的发展又进一步引发了对更为有效的运输工具的需求。人们希望大宗的煤和矿石可以得到及时的运输，于是运河被开挖，公路被修筑，而1830年由利物浦到曼彻斯特铁路亦随之被开通。可想而知，这一系列的工业革命都必将凭借大量资本的聚集来推动，大规模的资本企业由此产生。人们在继续通过特许方式获得组织资本进行技术投入的同时，也深深感觉到了这种组织方式的低能无效。资本不仅需要更大规模的募集，亦需要及时的组织与使用，工业革命对资本及组织方式均提出了严重的挑战。伦敦、纽约、阿姆斯特丹等早期股票与资本市场得以应运而生。与此同时，以亚当·斯密为代表的自由放任的经济思想亦随之出现，其在《国富论》中表述道：“独占乃经营的大敌，良好经营只有靠自由和普遍的竞争才能得到普遍的确立，自由和普遍的竞争，势必驱使各个人，为了自卫而采用良好经营

的方法。”与工业革命以及自由放任的经济思想相对应的政治主张，建立在以洛克以及卢梭等为代表的政治或社会契约的基础之上，政府或者说社会是人们契约的产物，人人自由而平等乃是社会契约得以形成的前提条件。无论是工业革命的客观要求，还是自由平等的经济以及政治思想的主张，使以特许方式成立公司所代表的特权为人们普遍反对，因而非经特许的公司或企业得以自发地广泛形成，最终自由注册公司成为人们争取经济自由与权利平等的必然制度要求；同时，也成为各国替代特许方式之普遍的、主要的公司设立方式。与此同时，要求成员承担直接无限责任（非特许公司）以及间接无限责任（特许公司之征收）的传统法人责任模式，亦同样使投资者深感不满。人们不断通过各种实践方式的努力来限定由于投资可能带来的不可预测的责任。例如，在组建公司的章程或协议条款中，限定甚至取消公司向成员征收费用的权利；在公司名称之后主动地标明“有限”字样；以及在与他人签订协议的过程中，经常性地注入以公司财产为限承担债务责任的条款，早期保险单据中，此类条款即甚为盛行。为满足社会对有限责任的强烈要求，1807年颁布的《法国商法典》（又名《拿破仑商法典》）首先规定了股份有限公司的形态，从而使有限责任得以首先在大陆法中形成。19世纪初期的美国各州，在脱离英殖民统治获得自行特许组建公司的权利后，在对诸如桥梁、运河、公路等公益事业的公司特许状中，普遍赋予股东有限责任的权利；而对其他行业之公司，虽特许其成立为法人性质之公司，但成员之责任多是无限制的；而有些则要求成员承担投资价值的双倍或三倍的责任；还有些州如加利福尼亚，则通过宪法或一般公司法，要求成员按其投资比例分别承担相应的责任。后来随制造企业的繁荣发展，至19世纪中期前后，各州方普遍采取自由注册并普遍赋予公司成员以有限责任的保护。而英国，经过人们长期不懈的

立法斗争与努力，1855年世界上第一部也是唯一一部以《有限责任法》直接命名的法律得以通过。在此之前，英国曾于1844年通过第一部《合股公司法》，该法虽然赋予人们以自由注册方式成立法人性质的公司的权利，但公司的成员仍处于无限个人责任的状态。1855年《有限责任法》的出台，不仅大大促进了人们的投资热情，而且，最终使公司法人长期以来虽享有人格但责任并不独立之状态得以结束，现代公司法人制度由此基本确立并初步形成。

正如21世纪初美国哥伦比亚大学校长巴特尔先生所言：“有限责任形态的公司乃现代最伟大的创举，以至于蒸汽机以及电子的发明亦无法与其相媲美。”的确，尽管人类限定责任以及联合经营的实践有着悠久的历史，但工业革命的力量使得有限责任的共同经营得以结合为公司之形态，并进而爆发出巨大的社会能量，人类由此以极大的热情凭借公司这一组织形式投入财富创造的追求之中，社会也正是在这一魔力般的驱使中走向灿烂之文明。

随着各资本主义国家对外殖民主义之扩张，随着市场经济在全世界范围内的普遍建立，随着各法系制度的相互借鉴与影响，以有限责任为主要特征的现代公司，无疑成为当代各国经济繁荣与发展最为根本之推动者，成为世界经济的强大推动力。公司制度在不断扩张并伴随经济演化发展之同时，在总体具备法人人格、有限责任、集中管理乃至可永继存续等相同特性下，世界范围内的公司形态、公司资本、公司治理结构以及相关机制等事实上也存在着多样化、差异化的发展态势。就公司形态而言，具备有限责任特征之公司形态，无论是开放性股份公司，还是封闭性有限责任公司，无疑是当今世界范围内最为主要、最为基本之公司形态，与此相伴随，无限公司以及由无限与有限结合而成的两合公司亦同时存在。尽管总体可以对公司形态作以上相对之划分，但世界范围内设立条件、资本模式、治理结构等完全相同的公司形

态事实上并不存在。就公司资本模式而言，可有实收资本制、授权资本制、折中资本制、保证资本制等不同类型；而在这些不同资本制度下，各国关于出资形式、最低资本额、出资比例以及验资制度等又存在相当之差异，如人力资本是否认可、劳务出资是否可行、无形资产出资是否要限定比例、最低出资额设定与否以及设定多少为宜、是否任何出资均需要验资程序以及如何验资、由怎样的机构验资等，均呈现出相当之不同。就公司治理结构而言，尽管主要有以英美法系为代表的股东会与董事会并行的单层模式，也有以大陆法系为代表的股东会、董事会与监事会并行的双层模式，或也有人称之为二元制与一元制公司治理模式，但由于法系因素、公司形态因素、公司规模因素、公司性质因素以及公司运营状况等多方面因素之影响，各国不同公司之治理结构事实上又存在着不少差别。当今世界范围内，小型公司治理结构正日趋宽松，而大型公司治理结构却日趋严格，并且公司治理结构总体更具灵活性，利益相关者因素更日益受到关注，这已经成为各国公司治理结构发展之普遍态势。就公司治理机制而言，尽管其重心基本呈现出股东中心主义——董事中心主义——经理中心主义之发展模式，但成员直接经营机制也同样在得到强化，资本多数决依然是各类公司决策不可动摇之根基；至于股东会与董事会乃至监事会之权力配置、董事等高管人员之职责担当、大小股东权利之分享与保护、董事选派与任命、监事制约与制衡等，各国公司法尽管也相互借鉴但依然制度差异明显。总之，世界范围内不仅完全相同之公司形态不存在，而且从公司设立、治理与经营、合并与分立、解散与清算等无论哪个方面，完全相同的公司制度显然也是不存在的。因此，就当代世界范围内的公司制度而言，尽管总体趋同性态势明显，但具体差异性也同样明显，趋同性与差异性并存，已经成为当今世界公司发展之基本态势。

当今世界，公司是如此普遍地存在，如此紧密地与人们物质与精神需求相关联，以至于人类财富创造的每一种努力皆离不开公司之身影，人们生活的每一寸空间皆代表了公司之成就。尤其是当今信息社会背景下，公司与网络之关联更是同样之紧密，网络上的公司凭借网络无形之力量，犹如一个个幽灵一般，渗透进人们之生活，影响着社会之发展，甚至决定着时代之未来。

第二版代前言

中国公司企业制度之历史变迁

虞政平

纵观世界公司模式的商业实践乃至公司立法的发展历史，可以很清楚地看到，中国公司制度不仅晚了很长的时间，而且更多是借鉴西方公司制度文明的成果。对于中国而言，“公司”的确是个“舶来品”。但是，这也并非意味着，中国这块土地缺少商业运营模式的早期实践与探索。事实上，任何社会经济发展至一定程度，均必然伴随有商业的运营乃至其相应的组织模式。了解中国公司制度的历史发展，有必要对于中国早期商业运营模式有个基本的了解。

一、中国早期商业组织与运营模式

中国传统经济模式下，与小农经济以及家族财产所有权相对应的，是以皇权为中心的国家财产所有权，所谓“普天之下莫非王土”，就连小农经济基础上有限发展起来的手工业经济，亦一直主要地被官营官办控制着。在小农经济以及官营手工业的夹缝中生存下来的城市手工业，为封建社会有限的商品经济发展提供了渠道。至明清之时，中国的商品经济已空前活跃，并曾一度得到

繁荣之发展。正如有学者所指出的：“明中叶以后商业都市的发达，商路的密布，因而促进了广大商人阶层的存在，所以明清时代如山西、陕西、山东、江苏、浙江、安徽、福建、广东等省都出现有相当巨大的原始的商业资本家。”^①正是由于原始的商业资本家的崛起，使得原始的商业组织或者说企业形态得以更为成熟地发展起来。以下所论及的中国明清时代的主要商业组织模式，与欧洲中世纪的商业组织相比较并不逊色。

（一）商业行会。有关中国商业行会的起源，“在春秋战国就已有商人行会组织存在，而到唐宋时期，已有明确的关于商人行会的记载，自此以后，历元、明、清三代，行会制度不断臻于完善。”^②而从以下文字的表述中，我们亦可就中国商业行会的起源略见一斑：“中国的商业行会，起源于民间的结社习俗，‘社’是一种民间的自治组织，按民意自行形成的以敬神为中心的自治机构，随着商业发展，汉唐时代政府实行坊市制，工商业户在固定的坊市内按商品类别排成行列，称之为‘行’。唐有二百三十行，宋有三百六十行，盛唐时，在坊巷乡间出现了一种以亲睦、教养、经济上相互帮助的机构——‘社邑’或‘社’，唐天宝七年（748）已流行全国。同行商人组织起来的自治社就是商业行会。”^③从以上的两段文字中足可看出中国商业行会的历史久远。但事实上，只是到了14世纪中叶以后的明清时代，随着原始商业资本一定规模的形成，商业行会方真正兴起，并在社会经济生活中发挥着其重要的影响力。

明清时代为世人所称道的商人，莫过于“晋商”与“徽商”，即山西与安徽的商人，他们以精明的商业之道以及雄厚的财富实

① 陈明光：《钱庄史》，上海文艺出版社1997年版，第24页。

② 萧国亮：《皇权与中国社会经济》，新华出版社1991年版，第38页。

③ 李希曾主编：《晋商史料与研究》，山西人民出版社1996年版，第352页。

力名冠天下。以晋商为例，山西商业行会大约在16世纪中叶的明万历年间即已完善起来。关于商业行会的具体名称，随年代之变迁以及地域之不同，可以有“行邦”“社”“公馆”“公所”“公会”等不同的叫法。至于商业行会之种类则大致可分为两大类：“一类以籍贯形成，并以籍贯命名。因为，他们经商在外，远离家乡和亲人，必须相互关心，团结一致，以防御外来欺侮，并顺利从事商业活动。另一类是以职业为纽带形成的行会，这类行会命名有以神名命名的，如马王社、鲁班社、金龙社等；有以职业命名的，如净发社、成衣社、生皮社等；有以吉祥的词语命名的，如宝丰社、德胜社等；有以团结义气命名的，如义和社、公信社、集义社等。”^①商业行会之职能主要有两方面：一为业务处理功能，即同业或同邦之间商量业务、修订行规、组织交易、处理纠纷等；二为情感交流功能，即同业或同邦之间祭祀行业之神，团结交往、维护共同利益等。至于商业行会之经费，则主要通过收取会员入会费、年费以及会员所获利润中之某一比例之余利来维持，若遇行会经费入不敷出时，还可通过会员决议等方式向会员筹集之。

明清时代的商业行会，与欧洲自12世纪即已普遍兴起的城市行业组织——基尔特（guild）比较而言，大约晚了近两个多世纪。但是，中国之商业行会与欧洲的基尔特之间，在组织的形成、组织的种类与功能、组织费用等多方面，并无实质之差别，尤其是两者之内部成员，皆为各自独立经营并自负盈亏，而且几乎都是一致鼓励对外进行竞争与垄断。还可值得一提的是，欧洲基尔特与中国之商业行会，都曾在行业之管理中发挥着政府行政的功能，它们对于所管理之行业皆有着绝对的控制权威，并由此成为封建时代替代皇权对商业经济与生活进行统治的工具。但是，欧

^① 李希曾主编：《晋商史料与研究》，山西人民出版社1996年版，第354页。

洲的基尔特行会组织，经四个世纪左右的发展，于公元16世纪已普遍向特许基尔特组织演化，特许管理公司便是这一演化之结果。演化后的特许基尔特组织或者说特许管理公司，由于其组织的成立，已明显凭借着皇家或议会的特许令状，因而普遍被赋予独立的法人资格。至于其组织的责任形态，则仍是保留着传统基尔特之方式，即会员之间各自为政并各负其责，身为法人之特许管理公司只是更为紧密地、更为法律化地拥有了某一地区某一贸易或商业的垄断权，其责任仍是无限连带方式，会员不仅应交纳维持特许管理公司正常运转所需之费用，而且还应摊派特许管理公司运转不足的费用。特许管理公司之发展，为后来进一步在其基础上演化形成的特许合股公司创造了条件，而特许合股公司与股东有限责任的结合又直接为现代股份公司的形成提供了渊源。中国明清时代兴旺发达起来的商业行会组织，却未能进一步如欧洲基尔特组织那样，演化为具有法人资格的商业组织形态。虽然商业行会的形成，也有可能仰仗封建政权的默认与许可，但就实质而言，其始终都是以行业自理的民间自发的方式形成、发展并延续。因而，明清时代的商业行会，虽经五个多世纪的孕育发展，却始终未能为中国现代意义的公司形成作出贡献。这一点，也许是中国商业行会与欧洲的基尔特组织最为主要的区别所在。

（二）朋合营利与伙计制。这是山西商人自明朝开始先后所采用的两种经商形式，由于晋商在当时中国商业界的地位，因而亦颇能代表当时中国较为盛行的商业经营模式。

所谓朋合营利，出自明人庞尚鹏《清理延绥屯田疏》之有关记载：“闻有山西运商前来镇城，将巨资交与土商朋合营利，各私立契券，捐资本者，计利若干，躬输纳者，分息若干，有无相资，

劳逸共济。”^①很显然，朋合营利是指山西商人与异地土商以契约形式所结成的劳资联合的经商方式。有资者与无资者，有力者与无力者互相合作，劳逸共济，当然要胜过单独经营，山西商人之竞争力亦正因此得到增强。

所谓伙计制，则出自明人沈思孝之说：“（山西商人）其合伙而商者曰伙计。一人出本，众伙共而商之，虽不誓而无私藏。祖父或以子母息丐贷于人而道之，贷者业拾之数十年矣，子孙生而有知，更焦劳强作以还其贷，则他有大居积者，争欲得斯人为伙计，谓其不忘死，焉肯生也？则斯人输少息于前而获大利于后。故有本无本者，咸得以为生。且富者蓄藏不於家，而尽散之于伙计，估人产者，但数其大小伙计若干，则数十百万产，可屈指矣。盖是富者不能遽贫，贫者可以立富。”^②由此可知，伙计制，是指由东家（即出资人）选择品行端正之人做伙计，付予资本，由他们去经商。伙计对东家应忠实地履行职责，如果祖父辈做伙计未能把资本和应得利润还给出资者，其子孙也要焦劳强作归还。

就朋合营利与伙计制比较而言，它们都是劳资结合的联合经营方式，但是，伙计制乃以同族或同一籍贯之人作为伙计遴选之基础，不像朋合营利那样乃是与异地商人之结合；而且伙计制以信义为本，不以契约为结合之形式，这也正是伙计制仅适用于同族或同一籍贯人之原因所在。在地缘文化还相当发达的时代，同族及同籍贯人之间的信义是人所共知的，信义的标准自然成为当地人处世为人之本，唯有信义之人才有成为伙计之资格。由于伙计制是由东家以信义的方式不断地结合本地伙计而组成的可以世代延续的联合经营方式，因而伙计制之规模可以无限地扩大，而

^① 张正明：《晋商兴衰史》，山西古籍出版社1995年版，第45页，转摘《明经世文编》卷359庞尚鹏《清理延绥屯田疏》。

^② 同上，第46页，转摘沈思孝《晋录》。

衡量东家财富之多少，从其结合伙计人数之多少便可得知，朋合营利之规模，显然达不到伙计制之境界。就朋合营利以及伙计制的法律性质而言，形式上它们都可归于合伙经营之方式，很多学者基本上也都这样认为；但就实质而言，至少伙计制只能属于信用理念维持下的各方有着共同利益的长期借贷关系。因为，伙计及其后人始终都得履行偿还本金及相应利润之义务，而东家则可永世拥有从伙计及其后人获得受偿之权利，因此，所谓的伙计制，按照现代的法律理念，只能属于名为合伙而实为借贷之法律关系，故有人又将其称为“贷金制”。至于朋合营利，由于缺乏更为具体的资料佐证，因而对其法律性质之进一步把握，难以定论。

（三）股俸制。山西商人在明朝朋合营利尤其是伙计制的经营模式基础上，创立了一种很有特色的新的劳资组织形式，无论是普通的商业行号，还是19世纪20年代后广为兴起的名震海内外的山西票号^①，都无不采用股俸制的经营模式。

股俸制，因采用股份方式以及以身顶股、以股顶俸而得名，也常有人干脆称之为股份制，这也可能是有据可查的最早关于“股份”的表述。股俸制之股份，首先分为银股与身股两大类。所谓银股，即东家所投资本，有如现代意义的货币资本；所谓身股，即凭资历、能力而受聘折抵之股份，或者说以人力顶一定数量的股俸，有如现代意义的劳务股或人力股。进一步细分，银股又可分为正本与副本。正本即股东以合约方式正式认可并缴付的出资或资本，每股所投股资几千两到数万两不等，可按股分红，但不按股计息。一般一家商号或票号有十几股乃至几十股正本不等。

^① 所谓山西票号，乃是金融业的一种特殊形式，类似于现代之钱庄以及银行等。山西票号曾一度执中国金融界之牛耳，并影响中国金融业近一个世纪，中国第一家票号——“日升昌”便于道光三年（1823年）左右诞生于山西省平遥县。之后，山西票号以平遥县、祁县、太谷县为中心，形成山西票号之邦，对19世纪20年代以后我国市场经济的发展起到了积极的促进作用。——作者注

副本又称护本，是财东除正本以外另行存放于商号或票号的资本，常由红利中之提留而转入，有如现代意义的公积金之类，不分红，只得利息，同样不得随意抽取，常又被称为“统事”。副本是商号或票号资本中最为重要的部分，其实际价额往往大大超过正本之股额，因而事实代表着商号尤其是票号的实力与实际资本。如中国第一家“日升昌”票号之“统事”便曾有200多万两。^①股俸制之银股，除了正本与副本之划分外，还可分为独资与合资之形态。所谓独资，是指由单一家族成员认股入资；所谓合资，则显然是指两个以上家族的共同认股与出资。从这种独资与合资的划分中，我们仍可看到中国传统家族财产所有权的痕迹与烙印。

关于身股的确立与分配，各商号、票号均有具体规定，并且常由大掌柜和东家以及东家们议定。通常而言，总号大掌柜的身股要在票号开办时写入合约，其余人员的顶身股，不写入合约，而是记入“万金账”中。伙友在入号三次账期^②以上，并工作勤恳，未有过失，可由大掌柜向东家推荐，经各东家认可后，即可将其姓名以及其所顶股数记录于万金账中，俗称“顶生意”，至此才算正式顶上身股。一般而言，大掌柜可顶一股（每股为一分，或称一俸，即十厘），二掌柜、三掌柜七八厘不等，一般人员可顶一二厘或三四厘左右；每逢账期一次，可增加一二厘，增至一股之时，称为“全份”，一般以全份为限不再增加。各商号、票号银股与身股之比例各不相同，以“百川通”票号为例，银股为10股，而总号、分号掌柜及其伙友的顶身股为20股，故分红时按30股平均分配；而“日升昌”票号则为银股30股，身股

① 张正明、邓泉：《平遥票号商》，山西教育出版社1997年版，第54页。

② 账期，是商号与票号结账分红的期限，亦可称为红期，随年代及各商号与票号之不同而不同，但一般而言，光绪以前一般皆是五年为一账期，以后是四年，也有三年为一个账期。

40股，共计70股。^①

顶身股后，倘有越轨行为，除重大案情开除出号和赔偿损失外，如属小节情有可原者，则酌情处分，减少其身股数额。顶身股者，每年可按其所顶股数领取一定数量的“支使银”，又称“应使银”，应支额每股多者四五百两，少则一二百两，分四季支用，到账期分红时，无论应支多少，概由各人应得红利内扣除，上至掌柜，下至伙友，一视同仁。倘若营业不好，无红利可分，则顶身股者除每年“应支银”由号内出账外，毫无所得。没有顶身股的伙友，则按年支給薪俸，大致最初年薪一二十银两，以后按成绩优劣逐年增加，有10余年历史者可达80至100银两，这时就有资格参加身股了。顶身股者死后，各商号、票号一般仍给一定优惠，即在一定时间内照旧参加分红，称为“故身股”。一般大掌柜故身后享受八年的红利，享有一股而未任掌柜者可享受七年的红利，顶身股八九厘不足一股的享受六年红利，顶身股六七厘者享受五年的红利，顶身股四五厘者享受四年的红利，顶身股三四厘者享受三年的红利，顶身股一二厘者享受二年的红利。对本号经营有特大功绩者，还可再增一二个账期的分红。^②

上述关于身股按工作年限、业绩以及所任职务递增的做法，以及“故身股”按所获身股股数之大小相应递减之做法，再加“应使银”与“薪俸”之相关制度，皆充分表明了股俸制下以股顶俸的鲜明特征。“此办法与近代西洋工业所推行的分润制度（profit sharing）相似。”^③因而，以股俸制冠其名，的确甚为妥当。股俸制下，“银股所有者，在商号或票号享有永久利益，可以父死子继，

① 张正明、邓泉：《平遥票号商》，山西教育出版社1997年版，第54～55页。

② 张正明：《晋商兴衰史》，山西古籍出版社1995年版，第142～143页。

③ 张正明、邓泉：《平遥票号商》，山西教育出版社1997年版，第54页，转摘陈其田著《山西票庄考略》第85页。

夫死妻继，但对商号或票号的盈亏负无限责任，银股可以在一定的时间内抛出、补进或增添新的股东。身股只参加分红，不承担商号或票号的亏损责任。”^①这一表述，充分阐明了股俸制企业的法律特征。按照通常的公司法理论，由于股俸制较为清晰地采用了股份的方法，因而将股俸制企业归为股份制企业之中，或者如欧洲近代兴起的合股公司，应无任何不当；同时，考虑股俸制企业中，既有承担无限责任的银股股东，亦有承担有限责任的身股股东，因而将股俸制归为股份两合公司之列，似乎也能成立；但是，股俸制企业，其法律人格之特性很不鲜明，而且由于身股之实质意义更在于以股顶俸以及身股者与商号或票号之盈亏毫不相关，当商号与票号亏损面临责任追究时，银股股东应当直接面对相应责任，诸多商号与票号破产之记载资料皆证实了这一点，所以股俸制商号与票号应属不具法律人格的股份两合公司。当然，将其硬行划为有限合伙之列，亦并无实质之不当。不管怎样，股俸制是中国商品经济中原始资本下，自发形成的既有股份形式又具部分有限责任特征的企业形态，因而，其的确可以作为中国现代企业的雏形所在。并且，它还的确透视着深厚的中华文化之底蕴，如此完善的身股制度，即便在现代西方发达的企业之中，亦很难找到。

股俸制经营方式，由于很好地把握了劳方与资方的关系，很好地融合了中华文化之勤劳、团结、仁义以及信用之类的精髓，因而得以很快地壮大发展，许多股俸制下的商号与票号多是总号之下分号遍布，形成有特色的联号经营体系。以至于清末俄国驻中国领事馆官员尼·维·鲍戈亚夫斯基在《长城外的中国西部地区》一书中说：“汉族人则特别喜欢联合行事，特别喜欢各种形式

^① 张正明：《晋商兴衰史》，山西古籍出版社1995年版，第142页。

的合股。……有些商行掌握了整省整省的贸易，其办法就是把某一地区的所有商人都招来入股。因此，在中国早已有了现代美国托拉斯式的企业的成熟样板。当时在中国西部地区的主要是山西和天津的商行。”^①

（四）合伙制。合伙制，即人们通常理解的两个以上商人各自以资金、实物等出资联合、共同经营、共同劳动、共负盈亏的协议方式。这在任何有着一定商品经济发展的社会，都是无法回避的。正如小农经济离不开家族成员的共同劳作来实现增产增效一样，发展至一定程度的商品经济下，更大规模的商品交易以及更远距离的商业贸易与贩运等，皆有可能远非一人或一家之经济实力所能承受。于是人与人之间、家与家之间，以结成伙伴关系而联合经营，便是再自然不过的选择。中国的合伙制，究竟起源于何时，目前还未曾见确切的资料记载，但可以肯定，自有商品交易之始，自有商号设立之始，自有行会形成之始，合伙制的经营模式便必然伴随着生存与发展。合伙制的方式可以是多种多样的，前述朋合营利、伙计制以及股俸制等，在中国人的传统观念中，亦无不以合伙来对待。当然，其中最为普遍的，或者说中国传统社会经济生活中最为常见的合伙方式，还是共同联合、共同劳动并共负盈亏之方式。至于联合的方式，既可以是口头的，亦可以是书面的；既可以是本地人或同邦人之间，亦可以是异地人或异邦人之间；往往期限较短、规模较小而又属同邦人之间的商业合伙，多以信用为基础，无须书面之契据，而期限较长、规模较大或者异邦人之间的商业合伙，则常以书面契据之方式。在此还必须指出的是，在中国的小农经济以及家族财产所有权长期占统治地位时，家族内成员的合伙与共同经营，由于处于一个家

^① 葛贤慧：《商路漫漫之五百年——晋商与传统文化》，华中理工大学出版社2005年版，第154页。

族财产权的支配之下，因而常被以独资的理念所掩盖，前述股俸制下对于独资的理解便是如此。所以，在中国 2000 余年以小农家族及其财产所有权为基础的社会中，人们对于合伙的理解，更多的不是以个人主体而是以家族为单位来认同。所谓的合伙，实质上只是家族之间的联合经营，无论是资方与资方，还是资方与劳方之联合，无不以家族单位为其区分之依据所在。

在前南京国民政府编制的《民事习惯调查报告录》中，关于民间合伙的记载屡见不鲜，但其中有关民间合伙惯例的责任方式，却极为值得关注：“（湖北）襄樊地方，凡合伙经营业务者，各合伙人中，或系共同出资，或资本由某某担任，劳力由某某担任，其劳力亦作为一种资本计算；所获红利，各合伙人按股均分，亏折时，亦各对于债务按股分担无限责任，债权人不得向合伙之一人或数人为全部偿还之请求，即各合伙人中有逃亡或财产不足供办济者，其他之合伙人亦不代为负责。”^① 在同一书中之另一处还有记载：“合伙人共有之合伙财产不足偿还债务，如有合伙人中有一毫无资力者，其无资力人应分担之债务，（湖北）竹溪、汉阳、兴山、麻城等县之习惯，均系应由其他有资力之合伙人平均代为分担；郧县亦有各合伙员代为分担之事实，但不成为定规；五峰县则有资力之合伙人只能帮同借贷，从旁维持，绝无分担代还之事实。”^②

从上述两处记载之中，我们显然可以注意到，中国民间关于普通合伙有着两种不同的责任处理模式：一为各合伙人之间无限连带责任模式，如竹溪、汉阳、兴山、麻城等县之惯例，这与现代普通合伙债务处理之原则并无不同；二为各合伙人之间按份无

^① 前南京国民政府司法行政部编：《民事习惯调查报告录》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 677 页。

^② 同上，第 655 页。

限或者说显然无限却并不连带的责任模式，如襄樊地方之惯例，这与现代普通合伙债务处理之法理并不吻合。关于第二种普通合伙的责任处理模式，在阳明光先生《钱庄史》有关近现代股份制钱庄的论述中，亦见到相同的表述：“……（钱庄各股东）遇到钱庄倒账或倒闭需要清偿债务时，各个股东也只负责所认股本应承担的比例数为止，不必替别的股东还债。”^① 合伙制下，合伙人可以不连带负责的惯例，足以表明中国的合伙制已达到了很高的水准。当代美国所谓的新型有限责任合伙形态，亦无非在于努力回避合伙人之间不必要的部分连带责任，而且还没有完全地抛弃连带责任之实质理念，因而，中国传统合伙制下所形成的合伙人之间虽然按份无限却不连带的责任模式，的确值得后人深思与借鉴。

二、中国近代公司制度的法律形成

尽管在前述中国传统商业运营模式中，我们可以隐约见到并不逊色的商业组织理念与责任模式，但它始终未能自发形成中国土生土长的公司制度。从清朝洋务运动时的特许合股有限公司，到清朝光绪年代第一部中国《公司律》的诞生，以及中华民国时期修正的《公司法》，无不体现照搬、照抄西方公司法律的踪影。

（一）洋务运动下的特许合股有限公司。在小农经济一直主导着中国的经济命脉，以及明清资本主义与商品经济开始兴起之机，外来资本主义势力自17世纪开始即已实际介入中国的社会与经济生活之中，而这正是欧洲各国特许海外殖民公司扩张的结果。荷兰、英国、法国、葡萄牙等，纷纷成立所谓的东印度公司，彼此之间不惜以战争为代价，抢夺以印度为中心的南亚以及东南亚乃至东亚与西亚的市场份额，这些殖民公司所到之处，纷纷凭借其本国皇家或者议会颁发给它的、有关在东印度地区从事商贸的特

^① 陈明光：《钱庄史》，上海文艺出版社1997年版，第47页。

许垄断权力，与所到国之政府进行谈判与交往，中国明清时代沿海所受到的洋人侵扰，便是这些欧洲特许殖民公司肆意妄为的结果。

受洋人公司经营理念之影响，受国内太平天国运动带来的冲击，在民族资本有了一定实力与积累的基础之上，19世纪中期开始，由镇压太平天国而发迹的将领曾国藩、左宗棠和李鸿章等倡议，中国清朝政府开始了所谓的“洋务运动”，企图凭借洋务运动推进中国工业化的进程，实现中国现代化之目标。因此，洋务运动最主要的标志，便是中国近代工业的大规模创办与设立，而军事工业则始终是洋务运动关注之焦点。如1865年至1867年间，由李鸿章和曾国藩在上海创建的兵工厂和船坞，即江南制造局；1866年，由左宗棠在福州设立的马尾造船厂；以及李鸿章于1872年创办的中国轮船局、1878年开平矿务局、1879年开平煤矿铁路、1880年天津电报局、1882年上海织布局等等，它们都是洋务运动的直接产物。每一个企业的设立与创办，都直接对中国工业的现代化进程产生着极为深远之影响。

对于洋务运动下开设与创办的被称之为“局”之类的企业，有教授就其法律性质与特征作了如下基本归纳：其一，“局”具有法人之特性，它以自己的名义承受法律上的利益和责任；其二，“局”独立承担自身债务而与股东个人无涉；其三，“局”又是一个资本集合体，发行股票是“局”筹集启动资本的主要途径，而股票的公开转让又显示出资本的流动性；其四，“局”设有董事（局董）经理（总办、会办、帮办）；其五，“局”都有一项或者数项、全国性或区域性的垄断权，谓之“专利”。^①就以上所总结出的这五方面特征来看，可否将洋务运动下所创办之“局”定位

^① 方流芳：《公司义考：解读语词的制度信息——“公司”一词在中英早期交往中的用法和所指》，载《中外法学》2000年第5期。

于特许合股有限公司：法人特性，以及垄断权力或者说特许创办与经营某一地区某一行业之权力，使“局”明显可以归为特许公司之列；而资本分为若干，甚至发行股票并可转让之特性，使之归为合股公司亦无不妥；至于“局”独立承担自身债务并与股东个人无涉，则充分表明“局”之法人已成为责任独立之主体，而其股东则显然享受有限责任的保护，因而将其归为有限公司之列，更是能够成立；特许、合股以及有限之特性，使得洋务运动下之“局”足可归为特许合股有限公司之企业形态。

洋务运动所创办的可以归之为特许合股有限公司的“局”，显然是受到西方公司法律理念的影响，特许或者被称之为“专利”之做法，与英国早期特许公司便如出一辙。因为，英国的特许公司便常常是以与获得“专利”相同的方式获得其国内外特许垄断的经营权力。当中国人凭借这些具有特许垄断权力之“局”与外国公司相抗衡时，正是“师夷之技以制夷”。只是非常遗憾的是，在中国人凭借洋务运动纷纷建立特许公司之时，欧洲以及新大陆之美国皆已跨出发展了几百年的特许公司时代，并已进入自由注册企业的新时代，中国洋务运动下的企业制度，至少在这一方面一开始便是落后了，至于法人性质、股份方式以及有限责任，皆是西方公司法律中先后发展起来的制度。尤其是充分代表现代企业制度建立特色的股东有限责任制度，欧洲各国以及美国亦只是19世纪初叶至中叶时代，随着公司法之成文化才先后形成的全新公司法理念，中国洋务运动下的企业制度，几乎是同步地予以吸收与借鉴，就这一点而言，中国洋务运动下的企业制度又并不完全的落后。但是，在此还必须指出的一点，洋务运动下所开办的这些“局”，虽然在资本与股份的构成上，可以说充分代表着民间资本之组合，但在实际的控制与运营之中，如同企业生存的命脉来自皇家特许的权力一样，官方权力的介入是最为重要的特色。

这也正如 2000 余年间，中国手工业的发展一直仰仗官营官办一样，即便全新发起的意在改变中国过去命运的现代工业化之洋务运动，亦同样走不出官营思维的老套路。再多再大的民营资本介入洋务运动所创办的企业，最终还只能交由官府控制与经营，并且还美其名曰“官督商办”“官商合办”！

（二）清光绪《公司律》。光绪二十九年（1904 年）十二月初五，由久历外洋于律学最为娴熟的伍廷芳为主要起草人，会同袁世凯、戴振等，共同草拟并由钦定颁行我国第一部公司法律，即光绪《公司律》。该部《公司律》的颁行，充分表明了晚清政府“慎重商政，力图振兴”之决策。而且，为使商业尽早有所起色，为使商人权利有所遵循，《公司律》作为原本筹备起草的整部商律之一门“极应先为妥订”，以使政府“遇事维持，设立保护，亦可按定章核办”。^①

清光绪《公司律》共规定四种公司形态，它们分别是：（1）合资公司，系二人或二人以上集资营业公取一名号者（第四条），即后来所谓的无限公司；（2）合资有限公司，系二人或二人以上集资营业并声明以所集资本为限者（第六条）；合资有限公司如有亏蚀、倒闭、欠账等情，查无隐匿银两诈骗诸弊，只可将其合资银两之尽数并该公司产业，变售还偿，不得另向合资人追补（第九条）；合资有限公司有如现代所谓的有限责任公司形态。（3）股份公司，系七人或七人以上创办集资营业者（第十条）；股份公司与合资公司之主要不同，在于公司资本被分成若干股份，而与合资有限公司之区别，则在于公司创办人不享受有限责任的保护，因此，股份公司又可谓合股无限公司。（4）股份有限公司，系七人或七人以上创办，集资营业，并声明资本若干以此为限者（第

① 《大清法规大全》（实业部第一册），光绪辛丑迄宣传己酉。

十二条)。股份有限公司如有亏蚀、倒闭、欠账等情，查无隐匿银两诈骗诸弊，只可将其股份银两缴足，并该公司产业变售还偿，不得另向股东追补（第二十九条）。清光绪《公司律》在规规定以上四种公司形态之时，于第三十一条还专门规定：“凡合资公司、股份公司，於呈报商部注册时，未经声明有限字样，应作无限公司论；如遇亏蚀，除将公司产业变售偿还外，倘有不足，应向合资人、附股人另行追补。”与清光绪《公司律》一并颁行的还有《公司注册试办章程》，在该章程第五条中规定：“凡各省各埠之公司、厂、行、号、铺店等，一经遵照此次奏定章程，赴部注册合照后，无论华洋商一律保护；其未经注册者，虽自称‘有限’字样，不得沾公司律第九条、第二十九条之利益。”^①

清光绪《公司律》所设定的以上四种公司形态，基本上是参照了当时大陆法系所通行的划分标准。尤其是合资有限公司的设立，更是受到德国1892年单行制定的《有限责任公司法》的影响。日本单行制定的《有限公司法》直到昭和十三年（1938年）才首次单行公布；英国在受到《德国有限责任公司法》的影响后，于1907年方首次将其股份有限公司的最低股东人数降为两人；至于《美国统一有限责任公司法》则直到1996年方予公布。从这些比较来看，清光绪《公司律》并不落后。然而，如果比照欧洲以及美国各州公司法普遍于19世纪初叶至中叶，已经成文化、法典化的现象而言，几乎晚了近一个世纪。而且，清光绪《公司律》共计131条之条文中，并未涉及公司法人特性之明文规定，也许公司事实上被以法人对待，但缺乏明文法律之规定，毕竟是一遗憾。

（三）民国公司法。清光绪《公司律》先行颁布实施后，清政

^① 以上摘录条文，皆出自《大清法规大全》（实业部第一册）所编清光绪《公司律》之中。

府修订法律馆委托日本人志田钾太郎继续起草《大清商律》以及《公司法草案》，并于宣统二年，在结合各地商会访查本国商场习惯，并参照各国最新立法例之基础上，编成《商律草案》，共分为《商法总则》以及《公司律》二编，然未经决议颁行，清政府已随辛亥革命而垮台。新成立的中华民国政府，于民国三年一月十三日，由袁世凯以教令第52号，将上述宣统时期编订的《公司律》改称《公司条例》，予以公布，定于民国三年九月一日施行，同时正式废止前清光绪《公司律》以及《商人通例》。^①民国初年所颁行的《公司条例》，贯彻以干涉限制为主的指导思想，在当时看来与中国国情甚为相合。该条例所设定的公司形态为新的四种类型，即无限公司、两合公司、股份有限公司以及股份两合公司。与清光绪《公司律》对照而言，新的《公司条例》删去了合资有限公司以及股份公司两种形态，同时，增设了两合公司以及股份两合公司，从而在形式上更为接近大陆法系公司法的形态划分。但是，合资有限公司被删除，而股份有限公司的最低股东人数仍保持在七人以上，这一点与当时的潮流不符。

由于民国初年颁行的《公司条例》系由前清《商律草案》中的《公司律》删修而成，且未经正式立法程序，后虽经民国三年九月二十一日以及十二年三月八日加以更正，但仍未能臻于完善。民国十七年七月，工商部以商法为处理商事之重要法规，亟应着手修订，以为实施之资，特组织工商法规讨论委员会，责令编纂全部工商法规。该会成立后，以我国公司林立，需用公司法甚殷，乃准乎党纲，酌诸国情，本历年事实上之经验，拟具《公司法草案》八章，256条。该草案设公司形态为五种，在原《公司条例》之基础上，新设“分担无限公司”一种，即外国公司在我国设立

^① 谢振民编著：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第804页。以下有关民国公司法立法过程的介绍以及相关引文，皆参考或出自同一书籍，第804～814页。

的分支机构或分公司形态。中华民国立法院成立后，即于民国十八年一月，指定委员马寅初、戴修骏、卫挺生、楼桐孙、罗鼎组织商法起草委员会，编定商法。立法院议定商法体例，不采法典形式，对于工商部所曾拟定之《公司法草案》以及《商法总则》未予采用，仅留备参考。后立法院起草委员会另行议定《公司法原则草案》，共计64条，后又分别并为32条。该《公司法原则草案》成为随后中华民国首部以正式法律程序公布实施的《公司法》的基础与框架。

立法院所拟定的《公司法原则草案》中，原本删除了正在施行的《公司条例》中的股份两合公司，后经孔祥熙等审查，又在草案中恢复。此草案在公司形态上最为主要的变化是，新增设了“保证有限公司”之形态。之所以新设保证有限公司，是因为欧美近数十年来，最盛行者为一种小团体之保证有限公司，“小其团体，俾易于设立，保证责任，定股本3倍以上，并禁止招募股份与转让股份，免受外人操纵，庶有利无弊，而与吾国国情尤为相合。”但是，当该《公司法原则草案》由立法院交由商法起草委员会查照之时，认为保证有限公司系新创之制，应暂行保留，当经由院长胡汉民向中央政治会议提请核定，原提案要略谓：“查《公司法》原则案第29条至第33条关于保证有限公司之规定，本为取法于欧洲各国之小组有限公司办法，在中国公司组织中尚属创举。值兹党国一切行政司法组织均尚未臻完备，商场中之信用调查亦未举办，各股东之保证责任是否确实，若专恃行政之取缔，与司法之监督，恐一般民众利益之保障，过于粗疏，可否将《公司法》中保证有限公司一章，暂行保留？如将来仍视其设立为必要，则依照德法两国先例，另以单行法行之。”中央政治会议于第206次会议提出讨论，当决议：“《公司法原则》中关于保证有限公司一章暂行保留，由立法院另订单行法。”看来，当时对保证有限公司

的定性与渊源，还认识不准，反正自此以后，保证有限公司之立法亦从未再被提起。

在立法院拟定《公司法原则草案》以及暂予保留保证有限公司的立法提议基础上，《公司法》初步起草委员卫挺生即遵照中央决定原则，斟酌国内商情，旁考各国制度进一步草拟《公司法初稿》，提请起草委员会开会详加讨论，并邀集民法起草委员傅秉常、焦易堂、史尚宽、林杉及院外专家数人列席参加意见，自十一月下旬至十二月四日，继续开会十有余次，将初稿逐条讨论通过，正式形成《公司法草案》六章，共 234 条。这一草案终于提交立法院三读通过，除一条删去外，《公司法》经国民政府于民国十八年（1929 年）十二月二十六日全案通过，并明令定于民国二十年七月一日起施行，与《公司法》一起得到施行的，还有随后颁布的《公司法施行法》。

正式经立法程序颁布的《公司法》明文规定公司皆为法人，但在公司形态的最终设定上，仍是保留民国初年《公司条例》之四种类型，其中股份有限公司的最低股东人数或者说最低发起人数，仍为七人以上（第 87 条），而迎合中小企业具有封闭特点的所有股东皆受有限责任保护的有限责任公司，仍未被列入。但不管怎样，毕竟从民国初年的《公司条例》到民国十八年的《公司法》中，四种公司形态中除了无限公司外的剩余三种，即两合公司、股份有限公司以及股份两合公司，无不以股东有限责任为其主要法律特征，相对于清光绪《公司律》而言，民国之股东有限责任制度，显然得到了更为广泛的提倡与运用。而民国三十五年（1946 年）四月十二日，经国民政府修正公布的新的《公司法》，正式删除了股份两合公司，并终于新增设有限公司形态，其最低股东人数定为五人。

三、新中国公司企业制度的废弃与重建

1949年10月1日，中华人民共和国宣告成立，从此开启了新民主主义向社会主义转变的新篇章，通过对官僚资本的没收以及私营民族资本的社会主义改造，至1956年时，“在国民收入中，全民所有制经济的比重由19.1%上升到32.2%，集体所有制经济由1.5%上升到53.4%，公私合营经济由0.7%上升到7.3%，私营经济则由6.9%下降到0.1%以下，个体经济由71.8%下降到7.1%，前三种社会主义公有制已达到92.9%。”^①在此后20余年的历史发展中，公有制经济更是得到全面发展。随着公私合营经济于20世纪60年代中期的基本结束，随着“文化大革命”时期轻视与削弱集体所有制经济以及对个体经济的排斥，全民所有制经济被作为公有制经济的主流形态得到片面升级的发展。“据统计，1978年我国社会总产值为6846亿元，而推算当年社会总产值公有制经济达到92%，从数量上看，公有制经济的发展可谓达到登峰造极的地步”，^②其中全民所有制性质的公有经济显然占了举足轻重的分量。

在这几乎纯一色的公有制经济背后，国有企业始终是主宰的力量，以国有企业为基础，以社会主义政权为依托，中国走上了全面计划经济的发展轨道，而计划经济最为主要的特征，便是强行的指令性计划。在“一五”计划期间，“国家对企业下达的指令性生产指标即有12项：总产值、主要产品产量、新种类产品试制、重要的技术经济定额、成本降低率、成本降低额、职工总数、年底工人到达数、工资总额、平均工资、劳动生产率和利润。”^③可想而知，在如此事无巨细的指令性计划管理下，在企业金融投资、

^① 董辅初主编：《中华人民共和国经济史（上卷）》，经济科学出版社1999年版，第199页。

^② 同上，第523页。

^③ 同上，第248页。

流通、物资供应等无不依靠计划来维持的情形下,企业只是名存实亡的法律主体而已,或者说,企业只不过是政府机关的附属物。“政府俨然是一个大工厂,而企业不过是这个大工厂下的一个细琐车间、班组的生产单位,而不存在本来意义的企业。”^①适用企业的法律规范几乎是不存在的,行政性指令成为维系企业生存与发展的唯一保障,在如此大规模的公有制经济基础上,在如此强烈的计划经济控制下,在企业本身已名存实亡的环境下,现代意义上的公司企业制度根本没有立足之地,如法人人格、有限责任、股份制等从西方引进的、曾一度代表革新理念的现代公司法律制度,均事实上被废弃,被人们遗忘了。

1978年12月18日至22日召开的中国共产党十一届三中全会,把全党的工作重点转移到社会主义现代化建设上来,这为中国企业制度的法律发展创造了前提。随后,《中外合资经营企业法》于1979年7月1日由五届全国人大二次会议获得通过,这一法律既是我国对外开放的第一个正式法律文件,也是中国企业制度走上法制化的新起点,更是我国现代公司制度被废弃20余年后重建的开端。该法律规定:合营企业的形式为有限责任公司。此后,在农村家庭承包责任制有效推动农村改革的成功经验基础上,经济改革的中心转移到城市经济的改革上,而城市经济改革的焦点又落在了企业制度尤其是国有企业的改革上。从利润留成到利改税,从承包制到股份制,国有企业于20世纪80年代的改革,完成了从简单放权让利到基本独立经营、自负盈亏的法人性质的过渡。而1988年4月13日由七届全国人大一次会议通过的《全民所有制工业企业法》更是标志着国企改革的法律成果。1992年7月23日,国务院根据《全民所有制工业企业法》又进一步颁

^① 王文杰:《国有企业公司化改制之法律分析》,中国政法大学出版社1999年版,第13页,转录(一)。

布了《全民所有制工业企业转换经营机制条例》。在此基础上,为进一步推行股份制的国企改革,1992年5月15日,国家体改委联合国家计委、财政部、中国人民银行、国务院生产办公室共同发布了《股份制企业试点办法》,并单独发布了《股份有限公司规范意见》以及《有限责任公司规范意见》。1993年11月14日,中国共产党十四届三中全会通过了《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。自此,社会主义市场经济的目标得以明确树立,而“建立现代化企业制度,是发展社会化大生产和市场经济的必然要求,是我国国有企业改革的方向”。^①一个月后,1993年12月29日,在前述规范意见基础上合并修正与拟定的《公司法》,由八届全国人大常委会五次会议通过并于同日公布,1994年7月1日起施行。

在以国企改革为主线的企业制度改革中,随着对外开放步伐的加快,1986年4月12日以及1988年4月13日,由六届全国人大四次会议以及七届全国人大一次会议分别公布《外资企业法》以及《中外合作经营企业法》。而1988年6月25日,国务院还以第四号令发布《私营企业暂行条例》。围绕以上国企改革、对外开放、发展私企的法律法规,各相关部门还制定了一系列的部门规章以及地方性法规。可以说,自20世纪80年代改革开放以来,中国的企业法律制度得到了前所未有的发展,在这一系列的法规以及法律文件之中,有限责任公司作为外企以及私企皆可采用的企业形态被确认,而《公司法》更是明确创设了股份有限公司以及有限责任公司两种形态,除了主要适用于国企改革之目标外,这两种形态原则上也适用于全社会的广泛投资者。而且,有限责任公司形态中,还明确创设了仅适用于国有企业的国有独资有限

^① 摘自中国共产党十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。

公司，使得我国《公司法》中算是设立了一人有限责任公司的特殊形态。这些改革开放下所取得的法律成果，足可作为中国现代公司制度重建与复兴的标志，而《公司法》的正式颁行，更为中国现代公司制度的重建与完善打下了坚实的基础。

四、中国现行公司法之修订与相关司法解释

中国改革开放 30 余年，社会生活的方方面面皆发生了翻天覆地的变化，社会主义市场经济日益深入发展，公司企业法律制度也不断全面地走向法制化轨道。由于改革与开放本身是一个循序渐进的过程，而社会主义市场经济的建设亦是在摸索中向前发展，因而，在这循序渐进以及摸索发展的过程中，不断出台新的改革举措，不断制定新的相关法律与法规，便显然需要根据时代发展步伐，进行协调与完善。代表中国改革开放核心进程的公司法律制度，面对社会主义市场经济的不断繁荣与发展，面对加入 WTO 而与国际接轨的强大压力，面对转变政府职能、实现市场经济在资源配置中的决定性作用，对公司法不断进行修正与完善成为必然之态势。

1994 年 7 月 1 日《公司法》实施后，至今已先后进行了四次修改，分别是：1999 年 12 月 25 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》对《公司法》进行了第一次修正；2004 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》对《公司法》进行了第二次修正；2005 年 10 月 27 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议对《公司法》进行了全面修订；2013 年 12 月 28 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国海洋环境保护法〉等七部法律的决定》对《公司法》进行了第三次修正。目前，中国现行《公司法》为历经

四次修改后于2014年3月1日起重新颁布实施的《公司法》。

比较以上中国现行《公司法》的四次修改，1999年、2004年的两次修正并不具有实质影响力，2005年的修订则相对全面、相对彻底、相对具有决定性、相对影响深远，2013年的修正影响也同样巨大。1999年的修改，主要是就国有独资公司设立监事会以及高新技术股份有限公司上市这两个问题作了两条修订；2004年的修改，则仅仅是删除了原《公司法》第131条第2款关于“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”的规定；因此，这两次《公司法》的修改，仅仅属于个别条文的变更，所以说并不具有实质意义。之所以说2005年的修订相对具有决定性，这不仅是因为这一次修订涉及的《公司法》条文广泛，原《公司法》230余个条文有近210个条文被修改、删除，或调整至《证券法》之中；而且更为主要的是，2005年的《公司法》修订较为充分地贯彻了降低公司设立门槛、尊重股东与公司意思自治、正确适用股东有限责任、完善相关公司诉讼等多重现代公司法的价值与理念，因而，使得这次修改后的中国公司法，与各国现代公司法比较而言，并不逊色。2005年的《公司法》修订，事实上也获得了国内外公司法专家学者的广泛关注，引起了世界各国对于中国公司法制度研究的兴趣与热潮。随着转变政府职能的改革需要，2013年《公司法》再次进行了修正，这次虽然仅仅修改了12个条款，但将公司注册资本实缴登记制改为认缴登记制、取消公司注册资本最低限额、取消注册资本验资制度、将公司年检制度改为备案制度、简化登记事项和登记文件等等，均对中国公司法制度构成实质而重大的影响，对激发全社会投资热情、促进社会广泛投资乃至公司数量猛增等，均有重大、积极而深远的意义。当然，对于2013年《公司法》修正，国内不少公司法学者也表示了深刻的忧虑与担心，主要是《公司法》彻底降低公司

设立门槛后，即所谓一个自然人、凭一元注册资本即可设立具有法人人格的公司，这是否会造成大量毫无意义与价值、甚至带有欺骗的空壳公司泛滥，以致公司欺诈横行、冲击市场乃至社会诚信体系。应当说，这样的担忧不无道理，尤其在相关公司诚信制度建设尚未到位情形下，在公司各相关信息公开尚缺乏制度化保障前提下，在信用约束与惩戒机制尚不健全情形下，彻底降低公司设立门槛所引发的任何担忧，均值得人们关注与警醒。

伴随着现行《公司法》的实施与修订，现实之中公司的数量也不断攀升，再加上市场经济的日益深入与活跃，市场交易的频繁进行，大量纠纷诉至法院，其中需要适用《公司法》处理的纠纷案件数量更是不断上升，司法实践中对于如何正确适用公司法律制度提出了迫切需求。为此，最高人民法院在广泛调研基础上，先后出台了四部关于《公司法》的司法解释：第一部，2006年3月27日，最高人民法院审判委员会第1382次会议通过的法释〔2006〕3号《公司法解释（一）》，主要是规范2005年《公司法》修订后，相关案件适用修订前或修订后《公司法》处理的前后衔接问题。第二部，2008年5月5日，最高人民法院审判委员会第1447次会议通过的法释〔2008〕6号《公司法解释（二）》，主要是规范公司解散与清算如何处理的问题。第三部，2010年12月6日，最高人民法院审判委员会第1504次会议通过的法释〔2011〕3号《公司法解释（三）》，主要是规范公司设立过程中问题、股东出资责任问题、股东资格确认问题等。在此之后，根据2013年12月28日全国人大作出的关于修改《公司法》的决定，2014年2月17日，最高人民法院审判委员会第1607次会议通过了法释〔2014〕2号《最高人民法院关于修改关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定的决定》，就以上三部公司法司法解释调整相关序号及个别条款内容修改后重新进行了公布。第四部，2016年12

月5日，最高人民法院审判委员会第1702次会议原则通过了法释〔2017〕16号《公司法解释（四）》，经过一段时间修改，实际于2017年8月25日公布，并自2017年9月1日起施行。其内容显然要更加广泛，其中主要是为涉及公司决议效力、股权转让、股东知情权、股东利润分配权、股东派生诉讼等纠纷案件的处理提供司法解释依据。人们有理由相信，随着《公司法》的不断完善，随着关于公司法司法解释的不断制定，中国公司法律制度将日渐成熟，中国公司法律在不断与世界公司法律制度接轨的同时，亦必将形成独具中国特色的、符合中国国情的、确保有效实施的完善制度体系！

凡例

一、法律、法规、规章和规范性文件名称中的“中华人民共和国”一律省略。例如，《中华人民共和国民法通则》简称为《民法通则》。

二、本书基本案情、审理要览中叙述法律、法规、规章和规范性文件时如无特别注明均为裁判时有有效的法律规范，裁判解析中叙述法律、法规、规章和规范性文件时除特别注明外为现行有效的法律规范。

三、对于本书以下出现较多的司法解释，使用缩略语：

1.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（一）》，简称为《公司法解释（一）》。

2.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》，简称为《公司法解释（二）》。

3.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》，简称为《公司法解释（三）》。

4.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》，简称为《公司法解释（四）》。

5.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》，简称为《合同法解释（一）》。

6.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》，简称为《合同法解释（二）》。

7.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》，简称为《担保法解释》。

8.《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》，简称为《民通意见》。

9.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》，简称为《民事诉讼法解释》。

10.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》，简称为《民事诉讼法意见》。

11.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》，简称为《婚姻法解释（一）》。

12.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》，简称为《婚姻法解释（二）》。

13.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》，简称为《婚姻法解释（三）》。

14.《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，简称为《民事诉讼证据规定》。

15.《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》，简称为《外商投资企业纠纷解释（一）》。

16.《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》，简称为《拍卖、变卖财产规定》。

17.《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》，简称为《执行工作规定》。

18.《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，简称为《民间借贷规定》。

目 录

第二版序	虞政平 (1)
原版序一	沈德咏 (4)
原版序二	江 平 (6)
公司法理论与实务研究的鸿篇巨著 (原版述评)	赵旭东 (8)
公司制度之历史演变与发展进程 (原版代前言)	虞政平 (11)
中国公司企业制度之历史变迁 (第二版代前言)	虞政平 (25)
一、公司设立与公司权能	(1)
二、公司人格与揭开面纱	(207)
三、公司资本与股票	(347)
四、股东资格与股东权利	(595)
五、股权转让	(927)
六、公司决议与高管职责	(1235)
七、公司并购	(1455)
八、公司解散与清算	(1565)
九、公司诉讼之执行	(1679)
十、公司中犯罪	(1791)
参考文献资料	(1861)
附录	(1871)
原版后记	(1926)



目
录

CONTENTS

第二版序·····	虞政平 (1)
原版序一·····	沈德咏 (4)
原版序二·····	江 平 (6)
公司法理论与实务研究的鸿篇巨著 (原版述评)·····	赵旭东 (8)
公司制度之历史演变与发展进程 (原版代前言)·····	虞政平 (11)
中国公司企业制度之历史变迁 (第二版代前言)·····	虞政平 (25)

上 册

一、公司设立与公司权能

1. 公司设立协议之法律效力·····	(2)
2. 公司发起人为设立公司对外所签合同之责任·····	(8)
3. 公司发起人主体身份之认定·····	(19)
4. 公司设立费用及其损失之认定与分摊·····	(28)
5. 法院是否享有变更公司章程条款之权力·····	(43)

6. 公司章程关于公章使用约束条款之约束力	(51)
7. 公司名称商号权之法律维护	(64)
8. 工商行政部门是否享有变更企业名称之权力	(71)
9. 公司网络域名争执案件之处理	(78)
10. 公司名誉权之法律维护	(87)
11. 公司财产权之法律维护	(93)
12. 公司经营权之法律维护	(99)
13. 公司经营范围对合同效力之影响	(106)
14. 公司印章与证照返还纠纷之裁处	(117)
15. 股东诉公司董事会违反投资比例之限制规定	(126)
16. 公司可否为其股东之对外债务提供担保	(135)
17. 未经公司决议之对外担保效力如何	(147)
18. 公司企业之间相互借贷原则上应为有效	(157)
19. 以对方公司出资瑕疵为由主张解除双方合同	(170)
20. 公司法定代表人越权行为之对外效力	(176)
21. 公司应否对法定代表人之犯罪行为承担民事责任	(185)
22. 公司应尽之社会责任	(196)

二、公司人格与揭穿面纱

23. 企业法人资格之认定标准	(208)
24. 夫妻公司人格之法律认定	(227)
25. 戴红帽子企业产权界定之法律标准	(233)
26. 处理企业产权归属之司法考量	(244)
27. 公司与独资企业之法律区分	(258)
28. 分公司之间纠纷之法律性质	(267)
29. 挂靠纠纷案件之处理	(274)
30. 究竟是隶属分公司还是挂靠经营关系	(283)

31. 承包合同纠纷案件之处理 (298)
32. 股东意思与公司意思之法律区分 (305)
33. 揭穿公司面纱之一般理解与把握 (311)
34. 是否应当逆向揭穿公司人格之面纱 (334)

三、公司资本与股票

35. 公司诉股东补足出资 (348)
36. 公司诉请股东补足出资意愿的司法判断 (356)
37. 股东向公司主张返还其投资款项 (363)
38. 股东诉股东履行出资责任 (369)
39. 新老股东之连带出资补足责任 (376)
40. 债权人诉股东补足出资之程序要求 (384)
41. 增资不实股东对公司旧债应否承担责任 (397)
42. 公司注册资本是否到位之法律认定 (405)
43. 抽逃资本之法律认定 (412)
44. 虚假验资责任的司法把握 (422)
45. 资产评估结果可否作为入资到位之衡量标准 (431)
46. 有限责任公司未能设立时之入资款处理 (439)
47. 公司形态转换过程中的发起人责任 (445)
48. 认股人诉发起人退还认股资金 (454)
49. 投资总额超过注册资本额度资金之法律性质 (462)
50. 股东之间代垫出资之法律性质与认定 (467)
51. 公司为股东之入资提供担保 (472)
52. 以入股为名之有偿集资 (478)
53. 挂名股东请求返还投资款项 (483)
54. 隐名投资可否退还 (491)
55. 企业合法投资行为与转移财产逃废债务之区分 (497)

56. 股权出资与抽逃出资之区分	(504)
57. 股权投资与借贷之法律区分	(510)
58. 债转股现象及其法律效力	(516)
59. 诉请确认债转股无效并追偿债权或入股资金	(525)
60. 虚假增资情形下股东应否承担出资责任之考量	(531)
61. 认股权证之法律性质	(544)
62. 股票转让价格确定之原则	(551)
63. 场外交易股票之法律效力	(557)
64. 股票委托买卖是否造成损失之认定	(563)
65. 婚前股票婚后增值部分是否属于夫妻共同财产	(569)
66. 明股实债之法律判断及其法律风险	(573)
67. 出资行为履行地对公司诉讼管辖之影响	(588)



四、股东资格与股东权利

68. 入股书能否作为股东资格之证明依据	(596)
69. 工商登记是否实质影响股东资格之确认	(607)
70. 股东资格的反向确认	(627)
71. 股东资格确认纠纷之级别管辖	(632)
72. 股东除名之一般理解与把握	(639)
73. 小股东开除大股东之可能及其法律要件	(648)
74. 股东大会决议等可否作为股权确认之依据	(658)
75. 有限公司隐名投资者可否诉请显名	(664)
76. 中外合资企业中隐名股东资格之确认	(677)
77. 上市公司股权代持之法律风险	(684)
78. 规避公司上市监管的股权代持协议是否有效	(696)

79. 保险行业隐名持股纠纷之处理	(719)
80. 股东资格之继承	(735)
81. 公司收益分配及股权继承与遗产继承之关系	(743)
82. 股份合作制职工股东退休后其股东身份是否随之消灭	(749)
83. 股东自立遗嘱转让公司财产与经营权之效力	(754)
84. 股东知情权的法律衡量	(758)
85. 股东知情权应向谁主张行使	(769)
86. 股东诉请法院指定检查人审计公司应否支持	(773)
87. 未出资股东之股权行使应否受到限制	(779)
88. 未出资股东是否享有知情权	(786)
89. 股东出资不实对其表决权可否限制	(790)
90. 隐名股东能否对外代表公司主张债权	(798)
91. 股东可否诉请确认公司对外所签合同为无效	(802)
92. 股东诉请公司分配利润的前提条件	(810)
93. 股东获得盈余分配之现实条件及比例标准	(819)
94. 可否依公司年度利润分配决议诉请给付利润	(827)
95. 诉请分配利润是否应受诉讼时效之限制	(832)
96. 股利分配权之转让	(838)
97. 股东之间约定保底分红条款之法律效力	(845)
98. 不得以非法出资主张利益分配请求权	(851)
99. 隐名股东对公司剩余财产之分配权利	(863)
100. 公司增资扩股情形下股东优先认购权之行使	(867)
101. 诉请公司回购股份权之认定	(883)
102. 股东代表诉讼前置程序之判定	(896)
103. 股东代表诉讼模式之具体把握	(903)
104. 前股东是否有资格主张其曾为股东期间之权益	(909)
105. 对赌协议之效力与履行	(918)

五、股权转让

- 106. 股权转让协议之法律形式 (928)
- 107. 名义更换对股权转让协议效力影响之评判 (936)
- 108. 工商行政部门对股权变更登记审查之法律责任 (945)
- 109. 未经证监会批准是否对股权变更产生效力影响 (954)
- 110. 能否以欺诈为由对抗已经完成之股权变更登记 (965)
- 111. 以重大误解为由诉请撤销股权转让协议 (974)
- 112. 股权转让无效之法律后果 (980)
- 113. 公司为股东之间的股权转让提供担保 (987)
- 114. 股东优先购买权成就与否的法律衡量 (999)
- 115. 股东优先购买权的行使应以主张购买为前提 (1011)
- 116. 法院不能主动以优先购买权审查股权转让协议之效力 (1019)
- 117. 股权拍卖成交与否之法律衡量 (1026)
- 118. 国有股权转让的前置审批条件 (1033)
- 119. 国有股权转让是否获得审批之衡量标准 (1043)
- 120. 外资股权转让须报经审批的理解与把握 (1065)
- 121. 发起人股权转让之限制 (1074)
- 122. 内部职工股转让之限制 (1081)
- 123. 公司章程对股权转让限制的效力判定 (1087)
- 124. 空股股权转让引发之法律问题 (1096)
- 125. 引发一人公司后果之股权转让效力 (1104)
- 126. 显名人转让隐名股权所获溢价之处理 (1112)
- 127. 名义股东之间转让股权是否需要支付对价 (1121)
- 128. 冒名股权转让效力之审查 (1127)
- 129. 夫妻一方对另一方转让股权之异议 (1134)
- 130. 股权转让价格之确定方法 (1142)

131. 股东诉请公司回购股份之理由判定 (1148)
132. 股权受让人对受让前公司债务之法律责任 (1156)
133. 公司职工退回职工股之效力认定 (1168)
134. 农村股份合作制企业之股权可否遗赠 (1174)
135. 有限责任公司股份质押合同效力之审查 (1180)
136. 股权让与担保之效力及其对股权行使之影响 (1187)
137. 以股权转让为名收购项目公司土地协议之效力 (1204)
138. 一股二卖情形下股权归属于先买者还是登记者 (1219)
139. 股权转让协议之履行地及其司法管辖 (1228)

下 册

六、公司决议与高管职责

140. 大股东虚构决议效力之判定 (1236)
141. 股东诉股东主张公司股东会决议无效 (1248)
142. 公司决议程序瑕疵的判定与忽视 (1255)
143. 股东会多数票之计算方法 (1263)
144. 资本多数决原则与股东会决议效力之关系 (1269)
145. 关于处置公司重大资产之决议效力把握 (1276)
146. 法人股东之代表资格对公司决议效力之影响 (1293)
147. 召集程序对董事会决议效力之影响 (1302)
148. 股东会限缩自身职权之章程修改决议是否有效 (1308)
149. 诉请召开临时股东大会之权利 (1314)
150. 董事长因未能召集临时股东会而成为被告 (1320)
151. 股东诉公司增补董事违法 (1325)
152. 经理诉公司主张董事会决议无效 (1334)
153. 累积投票制对董事选举效力之影响 (1341)

- 154. 股东状告上市公司董事监事不履行法定职责 (1349)
- 155. 公司对其董事行为之法律责任 (1354)
- 156. 公司诉请董事赔偿损失 (1363)
- 157. 董事长应否对执行董事会决议造成之损失承担责任 (1372)
- 158. 公司法定代表人免职生效时间之界定 (1379)
- 159. 公司关联交易行为之认定与处理 (1399)
- 160. 限制董事自我交易义务之衡量标准 (1412)
- 161. 竞业禁止义务之法律界定 (1421)
- 162. 经理报酬之支付标准 (1429)
- 163. 执行董事是否享有解除总经理职务之权力 (1434)
- 164. 上市公司虚假陈述之民事责任 (1441)

七、公司并购

- 165. “宝万之争”引发的公司并购及其阻扰之思考 (1456)
- 166. 公司形态转换与债务承继之法律认定 (1465)
- 167. 新设合并公司对原有企业债务之法律责任 (1472)
- 168. 企业兼并无效后原所承接之债务如何处理 (1479)
- 169. 国企改革中遗漏之债权应如何处理 (1486)
- 170. 出售企业之债权可否向企业改制后之股权受让人追偿 (1492)
- 171. 诉请终止履行企业兼并协议 (1502)
- 172. 股权协议收购之签署及其履行 (1509)
- 173. 要约收购股权之法律效力确认 (1518)
- 174. 公司分立行为和公司投资行为之法律区分 (1525)
- 175. 公司分立过程中的违约之诉应列谁为当事人 (1531)
- 176. 仲裁条款是否因公司合并而失去效力 (1537)
- 177. 个人独资企业投资人变更后之债务承担 (1543)
- 178. VIE 结构引发纠纷之认定与处理 (1550)

八、公司解散与清算

- 179. 股东以受压制为由诉请解散公司 (1566)
- 180. 公司因僵局而解散之司法认定 (1573)
- 181. 调解在公司解散诉讼中之价值 (1581)
- 182. 吊销营业执照之法律效力 (1586)
- 183. 不服行政解散公司之诉 (1595)
- 184. 判决终止合作经营合同能否等同于解散合作企业 (1602)
- 185. 未出资股东是否享有参与公司清算之权利 (1607)
- 186. 公司吊销执照后股东可否请求法院指定成立清算组 (1618)
- 187. 公司被撤销登记后股东可否诉请清算公司 (1624)
- 188. 股东未尽清算义务之法律责任 (1630)
- 189. 股东全部死亡时其继承人是否负有清理公司之责 (1642)
- 190. 公司解散过程中股东剩余财产分配请求权之转让 (1646)
- 191. 解散中之公司可否对外提供担保 (1653)
- 192. 清算过程中回收债权之性质及其处理 (1658)
- 193. 公司注销前约定债务由股东承担是否属于债务转移 (1662)
- 194. 公司被注销后其股东是否有权追讨公司遗留债权 (1668)
- 195. 公司复活经营后之责任承担 (1675)

九、公司诉讼之执行

- 196. 以申请执行人设立瑕疵为由不履行裁判确认之债权 (1680)
- 197. 执行程序中人格否认之认定与处理 (1687)
- 198. 能否执行被执行人隐名持有的全资子公司之财产 (1696)

- 199. 债权人可以对代持股权强制执行 (1702)
- 200. 被执行企业无财产可供执行能否追加开办单位责任 (1711)
- 201. 追加执行被执行人享有到期债权的第三人之开办单位 (1719)
- 202. 出资不实股东转让股权后应否追加受让人为被执行主体 (1727)
- 203. 查封冻结执行股权是否仅以工商登记为依据 (1733)
- 204. 公证质押股权与登记质押股权执行效力之比较 (1741)
- 205. 涉外股权质押未经登记质押权人是否有优先受偿权 (1748)
- 206. 发起人持有之股份在限制转让期内可否被执行 (1757)
- 207. 上市公司发起人股份质押及其红利抵债协议之效力 (1763)
- 208. 强制执行股东股份以充抵其所欠公司债务 (1771)
- 209. 公司未经清算被注销股东是否当然成为被执行主体 (1778)
- 210. 公司经营权作为司法执行之标的 (1784)

十、公司中犯罪

- 211. 公司企业所有制对罪名成立与否之影响 (1792)
 - 212. 工商变更登记日对其工作人员犯罪性质之影响 (1798)
 - 213. 如何认识国企改制中之国家工作人员 (1803)
 - 214. 虚报注册资本罪之法律认定 (1811)
 - 215. 抽逃出资罪之法律认定 (1819)
 - 216. 把国有公司资金借给他人注册登记如何定性 (1829)
 - 217. 利用职务便利侵占股东股权行为之定性 (1836)
 - 218. 公司法定代表人签发空头支票拖欠贷款行为之定性 (1843)
 - 219. 故意销毁会计凭证罪之认定 (1850)
 - 220. 违规披露、不披露重要信息罪之认定 (1855)
- 参考文献资料 (1861)

附 录

- 一、中华人民共和国公司法……………(1872)
- 二、最高人民法院关于修改关于适用《中华人民共和国公司法》
若干问题的规定的决定
(法释〔2014〕2号)……………(1907)
- 三、最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干
问题的规定(一)
(法释〔2006〕3号)……………(1909)
- 四、最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干
问题的规定(二)
(法释〔2008〕6号)……………(1910)
- 五、最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干
问题的规定(三)
(法释〔2011〕3号)……………(1915)
- 六、最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干
问题的规定(四)
(法释〔2017〕16号)……………(1921)
- 原版后记……………(1926)



公司设立与公司权能

早期各国公司设立皆采取特许方式，并非如现代公司可以自由注册即获得法人资格。公司作为法人之权利能力与行为能力，也是随着市场经济之自由以及开放之程度而不断得以拓展，以至于现代公司几乎可以从事一切合法之营业，包括对外签约、对外转投资、对外借贷、对外担保等等，早期公司越权理论与规则已逐渐为人们所淡忘。公司拥有完整之财产权利与经营权利，公司拥有代表其身份与特征之名称权甚至网络域名权、商号权、印章使用权等。公司可以按照股东意愿设计章程条款，设定符合自身特点之治理结构与机制，以最大限度地保障股东自由与公司意思自治。尽管现代各国公司法律对于公司设立总体条件逐渐宽松，但公司设立瑕疵依然难以避免，而公司设立过程之中也同样会发生必要之交易，类似因公司设立而引发之诸多问题若不加以妥善应对，则对公司运行乃至市场经济秩序亦必将产生不良之影响。

1

公司设立协议之法律效力

【关注焦点】

在公司设立后，公司股东之间围绕公司设立协议仍然可能产生各类相关权益纠纷。本案所要关注的是，公司设立协议之法律性质及其地位究竟如何？公司设立协议是否随着公司之设立即当然失去法律效力？公司存续期间之股东可否以公司设立协议为依据主张相关权益？

【基本案情】

原告：某香港股份有限公司

被告：某风景名胜区管委会

第三人：乙索道有限公司

案外人：甲索道有限公司

原、被告皆为案外人甲公司的股东，被告同时还是第三人乙公司的股东。1995年3月，原、被告签订《关于在某风景区架建旅游缆车的合同书》。该合同书约定：双方合资成立甲公司，负责在风景区投资架建并经营一条空中旅游缆车；在该风景区范围内，不再建第二条缆车或索道线路。同年4月，原、被告在前份合同基础上，又签订一份《补充合同》，主要约定内容为：在风景区范围内，若确需建第二条旅游索道时，原告方有优先建设权。同年9月，原告以持有股份83%的比例与被告合资组建甲索道公司，该公司经外经贸部门以及工商部门审查批准，依法成立。次年9月，由甲公司负责兴建的第一条索道竣工并投入运营。就在甲公司兴建第一条索道期间，1996年7月，被告又与海南、金华等六家单位共同签订了《关于筹建乙索道公司的协

议书》，约定共同组建乙公司来投资兴建同一风景区第二条索道。同年7月，乙公司依法注册成立，并开始就同一风景区范围内第二条索道的选线、设计及施工等进行积极的投资。由于该第二条索道的选址及建设冲击到甲公司已建索道的利益，同时与原、被告之间签订的合同内容发生冲突，从而引起纠纷，后虽经政府有关部门多次协调均未解决。

2001年2月，原告以其享有同一风景区新建索道的优先建设权为由，向人民法院提起诉讼。原告的诉讼请求为：（1）请求确认其与被告签订的前后两份关于组建甲索道公司之合同书合法有效，判令被告继续履行；（2）请求确认被告与海南、金华等六家单位签订的关于组建乙索道公司的协议，侵犯了其合法权益，属无效协议。诉讼中，乙公司申请以第三人身份参加诉讼，并认为：原、被告合同中关于索道建设优先权的内容约定，不仅违反了《反不正当竞争法》第7条的规定，未办理法律规定的批准手续，系未生效的合同，不具有法律约束力；且其合同约定随着甲索道有限公司的设立为该公司章程所替代，设立协议之效力已终结。被告一方面承认其与原告所签两份合同的客观真实性，并基本同意乙公司主张，但另一方面又认为，合同中关于索道建设优先权的特定条款的法律效力应待法院予以认定。

【审理要览】

一审法院认为：原、被告所签两份合同系双方真实意思表示，其中关于索道优先建设权内容的约定，并不违反《反不正当竞争法》的有关规定，且原、被告两份合同项下的权利义务，双方已大部分实际履行。同时，被告在已向原告承诺并赋予原告索道优先建设权的情形下，又与他人签订协议另行组建公司并兴建第二条索道，显然侵犯了原告已取得的合法权益。而且，原、被告之间所签设立甲索道有限公司的协议，并不因甲索道有限公司的设立而即终止，对于公司章程未加列入的内容对双方依然有约束力。据此判决如下：一、原、被告所签两份合同合法有效，双方应继续履行；二、被告与乙公司股东签订的《关于筹建乙索道公司的协议书》无效，被告、第三人乙公司应终止履行。

二审法院认为：原、被告合同中有关索道优先建设权的条款是原告出于保护其投资收益和减少投资风险而对被告履行义务的特别约定，该约定不仅被告能够遵守而且也不会对可能预见的第三人造成损害，因此，该约定不构成《反不正当竞争法》规定的排除或限制同行竞争行为，也不能作为民事行为无效或可撤销的事由，该条款具有法律效力，且其效力及于双方合资组建的甲公司的

经营期限内以及被告行政辖区下的风景区范围内，被告违反该项约定，原告有权在其违约情况下依法维护自己的合同权益，据此作出维持原判的终审判决。

【裁判解析】

本案除了涉案公司是否具有不正当竞争之考量外，最主要争议焦点在于公司设立协议之法律效力该如何把握。对于公司设立协议与公司章程之关系，其中内容约定之效力、期限、适用对象等该如何把握，是司法实践中需要加以明确之问题。本案之中，原、被告双方签订关于甲索道公司之合同书及相关补充协议，当完成甲索道公司投资组建后，被告又另与他人签订关于组建乙索道公司之协议书，而这份关于组建乙公司之设立协议，违反了被告当初与原告于甲索道公司设立协议中之相关约定，后签订的乙公司设立协议能否生效？或是否应当受到之前设立协议之效力影响？

一、公司设立协议之主要法律特征。公司设立协议，又称发起人协议，是在公司设立过程中，由发起人订立的关于公司设立事项之协议。根据我国法律规定，中外合资与合作企业签订之协议或合同性质属于公司设立协议外，对于其他类型之公司设立，我国公司法并没有将公司设立协议规定为设立公司必备之法律文件。

公司设立协议，是由设立公司之全体发起人共同订立，作用在于确定所设公司之基本性质与结构，约定公司设立过程之法律关系与法律行为，协调发起人之间的关系及权利义务。对于公司设立协议之形式与内容，由于我国法律没有强制规定，所以设立协议为非要式法律文件，协议内容与形式并无统一要求，口头或书面皆可，只要签订协议之当事人能够达成一致，设立协议即可成立并生效。这种协议订立之特点，更多体现了当事人之意志与要求，符合公司组建过程当中当事人之自愿性，也顺应我国公司法制定中关于公司组建中人合性之基本要求。

《德国公司法》中，将此类协议定义为债法上之合同，因为，其中约定内容使发起人作为或不作为一定之行为，故应当受到债法方面之约束，又因为其对象调整的是发起人，因而也只在发起人之间具有法律约束力。^①《美国统一有限责任公司法》第 103 条则规定：有限责任公司的所有成员均可订立一

^① [德] 格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，法律出版社 2010 年版，第 79 页。

份经营协议，该类协议并非必须采用书面形式，其目的为规制公司事务、公司商业之执行及公司成员、经理和公司之间的关系；在该类经营协议无另行规定之情形下，适用于处理成员、经理及公司之间的关系。^①《英国公司法》则是将公司设立协议称作“公司备忘录（memorandum）”，在公司注册时必须作为必备条件与公司章程共同提交，所以对其内容就有了硬性规定，要求包括公司名称、住址、目的、资本条款、组建条款等外部事务。欧盟公司法则将其称作“成立文件”，规定其内容至少需包括：公司种类、名称及如果公司没有组建完成，对于第三方、相关人、发起人等之责任承担。

从以上类似规定可以归纳出，公司设立协议之基础是建立在发起人之间设立公司之目的之上，属于共同达成关于组建公司事项之民事合同，所以公司设立过程中发起人之间、发起人与认股人之间发生之争议属于民事争议。当发生争议时，可以凭双方间之协议，对其以合同法规范加以适用，以相关民事法律按照民事诉讼程序予以解决。

二、公司设立协议之效力期限。对于公司设立协议之效力期间，在学界与司法界尚存在许多争议，各国立法也有所不同。公司设立协议之效力是否随着公司之设立即行终止，或可视为被设立后公司之章程所替代？

我国有些学者认为，公司设立协议之订立目的就是为了公司之成立，所以存续期间必然是从公司设立行为之开始，到设立过程之终止，公司之成立即意味着设立协议因履行而终止。^②当公司成立后，公司设立人转为公司股东，他们之间的权利义务关系则应由公司章程予以调整。但这种观点会造成，当公司设立协议与公司章程规定之部分事项不同产生纠纷时应以哪份文件为准的问题。并且公司成立时，设立协议可能已全部履行，但也可能是部分履行，像设立协议当中若约定关于公司成立之后之法律事项，例如公司合并、分立、解散、清算等事项之约定尚不可能履行，要是随着公司设立即直接整体归于无效，似又过于牵强。

由设立协议本身之产生过程而言，它真实地表达了发起人之间关于组建公司之一致意思，这应毫无疑问。但公司章程之订立同样也是为了运作公司而产生之文件，而且还是法定文件，两者如此目标上的高度一致，内容上必然也会有许多重复之处。实践之中，在订有设立协议之场合，往往也是以设立协议为基础制订公司章程，设立协议之基本内容通常皆为公司章程所吸收，

① 虞政平编译：《美国公司法规精选》，商务印书馆 2004 年版，第 175 页。

② 赵旭东主编：《公司法学（第二版）》，高等教育出版社 2006 年版，第 171 页。

两者即便有修改，也都真实地表达了发起人之间对于公司组建事项的一致意见，才能写到协议或是章程之中。但是，当然也有设立协议与章程并不一致的情形出现，所以，设立协议事实上也并不必然能够为公司章程完全取代，除非两者内容完全一致。

因此，应当认为，公司设立协议之效力，只要在不违反相关法律法规及公司章程之前提下，公司之成立并不必然导致公司设立协议效力之终止，除非设立协议当中明确约定当公司成立即失效或是其他失效之可能性，否则在公司持续过程中，设立协议应当继续有效，并继续约束签署协议之各方遵守设立协议之中所曾约定之任何事项。

三、公司设立协议之适用标准。如上文所述，公司成立以后，设立协议的效力并不必然终止。那么，当设立协议与公司章程均有效存在之情形下，当公司设立协议内容未纳入公司章程条款之情形时，即当两者之间存在内容不一致甚至冲突时，应以何为准？一般认为，要视具体情形而定，即要区分对内与对外两种情形。所谓对内，即属于协议各方之间的争议时，应以协议为准；所谓对外，即协议以外之主体因信赖公司章程而与公司发生交易时，协议股东不得以股东间之设立协议来对抗与公司交易之外部第三人。对此，《美国统一有限责任公司法》之相关规定可资借鉴。

按照《美国统一有限责任公司法》（简称 ULLCA）之规定，与公司章程相并列的是，还特设了经营协议（operating agreement）制度，以此允许公司成员之间通过订立无须备案注册的协议方式，来进一步规范公司事务之执行，以及成员或经理和公司相互之间的关系。这为美国有限责任公司的投资与经营主体留出了充分的自由协商经营模式的空间，从而使得美国有限责任公司的现实经营模式可以更加的灵活多样。ULLCA 第 203 条 c 款就经营协议与公司章程不一致或者说产生冲突之问题，按照内外关系之区分规定了以下解决原则：首先，就内部关系而言，即在公司经理、成员及成员的受让人相互之间的关系上，经营协议应优先适用；其次，就外部关系而言，即对经理、成员及他们的受让人以外的、因合理信赖公司组织章程而受到损失者，应优先适用公司章程。中国的《中外合资经营企业法》以及《中外合作经营企业法》，由于一方面同时规定了经营协议以及公司章程制度，另一方面又没有规定两者发生冲突时的解决原则，致使现实经济生活中，因两者发生冲突而引发的合资、合作以及与第三人的交易纠纷，常常处于无所适从的状态。这无疑增加了纠纷处理的难处，而其他大量有限公司与股份公司之类似纠纷处理亦莫不如此。

至于设立协议中与公司章程内容一致的条款，其效力随协议内容被章程

吸收，而转化为公司章程效力时，条文内容直接以公司章程约束各方。设立协议中有其他一些公司章程并未涉及之内容，除有特别约定外，公司成立后，这些条款将视为公司章程内容之补充，在各发起人之间应继续有效，约束签订设立协议之各方。而设立协议中与公司章程内容直接相冲突之条款，因其内容被公司章程所更改而效力终止，在此情形下一般适用公司章程应无疑问。但对与公司章程内容相冲突，各设立人之间有特别约定条款的，在各协议人之间亦可继续适用，只是不得约束公司以及非设立协议之签署人。而且，在此还应特别强调的是，任何公司设立协议仅只是各协议人之间订立之协议，所以，只对签订该协议之设立人具有约束力，对其他人如公司设立之后加入之新股东、公司董事高管等则并无约束力。

必须指出，股东或投资者之间的关系与利益冲突，在公司成立之前，一般由发起人协议调整，而在公司成立之后，则一般应由公司章程与公司法调整。公司设立过程中发起人之间关系属于合同关系，在公司成立后，这种关系即转变为法定关系，属于组织法上的关系，股东享有什么权利、承担什么义务以及违反义务时应承担什么责任等，均不再是股东完全可以自由约定的，而必须服从公司法律之强制性规定，所以在设立协议与公司章程之适用上，应特别予以区分与注意。

另外，对于设立协议是否有效之审查，除上文判断与公司章程之关系外，回归到其订立之核心，关键还是以《合同法》等条款进行实质审查，决定其是否有效。像本案在明确设立协议效力期限以及对签订设立协议各方依然有效之前提下，再依据《反不正当竞争法》审查所谓索道优先建设权协议条款之法律效力，这是完全正确的。

四、关于本案之简要评析。本案一审法院认为，原、被告之间所签设立甲索道有限公司之协议，并不因甲索道有限公司之设立而即终止，尤其是未被公司章程加入的内容对协议双方依然有约束力。这一方面确认了公司设立协议之有效期限可以延续至公司成立之后，另一方面又确认了公司章程未吸纳之设立协议条款依然对协议签署人有约束力，或者说对于公司设立协议之签署人而言，设立协议条款更应获得优先之遵循，无论其内容是否为公司章程所吸纳。正因原、被告之间设立协议应当有效并应获得遵循（这是本案裁判最为可取之处），而被告在明知情形下又与他人签署损害原告利益或违背原签协议之协议，因而属于损害他人利益之再签约行为，故认定后续所签协议为无效。严格来说，法院未进一步查明或阐述与被告再行签约之第三人是否存在主观过错，或是否为善意第三人，这是本案裁判不足之处。

公司发起人为设立公司 对外所签合同之责任

【关注焦点】

公司设立过程中，股东为新设公司之利益对外签订合同，由此产生之法律责任，原则上将随着新公司是否设立而产生不同之影响；同时，亦有必要认真考查股东对外所签合同之具体内容，以便因案作出公正裁决。

【基本案情】

抗诉机关：中华人民共和国最高人民检察院

申诉人（一审被告、二审上诉人）：甲集团（有限公司）

被申诉人（一审原告、二审被上诉人）：丙设计公司

一审被告：乙公司

1994年6月28日，甲集团有限公司与乙公司订立《甲商务酒店组建协议》。约定：商务酒店注册股本金为人民币200万元，乙公司投入134万元（占67%股份），甲集团投入66万元（占33%股份）；乙公司负责组织筹划酒店的设计、改建、装修和报批手续，并负责酒店日常经营管理，甲集团除投入股本金66万元，再负责筹集酒店改建、装修及运转所需的部分资金，数额为300万元，期限一年，其余建设项目所需资金由乙公司筹集解决。同日，乙公司与丙设计公司签订建筑安装工程承包合同，约定：丙设计公司承包商务酒店的改建装修工程，工程造价暂定600万元，在丙设计公司提出决算书之日起30日内核实总价款并付清工程款。同年8月17日，乙公司与丙设计公司书面商定：酒店空调系统、电梯等设备由丙设计公司垫付资金。同

年10月12日，乙公司与丙设计公司又签订补充协议约定新增4个工程项目。1995年2月18日，商务酒店装修完工并验收交付使用。丙设计公司于1995年5月10日将决算书送达乙公司。

1994年11月1日，乙公司与甲集团订立股权转让协议，乙公司将17%股权转让给甲集团，甲集团支付股权转让金34万元和咨询费96万元。1995年4月21日，乙公司与甲集团又订立商务酒店股份转让合同，约定：乙公司将原拥有的50%股份全部转让甲集团，甲集团支付转让费100万元并承担酒店所有债权债务。1995年7月24日，丙设计与甲集团订立借款协议，约定：甲集团借款50万元给丙设计公司，不附带利息，可以冲抵工程款。甲集团后汇入丙设计公司50万元。

至1995年3月7日，乙公司共支付丙设计公司工程款360万元，余款未付。丙设计公司分别向乙公司、甲集团索要剩余工程款，双方互相推诿，丙设计公司遂向法院提起诉讼，要求乙公司和甲集团给付剩余工程款。

一审审理期间，法院委托某建筑经济管理处就商务酒店装修工程进行造价鉴定，鉴定造价7120563元，丙设计公司垫资773394元。

【审理要览】

以上看似并不复杂之案情，却使本案经由四级人民法院审理并引发最高人民检察院提出抗诉，而各级人民法院作出的裁判亦均不相同。

基层人民法院一审判决是：一、甲集团付给丙设计公司工程款3520563元；二、甲集团付给丙设计公司工程款利息475276元（自1995年6月15日至1995年11月30日止）；三、甲集团应付丙设计公司设计费5万元；四、甲集团应付丙设计公司设备垫资管理费154678.80元；五、上述四项合计，甲集团应付给丙设计公司4200517.80元，此款于本判决生效后10日内付清。甲集团不服一审判决，提起上诉。

中级人民法院二审判决为：一、撤销一审民事判决；二、甲集团应支付丙设计公司商务酒店建筑安装工程拖欠款2747169元；三、甲集团应支付给丙设计公司工程款违约金共24150.70元（自1995年6月10日至1996年5月10日止）；四、甲集团应支付给丙设计公司设备垫资款及利息计928072.80元；五、丙设计公司在1996年5月10日前一次性归还甲集团借款50万元；六、上述应付款项折抵后，甲集团应付给丙设计公司人民币3199392.5元，该款于1996年5月10日前一次性付清。

终审判决发生法律效力后，甲集团以其与乙公司签订的关于商务酒店全部股权转让协议已自动失效为由向省高级人民法院提出再审申请，省高级人民法院于1996年12月20日裁定对本案提审。

再审审理中另查明：1995年4月21日，乙公司与甲集团签订商务酒店股份转让合同。该合同除约定乙公司将拥有的50%股份全部转让给甲集团外，同时，约定双方交接结果以协议形式确定，这些协议作为合同的附件，具有同等的法律效力。同日，甲集团与某建业贸易公司签订商务大厦股份转让合同。次日，乙公司、某建业贸易公司、甲集团三方签订还款冲账协议，约定：三方还款数相冲后，甲集团尚欠乙公司、某建业贸易公司人民币135万元，于1995年4月29日前支付完毕；如不能按期付款，上述两个股份转让合同自动失效。后该还款冲账协议未履行。

高级人民法院再审审理认为：乙公司与丙设计公司签订的建筑安装工程承包合同合法有效。乙公司与甲集团就商务酒店50%股权转让合同及附件未按约履行，转让合同自动失效，乙公司、甲集团仍各控有商务酒店的50%股权，商务酒店的改建装修工程款依法应由两方共同承担偿付并互负连带责任；原判认定事实有误，适用法律不当，甲集团的再审申请理由成立，应予支持。遂作出再审民事判决：一、撤销某中级人民法院二审民事判决和某基层人民法院一审民事判决；二、乙公司、甲集团共同偿付丙设计公司工程款2747169元和设备垫付款773394元；三、乙公司、甲集团共同支付丙设计公司逾期付款违约金1161785.79元；四、乙公司、甲集团对上述款项互负连带责任；五、丙设计公司归还甲集团借款人民币50万元；六、上述款项均于本判决送达之日起一个月内付清。甲集团不服省高级人民法院再审民事判决，向最高人民检察院申诉。

最高人民检察院提起抗诉称：再审判决在适用法律方面存在错误，表现在：（1）乙公司与甲集团签订的转让50%股权的合同并未履行，转让合同包括商务酒店债权债务的转让条款自动失效。因此，建筑安装工程承包合同主体并未变更，应为乙公司和丙设计公司。再审判定建筑安装工程承包合同有效，但判决合同当事人之外的甲集团直接承担合同约定付款的连带责任，没有法律依据。（2）甲集团两次受让商务酒店共计50%的股权，其应支付的股权转让金100万元已实际到位。甲集团参加商务酒店联营并成为股东，其对作为独立法人的商务酒店所负的财产责任，应是以出资额为限的有限责任。在其出资额到位的情况下，再审判决以“乙公司与甲集团各控有商务酒店50%股权”为由，判令甲集团与乙公司共同偿付丙设计公司工程款，并互负

连带责任，适用法律错误。最高人民法院于2002年8月29日作出民事裁定，决定对本案提审。

最高人民法院再审理认为：乙公司与丙设计公司签订的建筑安装工程承包合同合法有效。丙设计公司依约完成了工程任务，其要求给付工程余款的主张应予支持。乙公司是建筑安装工程承包合同的签约主体，负有付给丙设计公司工程款的义务。鉴于乙公司对外签订合同，是基于其与甲集团于1994年6月28日签订的《甲商务酒店股份转让及股东变更的协议》所达成的合意，且乙公司与甲集团于1995年4月21日签订的商务酒店股份转让合同未实际履行，乙公司与甲集团仍各控有商务酒店50%的股权，因此，给付丙设计公司工程余款的义务，应由乙公司与甲集团在各自控股比例内分担。原审判令乙公司和甲集团共同偿付丙设计公司工程余款正确，但判令双方互负连带责任不当，应予纠正。丙设计公司向甲集团借款50万元，应予归还。遂于2003年8月作出判决如下：一、维持某省高级人民法院再审判决主文第一项、第二项、第三项、第五项；二、变更某省高级人民法院再审判决主文第四项为：乙公司、甲集团对于应给付丙设计公司款项各承担50%的责任。三、变更某省高级人民法院再审判决主文第六项为：各方当事人应自本院判决生效之日起30日内履行给付义务，逾期履行加倍支付迟延履行期间的债务利息。

【裁判解析】

本案之争议焦点在于：公司设立过程中发起人对外以自己名义签订合同之责任应由谁来承担，是由设立中之公司承担，或是直接判定由发起人个人承担责任，或是应由设立后之公司承担？由于本案判决作出时，《公司法》尚未修订，相关司法解释尚未出台，关于设立中公司可能遇到的法律问题尚缺乏明确法律依据，正是在这样的背景下，使得本案看似并不复杂之案情，却先后经历了四级人民法院之审理，并引发最高人民检察院之抗诉，而各审判判决似乎也总未涉及本案之实质法律问题，甚至似乎总是处于摇摆不定之中。

一、设立中公司之法律性质。公司设立，是一系列法律行为之总称，是指发起人依《公司法》规定在公司成立之前，以组建公司为目的，一系列目标在于取得公司主体资格之活动。各国公司立法当中都对其有初步规定，包括设立条件、设立步骤、法律效果等，只有当设立过程与公司本身都满足法律规范时，公司方能成立并正式取得法人主体资格。因此，就每一公司之设

立而言，实际均有一个过程，只是因为公司形态之差别，因为公司设立条件与程序之不同，因为每个公司设立过程中自身安排之节奏差异等，使得每一公司之设立过程有长有短。有些公司设立可能一日内即可全部完成，而有些公司设立则可能要经历较为漫长之时间，几个月、半年、一年甚至更长时间均有可能。如仅就我国有限公司与股份公司比较而言，因为股份公司之设立条件要严于有限公司，所以股份公司之设立过程显然要长于有限公司。但不管怎样，从拟设立公司到公司正式合法设立，均有一个存续之过程，而这一等待设立且正在组建中之公司，即被通常称之为“设立中公司”。与此相对应，已经获得合法注册之公司，则被称之为“设立后公司”。

就设立中公司之法律地位而言，我国法律并未对其作出明确规定。德国法将设立中公司之法律地位界定为无权利能力之社团。如《德国民法典》第54条规定：“无权利能力之社会团体使用关于合伙的规定，以这种社团名义对第三人所谓之法律行为，由行为人个人负责；如行为人有数人时，全体行为人视为连带债务人。”《德国股份公司法》第41条规定：“在商业登记簿登记注册前以公司名义进行商业活动者，由个人承担责任；如果是几个人进行商业活动，他们则作为总债务人来承担责任。”这种法律规定，实际是将设立中公司列为公民、法人之外的第三主体范畴“其他组织”，发起人视为设立中公司之业务执行机关与代表人。从法理基础上来看，设立中公司具有更接近于合伙之特点，将公司全体发起人视作合伙人，设立中公司之对内对外法律关系，也同样可以援引民法中之合伙关系进行处理。

其实，设立中公司犹如孕育中的胎儿，亦可谓“胎儿公司”。如果设立中公司满足公司设立之条件并获准注册，那么胎儿公司即实际过渡转化为正式公司，由此设立中公司与设立后公司实际属于同一法律主体。也正是基于这样的自然过渡与衔接，设立中公司之主体人格与设立后公司之主体人格当然具有同一性，这无疑应当成为把握设立中公司对内对外一切法律关系之基石。也正是基于这样的定位，也许设立中公司实际又不同于一般之合伙，并不能仅仅以合伙关系来对待，除非其设立不能时，为了处理设立过程引发之利益纷争，才有必要比照合伙进行处理；当然，设立中公司亦更非毫无权利能力与行为能力之社团。这也就是说，设立中公司实际确是一种具有特殊性质之团体，即所谓一种独立之组织形态，或可称为过渡性社团。如此主张的理由是：“合伙或者无权利能力之社团是力图达到持续性之目的，即终局性目的，与此相反，设立中公司本身并不具有终局性之目的，其仅仅是一个过渡到这个终局性组织形态过程中的法律现象。因此，设立中公司除了没有法人格