

朱锦清 著

公司法

修订本

*Company
Law*

清华大学出版社



朱锦清 著

公司法

修订本

清华大学出版社
北京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签，无标签者不得销售。
版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

公司法学 / 朱锦清著. — 修订本. — 北京: 清华大学出版社, 2019

ISBN 978-7-302-52709-1

I. ①公… II. ①朱… III. ①公司法—法的理论—中国—教材 IV. ①D922.291.911

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第063144号

责任编辑: 刘晶
封面设计: 汉风唐韵
责任校对: 宋玉莲
责任印制: 沈露

出版发行: 清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦A座 邮 编: 100084

社总机: 010-62770175 邮 购: 010-62786544

投稿与读者服务: 010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈: 010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者: 三河市铭诚印务有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 185mm×260mm 印 张: 59.5 字 数: 1300千字

版 次: 2017年9月第1版 2019年5月第2版 印 次: 2019年5月第1次印刷

定 价: 198.00元

产品编号: 082079-01

第一版序言

中国法学的落后集中反映在教材上。^①内容空洞无物、语言枯燥乏味的法学教材耽误了一代又一代的莘莘学子，浪费了他们的时间和精力，扼杀了他们的兴趣和热情。本来，教材的编写要以现有的科研成果为基础，从中系统地吸收养料。可是学风浮夸，制度低效，法学界尤甚。发表出来的所谓成果和论文大都是无用的学术垃圾。教材的编写者们即使是巧妇也难为无米之炊。教材上不去，年轻一代的基础打不扎实，科研就没有后劲，反过来又制约教材质量的提高。要突破这个恶性循环的局面，写出与国际接轨的教材来，必须跳出学术界，^②向两个方面寻求素材：第一是实践部门，主要是我国法院的判例以及工商、税务等部门的实务；第二是国外的判例、规则和学术讨论。除此之外别无他路。本书正是在这两个方向上努力的，希望做出一个样子，供以后写教材的人模仿和借鉴。

我在近两年的教学过程中阅读了大量国内案例，对比现行的教材，感觉我们的法院已经远远地走在了学术界和高校法学教材的前头。很多学术界争论不清的问题，法官们在审判实践中其实早已经给出了明确的答案。如果我们的教材能够系统地吸收国内诸多判例所反映的审判规则，我国的法学教育必定能够向前迈进一大步。这是一条多快好省的捷径，因为它没有外语和外国法知识的限制。

当然，更进一步的工作还要向国外学习，汲取法制发达国家的成功经验。本书引用的国外资料以美国为主。美国是当今世界头号经济强国，也是公司法最发达的国家。它的法制十分稳定：很多规则数十年甚至上百年不变。翻开美国法学院的教科书可以发现，几十年前的判例比比皆是，因为它们至今仍然是有效的法律。这种情况与我国规则多变的现实截然不同。我们的多变有两个原因。第一是改革的需要，经济发展了，社会进步了，客观情况改变了，规则当然也要改变。第二，恐怕也是更为重要的，是无知和不成熟，不知道规则应该怎样写、怎样改，摸着石头过河，走一步看一步，一会儿这样，一会儿又那样。这种情况在公司法、证券法等技术性较强的领域内尤为突出。

稳定的法制使得美国能够在一两百年的时间内不断地积累和完善解决各种问题的法律规则。一代又一代优秀法官写下了大量具有里程碑意义的判例，其中所蕴含的智慧并不专属于一个国家，而是人类共同的精神财富。它们在公平处理商事纠纷、提高经济效率的实践中摸索出来的经验是普遍适用的。我在阅读美国判例时经常感到，它

^① 就目前形势判断，如果我们能够在二三十个常用单行法领域内各写出一本达到或者接近国际先进水平的法学教材来，中国法学整体上与国际接轨便指日可待。可惜我们举倾国之力也还做不到这一点，尽管我们有那么多的长江学者、杰出人才、领军人才、百千万人才、每隔三四年评一批的十大中青年法学家等。因为虽然光环耀眼、名号显赫，可是有几个人能够在他自己的领域内写出一本像样的教材来呢？

^② 如果把中国法律人分为三组：律师、政府实务部门（包括立法、司法、执法）和学术界，则律师最强，政府部门次之，学术界稍弱。

们所确立的很多规则和对争议的处理方法,几乎可以不经改造而直接为我们所用。大凡在商事法律领域内,各国之间的共性和相同点居多,受特殊国情和文化的影响而产生的差异很小。商品经济具有共同的规律。做生意都要赚钱、都要赢利。商人之间、公司内部各利益主体之间的关系和矛盾都是一样的,并不会因为国情的差异而不同。发达国家在经济发展过程中遇到的问题,我们也会遇到;在他们那里出现的种种现象,在我们这里也会出现。二者经常呈现出惊人的相似,好像我们的商人熟知他们的历史,在刻意模仿他们似的。^①

我1998年秋首次执教公司法,使用的是江平主编的《新编公司法教程》^②;以后又读到赵旭东主编的《公司法》,感觉它在内容上比江编教材充实了许多,不过那时候我早已不教商法^③课了。2011年冬教研室安排我从次年春起再教商法,我决定改用公司法教材,花了一个多月的时间挑选,最终选定了施天涛的《公司法论》。我觉得无论从内容还是体例上看,它都是当时国内最好的公司法教材,尽管书中有些问题讲得不够清楚和透彻。

由于使用施天涛的书能够讲课,加上我个性懒散,在当今的体制下写作积极性又不高,所以本来并没有出书的计划。但是每一届我教过的学生都希望我能够将讲课的材料出版成书;2013年夏清华大学出版社的刘晶编辑又打来电话约稿,认为国内现在还没有一本真正与国际接轨的公司法教材,希望我做这项工作,言辞十分恳切。我最终答应了她的请求。

本书通过浅显的文字说明,配以具体案例,对董事的注意义务和忠诚义务、派生诉讼、征集投票代理权等国内的难点问题和制度空白作了清楚的讲解,对刺穿公司面纱的具体标准进行了深入的研究,对有限责任公司和上市公司的不同特点作了比较,诸如此类的内容在国内应该都是全新的。书中对公司财务的概括和讲解不但比国内同类书籍充实和具体,而且比美国的法学教材也要清晰系统得多。^④所以我期望本书成为一本与国际先进水平全面接轨的公司法教材,也期望通过本书的出版将我国公司法的教学、研究和审判水平普遍地提高一个档次。

作为大学本科的公司法教材,本书内容较多,教师在教学过程中可以选择部分章节和案例让学生精读,而将其余内容当作课外泛读材料,不作硬性要求。

本书得以在今天出版,除了学生的推动和刘晶编辑的约稿之外,首先要感谢我的两个妹妹朱秀婉、朱萍和妹夫张补中。他们替我照顾年迈的父母,使我有较多的时间花在学术上。其次要感谢我的妻子周燕敏律师。像对我之前的两本书一样,她一如既往地替

^① 我的《证券法学》第一章第五节中举了一些这样的例子,可供参考。北京大学出版社2004年3月第1版;2011年8月第3版,2016年12月第5次印刷。

^② 那时候,我还为开设证券法课程选过教材,阅读了当时已经出版的五六本证券法书。相比之下,感觉这本公司法教材在内容上经过适当调整和补充之后还勉强能用,而那些证券法教材则不能用。这就是我之所以马动手写作证券法教材,而将公司法教材一直拖了下来的原因。

^③ 我们学校从2000年开始就将公司法作为商法课程的一部分来讲解,不再单独开设公司法课程。这是不合理的。

^④ 我曾在北京大学专修过“工业企业会计”,又在耶鲁大学修了“公司财务报告和评估”。

我校阅了全部书稿，提出了很多中肯的意见。最后还要感谢浙江工商大学法学院知识产权专业 2012 级和 2013 级这两个班的本科学生，他们以考试作业的形式为我收集了很多有用的案例；他们的班长孙静和学习委员邢璐、丁绮三位同学，在我部分书稿的试用过程中做了大量的配合工作。

最后，欢迎各位读者对书中的缺点和错误提出批评和纠正的意见。我的通信地址是杭州市文二路 162 号一单元 402 室，邮编 310012。

朱锦清

2016 年 12 月于浙江工商大学

修订版序

本书平装本自 2017 年 9 月出版以来，受到市场尤其是执业律师和青年学生的热烈欢迎。^①清华大学出版社应读者要求，决定出此精装本，并要我对全书进行修订。

修订内容包括：(1) 将 2018 年全国人大常委会对《公司法》的修改以及 2017 年和 2019 年最高人民法院对公司法所做的第四次和第五次解释融入书中；(2) 增补了近 30 个 2016—2018 年的国内案例和 1 个国外案例；(3) 纠正了书中存在的一些错误和错字。总共改写或增补了 5 万多字，涉及书中大约 70 个页面上的 90 多处内容。

刘晨、汪卓然等读者对本次修订提出过具体的改正意见。这些意见已经全部采纳并且融进了这个修订本。我借此对这些读者表示由衷的感谢，并欢迎大家提出更多的意见。

朱锦清

2019 年 4 月 29 日于杭州

^① 在本书出版之前，浙江大学出版社曾于 2014 年 3 月出版过我的《公司法前沿问题研究》一书，随即售罄。许多读者至今还在求索该书。其实，那只是一本过渡性教材，内容体系也不齐全；而本书作为大学本科的正式教材已经囊括该书全部内容。特此说明。



目录

第一章 公司与公司法	1
第一节 什么是公司	1
一、公司简介	1
二、定义讨论	5
第二节 公司的起源	6
第三节 公司的分类	13
第四节 公司法概述	18
一、公司法的定义	18
二、公司法的内容	19
三、公司法的性质和归类	20
第二章 公司证券	22
第一节 股票	23
第二节 债券	27
第三节 股票衍生物	31
第三章 公司会计	35
第一节 财会报表	35
一、资产负债表	35
二、损益表	40
三、现金流量表	42
第二节 赢利分析	45
一、资产回报率	45
二、普通股回报率	50
三、普通股每股赢利	52
四、总结	53
第三节 风险分析	54
一、短期风险	54
二、长期风险	57

三、总结	58
第四章 公司资本研究	60
第一节 取消最低资本限额	60
第二节 不同资本制度的比较	66
第三节 股东出资的形式	68
一、法定出资形式	68
二、对禁止的讨论	73
第四节 出资不足的补足责任	77
一、简单不足	77
二、溢价发行中的不足	82
三、不足价股份的转让后果	83
第五节 资产评估中的问题	88
第六节 资本结构中债与股的关系	92
第七节 先买权与份额稀释	94
第五章 设立公司	115
第一节 企业的选择	115
一、税收待遇比较	115
二、有限责任比较	117
三、转让自由比较	118
四、设立费用与手续麻烦比较	119
五、企业存续、筹资、利润分配等方面的便利比较	121
第二节 设立公司的实体条件	121
一、股东符合法定人数	121
二、注册资本	125
三、制定公司章程	126
四、有公司名称和组织机构	133
五、有公司住所	135
第三节 设立公司的具体手续	136
一、申请名称预先核准	137
二、申请设立公司	137
第四节 成立公司的政策取向和其他问题	139
第五节 发起人之间的协议	140
第六节 股份的认购	142
第七节 发起人对外签订的合同	143

第八节 发起人与公司	149
一、发起人对外签订的合同	150
二、设立费用	151
三、发起人自身对公司的投资	151
第九节 事实公司与禁反公司	153
第六章 有限责任与刺穿公司面纱	159
第一节 有限责任的确立	159
第二节 有限责任的优点	160
第三节 有限责任的否定——刺穿公司面纱及其“3+1”标准	162
一、刺穿公司面纱的三个必要条件	164
二、刺穿公司面纱的两类案情	165
第四节 合同案子中刺穿公司面纱	180
第五节 企业整体责任规则	185
第六节 我国司法实践中的刺穿面纱案例	188
第七节 倒刺穿	208
第八节 刺穿面纱的特殊情形：股东债权降级——深石规则	213
第九节 刺穿公司面纱的利与弊讨论	218
第七章 经营范围	221
第一节 经营范围和权力限制	221
一、经营范围紧箍咒	221
二、隐含权力与明文限制	226
第二节 英美经验借鉴——公司的目的和权力	241
第三节 概念小议——经营范围、能力、目的和权力	246
第四节 公司的行为能力与侵权犯罪能力	247
第八章 公司组织机构与经营管理权的分配	249
第一节 法定代表人	250
第二节 董事会	262
一、组成	262
二、权限	265
三、开会做决议	265
四、通知和会议有效人数	266
五、召集和主持	269
六、会议记录	270

七、董事会委员会	270
第三节 监事会	271
一、组成	271
二、召集和开会	271
三、权限	271
第四节 股东会	274
一、权限	274
二、开会	274
三、召集	284
四、通知	285
五、有效数	290
六、投票	291
七、决议无效、不成立或可撤销	294
第五节 机构之间的权力冲突	297
第九章 我国公司实践中的股权纠纷	312
第一节 隐名股东与挂名股东	312
第二节 冒名、代签、代理	332
第三节 多种多样的股权纠纷	343
第四节 公司法以外的法律法规对股权归属的影响	364
第十章 股东查阅权	375
第一节 中国查阅权案例研究	375
一、查阅范围	376
二、查阅会计账簿的前置程序	380
三、查阅目的	385
四、查阅权与股东资格	392
第二节 美国查阅权案例比较	396
第十一章 有限责任公司的特点	417
第一节 公司内部的压迫和排挤	418
第二节 股东协议	444
第三节 制度设计与纠纷控制	471
一、股东关系的设计	472
二、僵局的化解	475
三、限制股份转让	478

第十二章 上市公司的特点	482
第一节 公开义务	483
一、市场经济的基本哲学	483
二、证券的特殊性	483
三、强制公开	484
第二节 投票代理与股东民主	492
第三节 要约收购	511
第四节 经营管理中的其他特点	513
一、金字塔式的管理结构与赢利中心	513
二、公司总部和 CEO	514
三、高管报酬	515
四、上市公司中股东、董事会、经理层三者关系	520
五、机构投资者	521
六、独立董事的独立性增强	522
第十三章 公司的合并与分立	525
第一节 公司合并	525
一、简单合并	526
二、换股	527
三、股份换资产	528
四、三角合并	530
五、合并之后的财会处理	531
六、税收政策	533
七、合并中异议股东权利的保护	534
八、上市公司中的评估权	548
九、对债权人的保护	550
十、国内合并案例赏析	552
第二节 公司分立	561
一、公司分立简介	561
二、国内分立案例赏析	564
第十四章 董事和公司高管的注意义务	579
第一节 注意义务概述	580
第二节 监督义务	583
第三节 知情义务	599
第四节 注意义务在中国	627

第十五章 董事和公司高管的忠诚义务	636
第一节 自我交易	636
第二节 公司机会	663
第三节 董事和公司高管的报酬	671
第四节 同业竞争	679
第十六章 控股股东的信托义务	687
第一节 自我交易	688
第二节 合并	693
一、合并程序探究	694
二、公平标准的适用	701
三、简易合并	709
四、目的、价格、救济及其他	711
第三节 出售控股板块	713
一、控制权的价值及其合法性标准	714
二、出售控股板块时的信托义务	722
第十七章 股东派生诉讼	742
第一节 派生诉讼的鉴别	744
第二节 政策考虑	751
第三节 起诉资格	755
一、原告的代表能力	755
二、股东与债权人	757
三、持股数量和费用保证金	759
四、同时所有权	761
五、持续持有	766
第四节 公司内部程序——诉前请求和特别诉讼委员会	767
一、诉前请求	767
二、特别诉讼委员会	784
三、《美国商事公司法范本》的办法	794
第五节 和解	798
第六节 律师	801
一、原告律师费	801
二、集体诉讼中原告律师的选择	802
三、被告律师的角色——能否双重代理	804
第七节 被告费用的报销和保险	806

一、报销	807
二、保险	810
第八节 我国对派生诉讼的规定	811
第十八章 争夺上市公司控制权	815
第一节 争夺投票代理权	817
一、规则和概述	817
二、诉讼	819
三、费用	821
第二节 要约收购	827
一、概述	827
二、相关法律规定	835
三、交售要约词汇	838
四、诉讼	843
第三节 目标经理层的防御	848
一、经典案例	849
二、防御措施小议	862
第四节 当公司需要出售时	870
第五节 关于交售要约的政策讨论	886
一、股价	889
二、股市效率	890
三、赢利能力研究	891
四、其他证据	892
五、进一步的中性评论	893
第十九章 公司的解散与清算	894
第一节 解散	894
一、按章程规定解散	894
二、股东决议解散	896
三、僵局解散	897
第二节 清算	918
一、不清算的责任	920
二、不通知债权人的责任	928
三、特殊清算案例鉴赏	931
参考文献	936

* 第一章 *

公司与公司法

公司法是调整和规范公司的法律；公司是公司法规范的对象。要学习公司法，首先要对公司和公司法有一个基本的了解。

第一节 什么是公司

一、公司简介

公司是企业的组织形式，具有法人资格。所谓企业，自然是做生意的，为了赚钱。^①传统的分类大致将企业分为个人独资、合伙、公司三大类。作为企业，它们都以营利为目的。但是公司具有法人资格，其他两类企业都没有法人资格。^②所谓法人资格，是指公司是法律拟制的人，具有不同于其组成成员的独立的民事主体资格，具体表现在两个方面：一方面，它可以像一个自然人那样用自己的名义去开设银行账户，去订立合同做生意，去起诉和应诉；另一方面，当它资不抵债而破产倒闭的时候，它以自身的财产独立地承担责任，而不累及它的组成成员——股东。股东除了失去自己对公司的投资之外，不必对公司的债务负责。因为公司与股东个人属于不同的民事主体，公司归公司，个人归个人。这就是所谓的有限责任。这里的有限，具体指股东对公司债务的责任仅限于他对公司的投资，而不累及他的其他财产，所以是有限的而不是无限的。而在其他两类企业中，个人独资企业的投资者和合伙企业的合伙人都对企业债务负无限责任，即当企业财产不足以清偿债务时，还要拿个体投资者或者合伙人家里的财产去偿债。

发起创立公司的人叫**发起人**。发起人一般都出钱出物对公司进行投资。凡是出资创建公司的人都是公司的**初始股东**。公司就是由股东组成的，只有股东才是公司的成员，雇员（包括高级管理人员）不是公司的成员。**股东**以入股方式向公司投资，是公司的所

① 我国习惯上称组织为单位，并将单位分为事业单位和企业单位两大类。事业单位是非营利性的；企业单位是营利性的。

② 法人的本义是指法律拟制的人，与自然人相对而言。从这个意义上说，凡是法律承认具有民事主体资格的组织都是法人。所以在德国民法典上，不但有限公司，而且无限公司、两合公司等都是法人。同理，我国的合伙、个体工商户、农户等也都可以被看作法人。法人与有限责任是两个不同的概念；有限责任仅仅加强了法人的独立性，即使之更加独立于其组成成员。但是，我国《民法通则》和《民法总则》都没有采用法人的本义，而是规定法人的成员必定承担有限责任。这么一来，我国法学界就逐渐地将法人和有限责任这两个概念混同使用，即法人必定是有限责任，有限责任也必定是法人。正文此处所说的法人资格，也是在这种混同的意义上使用的。

有权人。初始股东一般按照对公司投入多少分别占有公司所有权的不同份额。为了计算方便，公司的所有权常常被分成等额股份，股份是公司所有权份额的最小单位。一个公司的股份多少根据实际需要来决定，几股、几十股、几百股乃至几亿股都可以。例如，将一个公司的所有权分为8股，那么拥有1股的人就占了公司所有权的1/8；拥有2股的人则占了1/4。如果将公司所有权分为1亿股，那么拥有1股的人仅占了公司所有权的一亿分之一；拥有200万股的人则占了2%。可见每个股东所占公司所有权的份额都可以用股份来计算，但是这个份额的大小则不光取决于股东所持股份的多少（正比例关系：股份越多份额越大），而且取决于公司已发行股份总数的多少（反比例关系：总数越大份额越小）。

当场练习：股东投入100万元人民币创立一个公司，并将公司所有权分为1万股，每股价值为几元？投入1万元的人会拥有几股？他的股份占公司所有权的百分之几呢？^①

为了证明股东拥有股份，公司一般都向股东颁发股票。颁发股票也称**发行股票**，等于是公司将股票卖给投资者。股票是证明股东身份和持股数量的实物凭证。传统的股票都取纸面形式，随着信息化时代的到来，都进行电子化操作，将股票的信息存储在电脑里，股东通过持卡、设置密码等手段持有股份。不过，纸面形式依然广泛存在于那些股份尚未上市流通的公司里。股票的票面上除了公司盖章和公司负责人代表公司签名之外，还会写明股份的数量。数量的多少取决于股东对公司投资的多少。股票的票面上可以写上股东的姓名，也可以不写。写了股东姓名的股票叫作**记名股票**；不写股东姓名的股票叫作**无记名股票**。

股份可以流通，即可以转手买卖。^②传统的买卖方式是一手交钱，一手交货（股票）。无记名股票在出售或赠与时直接交付即可，像人民币一样，谁拿了就是谁的；记名股票的转让则需要背书加交付，即股东在交付给买方之前先在股票的背面书写并署名以表示转让的意思。第三人通过受让公司已发行的股份可以成为公司新的股东。公司除了成立时的初次发行之外，成立之后在经营的过程中还可以再次发行股份。第三人通过购买这些新发行的股份也可以成为新的股东。不过，由于公司具有独立于其组成成员的主体资格，所以股东的变动甚至死亡都不影响公司的存在。^③从理论上说，公司可以永久存在。

股东按持有股份的多少行使权利，每股股份的权利平等，不分新旧或先后。由于一个公司可以有許多股东，每个股东可能只拥有公司的一小部分股份，单个股东不能代替全体股东说话，所以股东只能一起开会通过投票表决做决定。股东会是股东行使权利的机构。股东在股东会上投票时不是一人一票，而是一股一票，按照持有股份的数量投票。

① 100万元/1万股=100元/股。1万元/100元/股=100股。100股/1万股=1%。

② 证券交易所就是买卖上市公司股份的固定场所，像农贸市场是购买蔬菜水果等农产品的固定场所一样。

③ 除非全体股东死亡而又没有继承人，但是这种情形实际上不大有。

这条规则叫作**资本多数决**。

公司是由**董事会**管理的。董事会由**董事**组成，董事人数从三五个到十几个不等，^①由公司根据自己的需要确定。像股东会一样，董事会通过开会投票做决定。董事投票一人一票，与股东按所持股份的多少投票不同。董事由股东会选举产生。不同的股东可能因为利害关系的不同而选举不同的董事。一般说来，董事由哪个股东选举，就会在董事会上代表那个股东说话。因为股东是按照持有股份的多少投票的，所以一个股东持有的股份越多，他的投票权就越大，能选举的董事也就越多。如果一个股东持有的股份数额足够多，能够选举董事会半数以上的董事，他就是**控股股东**。控股股东通过他所选举的多数董事对公司事务形成控制权。

董事会开会由**董事长**召集。董事长往往是公司的法定代表人。虽然董事会开会一人一票，但是在我国的实践中，董事长的权力和影响往往很大，远远超过其他董事。

既然公司是股东的，股东为什么要选举董事去管理公司，通过董事来控制公司，而不是自己直接去控制和掌管公司呢？这是因为股东有钱投资，却不一定有能力经营管理公司；董事有能力经营管理公司，却不一定有钱。当股东没有经商的能力或者不愿意亲自经商的时候，就需要选举董事去管理公司。由于这种情形的广泛存在，所以公司采用了**股东会和董事会**并存的组织结构：由股东会选举董事，由董事会管理公司。股东选董事，除了信得过之外，主要就是看董事的经营管理能力。股东会和董事会并存的组织结构一方面将社会财富和经商能力有效地组合到了一起，形成新的生产力；另一方面也造成了公司所有权和经营权分离的局面，产生了监督董事的需要和监督成本。当然，如果股东自己会经营管理也愿意管理，就可以选自己为董事，甚至担任董事长，亲自控制和管理公司。这时候，公司的所有权和经营权是合一的而不是分离的。不过，能够这样做的股东只能是拥有控股地位的大股东。对于非控股的小股东来说，由于他无力控制公司，因而所有权和经营权永远是分离的。

由于在公司这种企业形式中所有权可以与经营权分离，那些有经营管理才能的人即使自己没有资本也可以经营管理大企业（只要股东雇用他们），这在客观上造就了一大批专业性的企业管理人才，形成了一个独立的管理阶层。在美国，这种管理者阶层已经形成，有经理市场。一个经理当得好，别的公司的董事会就会想方设法地将他挖过去，经理们跳槽是常有的事；经理当得不好，企业破产了，他的劳动力价值就会贬值。在中国，这样的阶层也正在形成。职业经理层的出现使企业管理越来越成为专门的科学。商学院里的**MBA (Master of Business Administration)**就是在这样的背景下形成的专门研究企业管理的专业学科。

股东除了选举董事之外还通过制定**公司章程**来体现自己的意志、规范公司的运作、约束董事的行为。章程在公司的自治文件中具有最高的效力。公司内部任何违背章程的决议或规定都是无效的。最初的章程很像初始股东（特别是发起人）之间的合同。因为

^① 我国《公司法》规定有限责任公司的董事会有3~13人（第44条，参见第50条），股份有限公司的董事会有5~19人（第108条）。

股东之间可能会有利害冲突, 这些冲突如何协调和解决就会写在章程里。作为一个股东之间的多边合同, 它对全体股东有约束力。但是章程并非仅仅约束股东的行为, 股东制定章程也决非仅仅为了协调相互之间的利害冲突。作为股东集体意志的体现, 章程还约束董事和其他高级管理人员以及普通雇员的行为, 使公司按照股东的意志规范运作。从这个意义上说, 章程是公司的组织法, 就像宪法是国家的组织法一样。

除了章程之外, 公司还可以制定内部管理的规章制度, 称为公司规章。规章不得违反章程或与章程有抵触, 效力也低于章程。章程在工商局^①登记, 对外公开, 一般写得简洁。规章是公司的内部文件, 往往写得十分详尽。

董事会可以自己经营公司, 也可以根据需要在下面设置经理负责公司的日常事务。随着公司规模扩大, 在总经理下面还可以再设置部门经理。要不要设经理, 设多少个经理, 每个经理的权限范围和他们之间的相互关系都由董事会划定。公司的其他重要职务如会计师、财务主管等也都由董事会聘任或者解聘。总之, 公司内部设置什么样的组织机构都是由董事会决定的。董事会也可以授权经理决定某些职位较低的机构的设置。

根据《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)的规定, 公司除了股东会和董事会之外, 还有监事会。监事会由监事组成。监事大多也是股东会选举出来的, 少数由职工代表大会选举(第51条、117条)。监事会的职责是监督董事会。^②

公司赚了钱, 有了利润, 可以分配给股东, 叫作分红。分给股东的钱物叫作红利(dividends)。红利一般取现金形式, 但是也有其他形式, 例如, 股份^③、购股权^④、实物等。实物分红的情形极少。国外还有有用价证券分红的, 称为红券(scrip dividends), 主要是本票, 这实质上是推迟了的现金红利。分红与否、分红多少的决定都由董事会做出。

公司也可以不分红而将利润留在公司里继续发展, 称为留利。留利会使股票增值。例如, 股东初始投资1000万元, 换取100万股, 每股10元; 运作一年后赢利300万元, 100万元分红, 200万元留利, 每股股份除了得到1元的红利之外, 其价格还从10元上升到12元, 有2元的增值。^⑤

^① 全称“工商行政管理局”。按照中共十八大提出的大部制要求, 以后工商局将并入市场监督管理局。从2014年开始, 全国各省市纷纷试点成立市场监督管理局, 负责处理违反工商行政管理、质量技术监督、知识产权保护、食品安全监管、价格监督检查法律、法规、规章的行为。最终, 国家工商总局、国家质检总局、食品药品监督管理局食品监管部分、国务院食品安全办公室、商务部市场秩序管理、反垄断职能都会合并组建到国家市场监督管理总局。与此同时, 要撤销工商总局、质检总局、国务院食品安全办公室。但是由于这项改革还处在试点阶段, 目前还没有确切的完成时间表, 所以本书中对于公司的登记机关仍然沿用工商局的称呼。

^② 20世纪90年代, 公司法颁布伊始, 公司制度建立之初, 我国学界和民间都曾流行“新三会”“老三会”的说法。前者指新的公司制度下的股东会、董事会、监事会; 后者指原先的国有企业中的党委会、职代会、工会。

^③ 就是公司再发行一些股份赠送给股东, 称为红股。由于红股是按现有股东的持股比例发放的, 所以实际上等于没有分红, 因为它不改变股东所持股份的总价值。1997年湖北兴化发放红股后, 国家税务总局对此征收了900万元个人所得税。作者曾经专门撰文《送红股不应当征税》进行批评, 见《经济与法》, 2000(3), 35页。

^④ 购股权是在一定期限内以一定的价格购买公司股份的权利, 详见下一章节的介绍。有的公司把这样的权利送给股东作为红利。

^⑤ 实际的股票价格受供求关系等多种因素的影响, 并不局限于留利一个因素, 但是留利无疑是一个重要的因素。

二、定义讨论

公司的定义有很多。大陆法系的传统定义是：以营利为目的的社团法人（11字），或者营利性社团法人（7字）。这个定义的特点是简明扼要，指出了公司的三个特征：①营利性；②社团性，即其组成成员为两人以上；③依法拟制而具有民事主体资格。但是现代法律允许一个人设立公司，从而否定了传统的社团性。既然如此，公司的定义就应该是：以营利为目的的法人（9字）。可是，在以德国民法为代表的大陆法传统定义中，法人仅指主体资格，不包含有限责任，无限公司和两合公司都含无限责任，也都是法人。这与《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）将法人定义为有限责任是不同的。为了澄清这些含糊之处，人们便试图对公司的定义进行修正。江平认为：“我国规范化的公司应是指依照法律规定、以营利为目的，由股东投资而设立的企业法人。”^①（36字）这个定义既照顾到了一人公司的存在，又明确了是“我国”的法人，自然与《民法通则》一致，是有限责任了。赵旭东认为：公司是指“股东依照公司法的规定，以出资方式设立，股东以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部独立法人财产对公司债务承担责任的企业法人。”^②（68字）这个定义强调了有限责任，把股东、公司 and 公司债权人的关系说得很清楚。还有许多其他学者给公司下的定义，在此不一一列举。所有这些定义都对传统的公司定义做了不同程度的修正，从而使定义更加精确、全面。但是事物总是一分为二的，定义精确了，字句就变得冗长了，学习记忆也就困难了。

其实，传统的经典定义并没有什么不好，纵然说“社团”一词在现代已经不准确了，也依然是正确的，因为绝大多数公司是社团性的，一人公司少得可以忽略不计。前者是一般，后者是例外。作为定义，照顾一般也就可以了。有限责任也不是绝对的，因为现代法律中出现了刺穿公司面纱（否认公司法人人格）的情形。要将所有这些一般之外的例外情况在定义中表述清楚是很困难的，可能会导致定义长得难以容忍。这就反过来说明传统定义的长处——简明而基本正确。

有鉴于上述各定义的优缺点，本章开头将公司定义为“企业的一种组织形式，具有法人资格”，强调两点：一是公司的商事特征——企业的一种组织形式，暗指企业还有其他组织形式，而企业总是营利的；二是公司的法律特征——具有法人资格。社团性是绝大多数公司的特征，但是由于一人公司的存在，我们可以在定义中回避这一点，只意会而不言传。这样的定义虽然比传统定义长了一点（15字），但是通俗简明，便于理解和记忆。

况且，过分地纠缠公司的定义只能陷入咬文嚼字、闭门造车的死胡同，使教和学都变得死板，殊无必要。我国公司法制的落后不在于概念的不清，而在于具体制度的设计不周与缺乏可操作性。公司法教程的重点应当放在公司内外各主体之间的利害关系和调整这些关系的具体制度上。

^① 江平主编，方流芳副主编：《新编公司法教程》，25页，北京，法律出版社，1994。该书是新中国第一部《公司法》于1993年底颁布之后出版的第一本公司法教材。

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

第二节 公司的起源^①

公司作为一种商事组织形式产生于欧洲,但是它的具体起源却众说纷纭。今天的公司所具有的一些显著特征如国家认可的法人资格、有限责任、永久存续、集中管理的机关(董事会、经理)、股份的可转让性等等,历史上在不同的实体身上分散地出现过,有人根据这些特征搜索到古罗马甚至古希腊,但是那时候的实体仅仅具有与现代公司相似的某些特征,并不是现代的公司。这些相似的特征各自究竟对现代公司的形成起了什么样的作用,它们最后又是怎样组合到一起形成了现代意义上的公司,并不清楚。不过,如果按照历史发展的顺序考察商事组织的进化过程,还是可以看出公司起源的大致端倪。

我们试从古罗马看起,因为古罗马文化是西方社会发展史中的一块里程碑,特别是它那发达的法律制度,以繁荣的经济为基础,最终成为大陆法系的始祖。古罗马的主要经济组织是家庭和家庭子企业。与今天的家庭相比,古罗马的家庭要大得多,因为它是从男系家族中最年长的男主人(the pater familias)往下,包括他的儿子、孙子、重孙子、儿子媳妇、孙子媳妇、重孙子媳妇等等,还有奴隶。不难想象,在四世同堂的情况下,一个家庭的人数很容易达到数十人。一个富足的罗马家庭的财产足够支撑一个普通的商事企业,不需要与别人合伙。男主人对家庭其他成员有生杀予夺的权力,并拥有家庭的全部财产,不管这些财产是他获得的还是其他家庭成员获得的。

中国古代重农轻商,古罗马人虽然不见得重农,却一样地轻商。贸易被认为是不光彩的事情。作为当时的军事强国,罗马从每次战争中抓获大量的奴隶,事后分配给各家各户,所以很多家庭都拥有奴隶。于是主人就让奴隶去经商。奴隶们经常表现出经商的天赋,因为他们中的很多人都是罗马在与希腊等地发生殖民战争时抓来的俘虏,那里不轻商,上流社会也有人经商,而很多俘虏原本就是那里的商人。除了奴隶之外,主人有时候还会让他的儿子去经商。

罗马人经常将自己的一组特定的资产,称为批库里木(peculium),交给他的奴隶或者儿子去经营。批库里木连同它所产生的利润依然是主人的财产。据说,最早的批库里木是主人奖赏给家属的财产,所以中文一般将“peculium”翻译为“特有产”。但是多数时候特有产的设置目的不是奖赏而是投资做生意,其实它是一个家庭子企业。负责经营该企业的儿子或者奴隶有权代表企业对外交易订约。当企业不能清偿债务时,只要家长本人没有参与企业的经营管理,他的责任限于其投入企业的财产和企业上缴给他的

^① 本节资料主要来源于 Henry Hansmann、Reinier Kraakman、Richard Squire 三人于 2006 年 3 月发表的长文 LAW AND THE RISE OF THE FIRM, 见 *Harvard Law Review* 第 119 期第 1333-1403 页, 和 Margaret M. Blair 在 2003 年 12 月发表的长文 LOCKING IN CAPITAL: WHAT CORPORATE LAW ACHIEVED FOR BUSINESS ORGANIZERS IN THE NINETEENTH CENTURY, 见 *UCLA Law Review* 第 51 期第 387-455 页。由于作者阅读的是电子稿,分页很困难,所以不能一一注明页码。本节中凡是应注明而未注明出处的信息资料,都来自这两篇论文。另外, Solomon, Schwartz, and Bauman, *Corporations, Law and Policy, Materials and Problems*, 2d ed., West Publishing Co., 1988 (该书第 1-7 页上讲了公司发展的历史)是一个次要的资料来源。

财产。这多少有点像今天的有限责任。^①

罗马的绝大多数商事企业都是小规模，工业生产如陶瓷灯、铁器、铅管、珠宝、衣服的制作都在小作坊或者小手工艺者的家里进行，所以家庭子企业足以完成作业。但是对于某些较大规模的生产如制砖、青铜冶炼、铜器生产、吹玻璃等，一个家庭的批库里木可能不够，需要与别的家庭联合。这种联合的组织叫索西艾塔斯（societas）。

索西艾塔斯是几个公民^②以协议为基础共同经营、共享收益、共担风险，所以现在一般将它翻译为“合伙”。但是索西艾塔斯与现代合伙并不相同。它的成员之间没有代理权，每个成员都必须在协议上签名才受协议的束缚；他们各自对自己签署的合同负责，不因别人的行为承担连带责任。当大家共同签署债务合同的时候，只要合同没有特别的规定，最终就按比例分摊债务。索西艾塔斯不是一个独立的实体，它的财产是成员个人财产的简单集合，分属于成员个人而不是索西艾塔斯，义务也一样。可见罗马法不认为索西艾塔斯有什么财产和义务。而现代合伙却有其相对独立的财产和义务。虽然合伙人对合伙债务承担无限连带责任，但是相对于合伙人个人的债权人，合伙债权人对于合伙财产享有优先受偿的权利；索西艾塔斯的债权人没有这种优先权。^③当索西艾塔斯的成员抽回投资或者不履行承诺的时候，法律不是责令履行，而是允许其他成员请求金钱赔偿，并执行其个人财产。与后代充满活力的合伙形式相比，罗马式的合伙处于不发达状态。商事活动的主角是家庭和家庭子企业，索西艾塔斯所占的份额很小。

公元前3世纪，罗马还出现了少量叫作公共索西艾塔斯（societas publicanorum）^④的大型合伙企业。这些企业以承包政府工程为目的，其主要投资者往往将自己的土地抵押给政府以保证工程的完成，其他投资者或者作为普通合伙人参与企业的经营管理并对债务承担全部责任，或者作为有限合伙人参与企业的经营管理而承担有限责任。发展到公元前1世纪，那些最大的公共索西艾塔斯在规模与结构上都很像现代的公众公司。一个企业的有限合伙人可以达到数百个，在类似现代证券交易所的市场上自由地买卖企业的份额。

但是我们不能说现代公司就是从古罗马发展而来的。因为古罗马的各种商事组织形式随着罗马帝国的崩溃而一起消失了。之后的中世纪^⑤被称为黑暗的年代。公元5世纪和6世纪南欧发生的几次流行病极大地减少了那里的人口，气候的变化和土壤肥力的过度损耗使农业减产，自然也抑制了商事活动。在中世纪前期长达数百年的时期内，经济发展极其缓慢，没有催生出多人合作的经济组织，更没有继承古罗马的企业组织形式。新的经济组织是数百年之后，特别是在文艺复兴（14—16世纪）时期，在全新的环境

^① 不过反过来，主人的债权人对于企业财产享有与企业债权人同等的请求权。可见，企业债权人相对于主人的债权人处于不利的地位。

^② 指男主人（the pater familias）。因为一个男主人代表一个家庭，实际等于几个家庭。

^③ 具体的优先次序见后面第四段中与康帕尼的比较。

^④ 国内翻译为田赋合伙或田赋征收团，见周相《罗马法原论》，732页，北京：商务印书馆，1994。但是实际上只有一部分 societas publicanorum 在征税（包括田赋），其他的 societas publicanorum 有提供武器装备的、承包公共工程的等等，都与田赋的征收没有关系，所以国内通行的翻译不妥。

^⑤ 史学界一般认为中世纪的分期是从476年西罗马帝国灭亡起到1453年东罗马帝国灭亡止。

下重新萌生的。

直到 10 世纪末，经济最发达的南欧地区的农业生产和人口才开始缓慢地复苏。由于罗马时期修建的道路已经损坏，长途贸易都转入了地中海，政治和经济的重心也由罗马外移到了意大利的各大港口，如比萨、热那亚、威尼斯等等。这些港口城市在政治上互相独立，每个城市就是一个国家，所以称为城市国家。与古罗马不同，从事贸易的家族统治着这些城市国家，随后又将统治范围扩展到了内陆城市如佛罗伦萨、锡耶那等，这些内陆城市在公元 13 世纪开始繁荣。今天属于意大利的整个区域就是由许多这样的城市国家构成的。商事组织仍像古罗马那样以家庭为主。但与古罗马不同，家长不再对家庭成员有生杀予夺的大权，儿子像父亲一样可以代表家庭经商并使家庭财产受到束缚；如果儿子不参与家庭的生意，也可以自立门户自行经商。所以中世纪的意大利家庭比古罗马家庭更像现代的合伙。

随着经济的发展，生意越做越大，家庭人手不够了，就需要吸引外人进来一起经营。这就是中世纪最早的合伙组织康帕尼（*compagnia*）。与古罗马的索西艾塔斯不同，康帕尼成员的财产责任一开始便是无限连带的而不是按比例分摊的。发展到后来，由于生意规模的扩大，合伙人之间还有了相互代理权，使经商活动更加便利。此外，中世纪的康帕尼还形成了这样的规则：合伙债权人对于合伙的财产相对于合伙人个人的债权人享有优先受偿的权利，而反过来合伙人个人的债权人对于合伙人个人财产却只与合伙债权人享有平等的受偿权。这与古罗马的家庭子企业刚好相反：主人个人的债权人相对于子企业债权人对主人的家庭财产有优先受偿的权利，而反过来子企业的债权人对于子企业财产却只与主人个人的债权人享有平等的受偿权。可见，古罗马侧重于家庭和家主，中世纪侧重于企业和贸易。

康帕尼应该是现代合伙的雏形。与现代合伙不同的是，早期的康帕尼期限比较短，不到 5 年，而且规模也比较小。发展到后来，规模逐渐扩大，期限也逐渐延长。到 13 世纪下半叶，大的康帕尼成员可达 20 人之多，雇员数百人。家族模式逐渐被打破，例如，在 1312 年，佛罗伦萨的 Peruzzi 康帕尼的 17 个合伙人中有 8 个来自 Peruzzi 家族；到了 1331 年，该家族已经是企业中的少数派了。

从 10 世纪和 11 世纪起，在航海贸易中开始出现一种叫作康孟达（*commenda*）的有限合伙。最典型的康孟达只有两个合伙人：一个只出资本的消极投资者和一个航海贸易的商人。后者往往是船长，负责航海和贸易的具体事务。康孟达的期限很短，只存在海船的一个来回。海船贸易回来，船上的货物被合伙人卖掉，利润按照预先约定的比例由积极和消极两位合伙人瓜分。航海贸易中的康孟达组织结构为陆地上的长途贩运所借鉴，发展到 15 世纪，进化出了一种叫作阿康孟地塔（*accomandita*）的组织，是更为常见的陆上有限合伙。阿康孟地塔里的消极合伙人只要不将自己的名字写在合伙名称里，也不参与企业的经营管理，就享有有限责任。像康孟达一样，阿康孟地塔的期限也很短，只存在于一次长途贩运，回来之后就将获得的货物和利润按协议分掉，下次需要贩运时再重新组织。

有限合伙之所以首先出现在长途贸易中，是由这种商事活动的特殊性决定的。有限

合伙人以放弃控制权为代价换来有限责任。无论是普通合伙人还是合伙债权人都相信他放弃控制权的事实，因为船只在外，企业的全部资产都在海上或者外国港口，他想控制也不行。另一方面，有限合伙人也相信普通合伙人不会贪污，因为他在航行中贪污的任何东西最终还得跟随船只一起回来。一旦回来，有限合伙人就会看到，就可以按预先的约定参与分配。这样的客观条件强化了双方的信任，减少了猜疑，降低了合作中的交易成本。陆地上的长途贩运也是同样的道理。对于其他类型的商事活动，尤其是容易转移资产的行业，人们对有限责任还普遍不太信任，只有个人责任才能让债权人放心。这从下面的例子可见一斑。当时是欧洲银行业中心的锡耶那（Siena）在1310年通过了一部法律，规定康帕尼内的合伙人对企业债务按比例承担责任，取代了之前的无限连带责任。结果锡耶那的银行纷纷撤离，或者不愿意放贷给那里的企业。企业在吸引信贷方面处于不利的竞争地位，使锡耶那的经济地位迅速下降。佛罗伦萨很快取代了锡耶那而成为欧洲的银行业中心。1342年锡耶那被迫修改法律，恢复了无限连带责任，但是为时已晚。锡耶那再也赶不上佛罗伦萨了。如果按比例的个人责任不足以吸引贷款，有限责任就更不能了。

14世纪意大利的热那亚人为了开发盐矿，进口珊瑚、明矾、水银，以及从事其他各种商业冒险活动，创立了最早的联合股份公司，但是规模比较小，而且其股份的转让必须得到每一位股东的同意。这与新的合伙人入伙必须得到每个合伙人的同意是一个道理。股东的同意与企业人数少、规模小的实际情形互为因果，因为只有股东人数少，才容易取得每个人的同意。在财产责任上，这时候的公司仍然是合伙性质的。

中世纪的英国还远远落在意大利的后面。经济一潭死水，工业几乎没有，国际贸易主要出口羊毛等原材料，而且连这也控制在外国商人的手里。1492年哥伦布发现新大陆。在16世纪和17世纪，大西洋逐渐取代地中海的地位而成为主要的航海通道，欧洲的经济中心开始从意大利北移，先到荷兰低地，再往英国。到17世纪末，英国已经成为商事活动的领头羊。天然丰富的煤矿资源帮助它在18世纪率先完成了工业革命。尽管保守的传统阻碍了英国法律与商事活动的携手共进，经济的发展还是给法律的进步带来了足够的推动力，最终在19世纪产生了有用的实体形式。与意大利在家庭、康帕尼、康孟达、阿康孟地塔等多种组织形式的基础上逐步萌生出联合股份公司的情形不同，英国在现代化初期一开始就以联合股份公司为主要的商事组织形式，显示出它的后发优势。

穿越大西洋的贸易需要深水船只组成的舰队和海外落脚点，这就要求资本的聚集达到史无前例的规模，要求有合适的企业组织形式来容纳如此巨量的资本。资助美洲新大陆和世界其他地方的殖民与贸易在当时有两种模式：一种是葡萄牙和西班牙模式^①，由政府支持跨洋贸易；另一种是荷兰和英国模式，学习热那亚的榜样由私人投资，由国家特许垄断经营权。实践证明后者的发展远优于前者。荷兰和英国的商人行会从各自的政府获得了在世界各地经商的特许状。然后几个商人将各自的物资凑到一起，成立一个联合股份公司，租一条船航海出去从事贸易，赚了钱回来，这几个商人便将赚得的钱和货物

^① 哥伦布发现新大陆就是在西班牙政府的资助下完成的。

分光,然后“公司”解散。下次又要出去贸易了,就再组建新的公司。但是后来发现这种频繁的清算对于持续经商来说既麻烦又低效,因为分了再集资还不如不分,将钱留下来继续干。这一客观需要促使荷兰在1623年给予它的东印度公司以永久存续权。股东们不能够再在每次航行回来时要求瓜分财物,但是可以出卖他们在企业内的“份额”。新的规则两全其美,既照顾了公司对固定资本的需要,又满足了股东变现的要求,实践效果很好。英国和欧洲大陆一些由国王或者国会特许的联合股份公司纷纷仿效。

典型的例子是英国的东印度公司。1600年得到国王特许状后,公司最初每次航行都分开集资,获得的利润也在航海归来后全部分光。从1614年开始,股份的认购以一定的年限为准,而不是以每次航海为准,但是年限到了仍然全部分光。从1650年起学习荷兰的榜样认购永久性股份。股东不能再瓜分公司的财产和货物,但是可以卖掉手中的股份。公司有一本股份转换册,专门记载转让事项。股份的自由转让意味着公司财产已经与股东财产分离。因为如果没有分离,股东个人债务的增加会危及公司财产,公司和控制公司的其他股东就会对新股东的身份精挑细选,股份的转让必定会受到各种限制,又怎么可能自由转让呢?

到1692年,英国有三家大规模的联合股份公司:东印度公司^①(East India Company)、皇家非洲公司(Royal African Company)、哈得孙湾公司(Hudson Bay Company)。这些公司除了商务之外,还都被看成是政府的海外分支机构,执行当地的政务,负责制定贸易规则,并享有贸易垄断权。也是在1692年,公司成员的私人贸易被禁止,做了股东就不得与公司竞争。

对于联合股份公司来说,一个股东的死亡或离去,并不影响企业的存续;而一个合伙人的死亡或离去,会使合伙解散。这就保证了公司资产的稳定。有限责任还不完全,因为特许状里会规定在什么样的情况下股东必须追加投资。但这不影响股份的自由转让。可见当时的股份都是记名股份,否则公司需要追加投资时会找不到股东。总的说来,荷兰和英国的这些经过特许的联合股份公司已经具备了现代公司的基本特征:企业资产稳定(股东不得抽回)、股份自由转让和不完整的股东有限责任。

由于联合股份公司的形式受到欢迎,很多商人都来申请特许。可是英国国会表现得十分矜持和吝啬,18世纪上半叶只颁发了很少量的特许状,后来逐渐多了一些,直到19世纪中叶,英国的企业才普遍获得设立公司的自由。普通公司法之所以姗姗来迟,除了垄断公司的游说之外,主要是因为国会的谨慎,想保护债权人和小股东的利益,防止公司控制人滥用权利。所以当时的特许状都颁发给运河、铁路等带有公益性质而又不容易转移资产的企业,而与工业革命紧密相连的制造业的申请往往被拒绝。

由于得不到政府的特许,商人们就自想办法,模仿已经获得特许的企业组建联合股份公司。具体办法是将合伙与信托结合起来,合伙人将自己的财产委托给他们选举出来的受托人经营,合伙人作为信托的受益人,其权益(份额)可以自由地流通。当时英

^① 东印度公司是当时世界上实力最为雄厚的公司。1709年,公司借了一大笔钱给英国政府。由此可见其政治和经济的影响力。

国的信托法已经规定，受益人和受益人的债权人都不得变卖信托财产，债权人只能就信托定期分配给受益人的财产受偿；受托人破产时，他的债权人也不得就信托财产受偿，尽管这些财产都挂在他的名下。到17世纪后期，信托财产已经相当稳固。这种安排与公司十分相似：受益人类似股东，受托人类似公司经理和董事会，信托份额类似现代公司的股份。

信托形式的另一个好处是便利诉讼。根据当时的法律规定，未经特许的联合股份公司属于合伙性质，而合伙在起诉和应诉时，必须在诉状上写上每个合伙人的姓名。但是股份在流通，合伙人的名单也跟着在变动，因而诉状上的姓名就需要不断地改动，非常不方便。而信托在诉讼时是以受托人的名义进行的，受益人的变动不影响诉讼的进行，所以很方便。这样，信托又反过来促进了股份的流通。

17世纪英国这类未经特许的企业的股份像特许企业的股份一样，交易相当频繁和活跃。这些企业由受托人集中管理，持续经营，加上其股份（信托份额）的自由流转。有些学者认为这些不经过特许的组织才是现代公司的真正前身，而不是那些获得特许状的行会性的商事组织。这种看法是有道理的。应该说，这些企业加上那些获得特许的联合股份公司（如东印度公司等）一同构成现代公司的前身。行会当然不是，它只是一个保护垄断的组织，其成员是相互独立的主体，各自承担自己的责任。

由于那些没有获得特许的联合股份公司仍然是合伙性质，合伙人得不到有限责任的保护。即使是已经获得特许的企业，有限责任也不完整。如上所述，特许状里经常规定在必要时追加资本。于是许多未注册公司开始通过合同寻求有限责任。股东与企业、与债权人的合同中会有有限责任的条款，合伙合同和企业的信笺抬头上会有有限责任的规定，还有企业的名称会出现“有限”的字样。但是直到19世纪中叶，法院还没有明确承认这些意思表示。所以在未经特许的联合股份公司盛行的年代，这些企业的股东的有限责任始终处于不确定状态。在意思表示不明确或者得不到法院承认的情况下，股东仍然需要承担无限责任。

进入18世纪，股份的买卖和投机越来越繁荣，包括经过特许注册的和不经特许擅自经营的两类公司。当时影响特别大的事件是南海公司购买英国发行的全部国债，具体办法有二：一是用现金从投资者手中直接购买；二是发行自己的股份换取这些债券。这类发行和购买的活动进一步促进了股份的投机。1720年，在投机买卖达到高潮之际，英国国会通过“泡沫法案”，试图限制投机性的集资方式，禁止未经特许的公司股份的买卖，禁止已经特许的公司出卖其特许状，并且禁止个人未经特许而以公司的名义经商。法案限制了公司的发展。但是企业家很快就找到了规避的途径——通过合伙加信托的方法依然可以组建联合股份公司。未经特许的公司继续增加，到19世纪初，英国大约有一千家这样的公司在营业，有的股东/合伙人达到数千人。这使泡沫法案的支持者十分尴尬，同时推动了现代公司立法。到1825年泡沫法案被正式废止时，制定一般性的公司组织法已经势在必行。经过商人们一百多年的呼吁和请求，国会终于在1844年通过了第一部公司法，使组建公司成为一种普通的权利而不需要国家的特许。该法规定合伙的人数超过25人或者它的股份在流通，就必须登记为公

众公司并公开其信息；该法还规定了最低资本限额，以防止股东抽逃资本损害债权人利益。公司不得回购自己的股份。没有全体债权人的同意或者全额清偿持反对意见的债权人的债权，公司不得减少资本。该法没有确认有限责任。不过 1855 年对该法做了修改，规定当事人可以选择有限责任。

不过，在之后的半个世纪里，合伙依然是商事组织的主要形式。直到 20 世纪，公司形式才在英国普遍起来。

美国最初是英国的殖民地，模仿英国通过特许设立公司。因为美国没有国王，所以就由立法机关特许。像英国一样，美国各州最初特许的也都是运河、桥梁、道路等公共工程。1800 年有 335 家公司。但是各州的立法机构没有英国国会那么吝啬，所以 19 世纪美国公司的数量呈几何级数激增，立法机构忙不过来，特许状也格式化了。

由于公司特许状是一种有价值的特权，只有立法机关可以颁布特许状，腐败就产生了。议员与企业家串通牟利，权力寻租时有发生。于是商界批评日增，并认为公司的成立应当是普通权利，而不是特权；机会应当均等，不应是少数有门路人的特权。于是，美国的公司法就在民众的一片叫骂声中一个个诞生了。纽约州在 1811 年率先立法，其他州纷纷跟进。所以美国的公司法诞生得比英国早一些。公司法规定只要符合法定条件，任何人都可以组建公司并得到国家认可，而不需要经过什么人的特许或批准。^①

19 世纪是美国公司发展最快的时期。特别是铁路的修筑需要大量的资金，个人财产根本满足不了。于是，各种金融手段被设计出来筹集资金。公司显然是一个有用而方便的集资形式。而一个开放的证券市场又是公司筹集资金的最佳途径。许多金融大亨和证券投机家就在这样的背景下冒了出来。总之，我们今天所熟悉的公司形式是在 19 世纪出现的。这显然与一般公司法的制定有着密切的联系。没有一般公司法的颁布，就不会有 19 世纪的公司大发展。

于是就产生了一个问题：到底是公司促成了法律，还是法律促成了公司？换句话说，谁是第一性的，公司还是法律？这个问题困扰了许多西方法学家，引起了关于公司性质长期争论。公司到底是什么？仅仅是法律的拟制？完全依赖于法律或者政府的特许，是法律或者特许的产物？还是像 Otto Von Gierke 在他的四卷本专著中所说的，像公司这样的集体具有独立于政府意志的真正的存在，最终会迫使法律不得不承认它们是独立的有能力的实体，无论政府是否明确给予它们这样的地位。前一种观点在英美法系长期占据统治地位。在著名的萨顿医院案中，^② 英国的科克大法官说：“公司本身仅仅是对法律意图和设想的一种概括，并且只存在于这种意图和设想中。”美国的马歇尔大法官在 *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518, 634, 4 L.Ed. 629, 659 (1819) 中说：“公司是人造的实体，看不见，摸不着，只存在于法律概念中。作为法律的产物，它仅仅具有创制它的宪章给予它的那些权力……”

信奉历史唯物主义的人一定会同意 Otto Von Gierke 的看法：先有公司这类经济实体，

^① 开始的时候还不是很规范，有些特殊的限制在今天看来简直莫名其妙，例如，1811 年的纽约公司法规定，在某些制造行业内，如果资本少于 10 万美元，公司存续期限不超过 20 年的，才可以自行成立公司。

^② *Sutton's Hospital Case*, 10 Co. Rep. 23 a (1613)。

后有规范公司的法律。法律作为上层建筑是为经济基础服务的，它不可能凭空创造出一个经济实体来。必定是经济的发展需要这样一种实体，需要这种实体具有民事主体资格，然后法律才会去承认和规定这样的资格。从上述公司起源的介绍中也可以看出这一点。在还没有公司法的时候，商人们就创造出了类似现代公司的联合股份公司。他们在经商需要的推动下经过一百多年的奔走呼吁，才打破了特许的垄断，迫使英国国会制定了一般公司法。即使在现代公司法诞生之后，它依然因为客观经济需要的发展而在不断地发展。例如，由于公司中经理权力的滥用和对中小股东的侵夺，在19世纪五六十年代发生了股东派生诉讼（shareholders'suit）并为法律所接受和规范。又因为垄断带来的低效，在1890年制定了第一部反托拉斯法。在正常情形下，总是先有客观需要，后有法律。因此，先有公司这样的经济实体和造就这种实体的客观经济需要，后有公司法；是公司（经济现实）决定法律，而不是法律决定公司（经济现实）。这一点应该是清楚的。

但这并不是说法律对于公司是处处被动的，完全受制于公司需要的。恰恰相反，法律在规范公司行为方面经常具有决定性的作用。当公司过度追逐利润，损害了社会公众利益的时候，法律应当进行主动的规范和调整，使公司的行为有利于社会而不是不利于社会。今天的公司都是按照法律的规定成立的。从这个意义上说，公司也确实是法律的拟制或产物。法律可以改变公司的运作方式，规定公司的交易规则。在一个法治社会中，公司必须听命于法律，任何活动都不得违反法律的规定。不过，这些都不能改变公司第一性、法律第二性的事实。法律对公司的调整受到客观经济规律的制约。它应当从社会经济的长远发展出发，服务于公司的经营，而不是凭空给公司制造麻烦。法律为公司服务得好，符合客观经济规律，公司的经营效率就会高，社会经济的发展就顺畅；服务得不好，违反了客观经济规律，社会经济的发展就会受到阻碍。

第三节 公司的分类

公司的种类很多，看起来令人眼花缭乱，其实无非是从不同的角度对公司所做的分类，有法律上的、学理上的、不同国家不同时期的，等等。了解这些分类，熟悉表达各种类型的名词术语，可以方便公司法的学习。

（一）按财产责任分，公司分为有限、无限和两合三大类。这是最重要的公司分类。有限公司的股东以其出资额为限对公司或公司债务负有限责任；无限公司的股东对公司债务负无限责任；两合公司部分股东负有限责任，部分股东负无限责任。

我国现行公司法只规定有限公司，没有规定无限公司和两合公司。该法规定“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的债务承担责任”（第3条第1款）。可见，在我国公司法之下的公司全部都是有限公司。有限公司又进一步分为有限责任公司和股份有限公司（第2条）。“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”（第3条第2款）。有人据此将有限责任公司和股份有限公司的差别定义为前者的出资不分为等额股份，后者的出资划分为等额股份。其实，有限责任公司的投资额同样

可以而且经常划分为等额股份,因为分为股份后计算比较方便。用是否分为股份来区分有限责任公司和股份有限公司是肤浅的和不正确的。

我国公司法还将股份有限公司分为发起设立的和募集设立的两个小类(第77条)。发起设立,是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。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。所以,我国公司法对公司所作的分类如图1-1所示。

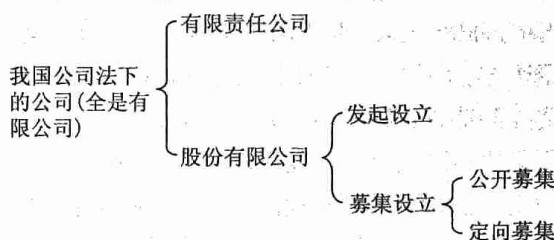


图 1-1 我国公司法对公司的分类

无限公司也叫无限责任公司,其全体股东承担无限连带责任,本质上与合伙相同;差别是非本质性的,例如,法律要求登记注册,对注册资本也有要求,因而相对于合伙更具有法定性,等等。

两合公司继无限公司之后出现,是部分股东对公司债务负无限责任,其他股东负有限责任的公司。一般说来,负有限责任的股东都是消极投资者,不参与公司的经营管理;凡是积极参与公司经营、对公司经营有决策权的股东都要负无限责任。两合公司与有限合伙或隐名合伙基本相同,现在已经被有限合伙取代。因此,两合公司基本上是一个历史现象。

在两合公司流行的时期,还出现了股份两合公司。它属于两合公司的一个分支,因而在本质上与一般的两合公司是完全相同的,只有一些非本质性的差异,如规模大一些,股份的划分清楚些、规范些,且更具流通性,法律对其注册资本的要求有所不同,等等。

(二)按有无公开义务分,有公公司(public company)和私公司(private company),这主要是英国的叫法,在美国,一般称公众公司(public corporation)和封闭公司(close corporation)。^①这虽然只是英美法上的分法,但是影响很大,遍及全球。公众公司向社会公众公开发行它的证券,因而法律要求它公开财务和经营方面的重要信息及各种风险因素;封闭公司不向社会公众公开集资,所以没有公开公司信息的义务。一般说来,公众公司的规模较大,封闭公司的规模较小。^②

公众公司在公开发行证券之后一般都会申请让其证券在证券交易所挂牌交易。如果申请获得批准,公司就成为上市公司。市是市场的意思,具体指证券交易所的交易大厅,

^① 显然,英美两国对于 public company 的称呼是相同的。之所以将同一个英文名称翻译为不同的中文名称,是考虑到音节的协调,公与私对应,公众与封闭对应。公众公司也叫开放公司。

^② 理解这个大小的说法要打个折扣,不能绝对化,因为有的封闭公司规模也很大,超过许多开放公司。

在那里挂牌就是上市了。在我国，所有公开发行证券的公司都会上市。

以公开义务为标准的分类比较客观严谨。相比之下，我国对有限责任公司和股份有限公司的划分就不够严谨，尤其是发起设立的股份有限公司，本来应当属于有限责任公司，其与有限责任公司的区分完全是人为的，比如注册资本大小不同，^① 设立须经政府批准的要求不同，^② 股东投资是否分为等额股份，^③ 等等。^④ 此外，定向募集设立的股份有限公司其实与有限责任公司也差不多，无非是有些公司的股东人数较多而已。如图 1-2 所示，按照公开义务对我国公司法规定的公司重新分类如下，以供比较。

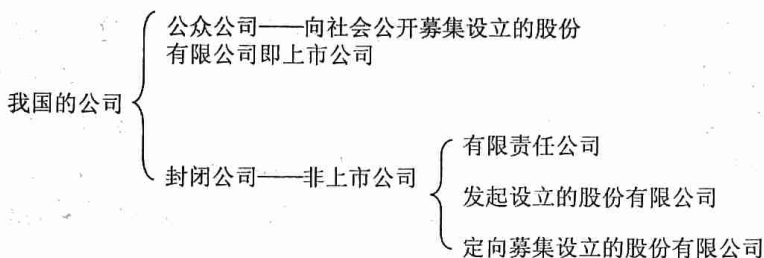


图 1-2 按照公开义务对我国公司的分类

（三）按内部管理分，有总公司与分公司。一个公司生意做大之后，往往在许多地方有业务，需要在那些地方设立分支机构，这些分支机构就是分公司，相应地公司自身就成为总公司。分公司作为总公司的分支机构，并不是独立的法人，也没有董事会，只有总公司任命的经理。不过分公司也需要在当地工商局登记注册，而后才能以自己的名义对外订立合同、起诉和应诉。《公司法》第 14 条第 1 款规定：“设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。”这所说的公司，指的就是总公司。

（四）按控股关系分，有母公司与子公司。母公司是子公司的股东，持有子公司的多数股份，对子公司拥有控股权；控股权意味着控制权，即控制子公司各种重大决策的权力，其中最关键、最核心的是选举或者任命子公司多数董事的权利。

英国人对母子公司关系的认定做过探索。该国 1985 年《公司法》原先只认持股 50% 以上的为母子公司。结果，一个没有控制权的公司因为持股 50% 以上就被认定为

① 以前公司法规定了公司注册资本的最低限额。但是以此来分类却没有道理，因为差别纯属人为，而非公司的自然属性。事实上，有些有限责任公司的注册资本远远超过法定的股份有限公司注册资本最低限额。2013 年底，我国修改《公司法》，取消了注册资本最低限额的要求，这一人为的差别自然消失，学者们即不能以此作为分类标准了。

② 1993 年公司法规定设立股份有限公司须经省级人民政府批准，设立有限责任公司不需要这样的批准。2005 年公司法修改时废除了设立股份有限公司须经省级人民政府批准的要求。

③ 有人机械地从公司法的字面规定进行推敲，认为股份有限公司的出资分为等额股份，股东按持有股份的多少投票；有限责任公司的出资不分股份，股东按出资比例投票。以此作为区分两类公司的一个标志。其实，有限责任公司的投资同样可以划分为等额股份，而且在事实上很多有限责任公司的资本也确实是为等额股份的，划分的原因是计算方便，1 000 股是个常用数。

④ 上述三点区分曾经在我国公司法学界流行一时，反映出当时整体学术水平的低下。

母公司, 而一个有控制权的公司却因为持股不到 50% 而被认为不是母公司, 从而逃脱了相应的责任。之所以出现这种情形, 是因为公司发行了多类普通股, 各类股票的投票权不同, 所以 50% 的持股份额并不必定有 50% 的投票权, 而持股少于 50% 的有时候投票权却大于 50%。1989 年公司法对 1985 年《公司法》第 736 条做了修改, 把投票权作为认定母子公司关系存在与否的标准: (1) 母公司持有它的多数投票权; (2) 母公司是它的一个股东并且有权任命或撤换它的董事会的大部分成员; (3) 母公司是它的股东并且能够单独或者与其他股东联合起来控制它的多数投票权; 则可以认定该公司为子公司。

由于我国还没有出现一个公司发行多类普通股的现象, 所以控股关系相对简单, 主要取决于持股份额。如果持股超过 50%, 就必定有控股权。但这并不意味着持股不到 50% 的就一定没有控股权。因为在股份十分分散的情况下, 持股 20%~30% 就显得相对集中, 就可能取得控股权。基于这样的现实, 我国《公司法》第 216 条第 2 项将控股关系分为绝对控股与相对控股两种情形。持股超过 50% 的为绝对控股; 持股不到 50% 但“表决权足以对股东大会的决议产生重大影响”的为相对控股。这里所说的对股东大会产生重大影响, 主要指能够选举半数以上的董事。

由此可见, 一个公司持有另一个公司的股份并不自然成为该另一个公司的母公司。只有持股达到控股地位的时候才能成为母公司。

子公司虽然受母公司控制, 但是享有独立的主体资格, 是法人。这是子公司与分公司的最大区别。总公司可以对分公司直接下命令; 母公司对子公司的控制却只能通过它所选举的董事去实现, 而不能由它的行政系统直接向子公司下达命令。

母子公司关系的由来, 有的是由一个公司收购另一个公司的股份达到多数而形成的, 更多的则是在设立时就形成的。《公司法》第 14 条第 2 款说: “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。” 公司作为法人, 像自然人一样具有独立的民事主体资格。自然人可以设立公司, 公司也可以设立公司。公司设立的公司是子公司, 两者之间自然形成母子公司关系。这时母公司往往持有子公司的全部股份。母公司持有全部股份的子公司叫作全资子公司。

一个公司可以设立多家子公司, 子公司与子公司之间是姐妹关系。子公司也可以再设立子公司, 从而出现孙公司、重孙公司, 等等。由此可以形成一个公司集团。公司集团也叫集团公司, 本身不是一个独立的公司, 没有法人资格。但是在集团公司的内部, 总有一家公司处于统治和支配的地位。一般地, 这家处于支配地位的公司就是最初设立子公司的母公司, 就像一个家族最老的祖宗一样。经常, 集团公司内部还会出现交叉持股、循环持股等现象, 使持股关系变得十分复杂, 比如爷爷公司持有孙公司的股份, 重孙公司持有叔叔公司的股份等等。这时候最重要的还是要看控股关系, 即谁在起主导作用。

(五) 关联公司。集团公司是由一个核心母公司持有多个子公司以及孙子公司等形成的集团。集团公司内部各公司之间都具有关联关系。具有关联关系的公司叫作关联公司。但是除了这种集团内部具有“血缘”关系的关联公司之外, 具有密切而稳定的业务联系的公司, 如长期的原材料供应商等, 也都称为关联公司。此外, 持有较多股份, 但是还没有达到控股地步的公司与被持股公司之间也有关联关系。可见, 关联公司

强调的是公司之间长期、稳定、密切的联系，其含义相对广泛和含糊。^①

当代公司制度发达，公司与公司之间的各种关联关系也变得越来越复杂，成为许多专家学者的研究对象，也引起了立法机构的重视。我国《公司法》第217条第4项专门对关联关系下了如下定义：“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅仅因为同受国家控股而具有关联关系。”^②

(六)按信用基础分，有人合公司与资合公司的说法。信用一词的含义很广泛，但是在生意场上，主要指借钱，别人肯不肯借钱给你。无限公司是典型的人合公司，因为无限公司的股东对公司债务负无限连带责任，别人发放贷款时除了考虑公司本身的经营状况之外，更主要是看股东个人的富裕程度和财产可靠程度。因为公司信用依赖于股东个人的信用，所以称为人合。上市公司是典型的资合公司，因为股东对公司债务负有限责任，债权人只看公司的资本是否雄厚，不看公司股东是否富有。

不过人合和资合也不绝对。公司都具有资合性。即使是无限公司，债权人首先看的也是公司的财力而不是股东个人的财力。公司一旦破产，债权人也是首先瓜分公司的资产，瓜分完了还不够才向股东索要债权余额。有限责任公司的股东对公司债务负有限责任，但是债权人在放债时往往要求股东个人提供担保，这时的公司就依赖于股东个人的信用了。所以有限责任公司的人合性明显强于上市公司。

除了描述公司的对外信用之外，“人合”“资合”两词还可以形容股东之间的合作关系。合伙人之间、小公司的股东之间往往是互相信任的朋友关系，互相依赖，以此为基础的企业或公司是人合性质的；上市公司的股东之间互不相识，仅因为投资于同一家公司才共为股东，那就完全是资合关系。

人合、资合的说法是纯学理性的，立法上并没有这样的分法。

(七)按法源分，有一般法上的公司和特别法上的公司。这里的一般法指《公司法》，特别法指《公司法》以外的能创制公司的组织法，如《保险法》《银行法》以及《证券法》第六章对证券公司的规定等等。凡是按照《公司法》成立的公司都是一般法上的公司；按照某一特别法成立的公司是特别法上的公司。特别法上的公司在特别法没有具体规定的时候依然适用公司法。

(八)按国籍分，有本国公司、外国公司和跨国公司。认定国籍的标准各国不尽相同，住所、登记国、设立人、实际控制等皆可成为认定标准。我国采取的是“住所+登记”标准：凡是按照我国法律在我国境内登记设立的公司都是中国公司。因此，三资企业（中外合资、中外合作、外资）都是中国公司，对中国来说都是本国公司。

^① 因为孤立使用含义模糊，所以当立法用到该词时，立法者会对它在该部法律中的特定含义作专门的解释。例如，美国1940年《投资企业法》定义“关联企业”为直接或间接持有其5%以上有投票权的股份的企业。我国《公司法》没有使用关联公司一词，只用了“关联关系”一词，所以只对关联关系在该法中的含义作了解释。见正文下段。可见，关联一词在不同的法律中使用时含义会有所不同。

^② 这个定义还是比较狭义的，因为它既没有包括诸如原材料供应商等非持股关系，也没有包括非控股持有。当然，如果考虑它的兜底规定“可能导致公司利益转移的其他关系”，那就很广义了。《企业会计准则第36号——关联方披露》从会计记账的角度对企业之间的关联关系作了详细的规定。

这样,外国公司就只能指境外的公司在我国境内设立的分公司。因为分公司没有主体资格,是外国公司在我国境内的分支机构,所以我们称它们为外国公司。如果是外国公司在我国境内设立的子公司(三资企业中的外资企业),那就不是外国公司,而是中国公司了。

跨国公司的含义比较松散。如果一个公司在本国营业的同时,又在其他国家设立分公司,那是名副其实的跨国公司,因为同一个公司在多个国家做生意。但是更多的时候,是一个公司在其他国家设立子公司。从法律上看,它们都是互相独立的实体,各为所在国的本国公司;但是从经济现实上看,它们属于同一个公司集团。习惯上,人们把这样的公司集团也叫作跨国公司。

(九)按所有制分,有国有公司和民营公司。国有公司是由国家控股的公司,民营公司则是由私人控股的公司。我国自1956年完成对资本主义工商业的社会主义改造到20世纪80年代的经济改革之前没有公司制度,只有工商企业,分为国家所有制、集体所有制、个人所有制。国家所有制企业叫作国营企业;个人所有制企业叫作个体工商户。个体工商户数量很少,规模很小,主要是一些手工作坊,只收一两个学徒,没有雇工。国营企业无论在数量上还是规模上都在国民经济中占据绝对的统治地位。后来由于改革的需要,国营企业改称国有企业,意思是所有制不变,但是经营管理权可以下放,国有的不一定国营。1994年中央决定对国有企业进行公司制改造,很多国有企业被改制成国有公司。1999年中央又决定对部分国有企业进行所有制改革,允许私人和其他法人参股到原来纯国有的公司中,形成了所有权的多元化。现在,国有公司中有的国家独有的,有的是多方持股但由国家控股的。另一方面,民营公司中也可能有地方政府的股份。因此,以前清一色按所有制划分的意义正在弱化。

(十)按股东数量分,有一人公司,即只有一个股东。一人公司是在西方发达的市场经济条件下,个人为了利用有限责任保护其家庭财产而设立的。典型例子如纽约的出租车司机成立的一人公司,用以保护其个人财产。^①我国在2005年通过公司法的修改首次承认了一人公司。^②

对于一人公司,人们首先想到的是只有一个自然人股东。但是在母子公司关系中,全资子公司其实也是一人公司,因为它的股东只有一个。只是该股东不是自然人,而是法人。宽泛地说,国有独资公司也是一人公司,因为股东只有一个——国家。但是按照我国公司法的体例,国有独资公司不算作一人公司,而单称国有独资公司。

第四节 公司法概述

一、公司法的定义

公司法是规定公司组织的法律。这是最简明的定义。一个组织,像一个自然人从出

^① 见本书第六章第三节第二小节。

^② 见《公司法》第57-63条。

生到死亡一样，总要经过成立、运行、解散的过程。所以，详细一点说，公司法是规定公司的设立、运行和解散的法律。我国公司法，尤其是1993年颁布的新中国第一部公司法，主要地就是一部规定公司的设立、运行和解散的法律。这些规定大都是手续性、程式性的规定，解决现实生活中的矛盾冲突的规定很少。但“法律是在问题的焦点上划刀子”（彭真语），也就是说，法律是要解决矛盾冲突的，尤其是利害冲突。所以比较准确的定义应该是：公司法规定公司的设立、运行、变更和解散以及在这些过程中公司及公司内部各利益主体之间在矛盾冲突中的权利和义务。这里所说的利益主体主要指股东、董事、监事和其他公司官员。公司是由股东组成的，股东是当然的利益主体；董事、监事和其他公司官员虽然不一定是股东，但是他们的职位决定了他们在公司中有切身的利害关系，这种切身的利害关系有时候可能会与公司或公司中的其他利益主体发生冲突，由此可见他们同样是公司内部的利益主体。此外，当长期债权人的利益因公司官员的某些行为而受到威胁时，他们也可以成为这里所说的利益主体。

二、公司法的内容

从上述定义可以看出，我国现行公司法的内容大致可以归结为两大方面。第一大方面是关于公司的设立、运行、解散方面的手续性、程式性规定。在公司设立方面，公司法主要规定了一些实体条件和机构设置，设立的申请程序、申请文件和具体的登记手续都规定在《公司登记管理条例》中。在公司运行方面，公司法主要规定了公司内部各机构，包括股东会、董事会、监事会、经理的权限范围以及开会方式、股票、债券的发行和转让，公司合并和分立以及公司财务会计方面的一些特殊要求。在公司解散方面，公司法主要规定了解散的原因和解散后的清算程序。这些粗略的组织和程序框架都是必要的，但是对于实际情况来说往往是不够的。比如在一些大公司中，除了董事会之外，还需要在董事会之下设置几个专门委员会，如执行委员会、薪酬委员会、财务委员会等等。

在公司的设立、运行和解散三个阶段中，设立和解散时间比较短促，法条内容相对较少；运行的时间长，一般几年到几百年不等，理论上说可以永恒，这期间会发生各种各样的矛盾冲突，所以法条内容就比较多。

第二大方面是关于公司和公司内部各利益主体在矛盾冲突中的权利和义务，主要包括控股股东对中小股东的诚信义务、董事、监事、经理对公司及公司股东的注意义务和忠诚义务等。这些义务可以引发大量的股东派生诉讼与直接诉讼。现行公司法专门设第六章规定“公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务”。此外，在公司证券的发行和转让中，在公司的合并或分立中，都存在着各种利益主体的矛盾和冲突。现行公司法在2005年对1993年公司法做了大的修改，增加了很多解决实际矛盾冲突的法条，表现出比1993年公司法的进步。但是从总体上说，这些规定还太笼统、抽象、缺乏可操作性，因而不成熟。尤其是关于董事的忠诚义务和注意义务、控股股东对于小股东的诚信义务、股东派生诉讼等，我们的规定还是初步的，还处在向先进国家学习的阶段。这方面的具体问题，我们将在以后的章节中逐步探讨。

我国法学界在讨论一个法律部门时经常会说到该部门法的实质意义和形式意义，或

者广义和狭义。拿公司法来说,1993年颁布、2005年修改的现行《公司法》就是形式上的、狭义的公司法;而实质或广义的公司法则是包含了形式公司法和其他一切调整公司的法律。于是,宪法、刑法、民法通则、反垄断法、合同法等许多法律法规中涉及公司的规定便都包含在实质意义上的公司法中了。这种定义的方法也适用于别的法律部门,如刑法。刑法典是形式上的和狭义的刑法;环境保护法中的刑事罚则、证券法中的刑事罚则等都可以归入实质意义上的或者广义的刑法。

不过,对公司法来说,除了关注广义的公司法之外,更为重要的是关注公司的组织文件——公司章程和公司规章。因为这些文件不但有法律效力,而且写得具体,对于解决实际问题经常比法律条文更加有用。从这个意义上说,我们不妨将这些文件也归入公司法甚至是狭义公司法的范畴。^①此外,最高人民法院的历次司法解释和《公司登记管理条例》都是根据《公司法》制定的,属于《公司法》的一部分,即形式上的公司法。这样,关于公司的组织文件,我们就在狭义公司法范围内获得了四个层次:最高的是《公司法》;其次是司法解释和《公司登记管理条例》;然后是公司章程,即公司的宪法,其基本条款由《公司法》规定或要求,但是当事人可以增加其他内容的条文;最后是公司规章,主要涉及公司的内部管理,一般要比章程长得多。

三、公司法的性质和归类

就像对不同的公司可以从不同的角度进行分类一样,在法学理论上,对一个法律部门也可以从不同的角度进行分类,例如,从内容上分为组织法和行为法,^②从法律主体的地位上分为公法和私法、从法律的来源上分为成文法和判例法、从法律效力所及的范围上分为国内法和国际法,等等。

公司法是典型的组织法。所谓组织法,就是规定某一类组织在法律上的主体地位,所以组织法又叫主体法。除了公司法之外,银行法、中外合资企业法、中外合作企业法、外资企业法、乡镇企业法等等,都是组织法。合伙法也应算作组织法。组织法重内,即内部的组织结构、机构设置、权力分配(领导与被领导)、责任分担等。与组织法相对的是行为法。行为法重外,即不管你的内部结构,只把你看作一个整体(行为主体),看你的行为对他人产生什么样的影响或后果。合同法、票据法等都是典型的行为法。当然,正如很多学者所指出的那样,公司法也有一些行为法的内容,如证券的发行和转让等。不过,这些行为也都与公司的组织特点有关。至于那些与公司组织特点无关的行为如公司买卖货物、签订合同等,都受合同法调整,与公司法无关。

私法与公法是从当事人的主体地位及其相互关系上去区分的。公法关系的一方当事

^① 这是一种务实的说法,因为在具体案件中它们具有法律效力,就像合同条款之于合同纠纷那样。如果死抠概念,它们自然不是法律。因为法律是普遍适用的,而它们只适用于一个具体的企业;每个企业的章程和规定都会有所不同。这里之所以如此强调,把他们提到法律的高度,是因为这些文件往往为公司法的教学所忽略。

^② 也可以叫作主体法和行为法。组织法属于主体法。唯一的差别是民法关于公民个人,也即自然人的规定属于主体法,但不是组织法,因为单个自然人不成为一个组织。所以主体法的范围比组织法稍广一点。除此之外,二者可以画等号。

人是代表国家政权的政府机关，该机关与对方当事人的关系是管理与被管理的关系。国家一方处于强势地位，作为另一方的个人或法人处于弱势地位，因而双方地位是不平等的。私法调整平等主体之间的关系。在私法关系中，各主体的地位是平等的。这些主体一般为个人或法人，政府有时候也可以充当私法关系的主体，比如在政府采购中，这时它与交易对方是平等关系。行政法、刑法、税法等都是公法；而民法、票据法、合同法等都是私法。公司法所管辖的公司与公司内部的各利益主体都是私人而不是国家机关，他们之间的关系是平等主体之间的关系，所以公司法属于私法。但是关于公司的设立登记、变更登记、注销登记等都需要与工商局打交道，这种关系是公法关系，这方面的规定都属于公法的范畴。因此《公司登记管理条例》是公法。可见，公司法是私法与公法的结合，但是以私法为主。

既然公司法是私法，或者说，主要是私法，按照私法自治的原则，它的任意性规定应当多于强制性规定，因为强制性是公法的特点。可是，有的学者却发现我国公司法的强制性规定多于任意性规定。这说明我国公司法像其他许多法律部门一样，受传统计划经济的影响，具有政府过度干预民间的倾向。不过，和1993年公司法相比，2005年修改之后的公司法已经删除了大量的强制性规定，增加了很多任意性的规定，以后还需要进一步这样做。^①

当今世界各国都对公司进行立法，有专门的公司法典，所以公司法是成文法而不是判例法。但是在判例法国家，除了成文的公司法典之外，还有大量的判例相补充，而且成文的规定往往是从判例中提炼出来的，二者并行，相辅相成。^②我国没有判例法，只有成文法，所以我国公司法是成文法。

公司法都是国内的，没有国际公司法。美国甚至只有州法，没有联邦公司法。但是公司法又都具有一定的国际性，比如我国公司法内有专门的一章规定外国公司在我国的分支机构，就是国际性的。美国各州的公司法也都有关于外州和外国公司的规定。在当今世界上，几乎所有法律部门都带点国际性，刑法中有国际性犯罪、婚姻家庭法中有与外国人通婚的问题、环境保护会涉及外资公司和全球性的问题，等等。

总之，公司法是组织法、私法、成文法和国内法。了解这样的归类，可以帮助我们熟悉国内流行的各种学术表述。但是这种归类对于公司法本身的内容来说毕竟是极其边缘性的知识，因而对公司法的学习用处并不大。只是因为国内的公司法教材几乎无一例外地做这种介绍，所以本书在此从众。

① 不是说不强制性的规定，而是说强制性的规定要恰当，主要是为了兼顾社会利益，平衡利害冲突。这类强制性规定恐怕还不够。但是现行法律中的很多强制性规定都是没有必要的。

② 在判例法国家，如果判例法与成文法发生冲突，则成文法的效力高于判例法。

第二章

公司证券

办企业都需要钱，用来购买原料、机器设备、获得经营场地等。没有钱的投入，生意就无法开张。大到富可敌国的跨国公司，小到街头的摊贩，无不如此。公司也一样，需要资金。那么，公司做生意的钱是从哪里来的呢？你一定会说：是股东投资的。不错，这一点前面已经讲过了。但是股东投资之后，要从公司获得股票，以证明他对公司拥有股份。这也是等价交换。股东并没有白白地将钱送给公司，公司也没有白拿股东的钱。公司将股票卖给股东，用股票换取股东的投资。^①股票是证券的一种。证券的种类很多，除了股票之外，还有债券、衍生证券等。每一种证券内部又可以分出许多种类。一般地说，公司就是通过出卖证券来筹集资金的。

公司出卖证券的行为叫作发行。发行证券的公司被称为发行人。除了第一次将股票发行给它的初始股东之外，公司在以后的经营中可能还会发行股票给原有的股东或者新来的投资者，以获取更多的资金。公司的资金并不仅仅来自股东的投资，还来自借款。事实上，其营业所需资金相当大的部分是借来的，也就是发行债券。此外，公司还可以发行衍生证券。具体发行哪一种证券，要根据公司经营的需要来确定。总之，公司通过发行证券来满足自己对资金的需求。

从权利性质上看，公司证券可以分为两大类：股权证券和债权证券。股权证券叫股票；债权证券叫债券。^②股票表示所有权关系，即股东对公司拥有所有权。由于公司的股东有多人，每个人持有股份的数量可能多少不同。债券表示债权债务关系。每个债券持有人所持有的债权数额也是大小不等的。该数额写在债券的券面上。发行债券的公司是债务人，也称债券发行人；购买债券的投资者是债权人，又叫债券持有人。

债权相对于股权具有优先清偿的权利。比较债权与股权，可以看到如下的差别：

首先是债权刚而股权柔，具体表现在两个方面：第一，债券的利息和本金到期必须支付。利息一般半年支付一次，到期不付就构成违约。一旦发行人违约，债权人可以按照合同规定要求发行人提前清偿全部债务（包括全部本金和已到期利息），要求得不到满足的可以向法院起诉，申请强制执行或者强制破产，拍卖公司资产以清偿债务。而股东的红利则可以分也可以不分，全凭董事会根据公司生意的需要酌情而定，因为股权是一种剩余利益，即公司资产在清偿了债权之后剩余下来的部分才属于股东。第二，债券

^① 虽然说公司是股东的，股东对公司拥有所有权，但是不要忘了公司具有法人资格，是一个独立于股东的民事主体。因此，公司与股东也是平等交易伙伴，实行等价交换。

^② 衍生证券是从股票和债券这两大类基本证券，特别是股票中衍生出来的。

的利息和本金数额固定，因而其价格的波动受公司经营状况的影响较小；股票的价值不固定，主要取决于公司的经营情况。公司经营得好，股票的价格可能会大涨，其增值没有上限；经营得不好则股票会大跌。

其次，债券的风险小，安全度高；股票的风险大，安全度低；股权投资是保护债权投资的缓冲垫。也正因为有股权投资为债权投资垫底，债权人才能放心地将钱借给公司。因此，对于股权与债权的比例，债权人向来十分敏感。例如，股东投资 2 000 万元，公司再向外借款 1 000 万元，总共有资产 3 000 万元，资产与负债的比例为 3 : 1，即用 3 元的资产去保护 1 元的债权，应该还是比较安全的，所以债权人愿意借。但是如果公司凭借 2 000 万元的股东投资要向外借 3 000 万元，即用 5 000 万元的资产去保护 3 000 万元的债务，资产与负债的比例将达到 5 : 3，债权人可能就不愿意借了，因为风险太大。可见，股东和债权人都在投资，但是因为风险取向的不同，分别做了不同的投资选择：股东用较大的风险换取较大的增值潜力；债权人则以收益的有限换取相对的安全。

第一节 股 票

股票是对公司所有权份额的凭证，具体地说是股东拥有股份的凭证。有了股份就成为股东，拥有股权，也即股东权。股票、股份、股权可谓三位一体，密不可分。股权的内容主要有两个方面：收益权和投票权。^① 收益权属于经济权利，投票权则有点像政治权利。

收益权包括三个方面：分红、升值和剩余财产分配。分红指公司将其经营产生的利润按照持股比例分配给股东。升值指股票价格的上涨。从理论上说，分红与升值是互为消长的关系。在别的因素给定的前提下，公司分红越多，股票升值越少；分红越少，股票升值越多。分红与否，不影响股东的总体权益。例如，一个发行了 1 000 万股股票、市价为 1 亿元的公司，在赢利之后升值到了 1 亿 5 千万元，每股的价格也会从 10 元升到 15 元。如果这时公司决定拿出 2 000 万元来分红，每股 2 元。分红之后公司的市价将降为 1 亿 3 千万元，每股的价格为 13 元。可见，分红多了，升值就会减少。不分红，每股 15 元；分红 2 元，每股 13 元，加起来还是 15 元。总量不变，就像化学中的物质不灭定律一样。^② 剩余财产的分配是指在公司清算的情况下，公司财产如果在清偿了公司的全部债务之后尚有剩余，股东有权凭其所持的股份，参与对该剩余财产的分配。

投票权是参与公司决策的权利。股东有很多，单个股东只拥有公司股份的一部分，甚至很少的一部分。股东之间的意见也不尽相同，所以只能通过投票表决。股东会 是 股 东 共 同 行 使 决 策 权 和 否 决 权 的 权 力 机 构。会议每年至少召开一次，公司必须将开会的时间和地点通知股东，每个股东都有参加会议的权利，在会上有权就其所拥有的股份投票

^① 我国《公司法》第 4 条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”该条规定中，顿号的前面是收益权，后面是投票权。

^② 这里讲的只是基本知识。由于市价与会计账面值的不一致、市场对前景的预测等多种因素，使实际的情况复杂得多，但已经不属于本课程学习的范围，所以不必在这里讨论。

表决。根据我国公司法的规定, 股东会议有权决定公司的经营方针和投资计划, 选举和更换董事、监事, 审议批准董事会的报告、监事会的报告、公司的年度财务预算方案和决算方案、利润分配方案, 对公司的合并、分立、解散和清算作出决议, 等等(见《公司法》第37条、第99条)。在所有这些权利中, 最重要的是选举董事的权利。谁有权选举多数董事, 谁就有了对公司的控制权。

同时具有收益权和投票权的股份叫作普通股。一个公司可以根据需要发行多类普通股。在每一类内部, 每一股的权利义务都是相同的, 即所谓同股同利, 同股同权。不同类的普通股拥有不同的权利, 包括收益权和投票权。当公司发行多类普通股时, 某几类普通股可以享有较少的投票权甚至没有投票权, 但是至少必须有一类普通股有投票权。投票权是普通股最本质的特征, 优先股和债券都没有投票权。

根据我国现阶段的公司实践和现行公司法的规定, 一个公司只能发行权利义务相同的一类普通股, 尚未出现一个公司发行多类普通股的现象。但是随着我国公司实践和市场经济的发展, 多类股票的出现将是不可避免的。^①

至于我国公司目前发行的人民币特种股票, 则不属于这里所说的多类普通股。特种股票是与普通股票相对而言的。人民币特种股票是国家为了吸引外资而以人民币标明面值, 折合成外币, 便于境外投资者购买的一种股票^②, 其权利义务与人民币普通股票是一样的^③。如果公司只面向国内的投资者, 那就只发行一种股票, 称为该公司的股票, 用人民币购买, 无所谓普通与特种。如果公司要同时面向国内和国外的投资者, 那就需要发行人民币普通股票和人民币特种股票两种。普通股票叫A股; 特种股票有B股、H股、N股等。B股在我国境内发行, 各种外币均可购买; H股在中国香港发行, 以港币购买; N股在美国发行(N是纽约的首字母), 以美元购买。可见, 人民币特种股票与普通股票的区别主要在于购买股票所用的货币不同。由于它们的权利义务是相同的, 所以是同一类普通股, 不是上面所说的多类普通股。因为所谓多类普通股, 是指权利义务不同的股票, 尤其在投票权方面。

与普通股相对应的是优先股。优先股的收益权优先于普通股, 但是一般没有投票权。收益权的优先, 表现在两个方面: 第一, 分红优先。公司有剩余的利润可供分红, 必须

^①《公司法》第131条规定:“国务院可以对公司发行本法规定以外的其他种类的股份, 另行作出规定。”说明多类普通股的出现已经为期不远了, 但目前国务院还没有规定。不过, 2004年12月7日中国证监会发布的《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》要求公司发行新股、重大资产重组、境外上市及其他对社会公众股股东利益有重大影响的事项, 除了经全体股东大会表决通过之外, 还须经参加表决的社会公众股股东所持表决权的半数以上通过, 方可申请实施。这就已经有点多类普通股的味道了, 因为当时非流通股占绝大多数, 流通的社会公众股占少数。股权分置改革中流通股股东对改革方案的否决权与此类似。

^②原来专供外国人买。2001年2月19日, 中国证监会发布决定, 允许境内公民用外币购买B股。21日, 证监会《关于境内居民个人投资境内上市外资股若干问题的通知》第二条规定: 2001年6月1日前只允许使用2001年2月19日前已经存入境内商业银行的现汇存款和外币现钞存款, 6月1日以后再允许使用2月19日以后存入的外汇(相关内容见《中国证券监督管理委员会公告》2001年第2期, 第6页)。

^③严格说来, 是权利相同而义务相异, 因为价格比A股便宜。这与税收上曾给予“三资企业”以超国民待遇是一个道理。但这毕竟是不正常现象, 属于我国股市初级发展阶段上的产物, 以后应当逐步实现两种股票的同价。

先分给优先股，再分给普通股。凡是优先股的股东没有得到足额分红的，普通股一律不得分红。第二，剩余财产分配优先。在公司清算中，在清偿债务之后如果尚有剩余财产，优先股有权以其初始的出资额为限优先于普通股参与剩余财产的分配。凡是优先股的股东没有得到足额分配的，普通股一律不得分配。

作为股票，优先股像普通股一样是永久性的，公司只需付息（分红），无须还本。在这点上它与债券不同。但是优先股的分红权与普通股不同。普通股是没有限制的，分红可多可少，由公司酌情而定。优先股却有固定的红利率，因而它的分红是有上限的。假定优先股的红利率为7%，那么一张面值100元的优先股股票最多只能分到7元钱，不可能是7.01元。优先股也没有普通股所具有的增值潜力。其市场价格的确定，与债券相似，可以因银行利率的提高而下降，因银行利率的降低而上升。^①优先股的股利一般高于债券的利息。但是在分配顺序上要排在债券的后面。债券到期的本或息未清偿之前，优先股不得分红。此外，债券的利息只要合同有规定，就必须逐年偿付，而优先股的固定红利却可以不付。只要公司当年没有对普通股分红，就可以不对优先股分红。不过，在不分红的情况下，优先股的未分配红利是逐年累积的。仍以7%为例，如果前两年都没有分红，今年就必须先给每百元优先股分红21元（简明起见，不计复利），否则普通股一分钱也不得分。由此可见，优先股是介于普通股和债券之间的一种证券，它的出现是客观经济需要多样性的结果。

上面介绍的是优先股的一般特征。公司可以根据自己的经营需要对某些一般性的特征进行调整，形成各种变种。例如，规定优先股的红利不累积；在公司发生结构性变化影响到优先股股东利益的时候就该变化给予优先股以投票决策或否决的权利；尤其在连续数年不给优先股分红的情况下，允许优先股股东选举一定比例的董事；除了固定红利之外再给予优先股在普通股分红时的平等分红权，即所谓参与性优先股；允许优先股在一定的期限内按照一定的比例转换成普通股；规定公司在一定的期限内可以按照一定的价格买回优先股；或者干脆像债券那样给优先股确定偿还的期限；等等。这些变种取决于客观需要，应有尽有，不胜枚举。其中最常见的是可转换优先股和可赎回优先股。

可转换优先股是持有人可以在一定的期限内按照一定的比例转换成普通股的优先股。这里所说的期限和比例都是发行人在发行优先股的时候就规定清楚的，并且按照习惯都写在股票的票面上。例如，假定公司普通股的市场现价为每股8元，发行每股面值为100元的优先股时可以规定这样转换：自本优先股发行之日起5年内的任何时候，每一股本优先股可以转换成10股普通股。显然，只有当普通股的价格上涨到每股10元以上时，兑换才有意义。不过，即使涨到了10元以上，优先股的股东也不会马上就去兑换，因为5年之内随时可换，期限未到，他不用着急。持股观望有好处，万一普通股价格暴跌，他可以不换，因为一旦兑换，就不能反过来再从普通股换成优先股了。

可赎回优先股是发行人可以在一定的期限内按照一定的价格买回的优先股。公司之所以要发行可赎回的优先股，是因为它预测到赎回期内市场利率可能会下降，继续按照

^① 其背后的原理见下一节讲解。