

2007年司法考试《商法》三校精讲讲义（二）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/244/2021_2022_2007_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_244419.htm

第二节 公司的设立

一、 公司设立与公司成立的区别

第一，公司设立是一种多方法律行为（又叫合同行为，一人公司除外），而公司成立是一种事实状态（无意思表示因素）和法律后果。第二，设立是过程，成立是结果。第三，设立阶段公司不享有法人资格，不能以公司法人名义进行法律行为（但可以公司筹建处的名义进行筹备活动，不能从事交易活动），公司成立后可以以自己名义进行法律行为。第四，公司设立阶段产生的债权债务暂时由设立人承担，公司成立后由公司继受，因此如公司最终没有成立，则应由发起人承担。公司成立后的法律行为由公司承担。

二、 公司设立的立法例

（一）公司设立的原则

1. 自由设立原则。即公司的设立完全凭当事人的自由，国家不加任何干涉或限制。早期实践。
2. 特许原则。其起源于13世纪 - 15世纪，盛行于17世纪和18世纪的英国。即公司的设立需要王室或者议会通过颁发专门法令予以特别许可。
3. 核准主义。即审批主义，是指设立公司必须经政府主管部门进行审查批准。
4. 准则主义。即登记主义，是指由法律规定设立公司的条件，如果发起人认为已具备了法律规定的条件，就可直接向公司登记机关申请设立登记，无须经过任何部门的审批。
5. 严格准则主义。是指设立公司既须具备法律规定的条件，又必须经政府行政主管部门的批准。

（二）中国立法例

目前中国有限责任公司和不公开发行股份的股份有限公司的设立采用准则主义，公开发行股份的有限责任公司采用核

准主义。（必考：股份公司设立条件）（三）公司设立的条件

1. 组织条件。名称、住所、种类、组织机构、经营场所。
2. 发起人条件。发起人人数、发起人身份、发起人住所。
3. 物质条件。注册资本、出资方式、其他生产经营条件。
4. 行为条件。签订发起人协议、制订公司章程、认缴出资、缴纳出资、验资、建立公司机构、申请注册登记。

三、公司设立的方式发起设立：同时设立、单纯设立。募集设立：渐次设立、复杂设立。分为公募设立（公开发行）和私募设立。对不特定主体发行或对超过200人的特定主体发行为公开发行。公募设立需证监会核准。

四、公司设立登记

- （一）登记机关：工商局
- （二）登记程序：1. 申请公司名称预先核准（有效期6个月）公司的名称不得与同一登记机关所辖区域内已登记的同行业公司的名称相同或者近似，并不得与《反不正当竞争法》抵触。公司名称：行政区划 商号 经营性质（可省略） 责任形式。例如：北京京北方科技有限公司。国有全国性的企业名称可以特殊：中国移动通信集团公司。公司名称不得使用外国国家及国际组织的名称；不能使用我国县以上行政区域的名称；不能使用汉语拼音字母；冠有“中国、中华、国家”等字样的必须国家工商行政管理局登记注册；必须有两个以上分公司的公司才能叫“总公司”；有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司或者有限公司字样。股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。外国公司的分支机构，名称中有外国国籍和公司的责任形式。（合伙企业不得使用“有限”字样，可以使用“公司”字样）
2. 法律、行政法规或者国务院规定设立公司必须报经批准，或者，公司经营范围中

属于法律、行政法规或者国务院规定在登记前须经批准的项目的，应以公司登记机关核准的公司名称报送批准。

3.向工商局提出申请。申请人：有限责任公司（全体股东指定的代表或共同委托的代理人）、股份有限公司（董事会）、国有独资公司（国有资产监督管理机构） 第327页左侧，“公司设立登记的程序”，原文为“设立国有独资公司应由国家授权投资的机构或国家授权投资的部门作为申请人”。新公司法第65条规定：“本法所称国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。”因此新法将国有独资公司的投资主体表述为国有资产监督管理机构，所以设立国有独资公司应由国有资产监督管理机构作为申请人。

4.颁发营业执照。（三） 登记的意义（行政行为）公司登记并颁发营业执照是公司成立的标志，公司营业执照的签发日期为公司成立日期，公司取得法人资格。公司凭公司登记机关核发的《企业法人营业执照》刻制印章，开立银行账户，申请纳税登记。

二、公司章程（一） 公司章程的订立发起设立经全体发起人起草同意，募集设立要经过创立大会批准。（创立大会应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席，方可举行。（注意：以后的股东大会召开和表决无此要求）创立大会通过公司章程决议，必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。）（二） 公司章程的效力公司章程必须采用书面形式，由全体发起人同意并在章程上签名盖章，公司章程生效。如果采用募集方式设立的股份有限公司，必须经创立大会通过章程才生效。注意：章程不以工商登记为生效条件。

1.公司章程的对内效力。公司章程

是公司的内部组织性规范，对公司内部的组织机构有约束力（组织机构包括：股东会（股东）、董事会（董事）、监事会（监事），对公司普通员工无约束力）。2.公司章程的对外效力。越权行为规则的衰落。（三） 公司章程的修改第329页，右侧第三段第1行起，公司章程的变更程序：“首先，由董事会提出修改公司章程的提议；”这一表述有误。公司修改公司章程主要是由股东提出提议，而不是董事会提出修改公司章程的提议。

三、公司资本

（一） 公司资本的概念

（二） 公司资本出资制度

中国目前仍然采用法定资本制。发起设立允许分期缴纳股款，募集设立不允许。有限责任公司最低注册资本3万元，可分期缴纳，首次缴纳不得低于注册资本20%，同时不得低于3万元，其他2年内缴纳完毕，投资公司可5年缴清。实际上，非现金出资是不允许分期缴纳的。货币出资不得低于30%。一人公司最低注册资本10万元，必须一次缴清。股份公司最低注册资本不得低于500万元，发起设立可分期缴纳（募集设立不允许），首次缴纳不得低于注册资本20%，其他2年内缴纳完毕，投资公司可5年缴清。股份公司没有规定货币出资所占的比例。

第二十六条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

第二十七条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货

币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。第五十九条 一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币十万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。第八十一条 股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，其余部分由发起人自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。在缴足前，不得向他人募集股份。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。（三）

公司资本原则1.资本确定原则 资本确定原则又称法定资本制，是指设立公司时，不仅应在公司章程中记载注册资本额，而且所记载的金额应全部收足，公司才能成立的原则。与外商投资企业法的规定不同。2.资本维持原则 资本维持原则是指公司成立以后，必须实际上保有与其注册资本或资本金相当的资本。其目的在于维持公司的资本，以保护债权人的利益和社会交易的安全。我国《公司法》规定：第一，公司成立后，股东不得抽回出资。第二，禁止虚假出资。（虚假出资的处理）第三，出资不足的连带补偿责任。（显著低于，F31）第四，禁止折价发行股份。第五，按规定提取和使用

法定公积金。第六，公司一般不得收购本公司的股票和接受本公司的股票作为质押权的标的。

3.资本不变原则 是指公司的注册资本或资本金确定以后，非依法定程序，不得任意变动。

（四） 公司资本形态 注册资本、发行资本、认购资本、实缴资本（有可能大于注册资本，溢价发行时）

（五） 公司资本与公司资产的关系从资本信用到资产信用。

（六） 股东的出资方式 《公司法》第二十七条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。非发起人只能用货币认缴出资。《公司登记管理条例》第十四条 股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com