

公司法第149条之扩充 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_85_AC_E5_8F_B8_E6_B3_95_E7_c122_483292.htm 公司法第149条规定

，“公司不得收购本公司的股票，但为减少资本而注销股份或与持有本公司股票的其它公司合并时除外。公司依照前款规定收购本公司的股票后，必须在十日内注销该部分股份，依照法律、行政法规办理变更登记并公告。”事实上，我国目前公司取得自己股份的现象已不限于第149条的规定。

如1999年4月，云天化宣布定向回购2亿股国家股。紧接着，申能股份斥资25.1亿元回购10亿股其母公司持有的国有法人股，青岛啤酒在香港市场用现金回购其已经发行H股的10%。这几个案件中，公司回购自己股份的目的分别是减持国有股的股份比例和在证券市场维护自己公司的股价。因此，从法律实践上要求必须对我国公司法的149条予以修改。公司取得自己股份的方式主要有收回、收买、收质三种方式。公司收回自己股份，是指公司取得其发行在外的特别股份、破产股东的股份以及股东抛弃的股份。公司收买自己的股份，是指公司取得自己的股份时，须支付一定财产的对价。公司收质自己的股份，是指公司作为质押权人，把自己的股份收为质押的标的。目前世界各国对该问题大概有两种立法模式，一种是以美国为代表的许可模式，该种模式下，并不禁止公司取得自己的股份。另外一种是以德、法等国为代表的“原则禁止、例外许可”的模式，在这些国家法律只规定了何种情况下，可以取得自己的股份。我国的公司法，毫无疑问从法律的历史传统和立法的方式等各个方面来看，基本接近于

大陆法系国家的立法。与大陆法系的国家相同，我国的公司法规定了严格的资本制度，同时我国的资本市场尚未完全发达，股份的回购并未能够大规模的运用。因此笔者认为，对于公司取得自己股份问题我国也应该采“原则禁止、例外许可”的立法模式。其主要的立法如下：(一)自己股份取得限制的适用范围：1、取得的方法：即使是以第三人的名义取得自己的股份，也同样禁止为公司取得。因此，无论公司以何人的名义取得自己的股份都是具有相同的结果。2、担保取得：取得的方式之一是收质。因此，公司法原则上要禁止公司接受自己的股份作为自己债务人的质权担保。道理很明显，因为质权的取得虽然不是为了所有权而取得股份，但是如果公司的资产情况恶化，担保的价值就相应的减少，因此就与取得自己股份一样，会危害公司的资本制度。同理，公司法也必须禁止将自己的股份作为让与担保的标的来接受。但是，对于取得法定的担保物权是不应该禁止的，如留置权。3、新股和新股认购权证书的取得：如果公司认购自己的新股，应该被认为是股东的假装缴纳出资，是理应禁止的。取得自己新股的认购权证书与取得自己的新股是同样的道理。即使公司不行使自己的新股认购权，也有取得自己股份的危险，因此此种行为也应该被禁止。4、有偿的取得：如果公司是无偿的取得自己的股份，不必支付任何的对价，是不需要禁止的。因为此种取得不会危害公司的资本制度。5、公司对取得自己股份的第三人提供资金的支持：公司如果对于将要认购自己股份的公司或个人提供担保或贷款，将被认为是假装缴纳，应该立法予以禁止。如在非上市公司中，公司发行新股时，大股东从公司借入资金来认购新股的例子是很多

的。这种行为无疑是一种变相的自己股份的取得。

6、子公司取得母公司的股份：从主要各国的公司立法可以看出，美国与其他国家对于公司能否取得自有股份持有不同立法方式，自然对于子公司能否取得母公司的股份异于其他国家立法的规定，这是不难理解的。美国以外的大多数国家是严格的限制子公司取得母公司股份的，其立法原因与禁止公司取得自己股份的法理大致相同。即为了避免虚增资本和控股股东的控制权以及股价操纵、内幕交易等行为。中国公司法也应该严格限制子公司取得母公司的股份，以杜其流弊。

7、附新股认购权的公司债、可转换公司债的取得：取得自己的债券与取得自己的股份是不同的，但是取得可转换的债券并行使转换的权利无异于自己股份的取得，因此取得可转换的公司债的也不可行使新股认购权和转换请求权。

(二)禁止取得自己股份的例外规定：

- 1、为注销股份。公司为了注销股份会临时的取得自己的股份。为了注销公司的股份，公司从股东接受股票并保管至发生注销效力时为止。股份的注销分为：根据资本的减少程序进行时，根据章程的规定向股东分派盈余时。
- 2、因公司的合并或受让其他公司的全部营业时。这种取得是基于财产的概括承受而引起的，是不可避免的现象，理应不能禁止。如在吸收合并时，消灭公司的财产中包含存续公司的股份，或者转让营业时，作为转让标的的营业财产中包含受让公司的股份，那么存续公司或者转让公司就会取得自己的股份。
- 3、公司的股东破产时只有公司的股份作为破产财产：此种情况称为为实现公司的权利，达到特定的目的而采用的必要的方式，即公司为了实现其债权，但债务人除了持有自己公司的股份之外没有任何其他的财产，从而

代物清偿或股份被拍卖时，将此拍得价款归属公司。一般说来，此种情况下，作为公司权利实现的最后方法，公司不得不取得自己的股份。但是，此时债务人的资力情况的证明责任归于公司。如果，公司的股东的债权人不仅是公司，那么公司作为一般的债权人是否可以取得自己的股份呢？如果是人和性质的公司，为了保持其人和的性质，应该许可公司取得自己的股份。

4、股东行使股份收买的请求权。在公司作出公司合并、公司营业转让的决议，为限制股份转让而变更章程的决议，股份有限公司转化为有限责任公司的决议以及公司宗旨变更的决议时，并非所有股东全部同意。为此问题，各国公司法都有少数股东购买请求权的法律。我国公司法应该赋予中小股东的反对请求权，规定此种情况下，公司可以取得自己的股份。

5、公司重整时取得自己的股份：韩国公司重整法规定，作为重整计划的方法，向重整债权人，重整担保人或新股东发行新股时，如果在规定的时间内他们不请求交付股票而失权，公司就可以取得该失权股。但是，公司应该在相当的时间内处分该股份。我国的公司法，在面临此种情况时，也应该许可取得自己的股份。

6、根据法理的取得：以公司的名义为他人计算而取得股份。如信托取得（是指信托公司基于受托关系而取得公司自己的股份，其取得是为委托者计算而为）、代购取得（是指证券公司受客户的委托，基于行纪关系，代购自己公司的股份而取得自己的股份的情形），我国公司法对这种情况当然应该允许。

7、自己职工的持股：公司为了实行雇员持股计划，可以取得自己的股份，因为毕竟公司靠发行新股来使雇员持有股票是比较困难的，所以大多数国家都许可公司取得自己股份来实现该目的。

。我国的职工持股制度对公司的治理结构的改革具有至关重要的意义，公司在此应该积极的承认自己取得。对于我国是否应该借鉴美国的做法，许可公司在防止敌意收购和稳定公司的股价时可以取得自己的股份，笔者认为应持谨慎的态度。一方面，我国的证券市场目前的投机成分较重，如果在许可自己取得，则又为经营者创造了操纵市场的便利。另一方面，就防止敌意收购而言，自己取得虽有利于公司的经营政策的维持，但是收购问题事关公司经营权的争夺，董事或控股的股东难保不是为了自己的利益来动用公司的资金取得公司的股份。基于此，对我国目前的立法，尚不适宜将这两种方式列为自己取得的方式之内。

(三)明确公司取得自己股份的资金和程序：我国公司法应该规定，取得自己股份的资金来源应该以盈余金为限。公司的股份取得必须遵守严格的程序，这样才能保护股东和公司债权人的利益。以香港为例，《香港公司回购本身股份守则》规定：公司回购必须经过股东大会的批准，并采用全面要约的方式进行；回购的总额不得超过公司股票上月在联交所成交额的25%，年回购额不得超过公司已经发行股份的25%。我国应该借鉴上述的做法，规定进行自己股份的回购的，必须经过股东大会的批准并采用全面要约的程序。

(四)自己股份的处分：在例外取得的情形下，公司取得的自己的股份不能长期的保有，必须采取下列失效或处分的措施：为注销股份而取得的，因该及时的履行股份失效的程序；公司合并或全部营业的受让，权利的行使，满足少数股东的收买请求权时，实行雇员持股计划时，公司重整时取得失权股等情形下，公司应该在相当的时间内处分股份。相当时期的概念不很精确，但是给公司机会来选择最

有利的时机处理自己的股份。德国的股份公司法规定应在一年之内处理自己的股份。这对我国的立法有一定的借鉴作用。在这里处分是指出卖股份的转让行为。(五)自己股份的地位：公司可以行使自己持有的股份的权利吗?德国公司法规定：“公司持有自己的股份不享有任何的权利”。其中关于表决权、少数股东权或各种提诉权的等共益权没有太大的争议。因为从公司的性质上来看，公司是无法行使这些权利的。但是，对于盈余分配请求权、剩余财产分配请求权、新股认购权等自益权有较大的争论。通说认为，全部的自益权也是不能被认定的。毕竟公司参与获益后，会再次的分配盈余，到时公司再次的参与，则产生了分配循环。孙逊、周斌 | 清华大学法学院 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