

公司与产权法律实务 3

*STUDY ON COMPANY
LAW*

公司法疑难 问题解析

上海市高级人民法院 编
齐奇 主编
邹碧华 副主编

劳务出资与以债作股
挂名股东的法律问题
有限责任公司的股权转让
关联交易纠纷的法律问题

公司成立前所生债的承担
公司僵局及其司法救济
公司的解散与清算

股东大会决议瑕疵之诉
股东派生诉讼法律问题
股东抽逃出资的民事责任



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法疑难问题解析/齐奇主编. —北京:法律出版社,2004.7

(公司与产权法律实务)

ISBN 7-5036-4989-5

I.公… II.齐… III.公司法—研究—中国
IV.D922.291.914

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第061404号

法律出版社·中国

责任编辑/戴伟

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/陶松

开本/A5

印张/16.625 字数/438千

版本/2004年10月第1版

印次/2004年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939642

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalaw-book.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072994

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4989-5/D·4707

定价:29.00元

主 编

齐 奇

(上海市高级人民法院副院长)

副主编

邹碧华

(上海市高级人民法院民一庭副庭长、法学博士)

撰稿人

(按所著章节先后为序)

肖志刚	胡孝红	童 凌	孙 黎	谢可训
李康民	席建林	徐蓓娃	张仁明	高万泉
宋向今	黄晓陶	余冬爱	潘福仁	都云鹏
蔡东辉	孙 玉	李 莉	杨 钧	林晓镡
朱养浩	翟 骏	徐慧莉	邱 联	王凌蔚
丁晓燕	张耘华	章国峰	梅平夷	倪德生
杨 路	季佩虎	袁汉兴	徐 旻	耿沛宇
	李江英	邹碧华	严耿斌	

公司法是民商事法律领域的基本法之一。它在我国经济生活中的作用越来越重要。自从中共中央作出建立社会主义市场经济体制的决定以后,学术界和立法界就一直在积极讨论公司法的相关问题。公司法规制着市场主体的资格和行为,而这是发展市场经济首先要解决的问题。同时,国有企业的改革也要求法律来规范。事实上,我国公司法自从1994年出台后,对于国企改革和市场经济的发展起到了极大的推动作用。

但是,任何事物都有其不完美之处。由于公司法出台时我国关于公司的法律实践并不丰富,因而司法实践中,司法界也逐步遇到了一些难以解决的疑难问题。例如,股东分红请求权的行使方式、股东派生诉讼、发起人和股东的出资责任、公司僵局的司法救济,等等。这些问题的出现,一方面说明我国的公司立法仍有其局限性,立法者不可能完全预见到社会经济生活的复杂性和多样性;另一方面,也从侧面说明了我国近年来所进行的经济体制改革给我们的经济生活注入了某种新的活力。为解决这些问题,学术界进行了广泛的讨论,形成了修订公司法的诸多理论设计;司法实务界也结合司法实践在进行研究。我们的法官面对日益增多的涉公司法的案件,也在不断进行摸索、总结,他们对上述问题的理解和认识正在逐步走向深入。法官们的努力对于顺利实施公司法、为经济实践提供可预期的做法、为公司法的统一修订提供诸多素材等方面能够起到十分有益的作用。

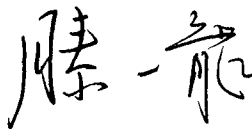
上海作为中国改革开放的前沿和经济最活跃的地区之一,极其

2 | 公司法疑难问题解析

需要包括公司法在内的完善的法律来规范经济秩序。公司法有效地推动了上海国有企业的改制和社会主义市场经济体制的建立。上海法院面对大批新类型、疑难的公司法案例,非常注意认真调研,充分听取法律专家和优秀法官的不同意见,大胆运用公司法理,创造性地适用法律,作出了一批法律效果和社会效果俱佳的判决。在此基础上,上海市高级人民法院将近年来审判实践中遇到的涉及公司法的问题作为重大调研课题进行了专题研究。全市法院法官积极参与,产生了一批优秀调研成果。本书中的诸多观点对进一步促进我国的公司法审判必将有所裨益。

法学的发展不是来自概念、理论的演绎或照搬;相反,法学的真正源泉,法律真知的真正来源,必定是法律的实践和社会现实。我希望并且相信中国法学乃至法治的建设和发展进程中有上海法官的一份贡献。

上海市高级人民法院院长

A handwritten signature in black ink, consisting of the characters '滕飞' (Teng Fei) in a cursive style.

二〇〇四年七月十六日

目 录

第一章 公司成立前所生债的承担	1
第一节 英美法的立法和司法实践	4
一、一般原则	4
二、具体的处理方式	5
第二节 大陆法系国家的理论与实践	6
一、有关公司成立前所生债的承担的理论	6
二、公司成立前所生债的承担	10
第三节 对我国公司法相关规定的检讨	13
一、公司法相关规定的分析	13
二、最近的司法解释讨论稿	14
三、总体评价	16
<hr/>	
第二章 公司资本制度的立法与司法实践	19
第一节 公司资本制度的基本理论	21
一、资本制度的历史演变	21
二、我国公司资本制度的设计理念分析	23
三、我国现行公司资本制度的完善问题	26
第二节 出资形式若干问题	27
一、劳务出资问题	27
二、以债作股问题	29
第三节 公司资本制度的司法实务问题	31

2 | 公司法疑难问题解析

一、司法实务中违反公司资本制度的主要情形	31
二、违反公司资本制度的实例分析	33
三、股东和发起人的出资责任	37
第四节 公司股东抽逃出资的民事责任承担	43
一、对股东抽逃出资行为的认定	44
二、司法实践中股东抽逃出资的一般表现形式 及其审查认定	45
三、我国现行法律法规关于股东抽逃出资的规 定及其缺陷	48
四、股东抽逃出资民事责任的承担	50
五、股东抽逃出资诉讼的相关程序问题	53
<hr/>	
第三章 股东及股东大会相关问题	57
第一节 挂名股东现象分析及其法律问题研究	59
一、挂名股东的概念和法律特征	59
二、“挂名”股东现象的表现形式及其法律问题分 析	62
三、挂名股东存在的法律基础和相关法律思考	66
第二节 对股东大会决议瑕疵之诉的法律思考 ——兼论《公司法》第 111 条	72
一、关于股东大会决议瑕疵之概念	73
二、关于决议瑕疵之诉的分类问题	75
三、关于“决议瑕疵之诉”的主体问题	85
四、关于出诉期间问题	88
五、关于决议瑕疵之诉的法律后果问题	89
第三节 有限责任公司中的公司僵局及其司法救济	92
一、公司僵局的产生及其危害	92
二、公司僵局的事前预防	93
三、公司僵局的司法救济——解散公司之诉	95
四、解决公司僵局的其他措施	101

第四章 公司董事的义务与民事责任	103
第一节 公司董事的义务	105
一、关于公司董事义务的几种学说	105
二、公司董事的义务	107
第二节 公司董事的民事责任	114
一、董事对公司的民事责任	115
二、董事对第三人的民事责任	117

第五章 有限责任公司股权转让的有关法律问题	119
第一节 股权性质与股权转让权能	121
一、股权的性质	121
二、股权转让的权能	121
第二节 有限责任公司股权转让的程序与限制	123
一、股东之间相互转让股权(内部转让)	124
二、向股东以外的人转让股权(对外转让)	124
三、契约以外的法定事由引起的股权转让之程序	127
第三节 出让股东与受让股东的利益平衡	128
第四节 股权转让的效力	131
一、股权契约及其履行	131
二、股东决议对股权转让效力的限制	132
三、公司登记对股权转让效力的影响	136
四、股权变更登记效力	141
五、股权转让的法律后果	146
第五节 有限责任公司股权转让的一些特殊问题	147
一、涉及外国投资者的股权转让问题	147
二、国有独资有限公司转让股权的特殊要求	149
三、股权转让形成“一人公司”的问题	149
四、股权出质	151

4 | 公司法疑难问题解析

五、对股权的强制执行涉及的股权转让	153
第六章 关联交易纠纷的若干法律问题	157
第一节 涉及关联交易纠纷的诉讼	159
一、诉讼起因与诉讼主体之确立	160
二、法院处理相关案件之依据	161
第二节 关联交易行为的界定	161
一、确定关联人是界定关联交易行为之关键	162
二、关联交易行为之界定	165
三、关联交易之类型	166
第三节 关联交易行为效力的判定	168
一、无效的关联交易行为	169
二、可变更或撤销的关联交易行为	169
三、有效的关联交易行为	170
第四节 完善相关制度以规范关联交易行为	170
第七章 公司的解散与清算	173
第一节 有限责任公司解散中的法律问题	175
一、问题的提出	175
二、我国有限责任公司解散的相关法律规定及 主要缺陷	176
三、国外公司解散制度的相关法律规定	180
四、完善我国有限责任公司解散法律制度的相 关建议与思考	182
第二节 我国公司清算中的法律问题	187
一、公司清算过程中的法律地位	187
二、完善我国公司清算人制度的构想	189
三、建立我国特别清算制度的设想和建议	198
第三节 我国有限责任公司中股东的清算义务与清	

赔偿责任·····	207
一、问题的提出·····	207
二、我国目前法律、法规对股东清算义务之规定 及其缺陷·····	210
三、有限责任公司股东清算义务与清偿责任转 换之依据·····	213
四、关于进一步规范审判实践具体操作的思考·····	216
<hr/>	
第八章 股东派生诉讼法律问题 ·····	219
第一节 股东派生诉讼的法律性质 ·····	221
一、派生诉讼的涵义·····	221
二、股东派生诉讼的双重属性·····	222
第二节 股东派生诉讼的实体与程序法律问题 ·····	224
一、派生诉讼的起诉条件·····	224
二、派生诉讼的范围·····	228
三、派生诉讼中当事人的地位·····	230
四、股东派生诉讼中诉讼费用的承担·····	234
五、派生诉讼中的意思自治以及诉讼后果·····	238
<hr/>	
第九章 公司的特殊形态——一人公司的法律问题 ·····	241
第一节 一人公司基本理论问题探讨 ·····	244
一、一人公司产生和发展的现状及内在规律·····	244
二、一人公司与传统公司法人制度的矛盾关系分析 ·····	247
第二节 西方国家一人公司立法例的历史考察及特 殊监管制度 ·····	253
一、西方国家一人公司立法例的历史考察·····	253
二、一人公司的特殊监管规则·····	256
第三节 我国的一人公司问题 ·····	259

6 | 公司法疑难问题解析

一、我国一人公司的立法问题	259
二、我国一人公司的司法问题	261
<hr/>	
第十章 公司诉讼判解研究	265
第一节 对一起归一性股权转让协议纠纷案的法律	
分析——交易安全与归一性股权转让协议	
之效力	267
一、案情与法院解决及理由	267
二、对本案中所涉及的归一性股权转让协议效	
力问题的法理分析	272
第二节 对一起股东派生诉讼案的法理分析	315
一、基本案情	315
二、审判结果	316
三、法理分析	318
<hr/>	
附录:相关法律、法规、规章、司法解释及规范性文件	321
一、总类	323
中华人民共和国公司法	323
上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件	
若干问题的处理意见	366
北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干	
问题的指导意见(试行)	375
江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若	
干问题的意见(试行)	382
二、股东与股东大会	397
上市公司股东大会规范意见	397
上市公司治理准则	406
国家国有资产管理局、国家体改委关于印发《股份	
有限公司国有股股东行使股权行为规范意见》	

的通知.....	419
三、公司股权转让的登记管理	424
中华人民共和国公司登记管理条例	424
公司登记管理若干问题的规定	438
国家工商行政管理局关于印发《关于国有企业改 革中登记管理若干问题的实施意见》的通知	444
四、国有股权转让的管理	448
企业国有产权转让管理暂行办法	448
国家国有资产管理局、国家经济体制改革委员会 关于印发《股份有限公司国有股权管理暂行办 法》的通知	458
财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关 问题的通知	466
五、债权转股权	471
国家经贸委、人民银行印发《关于实施债权转股权 若干问题的意见》的通知	471
金融资产管理公司条例.....	476
国务院办公厅转发国家经贸委、财政部、人民银行 关于进一步做好国有企业债权转股权工作意见 的通知.....	481
六、关联交易	486
关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司 对外担保若干问题的通知	486
财政部关于印发《企业会计准则——关联方关系 及其交易的披露》的通知	491
关联方之间出售资产等有关会计处理问题暂行规 定	512

公司法疑难问题解析

第一章

公司成立前所生债的承担^①

^① 本章是在2002年上海市高级人民法院重大课题中标论文《公司成立前所生债的承担》(作者为上海市第二中级人民法院法官肖志刚)一文基础上整理而成,整理人为胡孝红。



公司设立是一个过程,发起人在公司设立过程中扮演着重要的角色。在公司登记注册之前,围绕着公司设立事宜发起人与第三人之间订立了许多合同,产生了诸多债权债务关系。在公司成立前发起人支付的设立费用,于公司成立后,可否及如何向公司追偿?如果公司不成立,公司成立前所生的债由谁承担?如果公司成立,公司成立前所生的债是否自然由公司承担,发起人还有无责任?公司成立前所生债的承担关涉对交易安全与第三人的保护以及公司内部对发起人权限的制衡的问题。我国《公司法》对于上述问题的解决只是略有涉及,具体条文是《公司法》第92条第2款和第97条第1项。依上述规定,股份有限公司的创立大会应当对公司的设立费用进行审核;股份有限公司不能成立时,公司的发起人应对设立行为所产生的债务和费用负连带责任。《公司法》对有限责任公司成立前所生的债如何承担的问题未有片言规定,而且对股份有限公司成立前所生债于公司成立后如何承担的问题也缺乏相应的规定。立法的疏漏给司法实践带来很大困扰,同时实践中的许多做法在法律上的效力也有很大的不确定性。因而对“公司成立前所生债的承担”这一问题加以探讨,将有助于我国立法与司法对这一问题的规定与实践更为完善。

第一节 英美法的立法和司法实践

■一、一般原则

美国《模范公司法修正本》第二章第四节规定,“一切人明知根据本法某家公司尚未组织而仍以该公司名义或代表该公司从事商务活动,则这些人应连带地并且也是个别地承担因上述商务活动而引起的一切责任。”其理论根据是在公司成立前,发起人类似于合伙关系。因为发起人与公司的关系是先有“代理”,后有主体,代理不能先行约定尚未出现的主体的义务,所以公司登记注册之前由发起人签订的合同起初并不是公司的合同,对公司并无拘束力。如果发起人代表拟设立的公司签订合同,则发起人必须就有关合同负个人责任。^①

但是,英美法系国家和地区法院判例一般确认,在公司成立后,以明示或默示的方式接受公司注册前签订的合同,则发起人可以摆脱对合同的责任。明示接受是指公司成立后,公司与合同另一方重新订立合同来代替旧合同。默示接受的形式是公司接受了合同的益处,并且知道合同的存在。如果公司接受了发起人合伙的全部资产,则公司必须就公司存在之前的合同负责,因为公司已经成为发起人的“化身”(alter ego)。此外,判例也允许当事人在合同中约定,合同以公司成立并且成立后的公司同意执行该合同为生效要件,这样也可避免发起人承担个人责任。^②

① 参见朱伟一著:《美国公司法判例解析》,中国法制出版社2000年版,第30页。

② 参见 Robert W Hamilton: *The Law of Corporations*, 法律出版社1999年版,第59—61页。

■二、具体的处理方式

依据发起人与第三人在订立合同时的不同情形,合同对发起人与成立后的公司的效力可分为以下四种情况:

1. 如果发起人以自己的名义与第三人订立合同,未表明以后将由公司承担合同的责任,则发起人将为合同承担个人责任。此后发起人将合同转让给公司并不能解除发起人的个人责任,除非债权人明示或默示地同意解除发起人的个人责任并只向公司要求合同的履行,这种情况被称为合同的更新。

2. 在公司设立过程中,发起人以将要成立的公司的名义签订的合同,许多案例认为这种情况下,发起人应为合同承担个人责任。虽然公司成立并愿承担合同的责任,但是法院还是倾向于判令发起人承担责任。^①

3. 合同的当事人双方均知道公司尚未成立的事实,仍然以公司的名义订立合同。合同条文本身往往也表明公司尚未成立这一事实。许多判例明确表示,发起人在此情况下应承担合同责任,除非当事人双方有相反的约定。但是如果确有确切的证据证明当事人双方只是意图以将成立的公司作为合同的当事人承担合同的义务,则发起人不会因此而承担合同责任,但是证明双方这种意图的举证责任由发起人承担。^②

4. 公司以登记为成立之时。如果公司章程虽已签订并开展了业务,但公司章程尚未登记或设立登记事项有瑕疵,在上述期间以公司名义签订的合同如何承担责任?在美国普通法上发展出事实上公司与不可否认公司的理论。事实上公司在普通法上一般需要具备几个条件:(1)可以依法成立公司;(2)为设立公司作出了诚实信用的努

^① 参见 Robert W Hamilton: The Law of Corporations, 法律出版社 1999 年版,第 83—85 页。

^② 参见 Robert W Hamilton, 前引书,第 85 页。