

法律求助与专家指导丛书

主 编 李双元

副主编 蒋新苗 余国华



商法活用

— 商贸纠纷例解

吕国民 周辉斌 邓朕斌
欧丽华 周后春
中南工业大学出版社
编著

D913.99 777⁰
L93

法律求助与专家指导丛书

李双元 主 编
蒋新苗 副主编
余国华

商 法 活 用

——商贸纠纷例解

吕国民 周辉斌 邓联斌 编著
欧丽华 周后春

中南工业大学出版社

1 商事组织的设立与运作

1.1 改制筹股设公司 法定条件须先知

·案例介绍·

1993 年底，我国《公司法》正式出台，从而在中国掀起了一场设立公司的热潮。华湘百货商场是某街道办事处下属的一家集体企业，自 90 年代以来经营状况一年不如一年，商场领导看在眼里急在心里，领导们认真研究商场情况之后，认为造成这种困境的主要原因有二：一是商场近来面临的行业竞争日趋激烈，二是本商场的周转资金严重不足，因而无法扩大经营规模。《公司法》公布实施以后，领导们希望将华湘商场改组为股份有限公司，向社会公开募集资金，使商场走出资金匮乏的困境。

1995 年 10 月 5 日，华湘商场经其主管部门某街道办事处同意向省体改委呈报《股份制改组和公开发行股票并上市的应用报告》，在报告中，华湘商场拟定将成立的公司股份总额为 8000 万股，每股 10000 元，共 8000 股。华湘商场作为发起人认购 2000 股，以土地使用权、场房和华湘商场的商标作价认购（其中商标权作价 1700 股）。另外，由私营企业振中服装贸易公司认购 400 股，以货币出资。其余 5600 股向社会公开募集。

可是，一个月以后，华湘商场总经理收到了省体改委对报告

不予批准的通知，要求其依照《公司法》的有关规定，重新拟定并呈报《股份制改组和公开发行股票并上市的应用报告》。

·专家点拨·

省体改委之所以对华湘商场的申请报告不予批准，原因是该申请报告的内容违反了我国《公司法》有关股份有限公司设立条件的规定。股份有限公司是我国《公司法》规定的一种公司形式，它是指公司注册资本由等额股份构成并通过发行股票筹集资本，股东以其所持有股份为限对公司承担责任，公司为以其全部资产对公司的债务承担责任的企业法人。股份有限公司的设立与股份有限公司的成立是两个不同的概念。根据我国《公司法》的规定，股份有限公司的成立之日应当是发起人向工商行政管理机关报送了公司设立申请书和必要的有关文件，经工商行政管理机关核准登记后，公司营业执照签发之日。而股份有限公司的设立是为公司的成立而进行的一系列法律行为的总称，包括联系符合法定人数的发起人、选择设立方式、筹集设立公司所必需的最低限额资本、制定公司章程、申请注册登记。

根据我国《公司法》的规定，华湘商场的申请报告在以下三个方面违反了股份有限公司设立的法定条件：

第一，发起人不符合法定人数。我国《公司法》规定，设立股份有限公司应当有五人以上为发起人，而且其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。也就是说，作为发起人的自然人必须在中国境内有长期居住的处所；作为发起人的法人组织须在中国境内设有主要办事机构。考虑我国国有企业的现实要求，便于国有企业向公司制转化，《公司法》规定，国有企业作为发起人的可以少于五人，但如果发起人少于五人则只能采取募集方式设立。而本案中，华湘商场为集体企业，并非国有企业，其申请报告中拟定的发起人只有华湘商场和振中服装贸易公司，因此，不

符合《公司法》关于发起人人数的规定。

第二，不符合《公司法》关于发起人应认购注册资本的最低限额的规定。我国《公司法》规定设立公司可采取发起设立和募集设立两种方式，所谓发起设立是指由发起人自行认足公司应发行的全部股份，并即交付出资从而使公司得以成立的方式；所谓募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余部分向社会公开募集而设立公司。根据《公司法》的规定，采用募集方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总额的 35%。这一规定的目的—是为了保证发起人在未来成立的公司中的控股地位，再者也是为了促使发起人对公司设立行为及拟将成立的公司负责。而本案中，华湘商场认购 2000 股，加上振中服装贸易公司认购的 400 股，一共为 2400 股，只占公司股份总额 8000 股的 30%，因而不符合发起人应认购注册资本的法定最低限额的规定。

第三，违反了《公司法》关于工业产权出资的最高限额的规定。我国《公司法》规定发起人的出资方式可以是现金、实物、工业产权、非专利技术和土地使用权。但是发起人以工业产权、非专利技术作价出资的，其金额不得超过公司注册资本的 20%。因为工业产权和非专利技术都属于无形财产，无形财产必须与有形财产结合才能发挥它的作用。如果无形财产的比例过高，不利于公司的经营，所以，各国公司法都对此作了限制。而本案中，华湘商场用以出资的商标权作价 1700 股，占公司注册资本的比例超过 21%。因此，违反了《公司法》的有关规定。

·法律适用·

《公司法》第 73 条：

设立股份有限公司，应当具备下列条件：

(一) 发起人符合法定人数；

(二) 发起人认缴和社会公开募集的股本达到法定资本最低限额；

(三) 股份发行、筹办事项符合法律规定；

(四) 发起人制订公司章程，并经创立大会通过；

(五) 有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构；

(六) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

《公司法》第 75 条：

设立股份有限公司，应当有五人以上为发起人，其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。

国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于五人，但应当采取募集设立方式。

《公司法》第 80 条：发起人可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。对作为出资的实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权，必须进行评估作价，核实财产，并折合为股份。不得高估或者低估作价。土地使用权的评估作价，依照法律、行政法规的规定办理。

发起人以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过股份有限公司注册资本的百分之二十。

《公司法》第 83 条：

以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五，其余股份应当向社会公开募集。

1.2 独资公司责难明 个人设立定不能

·案例介绍·

刘明于 1994 年独自办了一家建材商店，生意十分红火。

1996年，刘明将其商店扩建成一家大型的建材商场，并且成立了几家分店。此时，刘明的一个朋友劝他，不如将建材商场改组为建材公司，这样，商场可以对其债务仅承担有限责任，即使以后生意惨淡，资不抵债，也不至于用刘明的个人财产来偿还债务；再者改成建材公司以后，他可以从商店老板变成公司经理，有利于他对外开展业务。刘明觉得朋友所言极是，于是按照《公司法》的规定制订了公司章程，并向公司登记机关提交了有限责任公司设立的申请报告。公司登记机关在审查刘明的申请时发现，申请书中所列的公司股东只有刘明一人，当即对刘明的申请予以驳回，并告诉他，我国《公司法》禁止自然人设立独资公司。

·专家点拨·

所谓独资公司是指只有一个股东，而且股东承担有限责任的公司。独资公司虽然在国外已被许多国家的法律所承认，但我国《公司法》对自然人设立独资公司是严加禁止的。其主要原因如下：

（一）公司区别于非公司企业如个体工商户、个人合伙企业等非公司企业的根本之处，首先在于公司具有资合性质，即公司的资产应来源于两个以上投资者的投资；再者在于公司对其债务以其总资产为限承担法律责任，公司股东以其投资额为限承担有限责任，而非公司企业则要承担无限责任。所以，如果允许自然人个人设立独资公司，也就是承认独资公司以其财产总额为限对其债务承担有限责任，该独资公司的股东只以其投入公司的资产为限承担有限责任。然而在实践中，不可能将一个独资公司的财产与投资设立这个独资公司的自然人个人的财产分清楚。同时，对于独资公司股东的行为究竟是其个人行为还是公司的行为也难以辨别。因此，不能让独资公司承担有限责任，自然人个人经营

的企业必须承担无限责任。自然人个人要设立有限责任公司，必须联合二个以上五十个以下的股东，同时还必须符合下列条件：(1) 达到法定最低资本限额，即生产经营为主的公司和商品批发为主的公司最低注册资本为五十万元，商业零售业为主的公司最低注册资本限额为三十万元；科技开发、咨询服务性公司的最低注册资本限额为十万元。(2) 股东共同制定公司章程。(3) 有公司名称，并建立符合有限责任公司要求的组织机构。(4) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

(二) 如允许自然人个人设立独资公司，承担有限责任，则与我国《民法通则》规定个体工商户承担无限责任以及私营企业法人规定的私营独资企业承担无限责任的规定相矛盾。

我国《公司法》虽然禁止自然人设立独资公司，但是，考虑到我国国有企业改革和进一步扩大对外开放的实际，《公司法》对独资公司的设立做了特别规定，即国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以单独投资设立国有独资的有限责任公司。原有的单一投资主体的国有企业，也可按照《公司法》规定的条件改建为国有独资有限责任公司。这是我国《公司法》作出的特别规定，但不能适用于自然人。

·法律适用·

《公司法》第 19 条：

设立有限责任公司，应当具备下列条件：

- (一) 股东符合法定人数；
- (二) 股东出资达到法定资本最低限额；
- (三) 股东共同制定公司章程；
- (四) 有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；
- (五) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

《公司法》第 20 条：

有限责任公司由二个以上五十个以下股东共同出资设立。

国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以单独投资设立国有独资的有限责任公司。

《公司法》第 21 条：

本法施行前已设立的国有企业，符合本法规定设立有限责任公司条件的，单一投资主体的，可以依照本法改建为国有独资的有限责任公司。

《公司法》第 23 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实缴的出资额。

有限责任公司的注册资本不得少于下列最低限额：

- (一) 以生产经营为主的公司人民币五十万元；
- (二) 以商品批发为主的公司人民币五十万元；
- (三) 以商业零售为主的公司人民币三十万元；
- (四) 科技开发、咨询、服务性公司人民币十万元。

特定行业的有限责任公司注册资本最低限额需高于前款所定限额的，由法律、行政法规另行规定。

《私营企业暂行条例》第 7 条：

独资企业是指一人投资经营的企业。

独资企业投资者对企业债务负无限责任。

《民法通则》第 29 条：

个体工商户、农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。

1.3 公司成立虽未成 发起人仍须担责任

·案例介绍·

1997年6月，宝丰房地产开发有限责任公司、经协机电公司与另外三家国内企业筹划建立圣地高科技开发股份有限公司。资本总额确定为1500万元，五家发起企业认购其中525万元的股份，其余975万元向社会公开募集股份。同年8月，五家发起企业按照《公司法》规定的出资方式认足了525万元的股份。由于宝丰房地产开发有限责任公司作为投资的厂房是尚未装修的新建房，于是，以圣地高科技开发股份有限公司筹建处的名义向宏达装潢材料公司购进一批装饰材料，货款总额计80万元，双方商定于圣地高科技股份有限公司成立后一周内付清货款。

1997年12月8日，经国务院证券部门批准，宝丰房地产开发公司等五家发起企业在报纸上公布招股说明书，规定募股期限为四个月，进行公开募股。但是直到1998年4月8日，四个月的募股期限已过，总共仅募集到资金760万元，致使公司无法成立。宏达装潢材料公司得知这一消息后，即向宝丰、经协等五家企业催要80万元的货款。五家企业以各种理由相互推诿。经协公司认为所购装潢材料全部用于宝丰公司作为投资的房屋的装修上，因此要由宝丰公司支付全部货款。而宝丰公司认为装潢材料是由圣地高科技开发股份有限公司筹建处购进的，因此，货款应由五家发起人共同承担。宏达装潢公司无奈，只好将宝丰、经协等五家发起企业全部告上法庭。法院最后判决宝丰房地产开发有限责任公司承担货款的80%即64万元，其余四家企业各承担5%，即4万元。

·专家点拨·

本案是一起因股份有限公司筹建期间与他人订立的合同在公司不能成立时发生纠纷的案件。本案的焦点是，设立中的股份有限公司可否对外从事法律行为？公司不能成立，发起人应承担什么责任？

公司的设立，是指公司发起人在公司依法登记成立前，为公司成立做准备的一系列行为的总称。公司在获准登记之前并未成立，因而不具有权利能力和行为能力，因而也就不能以自己的名义与他人发生法律关系。但实践中，公司的设立过程中难免对外发生法律行为，如本案圣地高科技开发股份有限公司筹建处与宏达装潢公司的装饰材料购销合同即是。因此，通常由发起人代替将成立的公司实施必要的法律行为。发起人的法律地位及其权利义务都与公司能否成立密切相关。如果公司成立，取得法人资格，发起人处于设立中的公司机关地位，其行为就是公司机关的行为。发起人对外代表设立中的公司，对内则履行设立的各种义务，公司依法成立后，发起人即成为公司的当然股东，其合法行为所产生的一切权利义务由公司承受。如果公司最终未能成立，发起人则处于合伙人地位（国有企业单独作为发起人的除外），其行为所产生的后果无法由公司承担，只能由发起人负责。法律规定发起人应承担连带责任，以保证社会交易安全。

在我国的实践中，发起人往往是成立一个筹建机构来负责公司的筹建工作。这一筹建机构在性质上是发起人的代理人。作为筹建机构的被代理人的所有发起人应对筹建机构的合法行为承担连带责任。

本案中，因为出现募股期限届满而股份尚未募足的法定事由，致使圣地高科技开发股份有限公司未能成立，按照我国《公司法》的有关规定，四家发起人应对公司的设立行为负连带责

任。具体包括：（1）对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；（2）对认股人已缴纳的股款，负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。

·法律适用·

《公司法》第 91 条第 2 款：

发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的，或者发行股份的股款缴足后，发起人在三日内未召开创立大会的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人退还。

《公司法》第 97 条：

股份有限公司的发起人应当承担下列责任：

（一）公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；

（二）公司不能成立时，对认股人已缴纳的股款，负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。

（三）在公司设立过程中，由于发起人的过失致使公司利益受到损害的，应当对公司承担赔偿责任。

1.4 公司正式成立前 发起人享有撤资权

·案例介绍·

1995 年 9 月，金龙保健品公司与天股饮料厂发起设立双龙矿泉水有限责任公司。双方签订发起人协议，协议内容：金龙公司投入资金 28 万元人民币，天股饮料厂投入价值 40 万元的厂房设备；公司设立股东会、董事会；各方按投资比例分享利润、分担风险；公司具体筹备及注册登记工作由天股饮料厂负责。此

后，双方制订了公司章程，确定董事会人选，举行了两次董事会议，制订了生产经营计划。

同年 11 月 8 日，金龙公司按协议规定将 28 万元投资汇入饮料厂账户。然而在这以后，双龙矿泉水有限公司迟迟没有开展业务活动，并且没有办理公司注册登记。金龙公司曾向饮料厂催问数次，饮料厂均以各种理由搪塞。至 1996 年 6 月，由于双龙公司一直没有注册登记并展开活动，金龙公司要求饮料厂退回其投资款，为此双方发生争执。金龙公司认为，发起人协议规定由饮料厂负责办理公司登记事宜，而饮料厂一直没有办理注册登记，致使双龙公司不能成立。因此所订协议无效，应退回其投资 28 万元，并赔偿其利息损失。饮料厂则认为，双方签订了协议，缴纳了出资，制订了章程，成立了董事会。公司事实上已经成立了。只是没有办理登记手续，这只是形式问题，而且双方签订的协议合法有效，协议中并未规定饮料厂办理注册登记的期限。现在如果金龙公司要求退还投资，属于违约行为。所以，饮料厂主张双方应继续履行协议，并答应尽快办妥注册登记手续，金龙公司则坚持认为饮料厂已违约在先，故不同意继续履行协议。双方协商未果，金龙公司告到法院，请求法院判决饮料厂退还金龙公司投资款 28 万元，并赔偿其利息损失。

法院经审理认为，双龙矿泉水有限责任公司因缺乏办理注册登记手续而没有正式成立。饮料厂经金龙公司多次催促仍不办理公司注册登记手续，属于违约行为，因此，应承担公司设立过程中的全部责任，因此，法院判决饮料厂退还金龙公司 28 万元投资款，并赔偿其利息损失。

·专家点拨·

本案的关键问题有二个：其一，双龙矿泉水有限责任公司是否成立？其二，公司成立前，投资者能否撤回投资？

对于第一个问题，根据我国《公司法》的有关规定，公司的成立不仅要具备实质条件而且要具备程序条件。就实质条件而言，设立有限责任公司须具备以下法定条件：（1）股东符合法定人数应由二个以上五十个以下股东共同出资设立。（2）股东出资达到法定资本最低限额，即：以生产经营为主的公司人民币五十万元；商品批发为主的公司人民币五十万元；以商业零售为主的公司人民币三十万元；科技开发、咨询、服务性公司人民币十万元。（3）股东共同制定公司章程。这是记载公司组织规范及其行为准则的书面文件，须由全体股东共同订立和签署。（4）有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构。（5）有固定的生产经营场所和必要生产经营条件。生产经营场所是指公司进行生产经营等业务活动的所在地。必要的生产经营条件是指除了生产经营场所、资金等条件以外的其他条件如生产所需的厂房、设备、技术、专业人员等等。

有限责任公司设立还须经下列法定程序：（1）草拟公司章程。公司章程与发起人协议不同，必须严格依照法律、法规的规定制定。（2）必要的行政审批。大多数情况下，只要不涉及法律、法规的特别要求，直接注册登记即可。（3）缴纳出资。发起人须在签署发起人协议或章程时认缴出资。（4）验资。须经法定的验资机构验资并出具证明。（5）申请设立登记。由全体发起人指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请登记，提交所需文件。（6）登记发照。

本案中，双龙矿泉水有限责任公司的设立虽然符合有限责任公司设立的实质条件，却不符合有限责任公司成立的法定程序。我国《公司法》规定，公司只有履行了登记注册手续，领取营业执照才告成立。因此，饮料厂认为双龙公司事实上已经成立的观点是于法无据的。可见，双龙公司并没有成立。

关于第二个问题，我国《公司法》只对股份有限公司认股人

的撤回权作出了规定，但是未对有限责任公司的发起人或投资者在公司没有成立时可否撤回投资作出明确规定。《公司法》第34条只是规定：“股东在公司登记后，不得抽回出资。”对在公司登记前，是否可抽回出资，《公司法》未作规定。根据法未禁止即为合法的法理原则，我们认为公司登记前，投资者撤回投资是可以的。此外，从有限责任公司的性质考虑，有限责任公司兼具资合性和人合性的特点。它的存续须以股东之间存在良好的人身信任关系为前提，如果出资者在公司成立前要求撤回投资，这表明他对他的合作伙伴即其他股东产生了不信任感，从而对公司成立的信用基础产生了动摇。如果立法禁止股东撤回出资必将对公司的发展造成不利影响。

但是，投资者撤回投资的权利绝不是无限制的。因为投资者的投资行为是建立在发起人协议的基础之上。发起人协议在理论上通常被认为具有合伙协议的性质，根据我国《民法通则》和《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第52条规定：“合伙人退伙，书面协议有约定的，按书面协议处理；书面协议未约定的，原则上应予准许。但因退伙给其他合伙人造成损失的，应当考虑退伙的原因、理由以及双方当事人的过错等情况，确定其应当承担的赔偿责任。”由此可见，有限责任公司的出资者在公司成立前撤回出资原则上应该准许，但若给其他出资者造成损失的，应赔偿其他出资者的损失，在确定赔偿额的时候，应考虑撤回出资的原因、理由以及各出资者的过错等因素。就本案而言，饮料厂迟迟未办理公司注册登记，并经金龙公司多次催促仍未办理，实际上已违反了发起人协议，属于违约行为。因为发起人协议虽然没有规定饮料厂办理注册登记的具体期限，但根据《民法通则》第88条第2款第2项的规定：“履行期限不明确的，债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以随时要求债务人履行义务，但应当给对方必要的准备时间。”本

案中，金龙公司已多次催促饮料厂去办理注册登记，饮料厂仍不办理，属于迟延履行合同义务，已构成违约。因此，在确定赔偿额时应把它作为一个重要因素加以考虑。

·法律适用·

《公司法》第 19 条：

设立有限责任公司，应当具备下列条件：

- (一) 股东符合法定人数；
- (二) 股东出资达到法定资本最低限额；
- (三) 股东共同制定公司章程；
- (四) 有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；
- (五) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

《公司法》第 20 条：

有限责任公司由二个以上五十个以下股东共同出资设立。

国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以单独投资设立国有独资的有限责任公司。

《公司法》第 23 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实缴的出资额。

有限责任公司的注册资本不得少于下列最低限额：

- (一) 以生产经营为主的公司人民币五十万元；
- (二) 以商品批发为主的公司人民币五十万元；
- (三) 以商业零售为主的公司人民币三十万元；

特定行业的有限责任公司注册资本最低限额需高于前款所定限额的，由法律、行政法规另行规定。

《公司法》第 27 条：

股东的全部出资经法定的验资机构验资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记，提

交公司登记申请书、公司章程、验资证明等文件。

法律、行政法规规定需要经有关部门审批的，应当在申请设立登记时提交批准文件。

公司登记机关对符合本法规定条件的，予以登记，发给公司营业执照；对不符合本法规定条件的，不予登记。

公司营业执照签发日期，为有限责任公司成立日期。

《民法通则》第 88 条第 2 款第 2 项：

履行期限不明确的，债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以随时要求债务人履行义务，但应当给对方必要的准备时间。

《经济合同法》第 29 条第 1 款：

由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行，由有过错的一方承担违约责任；如属双方的过错，根据实际情况，由双方分别承担各自应负的违约责任。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第 52 条：

合伙人退伙，书面协议有约定的，按书面协议处理；书面协议未约定的，原则上应予准许。但因退伙给其他合伙人造成损失的，应当考虑退伙的原因、理由以及双方当事人的过错等情况，确定其应当承担的赔偿责任。

1.5 虚假出资不可行 赔了夫人又折兵

·案例介绍·

虹霓外贸股份有限公司是某市外经委主管的一家大型外贸公司，公司职员多，家属人口多，近年来，经营状况大不如从前，为了解决职工家属就业问题，1995 年 5 月，虹霓公司与本市的