

新经济·法律案例评析丛书

顾问：江 平 丁邦开 孔祥俊

主编：徐兆宏 朱有彬

公司法

案例评析

鄢 涛 编著

XINJINGJI
FA LU
AN LI
PING XI
CONG SHU

汉语大词典出版社

新经济·法律案例评析丛书

顾问:江 平 丁邦开 孔祥俊

主编:徐兆宏 朱有彬

公司法

案例评析

鄢 涛 编著

XINJINGJI
FAZHUI
XINJI
CONGSHU

汉语大词典出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

公司法案例评析 / 徐兆宏等主编. — 上海: 汉语大词典出版社, 2003.1

(新经济·法律案例评析丛书)

ISBN 7-5432-0804-0

I. 公... II. 徐... III. 公司法—案例—分析—中国
IV. D922.291.915

中国版本图书馆CIP数据核字 (2002) 第106956号

责任编辑 郭 玲

装帧设计 钱自成

技术编辑 徐雅清

公司法案例评析

鄢 涛 编著

世纪出版集团 出版、发行
汉语大词典出版社

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

各地新华书店经销 常熟市文化印刷有限公司印刷

开本 850×1168 1/32 印张 10 字数 259 千字

2003 年 2 月第 1 版 2003 年 2 月第 1 次印刷

印数 0 001—5 100

ISBN7-5432-0804-0/F·2

定价: 18.00 元

如有印订质量问题,请与承印厂联系。T: 0512-52561025

新经济·法律案例评析丛书

顾 问：

江 平

丁邦开

孔祥俊

主 编：

徐兆宏

朱有彬

副主编：

曾 坚

谢冬慧

鄢 涛

序

经济全球化是当今世界经济发展的客观进程，是在现代高科技条件下经济社会化和国际化的历史新阶段。经济全球化给世界各国政治、经济、法律等带来新的机遇，也带来严峻挑战。

经济是基础。有什么样的经济关系就会有什么样的法律和法制。在国家经济和市场独立的情况下，各国的法律和法制是相对独立的，国际社会和国家的法律规范也是相对独立的。然而，在国际经济一体化的进程中，全球范围的法律理念、法律价值观、执法标准与原则乃至法律和法制均在受到相应的影响。因为国际经济一体化要求与之相适应的法律规范，这是不以人的意志为转移的客观规律。事实上，在各国相互依赖关系不断加深的情况下，各个国家的法律规范之间以及各个国家的法律规范和国际社会的法律规范之间存在着相互作用、互为补充、交相融和。各国法律在一定的程度上出现了趋同化的现象。

我国立法体系深受大陆法系的影响。我国是一个典型的成文法国家。从严格意义上讲，我国不是判例法国家，判例在我国不属于法律渊源，判例在我国司法实践中只能起作参考作用。然而判例在英美法系中却是最重要的法律渊源。判例法的产生、发展与其独特的法官造法、自由裁定权与充分体现公平、公正的法治精神分不开的。在当今世界法治发展中，判例法不但未因成文法的发达而湮没在浩如烟海的法典之中，相反，判例法在法律的创建、解释及填补法律漏洞上所发挥的独特作用在一定程度上是成文法无法相比的。“他山之石，可以攻玉”，通过案例研究，特别是对具有典型意义的案例进行学理分析与研究，对我国司法实

践乃至立法均具有一定的参考价值。

学者徐兆宏、朱有彬组织编写的《新经济·法律案例评析丛书》，共十二本，这些书的作者一般具有博士学位或副教授职称。作者在其编写的领域进行了相当的研究。该丛书具有如下特点：（1）案例选择上具有典型性。作者对其编写的案例是从大量的司法实践的活生生的案例中精心挑选出来的，作者通过对这些案例解析帮助读者解读法律知识的难点、疑点，启迪读者思维。（2）同步性。作者收集的是最新的资料。通过这些资料来解释和说明国际条约、国际惯例、我国法律法规最近发展动态。（3）体例上具有新颖性。该系列丛书体例一般包括：案情简介、法院判决或仲裁裁定、案例评析、对市场主体的启示、本案主要涉及的法律。作者重点放在案例评析和对市场主体的启示这两部分，值得一读。

徐兆宏和朱有彬都毕业于中国政法大学。毕业后担任教学和律师工作，在各自领域中取得了明显的成就。现又主编这套有价值的案例评析丛书，无论对法律院校师生或法官、律师等实际工作者，都是很有益处的，我积极支持他们的这项工作并为序。

江 平

2002 年 10 月北京

前 言

公司法是经济法的重要组成部分,经济法是经济法学的重要研究对象,而经济法学既是法学所有专业和经济管理类专业必修课程之一,又是法官审理民事(经济)案件、律师代理民事(经济)事务、教师传授法律知识和学生学习法律知识的重要理论基础。《公司法案例评析》紧紧围绕公司运行实践中典型而又有争议的具有普遍性的案例和热点问题,力求全面准确地运用国内外公司法等相关法律、法规和司法判例及国际公约,对这些案例和问题进行法理评析。本书共分两大部分,即公司法典型案例评析和我国公司法理论中若干热点问题探讨。在本书第一部分中,首先选择了股东出资、公司债权人保护、公司合并与分立、公司股票与债券、公司破产与清算、公司经营范围等真实性和典型性案例,然后主要根据我国《公司法》等法律、法规的规定,并适当借鉴外国先进立法经验和相关国际惯例、国际公约对所选案例进行评析。在本书第二部分中,主要针对我国《公司法》没有规定或规定不明确的,而发达国家的公司立法和司法判例、有关国际公约又有明确规定且被实践证明行之有效的公司法理论中的上市公司退出机制、独立董事制度、股东代表诉讼、设立中公司法律地位等热点问题探讨。因此,本书既具有相当的理论深度,又使理论密切联系实际,具有典型性、实用性、前瞻性和很强的针对性,熔公司法理论研究与应用研究、公司法历史研究与现实研究、中国公司法与外国公司法及相关国际公约研究于一炉。

目 录

前言

第一部分 公司典型案例评析

一、有限责任公司的股东出资	3
二、国有独资公司	13
三、设立中公司的法律地位	23
四、发起人资格确认	32
五、发起人责任	45
六、公司人格否认制度	55
七、瑕疵设立公司的法律地位	66
八、公司的经营范围、发起人资格以及转投资的 限制	75
九、关于经理的法律问题	88
十、公司向股东贷款融资问题之探讨	99
十一、公司债券	111
十二、可转换公司债券若干问题	119
十三、有限责任公司的股权转让	126
十四、股份的发行与转让	135
十五、对公司取得自己股份的规制	147
十六、公司配股与资金拆借	155
十七、公司僵局与公司法人治理结构的完善	163
十八、公司的保证能力——兼论经理的表见代理	171

十九、公司债权人利益的保护	179
二十、公司董事竞业禁止与自我交易禁止义务	191
二十一、越权原则	203
二十二、股东大会决议程序	212
二十三、公司的合并与分立	221
二十四、公司的破产与清算	231
 第二部分 公司法热点问题探讨	
二十五、一人公司	243
二十六、人力资本出资	253
二十七、职工持股	261
二十八、中国引进独立董事制度利弊分析研究	270
二十九、对债转股若干法律问题的探讨	280
三十、股东代表诉讼制度	290
三十一、上市公司退出机制法律问题探讨	298
 后记	309

第一部分

公司典型案例评析

一、有限责任公司的股东出资

【案情简介】

甲、乙、丙、丁欲设立一家以生产经营为主的有限责任公司,四人经平等协商于2000年1月7日订立如下出资协议:

(一)甲和乙均用货币出资,出资额分别为20万元和16万元;
(二)丙用一间面积为200平方米,经法定评估机构评估的价值为12万元的房屋出资;(三)丁用其客户名单等商业秘密作价8万元出资,并约定如果丁用以出资的商业秘密不能对拟设立的有限公司产生经济效益,丁保证用货币出资8万元代替商业秘密出资。同年1月28日取得营业执照,公司正式成立,取名为华达有限责任公司。

【法院判决】

2001年1月因利润分配等问题产生纠纷,丁起诉至某市某区人民法院,法院经初步审理查明:

(一)甲虽在工商行政管理机关登记的出资额为人民币20万元,但其实际出资额为13万元;(二)乙虽然出资额为16万元人民币,但其中有8万元是从A银行借贷的;(三)丙用以出资的房屋在出资前已抵押给了B银行,并依法办理了抵押物登记手续;(四)丁用以出资的客户名单为华达有限责任公司委实带来了可观的经济效益。法院在审理该案时对下列问题存在着激烈争论:

1. 华达有限责任公司成立是否合法?

2. 甲的出资是否存在瑕疵,若存在瑕疵甲应承担什么责任?
3. 乙用借贷取得的8万元出资是否合法?
4. 丙能否用已经办理抵押物登记的房屋作价出资?
5. 丁能否用其知悉的商业秘密出资?

人民法院合议庭经审理后认为:

华达有限责任公司成立不合法。因为《公司法》第十九条规定:设立有限责任公司应当具备的条件之一是股东出资达到法定资本最低限额。同时根据《公司法》第二十三条规定:“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:(1)以生产经营为主的公司人民币五十万元;(2)以商业批发为主的公司人民币五十万元;(3)以商业零售为主的公司人民币三十万元;(4)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最低限额的,由法律、行政法规另外规定。”即我国《公司法》实行法定资本制和资本确定、资本真实原则。由于华达有限责任公司的实缴出资额未达到法定注册资本最低限额50万元,因此,华达有限责任公司的成立不合法。

甲的出资存在瑕疵。因为《公司法》第二十五条规定:股东应当足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东不按章程规定缴纳所认缴的出资,应当向已足额缴纳出资的股东承担违约责任。由于甲没有足额缴纳公司章程中规定的其所认缴的出资额,所以,甲应当向已足额缴纳出资额的股东承担违约责任。

乙用借款取得的8万元出资不合法。因为《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》(以下简称《若干规定》)明确规定合营企业认缴的出资必须是合营者自己所有的资金,合营企业任何一方都不能用合营企业的名义取得的贷款作为自己的出资。同时,中外合资经营企业的组织形式为有限责任公司,与本案中的华达有限责任公司的组织形式完全相同,在我国《公司法》对从银

行借贷资本是否可以出资没有明确规定的情况下,应准用《若干规定》的规定,即本案中的华达有限责任公司不得用借款资本出资。

丙不能用已经办理抵押物登记的房屋出资。因为《公司法》第二十五条规定:股东以实物出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。而已办理抵押物登记的财产,其财产权的转移受到限制,在债务人不履行债务时,债权人有权以抵押物优先受偿。一旦出现这种情况,则出资人势必无法办理抵押物的权利转移手续。

丁不能用商业秘密出资。因为《公司法》第二十四条明确规定:“股东可以用货币出资,也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。”而商业秘密出资没有法律依据。

据此,法院作出如下判决:

1. 华达有限责任公司不能成立;2. 甲应承担违约责任;3. 乙的出资不合法,视为未出资;4. 丙、丁的出资没有法律依据。

【法理评析】

对法院的以上判决及理由笔者实在无法完全苟同,现就法院的以上判决谈谈我们的浅见。

(一) 有限责任公司资本立法例评析

1. 国外公司法的相关规定

关于公司资本目前世界上有两种立法例,即“授权资本制”和“法定资本制”。

所谓“授权资本制”就是将公司的资本分成“授权资本”(authorized capital)和“发行资本”(issued capital)。公司必须要在公司章程中载明授权资本的数额,但在公司设立时不必按授权资本的数额全部发行股份或者缴纳出资,而可以先发行一部分,其余则留待日

后根据公司发展的需要决定是否发行。^①所以,授权资本只是公司资本的最高限额,是一种名义资本,而发行资本才是公司的真实资本。授权资本制的主要优点就是使公司在财务方面具有一定的灵活性,减少了公司在授权资本额内增加资本复杂而又繁琐的程序,而且便于公司在今后增资或发行新股时把认股权授予本公司的高级员工,有利于调动他们的积极性、主动性和创造性,从而最大限度地提高公司绩效。但授权资本制对保护公司债权人和与公司进行交易的相对人不利,不利于维护交易安全。目前,英国、美国等英美法系国家采取授权资本制。

所谓“法定资本制”是指公司章程中所载明的资本在公司申请设立登记时必须全部由出资人或认股人缴纳或认购完毕,否则公司不能成立。^②法定资本制的最大优点是有助于保证公司拥有充实资本,防止利用公司进行欺诈和过度投机行为,防范损害公司债权人利益和交易相对人利益行为的频繁发生。然而,法定资本制对于资本充足的要求过于严苛,不利于吸收民间多余的闲置资本,不利于最大限度地发挥资本的使用效率。因此,日本、德国等原来采用严格法定资本制的大陆法系国家纷纷开始完全放弃或部分放弃法定资本制转而采取授权资本制。^③例如,日本《公司法》规定:公司在设立时只需发行股份的四分之一即可,其余股份可在公司成立后由董事会决定发行。德国有限责任公司《公司法》第七条规定:公司成立前,股款缴纳不得少于四分之一;如果有金钱外财产出资,股本实际总额中现金出资额加上金钱外财产出资总额至少应达到 25000 马克。德国股份《公司法》也规定:当董事会根据股东大会授权发行新股增加资本时,可以在不超过五年期限内分一次或多次完成。^④

① ②③ 参见冯大同主编《国际商法》,对外经济贸易大学出版社,1991年5月第1版,1999年6月第17次印刷,第360页。

④ 杨煦《一人公司的有关法律问题探讨》,资料来源:<http://www.civillaw.com.cn>。

2. 中国公司资本制度的缺憾

我国《公司法》第十九条、第二十三条、第七十三条、第七十八条分别规定:设立有限责任公司股东出资应当达到法定资本最低限额;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:以生产经营为主的公司人民币五十万元;以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;设立股份有限公司,发起人认缴和向社会公开募集的股本达到法定资本最低限额;股份有限公司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一千万元。

从我国《公司法》的以上规定可知,我国《公司法》对公司资本采取法定资本制。我国《公司法》对公司资本的规定至少存在如下缺憾:

(1) 我国《公司法》规定公司注册资本的最低限额并实行法定资本制,其立法意旨是为了保护交易相对人和债权人的利益,维护静态的交易安全。其实公司是一个动态的运作过程,设立时比较安全的公司(如要求资本确定和资本充实),在其运作过程中完全可能因情势变更而丧失原有的安全,反之亦然。许多实力雄厚的公司不幸破产而不少小公司迅速崛起就雄辩地说明了这一点。因而对交易安全的追求并将其条文化可能是立法者的一厢情愿和“立法乌托邦”。

(2) 要求公司设立登记时注册资本为全体股东实缴的出资额或实收股本总额,可能导致资本的浪费和闲置。

(3) 由于我国长期实行低工资制,居民手上的剩余资金普遍偏少,《公司法》规定如此高的设立门槛(即注册资本最低限额太高)显然不利于吸收民间闲置资金,客观上助长了虚假出资现象的发生。

(二) 出资人或发起人能否用借贷资本出资或认购股份

1. 国外法院判例和学说

关于出资人或发起人能否用借贷资本出资或认购股份的问题,各国公司法多无明确规定,学者对此亦有不同看法。在韩国,通常认为无效,而法院判例却认为有效。在日本,部分学者主张有效,但多数学者和判例却认为无效。^①

2. 我国的学说和法院判例

我国公司法学者对出资人或发起人能否用借贷资本出资或认购股份问题研究甚少且较肤浅,这不能不说是我国公司法学者的一大悲哀和遗憾。但有些公司法学者对此持否定观点。例如石少侠先生认为:就公司资本为公司债务担保而言,股东不得以贷款或借款充作出资,似为公司资本的应有之义。^②司法判例则认为此种情形构成虚假出资。但笔者认为我国的有关学说和判例似有不妥。因为,(1)我国《公司法》第二十五条、八十二条、八十三条分别规定:股东以货币出资的,应当将货币出资足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时账户;以发起设立方式设立股份有限公司的,发起人以书面认足公司章程规定发行的股份后,应即缴纳全部股款;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。可见我国《公司法》并没有禁止出资者或发起人用借贷资本出资或认购股份。根据“法不禁止即自由”这一著名的私法原则,出资者或发起人完全可以用借贷资本出资或认购股份;(2)虽

① 参见蒋大兴《公司法的展开和评判》,法律出版社 2001 年 12 月第 1 版,第 33 页。

② 参见石少侠主编《公司法教程》(修订本),第 109 页。