

商事法专题研究文库

王保树/主编

商事法

现物出资研究

(日)志村治美/著 于敏/译 王保树/审校

法律出版社

0.4

■商事法专题研究文库

王保树 主编

现物出资研究

〔日〕志村治美 著 于敏 译 王保树 审校

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

现物出资研究/(日)志村治美著;于敏译 王保树 审校. -北京:
法律出版社,2000.4

(商事法专题研究文库)

ISBN 7-5036-3070-1

I. 现… II. ①志…②于… ③王 III. 商法-专题研究

IV. D912.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 05723 号

京权图书:01-2000-3516 号

GENBUTUSHUSI NO KENKYU(现物出资の研究)

©1975, by Haruyosi Shimura(志村治美)

Originally published in Japan by Yuhikaku Publishing Co., Ltd

(株式会社有斐阁)

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杨昆玲

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/10.25 字数/269 千

版本/2001 年 1 月第 1 版

2001 年 1 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3070-1/D·2791

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

总 序

《商事法专题研究文库》是一套大型系列书,入选书目由中国社会科学院法学研究所商事法研究中心和法律出版社共同确定,主要是商事法的专题研究著作。商事法研究中心虽属于并依托中国社会科学院法学研究所,但它是面向社会、开放的研究机构。因此,入选书目的作者不限于中国社会科学院法学研究所的学者,而是包括所内外的商事法学者,主要是中青年商事法学者。

无疑,书店里陈列的各类丛书已不算少。现在,我们也编写丛书之类的大型文库,很有凑“热闹”之嫌。然而,这只是就形式上而言。如就其实质而言,嫌疑就自然解除了。我本人热衷于两大研究领域,一是经济法,一是商事法。前者,需另作讨论。仅就商事法而论,如荀况在《劝学》中所云:“故不登高山,不知天之高也;不临深溪,不知地之厚也;不闻先生之遗言,不知学问之大也。”当我接触商事法的时候,深感如临浩瀚大海一般。从事对它的研究工作,当然要花“锲而不舍”之功,然而一旦略有收获,就会带来无穷的乐趣。就整个学界的商事法研究状况而言,不难发现有许多可喜之处,但也不容乐观。如何进一步繁荣商事法的研究?我以为应着眼于扎扎实实的基础工作,而不是盲目地追求轰动效应。正是从这一意义上考虑,商事法研究中心已着手做三件事:一是编写《商事法文库》,包括一套系统阐述商事法理论的著作;二是编写《商事法论集》,每年出版一卷,及时发表商事法学者的学术论文;三是编写本专题研究文库,陆续出版商事法学的专著。无疑,这三件事的目的是一致的,都是为了有效地促进

学界对商事法的研究,加强商事法学的学科建设。但是,其具体宗旨又有不同。以编写商事法专题研究文库而论,它主要是为了倡导和推动人们对商事法的专题进行深入、系统的研究,从宏观和微观的结合上精心解决商事法各领域的具体理论问题。没有对专题的认真研究,商事法学不可能有雄厚的基础,它也不可能有活力。当然,专题研究要难于教科书的撰写,它需剖析商事法某一具体领域的历史、现状、不同学术观点的争议,尤其须要有作者对该领域的自己的见解,纵然是一两点也好。然而,困难往往是同需要并存的。因此,解决这些困难的必要性是不言而喻的。

本文库不采用“命题作文”的作法,即不是先拟定选题再分配于作者,而是根据商事法研究的现状和发展趋势,选择含有某一领域相对成熟的研究成果(当然,并不要求已成定论)的著作列入本文库。本文库的选题标准是:(一)应是学术著作;(二)须是对商事法专题进行认真研究的论著;(三)须是符合学术规范的著作。选入本文库的著作不限于仅研究中国商事法,可以是商事法的比较研究著作,也可以是某个国别的商事法的专题研究著作。但不论是上述哪一类著作,都应是对商事法前沿课题和重大课题有深入研究的,都须有利于人们对商事法认识的深化,有利于人们对商事法的进一步思考。需要提及的是,经济法专题研究的著作也将依上述标准选入。但是,这并不意味着经济法属于商事法,它正如商事法不属于经济法一样。并且,选入本文库的经济法专题研究著作也应有利于经济法学的学科建设。一俟条件成熟,再另编《经济法专题研究文库》。

本文库的问世得益于中青年商事法学者的积极参与,编入文库的每一部著作都分别渗透着他们的心血。他们对商事法学的贡献,人们是不会忘记的。本文库的出版更得益于法律出版社的积极支持,当我向该社提出本文库选题的时候,他们立即欣然接受并给予了积极的合作。该社繁荣学术之举,使我和本文库所有作者都为之感动,谨在此表示诚挚的谢意!我衷心欢迎读者阅读本文库的每一部著作,并恳请学界同仁不吝赐教,提出您的宝贵意见。

万事开头难,但良好的开端就是成功的一半。本文库第一本著作的出版就预示着文库的美好未来,我对本文库的前景充满了信心。

王保树

1997年3月28日于北京芳城园

序

出资是公司设立中的一个非常重要的问题。而出资可以大别为两类：一是金钱出资；一是现物出资。后者，是相对金钱出资而言的，它是金钱出资以外的各种形态的出资。现物出资由于其自身的特点，它需要解决金钱出资所不曾遇到的问题。同时，我国恢复商事公司法律制度时间不长，现今建立的公司和正在设立的公司，其出资大部分是现物出资。如何有效地运用现物现资形式，不仅是一个实践问题，也是一个需要认真研究的理论问题。因此，翻译出版日本商法学家志村治美先生的力作《现物出资研究》，是很有意义的。

1991年3月，志村先生来北京讲学，使我有机会第一次和他会面，并就企业法与公司法问题进行了学术交流。之后，他曾两次邀请我到他任教的日本立命馆大学法学部讲学，并在多次学术研讨会上讨论公司法的学术问题。志村先生渊博的知识，精辟的见解，敏锐的思维，给我留下极深刻的印象。志村先生多年研究商法学，著作等身，是日本商法学界著名的学者。并且，是日本最早对日中公司法进行比较研究的学者之一。他的大作《现物出资研究》，系统考察和分析了现物出资标的物的适格性，现物出资标的物的评价与规制，现物出资与风险承担，现物出资的瑕疵担保，现物出资的财产隐匿与债权人保护，现物出资的不履行与发起人的担保责任，现物出资的比较法制度史，充分揭示了现物出资的法理念。可以说，他对现物出资的研究洞达精辟，其严谨治学的精神和对商法学研究的高深造诣均表现其中。虽然，中、日两国公司法律制度不完全相同，但两国均有着大

陆法系的传统,其《现物出资研究》所揭示的经验和理念有重要的借鉴意义。

《现物出资研究》的部分章节曾由李凌燕博士翻译后在我主编的《商事法论集》第一卷发表,许多读者从中受到启发。此次,于敏博士翻译《现物出资研究》全文,并由法律出版社出版,将会使读者更系统地了解现物出资的理论,有利于读者准确、全面把握和运用公司法。现特作此序。一是向读者郑重推荐此书,二是对此书的问世表示祝贺。

王保树

2000年8月13日于清华园

前 言

我们从所有关于股份公司的现代立法中找出了对现物出资规定了严格规制的法条。这样做不外是因为在过去的历史中,围绕着现物出资,曾经发生过许多弊害。但另一方面,现物出资与金钱投资相并列,在作为社会资金集中机构的股份公司的资本形成上,发挥着重要作用也是一个不容否认的事实。然而,尽管如此,除了存在若干研究现物出资某些问题的优秀成果之外,几乎看不到从正面对这种兼有危险性与重要性两个方面的现物出资问题进行全面深入研究的力作。这种现象的存在,是由于围绕着现物出资的问题已经得到解决,还是在现在的经济社会中,围绕现物出资没有发生任何问题,或者问题是存在的,只是没有表面化而已呢?这些疑问成为当初促使我研究这一问题的契机。

然而,最近飞跃的技术革新,以及与此相应地与诸多外国进行的技术合作,使得以专利权以及工业秘密等为现物出资标的物设立股份公司的情况呈增加趋势。由此派生出的各种问题,促使我们重新研究从前谈到过的现物出资的规制问题。另一方面,战后急剧增加的由个人企业向股份公司组织的变更,即所谓法人形成,在日本呈现出与其他资本主义国家相比极为特殊的样态。其中,法人形成的多数,尽管能够推测出实质上是以某种形式上的“现物设立”进行的,但实际状态却是规避了“现物设立”的法律程序。这种状况,不得不说现物出资规制自身确实已经失去其功能,变得空洞化了。

在上述这种状况下,我想,要对应现物出资的现代化课题,并不

是要立即将其与立法论方面的探讨直接结合起来。就是说,我想首先必须要回到现物出资的原点,特别地进行在资本筹集机构股份公司制度中,现物出资在经济方面占有何种地位,它在对应经济发展的同时发生了何种制度性变迁这样一种历史性的总结。与此同时,为正确地对对应现在的问题,尽可能地进行现行法上的解释论研究是必要的。在此基础上,才能将未能得到解决的问题,作为立法论方面的课题进行研究。从这种观点出发,本书尝试着对现物出资这一老而新的重要课题进行基础性研究。

因此,本书的考察按以下步骤进行:首先,作为预备性考察,搞清在作为资本筹集机构的股份公司制度中,现物出资在其中占有何种位置。为此,从概观资本主义企业中的资本筹集形态开始。然后,确认在从初期的股份公司形态向近代股份公司制度转移的转换时期,作为采用准则主义、确立股东有限责任原则的另一方面,现物出资作为一种制度取得了自己的位置(序章第一节)。接着,明确现物出资的目的为什么是使现物与金钱并列成为出资的客体,进一步地搞清现物出资者是以何种理由进行出资的,在明白地说明所谓创业者利益的过程中,明确围绕现物出资的利益对抗关系(序章第二节)。这种清楚的说明是本书所作考察的基础性作业。就是说,现物出资在制度上的位置,构成对现物出资规制进行比较制度史方面的说明之际的框架,并且围绕现物出资的利益对抗关系,构成在第二部进行的解释论方面的考察中的利益衡量的基础视点。

在第一部现物出资比较法律制度史的考察中,探讨作为日本现物出资规定的母法国——德国和对罗埃思莱尔氏草案的体系给予重大影响的法国的情况。首先,在与当时经济发展的紧密联系中,按国别忠实地再现现物出资规定的修改(第一部第一章至第三章)。在这种纵断的考察之后,将资本主义经济的发展分为形成期、确立期、垄断资本主义确立期以及现阶段,再横断地考察构成各国经济发展的特异性是如何投影于现物出资制度上的情况。其结果,可以称为各国现物出资制度“型号”的特色就会自动地明确起来(第一部第四

章)。但是,这一比较法制度的研究并不是将制度的优劣简单地凑合在一起。就是说,这里仅限于单纯的法律制度上的研究,为此,要进行制度运用、功能方面的实际状态的分析,因为这样才能论述制度的实质。但是,即使是仅限于法律制度上的比较,对从中浮现出的相异之点,也在第二部加以探讨,在对日本规定的解释中加以比较分析,并且重新提出问题。

本来,现物出资的中心课题,在于对什么和怎样地进行正确的评价。换言之,最终是何物可以成为现物出资标的物——具有现物出资标的物的适格性这一质的限定,和对该标的物如何评价——可以给予的股份数这样一种量的测定。作为进入这一研究的前提,首先确认可以将现物出资的法律性质把握为有偿双务契约(第二部第一章)。并且,关于质的限定,在审视过去通说的定义,明确其缺陷的基础之上,提示了新的四个要件,对在德国、瑞士、美国得到承认的具体内容物套用这些要件,为其妥当性提供根据(第二部第二章)。关于量的测定,以实际状态调查的结果为线索,搞清规避现物出资规制的现状及其理由,提示应如何加以对应。就是说,作为解释上的问题,将会计学上标的物评价的方法运用到现实中去,建议采取符合情况的适当方法,作为立法论上的问题,参考斟酌加利福尼亚州的证券交易法,提出了一种方向性的建议(第二部第三章)。

关于自治性监督机关创立大会对现物出资标的物的评价变更权,在研究判例、学说的基础上,明确支持 1966 年的最高裁判所判决的见解(第二部第四章)。

关于现物出资在履行上可能产生的问题,在先前已经确认的有偿双务契约的基础之上,我主张在标的物存在瑕疵的场合,出资者为商人时,适用商事买卖的规定、商行为法的一般规定以及民法;为非商人时,在合理的范围内适用商行为法的一般规定及民法,尝试着与以迅速为宗旨的经济界的实际状况相一致。另外作为瑕疵担保责任的效果,解释为只有损害赔偿请求权,在任何场合都能够得到承认;对解除与减额请求权,除为惟一的法定程序的场合之外不能予以承

认(第二部第五章)。再有,关于将现物出资构成有偿双务契约的结果,作为难点被指出的风险负担,我主张风险负担的转移与所有权的转移把握为同一时间,通过明确法律条文上的“支付之日”(商法第192条正文,第280条之9)的意义,来对应资本充实的要求(第二部第六章)。

公司制度在物的方面所具有的特性,是在公司与其构成人员之间设置明确的分离界限。但是,反过来利用这一特性,债务人企图隐匿自己的财产的话,在这种情况下,存在着现物出资被当成作恶手段之一加以利用的情况。本书比较研究了这种场合下债权人能够采取的种种方法,尝试着以尽可能符合实际状态的统一的理论构成加以解决(第二部第七章)。

本书的末尾,作为资料,收录了1965年福冈市及1973年大阪市关于变更企业形态设立的实际状态的调查报告。这只不过是因为考虑到,将过去经验上谈到过的现物出资程序上的问题在数量上加以明确化,作为在立法、解释两方面作业不可或缺的对实际状态的认识可以发挥作用。

在这里必须加以说明的是,本书关于现物出资的研究,是将股份公司,而且主要是将其设立的场合置于中心进行考察的。这是因为考虑到,虽然在新股发行时也会出现现物出资的问题,但多数可以作为设立思路延长线上的问题统一地加以解决。

本书收录的论文(除第二部第七章及资料外)是向九州大学提交的学位论文,是极不成熟的作品,不过是我进行现物出资研究的里程碑。仰仗诸位先生的教诲,今后誓为使本研究进一步充实、发展而努力。

直至将这种不成熟的研究整理成书的长时间里,直接、间接地得到了许多先生的指教,在此谨表深厚的谢意。特别是自大学3年级以来我一直得到恩师高田源清先生的热情指导和鞭策,在此表示衷心的感谢。另外,得到以1963年初任职的西南学院大学的古贺武夫、船越荣一两位先生,1967年转任立命馆大学直至今日的同学盐

田亲文、斋藤武两教授为首的两个大学的诸位先生各方面的帮助与支持,我均铭刻在心。借此机会再次表示感谢。

最后,谨向本书出版之际有斐阁的新川正美、土肥武两位先生的关怀和亲自进行校对等工作的松尾正俊先生的关照表示深厚的谢意。

志村治美

1975 年立春

中译版序

这次,我的学位论文《现物出资研究》能够在原中国社会科学院法学研究所副所长,现任清华大学法学院院长王保树教授的指导下,于敏先生将其翻译成中文,在北京由法律出版社出版,作为著者,我感到由衷的喜悦。

回想起对这一问题的研究,当时正值日本被卷入技术革新浪潮的 19 世纪 60 年代。在那之后的 1975 年 4 月,承蒙有斐阁出版社的好意,本书得以问世,至今已经过了 25 年的岁月。因此,由于这一期间法律上或经济状况的变化,我曾想到过是否要进行增删修改,但即使今天,这一问题在本质上并未发生任何变化,并且,如果要根据那之后的状况写作的话,就应该再追加一本书,所以我高兴地同意将原著翻译出版。

尽管如此,法律制度上仍然是有修改的,我想借此机会对这方面做若干解说。首先是通过 1990 年的修改(平成 2 年法律第 64 号)实现了现物出资程序的简化。就是说,作为完善适合于小规模闭锁性公司的法律制度的一环,为灵活运用现物出资制度,规定了特例性地免除审计员对现物出资、财产认购的调查;给有限公司现物出资、财产认购及股份公司事后设立等引进审计员调查制度并设定了发起人、董事的填补责任等。但是,只要现物出资制度的无机能化起因于课税上的难点,而不去考虑解决这些难点的对策,就很难期待实质上的灵活运用,这种事态现在仍未改变。

不过,给予重大影响的是伴随这一修改而发出的法务省民事局

第4课长的通知(1994年7月6日法务省民4第4192号)。即也含有伴随着股份公司最低1亿日元资本金制的实施,对资本金额度不满最低标准的公司给予援助的意义,规定“可以将基于对公司的金钱消费信贷的金钱债权作为现物出资的标的财产”,从而修改了过去通知的见解。这一见解不仅是单纯地改变了由通知表述的见解,而且也影响到了现物出资的概念定义,在我看来,这恰恰是明确了当然的做法。

此外,当把目光转向亚洲时,在同是社会主义国家,踏上大致与中国类似的实施改革政策道路的越南社会主义共和国,1999年5月修改的企业法第22条以下做出了有关现物出资的规定,将这些规定与中国公司法中的同类规定进行比较研究,进一步地,探讨一下接受了在1970年EC委员会建议的第2指令中规定的严格的现物出资规定的欧盟各国如何尝试使其国内法化,一定会趣味无穷。这些问题都有待于今后进行研究。

最后,我想向爽快地承认了本书中译本翻译、出版权的有斐阁出版社表示谢意。

立命馆大学名誉教授

中国社会科学院法学研究所荣誉教授

京都学园大学法学部教授

法学博士

志村治美

2000年3月1日晨

目 录

序 章	(1)
第一节 股份公司制度与现物出资——制度构造	(1)
第二节 现物出资的利益对抗关系——经济构造	(5)

第 一 部

第一章 德国现物出资规定的变迁	(17)
序 说	(17)
第一节 1861 年的普通德意志商法典制定时的状况 与问题	(18)
第二节 1870 年股份修正法第 209 条 b 中最初的 现物设立规定	(20)
第三节 1884 年修正的股份法中的主要立法	(22)
第四节 1897 年的新商法典	(29)
第五节 1930 年及 1931 年的股份法草案	(32)
第六节 1937 年旧股份法	(35)
第七节 1965 年的现行股份法之下现物出资制度的 构造	(38)
第二章 法国现物出资规定的变迁	(47)
第一节 现物出资制度前史	(47)
第二节 作为近代股份公司立法的 1867 年法中最初	

的现物出资规定·····	(51)
第三节 直至现行公司法制定期间的主要修改立法·····	(55)
第四节 现行公司法之下的现物出资规制·····	(64)
第三章 日本的现物出资规定 ·····	(72)
第一节 明治中期以前的公司立法·····	(72)
第二节 公司条例草案与罗埃思莱尔氏商法草案·····	(75)
第三节 旧商法与商法及商法施行条例中的修改和 施行法·····	(86)
第四节 1899 年新商法的制定 ·····	(92)
第五节 直至现行商法颁布的主要修改·····	(100)
第四章 总 括——比较研究 ·····	(110)

第 二 部

第一章 现物出资的法律性质 ·····	(123)
第二章 现物出资标的物的适格性 ·····	(130)
序 说·····	(130)
第一节 对过去通说的探讨·····	(131)
第二节 现物出资标的物的构成要件·····	(133)
第三节 各国对具体标的物的探讨·····	(138)
第四节 总括·····	(148)
第三章 现物出资标的物的评价与规制 ·····	(151)
序 说·····	(151)
第一节 现物出资规制的现状与问题·····	(152)
第二节 现物出资标的物的评价·····	(156)
第三节 现物出资的规制·····	(167)
第四章 创立大会对现物出资事项的变更 ·····	(174)
第五章 现物出资中的瑕疵担保与商法第 526 条 ·····	(180)
序 说·····	(180)