

总第8集

【立法及司法解释动态研究】

《中华人民共和国公司法（修订草案）》修改意见综述

【民商事判解研究】

公司僵局状态下弱势股东的权利保护

委托理财合同纠纷案件审理中的若干问题研究

【审判专论】

民商事纠纷与刑事犯罪交叉纵论

公司解散制度研究

【审判调研】

当前公司法适用中的热点问题与司法对策研究

当前金融纠纷案件存在的问题与对策

【最高人民法院改判案件评析】

一起复杂的本诉与反诉合并审理案判定解析

中国民商审判

China Civil-Commercial Trial

中华人民共和国最高人民法院民事审判第二庭

中国人民大学民商法律研究中心

中国社会科学院法学研究所商法经济法研究室

全国部分高级人民法院 / 主办

奚晓明 / 编辑委员会主任

总第8集

中国民商审判

China Civil-Commercial Trial

中华人民共和国最高人民法院民事审判第二庭
中国人民大学民商法律研究中心
中国社会科学院法学研究所商法经济法研究室
全国部分高级人民法院 / 主办

奚晓明 / 编辑委员会主任



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国民商审判. 2005 年. 第 1 集: 总第 8 集 / 奚晓明主
编. —北京: 法律出版社, 2005. 7
ISBN 7-5036-5707-3

I. 中… II. 奚… III. 民事诉讼—审判—中国
IV. D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 067898 号

©法律出版社·中国

责任编辑/伍远超	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/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/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/787×960 毫米 1/16	印张/17.25 字数/318 千
版本/2005 年 7 月第 1 版	印次/2005 年 7 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号: ISBN 7-5036-5707-3/D·5424	定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

●【立法及司法解释动态研究】

《中华人民共和国公司法(修订草案)》修改意见综述

附:1. 最高人民法院关于《中华人民共和国公司法
(修订草案)》部分条文增改的方案设计

2. 中华人民共和国公司法(修订草案)

..... 最高人民法院民二庭第八合议庭 001

●【民商事判解研究】

✓ 仲裁协议的效力认定及完善我国仲裁法的思考

——某酒店管理有限公司诉某国际公司委托管理合同纠纷案

..... 最高人民法院民二庭 张雪梅 068

公司僵局状态下弱势股东的权利保护

——黄子瑜与管烽、上海富日实业有限公司股东权纠纷案

..... 上海市第一中级人民法院 俞秋玮 089

委托理财合同纠纷案件审理中的若干问题研究

..... 浙江省绍兴市中级人民法院 史和新 093

内幕人员之民事责任刍议

..... 上海市第一中级人民法院 王 珊 106

✓ 论有限责任公司书面表决形成决议的效力

..... 安徽省宿州市中级人民法院 潘家轩 114

✓ 有限责任公司股东股利分配请求权保护的困惑与出路

——成敏与四川英集实业有限责任公司股利分配纠纷案

..... 最高人民法院民二庭 杨咏梅 118

●【审判专论】

民商事纠纷与刑事犯罪交叉纵论

..... 最高人民法院民二庭 徐瑞柏 121

✓ 公司解散制度研究..... 最高人民法院民二庭 刘 敏 144

●【司法学术】

✓ 论保证保险合同法律关系中的最终审查义务

..... 广东省广州市中级人民法院 刘卓江 173

●【域外传真】

✓ 破产程序的效率及其法治资源

——第六届多国法官破产学术研讨会综述

..... 最高人民法院民二庭 雷继平 180

✓ 证券登记结算法律体制及机构业务规则

——澳大利亚证券登记结算法律体制考察综述

..... 最高人民法院民二庭 沙 玲 185

●【审判调研】

✓ 当前公司法适用中的热点问题与司法对策研究

——全国 28 城市中院“公司法理论与审判实务”研讨会综述

..... 福建省三明市中级人民法院研究室、民二庭 195

✓ 清算责任判决若干问题研究..... 浙江省高级人民法院民二庭 217

✓ 当前金融纠纷案件存在的问题与对策

——关于山东省法院金融纠纷案件的调研报告

..... 山东省高级人民法院民二庭 230

●【民商事审判动态与思考】

✓ 借款合同纠纷案件中的举证责任探析

..... 山东省高级人民法院 孟祥刚 245

●【最高人民法院改判案件评析】

一起复杂的本诉与反诉合并审理案判定解析

——天津中物贸华昊物资发展中心与中国机床总公司

代理合同纠纷上诉案..... 最高人民法院民二庭 徐瑞柏 248

【立法及司法解释动态研究】

《中华人民共和国公司法 (修订草案)》修改意见综述

◆最高人民法院民二庭第八合议庭

根据全国人大法律委员会和全国人大常委会法制工作委员会的建议,最高人民法院(以下简称最高法院)民二庭决定在全国法院范围内征求《中华人民共和国公司法(修订草案)》[以下简称《公司法(修订草案)》]的意见,并邀请部分法院召开《公司法(修订草案)》征求意见会。今年3月10日,民二庭向全国各省、自治区、直辖市高级人民法院下发关于《公司法(修订草案)》征求意见通知,截至4月6日,先后收到北京、上海、重庆、黑龙江、辽宁、河南、山东、湖北、江苏、浙江、江西、安徽、福建、新疆、陕西、山西、四川、广西、云南、海南共20个省、自治区、直辖市的书面意见。4月11、12日,最高法院民二庭在重庆市召开为期两天的全国部分法院《公司法(修订草案)》征求意见会。现将各省、自治区、直辖市高级人民法院提交的书面意见和在最高法院民二庭召开的征求意见会中参会法院提出的修改意见,按《公司法(修订草案)》条文顺序汇总如下:

对公司法体例、结构等方面的意见

1. 建议增加目录。由于公司法内容和条文比较多,体系完整,建议公司法增加目录,类似民法通则的立法模式。

2. 建议在修订公司法时注意和其他相关法律衔接与配套。修改公司法时要考虑现行其他法律的相关内容有可能被修改的情况,要注意人大立法规划中的其他法律的出台及变化情况,例如,现在的《公司法(修订草案)》中的有关内容与正在修改的破产法有些内容不协调,应当照顾到两部法律的原则或者所采纳的理论观点一致,在具体的法条上应当有一致的规定。

3. 调整有限责任公司和股份有限公司的规定顺序。由于股份有限公司在公司制度上规定得比较详细、具体,因此,在章节的设立上可将股份有限公司一章调整到有限责任公司一章之前,这样可以避免条文的重复和累赘。

4. 建议取消第九章的规定。由于《公司法(修订草案)》第2条规定,本法所称公司是指依照公司法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司,而第九章规定的内容为外国公司的分支机构,该内容似乎不属于第2条规定的本法的调整范围,因次,没有必要将该内容规定在公司法中。

5. 建议将违反公司法的民事责任也统一规定在第十章中。《公司法(修订草案)》的第十章法律责任中规定的基本上是刑事责任和行政责任,公司法律关系中还存在大量的公司应承担的民事责任,建议将民事责任部分也统一规定到第十章中。

6. 建议将国有独资公司作为公司法的特别法单独立法。由于国有独资公司的特殊情况,将国有独资公司规定在公司法中,其内容与全文体系不一致,建议将国有独资公司问题另作专门规定。

7. 建议有限责任公司的规定更加详细一些。股份有限公司和有限责任公司的内容规定得不够协调,对股份公司规定得比较详细,但对有限责任公司规定得不够具体。例如,股份有限公司关于股东代表诉讼的股东资格规定得比较详细,而有限责任公司则没有对股东资格作限制性规定,有可能发生股东滥用诉权的问题;股份有限公司中规定公司设立时发起人的民事责任,有限责任公司对出资人在公司设立时的民事责任规定得不够完整,应当增加“公司不能成立或者未成立时,有限责任公司设立行为所产生的债务和费用,各出资人负连带责任”的内容。

8. 有一些纯粹的政治、经济概念规定在法律条文中并没有实际意义,而且容易引起争议,建议适当删除。例如,第1条中的“为了适应建立现代化企业制度的需要”,建立现代化企业制度是一个阶段性改革目标,不能成为具有稳定性的立法目的。第5条“在国家宏观调控下,按照市场需求”应删掉,企业是否按市场需求经营,不是国家或法律应当关心的问题。第6条“权责规范、制度完善、各负其责”可删掉,这是建立管理机制的必然结果。第62条“研究决定改制”中的“改制”不是法律概念,可以用“变更股权结构”之类的明确规定取代。

9. 《公司法(修订草案)》条文中使用阿拉伯数字,不符合立法习惯,建议改为中文大写。

10. 建议增加规定两合公司的组织形态。我国目前已经具备了两合公司的形态,比较典型的为:(1)公司承包。公司承包的实际运作已经动摇了公司分权设计的基本制度,不单是一种经营方式的选择,实际上就是两合公司的形态。(2)我国深圳、北京等地的地方性立法已经承认了有限合伙,并且有限合伙的经济实践不限于创业投资等实体经济领域,券商集合理财亦采取了这一方式。从我国的经济状况看,已经基本上具备了其生长的经济土壤,因此,建议在公司法中作出规定。

第一章 则部分的修改建议(第1~20条)

(第2条)建议对公司进行精确定义,便于准确把握公司的法律性质。建议将该条修改为“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的、以营利为目的的法人,包括有限责任公司(含一人公司)和股份有限公司(含上市公司与非上市公司)两种形式”。(山东)

(第3条)建议在该条增加“股东”的概念。具体可表述为:股东是依法律规定和章程约定向公司出资,并对公司享有权益的人。

(第4条)1. 建议该条第1款将股东权益列举得具体详细一些,具体可以修改为:公司股东依本法和公司章程的规定,享有股利分红请求权、股东大会出席权、表决权、股东代表诉讼提起权、新股认购优先权、公司信息知情权等股东权利。

2. 第2款中的“法人财产权”概念的内涵规定得不太清楚,一种意见建议修改为“法人财产所有权及其他财产权利”;另一种意见建议修改为“法人所有权”。

(第5条)一种意见认为该条应当增加股东滥用公司法人资格,应承担公司债务责任的内容,建议将该条修改为:公司在开展商事活动中,以其全部财产对公司债务承担责任,股东对公司债务不承担责任。但如果股东滥用公司法人资格,逃避其法定或公司章程约定的义务,或使其在财产、人格等方面与公司混同,侵害公司债权人利益的,法院或仲裁机构有权在特定案件中否认公司的法人资格,责令有过错的股东直接向公司债权人履行法律义务。

另一种意见建议去掉“公司在国家宏观调控下”,理由:公司法属于商法范畴,该法的主要目的应当是规范商事主体的合法经营,不应当出现有国家政策等不属于商事主体自身意志的字句。我国实行的是社会主义市场经济,应当由商事主体按照社会主义市场经济规律和我国法律、行政法规进行各种经济活动,虽然在审判实践中需要根据案件具体情况考虑国家宏观政策的因素审理案件,但作为一部适应我国加入WTO后修改的公司法,不宜使用“在国家宏观调控下”的表述,可以修改为:“公司应当遵守法律、行政法规,按照市场需求自主组织生产经营,以提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值为目的。”

还有一种意见认为该条第2款的规定没有任何意义,建议删除。

(第6条)建议删除该条规定。公司法的立法意图应当体现尊重当事人自由意志的原则,任意法为主,强制法为辅,但是该条的内容违背这一原则,与第34条、第205条的规定相矛盾。

(第7条)建议取消该条规定。国企改建为公司,只要符合公司成立的条件即应可变更为公司,该问题似乎不应当在公司法中作专门规定。如果作出特殊规定了,似乎让人觉得国企改建为公司可以超出公

司法的规定。另外,国有企业改制属于我国经济发展过程中的阶段性问题,清产核资属于经济管理条例范畴,也似不必规定在公司法中。

(第10条)建议进一步明确公司的住所地。一种意见建议将主要办事机构确定为公司登记注册时的工商机关所在地;另一种意见建议以公司在注册登记时载明的经营场所为住所地,主要办事机构与登记地载明的经营场所不一致的,以主要办事机构所在地为住所地。该条同时应补充规定,变更住所地的,应当公告并作变更登记。

(第11条)1. 关于公司章程,建议明确公司章程的效力,公司法中哪些是任意性规范,哪些是强制性规范,明确规定强制性规范是不可以用公司章程予以改变的,以解决公司章程的规定与公司法的规定不一致时,是以公司法为准,还是以公司章程为准的问题。同时,可以仿效某些国家公司法的做法,分别在不同条文中规定公司章程绝对必要记载事项和相对必要记载事项,尤其要明确规定绝对必要记载事项的范围,赋予股东和公司以较多的自主权。建议增加公司不得以其章程对抗善意第三人的规定。

2. 关于公司经营范围。建议对经营范围的规定应当采用指导性条款,对公司的经营范围再放松一些,以充分体现意识自治原则。对一般公司的经营范围无须规定,但对需要限制的作出特殊规定,也可以将该内容修改为“除法律和行政法规的强制性规定外,公司有权开展各种商事活动,不受任何单位和个人的非法干预”。

3. 关于“高级管理人员”的解释,可以在第22条中规定,因为第22条是关于高管人员的具体规定。

(第12条)1. 第1款应当修改为公司可以作为股东向其他有限责任公司、股份有限公司投资。后一句话“以出资额为限对所投资公司承担责任”没有必要写,这是对有限责任公司性质的描述,本法第3条已经有此内容。

2. 第2款关于转投资的规定,主要有几点建议:(1)该条的立法目的主要是为了防止公司在亏损的情况下金蝉脱壳,但目前的规定只是一个单薄的禁止,没有实质性的制裁措施跟进,没有规定“公司章程未规定且对外投资超过70%的”后果,无法取得预期的效果,因此,为达到既要防止企业转移资产逃避债务,又要保护正常的投资安全环境,保护其他善意的投资人的目的,应当明确转投资的对象和违法转投资的法律后果。对于违法转投资的法律落脚点,应当考虑对决定非法转投资的控制股东、董事等高管人员的赔偿责任的追究等问题,即转投资行为给企业造成损失或者使企业丧失清偿债务能力的,控制股东、作出决定的股东、高管人员等要对因此受到的损失承担赔偿责任。同时规定,因投资而拥有的股权必须转让并用来清偿债务。(2)该条还应当增加公司向其他应当承担无限责任的合伙企业投资,是否受到限制的规定。(3)该条中“除公司章程另有规定外”应修改为“除公司章程、股东会、

股东大会决议另有约定或者决定的外”。(4)该条规定累积投资不得超过本公司净资产的70%,但实际上这是公司内部资料,相对交易人难以掌握。另外“净资产”并不代表公司的偿债能力。实践中,公司通过转移优质资产来逃避债务,是否转移资产逃避债务,不体现在净资产上,而是体现在有效资产上。(5)对累积投资的累积时间段应当作出规定。(6)关于对外投资额的限制,在实践中不便于操作,建议取消限制,或者将对外投资的问题确定由公司章程规定。(7)为解决母子公司之间交叉持股的问题,应当规定禁止子公司向母公司投资。(8)建议增加企业在有转投资行为前,应当由法定的权威机构对净资产进行审计的内容。

(第13条)建议将该条的第2款的“子公司具有企业法人资格”修改为“子公司应当符合公司法要求”,这样规定不仅含有其应当具有法人资格的含义,而且更具有法言法语的概括性。另外,第2款规定的内容,实际上包括了一个法人投资设立有限责任公司的情形,该条内容与第22条的规定有些重复,建议对第22条或者本条予以简化。

(第14条)该条增加了公司社会责任的规定,是公司法的进步。但规定公司接受“政府”的监督不妥,建议去掉“政府”的表述。理由是:该条文字表述容易引起歧义,政府的现代职能是依法行政、管理和提供服务,实行的是政企分开,如果接受政府的监督,很可能导致有关人员滥用政府监督权。政府对国有公司进行监督,但对其他性质的公司不能监督,对股份有限公司和有限责任公司可以通过法律、行政法规的规定和有关政府职能部门对公司的登记、审批等管理权限对公司进行管理,对违法经营可以依照相关法律由职能部门进行处罚,对商事主体因违约行为等在商事领域发生的纠纷可以通过向人民法院起诉的方式保护其权益。建议将该条修改为:“公司进行商事活动,必须遵守法律和行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,不得损害消费者、债权人、中小竞争者等其他利害关系人的利益,同时应当保护和增进当地社区利益、环境利益、社会弱者利益及其他社会公共利益”。

(第15条)关于职工教育、岗位培训的规定,似不属于公司法的范畴,若在此规定必须与劳动法协调,否则容易产生混乱。

(第16条)建议删除第2款的规定。职工代表大会产生于国有企业和集体企业的特殊背景,而现在大量的公司的股权结构是多元的,甚至没有任何国有或集体的成分存在,此时将职工代表大会规定在公司法中,那么职工代表大会和工会之间是什么关系,在公司治理结构中的地位是什么,拥有什么权利等问题不明确,建议将该条删除,否则,这样规定非但达不到保护职工利益的目的,反而会造成公司内部治理结构的混乱。另外,工会是维权组织而非公司管理机构,该款规定公司“通过职工代表大会或其他形式,实行民主管理”,“民主管理”指向太泛,提法欠妥当。建议增加“工会应当维护职工的合法权益。公司决策凡

涉及职工权益的,应当与工会协商并征得工会同意”的规定。

(第19条)1. 建议将“不得滥用有限责任损害社会公共利益、公司债权人利益或者其他利害关系人利益”的内容做顺序调整,保护公司债权人的利益应当放在第一位,建议调整为“不得滥用有限责任损害公司债权人的利益、社会公共利益或者其他利害关系人的利益”。

2. 该条中,“不得滥用其有限责任损害社会公共利益”的实质含义是指股东不得滥用公司的法人人格,但措辞似有不妥,建议修改为“不得滥用其权利损害社会公共利益”。另外是否可以考虑将“利害关系人”作一个界定,以进一步充实其含义。

3. 在“不得滥用其有限责任”后增加“或控制地位”。

4. 建议在“公司股东滥用其有限责任损害社会公共利益、公司债权人利益或者其他利害关系人利益”的后面增加股东滥用权利后果的规定,例如规定,人民法院可以根据债权人或其他利害关系人的请求,否定公司的法人资格,判决有过错的股东直接履行义务、承担法律责任。

(第20条)建议对忠实和勤勉义务进行进一步的解释。

第二章 有限责任公司的设立和组织机构(第21~86条)

第一节 设立(第21~38条)

(第21条)该条第(五)项关于公司住所地表达过于宽泛,建议使用原来的表述。

(第22条)1. 关于“有限责任公司由50人以下股东出资设立”的条件,应当明确是公司设立时,还是也适用于公司存续期间,该问题应当在公司法中进一步明确,否则,在实践中容易产生认识上的分歧。

2. 允许设立一人有限责任公司,与破产法不允许商自然人破产是否协调,我国目前缺乏诚信,应当明确规定个人财产与公司财产如何分离的制度。

3. 对于多人设立的公司运转中转为一人公司的,出资标准有何要求?两人公司出资要求3万元,一人公司是10万元,这样在实际运作中会出现以挂名股东的形式来规避法律,可否将出资标准改为相同,但明确规定一人公司的出资应一次缴足。另外,家庭关系中的二人公司实际上是一人公司,建议将类似情况在本条中加以限制或者界定。

4. 建议增加“非法人企业”可以设立有限责任公司的规定。

(第23条)1. 建议进一步明确公司章程的性质、地位以及公司章程与股东之间合同的关系。

2. 建议增加制定公司章程的程序要求。公司章程对公司成立后的经营管理起到决定性的作用,但对公司章程如何产生和通过,是否需要相应的资本比例、人数比例等问题没有相应的规定,容易为大股东通过

制定章程,操纵公司提供便利,不利于股东正当权利的保护及公司的稳定经营。

3. 建议将该条规定的“股东应当在公司章程上签名、盖章”改为“签章”,这样规定与票据法一致,后面条文中的内容应当作同样修改。

(第24条)1. 同意该条关于资本制度的修改。在法定资本制度和授权资本制度之间进行折中,降低了公司设立门槛,允许投资者分期出资,既源于社会经济生活的需求,也是拉平内资企业和外资企业政策法规环境差距的需要。同时,也可以在社会树立企业的清偿能力不决定于注册资本的多少,而取决于企业的信誉和实际有效资产的观念。建议将最低注册资本由3万元改为1万元;或者建议将全体股东的出资额修改为最低额不低于注册资本的15%,也不得低于最低注册资本额,其余部分由股东自公司成立之日起3年内缴足。这样规定与中外合资企业法一致。

2. 反对该条关于资本制度的修改。鉴于我国目前普遍存在的公司出资不到位的现状,这样规定使目前诚信程度已经很差的市场环境进一步恶化。规定首次出资额20%,最低注册资本3万元太低。在较低的注册资本条件下还规定可以分期缴付,会增多交易风险,有可能损害债权人利益,建议保留原来的实缴资本制度。首先,从比较法的角度来看,各国缓和或放弃资本确定原则的领域大多是在股份有限公司,对于有限责任公司,资本确定原则仍然严守。在亚洲社会,体现得尤为明显,如日本公司法第12条、台湾“公司法”第100条,值得深思和借鉴。虽然德国法规定有限公司采折中资本制(有限公司法第7条),并规定了详细的规则,但从其实践来看,设立中出现的种种规避行为层出不穷,给法律适用制造了许多麻烦。其次,从配套规定来看,对于股东不如期缴纳出资的责任,由于否定法人格制度设计的阙如,依靠第240条的规定能否解决目前几近泛滥的“虚假、抽逃、抽回”出资普遍化的出资问题,值得怀疑。最后,从经济实践和法律实践的角度来看,近年来各级政府之所以放宽缴纳时限,主要是在高额最低资本额规定的制度背景下出于招商引资的政绩考虑,如果说分批缴纳在高额最低资本额规定的制度背景下还有其合理性的话,那么,在降低资本额之后,这一规定已经失去了其意义。各级政府的做法已经给审判实务出了许多难题。可以预见,如果这种规定出台,将对法院的审判造成较大的冲击。

3. 对股东以非货币出资的,首先应当尊重当事人意思自治,允许股东之间自行约定,在当事人无法达成一致意见的情况下,应当委托评估机构作评估。

4. 该条规定有限责任公司在缴清20%的首次出资额后即可成立,其余出资可在2年内缴足,投资公司甚至可以在5年内缴足。为了保护公司交易相对人的合法权益,使相对人在与此类出资并未到位的公司交易时,对其偿付债务的能力作充分的了解,对交易风险有充分估

计,建议公司法应特别规定:有关部门在向该类公司颁发营业执照时,应特别注明其出资未到位情况,从而使与公司进行交易的相对人有合理的风险预期。

5. 参考日本、德国、法国的立法例,建议将该条第1款规定的20%修改为25%。第2款“法律、行政法规对有限责任公司的注册资本另有规定的,从其规定”改为“但法律、行政法规有高于前规定限额的,从其高限额的规定”。因为3万元已经是最低注册资本限额,公司法作为规范公司的基本法律,其他法律、行政法规应遵循3万元的最低限额。

6. 建议增加未按时、足额认缴,或者实际注册资本低于最低资本额限制的法律后果,以及对债权人应当承担的责任。同时增加出资后不得抽逃或变相抽逃出资,否则股东应在抽逃的范围内承担责任。

7. 对于投资公司,应明确界定其与投资控股公司的区别。鉴于我国民营投资公司和基金管理公司运作中出现的种种非诚信情势,为保护投资者的利益,不宜放宽或降低准入门槛。

(第25条)1. 建议出资方式再增加票据、有价证券、土地承包经营权等,在“法律、行政法规允许的”后增加“可以转让的财产或者财产权利”。只规定了允许出资的形式,没有规定禁止出资的形式,实践中对有些问题容易引起争议,对于能否以债权、商誉、人力资本、土地承包经营权、采矿权、探矿权等用益物权出资,应当作出明确规定。

2. 第2款货币出资不低于注册资本的30%,建议修改为20%。

3. 非专利技术是包含在知识产权中的一个内容,没有必要将非专利技术与知识产权并列为出资方式,应在相应的条款中删除。

4. 建议增加股东以股权出资的,不得就同一股权向不同的公司出资,也可以规定公司对股权在合理期限内变现。用股权出资的,在实践中办理转让手续如何操作,应当进一步规定。

(第26条)1. 该条第1款中的“知识产权”包括了“非专利技术”,“非专利技术”应删除。

2. 该条规定以货币出资的,应将货币存入公司设立的账户,但在公司未成立时以公司名义设立账户在实践中是否可行?建议修改为“存入拟设立公司在银行预设的账户”。

3. 对于需要办理财产转移手续的非货币出资,公司成立前因主体资格问题,并不能办理转移登记,但公司成立后办理转移登记又往往需要一个过程,所以有必要规定,公司成立前出资人应向设立中公司履行交付财产或财产权利资料的手续;公司成立后,由出资人和公司正式办理法律上的财产转移手续。

4. 建议明确“办理财产转移手续所需费用由投资者负担”,避免实践中引起争议。

5. 建议增加第3款,股东未按期如数缴纳出资,在公司的资产不足

以清偿公司债务时,公司股东应当向公司的债权人就出资不足的部分承担连带责任,足额缴纳出资的股东承担责任后,可以向未足额缴纳的股东追偿。

6. 建议补充规定其他认股人的失权程序。对于发起人不履行认购承诺的行为,草案未规定失权程序,应当借鉴国外法例,规定失权程序。

(第27条)建议增加验资机构验资不实责任。验资单位验资不实的,对出资不实的股东承担责任后仍不能清偿的部分,验资单位应在验资不实的范围内承担连带赔偿责任。

(第28条)1. 该条第1款股东指定的代表,应当明确全体股东应当以书面形式指定代表。

2. 该条第4款规定以营业执照的签发日为公司成立日不妥,营业执照是一种经营资格,公司登记后虽未取得经营资格,但并不能否认其法人资格的取得,同样,公司营业执照的吊销也并不代表法人资格的终止。公司应当成立于设立登记之日,终于注销之日。

(第29条)1. 该条规定的“发现”没有主语,应为谁发现,谁提出要求补足差额。

2. 该条没有解决原条款存在争议的问题。对于实物等出资出现瑕疵的,股东之间对补足资本要承担连带责任。但是对于货币出资虚假的,除了表现形式不同外,其性质与实物等无异,应当明确有货币出资虚假的情况,其他股东也应当承担连带责任。

3. 建议增加抽逃出资的确切含义(与虚假出资的区别)、对抽逃出资负有责任的董事、高管人员等,应当对此共同承担责任的规定。

4. “显著低于”不符合法律用语习惯,应当改为“明显低于”。

5. 草案规定了有限公司成立后作为出资的实物等实际价额低于章程约定的,交付该出资的股东应补足差额,公司设立时的其他股东对其承担连带责任,应当再增加规定未经评估的,由股东承担连带责任,经过评估的验资机构也要承担连带责任。

6. 应当增加虚假出资的股东股权转让后,受让股权的股东是否应当承担责任的规定。例如,公司设立时的其他股东已经转让其出资,而新受让的股东明知股东出资实际价额明显低于公司章程所定价额的,应当承担连带责任。

(第32条)1. 该条涉及股东资格认定问题,应当明确股东身份的认定标准。公司未置备股东名册或未在股东名册记载股东,而工商登记记载股东身份的,如何确认该股东资格,该股东是否可以主张股东权利。建议明确股东身份取得的标准、时间等,如股东对外转让股权,受让人支付对价,但既没在公司股东名册记载,也没有办理工商变更登记手续的,受让方能否主张行使股东权利。

2. 该条第2款可能使隐名股东合法化,即工商登记的股东和公司内部股东名册的股东不一致的,承认其内部效力。

3. 该条第2款可修改为“记载于股东名册或相当于股东名册的资料内的股东,可以依股东名册主张行使股东权利。但是,股东名册所记载股东未经公司登记机关登记,不得对抗第三人”。

4. 应当明确“第三人的范围”。

(第33条)1. 该条中的“财务报告”是否包括报告项下的原始凭证,对于原始凭证是否可以查阅,有两种意见:一种意见认为,应当允许查阅原始凭证,否则对保护股东的知情权无实际意义,因为,真正可能危害小股东利益的证据都隐藏在原始凭证中,在具体的案件处理中,允许查阅原始凭证,效果也比较好。另一种意见认为,在现行公司法没有规定有限责任公司的财务报告必须强制性审计前,保护原始凭证是必要的,但是,如果公司法修改增加了强制性审计制度,查阅原始凭证就没有必要了,财务报告的真实性由会计制度予以保证。

2. 建议增加查阅股东名册、管理人员名册的权利,进一步扩大股东知情权的范围。

3. 建议对股东行使知情权的正当性和合理性加以限制,防止股东滥用诉权。实践中出现了恶意查阅的案例。

4. 本条可诉性不强,建议增强可操作性。如果公司拒绝股东行使查阅权,或者提供不完整或不真实的记录报告时,股东权利如何保证?对于公司拒绝股东查阅的,可以规定法院强制查阅令制度,由股东申请法院签发强制查阅令,股东可以持令查阅;对于公司提供不完整或不真实的记录或报告的,可以借鉴国外立法,规定检查人制度,持有一定股份比例,并持股一定时间的股东,需查阅公司财务会计报告和账目文件,有正当理由怀疑公司在经营过程中存在违反法律或公司章程的重大事实,可以申请法院选派检查人,检查公司业务账目及财产情形。

5. 建议增加股东的摘抄、复制权利,以及股东可以聘请会计师事务所审计公司的项目的权利。

(第34条)该条符合实践的需要,体现了有限责任公司任意性规范为主的特点。建议增加:(1)符合公司法规定的股东分配利润条件而公司有利利润不分配时,股东可以向法院提起诉讼,请求分配利润;(2)公积金转入资本时股东享有新股分配权,公司终止后,股东有权请求分配剩余财产。

(第35条)1. 该条应当增加股东在公司登记期间抽回出资如何认定。

2. 应当增加股东抽回出资的后果,例如规定虚假出资和抽逃出资的出资人对债权人应当承担的民事责任问题。

(第36条)1. 关于股东之间转让股份的问题,应当允许公司章程作出特别规定。实践中,一些公司章程对股东之间转让股权作出了限制(如规定必须经过董事会一致同意,或者干脆规定禁止在股东之间进行转让),如何看待这种限制或禁止。实践中基本上是采取承认的

态度。建议增加“公司章程另有规定的除外”。向公司以外的第三人转让股份时,有些公司的章程也作了限制,同样建议增加“公司章程另有规定的除外”的内容。

2. 向股东以外的人转让股份的问题,建议增加不同意转让股东的默示同意条款,比照该条第4款规定拟出让股东的催告时间,督促其他股东行使优先购买权,否则有可能造成其他股东拖延时间等引起纠纷。第3款的股东之后应当加上“可以”按照……

3. 建议增加是否允许股东向非股东赠与股份的规定,以解决因此问题发生纠纷,人民法院无法可依的问题。鉴于有限责任公司是人合与资合的公司,建议对赠与股份规定为有条件的限制,如规定是否允许赠与股份,由公司章程加以规定。

4. 建议增加以下内容:发起人的股权转让问题,有瑕疵的股权转让程序及后果,股东因不同意对外转让股权时的价格确认机制。

5. 该条第3款中“其他股东按照出资比例对该股权有优先购买权”的表述不太完整,应区别单个股东主张优先购买权和多个股东主张优先购买权的情况,如为单个股东时则不存在按比例购买的问题,多个股东的则按比例购买。“按出资比例”享有优先购买权的问题,应当再明确是购买顺序还是购买的股权份额。另外,股东对拟转让的股份主张部分优先购买权的,是构成购买还是拒绝购买,建议增加按照比例购买出让股权时必须导致拟出让股权的全部转让,否则对于出让人不公平。

6. 增加拟转让股权的股东应当提交议案,并提交股东会讨论通过的内容。

7. 应当规定或者再另行条款规定股权转移生效的时间和标准。

8. 建议增加当股东股权转让后成为一人公司时,适用第四章的规定。

9. 建议增加股权转让不损害其他股东权益时,其他股东应当认可转让的内容。如果股东之间的股权转让损害其他股东的合法权益,其他股东仍应当认可该次转让并同意根据该次转让修改公司章程,显然不当。建议修改为:“股东之间可以相互转让其全部股权或者部分股权。转让股权不得损害其他股东的合法权益,其他股东应当认可该次转让并同意根据该次转让修改公司章程。”

10. 建议将“人民法院以强制执行程序转让股东的股权时,应当通知公司及全体股东”,修改为“公司应当通知全体股东”。

(第37条)建议该条增加公司应当做工商变更登记的规定。

(第38条)1. 大多数意见建议将“股东资格”的继承改为“股份”或者“股权”的继承,将继承权落实在财产权益上,对于股东的身份是否可以继承由公司章程规定。直接规定股东资格的继承与有限责任公司的人合性之间存在矛盾。股东合法继承人可以继承股东资格,有可能会影响到公司其他股东的信赖利益。因为成立公司,是建立在股东之

间基于相互信任基础上的,如个别股东死亡,其继承人当然成为公司股东,则无疑影响股东之间的信任和合作基础。为了保护股东之间的这种信赖利益,继承人、财产析得人或受赠人因继承、析产或者赠与可以获得有限责任公司的股份财产权益,但并不当然获得股东身份权,除非其他股东同意其获得股东身份。所以,建议规定在继承事由发生后,首先赋予公司的其他股东在一定期限内对死亡股东所持股份的优先购买权,在公司股东逾期不行使优先购买权时,可推定为股东放弃优先购买权,并同意接受死亡股东的继承人作为公司股东。

2. 少数意见认为,有限责任公司的人合性不是绝对的,在继承方面进行限制也符合正常人理性范围内可以预见的变数。如果其他股东不愿意继承人加入公司,可以收购股份。

3. 应当规定法人股东解散、破产时,自然人股东因离婚等原因导致析产时,股东资格如何处理的问题。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》中,对夫妻离婚时作为非公司股东的夫妻一方如何能够成为公司股东、其他股东如何行使选择权有相关规定,建议公司法能够相应吸收该司法解释的合理成分。

4. 建议增加因为股东资格的继承导致公司股东人数超出法律规定的50人之上限时如何处理的规定,以及继承人不愿继承股东资格,愿意继承财产如何处理的规定。

该章应当补充的内容:

1. 该章应当增加公司设立无效的规则。现行公司法大多是针对公司设立成功作出规定的,同时,也对公司设立失败产生的责任作出了规定。但是对公司设立无效及救济措施则缺乏规定,应当增加公司设立无效的规则。

2. 该章应当增加公司设立失败后股东对无过错债权人的赔偿责任。

3. 建议在该章中补充规定设立中公司的责任、债务承受问题。明确设立过程中的相关责任:(1)设立公司行为产生的债务,在公司成立之前或者当公司不能成立时,由全体出资人或者发起人承担连带清偿责任;在公司成立后,由公司承担责任。(2)出资人或者发起人在公司设立过程中以拟设立的公司等名义与他人签订合同,公司成立后,应当由公司享有该合同权利,承担合同义务。(3)公司成立后,因设立公司行为发生的必要费用由公司承担。公司未成立的,出资人或者发起人内部按照约定的出资比例负担。设立协议或者公司章程对设立公司行为发生的费用负担有特别约定的,从其约定。

4. 该章应增加一条规定股东请求解散公司的权利。防止在公司事务陷入僵局、股东遭受不公正的欺压、公司资产在被滥用或浪费、公司人格被用于不正当目的等情形下,股东在无法转让其出资时,其股东权益不断受损而得不到司法救济。提起解散公司之诉的股东所持股份比例应不少于10%。