



● 童兆洪 / 主编

公司法

法理与实证

JURISPRUDENCE AND
DEMONSTRATION OF
CORPORATION LAW



人民法院出版社

公司法法理与实证

主 编：童兆洪

副主编：朱深远 章恒筑

撰稿人：（以撰写专题先后为序）

王裕灿 姚海涛 甘培忠

唐学兵 詹 巍 范启其

陈建勋 许江杰 傅智超

章青山 余 音

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

公司法法理与实证/童兆洪主编. —北京: 人民法院出版社, 2003. 6
ISBN 7-80161-553-0

I. 公… II. 童… III. 公司法-法的理论-研究-中国 IV. D922.291.911

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 040298 号

公司法法理与实证

童兆洪 主编

责任编辑 闻 道

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290583(责任编辑) 65290516(出版部)

65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 346 千字

印 张 13

印 次 2003 年 6 月第 1 版 2003 年 10 月第 2 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-553-0/D·553

定 价 26.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)



序

我国社会主义市场经济是以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，以公司制为主要组织形式的现代企业制度是构成市场经济的重要支柱之一。公司是企业法人的重要类型，是参与市场经济活动基本的民商事主体，它蕴含了现代企业制度的精髓和价值取向。作为调整公司设立、组织、经营、解散、清算以及公司内外关系的公司法，是市场经济的重要法律。我国公司法于1994年7月1日实施以来，在推进国有企业实行公司制改造，促进企业转换经营机制，以及规范市场经济秩序、维护交易安全、保护出资人合法权益等方面起着十分重要的作用。但随着社会经济的发展和改革的深入，我国公司法已远远不能满足时代发展的要求，立法的滞后导致审判实践中遇到的新问题越来越多。因此，加强对适用公司法问题的研究已成为法学界和司法实务部门一个重要的课题。

我院民二庭部分资深法官深入研究审判实务中出现的公司法疑点、难点、热点问题，以理论为依据，以案例为依托，编撰而成《公司法法理与实证》一书，构思新颖，内容丰富。该书旨在深入分析和研究公司立法的基本理论问题和重大实际问题，诸如：设立中公司行为性质和民事责任的承担、公司增减资立法的完善、母子公司关系非规范化运作的利益保护理念及机制、清算中公司的性质及其责任承担、职工持股中的法律问题，等等。意在审视公司法的实践，探究公司立法的深层次问题。该书所集论文的共同特点是对公司法中的一些理论问题避及泛泛而谈，而是紧密联系公司法实践，深入地展开论述，既富有生动性又具有针对性，力求为解决现实问题提供可行方案，体现了务实的精神。



论文的论证阐幽发微，见解独到，逻辑缜密，颇有真知灼见，可谓理论联系实际，理论服务实践，实现了审判实务中的一般感性认识向理性思维的嬗变。案例研究在法制建设中具有不可替代的作用，目的在于弥补成文法的局限，寻求法律漏洞的填补方法。成功的案例本身就是一个好的样板，是法官政治、法律、道德素质的真实外现，是对办案经验与艺术的总结和升华。本书案例撰写者在慎重选择专题的基础上，对工商登记的公信力和出资行为的无因性、股东违反出资义务的法律后果、公司人格否认制度等问题作了细致的论证研究，如实展示了法官对立法精神的理解、法律原则的运用和证据体系的构筑，并透过感性的案件本身，对我国公司法律制度的缺憾及其完善作了理性的思考与大胆的探索，具有一定的典型性、系统性和前瞻性。

法律的生命体现在公正司法之中，而公正司法的前提是法官对法律的融会贯通。只有精通法学理论，才能感悟法律的真谛，才能运筹帷幄，实现正义。法律制度源远流长，内容浩瀚，领域广阔，需不断地学习与研究。兆洪同志率领我院部分法官几经辛勤耕耘，熔理论与实践于一炉，所著成果终于付梓发行，我十分欣慰。

随着我国经济体制改革的逐渐深入和市场经济体制的逐步建立，包涵公司法在内的民商法领域中的新事物、新情况、新问题层出不穷，依法治国历程任重道远。愿全省法院干部以“积土成山，风雨兴焉”的责任感，励精图治，努力学习新知识，不断加强法学理论研究，以扎实的法学理论指导审判实践，切实保护当事人合法权益，维护社会主义市场经济秩序，确保司法公正，为我国法制的繁荣和全面建设小康社会作出新的更大的贡献。

浙江省高级人民法院院长

王长启

二〇〇三年三月

目

录

序	张启疆 (1)
---------	-----------

法 理 篇

设立中公司行为性质和民事责任承担	(3)
一、公司设立与设立中公司的涵义	(4)
二、设立中公司行为的性质	(11)
三、设立中公司与第三人订立的合同效力问题	(14)
四、设立中公司的民事责任承担	(15)
公司增减资立法的完善	(22)
一、公司资本变动的形式	(22)
二、我国公司法的相关规定及评价	(24)
三、对完善公司增减资制度的立法思考	(29)
公司相互持股的法律问题及公司法规制研究	(36)
一、公司相互持股现象深层分析与透视	(37)
二、公司相互持股的价值探究与点评	(47)
三、境外公司法律规制的比较与梳理	(55)
四、完善我国公司法相关制度的构想与建议	(61)
上市公司股份回购若干法律问题研究	(71)
一、对中国现行上市公司股份回购法律制度的检讨	(72)
二、股份回购与债权人利益保护	(76)

三、股份回购与中小股东利益保护	(84)
四、我国上市公司股份回购法律制度的构建	(99)
公司法人格否认视野下的股东责任	(109)
一、公司法人格否认的法理	(110)
二、公司法人格否认视野下的股东责任	(122)
三、我国与直索责任相关的立法现状与展望	(133)
职工持股中的法律问题	(139)
一、问题提出	(139)
二、职工持股的沿革	(140)
三、职工持股会的性质及职工持股的意义	(142)
四、职工持股在中国的实践	(147)
五、职工股的流转问题	(159)
六、解决职工持股问题的新思路	(163)
董事对公司的义务与责任	(168)
一、董事对公司的义务与责任的法理基础及其性质	(168)
二、董事对公司的民事义务	(173)
三、董事对公司的民事责任	(183)
企业并购的若干法律问题	(197)
一、企业并购的法律分析	(198)
二、企业并购的外国立法例	(201)
三、我国企业并购中存在的问题及立法现状	(203)
四、建立我国企业并购的法律体系	(209)
母子公司关系非规范化运作的利益保护理念及机制	(214)
一、母子公司概念辨析	(214)
二、子公司债权人的利益保护机制	(222)
三、子公司小股东利益保护机制	(231)
四、政府利益保护机制	(239)
五、结论	(243)
清算中公司的性质及其责任承担	(245)
一、清算中公司的性质	(246)

二、公司清算的主体及其责任·····	(260)
三、清算主体不尽清算义务的责任承担·····	(265)
股东派生诉讼若干问题·····	(272)
一、股东派生诉讼的含义及其制度价值·····	(272)
二、股东派生诉讼制度产生的历史背景·····	(275)
三、股东派生诉讼与股东直接诉讼的区别·····	(277)
四、各国(地区)股东派生诉讼制度的比较研究·····	(279)
五、构建我国股东派生诉讼制度的设想·····	(288)

实 证 篇

工商登记的公信力与出资行为的无因性

- 原告浙江六合盛房地产开发有限公司诉被告
 宋建华股东权纠纷案····· (295)

股东不履行对公司的出资义务及股东认缴的出资

有履行障碍时的法律后果

- 原告浙江四方集团运输机械有限公司诉被告
 永康市微型轿车厂股东不履行对公司出资义
 务纠纷案····· (304)

股东要求退回出资的诉讼请求不予支持

- 原告湖州市广力实业有限公司诉被告湖州市
 矿产公司、上海建达机械厂股东权益纠纷案····· (310)

依法转让的股权受法律保护

- 原告王凤英诉被告岑春林等 18 人股权转让
 合同纠纷案····· (315)

股权转让协议的效力与股东资格的取得

- 原告杭州市公共交通总公司、李春钦、黄清
 河诉被告浙江白云集团有限公司合资经营合
 同纠纷案····· (327)

公司必须依法为受让取得股权的股东办理变更登记手续

——原告赵元任诉被告浙江浦江平安汽车配件有限公司股权转让侵权纠纷案·····	(341)
股东有权请求法院判令公司召开股东会	
——原告沈海华诉被告费克强、德清县恒强制丝有限公司股东权纠纷案·····	(347)
未通知全体股东而作出的股东会决议的效力	
——原告吴仁禄诉被告丽水市侨声房地产开发有限公司决议侵害股东权纠纷案·····	(351)
董事会无权处分股东的股权	
——原告娄卫良诉被告娄坤良股权侵权纠纷案·····	(360)
公司有权收购内部职工股	
——原告周骏健诉被告浙江东方集团股份有限公司给付上市股票及现金红利纠纷案·····	(365)
公司人格被否认，直索股东法律责任	
——原告中国建设银行温州市新城支行诉被告温州市亚瓯印务有限公司、朱旭东等借款合同纠纷案·····	(374)
加强公司法理论研究 提高公司法运用水平	
——在公司法审判理论与实务研讨会上的讲话 ··· 童兆洪	(381)
关于公司法适用若干问题的理解	
····· 浙江省高级人民法院民事审判第二庭	(393)
后记 ·····	(403)

法 理 篇

设立中公司行为性质 和民事责任承担

众所周知,公司的设立不可能立竿见影,一蹴而就。无论是有限责任公司还是股份公司,以取得公司法人资格为目的而进行的公司设立活动,要经过一系列连续且又独立的实体性和程序性步骤。在这一过程中,需要发起人进行一系列积极的行为,如发起人订立协议、制订章程、认股出资、申请审批等,即从发起人订立发起人协议,到登记机关登记认可取得法人资格。发起人之间在发起人协议的基础上,形成了未来公司的雏形,理论上将其称之为设立中公司。^① 鉴于公司在设立过程中会实施一些民事行为,如建造或租赁经营场所、购买原材料等,这些行为都会与第三人之间产生债权债务关系,并产生一定的法律后果。但纵观世界各国公司法的规定,专门针对设立中公司的立法条文屈指可数,使公司设立的实务操作无法可依。我国公司法也不例外,对于设立中公司的含义和性质界定、实施行为的效力如何确定、公司设立失败的民事责任等问题,均没有明确的规定。因此,有必要对此进行探讨和研究,以保护第三人的合法权利,保证交易的安全,维护社会经济秩序。

^① 本专题对设立中公司的探讨仅限于我国公司法规定的有限责任公司和股份有限公司。



一、公司设立与设立中公司的涵义

(一) 公司设立的涵义

公司设立是指发起人依照法律规定的条件和程序,为组建公司,使其取得法律人格而必须采取和完成的一系列法律行为的总称。^① 公司设立是一种兼有民事和行政双重性质的法律行为。^② 公司设立行为中需相应的行政管理机关批准的行为,属于行政法律行为,是国家管理、调整经济秩序的手段,体现了强烈的国家意志性。公司设立的核心部分即主要内容是民事法律行为,如公司章程的制订、出资。

公司设立与公司成立不同。公司成立是指已具备法律规定的实质要件,完成申请程序,由主管机关发给营业执照,取得法人资格的过程。^③ 因此,公司设立是公司成立的前提条件,公司成立是公司设立的法律后果。二者的区别主要表现在:

1. 行为性质不同

公司设立主要是民事法律行为,其核心是发起人的意思表示。公司成立是行政行为,其要件是登记机关核发企业法人营业执照。这一行为的法律后果是申请成立的公司因此取得法人资格,所以又称“设权处分行为”,其作用相当于民法上的形成权。^④

2. 行为效力不同

设立是成立的前提条件,成立前的公司不具有法人资格;公司成立后,才能成为享有民事权利、承担民事义务的主体。

3. 行为人不同

公司设立行为的行为人主要是发起人,公司成立行为的行

① 梁宇贤:《公司法论》,(台湾)三民书局1980年版,第54页。

② 范健等:《公司法论》(上卷),南京大学出版社1997年版,第136页。

③ 江平:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第79页。

④ 江平:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第82页。

人是申请人和有权批准设立公司的主管机关。

4. 行为关系不同

公司设立是引起公司登记的原因；公司登记是联结公司设立与公司成立的中介；公司成立是公司登记的直接法律后果。即公司设立导致公司登记，公司登记导致公司成立。^①

与公司设立和公司成立紧密相连的还有公司登记。我国公司成立采取直接登记为主、审批设立为辅的公司登记制度。公司设立登记是指公司发起人按法定程序将公司应予登记的事项报公司登记机关审核并记录在案的行为。设立登记是公司设立的最后登记阶段，也是公司取得法人资格的必经程序。各国公司法大多予以明确规定，如《日本商法》第五十七条规定：“公司依在总公司所在地进行设立登记而成立。”^② 所以，公司设立登记是公司法人团体资格的一种法律宣告，是一种独立、完整的公示和监督的法律行为。《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）第二十七条规定：“公司营业执照签发日期，为有限责任公司成立日期。”

（二）设立中公司的涵义和法律性质

1. 设立中公司的涵义

公司作为一个实体，并不是在设立登记时突然出现，在此之前，已逐渐形成并发展，而与社会发生各种法律关系。近来学术界和实务界已承认此种实体在法律上具有某种程度的意义，而称为设立中公司，认为其系将成立公司的前身。^③ 一般认为，所谓设立中的公司，是指从公司的设立合同（章程）的订立生效开始，至在工商登记部门获准登记成立时止，以取得法人资格为目的，但尚未取得法人资格的过渡性组织。也有称该组织为“前法

① 范健等：《公司法论》（上卷），南京大学出版社 1997 年版，第 133 页。

② 卞耀武：《当代外国公司法》，法律出版社 1995 年版，第 583 页。

③ 柯芳枝：《公司法论》，（台湾）三民书局 1988 年增订版，第 22 页。



人实体”或法人的“预备态”。^①

从上述设立中公司的涵义可以得出，设立中公司一般具备以下两个方面的基本特征：

(1) 设立中公司的存续具有明显的时间性。设立中公司以达到公司成立为目的，公司一旦成立，设立中公司的使命即完成，它是公司成立过程中的过渡性产物。因此，设立中公司有其产生和终止的过程。从各国立法、判例和学说来看，一般认为，设立中公司成立于公司章程订立，终止于公司登记成立或不成立；也有人认为，设立中公司成立于发起人签订协议，终止于公司登记成立或不成立。我们倾向于前一种观点，因为章程的订立是全体发起人的合同行为，即全体发起人共同一致意思表示的结果，是公司及其成员赖以存在和维系彼此间高度信赖关系的基石，并将其约束力扩展到即将成为公司股东的潜在投资者，公司团体色彩初步彰显，投资者与拟成立公司管理层间的权利义务关系已经确定无疑。

(2) 设立中公司具有明确的目的性。设立中公司存在的目的是促成公司的有效成立。完成公司的设立行为进而促成公司成立，获得独立参与民商事活动的法律资格，是设立中公司的出发点和最终归宿。设立中公司的一切活动都围绕该目的展开，从制订公司章程到认缴股份，从设置拟成立的公司机关到完成公司设立登记。不管具体实施设立行为的发起人和认缴股份的投资者各自的内心动机如何，在完成公司设立行为进而促使公司有效成立这一点上，他们的目的是一致的。公司有效成立，便完成了这一目的，设立中公司即告消灭；公司设立失败，便无法达成这一目的，设立中公司的存在也就失去了价值，法律要求其退回到发起人合伙状态中去并追究发起人的设立责任。

设立中公司不同于清算中公司。虽然两者也存在着共同点，即两者同属于法律拟制的具有目的性和过渡性的实体，但设立中

^① 毛健铭：《略论设立中公司》，《法学》2002年第10期。

公司与清算中公司存在着本质的不同。从两者存在的目的性看,设立中公司概念的确立是以促成公司顺利和有效成立并获得独立法律人格为目的,而清算中公司概念的引入则是以法律上协助资不抵债的公司公平地偿还债务、进入破产程序,最终消灭法律人格为目的;从两者消亡的时间看,设立中公司随着公司的成立而消灭,清算中公司因完成清算还债程序、丧失法律人格而终止。因此,可以发现设立中公司是一个积极的存在,而清算中公司是一个消极的存在。^①

设立中公司也不同于公司的设立。公司的设立是一个动态的、连续性的行为过程,而设立中公司是伴随设立行为而产生的、相对静止的实体概念。从时间上看,设立中公司的产生要晚于公司设立行为的展开,设立中公司是公司设立行为的产物,公司设立行为的完成将会导致设立中公司的消灭。

2. 设立中公司的法律性质

设立中公司的法律性质,即其能否在法律上作为一个独立的民事主体,从而享有特定的权利,承担特定的义务,历来众说纷纭,莫衷一是,存在不同的看法。主要有以下几种代表性的学说:

第一种是合伙组织说。主张此种学说的学者认为,设立中公司还只是“设立中”的公司,未经登记成立,未取得营业执照,尚不具备公司的法人资格。同时,设立中公司已不是单个自然人,而是若干个自然人的组合,是一个人合团体。设立中公司已经拥有一定的财产或经费、组织机构和场所,经历特别的程序,它还可以拥有自己的名称,但不具有独立的民事责任能力。从形式上看,设立中公司是介于自然人和法人之间的一种组织。再从设立中公司行为性质看,设立中公司行为系共同行为,各共同行为人为为了经营共同事业的目的而走到一起,订立协议、章程,协议各方意思表示的方向是同一的,这种协议在学理上被称为“同

^① 参见毛健铭:《略论设立中公司》,《法学》2002年第10期。



向意思合同”。设立中公司的上述表征，与合伙毫无二致。故认为，“发起人协议作为发起人在公司设立过程中权利和义务约定的书面文件，是一份合伙协议。”^① 所以，应将设立中公司的性质确定为合伙组织。

第二种是无权利能力社团说。主张此种学说的学者认为设立中公司尚未取得法人资格，不得享有权利能力和行为能力，且其内部结构与社团一致，故应将其归类为民法上无权利能力的社团。该种学说以设立中公司的法律人格缺位为由全盘否定了设立中公司的权利能力，其观点是不足取的。民法上的无权利能力社团有其特定的含义，指社会上不以营利为目的，也不以公益为宗旨的团体，如各种院校内社团、同业公会等。此种团体具有多数的团体成员，以多数决的意思，藉代表人而行动，且具有团体的独立财产，但不具备法律人格。虽然在不具备法律人格这一点上，设立中公司与无权利能力社团有共同之处，但两者存在着许多不同之处，如设立中公司并不像无权利能力社团那样要长期存在，适用于社团机构的多数决原则和不依附于其成员构成的独立性原则不适用于设立中公司，以及设立中公司追求的是设立以营利为目的的公司，而无权利能力社团并不以此为目的，等等。

第三种是同一体说。主张此种学说的学者认为，设立中公司与成立后的公司是同一法律现象，两者并非不同团体，而是形成同一团体的不同发展阶段。故称为“同一体说”。该种学说混淆了设立中公司与成立后公司间严格的法律界限。设立中公司只是公司在获得法律人格前的预备状态，如果处于过渡阶段的公司便已具有本应在登记成立后才享有的各种权利能力，从而广泛地参与各项民事活动，必将对由独立财产和独立责任支撑起来的公司法律人格制度造成致命的冲击，使设立前后的公司在法律上难以严格区分，造成市场经济秩序的混乱。

第四种是修正的同一体说。主张此种学说的学者认为，设立

^① 徐晓松：《公司法》，中国政法大学出版社2002年版，第85页。