

新公司法系列丛书④

XIN GONGSIFA
SHIWU JINGDA

新公司法实务精答

主编 赵旭东

人民法院出版社

新公司法系列丛书④

D922.29
215

XIN GONGSIFA
SHIWU JINGDA

新公司法实务精答

主编 赵旭东

撰稿人 (以姓氏拼音为序)

黄瑞宇 李 芳 宋继红 王 双
于海纯 赵 亮 赵旭东 /

主编助理 于海纯

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新公司法实务精答/赵旭东主编. -北京: 人民法院出版社,
2005. 12

(新公司法系列丛书)

ISBN 7-80217-141-5

I. 新… II. 赵… III. 公司法-法律解释-中国
IV. D922.291.915

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 129882 号

新公司法实务精答

主编 赵旭东

责任编辑 辛言 王林清 高林
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250579 (责任编辑)
85250516 (出版部) 85250558 85250559 (发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 鲁中晨报印务公司
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 440 千字
印 张 15.5
版 次 2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-141-5
定 价 34.00 元

版权所有 侵权必究

序

为社会各界广泛关注、盼望已久、历时近两年的公司法修改终成正果，第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议已经修订通过了新的《中华人民共和国公司法》。公司法是我国社会主义市场经济法律体系中的一部重要法律，它对于建立现代企业制度，规范公司组织和行为，保护公司、股东和债权人的权利和合法利益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展有着举足轻重的作用。此次公司法修改内容广泛，改动幅度大，涉及条文多，足以构成一次大修大改。据粗略统计，新公司法增、删、改条文总数达 224 条之多，其中新增条文 41 条，删除条文 46 条，修改条文 137 条，没有任何改动的条文仅占原公司法条文总数不到 10%。同时，这种大修大改不只是表面上条文和文字的简单改动，而是广泛的实质上的制度和规则的突破和创新，是许多重要制度和规则的重新设计。

公司法的修订和改革意义重大，将对中国公司法的立法、司法和执法、公司实务、公司法理论以及我国整个市场经济发展和现代化建设产生直接而现实的作用和影响。而在理论上，本次公司法修改在许多制度和规则上做了重大的突破和创新，这势将促使和推动我国公司法理论原理的进一步突破和创新，新公司法颁行后，公司法学界的重要任务将是全面总结和评价本次公司法修改的成果，借鉴各国公司立法和理论发展的最新发展，对其中的某些重大问题进行深入的探讨和分析，对某些法律原理和学说作出新的阐释和说明，进一步丰富、完善和发展具有时代特征、符合中国现实需要的公司法理论。

新公司法颁行后，整个社会将会出现新一轮学习、宣传和研

究新公司法的热潮，全国各地、各部门、各系统，尤其是法律院校、司法机关、公司企业、律师事务所等都将面临重新学习和充实更新的任务，现有的各种公司法的教材和读物也都需要根据新公司法进行全面的修订和更新。值此时机，我们以新公司法的内容和结构为基础，组织编写了这套新公司法系列丛书。本套丛书共分八本，每本书根据各类不同领域、不同层次、不同专业背景 and 不同业务方向的读者的情况和需求，按不同内容、不同体例、不同深度和不同风格分别编写。

本套丛书由中国政法大学公司法修改课题研究小组的成员分工编写。近两年来，本课题组先后承担了国务院法制办“完善我国公司法人治理结构立法研究”、中国法学会商法学研究会“公司法修改有限责任公司部分立法建议”、上海经济法律研究所等安排的公司法修改立法课题，完成了境外公司立法例、公司法修改立法建议稿及其论证报告等多项课题成果。丛书中的部分内容就是在这些课题成果基础上根据新公司法最终修改的内容进行再加工、再整理、再凝炼而成。

本书的写作在许多方面得益于全国人大法工委、国务院法制办、最高人民法院、中国证监会等有关机关在立法和司法解释过程中进行的意见征询、座谈讨论、会议交流等各种立法和学术活动，也得益于国务院发展研究中心、中国法学会商法学研究会、上海证券交易所、上海经济法律研究所等机构或团体主办的各种公司法修改的学术活动和研讨会议，在此谨致最诚挚的敬意和感谢。

本套丛书内容广泛，编写时间紧迫，许多问题尤其是新公司法重大突破和创新的制度和规则尚待进一步的研究和阐释，其中的错漏在所难免，敬请读者批评指正。

赵旭东

二〇〇五年十二月

编写说明

本书是《新公司法系列丛书》之一。旨在依据新公司法及其他相关法学原理，对公司实务中所遇疑难问题进行针对性的解答，也是对本系列丛书中其他各书所著内容的融会贯通与综合运用。

在体例结构上，本书均采用问答的形式，但是与其他同类书籍不同的是，在解答相关问题之后，还附有“依据援引”和“实证参考”两部分，体例新颖。“依据援引”是解答问题应依照的法律规定，可以使读者对所问问题有据可查。“实证参考”是列举所问问题在实践生活中引发的纷争，以说明实务中解答该问题的必要性和紧迫性。本书共分9章130个问题，覆盖面广、信息量大。

在内容上，本书安排了九个专题，分别是“公司设立与公司章程”、“公司资本制度”、“股东权与股东权救济”、“股权的转让”、“公司机关”、“公司法人人格否认”、“重大交易与关联交易”、“公司的解散与清算”、“公司诉讼”。这九个专题包括了公司从设立到解体、从实体到程序等方面的问题，涉及广泛、内容全面。

本书对所有问题的解答均是以新公司法为依据，反映了新公司法的变化对实践生活的影响，体现了解决方案的应时性。同时，对问题的解答不仅仅是做理论探讨，而是综合考虑实际生活中的复杂情况，更进一步地着眼于解答方案在实践中的可行性，以期对实务有所裨益。此外，本书所附的“依据援引”是在广泛检索法律、法规及部门规章的基础上列举出的专门针对所问问题的相关法律规定。这些规定既包括全国范围内适用的法律法规，也包括地方司法部门做出的区域性规定，适用面较为广泛。

在所问问题的选择上，本书突出“实务”的特点，绝大部分都是来源于实际生活中频频发生又无有效解决途径的公司纷争，很多是本书主编赵旭东教授在外授课时，听课的法官和律师以及公司管理人员就办案过程中或公司管理中所遇实例提出的问题。因而，这些问题具有很强的实务性和典型的代表性。

本书创新性的编写体例、源于实践的问题提问以及结合新公司法的实务解答，决定了本书较其他同类书籍更侧重于实务，更倾向于解决实际生活中的难题，具有很强的实际应用性。

本书非常适合作为律师、法官、企业管理人员等实务人员解决公司纠纷的参考依据，也同样适合作为高校学生培养实务能力、演练实务思维的学习教材。

编 者

二〇〇五年十二月

目 录

第一章 公司设立与公司章程

【实务问答 1】

发起人在公司设立过程中以拟设立公司的名义与他人签订合同, 合同义务与违约责任由谁承担? (1)

【实务问答 2】

公司在设立阶段之发起人与股东身份有何区别? 在公司登记注册前能否确认发起人的身份为股东? 在公司设立过程中能否以公司发起人的名义与第三人签订债转股的协议? (5)

【实务问答 3】

公司设立登记一般经申请、受理、审查、核准、发照和公告等程序组成, 在这一程序中, 企业何时取得主体资格和营业资格? (10)

【实务问答 4】

公司设立协议与公司章程之间的关系如何? 公司设立协议与公司章程发生冲突时何者优先适用? 公司成立后设立协议是否继续有效? 公司成立后是否存在设立协议解除问题? (13)

【实务问答 5】

限制行为能力人能否作为公司发起人? (17)

【实务问答 6】

非营利性法人能否作为公司的发起人? (21)

【实务问答 7】

工商登记是设权性登记, 还是宣示性登记? (23)

【实务问答 8】

如何理解公司章程的性质? 公司章程与《公司法》条款规定不一致时如何适用法律? (26)

【实务问答 9】

公司章程规定任何公司的重大决策均需全体股东一致通过, 股东可否通过诉讼途径要求按《公司法》规定的 2/3 多数资本原则修改公司章程? (33)

【实务问答 10】

公司内部管理机构的职权能否由章程概括授权给一个股东或其他人行使? (36)

【实务问答 11】

有限责任公司章程规定“股东辞职或被公司辞退时必须转让其出资”, 这一规定的法律效力如何? (40)

【实务问答 12】

有限责任公司章程规定“退股必须全体股东一致同意”, 这一约定是否有效? 有限责任公司之小股东如何才能退出公司? (44)

【实务问答 13】

根据《公司法》规定, 股东之间可以相互转让股权, 其他股东应当认可该内部转让。那么, 股东之间是否可以通过章程作出不同于该条规定的约定? (47)

【实务问答 14】

股份有限公司章程规定: “股东大会闭会期间, 董事

人选确有变动必要时，由董事会决定。”这一规定是 否具有法律效力？	(49)
---	------

【实务问答 15】

公司可否以章程改变《公司法》规定的股东会和董事 会的职权？	(52)
--	------

【实务问答 16】

某些经营活动根据章程应履行内部决策程序，公司在 没有履行相关内部决策程序的情况下对外签订的合同 的效力如何？	(54)
--	------

【实务问答 17】

股东内部转让出资后应否修改章程，谁是修改的主体？ 如果大股东不同意修改，小股东该如何？	(56)
--	------

【实务问答 18】

B 有限公司章程约定：“公司股权只能在股东之间转 让。”其股东 A 公司债权人在执行 A 公司的股份时， 其他股东依章程不购买该股份或以明显低的价格购 买该股份，A 公司债权人利益应如何保护？	(61)
---	------

第二章 公司资本制度

【实务问答 1】

出资人或者发起人以债券、房产、船舶、车辆等出资 的情形如何认定？	(64)
---	------

【实务问答 2】

集体土地使用权能否作为公司出资？	(65)
------------------------	------

【实务问答 3】

瑕疵履行土地使用权出资义务的应如何救济？	(66)
----------------------------	------

【实务问答 4】

土地使用权以外的其他用益物权是否可以作为出资？	
-------------------------	--

..... (68)

【实务问答 5】

土地承包经营权能否作为公司的出资? (69)

【实务问答 6】

假设股东以股权作为出资的方式之一。那么, 股东将
股权交付后, 如果股价暴跌, 造成严重贬值, 是否违
背公司资本确定原则? (72)

【实务问答 7】

已经设定抵押的财产可否作为对公司的出资? (76)

【实务问答 8】

票据是否可以作为对公司的出资? (84)

【实务问答 9】

非法获得的现金能否作为公司的出资? (85)

【实务问答 10】

公司章程中规定出资者以货币出资, 但实际出资时却
以实物替代, 是否应认定其已出资? (88)

【实务问答 11】

如何处理公司中隐名出资的法律关系? (89)

【实务问答 12】

公司是否可以向出资不足或者抽逃出资的股东主张以
其股息补足或者抵偿出资? (97)

【实务问答 13】

在股东未实际出资的情况下, 公司被注销, 对公司在
日常生活中欠下股东的债务可否直接认定为股东对公
司的出资? (99)

【实务问答 14】

某股东在公司注册两年一直没有按出资协议书和公司
章程的规定全额出资, 该股东是否能按协议和章程规
定的出资比例实际拥有公司的股份? 是否依法享有该

股份的表决权和分红权?	(100)
【实务问答 15】	
追究股东出资不实的责任是否受诉讼时效限制?	(103)
【实务问答 16】	
有限责任公司股东未履行或未完全履行出资义务, 其他股东、公司以及公司债权人要求其补足出资, 如何计算诉讼时效期间?	(105)
【实务问答 17】	
有限责任公司股东要求确认其股东资格, 是否应适用诉讼时效? 如果适用, 如何计算诉讼时效期间?	(109)
【实务问答 18】	
有限责任公司股权转让后, 受让方是否应对出让方的出资不实等股东责任承担责任? 若需承担责任, 该责任是何种责任?	(111)
【实务问答 19】	
如果某股东出资不足, 且拒绝补足出资, 又无任何财产可以用来补足出资, 其他股东有无法律途径将该股东除名?	(115)
【实务问答 20】	
有限责任公司中股东的实际出资事实与章程规定及工商登记不符时, 当事人若主张按照实际出资情况确定收益分配比例, 是否有法律依据?	(117)
【实务问答 21】	
虚假出资、抽逃出资的股东有股权吗? 诚实出资的股东是否有权起诉抽逃出资的股东?	(118)
【实务问答 22】	
帮助他人设立注册资金虚假的公司如何承担责任?	(120)
【实务问答 23】	
可否执行全资子公司的财产以清偿母公司的债务?	(124)

【实务问答 24】

企业集团的下属企业对集团的债务是否承担责任? (128)

【实务问答 25】

转投资与公司分立有何区别? (130)

第三章 股东资格、股东权与股东权救济

【实务问答 1】

债权人主要根据工商部门的登记情况来认定股东资格,
工商登记对股东权利具有何种意义? (132)

【实务问答 2】

股东资格何时取得? 是缴纳出资时取得, 抑或是章程
上签字取得, 抑或是登记注册或签发出资凭证时取得?
..... (139)

【实务问答 3】

冒名出资情形下, 股东资格如何认定? (144)

【实务问答 4】

在隐名出资情形下, 股东资格如何认定? (147)

【实务问答 5】

未经工商登记的股东能否抽回投资? (153)

【实务问答 6】

确定股东资格时, 如何解决实际出资与取得股东资格
的关系问题? (156)

【实务问答 7】

若有限责任公司股东不尽股东义务, 损害公司利益,
能否罢免其股东资格? 该如何解决? (160)

【实务问答 8】

当股份有限公司股东出示的凭证与证券登记机构的记
载不相吻合时, 股份有限公司股东资格如何认定? (164)

【实务问答 9】

股东知情权的理论基础是什么？新公司法对股东知情权做了那些改动？…………… (167)

【实务问答 10】

股东是否可以请求公司按照股东会会议决议向股东支付股息？已经转让股权的原股东，是否可以请求分配股利？…………… (171)

【实务问答 11】

股东是否有权请求人民法院撤销股东大会会议决议？出现何种情形时，股东可以提起该撤销之诉？…………… (175)

第四章 股权的转让

【实务问答 1】

有限责任公司或股份有限公司是否可以通过章程规定公司股权转让的条件，限制股东转让股权？…………… (179)

【实务问答 2】

有限责任公司股东向第三人转让股权时，公司其他股东主张部分行使优先购买权，如何处理？…………… (183)

【实务问答 3】

有限责任公司股东侵害其他股东的优先购买权，向第三人转让股份并变更工商登记，第三人是否可以基于股权转让合同、工商变更登记取得股权？…………… (187)

【实务问答 4】

有限责任公司股东之间转让股权是否应当通知其他股东？…………… (192)

【实务问答 5】

有限责任公司半数以上其他股东不同意向第三人转让股权的情形应当如何处理？…………… (194)

【实务问答 6】

有限责任公司股东向第三人转让股权时，出让方与受让方签订转让价款不同的两份合同，以避免其他股东行使优先购买权，如何处理？…………… (195)

【实务问答 7】

股权转让款实际交付后，尚未变更股东名册、公司章程和工商登记，公司即被吊销企业法人营业执照，股权受让方能否向出让方主张撤销或解除股权转让合同？…………… (199)

【实务问答 8】

有限责任公司股权转让时股权价格如何确定？…………… (204)

【实务问答 9】

有限责任公司股权交易双方签订股权转让协议，尚未办理股东名册变更和工商登记时，股权受让方将自己受让的股权向他人再度转让，该股权转让合同是否有效？…………… (206)

【实务问答 10】

股权转让中，受让方尚未办理股权变更手续，但已参加公司管理或已行使股东权利，是否构成股权的实际转让，受让方是否具备股东资格？…………… (209)

【实务问答 11】

有限责任公司中，股东不足额出资或抽逃出资后转让股权，股权转让合同的效力如何？…………… (212)

【实务问答 12】

有限责任公司股权转让导致公司股权全部集中于一位股东名下时，应当如何认定股权转让协议的效力？…………… (217)

【实务问答 13】

同一股权两次转让，后签订的协议能否被撤销？…………… (222)

【实务问答 14】

股份有限公司发起人在公司成立后一年内, 与他人签订股权转让协议, 并在协议中约定将股权委托受让方行使, 公司成立一年后为受让方办理股权过户手续。

该股权转让协议效力如何? (224)

【实务问答 15】

有限责任公司股东是否可以请求公司回购自己所持的公司股权? (228)

【实务问答 16】

人民法院强制执行上市公司股权时, 是否受《公司法》关于发起人股一年内不得转让的限制? (231)

【实务问答 17】

有限责任公司股东死亡后, 其合法继承人是否可以直接继承股东资格? (233)

【实务问答 18】

有限责任公司的股东死亡后, 其合法继承人为多人时, 如何继承股东资格? 如何行使股东表决权? (239)

【实务问答 19】

股权继承后未约定转让价款即转让他人, 该股权转让协议是否成立? (240)

【实务问答 20】

夫妻离婚时, 一方单独持有的有限责任公司股权如何进行分割? (244)

【实务问答 21】

中外合资企业的股权转让中, 审批机关的“审慎审查”义务是什么? (247)

【实务问答 22】

什么叫做买壳上市, 买壳上市的通常做法是什么? (250)

【实务问答 23】

股东的股权因权属纠纷而被冻结, 是否还享有临时股

东大会召集权、投票权、公司发行新股的认购权? (254)

【实务问答 24】

公司股东财产无法清偿其债务时, 人民法院应如何执行作为被执行人的股东所持股权? (256)

【实务问答 25】

在股权的司法强制拍卖程序中, 应当如何保护有限责任公司股东的优先购买权? (258)

【实务问答 26】

人民法院是否可以在强制执行程序中直接裁定股份有限公司以回购自身股份方式抵销股东所欠公司的债务? (262)

第五章 公司机关

【实务问答 1】

未按《公司法》的有关规定通知股东参加股东(大)会通过的决议, 其效力如何? (266)

【实务问答 2】

股东会、董事会决议授权董事、高级管理人员以公司资产为本公司股东或实际控制人提供担保的效力如何认定? (271)

【实务问答 3】

股东(大)会可否任意解除董事职务, 新《公司法》、原《公司法》的有关规定及体现的法律价值是什么? (276)

【实务问答 4】

由股东自主举行的股东会表决的事项(如罢免董事长)有效吗? (280)

【实务问答 5】

未按照《公司法》规定程序召开的董事会会议决议是