公司法实务研究

第三期

（内部学习资料）

宁波市律师协会公司法专业委员会

2024 年 12 月

目　录

公司法常见诉讼类型及裁判规则专栏

第三期　董事损害公司利益责任纠纷……1

新公司法专栏

刘贵祥：关于新公司法适用中的若干问题……31

利益平衡视角下引入授权资本发行制度研究——基于新《公司法》修订……71

公司法典型案例评析

北京市第三中级人民法院《新公司法“注册资本限期认缴”规定下公司治理法律风险提示及典型案例》……85

公司法常见诉讼类型及裁判规则

第三期 董事损害公司利益责任纠纷

目 录

一、本期导读 2

1.前言 2

2.董事损害公司利益责任纠纷常见类型概述 2

3.本期法条索引 3

二、董事违反资本充实义务的情形 7

1.对于股东出资未尽核查催缴义务的 7

2.协助抽逃出资的 8

三、董事未尽审慎表决义务的情形 9

四、董事未尽清理清算义务的情形 11

五、董事违反忠实义务的情形 12

1. 侵占公司财产的 12

2. 违反规定从事同业竞争的 14

3. 违反规定从事关联交易的 18

六、董事违反其他勤勉义务的情形 20

1. 违反规定对外提供公司担保的 20

2. 在对外交易中未审核出卖人资质的 22

3. 未执行公司投资管理制度的 23

4. 未依法落实财务税收规定的 24

5. 未对存货实施有效盘存核对的 26

6. 未及时分配公司利润的 27

7. 未依法配合法院执行的 29

一、本期导读

1.前言

新《公司法》已于2024年7月1日实施，新《公司法》在公司治理结构上逐渐从“股东会中心主义”过渡为“董事会中心主义”，进一步完善了董事责任体系，明确了董事会的职权和责任。新《公司法》在拓展董事职权、提升董事地位的同时，亦对董事责任进行了强化。这一变革必将对公司董事的履职行为产生深远影响，并对董事履职提出更为严格的要求。

本期即是以上述实务问题作为案例检索研究的中心，归纳总结了董事损害公司利益责任纠纷的常见类型以及裁判规则。

2.董事损害公司利益责任纠纷常见类型概述

根据《公司法》的规定，公司的董事对所在公司总体上负有两大义务和责任，即忠实义务和勤勉义务。**如对勤勉义务适当加以细化，根据《公司法》的规定，也可以将董事负有的义务和责任分为五大类，即：资本充实义务；审慎表决义务；清理清算义务、忠实义务和勤勉义务（其他）。**

1）董事所负的资本充实义务，主要体现在：对于股东出资的核查催缴义务；禁止协助抽逃出资或放任股东抽逃出资;禁止不当财务资助;禁止参与违法分红;禁止参与违法减资。

2）董事所负的审慎表决义务，主要体现在：对董事会决议进行表决的过程中，董事应认真参与决策、审慎表达意见。如董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议，给公司造成严重损失的，参与决议的董事须对公司负赔偿责任。

3）董事所负的清理清算义务，主要体现在：一旦公司出现营业期限届满、

被吊销营业执照等解散事由，董事的清算义务将被触发，董事应当在解散事由出现之日起十五日内组成清算组进行清算；董事默认为清算组成员（除非公司章程另有规定或者股东会决议另选他人），公司在进入清算程序后，董事作为推定的清算组成员，必须积极履行清算职责。如违反上述规定给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

4）董事所负的忠实义务，主要体现在：董事应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。

5）董事所负的勤勉义务，主要体现在：董事执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。该项义务要求董事不仅需要具备处理事务的能力，而且要积极主动行使职权完成事务。前述所涉及的董监高的资本充实义务，董事的审慎表决义务以及清理清算义务，很多源于董监高对公司负有的勤勉义务。

3.本期法条索引

《中华人民共和国公司法》第五十一条

有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。未及时履行前款规定的义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国公司法》第五十三条

公司成立后，股东不得抽逃出资。违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。

《中华人民共和国公司法》第一百六十三条

公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。为公司利益，经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议，公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助，但财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。董事会作出决议应当经全体董事的三分之二以上通过。违反前两款规定，给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国公司法》第二百一十一条

公司违反本法规定向股东分配利润的，股东应当将违反规定分配的利润退还公司；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国公司法》第二百二十六条

违反本法规定减少注册资本的，股东应当退还其收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国公司法》第一百二十五条

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议，给公司造成严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任；经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

《中华人民共和国公司法》第二百三十二条

公司因本法第二百二十九条第一款第一项、第二项、第四项、第五项规定而解散的，应当清算。董事为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起十五日

内组成清算组进行清算。

清算组由董事组成，但是公司章程另有规定或者股东会决议另选他人的除外。

清算义务人未及时履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国公司法》第二百三十八条

清算组成员履行清算职责，负有忠实义务和勤勉义务。

清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国公司法》第一百八十条

董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。

董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定。

《中华人民共和国公司法》第一百八十一条

董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：（一）侵占公司财产、挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）利用职权贿赂或者收受其他非法收入；（四）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（五）擅自披露公司秘密；（六）违反对公司忠实义务的其他行为。

《中华人民共和国公司法》第一百八十二条

董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。

董事、监事、高级管理人员的近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，适用前款规定。

《中华人民共和国公司法》第一百八十三条

董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是，有下列情形之一的除外：（一）向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过；（二）根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。

《中华人民共和国公司法》第一百八十四条

董事、监事、高级管理人员未向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

《中华人民共和国公司法》第一百八十六条

董事、监事、高级管理人员违反本法第一百八十一条至第一百八十四条规定所得的收入应当归公司所有。

《中华人民共和国公司法》第一百八十八条

董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规

定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

二、董事违反资本充实义务的情形

1.对于股东出资未尽核查催缴义务的

【审理法院】最高人民法院

【案号】（2018）最高法民再 366 号

【基本案情】原告公司成立于 2005 年 1 月 11 日，系外国法人独资的有限责任公司，股东为开曼公司，认缴注册资本额为 1600 万美元。2005 年 1 月 5 日，股东开曼公司签署原告公司章程。2005 年 1 月 11 日至 2006 年 12 月 29 日，胡秋生、薄连明、史万文担任原告公司董事，其中胡秋生为董事长、法定代表人。2006 年 12 月 30 日起，贺成明、王红波、李海滨担任原告公司董事，其中贺成明为董事长、法定代表人。原告公司章程规定，公司成立后 90 天内股东应缴付出资 300 万美元，第一次出资后一年内应缴付出资 1300 万美元。股东开曼公司分多次出资后，欠缴出资 5000020 美元。2011 年 8 月 31 日，当地法院作出（2010）深中法民四初字第 54 号民事裁定书，裁定追加开曼公司为被执行人，在 5000020 美元范围内对原告公司债权人捷普电子（苏州）有限公司承担清偿责任。经强制执行，原告公司股东开曼公司仍欠缴出资 4912376.06 美元。因开曼公司没有其他可供执行的财产，当地法院于 2012 年 3 月 21 日裁定终结该次执行程序。后，原告公司进入破产程序，公司管理人提起诉讼，要求胡秋生等原董事对公司损失承担赔偿责任。原告公司在《关于（2015）深中法初字第 8 号案件诉讼请求的说明》中明确，原告公司所遭受的损失金额即为原告公司股东所欠缴的出资 4912376.06 美元。

【法院裁判要点】关于追缴股东出资是否属于董事勤勉义务范围的问题。《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款规定，董事、监事、高级管理人员应

当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事勤勉义务，一方面要求董事按照法律、行政法规和公司章程规定，积极履行职责，另一方面要求董事尽其所能为公司利益服务，也即充分发挥自己的聪明才智，勤勉尽责，实现公司利益的最大化。董事会的职责范围，就是董事的勤勉义务范围。本案追缴股东欠缴出资事项属于原告公司事务，胡秋生等六名董事作为原告公司的董事，应当积极通过董事会会议，就该事项作出决策。胡秋生等六名董事消极未履行该项勤勉义务。股东开曼公司未缴清出资的行为损害了原告公司的利益，胡秋生等六名董事消极不作为放任了实际损害的持续。股东开曼斯曼特公司欠缴的出资即为原告公司遭受的损失，开曼斯曼特公司欠缴出资的行为与胡秋生等六名董事消极不作为共同造成损害的发生、持续，胡秋生等六名董事未履行向股东催缴出资义务的行为与原告公司所受损失之间存在法律上的因果关系，故应当承担赔偿责任。

2.协助抽逃出资的

【审理法院】北京市第一中级人民法院

【案号】(2024)京 01 民初 60 号

【基本案情】某电池有限公司于 2001 年 7 月 30 日成立，成立时注册资本 50 万元，由张某、陈某、刘某三人发起设立并出资，其中张某出资 12 万元，陈某出资 12 万元，刘某出资 26 万元。张某为法定代表人、执行董事。2001 年 7 月 27 日，张某、陈某、刘某的出资款 50 万元存入中国建设银行北京市通州区支行。同年 7 月 31 日，根据划转入资金通知书显示，上述出资款 50 万元经验资后被允许转入某电池有限公司账户。但经向银行调查查询，该账户信息和流水明细均不存在，上述出资款并未按照划转入资金通知书的显示转入某电池有限公司的账户。2004 年 11 月 2 日，某电池有限公司股东会通过决议，决定增加注册资本 950 万元，引入李某、纪某为公司新股东，李某出资 800 万元、纪某出资 100 万元、张

某增加出资 26 万元、刘某增加出资 24 万元；一致同意免去张某的执行董事职务，同时免去陈某的经理职务及刘某的监事职务，选举李某为公司新执行董事、经理，同意陈某将持有的 12 万元股权转让给被告张某。增资后，李某出资额为 800 万元，纪某出资额为 100 万元，刘某出资额为 50 万元，张某出资额为 50 万元。11 月 4 日，张某、刘某及被告李某、纪某将认缴出资 950 万元缴至中国建设银行账户。11 月 5 日，上述账户内资本金 950.019 万元被转入公司农业银行账户，当日，上述钱款被以现金支票的方式全部取出，该现金支票盖有张某的人名章。之后，企业法人营业执照变更法定代表人为李某。某电池有限公司提起诉讼，要求张某对抽逃的出资承担连带责任。

【法院裁判要点】关于张某是否应对某电池有限公司 2004 年 11 月 5 日增资后其他股东抽逃出资本金与利息的返还承担连带责任，法院认为：根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（三）》第十四条第一款规定“股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。”本案中，增资后的出资 950 万元在验资后以现金支票的方式全部取出，张某作为公司时任法定代表人、执行董事，且现金支票盖有被告张某的人名章，存在协助抽逃出资的行为，故张某应对自身外的抽逃出资行为承担连带责任。

三、董事未尽审慎表决义务的情形

【审理法院】广东省中山市第一人民法院

【案号】(2014)中一法民二初字第 2260 号

【基本案情】原告长洲公司监事会系第三人长洲公司股东选举产生的监事会，被告黄志宏、黄沛海、黄容灿、黄庆桥系第三人长洲公司的董事。黄国恒因拖欠第

三人长洲公司的借款200万元而形成诉讼。2010年12月1日，中山市中级人民法院作出终审判决，判决黄国恒及陈燕飞于判决生效后七日内向第三人长洲公司偿还借款200万元及2005年5月16日起至今的债务利息。执行中，中山市第一人民法院查封了黄国恒的房地产，黄国恒要求免除利息。2011年9月22日，第三人长洲公司召开股东代表大会，就减免黄国恒债务利息事项进行表决。表决结果为不同意减免黄国恒债务利息。2011年12月7日，被告黄志宏、黄沛海、黄容灿、黄庆桥不顾股东代表大会决议，擅自同意减免黄国恒债务利息，造成第三人长洲公司及全体股东巨额经济损失。原告长洲公司监事会为此向中山市第一人民法院提起了诉讼。中山市第一人民法院以（2012）中一法民二初字第2744号民事判决，判决被告黄志宏、黄沛海、黄容灿、黄庆桥向第三人长洲公司赔偿经济损失1033600元。中山市中级人民法院于2014年6月6日以（2013）中中法民二终字第449号民事判决终审维持一审判决。根据一审判决认定第三人长洲公司债务人黄国恒计至2011年12月7日应付债务利息为1114218.01元，该民事判决仅判决被告黄志宏、黄沛海、黄容灿、黄庆桥赔偿经济损失1033600元，与第三人长洲公司的实际损失相差80618.01元。此外，从2011年12月8日至2014年6月6日中山市中级人民法院作出（2013）中中法民二终字第449号民事判决之日，上述1114218.01元经济损失产生利息173742.17元。另根据中山市第一人民法院（2013）中一法民一初字第1217号民事判决查明，黄国恒于2011年12月14日还款140万元，于2012年1月16日还款60万元。从2011年12月8日计至实际还款之日，该债务利息为10573.34元。原告长洲公司监事会起诉要求黄志宏、黄沛海、黄容灿、黄庆桥依法共同承担对公司造成的上述相关逾期还款利息损失。

【法院裁判要点】关于黄志宏、黄沛海、黄容灿、黄庆桥是否应当承担赔偿责任的问题，法院认为：根据生效民事判决认定的内容，长洲公司除了享有对黄国恒借款本金200万元的债权外，还享有该借款200万元的逾期还款利息。该逾期还

款利息对于长洲公司全体股东而言，系经人民法院生效民事判决确认的事实存在的债权，该债权不因债务人的履行能力变化而受到影响。长洲公司董事会成员黄志宏、黄沛海、黄容灿、黄庆桥不执行股东代表大会决议擅自以长洲公司名义免除债务人对该逾期还款利息的清偿，即造成了长洲公司的最终受益人公司全体股东的上述相应数额的经济损失。作为董事会成员的黄志宏、黄沛海、黄容灿、黄庆桥以具体参与人身份在还款保证书董事签名栏上共同签名同意减免黄国恒债务利息并加盖长洲公司公章，致使公司利益遭受严重损失，根据《中华人民共和国公司法》第一百一十二条第三款关于“董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任”的规定，黄志宏、黄沛海、黄容灿、黄庆桥依法共同承担对公司损失的赔偿责任。

四、董事未尽清理清算义务的情形

【审理法院】上海铁路运输法院

【案号】 (2024)沪 7101 民初 1193 号

【基本案情】上海市第三中级人民法院于 2023 年 5 月 25 日作出（2023）沪 03 破 347 号民事裁定书，裁定受理某某公司 1 的破产清算申请，并于 2023 年 6 月 5 日指定某律师事务所路某担任某某公司 1 管理人。经查，被告为某某公司 1 的法定代表人、执行董事兼占股 90%的股东。管理人于 2023 年 6 月 25 日发函通知被告配合管理人移交财产、账册、证照、印章、其他重要文件资料及其他法定义务，并告知其不配合的法律后果，但被告并未移交上述材料。

【法院裁判要点】本案中，被告系原告工商登记的法定代表人及执行董事，属于法定负有配合清算义务的债务人的有关人员。被告作为法定的配合清算义务人，

在公司进入破产清算程序后，无正当理由未能向管理人移交公司财务资料等全部重要文件，存在明显过错。被告未能向管理人移交全部财务资料，管理人无法通过审计全面调查原告的财产状况，导致原告的财产状况不明，故被告未能全面履行配合清算义务与债权人利益受损之间存在因果关系。根据法院生效裁定的确认，原告破产清算案无争议债权总金额为157684.42元，管理人未接管到任何财产，故原告现主张其损失为157684.42元，法院予以支持。

五、董事违反忠实义务的情形

1. 侵占公司财产的

【审理法院】四川省成都市金牛区人民法院

【案号】(2020)川0106民初6615号

【基本案情】原告公司于2016年10月19日成立，注册资本100万元；被告一任公司总经理，被告二任公司执行董事，。2018年原告公司从案外人成都某公司处承接了九龙广场销售项目，2018年8月3日、2018年10月31日案外人成都某公司分别向原告公司转账623,875元、3,295,480元。2019年，原告公司（乙方）与怀化某营销策划中心（甲方）签订《项目分销合同》，原告公司接受委托后开展了销售工作。2019年1月2日至2019年9月27日期间，原告公司银行账户分多次向被告一账户转款1,358,387元。原告起诉到法院，要求被告一返还上述1,358,387元，被告二作为公司董事承担共同返还责任。

【法院裁判要点】原告公司作为独立的法人，享有独立的法人地位及财产权利，公司股东及高级管理人员不得侵犯公司的财产。原告公司账户银行流水显示，2019年期间，原告公司账户多次向被告一转账，款项达1,358,387元，被告一并未提供股东会决议、公司章程、公司授权文件等证明上述款项转至其私人账户的合法依据。被告一称公司实行一事一议的运营模式，由其负责公司项目的收支

及利润分配，但公司的运营模式及利润分配方式应当符合公司法相关规定，符合公司章程的约定，被告一并未举证证明公司存在关于其所述运营模式的任何公司章程约定或股东会决议。因此，被告一在不具备合法依据的情况下将公司资金转移至其私人账户的行为，侵害了原告公司的合法权益，应当将款项予以返还。关于被告二的责任。虽然被告二系原告公司执行董事，但原告公司并未举证证明被告二实施了侵害公司利益的实际行为或者存在协助被告一侵犯公司财产的行为，故原告公司以被告二未尽忠实勤勉义务为由，要求被告二与被告一共同承担返还公司款项的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，法院不予支持。

【审理法院】浙江省杭州市临安区人民法院

【案号】(2024)浙 0112 民初 2401 号

【基本案情】原告公司登记设立于 2013 年 5 月 21 日。被告吴某系原告公司的执行董事兼总经理、法定代表人。经申请，法院于 2021 年 3 月 10 日裁定受理原告公司破产清算一案，并指定了管理人。原告公司管理人接受该院指定后，委托会计师事务所对原告公司截止 2021 年 3 月 10 日的资产负债情况以及与破产清算相关的其他事项进行专项审计，审计结果确认公司对被告吴某享有应收账款 371252.72 元。2023 年 3 月 3 日，因原告公司账款挂账问题，审计人员向被告吴某进行访谈，并形成《访谈笔录》一份，由被告签字，关于原告公司账面记载的对华某公司的应收账款 80000 元、其他应收款账面余额 20200 元，吴某回复有收到华某公司的承兑汇票，财务没有入账所致，应收账款 8 万元好像已经收回，需要再去查一下承兑汇票；其他应收款中的 200 元系标书费，是费用不用应收的；还有 2015 年 5 月 29 日的 2 万元已于 2015 年 7 月 16 日收回，账面的 2 万实际是 2014 年 4 月 18 日的投标保证金，当时已经中标，该 2 万元投标保证金转为质保金，所以其他应收款也是不用收的。至今，被告吴某未就该事项向管理人说明情

况。原告于 2024 年 5 月 10 日向法院提起诉讼，要求被告返还原告款项 318557.72 元整。

【法院裁判要点】被告吴某系原告公司的发起人，自原告公司设立之日起至破产清算受理时，均为公司持股比例最高的股东，并担任公司的执行董事兼总经理、法定代表人，吴某作为公司的董事、高级管理人员，应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务，不得侵占公司财产。但在原告公司破产清算程序中，经审计发现，被告存在以个人名义收取原告公司款项未入账的情况，损害公司及债权人的利益，现原告公司已进入破产程序，管理人有权以原告公司的名义要求被告返还其所获得的非正常收入。关于原告要求被告返还应收账款 80000 元的诉讼请求。审计报告中虽将该 80000 元登记为应收账款，但根据审计中对被告的访谈，被告认可该应收账款已收回未入账，就如何回收该款项、收回后款项是否缴纳至公司账户等事项，被告至今未说明情况。被告作为法定代表人，负有妥善保管其占有的公司财产、账簿、文书等资料，并如实回答管理人询问的责任，未履行法定职责，导致公司财产损失的，应承担相应的责任，故对原告要求被告承担该 80000 元应收账款损失的责任，法院予以支持。

2. 违反规定从事同业竞争的

【审理法院】浙江省杭州市富阳区人民法院

【案号】(2008)富民二初字第 223 号

【基本案情】1997 年 9 月 27 日，某集团公司与被告共同投资设立器材厂，某集团公司以资金入股，占 75%份额，被告以技术入股，占 25%份额。该厂主营新型铁路辙叉心，兼营铁路配件，经营方式为研制、开发、生产、销售、售后服务。被告担任厂长职务。1998 年 1 月 18 日，器材厂与铁建所约定双方共同开发铁路新型组合辙叉，被告等十三人为主要研制人员。2003 年 3 月某集团公司与被告

合资成立原告公司，某集团公司以实物出资 472.5 万元，占投入资本比例 75%，被告以货币资金出资 157.5 万元，占投入资本比例 25%；被告任监事；该公司成立后，未实现生产经营。2003 年 9 月 19 日，某集团公司与被告签订辙叉专利权转让合同，约定某集团公司出资人民币 157.5 万元向被告购买辙叉专利权。被告所得款项作为原始股本参与入股。经审计，某集团公司钢辙岔及配件销售情况为：2000 年 191 组 341.575217 万元，2001 年为 516 组 908.692624 万元，2002 年为 875 组 1552.251286 万元。1997 年 11 月 1 日到 2002 年 12 月 31 日，器材厂的利润总额为 261.187243 万元。2004 年 6 月，被告和同力公司共同投资设立某公司，被告占 51%股权，同力公司占 49%股权；该公司主营兼营范围与器材厂经营范围一致；被告为该公司董事长兼总经理；该公司自成立后，自 2005 年 7 月至 2007 年 11 月期间销售部分产品累计 1875 组。原告公司向法院起诉，要求被告承担赔偿责任。

【法院裁判要点】《公司法》规定：董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。《公司法》在 2005 年 10 月修订前，也规定董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。据此可认为，虽然被告在 2004 年组建被告公司时，《公司法》未明确规定监事对公司负有忠实义务和勤勉义务，但作为公司组织层面人员，同样应与作为管理层面的董事、经理一样，依法负有不得从事损害公司利益行为的义务。被告未经原告公司同意，在仍具该公司监事身份的情况下，设立被告公司并经营与原告公司相同的产品，虽原告公司自成立起未实现经营，但该行为仍构成对原告公司忠实义务的违反，侵害了原告公司的利益。至于《公司法》第一百四十九条仅规定董事、高级管理人员不得从事与所任职公司同类业务的义务，但结合该条的立法精神看，同样应适用于监事。关于被告是否应承担民事责任，虽然被告在原告公司的职务是监事，不属原告公司经营管理层人员，但从集团公司与被告的合作过程来看，被告显然是直接接触和知悉原告

公司生产经营产品和核心技术的人员，对原告公司的生产和经营起重要作用。被告擅自离开原告公司并组建被告公司的后果，使得原告公司本未实现的生产经营状态变得更加不可逆转，不仅违反了对原告公司的忠实义务，事实上也扩大了原告公司的利益损失，被告对此具有过错，应承担相应的赔偿责任。根据已认定的事实，截至原告公司 2008 年 2 月起诉和诉讼，被告离开原告公司的时间近 4 年，原告公司该 4 年的损失可酌情计算为 208.8 万元。鉴于原告公司并未实现生产经营，以及被告在该公司担任监事职务，对实际生产、经营管理作用大小的考虑，该院酌情责令被告承担损失的 40%。

【审理法院】浙江省杭州市西湖区人民法院

【案号】(2023)浙 0106 民初 7769 号

【基本案情】A 公司成立于 2013 年 10 月 8 日，注册资本为 50 万元，发起股东为何某某、柯某某，其中何某某出资 45 万元，柯某某出资 5 万元。2015 年 11 月 18 日，A 公司注册资本变更为 200 万元，股东变更为何某某和吴某某，其中何某某出资 102 万元，吴某某出资 98 万元。何某某任 A 公司法定代表人、执行董事兼总经理，吴某某任 A 公司监事。A 公司的经营范围包括指纹密码锁、电子锁、电子指纹门锁的数据处理及上门安装。2015 年 1 月 14 日，何某某申请注册“索某某”商标，后 A 公司受让该商标。何某某和吴某某均陈述 A 公司由何某某经营。B 公司成立于 2018 年 5 月 14 日，注册资本 1000 万元，何某某系出资人之一，占公司注册资本的 90%，何某某任 B 公司的法定代表人、执行董事兼总经理。B 公司的经营范围与 A 公司相似。A 公司提供的《公证书》显示，自 2018 年 1 月起，何某某在其个人微信朋友圈多次发布“索某某”智能锁相关宣传信息。B 公司的微博账号“嘉某某智能门锁”也多次以“索某某智能科技旗下项目品牌-嘉某某智能锁”等进行宣传。何某某认可 A 公司与 B 公司均以销售电子锁为主

要业务，陈述 A 公司实际经营至 2018 年。2019 年 11 月至 2023 年 10 月期间，何某某在 B 公司每月领取工资 3300 元，A 公司现主张何某某支付在 B 公司领取的工资 118800 元。B 公司年报公示信息表显示 B 公司主营业务活动为批发零售指纹锁，其中 2018 年净利润为 0，2019 年净利润 4920.01 元，2020 年净利润为 120797.02 元，2021 年净利润为-2252.98 元。何某某和 B 公司对该净利润情况无异议。A 公司作为原告于 2023 年 10 月 16 日向法院提起诉讼，要求何某某向 A 公司赔偿 244517.03 元，B 公司对何某某的前述债务承担连带责任。2023 年 12 月 13 日，法院判决由何某某赔付 A 公司相应款项，现已发生法律效力。

【法院裁判要点】《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。第一百四十八条第一款第五项规定，董事、高级管理人员不得未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。上述内容系我国法律对董事、高级管理人员竞业禁止义务的规定。所谓竞业禁止，是指对与权利人有特定关系之人的特定竞争行为的禁止。我国公司法要求公司董事、监事、高级管理人员应当对公司负有忠实和勤勉义务，要求董事、监事、高级管理人员在执行公司业务时或担任公司职位期间需以公司最佳利益为出发点行事，不得追求公司利益以外的利益。因此，董事、高级管理人员对公司负有竞业禁止义务，即包含禁止自营或为他人从事与公司营业有竞争性的活动，也包含禁止利用职务便利谋取属于公司的商业机会。本案何某某系 A 公司的法定代表人，任职执行董事兼总经理，属于 A 公司的高级管理人员，其在 A 公司任职期间，未经 A 公司股东会同意，发起成立 B 公司并担任 B 公司的法定代表人、执行董事兼总经理职务。而 B 公司与 A 公司均经营电子锁，经营范围相同，属同类经营。何某某的行为已构成对 A 公司竞业禁止义务的违反。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款规定，董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。该条规定了公司

对董事、高级管理人员的违法所得有权行使归入权。所谓归入权，是指公司可以要求董事、高级管理人员把其为个人利益或为他人利益而获得的竞业收入、报酬归于公司，把董事、高级管理人员竞业的交易，视为公司的交易。法律之所以赋予公司归入权，主要是针对董事、高级管理人员的竞业行为给公司造成的损失往往是潜在的，公司很难证明自己的实际损失，通过归入权的行使对违反竞业禁止义务的董事、高级管理人员予以惩戒，并补偿自己可能的损失。本案何某某在担任B公司执行董事兼总经理期间，自2019年11月至2023年10月期间的工资所得为158400元，A公司要求将何某某的部分工资118800元属于A公司所有的主张，系其对公司归入权的正当行使，该院予以支持。此外，B公司2019年净利润为4920.01元，2020年净利润为120797.02元，合计125717.03元，该利润系何某某在经营竞业公司期间产生，该院根据何某某所有持有的B公司股份情况，酌情确定何某某向A公司赔付100000元。综上，何某某共计应向A公司赔付218800元。

3. 违反规定从事关联交易的

【审理法院】浙江省高级人民法院

【案号】(2010)浙商终字第51号

【基本案情】原告公司成立于2000年2月18日，由淳安甲公司（法定代表人为倪某某）、久某公司（法定代表人为被告朱某）、淳安甲实业公司（法定代表人为叶某某）共同投资设立，董事会由董事长倪某某、董事被告朱某及叶某某组成，被告方甲为监事。2002年2月，原告公司的股东变更为淳安甲公司、久某公司。同时，董事长变更为被告朱某，淳安甲公司委派叶某某、被告王甲担任该公司董事。2002年7月，由被告朱某担任董事长的久某公司、被告方甲、被告王甲共同投资设立新街公司，其中久某公司占出资额的40%，被告方甲、被告王甲各占出资额的30%。被告方甲为该公司法定代表人。2002年7月25日，原告公司与

新街公司签订《合作协议》、《协议书》，该协议已被仲裁委员会裁决认定为关联交易而无效。2003 年 5 月 5 日，原告公司又与新街公司签订《黄丁新街招商运作管理合作协议》，该协议已被法院判决书认定为关联交易而无效。被告朱某、被告王甲、被告方甲、久某公司利用职务之便与关联企业签订虚假合同；利用伪造公司印章与他人签订售房合同，造成原告公司损失，原告公司起诉要求予以赔偿。

【法院裁判要点】根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条的规定，公司董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。忠实义务，是指公司董事、监事、高级管理人员在执行公司事务时，应以公司利益为最高准则，不得损害公司利益为代价而追求自己或他人利益。忠实义务一般表现为竞业禁止、不得进行抵触利益交易、不得利用公司机会、不得占有公司资金、不得泄露公司秘密等。忠实义务属于消极义务，公司董事、监事、高级管理人员违反忠实义务主要是法律、行政法规、章程规定的不作为而为之的行为，其带有主观的故意。勤勉义务又称注意义务、善管义务，是指公司董事、监事、高级管理人员在执行公司事务时，应以一个合理谨慎的人在相似的情形下所表现的谨慎、勤勉和技能履行其职责。公司董事、监事、高级管理人员违反勤勉义务主要是法律、行政法规、章程规定的应作为而不为之的行为。本案被告朱某时任董事长，而新街公司系由久某公司、被告王甲、被告方甲投资设立的公司。被告朱某作为原告公司的董事长，本应以公司利益为最高准则，但其却将公司工程交于有关联关系的新街公司，实施了与原告公司抵触利益的交易，违反忠实义务。同时作为原告公司的董事长，以一个董事长一般应有的技能和经验，为了原告公司的最大利益应履行合理善管的注意义务。但被告朱某对原告公司的工程未善意行事，利用董事长的便利条件将工程交于有关联关系的新街公司，且新街公司发包给被告朱某熟悉王丙挂靠的建工公司，未履行董事长在工程发包时应当履行的合理适当谨慎的职责，将工程予以代建和发包，不符合公司最大利

益方式行事。被告朱某存有违反公司法规定的忠实、勤勉义务，且造成原告公司损失，已符合侵权责任的构成要件，被告朱某应依法对原告公司的损失承担赔偿责任。被告王甲、被告方甲分别系原告公司的董事、副经理和监事，其依法负有对原告公司的忠实、勤勉义务。根据已生效裁决书和判决书，可以认定被告王甲、被告方甲存有违反董事、经理、监事应忠实履行职务义务的事实，以及审计结论确认新街精细装饰工程已造价大大低于新街公司向原告公司的结算价，造成原告公司的损失。根据《中华人民共和国公司法》第一百五十条的规定，被告王甲、被告方甲应对原告公司该部分损失承担赔偿责任，故被告王甲、被告方甲就新街精细装饰工程承担连带赔偿责任。

六、董事违反其他勤勉义务的情形

1. 违反规定对外提供公司担保的

【审理法院】浙江省宁波市海曙区人民法院

【案号】(2023)浙 0203 民初 5815 号

【基本案情】原告公司系在上海某某所上市的 A 股，证券代码 xxxxxx。被告龚某某担任总经理；被告胡某担任常务副总经理。2012 年 12 月 27 日，被告龚某某授权被告胡某负责本公司的日常经营管理工。2013 年 4 月 16 日，原告公司关联方天津某某公司与中国某某公司签订《工程款债务偿还协议书》约定工程款清偿问题，同时约定由原告公司作为担保方之一向天津某某公司提供保证担保。被告胡某提供原告公司的基础资料，被告龚某某违规向银行出具了《担保函》，被告胡某知晓违规担保的事实，其二人均未告知董事会及其他董事、监事、高级管理人员相关担保事项，原告公司 2013 年至 2015 年年度报告一直未披露该担保事项。2016 年 6 月 27 日，中国某某公司就与原告公司的保证合同纠纷向广州仲裁委员会提起仲裁申请，裁决原告公司就天津某某公司欠付的全部债务向中国某某

公司承担连带清偿责任。后，原告公司被法院强制执行，扣划银行账户资金共计1.78亿余元，被冻结的所持有的股权被司法拍卖。2019年11月14日，中国证券监督管理委员会作出行政处罚决定书，该决定书认为原告公司未及时在临时公告、定期报告中披露重大担保事项的行为。对原告公司的上述违法行为，被告龚某某为直接负责的主管人员，其行为特别恶劣，情节特别严重，被告胡某为直接负责的主管人员，其行为恶劣，情节较为严重。2021年起，吴某刚等人就原告公司证券虚假陈述责任纠纷陆续向宁波市中级人民法院提起诉讼，宁波市中级人民法院自2022年7月陆续作出民事判决书，依法判决原告公司赔偿小股东608781.99元，并承担诉讼费7824.7元。上述款项原告公司已经履行完毕。2021年12月27日，宁波市中级人民法院作出刑事判决书。该判决书认定，被告人被告龚某某任上市公司董事长、总经理期间，违背对公司的忠实义务，利用职务便利，无正当理由为其控制的其他公司提供担保，致使上市公司利益遭受特别重大损失，其行为已构成背信损害上市公司利益罪。后，原告公司起诉被告龚某某、胡某，要求对相关损失承担共同赔偿责任。

【法院裁判要点】公司法规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。被告龚某某在担任原告法定代表人、董事长以及总经理期间，利用职务便利，无正当理由违规为其控制的其他公司提供担保，明显违反法律规定，在事后未履行报告义务，该行为构成犯罪，已受刑事处罚，明显属于违法行为。被告胡某在被告龚某某违规担保过程中提供基础资料，知悉担保事宜但未及时履行汇报义务，违反公司法规定的公司高级管理人员勤勉尽责的义务，亦属于违法行为。其次，根据仲裁裁定书、刑事判决书以及民事判决书载明，原告应就出具《担保函》承担担保责任并就未及时履行信息披露义务赔偿小股东损失，原告更受到行政处罚，故存在损害的事实。本案中，被告龚某某利用职务便利，违规担保，事后又不及时汇报明显属于故意为之，主观上有过错。胡某明知被告龚某某违规担保的事实，但未及时进行披露，其不作

为主观上具有故意，亦有过错。现原告主张因证券虚假陈述造成直接赔偿金额为608781.99元，故被告龚某某、胡某理应对该损失承担赔偿责任。关于二被告的责任分担问题，该院认为，胡某系在被告龚某某的授权下，主持公司日常经营管理事务，其明知被告龚某某提供担保会损害公司利益，仍向相关人员提供公司基本资料，且在知悉违规担保的事实后，不顾工作职责替其隐瞒，明显具有共同故意，理应对隐瞒违规担保造成的损失承担共同赔偿责任。

2. 在对外交易中未审核出卖人资质的

【审理法院】湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院

【案号】(2020)湘31民终165号

【基本案情】原告公司于2016年6月8日成立，被告罗某友为执行董事，被告宋某胜为经理，贾某斗为监事。2016年10月17日，被告罗某友、宋某胜以公司名义向姚某进购买了四艘机船、一艘登船、一台50铲车，共计45万元，约定当场给付5万元，余款承诺一年内付清，并书写字据一份，加盖原告公司公章，被告罗某友、宋某胜在该字据上签名。约定付款时间到期后，原告公司一直未支付欠款，故姚某进诉至法院。保靖县人民法院作出民事判决，原告公司给付姚某进货款400000元及利息，各股东在未出资限额内承担补充赔偿责任。在法院执行过程中，因船只没有登记手续，无法进入正常司法程序拍卖，故按每吨1200元的废旧价格变卖，所得价款51396元交保靖县人民法院。登船、铲车未处置。罗某友、宋某胜两被告为公司采购的船只没有合法登记手续、质检合格证明等任何资质证书，无法完成变更登记，无法投入营运，同时给公司造成损失，原告公司起诉罗某友、宋某胜要求赔偿损失。

【法院裁判要点】依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定第一款规定“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负

有忠实义务和勤勉义务”，该法第一百四十九条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”。本案中，被告罗某友、宋某胜作为被上诉人公司的执行董事和高级管理人员，在为公司购买船舶、设备时，应当审查出卖人是否具有合法的资质，并审查所购买的船舶、设备是否具有合法手续及能否正常使用，但是被告罗某友、宋某胜并未尽到相应的审查义务，从私人购买的船舶、设备未办理合法的手续，且无法正常投入使用，因此，被告罗某友、宋某胜未尽到忠实、勤勉义务。因被告罗某友、宋某胜为公司购买船舶、设备时未尽到忠实、勤勉义务，使得公司无法使用船舶、设备，并造成公司承担购买费用以及其他损失，因此，被告罗某友、宋某胜应对原告公司承担赔偿责任。

3. 未执行公司投资管理制度的

【审理法院】浙江省杭州市下城区人民法院

【案号】(2015)杭下商外初字第 00109 号

【基本案情】被告于 2014 年 5 月 13 日进入原告公司担任财务总监一职，从事财务管理工作。2015 年 3 月 30 日经原告公司第一届第六次董事会会议决议任命为财务总监，2015 年 8 月 3 日离职。2015 年 3 月 30 日，原告公司召开第一届第六次董事会会议，并形成会议纪要，该会议纪要载明：议案二购买银行理财产品需要同时满足两个要求：一是该银行属于上市公司，二是理财产品必须是保本型。被告列席了该次董事会会议。被告与原告公司出纳在中信证券开通证券账户，之后开始操作账户，此后多次融券、购买国债、理财产品，利用公司资金多次购买股票，资金投入合计 1200 余万元。买卖股票的决策及股票账户的操作均由被告实施。2015 年 7 月 10 日，原告公司经董事会决定卖出股票，损失金额为 4020184.09 元。原告公司于 2015 年 9 月 1 日向法院提起诉讼，要求被告赔偿原告损失 4020184.09 元。2016 年 2 月 24 日，法院作出判决，确定由被告承担 30%

即 1206055.23 元的赔偿责任，现已发生法律效力。

【法院裁判要点】《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。第一百四十九条规定，董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。被告在原告公司担任财务总监一职，属于公司高级管理人员范畴。首先，被告作为公司财务高级管理人员，其对公司资金具有一定授权范围内的运作、管理等职责，并对公司负责。本案中，被告利用公司资金购入股票，从账户开立、收益归属来看，均为原告公司利益之考虑，其并未谋取个人私利，故不具有公司法第一百四十八条关于公司董事、高级管理人员违反公司忠实义务的具体情形，其购买股票的行为应系出于善良履行工作职责的行为。其次，根据公司第一届董事会第六次会议决议内容，公司仅对购买银行理财产品作出限制性要求。而原告公司未能举证证明其曾在被告购买股票前明示公司资金不能用于股票投资。退一步讲，被告未经公司许可擅自购入股票，且这一行为足以与公司章程、制度相悖。原告公司对资金负有监管义务，但其未能证明对公司资金已尽及时监管责任。根据原告公司章程规定，董事会负责审议批准公司重大投资决策事项、公司投资管理制度，且公司高级管理人员向总经理汇报工作等制度。被告作为公司高级管理人员，应明知公司章程关于公司投资、管理的相关制度，其未将利用公司资金买卖股票之事按照章程规定及时汇报，存在一定的过失，应根据公司法第一百四十九条的规定承担相应的赔偿责任。因此，对于被告购买股票导致的亏损，该院酌情确定由其承担 30%即 1206055.23 元的赔偿责任。

4. 未依法落实财务税收规定的

【审理法院】浙江省嘉兴市中级人民法院

【案号】(2024)浙 04 民终 89 号

【基本案情】甲公司于2010年3月12日成立，现股东（股权）为丙（10%）、丁（10%）、沈某（20%）、乙（60%），被告乙系公司法定代表人、执行董事、经理，沈某系公司监事。2020年6月10日，（2020）浙0482民初1128号民事判决确认2020年1月16日《甲公司股东会决议-关于变更公司营业期限及修改公司章程的决议》不成立。因沈某、丙在上述股东会决议中的签名系被告乙、丁代签，平湖市市场监督管理局于2020年8月31日对甲公司因提交虚假文件或其他欺骗手段取得登记罚款50000元。2022年6月15日，丙认为被告乙违法违规经营、侵占公司资产，请求公司监事沈某代表公司起诉被告乙。甲公司因2017年1月至2021年3月隐匿淋浴房销售收入、2018年8月至2021年3月隐匿淋浴房加工收入、2017年1月至2021年3月隐匿房租收入、2017年1月至2021年3月隐匿电费和物业费收入，在与义乌市某公司无真实业务往来的情况下，为其虚开16份增值税专用发票等行为，国家税务总局嘉兴市税务局第一稽查局于2022年7月18日对甲公司追缴增值税4155422.42元，城市维护建设税207771.15元，房产税203495.81元，企业所得税1145651.84元，并对偷逃增值税、城市维护建设税、房产税的行为处以所偷税款4566689.38元百分之八十罚款计3653351.50元，对虚开发票行为罚款300000元，没收违法所得6200元，以上应缴款项共计3959551.50元。甲公司起诉被告乙，要求其赔偿公司为此遭受的罚款等各类损失。

【法院裁判要点】本案系损害公司利益责任纠纷，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。被告乙作为甲公司的法定代表人、执行董事、经理，对甲公司负有法定的忠实义务和勤勉义务，应在履职期间保证公司合法经营、依法纳税。从税务部门核实的情况来看，甲公司在2017年1月至2021年3月期间因隐匿收入、虚开发票被追缴税款和处以罚款，被告乙作为该时间段内公

司事务的执行人和管理人，在对公司财务制度管理等方面显然未能勤勉尽责，对于公司因此造成的损失，被告乙存在过错，其应对公司承担责任。

5. 未对存货实施有效盘存核对的

【审理法院】浙江省高级人民法院

【案号】(2010)浙商终字第 37 号

【基本案情】由于西山某公司陷入僵局，2006 年法院判决西山某公司解散，并成立了西山某公司的清算组，负责西山某公司的清算工作。清算期间，审计报告认定的损失达 5784953.15 元。另查明，2007 年 1 月 10 日，西山某公司的账面净值为 909614.84 元的越野车以 75 万元的价格转让给叶某，转让所得款项已进入西山某公司的账户。2001 年 9 月 12 日，原告陈某、吴乙召开的董事（股东）会决议，一致同意由吴乙接任西山某公司的董事长，同时担任法定代表人。西山某公司的章程自 1996 年制定后至今未作修改，执行董事仍载明为吴丁。而吴乙在西山某公司的职务工商登记为执行董事。原告陈某自西山某公司成立至今，一直担任西山某公司的监事。2008 年 11 月 5 日，原告陈某、吴甲向法院起诉，请求判令吴乙赔偿西山某公司各项损失。

【法院裁判要点】本案系因董事损害公司利益引起的赔偿纠纷。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。第一百五十条规定，董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。所谓勤勉义务，又称善管义务、注意义务，是指董事、监事、高级管理人员应当诚信地履行对公司的职责，在管理公司事务时应当勤勉谨慎，须以一个合理谨慎的人在相似情形下所应表现的谨慎、勤勉和技能履行职责，要采取合理的措施，以防止公司利益遭受损失，为实

现公司最大利益努力工作，否则因此给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。本案中，就西山某公司盘点短少部分发生的原因及时间，审计报告认为已无法查实，但同时审计报告明确，在2003年1月至2007年6月期间西山某公司管理当局未进行过有效的存货盘存核对，账面存货数量与实际数量未进行有效勾对，财务账面存货数字未能真实反映实际存货情况。上述内容表明，在西山某公司的经营管理中，公司管理机构存在怠于履行职责行为，而由此造成西山某公司帐实不符、盘点短少状况。据此，西山某公司的董事、监事、高级管理人员依法应对上述公司盘亏承担民事责任。就吴乙的责任承担而言，首先，西山某公司的工商变更登记材料明确载明，吴乙的职务为执行董事。虽然西山某公司的公司章程一直未予变更，执行董事仍载明为吴丁，但并不据此否定吴乙自2001年9月24日起即担任公司法定代表人及执行董事的事实。其次，根据西山某公司章某载明，陈××担任西山某公司监事职务，但相关生效判决已认定，“三年来陈××、吴甲未能查阅西山某公司会计账簿”、“陈××、吴甲的法定股东权某被剥夺”，上述事实表明，西山某公司自2003年以后实际由吴乙单方控制经营，且在吴乙全面操纵公司并致使公司陷入僵局的情形下，不仅其他股东的合法权益事实上被剥夺，陈××亦无法实际行使监事职权。故对西山某公司账实不符、盘点短少的状况，陈××并不存在过错。一审法院认为陈××对西山某公司账实不符的现状负有一定责任，并由此减轻吴乙的赔偿责任，与事实不符，对此应予纠正。再次，西山某公司的经营管理虽实际由吴乙一人控制，但考虑其在公司所获得的报酬与其所造成的公司损失比例悬殊，如判令其对所有损失承担赔偿责任，有失公平。综上，法院酌情判令吴乙对西山某公司的盘亏损失即5784953.15元的70%承担赔偿责任。

6. 未及时分配公司利润的

【审理法院】上海市青浦区人民法院

【案号】(2021)沪 0118 民初 2573 号

【基本案情】2013 年 7 月 25 日，原告段红海与被告舒振宇签订股权转让协议，约定舒振宇将其持有的斯宇公司 3.32%股权转让给段红海，转让价格 65.55 万元。双方确认段红海在沪工焊接公司工作期间，段红海暂不支付上述股权转让款；若段红海在沪工焊接公司及关联企业工作时间连续超过十年，舒振宇确认放弃前述股权转让款，段红海无需支付该款项；若段红海自本合同签订之日起十年内，不在沪工焊接公司工作的，自前述情形出现之日起 60 个工作日内，舒振宇有权要求段红海将其所持股权无偿转让给舒振宇或或指定的第三方。协议生效后，双方按其受让后的持股比例享有斯宇公司权益，协议经双方签字后生效。之后，双方办理工商变更登记，段红海作为斯宇公司股东，持股比例 3.3226%。段红海未支付股权转让款。另查明，沪工焊接公司成立于 1995 年，于 2016 年 6 月上市，斯宇公司系沪工焊接公司股东，2018 年度持股比例 6.26%、2019 年度持股比例 6.10%。2019 年 6 月 13 日，斯宇公司收到沪工焊接公司 2018 年度红利款 1,384,500 元，2020 年 6 月 8 日，斯宇公司收到沪工焊接公司 2019 年度红利款 1,879,290 元。舒振宇系沪工焊接公司股东、总经理，截至 2021 年 6 月 23 日持股比例 21.3355%。舒振宇系斯宇公司的股东、法定代表人、执行董事，截至 2021 年 6 月 23 日持股比例 48.9924%。段红海于 2013 年 2 月 28 日进入沪工焊接公司工作，2019 年 1 月 21 日，沪工焊接公司通知段红海解除劳动合同。2014 年至 2018 年，段红海每年收到斯宇公司发放的上一年度分红款，但自 2019 年起，斯宇公司在向其他股东发放分红款情况下，拒绝向段红海发放相应分红，侵犯段红海作为股东的权益。段红海作为原告起诉到法院，要求舒振宇对其损失承担赔偿责任。

【法院裁判要点】关于舒振宇作为斯宇公司执行董事，是否违反法律及章程规定，损害段红海的股东利益。法院认为：根据法律规定及章程规定，股东享有参与利润分配的权益，斯宇公司章程规定，舒振宇作为执行董事制定公司利润分配方案，

本案审理中按照两被告陈述，并未形成利润分配的股东会决议，舒振宇作为执行董事应当为公司利润分配方案负责，两被告在确认段红海享有2018年分红的情况下却未向其分配相应利润，损害段红海的利益，舒振宇应当对段红海因斯宇公司不能履行而造成的损失承担相应赔偿责任。

7. 未依法配合法院执行的

【审理法院】广东省佛山市中级人民法院

【案号】(2019)粤06民终490号

【基本案情】2011年3月17日，黄某江以土产公司、刘某为被告向法院提起与公司有关的纠纷诉讼，法院于同年11月7日作出民事判决书，判决土产公司向黄某江提供财务会计报告、股东会会议记录、董事会会议记录等材料进行查阅、复制。因土产公司未履行判决确定义务，黄某江向一审法院申请强制执行。强制执行期间，土产公司履行了部分义务，法院于2012年8月17日出具了上述执行案件的结案通知书。2013年12月12日，黄某江以法院未执行完毕为由再次申请执行，法院再行立案执行，案号为(2013)佛城法执字第3944号。2012年9月25日，江某荣等人以土产公司为被告向法院提起与公司有关的纠纷诉讼，一审法院于同年11月12日作出民事判决书，判决土产公司向江某荣等提供财务会计报告、股东会会议记录、董事会会议记录等材料进行查阅、复制。因土产公司未履行判决确定义务，江锦荣等向一审法院申请强制执行。2016年9月14日，一审法院对土产公司作出《罚款决定书》，罚款50万元，并于2017年9月19日完成相关罚款的扣划，理由为“因土产公司逾期提供财务会计报告、股东会会议记录等查阅资料”。被告刘某在上述执行案件执行期间担任土产公司的法定代表人和执行董事；土产公司未设立监事会，赖某任公司监事。黄某江、陈庇福、江锦荣、麦耀明、冯国新、陈嘉明、陈文海、陈萍海合计持股2.16%；2018年5月13日，黄某江以快递的方式向赖某送达《对执行董事提起诉讼请求书》，要

求赖某代表公司对被告刘某提起诉讼。

【法院裁判要点】被告刘某作为土产公司的董事及法定代表人未尽忠实及勤勉义务，应对土产公司未按照人民法院执行通知书责令的期限内履行生效判决确定的义务被罚款50万元的损失承担赔偿责任。《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。”第一百四十九条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”本案中，被告刘某为土产公司的董事长兼法定代表人，其在任职后对土产公司负有勤勉义务。但根据本案查明的事实，土产公司在法院执行案件中逾期提供财务会议报告、股东会会议记录等查阅资料，一审法院作出对土产公司处罚50万元的处罚决定。土产公司未配合人民法院执行受到处罚50万元的结果，而该结果产生于被告刘某任职期间。因此，公司的受罚与被告刘某疏于管理、未尽勤勉义务有直接的因果关系，即被告刘某对土产公司的损失产生存在过错，其应承担相应赔偿责任。但鉴于被告刘某虽为土产公司董事长及法定代表人，其对于具体配合法院执行过程中股东查阅相关财务会计报告、股东会会议记录等资料并非直接操作提供者，且土产公司的股东及其他董事、高级管理人员均未对土产公司配合法院执行提供相关查阅资料提出意见或者对被告刘某的职务管理行为提出异议，故由被告刘某承担全部损失，有悖事实，亦有违公平原则。本院依据被告刘某之前在土产公司的任职及所占公司股份情况，认定被告刘某应对土产公司50万元罚款承担40%的责任，即被告刘某应对土产公司的罚款中20万元，及该20万元自2017年9月19日起，按中国人民银行同期贷款利率计付至清偿之日止的利息承担赔偿责任。

关于新公司法适用中的若干问题

刘贵祥　最高人民法院审判委员会副部级专职委员、二级大法官

摘　要：新公司法在完善公司资本制度和公司治理结构，加强股东权利保护，强化控股股东、实际控制人和董监高责任等诸多方面的制度创新亮点纷呈、可圈可点。人民法院在准确适用新公司法和清理修改有关司法解释过程中应就此次修订涉及的几个主要问题予以重点关注。关于新公司法修订条款能否溯及适用，需要进行系统梳理、分门别类，在遵循“法不溯及既往”原则和有利溯及规则的前提下进行综合考量判断。关于股东出资责任体系，对新增加的股权、债权两种非货币出资形式在实践中可能遇到的问题，股东之间、股东与董事之间的出资责任关系以及股东出资责任与债权人保护之间的关系等问题还需在司法实践中研究解决。关于股东权利，对于代持股合同的效力应按民法典关于合同效力的规定进行判断，名义股东处分股权属于无权处分，交易相对人可依善意取得制度获得保护；在“一股二卖”时，对新公司法第 34 条股东登记对抗效力的理解不能囿于惯性思维，还需进行深入思考；股东利润分配请求权的实现路径有待进一步明确和深化。关于公司治理，应重点就董事对第三人责任、横向法人人格否认、股东代表诉讼、关联交易等问题予以关注。关于公司清算，新公司法作了较大调整，应准确理解和适用关于清算义务人、利害关系人的范围以及清算义务人责任和清算组成员责任等规定；在公司陷入僵局时，人民法院强制解散公司应持慎重态度，尽量以调解方式支持当事人以更为妥当的方式解决分歧。

关键词：新公司法；溯及力；出资责任；股权代持；股权转让；董事对第三人责任；股东代表诉讼；关联交易；清算义务人

公司法自 1993 年颁布以来，先后进行了六次修改，2023 年 12 月 29 日第十

四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议审议通过公司法（以下简称“新公司法”），是继2005年修订后的第二次全面系统修订。此次修订，坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻落实党中央重大决策部署，立足中国国情，深入总结实践经验，吸收司法实务、证券金融监管实务、市场监管及公司登记实务的有益成果，广泛征求社会各方面意见，平衡不同利益主体的诉求，凝聚社会最大共识，体现了科学立法、民主立法、依法立法，是习近平法治思想的生动实践。新公司法在完善公司资本制度和公司治理结构，加强股东权利保护，强化控股股东、实际控制人和董监高责任等诸多方面的制度创新，亮点纷呈、可圈可点。对于深化国有企业改革、完善中国特色现代企业制度，完善产权保护制度，持续优化营商环境，激发市场创新活力，加快发展新质生产力，扎实推进高质量发展，具有深远的历史意义和重大的现实意义。

法律的生命在于实施。新公司法颁布后，人民法院应当把工作重点放在学习、理解和实践应用上。通过有针对性的专题培训和研讨，及时掌握新公司法的变化，公正高效审理好涉公司纠纷案件。同时，还要根据新公司法对五个现行的原公司法司法解释进行全面清理和修改。在清理和修改过程中，要以习近平法治思想为指导，坚持好运用好蕴含其中的立场、观点和方法。一是坚持问题导向，立足司法实践需求，解决公司纠纷案件审理中的突出问题，为人民法院适用公司法释疑解惑，统一裁判尺度，增强社会对司法的可预期性，发挥司法解释诉源治理、减少纠纷、前端化解矛盾的功能。二是坚持系统观念，确保司法解释与立法精神、立法目的、立法价值取向乃至具体规范保持高度一致性，把握好新公司法具体条款规则之间的关系、新旧公司法之间的适用关系、新公司法与民法典、证券法、企业破产法以及强制执行法律制度的关系。三是坚持守正创新，把新公司法适用与中国特色现代企业制度发展变化、中国优秀传统法律文化、中国经济社会现实情况相结合，强化“防止程序空转，实质化解矛盾纠纷”意识，实现“三个效果”的有机统一。基于上述基本考量，本文拟对原公司法司法解释清理修改中应把握

的几个重点问题，进行初步探讨，供研究参考。

二、关于股东出资责任体系问题

实践中，在公司债权人对公司偿债能力存在担忧的情况下，一般都会通过寻求股东出资瑕疵作为诉讼策略，来增强债权实现的可能性。因此，出资责任纠纷成为常见纠纷，在公司诉讼中占有较大比例。为此，原公司法司法解释作了较为全面而明确的规定，形成比较稳定的裁判尺度。新公司法在吸收司法解释合理内容的同时，也进行了较为系统的修改，形成比较完善的出资责任体系。大体可以归纳为五个方面：一是股东出资责任，区分为公司设立时实缴出资情况下的初始股东对出资瑕疵的连带责任；公司成立后董事会对股东出资的核查、书面催缴义务以及相应的赔偿责任（新公司法第 50 条、第 51 条、第 99 条）；股东抽逃出资情况下有关责任董事的连带责任（新公司法第 53 条）。二是股东经催缴而未缴纳出资情况下的股东失权制度（新公司法第 52 条）。三是认缴出资情况下的出资加速到期制度（新公司法第 54 条）。四是股权转让情况下的转让人、受让人出资责任分配制度。五是违法减资情况下股东退还出资责任及与负有责任的董监高的赔偿责任（新公司法第 226 条）。在此就以下问题重点展开论述。

（一）关于股权、债权等特殊出资形式的出资责任

股东出资责任的逻辑起点是股东具有出资义务，而未全面正确履行出资义务，产生相应的民事责任或相应的法律后果。股东是否履行出资义务，在货币出资情况下容易判断，但在非货币出资情况下要复杂得多，存在判断上的困难。比如，对出资财产未作评估，以无权处分的财产出资，以犯罪所得财产出资，以国有划拨土地使用权出资，不动产出资而未办理公司权属登记，等等。为此，原公司法司法解释（三）有针对性地提出了相应的解决方案，对统一裁判尺度仍有意义，故应予以保留。问题是，新公司法第 48 条增加列举了股权、债权两种非货币出资形式，实践中将面临出资责任判断上的新难题，需在修改司法解释中予以关注。

1.股权出资。原公司法司法解释（三）第11条注意到了实践中存在的以其他公司股权出资的情况，规定了认定股权出资的四个条件，可资依据，但面对实践中的问题，还有进一步深化考量之必要。以对其他公司享有的股权出资，对公司而言实质上属于股权转让，公司作为受让人不仅面临股权价值本身的商业风险，而且面临着承担原本属于以股权出资股东对他公司出资责任的风险。比如，甲是乙公司股东，其在未履行出资责任或未届出资期限的情况下，以对乙公司享有的股权向丙公司出资，丙公司则面临对乙公司承担出资责任的风险。具体而言，依新公司法关于股权转让的规定，在实缴出资的情况下，公司将面临与以股权出资股东承担出资不足连带责任的风险；在认缴出资的情况下，未届出资期以股权出资，公司将面临首先承担按期缴纳出资的责任的风险。问题在于，如果公司承担了股东对他公司的出资责任，是否可以请求该股东在此范围内补足出资？笔者认为，除股权出资时有相应的协议安排或股权出资不实外，股东不应承担补足出资的责任。这是因为，以股权出资，是股东以转让对他公司的股权为对价获得公司股权。正常情况下，股权价值的评估已考量了其在他公司的出资状况，以股权出资的股东是否承担出资责任只能以出资时的股权状态及评估为依据，以公司当时的商业判断为依据，而不是以出资后出现的公司应承担责任情况或面临的风险为依据，原公司法司法解释（三）第11条的规定也说明了这一点，此为其一。其二，尽管公司在作为出资的股权未实缴出资的情况下面临前述不测之风险，但对于一个有发展潜力的目标公司来说，无论股权是否以实缴出资为依托，股权的价值都是存在的，甚至是巨大的；对于一个正在设立或存续中的公司，出于经营策略或并购重组的考虑，以目标公司股权获得出资是另类商业价值，甚至是至关重要的价值。因此，公司接受股权出资，就像受让股权一样，是待价而沽的结果，以股权出资的股东不再承担补足出资责任也在情理之中。

2.债权出资。就债权出资而言，接受出资的公司面临的风险与债务人的清偿能力、债务人是否享有抗辩权密切相关。如果以债务人丧失清偿能力或存在丧失

清偿能力可能的债权出资，或以债务人存在异议的债权出资，可以想象几乎不可避免的争议是，在债权不能实现的情况下，出资股东是否承担出资不足责任？正常的市场风险导致债权不能实现与出资时就已经存在风险导致债权不能实现，出资责任是否应当区别对待？公司设立时按正当程序进行的评估或公示是否可以成为出资股东免除相应责任的抗辩事由？既往裁判观点多为“股东以其对第三人享有的债权出资的，应当认定出资无效。但是，以依法可以转让的无记名公司债券出资的，或者用以出资的债权在一审庭审结束前已经实现的，应当认定出资有效”。而新公司法对债权出资形式无任何限制性规定，也就是说，既可以对公司享有的债权出资，也可以以对他人享有的债权出资。前者实质上就是债转股，多在公司增资、债权债务重组、破产重整等情况下采用，是多方协商谈判的结果，一般不存在上述债权出资面临的风险或争议。实践中的问题多表现为，在破产重整程序中债转股对债权人是否公平合理、是否物有所值。实践中还存在一种情况，股东未履行出资义务，但对公司享有债权，其主张以该债权抵顶出资，是否应予支持？如果股东先有债权，而后拟以此债权为对价成为股东，实质上属于公司增资情况下以债权形式出资，当然需要公司决议程序。但是，如果公司成立时的股东未缴纳出资，但在公司成立时借给公司一笔不低于出资额的款项，其主张以对公司享有的债权抵销出资，这种情况与以债权形式出资不同，似不应只有经过股东会决议才能抵销。比如，股东给公司交一笔钱作为补缴出资，公司作相应财务处理后，又拿出一笔相同款项还股东债务，与抵销后作相应的财务处理有何实质差别！在公司有偿债能力的情况下，对所有债权均能还清，以抵销方式对出资债权的清偿不发生利益冲突，故可抵销。此时要特别警惕的是，一些大股东利用对公司的控制地位以虚构的债权抵销出资，逃避出资义务。因此，对股东，特别是控股股东以对公司享有债权抵销出资债务的，应由股东承担举证责任，并有充分证明才予以认定。但是，当公司丧失清偿能力时，股东对公司所享有的债权能否与其出资债务抵销？《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若

干问题的规定（二）》［以下简称“破产法司法解释（二）”］第 46 条规定了企业破产时股东不可以进行债的抵销，目前仍然应作为依据，甚至在公司虽未破产但实质上具备破产情况下亦可参照适用。即便如此，在企业破产法未作明确规定的情况下，补此漏洞的法理依据也需要阐释清楚。当然对此有正反两个方面的观点，支持破产法司法解释（二）的观点多从出资为特殊债权的角度进行分析，论证逻辑上也并非都无懈可击。比较有说服力的观点是，由于股东对公司出资形成的是公司用于其独立经营并独立对外承担责任的财产，属于担负着特殊目的即担保公司债权人的债权实现目的的特别财产，那么，股东欠缴公司出资已经不是单纯的对公司之债，而是通过公司这座桥梁“传递功能”，演变成对公司债权人的间接之债。虽然从形式上看，同一个股东既对公司负有欠缴出资之债，又对公司享有某一债权，似乎在主体上具有对应性，但实质上看，股东对公司欠缴出资时该出资的债权人应当延伸至公司的全体债权人，而非仅仅是公司。既然主体之间不具有对应性，当然不应进行抵销。对此，也可以进一步解读为，公司债权人在股东未出资情况下，不仅公司对股东享有出资债权，公司债权人也同样享有，这就形成股东对公司债权人负有债务却不享有债权，不具备抵销的基本条件。因此，在公司丧失清偿能力时（以破产条件为标准）不支持股东以对公司的债权抵销出资债务。

对于以对他人享有的债权出资而言，实质上属于债权转让，首先应像债权转让一样去判断股东是否正确全面地履行了法律规定或约定的义务。对此，民法典合同编有关债权转让的规定可资依据。比如，依民法典第 545 条规定不得转让的债权不得作为出资。比如，新公司法第 48 条规定非货币出资应当进行评估作价。如未评估的，诉讼中也不能简单地得出出资不实的结论，还需委托评估机构进行评估。另则，虽然进行了评估，有关权利人在提供初步证据证明评估存在实质性问题的情况下，人民法院也可根据当事人的请求重新评估。值得注意的是，评估应当以出资时的债权状况为依据。出资时债务人的清偿能力与发生纠纷时的清偿

能力可能无法同日而语。事实上，所有的非货币出资，都面临着这样的问题，只是债权出资更加具有不确定性。与此相关联的问题是，出资时出资股东明知债权人丧失或即将丧失清偿能力，而作为公司、评估机构即使尽到必要的注意也难以作出判断，可认定为出资不实，依据新公司法第 49 条规定使其承担出资不足责任。至于虚构债权，关键还是要看出资时债务人的清偿能力。依民法典第 763 条规定，债权人与债务人虚构债权，债务人同样要承担偿还责任，只要债权能够实现，债权出资股东无需另行承担出资责任。但出资股东如果与一个明知无清偿能力或即将丧失清偿能力的债务人虚构债权，无异于虚假出资，股东出资责任难以免除。概而言之，虚构债权出资与虚假出资不应划等号，需根据不同情况判断股东相应的出资责任。

（二）关于股东出资中的股东责任与董事责任

前面之所以首先论及特殊出资形式的出资责任判断，是因为股东是否全面履行出资义务，是判断包括股东、董事在内的民事主体出资责任的基础。在股东全面履行出资义务的情况下，董事无相关责任可言。

1.股东之间出资责任关系。相对于原公司法，新公司法在股东出资责任方面，增加了在认缴资本制情况下的加速到期制度，规定了公司设立时实缴出资情况下的初始股东（股份有限公司设立时必须实缴）连带责任，明确了股权转让情况下新老股东的出资责任分配规则，解决了司法实务判断基本难题。但仍有衍生问题需解决。

其一，认缴出资加速到期的条件，九民纪要囿于当时立法未规定加速到期制度，只能参照企业破产法第 35 条扩张解释加速到期的条件，即虽然公司未进入破产程序，但在具备破产原因而不申请破产的情况下，适用企业破产法第 35 条关于出资加速到期的规定。为了解决破产原因的直观判断问题，还进一步限定为：公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽了执行措施。限定条件似过于苛刻乃不

得而为之。新公司法第 54 条规定，以不能清偿到期债务作为加速到期的条件，与企业破产法第 2 条关于破产原因的第一句话表述类似，但又不完全等同于破产原因。不能清偿，可能是客观上的不能，如缺乏或丧失清偿能力等，也可能是主观不能，如恶意逃废债务等，实践中如何把握？笔者认为，应以公司未清偿到期债务的事实状态作为判断标准，包括：权利人能够证明公司丧失清偿能力或财产不足以清偿全部债务，债权人多次催收，公司以无清偿能力为由不予履行，以强制执行仍无法实现全部债权等。实践中，债权人对执行不能的举证较为容易些，只要证明任何以公司为债务人的执行案件不能得到执行，或因无财产可供执行而终结本次执行，即完成举证责任，而无需以自身执行案件不能执行或终本为限。

其二，依新公司法第 88 条第 2 款规定，在股东应当履行出资义务而未全面正确履行出资义务的情况下，股东转让股权，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任，但受让人不知道且不应当知道出资不足情形的，仅由转让人承担。按该规定，受让人如主张自己不承担责任需承担相应的举证责任。一般而言，受让人受让股权，最起码要查阅公司章程和出资证明书所记载的出资额和出资时间、所对应的出资义务是否履行。只要受让人证明其查阅公司的章程、股东名册、出资证明书等公司文件表明出资义务已经履行，即已完成不知道且不应当知道的证明责任。除非债权人提供反驳证据，证明其实际知道或应当知道。比如，受让价格明显异常，在价格谈判时已考虑到了出资瑕疵的情况。事实上，在非货币财产出资的情况下，受让人很难发现评估作价存在的问题，对类似债权或股权出资情形更是如此。受让人只要证明其已经进行了必要的合理的核查，而仍不能发现出资不足或瑕疵，就可认定为“不应当知道”。在法律规定转让人对出资瑕疵必须承担责任的情况下，无论受让人是否承担责任，均未使公司、公司债权人、公司其他股东的利益及风险比股权未转让时更恶化，故对受让人的“不应当知道”的标准不宜过于苛刻。应注意的是，在实缴出资多次转让的情况下，第一手转让人需承担责任，各依次转让的受让人均应在诉讼中予以追加，但都可以以“不知

道且不应当知道”进行抗辩，抗辩理由是否成立按前述判断。

其三，未届出资期限的股权多次转让，最终的受让人要承担责任，自不待言。但转让人的补充责任如何定位？笔者认为，转让人补充责任是责任追索链条上对受让人责任的递补，即以向前手转让人逐级回溯为现受让人的前一手转让人承担补充责任，依次类推。递补的依据采取客观的财产执行不能标准，这样既避免将补充责任连带化，也减少诉讼中对受让人是否具有清偿能力举证带来的困扰。实务操作中为避免一个纠纷引起多个诉讼案件，可向权利人释明一次性追加，一次性将递补式责任关系确定，执行中参照一般保证责任执行方法执行即可。

其四，新公司法第 52 条规定了股东失权情况下失权股东所持股权的安排。对失权股东的股权处置，依新公司法第 52 条规定，在转让或减资注销不能的情况下，其他股东按持股比例缴纳出资。就减资而言，程序应相对复杂些，但合法减资一般不留后遗症；违法减资依据新公司法第 226 条规定股东及负有责任的董监高要承担赔偿公司损失的责任。债权人也可以基于代位权请求股东等责任主体在出资不足范围内承担赔偿责任。就转让而言，既包括向股东转让，也包括向第三人转让，此时其他股东仍可依新公司法第 84 条行使优先购买权，自不待言。股权转让的价款用于补偿失权股东的出资，溢价部分原则上应归属失权股东；不足部分应由失权股东与受让人在不足范围内承担连带责任，债权人亦可行使代位权。上述只是依新公司法对股东失权情况下转让责任问题的逻辑推演。但从公司实务操作的角度，处置失权股东股权，是以股东未履行出资义务为前提的，故公司转让股权原则上应以受让股东补足出资为转让条件，即将股权转让与补足出资同步进行，避免因受让人成为股东后不履行出资义务又形成新的失权事实或酿成新的出资责任纠纷，循环往复、始无尽焉，何来诉源化解？如确无法做到这一点，股权转让不能补足出资的差额应由其他股东按比例补足。如果既不能转让，又不能完成减资程序，其他股东按持股比例缴纳出资。问题是，部分股东履行了补充

出资义务，部分股东未履行，应如何处理？笔者认为，依新公司法关于股东按比例补充出资规定的文义解释，不能因为部分股东未补足出资而影响补足出资股东取得相应股权。未补足部分，失权股东应与依法应按比例补足出资的股东在出资不足范围内承担连带责任。失权股东因承担责任而全部或部分对股权失而复得。值得一提的是，从体系解释的角度看，该条规定似与整个出资责任体系的规定不协调。如前述，股东之间的出资责任关系因初始股东和继受股东而存在差别，但按此条款规定，股东之间本应承担连带责任的，变为了比例责任，本无责任的变为了承担责任，可能成为大股东顺势而为减轻出资责任的一个路径，在审判实践需注意考量。事实上，在一般股权转让情况下，也同样面临着这样的问题，出资瑕疵情况下如股权不转让，初始股东要承担连带责任，股权转让则由转让人与受让人承担连带责任，对其他初始股东是否还需要体系解释适用新公司法第 51 条规定，由其继续承担连带责任？如不能体系解释适用，那么，就给了初始股东之间进行私下交易规避法律开了一道门。这都是需要以公平公正为价值取向，以系统观念为科学方法深入思考的问题。

2.董事与股东出资责任关系。因股东不全面履行出资义务，相应的董事责任应以公司法明确规定的情形为限。依据新公司法第 51 条至第 53 条规定，可以归纳为：

（1）因董事未履行催缴义务所产生的责任，构成要件与一般侵权责任基本相同。首先，董事对公司设立时股东应实缴的出资或公司设立后届出资期限的出资未履行核查并书面催缴的义务。但如果经董事催缴股东仍不出资，董事会未跟进采取股东失权措施，是否同样需承担责任？考虑到催缴和失权程序是一个相互衔接的完整的履行义务程序，董事不履行该义务，给公司造成损失亦应当承担责任。其次，责任主体限于负有责任的董事，一般要基于公司内部的职责分工等情况判断，不能不加区分地及于所有董事，比如外部董事、未承担相关职责的董事。

第三，以给公司造成的损失为限，比如利息损失，另行举债加大的债务负担等，但不应把损失等同于股东的出资额，这一点需要把董事过错与损失之间的因果关系相结合判断。股东拒绝出资或无出资能力，即便催缴也无济于事，这是判断董事责任大小必须考虑的重要因素。当然，此时可以启动失权程序，那也只能从没有及时启动失权程序给公司造成损失的角度判断责任的大小。

（2）董事在股东抽逃出资情况下的连带责任。对抽逃出资责任，有观点认为含义不清，难以界定，为中国立法所独有，无规定之必要。事实上，该规定有很强的现实针对性，大股东利用把控公司之便，以各种显而易见或极为隐蔽手段抽逃出资的情况俯拾皆是，不能不予遏制。至于界定问题，可进行梳理归类。比如，原公司法司法解释（三）第 12 条已有列举性规定，可进一步总结实务中的情况，进行较准确的定位。当然，该条所归纳的抽逃出资情形也可以民法典的债权保全制度、公司法的其他制度等予以解决，但对这种侵蚀公司资本，乃至侵蚀公司资产的行为多一些抑制路径或更直接路径是合理选择，公司诉讼的几十年实践也证明了这一点。

（三）关于股东出资责任与债权人保护

从资本维持、资本充实的角度看，债权人的保护与公司利益的保护具有高度的一致性，资本制度的不断修改完善，无非尽可能在发挥投资便利性与保护债权人权益、公司权益之间寻找最佳平衡点。从股东出资责任方面给予债权人以保护，面临三种选择：一是股东承担出资责任缴纳的出资及赔偿归入公司，惠及全体债权人，此即所谓的“入库规则”；二是股东承担出资责任缴纳的出资及赔偿直接对提起诉讼的债权人个别清偿；三是区别不同情况，或归入公司或个别清偿。从新公司法的规定看，股东的出资责任也罢，董事与出资有关的责任也罢，均未明确可以向债权人个别清偿。事实上，原公司法也无此类明确规定，但原公司法司法解释根据原合同法及其司法解释（合同法未明确个别清偿，司法解释予以明确）

关于债权人代位权的规定，得出了可以向债权人个别清偿的结论。如果说在民法典制定之前对代位权是否入库还有争议，那么民法典第 537 条已对此一锤定音，“由债务人的相对人向债权人履行债务”，明确放弃“入库规则”。股东对公司的出资责任以及董事与此相关的责任，属于对公司应承担的侵权之债，在公司未行使其债权情况下，公司债权人代位行使权利，岂不是与民法典关于代位权的规定“若合一契”。当然，民法典相对于公司法属于一般规定，公司法如有特别规定应优先适用公司法，但新公司法对此未规定或规定不明确，应依据民法典之规定，这是立法法规定及民法适用方法基本原理之所在。问题是，在认缴出资加速到期情况下，是否因具有特殊性而应区别对待呢？第一，出资加速到期本质上还是公司所享有的“债务人丧失期限利益的债权”，这与到期债权无实质区别。第二，毋庸讳言，加速到期情况下公司基本已濒临破产，甚至已具备破产条件，个别清偿有对其他债权人不公之嫌。但在笔者看来，股东出资责任加速到期无非是股东对债权人承担出资不足补充赔偿责任的一种特殊情形，即便是出资缴纳期限已届至，进行个别清偿也同样面临着上述问题，故无实质理由加以区别。第三，就公司个别债权人利益和整体债权人利益的平衡方面，在公司未进入破产程序的情况下，向个别债权人清偿，并不妨碍其他债权人申请公司破产，也不妨碍公司自身申请破产。一旦申请破产，未届出资缴纳期限的股东即应将其出资归入债务人财产，实现所有债权人的公平清偿。概言之，其他债权人是否对“最后一杯羹”公平受偿，主动权掌握在其他债权人手里，不必杞人忧天。第四，债权人在诉讼中付出诉讼费、保全费、律师费等成本，就是考虑到在多个公司利益相关者中，债权人对主张股东承担出资不足的动力最强最足，如果其费尽周折而为别人作嫁衣，诉的动力又何在？新公司法第 54 条专门赋予债权人要求“股东提前缴纳出资”的诉权，岂不是导致弱化或虚化。第五，如果按归入公司思路，债权人在请求股东向公司履行出资义务的同时，请求对该公司债权诉讼保全，在执行中同样可以达到个别清偿之效果，无非是让债权人更费周折而已。面临这种情况，其他

债权人还是要靠执行分配或申请破产来维护自己的权益，与归入公司的情况下所能采取的救济手段也无二致。当然，由于受长期审判实践的惯性思维，或未悟透公司立法中理论上的深层次考量，难免有偏颇之处，需要理论联系实际进一步研究，以达追求公平公正之共同目的。

三、关于股东权利问题

股东权利是基于股东资格，依据法律规定或协议约定而享有的财产权、经营管理权等多种权利的集合体，原公司法对股东权利有系统和全面的制度构建，新公司法从平衡股东与股东、股东与董事、股东与债权人利益关系角度进行修改完善，既有对中小股东权利保护的进一步强化，又有对控股股东权利滥用的进一步约束抑制。一些直接关系到股权纠纷解决的实质性修改或增加条款应在司法解释中予以关注，一些长期悬而未决的司法实践问题也要有一个较为统一的解决方案。

（一）关于股权代持

股东资格的取得分为原始取得和继受取得。无论如何取得，股东名册是公司法所明确认可的认定股东资格的依据，对此原公司法第 32 条第 2 款、新公司法第 56 条第 2 款、第 86 条第 2 款均有大体一致的规定。实践中，往往公司未置备股东名册，公司签发的股权证明书、公司章程的记载也可以成为股东资格的判断依据，但从公司法的规定来说，共识性观点认为股东名册记载对股东资格具有推定效力，股权登记具有对抗效力。特别值得研究的是，实践中大量出现代持股的现象，在实际出资人（隐名股东）与名义股东之间发生股权之争时，当然就不能简单地看股东名册等公司文件记载。隐名股东起码要首先证明其依法向公司实缴出资或认缴出资，或者以受让等形式继受公司股权。对有限责任公司而言，还要进一步提供符合有限责任公司人合性特征要求的证据，比如证明有限责任公司其他股东知道其实际出资的事实且无异议的证据，原公司法司法解释（三）及九民纪要有较为明确的裁判指引，新公司法未作相关制度修改的规定可继续沿用。但

相关实务问题，需要加以进一步研究：

其一，股权代持协议的性质及效力判断。上述名义股东与隐名股东之争中隐含的一个深层次的问题是，二者属于什么样的法律关系？从多数协议的约定看，无非是一方以另一方的名义出资并享有相应的投资权益。有观点把股权代持定性为委托合同，属于民法典第 925 条规定的间接代理，有一定道理。单就隐名股东与名义股东之间的代持关系而言，符合委托合同的基本特征，也无与公司法制度设计冲突之处。但就名义股东、隐名股东与公司的关系而言，依照间接代理法律关系定位，隐名股东为委托人、名义股东为受托人、公司为第三人。股权不同于一般的财产权，股权的变动涉及内外部关系平衡和公司组织体的运作，故不能简单地套用合同法律制度，而是要结合公司法律制度进行综合判断。概言之，在对涉及公司的合同依民法典规定归类时，要融入公司法因素。隐名股东作为委托人向第三人公司主张股东权利，需要公司组织体对其股东身份的认可，而且向公司行使表决权、利润分配权等股东权利对公司、公司其他股东、公司债权人等相关利益者权益产生持续性影响。因此，股权代持是否可以以间接代理关系定位，需要衡量民法典对间接代理的制度设计是否符合公司法关于公司认可股东资格的规定。不妨以人合性特征明显的有限责任公司为例进行分析：当公司在股东出资时知道代持关系［公司知道以原公司法司法解释（三）所规定的情形认定］的情况下，按民法典第 925 条关于委托人介入权的规定，代持协议直接约束公司与隐名股东，隐名股东可以直接显名或行使股东权利，公司可以要求其承担出资义务；在公司不知道代持关系的情况下，根据民法典第 926 条关于当事人选择权的规定，如果公司同意（股东过半数同意），则隐名股东可以显名或直接行使股东权利，公司如果不同意，则不能显名或直接行使股东权利。按此分析，依据民法典第 952 条、第 926 条对间接代理的制度安排，与新公司法关于有限责任公司人合性规定可以保持一致。因此，笔者倾向于将股权代持协议定性为委托合同中的间接代理关系。事实上，根据民法典第 467 条关于对无名合同可以参照最类似合同规

定适用的规定，把股权代持作为无名合同参照民法典关于间接代理的规定处理也无不可。笔者之所以主张归类为间接代理这一有名合同，主要是为司法实践中的法律适用提供更加明确的指引。比如，定性为委托合同，作为委托人隐名股东享有任意解除权，实践中就无需在是否具备一般合同的解除权问题上大费周折。何况，任意解除权也是隐名股东从幕后走上前台的基础。

进一步需要解决的一个重要问题是代持合同的效力如何判断？要按民法典关于合同效力的规定进行判断，而不能简单地仅以代持协议规避法律规定为由认定无效。新公司法第 140 条第 2 款关于禁止违反法律、行政法规规定代持上市公司股票的规定，也说明公司法并未禁止所有股权代持均无效，只有违反法律、行政法规规定代持才无效。比如规避金融机构持股比例、持股资格规定的代持协议，应认定无效。实践中的难题还在于，如果代持协议被认定为无效，股权如何处理？可区别不同情况：在隐名股东具备法律、行政法规规定的持股资格且无人合性障碍的情况下，应当支持隐名股东显名的请求，这相当于无效情况下能够返还财产的要予以返还。比如，如果法律禁止股权代持的目的在于使关联关系公开透明，隐名回归显名，恰好符合目的，是对原非法状态的修复。但如果隐名股东取得股东资格本身就违背法律规定，或有人合性障碍，则不能支持股东显名的主张，只能判令股权转让（限制竞买条件的拍卖、变卖等）给具备持股条件的人，隐名股东取得相应价款，或根据事实情况对名义股东、隐名股东按一定比例分配。比如，隐名股东取得股东资格违反法律、行政法规关于持股比例的规定，违反持股条件的规定，违反交叉持股的规定等，属于合同无效情况下法律上的财产返还不能。在代持协议无效或解除的情况下，二者的利益平衡，要依据协议情况、股权投资获利或亏损情况进行综合判断，实现公平公正之效果。对此，以往的相关案例可资参考。值得注意的是，上述代持协议无效的两种处理结果，只是站在处理民商事纠纷的立场而言的，无论民事权益判决归属于哪一方，都不影响行政管理部门依法没收股权或相应价款等行政处罚。当前，人民法院一再强调共管共治、诉源

治理，在处理类似纠纷的过程中，要注意民商事审判与行政管理的衔接，必要时可向监管部门发出相应的司法建议，以避免违法获利。

其二，名义股东处分股权的法律后果。实践中，因名义股东擅自处分股权而产生纠纷的情况并不少见，此属有权处分还是无权处分，存在不同的观点。笔者不赞同有权处分的观点。股权代持，顾名思义，代替他人持有股权，真正的权利人是隐名股东，未经其同意或授权处分股权，定位为有权处分，不符合逻辑，也不符合诚信守约的价值取向。依据代持协议，作为名义股东是不能擅自处分股权的，否则，构成违约。在法律已经有善意取得制度对善意相对人交易安全予以保护的情况下，把名义股东违约处分股权定位为有权处分，岂不是从法律上认可违约的正当性，鼓励违约？如果既能够保护交易安全，又能够兼顾信守合同的价值取向，岂不是更可取？进一步说，把名义股东处分股权定位为无权处分，对于处分端，起码彰显违背代持协议处分股权的非正当性及法律的否定性评价；对于接受股权处分的另一端，法律以牺牲实际权利人的权益为代价予以保护的前提是善意，知道或应当知道股权系代持而欣然接受，没有保护之必要，没有保护之正当性。按善意取得制度解决股权代持情况下名义股东与相对人的股权交易关系，相对人取得股权，隐名股东通过向名义股东请求赔偿弥补损失，在名义股东无清偿能力的情况下，风险由隐名股东承担，这也是股权代持的风险。有观点主张，按商法的外观主义处理股权代持转让问题，均以登记或股东名册为准，任何人任何情况都可以基于对外观的信赖而获得保护，实难苟同。民商法上的外观主义，是旨在保护交易安全，避免因信赖权利外观的交易相对人面临不测之风险，但这种保护一方面不能绝对化，不能以此作为名义权利人与实际权利人权利归属的判断依据，另一方面，即使对交易相对人的交易安全保护也是有限度的，原则上以法律的具体规定为依据，而法律多在相对人善意无过错情况下才予以保护。无论是无权代表，还是无权代理、无权处分等无不如此。

关于股权善意取得制度，原公司法司法解释（三）第25条已有相关规定，在司法解释修订时有继续保留之必要。但需要进一步检视的是，应以何种标准认定相对人是否构成“善意”？共识性解读是“不知道或不应当知道”。这与前文述及瑕疵出资股东转让股权时认定“受让人不知道且不应当知道”出资不足情形并无二致。按经济生活常识，一个正常的股权转让交易，怎么可能仅查阅一下连股权比例、实际出资情况都反映不出来的股权登记就完成交易？出于维护自身受让股权是否物有所值的考虑，都会进行一些必要的其他查询，只要查询股东名册记载与登记一致，就可以构成善意。在股权代持情况下，不能把相对人的善意要求再加进别的成分。而对“一股二卖”情况下的“善意”也应掌握同样标准，这关系到“一股二卖”情况下多个受让权利冲突问题的解决，后面在股权转让部分再详述。

（二）关于股权转让

股权转让是股东行使股东权利的一个重要内容，也是股东以此实现股权所包含的财产权益的方式。新公司法从第84条至第88条对有限责任公司股权转让进行了规定，实质性变化主要体现在三点：一是有限责任公司股权转让，将其他股东的同意权、优先购买权由两个步骤合并为一个步骤，并吸收原公司法司法解释（四）第18条规定，明确了股权转让时通知其他股东行使优先购买权的具体内容；二是明确有限责任公司股权受让人自记载于取得股东名册时起可以向公司主张行使股东权利；三是明确股权转让情况下转让人与受让人的出资责任分配。新公司法第157条至第162条对股份有限公司股权转让作了规定，主要变化体现在，删除了原公司法关于股份有限公司发起人所持股份1年内不得转让的规定，增加了法律、行政法规限制转让期限的股份可以出质，但质权人在限制期内不可行使质权的规定。笔者在前文中为了系统阐释出资责任体系，已对股权转让情况下股东出资责任多有述及，不再赘述，此处主要分析其他几个问题：

一是有限责任公司其他股东优先购买权问题。如果股权转让未依据新公司法第 84 条规定通知其他股东行使优先购买权，原公司法司法解释（四）第 21 条及九民纪要第 9 条作了较为全面的规定，可以概括为：第一，股权转让合同不因未通知其他股东或侵害其他股东优先购买权而无效或可撤销，因其他股东行使优先购买权导致合同不能履行，可向转让人主张违约责任。第二，股权转让合同有效与否不影响其他股东行使优先购买权，即使股权已经完成变更手续亦然。但是，股东应在合理期限内行使优先购买权。司法解释为统一裁判尺度，参照公司法关于其他股东收到通知情况下应在 30 日内行使权利的规定，明确规定其他股东自知道或应当知道股权转让的“同等条件”之日起 30 日内行使权利。同时，又进一步明确：即使在其他股东不知道或不应知道股权转让情况下，自股权变更登记之日起 1 年的最长行使权利期限。最长期限的规定，属于漏洞填补性规定。主要考虑的是，在股权完成变更登记的情况下，应推定其他股东应当知道股权转让的事实，且 1 年的时间内新股东行使权利其他股东不知情也不合情理。在其他股东应当知道股权转让的情形下，使股权变动长期处于不稳定状态对新股东亦不公平，对公司发展亦十分不利。这需要平衡新老股东、其他股东、公司利益。平衡点是，有一个其他股东行使优先购买权最长期限的安排，同时赋予其他股东向转让人的损害赔偿请求权，如果转让人与受让人恶意串通，以黑白合同等形式隐瞒“同等条件”损害其他股东优先购买权，受让人应与转让人承担连带责任。此外，此时的赔偿请求权受诉讼时效约束，而不受此最长期限之约束。当然，此时，其他股东也可以引用民法典第 154 条规定，以转让人与受让人恶意串通损害其他股东优先购买权为由主张股权转让合同无效。对此，在司法解释修改时应进一步完善。

二是“一股二卖”问题。实践中，原股东将股权转让并变更股东名册后，在未进行股权转让变更登记的情况下，将该股权又转让或质押给他人，致使第一受让人与第二受让人或质权人之间发生权利冲突，如何解决？依新公司法第 86 条规定，股东名册变更发生股权变动的法律效果，第一受让人自股东名册变更之时

即取得股东资格，亦即成为公司股东。在此情况下，转让人又将股权转让或质押给他人，构成无权处分。第二受让人或质权人依善意取得制度主张权利，同样面临“善意”标准的判断。正如笔者在前面涉及代持股情况下无权处分问题所述，不能简单以第二受让人或质权人对股权登记这一权利外观有合理信赖即推定善意，基于新公司法第 86 条股东名册设权效力的规定，受让人应当预见到存在股权登记与股东名册不一致的可能性，进而需进行必要的股权权属查询。何况，如前所述，受让人进行必要查询，也是受让人对受让股权实际出资情况、股权比例等影响股权价值因素进行判断的常规动作，故以此作为认定受让人“善意”的标准符合实践场景。如果受让人能够证明，转让人向第二受让人出示了变更前的股东名册、章程等公司文件，可以认为第二受让人构成善意。但是，退一步说，即使认定第二受让人善意，因其尚未完成股东名册变更（事实上已取得股权的第一受让人不可能同意变更），不符合民法典第 311 条关于善意取得所规定的第三个条件，其也不能以善意取得制度取得股权。因此，可以认为，在第一股权受让人已进行股东名册变更的情况下，第二受让人关于继续履行合同以及取得股东资格的请求不应支持，其只能向转让人主张违约责任。值得一提的是，在原股东将股权转让给他人但未办理变更登记，后又将股权质押给另一人且办理了质押登记的情况下，对质权人的善意判断标准是否与前述的第二受让人一样对待？事实上，股权质押是以股权的交换价值保障债权的实现，一般亦应像受让人一样去进行必要的公司文件查阅才接受质押，这比较合乎情理。但考虑到质权人能办理质押登记本身就强化了其对股权登记合理信赖的“善意”性，所以，对其善意标准应比受让股权更宽松一些为宜，一般应认定其善意取得对股权的质押权。总之，对新公司法第 34 条关于股东不登记或不变更登记不得对抗善意相对人的规定，不能囿于对动产登记对抗效力、不动产登记推定效力的惯性思维，还需要更深入地研究股权的特殊性，笔者提出的一孔之见，旨在引起研究者的注意。对此，在司法解释修改时要进一步特别考量，以平衡好各方当事人的权益、合情合理地解决好

公司诉讼实务问题。需注意的是，解决实务问题应以基础理论做支撑，还原实务场景去推演，有助于解决方案的可操作性，更主要的是与经济生活一般现象相合拍，以实现公平公正。有时，在理论上出现“公说公有理，婆说婆有理”的现象，但以实务场景去检验，原本似乎很周全的理论设计可能也会漏洞百出。

（三）关于股权的强制转让

有限责任公司股权的强制转让是借助国家公权力强制进行的特殊“股权转让”。其既受公司法律制度的约束，也应当在执行法律规则下运行。新公司法股权转让规则的修改对股权强制转让的影响，主要包括：

一是对股权冻结权属判断标准的影响。根据民事强制执行理论，人民法院在执行程序中查封、冻结被执行人财产时应根据“权利外观”判断权属，即根据某种易于观察、与真实权利状态高概率一致的事实去判断执行标的权属，以便满足执行程序的效率要求，并避免损害案外人的合法权益。由于原公司法对于股权权属认定缺乏统一明确的规则，加之实践中公司彰显股东资格的表征形式多样，对于冻结股权时的权属判断，《最高人民法院关于人民法院强制执行股权若干问题的规定》第 4 条第 1 款采用多元化判断标准，即只要公司章程、股东名册、公司登记机关的登记备案信息、企业信用信息公示系统的公示信息之一载明被执行人为股东，人民法院即可予以冻结。如案外人认为股权属于其所有，则通过案外人异议和异议之诉处理。即，在股权冻结权属判断标准问题上，与公司法相比，执行法律规范采用更为宽松的判断标准，一方面是应对实践中各类复杂情形之需要，尽可能查控被执行人责任财产；另一方面也是为契合执行程序效率价值追求之需要，对于形式上高度盖然属于被执行人的股权应尽快冻结，有关权属争议交由执行异议程序解决。虽然新公司法进一步强化了股东名册在股权权属判断方面的重要性，但鉴于诉讼保全及执行查封的及时性要求，人民法院可先对股东名册或公司章程、出资证明书等采取查封措施，而后进行必要的权属核查，并通知存疑的

权利人以便其及时提出异议，避免到采取执行措施时发生诉争，延误更多的处置时间，增加不必要的纠纷。

二是对股权强制变更登记程序的影响。新公司法第 86 条第 1 款明确，在股权转让后，公司负有变更股东名册和向公司登记机关办理变更登记的义务，公司拒绝履行该义务的，转让人、受让人均可就此提起诉讼。据此，在强制拍卖股权后，买受人可以持人民法院的执行裁定书要求公司办理股东名册变更和公司登记信息变更；公司拒绝办理的，人民法院可以向公司送达协助执行通知书，强制要求其办理。当然，为提高工作效率，避免公司不履行或者迟延履行协助义务给买受人造成不必要的损失，人民法院也可以同时向公司和公司登记机关送达协助执行通知书，分别要求其办理相应的变更登记手续。

三是对强制转让股权时其他股东优先购买权的影响。虽然新公司法第 85 条未作修改，完全继受了原公司法第 72 条的规定，但鉴于公司法和执行法领域的理论、实务工作者对于该条规定的股东行使优先购买权的“同等条件”（尤其是“同等价格”）存在不同理解，故有必要一并予以阐释。“同等条件”是优先购买权行使的实质要件，其本质是民法上等价有偿、公平等基本价值在公司法中的体现。原公司法司法解释（四）第 18 条对于股东自行转让股权时“同等条件”的内涵作了规定，新公司法第 84 条予以吸收，即其应当包含“数量、价格、支付方式和期限等事项”。强制转让股权与自行转让股权不同，对于股权转让的数量、价格、支付方式及期限等，原则上由人民法院决定，各方当事人一般不能自行商定。所以，在强制转让股权的情况下，只有股权的价格才是判断“同等条件”的因素。有观点认为，股权强制转让时其他股东行使优先购买权的“同等价格”应为股权的评估价而非拍卖程序中的最高应价，如此方可最大限度保护其他股东的优先购买权，保护有限责任公司的人合性。对此，笔者不能苟同。主要理由在于，在股权强制转让的情况下，不仅要考虑其他股东的优先购买权和公司的人合

性，还要考虑申请执行人的胜诉债权。与自行转让股权时的成交价系双方谈判博弈的结果不同，股权强制转让时的评估价往往仅为“参考价”，股权的真实价值需要通过拍卖竞价程序最终发现。如仅以评估价作为行使优先购买权的“同等价格”，在股权可能存在拍卖溢价的情况下，就会损害申请执行人及被执行股东的利益。对此，原公司法司法解释（四）第 22 条第 1 款规定：“通过拍卖向股东以外的人转让有限责任公司股权的，适用公司法第七十一条第二款、第三款或者第七十二条规定的‘书面通知’‘通知’‘同等条件’时，根据相关法律、司法解释确定。”此处的“相关法律、司法解释”就是有关民事强制执行的法律、司法解释，即《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第 13 条和《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第 21 条的规定。也就是说，无论是传统拍卖还是网络拍卖，其他股东均应以拍卖过程中的最高应价而非评估价来行使优先购买权。有所不同的是，当多个股东以相同价格同时行使优先购买权时，在传统拍卖的情况下，由抽签决定买受人；在网络司法拍卖的情况下，则以出价在先的为买受人。显然，此两种方式与股东自行转让股权时以“协商+出资比例”确定优先购买权的方式也不相同。

（四）关于股东利润分配请求权

目前对股东利润分配请求问题，实践与理论共识是一般不支持股东抽象利润分配请求权，而支持股东具体分配请求权，即只有股东会作出分配决议董事会仍不分配的情况下才支持股东的分配请求。但实践中确实存在控股股东等滥用权利不作分配决议，而以高薪酬、基金等形式变相为自己分配利润或侵蚀公司利润的情况，为此原公司法规定了股东的股权收购请求权制度，即在公司连续 5 年盈利且符合公司法规定的分配利润条件的情况下，连续 5 年不分配利润的，股东可以请求公司以合理价格收购其股权。这成了股东维护其利润分配权的有限路径。新公司法第 89 条对股东股权回购请求权增加规定了在控股股东滥用控制权损害其

他股东权益的情况下，其他股东也可以行使公司股权回购请求权。如果控股股东滥用控制权损害的是中小股东的利润分配权益，是否可以不受“连续五年不向股东分配利润”这一条件的限制而行使公司以合理价格收购其股权的请求权？笔者认为，在控股股东滥用权利的情况下，中小股东因利润分配问题退出公司，应该不受 5 年连续不分配利润的限制。但是，中小股东因不分配利润而退出公司，实属无奈之举，应该有一个过渡性制度安排，即支持股东在特定情况下关于强制公司利润分配的请求，比如控股股东、实际控制人给在公司任职股东及其指定的人以高薪酬、高奖金等变相分配利润的，隐瞒、转移为公司利润的，等等。实践中已有类似案例，司法解释可依据新公司法原则性规定，结合有关案例给予相应回应。

实践中就具体利润分配请求权存在的争议主要表现为：一是股东会分配决议违反公司法或公司章程之争议。在公司章程对公司利润分配的方式、形式未作规定的情况下，公司何时分配利润、分配多少、以什么形式分配，不宜由法院作出判断，这和法院一般不支持抽象利润分配请求权的道理是一样的。如果公司章程有利润分配的具体规定，股东会决议违反章程规定，则股东只能以行使公司决议撤销权方式获得救济。鉴于股东会已有利润分配的决议，只是决议违反章程的规定，仅以撤销决议对中小股东利润分配达不到救济的效果，可考虑依中小股东请求，判令公司对利润分配依公司章程重新作出决议。二是股权转让情况下，转让人与受让人利润分配之争议。股权转让前公司未决议分配利润，而在转让后作出决议，转让人以该利润来源于股权转让前为由主张其享有请求权，是否应予支持？笔者认为，基于利润分配请求权原则上以股东会决议为判断依据的思路，在股权转让前因公司未作出利润分配的决议，转让人不享有请求权，转让后股东会作出决议，请求权已随着股权变动归属于受让人，故不应支持转让人的请求。何况，在股权转让时，公司利润分配的可能性也是股权价格的考量因素，应推定转让人接受受让人对可能利润分配权的转让，除非股权转让合同有特别约定，或者

能够证明公司有关控股股东与受让人恶意串通，故意延迟公司对利润分配决议的时间。对此，已有相关案例可资参考。三是股东会关于利润分配的决议对分配形式、分配比例等不明确时应如何处理。实践中一些法院以股东会决议不明确为由简单地驳回当事人的请求，不甚妥当。股东会决议属于民事法律行为，在决议对利润分配的基本要素，如分配总额、分配形式等已明确的情况下，应按民法典总则编及合同编关于合同解释的规定对决议内容进行解释。比如，根据决议的文义、以往的分配惯例、章程的规定等进行综合判断。

四、关于公司治理问题

公司治理是保证公司利益相关者权益的一整套法律制度安排，历来是公司法理论与实践的关注点，新公司法也对公司治理问题作了比较大的修改完善，在公司诉讼实务中需要重点研究的问题有以下方面。

（一）关于董事对第三人责任

新公司法对董事的忠实义务和勤勉义务从多角度进行了浓墨重彩的修改完善，着力点在于进一步界定忠实义务、勤勉义务的基本内涵；对关联交易的进一步规制，包括扩大关联方的范围，增加公司决议前对关联交易事项的信息披露义务，增加关联董事表决回避制度，等等。除此之外，更为引人瞩目的修改是分别在新公司法第 180 条、第 192 条规定了事实董事、影子董事制度，第 191 条规定了董事对第三人责任。事实董事、影子董事制度重在解决实践中出现的无董事之名的控股股东、实际控制人行董事之实的问题，以及无董事之名通过幕后操控董事而操控公司的问题，具有很强的实践针对性。事实董事与影子董事的规定尽管均是以课以双控人对公司的信义义务为基本趣旨，但存在差别。前者是双控人直接行使本应由董事行使的职权，实际执行公司事务，应像董事一样对公司负有信义义务，其与名义董事的责任关系一般不应界定为连带责任，而是根据各自对公司应负的信义义务对公司承担责任。如果双控人在公司经营管理中实际取代了董

事，名义董事谈不上责任可言。影子董事则不同，实控人需要通过操控董事、指示董事，借助董事职权损害公司、股东利益，构成共同侵权，二者对公司、股东承担连带责任。那么，新公司法第 191 条所规定的董事对第三人责任与影子董事、事实董事责任是否存在关联性，殊值探讨。笔者认为，从体系解释的角度而言，无疑存在关联性。在一般董事依据新公司法第 191 条应该对第三人承担赔偿责任的情况下，作为事实董事、影子董事的双控人同样应对第三人承担责任。这相当于在双控人与第三人之间通过事实董事、影子董事制度架了一个桥梁，直接发生法律关系。如果说，控股股东滥用控制权损害债权人利益走法人人格否认之路往往因举证、法官过于谨慎等原因，而无法实现或难以实现其诉讼目的的话，综合运用董事第三人责任制度及事实董事、影子董事制度，可谓为追究双控人滥用控制权相应民事责任开辟了一条新的路径。当然，实践中也必须严格把握适用条件。就董事对第三人责任而言，第 191 条单独成条，而未依附于其他特定的公司对第三人承担责任条款，应当理解为董事对第三人责任的一般性规定。我国公司法规定了许多董事责任条款，比如新公司法第 51 条第 2 款、第 53 条第 2 款、第 163 条第 3 款、第 211 条、第 226 条等。在董事责任条款中，凡是因董事责任导致公司对第三人承担责任的，一般即可引用第 191 条。适用该条款存在的几个问题是：

第一，董事对第三人责任的法律机理是什么。按新公司法第 191 条规定，董事、高管执行职务给他人造成损失是董事对他人承担责任的逻辑起点。一般情况下，董事因执行职务对外发生关系类似于职务代理，其职务行为就是公司行为，所产生的法律后果也应由公司来承担。当董事违反对公司的信义义务，不正当执行职务时，同样如此。从民法典第 62 条、第 1191 条第 1 款的规定看，无论是公司法定代表人，还是用人单位工作人员执行职务给他人造成损失的，均由其所在的组织体对外承担责任，而后追偿。新公司法第 191 条所规定的假定条件，与民法典这两条规定几乎没有差别。我们需要回答的是，为什么法人（用人单位）在对外承担责任后可以向法定代表人（工作人员）追偿？因为公司因对外承担责任

而产生损失，而这一损失是法定代表人或工作人员的过错造成的。过错体现在作为管理者、执行工作任务者通常应有的注意义务，亦即以勤勉义务为主的信义义务。新公司法第 191 条在假定条件未有任何实质性差别的情况下，让董事对第三人直接承担责任，只能理解为把其本应对公司承担的责任转换为或扩展到了第三人。概言之，董事对第三人责任的责任基础未发生变化，还是基于对公司的信义义务。法律出于强化董事责任意识及更好地保护债权人利益的考量，规定了在特定情况下将董事对公司责任转换为或扩张为对第三人责任，此为一种特别法定责任。一种观点认为，这加重了董事责任，可能产生“寒蝉效应”，其实不然。理论和实践共识是，董事在新公司法第 191 条的假定条件下，起码公司应就产生的损失向过错董事追偿，其对公司承担责任的大小与对第三人承担责任的大小是一致的，何谈加重了董事责任。持此种观点者，关于公司可能不予追究或免除董事责任的假定，反而恰恰说明这一条款强化责任意识的功能。董事违反勤勉义务，应当担责，应当弥补公司的损失，而公司利益又关系股东、其他债权人等利益相关者利益。不追董事之责，就意味着利益相关者的间接利益受损。因此，董事第三人责任不是加重其责任，而是使法律规定的董事本应承担的责任通过这一机制落到实处。兼而得之的是，对受损失的第三人多了一层权利保障及受偿机会。特别是在公司无偿债能力的情况下，对造成损失的第三人更具有实际意义。实践中，“穷庙富和尚”的事例并不鲜见。新公司法增加这一条款具有很强的正当性和实践针对性，属于公司法修改的一大亮点。基于上述分析，也可以认为，董事第三人责任的构成要件应与董事基于勤勉义务对公司责任的构成要件基本相同，只是过错程度存在差别，即必须在董事对执行职务有故意或重大过失时才对第三人担责。比如，明知法律有禁止性规定，明知超权限依然为之。

第二，董事对第三人责任适用于什么情形。董事执行职务给第三人造成损失无非是两种情况，一是侵权行为，二是民事法律行为。共识性观点是新公司法第 191 条适用于公司对第三人的侵权行为，而是否适用于公司对外的民事法律行为

或者说合同行为存在分歧。笔者主张包括合同行为。事实上，单纯的侵权行为并不多见。比如，董事驾车去进行业务谈判发生交通事故，给他人造成损失；公司违法侵占他人财产等等。公司对外交易中的合同行为给他人造成损失，如果是董事违反勤勉义务的结果，也应当适用新公司法第 191 条。比如利用合同欺诈，故意违约等等。有人担忧，如公司的合同行为给他人造成损失，就由董事对第三人担责，会给董事正常履职带来无法排解的困扰，这有一定道理。但董事承担责任的前提是其执行职务有故意或重大过失，正常履职、正常的商业判断，不应包括在内。把新公司法第 191 条限缩到公司对第三人的侵权行为会使这一条款的实践意义大为缩水。当然，第三人与公司的交易，动辄把董事拖进诉讼，影响公司机关的正常运营，也背离了这一条款的初衷，甚至与公司法的基本原理相左。比较合理的办法是，在不完全排除公司与第三人的合同行为适用新公司法第 191 条的情况下，限定特定适用的情形，尤其是在新公司法适用的初级阶段，仅列举出比较典型的情形为宜。

第三，董事对第三人责任是连带责任还是一般赔偿责任？从新公司法第 191 条关于“董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任”的文义表述看，董事与公司的责任关系，不是连带责任；从公司法修订的过程看，公司法修订草案第一次审议稿第 100 条用的是连带责任表述，最终删除了这样的表述而改为“也应承担责任”。似也可得出立法上排除了连带责任的适用的结论。从上述分析的董事对第三人责任的法律机理以及责任基础看，董事对第三人责任应理解为补充赔偿责任，即先由公司承担责任，董事在公司不能承担责任范围内承担补充责任。至于是否再加上“按其过错程度”因素，笔者认为不加为妥。因为董事第三人责任是以故意、重大过失为前提的，这已表明了董事的过错程度。

值得注意的是，新公司法第 191 条与其他相关条款的关系如何定位。本条款

是董事对第三人责任的一般性条款，是否意味着其相对于其他法律以及公司法其他条款属于一般性规定？比如，相对于民法典第 62 条的规定、新公司法第 11 条第 3 款的规定是什么样的关系。笔者认为，新公司法第 191 条相对于这两个条款，属于特别规定，应适用立法法关于特别规定优于一般规定规则。道理在于法定代表人要么是公司董事，要么是高管，为什么一般董事、高管可以对第三人直接承担责任，而法定代表人不可，从常理上似说不通。从民法典、公司法的立法历程来看，民法典总则涉及公司法人问题，基本上承担了公司法一般规定的功能，而公司法修改时总则部分有意识地与民法典保持了一致，但在分则中对董事责任问题作了特别规定。因此，还是把新公司法第 191 条与第 11 条的关系界定为特别规定与一般规定的关系为宜。对此，从理论上、实践上都有在深入研究的基础上予以澄清之必要。

（二）关于公司法人人格否认

对公司法人人格否认，原公司法第 20 条的规定为司法实践提供了法律依据，针对在适用中存在的问题，九民纪要从适用人格否认制度的基本规则到各种人格否认具体情形作了较为系统的规定，更重要的是有针对性地规定了双控人控制之下的姊妹公司的人格否认问题，即横向人格否认。新公司法第 23 条第 2 款基本予以吸收。但是该条款把双控人限于控股股东，是有意为之，还是技术性原因？有观点认为，此为立法中有意限定，排除实际控制人滥用控制权情况下法人人格，因为实控人毕竟不是股东，以实控人滥用控制权否认法人人格对股东不利。但是，从整个公司法关于滥用控制权问题的规定看，基本有实控人的身影，单此处未作规定，似理由不足。一则实践中实控人滥用控制地位损害公司、公司股东、债权人利益的情况屡见不鲜，不能对此熟视无睹；二则实控人虽非名义上的股东，但要么是实际股东（股东乃其替身），要么是股东的利益一致人，否则，何以无缘无故地能够实际控制公司；三则在“横向否认”的情况下，实控人往往是导致人

格否认的“操盘手”，不让其承担连带责任反而对股东更不利。新公司法第21条对滥用权利的主体表述与第23条是一致的，即都表述为“股东”。由此，可以认为，此处未规定实控人滥用控制权不一定是有意而为，可考虑作扩张性解释。在原公司法司法解释修改时，应深入研究立法本意，并注重实践效果。

对于滥用控制权如何界定，需总结实践经验进一步提炼，比如，行使控制权未遵守法律或公司章程规定的程序，行使控制权不符合比例原则，行使控制权造成不当公司资产转移，减损公司利益及对其他利益相关者等等。实践中，企业集团各成员公司受处于主导地位的母公司的统一管理，并由此产生替代市场机制的交易内部化效应，给企业集团整体带来交易成本低、效率高、利润高的竞争优势。比如，母公司往往利用财务中心等管理机构在下属公司之间调配资产或资金，这不能简单地判断为滥用控制权，关键在于是否属于经营性调配，在成员公司之间是否形成了借贷关系或其他交易关系，是否有清晰的财务往来账目。如果存在不公平的调配，可按合同法、公司法等其他制度解决。此外，国有企业有更加严格的管理规定，其上级企业或控股股东为防止国有资产流失，依法行使管理职责，应视为正当行使控制权的行为。

在公司破产程序中，往往采取关联公司实质合并破产的方式，对此必须以法人人格高度混同为标准，而人格混同是人格否认的一种极端情况，不能把人格混同与其他滥用控制权人格否认的情形混为一谈。一般的人格否认，导致控股股东、实控人对公司债务承担连带责任，或姊妹公司之间承担连带责任，公司破产时，管理人可以基于人格否认向其提出对公司债务承担连带责任的请求，而不应作为合并破产的依据。要合并破产，需证明母子公司、姊妹公司存在财务边界不清，财产混同、业务混同、人员混同等情况。当然，人格混同，并不以人财物均混同为必要，但财务边界不清，财产混同是不可或缺的条件。

（三）关于股东代表诉讼

新公司法第189条在原公司法对股东代表诉讼规定基础上，增加了母公司股东对董监高或他人侵犯全资子公司权益可以提起代表诉讼的规定，形成双重股东代表诉讼制度。另外，新公司法对治理模式的变化，也影响股东代表诉讼前置程序的判断，如何因情而变？当然，还有一些原公司法制度下遗留的争议问题，均需在司法解释修改中予以回应。比如，在他人侵犯公司利益股东提起代表诉讼情况下，对他人提起代表诉讼的范围存在争议，需深入研究考量。

1.关于提起代表诉讼的原告资格问题。在原公司法制度下，对股份有限公司股东提起代表诉讼的资格，采取持股数额及持股时间的双重限制，已形成实践共识，意在防止滥诉；对有限责任公司股东提起股东代表诉讼的资格未予限制，主要是考虑在其人合性要求之下，取得股东资格需半数以上股东同意，一般无股东滥诉之忧。实践中争议的一个问题是，股份有限公司股东提起代表诉讼是否坚持“当时持有股份原则”，亦即股东是否只能对持股之时或持股之后发生的对公司的侵害行为提起代表诉讼。持此意见者，主要是基于防止“购买诉讼”的考量，避免公司之外的非股份持有者发现公司董事等有不法行为后，为提起股东代表诉讼而购买一定数额的股份。原公司法司法解释对此未予解决，九民纪要第24条规定现股份持有者对持股之前发生的损害公司利益行为可以提起代表诉讼。主要理由是在双重限制之下，“购买诉讼”要付出高昂代价，基本能起到抑制滥诉的作用。对有限责任公司来说，我国公司法人合性规则使“购买诉讼”亦非易事。由此看来，以修改原公司法司法解释并吸收九民纪要的此规定为宜。

2.关于股东代表诉讼的前置程序问题。新公司法下公司治理结构有了重大变化，允许公司对治理模式进行选择。根据新公司法第69条、第83条、第121条、第176条等规定，任何公司都可能选择不设监事会或者监事。其中又分为两种情形：一种是依据公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使监事会的职权；另一种情况则是为了适应小公司经营灵活性和降低管理成本

的需要，简化公司组织机构设置，允许规模较小或者股东人数较少的有限责任公司经全体股东一致同意可以不设监事会和监事。未来的公司治理模式根据履行监督职责机关的不同，可能存在数种治理模式，体现在股东代表诉讼上，其前置程序等问题需要因应这一变化进行相应调整。

首先，在不设监事会而设置审计委员会的情形下，股东发起代表诉讼时应当向审计委员会请求还是可以直接诉讼？对于这一问题，笔者认为，审计委员会虽然设立于董事会中且由董事组成，但是其作用与目前已有的审计委员会是截然不同的，这一审计委员会需要行使监事会职责，其中也应当包括在股东代表诉讼前置程序中接受股东请求、代表公司提起诉讼的职责。因此，在这一公司治理结构下，审计委员会成员以外的董事或者高管损害公司利益，造成损失的，符合条件的股东应当向审计委员会请求提起诉讼。如果审计委员会接受股东的请求，提起诉讼，则由其成员代表公司提起诉讼。鉴于审计委员会成员人数系 3 人以上，当其决定接受股东请求提起诉讼时，应当同时确定代表公司起诉的成员。而对于审计委员会成员提起的诉讼，则类似于对之前监事会或者监事提起的诉讼，应当向董事会请求提起诉讼。董事会接受股东的请求，提起诉讼的，则由董事长代表公司提起诉讼。其次，规模较小的有限责任公司根据新公司法第 83 条规定，如果既不设监事也不设行使监事会职责的审计委员会，此种公司原则上应当由股东负责监督，股东地位相当于监事，原则上也应当享有监事会所拥有的监督职权。由此，符合条件的股东可以直接依据新公司法第 189 条规定对董事、高级管理人员提起诉讼，无需再履行代表诉讼的前置程序。

3.关于股东代表诉讼的范围问题。新公司法第 189 条虽然增加了双重股东代表诉讼制度规定，但是股东代表诉讼的整体框架保持不变，其中一个长期存在争议的问题就是股东代表诉讼适用的范围，即他人侵犯公司合法权益给公司造成损失的情形，是仅指侵权行为还是也包括合同行为？

笔者认为，关联交易中，行为人往往控制公司，即使存在合同无效、可撤销或者合同相对方违约的情形，公司本身也很难主动主张相应的权利。故为保护中小投资者利益，还应当给受到间接侵害的其他股东以救济的权利。在公司不主张权利时，其他股东可提起股东代表诉讼，来维护公司和自身利益。原公司法司法解释（五）第 2 条就规定了关联交易合同存在无效、可撤销或者对公司不发生效力的情形，公司没有起诉合同相对方的，符合条件的股东，可以向人民法院提起股东代表诉讼。多年的司法实践检验表明该规定是可行且有效的，对可能导致个别股东干预董事的正常商业判断或影响公司正常经营的担忧似不足为据。需要一提的是，在关联交易合同效力被否定的情况下，代表诉讼中可以同时请求按法律规定的无效后果处理，比如，判决相对人向公司返还财产、赔偿损失等。如果无法返还财产的，以财产折合损失进行相对应的赔偿。例如，在一个案件中，在大股东的操控之下,A 公司将其全资子公司 B 公司转让给大股东的关联公司 C 公司，转让价格明显低于股权价值。在撤销股权转让合同的情况下，C 公司应当返还 A 公司的股权，但 C 公司已向 B 公司投入大量资金用于项目建设，把股权返还给 A 公司很难平衡各方利益，可考虑以赔偿损失的方法解决。那么，是否可以考虑再进一步，在关联交易中，公司不主张相对人违约时，股东可以通过代表诉讼进行主张？例如，A 公司委托大股东 B 公司管理 A 公司所持有的房产某商厦，并代收租金，约定租金每季度结清一次。但因 B 公司控制 A 公司，长达 8 年时间没有结算租金，后 A 公司小股东提起代表诉讼，要求解除与 B 公司的合同，B 公司向 A 公司支付拖欠的代收租金。在这一诉讼中，人民法院经审理后支持了 A 公司小股东的主张。再进一步考量，如果非关联交易出现上述情况，股东是否可以提起代表诉讼？在法律已经明确界定关联关系的范围的情况下，董事、高管等有意识地避开关联关系损害公司利益并从中得到非法利益，是可以想象到的情况。何况，这种情况因避开了公司法规定关联关系而无需履行公司法对关联交易的一系列规制程序，更容易得手。在以往出现的化解风险案件中，这种情况时有发生。因

此，司法实践必须回应经济社会的实际情况，找出解决路径。比较现实的做法是，在尊重股东代表诉讼基本规律和制度考量的情况下，打开一个例外窗口，即对涉及合同无效、可撤销等否定合同效力情形，即便是非关联交易，也纳入对“他人”提起股东代表诉讼的范围。

（四）关于关联交易

关联交易程序完善是此次新公司修订的亮点之一。新公司法中对于关联交易制度进行了重大修改，对关联交易的信息披露、正当程序等环节进行了较为详尽完善的规定，核心要素已具备，关联交易制度有了重大进步。在这种情形下，笔者认为，不公平关联交易的认定可以采取更加具有操作性的方式，确认遵守法定程序的关联交易推定其是公平的。而对于关联交易合同效力问题，笔者认为，关联交易本身不会对合同效力产生特别的影响，对于合同效力的判断应当根据民法典等相关法律规范予以判断。

关联交易制度的核心是如何确定不公平关联交易。司法对于关联交易的干预需要在公司经营自主与公权力的监管之间保持适度平衡，只有在必要时才能干预公司作出的经营决策。公司法规制不公平关联交易的基本思路是损害了公司的利益则应予以赔偿。通常来说，如果法律对于关联交易的程序有明确规定，遵守了正当程序的交易，人民法院本没有必要仅因个别异议主张去审查交易结果是否公平。之前，我国公司法对关联交易未规定普遍适用的正当程序，想以正当程序来进行规制，也没有可参照的规范。司法介入在这一阶段就有其必要性，原公司法司法解释（五）也是因此确定不公平关联交易采用实质公平标准，规定关联交易发生争议的，无论是否符合交易程序，交易人均需要证明该交易结果是公平的，才能免责。但这只是未普遍规定关联交易正当程序现状下的选择。在新公司法完善了关联交易程序制度的前提下，可以采取更具有操作性的规则来认定关联交易是否公平，即遵守了法定程序本身就证明交易的公平性。法律或公司章程中对所

涉关联交易有明确程序规定的，关联交易符合法定程序的，主张该交易不公平，要求损害赔偿的一方应当举证证明该交易实质损害了公司利益；关联交易没有遵循前述程序规定或者法律、公司章程中对所涉关联交易没有明确程序规定的，则交易方必须举证证明该交易结果的实质公平，否则应当对公司承担不公平交易损害赔偿责任。

关于关联交易合同效力问题。关联交易合同效力问题要根据其合同约定本身进行判断，当事人达成的关联交易如具备无效、不发生效力或者可撤销等情形，公司作为合同一方当事人可以根据上述规定主张自己的权利，但是关联交易本身对合同效力不应产生特别的影响。关联交易合同是否具有效力瑕疵，需要结合民法典等其他法律规范进行判断。例如，民法典第 146 条规定的虚假表示与隐藏行为的效力，第 147 条规定的基于重大误解实施的民事法律行为的效力，第 148 条规定的以欺诈手段实施的民事法律行为的效力，第 149 条规定的受第三人欺诈的民事法律行为的效力，第 150 条规定的以胁迫手段实施的民事法律行为的效力，第 151 条规定的显失公平的民事法律行为的效力，第 153 条规定的违反强制性规定及违背公序良俗的民事法律行为的效力，第 154 条规定的恶意串通的民事法律行为的效力等等，均是判断合同效力的依据，关联交易合同在这一问题上不具有特殊性。有观点主张，关联交易按照法律或者公司章程规定应当经过特定程序而没有经过的，应当认定合同无效。笔者认为，这种观点有失偏颇。其理由在于，公司内部程序是否合法一般不影响其外部交易行为效力。即使在特别情形下，例如新公司法第 15 条规定的公司对外担保的问题，法律明确规定了公司为股东进行担保，应当经过股东会决议，如果公司未履行这一程序，也是构成法定代表人越权，需要看合同相对人是否善意确定该合同是否对公司发生效力，而不是仅因未经股东会决议本身就造成合同无效或者不发生效力。

五、关于公司清算问题

公司解散后，要进行清算，亦即依照法律规定的方式和程序清理公司债权债务及其他各种法律关系，处置并分配公司剩余财产后向公司登记机关申请注销登记，最终消灭公司法人资格。清算可以分为自愿清算和强制清算。自愿清算一般适用于公司章程规定的营业期限届满或章程规定的其他解散事由出现、公司股东会决议解散等自愿解散的情况，是公司依法自行组织清算组而无须外力介入的清算；强制清算是指公司解散时不能自行组织清算，或者如在自行清算过程中发生显著障碍，由有关政府部门或者人民法院等公权力机关介入进行清算，既适用于强制解散，比如公司陷入僵局被人民法院强制解散、公司被吊销营业执照、责令关闭或撤销等，又适用于自愿解散。

新公司法对原公司法的清算制度作了较大调整，值得注意者有以下四个方面：

（一）关于清算义务人与利害关系人

依新公司法第 232 条规定，在公司解散事由发生之日起 15 日之内，由清算义务人组成清算组清算，逾期不组成清算组进行清算的，利害关系人可以向人民法院申请指定清算组进行清算。这涉及两个主体，即清算义务人和利害关系人。对于清算义务人，原公司法第 183 条的规定含糊其辞，一般理解为有限责任公司的全体股东、股份有限公司的董事和控股股东。新公司法第 232 条则不区别公司类型把清算义务人一律规定为董事，与民法典第 70 条规定保持一致，清算义务人排除了股东，甚至控股股东。但依据新公司法第 180 条之规定，实际执行公司事务的“双控人”与董事负有同样义务，依体系解释“双控人”似应在特定情况下认定为清算义务人。对于利害关系人，原公司法仅规定为债权人，新公司法显然扩大了向人民法院提起指定清算组申请的主体范围。利害关系人，应包括公司股东和债权人。存在疑问的是，董事是否应在本条款规定的利害关系人之列？依新公司法第 232 条规定，清算组由董事组成，其既是清算义务人又是清算组成员，似无把其列入可以提起指定清算组申请主体范围之必要。但是，实践中一些董事

可能对组成清算组无能为力，或虽组成清算组但完成清算义务出现障碍，而新公司法规定利害关系人申请指定清算组之目的在于尽可能促使及时进行公司清算，赋予董事这样的诉权对实现立法目的利大于弊，故将其纳入利害关系人范围为宜，原公司法司法解释（二）第 7 条把董事列入利害关系人无需修改。此外，在公司被吊销营业执照、责令关闭、撤销之情形，有关行政部门虽非利害关系人，也可以申请人民法院指定清算组。

（二）关于强制清算的事由

清算一般由被解散的公司自行组织清算组，自主进行，而不需要公权力介入。但在某些情况下，公司自行清算无法启动或者发生严重障碍、运转机制失灵时，为了保障清算的进行，可以申请有权机关介入，进行强制清算。关于强制清算启动事由，自 1993 年公司法起，始终规定为“逾期不成立清算组进行清算的”，民法典第 70 条则规定为“清算义务人未及时履行清算义务”。根据民法典关于“清算义务人未及时履行清算义务”以及当时公司法关于“逾期不成立清算组”的规定，原公司法司法解释（二）第 7 条在逾期不组成清算组之外，又延伸规定了其他两项事由，即：“……（二）虽然成立清算组但故意拖延清算的；（三）违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的”。为与新公司法规定保持一致，可将该条规定的第 2 项事由修改为“虽然组成清算组但不清算或故意拖延清算的”。

（三）关于董事清算责任

清算责任，按照新公司法第 232 条第 3 款、第 238 条第 2 款规定，主要包括两个方面：一是董事因不及时组成清算组而产生的责任；二是清算组成员在清算过程中怠于忠诚履行职责而产生的责任。

第一，董事不及时组成清算组清算而产生的责任。原公司法司法解释（二）

以原公司法相关规定为基本依据，解释性规定了清算义务人及其清算责任。根据原公司法司法解释（二）第 18 条、第 20 条、第 21 条之规定，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东的清算责任主要分为四个层次：一是未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，在造成损失范围内对公司债务向债权人承担赔偿责任；二是因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，对公司债务承担连带清偿责任；三是上述情形系实际控制人原因造成，实际控制人对公司债务承担相应民事责任；四是公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，清算义务人对公司债务承担清偿责任。

该司法解释是为解决当时司法实践中大量存在的公司解散后应当清算而不清算，故意逃废债务，严重损害债权人利益并危害社会经济秩序等问题而制定的。但因把清算义务人确定为有限责任公司的股东，特别是包括了有限责任公司的全体股东，由从未参与公司经营管理的中小股东承担清算义务人责任，而与公司法整体制度安排不协调、不一致。而且，实践中对该条款的理解适用还产生了偏差，导致不参与公司实际经营管理的中小股东承担了过重的责任。例如，不少案件中，公司停业而未清算，多年之后，债权人，更多的是职业债权人，依据该条规定要求未参与公司经营管理的中小股东作为清算义务人对公司债务承担连带责任。为了纠正这一实践问题，最高人民法院通过多种方式强调非控股股东、未实际参与经营管理的股东不应负公司清算义务，尤其是九民纪要以 3 个条款，从“怠于履行义务”的认定，因果关系、诉讼时效等方面，对原公司法司法解释（二）第 18 条的适用进行条件限定。在新公司法明确了清算义务人为董事的情况下，相信能够从根本上解决实践中存在的无辜中小股东承担过重清算责任这一问题。但应该注意的是，即便清算义务主体发生变化，同样面临着不及时履行清算义务导致公司财产贬值、财产灭失、账册丢失等情况，是否可以因循原公司法司法解释（二）第 18 条的规定，由董事承担该条款所设定的责任呢？当然不可以。新公

司法第232条规定仅限于清算义务人一般赔偿责任，而排除了连带责任。原公司法司法解释（二）第18条把清算义务人违反清算义务的情形具体分为两类：一类是清算义务人不及时组成清算组清算导致财产贬值、流失、毁损或者灭失；二是怠于履行清算义务，导致因主要财产、重要文件等灭失而无法进行清算，前者承担赔偿责任，后者与公司承担连带责任。需进一步检视，财产贬值、流失、灭失、毁损与主要财产灭失系同样情况，均不会导致无法清算的结果，只是给公司、债权人造成损失大小不同而已。在公司账册、资产资料都存在的情况下，财产是否灭失、毁损、贬值是可以查明的、价值也是可以评估出来的，与账册丢失导致无法清算不应相提并论。当然，如果存在上述情况，是否与不及时组成清算组有因果关系，也是应考虑的因素，对此清算义务人应负举证责任。问题在于，在据以认定公司资产、负债状态的主要账册文件灭失的情况下，或给清算带来极大困难，或导致无法清算。如果通过税收情况、银行流水等资料可以得到基本弥补，也不会导致清算不能的后果。在无补救办法以致于无法清算的情况下，董事应承担多大的责任？原则上应推定董事对债权人债务不能清偿的范围承担全部责任，除非其提供减轻责任的充足证据。值得注意的是，一个资产状况、负债率良好的公司，一般是不会弃之不问的。实践中多为公司经营、负债率高、资产状况差的情况下才会无人问津。在面对责任判断时要尽可能考量公司清算前的基本情况，作出公平公正的裁判。因账册灭失导致清算不能，原因也很多，意外原因的灭失，与故意毁损或不能说明合理原因的灭失不能同样对待，后者是让清算义务人承担全部清偿责任的重要内心确信因素。此外，如在董事能够证明其向人民法院提出过指定清算组的申请，或者其实施了看守公司财产、保管财务账册等维护公司清偿能力的行为，应免除或减轻其赔偿责任。相反，如果有证据证明董事、股东等存在恶意处置财产、以虚假的清算报告骗公司登记机关注销登记的，因构成了共同侵权，有关责任人应承担连带责任。

第二，清算组成员责任。原公司法及有关司法解释对清算义务人责任与清算

组成员责任没有明显区别，从新公司法的规定看，清算义务人与清算组成员多数情况下是重合的，即都是董事，责任基础都是对信义义务的违反。即便如此，二者也有区别，一是在强制清算的情况下，人民法院指定的清算组可能是有关中介机构，也可能是股东、公司高管，而不仅是董事；二是违反义务的行为模式存在差别，依新公司法第 232 条之规定，清算组成员主要是在怠于履行清算职责的情况下对公司承担责任，有重大故意或过失对债权人承担赔偿责任。是否怠于履行职责，主要是以新公司法第 234 条关于清算组职权的规定判断，职权也是职责。

需要一提的是，新公司法第 241 条针对实践中存在的公司被吊销营业执照、关闭或撤销后长期不清算、不注销登记的情况，规定了满 3 年强制注销的制度；新公司法第 240 条针对实践中存在的大量僵尸公司注销难、周期长等情况，规定了简易注销制度。前者属于应当清算而不清算不得不注销的情况，故公司注销后，不影响原股东、清算义务人的责任，可以理解为包括股东欠缴出资责任以及董事不及时组成清算组的责任。后者因以股东或第三人承诺为条件，因此债权人可依其承诺主张股东、第三人承担债务清偿责任。简易注销，是不需要清算程序的注销，故不与清算义务人责任挂钩。

（四）关于强制解散

新公司法第 231 条延续了公司陷入僵局情况下股东可以提起公司解散之诉的规定，司法实践中对此情况下判令解散持十分慎重的态度。原公司法司法解释（二）第 1 条第 1 款列举式规定了四种应当受理解散诉求的情形，第 2 款也反向规定了不予受理的情形，具有实践价值。对于一个有发展潜力的公司而言，因公司控制权、经营管理权或经营发展理念、利益分配等之争而解散公司毕竟不是一个妥当的选择，司法中的慎重态度具有正当性。为进一步深化此理念，应强调对此类纠纷“注重调解”，支持当事人以更为妥当的方式解决分歧，尽力维护公司的存续。比如，以公司部分股东转让股权或者股份、其他股东受让部分股权或股

份、他人受让部分股权或股份、公司减资、公司分立等打破僵局。由此也可以认为，经审理如果可以用其他公司制度机制打破僵局并不失公平公正的，可向当事人释明，如当事人初衷不改，可驳回其请求。对于驳回请求的，其他股东又以相同理由提起诉讼的，应不予受理。当然，因时过境迁、情况发生变化的另当别论。解散公司判决对全体股东均具有拘束力，一旦判决解散，董事应当在判决生效后15日内组成清算组清算。如果诉请中包括人民法院指定清算组的内容，人民法院应一并处理，不宜让当事人另行提起诉讼。此种情况可追加董事参加诉讼，董事主张自行组织清算的，可驳回有关当事人指定清算组之申请。实践中存在的另一个争议是，人民法院判令解散公司后，进行了清算，一方当事人又提起再审申请，一旦作出撤销原支持公司解散的再审判决，是否可以恢复原状？这要视情况而定。如果清算完毕而注销了公司，是无法回到原来状态的，以赔偿损失解决为宜。但尚未清算完毕或未注销公司，且能够确保财产处置恢复原状（特别是公司生产经营的财产）或股东股权恢复原状具有现实可行性，也应把恢复公司的原来状态作为选项。

利益平衡视角下引入授权资本发行制度研究——基于新《公司法》修订

国浩律师（宁波）事务所 袁勤玮 杜振华 徐望琦

（本文获2024年度宁波律师论坛论文二等奖）

摘　要：《中华人民共和国公司法》的修订是我国优化法治营商环境的重要举措。从公司法理论出发，法经济学作为研究公司法的主流研究方法，公司契约论近年来为国内外众多法学学者所推崇，本文通过公司契约论中对于公司法“强制性规则”与“任意性规则”的届分，理解引入授权资本制度会对科斯定理当中“交易成本”产生正面影响，并援引日本、德国的立法例印证上述观点的正确性。在此基础上，本文进一步讨论，在我国引入授权资本制前后，对具体的“交易成本”的积极作用以及对公司各参与主体的影响。最后，本文落实到未来新《公司法》实施后股份有限公司在有融资、反收购需求时需要设置授权董事会发行注册资本的规范，设置相应规范时，也需要对授权范围、价格、条件等关键要素进行详尽考量。

关键词：授权资本制引入；科斯定理；公司契约论；公司法修订

一、问题的提出

2023年12月29日，经由中华人民共和国第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议修订通过的《中华人民共和国公司法》颁布（以下简称“新《公司法》”），其修订幅度之大、程度之深，引发法学理论与实务届的广泛讨论。本次修改不乏诸如限制认缴期限、精细化解释董监高忠实义务等耀眼的修订内容，其中之一便是引入授权资本制的股份发行制度。《公司法》自1993年出台以来，经历过2005年、2013年两次重大调整，及1999年、2019年两次个别条款的修订，尽管2005年、2013年两次修改将最低资本门槛、一次性缴足等公司资本要

求放宽，从市场经济的角度给予法定资本的缴纳形式、程序部分松绑，但从本质上来看，我国《公司法》始终坚持法定资本制，在法定资本制的框架下我国《公司法》的修改也在不断探寻进路，能够形成更为灵活的公司治理形式。

狭义的法定资本制与狭义的授权资本制延申出相互对立的两种资本发行制度，在2005年之前我国公司法所实施的便是最为狭义的法定资本制，指股东在公司设立时需要实缴全部注册资本、注册资本的增加或减少均需要经过股东会按照公司法及公司章程规定决议。狭义的授权资本制以美国《示范公司法》第6.21条为典[1]，在设立时确定注册资本总额的前提下，董事会可以以包括现金、本票、已提供的劳务、将要提供劳务的合同及其他有价证券的方式在公司成立后的任意时点发行股份。在本次修订前，理论学界对法定资本制与授权资本制融合的呼声一直呈此起彼伏之势，原因在于法定资本制的主要优势是理想状态下注册资本可以对债权人最高限度的保护，同时法定资本制的劣势也是很明显的，法定资本制会导致资本发行时的决策程序僵化，公司在实际资本发行需要时运转程序繁杂。[2]

公司契约论在此前很长一段时间被看作公司法研究的主流学说之一，耶鲁大学Jonathan R. Macey在其作品《公司治理》中承认：“许久以来，公司就被视为是一系列合同连锁或一系列明示或默示的契约”。[3]公司契约论(nexus-of-contracts theory)对于公司本身的理解是将公司视为一系列契约的连结，契约的主要主体包括股东、董事、经理、债权人和债务人等等。[4]从公司契约论的角度，法定资本制与授权资本制是两类不同的资本契约框架，在框架内部可以根据现实情况予以调整，换言之，在对于公司有利的情况下，法定资本制

[1] 参见美国《示范公司法》第6.40条第3款、第10.04条。
[2] 陈景善：《授权资本制下股份发行规制的重构》，载《华东政法大学学报》2022年第2期，p112-123。
[3] Jonathan R. Macey, Corporate Governance: Promise Kept, Promise Broken, Princeton University Press, 2008, p2.
[4] 李诗鸿：《公司契约理论新发展及其缺陷的反思》，载《华东政法大学学报》2014年第5期，p83-99.

中也可以体现出授权资本制的要素。从现今我国、日本、德国等国的立法例来看，法定资本制与授权资本制也愈加呈现融合之势，即便在学理上出现授权资本制、折衷资本制等概念，但究其本质也是对法定资本制与授权资本制内部内化调整而出现的资本制度。[5]

新《公司法》实施在即，本次公司法的调整中引入的授权资本制度仅针对于股份有限公司，同时与授权资本董事发行股份的规定同步调整的内容为将股份有限公司的出资期限从参照有限责任公司，调整至成立、增资完成时便需要实缴到位。[6]授权资本制的调整所影响的利益主体大致可以分为股东、董事、债权人三个方面，若公司为上市公司，股东的利益可以分成公众股东与非公众股东两个维度。授权资本制引入在即，亟待考量授权资本制作为发行公司股权的一种方式，是否能够为市场化体制下公司的管理创造实际利益或效率？公司应当如何利用授权资本制？各方的利益如何得到协调和优化公司内部的权力配置？

二、法经济学维度下对资本发行制度的思考

（一）公司契约论对资本发行制度的理解

“公司契约论”（Contraction Theory）同时是法经济学的最为典型的主流理论之一，在公司契约论的语境下，公司被认知为公司各个参与人所签订的无数契约所组成的一个契约网（A Nexus of Contracts），其中部分契约的来源为当事人所自由协定的，其最典型的代表为公司章程。[7]另外一部分是由法律所规定

---

[5] 日本与德国在制度设计上有所区分，在法定资本制与授权资本制体系整体上看，德国《有限责任公司法》被视为许可资本制的典例。我国本次《公司法》修改在引入授权资本发行制度上与德国授权资本制几乎如出一辙，德国创设了授权资本发行规则——授权资本由章程授权业务执行人发行，章程确定授权资本时需要变更登记，在授权资本发行时则无须再经股东会决议，但授权资本不能超过基本资本的一半，且只能在 5 年内发行。

日本《公司法典》对公开公司设置了更加严格和复杂的出资程序，其中最能体现授权资本制特征的便是要求公司章程必须载明设立时的发行资本和可能发行的资本总额，授权资本即为二者之间的差额部分。

[6] 参见《中华人民共和国公司法（2023 年修订）》第九十六条、第一百零三条。

[7] 陈景善：《授权资本制下股份发行规制的重构》，载《华东政法大学学报》2022 年第 2

的，二者之间的关系交错纵横。法律所规定的内容包括两个方面，一个方面是在公司各个参与人之间所自由协定的内容未完全涵盖的，但公司在运行过程中对具体规定的欠缺会导致公司运行困难或内部组织管理困难的。另一个方面是法律所规定的强制性范式和程序，公司只能在法律所规定的框架内完成权力的配置和资源的届分，典型的体例为上市公司的披露制度，法律规定上市公司必须在规定的时间针对规定的项目完成信息披露，上市公司只能遵循相关制度。纵观各国公司法，契约自由与强制性规则共同配置也是绝大多数立法例的主流思路，学界普遍认为一个既有任意性又有强制性规则的混合型公司法是公司法立法的最佳选择。[8]

进而以社会契约论的视角检视资本制度，在社会契约论的视角下，资本制度的核心概念可以被视为法律所向公司配置的权力中，资本的确定时间以及哪一主体有权力发行资本。法定资本制中，法律的强制性规范包括要求初次设立时需要确定注册资本总额和只有经过公司股东会合法决议才能增加注册资本总额。同时公司契约论也认为，在法律未明确规定的情况下，市场化的环境下，各参与主体在法律未明确规定的情况下通过对部分契约的调整实现为达成交易目的的调整方案。

（二）资本发行制度影响交易成本

讨论法定资本制中引入授权资本制的价值来源于科斯所提出的“交易成本”概念，科斯定理认为，交易成本为零的情况下不管权力如何进行初始配置，当事人之间的谈判都会导致资源配置的最优结果(Pareto)。[9]

期，p112-123。

[8] [美]杰弗里·N·戈登、[美]马克·J·罗编：《公司治理：趋同与存续》，赵玲、刘凯译，北京大学出版社 2006 年版，p172。

[9] [美]罗纳德·哈里·科斯：“社会成本问题”，载氏著《论生产的制度结构》，盛洪、陈郁译校，上海三联书店 1994 年版，p16。

而授权资本制与法定资本制的融合是可以有效降低交易成本，我们假定公司参与人有意在严苛的法定资本制下实施授权资本制企图达成特定目的，即符合法定人数要求的股东有意向将未来的一部分股权发行权力授予董事会，即便是在最严苛的法定资本制下也有方案可以实现，即通过调整股东与董事之间的契约关系，具体而言，股东与董事会之间可以通过股东协议或章程的方式达成契约协定，约定董事会可以在股东所认可的范围内提出增资的议案，股东会在审议该议案时应当做出同意的表决意见，从而达成授权董事会完成注册资本增加的效果。上述操作模式从《公司法》的理论来推断无疑是能够完成由董事会决定发行注册资本的目标，最为显性的交易成本增加为，在董事会决议完成后并不能直接通过工商行政主管部门完成注册资本发行增加的变更程序，而是需要依托股东会再次完成股东会决议，从而增加董事会与股东会决议的时间及整体流程。进一步来看，很容易推论出更多衍生的交易成本，诸如股东未遵循约定导致股份发行的结果无法实现、股东提出决议的撤销或无效等导致的诉讼等附加的风险成本。或是股东会未依约做出决议，导致董事会未能在股价较高时发行股价，进而致使公司融资目的不能达成等。

罗梅若(Romano)教授也曾提出过类似观点，认为强制性规则是能够被规避的，很大一部分强制规则是没有实际意义的，不过是徒增交易成本。[10]不过更多的学者主张，强制性规则的僵硬缺陷所导致的效率损失低于这些规则通过解决订约过程中的问题而产生的收益。[11] 在法经济学的视角下，强制性规则之间的壁垒是可以通过利益的衡量和取舍所打破的，具体到引入授权资本制，可以被看作若授予董事会发行股份的权力所增加的利益系高于仅有股东会有发行股份的权力，那么授权资本制的引入便是有价值的。

---

[10] Romano,"Answering the WrongQuestion:The Tenuous Case for Mandatory CorporateLaws",89 Colum.L.Rev.1599,1599 －1601(1989).

[11] 弗兰克·H.伊斯特布鲁克等著，黄辉译：《公司法的逻辑》，2007 年版，p55-58.

（三）各国资本授权资本制与法定资本制融合成效

授权资本制与注册资本制角力已久，但在授权资本发行问题上，各国公司法对于董事会享有资本发行权早有趋同之势，德国《有限责任公司法》创设授权资本发行规则，授权资本由章程授权业务执行人[12]发行，章程确定授权资本时需要变更登记，在授权资本发行时则无须再经股东会决议，但授权资本不能超过基本资本的一半，且只能在 5 年内发行。[13]与之相似的是欧盟《第二号公司法指令》规定，在法定的限额内，可以授权董事会发行资本，此种授权最高不超过五年。[14]而日本《公司法典》也要求公司章程必须载明设立时的发行资本和可能发行的资本总额，授权资本即为二者之间的差额部分。[15]

在此前的很长一段时间，我国公司法多次修订却对境外公司法逐渐允许授权董事发行资本的举措充耳不闻的根本原因主要在于对于公司股权所有者地位的考量，即“股东才是公司的主人”，一旦引入授权资本制的发行制度，很难避免的问题就是股东对其对于公司影响力的担忧。因为董事会有权在一定范围内决定公司资本的总额，从而影响控股股东的决策能力，亦或是对于较为弱势的股东而言，本身弱势股东通过以一定比例掣肘股东会的手段可以对于公司重要决策有牵制作用，但若董事会通过再次发行股份的手段进一步提升控股股东的股份份额，那么控股股东便可以自行做出重要决策而不受其他股东的限制。

---

[12] 德国《有限公司法》中业务执行人的地位和股份公司的董事会相类似。

[13] 参见德国《有限责任公司法》第 5 条第(1)款、第 5a 条第(2)款、第 53 条第(1)(2)款、第 57f 条第(2)款、第 55a 条第(1)(2)款、《德国 有限责任公司法》第 29 条第(1)(2)款、第 5a 条第(3)款规定、第 33 条第(1)(2)款、第 58 条第(1)款、第 58a 条第(1)、(2)款。

[14] 《欧盟第二号公司法指令》的规定见于第 6 条第 1 款、第 9 条、第 25 条第 1 款及第 2 款、第 26 第 15 条第 2 款第(2)项、第 18 条、第 23 条第 1 款、第 30 条、第 32 条第 1 款及第 2 款、第 33 条第 1 款。

[15] [日]近藤光男:《最新日本公司法》(第 7 版)，梁爽译，法律出版社 2016 年版，p 28 。

三、新《公司法》引入授权资本制度的合理性

（一）授权资本制引入有效降低交易成本

科斯定理将徒增成本的行为称为“负外部性”，政府干预是调整负外部性行为的手段之一。[16]在新公司法修订前，通过其他形式授权董事发行注册资本是相对小众的举措，诚然，在本文中也无从讨论在宏观总体的社会效益上授权资本制所带来的影响几何。但在微观上讨论授权董事发行注册资本的举措对于具体发行事件的影响是有价值的，需要着重注意的是，我国授权董事发行注册资本的举措是有选择的，并非强制性举措，而且对于授权董事发行注册资本的股东会表决人数为三分之二以上，以此表决权比例，除非公司章程另有规定，已经具备发行注册资本比例要求，只是股东会选择授权董事会在股东会决议后的某个时点为特定目的发行注册资本。选择性举措代表股东可以选择授权董事会发行注册资本，同时也可以选择不做出相应的授权，因此在新公司法增加本条后，所能够影响到的公司是已经有意向将一部分股份授权董事发行的公司，在本次公司法出台前这一部分公司也可以采取相应举措完成相应目的，即通过股东协议、公司章程或其他约定的形式完成授权资本制的发行。引入授权资本制前达到董事会发行注册资本与引入授权资本制后成本相对比可以体现在如下几个方面。

授权资本制引入前	授权资本制引入后
（股东协议+时间成本+股东会决议）[17]*股东违约风险*行政机关监管风险	股东会决议+董事会决议

具体而言，本次公司法修订前，公司授权董事会发行注册资本可以采用的步骤及流程之一为，首先，由三分之二以上的股东达成一致约定，在公司董事会做

[16] Vera Bergelson, It’s Personal but Is It Mine – Toward Property Rights in Personal Information, 37 U. C. Davis L. Rev.417(2003).

[17] 本文仅列举方案之一，若采取其他方案，上述风险依然存在，例如采取表决权委托的方式，股东协议内容被替换为授权委托协议、授权委托书，另有股东撤销授权风险。

出发行注册资本决议时，达成协议的股东应当在章程修正案及增资的股东会决议中签字并同意相关议案。[18]其次，在做出相应股东会决议时，股东信守其承诺在股东会决议中签字确认。最后，法定代表人凭股东会决议向登记机关申请登记。上述路径也并非唯一可以达成相应目的的方法，例如由股东提前向董事会针对发行注册资本的决议做出授权同样可以达到同样的目的。但更为复杂的交易结构意味着更强的不确定性，风险的存在所带来的是达成特定目的的成本增加。其一，股东存在违约的风险，即便已经提前达成协议约定股东需要在股东会决议做出时股东应当对议案做出同意的决议，股东也有可能出于股东会召开当下利益的考量，即便承担高额的违约金也否决相关议案，导致发行注册资本的目的完全不能实现，同时因股东的违约行为可能还会导致合同目的不能实现。其二，错失商业机会的风险，特别是对于上市公司而言，上市公司的估值变动是非常频繁的，临时股东会的召开需要提前十五日通知各股东，即便是董事会在公司估值较高的时点准确判断出应当发行股份以获取现金流或充实资本，当即决定向全体股东提议发行注册资本，也需要等待 15 天后召开股东会并由全体股东做出决议。与此相反，董事会召开没有法定通知时间要求，董事会获得股东会授权后可以随时召开并做出决议，及时完成注册资本的发行。

（二）引入授权资本制对公司治理参与主体的影响

公司法中的利益平衡问题，最为核心的问题是债权人、股东利益平衡的问题，资本发行制度也无外如是。但除此之外，另一值得讨论的重点是公司内部权力应当如何进行配置，董事会与股东会对于资本发行进行决策对于各参与主体的影响。

从公司法立法角度来看，首先，对于公司的债权人而言，公司的偿债能力与其资产总额一般而言有直接关联性，而资产总额除公司业务经营上的营收外，在很大程度上取决于公司股份发行的总额以及发行的时点，公司能够在股价较高的

[18] 参见《中华人民共和国公司法（2018 年修正）》第三十七条、第九十九条。

时点发行股份能够很大程度上提高公司的偿债能力。从程序上来看，通过股东会发行股份受制于更冗长的召集程序，在我国公司法中，股东会会议由董事会召集，董事会不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会召集和主持；监事会不召集和主持的，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。[19]意味着在通常情况下，公司召集股东会以讨论发行股份的议题时，必然需要经过董事会程序。而授权董事发行注册资本可以免除股东会的召集，仅需召集一次董事会即可完成股份的发行。更难以确定的结果，即便董事会召集完成后，若公司章程未有特殊规定，需要经过三分之二以上股东同意方可做出有效股东会决议，只要有 1/3 以上的股东在股东会决议时反对或者持摇摆态度均无法做出有效的股东会决议。从实体上来看，法经济学学者普遍认为除个体差异外，多数股东普遍不会参与公司运营，主要是通过财务报表判断公司的经营情况，从而做出对于公司重大事项的决断。[20]董事会作为主导公司经营的组织机构，具备更加专业的经营知识，可以较为准确的预判公司的发展曲线。由股东会发行注册资本可能导致公司错过融资的最佳时点，或股东所了解、研究的信息深度与广度有限，最终对于公司融资与否做出错误的判断。因此，对于债权人而言，董事会择时的优越性，更加能够起到增加公司资本总额从而提高公司偿债能力的目的。[21]

其次，资本发行制度对于公司股东的影响是较为复合的结构，原因在于公司股东在不同情况下对于公司的资本利益相对呈现出不同的需求。在股东的利润上，在市场规模相对有限的情况下，并非企业拥有更高的资产总额就能够为个体股东创造更为可观的利润，更高的资产总额意味着有更多的主体参与公司利润的分配，从而降低股东对于利润分配的比例，采用纳什均衡理论（Nash equilibrium）的观点，如果将公司内部看作一个独立的资源配置市场，只有在资本与经营行为达

---

[19] 参见《中华人民共和国公司法（2023 年修订）》第一百一十四条。

[20] 参见赵渊：《“董事会中心说”与“股东中心说”：现代美国公司治理学说之辩》，载《比较法研究》2009 年第 4 期，p93-99。

[21] 森本滋「新株の発行と株主の地位」法学論叢 104 巻 2 号（1978 年）1 頁以下；上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（7）』（有斐閣，1987 年），p146。

到一个相对均衡的状态时才能够为股东创造最大的利润。[22]

同时，授权资本的发行制度在公司反收购、控制权维持中也展现出较为显著的优越性，以往公司维持的控制权多采取表决权委托、股份代持等方式，受限于各类现有控制权维持方式同资本与权利相对等原则存在一定的冲突，最终是否能够达成控制权维持的目的不甚牢靠。著名的美国“犹纳卡公司案”[23]、日本“稻毛屋公司与忠实屋公司”都是以授权董事发行股份以达到反收购目的的典型案例，其中“稻毛屋公司与忠实屋公司”对于我国授权资本制的实践有重要的参照意义，该案是日本首例在反收购措施中争议定向增发性质的案例。秀和房地产公司认为该新股发行行为并不是以融资为目的，而是为稀释收购方持股比例以保证控制权为目的，以其属于不公正发行为由提起了新股发行无效诉讼。[24]从上述案例的相反面，即中小股东乃至公司整体的股权结构维持方面显然授权资本制的影响是相对负面的，董事会实施的定向增发措施可能会导致原先维持的股权结构被破坏，实控人通过增加发股份提高持股比例达到三分之二或二分之一。

最后，董事会是授权发行资本的主导机构和执行机构。董事会的权限和地位在授权资本项下均有所扩张和提高，但董事会的权利与义务受限于公司法规定的忠实勤勉义务，且董事会是股东会的执行机构的本质不会因为授权资本制而改变，因此将董事会作为主体独立讨论资本发行制度对于董事会利益所产生的影响是不适当的，在资本发行制度的调整过程中，值得推敲的是董事会的客体地位。在授权董事发行注册资本前，股东会与董事会的关系为单向结构，即股东会可以对董事会的决策实施有效影响，但董事会无法对股东会产生影响，授权资本制意味着，董事会可以对于股东会表决比例或者参与表决股东的人数产生反向的影响，因此在授权董事会发行股份的公司中，董事会席位显得更加的重要，股东在通过

---

[22] 熊秉元：《法的经济解释》，东方出版社 2017 年版，p213。
[23] 陈景善：《欧美收购制度的立法价值取向》，载《人民司法》2014 年第 21 期，p90-91。
[24] 奥島孝康：《会社法の基礎——事件に学ぶ会社法入門》，日本評論社，1994 年版，p175。

董事的提名或通过股东协议、公司章程获得公司股权时具备更加强烈的动因取得董事会席位。

四、公司引入授权资本制度的实务处理

国内诸多学者对于授权资本制的引入觊觎已久，李建伟教授认为公司作为最重要、最活跃的市场主体，引入授权资本制是必要的；[25]冯果教授也提出，在授权资本制下摒弃认缴制的立法观点。新《公司法》在授权资本制的设置上是相对克制的，在公司类型上，将授权资本董事发行注册资本限制在股份有限公司；在时间上，董事需要三年内完成注册资本的发行；在比例上，不得超过已发行注册资本的 50%；在发行方式上，采取非货币出资需要经股东会决议。[26]同时，新《公司法》同步修改的内容还包括第九十八条、第一百条要求股份有限公司注册资本全部实缴，从资本信用向资产信用转变的角度来看，上述修改与授权资本制的引入有千丝万缕的联系，本文不宜拓展讨论的广度。

（一）公司授权董事会发行注册资本的目的

落实到授权资本制引入问题上，首要值得讨论的是，股份有限公司授权董事会发行注册资本的必要性问题上。必要性问题要从授权董事会发行注册资本的目的进行推断，授权董事会发行注册资本可能存在两个显著目的，首要目的是筹措资金，筹措资金在实务上也可以区分为两个维度。第一，一部分公司受行业特性影响常年处于现金流短缺的状态，因此在公司经营过程中经常会遭遇现金流不足以维持公司日常经营或扩张速度的窘境，对于此类公司而言，如果通过股东会发行股份达成融资目的的话，必要程序完成最少需要 15 天的时间。在此期间公司可能因资金不足，不能够履行相应义务导致陷入违约的泥潭，对于此类公司而言，

---

[25] 李建伟：《授权资本发行制与认缴制的融合——公司资本制度的变革及公司法修订选择》，载《现代法学》，2021 年第 6 期，p106-p115。

[26] 冯果：《论授权资本制下认缴制的去与留》，载《政法论坛》，2022 年第 6 期，p94-102。

常态化赋权董事会发行股份以备公司资金不足时及时融资完成公司现金流的补充及有效运转不失为一类有效的举措。第二，另一部分公司受可预见的资金短缺影响，例如公司重大在建工程尾款的结算，大部分股东认可以未来需要以股权融资填补该部分资金缺口，但无法准确把握融资的时点，提前向董事会授权发行股份，以避免错过项目的关键节点。

此外，一部分公司出于反收购的目的也有强烈的动因授权董事发行注册资本，特别是对于上市公司而言，特别是科创属性较强的上市公司，因高额的研发投入，难以避免的是在上市前已经经过多轮社会资本的股权融资、稀释过程，导致上市时，实控人并无绝对的控制权，加之公开发行上市，一部分股份又掌握在公众股东手中，对于特定的公司而言，极易出现恶意收购的事件。区别于股份有限公司股东会股东成员的不确定性，董事会多为实控人及大股东控制，对于实控人而言，在股权比例即将失去控制时，董事会的决策比股东会的决策更容易取得，因此可以通过董事会定向发行股份的方式反向稀释恶意收购人取得的股权。但我国新《公司法》对于反收购的举措也进行了一定的限制，体现在只能利用货币的方式完成股份的缴纳否则需要经过股东会决议，原因在于“稻毛屋公司与忠实屋公司”中，实际控制人以股换股完成反收购措施，后被收购人以“不正当发行”为由向法院提起诉讼，该案最终虽已撤诉结案但也为反收购手段的合理性考量敲响警钟。

（二）公司授权董事会发行注册资本的方式

并非在任何情况下授权董事会发行注册资本均是适当的，公司自身以及各投资人出于自身利益的考虑，需要对董事会发行股权的比例、条件、方式、时限等进行考量，虽然在理想状态下董事会是全身心的为公司创造收益而运作，但因个体差异，以及董事所代表的利益体不同，不能认为董事所发行股份的时机、条件均为适当的。

在授权董事会发行股份时，可以通过公司章程或授权时的股东会决议，对发

行时的条件进行一定程度的限制，最重要的发行价格上，虽然新《公司法》有规定在新股发行时不得低于对应净资产，但净资产价值和估值之间也会存在一定差距，上市公司可以以最新一期的估值（交易前一日的收盘价）或估值乘以一定的折扣但高于净资产价值作为交易价格的底线。非上市股份公司可以参照最近一期股权融资时的估值进行限制，考虑到部分公司处于上升期，在以价格作为限制时也可以考虑采取阶梯定价的方式，例如“若董事会首年发行股份不得低于最近一期股权融资时金额的 110%，次年发行股份不得低于最近一期股权融资金额的 120%。”以此避免投资人股东、公众股东在董事会发行股份后股权价值受损的风险。其次，在发行股份所获得资金的用途上，用途若为某一确定时点的特定资金补充，可以在股东会决议时明确载明需要在一定条件完成后发行股份。若作为反收购的手段，也可分为诸多不同情形，诸如竞争对手拟对公司进行收购策略时可以通过发行股份稀释竞争对手的股权比例，将竞争对手所持有的公司股权限制在公司章程所规定的董事提名权、公司账目的查阅权之下，以免竞争对手知悉公司更多信息影响公司整体利益。除此之外，董事会也可能与控股股东串谋企图越过公司决策的红线，通过董事会向控股股东定向增发注册资本使得控股股东股权比例超出二分之一或三分之二，投资人股东可以在董事会定向发行情形下对于控股股东获得的股权总数进行限制或授权内容不包括定向发行。

五、结语

总体而言，本次公司法修订中引入授权资本制度，是回应了公司治理的本质需求，为公司提供了更加灵活的治理手段和融资方式，为法治化营商环境提供了更加充分的条文依据。新《公司法》的实施也为公司治理注入了活力，在社会资本不断活跃的当下，有很大一部分公司能够巧妙的设置、运用授权董事会发行股份这一制度，对内更大程度的维护公司运行、发展的需要，对外也能充分保障债权人的利益。从社会总体来看，《公司法》作为市场经济与公共利益的粘合剂，

只有在维持原则的基础上不断创新，充分吸收域外的先进经验，取其精华去其糟粕，结合市场经济发展经验创造出更符合我国发展路径的《公司法》。

笔时《公司法》还未具体实施，域外的案例固然有一定参考与借鉴价值，但从长此以往我国公司法治发展经验来看，还需要从我国实际运用效果进行分析，笔者也相信，在不久的将来，凭借市场的智慧能够为实务和理论研究提供更多的案例和指导，届时也可以对授权资本制引入问题进行更深层次、更符合我国实际情况的讨论！

北京市第三中级人民法院

新公司法“注册资本限期认缴”规定下公司治理法律风险提示及典型案例

以著作权等非货币财产出资，是否可行？大股东决议缩短出资期限，小股东该如何应对？简易注销时股东承诺公司无债，是否就可“高枕无忧”？新公司法实施在即，股东、公司该如何调整适应？

2024 年 4 月 18 日，北京三中院召开新公司法“注册资本限期认缴”规定下公司治理法律风险提示与典型案例新闻通报会，围绕新公司法“注册资本限期认缴”规定对公司、股东产生的影响，总结 2021 年至 2023 年间审理的相关案件情况，并精选与公司治理相关的十大典型案例予以发布。

新公司法将于今年 7 月 1 日正式施行，北京三中院党组成员、副院长薛强介绍，第四十七条“全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足”的规定不仅直接影响股东出资，在公司决议、股权转让、公司减资和清算注销等方面也将产生“连锁反应”。2021 年至 2023 年，北京三中院共审结相关二审案件 1308 件，其中因股权转让和股东瑕疵出资引发的纠纷占比超过 70%，并且因股东逃废债务、公司违法减资、违法清算注销所引发的债权人维权案件出现明显增幅。

风险管理是关乎公司生存与发展的重要议题，北京三中院民六庭庭长陈锦新表示，在注册资本认缴的规定发生变化后，公司、股东应当重点关注股东出资、股东合作、公司决策、“董监高”履职以及清算退出等六大风险，建议公司股东、高级管理人员在加强对新公司法学习的同时，也要相应的修订、完善公司章程和管理制度，依法依规行使权利、履行职责。

围绕“注册资本限期认缴”规定下公司调整适应新公司法举措中容易出现的问题，北京三中院民六庭副庭长巴晶焱发布了十个典型案例，并对公司减资时，股东对公司是否通知已知债权人负有合理注意义务，以及通过简易注销程序注销公司登记的，作出不实承诺的股东对公司注销前债务承担连带清偿责任等内容作了重点提示。

十大典型案例

【案例一】股东将出资款项转入公司账户后短时间内无正当理由又转出的，构成抽逃出资——叶某与秦某、李某、张某股东损害公司债权人利益责任纠纷

【基本案情】2018 年 5 月，法院判决甲公司对郭某给付叶某 183 万元的债务承担连带保证责任。因未获清偿，叶某以甲公司股东秦某、李某、张某存在抽逃出资的行为为由将秦某、李某、张某诉至法院，要求三人在各自抽逃出资的本息范围内对甲公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。经查，秦某、李某、张某为甲公司设立时的股东。2003 年 6 月 4 日，甲公司 A 账户收到 1000 万元，其中秦某出资 700 万元、李某出资 150 万元、张某出资 150 万元。验资报告载明股东均已实际出资，注册资本全部实缴到位。6 月 9 日，甲公司 A 账户向 B 账户转账 1000.1 万元，手续中有秦某签字；6 月 10 日，甲公司 B 账户对外转款 13 笔，转出款项共计 1000 万元。

【生效裁判】秦某、李某、张某作为甲公司设立时的股东，于 2003 年 6 月 4 日向甲公司验资专用账户支付出资，同年 6 月 9 日，三人的出资被转入甲公司其他账户，截至次日，上述款项分 13 笔转入其他主体账户，甲公司及秦某、李某、张某未就上述转账行为作出合理解释，构成抽逃出资，应在抽逃出资的本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。故法院判决秦某在抽逃出资 700 万元本息范围内、李某在抽逃出资 150 万元本息范围内、张某在抽逃出资 150 万元本息范围内对甲公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。

【法律提示】现行公司法和新公司法均要求股东应当按期足额缴纳公司章程规定的各自所认缴的出资额，不得抽逃出资。抽逃出资一般表现为制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配、虚构债权债务关系将出资转出、利用关联交易将出资转出等，股东验资后随即将出资转出是股东逃避出资责任的常见方式。根据新公司法的规定，抽逃出资的股东对公司及外部债权人均须承担责任。就公司内部而言，股东应当返还抽逃的出资，给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应与该股东承担连带赔偿责任；就公司外部而言,公司债权人有权要求抽逃出资的股东在抽逃出资的本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或实际控制人等应对此承担连带责任。

【案例二】以非货币财产出资的，应依法评估作价并办理权属变更手续——甲公司与郭某、乙公司执行异议之诉

【基本案情】2019 年 1 月，法院判决乙公司返还甲公司投资款本金、利息、投资收益等共计 340 余万元。后因乙公司无财产可供执行，甲公司以乙公司的股东郭某未实缴出资 400 万元为由，申请追加郭某为被执行人，对乙公司的债务承担清偿责任。经查，2010 年乙公司成立时注册资本为 200 万元，其中郭某、赵某分别以货币实缴出资 100 万元。2014 年 6 月，乙公司注册资本增加至 1000 万元，新增出资中，郭某与赵某以同一知识产权作价出资，分别出资 400 万元。

【生效裁判】本案中，《资产评估报告书》载明“于评估基准日，委估知识产权在持续经营假设前提下的市场价值为 800 万元”；《验资报告》载明“股东郭某以某知识产权出资 400 万元；赵某以某知识产权出资 400 万元……”上述知识产权已于 2014 年 6 月办理完财产转移手续，所有权已经转移到乙公司名下。上述证据可以初步证明涉案 800 万元出资已经实缴到位。甲公司认为 800 万元的知识产权出资系郭某恶意虚假出资，但未提供相反证据推翻上述《资产评估报告

书》和《验资报告》，其主张郭某恶意虚假出资，并要求以此追加郭某为被执行人对乙公司的债务承担责任的主张不能成立，故法院判决驳回甲公司的诉讼请求。

【法律提示】新公司法第四十八条规定股东可以用货币出资，也可用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资。与现行公司法相比，新增了股权和债权作为非货币财产出资的列举形式。多元的出资形式，具有鼓励投资的作用，但非货币资产用于出资，应满足一定的条件，即可以用货币估价，可以依法转让，不被法律、行政法规以及公司章程所禁止。以非货币资产出资的，也可以认缴，其实际价额以非货币财产实际交付给公司时的评估结果为准，如果评估确定的价额显著低于所认缴的出资额的，构成股东出资不实。但在无另行约定的情况下，符合法定条件的非货币财产出资后，即使因市场变化或者其他客观因素导致出资财产贬值，公司、其他股东或公司债权人也无权再要求出资人“补足”出资责任。考虑到多数非货币资产具有贬值、毁损等风险，建议以非货币财产进行出资的股东尽早依法评估作价并办理权属变更手续，完成实缴义务。

【案例三】在法律允许的认缴期限内，股东会决议缩短股东出资期限不适用“资本多数决”规则——刘某与李某、甲公司公司决议纠纷

【基本案情】刘某、李某为甲公司的股东，分别持股 80%和 20%，出资期限均为 2050 年 1 月。刘某称因公司经营遇到资金困难，于 2021 年 10 月召开临时股东会并作出决议：修改公司章程，将股东认缴的出资变更为分期实缴，并最终于 2025 年完成全部认缴出资的实缴；若股东经催告后仍未缴纳出资，经股东会决议可解除该股东股东资格且不予任何补偿或赔偿。该决议有刘某签字及公司盖章。因李某未按期缴纳第一期出资，2021 年 11 月 28 日，刘某再次召开临时股东会并形成决议：撤销李某股东资格，并由公司直接办理减资变更。现李某诉至法院，请求确认两次股东会决议无效。

【生效裁判】有限责任公司股东的出资期限系公司设立之初股东之间的一致合意，不同于公司的经营管理事项，在没有法律或公司章程规定的情况下，不能以多数股东意志变更各股东之间形成的一致意思表示，要求股东出资期限提前到期。本案中未经李某同意，刘某无权要求李某的出资期限提前到期，并且其作为控股股东通过股东会决议的方式修改股东出资期限并取消李某股东资格的行为属于滥用股东权利损害其他股东利益的行为，故法院判决两次股东会决议无效。

【法律提示】新公司法颁布后，大量公司将面临修改公司章程、缩短股东出资期限的问题。新公司法规定“全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足”，但在法律或公司章程规定的出资期限届满前，股东的期限利益仍受法律保护，股东不能以资本多数决的方式，以多数股东意志变更各股东已经就出资时间形成的一致意思表示，否则，股东会所形成的变更股东出资期限的股东会决议可能因损害中小股东利益而无效。但是，根据新公司法第五十四条的规定，公司已经不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求未届出资期限的股东提前缴纳。需要注意的是，新公司法增设了股东失权制度，在公司依照新公司法规定修改章程合理调整出资期限后，所有股东应当按照公司章程规定的出资期限缴纳出资，经催缴后在宽限期内仍未出资的，公司经董事会决议可以向股东发出失权通知，自通知发出之日起，未出资的股东丧失其未缴纳出资的股权。

【案例四】出资期限未届满即转让股权的股东并不当然免除出资义务——甲公司与李某、乙公司等股东损害公司债权人利益责任纠纷

【基本案情】李某、刘某为乙公司股东，分别认缴出资 90 万元和 10 万元，认缴出资时间均为 2036 年 12 月。2018 年 7 月，甲公司因合同纠纷将乙公司诉至法院，请求乙公司返还 50 万元，法院依法予以支持，但乙公司无财产可供执行。经查，诉讼过程中，李某、刘某分别将其所持有的乙公司股权以零对价转让

给案外人华某、陈某。故甲公司以乙公司原股东李某、刘某恶意转让股权逃避债务为由将二人诉至法院，要求二人对乙公司的债务承担连带责任。

【生效裁判】李某、刘某转让股权时，甲公司已经提起诉讼，二人应对案涉债务应有预期，此种情况下仍零对价转让股权，具有逃避债务的主观恶意，侵害了公司债权人的利益，应在未缴纳出资范围内承担补充赔偿责任。故法院判决李某在未实缴出资 90 万元范围内、刘某在未实缴出资 10 万元范围内对乙公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。

【法律提示】股东出资期限利益受法律保护，但股东不得滥用其出资期限利益以逃避债务、损害公司债权人权益，在明知公司对外负债且无力清偿的情况下恶意转让未届出资期限的股权、增加公司注册资本实缴到位的风险，其行为损害债权人利益，不应得到法律保护，股权转让人应在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。新公司法第八十八条第一款规定股权转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任，以避免转让人利用股权转让逃避出资义务，尤其是避免出现转让人将未届出资期限的股权转让给不具有出资能力的受让人的情形。因此，未届出资期限的股东转让股权后，受让人应承担按期缴纳该出资的义务，若受让人未按期足额缴纳出资，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。此外，根据新公司法第八十八条第二款规定，若存在瑕疵出资股权转让的情形，即转让人转让的股权出资期限已经届满但仍未实缴或者用于出资的非货币财产的实际价额显著低于认缴的出资额的，除非受让人不知道或不应当知道此种的情况，否则转让人与受让人应在出资不足的范围内承担连带责任。

【案例五】股权转让未变更登记，不得对抗善意第三人，转让方仍应在登记股权范围内承担责任——崔某与甲公司、乙公司追加、变更被执行人异议之诉

【基本案情】2022 年 1 月，法院判决乙公司支付崔某 26 万余元。因乙公司无财产可供执行，崔某诉至法院请求追加乙公司的股东甲公司为被执行人，在未

出资 1990 万元的范围内对乙公司的债务承担补充赔偿责任。诉讼中，甲公司提交一份股权转让协议，称其已于 2021 年 9 月将其持有的股份转让，目前仅持有 10%的股份，未缴出资为 20 万元，只是尚未变更工商登记，不应在 1990 万元的范围内承担责任。

【生效裁判】乙公司经强制执行程序仍无法清偿生效判决确定的债务，且无财产可供执行，甲公司作为乙公司工商登记的股东，其出资应加速到期，在未出资范围内对乙公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。甲公司虽主张股权转让，但未变更工商登记且未支付对价，其股权转让协议不具有对抗外部债权人的效力，故法院判决甲公司在其未出资的 1990 万元范围内就判决书确定的乙公司的债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。

【法律提示】股权转让协议生效后，受让人并不当然取得股东资格，股权转让也不当然发生对抗善意第三人的效力。一般而言，受让人的姓名或名称记载于股东名册时，受让人取得股东资格，可以向公司主张行使股东权利；而工商登记具有公示公信效力，债权人基于对登记事项的信赖作出决策，故未经工商部门变更登记，股权转让不能产生对抗善意第三人的效力，转让人仍应在工商登记的范围内承担责任。新公司法进一步扩大了股权转让的自由，取消了股东向股东以外的人转让股权时应经其他股东过半数同意的要求，但保留了公司股东享有优先购买权等规定，在公司其他股东不行使优先购买权的情况下，转让人与股东以外的第三人签订股权转让协议后，转让人、受让人均可要求目标公司及时变更股东名册、修改公司章程，并进行相应的变更登记。

【案例六】股东非因自身原因，在股权变更之日起一年内未行使优先购买权的，其优先购买权消灭——史某与王某股权转让纠纷

【基本案情】史某、王某为甲公司的股东，二人分别持股 20%和 80%。2019 年 12 月，王某与案外人赵某签订股权转让协议，约定将其股权全部转让给赵某，

并于当月完成股权变更登记。2021 年 12 月，史某将王某诉至法院，认为王某在未通知史某的情况下，私自伪造股东会决议、股权转让协议，将股权转让给案外人赵某，损害了其优先购买权，请求法院判令将王某持有的甲公司股权全部转让给史某。

【生效裁判】王某于 2019 年 12 月将甲公司 80%的股权转让给了案外人赵某，并办理了工商变更登记手续，史某提起本案诉讼的时间为 2021 年 12 月，自股权变更登记之日起已超过一年，该“一年”属于不变期间，不适用中止、中断、延长的规定，故法院判决驳回史某的诉讼请求。

【法律提示】根据现行公司法的规定，有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权的，应征得其他股东的同意，且其他股东在同等条件下享有优先购买权。同时，公司法司法解释（四）规定，如股权出让人未就其股权转让事项征求其他股东意见，或者以欺诈、恶意串通等手段，损害其他股东优先购买权，其他股东仍可主张按照同等条件购买该转让股权，但其他股东应自知道或者应当知道行使优先购买权的同等条件之日起三十日内主张，或者自股权变更登记之日起一年内主张。新公司法对股东优先购买权进行了一定的调整，简化了股东向股东以外的人转让股权的流程，不再要求必须征得其他股东的同意，但出让人仍应将股权的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东，否则其他股东仍可自知道或应当知道行使优先购买权的同等条件之日起 30 日内或自股权变更登记之日起 1 年内主张行使优先购买权，此时，股东以外的股权受让人可以依法请求转让股东承担相应的民事责任。

【案例七】公司依法减资后未向实缴出资股东退还出资款的，应将多缴的出资款退还并赔偿相应的利息损失——裘某与甲公司公司减资纠纷

【基本案情】甲公司注册资本为 1 亿元，其中裘某实缴出资 700 余万元。2016 年 3 月，甲公司召开临时股东会，表示公司将按照原有注册资本全体股东等比例

减资的方案进行减资，减资完成后，将退还裘某出资额280万元。裘某同意该决议。5月，甲公司完成减资的工商登记变更手续。9月，甲公司向裘某致函，表示因裘某实际控制的乙公司共欠甲公司约千万元，公司将暂扣减资退款。因多次索要无果，裘某诉至法院，要求甲公司退还280万元注册资本并赔偿相应的利息损失。

【生效裁判】本案属于公司注册资本减少过程中因减资行为引起的争议，甲公司的减资属于实质减资，应当退还裘某的减资款。因减资后未能及时退还而产生的利息损失，应予赔偿。故法院判决甲公司退还裘某出资款280万元及相应的利息。

【法律提示】为维护公司治理结构的稳定，新公司法规定了等比例减资原则及例外规定。所谓等比例减资，即公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，该类减资仅改变股东的出资金额，不影响股权比例，不会造成公司内部股东利益失衡。不等比减资又称定向减资，即减资后股东的持股比例发生变化，新公司法仅规定了法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或股份有限公司章程另有规定三种情形下，可以进行不等比减资。现行公司法虽未直接规定，但司法实务中一般也要求定向减资需经全体股东一致同意，等比例减资须经三分之二多数决。因此，公司在进行减资时，要注意以等比例减资为原则，如确需定向减资，建议召开股东会作出减资决议且经全体股东一致同意，并将公司决议过程等关键证据予以留存。在完成减资登记后，对股东超出持股比例的实缴资金及时予以退还，未经双方约定或法律规定，不得单方予以暂扣或主张抵销，否则应承担相应的赔偿责任。

【案例八】公司减资时，股东对公司是否通知已知债权人负有合理注意义务——刘某与张某、朱某、甲公司股东损害公司债权人利益责任纠纷

【基本案情】2015年4月，刘某与甲公司签署《承包租赁合同》，约定由

刘某承包甲公司的大棚房，承包期限至2028年。2017年8月，案涉大棚房被相关部门依法拆除。2019年9月，经法院调解，确认由甲公司返还刘某11万余元，但甲公司一直未予履行。刘某认为，2018年3月甲公司由1000万元减资至100万元时，未将减资事宜通知刘某，侵害了刘某作为债权人的权益，故请求甲公司的股东张某、朱某在900万元减资范围对公司债务承担补充赔偿责任。

【生效裁判】2018年3月，张某、朱某对甲公司减资时，应当知道甲公司出租给刘某的大棚房已经全部拆除，公司负有向刘某退还承包费的金钱给付义务，故刘某为公司的已知债权人。甲公司减资时仅对减资事项进行了公告，并未通知刘某，致使刘某不能要求甲公司提供担保或清偿债务，不符合法定的减资程序，亦损害了刘某的合法权益。虽然减资的通知义务主体是公司，但张某、朱某作为减少注册资本的股东，对公司的通知义务应尽到合理注意义务，故认定其对甲公司减少注册资本的程序瑕疵负有过错。现甲公司减资后，不能履行对刘某所负的到期债务，张某、朱某应当在900万元减资数额范围内对法院调解书所确定的甲公司的债务承担补充赔偿责任。

【法律提示】与现行公司法相比，新公司法区分了简易减资和一般减资两种情况。对于简易减资，减资事项公示即可；但对于一般减资，仍要求公司在作出减资决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸或国家企业信用信息系统公告，否则构成违法减资。最常见的违法减资即本案作出减资决议后仅公告而未通知已知债权人的情形。对于违法减资的法律后果，现行公司法并未规定，司法实务中一般认为，虽然减资事项的通知义务人为公司本身，但减资是股东会决议的结果，是否减资、如何减资由股东共同决定，股东对于公司减资的法定程序及后果亦属明知，且公司办理减资手续必须股东配合，故对于公司通知义务的履行，股东应尽合理注意义务。如公司减资时未依法履行通知已知或应知债权人的义务，股东不能证明其在减资过程中对怠于通知的行为无过错的，当公司减资后

不能偿付减资前的债务时，股东应当就该债务对债权人承担补充赔偿责任。新公司法规定违法减少注册资本的，股东应当退还收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状。需要注意的是，“已知债权人”的确定，并不以作出生效的法律文书为标准，在减资变更登记前已经产生且未受清偿的债权，不论该债权数额是否确定、债权履行期间是否届满，均应纳入公司履行法定通知义务的债权人范围。此外，根据新公司法第二百二十六条规定，在违法减资造成公司损失的情况下，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。因此，无论是股东还是董事、监事、高级管理人员在公司决定减少注册资本时都要认真履职，严格遵守法定减资程序。

【案例九】公司清算时，未书面通知已知债权人的，清算组成员对此应承担赔偿责任——甲公司与刘某、赵某、辛某等股东损害公司债权人利益责任纠纷

【基本案情】2018 年 1 月，甲公司与乙公司签订游戏代理协议，约定由甲公司担任乙公司某款游戏的独家代理运营商，并向乙公司预付分成款 100 万元。2020 年 7 月，案涉游戏下架。同年 11 月，乙公司召开股东会决议解散并注销公司，由全体股东成立清算组。2021 年，乙公司进行注销备案公告后完成注销。后甲公司获悉乙公司已注销登记，遂以乙公司未将注销事宜通知甲公司为由，将清算组成员诉至法院，请求判令清算组成员返还预付分成款 96 万元并支付逾期返款的违约金等。

【生效裁判】游戏代理协议系双方的真实意思表示，未违反法律、行政法规的规定，合法有效，双方均应全面履行。本案中，案涉游戏已经下架，游戏代理协议已经终止，乙公司应当依约向甲公司返还未抵扣完毕的预付分成款，并承担逾期返款的违约责任。乙公司清算及注销前，甲公司系其已知债权人，但现有证据无法证明乙公司就其解散清算事宜已经通知了甲公司。清算组成员在未全面履行通知义务情况下，径行解散乙公司并完成注销登记，应对甲公司未获清偿的债

权承担赔偿责任。故法院判决清算组成员返还甲公司预付分成款85万余元，并支付相应的违约金等。

【法律提示】公司清算时，清算组应依法将公司解散清算事宜公告并书面通知全体已知债权人，在债权人向清算组申报债权后，由清算组进行集中清偿。现行公司法第一百八十三条、新公司法第二百二十九条均规定了应当成立清算组清算才可解散公司的四种情形，但在清算组组成人员、履职方式、责任承担等方面，新公司法存在一定的变化：一是在组成人员上，新公司法并未区分有限责任公司、股份有限公司，并且规定董事为清算义务人，在无公司章程规定或股东会决议的情况下，由董事组成清算组。二是在履职方式上，除应当自清算组成立之日起十日内通知债权人、六十日内在报纸上公告外，新公司法也允许通过国家企业信用信息公示系统进行公告。三是在责任承担方面，新公司法规定清算组成员负有忠实义务和勤勉义务，清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

【案例十】通过简易注销程序注销公司登记的，作出不实承诺的股东对公司注销前债务承担连带清偿责任——佟某与张某申请执行人执行异议之诉

【基本案情】佟某系甲公司员工，2020年1月，经劳动仲裁，甲公司应支付佟某各项补助金20余万元。2020年3月，甲公司股东张某向市场监管局出具承诺书，承诺公司属于“公司注销登记前未发生债权债务/已将债权债务清算完结”的情形，并通过简易注销程序注销公司。现因甲公司无财产可供执行，佟某请求追加股东张某为被执行人，对甲公司所负债务承担连带清偿责任。

【生效裁判】作为被执行人的公司，未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，申请执行人申请变更、追加有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东为被执行人，对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。本案中，甲公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，张某作

为甲公司股东，应对甲公司债务承担连带清偿责任，故法院判决追加张某为被执行人，对甲公司的债务承担连带清偿责任。

【法律提示】简易注销登记极大地便利了未开业或无债权债务市场主体的退出，公司在注销时向登记机关承诺公司注销登记前未发生债权债务或已将债权债务清算完结即可启动简易注销程序，但由此也出现了利用简易注销程序恶意注销公司以逃避债务的情形。当前司法实务一般根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二十一条，追加股东为被执行人，对公司债务承担连带清偿责任。新公司法增加了关于简易注销的规定，第二百四十条规定公司在存续期间未产生债务或者已清偿全部债务的，经全体股东承诺，可以按照规定通过简易程序注销公司登记，但若承诺不实，则股东对注销登记前的债务承担连带责任。与当前的司法实务观点一致。因此，虽然公司可自主选择适用一般注销程序或简易注销程序，但在公司债务尚未清偿的情况下，应按照一般注销程序进行清算。否则，股东应依法对公司注销前的债务承担连带清偿责任。