

公司能否以自身出资设立新公司？PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_85_AC_E5_8F_B8_E8_83_BD_E5_c122_480598.htm

导语：随着我国经济不断发展和相关法律制度的日益完善，鼓励创业已经成为我国《公司法》修订的一大亮点。新修订的《公司法》不仅对设立公司的股东人数放宽了限制，大大降低了注册资本的底限，而且在出资方式和出资种类上也有较大突破。然而，再先进的立法也总是滞后于无限丰富的社会实践活动，各种各样的出资纠纷不仅丰富了法官在这一领域的审判经验，而且也为进一步完善《公司法》的相关制度设计提供了宝贵的社会实践。本文拟通过一例集团公司设立过程中的出资种类纠纷，探讨公司能否以自身出资来设立新公司这一新型法律问题，以便在公司法律实务或学术研究方面的同仁能够拓宽视野，为我国公司发展和制度创新与完善作出自己的贡献。

案例：吴某和张某曾先后参股设立包括B商厦在内的7家公司，各公司都是独立法人。其中B商厦是中外合资企业，中方投资人为张某，占注册资本10%；外方投资人为吴某设立的美国C公司，占注册资本90%。为便于管理，2006年二人决定以包括B商厦在内的七家公司作为出资方共同组建A集团公司，二人分别占60%和40%的股份。后因办理A集团公司的设立登记与工商部门发生纠纷，形成诉讼。工商部门认为A集团公司不能登记的主要理由有两点：一、公司不能以自身出资设立新公司。公司如以自身出资，其全部资产将投入新公司，公司资产会与新公司资产混同。二、公司如以自身出资，新公司的股东是出资公司而不是出资公司的股东。出资公司的

资产构成除净资产外还有一定数额的负债，股东对出资公司的股份与出资公司对新公司的股份并不相同。而吴某和张某却认为工商部门依法应当办理A集团公司的设立登记。首先，我国新修订的《公司法》大大放宽了对股东出资种类的限制，并不禁止公司以自身出资设立新公司。其次，这7家公司联合出资创办A集团公司，使自身成为集团公司的成员企业，有利于内部集中统一管理。再者，这7家公司本来就是由自己创办，由自己作为A集团公司的股东理所当然。法理分析：

一、股东出资的理论基础 股东设立公司为什么要出资？换句话说公司法要求股东在设立公司时进行出资的理论基础是什么？这是公司立法者在设计出资制度时应当首先回答的问题。通览各国公司法理论，尽管学者们站在不同的角度已对股东出资制度作出了各种各样的阐述，但是笔者认为设计股东出资制度的初衷应当与公司自身的特征密不可分。公司最基本的特征不是其规范的治理结构，而是其自身所具有的法律拟制人格。设立公司的目的是为了交易，因为只有通过交易才能产生效益。而交易本身必将在参与主体之间设立相关的债权债务，这些债权债务能否顺利实现对交易本身的安全构成重大影响。为了防范交易风险，参与者通常都会考查相对方的资信与担保。就自然人来说，能够作为担保的可以是自己的财产、能力、家庭背景和个人信用等等。而对于新设立的公司来说，由于其尚不具备相应的商誉和信用，其能够用以独立承担民事责任，提供交易担保的恐怕还只能是一定的财产和信用。而这些能够作为交易担保的财产和信用，就成为公司参与交易活动的基础和条件，从而使公司能够作为拟制法人与自然人同样享有相应的商事权利能力和行为能力

。公司作为独立法人进行日常经营活动，需要一定的财产和信用。股东会不仅是公司的权力机关，高管层均由股东会直接或间接选任和产生，而且股东会还决定公司的一切重大经营活动。公司经营所取得的利润，也最终会通过分红的形式为公司的股东所分享。易言之，股东是公司的控制人和所有者。根据权利与义务对等原则，取得公司收益的人应当为公司的设立付出对价和成本。因此，股东应当为公司从事交易提供相应的资信担保。这也正是要求股东为所设立公司进行出资的理论依据。根据《公司章程》的约定向公司履行出资义务，是股东取得公司股权并依法享有股东权利的前提条件。公司取得各股东的出资并使注册资本达到法律规定的最低要求，是公司取得独立法人资格，对外承担有限责任的合法依据。

二、目前世界各国《公司法》对股东出资种类的限制

公司的资本来源于股东的出资。但是现代社会财产的种类和形态千差万别，是否各种财产均可作为股东出资，是各国公司法理论和实践已经面临和必须解决的重大问题。由于货币作为一般等价物，价值易定，流动性强，目前各国均认同股东以货币方式向公司出资。但是对于货币以外的非现金出资，因为其形态各异，估价的难易程度也不尽相同，各国也都根据自己的国情对其作为股东出资分别作出了不同的限制。总体来说，对于非货币出资的适格条件，理论界主要有以日本法学家志村治美为代表的“四要件说”和以瑞士学术界为代表的“五要件说”两种观点。“四要件说”认为，作为股东出资的非货币财产应当符合下列条件：一是确定性，要求作为出资的财产明确、具体并记载于公司章程。二是现存性，要求在交付之前已现实存在。三是能够可靠估价和计量。

四是能够合法独立转让。“五要件说”除此之外强调出资财产对于所设立公司还应当是现实需要的。美国《示范公司法》（修订）对非货币出资的种类几乎未作任何限制，认为不论有形财产或无形财产，只要能使公司受益，均可作为股东出资。英国1985年《公司法》则限制以提供劳务的承诺作出资，但允许公司在重整的时候债转股。德国立法明确排出了劳务出资，对于其他出资种类只规定了一般条件，具体范围则通过判例和学说广泛承认。如允许以营业全体、商誉、交易关系、可转让的债权请求权等作为出资。通过比较国外关于股东出资的立法例，我们发现以美国为代表的英美法系国家对股东出资种类的限制一般较少，通常允许用债权、股权、劳务、信用等出资。以日本为代表的许多大陆法系国家一般禁止股东以劳务和信用出资；对债权出资则要求出资股东承担相应的保证责任。我国1993年《公司法》规定：“股东可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。”2005年10月，我国新修订的《公司法》在第27条规定，有限责任公司的“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用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；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外”。“全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司的30%”。该法第83条规定，股份有限公司发起人出资适用有限责任公司的规定。从我国《公司法》的修订看，修订后的《公司法》在立法技术上，对允许作为出资的财产除沿用原有的简单列举方式外，同时采用了适格条件概括式，这就大大放宽了对股东出资种类的限制。当然在目前条件下哪些财产还不宜作为股东出资，就有

待法律、行政法规进一步规定和法院通过个案审判作出具体解释。

三、公司以自身出资设立新公司的法律障碍 公司能否以自身出资设立新公司？

我国新修订的《公司法》本身并不禁止或限制公司以自身出资，其他现行的法律、行政法规和司法解释也尚未作出禁止或限制性的规定与解释。但是这能否说公司以自身出资就没有现实障碍？笔者认为尚不尽然。具体理由分述如下：

首先，如以公司整体出资，公司本身不能成为出资的主体。我们知道尽管德国的判例和学说均认可股东用营业整体进行出资，但是作为出资的主体是营业整体的所有人，而非营业整体本身。与此同理，公司并不是自己的所有人，公司的真正所有人是公司的全体股东。公司不能把属于股东的公司当作自己的财产来出资。如以公司整体出资，作为出资的主体只能是公司的股东而非公司本身。其次，如果公司作为其出资公司的股东，会引起公司管理的严重混乱。一方面，公司整体出资后就成为新公司财产的一部分，新公司有权决定其生产经营和是否存续；另一方面，出资公司又是新公司的股东，其又可以决定新公司的生产经营和是否存续。到底谁该拥有最终的决定权无法确定，必然导致管理的混乱。再者，公司以自身出资设立新公司，必然侵害股东的权益。公司作为新公司财产的组成部分，其经营收益权、重大决策权和净资产所有权都被新公司所享有，而公司股东的权益会荡然无存。公司以自身出资设立新公司之所以出现众多问题，是因为在公司之上设立了两个所有权：一个是股东作为出资人对公司本身的所有权，另一个是新公司把出资公司整体作为法人财产所取得的所有权，这严重违反了一物一权的基本法理和原则。因此笔者认为不管是现在或将

来，也不管是我国或国外，公司都不能以自身出资设立新公司。四、本案股东以所控股公司联合组建集团公司的可行性方案既然包括B商厦在内的七家公司不能以自身出资设立集团公司，那么作为控股股东的吴某和张某是不是就不能通过设立集团公司的形式对这七家公司进行集中管理呢？笔者认为并非如此。吴某和张某完全可通过以股权出资的方式来设立A集团公司。只是根据我国新《公司法》的规定，他们除了可以用自己在这七家公司的股权出资外，还必须注入不少于新公司注册资本总额30%的货币资本。吴某和张某以股权出资后，A集团公司将取代吴某和张某，成为包括B商厦在内的七家公司的直接股东，而这七家公司成为A集团公司的子公司。吴某和张某以让渡股权和注入相应的货币资本作对价，成为A集团公司的控股股东。他们可以通过对A集团公司的直接控制，来间接管理A集团公司的子公司，从而达到集中管理之目的。当然，吴某和张某所让渡的股权与最终从A集团公司取得的股本在数额上可能并不相同，这主要看包括B商厦在内的七家公司到底有多少净资产。同时这七家公司净资产的多少还直接影响到他们需要追加的资本以及集团公司的设立形式。只有集团公司股本总额达到人民币500万元时，才可能设立股份公司。通过股权出资，不仅可以有效避免股东资产与集团公司资产混同，解决一物两权之难题，而且从源头上明确了吴某、张某与集团公司分别作为A集团公司与所属成员企业各自股东的法律地位。吴某和张某在让渡自己对七家公司的股权后，再主张由自己作为A集团公司的股东理所当然。结论：综合考查中外《公司法》的发展趋势，大都以鼓励投资创业为目的，逐步放宽了对股东出资的种类限制

。但是保障交易安全和债权人利益，仍然是立法者设计公司股东出资制度的基本考虑。我国现行《公司法》、其他法律、行政法规和司法解释虽未明确禁止公司以自身出资设立新公司，但是由于这一出资形式严重违反了一物一权的基本法理和原则。不仅容易造成公司内部管理的混乱，而且严重侵害股东权益。因此不管现在还是将来，我国公司法律制度都应当通过制定法或判例、学说予以明确禁止。当然，在全球经济增长趋缓，就业压力不断增大的情况下，我国也应当把放宽投资限制、鼓励创办实业作为《公司法》进一步修订的价值取向。因此笔者建议在有效保障交易安全和债权人利益的同时，进一步放宽对股东出资种类的限制。只要属于有效资产并能够可靠计量，都应当允许股东作为对公司的出资。

（作者：刘月武，河南陆达律师事务所）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com