

[专论]

论股权回购与股份回购之竞合

——兼评《公司法》第75条和第143条/谭贵华

公司承包经营的法律问题研究/马勇

[专题研究]

从中小股东的视角看股权集中与分散两种公司治理模式/郭富青

论我国有限责任公司治理结构的特殊性/霍宝红

2008年第1辑 (总第13辑)

公司法评论

赵旭东 宋晓明 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所
最高人民法院民事审判第二庭

主办

人民法院出版社

[法治杂谈]

中国平安高管天价年薪事件,提出了什么问题?/剑玮

[案例评析]

有限责任公司股权转让不以股东名册的变更登记为要件

——张宗珍诉何珍英股权纠纷案/顾东伟

[重大事件]

三星丑闻与李健熙谢幕

——东亚家族公司治理:路径、演变与未来/吴永刚

[法官律师论坛]

试论法人人格否认基本要件的司法认定/俞巍

公司上市重组中吸收合并的法律与实务问题/李发嘉

有限责任公司的股东困境问题及其法律救济/赵文岩

[域外公司法]

美国的股东派生诉讼制度/张凤翔

2008年第1辑 (总第13辑)

公司法评论

赵旭东 宋晓明 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所 主办
最高人民法院民事审判第二庭

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法评论. 2008 年. 第 1 辑: 总第 13 辑/赵旭东、
宋晓明主编. 北京: 人民法院出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 80217 - 749 - 9

I. 公… II. ①赵…②宋… III. 公司法 - 研究 - 中国
IV. D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 187348 号

公司法评论 2008 年第 1 辑 (总第 13 辑)

赵旭东 宋晓明 主编

责任编辑 林志农
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) 67550563 67550575 (责任编辑)
67550516 (出版部) 67550558 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 279 千字
印 张 15.5
版 次 2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 749 - 9
定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

编辑委员会

编委会主任 江 平

编委会成员 (以姓氏笔画为序)

王卫国 王利明 王保树

王家福 邓荣霖 石少侠

江 平 吴志攀 宋晓明

赵旭东 奚晓明

主 编 赵旭东 宋晓明

副 主 编 李建伟

编辑办公室 吴伟央 许 敏 夏 敏 张莉力

吴永刚 庄 昊 孟 晋 张钧艳

丁文言 朱鹏伟 张承兵

目 录

[专 论]

- 1 企业登记审查制度批判/王金根
7 股份有限公司发起人出资不实民事责任剖析
——关于《公司法》第84条、第94条之系统解释/喻胜云
18 论股权回购与股份回购之竞合
——兼评《公司法》第75条和第143条
/谭贵华
28 公司承包经营的法律问题研究/马勇

[专题研究]

- 中小企业与有限公司 37 从中小股东的视角看股权集中与分散两种公司治理模式/郭富青
49 制度竞争,谁更适合中小企业的选择
——以有限公司与中小企业的契合性为中心/邵亚香
77 论我国有限责任公司治理结构的特殊性
/翟宝红

[法治杂谈]

- 89 中国平安高管天价年薪事件,提出了什么问题?
/剑玮

[案例评析]

- 98 有限责任公司股权转让不以股东名册的变更登记为要件
——张宗珍诉何珍英股权纠纷案/顾东伟

[公司人物]	110 七位证券市场强人的罪与罚
[重大事件]	128 三星丑闻与李健熙谢幕 ——东亚家族公司治理:路径、演变与未来/吴永刚
[法官律师论坛]	142 试论法人人格否认基本要件的司法认定 /俞巍 161 股东大会召集权诉讼相关问题探讨 /赵江涛 170 公司上市重组中吸收合并的法律与实务问题 /李发嘉 184 浅析改制企业离职股东股东资格的丧失 ——从一则国企改制公司的案例说起 /杨荣进 李军 192 有限责任公司的股东困境问题及其法律救济/赵文岩
[域外公司法]	209 澳大利亚的股东救济制度:强制公司清算救济与压迫行为救济/黄辉 220 美国的股东派生诉讼制度/张凤翔
[公司法史话]	227 公司董事会制度变迁引发的思考 ——一个历史角度的探索/吴伟央

[专论]

企业登记审查制度批判

王金根*

内容摘要：实质审查主义的基础是政府万能和哈韦路假设。然而，基于信息不对称及公共选择理论，得知实质审查主义已无法实现政府确保商事登记信息真实性以防止危及市场安全之主体进入这一目的。因此，只有确立形式审查主义，让登记申请人确保登记信息真实性才是最佳选择，因为采取形式审查主义实质理由在于有利于实现企业设立自由。

关键词：哈韦路假设 信息不对称 公共选择理论 设立自由

企业登记是企业依法设立必经的法律程序。企业登记程序包括受理、审查、核准、发照、公告等五个阶段。其中，审查是企业登记管理的关键环节，是工商行政管理机关办理开业登记的中心内容。

关于审查行为，目前存在三种学说，即实质审查主义、形式审查主义和折中审查主义。实质审查主义，是指登记机关对申请者所提交之申请不仅从是否符合法律要求的角度进行审查，而且要对申请事项的真伪进行审查。形式审查主义，则是登记机关对申请者所提交的申请从是否符合法律要求的角度进行审查，而不对登记事项的真伪进行调查核实。折中审查主义，则是登记机关对登记事项有重点地进行审查，尤其是对有疑问的事项予以审查，如果发现有不妥之处，得依职权拒绝登记。

一般认为，我国目前采取的是实质审查主义，典型代表是《企业法人登记管理条例实施细则》第55条规定的审查程序，包括审查提交的文件、证件和填报的登记注册书的真实性、合法性、有效性，并核实有关登记事项

* 作者单位：泉州师范学院陈守仁工商信息学院。

和开办条件。

一、实质审查主义的理论基础和价值取向

每一个制度的背后，都有其深刻的理论基础，实质审查主义也不例外。事实上，实质审查主义建立的基础是：（1）政府万能论，政府具有无限理性。（2）哈韦路假设，即政府是一些一心为公的精英所组成。^①“政府是父爱主义的仁慈的政府，它是为全体大众的利益，没有自己的私心。它是大公无私的，政府官员也是这样。”^②

从价值取向上看，实质审查主义更加偏重安全。自改革开放以来，我国国民经济繁荣发展，但是，在这一过程中，市场活动也不时呈现出杂乱化、无序化的运行态势。这种状况的产生固然有诸多原因，但其中不可忽视的一个因素就是企业的乱设、滥设。大量名不副实，甚至根本就不具备经营条件和资质的非法主体纷纷混入市场，从事各种投机违法和商事欺诈活动，致使合法经营者的交易风险增加，市场安全受到严重威胁。为了维护良好的社会经济秩序和交易安全，政府部门通过强化国家干预经济的职能，试图借助政府登记审查制度，对企业的设立行为加强规范和引导，从而借助政府之力来确保商事登记信息的真实性，及时制止可能危及其他商事主体及经济秩序的市场主体的进入。

二、实质审查主义批判

但是，实质审查主义是否真的能够实现其目标呢？事实上，笔者认为，实质审查主义建立的基础是值得怀疑的。

1. 政府不是万能的。因为政府与申请人之间同样存在信息不对称的问题。也就是说，工商行政部门对申请登记的企业所提供的材料很难判断是否真实。其原因主要有：一方面，如哈耶克所说：“由于市场的分散化，每个人只能了解他所能了解的那些东西，也就是说信息是分散的，分散的信息只有市场才能汇集和反映”；另一方面，是工商行政部门不一定有积极性去获取信息，以判断材料是否真实。因为获取这些信息对部门本身没有什么好处。退一步讲，即使工商行政部门有很高的积极性去了解真实情况，但是他们的时间、精力及能力也有限，怎么可能对那么多商事登记申请者申请材料

① 梁小民：《微观经济学纵横谈》，三联书店 2001 年版，第 237 页。

② 张维迎：《产权、政府与信誉》，三联书店 2001 年版，第 77 页。

的真实性——进行判断呢？更何况，那些商事登记申请者有更大的积极性去欺骗甚至贿赂工商行政部门。^① 经济学上有一个理论，叫管制俘获论，根据这一理论，负责管制的政府官员最后都要被被管制的人所俘获，站在被管制的企业一边，而不是站在公众的立场上讲话，维护公共利益。^②

2. 根据布坎南的公共选择理论，“无论在经济领域还是政治领域，参与活动的所有人，包括那些精英政治家在内，都是利己的经济人。”^③ 政府为弥补市场失灵的努力，往往不是实现公共利益，而是成为官员与政治家们谋取私利的方法。因为政治市场和经济市场不同，官员追求自己的利益，并没有一只“看不见的手”来引导他，从而使官员对自身利益的追求变成对公共利益的追求。事实上，从我国现实情况来看，我国某些商事登记机关往往是借实质审查之名，对企业实施不正当干预，甚至推行地方保护主义，使一些具备设立条件的企业不能依法设立，损害了企业设立效率和市场运行效率，同时又使一些本来不具备条件的企业不在行政保护伞下进入市场领域，危害了社会经济秩序和交易安全。

从价值取向上看，实质审查主义仅注重安全价值而忽视了效率价值，并不妥当。因为，在市场经济条件下，价值规律和竞争规律的作用决定了无论是经济运行、行政管理还是法律运作，仅仅考虑安全是不够的，还应将效率作为自己的追求。尤其是在经济分析法学家看来，任何法律制度的运作都需要一定的成本，法律的任务就是在于以最小的代价取得最大的效果，在各社会成员之间高效率地分配权利和义务，“法律制度归根到底是受效益原理支配的，法律安排实质上是以效益为中心的。”^④ 在企业登记审查制度中，如果片面追求安全，不考虑效率的价值，就很难适应急剧变化的市场经济发展的要求，无法为企业提供高效率的法律服务，不利于鼓励投资和搞活经营，最终阻碍我国经济体制改革的进一步深化。在企业登记审查制度中，效率主要体现在两个方面：一是政府的效率，二是企业的效率。实现效率最大化，不仅需要取消企业设立审核主义，也要严格限缩企业登记主管机关对申请设立的企业的审查内容和范围，这是因为登记审查工作需要耗费行政机关的人力、物力和财力，这种耗费构成了行政管理

① 张维迎：《产权、政府与信誉》，三联书店 2001 年版，第 109 页。

② 施蒂格勒：《产业组织与政府管制》，上海三联书店、上海人民出版社 1988 年版，第 210 页。

③ 梁小民：《微观经济学纵横谈》，三联书店 2001 年版，第 237 页。

④ 卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社 1999 年版，第 203 页。

的投入,审查的内容越多,范围越广,把关越严,投入也就越大,从而导致了行政活动效率的大大降低,而行政效率的降低必然导致企业设立效率的降低,使企业难以适应瞬息万变的市场形势,这将使整个市场经济运行的效率受到损害。

实质审查主义的目的,是希望借助政府之力来确保商事登记信息之真实性,及时制止可能危及其他商事主体及经济秩序的市场主体的进入。但如前述,实质审查主义真正难以达到此目的。况且在此情况下很难配置登记机关的权力与义务。因为既然登记机关无法确保信息真实性,对登记机关失察行为追究责任就过于苛严,则只好放弃相关责任的追究,从而使原有的义务转化为单纯的权力,其结果自然是不仅实质审查流于形式,而且寻租的可能性大增,绝对的权力必然导致绝对的腐败。但如果权力与义务一致原则确认登记机关相应的责任的话,由于政府官员责任的增加与企业家责任的增加不同,市场上企业家责任的增加,他一定会找到一个最优经济效益,但官员在增加大量的责任之后,一般不会增加相应的收益。这样就会形成官员“成本与收益”的严重不对称,官员就有可能作出非常没有效率的决策,如对企业申请行为设置更多的限制。^①

综上所述,实质审查主义建立的基础并不成立,价值取向上过于偏重安全而忽视效率,并不能达到立法预设的目的。

至于折中审查主义,有学者认为这种制度“重形式,又重实质,比较优越”,^②对此笔者并不赞同。首先,折中主义并没有改变借助政府之力来确保商事登记信息真实性的目的,本质上仍然是实质审查主义思想的延伸。其次,“对有疑问的事项予以审查,如果发现有不实之处得依职权拒绝登记。”^③这实质上是以模糊的语言赋予登记机关更大的自由裁量权,权力义务配置更为失衡,实有违法治精神之嫌。

三、结论

故此,笔者认为,形式审查主义更为妥当。理由如下:(1)体现了谁受益,谁担义务(责任),谁控制,谁担义务(责任)的原则。商事登记的

^① 张维迎:《产权、政府与信誉》,三联书店 2001 年版,第 108 页。

^② 周林彬、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社 2000 年版,第 242 页。

^③ 冯果、柴瑞娟:《我国商事登记制度的反思与重构——兼论我国的商事登记统一立法》,载中国民商法律网,网址: www.civillaw.com.cn/article/defarf.asp?i...42k2008-3-27. 最后访问时间: 2008 年 11 月 17 日。

结果和利益直接归属于申请人,则由申请人承担信息真实性责任,符合谁受益,谁担义务(责任)的原则。申请人在控制商事信息真实性方面,比登记机关更有优势,故同样符合谁控制,谁担义务(责任)的原则。(2)体现了效率优先,兼顾公平。正如前述:“法律制度归根到底是受效益原理支配的,法律安排实质上是以效益为中心的。”

除此之外,笔者以为,最为实质的原因是它体现了商事自治原则。所谓商事自治,是指商事活动中的一切权利义务关系的设立、变更和消灭,均取决于当事人自己的意志,原则上国家不做干预。从当事人角度看,商事关系完全由个人意志决定。从国家角度看,国家和法律的任务只是保护商事主体的意思而非干预商事主体的意思。

长期以来,我们计划经济体制下形成了一种国家至上、国家中心和国家意志决定一切,国家统筹一切的国家本位观念。这样就把社会看作是国家附属物,社会缺乏自身的独立性,社会生活的一切方面都有国家的干预。中国正在积极建立现代企业制度,而作为现代企业基本形式的公司的一个重要特征就是自治企业,不赋予企业真正独立法人地位,不摆脱政府部门的行政干预和控制,不改革从属二级行政主管部门的地位,就没有现代企业可言。市场经济必须以权利自主、企业自治和契约自由为基石。企业自治体现在企业设立上,就是企业设立自由。

自改革开放以来,我国商事法律制度从总体角度来讲,是放松管制。有学者提出希望废除备受批评的股份有限公司登记核准主义,从而堵住行政任意干预经济的通道。但仅此并不能从根本上解决问题。我们必须同时在程序法上废除实质审查主义。因为采登记形式审查主义的情况下,登记机关对申请者所提交的申请只能从是否符合法律要求的角度进行审查,而不对登记事项的真伪进行调查核实,排除了登记机关对申请人申请事项过多的干预。从而使设立企业完全成为设立人自己内部意思表示一致的结果。

至于有学者担心采形式审查主义会带来市场秩序的混乱,笔者以为,形式审查并不意味着政府放弃对市场的监管,市场的监管也不会因此成为空白。政府完全可以采用其他配套措施,例如,加强企业管理者责任,加强工商部门的市场监管职能等途径解决形式主义审查可能带来的弊端。

事实上,其他国家也大多采形式审查主义。^①如《瑞士债法典》第920

^① 谢怀栻:《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第250页。

条规定,商事登记官应当检查法律规定的登记条件是否得到遵守。在司法人员进行登记时,登记官尤其应当检查章程是否与强制性法定要件相冲突以及是否规定有法定的强制性条款。其他国家如美国、法国和日本,以及我国香港地区等也均不要求登记官审查登记材料的合法性和真实性。^①

^① 郭志斌、钟文主编:《中外市场监督管理比较》,中国统计出版社 1997 年版,第 58 页。

股份有限公司发起人出资不实民事责任剖析

——关于《公司法》第84条、第94条之系统解释

喻胜云*

一、问题的提出

《公司法》第84条第1~2款规定：以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份；一次缴纳的，应即缴纳全部出资；分期缴纳的，应即缴纳首期出资，以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。发起人不依照前款规定缴纳出资的，应当按照发起人协议承担违约责任。第94条规定：股份有限公司成立后，发起人未按照公司章程的规定缴足出资的，应当补缴；其他发起人承担连带责任。股份有限公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的发起人补足其差额；其他发起人承担连带责任。这两条规定的便是股份有限公司发起人出资不实的民事法律责任。发起人出资不实的民事责任包括两方面的内容：一是股份有限公司发起人在公司设立中因为没有出资或者出资有瑕疵所产生的民事责任；二是发起人因为存在没有出资或者瑕疵出资的发起人而对公司承担的资本充实责任。发起人出资不实的民事责任主要发生在发起人之间以及发起人与公司之间。具言之，主要是以下三种情况：没有出资或者出资瑕疵的发起人与已经按期足额缴纳出资的发起人之间；没有出资或者出资瑕疵的发起人与公司之间；已经按期足额缴纳出资的发起人与公司之间。这三种情况当中，《公司法》条文设置所依据的具体法理是怎样的？《公司法》为什么将这三种情

* 南京大学法学院博士生、南京林业大学经济管理学院讲师。

况分两个条文区别设置?这两个条文之间又是什么样的关系?这些问题都需要从法理上进行必要的分析,以便于法律的正确适用。因此,本文为探究我国《公司法》第 84 条和第 94 条关于股份有限公司发起人出资不实的民事责任的基本法理而作出恰当的解释,将以系统的法律解释方法进行剖析^①,以理顺存在于不同主体之间发起人出资不实的民事责任的法律关系以及《公司法》第 84 条与第 94 条之间的逻辑关系。

二、股份有限公司发起人出资违约责任——《公司法》第 84 条之剖析

(一) 发起人出资违约责任的法理基础

一般认为发起人出资违约责任,是指发起人因自己未出资的行为而向已出资的其他发起人依据发起人协议而承担的民事法律责任。股份有限公司设立是股份有限公司发起人为设立股份有限公司的共同目的而为的法律行为,股份有限公司的设立行为也是建立在发起人的相互信赖的基础上,并且根据《公司法》的规定,股份有限公司的设立无论是发起设立还是募集设立,发起人都必须要认购相应的股份,^②因此法律为保护、维持发起人之间的信赖利益关系,有必要建立发起人出资违约责任。

发起人出资违约责任不同于发起人未缴纳出资责任。“未缴纳出资责任是指设立人因自己未缴纳出资的行为而向公司和已足额缴纳出资的其他设立人承担的法律后果。《公司法》第 28 条和第 84 条对此作了规定。”^③未缴纳出资责任与出资违约责任的相同点是责任发生的原因相同:即都是股东或者发起人存在未出资的行为。但是其区别也是明显的:出资违约责任是未缴纳出资责任中的一种,发生在发起人之间或者股东之间;未缴纳出资责任范围要比出资违约责任广泛,其不仅包括发起人之间的违约责任,还包括未缴纳出资的股东或者发起人对公司的侵权责任。

法律适用中,发起人的出资违约责任把握的难点主要是发起人的未出资

^① “法律的解释方法一般包括语法解释、逻辑解释、系统解释、历史解释、目的解释和当然解释。其中,系统解释,是指将需要解释的法律条文与其他法律条文联系起来,从该法律条文与其他法律条文的关系、该法律条文在所属法律文件中的地位、有关法律规范与法律制度的联系等方面入手,系统全面地分析该法律条文的含义和内容,以免孤立地、片面地理解该法律条文的含义。”引自张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2006 年版,第 326 页。

^② 《公司法》第 78 条、第 85 条之规定。

^③ 周友苏:《新公司法论》,法律出版社 2006 年版,第 158 页。

行为。发起人的未出资主要包括完全未出资和未适当出资两种情况。完全未出资包括拒绝出资、不能出资、虚假出资和抽逃出资等。拒绝出资,是指股东在公司章程上签名后明确表示不履行按章程规定出资的情形,既可发生在公司成立前,也可发生在公司成立后。不能出资,是指因客观上的或法律上的原因致使出资者不能履行出资义务的情形。不能出资可以分为事实上的不能出资与法律上的不能出资。事实上的不能出资如出资的建筑物在办理财产转移手续前毁损或灭失等;法律上的不能出资如禁止流通物不能对外用作出资、非专利技术出资前泄密、商标权在出资前被撤销等。虚假出资,是指表面上出资而实际上并未出资的情形。抽逃出资,是指公司股东在成立时业已出资,但在公司成立后将其所认缴的出资暗中抽回的情形。未适当出资,是指出资义务履行不当,包括迟延出资、不完全出资、出资不实及瑕疵给付等。迟延出资,是指股东不按规定的期限缴纳出资交付财产和办理财产权转移手续。不完全出资,是指股东不按其认购的数额足额缴纳出资。出资不实,是指股东出资现物的实际价值显著低于其章程所确定的价值,如公司成立后,发现作为出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价值显著低于公司章程或验资报告所定价额的情形,是不完全出资的一种特殊形式。瑕疵出资,是指股东缴付的现物存在品质上或权利上的瑕疵。

(二) 发起人出资违约责任的法律适用

正确适用《公司法》第84条第1~2款规定,须从以下几方面注意:

其一,发起人出资违约责任产生的原因。发起人出资违约责任产生的原因在理论上主要有完全未出资和未适当出资两种情况。完全未出资包括拒绝出资、不能出资、虚假出资和抽逃出资等。未适当出资,是指出资义务履行不当,包括迟延出资、不完全出资、出资不实及瑕疵给付等。但细读《公司法》第84条的规定,发起人出资违约责任产生的原因不包括抽逃出资行为。其理由是:(1)从法律文义解释角度看,《公司法》第84条的规定中并不包括抽逃出资的行为。(2)从法律系统解释角度看,我国《公司法》关于抽逃出资的行为规定的是行政责任而非民事责任,《公司法》第201条规定:公司的发起人、股东在公司成立后,抽逃其出资的,由公司登记机关责令改正,处以所抽逃资金额5%以上15%以下的罚款。

其二,发起人出资违约责任承担的主体。根据《公司法》第84条的规定,发起人出资违约责任承担的主体应该是发起人。发起人出资不实导致的发起人出资违约责任所存在的情形主要是三种情况:(1)部分发起人出资不实,其他发起人出资殷实;(2)全体发起人出资不实;(3)股份公司募

集设立情形下, 发起人出资不实, 但是认股人出资殷实, 发起人是否应该向认股人承担违约责任。第一种情况是最典型的发起人出资违约责任的表现形态, 根据发起人协议, 出资不实者应该向出资殷实者承担违约责任。关于第二种情况, 全体发起人是否相互承担违约责任, 《公司法》对此没有规定, 但有学者认为应该存在违约责任。根据《合同法》第 120 条的规定, 当事人双方都违反合同的, 应该各自承担相应的责任。^① 对于第三种情况, 有学者认为: “在投资者以募集设立方式设立股份有限公司的情况下, 由于发起人与其他认股人之间互不熟悉, 立法者强行设定瑕疵出资发起人对其他出资到位认股人的违约责任并无法理依据。因此, 新《公司法》对此未予规定。”^② 对此, 笔者持不同意见。其实, 发起人对出资到位的认股人是否承担责任, 分为两种情况, 一是公司不能成立, 另一种情况是公司成功设立。公司不能成立的, 《公司法》第 95 条第 (2) 项作了明确规定: 公司不能成立时, 对认股人已缴纳的股款, 负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。公司成功设立的, 则须根据发起人协议的具体内容进行确定, 如果发起人协议约定了出资不实者应该向认股人承担相应的责任, 那么出资不实的发起人应该根据发起人协议承担违约责任; 如果发起人协议中没有规定发起人向认股人承担违约责任, 那么出资不实者就可以依据发起人协议对认股人不承担相应的违约责任。^③

其三, 发起人出资违约责任承担的依据。根据《公司法》第 84 条的规定, 该依据是发起人协议, 并非法律的直接规定。

其四, 发起人出资违约责任的法律性质。发起人出资违约责任的法律性质是约定责任, 不是法定责任。因为发起人出资违约责任承担的依据是发起人协议, 发起人协议是股份有限公司的发起人为了设立公司的共同目的, 而明确各自在公司设立过程中的权利和义务的契约, 根据此契约而承担相应的出资不实的民事法律责任, 所以在法律性质上属于契约责任, 即约定责任而非法定责任。

其五, 发起人出资违约责任的相对人。从法律关系角度看, 要确定发起

① 刘俊海:《新公司法的制度创新: 立法争点与解释难点》, 法律出版社 2006 年版, 第 119 页。

② 同上注, 第 118 页。

③ 笔者之所以这样认为, 是因为《公司法》第 80 条规定: “股份有限公司发起人承担公司筹办事务。发起人应当签订发起人协议, 明确各自在公司设立过程中的权利和义务。”发起人在发起人协议中明确的“在公司设立过程中的义务”并不当然排除发起人对认股人的出资违约责任。

人出资违约责任相对人,先要确定法律关系中的当事人。这其中包含三种情况:一是出资不实发起人与出资殷实发起人之间;二是发起人与认股人之间;三是发起人与公司之间。第一种情况发起人出资违约责任的相对人当然是出资殷实的发起人,《公司法》第84条规定的最明显立法目的便是此意。第二种情况中,发起人是否存在与认股人的出资违约责任。根据前文的分析,是否存在主要是看发起人协议的具体内容,如果发起人协议的内容中明确了发起人出资不实应该向认股人承担出资不实的违约责任,那么发起人出资不实的违约责任的相对人当然是认股人。第三种情况,笔者认为不存在发起人对公司出资不实的违约责任。因为发起人对公司的出资是法定责任,而非约定责任。有学者认为发起人对公司承担的未缴纳出资的责任属于侵权责任^①,一般认为发起人对公司承担的出资不实责任是公司的资本充实责任或者损害赔偿责任的。^② 无论怎样,不存在发起人对公司出资不实的违约责任,因此也无需确定这种情况下发起人出资违约责任的相对人。

三、股份有限公司发起人资本充实责任——《公司法》第94条之剖析

(一) 发起人资本充实责任法理基础

发起人的资本充实责任,是指为贯彻公司法中的资本充实原则,由发起人共同承担的保证公司成立时的实有资本额与公司章程记载的资本额一致的民事责任。^③ 公司资本充实责任在学理上的认识分歧主要是其内容包括的基本范畴。对此,主要有三种观点:

第一种观点认为,公司资本充实责任实为保证公司在登记时,其财产的实际价值不得少于章程所规定的资本额,如果公司登记时其财产不能满足章程所规定的数额时,发起人有义务填补这部分差额,因而,这种责任又称之为差额填补责任或差额责任。公司资本充实责任是公司发起人责任中与出资违约责任、损害赔偿责任并列的一种民事法律责任。^④

第二种观点认为,资本充实责任,是指为贯彻资本充实原则,由公司发起人共同承担的相互担保出资义务履行的民事责任。它通常包括认购担保责

① 周友苏:《新公司法论》,法律出版社2006年版,第158页。

② 孙晓洁:《公司法基本原理》,中国检察出版社2006年版,第119页。

③ 同上注,第118页。

④ 孙晓洁:《公司法基本原理》,中国检察出版社2006年版,第118~121页。