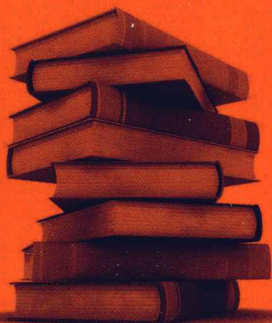




“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中



QIYEF
SHISHIZHONG DE YINAN WENTI

企业法 实施中的疑难问题

◎刘云升等 编著



中国人民公安大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

企业法实施中的疑难问题

刘云升等 编著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

企业法实施中的疑难问题 / 刘云升等编著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 7

(中国法律适用文库)

“十一五”国家重点图书出版规划项目

ISBN 978 - 7 - 81139 - 616 - 4

I. 企… II. 刘… III. 企业法 - 研究 - 中国 IV. D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 120802 号

企业法实施中的疑难问题

QIYEFASHISHIZHONG DE YINAN WENTI

刘云升等 编著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省昌黎县第一印刷厂

版 次: 2009 年 7 月第 1 版

印 次: 2009 年 7 月第 1 次

印 张: 15

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 338 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 616 - 4/D · 524

定 价: 35.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn

www.poreclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn

zbs@cppsueu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺图书分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

本书咨询电话: (010) 63485228 63453145

《民商法律实施中的疑难问题》

编辑委员会

主 任：田向利

副主任：（以姓氏笔画为序）

王 宽 古怀璞 李益民

张国钧 张瑞书 张鑫鲁

陈晓颖 高金浩 曹爱平

穆思山

编写说明

改革开放三十多年来，在建设中国特色社会主义伟大实践中，我国的法制建设同样取得了巨大成就。依法治国，建设社会主义法治国家，成为国家的基本方略和全社会的共识，以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系基本形成，依法行政和公正司法的水平不断提高，公民的政治、经济、社会、文化权利正在得到切实尊重和全面保障，促进经济发展与社会和谐的法治环境不断改善。但是，伴随改革开放的持续推进而引发的重大利益格局调整和社会经济关系的复杂化，无论是在不同法学门类的理论与制度实践中，还是在国家宪法和各种法律的创制与实施中，依然面临着法治理念的冲突、权利配置的失衡、法律适用的困惑和法律效果的偏差等诸多问题，亟待理论上的深入研究和实践上的制度探索。为此，我们优先选取企业法、物权法、知识产权法、合同法、劳动法、婚姻家庭法、金融法、民事诉讼法和损害赔偿法等与主体权益保障和社会经济发展紧密相关的九个法律领域，就其学术研究和法律适用中的疑难问题，作出重点整理与深入分析，并依据我国现行法律法规或根据法理提出解决方案，以期能为国家机关、企事业单位和社会民众提供一套具有较强针对性和实用性的法律丛书。

作为“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库之一，这套丛书呈现出以下鲜明特色：一是前沿性，即无论是丛书的整体选材，还是每册疑难问题的抓取，均须以事关广大主体的社会经济发展利益的争议焦点为基点，以免流于一般；二是时效性，即无论是法律依据的采用，还是解决方案的选定，均须以我国现行有效的法律法规和司法解释为依据，以免不切实际；三是学理性，即无论是对于争议焦点的分析与评价，还是对于解决方案的确定与论证，均须力求做到“知其然，知其所以然”，以免主观臆断。

本册《企业法实施中的疑难问题》由刘云升、郭晖、孟穗、赵德勇、贾志

民、韩秀敏共同撰写完成。具体分工如下：孟穗撰写第一章、第六章；郭晖撰写第二章、第三章、第七章；贾志民撰写第四章；韩秀敏撰写第五章；赵德勇撰写第八章；刘云升撰写第九章、第十章、第十一章、第十二章、第十三章。书稿经全体撰稿人讨论后，由刘云升修改定稿。

本套丛书编写过程中，中国人民公安大学出版社给予了大力支持，在此深表感谢！我们深知，尽管本套丛书的编写历时一年半之久，每一位作者在撰写过程中也均倾其所学所思，但错误与不当之处仍在所难免，欢迎广大读者批评指正！

编 者

2009 年 7 月

目 录

第一章 公司设立制度中的疑难问题	(1)
一、一人公司不应只限于有限责任公司	(1)
二、确定发起人身份应以公司章程的签名为准	(3)
三、股份有限公司发起人要承担相关民事责任	(5)
四、公司章程是国家意志和公司股东意志的结合	(7)
五、公司设立登记应统一立法	(9)
六、公司设立登记瑕疵不能轻易被宣告撤销登记	(11)
七、公司设立登记瑕疵应承担民事责任	(13)
八、出具虚假验资报告要对第三人承担侵权责任	(14)
第二章 公司人格制度中的疑难问题	(17)
一、公司的商事能力取决于公司自主决定的经营范围	(17)
二、公司超越经营范围订立的合同并非一概无效	(19)
三、公司具备侵权行为能力	(21)
四、抽逃出资后的公司法人人格一般仍然存在	(22)
五、否认公司人格必须符合相应条件	(24)
六、公司名称与他人注册商标相同可构成侵权	(26)
第三章 公司资本制度中的疑难问题	(29)
一、非货币出资应当符合法定标准	(29)
二、我国公司资本制度本质上仍然是法定资本制	(30)
三、借贷出资应区别看待出资人地位	(32)

四、非法手段获取的货币应区别情况认定出资效力	(34)
五、知识产权出资范围应受限制	(36)
六、以股权出资应符合一定条件	(38)
七、未足额缴纳出资的股东权利应受到一定的限制	(39)
八、公司合并时享有异议权的股东有范围限制	(41)
九、公司增资时股东仍可分期缴纳股款	(43)

第四章 公司法人治理中的疑难问题

(45)

一、公司必须依法构建法人治理结构	(45)
二、类别股东会制度有利于保护中小股东权益	(47)
三、弃权票仍具有法律意义	(49)
四、代理其他股东行使表决权须具备相应资格	(51)
五、出任董事须具备一定的条件	(53)
六、公司高级管理人员自我交易受限制	(55)
七、上市公司独立董事制度具有不可替代的作用	(57)
八、独立董事与监事会之间的职权要合理划分	(59)
九、上市公司法定代表人的权力应适当分散	(62)
十、股东可以通过诉讼保护自己在公司中的利益	(64)

第五章 股权转让中的疑难问题

(67)

一、有限责任公司股东对外转让股权需要其他股东过半数同意	(67)
二、在公司内部股东之间转让股份也要受到一定限制	(69)
三、股权登记不是股权转让行为的生效要件	(71)
四、法院强制执行股东股权须符合法定程序	(72)
五、转让有瑕疵股权的行为应为有效	(74)
六、有限责任公司股东在特定情况下可以要求公司回购股权	(76)
七、股东权利可因继承而发生转移	(78)
八、股份有限公司在特定情况下可以回购自己的股份	(79)
九、股份有限公司特定当事人转让股份存在法定限制	(81)

第六章 公司合并、分立与减资中的疑难问题	(84)
一、扩大清偿责任人范围可有效保护公司债权人利益	(84)
二、公司分立时应细化异议股东收买请求的程序规定	(86)
三、应适当缩小股份回购请求权的适用范围	(87)
四、公司分立时须进一步强化债权人利益的保护	(89)
五、公司减资前须严格遵守债权人保护程序	(91)
第七章 公司债券中的疑难问题	(94)
一、债券发行应当有数额限制	(94)
二、公司债券转让的效力应区别对待	(96)
三、公司债券的发行主体有范围限制	(97)
四、可转换公司债券转为股票需要履行增资手续	(99)
五、公司债券发行不能强制担保	(100)
第八章 公司解散和清算中的疑难问题	(103)
一、公司解散不等于公司法人资格终止	(103)
二、营业执照被吊销后公司仍具备法人主体资格	(105)
三、法院可以判令公司解散	(107)
四、清算组应按法律规定组成	(110)
五、公司法定清算义务人应为股东	(112)
六、清算组既是公司的受任人又是公司机关	(114)
七、清算组成员义务不同于董事义务	(116)
八、清算组成员违反义务须承担赔偿责任	(118)
第九章 合伙企业法实施中的疑难问题	(121)
一、合伙企业是商人，不是一般的民事合伙关系	(121)
二、成为普通合伙人需要具备一定的条件	(123)
三、全体合伙人书面协商一致是成立合伙企业的前提条件	(125)
四、合伙人出资可以采用多种方式	(128)

五、合伙企业在清算前合伙人不得请求分割合伙企业财产	(130)
六、合伙人相互之间享有财产份额的优先购买权	(132)
七、普通合伙人对执行合伙事务享有同等的权利	(134)
八、普通合伙企业重大事项须经全体合伙人一致同意才能决定	(135)
九、普通合伙人须履行竞业禁止及自我交易禁止的义务	(137)
十、合伙人个人债务与合伙企业债务清偿顺序有先后	(139)
十一、合伙企业的利润分配与亏损负担主要以合伙 协议的约定为准	(141)
十二、合伙人的内部协商不得对抗善意第三人	(142)
十三、加入合伙企业要承担相应的风险	(144)
十四、有限合伙与隐名合伙、特殊的普通合伙存在区别	(146)
十五、合伙企业也可以适用破产制度	(147)
十六、有限合伙人较普通合伙人有更自由的权利	(149)
十七、有限合伙人也有承担无限责任的可能	(151)
第十章 个人独资企业法实施中的疑难问题	(154)
一、个人独资企业不同于一人有限责任公司	(154)
二、个人独资企业的主体资格并不完全独立于投资人的 个人人格	(156)
三、个人独资企业的债务由投资人个人或家庭承担	(158)
四、个人独资企业的投资人应具备一定的条件	(160)
五、设立个人独资企业应当具备法定的条件	(162)
六、个人独资企业可以由他人来经营	(164)
七、个人独资企业可以转让和继承	(166)
八、个人独资企业的税收制度有特殊规定	(168)
第十一章 股份合作制企业法实施中的疑难问题	(170)
一、股份合作企业是一种特殊的企业法人	(170)
二、股份合作企业有别于股份有限公司	(172)

三、股份合作企业是股东承担有限责任的组织形式	(174)
四、股份合作企业的分配制度有别于其他企业形式	(176)
五、股份合作企业的股东享有特殊权利	(178)
六、股份合作企业的股权变动要遵守特别规则	(180)
第十二章 中外合资企业法实施中的疑难问题	(183)
一、中外合资公司并非按照公司法设立	(183)
二、外方出资方式 and 规模受到法律的限制	(185)
三、中外合资经营企业可以采用承包经营方式	(187)
第十三章 企业破产法实施中的疑难问题	(190)
一、非企业法人也可能纳入破产企业的范围	(190)
二、我国的破产程序具有域外效力	(192)
三、破产抵销不同于民法上的债务抵销	(194)
四、债权逾期未申报应承担不利的法律后果	(196)
五、享有优先受偿权的债权无须申报	(198)
六、破产管理人是破产财产受托人	(200)
七、破产管理人失勤勉将承担法律责任	(203)
八、破产管理人处置破产财产必须接受监督	(205)
九、破产财产是破产程序终结前属于债务人的全部财产	(207)
十、破产取回权是受到破产程序限制的私法权利	(209)
十一、别除权的标的物是破产人的特定财产	(210)
十二、破产重整不再以达成和解协议为前提条件	(212)
十三、和解协议是债权人与债务人达成的偿债契约	(215)
十四、重整计划是拯救公司命运的强制性契约	(216)
十五、劳动债权的优先受偿应受到限制	(218)
相关法律、法规名目	(221)
主要参考文献	(222)

第一章 公司设立制度中的疑难问题

一、一人公司不应只限于有限责任公司

【争议焦点】

该问题涉及一人公司的类型，虽然在最近一次的公司法修改中，我国首次将一人有限责任公司明确地写进了公司法，但此问题在立法上仍有许多不足之处。

一人公司，是指所有股份为一人持有或实际上为一人持有的公司。理论上一人公司包括一人有限责任公司、一人股份有限公司、一人无限公司等，一般而言一人公司仅指股东承担有限责任的公司（有限责任公司和股份有限公司）。自1925年列支敦士登首先从立法上承认一人公司以来，法国、德国、丹麦、日本等大陆法系国家及美国等英美法系国家相继在立法上承认了一人公司。回溯一人公司的历史，从其被承认到现在已有半个多世纪的历史了。我国2005年公司法修改的亮点之一是鼓励投资、促进投资，其最显著的表现是将一人公司制度引入公司法，首次在其中增加了一人有限责任公司的特别规定。但学界对一人公司的类型问题存在不同观点：

一种观点认为，公司法中应该允许自然人和法人设立一人有限责任公司，但不宜设立一人股份有限公司，同时为防止其弊害，应禁止同一股东设立多个一人公司以及一人公司再另设一人公司，此也为国际惯例。^①

另一种观点认为，现行公司法仅允许设立一人有限责任公司，这与国外公司法允许设立一人股份有限公司的规定相比显得相对保守。在国外，许多国家对一人公司的设立大多采取了比较开放的态度，既允许设立一人有限责任公司，也对一人股份有限公司采取肯定的态度。^②此外，对一人公司外延的明确界定使我国的一人公司立法陷入理论上难以阐释的逻辑怪圈，也缩小了一人公司的发展空间。^③

① 姜天波：《公司法修改的若干理论与实践问题（四）——关于一人公司制度》，载《工商行政管理》2006年第6期。

② 易继荣、朱奕：《新〈公司法〉中的一人公司制度评析》，载《湖北广播电视大学学报》2007年第3期。

③ 南景毓：《公司法修改后一人公司立法述评》，载《行政与法》2007年第2期。

【分析与结论】

笔者认为,从世界各国的立法和实践来看,放开设立一人股份有限公司的限制是不可避免的,但基于我国实际,对设立一人股份有限公司应当采取审慎的态度。公司法第二章第三节以“一人有限责任公司的特别规定”为题,对一人有限责任公司作出了明确规定,从而确立了一人有限责任公司的法律地位。由于受传统公司法理念的影响以及一人股份有限公司自身存在的弊害,加之我国市场经济尚不成熟,使人们对一人股份有限公司心存疑虑。我国现行公司法之相关规定也说明了这一点。目前,我国完全禁止设立一人股份有限公司,这就如同将一个频频变动的事物置于相对稳定的公司法之中,无疑会大大影响公司法的稳定性。世界各国在立法上允许设立一人公司的立法初衷,无非是想利用一人公司这种投资形式的优势,即其责任的有限性和收益的无限可能性来满足股东财富扩张的欲望。在使股东直接受益的同时,也增加社会财富的积累。但公司法的规定堵死了一人公司发展的空间,因为它规定股份有限公司的设立人数条件是2人以上200人以下。它既禁止设立一人股份有限公司,也不允许一人有限责任公司发展转化为一人股份有限公司,再加上禁止一人公司转投资,彻底堵死了一人公司发展壮大的通道。但是,鉴于一人公司本身的内部监督机制较弱,且我国尚处于经济转型时期,市场机制尚未完善,资本市场改革也未完成的情况,容易发生滥用股东权利的行为,对债权人的利益保护不利,因此,对设立一人股份有限公司应当采取审慎的态度。对此,我们可以借鉴台湾地区公司法对一人股份有限公司的立法,即对设立一人股份有限公司的主体进行限制,允许法人、国家设立一人股份有限公司。在此基础上,待时机成熟之际,再放开一人股份有限公司的主体至自然人,从而稳步实现彻底放宽一人公司的外延,允许任意主体设立一人股份有限公司。

【法律依据】

中华人民共和国公司法（节录）（2005年10月27日中华人民共和国主席令第42号修订公布 自2006年1月1日起施行）

第五十八条 一人有限责任公司的设立和组织机构,适用本节规定;本节没有规定的,适用本章第一节、第二节的规定。

本法所称一人有限责任公司,是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

第五十九条 一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币十万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。

一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

第六十条 一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资,并在公司营业执照中载明。

第六十一条 一人有限责任公司章程由股东制定。

第六十二条 一人有限责任公司不设股东会。股东作出本法第三十八条第一款所列决定时,应当采用书面形式,并由股东签名后置备于公司。

第六十三条 一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。

第六十四条 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

二、确定发起人身份应以公司章程的签名为准

【争议焦点】

这一问题涉及对公司发起人概念的界定。对于公司发起人的概念，各国法律鲜有给出明确定义，学理上对之阐述也不一致。理论上存在三种不同的学说：形式说、实质说和结合说。^①

形式说认为，只要在公司章程上签名的人就是发起人，虽实际参与设立但未签名于公司章程之上的人不是发起人。台湾地区“公司法”第129条规定，发起人应以全体的同意订立章程还要在章程上签名盖章。台湾地区学者柯芳枝和郑玉波均强调是否为发起人应以是否在公司章程上签章为准。^②《德国股份公司法》第28条规定：“确定章程的股东为公司发起人。”第29条规定：“发起人应认购公司全部股份。”^③《日本商法》第165条规定：“设立股份有限公司，须有发起人制定章程。”第169条规定：“设立股份有限公司，各发起人须以书面形式认股。”可见，大陆法系国家的公司立法通常采纳此说。

实质说认为，只要参与公司设立的策划，为公司设立尽力的人即为发起人。因此，为公司筹措资金的人、在公司设立过程中签订必要合同的人、甚至没有参加公司最初组建而后来帮助发行资本的人都是发起人，至于是否签名于章程则在所不问，而且并不要求发起人认购公司的股份。英美法系国家的学者在定义公司发起人时，主要着眼于他们在公司设立活动中所起的实质性作用，通常采用实质说。如R·W·汉密尔顿认为发起人是在形成和组织一个新的商事企业过程中起主要作用的人。

结合说认为，具备发起人身份不仅需要在公司章程上签名，而且还需要有参与设立公司的行为。

【分析与结论】

我国公司法对公司发起人的概念没有直接进行确定。从公司法相关条文可以看出，我国既要求公司发起人承担公司筹办事务又须将其姓名或名称记载于公司章程上，很明显系采结合说。故简单地说，公司发起人，是指具有创办公司的共同意思，认购股份、承担公司筹办事务并签章于公司章程上的人。对比前述三种学说，结合说对发起人身份

① [日]加藤良三著：《股份公司法》，中央经济出版社1980年版，第42页。

② 柯芳枝著：《公司法论》，（台）三民书局1984年版，第168页；郑玉波著：《公司法》，（台）三民书局1980年版，第85页。

③ 卞耀武主编：《当代外国公司法》，法律出版社1995年版，第120页。

进行了双重限制,导致范围过于狭窄,难为实践所采纳。实质说从实质参与的角度来界定发起人,“对公众利益保护得较为周全是其优点;界定标准不够明确,操作性差是其缺点。另外,令不同参与程度的创设者无差别地承担相同的发起人责任,未免有失公允”^①。笔者认为,商法为保障交易安全,提高交易效率而设定权利外观责任制度,应当适用于公司法,而鉴于发起人在公司设立权利义务关系中的枢纽地位以及责任上的特定性,对发起人的定义应以形式主义为准,通过其身份的明示化来确保法律关系的明确化。同时,为了保障善意信赖的公众的利益,防止那些实际参与公司设立甚至虚张声势诱骗他人认购股份的人通过不在公司章程上签名的方式规避发起人责任,可糅合实质说的优点,设置类似发起人的责任。

【法律依据】

中华人民共和国公司法(节录)(2005年10月27日中华人民共和国主席令第42号修订公布自2006年1月1日起施行)

第七十七条 设立股份有限公司,应当具备下列条件:

- (一) 发起人符合法定人数;
- (二) 发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额;
- (三) 股份发行、筹办事项符合法律规定;
- (四) 发起人制订公司章程,采用募集方式设立的经创立大会通过;
- (五) 有公司名称,建立符合股份有限公司要求的组织机构;
- (六) 有公司住所。

第七十八条 股份有限公司的设立,可以采取发起设立或者募集设立的方式。

发起设立,是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。

募集设立,是指由发起人认购公司应发行股份的一部分,其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

第八十条 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。

第八十二条 股份有限公司章程应当载明下列事项:

- (一) 公司名称和住所;
- (二) 公司经营范围;
- (三) 公司设立方式;
- (四) 公司股份总数、每股金额和注册资本;
- (五) 发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间;
- (六) 董事会的组成、职权和议事规则;
- (七) 公司法定代表人;
- (八) 监事会的组成、职权和议事规则;
- (九) 公司利润分配办法;

① 王凡:《公司设立中的几个法律问题刍议》,载《四川教育学院学报》2005年第5期。

- (十) 公司的解散事由与清算办法;
- (十一) 公司的通知和公告办法;
- (十二) 股东大会会议认为需要规定的其他事项。

三、股份有限公司发起人要承担相关民事责任

【争议焦点】

公司的设立制度是公司法律制度的起点,而股份有限公司发起人责任制度则是公司设立制度的核心。发起人民事责任制度是通过发起人的权利行使的规制来平衡公司设立中的各方利益。公司成立时发起人所应承担的民事责任是各国发起人民事责任制度中的主要内容,但针对发起人对公司所承担民事责任的归纳,理论界有不同的观点:

第一种观点认为,发起人对公司的民事责任,理论上可归纳为出资违约责任、资本充实责任和损害赔偿 responsibility。^①

第二种观点认为,发起人对公司的民事责任,根据违反的义务不同而分为两种类型,违反资本充实义务的资本充实责任与违反注意义务和忠实义务的损害赔偿 responsibility。^②

第三种观点认为,发起人对公司的民事责任,包括发起人的出资违约责任、资本充实责任、对公司的损害赔偿 responsibility 及对第三人的损害赔偿 responsibility 和先公司合同责任。^③

【分析与结论】

从法律的相关规定可以看出,立法上的突出问题表现为我国现行公司法中并没有建构起一个完备的发起人民事责任体系。笔者认为,我国公司法应借鉴大陆法系国家的立法,发起人在公司成立时所应承担的民事责任应主要包括出资违约责任、对公司的资本充实责任和损害赔偿 responsibility 以及对第三人的损害赔偿 responsibility 和先公司合同责任。根据我国现行公司法的规定,公司成立时,发起人承担的民事责任只限于出资违约责任、发起人之间的出资担保责任和对公司的损害赔偿 responsibility。对比大陆法系国家完善的发起人民事责任体系,我国公司法尚欠缺发起人对公司的资本充实责任和公司成立时发起人对第三人承担的损害赔偿 responsibility 和先公司合同责任的规定。

首先,大陆法系的资本充实责任指的是发起人在设立时发行股份与实收股款不一致的情况下所应承担的责任,发起人不仅要对其他发起人的出资承担担保责任,还要对认股人的出资承担担保责任。因此,目前我国所规定的发起人之间的出资担保责任只能算是资本充实责任的部分内容,需要充分借鉴日本、德国等大陆法系国家的相关立法来完善我国发起人的资本充实责任。我国立法应先对发起人的资本充实责任做总括性规定,

① 赵昕:《论公司发起人的民事责任》,四川大学 2006 年硕士学位论文。

② 姜天波:《公司法修改的若干理论与实践问题(四)——关于一人公司制度》,载《工商行政管理》2006 年第 6 期。

③ 慈成:《发起人民事责任研究》,吉林大学 2006 年硕士学位论文。

并对发起人资本充实责任的认购担保责任、缴纳担保责任、价格填补责任和出资损害赔偿等具体形态分别加以规定。其次,我国的发起人民事责任制度忽略了对包括股份申请人、股份认股人在内的公司设立中的第三人的利益维护。发起人对第三人的损害赔偿责任是各国立法中发起人民事责任的重要内容,我国公司法却毫无规定,这显然是我国发起人民事责任制度的一个漏洞。因此,应填补这一立法缺陷,规定公司成立时发起人对第三人承担的损害赔偿赔偿责任。最后,我国立法应明确公司成立时先公司合同责任在发起人和成立后的公司之间应如何分配。为防止部分发起人滥用其权利以设立公司为名逃避自身的合同债务,我国立法应将发起人的设立行为分为设立公司的固有行为及其附属行为和开业准备行为。固有行为及其附属行为是公司章程所体现的设立公司的必有行为,应规定其法律效果当然地归属于成立后的公司。而对于发起人与第三人之间订立的属于公司章程中没有体现的属于开业准备行为的合同,我国立法可结合德国立法和美国立法及判例,应规定公司可以不承担该合同债务。

【法律依据】

中华人民共和国公司法（节录）（2005年10月27日中华人民共和国主席令第42号修订公布 自2006年1月1日起施行）

第八十四条 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。

发起人首次缴纳出资后,应当选举董事会和监事会,由董事会向公司登记机关报送公司章程、由依法设定的验资机构出具的验资证明以及法律、行政法规规定的其他文件,申请设立登记。

第九十四条 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。

第九十五条 股份有限公司的发起人应当承担下列责任:

(一) 公司不能成立时,对设立行为所产生的债务和费用负连带责任;

(二) 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;

(三) 在公司设立过程中,由于发起人的过失致使公司利益受到损害的,应当对公司承担赔偿责任。