



德衡律师集团
DEHENG LAW GROUP

客户通讯 & 律师观点

国际业务中心 > 仲裁与 ADR 业务团队主办

2016 年 11 月 14 日 | 第 4 号

仲裁与 ADR 业务团队理论研讨

【研讨主题】

论公司设立过程中的若干法律问题

【研讨笔记】

公司设立的过程会涉及到一系列的财产关系，这是公司法人形成的过程，而发起人在这一过程中则承担着筹划公司设立等一系列事情。虽然目前公司法取消了注册资本制度，但是这并不意味着有了财产和发起人，有了章程和公司架构就能顺利成立公司。公司设立过程中难免涉及若干法律问题，本次研讨也将就此展开论述。

一、公司的设立

（一）公司设立的概况

目前我国承认的公司有限责任公司和股份有限公司，这两种公司都是资合性较强的公司，其中又以股份有限公司的资合性最强。有限责任公司的成立应当采取设立方式进行，各发起人认购股份，实行的是认缴资本制度。股份有限公司可以采取发起的方式设立，也可以采取募集的方式设立，但是采取募集方式设立公司的应当进行验资，验资之后才可以登记成立公司。

公司在设立中的责任并不是有限责任，因为在公司的设立阶段公司还没有成立，没有依法取得法人资格，因而公司发起人在公司设立阶段是一种合伙关系，若公司设立成功，发起人按照其认缴的部分或者享有的股份承担责任；一旦公司设立失败，发起人应当对公司的债务承担无限连带责任。

（二）设立中的公司法律性质分析

在公司设立过程中是存在诸多的民商事法律行为以及行政行为的，这就表明了在公司设立的过程中存在有民事法律行为以及行政法律行为，这一过程中不可避免的就会有第三人的参加。例如在

租赁仓库用于存储货物的时候，这就会发生房屋使用权转让的法律行为；如果发生购买行为还有可能会引入第三方评估机构进行评估，这样将导致委托行为的发生。法律对于已成立的公司应当如何区分必要性与不必要性，以及划分法律责任，这就需要我们对此加以讨论，在这其中主要是对设立中的公司的立法原则方式更迭的考虑以及其法律性质的分析。

一个公司的设立是需要经过国家的行政审批的，这也体现出公司在设立过程中存在有行政许可行为的产生。同时，伴随公司的设立过程，会存在有诸多的民事行为以及民事法律关系，而处在设立中的公司既不是在完整意义上的法人，也不是无权利能力的团体组织，设立中的公司是可以采取诸多民事权利的，比如可以进行房屋租赁行为等。那么对于设立中的企业不应当采用传统大陆法理论中的完全否定说，这也不利于企业的健康发展以及促进企业的发展，因为在设立中的公司发起人之间也是具有相互的权利责任的。对于公司是需要承担相应的责任，笔者认为，在设立过程中，公司具有的意思表达是有效的，其具有民事行为能力以及民事责任能力，故而设立中的公司是享有民事权利能力。

二、公司设立过程中的若干问题

（一）公司设立中的主体问题

在我国现阶段的经济发展中，公司形式是最主要的市场经济角色，公司作为市场主体的重要组成部分，设立本就是一个复杂而漫长的过程，对于执照问题和设立中公司面临的问题等都存在着一些需要解决的法律问题。因此，我们需要从参考法史学、法解释学和比较法学等以及具体的相关法律条例来实现公司自治理念，从而平衡各方面的利益，进而建立公司科学的运营管理系统。

对于设立中公司的民事主体资格问题，一直都是备受学术界所争议的，经济立法对于此类情况也没有明确的规定。对于公司的民事主体地位应该从公司的各个方面考虑，最终确定是否赋予。从公司设立的实践过程中，我国相关公司立法就规定：在公司执照未颁布下来时，公司就不能以公司的名义举办经营活动。因此，就会容易出现认股人在向公司缴纳股款、投资实物时，只能将其纳入发起人的名下。因为发起人只有两种方法可以集资，要么以发起人名义，要么以设立中公司的名义进行。为了公司的设立过程具有系统的制度体系的原则标准，应该改变现状，及时赋予公司民事主体的资格。

（二）发起人的出资问题

发起人的出资方式包括货币出资，实物出资，土地使用权出资，股权出资等，在出资之后公司常会出现两个问题一个是抽逃出资的问题，一个是公司通过善意取得获得出资所有权的问题。

第一，出资方式问题。货币出资是最常见的出资方式，货币出资没有任何限制，无论是合法收入还是违法所得均可以进行出资，因为货币是占有即所有，而且货币出资在金额上也没有任何的限制，但是对于非法收入出资获得的股权应当依法变卖或者拍卖。实物出资要求以实物所有权出资，即出资要转移所有权。对于不动产或者知识产权，土地使用权等需要办理权属变更登记，已经交付但未办理权属变更的，应认定为履行出资，法院应责令其 30 天内变更，若变更的视为履行出资，且应当从出资人交付之日享有股东权利。若是已经办理权属变更，但未交付的，在实际交付之前不享有股东权利。以土地使用权出资的，应当以出让方式获得且没有权利负担，否则视为未履行出资，法院应责令合理期限内消除影响，逾期未办的视为未履行全面出资。以对其他公司的股权出资的，应当是合法持有并可以转让的没有权利负担的股权，还要求依法进行了股权转让手续并进行价值评估。如果评估价值低于出资价值的应当认定未全面出资。

第二，抽逃出资问题。所谓抽逃出资是指，出资人将自己对于公司的出资通过各种方式从公司之中转移出来，但仍保留公司股份的情况。如果是公司股东合法转让股份，公司的责任财产没有变化的则不属于抽逃出资，仅是正常的股份转让。另外，垫资也不是抽逃出资的行为。垫资是发起人请求垫资人替代发起人出资的情况，本质上是发起人和垫资人之间的债权债务关系，是一个借款合同，并不是发起人和公司之间的关系，也不是垫资人和公司之间的关系。在实践中，常见的抽逃出资的方式有通过伪造财务文件，关联交易等方式转移资本。

（三） 公司设立中的瑕疵出资

1. 出资不足

对于出资不足的情况，债权人有权要求瑕疵出资人在未出资的本息范围内承担补充赔偿责任，若出资人已经承担了补充赔偿责任，其他债权人不得再要求。股东要求瑕疵股东全面履行出资，或者债权人要求瑕疵出资人在未出资的本息范围内承担补充赔偿责任的，股东和债权人可以要求发起人与瑕疵股东承担连带责任，瑕疵股东承担最终责任。瑕疵股东除了向公司履行出资义务还应当对其他全面履行出资的股东承担违约责任。由于股东没有全面的履行出资义务，其相应的也就不能够取得全面的股东权利。虽然瑕疵股东具有股东身份，但是其受益的权能和优先权能都有着一定的限制，比如在公司经营状况良好，但却未分配利润的时候，股东不享有利润分配请求权，公司经营不善破产的时候，对于剩余的财产公司也没有请求权，再或者当公司增发新股的时候瑕疵股东不得对新股主张优先购买权。

2. 出资不实

出资不实是股东履行了出资义务，但是出资数额低于实际数额的情况。这种情况主要是非货币出资的情况，对于这种情况，股东应当承担连带责任和出资不足的责任，但是不需要对其他发起人承担违约责任。因为其履行了出资义务，只是出资有瑕疵，至少其财产已经交付公司使用，公司已经获得了使用利益。但由于股东没有全面的履行出资义务，其相应的也就不能够取得全面的股东权利。

三、公司设立中相关制度的完善

由于我国在公司设立过程中的监管力度不够，导致公司在设立过程中，存在诸多不符合法律规范的现象，比如部分公司在设立中并未及时制作相应的文件，制定、起草公司的章程，另外还有部分公司通过虚报注册资本来进行登记等。正是由于这些公司在设立中的不合法行为，为以后的纠纷产生埋下了隐患。就此笔者提出了以下几点建议：

1. 明确设立中的公司的法律规范。我国对此种问题的规范过于模糊，这就导致不少违法投机分子利用法律的漏洞实施侵害行为，造成了他人权益的受损。

2. 完善在各种情况下设立公司的相关责任。公司在设立中所从事的民事行为主要存在以发起人名义进行、以成立后公司进行或者以设立中公司进行的情况。对于公司设立失败，笔者认为发起人与设立中的公司应当对此承担连带责任。

3. 明确公司设立中失败发起人的责任。在公司设立的过程中，发起人起到了举足轻重的角色，这也就表明，在公司设立过程中，公司的诸多决策都是由发起人做出的，一旦设立失败，发起人应当承担相应的责任。

如对本客户通讯有任何疑问，请联络下列本文作者或您通常联系的集团律师。

姬 冰
jibing@deheng.com
13301120887
北 京

崔 冰
15221519290
北 京

本文是德衡律师集团向客户及其他友好各方提供的法律通讯。本文所载信息不应被诠释为律师意见。如果您需要关于上述事宜的进一步分析或说明，请联络您最通常联系的律师。欲获取此通讯，请通过 <http://www.deheng.com.cn/ywly/>，查找本团队专栏，订阅本通讯。我们将定期向您发送。