

第五届中国律师论坛优秀论文:设立中公司若干法律问题 PDF
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_AC_AC_E4_BA_94_E5_B1_8A_E4_c122_484407.htm 内容提要：设立中

公司成立于发起人认购一股股份之时；虽然没有法律人格，但是具有权利能力。其权利能力范围表现为发起人权限，包括设立公司所必须之事实上、法律上的必要行为，不包括开业准备行为。财产引受在本质上不属于发起人权限范围，它和现物出资一起构成变态设立事项。发起人的越权行为原则上由全体发起人承担连带责任，因此发起人合伙是区别于设立中公司而独立存在的实体。发起人对成立后的公司承担的资本充实责任根源于登记的公示效力和由此产生的信赖责任。公司设立失败时发起人的责任根源于设立中公司溯及的消灭，从而由发起人合伙成为一切法律关系的主体。此外，我国公司法应明确预合行为的违法性，并禁止在公司成立之前从银行提取股款。关键词：开业准备行为 资本充实责任 发起人合伙 预合罪 伪装缴付 公司设立是本次公司法修改的五个热点问题之一。[1] 现行公司法对于公司设立阶段的法律问题规定得比较简单，学者的相关论述也不多见，致使公司设立问题成为目前公司法研究热潮中的一个“冷区域”。较常见的论述都是关于设立中公司的无权利能力社团属性、公司设立失败与设立无效、发起人责任之类的问题。笔者认为，对以下问题尚须探讨：一．设立中公司的成立时间 日本学者认为应自发起人认购一股股份开始，设立中公司成立。[2] 理由在于设立中公司的存在目的是为公司组织体的完整形成并获得法律上的人格，人格独立的基础是财产独立，对于公司

而言，获得财产基础的唯一途径就是发行股份进行集资。因此，认购公司股份意味着公司形成财产基础进而形成法律人格的过程的开始，也就是设立中公司存续时间的开始。而且，不管是有限公司还是股份公司，都具有社团性，构成员是其不可或缺之成立要件。而发起人认股正是确定公司构成员的第一步。这一观点对于台湾和韩国公司法都有影响。但也有学者提出不同见解，认为公司发起人仅限于在原始章程（指未通过创立大会审核的章程）上签名的发起人，因此，在发起人认购股份之前，只要已经在原始章程上签名，即可确认公司为构成员，此时即可认定设立中公司成立。[3] 这一观点不妥之处在于，章程上记载的发起人不一定会认购股份，如果不认购就不是公司构成员。由此也引申出另一个问题：公司的原始章程一定是在发起人认股之前制定的吗？大多数学者似乎并未注意到这个问题，在介绍公司设立程序时都把拟订公司章程放在第一项。笔者认为，有限公司和发起设立的股份公司的章程拟订时间应该在设立人或发起人认足股份并缴足首期出资之后、选举董事和监事之前；募集设立的股份公司，其原始章程应在发起人认足股份并缴足首期出资之后、召开创立大会之前。理由在于，台湾和日本的公司法都规定现物出资和财产引受必须记载入公司原始章程，而是否存在现物出资及其履行情况，只能在发起人缴足首期出资后才能确定；现物出资和财产引受必须接受董事和监事检查或经创立大会审核通过方能生效，因此，原始章程的制订时间又必须在选举董事和监事之前或者召开创立大会之前。这也从另一个角度说明，将设立中公司的成立时间界定为发起人在章程上签名之时，是不准确的。我国公司法对现物出

资等事项规定十分简单，因此也就不存在上述问题。但在将来的公司立法中迟早要对现物出资、设立中公司的董事与监事选任等事项作出规定，因此，明确公司章程的拟订时间与设立中公司的成立时间之间的差别是十分必要的。

二．发起人权限

设立中公司是无权利能力社团，但这并不意味着它没有权利能力。实际上，“无权利能力”所要表达的是“无法律人格”之意。法律人格与权利能力并不完全相同。[1]称设立中公司为“无权利能力社团”，可能是一种误解。设立中公司是为了公司组织体的完整形成并获得法律人格的目的而存在的，其权利能力范围应局限在“为公司成立所必须的法律上、经济上的必要行为”，[2]并表现为发起人的权限范围，诸如选定公司住所、发行股份、发布认股公告、收取股款、申请设立登记等事项都属于此。发起人作为设立中公司的执行机关，其权限范围应与设立中公司的权利能力范围相同。问题在于，发起人为公司日后营业所进行的必要准备行为，诸如签定借款合同、购买机器设备、购买原材料、签定产品预售合同、招聘员工等（统称为“开业准备行为”），是否属于设立中公司的权利能力范围？换句话说，发起人的上述行为应由谁承担法律后果？日本学界少数说认为，设立中公司的存续目的不仅在于公司的设立，还应该包括公司设立后能够顺利进行营业，因此，设立中公司的权利能力与设立后公司应该完全相同；但是，由于设立中公司只是过渡性组织，作为未登记的公司不可能永久存在，因此在事实上不可能从事正常的营业活动，只能为公司成立后的正常营业作必要准备。因此，开业准备行为属于设立中公司的权利能力范围，发起人的相关交易行为应由设立中公司承担法律后

果，并由设立后公司完整继承（“同一说”）。多数说则持否定态度，认为设立中公司的权利能力范围应该局限在公司组织体的形成，即组织法上的行为，而不能扩及交易法上的行为。判例和商法典也都采取相同态度，理由在于设立中公司缺少完整的监督机关和完善的监督机制，如果允许发起人从事营业或者与营业相关的准备行为，势必造成滥用公司财产，损害公司财产基础。同时，否定说也承认部分开业准备行为对公司而言是必需的、有益的，对于这一类财产受让行为，应该记载入原始章程，经过创立大会审核通过方可对公司生效。此即“财产引受”。[3]《日本商法典》第168条采纳了上述观点。财产引受，是指发起人以公司名义签定的、约定以公司成立后经公司追认为生效条件的财产转让合同。其中公司为受让方。该交易必须记载入公司原始章程，在募集设立的情况下由创立大会审核、在发起设立的情况下由法院选任的检查人的审核通过后才对公司生效。该合同类推适用无权代理规则。[4]公司成立后，有权拒绝追认该合同，相对方不能主张缔约过失或者善意保护，因为他在签定合同时应该预见到这一风险。如果发起人是以设立中公司名义签定财产引受合同，合同无效，因为这并不属于设立中公司的权利能力范围，相对方不能主张表见代表或者外观保护。这里涉及到公司法上一个基本问题：表见代表仅仅适用于越权代表的场合，不适用于无权代表。发起人作为设立中公司的代表机关，其代表权受限于被代表人的权利能力范围-----公司设立所必须的组织行为，而交易行为与组织行为属于两个不同的领域，因此构成无权代表，不适用表见代表制度；如果发起人实施的是为公司设立的行为，但超出了必要的范围，

此时才能认定为越权代表。如果发起人是以发起人合伙的名义签定财产引受合同，则由发起人合伙来承担。理由在于，发起人合伙作为民法上的合伙的一种，各合伙人之间有相互代理权；即使有约定合伙事务执行人或者议决程序，也不能对抗善意第三人，在构成表见代理的情况下，由合伙人共同承担法律后果。如果发起人以个人名义签定财产引受合同，则由其自行承担。在合同主体不明的场合下，要依据合同解释来确定合同主体。此外，最重要的是，如果该交易没有被写入原始章程并经审核，合同绝对无效，公司不能追认。此时通过合同解释，认定发起人并没有为公司订立合同的意思，因而合同责任由发起人合伙来承担。这主要是出于保护公司利益考虑，防止公司受发起人（此后往往成为董事）控制而追认未经审核的交易合同，使公司财产基础受损。虽然公司不能追认未记入章程的财产引受合同，但它可以再从发起人手中受让该笔财产，此时适用自我交易规则。[1]因此，否认公司追认权并非对公司不利。在正常情形下，是否追认财产引受合同，由董事会负责决议。如果取得财产的对价超过公司股本的5%，则要通过股东大会特别决议，并由董事申请法院选任检查员。（《日本商法典》第246条）与设立阶段的检查员或者创立大会一样，主要内容是检查约定价格是否妥当，而非该财产对公司是否有用。

三．变态设立事项 所谓变态设立事项，包括财产引受和现物出资，由于程序比较严格，与一般设立事项不同。现物出资，在广义上被认为是财产引受的一种。商法典规定严格的财产引受程序，目的就在于防止发起人利用交易行为变相现物出资，规避公司法关于现物出资的严格的估价和审核程序。如果放宽对财产引受的

规制，有可能出现以下情况：发起人原打算以实物出资，并高估实物价值，但慑于公司法规定的现物出资公示、估价、审核程序，从而改变计划，一方面以货币出资，另一方面将原来打算用于出资的财产卖于公司，由于此时不再是现物出资，完全可以高估其价格，从而变相的将用于出资的现金抽回。有鉴于此，日本商法典规定了严格的财产引受程序，其中大部分规则与现物出资规则是相同的，即：必须记载于公司原始章程、经过创立大会审核（募集设立の場合）或者法院选任的检查人检查（其他设立方式下）后才对公司生效，缺少上述任何一个环节都将绝对无效。[2]我国公司法允许现物出资，但在估价、审核程序方面要求并不严格，也没有关于财产引受的规则。未来公司法是应该引入财产引受规则，还是以关联交易规则替代之？笔者认为，关联交易规则是针对存续中公司的自我交易等问题设计的，其中的股东大会特别决议、监事或独立董事的监督等制度设计对设立中公司并不适用，因此，宜制定单独的财产引受规则。

四．发起人责任

发起人责任包括公司设立完成后的责任和公司设立失败时的责任。

- 1．公司设立完成后的责任，具体又包括资本充实责任、懈怠任务时对公司的损害赔偿、对第三人的损害赔偿。后两项责任属于过错责任。而资本充实责任属于无过错责任，以下重点探讨之。《日本商法典》第192条规定，对于在公司设立时发行的股份，有在公司成立后仍无人认购的，视为发起人及公司成立时的董事共同认购；公司成立后有未全部给付股款的股份时，发起人及公司成立时的董事负连带缴纳股款的责任。此即股份认购担责任和股款缴纳担保责任。另外，有现物出资の場合，若出资财产在公司成

立当时的实际价格显著低于章程所定价格时，发起人以及公司成立当时的董事，对公司负有连带支付差额的责任。以上责任统称为发起人和公司设立时董事的资本充实责任。值得探讨的是，发起人承担资本充实责任的理论依据是什么？一般认为源自商业登记的公示效力和由此产生的信赖责任。公司经过登记后成立，登记的同时也将发行股份总数和股东人数等相关情况予以公示，公司之外的第三人对此形成信赖，并据此判断是否与公司发生交易关系或是购买债券。对于因此外观信赖所造成的责任，在内部关系上当然应该由发起人承担，因此由发起人承担股份认购或股款缴纳担保责任。日本商法典规定未认购的股份须是在“公司成立之后”尚未认购，也正是出于这方面考虑。[1]而负责申请登记的董事与公司成立当时的董事范围一致，因此，后者也应该承担资本充实责任。在新股发行的场合，董事同样要承担资本充实责任，且未认购的股份必须是在“完成新股发行变更登记之后”尚未被认购（《日本商法典》第280之13），其理论依据也在于登记的公示效力。[2]所不同的是，新股发行场合下的董事资本充实责任不包括股款缴纳担保责任，因为有当然失权程序，认股人未按期缴纳股款就丧失了相应股权。而在设立发行的场合并没有当然失权程序，主要是立法者考虑到公司设立程序应侧重于组织体的稳定，如果轻易就让认股人失权，公司将无法募足股份完成设立程序。如果认股人取消认购，溯及的丧失认购效力，对于这部分股份也应该由发起人或者董事担保认购。一般认为，发起人或者董事认购股份后，溯及的享有股权，亦即享有股权的时间与其他股东相同，而不是在承担认购担保责任以后才享有该部分股权。因为，

既然认购担保责任源于登记所形成的信赖责任，这部分股份就应当与其他股份一样在登记之时生效。[3] 发起人或公司成立时的董事在履行了股款缴纳担保责任以后，有权向未履行股款缴纳义务的认股人追偿，或者请求受让该股份。若请求受让股份，则以其股份认购价额为买卖价格，而不是请求受让当时的市场价格。这主要是防止认股人借机获取不当利益。同时，为了避免发起人或者董事获得过多的市场差价，应将股份受让请求权时效限制为6个月。股份受让请求权是一种带有形成权性质的请求权。形成权性质表现在，股份转让合同在请求权人提出受让请求时即可成立，被请求人不得拒绝。但是，该请求权不得对抗第三人，如果认股人已经将股份转让给他人，发起人或者董事只能向认股人请求合同履行不能的损害赔偿。公司法上类似的请求权还包括股份回购请求权、董事违反竞业禁止义务时公司享有的利益归入权。当然，发起人或者董事也可以向认股人追偿股款。理论根据在于担保人向公司履行了股款缴纳义务后代位的获得了公司对认购人的股款缴纳请求权。这一点类似于民法上保证人对主债务人的代位求偿权。最后，需要注意，如果未被认购的股份达到一定数量，将造成公司设立无效，发起人和设立时的董事承担认购担保责任后并不能弥补瑕疵。但是，认购担保责任并不会因此被免除，理由在于，设立无效判决不具有溯及力，此前因公司存在而发生的一切法律关系仍然有效，发起人和董事基于登记产生的信赖责任也就无法免除。我国公司法仅规定有限责任公司设立时的全体股东相互承担股款缴纳和现物出资担保责任，对于股份有限公司发起人的资本充实责任完全没有规定，实为一大缺漏。在今年2月份提交全

国人大审议的修改草案中，也只增加了发起人相互间股款缴纳担保责任和现物出资价额担保责任，范围十分有限。笔者认为，有关发起人对公司的责任，日本的立法例完全符合理论要求，台湾也有相同规定，可以借鉴。

2. 公司设立失败时的责任。

我国现行公司法规定公司设立失败时，发起人对设立公司所产生的债务和费用承担连带责任，并对认股人所缴纳股款负连带返还责任。该责任理论依据何在？既然设立中公司是客观存在的实体，对外适用合伙规定，为设立公司所产生的费用，当然应该由全体构成员承担连带责任，包括认股人在内。为何只由发起人承担连带责任？有的学者从合同责任角度出发，认为在签订股份认购协议时，认股人和发起人之间存在默示担保条款，由发起人担保公司按期成立。在公司无法设立之时，由发起人对认股人承担赔偿责任。也有学者认为，免除认股人对第三人的责任仅仅是出于立法政策考虑。[1]笔者认为，大陆法系国家一般不认可默示契约，“默示担保”源于英美法系，于我们未必适合。况且，即使发起人和认股人之间存在担保关系，也只能说明认股人对发起人享有追偿权，并不当然免除认股人对第三人的责任。

“立法政策说”是在无法寻找理论依据时才使用的借口，不应轻易套用。对于发起人责任，应认为公司无法成立时，设立中公司溯及的消灭，发起人合伙溯及的成为一切法律关系的主体，从而承担一切法律后果；由于设立中公司溯及的消灭，认股人也就不再是社团构成员，从而不必承担对第三人责任。“公司不成立”，应解为包括法律上不成立和事实上不成立，后者如股份未募足或者发起人未召集创立大会。“因设立公司产生的费用”，从字面意义上看，应该是指设立

公司的必要行为所产生的费用；但是，即使该行为并非设立程序所必须，其后果也归发起人合伙承担，因此，在公司不能设立时，区分相关费用是否是设立公司的必要费用并没有实际意义。

五．发起人合伙与设立中公司的机关 发起人合伙是与设立中公司相区别的一个独立的概念，基于发起人之间签定的以设立公司为目的的协议而产生。由于设立中公司是无权利能力社团，对外适用合伙规定，因此很多人忽略了发起人合伙的存在。实际上发起人合伙与设立中公司之“对外合伙性”并不能等同。发起人合伙产生时间早于设立中公司，消灭时间也更晚，在公司设立完成后，发起人组织仍继续存在。[2] 区分发起人合伙与设立中公司的意义在于：第一，发起人以发起人合伙的名义签定的合同不能由设立中公司承担，应该由全体发起人承担连带责任；第二，发起人合伙的构成成员的确定标准是公司设立协议，作为设立中公司构成成员的发起人范围则依据章程确定；第三，发起人因为设立阶段的行为对公司造成损害的，在公司成立后对公司承担连带赔偿责任，因此，发起人合伙在公司设立完成仍然存在，而设立中公司随着存在目的完成而消亡。值得注意的是，由于发起人的双重身份，其股份认购行为既属于履行设立协议的履约行为，又属于设立公司的共同行为。因此，发起人未按期足额缴纳股款时，要对其他股东承担违约责任，并对公司承担补缴责任。我国《公司法》第25、28条已有类似规定，可惜只适用于有限责任公司，对股份有限公司并无相关规定。台湾公司法还规定了认股人（包括发起人）拒绝交纳股款时对公司承担损害赔偿责任。[3] 相比之下，非发起人的其他认股人的认股行为只能视为设立公司的共同行为，而非履

约行为。[4] 发起人合伙与民法上的合伙并无实质区别，因此同样适用民法上的合伙规则。例如，在约定了合伙事务执行人时，其他发起人就不具有对外代表权，但这种约定不得对抗善意第三人；未约定合伙事务执行人时，发起人之间形成相互代理关系，以发起人合伙名义签定的合同都件将由全体发起人承担连带责任。甚至，以公司名义签定的财产引受合同，若超出授权范围、未记入原始章程，或是公司拒绝承认，将通过合同解释规则认定为是为发起人合伙签定的合同，从而由全体发起人承担连带责任。[1] 发起人合伙也不同于设立中公司的机关。例如台湾公司法规定的设立中公司机关包括发起人、董事、监事、全体认股人或创立大会选任的检查人。其中发起人是设立中公司的执行机关和对外代表机关，董事和监事的职责仅在于调查公司设立事项并向创立大会报告；如果董事和监事与发起人之间存在利害关系，可能影响其公正履行职务，全体认股人或创立大会可以选任检查人代替行使调查权。上述人员在其职权范围内均为设立中公司的负责人，承担注意义务和忠实义务。[2] 日本公司法还规定法院选任检查员调查现物出资和财产引受等设立事项[3]，并由设立中公司的董事承担股份认购担保责任和股款缴纳担保责任。[4] 六．预合罪与伪装缴付 预合是指发起人与负责股份认购和股款保管的银行通谋，由银行向发起人贷款供其认购股份，银行在帐面上直接将款项拨入公司帐户，但是直至约定还款日期之前，公司不会将股款取。这种情况下银行实际可利用资本不变，只需在帐面上作形式变动，同时获得了更长的公司股款利用期。作为回报，该发起人只需向银行返还少量贷款甚至不还。由于预合行为实际上是发起人规

避股款缴纳义务、变相侵吞了公司资金存入银行的衍生利益，而且银行只作了帐面上的划拨，并无实际资金流动，因此通谋意图十分明显。1938年日本修改商法典时将之界定为“预合罪”并科以严厉惩罚。我国公司法尚无该罚则，应借鉴之。此后，又出现了新的规避义务的手段-----伪装缴付。指的是发起人向负责股款保管的银行以外的第三人借款，用以缴纳股款，待公司设立后以公司名义将股款借与自己，再还于贷款人。如果再加以变通，发起人可以直接向银行借款，银行也确实将资金贷出，发起人再将之存入公司帐户，双方之间发生了实际资金流动，因此难以认定存在不当目的和通谋行为，从而不构成预合罪。1958年日本最高法院的一则判例支持这种观点。[5]上述行为破坏了公司资本充实，但就其性质而言，难以认定为无效。首先，认定伪装缴付的条件之一是发起人在认购股份时就没有真实的购买股份、充实资本的意愿；而发起人的这种主观意愿与公司无关，股份认购是公司设立团体程序的一环，若因发起人内心情事而被否定效力，从而影响公司设立这一整体事项，显然不妥。其次，从拆分观察的角度出发，既然在股份认购阶段已经发生了资金流动，具备了股款缴纳的客观形式，就应该认定有效；至于公司与董事间的借贷行为，属于董事责任问题，应通过其他途径解决；再次，并非公司与董事间的资金借贷都能认定为是返还借款之用，这里需要考察发起人缴纳股款与董事向公司借款之间时间差、该笔资金是否已为公司实际运用、借款是否对公司资本运作产生影响等因素，因此在构成上相当复杂，不易认定。在我国，公司向董事提供贷款的行为是违法的，董事亦不得挪用公司资金（《公司法》第60条）。

未来公司法是否应放宽公司放贷规则？台湾2001年修改公司法允许向有业务往来的其他公司或独资、合伙企业提供贷款，但对于向董事或其他股东贷款仍持保守态度。[6]《日本商法典》第266条也明文禁止公司向董事提供贷款。我国公司法尚未对企业间借贷行为解禁，至于公司向董事贷款之类事项，当然更应该严禁，以防损害公司资本充实。因此，如果出现上述伪装缴付的类似情形，自然要追究董事对公司的责任。只是股款缴纳行为是否有效？笔者认为，既然公司法没有规定认股人必须以自有资金出资，发起人向他人借款以缴纳股款，该行为本身并不违法。发起人是否具有缴纳股款的真实意愿，这属于行为动机问题，依据我国现有的法律行为理论，行为动机对行为效力不产生影响。至于如何还贷，那是发起人自己的事情，与公司无关。如果轻易否认股款缴纳行为的效力，反而有损公司组织稳定。

六．股款提取时间与设立费用归属

如果发起人借款以缴纳股款，并且在公司设立完成之前就将股款取出用于还贷，如何规制这种行为？显然不能适用“禁止公司向董事或股东提供贷款”之类的规定。由于设立中公司缺乏有效监督机制，发起人独揽大权，因此很可能出现上述情形。一个有效的制止办法就是限制股款提取时间。我国公司法第25条规定，有限责任公司股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时帐户。第90条规定，发起人向社会公众募集股份，应当同银行签定代收股款协议；代收股款的银行应当按照协议代收和保管股款，并向有关部门出具收款证明。以上规定存在两点不足：第一，对于发起设立的股份公司股款如何保存未作规定；第二，没有限制股款提取时间，而是

由银行按照协议保管股款，因此，发起人和银行之间完全可以自由约定股款提取时间，如此一来既不利于防范“预合罪”，也不利于规制发起人使用公司股款。日本学界通说认为，公司完成设立登记、取得法人资格后才能将股款从银行帐户上提取出来。理由在于：第一，公司设立程序以充实资本基础为核心，以确保公司成立后顺利运营，为此不仅要求认股人按期足额缴纳股款，而且要确保公司成立之时财产确实存在；第二，申请设立登记时需要银行提交股款保管证明，如果公司帐户上实有资金与保管证明记载数额不符，银行要承担相应责任；第三，发起人或者是设立中公司董事、监事，其职权范围仅限于“为公司设立所必须之法律上、经济上的必要行为”，而不包括交易行为，自然没有提取股款的必要，也没有这样的权限。如果银行在公司成立之前就将股款交还给发起人，该行为对公司无效。[1]当然，对于公司设立的必要费用，如登记费之类的，应允许提取使用公司股款。对于这类费用应严格限定于“设立耗费”范围内，提取时需向银行出示相关证明（如收据等），银行要尽到善良管理人的注意义务。[2]至于财产引受合同，由于在公司成立之后经追认才生效，所以在设立阶段不存在支付价金问题。设立费用最终该由谁承担？无疑，正常情况下应由成立后的公司承担。但这只是内部关系。在对外关系上，应当由发起人和公司承担连带责任。理由在于，设立中公司对外适用合伙规定，发起人作为其构成员，自然应承担偿还责任；同时，设立中公司与设立后公司在本质上属于同一实体，设立中公司是公司完整人格的孕育期，公司成立之后应继受设立中公司的一切债权债务关系，包括设立费用的偿还（“同一体说

”)。[3] 在内部关系上，如果设立费用没有记载入原始章程并经法院检查员或创立大会审核，则公司有权向发起人追索。[4] 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