

公司设立行为的民商法思考

张辉

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要:公司设立是一系列公司行为的起点,设立行为的性质影响设立中公司的法律地位、公司设立责任的承担,并与设立后公司的质量息息相关。事实上,公司设立行为的不同阶段具有不同的法律属性,而设立中公司的非法人团体地位决定其独立承担设立行为效果的能力,并在一定程度上缓解了发起人的过重负担。但应完善设立阶段的公示机制,以巩固设立中公司的非法人地位,并实现其与成立后公司权利义务的顺利交接。

关键词:公司设立;发起人;非法人团体

中图分类号:DF411.91

文献标识码:A

文章编号:1672-2663(2006)03-0048-04

作为独立的法律实体,公司同自然人一样要经历孕育的过程,并通过公示获得法律上的承认,这些“出生”前的准备活动的质量决定着公司成长过程中的健康。但公司法的侧重点却常常不在这里,由此导致诸多粗糙的或者有缺陷的设立行为,并为公司发展埋下了重大隐患。因此,本文从民法和商法的角度对公司设立过程中的法律关系、设立行为的法律效力等进行探讨,以在承继设立中公司行为效果的同时,为成立后公司的发展奠定良好的基础。

一、公司设立问题的由来

公司成立前的“胎儿”状态基本上处于公司法规规范的边缘,而法律地位的模糊以及立法的疏漏往往又是最容易引发争议之处。对设立中公司及其行为的客观状态从漠然到关注是一个变化的过程,并与不同时期的法律观念以及不同的公司法规规范设计有关。

(一)公司设立模式的影响

公司设立模式经历自由设立、特许设立、核准设立、准则设立以及严格准则设立等阶段,而不同立法模式的更迭使公司设立问题逐渐浮出水面。德国民法学家蒙森认为:在整个罗马共和时代,公司都是依事实(de facto)存在。因此,公司依事实成立的观念使设立行为本身成为公司存在的充分证明。特许设立主义将设立公司视为特权,获得这种特权就意味着公司的诞生,设立准备行为仅此而已。二者均不会产生今天如此复杂的设立问题,其真正进入法学研究的视野肇始于核准主义和准则主义,因为注册资本的缴纳、公司基本经营能力的满足以及雇员的招用等成为公司成立的实质性要

件,由此不可避免地产生设立中公司的法律地位、设立主体以及设立行为的法律效力等问题,由此我们就可以理解,公司设立问题为何直至近代才引起关注。

(二)公司设立程序的影响

一般来说,大陆法系习惯通过事前的核准和检查来预防风险,而英美法系则倾向于弱化行政权,通过市场机制和诉讼机制发挥调控和规范作用,两种立法态度的差异反映于两大法系公司设立程序的差异。在前者,公司设立是为公司成立而进行的一系列准备活动的总称,包括发起人协议的签订、公司章程的签署、公司机关的选任、出资的缴纳、股份的发行和设立登记等。而英美国家公司设立程序相对简单,签署公司章程并提请公司登记通常是设立准备的全部。虽然公司一般要具备生产经营能力,“然而,作为公司创立过程的一部分,公司发起人一般要同第三方签订合同,例如房产和设备的租赁,其目的是,一旦公司设立完成,公司就能够毫不迟延地开展经营”。^{[1](P29)}公司设立程序的繁简和宽严决定着其间法律关系的复杂程度以及法律调整的必要性,也使设立行为在不同立法中表现出不同的意义。

二、公司设立行为的性质

公司设立是一个渐进的过程,最繁琐的股份公司涉及发起、设立以及决议三个不同的阶段,不同阶段对应不同性质的行为。

(一)发起行为的性质

发起行为乃发起人的共同行为,一种观点认为:“发起人地位首先体现在最原始的发起人合伙的载体中。……发

收稿日期:2006-03-06

作者简介:张辉(1977-),女,吉林长春人,中国人民大学法学院民商法专业博士研究生,主要从事民商法学的研究。

本文中公司设立行为仅指公司初始设立,不包括因合并或者分立而产生新设公司的情况,因为后者无需进行初始设立中的某些营业准备行为。

起人签订的设立公司协议从性质上讲属于民法的合伙合同,所以发起人之间的关系是合伙关系。^[2]虽然发起行为具有民事合伙的特征,但民事合伙原理与公司法规则的结合又使其在一定程度上游离于民事合伙之外:首先,民事合伙强调主体的自然人身份,而法人作为公司发起人于民事合伙主体并不适格;其次,合伙人的连带责任即使在其退伙后仍然在一段期间存续,而发起人的连带责任仅及于发起行为,其在公司成立后作为股东受到有限责任的庇护(法人人格否认的情况除外);再次,我国《公司法》对发起人赔偿责任规定的是过错责任,这与发起行为合伙假定下的无限连带责任相冲突;最后,一人有限公司的发起设立与合伙的团体属性也不符。因此,以民事合伙来解释发起行为有诸多纰漏和自相矛盾之处。另一种观点以合同来解释发起行为的性质,“合同行为(gesamtact)亦有称为协定行为者,谓因同方向平行的两个以上意思表示之一致而成立之法律行为,对于各当事人有同一价值,例如社团法人之设立、因合并之公司成立、合伙人之开除”。^{[3](P310~311)}但我国现行法中的合同概念强调相对的意思表示,实属传统民法中的契约,而真正的合同观念却消失在法律的视野之外,这是导致对类似于合伙但又不能用合伙圆满解释的发起行为难以做出准确界定的重要原因,不能不说是大陆法系所创立的法律行为概念之继承和发扬的一大遗憾。而德国学者却能巧妙地将合同观念应用于认定发起行为的性质,“在这个合同中,这些同时参加社团的设立人虽说至少也间接地承担了一定的义务,但这个合同却不是债务合同,而是一个人法上的或者社会法上的合同,其目的是为形成一个比设立人的成员资格更为长久的团体”。^{[4](P200)}此种观点使一人公司之外的公司发起行为的性质明确化。但在我国只能用法律行为的一般概念来界定,并针对一人公司的特殊性而相应区分为共同法律行为和单独法律行为,以使之纳入法律调整范围。

(二) 设立行为的性质

此处所指设立行为是指公司章程签订至创立大会召开之间的行为。其中,设立中公司和发起人的地位决定了设立行为的性质。

1. 设立中公司的地位

关于设立中公司的地位,有观点认为其是无权利能力的社团,即“社团登记需要一定的时间,在登记之前的社团无权利能力,而不管它是在取得权利能力后才按照章程进行活动,还是在此之前就开始活动”。^{[5](P208)}其缺陷在于:(1)公司行为多以设立中公司名义进行,如出资的接受、员工的招募、营业资产的购入等,没有权利能力会导致上述行为效力的不稳定。(2)尽管“对自然人而言,无权利能力即无行为能力,自然人的权利能力是可能性问题;对团体而言,却恰恰相反,无行为能力则无权利能力,团体(尤其是营利性社团)的权利能力是现实性问题”。^[6]公司设立阶段已经具备了财产、意思能力和责任能力,其行为能力是一种客观现实。(3)“设立中公司即为胎儿公司”。^{[7](P53)}尽管就胎儿创造的

是法律向前延伸保护的先例,但设立中公司远较此复杂,“从法律形式上看,虽然设立中公司未进行设立登记,不具有独立的法律人格,但从实际上看,它已具有一定的行为能力、意思能力、责任能力,能够实际履行一定行为,承担一定责任,因而它又处于不完全权利能力状态,具有有限的法律人格,即设立中公司在本质上应是一种非法人团体,基于设立中公司与一般的非法人团体在设立程序、财产的独立性、名称、机关和责任上的区别,所以认定设立中公司是一种具有自身特性的非法人团体”。^{[8](P150)}德国联邦最高法院有关设立中公司性质质的表述也承认,“在法律关系上与已经登记注册的有限责任公司相‘隔绝’的设立中公司,实际上已打上了‘有权利能力的公司’的烙印”。^{[9](P136)}我国《民法通则》中仅有两类法律主体,即自然人和法人,非法人团体的说法尚没有法律依据,但在充实这一主体类型之前,可暂时借用《民事诉讼法》中“其他组织”的概念,以容纳设立中公司及其他新生主体。

2 发起人的地位

发起人的地位关系到公司设立行为,尤其是对外行为的法律效力及责任归属。我国理论界通说认为,发起人合伙作为设立中公司的机关,对外代表设立中的公司,对内履行设立义务。因而出于发起人的行为使设立中公司利益受到损害时,发起人应承担法律责任。^[10]但这种观点仍不能圆满地解释发起人的地位。首先,其未明确发起人到底是何种性质的机关,是决策机关、执行机关或者监督机关,还是三者兼具,不无疑问。其次,以设立中公司机关来定性,其行为因具有代表公司的性质,公司成立失败时首先应当以设立中公司的财产承担责任,这与现行公司法中发起人为唯一责任主体的规定矛盾。再次,其没有明确董事会、监事会等在公司设立中的地位及如何与发起人的代表机关地位相协调。最后,设立中公司具有临时性和过渡性,而“机关”之概念具有稳定性和常设性的意味,因而,以设立中公司机关来定位发起人不妥。我认为,在确立设立中公司非法人团体地位的前提下,将发起人确定为代理人更合理。有人认为,这种观点“对于公司不能依法成立时,发起人因设立行为而产生的权利义务为何由发起人享有或承担,而不由被代理人即设立中的公司享有或承担,同样缺乏解释力”。^[11]我认为,代理人的义务就是完成公司成立,公司不能成立正是代理人未充分履行义务的表现,由其承担相应的后果无可厚非。然而,发起人作为设立中公司的代理人,也在传统的代理理念与公司法制度中制造了一定的冲突,但由此方彰显出商法相对于民法的特殊性。

(1) 公司设立阶段的自己代理

按照民事代理规则,代理人应当谨慎、勤勉和忠实地履行代理职责,一般不得从事自己代理行为,除非事前得到被代理人的同意或事后得到其追认,法律不予承认。^{[12](P120)}但我国公司法关于发起人必须认购股份的规定与禁止代理产生矛盾,而独立于代理的行纪制度虽然允许对有市场价格的

公司成立登记并非出资财产所有权转移的生效要件,而仅产生对抗第三人的效力,对我国民法中所有权转移以登记为生效要件的规则应当进行修正。因此,设立中公司的财产具有确定性,可以作为责任财产。

标的的自我交易,但行纪人的专业性和商人特性又不完全适合发起人。因此,发起人一方面为代理行为,另一方面又认购有市场价格的公司股份,这界于代理和行纪之间,而显露出商事代理不同于民事代理的特殊之处。其实,发起人的代理权限和义务源于公司法的强制性规定,具有公司法上法定代理的意味。

(2)发起人同设立中公司承担连带责任

我国《民法通则》就代理制度仅规定两种连带责任,即第65条第3款的委托授权不明和第67条的代理人明知被委托代理的事项违法仍然进行代理活动,或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对。设立中公司行为的信用基础在很大程度上取决于公司成立的预期,而这又与发起人设立行为的质量息息相关。鉴于设立中公司对发起人行为的依赖性远超过民事代理,以及设立阶段交易安全的特殊性,发起人与设立中公司承担连带责任成为一般规则,但设立中公司对有过错的发起人享有追偿权,认股人或股东也可通过派生诉讼代为追偿。

(3)发起人的代理人身份的终止

设立中公司的过渡性使发起人的代理人身份附加了期限,在创立大会选举产生公司机关之后,发起人的角色就需要重新考虑。与法定代理的民法规则相对应,被代理人——设立中公司具备完全行为能力,法定代理人——发起人的职责就终止。根据现行公司法的规定,公司登记成立之时才是其法人资格取得的始点,因此,发起人的职责本应延伸到公司登记,但申请设立登记的是创立大会选举产生的董事会而非发起人,这是否意味着发起人职责的终止呢?首先,完成公司成立的各项准备工作是发起人职责的全部,在公司登记采取形式审查的体制下,创立大会关于成立公司的决议实质上已经宣告公司的诞生,因此,创立大会的闭幕就是发起人卸任的暗示。其次,从公司治理的基本规律来看,创立大会作为募集设立时设立中公司的议事机构,相当于成立后公司的股东大会,“发起行为随创立大会的召开而结束,发起人对外代表设立中公司的权限随首届董事会的产生而终止”。^{[13](P191)}但我国公司法对发起人只管出生不管“死亡”,至于董事会等的法律地位及其与发起人职责的交接等均未作明确规定,致使公司设立责任的追究变得粗糙,发起人成为公司设立行为的当然的、唯一的责任人。再次,创立大会对发起行为的审查通过以及董事会取代发起人只是说明发起人从此不再承担积极的职责,并不意味着其责任的绝对豁免,虽然一般情况下,“一旦创立大会确认发起行为的正当性,发起行为所产生的权利、义务就由成立后的公司或者全体股东承担”,^{[14](P191)}但如果发起人未全面、真实、准确地履行信息披露义务,仍应当对公司和其他股东承担赔偿责任。

(三)决议行为的性质

根据《公司法》的规定,股份公司发起人应当在股款缴足之日起30日内召开创立大会,且在发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立时,可以做出不设立公司的决议。由此,创立大会直接决定设立中公司能否过渡为公司法人,其在职能上与股东大会相当,即为股东大会之

前身。^[15]由此,创立大会也采取资本多数的决议方式。而在现行的法律行为框架内,这种资本民主的决议却没有取得类型化的法律行为地位,史尚宽先生认为:“在决议表决或选举投票之意思表示,向同一方面之点,以及意思表示须达多数一致之点,酷似合同行为。然在前者数当事人之意思表示必须总结合为一致,而各意思表示不失其独立性,其行为仍止于为意思表示人之行为,在后者依多数决之原则,对于未参加决议或投票,甚至为反对之意思表示者,亦有效力,而依多数决所集合多数之各个意思表示,失其独立性,而成为别个独立之单一全体意思,二者大不相同。故有以前者为结合的合同行为,而以为集合的合同行为,然不如以此为合成行为,而有别于合同行为。”^{[16](P311)}尤其反对股东股份购买请求权的确立更使股东大会决议的普遍效力受到怀疑,其作为相异于合同行为的特殊法律行为的性质更加毋庸置疑。

三、设立中公司行为的效力

设立中公司始于公司章程的签订,终于登记成立或者设立失败情况下清算的完成并公告。这期间发起人将以代理人的身份从事多种准备行为,尤其对外行为牵涉到交易方、发起人、设立中公司以及成立后之公司,但设立中公司行为的效力却仍处于模糊状态。

(一)不同观点及评述

台湾学者认为,设立中公司的“权利能力的范围比登记成立的法人的权利能力要小,且其权利能力在公司登记成立前处于停滞状态,于公司登记成立时其权利能力溯及以往,如公司未能登记成立,则其权利能力溯及消灭”。^{[17](P102)}这意味着设立中公司的行为属于附条件的法律行为,其生效条件为公司成立。这在简单的、一次性的法律行为中尚具有合理性,但对于复杂的、多样的,而且可能是长期的公司设立行为来说,不确定的法律效力所导致的法律预期的不确定使交易安全受到极大的挑战,也增加了行为能力受限的设立中公司筹备的难度。因而,赋予设立中公司行为如此不确定的效力状态在公司设立的法律环境下不具有合理性。英美法系的观点是:“如果在公司获得法律人格之前(即公司成立之前),以其名义实施了行为,公司并不承担由此产生的义务,但是,如此行为的人将共同地或者个别地承担责任,除非有相反约定。”^{[18](P36)}另外还通过契约更新制度赋予成立后公司对设立行为的追认权,即“如果成立后之公司与另一方按照同样条款签订一个新的合同以替代原来的设立中公司的合同,那么,该设立人将免除个人责任”。^{[19](P31)}但这种观点诞生的法律环境是:设立中公司不具有独立的法律地位、发起人为受信人,以及设立程序的简化。这与本文上述论证不符,因此不予采纳。

(二)本文观点

事实上,借用代理行为效力归属的规则,即代理人在代理权限范围内的行为后果由被代理人承担,从而使设立中公司承担发起人在权限范围内行为的效果,然后针对公司成立与否分别采取营业承继和清算的方法,确定设立行为法律后果的最终承担者,就能够兼顾公司利益与交易安全。然而,我国公司法只让发起人对设立行为所产生的债务和费用负全部责任,以代替解散和清算,并将认股人置于与公司债权

人同等保护的地位(返还股款并加算利息),这等于否定了设立中公司非法人团体的地位以及投资行为的风险性。事实上,“股份认购人与设立中的债权人不同,作为设立中的公司机构成员,当公司不成立时应该承担风险,当发起人无资力负担设立费用时,债权人的保护应优先于股份认购人”。^{[20](P57)}况且,将设立责任归咎于发起人,但并未同时赋予其报酬请求权,明显具有过度加重发起人责任的倾向,而将同为认股人的发起人同其他认股人完全割裂开来,也违背了资本风险分配的原则。因此,我们在坚持设立中公司作为被代理人对外承担设立行为之法律后果的观念时,也不应忽视认股人的风险责任,即对设立中公司债务在其出资范围内的有限责任,但其对有过错的发起人享有追偿权。

公司成立是一个时点,但公司的设立却是一个复杂的过程。建立设立中公司独特的公示机制是解决设立行为效力的关键,既使发起人名正言顺地为代理行为,又给市场一个安全的交易环境;既为追究发起人责任提供理论依据,又使设立中公司与成立后公司实现顺利交接。这种公示机制具体表现为,公司登记机关经发起人申请,预先发给一个证明设立中公司身份的资格证书,注明设立中公司的名称、性质以及发起人的有关情况,以作为设立中公司的“临时身份证”,待公司设立登记时,由原登记机关注销,并发给“正式身份证”;如果公司成立失败,则缴销原“临时身份证”,以确定和固定公司成立前的法律秩序。

参考文献:

- [1] John Lowry, Loraine Watson Company Law [M] Butterworths, 2001. 29.
- [2] 梁上上. 股份公司发起人的责任 [J] 法学研究, 1997, (6).
- [3] [16] 史尚宽. 民法总论 [M] 北京:中国政法大学出版社, 2000. 310~ 311. 311.
- [4] [5] 德 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(上册) [M] 王晓晔译. 北京:法律出版社, 2002. 200. 208.
- [6] 孙晓洁. 对设立中公司的能力及其有关问题的探讨 [J] 华北电力大学学报, 2004, (4).
- [7] 日 奥岛孝康. 公司法基础——从事件入门 [M] 日本评论社, 1994. 53.
- [8] 王保树. 商事法论集(第二卷) [C] 北京:法律出版社, 1997. 150.
- [9] 范健等. 中德商法研究 [M] 北京:法律出版社, 1999. 136.
- [10] 舒符康. 公司设立发起人责任探讨 [J] 商业经济, 2004, (1).
- [11] 赵修华. 论公司发起人概念、资格和法律地位 [J] 政法学刊, 1999, (4).
- [12] 彭万林. 民法学 [M] 北京:中国政法大学出版社, 1994. 120.
- [13] [14] 江平, 方流芳. 新编公司法教程 [M] 北京:法律出版社, 2003. 191. 191.
- [15] 杨联明. 设立中公司的法律地位研究 [J] 河北法学, 2003, (3).
- [17] 曾世雄. 民法总论之现在与未来 [M] 北京:中国政法大学出版社, 2001. 102.
- [18] Stephen Griffin Company Law: Fundamental Principles, third edition Pearson Education Limited, 2000. 36.
- [19] John Lowry, Loraine Watson Company Law [M] Butterworths, 2001. 31.
- [20] 日 末永敏和. 现代日本公司法 [M] 金洪玉译. 北京:人民法院出版社, 2000. 57.

Study of Companies' Foundation in the Aspects of Civil and Commercial Law

ZHANG Hui

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872)

Abstract: The foundation of company is the standpoint of a series of companies' action, its characteristic has much influence on the legal status and founding responsibility, and is closely connected with founded companies' quality. In fact, the different stages of companies' foundation have different legal features, but the status of non-legal person institution of the founding companies determines their capability of shouldering the effects of foundation independently, and to some extent lessens the liabilities of incorporators. So we should better the disclosure system in the foundation stage, in order to solidify the legal status of the founding companies, and realize the smooth transfer of rights and duties between the founding companies and the founded ones.

Key words: foundation of companies; incorporator; non-legal person institution

(责任编辑 葛现琴)

临时身份证的说法是相对于成立后之公司而言的,作为非法人团体的设立中公司本身就是独立的法律实体,具有有限的行为能力,因此,其身份证明相对于其自身来说又是正式的。