

# 设立中的法人制度的功能及缺陷

## ——兼评《民法总则》第75条

徐强胜

(河南财经政法大学 河南郑州 450046)

内容提要:德国的设立中的法人(公司)理论,本为以公司关系处理设立中的公司内部问题,并将以设立公司为目的的必要行为,自然归属于成立后的法人。日本与我国台湾地区的设立中的公司理论及实践则是将设立中的公司与成立后的公司视为一体来,以设立公司为必要目的的行为自然归属于成立后的公司。由于设立中的公司理论的不成熟及其与有关基本法律制度和理论的相悖,各国主要通过司法判例个案化来解决有关问题。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》将设立中的公司所有行为都必然归属于成立后的公司是不负责的。我国民法总则所规定的设立中的法人制度是值得反思的。

关键词:设立中的法人 必要行为 责任归属

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2017.04.002

### 一、问题的提出

无疑,刚刚通过的《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》),是我国理论界与实践界对中国几十年来行之有效的民商事理论、立法与司法的结晶。整体而言,其内容、结构都比较科学、合理,而且比较符合中国国情。但其中设置的一些制度,特别是与商事有关的制度,如《民法总则》第75条关于设立中的法人制度的规定,就很是值得商榷。

如何看待设立中的法人制度,其与成立后的法人是否为同一体,发起人以设立中的法人名义所为行为是否必然由成立后的法人承受,实有深入探讨的必要。该制度主要是从德国、日本和我国台湾地区的有关司法裁判及理论借

鉴而来,但它们关于设立中的法人理论的认识并不成熟,且争议较大。作为私法一般法的民法总则部分,其应是对那些成熟理论的高度抽象与总结。

关于设立中的法人,主要体现在设立中的公司方面,故笔者以设立中的公司为主线探讨有关问题。

### 二、设立中的法人制度的功能

现代社会,每年都有大量的法人,特别是公司法人的设立,所以法人的设立是一个重要的法律问题,每个国家和地区的公司法中都有关于公司设立的法律规定。法律关于公司的设立规定比较完善,其主要目的在于更好地保护债权人,故相应规定的主要是关于设立人或者股

作者简介:徐强胜(1967—),男,汉族,河南滑县人,河南财经政法大学法学研究院院长、教授、博士生导师。

东出资、确立章程和其他如公司名称、公司组织机构及住所的确定问题。对于法人的成立,大多国家采严格的法定主义,须履行必要的程序,由有关机关登记于商事簿册并经公告而成为法人。易言之,在法人设立的过程中,从设立人制定章程开始,至登记获得核准之时,设立人都要从事一定的民事行为,如向股东或拟出资者收取股款或出资等,由此就必然会产生这样一个法律问题:这个时候法人尚未依法成立而无法人资格,如何处理其内部关系和设立人的行为的后果。

按照传统大陆法系关于法人理论的看法,由于法人尚未成立,这时不存在所谓法人的行为问题,设立人也不能以尚未成立的法人名义从事活动。所以,有些国家,如《德国有限责任公司法》第11条就明确规定:“(1)在登记于公司住所地的商事登记簿之前,有限责任公司并不存在。(2)在登记前以公司名义行为的,行为人承担个人连带责任。”但现实是,几乎每个公司在成立之前都要从事一定的民事行为,否则公司也无法成立。为此,设立中的公司理论应运而生。该理论认为,公司的设立不是一个单一的行为,而是多个相互承接的行为共同的合力。尽管依公司法规定,只有在登记后才能产生法律认可的法律主体(法人),但事实上这时已经产生了一个联合体,该联合体已经“显示出了未来的公司的重要特征”。所以,随着公司章程的制定,公司就“被建立起来了”,成为一个设立中的公司——一个走向公司最终成立的过渡阶段。<sup>①</sup>作为一个“被建立起来了的公司”,“设立中的公司是一个独立的组织形式,不能被简单地当作民事公司或无限责任公司,也不能视为无权利能力的社团,”<sup>②</sup>而是一个自成一类的联合体,是一个很类似或接近于权利能力的社团,可以有自己的机关,可以从事以设

立公司为目的的行为等。

从德国学者关于设立中的公司不厌其烦的论述中我们就能够看出,理论界和司法实践创制和承认设立中的公司的原因在于“它已经在很大的范围内对应于将要成立的公司,”因而“相应的公司法规定可以适用于设立中的公司”,也就是说,创制和承认设立中的法人的目的在于,将即将成立的设立中的公司当作“公司”,从而以公司的方式在“公司”(包括设立中的公司和成立后公司)内部解决相应法律关系的自然归属。这不仅仅是公司法对于公司设立的要求(允许在公司登记之前就产生未来的公司的组织和公司财产),也是设立人创制章程及设立公司的意思,因为设立人在设立公司的时候,通常是愿意尽可能地将他们的法律关系一开始就置于其最终追求的法律形式的规则之下。设立中的公司因此被组织构建成团体了。<sup>③</sup>通过创制设立中的公司理论,不仅使得设立中的公司可以如成立后的公司那样处理“公司”的内部关系(如章程的修改、设立人或股东的变更、公司机关的设立、股东会决议等),使设立中的公司参与必要的法律交往(如开立银行账户等),甚至可以起诉、应诉,具有破产能力;而且,在一定意义上,该理论可以将所谓“设立中的公司”与成立后的公司自然地连接在一起,设立中的公司的必要行为因此可以自然地由成立后的公司承担。

所以,在德国,设立中的公司理论的功能在于通过使设立中的公司成为“公司”,从而可以按照公司关系,而非传统的合伙关系处理设立中的公司内部事务,并使得以设立公司为目的的行为后果自然归属于成立后的公司。“在对外关系上,设立中的公司享有暂时的权利能力,并具有积极的和消极的当事人能力及破产能

① 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第305页。

② [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法(第3版)》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第433页。

③ 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第308页。

力。”<sup>④</sup>也就是说,设立中的公司理论具有两方面的功能,一是使设立中的公司可以按照公司那样处理其内部关系;二是使设立中的公司可以以设立中的公司名义处理一定的外部关系。前者避免了设立中的公司简单地按照合伙关系处理的不便,后者则使设立中的公司具有了一定的权利能力,可以对外以设立中的公司的名义进行必要的交往。

正如“设立中的公司”这一词汇所表述的那样,尽管它还不是真正的公司,但已经被当作公司而具有了公司的属性,从而使得设立中的公司有了自己的财产、机构和名义,可以按照公司的法律要求以设立中的公司自身的财产承担责任。股东(设立人)以其出资享有权利并承担义务,管理人则以设立中的公司名义从事必要的活动。也就是说,作为设立中的公司主要功能,以设立中的公司名义处理公司内部事务具有自然性,在一定意义上应当是不言自明的,但如果设立中的公司有关问题涉及外部关系时,鉴于公司毕竟尚未依法成立,其外部关系限于必要的外部活动,如开设企业账户、收取股金等以设立公司为目的的必要行为,那么这时设立中的公司的外部活动其实并未真正涉及外部关系(如对外以公司名义进行买卖或其他经营活动),只是因设立公司而需要的、具有一定外部性的设立行为,这是附属于设立中的公司的内部活动的行为。也就是说,尽管设立中的公司理论的功能有内、外之分,但主要功能在于更好地处理内部关系,其所谓对外的功能只是对内功能的自然延伸。易言之,设立中公司的对外关系是基于内部关系的必要处理而具有的功能。当超出或出现不适应设立中的公司内部应有的关系时,其对外的功能也就不存在了。因此,设立中的公司理论的外部功能是其内部功能自然附带而来的。

设立中的公司理论顺应了经济上的需求,

使得尚未依法成为法人的公司可以从事一定的行为。但是,该理论试图通过类推公司法的有关规定解释或解决设立中的公司内部问题,无论在理论上还是在实践中都受到了极大的挑战。

首先,认为设立中的公司可以如成立后的公司那样处理内部问题,特别是以股东的差额责任来说明前期承担责任完全是一种法官造法行为,直接破坏了法人制度的基础,即“法人必须是通过登记取得相应资格的,依法登记对于法人的产生有着规则性和确认性的作用。”<sup>⑤</sup>如果说设立中的公司本身已经是所谓权利的享有者和义务的承担者,这就意味着设立人或发起人通过章程或合同及机关创设了其暂时的权利能力和行为能力,而这竟然与国家的登记无关。其次,资本确定的重要含义是指公司成立时经过登记公示的资本是确定的,即其初始资本在登记时就应当是完整无负担的。而按照设立中的公司理论,设立公司所产生的一切费用及已经缴纳的出资的减损,都应当由成立后的公司承受,亦即,公司资本在成立时就可能承受着相应负担而遭受着减损。再次,设立人或管理人被认为是设立中的公司机构或代表,但其显然只能从事以设立公司为目的的行为,超出该目的的行为是不能得到认可的;但设立中的公司理论将其当作公司,其实就意味着设立人或管理人能够从事一切有关行为,而不仅仅是以设立公司为目的的行为。最后,按照设立中的公司理论,其已经被视为公司,那么设立中的公司股东就应在公司内部关系中按照持股比例承担责任,显然在公司尚未成立的情况下,这种情况对于债权人来说是极其不利的。“无论如何,作为个人或与他人共同从事经营活动的人,都应该按民商法的基本原则,对由此产生的债务承担无限责任;而仅在法律规定的情况下,才可

④ [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法(第3版)》高旭军译,法律出版社2005年版,第436页。

⑤ [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法(第3版)》高旭军译,法律出版社2005年版,第440页。

以享有免责特权。而且,发起人或设立人仅仅对设立中的公司承担内部责任,显然是有问题的,其结果是不能让人信服的。”<sup>⑥</sup>

所以,尽管德国理论界与法院努力使设立中的公司像公司一样,以公司关系处理尚未成立的公司内部关系,但这种做法与民商法基础理论与实践常常发生矛盾。

三、设立中的法人与成立后的法人的同一体说及其问题

日本学者认为,设立中的公司与成立后的公司实质上是同一个主体,并认为“公司章程的制作、股份认购者的确认、董事、监事或执行官、会计参与等的选任都属于设立中的公司的法律关系,不需要特别移交行为,自然归属于成立后的公司。”<sup>⑦</sup>我国台湾地区理论界也认为,设立中公司系即将成立公司的前身,犹如自然人的胎儿与婴儿,二者实际上为同一体。所以,“设立中的公司的发起人或认股人,相当于成立后公司的股东,选任的董事等则相当于成立后的公司机关,将成立的组织、人及物的基础都有部分确定,因此应当承认设立中的公司的存在,且其所为设立公司的必要行为,其法律效力在公司成立的同时,当然归属于公司。”<sup>⑧</sup>

在德国,关于设立中的公司与成立后的公司之间的关系认识上也有同一说。不过,和德国不同,日本与我国台湾地区设立中公司理论的提出主要是为了解决设立中的公司与成立后的公司之间的关系,而不在于如何以公司法的规定类推适用到设立中的公司之上。日本和我国台湾地区认为,设立中的公司为无权利能力社团,以合伙关系处理其内部关系。所以,在一定意义上,日本和我国台湾提出的设立中的公

司理论,仅是以其与成立后的公司具有“同一性”试图解决二者之间因设立公司而产生的必要法律关系为什么能够归属于成立后的公司。也就是说,“设立中的公司以及实质上的权利义务归属的概念,都是为了便于解释的技术性概念,其本身并非独立的研究对象。”<sup>⑨</sup>

诚然,如果仅仅是为了解释设立中的公司的必要行为为什么能够归属于成立后的公司,同一体说是没有问题的。首先,同一说仅仅是个看似恰当的比喻,其实是缺乏法律基础的。同一说以胎儿与婴儿之间的关系来比喻设立中的公司与成立后的公司之间的关系并不恰当。因为胎儿的权利来源于法律的明确要求,而设立中的公司并无任何明确的法律规定。<sup>⑩</sup>既然设立中的公司是无权利能力社团,而成立后的公司为权利能力社团,那么二者性质迥异,根本谈不上所谓的同一性。即使是在公司设立过程中形成了某个社团,该社团也应当是以设立公司为目的,成立后的公司目的则是章程中所记载的具体的营利事业,二者虽同为社团但目的截然不同,又何谈所谓的同一性呢?所以,权利义务实质上归属于设立中的公司的这种解释并非法律上的解释,仅仅是想当然而已。其次,同一体说将无权利能力的主体当作权利义务的归属主体是错误的。按照同一体说,形式上归属于发起人的权利义务在实质上归属于设立中的公司,因此公司成立后相应的权利义务自然也归属于公司。但是,按照民法理论,权利义务的归属只能是以权利能力即拥有取得权利并承担义务的资格为前提,这是形式上的问题。所谓资格并不存在实质与形式之分,所涉及的只是是

⑥ [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法》(第3版)高旭军译,法律出版社2005年版,第441页。

⑦ [日]前田庸《公司法入门》(第12版),王作全译,北京大学出版社2012年版,第23页。

⑧ 柯芳枝《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第18页。

⑨ [日]山本为三郎《日本公司法精解》,朱大明等译,法律出版社2015年版,第36页。

⑩ 参见王泰铨《以设立中公司名义对外所为行为的效力》,载赖源河主编《商事法律争议问题研究》,清华大学出版社2005年版,第32页。

否在形式上具备了权利能力,即法律所定的资格问题。所以,将权利能力主体在实质上当成权利义务的归属是错误的。再次,法律行为理论足以解释设立公司的行为后果自然归属于成立的公司。事实上,设立公司的行为旨在产生公司成立的法律效果的法律要件。当事人希望产生一定的法律效果并表达这样的意愿,且如其所盼的法律效果得到承认时,该意愿的表达就是一种意思表示。换言之,公司成立是通过发起人经由章程,对其意愿的重要部分做出意思表示而达成的,公司设立也属于法律行为。既为法律行为,对其效果的解释就需要反映设立行为人的意思。可以说,设立过程中所做出的一系列行为的效果归属于成立后的公司,正是设立行为人的意愿;该意愿即为设立的意思表示的内容。<sup>①</sup>所以,不需要通过创设所谓的设立中的公司理论来解决公司设立中必要行为以归属于成立后的公司的问题。公司章程的制作等属于设立中的公司的法律关系,之所以不需要特别移交行为而自然归属于成立后的公司,其法源并非二者之间的同一理论,而实为设立人的意思产物,故无须特别移交而自然归属于成立后的公司。

也许正是意识到将二者当作同一理论上的问题,德国主流学说并非同一说,而是连续说。连续说认为,随着公司的成立,即在公司依法成立时,设立中的公司就过渡到了以其最终构建形式出现的作为法人的公司之上。也就是说,设立中的法人与成立后的法人二者法律性质是不同的,不能被视为同一体,但二者笼罩于同一目的之下,因而设立中的法人因设立而进行的必要行为所产生的权利义务不需要专门的继受行为就当然转移至成立后的法人享有或负担。<sup>②</sup>“组织和成员的身份在公司中继续存在,

因为它们是在公司设立阶段依法为公司创设的。为设立中的公司设定的权利和义务过渡到成立后的公司之上,这是自动发生的,无须专门的财产转移或者债务承接。”<sup>③</sup>所以,在德国,尽管设立中的法人理论将其组织构建为团体了,但是由于尚未成为财产主体的法人,根据主流观点,“设立中的法人仅是共同共有体,并且以此身份作为财产主体。”<sup>④</sup>德国理论界多次正确指出,公司对设立中的公司的所有债务承担责任,但也仅仅对这些债务承担责任。相反,基于法律活动,只要设立中的公司不受约束,公司也不承担责任。而设立中的公司也仅受到以设立公司为必要目的行为的约束。

#### 四、发起人的角色与职权

一般情况下,发起人是指为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人。按照公司法人制度的基本要求,公司自登记方能取得法人资格,而设立中的公司还不是法人,因此只能由发起人代表设立中的公司完成设立的有关事务,对外从事一定的法律行为。所以,如何看待公司发起人的法律地位,尤其是公司发起人行为的法律依据、权限范围以及行为后果的法律归属等,都成为公司设立中非常重要的法律问题。

由于德国将设立中的公司当作了公司,并认为其具有一定的权利能力,因此设立人或股东一般通过选举业务执行人来代表设立中的公司。也就是说,并非所有的设立人或发起股东都能够代表设立中的公司执行业务,只有那些被选举为业务执行人的设立人才可以这样做。尽管日本将设立过程中形成的实体称作设立中的公司,但一般认为设立中的公司是一种没有权利能力的社团,之所以将其称为设立中的公

① 参见[日]山本为三郎《日本公司法精解》,朱大明等译,法律出版社2015年版,第36页。

② 参见曾世雄《民法总则之现在与未来(第2版)》,台湾元照出版社2005年版,第94页。

③ [德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第315~316页。

④ [德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第308页。

司主要是用来解决与成立后的公司之间的同一性问题,而不像德国那样按照公司关系来处理设立中的公司内部关系。所以,日本认为所有的发起人都是公司设立事务的参与者。<sup>⑮</sup>不论是德国的业务执行人,还是日本的发起人,都是被作为设立中的公司机构存在的,可以在代表职权或发起人职权内从事以设立公司为目的的行为,相应后果归属于成立后的公司。

问题是代表人或发起人有什么样的职权。根据德国的理论及判决,《德国有限责任公司法》第37条第2款“关于业务执行人代表公司权限的限制对第三人不具有法律效力”的规定是不能适用于设立中的公司的。如果是在现金出资的设立中,该代表权只限于为促成公司登记而进行的必要的法律行为;对于实物出资的设立,代表权就包含着为维护已出资财产所为的必要法律行为。此外,只有得到全体股东的同意,公司才负有进行提前业务活动的义务。否则,设立人或代表人个人须承担个人责任。<sup>⑯</sup>《德国股份公司法》第41条规定,“设立中的股份公司在登记之前并不拥有完全的法律人格,以其名义实施的行为者负有个人责任。”只有登记才使得该公司取得法律上的人格,尽管它有可能承受在登记前商定的权利和义务。日本司法判决也认为,作为设立中公司的执行机关的发起人,其权限范围严格限制在为公司成立所必要的行为框架内,包括募集股东、缴纳股款等方面以及同其密不可分的相关事项。“本案中的合同是为了设立中的公司进行宣传而签订的,即使发起人是以代表人资格签订的,但充其量也不过是属于设立中的开业准备行为,不能视为公司成立所必要的项

目。因而,该合同产生的权利义务不能归属于成立后的公司。”<sup>⑰</sup>日本理论界也大多强调应该对设立人的职权作严格的限制解释,应当将公司设立自身作为目的的行为,如公司章程的制定、股东的确认及机关的设置等,其他如事务所的租借甚至都不应该包括在内。<sup>⑱</sup>所以,对于发起人的行为也仅限于以设立公司为目的的活动。易言之,发起人在设立公司过程中的行为后果并不必然归属于成立后的公司,即使该行为有利于设立中的公司。只有那些为设立公司而必要的行为后果才自然归属于成立后的公司。

其实,对于前述的设立中的公司与成立后的公司之间的连续说和同一说,尽管有不同的看法——设立中的公司是否与最终的公司之间存在同一性,或者是否公司作为新产生的法律主体通过概括继受途径接替了设立中的公司,这些争议更多的是学理性的,对由法院判决发展起来的法律后果安排不会带来什么改变。<sup>⑲</sup>因为两种学说都强调设立中的公司必要行为自然归属于成立后的公司,而为设立目的进行的必要行为的范围基本上限于章程的制作、股东的确认及公司机构等活动。这些行为,既是法律对于设立公司所必要的规定,也是发起人为设立公司而进行相应意思表示的必然后果。亦即,关于设立中的公司的发起人或管理人,只能在其应有的代表权限或设立权限内从事必要的活动。所谓的发起人为设立中的公司机关说,仅仅是为了发起人或管理人能够更好地从事以设立公司为目的的必要行为,而绝非说其所有行为都归属于设立中的公司,更非指这些行为

<sup>⑮</sup> 参见[日]前田庸《公司法入门(第12版)》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第22页。

<sup>⑯</sup> 参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法(第3版)》,高旭军译,法律出版社2005年版,第435页。

<sup>⑰</sup> 姜一春《日本公司法判例研究》,中国检察出版社2004年版,第35页。

<sup>⑱</sup> 参见[日]前田庸《公司法入门(第12版)》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第22~23页。

<sup>⑲</sup> 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第316页下注。

后果自然归属于成立后的公司。

所以,对于设立中的公司能否从事必要的以设立公司为目的的活动之外的行为,法律是持保守态度的。正如《德国有限责任公司法》第11条第2款规定的那样,如果在登记前以公司名义行为的,行为人是要承担个人连带责任的。尽管德国法院后来试图通过各种各样的方式使设立中的公司责任的内部化(如股东按份额的无限的内部责任)以减轻个人连带责任,但如果发起人或管理人超越其权限,责任将继续存在,既不能由设立中的公司承担义务,也不能使成立后的公司承担责任。即使在全体发起人或设立人均同意管理人从事某种超出经营目的的行为,其结果也不能由成立后的公司自然承受,公司承受的前提是该行为不能因此增加成立后公司的负担。《日本公司法》第28条则明确规定,股份公司成立后,约定受让财产及其价额和转让人的姓名或名称,须在章程中明确记载才生效。因为该财产受让并非经营行为,而属于开业准备行为。而且按照日本学者的看法,仅财产受让为日本公司法所承认的开业准备行为。<sup>①</sup>易言之,在日本,所谓的其他以开业为目的的经营行为是不被允许的。法律之所以不支持或不承认必要的开业准备行为之外的其他行为,一是为了即将成立的公司,使其不会因为设立中的公司的不必要行为而在刚刚成立之初就背上不必要的负担,损害公司自身应有的财产完整与信用;二是最大限度地保护公司潜在的债权人,使其不会在公司刚刚成立的时候就面对一个财产和信用不完整的公司。这是由公司设立及成立的法理所决定的。

五、我国理论与司法实践对于设立中的法人的认识及误区

总体而言,我国理论界关于设立中的公司

性质的认识与日本和台湾地区基本上是一致的。对于设立中的公司理论的功能也主要是从设立中的公司与成立后的公司之间的关系出发的。我国有理论认为,“确认设立中的公司的意义在于,在公司的设立过程中,发起人以设立公司为目的而取得的权利义务就应归属于将来公司,而不是归属发起人。”<sup>②</sup>我国的学者也几乎都是从这一角度认识设立中的公司理论的功能的,强调设立中的公司与成立后的公司之间的同一性。<sup>③</sup>本来,通过强调设立中的公司与成立后公司之间的同一性,使得以设立公司为目的的行为自然归属于成立后的公司。这是一个设立中的公司与成立后的公司自然衔接和连续的问题。不过设立中的公司毕竟尚未依法成立,其目的在于设立公司,而非经营和开业,所以,也仅是那些以设立公司为目的的必要行为才自然归属于成立后的公司,非以设立公司为目的的行为是不能自然由成立后的公司承接的。<sup>④</sup>

对于哪些行为属于“以设立公司为目的”,学界认为可以区分为设立中的公司内部行为与外部行为。设立中的内部行为主要包括订立发起人协议、订立章程、选举管理机构、申请设立登记、募集股份、召开股东会、申请成立登记等。设立中的公司的外部行为是指与第三人之间因交易或侵权而发生的法律行为。对于设立中的公司的外部行为,理论界也认为其事实上已经超出了公司设立的直接目的,但是也坚持认为正如各国公司法公司设立中交易行为制度主要着眼于经济和社会效果而将法律因素放在次要位置那样,考虑到发起人与公司的特殊关系及公司成立前交易的必要性,不仅那些必要的交易行为,而且一些非必要的

① 参见[日]前田庸《公司法入门》(第12版),王作全译,北京大学出版社2012年版,第31页。

② 施天涛《公司法论》,法律出版社2005年版,第131页。

③ 参见刘俊海《公司法学》,北京大学出版社2008年版,第61页。

④ 参见王保树、崔勤之《中国公司法原理》(最新修订第三版),社会科学文献出版社2006年版,第149页。

交易行为如果对于公司有利的話,也应当由成立后的公司承担。<sup>24</sup>也就是说,相较于日本和台湾,我国对于“以设立公司为目的”的行为作了扩大解释,将其扩展至并非真正以设立公司为目的的营业行为之上了。

随着我国理论界关于设立中的公司理论的探讨,司法实践中也开始以此理论解决相关纠纷。在《福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款纠纷案》(最高人民法院民事判决书[2005]民二终字第147号)中,最高人民法院认为,银行与公司筹备处签订借款合同,该借款抵押合同是双方当事人的真实意思表示,合法有效,筹备处可以作为当事人参加因该借款合同产生的诉讼。<sup>25</sup>在本案中,法院将筹备处视为一个事实上的法人,认定其为独立的民事主体。该判决其实是以设立中的公司为具有一定独立地位(学说)为基础的,认为设立中公司作为公司的雏形,在接受了股东出资之后已经有相应的财产承担责任,建立了相应的组织机构之后已经具有了行为能力和意思能力,能够以团体的意思从事一定的行为,但从法律形式上看,由于其未履行登记,未获法律人格而已。<sup>26</sup>有学者甚至据此提出,可以认为最高人民法院通过该判决的方式创设了我国公司法中所没有的一个法律规则,即在事实上已经具备公司的一切特征的设立中公司应独立承担民事责任,其股东应承担有限责任。<sup>27</sup>应当说,该判决意义重大,正视到了设立中的公司的特殊性,可以按照公司法的规定处理设立中的公司的有关法律关系。

鉴于公司设立的纠纷不断出现,2010年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》(2014年修正)

(以下简称《公司法解释三》)的前6条都是关于公司设立问题的规定,其中第2条和第3条涉及到设立中的公司与发起人的法律问题。首先,如果发起人为设立公司以自己名义对外签订合同,合同相对人只能请求该发起人承担合同责任。但公司成立后对该合同予以确认的,或者成立后的公司已经实际享有合同权利或者履行合同义务的,则可以请求公司承担合同责任。其次,如果发起人是以设立中公司名义对外签订合同的,合同相对人可以请求成立后的公司承担合同责任。但公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义,为自己的利益与相对人签订合同的,除相对人为善意的,公司可以不承担责任。在该解释中,尽管最高人民法院用了设立中的公司概念,但目的是为了处理那些以设立中的公司的名义或尽管没有用设立中的公司的名义但成立后公司认可的设立人在设立公司过程中对外签订的合同问题。易言之,该司法解释关心的是设立中的公司之名,而非其实,特别强调了是否以设立中的公司之名对外交易,或者成立后的公司是否实际享有了设立人在设立公司过程中签订合同的利益。可以看出,最高人民法院其实是认可了设立中的公司与成立后的公司的同一说。因此,发起人以设立中公司名义签订的合同,一般可认为是为了设立公司,那么,“按照合同的相对性和名义主义原则,权利义务就应当归属于设立中的公司,公司成立后当然也应当承继合同的权利义务。”<sup>28</sup>也就是说,《公司法解释(三)》简单地采纳了设立中的公司与成立后公司的同一说,并基于设立人为设立中公司的机关的认识,推理出设立人的行为后果应归属于成立后

<sup>24</sup> 参见郑景元《设立中公司法律问题研究》载王保树主编《商事法论集》法律出版社2007年版,第530~531页。

<sup>25</sup> 参见《最高人民法院公报》2006年第7期。

<sup>26</sup> 参见范健《设立中公司及其法律责任研究》载王保树主编《商事法论集》法律出版社1997年版,第150~151页。

<sup>27</sup> 参见吴越《公司法先例初探》,法律出版社2008年版,第15页。

<sup>28</sup> 最高人民法院民事审判第二庭编《公司案件审判指导》法律出版社2014年版,第121页。

的公司,至于设立人的行为,只要是为了公司的利益或以设立中的公司之名就可。

可以看出,我国司法实践运用设立中的公司理论解决的并非设立中的公司内部关系,而是其所谓的机关与成立后的公司关系。本来,处理设立中的公司与成立后的公司关系也是设立中公司理论的重要内容,但二者之间关系的处理主要是强调因设立公司而进行的必要行为可以自然归属于成立后的公司,而非认为作为设立中公司的机关的发起人或设立人的行为自然归属于成立后的公司。

正如前述,日本和我国台湾地区的同一体说并不认为设立中的公司具有权利能力其同一体说特别坚持或者说强调公司章程的制订、股份的认购、管理层的选举等属于设立中的公司的法律关系,不需要特别移交行为自然归属于成立后的公司。尽管日本也有试图扩大解释发起人的职权的学说,认为可以根据公司的经营目的——如有的公司需要建设工厂等而认定,但其主流学说仍然强调,应对发起人的职权作狭义解释或严格的限制解释。<sup>②⑨</sup>这是因为,在设立中公司机构的发起人权限问题上,如果采同一性说,则发起人所进行的行为既属于设立中公司的行为,也属于成立后的公司的行为,将会对成立公司的资力产生影响,进而影响成立后公司的资信及人格的完整。<sup>③⑩</sup>应当说,日本和我国台湾地区尽管并不将设立中的公司当作具有一定权利能力的组织,但他们的做法与德国关于设立中的公司与成立后的公司之间关系的认识是基本一致的,符合设立中的公司的理论功能的认识,即设立中的公司必要行为自然归属

于成立后的公司,这是一个公司内部关系的衔接问题。

德国理论上也有设立中的公司与已登记的公司是同一权利主体之说,认为随着公司的登记,通过一个预设负担的禁止,设立中的公司的权利与义务就完整和不受限制地移转给了已登记的公司。<sup>③⑪</sup>预设负担禁止可以保证公司初始资本的真实性,但也使得设立中的公司无法从事有利于自己的交易。因此,一些学者认为在经济上有利的业务情况下,应当突破预设负担禁止,允许设立中的公司对外进行相应的交易。为此,德国联邦最高法院作了变通,认为对于设立中的公司债务,公司股东可以在公司内部关系中,对公司根据其持股比例承担无限的个人弥补责任。如果在公司登记之时已经资不抵债,则在登记之后该无限责任将转变成前期负担责任,<sup>③⑫</sup>即股东对公司成立之时就产生的债务按照持股比例予以补偿,从而保证公司成立时资本的完整性。尽管股东此时的责任为公司内部责任,不是股东对公司债权人的直接赔偿责任,但需要注意的是,该前期负担责任只是股东对设立中公司亏损弥补责任的转化,并没有因此免除股东或发起人对设立中公司债务的承担。同时,公司对设立中的公司的所有债务承担责任,但也仅对这些债务承担责任。相反,基于法律活动,只要设立中的公司不受约束,公司也不承担责任。<sup>③⑬</sup>也就是说,德国尽管试图突破预设负担的禁止的规定,但相应责任的要求并没有因此放松,而是通过股东或发起人的个人无限责任公司内部化加以解决,并强调成立后

<sup>②⑨</sup> 参见[日]前田庸《公司法入门(第12版)》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第23页。

<sup>③⑩</sup> 参见[日]落合诚一:《公司法概论》,吴婷等译,法律出版社2011年版,第196页。

<sup>③⑪</sup> 所谓预设负担禁止是指为了避免因设立时对外交易而减少公司的初始资本,禁止在登记之前对公司财产设定负担。

<sup>③⑫</sup> 参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法(第3版)》,高旭军译,法律出版社2005年版,第432页。

<sup>③⑬</sup> 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第316页。

的公司只对需要其承担的设立中的公司产生的债务承担责任,超过该范围,公司是没有义务承担责任的。

在美国,并不存在设立中的公司理论,但其普通法上有所谓的“事实公司”——“尚未成立但已经完成了大部分组建工作,以至于除了州政府以外,其他人不得对它的存在提出质疑。”<sup>④</sup>事实公司也被称为一个“法律上的公司”,该制度的功能是为了解决公司提前开业的问题,即不能将申请机构接受申请作为公司存在或不存在的条件,否则会产生不公平。所以,事实公司的功能与大陆法系设立中的公司理论的功能是不同的,不能将其简单地与设立中的公司相比较。但尽管如此,对于事实公司的行为,根据美国《1991年示范公司法》第2条第4项的规定,“所有知道公司未依照本法规定成立而仍以所谓公司的名义或代表所谓公司实施交易之人,对该交易中发生的所有债务承担连带责任。”也就是说,事实公司也不轻易认可股东的行为必然由成立后的公司承受。至于发起人以公司名义签订的合同,公司并不自动对其成立之前的发起人所引起的债务承担责任,通常给出的理由是,发起人不能成为公司的代理人,因为公司这时还没有存在,从而保护公司应有的利益。公司发起人以自己的名义签订的合同,更不会受到成立后公司的自然认可,即使发起人在签订合同时提及尚未成立事实的合同也是如此。

因此,无论是大陆法系的设立中公司理论,还是美国的事实公司及其对于发起人的认识来看,发起人在公司设立阶段的对外交易行为是不会轻易得到认可的。其主要原因不仅在于上述法理,也在于如果轻易认可,就会对公司及后来投资者产生不公平,并对后来的公司债权人产生不利影响。我国理论界一开始也是按照严

格解释原则来看待设立中的公司及其设立人的行为的,但由于理论界更多关注的是设立中的公司理论的对外功能,而没有看到或有意无意忽略了设立中的公司理论的基本功能——内部性问题,导致对其理论上的探讨主要在如何解决设立中的公司对外交易问题上。而如何看待设立中的公司的对外交易,尽管学界也看到了设立中的公司的外部行为事实上已经超出公司设立的直接目的,但认为应基于经济而非法律的角度,考虑到既然设立中的公司在设立过程中大量且不可避免地对外进行相应交易,就应在法律上尽量承认这些行为对于后来成立公司的有效性,以促进并保障交易安全。从经济上来说,确实应当解决因此产生的问题,但解决相应的问题不能以损害应有的公司法秩序为代价。对于成立后的公司而言,其应是一个注册资本完整的公司,不应当在刚刚成立而尚未营业时就背上了债务。这既是其对第三人的信用,也是对将来加入公司投资人的保证。

那么,《公司法解释(三)》的规定尽管借鉴了同一体说,但因此将发起人的行为原则上归属于成立后的公司,这是非常值得商榷的。从日本和我国台湾地区的认识来看,同一体说并非因为设立中的公司具有权利能力而与成立后的公司实质上为同一主体,只是因为设立公司进行的必要行为自然归属于成立后的公司而被视为一体。德国的同一体说试图通过设立中公司的股东或发起人个人责任的内部化的解释以说明设立中的公司可以对外进行对公司有利的交易,但并没有因此免除股东或发起人应当承担的个人无限责任。所以,只要设立中的公司业务执行人超越了他的代表权,或者一个没有代表权的人如同一个业务执行人那样行为,责任就将继续存在。<sup>⑤</sup>

<sup>④</sup> [美]罗伯特·W·汉密尔顿《美国公司法》,齐东祥等译,法律出版社2008年版,第97页。

<sup>⑤</sup> 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第318页。

《公司法解释(三)》不作区分地为保护交易相对人而进行的简单化的扩大解释,是一种典型的单调的合同法思维,忽略了设立中的公司主要为设立公司而存在的价值与意义。前者主要注意交易相对方的名义,后者关注设立中的公司的团体性与团体秩序。尽管在某个具体的交易当中,只需注意相对方的名义就可以了,但在涉及公司特别是涉及设立中的公司的时候,发起人或者股东是不能随意以未来的公司或设立中的公司之名进行相应的交易的,否则将损害设立中的公司利益与成立后的公司利益。而且,从法理上看,设立中的公司目的在于设立公司,而非营业,而成立后的公司目的则在于营业,二者之间的权利能力范围是有质的区别的。如果简单地认可发起人的任何交易后果均归属于成立的公司,那也确实二者是同一体,但法律要求公司法人须依法登记方可成立就没有任何意义了。也正是如此,在日本,对作为设立中的公司机构的发起人的权限包括开业准备行为这一问题是有很大争议的。判例认为发起人仅享有为公司设立而进行必要行为的权限,开业准备行为应该属于其权限外的行为。即使对于受让财产,也必须按照我国《公司法》规定的条件进行才可例外获得认可。<sup>③⑥</sup>

#### 六、《民法总则》第75条关于设立中的法人规定的评析

《民法总则》第75条规定“设立人为设立法人从事的民事活动,其法律后果在法人成立后由法人承受;法人未成立的,其法律后果由设立人承受,设立人为二人以上的,享有连带债权,承担连带债务。”“设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任,第三人有权选择请求法人或者设立人承担。”该条没有使用设立中的法人概念,是正确地看到了该概念的不确定性及其混淆性;但仍然强调

“设立人为设立法人从事的民事活动,其法律后果在法人成立后由法人承受”,其实质是《公司法解释(三)》关于“设立中的公司”的翻版,其目的并不在于处理设立中法人内部关系,而强调设立中的法人可以对外从事相应活动,且其后果由成立后的法人承受。

正如前述,所谓设立中的法人理论是不成熟的,其更多的是设立法人的过程或者说行为,而非“设立中的法人”问题。在一定意义上,设立中的法人理论只是各国在司法实践中对有关问题的一种解决办法甚至可以说是权宜之计,是以设立中的法人之名,而非“法人”之实来处理有关问题的。任何法人的设立,不管是公司法人还是其他法人,都通过专门的法律进行了明确的规定,显然也无须在作为私法一般法的民法总则中加以规定。如果规定的话,不仅以所谓设立中的法人来解释有关问题是多余的,而且将与我国理论与立法确定并一贯坚持的法人登记方能成立的基本要求相悖。《公司法解释三》关于设立中的公司规定,是一种为临时解决问题,而没有根本和全局眼光的救火式做法,其可能暂时解决了因设立公司而产生的债权债务纠纷,但破坏了公司基本秩序,因为公司因此刚刚成立就面临着各种负担;其保护了因公司设立而产生的债权人利益,但同时却将公司成立后的未来的债权人和投资人置于不利益之中。“对相互冲突之利益的“权衡”不应当按照感觉来进行,而应当从为了彼此的利益关系而产生的合乎法则性中推导出来。”<sup>③⑦</sup>

从逻辑上来讲,《民法总则》第75条的规定不外乎试图解决三个方面的问题:一是设立中的法人可以从事必要的民事活动来设立法人;二是设立人须对设立法人中产生的债务承担责任;三是在法人成立后,设立人为设立法人

<sup>③⑥</sup> 参见[日]落合诚一:《公司法概论》,法律出版社2011年版,第195~196页。

<sup>③⑦</sup> [德]乌尔里希·克卢格《法律逻辑》,雷磊译,法律出版社2016年版,第15页。

而从事的民事行为后果归属于成立后的法人。但仔细分析,这三个问题是不需要规定的:首先,设立法人的过程中,可以从事必要的以设立法人为目的的民事活动是不言自明的,否则法人也不可能产生。至于设立中的法人是以设立中的法人名义还是其他名义,都不重要,不会因此影响法人如何产生。其次,如果因为法人尚未依法成立,故设立人自然须对因设立法人产生的债务承担连带责任。再次,法人成立后,如果是因设立法人而进行的必要的民事活动,如章程的制订、管理层的选举等,也自然因法人的成立而延续到成立后的法人身上,这也是由法人成立必须具备的条件决定的。

特别让人不能理解的是,《民法总则》第75条竟然规定“设立人为设立法人从事的民事活动,其法律后果在法人成立后由法人承受”,这几乎是一种毫无限制的规定,将严重破坏法人

成立的基础,损坏成立后法人应有的品格与质地。当设立人所有的为设立法人而从事的民事活动后果均由成立后法人承担时,就意味着法人刚刚成立就要背负各种各样的债务与负担,那么,法人成立的确定性也就不复存在了。法人的设立是一个过程,其需要从事一定的为设立法人而必要的活动,但也仅限于为设立法人而必要的活动,如制订章程、收取股款、进行工商登记等,超出该范围的活动,即使其有利于成立后的法人,也不应该轻易得到认可的。

也就是说,所谓设立中的法人理论与制度是十分不够成熟的,那么,作为民商法基本准则的民法总则对此作出规定,就需要以后通过人大释法或司法解释严格限制设立人的行为范围,以保证成立后的法人不因此遭受较重的不必要负担,维系法人成立时的应有秩序。

## On Function and Defects of Legal Person in Establishment

Xu Qiangsheng

**Abstract:** Theory of Legal Person in establishment in Germany is to tackle question of internal of Legal Person in establishment, its results of behavior necessary with the purpose to establish company naturally attributable to the corporation after the establishment. Theory and practice of company in establishment in Japan and Taiwan is based on the establishment in the name of the Company as the same one after its establishment, so its results of behavior with the essential purpose to establish company naturally attributable to the corporation after its establishment. Since the theory of the firm in establishment is immature and inconsistent with the relevant basic legal system, States solve the problems primarily through the Judicial precedent. It is irresponsible that “Company Law interpretation (c)” provide that all behaviors to establish company are necessarily attributable to the company after the establishment. General of Civil Law should not be provided for the establishment of Legal Person in the legal system.

**Keywords:** Legal Person in establishment; behavior necessary; attribution of liability

(责任编辑:付强)