

北京师范大学珠海分校学术文库 珠海市社会科学“十二五”规划课题

ON THE LEGAL PROBLEMS
OF DEFECTIVE INCORPORATION

公司设立瑕疵 法律问题研究

张宗卿 著



中国政法大学出版社

北京师范大学珠海分校学术文库 珠海市社会科学“十二五”规划课题

ON THE LEGAL PROBLEMS
OF DEFECTIVE INCORPORATION

公司设立瑕疵 法律问题研究

张宗卿 著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

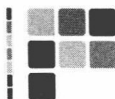
公司设立瑕疵法律问题研究/张宗卿著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 10

ISBN 978-7-5620-6354-4

I. ①公… II. ①张… III. ①公司法—研究—中国IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 239701 号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 8
字 数 200 千字
版 次 2015 年 10 月第 1 版
印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷
定 价 32.00 元



公司被认为是现代企业的核心组织形式，是最重要的社会经济活动主体。究其原因，是投资者可以通过成立公司获取有限责任和法人独立人格的庇护，进而使公司成为投资者锁定投资风险，获取投资回报的重要载体。但是，成立公司需要具备法定的条件或要素并经依法确认，正因如此，各国根据公司法人的不同类型，对其法人人格取得的条件和程序有着不同的要求。然而在实践中，公司在设立过程中出现不符合法律规定的设立条件和程序，但却因公司登记机关的注册登记而获取法人人格的情形时有发生。2003年11月，最高人民法院对外公开征求意见的《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定（一）》（征求意见稿）第13条曾写入了公司设立瑕疵的无效之诉，但该条款在2006年5月9日施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（一）》，以及2008年5月19日施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（二）》中并未出现。此后在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定

(三) (征求意见稿)》中再次写入了公司设立瑕疵无效之诉,但在2011年2月16日施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》中再次删除了该条,可见理论界及实务界对该问题分歧之大。这种瑕疵的公司的处理,涉及公司登记的公信力、市场交易安全、债权人和公司员工利益的维护等诸多问题,应当予以重视。

《公司设立瑕疵法律问题研究》这部专著是张宗卿博士在他的博士论文基础上补充完善而成。本书在理论上论述充分,有独到见解,特别是对公司设立瑕疵产生的主客观原因分析的较为透彻,对两大法系公司设立瑕疵的救济模式和救济理念进行了较为全面的梳理,并在此基础之上对于我国公司设立瑕疵法律救济的模式进行了深入的论述。

本书结构完整,逻辑清晰,以提出问题、分析问题、解决问题的思路展开论述。前两章为提出问题部分,通过对公司设立瑕疵之基本理论和公司设立瑕疵的现状的分析,指出公司设立瑕疵与法人人格制度和商法的价值理念存在冲突,因此有必要建立一种救济模式解决这一问题。第三章、第四章为分析问题部分,通过对公司设立瑕疵形成的原因,以及对两大法系公司设立瑕疵救济模式、救济理念的梳理,为我国公司设立瑕疵救济模式和救济理念的选择开阔视野,并提供有益的参考。第五章和结论为解决问题部分,通过对相关法律规范的实证分析和学者观点的梳理,最终得出结论。

本书内容详实,系统全面。首先,本书对公司设立瑕疵产生的原因从主观、客观两方面进行了梳理,使读者对公司设立瑕疵产生的原因有较为清晰的认识;其次,本书对两大法系国家公司设立瑕疵救济模式和救济理念进行了梳理和利弊分析,使读者了解两大法系国家和地区对公司设立瑕疵的法律态度,

对公司设立瑕疵法律问题的进一步分析提供更为清楚的认识；最后，本书对我国现行的行政撤销救济模式进行了阐述，对我国相关法律法规和学者的观点进行了认真地梳理和分析，为结论的提出提供了充分的理论支撑。

相信该书的出版将会对公司设立瑕疵法律问题的理论研究发挥积极作用，使读者能够对公司设立瑕疵所涉及的法律问题获得较为全面的了解，希望该书给读者带来更多的启示。

怀效锋

2015年8月10日

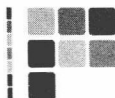
CONTENT SUMMARY

内容提要



对于商事公司而言，其法人性特征和股东的有限责任共同构成了公司制度的基础，使得公司法人具有独立的人格，能够独立享有权利和承担义务，使得股东受到法人人格的庇护，可以提前锁定投资风险，获取无限的收益。因此，成立公司，获取法人独立人格和有限责任的庇护，成为投资者化解投资风险的首要选择。若想取得公司法人人格，必须具备法定的条件或要素并经依法确认。因此，各国根据公司法人的不同类型，对其法人人格取得的条件和程序有着不同的要求。但是，在公司的设立过程中经常会出现不符合法律规定的设立条件和程序，但却因公司登记机关的注册登记而获得法人人格的情形，我们称之为公司设立瑕疵。由于受到主、客观双重因素的影响，这种设立瑕疵产生的原因比较复杂，因此在现有的公司设立制度下，任何国家均无法避免公司设立瑕疵的发生。在我国公司实践中，大量出现公司设立瑕疵的现象毋庸置疑，在设立瑕疵未得到弥补和治愈之前，这种设立瑕疵的实然状态与公司健全人格和商法价值理念的应然状态之间存在冲突，因此，应当建立

一种救济模式，避免这种冲突的产生。通过对两大法系国家关于公司设立瑕疵救济模式和救济理念的比较分析可见，虽然公司设立瑕疵的救济模式有所不同，但救济理念有趋同化的倾向。这主要是因为救济模式是对公司设立瑕疵法律救济的一种静态反映，而救济理念则是对公司设立瑕疵法律救济的一种动态反映。在一定时期内，救济模式通常不会发生变化，除非法律规范进行调整；但救济理念则可能随着社会的发展、人们观念的更新，以及法官对法律的理解不同而有所区别。我国目前尚未建立一套完整的公司设立瑕疵救济模式，现有的救济模式单一，救济理念存在巨大分歧，这种分歧导致我国学者对于今后公司设立瑕疵救济模式的选择存在巨大争议。本书通过对学者不同观点的梳理，并对《公司法》注册资本认缴制的变化进行分析，试图证明公司设立瑕疵原则否定主义救济模式赖以存在的制度基础已经不复存在，而原则承认主义救济模式既符合我国公司设立制度的发展方向，贯彻商法效益优先的价值取向，体现了企业的维持理念，又能够尊重瑕疵公司成立后业已形成的利益格局，体现了商事交易的外观主义原则，增强交易的确定性。同时，通过强制性解散制度既可兼顾商法的公平价值理念，又为公司设立证书的终局性证据效力提供了有益补充。



序	1
内容提要	4
绪 论	1
一、问题的提出	1
二、学者观点	3
三、研究的目的和意义	9
四、研究的思路	11
五、研究方法	13
第一章 公司设立瑕疵之基本理论：概念、分类 与边界	16
第一节 公司设立瑕疵概念与辨析	16
一、公司设立瑕疵概念界定	16
二、公司设立瑕疵与相关概念的辨析	18
第二节 公司设立瑕疵的分类	21

一、人的条件的瑕疵	22
二、物的条件的瑕疵	30
三、组织条件的瑕疵	33
四、设立程序的瑕疵	41
第三节 公司设立瑕疵的边界	47
一、公司设立瑕疵情形发生在公司设立过程中	47
二、公司设立瑕疵以公司依法登记成立为前提	49
三、公司设立瑕疵以违反强制性规范为前提	53
第二章 公司设立瑕疵的现状：实然与应然的冲突	57
第一节 公司设立瑕疵与公司法人健全人格的冲突	57
一、公司法人的意义与本质	57
二、国家干预与公司法人人格的取得	61
三、公司设立登记的效力与公司设立瑕疵的关系	70
第二节 公司设立瑕疵与商法价值理念的冲突	75
一、商法的价值理念	75
二、商法价值理念在公司设立制度中的具体体现	80
三、公司设立瑕疵与商法价值理念冲突之分析	86
第三章 公司设立瑕疵的成因：主客观的双重视角	90
第一节 公司设立瑕疵的主观成因	90
一、趋利避害的本质属性	90
二、有限理性制约	94
三、公司设立瑕疵主观成因的具体表现	98
第二节 公司设立瑕疵的客观成因	102
一、商法公法化的倾向	103
二、社会诚信体系尚未完善	111

三、公司设立登记制度的固有缺陷	116
四、公司设立瑕疵中成本-收益配置的异化	123
第四章 公司设立瑕疵的法律救济：不同法律制度 的比较分析	132
第一节 普通法法系公司设立瑕疵的法律救济	132
一、普通法法系公司设立瑕疵的救济模式	133
二、普通法法系公司设立瑕疵的救济理念	144
三、普通法法系公司设立瑕疵的强制性解散	146
第二节 民法法系公司设立瑕疵的法律救济	153
一、民法法系公司设立瑕疵的救济模式	153
二、民法法系公司设立瑕疵的救济理念	157
三、民法法系公司设立瑕疵之人格否定	162
第三节 两大法系公司设立瑕疵法律救济之评析	178
一、普通法法系公司设立瑕疵救济的评析	178
二、民法法系公司设立瑕疵救济的评析	181
三、两大法系公司设立瑕疵救济理念之趋同化	184
第五章 我国公司设立瑕疵的法律救济：适用、评价 与选择	188
第一节 我国现行公司设立瑕疵的法律救济	189
一、我国现行的救济模式	189
二、我国行政撤销救济模式的适用	191
三、我国现行救济理念的矛盾与分歧	193
第二节 我国设立瑕疵救济模式的评价及选择之争	199
一、我国行政撤销救济模式的评价	199
二、我国公司设立瑕疵救济模式选择之争	202

第三节 原则承认主义救济模式选择之理由	208
一、原则承认主义救济模式选择的法理分析	208
二、原则承认主义救济模式选择的法经济学分析	212
结 论：原则承认主义救济模式之构建	217
一、原则承认主义救济模式的比较优势	217
二、原则承认主义救济模式的救济理念	222
三、强制性解散之诉的法律适用	223
参考文献	226



一、问题的提出

现代社会，公司在社会经济生活中扮演着举足轻重的角色，成为投资者直接投资的重要载体。与合伙企业、个人独资企业相比，公司最为显著的特征就是它的“法人性”，这种法人性特征使得公司人格区别于其成员的人格而独立存在，并独立享有权利和承担义务。公司法人虽然是一种客观存在的主体，但若想取得公司法人人格，还必须符合法律所设定的法权模型并经依法确认。因此，各国根据公司法人的不同类型，对其法人人格取得的条件和程序有着不同的要求，从理论上讲，这既是对交易安全和效率的维护，也是国家干预的具体体现。但是，在公司的设立过程中经常会出现不符合法律规定的设立条件或程序，但却因注册登记而获得法人人格的情形，学界将其称之为公司设立瑕疵或瑕疵设立。由于受到主、客观双重因素的影响，这种设立瑕疵产生的原因比较复杂，从主观方面考虑，一方面，由于人的趋利避害的本质属性，使得公司法人的工具价值得以

体现,大大刺激某些投资人在利益的驱使下存在的投机心理,故意使公司设立存在瑕疵;另一方面,由于人的有限理性的制约,导致人的精力水平和对公司设立法定条件、程序的掌握和理解有限,不可避免地会因人的疏忽、失误而导致在公司设立过程中出现遗漏或差错。从客观方面考虑,首先,由于商法公法化的倾向,凸显了公司设立的法定性,使得大量的强制性规范出现在公司的设立过程之中,而这些强制性规范出现的结果就是在公司设立制度中存在大量法定的设立条件和程序,这些设立条件的严格程度和设立程序的复杂程度均会对公司设立瑕疵产生直接影响。其次,由于商法效益优先兼顾公平的价值取向,使得营利和效率成为商事立法首要的考虑因素,而公平则成为辅助因素。营利作为股东投资的主要目的,在违反设立条件和程序取得法人人格的惩罚措施略显单薄的情况下,导致了公司设立瑕疵的违法成本较低。最后,由于社会诚信体系尚未完善,加之公司登记制度存在的固有缺陷,同样使公司设立存在瑕疵的情形难以避免。因此,公司设立瑕疵的原因复杂,无论民法法系还是普通法法系国家,均无法避免公司设立瑕疵的出现。既然公司设立瑕疵不可避免,那么对于设立存在瑕疵的公司,法律应该作出何种选择,是承认这种“既成事实”的公司的法人人格,还是应当宣告法人人格取得无效,抑或是撤销瑕疵公司的法人登记。由于不同的社会制度、复杂的经济关系、不同的利益群体决定了法律作出选择时已经不能简单地考虑公司设立瑕疵的合法性与违法性,而是需要进行综合考虑,需要照顾到不同利益群体,做到“各得其所”。同时,法律的选择也蕴含着不同国家和地区对商法多元化价值取向的不同配置。正因如此,普通法系国家和地区采取了公司设立瑕疵原则承认主义救济模式,而民法法系国家和地区则采取了公司设立瑕疵原

则否定主义救济模式，这两种救济模式的存在均具有合理性，并具有相应的制度基础。

结合我国实际，在公司设立过程中，出现公司设立瑕疵的情形毋庸置疑。例如，股东未共同制订公司章程；公司未建立符合要求的股东会、董事会、监事会等组织机构；公司无固定的生产经营场所和必要的生产经营条件；公司股东提供的实物出资低于公司章程所规定认缴的出资额；公司注册资本虚假；章程记载事项违反强行性法律规范和社会公共利益；等等。但是，我国目前尚未建立一套完整的公司设立瑕疵救济模式，即便是散见于不同层级法律规范之中的行政撤销登记主义救济模式，也与普通法法系和民法法系国家和地区的救济模式差别很大，其救济理念模糊，救济手段单一，相关立法已经远远不能满足公司制度的发展需要，因此，我国急需建立一套完整的公司设立瑕疵救济模式。两大法系的救济模式和救济理念经过多年实践，已经较为成熟，相关的救济模式和理念值得我们借鉴，但究竟哪一种救济模式更符合我国现行的公司设立制度，哪一种救济模式更符合我国公司法的发展方向，哪一种救济模式更具比较优势，则值得学界进行仔细研究。

二、学者观点

目前，国内外学者关于公司设立瑕疵法律问题的研究，散见于公司设立瑕疵的分类、两大法系公司设立瑕疵的救济模式和救济理念、我国公司设立瑕疵救济模式的选择等问题。其中分歧之处主要在于公司设立瑕疵的分类标准以及我国公司设立瑕疵救济模式的选择。

（一）关于公司设立瑕疵的分类

关于公司设立瑕疵的分类，不同的学者提出了不同的分类

标准。如,施天涛教授认为,公司瑕疵设立主要包括两种情形:一是主观瑕疵;二是客观瑕疵。其中主观瑕疵是发起人或股东个人的设立行为中存在瑕疵,主要指发起人本身存在行为能力和意思表示方面的缺陷。例如,发起人或股东没有行为能力或者属于限制行为能力人、发起人或股东的意思表示不真实、发起人或股东明知其行为将损害债权人利益而作出设立意思表示;而客观瑕疵是设立行为本身的瑕疵,主要表现在设立行为违反法定条件和程序,或者其他强制性法律规定。譬如,设立目的的违法或者违背公序良俗;发起人或者股东不足法定人数;章程必须记载事项的欠缺或者记载违法;发起人未认足、缴足出资;虚假出资;公司组织机构不符合法律要求,股份发行存在欺诈;等等。^[1]范健、王建文教授认为,依公司瑕疵设立的原因可分为主观瑕疵和客观瑕疵;依其内容不同可分为程序瑕疵和实体瑕疵。程序瑕疵是指公司设立违反了程序性规定,如未经有关主管机关审批,股份有限公司创立大会召集程序不合法等。实体瑕疵是指公司设立违反了公司法所规定的实质要件,如股东人数未达法定最低限额,注册资本低于法定数额,出资形式与构成不符合法定要求等。^[2]冯果教授认为,依其后果的严重程度还可以分为可以补救的瑕疵和无法补救的瑕疵。各国往往根据设立瑕疵的严重程度,决定是否可以采取补救的办法,以使该公司获得确定的法律人格。^[3]

(二) 关于我国公司设立瑕疵的救济模式

关于我国公司设立瑕疵的救济模式,主要有两种观点:

(1) 借鉴普通法法系国家和地区的做法,采取公司设立瑕

[1] 施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第92页。

[2] 范健、王建文:《公司法》,法律出版社2011年版,第124页。

[3] 冯果:《公司法要论》,武汉大学出版社2003年版,第39页。

疵原则承认主义救济模式。如,张民安教授认为,我国应当像两大法系国家那样从大多数人利益维护的角度,采取公司瑕疵设立有效理论,即公司设立证书的公信力理论,任何人只要获得了公司登记机构颁发的营业执照,则即便公司在设立过程中存在违法的地方,不符合公司法或其他制定法所规定的设立条件或者设立程序,公司仍然有效,公司债权人、股东或者其他利害关系人均不得起诉要求法院宣告所设立的公司无效。^{〔1〕}刘蔚文教授认为,现有公司法的有关条文显示我国并不否定瑕疵设立公司的有效性,这一原则已经得到两大法系国家和地区的普遍确认。因此,我国公司法应确立公司瑕疵设立的一般有效性原则,坚持公司登记公信力,尽可能地维持公司,以更好地维护社会经济秩序的稳定,降低交易成本,提高交易效率。^{〔2〕}房绍坤、王洪平教授认为,不论是民法法系还是普通法法系,对瑕疵设立公司的法人人格都存在肯定与否定双重机制,民法法系也并不否认“结论性证书规则”。我国《公司法》的规定并不能得出我国不采“结论性证书规则”。因此,我国对瑕疵设立公司也应采取“结论性证书规则”,对公司已取得之法人人格原则上予以承认和维持。^{〔3〕}此外,也有学者认为,尽管设立瑕疵有效制度在我国尚缺乏实施的制度环境,在当前的状况下照搬普通法法系的公司设立瑕疵有效制度并非最优选择,但是相比公司设立瑕疵无效制度的法律成本要小得多,在法律收益目标相同的前提下,设立瑕疵有效的法律效益明显处于较优水平,

〔1〕 张民安:《公司法的现代化》,中山大学出版社2006年版,第265页。

〔2〕 刘蔚文:“反思与完善:我国公司瑕疵设立的制度构建”,载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2012年第2期,第128页。

〔3〕 房绍坤、王洪平:“公司瑕疵设立法人格规制”,载《中国法学》2005年第2期,第106页。