



公司与产权法律实务 ③

STUDY ON COMPANY LAW

公司法疑难 问题解析

第2版

上海市高级人民法院 编
齐奇 主编
邹碧华 副主编

成功解决公司法疑难问题的**必备工具**

- 劳务出资与以债作股
- 挂名股东的法律问题
- 有限责任公司的股权转让
- 关联交易纠纷的法律问题
- 公司成立前所生债的承担
- 公司僵局及其司法救济
- 公司的解散与清算
- 股东大会决议瑕疵之诉
- 股东派生诉讼法律问题
- 股东抽逃出资的民事责任



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



公司与产权法律实务 ③

STUDY ON COMPANY LAW

公司法疑难 问题解析

第2版

上海市高级人民法院 编
齐 奇 主 编
邹碧华 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

SCJ13 / 08

图书在版编目(CIP)数据

公司法疑难问题解析/上海市高级人民法院编. —2
版. —北京:法律出版社, 2005. 6
(公司与产权法律实务丛书)
ISBN 7-5036-5656-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 066455 号

©法律出版社·中国

责任编辑/戴伟李群

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法规与大众读物出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/22 字数/450 千

版本/2005 年 7 月第 2 版

印次/2005 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5656-5/D·5373

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)·

序

公司法是民商事法律领域的基本法之一。它在我国经济生活中的作用越来越重要。自从中共中央作出建立社会主义市场经济体制的决定以后,学术界和立法界就一直在积极讨论公司法的相关问题。公司法规制着市场主体的资格和行为,而这是发展市场经济首先要解决的问题。同时,国有企业的改革也要求法律来规范。事实上,我国公司法自从1994年出台后,对于国企改革和市场经济的发展起到了极大的推动作用。

但是,任何事物都有其不完美之处。由于公司法出台时我国关于公司的法律实践并不丰富,因而司法实践中,司法界也逐步遇到了一些难以解决的疑难问题。例如,股东分红请求权的行使方式、股东派生诉讼、发起人和股东的出资责任、公司僵局的司法救济,等等。这些问题的出现,一方面说明我国的公司立法仍有其局限性,立法者不可能完全预见到社会经济生活的复杂性和多样性;另一方面,也从侧面说明了我国近年来所进行的经济体制改革给我们的经济生活注入了某种新的活力。为解决这些问题,学术界进行了广泛的讨论,形成了修订公司法的诸多理论设计;司法实务界也结合司法实践在进行研究。我们的法官面对日益增多的涉公司法的案件,也在不断进行摸索、总结,他们对上述问题的理解和认识正在逐步走向深入。法官们的努力对于顺利实施公司法、为经济实践提供可预期的做法、为公司法的统一修订提供诸多素材等方面能够起到十分有益的作用。

上海作为中国改革开放的前沿和经济最活跃的地区之一,极其需要包括公司法在内的完善的法律来规范经济秩序。公司法有效地推动了上海国有企业的改制和社会主义市场经济体制的建立。上海法院面对大批新类型、疑难的公司法案例,非常注意认真调研,充分听取法律专家和优秀法官的不同意见,大胆运用公司法理,创造性地适用法律,作出了一批法律效果和社会效果俱佳的判决。在此基础上,上海市高级人民法院将近年来审判实践中遇到的

涉及公司法的问题作为重大调研课题进行了专题研究。全市法院法官积极参与,产生了一批优秀调研成果。本书中的诸多观点对进一步促进我国的公司法审判必将有所裨益。

法学的发展不是来自概念、理论的演绎或照搬;相反,法学的真正源泉,法律真知的真正来源,必定是法律的实践和社会现实。我希望并且相信中国法学乃至法治的建设和发展进程中有上海法官的一份贡献。

上海市高级人民法院院长

滕一龍

目录

CONTENTS

序	(1)
第一章 公司成立前所生债的承担	(1)
第一节 英美法的立法和司法实践	(1)
一、一般原则	(1)
二、具体的处理方式	(2)
第二节 大陆法系国家和地区的理论与实践	(3)
一、有关公司成立前所生债的承担的理论	(3)
二、公司成立前所生债的承担	(6)
第三节 对我国公司法相关规定的检讨	(8)
一、公司法相关规定的分析	(8)
二、最近的司法解释讨论稿	(9)
三、总体评价	(10)
第二章 公司资本制度的立法与司法实践	(11)
第一节 公司资本制度的基本理论	(11)
一、资本制度的历史演变	(11)
二、我国公司资本制度的设计理念分析	(12)
三、我国现行公司资本制度的完善问题	(14)
第二节 出资形式若干问题	(15)
一、劳务出资问题	(15)
二、以债作股问题	(17)

第三节 公司资本制度的司法实务问题	(18)
一、司法实务中违反公司资本制度的主要情形	(18)
二、违反公司资本制度的实例分析	(19)
三、股东和发起人的出资责任	(22)
第四节 公司股东抽逃出资的民事责任承担	(26)
一、对股东抽逃出资行为的认定	(26)
二、司法实践中股东抽逃出资的一般表现形式及其审查认定	(27)
三、我国现行法律法规关于股东抽逃出资的规定及其缺陷	(29)
四、股东抽逃出资民事责任的承担	(31)
五、股东抽逃出资诉讼的相关程序问题	(33)
第三章 股东及股东大会相关问题	(35)
第一节 挂名股东现象分析及其法律问题研究	(35)
一、挂名股东的概念和法律特征	(35)
二、“挂名”股东现象的表现形式及其法律问题分析	(37)
三、挂名股东存在的法律基础和相关法律思考	(40)
第二节 对股东大会决议瑕疵之诉的法律思考	
——兼论《公司法》第 111 条	(44)
一、关于股东大会决议瑕疵之概念	(44)
二、关于决议瑕疵之诉的分类问题	(46)
三、关于“决议瑕疵之诉”的主体问题	(53)
四、关于出诉期间问题	(55)
五、关于决议瑕疵之诉的法律后果问题	(56)
第三节 有限责任公司中的公司僵局及其司法救济	(58)
一、公司僵局的产生及其危害	(58)
二、公司僵局的事前预防	(59)
三、公司僵局的司法救济——解散公司之诉	(60)
四、解决公司僵局的其他措施	(65)

第四章 公司董事的义务与民事责任	(66)
第一节 公司董事的义务	(66)
一、关于公司董事义务的几种学说	(66)
二、公司董事的义务	(67)
第二节 公司董事的民事责任	(73)
一、董事对公司的民事责任	(73)
二、董事对第三人的民事责任	(74)
第五章 有限责任公司股权转让的有关法律问题	(76)
第一节 股权性质与股权转让权能	(76)
一、股权的性质	(76)
二、股权转让的权能	(76)
第二节 有限责任公司股权转让的程序与限制	(78)
一、股东之间相互转让股权(内部转让)	(78)
二、向股东以外的人转让股权(对外转让)	(78)
三、契约以外的法定事由引起的股权转让之程序	(80)
第三节 出让股东与受让股东的利益平衡	(81)
第四节 股权转让的效力	(83)
一、股权契约及其履行	(83)
二、股东决议对股权转让效力的限制	(83)
三、公司登记对股权转让效力的影响	(87)
四、股权变更登记效力	(90)
五、股权转让的法律后果	(94)
第五节 有限责任公司股权转让的一些特殊问题	(94)
一、涉及外国投资者的股权转让问题	(94)
二、国有独资有限公司转让股权的特殊要求	(95)
三、股权转让形成“一人公司”的问题	(96)
四、股权出质	(97)

五、对股权的强制执行涉及的股权转让	(98)
第六章 关联交易纠纷的若干法律问题	(101)
第一节 涉及关联交易纠纷的诉讼	(101)
一、诉讼起因与诉讼主体之确立	(102)
二、法院处理相关案件之依据	(102)
第二节 关联交易行为的界定	(103)
一、确定关联人是界定关联交易行为之关键	(103)
二、关联交易行为之界定	(105)
三、关联交易之类型	(106)
第三节 关联交易行为效力的判定	(107)
一、无效的关联交易行为	(108)
二、可变更或撤销的关联交易行为	(108)
三、有效的关联交易行为	(109)
第四节 完善相关制度以规范关联交易行为	(109)
第七章 公司的解散与清算	(111)
第一节 有限责任公司解散中的法律问题	(111)
一、问题的提出	(111)
二、我国有限责任公司解散的相关法律规定及主要缺陷	(112)
三、国外公司解散制度的相关法律规定	(114)
四、完善我国有限责任公司解散法律制度的相关建议与思考	(116)
第二节 我国公司清算中的法律问题	(119)
一、公司清算过程中的法律地位	(119)
二、完善我国公司清算人制度的构想	(121)
三、建立我国特别清算制度的设想和建议	(127)
第三节 我国有限责任公司中股东的清算义务与清偿责任	(133)
一、问题的提出	(133)
二、我国目前法律、法规对股东清算义务之规定及其缺陷	(135)

三、有限责任公司股东清算义务与清偿责任转换之依据	(137)
四、关于进一步规范审判实践具体操作的思考	(139)
第八章 股东派生诉讼法律问题	(141)
第一节 股东派生诉讼的法律性质	(141)
一、派生诉讼的涵义	(141)
二、股东派生诉讼的双重属性	(142)
第二节 股东派生诉讼的实体与程序法律问题	(143)
一、派生诉讼的起诉条件	(143)
二、派生诉讼的范围	(146)
三、派生诉讼中当事人的地位	(147)
四、股东派生诉讼中诉讼费用的承担	(150)
五、派生诉讼中的意思自治以及诉讼后果	(153)
第九章 公司的特殊形态——一人公司的法律问题	(154)
第一节 一人公司基本理论问题探讨	(155)
一、一人公司产生和发展的现状及内在规律	(155)
二、一人公司与传统公司法人制度的矛盾关系分析	(157)
第二节 西方国家一人公司立法例的历史考察及特殊监管制度	(161)
一、西方国家一人公司立法例的历史考察	(161)
二、一人公司的特殊监管规则	(163)
第三节 我国的一人公司问题	(165)
一、我国一人公司的立法问题	(165)
二、我国一人公司的司法问题	(167)
第十章 公司诉讼判解研究	(170)
第一节 对一起归一性股权转让协议纠纷案的法律分析——交易安 全与归一性股权转让协议之效力	(170)
一、案情与法院判决及理由	(170)
二、对本案中所涉及的归一性股权转让协议效力问题的法理分 析	(173)

第二节 对一起股东派生诉讼案的法理分析·····	(204)
一、基本案情·····	(204)
二、审判结果·····	(205)
三、法理分析·····	(206)
附录一:相关法律、法规、规章、司法解释及规范性文件·····	(208)
一、总类·····	(208)
中华人民共和国公司法(2004年8月28日修正)·····	(208)
上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处 理意见·····	(231)
北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意 见(试行)(2004年2月9日)·····	(237)
江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见 (试行)(2003年6月3日)·····	(240)
二、股东与股东大会·····	(249)
上市公司股东大会规范意见(2000年5月18日)·····	(249)
上市公司治理准则(2002年1月7日)·····	(254)
国家国有资产管理局、国家体改委关于印发《股份有限公司国有 股股东行使股权行为规范意见》的通知(1997年3月24日)·····	(261)
三、公司股权转让的登记管理·····	(264)
中华人民共和国公司登记管理条例(1994年6月24日)·····	(264)
公司登记管理若干问题的规定(1998年1月7日)·····	(271)
国家工商行政管理局关于印发《关于国有企业改革中登记管理 若干问题的实施意见》的通知(1998年5月8日)·····	(274)
四、国有股权转让的管理·····	(277)
企业国有资产监督管理暂行条例(2003年5月27日)·····	(277)
企业国有产权转让管理暂行办法(2003年12月31日)·····	(282)
企业国有产权向管理层转让暂行规定(2005年4月11日)·····	(287)
国家国有资产管理局、国家经济体制改革委员会关于印发《股份有 限公司国有股权管理暂行办法》的通知(1994年11月3日)·····	(289)

财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知 (2000 年 5 月 19 日)	(294)
五、债权转股权	(297)
金融资产管理公司条例(2000 年 11 月 10 日)	(297)
国家经贸委、人民银行印发《关于实施债权转股权若干问题的意 见》的通知(1999 年 7 月 30 日)	(300)
国务院办公厅转发国家经贸委、财政部、人民银行关于进一步做 好国有企业债权转股权工作意见的通知(2003 年 2 月 23 日)	(302)
六、关联交易	(306)
关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干 问题的通知(2003 年 8 月 28 日)	(306)
财政部关于印发《企业会计准则——关联方关系及其交易的披 露》的通知(1997 年 5 月 22 日)	(308)
关联方之间出售资产等有关会计处理问题暂行规定(2001 年 12 月 21 日)	(320)
附录二:中国公司法修改草案建议稿(节录)	(323)

第一章

公司成立前所生债的承担^{〔1〕}

公司设立是一个过程,发起人在公司设立过程中扮演着重要的角色。在公司登记注册之前,围绕着公司设立事宜发起人与第三人之间订立了许多合同,产生了诸多债权债务关系。在公司成立前发起人支付的设立费用,于公司成立后,可否及如何向公司追偿?如果公司不成立,公司成立前所生的债由谁承担?如果公司成立,公司成立前所生的债是否自然由公司承担,发起人还有无责任?公司成立前所生债的承担关涉对交易安全与第三人的保护以及公司内部对发起人权限的制衡的问题。我国《公司法》对于上述问题的解决只是略有涉及,具体条文是《公司法》第92条第2款和第97条第1项。依上述规定,股份有限公司的创立大会应当对公司的设立费用进行审核;股份有限公司不能成立时,公司的发起人应对设立行为所产生的债务和费用负连带责任。《公司法》对有限责任公司成立前所生的债如何承担的问题未有片言规定,而且对股份有限公司成立前所生债于公司成立后如何承担的问题也缺乏相应的规定。立法的疏漏给司法实践带来很大困扰,同时实践中的许多做法在法律上的效力也有很大的不确定性。因而对“公司成立前所生债的承担”这一问题加以探讨,将有助于我国立法与司法对这一问题的规定与实践更为完善。

第一节 英美法的立法和司法实践

一、一般原则

美国《模范公司法修正本》第二章第四节规定,“一切人明知根据本法某家公司尚未组织而仍以该公司名义或代表该公司从事商务活动,则这些人应连带地并且也是个别地承担因上述商务活动而引起的一切责任。”其理论根据是在公司成立前,发起人类似于合伙关系。因为发起人与公司的关系是先有“代理”,后有主体,

〔1〕 本章是在2002年上海市高级人民法院重大课题中标论文《公司成立前所生债的承担》(作者为上海市第二中级人民法院法官肖志刚)一文基础上整理而成,整理人为胡孝红。

代理不能先行约定尚未出现的主体的义务,所以公司登记注册之前由发起人签订的合同起初并不是公司的合同,对公司并无拘束力。如果发起人代表拟设立的公司签订合同,则发起人必须就有关合同负个人责任。^[2]

但是,英美法系国家和地区法院判例一般确认,在公司成立后,以明示或默示的方式接受公司注册前签订的合同,则发起人可以摆脱对合同的责任。明示接受是指公司成立后,公司与合同另一方重新订立合同来代替旧合同。默示接受的形式是公司接受了合同的益处,并且知道合同的存在。如果公司接受了发起人合伙的全部资产,则公司必须就公司存在之前的合同负责,因为公司已经成为发起人的“化身”(alter ego)。此外,判例也允许当事人在合同中约定,合同以公司成立并且成立后的公司同意执行该合同为生效要件,这样也可避免发起人承担个人责任。^[3]

二、具体的处理方式

依据发起人与第三人在订立合同时的不同情形,合同对发起人与成立后的公司的效力可分为以下四种情况:

1. 如果发起人以自己的名义与第三人订立合同,未表明以后将由公司承担合同的责任,则发起人将为合同承担个人责任。此后发起人将合同转让给公司并不能解除发起人的个人责任,除非债权人明示或默示地同意解除发起人的个人责任并只向公司要求合同的履行,这种情况被称为合同的更新。

2. 在公司设立过程中,发起人以将要成立的公司的名义签订的合同,许多案例认为这种情况下,发起人应为合同承担个人责任。虽然公司成立并愿承担合同的责任,但是法院还是倾向于判令发起人承担责任。^[4]

3. 合同的当事人双方均知道公司尚未成立的事实,仍然以公司的名义订立合同。合同条文本身往往也表明公司尚未成立这一事实。许多判例明确表示,发起人在此情况下应承担合同责任,除非当事人双方有相反的约定。但是如果有确切的证据证明当事人双方只是意图以将成立的公司作为合同的当事人承担合同的义务,则发起人不会因此而承担合同责任,但是证明双方这种意图的举证责任由发起人承担。^[5]

4. 公司以登记为成立之时。如果公司章程虽已签订并开展了业务,但公司章程尚未登记或设立登记事项有瑕疵,在上述期间以公司名义签订的合同如何承担责任?在美国普通法上发展出事实上公司与不可否认公司的理论。事实上公司在

[2] 参见朱伟一著:《美国公司法判例解析》,中国法制出版社2000年版,第30页。

[3] 参见 Robert W Hamilton: The Law of Corporations, 法律出版社1999年版,第59—61页。

[4] 参见 Robert W Hamilton: The Law of Corporations, 法律出版社1999年版,第83—85页。

[5] 参见 Robert W Hamilton, 前引书,第85页。

普通法上一般需要具备几个条件:(1)可以依法成立公司;(2)为设立公司作出了诚实信用的努力;(3)实际利用公司的特权。不可否认公司与普通法上的不得反悔原则相联系,如果行为人称有公司存在并希望对方信赖其陈述,并且对方信赖了这种表示,则公司可推定为已为存在。^{〔6〕}在事实上公司与不可否认公司的情形下,相对人只依赖公司本身的信用,那么相对人不得要求发起人或股东承担无限责任。相对人只能要求该公司负担合同义务,而不能直接要求发起人承担合同责任。^{〔7〕}

总之,发起人在公司成立前可能以发起人自己或公司名义与第三人订立合同,英美公司法在确认公司成立前所生的债的归属时,一般的原则是由发起人承担,公司可以通过合同的更新的方式继受该债权债务。同时辅之以普通法的衡平观念,依照合同法的有关原则和理论,着重探讨发起人与第三人在订立合同时的真意,在例外的情形下,使发起人从该债中脱身而出,而由成立后的公司承担。这赋予了法官较大的合同解释的权利,容易造成合同当事人权利义务不确定,危害社会经济的稳定。^{〔8〕}

第二节 大陆法系国家和地区的理论与实践

一、有关公司成立前所生债的承担的理论

◎ (一)有关理论:发起人的地位为设立中公司机关说

无论是有限责任公司的发起设立还是股份有限公司的发起设立或募集设立,发起人在公司设立过程中都充当着重要的角色。发起人的法律地位如何,涉及在公司设立过程中由发起人产生的权利、义务的归属和责任承担的问题。发起人的法律地位与公司成立前所生债的承担是一个问题的两个方面。为解决公司成立前所生债的承担的问题,大陆法系国家和地区的理论界曾作过许多努力,提出过无因管理说、为第三人利益契约说、代理说、继承说、设立中公司机关说等学说,而以设立中公司机关说为现在的通说。^{〔9〕}设立公司之初,发起人总是要基于以设立公司为目的的合伙协议来进行公司的筹划和设立活动的。因此发起人之间首先是一种合伙关系,发起人之间签订的发起人协议的性质属于民法上的民事合伙协议。另一方面,作为团体根本规则的公司章程的订立,表明具有社团性质的设立中公司^{〔10〕}的出现,全体发起人亦随之成为设立中公司的成员。从发起人与设立中公

〔6〕 参见朱伟一,前引书,第36页以下。

〔7〕 参见 Robert W Hamilton,前引书,第92页以下。

〔8〕 参见侯青海:《试论公司发起人的民事责任》,北京大学硕士学位论文,第48页。

〔9〕 参见梁宇贤:《公司法论》,三民书局印行,第269页以下。

〔10〕 所谓设立中公司,系指自订立章程至设立登记完成前尚未取得法人资格之公司而言。参见王泽鉴:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第182页注〔1〕。

司的关系来看,发起人属于设立中公司的代表机关和执行机关。^[11]综上所述,发起人的法律地位可以概括为:发起人既是发起人合伙中的成员,又是设立中公司的机关。

由于公司以设立登记为公司成立取得法人人格之时,传统理论认为,设立中公司在性质上为无权利能力社团。^[12]新说认为,设立中公司类似自然人的胎儿,虽然没有法人人格,尚无作为公司的权利能力,但自发起人制定公司章程始便出现了公司的萌芽,基于设立中公司本身之需要和社会秩序的安全性,则有承认其有一定的法律地位或权利能力的必要,当然此时其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止状态,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。^[13]发起人属于设立中公司的机关,代表设立中公司的权利、承担设立中公司的义务,办理公司筹建事宜。设立中公司实质上是成立后的公司的前身,两者是实质的同一体(同一体说)。^[14]随着公司的成立,公司取得法人人格,公司设立阶段的法律关系即成为公司的法律关系,发起人发起行为的法律效果则直接归属于公司,并不需要特殊的移转手续。^[15]

根据上述理论,设立中公司是公司的萌芽,在其生长的不同阶段,会出现不同的法律关系。首先,设立中公司的对外关系是以公司成立为前提条件的,所以说对外关系中的权利义务的归属,在未确定公司成立与否之前是不确定的。如果公司不成立,其萌芽也就毫无意义,发起人也自然丧失其设立中公司机关的法律地位。这时,法律为保护债权人等利害关系人的利益,依据发起人合伙这一法律地位,规定设立行为的一切法律后果均归于发起人合伙,即公司不成立时,一般是根据发起人合伙这一法律地位来追究发起人的责任、解决设立行为遗留的问题,发起人对设立公司所产生的债务和费用以及股款的返还负连带责任。其次,如果公司成立了,由设立行为产生的权利义务,依照发起人的另一个法律地位——设立中公司机关,以及设立中公司与成立后公司同一体论,可以原则上推定归属公司。^[16]

设立中公司的理论在实践上的主要意义,在于解释为何公司成立后须承担设立行为所发生的债权债务,有利于稳定社会交易秩序以及保护第三人的利益。发

[11] 参见[日]末永敏和著、金洪玉译:《现代日本公司法》,人民法院出版社2000年版,第38页。

[12] 无权利能力社团,系指与社团法人有同一实质,但无法人资格之团体而言。参见王泽鉴:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第194页。

[13] 参见曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第105页。

[14] 参见[日]奥岛孝康编:《争点note—商法I》,法学书院1998年版,第61页以下。

[15] 参见[日]末永敏和,前引书,第36页。

[16] 参见李黎明:“试论股份有限公司的发起人”,载李黎明主编:《中日企业法律制度比较》,法律出版社1998年版,第166页。

起人作为设立中公司的机关,其在公司设立过程中所为的行为后果由成立后的公司承担。但是,如果对发起人的权限不加以任何限制,公司成立前所生的债都直接由公司承担,有可能使发起人滥用权限而损及公司成立时的财产基础。因此,大陆法系国家对发起人的权限都加以某种限制。

◎ (二)发起人的权限范围

大陆法系国家一般认为,发起人的权限,以公司设立所必要的行为为限。对于何者为设立所必要的行为,则依法律之规定、或设立章程及发起协议或依行为的性质确定。^[17]

对发起人的权限范围,在日本有以下三种意见:第一种意见认为,募集股东、制定认股书、分配股份、召集创立大会、请求选任检查人、报告创立事项(日本《商法》第174条、第175条第2款、第176条、第177条第1款、第179条、第180条第1款、第181条、第182条)等设立公司程序上必要的行为,才属发起人的权利范围。该说是为防止发起人的权限滥用出发的一种严格解释。第二种意见认为,为成立公司所需要的法律上、经济上的一切行为,即除了上述设立必要行为外,还包括设立事务所的租赁、设立事务员的雇佣、购买办公用品、邮票、印花等、印刷认股书和计划书、为了募集股份委托广告等对外的交易行为等设立关联行为,均属于发起人的权利范围。第三种认为,既然设立公司的目的是从事一定的营业,那么设立公司就是要使其处于一种能够经营的状态,所以购买土地、原料等开业准备行为,也属于发起人的权限。^[18]

日本学者一般认为,设立必要行为的后果先归于设立中公司,后归于成立后的公司;设立关联行为所生债务,在章程记载的设立费用额度内(相对必要记载事项,日本《商法》第168条第1款第8项),由成立后的公司负担,超出章程记载的设立费用额度的部分,由发起人承担,但是考虑到债权人的利益,公司应当先全部承担,再向发起人求偿。^[19]而对于不属于发起人权限的开业准备行为所生债务,并不当然归属于成立后的公司。如果发起人是以设立中公司或发起人合伙名义所为,则应归属发起人,但若公司认为,发起人所为的开业准备行为乃公司所需要,理应由董事会决议追认该行为归属公司。如果发起人是以成立后公司或以成立后公司法人代表的名义所为,则属无权代理。对此,日本的学说、判例都主张类推适用日本《民法》第117条,^[20]判定合同无效,让行为人承担无权代理人的责任。如果成立

[17] 参见曾世雄,前引书,第105—106页。

[18] 参见李黎明,前引书,第169页。

[19] 参见[日]龙田节:《公司法》,有斐阁法学丛书,第341页,转引自前引李黎明书,第170页。

[20] 参见《日本民法典》第117条,该条规定如下:(一)作为他人代理人缔结契约者,如不能证明其代理权,且得不到本人追认时,应依相对人的选择,或履行契约,或负损害赔偿责任。(二)前款规定,不适用于相对人已知或因过失而不知无代理权情形或者作为代理人缔结契约者无其能力情形。