

先公司合同问题研究

方斯远*

内容提要 围绕发起人在公司设立阶段签订的先公司合同,各国的立法与司法实践采取了不同的规制方式,力求在既存规则、商业需求以及交易安全之间实现平衡。从我国的实际情况出发,宜借鉴大陆法系做法,承认设立中公司的特定主体地位,并将先公司合同分为设立必要合同以及非必要合同分别规制。对于前者,应当承认其得直接对成立后的公司产生约束力;对于后者,则需要在司法实践中应当对案情进行更为全面的考察,探寻当事人内心真意并在此基础上适用相应的默认规则。

关键词 先公司合同 发起人 设立中公司 违约责任

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2015.03.012

一、问题的提出

本文研究的先公司合同,即发起人在公司设立阶段为公司利益签订的合同。由于缔约时公司尚未成立,合同原则上不能直接约束成立后的公司,这不仅有损效率,也未必能够保障交易安全。^①然而设计规则确立合同对公司的约束力并非易事,除了要在当事人之间合理分配风险,维持交易效率与安全之间的平衡,还需兼顾法律规则的体系性,在比较法上,规则设计的争议自19世纪延续至今尚无定论,各国的规则也远未统一。^②

我国《公司法》第94条第1款规定股份有限公司不能成立时,发起人对设立行为产生的债务和费用负连带责任,《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)》(以下简称《解释三》)将“发起人”的内涵扩展至有限责任公司设立

* 最高人民法院中国应用法学研究所、中国社会科学院法学研究所联合培养博士后。

① 公司设立可能涉及复杂的交易安排,一些大型商业项目甚至需要专门设立项目公司来解决筹备公司的签约问题,在英美法系,即便是通过了制定法,也需要复杂的普通法规则作为解释适用的依据。参见楼建波《特定目的营业主体在商法上的地位》,载《社会科学》2008年第3期;Easson, A. J. & Soberman, D. A., *Pre-incorporation contracts: Common Law Confusion and Statutory Complexity*, 17 Queen's L. J. 441, 414-464 (1992)。

② See Wayne Courtney, *Failed Pre-Registration Contracts and the Statutory Remedy*, 25 Company and Securities L. J. 226, 226-245 (2007); Arad Reigberg, *Corporate Law in the UK after Recent Reforms: The Good, the Bad and the Ugly*, 63 Current Legal Problems 315, 345-346 (2010)。

时股东,统一了先公司合同的规则(第1条),并以缔约名义和合同利益归属为标准,具体规定了合同责任的分配(第2、3、4条),但是《解释三》缺乏部分关键术语(如发起人的利益)的界定以及责任分配的标准(如公司接受合同之后发起人是否免责);在规制方式上过于依赖缔约名义的作用,可能违背当事人意思,诱发机会主义行为。这些问题源于《公司法》继受了大陆法系的立法模式,《解释三》则试图融合两大法系的规则,但是不同法系的制度根植于不同的经济背景与规则体系,蕴含了不同的价值判断与政策考虑(如交易效率与安全的不同侧重),仅基于法条的静态比较而进行折中式的混合,可能导致理论上的难以融通,进而减损规则的可适用性。^③ 基于法律体系性和制度互补性的考虑,比较法所提供的信息需要结合我国的实际情况,通过教义学的分析整合进我国的法律体系中,本文遵循这一思路,通过检讨比较法上规则的根源与实效,研究符合我国实际情况的规则设计。

二、发起人个人责任的理性与突破

基于公司人格独立,先公司合同不得直接对其产生约束力。英美法系的早期规则严格遵循了这一立场,发起人无权为未成立的公司缔约,发起人一律对合同承担个人责任,除非公司成立后通过合同更新(novation)的方式成为新合同的主体,^④这样既能保障公司的意思自治,避免第三人无处追偿的不利处境,也符合代理法、合同法的原则。^⑤然而这一规则的缺陷在于:发起人可能成为公司的(控股)股东或董事会成员,这种经济联系保证了发起人与公司意志的一致性,僵化强调公司的人格独立可能损害实质公正;如果成立后的公司认为履约对己不利而拒绝合同,第三人向发起人求偿未必能获得足够的救济;规则使发起人承担了过重的履约风险,会遏制其创业的积极性,导致投资机会的浪费以及社会整体福利的降低。概言之,规则未必符合当事人意思,反而可能增加交易成本,诱发机会主义行为。^⑥因此,在尽量与现有法律体系协调的基础上,^⑦通过考察

③ 有学者通过全面的比较分析指出,两大法系先公司合同的规则无法融合。See KLAUS HEINEMANN, PRE-INCORPORATION TRANSACTIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS (1990)。

④ *Kelner v. Baxter* (1866) LR 2 CP 174.

⑤ 普通法上,合同主体必须在缔约时真实存在,否则无权追认他人代理其签订的合同,See Easson & Soberman, *supra* note 1, at 423-424.

⑥ See Michael J Whincop, *Of Dragons and Horses: Filling Gaps in Pre-Incorporation Contracts*, 12 J CONT. L. 217, 217-235 (1998)。

⑦ 商法的规则设计应当平衡意思自治与公共政策,但不能因此忽略逻辑、体系化对法律确定性、商人预见性以及司法效率的积极作用。先公司合同的普通法规则早期因强求法律体系的一致性而无视商业实际,被批评为削足适履,但后期法官设定各种限定条件和例外情况追求个案正义,导致司法中规则冲突、标准模糊,即便在立法作出规定之后也没有改善。W M Estey, *Pre-Incorporation Contracts: The Fog is Finally Lifting*, 33 Can. Bus. L. J. 3, 3-37 (2000)。

当事人的缔约目的与商业安排^⑧、探寻排除建立在公司人格独立、合同相对性以及无权代理等法理基础上的个人责任,区分对待先公司合同的政策理由,构成了各国制度设计的核心问题。^⑨

(一) 发起人的界定暨认定标准

作为先公司合同责任承担的前置问题,发起人(promoter)的认定存在两种标准,实质说以实际参与了公司筹建为标准,形式说以在章程签名为标准。^⑩这一分歧的根源在于“发起人”本质上是一个商业而非法律术语,^⑪意为组织设立公司的企业家,^⑫其主要职责是在公司的发起阶段通过与股东就公司未来的治理等事项进行磋商并签订合同、拟定章程等发起行为确保公司运营成功,但未必会在公司成立后成为股东,可能是公司设立的组织者、发现并运用商机的企业家或资本运营、公司股东或管理人。^⑬在严格区分发起与设立两个阶段的国家,发起人与设立人(incorporator)也有区别,后者主要负责向州务卿提交章程以备案,并不一定在实质上参与了公司的筹建。^⑭实质标准虽然更为契合商业实践,但发起行为的具体内容随着个案情形差异较大,无论在立法还是司法上都无法精确界定,只能作为事实问题由法官在个案中进行判断。^⑮形式标准虽然易于操作,但也可能由于部分发起人因疏漏或故意而未在章程签名,无法追究其责任而损害债

⑧ 根据合同自由原则,合同法应当提供符合当事人意思的默认规则,以填补交易成本和策略行为等因素导致的合同漏洞;当合同可能对缔约人或第三人产生不利,且无法通过自由协商将这些成本内部化时,再考虑是否需要以强制性规则来保护各方利益,而商业合同由于交易的参与者、面临市场的不确定性等因素与传统民事合同有别,在解释和规制上也有自身的特殊性。Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L. J. 87, 87-130 (1989)。

⑨ 很多国家意识到以传统代理法、合同法的原则规制先公司合同可能会导致不公平的后果,宜通过公司法予以特别规定,但由于各国代理法与合同法的原则并不一致,如对于代理人签订合同时本人是否必须存在有不同的做法,导致改革的难度和方式并不相同。See TREITEL G, *THE LAW OF CONTRACT* 723-724 (11th ed., 2003); BAINES T F, *Company Liability for Pre-Incorporation Contracts*, 16 Fac. L. Rev. 31, 31-32 (1958); P. DAVIES, GOWER AND DAVIES' S PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW 118 (8th ed., 2008); BUSCH, D. ET AL., *THE UNAUTHORISED AGENT: PERSPECTIVES FROM EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW* (Busch, D. et al. eds., 2009); Law Reform Commission, *Privity of Contract and Third Party Rights*, at http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/Report%20Privity.pdf, (last visited on April 22, 2015), p. 21.

⑩ 参见刘连煜《现代公司法》,台湾新学林出版有限公司2011年版,第213-214页。

⑪ *Armstrong v. Sun Printing, Pub. Ass.*, n 137 App. Div. 828, 122 N. Y. S. 531 (1910)。

⑫ 参见[日]前田庸《公司法入门》,王全兴译,北京大学出版社2012年版,第22页;[韩]李哲松《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第157页; DAVIES, *supra* note 9, at 105; FRANKLIN A. GEVURTZ, *CORPORATION LAW* 42-43 (2nd ed. 2010)。

⑬ 参见邓峰《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第224-225页;[美]汉密尔顿《美国公司法》,齐东祥等译,法律出版社2008年版,第88页。

⑭ 美国《模范商事公司法》与《特拉华州普通公司法》尽管没有对发起人作出界定,但在“企业家”的意义上规定公司有权成为其他商事组织的发起人,对于设立人则将其主要职能定为提交章程,但在其他条款中又规定其提议召开组织会议、通过公司内部章程、在公司未发行股票时依据股东协议作为股东行为或者对章程进行修改以及解散公司等权力。See MBCA § 2.01、2.05 (a2)、2.06 (a)、3.02、7.32 (g)、10.02、10.06 (5a)、14.01; DGCL § 101、102 (6)、107、108、122 (10)。

⑮ See DAVIES, *supra* note 9, at 106; *Burneagle Coal & Coke Corp. v. Henritze* 124 S. E. 224, 139 Va. 422; *Wheeler & Motter Mercantile Co. v. Lamerton*, 8 F. 2d 957, 44 A. L. R. 769。

权人利益。

先公司合同是为公司利益而签订,缔约者当属实质意义上的发起人(企业家),因此也被称为“发起人合同(Promoter's contract)”,但在采取实质标准的英美法系,立法者在法律条款中倾向于使用“人”(person)而非“发起人”的表述来回避界定上的困难,^{①⑥}而大陆法系虽然整体倾向于采取形式标准,^{①⑦}也有部分学理和判决选择实质标准作为补充。^{①⑧}考虑到本文关注的焦点在于缔约者与公司之间的责任承担问题,笔者拟先采取实质说进行法理的阐释以及比较法的研究,将我国法上的认定标准留待后文论述。

(二) 先公司合同的交易结构

商事合同往往面临更高的风险和不确定性,由于公司设立是人格逐步形成、合同关系向组织关系过渡的过程,先公司合同可能已经带上“组织”的外观或属性,^{①⑨}增加了合同面临的交易成本(信息不对称、不确定性)以及突发事件、机会主义行为等威胁,因此相关的规制方式须建立在对其交易结构的审慎分析基础上。

在先公司交易中,发起人和第三人实际上期待由成立后的公司而非发起人履行合同,但合同履行面临公司未能成立、成立后拒绝接受合同或无法履约的风险,随着时间的推移,履约环境可能变化,诱发第三人、发起人或公司的机会主义行为。^{②⑩}一般来说,发起人并不想承担个人责任,或在承担个人责任情况下能对公司有追偿权;第三人则希望尽可能多的主体(发起人、公司以及其他发起人)承担合同责任或提供担保。考虑到发起人对设立公司所起的重要作用,其能够以更低成本规避风险,在公司接受合同之前由其承担个人责任较为可取。但是,纯粹的个人责任未必符合当事人意思,^{②⑪}也无法解

^{①⑥} See Isaacs N, *The Promoter: A Legislative Problem*, 38 Harv. L. Rev 887, 887-902 (1925); MBCA § 2.04; Australia Corporations Act (2001) s. 131(1); New Zealand Companies Act (1993 No 105) s. 182(b); Canadian Alberta Business Corporations Act s. 15(4); Canada Business Corporations Act (R. S. C., 1985, c. C-44) s. 14(1); Canada Business Corporations Act (R. S. C., 1985, c. C-44) s. 14(2a); Irish Companies Act, 1963 s. 37(1); Ghana Companies Act 1963 s. 13(1); Hong Kong Companies Ordinance (as amended, 1997) s. 32A.

^{①⑦} 参见《德国股份公司法》第28条,《韩国商法典》第288、289条,台湾地区“公司法”第129条,日本《公司法》第26、103(2)条。

^{①⑧} 如台湾高等法院2001年重上字第586号判决指出,发起人的认定并非只能以有无于章程上完成签名、盖章的形式判断作为唯一标准,还应考察当事人实际上有无参与公司的设立,这一法理亦为台湾“最高法院”在本案的终审(2004年台上字第2188号判决)所肯定。另参见《韩国商法典》第327条关于“准发起人”的规定。

^{①⑨} [德]汉斯-贝恩德·舍费尔、[德]克劳斯·奥特《民法的经济分析》,江青云等译,法律出版社2009年版,第611页。

^{②⑩} 在司法实践中,先公司合同的违约形态主要分为三种:公司愿意履行合同,但第三人否认合同的效力;第三人希望公司履行合同,但是公司否认合同效力或拒绝追认;公司未能成立,或成立过晚,或成立不久即陷入破产,第三人主张发起人代替公司或者与公司共同承担合同责任。See Courtney, *supra* note 2, at 228-234.

^{②⑪} 先公司合同的签订可能是设立公司的需要、尽快获取商机或者发起人误以为公司已经成立而提前营业,这几种情形中当事人的意思并不相同,如第三人知道公司未成立,但没有在合同中要求发起人承担责任,则可以合理推定其期待发起人成功设立公司,由成立后的公司履行合同(特别在一些先公司合同依据性质只能由公司而非发起人履行的情况下,如关键员工的雇佣合同),并愿意承担未来公司没有偿付能力的风险。See Manfred W. Ehrlich & Lucille C. Bunzl, *Promoters' Contracts*, 38 YALE L. J. 1011, 1011-1046 (1929).

释合同的构造(在当事人没有意思表示时,合同的主体、内容以及效力应当如何确定);^②公司成立之后应当如何承继合同;承继之后发起人应当自动免责还是继续承担责任;如果公司未能成立、不愿意接受合同,或成立过晚(超过合同约定的履行期),缔约人是否需要承担责任;其他发起人是否需要承担连带责任,责任的基础以及损害赔偿的范围应当如何确定;发起人个人责任可否免除?考虑到合同对交易外第三人(公司其他债权人)可能产生的不利影响(交易降低了公司成立初期的偿付能力,甚至导致公司迅速破产,不利于其债权的实现),可能需要设计强制性规则发挥保护作用。

(三) 比较法上的合同构造

与早期对公司设立与经营高度管制的政策取向相适应,两大法系在先公司合同的规制上均采取了一概禁止的立场,体现了对交易安全的高度重视,但是过度强调交易安全并不当然正确,规则是否能达到这一效果也值得检讨。在商业实践中,大多公司成立后直接履行了合同,规则反而可能成为公司逃避债务的借口。^③商业实践的需要最终推动了放松规制的改革,但是由于制度的起点不同,两大法系的制度变迁呈现出了不同的特点。

在英美法系,法官通过个案之中设定各类例外条件以摆脱早期规则的约束。相比之下,英国法官始终受制于代理法、合同法与公司法的教义形成的“概念性障碍”,无法在法理上找到合适的责任依据,已背离合同法的一般原则;美国法官却更为灵活,只要能在案件中找到公司接受合同约束的意愿,就充分运用其自由裁量权寻找合适的法理确定公司的责任,这一做法尽管有利于实质公正,但却导致后续的判例构成了一个繁杂而又矛盾重重的规则体系,无法保障商人的预期;^④总而言之,尽管英美法系整体上以成文法的形式对先公司合同作出特别规定,但规则的解释仍然依赖普通法规则,呈现出不同的特色。大陆法系最早的规则是德国1861年《普通德意志商法典》第211条的规定“公司在登记于商事登记簿之前并不存在”,本条被视为禁止发起人在公司设立阶段以未来有限责任公司的名义行为的禁止性条款,帝国法院在权威判决中指出,设立中公司因没有完成登记而欠缺行为能力,除了依照章程规定,或者因设立公司必要行为所生费用之外,不得预先负担,否则将损及成立后公司债权人的权益,在这一阶段以公司名义缔约的行为人要承担个人责任。^⑤然而,这一判决中却为合同对公司的直接约束力提供了法理基础,“必要行为所生费用”范围与约束力亦成为后续改革的核心。纵观当代两大法系主要国家和地区的制度,可以将先公司合同的法律规则分为以下四种。

^② 商人往往会在合同中理性留白,除了因商事经营面临的诸多不确定性以及风险,在创业初期事无巨细地定制合同成本过高之外,也不希望就特定问题提出协商导致对方误认为己方信心不足而影响交易。See WILLIAM A. KLEIN & JOHN C. COFFEE, BUSINESS ORGANIZATION AND FINANCE: LEGAL AND ECONOMIC PRINCIPLES 64-65 (10th ed., 2007)。

^③ See Victorian Law Reform Commissioner, Report No 8 Pre-Incorporation Contracts, 1979, para 26.

^④ See Estey, *supra* note 7; Ehrlich & Bunzl, *supra* note 21.

^⑤ RGZ 105, 228, 230 转引自刘渝生《公司法总则》,新学林出版有限公司2009年版,第54-55页; Joseph H. Gross, Liability on Pre-Incorporation Contracts: A Comparative Review, 18 McGill L. J. 512, 513-535 (1972)。

1. 发起人合同责任

部分国家以合同法为基础,将发起人与第三人作为合同主体,但允许公司成立后接受或批准合同(视公司在缔约时已经存在);公司没有成立或拒绝接受合同,则由发起人承担合同责任。除美国之外,多数国家规定公司接受合同之后发起人自动免责。^{②⑥}实际上是以公司法的特别规定取代了传统普通法规则对“合同更新”的强制要求,允许发起人与第三人约定排除个人责任。^{②⑦}其不足之处是可能违背当事人意思,如对于性质上只能由公司来履行的合同,如果公司拒绝接受合同,第三人只能起诉发起人承担损害赔偿责任,而不能请求公司实际履行。为了避免给发起人造成的不公,加拿大商事公司法规定除非双方在书面合同中明确表达相反的意思,无论公司是否接受合同,法院可依当事人申请,根据案情行使自由裁量权确定先公司合同项下债务与责任的性质与范围。^{②⑧}

2. 发起人保证责任

部分国家以无权代理为基础,将发起人视为公司的代理人,其合同义务是向第三人保证公司会在约定或合理的期间内成立并批准合同,否则要承担默示保证责任(无论是否有过失),典型代表为新西兰、澳大利亚与加拿大阿尔伯塔省。^{②⑨}这一规则更符合先公司合同的本质与当事人的意思,但在公司成立后就陷入破产的情况下,第三人可能只能得到名义上的偿还。对此,加拿大阿尔伯塔省的修法意见认为,发起人并没有保证公司必然有相应的财务能力,因此只需在保证范围内承担责任(赔偿信赖利益的损失),而澳大利亚和新西兰却规定发起人应当支付相当于第三人对公司提起诉讼所能得到的损害赔偿金(赔偿履行利益的损失),在法律效果上等同于承担履约责任。为了避免公司采取机会主义行为,澳大利亚和新西兰规定如果公司不批准合同,法院有权采取其认为合适的措施,命令公司承担支付全额或者部分发起人应当承担的损害赔偿金;将公司基于合同取得的财产归还合同相对人并向其支付一定金额。新西兰还规定无论法院是否已经判定违约方支付损害赔偿金,都可以基于当事人的申请部分或全部承认合同的效力。^{③⑩}

3. 缺陷设立规则

缺陷设立规则是美国普通法发展的一项特别制度,以当事人意思自治、商事外观主

^{②⑥} See Canada Business Corporations Act (R. S. C., 1985, c. C-44) s. 14(2)(a); Irish Companies Act, 1963 s. 37(1); Ghana Companies Act 1963 s. 13(1); MELVIN A. EISENBERG, CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ORGANIZATIONS: CASES AND MATERIALS 117-144 (9th ed., 2005).

^{②⑦} 目前仅有英国严守普通法规则,强调公司只能通过合同更新才能承继合同权利义务,这一僵化的做法受到广泛批评。See GEOFFREY MORSE ET AL., PALMER'S COMPANY LAW: ANNOTATED GUIDE TO THE COMPANIES ACT 2006 93 (2007).

^{②⑧} See Canada Business Corporations Act (R. S. C., 1985, c. C-44) s. 14(3)(4).

^{②⑨} See UNIVERSITY OF ALBERTA INSTITUTE OF LAW RESEARCH AND REFORM, PROPOSALS FOR A NEW ALBERTA BUSINESS CORPORATIONS ACT (1980); Wickberg v. Shatsky, 4 D. L. R. 3d 540 (B. C. Sup. Ct. 1969); Australia Corporations Act (2001) s. 131(2); Business Corporations Act, RSA 2000, c B-9, s. 15(2); New Zealand Companies Act (1993 No 105) s. 183.

^{③⑩} See Australia Corporations Act (2001) s. 131(3); New Zealand Companies Act (1993 No 105) s. 183; Canadian Alberta Business Corporations Act s. 15(4).

义和禁反言原则为基础,在发起人并不知道公司未成立,而第三人缔约时将公司作为交易对象并合理期待公司履行合同的情况下,推定公司在缔约时已成立,判决由公司而非发起人履行合同,以保护当事人的合理期待,避免第三人从发起人身上获取意外之财,目前仅适用于美国。^{③①}

这一规则源于美国法院不满英国先例僵化强调公司人格独立,为符合商业实践而创设的衡平救济,^{③②}在普通法时代有三种形式:“法律上的公司”、“事实公司”、“不可否认的公司”。由于规则模糊,在实践中争议较大,律协尝试通过《模范商事公司法》的明文规定取代之,但由于第2.04条保留了不可否认公司规则,如果第三人明知公司尚未成立,仍然要求发起人以公司名义与之签约,就不能追究发起人的个人责任,改革的成效有限。^{③③}在没有接受模范法的州,缺陷设立规则仍然在司法实践中广泛运用。^{③④}

4. 必要合同规则

部分国家和地区将先公司合同区分为设立必要合同以及非必要合同,并赋予前者直接约束成立后公司的效力。这一规则发端于德国联邦法院在权威案例确立的“预先负责的责任”,其法理见解认为一概禁止设立前交易会致公司运营成本增加、资金闲置等不利局面,而保障法定资本完整更合适的方式是在营运造成损失的场合由发起人补足在公司登记的时候按出资比例补足与注册资本的差额,“设立公司的必要费用应当由公司支付”这一原则影响了其他大陆法系国家和地区,^{③⑤}制度设计的重点就落在确立必要费用的范围。

必要合同即“依照章程规定或者因设立公司必要行为所生费用”涉及的合同。^{③⑥}合同对公司设立是否具有“必要性”更多是一种商业判断,无法通过立法界定,法官也难以在个案中作出判断,以德国为例,法院早期被迫在个案中不断扩大必要费用的解释,不仅危及了公司资本的完整性,也可能导致公司在设立之初负债过多,妨碍进一步的运营。^{③⑦}后续的改革采取了两种方式,首先是规定必要费用应当记载于章程中并通过有权机关的审核,^{③⑧}其次是将发起人在签订公司章程之后形成的“设立中公司”视为独立的

^{③①} See Dustin R. Darst, *Corporate Pre-Organization Liability in an LLC World*, 61 Ark. L. Rev. 301, 301-328 (2008); A. CAHN & D. DONALD, *COMPARATIVE COMPANY LAW: TEXT AND CASES ON THE LAWS GOVERNING CORPORATIONS IN GERMANY, THE UK AND THE USA* 141-143 (2010).

^{③②} See *Gardiner v. Equitable Office Bldg. Corp.*, 273 Fed. 441.

^{③③} See STEPHEN BAINBRIDGE, *CORPORATE LAW* 19-25 (2nd ed., 2009).

^{③④} 根据学者统计,美国部分州接受了《模范商事公司法》1969年版本的规定,部分州接受了《模范商事公司法》1984年版本的规定,其他州则完全没有立法规定,仅依据普通法规则来解决。See Darst, *supra* note 31, at 325-328.

^{③⑤} BGHZ 21, 242 at 246, BGHZ 80, 129 转引自前引^{②⑤}刘渝生书,第55页。

^{③⑥} BGH NJW 1955, 137 转引自前引^{②⑤}刘渝生书,第54-55页。

^{③⑦} 在发起人以正在营业的企业作为投入的情形下,这一企业所有的营业行为都可能被视为必要费用。BGHZ 45, 338 at 343 转引自前引^{②⑤}刘渝生书,第55页。

^{③⑧} 日本《公司法》第28条第2款规定,发起人以公司名义签定的财产转让合同,如果是公司必需的、有益的开业准备行为(如原材料的购买),应该记载入原始章程,并经过创立大会审核通过后对公司生效。参见[日]神田秀树《会社法》弘文堂2007年版,第54-55页。

法律主体,以代理法的规则解决缔约的主体问题,并规定发起人在授权范围之内签订的合同由成立后的公司自动继承,^{③⑨}其法理基础在于公司实体的形成需要公司章程的制作、股东的确定以及公司机关的设置三大要素,其中作为团体活动根本规则的章程的签订意味着公司的实体在实质上已经开始形成,而以此为起点的“设立中公司”在目的、组织构造以及财产归属等方面均与未来公司具有同一性。^{④①}但设立中公司对外仍然被视为合伙,因为有限责任的获取必须以商事登记为前提。^{④②}

(四) 小结

作为拟制的主体,公司必须通过代理人来签约。在形式意义上,传统普通法规则并无失当,但其隐含的前提是公司未形成独立的人格(独立的决策、行动机制),难以保障其意思表示的完整性(制约代理人的行为以及控制合同风险),不仅忽略了发起人与公司之间的实质联系,在规制方式上亦忽视了公司组织属性。^{④③}

从风险分担和交易安全的角度来看,以发起人个人责任作为默认规则有其合理性,为大多数国家和地区采纳。^{④④}但各国的具体制度设计在个人责任的性质方面仍然存在较大的分歧:合同责任规则对第三人有利,而保证责任规则对发起人有利;而在公司接受合同之后,发起人责任是否免除也存在不同做法,给予第三人双重保障的做法的最大收益是避免发起人通过设立皮包公司损害第三人利益,但与合同责任和担保责任的意旨不相符,对于发起人并不公平,也不符合当事人意思。由于先公司合同涉及的具体情形以及利益冲突较为复杂,推断当事人意思并不存在唯一的答案,^{④⑤}责任模式的选择反映了各国在利益衡量上的不同取向。直接突破个人责任追究公司责任的制度主要是为了避免发起人个人责任规则在特定情形下造成不公,如美国的缺陷设立规则、加拿大等地的个案衡平规则以及大陆法系的必要合同规则,考虑到可能加重公司的负担,损及股

^{③⑨} 参见[德]怀克、[德]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。

^{④①} 参见前引^{①②},[日]前田庸书,第24页。

^{④②} 陈国奇《日本法上关于公司设立的若干细节问题——结合最新日本公司法修正案》,载赵旭东主编,《公司法评论》第四辑,人民法院出版社2005年版。

^{④③} 参见许德风《论法人侵权——以企业法为中心》,载《清华法学》第10辑,清华大学出版社2007年版,第144-170页; Deborah A. DeMott, *Ratification: Useful But Uneven*, 17 *European Review of Private Law* 987, 987-1002 (2009); Griffiths A, *Agents without principals: pre - incorporation contracts and section 36C of the Companies Act 1985*, 13 *Legal studies* 241, 241-253 (1993)。

^{④④} 欧盟《欧共体企业法第一号指令》第七项规定“除非有相反协议,为尚未成立的公司缔约的发起人要对此承担个人责任”,在成员国范围内推动了这一模式的发展,但考虑到各成员国具体法律的规定相差较大,《指令》将细节(尤其是对于成立后公司如何承担合同债务)问题留给了成员国自己决定。See N. Green, *Security of Transaction after Phonogram*, 47 *M. L. R* 671, 671 - 691 (1984)。

^{④⑤} 美国《第二次代理法重述》列举了发起人可以选择的四种交易形式:第一、留待公司成立后选择是否接受的可撤销要约;第二、公司成立后(在合理期间内)选择是否接受的不可撤销的要约;第三、对发起人产生拘束力的合同,但公司成立并承继合同后发起人免责;第四、对发起人产生约束的合同,即便公司成立并接受合同之后,发起人仍然需要承担合同责任。这四种情形均有可能符合当事人的意思,《第三次代理法重述》则摒弃了这一进路,直接采纳了合同责任规则。See The American Law Institute, *Restatement (Second) of Agency* § 326 Comment (b) “Promoter”; *Restatement (Third) of Agency* § 6.04 Comment (d) “Contracts made on behalf of entities yet to be formed”。

东以及其他债权人的利益,这些规则的制度设计都非常谨慎。

三、必要合同规则在我国定位

我国《公司法》第 94 条第 1 款规定股份有限公司不能成立时,发起人对设立行为产生的债务和费用负连带责任,围绕该条的理解与适用存在较大争议。批评者认为立法者割裂了公司设立与运营,忽视对先公司交易的法律调整,并进而指出“设立中公司”难以纳入我国法律体系,对合同进行必要性审查也有诸多缺陷,应当借鉴英美法系的规则。^{④5} 笔者认为这一意见值得商榷,有必要解读第 94 条立法本意以及适用规则,借鉴比较法的经验,并根据我国经济条件以及立法政策,在我国的法律体系中对该条进行重新检验。

(一) 第 94 条的法理基础及适用困境

第 94 条的法理基础是发起人以“设立中公司”名义进行的对外行为使合同增加了组织属性,由于第三人知悉公司尚未成立并且合理相信签约得到了其他发起人的授权,为了保护其信赖而科以发起人连带责任,已经隐含将“设立中公司”作为组织对待的前提;另外,立法解释指出为设立公司的债务和费用应由成立后的公司负担,承认了设立必要合同的直接约束力,如果不引入必要合同规则,难以在法理上融贯解释,更难以构建设立中公司的主体地位并适用授权规则来降低交易风险。^{④6}

引入必要合同规则的妥当性也可从比较法的经验得到佐证。Heinemann 将这一规则仅存在于大陆法系的原因归结为资本制度的差异,即大陆法系实行法定资本制,强调最低资本缴足以及资本真实缴付(需要严格的验资程序),导致公司设立过程较长,而英美法系实行授权资本制,公司设立较快,合同履行的风险小于大陆法系。^{④7} 但近年来大陆法系公司法改革主流趋势是简化设立进程以及放松资本管制^{④8},这些改革并没有损及必要合同规则的地位。笔者认为,Heinemann 的解释忽略了公司设立时间并非仅取决于资本制度,但其观点较为可取的是注意到设立流程的长短给合同履行带来的风险,合同履行面临突发事件与机会主义行为的威胁程度与交易的频率以及不确定性正相关。^{④9}

^{④5} 参见叶林《公司法研究》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 59-60 页;渠震《先公司合同的法与经济学分析》,《法律与社会科学》第 5 卷,法律出版社 2009 年版,第 16-17 页。

^{④6} 安建主编《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社 2013 年版,第 154-155 页。

^{④7} See HEINEMANN, *supra* note 3, at 108-114.

^{④8} 参见甘培忠、吴韬《论长期坚守我国法定资本制的核心价值》,载《法律适用》2014 年第 6 期。

^{④9} 参见[美]波斯纳《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社 2012 年版,第 93 页; WILLIAMSON OLIVER, THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM 78 (1985)。

从实证数据来看,大陆法系以及欧盟国家和地区公司设立时间整体长于英美法系国家,^{⑤①}采取必要合同规则除了可以有效平衡商业需要、公司资本完整以及债权人利益保护,也契合合同法与代理法规则以及大陆法系较为对立法稳定性与规制的侧重。^{⑤②} 由于我国实行法定资本制,现行登记制度将主体资格与营业资格合二为一,在实践中公司设立过程较长,采取必要合同规则是合适的。^{⑤③} 尽管第 94 条文义上适用于股份有限公司,但结合比较法的经验,可以类推的方式适用于有限责任公司。^{⑤④}

第 94 条的漏洞在于没有规定设立行为的判断标准与非必要合同的效力,对债务与费用赋予同一法律效果,根据《公司法》第 90 条及立法解释,设立费用需要由创立大会审核,合理部分应当由公司承担,但未明确合理的标准以及超出合理范围的费用处理方式,对“债务”也没有规定相应的审核权。因此,规则设计应当回答三个问题:如何在我国的法律体系中为设立中公司找到合理的定位;如何界定可直接约束公司的合同范围;如何处理设立行为之外的先公司合同。

(二) 设立中公司的团体构造

设立中公司的权利能力在我国司法实践中争议较大,如“漯河市红日集团公司诉崔军波、孙希辉、詹耀辉未经法定登记程序即以公司名义从事经营买卖合同纠纷案”中,初审法院以设立中公司不具有民事权利能力和民事行为能力,不能成为对外签订合同的责任主体认定合同无效,但二审与再审法院均回避了设立中公司的定位,以事实合同与部分履行的法理认定合同有效,体现了司法实践对此举棋不定的态度。^{⑤⑤} 梳理我国的司法文件与案例,可以看到三种观点:一是否定设立中公司的权利能力;^{⑤⑥}二是肯定其权利能力,但局限于公司设立活动范围之内行为;^{⑤⑦}三是肯定其有权从事开业准备所必需

⑤① 由于各国(地区)立法对公司设立都规定了不同要求,实践中设立时间相差较大,根据世界银行营商报告对各国(地区)公司设立平均时间统计的最新数据,OECD 国家平均 11 天,美国 5 天,英国 12 天,澳大利亚 2.5 天,加拿大 5 天,德国平均 14.5 天,法国 6.5 天,日本 22 天,韩国 5.5 天,台湾地区 10 天。参见世界银行网站: <http://www.doingbusiness.org/>,最后访问时间:2014 年 4 月 20 日。

⑤② Glaeser E L & Shleifer A, *Legal Origins*, 117 *Quarterly Journal of Economics* 1193, 1193-1229 (2002)。

⑤③ 需要指出的是,法国公司设立时间较短,但出于交易安全以及法律传统的考虑,仍然维持必要合同规则,我国公司法 2013 年的修订取消了最低资本制度,同时采纳了认缴制,但这并不意味着公司设立时间就会大幅度缩短,从实证数据来看,我国开业容易度在世界银行最新的国别统计中排在 111 位,设立公司平均需要 33 天,远高于其他国家和地区。参见法国《民法典》第 1843 条、《商法典》第 210-6 条。

⑤④ 参见“翟乐义等诉温州市耀华印刷机械有限公司技术合作合同纠纷案”([2007] 瑞民初字第 2759 号)。

⑤⑤ 三份判决书分别为 [2001] 源民二初字第 1346 号, [2002] 漯民终字第 234 号, [2004] 漯民监字第 28 号。

⑤⑥ 参见《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)》(京高法发[2004]50 号)第 1 条,《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》(鲁高法发[2007]3 号)第 1 条,“贵都休闲浴场案”([2001] 锡经终字第 110 号,“中国工商银行三门峡分行诉三门峡建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”([2002] 豫法民一终字第 551 号)。

⑤⑦ 《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 日江苏省高级人民法院审判委员会第 21 次会议通过)第 34 条将设立中公司界定为“为履行公司设立必要行为而存在的组织”;另参见“熊晓红诉亮信灯饰案”([2003] 粤高法民三终字第 65 号)。

的民商事活动。^{⑤7}

传统上,受民事主体理论将“权利能力”等同于“人格”,实定法将登记作为取得人格的条件的影响,学界与司法界以未经商事登记为由把设立中公司归入为无权利能力社团,适用合伙法规制。然而与合伙相比,设立中公司在多方面显示出未来公司的重要特征,只是未经登记,没有法人人格而已。需补充说明的是,设立中公司与发起人合伙不同,前者以章程作为基础,后者以发起人合同(发起人之间就拟成立公司的经营目的、组织形式以及投资数额等达成具有约束力的合同)为基础,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;发起人合伙成员的确定标准是公司设立协议,设立中公司成员发起人范围则依据章程确定;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;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失,只有在公司最终成立的情况下,才能够适用设立中公司的相关规则。^{⑤8}随着理论的发展,学界逐渐意识到赋予某个团体权利能力与否,取决于其是否适合成为交易主体(权利义务的承受者),以限制投资人风险,鼓励投资积极性,本质上是一种合目的性的政策考量。^{⑤9}无权利能力社团没有通过登记取得法人资格,只是意味着在其资产分割的程度(社团的财产区隔于成员及其债权人)不如公司充分,而不是无法享有权利能力。^{⑥0}赋予设立中公司权利能力有利于节约交易成本,如以独立名义而非成员个人名义申请不动产登记等,也能够逻辑上解释必要合同对公司产生的直接约束力,更加符合商业需要,因此大陆法系的主流做法是将其作为具有部分权利能力,财产属于全体发起人共有的特殊无权利能力社团,只要是不以登记为前提的社团法人(公司)的法律规定,在不危及第三人利益的情况下均可以类推适用,但在对外关系上其仍然被视为合伙,发起人对于债务负连带责任。较为特别的是德国立法允许以正在运营的企业出资,设立中公司往往直接参与商事经营,因此学说和判例将其作为有别于一般民事主体、更为接近公司(资产分割程度更高)的独立法律形态,如债权人原则上不能直接向发起人提出诉讼请求,而是必须首

^{⑤7} 参见“重庆华冠百货超市管理有限公司与季红借款合同纠纷上诉案”(〔2010〕渝五中法民终字第2590号,“杨俊与施惠民买卖合同纠纷上诉案”(〔2009〕浙湖商终字第136号)。

^{⑤8} 参见前引①⑩,刘连煜书,第217-218页;〔日〕青竹正一:《发起人合伙》,载《会社判例百选》(第5版),有斐阁1993年版,第14页;转引自前引①⑩,陈国奇文;刘爽《德国设立中的有限责任公司及其法律责任研究》,载邵建东主编《中德法学论坛》第2辑,法律出版社2003年版,第22页;对于无权利能力社团与民事合伙在组织性上的区分,参见〔德〕拉伦茨《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第235-237页。

^{⑤9} 朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第468-471页。

^{⑥0} 德国权威学者甚至指出,无权利能力社团这一称谓具有一定的误导性,应当称之为“未登记社团”。参见〔德〕汉斯·布洛克斯、〔德〕沃尔夫·迪特里希·瓦尔克《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第449-452页;KRAAKMAN REINIER ET AL., THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH 6-9 (Kraakman Reinier et al. eds., 2nd ed., 2009)。

先起诉设立中公司,再扣押公司对股东的请求权并转交自己。^{⑥1}

相比之下,设立中公司在我国司法实践中难以定位,除理论积累不足之外,^{⑥2}更重要的原因是我国对非法人组织的规制方式过于强调财产独立原则和登记的作用,法官难以类推适用。^{⑥3}然而,权威学说已经意识到非法人组织与合伙的区分,并承认前者具有权利能力、行为能力以及当事人能力,因此将设立中公司定为具有部分权利能力的非法人组织在理论上并无障碍,有判决认为设立中公司属于不具备法人资格的准民商事主体,实际上表达了同一意涵。^{⑥4}

与自然人不同的是,组织的权利能力范围取决于其独立于成员的程度,也需要兼顾交易风险以及第三人的保护。学理一般将设立中公司可能需要进行的行为分为三种:以公司组织体形成为目的的行为(包括章程制作、股东确认以及机关设置)、设立必要行为(经营场地的租赁、创立大会会场的租赁等,会产生设立费用)、开业准备行为(为将来公司的营业做准备的行为,如原材料的选购),对设立中公司权利能力的范围有争议的实际上是后两种行为。^{⑥5}日本、韩国与台湾地区将之局限在公司形成(为公司成立所必须的法律上、经济上的必要行为)的范围内,而不能扩及交易法上的行为,主要是考虑到设立中公司未形成严谨的科层体系以及权力划分,授予其完全权利能力可能会造成滥用公司财产,损害公司财产基础,因此设立必要行为引致的设立费用要依据公司法规定记载于章程,并在通过检查官调查的金额范围内由公司负担,超出部分则由发起人自己承担负责;^{⑥6}德国法允许以营业出资,不设必要性的限制。相比之下,我国不允许以营业出资,设立中公司的权利能力不应扩展至交易法上的行为;对于设立必要行为,部分

⑥1 前引③⑨,[日]神田秀树书,第53页;前引③⑨,怀克、温德比西勒书,第315-316页;[日]平出庆道《发起人开业准备行为的效果》载《商法の争点》(第一版),有斐阁1993年版,第32页,转引自前引④⑪;陈国奇文,[日]我妻荣《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第124页;[日]山本敬三《民法讲义I·总则》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第416-417页。

⑥2 参见茅院生《设立中公司本体论》,西南政法大学2006年博士学位论文,第19-34页。

⑥3 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第49条所列举的非法人组织基本都要求登记和领取营业执照两大要件,而《公司注册资本登记管理暂行规定》第7条规定发起人投资的资金所有权在公司成立前都未转移,在我国司法实践中被理解为公司成立前这些资金的所有权仍然属于发起人,如“建湖隆昌纺织有限公司对法院扣划被执行人张启宏在该公司设立中投资的异议案”(〔2006〕盐执监字第27号)中,法官认为“对于设立中的公司而言,由于其不具备主体资格,因此在对外关系上,其不能依据该规定以独立的法律人格对抗他人。江苏省建湖县人民法院实施的扣划投资人张启宏资金的行为,发生在2005年10月25日,是在公司尚未成立、尚未具备法人资格时。因此,该笔资金所有权未发生转移,该所有权一直延续到公司成立之日,并于该日依法发生转移”。另参见“青龙满族自治县抚龙煤矿与白保纯案”(〔2004〕秦民终字第994号),被执行人所属公司辩称出资款自存入公司帐户时起为公司所有,故扣划行为错误,法院认为,“扣划行为发生在公司成立之前,其所有权并未转移,法院依法认定该笔资金为被执行人个人所有并实施扣划是正确的”,实际上否定了设立中公司独立拥有财产的可能。

⑥4 参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2012年版,第143-145页。“重庆华冠百货超市管理有限公司与季红借款合同纠纷上诉案”(〔2010〕渝五中法民终字第2590号;“杨俊与施惠民买卖合同纠纷上诉案”(〔2009〕浙湖商终字第136号)。

⑥5 参见前引⑫,[日]前田庸书,第24-25页。

⑥6 参见[日]长浜洋一《发起人的开业准备行为》,载《会社判例百选》,有斐阁1993年版,第16页,转引自前引④⑪;陈国奇文。

判决将之纳入设立中公司的权限范围^{⑥7}，但考虑到我国《公司法》规定经过创立大会审核的合理范围内的设立费用由公司承担，没有将有权机关的事前审核作为章程规定事项，在保障交易安全的力度上并不如日本法，在司法中宜采否定意见。

(三) 发起人的界定、地位与权限

我国《公司法》并没有对发起人作出明确界定，纵观相关条文，发起人既可能指代实质意义上“承担公司筹办事务”的企业家（《公司法》第79条），也可能在形式意义指代“认购股本、制订章程的人”（《公司法》第76条），因此在学理和司法实践中同样存在实质说与形式说的争论。《解释三》试图统合两种标准，要求发起人须同时满足“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”三个条件，并将之扩展到有限责任公司的初始股东。根据最高人民法院负责人的说明，这一做法的理由在于《公司法》第23—25条规定有限责任公司原始股东应当“共同制订章程并签名盖章”，与股份有限公司发起人的要求相同。^{⑥8} 笔者认为其妥当性值得商榷。

从商业实践的角度看，“发起”和“设立”分属发起人与初始股东之间私法层面的关系以及股东与国家之间公法层面的关系，实质意义上的发起人在内涵和职能上与设立人不同（尽管二者可能重合）。英美法系对此作出区分，在公司法中一般仅对设立人作出规定，而将发起人视为股东的受托人，通过普通法的诚信原则规制。即便是美国在《联邦规制法典》（Code of Federal Regulations）中对1933年《证券法》中的“发起人”进行补充界定时，也特别强调“没有参与企业的筹建与设立的人（消极投资者）不得被视为发起人”；^{⑥9} 大陆法系则基于股份有限公司的设立较为复杂，在章程中未确定社员，但需要设置担任实际设立业务的机构，以及明确承担资本充实责任以及对第三人的损害责任的主体，因此在立法中对股份有限公司发起人作出专门规定，本质上是一种着眼于规制便利和交易安全的立法模式，^{⑦0} 此时的发起人已经成为特定的法律术语，与英美法系作为商业术语的“发起人”以及法律术语的“设立人”内涵均不相同。^{⑦1} 对于先公司合同的责任承担来说，形式标准可能会导致部分实质参与了公司设立但却因故意或登记不规范等原因没有在章程签名，无法追责的不利情况，因此大陆法系在涉及发起人责任的问题上（包括先公司合同的责任承担），也会引入实质标准予以补充。^{⑦2}

⑥7 参见“杨俊与施惠民买卖合同纠纷上诉案”（[2009]浙湖商终字第136号），法官判定公司设立中的必要交易行为因其性质存在归属于成立后的公司的基础，而后者为发起人为保有商业机会而以设立中公司的名义与第三人进行商业买卖的行为，并非公司设立所必要，原则上并不当然具有约束公司的效力。

⑥8 参见奚晓明主编《解读最高人民法院司法解释、指导案例·商事卷》，人民法院出版社2014年版，第30页。

⑥9 See DAVIES, *supra* note 9, at 107; 17 C. F. R. § 230. 405 (q) .

⑦0 学者还指出，股东与发起人约定特别报酬有利于促进其诚信促成公司设立，参见前引⑥9，李哲松书，第157页；柯芳枝《公司法论》，台湾三民书局2009年版，第128-129页。

⑦1 方嘉麟教授指出，设立人本身并不承担公司法责任，仅仅是在章程签名，并提供作业便利，方嘉麟《论发起人形式定义》，载柯芳枝教授六秩华诞祝贺文集编辑委员会主编《财经法论集——柯芳枝教授六秩华诞祝贺文集》，三民书局1997年版，第74页。

⑦2 参见前引⑥8所引台湾地区案例《日本公司法》第103条第2款（拟制发起人责任）；Chung D, *The Promoter: A Thorny Problem*, 3 Korean J. Comp. L. 51, 51-83 (1975) .

相比之下,《解释三》直接对发起人作出界定并将之扩展至有限责任公司初始股东的做法可谓独树一帜。这一界定方式是延续我国立法的规定,因此宜考察这一术语在立法中的变迁。在民国政府1946年修订的《公司法》中,发起人在执行业务的范围内为公司负责人(第9条)。根据张肇元与梅仲协的权威解释,设立中公司作为无权利能力社团,在法律适用上可以类推股份有限公司,发起人属于其机关。为了防止发起人利用组织公司的名义,举不必要之债,或以设立费用为名,浪费款项或负债过多,到不能清偿时,以公司设立登记来逃避个人责任,发起人对于公司在设立登记前所负债务,在登记后亦负连带责任(第154条),因此宜采取形式标准认定,“凡签名盖章于章程之上者,均属发起人,其实际上是否参与公司设立之计划,并非所问”,这一法理见解迄今仍为台湾地区通说。^{⑦③}

我国《公司法》强调登记而忽视发起关系,只承认发起股东,发起人和设立人必须是股东,^{⑦④}明显受到大陆法系的影响,因此前述法理同样也可以成为解释的依据。需补充指出的是,《公司法》规定“股份有限公司发起人承担公司筹办事务”并非表示在发起人的认定上采取实质性标准,而仅是指出其有这一权限而已,因此,我国立法对发起人的认定采取的是形式标准。^{⑦⑤}然而,《解释三》忽略了公司法对发起人作形式界定的立法宗旨,并将这一标准直接套用在先公司合同的责任承担上,完全排除了法官在个案中援引实质标准适用相关规则的可能性,并不妥当。如梅仲协教授指出,“在发起人的认定范围上,如果涉及发起人责任问题,应当在形式标准外进行扩张解释,只要有可以令人信其为发起人的行为,即便没有在章程签名,也应当对善意第三人负发起人的责任”,^{⑦⑥}笔者认为,在先公司合同的责任承担问题上,应当以形式标准为原则、实质标准为补充。

发起人与设立中公司的关系存在代表说与代理说两种构造方式。受法人实在说的影响,我国司法主流意见将发起人视为设立中公司的机关,在法律适用上类推企业的法定代表人与企业之间的代表关系,^{⑦⑦}批评意见指出设立中公司的人格尚未完全形成,未形成严谨的科层体系,公司权力划分不明确,应当作为代理关系更适宜。^{⑦⑧}在比较法上,日本采取了代表说,发起人的行为等同于本人的行为,不涉及本人有无授权的问题,其权限与设立中公司的权利能力范围相同(公司组织体的形成);德国存在两种观点,一是

^{⑦③} 参见赖英照《中国公司立法之回顾与前瞻》,载《台大法学论丛》第13卷第2期;邵庆平《论公司发起人的权限与责任——从实务判决的分析反省理论的选择》,《法学新论》第13期,台湾元照出版有限公司2009年版,第65-84页。

^{⑦④} 参见前引^{⑦③},邓峰书,第226-227页。

^{⑦⑤} 王保树教授等指出,我国公司法的发起人并不是参与公司筹办事务的人(实质意义上的发起人),在最高人民法院负责人对《解释三》的说明中亦持同样观点,参见王保树、崔勤之《中国公司法原理》,社会科学文献出版社2006年版,第135-136页;王保树主编《中国公司法修改草案建议稿》,社会科学文献出版社2004年版,第127页;奚晓明主编:《最高人民法院关于公司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第22页。

^{⑦⑥} 参见梅仲协《商事法要义》,自刊1963年版,第81、104页,转引自前引^{⑦③},邵庆平文。

^{⑦⑦} 《解释三》第3条就采纳了这一思路,参见前引^{⑦⑤},奚晓明主编书,第54页;相关案例参见“孟州市一普酒精有限公司与张恒波买卖合同纠纷上诉案”(〔2009〕焦民终字第512号;“平祖伟与杭州瑞达假日大酒店有限公司”(〔2008〕拱民二初字第442号)。

^{⑦⑧} 参见郭雳《论我国公司资本制度的最新发展——〈公司法司法解释(三)〉之解读》,载《法商研究》2012年第4期。

认为随着预先负债禁止原则的废除,应当类推适用《有限责任公司法》第37条第2款承认业务执行人享有无限制的代表权(但不得对抗善意第三人),尤其是考虑到法律既然已将设立中公司拟制为一个在实质上由公司法规制的组织,发起人应当承担因业务执行人的行为引起的风险;二是认为设立中公司本质上以成立公司为目的,承认业务执行人的无限制代表权实际上模糊了设立中公司与公司的界限,不当让股东承担过重的差额补足责任;德国司法界最后采纳了后一种观点,将业务执行人与设立中公司界定为代理关系,授权范围来自法律、公司章程以及全体股东一致同意。⁷⁹ 相比之下,代表说有利于交易安全,而代理说有利于交易效率。日本采纳代表说的根本原因在于对设立中公司权利能力范围的限定已经起到了事前保障交易安全的作用,因为超出这一范围以设立中公司名义签订的合同无效,且第三人不能主张表见代表或者外观保护;⁸⁰德国采纳代理说是因为营业出资导致设立中公司需要广泛参与经营活动,难以在事前划定行为范围,但公司法特别规定行为人(无论是否超越权限)需要为其交易行为承担独立于无权代理的法定行为人责任,德国法院也通过判例发展了设立中公司独特的责任体系,强化了交易安全的保障。⁸¹ 考虑到我国并不允许以营业出资,设立中公司的权利能力局限于组织体形成的必要行为,采纳代表说更有助于维护交易安全以及在理论上解释必要合同的直接约束力。⁸²

(四) 以第94条为基础的必要合同规则

结合前文分析和立法解释,第94条的“费用”宜理解为设立公司所必要的行为引致的“设立费用”。⁸³ 对于创立大会审核权的性质,一种解释是具有对外效力,超出合理范围的费用应当由发起人自己承担,另一种解释是仅具有对内效力,超出部分应当由公司先行向第三人承担,之后再向发起人追偿。⁸⁴ 日本采纳了前一观点,由于我国立法没有要求设立费用须纳入章程,为保障第三人利益宜采取后一观点。在未来的立法改革上,宜规定设立费用在章程中进行记载,由发起人自主约定风险的分担。

⁷⁹ Vgl. K. Schmidt, Theorie und Praxis der Vorgesellschaft nach gegenwärtigem Stand, GmbHR 1997, 77 at 84; BGHZ 53, 210 at 212; BGHZ 80, 129 at 139.

⁸⁰ 参见姚瑞光《论法人》,载《台、港、澳及海外法学》1993年第5期;陈国奇《设立中公司若干法律问题》,载中国全国律师协会主编《律师事业与和谐社会——第五届中国律师论坛优秀论文集》,中国政法大学出版社2005年版,第391-398页。

⁸¹ 德国设立中公司的责任体系,实际上包括了由登记前对内的损失填补责任和与登记相关的先行负担责任共同构成的发起人责任、业务执行人的行为人责任,以及设立中公司以自身财产承担的责任组成,充分保障了第三人、公司的利益。参见前引⁵⁹,刘爽文。

⁸² 这一观点亦为我国部分司法实践所采纳,《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)》第35条规定“公司发起人以设立中公司名义对外为公司设立必要行为的,其法律后果应当由成立后的公司直接承担,债权人可以公司为被告要求其承担民事责任”;相关案例参见“上海蜀云川菜馆与上海元宏投资咨询有限公司票据追索权纠纷案”(〔2009〕沪二中民三〔商〕终字第598号);“沈某某、倪某某与上海浦东新区某某有限公司”(〔2008〕浦民一〔民〕初字第11244号)。

⁸³ 立法解释对“费用”所列举的例子范围基本与前引分析中设立必要行为的范围相同。参见前引⁴⁶,安建主编书,第155页。

⁸⁴ 参见前引⁷⁸,郭雳文。

需要指出的是,立法解释对“债务”的界定较为含糊,仅说明包括合同之债与侵权之债,为与设立费用相区分以及避免危及公司成立后的偿付能力(立法没有对其提出判断标准或审核要求),此处的合同之债应当理解为开业准备行为所涉及的“非必要合同”。第94条的“债务”如果仅指侵权之债,并不会产生疑义,但如果涵盖了合同之债,就颇为费解。因为立法解释指出“设立行为产生的债务应当由公司承担”,实际上肯定了这些债务对公司的直接约束力,则其与“费用”的区分就有疑义。从我国大陆地区和台湾地区的公司法与司法实践的对比来看,^⑤笔者认为,立法者在此并没有对设立费用与债务作出精细的区分,本处的债务应当侧重指侵权之债,补充加上合同之债只是为了完整表达“债”的内涵,亦在未来的修法中予以明确。

有学者认为由法官审查合同的必要性并不合适,会增加交易的不确定性,阻碍创业的热情,从我国司法实践看,并没有发展出明确的标准。^⑥但在立法已经构建了这一制度框架的前提下,更为适当的方式是通过司法实践的积累以及比较法的经验进行类型化的总结。笔者认为,审核的核心标准在于区分合同是为了公司组织体形成还是成立之后的经营活动,在案件中可以考虑以下因素:首先,可以结合公司的实际营业范围进行判断;其次,应当考虑合同标的的价值与公司性质、资本、规模的关联,并结合社会一般观念判断,如发起人缔约购买或租赁位于市中心的昂贵写字楼作为办公场地,假如公司是资金充足的大型企业,其工作地点选址与公司形象、商誉等有密切关系,可认定为必要合同,但如果公司规模较小,且经营事业较为封闭(特别是客户较为固定,无需大量宣传的企业),则不宜作为必要合同;最后,还可以结合发起人在公司的地位,如果其担任公司控制股东或董事(长),则应当基于交易安全的考虑推定合同的必要性。^⑦

四、非必要合同的规制原则

对非必要合同,我国司法实践的主流做法是以缔约名义作为当事人是否了解公司未成立的标准,类推无权代理规则解决,判定合同只有经追认才能由公司承担,但对于责任基础、界限等问题,法律适用并不统一。整体来看,司法实践面临的主要问题是在

^⑤ 就“费用”和“债务”的区分,《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(二)》(沪高法民二[2003]15号)第1条规定“设立公司的债务范围,应认定为设立公司所产生的必要费用;对于非必要费用公司可不承担”,就将“债务”作为“费用”的上位概念,把设立费用视为债务的一部分;而台湾“最高法院”2004年台上字第2188号判决则相反,指出“公司之设立费用与公司为营业准备所发生之费用,二者不同,前者指发起人在筹备期间所发生之费用,后者乃系公司设立登记前以公司名义所负之债务”,将“费用”作为“债务”的上位概念。

^⑥ 参见前引^⑤渠震文“熊晓红与亮信灯饰有限公司技术开发合同纠纷案”([2003]粤高法民三终字第65号;“钱荣桂诉东台市乐瑞运布艺有限公司一般建设工程合同工程款纠纷案”([2007]东烈民一初字第1724号;“王富全与赵海忠加工合同纠纷案”([2006]穗中法民一终字第1999号)。

^⑦ 在台湾台中地院1996年建简上字第1号判决中,先公司合同涉及工程总价约八万元的办公室装修工程,法官即依据这一标准,指出依据公司的规模以及社会通常观念,以及实际代表缔约之人在公司设立后担任公司之董事长,且持有该公司10%之股份等事实,可以判定合同应属公司筹备期间经济上所必要之行为。

当事人意思的认定上较为僵化,在利益衡量方面过于强调交易安全,有必要结合比较法的经验予以修正。

(一) 规制的原则

对非必要合同的规制首先要尊重当事人意思自治。^⑧ 传统上,缔约名义具有对于当事人意思的推定以及法律适用具有重要作用,因为其最直接体现了当事人在缔约时是否了解公司设立状况,但这一标准已经在当代立法和司法中淡化,法官更倾向于从整体的案件事实(如合同的用语、当事人行为等)来推定当事人的意思,尤其是涉及到发起人缔约时身份以及第三人信赖基础的交易外观。^⑨ 相比之下,我国司法过于强调缔约名义的作用,有必要予以修正。^⑩ 在推定当事人意思的时候还应当注重商法的效率取向以及商事交易的特性,尤其是在考虑当事人风险承担、预期等方面,与一般的民事交易有区别。^⑪

(二) 当事人知道公司未成立的情形

这一情形中,当事人对合同履行的风险均有了解,可依据自己的偏好选择不同的风险分担方式,但合同条款可能并不清晰。同时,第三人信赖基础可能随着交易外观不同而有所区别,因此在个案中推断当事人意思难度较大,此时便需要法律设置默认规则,规定在公司接受合同的情况下,发起人是否还需要继续承担责任;在公司未成立或拒绝接受合同的情况下,发起人如何承担责任等问题。

大陆法系将发起人视为以设立公司为目的的合伙,推定各发起人之间有相互代理权,其内部的权限分工或议决程序不能对抗善意第三人,在以设立中公司的名义缔约(构成表见代理)的情况下,所有发起人对合同承担连带责任,公司只能通过合同更新取得合同项下权利义务(需要第三人同意),^⑫ 部分地区为保护交易安全还附加了一些限制条件,以日本为例,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合同,依据《公司法》规定应该记载入原始章程,经过创立大会审核通过后才可以对公司生效,如未记载于章程,公司无权追认(保障公司的财产完整),且第三人不能主

^⑧ 参见奚晓明、金剑锋《公司诉讼的理论与实务问题研究》,人民法院出版社2008年版,第131页。

^⑨ 在各国(地区)立法的表述中,对签订先公司合同的“发起人”的界定有“以公司名义(in the name of)”、“作为公司的代理人(as agent for a company)”,“意图代表公司(purports to enter into contract on behalf of a corporation)”等,总的来说相当灵活,并不局限于缔约名义。See UK Companies Act (2006) s. 51(1); Canada Business Corporations Act (R. S. C., 1985, c. C-44) s. 14(4); Austria Corporations Act (2001) s. 131(2); Irish Companies Act, 1963 s. 37(2); Hong Kong Companies Ordinance (Ord. No. 28 of 2012) s. 122(2); Ghana Companies Act 1963 s. 13(2)。

^⑩ 缔约名义只是推定当事人意思的证据的一种,如美国法官在第三人在缔约时知道公司未成立,但是仍然坚持让发起人以公司的名义交易的情况下,会依据禁反言原则判决不能追究发起人责任,但在我国缔约名义往往成为了决定性的标准,如《解释三》第二条规定发起人以自己名义缔约应当承担个人责任,但是如“上海金纬管道设备制造有限公司诉苏州爱知管业有限公司定作合同纠纷案”(〔2013〕嘉民二(商)初字第2069号)所示,发起人尽管以自己名义缔约,但已经向第三人提示了公司尚未成立的事实,此时仅从缔约名义入手推定当事人意思过于武断,我国司法实践中也有少数法官突破形式主义,对合同内容进行实质审查并在此基础上推定当事人意思,参见“平祖伟与杭州瑞达假日大酒店有限公司案”(〔2008〕拱民二初字第442号)。

^⑪ 参见奚晓明《当前商事审判中需要注意的几个法律适用问题》,载《法律适用》2010年第5期。

^⑫ 参见前引⑪,陈国奇文; BGH NJW 1983, 2822; BGH NJW 1982, 932 at 933.

张缔约过失或者善意保护,因为其在签定合同时应该预见到这一风险。^⑧英美法系没有将所有发起人视为合伙的一般规则,通例是只要求缔约的发起人(作为公司的代理人)承担个人责任(合同责任或保证责任),考虑到发起人之间的分工以及专业发起人的存在(缔约人未必与成立后公司有紧密的联系,可能仅仅是受其他发起人的委托而缔约),为避免仅要求缔约的发起人承担责任可能导致不公平的结果,有学者建议应当在发起人的认定上采取更广泛和弹性的解释标准。^⑨美国部分州将发起人作为合伙,判决其对合同承担连带责任,部分州则明确拒绝承认发起人之间成立了合伙关系,^⑩《模范商事公司法》的早期版本(1950年以及1969年版)第146条规定“无权以公司名义交易的所有人,要对无权交易产生的债权债务承担连带责任”,类推合伙法作为连带责任的基础,但由于“所有人”的具体范围并不清晰(是否包含消极投资者),在实践中导致发起人承担责任的几率大增,最后仅为少数州所采纳,修正版《模范商事公司法》(1984年以及2002年版)第2.04条规定“所有意图为公司或代表公司的人,在知道根据本法公司并不存在的情况下,要对这样的行为引致的债务承担连带责任”,官方解释补充指出发起人仅在明知公司未成立仍然以公司名义缔约的情况下才承担个人责任,^⑪但条文的表述仍会产生歧义,除了发起人是否包含消极投资者外,如何界定“交易行为”也有争议。^⑫

考虑到发起人能以更低成本承担履约风险,在没有相反约定情况下由其在公司接受合同之前承担个人责任较为合理。私法上的责任设置以个人责任为原则,连带责任为例外,其他发起人是否要对合同承担连带责任,本质上仍应探寻当事人意思。^⑬由于我国公司设立时间较长,将发起人组合作为合伙,承认其在设立公司的事务中有相互代表权,并通过授权规则来降低交易风险是较为适当的,《公司法》第94条实际上也表达了这一意涵,^⑭尽管发起人合伙以设立公司为目的,然而为了及时把握商机,不宜禁止这一阶段的

^⑧ 日本学界多数观点认为这一做法过于严厉,应当类推适用无权代理规则承认公司的追认权,相比之下,台湾地区虽将开业准备行为涉及的合同视为无权代表,但允许类推无权代理行为,在公司承认之后得生效,前引⑩,陈国奇文;前引⑪,刘连煜书,第217页。

^⑨ See *Keith Spicer Ltd v Mansell* [1970] 1 All ER 462.

^⑩ 在 *Lentz Engineering, L. C. v. Brown*, No. 14-10-00610-CV, 2011 WL 4449655 (Tex. App.—Houston [14th Dist.] Sept. 27, 2011, no pet.) 案中,德克萨斯州上诉法院明确判定发起人之间的关系不符合立法对合伙的定义,否决了原告要求发起人对先公司合同承担连带责任的诉求。

^⑪ 本条的官方评述里面列举了五种需要免除个人责任的情况:发起人诚实并合理地相信公司章程已经提交,但事实上并没有;被告已经将公司章程寄出并以公司名义进行交易,但是邮件延误到达有关官员处;第三人明知对方尚未开始设立公司,仍然坚持要对方以公司的名义履行合同;第三人只想与公司交易,从未期待被告以个人财产作为交易的担保;投资者向发起人提供了资金,但约定在公司成立前不得动用这些资金。See Darst, *supra* note 31, at 322-323.

^⑫ 在权威案例 *Timberline Equipment Co., Inc. v. Davenport*, 267 Or. 64, 514 P. 2d 1109 中,法院指出《模范商事公司法》的条款不应当被理解为“只有特定的被告引起的债务才能产生责任”,由于责任要落在与债权人进行交易的发起人身上,不同的公司参与者可能仅仅因为诸如接电话或者其他任何形式的交易行为,而对不同的债权人承担责任。参见前引⑬, [美]汉密尔顿书,第98页; Darst, *supra* note 31, at 309-315; GEVURTZ, *supra* note 12, at 42-53.

^⑬ GEVURTZ, *supra* note 12, at 47.

^⑭ 参见前引⑮, [日]青竹正一文。

缔约行为^[10]因此,以设立中公司名义缔约使交易呈现出组织的外观,在第三人没有相反意思表示的情况下,可以推定其以发起人合伙作为交易对象,发起人要承担连带责任。^[11]

在英美法系,保证责任比起合同责任更符合当事人意图和先公司合同的商业本质,因为当事人期待的是由公司履行合同,如发起人承诺尽力促成公司成立并接受合同而第三人没有相反的意思表示,则可推定第三人已经考虑到相应风险,此时将发起人责任限定于信赖利益(消极利益)更为妥当。假如发起人并非以“合伙人”而是以未来公司的代理人身份缔约(如当事人约定合同仅对成立后公司发生效力),此时将合同作为无权代理的效力待定,如果公司拒绝追认,则应当由缔约人承担个人责任(其他发起人无须承担责任)。^[12]

部分地区要求发起人在公司接受合同之后继续承担责任,其中美国将之作为默认规则,而台湾地区“公司法”第155条第2款则定为强制规则,这种“双重保障”本质上是保护第三人利益而设的法定特别责任,因为无论采取合同责任还是保证责任规则,在没有相反约定的情况下,发起人责任应当在公司接受合同后免除。^[13]笔者认为,这一做法过度强调了交易安全,无法在逻辑上融通,也对发起人造成过重的负担,不宜作为默认规则。但是如果公司接受合同后无力履行或很快陷入破产,能否基于公平的考虑追究发起人责任(尤其是避免发起人设立皮包公司来逃避责任)?^[14]从比较法的经验看,加拿大等国法院会综合考虑公司是否没有任何资产或者资金严重不足,是否仅是发起人用以逃避责任的皮包公司,以及发起人有无从合同中获得利益等因素决定是否判决发起人承担责任,但是迄今未能总结出较为明确的规则,^[15]笔者认为,交易对象破产的风险是所有债权人都要面对的,与公司是否成立并无本质关联,尽管先公司交易中第三人未必能够像与既存公司缔约那样调查公司的偿付能力,但在信息充分的情况下,可以风险溢价或者要求发起人提供担保的形式得到保护,强制设定双重保障并不符合效率,此外,我国法官在裁判方式上更依赖明确的规则而非标准,引入这种裁量权而不规定操作细则很容易造成混乱,不宜借鉴。

(三) 第三人不知公司未成立的情形

这一情形原则上可以类推无权代理规则,^[16]但实践中的情形较为复杂,仍然需要根

^[10] 台湾“最高法院”在台上字第354号判决指出,公司的设立在追求营利,但并非仅以取得法人人格为唯一目的。

^[11] 在我国司法实践中也有类似的意见,如《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)》第36条。

^[12] 这一责任在性质上属于法定的担保责任,即代理人要为其行为时向第三人声称自己有代理权的声明承担责任,在先公司合同的情形下,责任自代理人缔约时就已经产生,而不以公司“拒绝追认”作为前提条件。参见前引^[12]李哲松书,第164页;前引^[58][日]青竹正文、[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第955-960页;杜景林、卢湛《德国民法典评注》,法律出版社2011年版,第66页。

^[13] 学理上称为法定的加重设立人责任,参见王文宇《公司法论》,中国政法大学出版社2003年版,第203页。

^[14] 参见前引^[13][美]汉密尔顿书,第92页。

^[15] See Easson & Soberman, *supra* note 1, at 459-64.

^[16] 在德国,如果第三人在缔约时并不知道公司尚未成立,合同因无权代理而效力待定, Vgl. BGHZ 91, 148 at 152.

据个案中的交易外观来决定规则的适用。

1. 以发起人名义缔约

发起人以自己名义缔约且没有告知第三人公司未成立的情形中,由于第三人缔约的基础是对发起人的信赖,发起人要将合同转让给公司(债务承担)须取得第三人的同意。对于公司直接履行合同或享受合同项下利益情形中的责任分配,我国司法实践中有两种裁判方式,其一是由公司与发起人承担连带责任;其二是由第三人在发起人和公司之间择一承担责任。但是相关的判例和司法解释(包括《解释三》)都未能在我国法律中找到定位,且法理基础较为模糊。^⑩

规则的选择应当兼顾与现有法体系的融合以及实效。究其本质,方案一援引并存债务承担法理(《合同法》第84条),由于对第三人并无不利,无须取得其同意;^⑪方案二援引合同概括转移法理(《合同法》第88条),实际上是将第三人对公司承担责任的选择视为其对合同转移的同意。从实效来看,尽管方案一对发起人不利,但是考虑到发起人以自己名义缔约而不告知第三人的交易方式并不可取,尤其是存在第三人得知发起人在为未成立公司缔约的事实可能根本不愿意签约,可以将连带责任视为“惩罚性默认规则”,敦促其公开信息,而发起人与公司之间的责任分担应当交由其自行解决。

2. 以公司名义缔约^⑫

发起人在公司未成立时直接以公司名义缔约如果带有欺诈性质,应当禁止。^⑬但我国《公司法》第210条使用的措辞是“冒用”公司名义,包含了对发起人主观状态的要求,而立法解释进一步指出本条禁止行为人为故意用虚假的公司身份的名义缔约,损害善意第三人的利益,^⑭因此,在发起人因过失未发现公司尚未成立,以及善意相信公司很快就会成立两种情形中,本条不宜适用。^⑮

(1) 发起人善意相信公司即将成立的情形

以未来公司名义签约,第三人未必会花费成本审核公司成立状况,很容易因信息不

^⑩ 方案一参见“典创公司诉杨耀军、品致公司装饰工程合同纠纷案”([2005]佛中法民终字第635号民事判决),乙公司与甲公司买卖合同纠纷案(2011)沪一中民四(商)终字第574号,法官援引的法理依据有权利与义务一致原则、事实合同、以及合同相对性原则等;方案二参见“陶明绪与沐阳县金属机电公司承租开发合同案”([2005]沐民一再初字第10号民事判决),《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)》第37条,《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》第2条。《解释三》对于第三人请求公司承担责任之后发起人是否免责,条文的表述并不清楚,司法实践则主张发起人应当免责,参见“上海金纬管道设备制造有限公司诉苏州爱知管业有限公司定作合同纠纷案”((2013)嘉民二(商)初字第2069号);“郑州金龙水泥股份有限公司与济源市亚华实业有限公司等商标使用许可合同纠纷上诉案”((2013)豫法知民终字第6号)。

^⑪ 参见韩世远《合同法总论》,法律出版社2012年版,第485-495页。

^⑫ 一些司法文件中的“以公司名义”实际上隐含了告知第三人公司未成立的前提,如《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》第3条规定“发起人在公司设立过程中,以‘公司’或‘公司筹备组’等设立中公司的名义与他人签订合同的,公司在成立后应当承继合同的权利义务”。

^⑬ 参见日本《公司法》第979条,台湾地区“公司法”第19条。

^⑭ 参见前引④,安建主编书,第325-327页。

^⑮ 参见“漯河市红日集团公司诉崔军波、孙希辉、詹耀辉未经法定登记程序即以公司名义从事经营买卖合同纠纷案”([2002]漯民终字第234号; [2004]漯民监字第28号)。

对称对交易风险做出错误估计,此时适用个人责任规则有利于敦促发起人披露信息。如果公司愿意履行合同,法院会将合同作为因无权代理而效力待定的合同,由公司决定是否予以追认,债权人可对成立后的公司进行催告,公司一旦追认,发起人即得以免责,^⑪追认应当由股东会或董事会决议,公司的沉默不宜被推定为追认。

如果公司没有成立或拒绝追认,发起人应当承担个人责任,但其他发起人是否要承担连带责任值得商榷,比较法上可资参考的是美国《模范商事公司法》(1984年版)2.04条规定发起人责任的承担必须满足“知情”与“行为”两个要件,即便其他发起人知道公司未成立,但没有参与缔约,就无须承担责任。根据《民法通则》第66条以及《合同法》第48条的规定,发起人要承担无权代理引致民事责任,我国通说认为应当由善意第三人决定行为人承担的是履行责任(赔偿履行利益)或者损害赔偿(赔偿信赖利益),^⑫责任主体是无权代理的“行为人”,不能扩展解释至其他发起人。

(2) 发起人误以为公司成立的情形

这种情形往往是发起人提前以公司名义营业,如果公司成立并愿意履行合同,原则上可以依据无权代理规则处理,但允许第三人在公司追认之前单方撤销合同实质上与当事人的意愿相悖,在履约不利的情形下更有可能诱发其机会主义行为。举例来说,第三人将某处房产出租给发起人作为公司的厂房,而后公司成立并愿意履约,但此时地价大涨,第三人希望以更高价格出租,因此在公司追认之前以公司在缔约时没成立主张合同无效,此时是否可以作出例外规定,认定合同对公司发生效力,实际上就是要考察在这一情形中能否判定合同直接对公司产生约束力,排除第三人依据无权代理规则所享有的撤销权。^⑬在比较法上可资借鉴的是美国的“不可否认公司”规则,如果发起人按部就班地依法设立公司,对公司未成立确不知情,而第三人在交易时是将交易对象视为已经成立的公司,则应当由公司而非发起人来履行合同。^⑭笔者认为,假如设立所需的大部分实质性的工作已经完成,在交易时已经具有了足够使第三人相信其与公司而非发起人交易的外观,那么一旦公司成立并愿意履行合同,维持交易就有了正当的政策理由,无权代理规则下赋予善意的相对人撤销权是为了与本人的追认权之间取得利益平衡,兼顾双方的意思自治,这也是美国《模范商事公司法》2.04条以知情与否作为判断发起人是否应当承担责任的根本原因。在我国的法律适用上,可以类推附条件生效合同的规则,视当事人以公司成立作为合同生效条件。

^⑪ 参见“杨俊与施惠民买卖合同纠纷上诉案”([2009]浙湖商终字第136号)。

^⑫ 参见前引^④梁慧星书,第231页;前引^⑧韩世远书,第217页。

^⑬ 我国立法并没有明确本人的追认与第三人撤销权的关系,根据学理解释,为保持当事人之间的利益平衡,只要善意相对人尚未知悉追认的事实,均有权撤销合同,参见前引^⑧韩世远书,第215页。

^⑭ GEVURTZ, *supra* note 12, at 42-53.

五、结论

对于先公司合同的法律规制,规则设计的重点以及难点在于如何平衡既存规则、商业需求以及交易安全。根据我国《公司法》第94条确定的制度框架,以及实践中公司设立时间较长,合同履行面临的不确定性与风险较大的实际情况,借鉴大陆法系做法,承认设立中公司的主体地位,并区分设立必要合同以及非必要合同分别规制的做法是适当的。必要合同得直接约束成立后的公司,对于必要性的判断应当注意保护股东利益以及交易安全,可以结合公司实际的运营事业、公司的资本、规模、商业性质以及发起人在公司中担任的职务综合判断。对于非必要合同,则需要在司法实践中应当更为全面考察案情,探寻当事人内心真意并在此基础上确定合同责任的承担。

Abstract: There are varieties of legal approaches concerning the “Pre-corporation contracts” signed by promoters for the benefits of the corporation yet to be formed. The goal of the regulation is to balance the benefits of the current legal system, business requirements, and transaction security. From China’s actual situation, it is suitable to adopt the civil law approach, recognizing the special position of pre-corporation, and distinguishing the contracts into essential and non-essential ones. The former directly bind the company after registration, and the latter should be regulated on the basis of the exploration of intents of the parties, which is the essential figure of the design of default rules and the key of judicial review.

(责任编辑:王莉萍)