

公司瑕疵设立的法律效力

陈露璐

(湖南大学法学院, 湖南省长沙市, 410082)

摘要: 大陆法系国家和英美法系国家对存有设立瑕疵的公司法人格采取的法律态度有很大差异, 这是出于其背后的规制理念的不同而造成的, 大陆法系国家更加注重“静的安全”, 而英美法系国家更加注重“动的安全”。尽管两大法系关于公司瑕疵设立的相关制度内容不同, 但其实质上对公司瑕疵设立的效力趋于一致, 都采肯定态度。通过对两大法系的分析与比较, 可以更好地思考我国公司立法中的瑕疵设立制度。我国《公司法》只有第 198 条规定了公司瑕疵设立撤销制度, 但该条规定存在些许问题和缺陷, 这些问题和缺陷可以从大陆法系和英美法系的有关立法中找到解决方案, 一味地注重商事交易的安全性, 是不合理也是不可能的, 这样不但非能保护交易安全, 反而影响了交易效率。借鉴大陆法系和英美法系的有关理念和规定, 完善我国公司法的公司瑕疵设立撤销否认主义。

关键词: 公司瑕疵设立; 结论性证书规则; 无效否认主义; 区别否认主义; 撤销否认主义

中图分类号: D922.291.91

文献标识码: A

1. 问题的提出

公司设立需满足一定的条件和程序, 如需要规定的股东或发起人, 需要认缴注册资本, 需要有生产经营场所等等, 且要履行一系列公司注册登记手续在其中任一方面出现问题就会导致公司的瑕疵设立。瑕疵设立的概念有广义和狭义之区别, 广义的公司瑕疵设立是指公司完成注册登记后设立行为存有瑕疵和公司因为各种原因未完成注册登记而导致设立失败的两种情形。

狭义的公司瑕疵设立是指公司完成注册登记后, 未满足法律规定的实质条件和程序条件而导致的存在状态。^[1]我国《公司法》第 198 条也有关于公司瑕疵设立的有关规定, 主要是公司设立登记撤销制度, 即在公司设立登记过程中, 由于设立申请人违反我国《公司法》和其他法律关于公司设立登记中的规定, 经原公司登记机关审查予以撤销而使业已完成的公司设立登记归于无效的一项制度。^[2]但是该条规定却存在许多问题和争议, 对于撤销公司登记的缘由该条只规定了虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记这三项, 是不是理由过于狭窄? 而且对于把撤销公司登记和吊销企业营业执照放在一起选择适用, 是不是会造成法律的误解? 该条规定公司撤销登记的启动只限于原公司登记机关依其行政职权撤销, 与此相关的股东、债权人等利害关系人是否可以通过提出申请而撤销公司登记? 以上问题的解决, 本文主要从英美法系的瑕疵设立承认主义和大陆法系的瑕疵设立否认主义的对比来借鉴经验和教训, 以完善对我国《公司法》第 198 条的思考并提出自己对于该条的解决办法。

2. 不同法系对公司瑕疵设立的不同规定

2.1 英美法系: 两种处理模型之观察

在英美法系国家立法中, 对存有设立瑕疵的公司之人格正走上普遍性承认的趋势。其中, 以英国为代表的国家自始坚持瑕疵设立原则承认主义, 而以美国为代表的国家则经历了从瑕

^[1]房绍坤, 王洪平. 公司瑕疵设立的法人格规制[J]. 中国法学, 2005, 02:104.

^[2]肖海军. 论公司设立登记撤销制度——以《公司法》第 199 条的适用展开[J]. 中国法学, 2011, 02:88.

疵设立个别承认主义到瑕疵设立原则承认主义的变迁过程，下文将分别详细论述。

2.1.1 以英国为代表的原则承认主义

英国的公司瑕疵设立原则承认主义又称为结论性证书规则，该规则是指公司注册机关所颁发的设立证书具有结论性证据的功能，一旦公司获得该设立证书，无论公司在设立过程中是否存在瑕疵，原则上均视为公司已依法设立。采此处理模型的国家主要有加拿大、澳大利亚和我国香港。对公司瑕疵设立采普遍性承认原则，因此，一旦颁发设立证书，公司设立过程中的所有瑕疵都将被视为已经治愈，取得设立证书的公司将被视为毋庸置疑的法人。对于已成立的公司，英国原则上并不存在是否无效的问题，但这也只是原则性的，并非毫无例外，在英国，设立证书的结论性意义对以下情形并不适用：（1）若已注册的公司是一个工会，则该注册无效。因为，在英国的法律中，工会是绝对不能依公司法进行登记注册的。^[1]（2）代表英国王室的检察总长可以已被注册的从事非法目的的公司启动诉讼取消注册。^[2]

由此可以看出，潜藏于英国的瑕疵设立原则承认主义背后的规制理念是交易效率原则。该原则在于维护公司设立登记的权威性和公信力，使业已成立的的公司法人格得以维持。因为公司一经登记成立并开始运营，就要创设和参与各种交易关系，若任何人皆可声称公司设立登记有问题，则会带来灾难性后果。^[3]因为根据企业维持理念和商法外观主义，轻易否定一个业已成立的公司，无疑增加了交易的风险性，对第三人、股票持有人、公司债权人、公司员工都可能造成毁灭性的影响。

2.1.2 以美国为代表的个别承认主义

美国对于公司的瑕疵设立采个别承认主义，只有以下三种情形承认公司的法人格：第一，修正的法律上的公司，法律上的公司是指依照法定条件和程序而组建的公司。由于美国各州单独立法，不同州对公司的设立条件规定不同，严格贯彻该原则也会造成不公，法院就采取一种比较务实的态度处理违法的公司设立问题，即将法律上的公司所依存的“法定条件和程序”解释为“实质性的条件和程序”，只要公司设立人实质性地遵守了设立公司的法律，公司即具有合法的性质，即成为法律上的公司。这一修正就扩大了法律上的公司的外延。第二，事实公司，是指未能完全依法设立但其地位与法律上的公司几乎相同的公司。在普通法上，构建事实公司法理的直接目的是为了回避对在公司尚未依法成立之前而以拟设立公司名义从事营业的发起人或股东的个人责任的承担，亦即在事实公司存在的情况下发生的是公司责任而非股东或发起人的个人责任。第三，禁反言公司，在美国法上，禁反言公司是一个非常难以掌握的概念，法官们和学者们竭尽全力试图对其进行界定并加以运用。^[4]禁反言公司并非主要运用于惩罚注册不完全的公司，相反，在很多情形下它是法庭为保护疏忽大意的公司创办人或股东，而创造性地发展出来的一种理论。

美国模型背后潜藏的规制理念是与英国截然不同的交易安全原则和公平理念。传统的美国模型推崇瑕疵设立个别承认主义，其认为对存有设立瑕疵的公司一般不应承认其法律人格，只有这样才能保证交易的安全。随着经济的发展和大量公司的存在，现代美国公司法普遍采纳结论性证书规则来判断公司是否存在，以协调交易效率和交易安全之间的矛盾。可见，在调和交易之安全性和效率性原则时，开始逐步重视效率性原则并贯彻企业维持理念。

2.2 大陆法系：三种处理模型之分析

大陆法系国家对瑕疵设立的公司有三种处理模型：瑕疵设立无效否认主义、瑕疵设立撤

^[1] See Trade Union and Labour Relations Act 1974. s. 2(2), and Companies Act 1948, s. 459(9) (b).

^[2] See *Bowman V. Secular Society* (1917) A.C. 406, 439, 440.

^[3] See *Cotman V. Brougham* UK (1918) AC514.

^[4] See *Timberline Equipment Co. V. Davenport*, 267 Or. 64, 514 P. 2d 1109, 1111 (1973).

销否认主义、瑕疵设立区别否认主义。下文将分别述之。

2.2.1 以德国为代表的瑕疵设立无效否认主义

瑕疵设立无效否认主义,是指当公司设立存在法定瑕疵时,原则上公司设立无效。德国是实行严格的客观瑕疵无效否认主义的国家,在德国有两种可以宣告公司设立无效的情形:一是公司章程未规定公司的资本数额;二是公司章程未表明公司的目的,或该目的无效,如该目的违反法律的强制性规定等。^[1]同时采该原则的还有法国、比利时、意大利等国,只是不同国家对宣告公司设立无效的情形规定不同。

2.2.2 以我国台湾地区为代表的瑕疵设立撤销否认主义

瑕疵设立撤销否认主义,是指当公司设立存在法定瑕疵时,原则上应撤销公司设立。根据台湾地区“民法”第45条的有关规定,若已成立的公司存在法定的设立瑕疵,“中央”主管机关得依法撤销其违法不当的行政处分,从而否定瑕疵公司的法人格。依据台湾地区“公司法”第9条和第17条之规定,这类瑕疵主要包括以下几种:公司负责人进行设立登记时有违法情事;公司负责人对设立登记以外的其他事项作虚伪记载;股东并未实际缴纳股款,而公司负责人以申请文件表明已缴足;以及从事特定目的事业未经政府主管机关许可的。

2.2.3 以日本为代表的瑕疵设立区别否认主义

瑕疵设立区别否认主义,是指当公司设立存在法定瑕疵时,原则上区别公司类型和瑕疵类型,分别采取宣告公司无效或撤销公司的办法予以处理。在日本,其一是区别公司类型进行处理,对于无限公司、两合公司和有限公司^[2],若存在设立瑕疵,可分别情形宣告公司设立无效或撤销公司设立;而对于存在设立瑕疵的股份有限公司则只可宣告公司无效。^[3]其二是区别瑕疵类型进行处理,对宣告公司设立无效的具体情形,理论上适用民事法律行为无效的原则来处理。而撤销公司设立主要在股东明知设立公司对债权人有害仍设立公司,则公司债权人可请求撤销公司设立。^[4]同采此原则的还有韩国和中国澳门,但中国澳门仅根据瑕疵类型的不同对瑕疵公司之人格予以无效否认或撤销否认,未区分公司类型分别确定不同的处理机制,此与日本、韩国略有差异。

3. 我国《公司法》第198条对公司瑕疵设立的有关规定的分析

3.1 我国《公司法》第198条的问题与解决

我国《公司法》等相关法律对于公司瑕疵设立的规定不多,只限于《公司法》第198条的相关规定,这条表现出我国法律对公司瑕疵设立采取的原则是瑕疵设立撤销否认主义的单重立法模型,即对存有设立瑕疵的公司不仅原则上不承认其法人格,而且只能通过撤销公司设立的方式否定瑕疵公司之人格,不能宣告公司设立无效,但是仅就该条法律来说,其内容是不完善的,下文将一一提出。

首先,该条对于公司瑕疵设立撤销的原因规定过于狭窄,该条只规定了虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的情况,这些原因都属于设立人的主观性瑕疵,并没有涵盖所有可能导致瑕疵设立的情况,如因股东个人无行为能力等主观性瑕疵或者公司章程欠缺绝对必要记载事项等客观性瑕疵时,能否撤销公司设立?笔者认为,还可以增加以下事项作为撤销公司登记的事由:一,公司设立目的违反强行法或者社会公共利益,如以公司之名,实则从事非法的交易和活动,当然为法律所不容,此种情形下撤销公司登记理所当然。二,公司设立欠缺法定的程序,商事活动注重外观性,公司设立体现地尤为明显,该行为是一种格式化活动,必须严格遵守法定程序。在我国,公司设立一般

^[1]德国《有限责任公司法》第75条(1),德国《股份法》第275条(1)

^[2]日本《商法典》第136条、140条、147条

^[3]日本《有限公司法》第75条①项。卞耀武主编:《当代外国公司法》,第570页

^[4]日本《商法典》第428条。王书江、殷建平译:《日本商法典》,第138页

要遵守下列程序：符合法定人数与条件的发起人定力发起人协议，制定公司章程，确定股东，认缴出资，确定公司的组织机构，公司设立登记，^[1]如果欠缺其中某个程序，则公司设立难以顺利完成，可能被宣告无效或撤销。三，公司章程不符合法定要求。如果公司章程欠缺绝对必要记载事项，如公司的名称和住所、发起人（股东）姓名或名称、公司的经营范围等与公司设立密切相关的绝对必要记载事项，一旦欠缺这些事项，则可导致公司设立无效或撤销。该条对于虚报注册资本的有关规定也应该做相应修改，2013 年对《公司法》的修改已经把公司资本实缴制改为认缴制，所以再把虚报注册资本作为撤销公司登记的原因并不恰当。

第二，该条规定的只有这些原因达到情节严重的情况下才可以撤销公司登记，对于情节严重该怎么定义并不明确，这样就赋予公司登记机关较大的裁量权，不利于公司主体资格的稳定性和商事交易的连续性。对于“情节严重”的定义应该分情况讨论，虚报注册资本不再应该有情节严重之分；而对提交虚假材料之情形而言，如全部申请材料为虚假或伪造，或者涉及证明公司的实质条件类申请材料（公司资本、公司机关人员的组成、发起人或股东资格、公司经营场所与条件）以及特殊类公司之行政许可文件系伪造或编造；采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的情节严重的认定，可以解释为以合法的形式掩盖非法目的，设立公司的目的大多是违反法律的强制性规定或者违反社会公共利益的。

第三，该条规定的公司瑕疵设立撤销的行政职权主义处理模型不符合实践的要求。其一，将设立撤销规定为公司登记机关的职权，虽然可以加强公司管理，但却忽视了法院审判权的行使，会给法院审判造成许多麻烦和不便，降低司法效率。其二，现行立法只规定公司登记机关可以依职权主动做出撤销公司登记的行政行为，但却忽视了相关利害关系人的申请，在很多情况下，公司的设立瑕疵并不能被公司登记机关及时发现，而利害关系人（如经常与该公司从事交易的第三人）却能发现，如果不赋予他们相关诉权或者申请权，其合法权益就难以得到有效的保护。因此，笔者认为，瑕疵设立公司登记的撤销，既可由原公司登记机关依职权主动审查而发起，也可由其他利害关系人的申请、举报而启动。

第四，该条规定的公司瑕疵设立撤销的法律后果不当。其一，将撤销公司登记和吊销营业执照放在一起选择适用并不合理。公司设立登记属于私法领域，旨在解决企业作为民事主体的资格问题，作为与公司设立登记相对应的公司撤销登记也同样是解决企业作为民事主体的资格问题的。而目前对营业范围进行全面管制的立法政策下，营业执照的颁发应属于公法领域的问题，旨在解决企业的营业资格和营业能力（即市场准入）问题，企业惟有获得营业执照才能从事所欲从事的经营活动，营业资格以营业执照的签发未证明，也即如果只吊销企业的营业执照，是不影响公司的有效成立，只是营业活动和营业能力受到了限制。^[1]不难看出，二者的功能完全不同，所以将其放在一起选择适用是不合适的。其二，未理清行为主体与责任主体的关系。公司瑕疵设立是指公司设立过程中存在的瑕疵，而此时的公司并未成立，进行公司成立工作的一般是公司的发起人或者设立人，而该条规定的是公司承担该违法行为的法律后果，免除了其他直接行为人的责任，显然与行为与责任相一致的法律原则相悖，不利于杜绝违法行为的发生。笔者认为，可以在此条加上如满足虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，公司发起人或者设立人也应承担由此导致公司被撤销登记的法律后果。

3.2 两大法系的公司瑕疵设立制度对中国的借鉴意义

对比分析两大法系对公司瑕疵设立的处理方法和其背后潜藏的规制理念，纵然存在很多不同之处，但对于公司瑕疵设立的态度正逐步走向一致，即使大陆法系国家对公司瑕疵设立的法人格基本采否认主义但对该原则也做出许多限制，比如设立公司瑕疵设立诉讼的阻却与迟延制度，给予瑕疵设立的公司进行补救的机会，同时也要求法院对当事人的诉求慎重考虑，不能草率裁判，这都表明两大法系对公司瑕疵设立的态度趋向一致，公司瑕疵设立的一般有

^[1]范健，王建文.《商法学》.第三版.北京：法律出版社，2012, 112-114.

效性原则已经得到普遍性的承认。由此，也可引发对我国公司瑕疵设立制度的若干思考。

探究我国商事法的立法理念，中国现行公司立法侧重于维护交易的安全而非效率。这实质是把一种行政管理式的立法思维加入到公司立法当中，仔细考虑，其实这样的立法思维非但未能确保交易安全，反而降低了交易效率。^[1]因为，寄望于通过严格公司设立条件以确保交易安全只是不切实际的空想，安全与否是一个难以衡量的变量，一个在设立之时非常安全的公司可能经过短期的营运变得十分的不安全，反之亦然。因此从维护交易效率的角度出发，兼及考虑考量企业维持理念，防止社会经济资源的不合理浪费，有必要借鉴英美法系的立法经验检讨中国现行立法之不足，明确以立法方式有选择地承认瑕疵公司之人格。

4. 结 论

对于公司瑕疵设立行为，现代英美法系的调整策略重在维护交易效率，而大陆法系的调整策略重在维护交易安全，这是两种看似完全不同的规制理念。实际上，这两种策略之间并非存在不可逾越的鸿沟，因为，两者均重视对交易安全的维护，只是其安全理念不同而已。英美法系强调交易效率，实则注意维护交易的“动的安全”，而忽视“静的安全”，立法者以结论性证书规则将交易的风险转嫁给了后来的交易当事人。而大陆法系所强调的团体法理念，实则是一种静态交易安全观念的反映，立法者试图通过贯彻瑕疵设立原则否认主义，恪守既定的公司设立规则以确保“后来的交易当事人”不致承担无谓的风险。可见，无论是英美法系还是大陆法系，其所构建的公司瑕疵设立制度都是在交易的“动的安全”和“静的安全”之间取舍设计规则，要么重在保护交易的“静的安全”，要么重在维护交易的“动的安全”，只是不同国家所采取的维护两种不同安全的具体措施而异而已。

由此，我国在公司法中的有关公司瑕疵设立的相关规定，不应该再保守地遵从维护交易安全的理念，而应该结合交易效率的有关原则修改现行的公司瑕疵设立撤销否认主义，拓宽该条适用的范围，明确有些词语的定义与界限，很好地把行政职权主义模式加入司法程序，把法律后果的规定再予以完善。

^[1]蒋大兴.《公司法的展开与评判：方法、判例、制度》.第一版.北京：法律出版社，2001, 363—364.

参考文献

- [1] 房绍坤,王洪平. 公司瑕疵设立的法人格规制[J]. 中国法学,2005,02:104.
- [2] 肖海军. 论公司设立登记撤销制度——以《公司法》第 199 条的适用展开[J]. 中国法学,2011,02:88.
- [3] See Trade Union and Labour Relations Act 1974.s.2(2),and Companies Act 1948, s.459(9)(b).
- [4] See Bowman V. Secular Society(1917)A.C.406, 439,440.
- [5] See.Cotman V. Brougham UK(1918)AC514.
- [6] See Timberline Equipment Co. V. Davenport, 267 Or.64.514P.2d 1109.1111(1973).
- [7] 德国《有限责任公司法》第 75 条(1), 德国《股份法》第 275 条(1)。
- [8] 日本《商法典》第 136 条、140 条、147 条。
- [9] 日本《有限公司法》第 75 条①项。卞耀武主编:《当代外国公司法》, 第 570 页。
- [10] 日本《商法典》第 428 条。王书江、殷建平译:《日本商法典》, 第 138 页。
- [11] 日本《商法典》第 141 条。王书江、殷建平译:《日本商法典》, 第 28 页。
- [12] 范健, 王建文.《商法学》.第三版.北京: 法律出版社, 2012,112-114.
- [13] 蒋大兴.《公司法的展开与评判: 方法.判例.制度》.第一版.北京: 法律出版社, 2001,363—364.

Company set up the legal effect of flaws

Chen Lulu

(Hunan University legal school, Changsha /Hunan, 410082)

Abstract: Continental law system and Anglo-American law system countries for defects of company law personality entities has established legal attitude has very big difference, it is caused by the different ideas of behind the regulation of the civil law countries pay more attention to the safety of the "static", and the common law countries pay more attention to "moving safety". Even two major legal systems of the company defects set up related system content is different, but essentially defects to the company the establishment of the effectiveness of the consistent, all mining. Through the analysis and comparison of two law systems, can better to think over the flaws in our company legislation to set up the system. Our country "company law" article 198 the provisions of the company only flaw to set up the withdraw system, but which exist some problems and defects, from these problems and defects can be found in the legislation of continental law system and Anglo-American law system solutions, pay attention to the safety of business transactions blindly, it is not reasonable, it would be impossible, such not only can protect the transaction security, instead affects the efficiency of deals. Draw lessons from the continental law system and Anglo-American law system about the concept and rules, consummates our country company law firm defects to set up the cancellation denied.

Keywords: Company defects set up; Conclusive certificate rules; Invalid deny socialism; Difference between denied socialism; Undo deny socialism

作者简介（可选）：陈露璐，湖南大学法学院 2014 级法学硕士，专业方向为民商法方向。

^[1] 蒋大兴.《公司法的展开与评判：方法.判例.制度》.第一版.北京：法律出版社，2001, 363—364.