

# 我国公司瑕疵设立无效制度的构建

李志清

(上海理工大学 理学院,上海 杨浦 200093)

**摘要:**公司瑕疵设立会使公司内外部关系处于不确定状态,进而侵害交易相对人与善意股东的合法权益,危害市场经济秩序。国外早已有公司设立无效制度,而我国现行公司法还没有明确规定这一制度。因此,我国需要在源头上廓清公司设立无效的原因,借鉴英美法系的立法模式,赋予营业执照以“确定性证据”的功能,公司法人格不得被随意否定,并结合大陆法系的立法例,在特殊的公司瑕疵设立情况下,利害关系人可以通过司法途径宣告公司设立无效,而对于一般的公司设立中的瑕疵,赋予利害关系人启动瑕疵补正的权利,以尽最大可能维持公司的存续,同时对公司设立无效时的民事责任及无效诉讼制度作出规定。

**关键词:**无效制度;公司法;民事责任

**中图分类号:**D922.291

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-8580(2011)06-0077-07

瑕疵设立的公司尽管取得了公司的设立登记,取得了法人资格的外衣,但是实质上并不具有与其外观相适应的承担责任的能力。在交易过程中,极有可能将其风险转嫁给无辜的股东、债权人及其他利益相关人,严重影响交易安全和经济秩序。我国现行《公司法》虽然在设立原则、股东人数、资本制度和公司章程等方面的修改,在一定程度上减少了瑕疵设立现象的发生,但是对公司瑕疵设立无效制度的规定仍然过于简单,使得实践中发生公司瑕疵设立的情形无法可依,造成公司、股东、债权人等利益的不确定性,尽管在我国相关司法解释建议稿中关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(三)(征求意见稿)(以下简称《征求意见稿三》)中涉及了公司设立无效诉讼、公司设立无效及瑕疵设立的补正,但最终未能在正式颁布的司法解释中予以规定。许多国家的公司法对公司设立无效制度都作出了系统的规定,使得该制度充分发挥了积极作用。

因此,为更好地维护公司、股东、债权人的利益,保障交易安全和增进交易效率,通过比较两大法系对公司瑕疵设立的处理模式,结合我国司法实践,提出建立完整的公司设立无效制度,从源头上保证公司的健康

设立及运作。

## 一、公司设立无效概论

公司设立无效是指经公司登记机关核准登记并颁发企业法人营业执照的公司,因公司的设立不符合法律规定的实体条件或程序条件,而经过诉讼程序被法院否定其法人资格,并对该公司进行清算的法律制度。

### (一)公司设立无效的特征

#### 1.公司设立无效对公司的商事行为不作评判

公司设立无效针对的是该公司法律人格的存续,对该公司成立后所进行的所有商事行为不作评判,公司设立无效后其以往的交易行为的效力不受影响。

#### 2.公司设立无效具有相对性

(1)无效不是绝对无效。针对公司设立过程中的某些实体条件或程序条件不合法的情形,基于企业维持的理念,应首先采取补正措施,对公司设立的无效可以进行补救。惟有在诉权人催告公司进行弥补,而公司未在规定期限完成时,诉权人方可提起诉讼,也即惟有私力救济用尽,才能寻求公力救济,提起诉讼。

(2)无效不是公司自始无效。与一般的无效民事行为的认定效力不同,公司设立无效只是公司失去了继续

收稿日期:2011-06-13

作者简介:李志清(1979-),男,江苏盱眙人,讲师,硕士,主要研究方向为公司法、合同法。

存在的法律依据,针对的是确定公司无效后的行为,不具有溯及力;而无效民事行为是自始无效,具有溯及力。

### 3. 公司设立无效的效力具有对世性

公司设立无效的效力由法院确定,且其效力具有对世的效力。首先,与绝对无效民事法律行为不同,绝对无效民事法律行为的无效后果是当然的,既不需要通过诉讼或人民法院或仲裁机构确认,也不需要经过当事人一方的意思表示,法律行为自动无效<sup>[1]</sup>。而公司设立无效由法院判决确定。其次,无效判决的效力不仅及于原告和公司,而且也及于第三人。任何人不得再次提起无效之诉;任何人不得再提起设立有效之诉<sup>[2]</sup>。

## (二) 公司设立无效的构成要件

### 1. 公司已登记而取得法人资格

公司已在法定登记机关注册登记,具备法律人格,也即取得公司法人资格。这是公司设立的结果,也是公司设立无效认定的前提,公司已取得法律人格的外衣,因此公司可以按照公司的名义从事商事活动。

### 2. 公司的设立过程中存在瑕疵

设立公司需要符合一定的条件和程序,如同民事法律行为一样。公司设立要符合主观要件和客观要件。不符合主观要件的,则构成主观瑕疵,如公司设立人设立公司的意思表示瑕疵;不符合客观要件的,则构成客观瑕疵,如公司资本不足、需要经过审批的未获得审批、公司章程缺乏绝对必要记载事项等等。

### 3. 公司设立中的瑕疵的危害性及其瑕疵不可弥补性

各国对危害性的认定不一致,但对瑕疵严重违反强行法规定,如公司设立目的违法、设立人主体资格违法、未取得有权机构的批准或未履行创立大会程序的,其危害到社会公共秩序、公共利益的,并且其瑕疵无法补正的,一般认定为公司设立绝对无效;对可以补正的瑕疵则给予补正机会,而认定其为公司设立相对无效,在未进行补正或补正不能时,认定公司设立无效。

## 二、我国对两大法系关于公司瑕疵设立无效立法模式的借鉴

### (一) 英国公司瑕疵设立原则承认主义和美国公司瑕疵设立个别承认主义

英美法系国家对于公司瑕疵设立的效力普遍采用“确定性证书规则”,概括性地承认或个别性承认瑕疵

公司的法人资格,而以公司瑕疵设立被否认为例外,以确保交易的确定性和交易的效率。确定性证书规则是指公司注册机关所颁发的设立证书具有推定公司法有关注册的所有要求均已得到遵守的确定性证据功能。依此,一旦公司获得设立证书,则即便公司在设立过程中存在违反公司法规定的瑕疵,原则上也不能以此质疑甚至否定公司设立的效力,证明存在设立瑕疵的证据不会被采纳,所有依法注册设立的公司皆为合法公司<sup>[3]</sup>。这一模式体现了效率优先原则和公司维持理念,英国、澳大利亚、加拿大等国采用该种模式。

该原则也存在例外:(1)若已注册的公司是一个工会,则该注册无效。在英国,工会是不能依公司法进行注册登记的;(2)代表王室的检察总长有权申请法院撤销存在违反法律或道德目的的公司注册<sup>[4][5]</sup>。而美国对于存在设立瑕疵的公司,只有在极例外的情形下才承认其取得法人资格。所谓极例外的情形,主要指修正的法律上的公司、事实公司和禁止反言公司情形。

### (二) 大陆法系的公司瑕疵设立的原则否定主义

大陆法系国家对瑕疵设立公司的有三种立法模式:以德、法为代表的无效认定的否认主义、以我国台湾地区为代表的撤销设立的否认主义和日韩及澳门地区的撤销设立或无效认定的区别否认主义。其基本立法态度是原则上否定瑕疵设立公司的法律人格,并赋予利害关系人通过特定程序由国家机关宣告公司设立无效或撤销公司设立的权利。明确规定了公司设立无效或可撤销的原因及处理方式,从而使交易的安全性得到保障。同时,根据不同情况赋予瑕疵设立的公司自行补正瑕疵的权利,以避免公司法律人格的被否定所带来的灾难性后果。

德国《有限责任公司法》第75条规定:“如果公司合同没有规定基本资本数额或经营对象、或者公司合同中关于经营对象的规定无效,则任何股东、任何业务执行人……均可以通过起诉申请宣告公司设立无效。”台湾地区《公司法》第17条规定:公司若许可的事项被目的事业主管机关撤销或废止,应由各该目的事业主管机关通知中央主管机关,撤销或废止其公司登记或部分登记事项。澳门《商法典》第191条规定:有关法律行为之一般规则,适用于公司之设立。因此,有关法律行为无效和撤销的规定亦可适用于公司设立无效或公司

设立撤销。日本撤销公司设立见于日本《公司法》第141条规定:“无限公司的股东在知道侵害债权人的情况下仍设立公司时,债权人可以对该股东及公司起诉,请求取消该公司的设立”<sup>[5]98</sup>。对无限公司、两合公司和有限公司等人合性公司,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;而对存在设立瑕疵的股份有限公司等资合性公司只能宣告公司设立无效。

### (三)我国对两大法系立法模式的取舍

两种不同的制度都有一定的合理性,英美法系也并非忽视交易安全的保护,只是他们倾向于维护交易的“动态安全”,确保公司的存续及其运行,至于公司的出生中身上的瑕疵及其风险也交由市场抉择。而大陆法系则关注于交易的“静态安全”,旨在维护每一次与瑕疵设立公司交易对方的安全,对公司进行规制以规范市场秩序和安全。

我国已建立公司设立登记制度,由登记机关对申请设立公司的资料进行形式和实质审查之后,颁发公司营业执照,并作为公司合法成立的标志,公司登记具有一定的公信力。因此,可以借鉴英美法系的立法模式赋予营业执照以“确定性证据”的功能,公司一旦获得营业执照就表明其设立过程是合法的,并且公司法律人格不得被随意否定。同时,结合大陆法系的模式,在特殊的公司瑕疵设立情形下,利害关系人可通过司法途径宣告公司设立无效。而对于一般的公司设立中的瑕疵,则赋予利害关系人启动瑕疵补正的权利,以尽可能维持公司的存续。

### 三、我国公司设立无效制度的设计

我国应建立以公司瑕疵设立无效认定和瑕疵补正以延续公司人格的制度。系统设计设立无效的原因、无效的认定与相关民事责任。这里要引入公司设立部分无效行为理论,因为公司设立是复杂的法律行为组合,一概否认或肯定瑕疵设立公司的效力都会使相关个体利益与社会整体利益过多的失衡。作为一个整体的公司设立行为在不改变自身总体特点的情况下可以被分割为若干部分,这些被分割开来的各个部分本身仍然是一个独立的民事行为(即各个设立人各自实施的公司设立行为),同时它们又是作为整个法律行为的组成部分。而即便有部分被分割出来的民事行为(个别设立人的公司设立行为)不符合生效要件,也可能并不影响

其他行为的成立与生效,亦不从根本上改变公司设立行为的性质。此时,就应当认为公司设立行为的一部分无效并不导致整个行为全部无效,公司设立行为仍可以成立和生效——此即公司设立的“部分无效”理论<sup>[6]86</sup>。

#### (一)公司设立无效的原因

##### 1.设立人资格欠缺

(1)全体设立人行为能力欠缺。设立公司是投资行为,尽管有学者认为可以由代理人代理限制行为能力人为投资行为,但是商事代理仅系委托代理,行为能力欠缺者欠缺行为能力,故其无权委托他人进行代理事务<sup>[7]</sup>。而若应用代理制度允许法定代理人代理行为能力欠缺者成为设立人,则某些不能作为设立人的自然人(如公务员)可能会通过其未成年的子女作为设立人投资公司。

部分设立人的行为能力欠缺可以宣告该部分设立行为无效。实际上,我国司法实践上已有关于公司设立部分无效的默认,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)(以下简称公司法司法解释三)第18条规定“有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资,经公司催告缴纳或者返还,其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资,公司以股东会决议解除该股东的股东资格,公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。”

(2)全部设立人身份违反强行法规定。如违反我国《公务员法》、《法官法》、《检察官法》等有关禁止从事营利性活动的规定,这是为维护市场经济环境的公平、公正,维护国家公权力的清正廉洁运行。

##### 2.全部设立人意思表示不真实

设立公司是设立人共同意思,特别在人合性公司的设立中,设立人之间存在强烈的人身信赖关系,若其中某一人的设立行为无效或被撤销,则必然直接影响到其他设立人设立公司的意愿,进而动摇公司成立的基础。如设立人被欺诈或胁迫作出设立公司的意思表示,根据商法意思自治、诚实信用等原则,赋予当事人撤销权,以期瑕疵设立行为的补正。未得到补正的,则否定瑕疵设立行为的效力。

##### 3.设立人不符合法定人数

公司设立采取登记制度,因此公司设立人数瑕疵



在公司登记时很容易被发现,从而不予登记。但是,当设立人因身份瑕疵或意思表示瑕疵等原因而被否定该部分设立行为的效力,导致设立人人数不符合法律规定的,此时,也应赋予公司瑕疵补正的权利,补正未果,则认定公司设立无效。

#### 4. 公司设立辅助人的过错

公司设立辅助人<sup>①</sup>故意或过失出具验资证明或其他认证的,对于设立人与辅助人串通而采取欺骗手段进行的设立行为,要求采取补正措施,无法补正的,公司设立无效。

#### 5. 公司登记机关的过错

公司登记机关故意或过失进行公司设立登记,基于公司登记的公信力,不能否定公司的法律人格,可通过登记瑕疵补正的方式维持公司的存在。无法补正的,公司设立无效。

#### 6. 法定注册资本瑕疵

对于出资额不足、出资存在权利瑕疵以及出资的形式不合法的,都可通过瑕疵补正。对于不能补正出资瑕疵的,按照我国《公司法司法解释三》第18条的规定可认定部分设立行为无效,并进行变更登记以减少出资或由其他设立人或第三人对出资瑕疵部分承担补充责任,这是针对有限责任公司的设立人,即部分设立人出资不足并无法缴足的,其他设立人无须对不足部分的出资承担连带补足责任,仅有办理减资及变更登记义务。而对于股份有限公司的部分发起人未履行认购股款义务的,其他发起人可以另行募集,即其他发起人必须承担资本充实责任。二者不同的原因在于人合性的设立人之间的信用基础在于人,而资合性的发起人与其他认股人之间的信用基础在于资本。

#### 7. 公司章程瑕疵

公司章程欠缺绝对必要记载事项的,公司设立无效。对于章程记载事项违法或制定程序违法的,通过启动瑕疵补正程序,维持公司的存续,若瑕疵补正不能的,则公司设立无效。

#### 8. 公司设立目的瑕疵

(1) 公司设立目的违反法律法规的强制性规定或损害社会公共利益的。如为犯罪活动洗钱、或从事色情服务、赌博服务、地下高利贷服务而设立公司等。(2) 公司以合法的形式掩盖其非法目的的。公司设立目的在

公司章程中没有体现其违法性,但公司实际从事的经营活动是非法的。

#### 9. 公司欠缺组织机构和住所

设立人要提供公司的住所证明和组织机构的文件,一般形式上欠缺此内容的可能性不大,多数存在以虚假的证明文件进行登记。公司的组织结构就是其代表机构。没有组织机构,公司就失去了“灵魂”。住所是公司存在于世的实体标志,也是第三人寻找公司的地方。第三人最终与公司处理利益关系还是会追寻至现实的住所。没有住所,公司的“灵魂”就失去了居所。而现实中存在的大量“皮包公司”正是欠缺住所要件,应认定其设立无效。

10. 欠缺特定设立程序或从事特定事业的公司未经主管部门批准

如保险公司、金融公司的设立需经过金融保险监管部门批准,这攸关国家经济秩序和安全,欠缺该程序或条件,公司设立无效。

### (二) 公司设立无效时的民事责任

#### 1. 设立人对公司设立无效的责任

因公司设立无效的溯及力不及于无效之前的公司行为,故公司被宣布无效之前对第三人的民事责任由公司设立人连带承担。无过错的设立人或股东承担责任后可以向有过错的设立人追偿。对于公司设立无效,而设立人均无过错的,公司对第三人的债务可由公司全体设立人按约定或出资比例承担。出资不足的设立人需承担资本补足责任,其他设立人也承担资本充实的连带责任,即连带的补充赔偿责任。

基于合同违约理论,有过错的设立人要对无过错设立人承担违约责任。公司设立是设立人之间就设立公司的一种合同,因一方的过错而导致公司设立无效,合同目的无法实现,造成合同的根本违约,有过错一方应对无过错一方承担责任。且不论其是否存在主观过错,只要存在瑕疵设立的行为,就要对其他设立人承担违约责任。

#### 2. 设立辅助人对公司设立无效的责任

对于为公司设立提供帮助的会计师事务所、审计师事务,提供法律服务的律师事务所等公司设立辅助人,因其故意或过失的辅助设立行为致公司设立无效的,对公司或设立人或第三人的损失应承担侵权赔偿

责任。并适用过错推定原则,因这些辅助设立行为具备一定的专业性,需履行职业谨慎或注意义务,违反该义务所承担的赔偿责任范围为所验资、证明不实金额部分。利害关系人明知设立辅助人出具的报告为不实报告而仍然使用的,应酌情减轻辅助人的赔偿责任。同时,设立辅助人承担与过失程度相应的赔偿责任即补充赔偿责任,应先由瑕疵设立人赔偿利害关系人的损失,再由设立辅助人在不实验资或证明的数额范围内向利害关系人承担补充赔偿责任。

### 3.公司登记机关对公司设立无效的责任

《公司法》第209条、210条仅规定公司登记机关违法登记和违法不登记情况下,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分,但未规定登记机关本身对于利害关系人的民事责任。

若登记机关故意或过失导致违法对公司进行设立登记的,应当依职权或者依申请对登记进行纠正,给公司或第三人造成损害的,应当承担《民法通则》中所规定的职务侵权民事责任。同时,公司设立登记属于行政许可,《行政许可法》第76条规定“行政机关违法实施行政许可,给当事人的合法权益造成损害的,应当依照国家赔偿法的规定给予赔偿”,公司登记机关应当给予赔偿。登记机关的审查应以公司登记管理工作的专家注意义务和作为普通理性人的注意义务为标准,对于申请文件不齐全、不合法,仍予以登记的,则构成登记错误。但是,如果登记失实是由于公司的设立人、设立辅助人和登记机关共同造成的,则按其过错分别承担责任。

### 4.公司设立无效的恶意主张人的侵权责任

公司设立无效的诉讼程序的启动,必然会影响公司的商业信誉和公司的经营秩序。原告因故意或重大过失,提起无效之诉,置公司于重大瑕疵之可疑的信息误导之中,可能因此而使公司陷于不利地位,侵犯公司的正常经营权和名誉权,造成重大损失。日本和韩国都规定,提起公司设立无效之诉败诉的原告,如果有恶意或重大过失,应对公司负损害赔偿赔偿责任<sup>[9]</sup>。

## (三)公司设立无效的诉讼

### 1.公司设立无效诉讼的主体

在公司设立无效之诉中,原告应当是与公司设立有利害关系的人,包括股东、董事或监事,这在《征求意见稿三》中已体现,第6条规定“公司设立存在下列情

形之一,股东、董事或者监事……以公司为被告,提起诉讼请求认定公司设立无效的……”但笔者认为,原告也应包括其他与公司有利害关系的第三人,只要其认为该公司的瑕疵设立侵害自己的合法权益的。我国《民事诉讼法》规定,具备诉讼主体资格的必须是与案件有利害关系的自然人、法人或组织。瑕疵设立公司的法人格能否继续直接影响到公司与第三人交易选择和结果,与公司的存亡有利益关系的第三人不能被置之度外。如法国《商事公司法》第365条和中国澳门《商法典》第191条均规定了所有与瑕疵设立的公司有利害关系的人向法院起诉的权利。

而被告应为公司,公司设立无效诉讼之结果诉攸关公司法律人格之存续,当然应作为被告。至于对公司设立瑕疵负有责任的设立人或设立辅助人,应列为共同被告。《公司法司法解释三》第13条规定了对公司设立时未履行或未全面履行出资义务的股东,公司债权人可以请求其在未出资本息范围内对公司不能清偿的部分承担补充责任。有过错的设立辅助人或登记机关,则应对公司的债务承担补充赔偿责任。

### 2.公司设立无效诉讼的期间

关于公司设立无效之诉的期间规定,是为了督促相关原告及时行使诉权,也为了交易安全、交易效率的提高和稳定社会经济秩序的需要。德国《股份公司法》第275条规定,公司设立无效的诉讼必须在公司登记注册后三年内提出<sup>[5228]</sup>。日本《有限公司法》第136条规定,公司设立无效仅可在其成立之日起两年之内提出诉讼主张<sup>[5598]</sup>。

笔者认为,考虑到市场交易的迅速及交易主体之多,应尽早确认瑕疵设立公司的效力。设立无效之诉权实质赋予了当事人以撤销权,即撤销公司瑕疵设立行为的效力。我国《民法通则》第59条规定了可变更或者可撤销的民事行为,自行为成立时起超过一年当事人请求变更或者撤销的,法院不予保护。因此,对于公司设立无效的主张,其期间应当是一年,且此为除斥期间,不可中断或者中止。否则,若可以随意中断或中止,则交易效率无从保证。

### (四)设立瑕疵补正机制

我国《公司法》第199条、200条也规定了瑕疵设立的补正制度,并由登记机关通过行政程序来强制执

行,此为诉讼前的瑕疵补正。对于诉前补正,是法律为当事人设定了瑕疵补正的前置性的程序,只有在私力救济(即请求瑕疵制造者弥补瑕疵)用尽时才可寻求公力救济(即提起设立无效诉讼);对于诉中补正,是以瑕疵补正来终止瑕疵设立无效诉讼。如法国《商事公司法》第363条规定“受理无效之诉的商事法庭,可以依职权确定一个期限对无效进行纠正”<sup>[5]227</sup>。可见,对公司设立瑕疵进行补正,慎重否定瑕疵设立公司的效力是公司法发展的趋势。

因此,我国应确立公司、设立人或其他股东自行补正瑕疵的权利,向瑕疵制造者提出请求,而瑕疵制造者未履行补正的,则可以向公司登记机关请求责令公司或瑕疵制造者补正,或向法院请求裁判要求公司或瑕疵制造者补正。当然,登记机关可以依职权责令其自行补正。

对于哪些瑕疵可以通过补正以维持公司人格,笔者认为,公司设立目的违反强行法规定或损害社会公共利益,或以合法形式掩盖非法目的的,不能通过瑕疵补正维持公司存续,其他瑕疵都可以进行补正。

#### (五)公司设立无效诉讼的管辖及裁判效力

考虑到公司设立无效制度事关公司法律人格的认定,应由公司住所所在地法院管辖。如同自然人民事行为能力的认定一样,我国《民事诉讼法》第170条规定:“申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力……向该公民住所地基层人民法院提出”。公司的设立必须经过登记机关的注册登记,是否具备法律人格,相关的证明材料也是公司登记机关最清楚,这便于提高诉讼效率。《公司登记管理条例》第12条规定:“……经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个。公司的住所应当在其公司登记机关辖区内”。

对于法院的裁判效力,若判决公司设立无效,该判决具有对世性,任何人不得再主张设立有效。并须由公司设立人或股东对公司进行清算和注销,同时由法院进行公告,以保护公司债权人合法权益。但是,公司设立无效的判决对于与公司交易的第三人无溯及力,这早已在我国司法实践中得以应用,最高人民法院对江苏省高级人民法院《关于对注册资金投入未达到法规规定最低限额的企业法人签订的经济合同效力如何确认问题的批复》(1997年2月25日)中规定:“企业法人

注册资金投入未达到法规规定的最低限额,在对外承担民事责任时,应根据本院1994年3月30日法复[1994]14号批复的第一条第三项的规定处理,即其民事责任由开办该企业的企业法人承担。但为了稳定经济秩序,保护权利人的合法权益,对这类企业法人被依法吊销营业执照之前签订的经济合同,不宜因其注册资金投入未到法规规定的最低限额而确认为无效”。我国《征求意见稿三》第七条曾建议“人民法院判决公司设立无效,公司尚未履行完毕的合同,应当继续履行;因公司设立无效不能履行,给合同相对人造成损失的,应由公司发起人承担连带赔偿责任”。

若判决原告败诉,公司得以继续存在。则该判决无对世性,公司不得依此判决对抗原告之外的其他人。换言之,在诉讼时效期间内,第三人仍可起诉该公司设立无效。原因在于,一方关于公司设立无效的诉因或证据被否定,不代表不存在其他公司设立瑕疵。当然,无效之诉必然对公司正常的营业和商誉产生诸多影响,故败诉原告要承担一定的法律后果。如韩国规定,提起设立无效之诉或撤销之诉败诉时,若有恶意或重大过失,则应对公司负连带损害赔偿责任。恶意或重大过失,应指因恶意或重大过失不知道无效、撤销事由不存在,或故意制造虚假瑕疵设立事实的情形。但是,若在起诉后,有关瑕疵制造者自行补救了瑕疵,并导致瑕疵设立无效诉讼被法院驳回,原告因此败诉时,则不产生败诉责任<sup>[4]27</sup>。

对于公司瑕疵设立部分无效,其判断标准是:只有在可以认为即使在去除无效的那部分行为以后,行为人也将从事剩余部分行为的情况下,才应发生部分无效<sup>[9]</sup>。即在公司设立无效诉讼中,法官应当根据公司章程签订时设立人之间利益平衡关系的客观事实来推测当事人意思,如果认为部分设立人的设立行为无效足以动摇其他设立人设立公司的意愿,则应宣告该公司设立无效。否则,应认为公司设立行为仅为部分无效,不影响公司成立与存续<sup>[6]89</sup>。

#### 四、结束语

无论对公司的设立登记进行形式审查还是实质审查,对公司资本采授权资本制还是法定资本制,公司设立瑕疵总是不可避免。对瑕疵设立的公司,两大法系尽管存在原则肯定法律人格和原则否定法律人格的不同



处理模式,但都尽量维持公司法人格的存续,以维护公司设立登记的外观主义及其公信力。

本文借鉴两大法系立法模式,结合我国司法实践,明确我国公司瑕疵设立制度应采用原则肯定主义和特殊否定主义相结合的立法模式,并拟定瑕疵设立无效的原因、民事责任、瑕疵补正程序及公司瑕疵设立无效诉讼制度。但是,对于存在部分瑕疵设立无效的分析仍然存在不足,对我国瑕疵设立无效制度的设计还欠缺完整的体系,谨以此文抛砖引玉,以期更多研究成果。

#### 注释:

①所谓公司设立辅助人,即为公司设立行为提供帮助的人,但其本身并不是公司的投资人。如在公司设立过程中为公司设立提供专业服务的中介机构,为设立公司提供验资、验证、资产评估等辅助服务,包括会计事务所、审计师事务所等验资机构,提供法律服务的律师事务所,还有公司注册代理公司等,本文统称其为公司设立辅助人,即为公司设立

提供服务,但不承担出资义务和公司设立失败的风险责任。

#### 参考文献:

- [1] 龙卫球.民法总论:第2版[M].北京:中国法制出版社,2002:519.
- [2] 施天涛.公司法论:第2版[M].北京:法律出版社,2006:94.
- [3] 丹尼斯·吉南.公司法[M].朱羿锟,译.北京:法律出版社,2005:46.
- [4] 蒋大兴.公司法的展开与评论—方法·判例·制度[M].北京:法律出版社,2001:383.
- [5] 卞耀武.当代外国公司法[M].北京:法律出版社,1995:598.
- [6] 朱一飞.公司设立主观性瑕疵的处理模式——民事法律行为的研究进路[J].政治与法律,2008,(6):86.
- [7] 张锋.发起人之资格研究[J].经济与社会发展,2007,(6):93-94.
- [8] 王瑞洲,等.公司民事法律责任研究[M].济南:山东大学出版社,2009:42.
- [9] 梅迪库斯.德国民法总[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:385-386.

责任编辑:陈于后

## On the Formation of Nullity of Company Defective Establishment in China

LI Zhi-qing

(Science School, Shanghai University of Science and Technology, Yangpu 200093, China)

**Abstract:** The defective corporation has negative effect on the stability of a corporation and further does harm to the legitimate interest of the involved parties acting in good faith and as shareholders. Nullity of Company Establishment has been built overseas long before but not in China. Therefore, we are obliged to do with the defective corporation in practice, draw up the reason of Nullity of Company Establishment, and set up the corrective action program and civil liability and lawsuit system. Referring to the mechanism of the common law system, we give the commercial instrument the function of conclusive evidence when the corporation gets it. This will indicate the building of the corporation is unassailable. Then, referring to the mechanism of the civil law system, we keep the existence of defective corporate and give the founder-member right to correct the blemish.

**Key words:** nullity system; corporation law; civil liability