

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 12020051300557

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

公司成立前合同法律问题研究 ——以英美法为借鉴

Study on Pre-incorporation Contracts

——Based on the Rules in the U.K. and the U.S.

杨继平

指导教师姓名: 朱炎生 教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2008 年 4 月

论文答辩时间: 2008 年 月

学位授予日期: 2008 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2008 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

公司成立前合同，是指在公司成立前，为了设立公司的目的，发起人与第三人签订的合同。公司成立前合同是任一公司设立过程中的必经程序，其相关法律问题不仅关系到各个主体之间风险和利益的分配，还影响到交易的稳定和安全。公司成立前合同还牵涉到发起人、第三人以及成立后公司三者之间的权利义务关系。正是因为这类合同纠纷具有的和一般民事合同的差异性，所以，对公司成立前合同法律问题的研究是十分具有现实意义的。

自 2006 年 1 月 1 日起，我国新修订的公司法已经正式施行两年多了。但是新法对公司成立前合同方面的问题仍然没有改进。学术界对于公司成立前合同法律问题的讨论也相对较少。相形之下，英国美国对于公司成立前合同的法律规则更为完善，更为系统。因此，本文对公司成立前合同法律问题的研究是建立在对英国和美国相关法律规制的比较分析的基础之上的。

本文除引言和结语外，共分为三个部分。文章的第一部分从我国一起普通的公司成立前合同案例谈起，引入对公司成立前合同问题进一步的思考和探索。其后，文章概括介绍了我国关于公司成立前合同问题的相关立法并加以分析，找出立法中的缺陷。文章同时还介绍了 2003 年 11 月 4 日最高人民法院发布的《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定（一）》（征求意见稿）以及江苏省高级人民法院对公司成立前合同相关法律问题的观点和立场，并对其进行了分析。文章的第二部分介绍了英国和美国对公司成立前合同法律问题的相关规制，并将两者比较分析，提出笔者赞同的观点。文章的第三部分是笔者对于我国公司成立前合同法律规制的构建提出的具体建议。笔者认为，首先立法应明确公司成立前合同的概念范围，并正式确认其合同效力。同时，公司成立前合同责任的主要承担者应为发起人。然后，借鉴英美根据公司成立前合同的不同类型而区别合同责任的承担，并引入美国模式的“追认理论”。再次，因公司成立前聘用合同的复杂性而对其进行单独规定。最后，对诸如成立后公司采纳合同的除斥期间、发起人免责事由及其举证责任分配、发起人之间的责任分配以及发起人与成立后公司之间的责任分配、公司设立瑕疵导致公司设立无效的情况以及诉讼时公司仍然处于设立阶段

的情况等公司成立前合同相关配套措施进一步进行阐述。

关键词：公司成立前合同；发起人；追认理论

厦门大学博硕士论文摘要库

ABSTRACT

Pre-incorporation contracts are those contracts between promoters and the third party in order to establish a new corporation. Pre-incorporation contracts are necessary for any newly-established corporation. Not only does it have great influence on the transaction security, but also it relates to the rights and liabilities of promoters, the third party and the newly-established corporation. As a result, pre-incorporation contracts differ from common contracts or agreements. It is significant to study on pre-incorporation contracts.

Since the Company Law of People's Republic of China (2005) entered into force on January 1st, 2006, more than two years has passed by. However, the rules of pre-incorporation contracts are still in the same status as before. What's worse, so far, there are no interpretations on pre-incorporation contracts in effect at all and there are little academic discussion on this subject in our country. Situations in the U.K and the U.S. are totally different. They get a complete and concrete system of pre-incorporation contracts. So this article is based on the comparison of pre-incorporation contracts in the U.K. and the U.S.

Except the preface and the epilogue, this article is divided into three parts.

Part one tells a normal case of pre-incorporation contracts. Through analysis of the case, the author begins her research on pre-incorporation contracts. And then, the author introduces the statutory rules of pre-incorporation contracts in China and analyses the defections of these rules. What's more, the author also introduces some related normative documents, especially the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Company Cases (draft for soliciting opinions), and makes an analysis of them.

Part two introduces the common law rules and statutory rules in the U.K. and the U.S. After the introduction, the author makes a comparative analysis of these two and puts forward her own opinion.

Part three is about the concrete proposes of the author on the construction of pre-incorporation contracts in China. The author holds that the concept of pre-incorporation contracts should be written into the statutory law and

pre-incorporation contracts should not be invalid. Meanwhile, promoters should take the main liability for pre-incorporation contracts. The author still holds that we should learn from the U.K. and the U.S. to distinguish liabilities of different persons for pre-incorporation contracts according to different types of pre-incorporation contracts. And also we can introduce “the ratification theory” in the U.S. to our country. And then, the author holds that we should make particular rules on pre-incorporation employment contracts. At last, the author sets forth some complementary measures, such as a reasonable period of ratification, the legal reasons for promoters free from liabilities and the burden of proof, the concrete liabilities between promoters or promoters and the newly-established corporation, the liabilities when the corporation is claimed invalid, the liabilities when action occurs and incorporation is still in process, and so forth.

Key Words: Pre-incorporation Contracts; Promoters; Theory of Ratification

目 录

| | |
|--|-----------|
| 引 言 | 1 |
| 第一章 我国规制公司成立前合同的相关法律规定 | 2 |
| 第一节 从一起公司成立前合同纠纷谈起 | 2 |
| 第二节 公司成立前合同责任承担的相关学说 | 3 |
| 一、设立中公司的法律性质 | 3 |
| 二、公司成立前合同责任承担相对设立中公司性质各学说的复杂性 | 6 |
| 第三节 我国公司成立前合同的现状和缺陷 | 7 |
| 一、将公司成立前合同独立于一般民事合同进行法律分析的必要性 | 7 |
| 二、我国公司成立前合同在制定法上的现状 | 8 |
| 三、我国公司成立前合同在制定法上的缺陷 | 10 |
| 四、其他规范性法律文件中的相关规定及其缺陷 | 11 |
| 第二章 英美法对公司成立前合同的法律规制 | 16 |
| 第一节 英美法公司成立前合同概念综述 | 16 |
| 第二节 英国普通法及成文法规则 | 17 |
| 一、1972 年以前英国普通法规则 | 17 |
| 二、欧盟第一号公司法指令和英国 1985 年公司法第 36 条 C（1） | 18 |
| 三、英国发起人对公司成立前合同责任的解决之道 | 21 |
| 第三节 美国普通法及成文法规则 | 22 |
| 一、成立后公司对公司成立前合同的责任承担 | 22 |
| 二、发起人对公司成立前合同的责任承担 | 24 |
| 三、除发起人合同外的其他公司成立前合同 | 25 |
| 第四节 英国模式与美国模式的比较分析 | 28 |
| 第三章 我国公司成立前合同法律制度的构建 | 32 |
| 第一节 我国公司成立前合同相关规定的价值取向 | 32 |
| 一、交易安全 | 32 |

| | |
|---|-----------|
| 二、经济效率..... | 33 |
| 第二节 我国公司成立前合同立法设计 | 34 |
| 一、正式在立法中确认公司成立前合同，并在其定义中明确 “为公司设立所必需的行为”的范围界定..... | 34 |
| 二、明确由发起人承担主要合同责任..... | 35 |
| 三、借鉴英美法中根据公司成立前合同的不同类型 而区别合同责任承担..... | 36 |
| 四、对公司成立前的聘用合同单独进行特殊规定..... | 39 |
| 五、相关配套措施..... | 39 |
| 结 语 | 43 |
| 参考文献 | 44 |

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

| | |
|--|----|
| Preface | 1 |
| Chapter 1 Pre-incorporation Contracts in China | 2 |
| Subchapter 1 One Case about Pre-incorporation Contracts | 2 |
| Subchapter 2 Some Theories of Pre-incorporation Contracts | 3 |
| Section 1 The Legal Nature of Pre-incorporating Corporations..... | 3 |
| Section 2 The Complexity of Liability for Pre-incorporation Contracts Compared with the Theories of Pre-incorporating Corporations..... | 6 |
| Subchapter 3 The Status and the Defections of Pre-incorporation Contracts in Present China | 7 |
| Section 1 The Necessity of Research on Pre-incorporation Contracts | 7 |
| Section 2 The Statutory Rules of Pre-incorporation Contracts in Present China..... | 8 |
| Section 3 The Defections of Statutory Rules of Pre-incorporation Contracts in Present China..... | 10 |
| Section 4 Rules and Defections in Other Normative Documents of China | 11 |
| | |
| Chapter 2 The Legal Rules on Pre-incorporation Contracts in the U.K. and the U.S. | 16 |
| Subchapter 1 The Significant Meaning of Pre-incorporation Contracts in the U.K. and the U.S. | 16 |
| Subchapter 2 The Common Law Rules and the Statutory Rules in the U.K. | 17 |
| Section 1 The Common Law Rules before 1972 in the U.K. | 17 |
| Section 2 The First Company Law Directive of the E.C. and the Implementation of s 36C(1) Company Law 1985 in the U.K..... | 18 |
| Section 3 How Promoters Avoiding Their Liability from Pre-incorporation Contracts in the U.K..... | 21 |
| Subchapter 3 The Common Law Rules and the Statutory Rules in the U.S. | 22 |

| | | |
|---------------------|---|-----------|
| Section 1 | Liability of Corporations for Pre-incorporation Contracts | 22 |
| Section 2 | Liability of Promoters for Pre-incorporation Contracts..... | 24 |
| Section 3 | Other Pre-incorporation Contracts except Promoters' Contracts.... | 25 |
| Subchapter 4 | The Comparative Analysis of the Rules between the U.K. and the U.S. | 28 |
| Chapter 3 | The Construction of Pre-incorporation Contracts in China | 32 |
| Subchapter 1 | The Main Values among the Rules of Pre-incorporation Contracts | 32 |
| Section 1 | Transaction Security | 32 |
| Section 2 | Economic Efficiency..... | 33 |
| Subchapter 2 | The Legal Design of Pre-incorporation Contracts in China | 34 |
| Section 1 | To Write the Concept of Pre-incorporation Contracts into the Statute and Define the Scope of “Acts Necessary for Incorporation” | 34 |
| Section 2 | To Let Promoters Take Main Liabilities for Pre-incorporation Contracts | 35 |
| Section 3 | To Learn from the U.K. and the U.S. to Distinguish Liabilities of Different Persons for Pre-incorporation Contracts according to Different Types of Pre-incorporation Contracts | 36 |
| Section 4 | To Make Particular Rules on Employment Contracts | 39 |
| Section 5 | Some Complementary Measures | 39 |
| Epilogue | | 43 |
| Bibliography | | 44 |

引 言

公司成立前合同是公司设立阶段非常重要的一项实践操作。在公司正式注册登记、取得法人人格以前，发起人为了设立公司的必要而会参加到一系列的交易活动当中，如租赁土地、购买设备、雇用人员等。在此过程中产生的一系列民事法律关系因涉及到发起人、第三人以及成立后公司这三方主体而具有了区别于一般的民事合同的特征，不能简单的以合同法原则来调整。公司成立前合同不仅影响到公司发起人、成立后公司和第三人三方之间的权利义务，还影响到发起人设立公司的积极性以及交易的安全和效率。当公司成立前合同纠纷不断出现时，一套完整的法律规制就十分必要了。

然而我国公司法对公司成立前合同的立法引导、规制相对而言却十分简单，目前对其的关注也很少。最高人民法院曾于 2003 年发布过一个与此相关的司法解释征求意见稿，但因为种种原因最终没能得到实施。对其的学术讨论，尤其是相对于公司法其他方面的问题讨论来看，也数量较少。这样现状给具体商业操作上带来了巨大的不确定性，既不利于保障商业交易安全，也不利于促进商业交易的效率。

相形之下，英国和美国对公司成立前合同给予了充分的重视。他们不仅在立法上以专门的条款明确了合同各方的权利和义务，不断以新的判例修正原有普通法原则的缺陷和不足，而且在学术上给其以足够的重视。关于公司成立前合同的讨论不仅见于论文、专著中，在法学教科书上更是开辟专章来阐述公司成立前合同及其相关问题，从而形成了相对完整的体系。

基于此，本文试图在对英美公司成立前合同法律规制的介绍下，进一步进行比较分析，从中发掘公司成立前合同法律制度的共性和特性，作为我国制度构建的借鉴，同时，为我国构建一套完整的公司成立前合同法律制度而提出具体的立法建议。

第一章 我国规制公司成立前合同的相关法律规定

第一节 从一起公司成立前合同纠纷谈起

2005年12月13日，江苏省泰州市中级人民法院公开开庭审理了一起民事案件。这是一起非常普通的民事合同纠纷案件，但同时它又不同于一般合同纠纷案件，它涉及到了一家设立中的公司：杭州千岛湖天宏有机食品有限公司（以下简称“千岛湖公司”）。依据（2005）泰民三初字第10号民事裁定书中的事实认定，原告朱志林于2004年10月28日与杭州西湖绿生有限公司（以下简称“绿生公司”）签订了一份技术服务合同。2005年2月20日双方又签订了一份补充合同，将前述绿生公司变更为千岛湖公司。后双方就合同事项发生争议，朱志林对绿生公司负责人余书平提起了诉讼，但千岛湖公司直到该案进入诉讼程序后的2005年10月19日才正式注册成立。在庭审过程中，千岛湖公司当庭书面确认承受该合同项下权利义务。^①

本案是一个相当典型的公司成立前合同案例，涉及到实践中公司成立前合同的当事人如何确定、各方权利义务如何承担等诸多方面的法律问题。为什么说这是一个典型的公司成立前合同案例呢？我们首先要明确一下公司成立前合同概念的范围界定。

公司成立前合同，国内有些学者又将其称之为“先公司合同”或者“设立中公司合同”。虽然目前我国现行法并未对公司成立前合同有确切的定义，仅仅只是一个学理上的概念，但对此问题有过研究的学者大都持有比较一致的观点，即认为公司成立前合同一般是指，在公司的设立阶段，发起人代表将成立的公司和第三人订立的合同，并且该合同是为了公司成立的目的而订立的。^②这个概念包括三个方面的内涵：须在公司设立阶段签订、须为拟设立的公司的设立目的而签订以及相对人只能是发起人之外的第三人。^③

在朱志林诉余书平合同纠纷一案中，双方签订“技术服务合同”的时间是在

^① 案例来源：北大法意数据库，（2005）泰民三初字第10号《江苏省泰州市中级人民法院民事裁定书》。

^② 吴越，茅院生.先公司民事行为的案型归类及责任分配[J].法律科学，2005，（5）：107.

^③ 本文中所提及的发起人的概念，若无特指，既包括股份公司的发起人，也包括创建有限公司的股东。

千岛湖公司注册登记之前，合同的相对方朱志林是发起人之外的第三人，并且合同签订的目的为设立中的公司招募员工、储备技术人才，符合为公司设立事项所必需的必要行为。我们可以看到，本案例完全符合上述公司成立前合同的概念描述，该“技术服务合同”是实践中一个典型的公司成立前合同。

虽然从该裁定书中无法看出被告余书平与千岛湖公司有着什么样的具体联系，但单从他与原告朱志林签订的技术服务合同来看，他是在履行公司发起人的职能，在从事筹备公司设立的事项。并且在签订补充合同时，朱志林对合同相对方千岛湖公司尚未正式注册成立、当时正处于筹备设立阶段的事实是明知的。那么，本案争论的焦点就在于两个方面：一. 在合同一方明知另一方当事人为设立中公司，并以设立中公司的名义订立了合同的情况下，合同是否有效；二. 本案的被告是否适格，或者说，成立后的公司是否对此类合同具有诉权。

在江苏省泰州市中级人民法院的裁定书中，根据千岛湖公司当庭的书面确认，认定合同权利义务由成立后的千岛湖公司承受，合同有效成立，因此赋予了千岛湖公司合同当事人的地位，具有对该合同的诉权，从而认定本案被告不适格。法院裁定书中直接写道：“本院认为，出资人或者发起人在公司设立过程中以拟设立的公司等名义与他人签订合同，公司成立后，应当由公司享有该合同权利，承担合同义务。”^①可以对公司成立前合同责任的承担问题这样简单地进行界定吗？这样判决的法律依据或者学理依据又是什么呢？把这个案例再引申一下，如果在法庭庭审结束时，千岛湖公司尚未设立成功，那么，该技术服务合同的性质又是什么？是劳动合同还是雇佣合同？

那么首先我们来了解一下公司成立前合同责任承担的相关学说。

第二节 公司成立前合同责任承担的相关学说

一、设立中公司的法律性质

当具体分析一个合同的责任如何分配时，合同当事人的法律地位是十分重要的。而在公司成立前合同中，由于合同订立的时间是公司正式成立之前，并且合

^①（2005）泰民三初字第10号《江苏省泰州市中级人民法院民事裁定书》。

同的目的是为设立公司所必需,那么合同当中必然会明示地或者默示地涉及到设立中公司。因此,要讨论公司成立前合同的责任承担问题,我们不可回避的首要问题之一就是设立中公司的法律性质或者说设立中公司的法律地位。

设立中公司的法律性质是指其能否在法律上作为一个独立的民事主体从而享有特定的权利承担特定的义务。目前我国法学界对其具体含义仍然存在着大量的争论。介于这并不是本文论述的主要问题,笔者仅简要说明以下几种代表性的学说:无权利能力社团说、同一体说、修正的同一体说、非法人团体说、合伙组织说。

无权利能力社团说源于德国民法典,是传统大陆法理论对设立中公司性质的主张。“无法人人格之社团,称为无权利能力社团。社团已为设立行为,开始社团的活动,尚未经主管官署之许可(公益者)登记或基于其他理由未采取法人形态之法人。”^①我国台湾地区公司法通说也对设立中公司的性质持无权利能力社团说。^②无权利能力社团,顾名思义,是没有权利能力的,即其无权参与到任何民事活动中去,其行为也得不到法律上的承认。而事实上,从我国法律法规的相关规定可以推知,设立中公司在一定范围内,如公司设立行为,是有权利能力的。因此,此种学说的弊端也是显而易见的。

同一体说是德国法学家在认识到无权利能力社团说的局限性之后提出的又一相关学说,认为,设立中公司系即将成立的公司的前身,仅仅是同一团体的不同发展阶段而已,甚至将设立中公司称之为“胎儿公司”。因此,该说主张设立中公司行为的一切后果都由成立后的公司概括承担。很明显,此种绝对的同一体说对成立后的公司是很不利的,使得公司股东有限责任的范围在实质上进一步扩大,更使得设立前后的公司在法律上难以区分。^③出于对公司以及公司债权人的保护角度来看,此种学说也是欠缺考虑的。

修正的同一体说,顾名思义,是对原有的绝对同一体说的修正。该说承认设立中公司和成立后公司的严格界限,并且在权利义务关系的继承上,对公司成立前的民事行为加以区别对待,只有是为公司设立所必需的行为责任才由成立后的公司承担。此种学说的优点是显而易见的,也是笔者比较赞同的观点。但是此种

① 史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.148.

② 参见:柯芳枝.公司法论[M].北京:中国政法大学出版社,2004.18.

③ 参见:张晶.设立中公司的法律性质及责任承担(硕士学位论文)[D].吉林:吉林大学,2007.13.

学说的缺点是：所谓的“为公司设立所必需的行为”的界定标准又是一个不好把握的模糊地带。

非法人团体说，很多研究者认为这是英美法系国家的代表性学说。^①华北电力大学孙晓洁教授《对设立中公司的能力及其有关问题的探讨》一文中称，“英美法中非法人团体是指为了某种合法目的而联合为一体的、非按法人设立规则设立的人的集合体，它可以享有权利和承担义务，其财产受法律保护，并在财产范围内对外承担民事责任。”^②学者郑景元在其论文中是这样推理的：根据《美国统一商法典》上对于商人这个概念的阐述，在美国，非法人团体是具有人格主体地位的，而设立中公司属于一种非法人团体，因而也就具有法律人格，能够以独立的名义承担独立的责任。^③许多学者在其论文中引证了江平、孔祥俊在《论股权》中的话“我国可以在法理上承认设立中公司的非法人团体地位”来支持这一观点。^④但是令笔者感到疑惑的是，江平、孔祥俊却在论文中认为，在公司设立失败的情况下，设立行为所产生的债务应由作为设立中公司成员的设置人来承担，也就是说设立中公司即使作为一种非法人团体组织，也是不能独立承担民事责任的。^⑤这显然与上述学者对非法人团体说的理解完全不同。同时，在英国和美国的一些公司法教科书中，完全没有由设立中的公司来承担公司成立前合同责任的阐述，也没有设立中公司独立承担责任的判例。笔者对该说是英美法系国家的代表性学说的论述存在质疑。还有，我国一般法学理论大都承自大陆法系法学理论，认为非法人团体的法律特征包括了不具备独立承担民事责任的能力，并且是一种较为长期性的稳定性的团体组织。即使非法人团体说的论述没有疑问，我国引入此种学说时也会产生与现存一般法学理论相混淆甚至相矛盾的现象。^⑥

合伙组织说认为设立中公司属于合伙。公司设立登记手续完成后，原来的合

① 例如，华北电力大学孙晓洁教授的《对设立中公司的能力及其有关问题的探讨》，内蒙古大学硕士研究生阿荣的《设立中公司法律问题研究》，吉林大学法律硕士张晶的《设立中公司的法律性质及责任承担》以及华南师范大学民商法硕士张育的《设立中公司的法律地位研究》等论文中都认为英美法系国家的代表性学说是非法人团体说。

② 孙晓洁.对设立中公司的能力及其有关问题的探讨[J].华北电力大学学报, 2004, (4): 39.

③ 郑景元.困境与出路：设立中公司人格研究[J].云南大学学报法学版, 2006, 19 (2): 66-67.

④ 江平, 孔祥俊.论股权[J].中国法学, 1994 (1): 79.

⑤ 同上.

⑥ 对于此点，茅院生在他的博士论文《设立中公司本体论》中又有不同看法。他认为：“从设立中公司的民事能力以及设立中公司可以以自己的名义所从事的各种活动看，如果不考虑到行政机关的利益，不将登记视为主体资格取得的一个必经程序，那么，赋予非法人团体，尤其是从事商事行为的设立中公司独立的民事主体地位似无不可。”

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库