

商事法判解

設立中公司之地位與發起人之權限

最高法院101年度台上字第1776號判決

【實務選擇題】

甲、乙、丙、丁四人擬出資成立A股份有限公司，並同意以發起人身分簽訂章程。試問下列敘述，何者錯誤？

- (A) 甲於公司設立中租借籌備處，A公司成立後，A公司應對此所生之債務負責。
 (B) 乙於公司設立中，以「A公司」名義經營業務行為，乙應自負相關之民事責任。
 (C) 丙於公司設立中興建A公司廠房，非屬發起人權限內之行為，惟A公司成立後，得經A公司事後承認，而對A公司發生效力。
 (D) 丁身為發起人未以現金出資之方式，而欲以A公司興建廠房所需之土地充作出資，此為法所不許。

答案：D

【判決節錄】

按公司於籌備設立或變更組織期間，與成立或變更組織後之公司屬於同一體，該籌備設立或變更組織期間公司之法律關係即係成立或變更組織後公司之法律關係。是於設立或變更組織登記前，由發起人或主要股東或其授權之人，為籌備設立或變更組織中公司所為之行為，因而發生之權利義務，於公司設立或變更組織登記以後，自應歸由公司行使及負擔，此乃基於「法人同一體說」之當然解釋。

【學說速覽】

一、設立中公司之地位

所謂「設立中公司」是指公司自訂立章程時起到設立登記完成前，尚未取法人資格之公司。惟設立中公司機關所為之權限內行為，如何歸屬設立後之公司，通說和實務採取「同一體說」，即「設立中公司」為成立之公司的前身，猶如自然人之胎兒，將設立中公司與設立後公司視為同一人格，該等權限內行為的法律效果，直接歸屬於設立後之公司，無須再經設立後公司之董事會或股

東會承認。

此外，有論者認為並非所有公司型態均可適用「設立中公司」之概念，如典型的人合公司（無限公司），只要章程訂立並載明股東姓名，公司實體即屬完成，毋須歷經創立會、確認、檢查股東出資等程序，亦無須討論所謂發起人應對公司不成立或設立負擔何種法律責任等複雜問題¹。至於「有限公司」能否適用「設立中公司」？實務見解似採肯定見解，如最高法院72年度台上字第2246號判決：「有限公司在設立登記前，由執行業務股東，以有限公司名義所為法律行為發生之權利義務，於公司辦理設立登記後，即由公司繼受。」惟部分學者採否定見解，則有限公司設立前之籌備階段的法律關係，應適用民法「合夥」之規定，即類似股份有限公司之「發起人合夥」。

二、發起人之認定

「發起人」為設立中公司事務之執行機關，然有關於「發起人」之認定，迭有爭議，通說採「形式認定說」，即以公司法第129條本文「發起人應以全體之同意訂立章程」為基礎，凡於章程上簽名或蓋章之人，不論事實上曾否參與公司之設立均屬之；惟實務見解採「實質認定說」，如93年度台上字第2188號判決：「按股份有限公司之設立人，謂之發起人，而公司法第129條固有發起人應以全體之同意訂立章程，載明左列各款事項，並簽名或蓋章之規定，惟此乃規範發起人應如何為章程之絕對必要記載事項，非可以此『有無於章程上完成簽名、蓋章』之形式上判斷，即為有關發起人之認定之唯一標準，仍應參酌實際上有無參與公司之設立之情事以為斷。」

三、發起人之權限

通說見解認為，為維護公司設立後之資本充實及避免發起人濫權，應將發起人之權限僅限於「設立之必要行為」，而不及「開業準備行為」。且發起人所為之「開業準備行為」，原則上屬於公司業務經營權限，為董事會職權之所在，本即不屬於發起人之權限²。而所謂「設立必要行為」，係指凡在法律上及經濟上屬於公司設立所必要之行為均屬之，如籌備處之租賃、認股書及其他必要文件之印刷費用等；至於「開業準備行為」，則係為未來成立公司業務經營所需預作準備之行為，如購買原料、機械或廠房所需土地，以及從業人員之雇

¹ 黃銘傑，「設立中公司」概念適用於有限公司型態之問題點——評台灣高等法院台中分院98年上更（一）字第25號民事判決，月旦裁判時報第2期，2010年4月，頁95。

² 廖大穎，公司設立與開業準備行為，台灣法學雜誌第117期，2008年12月1日，頁123。

用等。茲有附言，有實務見解仍認為開業準備行為係屬發起人之權限³，殊值注意。

此外，發起人所為之開業準備行為之效力為何？學說上認為因設立中公司尚未取得法人資格，應採「類推適用無權代理說」為妥，實務見解⁴亦同。

【關鍵字】

設立中公司、同一體說、發起人、開業準備行為、設立必要行為。

【相關法條】

公司法第19條、第129條。

【參考文獻】

1. 劉連煜，《現代公司法》，2011年9月，增訂七版。
2. 黃銘傑，〈「設立中公司」概念適用於有限公司型態之問題點—評台灣高等法院台中分院98年上更(一)字第25號民事判決〉，《月旦裁判時報》，第2期，2010年4月。
3. 王志誠，〈公司法：第一講 公司之種類及設立〉，《月旦法學教室》，第20期。
4. 廖大穎，〈公司設立與開業準備行為〉，《台灣法學雜誌》，第117期，2008年12月1日。

³ 最高法院72年度台上字第2127號判決、最高法院72年度台上字第2246號判決。

⁴ 最高法院81年度台上字第354號判決認為：「發起人以設立中公司之名義為開業準備行為，於公司成立後，如經公司承認，類推適用關於無權代理之規定，即對於公司發生效力。」