

丛书主编 沈四宝

公司发起人 法律制度研究

刘刚仿
赵奇志
著

经 贸 法 律
文库

对外经济贸易大学出版社

丛书主编 沈四宝

公司发起人 法律制度研究

刘刚仿
赵奇志
著

经贸法律
文库

对外经济贸易大学出版社

(京) 新登字 182 号

图书在版编目 (CIP) 数据

公司发起人法律制度研究/刘刚仿、赵奇志著. —北京:
对外经济贸易大学出版社, 2006

(经贸法律文库/沈四宝主编)

ISBN 7-81078-763-2

I. 公... II. ①刘...②赵... III. 公司法 - 研究
IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 128534 号

© 2006 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

公司发起人法律制度研究

刘刚仿 赵奇志 著

责任编辑: 张 洁

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 155mm × 232mm 14.75 印张 188 千字

2006 年 11 月北京第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-763-2

印数: 0 001 - 2 000 册 定价: 28.00 元

总序

公司发起人法律制度研究

“经贸法律文库”由对外经济贸易大学法学院主办，从2006年开始陆续出版，是我院“211项目”重点学科建设的又一阶段性成果。

“经贸法律文库”推出学术专著系列，从我院中青年教师、博士生、博士后流动站研究人员创作的优秀专题研究成果中遴选精品，成熟一本，推出一本，是年轻学者展示自身专业才华的舞台。全部论著的研究课题根据国际经贸法律和我国涉外经贸法律发展的趋势斟酌选定，力求推出能够反映在上述领域具有创新性和前瞻性的、符合学术规范的研究成果。当然，我也衷心希望，“经贸法律文库”能够和我院前期主办的《国际商法论丛》、《公司法与证券法论丛》以及其他系列教材一样，体现我院一直坚持的研究为教学服务，为社会需求服务，为国家的法制建设服务的理念。“经贸法律文库”也是我院一直探索多样化、高效率的科研模式的又一次尝试，意在激励中青年教师和博士生的学术热情，培养学术骨干和带头人，不断带动、提升整体的科研创新能力，夯实科研基础，锻炼和壮大科研队伍。

为实现学科发展和人才强校的战略目标，我院注重从不同的法学兄弟院校中吸收优秀的、有志于教学与科研工作的年轻人充实我们的队伍，教师规模迅速扩大，中青年教师成为教学和科研的生力军；同时，来自全国各地的青年学子经过激烈的竞争，到我院完成法学博士的学习，希望有朝一日成为具备优秀专业能力

的高级研究人才和决策人才。从事学术研究工作需要潜心研究的兴趣、严谨的学风、孜孜以求的钻研精神、扎实的研究功底和自得其乐的心态，当然，敏锐的洞察力和领悟力、科学的研究方法也是必不可少的要素。选入“经贸法律文库”的每一部著作都是作者的呕心之作，希望读者和我们编者一样仔细阅读文库中的每一部作品，体会作者多年磨砺的研究心得。我也和每一位作者一样真诚地期待来自学界同行的真知灼见。这会帮助作者们拓展视野，激励他们继续冲击新的科研高峰，也有助于我们的“经贸法律文库”越办越好。

“经贸法律文库”能够最终启动，也得益于我校出版社的积极合作和大力支持，在此表示诚挚谢意！



2006年3月4日



随着我国社会主义市场经济体制的进一步发展，建立适应市场经济需要的现代企业制度势在必行，而公司以其独特的资本结构和组织结构，使其更符合市场经济的需要而成为现代企业制度的典范形态。公司的设立，尤其是现代股份有限公司的设立决非一蹴而就的事情，而是一个涉及公法、私法和实体法、程序法等诸多领域的法律关系和问题复杂的过程。

一般说来，公司的设立，由发起人、公司章程和资本三大要素构成。承担公司筹办事务的发起人在公司设立过程中地位特殊，责任重大，公司的成立及其主体人格的健全有赖发起人诚实勤勉地履行其职责，发起人的行为对公司、公司债权人、认股人的利益，乃至整个社会经济秩序都具有重大影响，因此各国对发起人制度的立法都给予了充分的重视，旨在较好地平衡各方利益，既有利于促进经济发展，又确保维护交易安全。

相形之下，我国公司发起人制度的构建尚处于初级阶段，这不仅表现在现行立法存在一些疏漏，如关于有限责任公司发起人的规定仍是空白，股份有限公司发起人制度也存在欠缺，而且表现在相关理论研究也比较薄弱。正因如此，本书围绕英美法系、大陆法系公司法中发起人的概念、职责、出资责任、信义义务及对公司成立前合同的责任开展了深入、系统的理论分析和案例研究，并在与我国现行公司发起人制度对比的基础上对如何完善我

国公司发起人制度进行了深入探讨，以期在理论上丰富我国公司发起人制度的研究，在实践上有益于促进发起人相关纠纷的合理解决，从而推进建立更加完善有效的发起人制度。

本书在撰写过程中，得到了法学院院长沈四宝教授的悉心指导，于征硕士、程珊硕士则为本书的撰写提供了部分资料，在此一并致诚挚的谢意。由于资料的限制，加之作者水平有限，书中错误在所难免，尚请同仁批评指正。

作 者

2006. 10. 20

目 录

公司发起人法律制度研究

第一章 发起人的概念	(1)
第一节 美国法中公司发起人的概念	(1)
第二节 英国法对发起人概念的界定	(5)
第三节 澳大利亚法对公司发起人的界定	(7)
第二章 发起人的职责	(14)
第一节 美国法中公司发起人的职责	(14)
第二节 英国法和澳大利亚法中公司发起人的职责 ...	(16)
第三章 大陆法系中发起人的出资责任	(18)
第一节 发起人承担出资责任的理论基础	(18)
第二节 发起人的出资违约责任	(22)
第三节 发起人的资本充实责任	(31)
第四章 发起人信义义务（一）：发起人信义义务概述	(45)
第一节 信义义务的含义	(45)
第二节 发起人信义义务的内容和范围	(47)
第五章 发起人信义义务（二）：美国判例法中发起人 的信义义务	(53)
第一节 “联邦规则”和“马萨诸塞规则”的基本案情	

.....	(53)
第二节 联邦最高法院的判决要旨	(58)
第三节 马萨诸塞州最高法院的判决要旨	(61)
第四节 从“联邦规则”和“马萨诸塞规则”看美国 公司法中发起人的信义义务	(66)
第六章 发起人信义义务（三）：美国成文法对发起人信义 义务的规制和发展	
第一节 美国成文法有关发起人信义义务的规定	(74)
第二节 从 Hooper 诉 Mountain 国家证券公司案看 10b-5 规则被引入发起人信义义务领域	(78)
第三节 从成文法的规定和 10b-5 规则被引入 Hooper 诉 Mountain 国家证券公司案看美国成文法对发起人 信义义务的发展	(88)
第七章 发起人信义义务（四）：英国法和澳大利亚法中 发起人的信义义务	
第一节 英国法中发起人的信义义务	(91)
第二节 澳大利亚法中发起人的信义义务	(101)
第八章 发起人对公司成立前合同的责任（一）：概述 ...	
第一节 公司成立前合同的必要性及关注其责任制度的 重要性	(103)
第二节 发起人对公司成立前合同的责任性质	(105)
第九章 发起人对公司成立前合同的责任（二）：责任适用	
第一节 违约责任的适用场合	(115)
第二节 违反有代理权的默示担保责任的适用场合	

.....	(131)
第十章 发起人对公司成立前合同的责任 (三): 归责原则和救济	(133)
第一节 发起人之合同责任的归责原则	(133)
第二节 合同相对方可获得的救济	(135)
第十一章 发起人对公司成立前合同的责任 (四): 免责事由	(142)
第一节 合同更新	(142)
第二节 追认和接受合同是否为发起人免责事由之争	(147)
第三节 当事人只意图约束公司	(159)
第四节 免责约定	(168)
第五节 发起人不知情	(170)
第六节 对方当事人知情或发起人否认有代理权	(172)
第十二章 发起人对公司成立前合同的责任 (五): 规避责任的方法	(173)
第十三章 中国公司发起人制度的完善与思考	(178)
第一节 关于发起人的概念	(178)
第二节 关于发起人人数及资格的限制	(179)
第三节 关于发起人的职责	(183)
第四节 关于发起人的义务	(185)
第五节 关于发起人的出资责任	(189)
第六节 关于发起人对公司成立前合同的责任	(201)
参考文献	(216)

第一章 发起人的概念

第一节 美国法中公司发起人的概念

美国法认为，公司绝非是自发产生的，而是发起人（Promoter）设计和预先安排的结果，发起人是公司的创造力量和助产婆；正是发起人组建了公司并使公司开始运营。美国学者 Robert W. Hamilton 认为，发起人是指带头发展和组建一个新的商事企业的人。发起人一词并非不好的概念，而是指那些富有进取心和想象力的企业家，正是他们通过创新观念实现了基本的经济功能，并创办了可盈利的商事企业。〔1〕

美国《布莱克法律词典》（*Black's Law Dictionary*）对发起人的界定是：发起人是指从事推动、推进、发动、促进、促成等活动的人，是指促进某一计划，并希望确保其创办的企业、举办的表演会、创办的事业等成功的人，是指为他们自己或他人采取初步措施组建一个公司的人，他们为了组建公司的目的先自身联合在一起，发行募股书，落实股票的认购，并为公司获得执照（Charter），等等。〔2〕

在美国证券交易委员会（SEC）的 405 规则（Rule 405）中发起人被定义为：发起人是指那些单独或与一人或数人联合直接

〔1〕 Robert W. Hamilton: *The Law of Corporation*, Second Edition, West Publishing Co., 1987. p63.

〔2〕 Henry Campbell Black: *Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, West Publishing Co., 1979, p1093.

或间接地带头组建商事组织或某一发行人企业的人。^{〔1〕}

美国还有些学者认为,发起人一词是用来称呼那些作为公司创建促进因素的人们的,他们或是已经积极参与了某一现存商事企业的活动,或是希望由他们自己或加上其他人参与某一特别的商事组织和公司的创建活动。在上述情况下,即便公司已经成立,他们也通常作为积极的参与者继续参与公司活动。

在美国法中,发起人还包括那些被称为“职业发起人”的人,这些人可能被冠以“商业经纪人”(Business Brokers)、“股票中介人”(finders)、“财务顾问”(Financial Consultants)的头衔,他们通常为公司物色能为公司带来各种资源(如投资资本、某一现存的企业、专利或富有革新精神的思想或管理才能)的对象,以帮助公司设立;这类发起人也可能在公司成立之后成为公司后来活动的参与者(可能作为消极股东),但通常在收到他们应得的服务费后,便不再与公司有联系。

发起人也包括在下列情况下为将要设立的公司签订相关合同的当事人:(1)在公司正式设立之前,该事务和交易对于将要设立的公司来说,在事实上是必需的,或被将来的股东认为是公司设立过程中重大的先决条件。例如,必须聘请律师起草必要的文件,必须购买或租赁场地、房屋和机器设备,等等,签订有关原材料和服务合同(可能是与某一未来的股东签订的雇佣合同)。(2)在公司设立程序过程中,在时间紧迫的情况下,迫切需要订立的合同或类似的合同。^{〔2〕}

从上述可以看出美国公司发起人的概念包括以下含义:(1)发起人是公司创办者和缔造者,他们通常是一批独具慧眼的企业

〔1〕 转引自 Robert W. Hamilton: *Corporation including Partnerships and Limited Partnerships Cases and Materials*, Third Edition, West Publishing Co., 1986, p182.

〔2〕 Alexander H. Frey, Jesse H. Choper, Noyes E. Leech, C. Robert Morris: *Cases and Materials on corporation*, Second Edition, Little, Brown and Company, 1977, pp87 ~ 88.

家。(2) 发起人是指那些单独或联合他人负责完成公司的注册和组建工作的人。(3) 发起人还包括那些为了公司设立而为公司物色能为公司带来财力、物力、智力对象的职业中介人。(4) 发起人还指那些为公司在设立过程中, 签订必要合同的当事人。

在讨论美国法中公司发起人的概念时, 我国有的学者将美国公司法中的 *Incorporator* 一词译为发起人, 而认为美国法中的 *Promoter* 一词不是公司发起人,^[1] 对此, 笔者不敢苟同。笔者赞同我国有的学者将 *Incorporator* 译为公司的注册人, 将 *Promoter* 译为公司的发起人,^[2] 之所以这样认为, 是因为在现代美国公司法中 *Incorporator* 确实不是公司的创办人。

美国学者 Robert W. Hamilton 在其所著的《公司法》(*The Law of Corporation*) 中谈到 *Incorporator* 时写到: 某个或某些在公司的注册证书上签名的人被称为注册人 (*Incorporator*)。他认为法律对注册人要求的放松, 说明注册人在现代公司的组建中起次要的作用。根据各州的不同规定, 注册人可起到下一种和多种作用: (1) 在公司注册证书 (*the Articles of Incorporation*) 上签名, 并将注册证书呈交州务卿登记备案; (2) 注册人或其代理人从州务卿那里接受被批准的公司注册证书; (3) 或者由注册人召开会议完成公司的组建, 或者由注册人召开首次初始董事会议 (已在注册证书中签名并确定的董事), 以完成公司的组建; (4) 在公司开始营业和发行股票之前, 注册人可自愿解散公司; (5) 在公司开始营业和发行股票之前, 注册人可以通过一致同意修订公司注册证书。传统上, 是由注册人开会来完成公司的组建工作的, 但最早的美国《标准公司法》改变了这一方式, 规定在公司的注册证书中应指明初始董事人选, 并由初始董事开会来完成公

[1] 徐燕著:《公司法原理》, 法律出版社, 1997 版, 第 141 ~ 142 页。

[2] 胡果威著:《美国公司法》, 法律出版社, 1999 年版, 第 33 ~ 34, 第 67 页。

公司的组建工作。^{〔1〕}目前美国许多州采纳了这一方式,在这些州注册人基本上被限定在公司的注册证书上签名这一仪式上起作用。当然,美国《标准公司法修定版》允许新设立的公司作如下选择,即或者由注册人来完成公司的组建,或者由在公司的注册证书上指明的初始董事来完成公司的组建工作,增加这一弹性的规定,意在允许公司根据各种具体情况以最少的开会人数和最低的花费来完成公司的组建工作。在美国,人们公认担任公司的注册人没有承担责任的风险。正因为如此,许多律师及他们的秘书或律师事务所的其他雇员经常例行公事地担任公司的注册人,但并不经常担任公司的董事和初始董事,且许多律师拒绝担任他们所组建的小公司的董事,或者勉强担任。以前许多州曾经要求公司的注册人也要认购公司的股票,但这样的规定似乎在所有的州都已消失,因此,公司注册人更多地起的是仪式上的或奉命行事的作用。^{〔2〕}也正因为如此,有的美国学者将公司的注册人称为“傀儡注册人”(Dummy Incorporator)或“乐于通融的注册人”(Accommodation Incorporator),并认为真正对公司拥有权利和利益的当事人是不合适担任公司注册人的。^{〔3〕}

由上述可见,将美国法中的 incorporator 一词译为公司的注册人更合适,而认为美国法中的 incorporator 一词与英国法中的 promoter 同为公司发起人,美国法的 promoter 与英国法的 promoter 不同,译为公司的筹办人是不合适的。事实上美国法学者在讨论 promoter 的含义时,是与英国法学者在同一意义上使用的,如美国法学者 Harry G. Henn 和 John R. Alexander 在他们所著的《公司法》(Laws of Corporation)一书中给 promoter 一词下定义时,就

〔1〕 沈四宝译:《美国标准公司法》,北京大学出版社1981年7月第1版,第41~42页。

〔2〕 Robert W. Hamilton, *ibid.*, pp31~33.

〔3〕 Harry G. Henn, John R. Alexander: *Laws of Corporation*, Third Edition, West Publishing Co., 1983, p485.

曾提到英国法学者 Gower 教授在给加纳起草的《公司法》§ 12 (1) 中 promoter 的定义。^[1] 因此, 如果说在英国法中 promoter 一词可译为公司的发起人, 那么美国法中的 promoter 一词同样也应译为公司的发起人。当然, 在美国历史上 incorporator 曾通常就是公司的真正创办人, 并且 incorporator 又是在公司章程上签名的人, 而为节约成本, 美国确有一些小公司的发起人自己担任公司的注册人, 于是产生了 promoter 和 incorporator 身份竞合的现象。笔者以为, 上述这些情况恐怕是有的学者将美国法的 incorporator 译为公司发起人的原因。

第二节 英国法对发起人概念的界定

对于公司发起人, 英国 1948 年《公司法》(Companies Act) 为了明确在募股书中错误说明的责任, 曾在第 43 条中作如下界定: 发起人是指制定募股书 (或其中包含部分不真实的说明) 的当事人, 但不包括那些因职业关系, 在职业范围内为从事公司组建行为的当事人提供服务者; 该法第 38 条第 1 款规定: 发起人是指任何从事或参与公司组建的人。但上述规定在 1986 年《金融服务法》中被废除。^[2] 目前发起人在英国法中并无一个明确的概念, 英国法学者 L. C. B. Gower 教授指出, 尽管事实上发起人一词在判决和成文法中经常使用, 但在司法和立法中从未被明确定义过。^[3] 他假设倘若在精神分析家的诊疗室, 人们被问及公司发起人在其脑海的印象时, 大多数人将承认他们所设想的公司发起人

[1] Harry G. Hen, John R. Alexander, *ibid.*, p237.

[2] 参见 Geoffrey morse: *Charlesworth's Company Law*, Thirteen Edition, London, Stevens & sons, 1987, p115; 同时参见 L. C. B. Gower: *Gower's Principles of Modern Company Law*, Fourth Edition, Stevens & Sons, 1979, Chapter 14, p325 和 K. Smith, D. Keenan: *Company Law*, Fourth Edition, Pitman Publishing inc. 1981, p16.

[3] L. C. B. Gower, *ibid.*, p325.

是属于毁誉参半的一类人，其先辈们出没于商界这一风流社会，并属于类似于牛、熊、鹿、鲨鱼等各类动物的冷血而严厉的人物，靠掠取感情用事的、易上当的社会公众发家之后，最后以突然爆发的自杀或在老贝利（Old Bailey）^{〔1〕} 被审而结束。换言之，他们所设想的公司发起人的职业就是组成伪造的公司，并将它骗售给公众，以损害公众而获取自己的利益。尽管在爱德华七世时代的全盛期，属于法律意义上的发起人仅占社会的很小部分，但上述情形的存在给人们的印象太差，以致于人们希望彻底地根除他们。Gower 接着又举了一个实例来说明公司发起人的含义：一个乡村的杂货商将其店铺转变为一个有限责任公司，尽管这样的人总是罕见的，且他也不是专业意义上的公司发起人，但他毕竟是其公司的发起人，与专业的公司发起人相比只是同类的程度不一致而已。他们或是直接创建或是帮助创建公司，并试图出售他们的服务或店铺，他们都清楚地意识到他们可以利用自己所处的地位获得大大高于他们所售出利益的回报。惟一的区别在于：专业的发起人比杂货商更容易滥用其所处地位的特权，正因为如此，他很可能继续作为其所建立的公司的主要股东；反之，若无利可图而该发起人又是公司的股东，则他将会将其所持有股份尽快出手。在上述举例的基础上，Gower 认为公司发起人的概念包括的范围很宽，上述的专业发起人和乡村杂货商都属于发起人的范围。他还引用了 1887 年 Cockburn 法官在 Twycross 诉 Grant 案中对发起人概念的界定，从广义上说，凡是“承担组建公司任务包括提出计划方案、付诸实施和采取必要的措施、步骤以完成公司设立之目的者”，^{〔2〕} 均属公司发起人；并且，在公司设立过程中非自动参与且起次要作用者，也可能成为公司的发起人，包括安插某人为董事、投进股份、议定最初的协议的个人和公司。甚至

〔1〕 老贝利（Old bailey）指伦敦中央刑事法院，笔者注。

〔2〕 Per Cockburn C. J. in Twycross V. Grant (1887) C. P. D. 469, 541, C. A. 转引自 Gower. *ibid.*, p325.

没有参与公司最初的组建而后来帮助发行公司资本者也会被当作发起人。但那些仅在授权范围内奉命行事的人，如律师、会计师则不属于发起人，尽管他们可能成为公司的董事（例如他们同意担任），或帮助寻求其他人担任董事，亦不属于发起人，因为他们仅承担名义的职业责任。^{〔1〕}

L. C. B. Gower 教授 1963 年在为加纳起草的《加纳公司法典》§ 12 (1) 中对发起人作了如下界定：发起人是指任何从事和参与公司组建活动的人，但那些以职业资格为从事公司组建活动的当事人行事者除外。^{〔2〕}

从上述可以看出，英国法认为，所谓发起人是指为设立公司之目的，采取一切必要之措施和步骤而使公司成立，和随后参与公司资本发行的人。进一步而言，那些命人制定公司的组织大纲（Memorandum of Association）和组织章程（Articles of Association）并负责登记者，那些担当公司的董事（通常是未来的董事）、发布募股书、签订股票认购合同、订立为公司购置财产的合同、为公司筹措资金者，均为公司的发起人。

同时，应当指出的是上述并不意味着英国公司法认为发起人仅为自然人，作为法人的公司也可以成为一个新公司的发起人。^{〔3〕}

第三节 澳大利亚法对 公司发起人的界定

澳大利亚的公司法在承袭英国公司法关于公司发起人的定义的基础上，进一步拓宽了这一概念的范围。澳大利亚学者 P. Lipton 和 A. Herzberg 在他们的著作《公司法入门》

〔1〕 Gower, *ibid*, p324 ~ 325.

〔2〕 转引自 Harry G. Henn, John R. Alexander, *ibid.*, p237.

〔3〕 Geoffrey Morse, *ibid.*, p115.