



北京市社会科学理论著作出版基金资助



Principles and Cases on the Legal
Systems of the Corporate Promoter

公司发起人法律制度 原理与案例

刘刚仿 © 著



对外经济贸易大学出版社
University of International Business and Economics Press

北京市社会科学理论著作出版基金资助

公司发起人法律制度 原理与案例

刘刚仿 著

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

公司发起人法律制度原理与案例 / 刘刚仿著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2017. 6
ISBN 978-7-5663-1802-2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 160941 号

© 2017 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原理与案例

刘刚仿 著

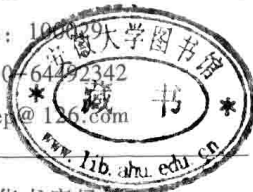
责任编辑: 汪友年

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



北京九州迅驰传媒文化有限公司印装 新华书店经销

成品尺寸: 170mm×240mm 16.75 印张 310 千字

2017 年 6 月北京第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5663-1802-2

定价: 52.00 元

前 言

公司制度作为人类在社会科学领域的一大发明和创造，它绝妙地融合了资本、土地和劳动力等生产要素，公司以其多样的组织形式、灵活的资本运作方式在世界经济发展的进程与经济全球化的浪潮中发挥着不可替代的作用。

公司的诞生绝非是自发天然的过程，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复杂问题的过程。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，因此各国对发起人的法律制度都给予了充分的关注和重视，旨在较好地平衡各方利益，以达到既有利于促进经济发展，又确保维护交易安全的目的。

公司是发起人（Promoter）精心设计和预先安排的结晶，发起人是公司的缔造者和助产师。公司发起人法律制度是一个集合理论与实务、实体与程序，且关联人类商事活动的法律制度。

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不少疏漏，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，司法实践中也颇多困惑与紊乱现象。

本书以英美法系、大陆法系公司发起人制度的实务、法理和案例的分析和诠释为核心脉络，对比研究阐述我国新《公司法》中规定的公司发起人法律制度的相关内容和司法实践，书中通过大量的英美法系有关公司发起人的案例和法理的归纳、对比和分析，从公司管理学和法律的视野和角度，阐述和分析英美法系国家公司实务界和法律界对公司发起人的概念、职责、出资责任、判例法和成文法意义上的信义义务，对公司发起人对公司成立前合同的责任和例外，以及发起人对公司设立瑕疵的责任等方面的理论基础、重要性、性质、归责原则和救济、免责事由和方法等问题的理论和实务问题进行深入的剖解和探究，并对我国公司发起人法律制度立法、司法的现状进行了法理和实证的评析，进而分析了我国公司发起人法律制度中存在的问题和不足，进而就如何借鉴英美法系和大陆法系有关发起人法律制度的精华，并进

进一步完善我国公司发起人法律制度和实务提出作者的建议。

本书试图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，并期望引发学者们和相关专业人士对这些问题的关注，从而推进我国公司法建立更加完善有效的公司发起人制度。

作 者

2017 年 5 月

目 录

第一章 发起人概念的界定	(1)
第一节 实用主义的界定路径	(1)
第二节 唯理主义的界定路径	(10)
第三节 折中主义的界定路径	(12)
第二章 发起人的人数和资格	(15)
第一节 发起人的人数	(15)
第二节 发起人的资格	(16)
第三章 发起人的职责	(19)
第一节 美国法中公司发起人的职责	(19)
第二节 英国法和澳大利亚法中公司发起人的职责	(20)
第四章 发起人的出资责任	(23)
第一节 发起人承担出资责任的理论基础	(23)
第二节 发起人的出资违约责任	(25)
第五章 发起人的资本充实责任	(33)
第六章 发起人信义义务（一）：发起人信义义务概述	(47)
第一节 信义义务的含义	(47)
第二节 发起人信义义务的内容和范围	(48)
第七章 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	(56)
第三节 马萨诸塞州最高法院的判决要旨	(59)
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	(62)

第八章 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	(69)
第一节 美国成文法有关发起人信义义务的规定	(69)
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	(72)
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	(79)
第九章 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	(81)
第一节 英国法中发起人的信义义务	(81)
第二节 澳大利亚法中发起人的信义义务	(89)
第十章 发起人对公司成立前合同的责任的概念与性质	(91)
第一节 公司成立前合同责任的界定	(91)
第二节 发起人对公司成立前合同的责任性质	(93)
第十一章 发起人对公司成立前合同责任承担之适用条件	(103)
第一节 违约责任的适用条件	(103)
第二节 违反有代理权的默示担保责任的适用条件	(114)
第三节 发起人承担侵权责任的适用	(115)
第十二章 发起人对公司成立前合同的责任之归责原则和救济	(117)
第一节 发起人之合同责任的归责原则	(117)
第二节 合同相对方可获得的救济	(119)
第十三章 发起人对公司成立前合同的责任的免责事由	(125)
第一节 合同更新	(125)
第二节 追认和接受合同是否为发起人免责事由之争	(129)
第三节 当事人只意图约束公司	(137)
第四节 免责约定	(143)
第五节 发起人不知情	(145)
第六节 对方当事人知情或发起人否认有代理权	(146)
第七节 必要合同规则	(146)

第十四章	发起人对公司成立前合同的责任规避方法	(149)
第十五章	发起人对公司设立瑕疵的责任	(153)
第一节	公司设立瑕疵的法理研究	(153)
第二节	公司发起人对公司设立瑕疵导致公司设立不能时的 责任研究	(156)
第三节	公司发起人对公司设立瑕疵导致公司设立无效时的 责任研究	(160)
第四节	公司成立后公司发起人的瑕疵补正责任	(165)
第十六章	公司设立失败时, 发起人承担责任的例外	(167)
第一节	基于“意思自治”的例外	(169)
第二节	基于“禁反言”的例外	(174)
第三节	基于“无过错”的例外	(176)
第四节	基于“商业判断规则”的例外	(180)
第十七章	中国公司发起人制度的完善思考	(185)
第一节	关于发起人的概念	(185)
第二节	关于发起人人数及资格的限制	(186)
第三节	关于发起人的职责	(189)
第四节	关于发起人的义务	(190)
第五节	关于发起人的出资责任	(193)
第六节	关于发起人对公司成立前合同的责任	(202)
第七节	公司发起人对公司设立瑕疵责任制度的立法现状及 立法建议	(211)
第八节	我国公司设立不能时发起人归责制度之完善	(215)
附录	经典案例	(217)
第一节	公司发起人概念界定——形式主义与实质主义	(217)
第二节	发起人信义义务和资本充实责任	(229)
第三节	发起人对公司成立前合同的责任	(233)
第四节	发起人在公司设立存在瑕疵情况下的责任	(245)

第一章

发起人概念的界定

第一节 实用主义的界定路径

从法哲学认识论层面看,实用主义承袭了英国经验主义传统。实用主义的思维进路注重从实践和经验中概括、总结和提炼出概念和范畴。实用主义创始人皮尔士认为,概念或者词或表达式的理性的意义,惟应自它所或然产生的实际感性或者实验生活的效果或后果处发掘,而不能自先天定义或某些分类系统原则来确认。一个“事物”的价值在于其可能孕育的实然效用。为厘清一个理性范畴的含义,人们应研究的是:该概念的真理势必产生何样的可以预期的实用(practical)的效果(consequences);这些效果的加总就构建为该概念的意义。^①

将实用主义哲学运用于法理学的美国大法官霍尔姆斯(Oliver Wendell Holmes)在其鸿篇巨制《普通法》一书的开篇,就指出,“法律之生命非在逻辑而在经验”。霍尔姆斯认为,法官要从社会实证的社会现状出发,而非从法哲学的理念、信条启程,法律适用过程远比从概念推理重要。^②实用主义强调界定概念的进路就是从实践和效果的经验中来发展和提炼概念,英美法系对公司发起人的界定范式,正是来源于这种实用主义哲学观。按照实用主义的路径,英美法系对公司发起人的界定采用实质主义界定范式,按照这种界定范式,公司发起人是指只要参与公司设立的策划,为公司的设立尽力的人即为公司的发起人,不管是否在章程上签名。

一、英国法对发起人概念的界定

对于公司发起人(Company promoter),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

^① See N Houser, C Kloesel. The essential Peirce; Volume 1. M. Indiana University Press, 1992: 125.

^② Olive Wendell Holmes. The Common Law. Boston, 1923: 1.

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。^① 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。^② 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）^③ 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坏，以至于人们希望彻底地根除他们。Gower 教授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。唯一的区别在于：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”^④，均属公司发起人；并且，在公司设立过程中非自动参

① Geoffrey Morse. *Charlesworth's company law*. 13th ed. London: Stevens & Sons, 1987: 115; L C B Gower. *Gower's principles of modern company law*. 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979: 325; K Smith, D Keenan. *Company law*. 4th ed. Pitman Publishing Inc., 1981: 16.

② L C B Gower. *Gower's principles of modern company law*. 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979: 325.

③ 老贝利（Old bailey）指伦敦中央刑事法院，笔者注。

④ Per Cockburn C.J. in *Twycross v. Grant* (1887) C.P.D. 469, 541, C.A. 转引自 L C B Gower. *Gower's principles of modern company law*. 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979: 325.

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《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行人行事者除外。^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、签订股票承购合同、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，应当指出的是上述表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

二、美国法中公司发起人的概念

美国法认为，公司绝非自发产生的，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。^④

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

① L C B Gower. Gower's principles of modern company law. 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979: 324-325.

② 转引自：Harry G Hen, John R Alexander. Laws of corporation. 3rd ed. West Publishing Co., 1983: 237.

③ Geoffrey Morse. Charlesworth's company law. 13th ed. London: Stevens & Sons, 1987: 115.

④ Robert W Hamilton. The law of corporation. 2nd ed. West Publishing Co., 1987: 63.

(Charter) 等。^①

在美国证券交易委员会 (S. E. C.) 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或间接地带头组建商事组织或某一发行人企业的人。^②

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, 以帮助公司的设立; 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, 在事实上是必须的, 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, 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。^③

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的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。

① Henry Campbell Black. Black's law dictionary. 5th ed. West Publishing Co., 1979: 1093.

② 转引自 Robert W Hamilton. Corporation including partnerships and limited partnerships cases and materials. 3rd ed. West Publishing Co., 1986: 182.

③ Alexander H Frey, Jesse H Choper, Noyes E Leech, C Robert Morris. Cases and materials on corporation. 2nd ed. Little, Brown and Company, 1977: 87-88.

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 时写道：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（Incorporator）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，注册人可起以下一种和多种作用：（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司的组建工作。^③ 目前美国许多州采纳了这一方式，这些州注册人（Incorporator）基本上被限定在起公司的注册证书上签名这一仪式上的作用。当然，美国《标准公司法修订版》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（Incorporator）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，或者勉强地担任。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，公司注册人更是大量地起的是仪式上的或奉命

① 徐燕. 公司法原理. 北京：法律出版社，1997：141-142.

② 胡果威. 美国公司法. 北京：法律出版社，1999：33-34，67.

③ 美国标准公司法. 沈四宝，译. 北京：北京大学出版社，1981：41-42.

行事的作用。^①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适合担任公司注册人的。^②

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,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 在他们所著的加纳《公司法典》(Laws of Corporation)一书中给 promoter 一词下定义时,就曾提到英国法学者 Gower 教授在给加纳起草的《公司法典》§ 12 (1) 中 promoter 的定义。^③因此,如果说英国法中 promoter 一词可译为公司的发起人,那么美国法中 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(promoter)自己担任公司的注册人(incorporator),于是产生了 promoter 和 incorporator 身份竞合的现象。笔者以为,出现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。

三、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》(Understanding Company Law)中,在谈及公司发起人的概念时,也引用了英国 1887 年 Cockburn 法官在 Twycross 诉 Grant 案中对发起人概念的界定,并进一步指出,很明显,因实施公司成立过程中所必须的行为而承担公司发起责任者,为公司的发起人;当然,公司的设立还包括其他事情,如公司的登记、偿付公司登记费和其他法定费用、预备公司的组织大纲和组织章程(memorandum and articles)、寻获董事和股东、发行资本、初始协议的磋商、制定募股书等。并且,那些将自己以前经营的店铺买进组成一

① Robert W Hamilton. The law of corporation. 2nd ed. West Publishing Co., 1987: 31-33.

② Harry G Hen, John R Alexander. Laws of corporation. 3rd ed. West Publishing Co., 1983: 485.

③ Harry G Hen, John R Alexander. Laws of corporation. 3rd ed. West Publishing Co., 1983: 237.

个私营公司 (propriety company) 的小商人 (如 Salomon 一案中的 Salomon 先生^①) 和那些筹建一个公司意在将一特殊资产溢价卖给该公司并作为公司的股份卖给他人者, 也属于发起人。

另外, 某一当事人尽管他既没有参与公司的设立活动, 又没有参与资本的发行, 但将自己的资产交给其他人去从事公司的设立活动并意在从中获利的, 也被认为是公司的发起人。例如, 在 1953 年 Tracy 诉 Mandalay 私营有限责任公司案 (Tracy v. Mandalay pty Ltd.) 中澳大利亚高等法院就将这类当事人认定为公司的发起人。具体案情如下: Salon 和他的太太是 R. S. C. 贸易私营有限责任公司的股东和董事, Tracy 是该公司的秘书, 1948 年 Salon 代表公司在澳大利亚新南威尔士州 (New South Wales) 的 Potts Point 购买了一块土地, 意在建造一幢大厦。Salon 提出设立一个公司, 并意欲将其购置的不动产卖给该设立中的公司而获利。Salon 说服 Griffith 和 Withy 从他和其太太手中购买一半 R. S. C. 贸易私营有限责任公司发行的股票并加入该公司, 并允诺将其购置的、卖给新设立公司土地的利润的一半分给他们。Salon 将出售 R. S. C. 贸易私营有限责任公司股票的收益用来支付其购买土地的价款。为了进一步筹资 Salon 又将其和其太太拥有的、R. S. C. 贸易私营有限责任公司的其他股票卖给了 Willard, 并同样允诺当其购置的土地卖给新设立的公司时, Willard 也将分享利润。新的公司即 Mandalay 私营有限责任公司 (Mandalay pty Ltd.) 由 Salon、Willard 和 Withy 作为认购人, 由 Salon 和 Willard 任董事正式设立, Tracy 被任命为该新公司的秘书。然后 Salon 设计了一个减税计划, 即由 R. S. C. 贸易私营有限责任公司将土地以 £1 650 的低价卖给 Mandalay 私营有限责任公司。为完成这一计划, R. S. C. 贸易私营有限责任公司的股东必须将持有的该公司的股份卖给 Mandalay 私营有限责任公司,

① Salomon 是一个经营皮靴业务的独资商人, 后来他本人、他的妻子、女儿和四个儿子作为发起人组建了一家公司并以 £39 000 买下了他拥有的靴店。作为对价, 公司以每股 £1 的价格向 Salomon 发行了 20 000 股份、其妻子、女儿和四个儿子各持 1 股, 并以公司的所有资产作担保向 Salomon 发行了 £10 000 的债券, 其余的款项用现金支付。Salomon 是这家公司唯一的经营董事 (managing director)。公司成立一年后陷入破产, 公司剩余的资产足以偿还 Salomon 先生的 £10 000 担保债权, 却无力再偿还其余一般债权人的 £7 000 的债权。无担保债权人声称, Salomon 和他的公司是同一个人, Salomon 和公司之间不可能存在债权债务关系, 公司的财产应该用来清偿他们的债务。初审法院和上诉法院都认为, 公司只不过是 Salomon 先生的化名 (an alias) 或代理人, 因而判决 Salomon 对公司所欠的无担保债权人的债务承担清偿责任。然而上议院则作出了相反的判决, 上议院最终认定, 公司一经正式注册就是独立于其成员的法人, 因此, Salomon 所持的债券合法有效, 可以向公司追讨。参见 L S Sealy. Cases and materials in company law. London: Butterworths, 1985: 26-33. 笔者参考张开平著《英美公司董事法律制度研究》第 3 页的脚注和王保树主编《商事法论集》第二卷朱慈蘊论文“论公司法人格否认法理的价值取向”第 176 页的脚注 Salomon 诉 Salomon 公司案整理而成。见张开平. 英美公司董事法律制度研究. 北京: 法律出版社, 1998: 3; 朱慈蘊. 论公司法人格否认法理的价值取向//王保树. 商事法论集: 第 2 卷. 法律出版社, 1997: 176.

但 Griffith 和 Withy 表示反对，因为这样会使他们损失£700，最后他们表示若 Salon 和其太太向他们签发一张£700 的本票（promissory notes）以弥补他们的损失，他们可以同意。

随后 R. S. C. 贸易私营有限责任公司又发行了股份给 Willard、Salon 太太和 Tracy，R. S. C. 贸易私营有限责任公司的每位股东都将其股票卖给 Mandalay 私营有限责任公司，并且 Mandalay 私营有限责任公司同意购买 R. S. C. 贸易私营有限责任公司发行的全部股份，然后以£2 650 购买这块土地。之后，Mandalay 私营有限责任公司作广告声称将在这块土地建筑大厦，现已拥有、接受了成批股票购买申请，且每位均可作为所有者拥有单独使用一层的权利。由于有许多申请者，于是 Mandalay 私营有限责任公司以按股份分配款项的方式支付了 R. S. C. 贸易私营有限责任公司股东的股份，只有 Griffith 和 Withy 除外。Mandalay 私营有限责任公司还支付了从 R. S. C. 贸易私营有限责任公司购买土地的价款，土地也转让给 Mandalay 私营有限责任公司，但由于计划的改变，大厦的建设从未启动过。Griffith 和 Withy 经过诉讼，他们的股份最终也得到了偿付。

Mandalay 私营有限责任公司的新股东们为了追回他们的股金，以 R. S. C. 贸易私营有限责任公司、Salon 及其太太、Tracy、Willard、Griffith 和 Withy 为被告提起了诉讼。他们主张撤销他们与被告的这诸多合同，因为所有 R. S. C. 贸易私营有限责任公司的股东都是 Mandalay 私营有限责任公司的发起人，并且他们违背作为发起人应尽的义务。Salon 和 Willard 在 Mandalay 私营有限责任公司设立中活动积极，很显然是发起人；Salon 太太尽管没有直接从事设立活动，但她非常紧密地介入了其丈夫的经营事务且同意其丈夫的安排、坐享其利润，因此也是一个发起人。Tracy 作为 R. S. C. 贸易私营有限责任公司的股东一直意在从公司获利，因而他也是公司的发起人。至于 Griffith 和 Withy，尽管他们与其他人闹翻且仅维持了他们的初始投资，但他们毕竟允许了其他发起人代表他们的利益行事，因而也被看作发起人。

负责联合审理此案的 Dixon、Williams、Taylor 法官在考虑被告的法律地位时指出：

“发起人”一词在许多场合都没有非常确定的含义，在 1879 年 Emma 银矿有限责任公司诉 Lewis & Son (Emma Silver Mining Co. Ltd. v. Lewis & Son 4 C. P. D. 396) 一案中，Lindley 法官就曾指出，“发起人”一词没有非常准确的含义（参见 Twycross v. Grant, 1877, 2 C. P. D. ），“发起人”这一与公司密切相关的名词，是指尽力为实现筹办、设立公司之目的和因其所处地位而对公司负有义务者之类的概念……

在当前这一案中，Salon 是公认的原告的发起人，他直接负责了公司的设

立，正是按照他的指令制定了公司的组织大纲和组织章程、进行了公司登记，使公司最终得以有效设立。其他被告也参加了原告的设立活动，但是公司的发起人并非仅指参加公司的组建和参与公司的必要股份资本的发行使公司得以运行的人，（从上段引述可明显看出）而且那些让其他人去筹备公司自己坐享利润者也可成为发起人……

我们认为，Willard、Tracy、Salon 太太都是发起人。Willard 带着从 Salon 夫妇处获得的 250 股原始股，意在从新设立的公司中分享利润，并成为了新公司的董事长，在接受和分配新的资金过程中起领导作用，他注意使他自己购买的股份得以偿付并获利，他完全被牵连到了计划中……

毫无疑问，Tracy 成为被告公司的股东是为了在新公司的发起和设立中获利，如果他的行为仅仅是奉命行事，那他至少受两个董事会的指挥，并为了实施他们计划之目的积极主动地代表他自身和董事们的利益行事，且他完全是有意协助他们实现其目的。

同样，Salon 是在其太太知晓和同意的情况下，代表其太太的利益行事的，至于被告公司^①，则仅仅是 Salon 夫妇手中的玩偶，按照他们为自身利益设计的步骤，将土地卖给新设立的公司，因此，我们认为将尊敬的 Salon 太太和被告公司列为原告的发起人是合理的。

至于 Griffith 和 Withy 的责任需要进一步考证，最初他们在被告公司从 Salon 夫妇手中购买股票的目的在于，当土地在 Potts Point 卖给新设立的公司时，他们可以获得巨大的利润，但这一计划未能实现，而是被一个新的计划所取代，即他们将他们的股份亏本地卖给了新公司（假如他们没有从本票中得到补偿的话）。并且，在 1948 年 12 月 29 日被告公司分配结余资金时，他们二人被排斥在外，没有证据证明他们参与了原告的发起设立活动或接受和处置了新的资金。Withy 小姐在被告公司中处于较次要的职位，她对事态的发展存在着模糊的认识，她似乎没有意识到她参加了原告 1949 年 1 月 7 日的股东大会意味着什么。直到 Griffith 和 Withy 诉诸诉讼之前，他们的股票和本票都没有得到清偿。即使在现在 Griffith 也仅收到了他的 £2 150 中的 £500，但有一点是很清楚的，即他们同意参加设立原告公司的计划，将土地和他们的股份售给原告公司并要求兑现 Salon 夫妇签发给他们的本票，以便他们以 £812 出售他们股份的投资损失得到弥补，最后为了收回他们的资金，他们唯一可行的途径是接受新的计划并站在 Salon 背后任 Salon 去操作，他们是新的计划的合营者。他们与 Salon 和其他积极主动的发起人一样没有履行对新公司的信义义务。因此，被告这一所谓使新公司合法的受约束的交易是无效的（即分

① 被告公司指 R. S. C. 贸易私营有限责任公司，笔者注。