

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X200208042

UDC_____

公司发起人的
民事责任研究

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

公司发起人的民事责任研究

A Study on Civil Liabilities of the Corporation Promoter

黄
怡

黄 怡

指
导
教
师
:
刘
永
光
副
教
授

指导教师姓名: 刘永光 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2005年11月

论文答辩时间: 2005年12月

学位授予日期: 2005年 月

答辩委员会主席_____

评 阅 人_____

厦
门
大
学

2005年11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

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

内容摘要

本文分为引言、正文和结语三个部分，正文分为四章。

第一章对英美和大陆两大法系主要国家的立法、司法以及学术界的态度进行了比较分析，对公司发起人的概念进行了界定。在此基础上，本章对发起人的职能及法律资格问题进行了探讨。最后，本章阐述了发起人责任的特点和意义，认为公司发起人的民事责任是一种特殊的责任，它是公司设立中最重要的一环，是一切不符合“游戏规则”的发起行为的最后归着点。

第二章对发起人承担民事责任的两个前提进行了探讨,即发起人的法律地位和义务问题。责任总是与义务紧密相连,同时民事主体的义务又是以其法律地位为依托。因此,对发起人民事责任制度的研究必须从发起人的法律地位及其义务着手。本章通过对发起人与公司之间、发起人与债权人等第三人之间、发起人相互之间的法律关系的分析,对发起人的法律地位进行了界定,对发起人的义务体系进行了系统论述,为下文论述发起人的民事责任奠定了基础。

第三章是本文的重点,在第二章论述的基础上,本章以两大法系的立法例和司法实践为参酌,对公司不能成立时以及公司成立后的发起人民事责任进行了系统深入地分析。本章从责任性质、归责原则、责任具体内容以及诉讼时效等方面对公司发起人的民事责任进行阐述。重点论证了发起人的资本充实责任、对公司以及第三人的损害赔偿责任。

第四章在前文论述的基础上对我国公司法中的发起人民事责任制度进行反思。笔者认为我国现行法对公司发起人责任的法律规定体系失衡,行政责任、刑事责任的比重大大超过民事责任,并且有关发起人民事责任的规定存在诸多不足之处。通过比较借鉴,本章对我国发起人民事责任制度提出了完善建议。

关键词: 发起人; 法律义务; 民事责任

Abstract

The thesis consists of the parts of preface, text and conclusion. The text is divided into four chapters.

In Chapter One, the writer first definite the corporation promoter, based on the comparison and analysis of attitudes of the legislative and juridical organ and the academic circles in the Anglo-America Law and Civil Law systems. And then, the article discusses powers and qualifications of the corporation promoter. At last, the writer introduces the legal characteristics and significations of civil liabilities of the corporation promoter, taking a view that the civil liability of the corporation promoter is special, which is most important in incorporated process.

In Chapter Two, the writer discusses the two preconditions of the civil liabilities of the corporation promoter, that is, the legal status and obligations of the corporation promoter. Legal liabilities contact with obligations deeply, and obligations are based on legal status of the civil subject. Therefore, the study of the civil liabilities of the corporation promoter should be based on the comprehension of the legal status and obligations of the corporation promoter. In this chapter, relations of between the corporation promoter and the incorporated corporation, relations between the corporation promoters, relations between the corporation promoter and the third party will be discussed deeply.

The third chapter is the most important part of the article. Based on the discussion of the obligations system of the corporation promoter in the first two chapters, this chapter analyzes the civil liabilities of the corporation promoter when the corporation has not been incorporated and when the corporation has been incorporated. The text describes the civil liabilities systems from many aspects, such as the quality and contents of the civil liabilities and limitation of actions. In this chapter, the liability of compensation for damage owned to the corporation and the third party will be stressed on especially.

In the last chapter, the writer examines the present legal system of the civil liabilities of the corporation promoter, and then makes a conclusion that the present system is not perfect, which stress much more on administrative and criminal liabilities than civil liabilities. Based on the analysis above, the writer advances some

suggestions as to how to perfect the regulations on it in China.

Key Words: Corporation Promoter; Legal Obligation; Civil Liability

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 公司发起人的民事责任概述	2
第一节 发起人的定义	2
第二节 发起人的职能及资格	6
第三节 发起人民事责任的特点	9
第四节 发起人民事责任的意义	10
第二章 公司发起人的法律地位及义务	12
第一节 发起人与设立中公司的法律关系及其义务	12
第二节 发起人之间的法律关系	16
第三节 发起人与第三人的法律关系	17
第三章 公司发起人的民事责任	19
第一节 公司不能成立时发起人的民事责任	19
第二节 公司成立后发起人的民事责任	21
第四章 我国公司发起人的民事责任制度的缺陷与完善	28
第一节 我国发起人民事责任的现行规定及其缺陷	28
第二节 我国发起人民事责任制度的完善建议	31
结 语	34
参 考 文 献	35

厦门大学博硕士学位论文摘要库

Contents

Preface	1
Chapter 1 General Introductions to Civil Liabilities of the Corporation Promoter	2
Subchapter 1 Definition of the Corporation Promoter	2
Subchapter 2 Powers and Qualifications of the Corporation Promoter	6
Subchapter 3 Characteristics of Civil Liabilities of the Corporation Promoter	9
Subchapter 4 Significations of Civil Liabilities of the Corporation Promoter	10
Chapter 2 Legal Status and Obligations of the Corporation Promoter	12
Subchapter 1 Legal Relations between the Corporation Promoter and the Incorporated Corporation and Obligations of the Corporation Promoter Owned to the Incorporated Corporation	12
Subchapter 2 Legal Relations between the Corporation Promoters	16
Subchapter 3 Legal Relations between the Corporation Promoter and the Third Party	17
Chapter 3 Civil Liabilities of the Corporation Promoter	19
Subchapter 1 Civil Liabilities of the Corporation Promoter When the Corporation has not been Incorporated	19
Subchapter 2 Civil Liabilities of the Corporation Promoter When the Corporation has been Incorporated	21
Chapter 4 Problems and Perfections of the System of Civil Liabilities of the Corporation Promoter	28
Subchapter 1 Problems of the Present Legal Systems of Civil Liabilities of the Corporation Promoter	28
Subchapter 2 Perfections of the Legal Systems of Civil Liabilities of the Corporation Promoter	31
Conclusion	34
Bibliography	35

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引言

公司发起人对社会以及商业活动的价值是无可置疑的。发起人制度本身具有重要的社会功能，为此必须给予发起人各种行为自由，充分发挥其积极性，使公司这种经济组织形式得以成功设立。

然而，在公司设立过程中，发起人要与他人发生各种各样的法律关系，发起人的行为往往直接关系到债权人、认股人以及即将成立的公司的利益。^①无论是在理念上还是在现实上，公司的设立本身就是发起人利益、股东利益、公司债权人利益等各种利益的错综物，这些利益本身屡有矛盾对立。公司设立阶段必然涉及很多复杂的利益冲突和法律风险。人生是无从设计的宿命，而公司的诞生则完全是可控的。^②平衡这些不同主体的利益、防范公司设立风险的产物之一就是公司发起人民事责任。公司法对发起人民事责任的规范涉及多种法律价值的确定与取舍。由于发起人在设立过程中享有特殊的地位，在公司设立过程中享有其他主体无法享有的诸多特权。许多公司的发起人甚至为使公司上市而不择手段，骗取上市资格，骗取投资者的信任。因此，如果对发起人的行为不加以规制，则会危害到交易安全和社会经济秩序的稳定。因此各国公司法大都对发起人科以严格的法律责任。

随着市场化进程的深入，公司这种组织形态被广泛运用，公司发起人群体也呈现多元化趋势，因此正确处理发起人在公司设立过程中的责任，对于保障交易安全和社会经济的繁荣和稳定，颇具意义。但是，我国现行公司法关于公司发起人责任的规定侧重于刑事责任和行政责任的认定和追究，对于发起人民事责任的规定则显得过于单薄、粗略。今年，我国公司法再次进行修订，公司发起人民事责任问题虽有所涉及，但仍不完善。因此，加强我国公司发起人民事责任制度领域的研究，显得尤为重要。

本文通过对世界上不同法系国家或地区在发起人民事责任问题上的规定的比较分析，以期对我国公司立法的完善有所助益。

^① 崔勤之. 关于公司设立规则的修改建议——从公司设立的现行规定谈起[A]. 王保树. 商事法论集(2) [C]. 北京: 法律出版社, 1997, 34.

^② 钱卫清. 公司诉讼: 公司司法救济方式新论[M]. 北京: 人民法院出版社, 2004, 24.

第一章 公司发起人的民事责任概述

第一节 发起人的定义

民事责任的界定和追究必须依附于特定的责任主体。研究发起人^①的民事责任首先应对发起人的范围作出法律界定。按照我国《公司法》第73条、第76条的规定，发起人有制定公司章程，认购公司股份，并承担公司筹办事务的义务。但是，《公司法》未对发起人下明确定义。这就不可避免地导致了我们在理论上对其认识较为模糊，并且在实践中可能产生判断失误。因此，如何界定这一概念就成为我们研究公司发起人民事责任的首要问题。对于公司发起人，如果界定不准确则会造成严重的后果，使本该承担责任的主体逃避了法律责任，而使不该承担责任的主体却承担过重的责任，成为法律的牺牲品。并且，如果不对发起人的判断标准作出规定，也会给法官自由裁量权留下太大的空间，导致司法腐败，影响法治的权威性和公正性。

目前，对公司发起人的概念，不同国家的立法有不同的规定，学术界对此也没有形成统一的看法。以下将通过两大法系主要国家对发起人概念的比较分析，明确界定公司发起人的范围。

一、英美法系对公司发起人的法律界定

由于经济现实十分复杂，因此英美成文法中对发起人少有明确的定义，有意留下立法上的空白，由学界和司法界根据具体情况进行认定。在英国法中，为追究招股说明书中虚假陈述的责任，1985年公司法曾经对发起人进行了间接界定，规定发起人是指制定招股说明书的人，但是那些为使公司得以成功设立而提供专业服务的人不应被认定为发起人。^②可是，1986年金融服务法废除了上述规定，该法仍然使用“发起人”一词却不再对其下一个明确的定义。与此相同，美国公

^① 在我国公司法上，有限责任公司的设立者称“设立股东”，股份有限公司的设立者称“发起人”。虽然两者称谓不同，但其基本问题都相同。因此，本文将有限责任公司的设立股东与股份有限公司的发起人所共有的问题综合起来探讨，称谓上统一使用“发起人”一词。

^② Company Act (1985) § 67(3).

司立法也未对发起人作精确的法律界定。^①

与立法者态度相似的是,英美法系国家的司法机关一般也不愿对公司发起人作明确的界定。迄今为止只有少数法院对公司发起人进行法律上的精确定义。在英国法上,第一个试图对发起人进行界定的是Twycross v. Grant^②案, Cockburn法官在该案中指出:“发起人是指根据既定的计划进行公司设立行为,并且为实现成立公司的目的而采取了必要的步骤的人。”而美国司法界一般认为发起人仅是一个商业概念,而非一个法律概念。它适用于任何参与公司设立活动的人,无论他是否成为其设立公司的股东。美国的Rugg法官认为,发起人是指这样的人:他们承诺组成一个公司,并为此配置设备和筹集资金,从而得以实现其章程中列明的目的,使其有足够的进行营业,他们的工作可能在公司设立之前早就已经开始了,即寻求进行商业冒险并规划它的方案。而这一工作在公司成立之后仍通过吸引对其证券资本的投资和为其提供商业上的生命力而得以延续。^③

鉴于立法和司法机关的模糊态度,英美学者试图对发起人进行界定,但是没有形成一致的观点。英国 Gower 教授认为发起人这一概念包括的范围很广,无论是在判例法还是在成文法上,这一概念从来没有被明晰地界定过。在任何一个特定的案例中对如何界定发起人的范围是一个事实判断问题,^④作为欧盟公司法起草人之一的 Pennington 教授认为,发起人是第一个对公司事务施以控制或影响的人。他们形成了设立公司的想法,并采取必要的步骤设立公司,为公司提供股份和借贷资金,并为公司筹集财产。当这些事情都完成之后,他们将对公司的控制移交给公司董事,而这些董事通常是他们自己。^⑤而美国学者 Robert W. Hamilton 则认为,发起人是带头设立一个新的商事企业的人,发起人可能单独行动也可能和其他发起人一起合作,如果有两个以上的发起人则称之为共同发起人。发起人并不是机会主义者,实际上,发起人常常是一个富于进取精神和想象力的企业家,他提出创意,并通过设立一个营利企业实现这一创意。^⑥也有学者

① 只有美国证券交易委员会在 Rule 405 术语定义中将发起人的界定为单独或与一人或数人联合直接或间接地带头组建某一发行人商事企业的人。

② Twycross v. Grant (1877) 2 CPD 469.

③ William L. Cary, Melvin Aron Eisenberg, Cases and Materials on Corporations [M]. N.Y.: The Foundation Press, Inc., 1995, pp.139-140.

④ Paul L. Davies, Gower's Principles of Modern Company Law [M]. London: Sweet & Maxwell, 1997, p. 132.

⑤ Robert R. Pennington, Company Law [M]. London: Butterworths, 1985, p.601.

⑥ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations [M]. 北京: 法律出版社, 1996, p.81.

提出了界定发起人范围的具体判断标准：^①1、谁为了实现引起争议和纠纷的目的而提出设立公司的想法？2、谁决定公司章程将要包括的内容，谁决定公司招股说明书所要规定的内容，谁对律师发号施令并让他们准备这些法律文件中所规定的内容和信息？3、谁支付法律文件的起草所支出的费用、公司注册所花费的费用以及签订公司设立之前的契约所花费的费用？4、谁挑选那些最终成为公司第一届董事会成员的人并且使他们承诺担当董事的职位？5、谁负责公司资本的募集？6、谁因为公司的设立而获得利益？然而，上述所有的问题也不是决定性的，必须结合具体情况进行认定。

应该指出的是，目前无论是在司法界还是在学术界，已经达成共识的一点是：发起人并不包括那些以专业人员身份参加公司设立活动的人，如提供法律服务、帮助起草公司章程的律师，提供会计服务、帮助进行评估资产的会计师。他们不具备设立公司的主观意图，只是基于其专业服务而获得报酬。^②另外，不仅积极参与成立一个公司并为该公司筹集资金去开展业务的人是发起人，而且一些幕后的主控者也被视为发起人。^③

由此可见，在英美公司法中，发起人这一概念并没有被明确地界定，它取决于法官在具体案件中综合各种因素进行判断，它不以公司章程作为判断的唯一标准，而是从经济现实出发进行判断。在判例法占主导地位的传统下，法院通过较为宽泛含糊的界定，将尽可能多的主体归入发起人的范畴，从而扩大承担设立责任的发起人的范围。一方面使不法当事人更加难以规避法律对发起人责任的规定，另一方面使权益受到损害的当事人有可供追偿的对象，从而更好地维护社会公众的利益，稳定社会交易秩序。

二、大陆法系对发起人的法律界定

相对英美法系而言，大陆法系国家的公司立法对发起人的范围界定较为明确。在德国、日本、韩国及中国台湾地区等多数大陆法系国家或地区的公司立法中，公司发起人是指制定公司章程，并向公司出资或认购公司股份的人。判断公司发起人的标准是当事人是否作为发起人在公司章程上签章，因此一些实际参与

^① Boyle & Sykes, *Gore-Browne on Companies*, Vo. 1, Jordans, p.8001. 转引自张民安. 公司法上的利益平衡 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2003, 36.

^② M. C. Oliver, *Company Law* [M]. Plymouth: Macdonald and Evans, 1982, p.74.

^③ Janet Dine, *Company Law* [M]. 北京: 法律出版社, 2003, p.86.

公司设立工作但却没有在章程上签章的人不被视为公司发起人,从而无需承担发起人的义务和责任。

根据日本《公司法》第 26 条的规定,设立公司,须由发起人制定章程,章程必须记载发起人的姓名和住所。由此可见,判断公司发起人的标准是公司章程上的签章。在日本司法实践中,法院判决也以是否在章程上签章为依据来认定发起人。^①台湾地区“公司法”第 129 条规定,发起人应该以全体的同意订立章程,并在章程上盖章。因此凡在章程上签名或盖章之人,即为发起人,至于事实上其是否曾参与公司设立,则非所问。^②韩国商法典、德国股份法也有相似的规定。^③

这种形式主义立法的优点是较为容易判断何者为公司发起人,但是适用形式主义立法的一个弊端是它会为很多人逃避发起人责任提供可乘之机。一些实际参与公司设立,但没有记载于章程之上的人,可以规避法律对发起人法律责任的规定。同时,第三人并不能完全知悉公司章程,若非形式上的发起人而实际参与公司设立事务之人,被善意第三人误信为发起人时,^④应如何确保交易安全、避免纷争?对此,一些大陆法系国家的公司立法设立了拟制发起人制度。如日本《公司法》第 103 条规定,非发起人虽然未在公司章程上作为发起人签名或盖章,但其许诺在认股书、事业说明书、股份募集广告及其他募股文件上记载自己的姓名或记载其赞助公司设立意旨者,与发起人负同一责任。韩国商法典也有相似的规定。^⑤通过拟制发起人制度,使得那些不在公司章程上签章但实际行使发起人职责,从而具备参与公司设立外观的人,作为准发起人承担发起人的义务和责任。拟制发起人制度在采取形式主义立法的法律制度中,有利于避免纠纷,保障交易安全。

我国《公司法》应如何界定发起人的范围,是采取实质主义还是形式主义立法?笔者认为,英美法系的实质主义判断标准与我国的法律传统和社会现实不符,不利于法律关系的明晰化。为了保障交易安全,明确发起人法律责任,有必要采取形式主义立法,即以在公司章程的签章作为发起人的判断标准。同时为了避免当事人通过不在公司章程上签章来逃避发起人的法律责任,我国公司法应当

^① 日本最高法院 1932 年 6 月 29 日民事判决,《最高法院民事判例集》,1932 年,第 11 号,第 1257 页。转引自吴建斌. 现代日本商法研究[M]. 北京: 人民出版社, 2003, 321.

^② 柯芳枝. 公司法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004, 134.

^③ 韩国商法典第 289 条, 德国股份法第 28 条。

^④ 廖大颖. 公司法原论[M]. 台北: 三民书局, 2002, 80.

^⑤ 韩国商法典第 327 条。

借鉴日本的拟制发起人制度，保护善意信赖外观者的利益。

第二节 发起人的职能及其资格

公司设立是发起人依照法律规定的条件和程序，为组建公司，使其取得法律人格而必须采取和完成的一系列法律行为的总称。^①发起人、章程和资本是公司设立的三大要件。没有发起人，则章程无法订立，资本无法筹集。因此，发起人不仅是公司设立的要件之一，而且是三大要件中的首要要件。^②在设立公司的过程中，公司发起人是否对拟设立的公司进行了充分的设计，是否对公司设立过程有充分的认识和规划，以及发起人本身是否具有相应的法律资格，这些都直接关系到拟设立公司能否有一个合法、规范和良好的设立过程。^③

一、发起人的职能

公司的成功设立源自于发起人的精心计划和安排，发起人是公司背后的原动力。他们构建公司的组织结构，并且通常在公司成立后继续掌管公司，从而被形象地比作公司的“接生婆”。

发起人必须第一个发现好的商业经营机会。当有了设立公司的想法之后，发起人必须进行调研分析、财产安排、人事和资金的筹备等。发起人作为一个新的股份公司的创办者和组织者，在公司组建过程中责任是很重大的。概括起来，发起人的职能主要包括以下几个方面：(1)必须筹集公司需要的资本。为获得必要的公司资本，发起人可以以个人资金进行投资，也可以通过其他投资者募集股份。(2)必须购置必要的财产，招聘必要的员工以使公司能够开始运转。发起人通过签订各种合同，为公司购买必要的设备和资产。并且，发起人在设立阶段应当为将来的公司招募必要的职员。(3)必须筹备公司的成立，包括制定公司章程，准备必要的文件，发行股票等。^④

二、发起人的资格

鉴于发起人在公司设立过程中的重要地位和职能，各国公司立法一般对发起

^① 梁宇贤. 公司法论[M]. 台北: 三民书局, 1980, 54.

^② 张秀全. 公司发起人初探[J]. 郑州大学学报, 1995, (1): 74.

^③ 钱卫清. 公司诉讼: 公司司法救济方式新论[M]. 北京: 人民法院出版社, 2004, 23.

^④ Steven L. Emanuel, Corporations [M]. 北京: 中信出版社, 2003, p.24.

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.

厦门大学博硕士学位论文摘要库