

略论我国公司法对发起人责任的规定

阎 磊

[摘 要] 公司成立后,发起人的民事责任分为对公司的责任和对第三人的责任。对公司的责任包括出资违约责任、资本充实责任和损害赔偿责任等。对第三人的责任包括契约连带责任、侵权连带责任和对认股人的信息公开责任等。

[关键词] 公司;发起人;民事责任

[中图分类号] DF913 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)01-0017-05

作为公司的组织者和创办者,发起人在公司设立过程中,与其它相关主体(成立后公司、认股人和债权人)相比处于一种优势地位。因此,各国公司法无不设定发起人责任制度,用以避免和惩罚发起人操纵公司设立谋取不正当利益及因发起人设立行为产生的其它弊端。我国公司法修订后亦增加了此方面的规定。发起人的民事责任分为公司成立后发起人的民事责任和公司不成立时发起人的民事责任。根据发起人承担责任的对象不同,将公司成立后的民事责任分为发起人对公司的责任和发起人对第三人的责任。

一、公司成立后发起人对公司的民事责任

公司成立后发起人对公司的责任由出资违约责任、资本充实责任和损害赔偿责任构成。出资违约责任是指发起人因违反公司章程中所规定的出资缴纳义务而由该发起人对公司承担的民事责任。按照行为方式的不同,发起人违反出资义务主要表现为出资义务不履行和出资不实两种情形。

出资义务不履行是指发起人完全不履行出资义务。在实践中,按照行为方式的不同,出资义务不履行又可分为拒绝出资、不能出资、虚假出资、抽逃出资和迟延出资。其中,拒绝出资、虚假出资、抽逃出资和迟延出资都是因发起人的主观故意而产生,不能出资则因发起人意志以外的客观因素的变化而产生。

关于发起人出资违约责任的归责原则,各国的公司立法和实践多采无过错责任原则,即无论发起人是主观上不愿履行还是客观上履行不能,只要存在着出资义务不履行或出资不实的客观事实,违反出资义务的发起人就应承担相应的法律责任。

发起人承担出资违约责任的内容是:(1)补交出资或出资差额及其迟延利息。出资义务不履行时,该发起人向公司补交出资及迟延利息;出资不实时,该发起人向公司补交出资差额及迟延利息。这里需要指出的是,此责任是由违约的发起人个人承担责任,而不是由发起人全体承担。(2)损害赔偿,即承担出资违约给公司造成的损害。这里的损害赔偿是指发起人承担了资本充实责任,但同时因出资不履行或出资不实而对公司造成了损失的,发起人还应承担连带赔偿责任。由此可见,因出资违约造成的损害赔偿应由违约的发起人和其它发起人共同承担。

公司法修订后在第 28 条和第 84 条分别规定了有限责任公司和股份有限公司发起人的出资违约责任。第 28 条第 2 款规定:“股东不按照前款规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当已向按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”首先,在公司成立的情形下,出资违约的股东应向公司而不是向已缴纳出资的股东承担违约责任。因为,此时公司已经成立,股东违反的是在公司章程中规定的股东对公司的出资义务;违约股东承担责任是向公司缴纳其应当缴纳的出资及迟延利息,而不是向已经足额缴纳出资的股东缴纳。其次,“股东”用语颇为不妥,因为因发起人的出资义务不履行或出资不实而导致公司不能成立时,根本无股东可言。因此,两者应当区分说明,建议修改为“股东不按照前款规定缴纳

所认缴的出资,应当向公司承担违约责任;若因此而导致公司不能成立,应向足额缴纳出资的认股人承担违约责任。”

所谓资本充实责任是指发起人为达到法定资本额或满足公司章程的要求,对认股人未认缴的出资以及其它发起人未认缴的出资承担的法律上责任。它是公司法规定的一项特殊的民事责任,其性质是一种法定责任,不以发起人的约定为必要,也不能以公司章程或股东大会决议来免除。其责任的承担主体是发起人团体,而不是发起人个人,因此,资本充实责任是连带责任,其归责原则是无过错责任原则。

关于资本充实责任的内容,各国公司法规定不尽一致。一般说来,发起人的资本充实责任包括认购担保责任、缴纳担保责任、差额填补责任和损害赔偿责任。我国公司法修订后在第 31 条和 94 条规定了有限责任公司设立者和股份有限公司发起人的资本充实责任。

损害赔偿责任是指在公司的设立过程中,发起人的行为对公司造成损害时,发起人对公司承担的损害赔偿的民事责任。按照造成损害的原因不同,可将发起人的损害赔偿责任分为出资损害赔偿责任和怠于履行职务的赔偿责任两类。

出资损害赔偿责任是指发起人承担了资本充实责任,但同时因出资不履行或出资不实而对公司造成损失的,发起人还应承担连带赔偿责任。出资损害赔偿责任是公司法上的一种特殊的民事责任。归责原则采无过错责任原则,只要有损害事实即可,发起人是否有过错则在所不问。与资本充实原则的内容相对应,出资损害赔偿责任的内容有认缴赔偿责任和差额赔偿责任。

发起人怠于职守的赔偿责任是指发起人在公司设立过程中,违反了忠实义务和谨慎义务而对公司造成损害时,向公司承担的损害赔偿责任。根据发起人违反的义务性质不同,该责任可分为发起人违反忠实义务的赔偿责任和发起人违反谨慎义务的赔偿责任。

冒滥行为赔偿责任是指发起人所得的报酬或特别利益,以及公司所负担的设立费用过高或过多,致使公司遭受损害时而由发起人承担的赔偿责任。许多国家如德国、日本和我国台湾地区都对冒滥行为的赔偿责任作了明确规定。德国股份公司法第 46 条第 2 款规定。如果发起人通过设立费用故意或严重过失而使公司受到损失,那么,所有发起人应作为总债务人对公司赔偿损失。我国台湾地区公司法第 147 条和第 149 条规定,对报酬、特别利益和设立费用有冒滥行为,对公司造成损失的,公司得向发起人请求赔偿。日本商法中也有类似规定。

冒滥行为的赔偿责任的归责主体,除了冒滥行为实施者要承担赔偿责任外,其它发起人对此承担无过错连带责任。归责客体一般包括发起人的报酬、特别利益和设立费用,且各国公司法一般要求在章程的相对必要记载事项中加以记载。在归责原则上,要求冒滥行为的实施者具有主观上的故意或严重过失,而对其它承担连带责任的发起人则适用无过错责任原则。

我国公司法对冒滥行为的赔偿责任未作规定,是立法上的一个疏漏。建议借鉴其它国家的立法经验,规定发起人冒滥行为的赔偿责任。在将冒滥行为的客体(即发起人报酬、特别利益和设立费用)等规定为章程相对必要记载事项的同时,规定发起人如果规定发起人如果在报酬、特别利益和设立费用报酬、特别利益或设立费用等方面存在而使公司受到损失的,冒滥行为的实施者要对公司承担赔偿责任,其它发起人要对此承担无过错连带赔偿责任。

各国司法实践中时常损害公司利益的是发起人与设立中公司之间的交易,一般称为自我交易。早期的英美公司法,对于自我交易采取严格禁止的态度,但随着公司制度的发展以及普遍化,其弊端也日益显现。公开公司为扩大经营规模,往往通过设立全资或控股公司的方式来建立企业集团,而企业集团内部各公司之间的交易屡见不鲜。与其禁而不绝,不如承认它的存在并对其进行规制。因此,美国和英国都承认自我交易,但前提条件是交易人必须向公司披露此项交易并接受公司的审查和同意。

大陆法系国家公司法多通过界定发起人向公司转让财产的合同效力,来对发起人的自我交易进行规制。因为,发起人往往会在与公司的转让财产合同中,以追求个人利益为先,而损害公司利益。日本、韩国、德国均将发起人与公司之间的转让财产的合同规定为章程的相对必要记载事项,非经记载于章程不发生效力。转让财产的价格、数量要受到创立大会或其它有关机关的审查。同时还规定了公司可以通过事后的诉讼程序来否认自我交易的效力(将来成立的公司如发现设立过程中发起人与公司的交易行为不利于公司,有权对此提出诉讼)。

英美法系国家公司法中,发起人的忠实义务主要体现在不得利用职权谋取秘密利益。发起人获取秘密利益的主要方式是将自己的财产用昂贵的价格卖给公司。为防止此类行为的发生,英美法对发起人课以严格的信息披露义务,或向完全独立的董事会披露,或向公司现有的或即将成为股东的成员披露。如果发起人违反信息披露义务而获得秘密利益时,英国公司法区分两种情形,赋予公司不同的救济权。(1)转让于公司的财产是发起人未担任发起人之前就已经购置的。此种情形下,如果发起人未披露其在与公司的财产转让中获得的利益,公司享有选择权:一是选择撤销合同,即将财产退回发起人并向发起人索回价款;二是接受该财产,但不得追讨利益,除非受到损失,即公司从发起人购买该财产的价格

格高于当时市场价格的差额。(2)转让于公司的财产是发起人担任公司发起人后购置的。此种情形下,如果发起人未披露其在转让财产中获得的利益,公司同样享有选择权:可以撤销合同,因为发起人具有主观上的故意;如果公司丧失撤销权或不愿行使撤销权时,则可以向发起人追讨其获得的秘密利益。

与其它国家相比,我国公司法对自我交易的规制十分薄弱,只在第149条中规定董事、经理除公司章程规定或股东会同意外,不得同本公司订立合同或者进行交易,并在第150条原则性地规定了董事、监事和经理的赔偿责任,但对自我交易的处理方法却没有规定,不能不说是立法上的一大疏漏。由此造成了我国司法实践中发起人和大股东利用自我交易获取不当利益现象的大量存在。因此,在今后公司法修改中,我国应借鉴其它国家尤其是英美法系国家的做法,在有条件地肯定自我交易的前提下,补充规定对自我交易的监督审查机制和处理办法,建立起一套系统有效的自我交易规范体系。

发起人虽没有将自己的财产转让给公司,但却抢占了公司的交易机会,从而使自己获得了本属公司的利益;或者是在设立过程中接受贿赂,从而损害了公司的利益的情况,都是发起人违反忠实义务的表现,应承担相应的法律责任。对于抢占公司交易机会的情况,应参照公司法对于董事行使归入权的规定,由公司对发起人获得的利益行使归入权。对接受贿赂损害公司利益的,应由公司将其收受的贿赂收回,并要求其对造成的损失承担赔偿责任。

在公司设立过程中,发起人由于未能尽到合理的谨慎而给公司造成损失的,应当承担相应的法律责任。各国鉴于发起人的谨慎义务与董事义务的相似性,一般都规定对发起人的谨慎义务准用董事之规定。合理的谨慎是一个比较抽象的概念,很难把握和界定。

大致说来,大陆法系国家倾向于采用客观标准。日本有学者认为:“董事应当以社会通念上处于董事地位之人通常被要求的注意遂行其义务。”德国《股份公司法》第93条则规定董事对公司的“营业及业务执行的秘密承担保密义务,并对其管理的公司事务,应尽通常正直而又严谨的业务领导者的注意。”可见,德国法上的注意义务标准较高,是一种“专家标准”。在董事是否尽了注意义务的纠纷中,董事应负特殊的举证责任。

关于谨慎义务的标准,美国《统一商法典》第8章第30项规定:“董事应当履行作为一个董事的责任,包括作为一个委员会的责任,他应当(1)怀有善意;(2)以一个正常谨慎的人在类似情况下应有的谨慎从事履行其责任;(3)以合理相信是符合公司最佳利益的方式。”英国法已通过长期的判例形成了如下灵活规则:(1)对于不具有某种专业资格和经验的非执行董事而言,应适用主观性标准,即只有在该董事尽了其最大努力时,才被视为履行了合理注意。(2)对于具有所涉的事务专业资格或经验的非执行董事而言,应运用客观性标准,即只有该董事履行了具有同类专业水平或经验的专业人员所应该履行的注意程度,才被视为有了合理的注意。(3)执行董事通常是具有专业才能依照服务合同受聘的人员,故于执行董事而言,应运用更严格的推定知悉原则,也就是说,执行董事受聘的服务合同中应推定存在某种默示条款。受聘董事必然具有受聘职位所应该具有的技能或知识。

我国公司法对发起人的谨慎义务没有规定,但随着公司法理论和实践的发展,谨慎义务的重要性也日益突出。因此,建议我国公司法借鉴英美法系的判例法规则,在立法中根据不同的发起人课以相应的谨慎义务标准,并规定违反此义务应由发起人承担连带赔偿责任,从而督促发起人在公司设立中尽职尽责,防止和减少发起人怠于职守、漠视公司利益现象的发生。

二、公司成立后发起人对第三人的民事责任

关于发起人在公司成立的场合,因设立过程中产生的债务以及侵权造成的损害,是否应对第三人承担责任的问题,学术界有两种截然对立的观点。

否定说认为发起人没有责任。如果法人机关成员执行职务的行为,致使第三人受到损害,要由法人和行为人负连带赔偿责任的话,“固然可以使其法人机关成员慎重守法,有利于加强他们的责任,但在法理上却有了矛盾,既然法人机关成员在执行职务时所为的行为,就是法人的行为,那么对其后果理应由法人承担责任,为什么又要与法人机关成员共同承担连带责任呢?”第三人因发起人的职务行为而遭受的损失,对发起人而言只是一种间接侵权,因此发起人不应承担责任。

肯定说认为发起人有责任。从法理角度而言,发起人不负直接的责任。但由于公司的设立事关重大,于公众投资者利益关涉甚密,同时发起人又拥有广泛的权利,掌握着信息优势,因此,第三人与发起人相比处于弱势地位。若不规定发起人的连带赔偿责任,不利于保护弱势第三人的利益。故公司法应强化发起人的义务和责任,要求其负连带赔偿之责,以保护第三人利益,维护交易安全。

肯定说现已成为通说,对发起人课以对第三人的连带赔偿责任,也是当今立法之潮流。大陆法系的日本和台湾地区对此作了明文规定,英美国家也通过判例承认了肯定说。1972年的《欧洲共同体法案》也作了这样的规定。笔者也赞同肯定

说,在一定程度上突破机关成员对第三人不负责任的界限,规定发起人与公司一起对第三人承担连带责任是合理的。

发起人承担连带责任的第三人的范围一般包括债权人和认股人。发起人在设立过程中往往以公司名义与债权人直接进行交易,债权人当然成为第三人。认股人在认股过程中处于弱者地位,法律为保护广大认股人的利益,特将认股人也置于第三人的地位,使对其的保护水平与债权人处于同一水平线上。

公司成立时发起人对第三人的责任分为契约连带责任、侵权连带责任以及对认股人的信息公开责任。

如前所述,发起人的设立行为可以分为设立必要行为和开业准备行为。对于设立必要行为,理应由公司承担责任;对于经公司承认的开业准备行为,也由公司来承担责任。但发起人对设立必要行为和经公司承认的开业准备行为是否仍承担连带责任呢?这就涉及到发起人的契约连带责任的问题了。

所谓契约连带责任是指即使成立后的公司承认了发起人设立阶段因契约而产生的债务,发起人仍应负连带责任。在这一问题上,大陆法系和英美法系的有不同的做法,但现在已有趋同的倾向,发起人的契约连带责任已得到越来越多国家的承认。

大陆法系的台湾地区公司法对此予以了明文规定。台湾公司法第 155 条第 2 款规定:“发起人对于公司在设立登记前所负债务,在登记后也负连带责任。从法理而言,发起人于设立公司时所负之债务应属于设立中公司,依一体说,若公司设立成功,则公司应承担此债务,然公司法为确保公司债权之必获清偿,特规定发起人于公司成立后亦应负连带清偿之责。”

英美法系国家的处理办法比较灵活。对于发起人以个人名义订立的合同,公司成立后不准接受,其所产生的债务一律由发起人承担。对于发起人以公司名义订立的合同,如果成立后的公司以明示或默示方式承认了合同(合同更新),那么合同的责任由公司承担,发起人可以解除责任。但法院在考虑到各种具体情形的基础上,极有可能作出发起人于公司之间不存在合同更新的判决,从而判令发起人承担个人责任。

我国公司法第 95 条仅规定了公司不能成立时发起人对第三人应负的责任,而对公司成立后发起人的契约连带责任没有予以规定。建议在吸收大陆法系公司法对发起人契约连带责任作出明确规定做法的基础上,借鉴英美法系国家的灵活做法,在规定发起人承担契约连带责任的同时,给予公司选择是否承认合同的权利。

侵权连带责任是指发起人在公司设立过程中致人损害时,应与公司一起对他人负连带赔偿责任。大陆法系的日本商法第 193 条、韩国商法第 322 条第 2 款和台湾地区公司法第 23 条和第 8 条都对此作了明确规定。

需要指出的是,侵权连带责任的主体仅限于违法行为人,而不包括其它发起人。但是,如果违法行为人是多人时,多人应承担连带责任。

我国公司法仅规定了发起人对公司的损害赔偿责任和公司不成立时发起人对设立行为所产生的债务的连带责任,而对公司成立时,发起人对第三人的侵权连带责任没有规定,对第三人利益的保护显然不利。建议借鉴其他大陆法系国家的立法,增加规定:“公司成立后,发起人对在公司设立过程中因故意或重大过失而给第三人造成损害的,该发起人与公司一起对第三人承担连带赔偿责任。”

发起人和认股人在公司设立信息的占有方面是不均等的。发起人作为设立中公司的机关,具有优先获取公司设立信息的便利,很可能利用信息优势,欺骗和误导认股人,而自己从中获利。解决发起人与认股人信息不对称的关键是信息公开制度。因此,发起人对认股人的责任主要是信息公开责任。

信息公开又称信息披露,是指发起人对于设立中公司的信息必须完全、及时、准确公开,以此来保证信息资源能为利益相关方均等占有。公司信息公开制度始于 1845 年的英国公司法,后为美国 1933 年的《证券法》和 1934 年的《证券交易法》所采纳。现在,信息公开制度不仅是各国证券法的核心内容之一,也是公司法规定的重要内容。

发起人对于认股人的信息公开责任包括两方面的内容:发起人未交付公开说明书的责任和公开说明书内容虚伪、欠缺时的责任。

许多国家和地区为切实保护认股人利益,防止发起人滥用权利,对发起人未公开说明书的责任予以明确严格的规定。例如法国《商事公司法》第 74 条、美国《证券法》第 5 条、第 12 条,日本《证券交易法》第 15 条,我国台湾地区《证券交易法》第 31 条、第 32 条等。

各国对此责任的归责原则不尽相同,美国和日本采取的是严格责任原则,即只要发起人有不交付公开说明书的事实且损害和不交付行为有因果关系即可,而对认股人是否出于善意则在所不问。台湾地区规定由认股人负善意与否的举证责任,对认股人利益的保护不利。较为妥当的处理方法是,发起人承担的是无过错责任,认股人的善意与否并不影响发起人责任的成立,但认股人非善意可成为发起人免责的条件。这样规定有利于保护认股人的利益,同时也使发起人在一定条件下可以免责,较为公平,也是适应我国国情的。

各国法律对发起人在公开说明书内容虚伪、欠缺时的责任,均有规定。我国规范发起人信息公开责任的法律主要是《公司法》和《证券法》。依据我国公司法和证券法只规定了发起人制作虚假的招股说明书募集股份和未经有关主管部门批准擅自发行股票所要承担的法律責任。对发起人在招股说明书中有严重误导性陈述、重大欠缺时所应负的法律責任没有规定。虽然在《股票发行与交易管理暂行条例》第17条规定,全体发起人以及主承销商应当在招股说明书上签字,保证招股说明书没有虚假、严重误导性陈述或重大遗漏,并保证对其承担連帶責任,但对什么是“严重误导性陈述、重大遗漏”却没有相应解释。因此,建议公司法吸收《股票发行与交易管理暂行规定》第17条的精神,补充对于招股说明书不应有严重误导性陈述、重大遗漏的规定,并借鉴其他国家的做法,对“严重误导性陈述、重大遗漏”进行明确解释。

2005年我国公司法的修订,借鉴了其他国家的立法,也总结了公司法施行十多年的实务经验,在许多制度和规则上做了重大的突破和创新,但也不可避免地存在一些不完善的地方。比如在发起人的民事責任方面还存在以上谈到的诸多不足。对此,还望法学界同仁进行积极地思考、探讨并完善之。

[参 考 文 献]

- [1] [日]末永敏和:《现代日本公司法》,北京:人民法院出版社2000年版。
- [2] 柯芳枝:《公司法论》,台北:三民书局2000年版。
- [3] [英]R.E.G佩林斯:《英国公司法论》,陈顺译,上海:上海翻译出版公司1984年版。
- [4] 李哲松:《韩国公司法》,北京:中国政法大学出版社2000年版。
- [5] 《日本商法典》,王书江译,北京:中国法制出版社2000年版。
- [6] 胡果威:《美国公司法》,北京:法律出版社1999年版。
- [7] 董安生:《英国商法》,北京:法律出版社2002版。
- [8] 马俊驹:《法人制度通论》,武汉:武汉大学出版社1988年版。
- [9] 张龙文:《股份有限公司法实务研究》,北京:汉林出版社2004年版。
- [10] 王保树、崔勤之:《中国公司法》,北京:社会科学文献出版社2000年版。

(责任编辑 车 英)

Brief Research on Rules in Corporation Law of China about Liability of Sponsor

Yan Lei

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: Brief After founding of a corporation, civil liability of the sponsor includes liability towards the corporation and that towards the third person. The liability towards the corporation consists of that for breach of subscription and capital abundance, and compensation for damages. The liability towards the third person consists of contract joint liability, tort joint liability and liability for open information towards share purchaser.

Key words: corporation; sponsor; civil liability