

股份有限公司是社会化大生产和市场经济发展的产物,是现代企业中重要的、典型的组织形式。而股份有限公司的设立,则有赖于发起人的行为。发起人是指,按照公司法规定制订公司章程,认购其应认购的股份,承担公司筹办事务,并对公司设立承担责任者。本文就发起人的资格、地位及其责任问题作些探讨。

股份有限公司发起人 问题探析

崔勤之

一、发起人的数量和资格。发起人是设立股份有限公司的先决条件。由于股份有限公司通常是大型企业采用的组织形式,同时,股份有限公司能否设立又与发起人的行为有着直接的联系,所以,大多数国家的公司法,都对设立股份有限公司发起人的数量及资格作了限制性规定。(1)关于发起人的数量。大多数国家的公司法都对股份有限公司发起人的最低人数作了规定,因此,发起人必须符合法定人数,成为设立股份有限公司必须具备的条件。例如,德国规定,设立股份有限公司至少应有5个发起人;法国规定,设立股份有限公司,发起人数量的最低限额为7人。我国也规定,设立股份有限公司,应当有5人以上为发起人。也有少数国家如瑞典、列支敦士登等国,对股份有限公司发起人的数量没有限制。此外,我国公司法,还作了例外规定,即国有企业改建为股份有限公司的,发起人可以少于5人,但应当采取募集设立方式。当国有企业改建为股份有限公司时,发起人可为1人。必须采取募集设立方式。虽发起人为1人,但会有多个认股人,公司的注册资本由1个发起人和多个认股人,缴纳的股款构成。公司一经成立,便有多数股东,公司的股份由多个股东所持有。(2)关于发起人的资格。一些国家和地区的公司法,对发起人资格作了限制性规定。如台湾地区的公司法规定,发起人须为有行为能力人,无行为能力人或限制行为能力人,不得为发起人;瑞典公司法规定,发起人必须是在瑞典居住的瑞典国民或瑞典法人;丹麦公司法规定,发起人中至少有两入应居住在丹麦。在我国,现行公司法对设立股份有限公司发起人的资格,除规定须有过半数发起人在中国境内有住所外,没作其他限制,这意味着无论是自然人,还是法人,也无论是中国人还是外国人,都可以作为设立股份有限公司的发起人。笔者认为,还应进一步说明的是,自然人作为发起人,通常应为有行为能力人;法人作为发起人,通常应为营利性法人。

二、发起人的法律地位。在股份有限公司设立过程中发起人的法律地位如何,涉及到其权利、义务的归属和责任承担的问题。发起人的法律地位,一直是法学理论界研究探讨的课题。主要有以下四种观点:(1)无因管理说。此说认为,发起人与公司之间的关系为无因管理关系。公司成立后,发起人因设立公司所产生的权利、义务移归于公司。(2)为第三人利益合同说。此说认为,发起人因发起设立公司与他人所缔结的法律关系,是以将来成立的公司为受益第三人合同。(3)设立

中公司之机关说。此说认为,发起人是设立中的公司的机关,其因设立行为所生权利义务,自然归属于将来成立的公司。(4)当然承继说。此说认为,发起人的权利、义务,在公司成立的同时,当然由公司继受。

对上述四种观点,笔者有两点看法:第一,这四种观点都是试图通过阐明发起人与公司之间的关系,来确定发起人的法律地位。这种仅从发起人与公司之间的关系,来确定发起人法律地位的作法,带有一定的片面性。第二,这四种观点对发起人法律地位的阐述,都有不足之处。关于无因管理说,在一般无因管理关系中,管理人是无报酬请求权的,而设立股份有限公司的发起人,在公司成立后,有请求报酬的权利。那末,发起人与公司之间的关系是属于无因管理关系吗?关于为第三人利益合同说。该说认为,将来成立的公司为受益人,这意味着成立后的公司只能享有权益,而不担负义务。实际上,发起人因设立公司与他人缔结法律关系,所享有的权利和承担的义务,通常由成立后的公司继受。关于设立中公司之机关说。既然发起人是设立中公司的机关,那末公司不能成立时,设立公司所需费用等应由谁来负担,无法解释。关于当然承继说。该说没有说明,发起人的权利义务,为什么当然要由成立的公司承继的原由。

笔者认为,发起人的法律地位应当从以下两个方面来确定:一方面,从发起人作为个人来说,其法律地位表现在发起人之间的关系中。在现实生活中,为设立公司,发起人之间往往要签订设立公司的协议。在此基础上,进行设立公司的活动。发起人签订的设立公司协议,从性质上讲属于合伙合同。因此,发起人之间的关系是合伙关系,每个发起人都是发起人合伙中的成员。所以,当公司不能成立时,对设立公司行为所造成的后果,发起人要承担连带的法律责任。另一方面,从发起人作为一个整体来说,其法律地位表现在发起人与设立中公司关系中。发起人作为设立中公司的机关,对内履行设立义务,对外代表设立中的公司。因而,由于发起人的行为使公司利益受到损害时,发起人应当承担法律责任。当公司一经成立,发起人作为一个整体便不存在。由于设立中的公司与成立后的公司,其实体是同一的,所以发起人在设立公司过程中取得的权利和承担的义务,应归属于成立后的公司。

三、发起人的法律责任。股份有限公司发起人的

所有权与交易行为冲突之衡平

——兼论善意取得制度的适用

张 昊

法学界有这样的说法：“法学即权利之学”，而对民事权利的设定和保护，正是民法的基本任务。这种保护包括了两个重要部分：其一为对民事主体财产所有权享有的保护；其二为确认民事主体间交易行为产生的后果的法律效力。天下万物皆是相生相克的，虽然交易行为是基于所有权的流转而产生的；但是由于交易行为本身存在的瑕疵，同样会产生所有权与交易行为之间冲突。而物权理论中的“一物一权”主义使民法对这种冲突平衡导致的唯一结果只能是或者保护静态的所有权享有，或者确认交易行为的法律效力。例如：甲将动产若干售给乙，且已交付，而此动产实际上是丙委托甲保管之物。可见由于甲乙间的交易行为存在瑕疵——甲本无处分权，从而分割了丙对动产的所有权。这时若民法认定甲乙之间的交易行为有效，则势必使丙丧失对其动产的所有权；反之，如果维持丙的所有权，使之基于所有物的返还请求权而向乙请求动产的返还，则必须否定甲乙间的交易行为的效力。由于这里所有权与交易行为的不相容性，产生了民法对两者冲突的衡平问题。

民法对所有权与交易行为的冲突进行衡平，实质上是当两者冲突势必造成一方对所有权的丧失时，在法律上究竟保护静态的原所有权还是保护由于交易行为产生的所有权，然而民法对此并无特定的原则规定加以调节，而是往往在不同的法律制度及不同的条件下适用不同的衡平方式。

(一) 所有权的追及力和优先效力。所有权是所有人对其所有物进行一般地、全面地支配的最完全、最充分的物权。作为一种排他性、无期性的民事权利，所有权的本质特征在于所有权人对作为权利客体的物具有追及力，即物不论辗转于何人之手，权利人均可基于其

行为，往往直接关系到认股人、债权人以及即将成立公司的利益，关系到交易的安全和社会经济秩序的稳定。所以，各国对股份有限公司发起人法律责任，都作了较为严格的规定，我国有关公司方面的法律，对发起人法律责任从以下三个方面作了规定：(1) 设立公司过程中应负的法律义务，如连带认缴股款的责任、连带赔偿责任和行政或刑事责任。发起人未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，欺骗债权人和社会公众的，责令改正，处以虚假出资金额 5% 以上 10% 以下的罚款。数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，可以并处虚假出资金额 10% 以下罚金。(2) 公司成立后应负的法律义务。发起人在公

物权的请求权追及物之所在，请求返还。所有权的追及力最早体现在罗马市民法中，罗马法的物权理论有“余发现余物时，余即收回”和“任何人均不能将超越自己所有的权利与他人”等原则，所有物的回诉权成为最强的权利。这就使真正权利人可以从无权受让人那里追回其物。这些旨在保护所有权享有的物权原则至今仍对各国民法制度产生巨大影响。作为物权而对抗债权的优先效力是所有权的另一个重要特性，即在同一物上物权与债权发生冲突时，物权有优于债权的效力。例如：甲和乙签订了 50 吨钢材的买卖合同，乙因此取得请求甲交付该 50 吨钢材的债权；但后来甲又将这 50 吨钢材出卖给丙，且已交付，丙遂取得钢材所有权，较乙的债权优先，这时乙只能要求甲承担合同不履行的违约责任，而不能对丙的所有权主张权利。这种优先权是由所有权的完全支配性决定的。不过这只是一般原则，不动产的租赁权作为债权却有对抗所有权的效力。但总的来说，所有权的追及力和优先权制度是基于保护所有权的享有而设立的。

(二) 所有权变动的公示原则与公信原则。公示原则要求所有权的享有、流转必须以一定的可以从外部查知的方式表现出来，以保护交易的安全；因此民法上对不动产所有权变动以“登记”为公示方法，对动产所有权变动则以“交付”为公示方法。如果基于依赖这种公示而为的交易行为，即使登记或交付所表现的所有权与真实状态不符，也不能影响交易行为的效力。这就是公信原则的内容。可见，无论公示主义原则还是公信原则，都是为了保护交易行为的安全。依据公信原则而设立的动产的善意取得制度，笔者将在下文详述。

(三) 动产善意取得制度的适用。与罗马法的回复主义相反，日耳曼法对所有权和交易行为的冲突采取

司成立后应负的法律义务，主要是行政或刑事责任。即：发起人在公司成立后，抽逃其出资的，责令改正，处以所抽逃出资金额 5% 以上 10% 以下的罚款。数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，可以并处抽逃出资金额 10% 以下罚金。(3) 公司不能成立时应负的法律义务。发起人在公司不能成立时应负的法律义务，主要是民事责任。即：对设立费用及债务负连带责任；对返还股款及利息负连带责任。公司不能成立时，对认股人已缴纳的股款，发起人负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。