



LASS

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第五卷 2009年 苏力 主编 贺欣 执行主编

先公司合同的法与经济学分析 渠震

"赔钱减刑"的激励机制 陈颀

网络隐私保护：信息生产与架构的视角 胡凌

水利、“天助”与乡村秩序 朱晓阳

计划生育法律政策的负面影响 胡昌明

宽严相济刑事政策的意外后果 陈力

海瑞定理，还是苏力定理？

李清池 沈明 艾佳慧 张巍 李晟 凌斌 尤陈俊



法律出版社

LAW PRESS·CHINA

论文

- 先公司合同的法与经济学分析 / 渠 震 / 1
“赔钱减刑”的激励机制 / 陈 颀 / 28
网络隐私保护:信息生产与架构的视角 / 胡 凌 / 64
水利、“天助”与乡村秩序——滇池小村的地志 / 朱晓阳 / 91

评论

- 计划生育法律政策的负面影响 / 胡昌明 / 135
宽严相济刑事政策的意外后果 / 陈 力 / 165

批评

- 海瑞定理,还是苏力定理?
海瑞定理能否成立 / 李清池 / 188
交叉学科研究的启示与风险:简评海瑞定理 / 沈 明 / 196
海瑞定理的适用边界 / 艾佳慧 / 205
对海瑞定理的法律经济学评论 / 张 巍 / 213
信息不对称的难题:评海瑞定理 I / 李 晟 / 219
疑难案件中司法资源的优化配置:解读海瑞定理 / 凌 斌 / 223
历史语境中的海瑞定理 I:延伸性讨论 / 尤陈俊 / 237

编辑手记 / 247

先公司合同的法与经济学分析

渠 震*

内容摘要:由于中国公司法对先公司交易的规定不够完备,该类合同的司法实践一直处于比较混乱的状态。而结束这一混乱状态的最佳途径是就先公司合同进行专门法律规定。本文旨在通过对合同默认规定的经济分析来揭示最有效率先公司交易规则。本文研究表明在中国公司法制度下最佳先公司合同规定是“个人责任原则”,即由发起人承担合同责任。

先公司合同是由公司发起人^①代表设立中的公司在公司设立前所缔结的合同。此类合同的重要性在普通法系国家中已日渐减弱,^②但在中国正好相反。先公司合同是中国《公司法》无法避免的问题。一个明显的例子就是,没有营业场所的公司无

* 法学博士,澳大利亚莫多克大学法学院高级讲师,E-mail: C. Qu@ Murdoch. edu. au。

① 在本文中“发起人”指参与(有限责任或股份有限)公司设立的人员。

② Michael J Whincop, *An Economic and Jurisprudential Genealogy of Corporate Law*, Ashgate, 2001, p. 59.

法进行注册登记。^③这就意味着成立公司的首要条件是必须在注册登记前订立一份土地买卖或租赁协议。从商业意义的角度看,先公司合同也常常是必需的。例如,以现有商业实体(existing business)作为出资的话,则在设立程序完成前,该商业实体通常仍需要继续运营。^④生意的运营则往往需要订立合同。另外,先公司合同通常对于公司成立后可以立即进入正常运营十分必要。^⑤先公司合同在某种情形下亦可为即将设立的公司提供获取丰厚利润的机会。^⑥

先公司合同通常具有不完备性。此类合同通常不包含有关公司设立失败的效力的条款。即使公司成功设立,该公司仍可能拒绝履行(如通过追认)。然而,先公司合同往往不设定此种情形出现时当事人权利义务的约定。^⑦因此,亟须相应的法律填补这些漏洞。然而,中国《公司法》未就先公司合同做出专门规定。与先公司合同相关的只有第95条。第95条规定,股份有限公司的发起人在公司不能成立时,对设立所产生的债务和费用负连带责任。该条还规定了发起人在公司不能成立时对认股人返还股款的责任及发起人在公司设立过程中由于其过失致使公司利益受到损害时的赔偿责任。很明显,相对第三者缔约人来说,第95条只是对股份有限公司不能成立时发起人对设立行为所产生债务的责任做出了规定。这样的立法状况向立法者提出了两个问题。第一,是否有必要就先公司合同做出专门规定。第二,如果有必

^③ 《公司法》,2005年修订,第25条第1款;77(6)。

^④ Thomas Reith, "The effect of pre-incorporation contracts in German and English company law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37: 109, 124 (1988); Burkhardt W Meister and Martin H Heidenhain, *The German Limited Liability Company*, Fritz Knapp Verlag, 1988, p. 68.

^⑤ Klaus Heinemann, *Pre-incorporation Transactions*, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 74.

^⑥ 据对浙江省景宁县有关公司设立前合同行为的实证分析表明,在浙江省的小型水力电气公司的发起人几乎都订立过各种设立前合同,包括地质勘探、可行性研究、土地使用权取得、青苗费补偿等,载童兆洪主编:《公司法法理与实证》,人民法院出版社2003年版,第13页。

^⑦ Michael J Whincop, "Of Dragons and Horses: Filling Gaps in Pre-incorporation Contracts", *Journal of Contract Law*, Vol. 12: 217, 223-225.

要,如何制订有关规定。本文旨在透过法与经济学的视角研究先合同的默认规定,就以上两个问题提出见解。

之所以选择法与经济学的作为研究工具,是因为这种方法可以透视出对于相关不同规则的效率的认定。而实现公司法规则效率的最大化是实现公司法目的的最佳方法。公司法的目的是通过提高公司内部各个利益集团的福利,如股东、雇员、供应商等,有时候甚至包括当地的社会团体的福利,来达到服务社会整体利益的目的。有效的公司法规定应该是有助于实现股东获利的最大化,而股东获利的最大化则是取得各个利益集团之间利益平衡从而提高社会整体福利的最佳途径。^⑧

据本文作者所知,Michael Whincop 是唯一通过法经济学的视角研究先公司合同的学者。^⑨ 他所提出的公司设立前进行分类和关于先公司合同的效率的看法都对本文旨在探讨的问题具有相当的启发性。因此,本文在对这些问题做出纵深性探讨的时候,将会不可避免地使用到 Whincop 所创设的“Whincop 分类适用法”。

一、研究公司设立前合同的法与经济学方法:概念框架

(一)公司法与契约论的经济学方法

法经济学家倡导“对法律进行经济学分析,就是根据成本效益分析法律规定,从而判断法律规定的变更是否会造成分配效率或者社会福利的增加或减少”。^⑩ 法经济学分析的中心规范性命题(normative

^⑧ Reinier Kraakman, et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, pp. 17-19.

^⑨ Whincop supra note 7, p. 217.

^⑩ Bryan A Garner (ed), *Black's Law Dictionary*, 8th edn, Thomson West, 2004, p. 901. 效率分配关系到个体偏好的满足。“一个特殊的情形……在无法改变的前提下,进行效率分配是一个人得到更好的条件不能以损坏另一个人的利益为代价”;Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, 4th edn, Pearson Addison Wesley, 2004, p. 16.

thesis)就是法律规定应该适应经济效率原理。^①用经济学方法研究公司法的中心理论是所谓的“契约理论”。这种理论其实是一种以契约概念分析法律的理论体系。缔约当事人并不视公司为独立个体,而是将公司视为一系列合同关系的集合。这些合同关系的当事人可以是公司内部的成员(如经理、其他雇员、股东等),也可以是公司外部人员(如债权人)。而最佳的公司法规定应该有助于降低公司缔约的“交易成本”。这里所说的“交易成本”包括“寻找并确定交易磋商对象的成本、使交易各方集中的成本、磋商本身的成本及磋商结果得到实际执行的成本”。^②

(二)代理成本

上述合同关系所涉及的一种关系是公司的管理人和承担剩余风险的人(如股东)之间的关系。Jensen 与 Meckling 将这种关系视为代理的一种,并且将代理关系定义为“一种合同关系,即一方当事人(本人)委托他人(代理人)在授权范围内代表其为某种行为的关系”。^③假设本人与委托人均追求效用最大化,则很有可能代理人不会永远以被代理人的最大利益行事。为解决这一“代理人”问题,被代理人可采取激励方法或监督代理人的方式将其自身利益与代理人的利益相挂钩。Jensen 与 Meckling 将这种行为的成本定义为“监督成本”。

另外,代理人也有可能将自己的利益与被代理人捆绑起来,如通过承诺其行为导致公司利益受到损害时,如转移公司财产,对被代理人做出补偿。这种代理人因捆绑利益而支付的成本称为“保证成本”(bonding cost)。另外,代理人做出的决策与可使被代理人利益最大化的决策之间会存在一定的差异。Jensen 与 Meckling 将被代理人因这种

^① Peter Newman (ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 2, Macmillan Reference, 1998, p. 460.

^② A Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 3rd edn, Aspen, 2003, p. 12.

^③ Michael C Jensen and William H Meckling, "Theory of firms, managerial behaviour, agency costs and ownership structures", *Journal of Financial Economics*, Vol. 3: 305, 308 (1976).

差异导致的损失称为“剩余损失”。^⑭ 监督成本、保证成本与剩余损失构成所谓的“代理成本”。

显而易见,被代理人利益最大化可通过降低代理成本来实现。而降低代理成本可以通过以下三种方式。^⑮ 第一种是在公司的章程内加入保护性规定。例如对发生利益冲突的情况进行处理的规定可以帮助降低代理成本。第二种是市场的力量(market force)。公司兼并市场(Corporate control market)的力量会促进公司管理者的表现。如果公司业绩不佳,该公司很有可能会被管理更好的公司所兼并。资本市场也会促使管理者有更好的表现。公司股价可以决定一家公司的命运。与管理者相关的人力资源市场也对管理者构成一种压力,表现不佳的管理者很有可能被替换。

最后,代理成本的降低可以通过法律对代理人课以外部义务得到实现。对于法经济学家而言,公司法也是公司契约的一部分。换句话说,公司法提供了标准化的公司企业规定。现代公司法的一些核心教条,如独立的公司法人人格、有限责任、公司管理人员的忠诚注意义务等,都是公司契约中的默示条款。

(三) 默认规定(default rule)的经济分析

法经济学家认为公司法应该是一系列默认性规定的集合。^⑯ 默认规定是指当事人可以通过协议变更或取消的规定。与此对应的是强制性规定,这种规定不能通过协议加以变更。当合同对某些事项未在合

^⑭ Jensen and Meckling, *supra* note 13, p. 308.

^⑮ Roamn Tomasic, Stephen Bottomley and Rob McQueen, *Corporations Law in Australia*, 2nd ed Federation Press, 2002, p. 56; See Michale J Whincop, "Of Fault and Default: Contractarianism as a Theory of Anglo - Australian Corporate Law", *Melbourne University Law Review*, Vol. 21: 187, 191 - 193 (1997).

^⑯ Frank Easterbrook and Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991, p. 15; Whincop *supra*, note 15, p. 189. 在现实中许多法律规则是强制性规则。如公司成立前合同的规则可以是强制性的(如澳洲公司法第 131 条),亦可使任意性的(如香港公司法第 32A 条)。在行为人未对任意性规则加以变更的情形下,该任意性规则的作用等同强制性规则。因此,选择任意性规则之原则亦可指导强制性规则之选择。

同中进行明确约定时,默认规定在某种程度上是对缔约双方都有利的规定。Ayres and Gertner 将默认规定分类为特制默认规定 (Tailored default rules)、非特制默认规定 (Untailored default rules)、惩罚性默认规定 (Penalty default rules) 和刚性默认规定 (Strong default rules)。^⑰

1. 特制与非特制默认规定 (Tailored and untailored defaults)

有两种方式可以帮助我们理解缔约双方“有可能需要”的规定。默认规定可以理解为在无数相似合同中的大多数当事人就有关类似条款,如曾进行过磋商都会同意的条款。在这一项以下的默认规定称为“非特制默认规定”,而某一特定合同双方,假如曾就某一条款均进行过磋商,均愿意接受的规定,则称为“特制默认规定”。

2. 惩罚性默认规定 (Penalty default)

法律所提供的某些特定“可能需要的”规定,也可以理解为至少合同一方是不愿意接受的。Ayres 与 Gertner 将这种规定定义为“惩罚性默认规定”。除非合同事先约定,“惩罚性默认规定”对合同一方当事人规定了惩罚事项。惩罚性规定有助于减少交易成本,例如它可以促使掌握信息的一方向另一方披露信息。而且,它还可以促使合同的双方当事人向第三方披露信息。例如,现代公司章程的制定有助于向与公司有利害冲突的第三方(如债权人)披露信息。^⑱

3. 刚性默认规定 (Strong default)

刚性默认规定是指缔约磋商成本过大的规定。因此这种默认规定具有强制性规定的性质。^⑲

4. 强制性规定的微效性 (Triviality)

契约论作为分析工具的作用基于公司法规定的可约定性。公司法立法必定包括一定的强制性规定。而问题是在某一特定的法域,法与经济学方法的作用可以发挥到何种程度。Black 对这一问题的回答是

^⑰ Ian Ayres and Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", *Yale Law Journal*, Vol. 99:97 (1989).

^⑱ Ayres and Gertner, *supra* note 17, p. 97.

^⑲ Whincop *supra* note 15, p. 202.

强制性公司法规定的作用微乎其微。^{②①} 首先,“完全有效”的强制性规定是模仿市场机制制定的,所有的公司都会无条件的接受该规定。其次,规避强制性规定是有可能性的。比如,在美国,可以采取在其他州重新组建公司的办法,甚至通过修改立法规避强制性规定。最后,一项规定,如果不是很重要,并且可能以最小的成本加以遵循的话,该规定可以说是可有可无的。^{②②}

5. 如何实现默认规定效率最大化

默认规定可以填补合同条款的空白。从法与经济学角度来看,法律制订者应该选择可以减少交易成本的默认规定。此类规则的制定一般应遵循三项原则。

第一,该默认规定应该是双方当事人都愿意接受的。赋予当事人所愿意接受的东西可以促使其互相配合以减少不确定性和风险,进而使该合作具有效率。^{②③}

第二,默认规定应该将风险配置给风险承担成本最小的一方。有效率的默认规定应该是将风险配置给可以以最小成本承担该风险的一方,从而各方的获利达至最大化。这一原则可依据所谓的“卡尔多—希克斯”福利经济学效率理论导出。根据“卡尔多—希克斯”效率原则,资源的再分配在受益方之所得足以补偿受损方所失的情形下便是效率高的(efficient),尽管实际上受益方没有向受损方进行补偿。^{②④} 若

^{②①} Bernard S Black, “Is Corporate Law Trivial? A Political and Economic Analysis,” *Northwestern University Law Review*, Vol. 84(2): 542 (1990).

^{②②} 例如,要求公司在召开股东会前60天通知股东的规定就是无效的,因为公司遵守这个规定并不困难,成本也不高; Black *supra* note 20, pp. 560-561。

^{②③} Cooter and Ulen *supra* note 10, pp. 196, 199.

^{②④} Cooter and Ulen *supra* note 10; 48; Robin P Malloy, *Law and Economics: A Comparative Approach to Theory and Practice*, West Publishing, 1990, p. 40; Andrew Griffiths, *Contracting with Companies*, Hart, 2005, p. 33. 一般认为“卡尔多—希克斯”效率理论优于“帕累托”(Pareto)效率理论。根据“帕累托”(Pareto)效率理论,对资源的再分配只有在至少一方获益而无人受损的情形下才是效率高的; Cooter and Ulen *supra* note 10, pp. 17-18。根据这一原则,只有在获益方对受损方实际进行补偿的条件下,才应对现状进行改变。受损方在未受到补偿的情况下一般会反对改变现状。因此,帕累托效率理论对指导公共政策及讨论法律规则意义有限; Cooter and Ulen *supra* note 10, p. 48; Griffiths *id.*, p. 32。

将这一效率原则运用到合同风险的分配上,那么相关的法律规定应根据当时双方在订立合同时应该会做出的安排来配置有关风险,也将风险分配给风险承担成本较小的一方。²⁴ 举例而言,倘若甲方承担风险的成本是60元,而乙方承担风险的成本是20元的话,则风险即应分配给乙方。让乙方承担该风险可以比让甲方承担该风险节约40元。²⁵

第三,至少在合同的不完备是由具有信息优势的一方的“策略性”行为(Strategic behaviour)所造成的情形下,默认规定的设计一般应不利于具有信息优势的一方。信息交换可以推动合作,从而提高效率。²⁶ 如上文所述,为信息充分的一方设定不利于该方的默认规定可以促使该方通过磋商变更该默认规定,而此类磋商一般会促进信息充分一方披露有利于另一方当事人更好地对可能存在的风险作出评估的信息。而且,更具有说服力的是,之所以设计对信息充分的一方的任意性规则,是因为信息不充分的一方往往甚至不知道该默认规定的存在。²⁷ 倘若默认规定设计不利于信息不充分的一方,则信息不充分的一方一般没有机会通过磋商变更该默认规则,因为该方有可能连该默认规定的存在都不知道。

将风险配置给信息充分的一方也可以从博弈理论中的均衡论(equilibrium)的角度加以考虑。为具有信息优势的一方设立不利于该方的默认规定有助于市场实现所谓的“分离均衡”(Separating equilibrium)。在分离均衡状态下,“不同的缔约人通过选择不同的博弈过程并以不同的价格进入不同的群体而得以分离出来”。²⁸ 而这种均衡状态中的不同价格是通过信息充分方将默认规定写入合同实现的,即实现对相关风险的信息披露。以此达至的价格可以更好地反映出风

²⁴ Griffiths supra note 23, p. 35.

²⁵ 见 Cooter and Ulen 文中举例, supra note 10, pp. 213-214。

²⁶ Cooter and Ulen supra note 10: 200-201. 合同不完备的另一个原因是当就某一可能性(Contingency)进行磋商的交易成本高于磋商所能带来的利益时,合同当事人会有意在合同中留下空白; Ayres and Gertner supra note 17, p. 92.

²⁷ Ayres and Gertner supra note 17, p. 98.

²⁸ Ayres and Gertner supra note 17, p. 112.

险的存
相
导致“消
一的,
单一价
方可以
补贴价
中的一
是低下
(I
1.
对
于对不
景中的
创设了
为四类。
公司最终
前提下,愿
有能力作
履行合
动时)。
司最终
则是公
2.
立
产生的

²⁹

³⁰

³¹

险的存在程度。因此,默认规定对于分离平衡的促进是具有效率的。

相对而言,为信息不充分的一方设立不利于该方的默认规定则会导致“混同均衡”(Pooling equilibrium),在这种均衡下达至的价格是单一的,而不同程度的风险不能被区分开来。^{②9} 在这种均衡中所产生的单一价格无法反映信息不充分一方承担风险的程度,因为信息充分一方可以不对信息进行披露。在混同均衡中,一方当事人可能取得交叉补贴价格,因为另外一方当事人会将其交易对象当作一大类别缔约人中的一个一般成员对待。^{③0} 因此,导致的混同平衡的默认规定的效率是低下的。

(四)公司设立前合同的高效率默认规定:Whincop 的观点

1. 先公司合同交易场景的分类

对现行法律规定的评估及公司设立前合同法律制度的设计都须基于对不同先公司合同交易场景的分类。对交易场景的分类决定不同场景中的合同当事人。Whincop 在公司设立前合同规定效率的研究中^{③1} 创设了一种类型化的研究方法。这种类型化方法将公司设立前合同分为四类。这四类合同其实是四种假设的交易场景。第一种交易假设是公司最终设立后愿意并有能力履行设立前合同。即公司在有能力的前提下,愿意履行设立前合同。第二种交易假设是公司最终得以设立后,有能力但是不愿意履行设立前合同。公司有可能出于两个原因不愿意履行合同。其一,该合同有悖于公司的利益(如因市场因素导致价格波动时)。其二,发起人在签订合同中有不当行为。第三种交易假设是公司最终得以设立,但因无履行能力而无法履行合同。第四种交易假设则是公司未能设立。

2. 三种假设的默认规定

立法者在先公司合同的问题上的角色应该是根据合同不完备性所产生的风险在合同当事人之间进行风险配置决策。如 Whincop 所述,

^{②9} Ayres and Gertner supra note 17, p. 112; Whincop supra note 32, p. 229.

^{③0} Ayres and Gertner supra note 17, p. 100. See also Whincop supra note 32, p. 229.

^{③1} Whincop supra note 1, p. 218.

先公司合同的潜在风险承担者包括与发起人订立合同一方(缔约方),发起人以及合同所涉及的即将成立的公司。因此,公司设立前合同在发挥“填补空白”作用时,有三种可以适用的规则:

- (1) 不履行原则,即不允许合同当事人履行合同;
- (2) 个人责任原则,即发起人个人承担合同责任;
- (3) 公司责任原则,即假如公司得以设立的话,由公司承担合同责任。^②

普通法院在审理不同案件时应用了上述第一种和第二种规则。^③而英国及澳大利亚法院在具体案件中从未使用过公司责任规则。^④

3. 关于公司设立前合同的高效率的规则: Whincop 的观点

(1) 第一类(已设立、有能力并自愿履行)

既然公司得以设立并且愿意而且有能力履行合同,则缔约双方不会产生纠纷。而传统学理观点认为在这种情况下,如相关公司法对这种确认有明确规定的話还需要一个公司对合同加以确认的过程。^⑤当有关公司法对这种确认没有明确规定时,公司或可通过合同更新成为合同的当事人。然而确认(或更新^⑥)合同会产生交易费用。^⑦因此公司责任原则的采用可以省去这种交易费用。

(2) 第二类(已设立、有能力但拒绝履行)

已成功设立的公司可能出于两种原因不愿履行合同。第一,履行合同会对公司不利(如市场波动)。第二,因为发起人在签订合同过程中的不当行为,公司不愿承担相应的责任。

^② M Whincop supra note 7, p. 224.

^③ For example, *Kelner v. Baxter* (1866) LR 2 CP 174 (个人责任原则), *Newborne v. Sensolid (Great Britain) Ltd.* [1954] 1 QB 45 (不履行原则), *Black v. Smallwood* (1966) CLR 52 (不履行原则)。

^④ Whincop supra note 7, p. 224.

^⑤ Whincop supra note 7, pp. 224 - 225.

^⑥ 根据中国《合同法》第88条,普通法所谓的“合同更新”可通过合同权利及义务的概括转让得以实现。

^⑦ Whincop supra note 7, p. 225.

Whincop 认为公司责任规则对上述两种情况均适用。第一种情形下,若采取不执行规则会将市场波动的风险无任何理由的分配给缔约方,而允许管理者可以依据外部因素(如市场波动)选择是否接受合同将导致机会主义的滋生,而且将全部风险由缔约人承担也会使与即将成立的公司订立合同的交易成本增加。因此,不执行原则是无效率的。那么个人责任规则又如何呢? Whincop 的看法是这种规则应该逊于公司责任规则。他的理由是股东是市场价格波动风险的最佳承担者,因为他们分散投资的能力较发起人要高。³⁸ 而创业家的投资一般都比较集中。

对于第二种情形,Whincop 认为个人责任规则的保护能力是微效的,因为发起人可以通过下述做法规避这一规则:

- (a) 购买一家公司,则公司设立前合同的规定对此不适用;
- (b) 在公司成立后才订立合同。

同时,普通法上关于发起人责任的规定就发起人的不当行为已给予公司充分的保护。³⁹ 个人责任规则向公司提供的第二层保护因此可以省去。

- (3) 第三类(已设立,没有能力履行)

这种情形下,发起人与债权人之间的利益存在张力。有两种做法可以使风险降低。一方面,债权人可以采取一定法律手段(如抵押或担保)来防范因公司成立后无能力而不能履行合同的的风险。假如让发起人承担相应责任的话,会对创业精神(Entrepreneurship)形成制约。另一方面,不执行规则会促使发起人代表公司签订过大风险合同。这是因为即使公司最终无能力履行,发起人的个人利益也不会受到影响。⁴⁰

Whincop 试图将两种互相矛盾的观点统一起来,他提出一种“交互

³⁸ Whincop supra note 7, p. 225.

³⁹ Whincop supra note 7, pp. 226 - 227. 在普通法中,发起人对即将设立的公司负有信义义务(Fiduciary obligations): Paul Davis, Gower and Davis' Principles of Modern Company Law, 18th edn, Sweet & Maxwell, 2008, p. 107.

⁴⁰ Whincop supra note 7, p. 227.

式”方法。通过这种方法,在一般情形下,应将不履行规则设定为默认规定。但是,若在一个理性的旁观者看来,公司最终得以设立时就会因资不抵债(Insolvency)而无法履行合同,则不执行规则应让位于个人责任规则,但前提是发起人有权协商其责任之免除。^④ Whincop 之所以认为默认规定应为不执行规则,是因为他认为公司设立前合同关系的债权人与其他法律关系债权人并无不同,都应该是在明知对方当事人是有限责任主体的前提下才签订合同的。^⑤

(4) 第四类(公司未能设立)

这种情况需要解决的仍是公司发起人与缔约人之间的利益矛盾。个人责任规则是最为有效的一种默认规定。因为个人责任原则是对发起人设定的一种惩罚性规定。当公司未能设立时,由发起人承担责任,除非因发起人的协商当事人在合同中约定了免除发起人的责任。此类协商,如上文所述,可揭示公司最终无法设立的可能性(即公司设立失败之风险)。对于相关风险的披露会使相应的风险在合同价格中得以体现。换言之,个人责任原则可以产生分离平衡及更有效率的合同。

相比之下,不执行规则不具有上述探讨的个人责任规则的优点。相反,此规则很有可能导致混同平衡,进而导致低效合同。而且,不执行规则会导致机会主义。发起人可以按照其意愿或根据其个人利益而随心所欲地拒绝履行合同。

二、在中国制订专门法律规定之必要

《公司法》第95条是对股份有限公司不能成立时发起人对设立行为所产生债务的责任做出的规定。在解决先公司合同争端上该条适用范围有很大的局限性。首先,该条只适用于股份有限公司不能成立时

^④ Whincop supra note 7, pp. 227-228.

^⑤ Whincop supra note 7, p. 228.

的情形,而有关公司设立前合同的争端往往涉及责任有限公司。其次,该条适用于公司不能成立时,而合同争端往往产生于公司设立成功后。最后,该条规定的是对由公司设立行为所产生之债务的责任归属,而合同争端有关债务往往与公司设立无关。

当然,即使第95条不足以为公司设立前合同争端的解决提供法理依据,如该条的缺漏能通过司法技术或其他的法律规定得到填补,专门立法便不一定是必由之路。然而,人民法院的司法实践表明,至少在公司已设立的情形下,第95条及相关规定不能适用,有关立法缺漏亦很难填补。下文将通过对人民法院在审理各个类型先公司合同案件中使用过的司法技术之考察进一步说明第95条的缺陷及填补有关法律缺漏的困难。

(一) 第一类(已设立,有能力并愿意履行)及第二类(已设立,有能力但不愿履行)

1. 第一类与第二类相互交错的交易场景

正如 Whincop 所言,合同争端不会产生于第一类交易场景。然而,在现实生活中第一类合同往往会变异为第二类合同。在公司成功设立并有能力履行的情况下,公司在确认先公司合同之后有可能转而拒绝履行合同。^{④③}此种情形往往出现于代表公司确认合同的公司官员是公司设立前代表其签订合同的公司发起人的情况。该官员死后公司以系争合同应被认定为发起人的私人合同为由拒绝履行合同。^{④④}出租汽车公司购车合同案的点评人^{④⑤}认为在这种情况下公司应该对债务负责偿还。其理由是在公司设立前,合同为效力待定合同,可待公司设立后经公司加以确认。在该案中出租汽车公司设立后继续占有并使用公司设

^{④③} 出租汽车公司购车合同案,载王明、宋才发主编:《公司合伙纠纷案例》,人民法院出版社2005年版,第18页。

^{④④} 王明、宋才发主编:《公司合伙纠纷案例》,同前注;造船厂要求某公司支付船款案,郑涛:《公司法案例评析》,汉语大词典出版社2003年版,第23~24页。

^{④⑤} 本案例摘自王明、宋才发主编:《公司合伙纠纷案例》,同前注。该书并未提供相关判决书,而是对案例应如何作出判决和支持判决的法律原理作出论述。由于该丛书的编著者多为各地各级人民法院法官,因此该评析观点很可能是相关法院的观点。

立前购置的车辆。点评人认为该事实已充分说明公司已对合同进行了确认。中国《合同法》第51条规定当无权处分人处分了他人财产时,该处分合同经合法权利人确认或该无权处分人嗣后成为该财产的所有人时,该合同为有效。

如果该案点评人的观点代表法院的意见,那么该案的判案法理依据便是有关效力待定合同的规则了。然而,这种将公司设立前合同认定为效力待定合同的路径是行不通的。问题的关键是公司设立前合同并不涉及对他人财产的无权处分。当合同缔结时,财产的正当所有人(即所谓“他人”)是公司,当时并不存在。因而《合同法》第51条对本案并不适用。

2. 第二类合同

第二类合同场景比较复杂。公司拒绝履行合同或出于机会主义的动机,或由于发起人在签订合同中有不当行为。因此,人民法院在审理此类合同案件中往往会根据对公司动机的判断寻找、适用不同的法理依据。在公司拒绝履行合同是出于机会主义的动机的情况下,人民法院所采用过的司法技术之一是通过法例释义扩大第95条(1993年《公司法》第97条)的适用范围。如在湖南省华储等公司诉海南五指山开发股份有限公司^④一案(华储案)中,一审法院认为根据1993年《公司法》第97条之精神,公司成立后发起人不再对公司成立过程中发生的债务负责,也即债务的承担人应是公司。其根据是第97条规定,公司设立失败的,发起人应对因设立公司而发生的债务共同承担责任。二审法院维持了一审判决。法院在华储案中对1993年《公司法》第97条的解释旨在扩大该条的适用范围。然而,这一解释在逻辑上是站不住脚的。规定公司设立失败时因设立公司而发生的债务由发起人承担的逻辑结论并不是若公司设立成功则有关债务必然由公司承担。

事实上,在发起人签订或履行合同中存在不当行为的情形下,法院在判案中一般会考虑使用不同的司法技术。在熊晓红诉亮信灯饰(深

^④ 海南省高级人民法院,(2000)琼终字第50号,2000年8月1日。

圳)有限公司一案(熊案)^{④⑦}中,上诉人以公司名义在该公司设立前与被上诉人签订软件开发合同。在上诉人违约及公司在设立后并未表示愿意承担合同义务的情况下,法院拒绝了上诉人有关其不是适格被告的答辩。法院指出,设立中的公司只能从事公司设立活动范围之内行为,而本案中签订技术开发合同的行为不属于公司设立活动范围之内行为。因该行为所产生的权利义务关系,在成立后的公司没有正式表示前,不能由其承受。

在熊案中,法院在“设立中公司”概念的基础上对有关合同进行了所谓“必要性”审查。根据学说,所谓“设立中社团”,是指设立程序中的社团。此种社团尚未具有权利能力。因此,在过渡阶段中,权力的主体是设立人或社员。^{④⑧} 根据“必要性”审查,公司仅在公司得以成功设立时承担责任,而且前提是所发生的债务或费用须为设立公司行为之所必需。否则,有关合同责任由发起人承担。^{④⑨} 在中国,“设立中公司”概念的出处应是中国台湾地区学者王泽鉴教授在《民法总则》中所论及的“设立中社团”之概念。^{⑤⑩} 而王教授论及的这一概念应出于德国法学家。^{⑤⑪} 然而在德国,所谓“设立中公司”或“设立前公司”(Vorgesellschaft 或 pre-incorporation company),根据有关判例,是有能力取得权利、承担义务的实体。^{⑤⑫} 这一实体形成于公司章程公证程序完成后(责任有限公司)^{⑤⑬}或股金认购结束后(股份有限公司)。^{⑤⑭} 在此之

^{④⑦} 广东省高级人民法院,(2003)粤高法民商终字第65号。

^{④⑧} 王泽鉴:《民法总则》(增订版);中国政法大学2001年版,第181页。

^{④⑨} 王泽鉴:《民法通则》(增订版);同前注^{④⑧},第182页;刘刚仿、赵奇志:《公司发起人法律制度研究》,对外经济贸易大学出版社2006年版,第209页。

^{⑤⑩} 上海市高级人民法院编:《公司发疑难问题解析》,法律出版社2004年版,第12页。

^{⑤⑪} 王泽鉴:《民法通则》(增订版),同前注^{④⑧},第181页注[1]。

^{⑤⑫} Meister and Heidenhain supra note 468. 虽然代表 Vorgesellschaft 签订公司设立前合同的董事经理承担连带责任:《德国有限责任公司法》,第11条第2款。

^{⑤⑬} Frank Wooldridge, “Aspects of German Law Governing Private Limited Liability Companies” in David Feldman and Frank Meisel, Corporate and Commercial Law: Modern Development, Lloyd’s of London, 1996, pp. 33, 38-39.

^{⑤⑭} Heinemann, supra note 5, p. 82.

前发起人构成一个“民事合伙”企业。发起人为该企业的民事行为承担连带责任。⁵⁵由此可见,“设立中公司”这一概念形成于德国特定的法律环境中与框架内。在中国大陆地区的立法现状下是否能够直接套用十分值得怀疑。

所谓“必要性”审查更加值得商榷。进行“必要性”审查的先驱亦是德国法院。进行“必要性”审查的最初缘由是担心让成立后的公司承担公司设立前合同的义务会产生公司登记设立时公司资本额低于法定资本最低限额的结果。⁵⁶“公司设立前负债之禁止”(Vorbelastungsverbot)这一教条便产生于这一对保证资本最低限额的关切。⁵⁷然而,“必要性”审查或“公司设立前负债之禁止”未能在所有的情形下得以实施。例如,在股东以非现金形式出资或公司可因公司设立前合同获得丰厚利润的情形下,法院往往置“必要性”审查或“公司设立前负债之禁止”于不顾。⁵⁸对法定资本最低限额的关切和商业现实之间的无法释缓的张力迫使当时的西德最高法院于1981年决定摒弃“必要性”审查及“公司设立前负债之禁止”。⁵⁹既然“必要性”审查早已在其出生地被屏弃,我们则大可不必拾人牙慧。

从经济分析的角度看,“必要性”审查也应该屏弃。首先,发起人签订公司设立前合同的目的往往是让公司在成立后可以立即进入正常运营。⁶⁰此类合同因非公司设立所必需,一般经不住“必要性”审查。因此,“必要性”审查势必因增加发起人一方的风险而提高发起人及公司的交易成本。其次,所发生的债务或费用是否为设立公司行为之所必需往往很难界定。例如,《公司法》第23条及第77条规定设立公司的条件之一是有公司住所,故购置厂房或可被认定为设立行为。然而

⁵⁵ Wooddridge supra note 53, p. 38.

⁵⁶ Heinemann supra note 54, p. 73.

⁵⁷ Heinemann supra note 54, p. 73.

⁵⁸ Heinemann supra note 54, p. 74.

⁵⁹ Heinemann supra note 54, pp. 73 - 74.

⁶⁰ 参见本文注⁵。

购置用于维修该厂房之工程材料是否可通过“必要性”审查或难以确定。^①而且且争交易是否必要还可能因公司性质而定,^②因此,对“必要”或“非必要”加以区分会增加成本,如聘请专业人员对交易进行判断等。

进行必要性判断耗费成本意味着“必要性”审查会增加公司的设立成本,而该成本有可能转移给公司,即股东身上。因此,这种审查是双方都不会想要的。进一步考虑,由于必要性审查会增加交易成本,此类审查或会对设立公司的积极性产生消极的影响,抑制创业精神对社会发展不利。

“必要性”审查有时甚至会致使法院将第二类合同认定为无效合同,从而导致社会财产的巨大损失和浪费。^③中国《合同法》第52条规定了合同无效的五种情形,其中之一是有关合同违反了法律、行政法规的强制性规定。《公司法》第211条(原第224条)对未经登记为公司而冒用公司名义的规定了处理和惩罚措施。一些人民法院曾依据这两条规定以无效合同的规则处理先公司合同。先公司合同往往由于存在发起人或公司筹备处以公司的名义签订与公司设立无关的合同的情形而被认定为无效合同,尽管公司最终设立成功。^④

事实上,以无效合同的规则处理先公司合同在法理上并不能成立。《公司法》第211条规定了对在公司成立前以该公司名义从事交易的惩罚措施,但这一规定并不意味着以尚未登记的公司名义订立的合同必然无效。最高人民法院对民事诉讼法的司法解释第49条规定,以未

^① 刘刚仿、赵奇志:《公司发起人法律制度研究》,对外经济贸易大学出版社2006年版,第207页。在该书引用的建筑公司案中,法院认为此类合同债务属公司设立行为所产生的债务。然而,与之相反的意见亦可成立。根据《公司法》第23条及第77条,维修厂房并非公司设立所必需。

^② 江苏省高级人民法院民事庭:“公司设立中的民事责任若干问题”,载《中国民商审判》2002年第2期。

^③ 吴玉良、漯河红日集团公司诉崔军波、孙希辉、詹耀辉未经法定登记程序即以公司名义从事经营买卖合同纠纷案,载《人民法院案例选》2005年第2辑。

^④ 快餐店联营案,刘乃毓:“尚未取得人格就与他人‘联营’,这种合同无效”,载中国法院网,2002-12-27。

经登记的法人名义签订合同的,直接责任人对所签订的合同负责。这条规定的逻辑前提是以未经登记的法人名义签订合同的有效性。⁶⁶而且,合同可因一方当事人无权签订而认定为无效的观点没有法律依据。中国《合同法》第52条关于无效合同的规定并未涵盖这一情形。

(二) 第三类合同(已设立,无履行能力)

公司可在其成立后迅速破产。公司可在正常经营活动中丧失清偿能力。股东亦可出于规避债务的目的通过抽逃出资、转移公司资金等欺诈手段剥夺公司的清偿能力。⁶⁶在第二种情况下,问题或可根据公司法有关规定(如有关出资义务的规定⁶⁷)及学理工具(如刺破公司面纱⁶⁸得到解决)。但在第一种情形下,缔约人亦有可能向发起人主张权利。⁶⁹而公司法并未提供有关发起人义务的任何规定或指引。

(三) 第四类合同(公司未能设立)

如果筹划设立的公司是股份有限公司,则合同纠纷通常可按《公

⁶⁶ 然而,第49条未就公司最终成功设立的情形下规定合同责任的承担。

⁶⁶ 厦门厦华显示系统有限公司与烟台市东辰科技有限公司等买卖合同案,载国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(2004年商事审判案例卷),人民法院出版社2004年版,第311页;城乡建设公司诉杨某某、翟某某、高某某建设工程施工合同案,载北京高级人民法院编:《公司法疑难案件审理与解释》,法律出版社2006年版,第231页;中国东方航空股份有限公司厦门营业部与许义民、厦门市仁山航空票务代理有限公司(2001)厦经终字第228号。

⁶⁷ 《公司法》第26条、第31条、第200条及201条。

⁶⁸ 《公司法》第20条。厦门厦华显示系统有限公司与烟台市东辰科技有限公司等买卖合同案,载国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》,同注⁶⁶,第311页;城乡建设公司诉杨某某、翟某某、高某某建设工程施工合同案,北京高级人民法院编:《公司法疑难案件审理与解释》,法律出版社2006年版,第231页;中国东方航空股份有限公司厦门营业部与许义民、厦门市仁山航空票务代理有限公司(2001)厦经终字第228号。

⁶⁹ *Kelner v. Baxter* (1866) LR 2 CP 174 便是一例。在该案中,在系争购物合同签订时缔约人与发起人均知道公司尚未设立。公司成立后公司董事曾表示代表公司追认该合同。货款尚未清偿公司便不幸破产。法院判决发起人应承担债务清偿之义务。原因是合同签订时公司尚未成立。公司因此既不可能是合同当事人又无能力在其成立后追认系争合同。合同规定了付款日期。这表明货款的交付并非以公司设立为先决条件。

司法》第97条解决。^⑩但如筹划设立的公司是责任有限公司,尤其在合同争端的关键不是发起人而是合同另一方当事人的债务责任时,第97条不适用。在这种情形下,合同法中有关事实合同的规定或可提供判案依据。^⑪《合同法》第37条规定,“采用合同书形式订立合同,在签字或盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立”。显而易见,在一般情形下,适用这一规定的前提是“在签字或盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的”,而在系争合同是公司设立前合同的情况下,第37条的局限性是已经履行主要义务的“当事人一方”尚未存在。如前所述,最高人民法院对民事诉讼法的司法解释第49条规定可用来克服第37条的局限性。

(四)小结

绝大多数的公司设立前合同纠纷发生在第95条适用范围之外。一般民商法原则及上述学者意见不可能为解决公司设立前合同纠纷提供在学理上连贯一致的法理依据。第95条的缺漏也不能通过法例释义等司法技术得到有效填补。结束这一混乱状态的唯一途径是就公司设立前合同进行专门立法。

三、先公司合同:探寻对中国最有效率的规则

有关先公司合同的最有效率的的规定可通过在各类合同的场景下各类默认规定之效率的分析中归纳导出。故下文对有关规定的分析与探讨仍需在 Whincop 分类法的框架中进行。

(一)第一类(已设立、自愿并有能力履行)

本文作者同意对于第一类合同适用公司责任原则,而且出于节约

^⑩ 建筑公司案,载刘刚仿、赵奇志:《公司发起人法律制度研究》,对外经济贸易大学出版社2006年版,第207页;徐晓松主编:《公司法案例教程》,知识产权出版社2002年版,第146页。

^⑪ 漯河红日集团公司诉崔军波、孙希辉、詹耀辉未经法定登记程序即以公司名义从事经营买卖合同纠纷案,载《人民法院案例选》2005年第2辑,第229页。

交易费用的需要可不要求公司对合同进行追认。^② 在制定有关规则中唯一需要说明的是,公司通过语言或行为表明其愿意履行系争的设立前合同的,该公司应被视为合同当事人。如将这一规则运用到出租汽车公司购车案审判中,判决会很简单。出租汽车公司通过行为(向原告承认债务和在其成立后仍持续持有车辆)表明其愿意接受车辆购买协议。该公司因此应被视为合同当事人,而无须证明公司已经追认有关合同。^③

(二) 第二类合同(已设立、有能力但拒绝履行)

这种情形下,需要确定的是应适用的规则是不执行规则、个人责任规则还是公司责任规则。如上文第一部分所述,在第二类合同情形下,不执行规则是无效率的,因为这个原则会将全部风险归于债权人,从而增加公司缔约的交易成本。因此,应该从个人责任规则和公司责任规则二者中择其一。

正如上文所述,对于上述两个原则的选择必须建立在对两种不同“政策”的考虑之上。这两种“政策”需要分别为保护发起人使其利益不受公司机会主义的损害(发起人的创业精神不因公司机会主义受到遏制)和保护公司使其不遭受发起人不当行为的损害。^④ 因为上述“政策”考虑对不同类型的公司会具有不同的意义,因此应该根据公司的类型考虑适用不同的规则。

1. 有限责任公司和发起设立的股份有限公司

根据全国人大法工委组织编写的《中华人民共和国公司法释义》^⑤,《公司法》第95条第3款规定应是在“在公司的设立过程所产生

^② 参见注①同文。

^③ 无可否认,在某些情况下,有迹象表明公司愿意履行的即可视同于追认。FMB Reynolds (with the assistance of Michele Graziadei), *Bowstead & Reynolds on Agency*, 17th edn, Sweet & Maxwell, 2001, p. 69; 魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社2000年版,第186页。但是,并不是所有的同意履行的迹象,起码在普通法领域,都能等同于追认的效力。而且,倘若行为或语言模糊、不清楚或有不同解释时,也不能认定为追认。Reynolds id., p. 70.

^④ 参见注①同文。

^⑤ 安建主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2006年版,第140页。

的债权债务,将由成立以后的公司承担”推定下制定的。第95条第3款规定,“在公司设立过程中,由于发起人的过失致使公司利益受到损害的,应当对公司承担赔偿责任”。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉如何确定当事人民事责任的若干规定(第八稿)》(《若干规定(第八稿)》)第35条规定,“对于公司设立过程中所产生的债务,有专门筹建组织的,债务由该组织承担,发起人或股东连带承担责任;无专门筹建组织的,债务由发起人或股东承担,其费用从股份有限公司所募股金或责任有限公司股东的出资中支付;如果公司成立,债务由成立后的公司承担。公司设立过程中所生的债务损害公司利益的,公司有权向有过错的发起人或股东追索”。可见,中国立法者和最高人民法院的基本思维是如公司设立成功,则应选择公司责任规则。但是,公司责任规则对有限责任公司及发起设立的股份有限公司是否适用值得商榷。

根据2005年《公司法》,有限责任公司所有的发起人(出资人)为公司股东。^⑥ 股东无权自由转让股份。有意转让股份的股东必须取得过半数其他股东的同意。^⑦ 这意味着发起人可能会是公司的长期股东。而发起设立的股份有限公司,股东必须认购公司发行的所有股份。另外,发起人持有的股份在公司成立1年内不得转让。^⑧ 这条规定意味着发起设立的股份有限公司,其发起人至少1年内都是公司股东。公司设立前合同纠纷在公司设立后1年内得到解决的可能性很大。另外,出于同一原因,发起人很有可能担任公司董事会的成员。^⑨ 由于公司控制人由发起人变成公司董事,即使选择个人责任规则,公司机会主义的现象出现的机会亦应不大。侵害发起人的利益无异于伤害公司控

^⑥ 《公司法》2005年修订,第二章。

^⑦ 《公司法》2005年修订,第72条。

^⑧ 《公司法》2005年修订,第124条。

^⑨ 王明、宋才发主编:《公司合伙纠纷案例》,同注④,第8~9页。公司成立后,筹备委员会的负责人很有可能就是公司的负责人。即使在没有组委会的情况下,出资人会发起人在公司成立后多会成为董事会成员或其他公司负责人(南京大学法学院蒋大兴教授,访谈时间:2007年7月22日)。普通法例子可以参见 *Tracy v. Mandaley Pty Ltd.* (1953) 88 CLR 215。

制人自己的利益。因为发起人并不需要公司责任规则的保护,因此发起人为失去这种保护提高服务价格也是没有必要的。换言之,公司责任规则所提供的保护,当设立中的公司是有限责任公司或发起设立的股份有限公司时,是微效的、没有实际价值的。

既然公司责任规则是微效的,它便应让位于个人责任规则。发起人很有可能在公司发起过程中利用设立活动为其个人牟利,如以过高的价格与设立中的公司进行交易。既然公司责任原则会变相鼓励不当行为,^⑩则选择个人责任原则更为合理,更有利于减少发起人的不当行为。

Whincop 认为个人责任规则可以提供的保护作用不大,因为避免承担个人责任是很容易做到的。发起人可以选择购买一家“空壳公司”(Shelf company),而普通法国家与地区有关公司设立前合同的规定对“空壳公司”不适用;或者可以在相关交易生效前就完成设立程序。再者,关于发起人披露义务的法律规定提供了另外一层保护。在发起人没有对其合同利益加以披露的情形下,公司始终可以撤销为其订立的设立前合同。^⑪

然而,Whincops 所提出的关于个人责任规则微效性的原因并不适用于中国的公司法制现状。在中国购买空壳公司是不可能的。而且有些合同(如为公司设立前提条件不得不订立的合同)必须在公司设立前缔结。^⑫因此,并不是所有的时候都可以做到合同在公司设立之后。而且中国公司法并不要求发起人披露其与公司的交易活动的利益。虽然 2005 年《公司法》规定了股份有限公司发起人的一些责任,但是没有任何法规明确规定当发起人从其与公司之间的设立前合同获利的,

^⑩ Whincop supra note 7, p. 226.

^⑪ Whincop supra note 7, pp. 226 - 227. 空壳公司设立后便成为一个现有公司。发起人购买空壳公司后一般需要更改公司名称。而有关公司设立前合同的规定,一般不适用公司更改名称的情形: *Commonwealth Bank of Australia v. Australian Solar Information Pty Ltd* (1986) 11 ACLR 380.

^⑫ 见注③间文。

应该承担赔偿责任或利益归入责任。^⑤由此可见,中国公司法未就发起人可能的不当行为为公司提供足够的保护。因此,在中国《公司法》的现状下,个人责任规则的作用并不是微效的。

除上述原因之外,个人责任规则对有限责任公司和发起设立的股份有限公司的适用上有另一原因。因为这一原则应是双方当事人均愿意接受的规则。倘若发起人按照 Jensen and Meckling 的定义被认定视为代理人的话,^⑥发起人不会反对使用个人责任规则。这一规则这可以视为发起人愿意支付的一种较小的“保证成本”,从而体现其利益是与设立中的公司是一致的。当然,发起人可以将保证成本转移给公司。公司也应该愿意承担这笔保证成本。因公司所支付的这部分代价事实上是防止发起人不当行为的保险代价,而且这种情况下公司所支付的有关代价肯定比采用公司责任规则所支付的代价低。

2. 募集设立的股份有限公司

通过募集股份设立的股份有限公司发生公司机会主义的可能性更大一些。以这种形式设立的股份有限公司,发起人所占的股份低至 35%。^⑦这就意味着,公司成立后,公司不一定是在发起人的控制之下。进而,发起人与公司之间利益关联性就会相对较弱,公司机会主义的威胁因此相应放大。换言之,公司责任原则不是微效的。然而,从上文的分析可以看出,个人主义原则亦不是微效的。

当面对两个同样值得考虑但相反的“政策”依据而无法做出抉择时,可以依据当事人风险承受能力做出决定,因为将风险分配给更好的风险承担方更有效率。Whincop 认为股东相比发起人具有更高的风险承受能力,因为前者有更高的分散投资能力。而发起人作为创业者,不

^⑤ 《公司法》第 95 条第 3 款规定在公司设立过程中,由于发起人的过失致使公司利益受到损害的,应当对公司承担赔偿责任。此条并不涵盖关联交易行为。另外,中国证监会发布的《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第一号招股说明书》要求发行人就关联交易进行披露(第 51 条至第 54 条)。但该文件并未规定违反有关义务应承担的责任。

^⑥ Jensen and Meckling *supra* note 13.

^⑦ 《公司法》2005 年修订,第 85 条。

大可能分散投资。⁸⁶ 当系争公司是公众公司时,这一观点应具有说服力。⁸⁷ 公众公司的投资者,尤其是那些机构投资者一般应具有分散投资的意愿和能力。以募集形式设立的股份有限公司是一种典型的公众公司。倘若以募集形式设立的股份有限公司的股东比发起人具有更强的风险承担力,则将风险分配给前者的规定应是更有效率的规定。因此,当系争公司是募集设立的股份有限公司时,公司责任规则比个人责任规则更适合于第二类合同。

(三) 第三类(已设立,无能力履行)

在这种情况下,适用公司责任原则毫无价值,因为利益冲突是发生在债权人与发起人之间的。如上文所述,Whincop 之所以认为不执行规则应作为默认规定是因为他认为公司设立前合同关系的债权人与其他法律关系债权人并无不同。而且都应该是在明知对方当事人是有限责任主体的前提下才签订合同的。⁸⁸

Whincop 认为,之所以在一般情况下应适用不执行规则是因为在签订合同前,债权人应该了解设立中的公司无履行能力的可能性并尽可能地采取一切手段防范这种风险,而如果将风险配置给发起人的话,会抑制创业精神。⁸⁹ 无论如何,在公司设立前合同关系中,没有理由给予债权人比其他合同关系债权人更多的保护。而且之所以在特殊情况下适用个人责任原则,是因为倘若没有个人责任原则,发起人很有可能会给公司带来过多的债务。⁹⁰

然而,Whincop 所设计的规则并不一定有效率。首先,判断一个理性人在合同签订时对公司是否会在成立后无能力履行合同的可能性系数的评估成本很高。其次,发起人是更好的风险承担者。发起人一

⁸⁶ Whincop supra note 7, p. 225.

⁸⁷ 关于在任何公司中股东都是比发起人更好的风险承担者这种说法太过于绝对化。在仅有两名股东的有限责任公司,股东同时是管理者的话,分散投资的可能性及能力应较低微。

⁸⁸ 同注⁸²同文。

⁸⁹ 同注⁸¹同文。

⁹⁰ Whincop supra note 7, p. 227.

般对于设立中的公司将经营之业务有专业技能或认识。作为一个创业者,在决定成立一家企业之前,应该对各种可能发生的风险已经做好充分的可行性评估。因此,发起人为相关风险的评估所付出之额外成本较低。相对而言,债权人要支付的成本则比较高。因此,发起人是比债权人更好的风险承担者。换言之,个人责任规则应该较不执行规则更有效率。最后,发起人比债权人更了解公司发生失去清偿能力的可能性。如上文所述,发起人很可能是公司的第一批董事,因此对于公司的财务状况更容易了解。另外,公司的财务状况与管理层的表现是息息相关的,将不执行规则定为默认规定的话,将会导致发起人/董事将管理不善的风险转嫁给债权人。而且,发起人作为公司未来的内部人,应该对所适用的默认规定更为了解。当债权人是自然人而不是大银行时这种情况尤为明显。因此,选择对发起人不利的默认规定理由更为充分。^① 基于发起人的信息优势,个人责任规则,出于本文第一部分所探讨的原因,^②比不执行规则更有效率,因为其更有利于产生分离均衡。个人责任规则,因为其有助于确定反映风险程度的价格,应为合同双方都愿意接受的原则。

另外,Whincop 关于对于公司设立前合同和普通的借贷合同应该区别对待的观点也是站不住脚的。公司设立前合同关系中,可供债权人评估预期风险的信息是公司未来的财务状况。而普通借贷合同中的借款人则是一个已经存在的主体,贷款人可以采取一定的手段了解相关风险,如资信调查、借款人现时的财务状况等显示借款人的清偿能力。相比之下,在公司尚未设立时,了解其成立之后的清偿能力更为困难,因此对于公司设立前合同关系的债权人给予更多的保护是无可厚非的。

此外,还有一个原因可以解释为什么在中国公司法规制下,个人责任原则更加适用于第三类合同,即恶意的发起人可通过抽逃出资、转移公司资金等手段使公司陷入无清偿能力的状况,从而通过公司设立前

^① Ayres and Gertner supra note 17, p. 98.

^② 见注②~④同文。

合同对债权人进行欺诈。^⑬ 个人责任原则可以使法院在审理这类案件中,直接对恶意的发起人科以责任,而不用考虑其他法律因素。因此,采用这一原则还可以有助于节约法院审理案件的社会成本。

(四) 第四类(公司未能设立)

因为公司设立失败,在这种情况下张力出现在债权人和发起人之间。本文作者同意 Whincop 提出的观点,在这种情况下应该适用个人责任规则。适用个人责任规则,除 Whincop 所论及理由之外,有两个重要原因。其一,个人责任原则的适用与 2005 年《公司法》第 95 条之规定和最高人民法院关于民事诉讼法的司法解释中精神是一致的。^⑭ 其二,在中国,公司的设立失败常常是由发起人的过失造成的。

根据《公司法》,公司可能由于以下原因之一设立失败:

- (1) 发起人募集资金不足;
- (2) 未取得有关机关的设立许可;
- (3) 在规定内发起大会(募集设立的股份有限公司)没有召开;
- (4) 因发起人未进行公司登记或相关机关拒绝给予登记而使公司无法取得登记。^⑮

上述导致公司无法设立的大部分原因都是发起人可以控制的。这就意味着发起人不仅对于公司设立失败的情况有更多的了解,而且失败原因可能就是发起人的过失。^⑯ 发起人因此应是据有信息优势,风险承担成本最小的一方。换言之,设定于发起人不利的默认规定有助于“分离均衡”的实现。因此,在第四类合同情形下应将合同风险分配给发起人。

^⑬ 参见注⑥同文。

^⑭ 参见注⑤同文。

^⑮ 崔勤之:“股份有限公司公司设立失败的法律后果”,载《法学杂志》1993年第3期。

^⑯ 全国人大常委会法工委亦认为“发起人在公司设立过程中如何行为,直接影响到公司能否成立,以及成立以后公司的状况”,安建主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社 2006 年版,第 140 页。