

如何規範設立中公司發起人契約責任？ ——基於部門法與法社會學的分析視角*

張倩孺

(澳門科技大學商學院助理教授)

摘要：公司是一種重要的商事組織形式，具有獨立的法律人格。而處在過渡性階段的設立中公司，則由發起人履行包括簽訂契約在內的必要籌備行為。本文從部門法的內部視角探討設立中公司發起人契約行為的規則與責任，並結合法社會學外部視角，運用身份理論對公司發起人的契約行為進行相應解釋。本研究認為角色認同、角色期待以及責任當擔是發起人個人與社會之間的關鍵紐帶，同時，強調法律的預期功能及具體規則對發起人契約責任的重要性，進而形成從認同到行動的範式。本文對於鼓勵創業、維護商事活動公平與解決公司設立階段的糾紛具有一定的法理與實務意義。

關鍵詞：發起人、契約責任、法律規則、身份理論

* 收稿日期：2022 年 08 月 02 日；通過日期：2022 年 12 月 06 日。

資助項目：本文受澳門科技大學研究基金資助，項目編號為 FRG-22-046-MSB。

How to Establish the Promoter's Liability on Pre-incorporation Contracts? An Analytical Perspective Based on Departmental Law and Sociology of Law

Zhang, Qianru

(Assistant Professor, School of Business, Macau University of Science and Technology)

Abstract: A company is a significant business organizational form characterized by its independent legal personality. During its formative, pre-incorporation phase, the promoter carries out essential preparatory tasks, including contract agreements. This research scrutinizes the legal norms and liabilities relating to a promoter's contractual conduct from the departmental law's internal viewpoint, while applying identity theory from the sociology of law's external perspective to interpret such conduct. The study underscores role identity, role expectation, and commitment as critical connectors between the individual promoter and society. It also highlights the anticipatory role of law and the importance of specific norms in shaping the promoter's contractual liability, thereby establishing a paradigm from identification to action. The paper further deliberates on the theoretical and practical relevance of encouraging entrepreneurship, upholding fairness, and mitigating disputes during the company's formative phase.

Keywords: Promoters; Contractual liability; Legal norms; Identity theory

一、引言

隨著我國市場准入環境的持續優化以及商事制度改革不斷推進，註冊公司已成為多數企業創業者展開商貿活動的前提之一。根據中國國家統計局發佈的《中國統計年鑒-2021》數據顯示，「截至 2020 年末，按地區和登記註冊類型分企業法人單位數，我國有限責任公司數量為 1,557,067 個，股份有限公司數量為 110,713 個。」¹作為基本的企業組織形式，「公司是社會最主要的經濟載體」，²其以獨立的法律人格以及股東有限責任，在經濟活動中發揮著重要作用。公司在完成登記註冊前，通常由發起人簽訂契約以履行必要的籌備行為，且契約效力直接約束發起人或者設立後公司及第三人。司法實務中，有關公司糾紛的案件類型亦呈現出多樣化特點，其中，部分涉及公司設立階段的發起人責任糾紛。通過信息項交叉檢索「公司發起人」「民事案由」「基層法院」「裁判日期：2021-01-01 TO 2021-12-31」等關鍵詞，筆者在中國裁判文書網查詢到相關文書共 1003 篇。³有鑒於此，規範發起人契約責任是商業法律領域應當予以關注的議題，這對於鼓勵創業、維護商事活動公平與解決公司設立階段的糾紛具有一定的法理與實務意義。

從學科研究特點看，部門法大多以規範分析角度剖析規則本身，而法社會學則嘗試跳出對規範研究的經驗束縛，從外部的視角探求其中的規範屬性。「凡是與法律有關的人們的活動都可以作為法社會學這個『工廠』裡觀察和解剖的材料」，⁴「作為溝通法律系統與社會實踐的重要認知路徑，法社會學方法自然也是不可或缺的。」⁵因而，本文思考的基礎是從法律的內部視角探討設立中公司發起人契約行為

¹ 中華人民共和國統計局，「中國統計年鑒-2021」，中華人民共和國統計局官網，<http://www.stats.gov.cn/sj/ndsj/2021/indexch.htm>，瀏覽日期為 2022 年 4 月 15 日。

² 范健，〈制度競爭下的中國公司法改革〉，《法治研究》，第 3 期（杭州：2019.05），67。

³ 中華人民共和國最高人民法院，「高級檢索」，中國裁判文書網，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=8a994cd3134e9ec5d3d26b623ac736ea&sl6=%E6%B0%91%E4%BA%8B%E6%A1%88%E7%94%B1&sl1=9000&sl=%E5%85%AC%E5%8F%B8%E5%8F%91%E8%B5%B7%E4%BA%BA&s4=4&s8=03&cprqStart=2021-01-01&cprqEnd=2021-12-31>，瀏覽日期為 2022 年 4 月 15 日。

⁴ 李其瑞，《法學研究與方法論》，（濟南：山東人民出版社，2005），209。

⁵ 楊帆，〈法社會學能處理規範性問題嗎？—以法社會學在中國法理學中的角色為視角〉，《法學家》，第 6 期（北京：2021.11），35。

的規則與責任，並結合法社會學外部視角，運用身份理論對公司發起人的契約行為進行相應解釋。

二、公司與發起人

(一)、公司探源

「公司於發起人，猶如陶土於陶工。」⁶以探源公司制度為起點分析發起人，一方面，需考察歷史發展的時代背景。在我國，「使用『公司』一詞最早的例子，應溯至清初海船航行時期。」⁷人手、船運貨物以及細緻的分工配合，為赴海外貿易船隻所必需，企業集團式的組織有助於海員之間的通力協作，並逐漸形成「海船的船員團體」—謂之以「公司」，⁸這恰好與西方公司法「人力、資本、章程」—設立公司三要件相呼應。在當時的航海貿易背景下，「海船的船員團體」可視為公司組織的起源，公司「發起人」則是「海船船員團體」的籌備者。另一方面，可追溯公司法律制度在我國的首次確立。「〈欽定大清商律〉是我國第一次以法典的形式確立了公司這種經營組織，也是我國第一次建立了一套較為完整的公司制度。」⁹公司是一定歷史條件下的產物、商業發展的結果，「公司的初始制度絕對由發起人決定。」¹⁰〈欽定大清商律〉第二編〈公司律〉之如何呈報創辦公司，是我國近現代公司法意義上首次對創辦者（公司發起人）的規範。

(二) 發起人界定

誰可以被視為公司發起人？不同國家的法律對此有相應的主體資格界定標準。

⁶ Ehrich Manfred W. and Bunzl Lucille C., “Promoters’ Contracts,” *Yale Law Journal* 38.8 (Connecticut:1929.06): 1011.

⁷ 松浦章著、華立譯，〈清代「公司」小考〉，《清史研究》，第2期（北京：1993.04），95。

⁸ 松浦章著、華立譯，〈清代「公司」小考〉，《清史研究》，97。

⁹ 朱大明，〈中國公司法產生源流考—以日本法的影響為視角〉，《財經法學》，第1期（北京：2021.01），101。

¹⁰ 蔡立東，〈公司制度生长的历史逻辑〉，《當代法學》，第6期（長春：2004.11），40。

以英國為例，發起人是「使公司存在而作出各種商業行為的主體」，¹¹並被解釋為商業而非法律術語。〈英國公司法〉（2006）第二部分第7條：「公司由一個或多個人通過簽署備忘錄並遵守公司法有關註冊要求設立而成。」¹²德國公司法同樣強調簽訂章程於發起人的重要性，並以此作為衡量是否為發起人的標誌。

我國學術界對發起人的界定主要包括「責任區分說」「籌建標準說」以及「綜合說」等。持「責任區分說」的學者認為發起人不同於出資人，「區分實際負責設立事務的發起人不參與設立事務而僅履行出資義務的出資人。」¹³「籌建標準說」側重於討論發起人是否參與了公司籌建工作，並區別「發起人與設立人」。¹⁴「綜合說」從宏觀的角度對發起人進行定義，即「籌劃設立事務、從事設立行為，並於公司章程上署名的人。」¹⁵

《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定（三）》（以下簡稱〈公司法解釋三〉），明確公司發起人「簽署章程、認購出資或股份、履行設立職責等三項基本內容及兩類主體範圍。」¹⁶

綜上所述，公司發起人是以設立公司為目標，履行簽署章程、出資以及其他設立申請行為並為此承擔責任的主體，包括股份有限公司發起人以及有限責任公司設立時的股東。

三、規範發起人責任的社會邏輯

¹¹ Lloyd Malcolm, "The Principles of the Law Relating to Corporate Liability for Acts of Promoters," *The American Law Register and Review* 45.9 (Pennsylvania:1897.09): 545.

¹² The National Archives. "The Companies Act 2006." Legislation Gov UK. Accessed April 6, 2022. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.

¹³ 吳越，〈公司設立民事責任歸責模式研究——兼評最高法院的司法解釋意見稿〉，《法學研究》，第4期（北京：2007.07），52。

¹⁴ 方斯遠，〈先公司合同問題研究〉，《中國法學》，第3期（北京：2015.06），234。

¹⁵ 李黎明，〈公司發起人的民事責任〉，《法學雜誌》，第5期（北京：1998.09），18。

¹⁶ 中華人民共和國最高人民法院，《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定（三）》，最高人民法院官網，<https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2178.html>，瀏覽日期為2022年3月2日。

(一)、「身份」理論

法律是一種社會建構，而社會是構建法律的基礎。前者以規則的基本形式確定權利、義務以及責任；而後者，是以瞭解規則背後的法社會學原理作為分析法律的條件。對公司設立階段的商事活動主體進行法社會學探討，有助於建立發起人與社會結構的關聯，此外，運用身份理論的角色認同與角色期待，能夠解釋發起人責任擔當的社會意義。

首先，「身份是與角色相連的自我認知，並通過角色與有組織的社會關係中的職位相聯繫。」¹⁷理論中的角色可能包括家庭角色、職業角色、政治角色抑或娛樂角色等，而公司設立者的角色是「發起人」與「社會」之間在社會學意義上的聯繫，此時，我們只關注多重角色意義的一部分。「身份代表著在具體法律關係中被人所知悉的職業或地位，而不是以意識形態作為分類標準或在政治地位上有所不同。」¹⁸身份認知能從一定程度上影響行動者，如果說法律規範是從外部規束發起人的行為，那麼，「社會角色」認同使命將會賦予發起人的自覺意識。「社會可以影響自我，並通過自我影響社會。」¹⁹換言之，「人們之間結構化的角色關係可以影響自我，同時通過自我影響社會，並存在一定的互惠性。」²⁰發起人設立公司是一種社會行為，基於角色的認同，其對發起人自覺意識的影響，與發起人對社會的影響具有相互作用的關係。

其次，身份理論解釋了人們的行為因「身份」而產生了角色期待，以及個人負有責任擔當的原因。「人類社會行為是被周圍（物質的和社會的）環境方方面面的象徵性稱呼所組織的，」²¹「與稱呼緊密相連的是如何充當角色和如何處理好自己與他人關係的預期。」²²對角色的稱呼取決於人們在社會結構中位置的關聯，這是一種

¹⁷ Stryker Sheldon, "Identity Theory and Personality Theory: Mutual Relevance," *Journal of Personality*. 75.6 (Connecticut: 2007.12):1092.

¹⁸ 胡玉鴻，〈個人獨特性與法律普遍性之調適〉，《法學研究》，第6期（北京：2010.11），44。

¹⁹ Stryker Sheldon, "Identity Theory and Personality Theory: Mutual Relevance," 1089.

²⁰ Stryker Sheldon and Serpe Richard T., "Commitment, Identity Salience, and Role Behavior: Theory and Research Example," in *Personality, roles, and social behavior*, eds. William Ickes and Eric S. Knowles. (New York: Springer-Verlag, 1982), 200.

²¹ 喬納森·H.特納著、邱澤奇、張茂元等譯，《社會學理論的結構》，（南京：華夏出版社，2006），347。

²² 喬納森·H.特納著、邱澤奇、張茂元等譯，《社會學理論的結構》，347。

具有象征意義的符號。人與人之間的互動，因角色稱呼而產生如何行動的預期。因此，發起人簽署章程、出資以及履行其他設立申請行為，是基於角色義務的要求，並且由角色稱呼產生對發起人個體行動的預期。

再次，發起人的社會角色，如果能夠與社會預期相互協調，將會增加發起人「身份」責任的擔當感。發起人可能處於社會結構的不同「場景中」，從而不斷激發與其身份相聯繫的責任擔當。通過履行相應的設立行為，發起人「助力」一個計劃中的「組織形式」獲得獨立法律人格。此時，發生約束作用的不僅是法律規則，還涉及社會規範，即「無需國家強制力『在場』，它們依靠社群交往、公共輿論、聲譽約束可以成就出色的自我實施。」²³根據身份理論，發起人履行設立中公司的契約行為，在一定程度上，是以對身份的自覺為內在動機，「此時強調影響社會行為的自我過程的內部動力。」²⁴同時，以滿足對設立公司者社會角色的期待。

總之，角色認同、角色期待以及責任當擔，成為發起人個人與社會之間的關鍵紐帶，進而以設立公司為行動目標，公司利益至上為價值目標。

（二）、維護社會秩序

討論人與人之間的社會關係，尤其是調整性法律關係，需要置於特定的社會情境之中剖析具體規則，如制定、解釋與適用。在公司設立過程中，有關發起人的法律關係介於發起人之間、發起人與債權人之間、發起人與成立後的公司以及社會等諸多範疇。相應地，規範發起人對設立中公司的契約責任也涉及多種法律關係，因而對其研究應融合於社會有機整體之中，以更好地促進商事交易，維護社會公平。

「社會是一種人類行為的秩序。」²⁵法與社會之間的關係長久以來都是法社會學家追問並探討的話題。「人類所有集體生活都直接或間接地為法律所塑造。正如知識一樣，法律是存在於社會條件中的基礎性的、全方位滲透的事實。」²⁶「法律宛如社

²³ 吳元元，〈認真對待社會規範—法律社會學的功能分析視角〉，《法學》，第8期（上海：2020.08），64。

²⁴ Stryker Sheldon and Burke Peter J., “The Past, Present, and Future of an Identity Theory,” *Social psychology quarterly* 63.4 (California: 2000.12): 285.

²⁵ 雷磊，〈法社會學與規範性問題的關聯方式力量與限度〉，《中外法學》，第200期（北京：2021.11），1408。

²⁶ 尼克拉斯·盧曼著、賓凱、趙春燕譯，《法社會學》，（上海：上海人民出版社，2013），39。

會的一面鏡子，其發揮著維持社會秩序的功能。」²⁷除卻規範作用之外，法的社會作用還體現為維護社會秩序。規範發起人責任對於維護社會秩序的重要性在於：（1）法律行為是具有社會意義的行為。發起人設立公司並非單純指向自己的個人行為，而是指向社會的行為。發起人設立公司參與市場交易，能夠從一定程度上產生社會效果，促進經濟發展。（2）法律適用反映價值評判。發起人法律責任規範之適用，不僅僅是規則邏輯的推導結論，規則背後是立法者與司法者的價值判斷，從而構建起人與人之間的權利義務關係。（3）法律規則蘊含時代精神。對設立中公司發起人契約行為的法律規則與責任，本文主要分析〈公司法解釋三〉以及〈民法典〉相關條款。其中，〈公司法解釋三〉以鼓勵投資興業，維護交易安全為己任，而〈民法典〉採用民商合一的立法體例，從現行商事單行法中提煉、制定相應規則，順應當前時代對創業營商環境的需求。

（三）、突破傳統限制

首先，國際商法規則具有趨同性。由於歷史的原因，我國全面、系統的公司法立法工作於 1993 年完成，發起人法律制度隨之不斷完善，至目前〈公司法〉第六次修正，法律正逐步賦予發起人更多的權利，以鼓勵發起人創辦公司的積極性。在調整商事行為時，商法國際化的確對我國現有商事規則提出了挑戰，尤其是國內法和國際規則如何嘗試銜接、融合，並突破經濟、文化衝突以進行相應的學理解釋。

其次，法律規則研究與法社會學理論結合具有可能性。部門法通常以法律概念、秩序、以及規範體系化研究為主要範疇，多數研究仍然以經驗分析、邏輯推導見長。

「社科法學的存在恰恰填補了法學與其他社會科學之間的知識空隙，成為連接法學與其他社會科學的中間地帶。」²⁸因此，以「理論」為基礎並探索「規則」，嘗試跨學科融合為規範發起人責任的社會邏輯之一。

²⁷ Tamanaha Brian Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*. (Oxford: Oxford University Press, 2001), 1.

²⁸ 侯猛，〈社科法學的傳統與挑戰〉，《法商研究》，第 5 期（武漢：2014.09），78。

四、結構與系統的關聯

（一）、預期功能

「無論是法律，還是政治、經濟、倫理或者道德，都不是出現在去語境化和抽象的真空之中，而是作為社會的一個組成部分而存在。」²⁹我們可以將這裡的組成部分理解為一個「社會系統的結構。」³⁰「作為結構的法律和作為系統的社會必須在一種相互依存的關係中被審視和研究。」³¹公司設立階段，發起人的權利、義務以及相關法律關係，與現存的社會環境是無法割裂的。發起人為設立公司而簽訂先公司合同，需要明確應由其履行哪些義務，承擔何種責任，法律作為社會系統的結構發揮相應的作用。設立中公司的利益平衡，應當以促進交易公平以及保障交易安全為目的，避免損害與設立中公司進行交易的第三方利益。

法律是社會的一種基本結構，「法律是社會進化的必要基礎之一。」³²「其功能在於簡化社會期望，並產生一致性一般化的規範期望。」³³提供預期的擔當，在這裡指發行人行動的規範，以及違反規則的後果。如此，以減少設立階段發行人行為的任意性與偶然性，提高交易安全性，減低商業風險。「先公司合同責任規則的本質就是一種風險分配機制。」³⁴責任的認定與風險的分配，不僅關係到公司能否成立，而且提供了相對穩定的商事活動社會預期。由於公司尚處於籌備階段，仍未取得完全法律人格，易受到不確定因素的影響，在這一階段，法律規則成為提供預期以及調整發起人法律關係的重要途徑。目前，〈公司法解釋三〉以及〈民法典〉為發起人在設立公司階段契約行為規則與責任的法律基礎。

²⁹ 泮偉江，〈功能分化理論視野下法律的自主性〉，《荊楚法學》，第3期（蘭州：2022.05），74。

³⁰ 尼克拉斯·盧曼著、賓凱、趙春燕譯，《法社會學》，139。

³¹ 郭星華，《法社會學教程》，（北京：中國人民大學出版社，2015），58。

³² 尼克拉斯·盧曼著、賓凱、趙春燕譯，《法社會學》，135。

³³ 劉濤，〈冗餘和遵循先例：系統論的考察及啟示〉，《交大法學》，第2期（上海：2017.06），80。

³⁴ 傅穹、曹理，〈超越「名義主義」的先合同統一責任規制〉，《當代法學》，第6期（長春：2011.11），63。

(二)、法律規則

公司的形成意味著公司法律人格的確立，合同作為公司法律行為的基礎，從法理意義上分析，應當在公司具備簽署合同的資格，即獲得法律人格時起，才能履行契約行為、承擔法律責任。然而，公司在設立中的過渡性階段，也有履行契約行為的必要性與可能性。通常而言，發起人為公司簽訂合同，其法律效果因合同目的以及簽訂者名義不同，而產生責任區分。對於發起人而言，承擔設立前合同的責任，對於防止損害債權人利益，具有一定重要性；同時，對設立後公司的責任要求，從一定程度上保護了發起人投資熱情。實踐中，如何防止發起人逃避合同責任，各國公司法有其相應的制度安排。根據英美普通法遵循先例的規則，一般應考量雙方當事人的意圖，以維護善意第三人利益，已成為各國公司法發展變革的價值取向。本文通過分析〈公司法解釋三〉以及〈民法典〉相關條款，研究公司設立前合同與發起人之間的關係，以探討發起人於設立階段的契約行為規則與應當承擔的責任。

1、公司法解釋三

若公司設立成功，〈公司法解釋三〉區分了以下兩種情形，並確定相應責任：第一，發起人簽訂先公司合同—以發起人個人名義的情形。公司完成登記註冊前，發起人可能提前為公司採購設備、原材料、租賃辦公場所等，依據「〈公司法解釋三〉第2條」採用外觀主義標準，³⁵以發起人名義簽訂合同的，原則上應由發起人承擔責任。作為例外，為了有利於債的實現，本條司法解釋肯定了成立後的公司追認先公司合同，或者實現先公司合同權利義務的能力。

第二，發起人簽訂先公司合同—以設立中公司名義的情形。根據外觀主義法理，「〈公司法解釋三〉第3條」規定發起人以尚未成立的公司名義簽訂合同的，³⁶原則上由設立後的公司承擔責任。但例外情況是，如果發起人為自己利益並且相對人非

³⁵ 中華人民共和國最高人民法院，〈最高人民法院關於適用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定（三）〉，最高人民法院官網，<https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2178.html>，瀏覽日期為2022年3月2日。

³⁶ 中華人民共和國最高人民法院，〈最高人民法院關於適用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定（三）〉，最高人民法院官網，<https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2178.html>，瀏覽日期為2022年3月2日。

善意，此時由發起人承擔責任。

若公司設立失敗，依據「〈公司法解釋三〉第 4 條」，³⁷在債權人利益受損的情況下，連帶清償責任能夠最大限度地保障債權人利益。首先，賠償主體為全體或部分發起人；其次，債務產生的原因與設立公司有關。我國公司法將發起人之間的關係視為民事合伙關係，合伙人的連帶責任與債權人利益保護相互對應，以保障債權人於公司設立失敗時的合法訴求。

如表 1 所示，〈公司法解釋三〉對公司設立過程中的責任主體作出較為全面的規定，但風險在於如何明確「為公司利益」與「為自己利益」的界限，並且二者之間存在可能的轉化。如發起人的初衷是為公司利益簽訂合同，但同時也滿足個人利益時，設立後的公司是否應當承擔責任，目前公司法與司法解釋對未作此並出規定。

表 1 〈公司法解釋三〉公司設立過程中的契約責任主體

責任主體 名義主體	設立狀態	原則	例外	公司法 解釋三
發起人	成功	發起人	公司	第 2 條
設立中公司	成功	公司	發起人	第 3 條
發起人或設立中公司	失敗	全體或部分發起人	--	第 4 條

說明：〈公司法解釋三〉對公司設立過程中的契約責任主體作出較為全面的規定。

資料來源：作者根據〈公司法解釋三〉整理。

2、〈民法典〉

除卻前文所述〈公司法解釋三〉的相關條款，為順應民法商法化的趨勢，〈民法典〉對設立公司行為及債權債務關係亦作出明文規定。〈民法典〉「第 75 條」規定法

³⁷ 中華人民共和國最高人民法院，〈最高人民法院關於適用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定（三）〉，最高人民法院官網，<https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2178.html>，瀏覽日期為 2022 年 3 月 2 日。

人成立的，³⁸由法人承擔公司設立中民事活動的責任；若未成立，則由設立人承擔（全部或連帶責任）；同時，規定以設立人名義從事的並以設立法人為目標的民事活動，由第三人選擇承擔責任的主體。

通過比較，〈民法典〉中使用「設立人」概念，其所對應的應是〈公司法解釋三〉中的「發起人」。二者對發起人責任均作出相應的規範，但在法律條文表述及立法趨勢方面，存在差異。

首先，〈公司法解釋三〉注重區分「以誰的名義」簽訂合同，但以「誰的名義」簽訂合同並不決定最終的責任主體，原因在於法律賦予相對人選擇權，產生「原則」與「例外」的差異（如表 1 所示）。但〈民法典〉不再強調以「誰的名義」，而採取「成立」與「未成立」作為衡量責任的標準：公司成立的，由公司承擔責任；公司不成立的，由發起人承擔，表述更為明確。

其次，就法理而言，發起人對設立中公司的契約責任符合向社團主義過渡的立法趨勢。規則的演變體現了由「混合主義回歸社團主義的立法模式。」³⁹〈公司法解釋三〉兼具個人主義與社團主義觀念，為混合主義立法模式，而〈民法典〉則體現了社團主義模式（發起人因設立公司而產生的債務由公司承擔），以更好地平衡發起人、公司及債權人之間的利益。

（三）、從「認同」到「行動」

前文通過梳理〈公司法解釋三〉和〈民法典〉中的相關內容，為解決公司發起人設立失敗後發起人逃避責任這一現實問題提供法律文本依據。公司發起人在公司設立過程中與第三人簽訂契約的行為是維護社會秩序的身份行動，符合社會期待。

〈公司法解釋三〉和〈民法典〉中關於公司發起人與第三人簽訂契約的責任制度之法理基礎，是將風險在公司、公司發起人和第三人之間進行合理分配，以降低不確定因素的影響，從而提升商事活動可預期性。

前文以身份理論解釋發起人角色認同、角色期待與責任擔當的社會邏輯，以及

³⁸ 〈中華人民共和國民法典〉，中華人民共和國最高人民法院公報（法律法規），<http://gongbao.court.gov.cn/Details/51eb6750b8361f79be8f90d09bc202.html>，瀏覽日期為 2022 年 3 月 2 日。

³⁹ 許中緣，〈論發起人對公司設立中債務的承擔〉，《法學》，第 12 期（上海：2021.12），134。

從結構與系統關聯的角度探討法律的預期功能及具體規則，強調了二者對發起人契約責任的重要性—「期望與規則的關係因責任變得重要。」⁴⁰主要基於兩方面原因的探索。首先，法社會學注重「社會結構」，以評價特定社會關係、關係中人及其行為。而在一個相對比較穩定的社會網絡結構中，「角色認同」被視為身份理論中具有聯結特定社會「結構要素」與「個體自我」的功能。身份理論傳承了經典符號互動論思想，公司發起人的角色認同之所以能從一定程度上激發起人的自覺意識，是「自我」的「角色認同」在社會關係與社會行為之間搭建起了橋樑作用，發起人社會角色促使其履行具有法律意義的社會行為。其次，「角色選擇的目的是實現角色期待」，⁴¹並且受認同承諾的影響，而認同承諾被視為是社會網絡的聯結。發起人之間、發起人與債權人、與成立後的公司以及社會，同樣受發起人認同承諾的影響。認同承諾既能夠促使發起人致力於他/她想成為的角色，同時，也成為設立中公司的社會網絡之基礎。

身份理論構建了認同與行動之間的動態關係，角色認同的過程能夠解釋角色行動。「標準、輸入、比較以及輸出構成個人與環境之間互動的體系，在該過程中，個人通常會將接受到評價與標準進行比較，進而選擇（輸出）更具有意義的行為。」⁴²依據〈公司法解釋三〉和〈民法典〉，發起人的責任承擔並不因為公司發起成功或者失敗，而予以免除或者加強發起人責任，而是由具體的法律規範提供一套縝密的標準與預測。這與身份理論對於社會、人和行動的評價具有一致性。首先，法律規則的意義在於提供認同標準，為在特定社會關係中人們的行動提供行為參照的範式。〈公司法解釋三〉和〈民法典〉規範了發起人契約行為的權利、義務以及相應法律後果，對法律規範的理解，能夠促使發起人對角色的認同，包括何時承擔全部或者連帶責任。其次，身份理論認為個人發起人的身份認知以及角色認同具有積極意義。「個人身份在互動中被反復驗證時，信賴、承諾、以及歸屬感等人際互動結

⁴⁰ 仝同惠，〈法社會學意義上的「期望」—源流、類型及其對中國法治的影響〉，《政法論壇》，第6期（北京：2019.11），101。

⁴¹ Stryker Sheldon, "From Mead to a Structural Symbolic Interactionism and Beyond," *Annual Review Sociology* 34.1 (California: 2008.08): 20.

⁴² Burke Peter J., "Identity Processes and Social Stress," *American Sociological Review* 56.6 (California:1991.12): 837.

果隨之產生。」⁴³再次，身份理論僅能夠實現對公司設立階段發起人社會行為的初步解釋，作為從認同到行動的理論預測體系，該理論對於解釋法律規範仍然具有一定的局限性。

五、結語

公司設立過程中的契約糾紛，不僅涉及發起人之間的權益衝突，還可能產生發起人與設立中公司、債權人之間的利益瓜葛。明晰發起人契約責任有助於平衡發起人、公司以及債權人的合法權益，並對確立安全交易的商法理念具有積極的促進意義。對於發起人在公司設立階段的契約責任研究，存在部門法與法社會學的內外互動機制。就內部而言，〈公司法解釋三〉以及〈民法典〉已構成正式規則的框架；外部視角則以「身份」理論為基礎，儘管非基於國家強制力，其以社會規範的形式為發起人的行為提供指引。由此，法律規則與社會規範協同作用。關注發起人在公司設立階段的契約責任，既應強調法律權威的約束效力，還需重視從「認同」到「行動」的動態關係，以實現對社會、人及行動評價的一致性，從而滿足發起人契約責任的社會預期以及維護商業社會良好秩序。

⁴³ Burke Peter J. and Stets Jan E., "Trust and Commitment through Self-Verification." *Social Psychology Quarterly* 62. 4 (California:1999.12): 351.

徵引書目

一、中文著作

- [1] 范健，〈制度競爭下的中國公司法改革〉，《法治研究》，第3期（杭州：2019），67-76。
- [2] 李其瑞，《法學研究與方法論》，濟南：山東人民出版社，2005。
- [3] 楊帆，〈法社會學能處理規範性問題嗎？—以法社會學在中國法理學中的角色為視角〉，《法學家》，第6期（北京：2021.11），30-44。
- [4] 松浦章著、華立譯，〈清代「公司」小考〉，《清史研究》，第2期（北京：1993.04），95-98。
- [5] 朱大明，〈中國公司法產生源流考—以日本法的影響為視角〉，《財經法學》，第1期（北京：2021.01），101-118。
- [6] 蔡立東，〈公司制度生長的歷史邏輯〉，《當代法學》，第6期（長春：2004.11），29-42。
- [7] 吳越，〈公司設立民事責任歸責模式研究—兼評最高法院的司法解釋意見稿〉，《法學研究》，第4期（北京：2007.07），42-54。
- [8] 方斯遠，〈先公司合同問題研究〉，《中國法學》，第3期（北京：2015.06），222-243。
- [9] 李黎明，〈公司發起人的民事責任〉，《法學雜誌》，第5期（北京：1998.09），18-19。
- [10] 胡玉鴻，〈個人獨特性與法律普遍性之調適〉，《法學研究》，第6期（北京：2010.11），40-54。
- [11] 喬納森·H.特納著、邱澤奇、張茂元等譯，《社會學理論的結構》，南京：華夏出版社，2006。
- [12] 吳元元，〈認真對待社會規範—法律社會學的功能分析視角〉，《法學》，第8期（上海，2020.08），58-73。
- [13] 雷磊，〈法社會學與規範性問題的關聯方式力量與限度〉，《中外法學》，第200期

- (北京：2021.11)，1405-1425。
- [14] 尼克拉斯·盧曼著、賓凱、趙春燕譯，《法社會學》，上海：上海人民出版社，2013。
- [15] 侯猛，〈社科法學的傳統與挑戰〉，《法商研究》，第5期（武漢：2014.09），74-80。
- [16] 泮偉江，〈功能分化理論視野下法律的自主性〉，《荊楚法學》，第3期（蘭州：2022.05），73-89。
- [17] 郭星華，《法社會學教程》，北京：中國人民大學出版社，2015。
- [18] 劉濤，〈冗餘和遵循先例：系統論的考察及啟示〉，《交大法學》，第2期（上海：2017.06），78-90。
- [19] 傅穹，曹理，〈超越「名義主義」的先合同統一責任規制〉，《當代法學》，第6期（長春：2011.11），63-70。
- [20] 許中緣，〈論贊助者對公司設立中債務的承擔〉，《法學》，第12期（上海：2021.12），120-134。
- [21] 元同惠，〈法社會學意義上的「期望」—源流、類型及其對中國法治的影響〉，《政法論壇》，第6期（北京：2019.11），100-114。

二、西文著作

- [1] Brian Z., Tamanaha. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- [2] Malcolm, Lloyd, "The Principles of the Law Relating to Corporate Liability for Acts of Promoters." *The American Law Register and Review* 45.9 (Pennsylvania:1897.09): 545-570.
- [3] Manfred W., Ehrlich and Bunzl Lucille C., "Promoters' Contracts." *Yale Law Journal* 38.8 (Connecticut:1929.06): 1011-1046.
- [4] Peter J., Burke, "Identity Processes and Social Stress." *American Sociological Review* 56.6 (California:1991.12): 836-849.
- [5] Peter J., Burke, and Jan E. Stets, "Trust and Commitment through Self-Verification." *Social Psychology Quarterly* 62. 4 (California:1999.12): 347-366.

- [6] Sheldon, Stryker, “Identity Theory and Personality Theory: Mutual Relevance.” *Journal of Personality* 75.6 (Connecticut:2007.12): 1083-1102.
- [7] Sheldon, Stryker, “From Mead to a Structural Symbolic Interactionism and Beyond.” *Annual Review Sociology* 34.1 (California: 2008.08): 15-31.
- [8] Sheldon, Stryker and Burke Peter J., “The Past, Present, and Future of an Identity Theory.” *Social psychology quarterly* 63.4 (California: 2000.12): 284-297.
- [9] Sheldon, Stryker and Serpe Richard T., “Commitment, Identity Salience, and Role Behavior: Theory and Research Example.” in *Personality, Roles, and Social Behavior*. eds. William Ickes and Eric S. Knowles, 199-218. New York: Springer-Verlag, 1982.

三、電子書或網絡資源

- [1] 中華人民共和國統計局，「中國統計年鑒-2021」，中華人民共和國統計局官網，<http://www.stats.gov.cn/sj/ndsj/2021/indexch.htm>，瀏覽日期為2022年4月15日。
- [2] 中華人民共和國最高人民法院，「高級檢索」，中國裁判文書網，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=8a994cd3134e9ec5d3d26b623ac736ea&s16=%E6%B0%91%E4%BA%8B%E6%A1%88%E7%94%B1&s11=9000&s1=%E5%85%AC%E5%8F%B8%E5%8F%91%E8%B5%B7%E4%BA%BA&s4=4&s8=03&cprqStart=2021-01-01&cprqEnd=2021-12-31>，瀏覽日期為2022年4月15日。
- [3] The National Archives. “The Companies Act 2006.” Legislation Gov UK. **Accessed** April 6, 2022. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.
- [4] 《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定（三）》，最高人民法院官網，<https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2178.html>，瀏覽日期為2022年3月2日。
- [5] 〈中華人民共和國民法典〉，中華人民共和國最高人民法院公報（法律法規），<http://gongbao.court.gov.cn/Details/51eb6750b8361f79be8f90d09bc202.html>，瀏覽日期為2022年3月2日。

致謝辭

感謝澳門科技大學研究基金對本研究的支持（本文工作得到澳門科技大學研究基金項目編號 FRG-22-046-MSB 的資助）；感謝評審專家對完善本稿提出的寶貴建議。

作者簡介

張倩孺，澳門科技大學商學院管理學系助理教授，研究領域商法、國際貿易法、法社會學。著有期刊論文 2 篇、書章 7 篇。通訊地址：澳門偉龍大馬路澳門科技大學 O724

通訊電郵： qrzhang@must.edu.mo