

内 容 摘 要

设立中公司的法律问题，理论界一直众说纷纭。本文拟在比较分析、批判继承市场经济发达国家和地区有关设立中公司的诸家学说与众多立法、司法实践的基础上，主要以股份有限公司为典型，对设立中公司的概念、法律特征、法律地位、法律责任等进行尝试性研究。

全文除引言和结束语外，共分为四个部分。具体内容分述如下：

第一章 公司设立与设立中公司涵义

本章通过阐述公司设立的涵义及法律性质，来进一步了解设立中公司的概念，即它是在公司设立过程中出现的一种特殊市场主体，它既不同于将来成立的公司，又与合伙判然有别。过渡性、时间性、目的性是设立中公司的主要特点。

第二章 设立中公司的法律地位

本章首先界定发起人的法律地位，认为发起人个人是发起人合伙中成员，作为一个整体又是设立中公司的机关。而设立中公司，它应为准民商事主体，属非法人组织，但在构成要件又有其特殊性，具有有限的法律人格。

第三章 设立中公司的行为

本章首先明确设立中公司行为的概念，即是指设立中公司在法律上和经济上以公司设立和开业为目的所必需而依法进行的一系列行为。罗列了日常生活中常见的设立中公司行为，探析了其法律属性，并对此分类为设立中公司的必要行为和非必要行为。同时揭示这种设立中公司行为，其性质是一种共同行为。

第四章 设立中公司行为的法律后果归属

本章节主要从以下几个方面探讨设立中公司行为的法律后果归属。公司设立中的行为法律后果归属，公司设立成功时设立中公司行为的法律后果归属，公司设立失败时设立中公司行为的法律后果归属。

关键词：设立中公司 法律地位 行为 法律后果

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

引 言.....	1
第一章 公司设立与设立中公司涵义.....	2
一、公司设立的涵义.....	2
（一）公司设立与公司成立.....	2
（二）公司设立的法律性质.....	4
二、设立中公司的涵义.....	4
（一）设立中公司的概念.....	4
（二）设立中公司的特征.....	5
（三）设立中公司与公司设立、清算中公司的比较.....	7
第二章 设立中公司的法律地位.....	8
一、发起人的法律地位.....	8
（一）发起人概念.....	8
（二）发起人的法律地位.....	9
二、设立中公司的法律地位.....	11
第三章 设立中公司的行为.....	17
一、设立中公司行为的概念.....	17
二、设立中公司行为模式.....	18
（一）常见的设立中公司行为.....	19
（二）设立中公司行为的民事法律属性探析.....	20
（三）设立中公司的必要行为和非必要行为.....	21
三、设立中公司行为的性质.....	22
第四章 设立中公司行为的法律后果归属.....	24
一、公司设立中的法律后果归属.....	24
二、公司设立成功时设立中公司行为的法律后果归属.....	26

(一) 发起人以设立中公司名义实施的行为的法律归属.....	26
(二) 发起人以拟成立的公司名义实施的行为的法律归属.....	26
(三) 发起人以自己的名义实施的行为的法律归属.....	29
三、公司设立失败时设立中公司行为的法律归属.....	29
(一) 公司设立失败的含义.....	29
(二) 公司设立失败时行为后果的归属.....	30
结 束 语	34
主要参考文献	35

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引言

公司是市场经济最重要的微观基础，其组织健全、行为规范是市场经济健康运行的重要保证。众所周知，公司的设立不可能立竿见影，一蹴而就。无论是有限责任公司，还是股份有限公司，以取得公司法人资格为目的而进行的公司设立活动，要经过一系列连续且又独立的实体性和程序性步骤。现代公司，尤其是现代股份有限公司的创设日益成为一个复杂的过程。在这一过程中，需要发起人进行一系列积极的行为。发起人之间在发起人协议的基础上，形成了未来公司的雏形，公司法学界称之为设立中公司。公司设立过程中所实施的各种行为，不仅对公司本身、对公司发起人、公司股东、公司董事、公司行为之相关人，而且对社会都不同程度地产生影响。但纵观世界各国公司法的规定，专门规范设立中公司的法律条文屈指可数。在我国，对设立中公司的法律调整一直是公司立法中的空白，致使公司设立的实务操作无法可依。这既不利于健全公司人格的形成，也不利于公司设立过程中各有关当事人利益的保护。因此，“设立中公司”法律问题成为一个不容忽视的课题。

因此，本文拟对设立中公司的涵义和性质界定，设立中公司如何定位并准确确定性、实施行为的效力如何，由此产生的法律责任、公司成立时和设立失败时如何对待“设立中公司”所设定的权利和责任等问题，进行探讨和研究，以规范公司设立，保护第三人的合法权利，保障交易的安全，维护社会经济秩序。

需要说明的是，由于股份有限公司设立程序比其他类型公司的设立复杂，存续时间较长，因此本文对设立中公司的探讨，以我国公司法规定的公司形态之一即股份有限公司作为典型，其他形态的公司未作说明的不在本文的讨论范围之列。

第一章 公司设立与设立中公司的涵义

一、公司设立的涵义

法律没有给公司设立下明确的定义。从最广泛的意义上理解，公司设立过程可从发起人有创办公司合意之开始一直延续到公司取得法律人格，即公司成立时为止。狭义的解释则为，公司设立仅发生在成立之前，公司成立不属于设立过程的一部分。学界一般认为，公司设立是指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。公司设立是一种兼有民事和行政双重性质的法律行为。公司设立跨越了私法和公法两大领域，融合了实体法和程序法，具有多种法律关系和法律效果的有机整体，是一个复杂的过程。

（一）公司设立与公司成立

长期以来，人们通常把公司设立与公司成立相混淆，以致造成对公司设立的误解，不能正确认识公司设立的法律性质、公司设立过程中责任的特殊性和设立中公司特殊的法律地位。事实上，公司设立与公司成立不同。公司成立指设立中的公司已具备法律规定的实质要件，完成申请注册登记程序，经公司登记机关审核发给执照，从而取得法人资格的一种法律事实。两者的区别主要表现在：

1、发生阶段不同

公司设立是旨在获得法律人格的整个过程。公司成立发生于公司被依法核准登记之时，它指公司获得法律人格的那一时刻。公司设立只发生在公司成立之前，公司成立不包括在公司设立过程中。公司设立与公司成立存在先后关系，是一种段与点、过程与结果的关系。

梁宇贤著：《公司法论》，（台湾）三民书局 1980 年版，第 54 页。

范健、蒋大兴著：《公司法论》（上卷），南京大学出版社 1997 年版，第 136 页。

丁邦开主编：《公司法律制度》，东南大学出版社 2002 年版，第 105 页。

2、性质不同

公司设立是指组织公司的发起人的行为，这些行为有的是法律行为（如发起人订立章程），有的则不是法律行为（如公司所在地的选择行为），但主要是民事法律行为，其核心是发起人的意思表示。而公司成立则不是一种行为，而是指公司已取得法人资格的一种状态，是对公司合法身份存在的一种表现形式。

3、效力不同

公司设立是公司成立的前提条件，但将来是否一定能成立尚未可知，成立前的公司不具有法人资格。公司成立后，才能取得公司法人人格和公司名称的排它使用权等，才能成为享有民事权利、承担民事义务的主体。

4、二者与公司登记的关系不同

所谓公司登记，是指公司登记机关对公司法人团体资格确认的一种法律宣告，是一种公示和法律监督行为。公司登记在本质上仍属公司设立行为，是公司设立这一系列行为的最后一个阶段，公司设立是引起公司登记的原因。公司登记是联结公司设立与公司成立的中介，公司成立是公司登记的直接法律后果。即公司设立导致公司登记，公司登记导致公司成立。

这里需要说明的是，设立登记是公司设立的最后登记阶段，也是公司取得法人资格的必经程序，各国公司法大多予以明确规定，如《日本公司法》第 57 条规定：“公司因本公司所在地的设立登记而成立。”我国公司成立采取直接登记为主、审批设立为辅的公司登记制度。《中华人民共和国公司法》第 95 条第 2、3 款规定：“公司营业执照签发日期，为公司成立日期。股份有限公司经登记成立后，采取募集设立方式的，应当将募集股份情况报国务院证券管理部门备案。”

公司设立与公司成立的联系是：公司设立是公司成立的前提条件，公司成立则是公司设立追求的目的和法律后果。

范健、蒋大兴著，前引书，第 136 页。

王江书，殷建平译：《日本商法典》，中国法制出版社 2000 年版，第 12 页。

（二）公司设立的法律性质

对于公司设立的法律性质，学者们看法不一。传统公司法理论认为它属于法律行为，同时具有民事行为和行政行为双重特征，但主要是民事行为。对该行为的性质，司法理论界主要有三种学说：

1、契约说。这种观点认为公司的设立行为为发起人之间的合伙契约。

2、单独行为说。这种观点认为公司之设立行为系单独行为，因公司之设立须有二人以上，故该项单独行为，联合起来，而成为共合的单独行为。在有限责任公司，依订立章程之形式，将发起人一方的意思加以集合，而成为一个设立的单独行为；在股份有限公司，则依发起人之订立章程及其他认股人之认股，将各方单独的意思表示集合，使之成为一个设立的单独行为。

3、合同行为说。又称共同行为说，这种观点认为，公司设立行为是公司发起人为同一目的，以多数发起人的意思表示共同一致所作的行为。

在上述三种学说中，合同行为说即共同行为说为当今学界之通说，本人亦赞同此说。契约说的缺点是混淆了发起人之间为设立公司所订立的合伙契约与公司设立行为两者间的界限，将公司与合伙混为一谈，因此附合者很少。单独行为说忽略了发起人设立公司的共同目的，因公司是全体发起人或股东们在创立会上的决议成立的，是一种一致行为，将设立行为视为是个别的、单独的行为是不符合事实的，所以该学说在理论上说不通。合同行为说揭示了公司设立行为的实质，在公司设立过程中，发起人或股东的行为代表的是全体发起人或设立股东共同一致的意思，而不是单独的意思。公司章程的订立，创立大会决议成立公司，都反映了这种一致意思下的共同行为。因此这一学说对公司设立的法律性质之说明最为合理。

二、设立中公司的涵义

（一）设立中公司的概念

公司作为一个实体，并非在进行设立登记时突然出现，在此之前，要经过

郑玉波著：《公司法》，（台湾）三民书局股份有限公司 1980 年版，第 31—32 页。

多个顺序相连的步骤，并与社会发生各种法律关系。近来学术界和实务界已承认此种实体在法律上具有某种程度的意义，认为其系将成立公司的前身。“从着手于公司设立而形成某种程度上的实体时起至进行设立登记时止，认定其社会实在性，学理上称之为‘设立中的公司（Crundungsgesellschaft）’”

一般认为，所谓设立中公司，是指从公司的设立合同（章程）的订立生效开始，至在工商登记部门获准登记成立时止，以取得法人资格为目的，但尚未取得法人资格的过渡性组织。也有称该组织为“前法人实体”或法人的“预备态”。

（二）设立中公司的特征

从上述设立中公司的概念可以看出，设立中公司是公司设立过程中出现的一种特殊组织形态。其有如下特征：

1、设立中公司已具备公司基本形态。在公司设立过程中，公司发起人以设立协议作为基础，建立其权利义务关系，并以此为基础制订公司章程、确定股东及出资、建立机关。这样，从实际状态和经济角度来观察，其已具备未来公司的基本形态。只不过从法律角度来观察，由于其未履行登记，还未取得法人资格，还不是公司，故其为一种特殊的组织形态。

2、设立中公司尚未具备法人资格。一个组织是否具备法人资格，取决于法律的态度，赋予之则有，不赋予之则无。如今多数国家在公司设立登记方面采取设立要件主义，认为设立登记为公司设立要件之一，公司未经设立登记，不得成立。《日本公司法》第57条规定已如前述。《法国商事公司法》第5条规定：“商事公司自在商业和公司注册簿登记之日起享有法人资格。”我国《公司登记管理条例》第3条第1款规定：“公司经登记机关依法核准登记，领取《企业法人营业执照》，方取得企业法人资格。”可见，法律对公司这种组织形态是在其完成公司登记时才赋予其法律人格的，而设立中公司是存续于设立登

（韩）李哲松著：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社2000年版，第159页。

毛键铭：《略论设立中公司》，《法学》2002年第10期，第54页。

国家工商行政管理局法规司编：《外国及我国港澳台地区商事登记法规选编》2000年版，第220页。

记完成之前，故其尚未取得法人资格。

3、设立中公司的存续具有一定的时间性。设立中公司以达到该公司成立为目的，公司一旦成立，设立中公司的使命即完成，它是公司成立过程中的过渡性产物。因此，设立中公司有其产生和终止的过程。关于设立中公司的起始主要三种观点：（1）发起人订立公司章程时即为设立中公司开始存在之时；（2）发起人订立公司章程并认购一股以上股份时，设立中公司即开始存在；（3）发起人订立公司章程且第一次发行的股份总额已认足，设立中公司才开始存在。笔者认为，法人包含人和财产两个不可缺少的要素，设立中公司除应具有社团存在的条件（即需有2个以上的构成成员，章程）外，还需有一定的财产基础，否则，与其作为营利性社团法人在设立过程中出现的过渡性组织的性质不合，因此第一种观点不妥。另，设立中公司毕竟是一种过渡性组织，对其财产的要求不能与对营利性社团法人的要求一样严格，因此第三种观点失之过严。相比较而言，第二种观点认为设立中公司开始于发起人订立公司章程并认购一股以上的股份则较为妥当。至于设立中公司的终止时刻，则因设立中公司命运的不同而有差别。一是公司设立成功时，设立中公司进化为具有独立人格的公司，设立中公司不复存在；二是公司设立失败时，设立中公司依法律规定进行清算，清算结束后设立中公司归于消灭。可见，设立中公司存续期间为开始于发起人订立章程并认购一股以上股份之时，终止于公司登记成立或不成立依法清算结束之时。

4、设立中公司具有明确的目的性。设立中公司存在的目的是促成公司的有效成立。完成公司的设立行为进而促成公司成立，获得独立参与民商事活动的法律资格，是设立中公司的出发点和最终归宿。设立中公司的一切活动都围绕该目的展开，从制订公司章程到认缴股份，从设置拟成立的公司机关到完成公司设立登记。不管具体实施设立行为的发起人和认缴股份的投资者各自的内心动机如何，在完成公司设立行为进而促使公司有效成立这一点上，他们的目

毛键铭，前引文，第54页。

张文龙著：《股份有限公司法实务研究》（台湾）汉林出版社1997年版，第35页。

的是一致的。公司有效成立，便完成了这一目的，设立中公司即告消灭。公司设立失败，便无法达成这一目的，设立中公司的存在也就失去了价值，法律要求其退回到发起人合伙状态中去并追究发起人的设立责任。

（三）设立中公司与公司设立、清算中公司的比较

设立中公司不同于公司设立。公司设立是一个动态的、连续的行为过程，而设立中公司是伴随设立行为而产生的、相对静止的实体概念。从时间上看，设立中公司的产生要晚于公司设立行为的展开，因为首先是发起人签订设立协议，然后在此基础上展开制订章程等一系列行为。设立中公司是公司设立行为的产物，公司设立行为的完成将会导致设立中公司的消灭。

设立中公司亦不同于清算中公司。虽然两者也存在着共同点，即两者同属于法律拟制的具有目的性和过渡性的实体，但设立中公司与清算中公司存在着本质的不同。从两者存在的目的性看，设立中公司概念的确立是以促成公司顺利和有效成立并获得独立法律人格为目的，而清算中公司概念的引入则是以法律上协助资不抵债的公司公平地偿还债务、进入破产程序，最终消灭法律人格为目的。从两者消灭的时间看，设立中公司随着公司的成立而消灭，清算中公司因完成清算还债程序、丧失法律人格而终止。因此，可以发现设立中公司是一个积极的存在，而清算公司是一个消极的存在。

毛键铭，前引文，第 54 页。

第二章 设立中公司的法律地位

一、发起人的法律地位

设立中公司是发起人创设公司过程中的一种过渡性组织形态，需要发起人进行一系列积极的行为，因此与发起人的联系甚为紧密。有人将设立中公司称为“胎儿公司”，则发起人可视为胎儿之母体。所以对发起人的法律地位进行探讨及其界定，对设立中公司的法律地位的研究不无裨益。

（一）发起人概念

关于发起人的概念，各国有不同的规定，理论上也存在不同的学说。形式概念说认为，只要在公司章程上签名的人即为发起人。实质概念说认为，只要参与公司设立的策划，为公司设立尽力的人即为发起人，至于是否签名于章程则在所不同。而两概念结合说则认为，发起人不但要在公司章程上签名还须有实际的参与设立公司的行为。尽管如此，对发起人的内涵作出法律上的界定仍是有意义的：一是明确发起人的范围，使得那些要积极创办公司而又想避免承担其应负责任的人难以逃脱社会监督，以保证交易的安全，维护社会公众利益；二是藉以明确发起人的权利义务，特别是应负的法律责任。

笔者认为，鉴于发起人在公司设立过程中权利义务关系的枢纽地位，对发起人的认定应以形式主义或明示主义为准，以确保法律关系的明确化。我国公司法未明确发起人的概念，对此，笔者认为，股份有限公司发起人必须符合下列条件：1、发起人必须具有创办公司的共同意图，这是主观要件；2、发起人必须从事了旨在实现该意图的创办活动，即发起行为，如订立章程、招股等，这是行为要件；3、发起人必须在公司章程上签名盖章，这是形式要件。这就

（日）奥岛孝康：《公司法基础——从事件入门》，载于王保树主编《商事法论集》（第2卷），法律出版社1997年版，第472页。

梁上上：《股份有限公司发起人责任研究》，载于王保树主编《商事法论集》（第2卷），法律出版社1997年版，第470页。

使得那些从事了创办公司的活动但并未在章程上签字的人就不能作为发起人享有权利、承担义务。据此,按照公司法的一般原理,发起人的概念界定如下:发起人是为成立股份有限公司而筹划设立事务,从事设立行为,并在公司章程上签名盖章的人。

(二) 发起人的法律地位

发起人的法律地位,是指发起人在设立公司时与正在设立中公司的关系,以及在公司成立之后与公司的关系。发起人的法律地位是公司设立过程中的一个重要问题,它涉及到很多法律问题,如发起人行为的依据是什么?发起人在公司设立过程中的行为是否由公司继承?法学理论界主要有以下 4 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的合同。

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,发起人权利、义务在公司成立的同时,当然由公司继受。

对此,有的学者认为这 4 种观点都是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。笔者同意这个看法,这 4 种观点对发起人法律地位的阐述,都有一些不足之处。具体表现为:

其一、关于无因管理说。无因管理的构成要件有三个:为他人管理事务;必须有为他人谋利益的意思;必须无法律上的根据即没有法律上的义务。所谓无法律上的义务,是指管理人对事务的管理没有合同义务或法定义务。而发

徐燕著:《公司法原理》,法律出版社 1997 年版,第 144 页。

郑玉波著,前引书,第 86—87 页。

赵旭东主编:《公司法》,高等教育出版社 2003 年版,第 144 页。

柳经纬主编:《中国民法》,厦门大学出版社 1994 年版,第 488 - 489 页。

起人的行为如对公司章程的订立、认股出资等行为均系公司法所规定的义务，所以发起人的行为不符合无因管理的构成要件，故此学说的不当之处显而易见。其二、关于为第三人利益合同说。为第三人利益合同通常仅可为第三人设定利益而不得为其设定义务和责任，而发起人在为所设立的公司订立合同时不仅有设定权利，而且往往还为该公司设定义务和责任（如对股份认受人所负义务），因此，此种学说亦难有说服力。其三、关于设立中公司之机关说。发起人作为整体为设立中公司的机关没有疑义，这表明应由设立中公司对第三人承担义务和责任。但是如果出现公司设立失败的情形，若依此说，则无法说明设立行为所需的费用和债务等行为后果归属，此乃不足之处。其四、关于当然承继说。首先此说与继承权的性质不符，因发起人出资的货币或实物，认股人缴纳的股款，均是向设立中公司给付，归设立中公司所有；其次此说有违一般的逻辑推理，因为在没有明确发起人与设立中公司及成立后公司关系就得出当然由公司继受的结论，这也是此说无法说明郑玉波先生所问“但是，设立行为的效果，为什么当然由公司继承呢？”的原因所在。

笔者认为，发起人的法律地位应从以下两个方面来理解：

首先，发起人作为个人，其法律地位表现在发起人之间的关系之中。各发起人以设立公司为目的而结合在一起，为设立公司他们之间往往要签订设立协议即发起人协议，各发起人基于该协议，制订公司章程，履行其他义务。所以，发起人为了成立公司所签订的发起人协议从性质上讲属于民事合伙合同，因而发起人之间是一种合伙关系，每个发起人都是发起人合伙中的成员。当公司不能依法成立时，对于设立失败的后果，发起人要连带承担法律责任。其理由见后叙之。

其次，发起人作为一个整体，其法律地位表现在发起人与设立中公司的关系之中。如前所述，设立中公司已具备公司的基本形态，其要与社会直接发生各种法律关系。要发生各种法律关系，必要为各种法律行为。而设立中公司系一过渡性组织，其本身无法实施行为，须借助于自然人的力量。因此，发起人基于其设立公司的目的并经过订立章程、认购股份而取得设立中公司的原始构

成成员的身份，便成为设立中公司的机关，即处机关地位。发起人在设立中公司取得的权利义务，应归属于成立后的公司。

综上所述，发起人既是发起人合伙中成员，又是设立中公司的机关。

二、设立中公司的法律地位

对设立中公司的法律地位问题作出科学的回答，有利于明确设立中公司的性质，明了其权利能力、行为能力和责任能力的范围，从而有利于明确与设立中公司有关的法律关系，有利于保护交易的安全。

笔者认为，设立中公司的法律地位和法律性质在本质上是指同一个问题，都是指是否具备法律资格和具备何种法律资格。对这个问题，公司法学界众说纷纭，莫衷一是，归纳起来有以下几种观点：

（一）合伙组织说。主张此种学说的学者认为，设立中公司还只是“设立中”的公司，未经登记成立，尚不具备公司的法人资格。同时设立中公司已不是单个自然人，而是若干个自然人的组合，是一个人合团体。设立中公司已经拥有一定的财产或经费、组织机构和场所，经历特别的程序，它还可以拥有自己的名称，但不具有独立的民事责任能力。从形式上看，设立中公司是介于自然人和法人之间的一种组织。再从设立中公司行为性质看，设立中公司行为系共同行为，各共同行为人为了经营共同事业的目的而走到一起，订立协议、章程，协议各方意思表示的方向是同一的，这种协议在学理上被称为“同向意思合同”。设立中公司的上述表征，与合伙毫无二致。故认为，“发起人协议作为发起人在公司设立过程中权利和义务约定的书面文件，是一份合伙协议。”所以，应将设立中公司的性质确定为合伙组织。

（二）无权利能力社团说。这是一种传统的大陆法系理论，其直接渊源于《德国民法典》第 22 条的规定：“以营利为目的的社团，如帝国法律无特别规定时，得因邦（洲）的许可而取得权利能力。”通过此条法律可推知，营利性社团如设立中公司未取得邦（洲）的许可，则可解释为无权利能力社团。后来

徐晓松著：《公司法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 85 页。

的联邦德国《股份法》第 41 条第 1 款作出了直截了当的规定，登记前公司不具有独立人格，只能是无权利能力社团，谁在登记前以公司名义进行活动，谁就个人承担责任，如果几个人进行活动，那么他们则作为连带债务人承担责任。又如，台湾学者柯芳枝认为：“按公司为社团法人而享有人格，则设立中公司因尚未获取得人格，论其性质，应属无权利能力社团，而以发起人为其执行事务及代表之机关。”

（三）同一体说。主张此种学说的学者认为，设立中公司与成立后的公司是同一法律现象，两者并非不同团体，而是形成同一团体的不同发展阶段，故称为“同一体说”。

（四）非法人团体说。此乃英美法国家的一些学者观点，认为设立中公司是一种非法人团体，即为了某种合法目的而联合为一体的，非按法人的立法规则设立的人之集合体，它可以享有一定的权利和负担一定的义务，其财产受法律保护。我国江平、孔祥俊亦持上述观点，认为设立中公司的法律性质相当于法理学上的非法人团体。

（五）具有自身特性的非法人团体说。该说认为，设立中公司不是完全独立的民商事主体，但在设立公司的活动中具有相对独立性，具有有限的法律人格；可以以自己的名义从事设立公司的活动，在设立公司过程中是享有权利，并在一定范围内承担义务和责任的主体。

上述第一种学说的缺点是混淆了发起人合伙和设立中公司的界限。发起人为设立公司这一目的，必须先行订合伙协议，约定相互间在设立公司过程中的权利义务，依此协议而形成发起人合伙。而设立中公司是在公司设立过程中出现的一种过渡性的组织，是发起人实现其目的的结果。此时，发起人既是设立

蔡立东：《公司人格否认论》，《民商法论丛》（梁慧星主编）第 2 卷，法律出版社 1994 年版，第 330 - 331 页。

柯芳枝著，《公司法论》，台湾三民书局 1991 年版，第 161 页。

〔日〕末永敏和著：《现代日本公司法》，金洪玉译，人民法院出版社 2000 年版，第 36 页。

江平、孔祥俊：《论股权》，《中国法学》1994 年第 1 期，第 76 页。

范健：《设立中公司及其法律责任研究》，载于王保树主编《商事法论集》（第 2 卷），法律出版社 1997 年版，第 150 - 151 页。

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.

厦门大学博硕士论文摘要库