

论设立中公司的法律地位

◆林丹丹

(辽宁工程技术大学, 辽宁 阜新 123000)

【摘要】设立中公司的法律地位对其责任承担具有非常重要的影响,法律地位决定其权利来源,进而实现责任承担。我国奉行“民商合一”的立法体例,民法是商法的一般法,商法是民法的特别法。但就设立中的公司而言,无论我国是民事立法还是商事部门法,都没有给予其主体地位,取而代之的是用“发起人”这样的角色来替代设立中公司的地位。从实然的角度出发,设立中公司是实实在在存在的,并且在公司取得法人资格之前发挥着巨大的作用,影响公司独立法人取得的成功与否。在裁判者的眼里也是承认这样主体的存在,那么用发起人来进行替代显然是不合适的,也不符合法律关系的实质。所以,赋予设立中公司独立的法律地位,实现独立法律地位、确定责任承担的法律规范构造很有必要。

【关键词】设立中公司;发起人;权利能力;责任承担

一、关于两个概念的界定以及关系

(一)设立中公司

所谓设立中公司,是指自订立公司章程起至公司登记成立前,进行公司设立事项的组织体。我国公司立法并没有设立中公司的概念,但是《公司法》司法解释和裁判案例对设立中公司是持承认态度。公司成立是其登记之前筹备过程的结果,公司成立是静态的结果,之前的一系列与设立公司有关的行为是动态的过程,对内有章程的拟定、认缴出资、发行股份等,对外涉及办公场所的租赁或者购置、招聘人员、购置物资、申请登记等。在登记之前,公司是不具有法人资格的,显然还不是法人,举重以明轻,设立中公司更不可能具有主体资格。但是从实际出发,设立中公司已经有它的组织形态和一定的财产,确实实施了法律行为,虽然设立中公司的目的不具有营利性,但是归根到底是为了符合法律构造主体的要求,逐一完成使命。这样来看,设立中公司这样的组织体是什么?以怎样的姿态来进行法律行为?主体地位不确定的,何谈责任的承担;不具有法律主体的资格,怎么能够得到法律的保护?对于外部债权人而言,也是具有很大不确定性。概念的界定意义就是反映设立中公司的特征,是否符合法律主体的特征。基于学理概念总结出设立中公司的特征:(1)设立中的公司是组织体而非个体,组织体虽然并不是法律概念,但是可以看出,对于设立中公司的性质是具有团体性的,而非强调个人基础。当然这里还需要和合伙予以区分,合伙也是组织体,但是具有很强的人合性,彼此信用基础非常重要。在《合伙企业法》中,新入伙都要有严格的准入规则。设立中公司强调团体,但其成员的变化并不会影响设立中公司的存亡。(2)设立中公司不是终极的形态,具有过渡的性质。设立中公

司有起始时间、有形式上的表现,虽然学界对于起始时间有不同的理论争议,有的学者认为起始于公司名称的取得或者发起人协议的签订,无论学者认可哪种起始观点,但不影响设立中公司的过渡性、临时性和使命性的特征。可以说设立中公司是成立后公司的前传,也是公司成立后的延续,契合一体说。随着我国营商环境的优化以及商事登记制度的改革,设立中公司生命周期或长或短,但不可否认的是,设立中公司所起到的作用直接影响着公司成立与否,对于公司的建立始起着至关重要的作用。

(二)发起人

在公司设立中,不可忽视的一个核心主导主体就是“发起人”,发起人是具有设立职责的,比如为设立公司而签署公司章程,向公司认购出资等。对于发起人之间的约束,通常通过发起人之间的协议体现,协议的内容主要是对设立公司的事宜进行约定,是发起人之间“达成的共识”,这个协议内容通常也会在章程中予以体现,主要对发起人之间具有约束力。发起人起着非常重要的作用,设立行为本身是发起人共同合意,是共同的行为。设立中公司的行为是需要发起人来实施的,发起人有着不同的角色,一方面,作为出资人具有出资的义务;另一方面,对于公司设立行为也需要承担责任,对此,我国通过《公司法》的司法解释,对发起人行为的不同名义以及公司成立结果,构建了不同的责任归属规则。

(三)设立中公司与发起人的关系

公司的筹备是一个动态的过程,而非一蹴而就的静态结果。在公司的“孕育”过程中,既有设立中公司的存在,也有发起人的存在,两者不能混为一谈,理论界对于设立中公司与发起人的关系存在不同的学说。

1. 无因管理说

该学说主张发起人与设立中公司是无因管理的关系。一般认为，构成无因管理要满足三个要件：管理他人的事务、有为他人管理的意识、无法律上的义务。发起人确实是在设立过程中签署公司章程，为了确保符合登记这样的必备法律文件，同时，还要对未来的公司出资，确保资金充实。发起人之间通过协议约束彼此，既关联又有约束，共同的目的就是让公司能够成立，以上判定发起人并不符合上述要求，它本身是有义务的期待性。

2. 代理说

该学说主张发起人是公司代理人，这里的公司是指已经取得了登记后的营利法人，那么发起人设立行为所产生的权利义务归属于成立后的公司。这种代理关系的权利来源是未来设立成功后的公司，一旦设立失败，被代理人没有主体资格，委托的基础来源何处？并且没有将设立中公司和发起人的关系阐释清楚。

3. 设立中公司机关说

该学说主张发起人在设立中公司起到了主导作用，即为设立中公司的机关。这里的发起人不再将个人特性作为主要载体，而是团体的表现，是意思机关。

4. 二分说

该说就如其字面理解一般，对于发起人的法律地位一分为二来看待。其一，发起人也是出资人，很有可能是未来股东，他们是独立个体的性征明显，各发起人以设立公司为目的聚集在一起，按照个人这样的身份本分地履行义务。发起人签订的设立公司协议，从性质上讲属于民法上的合伙合同，所以发起人之间的关系是合伙关系。其二，发起人超越其本身，是团体的代名词，其个人的性征弱化，更多体现在作为设立中公司的意思机关，强调整体的意志，注重设立中公司的意思表示，这也是强调发起人与设立中公司的关系。发起人作为一个整体，对外表达设立公司的意思，即设立中公司的意思机关。本文也是同意该学说，发起人的角色不能归于一种角色承担，一方面是作为设立中机关的意思机关；另一方面基于发起人个人本身的角色，各自在角色中发挥其作用，承担责任。这样的区分可以更为客观地厘清发起人的双重角色以及与自身和设立中公司的关系，进而能够对于责任承担做好划分，同时，提供责任承担的义务来源。

在公司筹备的过程中，不能回避的是会出现物权关系、买卖关系、租赁关系、投资关系、雇员聘用等诸多法律行为，但是设立中公司本身并不能够亲自去实施公司设立的一系列法律行为，发起人担任起设立中公司机关的身份，发起人是设立中公司的意思机关。诸如，自然人的大脑，此时意思机关与设立中公司的关系应该是一体的，该机关的行为

效果归属于设立中公司，设立中公司具有独立的财产，以自己的财产独立承担设立责任。发起人作为意思机关，承担责任的类型为担保责任。

5. 当然承继说

该学说主要观点是在设立中由发起人实施的行为，当公司取得法人资格后，由公司承继。但设立行为所生之权利，当然由公司承继。

二、设立中公司权利的能力和和责任负担

(一) 设立中公司的权利能力

自然人的权利能力的取得不是来自法律的赋予，显然这同商事主体取得商事能力是截然不同的。公司作为商法人，它是民法主体附加的特殊能力，该特殊能力需要法律赋予，公司这样的团体性组织的权利能力取得需要依靠法律的态度。但是对于团体而言，权利的行使固然不能通过自身来实现，自然人的决定可以依靠脑、口、手来实现，团体性组织也是这个道理。但是团体性组织本身并没有人的生理机体的功能，所以由内部自己来构建组织形成意思、表达意思、完成支配，并且具有一定的责任能力。自然人的权利能力的取得不需要其他证成。设立中公司不是一个法律明确给予权利能力的团体性组织，因为其过渡性，但是从实际出发，法律对于发起人的角色是认可的，发起人是与设立中公司融为一体的。设立中公司因为出资人的出资，是有独立的财产，也就意味着它能够独立承担责任。设立中公司在形态上是有团体性的特征，在责任承担上能够有独立的财产，所以其有一定的独立性，与成立后的公司相比是有限的法律人格。

(二) 设立中公司的责任承担

1. 以设立中公司名义实施行为的责任承担

前文所述设立中公司有法律人格，既然谈到人格，那必然是以自己之名设立、变更、消灭一系列行为，成为某种法律关系汇总的一方主体，可以独立担责，但是这样的行为应当需要边界——与设立公司有关的范围，如超出范围，则由发起人和设立中公司承担连带责任。

2. 以发起人自己的名义实施行为的责任承担

这里有不同角度的理解，同上文所述的边界有关，就是发起人实施的行为是否与设立公司有关。以本人的名义发生与设立公司无关的交易，结果的归属显然不能由设立中公司来买单，设立中公司不承担责任。以本人的名义与目标方存在与设立公司有关的行为，设立中公司担责是需要进行检视的，最为简单的标准是为了谁。发起人有两个身份角色，一个是发起人个人的角色，未来的股东；另一个为设立中意思机关的角色。发起人同样以自己的名义，所进行的行为与设立公司有关，需要设立中公司的追认，但是相对人无从知晓发起人代表的是个人还是公司机关。向发起人主

张责任承担,发起人应当承担责任,如果其行为的确为设立公司而实施,发起人可向设立中公司主张权利。

3. 设立失败后的责任承担

公司设立有两种结果,一是公司设立成功,设立中公司取得商事能力,成为公司法人,即营利性法人,那么设立中公司完成使命,它的财产、治理结构、责任等方面一并承继到成立后的公司合二为一。二是公司设立失败了,没有取得完整的主体资格,设立中公司的使命也已告一段落,对设立中公司的财产也应该进行清理清算。

三、设立中公司的法律地位分析

讨论设立中的公司的法律地位,就是要确定其是否能在法律中做出独立的法律主体,享有权利,履行义务,承担责任。针对设立中公司法律地位,学界有着不同的观点,因为学说理论支持不同,所以制度构建的思路也有所差异。总的来说,存在无权利能力社团说、合伙说、非法人团体说等。

(一) 无权利能力社团说

大陆法系国家学者认为设立中公司具有社团性质,但尚未具有权利能力,故为无权利能力的社团。在德国民法观念中,社团登记需要一定的时间,在登记之前的社团无权利能力。从形式上来看,设立中公司没有登记,那就是说没有经过法定的登记之前,这个主体是没有权利能力的。但是从实质上来看,设立中公司是有一定的权利能力,且能独立担责,认为设立中公司无权利能力显然认识不足。

(二) 合伙说

该说认为设立中的公司属于合伙,设立登记是赋予其法人资格的条件,因此,在其未经登记并未取得营业执照时还不具有法人资格,当设立资格书序完成后,原来的合伙人便取得法人资格。简言之,设立中公司具有合伙特征,登记之后就变成了法人。合伙是基于当事人之间的信任,通过契约约束,强调个人之间的成员信赖,具有很强的稳定性。但是设立中公司是公司成立的一种过渡形式,更强调整体的共同性,具有成立公司的共同使命,发起人的流动变化并不会影响设立中公司的存在。另外,合伙并不是法人,没有独立的财产,不能够以合伙组织名义承担责任,但是设立中公司因为出资人的出资,是有自己的财产的,具有独立承担责任的可能。

(三) 非法人团体说

在英美法中,非法人团体是指“为了某种合法目的而联合为一体的非按法人设立规则设立的人的群体,其可以享有权利和承担义务,财产受法律保护,并在财产范围内对外承担民事责任。”我国可以在法理上承认设立中公司的非法人团体地位,即这种团体由设立人组成并作为对外活动的代表,有权从事设立公司的各种活动。法人是独立的主体,来源于法律,这一点毋庸置疑,但是作为设立中的公司,是非法人的集合体,是人和财的集合。相较完整的法人而言,确实有着不完整和有限能力的尴尬境遇。如果同公司是一样的,仅就是因为没有完成登记,那么实质而言,设立中公司等同于公司的,显然,二者还是存在差异的,设立中公司是为了公司成立,而公司成立是为了盈利。所以笔者认为,设立中公司的权利能力、行为能力以及责任能力是有限的,但是这种限制就因为本身的境遇差异,在自身的全力之下已是全部,可确定其法律地位。

我国《公司法》司法解释规定,发起人在筹备公司过程中,以设立中公司名义对外签订合同,合同相对方是可以请求公司来承担责任的。由此,仅就事实而言,已有名义就应当有独立法律地位,从法律上赋予设立中的公司以独立人格。显然《民法典》中对其并无规定,设立中公司具备独立主体的条件,《公司法》作为商事部门的法律规范,相较于民法有其独立性。通过《公司法》的规范赋予设立中公司法律人格,确定其法律地位,对其在公司设立过程中实施的法律行为独立承担责任,符合规范逻辑。

参考文献:

- [1]赵旭东.新公司法制度设计[M].北京:法律出版社,2006.
- [2]张俊浩.民法学原理[M].北京:中国政法大学出版社,1991.
- [3]曹顺明.设立中公司法律问题研究[J].政法论坛,2001(05):1-12.
- [4]胡玉明.论设立中公司的法律地位[J].当代法学,2000(04):53-57.
- [5]茅院生.设立中公司本体论[D].重庆:西南政法大学,2006.
- [6]韩长印.公司设立若干法律问题评析[J].河南大学学报,1998(02):37.
- [7]侯水平.日本公司法研究[M].成都:四川人民出版社,1999.
- [8]江平,孔祥俊.论股权[J].中国法学,1994(01):73-82.

作者简介:

林丹丹(1985—),女,汉族,辽宁阜新,硕士,助教,研究方向:法学。

