

公司设立民事责任归责模式研究

——兼评最高人民法院的司法解释意见稿

吴 越*

内容提要：设立中公司在其不同的发展阶段，分别具有形式主体资格和实质主体资格，不宜将其拟制为任何其他法律主体。设立中公司的性质更接近于公司，因此其民事责任规则的建立应尽可能依据公司法理。具体而言，应首先以设立中公司自身的财产承担债务，不足清偿的部分，应由全体发起人基于其法定身份以各自的出资额为限承担连带清偿责任；同时，肩负特殊身份的发起人如法定代表人等行为人应承担无限连带责任。这种无限连带责任类似于公司人格否认制度下控制股东的过错行为责任。

关键词：设立中公司 主体资格 组织责任 合同-行为责任 身份责任

一、问题的提出与研究现状

实践中，因公司设立而产生的民事责任纠纷十分常见，而公司法对此的规定则基本上处于空白状态。法院在裁判此类民事纠纷时必须回答三大核心问题，即设立中公司具有何种法律人格？设立中公司是否具有责任能力？设立中公司的代表人、发起人和股东等个人应承担什么样的个人责任？除此之外，法院还必须回答设立中公司是否具有诉讼资格这一前提性问题，否则相关的诉讼当事人和诉讼管辖都难以确定。

上述问题的产生是由设立中公司以及成文法本身的特性造成的。由于设立中公司具有明显的过渡性质而非某个终极的法律主体，因此各国的成文法很难一刀切式地确认或者否认其法律人格。从发起人协议达成之日起，设立中公司将会经历章程的制订、意思和行为机构的诞生、名称预先核准、首期出资的缴纳等不同的孕育阶段，倘若不区分不同的法律阶段，而一概地赋予或否定其法律人格，显然过于武断。鉴于此，美国学者帕米尔特认为，设立中公司（pre-incorporation）“在当代成文法上简直令人头疼”。〔1〕

事实上，倘若成文法一概地将设立中公司拟制为现有的商事主体，无疑将会对商事登记制度带来巨大的冲击，混淆设立中公司与商个人、合伙或法人之间的应有区别，从而使债权人面临更大的风险。由此，在是否明确赋予或者否定设立中公司某种法律人格的问题上，成文法陷入了进退维谷的境地，即使在一些公司立法较早且较为完备的国家，迄今为止也没有发现成文法对设立中公司法律人格和责任承担模式的统一规定。这种法律状况决定了，因设立中公司而产生的纠纷，只能更多地依靠判例法来解决。例如，即使在成文公司法较为发达的德国，法院、尤其是联邦法院对涉及设

* 西南财经大学法学院教授。

〔1〕 Alan R. Palmiter, *Corporations, Examples & Explanations*, 4th ed., Aspen Publishers Inc., 2003, p. 487.

立中公司 (Vorgesellschaft) 的判例也是法官在裁判类似纠纷时的重要参考依据。^[2]

在我国, 由于长期以来没有并且也不承认判例法, 解决这一困境的任务自然就落到了司法解释的身上。最高法院分别于 2003 年和 2006 年制订了《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定 (一)》、^[3]《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定 (二)》和《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定 (三)》三个征求意见稿。^[4] 其中前两个意见稿均含有关于公司设立行为引发的民事纠纷的裁判规则, 但由于分歧始终存在, 它们未能形成最终的司法解释。

但鉴于这个问题在实践中的迫切性, 一些地方高级法院则率先颁行了关于审理公司纠纷的指导意见, 供下级法院参照适用, 例如江苏省高院“关于审理适用公司法若干问题的意见 (试行)”、^[5] 上海市高院“关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见”^[6] 和北京市高院“关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见 (试行)”^[7] 等 (以下均简称为“指导意见”)。

从上述意见稿、“指导意见”、法院的审判实践以及学界的主张来看, 我国有关设立中公司法律人格和责任能力的分歧似乎还在不断的扩大中。

从国际比较来看, 在对设立中公司的人格及责任模式的处理上, 以德国为代表的大陆法系国家首先一般承认设立中公司具有某种法律人格, 并在此基础上探讨设立中公司自身的责任能力和相关的人个人责任。而以英、美为代表的判例法系国家则并不一般地关注设立中公司的人格问题, 而是直接从先公司合同入手探讨相关的民事责任。本文将前者的研究路径称之为公司人格论之下的“组织责任”与“身份责任”模式, 而将后者称之为人格忽略论之下的“合同责任”模式。

1. 英美法系国家的人格忽略说及合同责任模式

英美等国的公司法著述关注的重心是先公司合同的民事责任的归责, 而不将设立中公司自身的人格和责任能力作为解决问题的前提条件, 换言之它首先忽略了设立中公司的人格问题, 尽管英、美判例法上的“事实公司”规则间接地肯定了某些符合条件的设立中公司的法律人格。

由于实践中因公司设立行为而引发的纠纷大多是合同纠纷, 因此从合同责任模式来构建裁判规则, 不仅考虑到了债权人的诉因, 而且在法律适用上也有合同法为依据。此外, 英美公司法对公司本质的理解还有所谓契约链 (nexus of contracts) 理论,^[8] 依此来看, 从契约责任角度来“肢解”设立中公司的责任, 似乎也暗合公司法原理, 这是合同责任模式得以在英美法系国家得以广泛采用的根本原因。根据美国示范公司法, 公司章程的签署即意味着公司的存在, 换言之, 公司注册并不影响公司的在法律意义上的成立。因此, 对美国而言, 设立中公司民事责任主要集中在没有签署公司章程之前即以公司名义签订的“先公司合同” (pre-incorporation contract) 的归责问题。对这一类合同, 示范公司法仅原则性规定应由发起人承担连带责任, 即在事实上认为设立中公司属于合伙, 但是判例法允许当事人依据意思自治原则在先公司合同中限制合同当事人之外的发起人责任。判例法还表明, 即使作为合同当事人的发起人也可在先公司合同中免除个人责任, 不过这有一个发展的过程, 早期的判例法认为先公司合同的当事人 (即设立中公司的代表人) 在任何情况下都不能免除其个人责任, 但在后期的判例法则认为以合同免除设立中公司代表人个人责任的做法具有公正性。^[9]

[2] Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Aufl., C. H. Beck, 2003, S. 466 ff.

[3] 最高人民法院于 2003 年 11 月 4 日公开该意见稿。

[4] 最高人民法院民二庭于 2006 年 11 月在法院系统内部公开“意见稿” (二)、(三), 并要求下级法院提供反馈意见。

[5] 2003 年 6 月 3 日江苏省高级人民法院审判委员会第 21 次会议通过。

[6] 沪高法 (2003) 216 号文, 2003 年 6 月 12 日上海市高级人民法院发布。

[7] 京高法 (2004) 50 号文, 2004 年 2 月 29 日北京市高级人民法院审判委员会第 116 次会议通过。

[8] Hamilton, *The Law of Corporations*, 4th ed, West Group, 1997, p. 6.

[9] Roland J. Santoni, *Why Nebraska Should Adopt the Revised Model Business Corporation Act?* Creighton Law Review, Vol. 28, 1994, p. 152.

英国的做法与美国极为类似,也是从先公司合同入手来解决设立中公司的民事责任归责问题,并且也允许当事人以意思自治原则免除设立中公司代表人、发起人、股东等人的个人责任。^[10]

英美法系的合同责任模式具有尊重意思自治、照顾第三人的诉因和灵活性这三大优点。不过,合同责任模式也有三大缺陷。首先,“在交易时,待设立的公司尚不存在,因此根据传统的合同及代理规则,它不可能是被代理人或合同一方当事人”。^[11]这表明,从单纯从合同法原理来解释设立中公司的民事责任有其明显的局限性。其次,在先公司合同未做约定的情况下,对于既未代表设立中公司对外签订合同,也没有实际参与公司筹备活动的“被动出资人”或者“被动股东”而言,单纯依据合同法根本无法推导出其应承担合同责任的理由。^[12]第三,对大陆法系国家而言,合同责任模式的任意性不仅可能损害公司法的强制性规定,同时也可能损害法律适用的统一性,从而使得复杂的、个性化的责任安排变得更加不可预料,损害交易安全。

类似地,尽管最高法院的司法解释意见稿倾向于从“公司设立行为”的角度来构建裁判规则,但实质上与合同责任模式在实质上是一致的,因为该意见稿仍然侧重于解决在公司设立阶段的先公司合同的归责问题。鉴于二者存在较大的共性,笔者将其统称为“合同-行为责任”模式。

2. 大陆法系国家中的设立中公司人格论与组织责任、身份责任模式

以德国为代表的大陆法系国家首先一般地承认设立中公司的存在,并在此基础上探讨设立中公司的性质、内部法律关系和代表人、发起人及股东等人的相关民事责任。^[13]换言之,大陆法系国家在很大程度上将设立中公司的人格论作为建立设立中公司及相关人的民事责任模式的前提条件。除德国外,中国、韩国、^[14]我国台湾^[15]也大致遵循了这一成文法研究路径。

不过设立中公司具有何种人格这一问题上,还存在极大的争议。大致有人格独立说、人格拟制说以及人格忽略论等不同的学说。具体而言,人格独立说又包括“完全人格说”和“有限人格说”两种观点;前者认为设立中公司具有完全独立的法律人格,后者认为其仅仅具有有限的法律人格。反之,各种各样的人格拟制说则认为,由于法律并未明确承认(但也未明确否认)设立中公司具有某种法律人格,因此可以将设立中公司拟制为某种民事或商事主体,其中又分别有“合伙说”、“无权利能力团体说”等不同观点。

在设立中公司人格论这一前提之下,大陆法系国家首先关注设立中公司自身的责任能力问题,其次则探讨设立中公司代表人、发起人、股东等人的法定责任。

人格肯定说以及人格拟制说的共同点在于,它们都认为(某些)设立中公司应当具备民事主体资格,因此不同程度地存在着设立中公司自身承担责任的可能性。而2005年,最高人民法院也在一个判决中正式承认了一家设立中公司应以其自身财产独立承担民事责任,^[16]这就表明,设立中公司独立承担民事责任的可能性并没有被司法实践完全排除。本文将这种主张之下的责任模式称为“组织责任”,以区别于设立中公司的行为人等个人的责任。

其次,公司人格论也探讨设立中公司代表人、发起人或以及股东与设立中公司的法律关系,并进一步明确其个人责任。换言之,这种研究路径探讨设立中公司的内部人是否系基于其法定的身份对设立中公司的债务承担责任,而无论其是否实际从事了设立行为,这就是“身份责任”模式。身份责任与合同责任、行为责任的本质差异在于,在公司设立过程中,某些人基于其法定身份应对设

[10] See Mayson, French & Ryan, *Company Law*, 20th ed, Oxford University Press, 2003, p. 683.

[11] 前引[1], Palmiter书,第488页。

[12] 前引[9], Santoni文。

[13] F. Kuebler, *Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl., CFM, 1999, S. 319 ff.

[14] 参见李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第159页以下。

[15] 参见曾淑瑜:《公司法实例研习》,台湾三民书局2003年版,第57页以下。

[16] 参见最高人民法院[2005]民二终字第147号判决,《最高人民法院公报》2006年第7期。

立中公司的债务承担责任。“身份责任”系本文首先采用的一个概念，目前的国内外公司法著述文献中并不存在这一概念，尽管其他法律领域中这种责任比比皆是，例如“监护人责任”。而实际上我国公司法第95条对设立中股份公司规定了发起人的身份责任。也即，只要其具备了第95条意义上的发起人身份，无论其是否实际参与设立活动，均要承担责任。

由于大陆法系国家一般地探讨设立中公司的人格以及“组织责任”和相关人的“身份责任”，因此这一研究路径具有法律适用的统一性、简单性和有利交易安全等优点。但是，其缺点也是十分明显的。首先，设立中公司具有不同的发育阶段，无法一概地赋予其具有某种法律人格，这也是各种人格论至今都无法达成统一的根本原因。其次，组织责任模式的优点在于，它承认设立中公司自身承担民事责任的可能性，但是对于处于明显不具备责任能力阶段的设立中公司而言，这一模式显然难以自圆其说。第三，身份责任模式的优点在于其法定性，从而有效地克服了合同责任模式的任意性，但其缺点则在于其呆板性。首先，这种硬性的法定责任排除了根据意思自治原则在先公司合同中免除某些人（例如上述的“被动投资者”或“被动股东”）的责任可能性。其次，在法律没有直接规定的情况下，身份责任能否“类推适用”本身也是一个棘手的问题。例如，公司法第95条对股份公司发起人责任的规定能否被类推适用于设立中有限公司？

以上对现有研究结果的简单梳理表明，迄今为止有关设立中公司人格及责任模式的学说都还存在着一定的局限性。

二、对设立中公司人格论的再认识

（一）对人格否认说及人格忽略论的检讨

在是否承认设立中公司为法律所不禁止的存在，尤其是设立中公司是否具有民事主体资格和诉讼主体资格这一问题上，由于我国法律未有明确规定，加之有关行政法规禁止公司在取得设立登记之前以公司名义从事经营活动，^[17]法院对此的立场始终不明朗，甚至自相矛盾。大致有三种意见：

第一种意见明确否认设立中公司具备民事主体资格。例如，北京市高院的上述指导意见规定：“有限责任公司设立中的筹备组没有独立的财产，不能独立地承担民事责任，因此不具备诉讼主体资格。因公司筹备组行为发生的民事诉讼，公司依法成立的，以公司为当事人；公司未成立的，以负责成立、组织筹备组的创办人或发起人为当事人。”按照这一规定，至少设立中的有限责任公司是不具备诉讼资格的，照此推理，其是否具备民事主体资格也值得怀疑。

第二种意见则明确承认设立中公司作为一个民事主体的存在。江苏省高院民二庭认为，虽然我国公司法尚未完全确认设立中公司的法律地位，但是根据有关行政法规及规章的规定，是承认设立中公司的。否则发起人只能以自己的名义开展筹备活动，在设立公司过程中为公司取得的财产，如认股人缴纳的股款、出资的实物等，只能归于发起人的名下，等公司设立登记后再由发起人移交公司。这样不仅名不正言不顺，而且增加了设立程序上的麻烦。^[18]尤其是对于实践中需要较长时间的筹备和施工建设才能设立的公司，若由行为人以自己名义签订合同，风险就更大了。实践中，依照规定，有的公司在设立过程中需要向公司登记机关申领筹建许可证，^[19]领取后这些设立中公司就可以合法地以“公司筹备组”等名义开展民事活动了。在司法实践上，一些地方法院^[20]和最

[17] 参见《公司登记管理条例》第3条第2款的规定。

[18] 参见江苏省高级人民法院民二庭：《公司设立中的民事责任若干问题》，《人民司法》2003年第1期。

[19] 参见《企业法人登记管理条例实施细则》第57条规定。

[20] 例如佛山中院在“典创公司诉杨耀军、品致公司装饰工程合同纠纷案”的判决中就正式采纳了“设立中公司”的概念。参见[2005]佛中法民五终字第634号判决，《人民法院报》2005年12月27日。

高法院^[21]也已经在个案中直接或间接地接承认了设立中公司的民事主体与诉讼主体资格。

第三种意见则持折衷态度,对设立中公司既不明确承认,也不明确否认。最高人民法院的意见稿(一)、(二)即是其代表。两个意见稿均未明确设立中公司的法律地位,甚至对其是否具备诉讼主体资格也未明确表态。但意见稿(一)第1条规定:“当事人因公司设立过程中产生的民事责任……等公司法律关系产生纠纷提起诉讼的,人民法院应予受理”。第2条则规定:“根据本规定第1条提起诉讼的案件,由被告住所地或者与诉讼标的直接相关的公司住所地人民法院管辖”。由此可见,最高人民法院的态度还是倾向于否定设立中公司的诉讼主体资格的。

笔者认为,最高法院意见稿回避或者说忽略设立中公司的民事主体与诉讼主体资格问题,会产生较大的现实悖论,因为倘若不承认设立中公司是法律所不禁止的民事主体,那将意味着凡是以设立中公司名义签订的合同均为无效民事合同,这显然与实际状况不相符合。这表明,暂且不论设立中公司是否具有民事责任能力,但赋予其形式意义上的民事主体资格和诉讼主体资格至少是必要的。在德国,尽管成文法上对此没有明确规定,但联邦法院通常认为设立中公司具备获得不动产的能力和票据行为能力,并且也具备积极和消极的诉讼资格。^[22]而赋予设立中公司诉讼主体资格,并不就意味着反过来认可了一切设立中公司均具有实质意义上的民事主体资格和民事责任能力。民事主体资格与诉讼主体资格并不构成一一对应的关系。从这个意义上说,可以认为设立中公司的诉讼主体资格是一种形式主体资格,与学者主张的设立中公司“形式主体资格论”^[23]有着较大的契合之处。

(二) 对人格拟制说的检讨

与最高法院的观点不同,对设立中公司的法律地位,学界大都承认其为法律所不禁止的主体,但是对其主体地位究竟为何,则分歧依旧,主要有无权力能力团体说、普通组织之商号说、非法人团体说、合伙说、折衷说、具有特殊性的非法人团体说^[24]以及独立主体说等观点。

在传统学说中,合伙说与无权利能力社团说形成了对立。施天涛认为,合伙既具有企业特征,也具有组织特征,因此合伙说能够说明设立中公司的性质。^[25]王保树则认为,合伙说忽视了设立中公司的团体性质,因此主张设立中公司性质应为无权利能力团体或者过渡阶段的团体。^[26]针对这种对立,郑景元认为,“用非法人团体说之所以不能科学地解释设立中公司的法律地位,是因为我国法律虽然有非法人组织、非法人单位、其他组织等相关规定,但对其界定却十分模糊,特别在处理该实体的行为及责任时,会带来诸多理论争议与司法盲点。因此,对于每个公司都必须经过的过渡组织——设立中公司,将其拟定为某个类人格商实体(商个人、合伙、法人),既可避免理论上不必要的争论,也能增加司法的可操作性”。^[27]不过鉴于民事合伙与商事合伙的重大区别,将设立中公司视为商事合伙更为恰当。此外,商事合伙、法人企业的人格塑造具有终极性,而设立中公司的人格塑造只具有过渡性,终极性人格塑造把一种社会存在制造为一种像“人”(商事主体)一样有名称、意思、财产和责任的法律实体;而过渡性人格塑造则并未把设立中公司这一社会存在塑

[21] 例如,在“福州商贸大厦筹备处”一案中,该“筹备处”在一审中系被告,在二审中则为上诉人。参见前引[16],最高人民法院判决。

[22] 此观点来自德国联邦法院1997年的一个判决(BGH Urt. v. 1997. 11. 28), NJW, 1998, S. 1079.

[23] “形式主体资格论”是茅院生博士在其论文中对学界一些观点的概括,指的是非法人团体可以充当合同主体、诉讼主体,具有主体资格,但是不可能当然具备法人人格,甚至不可能被视为具备法律人格。参见茅院生:《设立中公司论纲》,西南政法大学2006届博士学位论文,第85页。

[24] 对这六种学说的梳理和评价,参见郑景元:《困境与出路:设立中公司人格研究》,《云南大学学报法学版》2006年第2期。

[25] 参见施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第108页以下。

[26] 参见王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社2006年版,第148页。

[27] 前引[25],郑景元文。

造为设立中公司本身，而只是把它拟制成某一终极实体。^[28]

以上总结较为准确地表达了传统学说的共性，即将设立中公司“拟制”为某个现有的法律实体。与人格否认说或者人格忽略论相比，它无疑有着巨大的进步。但是，各种各样的拟制说也存在着一些致命的弱点，以目前较具有代表性的“商事合伙说”为例分析可见：

第一，商事合伙以取得商事登记为形式要件，而设立中公司，除实践中的公司筹备组之外，大多未取得商事登记。因此，倘若将设立中公司一概地拟制为商事合伙，人们就可以绕开商事登记而直接以设立中公司的名义从事商事活动。这正是迄今为止将设立中公司拟制为任何其他民事或者商事主体的根本缺陷所在。换言之，任何拟制说都将对现有的商事登记制度形成巨大的冲击。

第二，这种机制忽略了设立中公司的阶段性特征。现有法律对于民事合伙或商事合伙均没有最低资本要求，反之，由于公司法规定了股东的出资义务，使得设立中公司发展达到一定阶段就会有自身的独立财产。在出资人履行出资义务之前，设立中公司与合伙的状况或许是类似的，即都可能不存在独立财产；反之，在出资人履行其首次缴纳出资的义务之后，设立中公司已经有了独立的可区分财产。可见，倘若不区分设立中公司的各种发育阶段而将其一律视为合伙处理，则未免过于简单化。目前，法院的司法实践和有关意见稿、指导意见基本上均将设立中公司作为合伙来处理，其局限性也正好在这里。

第三，合伙说不能区分设立中有限公司和设立中股份公司，认为公司的全体发起人和出资人（但不包括公司设立之后才缴纳股款的认股人）都具有合伙人身份，因此全体发起人都应承担无限连带责任。这实际上等于主张将公司法第95条的规定类推适用于设立中有限公司。这种观点显然是值得商榷的。此外，合伙说假定全体发起人为合伙人，但即使在合伙企业中，根据合伙企业法也并不需要所有合伙人都代表合伙企业从事合伙事务，相应地，对设立中公司而言，也存在着一个设立中公司的法定代表人问题。

（三）对人格肯定说的修正

鉴于以合伙说为代表的各种拟制说存在的上述缺陷，茅院生提出了“设立中公司的独立主体论”命题。他指出，“设立中公司作为独立主体在公司设立阶段的意义是非常明显的。如果不承认设立中公司而视公司设立行为为发起人个人或者发起人合伙从事的行为，那么，在设立过程中发起人为公司取得的财产，首先应归到发起人名下，待设立登记完毕后，还需履行由发起人向公司转移的手续。这不仅缺乏经济性，而且向公司出资的财产会成为发起人个人债务责任财产的一部分，从而会出现要服从于其债权人的强制执行问题。因此，构造独立的设立中公司对简化公司设立是十分必要的，它体现的是团体的意志，代表的是集体的行为，这种集体交易的方式比个体交易更易于节约成本”。^[29]其实，这种观点在国外也有其支持者。例如，除前述德国联邦法院认为设立中公司具备民事行为能力和诉讼主体资格外，德国一些学者也持这种观点。^[30]美国判例法上的“事实公司”（de facto corporation）规则^[31]也承认了设立中公司作为独立民事主体的客观存在。

笔者认为，这种观点较为符合实际，它在我国司法实务界也获得了支持，例如前述江苏省高院民二庭的观点。但在事实上，设立中公司本身具有不同的发育阶段，一概地认为各不同发育阶段的设立中公司都具有独立的民事主体资格，不符合其阶段性特征，犯了与拟制说同样的错误。

首先，倘若一概地认定设立中公司具有独立主体资格，将使得现有的公司登记制度荡然无存。因为根据这种观点，任何设立中公司都可以不经过商事登记而像公司一样直接从事生产经营活动，

[28] 参见前引 [25]，郑景元文。

[29] 茅院生：《论设立中公司的独立性》，《中国法学》2006年第3期。

[30] 参见前引 [2]，Hueck 等书，第469页。

[31] 参见前引 [1]，Alan R. Palmiter 书，第495页。

这显然与现有的法律状况相左。

其次,由其目的性决定,任何现有的民事或商事主体资格的取得,都有一定的法定条件。那么,既然人格独立论主张设立中公司具有独立的法律人格,也应为它设定相应的实质性条件。由于设立中公司在性质上更接近公司,因此其要具备近似于公司那样的法人主体资格,也就应具备近似于法人的法定条件。按民法通则和公司法的规定,这些法定条件包括名称、组织机构(即意思和行为机构)、住所、财产等要素。^[32]但仔细考察不难发现,处于不同发育阶段的设立中公司,在以上条件的满足上恰好呈现出了本质性的差异。在发起人协议阶段,设立中公司基本上不具备以上条件;而在经过名称预先核准、出资的缴纳和意思、行为机构的筹备及实际运行等发育阶段后,此时的设立中公司已经基本具备了这些条件。换言之,此时的设立中公司除尚未取得营业执照外,已经与法人相差无几,属于名副其实的“准法人”了。而人格肯定论恰好忽视了设立中公司的这种阶段性特征。

在我国实践中,也的确存在这种近似于公司人格的设立中公司或者说“准法人”。如前文所述,我国法律已经赋予了取得筹建许可证的公司筹备组以法律人格,因为从本质上说,筹建登记也是一种商事登记意义上的设立登记。根据这一成文法规则,在个案裁判甚至司法解释中,明确赋予那些具有与公司筹备组类似地位的设立中公司(即其意思机构和行为机构已经实际运作的设立中公司)以实质意义上的民事主体资格和诉讼主体资格,就具有了目的正当性。从债权保护和交易安全角度看,由于公司筹备组已经诞生了意思和行为机构,并且通常也具备了自己的住所和相应的财产,赋予这一发展阶段的设立中公司以民事主体资格,通常不会降低债权人保护的水平,事实上,它比那些注册资金微少、仅靠租用一小块场地办公的“微型公司”更有清偿能力。

同样,美国的“事实公司”规则也表明,美国判例法承认符合条件的特定“既成事实公司”具有独立法律人格,而不是一概地承认其民事主体资格,这些条件包括:“(1)可以明显识别的设立公司的良好意图;(2)实际利用了公司形式,例如以公司名义做生意或者签订合同”。如果满足了上述两个条件,判例法就承认这样的“事实公司”(de facto corporation)与“法律意义上的公司”(de jure corporation)具有完全相同的特征,包括有限责任在内。不仅如此,只要事实公司善意地存在,则公司股东完全可以对抗第三人,除非公司登记机构明确否认其公司资格。^[33]

在这些基础上,应当进一步澄清两个问题。第一,尽管现有法律、行政规章禁止设立中公司在取得营业执照之前以公司名义从事活动,但由于在事实上很难完全区分设立活动与生产经营活动,因此这一禁令在事实上已经形同虚设。实践中,往往需要以设立中公司名义签订大量的合同,才能完成公司的筹备工作。例如,公司筹备组通常可能要完成一项在建工程,这样筹备组必须以自己的名义与他人签订采购合同与设计、施工合同。再如,在改制设立公司或者出资人以现有的企业出资时,更不能停止其生产经营活动。^[34]英美法上将这类合同统称为“设立中公司合同”(pre-incorporation contracts),对因其发生的纠纷,显然不宜简单地以无效合同处理了事。在英美法上,对这类合同效力的处理遵循了两个原则,即一方面应保护行为人设立公司的良好愿望,也即保护诚实信用;另一方面则应保护交易相对人的利益。基于这两点,在合同当事人均对公司处于设立之中这一事实明知的前提下,判例法承认设立中公司合同的有效性,但以公司名义行为的人应对合同承担连带责任,除非其与合同相对人达成了免除其个人责任的协议。^[35]

第二,有别于前述学者主张的形式主体资格论,笔者主张明确赋予已具备“准法人”特征的设

[32] 参见民法通则第37条、公司法第23、77条的规定。

[33] 参见前引[1], Alan R. Palmiter书,第487页。

[34] 参见[德]莱塞尔·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第431页。

[35] 前引[10], Mayson等书,第683页。

立中公司以实际意义上的主体资格，相关司法解释应明确承认具备“准法人”条件的设立中公司的民事主体资格和相对独立的民事责任能力，也即在公司设立失败时，这种设立中公司应首先以其全部财产承担清偿责任。

但这并不意味着笔者否认处于早期发育阶段的设立中公司不是实质意义上的民事主体，而仅仅主张相对“忽略”发育不全的设立中公司的民事主体资格。由设立公司的目的性决定，当行为人以设立中公司名义签订合同时，只要交易相对人知情并且认可，即使该设立中公司尚未取得筹建登记许可证，并且也不具备“准法人”的大部分要素，对当事人之间的交易也不应一律视为无效民事合同。否则就无法解释最高人民法院的意见稿（二）第3条第1款，将行为人与以设立中公司名义签订的合同的权利义务在公司设立后向公司转移这一原则立场。

虽然在设立中公司的任何发展阶段，行为人以设立中公司名义签订的合同都不能简单地以无效处理，所以从理论上说，一切设立中公司都可能具备了实质意义上的民事主体资格，但在裁判规则的构造上，又要有意识地“忽略”那些不具备“准法人”条件的设立中公司的民事主体资格。这是因为，首先，从裁判规则和司法程序的经济性与可行性角度来看，全部设立中公司学说的目的其实都在于解决其归责模式，倘若设立中公司尚未形成自身的意思和行为机构，也不具备独立财产，即使以独立论为基础构建其人格论，相应的组织责任模式也只不过是名存实亡。其次，出于与现有法律状况的和谐性考虑，如前所述，倘若赋予一切设立中公司以实质意义上的民事主体资格，将对现有的法人制度和商事登记制度带来巨大冲击。

相应地，从可操作性角度看，对设立中公司的诉讼主体资格也应当有一定的限制。首先是设立中公司应当有实际履行职责的代表人，否则，其诉权可能无法实现，毕竟设立中公司与公司一样，属于法律拟制的人，其民事行为和诉讼行为必须由其代表人行使。倘若设立中公司尚没有产生代表人，例如在公司章程签订之前的阶段，则赋予其诉讼主体资格也无实际意义。其次，从诉讼管辖的角度考虑，对已经有固定住所的设立中公司，可由设立中公司住所地人民法院行使诉讼管辖权，而对于实际上还没有固定住所的设立中公司，则可由设立中公司代表人住所地人民法院行使管辖权。

三、对设立中公司各种责任模式的再认识

（一）组织责任模式

最高人民法院的司法解释建议稿有意识地将设立中公司的法律人格问题予以忽略，而完全从合同责任与行为责任模式出发来构建相关的裁判规则，例如前述案例中，最高法院就直接判决一家处于筹备之中的公司以其自身的在建工程独立承担民事责任。^{〔36〕}这种实践做法就意味着，从法律解释的角度促使设立中公司“准法人”独立地承担了责任，但这是否又会降低对债权人的保护水平呢？从现实的角度看，筹建登记属于临时登记，而公司登记则属于正常登记，登记性质的不同，对其责任模式必然会产生一定影响。债权人通常愿意与作为长期存在的公司进行交易，而不愿意与任何过渡性的组织交易，即使通常可预期这个过渡性的组织会转正，但二者之间毕竟存在着区别，设立失败的风险毕竟是存在的。所以，即使承认具备“准法人”特征的设立中公司具有一定的责任能力，出于债权人保护的考虑，也不可能对其完全适用法人责任制度和公司法的有关规定。再者，同样是取得筹建登记的公司筹备组，也可能存在不同的发育阶段，筹备组在刚刚开始运行时和在筹备接近完成时的财产状况显然会存在显著的差别。那么，对这些处在不同阶段上的设立中公司，其适用的归责模式也应各有不同。

这表明，在设立中公司组织责任模式的构建上，司法解释与成文法规则又面临了同样的难题，因为作为必须预先设立的制度规则，它们只能考虑通常的、典型的案件，而不可能针对每个案件的

〔36〕 参见前引〔16〕，最高人民法院判决。

特殊性构造实质公正的裁判规则。为此,本文尝试主张,对上述“组织责任”模式的局限性,由“合同-行为责任”模式与“身份责任”模式作为补充的责任模式来克服。

(二) 合同-行为责任模式

最高法院即倾向于采用这种模式,意见稿(一)、(二)首先对公司设立行为进行了界定,接着从行为人为设立公司而以各种名义所签订合同的责任的归责原则出发进行了规定。这一责任模式关注三个问题:公司设立行为的起点和终点、行为人的主体范围、行为人的责任性质与范围。

首先,在公司设立行为的界定上,意见稿(一)第3条规定:“本规定所指设立公司行为,始于全体出资人或者发起人签订设立协议或者公司章程之日,终于公司成立之日或者确定公司不成立之日。”意见稿(二)第1条则规定:“本规定所指公司设立行为,是指公司成立前出资人或发起人为设立公司而实施的民事行为,包括公司不能成立时已经实施的设立公司的民事行为”。按照这一观点,发起人或出资人首次缴纳出资之日以及取得公司名称预先核准之日,都不是设立中公司或公司设立行为的起点,而仅仅是判断设立中公司发展阶段的参照点。

从学术界对这个问题的研究来看,由于其关注的焦点在于设立中公司的主体资格,因此侧重于设立中公司自身起始点和终点的研究。但尽管二者在研究路径上不一样,其结论仍然具有一定共性,即公司设立行为开始之时,也就是设立中公司开始之时,公司设立行为终止之时,通常也就是设立中公司终止之时。

关于设立中公司始于何时,学界大致有发起人协议说、初始章程签订说、认购第一股份说和名称预先核准说等观点。目前,通说采用的是发起人协议说,“确认设立中公司地位的根本目的在于确认由发起人以设立公司为目的而取得权利义务的归属……发起人签订的发起人协议本身就是为设立公司而订立的协议。自此时起,发起人以设立公司为目的所取得的权利义务归属于设立中公司。”^[37]其法律依据在于公司法第80条要求的股份公司发起人应签订发起人协议;而对有限公司,尽管公司法上没有规定,但实践中其发起人为了明确各自在设立公司过程中的权利义务以及责任划分,通常也会达成口头或书面的发起人协议。从这个角度来看,最高法院意见稿(一)第3条将“公司设立行为”的起点定为全体出资人或发起人签订设立协议或者章程之日,则有待商榷。因为倘若仅以公司章程作为公司设立行为的起点,那么章程签订之前的设立行为将处于无法归责的状况。

设立中公司的终止可以分为正常终止和非正常终止两种情形。在正常终止情形下,其终止日就是公司营业执照签发之日。在非正常终止情形下,其终止日就是设立中公司最终被拒绝签发营业执照或者发起人一致同意终止公司设立之日。但在后一种情况中,公司设立失败,设立中的公司就必须予以解散,而解散就意味着应对设立中公司进行清算,^[38]于是还存在着一个对设立中公司的清算问题,因此从严格意义上说,设立中公司的非正常终止之日应当是其完成清算之日,这一点对于实践中的公司筹备组而言,具有非常重要的现实意义。

通常而言,单个合同并不存在清算问题,只有法人等组织才存在着清算问题。实际上,公司设立可能要经过一系列的合同(或行为)才能完成,因此在公司设立失败时,往往存在着若干个合同债权的清偿顺序和清偿比例问题,这显然是单纯依据合同法原理所无法解决的。这样,“行为-合同责任”模式就出现了显著的缺点。

其次,在行为人的主体范围和责任性质认定上,依照意见稿(一)第3条和意见稿(二)第3条,其将发起人或出资人一律视为行为人,并支持在公司设立失败时,由全体发起人或出资人对设立中公司的债务承担连带责任的主张。

[37] 前引[26],施天涛书,第106页。

[38] 参见前引[35],莱塞尔·法伊尔书,第431页。

但实际上,即使在设立中公司本身,也并非所有发起人或出资人都具有对外代表权,而通常存在着法定代表人来从事主要的行为。那么,让行为人以外的发起人或者出资人承担连带责任,不仅不公平,而且也是通常意义上的合同责任所无法解释的。所以意见稿的这种做法不仅违背了行为责任本身,也违背合同相对性原理,应当对其寻找新的责任模式和相应的法理依据。此外,意见稿也没有明确这一责任是一种有限连带责任还是无限连带责任(换言之补充清偿责任),这正是“合同-行为责任”模式的另一缺点所在。故此笔者认为,“合同-行为责任”模式有其合理性,但亦有局限性,应在经过修正之后成为组织责任模式的补充模式,以下对其具体分析:

首先,合同责任是设立中公司外部民事责任的直接起因,因此债权人追究设立中公司的民事责任时,当然必须以合同责任为起点。这正是合同责任得以成立的基本依据。

第二,除合同责任外,还可以追究行为人的行为责任。这是因为在设立中公司尚不具备相应清偿能力的情况下,行为人径以设立中公司名义签订合同,这本身就表明其存在过错,因此,除设立中公司应对此承担清偿责任外,行为人也应在自身的过错范围内承担清偿责任。由于行为人的这种责任不以其对公司的出资额为限,因此,行为人的责任应当是一种无限连带责任。

但第三,对除行为人以外的其他发起人、出资人,由于其未代表设立中公司签订合同,因此无论从合同法理还是过错责任原则出发,其都不应当承担无限连带责任。首先,从合同关系上来看,不参与设立事务的发起人或出资人与相关合同之间没有任何直接的法律关系,仅仅是在合同利益归属于公司,且公司设立成功之后会以盈利分配的方式再将部分利益转归于他们。所以尽管也可勉强认为,这部分发起人或出资人是相关合同的间接受益人,但在这中间发生作用的其实是公司法的法理而不是合同上的依据。所以基于合同相对性的基本原理,不可能要求他们依据合同法承担责任。第二,从过错责任上来看,这部分发起人或出资人不具备设立中公司的代表权,对设立中公司的很多行为也不具有实际的控制力,所以综合考虑知情性等具体因素,其与相应行为导致过错之间的关系已经非常之远(remoteness),超出了法律要考虑的原因关系范围,基于此,这部分人不当成为相应纠纷的直接被告,而充其量可以作为第三人参加诉讼。

综上所述,“合同-行为责任”作为组织责任模式的补充,其实仅仅起到了两个作用。第一,解释债权人起诉的依据。第二,解释行为人何以应当承担无限连带责任,而不是以其对公司的出资额为限承担有限责任。此外,用行为责任模式还可以追究代理公司设立的行为人的责任,例如实践中的各种公司设立代理机构等。而对于不参与公司设立行为的发起人或出资人应否承担以及如何承担相应责任的问题,“合同-行为责任”并不具有说服力,必须在公司法中寻找答案。

(三) 身份责任模式

从深层次上,“合同-行为责任”模式的局限性其实表明了对设立中公司仅仅采取合同法解释的局限性,解决问题的出路应在于考察公司法的路径,采取公司法上的“身份责任”。因为事实上,设立中公司毕竟是一个客观存在的组织,而不仅仅是一组合同的简单相加。

从公司法的有关规定来看,在公司设立过程中,也即在设立中公司中大致存在着三种具有不同法定身份的人,分别是设立中公司的法定代表人兼发起人、其余发起人(出资人)和认股人。这三种人基于其不同的法定身份和角色分工,对设立中公司的债务所承担的责任范围应是不同的。

依照公司法第95条第1款规定,公司不能成立时,股份公司的(全体)发起人对设立行为所产生的债务和费用负连带责任。这似乎意味着,股份公司中的全体发起人责任是一种身份责任,^[39]发起人无论是否实际从事了设立活动,均应承担连带责任。按照最高法院意见稿和目前的合伙说观点,上述发起人的身份责任似乎理所当然是一种无限连带责任。但对这一结论实有检讨的必要,因

[39] 对设立中的有限公司,公司法没有明确其发起人范围和责任,对此,江苏省高院民二庭认为,“有限责任公司的设立行为主体是公司的发起人,在公司注册登记后即是公司的全体股东。”前引[18],江苏省高级人民法院民二庭文。

为既然设立中公司更接近公司，就应当更多地从公司法理角度来解释发起人责任。

而从公司法的角度看，首先，依照公司法第95条第2款，立法者区分了发起人与认股人的身份，对通过募集设立的股份公司的认股人给予了特殊保护。即认股人不仅不需对设立中公司的债务承担连带责任，而且发起人在设立失败时还有义务对认股人返还缴纳的股款和利息。这表明，立法者是意识到公司设立时其内部的不同角色分工的，从而区分了实际负责设立事务的发起人和不参与设立事务而仅履行出资义务的出资人的不同责任。第二，即使在公司成立之后，那些作为局外人的少数股东（即公司设立时的发起人）也不会承担无限连带责任，仅当控制股东滥用公司人格时，该股东才承担无限连带责任。^[40]既然在成立的公司中都有此身份责任的区分，为什么在设立中公司当中，这种区分就应当被有意或无意地忽略呢？这显然是难以自圆其说的。第三，在公司法司法实践中，通常在公司清算时，对于出资不到位的股东，也仅会要求其在欠缴出资的范围内对债权人承担清偿责任。^[41]这一立场同样符合本文主张的对不同发起人的责任的区分。

从比较法上来看，对是否应由全体发起人或者出资人对设立中公司对外债务承担无限连带责任这一问题，德国曾经展开过争论。少数学者主张应当由全体发起人或者出资人承担无限连带责任，其着眼点在于保护交易安全和债权人的合法权益。^[42]反之，多数学者以及联邦法院的判决则认为，如此主张有悖于公司的法律本质，而应由发起人或出资人以出资额为限承担内部责任，这一主张不仅符合出资的缴纳和资本维持原则，也符合出资人在公司成立后承担有限责任这一公司法原则。^[43]

所以本文主张，对设立中公司各发起人，也应区分其身份赋予不同的责任。无论是发起设立有限公司还是股份公司，实际上并不需要所有人从事发起设立活动，尤其是对外代表公司从事的活动。换言之，在设立中公司中，也存在着法定代表人问题。^[44]在司法实践案例中，法院对设立中公司审判时就是不仅列明“公司筹备组”为诉讼主体身份，同时还列明该筹备组的法定代表人姓名的。^[45]因此，债权人为了保护其利益而向设立中公司追究责任时，首先追究的就是其法定代表人的责任，因为正是法定代表人基于其身份享有了代表公司签约的权限。那么，对于其因为自身的过错，例如超过设立中公司的责任能力订立合同等，应不以其出资额为限承担责任，自不需赘述。此外，对于设立中公司的其他具有特殊身份的发起人，如有的设立中公司的决策是董事会集体决议的结果，此时类推公司法确立的董事责任制度，基于其特殊身份，这部分人对设立中公司债务的形成具有勤勉义务、特殊的关注义务等，未尽这些义务，就具有了过错，同样应承担无限连带责任。

综上所述，设立中公司的法定代表人兼发起人、以及肩负特殊身份的发起人，例如做出决策的董事等，应对设立中公司的债务承担无限连带责任。而设立中公司的其余发起人，即普通发起人（一般出资人）则仅基于其身份承担有限的连带责任，这一责任应当与其将来所享受的利益相当，即应以其出资额为限承担补充清偿责任。

这里又出现了一个问题，即区分普通发起人的有限连带责任和特定身份发起人的无限连带责任，是否会在事实上降低对债权人的保护水平？笔者认为，对这一问题的答案并非当然是否定的。首先，由于设立中公司毕竟属于过渡性质的主体，因此债权人在与设立中公司签订合同时，通常会寻求公司法之外的法律救济，例如要求行为人提供担保。其次，债权人自己也应当在与设立中公司

[40] 参见我国公司法第20条第3款关于公司人格否认制度的规定。

[41] 参见郭晓芝：《股东出资瑕疵，责任如何承担》，《人民法院报》2003年6月9日。

[42] Roth/Altmeppen, GmbHG, § 11, Rn. 51.

[43] BGH Urt. v. 2001. 9. 17 - II ZR 178/99 (Bremen), NJW 2001, 3622. 此外，德国学者 Hueck 等人也持这种观点，参见前引 [2]，Hueck 等书，第 466 页。

[44] 实际上依照公司法第 25、82 条的规定，法定代表人是公司章程的必备条款，一切公司在设立的后阶段，都必须选任法定代表人。

[45] 参见前引 [16]，最高院终审“福州商贸大厦筹备处”案，在其判决书中，“筹备处”的法定代表人姓名也被明确列出。

进行交易时尽谨慎义务，例如了解设立中公司已经筹备到何种阶段、公司章程中关于注册资本的记载、了解发起人和出资人的信用状况，若债权人怠于其谨慎义务，这本身就表明了债权人的一定过错，亦应承担一定的风险。再者，兼任特殊身份的发起人作为理性的人，应根据设立中公司的责任能力与第三人从事交易，倘若其超过设立中公司的责任能力与第三人交易，则可以通过其连带责任加强对债权人的保护，加大特殊身份发起人的责任不仅有利于债权人保护，也有利于促进其谨慎履行其职责。最后，行为人之外的普通发起人仍然应对设立中公司债务以其出资额为限承担补充性质的责任。由此可见，这种区分性的责任安排并不会当然降低债权人保护的水平，至少不会低于法律对已设立公司设定的债权人保护水平。

四、结论及司法解释建议

（一）各种责任模式的综合运用

设立中公司是一种极为特殊的过渡性民事主体，有着不同的发展阶段，成文法无法对其明确承认或否认，故不宜将其拟制为合伙等任何现有的民事或商事主体，而应还原其本来面目，充分考虑到设立中公司的不同发展阶段。因此在构造设立中公司责任模式的裁判规则时，应采用系统性解释方法，在符合现有法律规定的前提下，尽可能利用公司法上的人格规范和责任规范，而不宜过多利用合同法、合伙法等距离设立中公司性质较远的规范。

第一，在涉及行为人以设立中公司名义所签订的民事合同的效力问题上，应明确承认其合同主体资格，而不宜一概地认定这类合同为无效民事合同。否则，既对债权人保护不利，也无法解释现有司法解释意见和司法实践在处理设立中公司与公司的关系上，主张设立中公司的合同责任由设立后公司来承继这一规则。基于这个结论，一切设立中公司在理论上都应当具备形式上的主体资格，具体而言，凡是以设立中公司名义签订的合同，如果双方当事人均知情，原则上都不应当属于无效民事合同，并且设立中公司原则上也应当具备诉讼主体资格。不过，从可操作性的角度考虑，对设立中公司的诉讼主体资格，还应当有一定的限制。首先是设立中公司应当有实际履行职责的代表人，否则，其诉权可能无法实现。其次，从诉讼管辖的角度考虑，对已经有固定住所的设立中公司，可由设立中公司住所地人民法院行使诉讼管辖权，而对于实际上还没有固定住所的设立中公司，则可由设立中公司代表人住所地人民法院行使管辖权。

第二，在设立中公司民事责任的归责模式上，应有条件地承认具备“准法人”特征、尤其是已经取得筹建许可证的设立中公司的民事主体资格和其自身的民事责任能力，采用实质主体资格论。

第三，在结论二的基础上，在构造公司设立失败时的民事责任归责模式时，应首先以设立中公司自身的财产承担债务，这是一种组织责任模式，类似于公司的有限责任；其次，对不足以清偿的部分，则应由全体发起人以其出资额为限承担补充性质的有限连带责任，这是一种全体发起人的身份责任，类似于公司股东的有限责任；与此同时，具有特殊身份的发起人还应作为行为人承担无限的连带清偿责任。从合同法上看，这是一种基于过错推定的行为责任；从公司法上看，它类似于人格否认制度中控制股东或实际控制人的无限连带责任。因此，倘若行为人能够证明债权人对于设立中公司责任的形成也存在一定的过错，例如明知设立中公司缺少清偿能力而仍与之交易，则可以减轻甚至免除设立中公司的责任，从而免除行为人自身的责任。

第四，对于那些设立失败时尚不具备“准法人”特征的设立中公司，尤其明显不具备清偿能力的设立中公司，则应“忽略”（但并非是“否定”）其实质意义上的民事主体资格和民事责任能力，首先由特殊身份行为人承担无限连带责任，同时由其他不参与设立实务的出资人以其出资额为限承担补充的清偿责任。这种处理方式并不完全符合法理，如此确定主要是考虑到了裁判规则的经济性和可行性，以及一概承认设立中公司实质性民事主体资格将会给商事登记制度造成的冲击。

（二）司法解释建议

在以上研究结论的基础上, 本文尝试对最高法院意见稿中的有关条款提出如下修改建议:

1. 设立中公司的始终点与主体资格、诉讼管辖

“本规定所指设立中公司, 始于全体发起人或出资人签订设立协议之日, 终于公司成立之日或者确定公司不成立后清算完成之日。

设立中公司具备形式意义上的民事主体资格, 行为人以设立中公司名义^[46]所签订的合同, 不宜一律认定为无效合同, 但合同相对人对设立中公司不知情的除外。债权人主张行为人以及其余发起人承担连带清偿责任的, 应追加行为人为共同被告, 其余发起人为诉讼第三人。

设立中公司中已有代表人履行职责的, 则应承认其诉讼主体资格; 设立中公司已经有固定住所的, 应由设立中公司住所地人民法院行使管辖权。

对于代表人尚未产生并履行职责的设立中公司, 可否认其诉讼资格, 以行为人为诉讼当事人。”

2. 设立中公司对外民事责任的归责原则

“设立中公司实质上已具备法人条件的(尤其是已经取得筹建许可证的公司筹备组), 应首先以其自身财产承担民事责任; 其不足清偿的部分, 公司设立行为人应承担无限连带责任; 其余发起人或出资人应以其章程或协议中载明的出资额为限承担责任。

设立中公司实质上明显不具备法人条件的(尤其是明显缺乏清偿能力的), 公司设立行为人应对设立中公司的债务承担无限连带责任, 其余发起人或出资人应以其章程或协议载明的出资额为限承担责任。

行为人能够证明债权人存在过错的, 可以减轻或免除设立中公司以及相关人的责任。”

应当指出, 即使如上构建相关的裁判规则, 仍然无法完全克服成文公司法的局限性, 其最终的解决办法, 仍然得依靠判例。即使在司法解释中也应当允许法官根据案件的特殊性进行裁量, 毕竟成文法上的公正价值最终得依靠司法的个案公正实现。例如, 从美国判例法的启示来看, 允许当事人在不违背法律规定的前提下按照意思自治原则在先公司合同中免除发起人、股东的全部或部分责任也应当得到司法裁判的支持。因此我国应当建立类似德国等成文法国家那样的“准判例”制度, 这样不仅可以有效地避免“同案不同判”的现象, 而且还可以克服包括司法解释在内的成文法裁判规则的局限性。

Abstract: A pre-incorporation has different development stages and its personality differs from one stage to the next. Therefore it should not be a "fiction" as partnership or any other commercial organization. The nature of a pre-incorporation more closes to a corporation, so the establishment of its civil liability models should take the corporation law rational as more as possible. A pre-incorporation should firstly be liable for its debts with its own property. As to the debts exceeding the pre-incorporation's independent property, secondly, all the promoters of the pre-incorporation, based on their status, should be liable to assume it with the limitation of their investment shares. Meanwhile, some promoters with special status, such as the legal representative of a pre-incorporation, should be jointly liable for all the debts without limitation.

Keywords: pre-incorporation, qualification, organ liability, contract-behavior liability, liability via status

[46] 最高法院意见稿将行为人与以公司名义和设立中公司名义签订的民事合同的归责模式做了一并处理。笔者认为, 二者的效力应存在区别。限于篇幅另文论述。