



1. 公司未设立成功，能否要求过错设立人承担责任？

[案情]

2000年11月10日，张某承包了某家企业生产经营肝茶并已在国内销售。当时因无大量资金扩大生产，张某于2001年10月18日与甲公司、乙公司签订了合营经营协议书，约定：三方联合出资在某市设立某医药有限责任公司（以下简称某医药公司），经营医药制品、保健品、食品，兼营电子产品、医疗器械的生产和销售。公司注册资本为1000万元，甲公司出资440万元，占44%，乙公司出资360万元，

占 36%。张某以专利技术作为出资，占 20%。公司的投资总额为 1700 万元，其中固定资产投资 600 万元，流动资金 1100 万元。公司投资总额内甲、乙公司按其注册资本投资比例分批缴付，第一次缴付日期为 2001 年 11 月 30 日以前，甲公司 220 万元，乙公司 180 万元；第二次缴付日期为 2001 年 12 月 30 日以前，甲公司 220 万元，乙公司 180 万元；第三次为 2002 年 3 月 31 日以前，甲公司 260 万元，乙公司 640 万元。某医药公司注册登记之日，为某医药公司董事会成立之日，董事会由 5 名董事组成，其中由甲公司委派 2 名，乙公司委派 2 名，张某委派 1 名。某医药公司设经营管理机构，负责公司的日常经营管理工作。协议还约定各方的违约责任：甲公司或乙公司如未依期如数缴纳资金，从逾期第 1 个月算起，每逾期 1 个月，违约一方应缴付应出资金额的 0.5% 作为违约金给守约方。张某未履行义务，应缴付其股本资金额的 0.5% 给守约方，违约金应在明确责任后 10 天内支付。由于一方违约造成本协议及其附件不能履行或不能完全履行时，由违约一方承担违约责任；如三方均违约，根据出资比例，由各方分别承担各自应付的违约责任。

上述协议签订当日，甲公司与张某签订了技术转让入股合同，约定：张某将其专利产品养肝茶许可甲公司使用。张某许可甲公司在专利权有效期内独占实施该专利项目的生产、使用和销售，将该项专利技术的使用费 200 万元作为投资与甲公司合资兴办该项技术产品企业。合同生效前，张某要按合同约定对该项专利权向有关部门申请，并自行交纳年费和有关费用，不得将专利权、专利申请权转让他人；合同生效后，张某需按合同约定按时向甲公司提供有关资料（原始文件），并不得将专利实施许可权转让给第三方。甲公司实施该专利技术，应按合同约定向张某支付使用费（除张某投资部分），为张某办理入股手续，但不得约定许可合同以外的第三方实施该专利。

上述两份协议签订后，张某应甲公司和乙公司的合同约定和两

方要求，遂停止生产养肝茶，并与两方共同筹建某医药公司，但因三方发生矛盾、投资未到位等原因未筹建成功。张某以甲公司、乙公司违约并给其造成严重损失为由诉至法院，要求甲公司、乙公司支付违约金 250 万元并赔偿经济损失，解除合作关系。

[焦点]

本案的争议焦点主要在于张某是否可以要求甲公司、乙公司承担公司设立不成功的赔偿责任，对此，存在以下两种观点：

一种观点认为，某医药公司未成立的原因是设立人之间存发生矛盾，导致公司未能设立，公司未成立没有对张某造成损失，故被告不承担赔偿原告损失的法律 responsibility。因此，法院应当驳回原告的诉讼请求。

另一种观点则认为，虽然某医药公司未成立，但设立人之间成立公司的协议应为有效，乙公司和甲公司未能履行合同，应当承担违约责任，故被告应对张某的损失承担责任。因此，法院应当支持张某的诉讼请求。

[评析]

本案中，张某与甲公司、乙公司签订的合营经营协议书、技术转让入股合同属公司设立协议。这两份协议符合我国《公司法》和《合同法》的规定，应属有效合同，当事人应依合同约定履行各自的义务。本案中，张某依约停止生产养肝茶，且履行了其出资义务，故甲公司、乙公司投资不到位，是导致公司设立未成功的主要原因。

公司设立未成功，是指发起人在筹办公司设立的事务之后，由于主观或客观方面的原因，导致公司最终没有成立。导致公司不能成立的原因是多种多样的，其中主要有：

一、资本没有筹足。为保证公司资本充实，我国《公司法》对公司的设立规定了最低资本限制，并根据公司的不同形式规定了不同的设立方式。有限责任公司以发起设立方式设立，发起人应足额认缴公司章程规定的出资额。股份有限公司可以采取发起设立与募集设立两种方式。我国《公司法》第 25 条规定：“股东应当足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时账户；以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳所认缴的出资，应当向已足额缴纳出资的股东承担违约责任。”

二、不符合我国《公司法》规定的条件。为保证交易安全，我国《公司法》对公司的设立规定了一定的条件，《公司法》第 19 条对有限责任公司的设立条件作了规定；第 73 条对股份有限公司设立条件作了规定。第 27 条和第 95 条规定：“……对不符合本规定条件的，不予登记。”登记机关不予登记表示不能取得法人资格，意味着公司设立未成功。

三、创立大会做出不设立公司的决议。我国《公司法》第 91 条第 1 款规定：“发行股份的股款募足后，必须经法定的验资机构验资并出具证明。发起人应当在三十日内主持召开公司创立大会，创立大会由认股人组成。”创立大会是发起人依法召集的认股人会议，为设立中公司的意思形成机关，作用与股东会议相当，其性质为股东会议前身。创立大会对公司的设立活动进行审查，在发生不可抗力或经营条件发生重大变化影响公司设立的，可以做出不设立公司的决议。只有符合一定的条件、创立大会才可以做出不设立公司的决议，这些条件包括：（1）设立公司已经不可能、不必要或设立公司显然会使认股人蒙受损失；（2）出现不利于设立公司的局面，是由发起人、认股人无法预见、无法避免并无法克服的原因或由于公司设立赖以存在的市场、政治环境发生实质性变化而造成的。创立大会做出不设立公司的决议，导致公司设立失败。

当然，能够引起公司设立失败的原因并不仅仅限于上述几项，这需要在实践中根据不同的情况做出判断。在公司设立的任何阶段，只要存在客观上使公司成立不可能或不必要的情况，均可导致公司设立失败。

本案中，某医药公司因甲公司与乙公司出资不到位，设立协议约定的资本没有筹足而设立失败。由于设立中公司是拥有有限法律人格的非法入团体，当公司设立不成功时，对因设立活动而产生债务的承担应当由发起人承担连带责任。根据我国《公司法》第 25 条的规定，出资违约的股东应当向已足量缴纳出资的股东承担违约责任。

本案中，根据合营经营协议书和技术转让入股合同，张某的主要义务是将技术和专利产品投入公司，协议签订后，张某即停止了与第三方之间生产养肝茶的承包经营合同，做好了履行义务的准备，但乙公司与甲公司未积极履行投资等义务，致使公司设立失败，对此，二公司应承担违约责任，赔偿由此给张某造成的经济损失。因此，法院应当判令二被告承担原告张某的经济损失。

2. 公司筹建机构与他人签订合同，是否应当由公司承担责任？

[案情]

王某等人准备设立某公司，1999年成立某公司筹建处，负责某公司基本建设的有关事宜，筹建期限为2年。筹建处成立后，确定了办公场所，购买了办公设备，刻制了有关业务公章，并向工商行政管理机关办理了筹建登记。2000年10月，该市某小学找到某公司筹建处，提出合作开办一个快餐城，合作方式是某小学以土地使用权出资，并负责筹资20万元，筹建处出资60万元，分两期拨付，利润分成是四比六由某小学办理一切申请手续。筹建处认为在某公司旁边兴建快餐厅一方面方便了某公司的顾客，另一方面也有利可图，便欣然应允。双方签订了联营协议，随后，某小学申请了20万元的银行贷款，并拆除了部分房屋，开始施工。2000年12月，筹建处向某小学拨款30万元。2001年5月，由于建材价格上涨，某公司造价超过预算成本不少，筹建处感到资金十分紧张，就向某小学提出不能履行联营协议，请求解除该合同，并返还其已拨付的30万元。某小学当即予以拒绝，因为筹建处的30万元和自己贷款的20万元都已使用完毕，当前不但没有剩余资金，相反急需筹建处及时拨付第二笔款，但此后，筹建处没有再履行协议，2001年8月，某公司正式成立并营业，某小学即以其为被告向法院提起诉讼，请求继续履行联营协议，并赔偿已造成的损失。

[焦点]

本案的争议焦点主要在于某公司筹建处与某小学签订的联营合

同，其权利义务是否应当由某公司承担。对此，主要存在以下两种观点：

一种观点认为，筹建处作为某公司的设立机构，不是独立的法人主体，其与某小学签订的合同是以某公司名义签订的，其行为也是为了某公司的利益，该行为自然有效，应由某公司承担责任。因此，法院应当支持原告某小学的诉讼请求。

另一种观点则认为，筹建处的设立目的是成立某公司，其并没有对外签订联营合同的权利能力，筹建处与某小学签订的联营合同与其设立目的不符合，因此该联营合同无效。某小学与筹建处应当根据过错各自承担相应的责任。

[评析]

本案中，筹建处作为某公司的筹备组织，不具备法人资格。而某公司则作为一个法人，是否应对其成立前筹建处的行为负责呢？根据我国《企业法人登记管理条例》第 36 条的规定：“经国务院有关部门或者各级计划部门批准的新建企业，其筹建期满一年的，应当按照专项规定办理筹建登记。”企业经过筹建登记，取得筹建许可证后，可到银行办理账户，刻制公章，签订合同，刊登广告，但是，筹建企业并未取得法人资格，其权利能力仅限于与筹建有关的活动，包括建筑材料的购买，建筑合同的签订等。超越这些范围的民事行为构成越权，一般应宣告无效。本案中筹建处签订开办快餐厅的协议，属越权经营，应当认定为无效。根据我国《民法通则》第 61 条规定，“民事行为被确认为无效或可撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损似的一方。”，因此，某小学应当返还筹建处所拨付的 30 万元款项。

根据《公司法》第 224 条的规定：“未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的，责令改正或者予以取缔，并可处以一万元以上十万元以下的罚款。

款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。”可见，有限责任公司的股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任；股份有限公司的全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任。这是有限责任公司、股份有限公司区别于其他民事主体的最本质的特征。因此，依照公司法设立的有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司字样，依照公司法设立的股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司的字样，以使其与其他民事主体相区别。标明公司的性质，是公司法明确规定的义务。同样，不是有限责任公司或者股份有限公司的，不得在名称中标有有限责任公司或者股份有限公司的字样，也不得以有限责任公司或者股份有限公司的名义从事经营活动。对未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的，由公司登记机关责令改正或者予以取缔，并可处以1万元以上10万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。需要指出的是，未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的行为，刑法未单独规定为犯罪，如果其冒用有限责任公司或者股份有限公司名义，擅自发行股票或者有其他严惩违法行为，根据刑法的有关规定构成犯罪的，应当依照其规定定罪处罚。本案中，某公司筹建处以某公司的名义与某小学签订联营合同违背了公司法的规定，虽然筹建处可以行使为实现设立某公司目的的一些行为，但不能以某公司的名义行使民事法律行为，其以某公司名义对外签订的合同应认定为无效。

合同被宣告无效后，自然不应再继续履行。但是，某小学为履行合同作了很多准备，如贷款、拆房、开工等，这些已支付的费用应当由谁承担？在某公司成立后，筹建处自然不复存在，但二者之间存在着明显的联系：第一，筹建处从事的一切活动，其最终受益人都是某公司，受益者理应承担风险责任。第二，筹建处的负责人一般都是公司的负责人，管理层基本延续下来。第三，筹建处的发

展结果是，渐渐成长为要设立的公司，二者具有继承性。第四，从保护善意相对人来说，成立后的公司应该对成立前的筹建处的行为负责。

因此，法院应当判决筹建处与某小学之间签订的联营协议无效。对由此给某小学造成的损失，某公司承担主要责任。同时，某小学明知筹建处签订联营协议是违法和无效的行为，还是与其签订协议，本身也有一定的过错。根据我国《合同法》第 58 条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”因此，某小学也应当承担部分损失。

3. 没有召开创立大会导致公司延期成立， 股东能否要求退还股金？

[案情]

某股份有限公司（以下简称“某公司”）发起人在招股说明书中承诺自 2002 年 3 月 1 日至 2002 年 5 月 1 日止，3 个月内首批向社会公开募集资金 5000 万元后，召开公司创立大会。但是，某公司发起人在按期募足资金后，拖延至 2002 年 6 月 5 日仍未发出召开公司创立大会通知。其他股东要求某公司发起人按所认购的股金加算银行利息予以返还，某股份有限公司发起人认为公司按期募足了股份，目前正在积极筹备召开公司创立大会，股东的要求不仅有违股金不可抽回的法律规定，而且这一行为将直接导致公司因未按期募足资金而不能成立，致发起人遭受较大的经济损失，故不同意股东的要求。双方几经协商未达成一致，诉至法院。经审理，法院判决某公司的发起人按股东所缴股款加算银行利息予以一次性退还并承担本案诉讼费。

[焦点]

本案的争议焦点主要在于股份有限公司在募集设立之时，未按期召开创立大会导致公司延迟成立，股东能否要求发起人退还股金，对此，主要有以下两种观点：

一种观点认为，发起人应当按期召开公司创立大会，发起人没有按期召开导致公司不能成立，发起人应当向其他缴纳股本的股东承担责任。因此，发起人应当向股东返还所缴纳的股款加算银行利息。

另一种观点则认为，发起人与其他缴纳股款的股东并没有实质区别，应当共同承担公司未成立的经济损失，因此，法院应当驳回土地股东的诉讼请求。

[评析]

本案的关键在于在股份有限公司的募集设立中，发起人不如期召开公司创立大会应当承担何种法律责任。

股份有限公司是指由一定数量的股东依法设立，全部资本分为等额股份，股东以其所持股份金额为限对公司债务承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担担责任的企业法人。股份有限公司具有如下法律特征：（1）股份有限公司是典型的资合公司，公司的信用完全建立在资本的基础上；（2）股份有限公司设立条件较为严格；（3）股份有限公司具有严密的内部组织机构；（4）股份有限公司的股份是等额的；（5）股份有限公司的股份体现为股票形式。股票是一种有价证券，可以在证券市场流通，任何人购买股票都可以成为公司的股东，股票持有者可以在市场上自由转让股票。

股份有限公司设立分为发起设立与募集设立两种形式。发起设立又称同日设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。由于设立公司时的股东都是发起人，因此公司最初的董事、监事只能在发起人中选任。发起设立方式具有以下一些法律特征：（1）认购首期发行股份的人必须是发起人，社会公众不得参加股份认购；（2）发起人必须认足首期发行的全部股份，不能只认购首期发行股份的一份；（3）发起设立是在公司设立过程中、设立完成前进行股份认购，属于“创设前认购”，因而与公司成立后增资认购不同。

募集设立又称渐次设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余部分向社会公众募集而设立公司。与发起设立相比，

募集设立具有以下三个特点：（1）募集设立是通过向社会募集部分股份而进行的设立；发起设立则完全由发起人认购股份；（2）募集设立中，先由发起人认购股份，其余向社会募集，两者之间存在着认购的顺序；（3）由于募集设立中发起人承担的风险相对分散，因此对于设立规模较大的公司来说，募集设立方式比较适合。股份有限公司两种设立方式的根本区别是股份认购的时间和方式不同，从而决定了这两种方式的设立程序有所不同。

以募集方式设立股份有限公司，发起人必须依法召开公司创立大会，否则将使公司不能成立并承担由此造成的法律后果。关于召开创立大会，是发起人的重要义务之一，创立大会的成功召开，是公司设立的十分重要的程序，发起人不召开创立大会，意味着公司不能申请设立登记，从而使公司不能成立。如果发起人延迟召开或者不召开创立大会，公司不能设立后果应由发起人承担。

我国《公司法》规定的股本不可抽回，是公司资本维持原则的体现，也是公司制度的一大特征。公司的资产，是公司完整性和正常运行的保证，也是全体股东基本利益的保证，而股本则是公司经营的基础，是公司成立、生存、发展的基本物质条件；同时还是公司对债权人的债权最低担保额，是公司的信用标准。如果发起人延迟或不召开创立大会导致公司不能设立，股东认缴的股份就失去了其投资意义，股东当然有权要求发起人返还认缴股金。我国《公司法》第 91 条第 1 款规定：“发行股份的股款缴足后，必须经法定的验资机构验资并出具证明。发起人应当在三十日内主持召开公司创立大会。创立大会由认股人组成。”第 2 款规定：“发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的，或者发行股份的股款缴足后，发起人在三十日内未召开创立大会的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人返还。”本案中，某公司发起人在按期募足资金后，在其承诺的召开公司创立大会的日期过去 1 个多月后，仍未发出召开公司创立大会通知，发起人应当依认股人的要求，按认股人所认购的股金加算银行利息予以

返还。全体发起人还应对此承担无限连带责任。发起人不同意股东要求的另一个理由是：“目前正在积极筹备召开公司创立大会。”显然，发起人的这一理由严重违反《公司法》发起人应当在募足资金的第二日起30日内召开创立大会的强制性规定。法定的创立大会召开时间是“在募足资金的第二日起三十日内”，也就是说某股份有限公司的发起人应当在5月31日前组织召开创立大会，并且应当在创立大会召开前15日发出创立大会召开通知，而某公司发起人拖至6月5日还未发出召开创立大会的通知，因而其所谓“积极筹备”在法律上不能成为抗辩依据。发起人认为返还股东股本，直接后果是公司因资金未按期募足而导致公司不能设立，发起人因此而承担因公司不能设立的费用损失。《公司法》关于发起人在发起设立公司时所支付的费用，因公司不能设立，应按发起人之间的协议规定，由各发起人承担，不能为减少或者不承担因发起设立某公司的费用而拒绝股东因公司不能设立要求返还股本的要求。

因此，发起人违反《公司法》的规定，在规定的时间内没有召开创立大会而致公司不能成立的直接后果，应当由发起人承担；发起人拒绝股东的合理要求，并几经协商未果引起的诉讼，其诉讼费用亦应由发起人承担。

除此之外，发起人还应承担下列责任：（1）公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；（2）发起人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份，发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本；（3）在设立公司的过程中，由于发起人的过失使公司利益受到损害的，应当对公司承担赔偿责任。

4. 在公司设立的过程中，以发起人名义 与他人签订合同应当由谁承担责任？

[案情]

1999年初，甲公司等四家公司商议筹办乙公司，共同制定了乙公司章程。由于乙公司尚未取得企业法人资格，故对该公司既定的经营项目——某市场的建筑工程，由甲公司发包给丙公司承建，双方于1995年5月2日签订了《建筑工程施工承包合同》。合同约定丙公司以包工包料方式承包某市场的土建工程。合同签订后，丙公司即进行施工，工程竣工验收合格，经建设部门核定，工程总造价为0.6亿元。甲公司共向丙公司支付了工程款0.4亿元。乙公司于2001年7月25日成立，取得法人资格，该公司共向丙公司支付了工程款400万元，尚欠工程款0.16亿元。丙公司多次催收未果，丙公司于2003年6月将甲公司作为被告起诉至法院。在诉讼过程中，乙公司以第三人身份参加了诉讼。

[焦点]

本案的争议焦点主要在于在乙公司设立过程中，以发起人甲公司名义与丙公司签订的《建筑工程施工承包合同》的权利义务是否应当由甲公司承担。对此，主要存在以下两种观点：

一种观点认为，根据合同相对性原则，合同的当事人是甲公司与丙公司，在签订《建筑工程施工承包合同》过程中，乙公司并未成立；该合同签订后，甲公司也没有将合同的权利义务转让给乙公司。因此，应当由甲公司承担相应的民事责任，乙公司不需要承担。

另一种观点则认为，在与丙公司签订《建筑工程施工合同过程中》，由于乙公司并未成立，但是甲公司等四家公司作为发起人同意由甲公司与丙公司签订该合同，甲公司的行为实质上是一个代理行为，根据代理人的行为应由被代理人承担的法理，应当由乙公司来承担相应的民事责任。

[评析]

本案涉及设立中公司的法律地位、设立中公司的权利义务归属、公司设立人的责任以及与合同相对性原则等问题，应当突破传统的合同相对性原则，结合设立中公司的有关法理，认定由公司设立人与设立后的公司对设立公司行为承担相应的法律责任。

一、本案不适用传统的合同相对性原理

在一般的合同纠纷案件中，均首先适用合同相对性原理确定诉讼主体，进而确定它们应承担的法律责任。合同相对性，又称为债的相对性，大陆法系、英美法系都确认其为合同法规则和制度的基石。其基本内容是指合同主要在特定的合同当事人之间发生法律效力，只有合同当事人一方能基于合同向对方提出请求或提起诉讼，而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求，也不能擅自为第三人设定合同上的义务，合同债权也主要受合同法的保护。合同相对性规则主要包括：主体的相对性、内容的相对性和责任的相对性。在现代民法中，随着债权的物权化、责任竞合等法律发展，债的相对性已被突破，在实践中存在许多例外。如消费者可直接起诉与其没有合同关系的产品生产者、销售者，享有直接诉权；又如合同相对性不适用于为第三人设定利益的保险合同、信托合同等。本案中，甲公司与丙公司签订工程合同，约定由丙公司进行工程施工，发包人甲公司支付价款。丙公司依约履行了土建工程施工义务，但甲公司没有按照约定支付工程款。根据《合同法》

第 286 条有关“特别债权的优先受偿权”之规定，发包人逾期不支付价款的，承包人可以与发包人协议将该工程折价或申请法院将该工程依法拍卖，就工程折价或拍卖所得价款优先受偿。本案的特殊之处是，工程发包人并非工程所有人，如丙公司就建筑工程折价或拍卖优先受偿，就不可避免地涉及工程合同关系之外的第三人即乙公司。债权的物权化必然涉及物之所有人，不能机械地适用传统的合同相对性原则确定诉讼主体，这是合同相对性的例外。

此外，在工程合同签订时，乙公司正在筹建设立中，没有取得法人资格，甲公司与丙公司签订工程承包合同实际是代表设立中的乙公司的行为，合同权利义务的一部或全部应转移给设立后的公司承受。英美法将公司设立人之间的关系称为共同风险关系，在设立公司过程中，设立人之间及其与公司、其他股东和债权人之间存在着以设立公司为目的的信托关系即信托合同关系，不适用合同相对性原理。因此，对本案的处理，还应根据设立中公司的有关法理作具体分析，不宜拘泥于合同相对性原理。

二、设立中公司的法律责任归属

设立中公司是指在公司章程制定后至公司登记注册完成、依法成立前的公司雏形。设立中公司显然不是公司，但是它具有特殊的法律地位，通说认为设立中公司为无权利能力社团，以设立人为业务执行机关和代表机关，具有有限的法律人格。任何公司都不可能在设立登记时突然出现，在公司成立前必然要经历一个逐渐生成或设立的过程，并要由设立人从事设立公司的各种活动，在此过程中必然发生一系列法律关系，承认设立中公司的有限人格有利于开展设立活动和维护债权人利益。设立中公司是拟成立公司的前身，与成立后的公司可以超越人格的有无而在实质上归属于同一体，这属公司法上的同一体学说。根据这一学说，设立中公司与成立后的公司属于同一体，设立中公司的法律关系即系成立后公司的法律关系，设立人代表设立中公司实施的行为的后果归属于成立后的公

司。但如果设立中公司的权利义务全部归属于成立后公司，则可能并不利于维护交易的安全和保护债权人的利益。对此问题，笔者认为应允许债权人行使选择请求权，即允许债权人选择以成立后公司或公司设立人为行使请求权的对象，选择最能实现自己的债权方式。设立人承担责任后，还可以向成立后公司追偿。因此，本案甲公司既是乙公司的设立人，也是工程合同的当事人，原告直接起诉甲公司并无不当，应予支持。但原告也可以选择请求成立后公司即乙公司承担责任。事实上，乙公司也自愿参加诉讼、承担责任。