

公司法导学

法学专业导学系列丛书

丛书主编：袁 林

本册主编：康 涛
徐学东
岳彩申

四川出版集团 四川民族出版社

FxzydxxlcsFxzydxxlcsFxzydxxlcsFxzydxxlcsFxzydxxlcs

公司法导学

康 涛 徐学东 岳彩申 主编

四川出版集团
四川民族出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法导学/岳彩申编. —成都: 四川民族出版社, 2005. 6

(法学专业导学系列丛书)
ISBN 7-5409-3097-7

I. 公... II. 岳... III. 公司法—中国—高等学校—教学参考资料 IV. D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 047682 号

GONGSIFA DAOXUE

公司法导学

法学专业导学系列丛书

丛书主编 袁 林

本书主编 康 涛 徐学东 岳彩申

责任编辑

谢 焰

封面设计

杜 娟

技术设计

杨 潮

出版发行

四川出版集团 (成都盐道街 3 号)
四川民族出版社

印 刷

石室中学印刷厂

成品尺寸

184mm×260mm

印 张

8.75

字 数

180 千

版 次

2005 年 5 月第 1 版

印 次

2005 年 5 月第 1 次印刷

书 号

ISBN 7-5409-3097-7/D·98

定 价

全套 72.00 元(本册 9.00 元)

■ 著作权所有·违者必究

本书若出现印装质量问题,请与工厂联系调换

前 言

为了帮助学生更好地理解与掌握公司法的内容，专门编写了《公司法导学》一书。该书每章包括三个部分：第一部分为各章学习目的和要求；第二部分为基本内容和要点，以教材（刘建生主编《公司法》）内容为基础，简要提出各章学习重点；第三部分为练习题及参考答案。题型包括名词解释、单项选择、多项选择、判断题、简述（答）题、论述题及案例分析。通过做这些练习题，可以使学生更准确与熟练地掌握公司法律制度的内容。

本书编写人员：康涛、徐学东、岳彩申、石璐、何花、何文娟、侯慧芳、黄丽芬、董芳、蔡利平、谭睿娟

由于编写时间与编者的水平有限，可能有不妥或错误之处，欢迎批评指正。

编 者

2005 年 4 月

目 录

第一章 公司与《公司法》概述	(1)
第一部分 学习目的和要求.....	(1)
第二部分 基本内容和要点.....	(1)
第三部分 练习题.....	(7)
第二章 公司的设立	(10)
第一部分 学习目的和要求.....	(10)
第二部分 基本内容和要点.....	(10)
第三部分 练习题.....	(16)
第三章 公司资本	(20)
第一部分 学习目的和要求.....	(20)
第二部分 基本内容和要点.....	(20)
第三部分 练习题.....	(27)
第四章 公司股票与债	(31)
第一部分 学习目的和要求.....	(31)
第二部分 基本内容和要点.....	(31)
第三部分 练习题.....	(39)
第五章 公司股东	(42)
第一部分 学习目的和要求.....	(42)
第二部分 基本内容和要点.....	(42)
第三部分 练习题.....	(46)
第六章 公司组织机构	(51)

第一部分 学习目的和要求	(51)
第二部分 基本内容和要点	(51)
第三部分 练习题	(60)
第七章 公司集团	(65)
第一部分 学习目的和要求	(65)
第二部分 基本内容和要点	(65)
第三部分 练习题	(70)
第八章 公司的行为	(72)
第一部分 学习目的和要求	(72)
第二部分 基本内容和要点	(72)
第三部分 练习题	(79)
第九章 公司的财务会计制度	(82)
第一部分 学习目的和要求	(82)
第二部分 基本内容和要点	(82)
第三部分 练习题	(90)
第十章 公司的变更、终止与清算	(93)
第一部分 学习目的和要求	(93)
第二部分 基本内容和要点	(93)
第三部分 练习题	(99)
第十一章 外国公司分支机构	(102)
第一部分 学习目的和要求	(102)
第二部分 基本内容和要点	(102)
第三部分 练习题	(108)
部分参考答案	(110)

第一章 公司与《公司法》概述

第一部分 学习目的和要求

通过对本章的学习，重点掌握公司与公司法的概念及其法律特征；了解公司的作用，各种公司的类型及其异同；掌握公司法的基本原则；了解公司集团以及跨国公司等方面的知识。

第二部分 基本内容和要点

第一节 公司概况

一、公司的概念及其法律特征

（一）公司的概念

根据我国《公司法》的相关规定，并借鉴外国的立法经验，可以对公司的概念作如下界定：公司是指依照法律规定，以营利为目的，由股东投资设立的企业法人。

（二）公司的法律特征

1. 法定性

公司的法定性主要是指公司必须依法设立。我国《公司法》第8条明确规定：“设立有限责任公司、股份有限公司，必须符合本法规定的条件。”《公司法》第19条、第73条分别规定了有限责任公司与股份有限公司设立所必须具备的条件。我国《公司登记管理条例》规定：公司设立必须依法办理公司登记，未经公司登记机关核准登记的，不得以公司的名义从事经营活动。该条例详细规定了办理登记的相关程序。国家工商行政管理部门核发营业执照是对公司商事主体地位以及经营资格的确认。

2. 营利性

公司的营利性主要是指公司作为现代社会中一种商事主体，其设立和运行的目的在于

获取利润,并通过利润的合法分配,使公司股东获得经济上的利益,从而实现股东的投资目的。公司的营利性是公司产生的前提和基础,也是其存续的目标追求。我国《公司法》虽没有明确规定公司必须具有营利性的特征,但《公司法》第5条规定公司应以“提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值增值为目的”,被普遍认为是对公司营利性的间接表述。

3. 独立性

公司的独立性是指公司必须具有独立的法人资格,能够以自己的名义享受权利和承担义务。我国《公司法》第3条规定:“有限责任公司与股份有限公司是企业法人。有限责任公司,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债务承担责任。股份有限公司,其全部资本分为等额股份,股东以其所持股份对公司承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任。”第5条规定:“公司以其全部法人财产,依法自主经营,自负盈亏。”根据我国《公司法》的前述规定并结合我国《民法通则》对法人的相关规定可以看出,作为企业法人的公司,其独立性主要表现在以下四个方面:

(1) 人格独立,即公司的人格独立于公司股东以及与公司作交易的第三人或其他利害关系人;

(2) 财产独立,即公司拥有独立于股东与第三人个人财产的法人财产;

(3) 行为独立,即公司拥有独立的意志,能依法自主经营;

(4) 责任独立,即公司能以其所有的法人财产承担责任,而股东仅以其出资为限对公司承担责任。

二、公司的作用

(一) 集中资本。股东的有限责任既降低了投资者的投资风险,又使投资者享有从公司的经营中依法进行利益分配并在公司终止时获得公司资产最终分配的权利。正是因为股东风险责任的有限和股东资产受益的无限,使得公司制度成为促进和激励投资者投资的最佳法律保障机制。与此同时,也使公司将分散在投资者手中的资本集中起来,因此,公司成为资本集中的最有效的形式之一。

(二) 集中生产。公司通过股份筹集到资本,并运用所筹集资金扩大生产,获得更多的利益,实现公司和股东利益的最大化,进而激发其经济人的投资欲望。为此,公司通过筹资实现资源的优化配置,从而使生产得以集中进行并实现规模效益。

(三) 明晰产权。公司制度的基础是“两种主体”、“两种权利”、“两种责任”。“两种主体”指作为投资者的股东与作为独立于投资者(股东)的公司;“两种权利”指投资者的股权与公司的财产权;“两种责任”指股东的有限责任与公司对外的无限责任。公司的这种特殊制度设计以及制度运作机理明确了公司内部以及公司自身与公司有关的主体之间的权利义务关系,有利于化解可能存在的权利冲突与问题。

(四) 科学管理。公司科学管理主要体现在其法人治理结构的特点上：一是两权分离，即所有权与经营权的分离，从而使管理阶层成为一个相对独立的主体，能够使管理科学化与专业化；二是公司权力多元化，即公司的决策机构、管理执行机构、监督机构权力相互制衡，能最大限度地保证各方当事人的利益；三是公司的董事、监事与经理的人选一般都采用选聘制或聘任制，符合市场经济的竞争原则。

三、公司的类型

(一) 公司在理论上的分类

1. 人合公司、资合公司与人资兼合公司

以公司信用基础为划分标准进行分类，可分为：

(1) 人合公司，指公司的信用以股东个人信用为基础的公司。无限责任公司是典型的人合公司。

(2) 资合公司，指公司的信用以公司的资本为基础的公司。股份有限公司是典型的资合公司。

(3) 人资兼合公司，指公司的信用既以股东的信用为基础也以公司资本为基础的公司。两合公司是最典型的人资兼合公司。

2. 一般法上的公司与特别法上的公司

以公司是否在《公司法》之外还受其他特别法规范为标准，可分为：

(1) 一般法上的公司，指仅受《公司法》规范的公司；

(2) 特别法上的公司，指除受《公司法》的规范外，还受其他特别法规范的公司，如《保险法》上的保险公司，《银行法》上的股份制银行等。

3. 公司集团

公司集团是由若干个公司及其他经济组织体，为了共同的利益而组成的公司群体，是一种具有多元化、多层次及股份化的大型联合组织。一般而言，公司集团具有以下特征：

(1) 公司集团由若干个公司法人及其他经济组织体组成；(2) 公司集团主要是建立在股份制的基础之上，除了以股份制相互参股之外，集团成员之间组成方式还有托管经营、长期优惠性合同等；(3) 公司集团具有多层次的组织结构；(4) 公司集团本身不是独立的法人，其核心成员——集团公司才是法人，且一般采用有限责任公司形式。可见，公司集团与集团公司，是两个完全不同的概念。

4. 跨国公司

一般而言，跨国公司是指一国以其本国或母国为基地，通过对外直接投资在不同国家或地区设立分支机构（分公司、子公司或参股公司），从事跨国性或世界性的生产、经营或服务活动的大型公司。跨国公司具有如下基本特征：(1) 经营地域的跨国性。(2) 发展战略的全球性。(3) 经营管理的集中性。由于母公司是跨国公司的最高指挥机构，不同程

度地控制着子公司，因此其经营管理权比较集中。(4) 公司内部联系的特殊性。跨国公司中，子公司除了接受母公司不同程度地控制外，还要遵守东道国的法律。

(二) 公司在法律上的分类

1. 无限责任公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司、有限责任公司

这是以股东对公司的责任形式为标准而进行的分类，也是大陆法系国家公司法通常对公司的分类。

无限责任公司又称无限公司，由两个以上股东组成，全体股东就公司债务对公司的债权人承担无限连带责任。

两合公司由部分无限责任股东和部分有限责任股东组成，前者对公司债务承担无限责任而后者仅以其出资额为限对公司债务承担责任。

股份有限公司又称股份公司，公司的资本被划分为等额的股份，股东仅以其所持股份对公司债务承担责任，是现代企业最典型的组织形式。

股份两合公司具有股份有限公司与两合公司的特点，是指由部分对公司债务承担无限连带责任的股东和部分仅以其所持股份为限对公司债务承担有限责任的股东共同组建成的公司。

有限责任公司，又称有限公司，指由两个或两个以上的股东共同出资，每个股东以其所认缴的出资额对公司承担有限责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任。

2. 母公司与子公司

这是以公司之间的从属关系为标准而进行的分类。

母公司是指通过掌握其他公司一定比例以上的股份，从而能够实际控制其他公司的经营活动的公司。子公司是指受母公司实际控制，但具有独立法人资格的公司。我国《公司法》第13条第2款规定：“公司可以设立子公司，子公司具有企业法人资格，依法独立承担民事责任。”母公司可以分为纯粹的控股公司与混合的控股公司两种。根据母公司与子公司之间的投资关系的不同，子公司又可以分为全资子公司与非全资子公司两种。

3. 本公司与分公司

这是以公司的组织系统为标准而进行的分类。

本公司又称总公司，是指对所属机构的经营、资金调度、人事安排等进行统一管理的公司。分公司是指由本公司所设立，直接从事业务活动的分支机构或附属机构。我国《公司法》上并无本公司的概念而只有分公司的概念。《公司法》第13条第1款规定：“公司可以设立分公司，分公司不具有企业法人资格，其民事责任由公司承担。”

4. 本国公司和外国公司

这是以公司的国籍为标准而进行的分类。

世界上较为通行的公司国籍确定标准是公司设立的准据法，即公司设立所依据的是某国法律，则公司即为该国之公司。我国《公司法》第199条第2款也规定：“本法所称

外国公司是指依照外国法律在中国境外登记成立的公司。”

5. 上市公司与非上市公司

这是以公司的股票能否在证券交易所上市为标准而进行的分类。

我国《公司法》第151条规定：“本法所称上市公司是指所发行的股票经国务院或者国务院授权证券管理部门批准在证券交易所上市交易的股份有限公司。”《公司法》第152条至158条明确规定了上市公司的相关问题。

第二节 公司法概述

一、公司法的概念与性质

(一) 公司法的概念

一般而言，公司法是规范各种公司的设立、组织、活动和解散以及股东权利义务的法律规范的总称。公司法可分为形式意义上的公司法与实质意义上的公司法。前者又称狭义的公司法，是指体系化地表现于一个法律文件内的公司法，即以公司法命名的、成文化的公司法典。后者又称广义的公司法，是指规范公司的法律规范的总称，即作为部门法意义上的公司法。

我国形式意义上的公司法是《中华人民共和国公司法》，实质意义上的公司法还包括一些有关公司的法律、行政法规、规章等法律规范。

(二) 公司法的性质

1. 公司法是组织法。公司法是有关市场经济主体的法，其首要任务就是确定公司的法律地位及主体资格，所以它首先是一种确立公司作为一种独立的市场经营主体的组织法。从公司法的内容和规范对象可以看出，公司法规范的重点在于公司组织的类型、设立、内部组织架构、运作、变更和终止、公司章程、公司的权利能力与行为能力，以及内部的组织机构及其法律地位。

2. 公司法是行为法。公司法调整公司自身的对外行为，即公司与其他商事主体进行交易或其他投资行为。因此，公司法同样是一种行为法。公司的行为所涵盖的范围十分广泛，其活动主要包括两个方面：一是与公司组织特点有关的活动，如公司的上市、股票、债券的发行与流通，公司的对外投资行为等；二是与公司组织特点无关或关系不大的活动，如与交易第三人进行商品买卖、资金借贷等行为。对于第二种活动，公司法很少进行规范，而留给其他法律进行规范，如《合同法》、《民法通则》等。

3. 公司法是公法化的私法。公司法兼具公法与私法的特点，但以私法为侧重。公司法的公法性主要表现在其强制性上，而私法性则表现在自由性上。如公司设立自由、营业自由、经营范围选定自由、竞争自由、解散及股份转让自由等多表现公司法的私法性。而登记要件主义、严格限制最低资本额、限制转投资、公司章程的必备条款、严格的登记与

公告程序、提取法定公积金等多表现公司法的公法性。公司法公法性的目的在于更好地实现公司法的私法性，因此，公司法在本质上是私法而非公法，即公法化的私法。

4. 公司法是具有国际性的国内法。总体而言，公司法是国内法，它是本国最重要的法律制度之一。公司法除了规范本国公司外，还要规范外国公司、跨国公司，而本国公司中还有本国资本与外国资本合资经营的公司。与此同时，公司法又是进行国际经济贸易交往最重要的法律制度之一。因此，各国公司法在内容上都有一种统一或趋同的趋势，只有与世界各国通行的公司法规则相一致，我国公司才能顺利地进行对外经营活动，从而推动我国的经济的发展。

二、我国公司法的渊源与地位

（一）我国公司法的渊源

公司法的渊源即公司法的表现形式，我国公司法的渊源主要有：

1. 公司法基本法，即《中华人民共和国公司法》。
2. 特别公司法，如《中外合资经营企业法》、《商业银行法》、《保险法》等。
3. 行政法规与行政规章，如《公司登记管理条例》、国务院《关于原有限责任公司和股份有限公司依照〈公司法〉进行规范的通知》等等。
4. 最高人民法院的司法解释，如《最高人民法院关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题的规定》等。
5. 地方法规，如深圳市《股份有限公司条例》、《有限责任公司条例》等。
6. 其他规范性文件，如国家工商行政管理局《关于印发〈企业集团登记管理暂行规定〉的通知》等。

（二）我国公司法的地位

对于我国公司法在我国法律体系中的地位问题，学术界一般认为，由于我国系采用民商合一的立法体例，公司法应属于我国商法的一部分。

三、公司法的基本原则

公司法的基本原则既是公司应当遵守的基本准则，也是公司法的立法基础。根据我国公司法的规定，公司法的基本原则主要有：

（一）公司设立的准则主义与许可主义。公司设立的准则主义是指，只要符合法律规定的条件即可向公司登记机关注册设立公司，而无须经过国家机关的批准。公司设立的许可主义则是指，公司的设立除了应具备法律规定的条件之外，还须经有关国家机关的批准。《公司法》颁行后，我国公司的设立则以准则主义与许可主义相结合为原则。我国《公司法》第8条规定：“设立有限责任公司、股份有限公司，必须符合本法规定的条件。符合本法规定的条件的，登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的条件

的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的，在公司登记前依法办理审批手续。”第77条规定：“股份有限公司的设立，必须经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准。”《商业银行法》、《保险法》、《证券法》等特别公司法，都规定其所规范的公司的设立须经相关国家机关批准。

（二）有限责任原则。公司法意义上的有限责任，是指股东以其出资额或所持股份为限对公司承担责任。我国《公司法》第3条第2、3款即规定：“有限责任公司，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，其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。”可见，有限责任原则包括两个方面的含义：其一，有限责任是指股东对公司承担的责任；其二，作为投资人的股东，由于法律赋予公司独立的人格，由公司对其债务独立承担责任，股东不直接对公司的债务人承担责任。

（三）保护公司合法权益原则。公司作为独立的商事主体，享有独立的权利，因此，保护公司自身的合法权益是公司法的基本原则之一。公司法一般只规范公司权益受到来自内部机构或人员的侵犯问题，即防止公司股东、董事会及董事、经理等侵犯公司的利益，而对于公司权益受到的来自外部侵害问题，则由其他法律进行规范。

（四）保护公司股东合法权益原则。我国《公司法》第4条规定：“公司股东作为出资者按投入公司的资本额享有所有者的资产受益、重大决策和选择管理者等权利。”除此之外，《公司法》还就股东合法权益的保护问题作出了许多其他规定。

第三部分 练习题

一、名词解释

1. 公司
2. 股份有限公司
3. 公司法

二、单项选择题

1. 据我国《公司法》，分中国公司与外国公司的区分标准是()。
 - A. 公司注册登记所在地法律
 - B. 控股股东的国籍
 - C. 公司管理中心所在地
 - D. 公司营业中心所在地
2. 公司以其全部()对公司的债务承担责任。
 - A. 资本
 - B. 资产
 - C. 注册资本
 - D. 股本
3. 无限责任公司是典型的()。
 - A. 资合公司
 - B. 资合兼人合公司

C. 人合公司

D. 多元组织公司

三、多项选择题

1. 下列公司中, 属一元组织公司的是()。
A. 无限责任公司 B. 有限责任公司
C. 股份有限公司 D. 股份两合公司
2. 我国《公司法》上的公司包括()。
A. 有限责任公司 B. 股份有限公司
C. 国有独资公司 D. 无限责任公司
3. 以下公司形态中, 具有法人资格的有()。
A. 母公司 B. 子公司
C. 总公司 D. 分公司
E. 国有独资公司

四、判断题

1. 公司法的概念仅指单个的《公司法》这一法律文件。()
2. 分公司是指在公司住所以外设立的从事经营活动的、具有法人资格的机构。()
3. 企业集团即集团公司。()

五、简答题

1. 公司具有哪些法律特征?
2. 简述公司法的原则

六、论述题

1. 试述公司法的性质
2. 试述分公司与子公司的区别

七、案例分析题

1. 1995年5月, 吴某与个体工商户A、B共同成立美艺服装有限责任公司(下称服装公司), 吴某拥有公司的大部分股权, 并被选聘为公司执行董事兼经理。1996年8月, 美艺服装公司先后与凯丰服装厂签订了两份服装购销合同, 共计价款10万元。同年9月, 凯丰服装厂按约将服装运送至服装公司仓库。10月, 美艺服装公司因经营状况不佳, 资金紧张, 与吴某达成协议, 向其借款10万元人民币。美艺服装公司因经营状况不好, 在与凯丰服装厂订立服装购销合同前已拖欠多笔债务未还, 并且也有多个债务人拖欠其钱款。至1997年6月, 美艺服装公司虽经多方筹措, 只能偿付凯丰服装厂6万元货款。鉴于经营状况不景气, 同年7月, 美艺服装公司召开股东会, 作出解散公司的决议。随后, 公司股东组成清算组, 对公司财产进行清理, 并公告债权人。在清理债权债务时, 吴某主张, 自己作为公司的债权人, 有权要求公司偿还欠款10万元。但凯丰服装厂和公司其他

债权人主张，吴某是公司股东，无权作为债权人要求公司偿还其借款，公司财产只能用于清偿其他债权人的债务，而且如公司财产不足以清偿债务，吴某还应以其个人财产负清偿责任。故凯丰服装厂联合其他公司债权人，以吴某和美艺服装公司为被告诉至法院，要求吴某和服装公司共同承担赔偿责任。

问：(1) 凯丰服装厂和其他债权人能否要求吴某以个人财产对美艺服装公司的债务承担赔偿责任？为什么？

(2) 吴某和美艺服装公司之间是什么关系？他是否有权要求公司偿还其借款？为什么？

2. 1999年3月16日，兴华实业分公司与化工公司签订购销进口化肥合同，约定由兴华分公司提供化肥8000吨，总价款为1048万元，同年5月20日前及6月20日前分两次交货，化工公司依约将314.5万元定金汇往兴华分公司及指定的收款公司。同年5月19日和24日，兴华分公司函告化工公司，货已在日本装船，约在6月上旬到港，因要交纳关税及其他开支，要求化工公司再提供100万元。化工公司多次派人到港口查询，却不见船到港。此后兴华分公司没有交货，仅返回38万元给化工公司，尚欠376.5万元未退。

法院查明：兴华分公司的前身大华公司原属某市商检局管辖，后商检局与兴华总公司达成了将大华公司转给兴华总公司管辖的意向协议，但两主管单位的业务部门没有办理正式交接手续。大华公司于1999年6月正式起用深华实业公司的牌子，形成两块牌子一套人马。兴华分公司是兴华总公司向工商局谎报注册资金2000万元而登记成立的。在兴华分公司经理刘某携款外逃后，兴华总公司于1999年6月25日调走其剩余资金、财产，收取了兴华分公司的印章。

问：(1) 谁是兴华分公司的发起人？

(2) 兴华分公司是否具备法人资格？

(3) 兴华分公司的债务由谁负责？

(4) 化工、兴华、大华公司的起诉中应以谁为被告？

第二章 公司的设立

第一部分 学习目的和要求

通过对本章的学习，对公司设立、发起人、公司章程等概念有清楚的认识。重点把握公司设立过程中发起人的法律地位及其权利义务。清楚认识公司章程中绝对必要事项、相对必要事项和任意必要事项之间的差别。掌握公司设立的基本程序，重点掌握有限责任公司和股份有限公司的设立程序及其差别。

第二部分 基本内容和要点

第一节 公司设立概述

一、公司设立的定义与性质

公司设立是对公司设立行为的总称，是指公司发起人为使公司获得法人资格而依法完成法律所规定的各种要件的行为。公司设立制度是对公司设立法律行为的规定，包括公司设立的条件、方式、设立的程序等内容的规定。

对于公司设立行为，学术界有合同说、单方行为说、共同行为说几种不同的观点。合同说认为，公司设立行为是合同行为，因为公司发起人协议可视为负连带责任的合伙合同，但是公司设立的基础是章程并非发起人的协议。大陆法系理论上认为公司章程是自治规则，而非合同，因此，赞成合同说的人很少。单方行为说认为，公司设立行为是发起人以组建公司为目的的单独行为的联合。但是事实上，除一人公司外，公司设立一般须由多数人形成决议才能成立，因此单方行为说缺乏说服力。目前，法学界的多数学者认为公司设立行为属于共同法律行为，即当事人各方的意思表示一致、所追求的目的相同的法律行为。

二、公司发起人

发起人是指参加公司设立活动并对公司设立行为承担责任的人。

(一) 发起人的概念

我国《公司法》规定，发起人有制定公司章程，认购其应该认购的股份，并承担公司筹办事务的义务。

(二) 发起人的人数与资格

1. 发起人人数。各国公司法一般都对公司发起人有最低人数的限制。在我国，一般情况下，股份有限公司发起人不少于5人。立法之所以作如此规定，一是因为公司设立事务多且复杂，如果发起人过少则可能影响设立工作的顺利进行，从而推迟公司的成立时间；二是因为设立公司是一个影响面大的法律行为，牵涉设立过程中有关债权人及认股人的利益。在国有企业改建为股份有限公司这种特殊情况下，发起人可以少于5人，但必须采取募集设立的方式设立股份有限公司。

2. 发起人资格。发起人的资格即发起人应当具备的条件。股份有限公司发起人的资格须具备以下几条：

(1) 发起人可以是法人，也可以是自然人，自然人须具有完全民事行为能力。

(2) 股份有限公司的发起人至少为5人以上；国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于5人，但必须以募集方式设立。

(3) 发起人中的过半数须在我国境内有住所。

(4) 发起人须认购公司股份并承担公司筹办事务。

(5) 国家有关法律、法规禁止的单位或人员，如党政机关国家某些公务员等，不得充当发起人。

(三) 发起人的法律地位

对于公司设立过程中发起人的法律地位，有如下4种不同观点：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，发起人的权利义务，在公司成立的同时，当然由公司继受。

我们认为，在公司设立过程中，发起人对外代表设立中的公司，对内履行设立事务，因设立行为所产生的权利义务归属于设立中的公司，因而发起人作为一个整体是设立中公司的机关。当公司不能成立时，设立中的公司便没有存在的理由，设立中公司的非法人团体属性决定设立中公司的债务应由它的开办人——发起人承担连带责任。因此，发起人的