

高等政法院校法学系列教材

杨森◎主编



企业法学

QI YE FA XUE

中国政法大学出版社

D922.29/276

2008

· 高等政法院校法学系列教材 ·

企业法学

主 编 杨 森

副主编 张晓飞 凤建军

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

杨 森 席晓娟 凤建军 张晓飞

费 煊 李建民 彭立峰

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

企业法学 / 杨森主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2008. 1

ISBN 978-7-5620-3162-8

I. 企... II. 杨... III. 企业法 - 法的理论 - 中国 IV. D922.291.911

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第016109号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 22.5印张 445千字

2008年2月第1版 2008年2月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3162-8/D·3122

定 价: 32.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

作者简介

- 杨 森** 西北政法大学副教授, 公司与企业法教研室主任, 经济法专业硕士研究生导师, 西安仲裁委员会仲裁员。主要研究方向: 商法、经济法。
- 张晓飞** 西北政法大学副教授, 法学硕士。主要研究方向: 商法、合同法。
- 凤建军** 西北政法大学讲师, 法学硕士。主要研究方向: 商法、知识产权法。
- 李建民** 西北政法大学副教授。西安市政协委员, 西安仲裁委员会仲裁员。主要研究方向: 商法、合同法。
- 席晓娟** 西北政法大学副教授, 法学硕士, 西南财经大学法学院博士研究生。主要研究方向: 商法、财税法。
- 费 煊** 西北政法大学讲师, 2000 年获西北政法学院法学硕士学位, 2004 年获荷兰乌特勒支大学法学硕士学位(LL. M.)。主要研究方向: 商法、合同法。
- 彭立峰** 西北政法大学讲师, 法学硕士, 西北大学博士研究生。主要研究方向: 商法、财税法。

参编人员及分工

杨 森:主编,撰写章节为第一、二、八、十章

张晓飞:副主编,撰写章节为第十二、十三、二十、二十二、二十五章

凤建军:副主编,撰写章节为第四、五、六、七、九、十一章

李建民:撰写章节为第十七章

席晓娟:撰写章节为第三、十五、十六、十八章

费 煊:撰写章节为第十四、二十四、二十六章

彭立峰:撰写章节为第十九、二十一、二十三章

| 目 录 |

第一编 企业法的一般理论	1
第一章 企业与企业法	1
第一节 企业概述 / 1	
第二节 企业法概述 / 4	
第二章 企业的设立、变更与终止	8
第一节 企业的设立 / 8	
第二节 企业的变更 / 12	
第三节 企业的终止 / 14	
第二编 个人独资企业法	16
第三章 个人独资企业法律制度	16
第一节 个人独资企业与个人独资企业法概述 / 16	
第二节 个人独资企业的设立 / 18	
第三节 个人独资企业的事务管理 / 20	
第四节 个人独资企业的终止 / 20	
第三编 合伙企业法	22
第四章 合伙企业与合伙企业法概述	22
第一节 合伙的概念、特征与分类 / 22	
第二节 合伙企业的概念、特征与法律地位 / 27	
第三节 合伙企业法的概念、特征与基本原则 / 30	
第五章 普通合伙企业的设立、财产及内外关系	36
第一节 普通合伙企业的设立 / 36	
第二节 普通合伙企业的财产 / 42	
第三节 普通合伙企业的内部关系 / 47	
第四节 普通合伙企业的外部关系 / 52	
第五节 特殊的普通合伙企业 / 56	
第六章 合伙企业的变更与终止	58
第一节 合伙企业变更概述 / 58	
第二节 入伙、退伙 / 59	

第三节 合伙企业的终止 / 63	
第七章 有限合伙企业	66
第一节 有限合伙企业概述 / 66	
第二节 有限合伙企业的特殊规定 / 67	
第四编 公司法	73
第八章 公司概述	73
第一节 公司的概念与特征 / 73	
第二节 公司的种类 / 76	
第三节 公司的能力 / 79	
第四节 公司的作用 / 82	
第九章 公司法概述	84
第一节 公司法的概念与性质 / 84	
第二节 公司法的地位与作用 / 89	
第三节 外国公司立法概况 / 93	
第四节 我国公司立法概况 / 97	
第十章 公司的设立	102
第一节 公司设立概述 / 102	
第二节 公司章程 / 106	
第三节 公司的名称与住所 / 108	
第十一章 公司资本制度	111
第一节 公司资本及相关基本概念 / 111	
第二节 公司资本制度类型 / 114	
第三节 公司资本三原则 / 118	
第四节 公司资本构成的法定形式 / 120	
第五节 增资与减资 / 124	
第十二章 公司的组织机构	128
第一节 公司组织机构概述 / 128	
第二节 股东会(股东大会) / 131	
第三节 董事会 / 134	
第四节 经理 / 138	
第五节 监事会 / 140	
第十三章 公司董事、监事、高级管理人员的任职资格和义务	143
第一节 公司董事、监事、高级管理人员的任职资格 / 143	
第二节 公司董事、监事、高级管理人员的义务 / 145	

第十四章 有限责任公司	148
第一节 有限责任公司的概念与特征 / 148	
第二节 有限责任公司的设立 / 150	
第三节 有限责任公司股东的权利和义务 / 155	
第四节 有限责任公司的股权转让 / 160	
第五节 一人有限责任公司 / 166	
第六节 国有独资公司 / 170	
第十五章 股份有限公司	174
第一节 股份有限公司的概念与特征 / 174	
第二节 股份有限公司的设立 / 176	
第三节 股份有限公司股东的权利和义务 / 182	
第十六章 公司股份	187
第一节 股份与股票 / 187	
第二节 股份的发行 / 192	
第三节 股份的上市 / 196	
第四节 股份的转让 / 199	
第十七章 公司债券	202
第一节 公司债券概述 / 202	
第二节 公司债券发行 / 204	
第三节 公司债券转让 / 210	
第十八章 公司的变更	213
第一节 公司变更概述 / 213	
第二节 公司组织形式的变更 / 214	
第三节 公司合并 / 216	
第四节 公司分立 / 218	
第十九章 公司财务会计制度	221
第一节 公司财务会计制度概述 / 221	
第二节 公司的财务会计报告制度 / 223	
第三节 公积金 / 229	
第四节 股利的分配 / 231	
第二十章 公司的终止	235
第一节 公司解散 / 235	
第二节 公司清算 / 237	
第三节 公司破产 / 241	

第二十一章 外国公司的分支机构	246
第一节 外国公司分支机构概述 / 246	
第二节 外国公司分支机构的设立 / 252	
第三节 外国公司分支机构的撤销和清算 / 256	
第二十二章 违反公司法的法律责任	259
第一节 法律责任概述 / 259	
第二节 法律责任的承担 / 263	
第五编 其他形态的企业法律制度	271
第二十三章 具有涉外因素的企业法律制度	271
第一节 具有涉外因素的企业法律制度概述 / 271	
第二节 中外合资经营企业法律制度 / 277	
第三节 中外合作经营企业法律制度 / 284	
第四节 外资企业法律制度 / 291	
第二十四章 国有企业法律制度	296
第一节 国有企业概述 / 296	
第二节 国有企业法律制度 / 306	
第二十五章 集体所有制企业法律制度	316
第一节 集体所有制企业法律制度概述 / 316	
第二节 集体所有制企业的现状与发展 / 320	
第二十六章 股份合作制企业法律制度	323
第一节 股份合作制企业法律制度概述 / 323	
第二节 股份合作制企业的现状与发展 / 330	
第三节 农民专业合作社法律制度 / 332	
参考书目	344

第一编 企业法的一般理论

第一章

企业与企业法

【学习目的与要求】 通过本章的学习,要求掌握企业与企业法的基本概念、法律特征,了解企业法的渊源,掌握企业的不同分类以及各分类的意义,熟悉企业法的历史沿革。通过学习,使学生对企业法课程所要学习的基本内容有一个大致的了解。

第一节 企业概述

一、企业的含义

企业的产生是人类社会历史发展到一定阶段的产物,企业是伴随着人类社会的发展一步一步逐渐完善的社会组织,它与人类社会的整体发展存在着密不可分的联系。

“企业”一词,中国汉语中原本没有这一概念,它是日本学者根据英语“Enterprise”翻译而来,后传入中国。^{〔1〕} 如今,在现代社会中,企业已成为人们较熟悉的概念。但是,要准确地抽象概括出企业的定义,并非易事。这主要是因为企业作为一种社会组织,涉及多个学科研究,而这些学科研究的任务、目的等不同,对企业本质揭示的侧重点也就不同,因此概括出的概念差异很大。西方学者 F. J. 马克卢普认为,社会科学已列举出来的企业概念至少有 21 种,日本学者将其进一步概括为 8 种,国外学者从法律的角度给企业所下的定义有 6 种。^{〔2〕} 此外,近几年来,中国的学者又在自己的著作中,从不同的角度给企业下定义,然而学术界就“企业”一词至今还没有形成统一的概念。^{〔3〕}

我们认为,企业是指投资者依法设立的以营利为目的的经济组织。

〔1〕 《汉语外来词辞典》,上海辞书出版社 1984 年版,第 284 页。

〔2〕 郭富青主编:《企业法》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 1 页。

〔3〕 赵旭东:《企业与公司法纵论》,法律出版社 2003 年版,第 4 页。

至于企业与公司这两个概念,在我国使用中,有时将二者等同,有时则有区分。企业与公司是种属概念的关系,企业的外延包括公司,从这个角度讲,公司是企业发展过程中出现的高级组织形式或组织形态。

二、企业的法律特征

企业作为一种社会组织,具有以下法律特征:

1. 法定性。为了社会发展的有序性、交易的安全性,凡是欲以营利为目的,并具有一定规模性的开展经营活动的组织,必须得到社会的认可,即法律上的承认。所以,企业无论经营什么、规模大小,它的产生必须依法设立。这就表明,企业作为法律主体的存在,应严格依据法律规定的条件、程序进行设立注册登记。

2. 主体性。企业与自然人不同,企业要作为法律主体,必须借助法律的赋予。企业主体资格的产生、变更、终止均有法律规定。同时,企业要自主经营,进行一系列的活动,必须要有一定的主体资格,这是社会发展的客观需要。

3. 营利性。从设立的初衷以及经营的目的来看,企业是以营利为目的的经济组织。营利性表现为,企业以最小的投资,谋取最大的利润,营利目标的实现既是企业设立的目的,又是企业存续的前提。否则,企业就无法生存,将在激烈的市场竞争中被淘汰。

三、企业的分类

依据不同的标准,从不同的角度可以对企业作不同的分类。

(一)以投资者承担责任的方式为标准

1. 独资企业。它是指由一个自然人投资经营,投资者对企业债务负无限责任的企业。独资企业的法律特征是:①投资主体的单一性。投资者只能是一个自然人,一般不具有资产的联合性,这是独资企业不同于合伙企业的明显的一个法律特征。②独资企业财产所有权和经营权的不可分割性。这是由于独资企业是一人投资经营,其所有财产归个人所有,所以独资企业的所有权和经营权相互统一,具有不可分割性。③独资企业承担责任的单独性。由于独资企业本身所决定,投资者是一人,所有权和经营权归一人,那么当企业对外负有债务时,只能由企业的投资者单独承担清偿责任。④独资企业债务清偿的无限性。由于独资企业是一人投资经营,且企业全部财产归个人所有,所以投资者对企业的债务负无限责任。

2. 合伙企业。合伙企业是指由两个或两个以上的人互约出资组成的,以营利为目的,共同经营、共享利润、共担风险,并对合伙企业的债务承担无限连带责任的企业形式。合伙企业的法律特征是:①合伙企业是由两个或两个以上的自然人、法人或其他组织共同出资组建的企业。②合伙企业成立的基础为合伙协议。③合伙企业不具有法人资格,合伙人对合伙企业的债务承担连带清偿责任。④合伙企业的投资方式比较灵活,除货币、实物等出资外,还可以用劳务、技能等方式进行出资。



3. 公司。公司是指依法设立的,以营利为目的的企业法人。公司是商品经济高度发展的产物,是世界各国普遍采用的企业组织形式,如今已成为经济社会最广泛、最普遍的市场主体。公司的法律特征是:①公司必须依法设立;②公司以营利为目的;③公司具有法人资格;④公司具有社团性。

上面这一企业划分的标准,是传统的最能体现企业法律形态特征的划分方式,目前,经济发达国家一般以此立法。我国也依照这一划分标准,先后颁布了《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》等企业法律规范。(具体的法律制度及其相关规定见本书的其他章节。)

(二)以企业主要的业务为标准

每一企业均有一定的经营范围,以企业的经营范围可将企业分为:

1. 工业企业。工业企业是以工业加工制造等业务为主的企业,其中包括矿山采掘业、电力业等。

2. 农业企业。农业企业是以农作物种植、农产品深加工为主的企业,主要有农场、畜牧业、家禽家畜饲养业等。

3. 金融企业。金融企业是以管理经营金融业务为主要对象的企业,主要有商业银行、证券公司、信托投资公司等。

4. 其他企业。如保险企业、商业企业、交通运输企业、旅游企业、餐饮娱乐企业等。

(三)以企业资本来源为标准

企业的资本是企业存在的首要条件,而企业资本首先来自投资者的出资。以企业资本来源这一标准,企业可划分为:

1. 内资企业。内资企业是指企业资本全部来自中国境内的企业。

2. 外商投资企业。外商投资企业是指企业资本全部或部分来自外国投资者的企业。在我国,外商投资企业有中外合资企业、中外合作企业和外商独资企业三种。在实践中,来自我国香港、澳门、台湾地区投资的企业也被列为外商投资企业。

除以上三种划分标准外,还可以依据所有制形式划分为:公有制企业与私营企业。公有制企业在我国主要表现为全民所有制企业和集体所有制企业。

四、我国企业的法律形态

目前,基于我国的政治原因、历史原因等复杂因素,企业法律形态呈现多样化。

新中国成立后,长期的计划经济形成公有制企业一统天下的格局。随着我国经济体制改革的深入发展,逐渐形成现在的局面。

我国企业的法律形态主要有:

1. 全民所有制企业。全民所有制企业是指由中央或地方的一个财政主体或一个国有企事业单位出资兴办的企业。全民所有制企业的名称在我国也经历了不断变化的过程。1982年《宪法》第18条采用“国营企业”的提法,1986年通过的《民法通则》

首次采用“全民所有制”的称谓,1988年通过的《全民所有制工业企业法》是一部专门规范全民所有制企业的法律。1993年第八届全国人大第一次会议对《宪法》进行修改,正式采纳“国有企业”的提法,由此,全民所有制企业的名称被国有企业所取代。

2. 集体企业。集体企业是指企业财产属于一定范围内的劳动者集体所有的企业。在我国,集体企业分为城镇集体所有制企业和乡村集体所有制企业。

3. 私营企业。私营企业是指企业财产属于私人所有的企业。根据我国《私营企业暂行条例》规定:私营企业可以采取独资企业、合伙企业和有限责任公司三种企业形式。

4. “三资企业”。“三资企业”是中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业的简称。这是我国对外改革开放以来,为吸引外资而采取的重大举措,为此,我国颁布相应的法律,专门调整规范“三资企业”。

第二节 企业法概述

一、企业法的概念及调整对象

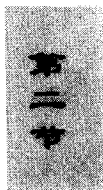
(一) 企业法的概念

企业法有广义与狭义之分,广义的企业法是指调整企业内部及外部各种社会关系的法律规范的总称,主要包括企业组织法、企业交易法、企业竞争法、企业监管法、企业宏观政策促进法等法律规范。狭义的企业法则是指调整某类企业的设立、存续、变更和终止过程中所发生的社会关系的法律,又称法典意义上的企业法。在我国,如《个人独资企业法》、《合伙企业法》、《公司法》等就属于狭义的企业法。

(二) 企业法的调整对象

企业法的调整对象是在企业的设立、变更、存续和终止过程中发生的社会关系。企业法所调整的社会关系既有企业内部关系,又有企业外部关系。企业内部关系主要包括:投资者与企业之间的关系;投资者相互之间的关系;企业内部组织机构之间的关系;企业高层管理人员与企业之间的关系等。企业的外部关系主要包括:企业与交易相对人之间的各种关系;企业与其他企业之间的关系;企业与国家监督管理部门之间发生的各种关系等。

值得一提的是,一方面,社会关系复杂多样,企业法调整的社会关系仅仅是社会关系整体的一小部分;另一方面,企业作为主体参与的一切社会关系,也并不都是企业法调整对象的范围,企业法仅仅是调整企业设立、变更、存续和终止过程中,为取得、保持和消灭企业主体资格而产生的社会关系,而与此无关的社会关系则不属企业法调整的范围。例如,企业的商品买卖关系、劳动关系、借贷关系、竞争关系、税收关系、监管关系等,均不属于企业法调整的范围,而应由其他部门法调整。



二、企业法的特征

企业法不具有统一的法典,它由许多部门法构成,尽管如此,企业法也具有其特有的基本特征:

(一)企业法以主体法为主,兼有行为法

企业法就其调整范围而言,主要是调整企业的设立、存续、变更和终止,重在强调主体性,无论企业是否为法人企业,法律均赋予企业主体资格,具体表现为:只要企业设立成功,领取企业营业执照,它就享有法律意义上的主体资格,具备权利能力和行为能力,在法律允许的范围内,自主地开展经营活动,独立地享有利润成果。除此以外,企业法也调整规范企业的经营行为和与企业本身密切相关的其他行为,如企业的合并、分立,企业的增资与减资,企业的终止、解散与清算等。从这个意义上讲,企业法也是一个行为法。但是,企业的这些行为是以企业的主体资格为前提的,所以,企业法以主体法为主,兼有行为法。

(二)企业法以实体法为主,兼有程序法

企业法是实体法,主要规制企业的形式、不同企业设立的条件、企业内部组织机构和职权、投资者权利和义务、公司中高管人员的权利和义务,以及企业及相关人员违法的后果、侵权责任的追究等。这些都是企业法成为实体法的主要内容。同时,企业法又是程序法,企业法中关于程序的规定,可以说伴随企业从设立到终止的全过程。如企业设立的程序、终止的程序、清算的程序、在企业存续期间增资与减资的程序、合并与分立等变更程序。

(三)企业法以强制性规范为主,兼有任意性规范

在我国,从某种意义上讲,企业法就是商法,而商法中商事主体资格的取得必须以工商注册登记为前提。因此,企业从设立开始,必须符合企业设立的条件,如法定资本的最低限额,否则,企业不得成立。当企业终止解散时,法律规定企业必须进行清算,至于是普通清算还是特别清算,在所不问。此外,企业法的强制规范还表现为企业的法定形式、公司发起人的要求、企业高级管理人员的任职资格等;而企业的任意规范则表现为投资方式、经营方式、利润分配、经理人的聘任等。

三、企业法的历史沿革

企业法的历史沿革,同时也是企业产生、发展的历史沿革。没有企业的产生,就没有企业立法。企业的产生是在商品交换和社会分工的条件下,生产力和劳动社会化发展到一定阶段的产物。企业法是国家管理企业以及企业生产经营或服务性活动中所发生的社会经济关系的法律规范的总称。企业法迄今已经历了数百年的历史,在社会发展的不同阶段,各个国家企业立法的重心和表现形式不同。

另外,由于本书第九章第三节、第四节专门介绍外国公司立法和我国公司立法概况,为了避免本书前后重复,在此,关于企业法的历史沿革仅作概括性介绍。

(一) 企业立法的萌芽阶段

在人类社会历史过程中,由于生产力发展低下,人际关系简单,原始社会不可能产生企业。当人类社会进入奴隶社会晚期、封建社会早期,在以农耕为主的生产模式下,出现了以血缘关系为纽带,以家庭成员为主的生产形式,人们利用简单的工具采取手工操作,而且分工不明确,从事简单的商品生产,这就是人类历史上的手工作坊。这些以家庭生产经营为单位的手工作坊不是企业的产生,而仅是企业的萌芽阶段。

到了封建社会末期,以家庭生产为单位的手工作坊逐渐演变成人类历史上第一个企业形式——独资企业。国家对此没有明确的立法规定。

在罗马帝国时期,罗马法中就有了规制合伙的相关规定,已经有了简易合伙与普通合伙的区分。其中,普通合伙是以营利为目的,互约出资、共同经营的单位,这种生产经营单位的出现,就是最初的合伙组织形式。

中世纪时期,随着海上贸易的兴起,地中海沿岸出现了一种新型合伙——康孟达。这是指船舶所有人和货物所有人之间达成一种商事合伙契约,根据契约,货物所有人将货物委托给船舶所有人进行海外贸易,盈利按约定分配,亏损由船主负无限责任,货物所有人仅在委托的财产范围内负有限责任。这就是有限合伙的产生。

这一时期,独资企业、合伙企业从事经营活动、商事交易,均没有法律调整,而是由商事习惯和商人自治规则加以调整和自我约束,商事立法——企业组织主体立法滞后于社会的发展。

(二) 企业法的产生阶段

在合伙企业的基础上,逐渐形成最早的公司形式,即无限公司和两合公司,但是,这两种公司的产生并未引起企业组织形态的实质性变化。直到股份公司的产生,才创设出全新的企业组织形式。

最早的股份公司是采取特许设立的方式而产生的,较为典型的是于1600年成立的英国东印度公司和1602年成立的荷兰东印度公司。这种特许设立只对个别公司的成立有效,不具有普遍设立公司的效力,因此,特许设立不仅没有使股份公司得到发展,反而束缚了公司的发展,现代意义上的公司直到19世纪才得以确立和发展。

1807年《法国商法典》首次以国家立法的形式规定了股份有限公司,明确股东对公司债务只承担有限责任。1844年,英国《合股公司法》取消了公司特许设立的方式,改为准则主义,这一立法上的突破,从根本上改变了公司发展的方向。1855年,英国颁布《有限责任法》,股东的有限责任后被各国公司立法普遍作为一项基本的法律原则。将股东的责任限定在一个范围内,既能鼓励股东投资的积极性,又可以使股东规避投资风险,这就使得公司成为一种具有吸引力的投资工具。1892年,德国颁布了《有限责任公司法》,这是世界上第一部有限责任公司法,并成为大陆法系各国立法的范本。至此,有限责任公司这一新的企业组织形式产生。

从此以后,世界各国企业立法迅速发展,集中体现在各国的公司立法上,对各类公司的设立、变更、存续和终止,均作了全面细致的规定。企业立法不断完善,现代企业

制度已经形成。

思考题

1. 简述企业的法律含义。
2. 简述企业的基本分类。
3. 什么是企业法,它的法律特征是什么?
4. 试述企业法的历史沿革及其意义。

第二章

企业的设立、变更 与终止

【学习目的与要求】 企业的设立、变更、终止是关涉企业法人人格的重要法律行为。通过本章的学习,应当掌握不同类型企业设立的条件和程序,掌握企业设立的法律意义及设立实践中应当注意的特殊问题,了解企业变更的基本形式及其条件和程序,正确把握企业终止的事由,认识到清算对于企业终止的重要性,全面把握企业终止制度的法律价值。

第一节 企业的设立

一、企业设立的概念和法律效力

(一) 企业设立的概念

企业的设立,也称企业的开办,是指企业的创办人为了使企业取得生产经营主体资格,依照法定程序而实施的一系列创办行为的总称。企业设立的特征表现在:

1. 企业设立是一种准备行为,直接影响到企业能否成立,以及成立以后企业的状况。作为一种准备行为,企业的设立必须由一定的人去完成,从事这种设立活动的人称之为设立人,在公司法人称之为发起人。在此期间,设立人的任务主要是:订立设立人协议或发起人协议,制订章程,催缴出资,进行验资,准备注册登记应提交的相关资料文件,设立登记,领取企业营业执照等。设立人准备活动直接关系到企业能否设立成功。

2. 企业设立是创设商事主体的行为,它关系到企业作为一个商事主体能否产生。在现代商事活动中,商事主体均必须依法产生,即必须具有企业设立的唯一行为。企业设立有两种结果:①企业设立成功,企业取得生产经营的主体资格;②企业设立失败,企业未能成立。但是,无论企业设立成败与否,要想取得商事主体的资格,必须经过企业设立这一法定的唯一的途径。没有企业的设立,企业的商事营利活动也就无从谈起。依据商事立法的一般原理,从事商事活动的企业所实施的营利行为均为商事行为,这种设立目的的营利性决定了企业设立行为的商事性。

3. 企业设立是一种法律行为:①企业设立必须具备企业设立的法定条件,并依照