



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

# 国际商法

*International Business Law*

◎ 孟国碧 主编



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

总顾问 吴家清 齐树洁

# 国际商法

*International Business Law*

主 编 孟国碧

副主编 朱 姝 钟立国 李广辉

撰稿人 (按撰写章节顺序)

钟立国 林春容 王 慧 朱 姝 蒋冬梅  
孟国碧 熊育辉 龚柳青 甘玉环 闫翠翠  
孙占利 刘 彬 李广辉



厦门大学出版社 国家一级出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/孟国碧主编. —厦门:厦门大学出版社,2014.8

高校法学“十二五”规划教材系列

ISBN 978-7-5615-5049-6

I. ①国… II. ①孟… III. ①国际商法-高等学校-教材 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 093994 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

www.xmupress.com

② xmupress.com

大印刷厂印刷

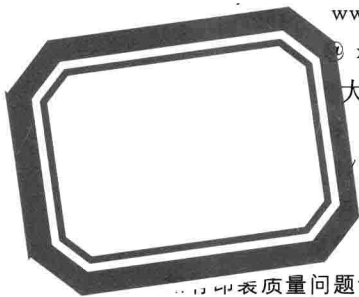
2014 年 8 月第 1 次印刷

16 印张:21.25 插页:2

印数:1~4 000 册

35.00 元

...印表质量问题请寄本社营销中心调换



## 主编简介

---

孟国碧，法学博士，广东财经大学法学院教授，硕士生导师，美国波士顿大学高级访问学者。主要研究领域为国际经济法的基础理论问题、国际投资法、国际贸易法、世界贸易组织法等。在《法学家》《法学》《武汉大学学报》（哲社版）《国际经济法学刊》《北京理工大学学报》等刊物上发表学术论文近四十篇。主持省部级项目多项，参与国家级、省部级项目多项。出版学术专著一部，主编教材两部。

## “高校法学‘十二五’规划教材系列”编委会

总 主 编：杜承铭

总 顾 问：吴家清 齐树洁

编委会成员（按姓氏拼音顺序排列）：

蔡国芹 蔡镇顺 陈俊成 陈亚平

崔卓兰 邓成明 邓世豹 韩明德

蓝燕霞 栗克元 马占军 彭真军

祁建平 施高翔 王继远 王晓先

吴国平 夏 蔚 熊金才 徐 波

徐继超 于风政 张小平 曾月英

秘 书：甘世恒

## 总序

2011年3月,吴邦国委员长向世人宣布:中国社会主义法律体系已经形成。中国已步入了法治社会的健康发展轨道。作为改革开放排头兵的广东省,更是在法制建设的进程中敢于先行先试,为中国社会主义法律体系的完善贡献了自身的力量。与之相适应的是,广东省法学院校在法学教育和法学研究方面,也一直进行着积极的探索和改革。广东省开设法学专业的院校二十余所,以法学本科教育为主,多年来为广东、华南地区乃至全国的政法系统、党政部门、企事业单位培养和输送了数以万计的法律人才。随着我国市场经济的逐步发展完善,对法律人才的要求也进一步提升,既有的法学本科教学内容体系和教育模式在新的形势和新的要求面前难免僵化之虞。因此,以教学内容体系和教育模式为取向的法学本科教育改革,就成为广东各法学院系教育教学改革的重中之重。为了进一步推进广东法学院校法学教育教学改革特别是法学教材建设与改革,由厦门大学出版社策划,组织广东省二十余所院校法学专业教师联合编写的“高校法学‘十二五’规划教材系列”便应运而生。

“高校法学‘十二五’规划教材系列”是根据教育部公布的法学教学大纲编写的,符合国家“十二五”规划要求的法学创新教材。本教材系列具有如下特点:

第一,以几个较早成立的法学院系为依托,由广东二十余所院校的法学专业教师联合编写。本教材系列集合了广东省大部分开设法学专业课程的院校的教师,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授担任各册主编,并吸收了许多具有丰富一线教学经验的中青年任课老师作为作者参与编写。教材系列作者队伍阵容强大,同时又具有一定的权威性。

第二,紧密结合实际,力图打造具有广东特色的法学创新教材。广东省处于改革开放的前沿,经济的繁荣带来了思想的活跃。作为广东法学本科教学改革的一次尝试,教材系列力图突破传统的理论性较强的编写模式,将法学基本知识和具有地方创新特色的司法实务以及国家司法考试相结合,培养既具有法学基本知识,又能够了解司法实务的合格法律人才。为此,教材系列除对法律知识体系的整体阐述外,还吸收了部分具有广东特色的案例,精简为各章之前的“引例”部分,帮助学生进一步理解法学知识在法律实务中的应用。同时在各章之后增加“司法考试真题链接”部分,有助于学生将本章知识与国家司法考试



要求相结合。

第三,吸收和采纳我国法学界的成熟观点和研究成果,精简教材内容,提高教学质量和效率。法学本科教育应为通识教育,即将学生培养成掌握法律基本知识,并能熟练运用法律的实用人才。目前国内大部分法学教材共同存在的问题是篇幅过大,理论争议过多,导致学生难以完全吸收掌握,从而在走上工作岗位后无法正确使用法学知识。因此,为了确保学生能掌握基本的法律知识并熟练运用,本教材系列要求各主编仅采用我国法学界公认的观点和理论,对于存有争议的部分暂时搁置,从而将教材的篇幅尽可能地压缩,减轻学生的学习压力,提高学习质量。

本教材系列是各院校教师共同努力的结晶,凝聚了许许多多一线教师的心血和智慧,是广东省各法学院校在法学本科教材上的一次共同探索和努力。当然,由于参编教师众多,加之水平有限,难免有所缺失和不足,敬请读者批评指正,以助日后不断完善。

**杜承铭**

2011年12月

# 前 言

国际商法作为一门理论性和实用性都很强的学科,在经济全球化、信息化时代,也在不断变化发展。为了及时反映国际商法的发展动态和最新研究成果,在厦门大学出版社的组织下,来自广东7所高校及中央党校的13位老师,通力合作,共同编写了本教材。

本教材无论是在理论知识还是实务内容上,都反映了近年来我国国际商法研究领域的最新理论动态和实践发展;在结构体系上,尽可能全面地吸收、反映近年来国内的最新成果;在撰写形式上,通过案例导入,将理论与实践紧密结合,既注重加深学生的理论功底,也注重培养学生解决问题的能力 and 技巧。

本教材由孟国碧任主编,朱姝、钟立国、李广辉任副主编。全书共分12章,负责各章撰写的依次为:

钟立国,广东财经大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,撰写第一章;

林春容,广东金融学院法律系讲师,法学学士,经济学硕士,撰写第二章第一节、第二节;

王 慧,华南农业大学人文与法学学院法律系讲师,法学博士,撰写第二章第三节;

朱 姝,广东财经大学法学院副教授,法学博士,撰写第三章;

蒋冬梅,广东第二师范学院政法系法学副教授,法学博士,撰写第四章;

孟国碧,广东财经大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,撰写第五章、第十一章第三节;

熊育辉,广东财经大学法学院讲师,法学博士,撰写第六章;

龚柳青,广东财经大学法学院讲师,西南政法大学法学硕士,英国杜伦大学法学硕士,撰写第七章;

甘玉环,广东工业大学政法学院讲师,法律硕士,撰写第八章;

闫翠翠,中央党校图书馆文献研究室,法学博士,撰写第九章;

孙占利,广东财经大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,撰写第十章;

刘 彬,西南政法大学副教授,法学博士,撰写第十一章第一、二、四节;

李广辉,汕头大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,撰写第十二章。

本教材的编写体例由厦门大学出版社确定,大纲结构由编写组集体讨论确定,初稿完成后由主编、副主编集体讨论统稿,由孟国碧最后协调修改定稿。

本书的编写,借鉴了国内外同仁的部分文献资料和观点,恕不一一列举,谨在此致以深深的谢意!厦门大学出版社的编辑为此书出版付出了辛勤的劳动,在此一并表示衷心的感谢!由于水平有限,本书的缺点和错误在所难免,恳请读者提出批评和建议。

编 者

2014年6月



# 目 录

<b>第一章 国际商法概论</b> .....	1
第一节 国际商法的概念和调整对象.....	1
第二节 国际商法的形成与发展.....	3
第三节 国际商法的渊源.....	6
第四节 国际商法与相邻学科的关系 .....	10
第五节 学习国际商法的意义和方法 .....	11
<b>第二章 国际商事组织法</b> .....	14
第一节 国际商事组织法概述 .....	14
第二节 个人独资企业法、合伙企业法.....	15
第三节 公司法 .....	24
<b>第三章 国际商事代理法律制度</b> .....	51
第一节 代理法概述 .....	52
第二节 代理权的取得与终止 .....	55
第三节 代理法律关系 .....	57
第四节 国际商事代理及其主要类型 .....	59
第五节 我国的外贸代理法律制度 .....	61
<b>第四章 国际货物买卖法</b> .....	66
第一节 国际货物买卖法概述 .....	66
第二节 国际货物买卖合同公约 .....	70
第三节 国际贸易术语解释通则 .....	84
第四节 国际商事合同通则 .....	91
<b>第五章 产品责任法</b> .....	98
第一节 产品、产品责任、产品责任法概述 .....	99
第二节 美国的产品责任法.....	105
第三节 关于产品责任的国际公约.....	110
第四节 中国的产品责任法.....	113
<b>第六章 国际货物运输与保险</b> .....	119
第一节 国际货物运输.....	119
第二节 国际货物运输保险.....	137



<b>第七章 国际贸易支付法</b> ·····	149
第一节 国际贸易支付法概述·····	149
第二节 票据和票据法·····	149
第三节 汇付·····	160
第四节 托收·····	161
第五节 信用证·····	164
第六节 国际保理·····	173
<b>第八章 国际技术贸易法</b> ·····	180
第一节 国际技术贸易法概述·····	180
第二节 国际技术贸易的主要形式·····	183
第三节 国际技术许可协议·····	186
第四节 国际技术贸易管理·····	190
第五节 知识产权的国际保护·····	194
<b>第九章 国际服务贸易法</b> ·····	203
第一节 国际服务贸易法概述·····	203
第二节 服务贸易总协定·····	209
第三节 WTO 服务贸易议题的进展·····	219
<b>第十章 国际电子商务法</b> ·····	225
第一节 国际电子商务法概述·····	225
第二节 《电子商务示范法》·····	231
第三节 《电子签名示范法》·····	237
第四节 《联合国国际合同使用电子通信公约》·····	242
第五节 《国际贷记划拨示范法》·····	249
第六节 《跟单信用证电子交单统一惯例》·····	254
<b>第十一章 世界贸易组织法</b> ·····	259
第一节 世界贸易组织概述·····	259
第二节 世界贸易组织的主要多边贸易规则·····	267
第三节 世界贸易组织的争端解决机制·····	289
第四节 世界贸易组织法的后续发展·····	296
<b>第十二章 国际商事争议解决法</b> ·····	302
第一节 国际商事争议解决法概述·····	302
第二节 国际民事诉讼制度·····	304
第三节 国际商事仲裁制度·····	314



# 第一章 国际商法概论



**【引例】**2010年3月,我国荣塔公司(营业地在中国内地)向日本夏普株式会社(营业地在日本)订购彩电800台,合同规定,彩电价格为每台500美元CIF宁波,同年6月30日长崎港装货。货物依合同约定于6月30日装船,装船时外包装有严重破损,夏普株式会社向船舶公司出具了货物品质的保函。船长应夏普株式会社的请求,出具了清洁提单,夏普株式会社据此从银行取得了贷款。货物到达宁波后,荣塔公司发现,电视机外包装箱有严重破损,船舶公司出示了夏普株式会社提供的保函,认为该事应向夏普株式会社索赔。请问:(1)本案中的争议是否属于国际货物销售合同争议,为什么?(2)可能适用什么法律解决本案中双方当事人存在的争议?

## 第一节 国际商法的概念和调整对象

### 一、国际商法的概念和调整对象

国际商法(International Business Law,或 International Commercial Law),是指调整国际商事交易和商事组织的国际法律规范与国内法律规范的总和。

国际商法调整的对象是国际商事主体在国际商事交易中形成的国际商事交易关系以及与此有关的其他关系。要正确理解国际商法的调整对象,应注意对以下几个概念的认识和理解。

#### (一)何谓“国际”

从词源来看,“国际”(international)一词是指“国家与国家之间”,但随着国际政治经济的不断变化,“国际”一词的含义已被极大地丰富,而演变成一个非常广泛的概念。在一个商事法律关系中,只要构成这一法律关系的主体、内容、客体三要素中,有一个要素具有涉外因素,就构成了“国际”。罗马国际统一私法协会在1994年出版的《国际商事合同通则》中就持这种观点。该通则的官方解释指出,只是设想对“国际”这一概念给予尽可能广义的解释,以便最终排除根本不含国际因素的情形,如所有相关的因素只与一个国家有关。

在实践中,判断是否含有国际因素的标准,常见的有:(1)国籍标准,即商事法律关系中的主体具有不同国家的国籍。这是一种非常流行的标准,很多国家的法律都采用此种标准。(2)营业地标准,即以商事法律关系中主体的营业地是否分处在两个或两个以上不同的国家为标准,联合国《国际货物销售合同公约》即采用此种标准。(3)标的物标准,即以商事法律



关系中的标的物是否位于国外,或者是否跨越国界流动为标准。标的物既包括有形的货物,也包括如知识产权在内的无形财产。(4)以引起商事法律关系产生、变更或消灭的法律事实是否发生在国外为标准。

### (二)何谓“商事”

什么是“商事”,也即什么是“商”或曰“商行为”,<sup>①</sup>从目前已有的国际性文件来看,还没有任何一个权威性文件对其作明确的界定,但从有关法律文件的规定来看,趋向于对“商事”一词作宽泛的解释。1889年在蒙得维的亚签署的《关于国际商法的公约》,只涉及船舶租赁、碰撞、海损及人身保险和汇票等具体问题,而将对商行为的界定完全交由行为地国家的法律决定。该公约第1条规定:“法律行为应视为民事行为还是商事行为,应按行为地国家法律决定。”1985年6月联合国大会通过的《国际商事仲裁示范法》在其注释中指出,对“商事”一词应作广义解释,使其包括不论是契约性或非契约性的一切商事性质的关系所引起的种种事情。《国际商事合同通则》也只对“商事”作了抽象的解释。在其官方解释中指出,对“商事”这一概念的界定,并非照搬某些法律体系中对“民事”和“商事”的传统界定,只是假定对“商事”这一概念应在尽可能宽泛的意义上理解。根据《国际商事合同通则》的这一解释,我们不难得出,其所谓“商事”,是指除消费者为个人消费需要所实施的行为外,其他以营利为目的而实施的行为,均为商行为。《国际商事仲裁示范法》与《国际商事合同通则》所作的解释可谓有异曲同工之妙。

### (三)何谓“商人”

商人,是实施商行为的当事人,是国际商事法律关系中最重要主体。“商人”这一概念实际上有双重含义。从经济学角度看,商人是指从事商事活动的自然人;而从法学角度看,商人是指从事商事活动的人,它既包括自然人,也包括法人,还包括不具备法人资格的其他实体,如合伙。一般而言,这些人需要依法注册,获取执照,以取得从事商事活动的资格。

值得注意的是,“商人”是从事商行为的人,是商的主体,并不等同于商事法律关系的主体。商人是商事法律关系中最重要主体,但不是唯一的主体。商事法律关系的主体除了商人之外,还包括国家、政府及相应的管理机构,这些机构负责实施有关法律,以对商人、商行为进行必要的监督、管制。

## 二、国际商法的特征

国际商法作为一个独立的法律部门,与其他部门法相比,如国际经济法、国际贸易法等,具有自身的特点。

### (一)从法律渊源看,国际商法既包括国际法,又包括国内法

在民商法分立的国家,如法国、德国、日本等,都分别颁布了商法典,以调整国内的商行为。但由于国际立法的特殊性,作为一个部门法,国际商法没有如国内商法那样,有一部成文的商法典,而是由单个的法律文件组成的综合体。而组成这一综合体的法律文件,既有国际法,如1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1924年的《海牙规则》,也有国内法,这

---

<sup>①</sup> 在我国,“商”一词的含义有个变化过程:第一阶段,指买卖,包括任何人的买卖;第二阶段,指买卖,指商人低价买、高价卖的行为;第三阶段,指以营利为目的的行为;第四阶段,判断是否为“商”,其标准是:是否具有正式的“商人”身份,和/或交易是否具有商业性质。

主要是一国的涉外法部分,如我国的合同法、外商投资企业法、外贸法等。

在组成国际商法的这两部分中,国内法占有重要地位。就目前的状况而言,国际商法中的许多方面是由国内法调整的。如关于商事主体,现在还没有国际法调整,因此,哪些人可以从事国际商事行为,其权利能力、行为能力如何,都是由一国的国内法予以规定的。再如对国际商事行为的管制,也几乎完全由国内法进行规范。

### (二)从法律的属性看,国际商法既包括公法,又包括私法

在大陆法系国家,理论上往往将法律分为公法与私法两大部分。前者调整非平等主体之间的社会关系即国家与私人之间的关系,以确认公权并使其服从于法律规制为根本任务;后者调整平等主体之间的社会关系即私人之间的关系,以确认私权并保证其得以实现。国际商法主要是规范商事主体及其行为,因而主要属于私法领域。

但是,商事主体依照意思自治、契约自由等原则实施商事行为时,由于不当动机,其行为往往损害正常的竞争秩序;而且,商事主体在商事活动中的自我调节机制是有局限性的,需要国家以社会的名义进行整体调节。因此,自19世纪末20世纪初起,政府开始采取积极干预的方式,对商事主体的商事行为进行规制,从而使国际商法中包含有越来越多的公法因素。而且由于联合国、世界贸易组织等国际机构制定的各项决议、公约,以及各国之间日益增多的多边、双边条约,对各国当事人交易的影响日益增长,因而公法与私法之间的一些界限现在已经变得模糊了。

### (三)组织法与行为法的结合

从总体上看,国际商法由实体法与程序法两大部分组成,其中,实体法由组织法与行为法两大部分组成。商事组织是商事交易的基础,而商事交易是商事组织设立的目的。因此,商事组织和商事交易两方面不可避免地成为国际商法规范的对象,使国际商法既具有组织法的一面,又具有行为法的一面。前者如一国的公司法、外商投资企业法等,后者如合同法、反倾销法、反补贴法等,都是规范商事主体行为的标准。组织法与行为法的结合,是国际商法的又一特点。

当然,组织法与行为法是具有不同性质的法律规范。一般而言,组织法主要实行严格主义,其规定原则上属于强行法规范。如一国公司法关于股份有限公司、有限责任公司设立条件、程序的规范,任何人不得予以变更。而行为法则主要实行自由主义,其规定大多属于任意性规范。如交易的对象、交易的形式、交易的时间、交易的价格等,一般都由当事人自由决定。但这种区别并不是绝对的,在现代立法中,组织法中有任意性规范,行为法中也强制性规范。

## 第二节 国际商法的形成与发展

### 一、国际商法演化的阶段

国际商法是国际贸易逐步发展和扩大的产物,其产生与发展主要经历了三个阶段。

#### (一)萌芽与形成阶段

在中世纪,随着不同地区商人之间商事交往的发展,逐渐形成了一系列支配他们之间贸



易关系的商业惯例和习惯性做法。建立国际商业方面有效的行为规则需要有法律手段,以保证在一个地区实施的行为能够得到另一地区的承认,在这种社会现实之下,国际商法应运而生。

在这一阶段,国际商法是以商人习惯法的形式出现的,即事实上支配那些往返于商业交易所在的各港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯法规则。这种商人习惯法最早于11世纪出现于意大利,因当时的地中海是世界各国贸易的中心。商人们有自己的解决争议的法院。这些法院的程序是非正规的,申诉可在无法院令状的情况下审理,诉讼程序可不定期,具有现代调解或仲裁的性质,而不是严格意义上的法院,运用在商事交往中形成的习惯规则来调整商事交易和解决商事争议。随着航海贸易的发展和世界贸易中心向大西洋沿岸的转移,商人习惯法逐步扩及西班牙、法国、德国、荷兰及英国。其内容包括商事合同、海上运输与保险、汇票等。

这一阶段的商人习惯法有着明显的特点:(1)它具有国际性和统一性,它普遍适用于各国从事商业交易的商人;(2)它具有自治性和简易性,商人习惯法的运用和解释都不是由法院的专职法官来执掌,而是由商人自己组织的法院来执掌,且诉讼程序简单,有人形象地比喻说,商人法院公平审理案件的速度,就像把商人脚上的灰尘去掉;(3)强调契约自由、财产的自由转让和公平合理。

#### (二) 发展阶段

随着欧洲国家中央集权的形成与加强,自17世纪后,商人习惯法被纳入各国的国内法制度,逐步成为国内法的一部分,从而使国际商法失去了原有的国际性和统一性。

商人习惯法的国内化首先发生在法国。1673年、1681年法国先后颁布了《商事条例》《海商条例》,并于1807年颁布了《商法典》;1897年德国通过了《商法典》;从19世纪起,英国先后制定了一些有关商事活动的单行法规,如1882年的《票据法》、1890年的《合伙法》、1893年的《货物买卖法》等。从此以后,商事行为主要受国内法的调整。

在这一阶段,由于中世纪的商人习惯法被西方各国国内的商法所吸收,调整国际商事关系和处理国际商事纠纷主要依赖于各国的国内法。但因各国的国内商法主要是根据本国经济发展的要求而不是从国际商事活动的需要出发制定的,因此它们不但很难充分涉及国际商事方面的问题,而且其中某些法律规定甚至与国际商事惯例相违背;再加上各国政治、经济、文化乃至历史发展特点互有差异,因而在许多法律制度和规定上存在重大分歧,从而将不可避免地引起复杂的法律冲突,有碍于国际商事活动的顺利进行和发展。

#### (三) 国际化、统一化阶段

进入20世纪,特别是在第二次世界大战结束后,世界经济得到了充分的发展,各国相互间的经济联系日益密切,互相依赖的程度越来越高,经济生活的国际化、一体化程度也越来越高;此外,各国在长期的经济贸易交往中,也逐步形成了一些普遍接受、遵守的贸易惯例和习惯做法,而且许多国家都认为,为了促进国际商事交易的发展,就必须克服由于各国国内商法的分歧所造成的法律障碍,主张制定一套统一的、普遍适用的国际商事法律规范和统一编纂有关国际商事惯例。在此条件下,国际商法进入了国际化、统一化的崭新阶段。

国际商法的国际化、统一化是从两个方面实现的,一方面,在联合国和有关国际组织的努力下,制定全球适用的公约、条约,如1947年的《关税与贸易总协定》,1964年的《国际货物销售统一法公约》《国际货物销售合同成立统一法公约》,1980年的《联合国国际货物销售



合同公约》等；另一方面，是对国际商事交易中现有的商事交易惯例进行整理、编纂，以便统一适用，这方面最成功的是国际商会在 1935 年编纂的《国际贸易术语解释通则》，其他还有 1930 年国际商会制定的《商业跟单信用证统一惯例》，1932 年由国际法协会制定的《华沙—牛津规则》，等等。

## 二、国际商法的发展趋势

从上述国际商法的历史，我们可以清楚地看到其已有的变化发展过程；但毫无疑问，这一过程不会是其发展的终点，它现在已表现出一些新的发展趋势。

### （一）大陆法系和普通法系的相互渗透

进入 20 世纪后，随着各国社会、经济、文化交流的日益加强，特别是随着世界经济一体化趋势的加强，原本界限分明的世界两大法系，在涉及调整经济方面的法律（可以说是经济法，也可以说是商事法方面）已表现出强烈的融合、渗透的趋势，或者说相互影响的现象。这集中表现在两大方面：第一，形式方面。依传统，大陆法系尊崇成文法，判例的效力是得不到承认的。但现在，典型的大陆法系国家法国、德国都已在一定条件下承认判例的效力，通过最高法院的判决确立新的法律原则，法官在判案中通过对条文的解释而创造法律原则。德国明确地宣布，联邦宪法法院的判决对下级法院有强制性约束力。而以英美为代表的普通法系国家，即判例法国家，也开始注重制定法，大量颁布成文法，成文法的作用越来越大。有影响的如英国 1893 年制定的《货物买卖法》（*Sales of Goods Act*）、1906 年的《海上保险法》，美国 1953 年的《统一商法典》（*Uniform Code of Commerce*）等。特别是在英国加入欧共体后，欧共体制定的法律直接适用于英国，使英国的制定法数量大大增加。第二，内容方面。除了在立法形式方面相互影响之外，在立法内容上，两大法系也表现出相互渗透的现象。大陆法系商事法与英美法系商事法相互渗透的典型是公司法领域。德国 1937 年的德国股份法率先突破了大陆法系公司法固守的“法定资本制”，而吸收英美法系公司法“授权资本制”的做法；同时还引进英美法系的董事会制度，扩大董事会权限。英美法系国家公司法也吸收大陆法系的做法，突出事例是英美法系国家公司仿效德国、法国公司的做法，废除“越权原则”。

### （二）国际化、统一化的趋势

当今，世界经济一体化的趋势日益加强，各国经济相互间的影响也日益明显，这从 1997 年的东南亚经济危机和 2008 年的世界经济危机对各国经济所带来的冲击就可以清楚地看出。而各国法律制度的差异，却严重阻碍了各国相互间的经济交往。这就是国际商事立法国际化、统一化的原动力。不过，就目前的实际情况而言，国际化、统一化突出体现在国际贸易法这一领域，这是因为国际贸易既是历史最悠久的行为，又是当今影响力最大的行为。这一领域的统一化趋势，具有以下几方面的特点：（1）国际贸易法在不断地趋向于自治、独立，尽可能运用综合性的而非民族性的法律概念。（2）国际贸易法尽可能兼收并蓄，采用合成的方法，即把不同来源中的各种合理因素联结成为一个有机的整体。（3）国际贸易法从有关国家法律制度中吸收合理成分，反过来又影响一些国家的国内立法，对各国立法能动地发挥导向趋同化、统一化的积极作用。

### （三）公法对国际商法这一传统的私法领域的渗透

在 19 世纪以前，各国对商事交易实行放任主义，对商事主体间的商事交易行为不加任



何干涉,因此国际商法主要是作为私法出现的;但在19世纪末20世纪初,进入垄断资本主义时期后,各资本主义国家纷纷加强对商事交易的干涉与管制,一些具有强制效力的公法纷纷出台,如美国、英国、法国、德国、日本等有关法律中均有关于商业组织形式与登记的强制性规定,许多国家均颁布了旨在确保商事交易行为所涉产品质量的产品责任法。这些法律作为一国对商事交易进行管制的法律,都具有强行性,不允许当事人通过合同规避、修改,《国际商事合同通则》在第1.4条也明确规定:“通则的任何规定都不得限制根据国际私法原则而应适用的强制性规则的适用,无论这些规则是国家的、国际的还是超国家的。”

### 第三节 国际商法的渊源

国际商法的渊源,是指国际商法的法律规范借以表现的形式,主要包括三个方面:国际商事条约;国际商事惯例;各国商法的涉外法规。

#### 一、国际商事条约

国际商事条约是指两个或两个以上的国家或国际组织为确定相互之间的权利、义务而达成的协议,包括多边商事公约、区域性的商事条约和双边商事条约。

各国缔结的有关国际商事条约,是国际商法的重要渊源,它可划分为两类:一类是属于统一实体法规范的国际商事公约,如1924年的《统一提单的若干法律规则的国际公约》、1930年的《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》、1978年的《联合国海上货物运输公约》、1980年《联合国国际货物销售合同公约》。当这类公约被各国批准接受时,就可以消除各缔约国之间在这些领域内的法律冲突,统一商事交易规则。另一类是属于冲突法规则的国际公约,如1973年的《产品责任法律适用公约》、1980年欧共体制定的《关于合同之债的法律适用公约》、1985年的《国际货物销售合同法律适用公约》等。当这类公约被各国批准接受时,各缔约国在这些领域内的冲突规范就将得到统一,使商事交易主体能准确预测解决其商事纠纷所适用的法律,增强了商事交易的确定性。

与一般国内立法相比,国际商事条约具有很强的法律效力,这主要表现在以下两个方面:(1)国际商事条约的效力高于国内法。国际商事条约是国家间的协议,遵守国际商事条约是条约缔约国的国际义务,各缔约国不能借口其国内法有不同规定而拒绝履行条约义务,当国内法与该国参加的国际条约相抵触时,应以条约为准,但一国声明保留的除外。这一国际法的基本原则被概括为“条约必须遵守”或“条约优先适用”。(2)国际商事条约是国家间的协议,所以其约束的对象是国家。但有些国际商事条约,也直接约束有关商事交易主体,即有关自然人、法人及其他经济实体,如《联合国国际货物销售合同公约》,几乎所有条款都是以自然人或商事组织为规范对象的。

#### 二、国际商事惯例

国际商事惯例是在国际商事交往中,经由长期的、反复的国际实践而逐渐形成的,并受到各国普遍承认和遵守的商事原则和规则。构成对国际商事交易有约束力的惯例必须同时



具备三个条件:(1)该规则具有确定的内容,即具体包含了确定参加国际商事交易的当事人权利义务的规则;(2)它已成为各国长期商事交易中反复使用的习惯;(3)它是各国普遍承认具有约束力的通例。

从本质上讲,国际商事惯例并不是法律,因此它并不具备法律的普遍约束力,但是,如果有关当事人在合同中约定采用某种国际商事惯例,则该惯例对合同当事人的商事交易具有确定的约束力。因此,如果商事交易的当事人欲使某一国际商事惯例适用于其商事交易,就必须在合同中作出明确约定;否则,有关惯例并不自动适用于当事人之间的商事交易行为。

从历史上看,国际商法最初萌芽于国际商事惯例,这些惯例与国内法无关,并独立于任何国内法,实际上代表了商业实践中逐步形成的造法过程。21世纪以来,一些国际组织坚持不懈地致力于国际商事惯例的编纂以及修订工作,使这些惯例在越来越大的范围得到运用和推广。其中,较有影响的有:1932年的《华沙—牛津规则》;1978年的《托收统一规则》;1990年的《国际贸易术语解释通则》;1993年的《跟单信用证统一惯例》;1994年的《国际商事合同通则》。这些国际商事惯例已获得世界上绝大多数国家和地区的承认、采纳或尊重。

### 三、各国商法的涉外部分

国际商法的渊源,除前述两大部分外,还包括国内法渊源,即一国商法中调整涉外商事行为的法律法规。目前,国际商事条约和国际商事惯例的内容和体系尚不完善,许多领域的立法仍属空白,还远远不能包括国际商事各个领域中的一切问题,现有的规则尚不足以处理所有的国际商事交易行为,这就需要适用国内法予以补充,因此,一国商法中的涉外部分,仍是国际商法的重要渊源。有鉴于此,我们在学习和研究国际商法的过程中,除必须了解有关的国际商事条约和国际商事惯例外,还应当了解有代表性的一些国家的商法的有关规定,特别是一些发达国家比较成熟的国内法规。

人们通常将西方国家的法律制度分为两大体系,即以法国法、德国法为代表的大陆法系(Continental Law System),以英国法、美国法为代表的普通法系(Common Law System)。由于历史、文化和宗教等方面的差异,两大法系有着各自显著的特点。

#### (一)大陆法系的特征及法律渊源

大陆法系最大的特点是法律的成文化,强调成文法的作用。成文法是指国家立法机构依照立法程序制定,并经一定形式公布施行的条文形式的法。在大陆法系,法律,主要是指成文法,即由立法机构制定、公布实施的法律。成文法的效力高于其他法律渊源的效力,有成文法规定的,首先应适用成文法的有关规定,只有在成文法对有关问题没有作出规定时,才能适用其他法律渊源。大陆法系立法的第二大特点是,把全部法律分为公法和私法两大部分。这种分类法来源于罗马法,“公法是与罗马国家状况有关的法律,私法是与个人利益有关的法律”。随着现代法律的发展,大陆法系国家再把公法细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法等,把私法细分为民法、商法、婚姻法、家庭法等。第三大特点是,大陆法系各国都注重法典的编纂,虽然在体例上不尽相同。在这些国家,都有诸如刑典、民法典、商法典或民商法典。法国在资产阶级革命胜利后,即先后颁布了《民法典》《民事诉讼法典》《商法典》《刑典》和《刑事诉讼法典》五部法典。

在大陆法系国家,其法律渊源主要包括:(1)法律。法律是大陆法的主要渊源,它具体包



括宪法、法典、法律和条例等等。这些法律制定的机关不同,其效力等级也有差异,其中,宪法具有最高的权威和效力,其他法律不得与宪法相冲突或抵触。(2)习惯。习惯作为法律渊源,已得到大陆法系各国的普遍承认,但习惯必须是具有法律意义的,并不得与成文法相抵触。习惯至今仍发挥一定的作用,某些法律往往需要借助于习惯才能为人们所理解,立法者在法律中所使用的某些概念也需要参照习惯才能搞清楚其含义。(3)判例。由于大陆法系国家强调成文法的作用,所以原则上不承认判例具有与法律同等的效力和可作为一个独立的法律渊源。一个判决只对当事人和本案有效,而不能约束日后法院对同类案件的审理和判决。但是,进入20世纪后,大陆法系国家开始重视判例的作用,一些国家开始作出一些例外规定,以使法官受某种判例的约束。如联邦德国规定,联邦宪法法院的判决在《联邦公报》上发表后即具有约束力,并承认由“经常的判例”所形成的规则即属于习惯法规则,法官应予以实施。在瑞士、西班牙等国也有相关的规定。(4)学理。一般而言,学理不是法的渊源。但在大陆法的发展过程中,学理曾起过重要的作用,对法律体系的形成有重大的影响,如12—17世纪罗马法复兴时期先后产生的“注释学派”“后注释学派”及“自然法学派”,其理论对大陆法系的形成有不可忽视的作用。学理对法律的形成影响,主要表现在三个方面:为立法者提供法学理论、词汇和概念;解释法律,分析和评论判例;通过法学家的论著和培训法律人才,影响法律的实施进程。

## (二)普通法系的特点及渊源

普通法系,又称为英美法系,它形成于英国,以后扩展到美国及其他过去曾受英国殖民统治的国家和地区,主要包括加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、巴基斯坦、马来西亚和新加坡等,习惯上以1066年诺曼底人征服英格兰作为其开端。

普通法系国家法律的共同特点主要是:

### 1. 在法律渊源上,都以判例作为法律的主要渊源

英国的判例法是由高等法院(上诉法院、高级法院、上议院)的法官以判决的形式发展起来的法律规则,这些法律规则对高级法院自己和下级法院以后审理同类案件具有约束力。美国法则受其联邦体制的影响,有联邦法和州法的区别。在州法方面,州的下级法院受其州上级法院判例的约束;在联邦法方面,州的法院受联邦法院特别是美国最高法院判例的约束,联邦法院在审理涉及联邦法的案件时,受上级联邦法院判例的约束,而在审理涉及州法的案件时,则要受相应的州法院的判例的约束;但联邦和州的最高法院则不受其自己以前判例所确立的法律原则的约束,他们可以推翻先前判例所确立的法律原则,代之以新的判例及新的法律原则。

### 2. 在法律结构上,英国法和美国法都将法律分为普通法和衡平法

普通法来源于习惯法,它最初是在英国封建社会初期盎格鲁·撒克逊习惯法的基础上逐步形成的,积累了13世纪以前各地法院的判决和13世纪以后皇家法院的判决。普通法是不成文法,以法官判决为基础,体现在判例汇编之中。衡平法是为补充和匡正不完善的普通法而形成的。发展到14世纪,普通法已不能适应社会情况变化的需要。其救济手段单一,仅限于损害赔偿和返还财产;普通法法院的法官因拘泥于以往的判例而缺乏灵活性,导致裁判不公正;而且诉讼程序充满形式主义。国王便授权枢密院大法官建立衡平法院(Court of Chancery),并依照所谓“良知”和“公平正义”的原则来审理案件,“衡平”(Equity)一词意即“公平”“正义”。这样,大法官通过其审判活动所形成的法律规则,便成为与普通法



平行的一种新的法律体系——衡平法。普通法与衡平法虽然同属判例法,但两者在救济方法、诉讼程序、法院的组织系统、法律术语等方面均有较大的差异。普通法与衡平法各自保持独立平行的地位,但当衡平法与普通法发生冲突时,以衡平法优先。

普通法系的法律渊源主要是两大方面:一是判例法;一是成文法。

判例法是普通法系的主要渊源。在英国,确立了“先例约束力原则”(Rule of Precedent),其内容是:①上议院的判决是具有约束力的先例,对全国各级审判机关(不包括上议院本身)有约束力;②上诉法院的判决可构成对下级法院有约束力的先例,而且对上诉法院本身也有约束力;③高级法院每一个庭的判决对一切低级法院有约束力。在美国,“先例约束力原则”同样适用,但具体表现有不同于英国的特点:①在州法方面,州的下级法院须受上级法院判例的约束,特别是受州最高法院判例的约束;②在联邦法方面,须受联邦法院判例的约束,特别是受美国最高法院判例的约束;③联邦法院在审理涉及联邦法的案件时,须受其上级联邦法院判例的约束,而在审理涉及州法的案件时,则须受相应的州法院的判例的约束,但以该判例不违反联邦法为原则;④联邦和州的最高法院不受它们以前确立的先例的约束,它们可以推翻过去的先例,并确立新的法律原则。

成文法是普通法系的另一重要渊源,而且随着社会的不断发展,成文法的地位与作用也越来越重要,而且在商法领域这一趋势表现得非常明显。按照英国的传统理论,判例法是基础,成文法只是对判例法的补充或修正,即使是议会制定的成文法,也必须经过法院判决加以解释和适用,才能发挥作用,但这一理论在进入 20 世纪以来已经有了很大的改变。而在美国,法律制度的发展,是成文法与判例法相互作用的结果。一方面,立法机关可以通过成文法改变判例法中某些已经过时的法律规则,使法律适应社会经济、政治发展的要求;另一方面,成文法又必须经过法院判例的解释和适用才能起作用。

### (三)中国的涉外商事立法

在改革开放之后,我国制定、实施了大量的涉外商事法律,对我国的改革开放和经济的发展,以及对外经济交往,发挥了重要的作用,其渊源包括:

#### 1. 宪法

《宪法》第 18 条规定,我国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照我国法律的规定在我国投资,同我国的企业或者其他经济组织进行各种形式的合作。在我国的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营企业,都必须遵守我国法律,其合法权益受我国法律的保护。宪法的规定是我国涉外商事立法的最高法律依据,也是我国涉外商事法律制度的最终法律根基。

#### 2. 法律

法律,是指由我国的立法机关,即全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。这是我国涉外商事立法的主要构成部分,涉及包括对外贸易、利用外资、知识产权保护、海关管理、海商及金融等方面的法律制度,如民法通则、对外贸易法、中外合资经营企业法、海商法等。

#### 3. 行政法规

行政法规是指由国务院在其权限内制定颁布的规范性文件。这些规范性文件也是我国涉外商事法律的重要组成部分。这一部分所涉内容非常广泛,几乎包含涉外商事交易中的各个方面,数量非常庞大。



#### 4. 地方性法规

地方性法规,是我国各省、自治区、直辖市以及经济特区的人民代表大会根据宪法、法律和法规的有关规定,结合本地的实际情况,制定的仅在本地区适用的规范性文件。地方性法规是我国涉外商事立法不可缺少的部分,但不得与宪法或法律、法规相抵触。

### 第四节 国际商法与相邻学科的关系

国际商法属于国际法的范畴,它与相邻学科,包括国际经济法、国际贸易法和国际私法,既有联系,又有区别。这些学科都属于国际法,因而在调整的对象、法律关系的主体、法律渊源等方面,具有一些共性;但相互之间又各具特点。

#### 一、国际商法与国际经济法

国际经济法是调整国际经济交往和经济关系的各种法律规范的总称。其调整的对象是包括国际贸易、国际投资、国际金融、国际税收、国际经济组织等法律关系在内的国际经济关系。因此,国际经济法的调整对象要广于国际商法,国际商法所调整的对象只是国际经济法调整对象中的一部分,因此应该说,国际商法是国际经济法的一部分。

#### 二、国际商法与国际贸易法

国际贸易法是调整跨越国界的贸易关系以及与贸易有关的各种关系的法律规范的总称。其主体包括所有参加国际贸易关系的国家政府、国际组织、法人和自然人;其调整的范围,以贸易关系为主,包括国际货物买卖、国际货物运输与保险、国际结算与支付、国际技术贸易、各国关于贸易管制的法律法规等;其法律渊源也包括调整贸易关系及与贸易有关的各种关系的国际法规范与国内法规范。

在国际商法与相邻各学科的关系中,它与国际贸易法关系最为密切。国际贸易,包括国际货物贸易、国际技术贸易和国际服务贸易,都是国际商事交易中的一部分。因此,从广义上讲,国际商法调整的范围较国际贸易法调整的范围要广,它不仅限于贸易法调整的范围,还包括其他一些国际商事交易,如国际投资。所以,国际商法应包含国际贸易法。

#### 三、国际商法与国际私法

关于国际私法,学术界有三种不同的主张:第一种主张认为,国际私法主要是调整涉外民事法律关系的冲突规范的总和,该种观点广泛流行于欧美资本主义各国和日本等国家和地区;第二种主张认为,国际私法不仅包括调整涉外民事法律关系的冲突规范,还包括国际统一实体规范,该派观点出自苏联和东欧国家的一些学者;第三种主张认为,国际私法不仅包括冲突规范、统一实体规范,还包括国内法中专门调整涉外民事法律关系的实体规范,其观点主要出自前民主德国、捷克和保加利亚的某些学者。

因此,按第一种观点的理解,国际商法与国际私法无论是在调整对象还是在调整范围方面均不相同,两者是两个完全不同的法律学科;若按第二、三种观点,则国际商法与国际私法有交叉重合之处。



## 第五节 学习国际商法的意义和方法

### 一、国际商法课程的内容

基于对“商事”一词所作的宽松的解释,国际商法所包括的内容是非常广泛的,但受教材篇幅和课程授课课时的限制,面面俱到是不可能的,也没有必要,所以本教材只介绍国际商事交易中重要的法律制度。本教材共十二章,可归纳为以下几方面的内容:

#### (一) 商事主体方面的法律制度

该部分介绍了参加国际商事活动的主要组织,包括独资企业、合伙企业、公司企业在内的相关法律制度。

#### (二) 国际贸易法部分

首先介绍了从事国际贸易的基本法律制度——合同法,然后根据贸易的现存形态,分别介绍了货物买卖、技术许可和服务贸易、国际电子商务等的有关法律规定,最后介绍了与上述贸易相关的其他法律制度,如国际产品责任、国际货物运输与保险,国际贸易支付与结算。

#### (三) 国际商事代理

在现代经济生活中,任何人都不可能、也没有必要做到事必躬亲,代理是必要的。在这一部分,介绍了代理的基本制度,并特别介绍了我国的外贸代理制。

#### (四) 关于国际商事交易的管制

该部分介绍了各国对国际商事交易所采取的一些管制措施,考虑到“关税与贸易总协定”的重要性,专章介绍了世界贸易组织的有关法律制度。

#### (五) 国际商事交易纠纷的解决

本部分介绍了解决国际商事交易的两种主要方法:国际商事仲裁与国际民事诉讼。

### 二、学习国际商法的意义

随着现代科学技术的飞速发展,“地球村”的概念早已为人熟知,而世界经济一体化的概念更是深入人心。在当今世界中,闭关自守、紧闭国门只是落后与被动的象征,与其他国家进行贸易与投资,是一个国家经济良性发展所必需的。而在与其他国家进行商事交易时,必然要碰到一系列的法律问题。如从事国际货物买卖,就会涉及合同法、买卖法、票据法、国际货物运输法、保险法等。这就要求我们必须了解有关的法律制度,以便有效地维护自身的合法权益。

我国是一个贸易大国,与其他国家有着大量、频繁的经济交往。但是,在现实国际商事交往中,我国的涉外经济贸易公司、航运公司,在与外商的交易中常常陷入不利、被动的境地,吃亏、败诉乃至受骗的案件时常发生。产生这类问题的症结,就在于我们对在国际商事交往中通行的行为规则——有关的法律制度了解和掌握不够,以至于出现问题后,对该问题怎么处理往往心中无底,而使自己处于被动地位,不能有理有节地维护自身的合法利益。因此,我们应认真研究、掌握好国际商事交往中的相关法律和惯例,并将其熟练地运用到涉外经济贸易、航运实践中,使自己在复杂变幻的国际商事交往中,立于不败之地。



### 三、学习国际商法的方法

国际商法是一门专业性、实用性极强的学科,学习该门课程的最终目的,是能将有法律规定运用到实践中以解决具体问题。在学习国际商法时,要特别注意以下几个问题:

#### (一)具备基本的经济学知识

要学好本课程,首先要具备基本的经济学知识,特别是关于国际贸易、国际投资和国际金融的一些基础理论知识。了解这些基础知识,对深入学习、研究相关法律制度,可以起到很好的帮助作用。

#### (二)理解、掌握有关的基本概念

由于国际商法课程是为非法律专业的学生开设的课程,学生缺乏系统的法学基础知识,如果不掌握有关的基本概念,也就无法理解、掌握相关的法律制度。如果不知道什么是要约、承诺,也就不可能掌握合同成立的有关法律规则,也就无法确定签约双方权利义务的实际状况。

#### (三)坚持理论与实际相结合的原则

学习国际商法的目的,是为了能在实践中熟练地运用。而要做到这一点,仅仅掌握有关理论是远远不够的,还必须学会如何运用所学的法律知识。这可以从两方面着手:一方面,在平时学习时,结合有关案例进行分析,以帮助自己准确理解有关法律规定;另一方面,如果条件许可,可以直接到有关部门,如进出口业务部门、涉外司法部门实习,加深对有关法律的理解与掌握。

#### (四)选择性地了解、掌握世界主要贸易大国的相关法律

国际商法内容庞杂,除包括有关国际条约、国际惯例外,还包括内国法中的涉外法部分,这就要求我们除了解、掌握有关国际条约、国际惯例和我国的涉外法律规定外,还应了解其他国家的有关法律。但世界上那么多国家的法律不可能全部掌握,所以可以有选择性地了解世界主要贸易大国的相关法律即可。

在本章的引例中,(1)本案中的电视销售合同属于国际货物销售合同。由于中国与日本同属联合国《国际货物销售合同公约》的缔约国,判断该合同是否属于“国际”货物销售合同,应依照该公约的相关规定作出判断。公约第1条第1款规定,“本公约适用于营业地分处在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同”,而本案中荣塔公司营业地位于中国,夏普公司营业地位于日本,因此该货物销售合同属于公约管辖的国际货物销售合同。(2)国际货物销售合同可适用的法律无外乎三大类:国际商事条约,国际惯例,以及有关国家的涉外商事法。本案属于国际货物销售合同争议,中国、日本同属公约的成员国,合同双方当事人在合同中没有明确排除《国际货物销售合同公约》的适用,因此公约应适用于该争议的解决;合同双方当事人在合同中援引了国际商会编撰的《国际贸易术语解释通则》中的价格术语,该惯例也应适用于该争议的解决。另外,两国相关的涉外法也可能适用。

### ✿ 思考题

1. 国际商法具有什么特点?

2. 如何理解“国际”“商事”交易？
3. 国际商法的渊源有哪些？
4. 大陆法与普通法各有什么特点？
5. 国际商法经历了哪些发展阶段？
6. 国际商法与相邻部门法有何关系？



## 第二章 国际商事组织法

### 第一节 国际商事组织法概述

【引例】 黄某从自己拥有的 180 万元资产中拿出 100 万元开办了一家个人独资企业,若该企业经营失败欠下 150 万元的债务,那么当债权人主张债务时,黄某应怎样偿还?

商事组织又称为商事企业,是指以自己的名义从事营利性的活动并具有一定规模的组织。商事组织以其经济实力和影响而称为国际商事关系中最重要主体,而一切商事关系都是由商事主体建立和承受的,因此,规范从事国际商事活动的商事组织法在国际商法中便具有重要的地位。

在世界各国,主要的商事组织类型有个人独资企业、合伙企业和公司,这是按照投资者的责任形式和组织形式进行的种类划分。前两者为古典企业组织形式,后者为现代企业组织形式。

独资企业常指一名自然人个人投资建立的企业,因此又称为个体企业。独资企业经营灵活简单,其在资本主义世界中为数最多,但为了严格其责任,包括我国在内的多数国家一般都不承认其有法人资格,投资者须以其全部财产对企业的债务负责。某些国家还规定独资企业的设立须履行一定手续并须符合一定的条件,其经营范围也受到一定的限制。我国 2000 年 1 月 1 日生效的《个人独资企业法》也持这种态度。

合伙企业是指自然人、法人或其他组织订立合伙合同,共同出资、共同经营、共享收益、共担风险的营利性组织。合伙是一种非常古老的经营方式,是个体经营向联合经营发展的必然趋势,合伙的各当事人之间的一种自愿联合,是一种合同关系。合伙企业是其他组织的一种重要类型。英美法系国家的合伙法是以单行法的形式公布的。英国现行的合伙法是由《1890 年合伙法》和《1907 年合伙法》组成的。美国的合伙法仍然属于州法,为统一各州的合伙法,1914 年,美国的统一州法全国委员会起草了《统一合伙法》和《统一有限合伙法》,这两个标准法已得到大多数州的采纳。大陆法系国家一般将合伙放在民、商法典中加以规定,近些年,法国、日本等关于合伙规定的一项最重要的突破是承认合伙亦为法人。合伙在我国经济活动中亦大量存在。我国的《民法通则》《私人企业暂行条例》《中外合作经营企业法》等为我国合伙法的初期渊源。1997 年 2 月 23 日,我国终于通过了单行的《中华人民共和国合伙企业法》,该法于 1997 年 8 月 1 日生效。2006 年 8 月对该法进行了修订,修订后的法律于 2007 年 6 月 1 日施行。



公司是指由一个以上的股东依法设立的营利性的法人组织。我国《公司法》第2条规定：“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”公司拥有独立的法人财产，享有法人财产权，是法人企业。现代社会各国都普遍建立了公司制度，对公司的规定也不一而同。英美法系国家关于公司的规定一般采取单行法的形式。英国最早的公司法是《1844年股份有限公司法》，后来不断修订完善，形成了著名的《1948年公司法》。这一时期的英国公司法的基本原则和内容对其原来的附属地如加拿大、澳大利亚、新西兰和印度等产生了重要影响，但对同属一个法系的美国公司法影响不多，这主要是因为，美国更早地制定了自己的公司法。早在1807年，纽约州制定公司法时，英国尚不存在先例，纽约州是根据自己的情况独创了美国的第一部州公司法，其他州后来也按自己的情况相继制定了本州的公司法。美国律师协会曾起草了一份《标准公司法》供各州自愿采纳，目前，已有40多个州采用了1984年修订的《标准公司法》之规定，同时也使其具有本州特色。

大陆法系国家起初将公司法问题放置在民、商法典中加以规定，后来由于公司在社会经济活动中的作用和影响的日益扩大及公司问题本身的复杂性与特殊性，大陆法系中的很多国家包括很具代表的法国和德国陆续地将公司法从民、商法中分离出来，制定成单行的法规。法国早在1856年就对股份两合公司作出了单独规定，1925年又公布了《有限责任公司法》，1966年法国公布了著名的《工商业公司法》。德国于1892年颁布了《有限责任公司法》，1965年联邦德国颁布了著名的《股份有限公司法》。法、德等国公司法按欧共体、欧盟有关公司的指令都作了数次修改。

1979年我国颁布了《中外合资经营法》，尽管该法具有公司法性质，但它只适用于中外合资经营企业。直到1993年12月29日，我国才正式颁布了具有普遍适用性的《公司法》。该法自1994年7月1日生效后，经修改的《中外合资经营法》等仍作为特别法存在。

在本节的引例中，涉及投资人对企业债务如何承担责任的问题。由于个人独资企业一般不具备法人资格，企业不能独立承担责任，企业的债务由投资人承担无限责任，所以本案中50万元不能清偿的企业债务，黄某应从其另外80万元个人财产中再拿出50万元用来偿还。投资人的无限责任还表现在，即使企业解散后，投资人对未能清偿的企业债务仍有依法继续清偿的责任。

## 第二节 个人独资企业法、合伙企业法

### 一、个人独资企业法



**【引例】** 刘某是某高校的在职研究生，经济上独立于其家庭。2008年8月在工商行政管理机关注册成立了一家主营信息咨询的个人独资企业，取名为“远大信息咨询有限公司”，注册资本为人民币一元。营业形势看好，收益甚丰。于是后来黄某与刘某协议参加该个人独资企业的投资经营，并注入投资5万元人民币。经营过程中先后共聘用工



作人员 10 名,对此刘某认为自己开办的是私人企业,并不需要为职工办理社会保险,因此没有给职工缴纳社会保险费,也没有与职工签订劳动合同。后来该独资企业经营不善导致负债 10 万元。刘某决定于 2009 年 10 月自行解散企业,但因为企业财产不足清偿而被债权人、企业职工诉诸人民法院。请问:(1)该企业的设立是否合法?(2)刘某允许黄某参加投资,共同经营的行为是否合法?(3)刘某不与职工签订劳动合同、未给职工办理社会保险的理由是否成立?(4)当刘某不能清偿债务时,债权人能否向刘某的家庭求偿?

### (一)个人独资企业的概念和法律特征

个人独资企业又称为个人企业或独资企业,是指由一个自然人投资,财产为投资人个人所有,投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的商事组织。作为一种最简单的企业,其具有以下法律特征:

#### 1. 个人独资企业的投资者为一个人,且仅限于自然人

这是个人独资企业与合伙企业、公司等商事组织最本质的区别。将个人独资企业的投资者限定于自然人是各国立法的通例。

#### 2. 个人独资企业投资者对企业享有完全的控制和支配权利

个人独资企业的存在与经营直接与投资者的意愿相联系,个人独资企业完全处于投资者的控制之下,不存在他人分享对企业的管理控制。投资者可以根据其意愿进行自主经营。

#### 3. 个人独资企业不具有法人资格

个人独资企业可以有自己的名称或商号,并以企业的名义开展经营活动,但各国一般都不承认其有法人资格,而且投资者还须以个人的全部财产对企业的债务承担无限责任。

### (二)个人独资企业的设立

#### 1. 设立条件

个人独资企业的设立应当符合法定条件。但设立个人独资企业的条件和程序较设立合伙企业和公司宽松,没有关于企业出资额的规定。我国《个人独资企业法》第 8 条规定设立个人独资企业应当具备下列条件:(1)投资人为一个自然人;(2)有合法的企业名称;(3)有投资人申报的出资;(4)有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件;(5)有必要的从业人员。

在个人独资企业的名称中不可出现“有限”或“有限责任”的字样,并且投资人的出资只是经营的条件,不具有对外提供信用担保的效力。由于个人独资企业投资者以个人财产对企业债务承担无限清偿,因此,对个人独资企业规范管理的重点是投资者的财产登记管理,以防止投资者抽逃企业财产,逃避债务。

#### 2. 设立程序

设立个人独资企业必须经过商事登记。商事登记是商事组织取得经营资格的前提条件,有利于交易相对人和社会公众了解特定商事组织的经营状况和信用状况,也便于国家对商事组织的管理。

在美国,个人独资企业的设立程序较为宽松。注册申请人在缴纳注册申请费并填报投资人、企业名称、经营地点等注册登记后,经投资经营者签名缴纳注册费,注册即告完成。在

我国,申请设立个人独资企业,应当由投资人或其委托人的代理人向个人独资企业所在地的登记机关提交设立申请书、投资人身份证明、生产经营场所使用证明、验资证明等文件。登记机关应当在收到设立申请文件之日起 15 日内,对符合法律规定条件的予以登记,发给营业执照;对不符合设立条件的,不予登记,并应给予书面答复,说明理由。营业执照的签发日期为个人独资企业的成立日期。

### (三)个人独资企业的事务管理

各国法律一般都规定,个人独资企业的投资人既可以自行管理企业事务,也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人管理企业的事务。

投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务,应当与受托人或受聘人签订书面的委托合同或聘用合同,明确授权的范围。受托人或受聘人应当忠实地履行其职责,在授权范围内进行个人独资企业的事务管理。

受托人或受聘人代表企业对外进行活动的法律后果由个人独资企业承担。但受托人或受聘人因失职而导致企业财产、名誉损失的,须接受投资人的处罚并承担损失赔偿责任。此外,投资人对受托人或受聘人职权的限制,不得对抗善意第三人。

在本部分的引例中,(1)根据我国《个人独资企业法》的规定,自然人可以单独投资设立个人独资企业,设立时法律仅要求投资人申报出资额和出资方式,但并不要求须缴纳最低注册资本金,因此刘某单独以一元人民币经法定工商登记程序投资设立个人独资企业的行为合法。但刘某将其企业取名为“宏远信息咨询有限公司”违反《个人独资企业法》关于个人独资企业名称的规定,应予以纠正。(2)刘某允许另一人黄某参加投资,共同经营的行为不合法。个人独资企业须为一个自然人单独投资设立,刘某如允许他人参加投资经营,必须依法办理变更登记,并改变为其他性质的企业。(3)刘某未与职工签订劳动合同,没有为职工办理社会保险并未缴纳社会保险费的行为,违反了我国《社会保险法》《劳动法》的强制性规定,也违反《个人独资企业法》的规定,因此刘某的理由不成立。(4)该企业的债权人在刘某不能清偿债务时不能向刘某的家庭求偿。因为刘某经济上独立于其家庭,法律规定只有投资人在申请设立个人独资企业进行登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的,才可以依法由家庭共有财产对企业债务承担无限责任,因此债权人不能向刘某的家庭求偿。

## 二、合伙企业法



**【引例】**甲、乙、丙、丁四人决定设立普通合伙企业,并签订了书面合伙协议,约定:甲、乙、丙以货币出资,丁以劳务作价出资,但丁不得干预企业事务,对企业的亏损也不承担民事责任。甲对外代表合伙企业执行合伙事务,但签订标的额 5 万元以上的合同必须经全体合伙人同意。合伙企业经营期间,甲未经其他合伙人同意,以合伙企业的名义与第三人签订了标的额为 10 万元的合同,合同履行过程中其他合伙人对该合同不予承认,拒绝履行合同义务。随后丁要求退伙,其他合伙人同意,与此同时合伙企业又接纳戊入伙。丁退伙后,合伙企业的债权人 A 就丁退伙之前所产生的 20 万元债务要求甲、乙、丙、戊以及退伙后的丁承担连带清偿责任。丁以合伙协议中约定其对企业的亏损不承担民事责任以及自己已经退伙为由拒绝承担债务清偿责任,戊以自己是新入伙的,对



其入伙之前合伙企业的债务不承担责任,遂也拒绝承担债务清偿责任。请问:(1)本案中的合伙协议有无违法之处?(2)甲与第三人签订的10万元的合同是否有效?(3)丁、戊是否有义务清偿A的20万元的债务?

### (一)合伙企业的概念、特征及类型

#### 1. 概念

合伙企业又称商事合伙,是两个或两个以上的合伙人为经营共同事业,订立合伙协议、共同出资、共享收益、共担风险而组成的企业。

在大陆法系国家,合伙分为民事合伙与商事合伙,分别适用民法典和商法典。两者的区别就在于,商事合伙必须是达到一定经营规模的并专门从事营利性活动的合伙企业。

#### 2. 特征

(1)合伙企业的成员至少有两个。自然人和法人都可以作为合伙人。

(2)合伙企业设立的基础是合伙协议。合伙人之间订立合伙契约,规定各合伙人在合伙企业中的权利和义务。

(3)合伙企业是“人的组合”。合伙人的死亡、破产、退出等都影响到合伙企业的存续。

(4)合伙人原则上均享有平等参与管理合伙事务的权利,除非协议另有规定。

(5)合伙企业没有法人资格,所以被称作“联盟”(Association)。这就意味着,合伙成员中的全体或至少其中的一人或其中的部分人须为合伙债务承担无限连带责任,这是合伙企业与有限责任公司或股份有限公司的区别之处。但也有少数国家,如法国、荷兰、比利时等,规定合伙企业是独立的法人。

在市场经济发达国家,一个组织只要具备上述特征,在实践中即被视作合伙组织(事实上的合伙),即使它的名称中无“合伙”二字。相反,有些协议尽管有“合伙”字样,但未建成如上述特征的组织也不能视为合伙企业。

在1984年纽本诉玛斯本登案中,原告纽本曾与一个叫克瑞金的人签订一份书面合同,议定购买“约克车行”建造的布法莱号汽车,原告付清全部价款后,克瑞金未交货即不见踪影。原告认为克瑞金和玛斯本登(被告)是合伙人,理由是:被告曾向“约克车行”无息投入8.5万美元,并用为布法莱号汽车购买元件和其他设备的方式参与了经营,原告到“约克车行”如逢克瑞金不在,便总是与被告打交道,被告还从汽车销售中取得利润。被告辩称:投入的8.5万美元属“贷款”,取得汽车销售款是“贷款”的偿还和购买部件等劳务的报酬。法院判被告败诉。理由:(1)既为“贷款”,则还款量或还款时间就应该是固定的,不应等到汽车销售时。(2)既为劳务,也应定时定量支付。被告的资金投入或取得不具备“贷款”和“劳务报酬”的特征,故被告应被视为克瑞金的合伙人。

#### 3. 合伙企业的类型

根据不同的标准可对合伙企业进行不同的分类,常见的分类主要包括以下几种:

(1)根据合伙成员的责任承担不同,可以分为普通合伙企业 and 有限合伙企业

普通合伙企业是指合伙成员中的全体皆须对合伙债务承担无限连带责任,各合伙人皆为普通合伙人,他们均有权参加合伙组织的经营管理。这是合伙企业的常见形态,其他形式的合伙企业都是以普通合伙企业为基础的。有限合伙企业是指由对合伙企业的债务承担有

限责任的合伙人和承担无限责任的合伙人共同组成的合伙企业。承担无限责任的合伙人为普通合伙人,承担有限责任的合伙人为有限合伙人。普通合伙人对合伙企业有专属的经营管理权。有限合伙人有分享合伙企业的利润,对合伙企业的债务也仅以其出资额为限,但有限合伙人不能以合伙企业的代理人、受雇人或保证人的身份参加工作。

(2)根据合伙企业是否显示了合伙人,可以分为显名合伙企业和隐名合伙企业

显名合伙企业是指各合伙人公开其身份和姓名,并具体参与合伙经营事务的合伙。隐名合伙企业是由对合伙企业的债务承担有限责任的隐名合伙人和承担无限责任的显名合伙人共同组成的合伙企业。显名合伙人对合伙企业有专属的经营管理权。隐名合伙人不参与合伙事务的决策和执行,但分享合伙经营收益并以其出资为限(出资不包括劳务与信用),但对合伙事务没有表决权,无权对外代表合伙企业。大陆法系的隐名合伙与英美法系有限合伙实质上具有相同之处。

我国2006年修订的《合伙企业法》规定的合伙包括普通合伙和有限合伙,且合伙人可以包括法人。但两种合伙企业都不具有法人资格。

## (二)合伙企业的设立

### 1. 合伙协议

合伙协议是合伙企业成立的必要条件,由于多数国家并不赋予合伙企业法人资格,合伙协议就成为合伙企业成立及合伙人享有权利和承担义务的重要依据,如《日本民法典》规定“合伙契约,因各当事人约定出资以经营共同事业,而发生效力”,即合伙依合伙契约中合伙人的一致意思表示而成立。我国《合伙企业法》规定:合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致,以书面的形式订立;合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效;合伙人依照合伙协议享有权利,承担责任。

而在把合伙企业视为法人的国家一般规定,在合伙协议订立后,可以再制定章程,章程可以是协议本身,也可以是协议的具体化或补充条款,如《法国民典法》规定,“合伙章程应以书面形式订立。章程除规定每个合伙人应缴纳的份额外,还应规定合伙的形式、目的、名称、合伙所在地、合伙资金及合伙期限及其进行的方式”。在英美法系国家,即使合伙人之间没有明确的合伙协议,法院也可以依据一定的条件判定当事人之间存在合伙关系,这种合伙被称为“事实上的合伙”。在判定事实上的合伙是否存在时,法院一般考虑以下几个因素:一是合伙人是否按出资比例或约定分享利润,分担损失;二是合伙的财产是否归合伙人共有;三是合伙人是否在合伙组织的经营管理中享有同样的权利。

### 2. 合伙企业登记

对于合伙企业的登记,各个国家有不同的态度,有的国家要求合伙组织必须履行登记手续,如我国的《合伙企业法》规定:合伙企业应向国家登记机关申请设立登记,登记机关作出是否登记的决定,对于符合条件的予以登记,发给营业执照。合伙企业的营业执照签发日期为合伙企业的成立日期。《法国民典法》规定:“除隐名合伙以外的合伙,自登记之日起享有法人资格。”《德国商法典》虽然没有对合伙企业的登记作出直接的规定,但法律的规定使当事人必然选择登记的成立方式。《德国商法典》规定,如果合伙企业没有登记而进行了某项商事活动,它即可从此时存在。但对于第三人来说,在登记以前,合伙企业不能以合伙的事实存在来对抗第三人,合伙企业只有在登记后才视为存在。很显然,不登记对合伙企业是不利的。英美国家则不同,法律并不要求合伙必须登记,只要合伙协议已经签订,资金已经到



位,合伙即可认为成立。

无论在名称上,还是在人数上,各国一般都对合伙企业的设立有一定的限制,如英国《合伙法》规定,合伙组织的商号应以普通合伙人的姓氏命名,在姓氏之后,加上“商号”或“公司”字样,但不得带有“有限”字样,否则将予以罚款。我国《合伙企业法》也规定,在其名称中不得使用“有限”或“有限责任”字样。各国合伙法一般也规定,合伙人的人数应在两人以上,美国的合伙法规定合伙应是两人或多人以上的联合的营利性组织。我国合伙企业法规定合伙企业应具备的条件之一就是有两个以上的合伙人。英国合伙法还对合伙人数的上限作了规定,如规定除律师、会计师、证券批发商、专利代理人、检验师、精算师、咨询工程师或建筑工程师组成的合伙外,其他合伙组织的成员不得超过 20 人。

### (三) 合伙企业的内部关系

合伙企业的内部关系,即合伙成员之间的权利和义务关系,通常在合伙协议中加以规定。与此同时,合伙人之间也是一种相互信任的忠实关系,合伙人不得损害企业或其他合伙人的利益,牟取私利。

#### 1. 合伙人的权利

(1) 分享利润。每个合伙人都可以根据合伙协议规定的比例取得利润。如果没有约定,则按各国合伙企业法的规定分配利润。法国法规定应按合伙人的出资比例分配利润,英、美、德等国规定,合伙人应平均分配利润。我国合伙企业法规定,合伙企业的利润分配、亏损分担,按照合伙协议的约定办理;合伙协议未约定或者约定不明确的,由合伙人协商决定;协商不成的,由合伙人按照实缴出资比例分配、分担;无法确定出资比例的,由合伙人平均分配、分担。

(2) 参与经营管理。每个合伙人都有平等参与合伙管理、对外以合伙企业名义进行活动的权利,除非合伙协议另有约定。我国法律规定,各普通合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利,可以由全体合伙人共同执行合伙企业事务,也可以由合伙协议约定或者全体合伙人决定,委托一名或者数名合伙人执行合伙企业事务。执行合伙企业事务的合伙人,对外代表合伙企业。

(3) 监督和检查账目。每一合伙人都有权了解、查询有关合伙经营状况的各种情况,负责日常业务的合伙人不得拒绝。但一些国家对这项权利加以限制,以保证合伙企业的经营管理顺利进行。我国法律规定,合伙人为了了解合伙企业的经营状况合伙财务状况,有权查阅账簿。

(4) 获得补偿。合伙人为处理企业的正常业务或维持企业的正常经营,维护企业财产利益而垫付的个人费用或因此造成的个人财产损失,合伙企业和其他合伙人应予以补偿。

#### 2. 合伙人的义务

(1) 缴纳出资的义务。合伙人在签订合伙协议之后,有义务按照协议规定的时间、数额、方式缴纳出资。合伙人一般可以以金钱、实物、技术或劳务出资。我国法律规定,合伙人应当按合伙协议约定的出资方式、数额和缴付出资的期限,履行出资义务。合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。

(2) 忠实的义务。合伙人对合伙企业及其他合伙人必须忠实。合伙人必须为合伙企业的最大利益服务,不得擅自利用合伙企业的财产为自己牟取私利。合伙人违反忠实义务所取得的利益,必须全部交给合伙企业。我国法律规定,普通合伙人不得自营或者同他人合营

与本企业相竞争的业务。除合伙协议另有约定或者经全体合伙人同意外,普通合伙人不得同本合伙企业进行交易。合伙人不得从事损坏本合伙企业利益的活动。

(3)谨慎和注意的义务。参与经营管理的合伙人在执行合伙业务时,必须谨慎小心。如因失职而给合伙企业造成损失,其他合伙人有权要求赔偿。

(4)不随意转让出资的义务。合伙人未经其他合伙人同意不得将其在合伙中的出资及各项权利转让给其他人。合伙企业存续期间,合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时,须经其他合伙人一致同意。

#### (四)合伙企业的外部关系

合伙企业的外部关系,是指合伙企业与第三人之间的关系。各国法律一般规定,普通合伙人之间对第三人适用相互代理原则。根据这一原则,合伙企业与第三人的关系具有以下特点:

##### 1. 合伙人之间适用相互代理原则

每个合伙人在执行合伙企业的通常业务中所作出的行为,对合伙企业和其他合伙人都具有约束力。除非该合伙人无权处理该项事务,且与之进行交易的第三人知情。

各国的立法与司法实践表明,合伙组织中的每个普通合伙人在处理下列事务时,除非有明确的反证外都会被认为有合伙组织的默示授权:(1)出售合伙企业的商品或财产;(2)以企业的名义购买、抵押其业务所需的商品或财产;(3)收受或支付合伙企业的债款或欠款,并出立字据;(4)为企业雇佣职工;(5)以企业名义承兑和开立流通票据;(6)以企业的名义开立账户、借款;(7)委托律师进行诉讼等。

##### 2. 合伙人之间约定对某个合伙人的权利的限制,不得用以对抗不知情的第三人

如果第三人在同该合伙人进行交易时,已经知道了合伙人的权利受到限制而无权处理该项业务,则该合伙人所作出的行为就不能约束合伙企业和其他合伙人。

##### 3. 由合伙企业对合伙人的越权行为负责

合伙人在从事正常的合伙业务过程所做的越权行为,应由合伙企业承担责任。但是合伙企业有权要求具有故意或疏忽的有关合伙人赔偿企业遭受的损失。

##### 4. 每个普通合伙人因合伙而对第三人负无限连带责任

合伙企业的债务,应首先以合伙企业的财产清偿。当合伙企业的财产不足以清偿到期债务时,债权人可以越过合伙企业直接向任何一个或全体合伙人请求清偿。合伙人对此请求不能拒绝,而只能在清偿了全部债务后再向其他合伙人追偿。

##### 5. 合伙人的债权人的抵销权与代位权的行使受到限制

合伙企业中某一合伙人的债权人,不得以该债权抵销其对合伙企业的债务,也不得代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。当合伙人个人财产不足清偿某个人所负债务时,该合伙人只能以其从合伙企业中分取的收益用于清偿;债权人也可以依法请求法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

#### (五)入伙与退伙

##### 1. 入伙

入伙是指在合伙企业存续期间,原来不具有合伙人身份的自然人、法人或其他经营主体加入合伙企业,取得合伙人身份的法律行为。

各国合伙法一般规定,接纳一个新的合伙人必须经全体合伙人的同意,并依法订立书面



的入伙协议。如《法国民法典》第 1861 条规定,合伙企业成立后,未经全体合伙人的同意,不得允许他人加入为合伙人。英美法系国家规定,合伙人可在合伙契约中对入伙的程序进行约定。我国《合伙企业法》第 44 条也规定,新合伙人入伙时,应当经全体合伙人同意,并依法订立书面入伙协议。

关于新合伙人对入伙前的合伙企业债务是否承担连带责任,各国的规定不尽相同。英美法系国家普遍主张不应承担连带责任,而法国、日本、瑞士等少数大陆法系国家则规定,新合伙人对入伙前合伙企业的债务要承担连带责任。我国《合伙企业法》则明确规定:“入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。”

## 2. 退伙

退伙是合伙企业存续期间,合伙人因一定的法律事实而消灭合伙人身份的一种法律行为。退伙一般为任意退伙、法定退伙、协议退伙和除名退伙。

(1)任意退伙。任意退伙也称声明退伙,是指基于合伙人单方的意思表示而为的退伙行为。有的国家主张退伙人声明只需告知其他合伙人,如德国;有的国家则主张退伙人声明须得到其他合伙人的同意,如法国。关于声明退伙,各国的规定也有所不同,有的允许随时退伙,有的则只允许在企业会计年度终结前的一定时期内才能声明退伙。

(2)法定退伙。法定退伙是指不是基于合伙人的意思表示,而是基于法律规定的一定事由而当然发生的退伙。例如,在《日本民法典》第 679 条中规定的法定退伙事由有:死亡;破产;禁治产;除名。我国《合伙企业法》第 48 条也规定合伙人有下列情形之一的,当然退伙:作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡;个人丧失偿债能力;作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销,或者被宣告破产;法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格;合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

(3)协议退伙。协议退伙是指合伙人在合伙协议约定的退伙事由出现时或经全体合伙人同意时退出合伙企业。我国《合伙企业法》第 45 条规定,合伙协议约定合伙期限的,在合伙企业存续期间,有下列情形之一的,合伙人可以退伙:合伙协议约定的退伙事由出现;经全体合伙人一致同意;发生合伙人难以继续参加合伙的事由;其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

(4)除名退伙。除名退伙是指合伙人因有严重违反合伙协议规定或其他损害合伙企业利益的重大不轨行为,而被其他合伙人一致决定开除的行为。我国《合伙企业法》第 49 条规定,合伙人有下列情形之一的,经其他合伙人一致同意,可以决议将其除名:未履行出资义务;因故意或者重大过失给合伙企业造成损失;执行合伙事务时有不正当行为;发生合伙协议约定的事由。

合伙人退伙的,其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业的财产状况进行结算,退还退伙人的财产份额。退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法,由合伙协议约定或者由全体合伙人决定,可退还货币,也可以退还实物。退伙人对其退货前已发生的合伙企业债务,与其他合伙人承担连带责任。合伙人退伙时,合伙企业财产少于合伙企业债务的,退伙人应当依法分担亏损。

## (六)合伙企业的解散和清算

合伙企业的解散是指合伙企业因某些法律事实的发生,而使其民事主体资格归于消灭



的情形。合伙组织的解散一般有三种情况：一是协议解散，指合伙人依协议决定自愿解散。二是依法解散，依照法律的规定也可以发生合伙企业的解散情形。例如，法律规定，合伙企业有下列情形时，应当解散：合伙协议约定的经营期限届满，合伙人不愿意继续经营的；合伙人不具备法定人数的；合伙协议约定的合伙目的已经实现或无法实现的；因发生某种情况，使合伙企业所从事的业务活动为非法的等情形。三是强制解散，指法院根据有关申请，强制命令合伙企业解散。

合伙解散必然导致业务终结，债权债务清算。合伙人可先推举清算人，了结合伙企业尚未终结的事务，清缴所欠税款，清理债权债务，并处理合伙企业清偿债务后的剩余财产。合伙企业的清算结束后，清算人应编制清算报告，经全体合伙人签字、盖章后，报送国家相应机关登记后，合伙企业消灭。合伙企业的主体资格为了清算的必要，一直存续到清算为止。

### (七) 有限合伙

前面所介绍的合伙，一般被称为普通合伙(*general partnership*)。有限合伙(*limited partnership*)则是一种特殊类型的合伙组织。

#### 1. 有限合伙的概念

有限合伙，是指由至少一名普通合伙人(*general partner*)和至少一名有限合伙人(*limited partner*)组成的企业，前者对合伙企业的债务负无限责任，后者则只负有限责任，即仅以其出资额为限对合伙承担有限责任。

有限合伙起源于欧洲中世纪。在12—13世纪，随着欧洲地中海地区海上贸易的发展和扩大，单个商人已不再适应较大规模的商业冒险。于是“卡孟达契约”(Commenda)便应运而生。“卡孟达契约”主要在普通商人与海运商人之间订立。它一般规定，由普通商人提供资金，由海运商人负责经营、贩卖货物，普通商人的风险及责任以其出资为限。这种契约后来便演变为有限合伙。

#### 2. 有限合伙人的权利和义务

在有限合伙中，普通合伙人的权利和义务与其在普通合伙中是基本相同的。有限合伙人的权利、义务主要有以下几项：

(1)有限合伙人不参与企业的经营管理，其行为对企业无拘束力；如果其参与了企业的经营管理，其在此期间就要对企业的一切债务承担责任。我国《合伙企业法》第67条规定，有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务，有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。但第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

(2)有限合伙人的名称一般不列入商号名称，如果列入，他将对该合伙的债务承担无限责任。

(3)有限合伙人有权审查企业的账目。与普通合伙人受到自我交易禁止和竞业禁止规定不同，有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易；可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；但是，合伙协议另有约定的除外。有限合伙人还可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质；可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，只要提前通知其他合伙人即可。

(4)有限合伙人的死亡、破产不影响企业的存在，不产生解散企业的后果；但如果负无限



责任的普通合伙人一旦死亡或退出,除企业章程另有规定外,企业即告解散。

(5)有限合伙人的股份经普通合伙人同意之后,可以转让给别人。

(6)有限合伙人不得发出通知解散企业。

有限合伙中,普通合伙人执行合伙事务,对外代表合伙组织,对合伙债务承担无限连带责任,有限合伙人则不执行合伙事务,按出资比例享受利润和分担损失,对合伙债务承担有限责任。

### 3. 有限合伙人与普通合伙人的相互转变

除合伙协议另有约定外,普通合伙人转变为有限合伙人,或者有限合伙人转变为普通合伙人,应当经全体合伙人一致同意。有限合伙人转变为普通合伙人的,对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。普通合伙人转变为有限合伙人的,对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

本部分的引例中,(1)甲、乙、丙、丁成立的是普通合伙企业,根据普通合伙人对合伙企业债务承担的规定,丁对企业债务应当承担无限连带责任。所以他们签订的合伙协议中约定丁对企业债务不承担民事责任是无效约定。(2)甲作为合伙事务执行人未经其他合伙人同意,与第三人签订标的额为10万元的合同,显然违背了合伙人的内部限制性约定,是一种越权行为。但是只要第三人是善意的,即第三人不知道也不应当知道甲的权限是受限制的,其与甲之间签订的合同是有效的,合伙企业应当履行合同义务,否则要对第三人承担违约责任。合伙企业履行合同义务后,其他合伙人可以追究甲的责任。(3)根据《合伙企业法》第44条的规定,新入伙的合伙人戊对其入伙前合伙企业的20万元债务承担无限连带责任,不能以该债务是其入伙前的债务为由拒绝承担。退伙人丁对于其退伙之前合伙企业的20万元的债务需要承担无限连带责任,对于其退伙后产生的合伙企业债务则无须承担清偿责任。

## 第三节 公司法



**【引例】**【引例】2013年9月3日,微软及诺基亚联合宣布,微软公司将收购诺基亚设备及服务业务部门。这意味着,有148年发展史、曾经稳坐全球手机市场第一把交椅的诺基亚,已成为继摩托罗拉之后又一个被收购的一线手机品牌。据悉,此次收购微软以37.9亿欧元(合50亿美元)收购诺基亚手机业务大部分股权,并将再支付16.5亿欧元(合21.8亿美元)收购后者的专利许可权,交易总对价达54.4亿欧元(合71.7亿美元)。交易成功后,诺基亚的智能设备和移动设备(包括Lumia、Asha和X系列手机)都将归微软所有;其设计团队(包括埃洛普(Stephen Elop)在内的诺基亚多名高管)、供应链、配件、员工、开发者关系和诺基亚的多数制造工厂和测试设施也都将纳入微软旗下。今后诺基亚的设备与服务部门将迎来新生,成为微软的一部分。然而,这场奇怪的联姻究竟会带来何种改变还难以知晓,诺基亚是否就此被微软“吸收”,它的法人独立性还能保持多久?

请问:(1)微软和诺基亚在合作之前,分别属于什么类型的公司法人?(2)埃洛普作



为诺基亚的高管之一属于公司哪一个管理机构的成员？(3)微软收购诺基亚之后，诺基亚的法人地位是否还存在？此次收购属于新设合并还是吸收合并？诺基亚是否就此成为微软的子公司或分公司？(4)“股权”是哪一种公司的特有概念？(5)诺基亚近 2.5 万名员工纳入微软名下，在法律上需要做何变更手续？其公司章程的内容在此次收购事项中需要作出哪些变动？

## 一、公司制度概述

公司制度并不是近现代的产物，它的历史可以追溯自中世纪时期。自中世纪以来，有法人地位的实体已经出现，例如经皇室特许而组成的牧师会、寺院或自治城市一类的宗教团体和公共组织。17 世纪初，在英国和荷兰出现了有法人地位的商业公司，世界第一家公司是英国的东印度公司，于 1600 年正式成立，两年后，荷兰也成立了自己的东印度公司。

公司是当今国际社会最重要的一种商事组织形式，它对各国以及世界经济的发展发挥了极其重大的作用。英国诺贝尔经济学奖获得者科斯曾在《企业的性质》一文中说，“企业的存在节约了市场交易费用，即用费用较低的企业内交易代替费用较高的市场交易”。<sup>①</sup> 公司的出现让原本需要通过一系列个别合同才能达成的商业目的浓缩为一个公司与相对方之间的商事活动，大大节约了双方用于获取信息、建立诚信上的成本。在经济高度全球化的今天，规范化的公司制度扮演了越来越重要的角色。从法律的角度来讲，公司是一个完全独立于其成员的法律实体。与前一节所述独资企业、合伙不同，公司在法律上有独立的主体地位，是一个为了经济目的而拟订出来的“法律人”。公司法则是规定公司设立、组织、经营、解散、清算以及调整公司内外部规则的总称。

### （一）公司的概念

由于各国的法律制度以及法律文化不同，各国法律对于公司的概念并没有形成统一的释义。比如美国《标准公司法》第 2 条规定：公司是指受法令管辖之营利公司。《日本商法典》第 52 条规定：本法所谓公司是指从事商行为目的而设立的社团。《法国商法典》第 1832 条规定：公司是由两人或数人通过契约约定共同投资，以分享由此产生的利润和经营所得的营利性组织。

各国法律对公司的概念没有统一的界定，但相关法律内容基本集中在三个方面，即法定性、营利性和法人资格上，故公司是指依照公司法的规定而设立，以营利为目的的法人组织。

### （二）公司的法律特征

#### 1. 依法成立

公司必须依照公司法和有关法律规定的条件和程序成立。公司依照法律设立和运行，是规范化程序较高的企业组织形式。

#### 2. 拥有独立的财产

公司作为一个独立地从事生产或经营性经济活动的实体，要能够独立地享有经济权利

<sup>①</sup> [英]罗纳德·H. 科斯著，盛洪、陈郁译校：《企业、市场与法律》，上海人民出版社，上海三联书店 2009 年版，第 40 页。



和承担经济义务,必须具备进行这些活动和享受权利、承担义务的物质基础。因此,公司在成立前必须筹措、募集到与其经营业务相适应的资本数额。公司的股东可以用货币、设备、技术等有形或无形财产出资。

### 3. 有自己的名称和组织机构

公司作为一个企业法人,必须有自己的名称,而且,只有具备公司条件的企业才能以“公司”作为其名称的一部分。公司的名称要按法律的规定标明其责任形式,即××有限公司,××有限责任公司,××股份有限公司。公司不得使用法律所禁止使用的称谓。同时,公司必须设置与该公司类型相一致的组织机构,即能够代表自己的机关和负责人。这是公司进行各种活动,享受权利和承担义务的组织保证。

### 4. 公司具有独立法人人格,可以独立承担经济责任

公司作为一个企业法人,具有人格独立性,必须独立地承担经济责任。当然,这也是公司拥有自己独立财产的必然结果。公司通过集资等程序成立后,形成一个独立的享受权利和承担义务的经济实体。对于公司所负债务,不论公司股东责任形式如何(有限责任公司或无限责任),公司都必须独立承担经济责任。

但应当注意的是,当公司股东滥用公司的独立人格而损害债权人及社会公共利益时,法院可以在特定的情况下对公司的法人人格进行否认,即“揭开公司面纱原则”。

#### (三) 揭开公司面纱(公司法人人格否定)

揭开公司面纱又称公司法人人格否定,是指当公司的独立人格和股东有限责任被公司股东滥用时,就具体法律关系中的特定事实,否定公司法人的独立性,将公司与其股东视为一体并追究其共同的连带法律责任,以保护公司债权人或其他相关利害关系主体的利益,实现公平、正义的一种法律措施。

公司法人的独立性以及公司股东对公司承担有限责任,是企业发展过程中的巨大进步,是公司法的基石,这种制度能够割断公司股东与公司债权人之间的天然联系,使公司债权人在得不到清偿时却不能向公司的股东主张债权。许多股东在公司面纱的遮掩下,滥用公司独立人格逃避债务、过度转嫁风险,采用转移公司财产、将公司财产与本人财产混同等手段,造成公司用于履行债务的财产大量减少,严重损害公司债权人的利益。这对公司债权人极为不公平。揭开公司面纱原则,是英美法系国家针对股东特别是控制股东,滥用公司人格导致事实上的不平衡或利益关系失衡的情况而发展起来的判例规则。

我国 2005 年修订的《公司法》中增加了公司人格否认制度。《公司法》第 20 条规定:公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司利益的,应当对公司债务承担连带责任。

#### (四) 各国公司法简介

一个国家立法模式的选择,不仅受到法律内容的制约,还受到其立法传统、立法体系的影响,各国的公司立法不尽相同,立法模式也随着时代的变迁不断变化,表 2-1 介绍了几个发达国家的公司法的历史发展。

表 2-1 各国公司法简介<sup>①</sup>

法国 公司法	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 法国属于民商分立的国家,公司法属于商法范畴;</li> <li>2. 法国第一部近代公司立法是 1807 年的《法国商法典》,1867 年法国颁布了《公司法》,对公司制度做了专门的规定;</li> <li>3. 由于《法国商法典》制定得较早,而有限责任公司出现得又较晚,法典中规定的公司类型不全,因此,在 1925 年,又制定了单行的公司条例《有限公司法》,正式承认了有限公司的法律制度;</li> <li>4. 1966 年,法国制定了统一的《商事公司法》</li> </ol>
德国 公司法	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 德国也属于民商分立的国家,公司法属于商法的一部分;</li> <li>2. 最早在 1861 年颁布的《德国商法典》中对有关商事公司的内容做了规定,1892 年颁布了单行的《有限公司法》,1897 年进行了修改;</li> <li>3. 1937 年颁布的《股份法》取代了《德国商法典》中对股份有限公司和股份两合公司的规定,确立了德国的公司法制度</li> </ol>
英国 公司法	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 英国最早在 1720 年实施了有关公司制度的《布伯尔法》(Bubble Act 1720),1852 年后,相继颁布了一系列单行的公司法规;</li> <li>2. 1862 年,英国首相首次颁布了以《公司法》命名的法律,此后,《公司法》经过了数次修改;</li> <li>3. 1944 年,英国制定的《合作股份公司法》确定了公司发起人数、法定资本注册、保护投资者利益三个原则;</li> <li>4. 英国加入欧洲经济共同体后,根据欧洲公司法指令及欧盟理事会新的《关于欧洲公司法规范》生效后(2004 年 10 月),公司法势必还要作出进一步的修改</li> </ol>
美国 公司法	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 美国联邦会议没有公司法方面的立法权,各州有公司法的立法权;</li> <li>2. 美国统一州法全国委员会和美国法学会分别在 1928 年和 1950 年制定了《统一公司法》和《示范公司法》,尤其是美国法学会制定的《示范公司法》,对各州的公司立法影响较大,经过六次修改,1984 年的新版本《示范公司法修正本》在短时间内得到了许多州的采用</li> </ol>

我国最早的公司立法可以追溯到 1904 年 1 月 21 日清政府颁布的《公司律》。而现代意义的公司法则是民事政府于 1929 年颁布的公司法。新中国成立后,废除了旧的法律制度和法律体系。20 世纪末,随着改革开放和经济发展的需要,1993 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过了《中华人民共和国公司法》,该法自 1994 年 7 月 1 日正式施行,1999 年、2004 年、2005 年相继三次修订,其中 2005 年的修订对公司注册资本制度进行了修改,增加了一人公司等新制度。2013 年 12 月 28 日十二届全国人大常委会第六次会议通过了《中华人民共和国公司法》的修正案,新公司法自 2014 年 3 月 1 日起施行。这是我国公司法自颁布以来的第四次重大的修改,修改亮点包括放宽注册资本登记条件,不再限制公司设立时股东(发起人)的首次出资比例以及货币出资比例;简化登记事项和登记文件,弱化验资报告的审核程序等。

#### (五)公司的类型

##### 1. 按照股东承担责任方式不同进行划分

<sup>①</sup> 屈广清:《国际商法》,东北财经大学出版社 2008 年第 2 版,第 28 页。



按照股东承担责任方式的不同,可将公司分为无限责任公司、有限责任公司、两合公司、股份有限公司和股份两合公司,这也是大陆法系国家的主要做法。

无限责任公司,由两个以上的股东组成,股东对公司债务承担无限连带清偿责任的公司。无限责任公司作为最早的一种公司形式,股东承担的风险极大,股东的信用在公司中表现得尤为重要,股东之间的关系具有浓厚的合伙性,通常情况下成立这种公司的股东都是家族成员或者亲朋好友。无限公司与合伙极为相近,因此有的国家干脆以合伙取而代之。

有限责任公司,是指股东以自己的出资额为限对公司的债务承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。有限责任公司在 1892 年发端于德国,融合了合伙企业和股份有限公司的优点,在各种公司类型中是最晚出现的一种。

两合公司,是指公司的股东由两部分组成,一部分股东承担有限责任,一部分股东承担无限责任的公司。

股份有限公司,是指由法定人数以上的股东组成,全部公司资本划分为均等的股份,所有股东以其认购的股份金额为限对公司负责,公司以其全部资产对债务承担责任的公司。股份公司是一种最高级的企业组织形式,对于加速资本集中和社会化,促进社会经济的发展有重要的作用。

股份两合公司,是指由一个以上的无限责任股东和一个以上的有限责任股东所组成的公司。严格来说,股份两合公司属于两合公司的一种特殊形式,只是将有限责任股东的资本划分为等额股份的。与股份公司相比,股份两合公司的优点并不多,因此在各国受到的重视程度和发挥的作用是极小的,多数国家未规定此种公司形式。

在上述各种公司中,由于无限责任公司、两合公司及股份两合公司股东的责任重、风险大,目前已经日渐消亡。因此,在世界各国中,最典型的公司就是有限责任公司和股份有限公司。

## 2. 按照信用基础不同进行划分

按照信用基础的不同,可将公司分为人合公司、资合公司、人合兼资合公司

人合公司是指公司的信用取决于股东个人的信用而非公司资本的公司。当第三人与公司交易时往往考虑对股东个人的信任程度,因为公司的债务最终以个人的财产承担。人合公司最典型的就是无限公司。<sup>①</sup>

资合公司是指以公司资本额作为其信用基础的公司。股份有限公司即为典型的资合公司,作为纯粹的资本联合体,公司股东之间是否存在信任关系并不影响其联合性。

人合兼资合公司是指兼具人的信用和资本信用两种联合方式的公司,两合公司即是人合兼资合公司的一种。

## 3. 按照股份募集和转让方式不同进行划分

按照股份募集和转让方式的不同,可将公司分为封闭式公司和开放式公司。封闭式公司(Private Company 或 Closed Corporation)是指公司的全部股份由设立公司的股东持有,股份转让受到严格限制,不能在证券市场上自由转让的公司。这种公司类似于大陆法系中的有限责任公司。

开放式公司(Open Corporation 或 Public Corporation)则是指有权以公开认购方式发

<sup>①</sup> 丁孟春、赵忠良:《国际商法》,北京大学出版社 2012 年版,第 32 页。

行股票的公司。且这类公司的股东数目不受限制,他们有权根据本国法律自由销售股票。例如大陆法系中股票获准上市的股份有限公司。

#### 4. 按照不同公司之间形成的控制和依附关系进行划分

按照不同公司之间形成的控制和依附关系,可以将公司分为母公司和子公司。母公司是一种控制型公司,凡拥有一公司半数以上股份并直接掌握其经营的另一公司就是母公司。如果一个母公司控制了三个以上的子公司,即可形成集团或者企业集团。母公司与子公司的关系是以股权的占有为基础的,母公司同时行使股权而不是直接依靠行政权力控制子公司。在法律地位上,母公司与子公司都是独立法人,在人格、财产、组织结构、法律责任方面都是各自独立的。但是在母公司控股的情况下,子公司的经营计划、投资方案很大程度上会受到前者的影响。当子公司的股权全部被母公司控制时,此时的子公司就是全资子公司。由于此时的子公司股东只有一人,在承认一人公司的国家中就成为一人公司。此外,母公司与子公司还可相互投资,有时还会发生位置颠倒,即母公司变成子公司,子公司反而变成母公司的情况。<sup>①</sup>

#### 5. 按照公司管辖系统进行划分

按照公司的管辖系统进行分类,可以将公司分为总公司和分公司。

总公司亦称本公司,是指依法设立的,管辖所属全部分支机构的总机构。分公司是指由总公司设立的,在经济上和法律上均无独立地位的分支机构。在通常情况下,总公司具备法人资格,而分公司不具备法人资格。相对于子公司而言,分公司的经营管理、财产调度、人事管理等决策完全取决于总公司,当它的财产不足以清偿债务时,应由总公司来承担法律责任,清偿不足部分。只是在诉讼上,各国一般赋予分公司当事人资格,即分公司可以以自己的名义起诉、应诉。<sup>②</sup>

### (六)公司的设立

公司的设立,是指公司根据法定程序取得合法资格的过程。

#### 1. 公司的设立原则

公司的设立原则,是指一个国家在法律上对公司设立所采取的基本态度。综观各国公司法律,公司设立的原则大体经历了以下几个阶段:

(1)自由主义。自由主义又称放任主义,是指公司的设立没有任何的法定条件和程序,无须注册登记。自由主义产生于公司制度萌芽时期,但其容易造成公司泛滥,危及债权人的利益,不利于维持正常的经济秩序,在现代公司制度已不常见。

(2)特许主义。特许主义是指公司的设立须经国家元首或立法机关予以特许。特许主义源于13—15世纪,盛行于19世纪中叶之前。英国最早采取特许主义设立公司。例如,英国在1844年以前设立公司必须经过政府特许,比如英国1600年设立的东印度公司、1670年设立的哈得孙湾公司都是通过特许状设立的。荷兰东印度公司也是特许主义的产物。但因其手续极其烦琐,且特许本身具有特权,不利于大规模发展公司,因而逐渐被各国所舍弃。

(3)核准主义。核准主义也称行政许可主义或核准登记主义,指公司的设立须首先经过政府行政机关的审批许可,然后再经政府登记机关登记注册方可设立。核准主义最初起源

<sup>①</sup> 丁孟春、赵忠良:《国际商法》,北京大学出版社2012年版,第38页。

<sup>②</sup> 丁孟春、赵忠良:《国际商法》,北京大学出版社2012年版,第39页。



于法国路易十四时期制定的《商事条例》，后被德国等多个国家所采纳。相对于特许主义，核准主义简化了公司设立的手续，但随着社会经济的发展，核准主义对公司设立的限制仍然显得过于严格，不能满足经济发展的需要，故其逐步被准则主义所取代。

(4) 准则主义。法律对公司设立的条件作出规定，凡是具备这些法律条件的，不必经过政府行政主管部门批准，就可直接向登记机关申请成立公司。准则主义简化了公司设立程序，便于公司及时设立，但容易造成滥设公司的后果，因此，许多国家采取严格准则主义，即在法律上严格规定设立公司的条件，并加重设立人的责任，以及加强法院和行政机关对公司的监督。现代大多数国家公司立法普遍采用严格的准则主义。

## 2. 设立方式

公司的设立方式主要有两种，包括发起设立和募集设立。

(1) 发起设立。也称共同设立或单纯设立，是指公司的资本由发起人全部认购，不向发起人之外的任何人募集而设立公司的方式。发起设立具有设立程序简单的优点。其资本的募集无须履行复杂的招股程序，从而可以有效缩短公司设立的周期，降低公司的设立成本，因此是世界上较为通行的公司设立方式。封闭式公司如无限责任公司、两合公司和有限责任公司大多是采取此种方式设立公司。

(2) 募集设立。也称渐次设立或复杂设立，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。由于募集设立涉及众多投资者的利益，故各国公司法对采取募集方式设立公司的程序有严格的限制，以加重发起人的责任，保护投资者的利益。一般对发起人认购的股份比例有一定的限制，比如我国《公司法》规定发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%。

## 3. 公司设立的条件

各国关于公司设立的条件因当地的行政政策和经济制度而有所差异，但总体来说有以下几个共同之处：

### (1) 发起人或股东的法定资格

公司发起人(Incorporator, Founder 或 Sponsor)，顾名思义即是提议并发起设立公司的人，即公司的原始股东。由于发起人权利义务的特殊性，各国对其人数和法定资格均有严格的规定。

从发起人数量来看，一般来说，应符合法定的最低人数。对于有限责任公司而言，发起人的人数一般不超过两人。但是德国、法国、美国等国家已承认一人公司的存在。我国 2005 年修订之后的《公司法》也突破了发起人必须两人的束缚，承认了一人公司的法律地位。

从发起人的性质看，发起人可以是自然人也可以是法人或者其他经济组织，有的国家还可以是政府部门。对于自然人而言，有的国家对股东身份有相应限制，如有国家公务员、法官身份的人不能成为公司股东。对于发起人的国际和居所问题，各国公司法一般没有强制性规定，但我国《公司法》规定股份有限公司须有半数以上的公司发起人在中国境内有住所。

### (2) 公司设立的资本条件

资合性公司最大的特点即以成立资本为限，进行经营活动并且对外承担法律责任。公司注册资本的真实性是维护市场交易信用的重要保障，也是市场第三方在交易前进行合理预判的重要考量因素。大陆法系国家一般都强制性要求股东向公司投资达到一定的法定最



低限额,英美法系国家一些开放式公司也有最低限额的要求。而美国、加拿大等国对公司设立的资本限额规定较为宽松,没有法定资本限额的要求。我国颁布的新《公司法》在公司成立的资本条件上逐步迈向“一元注册公司时代”<sup>①</sup>,从法定资本制转向折中资本制,即一般公司在设立时已经无须事先实缴资本,只要认缴资本即可。

对于资本的种类而言,大多数国家对注册资本的范围有所限制。主要包括货币现金、实物之有形财产和工业产权、土地使用权、知识产权之无形财产。在少数大陆法系国家,《公司法》允许无限责任股东以信用和劳务作为出资,即以股东精神上、身体上的劳务抵充出资。但是在我国,劳务不能作为公司资本的组成要素。在以非货币财产出资时,由于发起人有可能利用其有利地位将自己的出资部分作价过高,从而损害其他投资者及公司的利益,因此大多数国家对非货币财产出资做了具体审查规定。我国《公司法》对这类评估作价、核实财产的过程,称为“验资”。

### (3) 公司必要的组织、经营条件

公司成立时,必须对公司的组织机构、业务范围、议事规则等问题予以明确,股东间就此类问题达成的协议即公司章程。为开展正常经营活动,公司还必须有一个确定的经营场所作为公司住所。公司章程和住所是公司设立的必要条件。

### (4) 公司设立的程序条件

总的来说,公司设立一般包括以下几个过程:①发起人签订发起协议;②制定公司章程;③股东出资;④验资;⑤股份公司召开创立大会;⑥办理公司设立登记。公司只有办理完注册登记手续方能设立并具有法定资格。

## 4. 公司章程

公司章程,是指公司必备的规定公司组织活动、调整公司内外部关系的基本规则。一般是以书面形式固定下来并体现公司股东共同意思表示的协议。它由发起设立公司的全体股东共同制定,对全体股东具有约束力,是规范公司经营活动的根本性大法。因此,公司的章程也有“公司宪法”之称。

(1) 公司章程的形式。大多数国家的公司章程由单一文件组成,一般记载公司的名称、宗旨、资本总额、组织机构以及其他重要事项。但在英、美等国家,公司章程则由两个文件组成,即公司组织大纲和公司内部细则。组织大纲规定的是公司对外关系的事项,如公司的名称、宗旨、公司种类、经营范围、资本等内容;而内部细则是在组织大纲的基础上订立的、关于公司内部事务准则的基本文件,主要包括公司机构的设置和人员的安排、各自的权限及责任、业务的执行等内容。内部细则一般只能在公司内部有效,不能对抗善意第三人。

(2) 公司章程的内容。公司章程的内容可分为绝对必要记载事项、相对必要记载事项和任意记载事项。

绝对必要记载事项是指章程中必须予以记载的事项,缺少其中任何一项或者任何一项记载不合法,都会导致章程的无效。各国法律对于章程的绝对必要记载事项都予以明文规定,通常包括公司的名称、住所地、公司的宗旨、注册资本、财产责任等。

相对必要记载事项是指法律规定的一些由公司设立人自主决定是否将之记载入公司章

---

<sup>①</sup> 我国 2014 新公司法实施后有最低注册资本要求的公司类型, [http://www.hfgj.com.cn/\\_d276573922.htm](http://www.hfgj.com.cn/_d276573922.htm). 访问日期:2014 年 6 月 2 日。



程的事项。例如：①受特别利益者的姓名、住所及利益内容；②有关现物出资的事项；③有关财产受让的事项；④设立费用及发起人的报酬等。这些事项如果被记载入公司章程，便产生法律效力；如果未被记载入公司章程，则不产生法律效力，但不影响整个公司章程的法律效力。

任意记载事项是指法律并不列举，只要不违反法律的强行规定、公共秩序和善良风俗，章程制定人便可根据实际需要载入章程的诸事项。这些事项只要载入章程中，与其他事项具有同样的约束力。如不加以记载，不影响整个章程的效力；如记载不合法，仅该事项无效，章程中其他事项仍然具有效力。

### （七）公司的资本

公司资本又称公司的发行资本，是公司股东出资于公司财产数额的总称。公司资本是公司生存的基础，公司没有资本就像人没有血液一样。同时，如前文公司成立时资本条件的要求所述，公司信用也往往仰赖于公司资本，资本越雄厚，公司的信用就越大。

#### 1. 公司资本的特征

（1）公司资本是股东投资于公司的股份财产的总和。它既包括股东于公司设立时已经投入的资金即实缴资本，也包括股东承诺缴纳而尚未缴纳的资金即认缴资金。

（2）公司资本是股东对公司的永久性投资，任何人只要投资成为公司的股东后，就不能要求退股抽回股金，假若他不想持有股份，只能把股份转让给他人。

（3）公司资本是公司债务的总担保。由于有限责任公司和股份有限公司及其股东都只对公司债务承担有限责任，当公司资不抵债时，股东不对超出部分的债务承担清偿责任，所以公司资本实际上是公司债权人利益的唯一财产担保。

#### 2. 公司资本制度

纵观各国公司法，有三种公司资本制度：法定资本制、授权资本制和折中资本制。

（1）法定资本制，又称确定资本制，是指公司在设立时，必须在章程中对公司的资本总额作出明确的规定，并须由股东全部认缴，否则公司即不能成立。依照法定资本制设立的公司，在增加资本时，需要经过股东大会作出决议，变更公司章程中的资本数额，并办理相应的变更登记手续。法定资本制虽然有利于保障公司资本的真实性，防止公司设立过程中的欺诈、投机行为，但对资本充足的要求过于严厉，限制了公司的尽快成立。法定资本制最初起源于法国、德国公司法，后来被许多大陆法系国家纷纷效仿。

（2）授权资本制，是指在公司设立时，资本总额虽然记载于章程，但并不要求发起人全部认缴，只认定并缴付资本总额中的一部分，公司即可成立；未认定部分，授权董事会根据需要，随时发行新股募集。授权资本制便于公司迅速成立，适应现代股份公司发展的客观需要。但公司资本的落实缺乏足够保障，容易被欺诈行为所利用，不利于对公司债权人利益的保护。授权资本制主要为英国、美国、荷兰等国家所采用。

（3）折中资本制，又称认可资本制，是介于法定资本制和授权资本制之间的一种新的公司资本制度。它是指公司设立时，股东不必将全部资本认足，可以授权董事会在一定期限内随时发行，发行数额不得超过资本总额的一定比例。自20世纪50年代以来，一些国家和地区相继修改公司法，改法定资本制为授权资本制，但对授权资本制加以种种限定，实质上为折中资本制，如日本等国家的公司法。

#### 3. 公司资本的基本原则



为了保护交易相对安全,避免公司发起人或股东公私不分,出于一己之私利,利用公司进行欺诈和投机行为,各国公司法在总结历史经验的基础上,确立了公司资本的三项基本原则,即资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则。

(1)资本确定原则,是指公司设立时,必须将公司的资本总额明确记载于公司章程,并由股东全部认足,否则公司不能成立。一旦公司成立,公司资本就必须确定下来,故根据资本确定原则形成的资本制度,即法定资本原则。

(2)资本维持原则,是指在公司存续期间必须经常保持与其资本额相当的财产,以保障公司的清偿能力,切实维护债权人的利益。为确保贯彻这一原则,各国公司法均规定了许多具体措施,如未认足第一次发行股份或未缴足股款的,发起人负连带补足责任;禁止公司以低于票面金额发行股份;不得对实物出资进行过高估价;原则上不允许公司收回或购买自己的股份等。故资本维持原则也称资本充实原则。

(3)资本不变原则,是指经公司章程确定的资本总额,不得任意变动。因特殊情况需要改变的,必须经过严格的法律程序,否则,不得对抗善意第三人。如果第三人对公司非法变动资本尤其是减少资本并不知情,又没有恶意,公司仍然在原股本总额内承担清偿责任;公司承担不了的,由股东填补。这一原则既是资本确定原则和资本维持原则的内在要求,又是两者的进一步深化。若没有资本不变原则,即使公司设立时将资本确定下来,在公司存续期间又加以维持,也会因资本不断变动而动摇前两个原则的根基,前两个原则将失去意义。

#### (八)公司的合并、分立

##### 1. 合并

(1)公司合并,是指由两个或两个以上的公司依法达成合一,归并为一个公司或创设一个新的公司的法律行为。公司的合并通常有两种:新设合并和吸收合并。新设合并是指两个或两个以上的公司,分别各自解散,另外组建一个新的公司,美国公司法称此为联合。而吸收合并是指两个以上的公司,其中一个公司存续,其他公司各自解散并被吸收的过程。美国公司法又称为兼并。

(2)公司合并的法律后果。在新设合并时,所有参与合并的公司都归于消灭,并在此基础上产生一个新的公司。在吸收合并时,只有一个公司继续存在,其余公司消灭。因合并而消灭的公司,其权利义务一并转移给合并后存续或新设的公司承受。合并前公司的股东继续成为合并后存续的公司或新设公司的股东。

##### 2. 分立

(1)公司的分立是指一个公司依照法定程序分为两个或两个以上公司的法律行为。公司分立是公司迅速扩大经营,提高市场竞争力的重要手段。一般来说,公司的分立分为新设分立和派生分立两种。新设分立,是指将一个公司的资产进行分割,然后分别设立两个或两个以上的公司,原公司因此而消灭。例如,甲公司将其全部资产分成两部分,分别设立乙、丙两个公司,当乙、丙公司诞生的时候,甲公司归于消灭。派生分立,是指在不消灭原公司的基础上将原公司资产分出一部分或若干部分而再成立一个或数个公司的行为。例如,甲公司以其部分资产另设乙公司,与新设分立不同的是,甲公司并不消灭。

(2)公司分立的法律后果。公司分立后,分立前公司的债务由分立后的公司承担连带责任。但是,公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。究其原因,是因为在实践过程中有的公司假借分立公司之名伺机转移债务,逃避责任,严重损害了债权



人的合法权益。

## 二、无限公司

### (一) 无限公司的概念和特征

无限公司是由两个以上股东组成,全体股东对公司债务负无限连带责任的公司形式。无限公司具有以下特征。

#### 1. 具有人合性

无限公司强调股东之间的互相熟悉和信任,公司的设立和信用以各股东个人的信用为基础。因此无限公司无法定最低资本额的限制,各国公司法一般也不强调其必须拥有公司资本。

#### 2. 股东对公司债务承担无限清偿责任

无限公司的股东必须以其全部财产对公司的债务承担清偿责任,而不以其所认缴的资本为限,当公司的资产不足以清偿公司债务时,股东应当以自己个人的财产进行清偿。

#### 3. 股东对公司债务承担连带责任

对于公司的债务,无限公司全体股东对外承担连带责任。公司内部股东之间免除责任的约定,对公司的债权人不发生法律效力,股东对公司债务所承担的责任也不受其在公司内部所应分担的份额的影响。

#### 4. 股东人数具有复合型

各国公司法基本都规定无限公司的股东人数必须为2人或2人以上,且股东必须为自然人,而不能是法人,这是无限公司得以成立和存续的必备条件,同时由于无限公司的人合性,其股东人数不会很多。

### (二) 无限公司的内部关系

#### 1. 股东出资义务

出资是无限公司股东的首要义务。无限公司的出资方式很灵活,可以通过以下方式出资:(1)财产出资。股东可以用动产、不动产、各种物权、债权进行出资,乃至商标、专利等都可以作为出资的标的。(2)信用出资。无限公司是人合公司的典型,公司的信用完全取决于公司股东的个人信用,因此无限公司的股东,可以用股东个人信用出资。(3)劳务出资。股东提供一定的劳务,作为出资的标的。例如,对公司经营者有特殊经验技能的,就可以抵充出资。

#### 2. 股东出资转让

由于无限公司具有浓厚的人合性,故一般认为无限公司的股东出资转让时,须经其他股东一致同意。

#### 3. 公司业务的执行与监察

无限公司的股东对于公司内部的管理事项有执行与监察的权利。作为公司的经营者,管理公司既是其权利也是其义务。无限公司采取内部自我监察制度。有的国家规定无限公司内部可以划分为执行业务的股东和不执行业务的股东。对于不执行业务的股东,可以随时向执行业务的股东质询公司经营情况,查阅财产文件、账簿、表册等。

#### 4. 公司损益分配

公司是以营利为目的的社团法人,无限公司也不例外。因此在公司盈利时,股东即可享



受分配权,以一定的方式分享公司的盈利。与其相对的,在公司亏损的时候,股东则有义务承担相应的亏损。

### (三) 无限公司的外部关系

无限公司最典型的外部关系是股东的责任问题。无限公司的股东对公司的债务都要承担无限连带责任。即当公司要清偿债务时,必须先用公司的财产来偿还,如果公司的财产不足还清公司的债务,股东则需要用自己个人的财产来还清公司的债务。同时,这种责任不能通过公司的章程予以免除,也不能以此来对抗公司的债权人。股东对公司的债务承担连带清偿责任以后,可以按照公司章程的规定比例,向其他股东追偿。

### (四) 无限公司的解散与清算

无限公司的解散是指依法成立的无限公司,因出现章程或法律所规定的事由,而依法被消灭的法律行为。对于无限公司的解散,各国公司立法都作了明确的规定,导致公司解散的法定事由包括:因公司所经营的事业已经完成或根本就无法完成而解散;因章程所规定的解散事由的发生而解散;因与其他公司合并而解散;因被法院宣告破产而解散;经全体股东一致同意而解散;因退股导致股东人数低于法定而解散;因法院基于股东的请求作出解散判决而解散;因公司主管机关基于某种原因发布解散命令而解散等。

无限公司解散后,应当按照法律规定在法定期限内到公司主管机关申请解散登记,只有因破产解散时可以例外。另外,除因合并或破产解散外,需要于法定期限内开始清算程序,以了结公司的对内对外关系。

无限公司的清算是指解散后清理公司财产,了结公司债权债务关系,处分其剩余财产,以最终消灭其法律人格的一种法定程序。处于清算程序中的公司一般被称为清算公司,负责处理清算事宜的人,称为清算人。与其他类型的公司一样,被解散的无限公司,除因合并或破产而解散以外,都得依法进行清算。

## 三、有限责任公司

### (一) 有限责任公司的概念和特征

有限责任公司,是指股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任,公司以其全部财产对公司的债务承担责任的企业法人。有限责任公司具有如下几个特征:

#### 1. 股东人数有最高数额限制

各国法律一般对有限责任公司的股东人数作了限制性规定,规定了最高或最低的人数限制。例如中国、英国、法国、日本等国都规定有限责任公司的股东人数不得超过 50 人,美国某些州的立法则规定不得超过 30 人。只有少数国家没有对有限责任公司的股东人数作出规定,如德国,但实践中,德国对有限责任公司的股东人数还是有一定限制的。

#### 2. 股东以其认缴的出资额为限对公司承担有限责任

这里的有限责任是指:(1)股东只对公司负责,对公司的债权人不负直接责任。(2)这里的有限责任是指股东的有限责任,公司对债务承担的是无限责任。(3)当公司的债务超过公司的全部资产时,股东对超过的部分债务不再清偿。

#### 3. 股东出资转让有严格限制

有限责任公司是人合兼资合性质的公司,故具有一定的人合性,公司中股东转让出资往往有严格的限制条件。



#### 4. 设立程序简单方便

股东只要订立章程,缴足股款,公司经过登记即可成立。有限公司没有募股程序,仅需主管部门的形式审查即可批准。

#### 5. 有限责任公司具有封闭性或非公开性

相对于股份有限公司而言,有限责任公司在组织与经营上具有封闭性或非公开性。一方面体现在严格限制股东转让股权,另一方面则体现在其设立程序,经营状况均不向社会公开。

### (二)有限责任公司的设立程序

#### 1. 发起人发起设立

有限公司并不能向社会公众募集资本,所以只能采用发起设立的方式。各国对发起人的人数限制并不相同,一般限制在2~50人,如法国、比利时等。

#### 2. 订立公司章程

有限责任公司章程是由全体股东共同制定的重要法律文件。由全体股东一致同意订立章程,是各国规定有限公司成立的必备条件。一般而言,公司章程应当包含以下内容:(1)公司名称和地址,公司的名称应当写明“有限”或“有限责任”的字样;(2)经营范围;(3)资本总额与各股东的出资额;(4)股东的名称、人数、住所或居所;(5)盈余与亏损的分配比例和标准;(6)组织机构的形式、组成及职权;(7)公司所在地及分公司所在地。确定公司所在地的标准很多,大致有营业所在地与领导机构所在地两种;(8)公司的公告方式或公告所登记的报纸;(9)有关劳动管理、工资福利、劳动保险、劳动保护、环境保护的规定;(10)章程签订的时间。公司章程由全体股东通过以后,一经批准注册,便具有法律约束力。

#### 3. 缴纳出资

为了使公司形成注册资本并依法成立,股东应当依照公司章程的约定履行出资义务。各国公司法普遍要求有限公司的资本总额应由各股东全部缴足。而对在公司成立前,股东是否必须缴清所有的出资额,各国规定并不相同。大部分国家都规定,在公司成立前,股东必须认缴其所同意缴纳的出资额,但也有国家对股东出资没有作出硬性要求,如意大利和德国公司法规定:股东的出资可以在公司成立后分期缴纳,没有认足出资,并不影响公司的成立。

股东的出资方式可以是多样的。主要是以现金、实物或财产权作为出资,而不得以劳务和信用作为出资。有限责任公司成立后,应当向股东签发出资证明书。

#### 4. 登记

一般来说公司在订立章程、认缴出资并且经过法定检验机构验资后,可以向公司登记机关申请设立登记。申请登记应当提供公司全体股东一致同意订立的公司章程、设立登记的申请书、缴足出资的证明书等证明文件,如果有以实物或者其他财产权出资的股东,需要提交该股东的姓名、财产的价格、数量、估价方法等文件。经公司登记主管机关对所提出的申请依法进行审查后,核准给予登记,公司即成立,取得法人资格。

### (三)有限责任公司的组织机构

有限公司由于人数和资金受到限制,因此公司的规模一般都较小,公司的组织机构也比较简单,主要包括:股东会、董事会(包括其任命的经理)、监事会。股东会是公司的最高权力机构,董事会是公司的经营管理的执行机构,而监事会则是公司经营活动的监督机构。

### 1. 股东会

股东会是公司的最高权力机构与决策机构。由公司所有的股东组成,股东通过股东会行使其权利。但股东会并不能对外代表公司对内执行业务,一般仅通过召开定期会议或临时会议的方式来行使权力。股东会的定期会议,由公司章程规定召开时间,并且按照章程的规定按时召开,通常一年一次。当有一定数量的股东、董事或者监事的提议下,也可以召开临时股东会,例如法国公司法规定,代表参股人数的四分之一或资本份额的四分之一的一个或几个参股人或代表资本半数份额的参股人也可以要求召开股东会议。中国《公司法》第39条规定,代表1/10以上表决权的股东,1/3以上董事或者监事,可以提议召开临时股东会议。

各国公司法对享有股东会主持权的人都有一定的资格限制,有的国家公司法要求股东会的首次会议由出资最多的股东主持。此后的股东会会议,一般由董事、董事会进行主持。召开股东会议,应当于会议召开前若干天通知全体股东。

股东通过表决的形式对公司的重大事项作出决议,股东有权出席股东会会议,并可行使表决权。决议可以分为一般决议和特殊决议。一般决议的通过程序比较简单,比如德国和法国的法律规定只要代表资本过半数的股东同意即可通过决议。而对于特殊决议,其成立条件比较严格,如法国、德国规定,形成特别决议须代表资本3/4以上股东同意才可。我国《公司法》第103条规定,股东会对公司增加或者减少注册资本,分立、合并、解散或者变更公司形式作出决议,以及修改公司章程的决议,必须经代表2/3以上表决权的股东通过。

关于股东会的权限,各国公司法规定有所不同,主要集中于公司基本经营方针,内部人事变化、市场营销策略以及年度资产报告等事项的决定与制定。股东行使表决权的原则一般是“一股一票”和“资本多数决”。在有限责任公司中,基于其人合的属性,也可以通过章程规定实行“一人一票”的原则。

### 2. 董事会及其任命经理

有限责任公司设立董事会或经理作为公司的执行机构,负责公司的业务管理,对外代表公司,是公司常设的经营决策机构。各国对公司的董事会人数的规定各不相同,有的国家规定,资本额较小的有限责任公司,可以只设立一名董事,不设董事会,资本额较大的公司可以设3名以上的董事或董事会,并设董事长一人主持董事会的事务。

关于董事的资格,各国法律的要求不同,但都有一定的限制。首先,董事必须由完全行为能力的自然人来担任,法人为公司股东的,应委派自然人作为代表。其次,有的国家规定董事应当是本公司的股东。但随着时代的发展,越来越多的国家不要求董事一定需要具有股东资格,其更看重的是该董事是否适合经营管理公司,能否为公司创造更大的效益。最后,董事应具有善良品行和经营能力。对有经济方面犯罪的前科,且刑满释放未达一定年限者,或者对某一企业破产负有主要责任的企业法定代表人,自企业破产未逾一定年限者,各国法律一般不允许其担任有限责任公司董事。

董事会一般可以行使下列职权:(1)负责召集股东会,向股东会报告工作;(2)执行股东会议的决议;(3)决定公司的经营计划和投资方案;(4)制订公司的年度财务预算方案、决算方案;(5)制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案;(6)制订公司增加或者减少注册资本的方案;(7)拟订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案;(8)决定公司内部管理机构的设置;(9)聘任或者解聘公司经理(总经理),根据经理的提名,聘任或者解聘公司副经理、财务



负责人,决定其报酬事项;(10)制定公司的基本管理制度。

一般情况下,董事会会议由董事长召开和主持。董事长因特殊原因不能履行职务时,由董事长指定副董事长或者其他董事召集和主持。董事长一般即是公司的法定代表人。

有限责任公司董事要对公司尽管理人的注意义务和从业禁止义务。注意义务要求董事在履行职责时诚实信用,并具备一定的谨慎和注意;而从业禁止义务要求董事不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动,否则所得收入应当归公司所有。在董事违反法律或违反其职责而使公司遭受损失时,董事应当负赔偿责任。

有限责任公司设立的经理,由董事会聘任或者解聘。经理对董事会负责,主要行使下列职权:(1)主持公司的生产经营管理工作,组织实施董事会决议;(2)组织实施公司年度经营计划和投资方案;(3)拟订公司内部管理机构设置方案;(4)拟订公司的基本管理制度;(5)制定公司的具体规章;(6)提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人;(7)聘任或者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的负责管理人员;(8)公司章程和董事会授予的其他职权。此外,经理一般可以列席董事会会议。

### 3. 监事会

监事会对公司的业务进行监督和管理的机构。在不少国家和地区,有限责任公司的监事会为公司任意机关,公司可以设立监察人也可不设,例如美国就没有监事会制度。有些国家对资本数额小、职工人员少的公司监事会的设置与否原则上不加以干预,而对资本数额、职工达到一定规模的公司,则规定必须设立监事会。

监事会作为公司经营活动的监督机构,其成员的职责就是从事专门性的监督工作。因此,公司的董事、经理以及财务负责人不得兼任监事。监事会或者监事主要行使下列职权:(1)检查公司财务;(2)对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督;(3)当董事和经理的行为损害公司的利益时,要求董事和经理予以纠正;(4)提议召开临时股东会;(5)公司章程规定的其他职权。此外,监事也列席董事会会议。

#### (四)有限责任公司的内部关系

有限责任公司的内部关系是指公司与股东之间的关系,以及公司股东与股东之间的关系。

##### 1. 公司与股东之间的关系

有限公司与其股东的关系主要表现在以下几个方面:(1)有限公司各股东应严格依照公司章程的规定缴纳其出资。大多数国家公司法都规定股东可以用金钱、实物、工业产权、技术秘密或土地使用权等财产权利出资。(2)有限公司股东不得随意转让其出资份额。有限公司兼具人合与资合公司特点,故需要注重公司股东之间的联系与稳定。为了保持股东之间的联系与稳定,各国公司立法都对公司股东出资的转让作了不同程度的限制。(3)有限公司依章程规定盈余年度给各股东分派股息红利,作为公司股东都享有获得公司盈利的权利。(4)有限公司股东基于其出资得享有参与公司经营管理的权利。(5)有限公司章程的修改须经各股东的一致同意进行。(6)有限公司股东得以其认缴的出资额对公司负责。

##### 2. 股东与股东之间的关系

有限公司各股东之间的关系主要表现在公司股东出资的转让方面。各国法律一般对有限公司的股东转让公司的出资份额作出了限制性规定。有限公司的股东如果想要转让其出资份额,必须征得多数股东的同意,有些国家甚至规定要求其他全体股东同意方可转让。而且,其他股东在同等条件下,有优先购买的权利。





#### (五) 有限公司的外部关系

有限公司的外部关系是指有限公司对外交往时同第三人所发生的关系。有限公司属于法人组织,其对外活动应当由法人代表机关来实施。所以公司与第三人的关系,其实质是公司代表机关与第三人之间的关系。有限责任公司根据其章程规定,董事或董事长对外代表公司进行业务活动,有限公司董事或者董事长的行为就是公司的行为,由公司承担法律后果。有限公司以其所有的全部资产对债权人承担责任。

#### (六) 有限公司的解散和清算

有限公司的解散是指依法成立的有限公司因章程或法律所规定事由的发生而依法消灭的法律行为。一般有关公司解散的事由包括:(1)公司章程所规定的解散事由发生;(2)公司股东会议作出解散公司的决议;(3)公司章程所规定的存续期限届满;(4)公司被宣告破产;(5)公司与其他公司合并;(6)由公司主管机关或法院发布解散命令等。

公司基于上述事由而解散后,应当到法定的国家登记机关进行登记,开始清算程序。清算是终结已解散公司的一切法律关系,处理公司剩余财产的程序。清算应按法定清算的方式进行,首先要选定清算人,选定的方法包括法定选任和选派方式。清算人的职责主要是收取债权、清偿债务、了结公司的业务、分配剩余的财产等。清算人要在法律规定的期限内完成清算事务,并编制结算表册,送交各股东承认,清算程序即告完成,有限公司也因此终止。

### 四、股份有限公司

#### (一) 股份有限公司的概念和特点

股份有限公司,又称股份有限责任公司,是指由一定人数以上的股东依法设立,其全部资本等分为股份,其股东就其所认购的股份为限对公司承担责任的一种公司。股份有限公司的特点有:

##### 1. 股份有限公司是典型的法人组织

股份有限公司具备完备的组织机构和完全独立的财产,能够以其全部资产承担法律责任,具有法人所必须具备的全部法律特征。

##### 2. 发起人须符合法定人数

各国公司立法对股份有限公司的股东都有最低人数限制,如英国、美国、法国、日本等国家的公司立法都规定最低股东人数为7人,德国法规定不得低于5人。我国公司法第78条规定设立股份有限公司,应当有2人以上200人以下发起人,其中须有半数以上在中国境内有住所。

##### 3. 公司的全部资本均分为等额股份

公司资本划分为股份,每股金额是相等的。股份不仅是股东出资的计算单位,而且是股东行使表决权、分配股利的计算标准。每一股的权利是平等的,拥有股份的数额决定股东权利义务的多少。

##### 4. 股份有限公司股东对公司承担有限责任

股东的责任以其所认购的股份为限,并且在公司资不抵债时,股东除缴清其所认购的股份金额外,不对公司债权人负有直接的债务清偿责任。

##### 5. 资本证券化及公开性

股份是股份有限公司资本的基本单位,以股票形式作为资本的载体。资本证券化是股



份有限公司的一个重要特征,故股份有限公司可以对外公开发行股票,募集资金。任何人都可以通过购买股票而成为股份有限公司的股东,以行使股东权利。

## (二)股份有限公司的设立

股份有限公司的设立,是指创办股份有限公司所进行的一系列法律行为,包括设立的条件、方式、程序以及发起人的责任等。由于股份有限公司资本额巨大,涉及投资者众多,对社会经济生活有着较大的影响。因此股份有限公司的设立要比有限公司严格、复杂。但一般而言,公司的设立都要经过这样几个步骤:设立股份有限公司必须要有一定数目的发起人,发起人负责制定公司章程及认购股份;由发起人召开公司创立大会并选出公司第一届管理机构;向政府有关主管部门办理注册登记,经主管机关审查认为符合法律规定的条件准予登记后,公司即告成立。

### 1. 发起人

发起人是指按照公司法规定制定公司章程,认购其应认购的股份,承担公司筹办事务,并对公司设立承担责任的人。

发起人要符合法定的人数,多数国家的公司法对发起人有最低人数要求,德国规定发起人为5人以上,日本规定至少为7人,挪威、瑞典规定最少为3人。发起人的主要职责是制定公司章程、认购公司股份、募集股份、履行设立公司的各种法定手续、选举公司机构等。

股份有限公司的设立需要依靠发起人的努力和行动,发起人的责任主要包括:(1)公司发行的股份未能认足或募足并足额缴纳时,承担连带认缴责任;(2)公司不能成立时,对设立行为所产生的债务和费用承担连带责任;(3)公司不能成立时,对认股人已缴纳的股款,承担返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任;(4)在公司设立过程中,由于发起人的过失致使公司利益受到损害的,应当对公司承担赔偿责任。

### 2. 公司章程

公司章程是指依法制定的规定公司宗旨、组织和活动原则、资本、经营管理方法等重大事项的文件。

对公司章程的主要内容,各国公司法规定不一,但一般都比较具体,例如中国《公司法》第81条就明确规定股份有限公司章程应当载明下列事项:(1)公司名称和住所;(2)公司经营范围;(3)公司设立方式;(4)公司股份总数,每股金额和注册资本;(5)发起人的姓名或者名称,认购的股份数;(6)股东的权利和义务;(7)监事会的组织、职权、任期和议事规则;(8)公司法定代表人;(9)监事会的组成、职权、任期和议事规则;(10)公司利润分配办法;(11)公司的解散事由与清算办法;(12)公司的通知和公告办法;(13)股东大会认为需要规定的其他事项。

### 3. 设立方式

股份有限公司的设立可以分为发起设立和募集设立。因其设立方式不同,其设立的程序也有较大的不同。发起设立较为简单,而募集设立则相对复杂。

(1)发起设立。发起设立是指由发起人认购公司应发行的全部股份,不向发起人之外的任何人募集股份而设立公司。发起设立的一般程序包括订立发起人协议,制定公司章程,发起人认购股份,缴纳出资,选举董事会和监事会,申请设立登记等。发起人可以以实物、技术或土地使用权等财产权的方式认购股份。但为了防止发起人谎报出资,许多国家都规定由指定的国家机构对其所认缴的实物或技术作出估价。我国《公司法》第27条规定:“股东可