



全国高职高专教育“十一五”规划教材

国际商法实务

强大 主编
李显平 徐华娟 副主编



高等教育出版社
Higher Education Press

全国高职高专教育“十一五”规划教材

国际商法实务

强大 主编

李显平 徐华娟 副主编



高等教育出版社
Higher Education Press

内容提要

本书是全国高职高专教育“十一五”规划教材。

本书集中介绍了调整国际商事交往的法律,采用兼顾国际与国内、普通法系与大陆法系的写作方法,阐述了各个法律领域的主要内容。为达到使学生掌握知识和训练学生实践能力的目的,本书本着理论与实践相结合、理论服务于实践的原则设计了案例分析、本章小结、同步训练等栏目。

本书可作为高等职业院校、高等专科学校、成人高校、民办高校及本科院校二级学院的相关专业教学用书,也可供五年制高职院校、中等职业学校及其他有关人员参考使用。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法实务/强大主编. —北京:高等教育出版社,
2008. 1

ISBN 978 - 7 - 04 - 020177 - 2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 200153 号

策划编辑 赵洁

责任编辑 姬琳

封面设计 张楠

版式设计 范晓红

责任校对 俞声佳

责任印制 尤静

出版发行 高等教育出版社
社址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100011
总机 010 - 58581000

经销 蓝色畅想图书发行有限公司
印刷 北京乾洋印刷有限公司

开本 787 × 1092 1/16
印张 16.75
字数 400 000

购书热线 010 - 58581118
免费咨询 800 - 810 - 0598
网址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>
畅想教育 <http://www.widedu.com>

版次 2008 年 1 月第 1 版
印次 2008 年 1 月第 1 次印刷
定价 21.20 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 20177 - 00

前 言

对于国际商法,目前学术界尚无一个统一公认的概念。我们认为,国际商法是调解跨越国界的商事关系,以及与此有关的各种关系的法律规范总和。

在当代经济全球化的大背景之下,国际商法所涉及的范围极其广泛。除了传统的合同法、买卖法、代理法、海商法、组织法、保险法以外,还包括产品责任法、工业产权法、电子商务法等众多领域。

国际商法由两大部分构成:国际法规范与国内法规范。

国际法规范指的是两个或两个以上的国家一起制定的商事规则或从事国际商事交往的主体共同认可的惯例。几个国家共同制定的商事规则表现为国际条约或公约;从事国际商事交往的主体承认的惯例就是国际商事惯例。条约与公约组成了国际商法的重要渊源。国际商事惯例并未形成公约或条约,但它又具备了这样的特点:有实在的内容,包括当事人及其权利与义务;在国际商事活动中被反复地加以使用,并成为各国公认的、具有普遍约束力的习惯性做法。任何的国际惯例都必须具备上述两个方面的条件,缺一不可。当代得到普遍承认的国际商事惯例主要有海牙统一私法协会、国际商会等组织制定的关于商事活动方面的规则。

出于自身利益的需要,各国也以国内法的方式规范国际商事活动。包括制定法和判例两方面。这些国内法形式的商法也同样可以适用于这些国家自身的涉外商事活动。在不违背国际条约或公约的前提下,各国对许多涉外商事问题另行作出规定。我国也制定了自己的国内商法。许多国家制定的商事法律都受到了大陆法系与普通法系国家法律的影响,特别是主要发达国家相关法律的影响。普通法系的国家通过单行法的形式制定商事法律,一些大陆法系的国家通过法典的方式制定商事法律。另外,鉴于判例在英美等发达国家是一种主要的法律形式,故相关的国际商事判例也就构成了这些国家商法的组成部分。结合相关的司法实践,我们也会介绍一些发达国家的国际商事判例。

在经济全球化的今天,国际商事活动同我们生活的联系越来越紧密,相关的事例俯首皆是。因此,我们也把所学内容同日常所闻、所见的大量国际商事活动联系起来,使课本内容与鲜活的社会实际相互印证,引领我们去认识实际,并服务于实际的社会生活。

我们本着理论与实践相结合,理论“必需、够用”的原则,介绍了有关国际商事交往的国际条约和惯例,并以对比分析的方式介绍了世界上不同法系中各主要发达国家的相关法律,同时兼顾我国的相关法律,辅之以相应的案例和背景知识,以便于学生理解和掌握。

本书主编为强大,副主编为李显平、徐华娟,参编人员是张颖、孙建、于午丁。各章的编写情况如下:强大(第一、十二章)、李显平(第十一章)、徐华娟(第六、七章)、张颖(第三、四、五章)、孙建(第二、十章)、于午丁(第八、九章)。

鉴于编者水平所限,书中难免存在不足之处,请广大读者给予批评指正。

编 者

2007年10月

目 录

第一章 国际商法概述..... 1	第一节 国际货物运输保险法概述 108
第一节 国际商法的概念 2	第二节 国际货物海上运输保险法 112
第二节 国际商法的渊源 2	第三节 其他方式货物运输保险法 119
第二章 公司法 5	第七章 票据法 124
第一节 公司法概论 5	第一节 票据法概述 125
第二节 无限公司 10	第二节 票据的一般规定 127
第三节 有限公司 14	第三节 汇票 137
第四节 两合公司 18	第四节 本票与支票 156
第五节 股份有限公司 21	第八章 产品责任法 162
第六节 外国公司 29	第一节 产品责任法概述 163
第三章 合同法 31	第二节 西方主要国家的产品责任立法 166
第一节 合同的概念、特征及其分类 32	第三节 产品责任的国际立法 170
第二节 合同的成立 34	第九章 工业产权法 175
第三节 合同的履行及违约救济 45	第一节 商标法 176
第四节 合同的让与 54	第二节 专利法 185
第五节 合同权利与义务的终止 56	第三节 专有技术 195
第四章 国际货物买卖法 60	第十章 代理法 199
第一节 概论 60	第一节 代理法概述 200
第二节 卖方的基本义务 62	第二节 代理关系中三方当事人的义务 207
第三节 买方的基本义务 68	第三节 承担特别责任的代理人 214
第四节 买卖双方的其他义务 72	第十一章 电子商务法 218
第五节 货物的所有权与风险的转移 75	第一节 电子商务及电子商务法 218
第六节 违约及违约的救济方法 78	第二节 电子商务立法状况 223
第五章 国际货物运输法 89	第十二章 国际商事争议的解决 232
第一节 国际货物海上运输法 90	第一节 国际商事和解与调解 233
第二节 国际货物航空运输法 101	第二节 国际商事仲裁 235
第三节 国际货物铁路运输法 103	第三节 国际商事诉讼 247
第四节 国际货物多式联运法 106	第四节 国际商事法律的冲突与适用 253
第六章 国际货物运输保险法 108	参考文献 261

第一章 国际商法概述

【学习目标】

- 了解与国际商法相关的法律知识
- 熟悉国际商法的体系
- 掌握国际商法的基本概念

【先行案例】

中国一家外贸公司与一家英国公司签订了购买机械设备的买卖合同,并预付了定金。由于英方制造的设备没有满足我方在合同中规定的全部需要,中方认定英方违约,为了不影响工程进度,提出撤销合同,退还定金。而英方认为他们的行为只是违反了合同担保而非违反合同要件。依照英国法律不能撤销合同,要求给予中方一定赔偿后继续履行合同。双方各执一词,相持不下。中方要求将争议提交仲裁。但双方在合同仲裁条款中只写明了发生争议提交仲裁解决,却未进一步阐明采用何种仲裁规则。根据国际私法原则:可采用合同签订地规则,这样对中方有利;也可采用合同履行地规则,这样对英方有利。但由于合同履行主要在英方,所以英方强调依据国际私法规则应采用履约地仲裁规则。在这种情况下,中方提出根据国际私法原则,国际法高于国内法,双方作为《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国,应以此公约为准。依照《联合国国际货物销售合同公约》规定,对英方此种违约行为中方可以主张撤销合同。

为什么买卖双方会出现上述争议呢?

这是因为在国际商贸活动中,常会遇到违反合同义务的行为——违约的发生。而对于违约行为及其后果的法律认定,所应承担的法律后果如何,不同的法律和惯例对此问题的规定是有差异的。英国的《货物买卖法》把违约分成违反要件(Breach of Condition)与违反担保(Breach of Warranty)两种情况。前一种是指违反合同的主要条款,受害方有权要求解除合同并由对方赔偿损失;后一种是指违反合同的次要条款,受害方只能要求赔偿而不能解除合同。

而在《联合国国际货物销售合同公约》中,把违约划分为根本性违约(Fundamental Breach)和非根本性违约(Non-fundamental Breach)两种情况。根本性违约指的是:“一方当事人违法合同的结果……实际上剥夺了另一方根据合同规定有权期待得到的东西。”这种根本性违约完全是由当事人主观行为造成的,如买方无理拒收货物,拒付货款等;如果由于当事人不能预知会发生这种错误,即非主观行为所造成,就构不成根本性违约。如果一方根本性违反合同,另一方可宣布合同无效,并要求损害赔偿。否则不能解除合同,只能要求损害赔偿。

可见,上述案例中英方违约已造成中方无法得到“根据合同规定有权期待得到的东西”。所以该案最终会被认定为根本违约并撤销合同,给予中方一定赔偿。

不同法系国家的法律对违约的认定不尽相同。在国际商事活动中,这样的事例很多,这就要求我们,要对国际商法的基本概念与体系有一个清晰和正确的认识,以便在后面学习各个相关的

具体法律与惯例时,能够更好地加以理解和区分。

第一节 国际商法的概念

国际商法是调整跨越国界的商事关系,以及与此有关的各种关系的法律规范总和。

国际商法主要包括:调整国际货物买卖方面的法律,如合同法、国际货物买卖法,以及与此有关的国际货物运输、国际货物运输保险和国际支付、产品责任等方面的法律;从事商事活动的商事组织的法律,如公司法;有关商事活动的法律,如国际代理法;与国际技术转让相关的工业产权法;有关处理国际商事争议方面的国际商事仲裁、国际商事诉讼等法律。

第二节 国际商法的渊源

所谓法律渊源,是指法律产生的根据、来源及其表现形式。国际商法的渊源主要有三个,即国际商事条约、国际商事惯例和各国调整国际商事活动的国内立法。

一、国际商事条约

所谓国际条约(International Treaties)是指国家间所缔结的以国际法为准则的国际书面协定。它的名称可根据适用的范围、效力、内容以及缔结程序等不同而采用诸如公约、条约、协定、协议、议定书、备忘录、换文、宪章等表达方式。如果国际条约的内容是属于商事方面的,它就构成国际商法的渊源。相关的国际条约主要有两种:一种是属于实体法规则的国际条约,另一种是属于冲突法规则的国际公约。


【相关链接】

属于实体法规则的国际公约,诸如1980年《联合国国际货物销售合同公约》、1978年《国际货物海上运输公约》等。属于冲突法规则的国际公约,如《国际货物销售合同法律适用公约》、《产品责任法律适用公约》等。除一般性的国际公约之外,大量的关于商事关系的双边条约和区域性条约也构成国际商法的渊源。

中国《对外贸易法》第6条明确规定:“中华人民共和国在对外贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定,给予其他缔约方、参加方或者根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇、国民待遇。”可见,中国不但允诺遵守其所缔结或参加的国际条约、协定的义务,而且还允诺根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇、国民待遇。

二、国际商事惯例

所谓国际商事惯例(International Commercial Practices),是指在国际商事交往中,由于长期、反复的国际实践而逐渐形成的并得到较普遍遵守的一些商事原则和规则。国际惯例的形成,开始是由一国或多国单方面设定的一个规则,然后该规则被其他国家以明示或默示的方式赞成或遵守而逐渐形成。国际惯例虽然不是法律,不具有普遍适用的法律约束力,但当国际惯例被一个国际公约、国际条约、国内立法、法院判例或合同当事人所接受时,它就对有关主体具有约束力。

 【相关链接】


国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》(International Rules for the Interpretation of Trade Terms)就很具代表性。而且,作为历史发展的产物,它的内容、形式也会随着国际经济形势、贸易方式与范围等的变化而不断修正、补充。《国际贸易术语解释通则》制定于1936年,其后分别在1953年、1967年、1976年、1980年、1990年和2000年作了修正与更改。

《中华人民共和国民法通则》第142条明确规定:国际法优于国内法;国际法和国内法没有规定的,适用国际惯例。同时,中国和其他许多国家均允许当事人在国际商事活动中有选择国际商事惯例的自由。如《中华人民共和国合同法》第126条规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,但法律另有规定的除外。”

一旦在合同中采用了某项惯例,其对双方当事人就具有约束力。诚然,一项国际惯例,可由当事人在采用时加以补充或者更改。

三、各国调整国际商事活动的国内立法

由于现有的有关商事的国际条约和惯例还远不能包含国际商事领域中的一切问题,并且现在已有的国际商事条约和惯例也尚未被所有国家和地区一致承认或采用,因此在许多场合下还要凭借法律冲突规范的指引,适用某一国家的国内商法或判例来处理有关国际商事争议。从这个意义上讲,各国国内商事法乃是国际商法的补充,是国际商法的重要渊源。其中尤以英美法系和大陆法系国家的法律对国际商法的影响为最大。

 【相关链接】

所谓法系(Law System)是指欧美法学界根据各国法律的特点及其渊源关系对各国法律进行的分类。它通常是以某一国家在一定时期的法律特征作为划分标准,故法学家将当代世界各国的法律一般分为:中国法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系和英美法系。其中,前三种基本上属法制史上的概念,而后两种在当今西方法律制度中则具有广泛的影响力。所以在学习和研究国际商法时,必须首先了解西方两大主要法系的结构及其特点。

1. 大陆法系简介

大陆法系(Continental Law System)也称市民法系(Civil Law System),13世纪出现于西欧,是在继承和发展“罗马法”的基础之上逐渐形成与完善的。1804年的《法国民法典》以及1900年的《德国民法典》的颁布,标志着大陆法系走向成熟与完善,故此大陆法系以法国和德国为代表。大陆法系国家的法律包括宪法、法典及其以外的法律、条例等。大陆法系国家特别强调成文法的作用,它在结构上强调系统化、法典化和逻辑性。

2. 普通法系简介

普通法系(Common Law System)的核心是普通法。普通法是英国在中世纪时期形成的一种法律制度,它是在继承、发展日耳曼习惯法的基础上,依据诺曼王朝的国王法院的判例,逐步形成的一种全国普遍适用的法律。不过,普通法是个多义词,前述的是狭义的理解,而通常所讲的普通法系中的普通法乃是广义理解的普通法。它不仅包括英国的全部固有法,而且也包括接受了英国法的各个国家的国内法。由于判例是普通法的主要渊源,所以,普通法又称为判例法(Case

Law)。在当今世界上,普通法的主要代表国家是英国和美国,故其也称为英美法(Anglo-American Law)。

从普通法的结构上来看,它没有像大陆法系国家那样将法律明确地分为公法与私法,英国把法律分为普通法与衡平法(Equity Law)两部分。而在美国的法律结构中,除了存在着普通法与衡平法的区别外,法律还被分为联邦法与州法两大部分。

3. 大陆法系与普通法系的区别

(1) 法律的主要渊源不同。大陆法继承与发展了罗马法,以成文法作为法律的主要渊源,英美法则继承与发展了日耳曼的习惯法,以判例法作为法律的主要渊源。

(2) 主要立法途径不同。英美法系国家的法律主要是由高等法院的法官以判例的形式发展起来的,从这个意义上讲,它们的法律是由法官发现和宣布的;而大陆法系国家的法律则主要是由立法机关制定的。

(3) 法意识不尽一致。英美法的法意识是具体的、实际的。判例详细记录了具体案件,是对该案件作出的判断。法官在判案时,均是对照有关判例,对案件的事实和各种因素进行详细的分析、比较与审查后才作出决定;而大陆法的法意识只是一般性的、抽象的,逻辑方法是演绎的,而且是典型的三段论式,即以法规为大前提,以事实为小前提,再得出结论。

(4) 法律的重心不同。英美法以诉讼法为中心,法院在审理案件时,比较重视诉讼程序;而大陆法则是以实体法为中心,法院在审理案件时始终是重视实体法多于重视程序法。

(5) 法律结构不同。大陆法系国家把法律明确地分为公法和私法;而英美法系国家法律一般不作此种划分,它们只有普通法和衡平法的区别,特别是在民法中这种二元性结构尤为突出。

(6) 司法机关的作用不同。一般来讲,在大陆法系国家,立法机关具有优越地位,司法机关处于从属地位,司法机关必须根据成文法的条文从事司法活动。但在英美法系国家,由于判例是法律的主要渊源,而一般来讲,判例是由高等法院的法官发现和创造的;即使是国会制定的成文法,也必须由法院通过对相应案件的判决,形成判例予以解释和肯定后,才能起作用。因此,在英美法系国家,原则上是司法机关处于优越地位。

【同步训练】

一、名词解释

国际商法 法律体系 国际商事条约 国际商事惯例

二、简答题

试比较大陆法系与普通法系的不同之处。

第二章 公司法

【学习目标】

- 了解公司和公司法的基本特点及不同类型公司的结构特征和法律特点
- 熟悉并能制定标准的企业组织章程

【先行案例】

某国有企业 A 与某集体企业 B、某大学 C 达成协议,决定共同出资成立一个以生产经营为主的有限责任公司 D。该公司章程规定,公司的注册资本为 60 万元人民币,其中,A 用货币出资 10 万元,用机器设备作价出资 25 万元,B 以土地使用权作价出资 10 万元,C 以货币出资 10 万元,以专利权作价出资 5 万元。在实际出资过程中,分别以实物、土地使用权和专利权出资的 A、B、C,都依法办理了财产权的转移手续。并且,C 已将其以货币形式出资的 10 万元存入 D 公司的临时账户,只有 A 用货币出资的 10 万元尚未到位。

(1) 拟设立的 D 公司的股东人数是合法的,因为根据我国《公司法》的规定,设立非国有独资的有限责任公司,其股东人数为 2 个以上 50 个以下。

(2) 我国《公司法》规定,公司章程中应当对注册资本做出规定,D 公司章程中有关注册资本的规定是合法的,因为 D 公司的注册资本为 60 万元,超过了 50 万元的法定最低限额。

(3) A、B、C 的出资形式是合法的,因为《公司法》规定股东既可以用货币出资,也可以用实物、工业产权、土地使用权作价出资。但其实际出资过程中,B、C 是合法的,A 是不合法的,因为 A 没有足额缴纳其认缴的出资额。

(4) 在认缴出资额方面,A 是违法者,A 应当向已足额缴纳出资额的股东 B、C 承担违约责任。

公司(Company)是国际社会一种极为重要的商业企业组织形式,在世界各国的经济生活中占有极为重要的地位。各国立法机关都根据本国社会经济发展状况,对公司的有关法律问题作了明确的规定,以各国公司立法为基础而确立的公司法律制度是国际商法中一个极为重要的部分。本章主要就公司法中的一些基本内容,特别是就与目前国际社会存在的几种主要的公司形式有关的法律问题作些简单的介绍。

第一节 公司法概论

一、公司法的概念

公司法(Company Law)是指国家为了实现对公司的管理而制定的,规范公司企业的成立、组织机构、经营管理、合并、解散与清算,规范公司企业对内对外关系的法律规范的总称。公

司法包括以公司法命名的公司法典和有关公司的单行法规以及其他法典中所包含的有关公司法的条款。

【相关链接】

所谓企业是指运用资本、承担风险以赚取利润的一种经济组织,包括个人企业、合伙企业、合作企业和公司企业等四种形式,其中以公司企业最为重要。公司法就是以具有法人资格的公司企业为调整对象的法律部门,是资本主义商品经济发展到一定阶段的产物。近代西方各国为规范公司企业的各种法律关系,为促进资本主义商品经济的发展,都通过各种各样的形式先后制定颁布了各自的公司法律规范,确立了各自的公司法律制度,在国际社会形成了不同的公司法律体系。

(一) 以法国法为代表的法国法系

法国属于民商分立的国家,法国公司法属于商法范畴,最早见于1673年颁布的《商事条例》,其规定中有关于无限公司和两合公司的条款。1925年专门颁布了《有限公司法》,正式承认并规定了有限公司的法律制度。至此,在法国建立了较为完整的公司法制度,并与以法国公司法为中心、以法国公司法为蓝本制定的意大利、比利时、西班牙、埃及以及南美洲的公司法一起构成了法国法系。

(二) 德国法系

德国法系公司法是指以德国公司法为中心,包括受德国法影响制定的有关国家公司法的总称。德国也是属于民商分立的国家,德国公司法属于商法的一部分,最早于1861年颁布的《商法典》中规定有关于商事公司的条款,1892年专门颁布了《有限公司法》。以后于1897年颁布《商法典》时,设立专编规定了有关无限公司、两合公司、股份有限公司和股份两合公司等四种公司的法律制度。1937年颁布的《股份法》包括股份有限公司和股份两合公司,代替了1897年《商法典》中对这两种公司的有关规定,从此确立了德国的公司法制度。受德国公司法的影响,奥地利、瑞士、瑞典、挪威、丹麦等国都先后制定了类似的公司法律制度。

(三) 英美法系

英美法系公司法是指以英国和美国公司法为代表,包括其他受英美公司法影响而制定的公司法律制度的总称。英美两国都属于判例法国家,不过,其有关公司法多表现为成文法的形式。英国最早于1720年颁布实施了有关公司制度的《布伯尔法》,该法律一直到1825年才予以废止。1825年以后英国颁布了一系列单行的公司法,后来经过多次修改,对无限公司、有限责任保证公司和股份有限公司等各种类型的公司作了明确的规定,形成了英国现代较为完整的公司法律制度。

美国公司法是受英国法影响制定的。不过根据美国宪法的分权,美国联邦议会没有公司法方面的立法权,因此美国公司法是由各州各自制定的。只是由美国统一州法律委员会和美国法学会分别于1928年和1950年制定了《统一公司法》和《示范公司法》,以供各州在进行公司立法时参考。以后美国各州纷纷据此修订了各自的公司法,从而使美国公司法在一定程度上得到了统一。

中国公司法也是受西方国家公司法的影响而制定的,最早见于1903年清朝政府制定的《公司律》。中华民国建立以后,北洋政府于1914年制定颁布了《公司条例》,南京国民党政府于

1929年制定颁布了《公司法》，1930年又颁布了《特种有限公司条例》，以后又经过几次修改，对无限公司、两合公司、有限公司、股份有限公司、股份两合公司、外国公司等公司形式作了明确的规定，确立了中华民国时期的公司法律制度。

中华人民共和国政府成立以后，20世纪50年代初期曾制定颁布过一些具有公司法性质的法律规范，如1950年政务院颁布的《私营企业暂行条例》等。20世纪80年代以后，随着国家经济的进一步发展和法制的健全，国家有关部门先后颁布了一些专门性的公司法规和一些有关公司企业的规范性文件，并于1993年12月29日在第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议讨论通过了《中华人民共和国公司法》（以下简称《中国公司法》）。为配合《中国公司法》的实施，国务院又根据《中国公司法》的规定制定颁布了《中华人民共和国公司登记管理条例》并于颁布之日起开始实施。自这两个法规颁布实施以后，与其他有关的法规相配合，开始建立起较为完善的公司法律制度。2005年10月27日《中国公司法》由十届人大第十八次常委会修订，自2006年1月1日起施行。

二、公司的概念、特征和种类

（一）公司的概念和特征

公司是指依据国家公司法的规定组织、登记成立的，以盈利为目的的企业社团法人。从这一定义可以看出，公司具有以下特征：

（1）公司是一种社团法人。公司是由一定数量的成员，包括自然人和法人，基于一定的目的而共同组织并取得法人资格的团体。与基于一定数量的财产而成立的财团法人相区别，公司是以其成员为基础而成立的人的集合体。

（2）公司是以盈利为目的的企业社团法人。与以公益为目的的公益社团法人相区别，公司以盈利为目的。公司及其成员以其资本或成员出资共同经营某项事业，以求获取利润，最终实现公司及其成员的经济利益。因此，通常被称为盈利社团法人。

（3）公司是依法成立的企业社团法人。公司作为法人，要以自己的名义从事商事法律活动，独立承受民事法律关系中的权利和义务，就必须依法成立。而作为企业社团法人的公司则除了必须符合各国民事立法中有关一般法人的规定以外，还必须符合其他一些条件。各国立法机关都通过公司立法对公司的组织、登记、成立等作了特别的规定，因此作为企业社团法人的公司必须依据公司法所规定的条件和程序，由符合法定条件的公司发起人筹措到法定的最低资本额，制定公司章程，组织公司所需的各类管理机构，向国家有关主管部门提出申请，经审核批准后再依法进行登记，由有关主管部门依法发给营业执照以后才能有效成立，取得公司法人资格。

（二）公司的种类

在公司法理论和公司法中基于不同的标准可以对公司作出不同的分类。各国公司法一般都基于公司的组织形式、管理形式和责任形式等的不同将公司区分为无限公司、有限公司、两合公司、股份有限公司；基于公司登记成立的地点和成立时所依据的法律的不同而区分为内国公司和外国公司。

三、公司的成立

(一) 公司成立的要求

关于公司的成立,西方各国在不同的历史时期作了各不相同的规定,目前大都是采用严格准则主义,即规定公司必须在法院及行政机关的监督下,符合法律所规定的条件时才能成立。同时,西方各国的公司法又都在公司发起人的资格、最低资本额、公司章程、公司管理机构的组成等方面对公司的成立规定了一系列条件。只是由于各国的国情不同,公司的种类各异,所以在公司成立的条件方面也都作了各不相同的规定。不过,各国一般都要要求,要成立一个公司,首先必须有一定数量的发起人,其次应依法定方式筹集到一定数量的资本金,再次应依法组建健全的公司管理机构。

(二) 公司成立的程序

成立一家公司,首先应订立公司章程,即将法律所规定的有关事项用书面形式确定下来,公司章程一般由将来公司的首批股东或由股份有限公司的发起人制定。其次,应根据章程的规定筹集资本和组建公司的管理机构。对于股东出资义务的履行,各国公司法都针对不同的公司作了不同的规定。考虑到无限公司、两合公司和股份两合公司的全部或部分股东对公司债务承担直接、无限及连带责任,在这些公司的成立过程中并不以股东履行出资义务为必要条件。但在有限公司和股份有限公司中,由于股东对公司债务所承担的是间接、有限和非连带的责任,所以,各国公司立法都将股东依法履行出资义务作为这两类公司成立的必经程序。关于公司的管理机关,各国公司法也都区分不同类型的公司作了各不相同的规定,应严格按照公司法和公司章程所规定的形式进行组建。最后,应进行成立登记。各国公司法都明确规定了公司的主管机关。要成立一家公司,取得公司法人资格,都必须依法向公司主管机关呈交有关文件,提出申请,由该主管机关依法审核并予以登记。经主管机关登记并发给营业执照以后,公司即告成立,即依法取得法人资格,并须依法从事公司章程中所规定的各项业务活动。公司营业执照的签发日期即公司成立的日期。

四、公司的能力

(一) 公司的权利能力

公司作为法人,当然具有法律人格,具有权利能力,作为民事法律关系的主体享受民事权利,承担民事义务。不过,由于公司法人与自然人之间的性质差别和公司制度本身的特殊要求,其权利能力受到多方面的限制。如自然人所享有的与其生命和身体有关的生命权、身体权、自由权、亲权等都不属于公司权利能力范畴。此外根据各国公司法的规定,基于公司本身的性质,公司不能成为其他公司的无限责任股东或其他合伙组织中的合伙人;公司除依法律或公司章程规定以保证作为其业务外,不得作为保证人为他人提供担保;公司应在章程所规定的范围内进行活动,不得经营其登记范围以外的业务。

(二) 公司的行为能力

公司的行为能力与自然人的行为能力不同,公司从成立时起至解散时止即具有完全的行为能力。公司的管理机构必须在公司章程所规定的范围内代表公司进行所有有关的经营活
动,享受权利并承担相应的义务。因此,公司在取得其管理机构在经营过程中所获得的全部利益的同时,应善意履行其所应承担的全部义务。而且,应当对其管理机构在经营过程中给他人造成的损害承担赔偿责任。同样,在其经营过程中发生纠纷时,应以自己的名义参与诉讼,享有诉讼权利,承担诉讼义务。

五、公司的合并与解散

(一) 公司的合并

公司的合并是指两个或两个以上的公司依据法律规定,通过协议合并为一个公司的法律行为。公司合并有吸收合并和新设合并之分。吸收合并是指两个或两个以上的公司通过协议合并到其中的某一个公司,即其中的某一个公司吸收其他公司,被吸收公司归于解散。新设合并是指两个或两个以上的公司合并后另外成立一个新公司,原来的公司全部解散。公司合并应由各有关公司的代表根据其股东大会的特别授权拟定合并协议,并在该合并协议的基础上妥善处理合并前各有关公司的债权债务问题,并就合并后的公司事宜做出安排,于法定时间内到公司主管机关进行变更登记或成立登记。

公司合并后即发生一系列的法律后果,主要表现在以下三个方面:

(1) 吸收合并中被吸收合并的公司和新设合并中的全部原有公司应基于合并而解散,而且,基于合并而解散的这些公司无须进行清算程序。

(2) 公司合并后,对于原公司的债权、债务,应由合并后存续的公司或新设公司承继。

(3) 合并后的公司应修改或制定新的公司章程,变更或创设新的公司管理机构,原有公司的股东若被购买了股权则将丧失股东身份;若被置换或吸收股权,则成为合并后新公司的股东。

(二) 公司的解散

公司解散是指已经依法成立的公司,因章程或法律所规定事由的发生而依法消灭的法律行为。不过,各国公司法基于公司本身的特有属性和对有关利害关系人合法权益的保护,特别规定,除因合并或被宣告破产而解散的公司无须清算以外,其他被解散的公司,在清算程序终结前,于清算范围内继续存在,就清算范围以内的事项仍然可以以公司的名义实施有关的法律行为。也就是说,公司的法律人格应于清算程序终结时才完全归于消灭。

构成公司解散的原因很多,因公司的种类不同而不尽相同,概括起来,大致可分为以下两类,即任意解散原因和强制解散原因。

1. 任意解散原因

任意解散即基于公司本身的意思而解散。在公司的法律制度中,公司可以基于公司章程所规定事由的发生、公司股东全体同意或股东会特别决议、公司所经营事业已经完成或无法完成等原因而解散,基于这些原因而解散公司时可以由公司本身任意决定进行。

2. 强制解散原因

强制解散是指公司成立后如果发生法律所规定的事由,应由有关机构依法强行予以解散。各国公司法都明确规定了应强行解散某类公司的事由,一般包括公司被宣告破产、合并或在成立时或存续期间违反法律规定而导致法院或公司主管机关发出解散命令等。

公司被宣告解散后,除因破产或合并而解散外,即应开始清算程序,以终结公司现存的对内、对外法律关系,处理公司剩余的财产,使公司最终归于完全消灭。同时,公司解散后应于法定期限内到主管机关依法进行解散登记。

第二节 无限公司

一、无限公司的概念和特征

(一) 无限公司的概念

无限公司(Unlimited Company)是指由两个或两个以上的股东组成,全体股东对公司债务承担无限连带清偿责任的公司企业。

【相关链接】

无限公司是一种古老的公司形式,最早可以追溯到中世纪意大利地中海沿岸的家族商业团体,中世纪后期逐渐发展到欧洲各国,并突破了原来的家族范围,发展成为一种社会性的公司企业。无限公司完全以股东个人的信用为基础,在公司法理论中属于一种典型的人合公司。不过,由于这种公司的股东责任太重,集资困难,所以很难形成大型公司。

(二) 无限公司的特征

根据无限公司的上述概念可以看出,它具有以下四个方面的特征:

1. 无限公司应有两个以上的股东

各国公司立法都明确规定应由两个或两个以上的无限责任股东组成无限公司,而且,由于公司不能成为其他公司的无限责任股东,所以无限公司的股东应以自然人为限。如果股东减少到一人,则该无限公司即应予以解散。至于无限公司的最高股东数额,各国公司立法都没有明确的限制。

2. 无限公司股东对公司债务承担无限清偿责任

无限公司的全体股东,对于公司所负债务所应承担的责任并不以其认缴的资本为限,当公司的资金不足以清偿债务时,各股东对于公司的债权人应以其全部资产来负责。也就是说,各股东必须以自己的个人财产来清偿公司债务。在欧洲的一些国家,如德国、法国、比利时、奥地利等国的立法和司法实践中,将无限公司股东的这种无限责任视为保证责任,以公司为主债务人,股东为其保证人,当公司不能履行债务时,由股东承担保证清偿责任。

3. 无限公司股东对公司债务承担连带责任

无限公司的任何股东在对外关系方面对公司债务所承担的责任并不以其在公司内部所应分

摊的份额为限,任何股东都必须对公司的全部债务承担责任。也就是说,当公司资产不能清偿债务时,公司的债权人可以对全体股东,或只对其中的一人提出偿还要求,而任何股东都必须对公司的全部债务进行清偿。至于清偿了公司的所有债务的股东对其他股东的权利则属于公司内部各股东之间的关系。

4. 无限公司股东可以直接参加公司的经营管理

因为公司经营的好坏、盈亏与公司股东的利益密切相关,所以,在西方各国,无限公司的所有权和经营管理权融为一体,公司的全体股东原则上都有代表公司、直接管理公司的权利。

二、无限公司的成立

无限公司的成立较为简单,根据各国公司法的规定,两个或两个以上的股东合意制定章程,依法申请登记,即可成立一家无限公司。

首先,成立无限公司必须订立章程。无限公司章程作为股东之间合意成立公司的契约,应由全体股东签名盖章,存于公司,并由各股东各自保存一份。公司章程所应记载的事项依各国公司法的规定,大致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。

绝对必要记载事项一般应包括:公司的名称、公司经营业务的范围、股东的姓名和住所或居所、公司资本的总额和各股东的出资额、公司盈余和亏损的分配比例或标准、公司所在地及订立公司章程的日期。这些事项属于法定绝对必要记载事项,如有欠缺记载,有关章程就不能发生法律效力。

相对必要记载事项也属于法定记载事项,只是可以根据公司成立时的实际情况而决定是否记载于章程,如果没有记载也不影响公司章程的法律效力,但一经记载即对各方发生法律效力。根据各国公司法的规定,法定相对必要记载事项一般包括:各股东以现金以外的财产出资时,该有关财产的种类、数量、价格或估价标准等;公司设有分公司时,有关分公司的所在地;如果公司确定有代表公司的股东,该股东的姓名;如果公司确定有具体执行公司业务的股东,该股东的姓名;如果确定有公司的解散事由,该解散事由的具体内容。

任意记载事项是指除上述法定记载事项以外,在不违反国家法律的禁止性规定或社会善良风俗的前提下,经全体股东一致同意而可以记载于章程的事项。一般包括公司的存在期限、公司股东可以退股的事由和条件等内容。任意记载事项一经明确记载于章程,即发生法律效力。

其次,应依法到有关主管机关申请登记。各国公司法都规定了公司的申请登记制度,要求成立无限公司的各股东应在制定公司章程后的一定期限内去公司主管机关申请成立登记,使社会能了解公司章程所规定的事项,以增加社会对公司的信任,提高公司的信誉。

三、无限公司的运行机制

(一) 无限公司的内部关系

无限公司的内部关系是指无限公司与其公司股东之间以及各公司股东相互之间的关系。这种关系一般都由成立公司的各股东于成立公司之时依法规定在章程中,或依国家的有关公司立法直接予以确定。

1. 公司与股东的关系

在公司与股东之间,主要包括股东的出资、公司业务的执行、竞争营业行为的禁止、公司盈余的分配、股东出资的转让与抵押、公司章程的修改等内容。

(1) 股东的出资。作为无限公司的股东,都必须履行出资的义务。不过,作为一种人合公司,无限公司的章程在规范其股东的出资问题时,并不以现金出资为限,即各股东除可以以现金为出资标的以外,还可以其他财产和个人信用以及劳务等为出资标的。

(2) 公司业务的执行。无限公司的股东对公司债务负有无限连带责任,公司经营的好坏直接影响到股东的所有财产利益,因此,作为一项原则,无限公司各股东都享有公司的直接经营权。除非公司章程作了另外的规定,无限公司的各股东都有权直接参与公司的管理,执行公司的业务。而且即使是依据公司章程规定不具体执行公司业务的股东也具有查询公司经营情况、查询公司有关文件和账簿表册的权利。

(3) 竞争营业行为的禁止。因为无限公司的股东在公司享有直接经营权和监督权,完全熟悉公司的所有情况,所以,各国公司法一般都明确规定,无限公司的股东不得为自己或为他人从事与公司相同的业务,不得为自己或为他人进行与公司相竞争的营业行为,以保护公司的整体利益和公司其他股东的利益。

(4) 公司盈余的分配。公司盈余是指公司每一营业年度终结后,公司财产净额中超出公司原有资本的部分。公司股东成立无限公司以盈利为目的,因此,公司年终总结时如有盈余,自然应依公司章程所规定的分配日期和分配方法及比率分配给各位股东。

(5) 股东出资的转让与抵押。因为无限公司属于一种人合公司,虽然各股东可以将其出资的全部或一部分转让给他人或抵押给他人,但股东出资的转让与抵押都必须征得公司全体股东的同意,否则有关股东和受让人或抵押权人不得以有关的转让或抵押协议对抗公司或第三人。而且,股东出资的转让必须载入公司章程,并须向公司主管机关申请登记,出让人还必须在一定时期内依法承担股东责任。

(6) 公司章程的修改。公司章程是各股东为成立无限公司而依法制定的一种书面文件,自然可以由各股东根据有关情况依法予以修改。只是由于公司章程是由公司股东合意制定的,所以章程的修改也必须经各股东一致同意方可进行。而且修改之后仍然应于法定期限内到公司主管机关进行变更登记。

2. 公司各股东之间的关系

无限公司各股东之间的关系主要表现为:基于公司章程的规定,一部分股东代表公司执行业务时,另一部分没有直接管理公司的股东可以对公司的业务情况进行监督;公司股东出资的转让和抵押必须征得公司其他股东的一致同意才能进行;公司股东对公司债务承担连带清偿责任以后,可以依公司章程所规定的比例向其他股东索偿。

(二) 无限公司的外部关系

无限公司的外部关系是指无限公司对外交往时所发生的关系,包括无限公司本身与第三人的关系和无限公司股东与第三人的关系两个方面。为保护社会交易的安全与稳定,为保护善意第三人的合法权益,各国公司立法都对无限公司的对外关系作了极为严格的规定,必须由各股东在成立公司时依法明确规定于章程中或直接依照法律的规定严格执行。

1. 公司本身与第三人的关系