

教育部、财政部高等学校特色专业教材
高等院校国际经济与贸易专业系列教材

全国书刊业协会“全国优秀畅销书”

上海市优秀教材二等奖

上海财经大学优秀教材一等奖

International Commercial Law

国际商法

(第六版)

张圣翠◎主编



高等院校国际经济与贸易专业系列教材
全国书刊业协会“全国优秀畅销书”
上海市优秀教材二等奖
上海财经大学优秀教材一等奖

国际商法

(第六版)

张圣翠 主编

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/张圣翠主编. —6版. —上海:上海财经大学出版社,2012.9
(高等院校国际经济与贸易专业系列教材)
ISBN 978-7-5642-1429-6/F·1429

I. ①国… II. ①张… 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(2012)第 169646 号

☐ 责任编辑 张美芳
☐ 封面设计 张克瑶

GUOJI SHANGFA

国际商法

(第六版)

张圣翠 主编

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>
电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海叶大印务发展有限公司印刷装订
2012 年 9 月第 6 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

787mm×1092mm 1/16 22 印张 563 千字
印数:123 001—133 000 定价:37.00 元

1995年,本书的两位作者与上海财经大学法学院和财务金融学院的其他五位教师编写了第一版《国际商法》教材。与当时的同种教材相比,该教材以其内容新、实务性和启发性强而在出版后受到广大师生和读者的欢迎,在短短的两年多时间内四次印刷达2.6万册(这一期间,校内用书约1500册)。经校外专家评审,该书荣获1995年上海财经大学“中振优秀著作奖”。

1997年,本书的两位作者及华东政法学院的张心泉老师对该书作了修订,修订本不仅继承了原版本的优点——以大量案例说明国际商法原理,而且在章节体系上进一步统一与合理化,使内容更加新颖和明晰。为此,1997年的修订本获得了“上海市优秀教材奖”。

由于本书的两位作者于1999年先后到英国和瑞典留学,《国际商法》1997年的修订本未能及时予以再次修订。承蒙全国师生和读者的厚爱,该修订本于2001年6月第五次加印。本书两位作者回国后即着手根据国外带回来的新资料及师生与读者的新需求,开始了再一次修订工作。在上海财经大学出版社的大力支持下,第三版《国际商法》于2002年8月面世。

考虑到全球经济一体化和商法统一化或趋同化步伐的加强,第三版《国际商法》的重点放在介绍国际统一或趋同的商法规则方面,但是,基于以前案例实证法则教材广受欢迎的经验,在该版教材中,我们同样尽可能多地结合新的典型案例说明相关规则。此外,为活跃课堂气氛,该版各章节均附两个案例,以供教师安排讨论。

第三版《国际商法》取得了比前两版更大的成功,2003年以名列同种教材销售量榜首的成绩获得了全国书刊业协会颁发的“全国优秀畅销书”称号,同时再次获得了该年度“上海市优秀教材奖”。截至2006年1月,第三版《国际商法》已11次加印,达5.5万册。

鉴于第三版《国际商法》的结构、体例已获得全国师生和读者的较大认可,2006年的第四版和2009年的第五版《国际商法》的重点放在大量吸纳最新的国际商法规则和案例上。在众多同名教材的竞争下,第四版和第五版《国际商法》仍然分别取得了8次和7次加印的成绩。同时,第五版也于2011年再次获得“上海市优秀教材奖”。

然而,考虑到我国高校非常偏好新版教材及“国际商法”一些领域又有较大的新发展,因此,我们推出了第六版《国际商法》,在反映有关领域规则新发展的同时,更新了较多的案例。我们不仅对照了有关法律文件的具体法条以确保阐述内容的准确性,还选择了更广范围的重要国家或地区的典型性新颖案例,并且为查阅这些案例的全文或详情提供了网址,而且较大程度地满足了本教材以前版本使用者的需求,即多选我国的典型性案例,增加各章后案例题的问题设置。

本版《国际商法》由张圣翠担任主编,王士如、周杰普、赵维加、张心泉、崔海玲、程立玲、卢春英和林彬参编。

限于时间和水平,第六版《国际商法》肯定仍有不少缺点和错误,欢迎读者批评指正。

编者
2012年7月

目 录

前言	1
绪论	1
第一章 商事组织法	4
第一节 概述	4
第二节 公司法	7
第三节 合伙法	33
本章小结	38
参考读本	38
思考题	39
案例分析	39
第二章 国际商事合同法	41
第一节 概述	41
第二节 国际商事合同的成立	43
第三节 当事人意思表示的真实性	51
第四节 合同的内容和形式	55
第五节 合同的效力、履行和解除	58
第六节 违约的救济措施	66
本章小结	69
参考读本	69
思考题	69
案例分析	69
第三章 国际商事代理法	71
第一节 概述	71
第二节 国际商事代理权的产生	73
第三节 国际商事代理的法律关系	75

第四节	国际商事代理法律关系的终止	86
第五节	承担特别责任的代理人	88
	本章小结	90
	参考读本	90
	思考题	91
	案例分析	91
第四章	国际货物买卖法	92
第一节	概述	92
第二节	国际货物买卖合同的成立	95
第三节	国际货物买卖合同中卖方的义务	100
第四节	国际货物买卖合同中买方的义务	106
第五节	货物所有权及风险的转移	108
第六节	国际贸易术语中买卖双方的义务	109
第七节	违反国际货物买卖合同的救济措施和保全货物	117
	本章小结	122
	参考读本	122
	思考题	122
	案例分析	122
第五章	国际货物运输法	124
第一节	国际海上货物运输概述	124
第二节	提单运输	127
第三节	租船运输合同	138
第四节	国际铁路货物运输法和航空货物运输法	144
第五节	国际货物多式联运	149
	本章小结	151
	参考读本	151
	思考题	151
	案例分析	151
第六章	国际货物运输保险法	153
第一节	概述	153
第二节	国际货运保险合同	159
第三节	海上货物运输保险	161
第四节	陆上与航空货物运输保险	175
	本章小结	177
	参考读本	178
	思考题	178

案例分析	178
------	-----

第七章	票据法	179
------------	------------	------------

第一节	概述	179
第二节	票据的出立	185
第三节	票据的转让与流通	191
第四节	持票人的权利与责任	197
第五节	票据的提示、承兑与付款	201
第六节	票据的拒付与追索	207
第七节	关于票据的其他规定	211
本章小结		214
参考读本		214
思考题		214
案例分析		214

第八章	国际贸易结算法	216
------------	----------------	------------

第一节	概述	216
第二节	托收结算中的法律关系	218
第三节	凭信用证结算中的法律关系	221
本章小结		227
参考读本		227
思考题		227
案例分析		227

第九章	国际技术贸易法	229
------------	----------------	------------

第一节	概述	229
第二节	国际技术许可合同	236
第三节	其他国际技术贸易合同	243
第四节	国际技术贸易合同中的限制性条款及其法律规定	247
第五节	与国际技术贸易相关的国际立法	250
本章小结		253
参考读本		254
思考题		254
案例分析		254

第十章	国际电子商务法	255
------------	----------------	------------

第一节	概述	255
第二节	国际电子商务主体及其权利义务	259
第三节	《电子商务示范法》和《电子签名示范法》的主要内容	261

第四节 国际电子商务合同	266
第五节 《电子签名法》的主要内容	271
第六节 国际电子商务中知识产权的保护	274
本章小结	280
参考读本	281
思考题	281
案例分析	281

第十一章 国际产品责任法 283

第一节 概述	283
第二节 美国的产品责任法	285
第三节 欧洲联盟产品责任统一法	294
第四节 关于产品责任法律适用的国际公约	297
第五节 我国的产品责任法	298
本章小结	304
参考读本	304
思考题	304
案例分析	304

第十二章 国际商事仲裁法 306

第一节 概述	306
第二节 国际商事仲裁协议	313
第三节 仲裁员和仲裁庭	324
第四节 仲裁程序	329
第五节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	335
本章小结	338
参考读本	338
思考题	338
案例分析	339

参考文献 340

绪 论

一、国际商法的概念和范围

关于国际商法的概念,中外法学界尚无统一的界定。笔者认为,调整国际商事关系法律规范的总和即构成国际商法。

根据对全球有重大影响的《联合国国际商事仲裁示范法》的脚注解释,“商事”一词应从广义上去理解,即“商事”并不是限于狭义上的商业活动,而是包括买卖、代理、租赁、建造工厂、咨询、工程、许可证交易、投资、银行、保险、项目开发、合营和其他形式的工商业合作、货运或旅客运输等一切经济活动。可见,所谓的“商事”关系就是人们的各种经济活动关系。

调整纯一国国内商事关系的法律规范即构成一国的国内商法,而调整具有国际因素的商事关系的法律规范则构成国际商法。按照多数法学家的观点,商事关系存在下列情形的即视为具有国际因素:当事人的营业地分处于不同的国家;当事人具有不同的国家的国籍;商事活动发生在当事人一方或几方所在国以外的国家或地区;商事关系的对象位于当事人一方或几方所在国以外的国家或地区。

从上述对国际商法概念的说明中可以看出,现代国际商法的范围是非常宽泛的,它不再局限于传统的组织、合同、代理、买卖、海商、保险、票据等狭窄领域,而是在上述基础上包括产品责任、技术贸易、服务贸易、投资和金融等众多国际经济领域。调整上述领域的法律规范都属国际商法范畴。

由于“国际商法”在多数学校课时很有限,本教材只选择对学生而言最为基本的国际商法领域予以研究和阐述,包括商事组织、国际商事合同、国际商事代理、国际货物买卖、国际货物运输、国际货运保险、票据、国际贸易结算、国际技术贸易、电子商务、国际产品责任及国际商事仲裁 12 个方面。

二、国际商法的产生和发展

只要国家间有商事交往,就会有调整这种商事交往关系的法律规范。从这种意义上说,国际商法是随国家间商事交往的产生而产生的。早在古代的罗马,就曾制定过调整涉外商事关系的法律规范。但是,古代各国的商事交往并不十分频繁,有关法规十分简单,并与其他法规混杂,因此,那时并无独立的商事法。真正成为一项专门法律的国际商法产生于中世纪的意大利,当时的地中海是世界各国贸易的中心,意大利的一些城市如威尼斯、热那亚等则是这一贸易中心的“中心”。这些城市中的商人从封建领主那里买得了自治权,便组成商人法庭,适用他们在商事交往中形成的习惯规则,因而这种法律被称为“商人法”(Law Merchant)。其内容涉及商事合同、汇票、海上保险、破产等。这种商人法后来随世界贸易中心转移至大西洋沿岸而播及法国、西班牙、荷兰、德国及英国。商人法的典型特征就是国际性(它不局限于在一国使

用)和自治性(纯粹为商人间的习惯约束规则,强调契约自由、私人财产神圣不可侵犯等,它亦由商人组成的法庭来执行)。

17 世纪以后,欧洲大陆各国相继形成了中央集权,欧洲各国便以立法的形式调整各种商事关系,这种法律便具备了国家的强制性因素,但它们一般也参考吸收了上述商人法并适用于与本国有关的涉外商事条件。因此,它仍有一定的国际性特征并为后来的资本主义各国的商法典的制定奠定了基础。资产阶级取得政权之初即重视商事立法。法国于 1807 年就制定了著名的商法典,德国和日本亦分别于 1897 年和 1899 年制定了独立的商法典。应予以指出的是,法、德、日等国虽采取民、商分立原则,但是,对商事活动而言,民法典和商法典是普通法与特别法的关系,商法典中没有规定的事项仍然须适用民法典所规定的一般原则。大陆法系国家中的意大利等国则干脆民、商不分,商事法律规则也纳进民法典。随着商事活动范围的扩大和复杂化,大陆法系国家也制定了很多单行的商事法规,如公司法等。

英国虽然是最早发生资产阶级革命的国家之一,但是直到 18 世纪,英国的普通法才吸收了商人习惯法,并陆续制定了各种单行的商事法规,判例仍然为法源。英国法的这种传统对其原来的殖民地如美国、澳大利亚、新西兰等有重大影响,这些国家的商法至今仍采取单行法的形式。美国于 1952 年虽然通过一部由各州自由采纳的《统一商法典》(*Uniform Commercial Code*),但它完全不是大陆法意义上的法典,而只是一系列商事法规的汇编而已。当然,由于它们同为资本主义国家,同样实行市场经济制度,因此,两大法系国家关于商事活动的实质性规定是一致的。

总的来说,20 世纪以前,国际商法基本上局限为国内法或区域习惯法。但是,这种状况不利于科学技术所能提供的商事活动的进一步发展。于是,自 19 世纪末 20 世纪初,一些政府间或民间的国际组织便致力于制定统一的国际商法公约或编纂统一的国际商事惯例,并取得了重大成就,关于国际货物买卖、运输、贸易结算等方面的国际公约或国际惯例得到了很多重要的国际贸易大国的参加或接受。为扫除各国法律差异造成的商事活动壁垒,全球性或区域性的国际组织现在更是进一步地努力促成国际商法的统一化。当然,我们还应当看到,由于世界各国的经济发展不平衡和各国经济发展背景及文化差异等因素,全面地统一国际商法短期内是不可能实现的。

三、国际商法的渊源

国际商法有两大渊源或称两大表现形式,即国际法规范和国内法规范。

(一)国际法规范

国际商法中的国际法规范是指两个或两个以上的国家共同制定或普遍认可的跨国商事规范或惯例。国家间共同制定的商事规范称国际条约或公约,而国家间普遍承认的商事惯例则称国际商事惯例。

1. 国际商事条约或公约

今天,国际商事条约或公约已是国际商法的重要渊源。其中,属于双边性质的称条约,属于多边性质的则多称公约。多边公约还有全球性和区域性之分。

2. 国际商事惯例

构成对国际商事活动有约束力的惯例必须具备三个条件:(1)具有确定的内容,即具体包含了确定参加国际商事活动的当事人权利和义务规则;(2)它已成为国际长期商事活动中反复使用的习惯;(3)它是各国普遍承认具有拘束力的通例。

上述三个条件对一个国际商事惯例来说是缺一不可的。目前,受到全球普遍承认或在一定的重要区域内普遍接受的国际商事惯例主要是海牙统一私法协会、国际商会和国际海洋委员会等组织制定的关于国际商事合同、国际货物贸易、海商及贸易结算等方面规则。

(二)国内法规范

尽管已参加或承认大量的国际商事公约或惯例,但由于传统习惯与自身利益所在,各国仍在很多的商事领域中保留独占的立法权。即便在国际商事公约或惯例管制的领域,很多国家也以国内法的方式加以确认。

国际商法中的国内法规范也体现为制定法和判例两种形式。

1. 制定法

现在几乎没有一个国家不重视制定涉外商事法规的。由于包括我国在内的世界上绝大多数国家或地区现在已很少有国家在所有商事领域区分国内商事活动与涉外或国际商事活动而制定两套不同的法律。也就是说,现在大多数国家的国内商法也对涉外或国际商事活动适用。当然,对涉外或国际商事活动中的特殊问题如在服务领域的外国人待遇或市场准入等,很多国家在不违反有关国际条约或公约义务的前提下也有另作规定的。

目前,对世界各国国内、涉外或国际商法的制定最有影响的是资本主义两大法系国家的法律。就制定法的形式而言,英国、美国及受其影响的普通法系国家的商法或国际商法皆采取单行法形式;而以法国、德国为代表的大陆法系国家的商法或国际商法则主要采取法典的形式,随着情势变迁,这些国家也常以单行法补充法典之缺项。

2. 判例

判例一直是英美法系国家的重要法源,上级法院的判决对下级法院的审判有拘束力已成了这些国家的通例。因此,研究这些国家的商法或同这些国家做生意时绝不能无视这些国家的商事判例,本书很多章节对英美国家的有关典型条例作了清楚的介绍以支持有关论点。

判例虽不是大陆法系国家的正式法源,但是,由于存在上诉制度,这些国家的下级法院在审判时很可能要考虑到上级法院的态度;否则,自己的判决很可能会被上级法院推翻,而斟酌上级法院态度的最合法途径就是查阅上级法院以前的有关判例(这些国家强调法院独立审判,因此不允许下级法院就有关案件事先非法地请示上级法院)。这样,判例在这些国家里的很多场合下便扮演着准法律的角色。为结合这些国家的司法实践,本书也引入了一些大陆法系国家的有关判例。

第一章

商事组织法

教学目的和要求

1. 了解公司的基本类型及其法律特征
2. 掌握关于公司创立的法律规则
3. 掌握关于公司组织机构的法律规则
4. 了解关于公司合并、分立和解散的法律规则
5. 掌握合伙企业的法律规则
6. 掌握合伙人相互之间及其与第三人之间的权利和义务关系

第一节 概 述

在商法中被称为商事组织者须符合法定条件。在具体条件上,各国的规定并不完全一致,然而,以下这些要求基本上是各国共同的主要规定:须有自己的名称(或商号),有固定的场所(或住所),拥有一定的自主支配的资本,以营利为目的,具有一定的组织形式,其设立的手续须符合法律规定等。

商事组织以其经济实力和影响而成为国际商事法律关系中最重要主体,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首要的地位。

由于资本主义国家的商法不仅约束其国内的商事组织,而且也约束进入该国的外资商事组织,因此这些国家的商事组织法即是与这些国家有关的国际商事组织法。

发展中国家和社会主义国家由于体制和经济上的原因,大多对国内的商事组织和与其有关的国际商事组织适用两套不同的法律。不过,近年来,这些国家对后者的规定大多转而参照国际惯例特别是资本主义国家的做法。

根据多数国家商法的规定,商事组织的形式主要有三种:公司、合伙和独资。

公司的数量在各国社会经济因素中所占比例并不是很大,但其经济实力和影响却是任何其他组织或个人所无法比拟的。以美国为例,据统计,美国非政府工作人员中每6人中就有1人受雇于美国500家最大的公司,美国2/3的非农业经济活动是由这500家公司包揽的。尽管公司在美国企业中所占的比例大约只有1/5,但公司却为美国3/4的劳动力提供了就业机会。美国社会中的这些情况在其他发达的资本主义国家也同样存在。因此,我们可以说,公司是社会中最重要商事组织,公司法不言而喻地成为商事组织法最核心的法律。

公司在资本主义社会经济生活中之所以如此兴旺,是由其优点决定的。与其他类型的商事组织相比,公司具有以下各种优势:公司的股东无需亲自管理企业却能保持其股份所有

权和对企业的利益控制权,雇员也可以成为股东;公司一般具有独立的法人资格,除无限责任公司外;公司的财产与股东的财产完全区别开来,即股东对公司的债务仅以其出资额为限;公司作为法人可以永久存在,股东的死亡和变更并不会影响公司的存续;公司和自然人一样,在法律上具有权利能力和行为能力,可以用公司的名义为法律行为和诉讼行为;除几类封闭公司外,公司的股东一般不受人数限制,因此,公司的形式便于集资,从而形成规模效益等。

公司正是由于上述诸多优越性而特别适合资本主义商品经济的发展,发达国家在其实施资本主义制度之初即制定出自己的公司法,并随着商品经济的发展而不断地予以完善。

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》,后经不断修订完善,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,美国比英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而独创了美国的第一部州公司法,其他各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,美国已有四十多个州采用了 1984 年的《修订标准公司法》或其更新版的规定,同时也使其具有本州特色。因此,美国的公司法目前仍属“州法”,完成统一的任务还有待将来的努力。此外,美国“统一州法全国委员会”于 1994 年制定了《统一有限责任公司法》,确认了这种公司形态在整个美国公司法律形态结构的地位,该法于 2006 年修订。^①

这里还应指出的是,英美法系国家中的英国后来为配合欧共体的一体化进程,自 1967 年开始多次修订其公司法,其中最新也是最大规模修改的一次发生于 2006 年,因此称为《2006 年公司法》(《The Companies Act 2006》)^②。该法篇幅十分庞大,不仅整合了先前的公司制定法、相关判例法以及衡平法中的内容,而且还为适应公司法的现代化要求增加了很多新的条款,以至于全部内容长达 1 300 条,被认为是该国立法史上篇幅最长的法律文件。该法于 2009 年 10 月前全部内容付诸生效。^③与此相反的是,原属大陆法系国家的日本,在第二次世界大战后,其公司法中的很多事项却转而效法美国的规定。不过,日本最新的《2005 年公司法》中的一些规定很具自身特色,下一节将作出进一步说明。

大陆法系国家起初将公司问题放置在民、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性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和基于提升立法竞争之目的等都做了数次修改或重构。例如,德国联邦国会于 2008 年 12 月 23 日正式通过并于当年 11 月 1 日生效的《有限责任公司法进行现代化改革和反滥用的法律》,就对之前

① 参见王保树:《公司法律形态结构改革的走向》,《中国法学》2012 年第 1 期,第 107 页。也可参见 Richard A. Mann & Barry, *Business Law and the Regulation of Business*, 10th Edition, South-western Cengage Learning, 2011, p. 681 & p. 696。

② 该法英文本可下载于 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf, 2012 年 2 月 26 日最后访问。

③ 参见郭洪俊:《英国最新〈公司法〉修改述评》,《金融法苑》2008 年第 75 辑,第 1 页。同时参见李霖:《英国公司法的新近改革——英国“2006 年公司法”评介》,《政治与法律》2007 年第 3 期,第 174 页。

的《有限责任公司法》中有关公司设立、公司破产等内容广泛条款进行了大幅度的修改。^① 这里还应指出的是,大陆法系中欧盟国家的公司法统一的趋势日益加强。

1979 年我国颁布了《中外合资经营企业法》,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《中华人民共和国公司法》(简称《公司法》)。该法自 1994 年 7 月 1 日生效后,经修改的《中外合资经营企业法》等仍作为特别法存在。2005 年我国新修订了《公司法》(该法自 2006 年 1 月 1 日生效),但仍保留了以上特别法。

尽管公司有众多优点,但其设立程序受法律管束较严,繁杂而正规,因此,公司并不是在一切情况下都是最合适的商事组织形式,在某些情况下,投资者选择合伙或独资才是力所能及并富有成效的。

合伙组织一般虽不及公司的经济实力和影响大,但其数量要远远超过后者。由于合伙组织的成立手续便捷、经营方式灵活、控制权集中,因而,它是很多中小投资经营者所乐于采用的商事组织形式。在实行市场经济制度的各国,合伙组织也扮演着重要的角色,发达的资本主义国家在加强公司立法的同时,也开始重视合伙组织的立法。

英美法系国家的合伙法也是以单行法的形式公布的。英国现行的合伙法是由经过多次修订的《1890 年合伙法》、《1907 年有限合伙法》和《2000 年有限责任合伙法》组成的。其中,《2000 年有限责任合伙法》^② 的一大亮点是允许设立具有法人地位的合伙企业,同时基于避免双重税的目的,规定这类企业在纳税时可选择合伙地位。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》,其最新修订本分别为 1997 年和 2001 年。^③ 这两个标准法已得到大多数州的采纳。值得关注的是,前者也承认合伙具有法人地位。^④ 大陆法系国家一般将合伙放在民、商法典中加以规定。与一些英美法系国家一样,近来,大陆法系中的某些国家,如法国、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也大量存在。我国的《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国私人企业暂行条例》、《中华人民共和国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 日生效并于 2006 年 8 月 27 日再次修订。

独资企业常指一名自然人个人投资建立的企业,因此又称个体企业。独资企业经营灵活简单,它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它有法人资格,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《中华人民共和国个人独资企业法》也持这种态度。但独资企业在世界各国经济中并不起主要作用。

① 参见高旭军、白江:《论德国〈有限责任公司法改革法〉》,《环球法律评论》2009 年第 1 期,第 120 页。也可参见 Jesper Lau Hansen, The Danish Green Paper on company law reform-Modernising Company Law in the 21st Century, *European Business Organization Law Review*, 2009, pp. 74-81.

② 该法英文本可下载于 <http://www.corporatelaw-uk.com/laws-and-acts/uk-partnership-law.html>, 2012 年 3 月 29 日最后访问。

③ 它们可分别下载于 <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1990s/upa97fa.htm> 和 <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ulpa/final2001.htm>, 2012 年 3 月 29 日最后访问。

④ See David P. Twomey & Marianne Moody Jennings, *Business Law: Principles for Today's Commercial Environment*, 3rd Edition, South-western Cengage Learning, 2011, p. 881.

第二节 公司法

除具体内容上的差异外,各国公司法关于公司的事项范围上的规定大体相似,即主要包括公司的设立、权能范围、组织、经营、改组、合并、清算、终止及外国公司等问题。

在上述诸事项方面,各国对不同类型的公司所作的规定是不完全相同的。

一、公司的类型

在传统上,很多国家将以营利为目的的商事公司分成股份有限公司和有限责任公司两类。其中,股份有限公司是指其股东所持有的股本被划分成均等份额,股东对公司的债务仅以其出资额为限的公司。这种公司又被细分为股份转让受限制的公司(或非公开上市公司)和股份转让不受限制的公司(或公开上市公司)两个类别。有限责任公司则是指仅在特定当事人之间筹集资本,股本亦不分为均等份额,且各股东的责任只以其出资额为限的商事组织。

研究公司法的学者们指出,股份有限公司中股份转让受限制的公司与有限责任公司实际上没有实质性的差别,因此以现代化为目标的日本《2005 年公司法》干脆不再保留有限责任公司的形态,将有限责任公司划入股份转让受限制的封闭性的股份有限公司这一类型。欧洲的丹麦等国也在酝酿进行这种现代化的改革。^①

此外,某些资本主义国家还承认无限责任公司和两合公司等公司的组织形式。

无限责任公司是指股东对公司债务负连带无限责任的公司。其特征是:可以不拥有注册资本;账目不受外界查检;股东有权直接参加管理;股东对公司的债务负无限连带责任。在负无限连带责任这一点上,无限责任公司的股东与合伙组织中的合伙人是完全相同的,但是,很多国家都承认无限责任公司为法人而不承认合伙组织为法人,因此,无限责任公司在宣告破产或解散前,其债权人只能对公司起诉而不能向股东个人起诉。正是由于其具有法人地位,加上其设立和解散的手续简单等优点,某些几乎不可能负债的行业如律师、会计师等领域中仍然存在无限责任公司。

两合公司是由承担有限责任的股东和承担无限责任的股东联合组织成立的公司,其中负无限责任的股东对公司债务负连带的无限清偿责任,但他们享有代表和管理公司的权力,而只承担有限责任的股东对公司债务的责任仅以其出资额为限,但他们无权代表和管理公司。两合公司这种商事组织仅见于大陆法系国家,它很类似于英美法系中的有限合伙,但与后者不同的是它具有法人资格。

还应予以注意的是,根据欧盟理事会 2001 年 10 月 8 日制定并于 2004 年 10 月 8 日生效的《关于欧洲公司法规范》(No. 2157/2001),在欧盟成员国境内出现了简称为“SE”的欧洲公司,这种公司实际上是一种最低资本不少于 12 万欧元的股份有限公司,其优点在于:在欧盟成员国境内从事经营活动时,一般只需遵守该规范和登记国法律即可。

另一方面,日本《2005 年公司法》为了使创业更加活跃,振兴情报、金融、服务业以及促进共同开发研究、产学结合,创设了合同公司这种新类型的公司,其特点是:出资者对外部关系而言承担有限责任,但在公司内部关系上又适用于合伙的规制。创设合同公司的背景之一在于日本实务界多年以来就一直在呼吁建立与美国 LLC(Limited Liability Company)类似的公司

^① 参见王保树:《公司法律形态结构改革的走向》,《中国法学》2012 年第 1 期,第 111 页。亦可参见 Jesper Lau Hansen, The Danish Green Paper on Company Law Reform-Modernising Company Law in the 21st Century, European Business Organization Law Review, 2009, p. 82.

制度。尽管几乎与此同时,日本创设了新的合伙制度即有限责任事业组合制度,且有限责任事业组合在税收上比较有利(只对合伙人课税),但合同公司因是公司,具有法人资格,在经济交往中处于有利地位,故当事人可根据需要选择不同的企业形态。^①

根据我国《公司法》第二十三条和第七十八条等规定,我国仅承认有限责任公司、封闭性股份有限公司和上市公司三种公司类型。

二、公司的设立

各国对各类公司设立的具体要求不尽相同,但关于公司设立的主要程序大体相同,即都要求设立各类公司时须履行以下手续:聚齐法定人数的创办人,创办人负责拟订公司的章程和内部细则,凑足法律所要求的最低资本金并组织认购股份,选举或任命公司的管理人员,申请注册登记,等等。这些手续完成后,经主管当局核准登记,即可领取营业执照,至此,公司便告成立。

(一)公司的创办人

创办人(Promoter)是指发起创立公司者,各国一般规定自然人和法人皆可充当任何合法公司的创办人。

多数国家初期的公司法对各类公司的创办人有最低数量要求。随着社会经济思潮的发展,越来越多的国家修订了公司法的这方面规定,只对股份有限公司的创办人作出最低数量的规定。如英国原先的公司法规定:股份有限公司的创办人数最少为7人,封闭公司和无限责任公司的创办人至少为2人;1985年的公司法改而规定所有公司的创办人数只要凑够2人即可;1992年6月15日,英国又实施了《单一成员私人有限公司条例》(Single Member Private Limited Companies Regulations),至此,在英国,只有上市公司要求其成员最少为两个。美国多数州法却对创办人数不作限制性规定——1人或数人皆可。美国的州立法者解释称:若规定了最低限额的创办人数,则任何人都可拉些附庸来凑数,这是毫无意义的事情。

我国2005年修订的《公司法》对股份有限公司的创办人的最低数作出了改动,由以前的5人改为2人。根据该法第七十九条,其中通过发起设立的封闭性股份有限公司的发起人人数不得超过200人。同时对有限责任公司的股东人数也做了改动,该法第二十四条规定“有限责任公司由五十个以下股东出资设立”,取代了以前股东人数下限为2人的规定。其原因在于,2005年修订的《公司法》增加了关于一人有限责任公司的规定。

承认一人公司的存在是现代法律的必然趋势,也是适应和促进现实经济的必然要求。这种所谓的一人有限责任公司,是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。很多国家的法律对一人公司的设立如注册资本、组织结构上都有不同于一般有限责任公司的规定,因此我国2005年修订的《公司法》专门设了一节为“一人有限责任公司的特别规定”。

关于创办人的国籍,发达的资本主义国家一般是不作限制性要求的。仅个别国家如挪威规定:股份有限公司的创办人中至少有一半人数是在挪威居住2年以上的。

我国《公司法》在这一问题上也稍稍作出了变动。该法第七十九条规定,在我国设立股份有限公司,须有半数以上的发起人在我国境内有住所,将原来的“过半数”改为“半数以上”,即将半数也包括在内。

创办人的任务是负责公司的筹备工作,包括:决定公司的名称、宗旨、资本、每个股东的责

^① 参见刘小勇:《解读日本2005年公司法的大修订》,《太平洋学报》2007年第1期,第25页。

任范围、注册地址;起草公司的初始章程和内部细则;认购必要的股本;提出董事、审计员、律师、往来银行的名单并任命公司秘书;在筹建公开招股公司的场合,印刷、拟订招募章程;申请注册;等等。

关于创办人对所创建的公司及其股东的义务,各国的规定基本上可概括为忠诚、无欺诈和办事公正。此外,各国还要求创办人在公司尚未注册正式成立之前尽量避免以公司名义与第三人订立契约,否则一旦该公司因某种原因而未成立,有关的创办人就须连带地承担个人责任;即使该公司合法成立,除非事后追认,该公司也有充分的权利拒绝受该契约约束。美国某些州法还明文规定新成立的公司不得追认这样的契约。有时,在公司的创建过程中,与第三人订立有关合同是不可避免的,为避免承担个人责任,创办人可在合同中订入附加条件或免责条款,即:当公司未成立或成立后不予追认时,则该合同不发生效力;或者,该合同不能执行时,不能追究创办人的个人责任。



Illinois Controls 公司诉 Langham 案(1994)

被告 Langham 发明了一种名为交叉坡度监测器(Cross-slope Monitor/CSM)的设备,作为配件用于重型公路测评机上,保证公路在建设过程中始终保持一致的角度。1985年6月1日,Langham 就 CSM 申请专利,并开始通过其非公司制企业 Langham Engineering 在市场上销售 CSM。为了开拓更大的市场,1985年2月下旬,Langham 与 Baldersong 公司(BI)及其总裁 Baldersong 协商建立一个新的公司,生产和销售用于 CAT 设备上的 CSM。当时 Caterpillar Tractor 公司(简称 CAT)的销售额占世界重型建设设备销售市场的 55%~60%。1985年10月4日,Langham 与 Baldersong 签订了设立公司的合同(Pre-incorporation Agreement, PIA),后者以个人名义和 BI 总裁的代理人身份签字,新公司的名称为 Illinois Controls。根据 PIA,Langham 的投资包括 1.25 万美元的现金和含 CSM 专利使用权的转让费的 Langham Engineering 的资产,而成立后的 Illinois Controls 将承担 Langham 和 Langham Engineering 约 65.1 万美元的债务。1985年10月8日,Langham 获得 CSM 专利,Illinois Controls 开始生产并销售用于 CAT 设备的 CSM。1987年10月1日左右,Illinois Controls 终止营业。1987年12月23日,Illinois Controls、BI 和 Baldersong 起诉 Langham 和 Langham Engineering 企业的投资人,要求确权判决,强制性救济和货币赔偿。投资人反诉公司发起人和公司违约。美国俄亥俄州高级法院判决:投资人有权获得违约赔偿,公司发起人对公司成立前签订的合同承担个人责任。法院认为:(1)若公司对其成立前发起人以公司的名义签订并实施的合同明确表示接受,或者在知道合同条款的情况下获得了合同利益,那么公司将承担该合同的违约责任。Illinois Controls 公司获得了 Langham 依据 PIA 所转让给它的合同利益,包括 CSM 专利的排他性使用,Langham Engineering 设施的生产能力和 Langham 的工程和技术专业知识,这些利益使得 Illinois Controls 可以生产同业中独一无二的产品——CSM。因此,Illinois Controls 在明知的情况下,获得了合同利益。但是 Illinois Controls 却没有依据合同的规定承担 Langham 和 Langham Engineering 的债务,以致 Langham 的个人债务达到 7.84 万美元,并且还拖欠 Langham 至少 1.09 万美元的专利使用费。因此,Illinois Controls 构成违约并对 Langham 造成损失。(2)Baldersong 和 BI 两个发起人和 Illinois Controls 都应承担责任。后者承担责任是因为其在明知合同条款的情况下接受了 PIA 所赋予的利益。发起人承担责任是因为公司从未正式接受 PIA,并且 PIA 也没有规定公司独立承担基于合同产生的责任。