

国际商法



类目：法学类

书名：国际商法

主编：庄红花 杜倩 王军有

出版社：湖南大学出版社

开本：大 16 开

书号：978-7-5667-4143-1

使用层次：通用

出版时间：2025 年 8 月

定价：49.80 元

印刷方式：单色

是否有资源：有



法学类创新融合精品教材
“互联网+”教育改革新理念教材

法学类创新融合精品教材
“互联网+”教育改革新理念教材

国际商法

主编◎庄红花 杜倩 王军有

国际商法

国际商法

主编◎庄红花 杜倩 王军有

责任编辑：申婉莹
封面设计：旗语书装



湖南大学出版社

湖南大学出版社



法学类创新融合精品教材
“互联网+”教育改革新理念教材

国际商法

主 编 ◎ 庄红花 杜 倩 王军有
副主编 ◎ 瓮金鑫 左胜高 陈 杰
 戚 玮 黄建新 林 威
 额尔敦巴根 许 敏

湖南大学出版社

· 长 沙 ·

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/庄红花,杜倩,王军有主编.--长沙:
湖南大学出版社,2025.8.-- ISBN 978-7-5667-4143-1

I. D996.1

中国国家版本馆 CIP 数据核字第 2025M4X167 号

国际商法

GUOJI SHANGFA

主 编:庄红花 杜 倩 王军有

责任编辑:申婉莹

印 装:唐山唐文印刷有限公司

开 本:889 mm×1194 mm 1/16 印 张:16 字 数:430 千字

版 次:2025 年 8 月第 1 版 印 次:2025 年 8 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 978-7-5667-4143-1

定 价:49.80 元

出 版 人:李文邦

出版发行:湖南大学出版社

社 址:湖南·长沙·岳麓山 邮 编:410082

电 话:0731-88822559(营销部),88821174(编辑室),88821006(出版部)

传 真:0731-88822264(总编室)

网 址:<http://press.hnu.edu.cn>

电子邮箱:xiaoshulianwenhua@163.com

版权所有,盗版必究

图书凡有印装差错,请与营销部联系



Preface 前言

随着国际商事活动的不断增多，作为调整国际商事交易关系的国际商法日益受到人们的重视。越来越多的院校涉外经管类专业开设了“国际商法”这一课程。在培养懂经济（管理）、懂法律和懂英语的涉外经管类人才的过程中，国际商法是不可或缺的一环，它承担着传授法律知识、培养法律意识的重要责任。

本书在编写中，坚持“够用、实用、好用”的原则，力求将理论与实践相结合，以适应培养应用型、创新型、复合型的具有国际视野的、通晓国际法律规则的人才的需要。本书借鉴了国内外的国际商法教材内容，结合国际商法近年来的新发展、新成果，选取了国际商法中经典实用的内容，渐次展开对国际商事制度的叙述和分析，以帮助学生全面了解和掌握国际商法，增强法律意识，提高运用国际商法相关知识分析问题和解决问题的能力。

本书适用于国际经济与贸易、国际工商管理及其他相关专业的教学，也可作为对外经济与贸易专业从业者的参考资料。

由于编者水平有限，加之时间仓促，书中疏漏之处在所难免，敬请广大读者批评指正。

编 者



Contents 目 录

第一章 国际商法	(1)
第一节 国际商法概述	(2)
第二节 国际商法的渊源	(3)
第三节 中国民商法概述	(9)
第二章 商事组织法	(15)
第一节 商事组织概述	(16)
第二节 合伙企业法	(17)
第三节 公司法	(25)
第四节 中国外商投资企业法	(48)
第三章 国际商事合同法	(59)
第一节 合同及国际商事合同概述	(60)
第二节 国际商事合同的成立	(66)
第三节 国际商事合同的效力	(78)
第四节 国际商事合同的履行	(86)
第五节 违约责任	(96)
第六节 国际商事合同的变更和转让	(105)
第七节 国际商事合同的终止	(108)
第八节 合同的诉讼时效	(114)
第四章 国际商事代理法	(121)
第一节 代理法概述	(122)
第二节 代理法律关系	(129)
第三节 代理法律关系当事人的义务	(132)
第四节 承担特别责任的代理人	(140)
第五节 我国的代理法与外贸代理制度	(143)



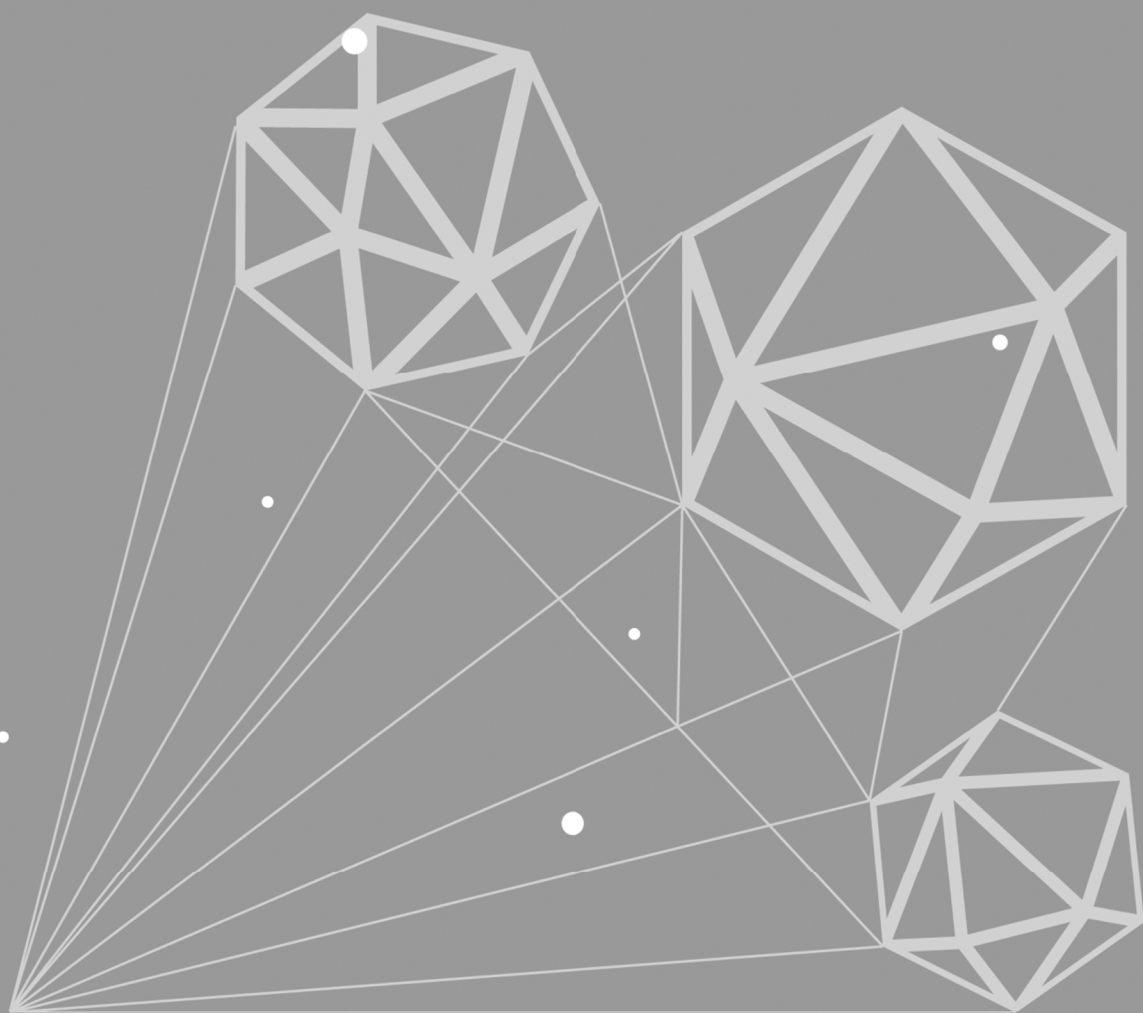
第五章 国际货物买卖法	(147)
第一节 国际货物买卖法概述	(148)
第二节 国际货物买卖合同的成立	(151)
第三节 卖方和买方的义务	(154)
第四节 违反货物买卖合同的救济方法	(161)
第五节 货物所有权与风险的转移	(167)
第六节 国际货物买卖中的格式合同	(172)
第六章 国际货物运输法	(177)
第一节 国际海上货物运输法	(178)
第二节 国际铁路货物运输法	(192)
第三节 国际航空货物运输法	(194)
第四节 国际货物多式联运法	(197)
第七章 国际支付结算法	(200)
第一节 汇付结算	(201)
第二节 托收结算	(203)
第三节 信用证结算	(205)
第四节 票据结算	(209)
第八章 国际技术贸易法	(222)
第一节 国际技术贸易概述	(223)
第二节 国际技术贸易法的渊源	(227)
第三节 国际技术许可合同	(232)
第九章 国际商事仲裁法	(238)
第一节 国际商事仲裁概述	(239)
第二节 国际商事仲裁协议	(241)
第三节 国际商事仲裁程序	(245)
参考文献	(249)

国际商法

第一章

学习目标

- 了解国际商法的概念。
- 了解国际商法的渊源。
- 掌握两大法系及其民商法的特点。
- 熟悉中国民商法的主要特点。



第一节

国际商法概述

国际商法是国际商事法的简称，其英文是“International Business Law”，或者“International Commercial Law”，两者没有实质区别，而前者更为常用。作为调整国际商事关系的法律，国际商法在西方国家也被称为“The Law of International Business Transactions”。

一、国际商法的概念

国际商法是调整国际商事关系的法律规范的总称。由于国际商法调整的国际商事关系既包括国际商事交易关系，又包括国际商事组织关系，所以它通常又被认为是调整国际商事交易和国际商事组织的法律规范的总和。

国际商法作为一门法律学科，具有“法”的共性，它是一个以权利和义务为内容的行为规范体系。国际商法的“国际性”是指它所调整的对象是具有国际因素的商事关系，也就是说，在国际商事法律关系的主体、客体和内容三个要素中，至少有一个方面是跨越国界的。通常来说，当商事关系存在下列情形时即被认为是具有国际因素：①当事人的营业地分处于不同的国家；②当事人具有不同国家的国籍；③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；④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。

关于国际商事法律中的“商事”一词，有关国际组织或国家大多采取广义的解释。例如，《联合国国际商事仲裁示范法》（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration）对“商事”一词给出的注解是：“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。商事性质的关系包括但不限于下列交易：供应或交换货物或服务的任何贸易交易；销售协议，商事代表或代理；保付代理；租赁；建造工厂；咨询；工程；许可证；投资；融资；银行；保险；开采协议或特许权；合营企业或其他形成的工业或商业合作；货物或旅客的航空、海上、铁路或公路运输。”

在我国，关于“商事”一词同样也作比较广义的解释。根据我国在1987年加入1958年纽约《承认及执行外国仲裁裁决公约》（Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards）时所作的商事保留声明，所谓“商事”包括货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等。

二、国际商法的内容

根据著名的国际贸易法专家施米托夫（Clive M. Schmitthoff）的观点，国际商法主要包括两个分支：其一，国际贸易法，其中国际货物买卖是该法的主要内容，另外还包括国际结

算、运输和保险中的法律问题；其二，国际公司法，即根据一国法律设立但在其他国家具有商业利益的公司，这种商业利益表现在：在其他国家设立子公司，或在联合公司中占有股份，或参加联合管理，或采取其他的形式。由此可以认为，传统国际商法调整的对象包括两个部分：一是国际商事交易关系，二是跨国公司行为关系。因此，我国法学界一般认为，国际商法是调整国际商事交易和国际商事组织的各种关系的法律规范的总和。

必须指出的是，随着经济全球化、国际化的不断发展，跨越国界的商事关系都在发生着深刻变化，推动了国际商法的不断发展演变。传统上的国际贸易一般仅指货物贸易，因此传统商法调整的主要是商事主体之间围绕货物买卖所发生的商事关系，如合同、运输、保险、票据、仲裁等。而在当今世界，国际贸易的含义已经发生了根本性的变化，世界贸易组织（WTO）的宗旨之一是“扩展商品与服务的生产和销售”，与1947年关税与贸易总协定（GATT1947）的“扩展商品生产与销售”相比，增加了服务贸易的内容。根据WTO《服务贸易总协定》（GATS）第1条规定，其所适用的“服务”包括任何部门的服务，只有为了实施政府职能所提供的服务除外。同时，GATS将服务分为12个部门，即商业、通信、分销、教育、环境、金融、健康与社会服务、旅游及相关服务、娱乐、文化与体育服务、交通运输，以及其他服务。

国际商法必然要适应这种变化下的客观现实需要，将服务贸易等新的商事关系作为自己的调整对象，扩大自己的调整范围，丰富自己的学科体系，以更好地适应国际商事活动的实际需要。与此密切相关的是，在我国，1994年《中华人民共和国对外贸易法》即在第2条规定，“本法所称对外贸易，是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易”。

需要说明的是，为了更好地适应“国际商法”课程教学的实际需要，本书仍然以国际货物买卖为核心，选取与其相关的主要环节和领域，渐次展开对国际商事法律制度的研究和叙述，内容主要包括商事组织、国际商事代理、国际商事合同、国际货物买卖、国际服务贸易（以与国际货物买卖有关的法律制度为主）、国际票据、国际产品责任、国际技术贸易、国际知识产权、国际商事仲裁十个方面。

第二节

国际商法的渊源

法的渊源是指法律产生的依据及其表现形式。国际商法的渊源是指国际商法产生的依据及其表现形式，主要包括三个方面：国际商事条约、国际商事惯例和各国商事立法。

一、国际商事条约

（一）国际商事条约的概念

国际条约（Treaty），简称条约，是指两个或两个以上的国际法主体之间依照国际法缔结的据以确立其相互权利与义务的书面协议。广义的条约包括不论以何种名称出现的国际法主

体间达成的国际协议。根据 1969 年《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties) 第 2 条第 1 款 (甲) 规定:“称‘条约’者,谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上之单独文书内,亦不论其特定名称如何。”

国际商事条约是指作为国际商事主体的国家和国际组织缔结的有关国际商业和贸易的条约或公约,它是国际商法的主要渊源。条约对缔约方有约束力,根据“约定必须遵守”这一古老的国际法原则,国家必须遵守条约。而且,一般而言,条约只对缔约国有约束力,而对非缔约国没有约束力,这是因为条约只规定缔约国之间的权利、义务关系。但是,由于许多商事方面的多边条约或者公约的规定,往往反映了商品经济的一般规律,通常被认为属于商业活动应予遵守的规范,因此也会得到非缔约国的遵守。尤其是那些参加国家较多、历史比较长久的公约,更是如此。

同时,由于国际商法具有私法性质,因此也明显体现了当事人“意思自治”的原则。在某些情况下,有的国际条约只有在当事人之间的法律行为中予以采用时,才适用于当事人之间的法律关系。比如,1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》(United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG) 第 6 条规定:“双方当事人可以不适用本公约,或在第 12 条的条件下,减损本公约的任何规定或改变其效力。”

(二) 国际商事条约的分类

国际商事条约可以按照不同分类方式进行若干分类。

(1) 按照缔约方的数目,国际商事条约可分为双边条约和多边条约。双边条约是指两个缔约方之间缔结的条约,这类条约的数量最大,最为常见。商事性的双边条约主要有通商航海条约、贸易协定、贸易议定书、相互保护和促进投资协定、避免双重征税的协定等。

多边条约是指三个以上缔约方缔结的条约,通常在国际会议上制定通过,往往被称为国际公约。其内容涉及国际社会的共同利益,故一般允许未参加会议的国家加入。商事性的多边条约主要有《联合国国际货物销售合同公约》《联合国海上运输公约》《保护工业产权的巴黎公约》等。

(2) 按照其规定的内容,国际商事条约可以分为两种,一种是属于实体法内容的条约,也就是对交易双方实体权利义务做出具体规定的条约,如《联合国国际货物销售合同公约》《联合国海上运输公约》《国际汇票和本票公约》等,如果这些条约被世界各国批准和接受,则各国之间在这些领域内的法律冲突将不复存在;另一种是属于程序法内容的条约,也称为关于冲突法规则的国际条约,是指规定如何解决法律冲突的规范,如《国际货物买卖合同适用法律公约》等,如果这些条约被世界各国批准或接受,各国将得到解决这些领域内冲突的统一规则。

(三) 国际商法上的主要国际条约(公约)

1. 调整代理的国际公约

1983 年《国际货物销售代理公约》(Convention on Agency in the International Sale of Goods)。

2. 调整国际货物买卖关系的条约

(1) 1964 年《国际货物买卖统一法公约》(Convention on Uniform Law for the International Sale of Goods)。

(2) 1964 年《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》(Convention on Uniform Law for the Formation of Contracts for the International Sale of Goods)。

(3) 1974 年《联合国国际货物买卖时效期限公约》(United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods)。

(4) 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》(United Nations Convention on Contracts of International Sales of Goods, CISG) (以下简称《公约》)。CISG 是由联合国国际贸易法委员会主持制定的, 1980 年在维也纳举行的外交会议上获得通过, 于 1988 年 1 月 1 日正式生效。1986 年 12 月 11 日我国交存核准书, 在提交核准书时我国提出了两项保留意见: 其一, 不同意扩大《公约》的适用范围, 只同意《公约》适用于缔约国的当事人之间签订的合同。其二, 不同意用书面以外的其他形式订立、修改和终止合同。CISG 共分为四个部分: 适用范围、合同的成立、货物买卖、最后条款, 全文共 101 条。

3. 调整国际货物运输的国际条约

(1) 《海牙规则》(Hague Rules)。《海牙规则》是《统一提单的若干法律规定的国际公约》(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading) 的简称。

(2) 《维斯比规则》(Visby Rules)。《维斯比规则》是《修改统一提单若干法律规定的国际公约议定书》(Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading) 的简称。

(3) 《汉堡规则》(Hamburg Rules)。《汉堡规则》是《联合国海上货物运输公约》(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea) 的简称。

(4) 《国际铁路货物运输公约》(Convention Concerning International Carriage of Goods by Rail), 简称《国际货约》(CIM)。

(5) 《国际铁路货物联运协定》(Agreement Concerning International Carriage of Goods by Rail), 简称《国际货协》。

(6) 《统一国际航空运输某些规则的公约》(Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air), 又称为《1999 年蒙特利尔公约》。

(7) 《联合国国际货物多式联运公约》(United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods)。

4. 调整国际票据关系的国际公约

(1) 1930 年《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》(Convention on the Unification of the Law Relating to Bills of Exchange and Promissory Notes)。

(2) 1930 年《关于解决汇票及本票的若干法律冲突的公约》(Convention on the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Bills of Exchange and Promissory Notes)。

(3) 1931 年《关于支票的日内瓦公约》(Convention Providing a Uniform Law of Cheques), 又称为《统一支票法公约》。

(4) 1931 年《关于解决支票的若干法律冲突的公约》(Convention on the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Cheek)。

(5) 1988 年《联合国国际汇票和国际本票公约》(Convention on International Bill of Exchange and International Promissory Note of the United Nations), 简称《国际汇票本票公

约》。

(6) 2000 年《联合国独立保函和备用信用证公约》(United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit)。

5. 调整产品责任的国际公约

1977 年《产品责任法律适用公约》(Convention on the Law Applicable to Products Liability), 简称《海牙公约》。

6. 关于保护知识产权的公约

(1) 1883 年《保护工业产权巴黎公约》(Paris Convention on the Protection of Industrial Property), 简称《巴黎公约》。

(2) 1886 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works), 简称《伯尔尼公约》。

(3) 1891 年《商标国际注册马德里协定》(Madrid Agreement for International Registration of Trade Marks), 简称《马德里协定》。

(4) 1952 年《世界版权公约》(Universal Copyright Convention)。

7. 关于国际商事仲裁的公约

(1) 1923 年《日内瓦仲裁条款议定书》(Protocol on Arbitration Clauses)。

(2) 1927 年《关于执行外国仲裁裁决的公约》(Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards)。

(3) 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决的公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), 简称《1958 年纽约公约》。

二、国际商事惯例

(一) 国际商事惯例的概念

国际惯例(international custom)是国际商法的另一个重要渊源。根据《国际法院规约》(Statute of the International Court of Justice)第 38 条规定,法院适用法律时对“国际惯例”的解释是:作为通例之证明而经接受为法律者。

国际商事惯例,也称国际贸易惯例(trade usage),是指具有相对确定的内容、对当事人不具有当然约束力但在一定领域内为大家所普遍遵循的商事性规范。关于国际贸易惯例,《联合国国际货物买卖合同公约》第 9 条第 2 款指出:“在国际贸易上,已为有关特定贸易所涉合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。”

研究国际商事惯例,必须区分“惯例”(custom)、“习惯”(usage)、“一般做法”(general practice)等几个概念。一般而言,某一特定领域内的惯例由习惯形成,而习惯又来源于一般做法。正如有的国际贸易法专家所言,国际商业惯例的发展是一个循序渐进的过程。它常常始于一些有影响的企业的商业活动过程,而后成为建立在平等交易行为基础上的特定贸易中的一般做法(general practice),再发展为贸易习惯性做法(usage),最终取得具有稳定性的惯例(custom)的地位。

国际商事惯例在过去有成文的,也有不成文的;而在现代社会,国际商事惯例几乎都是成文的。成文的国际商事惯例,一般是国际组织或团体对有关规则的综述或拟订,也可以是

国际组织制定的有关规则。国际商事惯例的表现形式是多种多样的,主要包括示范法、统一惯例、统一规则、标准合同等。一般认为,国际商事惯例应具备三个条件:①具有确定的商事内容,即包括具体的确定参加国际商事活动的当事人权利和义务的规则;②已成为国际商事活动中反复使用的习惯;③是各国普遍承认具有拘束力的通例。

(二) 国际商事惯例的效力

国际商事惯例是在国际商事活动的长期实践中逐渐形成和发展起来的商事规则,在性质上,它不是国际条约或公约,也不是国家立法,所以一般不具有法律约束力。但是,某项具体国际商事惯例规则,一旦被当事人选择适用,即对该当事人具有相当于法律的约束力,法院或仲裁机构可以据此裁决或强制执行。

有些国家的法律规定,法院有权按照有关的贸易惯例解释双方当事人的合同。目前在国际贸易中影响最大的贸易惯例是国际商会制定的2000年1月1日生效的《2000年国际贸易术语解释通则》(简称 Incoterms 2000)、2011年1月1日生效的《2010年国际贸易术语解释通则》(简称 Incoterms 2010)和2007年7月1日生效的《跟单信用证统一惯例》(简称 UCP 600),它们已经得到绝大多数国家和地区的承认,在国际商事实践中发挥着举足轻重的作用。我国历来高度重视对国际商事活动中的国际惯例,并严格遵守。

(三) 与国际商法有关的主要国际惯例

如前所述,现在的国际商事惯例基本上都是已成文的惯例规则,许多重要的国际贸易惯例都由一些国际组织或团体编纂成文。在当今国际社会,主要的国际商事惯例有以下几类。

(1) 1932年《华沙—牛津规则》(Warsaw—Oxford Rules 1932)。

该规则是国际法协会专门为解释 CIF 合同而制定的。这一规则对于 CIF 的性质、买卖双方所承担的风险、责任和费用的划分以及所有权转移的方式等问题都作了比较详细的解释。《华沙—牛津规则》在总则中说明,这一规则供交易双方自愿采用,凡明示采用《华沙—牛津规则》者,合同当事人的权利和义务均应援引本规则的规定办理。经双方当事人明示协议,可以对本规则的任何一条进行变更、修改或增添。如本规则与合同发生矛盾,应以合同为准。凡合同中没有规定的事项,应按本规则的规定办理。

(2) 1941年《美国对外贸易定义修正本》(Revised American Foreign Trade Definitions 1941)

这是由美国几个商业团体制定并经美国全国对外贸易会议修改的贸易术语定义。《美国对外贸易定义》中所解释的贸易术语共有六种,分别为:① Ex (point of origin) (产地交货);② FOB (free on board) (在运输工具上交货);③ FAS (free along side) (在运输工具旁边交货);④ C&F (cost and freight) (成本加运费);⑤ CIF (Cost, insurance and freight) (成本加保险费、运费);⑥ Ex Dock (named port of importation) (目的港码头交货)。《美国对外贸易定义》主要在北美国家采用。由于它对贸易术语的解释,特别是对第二和第三种术语的解释与国际商会《国际贸易术语解释通则》有明显的差异,所以,在同北美国家进行交易时应加以注意。在《美国对外贸易定义》的序言中也明确指出,本定义并无法律的约束力,除非有专门的立法规定或为法院判决所认可,为使其对有关当事人产生法律上的约束力,建议买卖双方接受此定义作为买卖合同的一个组成部分。

(3) 《2000年国际贸易术语解释通则》(International Rules for the Interpretation of Trade Terms, Incoterms 2000)。

Incoterms 是国际商会为统一各种贸易术语的不同解释于 1936 年制定的。随后,为适应国际贸易实践发展的需要,国际商会先后于 1953 年、1967 年、1976 年、1980 年和 1990 年对此惯例进行过多次修订和补充。1999 年,国际商会广泛征求世界各国从事国际贸易的各方面人士和有关专家的意见,通过调查、研究和讨论,对实行 60 多年的《国际贸易术语解释通则》进行了全面的回顾与总结。为使贸易术语更进一步适应世界上无关税区的发展、交易中使用电子信息的增多以及运输方式的变化,国际商会再次对《国际贸易术语解释通则》进行修订,并于 1999 年 7 月公布《2000 年国际贸易术语解释通则》(简称 Incoterms 2000 或《2000 年通则》),于 2000 年 1 月 1 日起生效。Incoterms 2000 包括 4 组共 13 个贸易术语。

(4)《2010 年国际贸易术语解释通则》(International Rules for the Interpretation of Trade Terms, Incoterms 2010)。

《2010 年国际贸易术语解释通则》是国际商会根据国际货物贸易的最新发展,对 Incoterms 2000 的修订,2010 年 9 月 27 日公布,于 2011 年 1 月 1 日实施。与 2000 年版本相比,Incoterms 2010 更准确地标明了各方承担货物运输风险和费用的责任条款。其主要修改内容包括:

①术语分类的调整,由原来的 EFCD 四组分为两类,分别适用于各种运输方式和水运。

②贸易术语的数量由原来的 13 种变为 11 种。

③删去了 Incoterms 2000 中的 4 个术语:DAF (delivered at frontier) 边境交货、DES (delivered ex ship) 目的港船上交货、DEQ (delivered ex quay) 目的港码头交货、DDU (delivered duty unpaid) 未完税交货;新增了 2 个术语:DAT (delivered at terminal) 在指定目的地或目的港的集散站交货、DAP (delivered at place) 在指定目的地交货。即用 DAP 取代了 DAF、DES 和 DDU 三个术语,DAT 取代了 DEQ,而且扩展至适用于一切运输方式。

④取消了“船舷”的概念,卖方承担货物装上船为止的一切风险,买方承担货物自装运港装上船后的一切风险。在 FAS、FOB、CFR 和 CIF 等术语中加入了货物在运输期间被多次买卖(连环贸易)的责任与义务的划分。

而且,考虑到大型区域贸易集团内部贸易的特点,新版通则规定 Incoterms 2010 不仅适用于国际销售合同,也适用于国内销售合同。

(5) 2007 年《跟单信用证统一惯例》(UCP 600)。

UCP 600 (2007 年修订版)是在 UCP 500 基础上进行了全面修订的最新版本,它在 2006 年 10 月召开的国际商会 (ICC) 巴黎年会上获得通过,2007 年 7 月 1 日起实施。作为信用证领域最权威、影响最为广泛的国际商业惯例,新修订的 UCP 600 将至少会在接下来的 10 年当中主宰全球范围内的信用证业务。

三、各国的商事法

各国的国内法也是国际商事法律规范的重要渊源,在国际商法中占有重要地位。一方面,国际条约、国际惯例的适用、效力皆来自国内立法的规定;另一方面,国内法也直接调整国际贸易或商事关系,如当事人的能力、合同的效力基本上都由国内法规定,而商事争议的解决也多适用国内法。而且,当事人从事跨国经贸和商事活动,也可能选择某国的国内法作为准则,此时该商事关系的内容、当事人之间的权利与义务等就由该国内法进行调整。作为国际商法重要渊源的各国的国内法,其范围涵盖了实体法、程序法和冲突法。

需要指出的是,各国的国内商事法在大陆法系和英美法系具有不同的表现形式。西方国家的法律体系主要分为大陆法系和英美法系,它们之间的主要区别如下。

（一）大陆法系

大陆法系强调成文法的作用，结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性，并将全部法律分为公法和私法。其形成于西欧，主要代表是法国和德国，其他国家还有瑞士、意大利、比利时、卢森堡、西班牙、葡萄牙、荷兰、日本等。

从法律渊源来看，大陆法系作为成文法国家，宪法、法典以及其他的法律条例是大陆法系国家的主要法律渊源，判例在原则上不作为法的正式渊源。在结构上，大陆法系将法律分为公法和私法，前者指与国家状况有关的法律，包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法；后者指与个人利益有关的法律，包括民法和商法。

大陆法各国都主张编纂法典，但各国在法典的编制体制上却不完全相同。就民商法而言，即分为民商分立和民商合一两种编制体例。

（二）英美法系

英美法系又称为普通法系，传统上以基于以往判决的判例而逐步形成的一种在全国普遍通用的法律，分为普通法和衡平法两部分。其形成于英国，主要代表是英国和美国，其他国家还有加拿大、澳大利亚、马来西亚、爱尔兰、新加坡、巴基斯坦等。

从法律渊源来看，判例曾是英美法的主要渊源，其基础是“先例约束力”原则，即法院在判决中所包括的判决理由必须得到遵循。但 19 世纪末 20 世纪初成文法在英美法系国家的比重和作用不断上升，成文法也成了英美法的重要渊源。在结构上，英美法系分为普通法和衡平法，前者是通过国王法院的判例逐步形成的一种全国普遍适用的法律；后者是在 14 世纪为补充和匡正普通法的不足，由英国枢密法院发展起来，不受普通法约束，按公平与正义原则作出判决的判例法。

作为英美法系的国家，美国比英国更重视成文法。美国不仅有联邦成文法，还有州成文法；在商法领域，还专门修订了《美国统一商法典》以及一系列的反托拉斯法，对规范公司，尤其是大公司的行为有重要影响。

第三节

中国民商法概述

一、中国民商法概述

（一）民法的概念

1. 民法的概念

民法（Civil Law）一词是从罗马法中的市民法（Jus Civile）沿袭而来。日本学者在明治维新时期引入民法的概念，中国在清朝末年维新变法时从日本引入民法一词，并开始制定近

代民法。根据我国《民法典》第2条的规定，民法是调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。由此可见，我国民法以平等主体之间的财产关系和人身关系作为自己的调整对象。

2. 民法的调整对象

作为民法调整对象的财产关系是指人们在产品的生产、分配、交换和消费过程中形成的具有经济内容的关系。财产关系具有以下三个特征：第一，财产关系以财产为客体。随着商品经济的发展，财产的范围日益扩大，包括物质性财产和非物质性财产。物质性财产是指能够为人掌握、控制，可以在人类社会生产经营活动中和人的生活中加以利用的物质资料，包括土地、矿藏等天然资源和房屋、家具、书籍等人类劳动创造的以各种物质形态出现的产品。非物质性财产是指对人具有经济价值的非物质事物，往往被作为获得物质性财产的手段而存在。非物质性财产主要包括：①智慧财产，如文学作品、发明创造等；②具有经济价值的权利，如用益物权、股权等；③劳动力。第二，财产关系以经济利益为内容。体现主体的经济利益，以经济利益为内容，也是财产关系区别于其他社会关系的重要特征。第三，财产关系体现的经济利益可以与特定主体相分离。除劳动力外，其他财产是可以与主体相分离的，脱离特定主体的支配转由其他主体支配，即可以转让和继承。

作为民法调整对象的人身关系，是指人与人之间基于彼此的人格或身份而形成的、以主体的人身利益为内容的社会关系，分为人格关系和身份关系两种。人格关系是指因民事主体的人格利益而发生的社会关系，主要包括生命权、健康权、名称权、肖像权等关系。身份关系是指基于一定的身份而产生的社会关系，主要包括亲属、监护等关系。民法调整的人身关系具有两个特征：①不具有直接的经济内容，不能直接用金钱价值来衡量；②通常都不能转让和继承，具有一定的人身依附性。

民法调整的人身关系与财产关系有密切的联系。某些人身权的行使，可以使公民或法人获得财产利益；某些人身权是民事主体从事的商品经济活动与他人发生经济联系的前提。所以，在确定民法的调整对象时，不能将财产关系和人身关系完全割裂开来。

3. 民法的基本原则

民法具有自己的基本原则，其效力贯穿于民法始终，体现民法的基本价值。民法的基本原则集中反映了民事立法的目的和方针，是民事立法、执法、守法和研究民法的总的指导思想和基本准则。依据《民法典》，我国民法的基本原则涵盖平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、守法与公序良俗原则以及绿色原则。

(二) 商法的概念

1. 商法的概念

商法又称为“商事法”(Business Law 或 Commercial Law)，是调整有关商事关系的一系列法律规范的总称。对商法的这一定义，可以从两个方面来分析：一方面，它说明商法是以商事关系作为自己的调整对象的法律部门；另一方面，它说明商法是由一系列法律规范所构成的一个法律体系。

2. 商法的调整对象

作为商法调整对象的商事关系是一种财产关系，它是指商事主体按照商事法律的规定从事各种以营利为目的的营业活动所发生的财产关系。商法是一种私法，它所调整的关系是一

种私人关系，但它不调整全部私人关系，只调整私人财产关系。私人财产关系是指人们在物质资料生产、分配、交换和消费过程中所形成的经济利益关系。私人财产关系具有平等性、自愿性和有偿性的特点，反映了商品经济关系的客观要求。一切商事主体都享有一定范围的人身权，比如商事主体的名誉权。但商事主体的人身关系并不为商法所调整，而是由民法来调整。商法之所以不调整人身关系，是因为商法所调整的商事关系是以营利为目的的经营关系，但人身关系不具有营利性特征。

商事关系是一种经营性财产关系。商法所调整的商事关系是一种私人财产关系，但商法并不调整全部私人财产关系，而只调整商事财产关系。营利性是商事财产关系的本质特征，非商事财产关系不具备营利性特征。由此可见，商法所调整的商事关系是商事主体以追求利润为目的而营运其财产所形成的财产关系，是一种商事经营关系，其核心特征在于它的营利性。所谓营利，是指以金钱、财物、劳务等为资本而获取经济上的利益。

3. 商法是一个法律体系

商法是一系列法律规范的总称，就是说，商法是由各种商事法律规范所构成的一个体系。在采用民商合一的体例下，除了有关商法的一般性规则纳入民法典之中外，其他具体商事法律均采用单行法的形式。民商分立的体例下，在商法典之外仍然有许多商事单行法存在。此外，无论是民商合一还是民商分立，都存在着相关商事法律的实施细则，构成商法的有机组成部分。

商法体系的构建，服从于商法所调整的社会关系。作为商法的调整对象——商事关系，由商事主体和商事行为两大要素构成。相应地，商事法律体系就由商事主体法和商事行为法两大部分构成。商事主体法是关于商事主体资格的取得、变更或者消灭的规则。在现代社会，商事主体主要表现为某种形态的商事组织，如商事公司、合伙企业、个人独资企业，以及国有企业、集体企业、外商投资企业和各类金融机构等。在我国，有关商事主体方面的法律主要有公司法、合伙企业法、个人企业法、外商投资公司法，以及破产法等。商事行为法是关于商事主体从事各种商事经营活动的行为规则。由于商事行为又体现为各种形式的商事交易，所以商事行为法又称为商事交易法。目前，我国调整商事交易方面的法律主要有合同法、证券法、证券投资基金法、信托法、保险法、票据法、商业银行法，以及海商法等；期货交易法正在起草过程中。

需要指出的是，一方面，关于商事主体法和商事行为法的区分，只是一种学理上和逻辑上的分析。实际上，往往商事主体法中有行为的内容，特别是那些与商事组织本身有密切联系的交易行为；在商事交易法中除合同法属于单纯交易法外，其他各种交易法往往都存在有关主体的内容。另一方面，我国的商事立法具有明显的民商合一特征，即有关一般性的商事行为都被固定在合同法之中。我国合同法所规定的15种有名合同中，除赠与、无偿性保管、委托、居间即个人消费买卖合同外，其他均具有商事合同性质。由于在我国法学概念中合同法属于民法的一部分，所有的合同均被视为民事合同，因此人们往往容易忽略合同也是商事行为的一种，而且是一种基本的商事行为。

4. 商法的特征

商法具有自己的鲜明特征，可以从若干个方面进行分析，主要包括商法的私法性与公法性、国内性与国际性、实体性与程序性、冲突性与协调性、伦理性与技术性，以及稳定性与进步性等。

(1) 商法的私法性与公法性。商法本质上属于私法，对于其所调整的私人关系主要采用

自由主义，如合同自由原则、企业自治原则等。虽然现代商法以私法规定为中心，但为了保障其私法之规定的实现，又多采取强制干涉主义，从而导致了商法的公法化倾向。

(2) 商法的国内性与国际性。毫无疑问，商法属于国内法范畴。但自近代以来，国际贸易往来频繁，各国在长期经贸交往中逐渐形成了一些普遍接受的贸易惯例和习惯做法。商法的国际性在各种商事法律中都有不同程度的体现，在海商法、票据法等领域中尤为明显。

19 世纪以来，商事法律的国际法统一运动一直没有间断过，1960 年以后商法的国际化倾向更加明显。各国制定了一系列有关商事的国际条约或公约，如 1874 年《世界邮政公约》，1910 年《船舶碰撞及海难救助统一公约》，1930 年《日内瓦统一票据公约》，1931 年《日内瓦统一支票公约》，1978 年《国际海上货物运输公约》《国际汇票和国际本票公约》，1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》，等等。

(3) 商法的实体性和程序性。商法当然是实体法，但同时也具有非常强烈的程序性。商法中的程序性规范有诉讼程序规范和非诉讼程序规范之分。

商法中最为典型的诉讼程序规范有：一是破产程序 (bankruptcy procedure)，即在破产法中相当多的内容都是关于司法程序上的规定，如破产宣告、债权人会议、破产清算以及破产和解、破产整顿等；二是公司法中的股东派生诉讼 (shareholder derivative litigation)，即股东间接诉讼或股东代表诉讼，是指当公司利益受到不法侵害时由股东代表公司提起的诉讼；三是证券集团诉讼 (class action)，在证券欺诈所引起的民事损害赔偿诉讼的原告往往人数众多，所以往往采取集团诉讼的方式，而证券法通常会对这种集团诉讼程序予以专门规定。

商法中的非诉讼程序规范随处可见，例如公司法中的公司设立程序、股东会议程序、董事会议程序、分立与合并程序、解散与清算程序等；证券法中的证券发行与交易程序等；票据法中的票据承兑程序、见票程序、付款程序、行使追索权程序，以及票据遗失后的挂失止付程序等；保险法中的索赔与理赔程序等；商业银行法中的各种银行业务的办理程序，如银行贷款程序、结算程序，以及客户账户的查询、冻结、扣划程序等。

可见，在商法中，实体规范与程序规范并重，几乎每一个实体权利都会有相应的程序规范，其目的在于确保当事人权利的实现。

(三) 民法与商法之间的关系

民法有广义和狭义之分，广义上的民法是指包括商法在内的所有私法，狭义的民法是指除去商法及其他特别私法之部分私法。广义的民法包括商法和狭义的民法。

民法与商法具有十分密切的关系，所以常常被并称为“民商法”。一般而言，民法调整平等主体之间的财产关系和人身关系，而商法调整平等主体之间的商事关系，二者是一般法和特别法的关系。在商事关系的调整中，民法的一般性规定如民法中的权利能力、行为能力规定以及诚信原则等，都适用于商事关系。

同时，商法作为专门调整商事关系的特别法，在许多方面具有特殊性。首先，商法所调整的范围局限在商事关系，且是一种比较纯粹的财产关系。其次，营利性是商事行为的最主要特征，商事关系仅发生在持续的营业中，而一般的民事行为并不以营利动机为必然要素。再次，商法的效力优先于民法。商法是特别法，依照特别法优先于普通法的原则，关于商事关系，应首先适用商法的相关规定。

随着我国社会主义市场经济体制的建立和发展，商事立法也渐趋完善，其在社会经济生活中的地位也越来越重要。当前我国已经制定的主要商事法律有公司法、证券法、票据法、保险法、海商法等。本章以下各节所使用的“民法”，意为广义的民法。

（四）我国民事立法概况

改革开放以来，中国的民事立法进入了快速发展阶段。1986年颁布的《中华人民共和国民法通则》是中国民事立法的一个重要里程碑。它概括性地规定了民事活动的基本原则、公民和法人的民事主体资格、民事法律行为、民事权利、民事责任等基本内容，为中国民事法律体系的构建奠定了基础。此后，一系列民事单行法相继出台，如1999年的《中华人民共和国合同法》，统一了中国的合同法律制度，规范了各类合同的订立、履行和违约责任；2007年的《中华人民共和国物权法》，明确了物权的种类和内容，保障了公民和法人的财产权益；2009年的《中华人民共和国侵权责任法》，对侵权行为的归责原则、责任方式和赔偿范围等作出了详细规定，加强了对民事主体合法权益的保护。

2020年5月28日，《中华人民共和国民法典》经十三届全国人大三次会议表决通过，并于2021年1月1日起正式施行。民法典是新中国第一部以法典命名的法律，是我国民事立法的集大成者。它系统整合了我国多年来长期实践形成的民事法律规范，汲取了中华民族5000多年优秀法律文化，借鉴了人类法治文明建设有益成果。民法典共7编、1260条，包括总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，涵盖了社会生活的方方面面，从生老病死到衣食住行，从物质生活到精神领域，都能在民法典中找到依据。民法典的颁布实施，标志着我国民事立法进入了一个全新的时代，对于推进全面依法治国、加快建设社会主义法治国家，依法维护人民权益、推动我国人权事业发展，具有重大而深远的意义。

二、中国涉外商事法律制度

（一）中国涉外商事法律制度的概念与基本原则

涉外商事法律制度是指一国用以调整涉外商事交易中所发生的各种商事关系的法律规范的总称。我国涉外商事法律制度有着自己的基本原则，构成我国涉外商事立法、司法应当遵守的基本准则，同时也是我国自然人、法人及其他经济实体参与涉外商事交易所应当遵守的基本准则。

1. 尊重国家主权，维护国家利益

尊重国家主权和维护国家利益是我国一切对外交往活动必须遵循的基本原则。尊重国家主权要求国与国在经济交往中要相互尊重对方的经济自主，不得以任何手段控制、操纵他国的经济命脉，同时也要遵守双方国家的法律的管辖。维护国家利益要求当事人在进行涉外商事交易时应维护本国的经济利益，不能以损害国家和民族的利益来满足自己的私利。

2. 坚持平等互利，尊重各方意愿

坚持平等互利要求国与国之间应在法律地位平等的基础上进行经济合作；而对于自然人、法人及其他经济实体来说，坚持平等互利要求其在从事涉外商事交易中体现彼此权利义务的对等，要在充分尊重彼此意愿和切实保障各方合法利益的基础上开展商事交易活动。

3. 信守国际条约，尊重国际惯例

凡我国缔结或参加的国际条约同我国法律有不同规定的，以国际条约的规定为准，但我国已声明保留的除外。国际惯例是国际商事交往实践中衍生出来的、被普遍接受的规范。尊重国际惯例要求进一步完善我国的涉外商事立法，使之尽可能地与国际惯例接轨。在处理我

国涉外商事立法没有明确规定的问题时，应按国际惯例来处理，以减少执法中的摩擦和冲突。

（二）中国涉外商事法律制度的渊源

中国涉外商事法律的渊源包括国际渊源和国内渊源。

1. 国际渊源

我国涉外商事法律的国际渊源包括我国缔结或参加的国际商事条约，以及国际商事惯例。关于国际商事条约，除我国参加的国际商事公约外，还包括我国与世界许多国家和地区签订的贸易协定、保护投资协定、避免双重征税协定等国际商事协定。这些多边或双边的国际商事条约、协定，是我国涉外商法的重要渊源。

关于国际商事惯例，只要我国当事人在对外商事交往关系中选择适用某惯例规则，则该惯例规则即对该当事人具有相当于法律的约束力。实践中，我国对国际商事活动中的国际惯例，历来给予高度重视，并严格予以遵守。

2. 国内渊源

因受经济发展水平等多种因素的制约，我国与世界上大多数国家一样，目前还无法做到对涉外商事活动和国内商事活动完全同等对待，这种背景下，我国制定的有关涉外商事方面的法律、法规就成为我国涉外商事法律的国内渊源，其内容主要涉及以下几个方面：对外贸易、货物运输、海商法律、知识产权保护、产品责任、金融服务、利用外资、涉外税收、涉外商事诉讼与仲裁等。

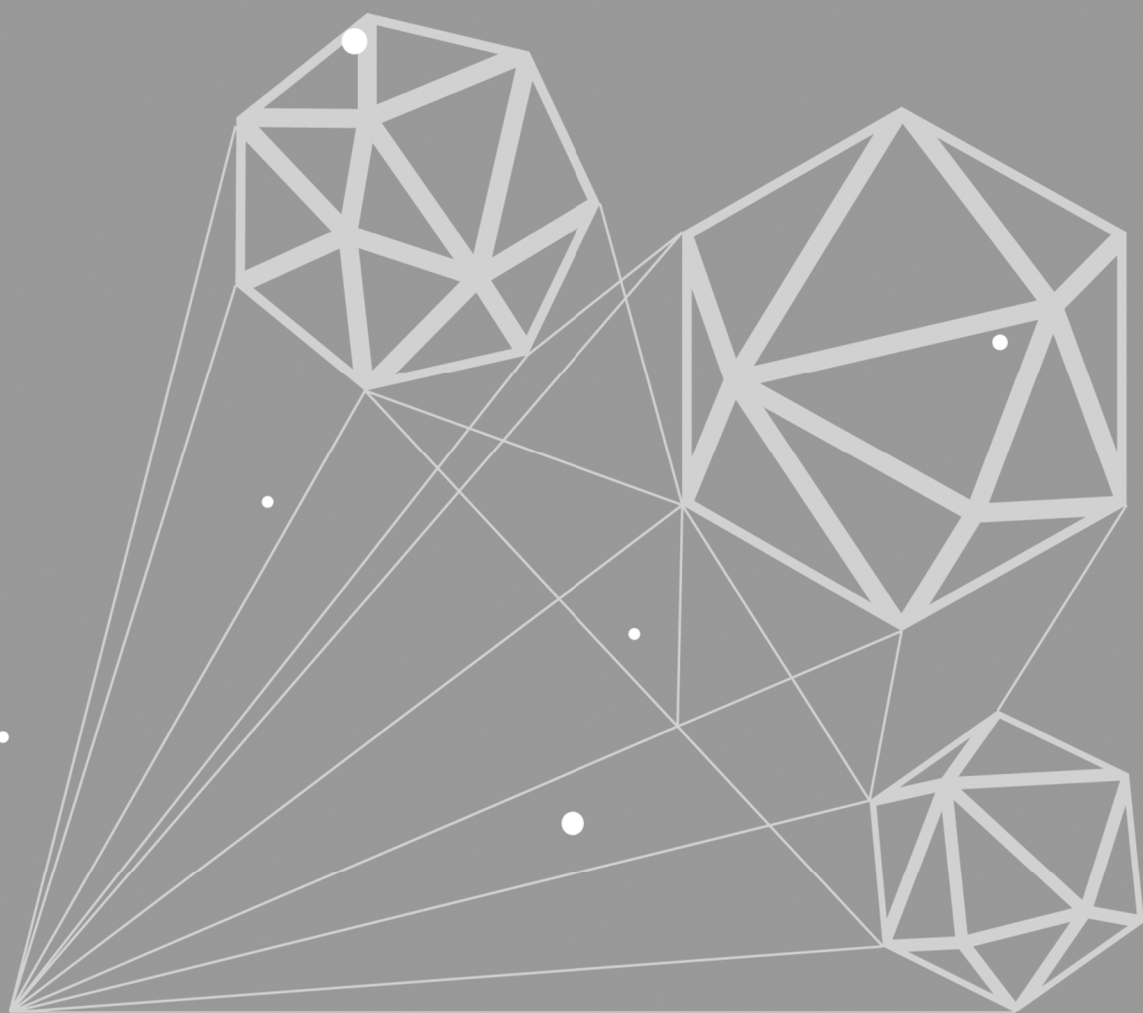
思考练习

1. 什么是国际商法？它具有什么特征？
2. 国际商法有哪些渊源？它们如何相互作用推动国际商法的发展？
3. 简述中国民商法的概念。

第二章 商事组织法

学习目标

- 了解各种商业组织的特征、设立条件和程序、资本以及组织机构。
- 掌握合伙企业、有限责任公司和股份有限公司的基本运作程序。



第一节

商事组织概述

商事组织是国民经济运行的主体和基本单位，一个国家国民经济的运转，是通过为数众多的商事组织的生产经营活动来实现的。商事组织是适应商品经济发展的需要而逐渐形成的，各个国家在实践中采取各种各样的组织形式，来适应现代商业活动和投资的需要。人们根据自己的商业目标以及有关控制权、税收、责任等方面的考虑，选择不同的商事组织形式。

从大多数国家商法的规定来看，商事组织的形式主要有个人企业、合伙企业和公司三种。

一、个人企业

个人企业（individual proprietorship）又称单人业主制企业或独资企业，是指由单个人出资、独立承担企业经营的法律责任的企业。个人企业一般不是法人，不具有独立的法律人格。企业主既是出资者，又是经营者。他独享企业的利润，也独自承担所有的风险，对企业的债务承担无限责任，即他对企业债务的赔偿责任不以企业的资本为限，他的一切个人财产都可以用来偿债。

个人企业的优势是成立简单，经营灵活简便，它几乎没有任何内部机构，不需耗费太多资源在经营管理上，企业主可自己控制经营过程的一切细节，独享利润。在税收方面，企业主只需缴纳个人所得税，无需缴纳企业经营所得税。个人企业的产权转让也较为自由。

个人企业的不足之处是企业主需承担无限责任，风险大，而且其筹集资金的能力有限，通常规模较小。所以，个人企业虽是数量最多的商事组织形式，但大多数属于中小型企业。有些国家的法律会对个人企业的经营范围做一定的限制，其设立必须得到政府部门的批准并取得营业许可证，所以个人企业通常分布在零售业、服务行业和农业等行业。此外，个人企业的一切业务往来，包括对外所签订的所有商业合同，都是以业主个人名义进行的，所以，如果企业主死亡，该企业的业务一般都必须中断。

二、合伙企业

合伙企业（partnership）是由两个或两个以上的合伙人为共同目标，共同出资、共同经营、共享利润、共担风险所组成的企业。合伙人通过订立合伙协议来成立合伙企业，合伙协议规定合伙人各自享有的权利和应承担的义务。同个人企业一样，每个合伙人对企业所欠债务负无限责任。大多数西方国家不对合伙人授予法人资格，但近年来情况有所变化，有些国家如法国、比利时、日本等国承认合伙人亦为法人。合伙企业由于资金和法律方面的限制，一般都采取中小型企业形式，主要分布在商业、零售业和服务业等领域。所以合伙企业虽然数量也较多，但其经济实力和影响并不太大。

三、公司

公司（corporation）是指依照法定条件和程序设立的，以营利为目的的社团法人组织。公司是法人，具有独立的法律人格。公司的财产大都与股东的财产区别开来，即股东对公司的债务仅以其出资额为限。公司和自然人一样，在法律上具有权利能力和行为能力，可以用公司的名义作出法律行为和诉讼行为。大多数公司的拥有者和经营管理者是分离的，负责公司日常经营管理的不是股东，而是专门的管理人员，如董事、经理等。公司作为法人可以长期存在，股东的死亡或变更不会影响公司的存续。公司是现代西方发达国家普遍采用的一种最重要的、最富有生命力的商事组织形式。公司的数量在各国社会经济中所占比例虽然不是很大，但其经济实力和影响却是其他任何商事组织无法比拟的。

第二节

合伙企业法

一、合伙企业与合伙企业法概述

（一）合伙企业的法律特征

合伙企业是由两个或两个以上的合伙人为共同目标，共同出资、共同经营、共享利润、共担风险所组成的企业。与其他商事组织相比，合伙企业主要具有以下法律特征。

（1）合伙是基于合伙合同产生的。合伙人之间的关系是一种合同关系，他们通过签订合同来确定各自在合伙中的权利和义务。

（2）合伙人共同出资。合伙人共同出资是合伙人进行共同经营的物质条件。合伙人一般可以以金钱、实物、技术或劳务出资。各合伙人出资内容和数额，可根据各合伙人的不同财力、不同情况作出不同的约定。

（3）合伙人共同经营。除非合伙合同有特别规定限制某个或某些合伙人参与经营，每个合伙人均有平等地参与合伙经营管理的权利。

（4）合伙人对合伙企业的债务负无限连带责任。合伙人以自己的全部财产对合伙企业所欠债务负责。合伙人对合伙企业债务承担着向债权人全部给付的责任，在合伙企业资产不足以清偿债务时，债权人可以要求全体合伙人、部分合伙人或一位合伙人偿还全部债务，合伙人不得以其出资或盈利分配的多少为由拒绝清偿。

（5）合伙人与合伙企业的关系密切。合伙企业是合伙人的联合，如果有合伙人死亡、退出或破产，都将导致合伙企业的解散。

（二）合伙的分类

合伙通常分为下列四类。

（1）民事合伙与商事合伙。民事合伙是指不以营利为目的的合伙和虽以营利为目的、但未达到一定程度和规模的合伙。商事合伙是指以营利为目的并且达到一定的经营规模的合伙。

（2）普通合伙与有限合伙。普通合伙是指全体合伙人享有平等参与合伙企业经营管理的权利，同时承担无限连带责任的合伙。有限合伙是指由普通合伙人和有限合伙人共同组成的合伙，前者对合伙的债务负无限责任，而后者则只负有限责任即仅以出资为限。

（3）显名合伙与隐名合伙。显名合伙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。隐名合伙是指合伙中存在合伙人不公开身份和姓名，不参与合伙的经营活动，但参与合伙的利润分配，对合伙的债务也只承担有限责任的合伙。

（4）个人合伙与法人合伙。个人合伙与法人合伙存在明显差异。主体上，前者为自然人，后者是法人。个人合伙基于相互信任，决策简单，合伙人以个人全部财产对债务负无限连带责任，财产源于个人；法人合伙需经内部复杂决策程序，以法人自有或管理财产担责，稳定性相对较高，出资多样且基于联营协议，责任承担依是否具法人资格而定，不具法人资格时可能负连带责任。

（三）合伙的法律地位

自有罗马法以来，传统立法都不承认合伙为法人，其主体资格只能是合伙人个人。其理由是：合伙一般较为松散，是人的组合，不具备法人的外部特征；它不具有独立的财产，主张合伙关系只是合伙人之间的合同关系，不具有外部的统一性，其对外活动仍然以公民个人资格进行。

随着时代的变迁和社会经济的发展，许多发达国家有关合伙的立法发生了很大的变化，不再将合伙仅作为单纯的契约关系来处理。如今，发达国家关于合伙企业的法律地位的认识概括起来主要有两种：一种是将合伙企业视为法人，如法国 1978 年重新修订的《法国民法典》第 1842 条明确规定：“除本篇第三章规定的隐名合伙以外的合伙，自登记之日起均享有法人资格。”荷兰、比利时、日本等国法律也规定合伙为法人。另一种则认为合伙企业是独立于法人之外的另一种独立的民事法律主体即非法人型经营主体，如美国《统一合伙法》第 6 条规定：“合伙是两个或更多的人作为共有人为营利进行营业的团体。”又如《英国合伙法》第 4 条第 2 款规定：“在苏格兰，商行在法律上有别于其合伙成员，且有独立的人格。”

我国《民法典》合同编中对合伙合同作出了规定，在民事主体分类方面，个人合伙并不属于法人。个人合伙在性质上一般属于非法人组织这一民事主体类型。鉴于个人合伙组织体客观存在，且其参与各类民事活动具有事实依据和经济意义，《民法典》第九百零二条规定，合伙人对合伙期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期合伙。合伙期限届满，合伙人继续执行合伙事务，其他合伙人没有提出异议的，原合伙合同继续有效，但是合伙期限是不定期。合伙人可以随时解除不定期合伙合同，但是应当在合理期限之前通知其他合伙人。同时，《民法典》第一百零二条规定非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织，非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。这意味着，合伙组织可以以字号或组织的名义参与民事活动，从而成为法律关系的主体。1997 年 2 月 23 日，第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过，2006 年 8 月 27 日，第十届全国人民代表大会常务委员会

第二十三次会议修订的《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)将合伙企业视为一种独立的民事主体。这种做法不仅符合现实需要,而且有充分的法理依据。因为合伙企业有自己独立的名称和一定的独立人格,它以自己的名义对外开展经营活动,并且以自己的名义在法院起诉和应诉;它也有相对独立和稳定的财产,合伙企业的财产在一定程度上是与合伙人的个人财产相分离的,在合伙企业进行清算前,合伙人不得请求分割合伙企业的财产;它还有相应的责任能力,主要表现在对合伙企业的债务的清偿首先是由合伙企业以合伙企业的财产进行清偿,只是在合伙企业财产不足以清偿时才由合伙人承担清偿责任。

(四) 各国有关合伙的法律规定

有关合伙的法律规定早在罗马法中就已存在,现在西方国家的法律对合伙都做了规定,大陆法系国家一般将合伙放在民商法典中加以规定。《法国民法典》第三编第四章对合伙做了专门规定。《法国商法典》则对商事合伙另作规定,此规定后来被1966年《商事企业法第66—537号》的有关规定取代。《德国民法典》也对合伙做了具体规定。

英美法系国家的合伙法是以单行法形式公布的。英国现行的合伙法是由《1890年合伙法》和《1907年合伙法》组成的。美国的合伙法属于州法,原先各有差异。为统一各州的合伙法,美国统一州法委员会于1914年起草制定了《统一合伙法》和《统一有限合伙法》,这两个标准法已为大多数州通过立法程序所采纳,其内容深受英国《1890年合伙法》的影响。

我国有关合伙的法律主要体现在《民法典》和《合伙企业法》中。《民法典》在合同编典型合同分编中专门规定了合伙合同,这延续了大陆法系将合伙视为一种契约的传统观点,不过相关规定相对原则性。其规定涵盖了合伙合同的定义、合伙事务的执行、合伙财产、合伙的利润分配与亏损分担、合伙合同的终止等基本内容。

《合伙企业法》则从主体的角度对合伙企业进行规范。它突破了单纯将合伙看作契约关系的视角,把合伙企业作为一类独立的市场主体来进行规制。该法对合伙企业的设立、合伙企业财产、合伙企业的事务执行、合伙企业与第三人关系、入伙、退伙、合伙企业解散与清算、法律责任等方面都作出了具体规定,进一步完善了我国关于合伙企业的法律制度,为合伙企业的设立、运营、变更、终止等提供了全面且细致的法律指引。

二、合伙企业的设立

(一) 合伙人的范围问题

各国有关合伙的法律都规定合伙企业要有至少两个合伙人,但对合伙人的范围问题规定不一。美国《统一有限合伙法》明确规定组成合伙的“人”包括自然人和法人,《统一有限合伙法》也规定组成有限合伙的成员无论是普通合伙人,还是有限合伙人,都可以是法人。大陆法系国家如德国、日本、瑞士等国,虽然没有美国这样明确的规定,但其法律也并没有限制或禁止法人充当合伙人的规定。我国2006年修订后的《合伙企业法》第2条规定:“本法所称合伙企业,是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。”可见,在我国合伙人既可以是自然人,也可以是法人和其他组织。

(二) 合伙协议

合伙是基于合伙协议产生的,合伙人之间须有合伙协议,以规定他们在合伙中所享有的

权利和所承担的义务。按照大陆法的规定，合伙必须有明确的协议，否则不能认为存在合伙关系。而英美法主张，合伙可以是明示的或默示的，法律并不一定要求书面形式。明示合伙是指合伙人以明确的协议表示建立合伙关系；默示合伙是指合伙人之间并未订立明确的合伙协议，但事实上建立了合伙关系。几个人只要共同拥有财产、参加管理并共同分享收益，又符合法律规定的合伙特征的，即使当事人没有直接表示要建立合伙关系，也视为合伙企业已经成立。如果合伙企业要以商行名称出现时，则一般都要订立合伙合同。我国《合伙企业法》规定，设立合伙企业应当有书面合伙协议，合伙协议应当载明下列事项：①合伙企业的名称和主要经营场所的地点；②合伙目的和合伙企业的经营范围；③合伙人的姓名或者名称、住所；④合伙人出资的方式、数额和缴付期限；⑤利润分配、亏损分担方式；⑥合伙事务的执行；⑦入伙与退伙；⑧争议解决办法；⑨合伙企业的解散与清算；⑩违约责任。

（三）合伙企业的设立登记

合伙企业的成立手续一般比较简单，有些国家要求履行申请登记手续，有些国家则不要求。大陆法系的国家大都要求合伙企业必须在商业登记册上注册登记，方能成立。英美法系的国家对普通合伙一般不要求有政府的批准登记，但要求所有的合伙组织都必须有合法的目的。英国的合伙法对合伙组织的商号名称有特别要求：合伙组织的商号一般应以普通合伙人的姓氏命名，在姓氏之后可以加“商号”（firm）或“公司”（company）字样，但无论是普通合伙还是有限合伙，其名称中均不得加“有限”字样，否则即予罚款。如果商号名称中未包含合伙人的真实姓氏或未包含合伙人真实姓名的开头字母，则要求该合伙组织必须向有关主管部门进行注册登记，并须在其一切信笺文具上提供参与商业活动人员的详情以及各人的地址（一般为营业地址）。美国法则对律师业、医师业等少数行业的合伙组织提出要求，须向主管部门申领开业执照后才能正式从业。我国《合伙企业法》规定，申请合伙企业设立登记，应当向企业登记机关提交申请书、合伙协议书、合伙人身份证明等文件。合伙企业的营业执照签发日期，为合伙企业成立日期。合伙企业领取营业执照前，合伙人不得以合伙企业名义从事经营活动。同时还规定，合伙企业名称中应当标明“普通合伙”字样。

三、合伙企业的财产关系

合伙企业的财产关系包括合伙人之间内部的财产关系，以及合伙人对外承担的财产责任关系。合伙企业的财产关系主要包括以下4个方面。

（一）合伙投资的统一管理与使用

各合伙人依照合伙协议，向合伙企业投入的财产，仍属个人所有，但应由合伙人统一管理和使用，从而保证合伙企业对投资的管理权和使用权，以实现合伙经营的目的。合伙人不得擅自抽取有关的财产和资金，以免对合伙事业造成损害，侵犯其他合伙人的合法权益。

（二）合伙积累财产的共有关系

根据英国合伙法规定，合伙财产包括：①作为合伙出资投入合伙的财产和权利财产；②基于商行利益或合伙经营目的而以购买等方式取得的财产；③用无争议属于商行资金购买的财产。其中的②、③两类财产就是合伙积累财产。

合伙企业经营所积累的财产，归全体合伙人共有。这些财产在分割以前，也由合伙企业

依据合伙协议统一管理使用，任何合伙人均不得擅自处分。

（三）合伙的盈余分配和债务清偿关系

合伙经营所得的盈余，属全体合伙人共有。各国法律有关合伙盈余分配的规定主要有以下几点：①如有合伙协议或有特别约定的，则依其约定。②合伙契约未经约定的，立法上有规定时依其法律执行。如《德国民法典》第 722 条规定：“合伙人分配损益的份额未经约定者，各合伙人应不论其出资的种类和数额，平均分配相等的损益份额。”③契约有规定按各合伙人出资的多寡而定者依其决定。如《日本民法典》第 674 条规定：“仅就利益或损失定分配比例时，其比例推定为利益、损失通用的比例。”

合伙人对合伙债务应共同负责，包括两方面：一是从合伙人内部看，合伙的债务由各合伙人按照协议的规定或出资比例，以各自的财产（不限于合伙人投资的财产，还包括合伙人个人的其他财产）承担清偿责任；二是从合伙的对外关系看，西方各国对于合伙人对合伙债务是否需承担连带责任有两种不同主张，即连带主义和分担主义。连带主义主张，合伙为共同共有的团体，合伙债务为各合伙人的共同债务，属于合伙团体。合伙人除以合伙财产为一般担保物的有限责任外，并负以自己的全部财产为担保人的无限责任，以确保合伙的信用，维护债权人的利益。大多数国家持这种主张。我国《合伙企业法》规定合伙人对合伙债务承担连带责任。分担主义则主张各合伙人对合伙债务仅各就其分担部分负清偿的无限责任，法国、日本等国持这种主张。

（四）合伙终止的财产处理

合伙终止时，如果合伙企业的财产在清偿了所有债务之后仍有剩余，所有合伙人都有权参加该剩余财产的分配，分配可依合伙协议的规定进行；合伙协议未作规定的，可按出资比例分配。

四、合伙企业的内部关系与外部关系

合伙企业事务的执行和合伙人对外代表合伙企业的行为分别构成了合伙企业的内部关系和外部关系。合伙企业事务的执行和合伙人对外代表合伙企业的行为有时是同一行为，从合伙企业内部关系看属于合伙事务的执行，从合伙企业外部关系看属于代表合伙企业对外的经营行为。合伙人在执行合伙事务时不得侵犯其他合伙人的利益，在从事对外代表合伙企业的行为时，也不得损害合伙企业的利益和交易相对方的利益。

（一）合伙企业事务的执行

1. 合伙人在合伙企业事务执行中的权利和义务

合伙人在合伙事务的执行中享有如下几项主要权利。

（1）合伙人有权参加合伙企业经营管理的权利。各国合伙法都规定每一合伙人都可参加合伙业务的管理，在正常的业务范围内有权相互代理。但实践中，合伙人往往通过合伙合同规定由某位或某几位合伙人负责合伙企业的日常业务往来。

（2）合伙人有权对合伙事务执行进行监督的权利。不参加合伙事务执行的合伙人有权监督执行事务的合伙人、检查其执行合伙企业事务的情况，有权了解合伙企业的经营状况，有权

查阅合伙账册。

(3) 合伙人有对合伙事务的表决权。对合伙企业有关事项通过表决作出决议时，合伙人通常有参与表决的权利。

合伙人在合伙企业事务的执行中负有如下几项主要义务。

(1) 合伙人有忠实的义务。每个合伙人在执行合伙企业的事务时，须对其他合伙人负“绝对忠诚”之责，不得谋私利，不得欺诈，必须向其他合伙人提供合伙企业的真实账目和一切情况。合伙人不得私自以合伙企业的名义与自己订立合同，否则由此所产生的利润归合伙企业。

(2) 合伙人有竞业禁止的义务。任何合伙人均不得经营与合伙企业相竞争的事业。合伙人若利用其职权或充分了解合伙企业内部状况的有利地位，与合伙企业竞争，就会损害其他合伙人的利益；若合伙人利用职权或充分了解合伙企业内部状况的有利地位而经营与合伙企业相竞争的事业，以此所得到的利润应归合伙企业所有。

(3) 合伙人有严格按照委托或决议的要求，执行合伙企业的事务的义务。被委托执行合伙企业事务的合伙人，应当严格按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行合伙企业事务，否则其他合伙人有权撤销对其委托的权利。

合伙人必须严格履行上述义务，对其他合伙人负“绝对忠诚”之责。

2. 合伙企业事务执行的方式

合伙人原则上都有参与合伙企业事务执行的权利，但各国法律对于具体的合伙企业事务执行的方式有不同的规定，实践中也有各种不同做法，归纳起来，主要有三种方式：合伙人全体执行事务、部分合伙人执行事务和委托第三人执行事务。

(1) 合伙人全体执行事务。如《德国民法典》第 709 条规定：“合伙的事务应由合伙人全体共同执行；每项事务须经全体合伙人的同意。”中国《合伙企业法》规定，根据合伙协议的约定或者全体合伙人决定，可以委托一名或数名合伙人执行合伙企业的事务。但下列事务必须经由全体合伙人同意：①改变合伙企业的名称；②改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；③处分合伙企业的不动产；④转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；⑤以合伙企业名义为他人提供担保；⑥聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

(2) 部分合伙人执行事务。即依照合伙协议，由合伙企业的一名或数名合伙人执行合伙企业事务，对外代表合伙企业，其他合伙人不再执行合伙企业事务。如中国《合伙企业法》规定，根据合伙协议的约定或者全体合伙人决定，可以委托一名或数名合伙人执行合伙企业的事务。但值得注意的是，这种委任的范围只限于合伙事务的执行，不属于事务执行的事项不能以合伙协议委任于事务的执行人，如合伙协议的变更，合伙人的加入、开除，合伙的解散等。

(3) 委托第三人执行事务。这种方式是指合伙企业可以聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员，在授权的范围内执行合伙企业的事务。

(二) 合伙的外部关系

合伙的外部关系是指合伙企业与第三人的关系。合伙企业作为法律上的经营主体，必然要与第三人发生法律关系，这种法律关系具有以下几个特点。

(1) 合伙人之间适用相互代理原则。即每个合伙人作为其他合伙人的代理人，在经营合伙企业通常的业务中所做的行为及由此而产生的后果，对合伙企业和其他合伙人均有约束力。

英国《合伙法》第5条规定：“任何以通常方式执行业务的合伙人，其行为对合伙企业及其合伙人产生约束力，除非：①为该行为的合伙人对执行该项业务无权力；②与之进行交易的第三人知道该合伙人无此项权力；③与之进行交易的第三人不知道或不认为该人是合伙人。”英国《合伙法》还规定，合伙人具有以下无需授权的默示代理权：出售合伙企业的货物、购买合伙企业通常所使用的货物、支付合伙企业的债务、雇用人员、以企业名义发行和承兑流通票据、为企业贷款并以企业的货物作抵押、委派律师参加诉讼等。合伙人就上述事项同第三人订立的合同，对合伙企业和其他合伙人都具有约束力。

(2) 合伙人之间约定的对某个合伙人权力的限制，不得用来作为对不知情的第三人的抗辩。也就是说，如果合伙人的代表权有限制而该限制不为善意的第三人所知的话，则该合伙人与善意第三人之间进行的交易行为对合伙企业有效。但是，如果第三人与某一合伙人进行交易时，明知该人不具有这种权利而与其发生法律行为，则合伙企业和其他合伙人对该人的行为不负任何责任。

(3) 如果执行合伙事务的合伙人在执行合伙企业事务的过程中对他人造成损害，侵害了他人的合法权益，该侵权行为的后果应由合伙企业承担。合伙企业只能依据合伙企业内部规章或合伙协议追究合伙人个人的责任。

(4) 合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿；合伙企业财产不足以清偿其到期债务的，合伙人应当承担无限连带清偿责任，合伙人内部有关债务承担份额的约定不得对抗合伙企业的债权人。如果合伙人所清偿的数额超过其应当承担的份额时，有权向其他合伙人追偿。

(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以清偿其个人所负债务时，该合伙人只能以其从合伙企业中分取的收益进行清偿；债权人也可以依法请求法院强制执行将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

(一) 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。

许多国家法律规定，合伙企业要接纳新合伙人必须得到全体合伙人的同意，如果合伙人中有人表示异议，入伙便不能成立。如《法国民法典》第1861条规定：“合伙企业成立后，非经全体的同意，不得允许他人加入为合伙人。”中国《合伙企业法》第43条也规定：“新合伙人入伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。”

除入伙协议另有约定外，一般情况下新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等义务。对于新合伙人，在其入伙前合伙所负的债务，大多数国家认为不需承担责任。而有的国家，如日本、瑞士等国法律未作明确规定。中国《合伙企业法》则明确规定：“新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。”

（二）退伙

退伙是在合伙企业存续期间，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。根据退伙的事由，可将退伙分为声明退伙、法定退伙、协议退伙和除名退伙。

1. 声明退伙

声明退伙指依一方的意思表示终止合伙人与其他合伙人之间在合伙契约中的法律关系，是一种单方的法律行为。有的国家主张退伙人声明只需告知其他合伙人，如德国等；有的国家则主张退伙人声明须得到其他合伙人的同意，如法国等。关于声明退伙的时间，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。中国《合伙企业法》的有关规定是：“合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务的执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前 30 日通知其他合伙人。”

2. 法定退伙

法定退伙是指不基于合伙人的意思，而依法律规定的一定事由而当然发生的退伙。如《日本民法典》第 679 条规定，法定退伙事由有：①死亡；②破产；③禁治产；④除名。中国《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：①作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；②个人丧失偿债能力；③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；④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；⑤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。”此外，合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的合伙人退伙。

3. 协议退伙

协议退伙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。中国《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：①合伙协议约定的退伙事由出现；②经全体合伙人一致同意；③发生合伙人难以继续参加合伙的事由；④其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。”

4. 除名退伙

除名退伙指合伙企业根据某种正当理由，将某一合伙人从合伙企业中除名而使该合伙人退伙。中国《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：①未履行出资义务；②因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；③执行合伙事务时有不正当行为；④发生合伙协议约定的事由。对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起 30 日内，向人民法院起诉。”

退伙一旦成立，即发生相应的法律效力，主要表现在：①合伙资格的丧失；②退还退伙人在合伙企业中的财产份额；③退伙人对退伙前已发生的合伙企业债务继续承担责任。

六、合伙的解散与清算

合伙的解散有两种情形：一种是协议解散；一种是依法解散。协议解散是指合伙依合伙

人之间的协议而解散，可以是在合伙合同中规定的合伙的期限，当期限届满时就宣告解散；也可以不在合伙合同规定期限，而在事后另行达成协议，宣告合伙企业的解散。依法解散是指合伙依照法律规定而解散，主要有以下几种情形：①除合伙协议另有规定外，合伙人之一死亡或退出合伙企业，合伙企业即告解散；②当合伙企业或合伙人之一破产时，合伙即告解散；③如因发生某种情况，导致合伙企业所从事的事业成为非法时，合伙即告解散；④如发生了战争，合伙人之一成了敌国公民时，合伙即告解散；⑤如合伙人之一永久地精神失常，或永久地不能履行合伙合同中所应承担的责任，或某一合伙人犯有渎职罪，或发生了某种情况致使合伙企业只能在亏损的情况下进行经营，则任何合伙人有权向法院提出申请，要求法院下令解散合伙。中国《合伙企业法》根据本国的实际情况，在第85条对合伙企业的解散事由做了如下规定：“合伙企业有下列情形之一的，应当解散：①合伙期限届满，合伙人决定不再经营；②合伙协议约定的解散事由出现；③全体合伙人决定解散；④合伙人已不具备法定人数满30天；⑤合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；⑥依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；⑦法律、行政法规规定的其他原因。”

合伙解散后，就要对合伙财产进行清算。清算由合伙人全体或由其选任的人进行。清算人的选任，以全体合伙人的过半数来决定。合伙清算，并非合伙事务的执行，因此，除有约定或选任者外，合伙事务执行人不能执行清算。

清算人的事务主要有：①了结合伙事务。即对合伙企业已经存在或正在进行的业务着手了结。②收取合伙债权。对合伙企业所享有的债权，清算人应及时收取。③清偿合伙债务。对于已到期的合伙债务，应先以合伙财产清偿。对于尚未到期的或正在诉讼中的债务，应从合伙财产中提取清偿所必需的数额加以保留。如果合伙企业财产不足以清偿合伙的债务，合伙人须对余债承担责任。④返还合伙人出资。清算人在清偿合伙的债务或提取必需的数额后，应以剩余的合伙财产偿还各合伙人的出资。⑤分配剩余财产。在偿还合伙人的出资后还有剩余财产时，应依合伙协议规定或按出资比例分配。

第三节

公司法

一、公司法总论

（一）公司与公司法概述

1. 公司的概念与特征

公司（corporation）是指依照法定条件和程序设立的，以营利为目的的社团法人组织。公司具有以下几个法律特征。

（1）公司以营利为目的。公司是以营利为目的的经营组织，设立公司的目的就是获取利

润,实现资产的保值增值,而且是连续不断地从事同一性质的经营活动,不是偶然地从事一两次的营利活动。公司的营利性特点使之与行政管理机关、公益社团法人等区别开来。

(2) 公司是独立的法人。各国的公司法都赋予公司特别是有限责任公司和股份有限公司以法人地位。公司作为法人,具有独立的法律人格,具体表现在:一是公司财产独立。公司财产虽然是由组成公司的成员(股东)出资构成的,但股东一旦把自己的财产交给公司,该财产就与股东的其他财产相分离,由公司独立支配,股东再也无权直接处置该财产。二是公司意志独立。公司法人作为法律拟制的产物,具有独立的权利能力和行为能力。尽管公司在设立之时,其权利能力的设定要受到创立人意志及国家意志的影响,但公司一旦成立,在其存在的整个期间,便以其独立健全的组织机构(即公司的机关)为其意思机关,独立地为意思表示,享受权利并承担义务。三是公司责任独立。公司责任独立意味着公司以其全部资产对公司债务承担责任,即使公司的全部财产不足以偿还公司债务,公司的债权人也不能向公司的成员(股东)追索,即股东承担有限责任,仅以其出资额为限对公司承担责任,而不直接对公司债权人负责。股东的有限责任被称为公司法人制度的基石。

(3) 公司必须是依照公司法的规定登记注册而设立的。公司设立的目的、程序和条件等都必须符合公司法和其他有关法律的规定。只有依照法定条件和程序、经法定机关注册登记的才能具有独立的法律人格。

2. 公司的独立法人格与公司法人格之否认

公司法人人格制度的产生,尤其是股东有限责任制度的确立,被西方学者誉为“现代社会最伟大的独一无二的发明”。有限责任制度在分散投资风险、刺激投资欲望、扩大经营规模、降低公司成本等方面的优势推动了经济的迅速发展。然而,公司法人人格制度也并非完美无瑕,尤其在现实经济生活中,由于在观念和制度上将公司独立人格和有限责任制度绝对化,使其出现了一定程度的不合目的性。其缺陷和弊端主要体现在以下几方面。

(1) 对债权人失有公正。公司以公司的全部财产对外独立承担责任,一旦公司出现资不抵债的状况,股东由于有了有限责任的保护屏障,公司债权人不能穿过公司的面纱,直接向股东行使追偿权,从而使公司债权人承担了本应由股东承担的投资风险损失。

(2) 为股东特别是控制股东、董事滥用公司的法律人格提供了机会。由于控制股东、董事在公司法律架构中所处的优势地位,他们可能利用这种地位做出一些有损公司中小股东或债权人利益,但有利于其自身利益的不法行为;也可能利用公司的独立人格,规避法律义务,为自己谋取非法所得;还可能利用公司的独立人格,隐匿财产、逃避清偿债务等。

(3) 成为规避侵权责任的工具。在现代工业社会中,产品致人损害的侵权行为日益普遍,任何不特定的当事人均可能因各种侵权行为遭受损害,而成为非自愿债权人。如果出现公司财产不足以赔偿他们所受到的损失的情况,而股东又受有限责任的保护,结果就是让受害者来承担由公司的冒险行为所造成的后果。

在公司高速发展的现代社会,公司独立法人人格制度的上述缺陷日益突出,因此,需要有一个相应的制度来平衡公司的股东和债权人的利益,扶正公司人格体系中倾斜的公平正义目标体系。公司法人人格否认制度便应运而生了。

所谓公司法人人格否认(disregard of corporate personality),又称为“揭开公司的面纱”(lifting the corporations veil),是指在具体法律关系中,基于特定事由,否认公司独立人格和股东的有限责任,使股东对公司债权人或公共利益直接负责的一种法律制度。自本世纪初美国法院首次提出“揭开公司面纱原则”后,这种法律制度很快被其他国家接受,无论是英美

法系国家的法律，还是大陆法系国家的法律，都以不同的方式认可了这一原则。公司法人人格否认制度并不是对整个公司法人人格制度的否定，而是针对公司独立法人人格制度在某些特定情况下表现出来的不合理性加以弥补，意欲使公司法人人格制度能更好地存在和发挥作用。因而，各国在司法实践中对公司法人人格否认的适用都采取极其慎重的态度，即使在英美法系国家，法官在决定是否“揭开公司面纱”时所要求的条件也相当严格；在大陆法系国家，则一般均要通过立法严格规定公司法人人格否认适用的条件和程序。

关于公司法人人格否认具体的适用情形，各国法律规定不一，有的国家适用范围较窄（如英国），有的国家则较为宽泛（如美国），总的归纳起来，主要有以下几种情形。

（1）利用公司法人人格规避法律义务。这通常是指受强制性法律规范制约的特定主体，应承担作为或不作为之义务，但其利用新设公司或既存公司的法人人格，人为地改变了强制性法律规范的适用前提，以达到规避法律义务的真正目的，从而使法律规范本来的目的落空。

（2）利用公司法人人格规避契约义务或侵权债务。较为常见的利用公司法人人格规避契约义务的情形有：①负有竞业禁止等契约上不作为义务的主体，设立由自己支配的公司来实施这些行为，以回避自己的义务；②通过设立公司，逃避个人合同义务；③负有交易上巨额债务的公司的支配股东为逃避债务而解散公司或者设立一个新公司，并将原公司财产转移至新设公司，使原公司空壳化。利用公司法人人格规避侵权债务的情形主要有两种：一种类似于上述利用公司法人人格规避契约义务的第三种情形，负有侵权之债的公司的支配股东将原公司解散，设立一个新公司，将原公司财产转移至新设公司，使原公司空壳化，以达到逃避侵权债务的目的；另一种情形是一些经营高风险业务的公司，为了分散风险而将一家公司分割成数家公司，以逃避可能发生的侵权债务。

（3）公司资本金不足。这里所讲的公司资本不足，并不是指公司的资本未达到法定最低资本额，而是指公司未具有充足的财产来应付其预期应承担的合理的义务。

（4）公司法人人格形骸化。这是指公司与股东完全混同，在债权人看来股东与公司浑然一体、难以区分，造成一种股东即公司、公司即股东的局面。这种情形在母子公司及一人公司中表现得最为典型。

公司法人人格否认制度作为公司法人制度的必要的、有益的补充，其产生是历史发展的必然。它体现了法律对实质意义上的公平和正义的追求，有力地保护了债权人的利益，使股东、公司、债权人三者的利益又趋于平衡。目前，公司法人人格否认制度在西方发达国家被广泛接受，成为现代公司法人制度的重要组成部分。在我国，公司法人人格否认制度还未在正式立法中得到确立。但是，随着我国市场经济发展的加快，在我国的经济生活中股东滥用公司人格现象时有发生，由于缺乏明确的法律规定，这些损害债权人利益、危害我国正常经济生活的现象得不到相应的规制。因此，尽快建立我国的公司法人人格否认制度已是大势所趋。

3. 公司的分类

依照公司股东对公司债务所承担的责任、公司的组成形式、获取资本和资金的途径、经营管理结构、股东权益的转让等因素的不同，可将公司分为如下几类。

（1）无限责任公司。无限责任公司是指由两个以上的股东组成的，股东对公司债务负无限连带清偿责任的公司。其特点如下：①股东对公司的债务负无限清偿责任。股东要以自己的全部财产对公司所欠债务负责，当公司资产不足以清偿公司债务时，股东需以自己的个人财产来偿还债务。②股东对公司债务负连带责任。股东无论其出资种类、数额及盈亏分配的

比例如何,对公司债务承担着向债权人全部给付的责任。在公司资产不足以清偿债务时,债权人可以要求全体股东、部分股东或一位股东予以偿还全部债务,股东不得以其出资或盈利分配的多少为由拒绝清偿。如果全部债务仅由一个股东偿还,则他可保留向其他股东要求偿还应分担的那部分债务的权利。③公司的所有权和经营管理权是统一的,股东有权直接参加管理公司事务。无限责任公司是建立在合资者之间密切关系的基础之上的,其信用来自股东本身而不是资本。公司经营状况的好坏与股东的利益密切相关。④公司的账目无须向公众公开。

无限责任公司在许多方面的特点与合伙企业相似,但很多国家承认无限责任公司为法人而不承认合伙为法人。虽然无限责任公司具有一些有利之处,例如它具有法人地位,其设立和解散的手续简单等,但由于其股东须承担无限连带责任,风险太大,所以在现代西方国家中,无限责任公司数量并不多。

(2) 有限责任公司。有限责任公司是指由法律规定的一定人数的股东组成,股东就其出资额对公司债务承担责任的公司,其与英国的“private company”和美国的“closeheld company”类似。有限责任公司是西方国家中数量最多的一种重要的公司形式,许多中小企业往往采取这种形式。随着法人持股和相互参股的普遍化,有限责任公司已不只存在中小企业领域,也进入了大型企业领域,在经济生活中发挥着日益重要的作用。

(3) 两合公司。两合公司是指由承担有限责任的股东和承担无限责任的股东联合组成的公司。负无限责任的股东对公司债务承担无限连带清偿责任,他们享有代表和管理公司的权利,如果转让股份,须经其他股东全体同意。负有限责任的股东对公司债务的责任仅以其出资额为限,他们无权代表和管理公司。如果转让股份,无需经全体股东同意,只要无限责任股东同意即可。两合公司的无限责任股东之间的关系,与无限责任公司股东之间的关系相同。可以说,两合公司是无限公司的进一步发展,在许多基本问题上仍然适用有关无限公司的规范,如《德国商法典》第161条就两合公司的规定载明:“凡在本章没有特别规定的,准用有关无限公司的规定。”两合公司这种商事组织仅见于大陆法系国家,它类似于英美法系中的有限合伙,但与有限合伙不同的是,它具有法人资格。

(4) 股份有限公司。股份有限公司是指以确定的资本分为等额的若干股份,由一定人数以上的有限责任股东所组成的公司。股份有限公司通过发行股票,公开向社会募集资金,其股东人数一般较多,而且股东的变更较频繁,因为股份有限公司的股票可以自由转让而无需通知其公司或其他股东。股东仅以出资额为限对公司的债务承担责任。股东一般不直接参加公司的管理,而是由专门的管理人员如董事、经理等负责公司的一切日常经营活动。股份有限公司是现代西方国家作用最大、地位最重要的一种公司形式,主宰着西方各国的政治、经济和社会生活。

4. 各国有关公司的法律规定

大陆法系国家早期的公司法主要出现在民商法典中。随着公司在社会经济活动中的作用和影响的日益扩大,以及公司本身问题的复杂性与特殊性,大陆法系中的许多国家将公司法从民商法中分离出来,制定成单行的法规。目前大陆法系国家中仅有日本、意大利、瑞士、瑞典等少数国家,仍将公司法放在民法、商法典中。

英美法系的国家关于公司的规定一般采取单行法的形式。英国的公司立法始于1825年,1856年制定了第一部规范股份有限公司的公司法。美国的公司法属于州法,每个州都有各自的公司法,没有一部统一的联邦公司法。美国律师协会于1933年起草了美国《标准公司法》,

供各州制定和修改公司法时参考，其本身没有法律约束力。目前，美国已有 40 多个州采用了 1984 年的《修订标准公司法》的规定。

各国在制定公司法后，又根据经济发展和公司变化的需要，不断予以充实和完善。特别是第二次世界大战后，各国普遍对公司法进行调整，或制定新的公司法，或对原有的公司法进行修订，使之更科学、完善。例如：法国 1966 年摒弃了原有的单行法规和《商法典》中规定公司的体制，重新制定了一部公司法，该公司法以内容充实、结构严谨著称。日本于 1950 年、1962 年、1974 年、1981 年分别对股份有限公司法进行了修订。英国于 1967 年、1972 年、1981 年分别对 1948 年制定的公司法作了重大修改。西方国家对公司法修改的普遍倾向是，国家通过法律手段来加强对公司的监督和管理，增强国家对整个国民经济的宏观调控能力。例如，在对公司行为的监督方面，法国 1966 年制定的公司法规定，资金超过 30 万法郎的有限责任公司，必须执行审计制度，股份有限公司的财务报告需经公共审计员负责审查。日本 1974 年修订的股份有限公司法，强化了监察机关的地位，使监察机关在行政职权上更具有独立性，并对大公司的财务监察实行公共管理，即由公选会计师或监察人以财务监察人的身份参与监察工作，强制性地从外部进行监察。此外，各国还充实了一些与公司法相关的法律法规，如公司登记法、证券法、证券交易法、税法、反垄断法等，形成了较为系统的公司法律制度。

近年来，由于国际商品交换的日益扩展，各种国际组织和跨国公司的大量涌现，各国公司法出现了统一化的趋势，这种趋势主要表现在两个方面。

(1) 各国在新制定和修改公司法时，尽可能地吸收其他国家的立法长处，使本国法律与之趋同。例如，原属大陆法系国家的日本在“二战”后对公司法进行了修改，其公司法吸收了许多美国法的内容；英国为配合欧共体的一体化过程，多次修订其公司法，使之与大陆法协调起来。

(2) 编纂普遍适用的统一公司法。最有代表性的是欧洲经济共同体（EEC）为协调各成员国公司法，由欧共体委员会起草发布了一系列“关于共同体公司法的指令（Directives）”。这些指令虽然不能对各成员国的公民或公司直接发生效力，但各成员国有义务通过制定或修改相应的国内法，使“指令”转化为其国内法，以约束本国的公民和公司。

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上通过了《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》），并于 1994 年 7 月 1 日起实施。该法的颁布与实施，是中国公司立法的一个重要里程碑。它从法律上确认了公司这种现代股份制企业的典型形式，打破了中国传统企业立法以所有制性质分类立法，使企业处于不平等的法律地位的状况。它标志着中国的公司进入了规范化阶段，公司的设立、组织机构、合并分立、解散终止等行为都有法可依了。公司法的颁布，还将促进与之相联系的证券法、国有资产管理法、破产法、社会保险法、工资法、统一的企业所得税法等一系列法律法规的建立与完善。

（二）公司的设立

公司设立是指发起组建公司的人为组建公司，并使其获得法人资格而进行的一系列法律行为的总和。

1. 公司设立的原则

各国公司设立的原则随着时代的变迁和公司类型的发展而发生变化，概括起来，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,是指公司的设立完全由设立人自由为主,法律不加干涉。公司的设立没有任何的法定条件和程序,公司一经组成便具有法律上的人格,无需注册登记。自由主义存在于欧洲中世纪公司制度发展的早期阶段,其理论基础是:公司设立行为不过是发起人之间的利益分配关系,具有交易行为的一般属性,所以应当遵循意思自治原则。由于自由主义容易造成公司泛滥,危及债权人的利益,不利于维护正常的经济秩序,后来被其他原则取代。

(2) 特许主义。特许主义是指公司的设立须经由国家元首或立法机关予以特许,方能设立。特许主义盛行于 17 世纪至 19 世纪的英国,例如,1600 年成立的英国东印度公司就是由英王伊丽莎白一世特许成立的。后来,特许主义由国家元首特许发展为由国家立法机关制定法律特许,例如,法国通用电气公司等五家国营工业公司,就是根据法国 1982 年 2 月 11 日颁布的第 82—155 号法令(即国有化法令),对通用电气公司等 5 家私营工业公司实行国有化而设立的。

(3) 核准主义。核准主义指公司的设立除必须具备法律规定的条件和履行法定程序外,还须经政府行政主管部门的审查和批准。核准主义创设于法国路易十四时代制定的《商事条例》,后为德国等许多国家所采纳。核准主义虽比特许主义进步多,大大简化了公司设立的手续,但随着社会经济的高速发展,核准主义对公司设立的限制仍显得过于严格,不能满足公司发展的需要,后逐步被准则主义取代。

(4) 准则主义。准则主义是指由法律对公司设立的条件作出规定,凡是具备这些法定条件的,不必经过政府行政主管部门批准,可直接向登记机关申请成立公司。准则主义简化了公司的设立程序,便于公司及时设立,但容易造成滥设公司,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. 公司设立的方式

公司的设立主要有两种方式,即发起设立和募集设立。

(1) 发起设立。发起设立也称共同设立或单纯设立,是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。发起设立的认购是在发起人中进行的,不向社会其他公众发行股票,由发起人协商认购公司的全部股份或公司首次发行的股份,发起人应按照认购的股份数向公司缴纳股款。这种设立方式的特点是设立程序简单,设立所需时间短、成本低,适合中小型公司采用。

(2) 募集设立。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,其余部分向社会公共募集而设立公司。募集设立区别于发起设立的主要之处在于向发起人以外的社会公众募股,所以程序较复杂。为了防止不具有一定经济能力的发起人完全凭借他人资本开办公司,各国公司法一般都对发起人认购的股份有最低额的限制。例如中国公司法规定,发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%。

3. 公司章程

公司章程是公司本身制定的规定公司各方面原则的重要文件,是公司的行为规范。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。许多国家的法律规定,章程必须经主管机关核准或公证机关公证才能发挥效力。如《德国有限责任公司法》规定,公司章程经全体股东签名同意通过后,必须采用公证形式。中国《公司法》第 46 条规定,股东应当在公司章程上签名或者盖章。公司章程经公司登记机关核准登记后,对公司具有约束力。

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（英国称为“Memorandum of Association”，美国称为“Article of Incorporation”）和公司内部细则（英国称为“Articles of Association”，美国称为“By-Laws”）。前者是规定公司对外关系的法律文件，主要包括公司的名称、宗旨、公司种类、经营范围、资本等内容；后者是处理公司内部事务的法律文件，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。公司内部细则被视为是公司组织大纲的补充，不必提交注册登记机关备案，也不必向公众公布，因而只能在公司内部生效，不能对抗善意第三人。如果公司内部细则与公司组织大纲发生冲突时，则以组织大纲为准。

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根据法律规定必须记载于公司章程中的条款，否则章程无效。各国公司法对公司章程的绝对必要记载事项都加以明确规定，一般包括公司的名称、住所、注册资本、组织机构等。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程的事项。综合德国股份公司法第26条、27条、日本商法典第168条、法国公司法施行细则第55条等的规定，章程的相对必要记载事项有：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。这些事项如果被载入公司章程，便产生法律效力；如果未被载入公司章程，则不产生法律效力，但不影响整个公司章程的法律效力。任意记载事项是指在不违反法律的强制性规定、公共秩序和善良风俗的前提下，由公司设立人根据实际需要自行决定是否记载的事项。这些事项如果被记载入公司的章程，便产生与其他事项同样的法律效力。如不加以记载，也不影响整个公司章程的法律效力。

（三）公司资本

1. 资本的概念与特征

公司资本是指在公司成立时由公司章程所确定的由股东出资构成的公司财产总额。公司资本具有以下主要特征。

（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，也包括股东负有分期缴纳义务的尚未投入的资金。

（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. 公司资本的基本原则

为了保护债权和交易安全，传统公司法确认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。此原则是指公司在设立时，必须在章程中对公司的资本总额作出明确规定，并由股东全部认足，否则公司不能成立。这一原则为一般大陆法系国家公司法所确认，它能够有效地保证公司的资本真实、可靠，防止利用公司进行欺诈和投机的行为发生。

（2）资本维持原则。此原则又称为资本充实原则，指公司在其存续过程中，应经常保持

与其资本额相当的财产。这一原则在各国公司法中具体有如下规定：①亏损必先弥补。公司缴纳所得税后的利润，必须先用于弥补公司的亏损，在公司弥补了亏损后仍有盈余的，才允许分配股利。②无利润不得分配股利。公司在虽无亏损却无利润的情况下，也不得分配股利，以免造成公司资本总额的减少。③债务不得抵消。公司作为法人，具有独立的人格，公司与股东在法律关系上是两个独立的主体，所以，公司的债务人不得以其对股东个人的债权，主张与其所欠公司的债务相抵消。④股票的发行价格不得低于股票的面值。股份有限公司的股份表现为股票，如果公司以低于票面值的价格发行股份，会影响公司资本的实际财产价值。资本维持原则为各国公司法所确认，因为它有利于防止因公司资本减少而危害债权人的利益，防止股东对盈利分配有过高要求，确保公司本身业务活动的正常开展。

(3) 资本不变原则。此原则是指公司的资本一经确定，即不得随意改变，如需增加或减少资本，必须严格依法定程序进行。公司资本不变，并非绝对不能改变，而是指不得随意改变。公司成立后，如果情况发生变化而需要改变公司资本，只要依照法定程序办理有关手续，仍然可以改变。资本不变原则与资本维持原则一样是为了防止因公司资本总额的减少而导致公司责任能力的减弱。

3. 公司资本制度

根据西方国家公司法律的规定，公司资本制度有三种：法定资本制、授权资本制和折中资本制。

(1) 法定资本制。它是指公司章程中所载明的公司资本额，在公司设立时必须全部由股东认购完毕，否则公司不得成立。公司如增加资本必须经股东大会作出决议，变更公司章程中的资本数额，并办理相应的变更登记手续。法定资本制有利于保证公司资本真实、可靠，防止公司设立中的欺诈、投机行为，但对资本充足的要求过于严厉，限制了公司的成立速度。法定资本制为德国、法国等多数大陆法系国家所采用。

(2) 授权资本制。它是指公司必须在公司章程中载明授权资本的数额，但在公司设立时，不必按授权资本的数额全部发行股份，而可以先发行一部分，其余则留待日后根据公司业务发展的需要决定是否发行。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。授权资本制为英国、美国、荷兰等国所采用。

授权资本制使公司资本内容趋于复杂化，具体表现为如下三种不同形态：①授权资本 (Author ized Capital)，又称核准资本或名义资本 (Nominal Capital)，是指公司依照章程规定有权通过发行股票而募集的资本总额。由于授权资本并不要求发起人或股东全部认足，所以它并不是公司实际拥有的资产，而是代表公司发行股份的最高限额和公司今后可能达到的规模，它只是一种名义资本。②发行资本 (Issued Capital)，是指公司实际上已向股东发行的股本总额，也就是股东已同意认购的股本总额。由于授权资本在实际上限制了发行资本的范围，所以发行资本只能等于或小于授权资本，永远不可能超过授权资本。③实缴资本 (Paid - up Capital)，是指公司股东实际向公司已经缴纳的资本。发行资本是股东同意认购的股本总额，却不是股东实缴的资本，因为股东认购了股份后，可能是一次缴清全部股金，也可能是在法律规定的一定期限内分数次缴清。

(3) 折中资本制。它又被称为认可资本制，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，实质上多为折中资本制，如日本等国的公司法。

4. 资本的增加和减少

(1) 公司资本的增加。公司资本的增加简称增资，是指公司成立后依照法定条件和程序增加公司的资本总额。

有限责任公司增资的方式通常有两种：一种是按原有的出资比例增加相应的资本，增资后各股东的出资比例不变；另一种是通过增加新股东并增加新的出资的方式。股份有限公司增资的方式主要有：①发行新股，即公司在原定股份总数之外发行新的股份。新增的股份既可由原有股东优先认购，也可向社会公开出售。向原有股东发行新股时，既可采取由原有股东另外缴款购买新股的方式，也可采取将股息红利转换为股票的方式；向社会发行新股时，可采取出售新股票和将可转换公司债转换成公司股份两种方式。②增加股份余额，即公司在不改变原定股份总数的情况下增加每一股份的金额。这种方式的增资只能在原有股东内部进行。

公司增资必须依法定程序进行。一般来说，公司增资须经股东大会通过增资决议，并变更公司章程，然后向公司登记机关办理变更登记手续。有些国家法律对公司增资还规定了一定的限制条件。

(2) 公司资本的减少。公司资本的减少简称减资，是指公司成立后依照法定条件和程序减少公司的资本总额。

由于公司资本实际上是公司债权人利益的唯一财产担保，为保护债权人的利益，有限责任公司一般不得减少资本。有的国家虽然允许有限责任公司减资，但为债权人利益考虑，对减资的程序作出了严格的限制。如德国《有限责任公司法》第58条规定，减少资本时不仅要有股东会的特别决议，而且关于减资的决议应在规定的报纸上公告三次，同时催告公司的债权人向公司申报债权。如已向公司申报的债权人不同意减资时，公司应对其债权予以清偿或提供担保。中国《公司法》对有限责任公司的减资程序也作出了严格的限制：减资决议的作出，必须经代表2/3以上表决权的股东通过。公司决议减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上至少公告三次。债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自第一次公告之日起90日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

股份有限公司的减资，也会直接影响公司债权人的利益，而且还直接涉及股东的权益。因此，股份有限公司的减资决议应由股东大会作出，由出席股东大会的半数以上的表决权通过。减少公司发行的任何类别股份的总数，还必须报有关部门审查同意。同时，需履行与有限责任公司相同的法定减资程序。公司减少资本后的注册资本也不得低于法定的最低限额。股份有限公司减资的方式主要有：①减少股份数额，即减少股份总数，而每股金额不变。②减少股份金额，即股份总数不变，只减少每股的金额。

(四) 公司债

1. 公司债的概念与特征

公司债 (Debenture Bonds) 是指公司依照法定条件和程序，通过发行有价证券的方式，向社会公众募集资金并约定在一定期限内还本付息的债务。

与股份相比较，公司债具有如下特征。

(1) 股份的持有人为公司的股东，有权参加股东大会，对公司的重大问题行使表决权。公司债的持有人为公司的债权人，与公司是债权债务关系，无权参与公司的经营管理。

(2) 股份（普通股）一般没有固定的股利率，只有在公司有盈余时才能获得股利，且股利的多少取决于公司盈余的多少；公司债有固定的利息率，公司定期发放利息，无论公司盈利与否，都应支付约定的利息。

(3) 股份是永久性投资，股东一旦认购股份，缴纳股款之后就不能要求公司退还股金；公司债有一定的期限，到期后公司必须向公司债持有人归还本金。

(4) 当公司解散分配剩余财产时，公司债有权得到优先清偿。

2. 公司债的种类

按照不同的标准，可以对公司债进行不同的分类，主要有以下几种。

(1) 担保公司债与无担保公司债。担保公司债是指公司以其全部或部分财产作为偿还本息的担保而发行的公司债券。公司为债券提供担保的可以是公司现有的实物形态财产，也可以是公司持有的其他公司的债券或股票，还可以是其他公司（通常是母公司）的保证。

无担保公司债是指公司仅凭其信用（credit）而未提供任何担保所发行的公司债券。这种公司债既无财产抵押，又无他人作保，一旦公司到期无力清偿债务，债券持有人只能以公司一般债权人的身份对公司提起诉讼，要求清算偿还。

(2) 记名公司债与无记名公司债。记名公司债是指在公司债券上记载债权人姓名或名称的公司债券。无记名公司债是指不在公司债券上记载债权人姓名或名称的公司债券。我国《公司法》第 156 条规定，公司债券可分为记名债券和无记名债券。

(3) 转换公司债与非转换公司债。转换公司债是指可以转换为股份的公司债。转换公司债的持有人在持券后的一段时间内可以将债券转换为公司的股票，从而变成公司的股东。根据我国《公司法》第 161 条规定，上市公司经股东大会决议，可以发行可转换为股票的公司债券。发行这种债券时，应当在债券上标明“可转换公司债券”字样，公司应当按照其转换办法向债券持有人换发股票，但债券持有人对转换股票或不转换股票有选择权。非转换公司债是不得转换为股份的公司债。凡在发行债券时未约定可转换的，均为非转换公司债。

(4) 参与公司债与普通公司债。参与公司债是指当公司盈利较多，股票股利的分配比例超过债券利息率时，债权人还可以分到公司对债券增加的一定比例的利息。这种债券的利息已接近于股票的分红，具有不确定性。普通公司债是指有一定偿还期和固定利息率的公司债。绝大多数的公司债采取的是这种形式。

3. 公司债的发行与转让

各国公司法一般都对公司债的发行主体作了明确规定，许多国家将公司债的发行主体限定于股份有限公司。因为公司债涉及社会公众利益，为保障社会秩序稳定，需要限定只有规模大、偿还能力强的公司才能发行公司债。中国《公司法》根据本国国情的实际情况规定，股份有限公司、国有独资公司和由两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，为筹集生产经营资金，可以依照公司法发行公司债券。

公司债券作为有价证券，原则上可以在证券市场上自由转让。中国《公司法》第 160 条规定，记名公司债券的转让由债券持有人以背书的方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让，并由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿。无记名债券则由债券持有人在依法设立的证券交易场所将该债券交付给受让人后即发生转让的效力。