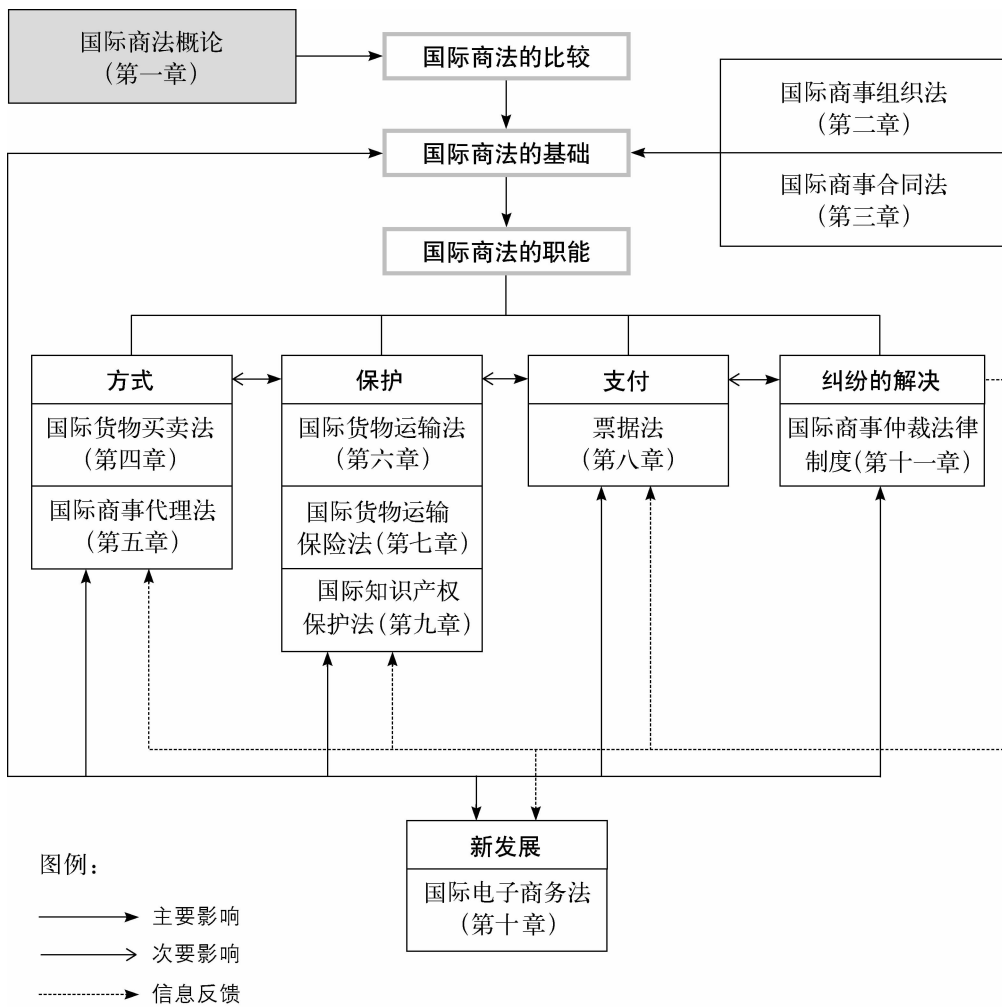


第一章 国际商法概论



国际商法结构模型

学习目标

(一) 知识目标

- 了解国际商法的概念和特征；
- 了解国际商法的产生和国际商法的渊源；
- 掌握中国涉外经济贸易法律制度的基本情况；
- 掌握世界贸易组织(WTO)的基本法律原则；
- 了解国际商法与邻近法律部门的关系；
- 掌握中国涉外经济贸易法律制度的基本原则；
- 掌握国际商法的渊源和邻近法律部门的关系。

(二) 技能目标

- 基本具备运用国际商法的基础理论处理国际贸易争端的能力；
- 能够依据西方两大主要法律体系的结构、特点对中国法律提出初步建议。

随着经济全球化进程的不断加快,国际间的贸易交往日益频繁,学习掌握国际商法知识,有利于促进中国对外贸易的发展。本章主要阐述国际商法的产生、发展及中国涉外商事法律制度等基本知识,采取对比的方法,系统地介绍国际商法的基本知识。

第一节 概 述

一、国际商法的概念

国际商法(international commercial law)是国际商事法的简称,是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总和。它包括两方面内容:一是调整国际商事交易的法律规范,即行为法部分,它强调的是各国商人(企业)之间从事国际商事活动的法律规范,尤其是贸易和投资方面的法律规范;二是调整商事组织的法律规范,调整范围是商事组织在国际商事交易活动中发生的各种法律关系。调整国际商事关系的法律规范既有国际商事条约、国际商事惯例,也包括各国调整商事关系的国内商法规范。

各国早期对商事关系的认识,最初仅限于直接生产领域和交换领域内的经济关系。随着经济全球化进程的加快,国际商事关系越来越广泛,国际商事法已从传统意义的货物买卖法演变成涉及技术贸易法、服务贸易法等领域的意义广泛的国际商事交易法。

资料卡

从词源上考察,在古代汉语中,“商”是一种计时单位,“商,刻也”,一刻称为一商。商还被用作“估量”、“推测”,“商,从外知内也。”后来,商发展为与量合用,称为“商量”,进而引申为协商之意。有时,古人还在“经常”、“赏赐”等意义上使用“商”一词。

二、国际商法的特征

(一) 国际商法具有国际因素

具有国际因素的商事关系是指商事关系的主体、客体和内容,至少有一个或一个以上具有国际因素。国际商法中的“国际”一词,并非指当代社会中通常意义上的“国家与国家之间”的意思,而是表示“跨越国界”的含义。具体来讲,它的含义包括以下三点:

(1) 主体具有国际因素,即商事关系主体的一方或双方当事人具有不同的国籍或其住所,惯常居所或营业地在不同国家。

(2) 客体具有国际因素,即商事关系的标的物位于当事人所在国之外的其他国家或地区。

(3) 内容具有国际因素,即产生、变更或消灭商事关系的法律事实发生在当事人所在国家之外的其他国家或地区。

(二) 国际商法的主要调整对象是国际商事交易

随着当代国际经济贸易交流规模的扩大,国际商事交易的内容、方式也呈现出多样化、复杂化的特点。现在,除了传统的货物贸易形式有了巨大的发展外,还出现了许多新的贸易形式,如国际技术转让、工业产权与专有技术许可贸易、国际投资、国际融资、国际合作生产、国际工程承包、国际租赁等,既包括有形的货物贸易,也包括无形的技术、劳务等服务贸易。从广义上说,这些贸易形式都可以统称为国际商事交易,都是国际商法的调整对象。

联合国国际贸易法委员会 1985 年通过的《国际商事仲裁示范法》中,“商事”一词指不论是契约性或非契约性的一切商事性质关系所引起的各种活动。例如,包括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、租赁、建造工厂、咨询、工程设计、许可交易、投资、筹资、银行业务、保险、开发协议或特许、合营或其他形式的工业或商业合作、货物或旅客的空中、海上、铁路或公路的运输。

1987 年,我国最高人民法院《关于执行我国加入的(承认及执行外国仲裁裁决公约的)通知》第 2 条规定:“根据我国加入该公约时所作的商事保留声明,我国仅对按照法律属于契约性和非契约性商事法律关系引起争议时适用该公约。所谓‘契约性和非契约性商事法律关系’,具体指的是由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系,例如,货物买卖、工程承包、财产租赁、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、信贷、保险、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,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。”

可见,国际商法所调整的商事关系的范围十分广泛,内容十分丰富,而且随着经济全球化进程的不断加快,国际商事活动的规模、方式、范围也在不断扩展。

(三) 国际商法的基本主体是商事组织

国际商法主体又称国际商事主体,是指参与国际商事交易活动,依法享有民事权利、承担民事义务的当事人。依照各国法律规定,国际商事活动的主体可以包括:

(1) 依法享有权利能力和完全行为能力的自然人。他们可以以自己的名义参与国际商事交易,从而成为国际商事主体。

(2) 具有法人资格的公司、企业。它们具有权利能力和行为能力,是国际商事交易活动最主要、最积极的参与者。法人是国际商事活动中最活跃、数量最多的部分,在国际商事关系中占有十分重要的地位。

(3) 非法人的商事组织。它们虽然不具有独立的法律地位,但依据相关法律规定,它们在一定程度上仍可参与国际商事交易活动,因而也可以成为国际商事主体。

(4) 国家。国家在少数情况下也可成为国际商法的主体,直接与外国私人主体进行商事交易活动,成为国际商事关系的一方当事人。此时,国家与外国的私人主体大体处于平等的地位。国家是国际商事法律规范的参与制定者,又是本国涉外经济法律的制定者,并在一定情况下参与国际商事交易活动。由于国家享有主权、豁免权等特殊权利,因此,国家是国际商法的特殊主体。

(5) 全球性或区域性的国际经济组织。国际经济组织在少数情况下也可以成为国际商事关系的一方当事人。它们不仅参与制定或促成制定有关调整国际商事关系的行为规范,而且有时还直接参与国际商事交易。

(四) 国际商法是一个独立的法律部门

关于国际商法的地位,学术界有不同的观点,有的认为国际商法是国际经济法的组成部分,也有的认为国际商法是国际私法的组成部分。本书认为国际商法应是一个独立的法律部门。

首先,国际商法有其自身的调整对象和独特的调整方法。国际商法以国际商事活动为调整对象,它以实体法的形式直接调整国际商事交易。

其次,国际商法存在数目众多的国际商事惯例和国际商事条约,已成为一个内容丰富、结构完备的法律规范体系,已完全具备一个独立法律部门应该具备的构成要件。它既不同于国际经济法,也不同于国际私法。正是由于国际商法具有自身的特点,很难把它归入现存法律体系中的某一个部门。

从20世纪60年代开始,国际上有些学者就主张把国际商法作为一个独立的法学领域加以研究。他们认为,国际法应该分为国际公法、国际私法、国际经济法和国际商法四个独立的法律部门,并认为国际商法是调整国际商事关系的各种法律规范的总和,是一个独立的法律部门。随着国际商事活动的日益频繁,尤其是在经济全球化进程逐渐加快的今天,跨国界商事关系已成为十分重要的社会关系,调整这种重要社会关系的法律规范应当得到其应有的地位。因此,对国际商法地位问题的研究,不仅有利于对国际商法的深入探讨,同时也有益于国际商法教学,而且更加符合国际商事关系发展的需要,有助于法律的制定和实施。

资料卡

在经济生活中,中国人曾提出了“通财鬻货曰商”、“行曰商”、“商欲农,则草必垦矣”。现代汉语中“商”一词,在英语和法语中均表述为 commerce,在德语中表述为 handels,在拉丁语中表述为 commercium,在日语中表述为“商”。按照《韦氏新国际辞典》的解释,“商事”多指商品交换行为或买卖行为;《布赖克法辞典》也认为“商”是指货物、生产品或任何种类的财物之交换;《拉威尼当代商法》则认为“商事”一词是对各种物品的交易或交换之总和。

第二节 国际商法的渊源

国际商法的渊源是指国际商法的表现形式,包括国际渊源和国内渊源两方面。国际渊源包括国际条约、国际惯例;国内渊源主要是国内立法,有些国家还包括判例法。

一、国际条约

国际条约指国家之间为确定彼此间权利义务而达成的书面协议。调整国际商事关系的国际条约是国际商法的重要渊源。国际公约和多边条约是由世界上大多数国家通过国际组织或者国际会议共同制定的行为规范。它们因多数国家参加而带有普遍性,直接构成国际商法的渊源。至于它们的效力,取决于各国政府或者各国立法机关是否签署、批准或者参加。即只有一国成为一个条约的正式成员国,条约才对该国具有法律约束力。由于调整国际商事关系的国际条约多带有私法性质,因此,有时会因国际商事关系当事人的选择而适用于具体的国际商事关系中,也可能因为条约本身规定允许当事人排除或减损条约的适用而不适用于某具体的国际商事关系中。

在国际商事贸易的众多领域中都有相关的国际公约。如在国际贸易货物买卖方面,有1964年《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》、1974年《国际货物买卖期限时效公约》、1980年《联合国国际货物买卖合同公约》等;在国际货物运输方面,有1978年《联合国海上运输公约》、1980年《联合国国际货物多式联运公约》等;在票据方面,有1930年《统一汇票、本票法公约》、1931年《统一支票法公约》等;在知识产权方面,有《保护工业产权的巴黎公约》等;在仲裁方面,有1958年《承认和执行外国仲裁裁决公约》等。

二、国际商事惯例

国际商事惯例被用来调整不同国家的私人之间、国家与外国私人之间或者国际经济组织与私人之间的商事关系。国际商事惯例是指在长期的国际商事活动中,经过反复实践和使用,而逐渐形成的为世界多数国家所承认或采用的习惯做法。这些习惯做法形成不成文的规则、准则,有些被一些国际组织加以整理编纂,成为供各国、各行业选择使用的普遍规则。国际商事惯例有成文的国际商事惯例和不成文的国际商事惯例。成文的国际商事惯例是由某些国际组织或者某些商业团体制定的,如国际法协会制定的《华沙—牛津规则》;国际商会1932年制定的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》、《联合运输单证统一规则》;国际海事委员会制定的《海运单统一规则》、《电子提单规则》、《约克—安特卫普规则》;罗马国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》;国际贸易法委员会1985年制定的《国际商事仲裁示范法》、1996年制定的《电子商务示范法》。大量国际商事领域的格式合同也起到了国际惯例的作用。但是,在国际商务实践中大量存在的是不成文的国际商事惯例。

国际商事惯例主要是任意性国际商事惯例。任意性国际商事惯例是在从事国际商业活动各方当事人的交易行为中逐渐形成的商业惯例和习惯做法,经长期实践为各国普遍接受

或者采纳。只有当事人明确表示援引某任意性的国际商事惯例的规定时,该国际商事惯例对他们才有约束力,而且允许当事人修改或者补充。另外,国际商事惯例也可能根据一国法律的规定,作为解决具体商事关系当事人权利义务的补充规范,在本国法律中没有规定,也无缔结或参加相关国际条约时得以适用。例如,中国《民法通则》第 142 条第 3 款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”另外,在国际商事领域也有一些强制性国际惯例。强制性国际惯例本身具有法律效力,不需要当事人选择,而是必须遵守。历史上,这种惯例主要强调国家之间的政治关系,很少涉及经济贸易关系。随着国家干预经济贸易活动的加强以及国家对商贸活动参与的增多,使国际惯例逐渐涉及经济贸易并对当事人有约束力,其内容主要是一些原则性的国际经济贸易规则,如国家财产豁免权原则等。

三、国内立法

国内立法作为国际商法的渊源时,是指各国制定的关于调整涉外商事关系的法律、法令、条例、规定等规范性文件。但不是一切国内商事立法都是国际商法的国内渊源。关于商事立法,各国的规定总体有两种情况。有的国家的商事立法采用国内和涉外两套法律规范。这些国家多为发展中国家,如中国。因此,只有专门调整涉外商事关系的那部分法律规范才能成为国际商法的渊源。有些国家的商事立法除少数专门为国际商事活动制定外,如日本《国际海上货运法》,其绝大多数商事法律既适用于国内,又适用于涉外商事关系。因为国内法的制定以主权国家为基础,在国际交往中,各国及当事人都以相互尊重国家主权、尊重对方国家的法律制度为基础。因此,在承认国际公约和国际商事惯例作为国际商法的渊源时,也必须承认各国国内商法是国际商法的渊源,而且各国通常都承认其他国家商事立法具有域外效力。同时,在没有形成国际条约和国际惯例的领域,仍是各国的国内商法在发挥着作用。

另外,在英美法系国家,法院判例与成文法具有同等的法律效力。因此,在这些国家,判例与国内立法一样是国际商法的国内法渊源。但在其他国家,判例一般不具有普遍的法律效力,不能被看做国际商法的渊源。然而近年来在一些大陆法系国家,甚至一些发展中国家,判例,特别是权威性判例,也正在发挥着日益重要的作用。

四、国际商事判例

国际商事判例是国际法院和一些权威性国际商事仲裁机构及各国法院所做的、有关国际商事纠纷案件的、具有可参照性和可援引性的典型判决或裁决。

判例法是西方资本主义国家两大法系之一——英美法系的渊源。

第三节 大陆法系和英美法系的结构及其特点

所谓法系,是指比较法学家按照法的历史传统和形式上的特征,对世界各国法律所作的分类。比较法学家通常把具有某种特征的国家法律以及仿效这一法律的其他国家的法律归为同一法系。

世界各国的法律可以分为中华法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系和英美法系。其中,前三种基本上是法制史上的概念。而后两种在当今西方法律制度中则具有广泛的影响力,并且在形成和法律适用中存在着各自明显的特点,两大法系中有关商事的立法对国际商法影响极大。所以,在学习和研究国际商法时,应该明确西方两大主要法系的结构及其特点。

一、大陆法系

大陆法系形成于西欧,除法国、德国外,许多欧洲国家,如瑞士、意大利、奥地利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙等国也都属于大陆法系国家。大陆法系作为一个法系出现于13世纪,后来随着殖民主义的扩张,大陆法系也随之向世界各地扩展。现在,除西欧外,整个拉丁美洲、非洲的一部分、近东的一些国家也属于大陆法系国家,甚至在英美法系国家中的一些个别地区,也属于大陆法系,如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省。

(一) 大陆法系的结构

大陆法系在其发展过程中深受罗马法的影响,它的一个重要特征是强调成文法的作用。在大陆法系国家,首先将法律分为公法和私法两大部分。公法一般是指和国家状况有关的法律,如宪法、刑法、行政法等。私法一般是指与公民个人利益有关的法律,如民法、商法等。在大陆法系国家,私法大多条文化、法典化,比较著名的有1804年《法国民法典》、1900年《德国民法典》等。在法的结构上,大陆法系强调系统性、条理性与逻辑性。其方法是运用几个大的法律范畴把各种法律规则分门别类归纳在一起。这种结构上的特点反映在其立法及法学研究中。但是,在法典的编排体例上,各国的做法则不完全相同。如法国、德国采用民商分文的编制方法,即有单独的民法典、商法典;有些国家,如瑞士、意大利等国则采用民商合一的编制方法,即把商法编入民法典中,作为民法典的一个组成部分。

(二) 大陆法系的渊源

(1) 法律。这是大陆法系的主要渊源。大陆法系国家的法律包括宪法、法典、法律、条例等,其中,宪法具有最高的权威性。

(2) 习惯。大多数大陆法系国家都承认习惯是法的渊源之一,特别是有关商事活动的法律规定,往往要借助习惯才能被人们理解或确认。

二、英美法系

普通法也叫英美法,以英国和美国为代表,因此,通常人们把它称为英美法系。英美法系形成于英国,以后扩展到美国及其他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、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚、新加坡以及中国香港等。英、美两国法律有许多共同点,如都以判例作为法的主要渊源,但两国法律在各自的发展过程中也形成了一些各自不同的特点。

(一) 英国法的结构、渊源

1. 英国法的结构

英国法分为普通法和衡平法两部分。这种二元结构是英国法的一个重要特点。英国法中的普通法,是指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,通过王座法院的判例而逐渐形成的一种全国普遍适用的法律。衡平法则是在 14 世纪时,为了补充和匡正当时不完善的普通法,从枢密大臣法院发展起来的。普通法与衡平法均属于判例法,但在以下几个方面有区别:

(1) 救济方法不同。普通法只有两种救济方法:一种是金钱赔偿,另一种是返还财产,并以金钱赔偿作为主要的救济方法。这两种救济方法在某些情况下不能满足债权人的要求,对于一些违法行为也不能采取预防措施。衡平法为了弥补普通法的不足,发展了一些新的救济方法,主要有:

① 实际履行。由法院判令负有义务的一方当事人按合同约定履行其相应的义务。这种救济方法对于仅用金钱赔偿难以弥补的违约损害以及损害金额无法确定的案件都是适用的。

② 禁令。法院可以发出禁令,命令当事人为某种行为或不为某种行为,用以事先防止不法行为或违约行为的发生。

(2) 诉讼程序不同。普通法院在审理案件时设有陪审团,可以采用口头诉讼程序审理案件,听取当事人的口头答辩。而衡平法院在审理案件时,不设陪审团,并且采用书面诉讼程序。

(3) 法院组织系统不同。在英国高等法院中,设有适用普通法诉讼程序的王座法院,还设有适用衡平法书面诉讼程序的枢密大臣法院。在确定案件管辖时,主要考虑哪一种诉讼程序对该案件的审理最为合适。

(4) 法律术语不同。衡平法院与普通法院在诉讼活动中使用自己特有的法律术语。与此相适应,英国的法官、律师也分为两类,分别用不同的方法处理不同的案件。

2. 英国法的渊源

(1) 判例法是英国法的主要渊源。判例法是由高等法院的法官以判决的形式发展起来的法律规则。判例法的一个主要特点是,法官的判决中所包括的判决理由必须得到遵循,即对做出判例的法院本身和下级法院以后处理同类案件均具有约束力,并由此形成了“先例约束力原则”。它包括三个内容:

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都有约束力。但上议院自身自 1966 年开始,可以不受其先例的约束。

② 上诉法院的判决对下级法院及上诉法院自身都有约束力。这种先例约束力原则对普通法和衡平法都适用。

③ 高等法院的每一个法庭的判决对一切低级法院都有约束力,对高等法院的其他各庭有很大的说服力。按照英国法的理论,具有约束力的先例是必须遵守的,而具有说服力的判决,则可由法官根据情况斟酌办理。

(2) 成文法也是英国法的重要渊源。英国的成文法包括由立法机关制定的法律和由行政机关按照法律制定的条例。按照英国法的传统理论,判例法是基础,成文法是对判例法所作的补充和修正。成文法只有通过判例法才能起作用。

(二) 美国法的结构、渊源

1. 美国法的结构

美国是一个联邦制国家,美国法律分为联邦法与州法两部分,这是美国法律结构的一个

重要特点。根据 1791 年《美国宪法修正案》第 10 条的规定,凡宪法未授予联邦或未禁止各州行使的权力,均可在各州行使。由此,美国各州享有相当大的立法权,但是从法律效力上来说,联邦法的法律效力高于各州的法律。如果州法与联邦法有抵触,则应当适用联邦法律。

2. 美国法的渊源

美国也属于判例法国家,判例是美国法的主要渊源。此外,成文法的数量也在迅速增加,并且发挥着越来越重要的作用。尽管如此,美国至今仍强调判例法,其成文法也要通过法院的判决才能发挥作用。由此可见,美国法律渊源有两个,一个是判例法,另一个是成文法。但是,美国法具有不同于英国法的明显特点:

(1) 判例法自 19 世纪以来,在英国形成的“先例约束力原则”在美国同样适用,但在具体适用上有所不同。其主要表现在:

① 在州法方面,州的下级法院须受其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,各法院均受联邦法院判例的约束,特别是受美国联邦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,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判例的约束,但以该判例不违反联邦法为原则。

③ 联邦和州的最高法院不受他们以前确立的先例的约束,他们可以推翻过去的先例,确立新的法律原则。

(2) 成文法。美国的成文法包括联邦的成文法和各州的成文法。在联邦法律中,宪法占有十分重要的地位。美国联邦最高法院对宪法有解释权,凡是违反宪法的法律和判例,美国各法院都有权不予执行。

三、两大法系的区别

尽管大陆法系和英美法系有着共同的经济基础,法律的内容和原则也基本一致,但是大陆法系和英美法系是在不同的历史传统下形成的,在形式上有着许多差别。

1. 法律的结构不同

大陆法系是法典式法律,按照立法程序制定,每个法典分总则和分则,实体法和程序法截然分开。法官在审理案件时,依据制定法作出判决。英美法系主要是判例法,制定法也只是一些单行法规,实体法和程序法结合在一起。法院在审理案件时,依据以前类似案例的判决,从中推论出普遍的准则进行判决。这种判决也叫法官法。

2. 诉讼程序上的差别

法庭审理案件时,英美法系在程序上采用对抗式方法,或称“对质式”。民事案件的双方当事人或其代理人,刑事案件的检察官和律师,在法庭上可以唇枪舌剑地辩论,证据可以在当事人在场时提出;法官是中立的角色,最后对案件作出裁决。大陆法系在程序上采用“审讯式”,法庭上法官起主导作用,证据可以在当事人不在场的情况下提出。

3. 技术风格上的差别

这主要表现在判决书的书写上。大陆法系认为,法院判决是一种特权行为,无须写出理由,在判决书中只写结论就可以。因此,大陆法系的判决书一般简明扼要,带有结论的

性质。有些国家,如德国、意大利和瑞典,为了防止司法专横,要求在判决书上写明理由和依据,判决书写得像论文一样,以法院的名义署名。英美法系的判决书通常就是法官的意见书和论文,一般的五六页,长的能达到几十页,甚至几百页。如美国联邦法院对“马耶斯诉合众国”一案的判决书就有 243 页之多。判决书签署法官个人的姓名。法官意见不一致时,以多数法官的意见为准,法院判决才有法律效力,少数法官的不一致意见也列入判决书中。

总之,两大法系由于历史和传统不同,在形式上有着许多的差别,这种差别还会长期存在。但是,进入 20 世纪以后,这种形式上的差别有逐渐缩小的趋势。特别是英国加入欧盟后,客观形势也迫切要求两大法系的融合;事实上,两大法系在很多方面正在趋于融合。

四、两大法系的发展趋势

(一) 英美法系的成文法数量不断增多,并且发挥着重要作用

19 世纪末 20 世纪初,为适应社会经济发展变化的需要,充分发挥法律的作用,英美法系国家的法律结构发生了深刻的变化,主要是成文法的比重和作用不断提升,成文法也成为英美法系的一个比较重要的渊源。英美法系的成文法包括两种情况,一种是议会制定的法律,另一种是行政机关依法制定的各种条例。另外,随着国家干预经济力度的加大,这些国家行政机构依法制定的规章、条例在社会经济生活中发挥着日益重要的作用。

(二) 大陆法系中判例法的地位逐渐提高

在大陆法系国家,法律条文是法院审理案件的依据,法官只能对法典作狭义解释,将法律事实与法律条文生硬地“对号入座”,没有灵活适用法律的权力。因此,大陆法系各国的法官常被英美法系的学者称为“机器人”。19 世纪末 20 世纪初,随着社会政治经济的发展变化,出现了许多法典和法规所不能预见的新情况,社会生活的发展要求改变法律条文所确定的一些法律规则,授予法官对法律的扩张解释权。在这种情况下,法院根据法律基本原则作出的判决,对以后处理的类似案件当然有参考价值,同类判决多次出现,就会形成某种具有指导意义的原则。例如,“无过失责任”原则就是对《法国民法典》第 1382 条和第 1384 条“过失责任”原则扩张解释并经多次判决后而确立的。进入 20 世纪以后,大陆法系各国更加重视判例的作用,尤其是最高法院对未作出规定的问题所作出的判决,对下级法院就具有更重要的指导意义。有的大陆法系国家明确宣布,高等法院的判决对下级法院有强制性约束力。

可见,两大法系有互相吸取对方长处的趋势。但这并不意味着两大法系正逐渐汇成单一的西方法系。两大法系的基本法律原则并没有动摇。英美法系成文法的数量虽在增多,但它的法律渊源主要的并不是成文法,而是判例法;大陆法系虽有判例,但这种判例主要是通过法官对成文法的解释形成的,只不过是成文法或法典的派生物,而其基础还是成文法。

第四节 世界贸易组织及其基本法律原则

一、世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)的性质与法律地位

1995年1月1日生效的《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》(WTO协定),取代了1948年1月1日开始临时适用的《关税与贸易总协定》(GATT1947),至此,世界贸易组织(简称“世贸组织”)正式诞生。由于加入世贸组织成员的广泛性和世贸组织的权威性,如今世贸组织已成为全面规范和调整世界各国贸易政策和贸易关系的国际经济组织。中国于2001年12月11日正式加入WTO,成为世贸组织的第143个成员国。

根据WTO协定第8条的规定,世贸组织具有法人资格,享有执行其职责所需要的法律资格及为履行其职责所需要的特权和豁免。世贸组织官员及各成员国代表在独立行使世贸组织有关职责时,享有必要的特权和豁免权。

二、WTO的基本法律原则

贯穿于WTO整个法律体制的基本原则,由GATT发展而来,主要包括非歧视待遇原则、公平竞争原则和透明度原则。

(一) 非歧视待遇原则

非歧视待遇原则的含义是,一国在国际贸易问题上,不应在其贸易伙伴之间造成歧视,他们都应平等地被给予“最惠国待遇”;一国也不应在本国和外国的产品、服务或人员之间造成歧视,要给予他们“国民待遇”。因此,非歧视待遇原则具体表现为最惠国待遇原则和国民待遇原则。

1. 最惠国待遇原则

(1) 最惠国待遇原则的基本含义。最惠国待遇原则的基本含义是一国在经济交往中,给予另一国的优惠待遇不应低于该国现在或将来给予任何第三国的待遇。享有最惠国待遇的国家为受惠国,给予最惠国待遇的国家为施惠国。在国际实践中,最惠国待遇可以分为两种:一种为有条件的最惠国待遇,即缔约一方给予第三方的优惠,必须由缔约另一方提供补偿才能享有;另一种为无条件的最惠国待遇,即缔约一方给予第三方的一切优惠,应该立即无条件地、无补偿地、自动地适用于缔约另一方。WTO中的最惠国待遇是由对GATT1947进行修订和补充后形成的GATT1994第1条所确立的无条件的最惠国待遇,即凡是WTO一成员方给予另一成员方的任何优惠,原则上均应无条件地自动给予其他各成员方。根据WTO协议,各国一般不得在其贸易伙伴之间造成歧视。一国给予另一贸易伙伴的贸易优惠,必须给予其他所有WTO的各成员方。确立最惠国待遇的目的是为了消除各成员方之间在贸易地位上的任何不平等,以便各方可以有平等的贸易机会,公平地开展贸易竞争,推动自由贸易的发展。

(2) 最惠国待遇原则的适用范围。最惠国待遇原则体现在WTO所涉及各个领域:

第一,在货物贸易领域。根据 GATT1994 第 1 条的规定,最惠国待遇的适用范围主要包括:

- ① 一切与进出口有关的关税和费用方面。
- ② 与进口商品有关的国际支付转账等所征收的关税和费用方面。
- ③ 征收上述①、②的关税和费用的方法方面。
- ④ 进出口的规章手续方面。
- ⑤ 与进口商品有关的国内税和国内规章的国民待遇方面。

⑥ 在该规定的第 2 条第 2 款与第 4 款所指的所有事项方面。任何缔约方给予原产于或运往任何其他国家的任何产品的利益、优惠、特权和豁免,应当立即无条件地给予原产于或运往所有其他缔约方境内的相同产品。

第二,在服务贸易领域。根据《服务贸易总协定》(GATS)第 2 条的规定:在本协议覆盖的任何措施方面,各成员方应立即无条件地给予其他任何成员方的服务和服务提供者以不低于其他成员方的相同服务与服务提供者之待遇的待遇。

第三,在知识产权保护方面。《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)规定:在知识产权的保护方面,一成员方给予其他任何成员方国民待遇的任何利益、优惠、特权和豁免,应立即无条件地给予所有其他成员方的国民。

第四,在投资措施方面。《与贸易有关的投资措施协议》规定:任何缔约方都不得维持或采取歧视进口产品的投资政策。

从上述规定可以看出,WTO 体制下的最惠国待遇原则具有确定性、多边性、普遍性、无条件性、互惠性和不歧视性的特点。所谓确定性是指该原则具有明确的适用范围;多边性是指所有缔约方处于享有一方优惠的同时又向其他缔约方提供优惠的同等待遇;普遍性是指内容的广泛,包括一缔约方给予其他方面的一切优惠和特权;无条件性是指给惠方给予第三方的优惠和特权应是立即的、不附加任何条件的(但不包括在确定建立多边最惠国待遇关系时,以及在给惠时多边贸易规则允许附加的条件);互惠性是指给惠义务的相互给予;不歧视性是指所有缔约方成员在享有最惠国待遇时其地位是平等的,享有的待遇是相同的。

(3) 适用最惠国待遇的例外。在 WTO 规则中,最惠国待遇原则是 WTO 体制的基石,其作为基本原则是被广泛适用的。但是,由于历史传统的原因以及各种利益冲突的妥协,WTO 在制定最惠国待遇的同时,也承认了许多不适用最惠国待遇的例外,主要有以下几种情况:

第一,直接规定的例外。它包括:

① 一般例外。GATT1994 第 20 条规定了 10 项一般例外,包括:为维护公共道德所必需者;为保护人类及动植物的生命和健康所必需者;有关黄金和白银进出口者;有关监狱劳动产品;为保护本国具有艺术、历史和考古价值的财富而采取者;关于保护可用竭的天然资源,凡这类措施同限制国内生产与消费一道实施者;为保证某些与本协定的规定并无抵触的法令或条例的贯彻执行所必需者;为履行缔约国全体未提出异议的国际商品协定所承担的义务所必需者;国内原料的价格被压低到低于国际价格水平,为了保证国内加工工业对这些原料的基本需求,有必要采取的限制原料出口者;在普遍或局部供应不足的情况下,为获取或分配产品所必需者。

② 安全例外。GATT1994 第 21 条规定的安全例外,包括:要求缔约方提出其认为如披

露会违背其基本安全利益的任何资料;妨碍任何缔约方采取其认为对保护其基本安全利益所必需的任何下列行动,即有关裂变和聚变物质或者提炼它们的原料;有关武器、弹药与作战物资和直接或间接提供军事机关用的其他商品与原料的交易,在战时或国际关系紧急情况下采取;妨碍任何缔约方为履行其在《联合国宪章》下的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。

第二,含有例外内容的条款。它包括:

① GATT1994 第 24 条关于关税同盟和自由贸易区的规定。关税同盟是以一个单独关税领土代替两个或两个以上的关税领土,同盟实质上取消关税和贸易限制,对外则作为一个整体实行共同的关税和贸易规章。自由贸易区是指两个或两个以上的关税领土组成的贸易集团。贸易区内部实质上取消了关税和其他贸易限制,实现了货物贸易自由,但对外各缔约方保持自己独立的关税和贸易政策。对于关税同盟或自由贸易区缔约方之间相互给予的优惠,其他缔约方不能自动获得。

② GATT1994 第 12 条第 1 款规定任何缔约方为了保障其对外金融地位和国际收支平衡,可以限制允许进口商品的数量或价格。

第三,发达国家对发展中国家的特别优惠。1979 年 11 月 28 日在东京多边贸易谈判中通过的授权条款规定,允许发展中国家缔约方之间相互给予优惠,发达国家缔约方可以给予发展中国家更为有利的优惠待遇,而不必将这种待遇给予其他缔约方。这一授权条款实际上将普惠制原则规定在 GATT1994 中,从而构成了对最惠国待遇的例外。

第四,由 GATT 缔约方全体会议或理事会根据“解除”程序所作出的决议。

第五,《服务贸易总协定》中规定的例外。它包括:

① 在 GATT 框架内,WTO 允许成员方采取与最惠国待遇不符的特定法律、法规与做法。只要在 GATS 实施前,将其作为例外纳入框架协议的附件中,即可享有最惠国待遇的豁免。

② 最惠国待遇不适用于经济一体化协定。

③ 最惠国待遇不适用于政府采购。

第六,《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)中规定的例外。它包括:

① 基于国际司法协助条约而作出的一般法律强制措施。

② 基于 1971 年《伯尔尼公约》或《罗马条约》所给予的待遇。

③ 不在本协议规定之内的有关唱片表演者、制作者以及广播者的权利。

④ 基于在本协议生效前已生效的保护知识产权的国际条约所给予的优惠,只要该条约已向与贸易有关的知识产权主管委员会声明过,就不会对他国国民造成歧视性待遇。

2. 国民待遇原则

(1) 国民待遇原则的基本含义是指一缔约方在经济活动和民事权利义务方面给予其他缔约方以不低于其本国国民所享受的待遇。GATT1994 第 3 条集中规定了国民待遇原则。根据该条规定,GATT 中国民待遇原则仅适用于外国的进口产品所涉及的国内税和国内规章制度方面的措施。在这里,国内税是指与产品进口无关的税费。它既对国内产品征收,也对进口产品征收,如增值税、消费税等。

(2) 国民待遇原则的适用范围如下:

第一,货物贸易方面。国民待遇原则要求一成员方对进口产品在国内税和其他国内费

用方面,在影响产品的国内销售、推销、购买、运输、分配或使用的法令、条例和规定,以及对产品的混合、加工或使用须符合特定数量或比例要求的国内数量限制条例等方面,所享受的待遇不得低于相同的本国产品所享受的待遇。

第二,服务贸易方面。根据 GATS 的规定,要求每一成员方应在其承担义务计划安排表所列服务部门或分部门中,以及根据该表内所述任何条件和资格,给予其他成员方的服务或服务提供者,就所有影响服务提供的措施而言,其待遇不低于给予其本国相同的服务和服务提供者的待遇。

第三,知识产权保护方面。《与贸易有关的知识产权协议》在其总则和基本原则中明确规定,一成员方对其他成员方国民提供的待遇不得低于对其本国国民的待遇。这一规定将《关贸总协定》在国民待遇上仅适用于外国进口产品,扩大到适用于商标权、专利权和版权等知识产权领域。

第四,投资措施方面。《与贸易有关的投资措施协议》中明确规定适用《关贸总协定》的国民待遇原则,并规定应非歧视性地对待关贸总协定项下的权利和义务,任何缔约方都不应适用对《关贸总协定》第 3 条和第 11 条不一致的任何与贸易有关的投资措施。在该协议的附录中列举了与国民待遇原则不相符但与贸易有关的投资措施,包括那些本地法律或行政法规项下的义务性或强制性措施。

第五,不适用国民待遇原则的例外情形主要有:

- ① GATT1994 第 20 条规定的一般例外。
- ② GATT1994 第 21 条规定的安全例外。
- ③ 成员国所实行的边境措施(如海关估价、通关征税手续、进出口商品检验、许可证手续)。
- ④ 产品出口。如本国境内的外国企业或其他企业出口某种产品时,有关部门在对出口产品征收关税外,又实行歧视性收费。这一问题不属于国民待遇原则调整范围。
- ⑤ 政府采购。只有参加《政府采购协议》的成员方才能依据该协议实行国民待遇原则。
- ⑥ 《服务贸易总协定》将国民待遇原则作为缔约方谈判时具体承担的义务,而不是必须遵守的义务,这一规定与世贸组织其他原则规定是有区别的。根据该协议规定,成员方在承诺有关产品市场准入的条件、标准或许可的安排方面,可不接受国民待遇原则安排。
- ⑦ 《与贸易有关的知识产权协议》中规定的例外。包括《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、《罗马条约》、《集成电路知识产权条约》中规定的例外,司法和行政程序方面的例外,包括对服务地点的指定及在某一成员方司法管辖中对代理人的指定。
- ⑧ 《与贸易有关的投资措施协议》中规定的例外。该协议规定,GATT1994 款项下的例外规定适用于该协议的各项规定,发展中国家还可以暂时自由地背离国民待遇原则。

(二) 减少贸易壁垒原则

根据 WTO 协议,WTO 各成员方必须减少贸易壁垒,推进国际贸易自由化。这一原则具体表现为逐步削减关税原则和一般取消数量限制原则。

1. 逐步削减关税原则

(1) 关税是一国政府为管理对外贸易,由海关对所有进出关的货物课征的一种税收,它包括进口关税和出口关税。逐步削减关税原则是指通过互惠互利的谈判,大幅度降低关税

和其他进出口的费用。实施该项原则,除了要求直接降低关税税率外,还要求在谈判期间不得提高现行税率,不得增减免税税目,固定现行各项税率,规定税率的最高限额。实现这一原则的方法,通常可以采用公式减让和有选择性的、逐项产品谈判的方式进行。在 WTO 体制下,成员方之间无论是采用多边谈判还是双边谈判,所达成的关税减让协议均以减让表的形式公布,并按最惠国待遇原则适用于所有成员方。

(2) 在适用逐步削减关税原则时也有一些例外。这些例外主要包括:

① 逐项选择产品进行谈判时,未被选择的产品被排除在外。即使采用公式减让时,谈判的参加方也可以提出例外要求。

② 历史上纺织品、鞋类产品与农产品对削减关税的回避,导致削减关税原则对某些成员方不适用。

③ 发展中国家根据自身情况,依据 WTO 规则,享有的优惠例外。

④ 在满足一定条件下,成员方可以对减让表中的约束关税提出修改或撤销,但修改或撤销应按 WTO 规则规定的程序进行。

2. 一般取消数量限制原则

(1) 数量限制是国家对允许进出口的商品数额采取的限制性措施,主要通过配额制度和许可证制度实施。配额是指在特定时期内对一种产品的进口规定最高限额。许可证制度是指进口商在进口某种商品时必须取得许可证方可进口的制度。一般取消数量限制,根据 WTO 的要求,为了促进贸易自由化,在一般情况下,不允许国家对进出口商品的数量进行限制,已在实施的限制,应当逐步取消。根据一般取消数量限制原则,GATT1994 第 11 条第 1 款规定,任何缔约国征收关税和其他税费外,不得设立或维持配额、进出口许可证和其他措施以限制或禁止其他缔约国产品的输入,或向其他缔约国输出或销售出口产品。根据这一规定,各成员方应普遍禁止数量限制。如果在特殊情况下,实施数量限制则不得对各成员方有任何歧视,并且还须遵守 WTO 关于实行数量限制的程序与规则。

(2) 在实施一般取消数量限制原则时,根据 WTO 的规定,也可以有一些例外。这些例外情况主要规定在 GATT1994 第 11 条、第 12 条、第 19 条和 GATT1994 的相关条款中,主要包括:

① 普遍取消的例外。这个例外包括:第一,为防止或减轻出口食品或其他必需品的紧急缺乏而采取的暂时禁止或限制出口;第二,进出口的禁止与限制是为了实施国际贸易中初级产品分类定级和市场销售标准或规章所必需者;第三,对任何形式的农产品实行进口限制,而这种限制是为了执行政府(符合条约规定条件)的措施。

② 为保障国民收支实施的进口数量限制。这一例外规定在 GATT1994 第 12 条第 1 款中。援用该项规定,实施数量限制应符合条约规定的条件和规则,履行条约规定的义务。

③ 保障条款。该条款在 GATT1994 第 19 条中,根据该条规定,当某一成员方关税减让造成进口产品大量增加,以致对国内生产造成严重损害或严重损害威胁时,该成员方可以实施临时性限制措施(保障措施),以保护相关产业。根据世贸组织《保障措施协议》的规定,成员方采取保障措施时应遵循协议规定的条件、方式、程序等。

④ 《服务贸易总协定》规定的例外。如成员方出于对公共道德或公共秩序的维护,对人类、牲畜或植物的生命和健康的保护,出于法律的规定等作出的例外处理。也可因安全方面的考虑,而不实施有关市场准入等方面的规定。

（三）公平竞争原则

1. 公平竞争原则的含义

公平竞争原则又称公平贸易原则,其基本含义是指各成员方和出口经营者均不应采取不公平的贸易手段进行国际贸易竞争或扭曲国际贸易的公平进行。贯彻公平竞争原则有利于世界资源的充分利用,有助于世贸组织各项目标的实现。

2. 公平竞争原则的实施

为了贯彻公平竞争原则,世贸组织采取了如下措施:

(1) 通过反倾销、反出口补贴来防止因倾销和出口补贴而形成的不公平竞争。WTO 继续通过 GATT 体制下的反倾销、反补贴措施协议,防止因倾销和出口补贴而形成的不公平竞争。

WTO 特别强调各成员方不得实行补贴的贸易策略,出口商不得采用倾销的方式在其他成员方销售其产品。如果倾销或补贴的商品给某一进口成员方的相应工业造成损害或损害的威胁,该进口成员方可以采取反倾销或反补贴措施。

(2) 将纺织品、服装和农产品贸易纳入 WTO 体制管辖范围之内。纺织品、服装和农产品贸易未纳入 GATT1947 的多边自由贸易体制内,因而存在着严重的不公平竞争。在乌拉圭回合谈判中,经过各成员方的努力,会议达成了纺织品服装协议和农产品协议,逐渐实现了公平竞争。

(3) 通过加强对知识产权的保护,打击假冒、仿制、剽窃、盗窃等不公平竞争行为,维护正当竞争秩序。在乌拉圭回合谈判中,经过各成员方的努力,会议达成了与贸易有关的知识产权协定,对涉及该领域的不公平竞争行为规定了排除措施,以保护公平竞争。

(4) 通过约束政府采购金额,扩大公平竞争的机会。乌拉圭回合谈判使 1979 年东京回合谈判达成的《政府采购协议》进一步自由化,而且把范围扩展到服务领域,包括建筑服务、地方政府和公用事业单位的采购。该协议加强了保证公平和无歧视竞争的规则。

（四）透明度原则

1. 透明度原则的含义

透明度原则是指 WTO 的各成员方正式实施的有关进出口的贸易政策、法令、条例以及成员方政府或政府机构与另一成员方政府或政府机构签订的影响国际贸易政策的现行协定都必须予以公布。

2. 透明度原则的基本内容

透明度原则的法律依据是 GATT1994 第 10 条的规定。该条第 1 款规定了透明度原则的基本内容,即成员方有效实施的有关海关对产品的分类和估价,关于捐税和其他费用的征收,关于对进出口货物及其转账的规定、限制和禁止,关于影响进出口货物的销售、运输、分配、保险、存仓、检验、展览、加工、混合或使用的法令、条例与一般援用的司法判例以及行政决定,都应迅速公布,以使各成员方政府及贸易商熟悉。一成员方政府或政府机构与另一成员方政府或政府机构之间缔结的影响国际贸易政策的现行协议也必须公布。

3. 透明度原则的实施

GATT1994 第 10 条第 2 款、第 3 款分别规定了保障透明度的措施。其中第 2 款规定,

成员方采取的按既定统一办法提高进口货物关税或其他费用的征收率,或者对进口货物及其支付转让实施新的或更严的规定,限制或禁止的普遍适用的措施,非经正式公布,不得实施。第3款规定,各成员国应维持或尽快建立司法的、仲裁的法庭或程序,确认各成员方已有的调查程序,但要向全体成员方提供该程序的详尽资料。

世贸组织除继承了关贸总协定关于透明度原则的规定外,还将其扩展到服务贸易、知识产权等领域。为了保证透明度原则的有效实施,在乌拉圭回合谈判中,还通过了“贸易政策审议机制”。贸易政策评审的内容包括成员方的贸易政策与措施和贸易政策的背景、评审的对象和期限等。根据该规定,所有WTO成员方均要接受定期的政策评审。评审期限依各成员方在世界贸易中的比重确定。如世界四个最大贸易体(美国、欧盟、日本、加拿大)每2年接受一次评审;在世界贸易中排名第5至第20位的成员方每4年接受一次评审;其余成员方每6年或8年接受一次评审。在评审期间,受评审的成员方的贸易政策措施发生重大变化时,必须及时向贸易政策评审机构提出简要报告。世贸组织秘书处负责政策评审结果报告的起草和公布,并将其提交给世贸组织部长级大会审议。

4. 透明度原则适用的例外

透明度原则与WTO其他基本原则一样,在适用时也有许多例外。透明度原则的例外主要是:各成员方对那些会妨碍法令的贯彻执行、会违反公共利益或会损害某一公私企业的正当商业利益的机密资料,可不适用透明度原则。这些例外既适用于货物贸易领域,也适用于服务贸易和知识产权领域。

第五节 中国涉外经济贸易的法律制度

一、涉外经济贸易法律制度的形成和发展

涉外经济贸易法律制度是一国用来调整涉外经济贸易活动中所发生的各种对外经济贸易关系的法律规范的总称。中国的涉外经贸法律制度是为适应对外开放的需要而逐渐形成和不断完善的。新中国成立后的近30年间,由于历史的原因,中国走的是一条较为封闭的内向型经济发展道路,对外经贸活动的规模小,没有形成系统的涉外经济贸易法规体系。

党的十一届三中全会以后,中国确定了改革开放的基本国策,随着对外开放政策的实施和外向型经济的发展,中国的对外经济、技术、贸易的交往活动空前活跃,调整涉外经济贸易的各种法律法规应运而生。1979年,中国在颁布了新中国成立后第一部利用外资的法律《中华人民共和国中外合资经营企业法》之后,又相继颁布了一系列有关进出口贸易、技术引进、海关商检、外汇信贷、保险、经济仲裁等方面的法律法规,总共400多部。

目前已经形成的法律制度可分为以下几个部分:

(1) 有关涉外经济贸易的基本法律制度,包括《宪法》、《民法通则》中有关对外经济贸易的条款和由中华人民共和国颁布的对外经济贸易法律,如《中华人民共和国合同法》、《海关法》等。

(2) 有关专门性的涉外经济贸易单行法规、地方法规,如《中华人民共和国进出口货物

许可制度暂行条例》、《深圳经济特区涉外经济合同规定》等。

(3) 与涉外经济贸易活动相关的一些法律和法规,如《商标法》、《专利法》等。

另外,中国还参加了 150 多个双边和多边国际条约,其中包括《联合国国际货物销售合同公约》、《保护工业产权巴黎公约》、《承认及执行外国仲裁裁决公约》等一些重要的国际条约。这使中国的涉外经济贸易法律制度与国际经济法律制度紧密地衔接起来,对推动我国对外经济贸易的发展起着重要的作用。需要指出的是,中国目前的涉外法律和法规还不是很完善,且许多法规不统一,有些与国际惯例不尽一致,这就迫切需要我国加快完善涉外经济贸易法律制度的步伐。

二、中国涉外经济贸易法律制度的基本原则

中国的涉外经济贸易法规所调整的是涉外经贸活动,在立法和司法中所遵循的准则与国内法规有区别。中国涉外经济贸易法的主要渊源是国内政治经济法律制度、国际公约和国际经贸惯例,所遵循的基本原则有以下几项:

(一) 尊重国家主权,坚持平等互利

尊重国家主权,坚持平等互利,是中国一切对外交往活动必须遵循的基本原则。中国参加和签署的各种双边、多边经贸协定和条约必须体现这一原则,中国的法人和自然人在与外商和外国投资者开展经贸活动时必须符合这一原则。外国公司和投资者在中国从事经贸活动时也必须遵循这一原则。国家不论大小、民族,在法律地位上一律平等,不受歧视。该原则体现了权利与义务的对等,双方利益的互惠。

(二) 有利于中国经济的发展

建立和健全中国涉外经济贸易法律制度的宗旨,就是促进中国经济的发展,进一步稳定和扩大对外贸易和对外经济技术交流,这是中国从事涉外经贸活动的目的所在,也是建立中国涉外经贸法律制度所必须遵循的基本原则。

(三) 信守国际公约

国际社会缔结的各种双边、多边经济贸易条约和公约是调整缔约国之间经贸关系的基本法律规范,是缔约各方有关法人和自然人从事对外经贸活动必须遵循的基本原则。中国制定和实施涉外经贸法律法规坚持信守国际公约的原则,凡是参加和缔结的国际条约与公约,中国坚持适用。如果该国际条约或公约与中国的法律相冲突,该国际条约或公约优先适用,但是中国在缔结或参加该公约时声明保留的除外。

(四) 尊重国际惯例

国际惯例是各国国际交往中长期形成的、被普遍接受的规范,具有普遍的约束力。中国在开展对外经贸活动时要尊重国际惯例,这就要求在遇到一些中国涉外经济法律法规中没有明确规定的问题时,应按照国际惯例来处理,从而减少执法中的摩擦和冲突。

中国的涉外经贸法规还需要进一步完善,以形成科学合理的法律制度体系。

本章小结

国际商法是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总称。“国际”一词的含义不是指国家与国家之间的意思,而是指跨越国界的意思。

国际条约、国际商事惯例以及相关国内法共同承担着调整国际商事关系的重要作用。这些法律规范的内容已相当丰富,并形成了结构完备的法律规范体系。

国际商法是国际法中的一个法律部门,与相关的法律部门(如国际公法、国际私法、国际经济法、国内商法)之间既有区别又有联系。

大陆法系和英美法系有着共同的经济基础,法律的内容和原则也基本一致。但是,大陆法系和英美法系是在不同的历史传统下形成的,在形式上有着许多差别。

WTO的基本法律原则有非歧视待遇原则即最惠国待遇原则、减少贸易壁垒原则、公平竞争原则和透明度原则。

中国涉外经济贸易法律制度的基本原则是:尊重国家主权,坚持平等互利原则;有利于我国经济的发展原则;信守国际公约原则;尊重国际惯例的原则。

思考练习

1. 国际商法的概念和特点。
2. 国际商法的渊源有哪些?
3. 简述西方国家两大法系的区别和联系。
4. 国际商法与其他相关法律学科的关系怎样?
5. 世界贸易组织基本法律原则有哪些?

案例分析

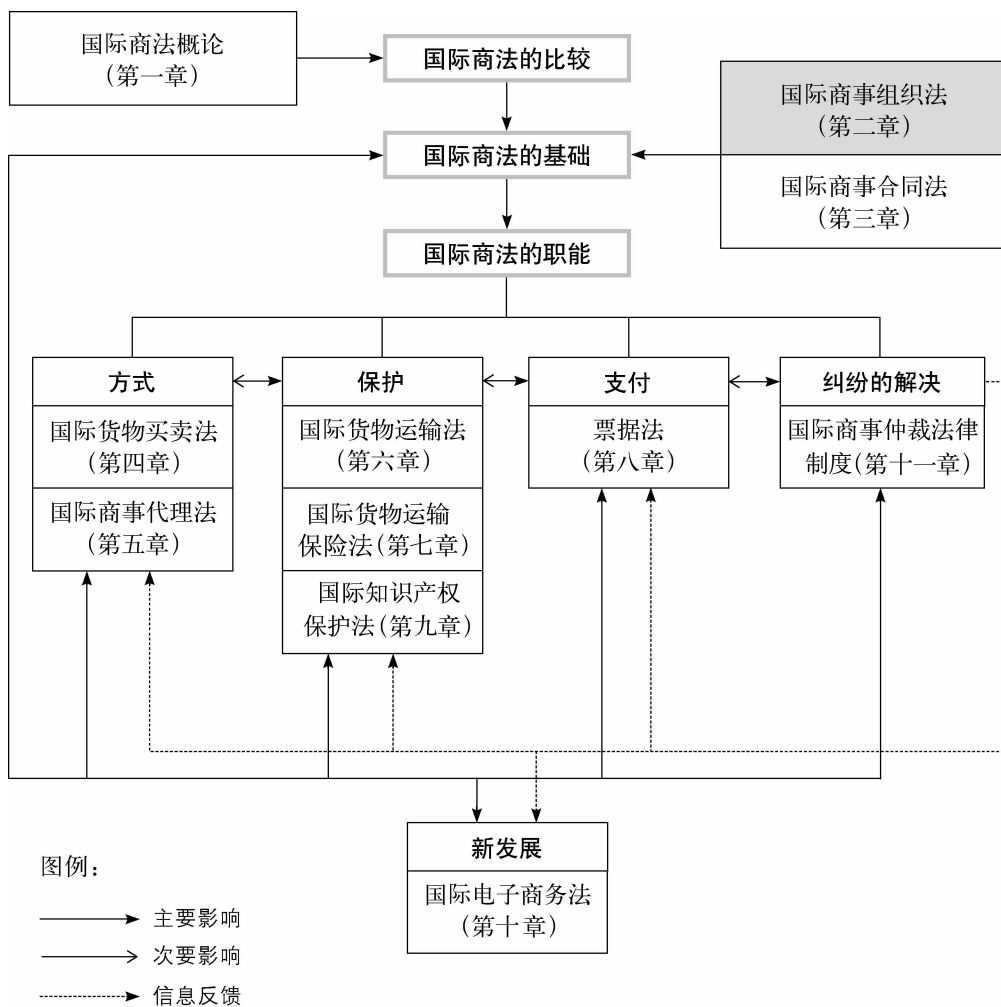
货款支付争议案

日本某公司作为卖方将其在中国境内的某股份公司生产的货物直接卖给中国的某一公司。但因产品质量有问题,给中国境内的中国消费者带来了人身伤害。中国的买方拒绝给付货款,并要求日方支付违约金与赔偿损失;日方则坚持中方必须给付货款,双方遂产生争议。日本公司依据双方的协议向中国的法院提起诉讼。买卖双方合同中约定处理合同争议所适用的法律为第三国法律。

问题

1. 中国法院能否依据买卖双方约定所选择的第三国法律处理他们之间的争议?
2. 当中国消费者向中国法院提起产品责任诉讼时,法院是否也应适用买卖合同所选择的法律?

第二章 国际商事组织法



国际商法结构模型

学习目标

(一) 知识目标

- 掌握国际商事组织的主要形式；
- 了解合伙的法律特征、合伙的成立、合伙的内外部关系、合伙的解散和清算等；
- 掌握公司的设立、组织、经营等有关知识；
- 掌握独资企业的法律特征；
- 掌握有限责任公司与股份有限公司的区别；
- 掌握个人企业、合伙企业与公司的区别；

(二) 技能目标

- 具备考察公司的种类、公司的资本制度等内容的能力；
- 能够依据公司实际决策区分股东会与董事会的权限；
- 具备解决法律方面商事组织实际问题的能力。

商事组织是国际商法的基本主体,是参与国际商事交易活动,依法享有民事权利、承担民事义务的当事人。公司、法人企业是国际商事交易活动最主要、最积极的参与者,在国际商事关系中占有十分重要的地位,这是学习国际商事组织法的目的所在。

第一节 概 述

一、商事组织法在国际商法中的地位

商事组织法一般是关于商业交易基础条件和手段的规定,是调整商事组织的设立、变更、解散等对内对外关系的法律规范的总称。其基本内容包括商业登记、商业账簿、商事代理、商事主体、公司制度、合伙制度、破产制度等。这些规定是国际商法最基本的内容,是确保交易安全、快捷与高效的法律制度。因此,各国尽管国情不同,但在这方面的规定大致是相同的。

与商事组织法相对应的是商事行为(交易)法。商事行为法是规定商业交易本身的法律,其内容涉及票据法、保险法、海商法等。这些法律都可以说是商事组织规范和商事交易规范的集合体。也就是说,由于市场中存在着为商事组织服务的交易,也有为商事交易服务的组织,所以商事组织法中有交易规范,商事交易法中也有组织规范。例如,公司法中关于公司设立、变更和解散的规定,关于公司组织机构的规定,关于公司财务制度的规定,都属于组织规范。但有关公司设立时的出资、公司股份的转让、公司发行新股和公司债、公司合并与分立、公司解散时的清算等规则,都属于商事交易规范。这些规范所调整的交易都与商事组织的成立、变更和消灭有密切关系,是直接为组织规范的实现服务的。再如,保险法调整的是保险市场中的各种以抵御风险或投资为目的的保险交易关系,但保险法关于保险公司的规定就属于组织规范的范畴。这些规范所调整的组织机构都是与交易密切相关的,是直接为交易规范服务的。

一定程度上,商法、国际商法是商人法或商事组织法,实质不过是商法本性的回归。因为商法最初是作为商人法出现的,是商人阶层和商人法庭的独立存在促使了商法的产生,并且商法自身的发展历史也表明了其始终以商事主体为其存在的基础。早期的商人只是自然人中那些专门从事商业贸易的人,随着社会分工和社会化大生产的不断发展,商事组织很快取代自然人成为商人的主要部分,并在经济发展中起着巨大的作用。

以规范商事主体的设立、变更、解散等对内对外关系为内容的商事主体法或商事组织法,逐步取代商人法。其目的不再是赋予商事主体以特权和给予其利益以特殊保护,而只是因其存续过程中特殊的结构和复杂的关系,为维护企业投资者、企业自身、企业债权人的利益和社会经济秩序以及交易安全,而予以统一规范和调整。

二、商事组织的类型

世界各国的商事主体,最初主要是个人(自然人)。但随着商事交易规模扩大、风险增加以及商事关系的复杂化,个人逐渐为商事组织所取代。商事组织的分类标准多种多样,最具代表性的分类有两个,即经济分类和法律分类。经济分类标准主要是依据所有制类型和行业进行分类,盛行于苏联、东欧各国和中国,现在的俄罗斯和东欧各国已予以摒弃,在中国的转型经济时期仍为通行标准;法律分类标准主要是财产责任形式,盛行于西方市场经济发达国家,中国近年已出现这类企业,并已立法予以规范。

(一) 商事组织的经济分类

如上所述,处在转型经济时期的中国,既对商事组织按所有制进行划分,又界定为不同的法律形式。中国在 20 世纪 50 年代对私营企业改造完成后至 20 世纪 70 年代末,商事组织只有国营企业(后又相继改称为全民所有制企业、国有企业)和集体所有制企业。不过,当时的企业根本不能称之为商事组织,因为既没有商事立法,又没有商法观念,更没有商事组织应当具备的独立性,充其量只不过是各级政府机关的附属物。改革开放以来,中国先后涌现出一系列新的企业类型,包括国有企业、集体企业、私营企业、个体企业、联营企业、股份制企业、外商投资企业、港澳台商投资企业和其他类型企业 9 类。它们主要分为内资企业、港澳台商投资企业和外商投资企业三大类型。其中,内资企业又包括国有企业、集体企业、股份合作企业、联营企业、有限责任公司、股份有限公司、私营企业、其他企业 8 种;港澳台商投资企业包括港澳台合资经营企业、合作经营企业、独资经营企业以及港澳台商投资股份有限公司 4 种;外商投资企业包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业、外商投资股份有限公司 4 种。

资本主义高度发达的美国也有国有企业,那就是美国的联邦公司。美国的联邦公司很少,但它不具有像英国、法国等实行国有化国家的国有企业的营利性特点,更不像社会主义公有制国家的国有企业处于国民经济的主导地位。

美国的联邦公司由联邦政府全部或部分拥有和控制,或者虽非联邦政府拥有,但由联邦政府特许资助并受其控制或监督。它采取私人组织形式,主要从事商业性活动,同时也履行政府公共职能。联邦公司分为政府企业和政府公司两大类。其中,政府企业包括采取法人或非法人形式的各种企业,如非法人形式的联邦邮政等。政府公司具体又分为全部拥有的政府公司、混合拥有的政府公司和私人公司。它是一个自我维持、自我发展、独立经营的企业法人组织。联邦公司具有独立的法律人格,拥有自己的财产,独立承担财产责任,以自己

的名义进行诉讼活动。尽管它采取了私人商业企业的法律形式,但就其根本性质而言,美国的联邦公司主要履行联邦管理、干预社会经济和提供公共服务等职能。联邦公司的管理机构基本采取普通商业公司的形式,除极少数公司实行独任制领导,直接服从于政府部长外,绝大多数实行董事会决策、总裁执行的管理体制。除私人控制公司外,私人股东对董事会的选任作用十分微弱。管理机构与联邦政府的关系密切,但它免受联邦行政机构的行政审计、预算管理 and 行政审查,这使它明显地区别于其他政府行政机构和部门。

(二) 商事组织的法律分类

独资企业、合伙企业和公司是商事组织的法律形式,也是商事组织的法律分类。

1. 独资企业

独资企业是指一个人投资经营的商事组织企业,故也称个人独资企业。它不是法人,不具备独立的法律人格,是资本主义国家数量最多的企业形式,但在国民经济中不起主要作用。

2. 合伙企业

合伙企业是两个或两个以上自然人按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营,共同劳动,而成立的以营利为目的的企业。合伙企业不是法人,合伙人对合伙企业的债务承担无限责任。

自然人合伙形成合伙企业,其好处主要是:手续简单,费用少;能集中起比个人多的资金;合伙人均参与管理;纳税少以及政府管理较松。但合伙企业的弊端也不能忽视:合伙人有限,因而集资有限;合伙人需承担无限连带责任;管理不集中;存续时间短等。

合伙企业不同于合资经营企业:合营是为特定的业务组织起来的,合伙是为从事通常的业务组织起来的;合营者之间不是代理关系,合营者的行为未经授权不约束合营企业,而合伙人是合伙企业和其他合伙的代理人;合营企业不因合营者的死亡而告解散或结束,而合伙人的死亡、退出、破产都导致合伙企业的解散。

两个以上的投资者联合设立企业,通常有两种方式:一是契约方式,如合伙协议;二是按照法定形式(设立要求与程序)设立,如公司。一般而言,以契约为主要约束的企业不具有法人资格,以投资人的无限责任为企业信誉保障;以法律为主要约束的企业,投资人承担有限责任,法律通过对资本结构、运行规则等规范,保障企业对外交易的安全。

合伙企业之所以不能取得法人资格(法国是例外,承认合伙企业的法人地位),主要是因为:一要保持合伙特色,二要维护交易安全。法人资格对企业的主要意义是:公司与股东是独立的利益主体,当股东认为公司行为违法,可以对公司起诉,以维护股东权益或矫正公司行为;而合伙人与合伙企业不是独立主体,如合伙人对合伙决策有异议,不能对合伙企业起诉。

3. 公司

公司是指依法设立的、以营利为目的,由一定人数以上的股东共同投资组建,股东以其出资为限对公司负责,公司以其全部财产对外承担民事责任的企业法人。

公司是由合伙企业演变而来的。在无限公司中,其组织形式与合伙企业尤为相似。有些国家的无限公司准用合伙企业的有关规定。公司和合伙企业都是商事性的,都要求有两个以上的出资人出资,其赢利的分配一般均与出资额多少成比例。这些是它们的相同之处。

三、中国现行商事组织法律制度的基本内容

规范的商事主体是社会主义市场经济健康发展的必要条件,因此,有关商事主体的法律规范是现行商事法律制度的基本内容之一。而商事主体法律规范,除对个人从事商事活动的规定外,无一例外地表现为商事组织法,即各种企业法律制度。

(一) 公司法律制度

公司法律制度集中体现为公司法。中国的《公司法》于1993年12月29日通过(1997年、2004年、2005年经过三次修订),它是规范企业形式——公司的重要法律。该法规定了公司的设立、组织结构、股份和有限公司股份的发行与转让、债券、财务会计、合并和分立、解散和清算、外国公司分支机构等。《公司法》的颁布使中国企业立法进入了一个新阶段,它标志着中国企业立法从所有制标准转向出资人责任标准。中国《公司法》以建立规范的公司制度为宗旨,摒弃了股份制试点中定向募集等不规范的做法,吸收国外通行的原则和做法,明确规定公司设立的条件、公司组织机构合理分工与相互制约的原则等。《公司法》还突出了公司信用在市场交易安全中的地位,明确规定公司注册资本的最低限额,强调公司资本的真实性,不得任意减资,注意维持相当于公司资本额的财产。这些都为保护公司债权人、股东的合法权益,提高投资者信心,维护公司的稳定和发展发挥了重要的作用。

《公司法》确认公司具有独立的人格,明确股东承担有限责任,规定了股东财产和公司财产分离的制度。《公司法》还依照合理分工、相互制约的原则,规定了包括股东大会、董事会和监事会在内的公司组织机构。这些为建立适应社会主义市场经济发展要求的现代企业提供了组织构造的模式。

《公司法》根据中国的国情和各国的通例,采用公司形式法定的原则,仅规定了有限责任公司和股份有限公司两种公司。但是,这两种公司为投资者建立公司和国有企业改建公司提供了制度框架,即公司法人制度的结构。

(二) 合伙企业法律制度

1997年2月23日颁布的《合伙企业法》,于2006年8月27日修订通过,是中国全面系统规定合伙企业法律关系的法律。它规定了合伙企业的设立,合伙企业的财产,合伙企业的事务执行,合伙企业与第三人的关系,入伙、退伙,合伙企业解散、清算等。合伙企业是中国企业形态的一种,它是依照《合伙企业法》在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议,共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险,并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。合伙企业是多投资主体举办的企业,其本质特征是出资人(合伙人)共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险,并对合伙企业债务承担无限连带责任。合伙企业对其债务应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的,各合伙人应当承担连带无限责任。合伙企业存续期间,合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益均为合伙企业的财产,该财产由全体合伙人依照合伙企业法共同管理、共同使用。各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。不参加执行事务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。

合伙企业可以吸收新的入伙人,但新合伙人入伙时,应当经全体合伙人一致同意,并依法订立书面协议。为了保护债权人的利益,《合伙企业法》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;退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务,与其他合伙人承担连带责任。

(三) 个人独资企业法律制度

《个人独资企业法》是1999年8月30日通过的一部商事法律。它的宗旨是规范个人独资企业的行为,保护个人独资企业投资人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展。个人独资企业是社会经济发展中最古老的一种企业形态,它是依照《个人独资企业法》在中国境内设立,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经济实体。个人独资企业的设立实行准则主义,其设立本身无须经过审批。但是,在某些领域,个人独资企业须要营业审批。个人独资企业有三大特点:一是出资人控制严格,个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权,其有关权利可以依法进行转让和继承;二是企业管理者问题,个人独资企业投资人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负责企业事务的管理;三是个人独资企业的投资人对企业债务承担无限责任,以其家庭共有财产作为出资的,应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

(四) 其他企业法律制度

除上述三种企业法律制度外,中国还有《全民所有制工业企业法》、《乡镇企业法》以及为特别公司、商业银行的运营制定的《商业银行法》等一系列法律法规。这些都是规范市场经营主体的法律。

第二节 公 司 法

一、公司的概念与特征

公司是指依照《公司法》的规定设立的企业法人。公司具有以下法律特征:

(一) 公司是法人

世界各国公司法都赋予公司,特别是有限责任公司和股份有限公司以法人地位。因此,公司是法人的典型形态,法人性是公司的重要特征。

法人性特征是公司区别于合伙企业的主要特征,具有营利性的企业并不仅仅限于公司。合伙企业也具有营利性,但合伙企业不是法人,主要是因为:首先,合伙企业没有独立的财产,其财产属于合伙人共有;而公司则不同,它拥有独立的财产,其财产属于公司所有,而不是股东共有。其次,合伙企业中的每个合伙人都对合伙企业的债务承担无限连带责任;而公司在财产责任上与合伙企业不同,除无限责任公司和两合公司中的无限责任股东的财产责任类似于合伙外,其他公司的股东对公司的债务仅负有限责任。正是基于以上区别,世界上大多数国家都不承认合伙企业具有法人资格。

（二）公司是一种社团法人

公司具有社团性,也称为联合性,是指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的具有法人资格的团体。与基于一定数量的财产而成立的财团法人不同,公司是以其成员为基础而成立的集合体。

（三）公司是依法成立的企业社团法人

公司必须依法设立,符合公司法所规定的条件和程序。各国立法机关都通过公司立法对公司的设立、登记等作了特别的规定。

资料卡

公司法是规定公司的组织与活动的法。具体而言,公司法是规定公司设立、组织、行为、解散的法律规范的总称。

(1) 公司法是组织法。公司法规定公司的设立和成立、公司与成员的关系、公司成员间的关系、公司与第三人的关系、公司组织的变更与消灭等。因此,其尊重团体意思、重视团体利益的原则与尊重个人意思、重视个人利益的个人法不同。

(2) 公司法是营利活动的法。公司法规定公司的营利活动,但并不规定各种具体的商事行为(如买卖、租赁等),而是规定进行营利行为的形式和手段。

(3) 公司法是私法、商法。公司是私人之间基于私的利益而组织的营利组织,属于私法人、营利法人,所以规定公司的组织与活动的公司法属于私法、商法。

二、公司的设立

公司的设立是促成公司成立并取得法人资格的一系列行为的总和。各国公司立法中一般主要规定公司设立的原则、设立的方式及设立的条件及程序。

（一）公司设立的原则

目前,各国对设立公司的态度有所不同,但公司设立的原则主要有以下几种:

1. 自由设立主义

自由设立主义也称为放任主义,是指公司的设立完全取决于当事人的自由意志,国家法律不加任何干预和限制。自由设立主义是欧洲中世纪自由贸易时代的产物。自由设立主义有利于公司的迅速成立,但极易造成公司滥设的后果,危害债权人的利益。目前,这一原则已被淘汰。

2. 特许主义

特许主义是指公司的设立需要经过王室或议会颁布专门的法令予以特别许可。特许主义原则盛行于17世纪至19世纪。通过这种方式设立的公司一般都是政治性色彩较强或具有特殊作用的公司,如早期殖民主义时期的英国东印度公司、荷兰东印度公司等。由于特许主义原则对公司设立的限制非常严格,难以适应经济发展的需要,因而各国除了对特殊性质或行业的公司适用外,对其他一般的公司已不再适用。

3. 核准主义

核准主义也称为审批主义或许可主义,是指设立公司除了要具备法定的条件之外,还须

经政府行政主管机关审查批准。核准主义产生于法国路易十四时代颁布的商事条例,后来被很多国家所采纳,由于核准主义原则对公司的设立十分严格,现已很少被采用。

4. 准则主义

准则主义也称为登记主义,是指国家在立法中对设立公司的条件预先作出规定,只要符合这些法定条件即可向登记机关申请成立公司而无须主管机关的批准。首先采取这种原则的是1862年的英国公司法,后被其他国家所采纳。早期的准则主义由于对公司设立的要求非常简单,有人称之为单纯准则主义,单纯准则主义在适用中产生了与自由主义类似的后果,即容易导致公司滥设。为了避免这种弊端,19世纪末,西方资本主义国家对这一原则进行了修正,产生了严格准则主义。严格准则主义与单纯准则主义的不同主要体现在对公司设立的条件要求更为严格,同时,加重公司发起人的责任以及加强行政机关对公司的监督。相比而言,严格准则主义是一种较为科学的原则,因而为现代各国所普遍采用。

(二) 公司设立的方式

公司设立的方式主要有两种,即发起设立和募集设立。

1. 发起设立

发起设立也称为单纯设立或共同设立,是指公司的资本由发起人全部认购而设立公司的方式。发起设立的主要特点是公司所有的资本都来源于公司的发起人,公司不能公开向社会募集资本。

发起设立具有设立程序简单的优点。其资本的筹集无须履行复杂的招股程序,可以有效地缩短公司设立的周期,减少公司的设立费用,降低公司的设立成本,因而是世界上较为通行的公司设立方式。但发起设立存在的明显不足是发起人需认购公司的全部资本,其出资责任较重,对于资金需求量较大的大型股份有限公司而言,发起设立难以胜任。因此,发起设立通常是中小企业采用的一种设立方式。

2. 募集设立

募集设立也称为复杂设立或渐次设立,是指公司发起人只认购一部分股份,其余部分向社会公开募集而设立公司的方式。在广泛地募集社会巨额资金方面,募集设立具有发起设立所不能比拟的优越性。它可以通过发行股份的方式充分吸收社会闲散资金,在短期内募集成立公司所需的巨额资本,缓解发起人的出资压力,便于公司的成立。但采取募集方式设立公司,审批手续极为复杂,需办理公司设立和发行股份两道审批手续,还可能受到国家金融政策等方面的制约。另外,募集设立的股份有限责任公司还具有股权分散、易受制于证券市场等特点。募集设立主要是成立时即需要巨额资金的公司所采用的一种设立方式。

因为无限责任公司、两合公司和有限责任公司属于封闭性的公司,不能向社会公开发行股份,因此只能采取发起设立的方式。股份有限责任公司属于开放性的公司,可以采取发起设立方式,也可以采取募集设立方式。

(三) 公司设立的条件

各国对公司成立的具体要求虽然各有不同,但关于公司设立的主要条件程序都大体相同,一般都包括以下几个方面:必须符合法定股东人数;必须订立公司章程;必须具备法定的最低资本数额;办理注册登记。

1. 必须符合法定股东人数

多数国家对公司的股东人数都有法定要求,一般都是对有限责任公司的股东人数有上限要求,而对股份有限公司的股东人数则只有下限要求。中国《公司法》规定有限责任公司由 50 个以下股东出资设立,股份有限公司由 2~200 个发起人设立。

2. 必须订立公司章程

公司章程是规定公司的宗旨、资本、组织机构等对内对外事务的法律文件,是规范公司活动的“根本大法”。公司章程主要包括以下内容:公司的名称;公司的经营范围;股东的姓名、住所或居所;公司的资本总额和各股东的出资额或股份;公司的注册地址;公司的具体形式;公司组织的构成及权限;公司章程的修改规则等。

3. 必须具备法定的最低资本数额

多数国家的公司法都要求设立公司必须具有的最低资本数额,只是数额多少不同而已。西方一些国家(如英国、美国等)对公司的最低资本额要求较少,中国《公司法》对公司最低资本额规定则较高。

中国《公司法》规定,有限责任公司注册资本的最低限额为人民币 3 万元,法律、行政法规对其最低限额有规定的,从其规定;股份有限公司的最低注册资本为 500 万元。

公司股东必须认购公司股份,缴付出资。股东的出资方式包括货币、实物、工业产权、土地使用权作价出资等,一般不允许股东以劳务出资。而且,很多国家为了防止股东出资不实,要求对实物、工业产权等必须经法定机构评估作价。对于股东高估出资的,一般要求其承担出资填补的义务;因不足出资给公司及其他股东造成损害的,还应承担赔偿责任。

4. 办理注册登记

公司股东制定章程、交足其所认购的出资以后,即应去公司主管机关申请成立登记。申请登记时除应缴纳法定的手续费外,还应提交申请书、公司章程、出资证明书等法定的文件。经主管机关审核登记发给登记证书,公司即告成立。

三、公司的资本

(一) 公司资本的概念

公司的资本是公司从事生产经营的前提和物质基础,是公司对外承担责任的担保。广义的公司资本是指公司用以从事经营、开展业务的所有资金和财产,包括公司自有资本和借贷资本两部分。狭义的公司资本则仅指公司自有资本(即股本),也就是在公司成立时由章程所确定的由股东出资构成的公司财产总额。本书所用的公司资本一般是指狭义资本。

公司的资本不同于公司的资金。公司的资金包括股东对公司的投资、公司发行的债券、公司向银行的贷款等。公司的资本是公司股东所缴股金之和。公司的资本只是公司资金的一个组成部分,公司资金的概念大于公司资本的概念。

(二) 公司资本制度

自从有限责任产生以来,关于公司资本的立法就成为公司立法的重要内容。到目前为止,西方国家公司法已形成了三种主要的公司资本制度。

1. 法定资本制

法定资本制也称为确定资本制。法定资本制强调公司在设立时,必须在章程中规定公司的资本总额,并须由股东全部认购,否则公司不能成立。公司成立后,变更公司资本也要受到严格的限制。法定资本制为多数大陆法系国家所采用。

法定资本制奉行的立法原则是资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则,简称为“资本三原则”。

(1) 资本确定原则。资本确定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的规定,并须由股东全部认购,否则公司不能成立。资本确定原则有两项要求:一是要求公司资本总额必须明确记载于公司章程中,使之明确、具体;二是要求在公司设立时必须由全体股东认足公司章程所确定的资本总额。资本确定原则可以有效防止公司设立中的投机、欺诈行为,最终维护交易的安全。

(2) 资本维持原则。资本维持原则也称为资本充实原则,是指公司在存续期间,必须保持相当于公司注册资本的资产。公司在经营过程中可能营利,也可能亏损,因而公司的实有财产可能高于也可能低于公司的注册资本。如果公司的实有财产低于公司的资本,则公司的偿债能力就大为降低,会损害公司债权人的利益。为了避免和减少这种情况的发生,许多国家在公司法中确定了资本维持原则。例如,中国《公司法》规定,股东不得抽逃出资,公司不得收购本公司的股票,公司分配税后利润时必须先弥补亏损等。这些规定都体现了资本维持原则。

(3) 资本不变原则。资本不变原则是指公司资本一经确定,不得随意改变,如需增加或减少必须严格依照法定条件和程序进行。按照资本不变原则,公司资本不是绝对不能增加或减少,而是不能随意改变,必须严格按照法律规定进行。确定资本不变原则目的是为了阻止公司任意减少资本而损害债权人的利益,或防止公司因任意增加资本而导致资本过剩,使股东承担过多的风险,损害股东的利益。

资本三原则对于保证公司资本的真实可靠,防止公司设立中的欺诈和投机行为,维护交易安全,保护债权人的利益发挥了巨大的作用。但随着经济的发展,它也暴露了一些缺陷。首先,由于资本确定原则要求公司在设立时就一次收足大量资本,因此公司资本不易认足,公司很难成立;其次,公司在设立之初,所营事业尚未展开,大量资本的收足有可能导致资本的闲置。最后,由于公司资本在设立时即一次性发行并认足,公司在未来经营中需增加资本时还要履行烦琐的增资法律程序。为了避免上述弊端,一些国家在公司立法中不再严格遵守这些原则,而是借鉴英美法系的授权资本制。

2. 授权资本制

授权资本制是指公司设立时,须在公司章程中确定公司资本总额,但不要求股东一次认足,股东只认购并缴付资本总额中的一部分,公司即可成立。未认购的部分,授权董事会根据公司营业需要和市场情况随时发行新股,募集资本。因未认购部分已在章程中记载的资本总额内,因此在募集时无须履行增资程序。实行授权资本制,公司可以迅速成立,而且可以根据实际需要随时增加资本,比法定资本制方便且灵活,不足之处是容易造成滥设公司的后果,损害债权人的利益。

3. 折中资本制

鉴于法定资本制和授权资本制各自都存在一定的优点和缺陷,一些国家将这两种制度

融合起来,形成了一种介于两者之间的新的资本制度,即折中资本制。按照这一制度,公司设立时,公司章程所确定的资本总额可不必全部认足,而授权董事会随时发行新股,但要求这种发行权必须在法定期限内行使。同时,法律对资本最低限额作出规定,首期发行股份不得少于法律规定的数额。折中资本制既吸收了法定资本制和授权资本制的优点,又克服了其中的不足。目前,这一资本制度已为法国、德国、日本等国家所采用。

四、公司的组织机构

公司的组织机构主要有股东会、董事会、监事会等三种。此外,还有经理人和经理机构等辅助机关。

(一) 股东会

对股东会的理解,有广义和狭义之分。从广义上说,股东会泛指在各类公司中由全体股东组成的公司权力机构,它包括股份有限公司的股东大会和有限责任公司的股东会。从狭义上理解,股东会专指由全体股东组成的有限责任公司的权力机构。本书中的股东会是从小义的角度来理解的。

股东会由全体股东组成,是公司的最高权力机构。股东会的职权包括:讨论和决定公司章程的变更;决定公司董事和监事的任免;确定公司盈余和股息红利的分配;增加或减少公司的资本;决定公司的合并与解散等。

股东会一般分为普通股东会和临时股东会两种。普通股东会又称为股东常会,是指依法定期召开的股东会议,每年至少应召开一次。临时股东会又称为特别股东会议,是指根据情况需要而临时召开的不定期的全体股东会议,一般由董事提议召集,或由一定人数或比例的股东提议,董事召集。

在股东会议上,原则上每一股享有一项表决权。各股东的表决权以其持有股份的多少为准。股东会议作出决定时实行多数表决原则。此外,根据所要讨论决定的事项的不同,一般还规定有不同的表决程序。对于普通决议事项,基于简单多数即可通过,即只须出席会议的股东所持表决权的半数以上通过;对于特别决议事项,如公司的合并、分立或者解散和修改公司章程等,必须以绝对多数通过,即必须由出席会议的股东所持表决权 $2/3$ 或 $3/4$ 以上通过方能生效。

(二) 董事会

董事会是由股东会选举产生的,由全体董事组成的行使经营决策权和管理权的业务管理机构,是公司的常设机关,负责公司的经营管理工作。随着董事会地位和作用的加强,董事会已成为领导企业的最重要的机构,具有十分广泛的职权。这种职权包括对内的经营管理权和对外的业务代表权。

具体来说,董事会对内的经营管理权主要包括:

- (1) 决策权,即对公司生产经营的方向、战略、方针及重大措施的决定权。
- (2) 执行权,即执行、实施章程规定的宗旨及股东会所作的决议,负责具体业务的管理。
- (3) 人事任免权,即选任公司高级职员。
- (4) 监督权,即监督公司高级职员的活动。

董事会对外的代表权是指董事会以公司名义对外从事活动的权利,对于董事会在经营

范围内从事的活动,公司必须承担责任。

(三) 监事会

监事会是公司的监督机关,负责对董事会的活动及业务执行情况进行监督。监事由股东会从股东中选任,公司的监事享有监督权,可以随时调查公司的财务状况,查阅公司的有关文字资料,对董事、经理执行公司职务的行为进行监督。公司的各位监事组成监事会,此外,根据一些国家公司法的规定,还应从公司雇员中选任一定数量的人参加监事会。例如,德国、荷兰等国家都在立法中规定监事会中应有一定比例的职工代表,中国公司法也规定监事会由股东代表和公司职工代表组成。

(四) 经理人和经理机构

经理人是主持公司日常经营工作的负责人。经理人一般由董事会依据公司章程的规定任免。而且股份有限公司一般都设有总经理、副总经理、经理等若干人组成的经理机构,作为常设辅助业务执行机关,在董事会领导下,具体负责对内管理公司的内部事务,对外代表公司与第三人进行业务活动。经理人对公司的义务与董事基本相同,主要对公司负有谨慎、忠实的义务和竞业禁止义务。经理人违反上述义务,给公司造成损失的,应对公司承担赔偿责任。

五、公司的合并、解散与清算

(一) 公司的合并

公司的合并是指两个以上的公司合并为一个公司。公司的合并有两种方式:一是新设合并,即将现存的公司解散,成立一家新的公司;二是吸收合并,即将一个或一个以上的公司予以解散,而转归一家现存的公司。

公司合并的程序一般是由同意合并的各个公司的董事就合并的条件进行磋商,各公司达成合并协议后,即由各有关公司召开股东会作出合并的决议。股东会作出决议后,各合并公司应编制资产负债表及财产目录,并将合并的办法公告,并及时通知各债权人,债权人可在规定的期限内提出异议。公司对于持有异议的债权人应如数给予清偿,或向其提供适当的担保。各国法律还规定,反对合并的股东有权要求公司以公平的价格收买其持有的股份。公司合并后,应依法向有关主管部门进行登记。

公司合并会带来一定的法律后果,主要包括以下几个方面:第一,公司的解散、变更和新设。在新设合并中,参与合并的公司均解散,在此基础上产生一个新的公司,新设公司应办理设立登记。在吸收合并中,只有一个公司继续存在,其余公司解散,存续的公司应办理变更登记。第二,权利义务的概括转移。因合并而解散的公司,其权利义务一并转移给存续的公司或新设的公司承受。第三,股东资格的当然承继。合并前公司的股东继续成为合并后存续公司或新设公司的股东。原来股东的股份按合并协议的规定转换为合并后公司的股份。

(二) 公司的解散与清算

公司的解散是指公司资格的消灭。而公司的清算是指公司解散时对其财产进行清理的过程。

各国公司法对公司解散的原因都有具体规定,一般包括以下几种:

- (1) 公司章程所规定的解散事由发生。
- (2) 公司经营的事业已经成就或不能成就。
- (3) 股东会议决议解散。
- (4) 公司的股东人数或资本总额低于法定的最低数额。
- (5) 公司合并或者分立需要解散的。
- (6) 公司破产。
- (7) 政府主管部门责令解散。

公司解散会产生一系列的法律后果。首先,公司一经解散,其权利能力就受到限制,除了清算的必要外,公司不得进行任何业务活动,不得处理公司的财产;其次,公司原来的代表机关和业务执行机关均丧失其地位和职权,不得代表公司行使职权,其地位由清算组织替代。但是,公司的股东会 and 监事会仍然存在,必要时,可以行使法律或章程规定的职权。公司解散后,公司与股东的法律关系仍然存在,公司法中关于股东与公司关系的规定仍然适用。

公司解散后,应指定清算人对公司的债权、债务和公司财产进行清理。各国关于清算人的任命方式的规定大致可分为三类情形:由公司的董事会指派一名董事担任;根据公司章程的规定,由股东会选任清算人;根据利害关系人的请求由法院指派清算人。

清算人的职责是:清理公司资产,制作公司资产负债表及财产清单;通知或公告债权人在一定期限内申报其债权,对于知道姓名的债权人,应分别予以通知;处理与清算公司未了结的业务;收回公司的债权;偿还公司的债务;分配公司的剩余资产。完成上述任务后,清算人即可制作清算报告,该报告经股东会追认后,清算人即可解除责任。

清算人在进行清算的过程中,有权代表公司处理公司未了的事务及到法院起诉、应诉。另外,清算人有权取得报酬。

清算人在履行职务时,必须遵守法律的规定并负有忠实的义务。清算人违背法定义务,给公司造成损害的,应承担赔偿责任。

第三节 股份有限公司

一、股份有限公司概述

(一) 股份有限公司的概念

股份有限公司是指将全部资本分为均等份额,股东以其所持股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。

(二) 股份有限公司的特征

股份有限公司具有以下法律特征:

1. 股东人数的广泛性

与有限责任公司股东的限制数量不同,股份有限公司的股东人数具有广泛性,世界

各国公司法对股东数额均仅规定最低限额,没有规定最高限额。例如,中国《公司法》规定,股份有限公司的股东为5人以上。

2. 股东责任的有限性

股份有限公司的股东承担的是有限责任,即仅以其所认购的股份为限对公司负责,公司不得任意扩大股东责任的范围,公司的债权人也不得直接向股东主张债权或要求股东个人清偿公司债务。

3. 公司股份的均等性

股份有限公司的全部资本被分成均等的股份,股份是构成公司资本的最小单位,也是计算股东权利义务的基本单位。

4. 股份有限公司是最典型的资合公司

与人合公司不同,股份有限公司的信用基础在于其资本,与公司成员的信用无关。股东只能以货币、实物、知识产权等出资,不能以信用或劳务出资。同时,股份有限公司的股份可以自由转让,股东的频繁变动对公司的存续及经营并无影响。

5. 股份有限公司具有公开性

由于股份有限公司是向社会广泛募集资本,因此公司必须向社会公开其账目,以使社会公众了解公司的经营状况,进而决定是否应向公司投资等事项。

二、股份有限公司的设立

(一) 股份有限公司设立的条件

设立股份有限公司应符合以下条件:

1. 发起人符合法定人数

发起人是订立发起人协议,提出公司设立,申请股份,筹备公司成立,并对公司设立承担责任的人。

各国对发起人的人数规定不太一致,但一般都规定了股份有限公司发起人的最低人数,例如,法国、日本规定为7人,德国规定为5人。中国《公司法》规定,设立股份有限公司,应当有5个以上发起人;国有企业改建为股份有限公司的,发起人可以少于5人,但应当采取募集设立的方式。

对于发起人是否限于本国人,各国公司法的规定有所不同。大多数国家不加限制,也有国家规定发起人必须为本国人,或要求本国人应占发起人一定的比例。中国《公司法》不要求发起人必须是本国人,但规定发起人中必须过半数在中国境内有住所。

2. 发起人认缴和社会公开募集的股本应达到法定最低资本限额

公司资本是公司经营及承担责任必不可少的,各国在公司法中都规定了股份有限公司的最低资本额,例如,德国公司法规定,股份有限公司的最低注册资本额为5万欧元;中国《公司法》规定,股份有限公司的最低注册资本额为500万元人民币。

3. 股份的发行、筹办事项符合法律规定

向社会公开发行股份筹集公司资本,是股份有限公司的一大特点。为了保护社会

公众的利益,包括中国在内的各国公司法对股份有限责任公司发行的条件、程序都作了严格规定。因此,股份有限责任公司设立时公司股份的发行、筹办事项必须符合法律规定,否则,公司不能成立。

4. 具备股份公司的公司章程

股份有限责任公司的章程是股份公司设立的基本条件。股份有限责任公司的章程是由发起人制定的,用于规定公司的组织机构及对内、对外行为。

5. 有公司名称、符合股份有限公司要求的组织机构

公司名称是公司区别于其他公司的标志;公司组织机构是公司对内进行管理,对外代表公司的各种机构的总称。设立公司必须具备名称和组织机构。

6. 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件

生产经营场所是公司主要业务活动和经营活动的处所;生产经营条件是公司进行生产经营活动所需的物质条件,它们都是股份有限责任公司设立的必备条件。

(二) 股份有限责任公司设立的程序

股份有限责任公司的设立程序依设立方式的不同可以分为发起设立程序与募集设立程序两种。

1. 发起设立程序

(1) 订立公司章程。订立公司章程是设立股份有限责任公司的必经程序,是进行其他设立活动的基础。在发起设立方式下,章程须经全体发起人同意后方能生效。

(2) 认足股份。认足股份是指发起人以口头或书面形式承诺认购股份,不是指缴纳股款。

(3) 缴纳股款,即由认股人按认领的股份的票面额交纳股款。股款是否一次全部缴足,各国法律规定各不相同,有的国家(如日本)要求全部缴足,有些国家(如法国和德国)规定可以分期缴纳。发起人缴纳股款,可采用货币、实物、知识产权、土地使用权等形式,但不得以劳务、信用出资。

(4) 建立公司机构。发起人首次缴纳出资后,应选举董事会和监事会。

(5) 申请设立登记。选举产生的董事会应向公司登记机关报送设立公司的申请及批准文件,申请设立公司。

(6) 由登记机关进行登记。公司登记机关在收到公司设立登记的申请以后,在法定的期间内应作出是否予以登记的决定。对于符合条件的公司,应予以登记,发营业执照。

2. 募集设立程序

(1) 拟订公司章程。公司章程由发起人拟订,以后提交到股东大会审议通过。

(2) 发起人认足部分股份。各国立法都对发起人的认股规定了一些限度,或者规定发起人至少必须认购的股数,或者规定发起人至少需认购股份的比例。例如,中国《公司法》规定,以募集设立方式设立股份有限责任公司的,发起人认购的股份不得少于公司股份总数的35%,其余股份应向社会公开募集。

(3) 办理公开募集申请及批准手续。各国对股份公司的设立控制得较为严格,发起人在向公众公开募股之前,一般必须向国家主管机关报送有关文件申请审批,只有在主管机关审核批准后,才能开始募集。

(4) 公告和招募股份。发起人在募股申请得到主管机关批准后,即可向社会公告其招股说明书,邀请公众认购股份,同时制作认股书供认股人填写。

(5) 缴纳股款。认股人应在规定期限内向代收股款的银行缴纳股款,股款一旦缴纳,即成为公司资产,不得抽回。股款缴足后,必须经法定的验资机构验资并出具证明。

(6) 召开创立大会。发起人认缴股款并经法定的验资机构验资后,发起人即应主持召开创立大会,以通过公司章程,选举董事会、监事会等公司组织机构。

(7) 董事会应于创立大会结束后,向公司登记机关提交有关文件,申请公司设立登记。

三、股份有限公司的股份

(一) 股份的概念与特征

股份是股份有限公司资本构成的最小单位,公司的全部资本分为均等的股份,全部股份的总和构成公司资本总额。

股份具有以下特征:

1. 股份具有平等性

股份所代表的资本额一律相等,股份所表示的权利义务也一律平等。同次发行的同种类股份,其发行条件及发行价格均相同。

2. 股份具有不可分性

股份是资本构成的最小单位,不可再分。但股份的不可分性并不排除某一股份为数人所共有的情况,当股份为数人所共有时,股权一般应由共有人推定一人行使。共有人对股份利益的分享,不是对股份本身的分割。

3. 股份表现为有价证券,可以自由转让

股份以股票为表现形式,股票是股份的证券形式。除法律对特定股份的转让有限制性规定外,股份可以自由转让和流通。

(二) 股份的表现形式——股票

股票是股份有限公司签发的证明股东所持股份的凭证,是股份的外在表现形式。股票具有以下特征:

1. 股票是一种有价证券

所谓有价证券,是指设定并证明持券人有取得一定金额的权利的凭证,它代表着一定的财产权利。股票作为一种有价证券,代表着股东的财产权,拥有股票就拥有股权,股票的转让即为股权的转让。

2. 股票是一种证权证券

股票是证明股东权的证权证券。所谓证权证券,是指证券所代表的权利原已存在,证券只是起一种权利证书的作用。股票是股东权的表现形式,但股东权的产生并不是由于股票的制作,而是由于股东向公司出资而持有的公司股份。因此,股票仅仅是股东权存在的证明及股东行使权利的凭证。

3. 股票是一种要式证券

要式证券是指证券的制作及记载事项必须严格按照法律规定进行,否则将导致证券的

无效。各国公司法对股票的形式、内容一般都作了严格规定。

4. 股票是一种流通证券

股票可以在市场上流通,是一种典型的流通证券。股票流通的方式有两种:一种是上市交易,即在证券交易所挂牌交易;另一种是柜台交易。

(三) 股份的种类

根据不同的标准,股份可以分成如下不同的种类:

1. 普通股与优先股

这是根据股东的权限划分的。普通股是公司股份中最基本的一类,普通股的股东在获得股息红利及公司解散时分得剩余资产的顺序上后于优先股股东,但是对公司的重大问题有表决权。优先股是指在某些方面比普通股拥有优先权利的股份。优先股股东优先分得股息,在公司解散时可优先分得剩余资产。但是,优先股股东一般没有表决权。

2. 记名股与无记名股

这是根据股东是否被记名划分的。凡记载股东姓名的股份称为记名股;未记载股东姓名的股份称为无记名股。

3. 有票面金额股与无票面金额股

这是根据股票上是否标明股份的价值划分的。凡在股票上标明其价值的股份称为有票面金额股;未标明价值的股份称为无票面金额股。一些国家不允许发行无票面金额股。

(四) 股份的发行

股份的发行是指以筹集公司资本为目的,分配或出售公司股份的行为。股份的发行分为设立发行和新股发行两种。

1. 设立发行

所谓设立发行,是指为使公司成立,以募集到法定资本数额为目的的股份发行。由于公司设立的方式有发起设立和募集设立之分,因此,在不同情况下股份的发行也有较大的差别。在发起设立中,股份发行表现为发起人公开认足公司成立所需资本的全部股份;在募集设立中,发起人认购一定比例的股份,其余部分向社会公开募集。

2. 新股发行

所谓新股发行,是指在公司成立后,以增加公司资本为目的的新股发行。新股发行又可以分为如下不同的种类:

(1) 非增资发行与增资发行。非增资发行是指公司基于授权资本制以及公司章程所定资本总额的限制,于公司成立以后为募足资本而发行股份。由于这种股份发行并未增加公司资本,因此属于非增资发行。增资发行是指公司以增加资本为目的而发行股份。

(2) 公开发行与不公开发行。公开发行是指向社会公众发行股份。不公开发行也称为面向特定对象发行股份。公开发行的程序比非公开发行的程序更为严格。

(3) 通常的发行与特别的发行。通常的发行即以增资为目的所进行的新股发行。特别的发行不是以增资为目的,而是为分配盈余、将公积金转为资本或将可转换公司债券变为股份所进行的新股发行。

（五）股份的转让

股份转让是指通过转移股票所有权以转移股东权利的法律行为。由于股份采用股票形式,所以股份的转让也表现为股票的转让。

1. 股份转让的原则与限制

各国公司法对股份的转让大都采取自由转让的原则,以便股东及时转移风险,同时也方便潜在的投资者加入公司。但由于股份的转让可能影响到公司财产的稳定,某一部分股东对股份的处分也有可能损害另一部分股东的利益。因此,为了保护公司和股东的利益,各国公司法都对股份的转让作了必要的限制。例如,中国《公司法》在规规定股份有限责任公司的股东持有的股份可以依法转让的同时,对股份的转让作了以下限制:发起人所持有的本公司股份,自公司成立之日起1年内不得转让;公司董事、监事、经理所持有的本公司股份,在任职期间内不得转让;国家授权投资的机构转让其持有的股份,其审批权限、管理办法适用法律法规的专门规定。

2. 股份转让的方式

股份的转让方式因股票种类的不同而有所差异。记名股票一般采取背书的方式转让,即由股票持有人在股票背面批注签章将股票转让给他人。另外,还须由公司将受让人的姓名或名称记载于股东名册,否则,受让人不得以其转让对抗第三人。无记名股票的转让采取交付的方式,由股东将股票交付给受让人即发生转让的效力。

四、股份有限责任公司的组织结构

股份有限责任公司的组织机构包括股东大会、董事会和监事会。其中,股东大会是公司的最高权力机构;董事会是公司的常设执行机关;监事会是公司的监督机关。这三个机构的职权与有限责任公司的组织机构的职权大体相同。

第四节 有限责任公司

一、有限责任公司概述

（一）概念

有限责任公司又称有限公司,是指由一定数量的股东依法成立的,各股东共同出资,并以其所认缴的出资额或出资比例对公司负责,而公司以其全部财产对其债务承担责任的公可企业。

（二）特征

有限公司是一种资合公司,但同时又包含有某些人合公司的性质,所以具有以下几个方面的法律特征:

(1) 闭锁性。有限责任公司不像股份有限公司那样公开募股、资本公开、账册公开,它

是封闭式的公司。

(2) 结构简单。在西方国家,有限责任公司一般都是中小型企业,虽然组织结构与股份有限公司相似,但比股份有限公司要简单得多。

(3) 资合性与人合性的统一。有限责任公司就是采用了无限公司与股份有限公司的优点而产生的。同无限公司相比,从设立到解散,有限责任公司都要松散一些,而且有限责任公司的股东不能以其信誉作为出资,因此它具有资合性;同股份有限公司相比,有限责任公司因出资转让受到限制,不公开募集资金,股东与股东之间的关系也相对紧密一些,所以它又具有一定的人合性。所以,有限责任公司是资合性与人合性统一的公司。

(4) 有限公司股东的出资不得随意转让。根据各国公司立法的规定,有限公司股东的出资必须先征得公司同意后才能予以转让,并须在公司登记机关进行变更登记。而且,一些国家的公司立法还进一步规定,有限公司股东转让其出资时,其他股东在同等条件下享有优先购买权。

(5) 有限公司股东以其出资额为限对公司承担有限责任。而且股东只对公司负责,对公司的债权人不负直接责任。

(三) 有限责任公司与股份有限公司的相似之处

有限责任公司同其他公司一样,都是一种股权式的经济联合体,都是以营利为目的的企业,都具有法人资格。从公司角度来分析,有限责任公司同股份有限公司最大的相同点就是两者的股东对公司所承担的责任均以其出资为限。

(四) 有限责任公司与股份有限公司两者的区别

(1) 规模大小不同。有限责任公司一般是中小型企业,而股份有限公司则通常是大型企业。

(2) 股份有限公司是开放型公司,而有限责任公司是封闭型公司,主要区别在于资本的募集与账目是否公开。

(3) 股东人数的多寡不同。股份有限公司的股东一般很多。

(4) 组织结构的繁简不同。在有些国家,股份有限公司的董事会以及监察委员会在有限责任公司里变成了董事和监察人,而董事与监察人一般都是一人,这比股份有限公司简单得多。

(5) 所有权与经营权的分离程度不同。在股份有限公司里,所有权与经营权是完全分离的,合一的可能性极小;但有限责任公司里,所有权与经营权分离的可能性比较小,而合一的可能性比较大。

(6) 筹集资本的方式不同,进而导致两者的股权表现形式不同。股份有限公司筹集资本是通过发行股份而进行的,而有限责任公司则是通过股东认购出资而进行的,股份与出资是不一样的。

二、有限责任公司的设立

(一) 有限责任公司设立的条件

1. 设立许可

设立许可是设立公司最基本的条件。有限责任公司的设立同其他公司形式一样,其设

立也必须报请政府主管部门批准,只有在得到了政府主管部门许可的情况下,方可设立。

2. 设立条件

设立条件主要是指设立公司自身必须具备的条件,它包括以下三点内容:

(1) 必须具备法定的股东人数。我国 2005 年修订的公司法要求:公司有 1 个股东就可以设立,但股东人数最多不得超过 50 个。

(2) 必须达到法定的股本额。这在各国的有限责任公司的规定里也是不一样的。例如,德国法律规定设立公司的最低资本额为 2.5 万欧元,意大利为 1 万欧元。

(3) 必须有合法的、完备的设立行为。这主要指的是订立公司章程。

(二) 设立公司章程

公司章程是公司最重要的法律文件,有限责任公司的章程必须经全体股东的同意。这一点与股份有限公司不同,股份有限公司的章程订立只要求发起人全体同意即可。公司章程由全体股东通过以后,一经批准注册,章程便具有法律约束力。主管审批部门审核公司章程主要是根据公司章程的内容进行的,公司的章程包括如下内容:

(1) 公司名称。

(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。

(三) 出资义务的履行

有限责任公司的股东履行出资义务,认足公司设立必须具备的资本是公司设立过程中必须进行的工作。如何履行出资义务,各国规定大致可分为两种:一为全额缴纳主义,即股东应将出资金额或实物出资标的全部一次缴清;另一种为分期缴纳主义,即各股东可将出资额分期缴纳。有限责任公司的出资不限于资金,也可以其他财物(如房屋、土地等)作为出资,而这些“其他财物”也必须折合为出资额,记载于公司章程之中。股东的出资缴纳后,公司必须签发出资证明。

(四) 申请登记

(1) 设立登记的时间。日本、德国、我国台湾地区的公司法都规定在出资金额缴纳后方可登记。德国有限责任公司法规定现金出资 1/4 时以及实物出资 1/2 时可以登记。

(2) 申请登记的机关。西方国家(包括日本)都规定登记机关均为法院,中国的登记机关为企业所在地的工商行政管理机关。

(3) 设立登记应按当地法规提交相应的文件。

三、有限责任公司的资本和股份

(一) 有限责任公司的资本

有限责任公司的资本是指公司股东出资的总额。有限责任公司的资本采取法定资本制,即公司章程中所载明的公司资本额在公司设立时必须由股东一次认缴,即使有的国家公司法规定股东可以分期缴纳出资,但也必须在设立时一次认足,然后对公司负按期缴纳的义务。公司如增加或减少资本,必须修改公司章程并向原登记机关办理变更登记的程序。法定资本制有利于保证公司拥有充实的资本,防止股东利用公司进行欺诈、投机活动。

(二) 有限责任公司的股份

有限责任公司的股份是作为公司资本构成的基本单位而存在,是股东在公司中享有权利和承担义务的依据。有限责任公司的股份一般不是等额的,因而每个股东实际上在公司股本中只持有一股。股份的量化是通过股东出资在公司资本总额中所占比例来决定,股东根据其出资在公司资本总额中所占比例的多少来享受权利和承担义务。有限责任公司的股东不表现为股票形式,而是由公司开具出资证明书,具有股东权利义务凭证的性质,在公司法上一般称之为股单。股单都必须载明持股人的姓名,不能像股份有限公司的股票那样自由流通,但在一定条件下可以转让。

(三) 有限责任公司股份的转让

股东转让出资应当是在有限公司成立之后进行,股东应当向董事会提出转让的申请,由董事会提交股东会议讨论,须经符合法定人数的股东的同意才能转让。股东向本公司其他股东转让与向非股东转让所受限制不同。如日本《有限公司法》第 19 条规定,股东可以将其股份全部或部分转让于其他股东;如股东欲将其股份全部或部分转让于非股东时,则须经股东会同意,而且其他股东在同等条件下有优先购买权。此外,出让人为一般股东或是公司董事时,其出资转让所受限制亦不同。如果出让人为一般股东,须经 1/2 或 2/3 以上多数股东同意才可以转让;如果出让人为公司董事,则必须经过全体股东同意方能转让。

四、有限责任公司的组织机构

有限责任公司的组织机构主要包括股东会、董事会(包括其任命的经理)和监事会。其中,股东会是公司的最高权力机构;董事会是公司的经营管理执行机构;监事会是公司经营活动的监督机构。股东人数较少和规模较小的公司可以不设董事会和监事会。

(一) 股东会

股东会由全体股东组成,是股东行使其权利的机关。股东会议分为定期会议和临时会议。定期会议是按照公司章程的规定按时召开的,一般是半年或一年召开一次。临时会议一般是为议决公司临时性的重大事项而召开的。临时会议的召开,既可由董事会来作出决定(须多数董事同意),也可由占一定比例的股东来提出。例如,日本《有限公司法》规定,持有相当于资本 1/10 以上出资股数的股东,可向董事提交记载会议目的事项及召集理由的书面材料,以请求召集股东大会。中国《公司法》第 43 条规定,代表 1/4 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。

股东会一般由董事会召集,董事会主持。股东会的首次会议则由出资最多的股东召集

和主持。召开股东会议,应当于会议召开前若干天(如中国《公司法》规定为 15 天)通知全体股东。

股东会议通过表决来形成决议。对股东的表决权,各国有不同的规定,中国《公司法》规定,股东按照出资比例行使表决权。股东会议形成决议一般采取少数服从多数的方法。法国和德国的法律都规定,同意者所持有的资本超过公司的资本 1/2 时,决议就可以通过。但对于一些特别重大事项的通过,各国一般都有较为严格的要求。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。中国《公司法》第 106 条、第 107 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的决议,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。

股东表决权一般为自己行使,也可委托他人代理行使。股东是法人的,必须指定一人作为其代理人。股东委托代理人出席股东大会行使表决权,应出具委托书,载明授权范围。各国法律对代理表决权有一些限制。例如,法国《公司法》第 58 条规定,股东可以委派其他股东或其配偶作为自己的代理人,如果委派另外的人作自己的代理人,则应以公司章程有特别规定为限。股东不得只将一部分代理权委托代理人行使,另一部分由自己行使。

关于股东会的权限,各国公司法的规定有所不同。中国《公司法》第 38 条规定,股东会行使下列职权:

- (1) 决定公司的经营方针和投资计划。
- (2) 选举和更换董事,决定有关董事的报酬事项。
- (3) 选举和更换由股东代表出任的监事,决定有关监事的报酬事项。
- (4) 审议批准董事会的报告。
- (5) 审议批准监事会或者监事的报告。
- (6) 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案。
- (7) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案。
- (8) 对公司增加或者减少注册资本作出决议。
- (9) 对发行公司债券作出决议。

(10) 对股东向股东以外的人转让出资作出决议;对公司合并、分立,变更公司形式、解散和清算等事项作出决议;修改公司章程。

(二) 董事会

许多国家的公司法比较重视有限责任公司的股东会的作用,对有限责任公司是否设立董事会不作严格要求。尤其是股东较少、规模较小的公司可以不设置董事会,由股东会选举执行董事,由董事来执行公司业务管理,对外代表公司。但对规模大的有限公司,有的国家则规定必须设置董事会,如丹麦《有限公司法》规定,有 40 万克朗以上股份资本,雇员超过 50 人的有限公司,应同股份公司一样设置董事会。

董事会的组成人数,有些国家法律规定不得少于 3 人,有些国家还对上限也作了规定。如中国《公司法》规定,有限责任公司董事会,其成员为 3~13 人。董事会一般设有董事长、副董事长,董事长为公司的法定代表人。

关于董事的资格,各国公司法一般都有限制。首先,董事必须由具备完全民事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,董事一般应从股东中产生。中国台湾省公司法明确规定董事只能由股东担任。不过,中国《公司法》没有这一

限制。第二,董事应具有善良品行和经营能力。对有经济方面犯罪前科的,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。中国《公司法》第 57 条规定,有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、经理:

(1) 无民事行为能力或者限制民事行为能力。

(2) 因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪,被判处刑罚,执行期满未逾 5 年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾 5 年。

(3) 担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理,并对该公司、企业的破产负有个人责任的,自该公司、企业破产清算完结之日起未逾 3 年。

(4) 担任因违法被吊销营业执照的公司、企业的法定代表人,并负有个人责任的,自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年。

(5) 个人所负数额较大的债务到期未清偿。

此外,中国《公司法》还规定国家公务员不得兼任公司的董事、监事、经理。关于董事会的权限,中国《公司法》规定,董事会对股东会负责,行使下列职权:

(1) 负责召集股东会,并向股东会报告工作。

(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、决策方案。

(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。

董事会职权的行使是通过召开董事会会议实现的。董事会会议一般由董事长召集和主持;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。中国《公司法》规定,1/3 以上董事提议也可以召开董事会会议。

有限责任公司董事要对公司尽管理人的注意义务和竞业禁止义务。董事应遵守公司章程,认真执行业务,维护公司利益,不得利用其在公司的地位和职权为自己牟取私利,不得侵占公司财产。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。董事违反法律或违反其职责而使公司遭受损失,董事须负赔偿责任。例如,美国有些州的法律规定,由于经营失当而导致的公司债务,董事或管理人员应承担赔偿责任。

有限责任公司设经理,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。

(三) 监事会

监事会对公司事务实行监督的机构。有限责任公司经营规模较大的,一般设立监事会;股东人数较少和规模较小的,通常可以不设监事会。设立监事会的,其成员不得少于三人,并在其中推选一名召集人。不设监事会的,可以设一至两名监事。监事会一般由公司股东和公司职工代表共同组成,具体比例由公司章程规定,其中的职工代表由公司职工民主选举产生。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,所以,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

(1) 有限责任公司与其股东的关系主要表现在以下几个方面:

① 有限责任公司各股东应严格依照公司章程的规定交纳其出资。由于有限责任公司具有资合公司的性质,所以,各国公司法一般都要求各股东的出资只能以现金或其他财产为限。

② 有限责任公司股东不得随意转让其出资份额。有限责任公司作为一种资合公司,同时又具有人合公司的性质,所以,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 有限责任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赢利的权利。

④ 有限责任公司股东以其认缴的出资额对公司负责。

⑤ 有限责任公司股东基于其出资享有参与公司经营管理的权利。

⑥ 有限责任公司章程的修改须经各股东的一致同意方能进行。

(2) 有限责任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。根据各国公司立法的规定,有限责任公司股东要转让其出资,首先应征求其他股东的意见,经多数股东同意后才能转让。有的国家公司立法甚至规定得经全体股东同意后才能转让。而且,股东转让其出资份额时,公司其他股东在同等的条件下具有优先购买权。

(五) 有限责任公司的外部关系

有限责任公司的外部关系是指有限责任公司进行对外交往时同第三人所发生的关系。

有限责任公司属于法人组织,对外活动由其代表机关来进行,所以,有关公司与第三人的关系也就是公司代表机关与第三人的关系。有限责任公司以其章程依法规定的董事或董事长对外代表公司进行公司章程所规定的经营范围内的活动。

五、有限责任公司的解散与清算

有限责任公司的解散是指依法成立的公司因为公司章程或法律所规定的事由的发生而依法消灭的行为。有关公司解散的事由一般包括:公司规定的解散事由的发生;公司规定的存续时间届满;公司股东会议作出解散的决定;公司与其他公司合并;公司宣布破产;由公司主管机关或法院发布解散命令等。

有限公司因上述事由解散后需要在法定期限内到公司主管机关进行申请解散登记。除因合并或破产解散的外,待解散公司需要在法定期限内进行清算程序,以了结公司对内外关系。有限公司的清算严格按照公司立法的有关规定进行。

第五节 独资企业

一、独资企业的概念及法律特征

(一) 独资企业的概念

独资企业是指由一个自然人投资,财产为投资人所有,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。

(二) 独资企业的法律特征

(1) 独资企业的投资者仅为一个自然人。这同合伙企业、公司企业要有两个以上的人联合投资形成显著区别。将独资企业的投资者限定于自然人是各国立法的通例。

(2) 投资人对企业债务承担无限责任。企业财产不足以清偿到期债务时,投资人以其个人财产对企业未清偿的债务承担无限连带责任。

(3) 独资企业是非法人企业。独资企业人格依附于投资者的人格,独资企业的全部资产均归投资者个人所有;投资者对企业的事务有绝对控制与支配权。以上种种表明:独资企业虽然有自己的名称或商号,并以企业名义领取营业执照和开展经营活动,甚至以企业名义进行诉讼活动,但它并无独立的法律人格。

(4) 独资企业组织机构简单,经营管理方式灵活。

二、独资企业的设立

(一) 设立条件

独资企业的设立应当符合以下法定条件:

(1) 投资人是一个自然人,且该自然人应具有完全民事行为能力。

(2) 有自己的名称。企业名称应当申请预先核准,独资企业也不例外。由于独资企业的

投资者须对企业债务承担无限责任,所以在企业名称中不可出现“有限”或“有限责任”的字样。

(3) 投资人要有与其申办企业规模相当的经营资金。该经营资金不是注册资本,只是经营的条件,不具有对外提供信用担保的作用。

(4) 有相对固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

(5) 有满足其经营业务需要的适量从业人员。

(二) 设立程序

设立独资企业须经商事登记。商事登记是商事组织取得经营资格的前提条件,有利于交易相对人或社会公众获悉特定商事组织的经营状况和信用,也便于国家对商事组织的管理。独资企业设立的程序比合伙企业和公司企业更容易、更宽松。

在中国,申请设立个人独资企业,应当由投资人或其委托的代理人向独资企业住所地的工商行政管理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。对符合法律规定条件的,登记机关应当自收到设立申请文件之日起十五日内,予以登记,发给营业执照。营业执照的签发日期即是个人独资企业的成立日期。在领取个人独资企业营业执照前,投资人不得以个人独资企业名义从事经营活动。独资企业要设立分支机构的,应在分支机构所在地的企业登记机关申请登记,领取营业执照。

(三) 独资企业的事务管理

独资企业的投资者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负责企业的事务管理。投资者对企业资产及运营收益享有完全的所有权,对企业的生产经营活动有完全的决策权、指挥权、管理权、监督权。投资人聘用他人管理企业事务的,要签订书面的聘用合同或委托合同,明确授权范围。受托人应当忠实地履行其职责,在授权范围内开展独资企业事务管理和指挥运营工作。独资企业的受托管理人及其他从业人员因失职而导致企业财产或名誉损失的,要接受投资者之处罚并承担损失赔偿责任。投资人对受托人或者受聘人员职权的限制,不得对抗善意第三人。

受托人或受聘人员的下述行为是法律所特别禁止的:利用职务上的便利,索取或接受贿赂;侵占企业财产;挪用企业资金归个人使用或将企业资金借贷给他人;擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户存储;擅自以企业名义或企业财产为他人债务提供担保;未经投资人同意,进行与其任职企业相竞争的业务;未经业主同意与本企业订立合同或进行交易;泄露任职企业的商业秘密等。

小案例

某独资企业于1999年7月成立,投资人麦克由于身体原因,将企业委托给里根管理。2000年3月18日,里根购买了住房,并从银行贷款10万元,在与银行签订借款合同时以该独资企业的财产进行了抵押。贷款到期后,里根没有还清全部贷款,银行要求处分抵押权时遭到投资人麦克的拒绝,最后银行以里根为被告起诉到法院。

该案例中,里根作为独资企业的聘用人员违反法律规定,在没有得到投资人麦克同意的情况下,擅自以独资企业的财产为自己购买住房进行抵押,侵犯了独资企业的财产权益,该抵押担保无效。里根应当赔偿由此给独资企业造成的损失,并对自己的债务承担责任。

第六节 合伙企业

一、合伙企业的概念与法律特征

合伙企业是指两个或两个以上的合伙人订立合伙协议,共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险。合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任的商事组织。

合伙企业主要有下列法律特征:

(1) 合伙人应为两人以上。世界上多数国家或地区的合伙企业法并不将合伙人限定为自然人。中国《合伙企业法》规定,自然人、法人和其他组织可以依法在中国境内设立合伙企业。

(2) 合伙企业的成立以合伙人间的协议为基础。合伙人签订合伙协议,规定各合伙人在合伙中的权利与义务以及合伙企业的事务管理规则。

(3) 各合伙人必须对合伙企业的债务承担无限连带责任。这也是合伙企业最为显著的特征,即合伙企业对外承担债务责任不以合伙人对企业的出资及合伙企业积累的财产为限。在合伙企业财产不足以清偿对外债务时,每个合伙人均有义务以其个人财产对合伙企业的全部债务负责清偿。

二、合伙企业的设立

(一) 合伙企业设立的条件

合伙企业设立的条件一般包括以下几点:

- (1) 两名以上的合伙人。合伙人为自然人的,应当具有完全民事行为能力。
- (2) 书面合伙协议。
- (3) 合伙人认缴或实际缴付的出资。
- (4) 合法的企业名称及必要的经营条件和生产经营场所。
- (5) 法律法规规定的其他条件等。

1. 合伙协议

大陆法系国家一般规定,合伙企业存在的法律基础是合伙人之间的书面合伙协议。英美法系国家则允许无合伙协议的事实合伙存在。合伙协议是确立合伙人在出资、利润的分配、风险与责任的分担以及合伙的经营等方面权利与义务的基本依据,对全体合伙人均具有约束力。

合伙协议的主要条款包括以下几点:

- (1) 合伙企业的名称及合伙人的姓名。
- (2) 合伙企业的目的及经营范围。
- (3) 合伙人出资的方式、金额及缴付期限。
- (4) 合伙人之间利润分配与亏损分担办法。
- (5) 合伙企业的事务管理。

- (6) 入伙和退伙。
- (7) 合伙企业的解散和清算。
- (8) 合伙的期限等。

2. 出资

合伙企业属于典型的人合企业,其信用基础在于合伙人自身的资信而非合伙企业的财产。因此,法律没有必要规定合伙人出资的方式与合伙企业的最低资本金。合伙人出资的方式可以是金钱、物的所有权及使用权、知识产权或者其他财产权利、劳务乃至信用、管理经验及专业技能等,只要全体合伙人就此达成一致即可。中国《合伙企业法》规定,经全体合伙人一致同意,合伙人可以以劳务出资。

(二) 设立程序

英美法系国家对一般合伙企业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。大陆法系国家都要求设立合伙企业时须履行申请登记手续,领取营业执照,在此之前不得以合伙企业名义从事经营活动,否则即应承担法律责任。根据德国法律的规定,合伙企业必须在商业登记册上办理登记。全体合伙人必须事先提出合伙申请,在申请书中必须载明每个合伙人的姓名、职业与长期住所,企业的名称与开设地点,以及开始营业的日期等。同时,合伙企业登记事项因退伙、入伙、合伙协议修改等发生变更或者需要重新登记的,还应当于合理期限内办理有关变更登记手续。

小案例

甲、乙共同出资合伙设立一家砖瓦厂,一切准备就绪。由于缺少一名精通烧制技术的工人,两人找到丙,丙提出每月1 000元工资,甲、乙认为工资过高,只同意给600元,丙不同意。最后,甲、乙提出让丙作为合伙人,占总股份的20%,丙才答应。三方签订了书面合伙协议,并办理了工商登记。第一年,砖瓦厂获利,三人按合伙协议约定进行了分配。但第二年,由于经营不善,亏损30 000余元,砖瓦厂无力继续经营。于是,三人解散了砖瓦厂,对其所欠债务却未进行清偿。砖瓦厂的债权人得知砖瓦厂解散的消息后,纷纷上门索债,甲、乙逃到外地躲债。债权人找到丙要求承担全部债务,丙称他只是甲、乙雇用的一名技术工人,拒绝还债。债权人无奈,将丙列为被告诉至法院。

该案例中,法院判决丙对合伙企业债务承担无限连带责任,偿还合伙企业砖瓦厂所欠债权人的全部欠款。因为,合伙企业法规定,合伙人可以以劳务出资,合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。甲、乙、丙签订的合伙协议明确约定丙以劳务出资,并且丙也享受了合伙人的按合伙协议约定共享收益的权利,其作为合伙人应对合伙企业的债务依法承担无限连带责任,即对合伙企业无法偿还的债务,合伙人应以其出资以外的财产清偿。又由于各合伙人之间为连带债务关系,因此,法院判令丙偿还合伙企业砖瓦场所欠债权人的全部欠款。当然,丙对于其按合伙协议多承担的部分可以向另外两个合伙人甲、乙追偿。

三、合伙企业的内部关系及事务执行

合伙人之间的权利与义务关系可由合伙人书面或口头确定,只有在合伙协议无规定或规定不明确并发生纠纷时,有关的法律规定才得以补充适用。

（一）合伙人的权利

合伙人是合伙企业的投资者,也是合伙财产的共有人。合伙人对合伙企业的权利既来自于其投资行为,同时也在合伙协议中有所体现。根据包括我国在内的多数国家或地区的合伙法的规定,合伙人权利可分为财产性权利和管理性权利,具体包括以下几点:

1. 分享利润的权利

每个合伙人均有根据合伙协议的规定取得利润的权利。如果协议没有约定,则按各国合伙法的规定分配利润。如法国规定,应按合伙人的出资比例分享利润;而英、美、德等国规定,合伙人应平均分配利润。

2. 参与经营管理的权利

除非合伙协议中另有约定,每个合伙人都有平等参与合伙管理、对外以合伙名义进行活动的权利。

3. 监督和检查账目的权利

每个合伙人都有权了解、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。

4. 获得补偿的权利

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。

5. 优先投资权与优先受让权

在合伙企业经营效益较好而扩大投资规模时,合伙人有权优先投资;合伙人经全体合伙人同意可将其财产份额转让给他人,在同等条件下,合伙人对于其他合伙人转让的份额有优先受让权。

（二）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。

2. 忠实义务

合伙人对合伙企业及其他合伙人负有忠实的义务:

(1) 合伙人必须为合伙企业的最大利益服务。

(2) 不得擅自利用合伙企业的财产为自己牟取私利。

(3) 不得违反竞业禁止规定,经营与合伙企业相竞争的事业。

(4) 每个合伙人不得私自与合伙企业订立合同,否则,由此所产生的利润归合伙企业。

(5) 合伙人必须向其他合伙人提供合伙企业的真实账目和经营情况。

(6) 未经其他合伙人的同意,而以合伙企业的名义或财产进行的非正常业务的交易收益均归合伙企业所有。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。

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第三人。

5. 对合伙企业的债务承担无限连带责任

每个合伙人须按合伙协议的约定或其投资比例承担合伙企业的经营亏损,并对合伙企业的债务承担无限连带责任。

(三) 合伙企业事务执行方式

在合伙企业事务执行方式上,世界各国法律大多规定了两种方式:一种为全体合伙人共同管理合伙企业事务;另一种为事务授权方式。一般而言,小规模合伙企业往往由全体合伙人共同执行合伙企业的事务;规模较大的合伙企业因合伙人较多,共同执行合伙事务则有较多不便,因而各国法律规定全体合伙人可以约定由少数合伙人负责执行合伙事务,即事务授权方式。受托执行合伙事务的合伙人称为执行合伙人。

执行合伙人对外代表合伙企业,其他的合伙人则不再执行合伙企业的事务,但他们有权监督执行合伙人的职务行为,听取执行合伙人的工作报告,并就合伙企业的重大问题发表意见、参与表决。由于执行合伙人代表合伙企业的行为责任由全体合伙人承担,所以其他合伙人还相应享有异议权和撤销权,即当执行合伙人的行为有损于合伙企业利益时,其他合伙人有权提出异议并加以制止,并于必要时可以撤销对执行合伙人的事务授权。执行合伙人行使管理权的范围由全体合伙人签署授权委托书载明,并于企业成立时或运营中变更后,报送至企业登记机关备案。

四、合伙企业与第三人的关系

在合伙企业中,每个合伙人在企业经营的目的范围内,都有权作为合伙企业与其他合伙人的代理人。合伙企业与第三人的关系可概括为以下几个方面:

(1) 每个合伙人在执行合伙企业业务中所为的行为,对合伙企业与其他合伙人都具有约束力。

(2) 每个合伙人对第三人负连带责任。合伙人对合伙企业所形成的债务负有无限连带责任。当合伙企业不能清偿到期债务时,债权人可越过合伙企业直接向任一人或全体合伙人请求清偿;清偿了全部债务的合伙人有权请求其他合伙人补偿各自应负担的份额。例如,在法国等国,债权人只能先行请求合伙企业偿债,只有合伙企业无力清偿债务时,才发生由合伙人连带偿还的问题。

(3) 合伙企业内部对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制,不能对抗善意第三人。在第三人不知情的情况下,非执行合伙人越权代表合伙企业与第三人为商业行为时,其他合伙人及执行合伙人不得以行为越权而主张交易无效。如果第三人在同该合伙人进行交易时,已经知道合伙人的权力受到限制而无权处理该项业务的,则该合伙人所做出的行为就不能约束合伙企业和其他合伙人。

(4) 合伙人在从事正常的合伙业务过程中所做出的侵权行为,应由合伙企业承担责任。但是,合伙企业也有权向具有主观故意或疏忽的合伙人进行追偿。

五、入伙与退伙

(一) 入伙

现代合伙立法强调合伙企业的团体性,认为入伙与退伙等合伙人的变更不会影响合伙关系的存续。

入伙是指在合伙企业存续期间,合伙人以外的其他人取得合伙人资格的法律行为。各国合伙法一般均规定,接纳一个新的合伙人必须经全体合伙人的同意,并依法订立书面入伙协议。

英美法系国家的合伙立法规定对合伙人加入的程序可由合伙人在合伙契约中约定。中国《合伙企业法》第 43 条、第 44 条规定,新合伙人入伙,除合伙协议另有约定外,应当经全体合伙人同意,并依法订立书面入伙协议,原合伙人应当向新合伙人告知原合伙企业的经营状况和财务状况,新合伙人对参加合伙前的合伙企业债务承担无限连带责任。

(二) 退伙

退伙是指合伙人使其本人的合伙人身份归于消灭的法律行为和事实。退伙一般分为自愿退伙、法定退伙和除名三种。

1. 自愿退伙

自愿退伙,即依合伙人单方的意思表示而决定并告知其他合伙人而发生的退伙行为。

各国合伙立法对自愿退伙的限制,依据合伙协议中是否有经营期限的约定而区别对待。中国《合伙企业法》规定,合伙协议约定合伙企业的经营期限的,在合伙企业存续期间有下列情形之一时,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退伙。
- (3) 发生合伙人难以继续参加合伙企业的事由。
- (4) 其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

合伙协议没有约定合伙企业的经营期限的,合伙人在不给合伙企业事务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。合伙人违反前述规定,擅自退伙的,应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。

2. 法定退伙

法定退伙是指基于法律的规定以及法定事由而当然退伙的情况。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的相关资格,而合伙人丧失该资格。
- (5) 合伙人在合伙企业中的全部财产份额被法院强制执行。

3. 除名

除名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。

中国《合伙企业法》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的。

(3) 执行合伙企业事务时有不正当行为的。

(4) 合伙协议约定的其他事由。

对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人自接到除名通知之日起,除名生效,被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的,可以在接到除名通知之日起 30 日内,向人民法院起诉。当一个合伙人退出合伙之后,即使退伙时已分担合伙债务,对参加合伙期间的全部债务仍须负连带责任。

小案例

1998 年 1 月,甲、乙、丙共同设立一家合伙企业。合伙协议约定甲以现金人民币 5 万元出资,乙以房屋作价人民币 8 万元出资,丙以劳务作价人民币 4 万元出资,各合伙人按相同比例分配盈利、分担亏损。合伙企业成立后,为扩大经营,于 1998 年 6 月向银行贷款人民币 5 万元,期限为 1 年。1998 年 8 月,甲提出将其在合伙企业中的出资转让给丁,鉴于当时合伙企业盈利,乙、丙表示同意。同月,甲办理了退伙结算手续。1998 年 9 月,丁依法入伙。丁入伙后,因经营环境变化,企业严重亏损。1998 年 5 月,乙、丙、丁决定解散合伙企业,并将合伙企业现有财产价值人民币 3 万元予以分配,但对到期的银行贷款未予清偿。1999 年 6 月,银行贷款到期后,银行找合伙企业清偿债务,发现该企业已经解散,遂向甲要求偿还全部贷款,甲称自己早已退伙,不负责清偿债务。银行向丁要求偿还全部贷款,丁称该笔贷款是在自己入伙前发生的,不负责清偿。银行向乙要求偿还全部贷款,乙表示只按照合伙协议约定的比例清偿相应数额。银行向丙要求偿还全部贷款,丙则表示自己是以劳务出资的,不承担偿还贷款义务。

该案例中,甲的主张不能成立。因为《合伙企业法》规定,退伙人对其退伙前发生合伙企业债务,与其他合伙人承担连带责任,因此,甲应对银行贷款承担清偿责任。乙的主张也不能成立,因为《合伙企业法》规定,合伙人之间对债务的分担对债权人没有约束力,债权人可以根据自己的清偿利益,请求全体合伙人中的一人或数人承担全部清偿责任。因此,乙应对银行承担清偿责任。丙的主张也不成立,因为合伙企业法规定,合伙人可以以劳务出资,以劳务出资的合伙人和其他合伙人享有同等的权利和承担同等的义务,丙作为合伙人应对银行承担清偿责任。丁称该笔贷款是在自己入伙前发生的,不负责清偿责任也不能成立,因为《合伙企业法》规定,入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任,因此,丁应对银行承担清偿责任。

乙、丙、丁三人在没有清偿债务的情况下分配合伙企业现有财产 3 万元的行为无效,应全部返还;合伙企业现有全部财产应首先用于清偿银行贷款,不足的部分由甲、乙、丙、丁承担无限连带清偿责任。在银行贷款清偿后,甲、乙、丙、丁内部之间应如何分担清偿责任的问题,应按如下方式处理:甲由于办理了退伙手续,甲在合伙企业内部对合伙企业债务不承担清偿责任。甲如果在银行的要求下偿还了银行贷款,可以向乙、丙、丁追偿;乙、丙、丁之间按照合伙协议约定承担责任,任何人实际支付的清偿数额超过其应清偿的部分,有权就其超过的部分向其他未支付或未足额支付应承担数额的合伙人追偿。

六、合伙企业的解散和清算

根据多数国家合伙法的规定,合伙企业的解散大体有两种情形:协议解散和依法解散。协议解散是指合伙企业根据合伙人之间自愿达成的协议而解散;依法解散是指合伙企业依照法定事由而解散。

依法解散主要有以下几种情况:

(1) 除合伙人间另有协议外,如果合伙人之一死亡或退出,合伙企业即告解散。当合伙企业或合伙人之一破产时,合伙企业即告解散。

(2) 如发生某种情况致使合伙企业所从事的业务成为非法时,该合伙企业即自动解散。

(3) 如爆发战争,合伙人之一为敌国公民时,合伙企业应当解散。

(4) 在合伙人中有人精神失常,长期不能履行其职责,或因其行为失当使企业遭到重大损失,或因企业经营失败难以继续维持时,任何合伙人均有权向法院提出申请,要求法院下令解散合伙企业。

此外,合伙人原则上有权提出退出合伙,但各国合伙法对此项权利都有一定限制,以保证合伙企业的稳定发展。法国相关法律规定,合伙人退伙不得损害第三人的权利和利益。

无论以哪种方式解散合伙企业,合伙人都应对合伙财产进行清算。合伙企业的财产不足以清偿合伙企业的债务时,合伙人必须以其个人财产负无限连带清偿责任。如果合伙财产清偿了所有债务之后仍有剩余财产分配的,所有合伙人都有权按其投资比例或合伙协议约定的比例参与分配。

七、公司与合伙企业的区别

(1) 合伙企业是根据合同设立的,需要出资人之间的合意;公司成立的基础是章程,是一种加入行为,同意公司章程者即可以成为公司的股东。总的来说,合伙协议中的协商成分大于公司章程;合伙企业的设立、变更、解散等,当事人有更大的自由意志;合伙企业注册登记审查的严格程度比公司低。英美法系称合伙企业是合同设立,而公司是国家设立。

(2) 合伙企业具有人合性质,公司具有资合性质。合伙企业中合伙人的人身信任性质更大,合伙人之间负连带无限责任。无限公司的股东虽然承担无限责任,但是不能代表其他股东;有限责任公司的股东仅以其出资额为限承担责任。另外,合伙人的出资份额一般情况不得任意转让;公司的股权转让自由程度比较高。

(3) 合伙企业的财产属于合伙人共有;公司的财产属于公司所有。合伙财产属于全体合伙人共同所有,但合伙财产具有相对独立性,以保障合伙企业经营的稳定性和对外交易的安全。公司股东拥有股权,公司拥有财产所有权。因此,合伙人是无限责任,股东是有限责任。股东出任董事是代表公司而不是其他股东经营企业,合伙人则是为代理人平等行使经营管理权。

(4) 合伙企业没有意志机关,合伙人的共同意志就是合伙的意志;公司有法人机关,由股东会、董事会、监事会来代表法人的意志,股东不享有直接经营管理的权利。

(5) 合伙企业的规模不能大,合伙人人数不能多,期限不很长,合同到期后可以续订;公司则具有股权社会化的特点。

总之,合伙是共同经营的低级形式,公司是共同经营的高级形式。

本章小结

商事组织是从事国际商事活动的主体,本章介绍了个人企业、合伙企业、公司等商事组织的有关法律,重点介绍目前最为重要的商事组织法——公司法。

公司类型主要包括无限责任公司、两合公司、有限责任公司、股份有限公司,其中,有限责任公司、股份有限公司是目前最为重要的公司形式。

有限责任公司由50个以下股东共同出资设立,其注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。

有限责任公司依照业务不同,有不同的最低注册资本要求。凡是投资人都是有限责任公司的股东,记载于股东名册上,有权查阅股东会会议记录和公司财务会计报告,有权按照出资比例分取红利。同时,股东在公司登记后,不得抽回出资;股东之间可以相互转让各自的出资,但是当股东向股东以外的人转让其出资时,必须经其他股东过半数同意——这是因为有限责任公司带有浓厚的人合色彩,强调投资人之间的关系。不同意转让的股东应当购买该转让的出资,如果不购买该转让的出资,视为同意转让。同时,经股东同意转让的出资,在同等条件下,其他股东对该出资有优先购买权,这也是为了维护有限责任公司投资人之间的人合关系。

股份有限公司也称股份公司,它和有限责任公司一起构成现代公司两大基本形式。在英美法系国家中,股份公司被称为是公开公司或公众公司,它是通过发行股票集资,资本分为等额股份,以一定法律程序组建的以其全部资产对公司债务承担有限责任的公司。股份公司的这些特征使它具有许多优势,成为现代市场经济中规模经营的最佳组织方式。

设立公司需要具备法定的条件,主要包括必须符合法定股东人数、必须订立公司章程、必须具备法定的最低资本数额、办理注册登记等。

公司的组织机构主要包括股东会(股东大会)、董事会、监事会、经理人和经理机构。

公司的合并、解散及清算都应符合法定的程序。

思考练习

1. 独资企业、合伙企业、公司企业有什么法律特征?
2. 什么是无限责任、无限连带责任和有限责任?
3. 什么是入伙和退伙? 退伙的原因有哪些?
4. 有限责任公司设立的法定条件有哪些?
5. 股份有限公司设立的方式有哪些?
6. 简述公司法的“资本三原则”。
7. 简述股东会、董事会和监事会的职权和职责。

案例分析

装饰工程有限公司诉方草地餐饮有限公司案

原告:某装饰工程有限公司

被告:黄某、郑某、林某(方草地餐饮有限责任公司的三名股东)

诉讼请求:

1. 请求法院判决三名被告履行对方草地餐饮有限责任公司的清算义务。
2. 请求法院判决三名被告与方草地餐饮有限责任公司一起承担偿还原告债权的连带责任。

原告与方草地餐饮有限责任公司签订了建设工程施工合同,约定由原告为方草地餐饮公司进行室内装潢,原告完成施工任务并经被告所属公司验收合格后交付使用,但被告所属公司却一直未支付其应支付的工程款 130 万元;后餐饮公司因违法经营而被工商局吊销营业执照,但未清算,致使原告公司债权迟迟不能实现。原告认为,三名被告是债务人公司股东,在该有限责任公司被吊销执照后负有清算义务但却未尽法定义务。被告不尽法定义务的行为是导致原告债权不能实现的原因,故提出以上诉讼请求。

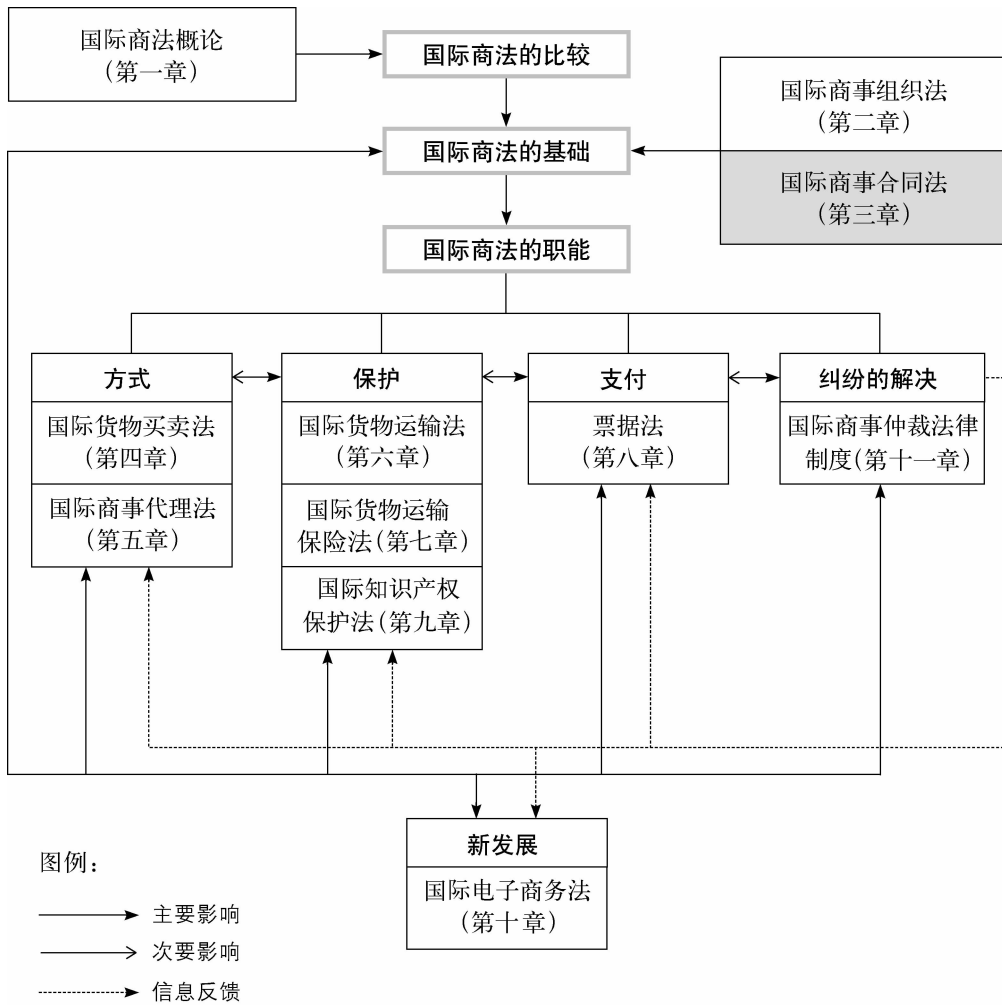
现经法院查明:

1. 方草地餐饮有限责任公司由黄某、郑某和林某三人共同发起设立。黄某以自有商铺作价 200 万元出资,郑某以实物作价 50 万元出资,李某以 150 万元货币出资。现经法院委托有关中介机构评估确认,黄某的出资明显不实,商铺实际价值只有 100 万元。
2. 方草地餐饮有限责任公司拖欠原告 130 万元工程款属实。

问题

1. 原告关于有限责任公司被吊销执照后,其股东负有清算义务的主张是否有依据?为什么?
2. 被告黄某、郑某、李某是否应该对公司该笔债务负连带责任?为什么?
3. 你认为该案应如何处理?

第三章 国际商事合同法



国际商法结构模型

学习目标

(一) 知识目标

- 理解合同的概念；
- 掌握合同成立的基本要素；
- 掌握合同履行的概念及原则；
- 掌握合同的形式、内容、效力、履行和抗辩；
- 熟悉合同的变更、转让、解除和终止等内容；
- 熟悉各国关于债权让与规定的区别。

(二) 技能目标

- 具备违约时灵活运用各种救济措施的能力；
- 具备应对国际商务谈判和解决商务纠纷的能力。

当今社会生活,尤其是国际商务交往都离不开合同。有些西方学者认为,现代社会是合同社会,由此可以看出合同的重要性。本章通过对比的方式,介绍国际商事活动中各个国家对合同法的不同理解和规定。

第一节 概 述

一、合同的概念

(一) 大陆法系合同的概念

大陆法系认为,合同的本质是协议,即合同各方的意思一致。《法国民法典》第 1101 条规定:“合同是一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为某事的协议。”协议是指当事人旨在产生某种法律效果的意思表示一致的行为。当事人双方或各方之间的利益互换并不是合同关系发生的前提条件,只要各方就合同的条件达成一致,合同即成立了。

大陆法系各国普遍认为当事人各方之间无利益互换的协议(如赠与协议)是有效协议。例如,《德国民法典》第 516 条第 1 款规定:“某人以其财产使另一人获得利益时,双方以无偿方式进行给予成立合意时,给予为赠与。”

(二) 英美法系合同的概念

英美法系中传统的合同概念是将其定义为“能够由法律强制执行的承诺”。美国《第二次合同法重述》第 1 条规定:“合同是一个承诺或者一组承诺,违反这种承诺将由法律给予救济,履行该承诺被法律确认为是一种义务。”它将合同定义为是能够强制执行的承诺,其仅强调一方对另一方作出的承诺,而没有强调双方当事人的合意。

英美法系现代较为流行的合同概念是将合同定义为法律上能够强制执行的协议。美国《统一商法典》规定:“合同是指受本法及其他任何可适用的法律影响而产生的,当事人协议上的全部法律义务。”1979 年版《布莱克法学辞典》也将合同定义为“两个或两个以上的人

创立为或不为某一特定事情的义务的协议”。另外,英国《牛津法律大辞典》将合同定义为“两人或多人之间为在相互间设定合同义务而达成的具有法律强制力的协议”。

英美法系关于合同的现代定义在强调当事人双方的意思表示上,比传统的定义更准确、更全面,有和大陆法系相互靠拢的趋势。

(三) 中国法有关合同的概念

中国现今合同立法和合同法理论中的合同概念,是在借鉴大陆法系国家立法和合同法理论的基础上形成的。1999年3月15日通过的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第2条规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议,婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律规定。”将合同定义为规范市场交易的法律形式。因此,《合同法》不适用于规范婚姻、收养、监护等身份关系的民事权利义务关系的协议,也不适用于行政法中的行政合同、劳动法中的劳动合同等。

合同具有以下法律特征:

1. 合同是一种民事法律行为

民事法律行为作为一种最重要的法律事实,是民事主体实施的能够引起民事权利和民事义务的产生、变更或终止的合法行为。合同作为民事法律行为,在本质上属于合法行为。也就是说,只有在合同当事人所做出的意思表示是合法的、符合法律要求的情况下,合同才具有法律约束力,并受到国家法律的保护。而如果当事人做出了违法的意思表示,即使达成协议,也不能产生合同的效力。

2. 合同以设立、变更或终止民事权利义务关系为目的

当事人订立合同都有一定的目的和宗旨,这就是设立、变更、终止民事权利义务关系。所谓设立民事权利义务关系,是指当事人订立合同旨在形成某种法律关系(如买卖关系、租赁关系),从而具体地享受民事权利,承担民事义务。所谓变更民事权利义务关系,是指当事人通过订立合同使原有的合同关系在内容上发生变化。变更合同关系通常是在继续保持原合同关系效力的前提下变更合同内容。如果因为变更而使原合同关系消灭并产生一个新的合同关系,则不属于变更范畴。所谓终止民事权利义务关系,是指当事人通过订立合同,旨在消灭原法律关系。无论当事人订立合同旨在达到何种目的,只有当事人达成的协议依法成立并生效,才会对当事人产生法律约束力,当事人也必须依照合同规定享有权利和履行义务。

3. 合同是两个或两个以上的当事人意思表示相一致的协议

由于合同是合意的结果,因此它必须包括以下要素:第一,合同的成立必须要有两个或两个以上的当事人。第二,各方当事人须互相作出意思表示。也就是说,当事人各自从追求利益出发而作出意思表示,双方的意思表示是交互的才能成立合同。第三,各个意思表示是一致的,也就是说当事人达成了一致的协议。

4. 合同是当事人各方在平等、自愿的基础上产生的民事法律行为

当事人在订立合同时,法律地位完全是平等的,任何一方都不能把自己的意愿强加于他方。否则,合同无效或可变更、可撤销。

二、国际商事合同的历史演变

国际商事合同的法律适用经历了漫长而复杂的演变过程。大体来说,到目前为止,国际商事合同法律适用的历史发展经历了三个基本阶段。

第一个阶段是从 14 世纪法则区别说产生直到 16 世纪当事人意思自治说出现。这一阶段主要是以缔约地等单纯的空间联结因素来确定合同准据法的阶段。基于以单纯的空间联结因素来确定准据法具有明显的确定性和可预见性,符合一定时期内国际经济贸易活动的需要。

第二个阶段是 19 世纪中叶以后,以当事人意思自治说为指导,根据当事人的主观意图来确定合同准据法的阶段。这一阶段随着商品经济的发展和国际交往的加强,特别是资本主义因素的日益增长,国际商事关系合同日益复杂,人们对合同的认识也逐渐加深,缔约地法原则呆板僵硬的弊端也逐渐暴露出来。因而,符合实践需要的与关系合同本质的当事人意思自治说应运而生。现如今,当事人意思自治原则已经成为确定合同准据法的首要原则。

第三个阶段是从 20 世纪中叶开始,以当事人意思自治原则为主,而以最密切联系原则为辅,两者有机结合确定合同准据法的阶段。这一阶段以英国学者戴西(A. V. Dicey)和莫里斯(J. H. C. Morris)所创立的“合同适当法理论”为指导,在肯定当事人意思自治原则的优先地位的同时,以颇具适应性的最密切联系原则作为补充,从而使得对合同准据法的确定更具灵活性和合理性。这个阶段的另一个重要特点是用于调整国际商事合同关系的统一实体法大量涌现,如 1978 年《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》、几经修订的 2000 年《国际贸易术语解释通则》及 1994 年《国际商事合同通则》等。这些国际合同统一实体法直接明确地规定了合同当事人的权利和义务,为调整国际合同关系提供了一种新的切实有效的方法。在当代,关于国际合同法律适用的冲突法制度和统一实体法制度相辅相成,相互借鉴,共同实现对国际商事合同关系的法律调整,并构成国际商事合同法的完整体系。

三、中国合同法的发展过程

与西方相比,中国合同法形成得比较晚。在清朝末年之前,中国一直没有形成一个系统的合同法。后来,清政府和民国政府在民法中对合同作出相应规定,内容较为详尽。1930 年,民国政府制定的《民法典》中的《债篇》,除设有合同的一般通则之外,还有买卖合同等四种具名合同的具体规范。中华人民共和国成立后至改革开放前,主要以红头文件的形式颁布实施行政条例和规章。改革开放后,中国于 1981 年颁布实施了《中华人民共和国合同法》,1987 年颁布了《中华人民共和国合同法》,1988 年颁布了《中华人民共和国合同法技术引进合同管理条例实施细则》。1999 年 3 月,《中华人民共和国合同法》颁布实施。该法借鉴和吸收了大陆法系国家合同法理论的基础和国际商事合同的精髓,体现了中国合同法与国际接轨的一面。

资料卡

西方两大法系中关于合同的定义:

德国法:把合同视为法律行为的一种,所谓法律行为,是指当事人之间为了发生私法上

的效果而进行的一种合法行为。

法国法:视合同为合意,所谓合意,是指当事人之间的意思表示一致。

英美法系:强调合同的实质在于当事人所作的一种“许诺”或“允诺”,只有在法律上有约束力的或能够强制执行的许诺才能成为合同。

中国《合同法》关于合同的定义是:平等主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

第二节 合同的订立

合同的订立是指缔约人为意思表示并达成合意的过程。它描述的是缔约各方自接触、洽商直至达成合意的过程,是动态行为与静态行为的统一体。合同的订立与合同的成立不尽相同:后者仅是前者的组成部分,标志着合同的产生和存在,属于静态协议;前者的含义广泛,既含有合同成立这个环节,又包括缔约各方接触和洽商的动态过程,可以说涵盖了交易行为的大部分。

一、要约

1. 要约的概念

中国《合同法》第14条规定,“要约是希望和他人订立合同的意思表示,该意思表示应当符合下列规定:“(一)内容具体确定;(二)表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。”

要约可以用书面形式表示,也可以用口头或行为表示。

大陆法系国家一般把要约表述为当事人订立合同的意思表示,英美法系国家一般将要约表述为一个或一系列的承诺,中国《合同法》对要约的表述与大陆法系国家相同。

2. 要约的构成要件

一项有效的要约必须符合以下要求:

(1) 要约必须表明要约人愿意按照要约中所提出的条件同对方订立合同的意旨。要约的目的在于订立合同,因此,凡不是以订立合同为目的的意思表示,就不能称之为要约。

(2) 要约的内容必须明确肯定。要约的直接目的在于与相对人订立一项合同,所以要约中应当包括拟签订合同的主要条款。例如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》第14条规定:“向一个或一个以上特定的人提出的订立合同的建议,如果十分确定并且表明发价人在得到接受时承受约束的意旨,即构成发价。一个建议如果写明货物并且明示或暗示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格,即为十分确定。”根据公约的规定,要约的意思表示中需要具体写明三项内容:一是货物的名称;二是明示或暗示地规定货物的数量或确定数量的方法;三是明示或暗示地规定货物的价格或确定货物价格的方法。《国际商事合同通则》也要求要约的内容应当十分确定。可见,内容十分确定是有效要约的必备要件。

(3) 要约必须送达到受要约人才能生效。也就是说,在缔约过程中,承诺的对象只能是有效的要约,如要约处于传递途中尚未生效,则相对人作出的任何意思表示都不可能成为承诺。在实际生活中会出现这样的情况,缔约一方当事人向另一当事人发出了拟订立合同的要约,但在该要约尚处于传递途中的时候,要约相对人向要约人发出了一项与要约内容完全相同的建议,那么该建议因其发出时间早于要约生效时间,即要约相对人在自己还没有见到要约的时候就发出了该建议,则该建议在法律属性上不属于承诺,可将其称为“交错的要约”。如甲向乙发出一份要约,拟以1万美元将一部汽车卖给乙,乙在收到甲的要约前,主动去信表示愿意以1万美元购买其汽车,尽管此信的内容与要约的内容相同,但不能认为乙的意思表示是一项承诺,而只能视为“交错的要约”,即甲和乙几乎同时向对方发出了两个内容基本相同的相互交错的要约,因两个要约都没有得到承诺,所以双方没有成立合同关系。

(4) 要约必须向特定的人发出。关于要约的相对人是否要限于特定范围的问题,大陆法系国家和英美法系国家的法律规定是截然相反的。大陆法系国家要求要约人只能向特定的人发出订立合同的意思表示,如果要约人向不特定的多数人发出订立合同的意思表示,则该意思表示不能界定为有效要约。然而英美法系国家则主张,要约人可以向两个或两个以上的不特定的人发出订立合同的建议,只要要约人具备最终履行合同的能力。英美法系甚至允许要约人向全世界发出要约。

3. 要约与要约邀请的区别

要约邀请也称为要约引诱,是指欲探求消息或请求对方向自己发出要约的意思表示。

小案例

被告在报纸上刊登了一则卖地广告,说明以2500元出售。原告看到广告之后,写信给被告询问土地的确切位置,被告告诉原告这块地在某个山脚下,原告就按指示去察看,回来之后又给被告去信,描述了他所看到的地的特征,询问是否就是这块地。被告回信说,就是这块地,不过你如果要买的话,就要尽快。原告据此认为被告要卖地给他,并到银行去贷款准备购买这块地。但过了两天,等到原告要付钱买地时,被告告诉他地已经卖给别人了。于是原告起诉到法院,要求强制履行,如果不能强制履行的话,那就要求损害赔偿。

那么,这个案件中,双方通过信件往来,到底够不够成有效的要约呢?法院认为,被告跟原告说,你要买这块地的话就快点,不然就要卖给别人了,这个不是要约,而是要约引诱,美国人称之为 invitation to treat,而英国人称之为 invitation for offer。要约引诱看起来像要约,但不是要约,不能对其进行承诺。英美法系中,报纸上的广告、超市货架上的货物都是要约引诱。

首先,要约邀请相对人无接受要约邀请并对之作出反应的法定义务。其次,要约邀请相对人对要约邀请自愿作出的反应不具有承诺的效力,其性质可能是新的要约邀请或以原要约邀请行为人为对象的要约。实践中通常把“不以订立合同为直接目的、内容不十分明确肯定、向不特定的多数人发出的意思表示”界定为要约邀请,如拍卖人的首次要价等。

要约与要约引诱的主要区别在于:如果是要约,它一经对方承诺,要约人即须受到约束,合同即告成立;如果是要约引诱,则即使对方完全同意或接受该要约引诱提出的条件,发出该项要约引诱的一方仍不受约束,除非他对此表示承诺或确认,否则合同仍不能成立。

中国《合同法》第15条规定：“要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。”

4. 要约的生效时间和法律效力

(1) 要约的生效时间。要约的生效时间是指要约对要约人和受要约人产生法律约束力的起始时间。《联合国国际货物销售合同公约》第15条第1款规定：“发价于送达被发价人时生效。”中国《合同法》第16条规定了要约的生效时间，即“要约到达受要约人时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间”。

自要约实际送达给特定的受要约人时，要约即发生法律效力。要约人不得在事先未声明的情况下撤回或变更要约，否则构成违反先合同义务，要承担缔约过失的损害赔偿责任。需明确一点，“到达”是指要约的意思表示客观上传递到受要约人处即可，而不管受要约人主观上是否实际了解到要约的具体内容。例如，要约以电传方式传递，受要约人收到后因临时有事未来得及看其内容，要约也生效。

(2) 要约的法律效力。要约的法律效力是指要约生效后发生的法律效果，包括对要约人的法律效力和对受要约人的法律效力两个方面。

要约对要约人的法律效力体现在要约人发出一项要约后，在法定的期间内要受该要约的约束，该法律期间为要约效力的存续期间。在要约效力的存续期间，要约人不得同时向要约相对人以外的第三人发出同样内容的要约。当然，如果要约效力基于法定事由消灭，则要约对要约人失去约束力，要约人可以向第三人重新发出新的要约。

要约对受要约人的法律效力则更多地体现在对受要约人的承诺权利赋予上，即受要约人原则上不因收到要约而担负义务；相反，受要约人因收到要约而取得承诺的权利。即原则上讲，受要约人对自己收到的要约没有必须承诺或表明拒绝态度的义务，受要约人可以自行决定对要约内容予以肯定或否定的答复，但受要约人因收到要约而取得别人没有的作出肯定答复的权利。只有受要约人才有权对要约作出承诺，受要约人以外的任何第三人都无权对要约作出承诺的意思表示。受要约人对于与自己有经常业务往来的客户作出的要约如要拒绝，在日本等国需要明确地向要约人表明其拒绝的意思，这是要约对受要约人法律效力的另一方面的体现。

5. 要约的法律效力终止

要约法律效力的终止指要约对要约人和受要约人法律约束力基于各种法定事由而消灭。要约效力消灭的法定事由主要包括以下几个方面：

(1) 要约期限届满。如果要约明确规定了承诺的有效期限，在该期限终了时，要约即告终止。此后，即使受要约人作出承诺，也不能成立合同，而只能算是新的要约，经原要约人承诺后，双方合同关系才能确立。如果要约中没有规定承诺期限，分两种情况：

① 如是口头要约，则除非另有约定，受要约人应立即承诺，否则要约随即失去效力。

② 如是书面要约，许多大陆法系国家（包括德国、瑞士、日本等）的民法典规定，在隔地人之间发出要约而又未规定承诺期限者，如不在相当期间内或“依通常情形可期待承诺达到

的期间内”作出承诺,要约当即失效。这段期间究竟以多少天为适当,属于“事实问题”,由法官根据两地距离的远近、要约与承诺所采取的方式来决定。英美法系普遍主张,若要约没有明确规定承诺期间,应在“合理的时间(reasonable time)”内承诺,否则要约失效。所谓合理的时间,也是一个“事实问题”,由法官根据具体案情确定。

(2) 要约人撤回要约。要约的撤回是指要约人发出要约之后,尚未到达受要约人之前。即在要约生效之前,要约人可以用更为快捷的方式把载有撤回要约内容的通知在要约到达之前或与要约同时送达受要约人处,以阻止要约生效的法律行为。中国《合同法》第 17 条规定:“要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。”

(3) 要约人撤销要约。要约的撤销是指要约已经到达受要约人之后,即在要约已经生效之后,在受要约人承诺之前,要约人可以把载有撤销要约内容的通知送达受要约人,使已生效的要约失效的法律行为。

对于要约生效以后能否将其撤销,各国存在较大的分歧。英美法系认为“要约人是要约的主人”,作为一项基本原则,在受要约人作出承诺之前,即合同成立之前要约人均可自由撤销其要约。德国法认为要约人依通常情形在可望得到答复之前,不得撤销或更改要约,除非要约人在要约中明确规定不受要约的约束。法国法认为要约人在受要约人承诺之前可以撤销要约,但要承担赔偿责任。两大法系在此问题上的分歧实质上体现了一个价值取向问题。

中国《合同法》第 18 条和第 19 条规定:“要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。有下列情形之一的,要约不得撤销:(一)要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;(二)受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同作了准备工作。”

(4) 受要约人拒绝要约。受要约人拒绝要约的形式可以是明示的,也可以是默示的。明示拒绝即受要约人向要约人明确表明其无意缔约;默示拒绝即受要约人向要约人表明有缔约之意,但条件方面不同意要约人的建议,同时向要约人传递新的合同条件建议。在默示拒绝方面,《联合国国际货物销售合同公约》第 19 条规定:“对发价表示接受但载有添加、限制或其他更改的答复,即为拒绝该项发价,并构成还价。但是,对发价表示接受但载有添加或不同条件的答复,如所载的添加或不同条件在实质上并不变更该项发价的条件,除发价人在不过分迟延的期间内以口头或书面通知反对其间的差异外,仍构成接受。如果发价人不作出这种反对,合同的条件就以该项发价的条件及接受通知内所载的更改为准;有关货物价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间、一方当事人对另一方当事人的赔偿责任范围或解决争端等的添加或不同条件,均视为在实质上变更发价的条件。”

(5) 要约人死亡、破产或丧失行为能力。关于要约人在发出要约后死亡、破产或丧失行为能力是否导致要约效力的终止问题,大多数国家都认为,要约人死亡、破产或丧失行为能力将导致要约效力的终止。

二、承诺

1. 承诺的概念

承诺是指受要约人按照要约人所指定的方式对要约内容表示接受的一种意思表示。要

约一经承诺,承诺生效时合同即告成立,所以承诺和要约共同构成合同订立的完整意思表示。

2. 承诺的有效要件

(1) 承诺必须由受要约人作出。受要约人包括本人及其代理人。除此以外的任何第三人向要约人所为的同意要约内容的意思表示,均因其不具备行为主体,不具备承诺资格而被排除在承诺范畴之外。他们作出的承诺在法律上属于第三人对要约人发出的另一独立要约,或者属于第三人对要约人发出的要约邀请。

(2) 必须在要约的有效期间内承诺。要约明确规定了承诺的期限时,受要约人当在要约规定的期限内为承诺行为。要约中没有明确规定承诺的期限的,受要约人应当在合理期限内为承诺行为。事实上,承诺的期限即要约的有效期限,受要约人需在要约有效期限内针对有效要约为承诺行为,如要约规定或法律规定的要约有效期限届满,则要约自然失去法律效力。

各国对在合理期限外所为的同意意思表示的法律属性的界定作了比较详细的规定。如《联合国国际货物销售合同公约》第21条规定:“逾期接受仍有接受的效力,如果发价人毫不迟延地用口头或书面将此种意见通知被发价人;如果载有逾期接受的信件或其他书面文件表明,它是在传递正常、能及时送达发价人的情况下寄发的,则该项逾期接受具有接受的效力,除非发价人毫不迟延地用口头或书面通知被发价人,他认为他的发价已经失效。”中国《合同法》也作了类似的规定,即《合同法》第28条、第29条规定:“受要约人超过承诺期限发出承诺的,除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外,为新要约。受要约人在承诺期限内发出承诺,按照通常情形能够及时到达要约人,但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的,除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外,该承诺有效。”

(3) 承诺必须与要约的内容一致。对于承诺的内容中是否可以附加不同于要约的条件,大陆法系国家和英美法系国家的立法差异比较明显。英国法要求承诺要像镜子一样反映要约的内容,即受要约人对要约的条件的完全同意接受方可成就有效的承诺。大陆法系国家对承诺的附加条件以其是否实质性改变要约的内容为界定承诺和反要约的标准,凡对要约的内容附加了条件,但该条件并未实质性地改变要约的内容的,则承诺为有效的承诺。

(4) 承诺的传递方式必须符合要约所提出的要求。有些要约要求受要约人以传真等快速传递方式承诺,受要约人应以此行事,否则承诺无效。如果要约未对承诺的传递方式作出规定,承诺一般应采取要约所采用的传递方式,或者更为快捷的方式。

3. 承诺的方式

承诺的方式是指受要约人通过何种形式将承诺的意思送达给要约人。

关于承诺的方式,各国法律一般规定承诺可以采取口头、书面或实际行为作出,但沉默或不作为本身不构成承诺。中国《合同法》第22条规定,承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

小案例

一个人订了三个月的报纸,但快到期时要出去旅行,他便告知报纸商期满后不要再送。但是报纸商依然继续送,这个人回家后就翻看了报纸,后来报纸商来收报费,这个人要不要支付这几个月的报纸费呢?可以认为,这个人以行为表示了承诺,需要支付费用。如果送来

之后他不看,原封不动地返还回去,便表示没有享受报纸商提供的服务,也没有作出享有这份报纸的财产权的意思,便可以不用支付费用。

两商家之间有长期的鳗鱼皮生意往来,卖方很精明,总是算好缺货的时间,主动把鳗鱼皮寄过来,买方也总是接受,如此数年之久。有一次,买方不想要这批鳗鱼皮,但也没有讲明,而是把货物放到了一边,几天后刮台风,货物受损,这种情况下,买方仍要支付货款。因此,虽然沉默不代表承诺,但由于双方当事人有交往的经验和习惯,如果不按习惯不要这批货,就应当及时打电话通知对方,否则就要负责任。

对于强迫推销购买商品的情况,英美等国的消费者保护法规定了72小时的“脑筋清醒期”,消费者可以在考虑清楚后退货,我国台湾地区规定一周之内可以退货。

4. 承诺的生效时间

承诺从何时开始生效,大陆法系国家各有差异。德国法采取“到达生效原则”,如《德国民法典》第130条规定:“在相对人以非对话方式向其为意思表示时,意思表示以通知达到相对人时发生效力。”《法国民法典》对承诺生效时间未作规定,法国最高法院认为,承诺生效时间取决于当事人的意思,故这是一个事实问题,但往往推定为适用“投邮生效规则”,即承诺于发出时生效。《日本民法典》在总则部分第97条规定:“对隔地人间的意思表示,自通知到达相对人时生效,即采取到达生效原则”。另外在《契约》一章第526条又规定:“隔地人之间的契约,于发出承诺通知时成立,即采取‘投邮生效规则’”。

英美法系采取“邮箱规则(mail-box rule)”,又称“投邮生效规则”,关于承诺生效时间的一般规则是一项承诺于发出时生效。

中国《合同法》第26条规定:“承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。”

《国际商事合同通则》第7条规定:“对要约的承诺应于同意要约的表示送达要约人时生效;按要约的要求或惯例,可以用某种行为表示承诺的,承诺于在有效时间内作出该行为时生效。”

5. 承诺的撤回

承诺的撤回是承诺人,即受要约人阻止承诺发生法律效力的一种意思表示,一般发生在商品行情等因素起变化之时。承诺必须在承诺生效以前才能撤回,一旦生效就不得撤回。

《国际商事合同通则》和《联合国国际货物销售合同公约》基本上采取承诺到达生效原则,故其承诺是可以撤回的。德国等一些国家的法律也持此原则。

但在订立电子合同时,发出承诺与承诺的到达几乎在同时,故撤回承诺变为不可能。

英美法系对承诺采取“投邮生效规则”,故发出承诺后不得撤回。

第三节 合同的效力

一、当事人的缔约能力

所谓当事人的缔约能力,是指合同当事人据以独立订立合同并独立享有合同权利、履行合同义务的主体资格。从事合同行为的当事人可分为自然人、法人和非法人的其他组织。

依据不同的当事人和不同的合同,法律对其资信状况、认知能力、独立承担责任的能力有不同的要求。当事人订立合同必须具有相应的缔约能力,当事人的缔约能力对合同的效力有重大影响。

(一) 自然人

自然人是依自然规律出生而取得民事主体资格的人。

自然人的缔约能力是指自然人订立合同的行为能力,它属于自然人民事行为能力的一个组成部分。自然人的民事权利能力是指自然人可以以自己的名义享有民事权利资格。自然人的民事行为能力是指自然人以自己的行为获取民事权利,承担民事责任的能力。

1. 大陆法系的规定

(1) 德国法。德国法关于行为能力的规定,分为无行为能力与限制行为能力两种情况。

《德国民法典》第104条规定:“下列诸人,无行为能力:(一) 未满7周岁者;(二) 因精神错乱,不能自由决定意志者,且按其性质此种状态并非暂时;(三) 因患精神病而受禁治产的宣告者。无行为能力人订立的合同一律无效。”

资料卡

罗马法最先设置了禁治产制度。禁治产简单地说就是禁止管理财产,对于无民事行为能力人和限制民事行为能力人或有酗酒、吸毒、赌博和胡乱奢侈消费等恶习的人进行约束的制度。由监护人来代替被宣告禁治产的人来代为管理财产。小孩子因为年龄尚小,识别能力、自我控制能力相当有限,缺乏交易经验,只能进行与其智力、精神状况相适应的民事活动,如购买小额的商品。我国法律规定了监护制度,监护简单地讲就是监督保护,包括监护和保护被监护人的人身和财产安全。父母是未成年人的法定监护人,有义务抚养未成年子女,有职责监督和保护未成年子女的各项权利。当然,父母作为监护人,可以在不损害被监护人的利益的前提下进行使用、管理或投资。如果未成年子女在父母不知情的情况下用压岁钱购买或消费了大宗商品,父母作为监护人可以追认合同的成立或不追认而否认合同的效力。

限制行为能力人是指年满7周岁的未成年人,他们的行为能力受到一定的法律限制。根据《德国民法典》的规定,未成年人所作的意思表示,须取得其法定代理人的同意。凡未成年人未经其法定代理人的同意所订立的合同,须经法定代理人追认后,才能生效。未成年人达到法定的成年年龄或依照法律的其他规定取得完全的行为能力之后,对于其先前未经法定代理人同意所签订的合同,得以其自己所作的追认,替代法定代理人的追认。但是,如未

成年人的法定代理人经法院的同意,允许未成年人独立经营业务者,未成年人对在其营业范围内所做的一切法律行为有完全的行为能力,他所签订的合同无须取得法定代理人的同意即可生效。

(2) 法国法。在法国,确认合同当事人是否具有缔约能力的标准主要有两个:一是年龄标准,二是精神状态标准。

法国法把当事人的缔约行为能力作为合同有效成立的必要条件,如当事人没有订立合同的能力,其所签订的合同即不产生法律效力。根据《法国民法典》第 1124 条的规定,无订立合同能力的人包括:未解除亲权的未成年人和受法律保护的成年人(包括神经功能衰退者和因挥霍浪费、游手好闲以致陷入贫困者)。

未成年人和受法律保护的成年人订立合同必须取得其监护人或管理人的同意,否则无效,但须经法院宣告无效。法国法有一项特殊的制度叫解除亲权。这是针对未成年人而设定的。未成年人解除亲权主要有如下两种方式:一是未成年人因结婚,依法当然被解除亲权;二是未成年人虽未结婚,但年满 16 岁后,得由其父母双方或其中一方向监护法官提出申请,宣告解除亲权。无父母的未成年人,依亲属会议的要求,也可以此方法解除亲权。

解除亲权的未成年人与成年人相同,有处理一切民事生活行为的能力,但不得经营商业。

2. 英美法系的规定

英美法系规定,未成年人、精神病者、酗酒者都属于缺乏订约能力的人,对他们订立的合同,根据不同情况可能产生三种结果,即合同具有约束力、合同可以撤销和合同无效。

(1) 未成年人。原则上,未成年人没有订立合同的能力,未成年人对其订立的合同可以在其成年后予以追认,也可以要求撤销,但属于购买生活必需品的合同除外。

(2) 精神病人。精神病人在被宣告神经错乱以后订立的合同一律无效,而精神病人在被宣告神经错乱之前订立的合同,相对人可以要求撤销。

(3) 酗酒的人。酗酒者订立的合同原则上具有强制力,但如果酗酒者在订立合同时,由于酗酒而失去行为能力,相对人可以要求撤销合同。

3. 中国法的规定

中国《民法通则》根据公民的年龄、精神健康状况,把民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力三种。中国《合同法》第 9 条规定:“当事人订立合同,应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。”

完全民事行为能力人包括 18 周岁以上的成年人、16 周岁以上不满 18 周岁的以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人。完全行为能力人可以独立进行各种民事活动,包括订立合同。

限制民事行为能力人包括 10 周岁以上的未成年人、不能完全辨认自己行为的精神病人。中国《合同法》第 47 条规定:“限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”

无民事行为能力人包括不满 10 周岁的未成年人、不能辨认自己行为的精神病人。无行为能力人订立的合同无效。

（二）法人

法人是指拥有独立的财产,能够以自己的名义享受民事权利和履行民事义务,并且按照法定程序成立的法律实体。

各国法律对法人的成立都规定了一系列条件,并进行严格的管理和法律控制,如法人必须依照法定程序设立,必须拥有一定的财产和经费,有自己的名称、组织机构和场所,必须能独立承担民事责任等。这就使得法人一旦成立,就具有订立合同的能力。事实上,法人在社会经济活动中,是订立合同的主要当事人。

法人的缔约能力必须通过它授权的代理人才能实现。

公司法人的经营不得超出公司章程规定的经营范围,缔约能力受此制约。如果公司订立的合同超出了公司章程规定的目的,即属于越权行为,这种合同在法律上是否有效,各国有不同规定。

1. 大陆法系国家的规定

根据法国《商事公司法》第 49 条和第 113 条的规定,在股份有限公司和有限责任公司与第三人的关系中,经理、董事会及董事长拥有在任何情况下以公司的名义进行活动的最广泛的权利,公司甚至应当对经理的不属于公司宗旨范围的行为负责。但公司举证证明第三人已知道或根据当时情况不可能不知道该行为超越了公司宗旨范围的除外。

德国《股份有限公司法》第 82 条和《有限责任公司法》第 37 条对公司的缔约能力的规定与法国《商事公司法》类似,规定公司章程中对公司营业目的的限制不得对抗第三人,即德国法规定公司章程关于公司经营范围的限制仅对公司内部具有约束力,是公司成员进行公司行为的范围依据,其不能成为公司对抗外部第三人的理由。德国法对法人的权利能力采用许可主义。

2. 英美法系国家的规定

英国公司大体上可以分为依制定法成立的主要从事商业活动的公司和依英王颁发的特许状成立的主要从事慈善活动和教育活动的公司。依制定法成立的公司的缔约能力适用“越权无效”原则,即公司无权在其章程规定的营业目的之外签署合同,否则该合同无效。此后,英国又通过了《1985 年公司法》和修改该法法的《1989 年公司法》。英国新公司法规定由一个公司实施的行为的有效性,不能因公司章程中的任何内容所导致的能力的缺乏而受到质疑。该规定表明,英国的关于公司缔约能力的越权无效原则被废除了。

美国早期的判例同英国法一样对公司缔约能力也采用越权无效的原则,但从 19 世纪末开始,美国法院在审判实践中已经表现出对公司章程中的营业目的条款作扩大解释的倾向,到 20 世纪,各州在制定法中逐步放弃了越权无效的原则。

3. 中国法的规定

中国《合同法》第 50 条规定:“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。”同时,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第 10 条规定:“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营及法律、行

政法规禁止经营规定的除外。”中国上述法律规定表明,公司超越章程规定的经营范围订立的合同在不违反国家限制经营、特许经营及法律、行政法规禁止经营的情况下有效,即公司的缔约能力原则上可以超越其章程规定的经营范围,公司的越权缔约行为原则上不影响合同的效力。

二、有关误解的规定

民法上的误解有两种情况:一是意思和事实不一致;二是意思与表示不一致。

因误解而订立的合同,是指因对订立合同时的客观条件产生误解,并依此误解作出与其本意不一致的表示而订立的合同。

各国法律对误解的称谓、分类及其对合同效力的影响等,都有不同的规定。

1. 法国法的规定

《法国民法典》规定,只有重大误解才能导致合同无效。重大误解包括障碍性误解、无效性误解、次要误解。

障碍性误解是使合同根本不能成立的最严重的一种误解,它包括以下几种情形:

(1) 对合同性质的误解。如当事人一方认为是在向对方出售货物,另一方以为自己是在接受对方赠与,在这种情况下,合同不能成立。

(2) 对标的同一性的误解。如一方认为自己出售的是甲处的土地,而另一方认为自己购买的是乙处的土地,这种情形,同样不存在合同。

(3) 对合同原因客观上是否存在的误解。如父亲认为外出的儿子已经死亡,而将其财产捐赠给了慈善机构,几年后,其子重新出现,其父订立的合同绝对无效。

无效性误解是根据《法国民法典》第 1117 条规定可导致合同相对无效的误解。无效性误解使当事人的同意产生瑕疵,对此,《法国民法典》第 1110 条规定:“误解仅于涉及契约标的物的本质时,是构成无效的原因。”“如误解涉及当事人一方愿与之订约的他方当事人个人时,误解不成为无效的原因,但他方当事人个人被认为契约的主要原因时,不在此限。”该条规定了无效性误解的两种情况:

(1) 对标的物本质的误解。

(2) 对当事人的误解。

次要误解是指除了对标的物本质的误解和对当事人误解外,当事人的其他误解。这种误解一般不影响合同的效力。这类误解包括以下几种:

(1) 非基于人的关系而订立的合同中,当事人对相对方当事人的误解。

(2) 对标的物本质以外的其他因素的误解。

(3) 对订立合同动机的误解或者对行为法律后果的误解。

(4) 经济评价的误解,其中主要包括对标的物价值的误解,还包括对当事人清偿能力的误解及经济上估算的误解。

(5) 计算上的误解,按法国法计算上的误解应该纠正,但不导致合同的无效。

2. 德国法的规定

按照《德国民法典》和德国学者的理论,误解可以分为内容误解、表示误解、传达误解、受领人误解。

内容误解是《德国民法典》第 119 条第 1 款规定的一种误解情形,是表意人进行的意思表示不同于表意人的本意。对于此种误解,首先要对意思表示进行解释,才能认定是否存在误解,按照《德国民法典》第 119 条第 1 款的规定,如果内容误解,表意人可以撤销该意思表示。

表示误解是《德国民法典》第 119 条第 1 款的规定,一种等同于内容误解效果的误解情形。在此种情形下,表意人虽然想正确地进行意思表示,但却在表达时发生了误解。最常见的表示误解是说错话或者写错字,如本来想说“买”却说成了“卖”,或者将 1 000 欧元写成了 10 000 欧元,如果意思表示出现误解,表意人也可以撤销该意思表示。内容误解和表示误解并不总是能够明确予以区分的,但是由于《德国民法典》第 119 条及以下条款对两种误解类型均一视同仁,因此,也不需要两者作出严格的界定。

传达误解是传达人向受领人传达的表意人的意思不同于表意人的真实意思。《德国民法典》第 120 条将传达误解等同于第 119 条第 1 款规定的误解,这一规定是合理的,因为受领人收到的不是发出人真实的意思表示。法律规定传达有误的意思表示必须予以撤销,无疑传达人的表示应归责于表意人,而只有在表意人使用了传达人或传达机构时,才能进行这种归责。如果一个与此事根本无关的人谎称自己是传达人,那么发出人的意思表示就没有必要撤销,因为传达人的意思表示不能视为发出人的意思表示。

受领人误解是受领人对正确表达和正确传达的意思表示作出了误解。受领人误解根本不符合第 119 条规定的撤销。因此,意思表示应在表意人所指的意义上发生效力,也就是说,表意人不需要撤销他的意思表示。相反,受领人也不能撤销意思表示,因为他没有表示什么东西。只有在受领人自己受误解的影响而发出了意思表示的情况下,受领人才能撤销。

3. 英国法的规定

英国合同法上的误解,是指一方或双方当事人对订立合同的客观条件有所误解而订立的合同。具体来说,误解是指合同当事人基于对方陈述、行为、默示或隐瞒而对合同部分或全部事实的误解认识,并基于这一误解认识作出了误解承诺。依据普通法,一方当事人的误解,原则上不影响合同的效力,因为普通法要求双方当事人在订立合同前,必须充分披露一切有关的事实,了解自己的义务并承担相应的责任,应用在商品买卖合同中,就是著名的“买者当心”原则。

英国法院倾向于采用衡平法的规则,衡平法允许法院采用灵活的方法自由裁量。衡平法上的救济方法有以下三种:第一种救济方法是撤销合同。撤销合同只适用于签订合同过程中双方当事人出现的共同误解的情形。请求撤销合同的当事人必须有违背衡平法上“良心”的事项。但是,如果权利义务的履行已涉及第三人时,法院将不允许当事人撤销合同。第二种救济方法是拒绝发布强制履行的命令。该种救济是衡平法上特有的救济方法,根据衡平法规则,该种救济适用于有下列情况之一者:第一,颁发强制履行命令,强制被告履行合同条款,会对被告造成不必要的损害;第二,误解的发生是由原告的虚伪陈述所造成的;第三,原告知道被告对合同内容发生了误解。第三种救济方法是变更合同。如果合同没有根本性的误解,衡平法上允许当事人变更合同内容。一方当事人请求变更书面合同,他必须证明双方已经达成了协议,只是在拟订协议的书面条款时出现了误解,只有更改才符合双方当事人的真实意思。采用这一救济方式要求双方真实意愿必须十分明显,并且双方都犯有同一误解。

4. 美国法的规定

在美国合同法中,按《第二次合同法重述》第 151 条和第 152 条的规定,误解是“与事实不符的信念”,就是“合同赖以订立的基本假定”而在认识上发生的误解。按照美国合同法,误解是对事实认识的误解。美国合同法中,误解分为共同误解和单方误解。

共同误解是当事人双方对构成他们之间交易基础的事实在认识上发生了误解。根据《第二次合同法重述》第 152 条的规定,受到不利影响的一方要想以共同误解否认合同的有效性,必须证明以下几点:

(1) 该误解涉及到合同赖以订立的基本假定。涉及到双方交易本质的假定,如有关交易标的的存在、认定、数量或质量的假定,可能被视为基本假定,而有关市场条件或资金周转状况的假定可能仅涉及到附随的或外部的问题。法院在决定该问题时,要考查案件的具体情况。其中所贯穿的原则是不允许当事人以假定误解为借口轻易地摆脱合同的约束。

(2) 该误解使双方同意履行的互换变得不平衡。这一不平衡相当严重,以致依然要求实现这一互换是不公平的。在决定交易对双方的影响是否重大时,法院往往还考虑除了使合同无效之外的其他救济方法的可行性,如果是可行的,则不应认为该影响是重大的。在一些案件中,法院甚至认为,误解必须涉及到交易标的的存在或性质,才能使合同无效;如果仅涉及标的的特征、品质或其价值,合同依然有效。

(3) 该方没有承担发生这种误解的风险。单方误解是合同当事人一方对构成合同双方交易的基础的事实在认识上发生的误解。通常,法院对于允许合同一方以单方误解为由主张合同无效抱着勉强的态度。合同不因单方误解而无效有例外情况,如果一方的误解是由他方造成的,合同可以因单方误解而无效。另外,另一方在订立合同时意识到了误解方的误解或者应当知道这一误解时,合同无效。当合同因单方误解而无效时,构成共同误解的各个要件也适用于单方误解。例如,该误解必须涉及到合同赖以订立的基本假定,该误解对双方履行的互换有重大影响,主张误解的一方没有承担发生误解的风险。合同一方对另一方的认定的误解也是一种单方误解,根据现代美国法院的判决,如果另一方有理由知道或者引起了这种误解,那么,只有强制执行该合同会导致显失公平的结果时,该合同才是可撤销的。

当共同误解或者单方误解发生后,双方没有真正的合意存在,合同自始无效,双方都应将对方获得的利益返还给对方,以恢复到合同签订前的状况。不过,法院也有权根据具体情况,为了实现公正的结果,对受到不利影响的一方主张恢复原状的权利加以限制。

5. 中国法的规定

中国《合同法》第 54 条规定,因重大误解订立的合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。构成重大误解的条件包括以下几点:

(1) 重大误解与合同的订立或合同条件存在着因果关系。只有与合同订立和合同条件有因果关系的误解,才属于协议误解,构成重大误解。否则,不构成因重大误解订立的合同。如果一方的误解是由另一方欺诈造成的,误解不是合同订立的直接原因,而应认为欺诈导致了合同的订立,对这类合同应按欺诈处理。一方的误解陈述可以导致另一方的误解,在英美法系里,误解陈述分为欺诈性的和非欺诈性的。对非欺诈性误解陈述致另一方误解而订立的合同,可以构成重大误解。

(2) 误解是合同当事人自己的误解。当事人双方的意思表示构成了合同,因此,误解应

当是当事人自己的误解。第三人的误解(如误传)或可导致合同不成立,但不能导致合同的撤销,但第三人的误解转化为当事人的误解时例外。也就是说,当事人一方或双方有过失,才可构成合同上的误解。这种误解可以是单方误解,也可以是双方误解,在大多数情况下,必须是双方误解才可导致合同撤销,对某些特定的合同,单方误解(对当事人特定身份的认识误解)也可导致合同的撤销。第三人的误解可使当事人对合同内容发生误解,如邮电工作人员将甲方当事人的要约内容译错,乙方接电后予以承诺。受《德国民法典》的影响,多数学者主张,对第三人误解造成的合同当事人误解,应认定为重大误解,对合同予以撤销。

(3) 误解必须是重大的。在合同订立过程中当事人可能发生各种各样的误解。如果在误解就否认合同效力,那么,有违合同法维护交易安全和公正的要求。只有构成重大误解,才能使当事人产生变更和撤销合同的诉权。重大误解是对与合同履行后果有密切联系的合同基本条件的误解。

三、欺诈

欺诈是指当事人一方故意捏造虚假情况或者掩盖事实的真实情况,诱骗另一方当事人陷入错误的认识,并且基于这种错误的认识进行意思表示。因欺诈而订立的合同,是指当事人一方故意实施欺诈行为而与对方签订的合同,违背了民法中的诚实信用原则,不利于社会正义和善良风气的形成。因此,各国都趋向于否定因欺诈而订立的合同的效力。

1. 法国法的规定

根据法国法的传统理论,欺诈是指使用狡猾的手段以使他人发生认识错误而决定订立合同。《法国民法典》第 1116 条第 1 款规定:“如当事人一方不实施欺诈行为,他方当事人绝不缔结契约者,此种欺诈构成契约无效的原因。”根据该规定,欺诈必须具备下列条件:

(1) 存在欺诈行为。欺诈行为是当事人实施的某种欺骗行为,它包括物质的因素、精神的因素和不公正性。物质因素即行为人阴谋策划,着手实现其欺骗的计划。仅以谎言而无其他外部行为进行欺诈,不构成刑法上的欺诈罪,但构成民法上的欺诈。在一定条件下,对涉及相对方当事人利益的情况断然保持沉默,也可以构成欺诈。欺诈的精神因素是指行为人具有欺诈的故意,也就是有意使相对方上当受骗。欺诈的不公正性是指欺诈违反了道德的要求,欺诈的谎言要达到一定严重程度,必须违背了商业习惯,才能构成欺诈。

(2) 欺诈行为应为一方当事人所实施。只有当实施欺诈行为的人是合同的一方当事人时,欺诈才能成为合同无效的原因。

(3) 欺诈行为对合同的订立具有决定性作用。欺诈对合同订立所起的作用为主要作用而非次要作用。欺诈行为是合同订立的原因,相对方当事人的误解是由于欺诈行为所引起,如果没有欺诈行为,相对方当事人就不会订立合同。

按照《法国民法典》第 1117 条的规定,受欺诈而订立的合同相对无效。当事人可请求确认合同无效,如当事人认为其某种利益系于合同的履行,可不请求确认合同无效而仅请求欺诈人赔偿损失。此外,由于合同无效而导致受欺诈人的损失,欺诈人应予赔偿。

2. 德国法的规定

德国法的欺诈是指故意引起某种错误。按照《德国民法典》第 123 条的规定,被欺诈人必须因欺诈而决定发出意思表示。也就是说,在欺诈行为与意思表示之间必须存在因果关

系, 欺诈才能成立。

《德国民法典》第 123 条规定:“因受旨在欺骗他人的欺诈或受非法的胁迫而作意思表示的人, 可以撤销其意思表示。”“如欺诈系由第三人所为, 对于相对人所为的意思表示, 以相对人明知欺诈的事实或可得而知的为限, 始得撤销。如意思表示的相对人以外的人因意思表示而直接取得权利, 以该权利取得人明知欺诈的事实或可得而知者, 始得对于该权利取得人撤销意思表示。”

3. 英美法系的规定

英美法系把欺诈称为“欺诈性虚假陈述”或“欺骗性不正确说明”或“欺诈性虚伪意思表示”或“欺诈性引导”, 属于虚假陈述的一种。虚假陈述是当事人一方为诱使另一方当事人与其订立合同而在订立合同的过程中所作的不真实的陈述。虚假陈述的构成必须符合以下三个条件:

(1) 合同一方当事人向另一方当事人所作的陈述。合同的一方当事人如果是因为听信了某个第三人的虚假陈述而订立合同的, 一般不能影响合同的有效性, 或者说, 至少不能影响他与对方当事人之间的法律关系。同时, 合同当事人作出的不真实陈述, 对于间接获悉者或者无关的旁听者, 均不构成虚假陈述。

(2) 必须是对事实的陈述。英国合同法并没有从正面强调当事人的哪些陈述属于对事实的陈述, 普通法是通过判例指出哪些陈述一般不构成虚假陈述。如对法律的陈述、意见的陈述、意图的陈述、未来行为或意图的陈述、单纯的广告宣传等。

(3) 必须诱使对方订立了合同。一方当事人作出虚假陈述后, 对方当事人必须依赖这一陈述而订立了合同, 才能构成虚假陈述。

在美国合同法中, 虚假陈述既可以成为撤销合同的理由, 又可以成为提起侵权行为法的欺诈之诉的理由。如果受到欺诈的一方提起侵权行为之诉, 他有权按照对方陈述的交易条件获得赔偿。如果虚假陈述不能构成侵权行为法上的欺诈行为, 听信虚假陈述的一方就只能获得合同法上的救济, 通常意味着撤销合同, 这是衡平法上的救济方法。在此种情况下, 听信陈述方不能要求以陈述方陈述的交易条件为依据而获得赔偿, 而只能主张陈述方陈述的条件是违背听信陈述方的意愿的, 因而合同是可以撤销的。

4. 中国法的规定

中国《合同法》第 52 条规定了一方以欺诈手段订立合同, 损害国家利益, 合同无效。第 54 条规定一方以欺诈的手段, 使对方在违背真实意思的情况下订立的合同, 受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第 68 条规定:“一方当事人故意告知对方虚假情况, 或者故意隐瞒真实情况, 诱使对方当事人作出错误意思表示的, 可以认定为欺诈行为。”根据该规定, 欺诈是指一方当事人故意制造假象, 或者故意隐瞒事实真实情况, 诱使对方作出错误意思表示的行为。欺诈行为的构成必须具备以下几个要件:

(1) 主观方面必须要有欺诈的故意。欺诈行为必须是故意实施的, 过失不构成欺诈。

(2) 客观方面必须要有欺诈行为, 包括积极的和消极的欺诈行为。欺诈行为的具体状态有两种: 一是故意告知对方虚假情况, 二是故意隐瞒真实情况, 其目的都在于引诱对方上

当受骗。

(3) 欺诈方的欺诈行为与受欺诈方的错误意思表示之间有因果关系。错误的意思表示就是因对合同内容或其他情况认识的错误而作出了与其本意不相符的意思表示。

一方当事人受欺诈而订立合同,是违背当事人真实意思的。在通常情况下,损害的是受欺诈方当事人的利益,可由受损害的一方当事人请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销合同。但在有些情况下,损害的也可能是国家利益,这时,双方当事人可能都不申请变更或者撤销合同。为了保护国家利益,中国《合同法》第 52 条规定,一方以欺诈的手段订立合同,损害国家利益的,合同无效,即使当事人不提出,人民法院或者仲裁机构也应当依职权确认合同无效。

四、胁迫

胁迫是指以使人发生恐惧为目的的一种故意行为。因胁迫而订立的合同,是指合同一方的当事人以胁迫的手段相威胁,使对方产生恐惧心理,作出违反其本意的意思表示而订立的合同。各国法律都一致认为,凡是在胁迫下订立的合同,受胁迫的一方可主张合同无效或撤销合同。从法理上分析,受胁迫情形下所作出的意思表示,不是当事人真实表达的意思,不能产生法律上真实意思表示的效果。

1. 法国法的规定

《法国民法典》第 1111 条所规定的胁迫是指“威胁”,即精神上的胁迫,亦即行为人对他人的意愿施加压力,但并不完全“废除”其意愿。导致当事人意思表示瑕疵的,是当事人由于胁迫而产生的恐惧。

根据《法国民法典》第 1111 条至第 1114 条的规定,胁迫须具备以下条件:

(1) 需存在胁迫行为。胁迫行为包括以下三个因素:一是物质因素。根据《法国民法典》第 1112 条第 1 款的规定,导致同意瑕疵的胁迫可以是对当事人人身的威胁,也可以是对其财产的威胁,包括心理的威胁,如诋毁名誉、诽谤等;身体上的威胁,如死亡、伤害、监禁等;金钱上的威胁,如使其丢掉工作职务等。二是心理因素,按照法国合同法的传统观点,胁迫行为必须是故意的,即行为人故意以某种危害预告相威胁。三是不公正因素。

(2) 胁迫指向的对象可以是合同相对方当事人,也可以是其近亲属。《法国民法典》第 1113 条规定:“不仅对于缔约当事人一方进行胁迫,而且对于缔约人的配偶、直系卑亲属或直系尊亲属进行胁迫时,胁迫均成为契约无效的原因。”《法国民法典》的规定只是列举了一些当事人的近亲属,并非对胁迫指向对象的范围的限制。当胁迫指向另外的人(如十分亲近的朋友、未婚夫或情人等),同样可以成为合同无效的原因。

(3) 胁迫的严重性和决定性。《法国民法典》第 1112 条第 1 款规定:“如行为的性质足使正常人产生印象并使其担心自己的身体或财产面临重大且现实的危害者,即为胁迫。”该条文第 2 款规定:“在这方面,应考虑到受胁迫人的年龄、性别及个人情况。”

根据《法国民法典》第 1117 条的规定,胁迫导致合同的相对无效。无效主张只能由受胁迫一方当事人提出,该当事人也可仅要求变更合同内容,并可同时要求损害赔偿。

2. 英美法系的规定

英美法系规定:在签订合同的过程中,一方当事人以任何明示或者默示的行为,迫使或

者诱使对方在不能充分表达自由意志的情况下签订合同,则对方当事人就是基于对方不当的压力而被迫订立合同的。这些不当的压力可以分为三种:一是人身强迫或者威胁;二是经济压力;三是精神上的影响。前两种又可以称为胁迫,后一种可以称为不正当影响。只要一方当事人能够证明对方在这三个方面确实存在不正当的行为,就可以使他们之间的合同变成可以撤销的合同。

3. 中国法的规定

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第69条规定:“以给公民及其亲友的生命、荣誉、名誉、财产等造成损害或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害相要挟,迫使对方作出违背真实的意思表示的,可以认定为胁迫行为。”胁迫的构成要件是:

(1) 存在胁迫行为。胁迫行为是指以对他人的人身或者财产造成损害而威胁或者要挟相对人的行为。

(2) 相对人产生了恐惧。行为人胁迫对方的意图是使对方产生恐惧。

(3) 相对人因恐惧而作出了不真实的意思表示。相对人因正在发生的危害事实或者害怕危害事实的发生,产生一种心理上的恐惧,在这种恐惧心理作用下作出了不真实的意思表示,与行为人订立了合同。

(4) 行为人具有故意。胁迫的行为人必须具有故意,即主观上希望对方因胁迫行为而同意订立合同。换言之,故意是指行为人有使相对人产生恐惧的意思,以及有使相对人因恐惧而同意订立合同的意思。

关于因胁迫而订立的合同的效力,按中国《合同法》第52条规定,一方以胁迫手段订立合同,损害国家利益,合同无效。中国《合同法》第54条规定,一方以胁迫的手段,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的合同,人民法院或者仲裁机构不得撤销。

第四节 合同的履行

一、合同的履行的概念

合同的履行是指合同依法成立生效后,双方当事人按照合同约定的各项条款全面履行自己的义务,实现合同规定的权利,以使双方当事人的合同目的得以实现的行为。例如,在买卖合同中,卖方应按照规定的时间、地点和质量交货,买方应按照规定的时间、方式支付货款和受领货物,这些都属于履行合同的履行行为。

合同履行的规则指的是当事人在履行合同过程中需要遵守的具体准则,主要包括以下几个方面:

(一) 实际履行原则

实际履行原则是指合同当事人必须严格按照合同的约定履行自己的义务,未经权利人

同意,不得以其他标的代替履行或者以支付违约金和赔偿金的方式来免除合同规定的义务。

实际履行的基本含义有两个方面:一是当事人应自觉按约定履行,不得任意以其他标的代替约定标的,尤其不能简单地用货币代替合同规定的实物或行为;二是当事人一方不履行或不完全履行时,首先应承担约定履行的责任,不得以偿付违约金或赔偿损失来代替合同标的履行,对方当事人有权要求其实际履行。

(二) 全面履行原则

全面履行原则又称正确履行原则或适当履行原则,是指当事人按照合同规定的标的及其质量、数量,由适当的主体在适当的履行期限、履行地点,以适当的履行方式,全面完成合同义务的履行原则。

(三) 协作履行原则

协作履行原则是指当事人不仅应适当履行自己的合同债务,而且应基于诚实信用原则的要求协助对方当事人履行其债务的履行原则。合同的履行,若只有债务人的给付行为,没有债权人的受领给付,合同的内容仍难实现。不仅如此,在建筑工程合同、技术开发合同、技术转让合同、提供服务合同等场合,债务人实施给付行为也需要债权人的积极配合,否则,合同的内容也难以实现。因此,履行合同不仅是债务人的事,也是债权人的事,协助履行往往是债权人的义务。只有双方当事人在合同履行过程中相互配合、相互协作,合同才会得到适当履行。

(四) 诚实信用原则

诚实信用原则既被看做合同法的一般原则,也被当成合同履行中的特别原则,最先为大陆法系国家的合同法所确立,也被称为霸王条款,《法国民法典》、《德国民法典》、《日本民法典》、《瑞士民法典》都有规定。根据诚实信用原则的本意及各国民法典据之所作出的具体规定,当事人在履行合同时做到以下几点:

- (1) 按照合同约定的所有条款,正确、全面履行合同。
- (2) 债务人不得履行自己已知有害于债权人的合同,债权人可以请求撤销合同。
- (3) 在以给付特定物为义务合同中,债务人于交付特定物之前,应以善良管理人的注意,妥善保存该物。
- (4) 在发生不可抗力或者其他原因致使合同不能履行或者不能按预定条件履行时,债务人应及时通知债权人,以便双方协商处理合同债务。
- (5) 在合同就某一有关事项未规定明确时,债务人应依公平原则并考虑事实状况合理履行。诚实信用原则的这些基本要求集中反映了一个核心思想,就是将合同完全建立在当事人双方互相信赖的基础之上,以恪守合同规定和根据具体情况公平衡量双方当事人的利益相结合为标准,检验合同是否为当事人的善意履行。

二、双务合同履行的抗辩权

合同的履行抗辩权是指没有规定履行顺序的合同履行义务一方当事人对抗另一方当事人的请求权或否认对方的权利主张的权利,又称异议权。抗辩权的重要功能在于通过行使这种权利而使对方的请求权消灭或使其效力延期发生。双务合同中的抗辩权包括同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权。

（一）同时履行抗辩权

1. 同时履行抗辩权的概念

同时履行抗辩权是指双务合同的当事人一方在他方未为对待给付以前,有权拒绝自己的履行。同时履行抗辩权的法律依据在于双务合同的牵连性,即双务合同中一方的权利与另一方的义务之间具有相互依存、互为因果的关系。同时履行抗辩权设置的法律意义在于平衡当事人之间的权益,维护当事人的权利,维护交易秩序和增进合同双方的协作。

2. 同时履行抗辩权的适用条件

同时履行抗辩权的行使必须符合下列要件:

- (1) 须当事人因同一双务合同互负债务。
- (2) 须双方互负的债务均已届清偿期,且合同未约定先后履行顺序。
- (3) 须对方未履行债务。
- (4) 须对方的对待给付是可能履行的。同时履行抗辩的机能在于一方拒绝履行可迫使他方履行合同。

（二）先履行抗辩权

1. 先履行抗辩权的概念

先履行抗辩权是指双务合同中约定或依据合同本身的性质等原因使当事人履行他们之间的有关联性的合同义务有先后履行顺序,后履行一方在先履行一方未履行合同义务前可以拒绝履行自己的合同义务的权利。

2. 先履行抗辩权的适用条件

先履行抗辩权的行使必须符合下列要件:

- (1) 必须是同一双务合同,当事人双方互负债务。
- (2) 必须是双方互负的债务“有先后履行顺序”。
- (3) 必须是先履行一方的债务已届清偿期。
- (4) 必须是先履行一方未履行债务。
- (5) 双务合同必须是有效的,否则双方根本就没有请求对方履行的权利,更无从谈起适用先履行抗辩权。

（三）不安抗辩权

1. 不安抗辩权的概念

不安抗辩权是大陆法系中的概念,源于德国法。《德国民法典》第 321 条规定:“因双方契约负担债务并应向他方先为给付者,如他方的财产于订约后明显减少,有难为对待给付之虞时,在他方未为对待给付或提出担保之前,得拒绝自己的给付。”《法国民法典》第 1613 条规定:“如买卖成立,买受人陷于破产或处于无清偿能力致使出卖人有丧失价金之虞时,即使出卖人曾同意延期支付,出卖人亦不负交付标的的义务。但若买受人提供到期支付的保证则不在此限。”另外,瑞士债务法、意大利民法、奥地利民法、中国台湾省民法等都对不安抗辩权有所规定。中国《合同法》通过借鉴各国的立法经验,并结合本国立法实践,在第 68 条和第 69 条对不安抗辩权作了比较明确的规定,填补了立法空白,并明确适用于各类经济合同。

2. 不安抗辩权的适用条件

不安抗辩权不是在任何情况下都可以行使的,其行使有严格条件。中国现行《合同法》第 68 条规定:“应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:(一)经营状况严重恶化;(二)转移财产、抽逃资金,以逃避债务;(三)丧失商业信誉;(四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的,应当承担违约责任。”第 69 条规定:“当事人依照本法第 68 条规定中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,应当恢复履行。中止履行后,双方在合理期限未恢复履行能力并且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。”

三、合同履行责任的免除

(一) 情势变更原则

情势变更指在合同成立以后,由于非当事人的原因,发生了非当初所能预料到的变化,如果仍然坚持合同原来的法律效力,将会产生显失公平的结果,有悖于诚实信用的原则,因此,应当对原来的法律效力作相应的变更或调整的一项法律原则。情势变更原则渊源于诚实信用原则。它以维持社会公平及经济流转秩序为要旨,是诚实信用原则在合同履行阶段的落实,表现为以“显失公平”来判断情势的变更是否达到需要变更或解除合同的程度。

情势变更原则的理论依据源于德国学者保罗·奥特曼(Paul Otermann)的交易基础论。《德国民法典》第 313 条有所规定。适用交易基础制度最常见的效果,是保留原订合同,仅对其内容进行“调整”,使其适应变迁后的现实环境,以达到利益均衡;而德国学说总的趋势则认为,交易基础发生障碍时,原则上,发生“如果诚实思考的当事人知晓并且理解现在的情况,本来会合理地达成合意”所带来的法律效果。其方法应当是必须由法官根据契约,以正义观念为基准来探求这种法律效果。

英美法系中,契约订立之后,情势发生变迁致使契约履行不能、不现实或者失去其履行意义的情况由契约受控制度加以调整。契约受控制度实质上是确定应由契约当事人中的哪一方来承担因情势发生意外变动所带来的损失风险,即应该将风险合理地分配给谁的一种制度。英美法系中,法院普遍认为,契约受控制度仅仅是“契约必须严守”原则的例外,因此,该制度仅得于有限的情形下适用。

国际统一私法协会于 1994 年完成并于同年 5 月正式通过了《国际商事合同通则》(简称 PICC)。PICC 规定,契约应当严格遵守,但当意外情事使双方当事人之间的均衡发生根本性改变时,则形成例外情况。PICC 允许当事人重新谈判、对协议内容进行调整,使之恢复均衡或者终止契约。

中国社会生活中存在着大量的情势变更问题,司法实践也出现了大量的判例,但学者们普遍认为中国《合同法》中没有确定情势变更原则。但是中国《合同法》中的诚实信用原则是确立情势变更的理论基础,在今后的立法中逐渐加以完善,才能适应经济全球化发展的趋势。

(二) 不可抗力原则

所谓不可抗力,是指“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。事变分为轻微事变和不可抗力两种,不可抗力是指行为人通常不能预见或虽能预见也无法抗拒的外部事实,如

地震、海啸等自然灾害,海盗、敌人入侵等,若因此而发生债务人给付不能的后果,债务人可以据此免责。《法国民法典》第 1148 条规定:“如债务人系由于不可抗力或事变而不履行其给付或作为的债务,或违反约定从事禁止的行为时,不发生损害赔偿责任。”《德国民法典》虽未直接规定不可抗力作为免责事由,却也在第 285 条规定:“因不可归责于债务人的事由致未给付的,债务人不负迟延责任。”

中国《合同法》第 117 条和第 118 条规定,因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任。不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况;当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理期限内提供证明。

(三) 合同落空原则

合同落空又称合同履行的不可能、不现实或无意义,指合同成立之后,非由于当事人自身的过失,而是由于事后发生的意外情况而使当事人在订约时所谋求的商业目标受到挫折。在这种情况下,对于未履行的合同义务,当事人得予以免除责任。

按英国法的解释,必须是情事已经完全改变,正常情况下,合同当事人倘若事先知道会发生这种变化的话,他们就不会签订合同或合同内容有所不同,只有达到这种程度,才能按合同落空处理。美国《第二次合同法重述》第 288 条规定:“凡以任何一方应取得某种预订的目标或效力的假设的可能性作为双方订立合同的基础时,如这种目标或效力已经落空或肯定落空,则对于这种落空没有过失或受落空损害的一方,得解除其履行合同的义务。除非发现当事人另有相反的意思。”

英美法系规定合同落空的情形主要包括以下几种:

1. 违法

一个合同在签订后违法,应作为合同落空而解除。如果一个合同在缔结时合法,但由于政府颁布新的法律、法令或行政命令或对现行法规实行修改或法律授权的个人行为,而使该合同非法,应予以解除。另一方面,如果这种强制性力量在合同签订时已经存在,对此知悉的当事人不得依据合同落空原则解除合同,因为该合同当事人完全可以采取适当预防措施。如果一个合同需要在外国履行,因合同履行地国家法律变化而使合同违法,该合同可以予以解除。

2. 合同履行的特定物灭失或无法使用

如果履行合同最必需的特定物灭失,而且并非出于任何一方的过失,合同就自然落空。如果合同的特定物仅仅是部分灭失,只要灭失严重,足以使合同无法履行,该合同也可按落空处理。必须强调,所灭失或部分灭失的必须是合同履行的特定物;否则,不能按合同落空处理。

3. 情况发生了根本性变化

只有在情况发生的变化十分严重,以致当事人双方的权益与签约时相比发生了根本性变化时,才可按合同落空处理。但是,要确定情况发生到何种程度才能构成合同落空,往往要比确定特定物的灭失或违法困难得多,因为在情况发生根本变化时,合同并不是完全不能履行,而是还有履行的可能。一般来说,如果发生的情况符合下列三项要求,可按合同落空

处理:

- (1) 发生的情况在双方当事人的预料之外。
- (2) 情况发生以后,如果继续履行合同,该合同就会与原合同产生根本性不同的效果。
- (3) 当事人任何一方对所发生的情况无过失。

4. 合同一方无履约能力

在提供个人服务的合同中,提供服务的一方无履约能力,合同可作为落空解除。合同按落空原则予以解除后,在如何处理双方的权利与义务这个问题上,英美两国的做法不同。美国的处理原则简单明确:当一个合同因不可能履行或落空而被解除后,双方必须各自退还按合同从对方取得的利益,也就是说,双方均退回到缔结合同以前所处的地位。英国对这个问题的处理较为复杂,按照英国 1943 年颁布的《法律改革〈落空的合同〉法案》的规定,合同落空前所支付的所有钱款原则上都应归还;在合同落空前因合同而得到巨大利益的一方应付给另一方法院认为合适的代价。

第五节 合同的让与

一、合同让与的概念

合同的让与是指合同主体发生变更,合同当事人将合同权利和义务全部或部分转让给第三人,由新的合同当事人代替旧的合同当事人,但是合同的客体并没有发生变化。合同的让与有两种情况:第一种是原债权人将其债权转让给新债权人,从而使新债权人取代原债权人的地位,称为债权让与;第二种是原债务人将债务转让给第三人,由新债务人代替原债务人负担债务,称为债务承担。

二、债权让与

债权让与又称合同权利的转让,即原债权人将其债权转让给新债权人,从而使新债权人取代原债权人的地位。债权让与时,债权人不必征得债务人的同意,即可以将其债权转让给第三人。第三人基于债权人债权的转让,取得债权人的地位,成为新的债权人,如果债务人不履行义务,新的债权人有权以自己的名义向债务人主张债权并提起诉讼。

债权让与涉及三个当事人:一是让与人,即出让债权的当事人;二是受让人,即从债权转让中取得债权的当事人;三是债务人,即因债权人让与债权而需向新的受让人履行债务的人。债权让与实际上是让与人与受让人之间订立的一种合同,合同成立后,债务人就要向新的债权人履行债务。因此,在债权让与中,也应当注重保护债务人的权利。

英美法系中,原则上承认债权可以转让,多数合同的权利是可以让与的,而且可以全部或部分转让,也允许受让人以自己的名义向债务人提起诉讼,这种让与也无须经合同另一方的同意。

美国法规定,以个人关系为基础的,合同中规定禁止转让或者限制转让,一方基于对另一方的人品或信誉的依赖而签订的合同和法律限制转让的合同,非经合同另一方当事人即

债务人同意不能转让。

英国普通法对合同权利的转让规定得相对严格。英国《1925年财产法》规定了债权让与的三个要求：第一，必须以书面做成，并由受让人签字；第二，债权让与必须是绝对的、无条件的、全部的债权，而不是部分债权；第三，必须以书面形式通知债务人。但衡平法认为在某些情况下，虽然债权让与欠缺所要求的条件，但是如果当事人确有债权让与的意思表示，债权让与仍可有效。

美国《统一商法典》认为，除当事人另有约定外，买方和卖方都可以把他们的权利转让给第三人，除非这种转让会大大改变对方的义务，或者大大增加对方的负担，或严重损害对方获得履行的机会。如果债权人把同一债权先后转让给两个人，英国法规定首先把债权让与的事实通知债务人的受让人取得该项债权，而美国法则认为第一受让人取得该项债权。

德国法规定债权让与无须征得债务人的同意，也无须通知债务人，如果债务人不知道有债权让与事情而向原债权人清偿的，即解除其债务。如果债务人已经知道债权让与的事实，却仍向原债权人为清偿的，则不能解除其债务。为保护债务人的利益，德国法还规定，债务人在债权让与当时对原债权人的抗辩，均得向新债权人主张，如果债务人对原债权人的抗辩事由是发生在债权业已让与给新债权人之后，就不能用以对抗新债权人。

法国法也规定了债权让与制度，债权人有权不经债务人同意而把债权转让给第三者。在法国法中，债权让与是一种买卖行为，让与人作为卖方出售债权，受让人作为买方购买债权。在债权让与中，让与人和受让人之间，债权让与合同一成立，就发生效力，让与人就不能再把该项债权转让给其他人。而对于债务人，必须在接到债权让与通知后，或者在公证文书中对债权让与作出承诺后，才能发生效力。如果债权人在订立债权让与合同后，又将同一债权转让给其他人，到底由谁取得债权，法国法则与英国法相似，取决于谁先把债权让与的事实通知给债务人。

中国《合同法》也规定了债权让与制度。《合同法》第79条规定：“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：（一）根据合同性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。”同时，《合同法》第80条规定：“债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。”

三、债务承担

债务承担又称合同义务的转让，是指由新债务人代替原来债务人履行债务的行为。债务承担只是变更了债务人，而债务的内容没有改变。

债务承担合同中涉及三个当事人：一是原债务人，即债务让与人；二是新债务人，即债务承担人；三是债权人。债务承担即由新的债务人代替原债务人履行债务，新债务人被称为承担人。

与债权让与不同，债权让与一般不会影响债务人的履约能力，但债务转移却是更换债务人，不同的债务人的履约能力有可能不同，而这可能会对债权人的利益带来严重影响。因此，各国法律对这一问题有着不同的要求。

英美法系中，英国法要求合同的债务，非经债权人的同意，不能转移。如需进行债务转移，要采取债务更新的办法，即应债务人的请求，债权人同意新的债务人代替原债务人履行债务的一种新的合同。更新后，原债务人的债务解除，并把这项债务加之于新的债务人

上。美国法对这些总是比较灵活,在债务并不一定非由原债务人履行的情况下,允许他人代替原债务人履行债务,但是原债务人并不因此解除自己的义务。如果代为履行义务的一方没有履行,原债务人仍应承担责任的。

法国法原则上允许由他人代替债务人向债权人履行债务。《法国民法典》规定,债也可由在其中并无利害关系的第三人清偿。在法国法中,债的转移也要通过债的更新实现,即消灭旧债务,成立新债务。

中国《合同法》也允许债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人。但是,将合同义务转移应取得债权人的同意,而债务人转移义务后,新债务人对于不是专属于原债务人自身的、与主债务有关的从债务,也要承担责任。

第六节 合同的违约救济

违约行为一般是指违反合同债务的行为,又称不履行合同债务。违约救济是指在合同一方当事人违约时,法律给予受损害的一方当事人的补救。违约救济与违约责任是同一事物的两个方面。前者就受损害一方而言,后者则针对违约一方而言。违约救济的方式大概有以下几种:

一、合同的法定解除

合同的法定解除是指在合同有效成立后,没有履行或没有完全履行以前,当法定的条件具备时,根据一方当事人的意思表示,使合同关系消灭的行为。但这并不是说,一旦违约都可以导致合同的解除。如果对法定解除权不加以严格的限制,就会导致各种交易关系轻易的消灭,既不符合鼓励交易的目的,也不利于资源的有效利用,甚至常常会损害合同双方的利益。鉴于以上考虑,对非违约一方的法定解除权,各国均规定了十分严格的条件。

英国《1979年货物买卖法》第11条第3款规定,违反主要条款的,将会产生权利解除合同;违反次要条款的,将会产生损害赔偿请求权,而没有权利拒绝接受货物。只有合同一方违反重要条款时,对方当事人才能行使法定解除权。如果一项条款未被制定法加以分类,法院依据该条款在合同中的重要性来决定其是一个主要条款,还是一个次要条款,其检验的标准是:是否一项特定的许诺涉及事情的根基,以致如果不履行这项许诺,就会使合同其他部分的履行实质上不同于非违约方的预期。另外,当事人也可以在合同中对条款进行分类,指出某些条款是主要条款,另一些条款是次要条款。

美国《统一商法典》在第2-703条和第2-711条分别规定了买卖合同卖方和买方的各种救济,其中就有法定解除权的行使。第2-612条规定了分批交货合同的违约救济,并明确规定,“一批或多批货物,如果因不符合合同或存在其他违约而使整个合同的价值严重降低,即构成违反整个合同。”第2-610条则规定了“预先毁约”时非违约方的救济措施。美国判例法往往通过判断是否存在“严重违约”或“完全违约”来决定合同一方的违约行为能否成为另一方解除合同的理由。因此,“严重违约”实际上就是非违约方行使法定解除权的条件,而如何来决定“严重违约”又纯属事实问题,需要法官在个案中依据具体情况作出决定。美国法中

没有“迟延履行”的概念,因此,对于不能按时履行是否可以使相对方解除合同义务,法院也要视具体情况而定。美国法院在分析过程中通常首先要决定约定的履行期限是否构成一项先决条件。一般来说,美国法院并不认为履行期限条款是一项先决条件。另外,也可以考虑该种逾期履行属于上述“基本履行”还是“严重违反”合同。在绝大多数情况下,只要在合理的时间内履行均属于“基本履行”。但如果合同明确规定严格按照预定时间履行非常重要,则按时履行是一项先决条件,违反这一条件将会使非违约方得以解除其合同义务。

《德国债法现代化法》于2002年1月1日生效,是自《德国民法典》问世以来最重大、最深刻的一次改革。依该法第324条解除合同,必须具备以下几个要件:

- (1) 必须为双务合同。
- (2) 必须违反该法第241条第2款的保护义务。
- (3) 不能够苛求债权人信守合同。

该法第321条规定了不安抗辩权制度,在期限届满,相对方仍然欠缺给付能力时,先为给付义务人可以解除合同。

《联合国国际货物销售合同公约》(简称CISG)第49条规定了卖方违约时买方可以解除合同的条件。该条第1款列举了买方可以解除合同的两种情形:一是卖方不履行其在合同或本公约中的任何义务,构成根本违约;二是在卖方不交货时,买方依据第47条规定的程序给了卖方履行的宽期限,而卖方在宽期限内仍不交货或声明他将不交货。类似的,CISG的第64条规定了买方违约时卖方可以解除合同的条件,列举了以下两种情形:一是买方不履行其在合同或本公约中的任何义务,构成根本违约;二是在买方没有按合同规定的日期履行时,卖方依据第63条规定的程序给予买方履行的宽期限,而买方在宽期限内仍不付款或声明将不履行义务,包括不接收货物或不支付货款。另外,CISG第72条规定了在履行合同日期到来之前,当事人构成预期根本违约的条件,可以解除合同。第73条指出分批交货合同中一方当事人不履行其中任何一批货物的义务则构成根本违约,另一方当事人可宣布合同对该批货物无效;若另一方断定今后各批货物履行也将根本违约,可宣告解除整个合同。

中国《合同法》第94条规定了法定解除的条件。《合同法》规定,有下列情形之一的,当事人可以解除合同:

- (1) 因不可抗力致使不能实现合同目的。
- (2) 在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要义务。
- (3) 当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行的。
- (4) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。
- (5) 法律规定的其他情形。

值得注意的是,中国《合同法》将不可抗力单独列出作为一项法定解除的条件。从各国立法看,各国均未将其单独列为一项法定解除合同的条件。

二、损害赔偿

损害赔偿,即令违约方对其违约进行金钱上的赔付。各国法律都规定,损害赔偿是对违约的一种救济方式,但各国对损害赔偿责任的成立、方法及损害赔偿的范围和计算各有不同的规定和要求。

关于损害赔偿责任的成立,大陆法系认为,损害赔偿责任的成立,必须同时具备以下三

个条件：一是必须有损害的事实；二是必须有可归责于债务人的原因；三是损害发生的原因与损害事实之间有因果关系。但英美法系则认为，只要当事人一方违反合同，不论其主观上是否有过错，也不论损害是否实际发生，对方都可以要求其进行损害赔偿。

损害赔偿包括恢复原状和金钱赔偿两种实现方式。在这两种赔偿方式的具体运用上，德国法以恢复原状为原则，以金钱赔偿为例外。如《德国民法典》第 249 条规定：“负损害赔偿的义务者，应恢复负赔偿责任的事故发生前的原状，如因伤害身体或毁损物件应为损害赔偿时，债权人得请求必要数额的金钱以代替恢复原状。”法国法与德国法相反，法国法以金钱赔偿为原则，以恢复原状为例外。英美法系则着重强调金钱赔偿的救济效果。英美法系将金钱赔偿称为“金钱上的恢复原状”。英美法系认为，损害赔偿的目的在于让权利受损者回归权利实现的地位，所以，对于损害赔偿之诉一般都判令债务人给予金钱赔偿。

关于损害赔偿的范围，德国法和法国法都认为，损害赔偿应当包括实际损失和所得利益损失亦即间接损失。英美法系认为计算损害的基本原则是使由于债务人违约而蒙受损害的一方当事人在经济上能处于该合同得到履行时同等的地位。中国《合同法》第 113 条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

三、实际履行

实际履行，即令违约方实践其诺言，让违约方按照合同的约定或法律的规定履行其合同义务的救济方式。

传统上，大陆法系和英美法系对实际履行采取了不同的态度和做法。简单而言，在违约的责任体系当中，大陆法系以实际履行为原则，以损害赔偿为例外；英美法系以损害赔偿为原则，以实际履行为例外。如在德国法中，债权人有权请求法院判决债务履行，实际履行是对违约责任的主要补救方式；《法国民法典》更是采用了“契约的道德观念”，认为违约的行为是一种道德缺损，应当用实际履行来补救。而在英国法中，普通法并没有将实际履行作为违约责任形式，只是在普通法救济不充分的时候，例外地通过衡平法的强制履行令来补救；在美国法当中也是一样，是否赋予实际履行救济，很大程度上取决于法官的自由裁量权，而传统上，法官经常用履行有违公正等理由拒绝赋予实际履行的救济。

四、违约金

违约金是指以保护合同履行为目的，由双方当事人事先约定，当债务人违反合同时，应向债权人支付的金钱。关于违约金的性质，主要有三种观点：第一种观点认为，违约金仅仅具有惩罚性；第二种观点认为，违约金的性质只能是补偿性的；第三种观点认为，违约金既具有惩罚性，也具有补偿性。所谓违约金的惩罚性，是指对债务人违约的惩罚，除了支付违约金外，违约方仍须赔偿损失和继续履行合同义务。所谓违约金的补偿性，是指当事人预先估计的损害赔偿总额，其功能是为了补偿另一方因违约所遭受的损失，违约金与实际损失应大体相当，且不能与赔偿损失、继续履行并用。

从两大法系的立法来看，英美法系国家一般不承认惩罚性违约金，而是承认第二种观点，一般认为违约金是“约定的预期损害赔偿额，违约金之目的，在保证契约之必能履行，且

减轻债权人就债务不履行或不为适当履行所受损害之举证责任。双方当事人在契约中所约定之数额过高,超过实际上所受之损害,借此手段促使对方履行契约,此项约定属惩罚性之损害赔偿,不为法律及法庭所允许”。而大陆法系国家承认违约金兼有赔偿性和惩罚性双重属性。例如,《德国民法典》第 339 条规定:“债务人与债权人约定,在其不能履行或不能依适当方式履行时,应支付一定金额作为违约金者,在其迟延时,罚其支付违约金;以不作为为支付者,于违反行为时,罚付之。”此即体现违约金的惩罚性。但大陆法系国家仍以赔偿性违约金为主。如《德国民法典》第 343 条规定:“约定违约金过巨者,法院应依债务人的申请以判决至相当数额。”《法国民法典》第 1229 条规定:“违约金为债权人因主债务不履行所受损害的赔偿。”

中国《合同法》对违约金的规定基本沿袭了大陆法系的传统,强调违约金赔偿性的理念,同时,有限地承认违约金的惩罚性。中国《合同法》第 114 条规定:“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金……”一方面,违约金的支付数额是“根据违约情况”而确定的,即违约金的约定应当估计到一方违约而可能给另一方造成的损失,而不得约定与原来的损失不相称的违约金数额;另一方面,如果当事人约定的违约金的数额低于或过分高于违约造成的损失,当事人可以请求法院或者仲裁机构予以适当增减,以使违约金与实际损失大体相当。这明显体现了违约金的赔偿性。同时,中国《合同法》第 114 条还规定:“约定的违约金过分高于实际损失的,当事人可请求法院或仲裁机关适当减少。”即一般高于实际损失则无权请求减少,这一方面是为了免除当事人举证的烦琐,另一方面表明允许违约金带有一定惩罚性。中国《合同法》第 114 条第 3 款规定:“当事人就迟延履行约定违约金的,违约方支付违约金后,还应当履行债务。”此种情况下,违约金与继续履行合同义务双重适用,体现了较强的惩罚性。

联合国国际贸易法委员会制定了《关于在不履行合同时支付约定金额的合同条款的统一规则》(简称《统一规则》)。该规则规定:

(1) 如果债务人对不履行合同没有责任,债权人无权取得约定的金额。

(2) 如果合同规定,一旦迟延履行,债权人有权取得约定的金额,则债务人在有权取得约定金额的同时,还有权要求履行合同的义务。

(3) 如果合同规定,当出现迟延履行以外的不履约情事时,债权人有权取得约定的金额,则债权人有权要求履行合同或者要求支付约定的金额。但是,如果约定的金额不能合理补偿不履约造成的损失,则债权人有权在要求履行合同的同时,要求支付约定的金额。

(4) 如果债权人有权取得约定的金额,则在该项约定金额所能抵偿的范围内的损失,债权人不得请求损害赔偿。但是,如果损失大大超过约定的金额,则对于约定金额所不能抵偿的部分,债权人仍可以请求损害赔偿。

(5) 除非约定的金额与债权人所遭受的损失不相称,法院或仲裁庭均不得减少或增加合同约定的金额。

(6) 当事人可以删除或改变上述(1)、(2)、(3)项的效力。

本章小结

当今社会,无论社会制度、法系、种族、语言、文化等如何不同,在社会生活中,尤其是在国际商务交往中都离不开合同。有些西方学者说现代社会是合同社会,由此可以看出合同

的重要性。合同法是规定商事主体之间交往规则的最重要法律。

合同是调整当事人之间发生的各种合同关系的法律规范的总称。合同从订立到履行,以至消灭,往往会出现变更、让与、违约以及违约救济等复杂的情况。

影响合同的效力除当事人自身的资格之外,合同订立时出现错误、诈欺、胁迫、显失公平等瑕疵时,合同会被变更、撤销,甚至无效。

在大陆法系中,只有当合同债务人存在着可归责于他的过失时,才承担违约责任;而英美法系则认为,只要当事人一方没有履行其合同义务,即便没有任何过失,也构成违约,应承担相应的法律责任。违约的补救方法有解除合同、实际履行、损害赔偿、支付违约金等。

合同的履行是指债务人全面地、适当地完成合同约定的义务,并按照诚实信用原则合理地处理因情势变更、不可抗力而出现的履行障碍。这样才有利于国际商务交往,促进公平交易。免除违约责任的情形有情势变更、不可抗力、合同落空。

思考练习

1. 大陆法系和英美法系的合同的概念。
2. 要约的概念以及构成条件。
3. 要约与要约邀请的区别。
4. 《联合国国际货物销售公约》如何规定要约的约束力?
5. 要约的消灭以及情况。撤回要约概念。
6. 承诺及其构成条件。
7. 承诺的撤回。
8. 对价以及有效的对价的条件。
9. 违约救济的情形。

案例分析

国际货物买卖合同纠纷案

甲公司与乙公司签订国际货物买卖合同。合同约定:甲公司于7月10日向乙公司交付优质铁矿砂10万吨,乙公司于7月1日预付货款的50%,余款于交付货物后10日内付清。7月1日,乙公司得悉,由于丙公司出价优惠,甲公司又与丙公司订立铁矿砂买卖合同,并已将确定给乙公司的10万吨铁矿砂中的5万吨运给了丙公司,并在继续发运。7月5日,因甲公司的生产基地遭遇特大洪水,损失惨重,甲公司被迫宣告破产。为满足生产,乙公司以高于合同价格的市场价格购买铁矿砂。

问题

1. 甲公司7月1日的行为在合同法上称为什么?
2. 7月1日,乙公司可以采取的合理的补救措施是什么?