

21 世纪普通高等教育“十三五”规划教材·国际经济与贸易系列

国际商法

(第三版)

吴建斌 朱 娟 编著

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/吴建斌,朱娟编著. —3 版. —上海:上海财经大学出版社,
2020.12

(21 世纪普通高等教育“十三五”规划教材·国际经济与贸易系列)

ISBN 978-7-5642-3661-8/F·3661

I. ①国… II. ①吴…②朱… III. ①国际商法-高等学校-教材
IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 193190 号

☐ 特约编辑 朱晓凤

☐ 责任编辑 袁 敏

☐ 封面设计 张克瑶

国 际 商 法

(第三版)

吴建斌 朱 娟 编著

上海财经大学出版社出版发行
(上海市中山北一路 369 号 邮编 200083)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

江苏启东市人民印刷有限公司印刷装订

2020 年 12 月第 3 版 2023 年 1 月第 2 次印刷

787mm×1092mm 1/16 15 印张 384 千字

(习题集 2.25 印张 58 千字)

印数:29 501—31 000 定价:49.00 元

(本教材免费赠送配套习题集,请直接向售书单位索取)



21世纪普通高等教育“十三五”规划教材

21 SHIJI PUTONG GAODENG JIAOYU "SHISANWU" GUIHUA JIAOCAI



编委会

BIAN WEI HUI

总策划 宋 谨

编委 (排名不分先后)

石永恒 清华大学
郑甘澍 厦门大学
吴 迪 上海交通大学
张一贞 山西财经大学
江 林 中国人民大学
施 娟 吉林大学
吴国萍 东北师范大学
胡大立 江西财经大学
彭晓洁 江西财经大学
袁崇坚 云南大学
李少惠 兰州大学
黎江虹 中南财经政法大学
罗昌宏 武汉大学
徐艳兰 中南财经政法大学
吴秋生 山西财经大学
闫秀荣 哈尔滨师范大学
姚晓民 山西财经大学
夏兆敢 湖北工业大学
安 烨 东北师范大学
张昊民 上海大学
黄金火 湖北经济学院
李会青 山西大学商务学院
任月君 东北财经大学
蒲清泉 贵州大学

韩冬芳 山西大学商务学院
何传添 广东外语外贸大学
吴建斌 南京大学
张中强 西南财经大学
梁莱歆 中南大学
余海宗 西南财经大学
关玉荣 渤海大学
曹 刚 湖北工业大学
孟 昊 天津财经大学
齐 欣 天津财经大学
张颖萍 渤海大学
吴开松 中南民族大学
杜江萍 江西财经大学
盛洪昌 长春大学
刘丁酉 武汉大学
刘继森 广东外语外贸大学
张慧德 中南财经政法大学
屈 韬 广东商学院
尤正书 湖北大学
胡放之 湖北工业大学
李文新 湖北工业大学
张 洪 武汉理工大学
夏 露 湖北工业大学
牛彦秀 东北财经大学



第三版前言

本书自初版以来已有10年,7年前第二版时稍有修改。7年来,国际国内民商法、国际经济贸易法律规则发生了翻天覆地的变化,相关司法实践、理论研究也日新月异。所以我们利用第三版修订之际,在保留原版章节基本不变并尽可能控制全书篇幅的前提下,除了对原书部分表述进行精简优化、更正个别印刷错误、替换明显过时的案例,还根据2020年5月中国颁布的《民法典》,以及近年来国内外民商法修改的情况,全面修改甚至替换了原书的内容。主要修改情况如下:

第一,根据近年来中外公司法的修改情况,大幅度修改“商事组织法”一章中第三节“公司”的相关内容,更加客观地反映全球公司法的主要规则特点和发展演变趋势。

第二,将原书中涉及国内民法基本制度的规则,特别是构成民法典各编的原《民法通则》《物权法》《合同法》《侵权责任法》的条文及其变化,均替换为《民法典》的相关规则。

第三,吸收反映近年来国际经济贸易规则的重大变化和调整内容。主要有:2020年修订《国际贸易术语解释通则》,2018年修改中国《产品责任法》,2013年撤回原有关于国际货物买卖合同非书面形式的保留,2017年修改中国《仲裁法》,2014年中国国际经济贸易仲裁委员会、联合国国际贸易法委员会、国际商会、美国仲裁协会和英国伦敦国际仲裁院修改仲裁规则,等等。

编著者

2020年11月11日于南京



第二版前言

本书自初版发行至今已逾3年,承蒙读者厚爱,其间曾经多次加印,并针对2010年《国际贸易术语解释通则》等国内外经济贸易法律法规的变化更新,做出部分技术性处理,以方便读者了解并掌握相关内容。

3年来,新的经济贸易规则不断增加,司法实践也积累了很多资料、经验,很有必要予以反映。有鉴于此,我们利用改版之际,在尽可能保留原书风格体例的前提下,着重在商事组织法的公司部分,添加了近年最高人民法院指导性案例的材料,以及学界就公司法理论与实务方面存在较大争议的重大问题的研究成果;在商事交易法部分,主要替换了原书中的案例,以体现与时俱进的精神;另外,在争议解决部分,将中国国际经济贸易仲裁委员会2012年新修改的仲裁规则具体内容,替换了原书中过时作废的内容。

编著者

2013年6月30日于南京南大北园



第一版前言

近年,除了全国各个经贸类院系普遍开设国际商法必修课,不少法律院系也陆续设置了同名选修课程,不同版本的《国际商法》教材应运而生。我们受邀编写本教材时,主要考虑如何针对不同知识背景的学生,既要避免与法律院系国际经济法、国际贸易法课程的交叉和重复,又要做到让修习过《进出口业务》《国际海上运输和保险》《国际结算》的经贸类专业学生获得新的知识,并且加强其实践性和应用性,着力培养学生分析问题、解决问题的能力。基于此,本教材力图体现以下几个特色:

第一,在国际商法基本理论和规则的讲解与梳理上,既进行适当的拓展,又避免长篇大论,力求简明扼要、通俗易懂;

第二,每章以经典或者最新案例引出问题,在介绍各章一般知识的基础上,再围绕案例中的重要知识点展开分析探讨,做到理论和实践相融合、具体和一般相呼应;

第三,尽可能反映国内甚至国际上有关国际商法的立法、司法、理论研究等的最新动态与最新成果,如有关国际商事组织法的内容、UCP600 的新规则等;

第四,考虑到本教材容量的限制,还有大量专业知识无法进行全面详尽的介绍,我们通过多种渠道收集整理出参考文献附后,以便读者扩展学习。

本教材由吴建斌与朱娟共同合作编写完成。其中,前言、绪论及组织法部分主要由吴建斌编写,交易法的内容则主要由朱娟编写,最后由吴建斌审阅定稿。

正如金无赤金、人无完人,一本教材即使当作艺术品那样编写制作,也难免存在讹误瑕疵,还望读者不吝指正,以便不断更新完善。

编著者

2010 年 2 月



目 录

第三版前言

第二版前言

第一版前言

绪论

绪论要点	1
导入案例	1
本章小结	10
关键概念	11
思考与练习	11

第一章 商事组织法

本章要点	12
导入案例	12
第一节 概述	14
第二节 合伙	19
第三节 公司	24
本章小结	65
关键概念	65
思考与练习	65

第二章 商事代理法

本章要点	66
导入案例	66
第一节 概述	67
第二节 代理法律关系	73
第三节 承担特别责任的代理人	80
本章小结	83
关键概念	83
思考与练习	83

第三章 商事合同法

本章要点 84
导入案例 84
第一节 概述 91
第二节 合同的订立 96
第三节 合同的效力 107
第四节 合同的履行 113
第五节 合同的变更和转让 119
第六节 合同的消灭 121
第七节 违约责任 124
第八节 合同的担保 131
本章小结 135
关键概念 136
思考与练习 136

第四章 国际货物买卖法

本章要点 137
导入案例 137
第一节 概述 137
第二节 买卖双方的权利和义务 141
第三节 违约及其补救方法 147
第四节 货物所有权与风险的转移 150
第五节 产品责任 152
本章小结 158
关键概念 159
思考与练习 159

第五章 国际货物运输法

本章要点 160
导入案例 160
第一节 海上运输 162
第二节 铁路运输与航空运输 169
第三节 国际货物多式联运 173
本章小结 175
关键概念 175
思考与练习 175

第六章 国际货物运输保险法

本章要点 176
导入案例 176
第一节 概述 178
第二节 海上货物运输保险 181
第三节 其他运输方式下的保险 185
本章小结 188
关键概念 188
思考与练习 188

第七章 国际结算法

本章要点 189
导入案例 189
第一节 概述 191
第二节 结算工具 194
第三节 结算方式 200
本章小结 205
关键概念 205
思考与练习 205

第八章 国际商事仲裁

本章要点 207
导入案例 207
第一节 概述 207
第二节 国际商事仲裁机构及其仲裁规则 211
第三节 仲裁协议与仲裁庭 217
第四节 仲裁裁决的承认与执行 220
本章小结 221
关键概念 222
思考与练习 222

参考文献



绪论



绪论要点

1. 国际经济贸易交往离不开法律规则,国际商法应运而生
2. 国际商法通常由国际商事组织法和国际商事交易法两部分组成,前者多为国别法,后者多为双边多边条约甚至国际统一法
3. 国际商事管制法包括 WTO 那样的国际统一规则,以及欧盟对苹果进行反垄断调查、中国反垄断执法机构处罚高通滥用市场支配地位的行为那样,涉及交易及组织的双重问题
4. 大陆法系、英美法系的概念及特点
5. 了解普通法及衡平法
6. 正确把握先例拘束力原则



导入案例

萨洛蒙诉萨洛蒙有限公司案

英国制靴匠萨洛蒙于 1892 年将其制靴店改组注册为有限公司。依照章程规定,该公司的资产全部折为股本,萨洛蒙本人持股 20 001 股,1 股 1 镑,其妻子、女儿和 4 个儿子各持股 1 股,总计 20 007 股,另向萨洛蒙发行浮动担保公司债 10 000 镑。后该公司因经营失败而清算,公司总资产仅值 6 000 镑,而对其他债权人的负债则高达 7 000 镑。该案历经数审,均判决公司资产全部清偿给其他债权人,萨洛蒙不服,上诉至英国上议院。1897 年上议院作出终审判决:从法律上讲,该公司注册成立后,即具有独立于萨洛蒙的主体资格,而萨洛蒙既是公司股东,又是担保公司债的债权人,他应优先于其他债权人而受到清偿。其他债权人分文未得。^①

请问:

1. 萨洛蒙制靴店属于什么类型的企业?它与萨洛蒙有限公司有何本质区别?
2. 萨洛蒙有限公司的主体资格独立于萨洛蒙个人还是两者混为一体?
3. 担保公司债与普通公司债有何不同?
4. 本案中萨洛蒙有限公司的清偿顺序是否符合破产法的一般规则?
5. 上议院在英国审判组织中处于什么样的地位?
6. 本案形成的判例在全球公司法上有何意义?

本案所涉有关国际商事组织法上的重大法律问题,为依据公司人格独立原则还是适用公司人格否认例外规则来裁决本案。上议院这一并不称为法院的英国特殊案件最高审判机构,在世界上首次确立了公司人格独立原则,从而奠定了各国公司立法的重要基础,成为千古不朽的经典判例。本案所涉法律问题远不止于此,其他如判例法与成文法各自不同的法律地位;法

^① [英]丹尼斯·吉南著,朱羿锟等译:《公司法》(第 12 版),法律出版社 2005 年版,第 5 页。葛伟军:《英国公司法:原理与判例》,中国法制出版社 2007 年版,第 56 页。

院组织体系的国际差异;在组织法上涉及业主制企业与公司制企业各自的利弊得失;如何选择以及怎样把握不同的治理结构;怎样理解破产法上的别除权规则;在交易法上不同债权债务关系的确立、履行以及风险防范等。本案虽然并未披露争议是否具有国际背景,但结合英国当时“日不落帝国”的时代背景,恐怕不能排除争议中的国际性因素。假如这样,本案可谓国内法与国际法交错、组织法与交易法纠缠。读者也许能够初步感受到国际商法具有交叉性、综合性的特点,我们既要学会条分缕析,又要做到融会贯通,只有这样才能顺利解决国际经济贸易中的法律纠纷。

当然,为了让读者在弄清楚具体法律问题之前,能够对国际商法的基础知识有个大概的了解,我们拟在绪论部分先简单介绍国际商法的概念、内容、结构、特点,作为国际商法历史渊源的大陆法系和英美法系法律以及中国法律制度的概况。

一、国际商法的概念

国际商法,通常是指调整国际商事组织和商事交易的各种法律规范的总称。^① 国际商事组织方面主要包括跨国投资法和国际商事组织法,特别是公司法;国际商事交易方面主要涉及合同法、国际货物买卖法、海上运输法、海上保险法、国际结算法和国际商事仲裁法等。

需要特别加以说明的是:第一,究竟怎样看待国际商法与国际贸易法的关系。早期学界通常认为国际商法包含国际贸易法甚至等同于国际贸易法,英国著名法学家施米托夫即是代表。当今学界主流观点认为,国际商法是调整平等主体之间国际商事关系的法律规范,而国际贸易法是指以 WTO 为主的国际商事管制关系的法律规范。第二,国际商法与国际经济法有何关系。国际经济法有广义和狭义之分:前者包括一切规范国际经济关系的法律规则,涵盖国际商法、国际贸易法的全部内容,其外延甚至扩展到国际投资法、国际经济技术合作法、国际税法等领域;后者一般认为是调整和规范国际经济秩序的法律规则,属于国际公法的范畴,而国际商法则属于国际私法的范畴。第三,由于篇幅有限以及课程体系的考虑,本书不可能将所有国际经济贸易交往的法律制度都包罗进来,而仅限于讲解调整平等主体之间国际商事关系的法律规范。非法律专业读者在学习国际商法知识的基础上,有必要通过其他途径,涉猎国际贸易管制法、国际投资法等其他国际经济法、国际贸易法知识,以便完善自己的知识结构。

二、国际商法的构成和特点

(一)国际商法的范围超出传统商法

大陆法传统商法,一般均包括公司法、票据法、海商法、保险法等具体制度。英美法中虽无完整的商法体系,但实际上也承认上述商法分支的存在,并侧重于调整国内商事关系。随着科学技术的发展,各国之间商事交往不断增多,形式也繁复多样。特别是第二次世界大战以来,国际技术转让、国际许可贸易、国际合作生产、国际工程承包、国际融资租赁、国际直接投资等各种国际商事活动异常活跃。这些活动已超出一国范围,其行为主体多为跨国公司,仅靠一国的传统商法已不能进行有效规范,通过一定方式形成国际统一规则势在必行。即使国内立法,也必须尽可能地吸收和借鉴国际通例,以减少乃至消除该国参与国际间经济贸易活动的障碍,将本国经济融入世界经济的循环体系之中。国际商法脱胎于市场经济发达的国家的传统商法,其内涵和外延不同于传统商法。

^① 沈四宝等:《国际商法》,对外经济贸易大学出版社 2002 年版,第 1 页。

(二) 国际商法属于跨国私法

国际商法是规范不同国家或者地区的商人进行“跨国”性商事活动的法律制度,具有国际私法性质,有别于规范国家之间关系的国际公法。公法和私法的划分发端于罗马法。古罗马法学家乌尔比尔认为:“公法是关于罗马帝国的法律,私法是关于个人利益的法律。”^①这一公法、私法的划分方法迄今仍有影响,许多国家将关系到国家、社会整体的法律归入公法,如宪法、行政法、刑法、诉讼法等;将直接关系到个人、个体的法律归入私法,如公司法、合同法、买卖法、票据法等。调整国际关系的法律也有国际公法和国际私法两大分支,前者调整国家、国际组织相互之间的关系,后者调整不同国家的个人、个体之间的关系(包括冲突法规范),国际商法属于后者范畴。

(三) 国际商法的发展轨迹不同于其他法律分支

国际法上的其他法律分支如国际刑法、国际民法、国际经济法等通常先有国内法,因国际交往而产生国际法。国际商法则不然。国际商法经历了三个发展阶段:第一阶段在中世纪。它是以商人习惯法的形式出现的,即事实上支配那些商业交易所在文明世界的各港口、集市之间的国际商事界普遍适用的国际习惯法规则。第二阶段在18~19世纪。国际商人习惯法被纳入欧洲各国的国内法,其中欧洲大陆主要通过制定成文法,英国则主要通过曼斯菲尔德(Mansfield)等大法官的审判实践将商人习惯法融入普通法之中。第三阶段开始于对19世纪过分夸大的国家主权采取公正批判态度的时期。世界社会开始重新从国际角度考虑问题,联合国及其他许多国际组织的作用越来越大,跨国公司的活动遍及世界各地,国际主义的观念逐渐觉醒,法学领域中则恢复了国际商法的概念,出现了带有世界普遍性意义的新的国际商事习惯法。^② 国际商法的“国际法—国内法—国际法”的发展轨迹颇具特色。

(四) 国际商法的渊源

国际商法的渊源为国际立法、国际商事惯例以及各国相关立法,尤以前两者为主。

国际立法是国际商法的主要渊源,即主要表现形式。国际立法是为国际上两个或两个以上的国家就经济、贸易、法律等方面所形成的权利和义务关系所制定的规范性文件,通常表现为条约、公约、宪章、盟约、规约、专约、协定、议定书、换文、最后决议书、联合宣言、联合声明等。国际立法通常经缔约国立法机关核准后,纳入该国国内法,而且该国所缔结或参加的国际条约与国内相关法律相冲突时,除声明保留者外,有义务优先适用条约的规定。这就是国际公认的条约优先适用原则。

国际商事惯例是国际商事交往中经过反复使用逐渐形成的,已被各国商事主体普遍接受和采纳的习惯性做法。其起初以不成文的“约定俗成”的形式出现,现多由一些国际组织编纂成文,既消除了历史上形成的不同国家和地区间对同一种惯例在解释和适用上的差别,又根据新技术革命带来的国际商事交往方式的变化,修改和完善了其内容和形式。国际商会制定的2020年《国际贸易术语解释通则》、2006年《跟单信用证统一惯例》(UCP600)就是最好的例证。也有某些国际组织“创制”的国际商事惯例采取“示范法”的形式,如《国际商事合同通则》《联合国电子商务示范法》《联合国国际商事仲裁示范法》等。国际商事惯例并无国际立法那样的普遍性约束力,但一旦被国际商事交易当事人选为准据法,那么该惯例对当事人就具有优先适用的效力。

^① 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第118页。

^② [英]施米托夫著,赵秀文译:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第4页以下。

国内立法一般只对该国主权管辖范围内的人和事有效,不能随意延伸至国外,否则就会引起国际冲突。但是,前述国际立法和国际商事惯例事实上不可能规范所有的国际商事关系,各国在对外经济贸易方面也制定了大量的法律法规。根据国际私法中的冲突规则,处理国际商事纠纷的准据法往往是一个特定国家的国内法。因此,国内立法也可以成为国际商法的一个渊源。我们应当了解和掌握外国尤其是市场经济发达国家的民商法规定,并在处理国际商事纠纷时,首先找准准据法。

三、英美法和大陆法概要

国际商法发源于欧洲。而欧洲各国的法律制度中最具代表性的就是以法国、德国为代表的大陆法系和以英国为代表的普通法系或者英大法系。因北美长期沦为英国的殖民地,被强制施行普通法,美国独立之后又渐渐发展为政治、军事、经济强国,在国际事务中的作用日趋增强,所以美国在法律制度方面虽承袭普通法,但又有自己的特色,成为普通法系的又一代表性国家。

(一)大陆法的主要规则

大陆法系是指以罗马法为基础,以法国民法典和德国民法典为典型的法、德两国法律以及效仿其法例的其他国家法律的统称。大陆法系 13 世纪形成于西欧,除法国、德国外,其他如比利时、西班牙、葡萄牙、意大利、奥地利、卢森堡、瑞士、荷兰、丹麦、瑞典、挪威、芬兰、冰岛等欧洲大陆国家均属于大陆法系。曾受大陆法国家殖民统治的拉丁美洲、非洲的一些国家,也属于大陆法系。英大法系国家中的个别地区,如美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省,也实行大陆法。另外,日本、土耳其等国,中国台湾地区、澳门地区也先后引入了大陆法。中国内地实际上也秉承了大陆法传统。

大陆法的渊源主要为成文法,包括宪法、法律和行政法规,此外,还有习惯、判例甚至学理等。有的国家如法国、意大利、奥地利认为习惯的作用很小,而德国、瑞士等国则认为习惯等同于法律。对于判例,大陆法国家原则上不承认其与法律相同的普遍性约束力。一个判决仅对被判处的案件有效,对日后法院判决同类案件并无约束力。这是大陆法与英大法的一个显著区别。但在一些国家也有例外,如德国规定在《联邦公报》上发表的宪法法院判决具有法律约束力,瑞士联邦法院关于州法违宪的判决,阿根廷、哥伦比亚最高法院关于宪法的判决,都具有法律约束力。日本也在一定程度上承认判例的法律效力。至于学理,一般不能成为法的渊源,但大陆法国家的学理对法律的制定和实施起着极其重要的作用。罗马法在欧洲的复兴和传播,欧洲大陆尤其是意大利的法学家功不可没。

大陆法各国的法院组织体系基本相同,设有普通法院和专门法院,如法国设有行政法院,德国设有行政法院、劳动法院、社会法院和税收法院。普通法院又大体分为三级三审制和四级三审制。例如,法国实行前一种制度,德国和日本则实行后一种制度。法国法院系统由基层法院、上诉法院和最高法院组成,如果不服基层法院判决,可逐级上诉至最高法院。德国法院系统由地方法院、州地区法院、州高等法院、联邦高等法院组成。地方法院审理轻微民事案件,州地区法院审理较大的民事案件,不服判决可依次上诉,对上诉审不服的可依次要求上级法院复审。日本法院系统由简易法院、家庭法院或者地方法院、高等法院和最高法院组成。简易法院审理轻微民事案件,重大民事案件由地方法院作为一审法院,并分别有两级上诉审。第二审同样对讼争的事实进行审理,第三审则一般只对既判裁决的法律适用进行审理。

(二)英美法的主要规则

英大法系又称英国法系、海洋法系、普通法系,是指英国中世纪以来的法律以及受其影响

或者仿此模式制定的美国及其他国家法律的总称。英美法系形成于英国,后又扩展到美国及其他曾受英国殖民统治的国家和地区,如加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚、新加坡、中国香港等。南非、菲律宾、斯里兰卡则先采用大陆法,后又引入英美法,形成两大法系混合的局面。美国独立以后的法律制度逐渐形成了自己的特点。下面以英、美两国为例,介绍英美法的主要内容。

1. 英国法

英国法的渊源主要表现为判例法,没有大陆法国家中系统的成文法体系,也没有明确的公法与私法的划分。但是,英国的普通法与衡平法却各有特色,形成英美法中特有的二元结构体系。

普通法是指在 1066 年诺曼公爵征服英国后,国王为削弱封建领主势力、加强王权而设立王室法院,通过法官选择适用于全国各地的习惯法来审理案件而形成的判例所确立的法律制度。因普通法是以判例形式出现的,故又称为判例法。王室法院法官经常到各地进行巡回审理,并有权撤销受封建领主控制的地方法院的判决。因此,普通法的发展和英国中央集权与地方封建领主势力的斗争历程基本同步。

衡平法是普通法的对称,是指对于普通法程序无法救济的案件,经当事人向国王及其咨询机关枢密院甚至国会提出申请,由枢密院大法官不受普通法的约束,按公平与正义原则加以审理和裁判,以补充和匡正普通法不足所形成的法律制度。衡平法也表现为判例法形式,它发端于 14 世纪,兴起于 16 世纪。

起初,衡平法的救济方法、诉讼程序甚至法律术语均不同于普通法;审理衡平法案件的法院组织系统,从 14 世纪后半叶到 19 世纪后半叶期间,也与普通法院相互独立、自成体系,直到 1875 年英国颁布法院组织法,两者才合二为一。目前,两种法律在诉讼程序上的差别已基本消除,同一个法院、同一个法官可以同时适用普通法与衡平法,但在高等法院内仍设置适用普通法的王座法庭和适用衡平法的枢密大臣法庭,普通法和衡平法之间的差别仍然存在。例如,普通法案件有陪审团参加,衡平法案件则没有;普通法案件采取口头辩论方式,衡平法案件则实行书面审理;有普通法律师和衡平法律师之分,甚至连法律术语都有很大的不同。普通法一般包括合同法、民事侵权行为法等,衡平法一般包括不动产法、信托法、合伙法、公司法、破产法以及遗嘱和继承法等。衡平法优先于普通法是英国法律制度的一个重要原则。

英国法的主要渊源是判例法,并严格遵循 19 世纪上半叶确立起来的“先例拘束力原则”,但这并不意味着所有法院的判决均形成先例,也不是所有构成先例的判决的全部内容均具有法律约束力。在判例的构成上,应着重把握以下三点:第一,上议院的判决是具有约束力的先例,全国各级审判机关均须遵循,只有上议院本身可不受约束;第二,上诉法院的判决可构成对其自身以及下级法院有约束力的先例;第三,高级法院每一个庭的判决对所有低级法院均有约束力。具有约束力的判决分为判决理由和判决词中为解释判决理由所阐述的法律规则两部分,只有前者对同类案件有约束力,后者只有说服力。

除判例法外,英国法的另一重要渊源为成文法,包括法律和行政法规。但判例法是基础,成文法只是对判例法的修正或补充,其要通过判例加以解释和重新肯定后才能起作用。至于习惯,它在传统上曾经是英国法的第三个渊源,但目前已经作用不大。因为普通法就是在吸收习惯的基础上形成的,所以普通法之外仍通行的习惯已经不多。

英国的法院体系比较复杂。除了有刑事法院和民事法院之分外,在民事法院系统中又分为高等法院和低级法院两种。前者包括上议院(上诉委员会)、上诉法院和高级法院三种,后者包括王冠法院、郡法院和治安法院三种。高级法院在 1972 年改革后设有王座法庭、枢密大臣

法庭(大法官法庭)和亲属法庭(家事法庭)。王座法庭又设海事与商事两个法庭,枢密大臣法庭内设公司及破产两个法庭。高级法院既审理标的额大的或者重要的一审案件,又审理不服低级法院判决的上诉案件,一般实行独任制,有陪审团参与的民事案件只是例外。上诉法院审理不服高级法院判决的上诉案件,通常采取合议制,由3名法官组成合议庭。如果涉及具有普遍意义的重要案件,不服上诉法院判决的当事人还可以向上议院上诉,此时,上议院才是有终审权的实际上的最高法院。有时上议院上诉委员会也受理不服海外领地和英联邦成员国最高法院判决的上诉案件,并享有终审权。郡法院和治安法院作为英国最低一级法院,分别审理辖区内争议标的额在5000英镑以下的小额民事案件和轻微刑事案件,重罪案由治安法庭预审后送交王冠法院审理。郡法院的上诉案件由上诉法院管辖,治安法院的上述案件由王冠法院和王座法庭管辖,王冠法院也实行陪审制度。^①

2. 美国法

美国独立之前,曾先后沦为荷兰、法国、英国的殖民地,而受英国法的影响最深。因此,虽然1776年美国不少州公开宣布禁止援用英国判例法,但仍不能改变美国法的判例法特性。美国法与英国法有许多相同之处,如以判例法为主,也有普通法与衡平法之分,实行陪审制度等。但是,美国实行联邦制而非英国式的君主立宪制,故在法律结构上与英国有很大差别。美国法律分为联邦法与州法两大部分。根据美国宪法所确定的准则,立法权原则上由各州行使,而联邦只在例外情况下行使立法权。但联邦的法律又高于州的法律,两者发生抵触时应适用联邦法。

美国的法律渊源类似于英国,判例法与成文法之间的关系也与英国相同,只是20世纪初兴起的成文法运动,导致美国成文法的数量急剧增加。不过,因商事立法权原则上归属于各州,联邦政府无法染指,而美国国内经济流转又急需统一各州商法,于是,美国诸多民间法律研究机构,如美国法学会、美国律师协会、美国统一州法委员会等就组织一流专家,拟定示范性的法律文本,向各州立法机关推荐。最著名的有1952年颁布的《统一商法典》及其修正文本(其第9编“担保交易”于2010年修改)^②,除了实行大陆法的路易斯安那州,其余各州均采纳了该示范法。另外,为了统一判例法,美国法学会(ALI)编纂整理了民商法方面的判例法,汇编成册,合成《法律重述》《法院的重述》以及《州与重述》,虽不是法典,没有法律效力,但对司法机关也有重要的参考价值。

美国也有类似英国的“先例约束力原则”,只是具有自己的特色,具体表现在以下四个方面:第一,在联邦法方面,须受联邦法院尤其是联邦最高法院判例的约束;第二,在州法方面,上级法院特别是州最高法院的判例对下级法院有约束力;第三,联邦法院在审理涉及州法的案件时,须受相应的州法院不违反联邦法判例的约束;第四,联邦和州的最高法院不受其先例的约束,以便依据社会经济条件的变化,扬弃过时的判例,确立新的法律原则。

由于美国实行联邦制,因而也设有联邦法院和州法院两个系统。联邦法院又分为地区法院、上诉法院和最高法院三级。前者有94个,分布在各州,实行独任制;中者有13个,实行合议制,由3位法官组成合议庭审理上诉案件;后者设在华盛顿,由8位法官和1位首席大法官共9人组成,审理案件时全体法官均参与。法官由参议院选举、总统任命,实行终身制。州法院也分为初审法院和上诉审法院两级,上诉审法院包括州上诉法院和最高法院。联邦法院仅

^① 何玉宝:《英国合同法》,中国政法大学出版社1999年版,第3页以下。沈四宝等:《国际商法》,对外经济贸易大学出版社2002年版,第10页以下。

^② NCCUSL(美国统一州法委员会)著,孙新强译:《美国〈统一商法典〉及其正式评述》,中国人民大学出版社2004年版,第7页以下。潘琪:《美国〈统一商法典〉解读》,法律出版社2020年版,第7页。

在美国宪法或国会法律的明定范围内才有管辖权,其他案件均由州法院管辖。此外,还有专门受理联邦法上特殊争议的特别联邦法院,以及准司法机构如有权审理国际贸易纠纷的商务部、国际贸易委员会等。

(三)两大法系的主要差别

两大法系虽同为资本主义国家的法律制度,但在许多方面迥然有别。两者的主要区别在以下六个方面:

第一,法律渊源不同。大陆法国家主要采取成文法形式,如法国在19世纪初叶,经过法国大革命洗礼后陆续制定了民法典、商法典、刑法典、民事诉讼法典和刑事诉讼法典,凡事以法典为据的观念根深蒂固。德国为另一个典型。英美法国家主要采取判例法形式,传统上没有成文法典。固然20世纪以来英美法国家也制定了不少成文法典,但远没有起到大陆法国家成文法那样的作用,时至今日,在民商法的许多领域,判例法仍起主要作用。

第二,法律推理方式不同。大陆法系实行从一般规则到个别案件判决的演绎法,法官的审理活动是应用通行的法律去处理个别案件的具体问题。英美法系实行从判例到判例进而总结出法律一般规则的归纳法,上诉法院以上的法官事实上可以创制新的法律规则。

第三,法律结构不同。大陆法国家不但制定成文法,而且还将全部法律制度划分为公法和私法两大部分,两者之间的关系在当代虽然相互渗透,但界限还是基本清楚的。英美法国家中并不明确划分公法和私法,但普通法和衡平法的划分却非常明显。

第四,法律分类不同。大陆法国家依据法律所调整的社会关系的性质不同,划分出不同的法律部门,如民法、商法、行政法、刑法、诉讼法等。每一个部门多以一个法典为核心,辅以对一些具体、专门问题的细则,构成一个有机的法律体系。而各个法律部门在宪法的统领下,井然有序地调整和规范该国所有重要的社会关系。如日本和中国台湾地区通常将其重要法律汇编称为“六法全书”。英美法国家没有明确的部门法划分,往往根据社会实际需要制定具体法律或改变原先的判例规则,单行法居多,灵活性较大,不太注重法律制度的系统性。

第五,诉讼制度不同。大陆法系在历史上采取职权制,英美法系在历史上采取对抗制。前者重视实体法,后者更重视程序法。在英国的法律传统上,当事人要想通过诉讼获得救济,须依一定的令状向法院起诉,而不同令状的诉讼程序也不同,且不得相互通用。这样,当事人在实体法上的权利,如对合同违约方请求赔偿经济损失,或股东要求公司分配逾期未分配红利,只能通过一定的诉讼程序才能实现,程序正义的重要性随之凸显。大陆法系因由成文法直接规定当事人的实体权利义务和诉讼权利义务,实体法往往无须假借程序法形成。当事人采取诉讼方式进行权利救济时,程序法只是实体法实施的手段和工具,此关系决定了整个社会对实体法的重视程度远甚于程序法。

第六,受罗马法影响的方式和程度不同。由于罗马帝国占领欧洲大陆时期强制推行罗马法的经历,以及罗马法本身所具有的精确和细密的特点,大陆法国家的法律受到罗马法的影响很深,有的国家的法典如1804年法国民法典、1900年德国民法典则直接继承了罗马法的传统。英美法没有大陆法那样的经历和背景,受罗马法的影响主要是间接性的。^①

(四)两大法系的发展趋势

1. 大陆法系中判例的作用日益增强。大陆法国家在历史上不承认判例法的渊源,但进入

^① 冯大同:《国际商法》,中国对外经济贸易出版社1991年版,第8页以下。沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第73页、第343页以下。吴建斌、肖冰、彭岳:《国际商法》(第三版),高等教育出版社2017年版,第9—10页。

20 世纪以后有所变化,有的国家如德国甚至已明确宣布联邦宪法法院的判决对下级法院具有强制性约束力,日本最高法院的判例亦然。尽管大陆法国家中判例法的地位和作用迄今仍不能与英美法国家同日而语,但那种只承认成文法而无视判例的历史确已改变。

2. 英美法系中成文法的数量迅速扩大。美国的情况最为典型。美国早在 1926 年就颁布了法律汇编性质的《美国法典》,并定期修订增补。同时,通过前述统一州法委员会和美国法学会等团体拟定并向各州推荐示范法,使各州法律趋于统一。此外,第二次世界大战后,美国还成立了各种各样的委员会,不但被授权制定规章、条例,而且还可以在法院诉讼程序之外的相对独立地处理案件,不受先例约束。英国的公司法、货物买卖与供应法、汇票法等是构成英联邦各国重要的法律渊源。所有这些,对成文法的发展均产生了重要影响。

3. 两大法系取长补短,逐渐融合。除了前述在法的渊源上两大法系不断靠近外,在法律种类以及具体内容上,不同法系国家之间也尽可能互相吸收对方科学合理的部分。例如,美国的反垄断法、产品责任法,对大陆法系的法国、德国、日本等影响很大;日本的公司法早期效仿大陆法系的法国和德国,战后吸收美国示范公司法的大量内容,2001 年引进美国式的独立董事,2005 年制定统一的公司法典时,就取消了有限公司形式,将其融合到限制股份转让的股份公司中,而后引进了美国非公司类型的有限责任公司(LLC),从而形成混合型的法律制度;而欧洲共同体法和现在的欧盟法,更是对作为大陆法系国家代表的法、德两国和作为英美法系国家代表的英国同样适用,即使后来英国成功脱欧,其影响也没有完全消除。虽然两大法系在近期不可能完全统一,但是不断交互作用、逐渐融合的趋势是不可逆转的。

四、中国法律制度概要

中国固然既非大陆法国家,又非英美法国家,其法律制度对国际商法的产生和发展影响甚微,近现代反而受到大陆法的影响较大。不过,一国参与国际商事活动,离不开本国的法律基础,因此,了解中国法律制度的概要,也是很有必要的。

(一)中国法律制度的历史沿革

中国清末之前的封建法律制度称为中华法系,对现行法制几乎没有影响。清末欧风东渐,开始参照欧美、日本等国的法律改造中国传统法律制度,后在民国时期形成“六法体系”,由宪法、民法、刑法、行政法、民事诉讼法和刑事诉讼法构成,目前仍在中国台湾地区施行。

新中国成立后,法制建设几经曲折,自 1978 年改革开放,尤其是 1993 年开始实行社会主义市场经济体制以来,民商法的社会政治经济基础得以确立。因在历史上更多地受到前述大陆法系的影响,中国现行法律也主要采取成文法形式,并划分为明确的法律部门,形成宪法、行政法、刑法、民法、商法、经济法、民事诉讼法、刑事诉讼法和行政诉讼法等门类齐全的比较完整的法律体系。而成文法又主要采取宪法、法律、行政法规、行政规章、地方性法规和经济特区法规、特别行政区法律等形式。随着《民法通则》《合同法》《物权法》《民法总则》以及后来的《民法典》的相继颁布,中国的民法体系基本确立,商法体系已经形成,国际经济贸易方面的法律法规条约不断增加。另外,立法、司法和行政等法律解释也是中国法律的一个重要渊源。判例虽原则上不构成中国法律的渊源,但中国最高人民法院公布的指导性案例对同类案件具有参考作用。不仅如此,《中国最高人民法院公报》上公布的典型案例,也通过案例指导的形式影响着各级人民法院的裁判实践。自 2020 年起又推广类案检索制度。随着香港、澳门先后回归,海峡两岸交流的增加,国内特殊区域之间的不同法律制度也相互影响、日趋融合。

（二）中国民法、经济法和商法的关系

对于中国民法、商法和经济法的含义和范围,法学界颇有争议。上述《民法典》将民法界定为“调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”的法。

中国历史上商品经济不发达,也没有形成独立的商人阶层,清末虽曾颁行商人通则,但民国时期改采民商合一体例,1949年以后又实行计划经济,故并无商法充分发展的社会经济条件。中国的商法在传统上是依附于民法并作为其特别法的形式出现的。1978年之后,又一度被囊括在所谓的经济法之中,20世纪90年代以后才逐渐从经济法中分离出来。目前,属于商法范畴的《公司法》(1993年公布,2018年修改)、《票据法》(1995年公布,2004年修改)、《海商法》(1992年公布)、《保险法》(1995年公布,2015年修改)和《企业破产法》(2006年公布)已相继出台,作为民法的特别法,分别规范商事领域的一系列重要的社会关系,为中国市场经济的运行奠定了良好基础。另有大量的司法解释指导法院的商事审判实践。当然,随着20世纪90年代商法学列入政法院系14门主干课程,以及2001年中国法学会商法研究会的成立,商法学研究在中国逐渐繁荣。鉴于中国大民法的传统体例,有的学者呼吁制定商法总则或者商事通则,深圳经济特区还在1999年制定并于2004年修改了名为商事条例、实际上为商法总则的地方性法规,但不久即被废止。不过,法、德两国商法典在单行商事法规潮流的冲击下已经支离破碎,日本公司法典成为并列于商法典的单行立法,而商法典本身已经面目全非。反思世界上主要的民商分立国家的经验教训,结合民国时期关于民商法关系的争论,根据制度变迁的路径依赖理论,上述动议未必可取。在现有的条件下,商事通则与民法典如何协调,成为“善法”而非“恶法”的可能性有多大,民商分立与目前中国台湾式的民商合一体例究竟孰优孰劣,还有待更为广泛深入的研究探讨,特别是不同体例的“成本—效益”分析。

中国20世纪二三十年代曾出现过介绍外国经济法的文献,但没有引起多大的反响。后来,1979年有人又开始提出经济法的概念,主要也是介绍外国经济法的常识。而在国外,“经济法”一词早在1755年法国空想社会主义者摩莱里的《自然法典》中就提到过,现代意义上的“经济法”则形成于第一次世界大战期间的德国,意为国家规制经济活动的法律。当今世界各国均有经济法性质的法律,不过含义有所变化,主要指国家干预社会经济生活的法律,以反垄断法和反不正当竞争法为代表。中国自从引入经济法概念后,主流观点曾一直认为经济法是管理经济和经济组织协作活动中的相关法律,但其范围不断受到民法和行政法的冲击,也没有建立起坚实的理论基础,因此作为一个法律部门日渐衰落。在中国提出建立市场经济体制目标模式前后,不少学者认为,若撇开社会制度性质,中国同西方国家的市场经济并无本质区别,故应抛弃那种包罗万象的经济法观念,使经济法回归到国家干预和调控经济生活的法律的本质特征上来,实现同国际通例的接轨。这种认识有较为扎实的理论基础,也与国外经济学的主流观点基本相同。尽管诸多学者在晚近又提出国家协调关系论、宏观调控关系论、国家调制行为论等学说,但经济法作为国家干预之法的本质特征仍被中国学界基本接受。

从上述内容可知,中国的民商法似乎与国际商法的关系更近、更紧密一些,因此,本书涉及国别法时,也将适当介绍中国现行的民商法制度。

（三）中国的法院组织

中国的法院组织系统包括地方各级人民法院、专门人民法院和最高人民法院。地方各级人民法院分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院。专门人民法院包括军事法院、森林法院、铁路运输法院、海事法院等。上级人民法院监督下级人民法院的审判工作;最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作。

普通法院曾一度设置民事审判庭、经济审判庭和知识产权审判庭,经过 21 世纪初的整合,统一改称民事审判庭,再分设民事审判一、二、三、四等业务庭,并根据案件类型的不同,由受理法院自己决定交由哪个庭进行审理。案件实行二审终审制,实行民事诉讼法规定的地域管辖、级别管辖、指定管辖、移送管辖等制度,另有法院提审、当事人申诉以及上级检察院抗诉等审判监督程序,裁判的执行由各级法院的执行机构负责。

在不同的专门法院中,与国际商事活动密切相关海事法院在沿海及内河的重要港口城市如大连、天津、青岛、上海、武汉、宁波、广州、厦门、湛江设置,相当于中级人民法院,并执行海事诉讼特别程序法,以其所在地的高级人民法院作为上诉审法院。其他国际商事纠纷案件原则上也由中级人民法院作为第一审法院,经济特区和其他经济发达地区的基层法院,也可以受理国际商事纠纷案件。

除法院组织外,国际商事纠纷可依当事人间的协议,提交中国国际经济贸易仲裁委员会、上海和深圳国际仲裁中心和中国海事仲裁委员会,以及省辖市的仲裁委员会等机构仲裁。其仲裁裁决书或调解书具有终局性的法律效力,当事人可申请人民法院执行机构强制执行。

本章小结

绪论部分在导入案例解释国际经济贸易纠纷复杂性的基础上,简单介绍了国际商法的概念、内容、结构和特点,作为国际商法历史渊源的大陆法系和英美法系法律以及中国法律制度的概况。内容共分以下四个部分:

目 次		主要内容			
一	何谓国际商法	调整国际商事组织和商事交易的各种法律规范的总称			
	国际商法内容	国际商事组织法	跨国投资法、国际商事组织法		
		国际商事交易法	合同法、国际货物买卖法、海上运输法、海上保险法、国际结算法、国际商事仲裁法等		
	相近概念比较	国际商法与国际贸易法 国际商法与国际经济法			
二	国际商法的构成和特点	国际商法的范围超出传统商法			
		国际商法属于跨国私法			
		国际商法的发展轨迹不同于其他法律分支,为先国际、后国内、再国际			
		国际商法的渊源:国际立法、国际商事惯例及各国相关立法			
三	英美法和大陆法概要	大陆法系	概念	以罗马法为基础,以法国民法典和德国民法典为典型的法、德两国法律以及效仿其法例的其他国家法律的统称	
			渊源	成文法、习惯、判例、学理	
			法院组织	普通法院	三级三审制
					四级三审制
		专门法院			
	英美法系	概念	英国中世纪以来的法律以及受其影响或者仿此模式制定的美国及其他国家法律的总称		
		渊源	判例法、成文法		

续表

目 次		主要内容				
三	英美法和大陆法概要	英美法系	法院组织	英国	高等法院	上议院
						上诉法院
						高级法院
					低级法院	王冠法院
						郡法院
						治安法院
				美国	联邦法院	地区法院
						上诉法院
						最高法院
		州法院	初审法院			
			上诉审法院			
					两大法系的主要区别和发展趋势	主要区别
		法律推理方式不同				
		法律结构不同				
		法律分类不同				
	诉讼制度不同					
	受罗马法影响的方式和程度不同					
	发展趋势	大陆法系中判例的作用日益增强				
		英美法系中成文法的数量迅速扩大				
		两大法系取长补短,逐渐融合				
	四	中国法律制度概要	中国法律制度的历史沿革			
中国民法、经济法和商法的关系						
中国的法院组织						

关键概念

国际商法;国际贸易法;大陆法系;英美法系;普通法;衡平法;先例拘束力原则

思考与练习

1. 何谓国际商法? 如何理解它与国际贸易法的关系?
2. 大陆法系和英美法系的主要区别有哪些?
3. 什么是普通法? 什么是衡平法?
4. 如何理解先例拘束力原则?



第一章 商事组织法



本章要点

1. 合伙为合同关系,以合意为准则;公司为章程关系,通常适用资本多数决原则
2. 股东责任有限和公司人格独立构成公司设立及营运的基础,公司法人格否认规则作为例外,可以实现矫正的正义
3. 世界各国公司治理机制殊途同归
4. 公众公司议事规则大多适用强制性规范,而封闭式公司则相反
5. 强化公司董事义务和责任有利于降低代理成本
6. 公司僵局的司法介入应当受到严格限制



导入案例

中国信达资产管理公司成都办事处诉四川泰来装饰工程有限公司、 四川泰来房屋开发有限公司、四川泰来娱乐有限责任公司借款担保合同纠纷案

原告(被上诉人):中国信达资产管理公司成都办事处(以下简称信达成都办)

被告(上诉人):四川泰来装饰工程有限公司、四川泰来房屋开发有限公司、四川泰来娱乐有限责任公司
(以下分别简称装饰公司、房产公司和娱乐公司)

本案原审中国四川省高级人民法院及二审最高人民法院经审理查明,房产公司为沈华源设立的沈氏兄弟投资(香港)有限公司(以下简称沈氏公司),是于1992年投资成立的港商独资企业,注册资本300万元人民币;翌年,该公司又投资成立另一家港商独资企业——装饰公司,注册资本1032万元人民币;1995年,娱乐公司成立,股东为房产公司和装饰公司,注册资本50万美元;装饰公司于2004年变更为中外合资经营企业,股东除沈氏公司之外,还引入了上述装饰公司和房产公司共同投资设立的娱乐公司。^①装饰公司、房产公司和娱乐公司的法定代表人均为沈华源;三家公司办公地址、电话号码相同;财务管理人员在同一时期内存在相同的情况。三家公司部分财务会计资料显示,装饰公司借款大部分投入其他公司,对内对外的投资、收入、支出互相交叉,手续不清。典型例子如娱乐公司1998年审计报告载明,将对装饰公司欠款7392万元和对房产公司欠款1086万元转为两公司对娱乐公司的投资款,但装饰公司2001—2005年度审计报告反映其投资仅有2795万元;将中国酒城项目的经营收益用于支付实际上并不存在的泰来集团名下所有公司的房租、水电费、员工工资;将沈氏公司对房产公司的投资用于支付中国酒城项目设计费;装饰公司、房产公司、娱乐公司还共同为装饰公司贷款还本付息。这些情形均表明,上述三家公司人格和财产持续发生混同。三家公司均认为,对“流金岁月”及“茵梦湖”项目的资产享有处分权,致使贷款人也无法区分三者间的人格及财产。

本案讼争的原因是,在历年经营中,装饰公司累计拖欠数千万元银行债务不能偿还。1999年10月18日,装饰公司、房产公司和娱乐公司与中国银行成都市蜀都大道支行(以下简称中行蜀都支行)签订《债务重组

^① 在1995年房产公司和装饰公司共同投资设立娱乐公司的50万美元注册资本中,装饰公司的具体持股比例是否构成母子公司关系,判决书没有涉及;即使不是,娱乐公司反向投资装饰公司后,也形成相互持股关系,实际上造成在抽回出资的同时维持对方股东地位的效果。日本公司相互持股现象曾盛行一时,1990年“泡沫经济”破灭以来受到多重因素的影响,其弊病逐渐显露,目前已经大为减少。

协议》，对装饰公司原在中国银行成都市分行信托部的逾期贷款2 200万元进行债务重组，并约定：由装饰公司向中行蜀都支行承担全部贷款及欠息；装饰公司、房产公司、娱乐公司共同承诺用装饰公司和房产公司投资组建的娱乐公司在中国酒城内开发的“西南名商会所”项目形成的各种资产和权益作为装饰公司上述借款的抵押担保；担保手续完成后，上述三家公司与中行蜀都支行重新签订借款合同、抵押合同及其他相关补充合同。同日，上述三家公司又共同向中行蜀都支行出具《还本付息计划书》，承诺以该三家公司的经营收入和其他资金来源履行还款义务。第二天，上述三家公司还分别向中行蜀都支行出具《保函》，保证用“西南名商会所”项目的各种资产和权益作为装饰公司上述借款的抵押物，并委托装饰公司同中行蜀都支行签订有关法律文件并办理相关手续，并于1999年11月18日重新确立借款、担保关系，包括完成《最高额抵押合同》登记手续。后几经调整延期，装饰公司履行了部分还款义务。中行蜀都支行先后于2003年1月28日、2004年5月17日向该三家公司发出《贷款催收通知书》和《催促尽快履行担保责任通知书》，主张装饰公司尚欠借款本金1 991万元、利息14 173 340.44元。装饰公司签收予以确认，娱乐公司和房产公司签章承诺继续为上述借款承担连带保证责任。

2004年6月25日，中行蜀都支行与信达成都办签订《债权转让协议》，核定截至2004年5月31日，装饰公司尚欠借款本金1 986万元。2004年8月19日，中行蜀都支行向装饰公司送达《债权转让通知》，同时向房产公司和娱乐公司送达《担保权利转让通知》，告知后者向信达成都办履行还款义务和担保义务。2006年6月17日，信达成都办刊登了《债权催收公告》。因债务人仍不履行债务，终于形成诉讼。

信达成都办就受让债权诉请房产公司和娱乐公司承担连带清偿责任，其主要理由有二：一是后者为装饰公司借款合同的连带责任担保人；二是三家公司虽为有限责任公司，却受同一实际控制人支配，没有独立财产和人格，装饰公司和房产公司大量财产转移至娱乐公司名下，与娱乐公司形成财产混同和主体混同，三家公司实为同一主体。

双方就本案的第一个诉讼理由并无实质性争议。就原告的第二个理由，四川省高级人民法院认为：“装饰公司、房产公司、娱乐公司股权关系交叉，实际均为沈氏公司出资设立，沈华源作为三家公司的董事长，对公司拥有绝对的控制权，沈华源对此本应依照诚实信用和权利不得滥用原则，严格遵守财产分离原则，尽力维护法人制度和公司利益。但本案中，沈华源无视三家公司的独立人格，滥用对公司的控制权，将装饰公司贷款大量投入娱乐公司中国酒城项目。”“装饰公司、房产公司、娱乐公司在同一地址办公，其联系电话相同、财务管理人员在一段时期内相同的情况，也是沈华源滥用控制权、公司人格混同的表现。装饰公司无法偿还到期大量债务，损害了贷款人的合法权益，沈华源以其对公司的控制权，利用公司独立人格来逃避债务，违背了法人制度设立的宗旨，违反了诚实信用和公平原则，故装饰公司的债务应由娱乐公司和房产公司承担连带清偿责任。”“综上，装饰公司对信达成都办负有到期债务拒不偿还，信达成都办要求装饰公司还本付息的诉讼请求应予支持。”“装饰公司、房产公司、娱乐公司人格和财产混同，娱乐公司和房产公司应当对装饰公司债务承担连带清偿责任。”

对于主张上述三家公司主体人格并不混同的上诉理由，最高院终审判决所陈述的事实基本相同，而在三家公司行为性质的认定上，却与四川省高院大相径庭。其核心内容照录如下：“根据原审查明的本案事实，装饰公司、房产公司、娱乐公司股权关系交叉，均为关联公司，实际均为沈氏公司出资设立，沈华源作为公司的董事长，同时身兼三家公司的法定代表人，其利用对三家公司的控制权，将装饰公司贷款大量投入娱乐公司中国酒城项目。”“装饰公司、房产公司、娱乐公司还存在同一地址办公、联系电话相同、财务管理人员在一段时期内相同的情况。”“上述事实表明，装饰公司、房产公司、娱乐公司表面上是彼此独立的公司，但各公司之间已实际构成了人格混同。其行为违背了法人制度设立的宗旨，违反了诚实信用和公平原则，损害了债权人利益。”“因此，原审法院判令装饰公司的债务应由娱乐公司和房产公司承担连带清偿责任并无不当，本院予以维持。”遂在2008年9月3日(2008)民二终字第55号民事判决中，作出“驳回上诉，维持原判”的终审判决。^①

请问：

1. 本案公司法人格否认的主要依据是什么？两级法院判决理由有何差异？

^① 参见《最高人民法院公报》2008年第10期，第27页以下。

2. 本案涉及港商投资企业及其在中国境内投资的企业,法律适用有何不同,现行法律是如何修改的?
3. 本案未诉被告公司的实际投资人沈氏兄弟投资(香港)有限公司及实际控制人沈华源,他们依法是否应当承担责任?
4. 公司法人格否认原理是采取成文化还是保留判例规则更合适?

上述案例仍然涉及绪论中提到的有关国际商事组织法上的重大争议之一,即案件的审理究竟是贯彻公司人格独立原则还是适用公司法人格否认法理问题。中国两级法院均根据装饰公司与另外两个关联公司人格、财产、业务、人员混同的事实,责令房产公司和娱乐公司连带清偿装饰公司的银行债务,与英国上议院创设萨洛蒙诉萨洛蒙有限公司案所确立的原则正好相反。此仅为公司法律制度在司法审判中如何应用所遇疑难问题的冰山一角。

国际商事交往中首先遇到的法律问题是有哪些主体参与交易,这些主体是如何设立和营运的,它们之间有何异同,怎样把握与不同商事主体进行交易时的不同风险,这就是商事主体法或者商事组织法规范的范畴。本章在探讨商事组织的概念和立法概况后,着重介绍合伙法和公司法知识。

第一节 概 述

一、概念

国际商事组织法,顾名思义,即有关参与国际经济交往的商事组织设立、营运、解散、清算的各种法律规范的总称。

在国际上,通行的商事组织有业主制企业、合伙制企业及公司制企业三种,另外在诸多国家或者地区,各种各样的合作社组织也广泛存在,只是合作社是否属于商事组织,学界争议很大,各国立法各异。还有美国法上的有限责任公司(LLC),则是介于公司与合伙之间的特例。

(一) 业主制企业

业主制企业,也称独资企业、个人企业、个体商人,是指由一个出资者单独出资,并以其自己的财产对企业债务承担无限责任的经营实体。独资企业不是法人,并无法人资格,也没有独立的财产,独资企业的人格和财产与出资人混为一体,出资人以其个人所有的财产对企业的债务负责。这类企业风险很大,兴衰存亡与出资者个人的信用、能力甚至生死存亡关系密切,是人类历史上最早出现的一类企业,在当今各国的企业总数中所占比例仍然很高,但大多为小型企业,在国民经济中仅起辅助作用。

业主制企业与中国城乡个体工商户、原外商独资企业并不完全相同。个体工商户中有的为一人单独投资,有的为两人或两人以上甚至全体家庭成员合伙;外商独资企业指的是无中国投资者参与投资的企业,其可能是一个外商单独投资的公司,也可能是采取个体商人或者合伙企业的形式,尽管后两者在实践中并不多见。

(二) 合伙制企业

合伙制企业通常是经济学上的称谓,如主要研究公司治理结构的产权经济学就是这样称呼的。法学上一般称其为合伙企业,是指由两个或两个以上的合伙人通过订立协议,约定共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险,并对合伙企业债务承担法定或者约定责任的营利性组织。合伙企业产生于独资企业之后。独资企业经营者去世,其继承人之间约定不分割财产,在

共有的基础上继续维持和经营企业,独资企业随之转变成合伙企业,这是合伙企业产生的主要途径。也有关系密切、互相信赖的亲朋好友之间依协议设立合伙企业的。

合伙企业可以分为普通合伙和有限合伙,两者在美国法上又分别派生出有限责任合伙(LLP)和有限责任有限合伙(LLLP)。普通合伙为全体合伙人对外承担无限连带责任的合伙形式;除了无限责任合伙人之外起码有一人以上有限责任合伙人参与的合伙为有限合伙。有限责任合伙中负责某项专业服务的普通合伙人就其执行业务的过错所发生的债务承担无限连带责任,其余的普通合伙人仅以其在合伙中的资产份额对外承担清偿责任,其余的财产权益可以不用抵债。它比较适合于如医师、律师、会计师那样的专业人员合伙。有限责任有限合伙中的有限合伙人当然受到有限责任的保护,而普通合伙人的风险承担则与LLP相同。以股权私募基金为例,作为普通合伙人的基金管理人(自然人)也享有有限责任合伙(LLP)中普通合伙人有条件的有限责任的保护,即普通合伙人只对自己的过失给风险投资企业造成的损失承担无限责任,而对其他普通合伙人在管理风险投资基金过程中产生的过失不承担连带责任。它起源于美国自20世纪70年代以来兴起的风险投资企业,并逐渐风行全球。^① LLP在中国被称为特殊的普通合伙;LLLP在中国的实践中已经大量存在,而合伙企业法尚未引入相应规范。

(三)公司

公司通常是指依法定程序设立的营利性的社团法人。不过,近来有的国家如日本修改公司法规范时,已不再对其营利性及社团性提出要求。在大陆法国家,传统上有限公司、两合公司、有限责任公司、股份有限公司和股份两合公司5种,在英美法国家则主要有封闭式公司和开放式(公众)公司2种,相当于大陆法国家中的有限责任公司和股份有限公司(尤其是上市公司),均具有独立的法人资格,明确区分公司法人财产与投资者的其他财产,股东均以其认购股份的金额或投入公司的出资额为限对公司债务承担责任,而公司以其全部资产对公司债务负责。不过,日本前些年在考虑公司法制现代化的思路时,整合股份公司和有限公司的相关规则,将有限公司法统一到公司法典之中,并作为限制股份转让的股份公司对待,这实际上是转采英美法国家的公司分类方法,但同时又保留有限公司与两合公司形态,值得我们密切关注。2001年欧盟部长理事会通过的《欧洲公司法》(European Company Statute)也并不刻意区分有限公司和股份公司,可见受英国公司法的影响很大。

(四)合作社

合作社是指由法定人数以上的社员出资组成的,在互助的基础上,以共同经营的方式谋求社员经济利益或提供生产和生活服务的社团法人。合作社起源于19世纪初的德国,并先后传入法国、日本等国。中国台湾地区也有专门的《合作社法》。日本还有被称为“协同组合”的特别法上的合伙,类似于合作社,因为它有法人资格、以互助为目的、主要对内为社员提供服务、进出自由、实行1人1票制,等等。至于中国大陆20世纪50年代城乡合作社运动中出现的各种形式合作社,如农业生产合作社、手工业合作社、供销合作社、信用合作社等,还不是严格的法律意义上的合作社,而20世纪80年代末出现的股份合作企业,只是参考部分合作社和公司营运机制的一种非规范化的企业形式,很难归入特定的经济类型或法律形态,近些年已经出现分化,大多转换成其他企业类型。21世纪初开始出现的所谓新型的合作组织,如农村新型合作社,尽管并不十分规范,但由于其适应社会经济实际需要,因而逐渐显示出旺盛的生命力。

^① 沈四宝等:《美国统一合伙法及典型案例分析》,对外经济贸易大学出版社2007年版。

另外,有的国家还在商法典中确立隐名合伙的规定。它是指隐名合伙人与出名经营人之间的一种对内契约关系,参与出名经营人的营业活动,由隐名合伙人出资,按约分享经营利润并以出资额为限承担经营责任,经营人则以自己的名义对外经营并承担相应风险。不过,隐名合伙通常不属于组织法上的商事组织,而是一种商事合同(契约)。

在各种商事主体中,个体商人严格而言并非商事组织;合伙企业更多地体现为契约关系。不过,个体商人往往不会事必躬亲,除有可能出现下章中介绍的国际商事代理问题外,还有商业使用人或者其他业务主管的聘任、激励和监督事宜。合伙企业内部也有合伙人之间相互代理的代理权安排等。这些企业的治理结构远没有公司治理结构那样复杂,故本章重点放在公司制度上。

二、商事组织发展轨迹

合伙企业的产生比独资企业晚,而公司又晚于合伙企业,而且几种公司类型不是同时问世的。最早出现的公司形式为无限公司。无限公司的组织机构比合伙企业完备,投资者间的权利、义务也较为明确和具体,有的国家至今仍然规定无限公司也具有法人资格,与合伙企业并无本质区别。在无限公司之后出现了两合公司,它是由两人以上共同投资,其中至少有一人以上对公司债务承担有限责任、一人以上对公司债务承担无限连带责任的公司。两合公司似乎脱胎于隐名合伙或者有限合伙。两合公司为拥有资金、想投资获利却又不愿亲自经营的人,与具有经营能力、具有冒险精神但又缺乏资金的人之间的携手合作,打开了方便之门。但它除对部分投资者负有限责任外,其他方面无异于无限公司,无法适应高风险、高回报的营利性事业,并未给市场经济下的企业制度带来创新和突破。

为了适应大规模海外贸易的需要,欧洲在 17 世纪初叶创造出了股份公司形式。股份公司是对各国乃至世界经济最有影响的一种公司形式,是现代公司的代表。它是指由法定人数以上的股东组成,全部资产划分为均等的股份,全体股东仅就其所认购的股份金额对公司承担责任,公司以其全部资产对债务承担责任的公司。18 世纪末,有的国家出现了股份两合公司。它是由至少一个负无限责任的股东和至少一个仅就所认购股份金额对公司债务承担责任的股东所组成的公司,将两合公司的机制引入股份有限公司中,从而改变股份公司部分股东的有限责任性质,但终因其不适应市场经济高度发达的社会实际需要而不断萎缩甚至遭到淘汰。有限责任公司出现的时间最迟。1892 年德国制定《有限责任公司法》,这种公司制度才得以正式确立。有限责任公司是指由法定人数以上的股东共同投资,所有股东仅以其所认缴的出资额为限对公司承担责任,而公司以其全部资产对债务承担责任的公司。股份公司尤其是上市公司具有筹资方便、风险分散、组织严密等诸多优点,对大公司特别适宜。随着股份公司法律制度的完善,企业法人制度得以最终确立,从而引起了企业制度史上的一场伟大革命。但因股东人数众多,股份自由转让,公司很难控制,再加上实行公示主义,不易保守商业秘密,法律上的规范也比较严格,令不少人望而却步。相比之下,有限责任公司将股份有限公司注重资金组合与无限公司注重人的信任两者有机结合,灵活性大,适应性强,已成为市场经济社会中数量众多、实力不可小觑的重要公司类型。在有大陆法传统的国家,将有限公司作为限制股份转让的股份公司,也即英美法中的封闭式公司对待,似乎更便于节约法制成本。

1977 年出现第一部有限责任公司法之后,美国的有限责任公司(LLC)就大量涌现,但它并非大陆法国家法定意义上的有限责任公司,甚至不是公司,而是一种介于合伙和封闭式公司之间并吸收两者优点的非公司企业。其最大的特点是具有高度的灵活性,可由企业成员约定

责任形式等事项。日本在 2005 年制定公司法典时引入了 LLC 形态。

中国的情况有点特殊。主要原因是 1956 年完成工商业社会主义改造后,全面实行计划经济体制,伴随着公有制企业制度的推行,清末、民国以来的个体商人、合伙企业、公司企业相继退出历史舞台,直到改革开放以后才渐次恢复,以至于形成了企业的经济分类和法律分类并存的局面。

中国在 20 世纪 50 年代对私改造完成后至 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分支机构。改革开放以来,中国先后涌现出一系列新的企业类型,国家统计局在 20 世纪 90 年代初将其归纳为 9 类,即国有企业、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。1998 年 8 月重新分类,形成内资企业、港澳台商投资企业、外商投资企业三大类。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、私营企业和其他企业 8 种。港澳台商投资企业包括港、澳、台合资经营企业,港、澳、台合作经营企业,港、澳、台商独资经营企业,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、外资企业和外商投资股份有限公司 4 种。之后又增设外商以及港、澳、台商合伙企业。

如今,上述分类的社会经济基础已经发生变化,个体商人、合伙企业、公司、新型合作社等法律类型企业不断增多。从未来的发展趋势看,也许企业的经济分类标准会逐渐淡化乃至取消,法律分类标准将占据主导地位。此消彼长的具体路径可能不同,但大体方向不会改变,中国的商事组织最终将形成与西方发达国家并无根本性差异的公司企业、合伙企业、独资企业和合作社并存的格局。如在《外商投资法》施行的同时废止原先的若干外商投资企业法后,外商投资企业经法定 5 年过渡期后即可一体适用公司法、合伙企业法等格局基本形成。

三、商事组织立法

国际上迄今尚无统一的国际商事立法,前述《欧洲公司法》为区域性跨国公司法例,并需转化为欧盟成员国国内立法才能得以施行。1976 年经济合作与发展组织(OECD)制定了《跨国公司行为准则》(Guidelines for Multinational Enterprises),并于 2000 年进行了修订,重点放在对跨国公司履行企业社会责任方面的指导上。其后,OECD 还先后出版了《OECD 公司治理原则》《公司治理:对 OECD 各国的调查》《OECD 国有企业公司治理指引》等重要文献,丰富和发展了准则,对 OECD 成员国和非成员国开展公司治理改革、建立本国的公司治理规范、制定新的立法和采取新的监管举措都产生了重要影响。1982 年联合国公布《跨国公司行为准则(草案)》,可惜因成员国间分歧太大,该草案仍未正式通过。

在大陆法系国家中,1673 年法国路易十四时代商事条例中有关公司的规定为世界上最早的公司立法。1807 年的《法国商法典》第一编“商行为”中的第三章为公司。法国现行的公司法为 1966 年商事公司法,2003 年作了重大修订。另外,《法国民法典》第九编第 1832 条至 1873 条也对公司作了规定。^① 德国最早的公司立法始见于 1861 年的旧商法,1897 年的新商法第二编“商事公司及隐名合伙”的一到四章,分别规定了无限公司、两合公司、股份公司和股

^① 罗结珍译:《法国公司法典(上)》,中国法制出版社 2007 年版,第 9 页以下。

份两合公司的具体规则。另在 1892 年制定了世界上第一部有限责任公司法。1937 年将商法典中有关股份公司和股份两合公司的内容单独立法,1965 年经修订后形成新的股份公司法。现行公司法规范分布在德国商法典、德国股份公司法和德国有限公司法中,2008 年又有较大修改。^① 日本公司法可以追溯到 1890 年的旧商法,1899 年的新商法第二编规定了有限公司之外的其他公司形式,1938 年参照欧美公司立法,对商法作了重大修订,并制定颁布了有限公司法,第二次世界大战结束以来修改频繁,2005 年 6 月 29 日正式通过《公司法典》,近年又经历多次修订,共有 8 编、979 条,成为大陆法系传统与英美法系传统混合的典型。^②

英国虽是英美法的发源地,也是资本主义经济发展最早的国家之一,但在 19 世纪以前只有关于特许公司的法律规定,1844 年允许私人设立公司,1855 年的公司法确立了公司的有限责任制,在公司立法史上具有划时代意义。1948 年英国制定新公司法,经 1967 年、1976 年、1980 年、1985 年的修订和补充后,2006 年终于完成重大修改,并于 2012 年又做了较大的修改和调整。^③ 美国的公司法原以判例法为主要渊源。公司立法权属于各州,最早为 1807 年纽约州公司法,而特拉华州公司法最为灵活,故在纽约证券交易所上市的公司约有半数在该州注册。为统一各州公司法,美国法学会于 1950 年拟定美国示范公司法,并进行不定期的修改,作为公司立法范本向各州推荐,2016 年又进行了彻底修改,该范本已被美国多数州采用。^④ 安然公司财务丑闻爆发后,美国公布了《公众公司会计改革和投资者保护法》或者《萨班斯—奥克斯利法》(简称《萨班斯法》或《SOX 法》)。它对美国《1933 年证券法》《1934 年证券交易法》作了不少修订,在会计职业监管、公司治理、证券市场监管等方面作出了许多新的规定,对强化公司财务的透明度,严格董事、经理的信息披露责任提出了一系列新要求,并适用于所有在美国上市的美商及外国公司。虽然有人认为过于仓促,但仍有许多地方值得借鉴。^⑤

光绪二十九年末,即 1904 年 1 月 21 日清政府颁布的《公司律》为中国最早的公司立法。1929 年民国政府颁布了公司法。新中国成立后,废除了民国政府包括公司法在内的一切伪法统。1950 年和 1951 年政务院的《私营企业暂行条例》及其实施办法曾规范大陆法国家中的 5 种公司类型。对私改造完成后一度废止公司立法,直到 1979 年公布《中华人民共和国中外合资经营法》,才重新出现法律形态上的企业——有限公司。1993 年制定《中华人民共和国公司法》,2005 年进行全面修改,2013 年修改公司资本制度,推行认缴资本制,2018 年又拓展了公司回购股份的情形,由 13 章 218 条组成。1979 年公布、2001 年修订的《中外合资经营法》,1988 年公布、2000 年修订的《中外合作经营法》,1986 年公布、2000 年修订的《外资企业法》,成为公司法的特别法。不过,随着《外商投资法》于 2020 年 1 月 1 日施行,前述“三资企业法”同时废止,标志着我国实行了 40 年的外商投资企业法退出了历史舞台。

除中国 1999 年公布的《个人独资企业法》外,其他国家和地区通常并无个体商人的专门规范,相关规则散见于民法典或者商法典以及普通法中。大陆法系的合伙规范亦然。英国有普通合伙法和有限合伙法,美国则在 20 世纪初公布了统一普通合伙法和统一有限合伙法,供各州参照其制定相应的法律。中国的《合伙企业法》公布于 1997 年,2006 年修订时增加了有限

① 刘志军:《德国有限责任公司法之最新修订——〈德国有限责任公司法现代化及防止滥用法〉》,载南京大学—哥廷根大学中德法学研究所编:《中德法学论坛》(第 6 辑),南京大学出版社 2008 年版。

② 吴建斌等译:《日本公司法典》,中国法制出版社 2006 年版。吴建斌编译:《日本公司法:附经典判例》,法律出版社 2017 年版。

③ 葛伟军译:《英国 2006 年公司法》(2012 年修订译本),法律出版社 2012 年版。

④ 沈四宝:《最新美国标准公司法》,法律出版社 2006 年版。黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》(第二版),清华大学出版社 2020 年版,第 13 页。

⑤ 张卫国:《我国应如何借鉴美国〈萨班斯—奥克斯利法〉》,《中国证券报》,2004 年 8 月 2 日。

合伙及有限责任合伙的规定。

第二节 合 伙

【案例 1-1】

2013 年 7 月,深圳吾思基金管理有限公司(以下简称吾思基金)的前身深圳吾思股权投资基金管理有限公司与上海金元百利资产管理有限公司(以下简称金百资产)的前身上海金元惠理基金管理有限公司签订《合伙协议》,约定吾思基金为普通合伙人,金百资产为有限合伙人,双方共同出资设立深圳吾思十八期股权投资基金合伙企业(有限合伙)(以下简称吾思合伙),对外进行股权、债权或组合投资,目标企业为云南丰华鸿业房地产开发有限公司(以下简称丰鸿房地产公司),所募资金除合伙企业费用及投资所产生的相关费用外,其余资金通过中国银行以委托贷款的方式全部投资于丰鸿房地产公司的宝华寺项目。协议签订后,金百资产向吾思合伙实缴出资 49 230 万元,吾思合伙随后与中国银行深圳上步支行、丰鸿房地产公司签订《人民币委托贷款合同》,将该款转贷给丰鸿房地产公司。

金百资产曾向广东省高级人民法院起诉请求丰鸿房地产公司、吾思合伙等额还本付息并获得法院支持^①;上海市高级人民法院也在刑事判决书中认定丰鸿房地产公司实际控制人李锐锋将部分资金挪作他用的事实^②。在本案中,金百资产在云南省高级人民法院起诉吾思合伙、吾思基金和丰鸿房地产公司,主张吾思基金在签订《合伙协议》时存在告知其虚假情况、隐瞒真实情况的欺诈行为,特别是吾思基金在尽职调查报告中夸大基金管理实力和项目盈利前景,诱使其作出签订合伙协议的错误的意思表示,故请求撤销《合伙协议》,返还出资款项。撇开本案诉讼请求与前一民事案件实质性争议部分是否重合不谈,以原合同法上的欺诈为由请求撤销合伙协议,势必会导致合伙企业的解散和清算,故属于合伙合同与合伙组织法交叉问题的争议纠纷。一审法院主要考虑撤销合伙协议对于合伙企业组织存续的影响,以及指控被告欺诈证据不足,合伙企业并未进行解散清算,故在未清理合伙期间发生债权债务的情况下,诉请判令吾思合伙返还出资款项不符合法律规定,因而驳回起诉。二审最高人民法院则着重强调双方在签订合伙协议时被告并无欺诈行为,吾思基金提供的尽职调查报告即使虚构其自身的管理水平、投资业绩等情况,隐瞒涉案投资项目以及还款来源的真实情况并虚构相关事实,隐瞒涉案项目以及还款人存在严重债务负担的真实情况,但这也仅仅是对拟开展项目的一个整体介绍而非邀约,金百资产作为专业的基金投资公司,在上亿元资金投入前负有必要的注意义务,应对吾思基金的真实实力进行必要的核实,否则风险自负。至于吾思基金、吾思合伙和丰鸿房地产公司是否应当向金百资产返还出资并承担相应损失的问题,最高院也进行了逐一阐明:首先,吾思基金管理公司是合伙企业而非另一合伙人取得出资,故吾思基金并无返还出资的义务;其次,丰鸿房地产公司是合伙企业而非另一合伙人的债务人,另一合伙人无权请求其返还出资;最后,在合伙企业并未解散清算,另一合伙人也无欺诈的情况下,金百资产无权直接要求合伙企业返还出资。最终驳回上诉,维持原判。^③

^① 参见(2015)粤高法民二初字第 11 号民事判决书。

^② 参见(2016)沪刑终 42 号刑事判决书。

^③ 参见(2018)最高法民终 539 号民事判决书。

请问:

1. 本案金百资产与吾思基金之间属于何种合伙关系?
2. 本案中的合伙关系与普通合伙、隐名合伙有何不同?
3. 吾思基金作为普通合伙人,与公司法的规定有无冲突?
4. 吾思基金作为普通合伙人,在合伙企业法上有无法律依据?
5. 本案判决与民法典的相关规定有无冲突?

正如前述,世界各国大体上有普通合伙、有限合伙以及隐名合伙 3 种合伙形式。普通合伙衍生出有限责任合伙、有限合伙衍生出有限责任有限合伙、隐名合伙仅仅对隐名出资人和出名经营人产生法律约束力。中国在 2006 年修改《合伙企业法》时,有选择地引进了有限合伙形式以及被称为特殊普通合伙企业的有限责任合伙企业形态。上例中的合伙性质属于有限合伙,有限合伙人仅以出资额为限承担责任,普通合伙人则对合伙企业的全部债务承担无限责任,两个以上的普通合伙人之间承担连带责任,隐名出资人仅按约向出名经营人承担责任,而不对出名经营人的对外债务承担责任。现行公司法仍然禁止有限责任公司成为普通合伙人,而 2006 年修改后的《合伙企业法》已经有所放宽,符合国际上的立法趋势。2020 年通过的《民法典》则对此并无具体规定,仍以现行法律规定为准。

一、普通合伙企业

(一)概念及设立条件

普通合伙企业,是指由两个或两个以上的合伙人通过订立协议,约定共同出资、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。其合伙人均为普通合伙人。

设立普通合伙企业,通常应具备以下条件:

第一,有两个以上合伙人,并且依法均承担无限责任。

第二,签订书面合伙协议,这是判断合伙企业成立的基本依据。协议一般包括企业的名称和主要经营场所的地点、合伙目的和经营范围、经营期限、合伙人的姓名及其住所、合伙人出资的方式和数额以及缴付出资的期限、利润分配和亏损分担办法、合伙企业事务的执行、入伙与退伙、合伙企业的解散与清算、违约责任及争议的解决方式。合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。不过最高人民法院终审裁定已经认可口头合伙协议。^①

第三,有各合伙人实际缴付的出资。出资形式可以是货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利。对货币以外的出资需要评估作价的,可以由全体合伙人协商确定,也可以由全体合伙人委托法定评估机构进行评估。经全体合伙人协商一致,合伙人也可以用劳务出资,其评估办法由全体合伙人协商确定。

第四,有合伙企业的名称。普通合伙不得使用“有限”或者“有限责任”字样。

第五,有经营场所和从事合伙经营的必要条件。

(二)普通合伙企业的财产

关于普通合伙企业的财产,主要把握以下几点:(1)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,由全体合伙人依法共同管理和使用,有的国家或者地区法律规定为属于全体合伙人共同所有。(2)合伙企业进行清算前,除法律明定

^① 参见(2016)最高法民申 775 号民事裁定书。

外,合伙人不得请求分割合伙企业的财产。(3)合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或部分财产份额时,须经其他合伙人一致同意;合伙人之间转让在合伙企业中的全部或部分财产份额时,应当通知其他合伙人;合伙人依法转让其财产份额的,在同等条件下,其他合伙人有优先受让的权利。(4)经全体合伙人同意,合伙人以外的人依法受让合伙企业财产份额的,经修改合伙协议后即成为合伙企业的合伙人,依照修改后的合伙协议享有权利、承担责任。(5)合伙人以其在合伙企业中的财产份额出资的,须经其他合伙人一致同意;未经其他合伙人一致同意,合伙人以其在合伙企业中的财产份额出资的,其行为无效,或者作为退伙处理;由此给其他合伙人造成损失的,依法承担赔偿责任。

(三)普通合伙企业的事务执行

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。其他合伙人不再执行合伙企业事务,但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。合伙人为了了解合伙企业的经营状况和财务状况,有权查阅账簿。业务执行人应当依照约定向其他不参加执行事务的合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营状况和财务状况。

合伙人执行合伙企业事务所产生的收益归全体合伙人所有,所产生的亏损或者民事责任由全体合伙人承担。合伙企业的利润和亏损,由合伙人依照合伙协议约定的比例分配和分担;合伙协议未约定利润分配和亏损分担比例的,由各合伙人平均分配和分担。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

合伙协议约定或者经全体合伙人决定,合伙人分别执行合伙企业事务时,合伙人可以对其其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时,应暂停该项事务的执行。如果发生争议,可由全体合伙人共同决定。被委托执行合伙企业事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的,其他合伙人可以决定撤销该委托。合伙人依法或者按照合伙协议对合伙企业有关事项作出决议时,除法律规定或者合伙协议另有约定外,经全体合伙人决定可以实行一人一票的表决办法。

合伙人对合伙企业及其他合伙人负有忠实义务。所有合伙人均不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务,不得从事损害本合伙企业利益的活动。除合伙协议另有约定或者经全体合伙人同意外,合伙人不得同本合伙企业进行交易。

合伙企业的下列事务必须经全体合伙人同意:(1)处分合伙企业的不动产;(2)改变合伙企业名称;(3)转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利;(4)向企业登记机关申请办理变更登记手续;(5)以合伙企业名义为他人提供担保;(6)聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员;(7)依照合伙协议约定的其他有关事项。

(四)合伙企业与第三人的关系

合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制,不得对抗不知情的善意第三人。

合伙企业对其债务,应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足以清偿到期债务的,各合伙人应当承担无限连带清偿责任。以合伙企业财产清偿合伙企业债务时,其不足部分由各合伙人按照约定比例,用其在合伙企业出资以外的财产承担清偿责任。合伙人由于承担连带责任,所清偿数额超过其应当承担的数额时,有权向其他合伙人追偿。但中国《合伙企业法》规定,合伙人个人财产不足以清偿其个人所负债务的,该合伙人可以从合伙企业中分取的收益

用于清偿;债权人也可以依法请求法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。对该合伙人的财产份额,其他合伙人有优先受让的权利,以适当控制普通合伙人的经营风险。

(五)入伙和退伙

新合伙人入伙时,应当经全体合伙人同意,并依法订立书面入伙协议,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。入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利,承担同等责任。入伙协议另有约定的,从其约定。入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。

合伙协议约定合伙企业经营期限的,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。合伙协议未约定合伙企业经营期限的,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。合伙人擅自退伙的,应当赔偿由此给其他合伙人造成的损失。合伙人有下列情形之一的,当然退伙:(1)死亡或者被依法宣告死亡;(2)被依法宣告为无民事行为能力人;(3)个人丧失偿债能力;(4)被人民法院强制执行在合伙企业中的全部财产份额。合伙人有下列情形之一的,经其他合伙人一致同意,可以决议将其除名:(1)未履行出资义务;(2)因故意或者重大过失给合伙企业造成损失;(3)执行合伙企业事务时有不正当行为;(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。

合伙人退伙的,其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时合伙企业的财产状况进行结算,退还退伙人的财产份额。退伙时有未了结的合伙企业事务的,待了结后进行结算。退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法,由合伙协议约定或者由全体合伙人决定,可以退还货币,也可以退还实物。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。合伙人退伙时,合伙企业财产少于合伙企业债务的,退伙人应当依法分担亏损。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,应当于作出变更决定或者发生变更事由之日起 15 日内,向企业登记机关办理有关登记手续。

二、特殊的普通合伙企业

特殊的普通合伙企业,是指一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的,应当承担无限责任或者无限连带责任,其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任的合伙企业。合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务,由全体合伙人承担无限连带责任。当然,在合伙企业内部,其他合伙人仍有权请求该合伙人按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

特殊的普通合伙企业,是中国合伙企业法上的称谓。中国 2006 年修改的《合伙企业法》增设了特殊的普通合伙企业与有限合伙企业形式,它们原为英美法上的企业制度。特殊的普通合伙即有限责任合伙是美国法上的创新,日本在 2005 年以单行法的形式加以引进,中国则将其纳入合伙企业法中,其名称依法应当标明“特殊普通合伙”字样。特殊的普通合伙主要适用于专业服务机构,而有限合伙则主要适用于风险投资企业。^①

^① 参见 2006 年修订的《中华人民共和国合伙企业法》第二章第六节。

不过,中国特殊的普通合伙企业的合伙人享受有限责任保护的范​​围小于美国法上的有限责任合伙。特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金,办理职业保险。执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单​​立立户管理。

三、有限合伙企业

有限合伙企业,是指由对企业债务承担无限责任的普通合伙人,与对企业债务承担有限责任的有限合伙人组成的合伙企业。对于有限合伙企业,中国《合伙企业法》修改时增设了专章规定。

依据中国法律的现行规定,有限合伙企业由 2 个以上 50 个以下合伙人设立,其中至少有一个普通合伙人。

设立有限合伙企业,也应签订合伙协议,该协议除了符合有关普通合伙协议的规定之外,还应载明下列事项:(1)普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所,企业名称中应当标明“有限合伙”字样;(2)执行事务合伙人应具备的条件和选择程序;(3)执行事务合伙人权限与违约处理办法;(4)执行事务合伙人的除名条件和更换程序;(5)有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任;(6)有限合伙人和普通合伙人相互转变的程序。应予以注意的是,有限合伙人不得以劳务出资。其原因与承担有限责任的公司股东不得以劳务出资的原因相同。

有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。有限合伙人执行合伙事务的,不得对外代表有限合伙企业。第三人理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的,该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易,给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的,该有限合伙人应当承担赔偿责任。但是,有限合伙人的下列行为,不视为执行合伙事务:(1)参与决定普通合伙人入伙、退伙;(2)对企业的经营管理提出建议;(3)参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所;(4)获取经过审计的有限合伙企业财务会计报告;(5)对涉及自身利益的情况,查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料;(6)在有限合伙企业中的利益受到侵害时,向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼;(7)执行事务合伙人怠于行使权利时,督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼;(8)依法为本企业提供担保。

中国法律还对有限合伙企业的法定解散事由,转为普通合伙企业的条件,利润分配,有限合伙人的自我交易、竞业行为、财产转让、债务清偿以及强制执行,入伙、退伙,合伙人资格承受,合伙人身份转换等作了专门规定。

四、有限责任有限合伙企业

有限责任有限合伙企业是指由有限合伙人与普通合伙人组成的特殊有限合伙企业,其特殊性表现在不仅有限合伙人受有限责任的保护,而且普通合伙人也享有有限责任合伙中普通合伙人有条件的有限责任的保护,即普通合伙人对自己执行业务的过失给企业造成的损失承担无限责任,而其他普通合伙人仅以其在合伙企业中的财产份额承担责任。

正如前述,有限责任有限合伙产生于美国。此前的有限合伙虽然限制了有限合伙人的责任风险,但执行业务的普通合伙人仍无法逃脱无限连带责任的命运。一旦有限合伙人介入企业经营,其后果与普通合伙人相同。为规避风险,有限合伙中的普通合伙人可能通过组建公司执行业务,在获取合伙企业税收待遇的同时又享受公司的有限责任好处。但这种责任限制保护机制的设计,不仅使有限合伙内部结构复杂化,而且作为普通合伙人的管理公司仍难免公司

所得税负担。有限责任有限合伙应运而生,最终得到法律的确认。有限责任有限合伙中的普通合伙人不必为公司,其自然人身份既可行使合伙企业的管理权,又享有有条件的有限责任的保护,实际上综合了有限合伙及有限责任合伙的优点,故在美国风险投资业中风行一时。

中国《合伙企业法》修改时,仅引进有限合伙和有限责任合伙,也许更多地是出于对现有的经济发展水平及社会认知、政府监督管理能力方面的考虑,避免法律制度设计过于复杂而增加社会成本,但同时又限制了风险投资企业选择企业形式的自由,一旦时机合适,再次修法时最好予以吸收。在法理上,并无排斥 LLLP 的充足理由。

第三节 公 司

由于公司组织法律的复杂性以及国际差异巨大的现实,本节大体依据公司的基本知识及公司从设立到解散清算的顺序来安排具体内容,且尽可能顾及中国现行制度,并进行适当的国际比较。

一、公司及其法律特征

世界上并无统一的公司概念,采取列举式及概括式定义的均有。如《日本公司法典》规定,“公司是指股份公司、无限公司、两合公司或合作公司”。中国《公司法》中只有股份公司和有限责任公司的定义。美国《标准商事公司法》则将公司定义为“以营利为目的的非外州(国)公司”。

传统公司法学界一般称公司为依法设立的营利性社团法人。它具有营利性、法人性、社团性和依法认可性四个特征。现在,公司的社团性受到冲击,营利性也不再是所有国家公司立法确定的法律特征。

(一)法人性

法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。其须具备依法成立,有必要的财产或者经费,有自己的名称、组织机构和场所,能够独立承担民事责任等基本条件。企业法人还须经登记注册,才能成为拟制主体,具有除自然人生理机能以外的所有人格。法人的人格独立性、财产独立性及责任独立性乃国际通例。在各国公司法传统上,公司由全体股东共同出资组成,股东投入公司的财产权利转移给公司,并从公司取得股权。公司对外以财产所有权人的身份和名义开展活动、从事交易,独立享受权利、承担义务。而在公司对内与股东的关系上,公司的所有资产及其权益属于全体股东,公司在全体股东之外没有“自己独立的利益”。撇开在实际经济生活中不起主导性作用的无限责任制的公司,其法人性尚有争议不说,大陆法中的有限公司和股份公司,以及英美法中的开放式(公众)公司和封闭式公司,均具有法人性。法人性是公司区别于合伙、独资企业的一个重要法律特征。

(二)营利性

传统公司法上公司的营利性是从商人的性质延伸出来的。公司以营利为目的而组建及营运,是当然的商人,营利性是其本质性的特征。正因如此,公司才有别于机关法人和社会团体法人。但是,这种本来毫无争议的认识,在现代社会的多样性面前已经失去了理论基础和实定法的依据。现实中已经有大量的非营利性组织,如学校、医院、幼儿园、律师事务所、会计师事务所等采取公司的形式。《日本公司法典》也顺应世界潮流,将公司的营利活动扩展为事业活动。不过,中国公司与其他国家一样,极大部分从事营利活动,只是公司法已经不再专门规范营利性法人而已。另外,对于从事非营利性事业的组织,究竟如何认识及处理,尚待探讨。美

国营利性高等教育公司方兴未艾,其对教育机构非营利性传统带来了相当大的冲击。^① 中国新东方教育科技集团有限公司(New Oriental Education & Technology Group Inc.)于2006年在美国纽约证券交易所上市。该公司虽属于教育培训而非学历教育机构,但仍从事传统上属于非营利性的教育行业。当然,国家也可以改变对教育、医疗等行业非营利性的传统认识,允许公司等商事组织进入并从事营利性活动,但在财政、税收信贷等政策上,将其与同行业中的非营利性组织区别对待。

(三)社团性

本来,公司不但是法人,而且还是社团法人,即由两个以上的社员在投资基础上组合而成的法人团体。公司不是从独资企业或个体商人,而是从合伙企业演化而来的。世界各国早期的公司法几乎均规定公司必须由数人共同制定章程出资组成,不得自始设立一人公司,即使多元投资公司,也在股权归入一人名下时解散。另外,公司也不是财团法人。与社团法人相对应的财团法人,是以财产捐助为基础设立的,通过一定方式选任管理机关管理的法人组织。财团法人通常可以对外投资成为公司股东,但其本身不是公司。财团法人没有组织成员,当然也谈不上对成员分配营运利润。

问题的关键在于如何认识不断增多的“一人公司”。学界有“社团否定说”与“社团肯定说”两种相反观点。前者强调一个成员构不成社团,后者认为一人公司与多人公司并无本质区别,一人股东可以随时通过转让股权而形成多个股东的局面,而公司法人地位不受任何影响。折中理解,可以认为多元投资公司无疑具有社团性,一人公司不具有社团性;而当一人公司转换为多元投资公司时,则丧失的社团性得以恢复。

(四)依法认可性

公司须经依法认可、登记注册,才能取得主体资格。在中国,它与其他商事主体并无实质性区别,但在西方国家则不同。西方多数国家承认所谓的事实商人,即只要以一定行为表明从事商事活动,即使不作商事登记,其活动也有法律效力,对独资企业尤为灵活。凡设立公司者,必须进行登记注册。若公开发行股份的,还须事先经证券监管部门核准。只是登记机关大多不是中国式的行政机关,而是法院附设机构。

近年由全球9位顶级公司法学者合著的《公司法剖析——比较与功能的视野》,将公司特征归纳为法律人格、有限责任、股份自由转让、授权经营以及出资者共同所有权五大特征。^② 不过,即使是上市公司,某些特定股份如限售股、期股,也可依法依规限制流通。

二、公司的设立

公司的设立是指促成公司成立并取得法人资格的一系列活动的总称。一般涉及如何选择不同公司形态、发起人资格、出资形式、设立条件、设立程序、公司章程、设立中公司的机关、发起人责任等问题。

(一)有限责任类型公司的特征

中国有限责任类型公司主要为有限公司和股份公司两种。它们均为法人,均不能享有合伙、独资企业那样不负担法人所得税的好处。它们成为当今世界各国主要的企业形态,是由其特征决定的,而两者之间也有区别。因此,我们先介绍其特征及差异。应予说明的是,虽然我

^① [美]理查德·鲁克著,于培文译:《高等教育公司——营利性大学的崛起》,北京大学出版社2006年版。

^② [美]莱纳·克拉克曼、[美]亨利·汉斯曼等著,罗培新译:《公司法剖析——比较与功能的视角》(第2版),法律出版社2012年版,第6页。

们仍沿用有限公司及股份公司的称谓,但实际比较的是英美法系分类上的封闭式公司和开放式(公众)公司。

第一,两类公司都是法人,股份公司的法人性最为典型。法人制度的萌芽在欧洲很早就出现了,但最终确立并得以完善,则有赖于股份公司发展。股份公司坚实的财产基础、完善的组织机构、独立的法律人格、明确的责任限制,都充分体现了法人的主要特性。有限公司虽是法人,但并不典型。撇开一人公司,即使是多元投资公司,股份公司的法人组织也远比有限公司完备。

第二,股份公司为最典型的资合公司,有限公司含有人合因素。无论在英美法国家还是大陆法国家,股份公司的设立和营运,均完全建立在资金组合的基础之上,至于资金由谁投入、股东的身份是尊贵还是卑贱、股东个人的信用状况如何,则无关紧要。通过证券交易所挂牌交易,股份可以自由转让,特定的股东瞬间转化为非股东,非股东转化为股东,而公司本身通常不受影响。有限公司虽以资本为基础,但股东之间需要相互信任,股权转让限制较大,甚至实行合意原则而不采用资本多数决原则。

第三,两类公司股东承担有限责任。这与独资、合伙企业,无限、两合公司均有不同。不过,两类公司股东承担的有限责任也有差异。依据中国《公司法》第3条,有限公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任,股份公司的股东(在设立中应当为发起人及认股人)以其认购的股份(应当为股份金额)为限对公司承担责任。有限公司股东的出资组成公司的股本或者资本金,而股份公司高于股票面额的发行溢价,虽然包含在股份认购金额中,但要扣除发行费用,其余作为资本公积金处理。因此,两者责任依据不同。

第四,股份公司资本划分为均等的股份,有限公司的份额可以不同。股份通常既是股份公司资本的最小单位,又是计算股东权益的最小单位。股份持有者为股东,股东权利大小依其所持有的股份多少来衡量,而全体股东持有的股份总额,即为总股本或者公司资本。为了便于划一化处理股份事宜,节约成本,股份实行均等化并通常采取有价证券化的股票形式。有限公司资本的组成部分为份额而非股份,在日本法中以“持分”和“株式”区别之。份额可以均等,也可以不均等,而且不采取股票形式。股份均等化是股份公司与有限公司的重大区别之一。当然,英美法国家并无股份与份额的区分,而份额均等也已成为常态。另外,美国公司法以及公司实践早已放开对于同股同权的限制,同样的普通股可以赋予不同的权利,如特别表决权股份,2005年《日本公司法典》也允许发行不同权利的普通股,中国香港特区最终在2018年4月放弃了同股同权原则,为阿里巴巴回归香港联交所二次IPO扫清了法律障碍。2019年中国证监会修改《非上市公众公司监督管理办法》,引进了特别表决权股份制度。不过,上述做法实际上是将普通股再细分为A、B、C等含有不同权能的股份,同类普通股仍然是均等同权的。

第五,组织和行为高度规范化。股份公司尤其是开放式公司通常规模庞大、人数众多、涉及面广、关系复杂,设立、运行、解散、清算的一系列环节,已经形成了一套高度科学化、规范化的制度,其基本模式可以超越仍有巨大差异的不同法系、不同社会政治经济制度,具有世界趋同性。而有限公司可以设立股东会、董事会和监事会,也可以不设立,公司事务由全体股东讨论决定,由若干董事执行公司业务,若干监事负责监督事宜。例如,中国的外商投资企业和国有独资公司就不设股东会;中外合资经营企业的董事会是公司的最高权力机构。

第六,强制性规范较多。相对于其他公司以及非公司企业,适用于两类公司的强制性规范较多,而股份公司特别是开放式公司是公司法规范的重点对象,有关条文占公司法的绝大部分篇幅。结合被称为“动态的公司法”的证券法规范,开放式公司尤其是上市公司的强制性规范

则更多。相反,关于有限公司的规定,则以任意性规范居多。2005年中国《公司法》修改时,吸收全球放宽公司管制的理念,大大扩展了有限公司股东自治的空间,但股份公司的强制性规范仍有很多保留甚至强化。

第七,两类公司的开放程度不同。股份公司股份公开发行并可自由转让,经营及财务情况要定期甚至即时公开,具有开放性。与有限公司股东人数有限、股东转让出资需股东会讨论决定或者其他股东同意不同,股份公司一般公开发行股份,认购人并不特定,即使以发起设立方式设立的公司,股份也可自由流通转让,如符合上市条件,还可在证券交易所公开挂牌交易。有限公司不能募集设立,也不能发行股份,股东出资转让有严格限制,经营及财务情况无须公开。对股东所认缴的出资额,由公司发给出资证明或股权证或股单。股单也代表一定的财产价值,但非法律意义上的有价证券,不能像股份公司股票那样自由流通转让。2005年中国修改《公司法》对有限公司的股权转让设置了专章规定。

第八,两类公司所有权与经营权分离状况不同。股份公司尤其是开放式公司作为典型的法人,通过设立股东大会、董事会和监事会来组织营运。股东大会作为公司的权力机关,代表全体股东行使公司财产所有权人的权力,而公司的经营管理事务,则由董事会或经理负责。虽然股东大会的决议或董事会、经理的行为均以公司的名义进行,但在公司内部组织机构之间有着明确的所有权职能与经营权职能之分,实行所有权与经营权分离。不过,在公司的对外关系上,即使是上市公司,其所有权与经营权也不是分离而是合一的,只是两项权能在公司内部不同机关间适当分配,与中国国有企业改革思路中的“两权分离”根本不同。至于有限公司,则通常由股东兼任董事、经理,实行两权合一。

(二)发起人资格

所谓公司发起人的资格,是指投资设立公司的主体的资格或者能力。发起人包括英美公司法上不分有限公司与股份公司的发起人,以及设立中有限公司的股东。通常情况下,各国商法一般仅对商事主体的目的范围作出限制,但不会限制公司发起人的资格。美国《标准商事公司法》第2.01节规定:一人或者多人向州务卿递交公司章程备案,即可作为公司发起人。依据《特拉华州普通公司法》第101条,任何人、合伙、团体或公司,可通过在州务卿办事处备案公司章程的方式,依照本法之规定成立或组建一个公司,无论该人、合伙、团体或公司为单独经营还是与其他实体联合经营,亦不论该人或该实体的居住地、所在地在何处或位于哪个州。日本公司法典第26条中只规定设立股份公司应由发起人作成章程并签名或记名按印,法院也以是否在章程上签章为依据认定发起人。至于发起人是本国人还是外国人、是自然人还是法人、有无民事行为能力等,则无关紧要。

中国《公司法》及其司法解释没有对股份公司发起人及设立中有限公司的股东资格设置原则规定,但并不意味着无任何争议,也不能断定没有任何限制。依据该法第78条的规定,设立股份公司的发起人中,须有半数以上在中国境内有住所。在现行法律上,外国自然人可以在中国境内取得住所;外国法人也可以通过在中国境内设立外商投资公司,拥有外国公司和中国公司双重身份。另外,2001年修改的《中华人民共和国中外合资经营企业法》第1条仍规定中国允许外国公司、企业和其他经济组织或个人,经中国政府批准,在中国境内同中国的公司、企业或其他经济组织共同举办合营企业。《中华人民共和国中外合作经营企业法》也有类似规定。可见,中国自然人仍被排除在中外合资经营企业和中外合作经营企业的中方投资者行列之外,这是当年相关法律引进外资的立足点为主要面向采取公有制形式的各类企业使然。现在市场经济体制下,自然人的自由空间得到极大扩展,自然人应当与法人、其他经济组织享有同样的

投资权限。2019年国务院《外商投资法实施条例》第三条则明确《外商投资法》第二条第二款第一项、第三项所称其他投资者,包括中国的自然人在内。

(三)设立条件

关于公司设立的条件,多数国家公司法未作专门规定,而只是明确股东或者发起人的人数,或者最低资本限额,有的国家两方面均有要求。从近年全球公司法缓和规制的趋势来看,许多国家均取消了原来上述两方面的要求。中国2005年《公司法》修改时,尽管并未彻底放开,但发展方向还是与世界趋势一致的。

中国《公司法》规定,设立有限公司,应当具备下列条件:(1)股东符合法定人数,原来设有除国有独资公司外为2人以上50人以下的限制,现法定最低人数的限制已经撤除,任何人均可设立一人公司,而保留50人以下的限制,以便维持其小型、封闭的特点;(2)有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额,废除了原法定最低资本金以及实缴出资的要求,特定行业的公司仍然维持原来规定;(3)股东共同制定公司章程;(4)有公司名称,建立符合有限公司要求的组织机构;(5)原有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件改为“有公司住所”。

在中国设立股份公司,应当具备下列条件:(1)发起人符合法定人数,原规定5人以上改为2人以上200人以下,国有企业改建为股份公司时发起人可少于5人的规定予以取消,表明不同经济成分的发起人设立股份公司享受同等待遇,但仍然要求半数以上发起人须在中国境内有住所;(2)有符合公司章程规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收股本总额,意味着发起设立实行认缴制、募集设立施行实缴制,特定行业公司仍执行特殊规定;(3)股份发行,筹办事项符合法律规定;(4)发起人制定公司章程,采用募集方式设立的经创立大会通过;(5)有公司名称,建立符合股份公司要求的组织机构;(6)“有公司住所”的修改与有限公司相同。可见,股份公司设立的实质性条件依据设立方式不同予以区别对待,发起设立的股份公司与有限公司基本相同,募集设立的股份公司虽然取消最低股本金要求,但仍维持实收实缴制,与西方大多数发达国家以及中国香港和台湾地区做法存在差异。

(四)公司章程

【案例1—2】

被告南京富邦实业有限公司(以下简称富邦公司)和案外人南京福致化工实业有限公司、南京马赫影视艺术广告制作有限公司、南京倍克工贸公司均为有限责任公司。1996年10月6日,被告和上述三家公司共同制定章程,投资组建新的有限责任公司——南京富安邦实业有限公司(以下简称富安邦公司),注册资本为1000万元。公司章程规定各股东均采用实物出资的方式入股。富邦公司以400万元的实物投资入股,包括一辆作价18万元的桑塔纳轿车和办公用房等,占总股本的40%,成为富安邦公司的第一大股东。富邦公司的董事长兼任新公司富安邦公司的董事长。第二大股东的公司负责人兼任富安邦公司的总经理。经对实物出资凭证验资后,1996年10月18日,南京市工商行政管理局依照公司法的规定核准富安邦公司成立,并颁发了公司法人营业执照。富安邦公司成立后,富邦公司即将牌照号为苏A·30523的桑塔纳轿车交付富安邦公司使用,富安邦公司多次催促富邦公司协助办理车辆过户手续,富邦公司多次以种种借口推诿拖延。1997年1月20日,富安邦公司发现该车失踪而报警,后来才得知是富邦公司派人擅自将该车开走并转移藏匿。富安邦公司旋即与富邦公司交涉未果,无奈之下诉诸法院,要求其返还车辆。本案的案情并不复杂,但诉讼过程却颇费周折。富安邦公司先后3次更换代理律师,并变更诉讼请求。一开始提出违约之诉,后来变更为侵权之诉,最后确定为违反章程之诉。法院经过多次开庭审理才判决富安邦公司胜诉,双方均未上诉。

法院认为,被告与案外人共同盖章制定的公司章程中已明确规定其实物出资的义务。被告交付原告使用的苏A·30523桑塔纳轿车,虽然由于尚未办理过户登记手续,所有权仍属于被告,但并不等于被告就可以随意取回和处分。原告公司正式成立后,其章程对公司本身及所有股东均产生法律约束力,被告的行为违反章程的规定,侵害了原告的权益,应当承担相应的法律责任。现原告坚持要求被告返还出资标的,并协助原告在规定期限内办理过户登记手续,应予准许。^①

请问:

1. 公司的章程行为与合伙的契约行为有何本质区别?
2. 本案原告为何既无法提起违约之诉,也不宜提起侵权之诉?
3. 您是如何评价公司的合同理论的?
4. 应当怎样理解公司章程的性质?

与设立其他企业不同的是,设立公司必须制定章程。公司章程,是指由有限公司的股东或者股份公司的发起人订立的有关公司组织及行为基本规则的法律文件。它像一个国家的宪法那样,是公司的根本大法,属于公司的自治性规则。在大陆法国家,公司章程通常用一个文件表示;在英美法国家多由公司章程大纲及章程细则组成,前者具有对外效力,后者具有对内效力。另外,大陆法国家的公司章程内容一般分为绝对必要事项、相对必要事项和任意记载事项。前者为法律规定必须记载,若不记载或记载有误,会导致整个章程无效的事项;中者为法律条文所列举,但只有准确记载于章程方有效,若不记载或记载有误,则本身无效,但不影响章程效力的事项;后者为法律既未列举也未禁止,发起人记载于章程即生效,若不记载或记载有误,则不影响章程效力的事项。对此,国内有的学者提出了不同的看法,并运用爱森伯格对于章程条款新的分类方法,认为不能轻易否定在表面上违背公司法强制性规则的公司章程规定的效力。^② 依据《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第11条的规定,公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

英美法国家公司法学界有很多人提倡公司的合同理论,认为公司实际上是由提供不同要素的各个主体之间的合同关系形成的合同束。这种源自经济学界的理解有一定的道理,但不能完全用合同理论解释公司法上的所有问题,如构成公司法律制度基础之一的资本多数决原则就不同于合同法上的合意原则。本案原告遇到的诉讼难题即是例证。推及各种不同类型的公司诉讼,也非民事诉讼中的违约之诉或者侵权之诉所能涵盖的。^③

^① 吴建斌:《公司章程行为的认定及其实际运用》,《南京大学法律评论》2002年秋季号。吴建斌:《合意原则何以对决多数决——公司合同理论本土化迷思解析》,《法学》2011年第2期。

^② 刘志文:《论公司章程》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第6卷),法律出版社1997年版,第194页以下。蒋大兴:《公司章程与法律关系》,载蒋大兴著《公司法的展开与评判》,法律出版社2001年版,第279页以下。时建中:《公司法与公司章程在公司治理中的协调》,《中国发展观察》2006年第2期。

^③ 国内有关公司合同理论的主要参考文献有:汤欣:《论公司法的性格——强行法抑或任意法》,《中国法学》2001年第1期。张民安:《公司契约理论研究》,《现代法学》2003年第2期。罗培新:《公司法的合同路径与公司法规则的正当性》,《法学研究》2004年第2期。蒋大兴:《公司自治与裁判宽容——新〈公司法〉视野下的裁判思维》,《法学家》2006年第6期。江苏省高院民二庭:《审理有限责任公司治理结构案件中的三个基本问题》,《人民司法·案例》2007年第4S期。罗培新:《公司法强制性边界之厘定——一个法理分析框架》,《中国法学》2007年第4期。钱玉林:《公司章程“另有规定”检讨》,《法学研究》2009年第2期。吴建斌:《合意原则何以对决多数决——公司合同理论本土化迷思解析》,《法学》2011年第2期。钱玉林:《公司章程对股权转让限制的效力》,《法学》2012年第10期。吴飞飞:《“公司章程另有规定”条款的理论争点与司法解说——以公司合同理论与股东平等原则为认知路径》,《甘肃政法学院学报》2014年第1期。吴飞飞:《论公司章程的决议属性及其效力认定规则》,《法制与社会发展》2016年第1期。黄辉:《对公司法合同进路的反思》,《法学》2017年第4期。蒋大兴:《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》,《法学》2017年第4期。沈朝晖、朱慈蕴:《不完全合同理论视角下的公司治理规则》,《法学》2017年第4期。罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版。[美]弗兰克·伊斯特布鲁克等著,张建伟等译:《公司法经济结构》(中译本第二版),北京大学出版社2014年版。吴飞飞:《公司章程司法裁判问题研究》,商务印书馆2020年版。

(五)公司资本

1. 公司资本制度

公司资本制度,是指法律或者章程确定的有关公司资本的规则。与经济学上能够给其所有者带来增值效应的资产价值不同,法学意义上的资本因公司资本制度的不同而具有不同的含义。^① 在公司法发源地——欧陆国家,早期几乎均实行法定资本制。依据传统公司法理论的解释,法定资本制是指法律要求公司章程载明资本或者股本总额,设立时须由全体股东足额认购或者认缴,否则公司不能成立的资本制度。在有限公司为认缴资本总额,在股份公司为认购均等的额面股份后由额面金额组成股本总额。该制度可适用于有限公司和股份公司。在此制度下,公司资本在登记机关登记在册,构成股东最高责任限额,作为公司对外担保最低财产基础的公司资产数额。正是因为全体股东向公司让渡了这一构成公司自己所有的“原始自有资金”,才能换来股东的有限责任待遇,公司的法人人格才能真正独立,以至于完全不同于独资企业及合伙企业。因此,欧陆国家公司法上早期的公司资本,实际上就是公司股本,由于法律要求设立登记时作为法定登记事项,因而延伸出注册资本的概念。这就是学界认为注册资本是公司资本同义词的原因。与欧陆国家传统公司法理念不同的是,英美法国家最早出现的公司并非注册公司而是特许公司,是王室授权而非公司资本构成公司设立和营运的基础,何况英美法国家的商事公司法律制度的出发点不是为了充分保障债权人的权益,而是在实用主义哲学思想的指导下,为了更好地鼓励投资、促进交易,这在美国表现得尤为明显。美国《标准商事公司法》就只规范股份、股票,而没有规定公司资本制度。至于如何防止滥设公司,如何平衡债权人的利益,则通过公司法或者公司法外的其他制度来规定,如判例法上的公司法人格否认法理,公司信息的公开化与透明化,合同、交易的担保制度,发达的保险市场等。当然,在英美公司法理念中,法定资本制不但限制投资,而且教条僵化。因为公司一旦成立,其“原始自有资金”就处于不断变化之中,设立登记时登记在册的数额没有实际意义,也无法真正发挥公司对外最低财产担保基础的作用,反而会给债权人造成幻觉,弊大于利,与其坚守不切实际的法定资本制,还不如转而采用偿债能力测试、净资产数额测试标准等方式规范公司分红等行为。^②

英美法国家一度实行授权资本制,它是指法律通常要求公司章程或者设立登记(备案)文件中载明公司可发行股份总数,公司设立时仅需发行一部分后即可登记成立,其余部分可授权董事会根据公司的业务发展需要酌情发行的资本制度。发行额面股的,原则上由每股面额乘以发行数量确定股本总额(如英国曾有这样的规定);发行无额面股的,公司可以在发行数量与每股发行价乘积范围内确定资本金额,股本概念在此时已经失去意义(如日本)。该制度仅适用于股份公司。有的国家如2005年新公司法改采授权资本制的大陆法国家——日本,则要求章程规定或者设立中公司的发起人一致同意决定首发股份的数量、金额、资本金、公积金事项。^③ 在授权资本制下,公司资本的含义非常复杂,有可能出现授权资本、发行资本、认购资本、实缴资本(实收资本)、注册资本等不同的资本概念。授权资本为公司章程确定的公司成立后若干年内业务发展需要的自有资金总额;发行资本为股份公司章程确定的成立时首次发行股份筹资形成的资本;认购资本为股东、发起人或者认股人在公司设立时认购、认缴的资本;实缴资本为全体股东或者发起人实际缴付并经公司登记机关依法登记的出资额或者股本总

① 冯果:《现代公司资本制度比较研究》,武汉大学出版社2000年版,第11页。

② 参见刘燕:《公司法资本制度改革的逻辑与路径——基于商业实践视角的观察》,《法学研究》2014年第5期。

③ 吴建斌等合译:《日本公司法典》,中国法制出版社2006年版,第14页。

额;^①注册资本的概念应当与法定资本制中的资本概念相同。2006年英国公司法已经放弃了授权资本制。美国《标准商事公司法》第6.01节仍有公司章程须规定授权股份而非授权资本(股本)的要求,但特拉华州普通公司法则已对授权股份或者股本不作要求。

另一个典型的资本制度为认可资本制或者折衷授权资本制。它是指法律要求公司章程或者设立登记(备案)文件中载明公司可发行股份总额,公司设立时须发行一定比例以上的股份,剩余部分可授权董事会在一定期限内发行完毕的资本制度。发行额面股的,原则上由每股面额乘以发行数量确定股本总额;发行无额面股的,公司可以在发行数量与每股发行价乘积范围内确定资本金数额。该制度仅适用于股份公司。它与授权资本制的区别主要有二:其一是限定首发比例下限;其二是限定授权董事会募集部分的年限。其期限,《法国商事公司法》第75条、《德国股份公司法》第202条规定为5年。它是法定资本制与授权资本制折衷调和的产物,故称折衷授权资本制。因高度灵活的授权资本制易被不法分子用来欺诈公司债权人,扰乱社会经济秩序,没有高度规范法制基础的国家难以推行,而严格的法定资本制又缺乏授权资本制的灵活性,也容易造成公司成立之初的资金积压和浪费,故逐渐被大陆法国家所摒弃,欧陆国家改采认可资本制,不失为一种理性的选择。

此外,澳大利亚公司法近年实行一种新的公司资本制度即声明资本制,它是指法律要求公司章程或者设立登记(备案)文件中载明公司股份发行数额,在公司设立时全部发行并认足,任由公司在实收股款中确定资本金数额并向登记机关声明的资本制度。该制度无须公司将实收股款全部列入资本总额之内,未列入资本总额之内的股款,通常列入资本公积金。它实际上比授权资本制或者折衷资本制更加灵活便利。^②

2. 中国资本制度改革

中国2005年修改《公司法》,改变了原来严格的法定资本制,实行分期缴纳的折衷法定资本制,同时降低了法定最低资本限额,与允许设立一人公司等措施相配套,为吸引更多的人士设立公司、参与创业创造条件。具体而言,新法将有限公司的注册资本从全体股东实缴的出资额改为认缴的出资额;将发起方式设立的股份公司注册资本从实收股本总额改为全体发起人认购的股本总额;募集方式设立的股份公司仍维持实收股本的注册资本制,发起人认购不低于35%,其余公开发行全部认足,一次缴纳;一人公司的注册资本则实行实缴制。有限公司的法定资本最低限额不分行业,一律改为3万元并允许分期缴纳。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的20%,也不得低于3万元,其余部分由股东自公司成立之日起2年内缴足,投资公司可以放宽为5年内缴足。股份公司法定资本最低限额降为500万元,发起方式设立的股份公司设立时发行的股份须由全体发起人一次性认购,但股款可以分批缴纳,首期实缴部分不得低于20%,其余部分由发起人自公司成立之日起2年内缴足,投资公司可以放宽为5年内缴足。日本股份公司在1948年之前实行法定资本、分期缴纳制,实践中遇到公司催缴股东未缴纳部分的困难,处置成本偏高,1948年改为法定资本、全额缴纳制,1950年商法大修改时又改采美国式的授权资本制,但设置了美国法上所没有的设立时发行股份的数额不得低于拟发行股份总数1/4的限制。^③中国台湾在1966年之前亦仿日本法例实行分期缴纳的折衷法定资本制,当年修改公司法,实行1950年日本式的授权资本制,2005年修改时,与日本一样

^① 参见2005年新的《公司注册资本登记管理规定》第3条。

^② 黄辉:《公司资本制度:国际经验及对我国的启示》,《商事法论集》2012年第1期。黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》(第二版),清华大学出版社2020年版,第72页。

^③ 吴建斌:《最新日本公司法》,中国人民大学出版社2003年版,第48页。

实行完全的授权资本制。中国 2013 年公司资本制度改革,除了以公募方式设立的股份公司以及特殊公司,其他的普通公司一律实行认缴制并取消最低资本限额。

3. 公司资本三原则

大陆法国家传统公司法上的公司资本三原则,即资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则。

资本确定原则,是指公司设立时,必须将公司资本总额明确记载于公司章程,并须由股东全部认足,否则公司不能成立。因公司成立时公司资本就得以确定下来,故根据资本确定原则形成的资本制度,即为上述法定资本制。

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

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

4. 资本的增加和减少

资本的增加简称增资,是指公司依法定的条件和程序,增加公司的资本总额。资本的减少简称减资,是指公司依法定的条件和程序,减少公司的资本总额。

增加公司资本虽然对公司债权人只有好处、没有坏处,但可能会影响股东的利益。例如,一家注册资本为 1 000 万元的公司,分成 1 000 万股,某股东持有 100 万股,占总股本的 10%,就拥有提议召开临时股东大会的权力。当注册资本增加到 5 000 万元时,原股东可以行使优先认股权,要想保持其在公司的相对地位,就必须再出资购买 400 万股,否则就有可能失去原先的权利。而假如该公司发展前途实际上并不乐观,这新买入的 400 万股可能发生亏损或者扩大亏损,此时该股东将陷于左右为难的境地。因此,各国公司法大多规定,公司增资应经股东会或者股东大会审议决定,修改公司章程,并办理变更登记手续。增资的方式主要有增加股份数额而每股金额不变、增加每股金额而股份数额不变、同时增加股份数额和每股金额三种。

减少资本会削弱公司的财力,加大公司经营风险,从而危及公司债权人的利益,并最终影响股东权益。因此,资本三原则中的资本不变原则,主要是限制公司任意减少资本。然而,因公司资本过剩或严重亏损,经过法定程序减少资本,反而能使公司资本与实际营运资金两相契合,只是在程序上要比增资严格,主要有:(1)股东大会作出公司减资决议,且大多采取特别决议方式,至少经代表 2/3 以上有表决权的股东的多数同意方可通过,同时修改公司章程。(2)通知或公告债权人,债权人组成债权人会议也要对减资进行表决。在债权人人数不多的情况下,可以征求个别债权人的意见。对不同意减资的债权人,公司要么清偿其债权,要么对其债权提供担保,否则不得减资。(3)办理减资登记手续,并进行公告。至于减资方式,相对于增资而言,也有三种,即减少股份数额而每股金额不变,减少每股金额而股份数额不变,股份数额和每股数额同时减少。有限公司的资本增减方式要简单得多。

5. 出资形式

对于公司出资形式的规范,是在增加选择机会、鼓励投资创业与追求资本充实、保障交易安全及债权人利益之间进行权衡,效率与公平之间进行博弈的结果。对此,国际上并无统一的模式,各国法律也在不断地修改变化之中。中国 2005 年修改《公司法》就对 1993 年《公司法》的规定作了一些调整,新的《公司登记管理条例》以及《公司注册资本登记管理规定》还进行了补充。

对公司的出资形式,新法没有沿袭旧法列举式的规范方式,而是采取列举式与概括式相结合的方式,消除了原规定的弊端。据此,有限公司的股东、股份公司的发起人均可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。原先关于有限公司的股东、股份公司的发起人货币出资金额不得低于注册资本的 30% 的规定,现已取消。而依据新的《公司登记管理条例》第 14 条以及《公司注册资本登记管理规定》第 8 条的规定,股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。

近年来,中国法学界受人力资本理论的影响,主张劳务甚至人力资本作为公司出资者的情况日趋增多。《日本公司法典》第 576 条是明确排除有限责任股东以劳务出资的,而美国《标准商事公司法》第 6.21 节规定已提供的劳务、待履行的服务合同均可以作为股份的对价也即股东出资,《特拉华州普通公司法》第 152 条更是将资本股的发行对价扩及“带给公司的受益”。究竟如何对待劳务等出资形式或者股份对价,国内学者虽然已有不少讨论,^①但还有待更多的理论探讨及实践尝试。

(六) 设立程序

有限公司的设立程序比较简单,通常采用准则主义或者登记主义,由全体股东订立章程并签名、盖章。中国要求申请名称预先核准,按期缴纳章程规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的,将货币出资足额存入有限公司在银行开设的账户;以非货币财产出资的,应当进行评估作价,办理其财产权的转移手续,然后由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关报送公司登记申请文件,申请设立登记。外商投资企业自 2019 年初起从原来的审批制改为商务主管部门备案制,而国有独资公司的设立登记(备案)手续也与其他公司基本相同,甚至可以使用互联网申报。^②

股份公司的设立程序不同于有限公司。西方国家对于股份公司的设立,早期采取特许主义,在经历了核准主义阶段后,现大多采取准则主义,即在法定成立要件和设立责任的规范下,国家一般在登记之前不进行专门审批,但对关系到国计民生的特定公司,仍须事先核准,方可登记成立。美国《标准商事公司法》则仅对公司登记注册提出形式要求,规定申请人或者其代理人将公司章程等文件报州务卿备案即可。中国 1993 年《公司法》规定实行省级以上人民政府事先审批的核准主义,2005 年改为准则主义,只有通过公开发行股份的方式募集设立的,才需要事先取得中国证监会的核准文件。

股份公司的设立方式不同,设立程序也不一样。设立方式分为两种:一是发起设立,二是募集设立。正如前述,发起设立是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司;募集设立是指由发起人认购公司应发行股份的一部分,其余股份向社会公开募集或者向特定对象募

^① 李友根:《人力资本出资研究》,中国人民大学出版社 2004 年版。朱锦清:《公司法学》(修订本),清华大学出版社 2019 年版,第 74—75 页。

^② 参见 2019 年 1 月 2 日市场监管总局《关于印发〈企业登记申请书规范〉〈企业登记提交材料规范〉的通知》。

集而设立公司。

发起设立程序比较简单。募集设立时,通常由发起人订立协议和起草公司章程,在中国要申请名称预先核准,发起人除了率先认购股份总数的一定比例,如中国法律规定的 35% 以上外,还要向特定对象募集,或者公告招股说明书并制作认股书,向证券监管部门申请公开发行股份。取得核准文件后,与有证券承销资格的证券公司签订承销协议,与银行签订代收股款协议,证券公司以代销或者包销方式代理发行股份,银行代收股款,出具收款收据及收款证明,经依法设立的验资机构验资并出具证明后,发起人自股款缴足之日起的一定期限,如 30 日内主持召开公司创立大会,作出公司设立或者不设立的决议。公司创立大会决定设立公司的,会议选出的董事会在会后一定期限,如 30 日内向登记机关报送公司设立登记文件,一经登记成立,即依法取得法人资格。从 2019 年初市场监管总局发布的《企业登记提交材料规范》可知,募集设立的股份有限公司提交依法设立的验资机构出具的验资证明。涉及发起人首次出资是非货币财产的,提交已办理财产权转移手续的证明文件。募集设立的股份有限公司公开发行股票的要提交证监会的核准文件。实践中股份公司设立时就公开募集股份的情况几乎没有。

(七)设立中公司的地位

由于设立中的公司还不是正式成立以后的公司,即使获取预先核准的公司名称,也没有独立的商事主体资格,因而只能从事与设立事务有关的活动,不能从事营业范围内外的经营活动,有人称此时的公司为准法人,或者没有权利能力的社团。有人称设立中公司与成立后公司在本质上属于同一体,只是前者如自然人处于胎儿状态,尚未取得独立人格。一旦登记设立,设立中公司的认股人即转化为成立后公司的股东,发起人或者创立大会选任的董事及监事即成为公司的机关,发起人代表设立中公司的行为结果归属于公司。当然,并非所有设立中公司的行为均可转归成立后公司承担。按照通常理解,凡是以公司设立作为目的的一切行为都是有效的;与公司相关联的法律上和经济上必要的行为,比如制作认股书等,具有经济上的合理性,应当有效;而那些开业准备行为也属于设立中公司的有效行为。美国公司设立采行备案制而非注册制,设立中公司的地位没有大陆法系传统国家那样突出。^①

设立中公司的行为由发起人机关实施。设立中公司的议事机关,在有限公司时,为签署章程的所有股东,尽管他们还不是正式的股东。在股份公司发起设立时,为发起人会议。由于没有其他认股人,发起人会议的参加者也就是签订发起人协议和制定公司章程的全体发起人。在募集设立时,为创立大会,它是设立中公司的发起人、认股人组成的决定有关设立事务的临时性议事机关,类似于公司成立之后的股东大会。创立大会一般由发起人代表召集并主持,通常应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席,方可举行;会议决议经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。

创立大会一般行使下列职权:(1)审议发起人关于公司筹办情况的报告;(2)通过公司章程;(3)选举董事会成员;(4)选举监事会成员;(5)对公司的设立费用进行审核;(6)对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核;(7)发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的,可以作出不设立公司的决议。

(八)设立登记

公司设立事务完成后,需要办理公司登记手续。不过,市场经济发达国家通常采取形式审查、备案性质的登记制度,中国从 2004 年开始也转为类似的制度。

^① 参见朱锦清:《公司法》(修订本),清华大学出版社 2019 年版,第 143—153 页。

在中国,有限公司由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人,国有独资公司由国务院或者地方人民政府授权的本级国资委,股份公司由董事会向公司登记机关报送公司设立登记文件,申请设立登记。

公司的登记事项包括:名称;住所;法定代表人姓名;注册资本;实收资本;公司类型;经营范围;营业期限;有限公司股东或者股份公司发起人的姓名或者名称,以及认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式。

依法设立的公司,由公司登记机关发给《登记证》,在中国为《企业法人营业执照》。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、实收资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。公司凭公司登记机关核发的《企业法人营业执照》刻制印章,开立银行账户,申请纳税登记。

(九)设立责任

发起人主宰公司的设立事务,并享有某些特权,如只准发起人用非货币形式出资等。为了保障公司设立的顺利进行,维护股东及债权人的利益,中国公司法对设立责任作了原则规定。

有限公司的股东不按规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额;公司设立时的其他股东承担连带责任。

股份公司成立后,发起人未按照公司章程的规定缴足出资的,应当补缴;其他发起人承担连带责任。作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的发起人补足其差额;其他发起人承担连带责任。另外,依据中国 2005 年修改《公司法》第 95 条的规定,股份公司的发起人应当承担下列责任:(1)公司不能成立时,对设立行为所产生的债务和费用负连带责任;(2)公司不能成立时,对认股人已缴纳的股款,负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任;(3)在公司设立过程中,由于发起人的过失致使公司利益受到损害的,应当对公司承担赔偿责任。

以上责任,大体上分属连带补足责任、股款返还责任和损害赔偿责任。中国公司法没有同时规定日本公司法上首任董事的连带责任。

(十)公司法人格否认制度

公司法人格否认法理,亦称揭开公司面纱或者直索责任,是指在承认公司法人人格独立的前提下,当特定法律关系中的公司独立人格不复存在或者被用于非法目的时,将公司背后的实际责任人与公司视为同一体,责令其与公司承担连带责任的一项原则或者制度。在市场经济发达国家,该法理仍主要表现为由司法裁判机关针对个案谨慎适用的衡平工具,并根据不同情形逐渐衍生出既相互联系又各自独立的深石原则、自动居次原则、衡平居次原则和实质合并原则等判例规则。

中国 2005 年修改《公司法》第 20 条第 3 款以及第 64 条^①的规定,为我国引进公司法人格否认法理确立了成文规则,来自学界的溢美之声不绝于耳。其中最具有代表性的意见有:“公司法人格否认制度的确立是我国公司法制度的一个重大突破,同时也是世界公司立法的一个创

^① 其中第 20 条第 3 款的内容为:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”第 64 条(现行《公司法》第 63 条)的内容为:“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己财产的,应当对公司债务承担连带责任。”

新。”^①“《公司法》寥寥几十字,就将英美判例法上发展了几十年的一项判例制度以成文法的方式引入,不能不说是一个创举。”^②“我国立法者有着足够的睿智和勇气,把这一制度写入成文法本身就是一大创举,是我国公司法对世界公司法的一大贡献。”^③有人更进一步指出:“虽然这一制度本身早被许多国家所采用,但把它作为一个成形的法律制度统一、明确、系统地规定在成文法中,的确是我国公司法的重大创新。”^④公司法成为“在成文法中最明确地规定公司法人格否认(揭开公司面纱)的立法例”。^⑤

当然,也有学者对其采取较为谨慎的态度,主张严格限制其适用范围。^⑥有人虽然一方面认为:“新《公司法》在吸取国际公司法经验以及因应国内司法实践难题的基础上大胆地作出了原则性的成文法规定是国际公司法上的一大突破”,但同时又心存疑虑:“对此规定在中国公司法中的实践图景却不能盲目乐观,因为成文法固有的局限性和公司实践的多样性和多变性始终是一个矛盾,揭开公司面纱规则的成文法做法是否妥当、有效,目前尚无法得出结论。”^⑦来自司法裁判第一线的法官更是深表忧虑,甚至认为:“由于实践中公司股东滥用公司法人格的情形多种多样且相当隐蔽,因此以立法的形式来固定公司法人格否定法理的适用要件和场合,已经远远超出了立法者之能力,即使在强调成文法和法律体系逻辑性的大陆法系国家亦是如此。因此,人民法院只能根据公平、正义的法律理念去判断某一具体案情,并依据诚实信用、善良风俗和权利滥用禁止等民法基本原则,在个案中实现这一制度规则的公平、正义的价值目标,从而更好地体现出公司法人格否定制度的精髓。”“修订后的《公司法》第20条属于衡平性规范,体现出原则性、模糊性和补充性的品质,未对公司法人格否定制度或揭开公司面纱规则的具体适用标准作出明确规定,为最高人民法院的后续司法解释工作预留了‘制度接口’。”^⑧最高人民法院还将“关于关联企业破产实体合并法律适用问题的调研”列入2008年公开招标的重点调研课题,从某个侧面反映出我国最高司法机关对上述规则司法适用难点的关注程度。本章导入案例中最高人民法院的终审判决所体现的公司法人格否定法理的内涵是:在同一控股股东名下又有相互持股资金互通利益共享关系的关联公司之间,某公司不能清偿的债务由姐妹公司共同承担。作为典型的大陆法系传统法域,虽然上述案例所体现的法理无法形成如英美判例法那样的判例,但成为最高司法机关的指导案例还是不成问题的。其中的法理价值,或者体现公司法人格否定法理真谛的关键点,以及与我国学界主流理论的不同之处,起码可以提炼出如下几点:

第一,“人格滥用”情形,并非我国公司纠纷裁判的唯一依据。在该案中,当年沈华源在香港设立沈氏公司,以及沈氏公司先后到中国内地设立房屋公司、装饰公司和娱乐公司,后来的装饰公司改设为由沈氏公司和娱乐公司共同投资的中外合资经营企业,虽然形成关联公司关系,但并未出现违法情节。以装饰公司名义向中国银行分支机构取得贷款,以及后来由关联公司相互担保,均无证据证明有哪个主体进行了欺诈或者恶意串通。直至在该银行不良债务转

① 赵旭东:《公司法》(第二版),高等教育出版社2006年版,第10页。

② 朱慈蕴:《公司法人格否认:从法条跃入实践》,《清华法学》2007年第2期。

③ 刘俊海:《新公司法中揭开公司面纱制度的解释难点探析》,《同济大学学报(社会科学版)》2006年第6期。

④ 赵旭东:《公司法》(第二版),高等教育出版社2006年版,第10页。

⑤ 王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社2006年版,第48页。

⑥ 石少侠:《公司人格否认制度的司法适用》,《当代法学》2006年第5期。

⑦ 吴越:《公司法先例初探》,法律出版社2008年版,第281页。

⑧ 刘建功:《公司法第20条的适用空间》,《法律适用》2008年第1、2期。李国光、王闯:《审理公司诉讼案件的若干问题——贯彻实施修订后的公司法的司法思考》,载奚晓明《民商事审判指导》(2005年第2辑),人民法院出版社2006年版,第54页以下。李国光、王闯:《公司人格否定制度和揭开公司面纱规则的法律适用》,载 <http://www.9ask.cn/blog/user/leijingqi/archives/2007/15905.html>, 2009年1月11日访问。

让给该案原审原告,进入诉讼程序后,娱乐公司以除斥期间或者诉讼时效已过作为免除连带担保责任的抗辩理由,也是行使其正当的诉讼权利,难以判定其具有逃避银行巨额债务的主观恶意。证明几个关联公司具有“客观恶意”,同样困难重重。因此,尽管四川省高院法官刻意围绕现行《公司法》第20条第3款的构成要件陈述其判决理由,最高院实际是否决此种尝试的,这一案例所体现的公司法人格否认法理精髓,可能成为风向标,对各级法院审理同类案件具有很强的指导意义。

第二,“人格混同”可以扩及一人公司之外的普通公司。该案中的房屋公司为港商独资企业,装饰公司一开始也是港商独资企业,根据我国《公司法》第217条有关法律适用顺序的规定,应当适用该法中有关一人公司的规定,特别是在否认其法人格时,完全可以适用第64条,起码在最高院并不赞同下级法院有关“人格滥用”情节的认定,转而留意于关联公司之间人格混同时,适用一人公司法人格否认的特殊规则,也许更加合理。但也有无法逾越的障碍,即娱乐公司不仅不是一人公司,而且还是由两个港商独资企业共同投资的内资企业,讼争时已有十余年历史,尽管其背后的实际控制人也是沈华源,但轻言其为实际上的一人公司,甚至认定其设立无效,显然不妥。装饰公司变更为中外合资经营企业后,亦然。最高院不以担保责任为由,维持下级法院有关三家公司对外承担连带清偿责任的做法,不管是有意还是无意,结果无疑将“人格混同”的法人格否认法理适用情形扩及一人公司之外的普通公司,蕴含着该法理同时适用于“人格混同”情形的思想。

第三,适用公司法人格否认法理的直索对象包括股东但不限于股东。正如上所述,我国理论界以及司法实务界通常认为公司法人格否认法理的直索对象,应当严格局限于躲在公司面纱背后的股东。前述在我国法学界公司法人格否认法理研究领域处于领先地位的朱慈蕴教授,在其代表作《公司法人格否认法理研究》一书中就强调:适用公司法人格否认法理的主体要件包括“公司法人格的滥用者”,而“公司法人格之滥用者应限定在公司法律关系的特定群体之中,即必须是该公司之握有实质控制能力的股东”。^① 尽管有人对此提出质疑,甚至举出反证,^②司法实务界也在公司法修改之后做出积极回应,并从体系解释的角度论证立法本意中直索对象扩展的原因^③,朱教授还适时对其观点进行修正,不仅将公司法人格否认法理的适用主体扩展至姐妹公司,而且主张“在特定场合下反向适用公司法人格否认规则,令子公司承担母公司的债务,保护债权人的利益,同样符合立法意图”^④,但没有进行充分的理论论证,所以此观点并未取得主流地位。上述最高院判决的示范意义在于:其人格混同的姐妹公司当然被视为为一体,即使不是股东也没有直接投资关系的关联公司,在一定条件下仍难以逃脱连带清偿责任。

第四,公司面纱背后的实际责任人并不限于补充责任。前述最高院判决案例所体现的公司法人格否认法理的另一个亮点,是最终判定涉案人格混同的三个姐妹公司对外承担共同连带责任而非主从连带责任。关于法人格否认之后公司面纱背后的实际责任人,应当与第一债务人公司之间处于何种连带地位,是共同连带还是主从连带,债权人是否必须先向主债务公司主张债权,只有当该公司倾其所有仍不能清偿或者不能全部清偿时,公司背后的实际责任人才

① 朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第153页。

② 吴建斌等:《论脱壳经营直索责任效力范围的扩张》,载王保树主编《商事法论集》(第8卷),法律出版社2005年版,第65页以下。

③ 刘建功:《公司法第20条的适用空间》,《法律适用》2008年第1、2期。

④ 朱慈蕴:《公司法人格否认:从法条跃入实践》,《清华法学》2007年第2期。

须承担补充责任,国际上做法并不统一,国内学界也众说纷纭、莫衷一是。^① 由于最高院自1994年至2007年期间所作的一系列司法解释都是坚持有限补充责任的立场,实际上与公司法人格否认法理的本意,即在特定法律关系中无视公司人格的独立性,将公司与其背后的责任人视为同一体的精神,存在本质区别。本案中最高院判决可谓一反常态,冲破藩篱,正本清源。尽管由此引发的连锁反应以及如何构建配套制度防止“滥用人格否认法理”对于公司股东有限责任原则造成的冲击尚待研究,但此种尝试的学理依据起码是能够经得起推敲的。

第五,公司面纱背后的实际责任人的责任不受注册资本数额的限制。根据上述最高院判决案件披露的数据,不考虑相互持股所形成的实际注册资本数额的抵消因素,案件中三个姐妹公司总资本额不足2 000万元,而终审判决确定装饰公司偿还借款本金1 986万元,分段计算出2006年5月16日之前的利息为1 417万元,两者合计就有3 400余万元,远远大于三个姐妹公司的累计资本总额。因上述三个姐妹公司在同一控股公司的支配之下,资产、人员、业务、权益严重混同,要想分清相互之间的真实资产状况,以及与注册资本相比孰大孰小,几乎不可能,或者费用太高。为节省审理成本,也为债权人争取更多的实际利益,完全不考虑三个姐妹公司本身的注册资本数额以及清偿顺序,直接判决它们以合计总资产对外承担清偿责任是明智的。^②

有关美英德日的公司法人格否认判例规则的研究,国内学者著述或者译注也不断增加。^③

三、股份和股票

【案例 1-3】

1999年大阪地方法院判决的两起大和银行股东代表诉讼案,因诉讼标的超过10亿美元,涉案董事、监事多达数十位而轰动一时。原审法院的判决意见还特别强调,董事不仅要对董事会表决的事项负责,还要对建立和完善防止员工违法行为的内部监管体系负责,即使并非主管董事,或者仅为外部独立董事、监事,也不能免除责任。^④ 其中一起案件的判决结果认定由该银行纽约分行行长、内部执行董事井口1人承担5.3亿美元的赔偿责任,其他38位被告不予赔偿;另一起案件的49位被告中,有11位被认定对公司承担赔偿责任。由于他们发现上述行长及其下属的不法行为后,没有依法及时报告或者做出虚假报告,结果被美国主管当局课以3.4亿美元的罚金,连同支付律师费1 000万美元,造成公司3.5亿美元的经济损失。两案在上诉审中达成和解,以被告同意赔偿2.5亿美元结案,引起日本企业界的极大震动。^⑤

请问:

1. 股东代表诉讼的提诉人是否具有代表和代位公司起诉的法律地位?
2. 股东代表诉讼中公司的地位应当如何理解?

^① 江平、赵旭东、陈甦、王涌:《纵论〈公司法〉的修改》, <http://www.ccelaws.com/shangshifaxue/2009-01-01/3822.html>, 2009年4月12日最后访问。

^② 吴建斌:《公司法人格否认成文规则适用困境的化解》,《法学》2009年第7期。另外,2013年1月公布的最高人民法院指导案例15号“徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案”,原审依据民法规定,终审参照《公司法》第20条判决关联公司对外承担连带清偿责任,而全体自然人股东免于承担责任,尽管存在瑕疵,但实际上已经确认了公司人格混同这一新的法人格否认的适用情形。

^③ 朱锦清:《公司法学》(修订本),清华大学出版社2019年版,第162—220页。[英]保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿著,罗培新等译:《现代公司法原理》(第九版),法律出版社2016年版,第211—220页。葛伟军:《英国公司法讲义》,法律出版社2014年版,第65—75页。高旭军:《我国公司人格否认制度适研究——以与德国比较为视角》,法律出版社2014年版,第67—77、103—127页。[日]山本为三郎著,朱大明等译:《日本公司法精解》,法律出版社2015年版,第17—21页。黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》(第二版),清华大学出版社2020年版,第105页以下。

^④ [日]清水真:《外部董事的责任》,《商事法务》2000年第1575期。

^⑤ [日]河本一郎:《谈谈大和银行股东代表诉讼案的和解》,《董事法务》2002年第1期。

3. 提起代表诉讼的股东与被告实行和解的效力如何?

4. 如何防止股东恶意诉讼?

本案涉及股东权利之一——股东代表诉讼权问题,而股权为持有公司股份的人的权利。在股份公司,股份通常采取股票这样的有价证券形式,下面分别予以介绍。

(一)股份

传统公司法理论认为股份既是股份公司资本的构成单位,又是公司社员也即股东在公司中的地位股权的象征,一般表现为股票这一有价证券的形式。而有限公司中象征股东权利的则为出资份额,通常用股权证、出资证明书等表示。随着公司法理论的发展以及各国公司法的不断修改,很多国家公司股份与公司资本之间已经不再关联,在额面股溢价发行、额面股与无额面股混合发行以及仅发行无额面股时,更是如此。因此,股份为公司发行的用于表彰股东在公司中身份和财产权利的比例单位,持有股份的人就是公司股东。^①

股份的形式一般有额面股和无额面股之分。额面股是指在章程中规定股份的金额,并将其明确标示于股票上的股份。无额面股是指在章程中不规定股份的金额,在股票上也不标明面额,而仅标明股份数量的股份。额面股和无额面股的区别只是股份所采取的不同形式而已,并不涉及股份所包含的具体股权内容的不同。中国《公司法》第127条规定,股票发行价格可以按票面金额,也可以超过票面金额,但不得低于票面金额。可见,中国允许发行额面股,但并未对无额面股作出规定,实践中一般也不发行无额面形式的股份。在公司制改革初期,常常出现各个公司股份面额大小不一的情况,目前通常为一股一元,其面额意义不大。海外发行上市的公司股份面额差异很大,如阿里巴巴拆分股份后到香港联交所二次IPO的面额就很小。

股份的均等化,体现的是股权平等化,但它指的是同一种类的每一个股份应当具有相同的权利。在实践中,考虑到投资者的投资目的以及风险偏好有所差异,为了方便、广泛地筹集社会资金,法律上允许以章程设置权利内容不同的股份,以适应企业调度资金的需要。因此,同股不同权的争议放在这一视野下,将其视为特别表决权股份等特殊安排,争议也许会自然平息。

常见的股份分类有普通股和特别股。特别股中又有优先股与劣后股。还有赎回股和非赎回股、转换股和非转换股、表决权股和无表决权股等。记名股和无记名股虽然并无权利内容上的差别,但在权利的行使、转让方式上有所不同。下面介绍不同的股份类型。

1. 普通股与特别股

普通股与特别股的划分标准是其持有人所享有的权利不同。普通股是其持有人既享有自益权又享有共益权,地位与其他股东平等,并无差别待遇的股份。特别股是其持有人的某项权利不同于其他股东的股份,包括优先股和劣后股。优先股按章程或股东大会确定的股息率,可以在普通股股东分红之前优先分取股息的股份。具体又可分为累积优先股和非累积优先股,以及参加优先股和非参加优先股。累积优先股在当年盈余不足以按预先约定的股息率分配时,可将未分配部分移到下一年累积计算。参加优先股在按约定的比例分得股息后,还可参加普通股的分红,股东的自益权比非累积或非参加的优先股大。劣后股亦称后配股,其只能在满足普通股红利分配要求之后分配公司盈余。一旦发行劣后股,普通股实际上变成了优先股。在经济萧条、筹资困难,而发起人又看好公司发展前景,并争取先机之利时,可以认购劣后股为筹码,激发社会公众认购普通股或者优先股的热情。已经成立的公司发行劣后股,也可以产生

^① [日]近藤光男著,梁爽译:《最新日本公司法》(第7版),法律出版社2016年版,第50页。

不损害原有股东利益的功效。

至于近年出现的同股不同权的新型股份,如美国很多公司普通股再作 A、B、C 股等区分,创始股东所持股份的表决权通常为对外发行股份的 5~10 倍,以免在股份稀释时失去创始股东的实际控制权,中国新浪、京东等公司纷纷效仿,京东实际控制人刘强东所持股份表决权中就是其他股份的 20 倍;阿里巴巴则在引入软银、雅虎等战略投资者时,通过协议安排“湖畔合伙人”那样的公司核心员工,包括马云等人所持的股份,享有推选 2/3 以上董事会候选人的权利。这可以理解为是对于普通股和特别股分类的突破和发展,具有创新意义。我国在非上市公众公司规范中率先认可上述股份发行方式,其实上海证券交易所和深圳证券交易所的科创板、创业板上市中,已经不乏此类公司。如 2020 年 1 月 20 日科创板上市的优刻得科技股份有限公司。

2. 赎回股和非赎回股

赎回股和非赎回股是按照股份是否规定期限并届期由公司归还本金后予以收回而划分的。赎回股也称偿还股、返还股,是公司按章程规定的期限及条件收回股票,返还股款的股份,类似于公司债。非赎回股也称非偿还股、非返还股,是不规定期限也不能由公司赎回的股份。赎回股的发行通常与优先股相结合。优先股可以使得公司方便地筹集社会资金,但时间一长,势必会增加公司的资金成本,对普通股的股东也不公平,在发行累积的参加优先股时更是如此,而设置赎回股,问题就可以迎刃而解。当然,发行赎回股与其他特殊的股份一样,须在章程中明确预定发行的数额及内容。在实务中,发行公司一般从可分配盈余中事先提取偿还基金。全部偿还与部分偿还均可,但为了遵循股东平等的原则,通常采取从证券市场购入、抽签或者按持股比例偿还等方法。

近年中国各地法院处理了不少公司按照原始章程或者修改章程规定收回离职、退休等特定股东股权的纠纷案件,大多将《公司法》第 71 条第 4 款章程有关股权转让特殊规定作为裁判依据,而实际上为章程附条件回购或者赎回规定或者股东会修改章程决议的效力争议。最高院指导性案例已经认可原始章程规定的效力,^①还有很多地方法院同样认定修改章程相关条款的效力。^② 尽管上述纠纷多出现在有限公司,涉及股权而非股份,但股份公司依据章程或者与股东间的协议收购股份的纠纷也时有发生。^③

3. 转换股和非转换股

转换股和非转换股是依据股份能否转换为其他种类的股份或者公司债来划分的,以股份之间的相互转换居多。转换股是指按照公司章程的规定,股东可以请求公司将其所持有的股份转换为其他种类股份的股份。非转换股则不能转换。发行转换股的,须在章程中规定转换条件、转换期间等内容。如章程未规定的,在公司设立之时,以发起人全体同意决定;在公司成立后,由股东大会或者董事会决定。原有的股份因转换而消灭,并以发行的新股取代之,新旧股份的发行价一般相同。转换请求权人请求转换的,须向公司提出载明转换数量及日期的转换申请书,申请书通常随附相应的股票。转换的效力自请求时发生,但为了计算上的方便,有

① 2018 年最高人民法院指导案例 96 号“宋文军诉西安市大华餐饮有限公司股东资格确认纠纷案”的裁判要点如下:国有企业改制为有限责任公司,其初始章程对股权转让进行限制,明确约定公司回购条款,只要不违反公司法等法律强制性规定,可认定为有效。有限责任公司按照初始章程约定,支付合理对价回购股东股权,且通过转让给其他股东等方式进行合理处置的,人民法院应予支持。另见(2014)西中民四终字第 00277 号民事判决书;(2014)陕民二申字第 00215 号民事裁定书。另见(2015)民申字第 2819 号民事裁定书。

② 参见(2012)苏民监字第 0059 号民事裁定书。(2013)宁商终字第 1337 号民事判决书。(2017)0102 民初 8552 号民事判决书。(2020)苏 01 民终 1996 号民事判决书。

③ 吴建斌:《股份转让自由原则再审视》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2015 年第 3 期。

关盈余、股息的分配截止日期,可以章程规定或者董事会决议确定为申请当年或者上年的会计年度结束之时。

4. 表决权股和无表决权股

表决权股和无表决权股是依据持股人有无表决权所进行的分类。表决权股与无表决权股的区别在于,其持有人对股东大会议决的事项有无表决权。表决权股通常为普通股,无表决权股通常为优先股。表决权本来是股份共益权中最基本和最主要的权利,但有的投资者无意参与公司的管理事务,随着大型公司股份的高度分散化,单个股东也往往无力参与公司的管理事务或者因参与成本太高而放弃权利。为了适应这部分投资者的需要,同时保护其合法权益,贯彻股东平等的原则,通常通过赋予其盈余分配上的优先权加以平衡。公司发行无表决权股的另一个目的,是在调度资金的同时,维持原股东对公司的控制权,同时,也不妨碍其参与特定种类股份的股东会议以及表决的权利。表决权的表决事项,表决权权重的不同安排,近年在各国公司尤其是上市公司实践中频频被采纳。

5. 记名股和无记名股

记名股和无记名股的划分依据是股份的证券形式即股票上是否记载持有人姓名。凡记载者为记名股份,否则为无记名股份。两者发行、转让及权利行使方式不同。记名股份发行时须将股东姓名或名称记载于股票,并录入公司的股东名册,转让时以股东名册记载为向公司主张股东权利的对抗要件,股东行使权利时无须出示股票。无记名股份凭交付发行和转让,但出席股东大会会议时,持有人应当于会议召开前将股票交存公司,直至会议结束。由于公司难以了解和掌握无记名股份股东的持股动态,股份事务的处理较为复杂,股票丧失后的救济也困难重重,故中国现行《公司法》第129条规定,公司发行的股票,可以为记名股票,也可以为无记名股票。公司向发起人、法人发行的股票,应当为记名股票,并应当记载该发起人、法人的名称或者姓名,不得另立户名或者以代表人姓名记名。这里的无记名股票为无记名股的凭证,实践中通常不发行无记名股。

(二) 股东

1. 股权及其分类

股东即持有公司所发行的股份(包括有限公司股权)的人,包括自然人、法人和其他组织。公司应当根据持股比例平等地对待每一位股东,而不允许对持有同一种类的相同数量股份的股东实行差别待遇,这就是股东平等原则。如前所述,在股东与公司的关系上,表现为股东凭其所持股份拥有的股东权与公司作为在全体股东投资财产基础上的公司财产所有权的关系。公司作为独立的财产所有权人,参与商事交易,独立承担交易后果,又按法定的分配顺序让股东分享盈余。公司的其他财产利益最终也归全体股东所有,但要在公司解散或破产清算后,股东才能实现其最终所有权人的权利。在公司存续期间,股东通过行使表决权、账簿查阅权等来表达自己的意思,通过参与分红、配股、剩余财产分配乃至转让股份,实现自己的财产权利。股权一般可以分成自益权和共益权、单独股东权和少数股东权,以及固有权和非固有权等几组。

(1) 自益权和共益权。这是根据股权内容的不同性质所进行的区分。自益权是指股东为自己的利益而行使的权利,如盈余分配请求权、剩余财产分配请求权、新股认购权、股份收购请求权、股票交付请求权、过户请求权等。共益权是指股东为公司、全体股东或者某类股东的利益而行使的参与公司经营管理的权利,主要为参与股东大会及其投票表决权,另外如选举权、提案权、质询权、撤销股东大会决议之诉的起诉权、代表诉讼提起权、股东大会召集请求权、股东大会召集权和主持权、公司账簿查阅权、公司解散请求权等。

(2)单独股东权和少数股东权。这是根据股权行使的基数不同所进行的区分。单独股东权是指即使持有一股的股东也能行使的权利,少数股东权是指持股的数量或者比例达到一定程度后方能行使的权利。前者包括各种自益权,以及共益权中的表决权、董事和监事选举权、质询权、撤销股东大会决议之诉的起诉权、代表诉讼提起权、公司解散请求权等。后者为共益权中的提案权、股东大会召集权、公司账簿查阅权等。

(3)固有权和非固有权。这是根据股权是否涉及股东的根本利益,能否通过股东大会决议剥夺而进行的区分。固有权涉及股东的根本利益,即使通过股东大会决议也不能剥夺,如大部分自益权;其他的则是非固有权。这一区分目前已无实际意义。^①

2. 股东的义务

股份公司作为典型的资合公司,与股东的个性没有多大关系。正因为如此,其股东对公司所负的义务也与入合公司有明显不同。例如,入合公司中的无限责任股东负有竞业限制义务,而对股份公司的股东根本不作这样的要求。通常而言,股东对股份公司仅负出资义务。不过,对这一结论要做具体分析。在公司正式成立之前,设立时发行的股份须全部认足并按照章程规定缴纳,即使非货币出资,也要实际给付并办理财产权属的过户登记手续,转变为公司所有的财产。然而,履行出资义务的人实际上并非股东,而是认股人。履行了出资义务的认股人随着公司的登记成立,转化为股东后,其实对公司不承担任何义务。当然,未履行或者部分履行出资义务的认股人转化为股东的,以及新股发行时行使新股认购权尚未履行或者部分履行出资义务的股东,仍不能免除出资义务。有限公司的情形基本相同。至于中国《公司法》第20条以下有关“公司股东不得滥用权利、公司的控股股东、实际控制人等不得利用其关联关系损害公司利益,否则承担赔偿责任”的规定,则是针对特定股东的特殊规则。而英美国家公司法上的控股股东、实际控制人诚信(信托、信义)义务以及在公司纠纷裁判中的适用,近年逐渐引起国内学界的注意,相关文献也日趋增多。^②但股东诚信义务与权利不得滥用原则之间的关系仍需进一步澄清。

3. 少数股东权利的保护

少数股东是与多数股东相对应的概念,是指在特定公司中持股的数量或者比例达到一定程度,但仍处于不足以影响公司决策地位的单个或者数个股东。少数股东与小股东、散户并不完全相同。相对于大股东的小股东是完全从持股数量或者比例上小于大股东的那部分股东,但假如若干小股东联合起来,结成统一战线,采取一致行动,就可能在公司股东会议表决时处于优势地位,决定公司的意志,这样,小股东联合成为多数股东,而意见对立的大股东则反而沦为少数股东。

本来,股份均等、股权平等、实行资本多数决,是公司尤其是股份公司营运应当遵循的基本规则。公司的民主式治理结构和资本多数决原则符合法学和经济学原理。但真理跨前一步就有可能变成谬误。由于少数股东出资较少,对公司的贡献、承担的义务不多,决定其不能享有更多的权利,在资本多数决原则的作用下,因多数股东滥用该原则,形成多数股东的意志即为

^① [日]前田庸:《公司法入门》(第12版),北京大学出版社2012年版,第66页。

^② 汤玉枢:《关于支配股东诚信义务的理论思考》,《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2002年第2期。郭富青:《公司收购中目标公司控股股东的诚信义务探析》,《法律科学》2004年第3期。朱慈蕴:《资本多数决原则与控制股东的诚信义务》,《法学研究》2004年第4期。朱慈蕴:《对股东诚信义务的再思考》,《中国法律》2007年第4期。刘凯:《控制股东的信义义务及违约责任》,《政法论坛》2009年第2期。张学文:《封闭式公司中的股东信义义务:原理与规则》,《中外法学》2010年第2期。王心怡:《我国机构投资者信义义务体系的反思与重构——以尽责管理义务的引入为视角》,《法商研究》2017年第6期。朱锦清:《公司法》(修订本),清华大学出版社2019年版,第16章。

公司意志,并完全无视甚至严重侵害少数股东权益的专制统治,使得以股份均等、股权平等为基础形成的资本多数决原则,最终走向平等、公平理念的反面,因此,对资本多数决原则进行适当限制和矫正,对少数股东予以特别保护,符合扶助弱者的法制精神。^①

2004年12月,中国证监会发布《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》,引入不同于国外规范分类的流通股、非流通股分类表决制度。2005年修改《公司法》则强化、改进、新增了诸多保护股东权利,主要是保护少数股东权利的规则。除了前述控股股东、实际控制人的消极义务外,另有有限公司股东账簿查阅权,临时股东会议召集请求权、提案权,股东大会召集主持权,股份公司董监事累积投票制,股权收购请求权,损害赔偿请求权,股东代表诉讼权,公司财务会计报告查阅权以及解散公司请求权。

股东账簿查阅权。账簿查阅权为公司股东对公司的会计账簿、会计凭证和有关记录进行查阅的权利。它是股东知情权的一种,是保障股东了解、掌握公司实情,保证其对公司业务进行有效监督的前提和手段。不过,股东账簿查阅权与管理层控制管理公司、维护公司的正常营运之间会产生矛盾和冲突,应适当平衡。2005年《公司法》修改时赋予了有限公司股东一定的权利。根据该法第33条第2款,股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的,应当向公司提出书面请求,说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的,可能损害公司合法利益的,可以拒绝提供查阅,并应当自股东提出书面请求之日起15日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。股东账簿查阅权虽非为少数股东特设,但显然多为小股东或者少数股东所利用。

临时股东会议召集请求权、提案权。中国《公司法》虽已将有限公司股东会议的议事规则交由公司章程自治处置,但仍在第39条第2款中规定“代表1/10以上表决权的股东等,有权提议召开临时股东会议”;该法第100条第3项则规定“单独或者合计持有公司10%以上股份的股东请求时”,公司“应当在2个月内召开临时股东大会”;而依据该法第102条,“单独或者合计持有公司3%以上股份的股东,可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交董事会;董事会应当在收到提案后2日内通知其他股东,并将该临时提案提交股东大会审议。临时提案的内容应当属于股东大会职权范围,并有明确议题和具体决议事项。股东大会不得对前两款通知中未列明的事项作出决议”。

股东大会召集主持权。这是2005年中国修改《公司法》根据司法实践的经验,特别增加的股份公司少数股东权利。因涉案公司福建省宏智科技王姓第一大股东提议召集临时股东大会,改选全部董监事未被采纳,该股东实际行使股东大会召集权后,与原董事会发生会议主持权争夺战,造成两个会场就同一议案分别作出截然相反的股东大会决议,并均被法院判决无效的戏剧性结果。1993年公司法确定董事长主持会议,中国证监会上市公司股东大会规范意见虽有召集股东主持的规则,但未被法院采信。^② 修法时直接作出规定,有利于定分止争。

股份公司董监事累积投票制。累积投票制是指规定股东大会选举董事或者监事时,每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权,股东拥有的表决权可以集中使用的制度。此为美国首创,现已被许多国家公司法采用。中国证监会原已对上市公司提出要求,现作为任

^① 吴建斌:《跨国投资中少数股东在中国的保护问题》,载《第三届企业跨国经营国际研讨会会议论文集》(1999年)。赵旭东:《公司法修改中的中小股东保护》,载《公司法修改国际研讨会论文集》(2004年)。黄健:《保护少数派股东的法理基础与价值探析——以美国的理论和实践为参照》,载王保树主编《转型中的公司法的现代化》(21世纪商法论坛),社会科学文献出版社2006年版,第580页以下。王志诚:《闭锁性公司少数股东之保护》,载王保树主编《转型中的公司法的现代化》(21世纪商法论坛),社会科学文献出版社2006年版,第475页以下。

^② 汪恭彬:《宏智控股权之争考验 公司法修改立法理念之惑》,《21世纪经济报道》2004年6月19日。

意性规范推荐给所有股份公司。据此,股份公司股东大会选举董事、监事,可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议,实行累积投票制。

股权收购请求权。这是股东在一定条件下请求公司收购其持有的股权的权利。因公司此时回收发行在外的股份,故有人也称其为股份回购,但股份回购容易与银行的国债回购业务相混淆,因此,我们仍用“股权收购请求权”表示。我们在前文一再强调,股东投入公司的资产已经归属于公司,股东无权再予处分,公司成立后,股东也不得抽逃出资。股权可以转让给除公司以外的其他人,否则构成退股,与抽逃出资无异。但是,股东的股权构成其与特定公司之间的关系,股东的目的是投资获利,当公司出现特殊情况而股东又无法或者不便转让股权时,应当给予他们顺利退出公司的机会,股权收购请求权应运而生。

损害赔偿请求权。在侵权行为法上,损害赔偿请求权为主要的、基本的权利救济方式。《公司法》作为商事组织法,在两个层面上设置了特别规定。一是该法第 152 条,即“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定,损害股东利益的,股东可以向人民法院提起诉讼”。此为对加害董事等的损害赔偿请求权。二是该法第 214 条,即“公司违反本法规定,应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的,其财产不足以支付时,先承担民事赔偿责任”。包括公司的行为侵害特定股东权益的,受害股东可以直接行使损害赔偿请求权。

股东代表诉讼权。股东代表诉讼是指当公司权利受到损害,应当行使诉权的公司拒绝或怠于行使权利时,公司股东可以代表公司进行诉讼的法律制度。该制度是现代公司法的一项重要内容,成为弥补公司治理结构缺陷及其他救济方法不足的必要手段,在保护中小股东权益等方面发挥着重要作用。^① 该制度最早由 1828 年英国的衡平法判例所创立,也称派生诉讼或代位诉讼。大陆法系国家如法国、德国、日本先后引入此项制度,具有代位性和代表性双重性质。中国 2005 年修改《公司法》第 152 条(现行第 151 条)将其引入,对遏制公司董事、高管人员恣意侵害公司权益的行为发挥了一定的作用。

公司财务会计报告查阅权。现行《公司法》第 33 条规定有限公司股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。该法第 165 条还规定,有限公司应当依照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。股份公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的 20 日前置备于公司,供股东查阅;公开发行股票的股份有限公司必须公告其财务会计报告。当然,此为单独股东权而非少数股东权。

解散公司请求权。公司成立之后,如果营运正常,即使经营期满也可延长。但对经营陷于困境,或者发生内讧,形成僵局,股东又无法找到其他退出机制的情形如何处理,1993 年《公司法》没有对应办法。现行《公司法》第 180 条第 5 项、第 182 条弥补了上述缺陷。据此,公司经营管理发生严重困难,存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权 10% 以上的股东,可以请求人民法院解散公司。法院一旦裁判解散,公司即进入清算程序。最高人民法院关于公司法司法解释(二)第 1 条则又加以细化。

4. 股东名册

股东名册是公司为了确定股东及有关股权、股份的事项,记载公司法规定内容的账簿。但因其并不载明公司的营业及财产状况,故不属于商业账簿。由于股份公司特别是上市公司的

^① 刘俊海:《论股东的代表诉讼提起权》,载王保树《商事法论集》(第 1 卷),法律出版社 1997 年版,第 85 页。周剑龙:《日本的股东代表诉讼制度》,载王保树《商事法论集》(第 2 卷),法律出版社 1997 年版,第 262 页。吴建斌:《股东代表诉讼制度及其在我国的确立和完善》,《南京大学学报(哲社版)》2000 年第 1 期。刘俊海:《股东的代表诉讼提起权比较研究》,《中国民商审判》2002 年第 1 卷。

股东处于不断变动之中,公司很难即时掌握股东的实际状况,因而无法处理其与股东之间集团性、划一性的法律关系,在公司确定盈余分配或者发送股东大会通知时,更需要确定究竟谁是股东。因此,中国《公司法》第32条、第130条分别要求有限公司和股份公司置备股东名册,作为处理公司与股东之间关系的一种技术性制度。

股东名册具有确定的效力,即使有人受让股份而成为实质上的股东,只要并未办理股东名册变更登记手续的,就不得对抗公司。在与公司的关系中,只能将登记在册的股东作为公司股东对待。另外,凡是登记在公司股东名册中的股东,无须证明其是否为实质上的股东,也可行使权利,此为股东名册的资格授予效力。股东名册还具有免责的效力,即公司让股东名册上的股东行使权利,即使该股东不是实质上的权利人,也在原则上不承担法律责任。

有限公司的股东名册应当记载下列事项:股东的姓名或者名称及住所;股东的出资额;出资证明书编号。股份公司发行记名股票的,股东名册记载下列事项:股东的姓名或者名称及住所;各股东所持股份数;各股东所持股票的编号;各股东取得股份的日期。发行无记名股票的,公司应当记载其股票数量、编号及发行日期。

公司在召集股东大会或者进行分红(盈余分配)时,需要采取一些技术上的措施,以便确定处于变动状态的股东。主要有冻结股东名册及确定基准日两种办法。公司可以规定在某个期间内,例如自3月11日起至3月30日召开股东大会年会时止,冻结股东名册,停止办理股权转让和设质过户登记手续。在此期间,即使发生股权转让或者设定质权,也对公司不发生效力。公司的股东仍然以被冻结的股东名册上的名单为准。公司还可以采取确定基准日的办法,即规定以某一日如3月30日为基准,在当天记载或者记录于股东名册上的股东或者质权人,视为可以行使权利的股东或者质权人。第二天即使将股份转让给他人,转让人仍然享有原股份上的权利;相反,受让人虽然实际取得股份的所有权,但不能取得基准日以前的表决权、分红配股权等部分权利。因此,基准日的翌日往往称为除权日,受让人取得的也是除权股。由于冻结股东名册及确定基准日关系到股东的切身利益以及股份转让的价格,因此,除在章程中已经规定相应的事宜之外,公司须于一定日期公告冻结股东名册的期间或者基准日,但已有章程指定的期间或者日期的除外。有限公司也可采取类似的方法。

(三)股份的转让

在股份公司中,以股份自由转让为原则,禁止或者限制转让为例外。有限公司的股权转让原则上受到法律或者章程的限制,以便维持其封闭性以及一定的人合性。中国1993年《公司法》对有限公司的股权转让仅设了两条规定;有关股份公司股份转让的地点和方式,发起人及董事、监事、高级管理人员转让,公司收购本公司股份的限制也过于严格。2005年修改《公司法》就有限公司的股权转让设置了专章规定,就股份转让也进行了一些调整。

现行《公司法》第三章分别对有限公司股权的合意转让、强制转让以及自然转让进行了规定。据此,股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意,其他股东自接到书面通知之日起满30日未答复的,视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的,不同意的股东应当购买该转让的股权;不购买的,视为同意转让。经股东同意转让的股权,在同等条件下,其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的,协商确定各自的购买比例;协商不成的,按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。这是合意转让。强制转让有新增的依强制执行程序转让及依前述股权收购请求权转让两种。前者应当通知公司及全体股东,其他股东在同等条件下有优先购买权。

其他股东自人民法院通知之日起满 20 日不行使优先购买权的,视为放弃优先购买权。关于自然转让的新规则为该法的第 75 条,即“自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格;但是,公司章程另有规定的除外”。有关“继承股东资格”与“继承股权”之间究竟为何种关系,立法未予以明确,从字面上理解,似乎差别不大。

修改以后的股份转让规则有:(1)增加转让方式。原规定限于“依法设立的证券交易场所进行”,现增加“按照国务院规定的其他方式进行”,上市或者上柜交易的股份在特定交易场所转让是可行的,其他股份应当允许通过别的渠道进行转让,并由公设机构集中办理过户登记手续。(2)明确无记名股份转让凭交付生效。原规定记名股票由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让,转让后在股东名册上进行变更登记。无记名股票(股份)也须在“依法设立的证券交易场所”进行交付方能生效,不符合无记名股票的特性,实践中也无法监督,现改为不限场所凭交付即生效,比较合理。(3)缩短发起人股份冻结期限。原规定发起人股份在公司成立之日起的 3 年内不得转让,现改为发起人持有的本公司股份,自公司成立之日起 1 年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份,自公司股票在证券交易所上市交易之日起 1 年内不得转让。(4)公司高管股份禁售改限售。原规定公司高管任职期间股份不得转让,现改为公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况,在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的 25%;所持本公司股份自公司股票上市交易之日起 1 年内不得转让。上述人员离职后半年内,不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。(5)扩大允许收购公司自己股份的范围。就公司能否收购自己股份,中国未采取美国式的公司事先放开、事后监管的模式,而是选择大陆法国家原则禁止、例外允许的办法。首先规定不得收购本公司股份。其次将原来减资及合并时可收购的两种例外情形扩大为四种,新增将股份奖励给本公司职工和股东行使股份收购请求权的情形。同时,规定前三种应经股东大会决议;减资收购的,在 10 日内注销,其他途径应当在 6 个月内转让或者注销;为奖励职工,收购部分不得超过本公司已发行股份总额的 5%,并于收购后的 1 年内转让给职工;收购资金限于税后利润。2018 年再次修改扩大股份回购的情形,允许为兑现转换公司债回购股份,并设置了“上市公司为维护公司价值及股东权益所必需”这样的兜底条款。另外,公司不得接受本公司的股票(股份)作为质权标的。原则禁止收购公司自己股份的基本理由为德国立法机构提出的公司作为社团不能成为自己的成员;原则放开的出发点为美国公司法学界首倡的公司自己的股份也有财产价值,故公司可以持有,仅需规制资金来源、取得方式和途径即可。日本公司法自 21 世纪初就已经放弃原则禁止立场,改采原则放开、事后规制的准则。

正如前述,近年国内各级人民法院审理了大量股权股份转让纠纷案件,无论是司法实务界还是法学理论界,均对公司限制股权转让甚至附条件强行收购特定股东股权的效力存在争议。“否定说”主要依据为,股权属于私权性质,为保证资源优化配置,除了法定情形之外不得设限,股权自由转让为公司法的一项基本原则;未经权利人同意不得强行处分。“肯定说”认为,股权虽有私权性质,但只是股东在公司中相对地位的表彰,并无财产所有权那样的绝对权(对世权),股东通过投资加入公司,就意味着默示承认其不违反强行法的自治性治理规则,股份自由转让只是公众公司的基本规则而非公司法的基本原则,允许有例外,故不仅初始章程而且修改章程设定或者添加特定规则甚至设限均原则上有效,因此受到妨碍的股东不能因其持有异议而不受拘束,以免动摇现行公司法所确认的多数决机制,而应当寻求其他救济途径,如行使异议股东股权收购请求权,法律本身规定不周延的,可在章程中予以补充,当然立法本身也有待

完善。

(四)股票

1. 股票及其记载内容

股票是股份公司签发的证明股东所持股份的凭证。由于股份的有价证券形式表现为股票,因此在法律上,股票是彰显股份即股东在公司中地位的有价证券。股票与股份的关系为形式和内容的关系。依据中国《公司法》第128条的规定,股票采用纸面形式或者中国证监会规定的其他形式。股票应当载明下列主要事项:公司名称;公司成立日期;股票种类、票面金额及代表的股份数;股票的编号。股票由法定代表人签名,公司盖章。发起人的股票,应当标明发起人股票字样。股票作为股份的书面凭证、有价证券,属于要式证券和证权证券。不过,其要式性并没有票据那样严格。股票只是证明股东投资于公司后已经存在的权利,故与具有设权证券性质的票据有所不同。

有限公司成立后,通常不向股东发行股票,而是签发由公司盖章的出资证明书、股单或者股权证。该出资证明书应当载明下列事项:公司名称;公司成立日期;公司注册资本;股东的姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期;出资证明书的编号和核发日期。

有关股票的发行,中国公司法中仅设置了若干原则性规定,具体由证券法予以规范。随着互联网的发展,通过网络发行、交易股票的做法越来越普遍,“无纸化股份”“无纸化股票”相继出现,股票的数字化、电子化记载基本可以解决股票记载瑕疵的问题。

2. 股票的集中托管

股份采取股票的有价证券形式之后,大大方便和促进了股份的转让流通。但是,股票的数量一多,转让的处理工作量就会增加,反过来又会妨碍股份的流通。假如将股票集中于一处不予移动,只通过账簿记载或者记录及更新的方式反映流通转让的情况,处理事务就变得十分简单。正是出于这样的考虑,中国于20世纪90年代开始建立股票的统一登记、集中托管制度。据此,在各省设置的证券登记机构的基础上发展起了股权托管中心,或者由证券公司统一办理股东账户。后来,各省的股权托管中心并入产权交易中心,非上市公众公司股票则进入全国中小企业股份转让系统(以下简称全国股转系统),上市交易的股票(股份)由两个证券交易所附属的证券登记结算中心合并而成的中国证券登记结算中心集中托管。该中心直属于中国证监会,主要负责证券账户和结算账户的设立和管理、证券和资金的清算与交收等业务,在北京设立总部,上海、深圳设立分公司,通过视频会议系统进行中国证券登记结算中心京、沪、深三地的联通。

有限公司的出资证明书或者股权证并无集中托管制度,也不必设置。

3. 股票的丧失及救济

依据中国现行《公司法》第143条的规定,记名股票被盗、遗失或者灭失,股东可以依照民事诉讼法规定的公示催告程序,请求人民法院宣告该股票失效。人民法院宣告该股票失效后,股东可以向公司申请补发股票。

股份公司未向股东交付的股票因丧失而不产生股票发行的效力。而股票发行完毕,股东持有之后,如果因被盗、遗失、灭失而丧失的,股东并未立即失去股权。但对于原股东而言,股票丧失后既不能转让和设质,也不能请求公司进行变更登记;对于公司而言,如果随意地再次发行股票,就可能会导致在同一股权上有两份股票出现,并且难以确定原股东与善意持有人之间究竟谁是真正的权利人。因此,法律规定了股票的公示催告程序。丧失股票的人通过该程序,经法院的除权判决,认定丧失的股票失效,申请人据此可以请求公司再次发行股票。

股票最后的持有人以及质权人有权申请公示催告,一般由发行股票的总公司所在地的基层法院管辖。法院经审查后受理的,在3日内发出公告,催促利害关系人申报权利。公示催告期间由法院决定,但不得少于6个月。如果有人提交股票申报权利的,终止公示催告程序,由当事人协商确定实际权利人,协商不成的,通过普通民事诉讼程序解决。公示催告期限届满而无人主张权利的,法院即作出除权判决,丧失的股票依该判决而失效,公示催告申请人由此恢复持股人的地位。

除了股票丧失的公示催告制度外,有的国家还有股票丧失登记制度,如《日本公司法典》第二编第2章第9节股票部分的第3分节。据此,股票发行公司须设置股票丧失登记簿,丧失股票之人可依法务省令的规定申请股票丧失登记,自登记次日起届满1年的,相应股票失效。^①该制度与上述公示催告制度相辅相成,免去股票丧失之人的讼累,中国再次修改公司法时可以考虑引入该项制度。

(五)公司债

公司债是指公司依照法定程序向社会公众发行的,约定在一定期限还本付息而形成的金钱债务关系,其有价证券形式为公司债券。

公司债反映持有人与公司之间债权债务关系,而股份反映持有人与公司之间股权投资关系,两者虽然都是公司通过融资与投资者形成的法律关系,但在社团法色彩仍较浓厚的股份公司中,股份持有人即股东为公司的成员,而公司债的债权人不是,他们与银行债权人、其他业务债权人在本质上并无区别。考虑到公司债的发行、交易、管理与股份多有类似之处,本书将公司债放在股份部分的最后予以扼要介绍。

1. 公司债与股份的主要区别

第一,持有人的地位不同。公司债确立的是一种债权债务关系,公司作为债务人,对公司债债权人的关系与其他债权人并无本质区别。公司债债权人享有取息和收回本金的权利,他们不是公司成员,对公司没有决策权和管理权。股份所表示的是一种社团与其成员间的关系,股份持有人作为公司成员,有权通过股东大会参与公司重大事务的表决,也有权通过查阅公司账簿等行为监督公司营运,公司解散时还可分配剩余财产。

第二,风险责任不同。购买公司债是一种出借行为,而认购股份是一种出资行为。公司债债权人到期请求公司还本付息,至于公司经营业绩如何,是否亏损,则无关债权人的利益,即使公司解散或破产,公司债债权人也先于股东得到清偿。股东与公司间并非固定的还本付息关系,股东通常既不能请求公司退股,又得不到固定收益,公司亏损时,甚至有可能连股本都无法收回,公司破产或解散,也只能在满足了债权人清偿要求后,方可参与剩余财产的分配,因此所承担的投资风险大于公司债债权人。

第三,利益分配不同。首先,分配的依据不同,公司债按事先约定的比率,股份则按公司盈利状况;其次,分配的方式不同,公司债为固定式,股份为浮动式;最后,分配的顺序不同,债息在公司税前开支,列入公司的营运成本,公司债的还本在公司解散或破产时也先于股份。股份分红源于公司盈利,不列入公司成本,股东也只能在公司缴纳法人税或者公司税后参与盈余分配,并在清偿公司债务后参与剩余财产的分配。

第四,投资期限不同。公司债和股份的购买虽都属于投资活动,但公司债一般规定有还本期限,届期由公司向公司债债权人归还本金,收回债券。股份除赎回股外,一般不规定期限,股

^① 吴建斌编译:《日本公司法:附经典判例》,法律出版社2017年版,第116—120页。

份持有人若不予转让或者请求公司收购,则永远可以成为存续公司的股东。^①

2. 公司债的分类

公司债可以根据很多不同的方法进行分类,如按照是否在债券上署名,分为记名公司债与无记名公司债;按照是否参与公司的盈余分配,分为普通公司债与参与公司债;按照是否为公司的偿债义务提供担保,分为附担保公司债与无担保公司债;按照是否可以转化为股份,分为转换公司债与非转换公司债;按照在国内发行还是在海外发行,分为本国公司债与外国公司债;按照是否赋予持有人新股认购权,分为附新股认购权公司债与无新股认购权公司债;按照是否在公司债登记机构进行登记,分为登记公司债与非登记公司债;按照是否以公开募集的方式发行,分为公募债与私募债;按照发行公司行业性质不同,分为金融公司债、一般公司债与特定公司债(电力公司债等),还有外国公司在本国发行的外汇公司债等。前述记名公司债、无记名公司债、普通公司债、附担保公司债、转换公司债在中国较常见。

3. 公司债的发行和转让

中国公司发行公司债券的条件由 2019 年新《证券法》规定。现行发行条件为:具备健全且运行良好的组织机构;最近 1 年平均可分配利润足以支付公司债券 1 年的利息;国务院规定的其他条件。发行申请报中国证监会或者国务院授权部门核准,并公告募集办法。

公司债券募集办法应当载明的主要事项有:(1)公司名称;(2)债券募集资金的用途;(3)债券总额和债券的票面金额;(4)债券利率的确定方式;(5)还本付息的期限和方式;(6)债券担保情况;(7)债券的发行价格、发行的起止日期;(8)公司净资产额;(9)已发行的尚未到期的公司债券总额;(10)公司债券的承销机构。

公司以实物券方式发行公司债券的,必须在债券上载明公司名称、债券票面金额、利率、偿还期限等事项,并由法定代表人签名,公司盖章。

发行公司债券的公司应当置备公司债券存根(登记)簿。发行记名公司债券的,应当在公司债券存根(登记)簿上载明下列事项:(1)债券持有人的姓名或者名称及住所;(2)债券持有人取得债券的日期及债券的编号;(3)债券总额、债券的票面金额、利率、还本付息的期限和方式;(4)债券的发行日期。发行无记名公司债券的,应当在公司债券存根簿上载明债券总额、利率、偿还期限和方式、发行日期及债券的编号。

公司债券可以转让,转让价格由转让人与受让人约定。公司债券在证券交易所上市交易的,按照证券交易所的交易规则转让。记名公司债券由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让,转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根(登记)簿;无记名公司债券的转让,由债券持有人将该债券交付给受让人后,即发生转让的效力。

4. 可转换公司债

中国现行《公司法》第 161 条以下规定,上市公司经股东大会决议,可以发行可转换为股票的公司债券,并在公司债券募集办法中规定具体的转换办法。上市公司发行可转换为股票的公司债券,应当报中国证监会核准。发行可转换为股票的公司债券,应当在债券上标明可转换公司债券字样,并在公司债券存根(登记)簿上载明可转换公司债券的数额。发行可转换为股票的公司债券的,公司应当按照其转换办法向债券持有人换发股票,但债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权。

5. 公司债债权人会议

^① 江平:《新编公司法教程》,法律出版社 1994 年版,第 112 页。

公司债债权人会议是指由公司债债权人组成的,就关系到公司债债权人利益的特别重大事项进行议决的机关。公司发行不同种类公司债的,应当按公司债的不同种类分别组成债权人会议。其权限通常为:决定对全部公司债的延期支付、免除债务或者和解;有权就全部公司债实施诉讼行为,或者就与破产程序、和解程序、整顿程序、特别清算程序有关的所有行为作出决议;发现公司怠于付息或者分期偿还的,作出通知公司限期清偿,否则即丧失期间利益的决议;对公司合并、分立及减少资本进行决议;选任与解任债权人会议主席;债权人会议的延长或者延期;等等。另外,还可以对法院同意的事项进行决议。中国公司法未就公司债债权人会议作出规定。

公司债发行公司有权召集债权人会议;持有公司债总额一定比例如 10% 以上的债权人有权请求召集债权人会议,假如仍然不予召集的,请求人经法院同意后可以自行召集。对债权人会议的召集程序和会议记录要求与股东大会基本相同,有关费用由发行公司负担。在公司债债权人会议上,每个公司债的最小单位额拥有一个表决权,无记名公司债的持有人应当在会议召开日的 1 周前,将公司债债券提交,方可行使表决权。原则上采取占出席会议的表决权数半数以上同意的方式通过决议,而不要求出席会议债权人的最低法定人数。但是,在审议某些重要事项时,则采取与股东大会特别决议相同的议事规则。

6. 还本付息

公司债的利率及支付方式等发行条件经发行公司董事会决议后,与其他发行条件一并公告,并记载或者记录于债券以及公司债存根(登记)簿中。公司债债权人有权按约获取本息。在实务中,有的公司发行无记名公司债并附息票,息票往往可以和债券分离并独立流通转让。公司可以通过收购自己公司债的方式,消灭已经发行的公司债,以避免到期还本付息。

四、公司的机关

【案例 1-4】

ST 宏智的前身是福建省宏智科技发展有限公司,由福建省邮电管理局机关工会和福建省邮电学校工会在 1996 年共同投资 120 万元设立。后经增资及股权转让,至 2001 年 4 月 28 日由王栋、李少林、福建大乾数字信息有限公司、泉州市闽发物业发展有限公司、陈大勇、朱芳和石狮融盛企业集团公司 7 个股东组成,其持股比例依次是 28.34%、24.81%、20.66%、8.19%、7%、6.5% 和 4.5%。王栋当时为 ST 宏智的董事总经理、技术总管,而大乾数字的 5 位股东全部是 ST 宏智的高管人员,其中 ST 宏智董事长林启泰占股 55%。2002 年 6 月,ST 宏智通过上交所发行 4 000 万新股,公司总股本增至 11 000 万股。上述 7 个股东的持股比例依次为:王栋 18.03%,李少林 15.79%,大乾数字 13.15%,第 4 到第 7 大股东共持股 16.67%,其余 36.36% 为流通股。同年 7 月 9 日,公司股份在上交所挂牌交易。

公司控制权纠纷的起因是以王栋、林起泰为代表的 ST 宏智创始人与增资扩股后引入的股东对于公司运作方式的分歧。为了调和矛盾,2002 年年底至 2003 年 6 月间,以王栋、李少林、林起泰为代表的大乾数字和闽发物业之间订立复杂的股权转让及托管协议。但在 2003 年 6 月 25 日的 ST 宏智 2002 年度股东大会有关公司董事会换届选举中,公司第一大股东王栋落选,后被聘为公司总经理。同年 8 月 25 日,以新任董事长黄曼民为首的公司第二届董事会免去了王栋的总经理职务,矛盾集中爆发,相关当事人先后宣布终止股权转让及托管协议。2002 年 11 月 19 日,王栋请求公司董事会召集临时股东会议改选董事、监事被拒绝。同年 12 月 11 日,王栋发布公告,定于 2004 年 1 月 11 日自行召集并主持 2004 年公司第一次临时股东大会,

审议关于更换 ST 宏智现任董事、监事的议案。ST 宏智也于同日发布一则针锋相对的公告，称此次临时股东大会的召集因由王栋私自提议，故对其有效性不予认可。事后，公司及王栋股权受托人胡海仁诉请法院禁止王栋召集股东大会，2004 年 1 月 8 日，福州市鼓楼区人民法院以民事裁定的方式予以驳回。^① ST 宏智董事会并未另行答复王栋的请求，但 2004 年 1 月 10 日突然公告决定出席并由董事长主持股东会议。

第二天即 2004 年 1 月 11 日上午 8:30，纷争双方均出现在会议公告会场福州美伦华美达酒店。王栋召集的 ST 宏智 2004 年临时股东大会在该酒店四楼召开。届时，公司董事长黄曼民到会，要求王栋交出股东报名登记资料并由其本人主持会议，遭到拒绝后，ST 宏智董事会宣布会议地点改到三楼会议室，并将会议开始时间推迟到 10 点。于是，在上下楼层两个会场里，两场股东大会上就同一个议案审议出截然相反的两个结果。第一场由王栋主持的股东大会与会股东 50 余人，拥有表决权股 2 464 万股，占 ST 宏智总股本的 22.40%，会议以 99.80% 的赞成票审议通过了王栋提交的《关于改选公司董监事的议案》，形成以姚雄杰为董事长的董事会；第二场股东大会与会股东有第二大股东李少林、第三大股东大乾数字、第四大股东闽发物业、第七大股东石狮融盛及一名持有 0.26 万股的股东 5 人，拥有表决权股 4 071.46 万股，占 ST 宏智总股本的 37.01%。会议以接近 100% 的反对票否决了王的上述议案。双方均聘请有证券从业资格的律师出席股东大会。见证王栋主持会议的律师认为，由于现任董事会没有尽到召开本次临时股东大会的协助义务，视同其放弃主持会议的资格，故会议由王栋本人主持合法有效。而见证由董事长黄曼民主持会议的律师则认为，王栋作为第一大股东虽有权要求召开临时股东大会，但应依法律法规与公司章程，由董事会委派董事主持会议，王栋本人不是本届董事会成员，无权主持股东大会。^② ST 宏智由此形成了两套董事会班子“双头鹰”的尴尬局面，后由王栋主持的临时股东大会所选的董事会强行接管公司。

2004 年 3 月 17 日，王栋起诉 ST 宏智，请求判令被告立即结束法人治理的混乱状态，合理合法地使用公章、营业执照和财务资料，正常开展生产经营活动，停止对原告作为被告股东所享有的合法权益的侵害，确认其提议召开的临时股东大会决议的效力。同月 18 日，法院裁定扣押被告公司的营业执照正、副本、印章及财务资料，上述印章将根据保障生产经营和投资人、客户、员工利益的原则由法院监管使用；公司的公告暂由两个董事会同时发布。后来的公司年度报告、重大诉讼等重要信息，均由两个董事会同时发布公告予以披露。其事实与理由如下：2003 年 11 月 19 日，王栋向被告提出了召开 2004 年度第一次临时股东大会的议案，议案内容为“选举姚雄杰、林起泰、林立新、陈为健、李忠、程国谦、侯金光、翟圣岗、高维佳为公司新一任董事，选举任超、辛春燕为公司新一任监事”。但被告时任董事会无故拒不接收原告提案，原告随即依照《公司法》《上市公司股东大会规范意见》和《公司章程》的规定，决定自行召开临时股东大会，依法向被告时任董事会公证邮寄送达了议案，并将议案向证监会福州特派办进行了报备，2003 年 12 月 11 日又依照法定程序在《中国证券报》《上海证券报》《证券时报》上刊登了召开 2004 年第一次临时股东大会的公告。2004 年 1 月 11 日，原告提议召开的被告 2004 年第一次临时股东大会顺利按照公告的内容召开，通过了原告提出的议案。但被告时任董事会却对原告合法股东权利的行使进行破坏和干扰，在原告召开股东大会的当日，被告时任董事会宣称股东大会改换地点进行，并在原告依法公告了的会议地点之外的地方召开了另一场所谓的

① 容月玲：《省政府与法院皆介入 宏智解“死结”曙光初现》，《东南快报》2004 年 2 月 27 日。

② 林东晖、杨文：《宏智科技股权纷争升级 “双头班子”尴尬出现》，《证券日报》2004 年 1 月 13 日。

“股东大会”，对原告的议案进行了否定。根据《公司法》《上市公司股东大会规范意见》和《公司章程》的规定，上市公司临时股东大会的召开必须履行法定的公告程序，被告时任董事会未在事先进行公告、报备的情况下召开的所谓股东大会违反了法定程序，根本无效，并对原告的股东权利构成了侵害。由于被告时任董事会的上述破坏行为，原告召开的股东大会所选举的新任董事会不能正常接管被告的生产经营，公章、营业执照的使用混乱，导致被告的客户无法辨别被告的法人治理情况和真正有效的经营管理班子，对被告的商业信誉造成了极大的损害，市场份额大幅流失。被告2003年度已严重亏损，目前被告的法人治理情况混乱，经营管理权归属不明，无法进行正常的生产经营，骨干员工大量离职，大额订单纷纷被取消，若2003年度的年报无法发布，即将面临被摘牌的处理。被告的上述情况，直接导致原告作为被告第一大股东的权益受损，由于被告的每股净资产缩水，原告从召开股东大会至今的损失已达上千万元。作为被告第一大股东，原告认为，被告应立即结束目前的经营管理混乱状况，正常开展业务，使原告的合法股东权益得到保证。原告同时提请财产和证据保全。

福州中院于2004年4月作出民事判决，当月30日送达ST宏智，判决书认定2004年1月11日由王栋、黄曼民分别主持召开的ST宏智2004年第一次临时股东大会程序不合法，所产生的决议均无效，并驳回原告王栋的其他诉讼请求。在案件审理期间，ST宏智向福州市中院申请先予执行，要求姚雄杰等人组成的董事会退出公司，由黄曼民等人组成的董事会接管公司，并要求王栋立即结束公司法人治理混乱的状况。法院裁定，2004年1月11日产生的董事会、监事会停止对ST宏智的管理；ST宏智全体员工均有义务保护公司财产，并根据裁定所指定的行使公司管理权的董事会的安排，履行各自义务；由福州中院保全的ST宏智的印章、财务专用章和黄曼民私章及《企业法人营业执照》，暂由福州中院继续监管使用。法院判决的依据是两个股东大会程序上违法。按照有关规定，有一定比例的股东只要议题合适，就有权提议召开公司临时股东大会，但该股东大会必须由现董事会召集，由现董事长主持。如果现任董事长不主持，则要出具书面意见，但王栋亲自主持了由他提议的会议，从而剥夺了董事会对该次股东大会的召集权及董事长黄曼民的主持权。另外，王栋在给董事会的通知中，增加了罢免董、监事的内容。^①而黄曼民主持的会议在股东大会召开之际临时变更了会议地点，也不符合程序，因为变更会议召开地点必须在股东大会召开前5个工作日公告，告知全体股东。王栋与被告不服，均提出上诉。2004年6月21日，福建省高院下达前述终审判决书。该院认为，王栋自行召开的ST宏智2004年第一次临时股东大会决议的内容和程序存在违反规定的瑕疵，决议应无效，其上诉请求无理，应予驳回。ST宏智请求确认黄曼民主持召开的2004年第一次临时股东大会决议有效，由于黄曼民主持召开的该次会议在程序方面也违反了有关规定，其上诉要求改判黄曼民主持召开的2004年第一次临时股东大会所产生的决议有效的诉讼请求亦不能给予支持，应予驳回。^②

请问：

1. 本案公司召集董事会会议不符合法定程序，是否导致当然决议无效？
2. 股东大会召集权和主持权如何分配？
3. 中国公司法有关机关决议瑕疵诉讼有什么规定？

本案是涉及公司机关议事规则的一个典型案例，虽然公司事后进行了补救，但毕竟实实在

^① 王兵：《法学家赵旭东专访宏智科技双股东大会判决在即》，载网易商业报道。

^② 何军、陈建锋：《王栋无缘执掌ST宏智》，《上海证券报》2004年6月22日。

在地当了一回被告,影响了公司的正常营运。有关公司机关决议瑕疵诉讼的类型,中国 2005 年修改《公司法》规定了决议撤销之诉和决议无效确认之诉,学界称之为“二分法”,经 2016 年最高院有关于适用公司法司法解释(四)补充公司机关决议不成立确认之诉,已经实行了“三分法”。司法实践中还有机关决议有效确认之诉,法院支持与驳回起诉的裁判均有。^①

公司机关是指表达公司法人组织意志,管理公司内外事务的机构。有限公司一般由股东会、董事、监事三机关组成,股份公司通常由股东大会、董事会和监事会三机关组成。按西方国家公司法理论,公司三机关是三权分立的政治制度在经济组织中的体现,其权力分工和制约关系,反映了公司经济民主化的要求。^② 其中,股东会或者股东大会为公司权力机关,董事或者董事会是公司的业务决策、执行机关,监事或者监事会为公司的监督机关。公司三机关分工配合,互相制约,保证公司营运合理化、科学化、规范化。第二次世界大战以来,由于生产的复杂化和管理的专门化,西方各国推行所谓的人民资本主义,导致很多公司股份高度分散化,股东大多无力也无意参与管理庞大的股份公司。因此,股东大会日趋流于形式,公司管理大权逐渐落入董事会甚至经理层手中。然而,三机关之间的基本格局尚无根本性变化,只是英美法国家一般采取“一元制”,不设与董事会平行的监事会那样的专门监督机关,而是在董事会中引入与内部执行董事相对应的外部独立董事,由独立董事组成的审计委员会、提名委员会及薪酬委员会,加上股东大会、个别股东和社会监督机构来实施多重监督。2001 年美国能源巨头安然公司财务丑闻爆发之后,美国迅即颁布公司会计改革法,强化公司监管措施。美国证监会、纽约证券交易所、纳斯达克交易系统要求上市公司的外部独立董事达到 2/3 以上以及审计委员会成员的全部。从 2006 年 7 月 15 日开始,在美国上市的所有外国公司也须达到上述要求。^③ 德国公司法以及吸收德国法例的欧洲公司法第 5 号指令规定有“二元制”治理结构,即由股东大会选举产生监事会,董事由监事会选任,并对股东大会和监事会负责。有人认为在德国式的公司治理结构中,监事会相当于董事会,而董事会反而成了实际上的经理会。^④ 法国 1966 年商事公司法中也有同样的选择性规定。日本公司机关设置规则可以溯源到欧洲大陆,但有所变通,2001 年、2002 年修法时引进美国的外部独立董事及设置委员会公司制度,并在 2005 年制定新公司法典时予以最后确认。据此,日本取消了有限公司制度,原来的有限公司作为特殊股份公司继续保留。股份公司按照大小、封闭或者开放分为四大类,大型开放公司可以选择设置监事会公司或者设置委员会公司。前者为传统模式,后者须同时设置审计委员会、提名委员会和薪酬委员会,各委员会的过半数成员须为外部独立董事。设置委员会公司不得同时设置监事会。^⑤ 之后经过多次修改,仍然采取列举式选择性的公司机关或者治理结构制度安排。中国证监会在 2001 年要求上市公司建立独立董事制度,在保留监事会的前提下,在董事会中选任 1/3 以上的独立董事,而审计委员会、提名委员会和薪酬委员会等专门委员会也已普遍设置。究竟何种模式更为合理,不能一概而论,如何权衡公司投资者与经营者之间的关系,也成为公司治理结构研究的永恒课题。中国 2005 年修改《公司法》确定在上市公司设立独立董事,具体办法由国务院规定。有限公司的机关设置基本尊重股东的自主权利,任意性色彩更重。

① 俞巍:《股东请求确认股东会决议有效的诉讼不宜受理》,《法学》2008 年第 9 期。范黎红:《股东请求确认股东会决议有效并非一律不具有诉的利益》,《法学》2008 年第 9 期。另见(2014)沪二民四(商)终字第 1261 号民事判决书。

② [日]铃木竹雄、竹内昭夫:《公司法》,有斐阁 1989 年版,第 200 页。

③ [英]巴尼·乔普森:《美国萨—奥法即将执行》,英国《金融时报》2006 年 7 月 10 日。孙璿:《萨班斯法案逼近 中国高科技企业难承成本重压》,《第一财经日报》2006 年 7 月 12 日。

④ 梅慎实:《现代公司机关权力构造论(修订本)》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 153 页。

⑤ [日]江头宪治郎:《股份公司法》,有斐阁 2006 年版,第 284 页。

因此,我们主要从股份公司的角度扼要介绍公司机关。

(一)股东会

股份公司股东会在中国称为股东大会,它是指由股份公司全体股东组成的、行使法定职权的公司非常设性权力机关。随着公司治理结构从股东会中心主义向董事会中心主义甚至经理中心主义的转化,世界各国公司的股东会从万能的最高权力机关演变为法定权力机关,有的国家还特别规定公司的权力除法律明文规定属于股东会的之外,均由董事会行使或者在董事会指导下行使。

依据中国《公司法》第99条的规定,股份公司股东会的职权适用该法第37条关于有限公司股东会职权的规定,具体有11项。

股东大会分年会和临时会议两种,与有限公司的股东会定期会议和临时会议并无本质区别。股东大会年会是股份公司依据法律规定并以章程确定的每年至少定期召开一次的股东大会会议;有限公司股东会定期会议则是依据章程规定按时召开的股东会。临时会议是公司依据法律规定的特定情形召开的股东大会或者股东会会议。年会或者定期会议究竟何时召开,法律并未规定,留待公司章程予以具体化。临时会议不定具体时间,而有法定情形。中国《公司法》第100条就规定了六种情形。

股东大会或者股东会通常由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举1名董事主持。有限公司不设董事会的,股东会会议由执行董事召集和主持。股份公司董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的,监事会应当及时召集和主持;监事会不召集和主持的,在中国连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以自行召集和主持。有限公司董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的,由监事会或者不设监事会公司的监事召集和主持;监事会或者监事不召集和主持的,代表10%以上表决权的股东可以自行召集和主持。不过,有限公司首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持。

关于有限公司股东会的召集办法及议事规则,主要由公司自主决定,法律规定非常宽松。中国对此有几个方面较具特色:(1)允许书面表决。对股东会的议决事项,股东以书面形式一致表示同意的,可以不召开股东会会议,直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章,即可产生股东会决议同样的效力。(2)较短通知时间。召开股东会会议,应当于会议召开15日前通知全体股东;公司章程可另作规定或者全体股东另作约定。(3)股东签名。与股份公司股东大会出席股东签到、出席董事在会议记录上签名不同,有限公司股东会应当对所议事项的决定作成会议记录,出席会议的股东应当在会议记录上签名。(4)更多章程自治。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权,公司章程也可另作规定;有关股东会议事方式和表决程序的其他事宜,均由公司章程规定。有关上市公司股东大会的规则,按照中国证监会发布的《上市公司股东大会规则》执行。

(二)董事会

董事会是由股东大会选举产生的董事(欧洲某些国家经监事会选任)组成的负责公司业务决策的公司常设性机关。董事是由股东大会或监事会选任的,代表公司对外进行商务活动,对内管理公司事务的专门人才。欧洲国家早期规定董事直接代表公司开展业务,因不能适应公司大型化、董事复数化的现实,引起公司管理上的混乱,备受诟病。美国创设董事会制后,董事会与其成员的职能被严格分开。董事会作为公司常设性业务决策机构,决定公司经营管理的

基本方针和主要规则,而董事只能通过董事会或者在董事会的授权下,才能参与公司的管理,绝不能越过董事会自行其是。董事会可将具体的执行事务交由特定的董事,还可设置专务董事、常务董事、执行董事等在董事会授权范围内负责公司的专门事务,也可设置经理机构处理公司的日常生产经营事务。中国规定经理为股份公司必设机构。

董事有权代表公司对外进行商事活动,其权力从何而来?这就涉及董事与其所任职的公司之间的关系。在欧美公司法理论上,如何看待前述两者之间的关系,历来意见纷呈,莫衷一是。归纳起来,大致有三种观点,有的还有立法依据。德国和日本以委托代理或者代表关系为通论;英国和美国以代理和信托关系或者信义关系为通论,也有认为是单纯代理关系或者单纯信托关系的。中国以委托代理关系论为主流观点,但英美法国家的通常理解似乎更加贴切,因为委托代理关系中,委托人对代理人的代理权限有严格限制,不利于董事贯彻经营判断原则,假如董事作为公司的代理人,又可将公司事务作为信托事务进行处理,则董事虽受代理权的制约,但可像处理信托财产那样处理公司事务,其发挥主观能动性的余地就要大得多。在全球化的商业环境中,这一点至关重要。不过,撇开上述争论,无论董事与公司之间属于何种关系,均离不开相互之间的高度信任,董事负有诚信义务、信托义务或者信义义务。否则,公司绝不会将关系到全体股东利益以及公司兴败存亡的经营管理事务托付给董事。^①

由于董事的经验、水平、能力、素质等在相当大的程度上影响着董事会的效率,进而决定着公司的成败,因而各国通常对董事任职资格设有详细规定。依据中国《公司法》第146条,有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员:(1)无民事行为能力或者限制民事行为能力;(2)因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,被判处有期徒刑,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)担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理,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、责令关闭的公司、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。公司违反上述规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述情形的,公司应当解除其职务。此为董事等的消极资格。其积极资格即符合何种任职条件,法律通常不作硬性规定,交由公司自主把握。董事可以但不必由股东担任。中国要求在两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限公司董事会成员中,应有公司职工代表;其他有限公司以及股份公司董事会成员中可引入职工代表。职工董事由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。其他董事,包括上市公司独立董事,通常由股东会或者股东大会选任。

在中国,股份公司董事会为5~19人,有限公司董事会为3~13人。股东人数较少或者规模较小的有限公司,可不设董事会而仅设1名执行董事并可兼任公司经理。

董事任期由公司章程规定,每届任期不得超过3年。董事任期届满,连选可以连任。董事任期届满未及时改选,或者董事在任期内辞职,导致董事会成员低于法定人数的,在改选出的董事就任前,原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定,履行董事职务。至于董事任期届满前是否可以提前解任,甚至整个董事会进行改选,在域外似乎不成问题,中国《公司法》未予规定,但最高人民法院关于适用公司法司法解释(五)第3条作了反面解释,实际上赋予公司

^① 吴建斌:《论董事的竞业禁止义务》,载《南京大学中德经济法研究所年刊》(1992),第99页。

提前解任权,但应当予以合理补偿。实践中已有因上市公司实际控制人变化而提前进行董事会换届的事例。^①

董事会设董事长1人,并可设副董事长。在有限公司,董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。在股份公司,董事长和副董事长由董事会以全体董事过半数选举产生。设立董事长的,公司法定代表人通常由其担任,也可另定总经理担任。股份公司董事长召集和主持董事会会议,检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作,董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长履行职务;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事履行职务。有限公司董事会会议由董事长召集和主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长召集和主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

在中国,董事会对股东大会或者股东会负责,行使下列职权:(1)召集股东大会或者股东会会议,并向其报告工作;(2)执行股东大会或者股东会的决议;(3)决定公司的经营计划和投资方案;(4)制订公司的年度财务预算方案、决算方案;(5)制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案;(6)制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案;(7)制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案;(8)决定公司内部管理机构的设置;(9)决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项,并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项;(10)制定公司的基本管理制度;(11)公司章程规定的其他职权。不设董事会而仅设执行董事的,其职权由公司章程规定。

股份公司董事会每年度至少召开两次会议,每次会议应当于会议召开10日前通知全体董事和监事。代表1/10以上表决权的股东、1/3以上董事或者监事会可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后10日内召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议,可以另定召开董事会的通知方式和通知时限。

股份公司董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会会议,应由董事本人出席;董事因故不能出席的,可以书面委托其他董事代为出席,委托书中应载明授权范围。董事会作出决议,必须经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决,实行一人一票。有限公司董事会的议事方式和表决程序,除公司法有规定的之外,其余由公司章程规定。另外,上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关关联关系的,不得对该项决议行使表决权,也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行,董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足3人的,应将该事项提交上市公司股东大会审议。

董事会应当对会议所议事项的决定作成会议记录,出席会议的董事应当在会议记录上签名。

(三)经理

公司经理是由公司董事会聘任或者解聘的主持公司业务执行的行政负责人。在商法制度中,公司经理为公司任意选任的商业使用人,有代理公司实施有关营业活动的诉讼内及诉讼外一切行为的权利。^②依中国《公司法》第113条有关“股份有限公司设经理,由董事会决定聘任或者解聘”的规定,经理为股份公司的法定必设机关,但仍处于辅助董事会的公司商业使用人地位。

^① 参见天泽信息产业股份有限公司董事会2020年6月10日发布的《关于董事会提前换届选举的公告》。

^② 吴建斌编译:《日本公司法:附经典判例》,法律出版社2017年版,第7页。

公司董事会虽可决定由董事兼任经理,但董事与公司的关系属于前述委任或者信托关系,而经理与公司的关系则属于雇佣关系。董事兼任经理的,该董事具有委任与雇佣双重身份。

有关股份公司经理的职权与有限公司无异,包括以下几项:(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)决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员;(8)董事会授予的其他职权。公司章程对经理职权另有规定的,从其规定。经理列席董事会会议。不过,就有限公司的经理,现行《公司法》已将原来的公司必设机关改为可以设置的任意机关。2012年最高院指导案例10号“李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案”确立了这样的司法裁判规则:人民法院在审理公司决议撤销纠纷案件中,解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实、理由是否成立,不属于司法审查范围,也即公司有权无因解聘公司总经理,但也要予以合理补偿。

(四)监事会

监事会又称监察委员会,是公司中对公司财务会计或者业务活动进行监督的机关。与德国“二元制”治理结构中由股东大会选举产生监事会,再由监事会选任董事不同的是,中国采用日本传统式的由股东大会同时选任董事会与监事会的模式。在中国2005年修改《公司法》时,股份公司监事会、有限公司监事会或者监事的职权得到了一定的加强。

公司设监事会的,其成员不得少于3人。股东人数较少或者规模较小的有限公司,可设1至2名监事而不设监事会。

监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表,其中职工代表的比例不得低于1/3,具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

股份公司监事会设主席1人,可设副主席;有限公司监事会设主席1人。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议。监事会主席不能履行职务或者不履行职务的,在股份公司由监事会副主席召集和主持监事会会议;监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上监事共同推举1名监事召集和主持监事会会议。在有限公司,直接由半数以上监事共同推举1名监事召集和主持监事会会议。

监事的任期每届为3年。监事任期届满,连选可以连任。监事任期届满未及时改选,或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的,在改选出的监事就任前,原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定,履行监事职务。董事、高级管理人员不得兼任监事。

在中国,监事会、不设监事会公司的监事行使下列职权:(1)检查公司财务;(2)对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督,对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议;(3)当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时,要求董事、高级管理人员予以纠正;(4)提议召开临时股东会会议,在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议;(5)向股东会会议提出提案;(6)依法代表公司对董事、高级管理人员提起诉讼;(7)公司章程规定的其他职权。另外,监事可以列席董事会会议,并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常,可以进行调查;必要时,可以聘请会计师事务所等协助其工作,费用由公司承担。股份公司监事会行使职权所必需的其他费用也由公司承担。

股份公司监事会每6个月至少召开1次会议,有限公司监事会每年度至少召开1次会议,

监事可以提议召开临时监事会会议。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录,出席会议的监事应当在会议记录上签名。监事会的其他议事方式和表决程序由公司章程规定。

(五)董事等的义务和责任

公司机关的权力能否正确行使,有赖于每个董事、监事和高级管理人员的一言一行。在中国,2005年修改《公司法》首次确定了“高级管理人员”的定义,它是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。本来,传统公司法的公司常设性机关只有董事或者董事会,监事或者监事会并非必设机关,实行“一元制”的国家至今未设,经理也只是任意机关,且其地位及权力首先来自雇佣合同而非委任关系,因此,国外通常侧重于规范董事的义务和责任。2005年中国修改《公司法》时,对上述传统进行了改造,对上述董事、监事和高级管理人员作出统一规定,明确其忠实、勤勉的总括性义务,并就具体的义务及责任予以调整与廓清,对责任追究的方式和途径予以明确。英美法系国家公司法注重诚信或者信义义务的规制和铺陈,但也有学者认为董事与公司间的受信关系是有别于信托关系的。^①《日本公司法典》规范的所谓公司高级管理人员,则包括董事、监事、执行官等,与中国《公司法》的指称并不完全相同。

忠实义务和勤勉义务来源于代理人或者受托人对委托人或者信托人的法定义务^②,公司法只是移植而已。勤勉义务与忠实义务的关系在国外至今仍有争议,与同质说相比,异质说为主流意见。不过,真正追究董事等违反勤勉义务责任的判例并不多见,日本公司法也仅以第355条概括性地规定了董事的忠实义务。中国公司法不但对董事等的忠实、勤勉义务作出总括性规定,而且也明确了竞业限制、与公司利益冲突交易限制、不得越权等义务。在学理上一般认为后三项是前两项义务的具体化。

忠实义务,是指要求董事等遵循忠于职守、维护公司的利益,当自己的利益和公司的利益发生冲突时应以公司的利益为重的义务。

勤勉义务亦称善管注意、合理履行技能或者注意义务,是指要求董事等在领导和处理公司业务时,应当具有一个正直的、有责任心的业务领导人的细心,对于有关公司的秘密,特别是那些在董事会工作中了解到的经营或者商业秘密,必须做到守口如瓶的义务。对此,英国的衡平法判例有三个判断标准:一是对不具有专业资格和经验的非执行董事,应适用主观标准,视其是否尽了最大努力;二是对执行董事应适用客观标准,他们只有在履行了具有同类专业水平或者经验的专业人员应履行的技能和注意时才算履行义务;三是对执行董事适用推定知悉原则,即推定其有专业水平或者经验。^③

竞业限制义务,是指要求董事等遵循未经公司股东会或者董事会同意,不得从事与本公司业务相同的事物的义务。中国公司法原来一律禁止董事的竞业行为,后在上市公司中有所放宽,2005年修改《公司法》改为竞业限制义务,是顺应世界潮流,也是合理的。与竞业限制义务有联系的还有不得篡夺公司商业机会的义务及兼业禁止或者限制义务。前者为董事等遵循不得篡夺或者谋取属于公司的商业机会的义务,2005年修改《公司法》已经引进;后者为董事等遵循不得兼任从事同类业务公司的董事或经理的义务,中国目前仅在部门规章中有所要求,现

① 葛伟军:《英国公司法讲义》,法律出版社2014年版,第236页。

② 沈四宝等:《国际商法》,对外经济贸易大学出版社2002年版,第33页以下。吴建斌:《国际商法新论》(第二版),南京大学出版社2005年版,第117页。

③ 董安生等编译:《英国商法》,法律出版社1991年版,第268页以下。

行《公司法》中尚未规定。

与公司利益冲突交易限制义务,是指董事等遵循未经公司股东会或者董事会同意,不得与本公司订立合同、进行交易,或者从事其他与公司利益冲突交易的义务。在民法上通常有禁止双方代理及自我代理的规则,为方便交易、扩大竞争,现代公司法通常有所放宽,中国亦然。

不得越权义务,是指要求董事等严格遵循法律、章程、股东大会和董事会决议行事,在法律规定或者公司授权的范围内履行职责,不得越权的义务。对董事越权行为的后果,仍由公司承担,以保护善意第三人的权益,但董事要对公司承担赔偿责任。正如前述,早期英美法公司法上公司仅对董事授权范围内的事务负责的越权原则,已在 20 世纪 80 年代先后被有关国家所废除。

中国 2005 年修改《公司法》第六章为董事等资格和义务的专门规定。就具体义务而言,属于忠实义务的居多,例如,董事等不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入;不得侵占公司财产;不得挪用公司资金;不得将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储;不得违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保;不得违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易;不得未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务;不得将他人与公司交易的佣金归为己有;不得擅自披露公司秘密;等等。而且,在实践中,因法律上并未如日本、英国那样设置有关董事特别是外部独立董事责任的减免制度,故一旦公司尤其是上市公司违法违规,如虚假披露信息,则主管机关往往在处罚公司的同时,也要处罚相关董事。^① 不过,2020 年修改《证券法》施行前,董事与公司承担连带民事赔偿责任的案例并不多见。

对于有限公司董事等的勤勉义务,中国修改《公司法》未设具体规则,对于股份公司董事等违反勤勉义务的责任仅列举了一种情形,即该法第 112 条规定的表决责任:董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议,致使公司遭受严重损失的,参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的,该董事可以免除责任。另外,证券法规定的上市公司董事包括独立董事的责任则相对明确且更加严格,中国 2019 年修改《证券法》在围绕 IPO 注册制改革,完善信息披露义务和责任的同时,对董事在违法信息披露、违规增减持、短线交易以及内幕交易等方面的行政、民事和刑事法律责任,进行了强化。

董事等违反忠实义务的责任或者公司的救济方式,主要有归入权及损害赔偿请求权。归入权亦称介入权,是指董事等违反忠实义务,特别是违反竞业限制义务时,公司将其竞业行为所得的收入收归公司所有的权利。损害赔偿请求权,是指董事等执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。

五、公司的其他问题

【案例 1—5】

2001 年 9 月 27 日,中国证监会根据有关证券法规对郑州百文股份有限公司(以下简称“郑百文公司”)及有关中介机构违反证券法规的行为作出行政处罚;对涉嫌犯罪的主要责任人

^① 参见中国证监会〔2017〕2 号行政处罚决定书(文峰大世界连锁发展股份有限公司、江苏文峰集团有限公司、陆永敏等 16 名责任人员)。(2017)京行终 5308 号行政判决书。

员,中国证监会依法移送公安机关追究其刑事责任。具体事由如下:

“郑百文公司”上市前披露虚假信息。1996年郑州百文股份有限公司在其披露的相关年度报告中称,1994年该公司净利润为2 513万元、1995年为2 740万元。经查明,“郑百文公司”在上市前的1994—1995年,采用虚提返利、少计费用、无依据冲减成本、费用跨期入账等手段,虚增利润1 908万元。其中,1994年284万元,1995年1 624万元。1992年12月,“郑百文公司”实施增资扩股时,应募集资金19 562万元,而1992年末实际到位资金仅334万元,其余资金直至上市(1996年4月)后的1997年才陆续到位。“郑百文公司”1994—1995年度,累计有22家外地分公司的经营情况未并入股份公司会计报表。“郑百文公司”向中国证监会提供的上市申报材料和上市公告书存在严重虚假和重大遗漏,未能真实、完整地反映该公司的经营情况。

上市后披露虚假信息。1997—1999年,“郑百文公司”在其披露的相关年度报告中称,该公司1996年净利润为4 989万元、1997年为7 843万元、1998年为-50 241万元。经查明,“郑百文公司”上市后3年采用虚提返利、费用挂账、无依据冲减成本及费用、费用跨期入账等手段,累计虚增利润14 390万元。“郑百文公司”家电分公司经“郑百文公司”董事会及董事长批准,于1996年11月,先后通过国泰证券公司郑州营业部、广发证券公司、广发证券咨询公司,将36 446万元资金投入证券市场,共获投资收益4 504万元。以上投资及投资收益“郑百文公司”均未对外披露,隐瞒了这一大额投资及投资收益事项。1997年12月31日,“郑百文公司”家电分公司所属的发达部、凯歌部、广电一部、广电二部、牡丹部等五个经营部的会计报表说明书与上报的会计报表利润金额不符。在五个经营部的会计报表说明书中,1997年五个经营部的亏损挂账共计2 764万元,而在上报的会计报表中,五个经营部上报的“利润总额”本年累计均为“0”,隐瞒了实际亏损。1998年10月,“郑百文公司”家电分公司报送到股份公司财务处的利润报表中“利润总额”本期数为-25 535万元,本年利润总额累计数为-26 296万元,遭到财务处的拒收。于是,“郑百文公司”家电分公司对报表进行了二次处理,将本年利润总额累计数进行了调整,从而隐瞒了当期亏损25 538万元。1996—1998年度,“郑百文公司”累计有23家外地分公司的经营情况未汇入股份公司会计报表中。在上述年度的年报中存在严重虚假和重大遗漏,未能真实、完整地反映该公司的经营情况。1998年4月,“郑百文公司”在配股说明书中披露了配股资金用途,承诺将投资1.26亿元再建设30个商品配售中心。同年7月,“郑百文公司”实施配股,配股金额1.55亿元。经查明,“郑百文公司”配股资金到位后,除按配股说明书披露的配股项目投入600万元兼并郑州市化工原料公司外,其余资金用于偿还银行贷款,该公司实际用于配股项目的资金仅占配股资金总额的0.4%。“郑百文公司”的配股资金实际使用情况与配股说明书及1998年年报披露的配股资金使用情况不符。

中国证监会经查明认定:“郑百文公司”董事长李福乾对上述问题负有领导责任和直接责任,董事乔鸿祥、钟文珍、平玉兰、赵三焕、李安民、王金凤、李新阳、陆家豪负有直接责任;副董事长、总经理卢一德应对该公司1998年4月以后的虚假信息披露问题负有领导责任和直接责任,董事杨东负有直接责任。依据《股票交易与管理暂行条例》第74条的规定,决定:(1)对“郑百文公司”处以警告,并罚款200万元;(2)对“郑百文公司”董事长李福乾处以罚款30万元;(3)对“郑百文公司”副董事长、总经理卢一德处以罚款20万元;(4)对“郑百文公司”董事乔鸿祥、钟文珍、平玉兰、郭玉兰、赵三焕、李安民、王金凤、李新阳、杨东、陆家豪分别处以罚款10万元。

请问:

1. 上市公司财务公开的方式主要有哪些?
2. 上市公司董事对其年度报告承担怎样的责任?
3. 中国上市公司财务造假屡禁不止,其根源何在?

(一)公司的财务会计

1. 基本规则

公司的财务会计本属公司的内部事务,涉及公司的商业秘密,外界不得而知,他人也无权干预。但是,为了让股东充分了解公司的真实情况,各国法律均对公司财务会计的有关问题,如会计报表的形式、种类、编制方法、送交或者公布时间等设置了若干强制性规定。中国规定,所有公司均须依法建立财务会计制度,在每一会计年度结束时编制财务会计报告,并依法经会计师事务所审计。公司除法定的会计账簿外,不得另立会计账簿。对公司资产,不得以任何个人名义开立账户存储。公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所,依照公司章程的规定,由股东会、股东大会或者董事会决定。公司股东会、股东大会或者董事会就解聘会计师事务所进行表决时,应当允许会计师事务所陈述意见。公司应当向聘用的会计师事务所提供真实、完整的会计凭证、会计账簿、财务会计报告及其他会计资料,不得拒绝、隐匿、谎报。

有限公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。股份公司的财务会计报告应当在召开股东年会的一定期限,如中国规定的 20 日以前置备于公司,供股东查阅,而公开发行股份的股份公司必须公告其财务会计报告。

2. 财务会计报告及其公示

财务会计报告是反映公司生产经营成果和财务状况的总结性书面文件。中国《会计法》第 20 条第 2 款规定:“财务会计报告由会计报表、会计报表附注和财务情况说明书组成。”会计报表主要包括资产负债表、利润及利润分配表、现金流量表等。资产负债表又称平衡表,是反映公司在某一特定日期实有资产和现有负债状况的会计报表;利润及利润分配表是反映公司在一定时期内经营成果、利润分配以及年末分配利润结余情况的会计报表;现金流量表是反映企业现金和现金等价物流入和流出情况的会计报表。会计报表附注是为了便于会计报表使用者理解会计报表的内容而对会计报表的编制基础、编制依据、编制原则和方法及主要项目等所做的解释。财务情况说明书是对企业一定会计期间内生产经营、资金周转和利润实现及分配等情况的综合性说明。公司财务会计报告的格式和编制办法由财政部具体规定。

正如前所述,公开发行股份的股份公司,尤其是上市公司的财务会计报告实行公示主义。每年年度结束后,由董事会负责编制并审议,在德国还要经监事会审议后,置备于公司本部,供股东查阅,经股东大会审议通过,报送主管机关、证券交易所,并在规定的报刊上公告。上市公司的中期报告、季度报告也实行相应的制度。中国证监会对年度报告、中期报告、季度报告的内容与格式有详细的规定。

3. 公积金制度

各国公司法均规定有公积金制度。公积金又称储备基金,是指公司为了增强自身的财力,扩大经营规模,预防意外风险,依照法律或公司章程规定从资产或者盈余中提取的积累资金。公积金主要分为法定公积金和任意公积金。公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。

法定公积金依法强制提取,依其来源不同,分为盈余公积金和资本公积金。盈余公积金是指公司在分配股利前按一定比例从盈余中提取的公积金,幅度从 5% 到 25% 不等。中国为 10%,法定公积金达到股本 50% 以上时可不再提取。资本公积金是指直接由资本或资产增值

以及其他原因所形成的公积金。资本公积金的构成通常有股票溢价额、资产增值额、因合并而取得其他企业的净资产额等。以股票溢价额为例,假如某公司的股票面值为每股 1 元,其发行价为 10 元,其中 1 元为发行成本,1 元为股本,另外 8 元的溢价应列入资本公积金。中国《公司法》第 167 条规定,股份公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款以及财政部规定列入资本公积金的其他收入,应当列为公司资本公积金。法定公积金转为资本时,所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的 25%。

任意公积金又称特别盈余公积金,是指公司根据章程规定或股东大会决议在法定盈余公积金之外自愿提取的公积金。公积金一般用于应付公司的突发事件、弥补营业亏损等,当公积金达到一定数额后,经股东大会讨论决定,有的国家还须经主管当局批准,可以转为红利或者红股分配,后者同时实行增资。

4. 盈余分配

公司经营所得和其他所得,依法缴纳所得税后的利润即为公司盈余。公司盈余的分配顺序为:(1)弥补历年亏损;(2)提取法定盈余公积金;(3)提取任意公积金;(4)发放优先股股息;(5)分配普通股红利。

依中国公司法的规定,公司分配当年税后利润时,应当提取利润的 10%列入公司法定公积金。原来规定有再提取利润的 10%列入法定公益金作为职工福利基金的做法,但随着工资制度、住房货币化改革的推行而取消。公司法定公积金累计额为公司注册资本 50%以上的,可不再提取。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的,在提取法定公积金之前,应当先用当年利润弥补亏损。公司在从税后利润中提取法定公积金后,经股东会或者股东大会决议,还可从税后利润中提取任意公积金。

有关公司盈余分配的原则、办法,中国 2005 年修改《公司法》有三项重大调整:一是明确有限公司股东按照实缴的出资比例而非笼统的出资比例分取红利;二是允许公司章程自主决定;三是明确公司持有的本公司股份不得分配利润。有限公司全体股东约定不按照出资比例分取红利,股份公司章程规定不按持股份比例分配的,可以另定办法。公司违法分配的,股东须将违法分配的利润退还公司。

(二)公司的合并、分立、组织变更和修改章程

公司的合并、分立、组织变更和修改章程,以及增资、减资,均须由公司的股东会或者股东大会作出决议,并且是特别决议,由占公司参与表决股东表决权数的 2/3 以上同意方能通过。有的国家规定前两种及后一种情形须由债权人同意。当然,有的还须经公告程序。

1. 公司的合并

公司合并是指两个或者两个以上的公司组合成一个公司的行为。公司合并有吸收合并和新设合并两种形式。吸收合并是一个公司吸收其他公司,吸收的公司存续,被吸收的公司解散的合并行为,可以用 $A+B=A$ 或者 $A+B=B$ 来表示。新设合并是两个以上公司组合成一个新的公司,合并各方解散的合并行为,可以用 $A+B=C$ 来表示。

中国公司法规定,公司合并,应当由合并各方签订合并协议,并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起 10 日内通知债权人,并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内,未接到通知书的自公告之日起 45 日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。不清偿债务或者不提供相应担保的,公司不得合并。公司合并时,合并各方的债权、债务应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

2. 公司的分立

公司分立是指一个公司通过重新组合,变成两个或者两个以上公司的行为。公司分立的重组方向和轨迹,正好与公司合并相反。其形式,相对于公司合并也有两种,即派生分立和新设分立。前者是一个公司通过分出其一部分,设立一个或者数个新的公司,原公司继续存在的分立方式,可以用 $A=A+B$ 或者 $B=A+B$ 来表示。后者是一个公司通过分割,设立一个或者数个新的公司,原公司不复存在的分立方式,可以用 $A=B+C$ 来表示。

中国公司法规定,公司分立时,应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起 10 日内通知债权人,并于 30 日内在报纸上公告。可见,其债权人的保护程序应当与公司合并基本一样,但 2005 年修改《公司法》对此有所简化。公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。

公司合并或者分立,登记事项发生变更的,应当依法向公司登记机关办理变更登记;公司解散的,应当依法办理公司注销登记;设立新公司的,应当依法办理公司设立登记。

为了促进公司重组,2005 年中国修改《公司法》简化了公司合并或者分立的程序,表现在取消原《公司法》第 183 条要求经政府行政审批的规定,改连续 3 次公告为 1 次公告,公司合并公告期限从 90 日缩短到 45 日,以分立后公司承担连带责任的方式取代债权人保护程序。

3. 公司的组织变更

公司的组织变更是指公司从一种法律形态转变为另一种法律形态。通常为相同或者类似责任形式的公司之间的变更,如无限公司与两合公司之间的变更、两合公司与股份两合公司之间的变更、有限公司与股份公司之间的变更等。有的国家法律规定只能发生相同或者类似责任形式的公司之间的变更,而禁止不同责任形式的公司之间的变更,如果将原来的无限公司变为有限公司,则原公司解散,设立新的公司,那就不是公司变更的问题了。

依据 2005 年中国修改《公司法》第 9 条的规定,有限公司变更为股份公司,应当符合公司法规定的股份公司的条件。股份公司变更为有限公司,应当符合公司法规定的有限公司的条件。公司组织变更的,须经股东会或者股东大会特别决议,同时修改公司章程,因公司变更前的债权、债务由变更后的公司承继,故法律未强制要求启动债权人保护程序。

(三)公司的解散和清算

公司解散是指通过一定程序使公司组织解体,消灭其法人资格的行为。公司清算是当公司解散事由出现后,依法组成清算组处理公司债权债务关系,消灭其法人资格的程序。

中国 2005 年修改《公司法》规定的公司解散原因有:(1)公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现,但通过修改公司章程决定公司存续的除外。此时的章程修改,有限公司须经持有 2/3 以上表决权的股东同意通过,股份公司须经出席股东大会会议的股东所持表决权 2/3 以上同意通过。(2)股东会或者股东大会决议解散。(3)因公司合并或者分立需要解散。(4)依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。(5)公司经营管理发生严重困难,存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权 10% 以上的股东可以请求人民法院解散公司。

除因合并或者分立解散公司无须清算之外,应当在解散事由出现之日起 15 日内成立清算组,开始清算。公司一旦进入清算程序,虽然公司存续,仍具有商事主体资格,但权利能力受到一定的限制,就像进入破产程序的公司那样不得开展与清算无关的经营活动。其原公司机关的代表、代理权力终止,由清算组对外代表公司。清算组就是在公司清算程序中代表公司清理财产、了结业务以及处理其他清算事务的临时性机关。有限公司的清算组由股东组成,股份公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的,债权人可

以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请,并及时组织清算组进行清算。对于实践中常见的空壳公司、歇业公司,债权人也可以行使诉权,甚至诉求清算义务人进行清算。

清算组在清算期间行使下列职权:(1)清理公司财产,分别编制资产负债表和财产清单;(2)通知、公告债权人;(3)处理与清算有关的公司未了结的业务;(4)清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款;(5)清理债权、债务;(6)处理公司清偿债务后的剩余财产;(7)代表公司参与民事诉讼活动。

清算组应当自成立之日起 10 日内通知债权人,并于 60 日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内,未接到通知书的自公告之日起 45 日内,向清算组申报其债权。债权人申报债权,应当说明债权的有关事项,并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间,清算组不得对债权人进行清偿。

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后,应当制定清算方案,并报股东会、股东大会或者人民法院确认。公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金,缴纳所欠税款,清偿公司债务后的剩余财产,有限公司按照股东的出资比例分配,股份公司按照股东持有的股份比例分配。公司财产在未依法清偿前,不得分配给股东。公司清算结束后,清算组应当制作清算报告,报股东会、股东大会或者人民法院确认,并报送公司登记机关,申请公司注销登记,公告公司终止。

清算组成员应当忠于职守,依法履行清算义务。清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入,不得侵占公司财产。清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的,应当承担赔偿责任。

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后,发现公司财产不足以清偿债务的,应当依法向人民法院申请宣告破产。公司经人民法院裁定宣告破产后,清算组应当将清算事务移交给人民法院。公司被依法宣告破产的,依照有关企业破产的法律实施破产清算。

(四)外国公司的分支机构

欧洲国家的公司法一般不对外国公司设置专门规定,美国《标准商事公司法》、日本公司法典设有外国公司规范。中国新《公司法》第十一章规定的则是“外国公司的分支机构”,“外国公司是指依照外国法律在中国境外设立的公司”。

日本法规定,外国公司要在日本进行连续性交易时应确定其在日本的代表人并设置营业所。该营业所应予登记,方式和条件与日本本国同类公司或者分公司相同,即基本上实行国民待遇。依中国 2005 年修改《公司法》,外国公司可在中国境内依法设立分支机构,从事生产经营活动。具体要向中国主管机关提出申请,并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件,经批准后,向公司登记机关依法办理登记,领取营业执照。外国公司的分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式。外国公司的分支机构应当在本机构中置备该外国公司章程。外国公司在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格,其在中国境内进行经营活动的民事责任由外国公司承担。外国公司撤销其在中国境内的分支机构时,必须依法清偿债务,依照本法有关公司清算程序的规定进行清算。未清偿债务之前,不得将其分支机构的财产移至中国境外。

外国公司在中国境内设立分支机构,必须在中国境内指定负责该分支机构的代表人或者代理人,并向该分支机构拨付与其所从事的经营活动相适应的资金。对外国公司分支机构的运营资金需要规定最低限额的,由国务院另行规定。

经批准设立的外国公司分支机构,在中国境内从事业务活动,必须遵守中国的法律,不得损害中国的社会公共利益,其合法权益受中国法律保护。

本章小结

本章着重介绍了国际商事组织的基本知识以及合伙、公司法律制度。全部内容共分概述、合伙、公司三节。其重点主要体现在下述关键概念及思考与练习中。

关键概念

国际商事组织法;业主制企业;合伙企业;普通合伙;有限合伙;有限责任合伙;有限责任有限合伙;公司;有限公司;股份公司;公司章程;注册资本;法定资本制;授权资本制;认可资本制;声明资本制;公司法人格否认法理;股份;股票;优先股;公司债;累积投票制;股权收购请求权;股东代表诉讼;股东大会;董事会;董事;监事会;忠实义务;勤勉义务;公司介入权;公积金;公司合并;公司分立

思考与练习

1. 简述公司与合伙的主要区别。
2. 世界上主要的合伙企业形式有哪些?
3. 简述公司的概念及特征。
4. 简述公司章程的法律性质。
5. 世界上主要的资本制度有哪些?
6. 何谓资本三原则?
7. 谈谈您对公司法人格否认制度的认识。
8. 简述优先股的概念及类型。
9. 简述重要的少数股东保护措施。
10. 简述公司债与股份的主要区别。
11. 公司治理结构的法理依据何在?
12. 简述董事、经理的义务和责任。
13. 简述公司公积金制度。



第二章 商事代理法



本章要点

1. 代理法律关系中各主体的权利与义务
2. 无权代理、表见代理、隐名代理的法律责任承担



导入案例

中国电子进出口东方贸易有限公司诉 中电通信科技有限责任公司代理合同纠纷案^①

原告(被上诉人):中国电子进出口东方贸易有限公司(以下简称东方公司)

被告(上诉人):中电通信科技有限责任公司(以下简称中电公司)

2004年8月27日,中电公司给东方公司出具委托书,约定中电公司委托东方公司代理进口U8800型GSM手机散件,进口数量为30000套,总价值为300万美元。2004年8月19日,国家商务部颁发了U8800型GSM手机散件自动进口许可证,载明进口商为东方公司,进口用户为中电公司,贸易地区和原产地均为中国台湾。2004年9月2日至10月8日,上述货物分批由台湾金马空运至北京,进口手机散件的总数量为16000套。捷达国际运输公司(以下简称捷达公司)为上述货物办理了进口货物报关手续,九张报关单上的收货单位均为中电公司。2004年8月31日至9月29日,东方公司分别为上述进口货物缴纳了进口关税人民币2452.79元、进口增值税人民币2168663.42元。东方公司将上述《海关进口关税专用缴款书》《海关进口增值税专用缴款书》交中电公司,后者进行了税款抵扣。根据16000套U8800型GSM手机散件的中华人民共和国出入境检验检疫入境货物调离通知单显示,收货人为中电公司。

货物进关后,中电公司取得了其中15000套U8800型GSM手机销售给创佳公司的增值税发票。为代理进口此笔手机散件,东方公司垫付货款人民币12773301.9元、支付银行手续费人民币15072.07元、支付海关代征进口关税人民币2452.79元、支付海关代征增值税人民币2168663.42元,中电公司对上述款项金额没有异议。东方公司与中电公司未就代理手续费的收取进行约定,关于东方公司主张的代理进口手续费人民币132092.68元,东方公司称其是按照行业惯例计算的代理手续费,即货款总额的1.3%。

一审法院经审理认为,东方公司与中电公司就代理进口U8800型手机散件所签订的委托书未违反国家法律及行政法规的禁止性规定,应属有效,据此委托书在双方当事人之间形成了委托代理进口法律关系,故判决中电公司给付东方公司人民币15091582.86元。

中电公司不服一审法院判决并提起上诉。二审法院另查明:2004年中电公司与创佳公司签订了全国销售总代理合同、技术服务合同,约定:中电公司允许创佳公司使用中电公司CECT的名称、商标和标识,创佳公司向中电公司支付每台手机人民币35元或人民币25元的报酬;中电公司委托创佳公司指定的代理商办理手机散件的进口报关事宜,创佳公司承担由此发生的各项税、费。此后,创佳公司向中电公司支付“贴牌费用”,中电公司向创佳公司出具了收款收据以及进账单。2005年7月1日,创佳公司向中电公司出具一份收条,证明截止到2005年6月30日,创佳公司从中电公司领取U8800型系列移动电话机的进网标志大约

^① 北京市高级人民法院(2008)高民终字第927号。

15 000枚。同时,2006 年创佳公司出具一份证明,内容为:“2004 年创佳公司与东方公司达成一致,创佳公司委托东方公司代为办理从台湾进口 U8800 手机的全部事宜,因创佳公司无法取得进口许可证并办理进口相关批准手续,故创佳公司以中电公司的名义办理各项手续。创佳公司委托东方公司为进口代理商。此后,创佳公司与东方公司直接履行代理合同,东方公司直接将进口手机散件交付给创佳公司,创佳公司以中电公司的名义办理各项手续。东方公司多次向创佳公司讨要进口的货款、进口代理费以及垫付的进出口增值税,确因创佳公司目前资金周转困难无法全部支付,但创佳公司承诺一定会尽快组织资金偿还东方公司的债务。以上为创佳公司委托东方公司进口 U8800 手机散件的事实情况。”

请问:

1. 本案中是否存在委托代理关系?
2. 若存在委托代理关系,则委托人为中电公司还是创佳公司?
3. 在本案的委托代理关系中,双方当事人是否履行了自己所应承担的义务?
4. 若您是二审法院法官,您会如何处理该案?

在早期社会中,人们参与一定业务、进行社会交往大多亲力亲为。随着商品经济的产生和发展,社会关系日益复杂,人们不可能总是事必躬亲,因而在 17 世纪逐步衍生出商业代理关系。在国际贸易中,许多业务工作都通过各种代理人来进行,上述海洋运输货物代理就是常见的一例。代理制度的存在和发展在很大程度上弥补和扩张了民事主体的行为能力,在当今商事交易活动中发挥着重要作用,因此,各国都十分重视有关代理的法律问题,形成了诸多成文与不成文的规则对其加以规制。本章着重介绍各国代理法的基本原理和规则,并结合国际贸易实务,对实践中的各种代理制度予以介绍。

第一节 概 述

一、代理的概念

根据大多数国家的法律规定,代理是指代理人根据被代理人的授权,代表被代理人与第三人订立合同或从事其他法律行为,由此而产生的权利义务直接归属于被代理人的行为。其中,被代理人又被称为委托人、本人,是将自己的事务委托给代理人,要求其代为办理的人;代理人又被称为受托人,是接受被代理人委托,为其办事的人;第三人则是在被代理人与代理人之外,在代理人完成委托事务的过程中与代理人打交道的人。不同的国家对代理的概念有着不同的理解,其中颇具典型意义的是两大法系的不同国家所赋予代理的不同内涵。

大陆法的代理制度建立在区别论的理论基础之上,即把委任与授权视作两个独立的行为,委任是被代理人与代理人之间的法律行为,属于代理的内部关系;而授权则是代理人得以与第三人从事法律行为的依据,属于代理的外部关系。与英美法系相比,大陆法系更侧重于对第三人信赖权(对代理人具有合法、完整的代理权的信赖)的保护。即便第三人知道或者有理由知道代理人事实上并未得到授权或其代理权限受到一定限制,被代理人也不得以对代理人授权的限制来减轻自己的责任。

英美法系的代理制度建立在等同论的理论基础之上,即代理人的行为被视同为被代理人的行为。因此,代理人与被代理人二者究竟谁与第三人直接进行交易并不重要,不论代理人是以委托人的名义还是以自己的名义行事,均视为被代理人的行为。英美法系这种无须公开被代理人身份便可将代理人行为的法律后果直接归属于被代理人的做法,在一定意义上更符合

商事代理迅捷、高效的特点。

二、与相近概念的比较

作为一个具有特定法律内涵的专有名词,代理与其他相近法律概念之间存在着严格区分,更与我们日常生活中的一些与代理相类似的行为大相径庭。比较它们之间的异同有助于我们更为准确地理解和把握代理的法律内涵及其法律后果。

(一)代理与传达

所谓传达,是指传达人(又称使者)将委托人的意思表示传递给第三人的行为。从表面来看,无论是代理人还是传达人的行为,其行为后果皆由委托人承担。尽管如此,二者的区别也十分明显:

1. 对于行为人的行为能力要求不同。在代理情形中,代理人不仅必须具备完全民事行为能力,同时还须具备完成委任事务的专业能力;而传达对于传达人的行为能力通常没有特殊要求。

2. 行为人是否具有独立意志不同。在代理情形中,代理人完成代理事务尽管是依据本人的授权,但至于具体如何执行代理任务、完成代理事项,则可由代理人自行决定。也就是说,在完成代理事务的过程中,代理人可以具有自己独立的意志。而在传达过程中,传达人仅是机械地将委托人的意思转达给第三人,是一种单纯的劳务提供,传达人不具有自己独立的意志。

3. 行为人所为行为的性质不同。这一区别系由前一区别推导而来。在代理情形中,代理人为完成委托事务,须与第三人签订合同或从事其他法律行为。而在传达过程中,传达人完成委托事项一般并不与第三人发生法律关系。

例:A. 董事会秘书向公司各级员工传达董事会会议内容和精神,该传达行为仅是机械地将会议有关内容披露给公司员工,其中并无该秘书个人的意思表示,亦未与公司其他员工发生法律关系。B. 公司业务员受公司之托,对外采购原料。在这一过程中,该业务员首先必须具有识别原料优劣及合同谈判的能力,同时在履行代理义务的过程中,其可选择合适的途径,譬如招标,从数家原料生产企业中选择出最合适者,与其签订购销合同,从而与该原料生产者之间建立合同关系。可见,A系通常所谓之传达,B乃本章所谓之代理。

(二)代理与代表

按照经济学上的委托代理理论,法人组织与其成员之间的关系为典型的委托代理关系,但在民法上,法人的代表对外并非为独立的民事主体,其代表法人组织所为的行为不适用代理制度调整,而是视作代表行为。从学理上来说,其与代理存在如下区别:

1. 代表人与本人是一个民事主体,而代理人与本人则是两个独立的民事主体。

2. 代表人的行为即本人的行为,而代理人的行为并非本人的行为,但其效力最终归属于本人。

例:在一个法人组织如公司内,公司的法定代表人为公司这一法人组织的代表,法定代表人的行为直接视为法人组织的行为,而无须再进行权利义务的概括转移。公司的其他雇员则与公司之间构成代理关系,譬如前例中公司业务员对外采购原料的行为,其对外所签订的购销合同从学理上来说说是代理人的行为,要将这一行为的法律后果转归本人即公司承担,在大陆法系国家则须由另一合同(一般为委托合同)进行约定。

三、代理的类型

对代理这一制度进行理论上的划分将有助于我们对其进行更为深入的了解,而划分的标

准则直接取决于对代理内涵的理解。如上所述,各国对于何为代理并无一致见解,区别最典型者乃两大法系对于代理所形成的不同理论体系,在此基础上又形成了不同的类别划分法。

在大陆法系国家,根据不同标准可对代理做不同划分。其中较为常见的划分法为:

第一,按照代理人是以委托人名义还是以代理人自己的名义从事代理行为,将代理分为直接代理与间接代理。所谓直接代理,是指代理人根据委托人的授权,以委托人的名义订立合同或从事其他法律行为,并由委托人直接承担行为后果的法律制度。间接代理则是指代理人根据委托人的委托,以代理人自己的名义与第三人订立合同或从事其他法律行为,行为后果最终亦由委托人承担的法律制度。

第二,根据代理人是否基于代理权而从事法律行为,将代理分为有权代理与无权代理。所谓有权代理,系代理人基于代理权所为之代理;所谓无权代理,则是指代理人并非基于代理权而为之代理。其中,无权代理又可分为狭义无权代理和表见代理。狭义无权代理是指代理人既无本人授权,也没有使第三人可资信赖其有代理权的假象,而仍所为之代理,其行为后果由代理人自行承担,除非本人事后追认;表见代理则是指代理人虽无代理权,但善意第三人有充分理由相信代理人具有代理权,并基于此项信赖而与代理人从事法律行为,其行为后果由本人承担。

英美法系国家对代理所进行的最重要的分类为:

第一,根据是否披露代理关系以及是否指明本人身份,将代理区分为三种:指明本人(代表公开姓名的本人)的代理;披露代理关系但不指明本人(代表不公开身份的本人)的代理;不披露代理关系但事实上存在代理权(代表不公开身份的本人)的代理。其中,前两种相当于大陆法系中的直接代理,最后一种则类同于大陆法系中的间接代理。

第二,英美法上还根据代理人是否具有代理权而将代理划分为有代理权限的代理和无代理权限的代理。有代理权限的代理与大陆法系的有权代理相似,即指代理人通过被代理人的事先授权或者事后追认的方式而获得代理权限进而形成的代理关系;无代理权限的代理则是指代理人虽然未通过被代理人事先授权或事后追认而获得代理权限,但根据法律规定,代理人在某种行为下具有拘束被代理人的代理权力从而构成的代理关系。无代理权限的代理完全不同于大陆法系所谓的无权代理,因为这种代理产生有权代理的法律效果,即本人须对无代理权限的代理人的行为承担责任。

我国对于代理的分类可从法律规范与学理两个角度加以探讨。从法律规范的角度来看,我国民法通则中对代理制度所作的原则性规定,更多地是将代理作为一种法律行为而非具体制度来进行规范的。合同法则在民法通则的基础上引进了西方国家代理制度的一些内容,主要规定了委托合同和行纪合同。从学理角度而言,合同法中的委托合同又包括两类:其一为显名的委托,其二为隐名的委托,前者所体现的代理关系相当于大陆法系国家的直接代理,而后者所体现的代理关系则相当于大陆法系国家的间接代理。

四、代理权的产生

(一)大陆法系国家

按照代理权是否基于委托人自己的意思而产生,大陆法将代理分为意定代理与法定代理。意定代理,顾名思义,是基于委托人的意思表示而发生,即委托人基于自己的意志而将一定事务托付给自己所选择的代理人,由其完成代理事务,故又称委托代理。在意定代理中,委托人授权的意思表示既可向代理人表示,也可向与代理人打交道的第三人表示。授予代理权的意思表示一般来说没有形式上的要求,既可采取书面形式,又可采取口头形式。但在一些特殊情

形下,法律规定代理权的授予必须采取特定的形式。法定代理则是指代理人直接根据法律的规定而非被代理人的授权取得代理权的情形,如父母对于未成年子女所享有的代理权、有的国家商法中商业使用人对于商人的代理权等。

(二)英美法系国家

根据英美法规定,代理权可以基于明示授权、默示授权、不容否认的代理、客观必需的代理以及追认的代理而产生。

1. 明示授权(express authority)

明示授权是指由本人以明示的方式指定某人为他的代理人。按照英美法例,代理协议的成立并不要求采取特定形式,既可以采用口头方式,也可以采用书面或蜡封(盖印)方式。

2. 默示授权(implied authority)

默示授权是指被代理人以其言辞或行动使代理人有权以他的名义签订合同,并且受该合同的拘束,就像他明示地指定了代理人一样。其中,较为典型的是配偶间的默示代理和合伙人之间的默示代理。

3. 不容否认的代理(agency by estoppel)

不容否认的代理是指一个人以其言辞或行动使善意第三人合理地相信某人是其代理人,有权以其名义签订合同,则他须对该人以其名义所为的行为承担责任,不能事后否认某人是其代理人。这类同于大陆法中的表见代理。

例:Jason 负责 Walter 公司的原料采购,长期代表 Walter 公司从 Zigzag 公司采购某种原料,且通常采取货到一个月后结清货款的方式。数年后,Jason 因故被所在公司解雇。在被解雇后的第二个月,Jason 又以 Walter 公司名义从 Zigzag 公司处采购了一批原料。Zigzag 公司事先并未得到 Walter 公司关于 Jason 已非其职员的通知。其后 Zigzag 公司向 Walter 公司请求支付货款而被拒绝,遂向法院起诉。法院最终判决 Walter 公司败诉,原因在于 Walter 公司解雇 Jason 后因未及时通知不知情的 Zigzag 公司,使得 Zigzag 公司有理由相信 Jason 仍是 Walter 公司的职员,享有合法代理权,从而构成不容否认的代理。^①

4. 客观必需的代理(agency of necessity)

客观必需的代理权是在一个人受委托照管另一个人的财产,遇特殊情况时为保全这些财产所必需的代理权。在这种情况下,虽然受委托管理财产的人并没有得到采取此种行动的明示授权,但由于客观情况的需要可以视为具有此种授权。这种情况在国际贸易中时有发生。

例:Cosmo 系温哥华 Saatchi 水产公司的一名货车司机。2003 年夏天,Cosmo 受公司之托,将一批冷冻鲑鱼从温哥华运至坎昆交给买受人。运输途中,因不可归责于 Cosmo 的原因,货车冷冻库发生故障无法制冷,导致该批鲑鱼在高温下迅速解冻并面临腐烂变质的危险,如不就地销售则可能会产生更大损失。Cosmo 数次联系公司,但均未得到关于如何处理该批货物的明确指示。无奈之余,Cosmo 只得擅作主张,将这批鲑鱼就地降价销售。事后,Saatchi 公司以 Cosmo 降价销售该批货物未经公司同意为由,要求其赔偿公司因此而遭受的损失,遭其拒绝后将其告上法庭,但未获法院支持。^②

由上述案例可以发现,客观必需的代理权的生成具有严格条件,主要包括:(1)必须是情况危急,并且在这种危急情况下唯有授予代理权才能较好地保护被代理人的利益;(2)危急情况

^① 张圣翠:《国际商法》,上海财经大学出版社 2002 年版,第 100 页。

^② 何长松等:《国际商法学》,国防科技大学出版社 2005 年版,第 62 页。

发生时,代理人无法与被代理人取得联系以得到被代理人的指示;(3)代理人采取措施必须是基于善意并且合理有效。

5. 追认的代理(agency by ratification)

早在 1843 年,英国法官廷德尔就在威尔逊一案中对追认代理做出了概括:如果某人(代理人)未经授权而为他人(本人)而非为自己实施了某一行为,而且本人事后追认了该行为,那么,该行为就成为本人自己的行为。追认的效果是使该合同对本人具有拘束力,如同本人授权代理人替他订立了该合同一样。追认具有溯及力,即自该合同成立时起就对本人生效。

追认的代理必须具备下列条件:(1)代理人在与第三人订立合同时,必须声明他是以代理人的身份订立合同的;(2)合同只能由订立该合同时已经指出姓名的本人或可以确定姓名的本人来追认;(3)追认该合同的本人必须是在代理人订立合同时已经取得法律人格的人;(4)本人在追认合同时必须了解其主要内容。^①

(三)我国法律规定

我国法律具有大陆法系传统,在代理权的来源上与大陆法系颇有相似之处,表现为代理权的来源主要包括意定代理与法定代理;不同之处在于,在意定代理(委托代理)、法定代理之外,还增加了指定代理。

意定代理在我国一般被称作委托代理,是代理人依照委托人的委托行使代理权的一种代理。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 163 条规定:“代理包括委托代理和法定代理。委托代理人按照被代理人的委托行使代理权。法定代理人依照法律的规定行使代理权。”委托代理是实践中最为常见、应用最广泛的一种代理形式,只要是非身份性质的行为且不违反强行法的规定,如民事法律行为、申请行为、申报行为及诉讼行为等,当事人均可将之委托给他人办理。

法定代理则是基于法律的直接规定而发生的代理,法定代理人依照法律的规定行使代理权。法定代理主要适用于被代理人无行为能力或限制行为能力的情形。如《民法典》第 23 条规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他们的法定代理人。”法定代理人的权限十分广泛,依《民法典》第 34 条关于监护职责的规定,凡及于被监护人的人身、财产及其他合法权益的均可代理。

指定代理是基于法院或有关机关的指定行为而产生的代理。此处的“有关机关”系指依法对被代理人的合法权益负有保护义务的组织,如被监护人住所地的村民委员会、居民委员会以及民政部门等。指定代理人的代理权限根据法律规定和指定机关的指定来确定。

指定代理与法定代理存在着紧密联系。一般来说,法定代理和指定代理前后衔接,互为补充。法定代理人的人选如果较为明确且无异议,则通常无须指定代理,只有在没有法定代理人或对担任法定代理人存有争议或者法定代理人具有正当理由不能履行代理职责的情况下,才依法产生指定代理。

五、代理的终止

(一)终止的原因

代理终止的原因归纳起来主要包括如下几种情形:

^① 沈四宝、王军:《国际商法教学案例(英文)选编》,法律出版社 2007 年版,第 230 页。

1. 基础法律关系终结

代理产生于本人的授权。当本人取消或终止授权,或因其他原因而导致产生代理的基础法律关系终结时,代理关系也随之消灭。如《日本民法典》第 111 条第 2 款即规定:“因委托产生的代理权……因委托的终止而消灭。”^①综合各国立法与实践,这些情形主要包括:(1)代理目的实现;(2)代理期限届满;(3)本人和代理人协议终止代理关系;(4)本人或代理人单方终止代理关系。

2. 本人死亡

对于本人死亡是否一定能够导致代理终止,理论上尚存争议。但主流观点认为,本人死亡原则上应当成为代理终止的事由,因为授权意思不可能继承,本人对代理人的信任亦随本人的死亡而消灭,本人的信任并不等于继承人的信任。基于此,绝大多数国家均将本人死亡作为代理终止的事由之一。但有些国家和地区,如德国、中国台湾地区的民法,均未规定本人死亡是代理终止的事由。

3. 本人丧失行为能力

对本人丧失行为能力是否当然引起代理关系的消灭,各国民法均未作明确规定。但从理论上来看,代理权的授予具有人身性质,以本人对代理人的信任为前提,与本人的行为能力密切相关,如本人丧失行为能力,则其无法对代理人的代理活动进行监督,也不能行使对代理权的撤销权利。因此,本人丧失行为能力,包括因破产(本人是法人的情形)而丧失行为能力,在一般情况下均作为代理终止的事由。但如有特殊情况存在,或是商法上的代理权,则本人行为能力的丧失并不必然导致代理关系的消灭。^②

4. 代理人死亡、破产或丧失行为能力

代理权的行使和代理事务的完成以代理人具有相应的意思能力与行为能力为前提。代理人死亡、破产或丧失行为能力均使得这一前提不复存在,故各国法律均规定在这一情形下代理关系归于消灭。

5. 我国法律的规定

我国《民法典》第 173 条规定,有下列情形之一的,委托代理终止:(1)代理期限届满或者代理事务完成;(2)被代理人取消委托或者代理人辞去委托;(3)代理人丧失民事行为能力;(4)代理人或者被代理人死亡;(5)作为代理人或者被代理人的法人、非法人组织终止。第 174 条规定,被代理人死亡后,有下列情形之一的,委托代理人实施的代理行为有效:(1)代理人不知道且不应当知道被代理人死亡;(2)被代理人的继承人予以承认;(3)授权中明确代理权在代理事务完成时终止;(4)被代理人死亡前已经实施,为了被代理人的继承人的利益继续代理。作为被代理人的法人、非法人组织终止的,参照适用前款规定。第 175 条又规定,有下列情形之一的,法定代理终止:(1)被代理人取得或者恢复完全民事行为能力;(2)代理人丧失民事行为能力;(3)代理人或者被代理人死亡;(4)法律规定的其他情形。

(二)终止的法律效果

1. 本人和代理人之间的法律效果

代理一旦终止,代理人即丧失代理权。如果代理人再行代理,则将承担无权代理的后果。代理终止后,本人应及时收回能够证明代理权的法律文件,如介绍信、授权委托书等,否则若使

^① 渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社 2006 年版,第 29 页。

^② 任荣明、侯兴政:《国际商法》,清华大学出版社 2004 年版,第 71 页。

第三人有合理理由相信代理人仍具有代理权,则根据表见代理或者不容否认的代理的规则,本人将承担代理人代理行为的法律后果。

2. 对第三人的法律效果

代理的终止对第三人是否有效,主要取决于第三人是否知情或是否应当知情。根据各国法律,代理关系终止时,本人必须及时通知第三人才能对第三人发生效力。如果代理关系终止后本人并未通知第三人,后者由于对此不知情而与代理人订立合同或从事其他法律行为,则为保护其善意而要求本人对代理人的有关行为承担责任,即适用有关表见代理或者不容否认的代理的规则,当然本人有权要求代理人赔偿其损失。若代理权终止后本人已及时通知第三人,后者仍与代理人签订合同或从事其他法律行为,则本人对此无须负责。

第二节 代理法律关系

代理究其实质,乃是由一组合同所构成的,包括本人与代理人之间所形成的包含委任意思的基础合同,以及代理人为完成委任事务而与第三人所签的合同或所为的其他法律行为。基于此,在本人、代理人与第三人之间即形成一个三角关系:第一,本人与代理人之间的关系。这是整个代理关系所赖以形成的基础关系,也被称作代理的内部关系。第二,代理人与第三人之间的关系。第三,第三人与本人之间的关系。后两者统称为代理的外部关系。

一、代理的内部关系

【案例 2-1】

原告 Carrier 所使用的水热器坏了,被告 McLlarky 为其置换了一套新的热水器。同时,被告告诉原告,所置换下来的那套热水器应该是有质保的,他可以帮助原告从热水器生产商那里争取部分资金补偿。嗣后,被告便将撤换下来的那套热水器交给供货商以履行为获取资金补偿所必需的有关手续,但之后,原告并未从被告处获得该笔补偿金,被告对此解释说根本未能从生产商那里获得所谓的资金补偿。原告遂起诉被告,要求其承担热水器的置换费及其他有关费用。地区法院认为被告违背了代理人的勤勉义务,故支持原告的诉求;被告不服,并提起上诉。^①

作为整个代理关系发生的前提,代理的内部关系主要体现为代理人对本人的义务和本人对代理人的义务。

(一) 代理人的义务

1. 勤勉谨慎义务

根据各国法律规定,代理人应当如同处理自己的事务一样,以代理人所应有的知识与技能,以足够的勤勉、谨慎和小心,履行其代理职责,妥善地完成代理事务。如果未能尽职或者处理代理事务存在过失,代理人须承担赔偿责任。前述案例中,上诉法院 Johnson 法官在案件的审理过程中分析指出:代理人负有以一定程度之勤勉与技能完成本人事务的义务,且该义务应根据本人的授权范围加以衡量。本案中,被告在接受代理之时并未肯定地表示他一定能够拿到该笔资金,而只是承诺对此进行尝试;同时,被告在代理关系形成之后便将置换下来的那套热水器交还给供货商,表明其已为完成代理事务,即从生产商处获取资金补偿做出了合理的尝

^① 沈四宝、王军:《国际商法教学案例(英文)选编》,法律出版社 2007 年版,第 217~219 页。

试,故而本案中被告已经尽到代理人的勤勉义务,并无违反代理人义务的情形,原审法院的判决缺乏事实依据,应裁定撤销原判,发回重审。

2. 诚信、忠实义务

代理权产生的前提乃是本人对代理人的信任,故代理人应当仅为本人利益而行动,以不负本人所望。具体而言,代理人的诚信、忠实义务包括:不得从代理行为中谋取任何私利或收受任何贿赂,或与第三人串通损害本人利益;不得自己购买代理标的;不得向本人出售自己的财产(禁止自己代理)或同时兼任合同双方的代理人(禁止双方代理);不得与本人进行竞争性的商业活动(竞业禁止)。此外,代理人还应向本人公开其所掌握的有关客户的一切必要情况,以供本人考虑决定是否同该客户订立合同。

3. 保密义务

在代理协议有效期限以及代理协议终止后的一段合理时间内,代理人都负有保密义务,不得用代理过程中所得到的保密情报或资料为自己谋利,非为本人利益不得擅自将其披露给第三人,从而损害本人的利益。

4. 申报账目义务

代理人有义务对所有代理交易保持正确的账目,并应根据代理合同的约定向本人申报账目。代理人为本人收取的所有款项均须交给本人,但若本人欠付代理人佣金或其他款项,则代理人可对其所占有的本人款项在所欠金额范围内享有留置权或法定情形下的抵销权。

5. 不得擅自转委托义务

本人将自己的事务委托给代理人完成,系出于对代理人品德与专业素养的高度信任,因此,代理权具有高度的人身性,代理人在一般情形下应亲自履行代理义务,完成本人所委托的事项。但如果客观情况确有需要,或为贸易习惯所允许,或事先征得本人同意,则不在此限。例如,我国《民法典》第169条规定:“代理人需要转委托第三人代理的,应当取得被代理人的同意或者追认。转委托代理经被代理人同意或者追认的,被代理人可以直接指示转委托的第三人,代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。转委托代理未经被代理人同意或者追认的,代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任;但是,在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。”

6. 不得越权义务

代理人须在本人授权范围内从事代理行为,而不得超越代理权,否则即构成无权代理。除本人事后予以追认外,代理人超越代理权所为行为的法律后果由其自行承担,对本人不发生法律效力。

(二)本人的义务

本人的义务主要体现在以下两个方面:

1. 支付佣金或酬劳的义务

本人必须按照委托合同的约定向代理人支付佣金或酬劳。如果本人和代理人所建立的乃是独家代理关系,则若本人非经代理人而直接与代理人代理地区的第三人签订买卖合同,本人是否应对代理人支付佣金,一般情况下可由代理合同作出约定。若无约定,根据大陆法系国家的法律规定,凡是在指定地区享有独家代理权的独家代理人,对于本人与该地区内的第三人所达成的交易,不论其是否参与,均有权从本人处收取佣金。同时,商业代理人对其在代理期间内为本人建立的商誉亦有权请求本人给予补偿。按照英美国家的判例,若合同的签订乃是代理人努力的结果,则代理人有权获取佣金;若合同未经代理人努力而由本人与第三人直接签

订,则代理人无权获取佣金。

2. 偿还代理人为履行代理义务而产生的费用

一般而言,代理人履行代理义务的劳务支出将从本人处获取的佣金或酬劳而得到补偿,因而其应自行支付履行代理义务过程中所产生的费用,而不得再行向本人索取这一费用。不过,若其因执行本人指示的任务而产生正常业务支出以外的费用或招致额外损失时,其有权要求本人对此予以赔偿。我国《民法典》第 921 条规定:“委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用,委托人应当偿还该费用并支付利息。”

此外,本人还负有明确授权范围、让代理人检查核对其账册等义务。

二、代理的外部关系

代理的外部关系包括代理人与第三人的关系以及本人与第三人的关系,但这两个关系并非独立存在,而是作为一个纠结的整体,在不同的情形下可体现为不同的法律形态并产生不同的法律效果。正如前述,从不同代理关系的法律形态的角度,根据不同的标准,可对代理进行不同的分类。大陆法系按照代理行为的名义以及法律后果由谁直接承受为标准,将代理分为直接代理和间接代理;而英美法系以代理人是否披露本人和代理身份为标准,将代理分为显名代理和隐名代理。一般来说,在功能上,大陆法系的直接代理与英美法系的显名代理较为相似,而大陆法系的间接代理与英美法系的隐名代理较为相似。

(一)代理人以本人名义签约或为其他法律行为时,本人及代理人与第三人的关系

【案例 2-2】

1997 年 6 月 6 日,安徽东方房地产开发有限公司(以下简称东方公司)与合肥合利物业发展有限公司(以下简称合利公司)签订《翠竹园小区整体转让协议书》,约定东方公司将小区以 1.5 亿元人民币转让给合利公司。合利公司根据东方公司的全权委托书组建经营、管理、销售、财务机构,保证翠竹园项目的交接。移交后小区项目所发生的债权、债务由合利公司负责。自协议书签订之日起,东方公司向合利公司移交土地证、规划许可证、建筑执照、施工图纸及相关技术资料、东方公司总经理给合利公司的全权委托书,此外还有东方公司的公章、财务专用章、合同专用章及有关法律文件等。1997 年 6 月 24 日,东方公司总经理宋芦生出具委托书一份,内容是:根据东方公司业务发展需要,即日起授权丁华荣(时任合利公司副总经理、华侨公司副总经理、华丰公司董事)全权负责经营有关公司业务。该委托书上有宋芦生的签名和东方公司签章。

1997 年 6 月 25 日,华侨公司向江苏省土产进出口集团股份有限公司(以下简称土产公司)出具盖有公司公章与法定代表人名章的文件一份,内容是:经 1997 年 6 月 25 日土产公司与华侨公司核对往来账项,截至 1996 年 12 月 31 日,华侨公司尚欠土产公司 48 743 616.8 元,华侨公司确认上述债务无误。1997 年 7 月 2 日,丁华荣用华侨公司的信函纸出具收条一张,内容是:今收到东方公司公章、财务专用章、营业执照副本、贷款证。“即日起如发生有关一切问题,由我负责全权处理并承担一切法律责任。”

1997 年 7 月 15 日,东方公司致函合利公司、华侨公司、华丰公司法定代表人丁华俊和合利公司副总经理丁华荣,称因合利公司没有履行完毕《翠竹园小区整体转让协议书》中约定的有关付款的协议内容,同时获知合利公司用东方公司印章和土地证在银行签订贷款抵押担保合同书,因此东方公司决定收回其公司印章并取消对丁华荣的委托。7 月 19 日,华侨公司致函东方公司总经理宋芦生,称 15 日来函收悉,“我方所拿贵公司印章仅为作土地变更之用,在

办理完土地变更手续后印章完好交还贵公司”。但直至1998年10月,东方公司印章仍未收回。

1997年12月11日,丁华荣代表东方公司与土产公司、华侨公司签订《翠竹园小区商品房预售(购)合同》一份,合同约定:土产公司向东方公司预购工程编号为A114、B110、B111、B113、B114、B116栋,建筑面积20155.28平方米的住宅房屋,售价每平方米2425元,购房款合计48876550元。并约定,土产公司以华侨公司出具的“债务确认书”载明的债权中相当于购房款的部分全额充抵其应付的购房款,1元债权充抵1元购房款。合同一经签订,土产公司对华侨公司的债权中相当于购房款的部分即转让给东方公司。对剩余部分债权,土产公司保留对华侨公司的追索权,但此时应视同土产公司已向东方公司全额支付购房款,东方公司应立即向土产公司开具已收到全额购房款的收款收据。东方公司向华侨公司主张债权的时间和方式由双方另行协商,但不影响东方公司和土产公司双方的权利义务。东方公司应于1998年7月31日前将房屋交付土产公司,否则除非土产公司同意,土产公司有权随时解除合同,并且东方公司向土产公司支付购房款总额10%的违约金。合同解除后,三方的债权债务转让关系随之解除,土产公司有权依华侨公司出具的债务确认书向华侨公司主张债权。该合同盖有华侨公司、土产公司的印章,丁华荣代表东方公司签名,丁华俊代表华侨公司签章,张云龙代表土产公司签名。合同签订当天,丁华荣向土产公司出具了其为经办人并签字的总计48876549.93元的购房款收据,加盖了东方公司的财务专用章,但财务主管、记账、出纳、审核各项皆为空白。东方公司没有收到土产公司实际的购房款。土产公司于1998年1月更名为江苏汇鸿国际集团土产进出口股份有限公司(以下简称汇鸿公司)。翠竹园小区B区房屋没有取得《商品房预售许可证》。

1998年10月19日,东方公司、华侨公司、汇鸿公司签订协议书一份,载明:东方公司要求延迟交付汇鸿公司购买的翠竹园住宅小区6栋房屋。由于东方公司不能按期交房构成违约,应于1999年2月28日前支付给汇鸿公司购房款10%的违约金。汇鸿公司同意东方公司在1999年2月28日前向汇鸿公司交付房屋。华侨公司、华丰公司为东方公司延迟履行交房义务提供保证并愿意对东方公司交付房屋及支付违约金承担连带责任。合同盖有东方公司、华侨公司、华丰公司的印章,丁华荣代表东方公司、华侨公司、华丰公司三家在合同上签字。东方公司与合利公司签订的《翠竹园小区整体转让协议书》,因合利公司的法定代表人丁华俊被举报涉嫌诈骗被捕,合同没有得到全部履行。

2001年2月28日,汇鸿公司向安徽省高级人民法院起诉,请求东方公司、华侨公司、华丰公司履行交付房屋的义务并支付违约金。

根据代理人是否拥有真实的代理权及其权利外观,可做如下分类:

1. 代理人与本人之间存在真实的代理与授权关系

只要代理人与本人之间存在真实、合法、有效的代理与授权关系,且代理人以本人名义签订合同或从事其他法律行为的,该民事法律行为即直接约束第三人与本人,本人应对代理人的代理行为承担责任,而代理人在完成代理事务后即退出该民事法律关系。

2. 代理人与本人之间并无真实的代理与授权关系

代理人并无真实有效的代理权,却以他人名义签订合同或从事其他法律行为,同时第三人又为善意的,则构成无权代理。无权代理一般存在三种情形:(1)代理人根本未经授权;(2)代理人虽有代理权,但该权利已终止;(3)代理人虽经授权,但其行为已超出授权范围。无权代理的法律后果为:如果本人事后对代理人以本人名义所为的行为予以追认,则该代理行为对本人

有效,由本人承担代理行为的法律后果;如果本人不予追认,则该行为对本人不生效,由代理人自行对其行为承担责任。

3. 代理人与本人之间虽无真实代理与授权关系,但第三人有理由相信行为人有代理权

在这一情形下,代理人的行为完全符合上述无权代理的一切表面特征,唯有一点除外,即第三人有理由相信行为人有代理权,此谓表见代理。表见代理所产生的法律效果为:首先,代理合同成立,代理人的表见代理行为产生如同有权代理的法律效果,本人对代理人的行为不享有撤销权,并对代理人所实施的行为承担责任;其次,本人因表见代理成立而承担责任,若因此给其带来损失,则本人有权要求行为人予以赔偿。实践中一般认为在如下两种情形下,可认定第三人有理由相信行为人有代理权:(1)行为人与本人之间曾存在雇佣关系,但本人未能及时将二者雇佣关系终止的事实予以公告或未能及时收回行为人所持之表明雇佣关系存在的法律文件。(2)行为人与本人之间曾有委托授权关系,但代理终止后,行为人仍持有本人证明文件,如盖有公章的业务介绍信、空白委托授权书、盖有合同专用章或公章的空白合同书等。当然,可据以认定第三人有理由相信行为人有代理权的情形包括但不限于上述情形,并且,即便事实结构中包括了上述两种情形,也不能就此简单地认为一定构成表见代理。

前述案例中,一审法院经审理后认为:东方公司出具委托书、公章及翠竹园小区的开发资料的真实意思是为办理翠竹园小区转让手续。丁华荣以东方公司名义与汇鸿公司签订商品房预售合同,没有东方公司的追认,丁华荣的行为应属无权代理行为。但根据《中华人民共和国合同法》第49条的规定:“行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。”丁华荣以东方公司名义签订商品房预售合同时,出具了东方公司的授权委托书、公司公章、财务专用章、营业执照副本和翠竹园小区的相关开发资料,客观上形成了丁华荣有签订商品房预售合同的代理权的表象。尽管东方公司曾函告丁华俊和丁华荣收回其授权委托,丁华俊也回函称东方公司印章仅为办理土地使用权变更手续之用,但此函件没有对外公示,东方公司未能收回其公章,因此汇鸿公司有理由相信丁华荣有代理权。丁华荣代表东方公司与汇鸿公司签订商品房预售合同所产生的法律后果应由东方公司承担。在1998年10月9日的协议书中,丁华荣虽然代表东方公司、华侨公司、华丰公司三家签字,但系代表合同一方为保证汇鸿公司债权实现所为,不符合双方代理的特征。认定合同责任由东方公司承担,并就此作出对东方公司较为不利的判决。东方公司不服一审判决,向最高人民法院提起上诉,请求撤销一审判决,驳回汇鸿公司的诉讼请求。

最高人民法院经审理后认为:丁华荣作为合利公司和华侨公司的副总经理,在1997年12月11日代表东方公司与土产公司、华侨公司签订《翠竹园小区商品房预售(购)合同》时明知东方公司总经理委托书的授权目的和范围,在东方公司已取消对其委托授权的情况下,仍代表东方公司与汇鸿公司签订与《翠竹园小区整体转让协议书》无关的商品房预售合同,是没有代理权的行为。《翠竹园小区商品房预售(购)合同》的内容本身不是单纯的商品房销售,该合同的目的就是为了使汇鸿公司实现其对华侨公司的债权,其实质是华侨公司以东方公司的房屋向汇鸿公司抵偿其债务,商品房预售只是以上目的的表现形式。对于以东方公司的房屋抵偿华侨公司的债务,丁华荣没有东方公司任何形式上的授权,汇鸿公司也没有理由相信丁华荣有代理权。一审法院认定本案中表见代理成立不当。丁华荣身为华侨公司副总经理,代理东方公司表示以其房产为华侨公司偿债,属于自己代理的行为,该代理行为不发生法律效力。因此,《翠竹园小区商品房预售(购)合同》中关于汇鸿公司付款行为的约定是无效的。一审法院认为丁华荣开具的收款收据表明东方公司同意代华侨公司承担对汇鸿公司的债务的认定是没有依

据的。丁华荣签订该合同时代理东方公司的行为明显损害东方公司的权益,汇鸿公司明知丁华荣的身份,在签订《翠竹园小区商品房预售(购)合同》时未尽合理的审查义务,存在疏忽和懈怠,对该代理行为无效负有过错。丁华荣以东方公司名义向汇鸿公司开具收款收据的代理行为,也是不发生法律效力的。汇鸿公司未支付购房款,一审法院认定翠竹园小区B区预售合同因未取得预售许可证而无效,却判决东方公司向汇鸿公司返还购房款,系适用法律错误。综上,最高人民法院对汇鸿公司起诉要求东方公司、华侨公司、华丰公司交付房屋的诉讼请求不予支持,根据《中华人民共和国合同法》第48条、第49条,《中华人民共和国民事诉讼法》第153条第1款第(二)项和第(三)项的规定,判决撤销安徽省高级人民法院(2001)皖民一初字第02号民事判决;驳回汇鸿公司的诉讼请求;一审案件受理费252 288元,财产保全费211 030元,二审案件受理费252 288元,均由汇鸿公司负担。^①

(二)代理人未以本人名义签约或为其他法律行为时,本人、代理人与第三人的关系

【案例 2-3】

1994年5月1日,时任村办企业湖北省秭归县燎原建筑安装工程公司(以下简称燎原公司)经理的韩某,因公司投资兴建砖厂且资金不足,以自己的名义向罗某借款50 000元。双方约定,借款期限为3年,按年利率30%付息,每年付息15 000元,1997年4月30日一次性付清本息。韩某借得该款后,以罗某丈夫徐某的名字记入公司财务账册,用于公司砖厂建设。韩某之后数次到罗某家中,以收旧条、立新据的方式向罗某付息。1997年3月,燎原公司经工商行政管理机关审核批准注销。1998年5月1日,韩某在向开办单位村委会移交燎原公司债务清理分类明细移交表上载明,从徐某(实为罗某)处所借的50 000元欠款由其本人负责偿还。2000年9月28日,韩某向罗某重新写下一份借据,内容为:“借到罗某原借款金额56 000元,今年9月26日结算数为58 000元。春节前还清不另计息,若还不清的部分按年计15%息金。经手人:韩某。”2000年11月5日,罗某诉至一审法院,要求韩某立即偿还欠款58 000元。韩某作出该欠款系职务行为,应由燎原公司的开办单位松树坳村委会偿还的抗辩后,罗某仍未变更诉讼请求,继续坚持要求韩某清偿欠款。一审法院认为:罗某以借据为证要求韩某偿还欠款,理由正当,应予支持。韩某辩称,该借款不是个人借款,因其未提供相应证据,故应承担举证不能之责。遂于2001年4月判决韩某向罗某偿还借款本息56 000元。韩某上诉称,该款是为燎原公司建砖厂所借,系企业行为而非个人借款,本人不应成为被告。请求二审法院驳回罗某的诉讼请求。二审法院认为,韩某借款时任燎原公司经理,其向罗某出具的借据虽有其本人签名,但不能因此简单地认为属个人行为,应追加燎原公司为被告以查清事实。遂撤销原判,发回重审。一审法院重审时,将燎原公司的开办单位松树坳村委会追加为被告。松树坳村委会辩称,该款属于韩某个人债务,应由其个人偿还。罗某则增加了利息的诉请。审理认为,罗某是基于其对韩某个人的信任而向韩某提供借款,该借款行为引发了两个不同的法律关系:一个是罗某与韩某之间的民间借贷法律关系;另一个是韩某与燎原公司之间的单位内部集资法律关系。且韩某向松树坳村委会移交的公司财务明细上并无罗某之名,罗某与燎原公司并不存在直接的民间借贷关系。本案审理的是罗某与韩某之间的民间借贷纠纷,应认定该借款为韩某的个人借款。松树坳村委会不是本案债务的承担人,应退出诉讼。遂判决韩某偿还罗某借款及利息63 800元。韩某仍以职务行为为由提起上诉。二审法院认为,双方债权债务关系明确,借款应由韩某个人偿还,遂驳回韩某的上诉,维持原判。韩某仍然不服终审判决,向二审法院提出

^① 薄守省:《中国合同案例》,对外经济贸易大学出版社2004年版,第85~95页。

再审申请。二审法院以原一审、二审漏列、漏判当事人为由,撤销一、二审判决,将案件再次发回原审法院重审。一审法院(再审一审)认为:韩某无论是在担任公司经理期间,还是在公司注销后,每次向罗某付息以及更换借条,都是亲自上门办理,并签署自己的名字;其在1998年5月1日向村委会出具的关于燎原公司债务清理分类明细移交表中已承诺罗某的借款由其个人偿还;在罗某向法院起诉前,韩某对清偿债务并未表示过异议。这些均表明其一直将该款视为自己个人所借。另从罗某主张权利的过程分析,她从未向燎原公司或开办单位村委会行使过债权,而一直是向韩某个人主张权利,直至起诉前韩某也并未提出异议,这说明双方对权利义务关系的主体十分清楚。罗某基于其对韩某个人的信任而提供借款,至于韩某借款后如何使用、如何做账,罗某并不明知也从未过问,故不宜将民间借贷和单位内部集资两个不同的法律关系混同处理。本案审理的是罗某与韩某之间的民间借贷纠纷,故罗某要求韩某立即偿还欠款的理由正当,主张成立。遂判决:韩某偿还罗某借款及新增利息63 800元;松树坳村委会不承担清偿罗某债务的民事责任。韩某再次上诉称借款属于企业行为;其承诺偿还仅表明与松树坳村委会的内部法律关系,不具有对外效力;其与松树坳村委会应承担连带清偿责任。二审法院认为,韩某向罗某借款虽为燎原公司建砖厂所用,但这只是韩某为完成企业内部集资而以个人名义向他人借款。韩某与罗某之间的民间借贷法律关系及其与单位内部的集资关系是两个不同的法律关系,其行为属于个人借贷,其要求与松树坳村委会承担连带清偿责任的理由不能成立。遂于2005年4月判决驳回上诉,维持原判。^①

1. 虽未披露本人身份,但代理人以代表身份签约或为其他法律行为

这类代理的特征为:代理人具有合法有效的代理权,虽未披露本人身份,但第三人在订约时知道代理人与本人之间存在代理关系。当代理人以代表身份签约时,该合同就是第三人与本人之间的合同,合同的双方当事人就是第三人与本人,合同的权利义务直接归属于本人,由本人直接对第三人负责。当然,在英美法中也存在例外。根据英美法例,在下列情形下,代理人均须自行承担合同责任:(1)代理人以其自身名义在签字蜡封合同上签名;(2)代理人以其自身名义在汇票上签名;(3)行业惯例认为代理人应自己承担责任。

2. 代理人从事代理行为时不仅未披露本人身份,也未披露代理关系的存在

这类代理系大陆法上的间接代理(英美法上又称隐名代理),在我国对外贸易实践中大量存在。其特征为:代理人具有合法有效的代理权,但其以自己的名义从事代理行为,且第三人在订约时并不知道代理关系的存在。例如大陆法系国家的行纪,行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动,委托人向其支付报酬,行纪人对其与第三人订立的合同直接享有权利并承担义务。原则上,此类代理所订立的合同只约束代理人与第三人,与本人无涉,但在如下两种情况下也会涉及本人:(1)合同订立后,代理人因第三人的原因对本人不履行义务的,代理人应向本人披露第三人,此时本人即取得介入权,可以行使代理人对第三人的权利;同时,第三人 also 取得抗辩权,即以其对代理人的抗辩权来对抗本人。(2)合同订立后,代理人因本人的原因对第三人不履行义务的,代理人应当向第三人披露本人,第三人因此取得选择权,其既可以选择代理人,也可以选择本人作为相对人主张其权利,但一经选择即不得变更。同时,本人取得两项抗辩权:一为其对代理人的抗辩权,二为代理人对第三人的抗辩权,本人可以这两项抗辩权对抗第三人。

前述案例完全符合代理人既不披露本人身份也不披露代理关系的存在的代理,因代理人

^① 引自法律快车网 <http://www.lawtime.cn/info/anli/jjfhctong/2007011750055.html>, 2009年1月30日访问。

韩某并未向第三人罗某披露代理关系的存在,亦未披露本人,罗某对代理关系的存在以及韩某借款的用途也并不知道,故而该借款合同的法律后果应由代理人韩某自行承担,由其承担还本付息的义务。如果韩某向罗某披露代理关系以及本人,则罗某可取得选择权,其既可以选择代理人韩某,也可以选择本人的开办单位松树坳村委会求偿(因此时本人已被注销),但二者只能择其一,故而也不存在如韩某后来所主张的由松树坳村委会与其承担连带责任的可能。尽管在1999年《合同法》实施之前,类似本案的单位工作人员为了单位的经营需要而以自己的名义与他人发生交易从而形成债权债务关系,被债权人诉至法院,法官又以工作人员的行为属于职务行为而认定其不承担付款责任,从而驳回原告诉讼请求的情形十分常见,但既然新《合同法》已确立了间接代理制度,且该案的审理也发生在新《合同法》实施之后,则审理人员摒弃传统观念,按照新的法律理念处理案件实属应当。

第三节 承担特别责任的代理人

前文业已指出,各国代理法的一般原则是代理人在授权范围内代表本人与第三人签订合同或从事其他法律行为,若本人违约,则代理人一般无需对第三人承担责任。同样地,在第三人不履行合同时,其对本人也无需承担责任。但各国法律在以上一般原则之外均例外地允许代理人与第三人或本人进行特别约定或按某行业的商业惯例,由代理人对第三人或本人承担特别责任。这种承担特别责任的代理人主要包括保付代理人、保兑银行、保险经纪人、运输代理人 and 信用担保代理人。依据承担特别责任的对象,承担特别责任的代理人可分为对第三人承担特别责任的代理人和对本人承担特别责任的代理人两类。以下逐一予以介绍。

一、对第三人承担特别责任的代理人

(一)保付代理人

保付代理人是代表国外的买方(本人)向本国的卖方(第三人)订货,并在国外买方的订单上加上保付代理人自己的保证,由他担保国外的买方将履行合同,如果国外的买方不履行合同或拒付货款,保付代理人负责向本国的卖方支付货款。保付代理制度在一些发达市场经济国家较为常见,一般由出口协会的出口商设立,所以又称为出口商行(export house)或保付商行(confirming house)。保付代理的目的在于减少国际贸易中供货人在出口货物时的潜在风险,解除本国卖方对国外买方资信能力的顾虑,通过将国际贸易转换为国内贸易的方法,可以确保本国卖方不会因国外买方的信用缺失而蒙受损失,有利于促进本国的出口。不过,通过保付代理人订立的货物进出口合同中的卖方并非无条件地被保证能够坐收货款,该卖方必须严格按照合同的规定交付货物和有关单据,否则,因卖方违反合同而使买方有合理理由延迟或拒付货款时,保付代理人即可解除其对卖方的保付责任。

(二)保兑银行

在国际商事交往中,当事人经常采取开立信用证的方式支付货款,但其中一些卖方当事人对国外某些中小银行所开立的信用证不甚放心,便要求买方通过买受人所在国的银行(开证行)对其所开立的信用证取得其他银行的保兑。实践中,保兑行通常是卖方所在国的通知行,有时也可能是卖方所在国的其他银行或第三国银行。通知行承担保兑责任时,一般在信用证通知书上加注保兑文句,其他银行的保兑文句则一般直接加于信用证上。根据《跟单信用证统一惯例》(UCP600),保兑行自对信用证加具保兑之时起即不可撤销地承担承付或议付的责

任。保兑行对第三人(卖方)的承付或议付责任是第一位的责任,即第三人不必先向开证行要求付款,嗣开证行拒付后再要求保兑行付款或议付,而是可以直接向保兑行要求付款或议付。保兑行议付后,即便开证行无理拒付或倒闭,它也不能向受益的第三人追索。可见,保兑行对第三人的责任相当于其本身单独开立信用证,其后不论开证行发生什么变化,它都不能单方面撤回其保兑的责任。如此一来,通过保兑银行的信用证保兑,出口商便可获得开证行与保兑行议付或付款的双重保证,从而大大增强了自己的收汇安全。此外,值得注意的是,与保付代理人相比,保兑信用证的方式仅以保兑银行的金融地位保证信用证的安全可靠,而保付代理人则不仅仅是在资金方面向出卖人提供保护,还通过发出采购订单的方式向出卖人承担个人责任。^①

(三)保险经纪人

保险经纪人是基于投保人的利益,代表被保险人(投保人)签订保险合同,并向保险人收取佣金的人。保险经纪人是被保险人(投保人)的代理人,当投保人(本人)不支付保险费时,保险经纪人必须向保险人(第三人)缴纳该保险费。如果保险标的物因承保范围内的风险发生损失,则由保险人(第三人)直接向被保险人(本人)赔付。在保险行业中较为特殊的是,作为投保人的代理人,保险经纪人的佣金并非由投保人支付,而是由第三人,即保险人予以支付,这不同于其他行业中代理人或行纪人的佣金或报酬由本人予以支付的通常做法。

(四)运输代理人

运输代理人是指受货主或承运人的委托,在授权范围内办理货物运输业务的人。在国际贸易中,运输代理人(forwarder)居于十分重要的地位。运输代理人对不同运输具有专门知识,对国内外的海关手续、运费、折扣、港口、路站及机场的习惯与惯例、运输货物的包装和安置等都十分精通,有时还承担代验商品和催收债款的业务,在国际商事交往中发挥着不可替代的作用。运输代理人对第三人的特别责任体现在:运输代理人受货主或承运人(本人)的委托,向船公司(第三人)预定舱位,代理人自己须向船公司负责。如本人届时并未如约装运货物,代理人须向第三人支付空舱费。当然,运输代理人事后可就该费用向本人追偿。另外,如果本人拖欠代理人佣金、手续费或其他酬金,则代理人对在其占有下的本人的货物享有留置权,至本人付清各项费用为止。

二、对本人承担特别责任的代理人

代理人需要对本人承担特别责任的代理主要为信用担保代理。

所谓信用担保代理,是指信用担保代理人作为外国卖方(本人)的代理人,为本人寻找本国买方(第三人)。经由其介绍的第三人如果不履行货款支付义务,则由信用担保代理人赔偿卖方(本人)由此所遭受的损失。这么做的好处在于,由于本人对国外市场情况的了解有限,无法判断买方资信是否可靠,且由于竞争的需要,往往要用赊销的方式销售货物,一旦买方破产或赖账,本人就会遭受重大损失。因此,如果代理人同意为买方保付,本人即可避免这种风险。另一种好处在于,由于代理人承担了信用担保责任,其便不会因贪图佣金而在替本人兜揽订单时只图数量而忽视买方的资信能力。从法律上来看,在信用担保代理人与本人之间存在两个合同关系:其一为代理合同,其二为代理人就第三人的履行合同义务对本人承担保证责任的担

^① 吴建斌:《国际商法新论》(第三版),南京大学出版社2008年版,第168页。张圣翠:《国际商法》(第8版),上海财经大学出版社2020年版,第100页。

保合同。

大陆法系国家对信用担保代理人都有专门规定,如《德国商法典》《瑞士债务法典》等。这些法律均要求信用担保条款须以书面形式作出,而对一般代理则无此要求。英美法国家对信用担保虽无成文法规定,但判例法上已形成一套完整的规则。早期的英国判例法认为信用担保代理人的责任是第一位的责任,但 19 世纪以后的判例已修改了这一规则,认为信用担保代理人只承担第二位的责任,即只有当买方无力支付货款或因类似原因致使本人不能收回货款时,信用担保代理人才负有对本人的赔偿义务。同时,信用担保代理人的责任仅限于担保第三人的清偿能力,而不对其是否实际履行合同负责。因此,如果本人未依约履行合同致使第三人拒付货款,则代理人无须对此向本人负责。^①

三、保付代理人与信用担保代理人的异同

由前文可以看出,保付代理人与信用担保代理人之间具有较多的共性,较易引起混淆。因此,以下试对二者予以比较分析,以期读者能够更好地把握两者的异同。

保付代理人与信用担保代理人之间既有相同之处,又有不同之处。相同之处在于:

第一,两种代理人都并非在本人授权范围内同第三人订立合同之后即退居合同之外,而是都要承担特别责任。

第二,两种代理人都是为了适应当代经济生活的需要,特别是为了适应国际贸易发展的需要而出现的新的代理制度。

不同之处主要表现为:

第一,担保对象不同。保付代理人以第三人为担保对象,由他担保国外的买方将履行合同义务,如果国外的买方不履行合同或拒付货款,保付代理人负责向本国的卖方(第三人)支付货款;信用担保代理人则以本人作为担保对象,在买方(第三人)不支付货款时,由他赔偿本人因此而遭受的损失。

第二,责任性质不同。在保付代理中,如果在合同履行前,国外买方(本人)无正当理由取消订单,保付代理人仍须对本国卖方(第三人)支付货款;信用担保代理人的责任则是第二位的责任,只有当买方无力支付货款或因类似的原因致使本人不能收回货款时,信用担保代理人才负有赔偿本人的义务。且若因没有履行合同致使买方(第三人)拒付货款的,代理人不負責任。

第三,本人不同。保付代理人是国外买方即进口商的代理人,信用担保代理人则是国外卖方即出口商的代理人。

第四,所处国家不同。保付代理人与卖方处于同一国家,即都在出口国。也正因为此,决定了保付代理可以将国际贸易转化为国内贸易,使交易可以在卖方所在国履行并支付货款;信用担保代理人则是与买方处于同一国家,即都在进口国,故而对于处于出口国的卖方而言,不存在把国际贸易转化为国内贸易的可能。

第五,所从事的业务不同。保付代理人的业务除代理订货与担保外,自己也可能作为买方订购货物;信用担保代理人的业务除承担担保责任外,则仅限于为了获取佣金而以代理人的身份代理一方与另一方从事相关活动,自己不直接作为一方当事人从事交易活动。^②

^① 任荣明、侯兴政:《国际商法》,清华大学出版社 2004 年版,第 80 页。

^② 韩宝庆:《保付代理人与信用担保代理人的比较分析》,《对外经贸实务》2007 年第 11 期。

本章小结

本章着重介绍了各国代理法的基本原理与原则,全部内容共分三节:

目次		主要内容			
第一节	代理的概念	代理人根据被代理人的授权,代表被代理人与第三人订立合同或从事其他法律行为,由此而产生的权利义务直接归属于被代理人的行为			
	与相近概念的比较	代理与传达			
		代理与代表			
	代理的类型	大陆法系:直接代理与间接代理			
		英美法系:指明本人(代表公开姓名的本人)的代理;披露代理关系但不指明本人(代表不公开身份的本人)的代理;不披露代理关系但事实上存在代理权(代表不公开身份的本人)的代理			
	代理权的产生	大陆法系:本人的意思、法律的规定			
		英美法系:明示授权、默示授权、不容否认的代理、客观必需的代理、追认的代理			
		我国:本人的意思、法律的规定、有权机关的指定			
	代理的终止	终止的原因	基础法律关系终结、本人死亡、本人丧失行为能力、代理人死亡、破产或丧失行为能力		
		终止的效果	本人和代理人之间	代理人丧失代理权 如果代理人再行代理将承担无权代理的后果	
与第三人之间			已通知	对第三人生效	
			未通知	对第三人无效 可能产生表见代理的后果	
第二节	代理的内部关系	本人与代理人的义务			
	代理的外部关系	代理人以本人名义签约或从事其他法律行为时,本人、代理人与第三人的关系			
		代理人未以本人名义签约或从事其他法律行为时,本人、代理人与第三人的关系			
第三节	对第三人承担特别责任的代理人	保付代理人、保兑银行、保险经纪人、运输代理人			
	对本人承担特别责任的代理人	信用担保代理			

关键概念

直接代理;间接代理;显名代理;隐名代理;无权代理;表见代理;保付代理人;信用担保代理

思考与练习

1. 两大法系分别对代理作怎样的分类?
2. 英美法上的代理权有哪些来源?
3. 代理人的义务包括哪些?
4. 无权代理会产生何种法律效果?
5. 表见代理的构成要件及其法律效果分别是什么?
6. 保付代理与信用担保代理存在哪些区别?