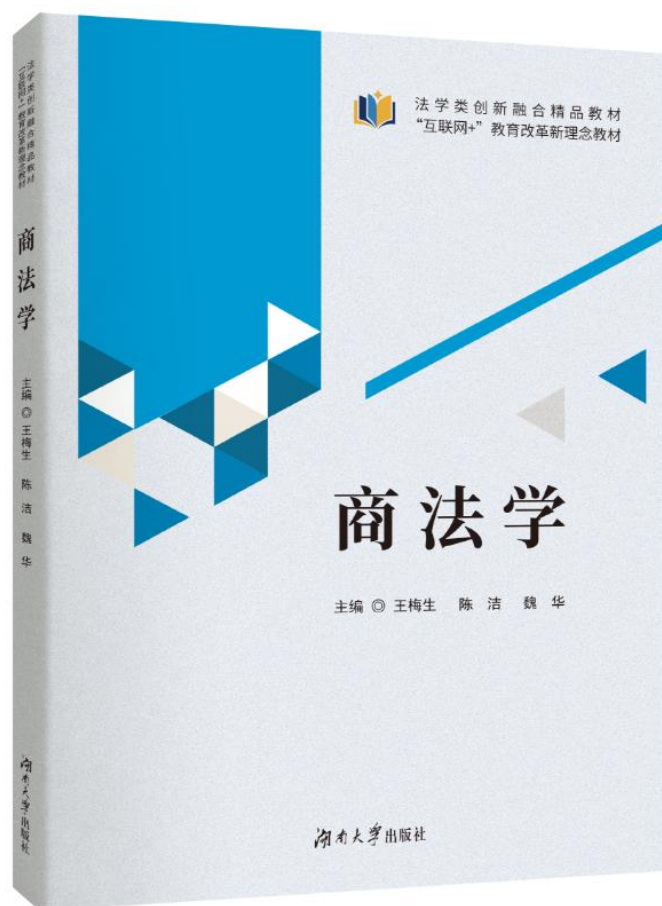


商法学



类目：法学类

书名：商法学

主编：王梅生 陈洁 魏华

出版社：湖南大学出版社

开本：大 16 开

书号：978-7-5667-3824-0

使用层次：通用

出版时间：2024 年 12 月

定价：49.80 元

印刷方式：单色

是否有资源：无



法学类创新融合精品教材
“互联网+”教育改革新理念教材

法学类创新融合精品教材
“互联网+”教育改革新理念教材

商法学

主编 © 王梅生 陈洁 魏华

商法学

商法学

主编 © 王梅生 陈洁 魏华

责任编辑：申婉莹
封面设计：旗语书装



湖南大学出版社

湖南大学出版社



法学类创新融合精品教材
“互联网+”教育改革创新理念教材

商法学

主 编 ◎ 王梅生 陈 洁 魏 华

副主编 ◎ 张玉洪 张冬梅 詹洪水

张立沙 罗卫华 马 潇

王 勇 魏元松

湖南大学出版社

· 长 沙 ·

图书在版编目(CIP)数据

商法学 / 王梅生, 陈洁, 魏华主编. --长沙: 湖南大学出版社, 2024. 12. --ISBN 978-7-5667-3824-0
I. D913.990.1
中国国家版本馆 CIP 数据核字第 20249KF095 号

商法学

SHANGFAXUE

主 编: 王梅生 陈 洁 魏 华

责任编辑: 申婉莹

印 装: 涿州汇美亿浓印刷有限公司

开 本: 889 mm×1194 mm 1/16 印 张: 16.5 字 数: 432 千字

版 次: 2024 年 12 月第 1 版 印 次: 2024 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5667-3824-0

定 价: 49.80 元

出 版 人: 李文邦

出版发行: 湖南大学出版社

社 址: 湖南·长沙·岳麓山 邮 编: 410082

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

传 真: 0731-88822264(总编室)

网 址: <http://press.hnu.edu.cn>

电子邮箱: xiaoshulianwenhua@163.com

版权所有, 盗版必究
图书凡有印装差错, 请与营销部联系

前言

商法是现代市场经济国家法律体系的重要组成部分，具有规范、调整、维系市场经济秩序的重要职能。任何从事商事活动的组织和个人只有了解、掌握商事法律规则及其法理，才能在实践中遵循和运用这些规则。商法学作为一门独立的法学学科，主要研究商主体和商行为、商法的特殊性、商法的原则、商法与民法和经济法的区别、商事立法的国际化趋向等问题。此外，商法学还要研究商法的主要制度，如《公司法》《证券法》《破产法》《票据法》《保险法》等。经管类和法学类专业的学生都应当了解商事法律主要内容，以便在今后的工作中能够运用商法规则分析问题和解决问题。

本书围绕商法的主要制度，及教学、实践中常用且广为关注的商法内容，对近年来的立法新思潮、新制度的发展趋势和理论实践中的热点、难点问题进行了深入探讨，使读者在了解商法一般理论基础上，着重掌握商法的基本制度和主要规则，掌握最新的商法动态。

在本书编写过程中，我们参考了大量的商法论著和教材，汲取了其中的研究成果和有益经验，在此表示衷心的感谢。书中如有不当和疏漏之处，诚望读者批评指正。

编者

目 录

第一篇 商法学总论

第一章 商法概述	2
第一节 商法概念、特征与基本原则	2
第二节 商法渊源与商事立法	7
第三节 商法与相关法律部门的关系	10
第四节 商事法律关系	13
第二章 商法基本制度	15
第一节 商主体	15
第二节 商行为	30
第三节 商事登记	34
第四节 商号制度	40

第二篇 公司法

第三章 公司与公司法概述	48
第一节 公司的概念与特征	48
第二节 公司法的概念与调整对象	49
第三节 公司的分类	51
第四章 公司设立	57
第一节 公司设立概述	57
第二节 公司设立的条件和程序	59
第五章 公司人格制度	62
第一节 公司人格概述	62
第二节 公司的能力	63
第三节 公司人格否认	66



第六章 公司资本制度	69
第一节 公司资本概述	69
第二节 公司资本的构成	72
第三节 公司资本的表现形式	74
第四节 公司资本的转让	77
第七章 公司股东与股权	81
第一节 股东	81
第二节 股权	85
第八章 公司组织机构	90
第一节 公司组织机构概述	90
第二节 股东会	91
第三节 董事会与经理	95
第四节 监事会	99

第三篇 证券法

第九章 证券法的基本问题	104
第一节 证券与证券法	104
第二节 证券监管机关	107
第三节 证券市场主体	110
第四节 证券投资基金	114
第十章 证券发行制度	116
第一节 证券发行	116
第二节 证券发行的条件	119
第三节 证券承销	123
第十一章 证券上市与交易制度	127
第一节 证券上市	127
第二节 证券交易	131
第三节 信息披露	133
第四节 证券持有与交易的限制规则	136
第五节 上市公司收购	139

第四篇 破产法

第十二章 破产与破产法概述	142
第一节 破产概述	142



第二节 破产法概述	143
第十三章 破产程序法	147
第一节 申请和受理	147
第二节 管理人	152
第三节 债权申报与债权人会议	154
第四节 重整与和解	159
第五节 破产清算	166
第十四章 破产实体法	176
第一节 债务人财产	176
第二节 破产债权	180
第三节 破产费用与共益债务	182
第四节 破产法律责任	184
第五篇 票据法	
第十五章 票据法概述	188
第一节 票据与票据法	188
第二节 票据关系与非票据关系	191
第三节 票据行为	193
第四节 票据权利	197
第五节 票据的伪造与变造	199
第六节 票据的丧失与补救	202
第七节 票据的时效	203
第十六章 汇票制度	205
第一节 汇票概述	205
第二节 汇票的出票	207
第三节 汇票的背书	210
第四节 汇票的承兑	215
第五节 保证	217
第六节 付款	219
第七节 追索权	220
第十七章 本票与支票制度	224
第一节 本票	224
第二节 支票	227



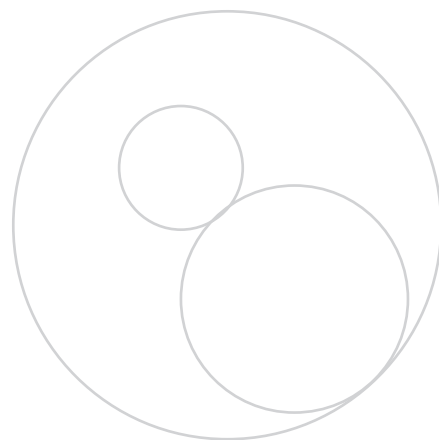
第六篇 保险法

第十八章 保险与保险法概述	232
第一节 保险概述	232
第二节 保险法概述	233
第十九章 保险合同法律制度	240
第一节 保险合同概述	240
第二节 保险合同的成立与生效	244
第三节 保险合同条款的解释	247
第四节 保险合同的履行	248
第五节 保险合同的变更和解除	253
参考文献	255



第一篇

商法学总论





第一章 商法概述



学习目标

通过本章的学习，了解商法的渊源与商事立法，着重理解商法与相关法律部门的关系，掌握商法的定义、特征、基本原则以及商事法律关系的概念与特征。

第一节 商法概念、特征与基本原则

一、商法的概念

（一）商法中“商”的含义

“商”的含义，有广义和狭义两种理解。

1. 狭义的“商”

狭义的“商”是指商品的交换或买卖行为。众所周知，人类社会发展初期是以物与物的交换开始的，其交换目的是满足生活或生产的需要。后来，随着经济的发展，在货币作为一般等价物出现时，社会上开始出现一些人用货币买进物品，然后再将物品卖出去，以便在买卖之间或物的交换过程中获得差额利润。这时物的交换目的不仅仅是满足生活或生产需要，还为获取最大利润。于是，商人和商品便应运而生。据《韦伯斯特新国际词典》解释，“商”是指货物、产品或任何种类的财产的买卖、交易。因此，狭义的“商”就是指商品的交换或买卖行为。这是一般意义上对“商”的理解。

2. 广义的“商”

广义的“商”泛指一切营利性行为（法律禁止的除外），这也是法学上对“商”的认定。所谓营



利性，是指以获取最大利润为目的而从事的生产、经营活动。随着近代经济的发展，人们对“商”的认识也在逐渐加深。这种以获取最大利润为目的而从事的生产、经营活动的行为，也开始从纯粹的商品买卖发展到商品的运送（运输业）、商品的保管（仓储业），甚至拓展到与商品没有直接关系的货币的存储（银行业）、人身损害赔偿保障（保险业）、有价证券的买卖，以及服务业、印刷业、出版业等。总之，只要是以获取最大利润为目的而从事的生产、经营活动，不论是否与商品的买卖有着直接或间接的联系，我们都认为是从事“商”的行为。可见，商法上的“商”是主体从事各种营利性行为的总称。

（二）商法的定义

商法，也称商事法，是指调整商事关系的法律规范的总称。其中，商事关系是指商事交易主体在进行商行为时所形成的商事权利和商事义务关系。它实际上是主体基于营利性目的而与他人形成的社会关系。

商法，最早起源于古代地中海沿岸的商人活动规则和惯例。它最初包含在民事法律制度之中，成为民法的组成部分。后来，随着商事规则的不断丰富与成熟，以及人类社会经济贸易活动的扩张与发展，各国纷纷制定了《商法典》以及相应的单行法规。于是，商法逐渐从民法中分离出来，并且日益朝着国际化的方向发展。本章正是在这样一种背景下介绍商法的一般性理论，其目的在于让初次学习商法课程的学生能够对商法的概念，商法的基本特征和基本原则，以及商法与民法、经济法、行政法的关系等问题有一个基本的了解。

（三）商法的多种含义

“商法”一词在不同的情形下使用时，其含义各有不同。既有广义商法与狭义商法之分，也有形式上商法与实质上商法之说。

1. 广义商法与狭义商法

广义商法泛指调整所有商事法律关系的法规，包括国际商法和国内商法。国内商法又包括商事公法和商事私法。商事公法是指在调整和维护整个社会经济活动或社会公共利益的法律中关于商事的法律规范，其主要散见于行政法、刑法等法律之中，并无完整体系可循。商事私法则是针对商人之间或其行为的有关商事法律规范，如公司法、票据法等。狭义商法仅指商事私法，也就是学科意义上的商法。

2. 形式上商法和实质上商法

形式上商法是指实行民商分立的国家和地区在民法典之外制定的以“商法”命名的法典。其主要内容涉及商主体、商行为的界定、创设等商法的一般规则，以及公司、票据、破产等基本制度。这种以商法典的形式表现出来的商法，已存在于法国、德国、日本、韩国等 60 多个发达国家和地区。当然，商法典只是这些国家商事活动的基本法，在商法典之外还有大量没有以商法命名的商事单行法。

实质上商法是指一切以商事关系为规范对象的法律法规。这表明商法的内容不仅存在于商法典之中，而且还存在于民法、行政法以及其他法律、法规和判例之中。不管是民商合一，还是民事分立，无论是大陆法系还是英美法系，均有实质上的商法。我国虽无形式意义上的商法，但实质上的商法已经大量存在，而且还颁布了一大批商事单行法，如《公司法》《证券法》《破产法》《票据法》等。本书所述的商法既包括形式上的商法，也包括实质上的商法。



二、商法的特征

商法的特征是商法本质的外在表现，是区别于其他部门法的主要标志。关于商法的特征，学者们所持观点并不完全一致，除技术性、公法性和国际性得到公认外，其他特征的表述均有差异。本书认为商法主要有如下特征。

（一）商法调整对象的特定性

商法作为一个特殊的法律部门，其调整的对象不是一般意义上的主体和行为，其法律规则也不是普遍适用的，具有特定性。它或者仅适用于履行了商事登记、具有商主体资格的人，或者仅适用于商行为。有些国家法律规定，非商人所实施的商行为和商人实施的非商行为，不得适用商法。例如，大街小巷中出现的临时性的小商、小贩买卖蔬菜或水果杂货的行为，虽然从事的是生产经营活动，即商行为，但由于小商、小贩不是依法登记的商人，所以它不归商法调整；再如，公司为灾区捐款的行为，虽然公司是履行了商事登记的典型商人，但它的捐款行为不属于生产经营活动，即不是商行为，所以也不能适用商法。

作为商法调整的对象的行为，其特定性表现在营利性上，即商法调整的商行为是指从事生产经营活动的人实施的能够获取经济利益的行为。营利性是商事活动的主要特性，商行为中的一些重要规则的制定，如买卖、代理、仓储、票据、证券等，都必须考虑营利性。

（二）商法属性的兼容性

1. 商法作为私法，兼有公法的性质

商法是从民法中分离出来的，所以商法与民法一样，同属私法的范畴。如对商主体之间权利义务等的规定，就属于私法性质。同时，有关商号确定规则、商事登记规则等的规定，都属于公法的性质。因此，现代意义的商法是以私法为中心、公法为例外的。

2. 商法作为国内法，兼有国际性

商法起源于商事交易习惯，这种商事交易本身就是一种跨国界的活动。所以，早期的商法主要表现为跨国商事交易习惯和惯例。在西方社会进入资本主义阶段后，商事交易活动在各国经济生活中的地位日益提高，各国开始重视对这种贸易活动的管制，便纷纷制定本国的商法。这样，商法才开始成为一种典型的国内法，但这一结果在很大程度上妨碍了世界贸易的发展。特别是20世纪以来，随着资本主义的进一步发展和贸易全球化趋势的日益加强，商法国际化呼声日益高涨，最终导致两种倾向出现：其一，国际商事立法得以加强。各国或国际组织制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例；其二，各国不断修改本国商法规则，使彼此之间的商法与国际商事法律、国际商事惯例之间更为协调。正因如此，各国商法都带有较强的国际性色彩。

3. 商法作为实体法，兼有程序法的内容

从商法总体法律规范分析，商法的实体法律规范居多，属于实体法；但商法同时又包含了大量的非诉讼程序规范和诉讼程序规范，具有较强的程序性。例如，公司设立程序、股东大会和董事会会议程序、公司解散与清算程序等，还有票据法上的出票、背书、承兑、付款和追索程序，以及保险法上的索赔与理赔程序等，均为非诉讼程序规范；又如破产申请与受理、债权人会议、破产宣告、破产清算以及和解与整顿等，均为诉讼程序规范。总之，商法通过实体与程序的规范，有效地保障了当事人权利的实现。



（三）商法规范的技术性和易变性

商法与民法的伦理性相比，其技术性是显而易见的。由于商法是实践性极强的法律，这就要求商法对商行为中的行为方式、行为环节、行为规则都要作具体、翔实的规定，于是就使商事法律规范具有了可操作性和技术性的特点。例如，票据法中关于票据行为规则中的发票行为、背书行为、承兑行为等，破产法中关于破产财产的确定、破产分配的顺序等，都涉及大量的技术性问题。

由于商事法律规范本身就是反映商事交易活动的，而商事交易活动的内容和形式又都是在不断发展变化的，所以为了适应这些发展变化，商法与一般法律相比，其修改更为频繁。

三、商法的基本原则

商法的基本原则不仅是制定商法的根本出发点，更是适用的指导思想。它集中体现商法的性质和宗旨，因此，在制定商事法律规范时必须遵守以下基本准则。

（一）商主体法定原则

商主体法定原则，又称市场准入严格法定原则，是指作为商主体人格项下的具体形式和内容均应服从法律的规定。该原则主要包括商主体类型法定、商主体内容法定和商主体公示法定 3 个方面。

1. 商主体类型法定

商主体类型法定是指可以进行经营活动的商主体在组织形式上由法律予以明确设定，当事人不得创设法定类型之外的商事主体形式。如许多国家的商法，均承认无限责任公司、两合公司为商主体。而我国的商法中，这类经济组织并非商主体。再有，我国确定的、长期以来作为商主体存在的集体企业、个体工商户、农村经营承包户，在西方国家商主体的概念中却从未出现。这种差异就是商主体类型法定的结果。

2. 商主体内容法定

商主体内容法定是指可以进行经营活动的商主体的财产关系和组织关系应当由法律予以明确规定。在我国，有限责任公司、股份有限公司、合伙企业、独资企业、中外合作经营企业等这些不同的商主体，其投资者与被创设企业之间的财产关系、企业自身的组织机构等，彼此之间存在着重大差异。而这些差异之所以存在，其根本原因就在于法律对不同的商主体的上述关系设定了不同的规则、不同构成要件。

3. 商主体公示法定

商主体公示法定是指商主体的成立必须按照法定的程序予以公示，以便交易第三人及时知晓；未经法定公示者，不得对抗善意第三人。正是商主体公示法定原则，才构成了商事登记制度，如《公司法》颁布后就有《公司登记管理条例》，《合伙企业法》颁布后《合伙企业登记管理办法》出台，这些都反映了商主体公示法定的内容。

（二）商事交易公平原则

商事交易公平原则实际上是民法的公平原则在商法中的具体体现。它要求商主体在从事生产经营活动（即商行为）时，应本着公平的原则，正当行使权利和履行义务；在实现自己利益的同时，也要兼顾他人利益和社会公共利益。该原则的内容主要体现为商事交易主体地位平等和诚实信用两个方面。

1. 商事交易主体地位平等

这是指商主体在交易过程中，任何一方不得享有法律上的特权。任何形态的商主体在商事交易



中的地位一律平等，其合法权益均受法律保护。不论是独资企业，合伙企业、还是公司；不论是内资企业，还是外商投资企业；无论是私营企业，还是国有企业、集体企业；无论是上市公司，还是非上市公司；无论是大企业还是中小企业，均具有平等的权利能力，平等地受到法律保护。可以说，离开了商主体之间的地位平等，商事活动中的公平、公正、等价有偿等基本要求将不复存在。

2. 诚实信用

这是指商事交易主体在从事商行为时应该诚实、守信，以维护交易之公平。这就要求在处理当事人之间的利益关系时，要尊重他人的利益；在实现自己的利益时，也要保证对方当事人能够得到自己应得的利益；在处理当事人与社会的利益关系时，要求当事人在实现自己利益的同时，不得损害第三人利益和社会利益。

（三）商事交易效率原则

商事交易活动的目的，就是充分利用现有条件来追求最大经济效益，因此，资金与商品的流转频率越快，所获得的效益就越大。这就从客观上要求在制定商事法律规范时，应充分考虑商品交易的简便、迅捷。因此，各国都将交易效率作为商事立法的一个重要原则。该原则在商事立法中主要体现在以下 4 个方面。

1. 交易方式推定化

各国商法在规范商行为时，大多采取要式行为方式或文义行为方式，对其内容预先予以确定。如对租赁合同、借款合同、加工承揽合同、居间合同等商行为，就规定了大量的强制推定条款和任意推定条款，从法律上对合同的内容给予了预先确定，从而减少了合同当事人的协商过程，缩短了签订合同的时间。

2. 交易行为定型化

各国在商法中常强制规定商事交易行为规则。例如，票据法对发票行为、背书行为、承兑行为、付款行为等的规定，减少了票据流通环节的质疑，保证了票据流通的方便和快捷。

3. 交易客体的标准化

这实际上是要求权利义务的证券化或权利义务的格式化。例如，反映股东权利义务的股票、债券，反映当事人请求权和追索权的票据等，都是通过商事立法使其法律行为标准化、定型化，从而简化了权利转让和权利认定的程序，缩短了交易的时间，进而达到商事交易简便、迅捷的目的。

4. 商事交易的短期化

各国商法对各类商事请求权的时效规定，普遍都短于民事请求权的时效规定，如票据请求权一般规定为 4~6 个月甚至 2 个月，比民法上的普通时效 2 年要短。其目的也是为了促使当事人尽早行使权利，保证交易的迅速进行。

（四）商事交易维持原则

商事交易维持原则主要体现在国家通过法律对商事活动进行强制干预，但这种干预的目的不是限制商事交易，而是通过立法建立良好的商事交易秩序，保障和促成商事交易。该原则在商法中主要表现为以下 3 个方面。

1. 充分保护交易自由和意思自治

由于商法本质上是私法，所以当事人的自由意志就非常重要。各国商法通过对交易自由、意思自治等的规定，来保证在不违背法律规定的前提下最大限度地尊重当事人的交易意愿，促进交易。



2. 最大可能维护商事交易的有效性

对于一些意思表示要件瑕疵或主体要件瑕疵的行为，各国商法出于交易维持的考虑通常并不一概认定为无效行为，而是通过对可撤销、效力待定等制度的规定，来最大限度地维持商事交易的有效性。

3. 最大可能为过错行为提供补救机会

各国商法通过对破产重整制度的规定，来最大可能地为商主体的过错交易行为或失误交易行为提供一个补救的机会。

（五）商事交易安全原则

商事交易安全原则要求当事人在商事交易活动中应当将其行为内容向交易相对人给予充分明示，使交易相对人对交易的内容有一个明确的了解，以维护商事交易的安全，否则该当事人应承担相应的法律责任。该原则在商法中主要表现为以下 3 个方面。

1. 公示主义

公示主义是指交易当事人对于涉及利害关系人利益的营业上的事实，负有公示和告知义务的法律要求。在商事交易中，交易当事人均有了解对方当事人能力、资金、权限等基本事项的要求。但是，如果依靠交易一方当事人逐一调查对方当事人，则不仅费时、费力，而且还可能遇到不必要的障碍。可见，将公示交易情况制度化是极为重要的。在各国商法上，公示主义的要求主要体现在商事登记、上市公司信息公开、证券发行信息披露、船舶登记公告等方面。

2. 严格责任主义

为了防止行为人将损失风险转嫁给他人，各国商法大都采取严格责任的措施。如票据法规定，票据行为人对持票人承担连带责任，而且持票人可不按照票据债务人的先后顺序，向其中 1 人、数人或全部行使追索权；公司法规定股份有限公司的发起人应当承担因公司不能成立而导致的损失等，从而加强对交易行为风险的约束，保证交易的安全。

3. 外观主义

外观主义是指交易行为的效果以当事人交易行为的外观为准，一旦法律行为完成，出于对交易安全的保护，原则上不得撤销。商事活动中，外观主义重在构筑商业社会的信用体系，是一种兼用于事前与事后的保护机制。在交易产生前，外观主义原则的规定使得交易对方或者第三人对于商事主体的资质和信用状况有所了解，并基于此进行合理判断和评估；而在交易产生后，外观主义原则的意义则在于对善意当事人的保护，防止由于某些商事主体的故意或者重大过失而导致交易风险的产生，危害善意当事人的合法利益。

第二节

商法渊源与商事立法

一、商法渊源

（一）商法渊源的概述

商法渊源是指商事法律规范用来表现和存在的形式。它是对商事行为具有约束力的法律规范的



重要来源,也是商事经营活动的重要法律依据。在传统商法中,商法的渊源主要为商事制定法、商事习惯法、商事判例法和商法学说。

在大陆法系国家里,具有典型意义的是以商法典为代表的商事成文法;至于商事交易习惯在何种情况下具有效力以及效力的范围,商法典和商事法通常都针对具体情况有不同的规定;而商事判例、司法报告的作用,在商事交易中的地位,要比英美法系这些以不成文法为主的国家中低一些;此外,商法学理论著作、百科全书、法律期刊以及有关商法典和其他商事法规的学理评纂等,在商事交易的法律适用中也具有一定的指导意义。在英美法系国家中,早期的商判例法和商习惯法对商法具有绝对重要的意义,商法理论和学说在法律适用时也能发挥一定的作用,但在19世纪末,英美法系国家就开始出现了大量商事单行立法。因此,在世界范围内,商法领域与其他法律领域不完全一样,不论在大陆法系国家里还是在英美法系国家中,成文法都同样扮演着十分重要的角色。

20世纪以来,随着社会经济的发展和经济规模的扩大,尤其伴随着社会经济组织内部制度的日益健全以及经济组织对外交易手段的多样化,商事自治法也随之发展成为商法的一个重要法律渊源。其中,经济合作与发展组织于1999年颁布《公司治理原则》,并于2004年修订。这些准则绝大多数由民间组织颁行,只有少数国家以国家机关名义正式颁布。虽然从形式上讲,它并不是法,是否采用由公司自主决定,但不采用的需要向市场披露拒绝采用的原因。这无形之中使之成为绝大多数公司共同遵守的行为规范。此外,国际条约与国际惯例也成为商事法律渊源的一个方面,如《国际船舶载重线公约》(1966)、《国际海上避碰规则公约》(1972)、《联合国国际货物销售合同公约》(1980)等,都在国际商事交易中成为签约国的行为准则。

如今,如果从事实上而不是单纯从立法上来看,商法渊源的内涵与外延实际上已经发生了深刻变化。当然这一变化并未最终形成定论,尚未得到立法上的明确反映。但是对于商事司法实践与商法学研究来说,应当予以高度的关注。所以,在商法渊源的内涵与外延上,应当形成更加贴近法理要求与实践要求的全新认识,这无疑会进一步提高商法与商法理论的实践适用性。

(二) 我国商法的渊源

我国商法的渊源主要为制定法、立法和司法解释、商事自治法等。一般来说,它可分为以下几种。

(1) 法律,即全国人民代表大会及其常务委员会制定、颁布的规范性文件。如《公司法》《破产法》《票据法》《证券法》《保险法》《海商法》《信托法》《证券投资基金法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《商业银行法》《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》《外资企业法》等。

(2) 行政法规和规章,即国务院及其所属机构制定的规范性文件。如《公司登记管理条例》《企业法人登记管理条例》《企业名称登记管理规定》《合伙企业登记管理办法》《个人独资企业登记管理办法》《国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定》《银行结算方法》等。

(3) 地方性法规,地方国家权力机关和行政机关制定的规范性文件。

(4) 国际条约、国际惯例。即我国参加的国际条约。如《国际船舶载重线公约》《国际海上避碰规则公约》《海上搜寻救助公约》《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》《国际贸易术语解释通则》等。

(5) 立法解释,即全国人大常委会关于商事法律的立法解释。

(6) 司法解释,即最高人民法院对商事立法的解释。如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定》等。

(7) 商事自治规则,即不与国家法律和行政规章相冲突的,就其组织、运作、成员的权利义务、



相对人权利义务等内容自主制定的规则。如《上海证券交易所交易规则》等。

至于商事判例和商法学说,虽然不是我国商法的渊源,但它们在审判实践中已经受到越来越多的重视。

二、商事立法

(一) 商事立法概述

在古代简单商品经济时代,西方并没有独立的商事立法,一些零星的商事法规被民法所吸收。直到中世纪才开始出现了商人法,这些习惯法成为近代西方一些国家商法典的前身。自近代以来,各国产生了大量的商事法规,无论是大陆法系还是英美法系,均是如此。真正具有现代意义的商法产生于19世纪。现代西方各国的商法,在大陆法系有民商合一与民商分立之分。在英美法系,由于没有民法典,商法典也极少,自然也无民商分立与民商合一的问题。已有40多个国家或地区实行民商分立,其中以法国和德国最为典型,如法国的《商法典》(1807)和德国的《商法典》(1897)。采用民商合一的国家主要分为两种情形:一是瑞士和意大利等国家的完全合一,即民法典完善吸收商法的内容,如瑞士的《债法》(1881)和意大利的《民法典》(1942);二是部分合一,即只是将商法的基本问题纳入民法典,而针对一些具体商事制度则制定单行法规。

纵观世界,无论是民商合一还是民商分立的国家或地区,经过发展变化,最终实用主义占据法律主流,商事单行法已成为世界各国商法的主要表现形式。以公司法为例,法国有《商事公司法》(1966)和《有限责任公司法》(1925);德国有《有限责任公司法》(1892)和《股份公司法》(1965);英国也有统一适用于各类公司的《公司法》(1948、1967、1980、1984、1989、2004),美国虽无全国统一适用的公司法,只有美国律师协会制定的、供各州立法做参考的《示范公司法》(1950、1984、1998、2002),但各州均有公司法;日本在整合了《商法典》、原《有限公司法》和《商事特例法》之后,结束了公司立法“三足鼎立”的局面,颁布了具有划时代意义的《公司法》(2005)。

(二) 我国的商事立法

我国古代乃至后来的封建法制均为诸法合体,民刑不分,更谈不上商法了。商事立法始于清朝末年。1904年,清政府颁布《公司律》《商人通例》;1906年颁布《破产律》,与此同时还起草了《公司注册试办章程》《商标注册试办章程》等,随后起草了具有1008条的《大清商律草案》,虽内容较完备,但未及决议颁布就因清政府覆灭而归于废弃。民国政府成立后,在大清商事法律的基础上,重新制定并颁布了一批商事法律,如1914年民国政府颁布的《中华民国商律》《公司条例》《商人通例》。然而在1917年,民国政府决定采取民商合一的体例,将商法总则中的经理人、代办商和商行为中的买卖、交互计算、行纪、运送、承揽等,编入民法典债编,其他内容则采用商事单行法,如《票据法》(1919)、《海商法》(1919)、《保险法》(1919)、《商业登记法》(1937)等。从此形成了我国民商合一的立法模式。

中华人民共和国成立后,为便于私营企业的社会主义改造,当时的国务院前身政务院于1950年颁布了《私营企业暂行条例》。而后,由于计划经济体制的影响,商法基本上没有赖以生存的社会经济基础。改革开放以后,为适应我国的经济的发展,出台了大量的商事法律法规,如《工矿产品购销合同条例》(1984)、《农副产品购销合同条例》(1984)、《中外合资经营企业法》(2001)、《外资企业法》(1986、2000)等。

20世纪90年代以来,党的十四大确立了社会主义市场经济的目标,使商法获得了长足的发展。全国人大及常委会陆续制定并颁布了《海商法》(1992)、《公司法》(1993、1999、2004、2005、



2013、2018、2023)、《票据法》(1995、2004)、《保险法》(1995、2002、2015)、《证券法》(1998、2004、2005、2014)、《合伙企业法》(1997、2006)、《个人独资企业法》(1999)和《企业破产法》(2006)等商事单行法,使我国的商法体系日趋成形。如今,《民法典》已顺利制定、实施,且形式上采取了所谓“民商合一”的立法体例。

第三节

商法与相关法律部门的关系

一、商法与民法

商法与民法的关系是商法与相关法律部门的关系中最重要和最基本的问题之一。商法在本质上与民法是一致的,无论是民商合一还是民商分立的国家,民法和商法都被纳入统一私法的范畴,二者共同构成现代私法的主要组成部分。在民商分立体制中,商法是私法领域中独立于民法的一个部门法。在民商合一体制中,商法则为民法所包容,并不是一个独立的部门法,其单行商事法规和民法之间是特别法与普通法之间的关系。在该关系的基础上,商法成为民法的补充,并且在某种程度上商法优先于民法使用。

(一) 商法与民法的联系

民法和商法的关系具体可以归结为以下几点:

1. 民法的所有权制度是对从事商品经济活动的正常条件的一般规定

因为所有商品以及它们的转化形式(票据等)都是所有权的另类表现形式,其结果都会导致所有权的让渡与取得。因此,对公司的财产权的确认行使、对作为商品所有权凭证的票据的保护、对财产的投保与保险的支付、破产后财产的清算等,都要适用民法中关于财产所有权的一般规定。

2. 民法的主体制度是对商品经济活动主体资格的一般规定

任何个人和经济组织,凡是从事具有营利性的商品经济活动,其法律地位的最终确定都是由民法上的主体制度来完成的。如商法上的公司制度只不过是民法中法人制度的一种最典型形式。所以,对公司法律地位的确认、公司的权利能力和行为能力的限制规定等,都不过是对一般法人制度的具体化,都要符合民法中一般法人主体制度的基本规定和要求。

3. 民法的债权制度是关于流通领域中的商品交换活动的一般规定

马克思曾经指出,如果这些汇票通过背书而在商人中间再作为支付手段来流通,由一个人转到另一个人,中间没有贴现,那就不过是债权由A到B的转移。这表明票据制度实际上是债权制度的特殊表现形式。票据权利的设定、移转,担保证明以及付款和承兑等,都不过是债权制度的具体化,都要适用民法中关于债的一般规定。

此外,商法中有关公司的代理、票据和保险行为的代理等制度,都要适用于民法中关于代理制度的有关规定。

(二) 商法与民法的区别

民法与商法的不同主要体现在以下几个方面。



1. 立法价值取向不同

民法在诸项价值目标中,最基本的价值取向是公平,即在公平与其他民法原则的关系上是公平优先兼顾效益与其他。而在商法中最高的价值取向则是效益,其基本立法要求是效益优先兼顾公平与其他。民法与商法不同的价值取向既反映了二者具有不同的目的追求,也反映了它们各自独特的存在价值。

2. 适用主体范围不同

作为民法,其基本特点是在适用主体上具有广泛性。它适用于一切社会主体,能最大限度地满足社会主体的基本要求。作为商法,其主要特点是通常仅适用于商人,即只适用于从事营利性活动的商主体。

3. 法律规范性质不同

民法规范具有强烈的伦理性,是人们理性思维的结果,所以缺乏操作性,但多具有稳定性。商法规范主要体现为技术性规范,具有很强的操作性和一定的易变性。

二、商法与经济法

关于经济法的概念一直存在着广义和狭义之分。广义的经济法概念认为,其是调整社会全部经济关系的法律规范的总称,也就是说既调整经济组织关系,也调整经济交易关系;既调整平等主体之间的横向经济关系,又调整不平等主体之间的纵向经济关系;既调整国内经济关系,也调整涉外经济关系;既调整宏观经济关系,也调整微观经济关系。按照这一理论,商法自然被经济法所兼容,成为经济法的一个部分。但随着广义经济法理论的日益贫弱和商法独立性的不断提高,这一观点越来越遭到否定。

狭义的经济法是指国家为了克服市场调节体制缺陷,弥补和矫正正在遭到破坏的市场条件和市场环境而进行的以经济性手段为内容的强制性法律规范的总称。简言之,那些体现国家权力对经济交易行为予以干预的法律规范的总称即为经济法。从这个意义上讲,经济法与商法之间的关系不同于民法与商法之间的普通法与特殊法之间的关系。

(一) 商法与经济法的联系

商法与经济法虽然都调整经济关系,但各自调整不同领域的经济关系。商法调整的是以营利为目的的经济关系,而经济法则调整国家干预下的经济关系;商法是在市场机制、价值规律条件下调整经济生活和经济秩序,而经济法则通过国家的强制性手段,预防市场机制、价值规律所带来的隐患,保障经济生活和经济秩序的正常运行。因此,商法以个别经济主体的利益为基础,主要调整的是经济主体之间的利益关系;经济法则以社会经济利益为基础,着眼于整体经济利益的协调和保护,即着重于所有商事主体利益的全局性。所以,商法和经济法是作为两个不同领域的法而存在的。

(二) 商法与经济法的区别

由于商法与经济法在调整范围、立法目的上存在不同,因而商法和经济法在法律理念、法律机能等方面也有诸多不同。其主要表现在以下几个方面。

1. 调整的社会经济关系的性质不同

商法主要调整的是商人之间以平等为主要特征的社会经济关系;经济法则调整的是国家与商人之间以不平等为主要特征的社会经济关系,这种关系主要体现为管理与被管理、指挥与被指挥的纵



向经济关系。

2. 调整对象的内容不同

商法主要规定的是商人的法律地位、组织形式、商事交易行为规则和行为后果等，其以商主体、商行为、公司法、票据法、证券法、保险法、海商法等为内容；经济法主要规定的是商主体在商事活动中的竞争行为规范、竞争规则，其以价格、金融、税收、投资、公平交易、反垄断、贸易管制等为内容。

3. 法律理念和法律性质不同

在法律理念上，商法注重维持私法中传统的“意思自治原则”，经济法则信守“国家统治原则”；在法律属性上，商法是以平等主体为本位的私法，以任意性规范为主；经济法则以国家为本位的公法，以强制性规范为主。

三、商法与行政法

商法作为私法规范与公法规范具有一定的兼容性，这主要表现在其与行政法的关系上。尤其在现代市场经济条件下，为了平衡和协调社会经济运作中各方的利益，保障社会经济的正常秩序，促进商事交易的发展，国家会借助于行政手段对社会经济生活进行干预。这就使商法与行政法之间产生了密切的关系。

（一）商法与行政法的联系

商法与行政法的联系主要表现在以下 2 个方面。

1. 商法本身即含有行政法的成分

商法中的公法性规范本身就具有行政法律规范的性质，如商事登记与核准制度、商业账簿制度、股权转让登记制度、外国公司的许可、船舶的登记、商事交易的管理等，均涉及行政法的内容。

2. 商法中规定了诸多行政处罚条款

行政法中的一些规定，如对商主体的行政处罚及其行政复议与诉讼等法律规范都有助于保证商事秩序的建立与商事权利的实现。尽管这不是商法的主要内容，但它标志着商法会受到行政法的巨大影响。

商法中的公法性规范的制定，其目的在于保障商事秩序的建立和商事权利的实现。从这个意义上说，商事活动中的行政法调整，是行政法对商法的补充。

（二）商法与行政法的区别

行政法调整的行政关系与商法调整的商事关系具有明显的不同，其主要表现在以下几个方面。

1. 法律关系的产生与结果不同

行政关系是根据国家意志产生的，是国家权力运用的结果；商事关系是基于商主体的自由意志产生的，是商主体自主自愿行为的结果。

2. 法律及其关系的属性不同

行政法以强制性规范为主，其调整方法具有强制性。商法以任意性规范为主，其调整方法具有任意性。行政关系具有隶属性，是一种不平等权利义务关系；商事关系具有平等性，是一种以平等为主要特征的权利义务关系。



3. 法律关系中法律主体的地位不同

行政关系中的法律主体，必然有一方为国家行政管理机关，有时双方皆为行政管理机关；商事关系中的双方一般皆为公民、法人或其他经济组织，国家只有在例外情况下才成为商主体，如政府采购、国家发行国库券。

4. 法律关系主体对权利的处分方式不同

行政关系中主体所获得的权力是由国家授予的，它是职权与职责的结合，其权力与特定主体密切联系，不可任意放弃，也不可随意转让；商事关系中主体的权利与主体的个人意志及利益相联系，并可由主体依照自己的意志合法处置。

第四节

商事法律关系

一、商事法律关系的概念

所谓商事法律关系，即商事主体基于商事行为而产生的商事权利和商事义务关系。实际上作为具体的商事法律关系，是存在于现实生活当中的、受到商事法律规范调整的、并呈现特殊性的社会关系。依据不同标准，商事法律关系可分为：商事主体法律关系与商事客体法律关系；普通商事法律关系与特别商事法律关系；单方商事法律关系与双方商事法律关系；具体商事法律关系与抽象商事法律关系。

二、商事法律关系的特征

为准确把握商事法律关系，除掌握商事法律关系的概念外，还有必要了解其特征，商事法律关系的特征主要有以下4个方面。

（一）商事法律关系的主体至少有一方当事人是商人

首先，在单方或双方甚至多方商事法律关系中，至少有一方当事人是商人。其次，对于当事人是否属于商人，其最为便捷的判断方法可概括为两种：一是以商人登记为依据，来判断是否属于商业主；二是以立法所规定的绝对商行为为标准，来判断是否实施了法律规定的营利行为。

（二）商事法律关系的内容是商事权利与商事义务

首先，关于商事权利，是指为满足商人营业的普遍性需要，商人所必须享有的最为一般的权利，主要包括商事人格权与商事请求权。前者属于人身权范畴，是商主体可以从事商事营业的终极性根据；后者属于财产性权利，并且是营业方面最为常用的手段。其次，关于商事义务，是指为确保商人的营业至少可达到“适法”，亦即不违反法律禁止性规定，而由商人必须担负的最为一般的义务。其又可分为两种：一是人格充实义务，具体指商人负有保证自己商人人格合法取得，并且真实以及相对透明的义务；二是债务清偿义务，具体指应交易对方的请求，商人负有为对方履行或者为对方给付的义务。



（三）商事法律关系的客体围绕商行为严格限定

首先，商事法律关系的客体具有唯一性，这是指只能以商事法律关系中债务人的给付行为为客体；其次，商事法律关系的客体围绕商行为严格限定，这是指该债务人的给付行为须以营利为目的，并且应反复多次持续经营。

（四）商事法律关系中承担责任有多种方式

商事法律关系中承担责任的方式既有财产补偿责任、行政处罚责任及刑事制裁责任的并列适用，又有过错责任与严格责任的平行运用，还有有限责任与无限责任的彼此共存。

三、商事法律关系的确立标准

作为商事法律关系要素的商人和商行为，在很多情况下是不可能同时存在于一个法律关系中的，因此，如何确定商事法律关系就成为立法中和学理上应当解决的一个主要问题。对于商事关系的确立标准和依据，在不同国家的立法中具有不同的法律规定。大体说来主要有客观、主观和折中 3 种标准。

（一）客观标准

客观标准，又称纯粹商行为主义标准，即以商行为作为确定商事法律关系的基本标准，在立法中首先规定商行为的条件和范围，凡是符合该条件和范围所从事行为而产生的法律关系都属于商事法律关系，在法律规定上适用商法的有关规定，而不论有此项行为的人是否是商人或是否属于营业行为。

（二）主观标准

主观标准，又称新商人主义标准，即以商人作为确定商事法律关系的基本标准，在立法中首先规定商人的概念和条件，然后规定凡是商人作为营业活动所从事的一切行为在性质上都属于商行为，基于该行为所产生的法律关系都属于商事法律关系。

（三）折中标准

折中标准即同时采用主观、客观两个标准作为确定商事法律关系的标准。具体做法是，将商行为区分为两种：对于凡符合法律规定的某些特定行为（如证券行为、票据行为等）不作主体限制，即无论其实施主体是否是商人，其行为在性质上都属于商行为，都会产生商事法律关系；对另外的一些行为（如一般买卖行为等）则必须是由商人所为时，其行为在性质上才能视为商行为，才会产生商事法律关系。

思考题

1. 商法的含义是什么？其法律特征有哪些？
2. 商法的原则有哪些？
3. 我国商法的渊源主要有哪些表现形式？
4. 商法与民法的关系怎样？
5. 商法与经济法有哪些联系与区别？
6. 商法与行政法的联系与区别主要表现在哪些方面？
7. 商事法律关系的概念是什么？其法律特征有哪些？



第二章

商法基本制度



学习目标

通过本章的学习，了解商主体、商行为、商事登记、商号等商法基本制度。掌握商主体与商行为的概念与特征；熟悉商个人、商合伙、商法人的概念、特征、分类及我国的立法规定；掌握商事登记的概念与特征、商事登记的效力；了解商号的概念及特征、商号选用的构成要素、商号权的性质、内容及法律保护。

第一节 商主体

一、商主体概述

（一）商主体的概念

商主体又称商事主体，商事交易主体、商人，是指依照商事法律规定参与商事法律关系，能以自己的名义从事商行为，享有商事权利和承担商事义务的个人或组织。

现代各国商法在对商主体进行概括时，除注重商主体的形式特征外，更强调商主体的实质要件。作为商人应当具有商法上的资格或能力，能够以自己的名义从事营业性商行为，并能独立享有商法上的权利和承担商法上义务。在法律上，通常要求商主体必须以持续地从事某种营利性商行为作为其基本构成条件，并规定凡是以从事特定的商行为作为其经常性职业的个人或组织，均可依照法定程序成为商人。例如，《法国商法典》中规定，以实施商行为作为其经常职业的人是商人；《意大利民法典》认定，凡以生产或交换商品、服务为目的，以组织经济活动为职业的人（经登记者）为商人；《日本商法典》认为，商人是指以自己的名义，以从事商行为为业者；经修订后的《德国商法典》也认为，商人是指以实施商行为为业者。所以，按照现代各国商法的一般理解，构成商主体的实质性



标准在于商人必须从事营利性的商行为。

（二）商主体的特征

商人作为商法上的行为主体，除应具备民法中有关民事主体的基本要求和基本特征外，还有一些不同于一般民事主体的法律特征。这些特征主要表现在：

1. 商主体必须具有商事能力

商事能力，是指商主体在商法上的商事权利能力与商事行为能力的统称。其有两层含义：一是指商主体必须以相应的商法规定为存在前提，能够参加商事活动。即必须具有完全行为能力，并且不属于法律、法规禁止从事营利性活动的人，如根据我国《法官法》《检察官法》《公务员法》等规定，国家机关、法官、检察官、公务员等禁止从事营利性活动。二是必须是根据商事法律的特别规定，可以从事商事活动的人。如《个人独资企业法》规定，只要是具备完全行为能力的自然人，并且不属于法律禁止从事营利性活动的人，在进行投资、依法登记后，就可以作为个人独资企业的商主体。而一般的企业法人虽然不属于法律禁止从事营利性活动的人，但根据《个人独资企业法》的规定，不能单独投资作为个人独资企业法的商主体。

2. 商主体必须以营利性活动为内容

商主体所从事的行为必须是以营利为目的的生产经营活动，不从事经常性、连续性经营活动的主体不能称之为商主体。

3. 商主体的特殊权利能力和行为能力须经商事登记取得

商主体资格的取得来源于商事登记制度。商事登记这一法律事实的出现，不仅决定着商主体的商事能力范围，同时还为商法对商主体的税收、工商管理奠定了基础。因此，多数国家的法律规定均要求商主体的成立须首先履行商业登记程序，对于从事金融、证券等行业的商主体的成立则另行规定特许审批规则。按照我国现行的工商登记法规规定，任何个人或社团组织凡欲从事营利性营业行为，成为和成立企业法人、个人合伙企业、个人独资企业者，都必须履行登记手续，领取营业执照；未履行登记手续的组织和个人不得从事营利性营业活动。

4. 商主体必须是商事法律关系的当事人

作为商主体，必须是与商事法律关系的产生、变更、消灭有着根本利害关系的人。它必须能够以自己的名义从事商事活动，独立享有商事权利和承担商事义务，并能以特定范围的资产承担财产责任。

（三）商主体的分类

在大陆法系国家的商法理论中，通常依据不同的分类标准对商主体加以类型划分，这些分类体现了各国商法对不同类型商主体的特别控制要求。

1. 法定商人、注册商人与任意商人

这是依照法律授权或法律对商主体设定的要件、程序和方式而进行的分类。

法定商人又称必然商人，是商事特别法对特定商行为进行特别要求的商人。如根据《商业银行法》《保险法》《证券法》规定，只有经过人民银行审批，才能登记成为金融业商人的商业银行、保险公司、证券公司等。

注册商人又称应登记商人，即依法经过注册登记，并以其许可的经营范围实施商行为的商人，如合伙企业、个人独资企业、一般的商业有限责任公司和股份有限公司。

任意商人又称自由登记商人，是依法由其自由决定是否登记注册的商人，这是某些大陆法系国



家特有的概念。它的主要特征在于：其所从事的活动并不属于各国商法认定的当然商行为的范畴，而是多属于辅助性商行为；任意商人所从事的此种活动就其性质来说，并不当然具有营利性，不具有明确稳定的营业内容，其活动往往变动性大，并且通常不具有严格的持续性；任意商人往往不具有商人所要求的营业性组织的特征，在实践中，其形式多为小商人和商个人。鉴于以上特征，任意商人依照某些国家的法律实际规定，不需要履行商业登记程序，并且在许多国家中，任意商人往往也并不被视之为严格意义上的商主体。

2. 固定商人、拟制商人和表见商人

这是依照商主体的法律状态和事实状态而进行的分类。

固定商人又称形式商人，是指反复连续地从事商法以列举的形式特别规定的商行为的商人，如《日本商法典》第3编商行为第501条专门做了规定，下列行为为商行为：①为获利并以转让的意思有偿取得动产、不动产或有价证券的行为，或以转让所取得之物为目的的行为；②为提供自他人处取得的动产或有价证券而缔结契约，以及为履行该契约而实施的以有偿取得为目的的行为；③在交易所进行的交易；④有关票据及其他商业证券的行为。

拟制商人，是指专门从事法律认可的视为商行为的人。如《日本商法典》第3编商行为第4条第2款规定，依店铺或其他类似设施，以出卖物品为业者，或经营矿业者，虽不以实施商行为为业，也视为商人。其他国家商法中亦有类似规定。

表见商人，是指既不属于从事商法以列举式特别规定的商行为的固定商人，也不属于从事法律认可的视为商行为的拟制商人，也没有履行商事登记上的任何手续，但它的确以商人的身份从事了商事经营活动，那么对于善意第三人来说它就应当被视为商人的那么一种人。在实践中确认表见商人的目的在于保护善意第三人，并维护交易的安全。这一原则源于《德国民法典》中的诚实信用原则和德国法理学中的法律表象理论。根据商法理论，表见商人的形成，必须具备以下4项条件：①已经造成它是一个完全商人的法律表象；②法律表象与它的行为之间存在一种因果关系；③第三人基于法律表象而善意地相信它为商人；④法律表象必须是已经造成第三人行为结果的根本原因。

3. 有限责任商人和无限责任商人

这是依照商主体成员的财产责任承担的方式不同而进行的分类。

有限责任商人，是指商人成员与商人的人格完全分离，成员仅以其出资额为限对商人的债务承担责任的组织。在我国主要表现为有限责任公司、股份有限公司和其他形式的企业法人。

无限责任商人，是指商人成员不以其出资额为限对商人的债务负责，而是当商人的财产不足以清偿其债务时，其成员要以自己的财产清偿债务的组织。在我国主要表现为个体工商户、农村承包经营户、个人独资企业以及合伙企业。

4. 大商人与小商人

这是依照商主体的经营规模、法律适用的程度而进行的分类。

大商人又称完全商人，是指商事组织结构完整，有章程、商号、商事账簿，经过登记注册，经营活动规范，全面适用商法典或商事法规的一般商人。其形式通常为企业组织，其规模也多为大中型企业。

小商人又称不完全商人，是指从事商法规定的某些商行为并依商业登记法的特别规定经登记而设立的人。大陆法系国家中，采用这一概念的主要有德国、日本和意大利。按照这些国家商法的规定，小商人所从事的商行为主要是农牧业、修理业、服务业、手工业和零售业；小商人的营业规模通常较小，低于商业登记中关于企业组织注册资金或营业条件的标准；在商业登记上仅适用特殊灵



活的登记规定,不适用有关商业登记、商号及商业账簿的规定(《日本商法典》第8条)。小商人通常为商个人、小型企业等形式。

5. 商法人、商个人、商合伙、商中间人及商辅助人

这是依照商主体的组织结构形态或其资产权利特征而进行的分类。由于接下来要分别详述,在这里就不再赘述。

二、商个人

(一) 商个人的概念与特征

商个人,又称商个体,它是指单个自然人依法取得商主体资格,以商主体的名义从事生产和经营活动、享受权利并承担义务的个体。其特征表现为以下几点:

(1) 商个人身份具有双重性。商个人应当具有商人和自然人双重身份。作为自然人应当具有权利能力和行为能力,作为商人应当具有与其经营规模相适应的资本金或物质基础。

(2) 商个人资格具有适法性。个人从事商事活动必须符合法定程序,一般须履行商事登记,只有通过法律认可后方可实施商行为。

(3) 商个人的责任具有无限性。商个人的出资以单个为特征,所以商个人须以个人的财产承担无限责任。在我国,根据有关法律法规的规定,作为商个人无论是个体工商户,还是农村承包经营户、个人独资企业,均要承担无限财产责任。其中,个体工商户和农村承包经营户属于个人经营的,以个人财产承担无限责任;家庭经营的以家庭共有财产承担无限责任。个体工商户和农村承包经营户凡以家庭共有财产投资,共同经营或者经营收入的主要部分归家庭成员共同享用的,均属于家庭经营。

(4) 商个人行为具有营利性。个人参加商业活动可以消费者的身份进行商品交易,也可以经营者的身份参与,只有当个人以营利的动机参与商业活动时才受商法的规范,成为商个人。如果个人以消费者的身份进行商品交易,则不受商法调整。

我国现行调整商个人的立法仍然处于不完善状态。除《民法典》《私营企业暂行条例》《个人独资企业法》外,由国务院和国家工商行政管理局颁布的《个体工商户条例》《城乡集市贸易管理办法》等都是重要的法律渊源。但是,这些法律法规和司法解释彼此之间还存在着些许不协调,商个人的法定组织形态在法律上并非完全统一,这些都有待于立法的不断完善。

(二) 商个人的分类

在我国,理论界一般认为,商个人主要表现为3种。

1. 个人独资企业

依我国《个人独资企业法》第2条规定,个人独资企业是指依照本法规定在中国境内设立,由一个自然人投资,财产为投资人个人所有,不具有法人资格,投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

2. 个体工商户

依《民法典》第54条规定,自然人从事工商业经营,经依法登记,为个体工商户。

因此,个体工商户是指公民个人或家庭依法经核准登记,以个人财产或家庭财产为经营资本,在法律允许的范围内从事经营的一种商主体。



3. 农村承包经营户

农村承包经营户是指农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照农村承包合同的规定，使用集体所有的土地和其他生产资料，独立从事经营活动的商主体。农村承包经营户只能按照承包合同从事与农业有着密切联系的商事经营活动。

（三）个人独资企业法

1. 个人独资企业法概述

个人独资企业是指在中国境内依法设立的，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法转让或继承。个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

个人独资企业法是调整个人独资企业在设立、变更、终止和在生产经营活动中产生的各种社会关系的法律规范的总称。为了保护个人独资企业的财产和其他合法权益，规范个人独资企业的生产经营活动，1999年8月30日，第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《中华人民共和国个人独资企业法》（以下简称《个人独资企业法》），自2000年1月1日起施行。

2. 个人独资企业的设立条件

设立个人独资企业，应当具备下列条件。

（1）投资人为一个自然人，且只能是中国公民。投资人应当具有相应的民事权利能力和完全民事行为能力。法律、行政法规规定禁止从事营利性活动的人，不得作为投资人申请设立个人独资企业。

（2）有合法的企业名称。个人独资企业的名称中不得使用“有限”“有限责任”或者“公司”字样。

（3）有投资人申报的出资。设立个人独资企业可以用货币出资，也可以用实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。投资人可以个人财产出资，也可以家庭共有财产作为个人出资。以家庭共有财产作为个人出资的，投资人应当在设立登记申请书上予以注明。

（4）有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

（5）有必要的从业人员。

3. 个人独资企业的投资人及事务管理

个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务，应当与受托人或者被聘用的人签订书面合同，合同应订明委托的具体内容、授予的权利范围等。受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务，按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。

投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人。个人独资企业的投资人与受托人或者被聘用的人员之间有关权利的限制只对受托人或者被聘用的人员有效，对第三人并无约束力，受托人或者被聘用的人员超出投资人的限制与善意第三人的有关业务交往应当有效。

投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为：①利用职务上的便利，索取或者收受贿赂；②利用职务或者工作上的便利侵占企业财产；③挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人；④擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户储存；⑤擅自以企业财产提供担保；⑥未经投资人同意，从事与本企业相竞争的业务；⑦未经投资人同意，同本企业订立合同



或者进行交易；⑧未经投资人同意，擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用；⑨泄露本企业的商业秘密；⑩法律、行政法规禁止的其他行为。

4. 个人独资企业的权利和义务

个人独资企业可以依法申请贷款，取得土地使用权，并享有法律、行政法规规定的其他权利。任何单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，以任何方式强制个人独资企业提供财力、物力、人力；对于违法强制提供财力、物力、人力的行为，个人独资企业有权拒绝。

个人独资企业应当依法设置会计账簿，进行会计核算。个人独资企业招用职工的，应当依法与职工签订劳动合同，保障职工的劳动安全，按时、足额发放职工工资。个人独资企业应当按照国家规定参加社会保险，为职工缴纳社会保险费。

5. 个人独资企业的解散和清算

个人独资企业的解散是指个人独资企业终止活动使其民事主体资格消灭的行为。根据个人独资企业法的规定，个人独资企业有下列情形之一的，应当解散：①投资人决定解散；②投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人放弃继承；③被依法吊销营业执照；④法律、行政法规规定的其他情形。

个人独资企业解散时，应当进行清算。个人独资企业解散时，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。投资人自行清算的，应当在清算前 15 日内书面通知债权人；无法通知的，应当予以公告。债权人应当在接到通知之日起 30 日内，未接到通知的应当在公告之日起 60 日内，向投资人申报其债权。

个人独资企业解散的，财产应当按照下列顺序清偿：①所欠职工工资和社会保险费用；②所欠税款；③其他债务。个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

清算期间，个人独资企业不得开展与清算目的无关的经营活动，在按前述财产清偿顺序清偿债务前，投资人不得转移、隐匿财产。

三、商合伙

（一）商合伙的概念与特征

1. 商合伙的概念

商合伙，是指两个以上的合伙人按照法律和合伙协议的规定共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，普通合伙人对合伙经营所产生的债务承担无限连带责任的营利性组织。这一定义是依据我国《合伙企业法》的规定对商合伙的解释。商合伙是介于商个人和商法人之间的一种特殊商主体，在不同的国家有不同的表现形式，主要有普通合伙、隐名合伙、有限合伙、有限责任合伙、表见合伙，而在我国则表现为普通合伙、特殊普通合伙、有限合伙。

按照某些大陆法国家的法律规定，合伙有民事合伙与商事合伙之分。民事合伙强调合伙人之间的权利义务关系，即将合伙视为当事人之间的一种合同关系；而商事合伙注重合伙人之间的集合性，是将合伙视为合伙人之间基于合伙契约而成立的享有某种特定权利和承担相应义务的组织体。我国《民法典》也做了规定，同时确认了个人合伙经核准登记程序而设立，个人合伙可以起字号、可以以自己的名义在核准登记的经营范围內从事经营活动。我国《合伙企业法》更是明确地将登记成立的合伙组织视为经营性组织。所以，商事合伙指的是合伙企业，属于商主体的一种。



2. 商合伙的特征

商合伙主要具有以下几个法律特征。

(1) 商合伙是两个以上的合伙人的集合。这就是说,作为投资主体的合伙人至少要有两个,可以是自然人、法人和其他组织。

(2) 商合伙是一种以合伙协议为基础的经营性主体。其设立既受到法定强行性规定的控制,同时还受合伙协议的制约,合伙人在合伙协议合意的基础上,通过工商管理登记成为以营利为目的的组织体。

(3) 商合伙的财产为合伙人共有。各合伙人共同出资从而取得共同经营的财产权,这种出资可以是现金形式,也可以是实物形式,还可以是无形财产等其他形式,但无论各合伙人出资形式和出资比例有何种差别,都在合伙人之间形成财产共有关系。

(4) 商合伙的合伙人之间是一种合伙经营关系。全体合伙人基于合伙协议确定的共同利益和经营目的而形成相互信任的合作经营关系,所以,每个合伙人均具有平等的共同经营权,即每个合伙人均有权对外以合伙的名义从事经营行为,其行为应视为全体合伙人的行为,其行为后果由全体合伙人承担。但按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定,可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业,执行合伙事务。

(5) 商合伙是一种普通合伙人之间承担无限连带责任主体。对于合伙企业债务的承担,首先,适用无限责任原则,即合伙企业有义务以其全部财产对企业债务承担清偿责任;其次,对于合伙企业债务承担,在普通合伙人之间适用连带责任原则,当合伙企业的财产不足以清偿企业债务时,每一个普通合伙人都有义务以其从财产对全部合伙企业债务承担清偿责任。

(二) 商合伙的分类

在我国,根据《合伙企业法》《外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》的规定,商合伙主要表现为普通合伙、有限合伙和外商投资合伙3种表现形式。

1. 普通合伙企业

普通合伙企业,是指由普通合伙人组成,合伙人对合伙企业债务依照《合伙企业法》规定承担无限连带责任的一种合伙企业。

2. 有限合伙企业

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人共同组成,普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任,有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

3. 外商投资合伙

我国在加入世界贸易组织(WTO)时已做出对外国专业服务机构开放的承诺,而这些机构大多采取合伙企业的形式。因此,《合伙企业法》规定,外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的管理办法由国务院另行规定。2009年8月19日国务院颁布《外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》,该办法第2条规定,本办法所称外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业,是指两个以上外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业,以及外国企业或者个人与中国的自然人、法人和其他组织在中国境内设立合伙企业。

(三) 合伙企业法

1. 合伙企业法概述

合伙企业法是调整合伙关系的法律规范的总称。合伙关系是指因合伙企业设立、变更、解散、



经营等所形成的内外部关系。

为了规范合伙企业，保护合伙企业和合伙人的合法权益，第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议于1997年2月23日通过了《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》），自1997年8月1日起施行。2006年8月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议修订《合伙企业法》，并于2007年6月1日起施行。

依据2006年修订的《合伙企业法》，所谓合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照法律在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

普通合伙企业全部由普通合伙人组成，全体普通合伙人均对合伙企业债务承担无限连带责任。在普通合伙企业中还存在着一种特殊的普通合伙企业。作为特殊普通合伙企业的合伙人，在通常情况下，仍按照普通合伙企业的规定，承担无限连带责任。但如果其中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，负有责任的合伙人应承担无限责任或者无限连带责任，而其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

有限合伙企业则是由普通合伙人和有限合伙人共同组成，其中只有普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，而有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

2. 普通合伙企业

（1）普通合伙企业的设立条件。

第一，有2个以上的合伙人。普通合伙应当有2个以上合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不能成为普通合伙人。

第二，有书面合伙协议。合伙协议应当载明下列事项：合伙企业的名称和主要经营场所的地点；合伙目的和合伙企业的经营范围；全体合伙人的住所及其姓名；合伙人出资的方式、数额和缴付出资的期限；利润分配和亏损分担的办法；合伙企业的事务执行；入伙与退伙；争议解决办法；合伙企业的解散与清算；违约责任。此外，合伙协议还可以载明合伙企业的经营期限和合伙人争议的解决方式等。合伙协议一经订立就在当事人之间产生约束力。合伙协议生效后，全体合伙人可以在协商一致的基础上，予以修改或者补充。

第三，有各合伙人实际缴付的出资。合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。对于非货币的出资，需要评估，由全体合伙人协商确定，也可以委托法定评估机构评估。合伙人按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以增加或者减少对合伙企业的出资。

第四，有合伙企业的名称和生产经营场所。企业名称一般由以下几部分组成：企业所在地行政区划名称、字号、行业或者经营特点、组织形式。在普通合伙企业名称中应当标明“普通合伙”字样。合伙企业进行经常性、持续性的生产经营活动，应当有经营场所。

第五，法律、行政法规规定的其他条件。如果法律、行政法规对普通合伙企业的设立规定了其他条件的，应当符合该规定的要求。

（2）普通合伙企业的内部关系。

首先，关于普通合伙企业的财产。合伙企业财产由3个部分构成：①合伙人的出资；②以合伙企业的名义取得的收益；③依法取得的其他财产。合伙企业的财产，归全体合伙人共有，因此，只能由全体合伙人共同管理和使用。在合伙企业存续期间，合伙企业进行清算前，合伙人不得要求分割合伙企业的财产。但法律另有规定的除外。除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让



其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，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者部分财产份额时，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，其他合伙人有优先购买权。合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意，否则该出质行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。为维护交易安全，合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗不知情的善意第三人。

其次，关于普通合伙企业的事务执行。合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利，合伙企业的事务可以由全体合伙人共同执行，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。但根据《合伙企业法》的规定，下列事务必须经全体合伙人同意：改变合伙企业的名称；改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；处理合伙企业不动产；转让或者处理合伙企业的知识产权和其他财产权利；以合伙企业的名义为他人提供担保；聘任合伙人以外的人担任合伙企业的管理人员；依照合伙协议约定的有关事项。在合伙人对合伙企业有关事项做出表决时，按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。

再次，关于普通合伙人的忠实义务。合伙人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。合伙人也不能受他人委托，为他人经营与本合伙企业相竞争的业务。合伙人非经合伙协议约定或者全体合伙人同意，不得同本合伙企业进行交易。合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动，如玩忽职守、隐瞒真实情况、在事务执行中谋私利等。

最后，关于普通合伙企业的分配。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；合同协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商确定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由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。另外，合伙企业的生产经营所得和其他所得，按照国家有关的税收规定，由合伙人分别缴纳所得税。

（3）普通合伙企业与第三人的关系。

第一，保护善意第三人。为保护善意第三人的利益，维护交易安全，《合伙企业法》规定，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，不得对抗善意第三人。

第二，普通合伙企业债务的承担。普通合伙企业对其债务，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，其不足的部分，由合伙人依照合伙协议约定的比例或平均分担的形式以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数额时，有权向其他合伙人追偿。

第三，普通合伙企业债务与合伙人个人债务。合伙企业中某一合伙人的债权人，不得以该债权抵销其对合伙企业的债务；合伙人个人负有债务，其债权人不得代位行使该合伙人在合伙企业中的权利；合伙人个人财产不足以清偿其个人所负债务时，该合伙人只能以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可依法请求人民法院强制执行该合伙人在其在合伙企业中的财产份额用于清偿。

（4）普通合伙企业的入伙和退伙。

入伙是指在合伙企业存续期间，合伙人以外的第三人加入合伙企业并取得合伙人地位和资格的法律行为。根据合伙企业法的规定，新合伙人入伙应符合下列条件：全体合伙人一致同意；订立书面入伙协议。新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。但是，入伙协议另有约定的，从其约定。《合伙企业法》规定，入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。



退伙是指在合伙企业存续期间，合伙人退出合伙企业，从而丧失合伙人资格的法律行为。根据退伙发生的原因不同，可分为自愿退伙、当然退伙、除名退伙。

自愿退伙，又称声明退伙，是指合伙人按照自己的意愿退出合伙企业的情形。根据《合伙企业法》规定，对于合伙协议未约定经营期限的，合伙人在不给合伙企业事务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。对于合伙协议约定合伙企业经营期限的，发生下列情形之一的，合伙人可以退伙：合伙协议约定的退伙事由出现；全体合伙人均同意某合伙人退伙；发生了合伙人难以继续参加合伙企业的事由；其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

当然退伙，又称法定退伙，是指基于法律直接规定的事由，而使原合伙人丧失合伙人资格的情形。合伙人有下列情形之一的，为当然退伙：作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；个人丧失偿债能力；作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者被宣告破产；法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；被人民法院强制执行在合伙企业中的全部财产份额。

除名退伙，又称开除退伙，是指被除名人因其他合伙人的一致要求，而被强制退出合伙企业的情形。合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以将其除名：未履行出资义务；因故意或重大过失给合伙企业造成损失；执行合伙企业事务时有不正当行为；合伙协议约定的其他事由。

退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务，与其他合伙人共同承担连带责任。合伙人退伙时，合伙企业财产少于合伙企业债务的，退伙人应当按照合伙协议约定的比例分担合伙企业的亏损；如果在合伙协议中未约定分担比例的，退伙人则与其他合伙人平均分担亏损。

(5) 特殊的普通合伙企业。

以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构，可以设立为特殊的普通合伙企业，如会计师事务所等。特殊的普通合伙企业是指合伙人依照《合伙企业法》的特别规定承担责任的普通合伙企业。《合伙企业法》中特别规定：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；合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成合伙企业债务以及合伙企业其他债务的，由全体合伙人承担无限连带责任。

特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。

为了保护债权人的利益，特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理执业保险。

除上述规定之外，特殊的普通合伙企业的其他规定适用法律对普通合伙企业的规定。

3. 有限合伙企业

(1) 有限合伙企业的设立条件。

第一，合伙人符合法定人数。有限合伙企业由 2 个以上、50 个以下合伙人设立，但是法律另有规定的除外。有限合伙企业中至少应当有 1 个普通合伙人。除合伙协议另有约定外，普通合伙人转变为有限合伙人，或者有限合伙人转变为普通合伙人，应当经全体合伙人一致同意。

第二，有书面的合伙协议。合伙协议除载明一般普通合伙协议所要求的内容外，还应当包括：普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；执行事务合伙人权限与违约处理办法；执行事务合伙人的除名条件和更换程序；有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；有限合伙人和普通合伙人相互转变的程序。

第三，合伙人实际缴付的出资。有限合伙人可以以货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资。有限合伙人不得以劳务出资。有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额



缴纳出资，否则应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及认缴的出资数额。

第四，有合伙企业的名称和生产经营场所。有限合伙企业的名称中应当标明“有限合伙”字样。

第五，法律、行政法规规定的其他条件。如果法律、行政法规对有限合伙企业的设立规定了其他条件的，应当符合该规定的要求。

(2) 有限合伙企业的内部关系。

首先，关于合伙企业的财产。在合伙企业存续期间，有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前 30 日通知其他合伙人。除合伙协议另有约定外，有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额转让或者出质，而不必经全体合伙人一致同意。

其次，关于合伙企业的事务执行。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的支付方式。有限合伙人不得执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。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。但有限合伙人在事务执行中享有下列权利：参与决定普通合伙人入伙、退伙；对企业的经营管理提出建议；参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所；获取经审计的有限合伙企业财务会计报告；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；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；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；依法为本企业提供担保。

再次，关于利润分配。有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人，但合伙协议另有约定的除外。

另外，除合伙协议另有约定外，有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易；可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务。

(3) 有限合伙企业与第三人的关系。

有限合伙人对合伙企业债务承担有限责任也不是绝对的，当出现法定情形时，有限合伙人也会对合伙企业债务承担无限连带责任。当第三人理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易时，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任，即对该笔债务承担无限连带责任。

有限合伙人的自有财产不足以清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

(4) 有限合伙企业的入伙和退伙。

有限合伙企业在入伙与退伙的规定上与普通合伙大体一致，根据有限合伙的特点有几种不同的情形：

第一，新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。

第二，作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙。



第三,作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时,其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

第四,有限合伙人退伙后,对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务,以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

同时,法律对有限合伙企业未做特殊规定的,适用关于普通合伙企业的一般规定。

4. 合伙企业的解散、破产与清算

(1) 合伙企业的解散。合伙企业有下列情形之一的,应当解散:合伙协议约定的经营期限届满,合伙人不再继续经营;合伙协议约定的解散事由出现;全体合伙人决定解散;合伙企业已不具备法定人数满30天;合伙协议约定的合伙目的已实现或者无法实现;被依法吊销营业执照、责令关闭或者被撤销;出现法律、行政法规规定的合伙企业解散的其他原因。

(2) 合伙企业的破产。合伙企业不能清偿到期债务的,债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请,也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的,普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

(3) 合伙企业的清算。合伙企业解散,清算人可以由全体合伙人担任;不能由全体合伙人担任的,经全体合伙人过半数同意,可以自合伙企业解散后15日内指定1名或者数名合伙人,或者委托第三人担任清算人;如果15日内未能确定清算人的,合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

合伙企业财产在支付清算费用和职工工资、社会保险费用、法定补偿金以及缴纳所欠税款、清偿债务后的剩余财产,按照合伙协议的约定办理;合伙协议未约定或者约定不明确的,由合伙人协商决定;协商不成的,由合伙人按照实缴出资比例分配;无法确定出资比例的,由合伙人平均分配。

清算结束后,清算人应当编制清算报告,经全体合伙人签名、盖章后,在15日内向登记机关报送清算报告,办理合伙企业注销登记。合伙企业注销后,原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。

四、商法人

(一) 商法人的概念与特征

商法人是指按照法定构成要件和程序设立的,拥有法人资格,参与商事法律关系,依法独立享有权利和承担义务的组织。实际上它是以营利为目的而设立的,具有特定的商事能力和资格,依法独立享有商事权利、承担商事义务,并以其经营资产独立承担责任的社团法人。这种法人又称“营利性法人”,我国一般称为企业法人。商法人应具有以下几个特征:①法人性。商法人通过法定设立程序,进行工商登记,领取法人营业执照,从而取得法人主体资格。②团体性。这是指商法人一般应由2个以上50个以下的出资人组成。③营利性。这是指商主体必须从事以营利为目的的经营活动。

(二) 商法人的分类

商法人在不同的国家,根据不同的标准有不同的分类。在大陆法系和英美法系国家,商法人根据组织形态上的不同主要分为有限责任公司、股份有限公司、合作社等。

在我国,根据《民法典》《公司法》《全民所有制工业企业法》《企业法人登记管理条例》《城镇集体所有制企业条例》《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》《外资企业法》《农民专业合作社法》等规定,商法人可以分为国有商法人、集体商法人和外商投资商法人。



1. 国有商法人

它是由国家投资设立的、从事生产经营活动的、具有独立的权利能力和行为能力,并获得法人资格的企业或公司。根据国有企业法的规定,它可以是国有企业;根据公司法的规定,它可以是国有独资公司、国有控股的有限责任公司和股份有限公司。

2. 集体商法人

它是由公民或集体单位组合而成的、从事生产和经营活动的、能够独立承担法律责任并获得法人资格的集体商事组织。根据2016年2月6日国务院修订的《城镇集体所有制企业条例》和2017年12月27日修订的《农民专业合作社法》及2023年修订的《公司法》、部分地区颁布的股份合作企业暂行条例的规定,在组织形式上,集体商法人可以是工厂、城镇合作社、合作商店、有限责任公司、股份合作企业、农民专业合作社等。

3. 外商投资商法人

它是指由外商投资经营并取得法人资格的,投资者以出资为限,企业以其全部财产对外承担责任的商事组织。根据我国外商投资企业法的有关规定,它可以是中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。

五、商中间人

(一) 商中间人的概念与特征

商中间人是指从事中介商行为的人。在这里,中介商行为则是以营利为目的,将2个以上的主体连接在一起的媒介服务行为。

一般来说,商主体在从事商行为时,如何确定行为人资格的获取,一般有两种立法模式:一种是在商主体所进行的商事行为登记中明确规定其行为的范围是否包括中介商行为,即是否在从事直接商行为时兼营中介商行为;另一种则在登记中明确规定商主体是从事中介商行为的商人,即中间商。这表明,同样是中介商行为,有的国家从商行为角度立法,有的国家则从商人角度立法。我国没有制定商法典,在立法模式上既没有采取商人中心主义,也没有采取商行为中心主义。但是,在工商登记中,我们常常将从事中介活动的中间商以商人名义单独命名,如某某代理公司、某某中介公司等,这实际上就是一种商主体身份的界定。由此,我们把从事商事中介行为的人列入商主体研究的范围是有一定的理论依据和符合我国国情的。商中间人虽然从事的也是经营性行为,但其与直接从事生产和销售的商人在经营方式、权利能力、行为能力和责任能力以及政府对其所实施的管制方式、税收方式上都存在着较为明显的差异,因此,在法律上确立商中间人的独立地位又有着十分重要的实践意义。

作为商中间人主要有如下特征:①商中间人是独立的商人;②商中间人实施的是间接商行为,即以营利为目的的媒介服务行为;③商中间人是依法办理了职业商事登记的商人。

(二) 商中间人的分类

商中间人主要表现为代理商、居间商、行纪商。

1. 代理商

代理商是指一种独立的商事经营者,它接受委托,固定地为其他业主促成交易或以其他业主的名义缔结交易。这是《德国商法典》对代理商所下的定义。《日本商法典》第46条则认为,代理商是非商业使用人平常为一定的商人从事代理或居间介绍属于其营业种类交易的人。代理作为一项基本



的商行为,无论大陆法系还是英美法系国家,对代理人及其所从事的行为都有专门立法。如《德国商法典》第7章专章规定了“代理商”。《法国商法典》在商人编中对商业代理做了规定。英国早在1889年就专门制定了《商代理人法》。美国于1953年8月6日也专门制定了商法典修订法《商业代理法》。在我国,现实生活中商事代理活动大量存在,商事代理纠纷适用于《民法典》中关于民事代理的有关规定。

代理商与其他商主体和民事主体相比,有3个重要特点。

(1) 代理商是一种独立的商事经营者(与商使用人不同)。这一特点主要反映两方面的特性,即商人性 and 独立性。首先,商人性强调从事商活动、强调取得商人资格,即在取得商人资格的前提下,从事商事代理活动。其次,独立性不仅与民事代理中以被代理人名义活动的法定代理、指定代理相区别,而且与商事代理关系中的职务代理或业务代理也是有区别的。这种独立的法律地位是有关法律明确规定的,如德国1953年在修改后的商法典中就明确指出,代理商是独立的商事经营者,不受劳动雇佣合同约定;法国、日本和瑞士的法律中也有明确规定。

(2) 代理商必须固定地从事受他人委托、促成交易或缔结交易的活动。这一特点主要反映在两方面,即代理行为的职业性和代理形式的灵活性。前者是指代理商必须是固定地、经常地接受他人委托的职业代理人,而且其营业活动在时间上须具有连续性和持续性;后者则是指与其他法律相比,其代理的形式灵活多样,如既可显名代理,又可隐名代理;既有直接代理,又有间接代理等。

(3) 代理商的行为方式是促成交易或缔结交易。促成交易是指通过代理商的介绍活动,直接或间接地影响到有意缔结交易的第三人,从而使企业主和第三人之间达成交易协定或交易契约。缔结交易是指,代理商为企业主提出缔约表示,即交易要约;或者代理商为企业主接受他人的缔约表示,即交易承诺。总之,是代理商以自己的名义或者企业主的名义,为企业主达成交易协定或交易契约。这一特点也主要反映在两个方面,即职责的双重性和有偿性。前者是指商事代理人具有或者为委托人促成交易,或者为委托人缔结交易双重职责;后者是指代理人有权按交易的数量和价值而抽取佣金。

在大陆法系国家中代理商可有多种类型,如单一代理商、区域代理商、独家代理商、总代理商等。

2. 居间商

居间商是指为了获取佣金而从事契约缔结之促成活动的商人。居间是一项重要的商行为,大陆法系国家商法典对居间商及其行为都有专门规定。我国至今没有针对居间商专门立法,只是在《民法典》中有关于居间合同的简要规定。

在大陆法系国家商法中,居间商有以下特点:

(1) 居间商是一种完全商人。这表明它是以商事登记为前提的,并拥有所有商人的要素,所以它的活动是自由、独立的,而不像商事职务代理和业务代理那样受到雇佣契约的约束。

(2) 居间商不以自己或他人的名义为委托人进行契约的缔结,而是尽力为委托人提供缔约信息、促成委托人和第三人达成协议,并且居间商并不负有义务一定要使委托人和第三人的协议缔结达成。

(3) 居间商所从事的居间商行为,属于媒介商行为。也就是说,是受人之托,搜索及报告可以或可能订约的相对人,或者周旋于各方之间,仅起到提供缔约信息、帮助联系的作用,最后使委托人和第三人的契约得以订立;另外,促成缔结后委托人和第三人的关系必须是营利性的法律关系。

(4) 居间商是基于佣金请求权才从事的促成活动,只有当中介活动使缔结促成时,居间商才有资格获取佣金。换句话说,订约委托人只有在居间商履行了自己的中介活动并达到预期的法律结果



之后，才负有义务向居间商支付佣金。

3. 行纪商

行纪商是指以自己的名义为委托人购买或销售货物、有价证券，并以其作为职业性经营的商人。在大陆法系国家，行纪商作为一个独立的商主体，实践中常常表现为证券公司。我国对行纪的研究主要局限于对行纪行为的研究，还很少站在主体的角度即行纪商的角度进行研究。

行纪商有如下主要特点：

(1) 行纪商必须是从事职业性的行纪经营商人，必须以行纪交易的特别商事登记，即以购买或销售货物、有价证券的行纪商事登记为前提。因此，如果商人本身并不是行纪商，但在其商事经营中偶尔采用行纪行为的方式从事其商事交易，这种情形不被视为行纪商，当然也就不适用商法中关于行纪商行为的有关规定。

(2) 行纪商以委托人的利益从事活动，其行为所带来的经济上的利益或损失均由委托人承受。这是行纪商与其他商事中间人代理商和居间商（他们都有自己的利益）在商事中介中的主要差异。

(3) 行纪商以自己的名义从事其行为，它不仅是契约中的当事人，而且与交易活动的结果密切相关。如果行纪商以自己的名义进行活动，与第三人订立合同时，对该合同直接享有权利、承担义务，第三人不履行义务致使委托人受到损害的，行纪商应当承担损害赔偿赔偿责任。这是与居间商的又一个区别，如证券公司与证券交易所之间订立合同就是如此。

(4) 行纪商以自己的名义根据单独委托或个别委托从事行纪行为。这与代理商固定接受委托有所不同，如投资人委托证券公司买卖股票的行为。

六、商辅助人

（一）商辅助人的概念与特征

商辅助人又称商使用人，是指在商事交易过程中，从属于商主体，受商主体委任或支配，辅助商主体开展商事经营活动的人。

商辅助人具有以下法律特征：①商辅助人不是商主体，是从属于商主体的人。②商辅助人必须对其所服务的商主体享有一定的商业代理权，即其以商主体的名义从事以营利为目的的生产经营活动。这是商辅助人区别于一般雇员的主要特点之一。③商辅助人与其所服务的商主体之间的关系具有复合性，即两者之间既是一种雇佣关系，又是一种代理关系。

（二）商辅助人的分类

商辅助人可按不同的标准进行分类，如按其所享有的代理权的大小可分为享有完全代理权的商辅助人、享有部分代理权的商辅助人和仅对特定事项享有代理权的商辅助人；依据商主体对商使用人授予代理权的内容和范围不同，可将其分为经理人和代办人。

1. 经理人

经理人是指接受商主体委托，并以商主体名义签名和管理商务经营事务的人。

经理权是以民法上的代理权为基础的，但又有其特殊性，主要表现为：①经理人的经理权来源于商主体的直接授权，是典型的直接代理人，并以被代理人的名义实施商行为。只有商事登记与商主体的“明确意思表示”相结合，经理权的授予才能生效。②经理人的主要职责是对内管理商主体的日常经营活动，对外代理商主体处理各类业务，如企业的生产计划、投资方案、规章制度等。③经理人所享有的经理权，受到商主体授予权限范围的限制。但这种限制对善意第三人无效。④经理



人在行使代表权时，其签名应与商号同时使用，以示与个人行为相区别。⑤经理人所享有的经理权不具有单一性和排他性。只有完全商人才可以授予代理人经理权；小商人不可以授予他人经理权，即不可以任用经理人。⑥依各国立法及商业惯例，经理人除特别授权外，不得处分商主体不动产，目的在于防止权利滥用，维护商主体核心财产的稳定性。

2. 代办人

代办人是指受商主体和（或）经理人的授权，只在某类事项或特定事项上拥有代理权的人。代办人与经理人相似，其权利均来源于商主体的直接授权，但两者有着较大的区别：①代办人的权利限制比经理的权利限制严格得多。经理人的权利广泛，对内有管理权，对外有代表权。在法律上，经理人的行为对商人直接生效，所以一旦授予他人经理权，商人便承担由此产生的风险和责任；而代办人的权限较小，一般均被限定在对外业务范围内。法律上对代办人的权利也予以限制。②代办人的代办权的授予方式比较灵活，既可由商人亲自授予，也可由商人的代理人授予；既可以通过明示来授予，也可以通过默示来授予。而经理人的权利必须通过明示授予。③代办人的聘用范围比较广泛。完全商人可以聘用，小商人也可以聘用。代办人可为数个商人代理聘用，而经理人仅隶属于1个商人。

第二节 商行为

一、商行为概述

（一）商行为的概念

商行为是指商主体所从事的以营利为目的的经营行为。商行为一词是相对于民事行为而言的一个概念，同时也是与商主体密切联系的概念。在大陆法系，不同国家的商法对商行为概念的界定有所不同，其差异的焦点在于，商行为是商主体所从事的行为，还是一般主体所从事的行为。按照法国商法的规定，商行为可以是任何主体所从事的营利行为；但按照德国、意大利等国商法的规定，商行为必须是商人所从事的营利行为。在我国，由于没有商法典，商行为不是一个法定概念。长期以来，人们常用民事行为代替商行为。因此，本书的这个概念比较接近以商主体为中心的大陆法系国家商法中所使用的商行为概念。

（二）商行为的特征

商行为作为一种特殊的民事法律行为，它具有民事法律行为的共性，同时又有其自身的特征。具体来说主要有以下几点。

1. 商行为是商主体所从事的行为

如果从法律行为的本质考察，任何法律行为都是特定主体所从事的行为，主体的行为能力对于行为的有效性起着决定性作用，因此，从这个意义上说，商行为是具有商事行为能力的商主体所从事的行为；也正是基于这一点，一些国家法律明确规定，非商主体所从事的行为不能认定为商行为，不能适用商法。例如，一自然人拥有多套住房进行出租的行为适用民法，房屋出租中介公司出租的



行为则适用商法。

2. 商行为是经营性行为

经营性是指营利行为的连续性和不间断性以及商事登记标志,它表明商主体至少在一段时期内连续不断地从事某种同一性质的营利活动,因而是一种职业性营利行为。多数国家的商法中规定,一般民事主体偶尔从事营利活动,不属于商行为。由于经营性活动是一种重复性的、经常性的活动,它已经被纳入国家专门管理的范围,因此它与商事登记密切相关,即履行了商事登记的主体实施的行为可推定为商行为。

3. 商行为是以营利为目的的行为

以营利为目的,在各国法律中的表述并不完全相同。商行为作为一种以营利为目的的行为,着眼点在于行为的目标,而不在于行为的结果。是否实现了营利,并不是判断商行为成立与否的依据。因此,从理论上讲,商行为是一种推定法律行为,许多国家立法中就明确规定,只要是以商主体的名义实施的以营利为目的的行为,必然为商行为。

4. 商行为是技术性较强的行为

现代商事活动的技术性要求越来越高,因此美国统一商法典把具有专门知识和技能作为商人应具有的一个重要条件。尤其是对票据行为、保险行为、期货交易行为、证券交易行为、网上交易行为的技术性要求更高。如票据的文义性、无因性、保险危险程度的测定,网上交易中的路、车、货问题等,这些不仅要求行为人要熟悉法律规定,而且要精通操作技术,严格按照规定活动。这与普通民事法律关系中的“任意性”规定明显不同。

5. 商行为是体现商事交易特点的行为

商事交易与一般的社会交往不同,它是一种充分体现经济利益与效益的活动。商行为作为以商事交易为内容和中心的法律行为,必然具有商事交易的一些重要特点。这些特点主要表现为3个方面。

(1) 商行为是与风险和风险防范紧密相连的行为。商事活动是一种风险与利益并存的活动,获利越高,风险越大;这也是商事交易的规律和特点。商行为作为一种受法律调整的行为,从行为的自发性而言,它具有高风险的特征;从法律对商行为的规范性而言,行为的有序性和受法律调整性,又充分体现了其对风险的自觉防范,如证券交易行为、证券法、投资基金法等。

(2) 商行为是保密性与公开性并存的行为。商行为作为一种具有经营性、竞争性特点的行为,与经营手段、经营方法、经营经验等密切相关。经营手段、方法和经验等常常是导致竞争胜败的重要因素,它们构成了商主体所特有的商业秘密,从这个意义上讲,商行为是一种具有一定保密性的行为。另外,商行为是一种以交易相对人之存在为前提的行为,交易过程和交易结果都直接影响着交易相对人,甚至社会公众的利益。为了保证交易安全,交易相对人或社会公众需要对交易对方的情况、交易的内容有所了解才能成为促成交易的先决条件,从这个意义上讲,商行为又是一种具有公开性的行为。当然,商行为的公开性,常常通过强制性法律规范予以实现,如法律所规定的商事登记制度、商事年检制度、上市公司信息披露制度等。

(3) 商行为是注重商事效率的行为。商事交易的特点之一是商事效益与商事效率紧密相连,只有高效率才能实现高收益。从各国商法实践来看,商行为的高效率主要体现在交易形态定型化,如格式合同;交易客体证券化,如票据、提单等;筹资行为股票化,如上市公司股票发行等。

(三) 商行为的分类

关于商行为的分类,学者们的观点不尽相同。大多数学者认为,商行为主要分为以下几种类型。



1. 绝对商行为与相对商行为

绝对商行为, 又称客观商行为, 是指依照行为的客观性和法律的规定性而必然认定的商行为。它不以行为主体是否为商人和行为本身是否具有营利性为认定要件, 仅仅以行为的形式为认定要件。在许多国家, 票据行为、证券交易行为、融资租赁行为、保险行为、海商行为等均为绝对商行为。绝对商行为通常由法律限定列举, 不得做推定解释。

相对商行为, 又称营业性商行为, 是指依行为的主观性和行为自身的性质而认定的商行为。它以行为主体是否为商主体和行为是否具有营利性为认定要件, 凡是由商人所从事的营利性行为就是商行为。这类行为的特点主要是: ①行为的主体要求是商人所实施的行为, 如果不是商人所为, 即使是同一行为, 也不是商行为; ②行为的方式必须是以营业的方式去进行, 这是它最重要的特征; ③这类行为多数要受相关商事特别法调整, 如保险法、银行法、运输法等。总之, 这类行为不属于绝对商行为, 它可依据主体、活动方式、各国家立法政策的不同而有所不同, 具有特定的条件性。

2. 单方商行为与双方商行为

单方商行为, 是指在商事交易中行为人一方是商主体而另一方不是商主体所从事的行为 (或者一方所实施的是商行为, 另一方所实施的是非商行为), 在学理上称为混合交易行为, 如在现实交易活动中广泛存在的专业销售商与消费者之间的买卖行为; 商业银行与顾客之间的存取款行为; 旅馆与顾客之间的交易行为等。关于对单方商行为的法律调整问题, 各国的规定不尽相同。

在大陆法系国家, 凡实行民商合一的国家, 多数归民法统一调整; 凡实行民商分立的国家, 认为这种行为在本质上仍属商行为, 应由商法统一调整。如《日本商法典》第3条规定: “当事人的一方所为的行为是商行为时, 当事人的双方均适用商法。当事人的一方有数人, 其中一人所为的行为是商行为时, 全体当事人适用商法。” 这种规定虽然对适用法律上带来很多方便, 但是对非商人来说却增加了不少商法上的过高的义务。

但英美法系国家商法则规定, 当行为人中只有一方为商人或所实施的是商行为, 该商人或商行为适用商法, 作为另一方的非商人或所实施的是非商行为, 则不适用商法。

双方商行为, 是指在商事交易中当事人双方都为商主体并且所实施的都是营利性商行为。双方商行为适用商法。如生产商与生产商之间的交易、生产商与销售商之间的交易, 批发商与零售商之间的交易等, 都属于双方商行为。

3. 基本商行为与辅助商行为

基本商行为, 是指直接从事营利性活动的商行为, 通常来说是绝对商行为和相对商行为的总称, 如买卖商行为。

辅助商行为, 又称附属商行为, 是基本商行为的对称, 指间接媒介商事交易的行为。其行为本身并不直接达到商主体所要期望的经营目的, 但却可以为实现这一目的起辅助作用, 如广告行为、代理行为等。

4. 固有商行为与推定商行为

这是大陆法系国家商法中的一种分类。固有商行为是指商主体所实施的营利性行为或商法典所确定的商行为, 即商法以列举的方式直接确认的商行为。

推定商行为, 是指拟制商主体所实施的经营性商行为。这种商行为常常不能根据法律的直接规定来确认商行为的性质, 而需要根据该行为本身的性质来推定其商行为性质, 如非商主体所实施的信息咨询行为等。