



哈爾濱工業大學

# 商 法 学

哈尔滨工业大学法学院 郭丹

# 全国迷你型MBA职业经理双证班

- 学习方式：**全国招生 函授学习 权威双证 国际互认**
- 认证项目：注册职业经理、人力资源总监、品质经理、生产经理、营销策划师、物流经理、项目经理、企业管理咨询师、企业总经理、营销经理、财务总监、酒店经理、企业培训师、采购经理、IE工业工程师、医院管理、行政总监、市场总监等高级资格认证。
- 颁发双证：高级注册 经理资格证+MBA研修证+人才测评证+全套学籍档案
- 收费标准：仅收取**1280元** 招生网址：[www.mhjy.net](http://www.mhjy.net)  
报名电话：**13684609885 0451—88342620**  
咨询邮箱：[xchy007@163.com](mailto:xchy007@163.com) 咨询教师：王海涛
- 学校地址：哈尔滨市道外区南马路**120**号职工大学（美华教育）



美华论坛  
[www.mhjy.net](http://www.mhjy.net)

- 颁证单位：中国经济管理大学  
• 主办单位：美华管理人才学校

全国职业经理MBA双证班

精品课程 火热招生

函授学习 权威双证 全国招生 请速充电



- 近千本**MBA**职业经理教程免费下载
- -----请速登陆: [www.mhjy.net](http://www.mhjy.net)





哈爾濱工業大學

## 第一編

# 商法總論

# 第一编 商法总论 目录

- 第一章 商法概述
- 第二章 商事主体
- 第三章 商事行为
- 第四章 商事登记与公告
- 第五章 商业名称
- 第六章 营业
- 第七章 商事代理
- 第八章 商事账簿



哈爾濱工業大學

# 第一章

## 商法概述



## 本章重点难点问题

- 1、商法的概念、特征和基本原则
- 2、商法调整的对象
- 3、商法与其它法律部门的关系
- 4、商法的体系





哈爾濱工業大學

## 第一节

# 商法的概念和调整对象



# 第一节 商法的概念和调整对象

- 一、商事的涵义
- 关于“商”的探究原因：
- 经济基础决定上层建筑，商法是关于商的法律属于上层建筑，则明确商的内涵、本质、特征、范围等，对于探究商法的基础理论、设定商法的概念原则、构建商法的制度体系，无疑具有决定性意义。

## 第一节 商法的概念和调整对象

- 商的内涵界定：
- （一）语言学上的商——
- 其一：商品的交换或买卖活动。“通财鬻货曰商”《汉书·食货志》
- 其二：商人。“商贾”、“富商”

## 第一节 商法的概念和调整对象

- （二）一般社会观念上的商
- 1、《韦氏新国际辞典》：商事是指商品交换行为或买卖行为；
- 2、《布莱克法律辞典》：商是指货物、生产品或任何种类的财物之交换；
- 3、《拉威尼当代商法》：商事一词是指对各种物品的交易或交换之总括。



## 第一节 商法的概念和调整对象

- （三）经济学意义上的商
- 1、通说：是对现代社会生产过程中某一部分经济活动的理论概括，即以营利为目的，直接媒介财货交易的行为；
- 台湾学者张国键《商事法论》：商即介于农业、工业等产生者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，从中获取利润的行为；
- 现代商品经济及现代生产使得“商品”概念的外延扩大，营利性经济活动的范围扩大



## 第一节 商法的概念和调整对象

- （四）法学意义上的商
- 各国均未作明确界定，但学理认识较为一致：指一切以营利为目的的活动。
- 赵中孚《商法总论》：法律意义上的商或商事，乃是一切营利性活动和事业的总称。
- 董安生《中国商法总论》：现代商法上所称的商事是指营利性主体所从事的一切营利性活动和事业的总称。
- 张国健（台）《商事法论》：凡属以营利为目的，从事媒介交易之行为皆称之为商。

- 
- 可见，法学意义上的“商”要比经济学上的更为广泛，不仅包括流通领域的产品买卖活动，还包括与流通行为相关联的中介、生产、担保、金融、信托、证券、信息、旅游、娱乐等领域。
  - 而且，随着社会经济的不断发展，“商”的内涵和外延也在不断扩大。
- 

# 第一节 商法的概念和调整对象

- 二、商的外延的界定（范围）
- 第一种商：固有商，直接媒介财货交易被纳入基本商事活动的行为，如商品交易、证券交易、票据交易、海事交易等
- 第二种商：辅助商，间接媒介财货交易，辅助固有商得以实现的行为，如运输、仓储、代理、行纪、居间、包装等

## 第一节 商法的概念和调整对象

- 第三种商：行为与固有商和辅助商有密切联系或者为其提供商业条件的营业活动，如银行、信托、承揽、制造、加工、出版、印刷、摄影等
- 第四种商：仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业，如广告宣传、保险、旅馆营业、饭店酒楼、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等



## 第一节 商法的概念和调整对象

- 三、商法的概念
- 各国商事立法中均未对商法的概念作出规定，各国学者定义也不相同。
- 通说：商法是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的商事关系的法律规范的总称。
- 广义的商法和狭义的商法：狭义指商法典及其附属法规；广义指全部商事法律部门。

## 第一节 商法的概念和调整对象

- 形式意义上的商法和实质意义上的商法：
- 民商分立体例：法、德、日、韩、奥地利、比利时、希腊、西班牙、葡萄牙、巴西、智利、阿根廷等国
- 民商合一体例：无以商法命名的法律，但存在对商事行为进行规范的具体法律
- 一个国家可能没有形式意义上的商法，但不可能没有实质意义上的商法。
- 我国存在大量的商事单行立法。

## 第一节 商法的概念和调整对象

- 四、商法调整对象——商事关系
- 商的本质就在于营利性和营业性，商法所要调整的正是善于精打细算、权衡利弊、趋利避害、以从事商活动为专门职业的商人追求超出其成本的利润的商行为及由此形成的商事关系，商法必须正视商的营利性和营业性的本质，而商的营利性和营业性本质及由此决定的商的其他一些特性，也进一步决定了商法的特征、原则、制度及其发展命运。



## 第一节 商法的概念和调整对象

- 关于调整对象存在三种学说：
- 1、是商人或企业。德国等奉行商人中心主义立法原则的国家。
- 2、是商行为。法国等奉行商行为主义的国家。
- 3、是商事法律关系。我国大多数学者。



## 第一节 商法的概念和调整对象

- 商法调整对象的特征：
- 1、商法调整营利主体，不调整非营利主体；
- 2、商法只调整营利主体的营利行为，不调整营利主体的非营利行为；
- 3、商法所调整的营利主体是各种企业组织；

- 
- 4、商法所调整的营利主体的关系广泛；
  - 5、商法所调整的是在法律上处于平等地位的主体之间的关系；
  - 6、商法所调整的营利主体的活动必须是发生在持续的营业当中。
- 

## 第一节 商法的概念和调整对象

- 商事法律关系与民事法律关系的区别：
- 1、商事法律关系的主体范围小于民事法律关系主体的范围；
- 2、商事法律关系的范围小于民事法律关系的范围；
- 3、财产权的性质不同；
- 4、商事法律关系强调公法上的权力。



哈爾濱工業大學

## 第二节

# 商法的性质与特点



## 第二节 商法的性质与特点

- 一、商法的性质
- （一）商法是私法（但存在公法规范）
  - 1、商事关系为平等主体之间的关系
  - 2、目的在于保护和协调私人利益
  - 3、调整方法为民事权利义务的设定和民事责任的追究
- （二）商法是实体法
- 商事主体在交易活动中的具体权利与义务
- （三）商法是商品经济的法

## 第二节 商法的性质与特点

- 二、商法的特点
  - （一）商法具有复合性（兼容性）
    - 私法与公法规范的融合
    - 私法公法化
  - （二）强制性规范与任意性规范的结合
    - 国家适度的干预
  - （三）组织法与行为法的结合
    - 商事组织法、商事行为法

## 第二节 商法的性质与特点

- （四）较强的技术性与易变性
- 1、内容：从社会学角度看，法律条款分为伦理性条款和技术性条款两类，而商法多技术性条款。
- 2、表现：
  - （1）商事组织法方面的表现，如公司形式设计、权利义务分配等；
  - （2）商事行为法方面的表现，如资本运动、股票操作、票据及票据行为等。

## 第二节 商法的性质与特点

- （四）营利性（营利法）
- 表现（权利法决定了商法的营利性）：
  - 1、商法制度的设计必须考虑营利性特征；
  - 2、商法中有关减少交易成本、维护交易安全、诚信、公平、交易迅捷也与商法的营利性有关；
  - 3、有关利率、结算、税收、公示原则等也是营利性特征的体现。

## 第二节 商法的性质与特点

- 商法的保护营利性，既是商的营利性本质的内在要求，也是促进商事活动正常开展、维持商事秩序健康稳定的必然需求。
- 法律发达国家的商事法律制度中，体现其保护营利性的规定颇多。如在德国商法中，商事给付的报酬请求权的成立不以交易双方当事人事先的约定为必要前提，其商法典第354条第1款规定，在从事其营业时为他人处理事务或提供劳务者，即使无约定，仍可以就此按在该地点为通常的数额请求佣金；并在涉及保管时，请求仓库使用费。



## 第二节 商法的性质与特点

- 在我国现行相关法律制度中也存在一些体现保护营利性的规定。
- 如《合同法》关于借款合同的相关规定，自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或约定不明确的，视为不支付利息，而金融机构借款则须根据借款期限等情况支付利息。但亦须看到，我国相关商事法律制度中体现保护营利性的规定相当不健全、不完善，这给商事实践带来了诸多不便甚至损害，必须引起足够的注意与重视。

## 第二节 商法的性质与特点

- （五）显著的国际性
- 所谓国际性，是指相对于民法、刑法等其他部门法，各国商法规则在内容、形式等方面具有更高程度的共通性或一致性。对此，威廉·米歇尔曾言，“每一个国家，甚至还可以说每一个城镇，都有它自己的一种商法，但所有这些商法都不过是同一种类的各个分支而已。在每个地方，商法的主要原则和最重要的规则都是一样的，或者说是趋于同一的。”

## 第二节 商法的性质与特点

- 商法的国际性仍然决定于商实践，因为“交易中不存在任何国界，正如个人主义只承认世界公民和世界市场一样”。共同的交易实践前提，平等的交易主体地位，内在地决定了不同地区间交易规则的完全或至少很大程度上的相同。否则，交易必将无法开展，也有违商的本质。

## 第二节 商法的性质与特点

- 各种国际性或地区性的商法统一或协调组织应运而生，关于商法统一或协调的国际公约、统一法和统一规则也纷纷出台。
- 随着人类活动领域的不断扩大，各国间商法规则的统一或协调是商事实践现实所必需。



哈爾濱工業大學

## 第三节

# 商法的地位



# 全国迷你型MBA职业经理双证班

- 学习方式：**全国招生 函授学习 权威双证 国际互认**
- 认证项目：注册职业经理、人力资源总监、品质经理、生产经理、营销策划师、物流经理、项目经理、企业管理咨询师、企业总经理、营销经理、财务总监、酒店经理、企业培训师、采购经理、**IE**工业工程师、医院管理、行政总监、市场总监等高级资格认证。
- 颁发双证：高级注册 经理资格证+**MBA**研修证+人才测评证+全套学籍档案
- 收费标准：仅收取**1280元** 招生网址：[www.mhjy.net](http://www.mhjy.net)  
报名电话：**13684609885 0451—88342620**  
咨询邮箱：[xchy007@163.com](mailto:xchy007@163.com) 咨询教师：王海涛
- 学校地址：哈尔滨市道外区南马路**120**号职工大学（美华教育）



美华论坛  
[www.mhjy.net](http://www.mhjy.net)

- 颁证单位：中国经济管理大学  
• 主办单位：美华管理人才学校

全国职业经理MBA双证班

精品课程 火热招生

函授学习 权威双证 全国招生 请速充电



- 近千本**MBA**职业经理教程免费下载
- -----请速登陆: [www.mhjy.net](http://www.mhjy.net)

## ● 第三节 商法的地位

- 一、商法与民法（基本问题）
- （一）民商合一模式
- 肇始于《瑞士民法典》
- （二）民商分立模式
- 1、客观主义模式—法国
- 2、主观主义模式—德国
- 3、折中主义模式—日本

## 第三节 商法的地位

- （三）二者关系：
- 联系：
  - 1、是特别法与普通法的关系；
  - 2、民法基于平等和意思自治的原则调整各种社会关系，具有抽象性和系统性，商法具有具体性和实用性；
  - 3、民法纯粹是私法，商法是混合私法。

### 第三节 商法的地位

- 具体表现为：
- 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；
- 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；
- 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；
- 4、票据、保险、海商法中的短期诉讼时效制度是对民法诉讼时效制度的补充与变更。





## 第三节 商法的地位

- 区别：
  - 1、立法价值取向不同：
    - 公平至上；效益至上。
  - 2、产生的经济基础不同
    - 商品经济；市场经济
  - 3、适用主体不同
    - 组织和个人；商人
  - 4、规范性质上不同
    - 伦理性规范；技术性规范



## 第三节 商法的地位

- 二、商法与经济法
- （一）调整社会经济关系的性质不同
- 商人之间的以平等性为特征的社会关系；
- 国家与公民、企业之间的社会关系
- （二）调整对象的内容不同
- 商人和其他经营者的法律地位、组织形式、商事交易行为规则和行为后果；
- 商事主体的竞争行为规范、竞争规则、反不正当竞争和垄断，以维护经济环境。

### 第三节 商法的地位

- （三）作用内容和作用基点不同
- 确认和保护商人合法地位和利益，侧重于保护作为商人的企业和自然人之间的平等利益关系；
- 平衡个体利益与社会利益之间的利益矛盾，确保多元化经济结构的实现并促成资源优化配置，侧重于社会的整体经济生活和整体经济利益。

### 第三节 商法的地位

- （四）法律性质和理念不同
- 强调效益的最高价值，侧重于从私人和私法方面来理解效益、自由、平等、公平、安全等理念；
- 强调维护社会利益和社会整体利益，侧重于从社会角度理解自由、平等、公平、效益等理念。

## 第三节 商法的地位

- 三、 商法与行政法
- 联系：
  - 1、 商法本身即含有诸多行政法的成分；
  - 2、 商法之中规定诸多行政法的处罚条款。
- 区别：
  - 1、 调整对象及其性质不同
  - 2、 主体不同
  - 3、 保护的利益不同
  - 4、 规范的属性和调整方法不同



## 第三节 商法的地位

- 四、商法与消费者权益保护法
- （一）消法用于保护消费者，因为消费者与强大的商人实际上不平等；
- （二）商人与消费者不平等表现为
- 1、消费者的经济实力微弱，不能与商人平等交易； 2、消费者不具有商人的专业知识，在交易中受对方宣传的干预； 3、消费者不具有团体性，无力与有组织的商人抗衡。



## 第三节 商法的地位

- 五、商法与劳动法
- 1、雇员与企业——劳动关系
- 2、管理人员——委任、信托关系



哈爾濱工業大學

## 第四节

# 商法的基本原则

## 第四节 商法的基本原则

- 无论一国是否制定统一的商法典，形式及实质意义上的商事法律中都存在着统辖具体商法规则的基本原则，这些原则源于商法特殊而独立的调整对象及商法独特的价值追求。认真探求并正确把握这些基本原则，对于商法的理论研究、制度构建及司法运用，无疑具有重要意义。

## 第四节 商法的基本原则

- 一、商事主体法定原则
- 学者多认为，商法基本原则主要包括规制商主体因素的基本原则和规制商行为因素的基本原则两类，前者即为商主体严格法定原则。
- 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等方面的内容。





## 第四节 商法的基本原则

- 商主体严格法定原则的坚持与贯彻，对维护商事关系的确定性与安全性无疑具有非常重要的意义。
- **1)** 商主体类型标准应平等一致，种类应丰富多样，足够满足人们不同的需求。
- **2)** 商主体内容科学合理，即关于商主体的财产关系和组织结构关系的制度设计应一方面具备一定的灵活性与多样性，能满足人们的各种特殊需求；另一方面又能关注他人交易安全，维持整个社会正常的交易秩序。

## 第四节 商法的基本原则

- 二、维护交易公平原则（诚信的体现）
- 公平，是法律追求的终极价值之一，它在不同社会的不同时期，甚至随时间、地点、人物、情势等具体情况的不同，而表现出不同的面孔。法律世界中，民法着重实质公平，诉讼法追求程序公平，而商法中的公平则更多地强调机会公平。
- 本原则的确立，不仅有利于保护交易相对人，推而广之，实际上有利于整个市场秩序的稳定，效率的提高，因此各国商法都确认了诚信原则及公平交易原则。

## ● 第四节 商法的基本原则

- 公平内在地蕴涵着反对欺诈、胁迫等内  
容，这也是商法中公平原则题中自然的含  
义，但商法中公平原则也有其特殊的含  
义。
- 在商的世界中，活动的目的就是营利，活  
动的主体就是以从事营利性活动为专业的  
经济人，除非存在隐瞒、欺诈、胁迫等情  
形，商人之间通过自由平等协商从事的商活  
动，就是公平的，或被视为或至少推定为  
公平的，这是商法中公平原则最主要的一  
个体现。

## 第四节 商法的基本原则

- 主要体现为：
- 1、平等交易
- 2、诚实信用
- 3、情事变更

## 第四节 商法的基本原则

- 三、促进交易简便快捷原则
- 此原则也出于对经济性的需要。当今商事行为数量巨大，必须有明确的规定以便交易的便利、快捷，以利于商事关系的流转，由此引申几个原则与制度：
- 1、意思自治原则：交易基于双方之意思即可成立，通过相互间契约的订立而达成。这就排除了繁琐的程序与方式，使得交易简便。
- 2、交易行为多用固定形式。如股票、汇票、本票、支票等都使其定型化，又如有价证券的转让，只需已交付或背书方式即可。





## 第四节 商法的基本原则

- **3、短期时效制度。**
- 商事交易反复进行，要求迅速了结，因此立法上多采取短期时效制度。
- **4、权利证券化。**
- 为促进权利的转让与流通，设立权利证券制度。比如公司股票、公司债券、仓单、提单、保险单以及票据有价证券。

## 第四节 商法的基本原则

- 四、鼓励交易原则（确认和保护营利原则）“贸易乃财富的源泉”。商事行为之本质在于追逐利益。因此，没有任何理由剥夺商人追求利润的权利，相反，应该促进他们逐利的自由，进而促进共同的繁荣。所以商法严格遵守这一铁律。比如对于商事组织，特别是公司的资本的增减，商法有程序的规定，但都不予以绝对禁止，以便于公司根据具体情况做出合理调节取得最大利润。

## 第四节 商法的基本原则

- 五、保护交易安全原则
- 商事交易与交易人切身利益息息相关，所以重视交易安全。创设了如下制度：
- 1、信息披露（公示）主义。主旨在于增强市场透明度。当事人了解确切的消息有利于保护交易安全。如公司的设立、合并、分立、注销都必须公告；公司破产必须登记；船舶也必须登记等等。又如在交易活动中有众多的通知义务。如货物的买卖中，对迟到的承诺，要约人应向相对人立即发出迟到通知。

## 第四节 商法的基本原则

- **2、强制主义：**公法手段保护，以法律的强制性干预确保交易的安全。国家公法对商事活动的干预。干预方式主要有商事登记、消法、反不正当竞争、反垄断，强制性规范增多。
- **3、外观主义。**即以交易当事人的外观为准去认定其行为所生的法律效果。依此原则，交易完成后，为重信用关系，避免给当事人造成意外的伤害，原则上不得撤销。如表见代理。

## 第四节 商法的基本原则

- **4、无因性制度。**无因性制度把基础行为与派生性行为相分离，基础行为无效，不影响派生性行为的效力。主要是在票据制度中应用。
- 5、严格责任主义。**由于商事活动最具社会性、利益性，为保护交易人的合法利益，许多国家商法都采用严格责任原则，包括无过错责任和连带责任。



## ● 第四节 商法的基本原则

- 六、社会责任原则
- 现代社会人与人之间的联系日益广泛，各种不确定性日渐增大，使得“个人本位”的局限性与现实的矛盾日渐突出，“社会本位”成为矫正私法不足的补充理念。商法也逐渐具备了公法的性质。商人已经不仅考虑如何盈利，还要关心社会利益，在追逐利润的同时尽可能的造福社会。

## 第四节 商法的基本原则

- 企业的社会责任，指企业在处理有关利益问题时必须遵守的法律上的和道义上义务和道德。
- 主要包括：
- 1、对相关社会集团的社会责任。相关社会集团指股东、顾客、债权人、雇员、政府和社会。对于以上不同的人群，企业要尽不同的责任，比如为股东谋取尽可能多的回报，为顾客提供价廉物美和优质服务，等等。

## 第四节 商法的基本原则

- **2、保护生态环境的责任。**现代生态环境之恶化，多是由于工业企业所致。上世纪后半叶以来，人类日益认识到保护生态环境的重要性，各国也纷纷立法。企业应对于保护生态有极高的责任感并积极参与进来。
- **3、保护消费者利益。**企业和消费者是不可分割的。作为商行为的双方，自然应对对方尽善意的保护。又消费者一般处于弱势地位，对其利益的保护更见紧要。



哈爾濱工業大學

## 第五节

# 商法的历史与发展

## ●第五节 商法的历史与发展

- 一、商法的萌芽——古代贸易制度
- （一）早期贸易法律制度的列举  
早期贸易制度指的是**10**世纪以前存在的商业惯例和商事习惯法，主要是围绕集市的需要形成的集市交易惯例和集市管理法律制度。



## 第五节 商法的历史与发展

- 1、《汉穆拉比法典》，公元前**18**世纪：该法典共**282**条，现存**247**条，其中**50**多条属于买卖方面的规定；古巴比伦主要有两种商人，即塔木卡和沙马鲁。
- 2、《赫梯法典》，公元前**15**世纪：从**176**条到**186**条都是对买卖价格的规定；该法典在古代和西欧诸法之间架起了桥梁。
- 3、《摩奴法典》，公元前**3**世纪——公元**3**世纪：对不正当竞争已有限制。
- 4、古希腊贸易制度：特别是《罗得法》（**Lex Rhodia**），为以后的共同海损、海上保险和海商信用制度奠定了基础。



## 第五节 商法的历史与发展

- **5、古罗马贸易制度，确立了商事原则：**
- 第一，企业组织上出现无限责任和有限责任两种形式；
- 第二，对不正当竞争进行限制；
- 第三，以特殊责任保障商事活动的安全；
- 第四，金融信贷的风险契约制度；
- 第五，商品买卖制度。

## ●第五节 商法的历史与发展

- （二）古代教会法：  
总的来说，商业的崇尚营业取利和教会的崇尚修身寡欲是冲突的。但是，教会为商事活动提供了道德观念，如诚实信用、公平交易、恪守协议等，后来被法律吸收。
- （三）特点：
  - 1、形式上以逐渐形成的商事惯例为主；
  - 2、内容上主要调整集市管理；
  - 3、带有一定掠夺性和欺诈性，受君权、神权、教权限制；
  - 4、很强的国际性。

## ● 第五节 商法的历史与发展

- 二、商法的起源——中世纪商人法
- （一）源头的确定  
中世纪商法指的是**11至16世纪**在欧  
洲，特别是地中海、亚得里亚海、波罗的  
海和北海沿岸，由于商业的复兴，一些自  
治城邦中普遍发展起来的商人法。

## 第五节 商法的历史与发展

- （二）中世纪商人法的基本特点：
  - 1、价值取向上坚持商人主义；
  - 2、法律渊源上以城市法、海商法、商业行会规约、商事法院裁判、商事习惯为主；
  - 3、内容上主要调整工商活动、商人资格的取得、商业合伙、商事代理、商品买卖、商业信用、商业票据、保险、商业账簿等；
  - 4、具有很强的地域性和非成文性；
  - 5、教会法仍起着一定的作用。

## 第五节 商法的历史与发展

- 三、近现代商事立法
- 大陆法系国家商事立法代表：
- （一）法国商法：
- **1807年商法典**和**1804年民法典**一样，都是大革命的产物
- 基本内容：
- 1、立法基点为客观主义：商行为

## 第五节 商法的历史与发展

- 2、编排体例：四编**29**卷**648**条。
- 第一编一切商之事（总则），包括商人、商人会计、公司、商业登记、商品交易所、证券经纪人和居间商、质权和行纪商、商行为的证据、汇票和本票、时效；
- 第二编海商；
- 第三编破产；
- 第四编商事法院。



## 第五节 商法的历史与发展

- 3、发展与现状：
- 第一，原法典大多数条款都已经废除或修改，特别是颁布了众多商事单行法；
- 第二，在立法基点上，从单纯的客观主义转向折中主义（目前客观主义的代表是《西班牙商法典》）；
- 第三，加强对商行为的特别调控和专门规范。

## ●第五节 商法的历史与发展

- （二）德国商法：
- 1、立法背景：
- **1897**年颁布，**1900**年生效。
- 2、基本内容：
- （1）立法基点的主观主义：商人主义

## 第五节 商法的历史与发展

- **（2）编排体例：四编31章905条。**
- 第一编总则，包括商人、商业登记、商号、商业账簿、经理权和代理权、商业辅助人、代理商、商业居间人；
- 第二编商事公司和隐名合伙；
- 第三编商行为；
- 第四编海商。

## ●第五节 商法的历史与发展

- （三）日本商法：
- 1、立法背景：
- **1899**年通过，同年施行，史称“新商法”。
- 2、基本内容：
- （1）立法基点的折中主义（实质是主观主义的翻版，所谓体制上仿效法国，实质内容上采用德国）：既重视主观，又重视客观

## 第五节 商法的历史与发展

- **（2）编排体例：五编34章689条。**
- 第一编总则，包括法例、商人、商业登记、商号、商业账簿、商业使用人、代理商；
- 第二编公司；
- 第三编商行为；
- 第四编票据；
- 第五编海商。

## 第五节 商法的历史与发展

- 英美法系商法代表：
- （一）英国商事法律制度的特点：
- 1、法律渊源上表现为普通法、衡平法、制定法和习惯法的综合运用；
- 2、理论上坚持贸易自由、契约自由原则；
- 3、内容上以买卖法为中心（**1893年**《货物买卖法》，**1979年**修改）；



## 第五节 商法的历史与发展

- **4、法律体制上的多样性，主要是因为历史原因，英格兰和苏格兰的差异；**
- **5、有独立的商事司法体系（1895年在伦敦高等法院设立“商事诉讼目录”，1970年正式设立“商事法庭”）**
- **6、商事仲裁制度比较发达，1956年颁布《仲裁法》。**

## ●第五节 商法的历史与发展

- （二）《美国统一商法典》
- 1、制定过程和性质：
- 主要由“统一州立法全国委员会”和“美国法学会”共同起草，主要起草人是哥伦比亚大学教授卡尔·N.卢埃林。从**1942**年开始，写出**12**稿，在**1952**年公布第一个正式文本，后经多次修改。目前除路易斯安那不认可第二、第九章外，其余各州均已承认为本州法律。

## 第五节 商法的历史与发展

- **2、体例：十编37章418条。**
- 第一编总则，包括立法宗旨、解释、适用和一般定义；第二编买卖；第三编商业票据；第四编银行存款和收款；第五编信用证；第六编大宗转让；第七编仓单、提单和其他所有权凭证；第八编投资证券；第九编担保交易、账单和动产契约买卖；第十编生效日期和废除效力。

## 第五节 商法的历史与发展

- **3、宗旨：**
- **（1）** 使调整商事交易的法律更加简洁、明确并适应现代化要求；
- **（2）** 使商业做法能通过习惯、行业惯例和当事人的协议不断获得发展；
- **（3）** 使各州商事法律归于统一，但根本在于鼓励交易和促进交易的发展。

## 第五节 商法的历史与发展

- 4、特点：
  - （1）以商业交易为中心进行立法设计；
  - （2）灵活适用；
  - （3）较好的体现了当代商业的新要求；
  - （4）有自身的哲学思想和理论基础（实证与功利）；
- “精神上是现代化的，处理方案是切实可行的，概念是综合性的”——施米托夫。

## 第五节 商法的历史与发展

- 独联体和东欧国家商事法律制度
- （一）发展走向：
- 革命前的大陆法系商法典
- ——革命后消灭之，确立商业行政法
- ——剧变后正在重新恢复制定。



## 第五节 商法的历史与发展

- (二) 特点:
- 1、商事法律调整范围狭小，是狭义的商业法；
- 2、主体体系中，主要是国家商业行政管理机关、商业企业和消费者；
- 3、商事客体受到一定限制；
- 4、较为注重消费者权益的保护；
- 5、对国内、国际贸易活动一般分别立法；
- 6、正处于法制体系变动之中。

## 第五节 商法的历史与发展

- 商法在中国：
- 古代商事制度的特点：
  - （一）大多属于商事公法；
  - （二）商人的法律地位一直是低下的；
  - （三）中国古代社会是小农经济社会，商人无法成为独立的社会阶级（阶层）；
  - （四）中国古代商人缺少商业信用制度的支持；
  - （五）中国商业的不发达与整个科技经济文化的发展息息相关。

## ●第五节 商法的历史与发展

- 近代商事制度
- （一）发展历程：
  - 1、始自清朝末期，最早是魏源在《海国图志》中对西方公司制度的介绍；
  - 2、民国初期，实行民商分立；**1929**年，在胡汉民、林森提议下，改民商合一。

## 第五节 商法的历史与发展

- 现代商事制度：
- **1992**年以后，商法进入全面复兴的初步阶段。立法体系上表现为以《公司法》（**1994**年**7**月**1**日施行）、《票据法》（**1995**年**5**月**10**日颁布）、《证券法》（**1998**年**12**月**29**日通过）等为代表的商事单行法系列；理论上则是商法研究日渐得到重视，**2001**年，中国法学会商法学研究会成立。

## 第五节 商法的历史与发展

- 商法的发展趋势
- （一）商人本位——商行为本位——折中本位（新商人）；
- （二）国际法——国内法——国际法（称为新的商人法、跨国法或第三种法律秩序）；
- （三）国家制定法——新的商人习惯法；
- （四）地域特色——统一化；
- （五）营利为目的——效益为目的。

## 第五节 商法的历史与发展

- 我国商法的渊源：
- 在我国，商法的渊源主要是制定法、立法和司法解释、商事自治法等。一般分为以下种：
- **1.法律2.行政法规3.地方性法规4.国际条约  
国际惯例5.立法解释6.司法解释7.商事自治  
规则**





## 本章思考题

- 1、商事关系的特点
- 2、如何认识商法的兼容性？
- 3、商法的特点
- 4、从民法与商法的关系评述民商合一与民商分立的立法模式
- 5、商主体法定原则
- 6、商法如何体现保护营利和促进交易快捷原则？
- 7、保护交易安全原则在商法中如何体现？



哈爾濱工業大學

## 第二章

### 商主体



## 本章重点难点问题

- **1、商事主体与民事主体的区别**
- **2、商事能力的涵义与特点**
- **3、商事能力限制的依据**



哈爾濱工業大學

## 第一节

# 商事主体概述



# 第一节 商事主体概述

- 一、商事主体的概念
- 法律关系主体与商事主体
- （一）商事主体的概念
- 1、传统商法上的概念：是指依据商事法的有关规定，参加商事活动，享有商事权利并承担相应义务的自然人和法人组织。
- 2、现代商法上的概念：以从事特定商行为作为其经常性职业的个人或组织，均可依法定程序成为商事主体。

## 第一节 商事主体概述

- （二）商事主体应具备的条件
- 1、必须从事商行为，且行为应当具有特定性；
- 2、必须是其所从事的商行为的主体，是商行为权利义务的实际承受者；
- 3、必须持续地从事同一性质的营利性行为；
- 4、必须以特定的营利性活动为其职业或经常性营业。



# 第一节 商事主体概述

- 二、商事主体的特征

- （一）商事主体由商法法定

商主体的种类、内容、权利义务、资格取得均有法律明确规定

- （二）商事主体依法具有商事能力

包括商事权利能力和商事行为能力

与民事能力的区别：1、特指从事商事行为的能力；2、在民事能力基础上附加的能力；3、范围特定、限定，不同能力



## 第一节 商事主体概述

- （三）必须以营利性活动作为其营业内容
- （四）身份或资格经商业登记而取得
- 我国和多数国家主张商主体的资格须经登记取得，否则不得从事营利性活动。



哈爾濱工業大學

## 第二节

# 商事主体的分类

## 第二节 商事主体的分类

- 一、商个人、商法人与商合伙
- （一）商个人（商自然人，个体商人）
- 按照法定程序取得了特定的商事能力，独立从事营业性商行为，依法承担商法上权利义务的个人或自然人。
- 1、法律特征：核准、无人身权、营利、无限责任
- 2、表现形式：个体工商户、农村承包经营户、个人独资企业、摊贩

## 第二节 商事主体的分类

- （二）商法人（营利性法人、企业法人）  
基于营利性营业目的而设立的，具有特定的商事能力和资格，依法独立享有权利承担义务，并以其经营资产独立承担责任的社团组织。
- 特征：1. 依法设立登记，取得主体资格；2. 具有独立的财产和财产权；3. 具有统一的组织机构和意思机关；4. 是独立的责任主体；5. 只能在其法定授权范围内从事商行为



## 第二节 商事主体的分类

- （三）商合伙（商业合伙，合伙企业）
- 数个合伙人为了实现营利性经营目的而共同出资、共同经营、共享利润、共担责任所形成的人身信任和财产相结合的集合体。
- 特征：1. 两个以上的合伙人；2. 合伙合同；3. 财产为合伙人共有；4. 商事经营活动由合伙人共同为之，也可以共同委托代理人为之。各合伙人对事务的执行享有同等权利和义务；5. 合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任。



## 第二节 商事主体的分类

- 二、法定商、注册商人和任意商人
- （是否需要履行相应注册登记手续）
- 德国1、法定商人：以法律规定的特定商行为为营业内容并经特殊程序而设立商主体（不动产、有价证券、金融、海事等）；
- 2、注册商人：不以绝对商行为为营业内容，经一般商业登记程序设立以核准的营业范围为其商行为内容的商主体
- 3、任意商人（自由登记商人）



## 第二节 商事主体的分类

- 三、大商人与小商人（规模）
- 1、大商人（完全商人）非法律术语
- 以法律规定的商行为作为其营业范围，依法定程序和条件进行登记设立的商事主体。
- 2、小商人（德、日、意、台湾地区）
- 日：公司之外资本金额未满**2000**日元
- 台：沿街叫卖的行商者、市场外设摊营业者、家庭农林渔牧业者、家庭手工业者
- 适用法律区别，日：登记、商号帐簿不适用

## ●第二节 商事主体的分类

- 四、完全商人、拟制商人、表见商人或者固定商人、拟制商人
- 依主体认定原因为标准
- 1、德国：完全商人、拟制商人、表见商人
- 完全商人：大商人
- 拟制商人：已登记并经营，不属于固定商行为
- 表见商人：实践中产生，保护善意第三人
- 2、日本：固定商人、拟制商人
- 固定商人：自己名义，实施商行为为业
- 拟制商人：登记

## 第二节 商事主体的分类

### 五、商中间人（是否从事直接商行为）

#### （一）商中间人一般有两种立法模式

1. 商行为角度立法：在商主体所从事的商行为登记中明确规定在从事直接商行为时兼营中介商行为；
2. 商主体角度立法：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。  
如某某中介公司。

我国：将从事中介活动的中间商单独命名。

## 第二节 商事主体的分类

- （二）商中间人的类型
- 商中间人虽从事经营性行为，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官职方式、税收方式上都存在明显的差异。
- 1. 代理商 2. 居间商 3. 行纪商

## 第二节 商事主体的分类

### 六、商辅助人

- （一）又称商使用人，它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，辅助商主体开展上市经营活动的人。
- 商辅助人本身不是商人，以商主体名义为法律行为，行为的全部后果由商主体承担。
- （二）商辅助人的类型
  1. 经理人
  2. 代办人







哈爾濱工業大學

## 第三节

# 商事能力

## 第三节 商事能力

- 一、商事能力的概念和要素
- “营业能力”、商事主体资格，指商事主体独立从事商事活动，享有权利和承担义务的资格和能力，商事权利能力和行为能力。
- 要素：**1**、具有民事能力；**2**、具有一定的营业财产；**3**、某些特殊营业商人还须取得特殊资格
- 与民事能力的区别：
- **1**、统一 **2**、内容差异**3**、依商业登记确定

## ● 第三节 商事能力

- 二、关于商事能力的特别限制
- （一）未成年人
- 三种立法例：
  - 1、肯定主义：日本、德国、韩国
  - 日：未成年人从事商事活动应当进行登记
  - 韩国基本相同。《商法典》6、7、8条

### 第三节 商事能力

- 2、否定主义：比利时、葡萄牙、法国
- 比、葡：未成年人无商事行为能力
- 法：《商法典》第2条：未成年人即使已经解除监护也不得成为商人。
- 3、折中主义：荷兰
- 未成年人的上市能力的范围要由法官决定和宣告（程序的限制）

### 第三节 商事能力

- 我国无明确规定，个人独资“代理人”、合伙企业设立禁止未成年人。
- 理论上讲，个人申请设立个人独资企业和与他人合伙经营，其行为能力不应存在差异，因此，应认为禁止未成年人开展营业。

## 第三节 商事能力

- （二）公务人员
- 各国均不允许其直接或间接营业或其他投机事业
- 美：无论直接或间接，均不得发生商业上的关系。
- 日本：禁止公务人员参加私营企业的营利活动。



### 第三节 商事能力

- 英国：公务员一律不准经商或从事与本部业务有关的营利事业，退休后两年内，接受工商企业的职位者也须经财政部批准，否则构成贪污罪
- 法国《公务员法》：禁止公务员兼任其他有报酬的公职或私人职务；公务员的配偶从事营利性活动也要申报。
- 我国严格禁止

## 第三节 商事能力

- （三）外国人
- 国民待遇的同时限制
- 表现为：须经有关部门批准，并办理登记手续



## 本章思考题

- **1、商事主体与民事主体的区别**
- **2、简述商事主体商事能力的涵义与特点**
- **3、商法如何限制某些主体的商事能力？其限制的理论根据如何？**



哈爾濱工業大學

## 第三章

# 商事行为



## 本章重点难点问题

- **1、商事行为的特征及其与民事行为的区别**
- **2、商事物权行为**
- **3、商事债权行为**

## 引例：商场免费自助寄存柜纠纷案

- **2000年11月1日**，原告李杏英到被告上海大润发有限公司洋浦店（简称大润发超市）购物，并使用该店设置的自助寄存柜存放期所带随身物品。购物结束后，原告持该店自助寄存柜密码条欲开柜取包，却发现无法打开该柜，遂求助于大润发超市工作人员，工作人员先后以人工方法打开原告所指认的柜箱及与密码条号码相符的柜箱，均发现空的无一物。原告称自己存放于自助寄存柜中的皮包内共有人民币**5310**元，当晚即向附近警署报案。





## 引例：商场免费自助寄存柜纠纷案

- 事后，原告以大润发超市疏于管理致使钱物遗失为由，起诉大润发有限公司及大润发超市并要求赔偿**5310**元。
- 合议庭经过推理最终认定，顾客使用自助寄存柜与超市构成了借用法律关系。上海市第二中级人民法院经审理认为：
- **1、**在人工寄存和自助寄存柜两种寄存关系并存的情况下，原告选择了自助寄存柜寄存其物品，与大润发超市之间形成借用而非保管法律关系。



## 引例：商场免费自助寄存柜纠纷案

- **2、**大润发超市对自助寄存柜已提出正确的接受服务的方法和真实的说明及明确的警示，已尽到法定义务。原告未能证明其所称物品的遗失是自助寄存柜本身的质量问题或大润发超市借用服务中存在故意或重大过失所造成
- **3、**原告证据仅能证明使用过大润发超市的自助寄存柜，不足以证明其将内装有**5310**元人民币的皮包存入。
- 判决不予支持原告诉请。



哈爾濱工業大學

## 第一节

# 商事行为概述

# 第一节 商事行为概述

## 一、商事行为的概念

商事行为是大陆法系特有的商法基础概念，各国商法认定时不同标准。

法国：客观行为判定

德国：主体身份判定

日本：综合主体与行为判定

我国：无立法，但学者概念多在狭义解释，P42

本书：商主体，营利目的，设立、变更、消灭商事法律关系，经营性行为



# 第一节 商事行为概述

- 二、商事行为的特征
- 1. 是以营利为目的的行为；
- 2. 是经营性的行为；
- 3. 是商主体所从事的行为；
- 4. 是体现商事交易特点的行为。（技术性规范，强调公开性，注重效率和外观主义）



## 第一节 商事行为概述

- 引例中，大润发超市提供免费自助寄存柜，形式上为免费服务，其本身并不带有营利性，但这并不能否定其作为营业活动的组成部分。
- “买一送一”、“免费试用”等是否不存在营利性？是否潜在的降低商事主体的注意义务？





## 第一节 商事行为概述

- 三、商事行为的规制方式
- （一）概括方式：德国商法典
- （二）列举方式：法国商法典
- （三）折中方式：日本商法典
- 注意：融合，扬长避短，法律推定



哈爾濱工業大學

## 第二节

# 商事行为的分类

## 第二节 商事行为的分类

- 一、单方商行为与双方商行为
- 当事人是否均为商主体为标准
- 1、单方商行为：“混合交易行为”，一方商主体，另一方非商主体，商店与消费者，银行与顾客。
- 适用法律：
- 1) 商法调整：德、日
- 2) 商法调整商主体，另一方则由民法调整：法、英美法

## 第二节 商事行为的分类

- **2、双方商行为：**均为商主体的交易
- 批发商与零售商
- 适用法律：直接适用商法，各国不存在争议
- 区分意义：
  - **1)** 立法上，合理斟酌商人与非商人的差异，给非商人适当的照顾，实现实质公平
  - **2)** 法律适用区别，有些特别法是适用于单方商行为，有些只适用于双方商行为。消法：单方，反不正当竞争法：双方

## 第二节 商事行为的分类

- 二、基本商行为与附属商行为
- 商行为的作用为标准
- 1、基本商行为：直接从事营利性活动的商事行为，包括绝对商行为和相对商行为。
- 2、附属商行为：“辅助商行为”，不具有直接营利性，但附属于基本商行为而实施。
- 买卖合同为例，买卖行为——基本商行为
- 而印刷产品说明、包装、运输等则为附属商行为，但在运输关系中，运输属于基本商行为，运输标的物的保管则属于附属商行为。

## 第二节 商事行为的分类

- 引例中，结论为借用而非保管在于皮包并未发生转移占有，至于原告是否真的存入皮包只是事实和证据问题。
- 原告将皮包存入被告设置的柜箱，被告并未收取费用，通常被解释为提供无偿服务，事实上，商场存包果然具有无偿性么？以基本商行为与附属商行为的区分能否合理解释本案？



## 第二节 商事行为的分类

- 消费者进入商场通常是为了消费，商场为了吸引顾客而提供各种“免费”服务实是有利可图的。即使不发生费用，也应认为是附属于商场营业的行为，被告应向消费者承担必要的安全保护义务，避免商主体以免费服务为借口逃避商法上的严格责任。

## 第二节 商事行为的分类

- 三、绝对商行为与相对商行为
- 行为的客观性质、是否附加条件为标准
- 法、日、韩均采此种分类
- 1、绝对商行为：客观商行位，基于法律规定，当然和无例外的归属于商行为的行  
为。不考虑商人身份，不考虑是否出于营  
利目的，由法律列举，不得推定。如：票  
据行为、商业证券行为、保险行为、海商  
事行为等。

## 第二节 商事行为的分类

- **2、相对商行为：**主观商行为、营业商行为
- 行为人为商人身份，行为具有营利性方为商行为。营利性色彩不是很强烈。
- 《日本商法典》：租赁、承揽加工、电力和煤气供应、运输营业、出版印刷摄影、店所经营、银行金融交易、保险、寄托、居间行纪、商事代理，上述行为只有商人实施时方为商行为，否则，仅为一般民事行为。

## 第二节 商事行为的分类

- 四、固有商行为与准商行为
- 对商行为的不同确认方式为标准
- 1、固有商行为：传统商行为、完全商行为、纯然商行为，包括绝对商行为和固有商人的营业商行为。
- 2、准商行为：推定商行为、非固有商行为。
- 拟制商主体实施的经营性商行为，通过事实推定或者法律推定来确认行为性质，如非商主体从事信息咨询服务等。



哈爾濱工業大學

## 第三节

# 一般商事行为

## 第三节 一般商行为

- 一、一般商行为概述
- 一般商行为是指在商事交易中具有共性的、并受商法规则所调整的行为。学者分歧较大。
- 1、商事代理行为
- 2、商事债权行为
- 3、商事物权行为
- 4、商事交互计算



## 第三节 一般商行为

- 二、商事代理行为
- 前述代理商，与商事代理行为不可脱离，但侧重点不同，由此导致立法模式的区别。
- 商主体中心的国家：强调代理商的资格
- 商行为为中心的国家：强调行为的营利性
- 我国：没有严格区分民事代理与商事代理，《民通》第四章，不见商事代理立法，实践中参照民事代理。

## 第三节 一般商行为

- 与民事代理的区别：
- 1、非显名主义
- 2、本人的死亡不影响代理权的存续
- 3、代理人的权限范围广
- 后专章讲授

## 第三节 一般商行为

- 三、商事债权行为
- 民事法律行为的特殊形态，以民事法律行为的构成要件为基础，适用商法的特殊规定，优先于民法的规定。
- 主要表现在：商事合同缔结过程中要约和承诺的特殊性上、意思表示之缄默和缄默之错误的特殊性规定等。

### 第三节 一般商行为

- 表现为：
- 1、强制承诺：源于德国学者提出的事实合同理论。
- 认为：格式合同的运用，很多情况下合同不必采用协商缔约的方式，而可通过事实方式来完成，引起德国国内旷日持久而极其激烈的讨论。
- 事实合同确与传统合同法冲突与对立，“足以摧毁忠实于法律的思想方式”（王泽鉴），但事实合同也确实包含许多值得思考的因素。如：自动售货机、自选商场、自动柜员机提款或付款、公共事业领域不得拒绝提供水电气供应服务等等已远非传统的民法规则所能予以解释。

## 第三节 一般商行为

- 2、缄默承诺
- 极端特殊的承诺方式
- 我国：除非当事人另有约定或法律直接规定，缄默不具有意思表示的意义。
- 《民通》**66**条：本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。
- 《民通意见》**66**条
- 但均为法律明确规定，除此而外非意思表示

### 第三节 一般商行为

- 《日本商法典》：商人自素常交易人处接受属于其营业部类的契约要约时，应从速发出承诺与否的通知。怠于发出通知者，视为承诺要约。
- 《德国商法典》：与商人保持业务联系的行为人，向处理他人事务的商人提出处理该事务的要约，该商人应毫不迟疑的对要约予以回答；商人之缄默视为对要约的承诺。
- 注意：上述两者均须设定严格的适用条件，强制承诺多适用于消费合同，缄默承诺可扩展至双方商行为，已被普遍的纳入商法典。



## 第三节 一般商行为

- 四、商事物权行为
- （一）商事流质预约的认可（缓和禁止流质预约）
- 自罗马法以来，传统民法禁止流质预约。
- 《德国民法典》、《瑞士民法典》、《台湾地区民法典》、我国《担保法》、《物权法》均禁止。《物权法》**186、211**禁止流押、禁止流质

### 第三节 一般商行为

- 之所以禁止流质，主要考虑公平的要求，防止债权人获得超出债权价值的财产，进而损害债务人的利益。
- 各国商法中，禁止流质规则有了缓和，基本承认流质预约的有效性，如当铺、以受质为营业者约定流质并无不公平也未被各国民法禁止。
- 日、韩商法典

## 第三节 一般商行为

- （二）商事留置权
- 民事留置权：**1**、债权之发生须与留置财产之间存在牵连关系**2**、债权人事实上占有留置财产
- 商事留置权（日、德）
- **1**、无须牵连关系
- **2**、无须现实的占有留置财产
- **3**、具有别除权性质
- 我国：《物权法》**231**条：“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。”可视为商事留置权的规定，避免举证困难，增强商业信用。



## 第三节 一般商行为

- 五、商事交互计算
- 本质上是民法抵销权的延伸，但不相同。
- 如煤矿与电厂的交易
- 1、交互计算仅适用于经常发生往来的交易各方之间，但至少有一方为商人
- 2、交互计算的债权债务限于金钱债务
- 3、交互计算的债权债务，须以各方认可的同意书或者承认书加以确定，更接近于民法上的约定抵销权
- 4、除各方另有约定外，仅就交互计算的余额部分计算利息



哈爾濱工業大學

## 第四节

# 特殊商事行为



## 第四节 特殊商行为

特殊商行为是指在商事交易中具有个性的并受商法中的特别法或特别规则调整的商事行为。

通常包括：商事买卖、商事运输、商事仓储、商事居间、商事行纪、商事期货、商事信托、商事保险商是票据、海商等内容。

我国已对商事票据、商事保险、商事信托和海商单独立法，本节只对其他几种特殊商事行为进行介绍。



## 第四节 特殊商行为

- 一、商事买卖
- 二、商事运输
- 三、商事仓储
- 四、商事居间
- 五、商事行纪
- 六、商事期货
- 七、商事信托



## 本章思考题

- **1、**简述商事行为的特征及其与民事行为的区别。
- **2、**商法上的物权行为和债权行为有什么特殊性？



哈爾濱工業大學

## 第四章

# 商事登记与公告



## 本章重点难点问题

- **1、商事登记的基本原则**
- **2、商事公告的基本要求与制度价值**
- **3、商事公告具有的法律效力**



哈爾濱工業大學

## 第一节

# 商事登记



# 第一节 商事登记

## 一、商事登记概述

### (一) 商事登记的概念和特征

#### 1、概念

- 商事登记是指商主体或商主体的筹办人，为了设立、变更或终止商主体资格，依照商事登记法规、商事登记法规实施细则以及其他特别法规定的内容和程序，由当事人将登记事项向营业所在地登记机关提出，经登记机关审查核准将登记事项记载于登记簿的法律行为。



## 第一节 商事登记

- 2、特征
- （1）创设性：是导致商主体设立、变更或终止的法律行为，其目的在于获得商主体的资格和能力；
- （2）要式性：是一种要式法律行为，它必须按照法定要求将法定事项在法定主管机关办理；
- （3）公法性：从本质上说，它是一种公法上的行为，它是国家利用公权干预商事活动的行为。

## 第一节 商事登记

- (二) 商事登记的意义
- 1、确认取得商主体身份
- 2、公示
- 3、实现国家对商主体的监管

## 第一节 商事登记

- （三）商事登记的立法例
- 1、商法典模式：德、日、韩
- 2、单行商事登记法模式：法、瑞士、台湾地区，日在商法典之外另颁布《商业登记法》（**1963**）
- 3、分散模式：公司法及相关企业法中，英美等国
- 我国：散见于各种法律法规中，法律位阶普遍较低；登记事项差别待遇；法规重叠体系混乱；制度漏洞和空白，急需制定一部商事登记法。

## 第一节 商事登记

- 二、商事登记原则
- （一）强制登记原则
- （二）全面审查原则
- （三）登记公开原则

## 第一节 商事登记

- 三、商事登记的对象与登记管理机关
- （一）商事登记对象
- 商事登记的对象为商主体。
- 我国法律将登记对象分类主要有两种方式：
  - 二分法。将商主体分为具有法人资格的企业和不具有法人资格的企业。
  - 三分法。将商主体分为公司、非公司企业法人、不具备法人条件的企业或经营组织。

## 第一节 商事登记

- （二）商事登记的管理机关
- 三种模式：
  - 1、法院：德、日
  - 2、行政机关：美、英
  - 3、法院及行政机关：法
- 我国是行政登记主义，国家工商行政管理局。



## 第一节 商事登记

- 四、商事登记的种类和程序
- （一）设立登记
- **1、名称预先核准 2、申请与受理 3、审查  
4、核准发照 5、公告**
- （二）变更登记
- （三）注销登记

## 第一节 商事登记

- 五、商事登记的效力
- （一）创设效力
- 通过商事登记，对商主体设立、变更、终止的事实作出法律确认，使该事实具有法律意义并受到法律保护。
- 1、创设商主体的效力。未经登记禁止参加商事活动
- 2、保护商主体之商号专用权的效力。
- 3、具有免责效力。设立：免除发起人连带责任；变更：变更范围内免责；注销：免除责任。

## 第一节 商事登记

- （二）公信效力
- 凡经商事登记并公示的事项，皆被推定为合法、准确、有效。保护善意第三人。
- 1、登记事项与实际情况相符合时，已登记事项被推定为合法、真实、有效，社会公众均得信赖登记事项真实、合法、有效。
- 2、登记事项与真实情况不相符合时，登记申请人不得以所称真实情况对抗善意第三人；登记及公告完成后，第三人因正当事由不知情时，亦同。  
（日、德、韩商法典）

## 第一节 商事登记

- （三）对抗效力
- 企业登记事项经登记机关登记公告，将信息披露给社会公众，即推定社会公众知道或应当知道该等信息，商主体据此获得免责效力。
- 登记并公告后，登记事项即推定第三人知情而对其发生效力，第三人应尽注意义务。登记事项既可对抗恶意第三人也可对抗善意第三人。



哈爾濱工業大學

## 第二节

# 商事公告

## 第二节 商事公告

- 一、商事公告概述
- （一）商事公告的概念
- 商事主体依照法律规定将依法应当公告的事项通过法定的方式加以公告的行为，为商事公示的一种方式。
- （二）商事公告的特征
- 1、主体特定
- 2、及时
- 3、确定



## 第二节 商事公告

- （三）商事公告的制度价值
- 1、安全
- 2、秩序
- 3、效益

## 第二节 商事公告

- 二、商事公告的种类
- （一）主体公告、行为公告、事实公告
- 1、主体公告：设立、变更、终止
- 2、行为公告：重大事件报告公告
- 3、事实公告：中期报告
- （二）公司法、证券法、保险法、银行法上的公告

## 第二节 商事公告

- 三、商事公告的效力
- （一）消极效力：责任的承担
- （二）积极效力：对抗第三人
- （三）公示效力：社会公众
- （四）虚假公告的效力：不得对抗



## 本章思考题

- 1、简析商事登记的意义与法律效力
- 2、我国商事登记的基本原则
- 3、简述商事公告的基本要求与制度价值
- 4、商事公告具有的法律效力是什么？



哈爾濱工業大學

## 第五章

### 商业名称



## 本章重点难点问题

- 一、商业名称与商号、商标的关系
- 二、商业名称登记的法律效力
- 三、商业名称的法律保护





哈爾濱工業大學

## 第一节

# 商业名称概述

## 第一节 商业名称概述

- 一、商业名称的概念
- 商业名称，又称商事名称、商号，它是指商主体在从事商行为时为表明不同于他人特征而使用的名称。即商主体在商事交易中为法律行为时，用以署名或让他的代理人用其与他人进行商事交往的名称。

## 第一节 商业名称概述

- 二、商业名称的特征
- 1. 商号不等同于商主体，就像公司的名称不等同于公司一样；
- 2. 商号是商主体相互区别的重要外在标志；
- 3. 商号只有商主体在从事商行为时可以使用这一名称。（这一特征的意义：在一些国家中，商主体的商事名称可以与自然人的名称相竞合）

## 第一节 商业名称概述

- 三、商业名称与商号、商标
- （一）商业名称与商号
- 相同
- （二）商业名称与商标
- 1、区分商主体；区分商品
- 2、一个商业名称；多个商标
- 3、文字；文字图形数字字母颜色组合
- 4、可以没有商标不能没有商业名称
- 5、效力范围：辖区内；全国范围内





哈爾濱工業大學

## 第二节

商业名称的构成、选定  
和取得

## 第二节 商业名称的构成、选定和取得

- 一、商业名称的构成
- 地名+字号+行业或经营特点+组织形式
- 地名：
- 字号：
- 行业或经营特点：
- 组织形式：



## 第二节 商业名称的构成、选定和取得

- 二、商业名称的选定
- 商业名称的选定是指商主体按照法律的要求取得商号。不同国家，在商业名称选定方面奉行不同原则。主要有两种：自由原则与真实原则又称商号初始原则。
- （一）严格主义（真实主义）：名实相符
- （二）自由主义
- 我国采用真实原则，即法律对商号选定予以严格限制。



## 第二节 商业名称的构成、选定和取得

- 商业名称选定的限制：
  - 1. 商主体原则上只允许使用一个商号
  - 2. 商号的内容和文字涉及法律所列举的不得使用的事项，这类商号将被禁止使用
  - 3. 商号的选定除民族自治地方的企业外。一般应使用汉字。
  - 4. 设分支机构的商主体，该商主体及其分支机构的商号的选定应符合法定要求
  - 5. 联营商事企业应当在其商号中标明“联营”或者“联合”字样，但不得使用联营成员的商号。但不得使用联营成员的商号。

## 第二节 商业名称的构成、选定和取得

- 三、商业名称的取得
- 登记取得
- 商业名称登记是指商主体将其选定的商业名称按照法定要求和程序，在商事登记机构办理注册手续，经审查后获得专有使用权，并实现公示的过程。
- 登记生效—德国；登记对抗—日本、韩国
- 在我国，商业名称的登记是商事登记的法定事项，是商主体成立的必要条件。

## 第二节 商业名称的构成、选定和取得

- 商业名称登记的类型
  - 1. 创设登记
  - 2. 变更登记
  - 3. 转让登记
  - 4. 废止登记
  - 5. 撤销登记

## 第二节 商业名称的构成、选定和取得

- 商业名称登记的效力
- 一经登记，就获得了专有使用权，并在法律上获得双重效力：
  1. 排他效力
  2. 救济效力

## 第二节 商业名称的构成、选定和取得

- 四、商业名称的废止
- 废止一般分为三种情形：
  1. 实施了商业名称申请登记或预先登记者，在登记之后的法定期限内不使用该商业名称，该商业名称或通过办理注销登记手续而废止，或因未办理注销登记手续而自行废止；
  2. 因商主体发生变更，商业名称同时变更，原有商业名称废止；
  3. 商主体未发生变更，但商业名称发生变更，原有商业名称废止。





哈爾濱工業大學

## 第三节

# 商业名称权及其保护

### 第三节 商业名称权及其保护

- 一、商业名称权概念
- 商业名称权是指商主体依法享有的对商业名称的专有使用权，它主要包括专有权和使用权两个方面。
- 在我国，商业名称权以登记为取得要件。
- 商业名称权是一种名称权，属于法律上的绝对权。多数学者认为，商号权是兼人身权与财产权于一体的混合权利。

### 第三节 商业名称权及其保护

- 商业名称权的内容
- 1、专有使用权---首要核心
- 2、转让权---财产权属性
- 1) 绝对转让主义---同时转让、废止，我国、德、日、韩
- 2) 相对转让主义---可单独转让，法国
- 3、许可使用权
- 1) 加入--“联想方达”
- 2) 广告宣传
- 3) 借用

### 第三节 商业名称权及其保护

- 商业名称权的特点
  - 1. 地域性限制
  - 2. 公开性
  - 3. 可转让性
  - 4. 时间上的无限性

## 第三节 商业名称权及其保护

- 二、商业名称权的保护
- 保护模式：
  - 1、民法和商法的保护
  - 2、知识产权法的保护
- 实体保护：确认权利、规定权利内容、设置侵权责任
- 程序保护：规定商业名称的取得、变更、注销程序、专用权人请求救济的方式等

### 第三节 商业名称权及其保护

- 我国主要是民事保护和行政保护，专用权人的救济途径包括诉讼救济和行政救济。
- 民事保护：
  - 1、确认专用权；
  - 2、规定专用权的双重属性；
  - 3、规定侵权责任。如：《反不正当竞争法》**20**条



### 第三节 商业名称权及其保护

- 行政保护：
  - 1、依法对商业名称进行登记
  - 2、依法监督商业名称的使用
  - 3、对违反管理规定的行为与侵权行为予以行政制裁

### 第三节 商业名称权及其保护

- 国际保护
- 《巴黎公约》的保护
- 1、明确纳入公约保护范围（第二条）
- 2、国民待遇原则，对非本国的商业名称予以保护（第二条、第三条）
- 3、对商业名称保护的最低要求的规定
- 第八条：厂商名称得在一切本同盟成员国内受到保护，无须申请或注册，不论其是否为商标的组成部分。
- 4、商业名称救济权的规定
- 扣押、取缔、制止、控告
- **1967**《成立世界知识产权组织公约》纳入



## 本章思考题

- 一、简述商业名称与商号、商标之间的相互关系
- 二、商业名称登记具有何种法律效力
- 三、分析商业名称的权能与法律保护



哈爾濱工業大學

## 第六章

# 营 业



## 本章重点难点问题

- **1、营业自由与营业限制**
- **2、营业转让与企业合并**

# 一、营业

- 主观：以营利为目的而进行的连续的、有计划的、同种类的活动（行为）（谢怀栻）
- 包括：营业自由的界定、限制、营业所确定
- 客观：营业财产（资产），有时也指企业
- 包括：积极财产、消极财产，可作为转让和租赁的客体
- 可见，营业是在商人行为和营业财产两个意义上使用的范畴。营业活动不能脱离营业组织，而营业组织也需要营业活动来支撑，特别是企业的无形资产，只能通过长期的经营活动来逐渐积累。即企业整体而言，两者只是形式上的区别。



## 二、营业活动

- 即经营业务，**Doing Business**,因此，有人将商法译为**Business Laws**.
- 一、营业自由:自由从事商事交易行为，除法律法规另有规定之外，不受限制。
- 限制：
  - （一）营业活动本身的限制
    - 1、行业限制 2、营业许可限制 3、身份限制4、公共利益保护
  - （二）营业方式的限制
    - 反不正当竞争、反垄断
- 二、营业所



## 三、营业组织（资产）

- （一）营业组织
- 即营业财产
- 包括积极财产、消极财产
- 特征：
  - 1、集合性财产
  - 2、带来盈利
  - 3、评估方法特殊（收益法而非购置成本减折旧法）
  - 4、法律适用特殊



### 三、营业组织（资产）

- （二）营业（资产）转让
  - 与企业合并
  - 1、法律不同2、后果不同
  - 3、人员是否变动不同4、效力不同
- 营业转让的法律效力：
- 对当事人：财产移转、竞业禁止
  - 对第三人：债权人、债务人



### 三、营业组织（资产）

- （三）营业（资产）租赁、委托经营
- 营业租赁：**3-5年**
- 承租人：善良管理人的义务，竞业禁止
- 出租人：交付标的物，竞业禁止（同转让）
- 委托经营
- 四、营业担保（抵押）
- 浮动抵押：现在及未来的财产
- 固定抵押：现有资产
- 我国《担保法》未规定，《物权法》**181条**



## 本章思考题

- **1、** 如何理解客观意义上的营业或营业财产？
- **2、** 简述营业自由与营业限制
- **3、** 比较营业转让与企业合并的异同
- **4、** 阐释营业转让的法律效力



哈爾濱工業大學

## 第七章

# 商事代理





## 本章重点难点问题

- **1、商事代理特征**
- **2、代理商的种类**
- **3、商事代理法律关系**

## 一、概述

- 商事代理：代理商非受雇佣合同的约束，以自己的名义或以委托人的名义，为委托人买或卖提供服务，并从中获取佣金的经营活动。
- 我国未作严格区分

## 一、概述

- 特征：
- 1、商人性
- 2、职业性
- 3、独立性
- 4、代理形式灵活
- 5、有偿性
- 6、原则上不受“自己代理”“双方代理”的限制
- 7、连续性

## 二、代理商

- 从事间接商行为
- 1、居间商
- 2、行纪商
- 3、商事企业雇员（非商主体）

### 三、商事代理法律关系

- 一、代理商与代理人之间的内部法律关系
  - 1、代理商的义务：尽力促成、报告、忠实
  - 2、代理商的权利：佣金请求权、要求协助、留置
- 二、代理商及被代理人与第三人的法律关系
- 三、代理法律关系的终止

## 本章思考题

- **1、** 如何理解商事代理的独立性？
- **2、** 居间商、行纪商与商事企业雇员处于何种不同法律地位？
- **3、** 商事代理的代理商的主要义务和权利是什么？





哈爾濱工業大學


## 第八章

# 商事账簿



## 本章重点难点问题

- **1、会计凭证**
- **2、会计账簿**
- **3、会计报表**



## 一、商事账簿的概念与分类

- 商事账簿是指商主体为了表明财产状况和经营状况而依法制作的账簿。
- 现代会计账簿的形式有：书面形式和口头形式。



## 二、商事账簿设置原则

1. 强制原则，又称干预原则。大陆法系国家一般奉行这一原则，我国也奉行这一原则。
- 2. 放任原则，又称自由原则。英美法系国家一般奉行这一原则。
- 3. 折中原则。法律只规定商主体必须设置商事账簿，但不规定商事账簿的内容和记载方法，也不规定主管机关实行严格监督。



### 三、商事账簿的分类

1. 会计凭证
2. 会计账簿
3. 财务会计报告



## 四、商事账簿的效力

1. 对于商事交易各方，它是进行财务清点核算的重要依据；
2. 对于商事主管部门，它是进行稽查审计、计算税率、资产评估等的重要依据；
3. 在法律诉讼中，它具有重要的证据效力。





## 五、商事账簿的保管

- 我国《会计法》规定，会计凭证、会计账簿、会计报表和其他会计资料，应当按照国家有关规定建立档案，妥善保管。
- 《公司法》规定，公司不仅应妥善保管商事账簿，而且还应按照法律或公司章程的要求及时向公司股东提供商事账簿。



## 本章思考题

- **1、** 各国商事账簿的立法原则有何不同？
- **2、** 简析商事账簿的法律意义与法律效力
- **3、** 会计凭证、会计账簿与会计报表的相互关系与不同作用

# 全国迷你型MBA职业经理双证班

- 学习方式：全国招生 函授学习 权威双证 国际互认
- 认证项目：注册职业经理、人力资源总监、品质经理、生产经理、营销策划师、物流经理、项目经理、企业管理咨询师、企业总经理、营销经理、财务总监、酒店经理、企业培训师、采购经理、IE工业工程师、医院管理、行政总监、市场总监等高级资格认证。
- 颁发双证：高级注册 经理资格证+MBA研修证+人才测评证+全套学籍档案
- 收费标准：仅收取**1280元** 招生网址：[www.mhjy.net](http://www.mhjy.net)  
报名电话：**13684609885 0451—88342620**  
咨询邮箱：[xchy007@163.com](mailto:xchy007@163.com) 咨询教师：王海涛
- 学校地址：哈尔滨市道外区南马路**120**号职工大学（美华教育）



美华论坛  
[www.mhjy.net](http://www.mhjy.net)

- 颁证单位：中国经济管理大学  
• 主办单位：美华管理人才学校

全国职业经理MBA双证班

精品课程 火热招生

函授学习 权威双证 全国招生 请速充电



- 近千本**MBA**职业经理教程免费下载
- -----请速登陆: [www.mhjy.net](http://www.mhjy.net)