

第一章 商法总论

【学习要点及目标】

1. 了解并掌握商法的概念、特征与历史沿革。
2. 理解商法的基本原则,掌握商事主体的概念及其分类。
3. 理解商事能力、商事行为及其分类。
4. 了解商事代理及商事账簿,理解并掌握商事登记及其意义。

第一节 商法概述

一、商法的概念

商法是调整商事主体的组织和经营性行为的法律规范的总称,商法有形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法是指以商法命名的专门的法律,奉行民商分立的国家在民法典以外还会制定商法典,如法国、德国、日本、西班牙、奥地利、希腊、卢森堡等国家。实质意义上的商法是所有调整商事活动的法律规范,其商事规范不仅存在于商事法律中,还大量地存在于民法、行政法等其他法律法规中。当今世界,所有国家都存在实质意义上的商法。

在实质意义上的商法中,还存在着广义商法和狭义商法之分。广义商法泛指所有商事法律规范,包括调整商事关系的国内商法、国际商法,公法性质的商法与私法性质的商法;狭义商法仅指调整国内商事活动中的私法性质的商法。

【知识链接】

公法和私法

公法是配置和调整公权力的法律规范的总称。公法以研究公权力、公权力配置、公法关系和公法责任为主要内容。公法可分为广义和狭义两种。

狭义公法是指调配公权力内部或公权力之间的关系的法律规范。广义的公法是指调配公权力之间,以及调节公权力与私权利之间关系的法律规范。如果从各部门法的调整范围来看,公法就是典型的公法和非典型的公法或非典型私法中的公法部分。

公法与私法的划分,最早由古罗马法学家提出。按照乌尔比安的解释,公法是以保护国家(公共)利益为目的的法律,私法是以保护私人利益为目的的法律。

大陆法系国家普遍认为,公法调整国家或公共利益,它的一方主体应当是国家,与另一方主体一般是不平等的隶属或服从关系,公法多以强制性规范为主。

私法是涉及个人利益的法。事实上,它们有的造福于公共利益,有的则造福于私人。在固有性质上,私法是以个人与个人之间的平等和自决即私法自治为基础,规定个人与个人之间的关系。

19世纪末20世纪初,特别是20世纪30年代资本主义世界经济危机以来,国家干预的加强成为资本主义法律发展的一个非常重要的特点。这直接影响到公法和私法的划分及其理论基础。美国的现实主义法学认为,公法与私法、公共权力行使领域与私人自治领域之间没有一条明显的界限。随着西方国家对经济生活领域控制的加强和法律社会职能的凸显,一些学者指出,当代大陆法系传统的公私法分类已经出现了危机。公私法划分的危机主要表现在以下三个方面:第一,“公法的私法化”;第二,“私法的公法化”;第三,新的、“混合”性(也称社会法)的法律部门的出现。

公法和私法两种因素是现代社会法律制度的基本结构。公法的实质是正确运用权力(准确地说是公权力)问题,私法的实质是保障合法权利问题。

商法是以商事关系作为调整对象,但是并不是商事关系只由商法调整。所谓商事关系是指商事主体基于营利性目的而与他人所形成的社会关系。

商事关系具有以下特点:①商事关系是在平等的商事主体之间形成的社会经济关系;②商事关系是商事主体基于营利目的而建立的;③商事关系发生在持续的营业之中。

二、商法的特征

(一) 营利性

商事主体进行商事活动的目的就是营利,无论自然人还是法人,离开了营利性,其活动就不能构成商事行为,所以,营利性是商法的基本特征。商法是关于营利性主体进行营利性行为的基本法律。

商法中规定的规则,应当符合商事主体的营利目的。商法中的各种具体制度,如商业登记活动、商业财产制度等,以及有关买卖、代理、票据、海商、保险等具体制度都要考虑商事主体的营利性的目的。总之,商法是维护商事主体交易安全、促进交易的经济、快捷的制度。

商法的营利性也体现出它与民法的不同。两者虽然都同属于私法,有共同的理念,但是二者的具体性质不同,民法侧重于保护民事主体的一般利益,商法则侧重于企业和自然人的营利。

(二) 具有私法性,也具有明显的公法性

商事行为属于私法范畴,但是,为了保障私法规定的实现,特别是确保交易安全,商

法中设定了许多公法性规范。大陆法系国家的法律被分为公法与私法。私法强调商事主体的意思自治和商事主体之间权利义务的平等。商法是调整平等主体之间因从事商事活动而发生的各种关系的法律,强调的是当事人意思自治,追求自由、平等营利目的,排除政府干预,属于私法范畴。

但是进入 21 世纪以来,社会经济生活发生了深刻的变化,市场主体的经济地位相差悬殊,出现了许多不公平,需要国家干预经济生活、进入私人领域。各国都相继放弃了自由放任原则,并且引入了刑法、行政法等公法规范,理论界称之为“私法公法化”。因此,在商法中出现了大量的公法性的条款,即国家干预商事交易活动的法律规范,如商事登记等规定,从而使商法在传统私法规范体系上加入一定的公法规范,表现出商法的公法性特征。

(三) 技术性

商法属于典型的技术性的法,无论是组织法还是行为法都是如此。技术性的法更具有操作性,与一般的生活常识有一定的距离,更多的是操作性很强的技术规则,它对商事主体和商事行为都作出了许多具体的、详尽的、带有技术性的规定。如《票据法》中对出票、承兑、保证、付款、追偿等有具体的规定;再如《海商法》中关于船舶碰撞、海上救助、共同海损等规定,其技术性都很强。

(四) 国际性

商法是国内法,但是,越来越多的商事活动开始跨越国界,所以,商法必然要体现出国际性,这是与全球经济一体化的趋势相一致的。

三、商法的历史发展

现代大多数民商法学者认为:近代商法形成于中世纪。在此之前,欧洲古代的法律中也不乏有关商品交易的行为规则,并且其中的某些制度(如海事规则)对后世的商法具有一定的影响力。

(一) 中世纪的商事法

欧洲中世纪的商事法是近代商事法的起源。在 11 世纪以后,欧洲的农业经济进入了一个新的发展时期,经济的发展促进了贸易的发展,十字军东征的胜利使得欧洲通向东方的商路相继开通,这就为欧洲大量剩余产品涌向东方市场提供了条件。随着地中海沿岸和海上贸易逐渐发达,一些新兴城市商业贸易繁荣,形成了许多引人注目的商业城市,如威尼斯、热那亚、佛罗伦萨等。此后,这种高度集中的口岸贸易和海上贸易又相继扩展到欧洲大西洋沿岸、波罗的海沿岸和北海沿岸的一系列商业开放城市。

在商业的发展过程中,商人逐渐形成了一个特殊的社会阶层,需要从法律上对本阶层的利益给予保护。但是,与这种经济发展形成鲜明对比的是中世纪的欧洲大陆的法律

主要服务于各国的封建统治。许多贸易行为,包括正常的债权让与交易也被认为是违法行为,许多国家的法律甚至对商人还加以种种歧视。

于是,自11世纪起,在意大利的佛罗伦萨和佛兰德诸港率先出现了旨在联合保护商人自身利益的商人行会组织。他们迫切要求对其利益给予法律上的保护,以实现商业发展和商业交易的自由。此种商人自治组织迅速发展,在意大利、西班牙、英格兰、荷兰的许多城市中相继出现。商人行会组织通过行业自治和习惯规则协调商人之间的关系,处理商人之间的纠纷,并逐渐担负起制定和编纂规约或习惯规则,组织商事法庭和行使商事裁判权的职能。从11世纪至14世纪,较为系统的商人习惯法逐渐形成。

这些商人习惯法通常采取属人主义立场,主要适用于商人之间的商事活动。习惯法的内容往往涉及某些最主要的商事要素和商事活动,例如商人资格及公示规则、诚实信用原则、商业代理、票据制度、保险制度、海商法制度、借贷结算规则、善意取得与交付取得制度等在商人法中均已具雏形。其中的许多规则明显反映了商事活动的营利性、迅速性和保护交易安全的要求。

(二) 近代商法

近代商法是在中世纪商法的基础上发展起来的。1640年,英国爆发资产阶级革命,人类社会进入了近代。16世纪以后,随着资本主义商品经济关系的萌芽,资本主义战胜封建专制和封建割据,统一的民族国家纷纷建立,城市自治不复存在,这就形成了国家制定统一法律和商人习惯法向成文法转变的社会条件。

法国和德国率先开始了本国的法律统一运动。1673年,法国国王路易十四颁布了法国《商事条例》,该法典共12章,112条,其内容包括商人、票据、破产、商事裁判、管辖等。1681年,法国国王路易十四又颁布了法国《海事条例》,其内容包括海上裁判所、海员及船员、海事契约、港口警察、海上渔猎五编,类似于后来的海商法。

德国以商人习惯法为依据,开始制定成文商事法。例如1727年的《普鲁士海商法》、1751年的《普鲁士票据法》、1776年的《普鲁士保险法》等。其中,德国1794年制定的《普鲁士普通法》是一部集民商法规范于一体的综合性法典。

(三) 现代商法

第一次世界大战以后,人类社会进入现代发展阶段,商法也进入了新时期。19世纪以后,随着欧洲资产阶级革命的成功,社会关系发生了根本的变革。各国将保护资本主义商品经济关系,推动商事活动,促进统一完整的商品市场形成,作为国家的基本政策,并开始了大规模的法典制定活动。商法开始作为一个独立的法律部门出现。

在《商事条例》和《海事条例》的基础上,法国于1807年制定了统一的《法国商法典》,创大陆法国家民商分立体例之先河。该法典共分四篇,648条,包括通则、海商、破产、商事裁判等内容。该法典的影响重大,以至于此后几乎所有的欧洲大陆国家均采用了形式商法的体例,制定本国的商法典。19世纪下半叶以后,法国根据客观情况变化的需求,频

繁地对原商法典加以修订并增加单行法作为其补充。

1897年,德国制定了《德国商法典》,该法典于1900年生效。该法典共分四篇,31章,905条,包括商事、商事公司隐名合伙、商行为、海商等内容,体现了较高的立法技术。与法国商法典不同,德国商法典提出了确定商法适用范围的双重标准,即主要以行为内容为依据的“客观商行为”标准和主要以商主体资格并参照行为内容为依据的“主观商行为”标准。

现代商事法的发展趋势主要表现在:出现动态化的趋势;大陆法系和英美法系相互渗透;随着全球经济一体化,世界市场形成并发展,现代商事法不仅体现了国家间的商品的自由流通,还表现为国家间的人员、资本、劳务的自由流通。

【知识链接】

大陆法系、英美法系

法系是根据若干国家和地区基于历史传统原因在法律实践和法律意识等方面所具有的共性而进行的法律的一种分类,它是这些具有共性或共同传统的法律的总称。

大陆法系,又称民法法系(Civil-Law System)、罗马-日耳曼法系或成文法系。在西方法学著作中多称民法法系,中国法学著作中惯称大陆法系。指包括欧洲大陆大部分国家从19世纪初以罗马法为基础建立起来的、以1804年《法国民法典》和1896年《德国民法典》为代表的法律制度以及其他国家或地区仿效这种制度而建立的法律制度。它是西方国家中与英美法系并列的渊源久远和影响较大的法系。

英美法系,又称普通法法系(Common-Law System)。是指以英国普通法为基础发展起来的法律的总称。它首先产生于英国,后扩大到曾经是英国殖民地、附属国的许多国家和地区,包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉、马来西亚、新加坡、澳大利亚、新西兰以及非洲的个别国家和地区。到18世纪至19世纪时,随着英国殖民地的扩张,英国法被传入这些国家和地区,英美法系终于发展成为世界主要法系之一。英美法系中也存在两大支流,这就是英国法和美国法。它们在法律分类、宪法形式、法院权力等方面存在一定的差别。

(四) 中国商事立法

我国封建社会长期处于商品经济不发达的状态,自给自足的自然经济长期占统治地位,所以,我国古代法制和封建法制的特点是诸法合体、民刑不分、重刑轻民、以刑为主,均不存在独立或集中的商事法律制度。

清朝末年,清政府制定了《大清商律草案》(1908年),《公司律》《商人通例》《破产律》《公司注册试办章程》《商标注册暂行办法》等商事单行法也相继出台。民国政府成立后,在《大清商律草案》的基础上,于1914年制定并颁行了《中华民国商律》,此后又颁行了《公司条例》与《商人通例》。1929年以后,《票据法》《公司法》《海商法》《保险法》和《商业登记法》等又相继制定,形成旧中国民商法典合一与单行商法补充的立法格局。

新中国成立后,我国未制定统一的商事基本法,实质意义上的商法也长期处于非系统化的状况。随着我国商品经济,特别是市场化商品经济的发展,商法的研究与发展成为一个重要而迫切的任务。

四、商法的基本原则

商法的基本原则是指反映一国商事法律的基本宗旨,对于各类商事关系具有普遍性适用意义或者司法指导意义,对于统一的商法规则体系具有统领作用的根本规则。

(一) 维护企业自由的原则

企业自由是创造财富和提升企业价值的必要前提和基础。具体体现在:企业创业自由,商人有充分的选择权,例如,各国对于商事登记均采取准则主义的原则。企业在经营中实行自治,我国的《公司法》允许公司章程另行或者自行规定经营项目,公司章程中不必一一描述其经营项目。公司可以从事一切不受国家法律禁止或者限制的商事活动。在不违反国家法律的强制性规定,也不违反公共秩序善良风俗的情况下,当事人可以自主决定是否订立合同、与谁订立合同、订立什么内容的合同,以及选择订立合同的形式。

(二) 强化商事主体的规定

对商事主体的强化主要体现在各国商法通常以大量的强行法规则对于商主体的设立和内容加以严格的控制,具体包括对于商事主体类型法定、商事主体内容法定和商事主体公示等方面的要求。因为,对于商主体的法律控制往往关系到一定社会中各种商事法律关系的稳定和统一,关系到第三人利益和社会交易安全。

(三) 维护交易公平与交易安全

在商法中,交易公平主要表现为交易平等、等价有偿和诚实信用等原则要求。各国的商法设立了旨在保障商事公平交易的特别法制度,对于实践中的不公正交易行为进行规制,包括平等交易、公平交易、诚实信用原则等内容。

交易安全也是商法所追求的。商法对交易安全的维护主要体现在对商事行为的方式采取强制主义、公示主义、外观主义和严格责任等方面。

强制主义又称“干涉主义”“要式主义”,它是指国家通过商法公法化手段对于商事关系施以强行法规则。这一原则主要表现为以下三方面。

第一,现代各国商法多通过公法性规范直接调控商事管理关系。例如各国法中有关商业税收、商业登记、商业账簿、不正当竞争、商业垄断之限制等一系列规则和制度。

第二,现代各国的商法日益偏重于使用强行法规则对商事活动加以控制。例如各国法律对于公司设立条件的强制性规定;对于票据、提单、保函、证券的文义性要求和要式性规定。

第三,现代商法在传统的私法责任制度之外,逐步发展并建立起了多种法律责任并

存的法律调整机制,例如票据法规定,当出票人出具空头支票时,依法不仅应导致票据法上的赔偿责任,而且将导致行政责任甚至刑事责任。

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告知义务的法律责任,其目的在于保护社会交易人或不特定第三人。

外观主义是指交易行为的效果以交易当事人的外观为准。例如,票据法规定,一切票据行为的意思表示都是通过证券上的记载反映出来的。票据上所载的出票地和出票日,即使与真实的发票地和发票日不符,也不影响票据行为的效力。

严格责任主义,即从事商事交易行为的人应承担的责任更为严格。如公司法规定,公司负责人在执行业务时违反法令造成他人损害的,与公司一同对受害人负连带责任。

(四) 保障交易迅捷原则

商业以营利为目的,所以商事活动注重快捷。按照商法学者的普遍认识,商法中的保障交易迅捷原则主要体现为交易简便性原则、短期时效主义和定型化交易规则三个方面。

交易简便性体现为现代各国商法实践中广泛采用的票据、提单、保险单、流通证券等法律行为文件标准化。按照世界各国商事法的规定,相当一部分商事法律行为采取要式行为和文义行为的方式,将法律行为中的大部分内容通过强行法或推定法预先加以确定,促使法律行为文件的证券化和标准化,可以简便交易手续、保障交易迅捷。

短期时效主义表现在商法对于各类商事请求权普遍采取不同于民法上时效期间的短期时效,例如各国商法对于票据请求权大多适用6个月、4个月甚至60日的短期消灭时效。

定型化交易规则主义包括交易形态的定型化与交易客体的定型化两方面内容。交易形态定型化,是指商法通过强行法规则预先规定若干类型的典型交易方式,使商事交易的方式定型化。所谓交易客体的定型化则是指交易对象的商品化与证券化。通过权利证券化规则,可以极大简化权利转让程序,形成证券的流通。例如公司法上的股票及公司债券、票据法上的各种票据、保险法上的保险单、海商法上的载货证券等都是权利证券化的典型表现。

第二节 商事主体

一、商事主体的概念

商事主体,也称商人,是指具有商法上的资格或能力,以自己的名义从事营业性商行为,独立享有商法上的权利并承担商法上的义务的组织和个人。

商事主体的主要特点是:①必须是商事法上规定的人;②具有从事商事活动所必须的权利能力和行为能力;③必须是参加商事活动,享有权利、承担义务的人。

二、商事主体的分类

(一) 商个人、商法人与商合伙

这是按照商主体的组织机构特征进行的分类。

商个人又称“商自然人”“个体商人”。它是指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,依法承担商法上的权利和义务的个人或自然人。

商法人在我国法中称为“企业法人”。它是指基于营利性目的而设立的,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。

商合伙是指数个合伙人为了实现营利性目的而共同出资、共同经营、共享利润、共担责任所形成的集合体。

(二) 法定商人、注册商人与任意商人

按照商主体是否以登记为要件,可以分为法定商人、注册商人与任意商人。

法定商人,是指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的商主体。设定法定商人通常须依特定的管理性规定履行特殊的商业登记程序,依照我国的现行法,设立此类商主体须在工商登记程序之前履行行政审批(特许)手续。这些规定体现了具体国家在不同时期的立法政策要求。

注册商人,是指不以法律规定的绝对商行为为营业内容,而经一般商业登记程序设立,并以核准的营业范围为其商行为内容的商主体。

任意商人,是某些大陆法国家特有的概念。它是指不以绝对商行为和营业商行为为其行为内容,并且依法不须进行商业登记而存在的商主体。

(三) 大商人与小商人

这是某些大陆法国家商法实践依据商主体的营业内容和基本营业规模进行的分类。

所谓大商人又称“完全商人”,它是指以法律规定的商行为为其营业范围,符合法定商业登记的营业条件而设立的商主体。

小商人又称“不完全商人”,它是指从事商法规定的某些商行为的当事人,依商业登记法特别规定而设立的商主体。

三、商事主体的基本法律形态

独资企业、合伙企业、公司是商事主体的基本法律形态。^{〔1〕}

〔1〕 我国商主体立法先后沿用了三种逻辑路径,即所有制、外商投资和企业财产责任形式,各自所产生的立法在现行商主体法律法规中同时存在,并且沿用每种逻辑路径所产生的立法均有多个层次。最先起步的是外商投资企业立法。参见朱羿锟:《商法学》,47页,北京,北京大学出版社,2012。

（一）独资企业

独资企业是个人出资经营、归个人所有和控制、由个人承担经营风险和享有全部经营收益的企业。

【知识链接】

我国《个人独资企业法》关于设立个人独资企业的条件

《个人独资企业法》第8条规定,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;②有合法的企业名称;③有投资人申报的出资;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。

（二）合伙企业

合伙企业,是指自然人、法人和其他组织依法设立的普通合伙企业和有限合伙企业。它是由两个或两个以上的主体通过订立合伙协议,共同出资经营、共负盈亏、共担风险的企业组织形式。

【知识链接】

我国《合伙企业法》规定的合伙企业成立的条件

设立合伙企业,应当具备下列条件:①有二个以上合伙人。合伙人为自然人的,应当具有完全民事行为能力;②有书面合伙协议;③有合伙人认缴或者实际缴付的出资;④有合伙企业的名称和生产经营场所;⑤法律、行政法规规定的其他条件。

（三）公司

公司是指一个以上的股东依法设立的营利性法人。关于公司的深入介绍详见本书的第三章“公司法”。

四、商事主体的商事能力

（一）商事能力的概念

商事能力是商主体在商法上的商事行为能力与商事权利能力的统称。它是指商主体依据商业登记所核定的经营范围,独立地从事特定的商行为,享有商法上的权利并承担相应义务的资格和能力。

（二）商事能力取得的法律限制

1. 对于未成年人商事能力的限制

各国商法对于未成年人(包括无行为能力人和限制行为能力人)的商事能力之限制主要是对其商事行为能力的限制。

 【知识链接】

我国法律对民事行为能力的规定

(1)完全民事行为能力人

完全民事行为能力人可以独立进行民事活动,不受他人的意志约束。包括:①18周岁以上的成年人;②已满16周岁,不满18周岁的人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

(2)限制民事行为能力人

限制民事行为能力人可以进行与他的年龄、智力以及精神健康状况相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意、追认。否则其进行的民事活动无效。包括:①8周岁以上不满18周岁的未成年人;②不能完全辨认自己行为的成年人。8周岁以上的未成年人可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。不能完全辨认自己行为的成年人可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。

(3)无民事行为能力人

无民事行为能力人不能独立进行民事活动,必须由他的法定代理人代理民事活动。否则其进行的民事活动无效。包括:①不满8周岁的未成年人;②不能辨认自己行为的成年人。

2. 对于外国人的商事能力的限制

多数国家的商事法律对于外国人的商事能力之取得规定有特别限制,这种限制在某些特殊行为范围内体现得尤为明显。可以说,几乎没有任何国家对于外国人的商事能力之取得采取与本国公民完全等价的无差别待遇。

许多国家对于外国人的商事能力的取得采取明确的差别待遇政策,如对于外国人的商事能力之取得附加以越来越多的限制,规定外国法人必须在经国家主管机关授权后,方可在本国独立从事商业事务等。

第三节 商 事 行 为

一、商事行为的概念

商事行为是商主体以营利性为目的,旨在设立、变更或消灭商事法律关系的经营性行为。

二、商事行为的法律特征

商事行为是商主体所为的行为。它与一般民事行为不同,主要有以下几方面。

（一）商事行为是以营利为目的的行为

营利性是商法的基本特性,同时也是商事行为的基本特性之一。商事行为的营利性主要应从行为的目标来考察,而不在于行为的结果,行为结果是否盈利不能成为判断商事行为成立与否的依据。对于商人,可根据其主体特征,在不能举出反证时,推定其行为为商事行为。

（二）商事行为是经营性行为

经营性是指行为人的营利行为具有反复性、不间断性和计划性的特点,表明主体至少在一段时期内连续不断地从事某种性质相同的营利活动,具有职业性。偶然性的营利行为不能成为经营性活动。

（三）商事行为是商主体所为的行为

商事行为是商主体这一特定主体所从事的行为。因此,商事主体从事商事行为,就必须具有特定的商事行为能力,主体的行为能力对于行为的有效性起着决定性作用。这一特征在不同国家商法中的具体表现不同。

三、商事行为的分类

（一）基本商行为与附属商行为

这是以商事行为在同一营业活动内所起的作用和所处的地位的不同进行的划分。

基本商行为是指直接从事营利性经营活动的商事行为。基本商行为包括绝对商行为和相对商行为。由于绝对商行为和相对商行为在整个商事交易行为中属于基本形式,且符合商事交易行为的基本要求,故称其为基本商行为。

附属商行为,又称“辅助商行为”,是相对于基本商行为而言的,指在同一商事营业活动内虽不具有直接营利性的内容,但却能起到协助基本商行为实现营利目的的辅助行为。例如,仓储行为、运送行为、广告行为、代理行为等。

（二）绝对商行为与相对商行为

这是以商行为的客观性质和是否附加条件为标准进行的划分。

绝对商行为是指依照行为的客观性和法律的规定,当然属于商行为的行为,而不必考虑实施该行为的主体是否是商人。它具有客观性和无条件性,不以行为主体是商人和行为采用营业方式为条件,凡是商法明文规定的,一律认定为商事行为。

相对商行为是指依行为人的主观性和行为自身的性质而认定的商事行为。它以行为主体是否为商人以及行为是否具有营利特性为认定要件,只有在行为主体是商人或行为具有营利性时,才能认定该行为是商事行为。当行为主体或行为目的不符合法定条件时,其行为仅构成一般民事行为,适用民法的一般规定。

(三) 单方商行为与双方商行为

这是以行为当事人是否均为商主体为标准进行的划分。

单方商事行为是指行为人一方为商主体而另一方为非商主体所从事的交易行为。如商店与消费者之间的商品买卖行为、银行与顾客之间的存贷款行为。对于单方商行为的法律适用问题,各国商法的规定不尽相同。大陆法系一些国家认为,单方商行为本质上仍属于商事行为,应当受到商法的统一调整。英美法系国家则认为,单方商行为是商事行为与一般民事法律行为的结合,商法中有关商事行为的规定只适用于商主体一方,其相对人则适用民法中的规定。

双方商行为是指行为人双方均为商主体所从事的营利性营业行为,如批发商与零售商之间的商品销售行为。双方商主体是商自然人还是商法人并不影响该商事行为的成立。双方商行为直接适用商法,各国法律和实践中对于双方商行为的法律适用基本上不存在争议。

(四) 固有商行为与准商行为

这是以法律对商事行为的不同确认方式为标准进行的划分。

固有商行为,也称作“传统商行为”“完全商行为”,是指依据法律规定或法律列举可以直接认定的商事行为,它包括绝对商行为和固有商人的营业商行为。依据商法的基本规定,许多商法行为在固有商行为的明确范围之内。

准商行为又称“推定商行为”,是指拟制商主体所实施的经营性商事行为。这种商事行为往往不能直接根据法律的规定来加以确认,而必须通过事实推定或法律推定来确认其行为性质,是准用商事法律行为原则的行为,如非商事主体所从事的信息咨询服务、为商主体提供间接代理等。

四、一般商事行为

一般商事行为与特殊商事行为是大陆法系国家商法学理论研究中使用的一对概念,它并不是严格意义上的商事行为的分类,而是从商法对商事行为特别调整的共性和个性的角度提出来的问题。一般商事行为是指在商事交易中广泛存在的,并受商法规则所调整的行为。

(一) 商事代理行为

商事代理以民事代理关系为其法律关系的构成基础,但两者在主体、客体和内容上都存在一定的差异。商事代理行为是最基本的商事行为之一,不同国家对其又有不同规定。我国在立法上没有区分民事代理和商事代理,在实践中,有关商事代理问题适用我国《民法典》的相关规定。

（二）商事债权行为

商事债权行为的构成要件以民事法律行为的构成要件为基础,同时适用商法的特殊规定,这些特殊的规定在法律效力上优先于民法的规定。商事债权的特殊性主要表现在商事合同缔结过程中要约和承诺的特殊性上,具体涉及对意思表示之缄默和缄默之错误的特殊性规定等内容。

一般来说,缄默作为一种消极的行为或不作为的行为,不具有意思表示的效果。但在例外情况下,如双方已有约定或法律有明确规定,则缄默可当作对要约的承诺。如我国《民法典》第140条的规定,“行为人可以明示或者默示作出意思表示。沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时,才可以视为意思表示”。

（三）商法上的物权行为

对于一些特殊商事行为,商法中又有特殊的补充性规定,它们在一定程度上构成了商事物权与民事物权在法律上的差异。如商事流质预约的认可、商事留置权。

五、特殊商行为

（一）商事运输

商事运输是以特定的标的物为运输对象的特殊运输行为,指承运人将旅客或货物从起运地点运输到约定地点,旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的一种特殊商事行为。货运是典型的商事行为,是商法调整的对象。旅客运输由于涉及人身问题,所以在许多国家更多地涉及民法、旅客运输法、交通法等法律法规的调整。

我国《民法典》将货运合同和客运合同统一规定在第三编第十九章“运输合同”之中,其中,第二节规定了“客运合同”,第三节规定了“货运合同”,第四节规定了“多式联运合同”。第一节是有关运输合同的“一般规定”。

（二）商事仓储

商事仓储是货物储存和保管之商事行为,即保管人储存存货人交付的仓储物,存货人支付仓储费的一种商事行为。大陆法系国家商法典中,仓储是一种典型的商事行为。我国《民法典》将保管和仓储分别立法,第三编第二十一章和第二十二章分别规定了“保管合同”和“仓储合同”,以强调二者之间的区别。仓储合同自成立时起生效,仓储合同没有规定的,通常适用保管合同的有关规定。

（三）商事居间

商事居间是指商主体为获取一定的报酬而从事的为委托人与第三人订立合同提供缔约机会或进行介绍,以促成合同订立的行为。商事居间以民事居间关系为其构成和存

在的基础,但两者在主体、客体和内容方面都存在着差异。

(四) 商事行纪

商事行纪是指商主体以自己的名义为委托人购买或销售货物、有价证券等,从中获取相应的报酬,并以此作为职业性经营的行为。商事行纪是典型的商事行为。行纪行为是大陆法系国家商法中的一种典型商行为。

(五) 商事期货交易

商事期货交易是指按照期货交易所的规定,期货买卖的双方当事人在交易所内预先签订有关产品的买卖合同,而货款的支付和货物的交割要在约定的远期进行的一种特殊商事行为,是商事买卖的一种特殊形态。

商事期货交易具有如下几个特征:(1)期货交易必须在交易所内进行;(2)期货交易必须遵守交易所的交易规则;(3)在通常情况下,期货交易的买卖标的是标准化合约,而不是商品;(4)期货交易具有高风险、高收益的特点。

(六) 商事信托

信托是指委托人将其财产转移给受托人,受托人以自己的名义依照委托人的指定,为受益人的利益或特定目的,管理或者处理财产的行为。受托人从中可以获取一定的商业利益。信托可分为民事信托和商事信托。商事信托是以获取商业利益为目的的商事法律行为。

商事信托无论在种类方面,还是在规模方面,都远远超过民事信托。商事信托种类繁多,常见的商事信托主要有投资基金信托、附担保的公司债信托、贷款信托、设备买卖融资担保信托、公司股东表决权信托、雇员受益信托等。

第四节 商事登记

一、商事登记的概念与法律特征

(一) 商事登记的概念

商业登记是指商业发起人为设立、变更或终止商事主体资格,依照法律规定的内容和程序向主管机关申请登记并被主管机关核准注册登记的法律行为。

依据商主体法定的原则,商事主体采取何种形式,即无论独资企业、合伙企业还是公司,其主体资格的获得必须登记,并以此取得权利能力和行为能力,商主体的变更和终止也必须进行商事登记。

（二）商事登记的法律特征

1. 商事登记是发起人为设立、变更或终止商事主体资格而进行的法律行为

商事登记的基本目的是设立、变更或终止商事主体资格。多数国家的法律都规定,特定商事主体的资格以及商事能力的取得是具体商事登记行为发生的法律效果,特定商主体的权利能力和行为能力的起始、变更或终止取决于具体商事登记行为的生效时间。

2. 商事登记是一种要式法律行为

法律规定商事登记应当具有一定的形式和程序,登记注册的事项和内容也由法律特别规定,属于强行法的内容。符合法定条件的当事人只有按照法律规定向法定登记机关提出申请,登记机关按照法定程序进行核准登记后,有关登记事项才能够产生法律规定的效果。

3. 商事登记是公法上的行为

商事登记本质上是一种公法行为,是国家为了提高交易效率和维护交易安全而对商事行为的干预,是行政管理机关应当事人的申请而作的行为。^{〔1〕}

（三）商事登记的法律意义

(1) 商事登记是商法保障交易安全和商业秩序的基础。

(2) 商事登记是商法维护第三人合法利益和社会公共利益的基础。

(3) 商事登记是保护商事主体营业活动的有效手段。

二、商事登记的种类

自2022年3月1日起施行的《市场主体登记管理条例》及《市场主体登记管理条例实施细则》规定,市场主体登记管理应当遵循依法合规、规范统一、公开透明、便捷高效的原则。市场主体登记主要有设立登记、变更登记、注销登记三种。

为了规范市场主体登记管理行为,推进法治化市场建设,维护良好市场秩序和市场主体的合法权益,优化营商环境,国务院制定了《市场主体登记管理条例》(以下简称《条例》),对在我国境内以营利为目的、从事经营活动的市场主体登记管理作出统一规定,这是我国制定出台的第一部统一规范各类市场主体登记管理的行政法规。

《条例》规定,市场主体是指在我国境内以营利为目的、从事经营活动的下列自然人、法人及非法人组织,包括:①公司、非公司企业法人及其分支机构;②个人独资企业、合伙企业及其分支机构;③农民专业合作社(联合社)及其分支机构;④个体工商户;⑤外国公司分支机构;⑥法律、行政法规规定的其他市场主体。

〔1〕 商事登记是公法行为,但是会产生私法上的效果。申请人一旦得到行政机关的核准登记,就取得了依法进行商事活动的资格,可以进行商业活动。

市场主体应当依照《条例》办理登记。未经登记,不得以市场主体名义从事经营活动。法律、行政法规规定无需办理登记的除外。

(一) 市场主体登记管理部门

国务院市场监督管理部门负责全国市场主体登记管理工作,加强信息化建设,制定统一的市场主体登记数据和系统建设规范。

县级以上地方人民政府市场监督管理部门负责本辖区市场主体登记管理工作,加强统筹指导和监督管理。县级以上地方人民政府承担市场主体登记工作的部门(以下简称登记机关)应当优化市场主体登记办理流程,提高市场主体登记效率,推行当场办结、一次办结、限时办结等制度,实现集中办理、就近办理、网上办理、异地可办,提升市场主体登记便利化程度。

(二) 设立登记

市场主体实行实名登记。申请人应当配合登记机关核验身份信息。市场主体申请办理设立登记,应当提交下列材料:①申请书;②申请人资格文件、自然人身份证明;③住所或者主要经营场所相关文件;④公司、非公司企业法人、农民专业合作社(联合社)章程或者合伙企业合伙协议;⑤法律、行政法规和国务院市场监督管理部门规定提交的其他材料。申请人应当对提交材料的真实性、合法性和有效性负责。

市场主体应当按照登记机关公布的经营项目分类标准办理经营范围登记。

【知识链接】

市场主体的一般登记事项

市场主体的一般登记事项包括:①名称;②主体类型;③经营范围;④住所或者主要经营场所;⑤注册资本或者出资额;⑥法定代表人、执行事务合伙人或者负责人姓名。除以上规定外,还应当根据市场主体类型登记下列事项:①有限责任公司股东、股份有限公司发起人、非公司企业法人出资人的姓名或者名称;②个人独资企业的投资人姓名及居所;③合伙企业的合伙人名称或者姓名、住所、承担责任方式;④个体工商户的经营者姓名、住所、经营场所;⑤法律、行政法规规定的其他事项。

申请办理公司设立登记,还应当提交法定代表人、董事、监事和高级管理人员的任职文件和自然人身份证明。募集设立股份有限公司的,除以上规定的材料外,还应当提交依法设立的验资机构出具的验资证明;公开发行政股票的,还应当提交国务院证券监督管理机构的核准或者注册文件。涉及发起人首次出资属于非货币财产的,还应当提交已办理财产权转移手续的证明文件。申请设立非公司企业法人,还应当提交法定代表人的任职文件和自然人身份证明。

【知识链接】

《民法典》及《条例》关于法定代表人的规定

《民法典》第 61 条规定,依照法律或者法人章程的规定,代表法人从事民事活动的负责人,为法人的法定代表人。

《条例》规定,有下列情形之一的,不得担任公司、非公司企业法人的法定代表人:

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、非公司企业法人的法定代表人、董事或者厂长、经理,对破产负有个人责任的,自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、非公司企业法人的法定代表人,并负有个人责任的,自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;⑥法律、行政法规规定的其他情形。

申请设立合伙企业的,还应当提交下列材料:①法律、行政法规规定设立特殊的普通合伙企业需要提交合伙人的职业资格文件的,提交相应材料;②全体合伙人决定委托执行事务合伙人的,应当提交全体合伙人的委托书和执行事务合伙人的主体资格文件或者自然人身份证明。执行事务合伙人是法人或者其他组织的,还应当提交其委派代表的委托书和自然人身份证明。

申请人申请登记的市场主体注册资本(出资额)应当符合章程或者协议约定。市场主体注册资本(出资额)以人民币表示。外商投资企业的注册资本(出资额)可以用可自由兑换的货币表示。依法以境内公司股权或者债权出资的,应当权属清楚、权能完整,依法可以评估、转让,符合公司章程规定。出资方式应当符合法律、行政法规的规定。公司股东、非公司企业法人出资人、农民专业合作社(联合社)成员不得以劳务、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。

【案例 1-1】

甲公司、乙公司、丙、丁欲成立一家有限责任公司。它们在制定公司章程时约定各自以以下方式出资:甲公司以其企业商誉评估作价 90 万元出资,乙公司以其获得的某知名品牌特许经营权评估作价 80 万元出资,丙以其设定了抵押担保的房屋评估作价 120 万元出资,丁以货币出资 10 万元人民币。它们的出资方式符合法律规定吗?

【评析】

《公司法》第 27 条规定,股东可以用货币出资,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。对作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产,不得高估

或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的,从其规定。《公司登记管理条例》第14条规定,股东的出资方式应当符合《公司法》第27条的规定,但是,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。因此,甲公司、乙公司、丙的出资均不符合法律规定。丁的出资符合法律规定。

申请办理分支机构设立登记,还应当提交负责人的任职文件和自然人身份证明。

市场主体只能登记一个名称,经登记的市场主体名称受法律保护。市场主体名称由申请人依法自主申报。

市场主体只能登记一个住所或者主要经营场所。电子商务平台内的自然人经营者可以根据国家有关规定,将电子商务平台提供的网络经营场所作为经营场所。

市场主体的经营范围包括一般经营项目和许可经营项目。经营范围中属于在登记前依法须经批准的许可经营项目,市场主体应当在申请登记时提交有关批准文件。

登记机关应当对申请材料进行形式审查。对申请材料齐全、符合法定形式的予以确认并当场登记。不能当场登记的,应当在3个工作日内予以登记;情形复杂的,经登记机关负责人批准,可以再延长3个工作日。申请材料不齐全或者不符合法定形式的,登记机关应当一次性告知申请人需要补正的材料。

登记申请不符合法律、行政法规规定,或者可能危害国家安全、社会公共利益的,登记机关不予登记并说明理由。

申请人申请市场主体设立登记,登记机关依法予以登记的,签发营业执照。营业执照签发日期为市场主体的成立日期。法律、行政法规或者国务院决定规定设立市场主体须经批准的,应当在批准文件有效期内向登记机关申请登记。

营业执照分为正本和副本,具有同等法律效力。电子营业执照与纸质营业执照具有同等法律效力。

(三)变更登记

市场主体变更登记事项,应当自作出变更决议、决定或者法定变更事项发生之日起30日内向登记机关申请变更登记。市场主体变更登记事项属于依法须经批准的,申请人应当在批准文件有效期内向登记机关申请变更登记。市场主体申请办理变更登记,应当提交申请书,并根据市场主体类型及具体变更事项分别提交规定的材料。

公司、非公司企业法人的法定代表人在任职期间发生《条例》第12条所列情形之一的,应当向登记机关申请变更登记。

市场主体变更经营范围,属于依法须经批准的项目的,应当自批准之日起30日内申请变更登记。许可证或者批准文件被吊销、撤销或者有效期届满的,应当自许可证或者批准文件被吊销、撤销或者有效期届满之日起30日内向登记机关申请变更登记或者办理注销登记。

市场主体变更住所或者主要经营场所跨登记机关辖区的,应当在迁入新的住所或者

主要经营场所前,向迁入地登记机关申请变更登记。

市场主体变更名称,可以自主申报名称并在保留期届满前申请变更登记,也可以直接申请变更登记。

市场主体变更注册资本或者出资额的,应当办理变更登记。

公司变更类型,应当按照拟变更公司类型的设立条件,在规定的期限内申请变更登记,并提交有关材料。非公司企业法人申请改制为公司,应当按照拟变更的公司类型设立条件,在规定期限内申请变更登记,并提交有关材料。

市场主体变更登记涉及营业执照记载事项的,登记机关应当及时为市场主体换发营业执照。

(四)注销登记

市场主体因解散、被宣告破产或者其他法定事由需要终止的,应当依法向登记机关申请注销登记。经登记机关注销登记,市场主体终止,不得从事与注销事项无关的生产经营活动。市场主体注销依法须经批准的,应当经批准后向登记机关申请注销登记。市场主体自登记机关予以注销登记之日起终止。

市场主体注销登记前依法应当清算的,清算组应当自成立之日起10日内将清算组成员、清算组负责人名单通过国家企业信用信息公示系统公告。清算组可以通过国家企业信用信息公示系统发布债权人公告。清算组应当自清算结束之日起30日内向登记机关申请注销登记。市场主体申请注销登记前,应当依法办理分支机构注销登记。

人民法院裁定强制清算或者裁定宣告破产的,有关清算组、破产管理人可以持人民法院终结强制清算程序的裁定或者终结破产程序的裁定,直接向登记机关申请办理注销登记。

【知识链接】

申请办理注销登记应当提交的材料

申请办理注销登记,应当提交下列材料:①申请书;②依法作出解散、注销的决议或者决定,或者被行政机关吊销营业执照、责令关闭、撤销的文件;③清算报告、负责清理债权债务的文件或者清理债务完结的证明;④税务部门出具的清税证明。除以上规定外,人民法院指定清算人、破产管理人进行清算的,应当提交人民法院指定证明;合伙企业分支机构申请注销登记,还应当提交全体合伙人签署的注销分支机构决定书。

申请办理简易注销登记,应当提交申请书和全体投资人承诺书。

市场主体未发生债权债务或者已将债权债务清偿完结,未发生或者已结清清偿费用、职工工资、社会保险费用、法定补偿金、应缴纳税款(滞纳金、罚款),并由全体投资人书面承诺对上述情况的真实性承担法律责任的,可以按照简易程序办理注销登记。市场主体注销依法须经批准的,或者市场主体被吊销营业执照、责令关闭、撤销,或者被列入

经营异常名录的,不适用简易注销程序。

市场主体应当将承诺书及注销登记申请通过国家企业信用信息公示系统公示,公示期为20日。在公示期内无相关部门、债权人及其他利害关系人提出异议的,市场主体可以于公示期届满之日起20日内向登记机关申请注销登记。

登记机关依法作出变更登记、注销登记和撤销登记决定的,市场主体应当缴回营业执照。拒不缴回或者无法缴回营业执照的,由登记机关通过国家企业信用信息公示系统公告营业执照作废。

三、商事登记的法律效力

(一) 商事登记的对内效力

商事登记的对内效力是指商事登记对申请登记的商主体本身所产生的效力。对于登记的商事主体来说,申请登记的事项一经核准登记,就产生相应的法律效力。

设立申请由登记主管机关依法核准登记并发给营业执照的,商事主体的设立才得到法律的确认,商事主体的设立程序正式完成。自营业执照签发之日起,商业主体依法享有民事权利能力和民事行为能力,并依法享有权利和承担义务,以自己的名义开立银行账户、签订合同、注册商标等,在发生商事纠纷时,可以以自己的名义起诉、应诉。

申请变更登记的,登记机关将核准登记的决定告知申请人,并换发营业执照,自营业执照换发之日起,商业主体的资格即发生变更。商事主体不得擅自变更登记事项,否则应当承担相应的法律责任。

申请注销登记的,登记机关将核准登记的决定告知申请人,并收缴营业执照,自营业执照收缴之日起,商业主体的资格消灭。

(二) 商事登记的对外效力

商事登记的对外效力表现在商事主体依法成立,可以以自己的名义对外进行活动,由此产生的权利义务和责任由该商事主体享有或承担,如公司具有法人资格,其行为产生的权利义务由法人承担,而不是由组成法人的具体个人承担。商事主体应当登记而未登记的事项,对于第三人不发生法律效力。

第五节 商事代理

一、商事代理的概念与特征

(一) 商事代理的概念

商事代理指的是代理商依据被代理人的委托,以自己的名义或以委托人的名义为委

托人卖或买或提供服务,并从中获取报酬的经营活动。

(二) 商事代理的特征

1. 商人性

商事代理人必须先取得商人资格才能从事商事代理。

2. 营利性

商事代理是代理人的营利性行为,代理人是在为自己营利的前提下,向被代理人提供服务。商事代理的这个特点使商事代理的利益主体形成多元化,并从根本上区别于民事代理,民事代理不以营利为特征。

3. 独立性

商事代理人在代理关系中的法律地位是独立的。商事代理也不以显名为必要,代理人根据委托协议和行业规则,既可以显示被代理人姓名,也可以不显示被代理人姓名,还可以完全以自己的名义从事代理。但是,当对方当事人不知道代理人的行为是为本人所进行时,也可以请求其代理人履行义务,例如我国《民法典》第 926 条的规定。而民事代理则以显示被代理人姓名作为其必要条件。

【知识链接】

我国《民法典》第 926 条的规定

受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利,但是,第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务,受托人应当向第三人披露委托人,第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利,但第三人不得变更选定的相对人。

委托人行使受托人对第三人的权利的,第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的,委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

4. 代理形式具有灵活性

商事代理人从事代理业务,既可以以被代理人的名义进行代理,也可以以自己的名义进行代理。商事代理并不以直接代理为限,同时也承认间接代理。而且,商事行为的代理中,代理人的权限范围要比民事代理的权限范围广。许多国家的商法都承认商事行为的代理人在不违背被代理人授权本意的范围内,可以实施未被直接授权的行为。

5. 商事代理不以本人的死亡而使代理权终止

商事行为的代理不因本人的死亡而消灭,这样一方面可以避免由于停止营业而造成

的经济损失,另一方面也符合商法保护交易安全的要求。

二、商事代理种类

(一) 直接代理与间接代理

根据代理名义的不同,商事代理可以分为直接代理与间接代理。

1. 直接代理

直接代理是指商事代理人在代理权限内,以被代理人的名义同相对人进行商事交易活动,其法律后果直接由被代理人承担的商事代理。在直接代理的情况下,由于商事代理人实施的代理行为是以被代理人的名义进行的,因此其法律后果直接归于被代理人,第三人直接与被代理人发生权利义务关系。

2. 间接代理

间接代理是指商事代理人在代理权限内,以自己的名义同相对人进行商事交易活动,其法律后果间接由被代理人承担的商事代理。第三人并不能直接同被代理人发生权利义务关系,只能在代理人将该代理行为所形成的法律后果移交给被代理人后,第三人与被代理人才能发生权利义务关系。

(二) 一般代理与全权代理

依据代理权限的大小,商事代理可以分为一般代理与全权代理。

1. 一般代理

一般代理是代理权限受到一定限制的商事代理。一般情况下,一般代理有地区及业务范围的限制,代理人必须在被代理人明确授权范围内实施代理行为。

2. 全权代理

全权代理是指代理人的代理权限不受特别限制,可以实施法律允许的一切行为的商事代理。全权代理必须由被代理人在授权委托书中明确说明,如没有特别说明的,则为一般代理。

(三) 总代理与分代理

依据代理业务的范围,商事代理可以分为总代理与分代理。

1. 总代理

总代理亦称“全部代理”,是指商事代理人在确定的区域内,可以代理被代理人从事全部业务活动的商事代理。

2. 分代理

分代理亦称“部分代理”,是指代理人在确定的区域内,只能代理被代理人从事某些业务活动的商事代理。

(四) 独家代理与多家代理

依据代理权是否具有排他性,商事代理可以分为独家代理与多家代理。

1. 独家代理

独家代理是指具有排他性的商事代理。在独家代理的情况下,被代理人在约定的地区只能将代理权委托给一个代理人,该代理人独自享有代理权,其代理权具有排他性,被代理人不得另行委托其他代理人为其办理商事代理业务。

2. 多家代理

多家代理是指不具有排他性的商事代理。在多家代理的情况下,被代理人可以将代理权委托给两个或两个以上的代理人,各代理人的代理权限都不具有排他性,各个代理人只能在各自的授权范围内实施代理行为,相互间并不发生任何法律关系。

第六节 商业账簿

一、商业账簿的概念与特征

(一) 商业账簿的概念

商业账簿是商事主体为表明其营业状况及财产状况而依法制作的簿册,包括书面形式和电子形式。形式意义上的商业账簿又称为法定账簿,指商事主体依法必须具备的账簿。实质意义上的商业账簿是指商事主体所制作的一切账簿,包括法定账簿和商事主体依据自己的需要而自行备置的账簿。

形式意义上的商业账簿分为广义的商业账簿和狭义的商业账簿。广义的商业账簿是指依据商法、会计法和其他法律法规所制作的账簿,狭义的商业账簿仅指根据会计法规而备置的账簿。

(二) 商业账簿的特征

1. 商业账簿是商事主体所制作

商业账簿与商主体的经营活动存在必然的联系,制作商业账簿是商主体的法定义务。而且,商事主体备置的账簿才是商业账簿,国家机关和事业单位等依法备置的会计账簿就不能成为商业账簿。

2. 商事主体必须依法制作商业账簿

商主体制作商业账簿,必须依据法律的规定进行。各国商法都要求商事主体设置商业账簿,如《法国商法典》《德国商法典》《日本商法典》,英国的《公司法》等均有相应的规定。各国对商业账簿内容进行规范化和标准化,主要通过颁布会计准则的方式实现。我国法律规定,各单位必须依法设置会计账簿,并保证其真实、完整。

单位负责人对本单位的会计工作和会计资料的真实性、完整性负责。会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料必须符合国家统一的会计制度的规定。1992年,由国务院批准,财政部首次颁布了《企业会计准则》,后来不断进行修订。

第二次世界大战以后,尤其是20世纪70年代以来,随着经济全球化的发展,会计准则出现了国际化的趋势。各国在编制本国的会计准则时,越来越多地参考并融合国际会计准则和其他国家的会计准则,会计准则的国际化日益明显。

二、商业账簿的种类

根据《会计法》规定,商业账簿分为:会计凭证、会计账簿和财务会计报告。

(一) 会计凭证

会计凭证是记录经济业务的发生和完成情况,明确经济责任,并作为记账依据的书面证明。按照填制程序和用途的不同,会计凭证可以分为原始凭证和记账凭证两类。

原始凭证是指在经济业务发生时由经办人员直接取得或填制的,用以表明经济业务的发生或完成情况,并明确经济责任、作为记账原始凭证依据的会计凭证。记账凭证是指会计人员根据审核无误的原始凭证或原始凭证汇总表填制的,用来确定会计分录,据以直接登记账簿的一种会计凭证。

(二) 会计账簿

会计账簿是指按照会计制度规定的结构、程序和方法,全面、系统、连续和分类记载商事主体营业活动以及财产变动状况的簿册。

我国《会计法》规定了总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿四种会计账簿。

(三) 财务会计报告

财务会计报告是指商事主体依法依货币形式向政府或社会总括性披露一定时期的财务状况、经营成果、现金流量的书面文件。我国《会计法》确认了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。

会计报表是依据日常会计核算资料编制的,以货币为计量单位,通过一定的表格形式综合反映商事主体在一定时期内的财务状况和经营成果的书面报告文件,包括资产负债表、利润表和现金流量表。会计报表附注是对在会计报表中列示项目所作出的进一步说明,以及对未能在这些报表中列示项目的说明等。

财务情况说明书是对会计报表的补充,是用文字和数字补充说明在会计报表中不能反映的企业财务状况的书面报告。

三、商业账簿的保管

各国对商业账簿的保管都有规定,也规定了保管的期限。我国《会计档案管理办法》

规定,当年会计档案,在会计年度终了后,可暂由本单位财务会计部门保管一年。期满之后,原则上应由财务会计部门编造清册移交本单位的档案部门保管。财务会计部门和经办人必须按期将应当归档的会计档案,全部移交档案部门,不得自选封包保存。档案部门必须按期点收,不得推诿拒绝。

各种会计档案的保管期限,根据其特点,分为永久、定期两类。定期保管期限分为3年、5年、10年、15年、25年五种。各种会计档案的保管期限,从会计年度终了后的第一天算起。各单位对会计档案必须进行科学管理,做到妥善保管,同时,严格执行安全和保密制度,严防毁损、散失和泄密。

对于电子形式的会计档案,也应当保存相应的纸质会计档案。



【思考题】

1. 什么是商法? 商法的法律特征是什么?
2. 商法经历了怎样的发展过程?
3. 商法遵循的基本原则是什么?
4. 什么是商事主体? 可以从不同角度对商事主体进行哪些划分?
5. 什么是商事能力?
6. 什么是商事行为?
7. 什么是商事登记? 商事登记的意义是什么?
8. 什么是商事代理? 什么是商业账簿?