

21世纪应用型法学系列教材

商法

魏敬森 © 著

 中国人民大学出版社

21世纪**应用型**法学系列教材

商法

魏敬森 ◎ 著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

商法 / 魏敬森著. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 5

(21 世纪应用型法学系列教材)

ISBN 978-7-300-13643-1

I. ①商… II. ①魏… III. ①商法-中国-高等学校-教材

IV. ①D923. 99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 072829 号

21 世纪应用型法学系列教材

商法

魏敬森 著

Shangfa

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东方圣雅印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2011 年 5 月第 1 版

印 张 20.5 插页 1

印 次 2011 年 5 月第 1 次印刷

字 数 487 000

定 价 36.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

丛书编委会

(按姓氏笔画排序)

王斐民	冯玉军	刘 玫	阮齐林
吴 鹏	张 今	李 毅	杜焕芳
杨 帆	杨秀清	孟雁北	姚欢庆
胡锦涛	赵晓耕	隋彭生	魏敬森

出版说明

如何切实有效地提高法学本科教学的实践性和应用性，实现本科教学与司法考试的衔接是近年来广大法学教育工作者普遍关心的问题。

本套教材正是基于该问题所做的一种有益的尝试。它的推出旨在引领法学本科教学的发展与创新，探索法学本科教学与司法考试的衔接，提高学生的实践能力和应用能力。

该套教材具有以下特色：

1. “双师型”作者。我们认为要出版一本既符合本科教学规律，又能与司法考试有机融合的好教材，教材的编写者至关重要。该套教材均由作者独著而成，编写者都是司法考试辅导业内赫赫有名的专家，他们有着丰富的司法考试辅导经验，同时均来自知名政法院校的一线教学岗位，有着丰富的本科教学经验。

2. 与司法考试相结合。本套教材在体系设计和知识点的安排上，注重本科教学与司法考试的融合。在体例设计上，每章开篇设有考试要点，文内穿插了相关司法考试真题及解析，并注重补充相关教学案例，以期提高学生的实践能力和应用能力。

3. 简明清晰。该套教材体例简洁，语言清晰，注重阐述基本概念、理论与制度，不作过多的理论分析和观点评述，便于学生理解掌握。

作者简介

魏敬森，中国政法大学民商经济法学院副教授，硕士生导师，北京市优秀教师，中国法学会银行法研究会理事，发表学术论文二十余篇，已出版《商法、经济法》、《中国经济法》、《金融法》、《证券法》、《税法原理》等多部专著与教材。

编写说明

商法是法科学学生的必修课，也是国家司法考试中分值较高的部门法。为满足多数法学院校的实际教学需要，在学生实现法律职业人的道路上能够助推一把，我们作为长期站在本科教学讲坛与司法考试辅导一线的教师，总结多年的本科教学经验与司法考试辅导的感悟，兼顾本科教学对知识体系化、理论化的要求，司法考试的特点、规律与发展动态，以及国家司法考试选拔合格法律专门人才在专业技能、实务能力方面的要求，精心编写了本教材。本教材既不同于进行长篇理论阐述，忽视法律实践性学科特点的传统法学教材；也不同于打破了学科体系，只突出重要知识点、着重进行难点讲解的应试性辅导用书。我们在编写本教材时遵循了以下指导思想：

1. 按照我国业已形成的商法经典体系，结合 10 年来国家司法考试商法中所涉及的内容进行设计，共分为九章：商法总论、个人独资企业法、合伙企业法、公司法、外商投资公司法、票据法、证券法、保险法、破产法。

2. 体例简洁，紧密结合司法考试。每一章先通过“本章提要”提炼概括本章内容，向学生交代本章讲解的知识与架构、重点与难点；之后设置“司法考试要点”，使学生明了司法考试的考点；行文中穿插“例题”，通过解读典型真题，让学生熟悉司法考试的套路，帮助学生掌握解答司法考试试题的方法、思路，同时增强对法律知识的应用能力及解决实际问题的能力；章节后附有“思考题”，方便学生课堂与课后思考，拓展学生的视野。

3. 内容阐述力求简明扼要，尽量用简洁的语言、简明的图表，清晰地阐述商法的基本概念、基本理论与基本制度，不作过多的理论分析和观点评述。

4. 关注中国现行法律规定，不作比较分析、不作历史发展与作用意义等内容的论述，以便使学生对商法知识一目了然。

写作过程中，虽然力求将本科教学体系与国家司法考试的知识点进行融合，使学生既能掌握商法的知识体系，又能从容应对国家司法考试，最终实现法律职业人的梦想，但是，由于能力与时间所限，书中定有一些不足与不妥之处，敬请批评指正，以便进一步完善。

魏敬森

2011 年 3 月 10 日

目 录

第一章 商法总论	1
第一节 商法概述	1
第二节 商主体与商行为	6
第三节 商业登记、商业名称与商业账簿	8
第二章 个人独资企业法	16
第一节 个人独资企业概述	16
第二节 个人独资企业的设立	18
第三节 个人独资企业的事务	19
第四节 个人独资企业的解散与清算	20
第三章 合伙企业法	23
第一节 合伙企业概述	23
第二节 普通合伙企业	24
第三节 有限合伙企业	36
第四节 合伙企业的解散与清算	40
第四章 公司法	42
第一节 公司与公司法概述	43
第二节 公司的一般制度	52
第三节 有限公司	91
第四节 股份有限公司	101
第五节 外国公司的分支机构	110
第五章 外商投资企业法	113
第一节 外商投资企业法概述	113
第二节 中外合资经营企业法	115
第三节 中外合作经营企业法	125
第四节 外资企业法	130

第六章 票据法	136
第一节 票据法概述	136
第二节 汇票	154
第三节 本票	170
第四节 支票	171
第五节 涉外票据	175
第七章 证券法	177
第一节 证券法概述	178
第二节 证券发行与承销	186
第三节 证券上市与交易	196
第四节 上市公司的收购	208
第五节 证券经营与服务机构	216
第六节 证券投资基金	225
第八章 保险法	232
第一节 保险法概述	233
第二节 保险合同总论	239
第三节 保险合同分论	253
第四节 保险业法与保险监管法	264
第九章 破产法	273
第一节 破产法概述	274
第二节 破产申请与破产案件的受理	281
第三节 管理人	285
第四节 债务人财产	288
第五节 破产费用与共益债务	296
第六节 债权申报与债权人自治	297
第七节 重整	303
第八节 和解	310
第九节 破产清算	313

第一章 商法总论

本章提要：商法即商事法，是调整商事关系的法律规范，是法律体系中一个重要的部门。商法源于商人习惯法，此后，随着商人身份的弱化及商事活动的扩大化，演化成为商事法。本章是学习商事法的开始，阐述了商事法的基本问题，包括概念、性质、特征、原则、调整对象、体系构成及与其他法律部门的关系，简要讲解了商主体与商行为两大商事法的核心制度，较为详细地介绍了我国商业登记、商业名称与商业账簿三大商事法的基础制度。本章是学习各商事部门法的基础，通过学习，应理解商法的性质、原则及与其他法律部门的关系，掌握我国商主体的主要形态及商业登记制度与商业名称制度的主要内容。

司法考试要点：司法考试主要针对商法的部门法，强调部门法的应用，对于总论的内容只有与部门法结合的地方才会触及。主要的考点是：商主体法定原则、商业登记、商业名称。

第一节 商法概述

一、商法的概念、性质与特征

（一）商法的概念

商法是调整商事关系的法律规范的总称，商事关系是商事交易主体在从事以营利为目的的经济活动中所形成的法律关系。狭义上的商法仅指国内法中的商事私法；广义上的商法包括所有调整商事关系的法律规范。

在学理层面上，多数学者将商法分为形式意义上的商法与实质意义上的商法。形式意义上的商法是奉行民商分立立法原则的国家或地区，在民法典之外制定的以商法命名的法典；实质意义上的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。无论是奉行民商分立还是民商合一的国家，都存在实质意义上的商法。我国不存在形式意义上的商法，但实质意义上的商法已经大量存在，如公司法、合伙企业法、票据法、保险法，等等。

（二）商法的性质

商法的性质表现在以下几个方面：

1. 商法是私法。在大陆法系国家，法律被分为公法与私法。公法维护的是公共秩序和社会的整体利益，调整的原则是国家干预；私法维护的是个体的微观利益，调整的原则是意思自治。商法属于私法，其根据在于：商法调整的对象是平等主体之间的商事关系；商法调

整商事关系的目的在于保护与协调商事主体的私人利益，促进商业活动的发展。但是，商法具有公法的色彩，商事活动可能影响国家利益与社会公共利益，商法中存在着一些公法性质的规范，如商事登记的规定、证券发行审核制度的规定等。这些公法性质的规范不能从根本上改变商法的私法属性。

2. 商法是实体法。以法律内容为标准，法律被分为实体法与程序法。实体法是规定法律主体权利与义务的法律，程序法是保证法律主体的权利与义务得以实现的法律。商法的主要内容是实体法，商法中不可避免地存在一些程序性的规范，如破产法中破产案件受理的规定，但这些规范改变不了商法整体是实体法的性质。

3. 商法是商品经济的法。商品经济是商法的基础，没有商品经济就没有商法。反过来，商法直接反映商品经济的要求，促进商品经济的发展与壮大。

（三）商法的特征

1. 商法调整对象的特定性。商法的调整对象不是一般人，而是履行了商事登记而具有商主体资格的人，或者有商行为的人。多数国家的法律规定，非商人和非进行商行为者，不适用商法。

2. 商法调整行为具有营利性特征。营利性是商事活动的主要特性，也是商事活动与民事活动区别的关键所在。商法中一些重要制度的构建、商行为中一些规则的确立无不考虑营利性特征。

3. 商法规范具有较强的技术性。商法中的很多规范是由商习惯演化而来的，具有很强的可操作性。商法规范与一般民法规范偏重于学理性不同，它大多是技术性规范，如票据法中关于票据要式性、无因性、文义性的规定，破产法中关于破产财产的分配顺序的规定，海商法中关于共同海损的理算规则，等等。

4. 商法具有国际性。商事交易无国界，早期的商法主要是由一些跨国界的商事交易习惯与惯例演化而来的。20 世纪 90 年代随着网络的快速普及，全球化趋势势不可挡，商法国际化呼声日益高涨，顺应这种变革，一方面国际商事立法步伐加快，另一方面各国不断修订本国商法规则，彼此之间的差异日益减少。

二、商法的原则

商法的原则是反映商法的本质，体现商法的基本精神和价值，对商事立法与司法起指导作用的准则。商法作为民法的特别法，民法中的意思自治、诚实信用等原则均适用于商法。然而商法调整的商事关系具有不同于民法调整的民事关系的特征，因此，商法具有自己特有的原则。

1. 商主体法定原则。商主体即商事主体，是市场中最基本的活动单位。为保障交易安全和市场秩序，各国普遍奉行商事主体法定原则。该原则的内容是：商事主体类型法定、商事主体内容法定、商事主体程序法定。

商事主体类型法定是指商主体的类型由法律作出明确规定，进行经营活动只能在法定类型范围内选择所适用的类型。我国商事主体的类型从组织和所有制两个方面进行限定：依组织形式，当事人可以选择的类型有公司（限于股份有限公司和有限责任公司）、合伙企业、个人独资企业、外商投资企业；依所有制，当事人可以选择的类型有国有企业、集体企业、

私营企业和个体工商户。

商事主体内容法定是指商事主体的组织关系、财产关系由法律予以明确规定，当事人不得擅自变更。在我国，不同商事主体在组织关系、财产关系的规定上差异很大，如公司奉行股东有限责任、公司独立责任原则，普通合伙企业的合伙人对合伙企业的债务则要承担无限连带责任。

商事主体程序法定是指法律对商事主体的设立、变更和终止作出规定，当事人必须遵循。如我国公司法规定公司的设立必须进行登记，只有登记完成之后，公司才宣告成立。

2. 交易公平原则。交易公平原则是指商事主体从事商事交易，应从公平观念出发，正当行使权利与履行义务，兼顾他方利益与社会公共利益。交易公平原则的内容体现在平等交易、诚实信用与情势变更三个方面。平等交易是指商事主体之间地位平等；诚实信用是指商事主体在商事交易中应当讲诚实、守信用，以善意的方式互为交易，以维护交易的公平；情势变更是指商事契约成立后、履行前，如果发生了当事人不可预料的情势变更，使原有契约显失公平的，应允许变更或者解除契约。

3. 交易简便、快捷原则。商事交易旨在营利，当今市场，交易频繁、行情瞬息万变，为实现营利目的，必须力求交易简便、快捷。各国商法都将交易简便、快捷作为商事立法的重要原则，将其贯穿于商事法规中。交易简便、快捷原则的主要表现是：交易简便、短期时效、交易定型化。商法在一些商行为方面采用要式方式，奉行文义原则，并通过强行法对其内容预先加以规定，如票据承兑、背书，简化了当事人的协议过程，简便了交易手续，减少了纠纷的发生。商法对商事请求权的时效普遍规定短于民法上时效期间的短期时效，并且多规定为消灭时效，如票据法中持票人的初次追索权时效为6个月，海商法中共同海损分摊请求权的时效为1年，这种短期时效可以推动商事纠纷的迅速解决、权利人迅即行使权力，促进商事交易的快捷。商法将一些权利证券化或者将权利义务格式化，如票据、提单、保险单、仓单、股票、债券等，交易的定型化简化了权利转让与权利认定的程序，实现了交易迅捷。

4. 交易安全原则。商事交易手段日益复杂，交易周期不断加快，交易范围日趋加大，交易风险时刻存在并且种类增多，保障交易安全成为商法的重要任务。各国商法均把保护交易安全作为重要原则，通过一系列的制度设计达到保护交易安全的目的。该原则在商法中主要体现在：公示主义、强制主义、严格责任主义和外观主义。公示主义是指商事交易的当事人对于涉及利害关系人利益的事实必须通过一定的方式显示，以便利害关系人了解。如公司登记的公示、上市公司的信息公开等；强制主义是指国家通过强行法手段对商事活动施以强制性规定，如禁止签发空头支票、外商投资企业必须在境内设置账簿等；严格责任主义是指商事交易中，无论债务人有无过错都应对债权人负责，如票据承兑人要持票人绝对无条件付款、公司不能设立时发起人要负责返还股款并加算银行同期存款利息给认股人；外观主义是指以交易当事人行为的外观为准认定行为的效果，如有限合伙人的表见代理要承担与普通合伙人同样的责任、票据记载显示与事实不一致的要依票面记载认定。

三、商法的调整对象

关于商法的调整对象，商法学者的观点不尽一致，多数学者认为是商事关系。商事关系

的内涵如下：(1) 发生在平等主体之间。(2) 只调整营利性主体，非营利主体即使偶有营利行为，也不为商法所调整。(3) 只调整营利主体的营利行为，营利性主体的非营利性行为不为商法所调整。(4) 调整的营利主体的活动须发生在持续的营业中，偶尔发生的营利行为不是商法的调整对象。(5) 调整的营利主体发生在持续的营业中的活动，从涉及的内容看分为商事组织关系和商事行为关系，商事组织关系是围绕着商事主体形成的商事关系，包括商事主体的内部关系和外部关系，其中最主要的是公司法律关系和破产法律关系；商事行为关系是基于各种商事行为的实施而形成的商事关系，商事行为种类很多，如票据行为、证券行为等。

四、商法的体系

商法的体系是指商法内部具有逻辑联系的各项商事法律制度所组成的系统结构。在不同的国家和不同的法系以及不同的历史时期，商法的体系不尽相同。

传统商法在体系上包括商身份法和商行为法两大内容。商身份法包括商人的概念和种类、商人资格的取得、商人名称、商人财产管理、商人权利委托等内容；商行为法涉及一般商行为和特殊商行为，一般商行为如商事物权、商事债权等，特殊商行为如信托、居间、票据、保险等内容。传统商法体系与自由市场经济原则相一致，体现了经济规模的局限性和未高度发达状态。进入 20 世纪以后，尤其是 20 世纪下半叶，商法赖以存在的基础发生了根本性变化，传统商法的格局被打破，商事组织法、商事行为法成为现代商法的主要构成部分。

在我国，商法是一个新兴的法律部门，学者们对于商法的体系仍存在较大分歧。考察国内商法教科书，会发现不同版本的教科书中章节内容有差异，比较经典的结构是在商法一般规定之外，设公司法、证券法、票据法、保险法、破产法、海商法几个部分。这样的经典结构已有学者提出了质疑：“公司、票据、破产、保险、海商是不是就是商法的固有范围？保险法为商法，为何银行法不为商法？海商法既为商法，航空、铁路等运输法为何不为商法？票据既为商法所调整，信用证为何不为商法所调整？”^① 我国的商法体系还存在问题，有待进一步研究。

在国家法律职业资格资格考试中，商法的内容除包含目前国内关于商法经典体系结构的全部内容外，还包括个人独资企业法、合伙企业法和外商投资企业法。本书中，兼顾商法业已形成的经典体系结构和国家法律职业资格考试的现状，将商法体系确定为：商法总论、个人独资企业法、合伙企业法、公司法、外商投资企业法、票据法、证券法、保险法、破产法。海商法在国家法律职业资格资格考试中鲜有触及，本书限于篇幅，不再进行介绍。

五、商法与其他法律部门的关系

1. 商法与民法的关系。在民商合一的国家，民法统率商法，商法具有一定的独立性；在民商分立的国家，商法是一个独立的法律部门。无论是民商合一还是民商分立，商法与民法既有密切的理论联系，又有一些明显的区别。

^① 赵旭东：《商法的困惑与思考》，载《政法论坛》，2002（1）。

商法与民法都属于私法范畴,调整的都是平等主体之间的关系。但商法以私法规范为主,含有一定量的公法规范,民法则是纯粹的私法。

商法与民法都调整商品经济关系,但商法的调整范围有限,为商主体从事的与营利有关的行为;民法的调整范围宽泛,适用于各类民事主体实施的民事行为。民商法并行但不完全兼容,民法的内容并不全部在商法中,商法的很大一部分内容在民法中并未涉及。

我国立法采用民商合一主义,民法是基本法,商法为民事特别法,在法律适用上,民法的一般适用是一个重要原则,商法的适用先于民法,商法的效力也优于民法。

2. 商法与经济法的关系。关于商法与经济法的关系,理论上的观点莫衷一是。20世纪八九十年代商法一度被经济法兼容和取代,发展受到了影响。经过十余年的理论争辩,学界主流的观点是:商法与经济法分处不同的法域,各有其存在的理由。

就历史发展阶段而言,先有商法后有经济法,商法确认和保护营利,强调商行为的简便、快捷、安全,是以个体为本位的法;经济法则是对商法强调的个体倾向因而难以避免走向垄断、妨碍竞争、滥用权利,造成对整体利益损害的纠正,经济法是以社会为本位或者说以整体利益为立基点的法。

就作用过程来看,商法属于私法范畴,从商主体的个体利益出发,透过公法性质的规范作用于商主体个体利益与社会大众整体利益的平衡;经济法是既不属于公法也不属于私法的第三法域(有学者认为属于社会法),从社会大众的整体利益出发,通过对商主体市场行为的规制与宏观调控,作用于社会利益与商主体个体利益的平衡。换句话说,商法的作用过程是立足个体,兼顾整体;经济法是立足整体,兼顾个体。

从法律理念来讲,商法强调个体自由、意思自治、个体之间的平等、交易的公平、个体的利益和安全;经济法强调社会整体利益和交易秩序,反对个体暴利和私权绝对。

商法与经济法是相辅相成的,商法发挥不了经济法的功能与作用,经济法也无法涵盖商法。实际上,我国的很多商事立法中有经济法规范,如保险法中保险资金运用的限制规定、证券法中证券发行审核制度的规定,等等;经济法中也存有商法的内容,如税收征收管理法中纳税人权利的规定、商业银行法中银行贷款自主权的规定,等等。事实上,很多商事主体是具有商法与经济法双重属性的,如商业银行、保险公司等。有学者认为:市场经济因商法而活跃,因经济法而完善。这应该是对商法与经济法关系的精辟总结。

3. 商法与行政法的关系

商法属于私法范畴,行政法属于公法范畴,在性质上商法与行政法的界限是清晰的。商法调整商事关系,主体间地位平等,所保护的第一利益是商事主体的合法利益;行政法调整行政关系,主体间并非平权关系,所保护的第一利益是国家利益。商法以任意性规范为主,调整的方法具有任意性;行政法以强制性规范为主,调整方法具有强制性。商法中主体的权利与主体的个体意志和利益紧密相关,可由主体任意处置;行政法中行政主体的权力是由国家授予的,不可放弃、不能怠于行使。

但是,商法与行政法也有联系,商法中的公法性质的规范主要是行政法律规范,如商业登记制度、船舶登记制度、广告管理制度,等等。整体看来,行政法是辅助商法对商事关系进行调整,目的在于保障商事秩序的建立和商事权利的实现。

第二节 商主体与商行为

一、商主体

(一) 商主体的概念、特征

商主体,又称商事主体、商事法律关系主体,是指依照商法的规定具有商事权利能力和商事行为能力,能够以自己的名义独立从事商事行为,在商事法律关系中享有权利和承担义务的个人和组织。在传统商法上,商主体被称为“商人”,商人的概念往往被误解为从事商业经营的自然人,在我国民商合一的立法体例下,将商法上权利义务的归属者称为“商事主体”或者简称为“商主体”更为准确。

商主体是不同于一般民事主体的特殊主体,具有以下特征:

1. 商主体法定。哪些组织和个人能够作为商事主体参加商事活动,是由商事法律、法规直接确认和赋予的。
2. 商主体的资格经商业登记取得。商主体资格的取得必须经过商业登记,商业登记制度是商法制度的重要构成部分,我国工商行政部门负责商主体登记。
3. 商主体以从事营利性活动为常业。商主体以营利为直接目的,为实现该目的,商主体必须从事商事活动。只有以商事活动为业者才能称为商主体,偶尔从事商事行为者,不能称为商主体。

商主体形式多样,通常按照组织形式将商主体分为商个人、商合伙和商法人。商个人是一般自然人经过特定形式和特定程序进入商事领域,以生产经营者的身份出现在市场经济中;商合伙是介于商个人和商法人之间的一种商主体形态;商法人在我国称为企业法人,是最常见、最重要的商主体。

(二) 商个人

商个人,又称商个体,是依法定程序取得商事主体资格的自然人。自然人在社会经济生活中可以表现为两种身份:一是消费者,二是生产经营者。前者取得民事主体的地位,后者取得商事主体的地位。

商个人作为法律拟制的人,必须经过登记,才能享有商事权利能力与商事行为能力;商个人不享有与自然人人身相关的许多权利;商个人对经营产生的债务须承担无限责任。

商个人不是我国商主体的主要形态。目前,商个人主要有三种表现形式:个人独资企业、个体工商户、私营独资企业。个人独资企业是由一个自然人在境内投资设立的,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。个人独资企业是典型的企业组织形态之一,属于非法人企业。个体工商户与私营独资企业都是生产资料属于私人所有,依法登记并在法定范围内从事营利性活动的主体,区别在于,前者以个人劳动为基础,可以雇帮手、带学徒;后者存在雇佣关系,雇工在8人以上。实际上,二者无本质的差异,从企业形式的发展来看,两种形式的统一是未来的趋势。个体工商户作为商个人是我国法律制度中特有的,从实践来看,在税收、管理等方面,已与个人独资企业没有什么差

异,个体工商户纳入个人独资企业也将是一种必然。因此,个体工商户、私营独资企业作为商个人的两种形态应该属于历史性与过渡性的,我国未来商个人的形态主要应该是个人独资企业。

目前,我国关于商个人的商法的法律渊源有:《民法通则》、《个人独资企业法》、《城乡个体工商户管理暂行条例》、《私营企业暂行条例》、《个人独资企业登记管理办法》。

(三) 商合伙

商合伙是两个或者两个以上的合伙人按照法律和合伙协议的规定,共同出资、共同经营、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,有限合伙人对合伙债务承担有限责任的商事组织。

商合伙与商法人一样,都是拟制的法律主体,具有从事商行为的权利能力和行为能力。但商合伙与商法人的区别还是很大的,商合伙不具有完全的责任能力,普通合伙人对合伙经营产生的债务承担无限连带责任;商合伙以合伙协议为设立的基础;商合伙的财产为合伙人共有,这种财产与合伙人的其他财产未彻底分离,商合伙自身没能成为一个完全独立的财产主体。

在我国,商合伙被称为合伙企业,由自然人、法人和其他组织依法设立。我国的商合伙为非法人企业,具有极强的人合性,合伙协议在商合伙中发挥着强大的作用。

目前,我国关于商合伙的商法的法律渊源有:《民法通则》、《合伙企业法》、《中外合作经营企业法》,其中《合伙企业法》是最主要的渊源。《民法通则》侧重于规范民事合伙,民事合伙与商合伙存有明显的区别:民事合伙因民事主体的消费活动和生活目的而存在,大多比较松散;商合伙以民事主体的生产经营活动或投资目的而设立,需要商业登记,合伙人之间联系,比较紧密。

(四) 商法人

商法人是依照法定条件和程序设立的,具有法人资格,能够独立进行商事活动,并享有商事权利和承担商事义务的各种企业。

西方国家的商法人主要是公司,公司与商法人是基本等同的概念。我国的商法人通常称为企业法人。现有的企业法人除以公司形式存在的以外,还有按照所有制划分的非公司法调整的企业法人,如国有企业法人、集体企业法人。按照所有制对企业法人进行分类在日益淡化,随着企业改制的推进,在不久的将来我国必将形成以公司法人为主体的商法人格局。

目前,我国关于商法人的商法的法律渊源主要有:《民法通则》、《公司法》、《全民所有制工业企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《城镇集体所有制企业条例》、《公司登记管理条例》、《企业法人登记管理条例》。

二、商行为

(一) 商行为的概念、特征

商行为,又称商事行为,不是立法上使用的概念,而是商法理论研究中使用的概念。商行为是相对于民事行为而言的,与商主体有着密切的联系。理论界对于商行为的概念并不统一,有三种观点:一是商行为是商主体所从事的以营利为目的的经营行为;二是不将商行为

与商主体联系，而是按照行为的客观内容来认定其行为是否属于商行为；三是商行为是直接以交换为目的的追求营利的行为。无论何种观点，对于商主体以营利为目的，旨在设立、变更或消灭商事法律关系的经营性行为属于商行为是无疑义的。

商行为相对于民事行为而言，具有两大特征：

1. 以营利为目的。以营利为目的是指行为的目的在于营利，而非公益或其他。营利的属于行为人的内在意思，对营利性的判断一般采用推定原则。营利目的对于区分商行为与非商行为意义重大，政府组织、宗教机构都可能从事经济活动，但由于不以营利为目的，因此不是商行为。

2. 是经营性行为。经营性是指行为人一段时间内连续不断地、反复地、有计划地从事同一性质的活动。一般民事主体偶尔从事的营利性活动不属于商行为。

（二）商行为的分类

1. 按照行为当事人是否均为商主体，可以分为单方商行为和双方商行为。单方商行为是当事人一方为商主体所从事的交易行为，如商店销售商品给消费者的买卖行为；双方商行为是当事人双方均为商主体所从事的营利性行为，如企业之间的买卖行为。

2. 按照商行为在同一营业活动中所起的作用和所处的地位，可以分为基本商行为和附属商行为。当事人主营业务范围内发生的商行为为基本商行为，兼营业务范围内发生的商行为为附属商行为。

3. 按照行为的客观性质和是否有附加条件，可以分为绝对商行为和相对商行为。按照行为的客观性质和法律规定，当然属于商行为的为绝对商行为，如票据行为、证券发行行为；按照行为的主观性和行为自身的性质而认定的商行为为相对商行为，只有在行为主体是商主体或者行为具有营利性时才能认定该行为是商行为。

此外，人们还按照行为是否在商事交易中广泛存在，将商行为分为一般商行为与特殊商行为。一般商行为是指商事交易中广泛存在的，并受商法规范调整的行为，主要包括商事代理行为、商事债权行为、商事物权行为、商事交易结算行为。特殊商行为是指在商事交易中具有个性，并受商法中的特别法调整的行为，如商事信托、商事运输、商事租赁等。

第三节 商业登记、商业名称与商业账簿

一、商业登记

（一）商业登记的概念

商业登记，又称商事登记，是商主体或者商主体的筹办人，为了设立、变更或者终止商主体资格，依照法律法规的规定，将登记事项向登记机关提出登记申请，并经登记机关核准登记的行为。商业登记是对商事经营中重要的或者与经营的开展有直接关系的事项的记载，登记的内容和范围在法律上受到某种程度的限定。根据我国法律的规定，商业登记的事项主要有：名称、住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资金、从业人数、经营期限、分支机构等。