

一、商法的内容

- 1、商事组织法(商事主体法, 含商业名称, 包括公司、合伙企业、个人企业、个体工商户、合作社等)
- 2、商事行为法(主要指有特别立法的特殊商行为, 包括证券、保险、票据、信托、海商)

二.商法的特征

(一)商法是私法与公法的有机融合(兼容性)

保险法: 保险合同与监管

(二)商法实行组织法与行为法相结合的立法体制

(三)商法具有浓厚的技术性

票据法: 要式性(如背书)

(四)商法具有营利性

以营利为目的, 与最终能否赚钱无关

(五)商法规范既有强制性又有任意性

股份公司: 股东会与股东人选

(六)商法具有很强的国际性

国际的范围: 冷战时代与全球化时代

商法的立法模式

一、比较法上商法与民法的关系

1、民商法分立模式

法、德、日有独立的商法典

2、民商法合一模式

意大利、荷兰、瑞士

3、示范性质的统一商法典模式

美国《统一商法典》: 联邦制国家(联邦权力与州权力)

二、我国关于商法与民法的关系的不同观点

1、民商分立: 主张制定商法典

2、民商合一: 一般法与特别法的关系

三、我国商事立法的形式

民商合一：以民法典为基本法，以一系列单行法为特别法。

我国民商合一的特点：折中的民商合一制

1、不是把商法所有内容一概纳入民法典，而只是把商法的一般性问题，如通常属于商法总则中的经理人、代办人，属于商行为中的交互计算、行纪、仓储、运送营业等在民法典中加以规定。

2、凡属商法的特殊问题，如公司、票据、海商、保险等则另立专门的特别法加以规定，这些特别法虽从属于民法典，但是特别法优先于民法而适用(又似民商分立)。

折中民商合一制的缺点

1、助长民法帝国主义观念使得私法扁平化，商法内在体系破碎化；

2、商法制度纳入民法典时内容去取上、体例安排上容易流于任意；

3、造成普通私法的单一诉求和民商合一的多元诉求之间的内在紧张关系。

(自然人之间的借贷)

折中民商合一制的优点

1、第一，避免了是否另定商法典的争论，因而也避免了如何制定一部独立的科学的相对稳定的商法典的争论。

2、第二，有利于保持民法典的稳定性、顺应商事法的演进性。(商事法常与商界习惯有关，而商界习惯日新、日日新；商事组织和部分的商事交易在民法典之外，由特别法去调整，特别法修改较易，无须直接触及民法典。)

商事主体概述

一、商事主体的概念与特征

(一)商事主体的概念

商事主体，也称商事法律关系主体、商主体，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。(民事主体的概念)

在传统商法上，商事主体也叫商人。

(二)商事主体的特征

1.商事主体由商法法定

2.商事主体依法具有商事能力

3.商事主体的身份或资格经商事登记而取得：区别于自然人

4.商事主体以从事营利性活动为其常业

二、商事主体的种类

对商主体的分类是以民法为基础的。因为民法上有个人、合伙、法人的分类，所以商法上就分为商个人、商合伙、商法人。

(一)商个人

概念：

商个人是从事商事活动的、具有民事行为能力的自然人。

类型：

(1)个体工商户 (大江大河：小杨巡)

(2)农村承包经营户 (思考：分田到户、工分与大锅饭)

(3)个人独资企业

责任：

商个人对其商行为承担无限责任。

担保范围为个人或家庭所有的全部财产。根据最高人民法院的司法解释，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有的，均属于家庭经营。

二、商法人

1、法人首先是一个民法上的概念。商法人只是法人的一种，是与非商法人相对而言的。

前者是企业，以营利为目的；

后者包括事业单位如学校，宗教组织如寺庙(最早的金融机构、僧团继承制)等。

2、民法上的法人具有三大特征：独立的组织、独立的财产、独立的责任。

这些，商法人也必须具备。

思考：

①民法典以是否以营利为目的，将法人分为营利法人和非营利法人，传统民法对法人是如何分类的？

②国有企业是否属于法人？判断的标准是什么？

1、我国以前的国营企业便算不得商法人，因为它名义上是法人，实际上对外只享受权利，不能独立地承担责任，集中表现在当企业不能清偿债务时，无法自行进入破产程序。

2、1986 年的破产法出台以后，国营企业可以破产了，但是受到许多限制。

3、1993 年开始建立现代企业制度，特别是 1999 年中共十五届四中全会以后，政策上允许大批国有企业破产，才使独立的责任真正具有了意义。（“下岗工人”一词开始出现）

三、商合伙

商合伙是指两个或两个以上的合伙人根据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，合伙人对合伙经营的债务承担无限连带责任的商事组织。

商事登记制度

一、商事登记概述

(一)商事登记的概念

商事登记，也称商业登记，是指为取得、变更或终止商事主体资格，依照法律法规规定的程序，向主管机关提出申请，并由主管机关依法对申请事项审查、登记的一种法律行为和法律程序。

思考：特有的主管机关现象

(二)商事登记的特征

- 1.创设性
- 2.要式性(浙江省：最多跑一次)
- 3.公法性

(三)商事登记的效力

第一，取得商事主体资格并并获得经商的特权。经商是一种特权，因为我国严禁未经登记的无证照经营行为。其它国家如荷兰等国规定登记与否不影响主体资格的取得和实施商行为后的权利义务，仅影响商号、商标等与主体有关的特殊权利。但是我国规定登记是商事主体成立的要件。未经登记而实施的行为，不得享有商人的权利，也不必履行商人的义务。该行为可以认定为无效。

第二，获得了对商号的专用权。有了名称，就可以公示自己的身份，便于商事交往，并能积累信誉。所谓专用，在法律上包含两种效力：一是排他效力；二是救济效力。排他就是不让他人使用，如果用了就构成侵权；救济就是当他人侵权时请求停止侵害、赔偿损失。

(四)商事登记的法律规范

我国目前尚未形成统一的商事登记法，调整商事登记关系的法律散见于众多的民事、商事实体法、程序法中。

其中，主要有：《企业法人登记管理条例》、《企业法人登记管理条例实施细则》、《公司登记管理条例》、《合伙企业登记管理办法》、《企业名称登记管理规定》等。

思考：找法—民法典与法典重述

(五)商事登记的意义

- 1.公示。便于相对人和公众了解其经营情况，以便决定是否与之交易。
- 2.监督管理。便于工商局了解其经营情况，在此基础上进行管理和规划。

二、商事登记登记机关与登记原则

(一)商事登记登记机关

各国关于商事登记主管机关的规定主要有三种模式：

- 1.德国、日本：法院

2.美国、英国：专门的行政机关

3.法国：法院——一般商事登记；行政机关——公司商事登记

我国：采取行政登记主义。

国务院直属：国家工商总局——国家市场监督管理总局

(二)商事登记原则

1.强制登记原则

强制登记原则含义有二：

其一，商事主体的设立、变更和终止必须进行登记。非经登记者不具有商事权利能力和行为能力，不得从事任何种类的商事活动。

其二，商事登记应就法律规定的商事主体的全部必要事项进行登记，未经登记不发生法律效力。如公司的登记事项包括：（一）名称；（二）住所；（三）法定代表人姓名；（四）注册资本；（五）公司类型；（六）经营范围；（七）营业期限；（八）有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称。

2.全面审查原则

商事主体提出的登记申请，必须完全依据法律规定的核准登记标准，商事登记主管机关对于必要登记事项依法采取形式审查和注册备案制度，不符合规定的不予登记。

思考：实质审查与形式审查——登记机关是否应当对登记材料的真实性负责？（直接影响登记机关是否应当承担赔偿责任）

3.登记公开原则

登记公开原则是指应向社会公众公开商事登记的内容。

登记公开包括：

第一，登记程序公开；

第二，公告；

第三，登记事项查阅公开。

思考：天眼查、企查查现象，公共资源的商业化利用是否合理？

三、商事登记的种类和程序

(一)商事登记的种类

1.设立登记

2.变更登记

3.注销登记

(二) 商事登记的种类和程序

名称预先核准登记→申请与受理→审查→核准发照→公告

商事行为

一、商事行为概述

概念：学理上通常认为，商事行为是指法律主体以营利为主要目的而实施的，并且通常具有连续性的经营行为；企业的经营行为一般视为商行为，但明显不以营利为目的之行为除外。（如慈善行为）

思考：商行为与民事法律行为的异同

1、营利目的和持续经营使商行为与别的民事行为相区别，因为别的民事行为往往是非营利性的和一次性的，没有持续经营的特点。商行为则是重复持续的。

2、但是商行为又具有民事行为的共性。民事法律行为是以意思表示为核心要件的，商行为同样以意思表示为核心要件。民事法律行为的一般性特征，商行为都是具备的。

（一）商人中心主义

以德国为代表，认为只有商主体才可以实施商行为，其他人不得实施商行为，实施了也不予认定

思考：可能的法律后果是什么？

导致全面的商事登记制度，通过登记取得商事主体资格，然后才可以实施商行为并受商法的保护；

损害交易安全；

（二）商行为中心主义

以法国为代表，认为任何人都可以实施商行为，凡是实施商行为的人便是商人

导致贸易自由、生意自由，任何人都可以经商，不必经过登记，有利于自由竞争

（三）我国

我国法律采取严格的登记制度，规定没有取得商事主体资格的不得经商，显然属于商人中心主义

二、商事行为的分类

（一）单方商事行为与双方商事行为

单方商行为是指交易的双方只有一方是商人；（最大的应用场景：《消费者权益保护法》——一方经营者一方消费者）

双方商行为就是指两边都是商人。

思考：区分意义？

（二）基本商事行为与辅助商事行为

基本商行为是指商人的主营业务；

辅助商行为是辅助主营业务的行为。

例如，对一家商店来说，销售是基本商行为，仓储就是辅助商行为；对客运公司来说，运送旅客是基本商行为，购买车辆就是辅助商行为。

非公司企业法

思考：市场上为什么会存在企业？换句话说，企业对于市场交易是不是必要的？（包括公司、合伙企业等企业组织）

科斯 1937 年发表的《企业的性质》一文认为：企业是价格机制的替代物，企业节省了市场交易成本。

科斯的洞见促使人们重新审视企业的含义以及企业与市场的边界。

企业不仅是一个实体，或者一个法律上的人，从科斯的角度看，企业是一组合同关系的集合，即企业家与各种生产素(如资本、劳务、原材料等)供应者和购货商之间的合同关系的总和。

某种产品或者服务应通过企业的方式提供抑或通过市场交易而产生，并无一定之规。这取决于企业能否比市场交节约成本。

企业与市场的边界也不是固定不变的，边界划在哪里同样取决于价格机制的成本和企业的组织成本。

合伙企业法

一、概述

(一)合伙企业

自然人、法人和其他组织依照合伙企业法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

(二)合伙企业法

1997 年颁布，2006 年修订(2007 年 6 月 1 日施行)

二、普通合伙企业（一般讲的企业是普通合伙企业）

由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务依法承担**无限连带责任**的合伙企业。

无限：不以出资额为限。限：是否以投资额为限

连带：共同承担责任。现代社会以单独责任为原则，以连带责任为例外，所有的连带责任均须由法律明文规定，没有法律明文规定的一律为单独责任

举例：

甲、乙、丙成立一个合伙企业，每人出资 5 万，企业财产共计 15 万，现在企业欠丁 30 万。

无限责任的体现：除了企业的 15 万外，丁还得向甲、乙、丙索要 15 万。

连带责任的体现：丁可以向甲乙丙中的任意一个人要这 15 万，也可以按照自己确定的比例向甲、乙、丙索要。甲乙丙之间对于债务承担比例的约定对丁没有约束力。

Q：无限连带责任之下，合伙企业为何还有生命里？

①税收方面存在优惠（2000 年起，对合伙企业、个人独资企业免征企业所得税，只征个人所得税。因为理论上：合伙企业不具有法人资格）

②机构设置和经营灵活——监管较轻。

（一）设立条件

1、有两个以上普通合伙人

自然人必须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、社会团体不得成为普通合伙人。

Q：为什么自然人必须是完全民事行为能力人才能成为合伙人？

①需要承担无限连带责任

②作为决策者参与，需要相应的认知和判断力

Q：为什么国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人？

①国有独资公司、国有企业：属于国家所有，如果成为普通合伙人，会侵犯国家公民的利益啥啥的（社会主义国家）。

②上市公司：股东数量庞大（无限连带责任）

③公益性的事业单位、社会团体：财政资产的专用性

2、有书面合伙协议

全体合伙人签名盖章；

修改或者补充合伙协议，应全体合伙人一致同意（必须是全体合伙人一致同意）；但合伙协议另有约定（“另有约定”实际上也是指全体合伙人一致同意：改变法律规定的约定也必须是全体合伙人一致同意）的除外。

任意性规范：留出意思自治的空间

3、有合伙人认缴或实际缴付的出资

货币、实物、知识产权、土地使用权、劳务等

“劳务”本身属性的特殊性；合伙企业中“劳务”作为出资的例外性（只有普通合伙人能以劳务作为出资，其他的一律不行）。

注意：

合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。

（资产价格应当如何评估？）

合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。有限合伙人不能以劳务出资。

4、有合伙企业的名称和生产经营场所

名称：普通合伙

XX 专利事务所(普通合伙)

（二）合伙企业财产

1、财产构成

(1)合伙人的出资：全体合伙人认缴的出资；

(2)合伙企业的收益；

(3)依法取得的其他财产。

合伙企业财产的性质（归属）

思考：有几种可能性？

①不具有法人资格决定了合伙企业本身不能拥有独立的财产；

②合伙协议(组织体)的存在决定了合伙人不能单独拥有合伙企业的财产。

所以：合伙企业财产是共有财产，非法定事由不得分割。

共同共有：合伙企业；婚姻；继承已经开始但是还没有分割财产

2、合伙人财产份额的转让与出质

(1)除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其财产份额时，须经其他合伙人一致同意；

相当于新入伙。

(2)合伙人之间转让财产份额时，应通知其他合伙人。

(3)合伙人以其财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意，否则行为无效。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。

思考：出质并未转让，因而并非直接退伙，为什么要其他合伙人同意？

可能会导致财产份额转让的效果，一旦实现质权（合伙企业的财产份额被卖掉），实现的结果就是新的合伙人加入。

(4)优先受让权(同等条件下，某些主体可以优先于他人)，合伙协议另有约定除外

（转给合伙人以外的人，合伙人可以优先受让）

例：张某向陈某借款 50 万作为出资，与李某、王某成立一家普通合伙企业。二年后借款到期，张某无力还款。对此，下列哪些说法是正确的？

A.经李某和王某同意，张某可将自己的财产份额作价转让给陈某，以抵销部分债务

B.张某可不经李某和王某同意，将其在合伙中的份额进行出质，用获得的贷款偿还债务

C.陈某可直接要求法院强制执行张某在合伙企业中的财产以实现自己的债权（填补漏洞：人合性的限度）

D.陈某可要求李某和王某对张某的债务承担连带责任

答案：A、C

（三）事务执行

1、执行形式

(1)全体合伙人共同执行；

(2)委托一个或者数个合伙人执行。

除合伙协议另有约定外，以下事项需经全体合伙人一致同意：

①改变合伙企业名称、经营范围和主要经营场所地点

②处分合伙企业的不动产，转让或处分知识产权和其他财产权利

③以合伙企业名义为他人提供担保

④聘任合伙人以外的人担任经营管理人员

→合伙人能够单独做决定的：一般性事务

2、合伙人的权利

①全体合伙人对执行事务享有同等权利，有权查阅合伙企业财务资料（财务资料包括会计报告、会计账簿和会计凭证）

注意：法律无明确规定可以复制的情况下，不能将“查阅”扩张解释“复制”

公司股东知情权范围不包括会计凭证，并且股东查阅会计账簿需向公司提出书面申请，公司认为股东存在不正当目的的，可以拒绝股东查阅会计账簿的请求。

②执行事务合伙人享有对外代表权和异议权（异议权一定是没有参与此项事务的旁观合伙人，对其他合伙人执行的事务产生的异议，参与此事务的合伙人不享有异议权）

③不执行事务合伙人享有监督权和撤销委托权（完全不执行事务的合伙人）

3、合伙人的义务

①执行事务合伙人的报告义务：定期向其他合伙人报告事务执行情况及企业经营状况和财务状况

②合伙人的竞业禁止义务：不得自营或者同他人合作经营与本企业相竞争的业务（当事人不能通过另外约定规避此项义务）

③合伙人不得同本合伙企业进行交易（除合伙协议另有约定或全体合伙人一致同意外）

④合伙人不得从事损害本合伙企业利益的互动（兜底条款：避免列举的不周延）

（四）损益分配

1、分配原则：

有约定：按合伙协议的约定办理

未约定或约定不明确的：由合伙人协商决定

协商不成的：由合伙人按实缴出资比例分配、分担

无法确定出资比例的：由合伙人平均分配、分担

2、约定禁止：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（没有例外）

（五）合伙企业与第三人的关系

1、执行合伙事务的合伙人的对外代表权

①合伙事务执行人在执行事务是，对外具有代表合伙企业的权利

②其代表行为对全体合伙人具有法律效力

③其执行合伙事务所产生的收益归合伙企业

④所产生的费用和亏损由合作企业承担

2、特别授权的

执行合伙企业事务中的特别限制不得对抗善意第三人

（六）合伙企业及合伙人对合伙企业的债务承担

1、一般原则

合伙企业对其债务应先以其全部财产进行清偿；合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

2、合伙人的追偿权

合伙人的追偿权是指当合伙人由于对合伙债务承担无限连带责任，而超过内部合伙协议关于其应当承担的比例时，享有向其他合伙人进行追偿的权利（通常来说追偿权都涉及到法定的债权转让）

Q：甲乙丙成立一个合伙企业，甲欠丁 10 万元，丁欠合伙企业 10 万元，两者是否可以抵消？

A：不能

3、合伙企业某一合伙人的债权人，不得以该债权抵销对合伙企业的债务。

不符合抵销的债权债务主体不一致的要求

Q：某合伙企业欠甲 2 万元，合伙人乙欠甲 1 万元。某日，甲从该企业购买货物一批，应付 1 万元，甲这一付款义务如何消灭？

A、甲向该企业支付 1 万元 ✓

B、甲以对该企业 2 万元债权的一半抵销 ✓

C、乙向企业支付 1 万元，同时了解乙对甲的债务（第三人清偿）✓

D、甲以对乙的债权与该义务抵销 ×

具有人身属性的债务，不能第三人清偿：如演唱会第三人代替，抚养义务代替.....

（七）入伙与退伙

1、入伙

入伙条件：①经全体合伙人一致同意②依法订立书面入伙协议

2、新合伙人的权利和责任

①新合伙人与原合伙人的权利是否相同？

新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任，另有约定，从约定。

②对入伙前合伙企业的债务承担什么责任？

对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

2、退伙

退伙原因

①协议退伙（前提：合伙协议约定合伙期限）：指退伙人与其他全体合伙人就退伙达成协议，从而退出合伙企业，消灭合伙人身份的退伙（协议退伙须其他合伙人一致同意）。

②通知退伙

三个条件：A、合伙协议未约定合伙期限（随时到期）B、合伙人的退伙不给合伙企业事务执行造成不利影响 C、提前 30 日通知其他合伙人。

③当然退伙

合伙人有下列情形之一的，当然退伙：

- A、作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡
- B、个人丧失偿债能力
- C、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
- D、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（律师、会计师）
- E、合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行

Q：合伙人甲因意外下落不明逾4年，被法院宣告死亡，对此合伙人乙、丙提出如下主张，符合法律规定的有

- A、甲自宣告死亡之日起退伙
- B、甲下落不明期间，不享受合伙企业的利润分配
- C、甲的出资应退还给甲的继承人，但应扣除合伙企业债务中甲承担的部分
- D、对于甲在宣告死亡之前发生的合伙企业债务中应由乙、丙承担的部分，甲的继承人须承担连带责任（有限继承，只以继承的财产承担责任）×

4)除名

合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：

- A.未履行出资义务；
- B.因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；
- C.执行合伙事务时有不正当行为；
- D.发生合伙协议约定的事由（除名的事项是可以通过约定增加的）

除名自接到除名通知之日起生效，合伙人如不服可自接到除名通知之日起30日内向法院起诉。

注意：

合伙人死亡的，继承人可以按合伙协议约定或经全体合伙人一致同意取得合伙人资格，也可以直接继承财产份额。

三、有限合伙企业

- (1)由有限合伙人和普通合伙人共同组成
- (2)普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任
- (3)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的合伙组织。

从人合到资合：普通合伙——有限合伙——有限公司——股份公司

(一)设立条件

1、合伙人人数：

2-50，法律另有规定除外；

至少有1个普通合伙人和1个有限合伙人。

2、名称

标明“有限合伙”

3、有限合伙协议

签名盖章。

4、出资形式

有限合伙人仅能以货币、事物、知识产权、土地使用权。

注意：普通合伙人可以劳务出资，有限合伙人不得以劳务出资。

(二)事务执行

1、事务执行人

普通合伙人，可要求在合伙协议中确定报酬。

2、禁止有限合伙人执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

3、有限合伙人的权利

(1)有限合伙人可以同本企业进行交易(合伙协议有约定除外)；

(2)有限合伙人可以经营与本企业相竞争的业务(合伙协议有约定除外)。

Q：为何没有禁止？

因为有限合伙人不参与事务执行

思考：第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，其法律后果如何？

(1) 交易行为的效力——交易有效

(2) 有限合伙人的对外责任——该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。(无限连带责任)

(3) 有限合伙人的对内责任——有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

(三) 财产份额的出质和转让

1、出质

有限合伙人可以将其财产份额出质，但合伙协议另有约定的除外。

2、转让

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财产份额，但应提前 30 日通知其他合伙人。(未明确规定其他合伙人的优先购买权)

(四)入伙和退伙

1、入伙(合伙企业成立后再加入)

新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务承担何种责任？

以其认缴的出资额为限承担责任。；

2、退伙

(1)有限合伙人丧失民事行为能力，能否要求其退伙？

其他合伙人不得要求其退伙。

(2)有限合伙人的继承人能否取得有限合伙资格？

可取得有限合伙人资格。

(3)对基于其退伙前原因发生的债务是否以及如何承担责任？

以其退伙时从合伙企业取回的财产承担责任。

(五) 合伙人性质的转变

合伙人性质的转变（普通—有限、有限—普通）会对其责任产生什么影响？

1、有限合伙人转变为普通合伙人的，其责任如何？

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（《合伙企业法》第83条）

表述存疑：后入伙的有限合伙人应承担何种责任？

此法条情况是从企业成立一开始就是有限合伙人的情况，但是如果有人从企业成立后再加入成为有限合伙人，再转变为普通合伙人，自企业成立始，承担无限连带责任。

2、普通合伙人转变为有限合伙人的，其责任如何？

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。

四、合伙企业解散与清算

解散是指根据合伙协议约定或按照法律的规定，合伙企业停止经营活动，终止合伙协议的法律状态。

（一）解散原因有哪些？

- 1、合伙期限届满，合伙人决定不再经营；
- 2、合伙协议约定的解散事由出现；
- 3、全体合伙人决定解散；（如果出现约定的解散事由，直接解散，无需合伙人决定解散）
- 4、合伙人已不具备法定人数满30天；
- 5、合伙协议约定的合伙目的实现或无法实现；
- 6、依法被吊销营业执照、责令关闭或被撤销；
- 7、法律、法规规定的其他原因。

（二）清算

1、确定清算人

（1）由全体合伙人担任；

（2）全体合伙人过半数同意，可自合伙企业解散事由出现后15日内指定一个或者数个合伙人，或者委托第三人担任；

（3）自合伙企业解散事由出现之日起15日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人（如债权人）可以申请法院指定清算人。

2、通知和公告债权人

通知：10日内；公告：60日内；

申报债权：30日内，45日内

清算人自被确定之日起十日内将合伙企业解散事项通知债权人，并于六十日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，向清算人申报债权

3、财产清偿顺序

清算过程中，合伙企业的财产有哪些需要清偿的？

（1）清算费用

（2）职工工资、社保费和法定补偿金

（3）缴纳所欠税款

(4) 清偿其他债务（一般性债务）

(5) 分配剩余财产：约定、协商确定、实缴出资比例、平均分配

上述清偿顺序说明了什么，涉及到哪些利益衡量？

4、合伙企业不能清偿到期债务的处理

债权人可以向法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。

宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。

破产程序的适用是否意味着免责：不是，合伙企业只适用破产程序，不适用破产免责。

普通合伙人自始至终承担无限连带责任：新入伙、合伙期间、退伙后、企业注销后、破产后。

Q：甲、乙、丙、丁共同开办了一个普通合伙企业，甲、乙、丙各出资 5 万，丁提供劳务入伙，与甲、乙、丙平均分配盈余。四人办理了相关手续并租赁了房屋。

半年后，甲想将自己的部分财产份额转让给戊，乙、丙同意，丁不同意。因多数人同意戊成为合伙人，丁提出退伙，甲、乙、丙同意。此时企业已对银行负债 8 万元，半年后散伙，又负债 6 万元。

(1) 丁、戊是否可以成为合伙人，为什么？

可以，丁：普通合伙人可以以劳务出资；不可以，戊：普通合伙人的入伙需要①经全体合伙人一致同意②依法订立书面入伙协议

(2) 甲转让财产份额的行为是否有效，为什么？

无效。除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其财产份额时，须经其他合伙人一致同意；

(3) 丁是否可以退伙，为什么？

①协议退伙（前提：合伙协议约定合伙期限）：指退伙人与其他全体合伙人就退伙达成协议，从而退出合伙企业，消灭合伙人身份的退伙（协议退伙须其他合伙人一致同意）。

(4) 若企业解散后，银行要求丁偿还 8 万元债务，丁有无偿还义务，为什么？

有，合伙企业对其债务应先以其全部财产进行清偿；合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

(5) 丁退伙后，企业所负 6 万元债务应当由谁承担？

甲乙丙

(6) 假设丁退伙后，戊加入合伙，戊对于企业的 8 万元债务、6 万元债务是否有偿还责任，为什么？

有偿还责任，新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任，另有约定，从约定。对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

法定事项梳理

某些事项法律有明确规定的，合伙协议的约定不得与法律相抵触，其中包括但不限于：

(1) 普通合伙人以其财产份额出质的，必须经其他合伙人一致同意。

(2) 普通合伙人绝对不得从事同本企业相竞争的业务。

(3) 普通合伙企业的合伙协议绝对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。

(4) 国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

(5) 有限合伙人不得以劳务出资。

(6) 有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务，有限合伙人不得对外代表有限合伙企业。

2.1 无约定即法定事项梳理

- ① 改变合伙企业的名称；
- ② 改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；
- ③ 处分合伙企业的不动产；
- ④ 转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；
- ⑤ 以合伙企业名义为他人提供担保；
- ⑥ 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的管理人员。

2.2 无约定即法定事项梳理

合伙协议未约定的，法律规定必须经全体合伙人一致同意的事项包括：

- ① 除合伙协议另有约定外，修改或者补充合伙协议，应当经全体合伙人一致同意。
- ② 新合伙人入伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意。
- ③ 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。
- 4 除合伙协议另有约定外，普通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。

票据法

一、票据概述

一、票据的概念：票据，是指由当事人签发的、承诺自己或委托他人于到期日无条件按票载金额付款的有价证券。

二、票据的性质

(一) 票据是一种设权证券

票据签发前当事人不存在票据权利，票据权利随票据的签发而产生。

股票——证权证券

(二) 票据是一种完全证券

有价证券有完全证券和不完全证券之分。

一权利和权利凭证合为一体的为完全证券（彩票）；

一权利和权利凭证可以分离而存在的，为不完全证券（股票）。

票据为完全证券，权券一体。

思考：“权券一体”的结果是什么？

票据权利人向票据债务人行使票据权利的，必须出示票据。

例如，我国《票据法》第4条第2款规定：“持票人行使票据权利应出示票据；票据权利人转让票据权利的，须交付票据。”

（三）票据是一种无因证券

1、原因关系：

票据签发、背书、承兑、保证等往往基于一定的原因关系诸如因买卖、运输、承揽、保管、租赁等交易关系中的贷款、运费、加工费、保管费、租金支付义务而签发或转让票据。

2、票据的无因性：

原因关系的无效、被撤销不影响票据的效力。

3、无因性的目的：

增强流通性

各国票据法均肯定了票据的无因性。

我国票据法对票据的无因性持一定的保留态度。

我国《票据法》第10条规定：“票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则。

具有真实的交易关系和债权债务关系。

这在一定程度上限制了票据的流通。

（四）票据是一种要式证券

1.票据格式的统一

我国《票据法》第109条规定：“汇票、本票、支票的格式应当统一。票据凭证的格式和印制管理办法，由中国人民银行规定。”

2.票据记载事项的法定。

法律不仅对票据的绝对必要记载事项作了明确的规定，而且对某些事项应如何记载也进行严格规范。

比如，我国《票据法》第8条规定：“票据金额以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。”（壹贰叁肆伍陆柒捌玖拾）

（五）票据是一种文义证券

票据是一种按票载文义确定效力的证券。

文义证券的法律效果：

票据上所作记载与实际情况不一致，仍应按票载文义定其效力。

如：甲欠乙货款1千元，签出票据一张给乙，在票据金额的记载中甲错写为1万元，乙将该票据背书给丙。当丙要求甲承担1万元的付款责任时，甲不得以该票据记载错误来对抗丙。

三、票据的种类

法律上的分类

1、各国票据法对票据分类规定不尽一致。德国、法国、日本在票据立法上采取“三票二法”制，这些国家所称票据仅指汇票与本票，不包括支票。

2、我国采取“三票一法”制。

在汇票、本票、支票的概念之上还有“票据”作为三种票据的上位概念。我国的票据分为汇票、本票、支票三种。

二、票据法概述

一、票据法的概念

票据法是规定票据制度以及票据上的法律关系的法律。

票据法具有以下特点：

1. 强行性

票据法中的规定几乎都是强行性的。

如：

票据种类的法定主义：票据种类由法律规定为三种（汇票、本票与支票），不得由当事人任意创设。

法律后果：

使用票据的人如果不依照票据法的规定去做，不仅不能达到应有的效果，有时行为会完全无效。

如：

我国《票据法》第8条规定：“票据金额以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。”

2. 技术性

法律中的规定有两类：

(1) 一类规定是具有道德意义的，如刑法中不得杀人，不得强奸的规定；民法中近亲不得结婚、买卖双方应遵守诚实信用的规定等。遵守这类规定就是“善”，违反这类规定就是“恶”。

(2) 一类规定是不具道德意义而只有技术意义的，如交通法规中行人车辆靠右边走的规定，绿灯表示通行、红灯表示不准通行的规定，就没有任何道德的意义，不表示“善”与“恶”。

票据法中有许多规定是技术性规定。例如，汇票的承兑必须记载在汇票的正面(《票据法》第42条)，背书必须写在票据的反面(《票据法》第27条)等等就是。

3. 国际统一性

票据制度是为商品经济和国际贸易服务的，随着国际贸易的发展，不同国家的票据法必须尽可能地统一起来。

典型代表：

日内瓦统一法(欧洲大陆法系)；

英国票据法(英美法系)

三、票据上的当事人

一、基本当事人与非基本当事人

(一) 基本当事人

在票据发行时就已经存在的称为基本当事人。

汇票与支票的基本当事人有出票人(出票人)付款人与收款人。

本票的基本当事人有出票人与收款人。出票人是在票据上签名,发出票据的人。

(二)非基本当事人

非基本当事人是在票据发出后通过各种票据行为而加入票据关系之中成为票据当事人的人。

如:被背书人、背书人、保证人等。

二、前手与后手

票据上多数当事人之间,依其相互间的位置关系,分为前手与后手。

前手是指在票据签章人或者持票人之前签章的其他票据债务人(《票据法》第11条第2款)。

后手是指在票据签章人之后签章的其他票据债务人(《票据法》第32条第2款)。

【判断前后手就看签名的先后】

例:出票人甲将票据交付与乙(收款人),乙转让(或通过背书,或通过简单交付)与丙,丙再转让与丁,丁再转让与戊。戊为最后持票人。由甲至戊构成一个连续的系列。凡位于某人之前的称为某人的前手,位于某人之后的称为某人的后手。

需事毁愿亮:男是子之蔑香新手是覆竟窜手之、丙、丁的后手。

前后手的关系是债权人与债务人的关系,在行使追索权时有加以区别的必要时。

四、票据行为

一、票据行为的概念

票据行为指发生票据上债务的法律行为,或者说,是以负担票据债务为意思表示内容的法律行为。

我国《票据法》规定的狭义的票据行为只有五种:出票、背书、保证、承兑(只适用于汇票)、付款。

二、基本的票据行为与附属的票据行为

票据行为可以分为两类:

(1)出票行为,即基本的票据行为(主票据行为),是创造票据(证券),亦即创设票据权利的行为。

(2)其余行为称为附属的票据行为(从票据行为),附属的票据行为是以出票为前提。

意义:出票行为据本身根本不能有效存在,票据即为无效,其他附属票据行为(如背书)亦随之无效。

三、票据行为的特征

1.要式性

票据行为属要式行为。其行为必须依照票据法规定的方式进行,票据记载的事项也必须合乎票据法的要求。

比如说,票据行为是书面行为,不能以口头方式为之。

背书要写在背面。

2.无因性

票据行为只须具备其抽象的形式即可生效，而不问其实质。

甲为了履行房屋买卖而签发了票据，后来该房屋买卖合同无效，此时，基于票据的无因性，该票据依然有效。

3.文义性

令票据行为的内容完全以票据上的文字记载为准，即使文字记载与实际情况不一致，仍以文字所记载的为准，不允许当事人以票据上文字记载以外的证据对文字记载作变更。

4.独立性

票据上有多数票据行为时，各个行为都各自独立发生其效力，互不影响，这是票据行为的独立性，或称为票据行为独立的原则。

与一般债法规则相区别：票据上被保证人的债务即使无效，保证人的保证行为依然有效，保证人仍应负保证责任(《票据法》第49条)。

例外：出票行为（根本所在）

四、票据行为的有效要件

1.行为人应具备票据能力。

自然人须具备完全民事行为能力。

法人有权利能力，也就有票据权利能力。

2.意思表示真实。

3.符合法律的规定。

五、票据的伪造、变造和更改

一、票据的伪造

概念

票据的伪造，是指未经他人授权以他人名义进行票据行为的行为。

思考：这意味着什么？

票据的伪造指的就是票据上的签名是假的。

1、种类

票据的伪造，可以分为伪造基本票据行为和伪造附属票据行为两种。

前者为伪造票据的签发，后者为伪造背书、承兑、保证等。

2、效力

思考：票据伪造情形的利益格局（票据法上的利益格局）

（1）被伪造的人不承担票据责任。

（2）伪造人因其未在票据上签名，故也不承担票据责任。

（3）票据上有伪造的签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。(包括出票行为)

例：乙伪造甲的签名向丙签出票据，丙取得票据后又将该票据背书给丁。此例中 甲与乙都不承担票据责任，丙的签章是真实的，因而应对丁承担票据责任。

二、票据的变造

1.概念

票据的变造，是指无变更权的人在票据上变更他人所记载的事项的行为。

思考：变造的实质？

签名是真的，仅仅是变更除了签名以外的记载事项。

思考：通常变造的对象是什么？

金额

2.效力

思考：变造的利益格局？

原则：票据变造的，仍属有效。

A.在变造之前签章的人，对原记载事项负责；

B.在变造之后签章的人，对变造后的记载事项负责；

关键词：

预期（票据债务人的预期）

案例：

甲签发本票一张交与收款人乙，票据金额为 10,000 元。乙以背书转让给丙。丙取得本票后将金额改为 50,000 元，然后转让给丁，丁又以背书转让给戊。

甲乙丙丁分别应当承担什么责任？

三、票据的更改

1.概念

票据的更改，是指有变更票据记载事项权的人变更票据记载事项的行为。

2.效力

(1)票据更改后依更改后的文义发生效力。

(2)更改票据记载事项时，应在更改处签名。

(3)金额、日期、收款人名称不得更改。

汇票

第一节 汇票的概念及种类

一、汇票的概念

汇票，是指由出票人签发、委托付款人按照票据记载无条件向收款人或持票人支付金额的票据。

汇票关系通常涉及三方当事人：出票人、付款人、收款人。

二、汇票的特征

1.汇票是委托他人付款的票据。（本质特征）

2.汇票是有承兑制度的票据。汇票付款人无付款义务，因而需付款人承诺为汇票付款。

3.汇票是到期日非单一的票据。汇票的到期日具有非单一性，有见票即付(最简单的，可看做一种支付手段)、定日付款、出票后定期付款、见票后定期付款四种。

三、汇票的种类

商业汇票和银行汇票

这是以出票人身份作为划分依据的，也是我国票据法的分类依据。

(一)、商业汇票

商业汇票，是指从事商事行为的法人、自然人或其他组织签发的，委托他人依票据记载向收款人或持票人无条件支付金额的票据。

商业汇票须经付款人承兑，依承兑人的身份不同，又可以分商业承兑汇票与银行承兑汇票（出票人都是商事组织）。承兑人不是金融机构的，为商业承兑汇票；承兑人是金融机构的，为银行承兑汇票。

商业承兑汇票在我国使用率较低。

(二)银行汇票

银行汇票是出票银行签发的，由其在见票时按照实际结算金额无条件支付给收款人或者持票人的票据。（用于异地结算）

银行汇票的出票银行为银行汇票的付款人。（为对己汇票，性质上与本票类似）

第二节 出票

一、出票的概念

出票，是指出票人签出票据并将其交付给收款人的票据行为。

出票是票据创始行为，必须符合两个条件：

- ①依法定的款式作成汇票。
- ②将作成的汇票交付收款人。

二、汇票的款式

(一)汇票的绝对必要记载事项

绝对必要记载事项是汇票签发时必须记载的事项；欠缺绝对必要记载事项的，票据无效。

我国《票据法》规定，汇票必须记载下列事项：

- ①表明“汇票”的字样。
- ②无条件支付的委托(通常以“本汇票于到期日付款”、本汇票请予以承兑于到期日付款”等类似文句来表示，出票人无需另行记载。)
- ③确定的金额。票据金额以中文大写和数码同时记载，两者必须一致，两者不一致的，票据无效。
- ④付款人名称。
- ⑤收款人名称。
- ⑥出票日期。
- ⑦出票人签章。

(二)汇票的相对必要记载事项

相对必要记载事项为不记载并不导致票据无效的事项，但该事项依法律的推定而存在。

我国《票据法》规定的汇票相对必要记载事项为：

- 1.付款日期，汇票上未记载付款日期的，为见票即付；
- 2.付款地，未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地；
- 3.出票地，未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

(三)任意记载事项

任意记载事项是指，由当事人决定是否记载，不记载不会造成票据无效，法律也不推定其存在的事项。

依据我国《票据法》的规定，可以成为任意记载事项的只有“不得转让”和“币种”这两项（只有这两种可以发生票据法上的效力，其他的任意记载事项只是合同）。

三、出票的效力

汇票的出票人，因其出票行为对收款人或持票人应按照票据记载担保承兑、担保付款。（因签章而成为票据债务人）

此处所谓“担保”，即保证承兑或付款，收款人或持票人不获承兑或付款的，可以向出票人追索，出票人应清偿票款、赔偿损失。

第三节 背书概述

一、背书的概念与特点

背书是持票人以转让票据权利于他人为目的在票据上所作的一种票据行为。

在性质上,这是一种有相对人的单方法律行为。

1、背书人和被背书人

①行为人即让与权利的人，称为背书人。

②相对人即受让权利的人，称为被背书人。

③背书人可以是出票行为中的收款人，也可以是从收款人处受让而取得票据的人。

④被背书人没有什么限制，凡是从背书人处受让票据权利的人都可以充任被背书人
被背书人受让票据后，可以再依背书将票据让与他人，所以被背书人可以再为背书。

	背书人	被背书人
第一次背书	甲	乙
第二次背书	乙	丙
第三次背书	丙	丁

2、背书的格式

单方法律行为的性质意味着：

①只要背书人签章，而被背书人不必签章。

②一切背书都必须记在票据背面或者粘单上。

3、背书的优势：每次背书都记载在票据上要查究起来就很容易(族谱)——优越于单纯交付的方法

二、背书的分类

1、依背书的目的，背书分为转让背书与非转让背书。

2、转让背书是以转让票据权利为目的的背书，通常的背书多属于这一种。

3、非转让背书是具有其他目的(转让权利以外的目的)的背书。

这种背书又分两种：

一为设质背书，以设定质权担保债权为目的；(权利质押)

二为委任取款背书，以委任他人(被背书人)代为取款为目的。

第四节 转让背书

一、完全背书

完全背书是转让背书中最正规的一种，其记载最完全，又名正式背书。

这种背书将背书人和被背书人双方的姓名都记明，所以又称记名背书。

(一) 任意记载事项：禁止票据转让

背书人禁止转让后，票据仍得依背书转让，只是背书人对于禁止后再由背书取得汇票的人不负责任。

实质：背书人只对其直接后手(被背书人)负责，对以后取得票据的人不负责任。

甲-乙-丙-丁-戊

思考：禁止票据转让用意何在？

背书的任意记载事项是禁止票据转让，发生的是票据上的效率，对后面背书的人都有效。

如果违背了禁止票据转让的任意记载事项，后面被转让的人不能找一开始记载禁止票据转让的人，

援引直接前后手之间的抗辩权来拒绝权利。(非直接前后手没有这个抗辩权)

(二) 不得记载事项

1. 一部背书的记载

一部背书，就是将汇票上金额只依背书转让一部分或将汇票金额用两个背书分别转让给两个人的背书。

由票据的哪一种性质决定？

完全证券

因为票据权利的转让在背书后必须交付票据。上述转让部分金额的背书，或将票据金额分开转让给两人的背书，在背书后均无法交付票据。背书既然无效，被背书人当然不能取得票据权利。

2. 背书中条件的记载

背书必须是无条件的，如附条件时，条件部分视为无记载。

这时背书视为未附条件，与普通背书同样有效，被背书人可以取得票据权利。

二、空白背书

我国《票据法》第 30 条要求,汇票以背书转让或者以背书将一定的汇票权利授予他人行使时，必须记载被背书人名称，因此不承认空白背书。但是,最高人民法院的《票据法纠纷规定》却有限度地认可了空白背书，依据该规定第 49 条，如果背书人未记载被背书人名称即将票据交付他人的，持票人在票据被背书人栏内记载自己的名称与背书人记载具有同等法律效力。

三、转让背书的效力

(一) 权利转移的效力(转移力)

转让背书是背书人以转让票据权利为目的的票据行为，转让票据权利的本质效力就是依行为人的意思发生票据权利的移转。这是转让背书的主要效力。

移转力的具体内容

- 1、因背书而转让的权利是持票人所有的一切票据权利，包括对付款人的付款请求权、对前手(其他背书人与出票人)的追索权、对票据保证人的权利等。
- 2、因背书而移转权利后,票据债务人不得以对背书人的抗辩事由对抗善意的被背书人；(直接前后手之间抗辩的切断)
- 3、被背书人又可以再用背书把票据权利移转给下次背书的被背书人。

(二) 担保付款的效力(担保力)

背书人在无相反记载时担保承兑与付款，这是背书的担保效力。

担保付款效力的特点：

- 1、这种效力并非来自背书人的意思表示，而来自法律的规定，是一种法定效力。
- 2、所谓担保是持票人(背书人的后手)，如不获承兑或不获付款时，可以向背书人行使追索权。
- 3、背书人的这种担保责任又不仅对其直接后手(被背书人)一人存在,而且对其所有的后手均存在。
- 4、要求背书人既担保承兑，又担保付款，而且不允许免除。(我国)

(三) 权利证明的效力(证明力)

权利证明的效力是指持有连续背书票据的最后被背书人，只要他持有票据，就推定他是合法的权利人，他可以不必证明实际权利移转过程而行使票据上的权利。

仅凭背书连续即有行使权利的资格，这是法律赋予的一种效力，与当事人的意思无关，所以称为资格授予效力。

权利证明效力的实益：

简化持票人行使权利的手续，使票据能顺利地进行流转，使人们愿意使用或接受票据，而在接受票据时又能容易地辨识票据权利是否合法

权利证明效力的具体内容：

- (1)持票人所持票据上的背书如为连续，推定其为票据权利人。持票人不必举证，即可行使票据权利。
- (2)票据债务人向背书连续的持票人清偿票款时，也不必要求持票人提出证明，只要债务人为善意(非恶意或无重大过失)，该持票人即使不是真正权利人，债务人也免其责任。
- (3)从背书连续的票据的持票人依背书方式善意取得票据的，其背书人即使为无权利人而背书无效时，被背书人(即取得票据的人)仍取得票据权利，但有恶意或重大过失的除外。
- (4)票据债务人主张背书连续的持票人非真正权利人时应负举证之责。
- (5)票据债务人对于票据上背书不连续的持票人可以拒绝付款。如付款则应自负其责。

第五节 非转让背书

一、委任背书

(一)委任背书的概念

委任背书是将行使票据权利的权限授予他人的背书。

委任背书的特点

- 1.委任背书是要式行为，是有相对人的单方法律行为。
- 2.在委任背书里的背书人，是被代理人；被背书人是代理人。
- 3.委任背书的背书人交付票据并不发生票据权利的移转；票据权利人仍是背书人。
- 4.委任背书的格式与转让背书相同，必须记载“委任文句”或“委任取款文句”，如“委托甲代收”，“票款付与代理人甲”

(二)委任背书的效力

1.代理权授予效力

委任背书并不使票据权利发生移转，仅使背书人授予被背书人行使票据权利的权限。

2.权利证明效力

委任背书也有权利证明的效力，但其所证明的权利不是票据权利而是代理权。

票据上背书连续时，被背书人即当然有代理权，不必另行提出证明。票据债务人如无恶意或重大过失向之清偿，即可免责。

二、设质背书

(一)设质背书的概念与性质

设质背书是背书人以票据权利为被背书人设定质权而作成的背书。（权利质权）

背书人为质权设定人(出质人)，被背书人为质权人。

由此设定的质权属于权利质权。这种背书的目的不是移转权利，故不属于转让背书。

(二)设质背书的效力

1.设定质权的效力

被背书人在票据权利上取得质权，作为债权的担保。被背书人(质权人)可以票据金额优先受偿自己的被担保债权。

2.权利证明效力

设质背书具有权利证明的效力。被背书人得以背书的连续和持有票据证明自己为合法的质权人，不需要另行提出实质上的证据。债务人对之付款时，发生免责的效力。

3.担保效力

设质背书与委任背书不同，被背书人因背书取得实体权利(质权)，即从所取得的票将金额中优先受偿的权利，所以背书人在无相反的记载时应负担担保责任。

《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第四十七条

因票据质权人以质押票据再行背书质押或者背书转让引起纠纷而提起诉讼的，人民法院应当认定背书行为无效。

第六节 承兑概述

一、承兑制度的由来

汇票委托他人付款的性质

需要一种制度使付款人明确表示自己是否“接受”出票人的“委托”，是否承担付款义务，也使收款人能确定地取得权利(请求付款的权利)。

这样的制度可以使付款人明确自己的义务，也使收款人的权利得以确定——亦即承兑

二、承兑的概念

承兑,就是付款人表示于到期日支付汇票金额的一种票据行为(《票据法》第 38 条)。

承兑是建立在出票行为(基本的票据行为)之上的附属的票据行为。

第七节 承兑的程序

一、承兑自由的原则

1.从付款人方面说

付款人并没有承兑(表示到期付款)的义务，其可以承兑，也可以拒绝承兑。

付款人违反资金关系中的约定而不承兑，也只是民法上的违约行为，并不发生票据法上的责任问题。

2.从收款人方面说

请求承兑与否是持票人的自由。请求承兑是持票人行使权利的程序之一，而非其义务。

权利的本质——生存权

二、承兑的提示

1.收款人(持票人)向付款人出示汇票，请其表示承兑与否的行为称为承兑的提示。

2.提示本身不是一种票据行为，而是承兑(票据行为)的前提，是承兑行为的必要手续之一。

3.向付款人出示汇票的人，即提示人，亦即持票人。不论是真正权利人或形式上占有票据的人都可以提示。

4.受提示的人是付款人。

5.提示既然应向付款人提出，就应由持票人到付款人所在地(营业所、住所或居所)

三、承兑的成立

(一)承兑时间

持票人向付款人提示汇票请求承兑后，付款人应即决定承兑或拒绝承兑。

我国《票据法》第 41 条第 1 款规定：“付款人对向其提示承兑的汇票,应当自收到提示承兑的汇票之日起 3 日内承兑或者拒绝承兑。”

(二)承兑的格式

承兑为要式行为。

我国《票据法》第 42 条第 1 款则规定付款人承兑汇票的，应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章;见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期。

第八节 承兑的效力

1、付款人承兑后即成为承兑人。承兑人负有于到期日绝对付款的责任，成为汇票上的主要的或第一债务人。

2、承兑人的付款义务是绝对的，是基于他本人的意思表示（承兑行为）而生的主要义务，不是如被追索人所负义务那样的以他人不付为条件的法定义务。

3.承兑人的义务是最终的义务，不仅对汇票的最后持票人，对于所有追索权人以及履行了偿还义务的背书人、出票人也要负责。

(承兑人的义务是不附条件的、是最终的)

第九节 保证概述

一、保证的概念及性质

票据保证,是票据债务人以外的人为担保票据债务的履行,以负担同一内容 (同一内容: 你是谁的保证人, 你的权利义务等同于他。) 的票据债务为目的的一种附属的票据行为。

(一) 票据保证是一种附属的票据行为

票据保证是建立在基本的票据行为(出票行为)之上的, 以形式上有效的被保证债务的存在为前提对于出票行为与被保证债务有附属性。

但依据票据行为独立的原则, 被保证债务即使实质上无效, 票据保证仍能有效成立, 所以又是一种独立的票据行为。

(二) 票据保证的目的在于担保其他票据债务的履行

所担保的票据债务既包括承兑人的付款债务, 也包括出票人、背书人等的偿还债务(被追索债务)。

二、保证的种类

(一) 全部保证与一部保证

全部保证是就票据金额的全部所为的保证。一部保证是就票据金额的一部所为的保证。

无记载: 推定为全部保证

(二) 单独保证与共同保证保证人只有一人时的保证为单独保证。数个保证人所为的保证为共同保证。

我国《票据法》第 51 条规定: “保证人为二人以上的, 保证人之间承担连带责任。” (不能约定规避)

第十节 保证的当事人与方式

一、当事人

票据保证中的当事人是被保证人与保证人。

1. 被保证人

凡汇票上的债务人都可以充当被保证人。不仅汇票上的承兑人(主债务人), 汇票上的出票人、背书人(法定担保债务人)也都可以为被保证人。

2. 保证人

我国《票据法》第 45 条第 2 款也规定: “保证人由汇票债务人以外的他人担当。”

思考: 为什么保证人只能由票据债务人以外的人担任?

票据保证的目的是增强票据上的总信用(总债务人的资力), 只有在已有的票据债务人之外求取保证人, 才能达到这一目的。

注意:

《票据管理实施办法》第 12 条还规定: 票据法所称 “保证人”, 是指具有代为清偿票据债务能力的法人、其他组织或者个人。国家机关、以公益为目的的事业单位、社会团体、企业法人的分支机构和职能部门不得为保证人。

原因：

- ①国家机关、以公益为目的的事业单位、社会团体：财产有专属用途，有资金的专用性
- ②企业法人的分支机构和职能部门：没有法人资格

二、方式

1.正式保证是记载完全的保证。

在汇票上记载：

(1)“保证”的字样。

(2)被保证人姓名。

(3)保证人签名。

(4)年月日，即保证的日期。

《支付结算办法》第35条第2款规定：保证人为出票人、承兑人保证的，应将保证事项记载票据的正面；保证人为背书人保证的，应将保证事项记载于票据的背面或粘单上。

2.未记载被保证人的略式保证，法律规定了被保证人的推定方法。

我国《票据法》第47条第1款规定，如果保证人没有在汇票或者粘单上记载被保证人的名称时，已承兑的汇票，承兑人为被保证人；未承兑的汇票，出票人为被保证人。（保障汇票的流通性）

3.保证可以为一部保证，但如未记明时，即为全部保证。

4.保证不能附条件。我国《票据法》第48条规定：“保证不得附有条件；附有条件的，不影响对汇票的保证人责任。”（票据法上视为条件不存在，普通债权上可以作为合同存在）

第十一节 保证的效力

一、保证人的责任

保证人与被保证人负统一责任。

(一)票据保证的从属性

1.各个保证人责任的内容与范围，视其所保证的人(被保证人)为谁而异。

保证人与被保证人所负责任的种类与范围完全相同。

例如，被保证人是承兑人时，保证人也成为主债务人，负最后付款责任；被保证人是背书人或出票人时，保证人也负偿还责任(被追索责任)。除一部保证外，保证人所应支付或偿还的金额也与被保证人相同。

2.票据债务的保证人既与被保证人负同一责任，因此债权人(持票人)即使未向被保证人请求或追索，也可直接向保证人请求或追索。

民法上一般保证的保证人有先诉抗辩权，所以保证人是第二顺序的债务人。

(二)票据保证的独立性(外观主义)

票据保证中，只要被保证债务在形式上有效成立，即使在实质上无效(例如，被保证人为无行为能力人，被保证人的签名是伪造的)，保证行为仍有效，保证人仍应负责。

如果被保证的债务行为因形式上的问题(如方式欠缺)而无效时，例如，为出票人作保证人，而出票行为因出票人未签名而无效时，保证也无效。

二、保证人的追索权

履行了债务的保证人直接取得持票人对于被保证人以及被保证人的前手的票据权利(追索权)。至于被保证人的后手, 则因保证人的付款而免除债务。

保证人取得这种权利是由于他履行了保证债务, 依法律的规定而独立地原始地取得的, 并不是从被保证人那里承继而来的, 所以, 被保证人及其前手即使有得以对抗持票人的抗辩, 也不能以之对抗保证人。

例:

甲→乙→丙→丁→戊, 张三为丁担保。

被保证人本人以及被保证人的前手都是他的债务人, 保证人的权利是原始取得, 不是继承被保证人的权利 (即先后手抗辩权不存在, 丙不可以拒绝张三)

①张三是丁的保证人, 戊直接找张三, 张三可以找甲乙丙丁

②张三是丙的保证人, 戊直接找张三, 张三可以找甲乙丙

第十二节 到期日

一、到期日的概念

到期日是汇票上记载的应该付款的日期, 即票据上记载的付款人应履行付款义务的日期。

二、到期日的种类

1.见票即付。

这是以提示付款的日期为到期日。票据付款人或承兑人在持票人提示付款当日付款。

2.定日付款。

这是以确定的日期为到期日。比如, 出票人于出票时记载汇票的付款日为某年某月某日。

3.出票后定期付款。

这是以出票日为起算时间, 经历票据上记载的期限后, 以该期限之最后一日作为付款日。

比如, “出票 1 个月付款” 的汇票, 出票日为 3 月 3 日的, 付款日为 4 月 3 日。

4.见票后定期付款。

这是以见票日为起算时间, 以该期限的最后一日作为付款日。

比如, “见票后 1 个月付款” 的汇票, 当持票人于 3 月 3 日提示承兑的, 付款日为 4 月 3 日。这种汇票的到期日无确切时间, 到期日的迟早取决于承兑提示的迟早。

我国《票据法》规定, 见票后定期付款汇票的承兑提示, 不得迟于出票后的 1 个月。

注意: 出票人只能在以上四种方式中确定到期日, 否则法律不予认可。

第十三节 追索权概述

一、追索权的概念与特征

情境:

1、汇票经多次转让到了最后持票人手中;

2、最后持票人在到期日向付款人(或承兑人)提示付款(或承兑), 遭到拒绝;

问题: 1、在普通债权债务关系如何救济?

2、债权人实现债权可能遇到哪些障碍?

追索制度的实益

正是考虑到一般债之关系对债权的实现保障有限，为了维护票据制度，增强票据的信用及流通，票据法规定了一个特殊的制度，即持票人可以以全体票据债务人为对手，请求全体债务人(包括承兑人和付款人)偿还票款，这种制度就是**追索制度**。

概念：

追索权是汇票不获付款、不获承兑或有其他法定原因时，持票人向其前手请求偿还票据金额及其他法定款额的一种票据权利。

追索权的性质及其前提：

追索权是一种票据权利，是为补充付款请求权的第二次的权利，又名“偿还请求权”。在第一次的请求权(即付款请求权)不能得到满足时，持票人才能行使第二次的权利，即追索权。

持票人如果不行使付款请求权而去行使追索权，是不被许可的。

作为“备胎”

二、汇票上的追索权人

(一)持票人

持票人是行使最初的追索权的人。

例外：

持票人为出票人时，对其前手无追索权。(回头背书)

(二)因清偿而取得票据的人

所谓因清偿而取得票据的人，是指向自己的后手已为清偿的持票人；被追索人已为清偿后，与持票人(即原追索权人)有同一权利。

所谓有同一权利，就是同样享有追索权，可以向自己的前手行使(再追索)。这种追索权名为“再追索权”。

第十四节 保全追索权的手续

保全追索权的手续指使追索权不致丧失，使权利人在合法原因发生时即得行使追索权的各种行为，又称为“追索权的形式要件”

(一)汇票的承兑提示与付款提示

1、应该承兑的汇票，持票人应于规定的承兑提示期间内向付款人提示汇票，请求承兑。

2.一切汇票均须在规定期间内提示请求付款。

(二)作成拒绝证书

持票人提示汇票请求承兑或请求付款而遭拒绝的，均应作成拒绝证书以为证明。

持票人对于请求承兑或请求付款而被拒绝应负举证之责，而作成拒绝证书则是法定的证明方法。

(三)拒绝者的义务

我国《票据法》关于作成拒绝证书的规定如下：

1、持票人提示承兑或者提示付款被拒绝的，承兑人或者付款人必须出具拒绝证明，或者出具退票理由书。

2、未出具拒绝证明或者退票理由书的，应当承担由此产生的民事责任。

不能出示的法律后果

我国《票据法》第 65 条规定：持票人不能出示拒绝证明、退票理由书或者未按照规定期限提供其他合法证明的，丧失对其前手的追索权。

第十五节 行使追索权的程序

持票人的追索权得到保存，持票人就可以开始追索，也就是行使追索权。

一、通知拒绝事由

持票人行使追索权的第一步是将被拒绝付款的事由向所有追索对象通知。这种通知称为“拒绝事由之通知”或“追索通知”。

票据法规定持票人有此义务，其目的在于使汇票上的全部债务人(即全部被追索人)知悉其事，可以做好自己的准备，或者准备届时自动偿还，或者及早筹备资金。

二、债务人自动偿还

被追索人收到通知后，如果不待持票人催索，即自动偿还票款，持票人不得拒绝受领。

被追索人自动偿还，可以避免追索金额的扩大，自己可以早日行使再追索权以迅速结束票据关系。对自己、对持票人都有利，所以持票人不应拒绝。否则，持票人应负受领迟延的责任。

三、确定追索对象

在行使追偿权时，持票人对于负有偿还义务的人，既不必拘泥于一人或数人，也不必顾及其负担债务之先后。

1、汇票债务人对持票人承担连带责任。

2、持票人可以按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。

3、持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经进行追索的，对其他汇票债务人仍可以行使追索权。

注意：成本问题

四、请求偿还和受领

持票人选定追索对象后即可行使追索权，向被追索人提示汇票与拒绝证书，请求偿还。

采取诉讼方式或诉讼外方式均可。

第一次追索的追索金额

(1)被拒绝承兑或被拒绝付款的票据金额。

(2)自到期日至付款日的利息。这部分利息是法定利息。

(3)作成拒绝证书的费用、通知费用及其他费用。

其他费用，如邮费、调查偿还义务人的住所的费用等，但不能包括诉讼费用与律师费用(诉讼费用依法应由法院判令败诉人负担)。

追索权人的交回义务

被追索人受到追索，如数清偿后，追索权人应当将汇票、拒绝证书与附有收据的偿还计算书交与被追索人。

偿还计算书中应将各种费用详细开列。

汇票是完全证券，追索权人受到偿还后交回这些文件是他的义务，所以他如不交回，被追索人可拒付偿还金额(同时履行的抗辩权)。被追索人之所以必须收回这些文件，是为了他自己下一步进行再追索的需要。

再追索

汇票上有多数债务人，如果持票人追索时并未径直向汇票的最后债务人(出票人)请求偿还，而是向其他债务人请求偿还，这时的被追索人对持票人偿还后，仍可向自己的前手追索，如此一直追索到最后债务人为止。

再追索金额

- (1)本次追索权人已付出给前一追索权人的总金额;
- (2)上述金额的利息;
- (3)为进行本次追索所支出的费用

本票与支票

第一节 本票

一、本票的概念与特征

(一)本票的概念

本票，是指出票人签发的承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

我国票据法所称的本票，是银行本票，即银行签发的本票。

(二)本票的特征

- 1.本票是由出票人承诺自己付款的票据。
- 2.本票无承兑制度。本票自出票时便确定了付款责任，无须通过承兑方式明确责任。
(只有本票比较特殊，没有付款人)

二、本票的特殊规则

(一)出票的特殊规定

1.绝对必要记载事项:

- ①表明“本票”的字样。
- ②无条件支付的承诺。
- ③确定的金额。
- ④收款人名称。
- ⑤出票日期。
- ⑥出票人签章。

2.相对必要记载事项:

- ①付款地。未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地。
- ②出票地。未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

(二)见票制度

传统理论的含义:

见票，是指本票出票人为确定见票后定期付款的本票到期日的起算点，在持票人提示见票时，于本票上记载见票字样并签章的行为。

本票无“承兑”程序，设立“见票”程序作为替代，目的在于为见票后定期付款的本票确定到期日

作为例外的我国《票据法》

1.我国《票据法》规定，本票为见票即付的票据，因而提示见票不是为了确定付款日期而是为了请求付款，与提示付款相差无几。（我们国家的本票只有一种：见票即付的本票）

2.法律规定，本票自出票日起，付款期限最长不得超过 2 个月，持票人未按照规定期限提示见票的，丧失对出票人以外的前手的追索权。——限制了本票的流通性

第二节 支票

一、支票的概念

支票，是指出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

注意：

银行或者其他金融机构

办理了支票存款业务

二、支票的特殊规则

(一)出票的特殊规定

1.绝对必要记载事项：

- ①表明“支票”的字样。
- ②无条件支付的委托。
- ③确定的金额。
- ④付款人名称。
- ⑤出票日期。
- ⑥出票人签章。

2.相对必要记载事项：

- ①付款地。未记载付款地的，付款人的营业场所为付款地。
- ②出票地。未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

(二)付款的特殊规则

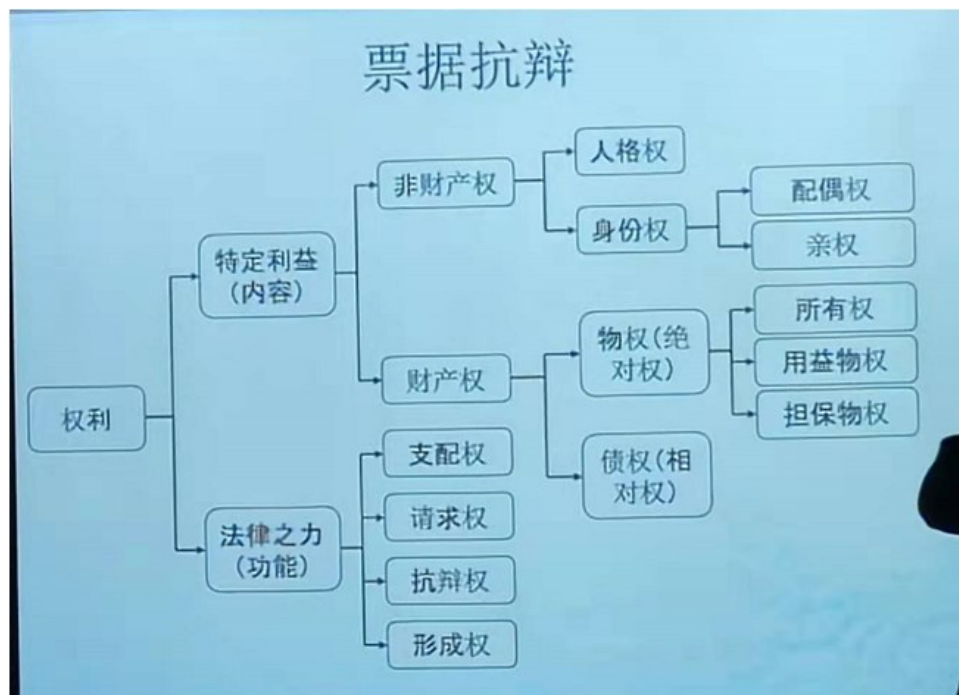
1.付款提示。

支票收款人或持票人应在出票日起 10 日内进行付款提示。

2.付款。

付款人依法支付支票金额的，对出票人不再承担受委托付款的责任，对出票人不再承担付款的责任。但是，付款人以恶意外(明知)或者重大过失(外观)付款的除外。

票据抗辩



第一节 票据抗辩概述

一、票据抗辩的概念

票据债务人对于票据债权人提出的请求，提出某种合法的事由而予以拒绝，称为票据抗辩。

例：付款日未到而拒绝付款

性质：债务人的防御手段。

二、票据抗辩的种类

根据的原因的不同以及抗辩效力的不同，票据抗辩分为物的抗辩和人的抗辩两种。（物的抗辩可以对抗所有债权人；人的抗辩只能对抗特定的债权人）

（一）物的抗辩

物的抗辩，是指基于票据本身的内容(如：票据上记载的事项)发生的事由而为之抗辩。

抗辩来自票据本身：不论持票人(权利人)为谁，也不论债务人是谁，都能成立。

1.一切票据债务人(被请求人)可以对一切票据债权人行使的抗辩

(1)票据无效即票据行为不成立的抗辩。如，票据要件欠缺(如出票人未签名)。

(2)依票据上的记载不能提出请求的抗辩，如到期日未至等。

(3)票据债权已消灭的抗辩，如票据债权已因付款而消灭，票据债权已因提存而消灭等。

2.只有特定的债务人可以提出但可以对抗一切债权人

(1)否定票据行为有效成立的抗辩。如票据债务人无行为能力时，该无行为能力人提出他所为的票据行为无效。

(2)依票据上的记载而提出的抗辩。如在票据上记明禁止转让的人对禁止后取得票据的人提出的抗辩。

(3)保全手续欠缺的抗辩。如应作成拒绝证书而未作时，被迫索人对持票人提出的抗辩

(二)人的抗辩

人的抗辩是指由于债务人与特定债权人之间的关系而发生，因而只能向特定债权人行使的抗辩。

1、票据上的一切债务人可以提出，但只能向特定的债权人行使的抗辩。如持票人破产时即失去受领能力，一切债务人都可以向之拒绝付款。

2、只有特定的票据债务人可以向特定的债权人行使的抗辩。这类抗辩主要是有关原因关系的抗辩。如，票据作为债务人和债权人之间支付价款的方式。

第二节 票据抗辩的限制

一、物的抗辩（物的抗辩不予限制）

各种抗辩中，物的抗辩是随票据本身而发生并存在的，无论票据转让到何人手中，这种抗辩都要随着票据存在，由新的票据债务人行使。

对这种抗辩，不能限制，不应限制。这是保护票据债务人所必要的。

二、人的抗辩

1、在人的抗辩中，对直接当事人间的抗辩也无法限制。（直接前后手之间的抗辩不做限制）

例如，在出票人与收款人之间，既存在票据关系，也存在原因关系。依照民法上同时履行的原则，当收款人向出票人请求付款时，出票人也可请求收款人履行原因关系中的债务。

2、人之抗辩的切断：

票据一经转让，债务人对让与人(前手)的抗辩就不能随债权(票据)而移转到受让人(后手)身上去。

这样使人的抗辩在票据转让时不能移到受让人(后手)，称为人的抗辩被切断。

3、持票人取得票据出于恶意 明知对债务人有损害)时不适用“人之抗辩的切断”的规定

4、持票人取得票据是无代价或以不相当的代价取得的，也不适用“人之抗辩的切断”的规定

无代价和以不相当的代价取得票据的人不应享有优于其前手的权利，所以在票据抗辩一点，也不能优于其前手。

票据的丧失及公示催告

第一节 票据丧失的意义

票据的丧失指票据的持票人丧失对票据的占有，包括票据的灭失(物质的毁灭，如被焚、毁损)和因遗失、窃盗等非因自己的意思失去占有两种情况。

前者为绝对的丧失，后者为相对的丧失。

救济的方法

各国采取的补救办法大体上有两种：

第一，通过公示催告宣告票据无效，为大陆法国家所采用；

第二，通过诉讼以行使权利，为英美法国家所采用。

第二节 公示催告

公示催告是丧失票据的人在丧失票据后申请法院宣告票据无效而使票据权利与票据相分离的一种制度。

公示催告程序的具体规则：

一、必须是能够适用公示催告程序的票据

只有按照规定可以背书转让的票据的持有人，因票据被盗、遗失或者灭失后，可以向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。

注：被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的票据不得背书转让

（地点是在，支付地的基层人民法院）

二、票据持有人向法院提出申请

丧失票据的人应当向票据支付地的基层人民法院申请公示催告；

申请人应当向人民法院递交申请书，写明票面金额、出票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实，以及通知票据付款人挂失止付的时间，付款人的名称、通信地址、电话号码等

三、法院应就申请进行审查

法院在收到申请之后，应对该申请进行审查

审查的内容及后果

审查的内容主要包括形式要件与实质要件两方面：前者如法院管辖权、申请人的诉讼能力、申请的手续等，后者如申请人有无申请权、票据是否丧失等。

经审查认为符合受理条件的，法院通知申请人予以受理，并同时通知支付人停止支付；认为不符合受理条件的，7日内裁定驳回申请

四、法院进行公示催告

法院在受理申请后，应在3日内发出公告，催促利害关系人申报权利。

公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于60日。

公告的方式：

公告应当在有关报纸或者其他媒体上刊登，并于同日公布于人民法院公告栏内。

人民法院所在地有证券交易所的，还应当同日在该交易所公布。

五、无人申报权利的情形

公示催告期间届满后，没有人申报的，人民法院应当根据申请人的申请，作出判决，宣告票据无效。

判决应当公告，并通知支付人。

自判决公告之日起，申请人有权向支付人请求支付。

六、有人申报权利的情形

如果有人因持有票据而在公示催告期间内向法院申报权利的，法院应裁定终结公示催告程序，并通知申请人和支付人。

七、除权判决

法院进行除权判决，即以判决宣告票据无效。

丧失票据人(即公示催告申请人)可凭除权判决对票据债务人行使权利。

经除权判决后，票据无效，所以在票据丧失后取得票据的人(持票人)丧失票据权利，即使善意取得票据的人也不能取得票据权利。

除权判决的实质：

除权判决是法院宣告票据无效，使票据权利与原票据相分离的一种表示。

票据经除权判决宣告无效后，票据权利人即可不凭票据而行使权利