

最新高校法学专业
核心课程配套测试

依商法核心课程教材最新版体例组编

現代
法學

现代法学
试题系列

6

依据最新立法及学术动态修订升级
新增2013~2014年司考、考研真题

商法 配套测试

教学辅导中心 组编

第七版

题量充足 考点全面
 解答详尽 一练三考

本科生课程考试、司法考试、研究生入学考试

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



现代法学
试题系列

6

09-23-99-4
1-7

商法 配套测试

教学辅导中心 组编

第七版

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

商法. 6 / 教学辅导中心组编. —7 版. —北京: 中国法制出版社, 2015. 9

(高校法学专业核心课程配套测试)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 6590 - 8

I. ①商… II. ①教… III. ①商法 - 中国 - 高等学校 - 习题集 IV. ①D923. 99 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 174278 号

责任编辑: 马金凤

封面设计: 周黎明

高校法学专业核心课程配套测试

商法 (第七版)

SHANGFA (DI QI BAN)

组编/教学辅导中心

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787 毫米 × 1092 毫米 16

版次/2015 年 9 月第 7 版

印张/ 21.5 字数/ 588 千

2015 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6590 - 8

定价: 45.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66070046

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

第七版出版说明

《商法配套测试》是我社教学辅导中心组织著名法学院校的优秀教师编写的《高校法学专业核心课程配套测试丛书》中的一本。该丛书专为法学院校学生掌握法律专业知识、提升法学应试能力而精心设计，分册设置涵盖教育部规定的法学专业所有核心课程，因考点全面、题量充足、解答详尽、应试性强等优点，受到广大师生及法学应试人员的普遍欢迎，其中大多分册都再版重印，历久不衰。该丛书已成为法学教辅图书中的实力品牌。

《商法配套测试》自2005年出版后，历经多次改版重印，深受广大读者的喜爱，很多读者还来电来信向我们表达感谢和期待。正是基于这种信赖，为及时体现商法学最新研究成果，并与我国立法发展相适应，在承继该书原有优点基础上，我们对其全面修订。特点如下：

一、配套主流教材

本书结构上分为四十四章，与商法核心课程教材相一致，便于随学随练。

二、内容及时更新

1. 依据最新，根据《公司法》（2013修正）、《证券法》（2014修正）、《保险法》（2014修正）、《公司法解释（一）（二）（三）》（2014）全面改编。

2. 题目最新，新增2013~2014年司法考试和2014~2015年考研真题，并对陈旧题目彻底删除。

三、加工精细考究

1. 重点章节前面设置“基础知识图解”，归纳每章的基本概念和知识体系。

2. 本书对重点知识以脚注的形式提醒注意要点，拓展解题思路。

3. 对于某些比较类型的题目，本书以表格的形式将答案进行呈现，便于读者记忆。

4. 在正文之后，本书设置了两套期末试题，便于读者进行整体复习和预演自测。

四、附录全面实用

附录全国重点高校商法专业2008~2015年研究生入学考试部分真题，为计划考研的读者提供更多的帮助。

中国法制出版社
教学辅导中心
2015年9月

目 录

第一章 商 法	1
基础知识图解	1
配套测试	1
参考答案	2
第二章 商 主 体	13
基础知识图解	13
配套测试	13
参考答案	14
第三章 商 行 为	18
基础知识图解	18
配套测试	18
参考答案	19
第四章 商事登记	22
基础知识图解	22
配套测试	22
参考答案	23
第五章 商 号	26
基础知识图解	26
配套测试	26
参考答案	27
第六章 商事账簿	29
基础知识图解	29
配套测试	29
参考答案	30
第七章 公司与公司法概述	31
基础知识图解	31
配套测试	31
参考答案	34
第八章 公司的设立	45
基础知识图解	45
配套测试	45
参考答案	49
第九章 公司的人格与能力	56
基础知识图解	56
配套测试	56
参考答案	56

第十章 公司的资本制度	59
基础知识图解	59
配套测试	59
参考答案	66
第十一章 股东与股权	82
基础知识图解	82
配套测试	82
参考答案	86
第十二章 公司的治理结构	96
基础知识图解	96
配套测试	96
参考答案	103
第十三章 公司的合并与解散	113
基础知识图解	113
配套测试	113
参考答案	117
第十四章 证券法的基本问题	124
基础知识图解	124
配套测试	124
参考答案	125
第十五章 证券市场主体法律制度	129
基础知识图解	129
配套测试	129
参考答案	132
第十六章 证券发行与承销法律制度	136
基础知识图解	136
配套测试	136
参考答案	138
第十七章 证券上市与交易法律制度	142
基础知识图解	142
配套测试	142
参考答案	146
第十八章 证券投资基金法律制度	154
基础知识图解	154
配套测试	154
参考答案	155
第十九章 破产法概述	157
基础知识图解	157
配套测试	157
参考答案	158
第二十章 破产申请与破产案件的受理	160
基础知识图解	160

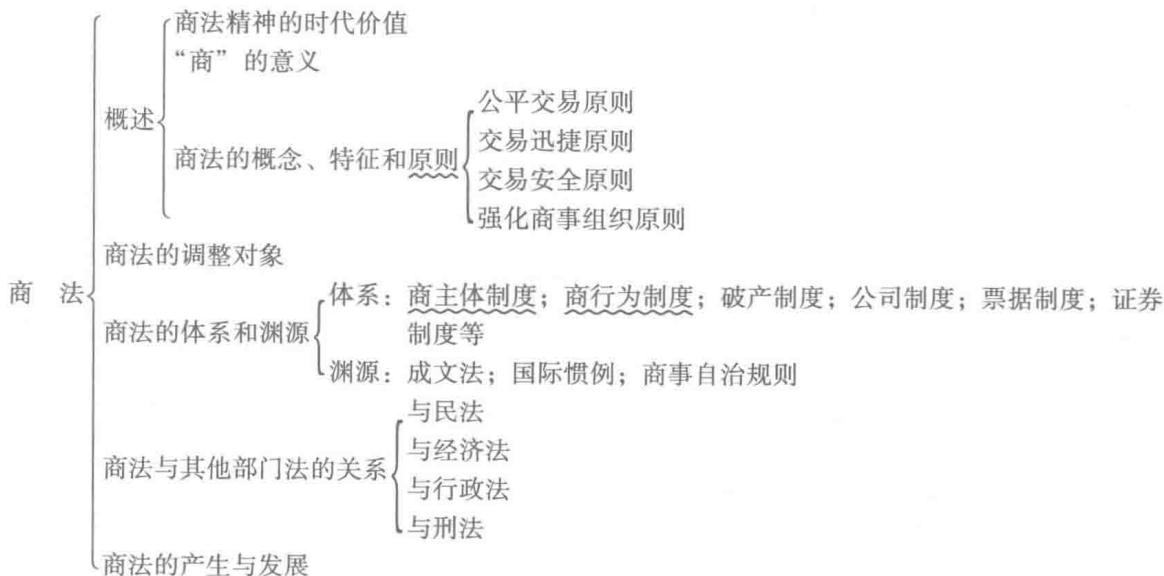
配套测试	160
参考答案	161
第二十一章 破产管理人	165
基础知识图解	165
配套测试	165
参考答案	166
第二十二章 破产财产、破产费用与共益债务制度	169
基础知识图解	169
配套测试	169
参考答案	170
第二十三章 债权人会议	173
基础知识图解	173
配套测试	173
参考答案	175
第二十四章 破产重整	178
配套测试	178
参考答案	178
第二十五章 破产清算	180
基础知识图解	180
配套测试	180
参考答案	183
第二十六章 破产犯罪及处罚	191
基础知识图解	191
配套测试	191
参考答案	191
第二十七章 票据法概述	192
基础知识图解	192
配套测试	192
参考答案	198
第二十八章 汇 票	211
基础知识图解	211
配套测试	211
参考答案	217
第二十九章 本 票	228
基础知识图解	228
配套测试	228
参考答案	229
第三十章 支 票	231
基础知识图解	231
配套测试	231
参考答案	233

第三十一章 保险法概述	236
基础知识图解	236
配套测试	236
参考答案	237
第三十二章 保险合同	241
基础知识图解	241
配套测试	241
参考答案	248
第三十三章 人身保险	262
基础知识图解	262
配套测试	262
参考答案	266
第三十四章 财产保险	272
基础知识图解	272
配套测试	272
参考答案	274
第三十五章 保险业	278
基础知识图解	278
配套测试	278
参考答案	280
第三十六章 海商法概述	285
基础知识图解	285
配套测试	285
参考答案	285
第三十七章 船舶和船员	287
基础知识图解	287
配套测试	287
参考答案	289
第三十八章 海上运输合同	293
基础知识图解	293
配套测试	293
参考答案	297
第三十九章 船舶租用合同和海上拖航合同	302
基础知识图解	302
配套测试	302
参考答案	304
第四十章 船舶碰撞	307
基础知识图解	307
配套测试	307
参考答案	308
第四十一章 海难救助	310
基础知识图解	310

配套测试	310
参考答案	311
第四十二章 共同海损	312
基础知识图解	312
配套测试	312
参考答案	313
第四十三章 海事赔偿责任限制	315
基础知识图解	315
配套测试	315
参考答案	316
第四十四章 海事诉讼时效和涉外海事关系的法律适用	319
配套测试	319
参考答案	320
期末测试题一	322
期末测试题二	326
附录：名牌法学院校研究生入学考试商法学部分历年真题	330

第一章 商 法

基础知识图解



配套测试

一、单项选择题

- 关于商法的概念可以解释为：()
 - 调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系的法律规范的总称
 - 调整商行为的法律规范的总称
 - 调整公司、企业日常商业活动的法律规范的总称
 - 调整一切微观经济活动的法律规范的总称
- 不属于商法与经济法主要区别的是：()
 - 调整对象上，商法着重于平等主体之间的交易活动，经济法着重于国家权力干预经济活动
 - 调整方法上，商法着重于意思自治，经济法着重于国家统治原则
 - 法律属性上，商法以强行性规范为主，经济法以任意规范为主
 - 体系构成上，商法主要以公司、票据、证券、海商、保险法为主，经济法以金融、税收、竞争法、贸易管制等为主

二、名词解释

- 商法
- 商法的渊源
- 公平交易原则
- 商事交易迅捷安全原则（西北政法大学 2007 年考研真题）

三、简答题

- 外观主义一般被视为商法的原则之一，试举若干具体制度说明外观主义之意义。（武汉大学 2010 年、华东政法大学 2013 年考点）
- 简述交易便捷原则在我国商事立法中的体现。（武汉大学 2005 年考研真题）
- 简述商事法律关系的特点。（西北政法大学 2005 年考研真题）
- 简述商法的基本原则。
- 简述商法的特点及其意义。（中山大学 2005 年考研真题）

6. 商法的渊源及其适用。(复旦大学2014年考研真题)
7. 商法的概念和特征。(昆明理工大学2014年考研真题)

四、论述题

1. 论商法的主要特点。
2. 试述大陆法系民商关系的立法体制。(西北政法大学2005年、华东政法大学2013年考研真题)
3. 试论经济法与商法的关系。(中国人民大学2005

- 年考研真题)
4. 试述主观标准的商事立法体系。(西北政法大学2006年考研真题)
5. 试论商法与民法的区别。(吉林大学2013年考研真题)
6. 论商主体法定原则的内容和价值。(中国人民大学2008年考研真题)
7. 试述商法的“私法公法化”性质。(中南财经政法大学2006年考研真题)

参考答案

一、单项选择题

1. 答案：A。
2. 答案：C。

二、名词解释

1. 答案：商法是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系，即商事关系的法律规范的总称。它通常可以从广义和狭义两个方面去理解。在狭义上，商法仅仅指商法典及其附属法规，如商法典及其施行法等等。在广义上，商法包括全部商事法律部门，它不仅包括商法典，即商人身份法和商行为法等内容，而且包括与商事经济活动密切相关的各种法律，如公司、票据等法律。
2. 答案：商法的渊源是指商法规范借以表现和存在的形式。它是对商事行为具有约束力的法律规范效力的重要来源，是商事经营活动的重要法律依据。在我国，商法的渊源可以分为以下几种：(一)法律；(二)行政法规；(三)地方性法规；(四)国际条约、国际惯例；(五)立法解释；(六)司法解释；(七)商事自治规则。
3. 答案：公平交易原则是指商主体应本着公平的观念从事商行为，正当行使权利和履行义务；在商事交易中兼顾他人利益和社会公共利益。公平交易原则的内容主要体现为以下两个方面：
其一，商事交易主体的地位平等，在交易过程中，任何一方不得享有法律上的特权。
其二，诚实信用，即商事交易主体在从事商行为时应该讲诚实、守信用，以善意的方式互为交易、履行义务，不得规避法律和合同的约定，以维护交易之公平。
4. 答案：商事交易迅捷安全原则，又称商行为迅捷安全原则，指依据商事交易的特点，使商法制度特别是商行为制度的建构与实施，重在为商事交易提供安全保障的规则，主要体现在交易简便、

短期时效和定型化交易规则三个方面。

三、简答题

1. 答案：作为商法的原则之一，外观主义是指以交易当事人行为的外观为标准，而确定其行为所产生的法律效果。根据这一主义，公示于外表的事实，纵与真实的情形不符时，对于依该外表事实所进行的商行为，亦需加以保护，以维持交易的安全。对此，法国学者称其为外观法理，英美法系则称其为禁反言。
外观主义在商法中的具体体现如下：公司法规定，公司设立登记后有应登记之事项而未登记或已登记之事项有变更而不为变更登记者，不得以其事项对抗第三人；隐名合伙人如参与合伙事务的执行或为参与执行的表示，纵有相反的约定，对于第三人仍应负出名营业人的责任。票据上所记载的出票地和出票日，即使和真实的出票地和出票日不符时，也不影响票据行为的效力。同样，对于有价证券，法律强调的是该证券的文义而非取得该证券的非文义的原因。另外如各国商事法上关于不实登记的责任、表见经理人、表见代表董事、自称股东和类似股东者责任，票据的文义性和要式性、背书连续的证明力等规定，都体现了外观主义的要求，均赋予行为外观之优越效果，以确保交易之安全。
2. 答案：按照商法学者们的普遍认识，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。
商法规则不同于民法规则的一重要特征，在于强调商事行为的简便性。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方式，这就使得此类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，仅将少部分特殊内容留待交易当事人约定，由此形

成法律行为文件的证券化和标准化,这对于简便交易手续、保障交易迅捷所起的作用是显而易见的。例如,现代各国商法实践中广泛采用的票据、提单、保险单、流通证券等均是此种法律行为文件标准化的典型。实际上,就是对于许多非证券化的商事契约而言,其大部分内容也已由商法中的推定条款和交易习惯所预先确定,由此形成商事契约的简便性特征。例如,各国商法中对于商事买卖、交互计算、商业租赁、商业借贷、商业承揽、商事居间等契约内容往往设有大量的强行法推定条款和任意法推定条款,并且认许商事习惯的推定效力;这与民法中对于买卖、租赁、借贷、承揽、居间等契约内容所采取的充分意思自治原则形成鲜明的对比,由此体现了商法重交易迅捷而忽略个别约定的立法宗旨。

现代商法通常采取短期时效主义。按照这一立法主义,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。例如各国商法对于商事契约的违约求偿权多适用2年以内的短期消灭时效;对于票据请求权多适用6个月、4个月、甚至60日的短期消灭时效;海商法上对于船舶债权人的先取特权多适用1年以内的短期消灭时效,保险法上对于保险补偿请求权通常也适用短于民事时效期限的短期时效。例如,我国《合同法》规定的合同当事人申请调解书或仲裁的时效为1年;我国《铁路货物运输合同实施细则》规定托运人请求赔偿的诉讼时效期为180日;又如,我国目前唯一的地方性票据法规规定的票据持有人对出票人的追索时效为“票据到期日起6个月”,而持票人对其前手的追索权则“自拒绝证书作成日起3个月”。(《上海市票据暂行规定》第18条)商法上的短期时效主义旨在推动商业交易纠纷的迅速解决,它以牺牲债权人的时效利益为代价换取了交易迅捷的社会效益,由此体现了现代商事法的价值取向。

商法保障交易迅捷的另一法律体现是定型化交易规则。按照现代商法学者的认识,所谓交易定型化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。它使得任何个人或组织,无论何时从事购买,均可获得同样的法律效果。例如销售商依法先行陈列各种定型货物并标明其价格,使得买受人得以迅速决定承诺与否,由此促进了交易的敏捷。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。例如,各国商标法通过强行法或任意法令制造商对其产品负

有使用特定标识的义务,使消费者易于识别不同类型的商品,从而促进了交易之迅捷。当交易客体为无形财产或权利财产时,商法则通过权利证券化规则,极大简化了权利转让程序,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均为权利证券化之典型。

3. 答案: 商事关系的特征是在与民事关系的比较中显现出来的:

(1) 从总体上看,民事关系大多以自然人为基本主体;商事关系则以公司法人基本主体。

(2) 从客观上看,民事关系的客体一般为特定物;而现代社会化的商品生产以批量和规模的极大化为基本追求,各类商品普遍采用行业、国家甚至国际标准,所以商事关系的客体具有明显的种类化趋势。

(3) 从目的性上看,民事关系一般以满足主体的自身消费需求为目的;商事关系则以营利为目的,具有营利性。

(4) 从对价关系上看,民事关系受市场波动影响较小,对价关系基本上由价值决定;而商事关系完全受市场的操纵,其对价关系主要受供求关系决定。

(5) 从交易链上看,民事关系以消费为目的,追求使用价值,交换一经完成,便进入消费过程,所以民事关系一般形不成交易链;而商事关系以营利为目的,追求交换价值,买进是为了卖出营利,一宗商品往往要几经转手,从而形成一定的交易链。

(6) 从交易形式上看,民事交易具有个别的和偶然的性质;而商事交易则表现为同种交易大量反复进行,从而具有集团交易和个性丧失的特点。

综上,商事关系可以描述成主体公司化、客体种类化,以营利为目的、供求决定对价、商业化和交易链拉长的商品交换关系。从以上特点可以看出,商事关系主要是高度发达的商品经济关系,而民事关系则主要是简单商品经济关系。

4. 答案: 商法的基本原则应当确立为: 规范、保障、促进营利原则。

1. 规范营利原则

商主体制度规范营利主体,商行为制度规范营利行为。无论是关于商主体的制度,还是关于商行为的制度,无一不是通过对营利的规范以维护交易秩序和保障交易相对人的利益,因此规范营利应成为商法基本原则的重要内容。它具体包括如下规则:

(1) 商主体严格法定规则。商事主体严格法定规则应主要包括对商主体类型、标准、程序进行严格法定。

商主体类型法定是指商法对商事主体的类型作出明确规定，投资者只能按法定类型来设立商主体，而不能任意创设法律未规定的商主体。

商主体标准法定是指商法要对商主体的实质条件作出明确规定，投资者只能在完全具备这些实质条件时，才能成立相应商主体。商主体程序法定是指商法要对商主体设立时的程序作出明确规定，投资者欲成立商事主体必须严格按照这些法定程序和步骤进行，否则，无法达到预期法律后果。

(2) 商事交易条件严格法定规则。商事交易条件的严格法定体现在对商事交易条件采取强制主义、公示主义、外观主义及严格责任主义之统一。

强制主义又称“干预主义”、“要式主义”，它是指国家通过公法手段对商事关系施以强行法规制。公示主义是指交易当事人对涉及利害关系人利益之营业上事实，负有公示告知义务。这一规定的目的，在于保护交易相对人或不特定第三人。

外观主义指以交易当事人行为的外观为准，而认定其行为所产生的法律效果。

严格责任主义即在商事交易中，债务人无论是否有过错，均应对债权人负责。

(3) 维护交易公平规则。商事交易活动追求的是利润，因而体现的是利己主义，凡进行商事交易活动者大都凭着一己之力自由竞争，以达到其营利之目的。商法维护商事交易公平的规则，主要体现在商事交易活动中对平等交易、诚实信用等方面的要求。

2. 保障营利原则

规范商主体和商行为的商法始终渗透着确认营利、保障营利的原则。需要强调的是，商法承认和保障的营利必须是通过合法交易、正当手段，在遵守公认的商业道德的基础上所获得的经济收益和利润。对于采用非法交易、不正当手段、违背公认的商业道德而获得的收益和利润，商法不仅不予以承认和保护，还要予以相应的法律制裁。

3. 促进营利原则

商事交易以营利为目的，为实现营利目的，必须力求交易迅捷。因为只有交易迅捷，从事商事交易之人才能多次反复交易而达到其营利目的。对交易迅捷的追求，体现了商法促进营利的原则。

促进营利原则具体体现在：在商事交易之时

效期间方面，采取短期消灭时效主义；在交易形态和客体方面，采取交易定型化规则，以促进和达成交易之迅捷。

商事交易的短期消灭时效主义，是指使交易行为所生之债权的时效期间予以缩短，从而迅速确定其行为之效果。

交易定型化是保障迅捷交易的前提，包括交易方式定型化和交易客体定型化两个方面。所谓交易方式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，使得任何人或组织，无论何时从事购买，均可以获得同样的法律效果。交易客体定型化，就是指交易客体的商品化和证券化。

5. 答案：商法的特征是指商法区别于其他法律部门的主要标志，是商法本质的外在表现形式。商法的特征主要有以下几种：

(1) 商法调整行为的营利性

营利性是指经济主体通过经营活动而获取经济利益的特性。营利性是商事活动的主要特性。商主体身份之确立、商行为之界定、商活动之目的及商立法和司法之原则，无不与营利有关。此外，商法所特有的一些法律原则和法律规定，如关于商法规则的灵活性、迅捷性、合同形式、利率、结算、税收等方面的特殊规定，也无不以营利之特性为出发点。

(2) 商法调整对象的特定性

商法作为一个特殊的法律部门，其调整的对象不是一般人，其法律规则的适用也不是一般和普通的，而是特定的。它或者仅适用于履行了商事登记而具有商主体资格的人，或者仅适用于商行为。多数国家法律规定，非商人和商行为者，不得适用商法。

(3) 商法规范较强的技术性和易变性

商法是一个实践性极强的法律，它对商行为中的行为方式、行为环节、行为规则都作了具体、详实的规定，具有可操作性和技术性。同时，由于商法规范本身必须及时反映现实商事交易活动之需求，而商事交易活动的内容和形式都是发展变化的，因而，商法与一般法律相比，其修改更为频繁。

(4) 商法的公法性

在大陆法系国家，法律被分为公法和私法。商法作为调整商事交易主体关系的法律，作为民法的特别法，从根本上说属于私法范畴。但是，它又是具有不同于普通私法的一种特别私法规范体系。在这样一种规范体系中，私法规范是核心，同时包含有大量的公法性条款，即国家通过立法

形式而干预商事交易活动的规范,如商事登记等。

(5) 商法的国际性

20世纪以来,随着资本主义的进一步发展和贸易全球化日益发展,商法国际化呼声日益高涨。导致两种倾向:其一,国际商事立法得到加强,制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约和国际惯例;其二,各国不断修改本国商法规则,使其彼此之间以及与国际商事法律、惯例之间更为协调。正由于此,今天各国商法都带有较强的国际性色彩。

商法的意义,主要是通过商法规则的具体设计来实现的,这些商法规则的设计并不表现为直接指导人们如何营利,而在于以法律制度构建起一个自身营利的统一有机体或以法律制度来规范营利性的行为。各国商法规范主要从以下几方面体现着商法的价值:

(1) 确认商事主体的地位和自由的规则

商事主体是商事交易的中心,商事法律关系的内容——商事权利和商事义务,要靠商事主体来享有和履行,商事法律关系的客体——商事行为,也必须从属于特定的商事主体。故对商事主体地位的确认并给其商事自由是实现效益的前提。商法以具体的商法条文确认了商事主体的法律地位。商事主体的法律地位的确认还只是一个前提,要实现商事效益,关键还要赋予商事主体充足的商事活动自由。我国原来实行的是计划经济,商事主体的活动自由极其有限。通过多年的改革、完善,商事主体的自由空间越来越大,商事自由又为效益创造提供可能。商法所维护的商事自由包括财产自由、缔约自由、经营自由和联合自由等。当然,商事主体的这种自由也不是绝对的,在某些方面要受到必要的限制,比如缔约自由的缔约人虽然可以选择缔约的对象和种类,但订立协议的内容和形式都不能违反国家的强制性规定等。

(2) 促进商事交易便捷

商法的各项规则都在围绕着如何促进交易便捷而努力。对商事交易技术手段的规定即交易方式的定型化是常见的方式,即商法通常将交易的方式预先规定为若干类型,使任何商事主体在任何时候都可以获得同等的效果。其包含两种方式,即对交易客体的商品化和证券化:若交易的客体是有形的物品,则使之商品化,予以划一的规格或特定的商标;若交易的客体是无形的权利,则使之证券化,如股票、公司债券、支票等。这种方式使得繁琐的交易程序简捷化,极大地提高了商事交易的速度。

短期时效制度也是促进商事交易便捷的一种有效制度。在我国,商事交易中采用短期时效主义的较多。如我国票据法规定了严格的票据权利期限;保险法中规定了保险金请求权的时效限制;海商法中还以专章的篇幅规定了短期时效的内容等。

(3) 保障交易秩序

秩序和安全是效益持续实现的有效保障,尤其是在大力主张“可持续发展”的今天,商事效益的实现更需要交易的秩序化和安全性。商事登记、保险制度等都以此为目的。商业登记制度强制要求商事主体申报自身信息,其所坚持的公示主义有助于维护未来交易的安全,其对于各种违法行为赋予的严格的责任同样也达到了维护交易秩序和安全的目的;同时,商事登记制度还有效地维护了商事主体的信誉,使商事主体获得了一种无形的资产,为其取得商事效益打好了基础。保险法律规范作为商法中不可缺少的一部分,其制度的设计使商事主体间的信任感加强、不安全感减少,使交易秩序稳定持续,这样就使得那些可能面临风险的商事主体敢于知难而进,发挥社会资源的最大可利用的效率,因为保险制度的存在使他们相信,即使遇到了风险、遭受了损失,也会得到补偿。正因为此,我国的企事业单位和其他一些商事主体在遭受财产毁灭时,及时得到了补偿,从而带来整个商事领域的效益。

6. 答案:(一) 商事制定法

法律渊源是法律的表现形式。各国商法的法律渊源通常首先表现为本国立法机关制定的商事制定法。在我国,商事制定法包括宪法中有关商法的规定、商事法律、商事行政法规与地方性法规等多个层级,这些制定法构成了我国商法最主要的渊源。

宪法是国家的根本大法,只在极少情况下直接适用于商事活动。但宪法的规定是我国其他法律,也是商法的统率,因此对商法也有重要影响,是商事根本法。我国的一般商事立法都不得违背宪法的规定。宪法之下是商事法律,即由全国人民代表大会或其常务委员会通过的法律,大体又可分为两部分。一部分是对商法基本问题进行规范的法律,如对商法的宗旨、概念、调整范围、地位和作用、商事主体制度、商事行为制度等进行的规定。这部分内容在民商分立的国家主要规定在商法典中,在民商合一的国家则主要规定在民法典中。我国当前既没有商法典,也没有民法典,关于商法的这部分规定,有些散见于单行立法中,有些则可在《民法通则》、《合同法》等法

律中找到依据。另一部分是对特定商事领域进行规范的法律,即各种商事特别法或商法的部门法。传统上认为属于商事特别法的包括公司法、票据法、保险法、海商法、破产法等法律。这些法律可能被包含在商法典中,也可能以单行法的形式存在于商法典之外,我国都是以单行立法的形式规定的。无论如何处理,商事特别法都应该受商事一般性制度的约束。

商事法律之外,我国还存在大量的商事行政法规以及地方法规。行政法规是由国务院颁布的规范性文件。如国务院颁布的《中华人民共和国公司登记管理条例》、《关于股份有限公司境外上市外资股的规定》,等等。地方性法规是由地方人大制定的规范性文件。如深圳人大于1999年发布的《深圳经济特区商事条例》。依据宪法和商事法制定的各种商事规章等规范性文件也是商法制定法渊源的组成部分。

不论是在民商合一还是民商分立的国家,作为商法渊源的法律,一般都认为既包括商法的规定,也包括民法的规定。这是因为民法是私法的一般法,民法规定适用于商事法律没有特别规定的所有私法问题。但对这个问题,商法学理论上也存在着不同看法。在我国,最高人民法院的司法解释不属于立法范围,不构成法律渊源。但最高人民法院对法律有解释权,其发布的有关商事规则的解释意见或者指示对商事案件的处理有非常重要的指导作用。

(二) 商事惯例

在多数国家,商事惯例或商事习惯都被承认为商法的一种法律渊源。我国没有专门的《商法典》,但在单行的商事立法中,一般都有肯定惯例的法律渊源地位的相关条款。如我国《海商法》第268条第2款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”我国《票据法》第96条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用国际条约的规定。但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。本法和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”我国《民法通则》第142条也规定,中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。由于我国《海商法》与《票据法》,包括《民法通则》等都只规定了“国际惯例”的法律效力,而且都规定在“涉外关系的法律适用”部分中,因此一般商事关系中,惯例或习惯居于何种地位仍然缺乏规定,需要法律

进一步明确。

习惯或惯例虽然是各国公认的商法渊源,但何为“习惯”,各国规定却很不明确,也不一致。许多国家将习惯分为两种,一种是“习惯”,一种是“习惯法”。习惯是事实上存在的,通常在某个地区的范围内流行的商事做法;习惯法则是法律确认的,通常在全国范围内通行的商事做法。习惯的权威性来自合同,通常只在当事人相约排除法律任意性规定而适用习惯时才产生拘束力,习惯法的效力来自于法律规定,在当事人之间具有强制性,可以不依当事人的意思表示而适用。但对“习惯”与“习惯法”的这种划分标准并不十分准确,不同国家之间的差异性也很明显。即使承认这种划分的国家,也多半同时承认,这种刻意的区分并不容易,也并无太大的实际意义。

我国只承认“国际惯例”是商法的渊源。这种渊源的效力是补充性的,即其效力低于商事制定法。只有在制定法对某一问题没有规定时,才可以援引惯例。而且制定法可以废除一项先前的惯例,而惯例却不能抵触制定法。但惯例的补充效力只是相对于商事法律而言,在对某一商事问题商事法律没有规定,却存在一项商事惯例,以及一条民法的相关规定时,应该适用惯例而非民法的规定。惯例的确认是一个困难的问题。我国法律规定了“国际惯例”的法律渊源地位,却没有规定其判断标准。

(三) 商事国际条约

商事国际条约是国家与国家之间签订的有关商事内容的国际条约。在商法领域存在大量的国际条约,但并非所有商事国际条约都是我国法律的渊源。只有我国缔结或参加的国际条约,经过我国立法机关核准后,才能对我国生效,从而成为我国法律的组成部分。我国缔结或参加的国际商事条约作为我国法律体系的一部分,与我国立法机关制定的国内商法都是商法的渊源,但二者效力并不完全相同。

商事国际条约对我国生效,并不表明必然在我国直接适用。国际条约能否在国内适用,主要是指国内公民、企业能否直接依据条约的规定在国内法院提起诉讼,以及国内法院能否直接依据条约的规定审理和裁定案件。

从我国当前适用商事国际条约的立法和司法现状分析,我国对商事国际条约适用大致遵循两条原则:一是“内外有别”,即主要只在具有涉外因素的国际商事纠纷中直接适用国际条约,在不具有涉外因素的商事纠纷中虽然也曾出现过适用条约的情形,但数量很少,而且判决后多遭到各

方的批判。二是“公私有别”，即并非对所有条约一视同仁地对待，而是要分析具体条约的性质决定适用或不适用。

我国已经参加大量的商事国际条约，司法实践中也已经比较频繁地在根据我国缔结或参加的国际条约审理案件。不仅如此，我国法院在司法实践中，还出现了直接适用我国并未参加的国际公约的情况，如直接适用我国并未参加的《海牙规则》审理海上货物运输合同纠纷案件。

(四) 其他商法渊源

(1) 商事判例。在英美法系国家，判例是法律的主要渊源。大陆法系国家一般不承认判例的法律地位，法院的判决只对本案有拘束力。但大陆法系对于判例的传统观点近年正在发生某种转变。一些国家开始承认法院判决对于法律的修改和完善所能起到的作用，判例实际上取得了法律渊源的地位。我国从来不承认判例具有法律渊源的地位，法院不能直接援引先例裁断案件。但上级法院的判例往往对下级法院起指导作用。

(2) 商法学说。一般而言，学说不是法律渊源，并不具有强制性。但学说通过对商法的解释、说明、批评、建议，不仅可能影响立法者，也可能对法院起引导作用。很多判例制定的规则来自于学理。由于长期以来，我国商法研究比较落后，商法学说没有像民法学说那样形成完整的体系，但学说仍然在商事立法、司法中起着积极活跃的作用。

(3) 一般法律原则。有些国家还承认“一般法律原则”的渊源地位。如美国《统一商法典》第1-103条的题目就是“一般法律原则应作为本法的补充”有学者主张，在我国商法实践中，由于没有独立的商法典，部门商事法也不够完善，在这种情况下，将一般法律原则作为商法的法源，对于解决目前商事规范内的不周延性有着更为突出的作用。就具体实践而言，可以以民法中的一些基本原则作为解决商事纠纷的直接法律依据。

(4) 商事自治法。有的国家，如日本，还承认“商事自治法”的法律渊源地位。所谓“商事自治法”，是指各个单位、团体为了规范其内部成员而自主制定的规则。在企业关系方面，自治规则只要为法律法规所认可，就与法律一样产生拘束力。而且，在这些团体范围内，它比任何法律都处于优先地位，是首先适用的规范。商事自治法的起源被认为可追溯到古代商人组成的基尔特的组织规则。现代生活中的公司章程，是根据公司法的相关规定制定的，一般被作为典型的商事自治法。其他像票据交易所规则、商业行会规约，

也常常被视为商事自治法，但由于对其属性法律并未明确规定，因而日本商法学界没有统一的认识。此外，标准合同范本或标准合同条款等在商事交易中大量使用。如银行业、保险业、证券业、运输业、仓储业等行业中，相关企业大多使用格式条款或者一般交易条款与用户签约。法学界通常认为这些标准合同范本或合同条款也属于商事自治法的一部分，但内容显著不当者无效。在我国，是不承认所谓“商事自治法”的法律渊源地位的。

7. 答案：(一) 商法的概念

商法是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系，即商事关系的法律规范的总称。

我们通常从广义和狭义两个方面去理解。在狭义上，商法仅指商法典及附属法规，如商法典极其施行法等。在广义上，商法包括全部商事法律部门，它不仅包括商法典，还包括与商事经济活动密切相关的各种法律，如：公司、证券、保险等法律。

(二) 商法的特征

商法的特征是指商法区别于其他法律的根本标志，是商法本质的外在表现，主要有以下几个特征：

(1) 商法调整行为的营利性特征。商行为顾名思义与利益有关，营利性是商事活动的主要特征，如商主体身份之确立、商行为之界定、商活动之目的及商立法和司法原则，无不与营利有关，商法的制度也亦如此。

(2) 商法调整对象的特定性。商法作为民法的特别法，在调整对象上区别于民法。民法的调整对象具有普遍性，而商法调整的对象是确定的，它仅适用于履行商事登记而具有商主体资格的人，或者说，仅适用于商行为。

(3) 商法规范较强的技术性和易变性。商法是一门实践性较强的法，它对商行为中的行为方式、行为环节、行为规则都作了具体、详实的规定，具有可操作性和技术性。商法规范本身必须及时反映现实商事交易活动之所需求，商事交易的内容和形式都是发展变化的，因而商法与其他法律相比，其修改更为频繁。

(4) 商法的公法性。大陆法系国家把法律分为公法和私法，商法作为民法的一部分本质上应该属于私法，但里面含有大量的公法性条款，如国家通过立法形式干预商事交易活动的规范。

(5) 商法的国际性。商法最初起源于商事交易习惯，而商事交易本身是一种跨国界的活动。因此，在人类社会早期阶段，商法主要是一种跨

国商事交易习惯和惯例，这种状况一直延续到中世纪。后来各国都制定了国内法，国内法的制定对国际贸易产生了一定的阻碍，20世纪以来，随着资本主义进一步发展和贸易全球化趋势加强，商法国际化呼声日益高涨，最终导致下列结果，国际商事立法得以加强，各国的国内法与国际商事法律、惯例之间更为协调。

四、论述题

1. 答案：(1) 营利性。营利是商人从事经营活动的终极目的，是商人的价值追求，是商法调整的市场经济的价值基础，一切经营活动必须合乎营利这一根本要求，也就是说，营利是评判经营活动是否合乎市场经济本质要求的标准。一切商法制度的设计都必须考虑营利这一要求，尽可能减少交易成本和制度成本。从交易形式的不断简化，到新技术的广泛应用，商事制度不断更新，新的商事制度会不断替代旧的商事制度。商法是关于营利性主体从事营利性营业行为的基本法律，其内容或是与营利性主体的设立、变更有关，或是与主体从事的各类营利性营业行为有关。因此，无论是其商业登记制度、商业账簿制度、商业财产制度、商业名称制度，还是有关买卖、代理、仓储、票据、证券、海商、保险等特别法规则，无一不考虑商事活动的营利性和经营性。从这个意义上说，商法上有关维护社会交易安全之宗旨，商法上诚实信用和公平交易原则、商法维护交易迅捷之规定，实质上均是商法营利性特征的反映；而商法规则中有关利率、结算、税收、商公示原则、商外观主义乃至商法规则的弹性特征均从不同角度反映了商法强调营利目的，强调经济效益的价值取向，正如台湾地区学者张国键所言：“商事法与民法，虽同为规定关于国民经济生活之法律，有其共同之原理，论其性质，两者颇不相同。盖商事法所规定者，乃在于维护个人或团体之营利，民法所规定者，则偏重于保护一般社会公众之利益。”

(2) 技术性。商法是对市场经济的直接调整，市场经济的直接社会关系及其运作方式，翻译成法律语言就是商法规则，所以，商法具有很强的操作性、技术性，包含着大量技术性规范。商法规则为市场经济提供了具体规则，这些具体规则是对市场经济活动及其实践方式的直接表现，交易的具体方式和商法规范具有直接的联系，甚至可以说，二者具有同一性。有什么样的交易方式，也就有什么样的商法规范。商法规范中不仅有定性规定，更多的是定量规定，例如，公司法中公

司形式的设计，权利、利益的配置，资本的运动，股票市场的操作，责任的追究等，就体现出现代企业设计与企业维持的高超水平。另外，商法的技术性原则不仅体现于其规范的具体方面，也表现于整体上不同规则之间的协调，若没有大量技术性规范的间接调整作用，商法的营利性和商法宗旨均难以实现。

(3) 公法性。随着自由资本主义向垄断资本主义的过渡，为遏制极端个人主义、利己主义思潮给社会带来的危害，为消除生产和竞争的无政府状态，为了通过分配的公平合理来调剂社会各阶层的利益关系，国家不仅加强了对经济关系的直接干预，也加强了对私权的干预，在商法领域实行大规模的公法干预政策，传统商法输入刑法、社会法等与经济活动有关的公法规范，在此背景下，传统商法经历了一场具有历史意义的变化，即所谓“商法公法化”。由此可见，商法公法化是随着国家对私人活动干预的加强，商法中的许多规范具有了国家强制性，当事人的自由意志受到了限制，使商法自身具有了公法性的特征。国家不仅在价格、信贷、利息、外贸、外汇、投资、工资等领域加强干预和管理，而且对合同的签订和履行，对公司的设立与登记，对知识产权的保护都加强了监管。如公司法中对公司注册与公告的规定、票据法中对签发空头支票的刑事处罚条款、证券法中对证券欺诈犯罪的规定等，均具有强烈的公法性。但是，商法公法化并不意味着“商法已经属于公法”，而是表明商法是一个渗透着公法因素的私法领域。商法仍然属于私法范畴，受私法原则和精神所支配，它虽与经济法、行政法、刑法等法律出现了交叉，但它们在基本性质方面的区别仍然是存在的。正如德国法学家所认为的那样，德国商法典中包含有大量公法上的内容，但这些公法条款始终处于为私法交往服务的地位，还不能从根本上改变商法的私法属性。

(4) 国际性。商法所调整的市场经济具有自发成长的性质，不受民族国家的法域的限制，具有超越民族国家法域的性质，按其本性是国际性的，因此商法也就不局限于一国的领域，而要顾及国际公约和国际惯例。另一方面，从历史渊源方面看，早期商法在西欧中世纪商人习惯法时代就具有国际性。17世纪以后，随着各国成文商法典的制定，商法取得了国内法的形式，但就其内容而言却仍具有明显的共同性和相容性。19世纪以来，由于国际贸易和国际商事活动的长足发展，在西方国家范围内再次掀起了“商法国际化”和“商法一体化”的热潮，这一方面表现为欧洲共同