

高等院校财经类法学类专业系列教材★

商 法 学

SHANGFA XUE

主 编 史 正 保



经济科学出版社
Economic Science Press

高等院校财经类法学类专业系列教材

商 法 学

主 编：史正保

副主编：李长兵 刘 广

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学 / 史正保主编. —北京: 经济科学出版社,
2012. 8

高等院校财经类法学类专业系列教材
ISBN 978 - 7 - 5141 - 0775 - 3

I. ①商… II. ①史… III. ①商法 - 法的理论 - 中国 -
高等学校 - 教材 IV. ①D923. 991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 122166 号

责任编辑: 杜 鹏 王东岗
责任校对: 徐领弟
技术编辑: 王世伟

商 法 学

主编: 史正保

副主编: 李长兵 刘 广

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142

总编辑部电话: 88191217 发行部电话: 88191537

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

北京中科印刷有限公司印装

787 × 1092 16 开 35.25 印张 690000 字

2012 年 8 月第 1 版 2012 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 0775 - 3 定价: 49.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 88191502)

(版权所有 翻印必究)

前 言

近年来,我国商事立法实践所取得的成绩是令人瞩目的,从2005年《公司法》和《证券法》的重大修订,到2006年《合伙企业法》的修改和《企业破产法》的出台,及至2008年《保险法》的修改,这些商事立法领域发生的重大变革对我国商法理论研究也产生了深刻影响,相关理论研究成果如雨后春笋般涌现出来,从而使得我国的商法理论体系日趋完善,并为商事立法和司法实践提供了重要的理论支撑。正是基于这一背景,在借鉴与吸收近年来商事立法、司法实践和最新理论成果的基础上,我们组织编写了《商法学》教材。

本教材是根据教育部《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》的规定,针对大学本科法学专业的教学特点和创新人才培养目标,由长期在高校从事商法教学和科研工作的老师精心编写而成。

本教材与同类商法学教科书相比较,具有以下特点:

一是内容全面系统、覆盖面广。本教材吸收了国内外的优秀学术成果,在理论上具有较强的系统性和概括性,在内容上则反映了商法学的发展脉络和时代特征。本教材共分九章,全面、系统、科学地阐述了商法的基本理论和基本制度,主要包括商法基础理论、个人独资企业法与合伙企业法律制度、公司法律制度、证券法律制度、票据法律制度、保险法律制度、破产法律制度、海商法律制度、商事仲裁与诉讼制度等内容。

二是体例新颖、突出案例教学。本教材在体例和结构上具有一定新意,突出理论与实践相结合,以达到理论性、实践性和应用性的有机统一。本教材每章均设有“本章案例导入”、“本章案例研讨”,在复习思考题中均列有“案例分析”,所有案例均按照各章节知识点的要求选取,注重理论和实务相衔接,以案说法。同时,案例选取突出新颖性、真实性和典型性,既注重学习的系统性,又注重知识点的深入浅出、通俗易懂。

三是紧扣国家司法考试。本教材各章在编写中强调紧扣司法考试大纲,以符合法学本科应用型人才培养的需要。同时,各章均设有“本章近五年司法考试真题链接”栏目,以帮助学生通过真题训练进一步深刻理解各章内容,尽量做到课堂

教学和司法考试训练相结合。

本教材由史正保教授担任主编，确定编写结构、体例，负责拟订编写大纲并对整个教材进行修改统稿；李长兵、刘广担任副主编。各章节编写人员分工如下：史正保编写第一章、第三章，李长兵编写第一章、第八章，刘广编写第二章、第三章，吕春娟编写第四章，李萌编写第五章，杨利华编写第六章，张发德编写第七章，赵艳艳编写第九章。

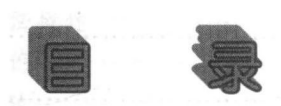
本教材在编写过程中参考了国内已出版相关教材和著作的内容，在此向作者表示感谢。

硕士研究生邓亮、王李娜、李智明、范哲、马铮同学参与了本教材有关资料的收集和校对工作，对他们付出的辛勤劳动表示谢意！

本教材的编写力求体例新颖、内容完美，但由于编者水平所限，书中疏漏、不足和错误在所难免，恳请读者批评指正。

编者

2012年6月



第一章 商法总论	1
第一节 商法概述.....	2
第二节 商法的历史发展	18
第三节 商事主体制度	25
第四节 商事行为制度	29
第五节 商事登记制度	36
第六节 商业名称制度	46
第七节 商事营业制度	55
第八节 商业账簿制度	63
复习思考题	73
第二章 个人独资企业和合伙企业法律制度	76
第一节 个人独资企业法	77
第二节 合伙企业法	87
复习思考题.....	121
第三章 公司法律制度	123
第一节 公司与公司法概述.....	124
第二节 公司设立.....	134
第三节 公司发起人和股东.....	143
第四节 公司章程.....	149
第五节 公司资本.....	158
第六节 公司组织机构.....	166
第七节 公司股份.....	179
第八节 公司债券.....	185
第九节 公司财务与会计.....	188

第十节 公司合并、分立、解散和清算	193
复习思考题	207
第四章 破产法律制度	209
第一节 破产和破产法概述	210
第二节 破产案件的启动	216
第三节 破产管理人	221
第四节 债务人财产	224
第五节 破产债权和债权人会议	232
第六节 重整制度	238
第七节 和解制度	244
第八节 破产清算	249
复习思考题	262
第五章 证券法律制度	264
第一节 证券与证券法概述	265
第二节 证券市场主体	268
第三节 证券发行	277
第四节 证券上市与交易	290
第五节 上市公司收购	307
第六节 证券投资基金法	314
复习思考题	334
第六章 票据法律制度	336
第一节 票据与票据法概述	337
第二节 票据关系与非票据关系	344
第三节 票据行为	348
第四节 票据权利和票据抗辩	354
第五节 票据权利的救济	361
第六节 涉外票据的法律适用	367
第七节 汇票法律制度	369
第八节 本票和支票法律制度	379
复习思考题	387

第七章 保险法律制度	389
第一节 保险与保险法概述.....	390
第二节 保险合同总论.....	404
第三节 保险合同分论.....	420
第四节 保险业法.....	433
复习思考题.....	448
第八章 海商法律制度	450
第一节 海商法概述.....	451
第二节 船舶和船员.....	456
第三节 海事合同.....	464
第四节 船舶碰撞和海难救助.....	483
第五节 共同海损.....	490
复习思考题.....	498
第九章 商事仲裁与诉讼法律制度	500
第一节 商事仲裁法律制度.....	501
第二节 商事诉讼法律制度.....	519
复习思考题.....	550
参考资料	552

第一章 商法总论

导 语

本章是商法的基础理论部分，也是学习商法首先要了解的一般性理论。本章主要介绍了商法的概念和调整对象及特征，商法的基本原则，商法的地位和立法模式及体系，商法的历史沿革以及商法的基本制度等内容。其中，商法的基本制度又包括商事主体、商事行为、商事登记、商事名称、商事营业、商业账簿等内容。通过学习本章，要求全面理解商法的概念和特征，商法与经济法、民法的关系，明确商法的基本原则，了解商法的历史演进，掌握商法的理论基础，为学习具体商事法律制度奠定基础。

【本章案例导入】

原告甲是粮食买卖商，被告乙是种谷物的农场主。原告甲和被告乙曾通过电话协商，约定由被告乙以每蒲式耳 2.86 美元的价格向原告甲出售 1 万蒲式耳小麦。根据原告甲的商业习惯，原告甲在电话里告诉被告乙，他将写一个备忘录给被告乙，以确认此买卖。原告甲随后便将备忘录交给了被告乙。事隔不久，小麦价格暴涨，被告乙以没有书面合同为由否认此买卖。原告甲认为买卖协议已达成，被告乙是毁约，应当赔偿损失。

根据美国统一商法典的规定，标的物价金在 500 美元以上的须有书面合同。这项买卖的标的显然超过了 500 美元，应当以书面协议为准。但该法典又规定，在商人之间的书面合同只要有类似备忘录的文件即可成立，且不必当事人签字，除非收件人在 10 日内对来函内容提出异议。

该案的核心问题是，该农场主是不是商人？如果是，则这个电话协议加备忘录即构成了买卖合同，农场主的行为是毁约；如果不是，该买卖合同的形式要件则不具备，合同未成立，农场主就不存在毁约的问题。

美国当地法院认为，被告乙农场主不是以买卖小麦为业的买卖商，以职业标准而论，其职业不是买卖粮食而是种植粮食。以专门知识和技能而论，其对种小麦当然有专门知识和技能，但他每年仅买一次麦种，卖一次他收获的小麦，除此之外他并不参与小麦的买卖，不能说他对买卖小麦有专门知识和技能，因此，不能算小麦买卖商，所以判决被告乙不构成毁约。

根据上述内容，思考并回答下列问题：

1. 结合本案例说明商法有哪些基本特征。

2. 结合本案例分析商法和民法的关系。
3. 结合本案例说明美国商法认定商人的标准有哪些。
4. 结合本案例说明商人与非商人的行为产生纠纷后法院或仲裁机构如何适用法律。

第一节 商法概述

一、商法的概念和特点

(一) 商的概念

商法与商紧密联系，商是商法的调整对象，商法是调整商事关系的法律制度。所以如无商，商法便失去调整的对象；反之，如无商法，商事活动就无规则可言。因此，要了解商法，首先应了解什么是商。

商是一个多元化的概念，有辞义学、经济学、法学上的不同解释。

1. 辞义学上的解释。早在我国古代，就有关于商的各种解释。我国《后汉书》里讲，“通财鬻货曰商”。《考工记》里讲，“商其远近，度其有无，通四方之珍异以资之谓之商。”《说文解字》中讲“埠通货、贿注行曰商”，并说“商”字从内从外，最初是用于度量衡的一种单位。总之，从我国古书中对“商”的解释可以看出，“商”字一般含有商品交换和货物买卖的意思。在西方，关于商的解释也大致如此，如美国《布莱克法律词典》解释商，是指“货物、生产品或任何种类货物的交换”；《韦斯特新国际辞典》则认为商是“商品交换或买卖行为”；《牛津大辞典》把商解释为“商品交换和与商品交换有关的一切活动”。

2. 经济学意义上的“商”。经济学上，商通常被理解为是对社会生产过程中某一部分经济活动（即商品流通活动）的概括。具体是指以营利为目的，直接媒介财货交易的行为。换言之，商即介于农业与工业之间的生产者与消费者，直接媒介财货交易，调剂供需，而从中获取利润的行为。在经济学上，“商”既体现“商业的一般”，又体现“商业的特殊”。前者即“商品（W）—货币（G）—商品（W'）”，后者即“货币（G）—商品（W）—货币（G'）”。后者是商人出现后参与的结果，并以其营利性为主要特点，商人从事商业活动的最大特点就是追求资本的增值。

3. 商法学上的“商”。在商法学上，关于商的界定包括内涵和外延两个方面。从商的内涵上讲，商法中所称的商，是指营利性主体所从事的一切营利性营业活动

和事业的总称。它既包括一切商事交易活动,如商事行为,也包括与实现商事交易有关的各种事宜,如商业登记。从商的外延上讲,商则包括以下四种:第一种是固有商,即买卖商,是指直接沟通生产者与消费者的媒介性财货交易经营活动;第二是辅助商,也称第二种商,是指连接货物交易经营的中转、中介性经营活动,如仓储、保管、运送、居间、行纪、代办等;第三是第三种商,是指与交易密切相关的生产制造、承揽加工以及便利交易资金的融通和周转的经营活动;第四是第四种商,是指与固有商有某种关联,甚至无关系而与第二、第三种商有一定联系的信息广告传播业和旅馆、保险、饮食、娱乐等活动。

(二) 商法的概念

商法是一个多元化的概念,既有形式意义上的商法,又有实质意义上的商法;既有广义上的商法,又有狭义上的商法;既有国内商法,又有国际商法;在理念上,既有以客观主义(商行为)为价值取向的商法,又有以主观主义(商人)为价值取向的商法;在立法上,有的国家和地区实行民商分立,有的国家和地区实行民商合一。

商法在传统概念中有形式意义上的商法和实质意义上的商法之分。这一区分有助于进一步掌握商法质和量的规定性。

1. 形式意义上的商法。这是指实行民商分立的国家,专以“商法典”命名并自成独立系统的商法典。如法国、德国、葡萄牙、西班牙、比利时、日本、韩国、巴西、阿根廷等国。这些国家所说的商法,是指国家依照法定程序所制定的“商法典”。至于根据商法典或宪法所制定的单形法,如公司法、票据法等,虽未冠以“商法”之名,但都把它们视为商法的特别法,所以这些国家的商法是专指商法典而言,同时还蕴涵各种商事特别法。

2. 实质意义上的商法。这是指一些国家虽然没有形式意义上独立的商法典,但都存在以规范商事关系为其主要对象的法律规范。这些法律规范虽未冠以“商法”之名,但究其实际内容而言,皆是以调整商事关系为主旨,所以这些法律规范均视之为商法。实质意义上的商法又有广义和狭义之分。广义上的商法是指调整商事关系的所有商事法规的总称。既包括国际商法,又包括国内商法。国际商法,主要是指国际公法上关于商事的法规,如两国之间友好通商条约,以及国际商事公约,如《联合国国际货物买卖统一法公约》、《船舶碰撞与海难救助统一公约》、WTO规则、国际贸易惯例等。国内商法,又可分为商事公法和商事私法。商事公法是指包括在宪法、行政法、刑法、诉讼法等中的有关商事的规定;商事私法,又有民商分立和民商合一之分。前者指商法典、商事特别法、商事习惯法等,后者指民法典中有关商事的规定、有关商事的民事特别法及有关商事的民事习惯法等。狭

义上的商法仅指国内商事私法。从现代各国商法内容看,商法日益呈现出国际性规范与国内规范相互交错、公法规范与私法规范日益融合的趋势。此即商法的二元性特点。我国目前虽然尚无形式意义上的商法典,但我国已经存在实质意义上的商法。自改革开放以来,我国已颁布了《公司法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《外贸法》、《证券法》、《合伙企业法》、《信托法》、《商业银行法》、《破产法》等一系列商事单行法,因此,我国实际上已构建起了实质意义上的商法体系。

(三) 商法的特点

研究商法的特点,有助于进一步认识商法的本质,从而明确商法究竟是什么。与其他法相比,商法的特点可概括为以下四个方面:

1. 商法是规范营利性活动的私法。营利性是商事活动的基本特征。在市场经济条件下,商事活动首先是商人从自我的利己心出发而承认他人的利己心的一种交换利益活动,也可以说商事活动的出发点是当事人相互作为利己心的主体加以承认的一种交换利益关系。商人从事商行为的直接目的就是营利,因而商法作为调整商事主体和商事行为的法律规范,以保障商主体和商行为的营利目的为己任。商法中的一些具体制度设计,如公司的设立、股东的投资、证券交易、海事贸易、票据、保险等都充分考虑到商事活动营利性的目的。可以说,维护营利是商品交换对商法的客观要求,但是也必须明确商法所维护的是合法正当的营利,对于非法经营、不正当竞争的营利,商法不但不予保护,而且坚决予以禁止。

2. 商法是具有技术性的私法。商法是以达到交易的敏捷、公平、高效和安全为宗旨,其立法的谋篇布局、原则的确定、制度安排、规则设计等方方面面都颇具技术性。这与其他法和一般私法(如民法)偏重于伦理规范有着明显的不同。商法的技术性,不仅体现在商行为法方面,而且也体现在商主体法方面。在商主体法方面,如公司法中的资本投资制度、资本运营制度、法人治理结构制度、揭开法人面纱制度、公司章程制度等都具有很强的操作技巧;在商行为法方面,如在货物买卖法中,从磋商谈判、发盘、受盘到契约的订立和履行等无不蕴涵着丰富的商业技巧。由于商事活动涉及大量的专门技术,所以在国际上许多国家都设专门的商事法院或法庭及专门的商事仲裁机构来处理各种商事纠纷,这也形成商法在司法上的特点。

3. 商法是具有公法因素的私法。商法在西方传统法律体系上属于商人自治法,在本质上属于私法,但是,随着社会经济的发展、国家对经济活动干预的扩展,国家公权力日益渗入商事领域,从而出现了商法公法化的格局。即在商事法中越来越多地体现出国家公权力对商事活动干预的色彩。如:商业登记制度的普遍确立、商业账簿制度的确立、反垄断、反倾销、反歧视的限制;公司法中对公司组织形态、

法定资本制、公司的兼并等的规定；保险法中对保险基金、再保险及保险业的监管等规定；破产法中对和解重整、破产审查等各项规定；海商法中对船舶的登记、运输单位的限制、船舶抵押权的规定等。此外，各国有关贸易管理制度也属商事公法性质。但是，商法公法化，只说明公法和私法的相互渗透，而绝不能认为商法就是公法，商法在整体上和本质上仍然是私法。

4. 商法是具有国际性的私法。商法的国际性特点是由商品交换本身内在客观要求所决定的。由于世界各国经济状况不同，科学技术发展水平不同，这就决定了各国之间必然要发生经济交往，尤其在当今世界，任何一个国家，不论国家大小、物产丰富与否，想闭关自守来发展经济是根本不可能的。而且随着科学技术的不断发展，国与国之间的经济交往更趋紧密，各国之间逐步形成商业、市场无国界的情形。这种情形反映在商事立法上，要求商法不仅调整国内商事关系，同时也要调整国家之间的国际贸易和国际商事关系。

二、商法的调整对象

商法是调整商事关系的法律规范的总称。因此，商法的调整对象即商事关系。按照我国多数学者的观点，所谓商事关系，是指营利性主体在开展商事交易活动中所形成的社会关系。

（一）商事关系的主要范围

商事关系主要包括以下内容：

1. 在商流过程中所发生的交易关系。主要由以下三个方面的关系构成：一是商业经营者与商品生产者之间的买卖关系。主要体现为商品生产者与商业经营者的购销关系，属于商流中的第一次循环。二是商业经营者与商业经营者之间的购销关系。主要体现为批发商与零售商之间的流通关系，属于商人内部买卖关系。三是商事经营者与消费者之间的买卖关系，这是商品价值和使用价值在最终实现中所发生的交换关系，属于商流的最终循环。这三种关系就是通常的商流，它集中体现为商事关系中的买卖关系，是商事关系中的基础关系。

2. 在物流过程中所发生的关系。这主要是指在货物运输、配送、仓储、保管、挑选、加工、包装、货运代办等过程中的关系。这方面的法律制度主要是有关海运、陆运、空运、水运的货物运输、仓储保管、承揽加工等方面的法律、法规，尤其是仓单、提单、保险单等制度，更是物流中特有的商事法律制度。

3. 在资本流通过程中所发生的商事关系。商事经营总是需要一定的资本，不可能搞“无米之炊”。商业主体在筹资过程中必然要同筹资者与投资者、债权人与

债务人、银行与保险、投资公司与共同基金组织，在资金借贷、证券发行、转让、票据签发使用、银行存款和付款等方面开展活动。即在现金流、票据流、证券流等过程中，发生一系列因资本运动而产生的权利义务关系。尤其在商业资本日益证券化、信用化的情况下，使商业资本更加人格化，这就更需要有专门法律加以调整，所以把票据、保险、银行存款与取款、证券投资等内容纳入商法调整已成为国际共识。

4. 在商业服务过程中所发生的关系。所谓服务主要是指通过提供劳动而满足顾客的某种需要并获取报酬的行为。随着人类进入信息时代，商业的一个新特征就是资本和劳动从物质生产领域向服务领域加速转移，使服务总额在整个国民经济中的比重日益增加。这就表明，人们对运输、保险、银行、会计、管理、信息、咨询、旅游、餐饮、娱乐等服务业的需求与日俱增，尤其在国际贸易领域，随着服务贸易日益重要，世界贸易组织专门增加了《服务贸易总协定》的新内容，这也表明在国际上已把服务贸易纳入商法的调整范围。

5. 商业组织关系。商事活动总是离不开一定的组织形式，现代商法逐渐淡化以家庭个体为本位的商自然人概念，所以现代商人多体现为各种组织体，即各种商事公司和商事合伙、合作以及独资企业等。缺少这些组织体就会造成市场主体缺位，商事经营活动也就无从谈起。营造商事组织制度，不单是为了使物和人组合，更重要的是要把这些组织的权利义务配置好，尤其是把产权关系确定好，使各种商事企业真正成为市场上独立的人格体。

6. 商事管理关系。由于商法具有一定的公法属性，因而它也调整一定范围的管理关系，如商事登记、商号、商业账簿的管理以及对外贸易的管制等。这主要体现在政府对商事领域的宏观调控和制约，通过这些管理以维护市场主体合法有效的竞争，这是对商事活动进行管理最基本的出发点。在这种关系中，虽然一方是商人，另一方不是商人，但其目的始终是为商事服务，所以在性质上仍然属于商事关系，只不过具有公法色彩而已。

（二）商事关系的特征

商事关系具有以下特征：

1. 营利性。所谓营利性是指为了牟取超出资本的利益并将其分配给投资者。营利性在法律上包括三项内容：一是体现为在商事经营过程中的投入、产出及收支平衡；二是营利要通过营业的方式实现，并通过营业的外部活动获取利润；三是将所获利润分配给投资者。

2. 商人性。商事关系的主体主要是商人，因而商事关系是“商人之间”的关系，如商人与商人、商人与消费者之间的关系。这样把商事界定为商人之事，把商

业界定为商人之业。这一特点虽然使商事关系具有属人色彩,但从法律角度讲,它有利于与以家庭为基础的自然人、以自然法为基础的市民以及以公法为基础的政府等主体相区别。

3. 交易性。商事关系是纯粹的买卖关系,是由生产者、经营者、消费者所组成的交易网所形成。正如马克思所说,商人的职能是通过买卖来交换商品。在这些买卖交换活动中,由于要实现商品的使用价值和所有权的转移,尤其要实现商品的价值,这样每个人必然要尽量设法贱买贵卖,在任何一次买卖中,买卖双方在利害关系上总是绝对彼此对立的。因此,商法重要的使命便是如何从法律上使这种权利让渡关系在权利义务上做到公平均衡,使社会资源得到优化配置,降低交易费用,促进经济发展。所以美国《统一商法典》在立法宗旨中明确规定:“使调整商业交易的法律更加简洁、明确并适应现代要求”,这充分反映了商事关系的客观要求。

4. 独立性。商事关系本质上是商品资本关系,这种关系是一种独立化的关系。之所以如此,是因为商人阶层出现后,“商业是以商人的活动形成的一种特殊的与产业资本的其他职能分离的,因而是独立存在的业务,这是社会分工的一种特殊形式。”这种特殊性表现在“本来要在资本再生产过程中的一个特殊阶段(流通阶段)中完成的职能,现在表现为一种和生产者不同的、特别的流通当事人的专门职能”。这种分工最重要的条件是商品的销售活动从商品生产者手中分离出来,成为一种独立的事业。

三、商法的基本原则

商法的基本原则,是指集中反映商事立法的价值追求目标,体现商事立法的技术依据源泉,因而成为商事立法、司法、仲裁和商事营业活动依据的根本准则。商法的基本原则是立法机关开展商事立法的基本指导原则,也是司法机关适用商法法律的基本依据和指引,更是商人从事商事活动的基本行为准则。

对于商法的基本原则,研究者们有多种归纳和表述,但并未形成统一的观点。参照学者们关于商法基本原则的界定,根据商品交易和市场经济的一般规律,结合对一些国家商事法的理论和实践概括分析,我们认为现代商法应包括以下基本原则。

(一) 商事主体法定原则

商法是规范商事主体进行交易活动的基本法律。市场经济条件下,商事主体是最基本的活动单位,其组织的健全与否直接关系到市场交易基础是否稳固。为了保护交易安全、相对人的利益及市场秩序的稳定,商法通常以强制性规范对商事主体的类型、标准及设立作出具体的规定,以此达到控制其进入市场的目的。该原则的

内容具体包括商事主体类型法定、内容法定和程序法定三个方面。

1. 商事主体类型法定,是指商法对于商事主体的类型作出明文规定,当事人只能在法定类型的范围内选择所要采用的类型,而不能任意创设法律中未规定的类型。这就意味着,当事人关于创设或者变更商事主体,仅具有在法定范围内自由选择的可能性,如果超出了法律规定的商事主体的类型,则不会得到法律的承认和市场准入。例如,在西方国家,无限公司、两合公司、股份两合公司都是商事主体,而我国公司法没有规定这些类别的公司,因此,这类经济组织在我国就不能成为商事主体。

2. 商事主体内容法定,是指商法对各类主体的组织关系和财产关系在法律中予以明确规定,当事人不得擅自变更其组织关系和财产关系。在商法中,对不同主体的财产关系和组织关系有不同的规定,当事人必须遵循。例如,有限责任公司、股份有限公司、合伙企业、独资企业等不同的商事主体,在组织关系和财产关系方面存在重大差异。之所以如此,是因为法律对它们作出了不同的规定,并且不允许其擅自变更,否则就可能造成主体形式的混乱,从而影响市场经济秩序。又如,对于股份有限公司的组织机构,公司法规定必须设立股东会、董事会和监事会,因此,没有股东会、董事会、监事会的股份有限公司就不得成立。

3. 商事主体程序法定,是指设立、变更和终止商事主体,必须遵守商事法律规定的程序。商法对设立、变更、终止商事主体的程序有明确的规定,当事人欲设立变更、终止商事主体,就必须严格按照法律规定的程序进行,否则,就无法达到其目的。例如1919年的法国《商业登记法》和1948年的英国《公司法》都规定了营利性社团法人的设立与登记制度,明确了“商主体非经登记不得设立”的原则。许多国家的法律还规定商主体的登记内容必须进行强制性公示,商主体对“已登记事项,须在登记所及时公告”,“应登记事项,非登记及公告后,不得对抗善意第三人”(《日本商法典》第11条、12条)。我国《公司法》规定设立有限责任公司和股份有限公司必须进行登记,只有在登记完成之后,公司才告成立,从而具备商事主体资格。

(二) 商事主体维持原则

商事主体维持原则,也称企业维持原则,是指商法应尽力保证企业组织关系的稳定存续和健康发展。商事主体是各种不同商事法律关系所必需的基本要素,任何商事活动都有赖于商事组织的积极行为。商事组织关系的存续和稳定发展,是现代商事交易活动得以进行的前提和基础。商法中的商事主体维持原则体现在以下两个方面。

1. 资本确保规则。资本是企业存续和发展的前提与基础,确保企业资本是强

化商事组织的物质基础。在大陆法系国家的公司法中，为了保证公司存在的真实性，一般就股东的出资缴纳、验资和公司注册资本的最低限额都作出明确的规定。为了使公司资本能够有效集中，公司法和证券法对公司的股份发行、转让等问题作出了详细规定；在传统大陆法系国家中，公司法理论还坚持公司资本确定、资本维持和资本不变三原则。

2. 企业破产和解散的风险防范。避免企业的解散、破产是维持和强化商事组织的重要措施。为此，商法特设以下规则：明确规定企业设立的条件，减少企业设立无效的情形，增加企业存续的可能性；限制公司设立瑕疵对公司的法人人格的影响；规定企业合并分立后的法律效果，避免企业的解散，确保企业的同一性和延续性；企业成员变动不影响企业的法律地位。如在公司制企业中，企业的存续和连续不受企业成员变动的影响，现代合伙法也逐渐摒弃了合伙人退出或死亡导致合伙自动解散的原则，改为采取即使合伙人退出或死亡合伙组织仍然存在的原则；限定企业解散的原因，避免企业随意解散，损害出资人和债权人的利益，为企业保留了存续和发展余地；规定企业的重整和和解制度，为濒临破产的企业提供继续进行商事活动的机会。

（三）商事交易简便快捷原则

商事交易，重在简便与快捷。简便主要是力图方式自由，快捷主要是力图时间快速。这都是基于商事活动是以营利为目的，而且总是反复进行，这就要求其与一般的民事行为有不同的规则。所以各国商法无不把交易的简便、快捷作为重要的基本原则加以遵循。这一原则主要靠以下一些规则和制度去实施。

1. 自由原则。主要体现为契约自由和方式自由及行为自由，以期交易简便。如契约的内容、契约的形式由当事人自行决定，无须法定或审批；如对买卖、互易、租赁、借贷、居间、寄托等活动，只要当事人相互同意，其契约就可成立。如公司法中关于公司的内部关系，票据法中关于票据的任意记载事项，保险法中关于保险价值的约定，凡此立法用意，就是极力排除烦琐的程序和方式，以求交易的简便。

2. 交易定型化。在交易行为上，通常多采取固定的形式。如对各种证券——股票、票据等的形式都使其定型化，以便于识别使用和积累经验；又如对有偿证券的转让，只要进行交付和背书即可；对一些经常反复使用的合同采用格式合同形式。尤其普遍存在的是将交易客体陈列于一定场所，标明价格、商标等，作为“要约”使对方对此标的有所了解，可以迅速决定是否“承诺”。这些都是为了便于识别、迅速了结、节省时间。在定型化的同时，为使交易灵活，法律上对交易行为多采取不要式主义，以便交易形式多样，促使迅速成交。