

6

現代
法學

现代法学
试题系列

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

商法

配套测试

教学辅导中心 组编

第六版

- 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

依据最新立法及学术动态修订升级
新增2012-2013年司考、考研真题

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



现代法学
试题系列

商法 配套测试

第六版

教学辅导中心 组编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

商法配套测试/中国法制出版社编. —6 版. —北京: 中国法制出版社, 2013. 2

(高校法学专业核心课程配套测试)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4305 - 0

I. ①商… II. ①中… 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 (2013) 第 010791 号

责任编辑: 刘经纬

封面设计: 周黎明

高校法学专业核心课程配套测试

商法配套测试 (第六版)

SHANGFA PEITAO CESHU (DI LIU BAN)

组编/教学辅导中心

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2013 年 2 月第 6 版

印张/20 字数/538 千

2013 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4305 - 0

定价: 40.00 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: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66070084

邮购部电话: 66033288

第六版说明

《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，深受到广大读者的喜爱，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《证券投资基金法》（2012）、《破产法司法解释一》（2011）全面改编。
2. 题目最新，新增2012~2013年司法考试和考研真题，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2008~2013年研究生入学考试真题，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
2013年2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	11
基础知识图解	11
配套测试	11
参考答案	12
第三章 商 行 为	16
基础知识图解	16
配套测试	16
参考答案	16
第四章 商事登记	20
基础知识图解	20
配套测试	20
参考答案	21
第五章 商 号	23
基础知识图解	23
配套测试	23
参考答案	24
第六章 商事账簿	25
基础知识图解	25
配套测试	25
参考答案	26
第七章 公司与公司法概述	27
基础知识图解	27
配套测试	27
参考答案	30
第八章 公司的设立	40
基础知识图解	40
配套测试	40
参考答案	45
第九章 公司的人格与能力	52
基础知识图解	52
配套测试	52

参考答案	52
第十章 公司的资本制度	55
基础知识图解	55
配套测试	55
参考答案	62
第十一章 股东与股权	76
基础知识图解	76
配套测试	76
参考答案	79
第十二章 公司的治理结构	87
基础知识图解	87
配套测试	87
参考答案	94
第十三章 公司的合并与解散	103
基础知识图解	103
配套测试	103
参考答案	106
第十四章 证券法的基本问题	111
基础知识图解	111
配套测试	111
参考答案	112
第十五章 证券市场主体法律制度	116
基础知识图解	116
配套测试	116
参考答案	119
第十六章 证券发行与承销法律制度	123
基础知识图解	123
配套测试	123
参考答案	125
第十七章 证券上市与交易法律制度	129
基础知识图解	129
配套测试	129
参考答案	133
第十八章 证券投资基金法律制度	141
基础知识图解	141
配套测试	141
参考答案	142
第十九章 破产法概述	144
基础知识图解	144
配套测试	144
参考答案	145

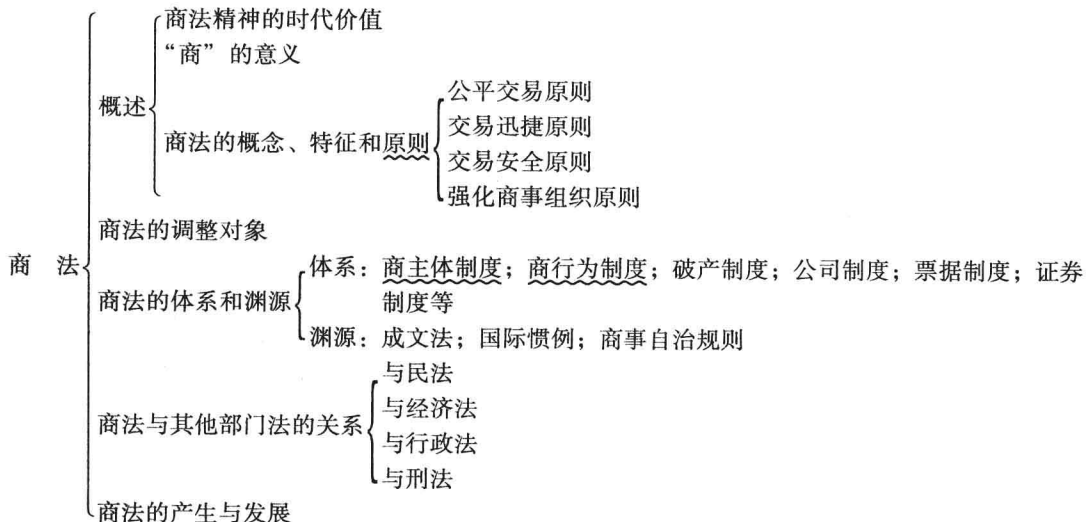
第二十章 破产申请与破产案件的受理	147
基础知识图解	147
配套测试	147
参考答案	148
第二十一章 破产管理人	152
基础知识图解	152
配套测试	152
参考答案	153
第二十二章 破产财产、破产费用与共益债务制度	156
基础知识图解	156
配套测试	156
参考答案	157
第二十三章 债权人会议	160
基础知识图解	160
配套测试	160
参考答案	162
第二十四章 破产重整	165
配套测试	165
参考答案	165
第二十五章 破产清算	167
基础知识图解	167
配套测试	167
参考答案	169
第二十六章 破产犯罪及处罚	176
基础知识图解	176
配套测试	176
参考答案	176
第二十七章 票据法概述	177
基础知识图解	177
配套测试	177
参考答案	183
第二十八章 汇 票	194
基础知识图解	194
配套测试	194
参考答案	200
第二十九章 本 票	210
基础知识图解	210
配套测试	210
参考答案	211
第三十章 支 票	213
基础知识图解	213
配套测试	213

参考答案	215
第三十一章 保险法概述	218
基础知识图解	218
配套测试	218
参考答案	219
第三十二章 保险合同	223
基础知识图解	223
配套测试	223
参考答案	230
第三十三章 人身保险	243
基础知识图解	243
配套测试	243
参考答案	247
第三十四章 财产保险	252
基础知识图解	252
配套测试	252
参考答案	254
第三十五章 保险业	258
基础知识图解	258
配套测试	258
参考答案	260
第三十六章 海商法概述	265
基础知识图解	265
配套测试	265
参考答案	265
第三十七章 船舶和船员	267
基础知识图解	267
配套测试	267
参考答案	269
第三十八章 海上运输合同	273
基础知识图解	273
配套测试	273
参考答案	277
第三十九章 船舶租用合同和海上拖航合同	282
基础知识图解	282
配套测试	282
参考答案	284
第四十章 船舶碰撞	287
基础知识图解	287
配套测试	287
参考答案	288
第四十一章 海难救助	290

基础知识图解	290
配套测试	290
参考答案	291
第四十二章 共同海损	292
基础知识图解	292
配套测试	292
参考答案	293
第四十三章 海事赔偿责任限制	295
基础知识图解	295
配套测试	295
参考答案	296
第四十四章 海事诉讼时效和涉外海事关系的法律适用	299
配套测试	299
参考答案	300
期末测试题一	302
期末测试题二	305
附录：名牌法学院校研究生入学考试商法学部分历年真题	308

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：()
 - 调整商事交易主体与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)

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

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,诚实守信,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、

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)

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,但订立契约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,使任何商事主体在什么时候都可以获得同等的效果。其包含两种方式,即对交易课题的商品化和证券化: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。

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。商法规范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,而且对契约的签订和履行,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,不受民族国家的领域的限制,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体成员国之间日渐高涨的商法统一化运动,学者间要求复兴古典商法的思潮,乃至主张使商事仲裁最终脱离民族国家的法律体系的倾向。另一方面又表现为愈来愈多的国际商事条约和国际商事组织对世界各国国内商法的渗透和影响。例如,19世纪以来对各国商法一体化产生有重要影响的国际性条约包括有1883年的《营业财产保护议定书》(1900年经补充)、1910年的《船舶碰撞及海难救助统一法公约》等。与其相适应,自上世纪起,国际间相继出现了一系列旨在推动商法一体化的国际组织。例如,19世纪下半叶成立的国际海事委员会、国际法协会、国际海事组织,本世纪以来国际间相继成立的国际海洋法法庭、国际商会、国际商会仲裁院、国际商事仲裁委员会、国际货币基金组织、联合国国际贸易法委员会、关税与贸易总协定成员国组织、世界贸易组织(WTO)等等。

2. 答案:大陆法国家的商事立法体例,可首先分为民商分立体例和民商合一体例两类。从大陆国家民商法的现状来看,多数国家采取了民商分立的立法体例,在民法典之外另制定了独立的商法典。从一定意义上说,民商分立与民商合一的立法体例之别仅仅限于,是否应将规制营利性主体营业行为的基本商法规则纳入独立的商法典的问题上;而对于实质意义上的商事普通法之存在以及商事特别法之存在,大陆法理论与实践并无争议,均采取肯定制度。也就是说,民商合一体例从来并不意味着要否定实质意义上的商事普通法,离开了确认商事普通法存在这一前提,也就无所谓合

分问题。

归纳起来说,大陆法国家的商事立法主要可分为商人法立法体系、商行为立法体系、折衷商法立法体系和民商合一立法体系四种。

现代商法意义上的商人法立法体系又称为“主观标准的商法体系”,这一体系由《德国商法典》所首创,并以德国法为典型,其基本特点表现在以下三个方面:第一,这一立法体系强调商主体的资格确定,并将其作为商法适用的一般前提。根据《德国商法典》所作的定义:“为本法所设定之目的而从事商业经营活动的人都是商人。”在对商主体资格确定上,商人法立法体系实际上采用双重确认标准:其一是主要依据商行为(营利性营业行为)确定,同时要求行为人负有商业登记义务;其二是主要依据商业登记标准(并辅之以不同层次商业范围)来确定,并根据外观公示原则推定其从事商行为。(《德国商法典》依此原则将商主体分为五类:(1)法定商人,指从事商法典规定的固有商行为而属于“从事商业经营活动的人”;此类商人的身份具有公示性,故必须履行商业登记,否则将构成实质违法。)第二,这一立法体系强调对商行为内涵的一般概括,并以之作为确定商主体商法上身份的基本标准。在《德国商法典》之前,法国商法理论与时间虽然已经提出了商行为观念,但在立法中并没有概括出商行为的一般定义,并且这一观念也并不具有系统的理论化内涵。实际上,现代商法中所普遍采用的固有商行为、营业商行为、辅助商行为、乃至双方商行为与单方商行为等概念均始自德国的商法理论与实践。根据《德国商法典》一般意义上的商行为是指“具有营利性营业性质的经营活动”,即包括了(1)商事法依行为内容所直接认定的固有商行为,(2)由商法典列举的营业商行为,(3)虽不在列举范围之内但系由公司或商事组织从事的营业活动也属于商行为,(4)与商人的基本商行为有牵连关系的(或当事人表示有牵连关系的)营业行为、服务行为等也视为商行为。故可知商人法立法体系中的商行为概念具有层次性,并且这一概念的结构是为了确定商主体的概念而设计的;第三,这一立法体系强调商事法中对一切商事关系具有普遍适用意义的基本规则之抽象,由此形成了商事基本法或商法总则的内容。不过学者们通常的认识是:由于德国商法体系的形成缺少像德国民法那样充分和深入的立法理论准备,因此商法典的体系化和系统化发展始终是一悬而未解的问题。近年来,德国学者多致力于商法赖以存在的条件和商事企业概念等问

题的研究,试图构建出更具一般性的商法理论体系,以统辖各类具体的商事特别法,他们中大多数人数倾向于保留商人法主义的立法体系和《德国民法典》原有的体系结构。

商行为法立法体系又称为“客观标准的商法体系”,这一立法体系由《法国民法典》所首创,但后来转向折衷商法主义立场。目前仍采取这一立法体系的典型代表为《西班牙商法典》。其基本特征是:首先,这一立法体系强调商行为概念的基础作用,并试图主要以此概念来确定商主体的范围、商法的适用范围以及商法规则的体系,作出较商人法体系更为明确的界定。但由于在现代商品经济活动不断发展的条件下,商行为概念本身的范围就具有变动性和不确定性,这就决定了,采取此立法体系所确定的商行为范围仅能狭于或大体趋近于现实商业活动的范围。其次,这一立法体系强调商主体资格对于商行为的依存性。但西班牙商法在公司和企业组织商主体问题上没有单纯依据商行为确定商主体资格的客观标准,从而有效避免了商主体身份的不确定性。可对于商个人的确定却留下了三方面的含混或疑问。其一,商个人从事商业行为必须履行商业登记,这时的商个人的资格何时取得,商事能力范围如何,何时须履行登记等一系列问题均处于含混状态。其二,商个人资格的不确定使得其代理人代行的营业活动究竟属于代理人的商行为还是本人的商行为成为疑问。其三,由无行为能力人通过代理人从事的营利性营业活动以及由自然人从事的某些法定范围外的营利性营业行为,均被排除在商行为之外,而不受商法控制。这些疑问实际是客观商法体例下所无法避免的基本问题。

折衷主义商法体系又称为“混合标准的商法体系”。这一立法以现代《法国商法典》为代表。商人的概念与商行为的概念被共同作为商法体系的基础,即以商行为概念作为商人定义的基础,而商人概念又在一定程度上决定着商行为的具体范围。这种混合特征是折衷主义商法体系的基础。这种体系并没有关于商行为的一般定义,而是通过列举方式明确了商行为的基本范围,明确将某些行为排除在商行为范围之外。

民商合一立法体系的主要代表是瑞士,是基于商法中一系列概念,特别是商行为概念之陈旧性与社会商事活动扩展趋势间的矛盾,提出了民商合一的立法主张,但其本质在于主张民法普遍商化。这一体系中商法规则仍然有其独立的位置和体系;民商法典仍须确认商主体特别法上的资格,并须对商主体及其营业性商行为适用不同于

民事主体的民事活动的特别法规则；而商事公法和商事特别法仍须对商事主体的营业性商行为加以特殊控制。但从理论上说，商事法为对营利性主体的营业行为实施特别法控制，必须在法律上将商主体与其他民事主体区别开，这主要靠商业登记制度，依商行为标准所作的推定则退居次要地位。试图通过民商合一而使民事主体普遍地适用商法是不切实际的幻想。

3. 答案：由于在调整范围、立法目的上有诸多不同，因此，商事法和经济法在有关部门的法律理念、法律机能上也是明显不同的。商法以个别经济主体的利益为基础，主要调整的是经济主体之间的利益关系；经济法则以社会经济利益为基础，着眼于整体经济利益的协调和保护，即着重于所有商事主体利益的全局性调整。因此，商事法和经济法应作为两个不同的法域而存在。两者的区别主要体现在以下几个方面：

(1) 商法和经济法所调整的社会经济关系的性质不同。商法主要调整的是商人之间的以平等性为特征的社会经济关系；经济法则调整的是国家与公民、国家与企业（商人）之间的社会关系，这种关系主要体现为管理与被管理、指挥与被指挥的纵向关系。

(2) 商法和经济法调整对象的内容不同。商法主要规定的是商人和其他经营者的法律地位、组织形式、商事交易行为规则和行为后果等，经济法主要规定了商事活动中商事主体的竞争行为规范、竞争规则以及政府如何对不正当竞争行为和垄断行为进行调整，以维护正常的经济运行环境和运行条件。

(3) 商法和经济法的作用内容和作用基点不同。商法的作用内容和作用基点是确认和保护商人的（经营者）合法地位和利益，侧重于保护作为商人的企业和自然人之间的平等利益关系，以满足商人的营利性要求。经济法的作用内容和作用基点则是平衡个体利益与社会利益之间的矛盾，其作用内容侧重于社会的整体经济生活和社会的整体经济利益。

(4) 商法和经济法的法律性质和法律理念不同。商法是属于具有公法因素的私法，其自由、平等、公平、效益、安全等法律理念被侧重于从个体方面来理解和阐释。即强调个体的自由，个体之间的平等，个体相互关系的公平以及个体行为的效益和安全。经济法是具有私法内容和公法内容的社会法，自由、平等、公平、效益、安全、秩序等一些法律的基本理念，被侧重于从社会的角度去理解和阐释，强调社会整体效益和交易安

全。

4. 答案：从主观主义立法例来看，它是以商人观念为基础来构建商法体系的，以大陆法系中的《德国商法典》为代表。现行《德国商法典》采用了民商分立的立法体系，其具体内容可分为五编：第一编为商人的身份，下设商人、商业登记簿、商号、经理权和代办权、商业辅助人和商业学徒、代理商、商事居间人七章。第二编为公司和隐名合伙。第三编为商业帐簿。第四编为商行为。第五编为海商。

现代商法意义上的商人法立法体系又称为“主观标准的商法体系”，这一体系由《德国商法典》所首创，并以德国法为典型。所谓主观主义，又称商人法主义，指法律先定商人概念，然后从中导出商行为概念，依此标准，商行为就是商人所为的行为。由商行为发生的关系都是商事关系，如果行为主体不是商人，其行为就不是商行为，其发生的关系也就不是商事关系。其基本特点表现在以下三个方面：

第一，这一立法体系强调商主体的资格确定，并将其作为商法适用的一般前提。在对商主体资格确定上，商人法立法体系实际上采用双重确认标准：其一是主要依据商行为（营利性营业行为）确定，同时要求行为人负有商业登记义务；其二是主要依据商业登记标准（并辅之以不同层次的商业范围）来确定，并根据外观公示原则推定其从事商行为。但应当注意，德国新商法上所谓的商人，与商人法中的商人有所不同。商人法中的商人实际上是一个阶层或者阶级，其商人法只适用于这个阶层或者阶级。而德国商法典中所谓的商人，是指凡是经营商业的人均为商人。这种商人概念具有普遍性。

第二，这一立法体系强调对商行为内涵的一般概括，并以之作为确定商主体商法上身份的基本标准。根据《德国商法典》一般意义上的商行为是指“具有营利性营业性质的经营活动”，即包括了：（1）商事法依行为内容所直接认定的固有商行为；（2）由商法典列举的营业商行为；（3）虽不在列举范围之内但系由公司或商事组织从事的营业活动也属于商行为；（4）与商人的基本商行为有牵连关系的（或当事人表示有牵连关系的）营业行为、服务行为等也视为商行为。故可知商人法立法体系中的商行为概念具有层次性，并且这一概念的结构是为了确定商主体的概念而设计的。

第三，这一立法体系强调商事法中对一切商事关系具有普遍适用意义的基本规则之抽象，由