

高等政法院校必修课程学习指导丛书

商法

学习指导

⑥

丛书编写组编

● 以**基础**求贯通

基本概念与原理助你触类旁通

● 以**经验**求成功

名师**李永军**教授与你分享学习心得

● 以**习题**求巩固

期末考试、考研、司考真题帮你举一反三

中国政法大学出版社

高等政法院校必修课程学习指导丛书

商 法 学习指导

撰稿人：高大敏 张愉庆

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学习指导/《高等政法院校必修课程学习指导丛书》编写组编.

—北京: 中国政法大学出版社, 2007. 6

(高等政法院校必修课程学习指导丛书)

ISBN 978-7-5620-2991-5

I. 商... II. 高... III. 商法-中国-高等学校-教学参考资料 IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 078219 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×1092 16 开本 15 印张 370 千字

2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5620-2991-5/D·2951

印 数: 0 001-3 000

定 价: 20.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zfs620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

《高等政法院校必修课程学习指导丛书》是一套针对国家教育部规定的法学专业必修课程策划的,以法学基础知识精解、学习方法、配套习题为主要内容的同步学习指导用书。目的在于帮助学生掌握“基本概念、基本原理、基础知识”,从某种角度讲,本丛书可以说是一套简明法学教材。

目前,全国接受不同层次法学教育的人数众多,且法学教材种类繁多、形式多样。面对各类篇幅大、内容广的法学教材,不少人学习时抓不住重点,考试时摸不着方向,确实下了工夫,却因不得要领而事倍功半。编者认为,不管使用何种教材,不管内容篇幅多大,万变不离其宗,我们只要紧紧抓住“基本概念、基本原理、基础知识”这个关键内容,其他问题就会迎刃而解。

本丛书完全从“基本概念、基本原理、基础知识”出发,总结、归纳、整理概念、原理之下的相关知识点,为在校生的期末考试、研究生入学考试、国家司法考试提供知识体系保障。我们坚信,掌握了这些最基本的概念、原理和知识,就相当于掌握了教科书中最基础、最精华的部分,面对各种考试,就能应对自如,顺利过关。本丛书的特色主要包括:

1. 名师与你分享学习心得。工欲善其事,必先利其器。方法和手段对于法学学习至关重要。中国政法大学名师张晋藩、刘金国、焦洪昌、张树义、刘心稳、李永军、张今、李东方、宋朝武、阮齐林、刘玫、宣增益、杜新丽、赵威等教授亲自撰文讲述学习方法,帮你获得事半功倍的学习效果。

2. 基础知识助你触类旁通。加紧学习,抓住中心,宁精勿杂,宁专勿多。本丛书理论知识部分包括基础知识图解、重点知识讲解两部分。

基础知识图解以图表的形式归纳、总结基本概念和基本原理,条理清晰、框架鲜明,真正做到用最简洁的语言表达最完整的内容,解决学习过程中总结笔记的烦恼。

重点知识讲解针对图表中重要知识点进行深入解析,内容全面、考点突出,体现与基础知识图解的内在关联性,抓住中心,宁精宁专,避免舍本逐末。

3. 配套习题帮你举一反三。题在精不在多,因此,无论是针对期末考试的习题,还是考研、司考真题,本丛书旨在“一题一提示,一题一解析,题题设考点,题题高质量”。无论是基础记忆题,还是引申案例题,都将帮你举一反三,夯实基础。除每章的同步习题外,本丛书还将整个学科的综合测试题奉献给读者,以供自测。

本套丛书的出版,凝结了很多人的辛勤劳动。丛书编写组的作者和中国政法大学出版社的编辑为了本套丛书的出版,付出了艰辛的努力。希望这些劳动和努力可以为各位同学提供帮助。不足之处欢迎读者和同仁不吝赐教、批评指正!

《高等政法院校必修课程学习指导丛书》编写组

2007年6月

如何学好商法

李永军

李永军,民商法博士后,中国政法大学教授,博士生导师。李永军教授多年从事法学本科、研究生教学,有丰富的教学经验,他善于理论联系实际,引导学生由浅入深,全面掌握学科知识,教学效果很好,是深受学生欢迎的资深名师。主要著作:《民法总论》、《合同法》、《商法》、《破产法律制度》、《票据法理论与实务》、《海域使用权研究》等。发表重要学术文章数十篇。本人为全国人大常委会破产法起草小组成员,自1994年至今一直从事法律起草工作。

许多人在学习商法时,都在不同程度上存在下列疑惑:商法的各个部分比较独立,内容之间联系较少,如公司法与破产法、保险法之间几乎没有任何联系,似乎商法是“一门门单行法”的组合,而商法的条条框框要比民法多得多,因而不易掌握。应该说,这种乍看比较表面的感受确实有些真实,这确是商法本身的特点给人带来的问题。但是,我们必须明白,无论你对商法如何看待(即你是否承认商的独立性与否),有关商事交易的规则却是客观存在的。因此,我们还应该有足够的信心并怀着对商法的需求的心理学好商法,它将对我们的工作和生活发挥重要的影响。下面仅就我对商法的学习与理解谈一点体会或者说是感悟,以供大家学习时参考。

一、认真把握商法与民法的关系,才能学好商法

无论采取“民商分立”,还是“民商合一”立法模式的国家,民法都是商法的基础,这是毫无疑问的。因此,在许多国家中,如在德国和日本,很少找到仅懂民法而不懂商法或者仅懂商法而不懂民法的教授学者。例如,德国著名学者迪特尔·梅迪库斯在其《德国民法总论》中,几乎时时都会提到商法的规定,而德国著名商法学者C. W. 卡纳里斯在其《德国商法》中也每每提到民法典的规定。因此,德国的民法与商法学者往往被称为“私法学者”。其中的缘由被C. W. 卡纳里斯非常简单地道破:“商法规范很少被单独适用。在人们适用《商法典》第348条之前,必须要判断究竟是否有一个有效的违约金存在,而这种判断要依赖民法规范。同理,在买卖标的物瑕疵的场合人们首先要根据《民法典》判断各构成要件是否成立,才能依据《商法典》第377条提出损失赔偿请求。”^{〔1〕}不仅如此,民法中关于法人的理论也同样

〔1〕〔德〕C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第7页。

适用于公司,而公司的所有理论基础必须以民法中的法人为支撑。例如,公司为什么必须有“意思机关”与“执行机关”?这些问题恐怕只能从民法关于法人的理论中寻找答案;而商法中的“商行为”与民法中的“法律行为”也有密切的关系;保险法中的保险合同也只能以民法中的合同理论为前提;而破产法中几乎所有的实体问题,如破产债权、破产财产等这些基本概念都是民法上的债权与财产转换而来的。因此,在学习商法时,必须深刻体会和理解商法与民法的关系,才能更好地学好商法。离开民法,商法就会成为无源之水。

二、掌握商法的特点,才能学好商法

商法不像民法那样,经过几代法学家的努力与研修,体系化已经相当完备,而作为大陆法系民法典的源头——罗马法中却意外地“疏漏”了商法,因此,对商法的研究至少从历史渊源上看,远不如民法。虽然商事立法也遵循一定的脉络,有的以商人为主线,有的以商行为为主线,有的兼而有之。也有一些基本的概念,如商人、商行为、商事权利义务等,但是,商行为、商事主体的概念是如此的不确定,以至于难以抽象出共同的可称之为“原则”的东西来。就如德国学者所言,到现在为止,我们仍然没有成功地将各类商法规范归纳至一个共同的和一般的基本原则上去。^[1]例如,保险行为、票据行为、破产清算、期货买卖行为、证券买卖行为之间的差异性远远大于共同性,故其共同适用的原则难以抽象出来,所以,无论是大陆法系的商法典,还是商法教科书,都是把这些部分放在一起,其间的联系性与柔和性令人生疑:这些商行为是否是一个有机的整体?也许正是这个原因,许多国家的商法典中,仅仅规定商事主体及有限的几种商行为,而把一些彼此之间没有联系的商事行为以特别单行法规的方式另行规定,如票据法、证券法、破产法等。另外,商法所关涉的范围究竟多大,学说上各执一词,立法上也各行其是,远无民法上的共识。有的商法著作认为,商法的范围是公司法、破产法、票据法、保险法。^[2]有的认为,商法包括公司法、证券法、票据法、保险法、海商法、破产法。^[3]有的认为,商法包括公司法、证券法、票据法、保险法、破产法。^[4]有的则认为,商法包括公司法、证券法、票据法、保险法、海商法。^[5]这不仅使人生疑:为什么每一个民法学者在编写民法教科书时,内容几乎是一致的,而编写商法教科书却有这么大的差异?这种取舍是有根据的,还是任意的?更重要的是,至少在中国,很少有教授能够通晓商法的全部,因此,呈现出来的现象是:虽然我国教育部将商法作为各个大学法学院的主干课程,但在法学院讲授商法课程时,往往是一个老师讲授公司法,另外一个老师讲授票据法,其他老师讲授破产法、保险法或者海商法等。因此,给学生的印象就是“商法是难成体系的”并且“支离破碎的”。这也许就是商法本身的特点导致的。

至于商法的特征,C. W. 卡纳里斯明确指出:尽管商法学家做了很多努力,但迄今为止他

[1] [德]沃尔夫冈·塞勒特:“从德国商法典编纂历史看德国商法之间的关系”,载范健等主编:《中德法律继受与法典编纂》,法律出版社2000年版,第2页。

[2] 覃有土主编:《商法学》,中国政法大学出版社1999年版。

[3] 赵中孚主编:《商法总论》,人民出版社1999年版。

[4] 赵万一主编:《商法学》,法律出版社2001年版。

[5] 王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版。

们仍然没有成功地对大量商法规范给出独特而明确的特征,除了形式上它们都可以和“商人”这一概念相联系外。人们只是总结出了一些在商法规范中出现频率较高的特点。这些特点体现了人们对商人在交易熟练程度和交易经验方面的较高要求,同时说明商人之间的交易对灵活性、快捷性、简易性和保障性有较高要求。^[1] 因为商法的快捷性、简易性和保障性的较高要求,使得商法的权利外观责任比民法更加明显。例如,在票据法上,形式主义显得尤为重要,甚至不管实际交易内容而仅仅看票据的“文义”,使得票据具有了无因性与外观性。

当然,上述商法的这一特征不能适用于所有商事法律,例如,破产法就不适用这种“外观性”。因此,我认为,商事规范之间的差异性还是大于其共同性的,特别是商法的技术性很强,而且各个商事规范之间的技术性有很大的不同。所以,学习商法应当从其“个性”开始,采取“各个击破”的策略更加有效,从公司法、证券法、票据法、破产法、保险法、海商法等各个具体法律入手来掌握其具体规则,而不要试图在这些法律中寻找共性,这样才能学好商法。

以上仅仅是我个人在学习商法中的一些体会,也许就不能算是有价值的经验。每个人都有自己的学习方式,都有自己的体悟。我只是希望把我自己的体会告诉大家,仅供学习时参考。

[1] [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第8页。

目 录

第一章 商法导论	(1)	第一节 破产法概述	(98)
◆ 内容提示	(1)	第二节 破产程序总论	(100)
◆ 基础知识图解	(1)	第三节 重整	(107)
◆ 重点知识讲解	(4)	第四节 和解	(110)
◆ 配套习题	(6)	第五节 破产清算	(111)
◆ 参考答案	(7)	◆ 重点知识讲解	(114)
第二章 公司法	(11)	◆ 配套习题	(122)
◆ 内容提示	(11)	◆ 参考答案	(129)
◆ 基础知识图解	(11)	第五章 票据法	(141)
第一节 公司法总论	(11)	◆ 内容提示	(141)
第二节 有限责任公司	(16)	◆ 基础知识图解	(141)
第三节 股份有限公司	(21)	第一节 票据和票据法概述	(141)
第四节 公司债券	(24)	第二节 汇票	(149)
◆ 重点知识讲解	(28)	第三节 本票与支票	(153)
◆ 配套习题	(34)	◆ 重点知识讲解	(154)
◆ 参考答案	(40)	◆ 配套习题	(156)
第三章 证券法	(54)	◆ 参考答案	(163)
◆ 内容提示	(54)	第六章 保险法	(174)
◆ 基础知识图解	(54)	◆ 内容提示	(174)
第一节 证券法总论	(54)	◆ 基础知识图解	(174)
第二节 证券的发行	(56)	第一节 保险法与保险法概述	(174)
第三节 证券的交易	(59)	第二节 保险合同总论	(175)
第四节 证券经营与服务机构	(65)	第三节 财产保险合同	(179)
第五节 证券监管法律制度	(71)	第四节 人身保险合同	(180)
◆ 重点知识讲解	(76)	第五节 保险业法	(182)
◆ 配套习题	(79)	◆ 重点知识讲解	(185)
◆ 参考答案	(84)	◆ 配套习题	(194)
第四章 破产法	(98)	◆ 参考答案	(201)
◆ 内容提示	(98)	综合测试题	(213)
◆ 基础知识图解	(98)		

第一章 商法导论



内容提示

商法导论主要讲述商法总论内容,是整个商法的理论基础,熟悉本章内容是商法学习的前提。通过本章学习,理解商法的概念及特征,商业登记、商业名称和商业账簿的概念及功能;了解商法的演进过程,商法与相关部门法的关系;重点掌握商法的基本原则,商主体和商行为的含义、类型及特点;辨析商主体与商行为。



基础知识图解

一、商法概论

商法概论	概念	调整商事关系的法律规范的总称
	特征	(1) 商法的兼容性,兼具私法和公法的性质 (2) 商法的技术性,包含大量的技术规范 (3) 商法的营利性,商主体从事商事活动,其直接和主要目的在于营利 (4) 商法的国际性,商法更多地体现各国制度的统一性
	基本原则	(1) 强化商事组织原则:通过商法来对商事主体进行控制,从而稳定社会经济秩序,有利于商事活动 (2) 维持交易安全原则:表现为商行为法律控制的强制主义和严格主义 (3) 促进交易迅捷原则:商法的效益主义是通过促进交易迅捷来实现的 (4) 实现交易公平原则:这是民法上公平原则在商事领域的具体体现
	★	

二、商主体

商主体	概念	又称商事法律关系的主体,是指依照法律规定参与商事法律关系,能够以自己名义从事商行为,享受权利和承担义务的人,包括个人和组织
	特征	(1) 商主体的形成一般须经过国家的特别授权程序 (2) 商主体是从事以营利为目的的经营性活动的主体 (3) 商主体是商事法律关系的当事人,在商法上享有权利并承担义务
	立法原则	(1) 客观主义原则,又称实质主义原则。指商事法着眼于行为自身的商的性质,并将行为主体确定为商事主体 (2) 主观主义原则,又称形式主义原则。指商事法确定商事主体时,着眼于商行为的形式,强调商人这一概念在法律适用中的核心地位 (3) 折衷主义原则。指在确定商事主体时,同时将商人概念和商行为概念作为其基础,既注意商行为的客观性质,又着眼于商行为的形式

商主体	立法分类	(1)依商事主体是自然人还是组织体以及组织状态为标准,可以分为商个人、商法人、商事合伙:①商个人,又称商自然人,指依商事法规定从事商事活动,享有权利并承担义务的自然人;②商法人,指依法成立并依商事法规定从事商事活动,享有权利、承担义务的法人;③商事合伙,指依法成立并依商事法规定从事商事活动,享有权利、承担义务的合伙组织 (2)依据商事主体是否以注册登记为要件,可以分为法定商人、注册商人和任意商人:①法定商人,指从事法定的特定商事行为(即绝对商事行为)的商人;②注册商人,指依法进行注册登记,并以其核准的营业范围为商事行为(即营业商行为)的商人;③任意商人,指依法由其自主决定是否登记注册的商人 (3)依商事主体是以商行为为标准还是以着眼于企业形态为标准,可以分为固定商人和拟制商人:①固定商人,指以营利为目的,有计划地反复连续地从事商事法列举的特定的商事行为的商人;②拟制商人,即虽不以商事行为为职业,但商事法律视其为商人
-----	------	--

三、商号

商号	概念	又称商事名称、商业名称,指商主体在从事商行为时所使用的名称
	特征	(1)商号仅仅是一个名称,这个名称本身不是法律上权利义务的承担者,不等于承担权利义务的为人 (2)商号是商主体用于代表自己的名称,它依附于商主体,是商主体相互区别的重要外在标志 (3)商主体在从事商行为时才可以使用商号
	选定要求	(1)商号应依次由字号、行业或经营特点、组织形式三个部分组成 (2)商号应当冠以商主体所在地的省(或自治区、直辖市)或者市(州)或者县(市辖区)行政名称 (3)下列商号可以不冠以所在地行政区域的名称:①法律规定可以在名称中冠以“中国”、“中华”、“国际”字样的商主体;②历史悠久、字号驰名的商主体;③外商投资的商主体 (4)商号中的字号应当由两个以上的字组成
	商号权	概念 是指商主体依法享有的对商号的专有使用权,主要包括专有权和使用权两个方面
		性质 是兼人身权和财产权于一体的混合权利
		特征 (1)商号权具有区域性的限制,除全国范围的驰名商标外,大部分只能在本行政区域内享有商号权 (2)商号权具有公开性,商号必须通过登记予以公开,为他人知晓 (3)商号权具有可转让性

四、商行为

商行为	概念	指商主体所从事的以营利为目的的经营行为
	特征	主要包括:①商行为是以营利为目的的行为;②商行为是经营性行为;③商行为是商主体所从事的行为;④商行为是体现商事交易特点的行为
	立法 规制 原则	(1)主观主义原则,以商人概念为前提,在此基础上推导出商行为。采用此原则时,商事法均持商人的营业行为为商行为的立场,强调商人的经营方法对确定商事行为的意义 (2)客观主义原则,以行为的客观性为基础,据此确定商事行为;采此原则时,商事法强调依据行为的客观性质确定一定的行为为商事行为 (3)折衷主义原则,即在综合修正上述两原则的基础上,以折衷的立场确定商事行为

商行为	立法分类	(1) 依据行为的客观性质和是否附加条件,商行为可以分为:①绝对商行为,即依行为的客观性,并由商事法律规定的商行为;②相对商行为,即依行为主体的营利性,在营业上集中的反复的持续的行为 (2) 依据行为是否构成商人概念的基础,商行为分为:①基本商行为,即依据规制商行为的客观主义原则,可以作为导出商人概念的基础的商行为;②辅助商行为,即不构成商人概念的基础,而是由商人概念导出的商行为 (3) 依据行为是否适用商法,商行为分为:①固有商行为,即当然适用商行为法原则的行为,主要指绝对商行为和固有商人营业上的商行为;②准商行为,即准用商行为法原则的行为,主要指拟制商人营业上的商行为
-----	------	--

五、商事登记

商事登记	概念	指商主体或商主体的筹办人,为了设立、变更或终止商主体资格,依照商事登记法规、商事登记法规实施细则以及其他特别法规定的内容和程序,由当事人将登记事项向营业所在地登记机关提出,经登记机关审查核准,将登记事项记载于登记簿的法律行为
	对象	(1) 具备企业法人条件的企业 (2) 不具备企业法人条件的企业或经营组织
	管理机关	在我国,商事登记的主管机关是国家工商行政管理机关
	种类	(1) 开业登记:指商主体的创设人为设立商主体而向登记机关提出申请,并由登记机关办理登记的法律行为 (2) 变更登记:指已登记的商主体由于名称、住所、法定代表人等方面发生变化而到登记机关进行的变更登记 (3) 注销登记:指商主体在终止时到登记机关办理的登记
	程序	(1) 申请:指由商主体创办人或商主体提出的创立、变更商主体或者变更商主体已登记事项的行为 (2) 审查:指受理登记申请的机关,在接到申请者提交的申请后,于法定期限内对申请者所提交的申请内容依法进行审查的活动 (3) 核准发照:指登记机关在收到申请人的申请及相关材料后,在法定期限内予以审核并颁发执照的活动 (4) 公告:指将登记的有关事项,通过报道或者其他途径让公众知道
	效力★	涉及两方面内容:①未履行商事登记之事项在法律上对第三人具有何种效力;②已履行商事登记之事项在法律上对第三人具有何种效力

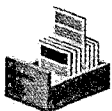
六、商法的演进

商法的演进	大陆法系商法	起源及形成	一般认为,商法起源于中世纪地中海沿岸的一些自治城市,最初形式是商人习惯法。商人法主要依据罗马法,但也受到日耳曼法的影响。商人法构成了近代商法的基础
		近现代	商品经济的发展和统一国家的形成,促使商法由传统的商人习惯法向成文法转化。在这一过程中,大陆法系国家制定了商法典,有代表性的是《法国商法典》和《德国商法典》

商法的演进	英美法系商法	商法被认为是英美法系中的精华,由判例法发展起来的商法,演绎出许多有名的规则,并且在现代发展中也出现很多商法制定法,如英国的《公司法》、美国的《统一商法典》
	我国的商事立法	古代中国诸法合一,没有现代意义上的部门法,自然也就没有商法一说。到了清末变法,才模仿西方国家,制定了许多单行商法,采取了民商合一的立法体例。这一体例一直延续下来,也成为我国现行商事立法的一个基本原则

七、商法与相关法律的关系

商法与相关法律的关系	商法与民法	民商分立制	(1)指在立法形式上,于民法典之外另制定商法典以规范商事组织和调整商事关系 (2)原因。西方传统民商分立体制,并非出于理性的认识与选择,而是由于历史传统的既成事实,即欧洲大陆各国在资本主义早期发展中所形成的商人特殊阶层及其特殊利益,以及商人阶层自身创造的商事习惯法和商事法庭
		民商合一制	(1)指由民法统帅商法,在民法典中吸收基本商事规范,于民法典外不制定商法典,只根据需要制定单行商事法规的立法体制 (2)原因。民商合一体制的形成根植于社会经济条件的变化:市场经济的发展,导致传统商人阶层消失,以身份立法的方式也得以改变,使得商法丧失了独立存在的经济与社会根基,从而采用民商合一立法体制
	商法与经济法	在法理上的差异	(1)从两者的基点来看:商法的基点是确认和保护商人地位和利益;经济法的基点是确保社会化、多元化的经济结构和资源的理性分配 (2)从两者的性质和理念来看:商法属于具有公法因素的私法,其中自由、平等、效益、安全等法律理念被侧重于从私法方面来理解;经济法是具有私法因素的公法,自由、平等、效益、安全等法律理念被侧重于从公法的角度去阐释 (3)从两者的内容和制度来看:商法主要规定了商人地位、组织形式、商事交易规则和行为后果;经济法则主要规定商事组织的竞争规范、政府如何调控商事主体,如何平衡商人利益和社会公共利益
		在立法上的互融	随着社会的发展,法律部门之间越来越交叉,商法和经济法尤其如此。在大部分单行法律中,商法规范夹杂着经济法的内容,在经济法规范也含有商法因素,两者共同调整社会经济关系



重点知识讲解

一、商法基本原则

商法基本原则,是指反映一国商事法律的基本宗旨,对各类商事关系具有普遍适用意义或司法指导意义,对统一的商法规则体系具有统领作用的某些基本法律规则。主要有以下几个原则:

1. 强化商事组织原则。商事组织是构成各种商事法律关系所必需的基本要素之一,商法对商事组织的法律控制往往关系到社会经济秩序的稳定和社会交易的安全。因此各国商法通常使用大量的强行法规则对商事组织加以调整和控制,以强化商事组织各项规则要求,为此各国商事立法采取了以下几项制度:①商事组织设立的准则主义,即明确规定商事组织成立的各项条件,只有具备商事组织成立的条件,方可申请进行设立登记。②商事主体资本的确保规则,各国公司法均做出如下规定:其一,公司注册资本的最低限额;其二,公司资本确定、资本充实和资本不变

原则;其三,公司不得对自己的自有资本贷款给股东或其他企业组织。③商事主体责任承担的有限责任规则。④商事主体破产、解散的风险回避规则,这是维持和强化商事组织的重要措施,也是维持正常的市场交易秩序的基本要求。⑤商事主体风险负担上的分散规则,这可以在一定程度上防止企业因风险而倒闭。

2. 维持交易安全原则。由于近现代社会生活的变化,传统民商法理论的不干涉主义受到冲击,出现了私法公法化趋势。在商法领域更为明显,主要表现在以下几个方面:①商行为实施上的强制主义,指国家对于商事关系施以强行法规则。②商事活动的公示主义,指商事活动交易当事人,对于涉及利害关系人利益的所有营业上的事实,须进行登记并负有公示告知义务。③商行为效力确定上的外观主义,指以交易当事人行为的外观为标准,确定其行为所产生的法律效果。④商行为后果承担上的严格责任主义,指从事商事交易行为的行为人应承担的责任较之于一般民事主体更为严格。⑤排斥交易相对人自由意思的绝对责任主义,在商法中通常排斥交易行为人对责任承担的内部约定的效力,并对交易行为当事人规定了特别严格的责任承担机制。

3. 促进交易迅捷原则。商法以商人和商行为为调整对象,注重效益是商法的一个重要规则,而商法主要是通过促进交易的迅捷性来实现此要求的。具体有:①交易后果确定上的短期消灭时效主义,是指法律对于基于商事交易行为所生之债的法律保护期间较短,从而迅捷确定其行为之效果。②交易行为要素中的定型化规则,包括交易形态定型化和交易客体定型化。交易形态定型化指商法通过强行性规则预先规定若干类型的典型交易方式,任何个人或组织,无论何时从事该类交易行为,均可获得同样的法律效果。交易客体的定型化主要有交易客体的商品化和交易内容上的权利证券化。③交易效力要求上的行为要式性规则,商法虽然也强调行为的合同性,但许多情况下采取了要式主义的要求。④责任豁免手段上的简便性规则,此目的在于迅速了结法律关系,促进交易的快捷。

4. 实现交易公平原则。商法的私法性及其内在价值要求商法贯彻公平交易的原则,具体要求有:①交易主体上的平等原则;②商事交易意思要素中的诚实信用原则;③商事交易后果确定上的情势变更原则。

二、商事登记的效力

商事登记的效力主要涉及两个方面的内容:①未履行商事登记之事项在法律上对第三人具有何种效力;②已履行商事登记之事项在法律上对第三人具有何种效力。

各国法律中关于商事登记效力的规定不尽相同,可以归纳为以下几种情形:①商事登记是商法人获得法律人格的必要条件;未经登记及宣告,商法人不能成立,其行为不能被视为商行为。但是,对于商个体和商合伙而言,商事登记仅仅具有宣告性,是其商人身份的法律认可;如果行为人未经登记而从事了商事经营活动,其不享有商人所享有的权利,但必须履行商人应履行的义务。德国、法国、瑞士的商法奉行这一原则。②商事登记不是商主体资格取得的必要条件,未经登记程序,行为人实施了商行为,同样可以享有商人的权利并承担商人的义务。商事登记的作用仅在于保护商号和商主体的商标等其他与商主体相关的权利。荷兰等国家商法奉行这一原则。③商事登记是各类商主体成立的必要要件;未经商事登记程序,行为人即使实施了商事经营活动,也不得享有商人的权利,同时也不必承担商人的义务,该行为可认定为无效行为。在我国,根据工商登记法规的规定,商事登记不仅仅是商法人取得法人资格的前提条件,也是具备法人条件的商主体取得商事经营活动资格的前提条件。我国法律严禁未经登记的无证照经营行为。

合法有效的商事登记,必然对第三人产生效力。在这一方面,大陆法系国家商法所奉行的几个重要原则,对于理解商事登记的效力具有重要参考意义。

1. 必须登记的事项在未履行登记或已履行登记但尚未公告的情况下,对第三人的保护。对此,多数国家法律规定,只要必须在商事登记簿上登记的事项还未履行登记或还未予以公告,任何该必须登记事项的参与人都不能以该事项对抗第三人,除非第三人已经知道该事项的真实情况。

2. 应登记事项在进行正确登记和公告之后对行为人和第三人之保护。对于此问题,一些国家法律规定,如果登记事项已经登记并已经公告,该事项则对第三人生效。但是,如果在登记事项公布之后一定时间内,第三人既不知道,也无责任必须知道该登记事项,那么该登记事项对其法律行为不生效力。对于这种不生效的有效期限,各国法律都有严格限定。

3. 已登记事项在公告发生错误的情况下对第三人的保护。关于这个问题,一些国家法律规定,如果登记事项公告有误,第三人可以针对负有登记义务的登记人,根据已公布之事实为法律行为。除非第三人已经知道公告事实有误。



配套习题

一、单项选择题

1. 下列关于商法基本原则的说法,错误的是()

- A. 商法基本原则统领商法,具有普遍适用意义
- B. 商法基本原则具有指导意义,因而优先于商法规范适用
- C. 强化商事组织原则是为了确保交易安全
- D. 交易形态定型化是促进交易迅捷原则的要求

2. 以下关于商行为的分类,依据是否构成商人概念基础的是()

- A. 绝对商行为和相对商行为
- B. 基本商行为和辅助商行为
- C. 一方商行为和双方商行为
- D. 固有商行为和准商行为

3. 下列不属于商行为特征的是()

- A. 商行为是经营性行为
- B. 商行为是商主体所从事的行为
- C. 商行为以意思表示为基本构成要件
- D. 商行为是体现商事交易特点的行为

4. 依商主体是以商行为为标准还是以着眼于采取企业设备及企业形态为标准,商主体可以分为()

- A. 固定商人和拟制商人
- B. 商个人和商法人
- C. 法定商人和注册商人
- D. 大商人和小商人

5. 我国商事登记的主管机关是()

- A. 法院
- B. 法院和行政机关
- C. 行政机关
- D. 国家工商行政管理机关

二、多项选择题

1. 商法中的交易公平原则具体体现在()

- A. 交易主体上的平等原则
- B. 商事交易意思要素中的诚实信用原则
- C. 交易效力要求上的行为要式性规则
- D. 商事交易后果确定上的情势变更原则

2. 下列说法正确的是()

- A. 我国采用民商合一的立法体制
- B. 现代英美法系国家在商法领域主要采用制定法作为法律渊源
- C. 大陆法系国家采用民商分立是由于历史传统的既成事实
- D. 商法和经济法已经融合,不存在严格的区分界限

3. 下列各项中,属于商主体和民事主体区别的是()

- A. 商主体只能是法人,民事主体可以是法人,也可以是自然人
- B. 商主体必须同时具有权利能力和行为能力,民事主体则不一定

C. 商主体一般需要登记,民事主体一般不需要登记

D. 商主体可以从事的活动的范围比民事主体广

4. 下列各项中,商事登记不可能采用准则制的是()

A. 零售业

B. 餐饮业

C. 证券业

D. 烟草业

5. 下列属于商号权特点的是()

A. 商号权具有区域性

B. 商号权具有可转让性

C. 商号权具有公开性

D. 商号权具有保密性

三、名词解释

1. 民商合一制(考研暨南大学 2004 年)

2. 商业登记(考研暨南大学 2003 年)

3. 商主体(考研武汉大学 2000 年)

4. 商行为

5. 商事能力

四、简答题

1. 简述商主体的特征。

2. 商事人格权的特点。(考研复旦大学 2005 年)

3. 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。(考研北京大学 2003 年)

五、论述题

论经济法和商法的关系。(考研中国人民大学 2005 年)



参考答案

一、单项选择题

1. 答案:B

提示:本题考查的是商法基本原则的基础知识的规定

解析:商法基本原则,是指反映一国商事法律的基本宗旨,对各类商事关系具有普遍适用意义或司法指导意义,对统一的商法规则体系具有统领作用的某些基本法律规则。因此,可以说商法基本原则统领商法,具有普遍适用意义,A 项正确。商法基本原则虽然具有指导意义,但在法律适用上并不是优先适用,而是在商法规范没有规定时补充适用,所以,B 项不正确。商事组织是构成各种不同商事法律关系所必需的基本要素之一,商法对商事组织的法律控制往往关系到社会经济秩序的稳定,关系到社会交易的安全。因此,强化商事组织原则的目的之一是确保交易安全,C 项正确。交易迅捷原则也是商法的基本原则,为达到此原则的要求,采用交易行为要素中的定型化规则,包括交易形态定型化和交易客体定型化。交易形态定型化指商法通过强行性规则预先规定若干类型的典型交易方式,使得任何个人或组织,无论何时从事该类交易行为,均可获

得同样的法律效果。因此,D 项正确。

2. 答案:B

提示:本题考查的是商行为的不同分类的规定

解析:依据行为的客观性质和是否附加条件,商行为可以分为绝对商行为和相对商行为,因此,A 项不正确。依据行为是否构成商人概念的基础,商行为分为基本商行为和辅助商行为,因此,B 项正确。依据行为是否适用商法,商行为分为固有商行为和准商行为,因此,C 项不正确。依据行为的当事人是一方还是双方,可以把商行为分为一方商行为和双方商行为,因此,D 项不正确。

3. 答案:C

提示:本题考查的是商行为特征的规定

解析:商行为特征有:①商行为是以营利为目的的行为;②商行为是经营性行为;③商行为是商主体所从事的行为;④商行为是体现商事交易特点的行为。因此,A、B、D 项乃商行为特征的概括,非正确选项。意思表示乃法律行为的基本要素,一切法律行为都需要有意思表示构成,因此意思表示并非商行为独有的特征,C 项描述错误,为应选选项。

4. 答案:A

提示:本题考查的是商主体的分类

解析:依是以商行为标准还是以着眼于企业形态为标准,商事主体可以分为固定商人和拟制商人,因此,A项正确。依商事主体是自然人还是组织以及组织状态为标准,可以将商事主体分为商个人、商法人、商事合伙,因此,B项不正确。依据商事主体是否以注册登记为要件,可以将商事主体分为法定商人、注册商人和任意商人,所以C项不正确。依据商事主体的规模,商主体可以分为大商人和小商人,D项不正确。

5. 答案:D

提示:本题考查的是商事登记主管机关的规定

解析:登记机关是主管商事登记并具体办理的国家主管机构,各国关于商事登记主管机关的规定不一样,有以下几种模式:①法院是商事登记的主管机关,如德国和日本;②法院和行政机关均为商事登记机关,如法国;③行政机关办理商事登记,如美国、英国。在我国,商事登记的主管机关是国家工商行政管理机关。因此,A、B、C项不正确,D项正确。

二、多项选择题

1. 答案:ABD

提示:本题考查的是实现交易公平原则的规定

解析:商法的私法性及其内在价值要求商法贯彻公平交易的原则,具体要求有:①交易主体上的平等原则;②商事交易意思要素中的诚实信用原则;③商事交易后果确定上的情势变更原则。因此,A、B、D项正确。交易效力要求上的行为要式性规则是促进交易迅捷原则的要求,而非实现交易公平原则的要求,因此,C项不正确。

2. 答案:AC

提示:本题综合考查了商法导论的基础知识

解析:我国自从清末变法就一直采用民商合一的立法体制,这一体制一直延续到现在,故A项正确。虽然英美法系在现代已经制定了许多关于商法的法典,而且这些制定法也起到了很大的作用,但作为判例法国家,其商法的主要法律渊源还是判例法,制定法只能起到补充的作用。B项不正确。商法起源于中世界的商人习惯法,大陆法系在后来制定商事法律时受到这个历史传统的影响,采取了民商分立的立法体例,可以说西方传统民商分立体制的形成,并非出于理性的认识与选择,而是由于历史传统的既成事实。因此,C项正确。商法和经济法是两个不同的法律部门,各自发挥着自己的作用,虽然当

今两者在立法上有所融合,但两者的法理理念和各自体系都不相同,不能说两者已经融合,不存在区分。所以,D项不正确。

3. 答案:BC

提示:本题考查的是商主体与民事主体的区别的规定

解析:商主体是特殊的民事主体,两者存在一定的差别。商主体同时具备权利能力和行为能力,而民事主体虽然都具有权利能力,但行为能力是有差别的,各国都有无行为能力人的规定,因此,B项正确。商主体资格的获得一般都需要登记,以便国家的管理,而民事主体则一般不需要登记,除非从事特别行业,故C项正确。商主体的取得是根据其营业而来的,不论自然人还是法人都可以成为商主体,故A项不正确。商主体和民事主体从事活动的范围各有不同,不能简单地说明哪一个更广泛,故D项不正确。

4. 答案:CD

提示:本题考查的是商事登记体制的规定

解析:商事登记一般有准则制、核准制、批准制等方式。准则制,是指只要具备条件,商主体即可经营,登记只是方便管理,政府没有否决的权力;核准制,是指具备条件后向政府主管机关申请,是否批准由主管机关根据各方面因素考虑后决定;批准制,是指设立商主体需要经过国家立法机关或国家元首的特批。在本题中,证券业属于特殊商事活动,需要由主管机关核准才能设立;烟草业是国家垄断经营,也需要主管机构批准才能设立,故C、D项不可能采用准则制,应选。绝大部分零售业和餐饮业都采用准则制设立,故A、B项不正确。

5. 答案:ABC

提示:本题考查的是商号权特点的规定

解析:商号权具有以下特征:①商号权具有区域性的限制,除全国范围的驰名商标外,大部分只能在本行政区域内享有商号权;②商号权具有公开性,商号必须通过登记予以公开,为他人知晓;③商号权具有可转让性。因此,A、B、C项正确,D项不正确。

三、名词解释

1. **提示:**参见本章“基础知识图解”中“民法与商法关系”的相关内容,着重从商法是民法特别法角度进行解释

2. **提示:**参见本章“基础知识图解”中“商事登