

高等院校法学专业民商法系列教材(2)

张民安 主编

Civil & Commercial Law Textbooks Serial

商法总则

(第二版)

张民安 龚赛红 / 著

中山大学出版社

高等院校法学专业民商法系列教材（2）

张民安 主编

商法总则

（第二版）

张民安 龚赛红 著

中山大学出版社

· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

商法总则/张民安, 龚赛红著. —2 版. —广州: 中山大学出版社, 2007. 6
ISBN 978 - 7 - 306 - 02230 - 1

I. 商… II. ①张…②龚… III. 商法—总则—中国—高等学校—教材
IV. D923. 99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 002797 号

策 划: 蔡浩然

责任编辑: 浩 然

封面设计: 方楚娟

责任校对: 王 睿

责任技编: 黄少伟

出版发行: 中山大学出版社

编辑部 (020) 84111996, 84113349

发行部电话 (020) 84111998, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传真: (020) 84036565

印 刷 者: 广东佛山市南海印刷厂有限公司

规 格: 787mm × 960mm 1/16 25.75 印张 463 千字

版次印次: 2004 年 2 月第 1 版 2007 年 6 月第 2 版

2007 年 6 月第 2 次印刷

定 价: 39.90 元 印数: 5001 - 10000 册

本书如有印装质量问题影响阅读, 请与承印厂联系调换

内 容 提 要

本书第一版于2004年2月出版后，由于内容新颖、实用而受到广大读者的欢迎。

本书第二版在基本保留第一版内容的基础上，部分内容则根据近两年来立法情况作了重要修改。修改后的本书仍包括五编共17章，内容涉及商人、商行为、商事营业资产和商事事务公开等方面。

本书内容全面、新颖，引证法律充分，体现了理论性、新颖性与实践性的统一，既适合高等院校法学专业的学生作教材，也适合法官、律师等司法界人士使用。

作者简介

张民安 男，1965年12月生，湖北黄冈市人。1987年毕业于湖北黄冈师范学院英语系，之后在湖北黄冈从事高中英语教学工作；1991年9月考入吉林大学研究生院，师从李忠芳教授攻读民商法专业硕士学位，1994年7月获法学硕士学位；1999年9月考入中国社会科学院研究生院，师从梁慧星教授攻读民商法专业博士学位，2002年7月获得法学博士学位；现为中山大学法学院教授，民商法专业硕士生导师，广东省人民检察院专家咨询委员会委员，中国法学会民法研究会理事，广东电视台《与法同行》栏目首席法律顾问和首席评论员，中华人民共和国执业律师。精通英文，熟悉法文。自1995年起，先后在《法学研究》、《法制与社会发展》、《中外法学》、《法学评论》、《法律科学》、《现代法学》、《当代法学》等法学核心期刊以及《中山大学学报》、《吉林大学社会科学学报》和《南京大学学报》等中国中文核心期刊上发表学术论文80多篇，其中绝大多数论文被国内权威学者援引并被重要刊物转载。2000年11月在法律出版社出版专著《现代英美董事法律地位研究》；2002年11月在中国政法大学出版社中青年法学文库中出版专著《过错侵权责任制度研究》；2003年1月在北京大学出版社出版专著《公司法上的利益平衡》；2003年4月在法律出版社出版专著《现代法国侵权责任制度研究》；2006年6月在中山大学出版社出版专著《公司法的现代化》；2007年3月在法律出版社出版专著《商法总则制度研究》。这些专著自出版之日起即被众多的学者广泛援引。2002年3月至8月在中山大学出版社主编出版了“高等院校法学专业民商法系列教材（1）”，包括《民法总论》、《民法物权》、《债法总论》、《侵权法》、《婚姻家庭法》、《知识产权法》和《商事法学》；2003年8月至12月在中山大学出版社主编出版了“高等院校法学专业民商法系列教材（2）”，包括：《商法总则》、《合同法》、《公司法》、《证券法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《破产法》以及《国际商法》等。2004年5月至2005年5月在中山大学出版社主编出版了“高等院校法学专业民商法系列教材（3）”，包括《民法总论案例与评析》、《物权法案例与评析》、《债法总论案例与评析》、《侵权法案例与评析》、《合同法案例与评析》、《婚姻家庭法案例与评析》、《知识产权法案例与评析》、《公司法案例与评析》、《证券法案例与评析》、《保险法案例与评析》、《票据法案例与评析》、《破产法案例与评析》以及《海商法案例与评析》等。自2005年3月起在中山大学出版社主编专著性系列出版物《民商法学家》和《21世纪民商法文丛》。

龚赛红 女，1966年6月生，湖南省桃江县人。1987年毕业于湖南师范大学，获历史学学士学位。1990年毕业于中国人民大学，获取法学硕士学位。之后在湖南省委党校从事教学和科研工作。1997年考入中国社会科学院研究生院，师从梁慧星教授攻

读民商法专业博士学位，2000年获法学博士学位并到北京化工大学法律系工作。2003年晋升为北京化工大学教授，任法律系主任、法学与知识产权研究所所长。主要研究领域为民法和商法，尤其是商法总则、合同法和侵权法，并对医疗损害赔偿研究给予了较多关注。从2000年起，参加梁慧星教授主持的国家社会科学基金项目课题《中国民法典立法研究》。2001年主持国家社会科学基金项目课题《医疗过失责任立法研究》。2004年参加复旦大学刘士国教授主持的国家社会科学基金项目课题《侵权行为法重大疑难问题研究》。2006年参加中山大学张民安教授主持的国家社会科学基金项目课题《侵权法上的作为义务研究》。自1999年起，先后在《法学研究》、《中外法学》、《法学评论》、《当代法学》等法学核心期刊，以及《甘肃社会科学》、《学术研究》等中文核心期刊和其他公开出版物上发表学术论文十多篇。在法律出版社出版《买卖合同》（合著，1999年版）、《医疗损害赔偿立法研究》（专著，2001年版）、《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编》（合著，2004年版），在中山大学出版社出版《商法总则》（合著，2004年版）和《合同法》（主编）。

第二版总序

2003年8月至2005年1月，在中山大学出版社领导的直接关心和支持下，在中山大学法学院和其他法学院民商法教师的共同参与下，“高等院校法学专业民商法系列教材（2）”顺利出版。该系列教材主要是商法方面的教材，一共九本，包括：《商法总则》、《合同法》、《公司法》、《证券法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《破产法》以及《国际商法》。本系列教材出版以后，引起中国法学界和实务界的广泛关注和普遍好评：众多大学的法学教师和学生纷纷选用本系列教材；国内有重要影响的民商法学家及大学教师在编写民商法教材时重点参考本系列教材的内容；众多法官、律师在裁判文书或者代理词中也援引本系列教材中的观点。这样，“高等院校法学专业民商法系列教材（2）”自出版之日起就成为国内有重要影响的法学教材，在中国法学界尤其是中国民商法学界具有广泛的影响。

“高等院校法学专业民商法系列教材（2）”之所以能够广受欢迎，其原因很多，但是最主要的原因在于，“高等院校法学专业民商法系列教材（2）”能够援引新资料，提出新观念，反映新趋势，使我国民商法教材同两大法系国家的民商法教材保持一致，极大地提升了我国民商法的理论水准，为我国民商法的科学化、现代化和统一化作出了贡献。例如，在《商法总则》（第一版）中，作者在国内其他商法教材还没有讨论有限合伙的情况下率先详细讨论有限合伙制度，对两大法系国家的有限合伙制度作出了非常详细的介绍，认为我国立法机关应当承认有限合伙制度。此种建议最终得到立法机关的认可，我国立法机关在2006年修改合伙企业法，明确认可有限合伙制度。^①在《商法总则》（第一版）和《公司法》（第一版）中，作者对公司契约理论作出了说明，认为公司法虽然有一定的强制性，但是，公司法本质上是一种私法，因为，公司实质上是有关当事人之间的契约，我国公司法应当采取公司契约理论，减少公司法的强制性质、禁止性规定，增加公司

^① 张民安、龚赛红著：《商法总则》，中山大学出版社2004年版，第96~97页。

法的任意性，允许公司股东对有关公司内容方面的事务进行自由约定。^① 此种观点不仅对我国公司法学界产生重要影响，被众多的学者所采纳，而且还被我国2005年《公司法》所采取。我国2005年《公司法》明确认可公司契约理论，大面积减少公司法的强制性规定、禁止性规定，增加公司法的任意性规定，使公司契约理论成为我国2005年《公司法》最重要的理论。在第1版的《公司法》中，作者认为，公司董事的忠实义务与注意义务是两种独立的义务，忠实义务包括众多的具体表现形式，不应当包含在董事注意义务之中。^② 我国公司法应当规定公司机会理论^③、公司董事利益与其义务相冲突的理论^④，这些观点完全被我国2005年《公司法》所采用。我国2005年《公司法》明确规定董事要承担忠实义务，不得从事其利益与其义务相冲突的交易，不得利用公司的机会等。除了《商法总则》和《公司法》在国内民商法学教材中率先阐述上述各种新理论之外，本系列教材中的其他教材也大量阐述新的民商法理论，诸如《合同法》中有关合同对第三人的保护力理论^⑤、合同对第三人的约束力理论^⑥，《证券法》中有关证券法律责任的制度^⑦等。可以这样讲，无论是本系列教材中的哪一本教材，都讨论过别的教材中所没有讨论过的内容，都存在着理论方面的创新。

为什么“高等院校法学专业民商法系列教材（2）”的主编和作者们十分强调其教材的理论创新？这是因为，“高等院校法学专业民商法系列教材（2）”的主编和作者们清楚地认识到，高校民商法教材不能仅仅满足于对我国现有民商法律制度作出解释，满足于对有关民商法条款、条文作出注释，他们必须将这些民商法律制度存在的公共政策、理论基础阐述出来，让学生不仅能够知道现行民商法律制度的具体内容，而且还能知道现行民商法律制度存在的问题、存在问题的原因，可供解决问题的最佳方案，使他们主编的民商法教材具有很强的理论性，为学生掌握民商法的理论提供深厚的基础。

① 张民安、龚赛红著：《商法总则》，中山大学出版社2004年版，第135～137页；张民安主编：《公司法》，中山大学出版社2003年1版，第16～20页。

② 张民安主编：《公司法》，中山大学出版社2003年版，第255～256页。

③ 张民安主编：《公司法》，中山大学出版社2003年版，第254～255页。

④ 张民安主编：《公司法》，中山大学出版社2003年版，第253～254页。

⑤ 张民安主编：《合同法》，中山大学出版社2003年版，第167～186页。

⑥ 张民安主编：《合同法》，中山大学出版社2003年版，第187～199页。

⑦ 杨峰主编：《证券法》，中山大学出版社2003年版，第241～333页。

具有深刻理论性的教材不仅能够让学生阅读之后对有关民商法条文、条款的具体规定作出妥当的解释，为他们正确理解有关民商法条文、条款的精神提供保障，而且还可以培养他们的民商法理念，为他们将来处理具体的案件、解决具体问题提供基础。

之所以要对“高等院校法学专业民商法系列教材(2)”作出修改，其原因有二：一方面，我国立法机关在2005年和2006年开始了大范围的法律修改和新法的制定活动，以便建立现代意义上的民商法律制度，为我国民商法主体从事民商事活动提供保障。例如，我国立法机关在2005年对公司法作出了修改，废除了我国传统公司法规定的落后制度，建立了众多的新制度，使我国公司法同两大法系国家的公司法律制度基本保持一致；我国立法机关在2006年对合伙企业法作出了修改，规定了有限合伙制度，使我国有限合伙制度同两大法系国家的合伙制度保持一致；我国立法机关在2005年对证券法作出修改，使我国证券法体现两大法系国家证券法的趋势；我国立法机关在2006年制定了企业破产法，第一次对企业破产采取完全平等的法律规则，使我国破产法同两大法系国家的破产法保持一致。为了体现新的民商法律制度的精神，我们应当修改本系列教材。另一方面，自从“高等院校法学专业民商法系列教材(2)”出版以来，读者也对本系列教材提出了一些意见，其中有些意见十分合理，需要加以改进。例如，有读者提出，本系列教材中的某些理论过深，增加了本科学生的理解难度，影响了本系列教材的使用；还有任课老师指出，本系列教材的内容过多，讲授存在困难。为了使本系列教材更适合本科生适用，我们对有关教材中过深的理论作了简化，对有关内容作了精简。

我们希望，经过改版后的“高等院校法学专业民商法系列教材(2)”能够得到更多读者的喜爱。

张民安博士

2007年3月16日

于广州中山大学法学院

第二版序

所谓商法，是指调整商人在实施商行为过程中产生的权利、义务和责任的法律。商法既是一部古老的法律又是一部年轻的法律。说商法是一部古老的法律，是因为商法早在中世纪的时候就已经产生；说商法是一部年轻的法律，是因为商法不像传统民法那样因循守旧、故步自封和不思进取，它永远都是生机勃勃、日新月异和积极向上，永远都随着社会的变迁而处于不停的变动之中。商法自其产生之日起即以其适应性强、兼容性广和变化性大而成为私法的重要力量。商法作为独立的法学部门，有自己的调整领域，包括商人、商行为和商事营业资产等。所谓商人，是指实施商行为并以商行为的实施作为习惯性职业活动的人，商人包括商自然人、商合伙和商事公司等。商人在现代商法中占有重要地位，因为，现代各国商法对商人的种类，商人的性质，商人的构成要件，商人的权利、义务和责任等均作出了规定，因此，现代商法可以说是商人法。

所谓商行为，是指为了实现营利的目的而有计划和有目的实施的行为，商行为包括绝对商行为和附属性商行为等。商行为在现代商法中也占有重要的地位，因为现代各国商法对商行为的种类、商行为的构成和商行为的效力等作出了规定，因此，现代商法可以说是商行为法。在现代社会，无论是德国商法、法国商法还是日本商法，它们无一例外地都规定了商人制度和商行为制度，均对商人和商行为作出了明确说明，因此，现代商法既不是单纯主观意义上的商法，也不是单纯客观意义上的商法，而是所谓的折中意义上的商法。

20世纪90年代以来，我国商法研究得到快速发展，大量学者开始脚踏实地地研究商法的各种具体制度，发表了众多有影响的文章，出版了众多有影响的著作，为商法的发展作出了重要贡献。但是，在看到商法研究取得巨大成就的同时，我们也应当看到中国商法研究所存在的问题，如果这些问题不及时得到解决，将会影响商法研究的进一步深入，并最终影响商法在我国法律体系中的地位。其中，最主要的问题表现在两个方面：一方面，我国商

法学家在客观上对商法总则制度关注甚少，他们很少将自己的精力放在商法总则制度的研究方面而将自己的主要精力放在商法的具体制度尤其是公司法法律制度的研究方面。因此，直到今天为止，商法学家所出版的著作基本上都是公司法方面的，所发表的学术论文基本上都是公司法方面的，他们很少出版商法总则方面的著作，很少发表商法总则方面的学术论文，他们充其量只在他们编写的商法教科书中对商法总则的内容作出简短、模糊和似是而非的说明，这些说明连商法学家自己都无法信服，更不要说民法学家和经济法学家。另一方面，中国某些商法学家虽然已经意识到商法总则制度的重要性，希望自己能够将研究的重点放在商法总则制度方面，但是，当他们真正将自己的精力投入到商法总则制度研究中时，他们发现很难在这一领域进行真正卓有成效的研究，很难取得他们已经在公司法领域获得的令人瞩目的成就。此时，这些商法学家们产生了困惑，产生了迷惘，因为，他们虽然喜欢商法，但他们无法清楚地理解商法，无法读懂商法，因此，也就始终无法进入商法的领地而领略商法的魅力。造成我国商法学家对商法总则困惑或者迷惘的原因虽然很多，其中一个主要的原因是，商法总则制度仅仅是大陆法系国家的商法制度，要想了解这些国家的商法制度尤其是商法总则制度，必须懂得这些国家的语言。我国商法学家因为种种原因对大陆法系国家的语言懂得不多，无法深入探讨商法总则的内容。

《商法总则》在2004年出版的时候，本书作者凭借着对商法和商法总则制度的热爱和良好的法文、日文和英文水平，广泛阅读法国商法学者、日本商法学者和英美法系国家商法学者的著作，将他们著作中共同的商法制度挖掘出来并将它们写入《商法总则》这本教材中。这样，《商法总则》这部教材在众多领域反映了现代商法的精神，体现了现代商法的灵魂。诸如从商自由制度、商行为制度、商事公司制度、有限合伙制度、商事营业资产制度以及商事账簿制度等。也因为这样的原因，《商法总则》这部教材出版之后得到众多学者、学生的欢迎。例如，只要在百度网上点击《商法总则》书名，就会发现有700多条有关条目；读者在网上对《商法总则》作了高度评价。当然，在看到这部教材存在的优点的同时，也要看到这部教材存在的问题，主要表现在：一些商法理论过于复杂，无法为本科生所完全掌握，增加了他们学习的难度；一些理论国内学者闻所未闻，增加了教师授课的难度；一些章节有机衔接不够，影响到了这部教材的内在统一。为了消除这些

弊端，我们决定对第一版的《商法总则》进行修改。

此次修改的内容主要表现在两个方面：一方面，根据我国修改后的公司法和合伙法对这部教材中的内容作出修改，以便体现立法的最新要求；另一方面，对这部教材的第四章和第五章重新改写，以便更准确反映商自然人的准确地位。此外，还对这部著作中的个别用语进行了修改。

本书的具体撰写分工如下：

张民安撰写第一章、第二章、第三章、第四章、第五章、第六章、第七章、第八章、第九章、第十章、第十一章、第十二章、第十三章以及第十四章。

龚赛红撰写第十五章、第十六章以及第十七章。

全书由张民安统稿和定稿。

张民安博士
2007年3月16日
于广州中山大学法学院

目 录

第二版总序	(I)
第二版序	(IV)

第一编 绪 论

第一章 商与商法	(1)
第一节 商与商法的界定	(1)
一、商的意义	(1)
二、商法的意义	(3)
三、商事法律关系	(7)
第二节 商法的编制体例	(8)
一、导论	(8)
二、民商合一与民商分立的编制体例	(9)
三、我国商法典的编纂	(10)
第三节 商法与其他部门法的关系	(13)
一、导论	(13)
二、我国学者关于商法地位的论争	(13)
三、商法与民法的关系	(15)
四、商法与经济法的关系	(19)
第四节 商法的历史发展	(22)
一、远古时代的法律	(22)
二、中世纪商法	(22)
三、近现代商法	(23)
四、当代商法的性质	(24)
第二章 商法的基本原则	(29)
第一节 商法基本原则概述	(29)
一、商法基本原则的界定	(29)
二、商法基本原则的性质	(29)
三、商法基本原则的功能	(30)
四、商法基本原则的内容	(31)

第二节 从商自由原则	(32)
一、从商自由原则的界定	(32)
二、从商自由原则的功能	(33)
三、从商自由原则的例外限制	(34)
第三节 企业维持原则	(35)
一、企业维持原则的意义	(35)
二、企业设立瑕疵不影响企业存在的理论	(35)
三、企业法人格不得被轻易否定的理论	(37)
四、企业财产得以维持的理论	(38)
五、企业法人格免受企业成员变动影响的理论	(39)
第四节 商事交易之便捷性原则	(40)
一、商事交易便捷性原则的意义	(40)
二、商事契约方式的自由性	(40)
三、商事契约内容的标准化	(41)
第五节 商事交易之安全性原则	(43)
一、商事交易安全性原则的意义	(43)
二、违反商法的强行性规定的行为有效的原则	(43)
三、越权交易的有效性原则	(43)
四、契约标的预先明确化规则	(45)
五、诉讼时效期间的短暂性规则	(45)
第三章 商法的渊源	(46)
第一节 商法渊源概述	(46)
一、法的渊源的概念	(46)
二、商法关注商法渊源的根据	(46)
三、商法渊源的分类	(47)
第二节 商法的国际渊源	(48)
一、商法国际渊源的重要性	(48)
二、作为商法国际渊源的条约	(48)
三、作为商法国际渊源的商事惯例	(50)
第三节 商法的国内渊源	(52)
一、商法国内渊源的分类	(52)
二、作为商法国内渊源的商事制定法	(52)
三、作为商法国内渊源的商事惯例	(54)
四、作为商法国内渊源的商事学说	(56)

五、作为商法国内渊源的商事判例	(57)
-----------------------	------

第二编 商 人

第四章 商人的资格	(58)
第一节 商人资格的种类	(58)
一、商人的界定	(58)
二、区分商人和非商人的意义	(58)
三、商人资格的分类	(59)
第二节 商人的资格认定	(59)
一、商人的各种积极条件	(59)
二、从事多种职业时商人身份的认定	(61)
三、商人资格的证明和推定	(62)
四、商人资格的开始和终止	(64)
第三节 商人的分类	(64)
一、商人地位的平等性与差异性	(64)
二、必然商人、须登记商人和表见商人	(66)
三、固有商人、拟制商人和小商人	(68)
四、商自然人、商合伙与商法人	(70)
第四节 商事辅助人	(71)
一、商事辅助人的界定	(71)
二、附属性商事辅助人：经理	(72)
三、附属性商事辅助人：商人的其他雇员	(74)
四、代理性商事辅助人：商事代理人	(76)
五、独立性商事辅助人：商事居间人	(81)
六、独立性商事辅助人：商事经纪人	(84)
第五章 商自然人	(86)
第一节 商自然人的法律地位	(86)
一、自然人的商事生活对其民事生活的影响	(86)
二、商自然人的财产单一性原则	(86)
三、商自然人的商事名称	(87)
四、商自然人的商事住所	(88)
五、夫妻财产制度的公示	(89)
六、商自然人的法定条件	(89)

七、自然人的商事能力	(91)
第二节 未成年人的商事能力	(92)
一、未成年人在 19 世纪之前的商事能力	(92)
二、未成年人在 19 世纪的商事能力	(93)
三、未成年人在 20 世纪的商事能力	(93)
第三节 成年人的商事能力	(94)
一、导论	(94)
二、一般成年人的商事能力	(95)
三、被监护的成年人的商事能力	(96)
第四节 与商人身份不兼容者、失权者和破产者的商事能力	(97)
一、导论	(97)
二、失权者的商人资格	(98)
三、与商人身份不兼容的自然人的商人资格	(100)
四、个人破产者的商事资格	(102)
第五节 夫妻配偶的商事能力	(103)
一、导论	(103)
二、已婚妻子的商事能力	(103)
三、配偶商人的独立从商能力	(104)
四、夫妻双方一起从事商事活动	(104)
五、已婚商人的特殊公示制度	(105)
第六章 商事合伙	(107)
第一节 商事合伙概述	(107)
一、商事合伙组织的产生与发展	(107)
二、合伙组织的分类	(109)
三、商事合伙组织的性质	(110)
第二节 一般合伙组织	(112)
一、一般合伙组织的设立	(112)
二、一般合伙组织的内部法律关系	(116)
三、合伙组织的财产	(121)
四、一般合伙组织的外部法律关系	(126)
第三节 有限合伙组织	(129)
一、有限合伙组织概述	(129)
二、有限合伙组织的设立	(131)
三、有限合伙组织的内部法律关系	(134)

四、有限合伙组织的外部法律关系	(135)
第四节 合伙组织的变动	(136)
一、入伙和退伙	(136)
二、合伙组织的解散	(138)
三、合伙组织的清算	(139)
第七章 商事公司	(141)
第一节 公司与公司法概论	(141)
一、公司的界定	(141)
二、公司的特征	(142)
三、公司的作用	(144)
四、公司的性质	(145)
五、公司法	(147)
第二节 公司的种类	(154)
一、导论	(154)
二、各种形式的公司	(155)
三、有限责任公司	(156)
四、股份有限公司	(161)
第三节 公司的设立	(165)
一、公司设立概论	(165)
二、公司设立的条件	(166)
三、公司设立的程序	(169)
四、公司瑕疵设立的法律效力	(176)
第四节 公司的法人格	(178)
一、公司的法人格概述	(178)
二、公司法人格的具体表现：公司的生命	(179)
三、公司法人格的具体表现：公司的财产	(181)
四、公司法人格的具体表现：公司的资本	(183)
五、公司法人格的否认	(189)
第五节 公司的治理结构	(190)
一、公司治理结构概述	(190)
二、公司法上的治理结构：公司股东	(191)
三、公司法上的治理结构：公司董事	(200)
四、公司法上的治理结构：公司监事	(207)
五、公司法上的治理结构：公司高级行政官员	(207)