

商法总则制度研究

- ◎ 商法的基本原则
- ◎ 商法的渊源
- ◎ 商自然人、商合伙
- ◎ 商事公司
- ◎ 绝对商行为
- ◎ 附属性商行为
- ◎ 商事营业资产的出卖
- ◎ 商事营业资产的抵押
- ◎ 商事营业资产的租赁
- ◎ 商事名称
- ◎ 商事账簿
- ◎ 商事登记



张民安 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

THE HISTORY OF THE
CITY OF
NEW-YORK
FROM
ITS FIRST SETTLEMENT
TO THE PRESENT TIME.

BY
JONATHAN BOND,
OF THE CITY OF NEW-YORK.



1784



NEW-YORK:
PRINTED BY
ANDREWS AND DONNELL,
AT THE SIGN OF THE ANCHOR,
IN NASSAU-STREET, NEAR
THE CITY-HALL.

D913.990.4
9
2007

张民安 著

商法总则制度研究




法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法总则制度研究/张民安著. —北京:法律出版社,2007.3

ISBN 978-7-5036-6990-3

I.商... II.张... III.商法—总则—研究 IV.D913.990.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第159199号

©法律出版社·中国

商法总则制度研究

张民安 著

责任编辑 刘文科

刘伟俊

装帧设计 张 晨

开本 787毫米×960毫米 1/16

版本 2007年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 31.25 字数 619千

印次 2007年3月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6990-3 定价:54.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书献给我的导师

李忠芳先生

序

一、商法的调整范围

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、固步自封和不思进取,她永远都是生机勃勃、日新月异和积极向上的,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、兼容面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地实施行为,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。

二、我国学说关于商法地位的论争

在我国,由于种种原因,立法机关至今为止还没有制定商法典,因此,有关商法的地位问题,学说仍然争论不休。大多数民法学家认为,我国不应当制定独立的商法典,因为,商法典的制定违反了民法贯彻的民事主体地位平等原则,使商人成为这个社会具有特权的阶层;大多数经济法学家认为,我国并不具备制定商法典的条件,因为,我国社会的私人经济关系完全可以通过民法和经济法得以调整,无须在民法和经济法之外再制定独立的商法典;大多数商法学家认为,我国不应当制定独立的商法典,因为,商法的调整对象、商法的基本原则和商法的具体制度在很大程度上同民法的调整对象、民法的基本原则和民法的具体制度雷同,民商分立的立法模式是特定历史条件下的产物,不符合现代法律发展的潮流。在我国,如果说民法学家和经济法学家反对商

法地位的独立是可以理解的,那么,商法学家反对商法地位的独立则是无法理解的。一个在大学讲坛上口若悬河地介绍商法理论和商法制度的商法教授,如果不是不得已而教授商法这门课程的话,那显然是因为自己喜欢商法这门课程。自己喜欢的东西,自己又不喜欢其独立,而宁愿其成为别人的附庸,这是非常不正常的,也是不符合理性思维的,就像一个男人喜欢一个女人,偏偏又不愿意娶这个女人为妻,而宁愿别人娶该女人为妻一样不可理喻。在现代中国,商法的地位独立是商法成为我国社会经济发展的重要力量的反映,是商法肩负崇高历史使命的重要体现,因为,商人的商事经营活动是决定社会经济繁荣、国家昌盛和文明进步的重要力量。因此,我国应当借鉴当代两大法系国家商法的经验,迎合商法的发展趋势,放弃民商合一的编制体例,采取民商分立的编制体例,在制定中华人民共和国民法典的同时,制定中华人民共和国商法典,规定商人的条件、商人的种类和商人的法律地位,规定商行为的种类、商行为的构成和商行为的法律规则,以便提升商人的地位,保护商人的利益。商人地位的提升和商人利益的保护并不必然导致商人特权地位的获得,也并不必然导致商人与非商人阶层之间法律地位的不平等性。商人作为社会生活中以“营利”为终极目标的阶层,其所为的商事经营活动虽然可能使他们本身腰缠万贯甚至富可敌国,但同商人的商事经营活动对社会所作的贡献而言,他们个人获得的财富是无足轻重的。因此,商人的商事经营活动并非仅仅关乎商人自身的利益,而且还关乎广大社会公众的利益,因为,社会公众从商人的商事活动中获得大量的回报。在这种意义上讲,商人的商事经营活动不仅具有重大的经济意义,而且还具有重大的政治意义。

三、我国商法学家关于商法的困惑

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,却发现他们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,也就始终无法进入商法的领地而领略商法的惊人魅力,正如一个男人花了20年喜欢上了一个女人,但是无论怎样努力,他在20年内都无法读懂该女人一样。有一个教授的言论代表了这样的立场:“商法的内容是蒙眬的,商法的边界是模糊的。在中国二十年的法学史上,这样的情况的确少见:一方面我们在念叨着商法,但却不知商法为何物;一方面我们在呼喊着商法的理论和学说,但却说不清商法的概念和范围。面对着古老成熟的民法,商法的位置在哪里?我们教着商法,我们写着商法,我们眼观商法的兴旺和繁荣,我们热衷商法的事业和发展,同时我们也在怀疑着商法。我们知道它的过去,但我们却说不清它的现在,也看不透它的未来,我们似乎被笼罩在商法的烟雾之中,我们感到难以名状的困惑。”〔1〕

在中国商法学界,商法学家在研究公司法或者其他商事特别法时从来就是自信的,他们完全可以熟练地介绍当代公司法的最新理论和最新发展潮流,可以分析当代公司法律制度存在的问题,可以因此提出合理的和科学的立法建议,此时,他们没有感觉公司法是蒙眬的、模糊的,而感觉公司法是肯定的、清楚的和明确的,因此,中国公司法学家不会对公司法感到难以名状的困惑。正是因为这种自信,中国商法学家近些年来在公司法学研究方面取得上述成就。为什么中国的商法学家在研究公司法时充满了如此的自信?为什么他们在研究商法总则时却没有如此的自信?这是因为,包括中国商法学家在内的中国法学家往往仅仅懂得英语,可以熟练地使用英文来阅读、了解和掌握当代公司法发展的现状,研究最新的公司法理论和具体制度,提出自己的建议和意见,供立法机关参考和学说借鉴;他们很少懂得英语以外的其他语言,无法通过其他外语了解其他国家的法律制度。他们仅仅通过英语的阅读、理解和掌握就可以接触到当代公司法的最新理论,因为,在当今社会,英美法系国家的公司法律制度代表着公司法律制度发展的方向和潮流,我国商法学家在研究公司法律制度时,只要懂得英语,完全可以掌握最新的理论和制度,而英美法系国家没有我国学说所谓的商法总则制度。传统意义上的商法总则制度仅仅是大陆法系国家的法律制度。由于我国商法学家对存在商法典的国家的语言不通,他们无法阅读法文、德文等论文、著作,无法接触这些国家的商法学家有关商法总则方面的论文、著作,这是我国商法总则制度研究远远落后于其他商法研究的根本原因,也是我国商法学家笼罩在商法的迷雾之中而产生难以名状困惑的根本原因。

四、商法总则制度研究的意义

作为商法典的最重要和最基础的部分,商法总则具有相当于民法典中民法总则的地位,应当受到学者、司法机关以及立法机关的高度重视。因为,如果商法总则没有受到重视,其包括的具体内容没有得到充分的、全面的、深刻的和系统的研究,那么商法典难于制定。为了我国将来能够顺利制定商法典,我们应当加强商法总则制度的研究,对商法的历史发展、商法的基本原则、商法的渊源、商人制度、商行为制度、商事营

〔1〕 赵旭东:“商法的困惑与思考”,载《政法论坛》2002年第1期。

业资产制度以及商事事务的公开制度等作详细和深入的研究。在 21 世纪,人类的法制进程将大大加快,法制水准将大大提升,我国法制建设也是如此。我国不仅要制定一部具有科学性和正义性的民法典,将作为法律主体资格的人的权利规定下来,防止官僚机构对个人权利的随意侵犯,而且还要制定一部具有科学性和正义性的商法典,将商人的地位通过明确的商法典规定下来,使商人成为推动中国 21 世纪政治文明、社会进步、经济发展和商业繁荣的重要力量。正是为了提升我国商法的基础理论水平,为我国在 21 世纪制定科学的、完善的商法典提供强有力的理论支撑,本书作者在充分借鉴两大法系国家商事立法经验的基础上,凭借良好的法文和英语功底,撰写了《商法总则制度研究》这本专著。本书内容新颖、知识丰富、语言生动、资料新颖、结构紧凑、逻辑严密,体现出理论性、科学性、生动性和实践性的高度统一。本书共五编计十七章,内容包括商与商法的基础理论、商法的基本原则、商法的渊源、商人的基本理论、商个人、商合伙、商公司、商行为的基本理论、绝对商行为、附属性商行为、商事营业资产的基本理论、商事营业资产的出卖、抵押和租赁、商事名称、商事账簿以及商事登记等内容。

张民安博士

2006 年 7 月 15 日

于广州中山大学法学院

作者简介

张民安，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》、《民商法论丛》等法学核心期刊以及《中山大学学报》等中国中文核心期刊上发表学术论文60多篇。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》。

目 录

第一编 绪 论

第一章 商与商法	(3)
第一节 商与商法的界定	(3)
一、商的意义	(3)
二、商法的意义	(6)
三、商事法律关系	(9)
第二节 商法的编制体例	(10)
一、导论	(10)
二、民商合一与民商分立的编制体例	(11)
三、我国商法典的编纂	(12)
第三节 商法与其他部门法的关系	(15)
一、导论	(15)
二、我国学者关于商法地位的论争	(16)
三、商法与民法的关系	(19)
四、商法与经济法的关系	(23)
第四节 商法的历史发展	(26)
一、远古时代的法律	(26)
二、中世纪的商法	(28)
三、近现代商法	(32)
四、当代商法	(35)
第二章 商法的基本原则	(40)
第一节 商法基本原则的性质	(40)
一、商法基本原则的界定	(40)
二、商法基本原则的功能	(40)

三、商法基本原则的种类	(42)
第二节 从商自由原则	(43)
一、从商自由原则的意义	(43)
二、从商自由原则的限制	(46)
三、我国传统民商法对从商自由原则的抑制	(48)
四、我国当代民商法关于从商自由原则的规定	(51)
第三节 企业维持原则	(52)
一、企业维持原则的意义	(52)
二、企业设立瑕疵不影响企业存在的理论	(53)
三、企业法人格不得被轻易否定的理论	(55)
四、企业财产得以维持的理论	(57)
五、企业法人格免受企业成员变动影响的理论	(62)
六、企业不得经由行政命令而解散的原则	(65)
第四节 商事交易之便捷性原则	(68)
一、商事交易便捷性原则的意义	(68)
二、商事契约方式的自由性	(68)
三、商事契约内容的标准化	(70)
四、公司章程的推定通知制度的废除	(71)
第五节 商事交易之安全性原则	(75)
一、商事交易安全性原则的意义	(75)
二、违反商法的强行性规定的行为有效的原则	(76)
三、越权交易有效性原则	(77)
四、契约标的预先明确规则	(78)
五、诉讼时效期间的短暂性规则	(79)
第三章 商法的渊源	(80)
第一节 商法渊源的功能	(80)
一、法的渊源的概念	(80)
二、商法关注商法渊源的根据	(80)
三、商法渊源的分类	(80)
第二节 商法的国际渊源	(82)
一、商法国际渊源的重要性	(82)
二、作为商法国际渊源的 国际条约	(82)
三、作为商法国际渊源的 国际商事惯例	(86)
第三节 商法的国内渊源	(89)
一、商法国内渊源的分类	(89)

二、作为商法国内渊源的商事制定法	(89)
三、作为商法国内渊源的商事惯例	(92)
四、作为商法国内渊源的商事学说	(95)
五、作为商法国内渊源的商事判例	(97)

第二编 商 人

第四章 商人的资格	(103)
第一节 商人资格的种类	(103)
一、商人的界定	(103)
二、区分商人和非商人的意义	(103)
三、商人资格的分类	(104)
第二节 商人的资格认定	(105)
一、商人的各种积极条件	(105)
二、从事多种职业时商人身份的认定	(107)
三、商人资格的证明和推定	(108)
四、商人资格的开始和终止	(111)
第三节 商人的分类	(112)
一、商人地位的平等性与差异性	(112)
二、必然商人、须登记商人和表见商人	(113)
三、固有商人、拟制商人和小商人	(115)
四、商自然人、商合伙与商法人	(117)
五、公司和合伙的关系	(119)
第四节 商事辅助人	(124)
一、商事辅助人的界定	(124)
二、附属性商事辅助人：经理	(125)
三、附属性商事辅助人：商人的其他雇员	(128)
四、代理性商事辅助人：商事代理人	(130)
五、代理性商事辅助人：代办商	(137)
六、独立性商事辅助人：商事居间人	(138)
七、独立性商事辅助人：商事经纪人	(141)
第五章 商自然人	(143)
第一节 商自然人的法律地位	(143)
一、自然人的商事生活对其民事生活的影响	(143)
二、商自然人的财产单一性原则	(143)
三、商自然人的商事名称	(144)

四、商自然人的商事住所	(145)
五、夫妻财产制度的公示	(146)
六、商自然人的法定条件	(147)
七、自然人的商事能力	(148)
第二节 未成年人的商事能力	(150)
一、未成年人商事能力的历史	(150)
二、无行为能力人的商事能力	(152)
三、已被解除监护关系的未成年人的商事能力	(156)
第三节 成年人的商事能力	(157)
一、导论	(157)
二、一般成年人的商事能力	(158)
三、被监护的成年人的商事能力	(159)
四、受司法保护者的商事能力	(160)
五、财产被管理者的商事能力	(161)
第四节 与商人身份不兼容者、失权者和破产者的商事能力	(162)
一、导论	(162)
二、失权者的商人资格	(163)
三、与商人身份不兼容的自然人的商人资格	(165)
四、个人破产者的商事资格	(168)
第五节 夫妻配偶的商事能力	(168)
一、导论	(168)
二、已婚妻子的商事能力	(169)
三、配偶商人享有的商事权利和承担的商事债务	(171)
四、配偶商人的独立从商能力	(174)
五、夫妻双方一起从事商事活动	(175)
六、已婚商人的特殊公示制度	(179)
第六章 商事合伙	(184)
第一节 商事合伙概述	(184)
一、商事合伙组织的产生与发展	(184)
二、合伙组织的分类	(186)
三、商事合伙组织的性质	(188)
第二节 一般合伙组织	(189)
一、一般合伙组织的设立	(189)
二、一般合伙组织的内部法律关系	(195)
三、合伙组织的管理	(202)

四、合伙组织的财产权	(206)
五、合伙人出资份额的转移	(209)
六、一般合伙组织的外部法律关系	(212)
七、一般合伙组织的清算	(216)
第三节 有限合伙组织	(218)
一、有限合伙组织的优越性	(218)
二、有限合伙组织的设立	(222)
三、有限合伙组织的内部法律关系	(226)
四、有限合伙组织合伙人份额的转移	(228)
五、有限合伙组织的外部关系	(230)
第七章 商事公司	(231)
第一节 公司的意义	(231)
一、公司的界定	(231)
二、公司的特征	(232)
三、公司的作用	(234)
第二节 公司的性质	(234)
一、公司性质多样性	(234)
二、公司拟制理论	(237)
三、公司契约理论	(241)
第三节 公司法的性质	(244)
一、公司法的各种性质	(244)
二、公司法的任意性	(245)
三、公司法的统一性	(247)
四、我国公司法的现代化	(251)

第三编 商 行 为

第八章 商行为概论	(263)
第一节 商行为的界定	(263)
一、导论	(263)
二、商行为的性质	(264)
三、学者关于商行为的学说	(268)
四、商行为的推定 (<i>présomption commercialité</i>)	(271)
第二节 商行为与民事行为的区别	(271)
一、导论	(271)
二、商行为与民事行为的构成要件	(272)

三、商行为与民事行为的法律规制	(275)
第三节 商法关于商行为的法律规则	(277)
一、导论	(277)
二、商法关于商行为法律规则的历史发展	(277)
三、现代商法典关于商行为的法律规则	(280)
四、学说关于商行为主义和商人主义的论争	(282)
第四节 商行为的分类	(284)
一、导论	(284)
二、商法典所规定的商行为与特别法或习惯法所规定的商行为	(284)
三、商法律行为与商事实行为	(285)
四、绝对商行为与相对商行为	(286)
五、独立性商行为与附属性商行为	(287)
六、双方商行为与混合商行为	(287)
第五节 混合商行为	(287)
一、商人身份对行为性质的影响	(287)
二、混合商行为的范围	(288)
三、混合商行为的法律规则	(288)
第九章 绝对商行为	(290)
第一节 绝对商行为概述	(290)
一、客观主义商法下的绝对商行为	(290)
二、学说关于绝对商行为的争论	(290)
三、本书对绝对商行为的界定	(291)
第二节 单独的商行为	(292)
一、为出卖而购买动产的行为	(292)
二、为出卖而购买不动产的行为	(295)
三、汇兑经营行为与银行经营行为	(296)
四、经纪经营行为(<i>opérations d'intermé diaire</i>)	(297)
第三节 企业所实施的商行为	(299)
一、商行为意义上的企业的界定	(299)
二、制造企业所为的商行为	(299)
三、服务企业所为的商行为	(300)
四、保险企业所为的商行为	(301)
五、中间企业所为的商行为	(301)
六、动产的租赁企业所为的商行为	(302)
七、供应企业所为的商行为	(302)

八、拍卖企业所为的商行为	(303)
第十章 附属性商行为	(304)
第一节 附属性商行为理论概述	(304)
一、附属性商行为理论的意义	(304)
二、附属性商行为理论的根据	(304)
三、附属性商行为理论的适用范围	(305)
第二节 附属于商人身份的商行为	(306)
一、附属于商人身份的商行为的构成	(306)
二、附属性商行为理论适用的范围:商人所订立的契约	(308)
三、附属性商行为理论适用的范围:非契约债务	(311)
第三节 附属于某种商行为的商行为	(312)
一、导论	(312)
二、附属于同一个行为人实施的商行为的商行为	(313)
三、附属于另外一个行为人所实施的商行为的商行为	(313)

第四编 商事营业资产

第十一章 商事营业资产概述	(317)
第一节 商事营业资产的界定	(317)
一、导论	(317)
二、商事营业资产的界定	(318)
三、商事营业资产的历史发展	(319)
第二节 商事营业资产的构成要素	(321)
一、导论	(321)
二、商事营业资产的有形构成要素	(321)
三、商事营业资产的无形构成要素	(323)
四、顾客名单(la clientèle)	(326)
五、商人的债权和债务	(327)
六、商人的不动产	(329)
第三节 商事营业资产的性质	(330)
一、商事营业资产的总体性	(330)
二、商事营业资产的可变动性	(332)
三、商事营业资产的动产性	(333)
第四节 商事营业资产的所有权	(334)
一、商事营业资产所有权概论	(334)
二、商事营业资产所有权的获得	(334)