

AW

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

张民安 龚赛红 / 著

中山大学出版社

D913.99
Z32

AW

张民安 主编

高等院校法学专业民商法系列教材(1)

- ◇ 民法总论
- ◇ 民法物权
- ◇ 民法债权
- ◇ 婚姻家庭法
- ◇ 知识产权法
- ◇ 商事法学
- ◇ 民商法法规汇编

AW

张民安 主编

高等院校法学专业民商法系列教材(2)

- ◆ 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
- ◇ 国际商法



中山大学出版社

ISBN 7-306-02230-X



9 787306 022301 >

策 划 / 蔡浩然
责任编辑 / 浩 然
封面设计 / 方楚涓
责任校对 / 刘子呢
张 辉
责任技编 / 黄少伟

ISBN 7-306-02230-X
D·229 定价: 39.80元

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

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. —广州: 中山大学出版社, 2004.2
(高等院校法学专业民商法系列教材 (2)/张民安主编)
ISBN 7-306-02230-X

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: 方楚涓

责任校对: 刘子呢 张辉

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: 广东南海系列印刷公司

经 销 者: 广东新华发行集团

规 格: 787mm×960mm 1/16 24.75 印张 474 千字

版次印次: 2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 39.80 元 印数: 1-5000 册

本书如有印装质量问题影响阅读, 请寄回出版社调换



内 容 提 要

本书分五编共 17 章，从绪论、商人、商行为、商事营业资产和商事事务的公开等方面，对商法总则作了全面的系统的阐述。

本书内容新颖，适合高等院校法专业的学生作教材，也适合法官、律师等司法人员使用，对渴望了解商法学的广大群众尤其是从事商事经营活动的商人也极具参考价值。



作者简介

张民安，男，1965年12月29日生，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。1994年7月进入中山大学法学院任教，现为中山大学法学院副教授、民商法专业硕士研究生指导教师，主要研究领域为民法和商法，尤其是公司法、商法总则、合同法和侵权法。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。自1995年起，先后在《民商法论丛》、《商事法论集》、《法制与社会发展》、《中外法学》、《法学评论》、《法律科学》、《现代法学》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近50篇，其中绝大多数论文被国内外权威学者所援引并被重要刊物所转载；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》、《民法债权》、《婚姻家庭法》、《知识产权法》、《商事法学》以及《民商法规汇编》；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》。

龚赛红，女，1966年6月生，湖南桃江县人。1987年毕业于湖南师范大学，获法学学士学位。1990年毕业于中国人民大学，获法学硕士学位。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年获得法学博士学位并到北京化工大学法律系工作。现为北京化工大学教授、法律系主任，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。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》，负责侵权行为编中专家责任部分的条文和立法理由书的研究和写作。2001年独立申报国家社会科学基金项目课题《医疗过失责任立法研究》获得成功。自1999年起，先后在《法学研究》、《中外法学》、《法学评论》等法学核心期刊，以及《甘肃社会科学》和《学术研究》等中国中文核心期刊上发表学术论文十多篇。先后在法律出版社出版《买卖合同》（合著，1999年版）、《医疗损害赔偿立法研究》（专著，2001年版）等。

总 序

2002年3月至8月,《高等院校法学专业民商法系列教材(1)》已经由中山大学出版社出版,该系列教材包括《民法总论》、《民法物权》、《民法债权》、《婚姻家庭法》、《知识产权法》、《商事法学》以及《民商法法规汇编》。由于该系列教材内容新颖、知识丰富、语言生动、结构紧凑,极大地提升了我国民商法学的理论水平,反映了当代民商法的国际性、现代性和统一性的发展趋势。因此,在该系列教材出版以后,广东省和全国许多高等院校纷纷选用该系列教材,使该系列教材很快在全国同类教材中脱颖而出,成为广受欢迎的民商法系列教材。鉴于该系列教材的良好反映,许多学者要求继续组织广东省高等院校法学专业的教师编写民商法方面的系列教材。为此,在中山大学出版社领导的直接关心和支持下,我们决定继续编写《高等院校法学专业民商法系列教材(2)》。

在高等院校法学教材俯拾即是的今天,我们组织编写这样一套民商法系列教材是否是在简单地重复已有的成果,做低级的、毫无意义的劳务工作?这是我们在组织编写这一套系列教材时所应当回答的问题。我们认为,表面上看,中国法学教材尤其是民商法学的教材多种多样,可供我们的学生选择的范围是十分广泛的,我们似乎没有必要再去编写这样的一套教材。然而,如果我们仔细研究就会发现,此种说法是不正确的。我们认为,虽然我国民商法方面的教材多种多样,但是,大多数教材的内容过于陈旧、观点过于老化,没有反映当代民商法学的最新成就;我们应当编写一套完全能够反映当代民商法发展潮流的民商法教科书。正是基于此种考虑,我们在编写《高等院校法学专业民商法系列教材(1)》以后,决定继续编写能够反映当代民商法最新发展潮流的民商法学教科书,供广东省和全国高等院校法学专业的学生选用。

下面就该套民商法系列教材作简短的说明:

其一,关于《高等院校法学专业民商法系列教材(2)》的具体内容。《高等院校法学专业民商法系列教材(2)》一共九本,内容包括:《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》，由中山大学出版社在2003年8月至12月先后出版。

其二，关于《高等院校法学专业民商法系列教材（2）》的总的指导思想。正如《高等院校法学专业民商法系列教材（1）》一样，《高等院校法学专业民商法系列教材（2）》的总的指导思想是：①理论性。民商法学是一个理论性很强的学科，因此，本次组织编写的民商法学系列教材主要是对各个领域所存在的理论作出介绍，而不满足于对中国有关民商法律规范的简单解释或注释。②国际性。随着我国改革和开放政策的进一步实施，我国已经成为世界贸易组织的重要成员，我国民商法应当与当代民商法的国际性、现代性和统一性的发展趋势保持同步，本次组织编写的民商法系列教材应当主要反映此种发展趋势。③实践性。我国民商法虽然应当反映当今民商法发展的最新潮流，但是，我国民商法在适用过程中也必然会出现某些问题，如何将民商法的基本理论应用于我国的实际以解决实际问题，也是我国民商法发展中的重要问题；本次组织编写的民商法学系列教材也应当从中国实际情况出发，反映中国的实际情况和解决中国的实际问题。④生动性。本次组织编写的民商法学系列教材不仅要求内容科学，而且要求语言生动、逻辑严密和结构紧凑，力求在为学生提供民商法专业知识的同时，给他们以学习上的愉悦感。

其三，关于《高等院校法学专业民商法系列教材（2）》的编写者。参加《高等院校法学专业民商法系列教材（2）》的编写人员均为广东省高等院校法学专业的教学和科研人员，包括中山大学法学院、深圳大学法学院、广东商学院法学院、广东外语外贸大学法学院、广州大学法学院以及华南理工大学法学院的教学和科研人员，他们都是中青年人，精力充沛，思维敏捷，观念新颖，对当代民商法的前沿理论与具体实践极其熟悉；他们都精通英语，有的熟悉第二外语，可以熟练地使用外语从事民商法的科研活动。

其四，关于《高等院校法学专业民商法系列教材（2）》的内容的修改。正如《高等院校法学专业民商法系列教材（1）》一样，《高等院校法学专业民商法系列教材（2）》实行丛书主编和每本书主编负责制，对每一本教材而言，主编为了保持整本书的结构和体例的完整性的需要而有权对各个撰稿人所提供的稿件加以修改，但是不得基于学术观点的不同而作出修改；丛书主编为保持整套丛书的体例和结构的需要，有权对每本教材的内容作出修改，

但是不得基于学术观点的不同而修改。

2002年出版的《高等院校法学专业民商法系列教材(1)》已经在法学界受到好评。我们期待,这次出版的《高等院校法学专业民商法系列教材(2)》也能受到读者的喜爱。

张民安博士

2003年6月4日

于广州中山大学法学院



序

所谓商法，是指调整商人在实施商行为过程中所产生的权利、义务和责任的法律规范的总称。商法既调整商人的身份，对商人的权利、义务和责任作出说明，因此，商法可以看作一种商人法；商法也调整商事行为，对商事行为的种类和法律效力作出规定，因此，商法也可以看作商行为法。实际上，无论是大陆法系国家的商法还是英美法系国家的商法，均对商人和商行为进行调整。由于商法同社会的政治、经济、文化休戚相关，因此，许多国家在制定民法典的同时也制定了独立的商法典，商法成为民法之外的独立法律部门，两者共同构成现代私法的基础，这就是现代私法的两分法。

在我国 20 世纪 90 年代中期之前，不仅作为法学部门的商法不存在，就是作为法学学科意义上的商法学也不存在，没有任何高等院校开设商事法学这门课程。20 世纪 90 年代中后期，作为法学学科意义上的商法逐渐出现，某些学者开始编纂商法学教材，在大学讲坛上讲授商法学这门课程。到了 21 世纪的今天，中国几乎所有的高等院校尤其是重点高等院校都开设了商法学这门课程，并且几乎都将它看作是高等院校法学学科学生的核心课程和必修课程。我国商法学从无到有，从不受重视到受到普遍重视，仅仅经过了短暂的 10 年左右。在看到商法学取得辉煌成绩的同时，我们也应看到我国商法学在发展过程中所存在的问题，这些问题如果不及时解决，将会严重影响我国商法学的发展，并最终导致社会经济发展的滞后；其中最主要的问题是，我国商法学者对有关商法的基础理论研究还不深入。商法学应当对商法的基础理论和各种具体的商法制度作出研究，而我国大部分商法学者目前仅仅关注公司法，他们出版和发表了众多有影响的公司法著作和论文，对公司立法、司法和学说产生了重要影响。相对来说，他们很少关注商法的基础理论，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、商事营业资产制度以及商事事务公开制度等没有作详细和深入的研究，使我国商法基础理论研究相对薄弱。

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，防止官僚机器对个人权利的随意侵入，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法典的方式规定下来，使商人成为推动中国 21 世纪政治文明、经济发展和社会进步的重要力量。

正是为了提升我国商法的基础理论，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，我们在充分借鉴两大法系国家商事立法经验的基础上，编写了《商法总则》这本教科书。本书内容新颖、知识丰富、语言生动、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。本书既适合高等院校法学专业的教师、法学本科学生和民商法专业的研究生使用，也适合法官、律师等政法界人士使用；同时，本书还适合渴望了解商法的广大社会公众尤其是从事商事经营活动的商人使用。

本书共五编计 17 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、商事合伙、商事公司、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、商事营业资产的买卖和租赁、商事名称、商事账簿以及商事登记等内容。

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。

龚赛红撰写第四章、第五章、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

2004 年 1 月 7 日

于广州中山大学法学院

目 录

总序	(I)
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	(18)
第四节 商法的历史发展	(21)
一、远古时代商法	(21)
二、中世纪商法	(22)
三、近现代商法	(23)
四、当代商法	(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	(37)
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	(42)
一、商事交易安全性原则的意义	(42)
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	(44)
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、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 商人概述	(58)
第一节 商人的界定	(58)
第二节 商人的判断	(58)
一、传统商法上的三种立法体例	(58)
二、两大法系国家法律关于商人认定的具体标准	(60)
三、我国未来商法关于商人认定的具体标准	(61)
第三节 商人的分类	(63)
一、商个人、商合伙与商法人	(63)
二、商法人	(64)
三、商自然人和商事组织	(65)
四、必然商人、须登记商人和自由登记商人	(68)
五、固有商人、拟制商人和小商人	(70)
第四节 商事补助人	(72)
一、概述	(72)
二、商业使用人的定义和特征	(72)
三、商业使用人的种类	(73)
四、商业使用人的义务	(77)
第五章 商个人	(80)
第一节 商个人概述	(80)
一、商个人的概念和特征	(80)
二、自然人的商事能力与商事资格	(80)
三、我国商个人的商事能力	(83)
四、我国商个人的种类	(83)
第二节 个体工商户	(83)
一、个体工商户商事能力的取得和消灭	(83)
二、个体工商户的商事权利和商事义务	(84)
三、个体工商户的债务承担	(85)
第三节 农村承包经营户	(86)
一、农村承包经营户商事能力的取得和消灭	(86)
二、农村承包经营户的商事权利和商事义务	(87)

三、农村承包经营合同的效力	(87)
四、农村承包经营户的债务承担	(88)
第四节 个人独资企业	(89)
一、个人独资企业的发展状况	(89)
二、个人独资企业的设立	(91)
三、个人独资企业的管理	(92)
四、个人独资企业的解散和清算	(93)
第六章 商事合伙	(95)
第一节 商事合伙概述	(95)
一、商事合伙组织的产生与发展	(95)
二、合伙组织的分类	(97)
三、商事合伙组织的性质	(98)
第二节 一般合伙组织	(100)
一、一般合伙组织的设立	(100)
二、一般合伙组织的内部法律关系	(104)
三、一般合伙组织的财产	(109)
四、一般合伙组织的外部法律关系	(113)
第三节 有限合伙组织	(117)
一、有限合伙组织概述	(117)
二、有限合伙组织的设立	(119)
三、有限合伙组织的内部法律关系	(121)
四、有限合伙组织的外部法律关系	(122)
第四节 合伙组织的变动	(123)
一、导论	(123)
二、入伙和退伙	(123)
三、一般合伙组织的解散事由	(126)
四、一般合伙组织的清算	(127)
五、有限合伙组织的解散和清算	(128)
第七章 商事公司	(130)
第一节 公司与公司法概论	(130)
一、公司的界定	(130)
二、公司的特征	(131)
三、公司的作用	(133)
四、公司的性质	(134)

五、公司法	(136)
第二节 公司的种类	(141)
一、 导论	(141)
二、 各种形式的公司	(142)
三、 有限责任公司	(143)
四、 股份有限公司	(148)
第三节 公司的设立	(152)
一、 公司设立概论	(152)
二、 公司设立的条件	(153)
三、 公司设立的程序	(156)
四、 公司瑕疵设立的法律效力	(162)
第四节 公司的法人格	(164)
一、 公司的法人格概述	(164)
二、 公司法人格的具体表现：公司的生命	(166)
三、 公司法人格的具体表现：公司的财产	(167)
四、 公司法人格的具体表现：公司的资本	(169)
五、 公司法人格的否认	(175)
第五节 公司的治理结构	(176)
一、 公司治理结构概述	(176)
二、 公司法上的治理结构：公司股东	(176)
三、 公司法上的治理结构：公司董事	(184)
四、 公司法上的治理结构：公司监事	(191)
五、 公司法上的治理结构：公司高级行政官员	(192)
第六节 公司的解散、破产和清算	(192)
一、 导论	(192)
二、 公司的解散	(193)
三、 公司的破产	(197)
四、 公司的清算	(201)

第三编 商 行 为

第八章 商行为的基本理论	(205)
第一节 商行为概论	(205)
一、 导论	(205)

二、商行为的界定·····	(206)
三、商行为的构成·····	(206)
四、商行为的性质·····	(209)
第二节 商行为与民事行为的区别·····	(211)
一、导论·····	(211)
二、商行为与民事行为的构成要件·····	(211)
三、商行为与民事行为的法律规制·····	(214)
四、违反法律后果·····	(216)
第三节 商法关于商行为的法律规则·····	(216)
一、导论·····	(216)
二、现代商法的折衷主义·····	(217)
三、法国现代商法的双重性·····	(217)
四、德国现代商法的双重性·····	(218)
第四节 商行为的分类·····	(219)
一、导论·····	(219)
二、商法典规定的商行为与特别法规定或习惯法认可的商行为·····	(219)
三、商法律行为与商事实行行为·····	(220)
四、绝对商行为与相对商行为·····	(221)
五、独立性商行为与附属性商行为·····	(222)
六、双方商行为与混和商行为·····	(222)
第五节 混和商行为·····	(223)
一、商人身份对行为性质的影响·····	(223)
二、混和商行为的范围·····	(223)
三、混和行为的法律规则·····	(224)
第九章 绝对商行为·····	(226)
第一节 绝对商行为概述·····	(226)
第二节 单独的商行为·····	(227)
一、为出卖而购买动产的行为·····	(227)
二、为出卖而购买不动产的行为·····	(227)
三、汇兑经营行为与银行经营行为·····	(228)
四、经纪行为·····	(228)
第三节 企业所实施的商行为·····	(229)
一、商行为意义上的企业的界定·····	(229)
二、制造企业所为的商行为·····	(230)