



世纪法学研究生参考书系列

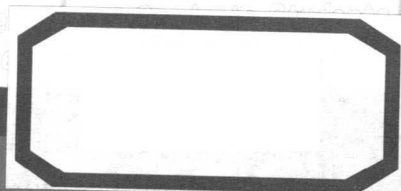
商法的价值、源流及本体

(第二版)

范健 王建文◎著



中国人民大学出版社



范健 王建文◎著

商法的价值、源流及本体

(第二版)

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法的价值、源流及本体/范健,王建文著.2版.
北京:中国人民大学出版社,2007
(21世纪法学研究生参考书系列)
ISBN 978-7-300-08748-1

- I. 商…
- II. ①范…②王…
- III. 商法-中国-研究生-教学参考资料
- IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 180684 号

21 世纪法学研究生参考书系列
商法的价值、源流及本体(第二版)
范 健 王建文 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242(总编室)		010-62511398(质管部)
	010-82501766(邮购部)		010-62514148(门市部)
	010-62515195(发行公司)		010-62515275(盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	河北三河市新世纪印务有限公司	版 次	2004 年 3 月第 1 版
规 格	155 mm×235 mm 16 开本		2007 年 12 月第 2 版
印 张	28.5 插页 4	印 次	2007 年 12 月第 1 次印刷
字 数	476 000	定 价	45.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



力机构“中日经济法企业法完善项目”

本市场法治论坛：上市公司监管国际研讨会

Forum on the Rule of Law in Chinese Capital Market, 2007:
International Symposium on the Regulation of Listed Corporations

商务部条约法律司

中国证监会

日本国际协力

中国人民大学商学院

2007年11月12日、13日 中国人民大学商学院 北京
School of Law, Renmin University of China, Beijing, 11, 2007



作者简介

范健，南京大学法学院教授、博士生导师。首届中国十大杰出青年法学家（1995年）。中国法学会商法学研究会副会长。主要研究领域为商法、经济法、国际商法。发表学术论文160余篇，出版独著、合著及主编教材20部，主要有：《商法》（第三版）（面向21世纪课程教材、普通高等教育“十一五”国家级规划教材，2007年）、《公司法》（普通高等教育“十一五”国家级规划教材，2006年）、《商法基础理论专题研究》（教育部高等教育司推荐“研究生教学用书”，2005年）、《商法》（第二版）（教育部高等教育司组编、全国成人高等教育规划教材，2005年）、《商法的价值、源流及本体》（“十五”国家重点图书出版规划21世纪法学研究生参考书系列，2004年）、《商法论》（2003年）、《德国商法：传统框架与新规则》（2004年）、《公司法论》（上卷）（1997年）、《中国经济法》（1995年）、《反倾销法研究》（1995年）、《德国商法》（1993年）等。

王建文，河海大学法学院副教授、副院长，河海大学商法研究所所长。江苏省高校“青蓝工程”优秀青年骨干教师（2004年入选）。先后就读于西北政法学院经济法系（经济法专业，本科）、南京大学法学院（经济法专业，硕士、博士）。主要研究领域为商法、公司法、证券法。发表学术论文30余篇，其中多篇被人大复印资料全文复印。出版著作及参编教材12部，主要有：《商法》（第三版）（面向21世纪课程教材、普通高等教育“十一五”国家级规划教材，2007年，参编）、《证券法》（21世纪法学规划教材，2002年，合著）、《商法》（21世纪法学规划教材，2007年）、《公司法》（普通高等教育

“十一五”国家级规划教材，2006 年，合著）、《商法基础理论
专题研究》（教育部高等教育司推荐“研究生教学用书”，2005
年，合著）、《商法》（第二版）（教育部高等教育司组编、全国
成人高等教育规划教材，2005 年，合著）、《商法的价值、源
流及本体》（“十五”国家重点图书出版规划 21 世纪法学研究
生参考书系列，2004 年，合著）、《商法论》（2003 年，合著）
等。

第二版前言

本书是我们共同研究商法基础理论的早期成果之一，面世至今不觉已近四年了。在此期间，中国商法基础理论研究取得了较大进展，我们也出版了《商法基础理论专题研究》这一专题研究式的著作。在进行公司法、证券法、破产法等商事部门法研究的同时，我们也一直在思考中国商法基础理论问题。在合著了《公司法》、《证券法》、《商法》等专著式教科书后，我们一直希望能够有机会修正与发展我们关于商法基础理论方面的研究成果。因此，尽管我们在 2007 年的科研任务非常繁重，仍很高兴地接受了出版社的修订要求。

在本次修订中，我们将近年来的商法基础理论研究成果作了相应替换与更新，从而形成了较为合理的体系结构。例如，在本书上篇“商法价值论”部分，增加了第二章“商法的理念：内涵挖掘与价值重建”，并将“商法基本原则”作为“商法理念与价值的载体”纳入到“商法价值论”体系之中，从而使该篇内容更加丰厚。不过，由于时间紧迫，许多问题未及全面、深入、细致地修订，只好将此遗憾留待下一次修订了。

值此修订再版之机，我们要对本书的广大读者致以谢意与歉意！正是本书读者的错爱，才促使本书的基本观点得以传播并被出版社授命再版，因而需要特别感谢！同时，本书作为我们共同研究商法基础理论的早期成果，存在不少缺憾，因而每当想起本书的若干尚不成熟的观点很可能会误导读者时，就感到非常抱歉！幸好，能够借此修订之机，稍稍消除一些遗憾。当然，对于本书的初版与再版，我们都特别感谢中国人民大学出版社非常专业与敬业的编辑同志，在此一并致以最诚挚的谢忱！

范 健

2007 年 10 月于南京

前 言

中国社会主义市场经济体制建设的逐步完善,促进了商事立法的进步。与之相适应,商法研究也日益繁荣起来。尤其 20 世纪 90 年代中期以后,我国涌现出一批商法研究学者及研究成果,使商法可谓成为“一时之显学”。然而,透过商法研究的绚丽外表,我们不难发现我国商法研究实际上还处于非常“稚嫩”的状态,并不具有一个成熟学科所应拥有的足以折服探询者的“令人心仪”的魅力。虽然在课程设置上,商法取得了与民法相并列的地位,但是在学科上商法仍然不得不作为民法的附庸而以民商法的名义存在。多数商法研究者也只热衷于“作为民事特别法”的商事部门法的研究,并无意探求商法作为一个法律部门所必须面对的基础理论。与其说这些商法学者乃商法研究者,倒不如说是民法法研究者,毕竟他们仅仅以传统民法的视角来研究商法具体问题,或者只是不带任何理论指导倾向地研究技术操作层面上的具体商法问题。因此,从这个意义上说,商法的独立性实际上是被多数人否定或忽视的。这固然令人遗憾,不过,商法魅力的缺失并非因为商法本身缺乏内涵,而是蕴涵于商法中的丰富内涵远未被人们发现与挖掘。

就我国的法制建设而言,随着大量单行商事法规的相继颁行,如何对这些商事法规加以有效整合,使之形成一个逻辑严密的有机体系,并在法律规范与法律适用两个层面上均能和谐运行,这不仅属于重大的理论问题,而且还应成为重大的立法中不容回避的实践问题。尽管我国多数学者主张应采行民商合一的立法模式,并且正在制定之中的民法典草案也正是以此为指导而创制;但是,民法学界同时又不能不承认,所谓民商合一实际上并不能将所有商法规范囊括于民法典之中,在民法典的学者建议稿及已经提交全国人大常委会讨论的草案中,也确实只是将一些商行为规范规定于民法典中而已。应当说,民法典之所以未将商法规范囊括于中,非不愿也,是不能也。这样看来,不管民法典最终何时颁行,关于商法基本制度与体系的研究,都不应当终止。尤其是在民法典

的创制过程之中，加强商法的体系性研究将对完善民法体系产生重要影响。这就要求我国商法研究者在继续加强商法具体问题研究的前提下，努力深化对商法基础理论问题的研究，使我国商事立法朝着适应于现代市场经济建设的方向迈进！

作为商法研究者，基于这种历史使命性的认识，我们在从事了多年商法研究或者说经过多年的商法基本问题的思索之后，对商法基础理论问题产生了非常浓厚的研究兴趣。然而，随着时代发展而屡经变迁的商法制度与理论体系，在人类早已进入现代社会后的今天，实际上并未真正实现现代化，存在着太多的远未被梳理清晰而又往往被人们忽视的基础的而又根本性的重大问题。因此，仅以我们的绵薄之力势难从根本上解决这些可谓纷繁复杂的理论问题。从这个意义上讲，本书实际上只是一部关于商法基础理论的初探性的著作，并不足以将其作为一部成熟的学术成果展现于学界。不过，鉴于我国商法研究的极端薄弱性，若等到观点成熟之后方予发表，恐怕更不利于我国商法研究与商事立法的现代化的推进；并且一个学科的成熟必然需要学界各种观点的反复争鸣，而这种意义上成熟的学说或许非仅仅因为几个人甚至几代人的个人努力就能实现的，因此我们且将一些关于商法基础理论的研究成果以本书的方式披露于学界，以期能够引起更多更深的研究。

范 健

2003 年 12 月于南京

目 录

导 论	当代商法学研究的热点问题 / 1
一、关于商法学科的建立及其价值	/ 1
二、关于商法的起源和 Historical 发展	/ 3
三、关于商法立法模式与立法体系	/ 5
四、关于商法独立性之争论	/ 5
五、关于商法调整对象之变迁	/ 8
六、关于商法基本原则之变迁	/ 9
七、关于商法渊源、体系之变迁	/ 11
八、商法立法模式之变迁	/ 11

上篇 商法价值论

第一章	商法基础理论研究解析：动因与价值 / 15
一、商法与商法基础理论研究现状	/ 15
二、商法基础理论研究的动因	/ 18
三、商法基础理论研究的理论价值	/ 21
第二章	商法的理念：内涵挖掘与价值重建 / 27
一、内涵流变与界定	/ 28

- 二、强化私法自治 / 34
- 三、营业自由与投资自由 / 38
- 四、保护营利 / 41
- 五、严格责任 / 43

第三章 商法理念与价值的载体：商法基本原则 / 49

- 一、商法基本原则：研究现状、价值与功能 / 49
- 二、商法基本原则的界定 / 52
- 三、商主体严格法定原则 / 54
- 四、维护交易公平原则 / 57
- 五、保障交易简便、快捷原则 / 58
- 六、维护交易安全原则 / 59

第四章 中国商法的时代价值 / 60

- 一、中国商法产生的背景与立法状况 / 60
- 二、中国商法与中国经济体制改革 / 63
- 三、中国商法与中国政治体制改革 / 66
- 四、中国商法与当代中国思想观念变革 / 68

中篇 商法源流论

第五章 商法的历史源流 / 73

- 一、商法的起源 / 73
- 二、中世纪商法 / 74
- 三、近代商法 / 78
- 四、现代商法与商法的现代化 / 81
- 五、商法的趋同化 / 84

第六章 商法的独立性：历史流变视角的考察 / 89

- 一、德国商法的独立性 / 90
- 二、法国商法的独立性 / 93
- 三、日本商法的独立性 / 96

- 四、瑞士商法的独立性 / 97
- 五、意大利商法的独立性 / 98
- 六、我国台湾地区“商法”的独立性 / 99
- 七、澳门商法的独立性 / 101
- 八、商法独立性的研究基点 / 102
- 九、商法独立性主要观点辨析 / 104
- 十、“民法的商事化”与“商法的民事化”之于商法
独立性影响 / 111

第七章 当代主要商法体系 / 114

- 一、大陆商法 / 114
- 二、英美商法 / 119
- 三、社会主义商法 / 124
- 四、结 语 / 127

第八章 德国商法与德国商法典 / 129

- 一、德国商法的概念：适用于商人的特别私法 / 129
- 二、德国商法调整的对象：商人及其行为 / 133
- 三、商法、《商法典》、商法的相邻法规 / 136
- 四、德国民商分立立法例的形成 / 139
- 五、德国商法立法体例 / 141
- 六、从商人法到企业私法 / 144
- 七、中国商法的历史与现状——作为借鉴德国商法
的背景 / 148
- 八、以德国商法为代表的大陆法国家商法对中国商法的历
史影响及其在当代的局限性 / 150
- 九、结 语 / 152

下篇 商法本体论

第九章 商法的语源及含义 / 155

- 一、“商”的语义考 / 155

- 二、商法相关概念辨析 / 159
- 三、商法概念界定 / 162
- 四、商法的特征 / 169
- 五、商法与相关法律部门之间的关系 / 177

第十章 商主体的概念 / 194

- 一、传统商法中商主体的概念 / 194
- 二、传统商法中商主体之标准考察 / 195
- 三、我国商法之商主体概念界定 / 197
- 四、传统商法之商主体分类 / 198
- 五、我国现行商法之商主体类型考察 / 205
- 六、当代商主体观念之变革：从商人到企业 / 208
- 七、我国商主体类型的理论重构 / 215

第十一章 商主体的独立性 / 219

- 一、商主体独立性的立法考察 / 219
- 二、商主体独立性的一般法理分析 / 222
- 三、由抽象人格到具体人格 / 224
- 四、“人的普遍商化”与“商法民事化，民法商事化”之于商主体独立性辨析 / 225
- 五、商主体独立立法的制度价值 / 228

第十二章 商主体法律人格要素 / 232

- 一、商主体法律人格要素概说 / 232
- 二、关于公司财产独立 / 233
- 三、关于公司团体意思 / 236
- 四、关于公司责任独立与股东有限责任 / 240
- 五、关于公司独立的名称 / 242
- 六、公司法律人格之实质要素 / 243
- 七、其他商主体法律人格要素分析 / 250
- 八、小 结 / 254

第十三章 企业的内涵与外延 / 256

- 一、企业概念的一般分析 / 256
- 二、企业概念法律界定的一般考察 / 260
- 三、企业概念的法律界定 / 265
- 四、企业类型一般考察 / 272
- 五、法人企业 / 276
- 六、合伙企业 / 290
- 七、个人独资企业 / 293
- 八、企业基本形态补充说明 / 297

第十四章 商事人格权一般理论 / 300

- 一、人格权理论一般考察 / 300
- 二、人格权理论的现实困惑与解决方案 / 303
- 三、商事人格权内涵界定 / 306
- 四、商事人格权外延概说 / 308
- 五、商事人格权具体类型 / 313
- 六、商事人格权的法律属性 / 340
- 七、商事人格权的制度价值 / 343

第十五章 商事登记制度 / 346

- 一、商事登记的概念、特征 / 346
- 二、商事登记立法 / 349
- 三、商事登记管理机关 / 354
- 四、商事登记的种类 / 356
- 五、商事登记的程序 / 361
- 六、商事登记的效力 / 369
- 七、商事登记的监督管理 / 374
- 八、我国现行商事登记制度之检讨 / 379
- 九、我国商事登记立法之理论构造 / 383

第十六章 商行为通论 / 389

- 一、商行为的概念界定 / 389

- 二、传统商法之商行为特征分析 / 394
- 三、我国商法之商行为特征分析与构建 / 398
- 四、传统商法之商行为外延考察 / 401
- 五、我国商法之商行为外延分析 / 404
- 六、商行为的独立性考察 / 412
- 七、传统商法之商行为立法模式考察 / 416
- 八、我国商法之商行为立法模式理论构建 / 422

结 语 中国商法十五年之反思 / 425

- 一、十五年成就：一个时代的立法结晶 / 425
- 二、十五年成就：不囿于法律自身的时代价值 / 426
- 三、十五年成就留下新困惑：中国商法任重道远 / 430

主要参考文献 / 434

当代商法研究的热点问题

一、关于商法学科的建立及其价值

商法作为一门独立的法学学科，目前已经成为一个不争的事实。无论大陆法还是英美法，无论奉行民商合一还是奉行民商分立，无论是否编纂有商法典，当代世界发达国家，绝大多数都将商法视为一个独立的法律部门、都设有商法学这一独立的法学学科。由于特殊的历史原因，过去多年，商法在我国始终未能获得其应有的地位。近几年来这种状况大有改善。现在，无论主张民商合一还是主张民商分立，无论对中国是否有必要制定商法典或商法通则这类的法律持何种态度，法学家们在商法学科独立性这一点上已经趋于认同，绝大多数学者肯定商法是一门与民法、经济法并列的法学学科，它具有自己的研究范围，它可以构建自己的学科体系。一批以商法命名的著作和教科书相继出版，商法学已经成为大学法律院系学生的必修课程。

中国商法学的产生和发展是中国商事立法完善的必然结果。在非市场经济时期，国家的立法重心在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的手段，这一时期，商法的不发达也就在情理之中。1993年之前，我国除颁布了《海商法》外，其他商事立法几乎空白。1993年以来，全国人大常委会陆续制定了《公司法》、《票据法》、《合伙企业法》、《保险法》、《商业银行法》、《证券法》、《信托法》、《个人独资企业法》、《会计法》、《企业破产法》等商事立法。商事立法的高度发展，已经远远突破了传统经济法和民法的法律体系的范围，它向法学理论研究和法学教学提出了新课题，这就是在传统的民法和经济法之外，客观上已经存在一个新的法律部门。商法已经作为一个独立的法律部门而建立起来了，与此同时，以这一法律部门为研究对象的商法学的产生则同样是一种客观的必然。

但是，如何建立商法部门，这是实践向理论提出的课题，是商事立