



面向 21 世纪 课 程 教 材
Textbook Series for 21st Century

全国高等学校法学专业核心课程教材

商 法

(第二版)

范 健 主 编

高等教育出版社
北京大学出版社

15
面向 21 世纪 课程教材
Textbook Series for 21st Century

09-3.29/1-02
F13(1)
全国高等学校法学专业核心课程教材

商 法

(第二版)

主 编 范 健

副主编 石少侠 顾耘

参编 (以汉语拼音为序)

房绍绅 韩长印 邵建东

高等教育出版社
北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法/范健主编.—2版.—北京:高等教育出版社,
2002.8

ISBN 7-04-011140-3

I.商... II.范... III.商法-中国-高等学校-
教材 IV.D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第028739号

责任编辑 姜洁 封面设计 杨立新 版式设计 马静如
责任校对 胡晓琪 责任印制 韩刚

商法(第二版)

范健 主编

出版发行 高等教育出版社
社址 北京市东城区沙滩后街55号
邮政编码 100009
传真 010-64014048

购书热线 010-64054588
免费咨询 800-810-0598
网址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>

经销 新华书店北京发行所
排版 高等教育出版社照排中心
印刷 中国青年出版社印刷厂

开本 787×960 1/16
印张 42.75
字数 800 000

版次 2000年10月第1版
2002年8月第2版
印次 2002年9月第2次印刷
定价 39.60元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

前 言

在现代市场经济国家,商法是最基本、最重要的法律部门之一,是维系市场经济秩序的主要法律手段。商法学作为一门独立的法学学科,是一个不争的事实。无论大陆法系还是英美法系,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《中华人民共和国海商法》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《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国个人独资企业法》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国证券法》,与此同时,破产法、信托法、合作企业法等其他一系列重要的商事法律法规也在抓紧制定之中。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也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,是商事立法和司法实践向商法学理论提出的理论创新和发展的要求,它同时直接维系着商法学本身的建立和发展。从各国法律发展的历史和我国近年来立法、司法实践的经验教训中可以看到,商法学的重大理论问题不解决,中国商事立法和司法的健康发展是难以想像的。中国商法部门的诞生为商法学研究留下了广阔的理论空间,

例如:商法部门建立的内在逻辑是什么;各商事法律部门之间是否存在着可以被人们认识的、对商法部门的建立或商法典的制定具有重要意义的、共同规律性的东西;商法是否存在不同于民法和经济法的内在本质特征;商事部门法是否可以寻求到共同的基点和轴线而走向法典化;现代民法典是否可以完全包容商事规则;中国是否有必要和可能制定商法典;商法典编纂的难点在哪里,等等。与上述商法部门建立的重大理论问题相关的还有一系列商法学的基本问题,如商法调整对象、现代商人概念的最新发展、商行为的概念及其在商事立法中的意义、商法的特殊性、商法的原则、商法的体系、商事法律部门与商法典、商法与民法的区别、商法与经济法的区别、商法的本土化与国际化、商事立法的国际化趋向等等。这些问题在各国商事立法和商法学理论研究中都是颇为复杂的问题。纵观西方国家,尤其大陆法系国家私法发展的历史可以看到,商法起源于商事交易习惯和惯例,不像民法那样起源于罗马法,它是一门实践性法学,从一开始就没有完整的理论,许多国家是先有商事习惯后有商事法律,再有商法理论。商法理论在一定程度上仅仅在于解释法律,而不在于指导、甚至创造立法。与民法相比,商法理论滞后于商事立法从一开始就是普遍存在的问题。一百多年来,许多国家的商法学家们曾作出了巨大努力,力求解决这些问题,但结果并非十分满意。也正是由于理论体系建立方面的原因,世界各国商法体系的建立始终存在着巨大差异,法学家们对此所产生的争议也最大。从各国商法发展的经验中可以看到,商法理论的完善程度对于商法部门的建立,对于商法的发展起着十分重要的作用,商法理论研究的差异在一定程度上导致了商法发达程度的差异。每一个国家的商法都是该国特定法律文化背景的产物,都是该国法的历史传统和他国法的经验相融合的结果。

中国商法的建立,不是外国商法的简单继承和借鉴,它首先是中国现实社会关系的必然产物,其次才是他国经验教训借鉴的结果。尤其是,历史发展到今天,商事法律关系已超出传统的范畴,中国商法已不可能是传统商法的简单继承,它必然是在传统基础之上的创新和提高,是一种新的创造,是中国现实法律关系、法律理论和法律经验的产物。

中国商法学研究仍处于起步阶段,现实商事关系的变化与发展在理论上提出了许多新问题。因此,商法学的完善与丰富还有待于理论研究的不断深化。本教材的编写仅仅是我们在这条探索道路上迈出的一步。

本教材是在教育部高教司直接组织领导之下,在高等教育出版社的帮助下,按照《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》编写而成的。本教材编写过程中得到了我国商法学前辈江平教授、王保树教授、徐学鹿教授、赵中孚教授等的热情帮助和指导。尤其王保树教授和徐学鹿教授帮助审定了全部书稿,提出了许多很好的修改建议,在此表示衷心感谢。借此机会,我们还向为本教材编

写和出版予以关心、帮助和支持的其他同志表示衷心感谢,尤其是对高等教育出版社的编辑对本教材出版所付出的辛劳致以由衷的谢意!

范 健

1999年11月于南京大学

Preface

In the modern market-oriented states, commercial law, one of the most important legal branches, is a primary legal means of safeguarding the market economic order. Most of the contemporary advanced countries in the world, whether the continental legal system or common law system, view commercial law as an independent legal branch. They have set up commercial jurisprudence as an independent legal science, whether they have compiled the commercial code or not. In the past decades, commercial law didn't obtained its proper status in China due to special historical reasons. In recent years, the situation has been enormously improved. At present, Chinese legal scholars have reached a consensus on the independence of the commercial jurisprudence, despite different attitudes they hold to the necessity of making a commercial code in China. Most scholars express their positive opinions that commercial law is a branch of legal science, parallel to civil law and economic law. Its own research scope and subject system have been constructed. With the successive publication of works and textbooks on commercial law, commercial jurisprudence has become the compulsory course for students of law schools.

The establishment and development of Chinese commercial jurisprudence is the inevitable outcome of the perfection of Chinese commercial legislation. In the period of central economy, the state legislation was focused on strengthening the government intervention in economic activities. As a result, the underdevelopment of commercial law was not beyond the expectation. Before 1993, China had no other commercial laws except *Maritime Law of PRC*. From 1993 to the present, the Standing Committee of the National People's Congress has made a series of commercial laws, such as *Company Law of PRC*, *Commercial Instrument Law of PRC*, *Partnership law of PRC*, *Sole Proprietorship Law of PRC*, *Insurance Law of PRC*, *Commercial Banking Law of PRC* and *Securities Law of PRC*. Meanwhile, other important commercial laws and regulations, such as *Bankruptcy Law*, *Trust Law* and *Cooperative Ventures Law* are in drafting process. The fast development of commercial legislation, which has been far be-

yond the legal scope of traditional civil law and economic law, has set a new task to theoretic legal research and teaching. That is, a new legal branch has appeared beyond traditional civil law and economic law system, and commercial law has been set up as an independent legal branch. At the same time, the establishment of commercial jurisprudence, aimed at making research on the new legal branch, is an inevitable outcome.

How to establish commercial legal branch is a subject of study. Practice has brought out this issue to theory. Commercial legislation and judicial practice require the invention and development of commercial legal theory. It is directly related to the growth and development of commercial jurisprudence. From the history of legal development as well as the experience of Chinese legislation and administration of justice, it is clear that the healthy development of Chinese commercial legislation and justice is unrealistic without the solution of primary commercial theoretic issues. The birth of Chinese commercial legal branch opens up a vast theoretic field for the research of commercial jurisprudence. For example, what is the internal logic of establishing commercial legal branch? Are there any recognizable common characters among various commercial laws, which are significant to the establishment of commercial legal branch or the making of the commercial code? What is the essence of commercial law making it different from civil law and economic law? Can various commercial laws move towards codification with common center and axis? Can the contemporary civil code cover all commercial rules? Is it necessary and possible for China to make commercial code? What is the difficulty of compiling the commercial code? A series of basic issues in commercial jurisprudence are also related to the above-mentioned primary theoretic problems, such as the regulatory objects of commercial law, the latest development of the concept of modern merchant, the concept of commercial conduct and its significance in commercial legislation, the specific characteristics of commercial law, principles and system of commercial law, commercial legal branch and commercial code, differences between commercial law and civil law, differences between commercial law and economic law, localization and internationalization of commercial law and the international tendency of commercial legislation. The history of private law in western countries, especially in countries of continental law system, reveals that commercial law originates from commercial transaction habits and customs. Unlike civil law, which originates from the Roman law, it is a practical legal science. It lacked complete theory from the

very beginning. In many countries, commercial legal theory comes from commercial laws with the origin of commercial customs. To some extent, commercial theory is neither to direct nor to invent laws, but to interpret laws. Compared with civil law, it is a general problem that the development of commercial legal theory is held up. Commercial jurists made great efforts to solve these problems yet failed to reach any satisfactory results. Because of the differences in the theoretic systems, there remain huge differences and hot debates among legal scholars in the commercial legal systems all over the world. From the experience of commercial law development in different countries, we know that the perfection of commercial theory is of great importance to the establishment of commercial legal branch as well as the development of commercial law. To some extent, the difference in the research of commercial theory results in the difference of commercial law development. Commercial law is the product of certain legal and cultural background and the outcome of merging historic tradition of one country with legal experience of other countries.

The establishment of Chinese commercial law is not a simple inheritance of foreign commercial law. It is first of all the inevitable product of Chinese social relations, drawing lessons from foreign experience. More importantly, with the development of history, commercial legal relations have been beyond the traditional scope. Chinese commercial law could never be simple inheritance of traditional commercial law; instead, it is an invention and improvement on the basis of tradition. It is the result of Chinese realistic legal relations, legal theory and legal experience.

The Chinese commercial jurisprudence is in the initial stage. Many new issues come out with changing practical commercial relations. Hence, the perfection and enrichment of commercial jurisprudence will depend on the continuous deepening of theoretic research. The compiling of the textbook is just a small step on the endless road of exploration.

Under the direct leadership of Department of Higher Education, Ministry of Education, and with the help of Higher Education Press, this textbook is compiled according to the requirement of *The Basic Teaching Requirement for Core Coursebooks for Legal Majors of the Chinese Colleges and Universities*. In the process of compiling, we have got the generous help and instruction from the senior jurists such as Prof. Jiang Ping, Prof. Wang Baoshu, Prof. Xu Xuelu, Prof. Zhao Zhongfu and so on. Here we would like to express our special thanks to

Prof. Wang Baoshu and Prof. Xu Xuelu. Both of them helped us to examine and revise the whole materials and provided a lot of amending advice. And we express our thanks to other comrades who have given help and support to the compiling and publication of this textbook, especially the editors in Higher Education Press.

Fan Jian

Nanjing University

November, 1999

目 录

第一编 总 论

第一章 商法概述	1
第一节 引言:商法精神的时代价值	1
第二节 商法的概念、特征和基本原则	3
一、“商”的意义	3
二、商法的概念	5
三、商法的特征	6
四、商法的原则	8
第三节 商法调整的对象	10
第四节 商法的体系和渊源	13
一、商法的体系	13
二、商法的渊源	14
第五节 商法与其他法律部门的关系	16
一、商法与民法	16
二、商法与经济法	17
三、商法与行政法	18
第六节 商法的独立性	19
第七节 商法的产生和发展	21
一、商法的起源	21
二、欧洲早期商事立法	22
三、现代商事法的发展与当代主要商法法系的形成	22
第八节 近现代中国商法体系	24
第九节 大陆商法对中国商法的历史影响	25
第十节 中国商法继受面临的难点和问题	26
第二章 商主体	28
第一节 商主体概述	28
一、法律主体与商主体	28
二、商主体的概念与特征	29

三、商主体的分类	30
四、我国现行法律关于商主体设立之一般规定	31
五、当代商主体观念之变革:从商人到企业	34
第二节 商法人	36
第三节 商个人	38
第四节 商合伙	40
第五节 商中间人	42
一、商中间人概述	42
二、商中间人类型	42
第六节 商辅助人	45
一、商辅助人的概念和意义	45
二、经理人	46
三、代办人	47
第三章 商行为	49
第一节 商行为概述	49
一、商行为的概念	49
二、商行为的特征	49
三、商行为的分类	51
第二节 一般商行为	52
一、一般商行为概述	52
二、商法上的债权行为	52
三、商法上的物权行为	52
四、商事交互计算	53
第三节 特殊商行为	53
一、特殊商行为概述	53
二、特殊商行为的种类	54
第四章 商事登记	58
第一节 商事登记概述	58
一、商事登记的概念、特征	58
二、商事登记立法	58
三、商事登记的立法原则历史考察	60
四、商事登记的限制	61
五、商事登记的意义	61
六、商事登记与商主体成立之关系	62
第二节 商事登记的对象与登记管理机关	62

一、商事登记对象	62
二、商事登记管理机关	63
第三节 商事登记的种类	64
一、开业登记	64
二、变更登记	65
三、注销登记	66
第四节 商事登记的程序	67
一、申请	67
二、受理	67
三、审查	67
四、核准发照	67
五、公告	68
第五节 商事登记的效力与监督管理	68
一、商事登记的效力	68
二、商事登记的监督管理	69
第五章 商号	71
第一节 商号的概念和特征	71
一、商号的概念与法律渊源	71
二、商号的法律特征	71
三、商号与其他商事标记的区别	72
四、商号的起源与立法体系	72
第二节 商号的种类	73
一、简单商号与组合商号	73
二、独资商号与公司商号	73
三、人名商号、物名商号、混合商号	74
四、原始商号、派生商号、继获商号	74
第三节 商号的取得与废除	74
一、商号的选定	74
二、商号选定的限制	75
第四节 商号的登记	76
第五节 商号的废止	77
第六节 商号权	77
第七节 商号的转让与出借	78
一、商号转让	78
二、商号出借	79

第六章 商事账簿	80
第一节 商事账簿概述	80
一、商事账簿的概念与特征	80
二、商事账簿设置原则	81
三、商事账簿立法	82
四、商事账簿的意义	83
第二节 商事账簿的分类	84
一、会计凭证	84
二、会计账簿	85
三、财务会计报告	85
第三节 商事账簿法律关系及其效力与保管	86
一、商事账簿法律关系	86
二、商事账簿的效力与商事账簿的保管	87
第四节 违反商事账簿制作义务的法律后果	87

第二编 公 司 法

第七章 公司与公司法概述	89
第一节 公司的概念与特征	89
一、公司的概念	89
二、公司的特征	90
第二节 公司法的概念与性质	93
一、公司法的概念及其调整对象	93
二、公司法的性质与特征	94
第八章 公司的分类	97
第一节 公司的分类	97
一、无限责任公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司和有限责任 公司	97
二、人合公司、资合公司及人合兼资合公司	98
三、封闭式公司和开放式公司	99
四、母公司和子公司	99
五、总公司和分公司	100
六、本国公司、外国公司和跨国公司	100
第二节 有限责任公司	101
一、有限责任公司的概念与特征	101
二、有限责任公司的沿革与地位	103

三、国有独资公司	105
第三节 股份有限公司	106
一、股份有限公司的概念与特征	106
二、股份有限公司的沿革与利弊	108
三、上市公司	109
第九章 公司的设立	111
第一节 公司设立概述	111
一、公司设立的概念	111
二、公司设立的方式	112
三、公司设立的条件	112
四、公司设立的程序	114
五、公司设立的效力	116
第二节 公司的章程	117
一、公司章程的概念与作用	117
二、公司章程的记载事项	118
第三节 公司的名称与住所	119
一、公司的名称	119
二、公司的住所	121
第四节 公司的权利能力	122
一、公司权利能力因性质受到的限制	122
二、公司权利能力因法律规定受到的限制	122
三、公司权利能力因目的受到的限制	123
第十章 公司的资本制度	126
第一节 公司资本制度概述	126
一、公司资本的概念	126
二、公司资本制度的类型	126
三、公司资本原则	130
第二节 公司资本的构成	132
一、货币出资	132
二、实物出资	133
三、无形财产出资	134
第三节 出资与转让	135
一、出资	135
二、出资的转让	137
第四节 增资与减资	139

一、增加资本·····	139
二、减少资本·····	141
第十一章 股份与股票 ·····	143
第一节 股份 ·····	143
一、股份的概念和特点·····	143
二、股份的种类·····	144
三、股份的发行·····	147
第二节 股票 ·····	149
一、股票的概念和特点·····	149
二、股票与债券的区别·····	151
三、股票交易·····	152
第十二章 股东与股权 ·····	155
第一节 股东 ·····	155
一、股东概述·····	155
二、股东的法律地位·····	157
三、股东的权利与义务·····	158
第二节 股权 ·····	159
一、股权的概念和种类·····	159
二、股权的性质·····	160
三、股权的行使·····	162
第十三章 公司的治理结构 ·····	164
第一节 公司治理结构概述 ·····	164
一、公司治理结构的含义·····	164
二、确立公司治理结构的原则·····	165
三、公司治理结构的基本模式·····	167
第二节 股东会 ·····	168
一、股东会的概念和职权·····	168
二、股东会会议·····	171
三、股东表决权的行使·····	173
四、股东会决议·····	176
第三节 董事会 ·····	177
一、董事会的概念和职权·····	177
二、董事会的产生和结构·····	180
三、董事会会议·····	183
四、董事对公司的义务·····	184

第四节 监事会	187
一、监事会的概念和职权	187
二、监事会的产生	188
三、监事会的组成	189
第五节 经理	190
一、经理的概念和地位	190
二、经理的职权	191
三、经理的义务与责任	191
第十四章 公司的合并与解散	192
第一节 公司的合并与分立	192
一、公司的合并	192
二、公司的分立	195
第二节 公司的解散与清算	196
一、公司的解散	196
二、公司的清算	199
第三编 破 产 法	
第十五章 破产法概述	203
第一节 破产制度与破产法	203
一、破产的概念与特征	203
二、破产法的概念与立法模式	204
三、破产法的立法目的	206
四、破产制度的财产分配规则与价值增值规则	212
五、破产法律制度的历史发展	217
第二节 破产条件与破产案件的管辖	231
一、破产条件概述	231
二、破产原因	232
三、破产案件的管辖	239
第十六章 破产程序法	241
第一节 破产程序的开始	241
一、破产申请	241
二、破产案件的受理	242
三、破产案件受理的效力	246
四、债权人会议	249
五、破产和解与整顿	261