

普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

商法学

BUSINESS LAW

| 第四版 |

施天涛 著



普通高等教育国家级规划教材



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

商 法 学

Business Law

| 第四版 |

施天涛 著



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

商法学/施天涛著.—4版.—北京:法律出版社,2009.12

(普通高等教育国家级规划教材系列)
普通高等教育“十一五”国家级规划教材
ISBN 978-7-5118-0197-5

I. ①商… II. ①施… III. ①商法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.991

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第224846号

© 法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京荣盛彩色印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/49.75 字数/980千

版本/2010年7月第4版

印次/2010年7月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0197-5

定价:65.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

法律出版社是中国历史最悠久的法律专业出版社,与国际出版同仁论剑,本社之专业出版品牌亦广受肯定。

本社素来注重法学教材出版。从20世纪50年代中国法学教材建设的起步,到20世纪70年代末中国法学教材的复兴,法律出版社均走在前列。1949年以来,我国第一部法理学、宪法、中国法律思想史、外国法制史、刑法、民法、民事诉讼法、国际法、国际私法、国际经济法教材,均出自法律出版社。

从20世纪80年代到90年代,再到21世纪,本社对于法学教材的出版更投入移山心力。而本社与权威法学家合作,渊源有自。作者中有法学宿耄,有中年英士,有青年才俊,均来自杰出法学学府与研究机构。本社教材,正旨在秉承法学先辈之思想财富,与新一代法律人分享。

自我国建设国家级教材以来,本社延揽名家,于此多有收获。从更早的国家级规划教材,到“九五”、“十五”,再到2006年评定的“十一五”国家级规划教材,法律出版社之法学类国家级教材,积累已多,忝居诸社首列。为整体性展现这批品质教材,本社乃以“普通高等教育国家级规划教材系列”为题,统一推出。

“好书,同好老师和好学生分享”,本社愿与法律共同体诸同仁,与中国法学与法律实践的学习者和建设者一起,分享好书,分享智识,分享法治进程中的点点滴滴。

法律出版社

作者简介

施天涛 法学博士。清华大学法学院副院长,教授,博士生导师。清华大学法学院学术委员会副主任,清华大学法学院资本与金融法研究中心主任。

兼任中国法学会证券法学研究会副会长,中国法学会商法学研究会常务理事,最高人民法院特约监督员,北京仲裁委员会仲裁员。

曾任新加坡东亚政治经济研究所访问研究员,美国斯坦福大学法学院访问教授。曾任北京市第十届政协常委。

一直从事商法学的教学研究工作,发表学术论文四十余篇,出版学术著作十部。代表性著作主要有:《关联企业法律问题研究》(法律出版社,1998年版),《公司法论》(法律出版社,2006年第二版),《商法学》(法律出版社,2010年第四版),《财产法》(合译,中国大百科全书出版社,1998年版)。

第四版说明

本次再版主要做了三件事情：一是因应法律的变化进行了相应的修订；二是新增了第八编“企业破产”；三是借助此次修订兼而对本书的内容和结构稍微作了调整。

由于《商法学》涉及的法律部门相当广泛，而商法本身的变化又极其迅捷，本书自2003年第一版发行以来，作者几乎穷于应付修订。承蒙读者厚爱，本书发行一直较为畅销，为不辜负读者期望，无论如何我都得将修订工作进行下去，以便为读者提供最新版本。然而，人到中年，花费在闲杂事情上的时间越来越多，从事有意义工作的时间越来越少，完全靠我个人力量进行修订实在有些力所不及。因此，此次修订是我和我的博士生（包括已经毕业的博士生）共同完成的，是我们集体劳动的成果。修订工作由他（她）们完成，我进行全部审定。具体分工如下：李飞：第一编；杜晶：第二编；李赛敏：第三编；钟向春：第四编、第五编、第六编；周勤：第七编。新增加第八编“企业破产”的写作由李赛敏、杜晶和李飞完成，我进行最后审定。具体分工如下：李赛敏：第一章、第二章、第三章和第四章；杜晶：第五章、第六章和第八章；李飞：第七章。本书修订版清样出来后，我的博士生樊健、郑青和硕士生郑思静、侯雪清、马建帅参与了校对，我进行了最后核对。

施天涛谨记

2010年3月30日

清华明理楼

第三版说明

2005年10月27日中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议同时通过并公布了修订后的《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国证券法》，并于2006年1月1日起实施。两法修订幅度之广泛，改革力度之巨大，堪称中国立法史上的一件大事。修订后的公司法和证券法对中国的经济生活，尤其是中国的资本市场，必将产生深远的影响。同时，也给法学院的商法学课程带来不可回避的影响。两法通过之时，大学学期正进行到中途，教师不得不紧急修订教案以图应变。尽管如此，至本学期开始之时仍不免陷入尴尬。由于教材来不及修订，给修习这门课程的学生造成极大不便。于是我便开始修订本书。现在奉献给读者的本书修订版仍显仓促，不足之处尚请见谅，容后再行修补。

在我完成修订稿之后，周勤、杜晶、曾永锋、柏林、李赛敏五位同学帮助我进行了校对。特此说明，专以致谢。

施天涛谨记

2006年3月28日

清华明理楼

第二版说明

本次修订主要做了三件事情：一是去年中国人民银行分家，中国银行业监督管理委员会成立。全国人大常委会于2003年12月27日随之修改了《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国中国人民银行法》和制定了《中华人民共和国银行业监督管理法》，本书因应法律的修改和新法的颁布对第五编“商业银行”进行了修订。二是借本次修订机会对本书的一些内容进行了一定的增删和调整，但没有实质性变化。三是文字校对。可以说这是本次修订著者最为用心的事情。虽然著者已经尽力，但错误仍然在所难免，尚请读者见谅。

本书的修订再次得到同学的帮助。清华法学院研究生张华明、文新祥、周勤、龚薇、付维国、曾永锋等同学帮助校对，特此致谢。

施天涛谨记
2004年7月16日
清华明理楼

第一版说明

一、关于本书

法律出版社丁小宣君约请我编写一本商法教科书,著者勉力将过去的讲稿予以扩充,并以《商法学》为名付梓出版。

著者滥竽法律院系充任商法学这门课程的讲席,先后已有十余年时间。本书的基础是著者多年积累的讲稿,因而并未刻意追求体系的完整和内容的全面,可能与目前坊间流传之商法教材有所不同。

本书专论部分包括商事公司、证券交易、商事信托、商业银行、商业票据、商业保险。读者不难看出,这本商法教科书主要是以资本与金融法律为主旨。著者认为这一体系符合现代商法的发展趋势。专论部分是本书的主体和重点。

本书特设“商法导论”一篇对有关商法的基本问题和特殊制度予以论述。此外,为了给读者一个商法的全貌,在导论中,特将没有作为专论的内容分别纳入商事主体法律制度和商事行为法律制度之中。

本书之所以将这一部分称之为导论,而不是“总论”,主要是基于如下考虑:一是我国没有采用独立的商法典立法模式,因而也就不存在与法典“总则”相对应的“总论”内容。二是相对来说,商法学在我国还是一门比较年轻的学科,理论上的研究尚有待于深入,现在总结出具有“总论”性质的结构和体系的时机还不成熟。总之,设置导论一篇的目的仅在于帮助读者对商法有一个梗概的了解。

二、致读者

本书是一本专门写给法律院系本科生的教材。在法律院系的课程安排中,商法属于高年级学生修习的课程,对于法学院的学生来说,只需要按部就班地按照教学计划选修这门课程就可以了。但是,对于那些以自学为主的读者来说,著者善意地提醒,在研习商法之前,应先修习一些其他法学课程,尤其重要的是民法和行政法。因为,民法是商法的基础,如果没有修习过民法,商法中的许多概念和制度则无从理解。行政法基础知识的储备也是不可或缺的。商法并非纯粹的私法,其中包含了许多行政管理措施。这一点在中国商法中尤其突出。另外,就商法的实施而言,中国商法与西方国家商法也有很大的不同。在西方国家,商法的实施较大程度依赖于法院。而在中国,则主要依赖于行政机关。不了解这一点,就不能很好地理解中国商法。

要学好商法,还需要具备其他一些相关知识。其中比较重要的是要掌握一定的经济学和金融学知识。如果没有一定的经济学和金融学知识,商法中的很多制度很

2 商 法 学

难透彻理解。掌握一定的财务会计知识也很重要。因为,在许多情况下,商事法律关系就蕴涵在一些财务会计表册之中,如果读不懂这些财务会计表册,也就很难理清其法律关系。尤其是对于那些将来准备从事商务律师职业的学生来说,可能大部分时间是与非诉讼业务打交道,如投资银行业务等。在从事这些业务时,都是与相关专业人士进行合作,如果不具备上述知识,则很难与其沟通。

商法是一门实践性很强的学科。因而,在学习商法时,应当尽量对实务有所了解。对于学生来说,一个比较便捷的方式是阅读一些经济、金融报刊和访问相关的网站,如《中国证券报》、《财经时报》或者《21世纪经济报道》,以及 The Wall Street Journal 等。当然,如有机会利用假期在一些金融机构或者律师事务所接触一些商法案件则更有所助益。

三、致谢

本书成稿后,劳烦清华大学法学院研究生夏云鹏、张华明、文新祥、栾芃、秦佩华、毕经纬、周勤等同学帮助我进行了校对工作,不仅辛苦,而且牺牲了他们的假期,甚为歉疚,深表感激。

施天涛谨记
2003年8月15日
清华明理楼

目 录

第一编 商法导论

第一章 商法概述	(3)
第一节 商法的概念和特征	(3)
一、商法的概念	(3)
二、商法的特征	(10)
第二节 商法的基本原则	(16)
一、促进交易自由的原则	(16)
二、维护交易公平的原则	(18)
三、提高交易效率的原则	(24)
四、确保交易安全的原则	(25)
第三节 商法的历史发展与商事立法	(27)
一、古代的商事法	(28)
二、中世纪的“商人法”	(28)
三、近现代商法	(29)
四、我国的商事立法	(34)
五、中国商事立法体例的选择	(36)
第二章 商事主体	(44)
第一节 商事主体概述	(44)
一、商事主体的概念和特征	(44)
二、商事主体与商业辅助人	(45)
第二节 商法人	(47)
一、商法人概述	(47)
二、公司企业	(49)
三、国有企业	(52)
四、集体企业	(54)
第三节 商合伙	(56)
一、商合伙概述	(56)
二、合伙企业	(59)

2 目 录

第四节 商个人	(73)
一、商个人概述	(73)
二、个体工商户	(74)
三、农村承包经营户	(74)
四、个人独资企业	(75)
第五节 外商投资企业	(77)
一、外商投资企业概述	(77)
二、中外合资经营企业	(78)
三、中外合作经营企业	(81)
四、外资企业	(84)
第三章 商事行为	(87)
第一节 商事行为概述	(87)
一、商事行为的概念和特征	(87)
二、商事行为的分类	(87)
第二节 商事行为各论	(88)
一、商事合同	(88)
二、证券交易	(90)
三、期货交易	(90)
四、商事信托	(94)
五、投资基金	(95)
六、商业银行业务	(97)
七、商业票据	(98)
八、商业保险	(99)
九、海商	(99)
第四章 商业名称	(104)
第一节 商业名称概述	(104)
一、商业名称的概念和特征	(104)
二、选用商业名称的原则	(104)
三、商业名称的选用方法	(105)
第二节 我国法律关于企业名称的规定	(105)
一、企业名称的选用	(105)
二、企业名称的登记	(107)
第三节 商业名称权的保护	(108)
一、商业名称权的性质	(108)
二、商业名称权的效力	(109)
第五章 商事代理	(111)

第一节 商事代理概述	(111)
一、商事代理的概念、特点和意义	(111)
二、商事代理权	(112)
三、商事代理人的权利和义务	(115)
第二节 商事代理的类型	(116)
一、直接代理	(116)
二、间接代理	(117)
三、居间代理	(121)
 第二编 商事公司 	
第一章 公司概况	(125)
第一节 公司的经典定义	(125)
一、公司的人格性	(125)
二、公司的社团性	(128)
三、公司的营利性	(129)
第二节 公司的特征	(130)
一、集中管理	(130)
二、有限责任	(131)
三、股权的自由转让	(132)
四、公司的永久存在	(132)
第三节 对传统公司观念的修正	(133)
一、揭开公司面纱	(133)
二、一人公司	(136)
三、公司的社会责任	(138)
第四节 公司的性质	(140)
一、公司完全是法律的产物吗?	(140)
二、公司是当事人之间的契约安排吗?	(141)
第五节 公司的类型	(143)
一、公司类型概述	(143)
二、我国公司法对公司的分类	(146)
第二章 公司设立	(151)
第一节 公司设立概述	(151)
一、公司设立的概念	(151)
二、公司的设立条件	(151)
三、公司的设立方式	(153)

4 目 录

四、公司的设立程序	(154)
五、设立公司的法律政策	(155)
第二节 发起人	(156)
一、发起人概述	(156)
二、发起人权利、义务与责任	(157)
三、先公司交易	(159)
第三节 公司章程、目的与权力	(160)
一、公司章程	(160)
二、公司目的	(161)
三、公司权力	(162)
四、越权规则	(165)
第三章 公司融资	(169)
第一节 公司资本	(169)
一、公司资本的构成	(169)
二、公司资本与公司财产	(169)
第二节 股权资本	(171)
一、相关概念:注册资本、发行资本与实缴资本	(171)
二、传统公司法上的资本原则	(171)
三、我国公司法关于初始资本的要求	(172)
四、现代公司法上的资本原则	(173)
五、股东权利	(174)
第三节 股份有限公司的股份发行和转让	(178)
一、股份概述	(178)
二、股份的种类	(179)
三、股份的发行	(181)
四、股份有限公司的股份转让	(184)
五、有限责任公司的股权转让	(186)
第四节 公司债券	(191)
一、公司债券概述	(191)
二、公司债的种类	(192)
三、公司债债权人的权利	(193)
四、公司债券的发行	(194)
五、公司债券的转让	(195)
六、可转换公司债	(195)
第五节 公司财务、会计	(196)
一、公司财务、会计制度	(196)

二、公积金制度	(196)
三、盈余分配制度	(197)
第四章 公司治理	(199)
第一节 公司治理结构	(199)
一、公司治理结构概述	(199)
二、股东会	(202)
三、董事会	(208)
四、经理	(212)
五、监事会	(213)
六、上市公司组织机构的特别规定	(214)
七、公司代表人	(218)
八、公司董事、监事、高级管理人员的资格	(219)
九、公司决议瑕疵及其救济	(220)
第二节 受信义务	(222)
一、受信义务概述	(222)
二、注意义务	(226)
三、忠实义务	(229)
第三节 派生诉讼	(235)
一、派生诉讼概述	(235)
二、派生诉讼当事人	(237)
三、先诉请求	(238)
四、提起诉讼	(238)
五、派生诉讼的和解	(239)
六、派生诉讼的救济和诉讼中的费用	(240)
第四节 补偿与责任保险	(241)
一、董事、高级管理人员补偿	(241)
二、董事、高级管理人员责任保险	(242)
第五章 公司变更	(243)
第一节 公司合并与分立	(243)
一、公司合并	(243)
二、公司分立	(245)
第二节 资本变动	(246)
一、资本变动的概念	(246)
二、增加资本	(246)
三、减少资本	(247)
第三节 公司组织形式的变更	(248)

6 目 录

一、组织形式变更概述	(248)
二、我国公司法关于组织形式变更的规定	(248)
第四节 公司章程修改	(249)
一、修改公司章程的意义	(249)
二、修改章程的法律要求	(249)
第六章 公司终止	(251)
第一节 公司解散	(251)
一、公司解散的意义	(251)
二、自愿解散	(252)
三、强制解散	(253)
第二节 公司清算	(255)
一、清算的意义	(255)
二、清算的方式	(255)
三、清算事务的执行	(256)
四、清算组成员的义务	(257)
五、清算的中止与终止	(257)

第三编 证券交易

第一章 证券与证券法	(261)
第一节 证券法上的证券	(261)
一、证券概述	(261)
二、不同的证券法对证券的界定	(265)
第二节 证券市场及其法律监控	(270)
一、证券市场的构成	(270)
二、证券市场参与者	(270)
三、证券市场的风险	(271)
四、对证券市场的法律监控	(272)
第三节 证券法的基本原则	(277)
一、“三公”原则	(277)
二、平等、自愿、有偿和诚实信用原则	(278)
三、遵守法律和禁止欺诈原则	(278)
四、分业经营管理原则	(278)
五、政府统一监管、行业自律管理与审计监督相结合的原则	(281)
第二章 证券发行	(282)
第一节 证券发行概述	(282)

一、证券发行概念	(282)
二、证券发行的分类	(282)
三、证券发行审核制度	(284)
第二节 证券发行规则	(285)
一、股票的发行	(285)
二、公司债券的发行	(286)
三、证券发行的申请与核准	(286)
第三节 证券的承销与保荐	(287)
一、证券承销	(287)
二、证券保荐	(289)
第三章 证券交易	(290)
第一节 证券交易概述	(290)
一、证券交易的概念	(290)
二、证券交易的主体	(290)
三、证券交易的对象	(291)
四、证券交易的场所	(292)
五、证券交易的方式	(292)
六、短线交易之禁止	(293)
七、保密与收费	(294)
第二节 证券上市	(294)
一、证券上市概述	(294)
二、证券的上市条件与程序	(295)
三、证券上市的暂停和终止	(297)
四、不服交易所决定的复核程序	(298)
第三节 持续信息公开	(299)
一、持续信息公开概述	(299)
二、持续信息公开的要求和方式	(300)
三、持续信息公开的内容	(301)
四、违反持续信息公开要求的责任	(302)
五、对持续信息公开的监督	(302)
第四节 证券欺诈及其他禁止的交易行为	(303)
一、内幕交易	(303)
二、操纵市场	(304)
三、虚假陈述	(307)
四、欺诈客户	(312)
五、其他禁止的行为	(313)