

高等学校法学教材

商法学

COMMERCIAL LAW

施天涛 / 著



法律出版社

高等学校法学教材

商 法 学

施天涛 著

法律出版社
2003年·北京

图书在版编目(CIP)数据

商法学/施天涛著. —北京:法律出版社,
2003.8
高等学校法学教材
ISBN 7-5036-4472-9

I. 商… II. 施… 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(2003)第 072501 号

法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣 司马刚

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/53.5 字数/950千

版本/2003年8月第1版

印次/2003年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4472-9/D·4190

定价:59.00元

著者简介

施天涛,男,1962年出生,陕西镇巴县人,法学博士。现为清华大学法学院商法学教授,北京市政协常委,中国商法研究会常务理事,北京市仲裁委员会仲裁员。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。出版学术著作8部,发表学术论文30余篇,其中代表性著作有:《关联企业法律问题研究》(法律出版社,1998年版)、《财产法》[(合译),中国大百科全书出版社,1998年版]等。

出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同层次的读者,本社陆续推出了多种系列的法学教材,涉及法律教育的各个层面,迄今已达数百种。高等学校教材、教学辅导书是其中重要的组成部分。长期以来,这些教材陪伴中国法律人共同成长,对中国法律教育,以至对中国法律的发展都起了不小的推助作用。

进入新世纪以来,法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,将培养高素质的现代法律人才进一步列为法律教育的重要目标。为此,本社应时而变,不拘一格,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新旧有教材,或推出全新教材。革新旧有教材,意在选取原有教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些在时间流变中积淀下来的法律教育的财富,以崭新面目,继续服务于新的读者。推出全新教材,则为约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材统为一名,名之为“高等学校法学教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“高等学校法学教材”以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新,不断超越。本着竭诚为法律和法律教育服务,竭诚为读者服务的宗旨,我们愿与广大读者和作者一起,共同创造法律教育出版事业、法律教育事业,以至法治事业的未来。

法律出版社法律教育出版中心

2002年12月

著者的话

一、关于本书

法律出版社丁小宣君约请我为其编写一本商法教科书,经过将近一年时间的全力以赴,著者将过去的讲稿予以扩充,并以《商法学》为名而付梓出版。

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。本书的基础是我多年积累的讲稿,因而,并未刻意追求体系的完整和内容的全面,因此可能与目前坊间流传之商法教科书有所不同。

本书的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”一编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,设置导论一编的目的仅在于帮助读者对商法有一个梗概的了解。

在本书成稿后,劳烦清华大学法学院研究生夏云鹏、张华明、文兴祥、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,至为歉疚,深表感激。

二、致读者

本书是一本专门写给法律院系本科生的教材。因此,她是一本关于商法的基础和入门教材。已经学习过商法的读者没有必要阅读这本书。这类读者如果希望继续提升自己的商法知识,应该选择更加专业一些的书籍阅读。

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制措施。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,也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的知识。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法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。

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	(12)
第二节 商法的基本原则	(18)
一、促进交易自由的原则	(18)
二、维护交易公平的原则	(22)
三、提高交易效率的原则	(30)
四、确保交易安全的原则	(31)
第三节 商法的历史发展与商事立法	(34)
一、古代的商业法	(34)
二、中世纪的“商人法”	(35)
三、近现代商法	(36)
四、我国的商事立法	(41)
五、中国商事立法体例的选择	(48)
第二章 商事主体法律制度	(56)
第一节 商事主体概述	(56)
一、商事主体的概念和特征	(56)
二、商事主体与商业辅助人	(57)
第二节 商法人	(59)
一、商法人概述	(59)
二、公司企业	(61)
三、国有企业	(64)
四、集体企业	(69)

第三节 商合伙	(71)
一、商合伙概述	(71)
二、合伙企业	(74)
第四节 商个人	(81)
一、商个人概述	(81)
二、个体工商户	(81)
三、农村承包经营户	(82)
四、独资企业	(82)
第五节 外商投资企业	(85)
一、外商投资企业概述	(85)
二、中外合资经营企业	(86)
三、中外合作经营企业	(90)
四、外资企业	(93)
第三章 商行为法律制度	(96)
第一节 商行为概述	(96)
一、商行为的概念和特征	(96)
二、商行为的分类	(97)
第二节 商行为各论	(98)
一、商事合同	(98)
二、证券交易	(100)
三、期货交易	(100)
四、商事信托	(104)
五、投资基金	(105)
六、商业银行业务	(107)
七、商业票据	(109)
八、商业保险	(109)
九、海商	(110)
第四章 商业名称	(115)
第一节 商业名称概述	(115)
一、商业名称的概念和特征	(115)
二、选用商业名称的原则	(116)
三、商业名称的选用方法	(116)
第二节 我国法律关于企业名称的规定	(117)

一、企业名称的选用	(117)
二、企业名称的登记	(120)
第三节 商业名称权的保护	(121)
一、商业名称权的性质	(122)
二、商业名称权的效力	(122)
第五章 商事代理	(124)
第一节 商事代理概述	(124)
一、商事代理的概念、特点和意义	(124)
二、商事代理权	(126)
三、商事代理人的权利和义务	(128)
第二节 商事代理的类型	(130)
一、直接代理	(130)
二、间接代理	(132)
三、居间代理	(136)

第二编 商事公司

第一章 公司概况	(141)
第一节 公司的经典定义	(141)
一、公司的人格性	(141)
二、公司的社团性	(145)
三、公司的营利性	(146)
第二节 公司的特征	(147)
一、集中管理	(148)
二、有限责任	(149)
三、股权的自由转让	(150)
四、公司的永久存在	(150)
第三节 对传统公司观念的修正	(151)
一、揭开公司面纱	(151)
二、一人公司	(155)
三、公司的社会责任	(157)
第四节 公司的性质	(159)
一、公司完全是法律的产物吗?	(159)

二、公司是当事人之间的契约安排吗?	(160)
第五节 公司的类型	(163)
一、公司类型概述	(163)
二、我国公司法上对公司的分类	(167)
三、我国公司法上关于国有独资公司的规定	(169)
第二章 公司设立	(172)
第一节 公司设立概述	(172)
一、公司设立的概念	(172)
二、公司的设立条件	(173)
三、公司的设立方式	(175)
四、公司的设立程序	(175)
五、法律政策	(177)
第二节 发起人	(179)
一、发起人概述	(179)
二、发起人权利与义务	(179)
三、先公司交易	(181)
第三节 公司章程、目的与权力	(182)
一、公司章程	(182)
二、公司目的	(184)
三、公司权力	(185)
四、越权行为	(190)
第三章 公司融资	(194)
第一节 公司资本	(194)
一、公司资本的构成	(194)
二、公司资本与公司财产	(195)
第二节 股权资本	(196)
一、相关概念:注册资本、发行资本与实缴资本	(196)
二、传统公司法上的资本原则	(197)
三、我国公司法关于初始资本的要求	(198)
四、现代公司法上的资本原则	(199)
五、股东权利	(200)
第三节 股份的发行和转让	(203)
一、股份概述	(203)

二、股份的种类	(205)
三、股份的发行	(207)
四、股份的转让	(210)
五、股份的回购	(212)
六、证券的设质	(213)
七、股票的被盗、遗失或者灭失	(213)
第四节 公司债券	(213)
一、公司债券概述	(213)
二、公司债的种类	(215)
三、公司债债权人的权利	(216)
四、公司债的发行	(217)
五、公司债的转让	(219)
六、可转换公司债	(220)
第五节 公司财务、会计与盈余分配	(220)
一、公司财务、会计制度	(220)
二、公积金制度	(221)
三、公益金制度	(222)
四、盈余分配制度	(222)
第四章 公司治理	(223)
第一节 公司治理概述	(223)
一、公司机关的构成	(223)
二、对传统公司治理结构的评估	(223)
三、对我国公司治理结构的评价	(225)
第二节 股东会	(227)
一、股东会的权力	(227)
二、股东会议的形式	(227)
三、股东会的召开及其议事规则	(228)
四、在册所有权与在册日期	(230)
五、累积表决权	(230)
六、表决权代理	(232)
七、表决权信托	(233)
第三节 董事会	(234)
一、董事会会议	(234)

二、董事	(237)
三、独立董事	(239)
四、专门委员会	(243)
第四节 经理	(244)
一、经理的设置	(244)
二、经理资格	(245)
三、聘任与解聘	(245)
四、经理的权力	(245)
五、报酬	(245)
第五节 监事会	(246)
一、监事会的构成	(246)
二、监事会的任期、职权和议事规则	(246)
第六节 董事的义务	(247)
一、董事义务概述	(247)
二、注意义务	(249)
三、忠实义务	(251)
第七节 补偿与责任保险	(256)
一、补偿	(256)
二、董事、经理责任保险	(257)
第五章 公司变更	(258)
第一节 公司章程修改	(258)
一、修改公司章程的意义	(258)
二、修改章程的法律要求	(259)
第二节 资本变动	(261)
一、资本变动的概念	(261)
二、增加资本	(261)
三、减少资本	(262)
第三节 公司组织形式的变更	(263)
一、组织形式变更概述	(263)
二、我国公司法关于组织形式变更的规定	(263)
第四节 公司合并与分立	(265)
一、公司合并	(265)
二、合并的效果	(267)

三、公司的分立	(267)
第五节 股份回购请求权	(269)
一、股份回购请求权的概念	(269)
二、股份回购请求权的适用范围	(269)
三、评估程序	(270)
四、回购价格的确定	(270)
第六章 公司终止	(272)
第一节 公司解散	(272)
一、公司解散的意义	(272)
二、任意解散	(273)
三、强制解散	(274)
第二节 公司清算	(276)
一、清算的意义	(276)
二、清算的方式	(276)
三、清算事务的执行	(278)
四、清算人的义务	(279)
五、清算的中止与终止	(279)

第三编 证券交易

第一章 证券与证券法	(283)
第一节 证券法上的证券	(283)
一、证券概述	(283)
二、不同的证券法对证券的界定	(288)
第二节 证券市场及其法律监控	(293)
一、证券市场的构成	(293)
二、证券市场参与者	(294)
三、证券市场的风险	(295)
四、对证券市场的法律监控	(296)
第三节 证券法的基本原则	(302)
一、“三公”原则	(302)
二、平等、自愿、有偿和诚实信用原则	(303)
三、遵守法律和禁止欺诈的原则	(304)

四、分业经营管理原则	(304)
五、政府统一监管、行业自律管理与审计监督相结合的原则	(306)
第二章 证券发行	(308)
第一节 证券发行概述	(308)
一、证券发行概念与分类	(308)
二、证券发行审核制度	(310)
第二节 股票的发行	(312)
一、股票发行的条件	(312)
二、股票发行的程序	(313)
第三节 公司债券的发行	(315)
一、发行公司债券的资格	(315)
二、发行公司债券的条件	(315)
三、发行公司债券的程序	(315)
四、可转换公司债券的发行	(316)
第四节 证券的承销	(317)
一、证券承销的概念	(317)
二、证券承销的方式	(317)
三、承销协议	(318)
四、证券承销商的义务	(318)
第三章 证券交易	(320)
第一节 证券交易概述	(320)
一、证券交易的概念	(320)
二、证券交易的主体	(320)
三、证券交易的对象	(321)
四、证券交易的场所	(321)
五、证券交易的方式	(322)
第二节 证券上市	(323)
一、证券上市概述	(323)
二、证券上市的条件	(324)
三、证券上市的程序	(325)
四、证券上市的暂停和终止	(329)
第三节 持续信息公开	(333)
一、持续信息公开概述	(333)

二、持续信息公开的要求和方式	(334)
三、持续信息公开的内容	(335)
四、违反持续信息公开的责任	(338)
五、对持续信息公开的监督	(338)
第四节 证券欺诈及其他禁止的交易行为	(339)
一、内幕交易	(339)
二、内部人短线交易	(341)
三、操纵市场	(342)
四、虚假陈述	(345)
五、欺诈客户	(351)
六、其他禁止的行为	(352)
第四章 上市公司收购	(355)
第一节 上市公司收购概述	(355)
一、上市公司收购的概念和特征	(355)
二、持股权益的披露	(357)
第二节 要约收购	(358)
一、要约收购概述	(358)
二、收购要约规则	(362)
三、收购要约期满的法律后果	(367)
四、要约收购义务的豁免	(368)
第三节 协议收购	(370)
一、协议收购的概念和特征	(370)
二、协议收购的适用	(371)
三、协议收购规则	(372)
四、协议转让规则	(373)
第四节 上市公司收购的完成	(374)
一、公告	(374)
二、股份转让限制	(375)
第五章 证券交易所及其交易规则	(376)
第一节 证券交易所概述	(376)
一、证券交易所的概念	(376)
二、证券交易所的组织形式	(376)
三、证券交易所的设立和解散	(378)

第二节 会员	(378)
一、会员的概念和特征	(378)
二、会员的权利	(379)
三、会员的义务	(380)
第三节 组织机构及其任职人员	(380)
一、组织机构	(380)
二、高级管理人员及其他从业人员	(382)
第四节 证券交易所交易规则	(383)
一、场内交易规则	(383)
二、场内交易程序	(384)
第五节 证券交易所的职责	(387)
一、即时公布证券交易行情	(387)
二、依法办理股票暂停上市、恢复上市或者终止上市	(388)
三、技术性停牌和临时停市措施	(389)
四、设置实时监控系統	(390)
五、风险基金的设立及其管理	(390)
六、制定有关规则和管理规章	(391)
七、对交易结果的处理	(392)
八、对证券交易所管理人员和从业人员的管理	(392)
第六章 证券公司及其业务	(394)
第一节 证券公司	(394)
一、证券公司概述	(394)
二、证券公司的设立	(395)
三、分支机构的设立、撤销及其变更	(396)
四、高级管理人员及业务人员的任职资格	(396)
五、风险管理制度	(397)
第二节 证券公司的业务	(397)
一、证券公司的业务范围	(397)
二、证券公司的业务规则	(398)
三、证券经纪业务	(399)
第七章 证券登记与结算	(402)
第一节 证券登记结算机构概述	(402)
一、证券登记结算机构的概念	(402)