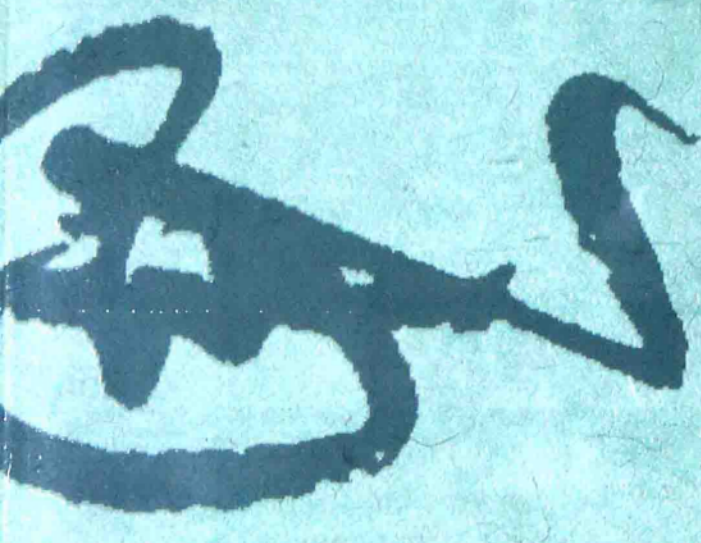




21 世纪通才系列教材

商法学通论

Introduction to Commercial Law

(第二版)

朱羿锳 ©主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

21 世纪通才系列教材

- 法学通论（第六版）
- 经济法通论（第四版）
- 劳动者权利及其保护
- 商法学通论（第二版）

本教材是面向非法律专业的商法公共课教材，融商法原理、图解和司法考试知识于一体，简洁明了，深入浅出，体例新颖活泼。

本教材涵盖商法基本制度、企业法、公司法、合同法、证券法、票据法、信托法、保险法、破产法以及商事仲裁与诉讼，讲解精细，言之有物。

本教材创制52幅图表，将深奥的商法原理和抽象的商法规则直观化、模型化，绘声绘色，图文并茂。

本教材独具特色的司法考试链接（真题·详解·法条），大大增强了实用性。

朱羿锟，1967年生，四川仪陇人，博士。现任暨南大学法学院/知识产权学院教授、博士生导师、院长，教育部新世纪优秀人才，广东省省级教学名师，广东省政协委员；兼任教育部法学类教学指导委员会委员、中国商法学研究会常务理事、广东省法学会副会长、广东省人大常委会立法顾问、广东省人民检察院专家委员会咨询专家、广东省社会工作委员会咨询专家和英国行政管理协会资深会员（FInstAM），曾挂职任广东省东莞市人民检察院副检察长。

先后出版中英文著作17部，在《法学研究》《中国法学》等学术刊物上发表论文100多篇；主持国家自然科学基金等国家和省部级科研项目17项，主持“英美商法”国家级双语示范课程和广东省精品课程和精品资源共享课程2门。荣获司法部法学教材与科研成果奖法学教材类优秀作品奖（2006）、中国大学出版社协会教材奖一等奖（2009）、广东省哲学社会科学优秀成果一等奖（2008—2009）、广东省高等教育教学成果奖一等奖2项（2010、2014）、广东省政协优秀提案奖（2010）、第六届中国高校科学研究优秀成果奖（人文社科）三等奖（2013）。



“北京大学出版社”
微信公众号

ISBN 978-7-301-25399-1



9 787301 253991 >

定价：39.00元



21 世纪通才系列教材

商法学通论

Introduction to Commercial Law

(第二版)

主 编 朱羿锟

副主编 郭宗杰 胡鹏翔



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学通论/朱羿锟主编. —2 版. —北京: 北京大学出版社, 2015. 4
(21 世纪通才系列教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 25399 - 1

I. ①商… II. ①朱… 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 (2015) 第 018048 号

书 名 商法学通论 (第二版)
著作责任者 朱羿锟 主编 郭宗杰 胡鹏翔 副主编
责任编辑 罗 玲
标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25399 - 1
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址 <http://www.pup.cn>
电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印刷者 北京大学印刷厂
经 销 者 新华书店
730 毫米 × 980 毫米 16 开本 22 印张 419 千字
2009 年 8 月第 1 版
2015 年 4 月第 2 版 2015 年 4 月第 1 次印刷
定 价 39.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

第二版修订说明

科技进步一日千里,商业模式革故鼎新,商法新规层出不穷,商事司法精彩迭出,商法理论推陈出新,新理论、新成果不断涌现。此次修订,主要工作有三:一是注入商事登记改革、公司注册资本登记改革等立法和司法的最新发展,融入商法学前沿成果;二是全面更新司考知识链接,所有真题均选用 2011—2013 年试题;三是文字性校对。

拙著一旦成稿,相应的缺陷也就固定下来,诚望各位专家和读者批评指正。

编者

2015 年 1 月 2 日

第一版编写说明

为适应非法学专业商法公共课程教学的需要,我们组织编写了融商法原理、图解和司法考试知识三位一体的新型教科书。为使学生通过本课程的学习,切实增强职业技能和素养,本书定位于商法的基本原理和基本制度,尽可能让学生对商事法有一个系统而全面的把握。从覆盖面来看,包括商法的基本制度、独资企业法、合伙企业法、公司法、合同法、证券法、票据法、保险法、信托法、破产法以及商事仲裁与诉讼。

为增强教材的针对性和实用性,本教材在编写上以非法学专业学生的学习特征为出发点,重在讲述基本原理和基本规则,深入浅出,言简意赅,简明扼要,一般不涉及学术研究尚无定论的内容。为将深奥的商法原理和商法规则直观化、模型化,真正让学生一目了然,提高学习兴趣和学习效率,本书创制了47幅图表。为实现与司法考试的无缝对接,增强学生的实战技能,本书专门设置了司法考试知识链接,除第一章商法概述和第七章信托法,因司法考试尚无具体题目涉及外,其余八章均收录了真题、题目的详解以及相关法条。在此基础上,每章均设计有实战演练题目,并在本书最后配参考答案,便于学生及时检验学习效果。

本书第一章、第三章和第六章由朱羿锟和李支撰写,第二章和第八章由朱羿锟和徐喜荣撰写,第四章、第五章和第七章由胡鹏翔撰写,第九章和第十章由郭宗杰撰写。全书由主编统稿、定稿,副主编郭宗杰和胡鹏翔协助主编统稿,郭宗杰博士为完善全书体例、司法考试知识链接以及实战演练题目设计,做了大量的工作。

本书旨在为非法学专业商法教学提供一些新的尝试,既为尝试,自有不断完善的空间,诚望各方面专家和读者不吝赐教。

本书的策划、编辑与出版得到了北京大学出版社李燕芬女士的大力支持与帮助,谨此致以衷心的感谢!

编者

2009年5月

目 录

第一章 商法概述	1
第一节 商法与营商环境	1
第二节 商事登记	9
第三节 商号	13
第四节 商事账簿	16
实战演练	20
第二章 企业法	22
第一节 企业概述	22
第二节 独资企业	25
第三节 普通合伙企业	28
第四节 特殊的普通合伙企业	37
第五节 有限合伙企业	38
司法考试相关知识链接	41
实战演练	46
第三章 公司法	48
第一节 公司设立	48
第二节 公司融资	54
第三节 公司股东	62
第四节 公司治理	66
第五节 公司变更与终止	79
司法考试相关知识链接	85
实战演练	95
第四章 合同法	97
第一节 合同的订立	97
第二节 合同的效力	109
第三节 合同的履行	115
第四节 合同的变更和转让	119
第五节 合同的终止	120

第六节 违约责任	123
司法考试相关知识链接	127
实战演练	131
第五章 证券法	133
第一节 证券概述	133
第二节 证券发行与承销	138
第三节 证券交易	146
第四节 上市公司收购	156
第五节 证券投资基金	164
司法考试相关知识链接	172
实战演练	175
第六章 票据法	176
第一节 票据的基本制度	176
第二节 汇票	186
第三节 本票和支票	195
司法考试相关知识链接	201
实战演练	205
第七章 信托法	207
第一节 信托的设立	207
第二节 信托财产	215
第三节 信托当事人	219
第四节 信托的变更和终止	228
实战演练	232
第八章 保险法	234
第一节 保险概述	234
第二节 保险公司	239
第三节 保险合同总论	245
第四节 财产保险合同	254
第五节 人身保险合同	260
司法考试相关知识链接	265
实战演练	269
第九章 破产法	272
第一节 破产总论	272
第二节 重整	287
第三节 和解	292

第四节 破产清算·····	294
司法考试相关知识链接·····	300
实战演练·····	306
第十章 商事仲裁与诉讼·····	309
第一节 商事仲裁·····	309
第二节 商事诉讼·····	318
司法考试相关知识链接·····	332
实战演练·····	334
实战演练的参考答案·····	337

图 目 录

图 1-1	商法的构造	1
图 1-2	世界银行的全球营商环境评价指标体系	2
图 1-3	商法的基本原则	5
图 1-4	会计凭证的类型	17
图 1-5	会计账簿的类型	18
图 1-6	资产与负债和所有者权益的关系	18
图 2-1	商主体格局	22
图 3-1	我国公司治理结构	67
图 3-2	董事会与经理权力的边界	74
图 3-3	董事、监事和高管义务的类型	76
图 4-1	合同的进程:从成立到终止	101
图 5-1	广义证券的类型	134
图 5-2	我国首只股票:飞乐音响	136
图 5-3	敲开市宝钟	149
图 5-4	持续信息公开的类型	151
图 5-5	上市公司收购的类型	158
图 5-6	基金当事人与基金财产的关系	165
图 6-1	汇票和支票中的法律关系	178
图 6-2	本票中的法律关系	178
图 6-3	银行汇票的样式	187
图 6-4	汇票背书的样式	189
图 6-5	银行本票的样式	196
图 6-6	银行支票的样式	199
图 7-1	信托当事人与信托财产的关系	208

图 7-2	信托成立、生效及当事人的权利	211
图 8-1	危险与损失	234
图 8-2	保险的类型	235
图 8-3	保险组织中的保险公司	239
图 9-1	重整的进程	288
图 9-2	和解的进程	293
图 9-3	破产清算的进程	295
图10-1	商事仲裁的进程.....	312
图10-2	商事案件的管辖.....	323
图10-3	商事诉讼的进程.....	325

表 目 录

表 1 - 1	我国主要商事立法	9
表 2 - 1	外商投资企业的主要形态	25
表 2 - 2	普通合伙、有限合伙与有限责任公司	39
表 3 - 1	一般有限责任公司与一人有限责任公司和国有独资公司之 比较	50
表 3 - 2	有限责任公司与股份有限公司的差异	51
表 3 - 3	有限责任公司与股份有限公司的设立条件	52
表 3 - 4	公司的组织机构	54
表 3 - 5	股权融资与债权融资	55
表 3 - 6	股东和发起人出资形式之比较	56
表 3 - 7	股东(大)会会议的召集人与主持人顺序	68
表 5 - 1	权证与股票、可转换公司债券之比较	138
表 5 - 2	我国各种证券发行的核准机关	141
表 5 - 3	我国证券上市的核准机关	148
表 5 - 4	定期报告与临时报告的披露规则	152
表 5 - 5	四种禁止的交易行为的法律责任比较	153
表 5 - 6	协议收购与要约收购之比较	163
表 9 - 1	破产程序的种类	273
表 9 - 2	破产无效行为的溯及期与后果	280

第一章 商法概述

第一节 商法与营商环境

一、商与商法

(一) 商法及其构造

商法(business law/commercial law),亦称商事法,是指调整商主体与商行为之法。商事关系中至少有一方须为经营者,经营者之法由商法作出规定,经营者之外的平等主体,已有民法、消费者权益保护法等作出规定。商行为就是经营行为,亦称商事交易,是一种特殊的私法行为,并不因为其主体的广泛性而丧失特殊性,商法需对其作出特别规定(图 1-1)。

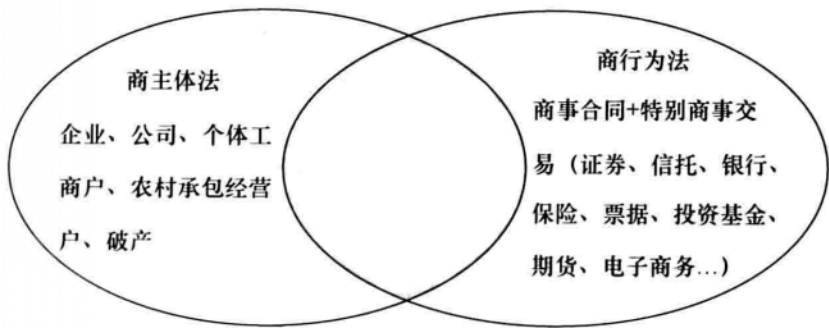


图 1-1 商法的构造

商法由商主体法和商行为法两大部分构成(图 1-1)。商主体法是关于商主体资格的取得、变更或消灭的规则,系商法的核心。商行为法,亦称商事交易法,是商主体从事各种经营活动的行为规则。我国的基本商事行为已经纳入民商合一的《合同法》之中,在 15 种有名合同中,除赠与、无偿保管、委托、居间和个人消费买卖合同外,其他均具有商事合同性质,商事色彩之浓,可见一斑。特别商事交易法则具有很强的行业性,现行立法有一个显著的特点,就是除信托实行信托行为与信托主体分离的模式外,证券、证券投资基金、保险和银行都是实行主体与行为合一的立法模式。故,商主体法与商行为法往往会发生交叉(图 1-1)。商主体法往往将与商事组织本身有着密切联系的行为纳入其中,如公司并购、证券发行等,因为它们并非单纯的商事交易活动,不宜交由合同法调整,而是由公司法统一调整。

(二) 营商环境中的商法

当今世界,和平交易而非武力夺取成为增加财富和提高人们生活水平的主要方式,国与国的竞争往往就是营商环境的竞争。而商法在一定程度上就是营商环境竞争力的体现。商法愈强,商法愈现代化,营商环境愈有吸引力(图1-2)。改进和完善商法,就是增强营商环境的竞争力和吸引力。2013年,全球114个经济体实施了238项监管改革,改革数量增加18%。中小企业需完成的手续总和为21272个,需要248745天,基于监管改善,比2012年减少4万天,实效之显著可见一斑。在全球营商环境排行榜上,我国台湾地区2009年还位居157位,当年即修订公司法,采取了废除有限公司和股份有限公司的最低注册资本制度等举措,2014年跃升第16位。我国在2014年全球营商环境排行榜上位居第96位,相信随着商事登记、注册资本制度及行政审批等改革的深化,我国营商环境会愈来愈具竞争力和吸引力。

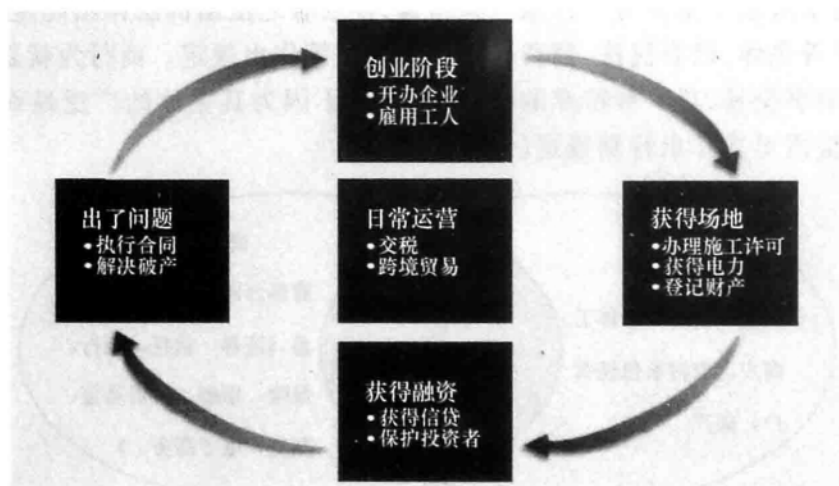


图 1-2 世界银行的全球营商环境评价指标体系

二、商法的特征

尽管我国采用民商合一的立法体制,民法也适用于商事关系,但商法具有相对独立性,有着不同于普通民事法律制度的显著特征,主要体现为兼容性、创新与变革性、路径依赖性、本土性与趋同性。

(一) 兼容性

商法的兼容性表现为两个方面:一是作为私法,兼有公法的性质。商事关系是一种特殊的民事关系,商法也常常与民法并称为民商法,商法无疑属于私法的范畴。但是,为了确保私法规定的实现,尤其是确保商事交易安全,商法中存在许多公法性的规范,如在《证券法》中设置了大量关于国家证券监督管理机构监

管职权的条款。这些公法性的规范没有从本质上改变商法的私法属性,但是体现了商法鲜明的公法化趋势。二是作为实体法,兼有程序法的内容。实体法是以规定和确认权利和义务或职责为主的法律规范,商法中明确规定了商主体的权利和义务,是当然的实体法。同时,商法还有大量的程序规范,如公司注册的程序、破产的程序、证券发行的程序等。实体法与程序法双管齐下,无疑保障了当事人权利的实现。

(二) 创新与变革性

为营利创造条件和环境,乃是商法的使命。近代以来,最大的社会发明就是通过和平交易,而非武力夺取的方式增加财富和提高生活水平。唯有敏锐地应对和适应技术进步和社会经济发展变迁,商法才堪担当此重任,从而展现出鲜明的创新性和变革性,被誉为整个私法的开路先锋。^①

其一,在抑商环境下因创新而诞生。创新显然不为商法所特有,但它的创新特色最为突出,就在于它能够在抑商环境下破土而生。重农抑商乃中西传统,商法正是降生于西方抑商环境之中,足见其夹缝中求生存的生命力。当初只是习惯法,但随着商业革命的兴起,星星之火,发展成燎原之势,为商法争取到准生证,并成为近代西方各国制定商法典的蓝本。

其二,因创新而迅猛发展。商事关系随技术进步和商业模式变化而不断翻新。交易领域从最初以海商为中心,发展到以陆地贸易为主,航空贸易欣欣向荣,航天贸易初露端倪;交易标的从早期以商品和货物为主,发展到商品与服务并举,金融服务愈来愈活跃;交易方式从传统的面对面协商,发展到交易人互不见面即可迅速达成交易,电子商务方兴未艾;支付手段从现金、票据、银行卡支付,发展到电子货币、电子支票,虚拟信用卡等新型支付方式层出不穷。相应地,法律调整的需求往往最先表现于商法,许多制度创新起源于商法。正因为如此,一项有效率的制度安排会不断地为他国或其他地区所吸收,没有效率的制度安排会逐步被淘汰。^② 以公司治理准则为例,这种软法(soft law,亦称准法)形式始于英美,十余年间便光大于全球。

(三) 路径依赖性

路径依赖源于生物学术语,是指具有正反馈机制的非线性动力系统一旦为某种偶然事件所影响,整个系统就会沿着一条固定的道路演化下去,即使有更好的替代方案也不能改变既定的路径,从而形成一种不可逆的自我强化机制。不

^① [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第75—76页。

^② Roberta Romano, The States as a Laboratory: Legal Innovation and State Competition for Corporate Charters, Yale Law School Working Paper, 2005, <http://ssrn.com/abstract=706522>, 最后访问日期2014年10月22日; G. Moodie, Forty Years of Charter Competition: A Race to Protect Directors' from Liability, Havard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Fellows Discussion Paper No. 1 (2004).

仅政治、经济、法律、文化等制度环境因素,可能影响商法的发展变迁,初始状态、系统演化过程中的偶然事件、认知能力的有限性、既得利益集团和转换成本等,同样会影响其发展变化。商法之所以能够在抑商环境下诞生,就是它善于借用原有制度的价值母体,“旧瓶装新酒”,赢得了生存空间。我国公司治理之所以采用三角形公司治理结构,就是因为在当初学习、移植的一刹那,大陆法上的公司治理模式都是荷兰模式——荷兰东印度公司模式,而历次公司法修订仍维持这种模式,就是路径依赖使然。^①正因为如此,商法规范移植的过程往往也是本土化的过程。商法既有趋同性,也有多样性,不能以趋同性否定多样性。

(四) 趋同性与本土性

商法乃是工具型与情感型共同体的融合,大量的技术性规范与经济利益有着密切关系,亦有承载于习俗、惯例、经验、文化传统、道德的情感性规范,从而呈现出趋同性与本土性并存的局面。

首当其冲的就是技术性规范的趋同性。技术性愈强,愈是全球性或区域性趋同。无论是不同类型公司之间的转换规则,各种类别股份及类别股东会、股东大会和董事会法定人数,董事和监事的选举与罢免规则,公司反收购措施等,还是票据的文义性、独立性、无因性,票据的出票、背书、承兑、抗辩及追索权的行使,证券交易、持续信息披露以及上市公司收购,抑或保险费率的精算、偿付能力、保险保证金、保险准备金、保险保障基金以及保险资金运用规则等,无不具有极强的技术性,趋同性也很突出。这主要体现为:(1) 技术性愈强,可移植性愈强;(2) 国际条约和国际惯例日趋丰富多样;(3) 区域性立法异军突起。欧盟部长理事会和欧洲委员会相继出台大量的派生立法(secondary legislation),包括条例(regulations)、指令(directives)和决定(decisions)。条例直接在各个成员国生效。指令需要成员国在规定的期限内转换为本国法,若成员国没有按时进行转换,可能被欧洲委员会诉诸欧洲法院(ECJ)。决定则是针对个案作出的,直接生效。欧盟的派生立法无疑促进了商法规范区域性一体化^②,创设了崭新的公司形态——欧洲公司(European company, *societas Europaea*,简称“SE”)。

当然,并不能简单地基于趋同性而忽视本土性。自19世纪末以来人类法律发展就已进入回应型发展阶段,注重法律扎根于现实土壤和实践场域,探究法律与经济、政治、文化、社会等复杂而广泛的现实因素之间的关系与互动,强调法律对社会需求的恰切而有效的回应,进而促进更远大更艰难的社会进步。法律必然是本土性的、自治性的,商法规范也不例外。正是由于许多规范承载于习俗、

^① 参见邓峰:《中国公司治理的路径依赖》,载《中外法学》2008年第1期。

^② Luca Enriques, *EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial Are They*, ECGI Working Paper, 2005, <http://ssrn.com/abstract=730388>,最后访问日期2014年10月22日。

惯例、经验、文化传统和道德,具有鲜明的民族性,因而难以移植,也难以趋同。就欧盟公司法而言,尽管1968—2004年,欧盟通过的条例和指令达47件之多,仍难以触及民族性色彩浓烈的公司治理结构这个领域,基本是采用选择制这种妥协办法,谁也动不了谁的“奶酪”。再者,就算是法律移植,如果规范的民族性、本土性强,所谓移植往往也就是一个本土化的过程,“法律出口国仅仅能够向进口国展示它是如何处理所面对的法律问题的。最终,仍是由进口国自己权衡具体的移植是否有益”。^①

三、商法的基本原则

商法的基本原则,是指反映一国商事法律的基本宗旨,对各类商事关系具有普遍性适用意义或司法指导意义,对统一的商法规则体系具有统领作用的根本准则。理解商法的基本原则,有助于理解商法及其具体的法律规范,有助于在实践中更客观地运用商法解决实际问题,有助于更好地认识和了解商法的创新和发展。本书将商法的基本原则概括为四大类:即维护企业自由原则、提高交易效率原则、维护交易安全原则和维护交易公平原则(图1-3)。

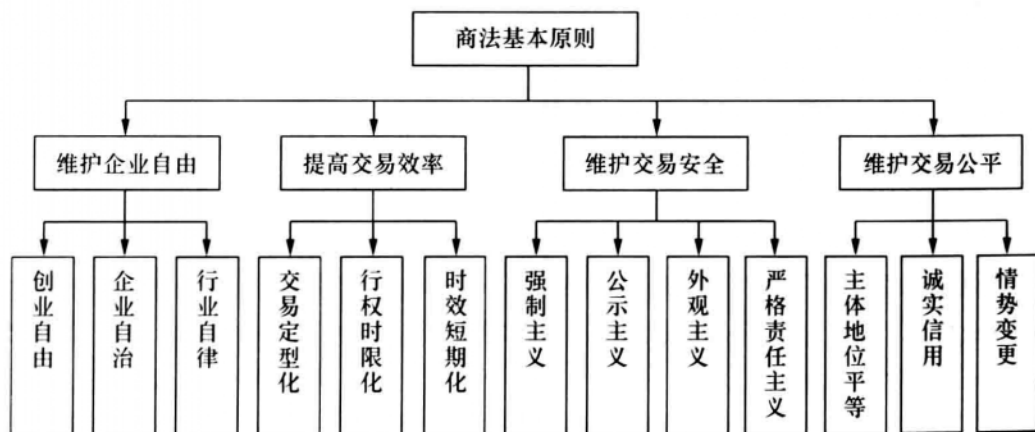


图 1-3 商法的基本原则

(一) 维护企业自由原则

企业自由(free enterprise),是创造财富和增加价值的必要前提和基础。这并不是说企业可以为所欲为,而是在法律框架下,人们拥有从事商事活动的自主权,商法也保障这种自由。这种自由包括创业自由、企业自治和行业自律。创业自由,是指人们有创业或不创业的自由,有自主选择商主体法律形态进行创业的

^① [荷]扬·M. 斯米茨:《法律模式的进口与出口:荷兰的经验》,魏磊杰译,载[意]简玛利亚·阿雅尼、魏磊杰编:《转型时期的法律变革与法律文化后苏联国家法律移植的审视》,魏磊杰、彭小龙译,清华大学出版社2011年版,第32页。