

8

商法学论点要览

主编 / 林 刚

① 刑法学总论论点要览

② 刑法学分论论点要览

③ 经济法学论点要览

④ 宪法学论点要览

⑤ 行政法学论点要览

⑥ 法理学论点要览

⑦ 民法学论点要览

⑧ 商法学论点要览

⑨ 国际法学论点要览

⑩ 刑事訴訟法学论点要览

⑪ 民事訴訟法学论点要览



法律出版社
LAW PRESS CHINA



法 学 论 点 要 览 丛 书

丛书主编 / 卓泽渊

商法学论
点要览

主编 / 林刚



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法学论点要览/林刚主编. —北京:法律出版社,
2004.5

(法学论点要览丛书)

ISBN 7-5036-4132-0

I. 商… II. 林… III. 商法—法的理论—研究

IV. D913.990.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 004818 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王 扬 赵 沛

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/14.5 字数/404 千

版本/2004 年 5 月第 1 版

印次/2004 年 5 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

法规出版社/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/law@lawpress.com.cn

rpc8841@sina.com

读者热线/010-63939651

传真/010-63939650

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/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4132-0/D·3850

定价:25.00 元

商法学论点要览

丛书主编:卓泽渊

主 编:林 刚

参编人员:林 刚、冯中祥、冯跃芳、王洪友
李 燕、鲁 立、罗远西、李 刚
张 力、邓新龙、何建英、李 健
张建军、林雪梅

总 序

我期望这套著作能够成为：法学成果的初步展示，法学研究的有益工具，法学学子的一叶轻舟。怀着美好的愿望，我及我的合作者们，开始了如下思考，并努力为之。

—

历史上的财富如果没有被保存，或者没有被发掘而着意保存，将永远是无人知道的古董，其财富的价值就会被大打折扣，简直就是被历史的纤尘所湮没。我们所做的工作未必能达成保存历史财富这一理想，但的确希望通过自己的努力，将前人的思想成果予以记录，使那些本身就闪耀着光芒的学术思想，尽可能多地在法学的天空中闪烁，给现实以丝丝光亮。

现实的精神成果，如果不被当世所认识，并被作为文明成果而受到重视，它也会因此而减少应有的意义，甚至也会为岁月所尘封。中国法学正处于走向繁荣的时代，许许多多的法学家都会在这一时期作出自己的理论贡献。我们不奢望无一遗漏地展现他们的所有高论，但我们在努力为他们星光与灿烂提供一个可供后学观测的视点。

精神财富与物质财富的重大差异之一，即物质财富的使用价值总是相对有限的，每一次使用都可能导致其效用的削减。而精神财富却具有相对无限的使用价值，每一次使用甚至会使其被掸去历史的尘埃而闪现出穿越时空的光辉。精神成果的重复使用不仅造福于后世苍生，而且也使其创造者享有无上的荣光。历代先哲如果知道

他们当年的真知至今仍为后人所乐道,也不知其乐之如何。想想今日之我辈,子孙们若能记住我们的片言只语,又将乐之如何。我们所做的工作正是因历史而为当世,因当世而为后世,因当世、后世而为永远。

二

要了解历史上前人的思想,要把握当世中他人的学说,必须到浩繁的著作中去寻找和采集。这是每一个学人都必须经历的,也是每一个学人都无法彻底完成的。必须看许许多多的书,甚至作许许多多的笔记。尽管这种劳动对于每一个学人来说都可能在这样或那样的意义上存在着重复,也还不得不千百次地重复。虽然这种重复不得不进行,但这种重复也是可以在一定程度上化简的。我们所做的这一工作也有这么一个动机。该著作不可能代替我们向前人和今人学习,但它可以帮助我们向前人和今人学习。任何语录式的剪辑都无法与原著相提并论。这一套著作不等于原著,但它们可以是帮助我们走进原著的索引与线索。

人类的创造是前后相继的。人类只有站在前人的肩膀上才可能进行更高的攀登。每一个人只有既以前人的创造为基础,也以今人的成果为基点,才可能超越前人和今人。否则,在自己封闭的研究中苦思冥想,作出了自认为了不起的创造后,某一天,被人告知或自己发现,其实古人或今人在自己之前已经有了与自己完全相同的结论和论证,不亦悲乎?更为悲壮的当是,被人告知或者自己发现,自己的辛勤劳作,早已被古人或他人作出了否定的结论。为了避免无效劳动,我们多么希望能对前人和他人的成就有所了解啊。但是,由于时间、精力的限制,又无能为力。我们编写这一著作的目的也在于帮助读者能够更多地了解法学界的前人与现时代的他人。

三

在拟订本套著作的编写提纲时,我提出了所有编者共同遵守的

技术规则。在此,仅就我认为有必要向读者交代的问题,作一些说明。

本套著作只收录了中文资料和在本书编写时已经具有中文正式译本的资料。其原因,一是要将全世界的有关资料都纳入我们的视野,的确非我们能力和精力所能及。二是我们的著作在很大程度上对于读者具有提示、索引的意义。若无中文译本,许多读者都会在查找上感到困难与不方便。这样,本书就会失去应有的意义。

本套著作收录的论点仅是编者们的尽其所能查找的结果,难免有遗漏。除了因为编者的视野局限之外,也可能受著作出版、发行上的限制而未被收录。如受制于印数过少、地方性出版、自办发行等。未能被查找到的著作中肯定不乏高见,但被无可奈何地忽略了。对于这一点,只能力争靠以后的修订加以完善来解决。并诚挚地向那些被遗漏了重要论点的学者们表示深深的歉意,这也是我们很大的遗憾。

收入的每一个论点是由编者来选摘的。这就可能将一些本该收入的论点未视为应收入的论点而加以收录。其原因是多样的,作为总主编的我,必须向那些因编者的认识原因而未收录其相关论点的学者表示诚挚的歉意。

本套著作是对论点的汇集。其排序除了按照祖国大陆、台港澳、国外的区域顺序之外,完全是以我们所援引的著作的发表或出版时间作为序位的。一律不涉及我们和社会对于论点提出者学术地位的认识。若偶有个别例外的排列,也纯属疏忽所致,而非故意为之。

本套著作均以原文照录,以准确为第一准则,并不顾及观点的科学性与谬误。若由于我们摘录或印刷的原因而使有的观点出现文字错漏,我们谨致以深深的歉意,并恳切地希望得到有关学者和读者的谅解。

最后,我代表所有的编者,向本套著作所摘录到其论点的、古今中外的所有学者表示深深的谢意和崇高的敬意。

卓泽渊

1999年8月

目 录

第一章 商法总论	(1)
一、商法概论	(1)
(一)商法的概念	(1)
(二)商法的意义	(2)
(三)商法的特征	(5)
(四)商法的立法体例	(8)
(五)商法的调整对象	(9)
(六)商法与其他部门法的关系	(12)
(七)商法的基本原则	(20)
二、商主体	(21)
(一)商主体概述	(21)
(二)商事能力	(27)
(三)商个人	(28)
(四)商法人	(30)
(五)商合伙	(31)
三、商行为	(32)
(一)商行为的概念与特征	(32)
(二)商行为的分类	(35)
(三)对商行为的法律规制	(38)
(四)商事代理	(39)
(五)无效商行为	(41)
四、商业登记	(41)
(一)商业登记的概念、特征及意义	(41)

(二)商业登记的范围和种类	(44)
(三)商业登记的主管机关、程序与效力	(46)
五、商业名称(商号)	(48)
(一)商业名称的意义和机能	(48)
(二)商业名称(商号)权	(51)
六、商业账簿	(52)
(一)商业账簿的定义	(52)
(二)商业账簿的种类	(54)
(三)商业账簿的设置原则	(55)
(四)商业账簿的意义	(55)
第二章 公司法	(57)
一、公司与公司法概述	(57)
(一)公司概述	(57)
1. 公司的定义	(57)
2. 公司的法律特征	(62)
3. 公司的作用	(75)
(二)公司法概述	(76)
1. 公司法的概念	(76)
2. 公司法的性质	(80)
3. 公司法的特征	(82)
4. 公司法的原则	(88)
5. 公司法的法律地位	(90)
6. 公司法的作用	(92)
7. 公司法的渊源	(95)
二、公司的种类	(99)
(一)概述	(99)
(二)有限责任公司	(106)
1. 有限责任公司的定义	(106)
2. 有限责任公司的法律特征	(107)
3. 国有独资公司的定义	(113)

4. 国有独资公司的法律特征	(114)
(三) 股份有限公司	(116)
1. 股份有限公司的定义	(116)
2. 股份有限公司的法律特征	(117)
(四) 无限公司	(122)
1. 无限公司的定义	(122)
2. 无限公司的法律特征	(123)
(五) 两合公司	(126)
1. 两合公司的定义	(126)
2. 两合公司的法律特征	(127)
三、公司的设立	(128)
(一) 公司设立的概念与性质	(128)
(二) 公司设立的条件	(130)
(三) 公司设立与公司成立	(131)
(四) 公司发起人的概念与资格	(133)
(五) 发起人的法律地位及法律责任	(136)
(六) 公司章程的概念与特征	(139)
(七) 公司章程的作用	(141)
四、公司能力	(142)
(一) 公司的权利能力	(142)
1. 公司权利能力的概念与特点	(142)
2. 公司权利能力与目的范围限制	(143)
3. 我国关于公司权利能力受目的范围限制的论述	(146)
(二) 公司的行为能力	(149)
五、公司资本	(150)
(一) 公司资本的概念及其他	(150)
(二) 我国公司资本制度评析	(152)
六、股份与股权	(155)
(一) 股份的概念、性质及特点	(155)
(二) 股权的概念与性质	(157)

七、公司的组织机构	(161)
(一)公司组织机构的概念	(161)
(二)现代各国公司组织制度的模式	(162)
(三)股东大会	(164)
(四)董事会	(166)
(五)监事会	(175)
(六)完善我国公司组织制度的有关理论	(178)
八、公司法人人格的否认——揭开公司面纱理论	(180)
(一)公司法人人格否认的概念及成因	(180)
(二)公司法人人格否认理论的适用情况	(182)
第三章 票据法	(185)
一、票据与票据法	(185)
(一)票据的概念和特征	(185)
(二)票据法的概念和特征	(187)
(三)票据法体系	(189)
二、票据关系与非票据关系	(191)
(一)票据法律关系	(191)
(二)票据关系与票据基础关系	(192)
三、票据行为	(197)
(一)票据行为的概念和构成要件	(197)
(二)票据行为的代理	(204)
四、票据瑕疵	(209)
(一)票据伪造	(209)
(二)票据变造	(211)
(三)票据涂销	(212)
五、票据权利	(214)
(一)票据权利的概念和特征	(214)
(二)票据权利的取得	(216)
六、票据抗辩	(223)
(一)票据抗辩的定义和种类	(223)

(二) 票据抗辩的限制	(225)
七、票据丧失	(226)
(一) 票据丧失的概念	(226)
(二) 票据丧失的补救方法	(227)
八、票据利益返还请求权	(229)
九、空白票据	(231)
(一) 空白票据的定义及要件	(231)
(二) 相关立法例	(233)
十、涉外票据法律的适用	(235)
十一、汇票	(236)
(一) 汇票的出票	(236)
(二) 汇票的背书	(236)
(三) 汇票的承兑	(238)
(四) 汇票的保证	(238)
(五) 汇票的追索权	(239)
十二、空头支票	(240)
(一) 空头支票的概念及资金关系	(240)
(二) 签发空头支票的法律责任	(241)
第四章 保险法	(242)
一、保险与保险法	(242)
(一) 保险的概念	(242)
(二) 保险法的概念	(245)
二、保险法的基本原则	(246)
(一) 最大诚信原则	(246)
(二) 保险利益原则	(248)
(三) 损失补偿原则	(249)
(四) 代位求偿原则	(250)
(五) 近因原则	(251)
三、保险合同基本理论	(252)
(一) 保险合同的的概念	(252)

(二) 保险合同的特征	(253)
(三) 保险合同的分类	(255)
(四) 保险合同的主体与客体	(257)
(五) 保险合同的内容	(262)
(六) 保险合同的订立	(265)
(七) 保险合同的解释	(266)
(八) 保险合同的履行	(267)
(九) 保险合同的无效	(270)
(十) 保险合同的变更与终止	(273)
四、财产保险合同	(278)
(一) 财产保险合同的概念及分类	(278)
(二) 财产保险合同的主要内容	(280)
(三) 代位求偿权	(281)
五、人身保险合同	(283)
(一) 人身保险合同的概念	(283)
(二) 人身保险合同的分类	(284)
六、责任保险合同	(285)
(一) 责任保险的概念	(285)
(二) 责任保险合同	(286)
七、信用保险合同与保证保险合同	(288)
(一) 信用保险与信用保险合同	(288)
(二) 保证保险合同	(289)
(三) 信用保险合同与保证保险合同的分类	(290)
八、海上保险合同	(291)
(一) 海上保险合同的概念	(291)
(二) 海上保险合同的标的	(292)
九、保险业法概述	(293)
(一) 保险业法的概念	(293)
(二) 保险管理方式	(294)
(三) 保险业的组织形式	(295)

第五章 信托法	(296)
一、信托概述	(296)
(一)现代信托制度的历史起源	(296)
(二)信托的定义及特征	(300)
(三)信托的法律实质	(305)
(四)信托的功能	(308)
二、信托的设立、变更和终止	(310)
(一)信托的设立	(310)
(二)信托的变更与终止	(317)
三、信托财产	(320)
(一)信托财产的概念	(320)
(二)信托财产的范围	(322)
(三)信托财产的有效性	(324)
(四)信托财产所有权的分割性	(326)
(五)信托财产的独立性	(328)
四、信托关系人的法律地位	(332)
(一)委托人的权利、义务	(332)
(二)受托人的权利、义务	(336)
(三)受益人的权利、义务	(342)
五、公益信托	(344)
(一)公益信托的概念	(344)
(二)公益信托的本质条件	(345)
(三)公益信托的类似原则	(346)
(四)公益信托的管理和监督	(348)
六、信托业的法律制度	(349)
(一)信托业的性质	(349)
(二)中国信托业的功能定位	(349)
(三)中国信托立法的模式选择	(352)
第六章 海商法	(355)
一、海商法概述	(355)

(一)海商法的定义	(355)
(二)海商法的特征	(357)
二、船舶	(358)
(一)船舶的定义	(358)
(二)船舶的法律性质	(359)
(三)船舶优先权	(360)
三、提单	(363)
(一)提单的定义	(363)
(二)提单的法律性质和作用	(364)
四、租船合同	(367)
(一)航次租船合同	(367)
(二)定期租船合同	(368)
(三)光船租赁合同	(369)
五、海上拖航	(370)
六、船舶碰撞	(372)
(一)船舶碰撞的定义	(372)
(二)船舶碰撞的构成要件	(373)
七、海难救助	(375)
(一)海难救助的定义	(375)
(二)海难救助的成立要件	(377)
八、共同海损	(378)
(一)共同海损的定义	(378)
(二)共同海损的构成要件	(381)
(三)共同海损损失	(383)
(四)共同海损理算	(384)
九、海事赔偿责任限制的定義	(386)
十、海上保險	(388)
(一)海上保险合同	(388)
(二)保險單	(392)
(三)委付	(393)

第七章 破产法	(396)
一、破产和破产法	(396)
(一)破产的概念	(396)
(二)破产的特征	(397)
(三)破产法的定义	(398)
(四)破产法的作用	(399)
(五)破产程序的定义	(400)
二、破产程序开始的要件	(401)
(一)有关理论争议	(401)
(二)破产能力	(402)
(三)破产原因	(404)
(四)破产障碍	(408)
(五)破产申请	(409)
三、破产程序的进行	(411)
(一)破产申请的受理	(411)
(二)债权人自治制度	(416)
(三)破产和解	(421)
(四)破产宣告	(424)
(五)破产清算和程序终结	(427)
四、破产实体法	(433)
(一)破产财团	(433)
(二)破产债权	(437)
(三)破产费用	(440)
(四)其他优先权	(442)

第一章 商法总论

一、商法概论

(一) 商法的概念

商法是以市场为环境,以企业为主体,以效益为中心,调整现代商品经济关系的基本法。

——徐学鹿编著:《商法—公司、股票、债券的基础理论与实务》,北京农业大学出版社1991年版,第1页。

商法又称“商事法”,它是指规制营利性主体的经营性活动,调整其所生的商事关系的法律规范的总称。

——苏惠祥主编:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第23页。

商法是适应商品经济、市场经济发展的需要而建立起来的一个法律部门,是调整现代企业内部组织关系及外部交易关系的法律规范的总体。

——王书江主编:《中国商法》,中国经济出版社1994年版,第5页。

商事法,就是关于商事主体和商事交易的法律规范的总称。

——李玉泉、何绍军主编:《中国商事法》,武汉大学出版社1995年版,第1页。

商法又称商事法,是调整商事关系的法律规范的总称。

——房绍坤、丁海潮主编:《实用商法》,山东人民出版社1995年版,第2页。