
谢怀栻 著
程啸 增订

外国民商法精要

第三版

014058926

D913.01
37-3

外国民商法精要

第三版



谢怀栻 著
程啸 增订

D913.01
37-3



北航

C1746490



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外国民商法精要 / 谢怀栻著;程啸增订. —3 版.
—北京:法律出版社,2014.6
ISBN 978-7-5118-6609-7

I. ①外… II. ①谢…②程… III. ①民法—概论—
国外②商法—概论—国外 IV. ①D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 148281 号

外国民商法精要(第三版)

谢怀栻 著
程 啸 增 订

责任编辑 孙志华
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2014 年 6 月第 3 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 34.75 字数 517 千
印次 2014 年 6 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6609-7

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

第三章 有限责任公司的设立和组织

机构

第一节 概述

一 有限责任公司的意义 ~~和特征~~

我国公司法上的有限责任公司是由有限人数的股东组成的、股东对公司只负有限的出资义务，股东对公司对债权人不负任何责任的公
司。

有限责任公司是我国公司法所规定的两种公司之一。^①依照上述定义，我国的有限责任公
司有~~下列特征~~是：

(一) 有限责任公司是公司的一种。它是^{企业法人}以营
利为目的的~~企业法人~~，依公司法组成。

(二) 有限责任公司的股东人数是有限的。我
国公司法规定为二人以上，五十人以下~~（第20
条）~~。特殊情形下可以只有一个股东（第20条）。

(三) 有限责任公司的出资人（股东）对公司
只负有限的出资义务。股东对公司缴清其在公
司章程中所认缴的出资额后，再没有其他必
有的国家的公司法规定，有限责任公司的股东

① 这种公司在我国的~~香港~~和日本，都称为“有限公司”。

第二节 设立股份有限公司的条件

一 公司法第73条

公司法第73条，~~和~~^{类似}第19条~~一样~~，规定：

“设立股份有限公司，应当具备下列条件：(一)发起人符合法定人数；(二)发起人^(的)认^(的)缴^(的)和^(的)向^(的)社^(的)会^(的)公^(的)开^(的)募^(的)集^(的)的^(的)股^(的)本^(的)达^(的)到^(的)法^(的)定^(的)资^(的)本^(的)最^(的)低^(的)限^(的)额；(三)股份发行、筹办事项符合法律规定；(四)发起人制订^(的)公^(的)司^(的)章^(的)程^(的)，并^(的)经^(的)创^(的)立^(的)大^(的)会^(的)通^(的)过；(五)有公^(的)司^(的)名^(的)称^(的)，建^(的)立^(的)符^(的)合^(的)股^(的)份^(的)有^(的)限^(的)公^(的)司^(的)要^(的)求^(的)的^(的)组^(的)织^(的)机^(的)构；(六)有固^(的)定^(的)的^(的)生^(的)产^(的)经^(的)营^(的)场^(的)所^(的)和^(的)必^(的)要^(的)的^(的)生^(的)产^(的)经^(的)营^(的)条^(的)件。”

对于本条规定的评论，与对于第~~19~~¹⁹条的相同，不再重复。以下仍分项论述

二 股东

股份有限公司的股东人数，法律没有规定得像有限责任公司那样严格。公司法第75条规定，“设立股份有限公司，应当有五十人以上为发

①括弧中的字是条文中没有的，为了使文义通顺，特为增加上去。

②第19条中用“制定”，应该统一起来。

序

面对着案前的这部谢怀栻先生著作《外国民商法精要》，感慨万千。

感慨之一：一部《外国民商法精要》就是新中国成立五十多年来中国法制进程的缩影。记得五十年前我从苏联学成回国任教于当时的北京政法学院时，民法教研室曾请老一辈的民法学家吴传颐先生给教师们介绍法国民法典的情况。这种课是不能给本科生开的，只能给老师们讲；要讲也是批判性地讲。吴先生因为讲的时候缺乏批判性，后来在政治运动时还受到厄运。多少留德、留法、留美、留日的法学学者因为其教育背景而被戴上“旧法人员”的恶名而不能施展其才华。待到20世纪80年代初我们急需这方面的资料、知识和人才时，才发现这些人才不是已经作古，也是垂垂老矣，即使有真才实学并能继续驰骋为谢怀栻先生者，也是饱经政治运动折磨、屈指可数、所剩无几了，实在令人扼腕而叹！

感慨之二：一部《外国民商法精要》就是中国从长期闭关锁国到改革开放过程的写照。法学的开放必然要充分了解和借鉴西方先进的东西，而长期以来我们把西方的东西，尤其是法学大大妖魔化了。学生们急切地想了解西方国家的法律。记得北京政法学院复校伊始，便确立了两门选修课：《罗马法》和《西方国家民商法》，由我这位只留学过苏联的人来讲，便足以说明当时在校内也确

实无人可讲了。当时选修这两门课程的人数之多、香火之盛,足见青年人渴求新知识之心多么强烈。谢怀栻先生也是应佟柔教授之约在中国人民大学系统给研究生讲的这门课。我在当时也匆忙写了一本讲义《西方国家民法精要》,但比起谢老的这本书来相差何止千里,我的那本只不过是一本入门,一本外国民法 ABC。但回顾起来,当时各个大学法律系能开这门课的又有几人!可以说,谢老是改革开放后第一个系统讲授这门课的学者,是第一个真正有研究、有见地的这门课的学者!

感慨之三:一部《外国民法精要》就是谢怀栻先生人生历程和治学过程的记录。谢老是我最为尊崇的学者。我在纪念他的文章中说道,我们把他称为“民法百科全书”,但他的著述并不多,并没有“著作等身”的光环。他一生经历坎坷,等到他归队再来从事法学教育和研究工作时,年龄已经六十有余了。人生最重要、最能有创造性的年华已经付诸东流了,而且长期以来的荒芜,无论从资料上或研究工作上,都缺乏起码的条件,那时的信息和资料贫乏到不能想象的地步。谢老在这种条件下,尽自己最大可能讲授了这么丰富的内容,是多么不容易!我们今天的年轻一辈的法学人才都是在这位巨人的肩膀上再去攀登的;你们理应比谢老这一辈攀登得更高、更远!

在写这个序的时候,在我面前又闪现出谢老的音容,那平易近人的神态,那铿锵有力的声音,让我们的后来者不忘前辈的辛酸创业和身教言教吧!

仅以此序缅怀谢老!



2005年11月25日

自序

这本小书是程啸博士把我的三篇作品编辑而成的。其中主要的和大部分内容是1985年我在中国人民大学给研究生讲《外国民商法》的讲稿(前半部)和大纲。1985年,我国改革开放开始不久,我国的法学研究和法学教学工作也实行改革开放。中国人民大学法律系把原来的《资产阶级民商法》课程,改为《外国民商法》。当时主持法律系的佟柔教授约我去给研究生讲这门课。那时我从十多年的流放中回到法学工作岗位也只几年,对西方国家法律法学的新情况知之不多,但仍勉强讲了一个学期。上半部连大纲也来不及写。后来该校的曹守晔、楚建几位同学(他们现在都已成为卓有成就的法学者)把前半部的录音记录加以整理,加上后半部的大纲,于1986年6月打印成册,发给听讲的同学们。

这部《外国民商法精要》的打印稿并未公开出版。我也无意将之公刊出来。一放就是十多年了。

其中有一节介绍“几个主要资本主义国家”(当时严格划分姓社的和姓资的)的民法典的部分,我后来把它扩充改写成为“大陆法国家民法典研究”一文^①共五节,分别讲了法国、德国、瑞士、日本的民法典。

另外,我还在法学研究所民法研究室集体写作的《合

^① 连续刊载于《外国法译评》1994年第3、4期,1995年第2、3期。

同法》^①一书中写了“资本主义合同法”部分。这也是与《外国民商法精要》有关的一篇东西。

2001年,中国人民大学法学院程啸博士主持“中国民商法律网”,把上述文稿的一部分在网上公布。上述《外国民商法》的稿本才与公众见面。程啸博士并且认为,这部十余年前的旧稿,现在仍然有可用之处。他就下了很大工夫对之整理了一番,略加修改(主要删除了当时所用的一些“左”的词句)。他又用我后来写的“大陆法国家民法典研究”一文取代了原稿中“几个主要资本主义国家民法典”中的相关部分,又把我在《合同法》书中写的“资本主义合同法”部分插入本书,作为“近代合同法与现代合同法”一章。他还加上一个书名,就成了现在这本书。

将这样一本内容粗糙的作品出版,我实在于心不安,总觉得它没有出版的价值。但程啸博士和法律出版社编辑王政君先生觉得还是可以出版,供初学外国民商法的同学参考,其中某些片段还有点用处。因此,把本书的情况向读者作一告白,以求读者谅解,减少读者对本书的失望和对我的责备。

谢怀栻
2002年2月

^① 王家福、谢怀栻等:《合同法》,中国社会科学出版社1986年版。

第三版前言

谢怀栻先生的《外国民商法精要》一书初版于2002年,又于2006年出版了一个增补版。时光荏苒,岁月如梭。不知不觉,谢老离开我们已有十余年了,而《外国民商法精要(增补版)》印行至今也逾八个寒暑。在此期间,该书不断地售罄并重印,惠泽了无数民商法学界的有识之士与莘莘学子。

经典著作自当不断增订,方能与时俱进,历久弥新。在征得谢英女士同意后,本人不揣鄙陋,对《外国民商法精要(增补版)》一书进行了若干增补与修订,从而形成了该书的第三版。

本次增订中,最重要的一个增补就是加入了新发现的谢老的公司法手稿。犹记十多年前,有一次我去拜访谢老,闲谈中老人家提到想写一本结合中国《公司法》之规定阐述公司法基本原理的小书,已动手了一段时间,写了几万字。想来,先生所说的小书就是这部手稿了。这部手稿近三百页,共计十余万字,分为“前言”、“总则”、“有限责任公司的设立和组织机构”、“股份有限公司的设立和组织机构”四章。在这部公司法书稿中,谢老结合我国《公司法》之条文,高屋建瓴、言简意赅地阐述了公司法的基本原理、基础理论,同时,也精辟犀利地指出了我国《公司法》条文中存在的种种错误遗漏与叠床架屋、矛盾混乱之处。读后,令人对公司法有一种醍醐灌顶、茅塞顿开之感。在今日之中国民商

法学界,不少人之所以纠缠于一些伪命题、钻牛角尖,一个关键的原因就是,他们在学习法律之初就没有把基本功打扎实,以至于基础原理不明,概念不清,甚至逻辑混乱。通过阅读、校订谢老这部公司法手稿,我认为,凡有志于公司法理论研究与实际工作之人,皆应认真研读该手稿,以期为学好公司法打下坚实的基础。有鉴于此,增订者将该手稿作为最后一编即“附编:中国公司法”纳入《外国民商法精要》(第三版)当中。

需要说明的是,谢老的这部公司法手稿的大致写作时间在1995年至2000年之间,而最近几年我国《公司法》经历了多次修订,规模较大的修订就有两次(即2005年与2013年)。因此,谢老在手稿中批评的原《公司法》中存在的一些问题已通过修法的方式得到了解决了(尽管大部分问题依然故我,没有解决)。为便于读者参考对照,增订者通过注释的方式,对于那些已解决的问题作了说明,同时,对已被立改废条文也作了说明,并于必要时列出了最新的条文。为与谢老原书中的注释相区分,增订者的注释后均表明“程啸注”。

本次增订还将谢老发表的一篇文章以及翻译的三篇关于德国、瑞士民法典的文章,附录于书中相应的章节之后。希望有助于加深读者对大陆法系国家民法典的认识。

至于增订时对原书体例的一些变动调整以及校改的手民误植之处,恕不一一说明。

我的研究生、清华大学法学院陈安琪、郑晓磊、张恒子、郭若昕、朱惠荧、武盼见等同学做了大量细致认真的工作,在此致以谢意!

法律出版社王政君先生、孙东育女士分别是《外国民商法精要》第一版和增补版的责任编辑,本书第三版的修订工作也是在他们的建议和大力支持下才得以顺利进行的。虽为多年的好友,我仍要向他们表示由衷的感激之情!

程 啸

2014年5月8日于清华园

第一版前言

外国民商法,应该包括社会主义国家的民商法。考虑到我们对苏联的民法已很熟悉。同时,苏联也没什么商法,所以,我们就撇开苏联,只讲西方国家的民商法。

西方国家有两大法系:大陆法系和英美法系。他们都有自己的一套东西,如关于所有权,这两个法系的概念是不同的。我们主要讲大陆法系。旧中国的法律、我们现行的法律以及苏联的法律都是从大陆法系中分出来的。但出于政治上的原因,有些学者把我国和苏联的法律列为社会主义法系。在适当、必要的时候,我们将提及英美法系,附带提到社会主义法系。

外国民商法,我们先研究民法,后研究商法。凡我们在中国民法中已学过的或我们在民法教科书中所学过的,不论述或少论述。由于时间关系,外国民商法也不可能详细论述,只能研究基本概念与基本原理,掌握了这些,学习具体制度就比较容易了。在民法部分,我们先研究关于近代民法的几个基本问题(民法的制度、民法的体系、构成民商法的关系等等)。在物权法中着重研究担保物权。债法中只研究一两个重要的问题,合同法的具体制度就不深入展开了。商法中,我们主要研究公司法与票据法。

谢怀栻
2002年2月

目 录

第一编 总论

第一章 民法的意义与近代民法的形成 / 3

第一节 民法的意义 / 3

第二节 近代民法的形成 / 4

第三节 近代民法的性质与其指导思想 / 8

第二章 从近代民法到现代民法 / 12

第一节 近代社会到现代社会 / 12

第二节 近代民法到现代民法发展中的一些现象 / 14

第三节 现代法中形成的新的法律部门 / 37

第三章 民商法的体系 / 45

第一节 公法与私法 / 45

第二节 民法与商法 / 50

第三节 英美法国家的情况 / 54

第四节 法国民法典与商法典 / 55

第五节 德国民法典与商法典 / 65

第六节 瑞士民法典 / 122

第七节 日本民法典与商法典 / 140

第八节 中华民国民法 / 154

第九节 财产法与身份法 / 164

第十节 在私法方面法律规范的适用问题 / 170

第二编 民法

第一章 物权 / 177

- 第一节 概说 / 177
- 第二节 所有权 / 180
- 第三节 用益物权 / 181
- 第四节 不动产租赁权的物权化 / 182
- 第五节 担保物权 / 182
- 第六节 旧中国的典权 / 187

第二章 债法 / 189

- 第一节 概况 / 189
- 第二节 债的发生 / 191
- 第三节 合同 / 192
- 第四节 侵权行为 / 195
- 第五节 不当得利 / 195
- 第六节 无因管理 / 196
- 第七节 债的关系在发达市场经济中的重要性 / 196

第三章 合同法 / 198

- 第一节 近代合同法的本质与基本原则 / 198
- 第二节 当代合同法的发展 / 214

第四章 亲属法 / 229

- 第一节 概说 / 229
- 第二节 婚姻 / 232
- 第三节 亲子关系 / 233
- 第四节 家与亲属会 / 234
- 第五节 人事诉讼 / 234
- 第六节 亲属间的扶养 / 235

第五章 继承法 / 236

- 第一节 概况 / 236
- 第二节 法定继承 / 237
- 第三节 遗嘱继承 / 240
- 第四节 遗赠、死因赠与和继承合同 / 240

第三编 商法

第一章 总则 / 245

- 第一节 商法的意义 / 245
- 第二节 企业 / 249
- 第三节 商号(企业名称) / 256
- 第四节 营业 / 257
- 第五节 营业辅助人 / 260
- 第六节 商业账簿 / 267
- 第七节 商业登记 / 268

第二章 公司法总论 / 272

- 第一节 前言 / 272
- 第二节 关于公司的共同规定 / 286

第三章 无限公司 / 297

- 第一节 无限公司的意义 / 297
- 第二节 无限公司的设立 / 297
- 第三节 公司的内部关系 / 298
- 第四节 公司的外部关系 / 300
- 第五节 无限公司股东的变动 / 301
- 第六节 无限公司的解散与清算 / 302

第四章 股份公司 / 304

- 第一节 股份公司的意义与特点 / 304
- 第二节 股份公司的设立与成立 / 307
- 第三节 股份 / 312

- 第四节 股份公司的机关 / 317
- 第五节 股份公司的财务 / 322
- 第六节 股份公司的公司债 / 324
- 第七节 股份公司的重整 / 327

第五章 有限公司 / 329

- 第一节 有限公司的意义和特点 / 329
- 第二节 有限公司的设立 / 331
- 第三节 股东的地位 / 332
- 第四节 机关 / 334
- 第五节 公司的财务 / 335

第六章 其他公司 / 336

- 第一节 两合公司 / 336
- 第二节 保证有限公司 / 338
- 第三节 外国公司 / 339

第七章 企业的结合 / 341

- 第一节 概况 / 341
- 第二节 卡特尔 / 341
- 第三节 持股公司 / 342
- 第四节 其他结合形态 / 342

第八章 票据法 / 343

- 第一节 绪论 / 343
- 第二节 票据总论 / 352
- 第三节 汇票 / 367
- 第四节 本票 / 374
- 第五节 支票 / 374

附编 中国公司法

- 第一章 前言 / 379
- 第二章 总则 / 382

第一节	概说 / 382
第二节	公司法的目的 / 383
第三节	公司的意义和种类 / 385
第四节	公司股东的权利义务 / 388
第五节	公司的能力、财产权和职能 / 393
第六节	公司的设立和成立 / 402
第七节	公司的其他共同事项 / 414
第三章	有限责任公司的设立和组织机构 / 417
第一节	概说 / 417
第二节	设立有限责任公司的条件 / 421
第三节	有限责任公司的设立程序 / 430
第四节	公司设立中有关人员的责任 / 434
第五节	股东的地位 / 437
第六节	一般有限责任公司的组织机构 / 445
第七节	小的有限责任公司 / 467
第八节	有限责任公司里的工会和职工 / 468
第九节	国有独资公司 / 469
第四章	股份有限公司的设立和组织机构 / 476
第一节	概说 / 476
第二节	设立股份有限公司的条件 / 479
第三节	股份有限公司的设立程序 / 488
第四节	发起人的责任 / 511
第五节	有限责任公司变更为股份有限公司 / 513
第六节	股份有限公司应置备的文件 / 515
第七节	股份有限公司的组织机构 / 516
第八节	股份有限公司里的工会和职工 / 536
	后记 / 537