

外国民商法原理

梁建达 编著

汕头大学出版社

外国民商法原理

梁建达 编著

序 言

当前，我国社会正沿着社会主义市场经济的轨道进行全面的建设和发展。国际之间广泛的合作和商事与民事的频繁往来，使得我国的经济发展和进步出现了生机盎然的局面。为满足这种前所未有的社会进步的需要，就要求法学理论界在不断加强我国法学理论研究的同时，还必须重视西方法学——尤其是民事、商事等法学理论的研究，结合我国国情，借鉴西方民商法理论，指导建设有中国特色社会主义的社会主义实践。本书的作者正是从这个目的出发，经过几年的辛勤耕耘，将其研究成果以《外国民商法原理》为书名交付出版。

外国民商法学理论，概括地说有两个方面：其一，外国民商法学的理论体系；其二，外国民商法学的理论内容。这就是说，从外国民商法学的总体而言，它究竟应包括哪几个方面的研究对象，每个方面的研究对象又应包括哪些具体的研究内容和方向。纵观我国法学理论界，对外国民商法学的某个具体问题进行研究较为普遍，而对外国民商法学的体系及其内容进行整体研究则显得尚不够普遍和深入。对此，本书的作者立意进行探索，勇于尝试，大胆创新。按照法学体系的一般原理，吸取前人有益的研究成果，尤其在充分研究外国民事和商事等立法的基础上，提出由民商法总论、民事法论和商事法论这三大有机地构成外国民商法学的理论框架，其中每个部分又包含其相应的若干具体研究内容。

《外国民商法原理》共有十七章，依据其体系的次序，紧紧围绕下述三个组成部分，系统深入地进行理论研究。

首先，外国民商法总论。着重阐明西方主要资本主义国家民

商立法的产生、性质、法律特征、基本原则，民商立法发展趋势以及研究外国民商法的重要现实意义。我国法学理论界长期以来，由于种种原因，缺乏对外国法律，尤其是西方发达国家民法和商法的研究，此项研究甚至曾被视为禁区，当然更无借鉴可言了。只是到了七十年代末，全国工作重点转移到以经济建设为中心的轨道上来以后，改革、开放逐步深入，解放思想，实事求是思想路线得以真正确立，研究和探索外国的民商立法才开始被重视。可以说，借鉴和吸收外国民商立法中有益的原则、规定和经验，是人们思想的一大解放，是改革开放的现实需要，是不断健全和完善我国立法的必然要求。

其次，外国民事立法论。主要就民事主体法、物权法、代理法、合同法、民事侵权法、知识产权法，以及亲属法和继承法等民法中最一般的原理，进行系统的阐述和分析。在分章进行阐明的基础上，又不拘泥于某一国家的立法规定，而是有针对性地、重点地就西方几个主要国家的立法进行分析对比，既阐释了民事法律的一般原理，又注意总结了各个国家民事立法理论的特点。这样，就为我们国家、社会组织和全体公民在涉外民事活动及处理权益纠纷时，准确运用对方国家民事实体法的规定，有效地保护自己正当的、合法的权益提供了法律理论根据，做到心中有数，持之有据，依法办事。

再次，外国商事立法论。这部分内容主要包括：商事法、合伙法、公司法、票据法、买卖法、保险法和破产法。我们在建设有中国特色社会主义的过程中，需要大胆吸收外国资本和技术，发展对外贸易和扩大对外交流。然而，仅仅了解本国法律制度，仅仅依据本国法规调整和处理跨国的各种经济关系，是远远不能适应今天不断深化改革开放的客观需要的。况且，当今世界是一个多种法律制度并存的时代，不但各国法制不尽相同，即使在同一国家内也可能实行两种不同法律制度。因此，在日趋激烈和复杂

的国际竞争中，只有了解交易对方国家的有关法规，才能做到知己知彼，在竞争中立于不败之地。同时，对多重的国际市场及其变化，只懂得一国的法制还显得不够，难以应付错综复杂的跨国经济关系。因此，依据本书所阐明的外国民商法理论，熟悉和掌握他国法律及其规定，显然具有重要作用。

《外国民商法原理》这部专著，有它自己的特色。第一，是作者具有严肃认真的科学态度和朴实无华的治学作风。从全书构架、各章编排，到资料占有和阐释立论，都能运用法理阐明，勤思慎想，鲜有泛泛之论。第二，是作者运用比较综合的研究方法。既从横向对比西方各国民商法制的诸种异同，又从纵向比较说明各国民商法（私法）与经济法（公法）及其典型判例等的一定联系，论证有据，观点鲜明，不落窠臼。此外，值得提出的是，《外国民商法原理》一书，是目前国内在这个方面最新的研究成果。此书对西方国家民商法的研究人员、高等院校法律专业师生及其他法学爱好者、外贸外事活动人员等，具有一定的参考价值。

综观《外国民商法原理》一书，作者从马克思主义法学观出发，根据民商法学的特点，紧密结合西方各国民商法律的内容，从理论与实际的结合上系统地、科学地进行阐述。内容丰富，资料翔实，思路清晰，理论性强，具有自己的创建。作为一本新书，不可避免地存在若干不足，例如，对民商法史的概述、商法作为特别法的性质等，分析显得不够透彻。然而，瑕不掩瑜，相信作者在再版时将会予以补充和深化。本书的出版，为繁荣我国对外国民商法研究，继承人类优秀法学文化遗产，帮助国内读者更好地了解外国民商法律，促进国际间民事、商事等各种交往活动，无疑是有很大裨益的。诚应作者之约，趁本书出版之际，谨志数语，以为序言。

李启欣

1994年12月13日

• 3 •

目 录

序 言

第一章 外国国民商法概论	(1)
第一节 外国国民商法的形成.....	(1)
一、外国国民商法的由来	(1)
二、应重视外国国民商法的研究	(5)
第二节 外国国民商法的性质.....	(7)
一、公法与私法是法学上的划分	(7)
二、公法与私法的划分标准	(8)
第三节 外国国民商法的基本原则.....	(9)
一、尊重私有与服从国家权力原则	(9)
二、人格平等与自己责任原则	(10)
三、生产商品化与契约自由原则	(10)
第四节 外国民法与商法的关系	(12)
一、外国民法与商法的关系	(12)
二、商法的若干特点	(13)
第五节 外国国民商法的发展前景	(15)
一、外国国民商法的演变简析	(15)
二、外国国民商法的发展前景	(17)
第二章 西方六国民商立法	(20)
第一节 法国民商法简述	(20)
一、法国民法典的内容与特点	(20)
二、法国商法典的订立与内容	(23)
第二节 德国民商法简述	(25)
一、德国民法典的内容与特点	(25)

二、德国商法典的内容与特点	(29)
三、德国民商立法与法国民商立法之比较	(30)
第三节 日本民商法简述	(31)
一、日本民法典的内容与特点	(31)
二、日本商法典的内容与特点	(32)
第四节 瑞士民商法简述	(34)
第五节 英国民商法简述	(36)
一、英国的民商法制度	(36)
二、英国民商法的内容	(36)
第六节 美国民商法简述	(39)
一、美国的民商法制度	(39)
二、美国民商法的内容	(40)
第七节 大陆法系民商立法与英美法系 民商立法之比较	(41)
第三章 民事主体法	(42)
第一节 民事法律主体概述	(42)
一、民事法律主体	(42)
二、民事法律主体资格	(43)
三、民事法律主体能力	(44)
第二节 自然人	(45)
一、民事权利能力	(45)
二、民事行为能力	(48)
第三节 法人	(53)
一、法人制度的概述	(53)
二、关于法人的几种学说	(57)
三、法人的设立与消灭	(58)
四、法人的权利能力与行为能力	(61)
第四节 住所	(63)
一、住所的概念及其变更	(63)
二、住所的分类	(64)

三、住所与居所	(65)
第四章 代理法	(66)
第一节 代理法概述	(66)
一、代理的概念	(66)
二、代理的沿革	(68)
三、代理的种类	(69)
四、无权的代理	(71)
五、代理权的终止	(74)
第二节 代理关系及代理关系三方的地位	(76)
一、委托人和代理人的权利与义务关系	(76)
二、委托人和代理人与第三人的关系	(78)
第三节 特别代理人	(79)
一、信用担保代理人	(79)
二、保付代理人	(80)
三、保险代理人	(80)
四、运输代理人	(81)
第五章 物权法	(82)
第一节 物权的概念与分类	(82)
一、物的概述	(82)
二、物权的概念和特征	(86)
三、物权的分类和实质	(88)
第二节 所有权的概念和性质	(93)
一、所有权的概念	(93)
二、所有权的绝对性及其限制	(93)
三、西方国家对所有权的规定	(95)
第三节 所有权的取得和保护	(97)
一、所有权的取得	(97)
二、所有权的保护	(99)
第四节 财产的共有与占有	(101)
一、共有概述	(101)

二、占有概述	(102)
第六章 合同法	(107)
第一节 合同法概述	(107)
第二节 合同的订立	(110)
一、合同的概念	(110)
二、合同的成立	(113)
第三节 合同的履行	(128)
一、合同的履行	(128)
二、合同的违约	(129)
三、合同违约的救济办法	(132)
四、情势变迁、合同落空和不可抗力	(134)
第四节 合同的转让与消灭	(134)
一、合同的转让	(134)
二、合同的消灭	(136)
第七章 知识产权法	(140)
第一节 知识产权概述	(140)
一、知识产权的概念和特征	(140)
二、知识产权在民法中的地位与作用	(142)
第二节 版权法（著作权法）	(143)
一、版权、版权法及版权的特征	(143)
二、版权的主体与客体	(144)
三、版权的取得和内容	(146)
四、版权的保护期及其限制	(148)
五、版权的利用和法律保护	(150)
六、关于作品的邻接权	(152)
第三节 专利法	(153)
一、专利法的概述	(153)
二、专利制度的内容	(154)
第四节 商标法	(161)
一、商标与商标法	(161)

二、商标权的取得	(163)
三、商标权的效力和法律保护	(165)
四、保护商标权的国际公约	(167)
第八章 亲属法	(169)
第一节 亲属法概述	(169)
一、亲属法是调整婚姻家庭关系的法律规范	(169)
二、西方国家婚姻家庭制度的若干特点	(170)
第二节 婚姻	(172)
一、婚约	(173)
二、结婚	(175)
三、夫妻关系	(180)
四、无效婚姻	(188)
五、分居	(192)
六、离婚	(195)
第三节 亲属关系	(200)
一、父母子女关系	(201)
二、亲权关系	(205)
三、收养关系	(207)
第九章 继承法	(209)
第一节 继承法概述	(209)
一、继承与继承法	(209)
二、西方国家财产继承的特点	(211)
第二节 法定继承与遗嘱继承	(213)
一、法定继承概述	(213)
二、遗嘱继承概述	(224)
第三节 继承契约与遗产取得	(235)
一、继承契约概述	(235)
二、遗产取得概述	(237)
第四节 代位继承与无人继承	(239)
一、代位继承	(239)

二、转继承	(241)
三、无人继承	(242)
第十章 民事侵权行为法	(244)
第一节 侵权行为概述	(244)
一、侵权行为的概念	(244)
二、侵权行为法与其他相邻法律的关系	(245)
第二节 侵权行为民事责任的构成要件	(248)
一、损害事实的客观存在	(248)
二、侵权行为与损害事实之间有因果关系	(250)
三、侵权行为人的违法性	(251)
四、侵权行为人的过错	(253)
第三节 侵权行为法的特征及发展趋势	(255)
一、侵权行为法的特征	(255)
二、过错责任与无过错责任的一般理论	(257)
三、侵权行为法的作用	(258)
四、侵权行为法的发展趋势	(259)
第四节 滥用权利对他人造成损害的责任	(261)
一、滥用权利的涵义	(261)
二、妨害邻居的侵权	(262)
第十一章 商事法	(264)
第一节 商事法概述	(264)
一、商事法的概念	(264)
二、商事法的适用	(265)
三、商事法的特征	(266)
四、商事法与邻近法律的关系	(267)
五、商事立法的沿革	(268)
六、商事法的立法趋势	(270)
第二节 商人	(271)
一、商人的概念	(271)
二、商人的分类	(272)

三、商人资格的取得与丧失	(273)
第三节 商行为	(274)
一、商行为的概念	(274)
二、商行为的种类	(275)
三、保护消费者的权益	(278)
四、防止不正当的竞争	(280)
第四节 商人中的各种制度	(283)
一、商业字号	(283)
二、商号登记	(285)
三、营业	(288)
四、商业帐簿	(290)
第五节 营业辅助人	(294)
一、商业使用人	(294)
二、代理商	(295)
三、居间	(296)
四、行纪	(296)
第十二章 合伙法	(298)
第一节 合伙概述	(298)
一、合伙概念	(298)
二、合伙企业	(300)
三、隐名合伙	(302)
四、有限合伙、准合伙与合营企业	(304)
第二节 合伙效力	(306)
一、合伙人出资	(306)
二、合伙财产关系	(307)
三、合伙事业执行	(310)
第三节 退伙与合伙解散	(313)
一、退伙与入伙	(313)
二、合伙解散与清算	(315)
第十三章 公司法	(319)

第一节 公司概述	(319)
一、公司的概念	(319)
二、公司的种类	(321)
三、公司的设立	(324)
四、公司的名称与住所	(326)
五、公司的组织	(327)
六、公司的变更、解散与清算	(328)
第二节 无限公司	(329)
一、无限公司的概述	(329)
二、无限公司的设立	(330)
三、无限公司的内外部关系	(330)
四、无限公司的变更、解散和清算	(333)
第三节 股份公司	(336)
一、股份公司的概念	(336)
二、股份公司的设立	(336)
三、股份公司的股份	(340)
四、股份公司的机关	(343)
五、股份公司的财务与债	(345)
六、股份公司的重整	(346)
第四节 有限公司	(346)
一、有限公司的概念	(346)
二、有限公司的设立	(347)
三、有限公司股东的地位	(348)
四、有限公司的机关	(348)
第五节 其他公司	(349)
一、两合公司	(349)
二、外国公司	(352)
第十四章 货物买卖法	(354)
第一节 买卖契约概述	(354)
一、买卖契约的概念	(354)

二、买卖契约的种类	(356)
第二节 买卖契约的履行	(356)
一、买卖契约的实质要件	(357)
二、买卖契约的形式要件	(361)
三、买卖契约当事人的义务	(362)
四、违约者的法律责任	(365)
第三节 买卖契约中财产权与风险的转移	(367)
一、财产权的转移	(367)
二、风险负担的转移	(371)
第四节 买卖契约中的特种买卖	(373)
一、试验买卖	(373)
二、分期付款买卖	(374)
三、拍卖	(375)
四、买回	(376)
五、样品买卖	(377)
六、先买	(378)
第十五章 票据法	(379)
第一节 票据法概述	(379)
一、票据的概念	(379)
二、票据的特点	(379)
三、票据的作用	(380)
四、票据法的沿革	(381)
五、票据行为	(383)
六、票据责任	(384)
第二节 汇票概述	(386)
一、汇票的概念	(386)
二、汇票的种类	(387)
三、汇票应记载的事项	(389)
四、汇票的背书	(390)
五、汇票的承兑	(392)

六、汇票的付款	(394)
七、汇票的追索	(497)
八、汇票的保证	(498)
九、参加	(400)
第三节 本票概述	(402)
一、本票的概念	(402)
二、本票的内容	(402)
三、本票的种类	(403)
四、本票与汇票的异同	(404)
五、本票的作用	(405)
第四节 支票概述	(405)
一、支票的概念	(405)
二、支票的内容	(406)
三、支票的特征	(406)
四、支票的种类	(407)
五、支票的转让	(408)
六、支票的付款	(408)
第十六章 保险法	(410)
第一节 保险概述	(410)
一、保险的概念	(410)
二、保险业发展的趋势	(413)
三、保险的种类	(414)
四、保险契约的基本用语	(415)
第二节 西方国家的保险立法	(419)
一、保险法的概念	(419)
二、西方国家的保险立法	(420)
三、保险契约的内容	(422)
第三节 财产保险与人身保险	(430)
一、财产保险	(430)
二、人身保险	(435)

第十七章 破产法	(439)
第一节 破产与破产法概述	(439)
一、破产与破产法	(439)
二、破产制度的发展变化趋势	(444)
第二节 破产法的实体规范	(445)
一、破产财团	(445)
二、破产债权	(446)
三、破产否认权	(449)
四、破产取回权	(450)
五、破产别除权	(452)
六、破产抵销权	(453)
第三节 破产法的程序规范	(455)
一、破产申请程序	(455)
二、破产宣告程序	(457)
三、破产清算程序	(459)
四、破产分配程序	(461)
主要参考书目	(463)
后 记	(465)

第一章 外国民商法概论

第一节 外国民商法的形成

一、外国民商法的由来

外国民商法，顾名思义，就是指外国的民法与商法。在此说的“外国”，仅是指西方两大法系的主要资本主义国家——法国、德国、日本、瑞士以及英国、美国等，并不包括社会主义的国家。资本主义国家的民商法，是整个资产阶级法律的重要组成部分，是作为统治者的资产阶级的意志的体现以及维护资本主义统治的有力工具。它是随着商品经济的出现和发展而产生和不断完善起来的。考察外国民商法的由来，我们必须追溯到古代的罗马法、欧洲教会法和中世纪商法等法律制度。

罗马法是罗马奴隶制国家的法律的总称。其中，较为完整、对后世影响最大的是私法。整个外国民商法，特别是大陆法系国家的民商法正是在罗马法的深刻影响下形成的。究其根本的原因，罗马法有非常丰富的内容和较高的立法水平。就其基本内容而言，最主要的是“民法大全”（亦称“国法大全”），包括：查士丁尼法典、法学阶梯、学说汇编和新律等四个部分，共 66 卷。它体现为公法、私法和诉讼法三个方面。其中，法学阶梯是教科书，颁布于公元 529 年，具有一定的法律效力；学说汇编亦称法学提要，由 39 位法学家所撰写，共 50 卷，包括法律解释、最高裁判官指示、法学家著作等内容；新律则是把查士丁尼皇帝的敕令加以汇编而成，也称新敕法，共 124 条。