

21 世纪法学系列教材

总主编 曾宪义

外国民商法

主 编 林 嘉

撰稿人 林 嘉 邢海宝 姚欢庆

中国人民大学出版社



绪论

在当今世界各国的法律体系中，以大陆法系和英美法系为最典型。两大法系有不同的历史传统，大陆法受罗马法的影响甚深。从 11 世纪罗马法复兴起，罗马法就成为欧洲大陆各国法律的主流。大陆法各国从实体法到程序法，从法律的编纂到法学的研究，都有明显的罗马法的印记。而英国自盎格鲁-撒克逊人入侵不列颠后，通过中央集权实行了统一的习惯法，中世纪罗马法的复兴征服欧洲大陆时，在英国却受到了顽强的抵抗。最终形成了大陆法和英美法两大法系。

大陆法系和英美法系的主要区别体现在以下方面：第一，法律渊源不同。大陆法主要以成文法典为其主要法律渊源，在民商法上以法国民法典和德国民法典最具代表；英美法以判例为其最主要的法律渊源，尽管现在制定法的数量在增多，但其主要是将判例法成文化，制定法的实施还须辅之以判例法。第二，判例的约束性效力不同。普通法实行遵循先例的原则，判例具有拘束效力；大陆法的判例没有拘束力，法官判案只能依据成文法。第三，审判方式不同。普通法主要采取辩论式（adversary）的审判方式；大陆法则主要采取调查式（inquisitorial）的审判方式。

除上述不同外，大陆法和英美法在民商法制度中也存在着许多不同。如大陆法的一部民法典，可以涵盖所有关于民事主体、物权、债权、亲属、继承等内容；而英美法并无民法的概念，有关财产法、合同法、侵权行为法、家庭法等都是各自独立的。大陆法有物权的概念和物权体系，英美法没有使用物权概念，只

有财产法。英美法有独立的衡平法制度，由此创设出如信托法的独特制度，这在大陆法是没有的。在合同法上，英美法有特别的对价制度，并以此作为判断除正式合同外的其他合同是否有效的重要因素。在违约救济上，普通法对债务不履行的责任限于损害赔偿，衡平法则承认依约履行和禁令，这些都与大陆法的合同法有所不同。在侵权法上，英美法侧重规定单个的侵权行为，如对财产的侵害、对身体的侵害、对名誉的侵害等。而大陆法则侧重于规定一般的侵权行为的构成及其责任。大陆法和英美法具体规定的区别不胜枚举，但我们也应当注意到，这两大法系都建立在资本主义的经济基础之上，有共同的法律理念和法律思想，因此，在本质上并无区别。20世纪70年代以来，欧共体（现为欧盟）的建立，加快了欧洲法的统一，随着时间的推移，两大法系的差距将会逐步缩小。

我国自改革开放以来，法制建设的步伐不断加快，特别是随着社会主义市场经济体制的建立，加快了与市场经济体制相配套的立法。在民商法方面，我国已颁布了民法通则、合同法、土地管理法、著作权法、商标法、专利法、婚姻法、继承法、公司法、证券法、票据法、海商法、保险法、破产法等，初步形成了我国独特的民商法体系。

本书重点介绍大陆法系和英美法系主要国家的民商法。学习外国民商法具有积极意义。随着我国对外开放和国际贸易的发展，特别是我国即将加入世界贸易组织，我国经济将逐步融进世界经济大潮中。尤其是当今信息网络化的发展，进一步缩短了国际间的距离，经济全球化发展不可避免。民商法是规范市场主体和交易规则的基本法律，与经济发展相适应，民商法也不断向国际化发展。学习外国民商法，使我们能了解外国民商法律制度，学习外国先进的立法经验，同时避免其立法的不足，为我国的民商事立法提供必要的借鉴，从而使我国最终能建立起一套既符合中国国情，又能与国际接轨的先进的民商法体系。

第一编 总论



第一章

外国民商法概述

民法和商法是随着商品经济的产生而产生，随着商品经济的发展而发展的，是规范市场秩序的基本法律制度。本章主要以历史发展为线索，探讨民商法的概念和来源；总结资本主义革命以后所形成的近代民商法的基本原则；重点介绍从近代社会到现代社会的发展，民商法从重个人本位到重社会本位的变化。最后从民法和商法的发展，讨论民法与商法的关系。

重点问题

- 民商法从近代到现代的发展。
- 民法与商法的关系。

第一节 民商法的概念及其来源

一、民法的概念

民法一词来源于罗马法的市民法（Jus civile），市民法仅适用于罗马市民，相对于万民法而言。万民法是由一些惯例而形成的习惯法，适用于在罗马的外国人。后随着发展，市民法和万民法合二为一，至查士丁尼（Justinianus）制定《国法大全》（Corpus juris civilis）时，已无市民法和万民法的区

别。^① Civile Law 成为与教会法相对、适用于整个市俗社会的法律。

近代意义的民法产生于资本主义社会，它是调整资本主义社会私人之间财产关系和身份关系的法律。“私人”最初指的是个人，即自然人。19 世纪末法人出现后，私人包括个人和法人。民法是最为典型的私法（Private Law），完全调整私人与私人间的法律关系。民法的内容包括财产法和身份法。财产法以所有权、他物权和债权为中心。所有权是对物的使用价值和交换价值的全面支配；用益物权是对物的使用价值的支配；担保物权是对物的交换价值的支配。合同是财产从静态到动态的法律表现形式，其目的在于保护当事人的意思自治，促进交易的完成，从而实现财富的增长。侵权行为法存在于所有权和合同制度之外，其目的是保证财产权和人身权不受侵害。身份法以家庭法为中心，包括亲属、继承等法律规范。民法调整的主要是商品交换关系，家庭法以家庭成员形成的共同关系为对象，之所以将家庭法纳入民法的内容，主要是认为家庭法中有许多类似于商品交换的关系，如婚姻被视为一种民事契约关系，继承为取得财产的方法之一。而且，将家庭法视为民法的一部分，也是资产阶级革命反对封建特权的需要，为了提倡人与人之间的完全平等，将家庭法置于以平等为基础的民法之下，也就是必然之举。

二、商法的概念

商法与民法一样都属于私法。关于商法的概念，各国学者有不同的表述，如法国认为是“关于一定商行为的特别法”；德国认为是“适用于商人的特别私法”；日本认为是“有关商事特别法规”；在英国，商法并没有一个统一的或公认的概念，但被认为是英国法律体系中最具活力和特色的部门，是调整商人或商业行为的法律。^② 从各国不同的定义中可见，商法是指规范商人、商业组织和商业行为的特别法律。商法的范围涉及商业活动的各个方面，包括公司法、票据法、海商法、保险法、破产法等。

各国商法体系对商法划分的标准并不相同，主要有三种不同的标准。第一是以主体为标准，认为商法是专门规范商人的法律，以德国 1900 年的商法典为主

^① 罗马法以后，市民法和万民法的区别只在用语之沿革上。万民法为国际法之语源，市民法为私法之语源。后世许多国家民法一语皆来源于 Jus civile，如德国称为 Burgerliches Recht，法国为 Droit civil，瑞士为 Zivil Recht，日本转译法语 Droit civil 为民法，我国也沿用之。

^② 参见范健：《德国商法》，15 页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

要代表，故德国商法典又被认为是典型的商人法。这种立法被称为主观主义原则，按照该原则，同一行为，如果是商人所为，适用商法；如果是非商人所为，则不适用商法。这样，商法的核心问题就是对商人的界定。《德国商法典》第1条就规定：“本法典意义上的商人是指从事商事经营的人。”因此，商人就是从事商事经营活动的法律主体。商法的主要任务就是规定商人的法律地位，调整商人从事的商事经营活动，而商事法院管辖的范围限于商人之间的诉讼。第二是以客观行为为标准，认为商法主要是调整商行为和一定范围的商事交易，而不管从事该行为的人是商人或非商人，以西班牙1885年的商法典为代表。这种立法被称为客观主义原则。商法的核心问题是商行为的定义，只要属于商行为，而不论主体是否为商人，都属于商法调整的对象，由商事法院所管辖。第三是上述两种标准的折中，即结合人与行为两个标准，以法国1807年商法典为代表。强调商人和商行为都作为商法典的基础，即有关商人和商行为都是商法调整的对象。

三、民商法的来源

民商法的来源可追溯古罗马以来的法制史的发展，其来源有罗马法、日耳曼法、教会法、习惯法、中世纪商法等。以下主要讨论罗马法、日尔曼法和中世纪商法。

（一）罗马法

罗马法是古罗马国家建立后在一千多年中所形成的奴隶制法，同时也是“商品生产者社会的第一个世界性法律”，对后世的民商法有重大影响。恩格斯说：“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法，但是它也包含着资本主义时期的大多数法权关系。”^①在罗马法律渊源中，最为突出的是集罗马法学说和研究之大成的《查士丁尼国法大全》（又称《民法大全》），它是罗马帝国时期编纂的一部法典，包括《查士丁尼法典》、《学说汇纂》和《法学阶梯》三部分，内容相当丰富，主要以民法为主，因此后人甚至视罗马民法与罗马法为同义。罗马民法包括人法和物法两大部分。人法主要规定人的权利能力和行为能力；物法主要规定各种财产权，包括物权、债权、继承权等。近代以来的民法与罗马法有密切的联系，尤其是资本主义世界的第一部民法典——《法国民法典》与罗马法有很大的承继关系，它的许多内容、甚至法典的体例和法律用语都源于罗马法。

罗马法之所以被传播并对后世有深远的影响，主要有两方面的原因。第一，

^① 《马克思恩格斯全集》，第36卷，169页，北京，人民出版社，1974。

11 世纪以后，商品经济开始发达，随着中世纪城市的兴起，市民阶层逐渐形成，并开始成为一支社会力量登上历史舞台，他们需要一种新的法律制度，而罗马法作为简单商品生产最完善的法便得以复兴。罗马法很快战胜了习惯法，影响并渗透了整个欧洲大陆。当资产阶级革命胜利后，罗马法便被继承下来。第二，11 世纪以来，学者对罗马法的传播起了很大的推动作用。11 世纪末，伊利休斯在意大利的波伦亚大学讲授罗马法，在欧洲大陆兴起了研究罗马法的热潮。到 12 世纪末，仅在波伦亚大学就有一万名来自欧洲各国的学习法律的学生。早期研究罗马法的学者主张探求和讲授罗马法的原意，对查士丁尼的《民法大全》进行注释，他们被称为“注释派”。14 世纪后，“后注释派”兴起，他们主张对罗马法进行修改，并通过系统化将罗马法作为商法和国际私法的依据。17 世纪后兴起的自然法学派强调个人的“自然权利”，主张法是理性的产物，同时认为从罗马法中得出的法律原则是具合理性的，强调成文法的作用，提倡根据自然法制定普遍适用的法典。上述两个原因，使罗马法成为近代以来形成的大陆法系国家法律的重要来源，它尤其对民商法产生了巨大影响。

（二）日尔曼法

日尔曼法是 5 世纪至 9 世纪欧洲封建社会适用于日尔曼人的法律。5 世纪，日尔曼人入侵西罗马帝国，建立起蛮族国家，将原来的一些部落的习惯规则发展为法律，后编纂为成文法典，被称为“蛮族法典”，其中以《萨利克法典》最为重要。日尔曼法实行属人法原则，对本部落的成员适用部落习惯，对罗马臣民适用罗马法。日耳曼法是团体法最早的起源，也属于判例法。日尔曼法对欧洲封建社会前后曾起过重要作用，对后世资本主义法也有重大影响，尤其对英国法的影响最为显著。英国法中包含了许多日尔曼法的因素，英国的财产法、信托法等都受到日尔曼法的影响，如不动产法、占有制度等。占有在日尔曼法中有特殊地位，所有物权都要通过占有的形式来表现，动产的占有为持有，不动产的占有为用益。物权只有通过占有才得以表现出来，从而受到物权法的保护。日尔曼法与罗马法一起构成了对后世法律影响深远的两大渊源。

（三）中世纪商法

中世纪的商法是随着商业的恢复和发展以及商业城市的兴起而形成的。从 11 世纪起，商业城市首先在欧洲地中海一带兴起，而后在欧洲大陆迅速发展，如意大利的罗马、米兰、那不勒斯，法国的巴黎、里昂，英国的伦敦、牛津，德国的科隆等成为商品的集散地和商业贸易中心。不断发展的商业交易逐渐形成了交易的习惯准则，最初的交易习惯只是在某一团体内实行，后团体间商业往来的扩大使各团体的习惯准则相互接近并最终形成每个城市的商法，而海上贸易使得

各城市间的商法不断地统一。为了更好地解决商事纠纷，行会组织中的商人设置商事法庭，商事法庭适用的就是各种商事习惯。独立于封建法和教会法的中世纪商法终于形成。中世纪末期，资本主义生产关系开始形成，新兴的资产阶级要求制定统一的商法来保护自由贸易的发展。法国路易十四时代颁布了两个最早的商事条例，1673年颁布了陆上商事条例，1781年颁布了海上商事条例，这两部法律使得商法第一次在一个国家内得以统一，并对近代商法产生了很大的影响，法国1807年的商法典就是在这两部法律的基础上制定颁布的。

第二节 近代民商法的基本原则

近代民商法是资本主义社会的法，是在资本主义生产关系的基础上产生的。在自由资本主义时期，资本主义各国实行的是自由放任的政策，由市场这只“看不见的手”来调节社会经济，亚当·斯密提出“管得最少的政府就是最好的政府”，该口号成为制定国家政策的指导思想。反映在立法上，体现为追求个体自由、平等的法律思想。主张每个人都是独立的商品生产者和商品所有者，都能直接进入市场参与交换。个人是完全独立的主体，人与人之间是完全平等的。个人之间的关系是私的关系，私的关系由个人意思所决定，国家和法律的任务就是要保护个人的权利，促进社会财富的最大增长。国家不应当干预个人自由，只有基于个人请求的基础上才干预私的关系，而且即使国家干预私的关系，也要尊重当事人的意思。近代民商法就是在私法自治的基础上建立起来的，体现为以下两个特点：（1）个人本位。个人是民事法律关系的主体，一切从个人的利益出发，民事法律关系的内容完全由个人意思所决定。奥地利法学家艾利希认为，个人主义的公正就是个人及其财产，个人对他自己的财产具有自由支配的权力，他把国家当做至高无上的，除了履行契约外，他不受其他任何东西约束。（2）权利本位。权利是民法的基础，一切从权利出发，民法就是规定个人的权利。个人主张权利不仅是为了保护自己的利益，也是为了维护社会正义。资产阶级启蒙思想家提出的理想社会是：在这个社会里，每个人都主张自己的权利，个人保护个人的权利即正义，只有每个人都维护自己的权利，社会正义才能实现。个人保护自己利益的同时，也不能侵犯他人的权利。

从民商法的特点和任务出发，近代民商法确定了以下基本原则：

第一，人格平等。每个人都有完全平等的权利能力，不受年龄、性别、职业、财产状况等因素的限制。人们可以平等地享有财富，按自己的意愿进行交易，自主自由地享有权利和承担义务。《法国民法典》第8条规定：“一切法国人

均享有民事权利。”

第二，私的所有权神圣不可侵犯。私的所有权是资本主义生产关系的基础，被宣布为“天赋人权”。法国《人权宣言》第17条规定：“私有财产是神圣不可侵犯的权利，任何人的这种权利都不得剥夺。”《法国民法典》第544条规定：“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益和处分的权利。”该原则的确立是为了反对封建特权，同时建立了体现个人本位思想的以所有权为中心的物权法律制度。

第三，私法自治。私法上的法律关系，由个人的意思所决定，任何人不得干预。这是自由资本主义时期维持自由竞争的基本法则。包括合同自由、遗嘱自由、社团设立之自由等，其中以合同自由最为重要。合同自由包括订立合同的自由、选择签约方的自由、合同内容的自由、合同形式的自由等。如《法国民法典》规定：“凡未经法律宣布为无行为能力的人均得订立合同。”《瑞士债务法》规定：“合同的内容，得于法律之范围内自由决定之。”合同自由原则大大促进了当事人之间的交易，对资本主义生产关系的发展起了重要的作用。

第四，自己责任。主要体现为过错责任。即每个人都要对自己的行为负责；每个人只对自己的行为负责，对他人的行为不负责任；无行为者无责任，而有行为无过错者也无责任。

第五，商品化的原则。这是商品经济高度发达的产物，也是资本主义生产关系的基础。在商品化的原则下，婚姻关系被视为一种纯粹的民事法律关系，劳动力被视为商品；在商事领域中，商事主体作为独立的商品生产者和交换者，有充分的从事商事活动的自由，商事主体以追求利润的最大化为其商事交易的目的。因此，营利性和追求效率被视为商法的基本原则，这极大促进了社会财富的增加。

第三节 近代民商法向现代民商法的发展

随着资本主义从自由竞争到垄断的发展，自由放任的政策已难以适应社会的发展。资本的集中和垄断，导致了各种社会矛盾不断激化。一方面，生产的社会化程度越来越高，要求国家对生产进行必要的干预；另一方面，无产阶级与资产阶级的矛盾日益突出，劳动者与资本家之间经济上悬殊不断加大，劳动者除了劳动力之外一无所有，劳动者为了生存，被迫让渡自己的劳动，与雇佣者订立劳动合同。因此，在合同自由的背后反映的实际上是劳动者与雇佣者之间的不平等。劳动者为了争取自己的权利，要求国家对私法关系进行干预，通过立法对雇佣者

的权利加以限制，修正劳动者因经济的弱势而带来的不平。此外，在这一时期，世界人权运动蓬勃发展，从人的生命、健康、自由、财产权进一步发展和扩大到个人的经济、社会和文化的权利，强调“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等”^①，这直接影响了法律思想的变化，而国际贸易的迅速发展也给私法关系带来了深刻的影响。

随着现代社会的发展，以个人和权利为本位的近代民法的弊端已逐步显露，难以调整日益复杂的社会关系，法律的目的和价值取向开始发生了变化，从注重对个体权利的维护发展到更注重对社会安全和秩序的维护，体现为以社会为本位的思想。现代民法的发展主要表现为以下方面：

第一，对所有权的限制。近代民法以自然法为基础，确立了“所有权神圣不可侵犯”的原则。进入现代社会以来，所有权的思想和观念发生了很多的变化，所有权社会性的思想开始逐渐取代自然法的思想，各国立法对所有权的行使给予了限制。如《德国民法典》第 226 条规定：“权利的行使，不得专以损害他人为目的。”《瑞士民法典》第 2 条规定：“任何人行使自己的权利，须以诚实和信用为之。”第一次世界大战后，所有权的社会机能受到更大的重视，认为所有权与其他自由权不同，须基于国家法秩序的承认才能存在。德国魏玛宪法第 135 条规定：“所有权乃依宪法被保障，其内容和界限应由法律规定。所有权伴有义务，对其行使应同时顾及公共的福祉。”后进一步发展为“权利禁止滥用”的原则，并对所有权的效力给予了限制，土地法的观念也从“土地所有”向“土地利用”发展。

第二，对合同自由的限制。合同自由原则的确立，是产业革命发展的结果，是资本主义自由竞争的基础。进入现代社会后，合同自由原则发生了很大的变化，出现了对合同自由的限制，这种限制首先表现在格式合同^②上。格式合同是合同的一方将合同的内容完全固定下来，另一方要么接受条款，订立合同，要么不接受条款，不订立合同。因此英美法称格式合同为接受或离开（Take it or leave it）合同。格式合同最初适用于公用事业，如煤气、自来水、电力、通讯等行业，后扩大到各个部门，被普遍适用于社会生活的各个方面以及商业交易领域。格式合同的出现，一方面降低了交易成本，使交易更为快捷；但另一方面，又极大地限制了合同自由，造成合同当事人之间因经济地位的悬殊所带来的不公

^① 1948 年联合国大会通过的《世界人权宣言》，第 1 条。

^② 格式合同在英国法又称为标准合同（standard form contract），在德国被称为一般合同条款，我国合同法规定为格式条款。

平。因此，许多国家通过立法对格式合同予以限制。如德国于1976年12月颁布了一般合同条款法，对格式合同作了许多限制。如规定一般合同条款之内容有异议时，由条款利用者承受其不利益（第5条）；个别约定的效力优于一般合同条款（第4条）；违反诚实信用原则之条款无效（第9条）等。英国1977年通过了不公平合同条款法（Unfair Contract Terms Act），特别对格式合同中的免责条款加以规范，如规定合同提供者有将免责条款通知对方的义务；将免责条款的文件交给对方，并不等于已经通知对方，除非该文件使一个理性人认为它包含在合同条款中；免责条款所免除的责任必须是法律所允许的。《美国统一商法典》也有对格式合同限制的条款。除格式合同外，许多国家为了避免合同自由对社会公共秩序带来的影响，纷纷通过立法对一般合同的内容加以限制。如《德国民法典》第134条规定：“违反法律禁止性规定的法律行为，于法律无特别规定时，无效。”第138条第1款规定：“违反善良风俗的法律行为无效。”《瑞士债务法》第2条也规定：“以不能或不法或违反善良风俗为内容的合同无效。”

第三，无过失责任的建立。无过失无责任，是罗马法以来确立的原则，资产阶级革命后也被确立为私法关系的基本准则。但随着工商业的发达和大企业的发展，危险物也随之增多，即使危险物的所有者已有相当的注意，仍难以避免损害的发生。如果仍然固守着过失责任原则，则必然导致社会的不公平。为了追求正义、公平，无过失责任得以确立。无过失责任与过错责任不同的是，无论行为人主观上是否有过错，均应就其损害结果承担民事责任。无过失责任已被广泛适用于工业污染、环境保护、产品责任、交通事故、医疗事故、原子能、核污染等领域，并有不断扩大其适用范围之趋势。

第四，人格权受到特别的保护。近代民法对人格权并没有特别规定，如《法国民法典》就没有关于人格权的规定。《德国民法典》才开始有了具体人格权的规定，如规定姓名权、生命健康权、自由权、贞操权等。《瑞士民法典》在人格权的规定上更进了一步，首次在法典上使用了“人格”一词，把人格权在法律上确立下来。如该法第一编就规定为“人格法”，并专门有“人格保护的一般规定”，第28条规定：“任何人在其人格受到不法侵害时，可诉请排除侵害。”第二次世界大战后，随着世界人权运动的蓬勃兴起，人格尊严获得了前所未有的重视。如德国在第二次世界大战后修改的宪法第一条就明确规定：“人的尊严不得侵犯。尊重并保护人的尊严，是所有国家权力的义务。”日本在战后的民法修改中，也将人的尊严受到保护规定为民法的基本原则。为了更好地保护人的尊严，避免具体人格权保护的不足，德国通过判例建立了“一般人格权”的概念，使所有侵害人格权的行为都可以获得民法上的救济。现代民法的人格权范围越来越

大，除了生命权、健康权、身体权、姓名权、名称权、信用权、人身自由权、贞操权之外，还包括名誉权、肖像权、隐私权、知悉权等等。

第五，家庭法发生的变化。近代民法一个反封建的重要成果，就是将婚姻关系民事化，将婚姻关系视为纯粹的民事法律关系。但在婚姻家庭法的具体内容上，仍保留着许多封建色彩。如规定妻子在法律上为限制行为能力人；丈夫对妻子的财产有管理和使用收益权；离婚受到限制；父母对子女享有很大的亲权；非婚生子女的继承权受到限制等。进入现代以来，特别是第二次世界大战以后，许多国家纷纷修改宪法，确立了男女平等的原则。如德国 1949 年宪法规定，实行男女平等，禁止性别歧视；后于 1957 年 6 月颁布了男女平等法，废除了丈夫对所有家庭事务的决定权，规定夫妻结婚后，双方有选择婚姓的权利等；1976 年又对民法的亲属编进行了修订，该法修订的目标为：（1）实行男女平等；（2）实行离婚破绽主义；（3）离婚后的生活保障；（4）设置家庭法院专门审理家庭案件。亲属法修订的重点就是将离婚实行的有责主义废除，而改为实行破绽主义。如关于离婚的原因，修改后的民法第 1565 条规定，“婚姻破裂时，得离婚。如夫妻共同生活关系不复存在，并且已不能期待恢复共同生活关系时，婚姻破裂。”此外，各国立法都相继废除了已婚妇女无行为能力的规定，规定未成年子女享有更多的权利，限制父母对子女权利的干预，给予非婚生子女与婚生子女同等的地位等。

商法是民法之特别法。民法的基本原则，如诚实信用、平等自愿等都适用于商法，民法的基本内容，如关于主体、财产权以及交易关系的规定，也都适用于商法。但商法作为调整商事关系的基本法，于现代以来也发生了许多变化。主要表现为以下方面：

第一，商法向公法化发展。商法的本质是私法，但随着社会经济的发展，特别是国家对经济生活干预的加强，商法的内容也越来越多地为国家立法所强制规定。如公司的种类和设立、公司的对内对外关系、公司的财务管理等都必须严格地依照公司法的规定，发行股票和公司债要经主管部门批准，当事人不得自主决定。这些都使得公司法带有浓厚的公法色彩。

第二，商法向国际化发展。商法作为规范商事活动的法律，在中世纪时期就表现出国际化的特征。中央集权的国家出现后，商法作为私法成为国内法，各国各有自己不同的商事规范。但随着现代社会的发展和国际贸易的发达，商法又出现了国际化发展的趋势。这一过程得益于各国积极参加有关商业贸易的国际公约，以及通过借鉴外国的立法而对本国的法律不断地进行修订。如 20 世纪 30 年代以前，各国都有自己的票据法，但国际贸易的发展要求各国票据法的统一，1930

年大陆法国家通过了统一票据法公约，1931 年通过了统一支票法公约，随后，各国修订了本国的票据法，使票据法趋于统一。又如公司法中的有限公司，最初为德国所创，后成为世界各国基本的公司形式之一。还有公司法中的授权资本制、董事会管理制、劳动者参与制等从最初一国的规定，成为各国公司法普遍实行的制度。此外，海商法、保险法、商事仲裁法等都出现了国际化的趋势。

第四节 民法与商法的关系

民法和商法都属于私法，两者的关系密不可分。但在民法和商法的编纂上，却存在着民商分立和民商合一的不同立法例。民商分立的国家，以法国和德国为代表，既有民法典，也有商法典，民法和商法是并行的两个法律部门。民商合一的国家，以瑞士为代表，民法典中既有民法的内容，也包含了商法的内容。在民法和商法的关系上，究竟应该是民商分立抑或是民商合一？对此问题存在不同的看法。

实际上，以法德为代表的民商分立的立法和以瑞士为代表的民商合一的立法并非理论论证的结果，而是历史发展使然。但这两种立法例的优劣却一直为各国学者所论争。

我们先分析民商分立和民商合一的产生。商法是独立于民法之外而产生的，一般认为，近代商法的产生早于民法。法国在制定民法典以前，有关商事法律就已经相当发达。从中世纪起形成的商业习惯，在商人中被广泛适用，并建立了商事裁判机构专门解决商人间的纠纷。后随着中央集权国家的形成，国王开始将商事裁判机构纳入了王权的范围，1563 年建立了商事法院。路易十四时代法国颁布了两个重要的商事法律：一是 1673 年的陆上商事条例；另一是 1681 年的海上商事条例。在制定《法国民法典》时，立法者们认为，商事法院早已成立，并有独立的商事规则，将其并入普通法院并非易事，最好决定将其保留。在颁布民法典后，法国于 1807 年在上述两个条例的基础上又颁布了商法典，最终形成民商分立的立法例。德国的情况与法国类似，在制定民法典时，就已经存在着商事法律，如 1848 年的德国统一票据法，1861 年的普通德意志商法（旧商法典），该法被许多州所采用。1870 年德意志联邦成立了联邦高等商事法院。1871 年德意志帝国成立后，德国开始起草民法典，鉴于商法和商事法院已自成一体，最终立法者们将民法典和商法典分别制定，也形成了民商分立的立法例。瑞士是民商合一的代表。瑞士是联邦制的国家，长期以来既没有统一的民法典，也没有统一的商法典。1874 年瑞士宪法规定联邦可以制定统一的债务法，于是瑞士 1881 年制

定了债务法典，该法典除了规定一般的债权债务关系外，还规定了一些商事法的内容，如票据法、商事登记等。1898年瑞士再次修改宪法，授权联邦制定统一的民法典。那原来的债务法典该如何处置？最后立法者将整部债务法典都归入民法典中，作为民法典的第五编，同时将债务法中商法的内容扩充，最终形成了民商合一的立法例。

就民法与商法的关系，各国有采取民商分立的，除法国和德国外，还有日本、荷兰、比利时、西班牙、葡萄牙等；也有采取民商合一的，除瑞士外，还有意大利、泰国、土耳其等。主张民商分立的理由认为：（1）商法之于民法更具进步性，需要不断地修订以适应不断变化的经济生活，而民法更具稳定性。“商法旨在追求速度和效率，民法旨在保障经济关系的稳定”。（2）商法具有国际性，容易超越国家和民族法律的界限而成为国际法，而民法不具这种特征。（3）商事法院的形成有其独立的历史，由那些更为通晓商业事务的法官来审理商事案件更有利于纠纷的解决。主张民商合一的理由认为：（1）民商分立的立法基础是商人阶层的存在，而在现代社会中，商人作为一个独立的阶层已不复存在。在发达的商品经济中，人已逐渐被“商化”，人很难游离于商事活动之外，因此，要明确地划分商人和非商人已非易事。（2）在民商分立的国家，凡商行为都是商法调整的范围。但在现代社会，民事行为和商行为并没有严格的界限，何种行为为商行为难有明确的标准。（3）以所谓商法更重进步，而民法更重稳定来决定民商应分立并非科学。实际上，现代社会立法都采取了进步主义，当法律不适应经济生活的变化时，应及时予以修改，与民商合一与否无关。（4）各国商法的内容并不统一，如日本商法的内容包括总则、公司、商行为、票据及海商，而德国商法没有关于票据的规定，法国商法则把破产和商事裁判规定在商法典中，可见商法的内容并没有统一的范围，将其作为独立的部门没有必要。（5）在实行民商分立的国家，商法也是民法的特别法，民法的一般原则可以适用于商法，民商法的内容没有绝对的划分，如商事买卖的内容都规定在民法，而民法中关于营利的社团法人的规定一般准用商法。^①

从民商分立和民商合一的实践看，大多学者认同民商合一的立法，认为民商分立已没有太大的意义，因为即使在传统的民商分立的国家，如法国和德国，其商法典已难以保留其最初的面貌。法国于1966年颁布了公司法，商法典中关于公司的规定被全部废除；德国于1937年公布股份公司和股份两合公司法后，其商法典中关于公司的规定也只剩下无限公司和两合公司的内容。除商法典之

^① 参见胡长清：《中国民法总论》，27页，北京，中国政法大学出版社，1997。

外，各国还颁布了大量单行商事法。相对而言，在实行民商合一的国家，对采取这种立法例并没有太多不同的看法，法律颁布后，其实施也相对较为稳定，一些原来适用民商分立的国家也开始改为民商合一，如意大利于 1865 年和 1882 年分别颁布了民法典和商法典，后于 1942 年颁布了新民法典，改民商分立为民商合一。

复习和练习

提要

民法是调整私人之间财产关系和身份关系的基本法律，商法是规范商人、商业组织和商行为的特别法律。民商法的来源包括罗马法、日尔曼法、中世纪商法等。

近代民商法确定的基本原则有：(1) 人格平等原则；(2) 私的所有权神圣不可侵犯原则；(3) 私法自治原则；(4) 自己责任原则；(5) 商品化原则。

随着资本主义从自由竞争到垄断的发展，法律的目的和价值发生了很大的变化，民法从近代注重对个体权利的维护发展到现代注重对社会安全和秩序的维护，这种变化表现为：对所有权的限制、对合同自由的限制、无过失责任的建立、人格权受到特别的保护以及家庭法发生重大变化等；商法也越来越向公法化和国际化发展。

民法和商法的关系，主要存在以法国和德国为代表的民商分立和以瑞士为代表的民商合一两种立法例，民商合一更代表了民商法发展的趋势。

关键术语

民法 商法 罗马法 中世纪商法 个人本位 权利本位 民商分立 民商合一

复习思考题

1. 近代民商法的基本原则是什么？
2. 近代民商法到现代民商法的发展主要表现在哪些方面？
3. 试述民法与商法的关系。