

谢怀栻 著

外国民商法精要

WAIGUO MINSHANGFA JINGYAO

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

外国民商法精要/谢怀栻著. —北京:法律出版社,
2002.9

ISBN 7-5036-3932-6

I.外… II.谢… III.①民法—西方国家②商
法—西方国家 IV.D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 063547 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京朝阳北苑印刷厂	责任印制/李跃

开本/A5	印张/11.75 字数/309千
版本/2002年11月第1版	印次/2002年11月第1次印刷

法律出版社/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115

法学学术出版中心/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414883	传真/010-88414115

中国法律图书公司/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
传真/010-88414897	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414899

书号:ISBN 7-5036-3932-6/D·3649	定价:24.00元
------------------------------	-----------

序 言

谢怀栻

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《合同法》^②一书中写了“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。他就下了很大功夫对之整理了一番,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。

2002年2月

① 连续刊载于《外国法译评》1994年第3、4期,1995年第2、3期。

② 王家福等著:《合同法》,中国社会科学出版社1986年版。

前 言

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

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前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,有些学者把我国和前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

序言·····	1
前言·····	1

第一编 总 论

第一章 民法的意义与近代民法的形成·····	3
一、民法的意义·····	3
二、近代民法的形成·····	4
三、近代民法的性质与其指导思想·····	9
第二章 从近代民法到现代民法·····	13
一、近代社会到现代社会·····	13
二、近代民法到现代民法发展中的一些现象·····	15
三、由于民法的发展,现代民法出现了许多新的部门法·····	42
第三章 民商法的体系·····	49
一、公法与私法·····	49
二、民法与商法·····	54
三、英美法国家的情况·····	59
四、几个主要大陆法国家民商法典	

的编制及其特点·····	60
五、财产法与身份法·····	134
六、在私法方面法律规范的适用问题·····	142

第二编 民 法

第一章 物权·····	151
一、概说·····	151
二、所有权·····	154
三、用益物权·····	155
四、不动产租赁权的物权化·····	156
五、担保物权·····	156
第二章 债法·····	163
一、概说·····	163
二、债的发生·····	165
三、合同·····	166
四、侵权行为·····	169
五、不当得利·····	169
六、无因管理·····	170
七、债的关系在高度发达的市场经济中的重要性·····	170
第三章 近代合同法与现代合同法·····	172
一、近代合同法的本质与基本原则·····	172
二、当代合同法的发展·····	190
第四章 亲属法·····	208
一、概说·····	208
二、婚姻·····	211
三、亲子关系·····	212
四、家与亲属会·····	213
五、人事诉讼·····	213

六、亲属间的扶养	214
第五章 继承法	215
一、概况	215
二、法定继承	216
三、遗嘱继承	219
四、遗赠、死因赠与和继承合同	219

第三编 商 法

第一章 总则	225
一、商法的意义	225
二、企业	227
三、商号(企业名称)	235
四、营业	236
五、营业辅助人	239
六、商业账簿	247
七、商业登记	249
第二章 公司法总论	252
一、前言	252
二、关于公司的共同规定	267
第三章 无限公司	278
一、无限公司的意义	278
二、无限公司的设立	278
三、公司的内部关系	281
四、公司的外部关系	283
五、无限公司股东的变动	284
六、无限公司的解散与清算	285
第四章 股份公司	287
一、股份公司的意义与特点	287

二、股份公司的设立与成立	290
三、股份	295
四、股份公司的机关	301
五、股份公司的财务	307
六、股份公司的公司债	309
七、股份公司的重整	311
第五章 有限公司	314
一、有限公司的意义和特点	314
二、有限公司的设立	316
三、股东的地位	317
四、机关	319
五、公司的财务	320
第六章 其他公司	322
一、两合公司	322
二、保证有限公司	323
三、外国公司	324
第七章 企业的结合	325
第八章 票据法	327
一、绪论	327
二、票据总论	337
三、汇票	355
四、本票	362
五、支票	362

第一编

总论

第一章 民法的意义与近代民法的形成

一、民法的意义

什么是民法？这要从民法的形成谈起。人们常说“民法是一门古老的法律”，这句话应如何理解？如果只是说，近代民法中有的制度在罗马法中就有，这还可以。如果说现在民法的全部制度在罗马法中都已有规定，就不恰当了。

近代民法是在市民社会里形成的。在西方国家，民法是市民社会里规定私人(市民)相互之间关系的普通法，也就是规定私人之间的身份关系和财产关系的普通法。所谓“古代民法”、“中世纪民法”等提法都不恰当。奴隶社会、封建社会都没有民法。不仅名称、概念没有，连实质上的民法也是不存在的。近代民法是市民社会的法。民法成为独立的部门法，是在市民社会里才形成的。民法(civil law)一词来自“市民法”，即市民社会的法。在封建社会末期，从农民和领主两大阶级中逐渐分化出城市中的自由民，这些人叫“市民”，也是我们常说的“资产阶级”的前身。到了资产阶级

革命后,市民不再是一个特殊的阶层,而成为广大主权国家的人民,市民法也相应的改称民法。

市民社会的法与其他以前社会的法是有区别的。中世纪的法是等级的法、身份的法。市民社会的法,即民法只规定个人(市民)相互之间的关系,而不规定国家与个人之间的关系。“市民”、“私人”这些词,在初期仅指个人,个人就是自然人,到了19世纪末期以后,私人也包括了法人。简单地说,近代民法是市民社会里规定私人相互之间关系的法,统称私法(private law),它与公法(public law)相对。公法是规定国家与个人之间的关系的法。民法成了私法的主要组成部分。

二、近代民法的形成

近代民法是如何形成的?它有什么特点?为什么封建社会没有民法?这些问题值得深入的研究。

近代民法是市民社会的法,是市民社会的上层建筑,植根于市民社会的经济基础。在封建社会如欧洲的中世纪,我国清朝以前的历朝历代,在经济方面都以自然经济为主,这种自然经济主要就是农业。在自然经济中,土地占有关系和人身依附关系相互结合在一起,人的关系融合在土地关系中。没有商品生产和商品交换,农民的劳动是无偿的,也没有劳动力的买卖。农民与领主的关系完全是封建的关系,地主占有土地。这种土地占有关系与市民社会的土地占有关系不同。市民社会的生产关系完全是纯经济性质的关系,房主出租房屋给房客,房客向房主交纳租金。这种出租关系就是单纯的经济关系,不包括人身因素。而地主租土地给农民耕种,其中既有经济的关系,也有人身依附关系。农民因租种地主的土地而交纳地租,同时在人身上又对地主发生依附关系,农民有为地主无偿劳动的义务,有忠诚的义务。地主也有对农民加以保护的义务。也就是说,这里面除了经济的关系外,还有政治关系。由于在自然经济中,土地占有关系与人身关系结合在一起,因此农民与地主处于不平等的地位。

从政治上看,封建社会是被等级宗法制度支配的。宗法制度总

是以宗亲、家族为核心的。宗族、家族中的一切成员都要听命于家长,其他成员处于受族长、家长支配的地位。宗法制度等级森严,这与罗马法差不多。

在封建社会,宗教占支配地位,宗教权力与政治权力同等地支配人民。在欧洲中世纪,宗教力量甚至超过了政治力量。中国虽然没有宗教,但礼教的影响很大。因此,在自然经济中,农民与雇主是不平等的。在宗法制度中,家长与其他成员是不平等的。在宗教势力中,一切宗教头子处于支配地位。个人没有独立的地位。所以,总的来看,在封建社会里,每个人始终依附于另外一个力量,个人处于受支配的地位。只有国王、教皇不受支配。所以说,在封建社会没有独立、平等的个人。人们之间没有平等关系,只有依附关系。这种支配与被支配的关系表现在公法方面,就是公法关系。封建社会没有个人与个人之间单独的关系,即私法关系。

法制史中常称,中国封建法律是诸法合体、民刑不分。这种说法并不科学,实际上封建社会只有一个法即封建法。如果我们用今天的部门法标准去套,那就只有一个刑法。封建法中即使有户婚田宅关系的规定,也不能当作民法来看,而是刑法的一个部分。所有的法都有处罚规定。因为在封建社会,不存在独立、自由的个人,没有个人之间的平等关系。人们之间的关系是支配与被支配的关系(公的关系)。谈不上有规定个人之间的平等关系的法。不可能有我们今天的民法。到了资产阶级革命后,这种状况就改变了。

市民社会中,自然经济转变为市场经济,每个人成为独立的产品的生产者和所有者,都能自由进入市场参与交换。市场经济的发展解除了对农民的束缚,农民获得了自由,成为独立的个人。此时,宗法制度基本上解体了,家族、宗族对其成员的支配力被大大地削弱。个人的力量增强了,取得了独立的地位。教会的权力逐渐为政府的权力所取代。在欧洲民族国家形成时,国王代表的政权与教皇的教权进行了激烈的斗争,结果政权战胜教权而取得了胜利。

压在人民头上的几种势力被推翻,使每个人取得了独立、自由的

地位。它们之间发生了平等的关系,不再有人身依附关系,只有国王能够支配着他们。这些自由的人所构成的社会就是市民社会,后来发展成资本主义社会。我们称这种个人之间的平等关系为“私的关系”,它是不同于封建社会中人与人的关系的一种“新的关系”,具有以下特点:

1. 每个人都是独立、自由的主体(人格独立)

每个人都是自由的人,都有自己的自由意志,不受他人任意支配。一方面,每个人可以决定自己的一切事务。换言之,每个人的事务只能由他本人决定。在资本主义社会,每个人都是独立的,神圣的,即使是国家,也是由个人组成的。这被称为“人的发现”或“人的解放”。每个人都有自己的自主权,其他任何人都应尊重他人的自主权,每个人有权保护自己不受他人侵犯。另一方面,每个人都应对自己的行为负责。在罗马法中,奴隶主对奴隶的行为负责;在封建社会中家长对家属的行为负责;在资本主义社会,每个人只服从自己的自由意志,对自己依自由意志从事的行为负责。

2. 人与人是平等的(人格平等)

个人不再像过去那样处于被支配的地位。任何人都不能把自己的意志强加给他人,任何人也不能侵犯他人的利益。如有侵犯,就要负法律责任。在平等的个人相互之间,每个人都可以通过自己的意思与他人发生关系,这是所谓“契约自由”或“合同自由”原则^①。尊重他人意思,不仅订立合同的当事人双方要尊重,第三人也必须尊重。

3. 独立自由的个人只服从国家

到了资本主义社会,封建社会中支配个人的种种力量只剩下了国家和法律。国家对个人之间的关系也尽量少予干预,最大限度地

^① 《拿破仑民法典》第 1134 条第 1 款规定:“依法成立的契约,在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。”《德国民法典》第 305 条规定:“以法律行为成立债务关系以及变更债务关系的内容,当事人之间应当订立合同,法律另有规定的除外。”

不干预。表现在法律上,国家不干预私的关系,而是保护私的关系。国家对私的关系有两种态度:消极方面,是不干预私的关系;积极方面,是对私的关系加以保护。这些都成为近代国家的义务,近代民法的任务也是如此。封建社会的法对个人的活动尽量加以干预,同时也不保护个人的权利。不仅政治上的权利不保护,经济上的权利也不保护。封建社会强调的是服从、礼让。

以上是资本主义社会私的关系的特点。私的关系是在资产阶级革命后形成的。一旦形成后,国家需要用法律对这种新的关系加以保护。规定这样的关系的法律,起初称为市民法,后来演变为民法。在封建社会里,只有公法,到了资本主义社会,才有公、私法的分化。

由私法加以调整的社会关系,我们称为私法关系。从法律上看,私法关系有以下特点:

1. 私法关系完全由个人意思决定

每个个人在私法关系中都是权利义务的主体。私法关系的发生、变更和消灭完全取决于个人的意思。这种意思要么是单方的意思,要么是双方的意思。私法关系如果违反平等原则,则属无效的,法律不予保护。

2. 国家和法律的任务只是保护个人的意思,而不是干预个人的意思

①国家只在个人有所请求时,才干预私法关系。个人没有请求的,国家概不干预。只在很有限的情况下,国家才会主动干预。民事诉讼法的基本原则就在于此。刑事诉讼法则不同,它采取国家主动干预原则。如果民事诉讼法也采取无限制的干预,则是完全错误的。

②即使国家对民事关系加以干预,也要尊重当事人的意思。在民事诉讼中,这意味着民事诉讼的裁判范围只能以当事人请求的范围为限。如当事人没有提出的,法院不能作出裁判。民事诉讼允许当事人自己撤诉或和解,而刑事诉讼则不许可。我国《民事诉讼法》第131条第1款对当事人的撤诉有限制:宣判前,原告申请撤诉的,