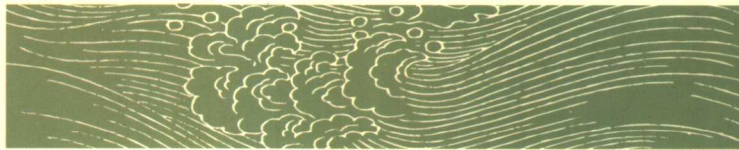


比较民商法学

(修订版)

杨遂全 | 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

四川省社会科学优秀科研成果二等奖获奖作品

D913.01/43

2007

比较民商法学

(修订版)

杨遂全 | 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较民商法学 / 杨遂全著. —修订本. —北京: 法律出版社, 2007. 9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7626 - 0

I. 比… II. 杨… III. ①民法—比较法学—中国、外国

②商法—比较法学—中国、外国 IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 128751 号

© 法律出版社·中国

比较民商法学(修订版)

杨遂全 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007 年 9 月第 1 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 13.125 字数 323 千

印次 2007 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

苏州公司/0512-65193110

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 - 5036 - 7626 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

修订版序

新,来自并产生不同。

不同,使世界产生矛盾、冲突、摩擦、更替,并发展。

不同,丰富了世界,也造就了人们比较和探寻异样世界的欲望。

三十多年前,为了充分利用法律制度在不同地区的不同政策,也为了能亲身体验异域不同于故乡的新奇事物,奔着西藏当时可以让农村出来的长期临时工或有一技之长的盲流(现在叫农民工)转为吃商品粮的正式工的政策,笔者背着母亲蹬织布机手工制成的棉布行装,只身到拉萨,当时就萌生了写一本探寻异域异族民间生活方式和习惯制度或大体类似本书内容的书籍的梦想。

二十年前,在参加了国家教委统编教材《比较家庭法》的编写后,心怀着窥探和尝试不同国家、不同社会制度下的法国人不同活法的渴望,笔者在坐了二十多个小时的飞机前往法国巴黎第一大学法学院学习进修时,实际酝酿了写作此书的基本思路和大致框架。

十年前,在忙碌的教学之余,笔者急于总结自己外国民商法研究和教学的成果,写成此书,在四川大学出版社出版。

十年来,除台湾省外,笔者基本上走遍了中国并先后走过了十几个国家,先后在国外生活了五六年,尽管越来越感觉到民商法学和比较民商法学理论的深邃和博大精深,内容非常繁杂和难以全面把控,但是充实、完善本书的冲动也越来越强烈。

在具体修改、补正、增新本书之前,笔者想在此对这十年来的实际比较研究的一些模糊印象,发几句感慨,是为序。

走过了十几个国家后,笔者朦朦胧胧地想起俄国文豪托尔斯泰说过的一句话,幸福家庭的幸福总是相同的,而不幸家庭的痛苦却各不相同。在此,笔者想反用他的这句话,把它套用到国家和民族生活方面:幸福国家的幸福总是那么不同,而不幸国家的痛苦却大体雷同。

通过切身感受、比较,笔者体悟到了更多的世界趋同的现象:

天,在“比较文明”的地方,灰白的时候越来越多,彩虹越来越难以看到,进入人们梦境和记忆中的天的颜色也越来越单调。自然界的多样化在被人造的景观划一。

人,在“比较文明”的地方,自身的生活方式越来越相似,似乎语言也越来越趋同,思维方式和嗜好越来越相像。浮躁和急功近利在弥漫,谁都想尽快以自己的理想同化世界。

法,越制定越多,越来越细,越来越趋同于“西化”,越来越“专业化、精英化”,离平民越来越远。表面上的自由和市场化,在“现代化”的大旗下,民族的东西受供人们选择的“合法生活模式”越来越少的趋势的影响,在历史性地渐渐消失。

这就是人类更时尚的生活方式?这就是人类文明必然的后果?

在巴黎,笔者接触过一些联合国教科文组织的官员。他们已经初步建立了旨在保护“世界非物质文化遗产”的一套国际机构和制度,有几百项对不同族群产生过重大影响并濒临消亡或失传的传统文化的传承方式被列入其保护范围。他们试图借此“保护世界各民族的非物质文化和制度遗产”。然而,截至目前,笔者还没有见到一项直接属于法律文化的历史遗产被列入其中。依照其定义,法律和制度文化毫无疑问也属于文化的一种。

摩尔根探寻古代社会与现代社会国家和私有制起源的标本保留地基本永远消失了。古罗马的斗兽场表演可以作为非物质文化遗产申报,相应的古罗马法律文化制度在其报告陈述的内容中却难寻其踪。中国西南纳西族地区的走婚文化表演似乎依照规定可以申报非物质文化遗产,但纳西族实

际的走婚行为和制度传承方式能否纳入其中并长期延续下去呢?答案很难肯定,因为其中某些行为和现代法律制度肯定是不同的。如果这些法律和制度的文化遗迹都消失了,我们的后人将来拿什么比较出各国各民族民间的生活形式和法律文化制度的特色,追寻其根源呢?

基于此,笔者希望我国相关组织或国际组织同时将对人类社会产生过重大影响的古代和现代各民族显著不同的、具有明显本民族特色的重要法律文化制度行为传承方式,列入国家和世界非物质文化遗产保护范围。

诚然,该消失的法律现象迟早有一天会消失,代表人类法律发展必然的法律规则则会不可阻挡地“全球化”,并随着各民族的创新活动向前不断发展。而在发展和创新的同时,保留某种小型的社会形态标本,在多样化的世界和多样化“法定生活模式”构成的社会中不会伤害其他人的根本利益。

无论如何,不管是意图发展人类各族的法律,还是科学地刻意保留部分法律社会形态的标本,都离不开比较法在理论上事先进行比较、鉴别、判断、选择、创新、发展的活动。

修订这本以比较民商制度为探究对象的书,笔者将一如既往,秉承比较法的传统,在评述各国各民族的各种民商制度时,以全力推动我国的民商法律制度的创新为主旨。

在十年前写作本书时,笔者就没有拘泥于简单的比较,主要内容尽可能地围绕着我国的法律制度创新。所以,书中的许多观点和内容至今仍有实际意义。这次修改,基本上保持书的原貌和大体框架。一些章节的增添,也是为了满足目前我国制定侵权责任法和今后制定人身权法律制度的需要。并且,这些新内容都是有一定针对性的,或者是出于对各种学者建议稿的补漏,或者是出于不赞同某些学者建议稿的观点。

十年来,本书一直作为四川大学法学院民商法专业研究生比较民商法课程的选用教材。不少研究生对本书的修改提出了很好的建议,在此对他们表示感谢。

十年的合同期已过,笔者希望修订再版之际,本书能够走出四川盆地,推到全国去。法律出版社的领导和张波先生为本书提供了出版机会,刘彦

泮编辑为本书添色不少,在此也特别感谢他们。

四川大学法学院为本书提供了出版补贴,成都迪扬律师事务所为本书的修改提供了其他必要条件,在此对他们一并表示谢意。

杨遂全

2007年6月

于都江堰市青城后山

原版前言

合适的政策和法律制度能够创造效益,生成财富。中国近年来改革开放的成果,可作为最有力的佐证。(山还是原来的山,水还是一样的水,只是支配人的政策和体制使中国换了天地)

一条适合本国国情的政策和法律的得到,有两种途径,通过自己的痛苦探索,或借他山之石攻玉。前者有时要付出沉重的代价,后者可能只是对人类共有财富的选择利用。

今天,当我们独闯社会主义市场经济的道路时,我们要赶超世界发达国家,两条腿同样不可或缺。这一方面需要我们社会主义现代化法制随时跟踪世界先进的法律科学发展的步伐,另一方面需要我们在总结他人成败经验的基础上结合我国实情不断地进行创新。

民商法,作为形成市场经济机制的基本法,近年在发达国家,随着经济生活的变革在迅猛发展。而目前我们在国内所能见到的外国民商法资料,大部分是国外 20 世纪的。近十年的最新资料,大多零零散散地偶见于译文或编译单篇。比较系统全面地研究外国民商法的新著有几本,但引用的资料很难反映国外最新的动态。由此,我们准备将我们能够收集到的国内外最新的、较有影响的外国民商法立法和学术观点,融合我们在开设外国民商法这门课程的点滴收获,整理汇集成此书。藉此求教于法学界和商学界的同仁,为我国的民商法学的发展和社会主义市场经济体制的建设多铺一砖。

在当今人类社会生活各个方面都打上了商品的烙印、充斥着商品经济

影响的年代,民商法的普遍意义日益为平民百姓所感知。

然而,中国毕竟长期停滞在小农经济社会中,商品经济意识在中国老百姓和官员的头脑里才刚刚树立。商品经济的发展和调整商品经济活动的法律的建立,主要还是向国外发达国家学来的。不少民众不知民法和商法为何物。官员们在上普法课时,还觉得“民法特别难懂”。工厂公司化时,不少人还只是把它当成换个牌子而已,真正的管理模式还是以人事关系为中心。

本课题准备紧抓住关系到每个公民切身利益的热点、焦点问题,结合国外民商法资料,进而反思我国相关社会问题和法律问题,以求真解,要能够紧扣时代脉搏,有话则长,无话则短。考虑到国外的民商法理论和新概念对大家而言比较生疏,也考虑到此书有可能兼有其他的功能,笔者在写作过程中采取了先介绍国内外有关基本理论和内容,后阐发新的观点和见解的体例。

全书按照民商法学的一般体系和结构,共分为三编十三章(修订后为十五章)。本书(原)由我撰写前八章,(在原版中)杨玲同志撰写最后五章的商法部分(这五章现由我进行了大的修订,征得杨玲同志同意,修订版她不再署名),全书由我统定稿。本书写作和出版过程中,得到四川大学法学院的资助,在此特别表示作者发自内心的谢意!同时,也感谢法律出版社的两位编辑为此书付梓所付出的辛勤劳动。书中引用了江平和梁慧星教授以及其他学者的一些观点,在此一并致谢。

杨遂全

1997年3月15日

目 录

第一编 基础理论

第一章 比较民商法学概述 / 3

第一节 比较民商法学的类型与方法 / 4

- 一、综述型比较民商法学 / 5
- 二、评介型比较民商法学 / 6
- 三、名实相符的比较民商法学 / 7
- 四、新思型比较民商法学 / 8
- 五、批判型比较民商法学 / 9

第二节 比较民商法学的价值 / 10

- 一、立法引进和兼采众长的需要 / 11
- 二、与国际接轨和平等交往的需要 / 12
- 三、超越他人、领先于世界的需要 / 12
- 四、民众用先进之法创更多财富之需 / 13
- 五、制度互动互鉴的必要工具 / 14

第三节 外国民商立法概况 / 15

- 一、以通俗见长的法国式民商法 / 16
- 二、重学理严谨的德国式民商法 / 20

2 比较民商法学

三、以快新见长的英美式民商法 / 22

四、苏联解体前后的苏俄民商法 / 23

五、现代与传统的伊斯兰民商法 / 25

六、国外民商立法的借鉴与我国民法典体系 / 27

第二章 民商法本源理论比较 / 31

第一节 自然法则理论的复归 / 32

第二节 经济规律与伦理法的角逐 / 34

第三节 功利效果与理性理想的搏争 / 37

第四节 中外民商法本源理论比较 / 41

一、中国古代的以礼入法与天理良心 / 41

二、近代中国化的“天赋人权”理论 / 43

三、中国现代民商法本源理论探讨 / 44

第三章 外国民商法发展的新动向 / 48

第一节 科技革命对民商法的冲击 / 49

第二节 制度经济学的运用对未来民商法的影响 / 52

第三节 保险救济与民法功能削弱 / 56

第四节 人才市场全球一体化规律与民商法变革 / 58

第五节 民法平民化与民众知法权保障问题 / 60

一、平民化三要素：利益倾斜、语言大众及程序便民 / 60

二、法律的公开性与公众知法权问题 / 63

三、民事基本法的语言大众化与知法权 / 64

第二编 比较民法新论

第四章 民法总则比较研究 / 69

第一节 各国民法总则的基本内容 / 70

一、关于民法基本原则的各种规定 / 70

二、关于民事主体和客体的各种规定 / 72	
三、关于法律行为和代理的各种规定 / 74	
四、关于时效与期日各种不同的规定 / 75	
第二节 高效公正与机会均等原则 / 76	
一、高效率与公正平等的冲突和协调 / 77	
二、公有与高效和公正的关系 / 79	
三、抑制贫富悬殊对高效平等的冲击 / 81	
第三节 新型民法基本原则探析 / 83	
一、权利外观原则与可预见性原则 / 83	
二、比例原则与民事权利的剥夺 / 85	
三、权利冲突及其排序原则 / 86	
四、人身权优先原则 / 88	
五、民事有告必理原则 / 89	
第四节 民事主体制度的比较与反思 / 91	
一、自然人出生死亡的法定标准及其证明 / 91	
二、失踪人法定宣告制度与监护制度的改革 / 92	
三、法人权利和行为能力及其核准范围外行为效力 / 93	
四、法人资格瑕疵处理制度与解散清算制度 / 93	
第五节 人体构件产物与民事客体 / 96	
第六节 私权证明公示定理与法定法律行为方式 / 97	
一、权利直观自证优先原则 / 97	
二、权利无载体或载体易混淆与书面登记公证为载体 / 99	
三、权利主体的特殊性与其对公示方式的选择 / 100	
四、法律行为各种法定方式的协调 / 101	
第七节 无效和时效制度缺补与法国相关法评介 / 105	
第五章 物权与产权制度比较 / 108	
第一节 物权与产权基本制度比较与借鉴 / 109	

- 一、关于物权和产权的各种分类方法 / 109
- 二、自物权与各种他物权制度的内容 / 110
- 三、无形产权与知识产权的基本内容 / 112
- 四、禁止私人持有物和禁止或限制流通物制度 / 113

第二节 中外国有产权制度研究 / 114

- 一、外国国有产权制度概述 / 114
- 二、国内外外国企员工对企业资产的物权比较 / 115
- 三、法国区分公公用和非公公用财产支配制度 / 116
- 四、俄、越两国的分级国有和两权分离制度借鉴 / 117
- 五、资本主义国有企业的民事化管理 / 118
- 六、学界对企业无所有权买卖物理论漏洞的反思 / 119

第三节 法国的集体共有制与我国的集体所有制 / 121

- 一、法国的集体共有财产制度简介 / 121
- 二、我国集体所有财产私有化理论评析 / 122
- 三、我国农村集体土地国有化理论反思 / 124

第四节 中外不动产法整体比较与反思 / 124

- 一、中外不动产法概述 / 124
- 二、国内外的城乡不动产法分治及其一体化 / 128
- 三、国际不动产经济和制度一体化问题简析 / 133

第五节 经济适用住房与国外公寓产权比较研究 / 133

- 一、房改房和经济适用住房的概念 / 134
- 二、经济适用住房产权与国外公寓相比的法律特征 / 137
- 三、经济适用住房标准和范围与国外相关公寓制度比较 / 138
- 四、各种产权房房的衔接问题 / 140

第六节 中外住宅用地制度的缺陷与补漏 / 141

- 一、中国宅基地制度现状及其存在的原因 / 141
- 二、比较分析我国宅基地制度改革几种方案 / 145

三、城乡一体与未来科学的宅基制度设计 / 148	
第七节 其他不动产法实际问题探析 / 151	
一、国内外代征地制度及各方合理的权利 / 151	
二、预售房的不当或延迟交付、办证及转让 / 155	
三、小区附属物及车位推定共有存在的问题 / 157	
四、不再分配宅基地时的优先承租权 / 157	
五、付款比例与房屋所有权的转移 / 158	
第八节 中外不动产登记制度比较 / 158	
一、国内外不动产登记的概念和效力 / 158	
二、其他国家或地区不动产物权变动模式 / 159	
三、国外不动产登记模式 / 162	
四、不动产登记审查方式与不动产物权变动模式 / 165	
第九节 中外其他新型财产法问题比较与反思 / 166	
一、现代物权的抛弃与先占制度比较 / 166	
二、遗失物等无主财产交集体组织问题 / 175	
三、动物和脱离人体的组织器官 / 175	
四、房东物权与房客人身权 / 176	
五、无扶养义务家庭成员间的居住权 / 176	
第六章 债权制度比较 / 177	
第一节 各国债权制度概貌 / 178	
一、债权的一般性规定及发展 / 179	
二、契约法的总则与分则 / 181	
三、无因管理制度和不当得利之债 / 184	
第二节 格式合同与公民地位的衰落 / 184	
第三节 交叉要约合同 / 189	
第四节 立约定金对主合同的担保范围及罚则的适用 / 190	
第五节 效率违约与惩罚性违约责任 / 192	

第六节 限定债权代位条件和入库规则的改进 / 194

- 一、现行司法解释限定为钱债超出了立法权限 / 194
- 二、借鉴外国和其他地区立法与扩大债权可代位范围 / 195
- 三、对完全取消入库规则损害优先权的反思 / 198
- 四、土地使用权的保全特性及其可代位的合理性 / 199

第七节 比较劳动合同法 / 202

- 一、劳动合同的概念及其在实践中存在的问题 / 202
- 二、劳动人事保证合同 / 204
- 三、我国集体合同制度缺陷及修补 / 205
- 四、兼职和双重劳动合同与农民工劳动权 / 206
- 五、试用工期限条款比较 / 206
- 六、竞业限制合同一般条款比较 / 207
- 七、过错解除劳动合同与竞业限制 / 209

第八节 新型无名合同与经济活力 / 211

第七章 中外人身权制度比较 / 214

第一节 中外人身权民事保护概括比较 / 214

- 一、人身权法的概念及其缘起 / 214
- 二、人身权法在民法中的地位及我国学者的误区 / 217
- 三、比较分析我国民法草案人身权法的一般规定 / 221

第二节 国内外有关生命权制度的新问题 / 222

- 一、生命权与临终患者自然死亡权 / 222
- 二、国外畸婴安乐死制度的立法探究 / 223
- 三、人的生命特征的界定与怪胎处置 / 225

第三节 生存权与发展权民事化比较分析 / 226

- 一、公法的群体生存权与民事的个体生存权 / 226
- 二、民事领域里的生存权问题 / 228
- 三、生存权与公民间危难救助和抢救义务 / 229

四、生存权与生命权或安全权及行乞权的关系 / 230

五、个体发展权与所谓的“人生计划权” / 232

第四节 国内外人身身体权方面的焦点 / 234

一、法国民法典身体权一章 2004 年 9 条新规 / 234

二、有偿使用人体器官问题的国际争论 / 235

三、美容整容权与肖像权和身份权 / 236

四、人工变性与性别选择权 / 237

第五节 与基因和人体试验相关的权利及克隆权 / 238

一、作为基本人权的基因遗传权 / 238

二、禁止克隆人及其医学人体实验规则 / 239

三、法国民法典关于基因权和人体试验条款的借鉴 / 240

四、比较分析我国的药物人体试验问题 / 242

五、探寻未来基因遗传权与特殊情况下的克隆权 / 244

第六节 民事身份权或资格权制度再生 / 244

第八章 中外亲属制度比较 / 246

第一节 中外婚姻要件比较与新探 / 246

一、结婚双方性别限制之规定 / 247

二、明确禁止欺诈、胁迫、虚假结婚 / 249

三、结婚不得附加违法条件和期限 / 251

第二节 婚姻障碍之中外法律比较 / 253

一、详定合理的近亲禁婚范围 / 253

二、禁婚疾病的列举和概括规定 / 256

三、罪犯和未决犯的禁婚问题中外探讨 / 257

四、因奸犯罪缓刑假释期禁婚问题 / 259

第三节 中外夫妻制度与家庭制度比较 / 261

一、夫妻同居权与婚内强奸问题 / 261

二、贞操权与私通侵权和性骚扰侵权 / 262

三、夫妻法定救助义务与遗弃罪的认定 / 263

四、夫妻共同生育权与和他人私生侵权 / 263

五、市场经济中的夫妻财产制 / 264

六、亲权制度与亲属扶养制度比较 / 265

第四节 中外离婚制度比较与反思 / 267

一、协议离婚制度的确立与别居制度探析 / 268

二、判决离婚以共同生活无可挽回的破裂为据 / 269

三、离婚后果与探视权和终身年金 / 270

第九章 各国财产继承制度比较 / 271

第一节 现代继承制度的一般特征 / 272

一、现代私有制国家继承制度的特征 / 272

二、各国继承制度的发展趋势 / 274

三、继承权的取得与丧失的一般规律 / 276

四、对继承人和被继承人的债权人的保护 / 277

第二节 各国法定继承制度比较 / 277

一、继承人的一般范围和顺序的规定 / 277

二、法定应继承份额的分配与调整 / 279

三、西方国家遗产用益权的特殊规定 / 282

四、遗产先取权的实用性与限制 / 283

第三节 各国遗嘱继承制度比较 / 283

一、遗嘱继承的方式及适用范围的限制 / 283

二、遗嘱有效条件的法定制度 / 284

三、遗赠及其执行的条件 / 286

四、特留份的意义与实施 / 287

第四节 遗产的分割 / 289

一、遗产分割前的接受与放弃 / 289

二、遗产分割的原则与权利义务一致 / 289