

民法讲座

(下 册)

第三期全国民法师资进修班

一九八三年十一月

目 录

外国商法·····	(1)
婚姻法·····	(153)

外 国 商 法

第一讲 商法概论

一、商法的概念和沿革

(一) 什么是商法

有关商法的概念和定义，各个国家下得不一样。有的学者提出，商法就是关于私人企业的法律，或者说是关于企业的私法。也有的提出，商法就是商人和商行为的法律规范的总和。还有的提出，所谓商法就是平等当事人之间的商业活动的法律规范的总称。英美法系国家对于商法的定义，我们可以参考布莱克的法律辞典，他谈到商法的概念就是表示商人所承认和使用的有关调整他们之间的交易关系和解决纠纷关系的法律规范。总之，用我们的语言来说，就是有关资本主义企业的组织和活动的法律规范。这里面包含了两个重要的内容，一个是组织，一个是活动。可见，商法有这样一些特点：

商法是私法。它和民法都是私法的范畴。在资本主义国家，民法、商法是一类概念，经济法和劳动法是另一类概念。无论实行的是私法的一元主义，或者是私法的二元主义，民法的一些基本原则同样适用于商法。所谓私法一元论，就是私法即民法，民法包括一切，也就是大民法。商业的一些规范，如有关商事活动和商业企业的规定，都列入民法之中，只有一个民法典，没有同时并行的商法典。所谓私法二

元论，是指既有民法典，也有商法典。不管是民商合一也好，或是民商分立也好，民法的原则都同样适用于商法。

从民法的基本体系结构来看，如果罗马法抛弃“诉”的那部分，民法的内容就是人、物、债三个部分，这是构成民事法律关系最核心的部分。在民事关系中，如果没有主体，就不可能进行民事活动。物是财产，没有财产，就不可能进行财产的交流、流转，而要进行财产的交流，又须通过债的关系。因而，这三个东西是民法中最核心的内容。同样，把这三个东西放在商法中，也是这个道理。商法里的“人”，就是商人。它包括商人的通则、商人的法律地位、商事企业、商号名称、商业账户，还包括商业使用人、商业代理人的概念。更重要的还有公司。这一些都是解决商法里面商人地位的问题，也就是我们所说的组织法。在各国的商法里，都被看作是十分重要的问题。大家知道，民事法律就其调整的内容可分为两类，一是组织法，一是活动法。我们的国营企业法，公司法无非是组织法，讲组织机关、权限范围，有什么权利和义务等等。另一部分，就是活动法。我们所说的商法，就是商人法，就是有关商人、商事公司、合伙组织的法律规范，也就是民法中的“人法”。商法中的“人法”也是商法里最核心的内容。研究好这一部分，能使我们对民法中的法人概念有更深入的了解，因为法人概念的形成脱离不了公司，脱离不了商业组织。正是股份有限公司的出现才使法人的理论最终确立下来。

物，在商法里有没有体现呢？有，但是不多。一般的动产，不动产，都在民法的物权里规定了。在商法里，专门的财产规定比较少，比较多的是有价证券的规定。我们的民法

讲义中把有价证券放在“物”中去讲，但从严格的意义来说，有价证券体现的关系还是债权关系。除了股票代表股份权之外，其它的一些有价证券都体现债权，当然，也有些代表物权。讲到票据法时再专门讲。

民法里的债，在商法里体现得很多，而且有重大发展。这一部分在商法里，实际上就是商行为，商业上的行为体现的就是债的关系。因此可以说，商法就是调整商人和商行为的规范，也就是调整人的关系和债的关系的规范。物权和所有权关系完全由民法规定，适用民法规范。

商法大体分为两大部分，第一部分的规范是专属于商法的，是被各个国家所公认的，最典型的如法国、德国、日本等国的商法典（也就是大陆法系的商法典），除了总则（讲商人的地位）之外，无非是四大部分，即公司、票据、海商、保险。这是商法传统的四大块。海商、保险和票据所体现的都是商行为，都是商业交易、商业买卖、商业活动中所体现的债权关系。在商业里，就叫商行为。

还有一部分商行为，商法典没有专门规定，它在民法典里也有，比如民法规定的买卖，你能区别什么叫民事买卖，什么叫商业买卖吗？不可能。买卖，有的可能是商人经营的买卖，叫商事买卖。不是商人经营的买卖，就是民事买卖。运输、租赁、承揽都是这样，不象保险，保险一定是商业性质的，海商也一定是商业性质的。而其它的，既可能是商事的，也可能是民事的。就是说可能是商人经营的，也可能不是商人经营的。比如，我把你的房子租来住，就是民事租赁关系。如果说成我把你的房子租来开旅馆或者开电影院，这就是商人的租赁关系，要由商法来调整。这种关系的

基本规范是民法规范，但属于商业性的部分，要受商法调整，商法里的行为，要受到民法原则的指导并遵循具体章节的规定，也要遵循商法特殊规范的规定。所以民法是有关私法的原则性的规范。即一般性的规范。而商法则是民法原则在商事关系中的体现，在商事中的进一步规定。这两个东西是相辅相成的，商法是对民法的补充。二者是矛盾的统一体。

（二）、商法的沿革

商法的发展大致经过了这样几个阶段：

1、古代的商法

古代的商法比较简单，没有形成单独的法律体系。只不过是在罗马法的万民法中体现了一些商法的规范。什么是万民法？万民法无非是调整罗马人之间的关系和非罗马人与罗马人之间的关系。这些关系的本质，很多是体现罗马人与非罗马人之间的贸易关系。所以，人们通常把商法的起源，或者说国际私法的起源从万民法那里找到了，认为市民法是民法的起源，万民法是国际私法和商法的起源。这不是没有道理的。当然不能拿现在的眼光看，说万民法体现的都是商法，不能这么看。在当时地中海一带，除了罗马法之外，希腊和爱琴海一些国家商业比较发达，尤其海商贸易比较发达。很早的时候，爱琴海的罗得岛就成为欧亚之间贸易航道的重要地方，当时有个罗得海法，是海商贸易中最早的海损方面的规范。

2、中世纪的商法

到中世纪时，商法有了进一步发展，特别是在地中海和其它沿海地方。商法的发展和什么相联系呢？还是和海商贸易联系在一起。因此，商法发展的动力是海商贸易。海商

始终是商法中很重要的一部份内容，或者说是占主导地位的内容，推动商法前进的重要内容。以后，海商就逐渐从商法中脱离出来。有两个脱离，一个是有关商事规范从民法中脱离出来而成为商法，再一个是从商法中逐渐脱离出海商法来。现在，有的国家已经有了独立的海商法典。这就是说，当商业关系越来越复杂，法律的体系、法律的部门也随之而变化。

中世纪的商法有几个特点。

第一，中世纪的商法受着分封割据和教会的影响。欧洲的封建社会同我们国家的封建社会不同，我们国家封建社会的特点是中央集权。西方封建社会的特点是分散，没有中央集权。因而，中世纪的商法是地方法，其特点是没有统一的法律，每一个港口，每一个城市，每一个商业的要津，都有它自己的一些规范。法国著名启蒙思想家伏尔泰说：我在法国旅行的时候，我所碰到的法律的变换。就象我需要换马的情况，当时没有火车、汽车，只有驿站，要经常换马。当时的港口大多都属于自由城市。据我们了解，德国的历史好象都是王国，这次我去汉堡问了一下，才知道汉堡在历史上就是共和国性质。因为它是海港城市，海港城市往往都是自由城市。这些地方不受或很少受国王法律影响，根据他们商业贸易的需要，有一些适合商业贸易的地方法规。

第二、它只限于商人这个等级使用。中世纪封建社会是等级制度。每个等级都有自己等级的法，商人作一个等级，也要有法。它的法，就叫商人法。商法为在英文中有三个词：Mercantile Law, Business Law, Commercial law。从这三个概念，看出它有不同的发展期时。在英国中世纪的

时候，与欧洲的情况一样，这个商法就是商人本身所使用的法，所以叫mercantile Law，就是我们刚才所说的商人为主的商法。后来，以商事行为为主，就是Commereial Lam。美国的商法常用此词，美国的“统一法典”（ucc）就用的这个词。美国有时也用BussinessLaw，但这个字现在用得比较少，现在也翻成商法，但是，这个商法，严格说来是“经营”、“营业”，因为凡营业均属商业，故营业法也称为商法，上述三词都叫商法，也都通用，但原来的含义有所不同。中世纪的时候，更多的是商人的等级，也就是说行会。这次我们去访问，体会很深，到比利时的时候，我们看了几个港口，如像根特、布鲁日、安特卫普，都是临近海边的，像海上一样，有很多条河汊。人家介绍，这条河汊，过去是搞咖啡的，那条是搞绵花的。你到城市，也是这么个情况。西德慕尼黑有个中心广场，现在是市政府楼，那里过去是啤酒、皮革等行业所在地，所以，中世纪的时候是行会，行会到了资本主义国家，发展为商会。商会和行会不同。行会具有封建性。你想搞他那一行，就必须参加他的行会，服从他那个行业的法律。

第三、中世纪的时候，基本上还是习惯法。商法，从某种意义上说，即从历史形成的角度来看，它的习惯法性质更大于成文法性质。后来，各个国家形成的法典也好，海商的规则也好，无非是多少世纪以来所形成的商业惯例的文字化。由此可见，一开始，商法就具有很大的国际贸易的性质。商法的发展与海商有联系，而海商则跟国际贸易相联系。因此，我们说，商法和国际私法的起源都找到惯例上去了。就是说，商法里通常是国与国之间，这个地区和那个地区之间

商人 的交往关系。所以，它具有国际性。这个道理说明，为什么商法的规范那么容易由国际统一的规范、由国际公约来调整。而民法规范的国际化却非常困难，很难设想，有个国际公约规定全世界统一的成年人的年龄界限，都是18岁或21岁，也很难设想成立一个全世界统一的继承公约，第一顺序、第二顺序的继承人都规定得一样。但是，在商业规范中却不难，有关票据的问题、保险的问题、海商的问题、国际买卖的规定，实际上早就有了国际统一的规定了。只不过不是全世界性的，而是一个地区几个国家之间。中世纪商法的发展，海商法的发展，有很多是跟当时的条件密切结合在一起的。那时，教会是最反对借贷的（有利息的借贷），教会视利息（尤其是高利贷）为罪恶。莎士比亚的著作里都把放高利贷的人当作最坏的人，如《威尼斯商人》中的夏洛克就是这种人。为了不被视为高利贷，那时实行了一个方法；比如，我是银行家，你是航海家，我有钱，你有船，你要从欧洲运货到印度去，冒险性很大，我们就合作。我拿出一万块钱借你买货物，如果船沉了，我一万块钱不要了，你也不赔了。如果安全回来，我就拿出资的130%或140%，甚至于拿200%的钱。这实际也具有利息，高利贷的某种性质，也是现今保险制度的雏形。另外，还有一种形式，叫康孟达，也叫康孟达契约。那时，没有有限公司、股份有限公司，人们搞经营都要负无限责任。比如，你没有钱，我有钱，但我又不想负无限责任，如果我把钱借给你，法律又不允许放高利贷，怎么办？我们两人就合作，你负无限责任，我负有限责任，这就是两合公司的起源。所以，后来资本主义国家出现了一些制度，如公司、海商、保险、票据等，都可以在中世

纪时找到它的最初形式。

既然有海商，也就有陆商。但陆商不如海商发达，也没有“陆商”这个专门名词。那么，“陆商”是什么呢？最重要的东西就是集市，Fair，也叫交易会。到了一定时候，在一个日期，有关的交易，如搞皮革的、搞棉花的交易，或者多种商品的交易，或者更大范围的综合性交易，都在这里进行。西德每到礼拜日早晨，很大的广场里都是各种蔬菜、水果的集市，咱们叫农贸市场。欧洲现在的定期博览会，就是历史上延续下来的。全国或者其它国家的人都可以到这样的集市去，卖了东西之后，把钱带回去或者买另外的东西回去都不方便，于是就想办法在当地的某个交换所(Exchange)把钱存来，如果想到另一个地方去买东西，就可以开一张条纸，这就是票据的产生。所以，海商、保险、公司、票据这四大部分在中世纪的时候就形成了。

3、资本主义的商法

资本主义商法最大的特点是：

第一、形成了统一的法规，这是资本主义法制的特点。资本主义国家不再允许各个地方性的法规，必须要有一个统一的、通行于全国的法律规范。在法国，首先完成了立法方面的统一规范。公元1673年，通过了商事条例。1681年，通过了商事条例。商事条例就是以后商法的范本，后来成为商法典。1681年的海事条例，就是后来海商的规范。我们现在通常把1673年的商事条例和1681年的海事条例，看作是最早的商法典和海商法典。

第二、已经由等级法变为适用于一切公民的，适用于一切商人的法律。也就是说，不再按一个一个地区的行会来制

定法律。而且一些具体规范也越来越复杂。

第三、已经逐渐从惯例法走向成文法。

无论在英美法体系或大陆法体系国家，都出现了这个倾向。英美法系出现得更明显，因为英美法系本身就是习惯法。在英美法里，如果把民法和商法加以比较的话，民法大多数是判例法，而商法则多是成文法，或者叫制定法。我们从英美法的著作中看出这个倾向是明显的。英国出了一本《商法原理》，后面附了有关商法法令名称的条目，共有78个之多。如广告法、仲裁法、各种运输法、消费信贷法、保护消费者法、消费者安全法、不动产代理人法、保险公司法、保险代理人法、有限合伙法、商人修正法、商船法、虚伪的拍卖法、合伙法、专利法……等等，有些还规定得很详细。而在英国法中，过去却恰恰没有这么多。为什么呢？因为它为了使商事领域中形成的关系，能够有一个比较明确的法律条文来调整，必须要有明确的文字性东西，这就形成了一个重要的趋势，就是成文。再比如，美国同英国一样，不是成文法，而是判例法，但在商法方面，它却有了统一的商法典。美国的统一商法典同欧洲商法典的体系完全不一样。欧洲商法典的体系包括总则和分则，有人还加一个破产法。美国的商业法典实际上是买卖法的延续和扩大。1896年英国有一个货物买卖法，美国是1906年通过了统一买卖法，在这个基础上形成了统一商法典。它一共有九章，或叫九编。里面所讲的基本上是有关买卖的问题。通则是第一编，第二编是买卖，以第二编为主，英美法典的编排与大陆法系不一样。有时不能根据最后的数字来看出它是多少条，如221，不是第221条，而是第二编的第21条。第一编可能只有几条，第二

编是重点，条文较多，第三编是商业票据，第四编是托收、结单，第五编是信用证，第六编是批发买卖，第七编是名义上的文件，第八编是投资证券，第九编是担保。一共是九个方面。有关商法里的人事法、商人法和商业活动法有它自己的特点。一般来讲，资本主国家公法的特点是强制性规范，私法是任意性的规范，传统的观点是这样，从罗马法时期就形成了。为什么呢？公法和规范任何人都必须遵守，不得违背。私法大多数是任意性规范，当事人的协议就是法律，当事人的意思表示就是法律，这在法国民法典里已经说得很清楚了。这意味着当事人在订立契约时订立契约的内容、标的、数量、质量都是由他们自己来决定，甚至在发生争议的时候，当事人都可以自己决定要不要提请法院来解决。不愿意的话，可以用仲裁的方法，通过第三人来解决。本来仲裁是商法的问题，只有商事中才有仲裁问题。我们对外贸易有仲裁，在国内没有外贸中的那种仲裁。国内所说的仲裁，实际上是公断，由国家机关来决定，不是真正的仲裁，苏联就叫公断。真正的仲裁是由双方当事人各推选一个仲裁人，两个仲裁人再推选一个仲裁长，然后三个人来解决纠纷。这次到比利时、西德两个国家的仲裁机关作了个访问，比利时的仲裁是实行在商法中，即在商业交易中才使用。而到了西德，他们说，有些民事案件原则上不允许仲裁。特别是关于身分问题，你有没有行为能力不能由仲裁机关来决定，这是法院管辖的权力，但多数民事纠纷如合同纠纷就可以仲裁。这是欧洲国家大陆法传统的民法思想。无论民事案件或商事案件，只要是私人之间的一切纠纷，都可以通过仲裁的方法解决，这就是私法规范的任意性。在商法中，现在是两个

方面的趋势，一个是有关商人组织法的规定，越来越多的使用强制性的规范，而在活动法方面，仍然沿袭着任意性规范的特点。在这一点上，资产阶级学者有所论述。一个西德学者说：“商法是由一切法律中，既属于方式自由的而又同时属于方式严格的法律。意思是商法的趋向，一方面是形式自由，另一方面形式又要求严格。这怎么理解呢？就要看两个部分的特点，有关活动法这一部分的法律，商业活动的要求，第一尊重当事人的意志，当事人愿意订立契约，就订立契约，若不愿意，就不强制他。另外，商业活动要求迅速、简便。如在外国要到交易所买股票，打一个电话，也能用电视机记录下来，如果在一分钟之内能完成交易、五分钟之后，就可能发生涨落。一张股票，可能差五元，，若你买一万张股票，就可能相差到五万元。所以，商业交易的特点是要求迅速、简便，要求当事人正确选择方式和方法。资本主义经济的一个很重要的特点是要求流通加快，流通快，就表示资本流转得快，资本流转得快，就表示利润大，因此商业上的重要原则就是迅速简便。另外一方面，在组织法上，恰恰又走向另一个倾向，有关商人地位的规定，公司的地位的规定，越来越趋向于严格，因为你这个公司的组织影响了社会上其它的公司。你搞了五百万元的有限公司，而你的组织机构不符合国家的规定，很短时间就破产了，你的破产影响到与你有交往的其它企业。可见，组织法会影响到其它企业的稳定。因而，资本主义国家对公司法，有关商人地位的法越来越严密，越来越明确。强制性的规范越来越多。

二、商法和经济法的关系

商法和经济法的关系是个复杂的问题。大体上四有四种观点：

现在经济法没有一个固定的范围，商法也是这样。两个法本身在内涵外延都不是很确定的，再来谈这两个的关系，就很难说了。外国学者对商法和经济法的关系，有这么几种观点：

（一）认为商法是包括在经济法中，是经济法的一个部分。这次我们去比利时的根特大学法律系，同经济法教授座谈时，他们认为，广义的经济法包括商法，他们认为商法所调整的东西，都是在二十世纪经济法的范围之内。他甚至说：商法是什么呢？商法就是十九世纪的经济法，经济法是二十世纪的商法。这是什么意思呢？这个概念无非是说，在十九世纪还实行自由主义的时候，是商法。商法同民法一样，是私法，是自由主义倾向，是鼓励竞争自由、贸易自由的法，那个时候还没有经济法。为什么说经济法是二十世纪的商法呢？到了垄断资本主义比较发达的时候，为了限制一定的垄断，国家就要进行干涉，这就要运用经济法，国家的强制干涉就越来越多，所以，二十世纪主要体现的是经济法。商法就为二十世纪的经济法所包括了，所以说经济法就是二十世纪的商法。这是一种观点。

（二）经济法是商法的一部份，没有什么经济法。这是英美法中的普遍倾向。因为英美法迄今不承认有什么经济法。即使说有什么经济法，也是指国家对商法领域中，对商法领域中原来采取自由主义态度的，现在争取国家干预主

义。所以，英美的商法中都有一部分讲到反垄断，反托拉斯的问题，这一部分就是经济法的范围。

（三）商法和经济法并存。在欧洲国家许多大学都采取这种观点。比利时布鲁塞尔大学就认为商法和经济法并存，商法归商法，商法是传统的那一部分东西、经济法要专门讲，主要是讲反垄断、消费者利益的保护、产品质量等等。

（四）商法和经济法合一。上海出版的《国外法学知识经济法》那本书中，就认为商法和经济法合一。社会主义国家，无所谓商法，从苏联、东欧国家的法律体系来看没有商法，我们说的商法就是经济法，商法的公司就是经济法，商法的票据就是经济法中的票据。

由于有以上这些观点，我们就有必要把商法和经济法的一些特征和它的历史发展加以说明和解释。要说明这个问题，我想就必须把经济法这个概念产生的历史背景加以探讨，这样对商法的一些问题也就好理解了。

经济法这个概念是何时出现的，一般教科书都说是1906年德国学者雷特首先使用的。有人说是1906年德国年鉴首先提出的。看起来，这不准确。它可以往前推多少年？甚至可以往前推四十年。蒲鲁东在1865年出版的《工人阶级的政治能力》一书中，已经谈到经济法了，而且有所论述。当然在此之前莫莱里的“自然法典”也使用了这一名词，但蒲鲁东提出时已经有了经济法的经济基础。这次到比利时，我特别问了一位欧洲共同体研究经济法的，他说当然是蒲鲁东，蒲鲁东就是在《工人阶级的政治能力》一书中首先提出的。蒲鲁东在这本书里有这样一段话：“经济法即政治法和民法的补充和必然产物”，这是他的原话。这个“补充和必然产

物”，民法是实体法，经济法是它的补充和必然产物。我虽然是搞民法的，但还是要强调经济法。社会经济发展到一定阶段，必然要产生经济法。怎么理解这句话？为了懂得这个问题，懂得什么是民法，什么是市民法，什么是经济法，就必须对什么是政治法有个了解。这里面带有理论性的探讨。我们要看到，在十七、十八世纪至十九世纪，资产阶级学者使用了两个名词，一个是政治国家，一个是市民社会，这两个名词所代表的是唯物主义思想，但仅是资产阶级的唯物主义，机械唯物主义，而不是辩证唯物主义。什么叫市民社会，什么叫政治国家，搞民法的要有个了解。普列汉诺夫曾经说过：为了理解马克思的历史观点，应该记住直接先于马克思而出现的哲学和社会历史已经得到了什么样的结果。我们知道，复辟时期的法国历史学家（指基佐等人）已经达到了这个信念，而市民生活，财产关系是整个社会支柱的根基。在这个意义上，资产阶级学者已经认为市民社会这一部分的生活叫市民生活。政治国家就叫政治生活。已经看到，社会中的市民生活是整个社会发展的根基，这是唯物主义的。市民生活就是人的经济生活，家庭生活就是物质生活。人的生活所必须的是两种，一是延续自身生命所需要的东西：一是延续人类所需要的即家庭。民法所调整的就是财产关系和家庭关系，市民社会就是这么个概念，所谓上层建筑就是政治国家，把社会分为两个共同体，一个是政治国家的共同体，一个是市民生活的共同体。这是资产阶级有关民法、经济法学说的整个基础，也就是公法和私法的区分的理论基础。对于这个问题，马克思在《马克思恩格斯全集》第一卷、第二卷中经常用了政治国家的概念，但到第四