

丛书主编 何勤华

上海市教委重点学科
华东政法学院民商法丛书

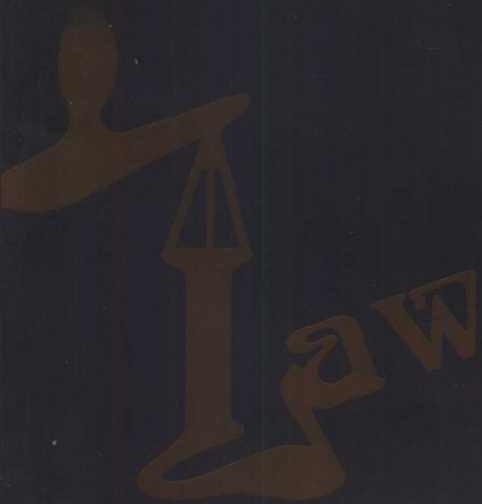
外国民商法

何勤华 李秀清 主编

导

论

复旦大学出版社



- 上海市教委重点学科·华东政法学院民商法丛书
- 何勤华 主编

外国民商法导论

何勤华 李秀清 主编

复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

外国民商法导论/何勤华,李秀清主编. —上海:复旦大学出版社,2000.10
(民商法丛书/何勤华主编)
ISBN 7-309-02651-9

I. 外… II. ①何…②李… III. ①民法-概论-世界
②商法-概论-世界 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 45305 号

出版发行 复旦大学出版社
上海市国权路 579 号 200433
86-21-65102941(发行部) 86-21-65642892(编辑部)
fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

经销 新华书店上海发行所

印刷 复旦大学印刷厂

开本 850×1168 1/32

印张 22.375

字数 602 千

版次 2000 年 10 月第一版 2000 年 10 月第一次印刷

印数 1—3 000

定价 35.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

内 容 提 要

本书是系统论述外国民商法律制度的著作。全书分为上、下两篇,计19章。上篇阐述了英美法系民商法的发展历史及特点,并系统论述了英美法系的财产、契约、侵权行为、信托、代理、公司、买卖、知识产权、婚姻家庭与继承等民商法律制度。下篇阐述了大陆法系民商法的历史、典型民商法典及民商法的最新发展,并分别对物权、债权、婚姻家庭、继承、知识产权、票据、公司、破产等大陆法系典型的民商法律制度作了论述。余论部分论述了西方两大法系对近代以来中国民商立法的影响及基本特征。全书阐述严谨,资料新颖,适合法律、经济专业的师生、法律工作者及相关人员阅读和参考。

总 序

1996年,华东政法学院民商法学科被上海市教委正式评定为上海市重点学科,在教材建设、师资培养尤其是科学研究方面获得了资助。自那时以来,在本学科全体教师的共同努力下,我们已取得了诸多成果。现拟将这批成果中带有基础理论研究性质的项目予以公开出版,第一批书目确定为《民商法新论》、《外国民商法导论》、《中华人民共和国民法史》、《民法哲学论稿》。

本丛书的编写得到了上海市教委科研处谈顺发、蒋虹、周景泰、刘唯聪等同志的热情关怀,得到了上海地区民商法专家徐开墅、沈国明、傅长禄、胡鸿高、王全弟、王美娟、陈翠银、杨心明、李铸国等的大力支持。华东政法学院民法教研室彭万林、金立琪、张贤钰、傅鼎生、吕淑琴、张驰、沈幼伦、王跃龙、戴永盛等教授,对本丛书的编写,付出了辛勤劳动。本丛书的出版也得到了复旦大学出版社领导的帮助,尤其是责任编辑张永彬先生为此套丛书的面世付出了艰辛的劳动。在此,一并表示我们诚挚的谢意。

改革开放以后,在法学各个学科中,民商法学科可能是出书最多的一个。我们希望本丛书能以其内容的创新和个性化在民商法学百花园中占有一席之地,并受到读者的欢迎。

何勤华

于上海·华东政法学院

1999年6月1日

前 言

外国国民商法,是外国法律体系中的主干,长期以来一直为我国学术界所重视,也是我国高等法律院校课程体系中的一个重要组成部分。然而,令人遗憾的是,该领域中比较系统、完整的著作并不多,比较理想的教材也很少。为此,我们不揣知识浅陋,组织编写了本书,希望能为我国外国国民商法的教学和研究作出贡献。

编写外国国民商法著作,有三种方式可以选择:

一是按照国家的顺序,如英国国民商法、美国国民商法、法国民商法、德国民商法等次序,一个个国家写下去。这种写法的优点是条理比较清楚,资料也比较好处理,缺点是国与国之间避免不了重复,体系也显得单调。

二是按照法律的内容,以某一制度或专题为轴心,将各个国家国民商法的相关内容附上,展开论述。这种写法的优点是整本书的内容不易重复,体系也比较简练,缺点是西方两大法系的民商法之间有很大的不同,有些制度很难合在一起论述,如英国法上的对价、信托等,很难在大陆法系民商法中找到相应的制度,写时仍必须单独分节。

三是综合上述两种方式,在大的方面,将英美法系和大陆法系分开,而在具体论述上又以制度或专题为轴心,这样做的好处是可以围绕一个个制度或专题,集中各个国家的相关法律规定(或案例或学说)展开论述,减少内容的重复,保证书的简练,同时,又可以

避免因两大法系的差异而产生有些重要制度无法合并阐述的矛盾。本书即采用了这一种写法。当然,这还是一种尝试,效果如何,还需等待读者的评判。

编写本书,遇到的另一个主要问题就是内容太多,如何取舍?本书所涉及的世界主要国家有英、美、法、德、日、意、俄等七个国家,而这些国家的民商法内容又非常丰富,要对一个个制度、一项项原则展开论述,即使编写一套十卷二十卷的大型丛书也未必能全部容纳。因此,要在五六十万字的一本著作中,将世界主要国家的民商法的内容全部涉及,具有相当的难度。对此,我们采用了在保证体系相对完整、系统的前提下,重点对外国民商法中的一些重要的制度和原则展开集中论述的方法,以此将世界主要国家民商法中的精华尽情地展现在读者面前。同时,附上大量注解和详细的参考文献。这样,既满足了想对外国民商法有一个大体了解的读者的需要,也能够为想要进一步深入研究下去的民商法专业的研究生和教学科研人员提供点线索。本书使用《外国民商法导论》的书名也是出于这种考虑。

本书作为上海市重点学科、华东政法学院民商法学科1999年度重点科研项目,由我和李秀清共同主持,参加编写工作的人员有:

- 吴 斌: 英国民商法部分初稿;
- 俞立珍: 美国民商法部分初稿;
- 刘艺工: 法国民商法部分初稿;
- 倪韶红: 德国民商法部分初稿;
- 方乐华: 日本民商法部分初稿;
- 莫负春: 意大利民商法部分初稿;
- 欧 亚: 俄罗斯民商法部分初稿;
- 陈灵海: 上篇第六章(代理);
- 朱晓喆: 下篇第十三章(债权法)第一节、第十五章(继承法);

吴旭阳：下篇第十三章(债权法)第二、三节；

周旋：下篇第十四章(婚姻家庭法)；

唐杰英：下篇第十六章(知识产权法)；

聂飞舟：下篇第十七章(票据法)；

陶立峰：下篇第十八、十九章(公司法、破产法)；

李秀清：下篇第十一、十二章(概述、物权法)，余论。

初稿完成后，由李秀清剪裁、加工、编排、统稿，最后，由两位主编定稿。由于参加人员比较多，资料来源繁杂，每个人的写作风格又不相同，因此虽经主编努力，存在的问题想必还很多。对此，希望得到广大读者的批评和指正。当然，对于书中的错误疏漏，则全部由主编承担。

本书的编写和出版，得到了上海市教委科研处蒋虹、周景泰、刘唯聪等同志的全力支持，得到了华东政法学院民商法教研室全体同仁的帮助，得到了审查本课题立项的沈国明、傅长禄、胡鸿高、高永富、洪莉萍等法学专家的指导，也得到了复旦大学出版社张永彬先生的帮助。对此，一并表示我们诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法学院

2000年6月25日

目 录

上篇 英美法系民商法

第一章 英美法系民商法概述	3
第一节 英美民商法的起源	3
第二节 近代以后英美民商法的发展	8
第三节 近现代英美民商法的特点	14
第二章 财产法	18
第一节 近代以前英国的财产法	18
第二节 英国现代财产法的改革	23
第三节 美国不动产法	25
第三章 契约法	31
第一节 古典时期的契约法	32
第二节 契约的订立	34
第三节 对价制度	42
第四节 现代契约法的发展	51
第四章 侵权行为法	57
第一节 侵权行为法的早期发展	58
第二节 从绝对责任到过失责任	59
第三节 严格责任与比较责任	62
第四节 现代英美侵权行为法的发展及其启示	69

第五章 信托法	73
第一节 信托法的早期发展	74
第二节 信托法的成文化	80
第三节 信托的法律特征	82
第六章 代理法	86
第一节 代理制度的流变	86
第二节 代理制度的构成	97
第三节 代理制度的比较与发展趋势	125
第七章 公司法	141
第一节 “公司”语义考	141
第二节 公司立法的历史与现状	144
第三节 公司法的实体内容	158
第八章 买卖法	165
第一节 买卖法的起步	165
第二节 1893年英国货物买卖法	167
第三节 美国《统一商法典》关于买卖规则的规定	169
第四节 1979年英国货物买卖法及其最新发展	175
第九章 知识产权法	181
第一节 专利法	181
第二节 商标法	191
第三节 版权法	198
第十章 婚姻家庭与继承法	205
第一节 婚姻家庭法	205
第二节 继承法	216

下篇 大陆法系民商法

第十一章 大陆法系民商法概述	225
第一节 大陆法系民商法的历史	225

第二节	代表性民法典评述·····	240
第三节	代表性商法典评述·····	267
第四节	民商事主体·····	282
第五节	大陆法系民商法的最新发展·····	295
第十二章	物权法 ·····	316
第一节	物权的含义和分类·····	316
第二节	所有权制度·····	326
第三节	其他物权制度·····	348
第十三章	债权法 ·····	373
第一节	债法总论·····	373
第二节	合同法·····	405
第三节	侵权行为法·····	427
第十四章	婚姻家庭法 ·····	438
第一节	亲属制度·····	440
第二节	婚姻制度·····	445
第三节	家庭关系·····	462
第四节	监护制度·····	477
第五节	婚姻家庭立法的前沿问题·····	481
第十五章	继承法 ·····	485
第一节	概论·····	485
第二节	法定继承·····	491
第三节	遗嘱继承·····	503
第十六章	知识产权法 ·····	510
第一节	概论·····	510
第二节	著作权法·····	515
第三节	商标法·····	531
第四节	专利法·····	541
第十七章	票据法 ·····	555

第一节	总论·····	555
第二节	汇票和本票·····	571
第三节	支票·····	594
第十八章	公司法 ·····	602
第一节	公司法的制定与发展·····	602
第二节	股份有限公司·····	607
第三节	有限责任公司·····	628
第十九章	破产法 ·····	639
第一节	破产法的发展·····	639
第二节	破产程序·····	643
第三节	破产的实体规范·····	656
余论：	西方两大法系对近代以来中国民商立法的影响 ·····	666
附录：	主要参考文献 ·····	694

上 篇

英美法系民商法

第一章 英美法系民商法概述

第一节 英美民商法的起源

英国是英美法系的发祥地,因此,我们要探究英美法系民商法的起源,必然要溯及英国法的历史。

1066年威廉公爵(William I, the Conqueror, 1027—1087)率领诺曼人入侵是英国法律史上具有划时代意义的事件,威廉公爵加冕为王,称为威廉一世(1066—1087),并着手建立了当时欧洲最强大的中央集权政府。为了统治需要,威廉凭借王权统一了全国的司法机关,设立王室法院,派法官在全国各地实行巡回审判。“诺曼人的征服决定了英国法的整个前途。”^①

在被诺曼人征服以前的英国,是一个原始农业社会向封建制社会过渡的国家,刚刚接受基督教信仰,迷信横行,这个社会虽然仍旧保留着古老日耳曼部落社会的许多痕迹,但封建制度的某些特点已在发展。从社会结构上说,在金字塔底部的是广大奴隶,奴隶上面是自由民或平民,一小部分贵族、领主高踞于塔尖。当时英国基本上适用盎格鲁—萨克逊法,这种法律是日耳曼法的一个分

^① L. B. Curzon, English Legal History, Macdonald and Evens Lond, 2nd edn. 1979, p. 16.

支,其特点是比较分散,不成文。^①法律的基本目的是为了维持统治,控制和缓和个人报复,在可能的情况下,代之以金钱补偿。

雄心勃勃的威廉一世在征服英国以后,决心用法律来维护他的全部胜利果实。财富和权力的来源是土地,因此他强调英国所有的土地归其所有。此后,至少在理论上英国全部土地都属于王室,一部分转授给威廉的侍从及其他贵族,他们作为国王的佃户,然后由他们再转佃给较小的农户。就这样作为封建制度的基础的土地租佃法律制度便建立了起来。

威廉一世确立的以分封租佃为特征的土地制度为英国民法的形成奠定了基础。近代以前英国的财产法、契约法、侵权行为法及信托法、婚姻家庭与继承法等形成都深受这一土地制度的影响,后列相关各章将具体阐述。这些相对独立的法律领域的产生奠定了英美法系民法的发展模式,它们的具体制度对英美法系许多国家的民法产生了渊源性的影响。

亚当·斯密(Adam Smith)曾在《国富论》一书中,认为“有两种系统,可以增进人民的财富,一是农业系统,另一则是商业系统”。并且认为“商业系统乃是现代系统”。^②威廉一世确立的以分封租佃为特征的土地制度在为英国民法奠定基础的同时,也在社会阶层中培植起了一股新生力量,他们是英国商法产生、繁盛的决定因素。

早在公元1000年前后,商人便在西欧出现,因为他们带货物徒步或骑马四处奔波,一路售卖货物,被人们称为“Pies poudreux”(泥腿子)。当时商人们的社会地位很低,谋取利润被普遍视为一种不道德的行为,并且其货物、钱款还常常遭到贵族们的恣意掠夺。因

① 何勤华著:《西方法学史》,中国政法大学出版社1997年版,第284页。

② Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Book IV, (New York) Second Editions. 1965, p. 2.

此,他们必须“谋求与封建法律相协调”,“形成为自身利益服务的法律体系”。^①这样,商人法应运而生。

英国商法起源于商人法。这里的商人法与财产法、衡平法的含义不一致,它主要是由商人们在其日常经营活动中逐渐形成并且绝对遵循的惯例组成。严格而言,商人法又可分为陆上商法和海商法,两者调整的范围不同:陆上商法调整一般商业关系,海商法则是调整海上贸易与海上运输。中世纪的商人法是随着商业的恢复和发展,以及城市的兴起而形成的,作为一种习惯法,商业惯例通常是含义不清,模棱两可的。但这个时期在英国却产生了对今天来说最重要的商业概念,如汇票、提单、租船契约、共同海损,并且从一开始便显示出与普通法截然不同的规定。商法以方便交易,加速流转,提高效率为准则,采取了一些简便的法律程序,如合同不蜡封,以及使用简式合同,不要求对价等。故而美国著名法学家泰格和利维在考察整个资本主义史与商法发展的关系后总结说:“商人法的基本点在于:有容许签订约束性契约的自由,有对契约安全的保障,还包含有建立、转移和接受信贷的种种办法。”

在英国商法发展进程中有两个值得一提的关键人物:贺尔特(Sir John Holt)与曼斯菲尔德(William Murray Mansfield, 1705—1793)。早期英国的习惯法,是中世纪的产物,其中有许多法律规定已不适应新时代与商业进步。如典当时其典当物必须交货方(mortgagee)保管,没有赎回的权利(equity of redemption);对于违约赔偿仅限于缔约人的实际损失;对于动产继承及破产清偿没有法定的顺序。^②1689年光荣革命胜利后,贺尔特任高等法院首

^① Michael E. Tiger & Madeleine R. Levy, *Law and the Rise of Capitalism* (New York: Monthly Review Press, 1977) pp. 4~25.

^② Louis Moffit, *England on the Eve of the Industrial Revolution* (London, 1963) pp. 97~101.