

外国民商法概论

姜厚仁 主编

复旦大学出版社

外国民商法概论

姜厚仁 主 编

复旦大学出版社

外国民商法概论

姜厚仁主编

复旦大学出版社出版、发行

(上海国权路579号)

上海第二教育学院印刷厂印刷

开本787×1092 32开 印张15 1/8 插页0 字数338,000

1989年7月第1版 1989年7月第1次印刷

印数1—3,600。

ISBN7—309—00366—7/D·22 定价：4.25元

说 明

《外国民商法概论》是以复旦大学法律系民法教研室的授课讲稿为基础,经过修改和整理而编写成的。它在体系上是适应教学的需要安排的,在内容上包括有法、德、日、英、美等国的民事和商事法律规定的基本情况。本书可以作为法律院校(系)和函授的教材和参考之用。

我们在编写本书的过程中,得到了一些老师的指点,也取得了许多同学的帮助,在此表示衷心感谢。

参加本书编写的同志有姜厚仁、王全弟、董茂云、倪洪智。由姜厚仁任主编。

因为我们的水平不高,编写的时间仓促,错误和不妥之处,敬希批评指正。

编著者

1988年12月

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 外国民商法的涵义	(1)
第二节 私法三原则	(2)
第三节 研究外国民商法的意义	(5)
第二章 人	(8)
第一节 人与人格	(8)
第二节 人的能力	(9)
第三节 自然人的权利能力	(11)
第四节 自然人的行为能力	(17)
第五节 法人的概念和分类	(21)
第六节 法人制度的作用	(25)
第七节 关于法人实质的学说	(27)
第八节 法人的设立和消灭	(29)
第九节 法人的权利能力和行为能力	(32)
第十节 住所	(35)
第三章 物及物权	(38)
第一节 物的概念和分类	(38)
第二节 物权的概念及物权的分类	(49)
第三节 占有制度	(60)
第四节 所有权	(64)
第五节 共有	(74)
第四章 契约法	(77)
第一节 契约的概念和意义	(77)

第二节	契约的分类及其有效条件·····	(83)
第三节	契约的形式及内容·····	(91)
第四节	意思表示的瑕疵·····	(93)
第五节	契约的订立和担保·····	(97)
第六节	契约的效力·····	(102)
第七节	对契约的不履行和迟延履行·····	(105)
第八节	买卖契约·····	(108)
第五章	侵权行为法 ·····	(116)
第一节	侵权行为的概念·····	(116)
第二节	损害赔偿的范围·····	(120)
第三节	违法行为·····	(122)
第四节	过失责任和无过失责任·····	(124)
第五节	为他人行为造成损失的责任·····	(128)
第六节	因果关系·····	(130)
第六章	知识产权法 ·····	(133)
第一节	知识产权的概念和法律特征·····	(133)
第二节	著作权法·····	(136)
第三节	专利法·····	(145)
第四节	商标法·····	(157)
第七章	亲属法 ·····	(164)
第一节	亲属法概述·····	(164)
第二节	婚约·····	(166)
第三节	婚姻要件·····	(168)
第四节	夫妻财产关系·····	(174)
第五节	宣布婚姻无效·····	(180)
第六节	离婚·····	(184)

第七节	分居	(189)
第八节	婚生子女与非婚生子女	(191)
第九节	亲权	(195)
第十节	收养	(198)
第八章	继承法	(202)
第一节	继承的概念和资本主义国家继承制度的特点	(202)
第二节	法定继承	(204)
第三节	遗嘱继承	(211)
第四节	继承契约	(219)
第五节	继承资格的丧失和保留份的剥夺	(221)
第六节	遗产的取得	(223)
第九章	外国商法概述	(228)
第一节	商法的概念	(228)
第二节	商法的适用	(232)
第三节	商法的沿革和主要资本主义国家商事立法简述	(234)
第四节	商人和商行为	(244)
第五节	商号	(257)
第六节	商事企业	(260)
第七节	商业账簿	(264)
第八节	商业代理	(268)
第十章	信托法	(271)
第一节	信托的概念及法律特征	(271)
第二节	信托的分类	(275)
第三节	商业信托	(277)

第四节	受托人和受益人的主要权利和义务···	(280)
第五节	信托制度的作用·····	(282)
第六节	信托的撤销、终止和变更·····	(283)
第十一章	防止不正当竞争法 ·····	(285)
第一节	不正当竞争的概念·····	(285)
第二节	防止不正当竞争法与反垄断法产生的 基础·····	(286)
第三节	防止不正当竞争法和反垄断法的实践 和发展·····	(290)
第四节	防止不正当竞争法和反垄断法的基本 内容·····	(292)
第五节	防止不正当竞争和反垄断的法律保 护·····	(301)
第十二章	合伙法 ·····	(304)
第一节	合伙概述·····	(304)
第二节	合伙的成立·····	(312)
第三节	商业合伙的外部关系·····	(315)
第四节	商业合伙的内部关系·····	(316)
第五节	退伙和合伙的解散·····	(320)
第六节	隐名合伙·····	(324)
第十三章	公司法 ·····	(327)
第一节	公司法总论·····	(327)
第二节	无限公司·····	(340)
第三节	两合公司与股份两合公司·····	(346)
第四节	股份有限公司·····	(348)
第五节	有限公司·····	(370)

第十四章 破产法	(373)
第一节 破产法概述.....	(373)
第二节 和解.....	(379)
第三节 破产.....	(389)
第十五章 票据法	(413)
第一节 票据法概述.....	(413)
第二节 汇票.....	(428)
第三节 本票.....	(445)
第四节 支票.....	(447)
第十六章 保险法	(452)
第一节 保险概述.....	(452)
第二节 各国的保险立法.....	(457)
第三节 保险契约.....	(459)
第四节 保险的种类.....	(462)
第五节 海洋运输货物保险.....	(465)

第一章 绪论

第一节 外国民商法的涵义

外国民商法，系指外国的民法和商法的总称。这里指的是资本主义国家的民法和商法。资产阶级在法律分类上，将民法和商法统归为私法。英国和美国虽无民法一词，但对民法（也包括商法），是在私法的意义上予以理解的。

民法在资本主义国家中，是作为私法的一般法，即私法的基本部分来对待的。商法则作为调整商人之间基于商事交易而产生的财产关系，以及企业的组织结构、组织活动和业务活动的法规，它包括有商人的法律地位、代理商、公司、票据、保险、海商等。

海商的法律调整有它的独自特征，最为突出的是它包括有一些行政性的规范，如关于船长、海员等的法律规定，表现得非常明显。现在有的国家海商法已从商法中分出，制定成单独的海商法典，而有的国家海商法仍作为商法典中的一个组成部分。

资本主义国家的民商法，从立法文件上看，有的国家实行的是民商分立的制度（称为私法二元论），有的国家实行的是民商合一的制度（称为私法一元论）。实行民商分立制度的国家，在立法文件上除了有民法典外，尚有单独的商法典。对此，在资本主义国家的法学家那里称之为形式上的商法，如法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙、荷兰、比利时等国即是。实行民商合一制度的国家，在立法文件上没有单

独的商法典，有关的商事关系的法律调整适用的是民法。瑞士债务法和意大利的民法典持这样的立场，另外尚有巴西、泰国、土耳其等国家也是这样。而英美等国是从私法意义上统一看待民法和商法的，所以也被认为实行的是民商合一的制度。资产阶级法学家把实行民商合一制度的称为实质上的商法。

资本主义国家的民商法，虽然在不同的国家中存在着民商分立和民商合一的差别，但它们在本质上是一样的，如在契约成立的要件上，合伙组织及公司的法律地位等的法律要求及其后果上是基本相同的。

第二节 私法三原则

资本主义国家的法学家把权利能力平等、私有财产神圣不可侵犯和契约自由，强调为“私法三原则”。它反映了资产阶级私法的人（主体）、物（财产所有权）、债（契约）三大组成部分的核心内容。资产阶级的“私法三原则”，是资本主义国家民商法本质集中的反映，并贯穿于有关制度之中。它是资本主义国家制定民商法规时所遵循的基本原则，也是处理和解决具体问题时必须依据的准则。

一、权利能力平等原则。它是指每个人都是独立的民事主体，都享有平等的民事权利

资产阶级从其“理性”观念出发，强调了“天赋人权”。它反映在法律上，就是把所谓的“个人人格之绝对重要”，奉为“最高指导原理”。因而，在资本主义国家的民商法中，也就必然地将“每个人都有自己的独立人格，都享有平

等的民事权利”列为一项重要的基本原则。个人就是权利的中心，故权利能力平等原则也称为个人主义原则或个人本位原则。

资产阶级的私法也强调过失责任原则，有的也称自己责任原则，这是从权利能力平等原则引伸出来的。它是指个人的行为对他人造成损害时，有过失则负赔偿责任，无过失则不负责任，至于对他人的加害行为所造成的损害，则更无任何责任。

资本主义国家民商法的权利能力平等原则的确立，在历史上具有其积极的意义。在封建社会里，由于个人的身份、等级和职位的不同，也就规定了拥有不同的民事权利。封建社会本身的一项原则就是人格上有贵贱之分，权利上有大小和有无的区别，而且从承担民事责任的角度来看，过失责任原则的提出，也是对封建制度中的特权阶层有过失也不承担民事责任，而其它等级的人无过失也要承担民事责任的不平等现象的直接否定。资产阶级私法中的权利能力平等原则的确立，对于发展商品经济关系，确立和巩固资本主义的生产方式，都起到了积极的作用，并成为—个不可缺少的条件。当然，我们同样不能忽视的是，资本主义社会的平等，是以存在着实际上的不平等为前提的。对于资产阶级描述的“理性”、“正义”、“平等”、“人权”等，恩格斯曾作过深刻的评论：“这个理性王国不过是资产阶级理想化的王国，永恒的正义在资产阶级司法中得到实现；平等归结为法律面前的资产阶级的平等；被宣布为最主要的人权之一的是资产阶级的所有权；而理性的国家、卢梭的社会契约在实践中表现为而且也只能表现为资产阶级的民主共和国。”①

穷人和富人不可能是在同一的地位，资产者和无产者不可能是平等的。这就规定了资产阶级的平等，从它的提出时起，就具有着它固有的虚伪性和欺骗性。同样，以资产阶级的平等为基础的过失责任原则，也会在资本家与工人、地主同农民、高利贷者同债务人之间所建立的契约关系中，成为维护剥削者利益的一种工具。

二、私有财产神圣不可侵犯原则。它是指给予个人以自由行使其财产的所有权，财产所有人拥有绝对排他的处分权，任何人都不得干涉。故对这一原则也称为财产所有权绝对化的原则

私有财产神圣不可侵犯在资本主义国家中，是宪法规定的一项根本原则，它在资产阶级的私法中体现为一项核心的基本原则。资本主义国家强调的财产所有权是生产资料的私有权，因而它是有产者的权利，归根到底是资产阶级剥削劳动者的权利。《共产党宣言》中曾指出：“这种私有制之所以存在，正是因为私有财产对十分之九的成员已经不存在。”^①从形式上看，私有财产神圣不可侵犯，财产所有权绝对化是对一切人的，实际上它不能不是对资产阶级享有的占有生产资料特权的保护。这项原则在资本主义国家中作为一项基本原则被提出，是资产阶级保护其地位和权利的必要条件。

三、契约自由原则。它是指当事人订立契约时，在内

①《反杜林论》。《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1972年版，第57页。

②《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1872年版，第267页。

容和相对人的选择上，是由其本人的意志决定的，纯属当事人的自由，任何人都不能进行干涉

“自由”是资产阶级革命时提出的，其基本内容是“个性解放”、“政治自由”、“贸易自由”等。资本主义国家强调“契约自由”，并把它作为“私法”的一项基本原则予以确定下来，正是资产阶级的“自由”观念在民商法中的反映。

“契约自由”原则如同资产阶级在革命时期提出的自由口号一样，在反对封建制度上具有其进步的意义，它否定了封建制度的国家、教会、封建领主和特权阶层对民事活动的限制与干涉，保证了资产阶级的自由经营、自由竞争和自由积累财富，反映了资本主义商品经济发展的要求。

在资本主义国家中，劳资关系的建立，也是适用“契约自由”的原则，对于没有生产资料的劳动者来说，这只能意味着受剥削的自由。在劳动者与生产资料相分离的资本主义社会中，这种自由实际上只能是听任资产阶级摆布的自由。

第三节 研究外国民商法的意义

研究外国民商法的意义，简单说来就是“借鉴”，即取其有益的东西，批判其消极的因素，便于在同资本主义国家进行各种民事和商事的往来中，有效地保护我们国家和公民的合法权益。

我们对外国民商法进行了解和研究，也是一种有助于发展我国民法学和经济法学的必要方法，通过研究和比较，就可以分清有益、无益及有害之处，这对于指导我国的有关民

事和经济的立法、司法工作，也是需要的。今天，我们正处在建设社会主义现代化的新时期，坚持对外开放，对内搞活经济的政策，这就要求我们必须认真对待这个问题。

我们了解和研究外国民商法的重要意义，可概括为以下几点：

一、有助于深入了解和研究我国的民事和经济的法律制度

民法是上层建筑的一个组成部分，它是由经济基础决定的，但是民法也有它的相对的独立性，有它自己的规律和发生、发展、变化的历史。我国古代的法律，各朝的律例，虽然也包括了一些民事法律规范，但作为现代民法的体系和各种的制度，则是来自欧洲，同资产阶级的民法具有着历史的联系。当今的外国民商法则是民法的各种制度发展历史的一个新阶段，因此，要研究我国的民事立法和经济立法，就不应割断这种联系，而是要掌握它的发生和发展的历史。

二、有助于更好地发挥我国民事立法和经济立法的作用

民法和商法调整的是商品经济关系。今天在社会主义国家中仍然存在着商品经济关系，但它与建立在生产资料私有制基础上的资本主义商品经济关系有本质的区别，社会主义的商品经济关系是建立在生产资料公有制基础之上的，我们对二者的这一本质区别不能忽视。然而我们也应看到，社会主义社会同资本主义社会又都是商品生产的社会，商品经济关系又有着不依人们意志为转移的自身的客观规律，这是商品经济关系中共同具有的，它反映在民法规范上，就会有一些共同的、可以借鉴的东西，以适合我们调整商品经济关系的需要。我们的借鉴必须以鉴别为基础，对于其中不适合

社会主义经济基础的部分，则必须剔除。要能做到这一点，也必须对资产阶级的民法和商法的性质及其作用，能有所认识和了解。

三、有助于保护我们国家和公民的合法权益

对外开放，对内搞活经济，是我国建设和发展社会主义事业必须坚持的一项政策。随着我国对外关系的发展，我们在对外贸易、投资、财产所有权、债权、知识产权、损害赔偿、继承、婚姻等方面，都有涉外的纠纷和案件。国际私法向我们指明的是在涉外民事纠纷和案件中，应该适用哪个国家法律的问题，而外国民商法则向我们指明的是这些国家有关的实体法是如何规定的。我们只有了解有关国家的实体法，才有可能在解决我们国家和公民的涉外纠纷时，有效地保护我们国家和公民的合法权益。

第二章 人

第一节 人与人格

民法中的“人”，并不是指人的自然属性，也不是指人的社会属性，而是指民事法律关系的主体。但资本主义国家的民法很少使用“法律关系”一词，这是因为资产阶级强调民法是以权利为本位的法律，强调一切“私法”都是以人的权利为其核心，因之研究民法也都是着重于研究民事权利，而不是人与人之间的关系。丢开人与人之间的关系去研究民法这是资产阶级民法学的一个特点，也是与社会主义国家对民法的研究所存在的一个根本的区别。此外，资本主义国家的民法从天赋人权这一基本观点出发，把民事权利看作是人自出生后就自然享有的一种权利，因而他们着重于“人”，对于“主体”一词也并不多用。

资本主义国家民法中的“人”，是指在法律上能够享有权利和承担义务的“人”。它可以是自然人，也可以是法人，统称为“人”。可见，这里所说的“人”，并非一般意义上的人，而是民法意义上的“人”。

“人格”，是指可以成为享有权利和承担义务的“人”所必须具备的条件，即资格，亦即“私权”的享有资格。这种资格基于天赋人权的观点，自然也是人出生后就自然享有的，“私权的享有从出生开始”（日本民法典第1条之3）。由此可见，资本主义国家的民法中所说的“人格”，并不是指人的品格，这是两个不同的概念。