

# 中国民商法律制度

——大陆与港台地区民商法之若干比较

主 编 王杲纯

副主编 胡 翔 胡冰松

撰稿人 (以章节先后为序)

王杲纯 屈茂辉 胡 翔

周辉斌 邓建华 李爱年

胡冰松 肖 钢 彭 虹

何小王

中国检察出版社

祖国的和平统一已是不可抗拒的历史潮流。大陆与香港、澳门、台湾的交往与经贸合作正在快速发展,其间所涉及的法律接触和冲突也在大量增多,这也要求我们对大陆和香港、澳门、台湾的不同法律制度进行比较,发现其异同,分析异同的原因并作出适当的评价。

基于上述原因,大陆与香港、澳门、台湾不同法律制度的比较研究,尤其是民商法律制度的比较研究,正在成为比较法学的一个很特别的研究热点。一般来说,比较法学是以研究不同国别法律制度为对象的。而大陆与香港、台湾法律制度的比较研究则是同一国家不同法域的法律制度的比较研究。近几年出现不少研究香港法律制度的著作,也有研究台湾法律制度的专著出版,更有一些学者将大陆法律制度与香港、大陆与台湾法律制度进行比较研究。但依笔者之见,这些研究存在两个局限,一是局限在某项具体的民商法律制度的比较研究;二是局限在大陆与香港或大陆与台湾民商法律制度的比较研究,而没有把大陆、香港和台湾作为一个整体,在统一的历史传统与文化背景下去研究不同法源的法律制度形成和发展的轨迹及其异同。王果纯教授主编的《中国民商法律制度——大陆与港台地区民商法之若干比较》一书的出版,应当看作是弥补这一不足的有益尝试。<sup>\*</sup>通读书稿之后,我有一种感觉:这是一项开拓性的研究,难度和艰辛不言而喻。虽然还比较粗糙,也有一些值得切磋之处,但这毕竟是一个可喜的成果。我也相信,王果纯教授和他的同仁会把这项颇有价值的研究继续下去。

李双元

一九九七年十二月于岳麓山下

# 京新登字 109 号

## 图书在版编目(CIP)数据

中国民商法律制度:大陆与港台地区民商法之若干比较/王杲纯  
主编, - 北京:中国检察出版社, 1997. 12

ISBN 7 - 80086 - 485 - 5

I . 中…… II . 王… III . 民法:商法 - 法制制度 - 研究  
- 中国 IV . D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 26959 号

## 中国民商法律制度

——大陆与港台地区民商法之若干比较

主编 王杲纯

中国检察出版社出版发行

北京市东城区东总布胡同 10 号

新华书店经销

北京市社科印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 13 印张 332 千字

1998 年 1 月第一版 1998 年 1 月第一次印刷

印数:1—3000 册

ISBN 7 - 80086 - 485 - 5/D·486

定价:19.00 元

## 序 言

比较法学是我国社会主义法学研究的一个重要领域。我国的现代化建设就其实质来说是一个从封闭走向开放,从人治走向法治,从落后走向现代文明的历史过程。从这个意义上看,法制建设是现代化建设不可或缺的重要环节。为了推进法制建设,我们既要深入研究法学理论,研究我们的国情和历史传统;也要面对社会主义市场经济发展的现实要求,服务实践,推动实践;还需要了解研究有关外国法律的基本原则和精神,启发思路,参考借鉴和吸收外国法律结构、法律技术、国际惯例和某些具体规定。可见,比较法学研究有着重要的理论价值和实践价值。

由于众所周知的历史原因,中国成了一个多法域的国家。大陆、香港、澳门和台湾都有着各自不同的法律渊源,其法律制度在内容上和形式上均有着不同的特点和差异。然而,它们又同归“中国”之下,其历史与文化的共同性当是十分鲜明而无须多言的。在这里我们看到了一种奇特而又非常有趣的历史现象:不同渊源的法律制度在同一历史与文化环境中生长。这种生长既是一种法律文化的选择,也是一种基于文化与社会发展需要而形成的法律制度的移植、再造和革新。把它们作为一个整体来研究和比较,对于我们更进一步了解和认识中国的历史传统和法律文化环境,研究中外法律文化的交融与冲突,将有着重要的启迪意义。撇开社会制度的本质差异,香港、澳门和台湾事实上先于大陆而较早地步入了现代市场经济的行列,较早地完成了与世界经济秩序和现代文明的接轨和融合,这对于我们无疑具有重要的借鉴和参考价值。

香港顺利回归,标志着“一国两制”的伟大构想已经成为现实。

# 目 录

|                           |              |
|---------------------------|--------------|
| 序 言 .....                 | ( 1 )        |
| <b>第一章 法律传统 .....</b>     | <b>( 1 )</b> |
| 第一节 法律的历史与文化 .....        | ( 1 )        |
| 第二节 民商法体系 .....           | ( 6 )        |
| 第三节 民商法的渊源 .....          | (10)         |
| <b>第二章 代理法律制度 .....</b>   | <b>(16)</b>  |
| 第一节 代理的界定、立法体例和适用范围 ..... | (16)         |
| 第二节 代理权发生根据和代理分类 .....    | (21)         |
| 第三节 代理权的行使与终止 .....       | (25)         |
| 第四节 无权代理及其后果 .....        | (30)         |
| <b>第三章 物权法律制度 .....</b>   | <b>(34)</b>  |
| 第一节 概 述 .....             | (34)         |
| 第二节 所有权 .....             | (40)         |
| 第三节 用益物权 .....            | (53)         |
| 第四节 担保物权 .....            | (62)         |
| <b>第四章 合同法律制度 .....</b>   | <b>(81)</b>  |
| 第一节 合同与合同法 .....          | (81)         |
| 第二节 合同的订立 .....           | (85)         |
| 第三节 合同的效力 .....           | (91)         |
| 第四节 合同的转让和解除 .....        | (99)         |
| 第五节 违约补救措施 .....          | (101)        |
| <b>第五章 货物买卖法律制度 .....</b> | <b>(106)</b> |
| 第一节 概 况 .....             | (106)        |

---

|             |                      |              |
|-------------|----------------------|--------------|
| 第二节         | 货物买卖合同的订立·····       | (107)        |
| 第三节         | 货物买卖合同的效力·····       | (109)        |
| <b>第六章</b>  | <b>侵权行为法律制度·····</b> | <b>(120)</b> |
| 第一节         | 侵权行为与侵权行为法·····      | (120)        |
| 第二节         | 一般侵权行为·····          | (125)        |
| 第三节         | 特殊侵权行为·····          | (136)        |
| 第四节         | 侵权责任的承担·····         | (142)        |
| <b>第七章</b>  | <b>知识产权法律制度·····</b> | <b>(148)</b> |
| 第一节         | 著作权法律制度·····         | (148)        |
| 第二节         | 专利法律制度·····          | (161)        |
| 第三节         | 商标法律制度·····          | (177)        |
| <b>第八章</b>  | <b>婚姻家庭法律制度·····</b> | <b>(191)</b> |
| 第一节         | 婚姻家庭立法概况·····        | (191)        |
| 第二节         | 结婚·····              | (195)        |
| 第三节         | 家庭关系·····            | (199)        |
| 第四节         | 收养·····              | (207)        |
| 第五节         | 离婚·····              | (211)        |
| <b>第九章</b>  | <b>财产继承法律制度·····</b> | <b>(218)</b> |
| 第一节         | 财产继承立法概况·····        | (218)        |
| 第二节         | 法定继承·····            | (221)        |
| 第三节         | 遗嘱继承·····            | (227)        |
| <b>第十章</b>  | <b>公司法律制度·····</b>   | <b>(236)</b> |
| 第一节         | 公司立法与公司种类·····       | (236)        |
| 第二节         | 有限责任公司·····          | (238)        |
| 第三节         | 股份有限公司·····          | (248)        |
| 第四节         | 公司债券与其他制度·····       | (271)        |
| <b>第十一章</b> | <b>证券交易法律制度·····</b> | <b>(285)</b> |
| 第一节         | 证券发行·····            | (285)        |
| 第二节         | 证券上市·····            | (289)        |

---

|                     |                    |              |
|---------------------|--------------------|--------------|
| 第三节                 | 证券市场·····          | (300)        |
| 第四节                 | 证券商·····           | (311)        |
| <b>第十二章</b>         | <b>保险法律制度·····</b> | <b>(328)</b> |
| 第一节                 | 保险法体系·····         | (328)        |
| 第二节                 | 保险合同·····          | (332)        |
| 第三节                 | 保险业·····           | (344)        |
| 第四节                 | 保险类型·····          | (357)        |
| <b>第十三章</b>         | <b>票据法律制度·····</b> | <b>(362)</b> |
| 第一节                 | 票据法的基本问题·····      | (362)        |
| 第二节                 | 汇票·····            | (373)        |
| 第三节                 | 本票·····            | (393)        |
| 第四节                 | 支票·····            | (396)        |
| <b>参考书目</b> ·····   |                    | <b>(400)</b> |
| <b>后    记</b> ····· |                    | <b>(402)</b> |

## 第一章 法律传统

### 第一节 法律的历史与文化

中国大陆、香港、台湾虽同归“中国”之下,其历史与文化的共同性当是十分突出和不言而喻的,但在比较研究它们之间的法律时,毫无疑问,大家一般都会认同它们之间又的确存在不小的区别,这种区别当然影响其法律制度从而使其各具特色。

#### 一、大陆法律的历史与文化

中国大陆现行法律是在 1949 年 10 月 1 日中华人民共和国政府建立后逐步建立起来,并在 1979 年以后的这十几年的时间内体系化的。

早在 1949 年 2 月,中华人民共和国建立前夕,中共中央就发布了《关于废除国民党六法全书与确立解放区的司法原则的指示》。新中国建立后,除台湾外,中华人民共和国政府所辖区域内,国民党政府制定的法律被全部废除,人民的司法工作以新制定的法律为依据。尽管在 50 年代,中国大陆仅颁布了 1954 年《宪法》、1950 年的《土地改革法》和《婚姻法》等为数不多的几部法律,但一套新的法律体制在 50 年代就初步建立起来。由于众所周知的原因,中国大陆法制建设的春天始于中国共产党的十一届三中全会以后,中国现行法律都是这十几年内逐步建立和完善的。

中国大陆法律的首要来源是原苏联社会主义法律,不论是在革命根据地时期,还是新中国建立后的时期,苏联社会主义法律给了中国大陆法律以极大的影响。为什么如此,这是不难理解的。苏联是世界上第一个社会主义国家,有着丰富的关于马克思主义法学的理论和大量的社会主义法制的实践。现在看来,当时的学

习、模仿甚至一定程度上的移植,是十分必要的,也是相当有益的。50年代,中国大陆还派出了一批年青人到苏联学习法律,这些人后来都成了中国社会主义法制建设的骨干。当然,也不可避免地使中国大陆法律有着苏联法律的“痕迹”。

中国大陆法律的第二个来源是中国大陆自身的法制建设的经验。早在新民主主义革命时期,中国共产党领导的革命根据地,就创立人民民主法制。革命根据地的法制建设,范围很广,包括宪法大纲和施政纲领、政权组织法、选举法、行政法、刑法、诉讼制度、监所制度、土地法、劳动法、婚姻法及军事法规等等。它所确定的许多重要制度、指导原则,至今仍有现实的指导意义,只是在内容和形式上得到了进一步的充实和发展。

在结束了“文化大革命”以后,以邓小平为代表的中国共产党领导人和广大的中国大陆人民,对于“文化大革命”的极端破坏性和中国大陆过去20多年的法制建设的教训有了清醒的认识。于是,在实行改革开放之后,以“一切从实际出发,理论联系实际”为指导,开创了社会主义法制建设的新局面,进行了成功的实践,积累了不少的经验。国家决定实行社会主义市场经济体制以来所制定、修改的法律,无不反映了这种成功的经验。

十分明显,中国大陆现行的法律中极少有中华法系时代的特征,虽然不可否认中国大陆人民中的不少人仍在深层次上有着中国封建时代的一些法律意识,但是,中国大陆现行的法律,无论是民法还是刑法,无论是实体法还是程序法,都很难从中国封建社会的法律中找到其影子。进而言之,在这种意义上,现时中国大陆的法律与中国封建社会的法律,其文化上的确存在一定的隔离带,它直接源于社会主义法律文化,这也就是中国大陆法属于社会主义法系的原因之一。

当然,我们并不否定中国传统文化对中国大陆法律的影响。事实上,在一些“民族性”较强的法律上,只要仔细分析,仍可以找到中国传统道德在法律中的反映。不过,这种影响并不多也不大,

更大量的影响主要存在于人们关于法的作用、地位和效能方面。

特别应当指出的是,在改革开放以后,中国大陆法学界已逐步认识到了苏联法律的种种弊端,加上国家以社会主义市场经济作为全国的经济目标模式后,与高度集中的计划经济相伴而生的苏联法律更不适应中国的需要了,更何况苏联已于 1991 年解体。于是,中国大陆从过去单纯向苏联的法律学习、借鉴,转变成汲取世界一切优秀法律文化成果包括发达资本主义国家的成功的法律制度,提出了中国法制现代化、国际化的目标。在构建现代法律体系尤其是与社会主义市场经济相适应的法律体系方面,中国大陆法律主要是借鉴、吸收西方发达国家的法律。

从法律的制定和形式上看,中国大陆法律当属于成文法法律。即使从中国大陆法律主要来源于苏联社会主义法律和自身的实践来说,也是如此。一则苏联社会主义法律建立之前的法律也受过罗马法的影响;二则中国几千年严格的成文法传统深深根植于中国人的脑海中,在这一点上,不能说有着隔离带。但无论如何,可以说中国大陆法律的成文法特性是难以改变的。

## 二、香港法律的历史与文化

香港(包括香港岛、九龙、新界地区)历来是中国的神圣领土,在 19 世纪中叶以后,被英国占领,从国际法的角度来说,清朝政府与英帝国在 19 世纪签订的决定香港地区地位的三个条约是不平等条约,是非法行为的产物,都应归于无效。在中、英两国政府的共同努力下,本着“一国两制”的基本原则,从 1997 年 7 月 1 日起,整个香港已归还中国。

不论中国历届政府对香港地位持什么态度,由于香港在百余年里由英国治理,英国事实上将其法律推行于整个香港地区。在香港回归之前,香港的法律主要由三个部分构成:第一部分为英国法律,这包括英王敕令在内的英王法律体系;第二部分也为英国法律,主要有英国的议会立法和英国的普通法和衡平法;第三部分为香港立法机构制定的法律或认可的附属立法和中国的传统习惯。

尽管香港的成文法律文件占相当大的比例,但其法律制度的基本特点是以判例法为主体,是英国普通法系的分支。

值得指出的是,香港法律毫无疑义具有中国旧法的因素。香港初期,英国法是舶来品,法理深奥,判例玄妙,加之语言障碍,普通市民对之漠然,很难渗透到市民的法律意识中去。英国占领者为了缓和与华人之间的矛盾,在没有建立适当的法律制度以前,宣布在中国人之间发生的法律问题,仍然适用中国法律,如《大清律例》和习惯法。随着英国殖民政权的日益巩固和完善,中国法律的地位和效力在香港逐渐消失,建立的是全然的英国司法体系,适用英国法律。但为了补救英国法的不足,英国政府授权香港当局制定地方法例的权力,因此,中国法律,虽从成文形式上消失了,但它却以一种转化的形式——习惯法残存下来,例如家事法、新界的土地法。同时,香港当局为适应华人习惯于成文法的特点,往往对于中国法律中部分可适用的内容,予以承认,改头换面,以成文立法形式使之融合在香港的法律之中。

对于香港来说,经历了大约一个半世纪后,社会发生了巨大的变化,已经成为国际性的现代化大都市,其法律中融入了较多的国际惯例的内容,一般的香港人对于英国法律体系和法律精神,也有了深入的认识。

1997年7月1日起,香港已成为中国一个直辖于中央人民政府的、实行特殊政策、享有高度自治权的特别行政区。原来规定香港地位和权力运作方式的所谓香港宪法性法律——《英王制诰》和《王室训令》必然失去效力,而代之以中国全国人民代表大会通过的《香港特别行政区基本法》,除与《香港特别行政区基本法》相抵触或经香港特别行政区立法机关依法定程序作出修改的外,原有的普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法仍是香港特别行政区法律中的主体部分,但从性质和地位来说,它们不再是英国殖民地的法律,而是中国法律的一部分。另外,香港特别行政区立法机关依法定职权和程序制定的法律也将日益成为香港特别行政区法律

中重要的部分。

### 三、台湾法律的历史与文化

台湾是中国不可分割的一部分,1949年10月1日中华人民共和国成立,中华人民共和国政府成为中国唯一的合法政府,国民党政府的一部分军政人员退据台湾,他们在当时美国政府支持下,造成了台湾海峡两岸隔绝的状态。

我们认为,台湾现在虽为国民党集团所占据,但它只是中国的一个“特殊的地方政府”,在和平统一之前,它与中央人民政府由于性质的不同而处于一种特殊的独立状态。<sup>①</sup>

既然台湾处于国民党的统治之下,台湾地区的法律即是国民党政府法律的存续和发展。

旧中国国民党政府的法律制度就其与法系的关系来说属于大陆法系,尽管其法律体系由成文法、解释例和判例组成。纵观整个国民党政府的法律,可以发现,它有两个显著的特点:

其一,是对大陆法系国家的法律的继承,尤其是民法,更直接源于法国民法典、德国民法典、瑞士民法典、日本民法典和意大利民法典,诉讼法和商事法也是如此。可以说,主要法律乃是移植外国法的结果。

其二,是对清末法制变革成果的承继。一方面,汲取或照搬了大陆法系国家的重要制度;另一方面,对其中具有中国传统法律因素的法律规定加以采用,从而较多地体现了中华法系法律的一些特点,我们要寻找以礼入法的迹象并非什么难事。

由于台湾与美国的特殊关系,台湾现行法律中吸收了不少英美法系国家法律因素,如在公司、法人制度方面更多地受到美国公司法的影响,其判例、判解的法律作用已接近英美法系的判例。

---

<sup>①</sup> 参见王果纯著:《现代法理学——历史与理论》,湖南出版社1995年版,第311—312页。

台湾自 1895 年后沦为日本半殖民地达 50 年,称为日据时期,当时台湾曾采用日本民法。台湾光复后,虽采用国民党政府法律,但亦受日据时期法律的影响。其实,这一点并不奇怪,国民党政府的民法典是日本民法典的翻版,这种融通基础当是十分明了的。

随着两岸人民往来的密切,可以预见,台湾海峡两岸的法律相互影响并互取对方之长将是一种趋势。

## 第二节 民商法体系

在中国的多法域中,香港属于英美法系,大陆、台湾属于大陆法系,自然民商法的概念只存在于后二者之中,香港是没有民商法之称的,但正如众多学者所认可的那样,香港却是存在与大陆法系民商法相对应的实质意义的“民商法”制度。

### 一、中国大陆民商法体系

中国大陆实行的是民商合一制,所谓民商法即民商合一的民法。虽然曾经一度有不少人基于对社会主义婚姻家庭关系的片面理解,主张婚姻法是独立于民法的一个法律部门,但 80 年代中后期以来,除极少数人外,一般均认为婚姻法是民法的一个分支。由于中国大陆至今尚未制定出民法典,因此,其民商法由《民法通则》统领,采用单行立法的形式。但是,《民法通则》并非民法总则或民法总论,而是系列化民事单行法的共同规则。从狭义的民法来说,中国大陆的民事立法有:《民法通则》(1986 年 4 月)、《婚姻法》(1980 年 9 月)、《继承法》(1985 年 3 月)、《经济合同法》(1981 年 12 月,1993 年 9 月修正)、《涉外经济合同法》(1985 年 3 月)、《专利法》(1984 年 3 月,1992 年 9 月修正)、《商标法》(1982 年 8 月,1993 年 2 月修正)、《技术合同法》(1987 年 6 月)、《著作权法》(1990 年 9 月)、《收养法》(1991 年 12 月)、《担保法》(1995 年 6 月)等。由于中国大陆是从计划经济走向有计划的商品经济再到市场经济的,其民法始终不甚发达,而在苏联法学思想的影响下,

泛经济法观点得以流行并被一些领导人接受,在这种思想支配下,许多人将专利法、商标法、经济合同法、技术合同法、涉外经济合同法等划成经济法领域。即使在国家决定实行社会主义市场经济体制以后,一些人仍固执己见,而将民法等同于《民法通则》。当然,现在看来,这毕竟不是主流。

最大的分歧是,是否应当承认商法,怎样合理界分民法和经济法。这在中国大陆至今尚未有统一的意见。一些人认为商法应为独立的法律部门,公司法、票据法、保险法、破产法、海商法等属于商法,甚至还有人把反不正当竞争法列为商法。另一些人主张传统意义上的商法已经发展并融入了经济法,商法已无存在的必要。我们认为,民商合一应当坚持的,在市场经济活动中,很难针对单个的交易关系而区分商事主体与民事主体、商事行为与民事行为,民商分立的最大缺点是在立法上产生相互矛盾和重复,而合一则能克服这一缺点,有利于交易规则的统一化、国际化。至于公司、票据、保险、海商等传统商法的法律,其主要法律规范性质上属于民法规范,是民法原则在具体领域中的体现。当然,这些法律文件中,作为国家从社会整体利益出发对市场干预和调控、管理和经济法规范是确实存在、不容否认的。简单地将这些法律归为民法或经济法,都是不足取的。

对于合同法来说,中国大陆的立法采取的是非法典化的多元模式。这种格局是应急立法的产物,有其深刻复杂的历史背景和社会经济背景,在社会主义市场经济条件下,其立法缺陷已充分暴露出来,迫切需要统一。<sup>①</sup> 全国人大也已将制定统一的合同法列入了立法规划,并着手草拟。<sup>②</sup> 于是,将三个合同法列入经济法的

---

① 参见屈茂辉:《论我国合同法的立法缺陷及其完善》,载《长沙水电师院社会科学学报》1995年第3期。

② 参见梁慧星:《从“三足鼎立”走向统一的合同法》,载《中国法学》1995年第3期。

观点显然是难以自圆其说的。

总之,中国大陆的民商立法已具规模,建构起以《民法通则》为核心,以民事单行法系列为主干,以关于民事生活的行政法规和司法解释为两翼的格局。

## 二、香港民商法体系

香港虽无民商法概念,但有与大陆法系民商法相对应的法律制度,其体系如下:

1. 财产法和信托法。信托法是英美法系的特有制度,现代大陆法系国家亦有不少制定或准备制定信托法,而财产法大体相当于大陆法系国家的物权法。香港财产法沿袭英国财产法律制度,主要表现为不成文法,即由判例形成的普通法和衡平法。本世纪以来,英国制定了一些成文的财产法令,主要包括《财产法》、《限制授予土地法》、《地产管理法》、《土地负担法》、《土地登记法》,它们虽不直接在香港适用,但其实质内容适用于香港。此外,香港立法机构也制订了一些成文法例来调整财产关系,如《新界条例》、《官地条例》、《货品售卖条例》、《田土注册条例》等,香港法院自1905年以来还积累了一些涉及财产权方面的判例。

2. 合同法和代理法。合同法是香港最主要的法律之一,凡涉及社会经济生活的,几乎都需要合同法予以调整。但是,香港至今还没有一个成文的、完整的合同条例(法),香港的合同法几乎全部采用英国合同法的理论、体系和有关规定,其与合同有关的法律,或是在某项具体的法律中予以规定,或是在有关的判例中得到解释。香港的代理法主要是从英国判例法中抽象出来的。

3. 侵权行为法。香港的侵权行为法由判例法和成文法构成。其有关的成文法主要有:《民事责任(分担)条例》、《法律修订和改革条例(汇编)》(第四部分)、《赔偿金(抗辩)条例》、《毁谤条例》、《政府诉讼条例》、《雇员赔偿条例》、《住户责任条例》、《动物条例》、《建筑物(管理)条例》、《原子能装置条例》、《致命事故条例》等。

4. 知识产权法。同其他法律制度一样,香港知识产权法与英

国法关系紧密,从形式到内容都与之类似。香港的《发明品专利权条例》即《香港法例》第43章,系根据英国1911年《专利权法例》写成,但香港不能授予专利权。同样,香港没有独立的外观设计专利法,依香港《联合王国注册创作权(保障)条例》的规定,外观设计要在英国申请。与发明专利法和外观设计专利法不同,香港有自己的商标法——《商标条例》,编入《香港法例》第43章。香港的《版权条例》可以说是1956年英国版权法的翻版,只略作修改,延伸适用于香港,编入《香港法例》第39章,另有《商标规则》予以配套。香港知识产权法还包括英国加入并适用香港的知识产权国际公约,具体而言有:1973年《欧洲专利公约》、1975年《共同体专利公约》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《世界版权公约》等。除成文法外,香港知识产权法还包括判例法,其中,保护知识产权的普通法法则主要有:影射法,主要保障商誉;机密资料法,主要是对专有技术和商业机密的保障;商业诽谤法,用以对抗其他人对知识产权权利人的诉讼。

5. 婚姻家庭法。香港的婚姻家庭制度是很复杂的,长期以来,具有强烈的属人主义特征。对于香港的英国人,依英国的法律和惯例;对于香港的中国居民,仍适用清朝的法律和广东沿海的习惯和风俗。这种状况以1971年10月7日制定的香港《修订婚姻制度条例》为转折点,从此妇女法律地位得以提高,一夫一妻制得到确立。香港现行的婚姻家庭法以成文法为主,主要包括:《修订婚姻制度条例》、《已婚人士地位条例》、《非婚生子女获取合法地位条例》、《父职鉴定诉讼程序条例》、《未成年人监护条例》、《婚姻诉讼与财产条例》、《领养子女条例》等。

6. 财产继承法。在中国旧式婚姻制度与英国式婚姻制度并存的年代,香港也同时存在着我国历史上传统的财产继承制度和英国的财产继承制度。1971年10月7日香港《修订婚姻制度条例》正式废除纳妾婚姻制度以后,香港实行统一的英国式财产继承制度,但仍带有中国旧式继承制度所遗留的许多沉积物。香港当局

立法机关制定的法例主要有:《遗嘱条例》、《无遗嘱财产条例》、《遗嘱检验及遗产管理条例》、《遗产承办和管理条例》、《遗嘱生活费条例》、《保护妇孺条例》、《修订婚姻制度条例》、《分居与赡养令条例》等。

7. 商业组织法。香港的商业组织法主要为成文法,包括个人企业法、合伙法、合作社法和公司法。这些法例主要有:《工厂暨工业经营管理条例》、《合伙经营条例》、《有限合伙经营条例》、《公司章程》等。当然,适用于商业组织法的衡平法准则和普通法准则,在香港也属此类。

### 三、台湾的民商法体系

台湾属大陆法系,其民商法体系皆由法典体系决定。

台湾实行民商合一制,其民法典包括总则、物权、债权、亲属、继承等内容,在民法典之外,另行制定《公司法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《破产法》、《证券交易法》。就知识产权法来说,台湾制定有《专利法》、《商标法》、《著作权法》。

## 第三节 民商法的渊源

在法律渊源的通常意义上,从整体的角度观察,大陆、香港、台湾民商法的渊源除制定法外差异十分明显。现分述如下:

### 一、制定法

制定法即立法机关依法定职权和程序所制定、颁布的以规范性文件为形式的法律。大陆采取的是分散的单行法形式,台湾是以民法典为民商法的普通法、以关于商事的单行法为民商法的特别法,香港的情况则复杂得多。在回归之前,香港的制定法包括英国关于香港或适用于香港的成文立法和香港立法机关制定的条例以及附属立法。在回归以后,根据《香港特别行政区基本法》的规定,可以肯定,香港特别行政区的立法机关的制定法将是它们的民