

· 法 · 国 · 民 · 法 ·



张民安 著

法国民法总论 (上)

Introduction générale
au droit civil français

(1^{re} partie)

清华大学出版社



· 法 · 国 · 民 · 法 ·

法国民法总论 (上)

Introduction générale
au droit civil français

(1^{re} partie)

张民安 著

清华大学出版社

北京

内 容 提 要

16 世纪,虽然法国经典人文主义法学派采取了著名的研究方法即法国式的研究方法研究罗马法,因此形成了著名的历史法学派,但是,它并没有在罗马法的基础上创造出民法总论。17 世纪和 18 世纪,《法国民法典》之祖父和《法国民法典》之父 Domat 和 Pothier 开创先河,在罗马法和法国习惯法的基础上创造出以法律规范、人和物为核心内容的民法总论。

19 世纪初期,在批判法国著名法学流派即法条注释法学派的过程当中,在罗马法的基础上,德国历史法学派的核心人物 Puchta 和 Savigny 创造出以一般法律关系和法律规范为核心内容的民法总论。从 20 世纪初期开始一直到今时今日,法国民法学者均放弃了以一般法律关系和法律规范为核心内容的民法总论,并且均承认了以客观法律和主观权利为核心内容的民法总论。

本书作者凭借良好的法语知识,通过所占用的详尽资料,第一次在华语世界以编年史式的方式对民法总论的产生、发展和确立过程做出了立体式的、大跨度的、全方位的阐述,第一次在华语世界以最清晰可见的方式、最宏大的篇幅和最充分、最原始、最直接的法文资料将民法总论的产生、发展和确立路线图展现在中国民法学者的面前。

本书所援引的法文资料丰富翔实,涵盖古今;所翻译的法文词语准确干练,能够反映这些法文词语的内涵和外延;所介绍的民法理论和民法制度形形色色,千姿百态,几乎所有民法理论和民法制度均为华语世界首次介绍。除了有助于我国民法学者清晰地了解民法总论的产生、发展和确立过程和深入研究民法的一般理论和一般制度之外,本书还能够指导我国立法者科学、合理地制定《中华人民共和国民法典》。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

法国民法总论. 上/张民安著. —北京:清华大学出版社,2017

(法国民法)

ISBN 978-7-302-45665-0

I. ①法… II. ①张… III. ①民法—研究—法国 IV. ①D956.53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 285280 号

责任编辑:刘 晶

封面设计:常雪影

责任校对:宋玉莲

责任印制:沈 露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:北京密云胶印厂

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×260mm 印 张:40.75 字 数:842 千字

版 次:2017 年 1 月第 1 版 印 次:2017 年 1 月第 1 次印刷

定 价:158.00 元

产品编号:070755-01

作者简介

张民安,男,1965年12月生,湖北黄冈人。1987年7月毕业于湖北黄冈师范学院英语系,之后在湖北黄冈从事高中英语教学工作;1991年9月考入吉林大学法学院,师从李忠芳教授,攻读民商法专业硕士学位,1994年7月获法学硕士学位,同年9月进入中山大学法学院任教。1999年9月考入中国社会科学院研究生院,师从梁慧星教授,攻读民商法专业博士学位,2002年7月获法学博士学位。现为中山大学法学院教授,民商法专业博士生导师,精通英文,熟悉法文。

先后在中国主流学术刊物上发表学术论文九十多篇,并出版多部学术专著,诸如:《现代英美董事法律地位研究》《过错侵权责任制度研究》《公司法上的利益平衡》《现代法国侵权责任制度研究》《公司法的现代化》《商法总则制度研究》《侵权法上的作为义务》《侵权法上的替代责任》《无形人格侵权责任研究》《法国民法》和《法国人格权法(上)》等。先后主编出版了《高等院校法学专业民商法系列教材(1)》《高等院校法学专业民商法系列教材(2)》《高等院校法学专业民商法系列教材(3)》和《高等院校法学专业民商法系列教材》;主编系列出版物《民商法学家》《侵权法报告》和《21世纪民商法文丛》,其中《民商法学家》每年出版1卷,迄今已出版了12卷;《侵权法报告》每年出版1卷,迄今已出版了9卷。

作者提出的诸多民商法理论在民商法学界耳熟能详,包括但不限于以下理论:非婚同居、小股东的法律保护、股东的派生诉讼、司法强制公司解散、商事营业资产、可转移的瑕疵担保责任、纯经济损失、侵权法上的注意义务、侵权法上的作为义务以及不动产权人的侵权责任,等等。此外,作者还提出了较有前瞻性且尚无较多学者涉猎的民法理论,例如隐私的合理期待、自治性隐私权、连带民事协约家庭、独立担保或者意向函,等等。

除了从事民商法的教学和科研活动之外,作者也直接参与过全国人大常委会法工委组织的立法活动,包括全国人大常委会法工委组织的侵权责任法的立法活动和全国人大常委会法工委组织的民法总则的立法活动,《中华人民共和国侵权责任法》第49条的规定即直接源于作者的意见。

著者特别声明

自 2000 年出版《现代英美董事法律地位研究》以来,著者已先后出版了诸如《现代法国侵权责任制度研究》《过错侵权责任制度研究》《公司法上的利益平衡》《公司法的现代化》《商法总则制度研究》《侵权法上的作为义务》和《侵权法上的替代责任》等专著。这些著作出版之后引起了民商法学界的广泛关注,成为民商法领域的专家学者、教授、硕士研究生和博士研究生大量阅读、援引的重要著作,对于繁荣我国民商法理论和建立、完善我国民商法律制度做出了应有的贡献。

同时,这些著作出版之后即遭遇到某些专家学者、教授、博士研究生或者硕士生大面积抄袭。他们或者直接在他们的著作、论文当中援引上述著作当中援引的法文或者英文资料而完全不加上转引等字样;或者直接在他们的著作、论文当中一字不改地复制上述著作当中的段落而完全不加上任何注释说明;或者直接在他们的著作、论文当中改写这些著作当中的资料、观点,用自己的语言重新组织这些著作当中的内容而没有加上参见等字样。著者认为,无论什么形式的抄袭现象,均是对学术尊严的亵渎、对学术道德的践踏和对学术良知的背离。

想他人所不能想,言他人所不能言,编他人所不能编,著他人所不能著,对迄今为止被认为是天经地义、理所当然的某些基本民商法理论、某些基本民商法制度提出挑战,介绍或者提出某些“不同凡响”的甚至被认为是“离经叛道”的民商法理论和民商法观点,是著者二十年以来一直追求的目标,也是著者在《法国民法总论(上)》当中所希望实现的目的。在《法国民法总论(上)》当中,笔者介绍了大量的、迄今为止国内没有任何人介绍过的一些民法理论,诸如:法国式的研究方法,法国 16 世纪的历史法学派所主张的历史法学,法国 17 世纪和 18 世纪的习惯法学派主张的习惯法学,法国 17 世纪和 18 世纪的调和法学派主张的调和法学,法国 19 世纪的法条注释法学派所主张的法条解释方法,法国 19 世纪的批判法学派所主张的批判法学,法国 19 世纪末期的科学自由探寻学派所主张的科学自由解释方法,等等。

尊敬的读者,如果您是首次在《法国民法总论(上)》当中接触到著者所介绍的任何民法理论,请您在从事学术研究时遵守最基本的学术规范和学术道德,尊重作者最基本的权利,加上转引、参见“张民安:《法国民法总论(上)》”等字样,以体现对作者艰辛劳动的尊重。因为,学术虽然是开放的,但是,作者的劳动是应当得到保护的,只有这样,学术才能繁荣、进步,学者尤其是倡导新观念、新学说的学者才能够体现其价值。

张民安 教授

2016 年 8 月 28 日星期日

于广州中山大学康乐园

纪念

我的母亲程天娥

序 言

一、民法总论和民法分论区分理论的界定

(一) 民法的具体理论和具体制度

民法的具体理论和具体制度是相对于民法的一般理论和一般制度而言的。所谓民法的具体理论和具体制度,是指仅在民法的某一个具体领域、特定领域加以适用的理论和制度。当某一个民法理论和民法制度仅仅能够在民法的某一个具体领域、特定领域加以适用时,换言之,当某一个民法理论和民法制度无法在民法的其他领域加以适用时,则该种民法理论和民法制度就属于民法的具体理论和具体制度。

例如,在男女双方结婚之后,除了应当承担身体上的忠实义务之外,夫妻双方也应当承担精神上的忠实义务,这就是夫妻之间的忠实义务理论和忠实义务制度。^①此种民法理论和民法制度在性质上属于民法的具体理论和具体制度,因为它仅在民法的家庭领域适用,不得在民法的其他领域适用。并且,即便在家庭领域,它也只能够在婚姻家庭当中适用,不得在非婚同居家庭或者连带民事协约家庭当中适用。因为,虽然夫妻之间应当承担身体上和精神上的忠实义务,但是,非婚同居当事人或者连带民事协约当事人之间并不承担此种义务。^②

再例如,当生产商所生产的缺陷产品引起他人人身损害的发生时,他们应当对他人遭受的财产损害和非财产损害承担赔偿责任。此种民法理论和民法制度在性质上属于民法的具体理论和具体制度,因为,除了能够在债法领域得到适用之外,它无法在民法的其他领域得到适用。^③同样,当债务人为了担保他们对债权人所承担的债务而将其

^① Guy Raymond, Droit Civil, 2e édition, Litec, p576; Jean Carbonnier, Droit civil, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple, puf, pp. 1220-1221; David Bakouche, Droit civil les personnes la famille, HACHETTE, p143; Frederic Debove Renaud Salomon Thomas Janville, Droit de la famille, 8e édition, Vuibert, pp. 160-161; 张民安:《法国民法》,217页,北京:清华大学出版社,2015。

^② David Bakouche, Droit civil les personnes la famille, HACHETTE, p95; Guy Raymond, Droit Civil, 2e édition, Litec, p615; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés, 33e édition, L. G. D. J., p. 174; Philippe Malaurie Hugues Fulchiron, LA FAMILLE, 4e édition, DEFRENOIS, p16; 张民安:《法国民法》,230~231页、239页,北京:清华大学出版社,2015。

^③ Jean Carbonnier, Droit civil, Les biens les obligations, puf, p. 2376; Geneviève Viney et Patrice Jourdain, Traité De Droit Civil, les conditions de la responsabilité, 3e édition, L. G. D. J., pp. 895-897; Virginie Larribau-Terneyre, Droit civil Les obligations, 12e édition, Dalloz, pp. 842-845; Alain Benabent, Droit des obligations, 13e édition, Montchrestien, pp. 480-481; Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, Les obligations, 2. L' fait juridique, 14e édition, Dalloz, pp. 404-409; Francois Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, 10e édition, Dalloz, pp. 998-1001; 张民安:《法国民法》,230~231页、411~413页,北京:清华大学出版社,2015。

机动车质押给债权人时,在债务人不履行债务的情况下,债权人能够取得债务人作为质押物的机动车的所有权,以便实行他们对其债务人享有的有形动产质权。此种民法理论和民法制度在性质上属于民法的具体理论和具体制度,因为它只能够在担保领域适用,无法在民法的其他领域适用。^①

(二) 民法的一般理论和一般制度

所谓民法的一般理论和一般制度,是指能够在民法的所有领域均加以适用的理论和制度。当某一个民法理论和民法制度能够在民法的所有领域均得到适用时,该种理论和制度就是民法的一般理论和一般制度。所谓能够在民法的所有领域均得到适用,是指能够同时在民法的人的领域、家庭领域、继承领域、物权领域、债权领域和担保领域均得到适用。当某一种民法理论和民法制度能够同时在民法的这六个领域得到适用时,该种理论和制度在性质上就属于民法的一般理论和一般制度,而不属于民法的具体理论或者具体制度。

例如,当权利主体享有权利时,虽然他们能够为了自己利益的实现而任意行使其权利,但是,他们不得为了损害别人的利益而行使其权利,否则,当他们行使权利的行为引起他人损害的发生时,他们应当就其权利行使的行为对他人遭受的损害承担赔偿责任。此种民法理论和制度属于民法的一般理论和一般制度,因为,权利不得滥用的规则能够在民法的所有领域均加以适用:除了能够在人的领域、家庭领域、继承领域适用之外,此种规则也能够物权、债权和担保权领域加以适用。再例如,所有人均应当尊重立法者的制定法和习惯惯例的理论和制度也属于民法的一般理论和一般制度,因为,该种理论和制度既能够在人法、家庭法和继承法当中加以适用,也能够物权法、债权法和担保法当中加以适用,属于民法所有领域均适用的理论和制度。

(三) 民法总论和民法分论的区分理论

在当今法国,民法学者普遍将民法的一般理论和一般制度称为民法总论,而将民法的具体理论和具体制度称为民法分论。法国民法学者之所以普遍将民法的一般理论和一般制度称为民法总论,是因为他们认为,在法国,民法总论所关心和讨论的唯一问题是民法的一般理论和一般制度问题,除了民法的一般理论和一般制度之外,法国的民法总论别无他物。法国民法学者之所以均将民法的具体理论和具体制度称为民法分论,是因为他们认为,在法国,民法分论所关心和讨论的问题不外乎民法所规定的各种各样的具体理论和具体制度,除了各种各样的、具体的民法理论和具体的民法制度之外,法国的民法分论同样别无他物。

^① Pierre Voirin Gilles Goubeaux, Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés, 33e édition, L. G. D. J., p749; Philippe Simler Philippe Delebecque, Droit civil Les sûretés La publicité foncière, 5e édition, Dalloz, pp. 547-549; Laurent Aynès Pierre Crocq, Les sûretés La publicité foncière, 4e édition, DEFRENOIS, pp. 236-239; 张民安:《法国民法》,230~231页、516~523页,北京:清华大学出版社,2015。

在民法上,如果民法学者在其民法著作当中对民法的一般理论和一般制度做出了阐述,则他们所阐述的一般理论和一般制度被称为民法总论。如果立法者在其制定的民法典当中对民法的一般理论和一般制度做出了规定,则他们在其民法典当中所规定的一般理论和一般制度被称为民法总则。如果民法学者在其民法著作当中对民法的具体理论和具体制度做出了阐述,则他们所阐述的具体理论和具体制度被称为民法分论。如果立法者在其制定的民法典当中对民法的具体理论和具体制度做出了规定,则他们在民法典当中所规定的具体理论和具体制度被称为民法分则。这就是当今民法当中的两种区分理论:其一,民法总论和民法分论的区分理论,该种区分理论是由民法学者在其民法著作当中所建构的。其二,民法总则和民法分则的区分理论,该种区分理论是由立法者在其制定的民法典当中所建构的。

在民法上,就像民法总论是与民法分论相对应的一样,民法总则与民法分则也是相对应的,因为,如果没有民法总则,也就没有民法分则,反之亦然,如果没有民法分则,也就没有民法总则。在当今法国,虽然立法者在其制定的《法国民法典》当中对各种具体民法理论和民法制度做出了详细的规定,但是,在《法国民法典》当中,立法者并没有对民法的一般理论或者一般制度做出规定。因此,《法国民法典》当中既没有民法总则,也没有民法分则,除了序编所规定的内容之外,它所规定的所有民法理论和民法制度均为具体的民法理论和民法制度。在民法典的编制体例问题上,《法国民法典》同《德国民法典》形成强烈对比。因为,在《德国民法典》当中,立法者既对民法分则做出了详尽的规定,也对民法总则做出了详尽的规定。

因为这样的原因,即便我们能够将民法的各种具体理论和具体制度称为民法分论或者民法分则,但是,并非在任何时候或者在任何情况下,我们均能够将民法的具体理论或者具体制度称为民法分论或者民法分则。事实上,虽然长久以来,民法的具体理论和具体制度均存在于民法当中,但是,因为没有民法总论或者民法总则的存在,因此,这些理论和制度在性质上仅仅是民法的具体理论和具体制度,它们既无法成为今时今日的民法学者所谓的民法分论,也无法成为今时今日的立法者所谓的民法分则。仅在作为与民法分论和民法分则相对应、相对立的民法总论和民法总则产生之后,这些具体理论和具体制度才嬗变为民法分论和民法分则。可见,在成就民法总论和民法总则的地位时,民法分论和民法分则功不可没,甚至可以说居功至伟。既然如此,在讨论民法总论时,我们既无法逃避民法总则的问题,也无法逃避民法分则的问题,更无法逃避民法分论的问题。

总之,在当今法国,民法是由两大部分组成的,这就是民法总论和民法分论,其中的民法总论涉及民法的一般理论和一般制度,而其中的民法分论则涉及民法的具体理论和具体制度,两者结合在一起就形成了作为有机整体的法国民法。作为有机整体的法国民法的组成部分,法国民法总论有自己的独立构成要素;作为有机整体的法国民法的组成部分,法国民法分论也有自己的独立构成要素。

二、民法总论的产生和发展历史

(一) 法国民法历史的四分法

在法国,正如在其他国家,民法总论并不是同民法一起产生的,在民法产生和发展之后的一个相当长的历史时期内,民法总论是不存在的。因为,在民法上,民法总论并不是自然的产物,不是人们的风俗习惯或者历史岁月在民法当中的自然积淀,民法总论是民法学者的杰作,是他们在各种各样的材料的基础上通过不同的法技术手段所发明和创造出来的作品。

问题在于,作为民法学者的杰作,民法学者何时在其民法著作当中发明和创造了民法总论这一部伟大的作品?对此问题,人们应当根据民法发展的不同时期来做出具体的回答。

在法国,在讨论民法的历史渊源(sources historiques du droit civil français)时,也就是,在讨论民法的历史发展时,民法学者普遍将民法的历史分为四个时期:罗马法时期(le droit romain),法国旧法时期(l'ancienne droit français),法国过渡法时期(le droit intermédiaire français),以及法国现代法时期(le droit moderne français)。^①

所谓罗马法时期,是指从公元前8世纪到公元6世纪之间的民法,法国民法学者将罗马法时期分为旧罗马法时期、经典罗马法时期和后经典罗马法时期,其中的旧罗马法时期也被称为前经典罗马法时期。所谓法国旧法时期,是指从中世纪到法国大革命之前的民法。所谓过渡法时期,是指法国大革命时期的民法,也就是指从1789年到1804年的《拿破仑民法典》制定之前的民法。所谓法国现代法时期,是指1804年的《拿破仑民法典》制定之日起一直到今时今日的民法。

(二) 法国旧法时期民法总论的欠缺

在罗马法时期,包括在经典罗马法时期和后经典罗马法时期,民法总论是不存在的,因为,除了对几种具体民法理论和民法制度做出阐述之外,民法学者并没有在其民法著作当中对民法的一般理论和一般制度做出阐述,即便经典罗马法时期人才济济、法学家云集、民法大师辈出,他们也没有在其民法著作当中建立起民法总论和民法分论的区分理论。

在法国旧法时期,虽然民法总论总的说来是不存在的,但是,在例外情况下,民法总论还是存在的,因为在这一时期,除了被誉为《法国民法典》之祖父的 Domat 和被

^① Boris Starck, *Droit Civil, Introduction*, Librairies techniques, pp. 34-54; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp. 74-108; Alex Weill et François Terré, *Droit Civil, Introduction générale*, 4e édition, Dalloz, pp. 88-119; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1 vol. 2, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, pp. 62-91; Jean Carbonnier, *Droit civil, Volume II, Les biens les obligations*, puf, p. 1579.

誉为《法国民法典》之父的 Pothier 对民法总论做出了说明之外,其他民法学者均没有对民法总论做出说明,即便某些民法学者试图在其民法著作当中将民法理论和民法制度系统化、体系化,他们也没有在其民法著作当中建立起民法总论和民法分论的区分理论。

在法国旧法时期,民法学者所阐述的具体民法理论和具体民法制度或者是习惯法理论和习惯法制度,或者是罗马法理论和罗马法制度,或者是王权、皇权的制定法所规定的民法理论和民法制度,因为在法国旧法时期,虽然民法的渊源多种多样,但是,民法的最主要渊源是习惯法、罗马法和王权、皇权所颁布的制定法。

(三) 法国旧法时期民法总论的例外存在

在法国旧法时期,虽然大多数民法学者均没有对民法的一般理论或者一般制度做出说明,但是,少数民法学者仍然在其民法著作当中对民法的一般理论和一般制度做出了详细的说明。因为在其民法著作当中,他们既对各种各样的具体民法理论和具体民法制度做出详细的阐述,也对能够适用于这些具体理论和具体制度的一般理论和一般制度做出详细的阐述,这就是法国旧法时期的民法学者所建立的民法总论和民法分论的区分理论。

在法国旧法时期,对民法总论做出说明的少数民法学者是 Domat 和 Pothier,其中的 Domat 已经在 17 世纪埋下了民法总论和民法分论区分理论的种子,在其民法著作当中,他至少已经建立起民法总论和民法分论区分理论的雏形。如果人们对此并不锱铢必较的话,我们甚至可以说,在 17 世纪的民法著作当中,Domat 已经建立起民法总论和民法分论的区分理论。

当然,基于 Domat 没有使用民法总论这一术语而仅仅使用了序编这一术语的考虑,笔者仅认定 Domat 已经建立起民法总论和民法分论区分理论的雏形。在沉睡了一个世纪之后,Pothier 最终在 18 世纪将 Domat 埋下的民法总论的种子唤醒并且让其破土而出,因为,在其 18 世纪的民法著作当中,Pothier 正式采用了民法总论和民法分论的编制体例,认为除了包含各种各样的具体理论和具体制度之外,民法也包含几种一般理论和一般制度。

在 17 世纪的法国,虽然法学界群星闪耀,但是,最耀眼的星星当属 Domat,因为,在 Domat 光芒的笼罩下,与 Domat 同时期的所有民法学者均相形见绌。而成就 Domat 至尊学术地位的不是其官职或者贵族身份,而是其名著《自然秩序当中的民法》。他的《自然秩序当中的民法》也被学者称为《民法》。在其《民法》当中,除了对债法理论和债法制度、继承理论和继承制度做出了详细的阐述之外,在这些债法理论和债法制度、继承理论和继承制度的基础上,他还抽象出、归纳出某些能够同时适用于债法和继承法的共同内容、一般原则,这就是 Domat 在其《民法》当中所建构的一般理论和一般制度。

Domat 认为,能够同时适用于债法和继承法的一般理论和一般制度包括三种,这就是法律规范、人和物。虽然 Domat 并没有将由法律规范、人和物所构成的一般理论和一般制度看作其《民法》的总则编,而是将它们看作其《民法》的序编并因此与其《民法》当中的第一卷债和第二卷继承相对应,但是,他明确承认这三种理论和制度在性质上属于民法的共同内容和一般原则。因此,如果说 Domat 没有在其《民法》当中建立起民法总论和民法分论的区分理论的话,他至少在该著作当中建立起民法总论和民法分论的区分理论的雏形。

如果说 Domat 是法国 17 世纪最耀眼的法学之星的话,则 Pothier 一定是法国 18 世纪最灿烂的法学之星,因为,在 Pothier 光环的照耀下,与 Pothier 同时期的所有民法学家均自惭形秽。成就 Pothier 至尊学术地位的既不是其教授头衔也不是其法官官职,而是其出版的众多民法著作,包括他的《潘德克吞》《奥尔良习惯》和一系列的民法专论,诸如《债法专论》《买卖契约专论》和《婚姻契约专论》,等等。在其一系列的民法专论当中,他运用调和手段将罗马法和法国习惯法有机地结合在一起,并因此建立起各种各样的具体民法理论和民法制度,让在他之前仍然处于零零碎碎状态的所有民法理论和所有民法制度均系统化了、体系化了。

而在其《奥尔良习惯》当中,除了对各种各样的习惯法理论和习惯法制度做出了详细的阐述并因此让这些习惯法理论和习惯法制度系统化、体系化了之外,Pothier 还首次采取了民法总论和民法分论的编制体例,在讨论各种各样的具体民法理论和民法制度之前,他将这些具体民法理论和具体民法制度所共同适用的一般理论和一般制度结合在一起,并以民法总论的方式置于其《奥尔良习惯》的第一部分,这就是他在该著作当中所采取的民法总论和民法分论的区分理论。

(四) 法国现代法时期民法总论的不存在与存在

在法国过渡法时期,民法总论是根本不存在的,因为在这一时期,没有任何民法学者在其民法著作当中主张民法总论的存在,因此,民法总论和民法分论的区分理论也是不存在的。在法国现代法时期,民法总论是否存在? 对此问题,人们应当区分现代法时期的不同阶段来做出回答。

总的说来,在《拿破仑民法典》制定之后的 19 世纪,民法总论是不存在的,虽然在例外情况下,少数民法学者主张过民法总论的必要,因为,在《拿破仑民法典》出台之后至 19 世纪末期之前,基于各种主动或者被动的的原因,虽然法国大多数民法学者出版了自己的民法著作,但是,在其民法著作当中,他们几乎均按照《拿破仑民法典》的编制体例、编章结构和法律条款顺序对《拿破仑民法典》的规定做出评注,导致其民法著作的编制体例和编章结构与《拿破仑民法典》的编制体例和编章结构大同小异甚至完全相同,这就是法国 19 世纪最著名的法学流派法条注释法学派。

而在 1804 年的《拿破仑民法典》当中,法国立法者并没有采取民法总则和民法分则

的区分理论。因为,除了在民法典当中对各种各样的具体民法理论和具体制度做出规定之外,他们并没有在民法典当中设立总则编,对民法的一般理论或者一般制度做出规定,即便在制定 1804 年的《拿破仑民法典》时,法国立法者受到了 Pothier 的大范围和深度影响,但是,他们并没有将 Pothier 在其《奥尔良习惯》当中采取的民法总论和民法分论的区分理论法典化、制定法化。

因为法条注释法学派仅仅在其民法著作当中对《拿破仑民法典》的规定做出评注,因为在评注《拿破仑民法典》时,民法学者采取的编制体例和编章结构与该法典所规定的编制体例和编章结构完全相同或者相似,因此,即便出版了民法著作,他们也没有在其民法著作当中采取民法总论和民法分论的区分理论。换言之,在 19 世纪的法条注释法学派的眼中,民法总论是不存在的,除了《拿破仑民法典》所规定的各种具体理论和具体制度之外,法国民法当中别无他物。

不过,由于受到德国 19 世纪初期的历史法学派的影响,尤其是,由于分别受到法国 19 世纪初期、中后期和末期的 La Thémis 学派、科学批判学派和科学自由探寻学派的影响,在 19 世纪初期,法国个别学者开始出版民法总论方面的著作,主张在法国大学法学院对法学学生开设民法总论的课程,对其学生介绍法律尤其是民法的一般理论和一般制度,让其学生在学习民法的具体理论和具体制度之前能够对法律、法学有一个初步的、总体的了解和把握。

从 19 世纪 40 年代开始,由于受到法国政府在巴黎大学法学院设立民法总论教席的影响,法国少数民法学者开始出版民法总论甚至法哲学的著作,主张在大学法学院对法学学生开设民法总论甚至法哲学的课程,除了让法学学生借此了解和掌握法律尤其是民法的一般理论和一般制度之外,也借此提升法国法律科学的水平,缩小甚至消除法国的法律科学与德国同时期的法律科学之间的差距,复兴和再现法国法学在 16 世纪的辉煌。

到了 19 世纪末期,由于法国政府全面放松对大学法学院的管制,法国民法学者或者普遍出版民法总论的著作,对民法的一般理论和一般制度做出阐述,或者虽然没有出版民法总论的著作,但是,在所出版的民法著作当中,他们开始放弃法条注释法学派所采取的做法,不再按照《拿破仑民法典》所规定的编制体例或者编章结构安排其民法著作的编制体例和编章结构,而是采取区分民法总论部分和民法分论部分的做法,除了在民法分论部分对各种各样的具体民法理论和具体民法制度做出阐述之外,他们也在民法总论部分对民法的一般理论和一般制度做出阐述。

从 20 世纪初期开始一直到 20 世纪 50 年代之前,除了普遍承认民法总论的存在之外,法国民法学者也开始对 19 世纪末期之前的民法总论进行更新改造,在普遍放弃 20 世纪之前的民法学者所主张的法律关系理论并且以主观权利理论取而代之的同时,他们也开始将民法总论的内容类型化和体系化,并因此形成了以客观法律和主观权利为两大核心内容的民法总论,因为他们认为,无论民法总论的内容有哪些,民法总论的所

有内容均能够一分为二,其中的一部分被归结为客观法律,另外一部分则被归结为主观权利,它们结合在一起就构成了法国民法总论的全部内容。

在今天,法国民法学者仍然普遍采取 20 世纪 50 年代之前的民法学者所采取的理论,除了将客观法律和主观权利看作民法总论的全部内容之外,他们也将《法国民法典》第一卷至第四卷所规定的全部内容看作与民法总论相对应、相对立的民法分论,包括:《法国民法典》第一卷所规定的人法理论和人法制度,第一卷所规定的家庭法理论和家庭法制度,第二卷所规定的物权法理论和物权法制度,第三卷所规定的债权法理论和债权法制度,第三卷所规定的继承法理论和继承法制度,以及第四卷所规定的担保法理论和担保法制度。他们认为,无论民法所规定的具体理论和具体制度是什么,客观法律和主观权利均能够在这些具体理论和具体制度当中得到适用,客观法律和主观权利在性质上属于民法的一般理论和一般制度,构成民法有机整体的构成要素、组成部分。

三、法国当今民法学者对民法分论做出的阐述

在当今法国,民法学者均会在他们的民法著作当中对民法的各种具体理论和具体制度做出或详尽或简略的阐述,换言之,在他们的民法著作当中,法国民法学者对民法分论的内容做出了或详尽或简略的阐述,包括:对人的理论和人的制度、家庭理论和家庭制度、继承理论和继承制度、债法理论和债法制度、物权理论和物权制度、担保理论和担保制度做出或详尽或简略的阐述。

在当今法国,民法学者为何均会对这些具体民法理论和具体民法制度做出或详尽或简略的阐述?这是因为,在当今法国,立法者在他们制定的《法国民法典》当中对这些具体民法理论和具体民法制度做出了详细的规定,为了让大学法学院的学生理解和掌握《法国民法典》所规定的这些具体理论和具体制度,大学民法教授当然要出版民法著作,尤其是出版民法教科书,对这些具体理论和具体制度做出阐述;为了对《法国民法典》规定的具体理论和具体制度做出批判,并借此提出改进、完善的意见和建议,民法学者当然也会出版民法著作,对这些具体理论和具体制度做出阐述。

(一) 法国民法学者对人的理论和人的制度做出的阐述

在《法国民法典》当中,立法者对人的理论和人的制度做出了详细的规定,这就是《法国民法典》第一卷“人”第一编至第四编、第十编至第十二编所规定的内容。

根据这几编的规定,《法国民法典》所规定的人的理论和人的制度包括:自然人的民事权利,法国国籍,民事身份证书,自然人的住所,自然人的死亡宣告,未成年人、未成年人的监护和未成年人监护权的解除,成年人和成年人的法律保护,以及处于监护当中的未成年人和成年人财产的管理。

为了实现上述双重目的,法国民法学者均在他们的民法著作当中对《法国民法典》

所规定的这些人的理论和人的制度做出了或详尽或简略的阐述。^① 不过,应当注意的是,在他们的民法著作当中,民法学者对人的理论和人的制度做出的说明未必一定与《法国民法典》的上述规定完全一致。

主要表现在两个方面:一方面,虽然迄今为止,法国立法者并没有在《法国民法典》当中对法人理论和法人制度做出任何规定,但是,民法学者普遍都在他们的民法著作当中对法人理论和法人制度做出了阐述。^② 另一方面,虽然《法国民法典》对法国国籍做出了非常详细的规定,但是,民法学者很少在他们的民法著作当中对这一民法理论和民法制度做出说明。

(二) 法国民法学者对家庭理论和家庭制度做出的阐述

在《法国民法典》当中,立法者对家庭理论和家庭制度做出了详细的规定,这就是《法国民法典》第一卷“人”第五编至第九编、第十三编所规定的内容,因为,虽然《法国民法典》第一卷的卷名为“人”,但是,由于受到盖尤斯和查士丁尼皇帝《法学阶梯》的影响,它所规定的人并不限于一般意义上的人,还包括婚姻家庭、连带民事协约家庭和非婚同居家庭。

根据这几编的规定,《法国民法典》所规定的家庭理论和家庭制度包括:结婚和离婚,连带民事协约家庭,非法同居家庭,亲子关系,收养关系,父母对其未成年子女享有的亲权。为了实现上述双重目的,法国民法学者均在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些家庭理论和家庭制度做出了或详尽或简略的阐述。^③

① Guy Raymond, *Droit Civil*, 2e édition, Litec, pp. 109-192; Michel de JUGLART Alain PIEDEEVRE Stéphane PIEDEEVRE, *Cours de droit civil, introduction, personnes, famille*, Seizième édition, Montchrestien, pp. 85-103, pp. 239-308; Jean Carbonnier, *Droit civil, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple*, puf, pp. 375-748; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille*, 17e édition, Dalloz, pp. 275-517; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, *Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés*, 33e édition, L. G. D. J., pp. 67-112, pp. 241-297; Francois Terré Dominique Fenouillet, *Droit civil les personnes*, 8e édition, Dalloz; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Leçons de droit civil, t. 1, vol. 2, Les Personnes*, 8 édition, Montchrestien; Bernard Teysié, *Droit civil, Les personnes*, 12e, édition, Litec; David Bakouche, *Droit civil les personnes la famille*, HACHETTE; Philippe Malaurie, *les Personnes*, 6e édition, DEFRENOI; 张民安:《法国民法》,129~196页,北京:清华大学出版社,2015。

② 张民安:《法国民法》,178-196页,北京:清华大学出版社,2015。

③ Guy Raymond, *Droit Civil*, 2e édition, Litec, pp. 534-796; Michel de JUGLART Alain PIEDEEVRE Stéphane PIEDEEVRE, *Cours de droit civil, introduction, personnes, famille*, Seizième édition, Montchrestien, pp. 85-103, pp. 313-549; Jean Carbonnier, *Droit civil, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple*, puf, pp. 749-1496; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille*, 17e édition, Dalloz, pp. 527-948; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, *Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés*, 33e édition, L. G. D. J., pp. 115-237; Bernard Beignier Jean-René Binet, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, pp. 209-384; François Terré Dominique Fenouillet, *La famille*, 8e édition, Dalloz; Patrick Courbe Adeline Gouttenoire, *Droit de la famille*, 6e édition, Dalloz; Dominique Fenouillet, *Droit de la famille*, 3e édition, Dalloz; 张民安:《法国民法》,197~256页,北京:清华大学出版社,2015。

(三) 法国民法学者对继承理论和继承制度做出的阐述

在《法国民法典》当中,立法者对继承理论和继承制度做出了详细的规定,这就是其第三卷第一编“继承”和第二编“赠与和遗嘱”所规定的内容。

在法国,民法典第三卷的卷名为“人们获得财产所有权的不同方式”,除了对契约、准契约、侵权责任、婚姻契约、夫妻财产制等内容做出了规定之外,该卷还对继承、遗嘱和赠与做出了详细的规定。因为,由于受到盖尤斯和查士丁尼皇帝在他们的《法学阶梯》当中所规定的内容的影响,除了将契约、准契约、侵权责任、婚姻契约看作人们获得财产所有权的不同方式之外,法国立法者也将法定继承、遗嘱和赠与看作人们获得财产所有权的三种方式。^①

根据这两编的规定,《法国民法典》所规定的继承理论和继承制度既包括法定继承理论和法定继承制度,也包括遗嘱继承理论和遗嘱继承制度,其中的法定继承理论和法定继承制度由《法国民法典》第三卷第一编所规定,而其中的遗嘱继承理论和遗嘱继承制度则由《法国民法典》第三卷第二编所规定。为了实现上述双重目的,法国民法学者普遍都会在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些继承理论和继承制度做出或详尽或简略的阐述。^②

(四) 法国民法学者对物权理论和物权制度做出的阐述

在《法国民法典》当中,立法者对物权理论和物权制度做出了详细的规定,这就是其第二卷“物和财产所有权的不同限制方式”,该卷共五编,专门规定物权理论和物权制度。

根据这五编的规定,《法国民法典》所规定的物权理论和物权制度包括:物的分类,财产所有权,用益权、使用和居住权,地役权,不动产登记机构,以及不动产的公示。为了实现上述双重目的,法国民法学者均在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些物权理论和物权制度做出了或详尽或简略的阐述。^③

① 张民安:《法国人格权法(上)》,78~79页,北京:清华大学出版社,2016。

② Guy Raymond, *Droit Civil*, 2e édition, Litec, pp. 799-872; Sylvie Ferré-André Stéphane Berre, *Successions et les libéralités*, Dalloz, pp. 1-695; François Terré Yves Lequette Sophie Gaudemet, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz; Philippe Malaurie Claude Brenner, *Les successions, les libéralités*, 6e édition, LGDJ.

③ Guy Raymond, *Droit Civil*, 2e édition, Litec, pp. 407-491; Jean Carbonnier, *Droit civil, Volume II, Les biens les obligations*, puf, pp. 1515-1906; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille*, 17e édition, Dalloz, pp. 99-209; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, *Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés*, 33e édition, L. G. D. J., pp. 67-112, pp. 301-388; Patrice Jourdain, *Les Biens*, Dalloz; Gérard Cornu, *Droit civil, Les biens*, 13e édition, Montchrestien; Christian Larroumet, *DROIT CIVIL Les Biens, Droits réels principaux*, Tome II, 5e, édition, ECONOMICA; Christian Atias, *Droit civil, Les biens*, 11e édition, Litec; François Terré Philippe Simler, *Droit civil, Les biens*, 9e édition, Dalloz; Philippe Malaurie Laurent Aynès, *Les Biens*, 6e édition, LGDJ; 张民安:《法国民法》,451~493页,北京:清华大学出版社,2015。

（五）法国民法学者对债权理论和债权制度做出的阐述

在《法国民法典》当中，立法者对债权理论和债权制度做出了详细的规定，这就是其第三卷第三编至第十七编所规定的内容。

根据这几编的规定，《法国民法典》所规定的债权理论和债权制度包括：债法总则，契约，契约之外的渊源产生的债，也就是因为准契约、侵权责任和单纯的制定法所产生的债，婚姻契约和夫妻财产制，买卖契约，互易契约，租赁契约，公司契约，以及其他的有名契约。为了实现上述双重目的，法国民法学者均在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些债权理论和债权制度做出了或详尽或简略的阐述。^①

（六）法国民法学者对担保理论和担保制度做出的阐述

在《法国民法典》当中，立法者对担保理论和担保制度做出了详细的规定，这就是其新第四卷“担保”，该卷共两编，专门规定担保理论和担保制度。

根据这两编的规定，《法国民法典》所规定的担保理论和担保制度包括人的担保理论和人的担保制度、物的担保和物的担保制度。其中人的担保理论和人的担保制度包括：保证、独立担保和意向函。而物的担保理论和物的担保制度则包括：动产担保、不动产担保和其他担保，诸如留置权、所有权保留担保和让与担保。为了实现上述双重目的，法国民法学者普遍都在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些担保理论和担保制度做出了或详尽或简略的阐述。^②

四、法国当今民法学者对民法总论做出的阐述

（一）《法国民法典》没有对民法总则做出明确规定

在当今法国，虽然立法者在《法国民法典》当中对各种具体的民法理论和具体的民

^① Guy Raymond, Droit Civil, 2e édition, Litec, pp. 207-404; Gérard Légier, les obligations, 17e édition, 2001, Dalloz; Jean Carbonnier, Droit civil, Volume II, Les biens les obligations, puf, pp. 1907-2549; Henri et Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, Obligations, 9 e édition, Montchrestien; Philippe Malaurie Laurent Aynès Philippe Stoffel-Munck, Les Obligations, 4e édition DEFRENOIS; Rémy Cabrillac, Droit des Obligations, 9e édition, Dalloz; Philippe Malinvaud Dominique Fenouillet, Droit des obligations, 11 e édition, Litec; Virginie Larribau-Terneyre, Droit civil Les obligations, 12 e édition, Dalloz; Francois Terré Philippe Simler Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, 10e édition, Dalloz; 张民安:《法国民法》, 257~450页, 北京: 清华大学出版社, 2015。

^② Guy Raymond, Droit Civil, 2e édition, Litec, pp. 499-532; Philippe Bühr, Droit Civil générale, 13e, édition, Dalloz, pp. 307-344; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés, 33e édition, L. G. D. J, pp. 695-839; Philippe Simler Philippe Delebecque, Droit civil Les sûretés La publicité foncière, 5e édition, Dalloz; Laurent Aynès Pierre Crocq, Les sûretés La publicité foncière, 4e édition, DEFRENOIS; Michel Cabrillac Christian Mouly Séverine Cabrillac Philippe Pétel, Droit des sûretés, 9e édition, Litec; Manuella Bourassin Vincent Brémont Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, 4e édition, Dalloz; Christophe Albiges Marie-Pierre Dumont-Lefrand, Droit des sûretés, 4e édition, Dalloz; 张民安:《法国民法》, 494-542页, 北京: 清华大学出版社, 2015。