



高等学校法学系列教材

民法总论

郑云瑞 著

LAW

01



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D923.01
20

民法总论

郑云瑞 著

LAW

5



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/郑云瑞 著. —北京: 北京大学出版社, 2004. 10

(高等学校法学系列教材)

ISBN 7-301-07881-1

I. 民… II. 郑… III. 民法-法的理论-中国 IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 094596 号

书 名: 民法总论

著作责任者: 郑云瑞 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 7-301-07881-1/D·0971

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京中科印刷有限公司印刷

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 19.75 印张 376 千字

2004 年 10 月第 1 版 2006 年 1 月第 2 次印刷

定 价: 25.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

序

这本《民法总论》教科书,是我数年教学与研究工作的总结。民法理论博大精深,民法总论的理论则更为深邃,难以驾驭,我只能管中窥豹,尽自己绵薄之力,将所理解的民法总论,展示给读者。《民法总论》总的指导思想是以民法的整体理念为论述的重点,试图构筑一个通俗易懂、结构严谨、体系合理、内容完整的民法总论体系,以便使读者能够形成一个具有内在联系的民法总论体系观念。这是本书的出发点,也是终极的目标。但是否做到,只有诸位读者来作出评判。

民法理论最早可以追溯到古代罗马法,中世纪的注释法学派对罗马私法的研究为近代民法理论的形成奠定了基础。近代德国全面继受了罗马法,德国法学家以严谨的思维创设了民法的基本制度和理论,形成了概念准确、体系完整、逻辑严密的民法理论。

我国古代社会长期实行重农抑商的政策,自给自足的自然经济占主导地位,商品经济极不发达。儒家的伦常礼教成为人们的行为规范,道德规范调整人们之间的关系。家族是人们生活的中心,个人并没有独立存在的价值,不具有独立的人格,不能基于自己的意思独立地享有权利、承担义务,而只能基于人们在社会中的身份享有权利、承担义务。我国未能形成市民社会,缺乏民法产生的社会、经济以及思想条件。因此,我国在清朝末年之前一直未能产生民法。

从清末民初以来,我国法律制度全面继受了西方近代法律,民法制度与理论也继承和发展了德国民法制度与理论,从立法上,自我国清朝末年起到 20 世纪二三十年代的民法典均受到《德国民法典》的影响。在 20 世纪上半叶,我国学者对民法理论进行了深入的探讨和研究,特别是在中华民国时期,民法学者对民法典中涉及的一些重大问题展开了深入的研究和讨论,为当时民法典的编纂以及中国民法制度和理论的发展奠定了基础。中华人民共和国成立之后,我国的民事立法也间接受到《德国民法典》的影响。我国民法理论发展的一个分界线是《中华人民共和国民法通则》的颁布,此前,我国民法理论所使用的概念和术语均属于传统民法的概念和术语。此后,我国民法理论在传统民法的基本理论之外创设了一些新的概念和术语。随着我国民法理论研究水平的提升,学者们逐步认识到这些概念和术语的缺陷和不足,这是我国民法制度和理论今后发展的一个重大问题。本书的宗旨是力图恢复传统民法理论的内容,展示传统民法的概念、术语、体系,在此基础上,结合我国民法的理论和实践,阐述民法总论的理论。本书对民法总论理论的梳理,吸纳了国内外民法学者的理论研究成果,在此表示

真诚的感谢。由于本人才疏学浅,书中定有不少疏漏,恳请学界前辈及同仁批评指正。我的电子邮箱:yrzheng@sina.com。

《民法总论》是受华东政法学院教材建设委员会委托撰写的,是华东政法学院重点学科建设的成果,它的写作与出版得到了华东政法学院院、系两级领导,民法教研室同仁以及北京大学出版社的大力支持和帮助,在此深表感谢。

华东政法学院 郑云瑞

2004年6月26日

目 录

第一章 民法的历史沿革	(1)
第一节 大陆法系国家民法的历史沿革	(1)
第二节 中国民法的历史沿革	(22)
第二章 民法的概念和性质	(33)
第一节 民法的概念	(33)
第二节 民法的性质	(40)
第三节 民法的效力	(47)
第四节 民法与商法的关系	(49)
第五节 民法的本位	(55)
第三章 民法的法源与解释	(58)
第一节 民法的法源	(58)
第二节 民法的适用	(65)
第三节 民法的解释	(66)
第四章 法律关系	(74)
第一节 法律关系的概念	(74)
第二节 法律关系的要素	(76)
第三节 法律关系的种类	(79)
第四节 法律关系的变动	(81)
第五章 权利体系	(86)
第一节 权利的概念	(86)
第二节 权利的分类	(88)
第三节 形成权	(93)
第四节 请求权	(97)
第五节 抗辩权	(99)
第六节 权利的竞合	(101)
第七节 权利的行使	(103)
第八节 义务与责任	(112)
第六章 权利主体——自然人	(116)
第一节 权利主体的历史沿革	(116)
第二节 自然人	(122)

第三节	人格权的保护	(131)
第四节	监护权	(139)
第五节	宣告失踪与宣告死亡	(143)
第六节	自然人的住所	(147)
第七章	权利主体——法人	(149)
第一节	法人概说	(149)
第二节	法人的成立	(158)
第三节	法人的能力	(164)
第四节	法人机关与住所	(168)
第五节	法人的变更与终止	(170)
第八章	权利主体——合伙	(177)
第九章	权利客体——物	(185)
第一节	物的意义	(185)
第二节	物的分类	(188)
第十章	法律行为	(198)
第一节	法律行为的概念	(198)
第二节	法律行为的分类	(208)
第三节	法律行为的成立与生效	(219)
第四节	法律行为的形式	(231)
第五节	意思表示	(237)
第六节	条件与期限	(258)
第七节	法律行为的效力	(265)
第十一章	代理	(273)
第一节	代理概说	(273)
第二节	代理权	(279)
第三节	代理行为	(288)
第四节	无权代理	(290)
第十二章	民法上的时间	(296)
第一节	期日与期间	(296)
第二节	消灭时效	(298)
第三节	除斥期间	(307)
主要参考书目		(309)

第一章 民法的历史沿革

法律是人类社会发展到一定阶段的产物,社会和经济的发展需要相应的法律保障。私法伴随人类社会的出现而产生,最初表现为习惯,进而由习惯转化为国家制定法。民法是近代市民社会形成之后才逐渐产生的。民法伴随近代商品经济的产生而产生,并随商品经济的发展而得以进一步完善。民法促进了社会经济和生产的发展,保障了交易的顺畅进行,而社会经济的发展反过来又进一步促进了民法的发展和完善。人类社会的商品经济发展经历了三个发展阶段:古代、近代和现代发展阶段。民法主要是调整交易关系的法律制度,因此,民法的形成与发展同各国商品经济发展水平相适应,同时,各国民法体系、内容和立法思想的确立和变化,与其社会政治、道德、宗教和民族传统文化等因素密切相关。

民法是调整国民生活的法律规范,与每个自然人的日常生活息息相关,属于调整私人之间一般社会生活关系的基本法。民法的发展水平不仅反映了社会法制的发展水平,而且制约社会经济的发展。民法是调整交易关系的法律制度,是直接规范财产和财产权的基本法。因此,我国民法基本理论与立法直接影响我国社会经济的发展。

第一节 大陆法系国家民法的历史沿革

一、古代私法^①

(一) 古代罗马法

大陆法系国家的近代民法起源于古代罗马法^②,民法中的大部分制度可以追溯到罗马私法^③,因而在论述近代民法之前有必要简单介绍一下罗马法^④。在

① 民法是权利法,是调整平等主体之间人身关系和财产关系的私法,市民社会的形成是民法出现的前提。古代社会不具备民法形成的条件,因此,奴隶社会和封建社会既无形式意义上的民法,也无实质意义上的民法。近代形成市民社会之后,才出现民法。因此,“古代民法”、“中世纪民法”的提法是不妥当的。

② “民法乃发源于罗马法之 Jus Civile(市民法)。”参见刘得宽:《民法诸问题与新展望》,台湾三民书局股份有限公司 1980 年版,第 72 页。

③ 沃顿先生认为:“……罗马法对于法律制度结构的影响是整体性的,一方面影响了法学家研究法律的方法,另一方面影响了私法规范,这种影响是决定性的,它决定了民法法系区别于普通法系的基本特征。”[美]艾伦·沃顿:《民法法系的演变以及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 252 页。

④ 罗马法产生于距今 2500 年意大利半岛古罗马王政后期,自罗马第六个国王塞维阿·塔里阿的改革,真正意义上的国家开始形成,法律随之产生。以《十二表法》为标志的成文法的公开化,是罗马法发展的第一步。

古代法中^①,世界各国法律大多重刑轻民,诸法合体,民刑不分,将民事法律规范纳入刑事法律规范之中,而罗马法则以私法发达著称于世,是前资本主义时期反映商品生产和商品交换关系最完备、最典型的法律,体现了商品经济发展的一般规律。^② 罗马私法不仅在体系上相当完备,而且在立法技术上也非常的高超。

罗马法是指罗马奴隶制国家整个历史时期的法律总称。^③ 罗马法发源于罗马城邦,随着罗马帝国疆域的不断扩大,从地中海到地跨欧洲、非洲和亚洲的奴隶制帝国的建立^④,罗马法也由原来狭隘的成邦习惯法、市民法发展成为万民法,形成了一个世界性的法律制度。罗马法的发展分为三个不同的发展阶段,第一个阶段的罗马法表现为与封闭的社会、简单的农村生活相适应的法律制度。法律行为表现为严格的形式主义^⑤,如要式买卖、誓约以及市民法上的要式口约等,《十二表法》^⑥是这个阶段法律的表现。第二个阶段的罗马法表现为与开

① 世界古代有四大法典,他们分别是:

(1)《汉穆拉比法典》,大约在公元前1762年由巴比伦第一王朝第六代君主汉穆拉比(约公元前1792年—公元前1750年)制定,是两河流域法律中最具有代表性的一部法典。《汉穆拉比法典》刻在一个黑色的玄武岩的石柱上,石柱高2.35米,顶部周长为1.56米,底部周长为1.90米。法典分三个部分:序言、正文和结语,共有282条。法典主要内容有:法院(第1—5条)、财产(第6—126条)、婚姻、家庭与继承(第127—193条)、人身保护(第194—227条)以及劳动和劳动工具(第228条)。法典关于契约、债权、损害赔偿等方面的规定,是许多早期奴隶制国家立法文献所不能比拟的。法典的文字简洁,概念准确。

(2)《摩奴法典》,由印度婆罗门教制定,并非由国家颁布,约在公元前200年—公元200年间,共有12章,2684条。《摩奴法典》是一部综合性的历史文献,包涵了宗教、哲学、伦理、政治、经济和法律,但法律约占其内容的四分之一,集古代印度法之大成。种姓制度贯穿于整个法典,维护种姓制度是法典核心内容。法典第8章篇幅较长,而且主要是关于债权、婚姻家庭和继承方面的规定。

(3)《十二表法》,又称为《十二铜表法》,大约在公元前449年—公元前450年在罗马广场上公布。《十二表法》是罗马第一部成文法,既是前一历史时期习惯法的总结,又为后来罗马法的发展奠定了基础。《十二表法》涉及土地占有、债务、家庭、继承以及诉讼等方面的规定,反映了罗马奴隶制的发展和社会财产分化的过程,固定了自由民与奴隶间的地位和权利的不平等,维护私有财产制度。《十二表法》与其他古代法典一样,具有诸法合体的特征。

(4)《法经》,是战国初期魏文侯相李悝在总结春秋以来各诸侯国立法经验的基础上编纂的,包括《盗法》、《贼法》、《网法》、《捕法》、《杂法》、《具法》。《法经》在中国法制史上具有重要意义,初步确立了封建法制的基本原则和体系,对战国时期各个诸侯国的立法以及后来的立法均产生了深远的影响,商鞅携带《法经》入相于秦,在《法经》的基础上制定了《秦律》;《汉律》是萧何在《法经》六篇的基础上,新增《户》、《兴》、《厩》三篇编制而成,称为《九章律》。后来历代王朝的立法均是在《秦律》和《汉律》基础上的发展和完善,而且吸收了《法经》的基本原则。

② 周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第9页。

③ 同上书,第1页。

④ 罗马进入共和国时期,积极进行对外扩张,经过三次“布匿战争”,打败了海上强国迦太基,取得地中海的霸权。罗马的扩张,引起社会经济生活的深刻变动,包括奴隶买卖在内的海上和陆上贸易日益兴盛。此外,地中海沿岸各民族,因地利之便,历来有商业传统。罗马帝国大一统,使海陆交通变得安全便利,地中海沿岸各民族间的商业贸易进一步走向高度繁荣。与中华帝国以及历史上的其他帝国所不同的是,罗马帝国不是“农业文明”、“游牧文明”的帝国,而是“海洋文明”、“商业文明”的帝国。罗马帝国时代的商业繁荣持续了数百年之久,商品经济呼唤与之相适应的法律。这是罗马法产生的经济基础。

⑤ 早期人们对形式主义的特别追求,可能与当时社会法律所包含的宗教色彩有关。参见〔意〕朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第116页。

⑥ 《十二表法》的第三表至第八表是关于民事关系的法律规范。

放、文明的社会以及多元化的交易关系相适应的法律制度。早期罗马法的严格形式主义日渐衰退,法律行为形式主义的效力极大地降低,市民法的誓约或者要式口约逐步被万民法的要式口约所取代,这是罗马法的古典时期。在这个时期,罗马法获得了空前的发展。第三个阶段的罗马法表现为地跨亚、非、欧三大洲的世界性法律制度。法律行为的形式主义完全消失,法律行为体现了个人意思。在公元212年,罗马帝国所有的臣民成为了罗马公民,从而实现了私法上权利主体的平等。^①公元528年,罗马皇帝查士丁尼任命法学家特立波尼安组成一个10人的法典编纂委员会,负责《民法大全》(Corpus Juris Civilis)编纂工作,先后制定颁布了《查士丁尼法典》(Codex Iustinianus)(公元529年颁布)^②、《法学阶梯》(Institutiones)(公元533年颁布)^③、《学说汇纂》(Digesta)(公元533年颁布)^④、《新律》(Novellae)(从公元535年—656年颁布)。《民法大全》具有法律效力。查士丁尼所编纂的罗马法形成了一个高度发达、极为完整的法律体系。^⑤

在罗马共和国后期以及帝国时期,简单的商品经济得到了充分的发展,从而产生了调整人身关系和财产关系的较为完善的私法制度。实际上,古代罗马也是诸法合体,但是罗马法的私法部分特别发达。早在公元2世纪,罗马法学家就开始系统地整理和编纂私法。例如,盖尤斯在《法学阶梯》中,把罗马私法分为人法、物法和诉讼法三编。人法,是规定关于权利主体的法律^⑥,即人的法律地位、各种权利的取得与丧失的条件与方式以及婚姻、家庭关系等方面的法律。物法^⑦,是权利人对其所所有物的最完全的支配权,即占有、使用、收益、处分和返还

① [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版1992年版,第7—8页。

② 该法典主要是罗马历代皇帝的一个敕令全集,是《民法大全》的第一个汇编。汇编保留了有效的敕令,删除了已经不适用社会需要的敕令,法典的修订本共12卷。

③ 《法学阶梯》是查士丁尼钦定的私法教科书,具有法律效力。为了便于人们学习罗马法的基本原理,以盖尤斯的名著作为蓝本,法学家按照查士丁尼的要求将历代罗马皇帝的敕令和著名法学家的法理融合在一起,融会了罗马法全部基本原理,是罗马法的精髓,条理清楚,概念明确,文字通俗易懂,内容丰富、详实。《法学阶梯》共分4卷,有98篇。第1卷是关于人的规定,即关于私法主体的规定;第2卷、第3卷是关于物的规定,即有关财产关系;第4卷是关于契约和诉讼程序的规定。从4卷的排列顺序看,《法学阶梯》比罗马第一部成文法《十二表法》已经有了很大的进步,将实体法——人法和物法排列在前,程序法——诉讼法排列在后;而在《十二表法》中,程序法在先,实体法在后。这说明了随着罗马帝国商品经济的发展,罗马法学家已经非常重视权利的问题,而不是早期的“正义与非正义”之类的问题。因此,在《法学阶梯》中,权利的观念扩大,占据了主导地位,从而使罗马私法发展到一个新的阶段,标志着商品经济的社会性质。1804年的《法国民法典》是以《法学阶梯》为蓝本制定的。

④ 《学说汇纂》是法学理论的汇编,共有50篇,是对公元前1世纪到公元4世纪初期的罗马法学家的著作(主要是巴比尼安和保罗士的著作)、学说和法律解答的汇编整理而成。1896年的《德国民法典》是以《学说汇纂》为蓝本制定的。

⑤ [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社1993年版,第145页。

⑥ [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第29页以下。

⑦ 罗马法的物权形式有所有权、役权、永佃权、地上权、质权和抵押权,但所有权是最重要、最常见的权利。参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第183页。

占有权。所有权形式有市民法所有权和万民法所有权之分。罗马法的诉讼分为对人诉讼与对物诉讼^①,这种划分是与债权与物权的划分相对应的。

罗马法分为自然法(jus naturale)、万民法(jus gentium)和市民法(jus civile)。^②“自然法是自然界教给一切动物的法律。这种法律不是人类所特有的,而是一切动物都具有的……”^③“每个民族专为自身治理制定的法律,是这个国家所特有的,叫做市民法,即该国本身特有的法。至于出于自然理性而为全人类制定的法,则受到所有民族的同样尊重,叫做万民法,因为一切民族都适用它”^④。

罗马法的精华在于确立了私法上的平等^⑤,人格权、个人财产所有权的不可侵犯和契约自由。在私法的发展史上,罗马法最早建立了权利主体、所有权和契约自由的概念,这正是经济关系在法律上的要求与反映,并成为近现代民法的范本和基础。罗马法根源于地中海沿岸各民族持续数百年商业繁荣的社会经济生活,汲取古希腊理性哲学的精髓,全面运用亚里士多德创立的形式逻辑的科学方法,其概念精确、逻辑严谨、体系完整。但是,由于社会历史条件的限制,罗马法有其局限性,主要表现在如下三个方面:第一,奴隶是权利的客体,不是权利的主体,不具有法律上的人格。第二,在自由民中,妇女和家属也不具有独立的人格,这是私法上的一种公开的不平等。第三,罗马法存在一定的形式主义和宗教迷信色彩。

(二) 中世纪日耳曼法

中世纪日耳曼法是继罗马法之后在西欧形成的一种法律体系。日耳曼法是指公元5世纪到9世纪之间西欧早期封建制时期各“蛮族”王国适用于日耳曼人的法律。^⑥日耳曼法是日耳曼各个部族在侵入西罗马帝国,建立“蛮族”王国的过程中,由原有的部落习惯逐渐发展而来,在性质上属于早期封建时期(即封建

① 对人诉讼是保护债权,只能对特定的债务人提起的诉讼;而对物诉讼是保护物权和身份权的诉讼。参见周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第884页。

② 市民法仅适用于罗马公民,而不适用于外国人或者异邦人。万民法不仅在外国人之间适用,而且还外国人与罗马公民之间适用。万民法的理论涵义是指产生于自然理性的法律,是人类社会共同的。古希腊思想家亚里士多德早已提出这一思想,斯多葛学派极力倡导这种思想。罗马政治家西塞罗在斯多葛学派思想的影响下,认为“法律乃是自然中固有的最高理性,它允许做应该做的事情,禁止相反的行为。当这种理性确立于人的心智并得到实现,便是法律。”参见[英]韦恩·莫里斯:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译,武汉大学出版社2002年版,第56页。

但是,致力于解决实际问题的罗马法学家仅对万民法的实际涵义感兴趣,对其理论涵义则没有兴趣。从公元212年异邦人获得罗马公民权之时起,市民法与万民法之间的区别,已经没有实际意义。

③ [罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第6页。

④ 同上书,第6—7页。

⑤ 罗马法上的平等是指自由人之间的平等,将奴隶排除在外,并且仅在私法范围内实现了平等,并没有政治上的平等观念。这种平等观念为17世纪以来的资产阶级启蒙运动法律思想家所继承和发展,赋予了“法律面前人人平等”新的内容,提出了“天赋人权”的主张。

⑥ 林格年主编:《外国法制史》,中国人民公安大学出版社1992年版,第84页。

制形成和巩固时期)的法律,因而既有封建法律特征,又有原始社会习惯法的残余痕迹。^① 公元9世纪之后,西欧进入封建割据时期,日耳曼法失去了其独立存在的意义,但其原则和制度,在与罗马法融合的基础上转变为分散的地方习惯。换言之,日耳曼法作为西欧封建制法律的基本构成因素保留下来,中世纪后期又同罗马法、教会法一起成为资本主义法律的历史渊源。

公元3世纪后,罗马帝国走向衰落、分裂。到了公元5世纪,西罗马帝国灭亡。罗马法鼎盛发达的“古典时期”也走向衰落。欧洲进入中世纪,步入漫长的封建割据时期,政治上实行封建君主专制,经济上是生产规模狭小、生产单位孤立分散的自然经济,“农业文明”取代了“商业文明”,罗马法失去它赖以存在的经济基础,也随之消失了。公元5世纪中叶,日耳曼人各部落联盟在西罗马帝国的废墟上建立起一批封建化的王国。从公元5世纪末到6世纪初,这些日耳曼王国在基督教教士和罗马法学家的帮助之下,编纂了一批成文法典,记载并整理了原来各部落联盟的习惯,并将有关案例成文化,有选择地采纳了一些通俗易懂的罗马法术语和原则。这类习惯汇编通称为“蛮族法典”,其中以《撒利克法典》最为有名。这是欧洲封建社会初期,日耳曼法形成的过程和标志。^② 除了编纂适用于日耳曼人的正式法典之外,日耳曼王国还编纂了适用于罗马人的简易罗马法汇编,在法律的适用上采取属人主义,即日耳曼人适用日耳曼法,罗马人适用罗马法。在查理曼帝国瓦解之后,欧洲各国进入封建割据状态,法律也发展为极端分散的地方法。英国的法律发展与欧洲大陆国家极为不同,在1066年诺曼底诺曼公爵征服英国之前,英国主要施行盎格鲁·萨克逊的习惯法和王国的制定法。诺曼人入主英国之后,实行中央集权制,改革行政和法律制度。对全国的土地进行全面的调查,即所谓的“末日审判书”,国王成为土地的最终所有权人。为了处理由此而产生的土地所有权纠纷案件,中央设立了王室法院。王室法院派首席法官到全国各地进行巡回审判,通过巡回审判制度,英国形成了自己独特的法律体系——判例法。^③

日耳曼法与罗马法存在较大的差异,“盖日耳曼法之法律思想,系注重团体关系,认为个人乃全体之一支,个人之权利乃为全体之利益而存在。因而对于罗马之‘个人主义’的法律思想言之,日耳曼之法律思想,实属‘超个人主义’的,两种恰成鲜明的对比。”^④ 日耳曼法实现团体本位制度,个人权利的享有与义务的承担应受到团体(家庭、氏族、公社)的制约,身份而不是个人的意思,决定并形成

① 林榕年主编:《外国法制史》,中国人民公安大学出版社1992年版,第85页。

② 由嵘主编:《外国法制史》,北京大学出版社1992年版,第85页。

③ [英]S. F. C. 密尔松:《普通法的历史基础》,李显东、高翔、刘智慧、马呈元译,中国大百科全书出版社1999年版,第17—24页。

④ 郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第11页。

人们之间的关系。^① 日耳曼法强调法律行为的形式主义,财产的转让等行为均须进行固定的仪式,说特定的套语,并配以相应的象征性动作,行为人的真实意思表示如何,则无关紧要。^② 此外,由于日耳曼人处于经济文化上发展的低级阶段,法律非常原始,还不能进行抽象的概括和逻辑推理。因此,日耳曼法并没有形成抽象化的法律规范,而只是案例式的各种解决案件的具体办法。^③ 尽管如此,日耳曼法的一些具体制度仍然对近现代民法产生了深远的影响。

(三) 罗马法的复兴

从古代罗马以来,意大利的各个港口海上贸易一直非常发达。这些港口与意大利中部、北部的内陆城市,甚至与阿尔卑斯山以北的各国,因商业贸易关系,往来极为频繁。公元1096年开始的十字军东征,导致意大利港口城市与东方商业贸易关系的兴旺发达,从而带动了内陆城市商贸的繁荣,逐步形成了以经济生活为中心的欧洲城市。此外,农业生产技术的进步,人口的增加,为欧洲城市的发展创造了有利的条件。

中世纪后期,伴随欧洲城市国家的兴起和商品经济的发展,在封建社会内部孕育着资本主义生产关系和新兴的市民阶级,要求有一种符合其需要的法律来调整不断扩大的商业贸易关系;欧洲长期处于封建割据状态,国王和市民均希望能够实现中央集权制,建立统一的民族国家;教会法在中世纪占有非常重要的地位,实行等级制度和等级特权制度,而强调个人意志和自由的罗马法,成为国王反对罗马教皇和教会法强有力的武器。在12世纪初,欧洲开始了罗马法的复兴运动^④,它与文艺复兴运动、宗教改革运动一起被称为欧洲中世纪的三大运动。罗马法的复兴显示了罗马法所具有的强大生命力,表现为欧洲大陆各国先后掀起的研究罗马法的热潮,并在15至16世纪出现了欧洲各国普遍采纳罗马法的局面,最终使罗马法成为现代各国制定调整商品经济关系法律制度的基础^⑤。欧洲罗马法的复兴运动是适应中世纪末期社会经济生活的急剧变迁,特别是商品经济发展的必然结果。^⑥ 罗马法的复兴与欧洲最早一批大学的出现密切相关,意大利的波伦亚大学最早开展了对《民法大全》的研究工作,吸引了欧洲各国

① 由嵘主编:《外国法制史》,第91—92页。

② 同上书,第92—93页。

③ 同上书,第92页。

④ 罗马法复兴运动是指在公元12至16世纪欧洲各国和自治城市所开展的研究罗马法典籍,并将罗马法的基本原则和概念运用到法律实践的学术运动。罗马法研究的进程大致可以分为三个历史阶段:注释法学派时期(1100—1250);评论法学派时期(1250—1400);人文主义法学派时期(1400—1600)。

⑤ 周枏:《罗马法原论》(上册),第74页。

⑥ 11世纪晚期到12世纪是西欧经济急剧发展的时期。新技术的发展和耕作方法的改进,极大地提高了农业生产力,由此产生了农村剩余农产品的贸易。物质的丰富导致人口的增加,城市和城镇不断涌现,应当是这个时期最引人注目的社会经济变化。在其后的两个世纪里,大型制造业中心和贸易中心在整个西欧大陆大量出现,陆上和海上贸易成为西欧经济和社会的重要内容。

学生到该大学研习罗马法^①,由此成为罗马法研究的发源地和第一个研究中心。

12世纪西欧法学家在研究罗马法的过程中发展了古希腊哲学以及后期罗马法具有的辩证推理性质方法^②,将希腊人的哲学智慧与罗马人的法学智慧有机地结合起来^③,即将古希腊的辩证法运用于法律领域^④,试图将法律规则系统化为一个有机的统一体,从法律规则中归纳、推导出一般的法律原则。古希腊柏拉图和亚里士多德辩证法的基本方法,查士丁尼罗马法的基本法律术语体系,这两者在完全不同的社会环境中的结合,使法学家发现了一些新的东西^⑤,从而为近代民法的产生奠定了基础。

在罗马法复兴的进程中,注释法学派、评论法学派以及人文主义法学派发挥了重要的作用。

(1) 注释法学派,是指在12世纪初期由伊尔内留斯(Irnerius, 1055—约1133)在波伦亚大学所创立的法学派。伊尔内留斯是注释法学派的始祖,精通文法学、修辞学和辩证法,以这三个学科为基础,“即文法学为拉丁文之文法规则与文体结构,修辞学为论题发现的规则,尤其为因应法庭讨论而发展成的审问理论,辩证法为论证事实的方法与整理资料的规则,运用论理形式的思维方法,从事对罗马法大全的解释。”^⑥阿库修斯(Accursius, 1182—1260)是注释法学派的另一位有影响的法学家,对从伊尔内留斯以来150年间所有注释法学派学者的注释进行了艰苦的整理、鉴别以及综合工作,历时40年,集各家理论之大成,完成了《通用注释》。此后,注释法学派开始衰落,对法律条文的研究和评述代替了对注释的研究。

(2) 评论法学派,又称为后期注释法学派,形成于注释法学派之后,并与注释法学派相对立,以辩证推理、讨论、分类评注、三段论法和二难推理等为研究罗马法的方法。评论法学派继承了注释法学派的注释方法,但是注重现实的需要,使罗马法与城市法、封建习惯法、日耳曼习惯法以及教会法相互适应,使罗马法成为意大利法的一部分。在研究方法上,评论法学派比注释法学派更为重视理论思维运用,对法律问题进行了更为深入的分析和归纳。^⑦评论法学派的代表人物是巴尔多鲁(Bartolus, 1313—1357),其著作将法学研究推向新的境界,

① [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命》,第147—152页。

② 同上书,第159页。

③ 同上书,第176页。

④ 同上书,第169页。

⑤ 例如,罗马法学家曾制定了各种代理规则,根据规则的规定,一个奴隶可以作为其主人的代理人,代表其主人从事某些民事活动,主人应对奴隶的行为承担责任,但是罗马法并未确立一个关于代理的一般概念,只有各种具体形态的代理而已;同样,在查士丁尼的罗马法中,缺少一个关于契约的一般概念,只有某些具体的契约类型,因而在法律所列举的契约类型之外的任何协议,均不构成一个契约。

⑥ 戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社2003年版,第80页。

⑦ 同上书,第108页。

除了将罗马法大全的理论基础作出扼要中肯的注解之外,在民法、刑法、诉讼法、公法以及教会法等领域也有大量的著述。巴尔多鲁对后世法学影响深远,而且其法学理论成为德国现代法学的直接法源。^①

(3) 人文主义法学派,是指以人文主义为指导思想,注重研究罗马法的本意和历史沿革关系的学派。人文主义法学派批判地继承了两个注释法学派研究成果,克服了以前在罗马法研究中以自我为中心的^②解释罗马法,试图恢复罗马法的全貌,力求准确地探求罗马法的原意,对真正的罗马法进行综合与归纳,注入人文主义的精髓,构建一个科学、系统、完整的法律体系,为欧洲的社会经济发展服务。人文主义法学派的代表人物是阿西亚特(Alciati, 1492—1550),其代表作为《查士丁尼学说汇纂》。

(四) 法国对罗马法的继受

公元476年,西罗马帝国灭亡之后,罗马法在日耳曼人的王国中并未丧失其效力,仍然继续适用。特别是在西哥特人和勃艮第人的王国中,罗马法作为适用于王国之内非日耳曼民族的法律而继续存在。西哥特国王阿拉里克二世在公元506年颁布了《西哥特罗马法》,又称《阿拉里克罗马法辑要》,是对盖尤斯、保罗、帕比尼安等学说巧妙的编摘,并附以通俗的拉丁文注释。这是11世纪《民法大全》发现之前,学习罗马法的唯一教材。在法国的北部,法兰克人的入侵以及法兰克国家的建立,法兰克人带来了其固有的具有日耳曼法渊源的习惯法,并制定了几个将习惯法成文化的法典,其中最为重要的是《撒利克法典》,因此,法兰克人在很大程度上消除了罗马法在北部地区的影响。

对南部成文法地区形成具有决定性作用的因素,是大学中罗马法研究的蓬勃发展。在12世纪,法国南部地区的蒙彼利埃大学和图卢兹大学对《民法大全》的研究享有很高的声誉,通过他们活跃的研究和教育活动,向政府和教会输送了大量的罗马法专家。在13世纪初,成文法地区就已初见端倪,到了16世纪末,法国从大西洋岸边的纪德龙河河口到日内瓦湖以西形成了一条界线,明确地将在罗马法影响下形成的成文法的南部地区与以日耳曼习惯法的北部地区区分开来,其比例大约是二比三。然而,成文法与习惯法之间的区分不是非常严格的,在南部地区,一些成文法既受到罗马法的影响,又包含了日耳曼因素。同样,在北部地区,人们对罗马法并非采取完全拒绝的态度,在习惯法没有规定的情形下,他们便以罗马法来补充习惯法的不足。^②

早期北部的习惯法大多是口耳相传,不了解有关习惯法规则的法官,在发现

^① 戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,第105页。

^② [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,贵州人民出版社1992年版,第146页。

这种规则时必须使用一种被称为“向居民进行习惯法调查”的方式,通过若干本地居民说明习惯法规则。由于习惯法具有很大的不确定性,因而法国出现了习惯法调查运动的开展。习惯法的调查逐渐形成了法国共同习惯法,并最终形成了习惯法与成文法的融合。在13世纪,法国就出现了由私人完成的且具有较高权威的《诺曼底习惯法大全》。1510年出版的《巴黎习惯法》一书极大地推进了各个地区习惯法的统一进程。“法国得以幸免于如同后来德国所发生的那种大规模接受罗马法的情况,显然要归功于16世纪王国在记录习惯法方面的成功。”^①此外,由于神圣日耳曼罗马帝国,认为罗马法是他们的法律,因此,法国国王对罗马法持怀疑的态度。

在法国普通民法的形成过程中,法学家起了重要的作用,他们认为,普通法是由不同习惯法所表达的法律观念的整体构成的。^②法学家多马(Jean Domat, 1625—1696)在其1689年出版的《自然秩序中的民法》,根据当时社会的需要,将罗马法规则重新编排,为民法典的编纂作出了重大的贡献。但对民法典起草人影响最大的是波蒂埃(Robert Joseph Pothier, 1699—1772),由于其对罗马法和习惯法透彻的了解,他以折中的态度汲取了罗马法和习惯法,在债法如买卖、租赁、赠与等方面有大量的著述,对后来的民法典起草影响深远。^③

(五) 德国对罗马法的继受

德国对罗马法的继受从13世纪开始,到16世纪末结束。^④德国对罗马法的继受不同于法国,它全面继受了罗马法。德国全面继受罗马法主要有两个方面的原因:第一,在意识形态方面,日耳曼帝国认为自己是罗马帝国的继承者,日耳曼皇帝是罗马皇帝的继承人。因此,德国继受罗马法完全是自然而然的,而且是根据皇帝的设想概括性地实现的。^⑤第二,在政治方面,由于日耳曼帝国力量的日渐衰微,封建领主力量的不断强大,德国缺少强有力的中央政权和司法机构对习惯法进行系统的整理和研究,造成了德国境内的法律缺乏统一性、缺乏系统性与合理的结构,没有形成强大的法律职业和具有德国固有法知识的专家,从而为普通德国私法的形成奠定基础。^⑥

一方面是由于日耳曼帝国力量的削弱,没有形成强有力的帝国司法机构以及非常有影响的帝国法律职业阶层,这为罗马法在德国境内的全面继受创造了条件。另一方面是由于日耳曼发展而来的立法形式已经不能适应社会发展的需

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,第147页。

② 同上书,第149页。

③ 关于波蒂埃对《法国民法典》的影响,参见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第125—126页。

④ 戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,第167页。

⑤ [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第185页。

⑥ 同上。

要。罗马法恰好填补了当时德国法律的空白,这并不是因为罗马法的规定比传统德国法更好、更正确,而是由于罗马法提供了丰富的概念设置和思想方法。^①德国对罗马法的继受是在1450年到1650年之间逐步完成^②,采用了精练的罗马法文体或者体系,发生了固有法与罗马法的融合。“罗马法的继受,与其说是通过有学者所制定的法律规定,不如说是依靠罗马法的精神对德意志法和德意志司法所作出的根本性变革而完成的,这一过程被称为德意志法的‘科学化’。”^③德国对罗马法的继受是从上到下的方式进行的,当时各邦政府和法院以及教会机构和教会法院的法律专业人员多数是在意大利的大学学习罗马法和教会法。这些人员从事审判时,通常抛弃他们不熟悉的地方习惯法,而是直接援引罗马法的规定改变下级法院根据习惯法所作出的判决。1495年帝国最高法院的设立,对罗马法在德国境内的继受具有重大意义。虽然德国设立了帝国最高法院,却没有可以适用的帝国普通私法,适用罗马法是唯一的选择。此外,被任命为法官的法学家钟爱自己所学的罗马法而轻视地方习惯法,不仅帝国最高法院如此,而且各邦法院也是如此,这是促成罗马法在德国境内继受的重要原因。最初帝国最高法院的半数法官为罗马法学家,后来逐渐全体法官均成为罗马法学家。这是加速罗马法在德国境内继受进程的重要因素。此外,根据设立帝国最高法院的法令,帝国最高法院在审理案件时,应适用“帝国普通法”。因此,帝国最高法院在适用法律时,应证明所适用的法律是有关邦的法律和习惯。但由于帝国最高法院对提供这些邦法和习惯证据的要求越来越严格,并且主张某些邦法和习惯不合理,就予以拒绝,从而排除了各邦法律和习惯的适用,罗马法便成为帝国的普通法。

由于帝国最高法院没有强大和全面的审判权,其判例的效力不能遍及帝国全境。因此,各邦法院并不是通过帝国最高法院的判例,而是通过模仿它所适用的罗马法诉讼程序,来实现罗马法的继受,特别是各邦设立的上诉法院对罗马法的继受起到了非常大的促进作用。

德国对罗马法的继受,实体法具体表现在债法和物权法,债法和物权法是调整交易关系的法律,社会经济的发展与调整交易关系的法律密不可分。程序法表现为诉讼程序按照罗马法的诉讼模式进行了改革,诉讼严格按照程序的规定分阶段进行。德国在其整个法律领域内接受了《民法大全》的各种概念、术语等。

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,第251页。

② [日]大木雅夫:《比较法》,第186页。

③ 同上书,第187页。