



中国法制出版社

民法总则论文选萃

MIN FA ZONG ZE LUN WEN XUAN CUI



法
学
论
文
选
萃



民法总则论文选萃

CHINESE CIVIL LAW: RECENT DEVELOPMENTS

中国民法学研究会
民法学专业委员会
学术年会论文集

民法总则论文选萃

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法总则论文选萃/中国法制出版社编. —北京:
中国法制出版社, 2004. 12
ISBN 7-80182-403-2

I. 民… II. 中… III. 民法总则-中国-文集
IV. 923.14-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 108094 号

民法总则论文选萃

MINFA ZONGZE LUNWEN XUANCUI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2004 年 12 月第 1 版

印张/15.75 字数/434 千

2004 年 12 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-403-2/D·1369

定价:28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66070041

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

编辑说明

1. 随着我国法学研究和法学教育的蓬勃发展,为满足法律人士、政法院校师生研习法学所需,我社选编了《法学论文选萃》丛书。本丛书从洋洋数万篇论文中取其精华,分门别类,编辑成册。

2. 所收论文概以作品本身的学术影响作为唯一入选标准,其内容或对法学争论有独到见解,或对法律新问题有创见,或对现行法律有精辟剖析,或介绍外国立法例和学理,而不论作者的年龄、地域、职业和身份。

3. 为努力避免由于编者的立场或利害关系所致消极影响,选编工作均由中国法制出版社专业编辑担纲,经征求多方意见并反复斟酌完成。

4. 各选辑论文的编排,力图按其探讨主题,依照各部门法的法条或教科书的章节顺序分列,不考虑论文发表的时间,概不涉及作者的辈名。

5. 各篇论文均在其题目之下对作者的简历和主要学术成果略作介绍,并在文末注明论文出处,供读者进一步查考。

6. 除作者已故或极少数作者难以取得联系之外,论文均已获得作者授权。本社将严格按照有关规定支付稿酬。

7. 因所收论文原载期刊对论文注释要求不一,为尊重作者文风、保持文章原貌,本丛书对论文注释不做统一规范要求。

8. 丛书分《法理学论文选萃》、《宪法与行政法论文选萃》、《民法总则论文选萃》、《物权法论文选萃》、《债法论文选萃》、《侵权行为法论文选萃》、《商法论文选萃》、《民事程序法论文选萃》、《经济法论文选萃》、《刑法论文选萃》、《刑事诉讼法论文选萃》和《证据法论文选萃》，计 12 种。

9. 丛书或因资料搜集不全，或因编者学识经验不足，疏漏之处在所难免，敬请作者和读者见谅。

中国法制出版社

2004 年 12 月

目 录

法系的历史形成	[法] 勒内·达维德 (1)
为权利而斗争	[德] 鲁道夫·冯·耶林 (32)
法学上之发现	[德] Hans Dölle (76)
从市民法到民法	
——关于一个概念的内涵及其历史发展的	
考察	[意] 阿尔多·贝特鲁奇 (96)
新中国民法学四十年	佟 柔 (112)
罗马法精神在中国的复兴	江 平 (141)
21 世纪与中国民法的发展	王家福 (151)
民法之理论体系与其展开	刘得宽 (台) (160)
法律关系论	梅仲协 (台) (174)
私法自治中的国家强制	
——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法	
方向	苏永钦 (台) (194)
论民事权利体系	谢怀栻 (235)
人格权制度在中国民法典中的地位	王利明 (253)
私法中的人	
——以民法财产法为中心	[日] 星野英一 (275)
法人的主体性质探讨	龙卫球 (315)
法律行为与事实行为	董安生 (331)
意思表示与法律行为	朱庆育 (346)

论诚实信用原则与权利滥用禁止之机能	林诚二 (台) (377)
两种民法典起草思路: 新人文主义对物文主义	徐国栋 (390)
《民法通则》的历史功绩与历史局限	李开国 (428)
法解释方法论基本问题	梁慧星 (459)
民法, 给程序以应有的地位	崔建远 (477)
论中国民法的现代化	韩世远 (480)

法系的历史形成

[法] 勒内·达维德 著

漆竹生 译

作者简介

勒内·达维德 (Rene David, 1906.1—), 生于法国巴黎, 法学博士。1930—1933 年任罗马私法划一化国际研究所副秘书长, 参加过埃塞俄比亚和卢旺达的民法典起草工作。并曾率团参加过联合国国际商法委员会。他还先后在法国格勒诺布尔、巴黎、埃克斯—马赛及哥伦比亚、耶鲁、慕尼黑、德黑兰等大学担任教授和客座教授。

《当代主要法律体系》被西方学者称为当代比较法学的权威著作。1984 年 11 月, 上海译文出版社出版了由漆竹生教授译出的中译本, 达维德为中译本做了序。该书以比较研究的方法为主, 以历史的、哲学的和分析的研究方法为辅, 对世界各国法律进行了宏观的比较研究, 全面贯穿了他的世界法律统一主义思想, 虽然作者对中国法的认识有许多偏颇错误之处, 但该书在中国比较法学的研究与发展有相当大的影响, 而其在世界比较法领域中的地位, 则更不容忽视。

目 次

前 言

第一章 习惯法时期

第一节 大学讲授的普通法

第二节 各国法与地区法

第二章 成文法时期

第三章 欧洲以外的传播

前 言

提纲 罗马日耳曼法系是欧洲大陆形成的，今天它的主要中心还是在那里，尽管由于传播或接受现象，很多欧洲以外的国家加入了这个法系或引进了它的某些成分。

从科学观点看，罗马日耳曼法系出现的时代是十三世纪。直到那时为止，毫无疑问，存在着将来用以构成法系的成分；但如讲体系，也许甚至连讲“法”，似乎还为时过早。第一个时期开始于十三世纪在各大学恢复罗马法的学习研究：这是我们将要指出其意义与影响的主要现象。在此后的五个世纪中，这个法系将受学说支配，在学说的主要影响下，各国将开展法的实际工作。学说与自然法学派将为下一时期的来临作准备，时至今日我们还处于这个时期，这是法系将受立法支配的时期。研究了在欧洲发生的情况以后，最后的第三章，我们将考察罗马日耳曼法系在欧洲以外的其他大陆的传播。

第一章 习惯法时期

法的观念的淡漠 在十三世纪以前，欧洲法的情况怎样？存在于这个时期并将用以构成法律体系的成分主要具有习惯的性质。罗马帝国的文明灿烂辉煌，罗马人以其才华建立了空前的法律制度；但多少个世纪以来罗马帝国在西方已不存在。各种民族，尤其日耳曼人的入侵于第五世纪结束了罗马帝国的统治。入侵之后，一方面是罗马化了

的居民，另一方面是蛮族，两者按照各自固有的法律并肩生活。随着时光的流逝，生活方式接近了；不同种族的人彼此混合了，随着封建制度的诞生，以领地为范围的习惯取得了统治地位，原先的法律属人原则不复存在。

当然有些文件可供我们参考，据以了解罗马法或蛮族法的情况。在拜占庭帝国，以及从一定程度上说，在意大利，有查士丁尼编纂的集子（《法典》、《学说汇纂》和《法学阶梯》，公布于529至534年间，后又为一系列新律所补充），在法国与西班牙半岛有《西哥特罗马法》或《亚拉里克法律要略》（506年颁布），这些从理论上说都代表罗马法。从第六世纪起，大部分的日耳曼部落都制定了“蛮族法律”；就各北方或斯拉夫部落的法律而言，这一过程一直继续到十二世纪。^①

但这些文件对于十二世纪在欧洲真正施行的法反映得很不够。“蛮族法律”只规定了一部分（常常是微不足道的一部分）今天在我们看来应受法律支配的社会关系。另一方面，罗马法的汇编，即使是亚拉里克简化的版本，很快就变得太深奥、太复杂了。事实上，这些汇编中包含的学者法已被人民大众自发实施的通俗法所变更和代替。后者的规定，其实施范围仅是局部的，谁也不曾想用书面将它们固定下来。在意大利（泰奥多里克敕令，500年）和在西班牙（《诉讼法典》，654-694年），东哥特与西哥特的君主们曾力图把适用于不论是日耳曼族或拉丁族臣民的规定融合为一部单一的法典；但由于伦巴第人入侵意大利（565年）和阿拉伯人入侵西班牙（711年），已经着手的工作尽付东流。除了这些企图之外，政府当局只限于偶尔在某些方面就某个具体问题干预（法兰克敕令），而这些方面一般涉及公法多于私法。民间的积极性不曾弥补这方面的不足。

如果当事人的胜诉取决于诸如上帝审判、当事人或共同宣誓人的宣誓（共同涂罪）、神意裁判的考验这样的手段，那何必了解或明确法律的规定？如果没有任何权力机构有义务或准备为胜诉人提供强制力，那何必获得判决？在中世纪早期的黑暗中，社会倒退到更加原始的状态。一些掌管法律的机构的存在（法兰克的拉香布，斯堪的纳维亚的

^① 蛮族法律大部分用拉丁文撰写，曾在《日耳曼历史文物》丛刊上发表。

拉芒, 冰岛的奥扎加里, 爱尔兰的布勒翁, 盎格鲁撒克逊的威森) 以及编纂蛮族法律这一简单事实似乎使人相信法可能还存在。但法的统治已经终止。个人间和社会集团间的纠纷都通过弱肉强食的法则或首领的专断来解决。当时最流行的制度是仲裁, 其目的并不是秉公把应属于每个人的东西给予每个人, 而是维持集体的团结、保证敌对集团之间的和平共存及保持和平局面。此外, 社会应该保障个人“权利”的理想本身也被否定了: 基督教社会难道不应更多地谋求建立在博爱仁慈的思想基础上吗? 圣保罗在他给科林斯人的第一封书简中, 宣扬的是仁慈, 而不是正义, 是劝告信徒们接受牧师或修士的仲裁, 而不要去找法院。圣奥古斯丁也为同样的论点辩护。十六世纪在德国还有一句谚语说: 法学家是不好的基督教徒。虽然这句话首先是对罗马法学家讲的, 但对一切法学家都适用: 法律本身是不好的东西。

法的观念的恢复 罗马日耳曼法系的建立是同十二、十三世纪在西欧发生的复兴现象相联系的。这种复兴表现在各个方面; 其重要表现方面之一即法律。随着城市与商业的复兴, 社会上终于认为只有法才能保证秩序与安全, 以取得进步。以仁慈为基础的基督教社会的理想被抛弃了; 不再想在人间建立上帝之国。教会本身更明确地区别世俗社会与信徒们的宗教社会、世俗裁判与良心裁判, 并在这个时期制定一部教会私法。^② 人们不再把宗教与道德同世俗秩序与法混淆在一起, 承认法有其固有的作用与独立性, 这种作用和独立性将是此后西方文明与观点的特征。

认为社会应受法的支配并不是什么新观念。至少在有关个人间的关系方面, 它曾为罗马人所接受。但在十二世纪回到这个观念却是一场革命。哲学家们与法学家们要求把社会关系建立在法的基础上, 取消多少个世纪以来一直占统治地位的专断制度。他们期望有一种以正义为基础的、而理智又能使人们认识的新法; 在世俗的、非宗教的关系中, 他们决不求助于超自然的东西。十二、十三世纪所发生的运动比之后来在十八世纪发生的以民主代替个人权力统治的运动, 或二十世纪发生的企图用马克思主义的社会组织秘诀代替资本主义制度的无

^② Le Bras (G): 《Naissance et croissance du droit privé de l'Eglise》, in Mélanges Petot (1959), P.329 - 345.

政府状态的运动，是同样革命的。世俗社会应以法为基础：法应该使世俗社会得以实现秩序与进步。这些思想在十二与十三世纪成为西欧的主要思想；并从此在西欧无争议地占统治地位，直至今日。

罗马日耳曼法系在十二、十三世纪问世，与政权的肯定或某一最高权力机关实行的中央集权毫无关系。罗马日耳曼法系在这点上不同于英国法，普通法的发展是同王权的扩张与高度集中的皇家法院的存在相联系的。在欧洲大陆上，毫无这种情况。相反，罗马日耳曼法系出现于十二、十三世纪，这个时期不仅欧洲政治上不统一，而且认为欧洲能够并应该是另外一种样子的思想本身也显得是离奇的幻想：这个时期罗马教廷或帝国的努力显然都将无法在政治上重建罗马帝国的统一。罗马日耳曼法系从来就只是以文化的共同性为基础而建立起来的。它的诞生和继续存在与一切政治目的无关：正确地看到并强调这一点是重要的。

传播新思想，促进法的观念的恢复，其主要媒介是在西欧形成的一些新的文化中心；各所大学起了主要作用，其中第一所，也是最有名的一所就是意大利的波伦亚大学。因此应首先研究各所大学是怎么理解自己的作用的，和在几个世纪的过程中它们怎么抛开国与国间的疆界，制定了一部全欧洲所共同的学者法。然后我们再研究法院所实施、因国而异、因地区而异的各国法；我们将探讨后者如何在不同程度上受到了在大学里讲授的学者法的影响。

第一节 大学讲授的普通法

法是社会组织的楷模 大学不是法律实用学校。大学教授专心致志于讲授可用以制定出最公正、亦即最符合道德、最有利于社会良好运行的实质性规定的方法。他认为他的作用不是描述现有的法律实践，也不是讲解他认为符合正义的规定在实践中将如何使之生效。^③

在大学里，法被看作社会组织的楷模。它不以诉讼为重点，也不

^③ 同样，本书关于伊斯兰国家的法的那一章中，伊斯兰法（同宗教联系的）与伊斯兰各国法（同国家权力联系的）之间的区别，以及关于印度的那一章中，正义的科学财富和权力的科学之间的区别，可以参照。

以判决的执行为重点：诉讼程序，证据，执行方法都略而不谈，留给行政规定与实际工作人员的刀笔去处理。同哲学、神学、宗教联系着的法向法官指出，根据“明智”，他们应怎样判案；它指出正直的人在待人接物中所应遵守的规则。法同道德一样是讲应做的事（Sollen），而不是实践中做了的事（Sein）。可以设想在教学中仅限于讲述个人的日常道德与行为，而不关心于教导人、告知人家该怎么生活吗？对于法来说，事情同样如此。

此外，在中世纪，怎么能够做到以我们今天称之为成文法的东西为重点组织法律教学？在大部分的国家，成文法当时处于混乱、不明确、非常零碎、有时野蛮的状态。意大利与法国是新式学习范例的发源地，当时连它们也没有全国性的法律；封建制度继续在这些国家占统治地位，在那里还没有一个无争议的总的首脑。西班牙和葡萄牙的情况也是如此，国王几乎只是反对穆斯林的永远不稳定的联盟的领袖。在英国，普通法刚刚开始显露头角，取代地方性习惯。各大学必须讲授地方法以外的其他东西，否则就要成为没有声誉、没有影响、没有办法、讲授诉讼程序的地方性学校。正是为了超过这地方法，为了高于落后而贫乏的习惯，罗马法的学习研究才得以恢复。因此，没有一所欧洲大学将以地方习惯法作为它教学的基础；在大学里，人们认为地方习惯法不表达正义，它不是法：一位德国作者不客气地说，习惯法“确切地说不是法，而是无用之物”（“non est proprie jus, sed fex”）。

罗马法的地位 看到地方习惯的粗俗野蛮与五花八门提供一部法给师生们学习与赞赏，就不会犹豫不决了。这部法就是罗马法。它是一部容易了解的法：查士丁尼的汇编是用教会保存下来并通俗化了的语言，也是所有掌玺大臣衙门和所有学者的语言即拉丁语写成的。罗马法曾经是辉煌文化的法，这一文化分布在从地中海至北海、从比藏瑟^④至布列塔尼的广大地区，在当代人的思想上常引起对基督教国家失去了的统一的怀念。

天主教会曾经按照罗马法来安排自己的生活，教会法以罗马法为蓝本，几乎只作了一些修改或补编，然而罗马法却长期受到批评：罗

④ 比藏瑟（Byzance），古城名，即今土耳其的伊斯坦布尔。——译者

马法是异教世界的产物，是没有基督文化的一个方面，与之相联系的哲学不是福音的、教会神甫的、基督教的哲学。把社会建立在罗马法的基础上，把它作为榜样，岂非远离上帝的意志，岂非在损害爱德、对爱德一无所知中寻求正义？

十三世纪初，圣托马斯·阿奎那排除了这种批评。他的著作重新提出亚里士多德的观点，指出基督以前的哲学，以理性为基础，在很大程度上符合上帝的意志，从而为罗马法“驱魔”。这就最后否定了要按照以爱德为指导的、符合教义的模式来建立世俗社会的任何意图。于是，恢复罗马法学习研究的最后一道障碍因圣托马斯·阿奎那而得以消除。

本国法的讲授 因此，在欧洲的所有大学里，任何法律教育的基础是罗马法，辅之以教会法。只是过了很长一段时期后，本国法的教学才在各大大学出现。从1620年起，在乌普萨拉大学开始讲授瑞典法，1679年在巴黎大学设立了法国法讲座，但在大部分国家，只是在十八世纪才在各大大学讲授本国法：1707年在维滕堡大学（帝国的第一所大学）讲授德意志法；1741年在西班牙，1758年在英国牛津大学，1800年在英国剑桥大学，1772年在葡萄牙也都开始讲授本国法。直至十九世纪各国制定法典时期，在所有的大学，罗马法的讲授是基础教学，而本国法的地位，相形之下，完全是次要的。必须深刻了解这些事实与几百年中罗马法教学在所有大学里所占的无可争议的优势，才能评价恢复罗马法的学习研究这一现象的意义；这一现象的影响从地理上讲大大超过了波伦亚大学，从时间上讲大大超过十二、十三世纪。

学说汇编新用 各大学进行的罗马法教学经历了一个发展过程；很多“学派”既相互衔接，又各有自己的观点与方法。第一个是注释学派，它致力于重新发现并解释罗马法律的原始意义。从这个时期起，查士丁尼汇编的某些条文弃而不用，因为这些条文牵涉到已经消失的古代法制（奴隶制）或涉及当时由天主教会的教会法规定的问题（婚姻，遗嘱）。注释学派的工作于十三世纪中叶以阿库索斯^⑤的《注释大全》而达到顶点。它吸取前人劳动的主要成果，汇成一册，共约注释九万六千条。十四世纪，随着后注释学派的兴起，出现一种新倾向，

⑤ 阿库索斯（Accurse，1182—1260年）意大利前期注释法学派主要代表之一。曾在该派中心意大利波伦亚大学任教达四十年之久。——译者

完成了一项完全不同的工作：罗马法被正式删改，失去了原来的面貌；并且接受了全新的发展（商法、国际私法），同时在外表上以一种同学说汇编的混乱与罗马法学家钻牛角尖和凭经验办事的精神大相径庭的方式系统化了。法学家们不再寻求重新发现罗马人解决问题的办法，而是更多地致力于利用罗马法的条文以引进适合于当时社会的规定并说明其理由。在十四与十五世纪，人们讲授的是名为学说汇编新用（*Usus modernus Pandectarum*）的罗马法，它是一种主要受教会法各种观念的影响而深刻畸变的罗马法；在各种问题上，人们依照经院方法，介绍巴尔托勒、巴尔德、阿佐以及很多其他后注释学派学者的意见，寻求根据大师们的共同意见（*communis opinio doctorum*），以找出解决问题的正确办法。

罗马法的普通法（*Jus commune*）与英国法的普通法 以上所述有助于理解罗马日耳曼法系的普通法是什么。这是欧洲学术界完成的不朽作品，其目的在于给法学家们提供范围、词汇及方法，以便利他们探讨公正地解决争讼的办法。各大学的工作只有参照自然法的一个概念才能被理解。那就是在它们的法律体系中，以罗马法条文为武器在当然存在的社会中发现最公正的规定和符合正确理解的社会秩序的规定。各大学不从事、也无意从事制定法律的工作；此外，它们也没有资格来确定所有国家的法官与律师必然应该实施的规定。在人们重新谈论欧洲与欧洲法的时候，这些特征是最最有趣的和值得一提的。^⑥罗马日耳曼法系在尊重欧洲各族人民的分歧中把它们联合在一起，如果没有这种分歧，欧洲可能不是今天的欧洲，也不是我们所希望的那个样子。

由于这个事实，欧洲大陆的普通法同作为英国皇家法院所实施的统一法的普通法是非常不同的。另一方面，联系到它的性质和它的纯粹说服性的权威，我们还将注意到这一欧洲普通法的灵活性。英国普通法是一种与诉讼程序的考虑相联系的制定法的体系，它的严格性使得在英国制定用以补充与修正普通法的所谓衡平法规定成为必要。在罗马日耳曼法系各国从来不曾感觉到这种必要性，因此这些国家全不

^⑥ *Nouvelles Perspectives d'un jus commune européen* (Colloque tenu à l'Institut universitaire européen de Florence, mai 1977) .

知道普通法与衡平法之间的这种英国式的根本区别。不“衡平”的严格法的思想是同各大学所接受的法的观念本身背道而驰的；非常明显，各大学不可能提出以这种严格法作为典范；在它们看来这不是法。

自然法学派 自从后注释学派时期以来，在各大学讲授的法，由法学家们予以系统化并使之适应现代社会的需要，越来越脱离查士丁尼法，而变成以理性为基础、普遍适用的系统的法。在各大学，力求尊重罗马法的心情日益让位于专心致志地发现与讲授完全合乎理性的法的原则。一个被称为自然法学派的新学派于十七与十八世纪在各大学取得了胜利。

在十七与十八世纪取得了优势的自然法学派在各重要观点上同后注释学派泾渭分明。它摒弃经院式方法，把法的系统化提到颇高的程度；它以科学为榜样，以一种公理的、完全合乎逻辑的方式表达它的法律观。另一方面，它不接受什么符合上帝意志的、事物有自然秩序的思想，它着意把全部社会秩序建立在对人的考虑上；它鼓吹从每个人的人格本身派生出来的个人“自然权利”。主观权利的思想此后将在法律思想中占优势。^⑦自然法学派（这个名称并不恰当）拒绝接受秩序取决于神意与事物性质本身这一古典的概念，把一切规定和人联系起来，人被看成是存在着的唯一现实，它不再把法视为自然现象，而是理性的产物。从此，以人的理性为唯一的指南；到哲学上的启蒙运动时期，法学家们从世界主义的理想中得到启发，力求公布一部一切时代与所有各族人民所共有的、不变的、普遍适用的法的正义规定。^⑧这些观念将加强对地方性与区域性的习惯兼收并蓄的倾向；鼓吹理性，唯意志论学说承认法律具有新的作用，这些都将为制定法典工作铺平道路。

自然法学派由于它公理式的倾向与它向立法提出的要求，其方法本身就完全更新了法学。关于法的实质内容，它的作用需要从两方面来考察：私法方面与公法方面。

在私法问题上，自然法学派本质上不是革命的。一般说，它不摒

^⑦ 关于对这些观念的批判，参阅 M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit* (1968) et *Contre l'humanesimo nel diritto*, Riv. int. di filosofia del diritto 1967, p. 670-682.

^⑧ 蓬巴尔侯爵就科英布拉大学在 1772 年规定的新章程指出，今后教学不再以罗马法为基础，而以比较法为基础，尊重各文明国家承认的法律原则。