

法学名篇小文丛

大陆法国家民法典研究

谢怀栻 著



中国法制出版社

法学名篇小文丛

大陆法国家民法典研究

谢怀栻 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

大陆法国家民法典研究/谢怀栻著. —北京:
中国法制出版社, 2004.11
ISBN 7-80182-387-7

I. 大… II. 谢… III. 民法-法典-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 105543 号

法学名篇小文丛

大陆法国家民法典研究

DALUFA GUOJIA MINFADIAN YANJIU

著者/谢怀栻

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168毫米 32

印张/4 字数/62千

版次/2004年11月第1版

2004年11月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-387-7/D·1353

定价: 9.00元

北京西单横二条2号 邮政编码 100031

传真: 66062741

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

作者简介

谢怀栻（1919年8月—2003年5月），湖北枣阳人。1938年在重庆入中央政治学校大学部法律系，1942年毕业。次年参加高等文官考试司法官考试合格。1944年后历任重庆、台北、上海各地法院推事。1948年任上海国立同济大学法律系副教授，兼任上海大学教授。1949年底入北京中国新法学研究院接受思想改造的教育。结束后于1951年留该院工作。在整风运动中被错划为极右分子，于1958年受到开除公职、劳动教养的处分。1979年得到纠正，回北京，恢复公职，到中国社会科学院法学研究所民法研究室工作，任副研究员、研究员，担任过硕士生导师，兼任中国社科院研究生院教授，于1989年退休。2002年被中国社会科学院法学所聘为终身研究员、终身教授。主要学术成果有《票据法概论》（法律出版社1990年版）、《谢怀栻法学文选》（中国法制出版社2002年版）、《外国民商法精要》（法律出版社2002年版）等。

目 录

第一节	前 言	(1)
第二节	法国民法典 (拿破仑民法典)	(5)
第三节	德国民法典	(22)
第四节	瑞士民法典	(66)
第五节	日本民法典	(86)
第六节	中华民国民法	(106)

第一节 前 言

在中国古代历史上，一个王朝开始后，常要做两件大事，一是为前朝修史，一是为本朝制律。这两件事的意义都很重大，皇帝都派重臣主持，并亲自过问。西方国家的情形虽不完全一样，但在近代开始后，各个新兴的国家也都十分注重制定法典。中华人民共和国成立后，一方面忙于各种“政治运动”，一方面由于认识方面的原因，对这两件事都不十分重视，或者说顾不上，再加之，在计划经济体制下，有人以为，只要靠行政指挥就可以治理国家。改革开放以后，情形发生了很大的变化。“法律”的地位和作用被发现了，被重视了。首先受到关注的当然是宪法，其次是刑法。出现了第一部完整的刑法（刑法典，1979年），其中特别规定了严禁“打砸抢”，足以表示立法者注意之所在。而在经济方面（民事方面），第一部出现的法律是《中外合资经营企业法》（1979），这一点饶有意义。

本来在70年代末，同时成立了起草民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法4个法律的机构，但结果，后3个法都公布了（其中民诉是“试行”）。民法流产了。

法学名篇小文丛

以后才陆续分别制定公布了婚姻法（新的、1980年）、经济合同法（1981年）、涉外经济合同法（1985年）、继承法（1985年）、最后是民法通则（1986年）。这当然有种种原因和理由。

制定一部完整的民法（民法典）的呼声在中国法学界几起几落，有时使法学家们兴奋，有时使法学家们消沉甚至悲观。这一段历史，应该留给法制史学家去回顾。是非功过，也留待后人评说。

近两年来，关于民法典的呼声又抬头了。法学家们似乎变得“聪明”些了，或者说变得“稳重”些了。既然知道一部完整的民法典是高不可攀的，现在是可望而不可及的，就把它作为一个远期目标。现实的努力放在民法典的各个部分——担保法、合同法、物权法、海商法、公司法、票据法等等之上。近年来，修订了某些法，制定了某些法，草拟了某些法。中华民族这位老人，背着沉重的包袱，虽然有点步履蹒跚，却在向前奋进。“周虽旧邦，其命维新”，说的正是如今。

这真是应了一位外国法学家的话：“对于法典编纂而言，政治因素必定是重要的，当法典问世之时，也必定有适当的政治环境。”^①

^① [美] 艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，第130页。

中国的法律工作者正在最大限度地利用这个大好时机，尽可能多地制定一些法律，并且在自己的面前，设置一个美好的前景：制定一部足以与拿破仑民法典、德国民法典鼎足而立的中华民族的民法典。为什么特别要提出民法典？这不仅是因为民法典较之刑法、诉讼法等更足以代表一个民族的文化高度，而且只有一个全中华民族的民法典才能表明中华民族已攀上历史的高峰。

为了完成这个大业，作为中国的法学者，我们一方面要苦练内功，一方面要面向古今中外，吸收一切其他民族的文化精华。在后一工作中，首先要作的就是对几个在历史上对我国有重大影响，今天仍有借鉴意义的大陆法国家的民法典进行研究。我国研究外国法制史和比较法、外国法的学者在这方面已经做了不少工作。鉴于这种工作在今天已具有新的意义，再作研究仍有必要。

实际上欧洲各国很早就有编纂法典的工作。在中世纪就有许多宏篇巨制。例如在法国拿破仑民法典以前，就有1756年巴伐利亚的《马克西米利安民法典》(Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis)，1794年普鲁士的《普鲁士普通邦法》(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten)，^① 1786年奥地利的《约瑟夫民法典》(Josephinisches

^① 这个法典涉及的不只是民法。

法学名篇小文丛

Gesetzbuch)即1811年奥地利普通民法典(ABGB)的前身等等。不过真正被公认为近代民法典,而且在西方世界(后来也对东方世界)发生巨大作用和影响的还是法国大革命后拿破仑民法典以及其后的几个重要的民法典。对于东方起了重大作用,至今仍具有一定影响的除了拿破仑民法典之外,还有德国民法典。对于我们中国,瑞士民法典的影响不能忽视。因此,这3部民法典今天仍然是我们研究的重点。

此外,日本的民法典本身虽然是法国民法典和德国民法典影响下的产物,对我们也起过一些作用。而且日本与我国有不少相同之处,不能置之不理。

本文只打算研究这几部民法典的最初的内容,不去讨论它们的历史背景、制定经过以及对外影响。至于它们在以后的发展情形,将另行研究。

当然,今天我们的注意已超出了大陆法的范围。我国建国以后,深受苏联法的影响。今天又接受了英美法的影响。将来,由于香港的回归与保留原在香港施行的若干法律,英国法的某些因素会对我国发生一些影响。对这些,都应该研究。

第二节 法国民法典(拿破仑 民法典)

一、概说

1804年公布施行的《法国民法典》是一部典型的近代民法典，是第一部资本主义国家的和以资本主义经济制度为基础的民法典。它在1804年公布时的名称是《法兰西人的民法典》。1807年9月3日法律赋予它《拿破仑法典》(Code Napoléon)的尊称。^①该法典有1804年、1807年、1816年3次的官方版本，特别以1816年的王政复古版留传下来。所以我国商务印书馆的译本中保留着“国王”和“王国”字样。别的版本则在“国王”下有“(共和国总统)”字样。

法国民法典是法国大革命的产物，虽然其中仍留有若干旧思想的残余，但终究是革命思想的体现。这种革

^① 1816年拿破仑失败，此名称废止，仍称《法兰西人的民法典》。1852年，拿破仑三世又恢复《拿破仑法典》名称。第三共和以后，习惯上只称为《民法典》(Code Civil)，相沿至今。

命思想就是自由资产阶级思想家的自由思想和人权思想。法典虽然未能在家庭制度方面完成“人的解放”（在这方面，法典较之革命后的法令有些退步），却在经济方面较为彻底地做到了这一点。法国民法典是“人权宣言”在法律形式上的体现。我们如果把依照这个民法典构筑的社会与革命前的社会（封建社会）对比一下，就会看到法国民法典的思想意义——它摧毁了旧社会，开创了一个新社会。当然，这个新社会是资本主义社会，在那个时代，它是人类文化的顶峰。在封建社会中，“人”受着各种各样的束缚，受着各种力量的压迫，既没有意思自由也没有行动上的自由，法国人分为各种阶层，没有平等可言。但在民法典的规定下，所有的法国人是平等的、自由的，只受自己意思的支配。总之，法国民法典是“解放”人的法典，而不是“束缚”人，更不是“奴役”人的法典。就是在今天，法国民法典的这种精神仍对我们有启示作用、指导作用，我们仍可从这方面去学习它。

二、法国民法典的思想内容

根据上面所说，对法国民法典的研究，应该着重于它的思想内容。以下分为4点说明：

（一）法国民法典规定了近代民族国家法律的几个

基本原则，奠定了近代法律的基石。

法国民法典前面有一部分，标题为《前编·法律的公布、生效以及一般适用》，有6个条文。这6条规定实际上不只是民法的问题，而是一切“法律”的几个基本原则。而且这个《前编》(Titre Preliminaire)没有与以下各编统一编号。据说，这6条在当时制定时不是只作为民法的前6条，而是作为当时计划中的包括几个法典(民法典、刑法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典)的一个总法典的《前编》的。^①现在这6条只列于民法典之首(其他几个法典大多经过了很大的变动)，使人以为这只是民法典的前编了。

这6条的内容是近代民族国家的一切法律的基本原则(除第3条是国际私法性质的规定外)，也是对“封建法”的改变。

1. 法律统一原则 第1条规定：“经国王(共和国总统)公布的法律，在法国全境内施行。”这个条文包含两点：(1)法律须经“公布”。公布是法律对外生效和施行的要件。(2)法律公布后，在全国施行。全国的法律是统一的，这与封建法律的地域性和分散性是正相反的。

^① [日本]《现代外国法典丛书(14)·佛兰西民法[1]人事法》，谷口知平译注。有斐阁·昭和31年版，第27页。

公布的作用在于使人民知悉法律，至少是可得知悉。用今天的话说，这就是“公开性”。对于这一点，中国人是深有体会的。在我国，不久前还有所谓“内部规定”，那就是不公布的规定，也就是不让人民知悉的规定。

8

一个统一的国家必须有统一的法律，这一点在今天是不言而喻的。在封建社会情况不是这样。这就难怪凡是研究法国民法典的人，莫不首先把统一全国私法作为这部法典的伟大成就。例如澳大利亚法学家瑞安说：“伏尔泰曾说，在法国旅行需要经常更换法律，就像经常更换马匹一样。他的俏皮话与事实相差并不远。法国直到1804年拿破仑法典颁布之后，才成为一个法律上的整体。”^①又说“拿破仑法典的目标是要统一法国的私法，从这方面看，它取得了辉煌的成就。”^②这就是这个第1条的意义。

2. 法律不溯及既往的原则 第2条规定，“法律只对将来生效，没有溯及的效力。”封建社会的法律，由帝王制定，可以任意追究过去的事情，可以侵犯或剥夺人民的既得权利，可以肆意改变人民的已有的法律关

^① 见〔澳〕瑞安：《民法导论》，楚建译。转引自《民法的体系与发展（民法学原理论文选辑）》，中国政法大学教材，1991年版，第35页。

^② 见同上书第46页。

系。近代法律以不溯既往为原则（当然有例外），不仅民法如此，刑法也如此。这一原则的首要作用在于维护人民的既得权利与原有的法律地位，使人民在行为时只需注意并遵守当时有效的法律，不需顾虑行为后法律的变动（因为行为后法律的变动，只能影响以后的行为，对法律施行前的行为或事没有影响），从而有安全感。

3. 法官不得拒绝审判 第4条规定，“法官借口法律无规定、规定不明确或不完备而拒绝审判者，得以拒绝审判罪追诉之”。人民发生任何民事纠纷，法院均应受理。法院（法官）即使在法律对该项案件无规定、或规定不明确不完备的情况下，也不得拒绝受理案件。这样就使人民总有地方可以解决纠纷，否则就会使社会陷于混乱与不安。

4. 立法与司法分离的原则 第5条规定，“裁判官对于其审理的案件，不得用确立一般规则的方式进行裁判”。确立行为的一般规则，是立法的范围。司法官只能对其审理的个别案件，进行个别的裁判，不得将其裁判作为一般的规则而当然适用于其他案件。这也就是立法权与司法权分离，亦即三权分立的原则。

法国在大革命之前，由于没有统一的法律，各地区存在着分散的、彼此不一致的“习惯法”，于是法院就有对这些习惯进行解释，从而使之取得法律效力的权

力。各地区的法院常常公布一些具有立法性质的判决，使司法判决成为“一般规则”。^① 法国民法典的第5条正是针对这种情况而定的。

5. 不得破坏公序良俗 第6条规定，“任何人不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗之法律”。民法是注重当事人意思自治的，所以法律即使已有规定，但如当事人有特别约定，这种特别约定与法律规定不一致，仍可以优先适用当事人的特别约定。可是如果这种法律规定是有关于公共秩序善良风俗的，则当事人必须遵守之，不得以特别约定违反之。

6. 公私权（公私法）相互独立的原则 第7条（不属于“前编”）原来的文字是，“（民事）权利的行使，与市民资格相互独立，后者依宪法取得并保有之。”1889年改成现在的条文，^② 即：“民事权利的行使与依宪法和选举法取得并保有的政治上的权利的行使是相互独立的。”这一条规定民事权利与政治权利相互独立，二者不互相依赖，不互相影响。民事权利以民法（私法）为依据，政治权利（公民的资格、选举权）以宪法与选举法（公法）为依据。被剥夺公权（政治权利）的人仍可享有并行使其民事权利。

^① 见同上书第36页。

^② 前引谷口知平注，前引书第37页。

划分公私法，这是近代法律的原则。资产阶级启蒙学者主张，私权是天赋的人权，与政治权利不同，行使私权并不以享有公权为条件（前提）。

（二）一切法国人都享有民事权利

法国大革命“解放”了在封建制度下被压迫、被奴役的一切人，把所有法国人置于同等（平等）的地位，这一点表现在民法上就是承认所有的法国人都享有平等的民事权利。这就是第8条的内容。这一点的意义，今天已经不必多说了。从此以后，这一条已成为任何一个国家民法的最根本的原则。当然，在各国民法典里，尽管理所用的文字和词语有所不同，例如德国民法典第1条，苏俄民法典第9条等等，但都毫无例外地接受了这种原则。

对法国民法典苛求的人可以说，法国民法典的这一条只说到“法国人”，与德国民法典第1条只说“人”相比似乎差了一点。但应该注意到，在那个时代，民族国家是人类最高的生活共同体，用“法国人”这个字眼是完全正当的。何况就是1964年（一个半世纪以后）的苏俄民法典也还是说“苏俄公民”呢？

法典第488条规定：“满21岁为成年；到达此年龄后，除结婚章规定的例外外，有能力为一切民事生活上的行为。”第13条规定：“外国人经政府许可设立住所

法学名篇小文从

于法国者，在其继续居住期间，享有一切民事权利。”前者与第 8 条合起来奠定了近代民法自然人能力制度的基础。第 13 条奠定了近代民法与国际公法中外国人地位的制度的基础。

法典还就两项特别能力作了明文规定，第 1123 条规定：“凡未被法律宣告为无能力之人均得订立契约。”第 1594 条规定：“一切法律并未禁止其为买卖行为之人，均得买受或出卖。”订立契约和买卖物品，在封建社会是有严格限制的。法国民法典特别规定这两条，也是“解放”人的表现。这些规定在今天看来，似乎没有必要。但是如果我们想一想，我国在解放后，在农村土地改革后，要特别宣布农村借贷自由和买卖自由，就可以理解，法国民法典的这些规定，对刚从封建社会解放出来的人们是多么重要了。

（三）法国民法典奠定了近代民法中财产法的基础

近代民法中财产法的基础，即所有权绝对和契约自由，在法国民法典得到完成。封建的财产制度和封建性的财产权利，在法国民法典中被清除得干干净净。在这一点，德国民法典也不如法国民法典做得好。

关于这一方面，只要举出几个原则性的条文就够了，用不着详加阐述。第 537 条第 1 款规定：“除法律规定的限制外，私人得自由处分属于其所有的财产。”第