

谢怀栻法学文选

XIEHUAISHI
FAXUE WENXUAN

中国法制出版社

责任编辑/杜佐东 李仕春

装帧设计/孙 宇

ISBN 7-80083-902-8



9 787800 839023 >

ISBN 7-80083-902-8/D · 868 定价:25.00元

谢怀栻法学文选

XIEHUAISHI
FAXUE WENXUAN

中国法制出版社

责任编辑 杜佐东 李仕春

图书在版编目(CIP)数据

谢怀栻法学文选/谢怀栻著. - 北京:中国法制出版社,
2002.7

ISBN 7-80083-902-8

I. 谢… II. 谢… III. 法学文选-法规-研究
IV. D922.297.12

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 078588 号

谢怀栻法学文选

XIEHUAISHI FAXUE WENXUAN

著者/谢怀栻

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/880×1230 毫米 32

印张/14.75 字数/360 千

版次/2002 年 7 月第 1 版

2002 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-902-8/D·868

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价:25.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系

电话:66062752)

(如发现内容误差请与本社编辑部联系

电话:66062738)

目 录

资本主义国家合同法	(1)
从经济法的形成看我国的经济法	(44)
应当认真地重视民法	(67)
完善民事立法和民事法学以促进改革的顺利进行	(83)
正确阐述《民法通则》以建立我国的民法学	(93)
论在香港特别行政区实行的法律	(104)
从民事诉讼法论日本法院对光华寮案判决的违法性	(122)
联邦德国调控宏观经济的法律——《稳定法》	(133)
国营企业的承包合同和租赁合同	(140)
应该研究台湾的民商法与经济法	(152)
西方国家税法中的几个基本原则	(164)
现代中国的合同法	(173)
完善我国涉外经济法制的几个问题	(210)
经济法的意义和特点	(228)
论著作权	(236)
著作权的内容	(257)
论建立适应社会主义市场经济的民法经济法体系	(290)
论制定适应社会主义市场经济的合同法问题	(308)
海峡两岸民事立法的互动与趋同	(319)
评新公布的我国票据法	(326)
论民事权利体系	(343)
关于“以政策代法律”的问题	(363)

2 谢怀栻法学文选

从德国民法百周年说到中国的民法典问题	(368)
关于日本民法的思考	(375)
大陆法国家民法典研究	(380)
后 记	(466)

资本主义国家合同法

目 次

- 一、资本主义国家合同法的本质与基本原则
 - (一) 资本主义国家合同法的形成
 - (二) 合同法在资本主义国家法律中的地位和作用
 - (三) 资本主义国家合同法的基本原则——合同自由
 - (四) 资本主义国家合同法的编制
 - (五) 资本主义国家合同法的内容
- 二、资本主义国家合同法在当代的发展
 - (一) 垄断资本主义时期的合同与合同法
 - (二) 对合同自由的限制
 - (三) 当代合同法中的几个重要原则
 - (四) 资本主义国家合同法的发展趋势

一、资本主义国家合同法的 本质与基本原则

(一) 资本主义国家合同法的形成

合同法虽然早在古代就已发生，但是近代合同法，则与古代包括中古的合同法有极大的不同。合同法也同其他各种上层建筑

一样，是随着社会经济制度的变化发展而变化发展的。古代罗马法里的合同法是奴隶社会的上层建筑，中古时期的合同法是封建社会的上层建筑，都是反映当时的经济，为当时的经济所决定的。近代的合同法则则是资本主义的上层建筑，是反映资本主义的经济，为资本主义经济所决定的。所以其间有极大的不同，但是又有一定的联系。

先说它们之间的联系，合同法是反映社会经济中的商品交换关系的，因而以商品交换和商品生产为前提，从古代的以物易物到货币产生，再到商品生产，直到近代和现代的高度发达的商品经济，乃至再进而到社会主义社会里的商品经济，这整个历史也就是合同法的发展史。

古代的（包括罗马法中的）和中古时期的合同法以及资本主义社会里的合同法都是这个历史发展中的环节，它们都是建立在阶级社会商品经济之上的，都是商品经济的上层建筑，因而它们当然有一定的联系，有相同的一方面。从而在这种商品经济上面的合同法也有其相同的一面。我们在前面叙述古罗马时代的合同法时已经看到，一些存在于近代合同法里的概念、理论和制度，在古罗马时代都已见其端倪，就是这个缘故。

我们现在着重论述的是它们之间的差异，奴隶社会和封建社会的经济，就其整体说，就其主体说，是自然经济。虽然在那些时代里，社会经济中也出现了商品交换，甚至在古罗马时代地中海沿岸地区还有相当繁荣的商品交换，但是这种商品经济究竟不是那个社会的主体。这是因为，第一，当时的生产力还比较低，农业经济占有优势，手工业也还薄弱，中古时期的封建制度使各地方闭关自守，不能形成巨大的市场，也就不可能形成强大的商品经济。第二，在奴隶社会和封建社会，奴隶和农奴都处于无权地位，没有或没有完全的权利能力，因而不可能参与到社会交换关系中去。这就使得那两种社会里的商品经济一方面局限于

少量商品之间，一方面局限于少数人（奴隶主、封建主，加上少数的自由民）之间。这种商品经济的局限性反映到上层建筑里就是合同法的局限性。在奴隶社会和封建社会，奴隶在合同法里不是主体，而是客体；即使到了封建社会里，农奴也没有完全的权利主体资格。在奴隶社会里和封建社会里，合同种类很少，特别是以劳务为内容的合同极不发达，合同的形式非常严格，这些都是古代合同法的特点。

上述各种情况到了资本主义社会就起了很大的变化，第一，手工工场和工厂的兴起，大大提高了社会生产力，工业逐渐取得了优势地位，进入交易市场的商品大大增加。第二，封建制度的崩溃给广大的农奴带来人身自由，劳动力成为可以自由买卖的商品。第三，民族国家和统一市场逐渐形成。这三者为商品经济的蓬勃发展创造了条件，飞快发展的商品经济导致交换关系的扩大化与频繁化，其结果就是近代合同法的形成。

从中古封建时期到资本主义时期的情景特别引人注目，在封建社会，各种制度都带着浓厚的封建性，身份决定一切人的地位和活动。不论在地主的庄园经济里或新兴城市的行会经济里，广大的劳动者在人身上依附于封建主（包括行会师父），只能为封建主服役而没有进入市场参加自由交换的可能。只有到了资本主义制度建立之后，广大的人民才摆脱了身份上的束缚，有可能参与自由交换的市场，没有商品的则出卖自己的劳动力。原来由身份关系决定一切，现在任何人都可以通过自由的合同关系来创造自己的一切，合同关系遍及于社会生活中的各个范围。正是在这个意义上，英国的法制史家梅因说：“我们可以说，直到现在，进步的诸社会的发展过程，是由身份到合同的发展过程”^①。梅

^① 参看梅因：《古代法》，方孝岳、钟建阁译，商务印书馆1930年出版，万有文库本第二册，第46页。这里的译文系译自英文。

因并且把合同（契约）所占的范围极广这一点，说成是近代社会与前代社会的不同，^① 这是符合历史事实的。

这样随着资本主义生产关系而形成的近代合同制度，到资产阶级一旦推翻了封建阶级，建立了资产阶级的政权，立刻就被资产阶级用法律的形式固定下来，这就形成了近代的合同法——近代民法中的重要组成部分。资本主义国家的第一部民法——《法国民法典》（拿破仑法典）中的合同法部分，就是最重要的代表。法国民法典中的合同法反映了资产阶级取得政权后最初建立的合同秩序和合同制度。我们今天研究资本主义国家最初的合同法，主要以这部民法典为资料。至于以后出现的《德国民法典》和《瑞士民法典》（包括瑞士债务法），因为它们出现在将近百年以后，这时资本主义已经发展到一个更高的阶段，所以作为其上层建筑的法律也有了相当的变化。不过资本主义国家的合同法还是有共性的，所以这些民法典在其同古代的（包括奴隶社会的和封建社会的）合同法比较起来，还是具有共同之处。

资产阶级民法中的合同法，作为当时的发达商品经济的上层建筑，至少在下面几点与古代的合同法有本质上的不同：第一，近代合同法的范围远较以前的合同法广泛，形形色色的关系都进入了合同法的范围，合同已不仅是财产法中的主要概念，也成了身份法中的概念。连结婚^② 也成了合同关系。（合同的概念还扩大到国际法里，不过这一点已超出了民法的范围，本书不加论述）至于像夫妻财产制^③、收养关系等都进入合同的领域。第二，自由劳动的出现使以劳务为内容的合同成为合同法的重要组成部分，雇佣合同和承揽合同与以所有权和使用权为内容的合同

① 参看同上书，第三册，第49页。

② 《法国民法典》第146条对结婚的规定是“未经合意不得成立婚姻”；第1101条则规定“合同为一种合意”。

③ 《法国民法典》第三编第五章就是关于“夫妻财产契约”的规定。

(买卖合同和借贷合同)分庭抗礼,共占债权合同的重要地位。第三,资产阶级反封建的自由主义思想被应用到合同法中来,合同自由的原则逐渐形成,最后终于成为资本主义国家的合同法的主要原则,更成为近代民法中的三大原则之一(另两个是所有权绝对原则和过失责任原则)。第四,作为合同自由原则的一个内容,古代合同法中的严格的形式主义被冲破。在古罗马法中需要通过繁杂的各种仪式而后始能订立的合同,至今都只要在当事人间具备“合意”即可。于是近代合同法中的合同概念,即合同为一种合意,(《法国民法典》即拿破仑法典第1101条)终于形成。资本主义国家的合同法,从《法国民法典》(拿破仑法典)(1804年)到《德国民法典》(1896年)、《瑞士债务法》(1911年),关于合同法的理论和制度都是建立在这几个特点之上的,而以合同自由原则为贯穿始终的一条主线。

(二) 合同法在资本主义国家法律中的地位和作用

在人类的历史中,交换的发生是生产发展的结果。在生产力十分低下,人类只能从事简单的再生产时,当时人类所注重的是对财产(起初是消费品,以后是土地)的占有,等到生产发达,有了剩余产品,可以进行扩大再生产时,财物的交换于是发生了。相应于经济上的这种变化,在法律制度中也是先有关于物的占有的法律——所有权法律制度,而后有关于交换的法律——合同法。从现在的民法体系的发展历史说,物权法的发展先于合同法的发展。在古代法律中,物权法是财产法的中心。英国法学家波洛克曾经指出“不论在什么地方,合同法只在法律发展的高级阶段才出现。就是在古典时代的罗马法的最后形式中,也没有达

到真正的合同理论。”^①合同法对于物权法，可说是后来居上的部门。这种情况，就从几个著名的资本主义国家民法中物权法与合同法地位的变化，也可以看出来。在资产阶级的第一部民法典——《法国民法典》（拿破仑法典）中，合同法是作为“取得财产的各种方法”之一而列在第三编中的，与遗嘱、夫妻财产制、时效等并列，还未取得独立的地位。到《德国民法典》中，合同法就成为债法的主要部分，而债法则独立成编。这种变化不是偶然的，合同法在民法典里的地位的变化正反映了合同法在整个法律体系中地位的变化^②。

如果说，在古代法律中，物权法是财产法的中心，现在这个中心显然已移到合同法了，这种情况反映了合同制度在经济生活中的变化。

在农业社会中，土地（和其他不动产）在经济生活中居于最重要地位。工业发达之后，动产逐渐重要，等到债权本身也成为一种财产^③，原来处于重要地位的不动产和动产都退到次要地位，这种“视为动产”的债权本身取得异常重要的地位。债权之所以重要，是因为占有债权就可以通过各种合同手段，得到任何一种生活上的利益，而不仅仅限于某种对物质财富的支配而已。

为了说明合同法在资本主义社会里的作用，我们就从合同法对资本主义社会的两大阶级的关系来说，资产阶级就是从商业贸

① 参看前举《古代法》一书第四册，第106页（此处文句译自英文）。并参看孟罗、斯密在其所著《欧陆法律发达史》（姚梅镇译，商务印书馆1943年版）第54页：“自古以来，无论何处，基于契约关系所生之人的债务，其发达恒较有体物之权利，为稍迟。”

② 在切希尔和菲富特合著的《合同法》（詹姆斯滕和西姆森增订，第10版。1981年伦敦版）中，作者指出，在19世纪以前，法学家们把合同法看作是“财产法的附庸”。而到以后，有思想的法学家们觉得，“合同法在文明的法律规范的体系中具有主要意义”（第11页）。这种趋势，在20世纪仍在继续。日本的民法学家我妻荣称之为“债权在近代法中的优越地位”。

③ 参看《日本民法典》第86条第3款：“无记名债权视为动产”。

易中产生的，最初的资产阶级——产业资产阶级要取得原料、出售产品、雇佣工人（收买劳动力）都要通过合同制度。合同法不仅便利了资产阶级取得生产资料和销售产品，更重要的，是维护了资产阶级对于劳动力的占有。奴隶主占有奴隶本身，奴隶和牲畜、物品一样，是奴隶主的所有权的对象。农奴是束缚在土地之上而被封建主所役使的，而工人不是资本家占有的对象，工人与资本家也没有身份上的依附关系，资本家却能通过雇佣法律关系占有工人的劳动力，所以产业资产阶级正是通过合同法来剥削工人取得利润的。

到了金融资产阶级，更是通过合同法来建立他们的统治，资本主义社会的整个信用制度是建立在合同关系上的，从简单的货币借贷关系到银行制度、票据制度，乃至交易所制度都是通过合同制度建立起来的。合同法正是促进并保障了资本主义社会庞大而严密的信用网。合同法不仅保障资产阶级可以取得并享有现在的一切财富，并且使资产阶级可以取得并享有将来的各种财富。^①

合同法还使资本家有可能延长并扩大自己的力量。最初，资本家利用委任、代理、商业代办等等合同制度扩大自己的势力范围。但这还不够，资产阶级进一步通过合伙、公司等，一方面积聚资本，一方面扩大组织，使资产阶级结成庞大的组织，可以占据和垄断整个市场。我们可以说，从最初的个别的资本家到现代的国际垄断集团，他们的活动，莫不受到合同法的保障。近代合同法这个资本主义社会的上层建筑，如何为它的经济基础服务，从这一点可以最明显地看到了。

另一方面，无产阶级也离不开合同法。无产阶级同奴隶和农

^① 参看我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 6 页。

奴不同，奴隶和农奴，都当然受其主人所供养，为其主人所役使。无产阶级却只能通过合同——雇佣——把自己的劳动力卖给资本家以换取一点生活资料，这就是资本主义社会里“自由劳动”的本质所在。这种“自由劳动”正是近代合同法的特点之一。无产阶级没有任何财产，土地这种不动产和任何生产资料都被剥夺了（在这一点，农奴和封建社会里的小农是与无产阶级不同的）。无产阶级只能通过出卖劳动力换取一点微薄的消费资料。所有权法对于无产阶级是无关重要的。合同法对于无产阶级倒十分重要。我们在发达的资本主义社会里可以看到，无产阶级对资产阶级的斗争也正集中在合同法这一方面——改善雇佣条件的斗争。如果说合同法是资产阶级剥削无产阶级的手段，那末同时也是无产阶级对资产阶级进行斗争的地盘。劳动法这一法律部门正是从合同法中的雇佣合同发展起来的。

整个资本主义制度是建立在“所有权”与“债权”两大支柱之上的，其中债权的作用正是通过合同法而发挥出来的。资本主义是高度发达的商品经济，这种经济如果没有合同法作为法律上层建筑，是不可能运转的。实际上，资本主义社会同封建社会不同，资产阶级同封建地主阶级也不同。封建地主阶级在封建社会里，以占有财产（土地和属于土地的农奴）和穷奢极侈的享受为主，封建社会常常是自足的闭锁式的社会。而资本主义社会则不然，资产阶级不能止于占有财产和积聚财产，还要不断扩大生产以增殖财富。资本主义商品经济这个庞大的机器如果一天停止运转，资本主义制度本身就要死亡。资产阶级的生存和发展，都有赖于通过合同法为自己谋求各种交易的方便、迅速与安全。所以我们说合同法在资本主义社会里，自始至终促成着资本主义经济的成长和发展。合同制度和合同法是资本主义（高度发达的商品经济）不可一日缺少的伴侣。这就难怪德国法学家马克思·韦伯

说，在私法领域里，近代社会是“合同社会”了。^①

正因如此，合同法在整个资本主义法律中的地位随着资本主义的发展而日益显得重要。在资本主义国家的法律中，合同法所涉及的范围不断扩大，有关合同的法规的数量也就日益增多。就拿各国民法典中的有名合同（典型合同）说，也愈来愈多，新的合同形式不断出现，而在各种特别法中，合同的领域也日益广阔。世界性的国际贸易使合同法又从一国的范围逐渐扩大到国际领域，国际合同法已逐渐形成。另一方面，合同法在维持并促进资本主义经济的发展方面所起的作用也愈来愈重大，资本主义正是依赖各式各样的合同把整个资本主义经济联为一体，维护了它的动的一面（相对于它的静的一面——所有权制度——而言）。资本主义社会号称为人人自由平等的社会，但是资产阶级利用了合同法就使它取得支配他人（首先是广大的无产阶级）的力量，而成了实际上的奴隶主，成了比过去的剥削者——奴隶主和封建主——更有力量，更为凶恶的剥削者。而从全社会来看，资本主义社会里的人与人间的的生活关系几乎没有不为合同法所包括的。除了经济生活外，人的家庭生活、亲属生活乃至继承关系都为合同法所影响（本文的论述，以财产法领域为限）。如果从资本主义社会中抽取了合同关系，整个社会即将陷于停滞，这句话不能算是过分吧。

（三）资本主义国家合同法的基本原则——合同自由

资本主义国家合同法是资本主义的上层建筑，所以合同法的理论基础也就是资产阶级思想的一部分，而初期的合同法则资产阶级初期思想的产物。资产阶级初期的思想就是反封建的自由主义个人主义思想，这种思想在政治方面特别表现为卢梭等思想

① 参看《现代法与市民》（日文），岩波书店 1966 年版，第 211 页。

家的社会契约思想，在经济方面特别表现为自由放任主义，在法律方面，特别在私法方面，则是所谓“私法自治”的原则。

这些思想的特色，在于认为这个社会是由生而自由平等的个人依其自由意思组成的，每个人有独立的人格和完全的思考能力（意思能力），不受任何人的支配，每个人的行为只受自己的意思的支配。每个人也完全有能力（只有少数例外，例如幼儿和精神病人）认识自己的利害所在，从而决定自己的行动。甚至于认为国家也是基于个人的意思组成的，政府是受各个人的委托而治理国家的，因此国家和政府只在极其有限的范围内才干涉个人的事务。国家对于个人的一切，特别是经济活动，几乎采取完全的放任主义。每个人在平等的地位上进行自由竞争，就可以使社会达到繁荣，也使每个人的利益得到满足。如果国家任意干涉，就足以窒息个人的创造力，阻碍经济的发展。国家的任务只在保护这种自由竞争而不在于干涉这种竞争。这就是自由资产阶级的自由主义的基本思想。

这种思想表现在私法方面就是私法自治原则（公法方面也有公法自治原则，这是包括地方自治在内的民主政治的思想基础）。私法自治原则就是认为私法方面的一切法律关系，可以而且应该由每个人（或人与人互相地）自由地、自行负责地、按照自己的意思去决定。这种原则是私法中的一个总的原则，表现在私法领域的各方面，首先是承认人人平等，每个人有独立的完全的权利能力，每个正常的人（幼儿和精神病人除外）有完全自主的意思能力，这种能力应该受到尊重。因此每个人有法律行为自由（这里就包括了合同自由），每个人只对自己的行为负责（过失责任原则），每个人的权利（包括所有权）应该由每个人自由行使而受到尊重（所有权不可侵犯）。这些就是私法自治原则的主要内容。

私法自治原则的一个重要部分就是合同自由原则，这是近代

合同法的基本原则，是近代合同法中的一切制度的核心。

合同自由原则是自由主义的自由竞争的经济的反映。其理论可以简要地概括为以下几点：

第一，在经济生活中，每个人是平等的。每个人对于自己参与的法律关系，有充分的自由加以选择，而人与人相互间有同等的机会可以相互竞争，竞争中人与人通过个人自己的意思结成各种各样的关系，对于这样结成的关系，他人以及国家都不得干涉。

第二，每个人都有他的自由意思，这种自由意思是他的行为的基础。一个人只有在自己的自由选择下，按照自己的意愿，才能受到拘束。因此，这种拘束也就是自己对自己的拘束。换言之，一个人在与他人的关系中作出了自由的约定，就应该遵守自己的约言。如果两个人都通过自己的自由意思而有了“合意”，这种合意就是合同。“合同必须严守”，这是从古罗马法传下来的一条格言，但是资产阶级赋予了这个格言以新的内容。^①

第三，对于每个人的自由意思，任何人，包括国家在内都必须尊重。双方意思合致而订立的合同，不仅具有法律上的效力，而且它本身就是法律。国家应该保护这种合同，也应该执行这种合同。

以上合同自由的理论具体表现在法律中，就是：

（一）订立合同的自由。合同的订立与否，一方当事人的自由。因为合同是由一方当事人的要约与对方当事人的承诺组成的，因而订立合同的自由也就是要约与否的自由与承诺与否的自由。而订有限期的合同，到期限届满时即应当然终止。当事人也

^① 在古代罗马法中，合同所以必须严守的根据在于固定的方式（例如某种言词或某种信物）。在中世纪教会法中，合同必须严守的根据在于神的旨意。只在近代合同法中，根据才成为“尊重个人的意思”。