



元
照
法
学
文
库

AN INTRODUCTION TO
GENERAL PROVISIONS OF
CIVIL LAW

民法总则讲要

谢怀栻 Xie Huaishi

因为《民法通则》是全部民法的通则，涉及民法的各个方面，所以对《民法通则》的正确阐述可以初步奠定我国民法学的基础。在《民法通则》有明文规定的地方，我们要准确地阐述。在《民法通则》由于立法技术的关系，有不足之处时，我们要从理论上给以弥补或纠正。在《民法通则》没有规定的地方，我们如何从理论上给以补充。这些都是很重要的。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

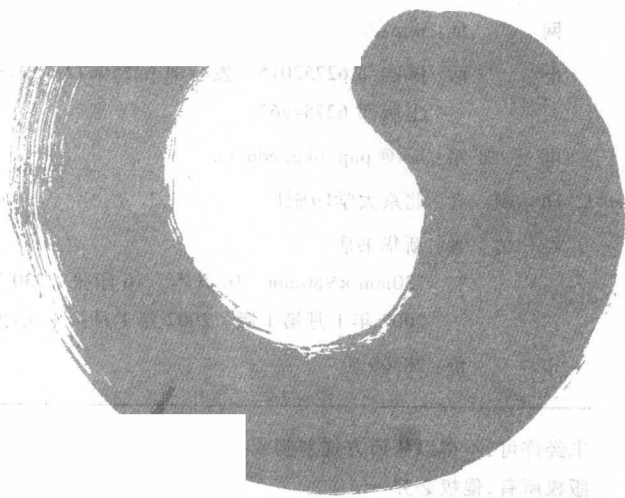


元
照
法
学
文
库

AN INTRODUCTION TO
GENERAL PROVISIONS OF
CIVIL LAW

民法总则讲要

谢怀栻 Xie Huaishi



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法总则讲要/谢怀栻著. —北京:北京大学出版社, 2007. 1

ISBN 978 - 7 - 301 - 11493 - 3

I. 民… II. 谢… III. 民法 - 总则 - 研究 - 中国 IV. D923.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 162684 号

书 名: 民法总则讲要

著作责任者: 谢怀栻 著

责任编辑: 杨剑虹

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 11493 - 3/D · 1665

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730mm × 980mm 16 开本 16 印张 230 千字

2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 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,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

目 录

写在《民法总则讲要》的前边 张 谷 1

- 一、弃理从文 1
- 二、因言获罪 9
- 三、法治梦寻 14
- 四、饮誉杏坛 20
- 五、情系台湾 23
- 六、六经注我 31
- 七、关于本书 37

第一章 正确阐述《民法通则》以建立我国的民法学 45

- 一、前言 45
- 二、从《民法通则》第2条看我国民法的体系 46
- 三、《民法通则》第9条中的理论问题 47
- 四、《民法通则》关于合同的定义 50
- 五、关于身份权 51
- 六、结语 53

第二章 论民事权利体系 54

- 一、前言 54
- 二、民事权利体系的演变情况 55
- 三、一个民事权利体系的概观 57
- 四、人格权 58

2 民法总则讲要

- 五、亲属权 60
- 六、财产权 62
- 七、知识产权 64
- 八、社员权 67
- 九、结语 69

第三章 公民(自然人) 70

- 一、民事法律关系的主体 70
- 二、权利能力 71
- 三、行为能力 78
- 四、住所 85
- 五、监护 86
- 六、宣告失踪和宣告死亡 89
- 七、个体工商户和农村承包经营户 92
- 八、个人合伙 93

第四章 经济组织的法律地位 96

- 一、经济组织和经济组织法人 96
- 二、我国经济组织法人的特征和种类 103
- 三、经济组织法人的成立 108
- 四、经济组织法人的权利能力和行为能力 114
- 五、经济组织法人的组织与管理 118
- 六、经济组织法人的整理、变更和解散 121

第五章 民事法律行为 125

- 一、民事法律行为的意义 125
- 二、民事法律行为的种类 129
- 三、民事法律行为的要件 135
- 四、民事法律行为的效力 137

五、附条件的民事法律行为 145

第六章 合同的订立 148

一、概述 148

二、要约 161

三、承诺 171

四、合同成立的时间和地点 179

五、依照国家任务订立合同 182

六、格式条款 183

七、缔约责任 194

第七章 时效 200

一、诉讼时效的意义 200

二、诉讼时效制度的效力 201

三、时效期间 202

四、特殊法上的诉讼时效 206

附录:译文四篇

略论《德国民法典》及其世界影响 [德]康·茨威格特 海·克茨 208

《瑞士民法典》的制定及其特色 [德]康·茨威格特 海·克茨 221

德国民法中编纂法典的基本问题和当前的趋势

[德]海恩茨·休布纳 228

匈牙利民法典的修改 [匈]格奥尔格·拉茨 240

写在《民法总则讲要》的前边

张 谷

2003年的5月3日,“五四”运动84周年的前夕,与“五四”运动同龄的谢怀栻老师离开了我们。他再也不会出现在五四大街路北的社科院法学研究所了。

现在,纪念先生的文字已经很多,并已结集出版了^①,人们可以从中学解一些谢老的生平和贡献。但是,对于谢老法学思想的总结工作却才刚刚开始。

一、弃理从文

谢老1919年8月15日出生于湖北枣阳。^②1937年从武昌省立一中高中毕业,考入清华大学机械系。时值抗战爆发,谢老希望“从文报国”,遂于1938年8月退出清华大学,转而考入中央政治学校大学部法律系。^③

国民党中央党务学校是中央政治学校的前身,大革命时期始建于南京,只办过一期,到第二期即改为中央政治学校,学制也由原来的一年改为四年。^④抗战发生后,学校由南京搬迁湖南芷江,未几又迁往重庆南温泉。“忆昔在南泉”中的南泉就是南温泉。

① 参见谢英整理《谢怀栻先生纪念文集》,中国法制出版社2005年版。

② 关于谢怀栻先生的经历,主要参考《谢怀栻先生履历》,载《谢怀栻先生纪念文集》,中国法制出版社2005年版,第1、2页;梁慧星:《谢怀栻先生从事民法50周年贺辞》,载《民商法论丛》第2卷,第1—4页;方流芳:《回忆谢老》,载《谢怀栻先生纪念文集》,中国法制出版社2005年版,第116页。

③ 参见谢英:《怀念父亲》;方流芳:《回忆谢老》,分别载《谢怀栻先生纪念文集》第11页和第125页。

④ 据阮毅成先生回忆,淞沪之战结束时,中央政治学校在南京城南的红纸廊,中央大学在城北的成贤街(见阮毅成,《记徐东藩先生》,传记文学丛书之五三《彼岸》,台北传记文学出版社1972年版)。

这个学校到抗战结束搬回南京,才由党务系统归到国家教育系统,改为“国立政治大学”。此前之所以不叫大学,是因为它除了大学部之外,尚有许多别的大学所没有的其他教育机构:专修科(两年制,如地政专修科、会计专修科),附属学院、学校(如合作学院、地政学院、边疆学校、东方语言学校等,除边疆学校是中等学校性质,大部分是大学或专修科性质),公务员训练部,研究部(近似研究所性质)。据说大学部的毕业生是嫡系,其他的是“庶出”。

公务员训练部分为普通科、高等科。普通科训练的是普通考试及格的人;高等科训练的则是高等考试及格的人。普通科比较笼统,学生不分班,训练期限为一年;高等科学生也是分门别类,各科都有,如行政人员、外交人员、司法人员等等,训练期限为半年。^① 谢老高等文官考试司法官考试及格后,就是在公务员训练部高等科司法官组接受训练的。

中央政治学校大学部是其基本部分,内分行政、外交、新闻、教育、财政、经济、法律等。当时由于大学部不是国立的^②,加上法律系也不是热门专业,更因系主任梅仲协教授于二年级开始,在大礼堂讲演介绍法律系情形,供学生做选系的参考时(政治大学,一年级不分系,二年级才开始分系,法律系的课程,也有与他校不同的),严正宣示,法律系很难念,德文和日文,以及他校法律系不必修的“立法技术研究”,均为必修。学生多视法律系为畏途,最终只有九人选填了法律系,即谢怀栻、罗渊祥、张信诚、徐道腴、向天

① 有关“中央政治学校”的行政组织和其他情况,请参见杨玉清:《略谈国民党中央政治学校》,载《文史资料选辑》1985年第1辑(总101辑),文史资料出版社1985年6月版,第109页以下。关于杨玉清的生平,参见《中国法学家词典》(中国劳动出版社1991年版)第223—225页。杨玉清应为谢老的师辈,在1957年被打成右派,1979年后任国务院参事。1979年,谢老陪同当时的法学所所长孙亚明和副所长王家福访问联邦德国和南斯拉夫“归来后,他整理出一篇报告交给上级领导。据当时任国务院参事的杨玉清老师对我说,该报告深得政法部门领导的赞赏、肯定,是一篇好文章”(参见陈盛清:《缅怀半个多世纪友情的谢怀栻同志》,载《谢怀栻先生纪念文集》,第36页)。

② 大学部不是国立,只是因为它不属于国家教育系统,而是属于国民党党务系统。但是像其他大学一样公开招生。上学是公费,学生的伙食、衣服、书籍等都由学校供给,此外每月还有零用钱。见杨玉清:《略谈国民党中央政治学校》,第112页。

池、张作明、黄蹈中、刘特、姚瑞光等,是为政治学校大学部第十期(1938—1942)法律班。^①

1939年之后的三年间,谢先生受业于梅仲协教授,接受了严格系统的大陆法学术训练。梅先生亲自教授民法总则、民法债编、公司法、国际私法、罗马法和德文法学名著选读。后两门课用德文教材(最后一门的教材就是德国民法典)^②,前两门的教材是《民法要义》。《民法要义》系以德文 Schaeffers Grundriss 为蓝本,条理至佳。^③

梅先生 1943 年在正中书局的“大学用书”丛书^④中,出版过一本《公司法概论》,这很可能是在他为谢老等人讲授公司法所用的讲义基础上,增订而成的。从书后附录的参考文献来看,作者广泛借鉴了德、法、日等国的名家在商法或公司法方面的著述,德国的有 Brodmann、Cosack、Fischer、Gierke (J. V.)、Goldschmit、Lehmann、Renaud、Staubs、Wieland、Mueller-Erzbach 等,法国的有 Houpin、Bosvieux、Lyon-Caen、Renault、Pic、Taller 等,而日本的片山义胜、松本烝治、田中诚二、冈野敬次郎、田中耕太郎和猪股淇清的会社法或

① 梅仲协:《民法要义·谢序》,中国政法大学出版社 1998 年版;姚瑞光:《怀拭和我》,载《谢怀拭先生纪念文集》第 61 页。

② 梅仲协:《民法要义·谢序》,中国政法大学出版社 1998 年版。

③ 这是留德学人曾如柏先生的评价(见氏著《商事法大纲》,台北正中书局 1972 年 4 版)。笔者曾在柏林洪堡大学门口的书摊,购得 Schaeffers Grundriss 中的两种(民总和债总),和《民法要义》两相对照,觉得曾如柏先生的说法是可信的。Schaeffers Grundriss 全称为 Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft,乃系列丛书,分为三大部分:第一部分私法和程序法,第二部分公法,第三部分经济学,此外还有配套的案例书。第一部分有二十多种书,由曾任北莱茵—威斯特法伦州高等法院院长的 J. Wiefels 博士编辑,先是由杜塞尔多夫的 L. Schwann 出版社出版,现在则改由海德堡的法律与经济出版社有限责任公司出版,撰人多有更易。丛书的其他部分则一直以来由斯图加特的 W. Kohlhammer Verlag 出版。Ludwig Enneccerus (1843 年 4 月 1 日—1928 年 5 月 31 日)开创的、由后人增补的多卷本的《民法教本》应当是当时德国的标准民法教材,《民法要义》的作者对此虽也有所参考,终以 Schaeffers Grundriss 为蓝本,可能是因其比起《民法教本》来简明扼要,篇幅适当,更适合作为中国法学本科教学之参考。

④ 这套丛书中的由正中书局单独出版,有的则由国立编译馆和正中书局共同出版。共同出版的,似乎都是国民政府教育部部定的教材,如李宜琛的《民法总则》,赵凤喈的《民法亲属编》,张道行的《国际公法》和翟楚的《国际私法纲要》等。

株式会社法也被参考。这是笔者所看到过的、1949 年以前最好的公司法教材。像谢老在《外国民商法精要》中对于股份有限公司的“有限责任”的阐释,在梅先生的《公司法概论》中就能找到其间传承的脉络。另外梅先生曾经还出版有《中国票据法释义》,是不是对于后来谢先生写作《票据法概论》有所影响?这也是值得研究的。

而“学习德文就是背《德国民法典》条文,德文和中文一起背”(谢老语)。^① 谢老虽未曾出国留学,却对德日民法造诣颇深,与这三年的学习有着直接的关系。1979 年,谢老陪同当时的法学所所长孙亚明和党组成员王家福,作为中国法学家代表团成员访问联邦德国。后来,马普所的明策尔教授回忆说:“身材矮小的谢先生总是站在人群的后面,沉默着,只是有一次,当他在书柜上看到了 Enneccerus 的一套书时,立刻睁大了双眼,用德语说道:‘噢,老朋友!’当年,他在四川曾学习过这套书。”^② 我想,谢老当年在重庆至少是知道、并且借阅过这套书中的一部分。因为谢老在中央政治学校学习时,正值梅先生写作和增订《民法要义》,而 Enneccerus-Kipp-Wolff 的《民法教本(第 1 卷第 1 册 导论 总则)》正是其重要的参考文献;加上当时法律系第十期学生只有九人,梅先生和学生常常一起读书、散步、游玩,相处甚欢,亦师亦子弟,颇有旧式书院之风。^③ 谢老对该书自然不会陌生。但是,在那种战时的条件下,梅先生手头有无完整的这“一套书”,便是个问题;即使有,对于那时年轻的谢老来说,要“学习”篇幅如此巨大的“一套书”(光是 1928 年版的总则部分,就有将近 700 页)恐怕也不是一件容易的事。明策尔的说法虽然可能有些夸张,但谢老当时所受的法学训练带有强烈的德国法取向,这一点则是毋庸置疑的。

正是由于掌握了德、日两种外国语言,谢老自然就比普通的学者别具只

① 参见方流芳:《回忆谢老》,载《谢怀栻先生纪念文集》第 129 页。

② 弗兰克·明策尔《纯法人生》,载《谢怀栻先生纪念文集》第 27 页。

③ 梅先生在诗中对此有生动的描述:“忆昔在南泉,晨夕相游眺;景林观鱼跃,涵村听虎啸。欲寻建文迹,每苦巉岩峭;归来山色冥,买鲜共烹调。”载《谢怀栻先生纪念文集》第 63 页。

眼。例如,谢老曾经敏锐地意识到,旧中国公司法上所谓的无限公司和两合公司,与德国商法典上的 OHG(公开的商事合伙)和 KG(两合的商事合伙)之间,可能经过日本的中介而发生了误会。^①的确,无论德文的 Gesellschaft,还是法文的 société,既训作合伙,又训作公司。OHG 和 KG 均无独立之人格,罗马法上 Societas 之遗绪也,而与有人格的 Universitas 不同;而通说认为 Aktiengesellschaft(AG,股份有限公司)滥觞于 17 世纪初的殖民公司,较为晚出。由于 AG 与 OHG、KG 等均系以契约(即 Gesellschaftsvertrag)为基础而设立之目的性团体,故与民法上的单纯的权利共同关系、亲属法上的团体、共同继承关系等相区别。不过 AG 虽曰 Gesellschaft,实质上更近于具有人格的 Verein(社团法人)。一般所称的资合公司包括了 AG、KGaA(股份两合公司)和德人后来自创的 GmbH(有限责任公司)。由于商法上的资合公司(Kapitalgesellschaften)与民法上的 Verein,均以成员为基础,均具有独立的人格,其人格原则上不因成员之改变而受到影响,而且由于其必须组织成统一的整体(即须有章程、一定的机关、自己的名称),故统以 Köperschaften 称之。^②私法上的法人,除去 Köperschaften 之外,还包括不以成员为基础、而以财产为基础的民法上的 Stiftungen(财团法人)。而法人(juristische Personen)的范围则更广,更有公法法人和私法法人之别。我国因为公私不分、民商不分、历史传统不同、对法人和公司更有明确而统一的法律界定,加之语言上的关系(如合伙与公司泾渭分明、译名简略疏阔难以对译)、立法和理论上的关系(民事基本法对财团未予规定、理论上将法人人格与权利能力完全等同)等诸多因素,至今未能理出头绪,影响了理论的建构,也使得《合伙企业法》修订工作留下一些遗憾。试想,如果没有像谢老这样的学

① 王保树:《学习谢怀栻教授严谨治学的精神》,载《谢怀栻先生纪念文集》第 208 页。值得指出的是,在过去的二十多年里,屡屡为我国大陆地区商法教材所引用的《商事法论》(张国健著,台北三民书局 1980 年修订第 19 版)一书,由于作者未辨清德文的 Gesellschaft 和法文的 société 的奥义,因此在介绍欧陆各国的合伙和公司组织时,也存在将企业的法律形式在合伙与公司中“重复计算”的错误(见该书第 70 页和 74 页)。

② Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7., neubearbeitete Auflage, Rn. 1091ff.; Götz Hueck, Gesellschaftsrecht, 19. Auflage, § 2 I und II。

者,如果在公司法中糊里糊涂写上无限公司、两合公司,再在合伙企业法里规定普通合伙、有特殊规定的普通合伙以及有限合伙,那岂不贻人以笑柄吗?

多年以后,谢老依然非常推崇他的老师梅仲协先生^①,实非无故。而且谢老后来在指导学生或解答咨询时也常常提及《民法要义》。^②可见本科教育以及本科教材对于法科学生树立正确的 basic 观念、培养日后的研究能力是多么的重要!当然,谢老何以独独对梅氏如此推崇?个中原由,亦颇耐人寻味。这恐怕不单单是尊师重教,或是服膺于其学问那么简单,可能还有人格认同的问题。梅先生送给姚瑞光的五言古诗中的最后一句“同尘不渝贞,此中得要妙”,这是对学生们人格操守方面的期许,不仅是对姚先生,也及于其他门弟子;这既是对学生们的期许,恐怕也是梅氏自己恪守的做人原则吧。

毕业以后,1942年8月到12月,谢老在陕西省政府社会处任科员。在此期间,“谢先生辗转步行到延安,在那里生活了一个月。一方面,他在延安感受到革命精神,另一方面,他对那些‘统一思想’的标语感到困惑,他难以理解人的思想如何能‘统一’,于是,悄然离去”^③。同年参加高等文官考试司法官考试及格,次年5月到重庆地方法院任学习推事,10月入中央政治学校公务员训练部司法官组学习,1944年2月结业,参加高等文官考试

① 江平:《沉思与怀念——纪念谢怀栻老先生》,王泽鉴:《智者、仁者、勇者:怀念谢老》,分别载《谢怀栻先生纪念文集》第39页、第227页。

② 梁慧星回忆说:“先生建议我再精读梅仲协的《民法要义》。先生亲自领我到本所资料室书库查找,可惜没有找到梅先生的著作。”(《谢怀栻先生教我怎样做人》,载《谢怀栻先生纪念文集》第156页)另有杨立新新的回忆,见《谢怀栻先生纪念文集》第263页。需要指出的是魏家驹先生在回忆中,将梅仲协误作孙晓楼(《谢怀栻先生纪念文集》第47页),这是一个错误。

③ 方流芳:《回忆谢老》,载《谢怀栻先生纪念文集》第126页。

复试及格^①。1944年3月分配到重庆地方法院任推事,直至1945年9月。1945年10月至1947年5月在台湾高等法院担任推事(见下文五、情系台湾)。1947年6月至1949年5月谢老在上海地方法院民庭担任推事。1948年8月至1949年11月在上海国立同济大学^②法学院任教,教授民法、商法,与陈盛清教授^③、余鑫如教授同事。^④

1949年5月27日上海全部解放,中国人民解放军上海市军事管制委员会成立。28日军管会接管了原上海市政府,上海市人民政府宣告成立。所以5月28日被定为上海市解放纪念日^⑤。军管会下设军事、政务、财经、文

① 魏家驹先生谈“旧中国高考”一节,颇值得注意。他说:“谈起旧中国的高考,对于每一个有志进取的青年学子来说,当年曾是一个极具诱惑力的门槛。旧中国仿效科举办法形成高等文官考试制度。大学毕业后可以报考相应的专业,初试录取后经过实务的培训,再参加复试及格后,按荐任官(大体相当于现今的副处级待遇)分配。考试的题目和评分很严,一般不易通过。由于旧中国吏治腐败,裙带成风,一般有关系、有背景的官宦子弟,早都钻研门路,官运亨通,谁也不会伤那脑筋去应试高考,因此高考也就多半成了没有门路、勤奋读书人士的晋身之阶,而高考在人们心目中也就成了真才实学的打拼之所。有的人常把第几届高考及格印在名片上,有的甚至把参加过哪届高考都印上,引以为荣,传为笑谈,所以当年谢老高考复试及格是很不容易的事,这是对他学业实力的一次考试。”(《谢怀栻老学长的“三不语”》,载《谢怀栻先生纪念文集》第47—48页。)

② 1907年德国医学博士Erich Paulun在同济医院对门附设德文医学校,故最初名同济医院附设德文医学校。1910年德侨组织建设中国工业学校促进会,开会议决三事:(1)在上海设工科学校;(2)校址附设医校内;(3)将德文科变更科目,同时为医、工两科的预备学校,由Berrens主持筹备。1911年筹备完竣,1912年6月12日开学,设机械、电工两科,医学校更名为同济医工学堂。1917年学校迁吴淞,报部认可,定校名为同济医工专门学校。1927年国民政府派张仲苏为校长,始改定校名为国立同济大学(见《旧上海史料汇编》下册,北京图书馆出版社1998年版,第342—343页)。同济大学被称为中德教育的窗口。张仲苏(早年名张谨),1905年由京师大学堂选派,与顾孟余、李燧同赴德国柏林大学攻读法律,1913年返国。先后任京师学务局局长、同济大学校长、河北大学校长等职(见《旅德追忆》,商务印书馆2000年版,第174页)。谢老任教时,国立同济大学则在上海东北近郊的其美路(现四平路),下有工学院、文法学院、理学院、医学院、新生院、附中、高职中等。

③ 参见《谢怀栻先生纪念文集》第35页,陈盛清教授纪念谢老的文章。

④ 参见中国律师函授学院《民法》,1985年7月,第270页。

⑤ 周林:《接管上海大事记实》,载《上海解放三十五周年文史资料纪念专辑》,上海人民出版社1984年版,第19、23页。

教四个方面的接管委员会。政务接管委员会主任周林,副主任曹漫之。政务接管委员会的下面又分为民政接管处(曹漫之负责)、法院接管处(汤镛、叶芳炎、韩述之负责),另有20个市区接管委员会和1个郊区接管委员会。

上海市军管会政务接管委员会法院接管处于5月29日进入浙江北路191号原上海高等法院、上海地方法院两院所在地,分成三个接管组,由第一组接受原高等法院及其检察处,第二组接收原地方法院及其检察处,和第一、第二、第三看守所,以及法医研究所等单位,第三组接受上海监狱和分监。接收处进入法院后,分别召开了原高院、地院及其检察处人员大会,宣讲约法八章和接管政策,命令原司法人员即日起停止行使职权,各按原工作岗位办理移交。^①在这次大会上听说,旧司法机关是为反动阶级服务的,许多人思想不通,认为紧跟国民党的都已远走高飞,留下来等待接管的,就说明不是紧跟国民党的。

由于新的司法人员严重不足,法院接管处经过研究,初步确定了留用原则:对于年纪较轻、职位较低、习染不深的书记官以下人员多留,学习推事、学习检察官酌留,推检以上少留或不留。后来实际上留用了大部分书记员、录事,而推事、检察官只留用了二十多人,这当中还包括了学习推事和学习检察官。1948年8月11日上海市人民法院宣告成立。像谢老这样曾经从日本人手中接收过台湾法院系统的推事,自然属于“少留或不留”之列。其实,当初即使被留下,也未必能躲得过几年后对旧司法人员的清理。但这段往事,无疑在谢老心中留下挥之不去的阴影,因为从1996年以后和谢老的交往当中,我确乎未曾听他主动提及过上海。

^① 韩述之:《接管国民党上海市司法机关和建立市人民法院》,载《上海解放三十五周年文史资料纪念专辑》,上海人民出版社1984年版,第119页以下。

二、因言获罪

新中国成立后,1949年12月^①谢老进入北京中国新法学研究院学习。1950年10月新法学研究院第一期结业,1951年2月担任新法学研究院辅导员。1951年12月^②至1958年3月担任中央政法干部学校哲学教研室担任教员。他将全部精力都倾注在教学材料的编写、法学材料的翻译以及为学员答疑等教学工作上。

① 谢先生何时入中国新法学研究院学习?梁先生前撰文写作“1949年2月”,而《谢怀栻先生履历》上写作“1949年12月”。中国新法学研究院何时成立?有谓:“1950年1月4日中央人民政府又拟批准创立了以改造旧法律界和司法界工作人员为目的的新法研究院。”(汤能松等编著的《探索的轨迹——中国法学教育发展史略》,第381页)这句话模糊莫名。到底何时拟批准?何时批准?何时创立?何时开学?其实,新法学研究院成立于1949年,次年1月开学,主要以改造旧法律人员(包括旧法学教师和旧司法人员)为任务,学制一年,办了两期,于1951年并入新成立的中央政法干校。谢先生是该研究院的第一期学员。理由如下:第一,中国新法学研究院隶属于新法学研究会,而后的筹委会1949年6月才成立。查《谢觉哉日记》1949年4月10日条:“王明及法委同志来谈:一搞新法学研究会,二办法律学校,三出法律刊物。”7月28日条:“下午至孟公府二号开新法学研究会筹备会常务委员会。”可见2月里新法学研究会筹委会尚不存在,更无新法学研究院之可言。第二,1950年1月4日新法学研究院举行开学典礼。董必武同志出席,并以《旧司法人员的改造问题》为题作了讲话(见董必武《政治法律文集》第85页以下)。既然元旦过后即已开学,则研究院之成立当在此之前。盖三天之内,恐不足以完成成立学院所必要之手续,故其成立必在1949年。第三,1949年8月6日北平政法学院筹备会第三次会议上,谢觉哉宣布经政府决定改为中国政法大学,新学校正式成立。此时,中国新法学研究会成立了以沈钧儒任院长的中国新法学研究院,用政法大学(海运仓原朝阳学院原址)部分校舍,校门口挂两块牌子。(参见《法学摇篮朝阳大学(增订本)》熊先觉文,第122、130页)亲历者徐平亦指出新法学研究院成立于1949年,但未指明月份。第四,曾经和谢老一起在新法学研究院学习的徐鹤皋先生的回忆,该院是1949年招生,11月开学的(见《深切怀念谢怀栻学长》,载《谢怀栻先生纪念文集》第54页)。

② 1951年中国新法学研究院并入中国政法大学第一部,即中央政法干部轮训班。同年7月20日政务院第94次政务会议听取了董必武同志所作的《关于筹设中央政法干部学校方案的说明》,审议批准了《关于筹建中央政法干部学校的方案》。同年底,以中央政法干部轮训班为基础,在北京东四十二条老君堂成立中央政法干部学校,由政务院政治法律委员会领导,彭真为首任校长。

1957年在法的阶级性和继承性的讨论中,先生曾经写了《不能抽象地研究法律》^①,文中的观点多少带有谢老接受思想改造的痕迹。这篇文章发表之际,中国的上空正是乌云翻滚,大有山雨欲来风满楼之势。

1957年4月27日中共中央发布了《关于整风运动的指示》。^②5月9日杨兆龙教授应约在上海《新闻日报》上发表了《我国重要法典何以迟迟还不颁布》一文,引起多方关注。5月20日在《新闻日报》邀集的法学工作者座谈会上,杨兆龙教授就某些人替当局推迟立法辩解的若干论点,据理反驳。发言经《新闻日报》在6月初报道后,影响进一步扩大。^③

为了响应整风的号召,帮助党中央更好地反对官僚主义、宗派主义和主观主义,5月北京开了各个界别的座谈会,政法界也不例外。自5月27日起,截至9月19日,中国政治法律学会^④所举行的首都法学界座谈会共举行了41次会议。以6月18日的第10次会议为分水岭,可以将这些会议分为两个阶段,前9次主要是让法学界人士鸣放,从第10次会议开始,风向陡转,展开了反击右派分子的斗争。

在6月4日的第4次会议上,谢先生作了发言,题目是《立法工作的指导思想和肃反运动的法律问题》,主要谈了三大问题,即关于开国以来立法工作指导思想的问题、有关政法干部教育的问题以及肃反运动中的法律问题。其中,在谈到关于开国以来立法工作指导思想的问题时,谢怀栻先生指出:

立法迟缓的原因,大家只谈到由于作风、组织、技术等问题。但我认为主要的问题是立法工作的领导同志的思想、观点问题。

① 参见《政法研究》1957年第3期。

② 关于整风的意图和方针、从整风到反右派的转变的详情,请参见薄一波:《若干重大决策与事件的回顾》(下卷),中共中央党校出版社1993年版,第603—623页。

③ 郭道晖、李步云、郝铁川主编:《中国当代法学证明实录》,湖南人民出版社1998年版,第97页以下。

④ 新政治学会和新法学会在筹备未完成的情况下,经两会筹委会分别召开会议通过了合并另成立中国政治法律学会的决定。参见《董必武政治法律文集》第218页以下、第249页以下。

(1) 以政策代替法律。开国初几年,只满足于中共中央废除六法的指示,后来有了宪法,就以宪法代替一切法律,作为审判的依据,这是很不够的。但有些领导同志思想上却认为没有法也不足为奇,陶希晋同志在政法干校作报告时,就说过唐律和拿破仑法典都是经过许多年才完成的。我看不能以封建时代或18世纪的情况来比拟,我们为什么不与苏联比呢?苏联建国后各种法律颁布就很快。现在需要澄清我们这种情况究竟是正常还是不正常的?

(2) 领导同志对审判错误的原因没有很好研究,只认为是干部政策界限不明。但没有法,就不能避免错判。没有依据是错判的重要原因之一。

(3) “爬行经验主义”倾向。不能要求法律每一条都从直接经验中产生,不能一切都求之于直接经验而不看间接经验。立法不能排除理论的指导作用,不能都等待经验总结出来再搞。

听说政法方面很高级的领导并不注意立法工作,不亲自抓,轻视。应该重视起来。^①

这部分发言内容的主旨,很快就见诸于第二天的《人民日报》。

接下来,随着整风转为反右,谢先生受到了批判。批判中矛头所指,一是谢先生在中央政法干校党委召开的座谈会上的发言《关于政法教育和科学研究中的问题》^②;二是其6月4日的发言,而“以政策代法律”则成为批判的重点。就是这次响应整风号召、在百家争鸣中的发言,使得先生因言获罪、因法获罪。

《政法研究》1957年第5期是“反对资产阶级右派斗争专辑”,其中至少有三篇文章就直接或间接地批判谢怀栻先生。如《捍卫人民民主法制,彻底粉碎右派分子的猖狂进攻》一文就指责说:

翻开底子一看,其实右派分子是要为反革命翻案。谢怀栻叫嚷“要检查肃反运动中的法律问题”,杨兆龙更大声疾呼“要审查肃反运

① 参见《政法界右派分子谬论汇集》法律出版社1957年版,第124页—125页。

② 同上书,第128页以下。