
全 国 外 国 法 制 史 研 究 会 学 术 丛 书

20世纪外国 民商法的变革

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D913.04-53

H192

全 国 外 国 法 制 史 研 究 会 学 术 丛 书

20世纪外国 民商法的变革

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

20 世纪外国民商法的变革/何勤华主编. —北京:法律出版社,
2004. 4

(全国外国法制史研究会学术丛书)

ISBN 7-5036-4828-7

I. 2… II. 何… III. ①民法—研究—外国—20 世纪—文集

②商法—研究—外国—20 世纪—文集

IV. D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 017694 号

法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/20.625 字数/512 千

版本/2004 年 6 月第 1 版

印次/2004 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939687

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4828-7/D·4546

定价:38.00 元

序

2003年10月12日至13日,由烟台大学法学院与华东政法学院联合举办的全国外国法制史研究会第十六届年会在烟台东海宾馆隆重召开。来自全国各大高校、科研机构、出版单位的近80名专家学者济济一堂,以“20世纪外国民商法的变革”为主题,就《法国民法典》诞生200年来大陆法系民商法制度和原则的变化,西方民法体系、民事主体、契约自由、信托制度、不动产登记、商业秘密的法律保护,父母与子女关系、夫妻财产制的发展演变,“权利动产”等新概念的提出,《欧洲民法典》的编纂,以及20世纪西方民商法发展的总的趋势等问题展开了热烈的讨论并进行了深入的学术交流。这次会议的成果,就是摆在读者面前的这本《20世纪外国民商法的变革》。

今年是大陆法系第一部民法典《法国民法典》实施200周年,本书为纪念这一伟大的日子,特地收录了张洪波、叶秋华、王云霞、张飞舟、滕毅和蒙振祥等撰写的6篇专题纪念论文。并约请法国马赛第三大学的硕士研究生殷喆、袁菁翻译了法国民法典四人起草委员会提交法国国会的《法国民法典开篇:法典起草委员会在国会就民法典草案的演讲》这一非常重要的历史文献。

就西方国家民商法的发展而言,19世纪和20世纪上半叶是两个不同的时代。前者通行自由资本主义的价值理念,因此在民商事立法方面,贯穿着民事权利人人平等、私人财产所有权无限制、契约自由和过错责任等四大民法原则,体现了“个人的最大自由,国家的最少干涉”等私法观念;而在20世纪上半叶,随着垄断资本主义体制

的确立,在民商事立法方面出现了许多新的变化,如从民商分立走向民商合一,民商事立法中的“个人本位”逐步让位于“社会本位”,财产所有权的行使以及契约自由受到了限制,侵权责任兼采过错责任和无过错责任,等等。第二次世界大战之后,西方国家在民商事主体和客体,民商事责任,民商事立法的移植和本土化,民商事立法的趋同化和国际化等各个方面,进一步发生了巨大的变化。本书的 20 篇主题论文选择了 20 世纪西方民商法这些变化中的某几个侧面,作出了理论的探讨和资料的剖析,虽不全面,但也算是一得之见,一家之言。对推动我国的民商法研究不无裨益。

除了《法国民法典》的纪念论文和主题论文之外,本书还收录了李秀清、刘洋、王沛、程波、彭勃、郑少华、龚汝富等撰写的 9 篇专题论文,分别从不同的角度对日耳曼王国的继承法则、现代西方社会替代性纠纷之解决方法、20 世纪外国的环境权理论、江西近代民商法教学等专题作了阐述。而游云庭的译文《论父母与子女的关系》,则是直接译自近代英国著名法学家布莱克斯通(Sir William Blackstone, 1723—1780)的名著《英国法释义》(Commentaries on the Laws of England, 1765—1769),作为“他山之石”,它对我国的民事立法也同样具有重要的参考价值。

本书的编辑,一如本研究会学术丛书的前三卷《法的移植与法的本土化》、《20 世纪外国经济法的前沿》、《20 世纪外国司法制度的变革》(由法律出版社分别于 2001 年、2002 年、2003 年出版)的惯例,在纪念论文集、主题论文和专题论文之外,还设置了论点精粹和附录等部分,以扩大本书的信息量和丰富本书的内涵。本书的编辑,仍由本研究会秘书处承担,负责具体编辑工作的是李秀清和陈颐两位博士,同时,华东政法学院外国法制史专业的冷霞、王沛、刘洋、张彬四位硕士生也参与了本书的编辑工作。由于我们的学术水平和专业知识有限,编辑中可能存在各种问题和缺陷,此点还望各位原作者见谅。

本次年会得以顺利圆满地举行,得益于烟台大学以及该校法学

院的帮助和支持;本书的出版,得到了本研究会之挂靠单位华东政法学院的学会活动经费的资助,也得到了法律出版社贾京平社长和法学学术中心蒋浩主任的全力支持,本书的责任编辑刘伟俊老师则为本书的编辑出版倾注了大量心血。在此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海 华东政法学院

2004 年元旦

目 录

序

一、纪念《法国民法典》颁布二百周年特辑

- 3 [法]特隆歇 波塔利斯 普雷亚梅纽 马勒维/法国民法典开篇:法典起草委员会在国会就民法典草案的演讲(殷喆、袁菁译)
- 41 张洪波/《法国民法典》:世界民法典的先驱与垂范
- 57 叶秋华 洪养/论《法国民法典》的历史演进:纪念《法国民法典》颁布二百周年
- 76 王云霞/论《法国民法典》的时代精神
- 98 张飞舟/论《拿破仑法典》所体现的人权精神
- 105 滕毅/《法国民法典》语言风格的文化成因
- 114 蒙振祥/《法国民法典》和中国民事立法:纪念《法国民法典》公布施行二百周年

二、主题论文

- 127 李拥军/从“人可非人”到“非人可人”:民事主体制度与理念的历史变迁:对法律“人”的一种解析

- 143 方立新 徐钢/契约自由衰落的法理解析或“返回现实主义的契约法谱系”
- 155 [美]罗斯柯·庞德/法典编纂的源流考察:以民法典的编纂为主要视角(汪全胜译)
- 180 朱淑丽/欧洲比较法学者对《欧洲民法典》的推动
- 199 徐静琳 康洛奎/欧盟框架下的民商法体系
- 216 李文祥 唐义虎/基于法律行为的物权变动比较研究
- 229 孟红/人格权立法之历史演进:以大陆法系国家民事立法为研究对象
- 245 魏琼/德国《反不正当竞争法》与民商法的新发展
- 257 蔡元庆/从商法的修改看日本董事制度的发展
- 270 赵立新/20 世纪日本民法的修改与家制度的变迁
- 280 [英]布莱克斯通/论父母与子女的关系(游云庭译)
- 296 徐震宇/英国法上的“权利动产”及其财产概念的特性
- 304 黄德启/从《统一商法典》看“统一州法律全国委员会”在美国法学发展史上的地位和作用
- 315 李艳华/美国法律史上的商业秘密法律保护问题
- 344 徐清/美国夫妻财产制:一个历史的考察
- 362 曾尔恕 黄宇昕/美国网络隐私权的法律保护
- 382 余辉/近现代英国信托法的一个重要内容:英国公共受托人的发展
- 399 刘艺工/加拿大民商法律制度综述
- 412 宋四辈 张丽霞/20 世纪民法发展和中国民法的近代化
- 423 潘申明/不动产登记制度比较研究:兼评《民法典(草案)》(征求意见稿)的相关条文

三、专 题 论 文

- 453 刘洋/公法与私法划分起源研究:从罗马共和国社会变迁的角度
- 464 李秀清/日耳曼王国继承法则考析
- 493 王沛/社会与个人意志的衡量:从不同形态的社会看遗嘱继承制度之演变
- 502 仲相/继承承认与放弃制度比较研究
- 519 程波/现代西方社会替代性纠纷解决方法(ADR)存在的制度原理分析及我国对其借鉴意义
- 531 周训芳/20 世纪外国的环境权理论
- 549 彭勃/日本法的改革理论述评
- 561 郑少华 夏荷/论《中华人民共和国银行业监督管理法(草案)》存在的问题及克服
- 575 龚汝富/江西近代法律教育暨外国民法教学印象记

四、论 点 精 粹

- 585 刘国胜/世界法律史上的一座丰碑:纪念《法国民法典》颁布二百周年
- 587 杨联华/20 世纪外国民法的演变轨迹
- 589 张锐智/20 世纪知识产权保护国际化进程与启示
- 591 萧光辉/侵权法中的严格责任原则及其相关问题
- 593 蒙振祥/商法的发展演变

20 世纪外国民商法的变革

- 595 郑祝君/21 世纪的公司治理:从股东至上到公司相关利益者和
谐发展
- 600 张文政/大陆法系所有权理论:19 世纪向 20 世纪的跨越
- 602 律璞/大陆法系对罗马法原始取得制度的继受和发展
- 604 马聪/浅析 20 世纪《德国民法典》的发展变化
- 606 李道刚/从双亲暴力到父母关怀:20 世纪德国家庭教育权的延
续和嬗变
- 608 张飞舟/“欧盟思维”与“天下一家”
- 610 孟昭容/从小室金之助著《商法概说》了解日本学者对商法的看
法
- 613 臧宝军/试论英国现代商法的发展
- 616 唐惠敏/美国科技发展引起的版权纠纷及其对中国的启示
- 618 何勤华/西法东渐与中国近代民商法学的成长
- 621 王涛/二十世纪初中西民商法的共性与差异及其历史文化渊源
- 622 王素芬 祖伟/论《德国民法典》对我国起草民法典的借鉴
- 626 刘淑芬/中国与外国非婚生子女认领制度之初探
- 629 杨垠红/中国内地与台湾地区有关缔约过失责任之比较:兼谈
中国内地缔约过失责任的完善
- 633 贺卫方/关于中国法学家的国际影响问题

五、附 录

- 637 20 世纪外国民商法前沿理论研究:全国外国法制史研究会第
十六届年会综述(刘洋)
- 651 2002 年度全国外国法制史研究会优秀论文名单

一 纪念《法国民法典》颁布二百周年特辑

法国民法典开篇：法典起草委员会 在国会就民法典草案的演讲

[法]特隆歇^① 波塔利斯^② 普雷亚梅纽^③ 马勒维^④ 著
殷 喆 袁 菁译^⑤

[译者按]1804年3月21日颁布的法国民法典不仅仅是法国法律史上的里程碑，也是欧洲当代诸法典的奠基之作。

旧法国的一些法学家梦想过一部法国旧私法的集合版本，以凝结习惯法地区和成文法的不同法律传统。制宪议会曾经许诺：“要创

① 特隆歇(Tronchet, François-Denis)，刑法、民法专家，1789年元老院议员，保守党人，生于1723年3月23日，卒于1800年3月10日，生于检察官家庭，1713年成为律师开始执业。共和8年芽月11日(1797年4月3日左右)被提名为最高法院大法官，著述无数，巴黎以他而命名了一条大街。

② 波塔利斯(Portalis, Jean-Etienne-Marie)，法学家，文学家，演说家，元老院议员，部长，生于1745年4月1日，卒于1807年8月25日。出生于中产阶级家庭，在土伦和马赛跟随演说家学习，后进入埃克斯法学院(今马赛三大)同时学习文学和法律。共和4年葡月28日当选为参议员，1804年担任文化部长。拿破仑对他有甚高评价，称其为最优雅的演说家。四人编纂委员会以他为首，此民法典《开篇》即由他执笔。

③ 普雷亚梅纽(Bigot de Préameneu, Félix-Julien-Jean, comte)，民法专家，1791年立法委员会委员，文化部长，生于1747年3月26日，卒于1825年7月31日。大革命前曾是巴黎议会律师，1790年新法院取代旧法庭后，他即被推选为首都第四巡回法院法官，后任最高法院大法官。波塔利斯去世后由他接任文化部长。

④ 马勒维(Maleville, Jacques, marquis de)，民法专家，元老院议员，保守党人，生于1741年7月19日，卒于1824年11月22日，革命前在波尔多担任律师。1791年进入最高法院，共和四年葡月26日当选为议员。他是波塔利斯的好友，共和八年成为最高法院院长。

⑤ 殷喆，马赛三大法理学DEA，曾就职深圳万商律师事务所；袁菁，马赛三大国际法DEA，曾就职深圳万商律师事务所。

造一部全国适用的民法法典”。为了实现这个理想,著名法学家康巴塞雷斯公爵(Jean-Jacques Cambaceres, 1753—1824)分别于 1793、1794 和 1796 年一连提出三个民法典方案,但接连被革命议会否决。

在拿破仑·波拿巴的推动以及新政权中众多法学家的支持下,执政府终于成功地着手开始了法典的编纂。雾月政变的第二天,由特隆歇(François-Denis Tronchet, 1723—1800)、波塔利斯(Jean-Etienne-Marie Portalis, 1745—1807)、普雷亚梅纽(Félix-Julien-Jean comte Bigot de Préameneu, 1747—1825)与马勒维(Jacques Marquis de Maleville, 1741—1824)四位法学家(其中除波塔利斯外均为最高法院大法官)组成的法典编纂委员会开始了为期五个月的永载史册的工作。

这篇《开篇》,在某种意义上,揭示了在 1800 年 8 月到 1801 年 2 月由四人委员会所起草的法国民法典方案的整体动机。《开篇》为特隆歇、波塔利斯、普雷亚梅纽与马勒维四委员联署,实际上是由民法典立法讨论会议的负责人波塔利斯写成,该文跟民法典一样受他的“中庸哲学”的影响。对波塔利斯而言,立法者应当中庸:一部法典不应该把话全都说完,他应该留给法学家和法院解释的余地,这导致了以下的著名格言:“人民的法典是由时间所铸,而不是由我们创造”。《开篇》也同样是承前启后的一篇美文,她巩固了革命之后的稳定,也成为了促进法律渊源融合的纽带。为纪念法国民法典诞生 200 周年,法国政府特邀请著名法学家、参议员、前司法部长、前宪法委员会主席巴丹代尔(Robert Badinter)先生重新朗诵此《开篇》,以追思当年立法者的良苦用心。^①

① 巴丹代尔,法学家,巴黎上诉法院大律师,法国前司法部长(密特朗政府)。他于 1986 年到 1995 年担任法国宪法委员会主席,曾代表欧共体主持了前南问题调解。现任国会参议员。巴丹代尔朗诵此《开篇》的音频文件下载网址: http://www.bicentenaireducodexivil.fr/audio/Vx%20Cour%20de%20Cassation_-256kbs-2.mp3。

去年[1799年]热月24日,执政府命令司法部长召集我们到部长家里开会,目的是为了“比较迄今为止出版的所有民法典的立法方案,找出最适合我国采纳的方案,然后讨论民事法律立法原则”,这个命令体现了议会和执政府全体成员的一致决心。

“今天,我们的会议结束了……我们不辱祖国和政府交给我们的重要使命”。

和其他欧洲大国一样,法国也是因为征服以及人民的自由联合取得成功并不断地壮大起来的。在与被征服人民签订的条约或者受降书中,总是规定允许他们保留自己的民事立法,因为经验告诉我们,统治人要比统治法律来得容易。

在这个庞大的殖民帝国中,各种各样的奇风异俗共存着,所以我们说法兰西(本土)只能算个国中之国,国家变成了市镇,而各个不同的国家又组成了一个共同的帝国。

法官们不止一次打算要把帝国各部分的习惯法成文法等等总结起来,立一个统一的法,就像一位名作家所说:统一,是一种完美。

但怎样才可以把同样的法律实施到生活在完全不同风俗习惯不同地理气候而仅仅被同一个帝国政府统治的人群中去呢?

有些被人们视为应优先遵循的习惯,某种程度上已经成了集权统治的壁垒,如何才能根除这些习惯?如果用统治者和被统治者之间一贯的沟通方式——暴力镇压,结局就是:革命马上爆发,政权受攻击,政府被审判,只要有一个雄辩的演说家,人们就会被煽动起来摧毁一切,道德观不复存在,什么都将被允许,国将不国。于是我们不得不回到立法上的统一主义上来,因为它看来好像有那么一点现实性。

可一部好的民法典,能在动荡的政局下诞生吗?

革命就是征服。难道我们能在新旧政权交接的时候来立法吗?满怀革命的怒火,这个法肯定会立得偏颇,不公正,充满敌意。我们会被破旧立新的感觉错误地引导,破坏一切习俗,打碎一切传统,扫

除一切不快。我们再也不管人们之间的关系：我们只看到政治大局；我们关心政治同盟甚于关心普通公民。我们立的法全变成了公法。

如果我们仔细看看这样立出来的民法，就会发现她不是为至贤至公而设，而是为开创新政体的人而设：父权被剥夺，因为孩子们更能接受新事物；夫权不再受尊重，因为男女平等了。我们在日常生活和商业活动中引入新规则，我们让所有旧秩序震惊，因为他们过时了；新秩序随着新的财产所有权而来，每分每秒都有新动向、新情况，各级政府根本无法预料。而革命精神正在摧毁一切，我们所谓的革命精神，是指为了一个政治目的而牺牲所有自由的狂热欲望，他不再理会所有其他的考量而只为那神秘的变幻莫测的所谓“国家利益”而奋斗。这种时候我们无法承诺规范有永久住所的人、物之间的关系。因为依照自然衡平之法则，立法者只能充当一个毕恭毕敬的解释者的角色而不是改变世界。今天，法兰西总算从革命风暴中停下来，喘了口气；宪法也保证了这个休养生息的机会，大家总算能为自己的财产所有权考虑一下了。

好的民法是人们能给予和接受的最宝贵财富；她是道德的源泉，繁荣的白金，所有公共与个人和平的保证；即便不是她创造了政府，她也将维持政府，调整权力，使政府获得尊重，她简直就是正义的化身。她关怀到每一个个体，融入生活中每一个主要行为；她无所不在；她常是人们所遵从的惟一的道德规范，她总是自由的一部分，她安慰每一个因政治法牺牲了个人自由为城邦作贡献的人，在他们需要的时候保护他们的人身和财产。同样，民法典的编纂首先是要满足对英雄人物的关怀，国家的第一法官正在天才地工作着，他相信总得为了荣誉，为了人民的幸福，做点什么。但对于大众来说，民事立法是一项怎样的任务？如果立法是要给人民一个全新的制度，又如果忘记我们是站在文明国家前列，忘记前人的宝贵经验和优良传统，那么这项工程将超越了我们的能力所及。

法律并不纯粹是权力使然，而更多的是智慧的作为，是正义和理

性使然。立法者除了代表政权行事,他更多的身份是个祭司。他应谨记法律为人而立,而不是让人来适合法律。法律应当符合适用她的人们身处的时代特征、社会习惯。对新的立法题材应该审慎,因为一个新政权建立后,所有新事物的弊端只有在实践中才会被发现。

既然对“更好”有所怀疑,不妨就把“好”留下来,以免矫枉过正。过分的完美等于荒谬,对于那些仅是感觉“相对好”的法律规定,与其改变她,还不如为公民们找到热爱和接受她的理由。在几个世纪的历史中,我们其实也只立出了几部尚可算是“好”的法律。

[1799年]雾月18日之后,成立了一个委员会,人员来自于不同的政府机关,委员会的目的是要达成一项以前总是被讨论又旋即被抛弃的工作。委员会的工作卓有成效地给我们提供了指导和建议。在我们的会议开始之时,我们就批评过这样一种观点:广义来说,民法典的编纂,只需要在每个重点上详细分析就够了,伟大作品通常是简单明了而能涵盖预见一切的。

简单明了的基础是大家都已经透彻理解了,至于预见一切则根本是不可能之任务。无效的法律,会减弱其他必需的法律的有效性,会有损立法的确定性和威严。可是法国是一个先进国家,农业、工商业发达,门类齐全,我们不能草草了事立一个落后国家的法。

十二铜表法理所当然是榜样;但是古代立法是否适应我们所处的拥有更多社会财富的现代国家呢?罗马,生就伟大,生就永恒,她有没有因为自己的强盛而忘记立法的工作?道德层面上突如其来的转变,不也在立法中体现吗?在罗马法中,我们不是经常地见到层出不穷的元老院决议、民众大会决议、诏书、执政官裁定、市政条例、法律顾问决定和答问、惩戒通告、国王敕令、皇帝通谕吗?历史上罗马的立法差不多就是全民的立法。

在全部土地都属于君主,或者全国的工商业活动是以君主的名义和为了君主的利益进行的专制国家中,没有任何个人权利、个人意志、私有财产;在那里,法官和刽子手的数量比法律条文来得多。