

中国民法的大陆法系继受脉络

刘星越 律师

2017-6-19



2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议通过《中华人民共和国民法总则》，国家主席习近平签署第66号主席令予以公布，民法总则自2017年10月1日起施行。民法总则是民法典的开篇之作，在民法典中起统领性作用，我国下一步将编纂民法典各分编，拟于2018年整体提请全国人大常委会审议，经全国人大常委会分阶段审议后，争取于2020年将民法典各分编一并提请全国人民代表大会会议审议通过，从而形成统一的民法典。

中国大陆历史上曾经有过一部完备的民法典即《中华民国民法典》，这部民法典在随蒋政权去台湾之后也影响了改革开放后我国一系列民法法律诸如《民法通则》、《合同法》、《物权法》的制定，我国的立法者从台湾的民法成文法和台湾学者们的学说中受益良多。

本文着重厘清从罗马法、德国民法至中华民国民法典的历史继受脉络，以使读者了解作为大陆法系一员的中国民法受到何种程度的西方文明的影响。

首先，德国民法继受罗马法是一个漫长的过程，从公元八世纪一直到十九世纪。

在中世纪德国民法继受罗马法分几个步骤：

其一为“理论既受”，德国继受罗马法的真正原因与其说是由于罗马法本身的优势倒不如说是基于政治文化的信念。自从查理曼以来一系列日耳曼君主的加冕，尤其是神圣罗马帝国的创建，使德国社会形成这样一种观念，即认为日耳曼君主是罗马皇帝的后裔，日耳曼帝国是罗马帝国的延续，十一世纪以后的德国文献不断出现诸如此类的记载，这就是“永续帝国理论”。这种观念是如此地深入人心，以至于德国农民战争中士瓦本的农民发誓：“……只承认一个君主，即罗马皇帝陛下，不承认其他任何君主。”

其二为“实务继受”，罗马法对德国而言并不陌生，之所以到十五世纪才开始

在德国法院发生效力是因为当时的德国具备了如下必要条件：第一、德国的罗马法教育至十五世纪才开始成熟。德国大学法学院的创建始于 1348 年的布拉格大学和 1365 年的维也纳大学。初创时期的法学院最大的问题是缺乏师资,到十五世纪才上正轨。同时,自十五世纪中叶起,罗马法方才成为法学学生的必修课,此后,德国学生不必再远赴海外,在国内即可接受完整的罗马法教育。大学罗马法教育的完备为德国继受罗马法提供了源源不断的人才。第二、十四、十五世纪时罗马法学家大批进入政界。在此之前,智识阶层主要是教会人士,随着罗马法的复兴和罗马法学家的大批出现,罗马法被奉为世俗生活的圣经,而且罗马法学家又是与教会素无渊源的世俗人士,帝国皇帝和诸侯自然更乐意聘请他们,由此,罗马法学家愈来愈受社会的重视,十四世纪中叶,查理四世诏谕授予所有法学博士以贵族身份。这些新贵族平时衣着有特殊标记,在法律上享有特权,他们中的法学教授经常周旋于行政机关与大学之间。第三、审判制度的变革。早先德国法院采用口头审理方式,判决依据是裁判者个人的经验和修养。从十三世纪起,德国的教会法院首先采用书面审理,以成文法(主要是教会法,其次是罗马法)为裁判依据,得到民众的认可。十四世纪后罗马法专家大批进入政府,推动普通法院的审判改革,各地的改革进程参差不齐,大致贯穿十五世纪后半期,进入十六世纪后,书面审理渐成主流。审判方式的变化使旧贵族法官和陪审员不堪胜任,为罗马法专家进入法院大开方便之门。罗马法人才与政治权力的结合,再加上审判改革的契机,三者相辅相成,终于使罗马法开始在实际司法中发挥效力。随着罗马法专家在司法中主导地位的确立,罗马法成为德国司法最重要的法律渊源,固有法日益被罗马法所取代,至十六世纪末,德国继受罗马法基本完成。

其次,德国民法在十九世纪经历了抽象化,精细化的过程,直至 1896 年德国民法典的公布,在此不得不提以下几个学派:

一、历史法学派。该派真正创始人,依学者通说乃系萨维尼。他为了法典论争的需要而于 1815 年创办了用以反击对手的理论阵地——《历史法学杂志》,倡言对法律进行“历史的研究”,并以“作为学问的法学”为该刊的编辑使命。经过一段时间,以向该杂志投稿的学者为中心,形成了著名的历史法学派。萨维尼在《论当代立法和法理学的使命》一文中表述了历史法学(派)的如下纲领:其一,法律和语言一样,是民族的共通的确信的产物;其二,法与民族的历史共

命运；其三，法律首先基于民族的习惯，尔后才基于法学而形成。须指出的是，萨维尼法学的出发点，正在于摒弃启蒙主义的自然法，而确认民族的、历史的习惯法。

二、潘德克吞法学。即秉承继受罗马法的传统，由历史法学中的罗马法学者于 19 世纪后半期构建起来的德意志私法学。他们以对德意志普通法和潘德克吞进行研究为工作的中心。所谓潘德克吞，即《罗马法大全》中的《学说汇纂》，也就是罗马帝政时代被赋予“解答权”的法律学者们的学说集成。萨维尼的后继者们从这个“学说法”中抽绎出法的概念，并用以构建 19 世纪的私法学。就此而言，可以说“潘德克吞法学”乃是“罗马法的现代的惯用”的产儿。潘德克吞法学，具有易于理解的特色。

三、概念法学。概念法学之所以成为概念法学，是对于“法的构成”的确定的信念。对于信奉概念法学的人来说，法学与法典，乃是完美无缺的论理体系，通过逻辑的演绎和推论，所有的法律问题皆可得到自动的解答。耶林批判概念法学推崇逻辑崇拜，并以嘲弄的手法写成《法学戏论》嘲讽当时的法学者盲信逻辑，热衷于抽象概念的游戏，而忘却法律对实际生活所负的使命，这犹如人生活在“概念的天国”中不知社会生活为何物，自于实际生活无所裨益。但遗憾的是，耶林自身却成了概念法学的忠实信徒。在 4 卷本的《罗马法的精神》(1852—1865 年)中尽管他指明了自己的法学抱负是“通过罗马法而超越罗马法”，但其中的内容仍是确信“法的构成的优位性”。他坚信“分析、综合与构成”的三种法技术，倡导“依法的构成”的“高度的法律学”。不过，在 1872 年出版的《为权利而斗争》一书中，他却指明：权利并不是“理性或意思的发现形态”，而是通过不断的斗争而实现的利益。后期的耶林将注意力由“法”移向“权利”，主张在法学中不是引入演绎的论理，而是引入归纳的论理。

早在德国法学界兴起民法典编纂的论争之前，主张立即制定民法典的 A·F·J·蒂堡就提出了在德意志实现政治上的统一之前，应先期实现法律上的统一。萨维尼则认为应创建作为立法的前提和基础的法学理论。之后，尽管萨维尼等人创建的法学被斥之为概念法学而广受批判，但历史法学派的学术活动在事实上却加速了潘德克吞法学的学术体系化的进程。另一方面，德国在经历了 1848 年革命的挫折后，于 1871 年实现了国家的统一。这样，编纂民法典的政治与学术的

基础也就奠定了，进而使民法典的编纂指日可待。在作了周到的准备并经过了较长的时期以后，德国于 1881 年为编纂民法典而成立了第一委员会。该第一委员会的实际领导人就是后期历史法学派的重要学者温德沙德。该委员会于 1887 年拟成第一草案和立法理由书并向社会公布。1892 年第二委员会作成民法典第二草案。该第二草案经联邦参议院稍作修改后作为第三草案被提交给帝国议会，1896 年公布，此即现行德国民法典。

最后，德国民法对《中华民国民法》的制定产生了决定性的影响。

南京国民政府制定民法典时，《德国民法典》已享誉世界，成为了大陆法系典范。它逻辑严谨、概念精确和规定细密的特色使各国法学家都认为它比之前的《法国民法典》“更系统化、现代化、条理化，用词更简练，内容更确切。”加之邻国日本以《德国民法典》为蓝本构建民法体系后所取得的良好社会效果，这些都促使南京国民政府的民事立法者深信不疑地选择了对德国民法的移植。

一、《中华民国民法》的编纂体系采取德国模式。社会生活越是发展与复杂，民事法律规范越是需要细密，如果没有一个科学合理的逻辑体系将其分门别类加以归纳，人们在查找时势必困难重重。在法典的体系方面，《德国民法典》的最大特色是它的五编结构，这被公认为要比更早出现的《法国民法典》的三编结构更为科学合理。《德国民法典》的五编分别为第一编总则，第二编债的关系法，第三编物权，第四编亲属法，第五编继承法。它提供了一种由总而分，由抽象到具体的模式。只要掌握了这种体系要领，顺其逻辑线索去查，就会很方便。与这样的法典打交道，读者会在不知不觉中训练了法律思维的逻辑性，而且随着法学教育和法学理论水平的提高，人们会越来越习惯于这种细致周全的操作方式。在法律条文的排列上《德国民法典》五编的排列是演绎式的，由抽象概括的原则出发，逐步走向具体。从内容看，先设“总则”，规定抽象性的原则，后设“债的关系”、“物权”、“亲属”和“继承”，规定较为具体的法律关系。从体例看，整个法典分五编，每编以下又分章，章下又分节，也是一般到个别，由抽象到具体。譬如债编，由债的普遍原则(债的内容)起，再到各种债务关系。亲属编由亲属关系的基础即婚姻始，继之以亲属和监护。各节也是一样，每节的第一条差不多都是该节所规定的法律关系的总说明，以下再分别规定各种具体事项。在“买卖及互易”(第二编第七章第 1 节)、“侵权行为”(第二编第七章第 25 节)各节里，这

种规定方法最为典型。《中华民国民法》的结构亦以德国民法典为模式，采五编制，仅在编名上略作调整。具体情况是：第一编总则，第二编债，第三编物权，第四编亲属，第五编继承。直至今日，台湾地区沿用的《中华民国民法》，“虽然总则、债、亲属、继承等编都经修订，物权编的修订也正在进行中，但当初制定的五编体制始终没有更易。”同样，《中华民国民法》的各编下有章，章下有节，节下有款，款下有目，较好地继承并发扬了《德国民法典》由抽象走向具体的演绎排列。

二、《中华民国民法》内容上对德国民法的采纳。在法律内容方面，《中华民国民法》更是广泛参照《德国民法典》。民法总则编是整个民法典的基础，《德国民法典》的总则共七章：第一章人，第二章物，第三章法律行为，第四章期间和期日，第五章消灭时效，第六章权利的行使、自卫和自助，第七章提供担保。

《中华民国民法》对其内容几乎是照单全收，也分为七章，只是比《德国民法典》多了一章法例，少了一章提供担保，其余各章内容极其相似。再如物权编，《德国民法典》为此作了详尽系统的规定，共九章 433 条，第一章占有，第二章土地权利的通则，第三章所有权，第四章地上权，第五章役权，第六章先买权，第七章土地的产物负担，第八章抵押权、土地债务及定期土地债务，第九章动产质权及权利质权。《中华民国民法》共十章：第一章通则，第二章所有权，第三章地上权，第四章永佃权，第五章地役权，第六章抵押权，第七章质权，第八章典权，第九章留置权，第十章占有。除了保留典权这一中国传统制度外，其他内容也基本一一对应。其他各编情况也大体类似，难怪当时的国民党政府立法委员吴经熊指出：“就新民法从第 1 条到第 1225 条仔细研究一遍，再和德意志民法及瑞士民法和债法逐条对照一下，倒有百分之九十五是有来历的，不是照帐誉录，便是改头换面。”

文献参考：

1. 中世纪德国对罗马法的继受 黄宇昕
2. 19、20 世纪的德国民法学 陈华彬