

· 法 · 国 · 民 · 法 ·



张民安 著

# 法国民法总论 (上)

Introduction générale  
au droit civil français  
(1<sup>re</sup> partie)

清华大学出版社



16世纪，法国经典人文主义法学派采取了著名的研究方法即法国式的研究方法研究罗马法，因此形成了著名的历史法学派，但是，它并没有在罗马法的基础上创造出民法总论。17世纪和18世纪，《法国民法典》之祖父和《法国民法典》之父Domat和Pothier开创先河，在罗马法和法国习惯法的基础上创造出以法律规范、人和物为核心内容的民法总论。

19世纪初期，在批判法国著名法学流派即法条注释法学派的过程当中，在罗马法的基础上，德国历史法学派的核心人物Puchta和Savigny创造出以一般法律关系和法律规范为核心内容的民法总论。从20世纪初期开始一直到今时今日，法国民法学者均放弃了以一般法律关系和法律规范为核心内容的民法总论，并且均承认了以客观法律和主观权利为核心内容的民法总论。

本书作者凭借良好的法语知识，通过所占用的详尽资料，率先在华语世界以编年史式的方式对民法总论的产生、发展和确立过程做出了立体式的、大跨度的、全方位的阐述；率先在华语世界以最清晰可见的方式、最宏大的篇幅和最充分、最原始、最直接的法文资料将民法总论的产生、发展和确立路线图展现在中国民法学者的面前。

本书援引的法文资料丰富详实，涵盖古今；翻译的法文词语准确干练，能反映这些法文词语的内涵和外延；介绍的民法理论和民法制度形形色色，千姿百态，几乎所有民法理论和民法制度均为华语世界首次介绍。除了有助于我国民法学者清晰地了解民法总论的产生、发展和确立过程，深入研究民法的一般理论和一般制度之外，本书还能够指导我国立法者科学、合理地制定《中华人民共和国民法典》。

上架建议：法学·民法

ISBN 978-7-302-45665-0



9 787302 456650 >

定价：158.00元

清华大学出版社数字出版网站

WQBook 书文周泉

www.wqbook.com

· 法 · 国 · 民 · 法 ·

# 法国民法总论 (上)

Introduction générale  
au droit civil français

(1<sup>re</sup> partie)

张民安 著

清华大学出版社

北京

## 内 容 提 要

16 世纪,虽然法国经典人文主义法学派采取了著名的研究方法即法国式的研究方法研究罗马法,因此形成了著名的历史法学派,但是,它并没有在罗马法的基础上创造出民法总论。17 世纪和 18 世纪,《法国民法典》之祖父和《法国民法典》之父 Domat 和 Pothier 开创先河,在罗马法和法国习惯法的基础上创造出以法律规范、人和物为核心内容的民法总论。

19 世纪初期,在批判法国著名法学流派即法条注释法学派的过程当中,在罗马法的基础上,德国历史法学派的核心人物 Puchta 和 Savigny 创造出以一般法律关系和法律规范为核心内容的民法总论。从 20 世纪初期开始一直到今时今日,法国民法学者均放弃了以一般法律关系和法律规范为核心内容的民法总论,并且均承认了以客观法律和主观权利为核心内容的民法总论。

本书作者凭借良好的法语知识,通过所占用的详尽资料,第一次在华语世界以编年史式的方式对民法总论的产生、发展和确立过程做出了立体式的、大跨度的、全方位的阐述,第一次在华语世界以最清晰可见的方式、最宏大的篇幅和最充分、最原始、最直接的法文资料将民法总论的产生、发展和确立路线图展现在中国民法学者的面前。

本书所援引的法文资料丰富翔实,涵盖古今;所翻译的法文词语准确干练,能够反映这些法文词语的内涵和外延;所介绍的民法理论和民法制度形形色色,千姿百态,几乎所有民法理论和民法制度均为华语世界首次介绍。除了有助于我国民法学者清晰地了解民法总论的产生、发展和确立过程和深入研究民法的一般理论和一般制度之外,本书还能够指导我国立法者科学、合理地制定《中华人民共和国民法典》。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

法国民法总论. 上/张民安著. —北京:清华大学出版社,2017

(法国民法)

ISBN 978-7-302-45665-0

I. ①法… II. ①张… III. ①民法—研究—法国 IV. ①D956.53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 285280 号

责任编辑:刘 晶

封面设计:常雪影

责任校对:宋玉莲

责任印制:沈 露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质量反馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者:北京密云胶印厂

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×260mm 印 张:40.75 字 数:842 千字

版 次:2017 年 1 月第 1 版 印 次:2017 年 1 月第 1 次印刷

定 价:158.00 元

产品编号:070755-01

## 作者简介

张民安,男,1965年12月生,湖北黄冈人。1987年7月毕业于湖北黄冈师范学院英语系,之后在湖北黄冈从事高中英语教学工作;1991年9月考入吉林大学法学院,师从李忠芳教授,攻读民商法专业硕士学位,1994年7月获法学硕士学位,同年9月进入中山大学法学院任教。1999年9月考入中国社会科学院研究生院,师从梁慧星教授,攻读民商法专业博士学位,2002年7月获法学博士学位。现为中山大学法学院教授,民商法专业博士生导师,精通英文,熟悉法文。

先后在中国主流学术刊物上发表学术论文九十多篇,并出版多部学术专著,诸如:《现代英美董事法律地位研究》《过错侵权责任制度研究》《公司法上的利益平衡》《现代法国侵权责任制度研究》《公司法的现代化》《商法总则制度研究》《侵权法上的作为义务》《侵权法上的替代责任》《无形人格侵权责任研究》《法国民法》和《法国人格权法(上)》等。先后主编出版了《高等院校法学专业民商法系列教材(1)》《高等院校法学专业民商法系列教材(2)》《高等院校法学专业民商法系列教材(3)》和《高等院校法学专业民商法系列教材》;主编系列出版物《民商法学家》《侵权法报告》和《21世纪民商法文丛》,其中《民商法学家》每年出版1卷,迄今已出版了12卷;《侵权法报告》每年出版1卷,迄今已出版了9卷。

作者提出的诸多民商法理论在民商法学界耳熟能详,包括但不限于以下理论:非婚同居、小股东的法律保护、股东的派生诉讼、司法强制公司解散、商事营业资产、可转移的瑕疵担保责任、纯经济损失、侵权法上的注意义务、侵权法上的作为义务以及不动产权人的侵权责任,等等。此外,作者还提出了较有前瞻性且尚无较多学者涉猎的民法理论,例如隐私的合理期待、自治性隐私权、连带民事协约家庭、独立担保或者意向函,等等。

除了从事民商法的教学和科研活动之外,作者也直接参与过全国人大常委会法工委组织的立法活动,包括全国人大常委会法工委组织的侵权责任法的立法活动和全国人大常委会法工委组织的民法总则的立法活动,《中华人民共和国侵权责任法》第49条的规定即直接源于作者的意见。

## 著者特别声明

自2000年出版《现代英美董事法律地位研究》以来,著者已先后出版了诸如《现代法国侵权责任制度研究》《过错侵权责任制度研究》《公司法上的利益平衡》《公司法的现代化》《商法总则制度研究》《侵权法上的作为义务》和《侵权法上的替代责任》等专著。这些著作出版之后引起了民商法学界的广泛关注,成为民商法领域的专家学者、教授、硕士研究生和博士研究生大量阅读、援引的重要著作,对于繁荣我国民商法理论和建立、完善我国民商法律制度做出了应有的贡献。

同时,这些著作出版之后即遭遇到某些专家学者、教授、博士研究生或者硕士生大面积抄袭。他们或者直接在他们的著作、论文当中援引上述著作当中援引的法文或者英文资料而完全不加上转引等字样;或者直接在他们的著作、论文当中一字不改地复制上述著作当中的段落而完全不加上任何注释说明;或者直接在他们的著作、论文当中改写这些著作当中的资料、观点,用自己的语言重新组织这些著作当中的内容而没有加上参见等字样。著者认为,无论什么形式的抄袭现象,均是对学术尊严的亵渎、对学术道德的践踏和对学术良知的背离。

想他人所不能想,言他人所不能言,编他人所不能编,著他人所不能著,对迄今为止被认为是天经地义、理所当然的某些基本民商法理论、某些基本民商法制度提出挑战,介绍或者提出某些“不同凡响”的甚至被认为是“离经叛道”的民商法理论和民商法观点,是著者二十年以来一直追求的目标,也是著者在《法国民法总论(上)》当中所希望实现的目的。在《法国民法总论(上)》当中,笔者介绍了大量的、迄今为止国内没有任何人介绍过的一些民法理论,诸如:法国式的研究方法,法国16世纪的历史法学派所主张的历史法学,法国17世纪和18世纪的习惯法学派主张的习惯法学,法国17世纪和18世纪的调和法学派主张的调和法学,法国19世纪的法条注释法学派所主张的法条解释方法,法国19世纪的批判法学派所主张的批判法学,法国19世纪末期的科学自由探寻学派所主张的科学自由解释方法,等等。

尊敬的读者,如果您是首次在《法国民法总论(上)》当中接触到著者所介绍的任何民法理论,请您在从事学术研究时遵守最基本的学术规范和学术道德,尊重作者最基本的权利,加上转引、参见“张民安:《法国民法总论(上)》”等字样,以体现对作者艰辛劳动的尊重。因为,学术虽然是开放的,但是,作者的劳动是应当得到保护的,只有这样,学术才能繁荣、进步,学者尤其是倡导新观念、新学说的学者才能够体现其价值。

张民安 教授

2016年8月28日星期日

于广州中山大学康乐园

纪念

我的母亲程天娥

# 序 言

## 一、民法总论和民法分论区分理论的界定

### (一) 民法的具体理论和具体制度

民法的具体理论和具体制度是相对于民法的一般理论和一般制度而言的。所谓民法的具体理论和具体制度,是指仅在民法的某一个具体领域、特定领域加以适用的理论和制度。当某一个民法理论和民法制度仅仅能够在民法的某一个具体领域、特定领域加以适用时,换言之,当某一个民法理论和民法制度无法在民法的其他领域加以适用时,则该种民法理论和民法制度就属于民法的具体理论和具体制度。

例如,在男女双方结婚之后,除了应当承担身体上的忠实义务之外,夫妻双方也应当承担精神上的忠实义务,这就是夫妻之间的忠实义务理论和忠实义务制度。<sup>①</sup>此种民法理论和民法制度在性质上属于民法的具体理论和具体制度,因为它仅在民法的家庭领域适用,不得在民法的其他领域适用。并且,即便在家庭领域,它也只能够在婚姻家庭当中适用,不得在非婚同居家庭或者连带民事协约家庭当中适用。因为,虽然夫妻之间应当承担身体上和精神上的忠实义务,但是,非婚同居当事人或者连带民事协约当事人之间并不承担此种义务。<sup>②</sup>

再例如,当生产商所生产的缺陷产品引起他人人身损害的发生时,他们应当对他人遭受的财产损害和非财产损害承担赔偿责任。此种民法理论和民法制度在性质上属于民法的具体理论和具体制度,因为,除了能够在债法领域得到适用之外,它无法在民法的其他领域得到适用。<sup>③</sup>同样,当债务人为了担保他们对债权人所承担的债务而将其

---

<sup>①</sup> Guy Raymond, Droit Civil, 2e édition, Litec, p576; Jean Carbonnier, Droit civil, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple, puf, pp. 1220-1221; David Bakouche, Droit civil les personnes la famille, HACHETTE, p143; Frederic Debove Renaud Salomon Thomas Janville, Droit de la famille, 8e édition, Vuibert, pp. 160-161; 张民安:《法国民法》,217页,北京:清华大学出版社,2015。

<sup>②</sup> David Bakouche, Droit civil les personnes la famille, HACHETTE, p95; Guy Raymond, Droit Civil, 2e édition, Litec, p615; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés, 33e édition, L. G. D. J, p. 174; Philippe Malaurie Hugues Fulchiron, LA FAMILLE, 4e édition, DEFRENOIS, p16; 张民安:《法国民法》,230~231页、239页,北京:清华大学出版社,2015。

<sup>③</sup> Jean Carbonnier, Droit civil, Les biens les obligations, puf, p. 2376; Geneviève Viney et Patrice Jourdain, Traité De Droit Civil, les conditions de la responsabilité, 3e édition, L. G. D. J, pp. 895-897; Virginie Larribau-Terneyre, Droit civil Les obligations, 12e édition, Dalloz, pp. 842-845; Alain Benabent, Droit des obligations, 13e édition, Montchrestien, pp. 480-481; Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, Les obligations, 2. L' fait juridique, 14e édition, Dalloz, pp. 404-409; Francois Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, 10e édition, Dalloz, pp. 998-1001; 张民安:《法国民法》,230~231页、411~413页,北京:清华大学出版社,2015。



机动车质押给债权人时,在债务人不履行债务的情况下,债权人能够取得债务人作为质押物的机动车的所有权,以便实行他们对其债务人享有的有形动产质权。此种民法理论和民法制度在性质上属于民法的具体理论和具体制度,因为它只能够在担保领域适用,无法在民法的其他领域适用。<sup>①</sup>

## (二) 民法的一般理论和一般制度

所谓民法的一般理论和一般制度,是指能够在民法的所有领域均加以适用的理论和制度。当某一个民法理论和民法制度能够在民法的所有领域均得到适用时,该种理论和制度就是民法的一般理论和一般制度。所谓能够在民法的所有领域均得到适用,是指能够同时在民法的人的领域、家庭领域、继承领域、物权领域、债权领域和担保领域均得到适用。当某一种民法理论和民法制度能够同时在民法的这六个领域得到适用时,该种理论和制度在性质上就属于民法的一般理论和一般制度,而不属于民法的具体理论或者具体制度。

例如,当权利主体享有权利时,虽然他们能够为了自己利益的实现而任意行使其权利,但是,他们不得为了损害别人的利益而行使其权利,否则,当他们行使权利的行为引起他人损害的发生时,他们应当就其权利行使的行为对他人遭受的损害承担赔偿责任。此种民法理论和制度属于民法的一般理论和一般制度,因为,权利不得滥用的规则能够在民法的所有领域均加以适用:除了能够在人的领域、家庭领域、继承领域适用之外,此种规则也能够物权、债权和担保权领域加以适用。再例如,所有人均应当尊重立法者的制定法和习惯惯例的理论和制度也属于民法的一般理论和一般制度,因为,该种理论和制度既能够在人法、家庭法和继承法当中加以适用,也能够物权法、债权法和担保法当中加以适用,属于民法所有领域均适用的理论和制度。

## (三) 民法总论和民法分论的区分理论

在当今法国,民法学者普遍将民法的一般理论和一般制度称为民法总论,而将民法的具体理论和具体制度称为民法分论。法国民法学者之所以普遍将民法的一般理论和一般制度称为民法总论,是因为他们认为,在法国,民法总论所关心和讨论的唯一问题是民法的一般理论和一般制度问题,除了民法的一般理论和一般制度之外,法国的民法总论别无他物。法国民法学者之所以均将民法的具体理论和具体制度称为民法分论,是因为他们认为,在法国,民法分论所关心和讨论的问题不外乎民法所规定的各种各样的具体理论和具体制度,除了各种各样的、具体的民法理论和具体的民法制度之外,法国的民法分论同样别无他物。

---

<sup>①</sup> Pierre Voirin Gilles Goubeaux, Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés, 33e édition, L. G. D. J., p749; Philippe Simler Philippe Delebecque, Droit civil Les sûretés La publicité foncière, 5e édition, Dalloz, pp. 547-549; Laurent Aynès Pierre Crocq, Les sûretés La publicité foncière, 4e édition, DEFRENOIS, pp. 236-239; 张民安:《法国民法》,230~231页、516~523页,北京:清华大学出版社,2015。

在民法上,如果民法学者在其民法著作当中对民法的一般理论和一般制度做出了阐述,则他们所阐述的一般理论和一般制度被称为民法总论。如果立法者在其制定的民法典当中对民法的一般理论和一般制度做出了规定,则他们在其民法典当中所规定的一般理论和一般制度被称为民法总则。如果民法学者在其民法著作当中对民法的具体理论和具体制度做出了阐述,则他们所阐述的具体理论和具体制度被称为民法分论。如果立法者在其制定的民法典当中对民法的具体理论和具体制度做出了规定,则他们在民法典当中所规定的具体理论和具体制度被称为民法分则。这就是当今民法当中的两种区分理论:其一,民法总论和民法分论的区分理论,该种区分理论是由民法学者在其民法著作当中所建构的。其二,民法总则和民法分则的区分理论,该种区分理论是由立法者在其制定的民法典当中所建构的。

在民法上,就像民法总论是与民法分论相对应的一样,民法总则与民法分则也是相对应的,因为,如果没有民法总则,也就没有民法分则,反之亦然,如果没有民法分则,也就没有民法总则。在当今法国,虽然立法者在其制定的《法国民法典》当中对各种具体民法理论和民法制度做出了详细的规定,但是,在《法国民法典》当中,立法者并没有对民法的一般理论或者一般制度做出规定。因此,《法国民法典》当中既没有民法总则,也没有民法分则,除了序编所规定的内容之外,它所规定的所有民法理论和民法制度均为具体的民法理论和民法制度。在民法典的编制体例问题上,《法国民法典》同《德国民法典》形成强烈对比。因为,在《德国民法典》当中,立法者既对民法分则做出了详尽的规定,也对民法总则做出了详尽的规定。

因为这样的原因,即便我们能够将民法的各种具体理论和具体制度称为民法分论或者民法分则,但是,并非在任何时候或者在任何情况下,我们均能够将民法的具体理论或者具体制度称为民法分论或者民法分则。事实上,虽然长久以来,民法的具体理论和具体制度均存在于民法当中,但是,因为没有民法总论或者民法总则的存在,因此,这些理论和制度在性质上仅仅是民法的具体理论和具体制度,它们既无法成为今时今日的民法学者所谓的民法分论,也无法成为今时今日的立法者所谓的民法分则。仅在作为与民法分论和民法分则相对应、相对立的民法总论和民法总则产生之后,这些具体理论和具体制度才嬗变为民法分论和民法分则。可见,在成就民法总论和民法总则的地位时,民法分论和民法分则功不可没,甚至可以说居功至伟。既然如此,在讨论民法总论时,我们既无法逃避民法总则的问题,也无法逃避民法分则的问题,更无法逃避民法分论的问题。

总之,在当今法国,民法是由两大部分组成的,这就是民法总论和民法分论,其中的民法总论涉及民法的一般理论和一般制度,而其中的民法分论则涉及民法的具体理论和具体制度,两者结合在一起就形成了作为有机整体的法国民法。作为有机整体的法国民法的组成部分,法国民法总论有自己的独立构成要素;作为有机整体的法国民法的组成部分,法国民法分论也有自己的独立构成要素。

## 二、民法总论的产生和发展历史

### (一) 法国民法历史的四分法

在法国,正如在其他国家,民法总论并不是同民法一起产生的,在民法产生和发展之后的一个相当长的历史时期内,民法总论是不存在的。因为,在民法上,民法总论并不是自然的产物,不是人们的风俗习惯或者历史岁月在民法当中的自然积淀,民法总论是民法学者的杰作,是他们在各种各样的材料的基础上通过不同的法技术手段所发明和创造出来的作品。

问题在于,作为民法学者的杰作,民法学者何时在其民法著作当中发明和创造了民法总论这一部伟大的作品?对此问题,人们应当根据民法发展的不同时期来做出具体的回答。

在法国,在讨论民法的历史渊源(sources historiques du droit civil français)时,也就是,在讨论民法的历史发展时,民法学者普遍将民法的历史分为四个时期:罗马法时期(le droit romain),法国旧法时期(l'ancienne droit français),法国过渡法时期(le droit intermédiaire français),以及法国现代法时期(le droit moderne français)。<sup>①</sup>

所谓罗马法时期,是指从公元前8世纪到公元6世纪之间的民法,法国民法学者将罗马法时期分为旧罗马法时期、经典罗马法时期和后经典罗马法时期,其中的旧罗马法时期也被称为前经典罗马法时期。所谓法国旧法时期,是指从中世纪到法国大革命之前的民法。所谓过渡法时期,是指法国大革命时期的民法,也就是指从1789年到1804年的《拿破仑民法典》制定之前的民法。所谓法国现代法时期,是指1804年的《拿破仑民法典》制定之日起一直到今时今日的民法。

### (二) 法国旧法时期民法总论的欠缺

在罗马法时期,包括在经典罗马法时期和后经典罗马法时期,民法总论是不存在的,因为,除了对几种具体民法理论和民法制度做出阐述之外,民法学者并没有在其民法著作当中对民法的一般理论和一般制度做出阐述,即便经典罗马法时期人才济济、法学家云集、民法大师辈出,他们也没有在其民法著作当中建立起民法总论和民法分论的区分理论。

在法国旧法时期,虽然民法总论总的说来是不存在的,但是,在例外情况下,民法总论还是存在的,因为在这一时期,除了被誉为《法国民法典》之祖父的 Domat 和被

<sup>①</sup> Boris Starck, *Droit Civil, Introduction*, Librairies techniques, pp. 34-54; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp. 74-108; Alex Weill et François Terré, *Droit Civil, Introduction générale*, 4e édition, Dalloz, pp. 88-119; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1 vol. 2, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, pp. 62-91; Jean Carbonnier, *Droit civil, Volume II, Les biens les obligations*, puf, p. 1579.

誉为《法国民法典》之父的 Pothier 对民法总论做出了说明之外,其他民法学者均没有对民法总论做出说明,即便某些民法学者试图在其民法著作当中将民法理论和民法制度系统化、体系化,他们也没有在其民法著作当中建立起民法总论和民法分论的区分理论。

在法国旧法时期,民法学者所阐述的具体民法理论和具体民法制度或者是习惯法理论和习惯法制度,或者是罗马法理论和罗马法制度,或者是王权、皇权的制定法所规定的民法理论和民法制度,因为在法国旧法时期,虽然民法的渊源多种多样,但是,民法的最主要渊源是习惯法、罗马法和王权、皇权所颁布的制定法。

### (三) 法国旧法时期民法总论的例外存在

在法国旧法时期,虽然大多数民法学者均没有对民法的一般理论或者一般制度做出说明,但是,少数民法学者仍然在其民法著作当中对民法的一般理论和一般制度做出了详细的说明。因为在其民法著作当中,他们既对各种各样的具体民法理论和具体民法制度做出详细的阐述,也对能够适用于这些具体理论和具体制度的一般理论和一般制度做出详细的阐述,这就是法国旧法时期的民法学者所建立的民法总论和民法分论的区分理论。

在法国旧法时期,对民法总论做出说明的少数民法学者是 Domat 和 Pothier,其中的 Domat 已经在 17 世纪埋下了民法总论和民法分论区分理论的种子,在其民法著作当中,他至少已经建立起民法总论和民法分论区分理论的雏形。如果人们对此并不锱铢必较的话,我们甚至可以说,在 17 世纪的民法著作当中,Domat 已经建立起民法总论和民法分论的区分理论。

当然,基于 Domat 没有使用民法总论这一术语而仅仅使用了序编这一术语的考虑,笔者仅认定 Domat 已经建立起民法总论和民法分论区分理论的雏形。在沉睡了一个世纪之后,Pothier 最终在 18 世纪将 Domat 埋下的民法总论的种子唤醒并且让其破土而出,因为,在其 18 世纪的民法著作当中,Pothier 正式采用了民法总论和民法分论的编制体例,认为除了包含各种各样的具体理论和具体制度之外,民法也包含几种一般理论和一般制度。

在 17 世纪的法国,虽然法学界群星闪耀,但是,最耀眼的星星当属 Domat,因为,在 Domat 光芒的笼罩下,与 Domat 同时期的所有民法学者均相形见绌。而成就 Domat 至尊学术地位的不是其官职或者贵族身份,而是其名著《自然秩序当中的民法》。他的《自然秩序当中的民法》也被学者称为《民法》。在其《民法》当中,除了对债法理论和债法制度、继承理论和继承制度做出了详细的阐述之外,在这些债法理论和债法制度、继承理论和继承制度的基础上,他还抽象出、归纳出某些能够同时适用于债法和继承法的共同内容、一般原则,这就是 Domat 在其《民法》当中所建构的一般理论和一般制度。

Domat 认为,能够同时适用于债法和继承法的一般理论和一般制度包括三种,这就是法律规范、人和物。虽然 Domat 并没有将由法律规范、人和物所构成的一般理论和一般制度看作其《民法》的总则编,而是将它们看作其《民法》的序编并因此与其《民法》当中的第一卷债和第二卷继承相对应,但是,他明确承认这三种理论和制度在性质上属于民法的共同内容和一般原则。因此,如果说 Domat 没有在其《民法》当中建立起民法总论和民法分论的区分理论的话,他至少在该著作当中建立起民法总论和民法分论的区分理论的雏形。

如果说 Domat 是法国 17 世纪最耀眼的法学之星的话,则 Pothier 一定是法国 18 世纪最灿烂的法学之星,因为,在 Pothier 光环的照耀下,与 Pothier 同时期的所有民法学家均自惭形秽。成就 Pothier 至尊学术地位的既不是其教授头衔也不是其法官官职,而是其出版的众多民法著作,包括他的《潘德克吞》《奥尔良习惯》和一系列的民法专论,诸如《债法专论》《买卖契约专论》和《婚姻契约专论》,等等。在其一系列的民法专论当中,他运用调和手段将罗马法和法国习惯法有机地结合在一起,并因此建立起各种各样的具体民法理论和民法制度,让在他之前仍然处于零零碎碎状态的所有民法理论和所有民法制度均系统化了、体系化了。

而在其《奥尔良习惯》当中,除了对各种各样的习惯法理论和习惯法制度做出了详细的阐述并因此让这些习惯法理论和习惯法制度系统化、体系化了之外,Pothier 还首次采取了民法总论和民法分论的编制体例,在讨论各种各样的具体民法理论和民法制度之前,他将这些具体民法理论和具体民法制度所共同适用的一般理论和一般制度结合在一起,并以民法总论的方式置于其《奥尔良习惯》的第一部分,这就是他在该著作当中所采取的民法总论和民法分论的区分理论。

#### (四) 法国现代法时期民法总论的不存在与存在

在法国过渡法时期,民法总论是根本不存在的,因为在这一时期,没有任何民法学者在其民法著作当中主张民法总论的存在,因此,民法总论和民法分论的区分理论也是不存在的。在法国现代法时期,民法总论是否存在? 对此问题,人们应当区分现代法时期的不同阶段来做出回答。

总的说来,在《拿破仑民法典》制定之后的 19 世纪,民法总论是不存在的,虽然在例外情况下,少数民法学者主张过民法总论的必要,因为,在《拿破仑民法典》出台之后至 19 世纪末期之前,基于各种主动或者被动的的原因,虽然法国大多数民法学者出版了自己的民法著作,但是,在其民法著作当中,他们几乎均按照《拿破仑民法典》的编制体例、编章结构和法律条款顺序对《拿破仑民法典》的规定做出评注,导致其民法著作的编制体例和编章结构与《拿破仑民法典》的编制体例和编章结构大同小异甚至完全相同,这就是法国 19 世纪最著名的法学流派法条注释法学派。

而在 1804 年的《拿破仑民法典》当中,法国立法者并没有采取民法总则和民法分则

的区分理论。因为,除了在民法典当中对各种各样的具体民法理论和具体制度做出规定之外,他们并没有在民法典当中设立总则编,对民法的一般理论或者一般制度做出规定,即便在制定 1804 年的《拿破仑民法典》时,法国立法者受到了 Pothier 的大范围和深度影响,但是,他们并没有将 Pothier 在其《奥尔良习惯》当中采取的民法总论和民法分论的区分理论法典化、制定法化。

因为法条注释法学派仅仅在其民法著作当中对《拿破仑民法典》的规定做出评注,因为在评注《拿破仑民法典》时,民法学者采取的编制体例和编章结构与该法典所规定的编制体例和编章结构完全相同或者相似,因此,即便出版了民法著作,他们也没有在其民法著作当中采取民法总论和民法分论的区分理论。换言之,在 19 世纪的法条注释法学派的眼中,民法总论是不存在的,除了《拿破仑民法典》所规定的各种具体理论和具体制度之外,法国民法当中别无他物。

不过,由于受到德国 19 世纪初期的历史法学派的影响,尤其是,由于分别受到法国 19 世纪初期、中后期和末期的 La Thémis 学派、科学批判学派和科学自由探寻学派的影响,在 19 世纪初期,法国个别学者开始出版民法总论方面的著作,主张在法国大学法学院对法学学生开设民法总论的课程,对其学生介绍法律尤其是民法的一般理论和一般制度,让其学生在学习民法的具体理论和具体制度之前能够对法律、法学有一个初步的、总体的了解和把握。

从 19 世纪 40 年代开始,由于受到法国政府在巴黎大学法学院设立民法总论教席的影响,法国少数民法学者开始出版民法总论甚至法哲学的著作,主张在大学法学院对法学学生开设民法总论甚至法哲学的课程,除了让法学学生借此了解和掌握法律尤其是民法的一般理论和一般制度之外,也借此提升法国法律科学的水平,缩小甚至消除法国的法律科学与德国同时期的法律科学之间的差距,复兴和再现法国法学在 16 世纪的辉煌。

到了 19 世纪末期,由于法国政府全面放松对大学法学院的管制,法国民法学者或者普遍出版民法总论的著作,对民法的一般理论和一般制度做出阐述,或者虽然没有出版民法总论的著作,但是,在所出版的民法著作当中,他们开始放弃法条注释法学派所采取的做法,不再按照《拿破仑民法典》所规定的编制体例或者编章结构安排其民法著作的编制体例和编章结构,而是采取区分民法总论部分和民法分论部分的做法,除了在民法分论部分对各种各样的具体民法理论和具体民法制度做出阐述之外,他们也在民法总论部分对民法的一般理论和一般制度做出阐述。

从 20 世纪初期开始一直到 20 世纪 50 年代之前,除了普遍承认民法总论的存在之外,法国民法学者也开始对 19 世纪末期之前的民法总论进行更新改造,在普遍放弃 20 世纪之前的民法学者所主张的法律关系理论并且以主观权利理论取而代之的同时,他们也开始将民法总论的内容类型化和体系化,并因此形成了以客观法律和主观权利为两大核心内容的民法总论,因为他们认为,无论民法总论的内容有哪些,民法总论的所

有内容均能够一分为二,其中的一部分被归结为客观法律,另外一部分则被归结为主观权利,它们结合在一起就构成了法国民法总论的全部内容。

在今天,法国民法学者仍然普遍采取 20 世纪 50 年代之前的民法学者所采取的理论,除了将客观法律和主观权利看作民法总论的全部内容之外,他们也将《法国民法典》第一卷至第四卷所规定的全部内容看作与民法总论相对应、相对立的民法分论,包括:《法国民法典》第一卷所规定的人法理论和人法制度,第一卷所规定的家庭法理论和家庭法制度,第二卷所规定的物权法理论和物权法制度,第三卷所规定的债权法理论和债权法制度,第三卷所规定的继承法理论和继承法制度,以及第四卷所规定的担保法理论和担保法制度。他们认为,无论民法所规定的具体理论和具体制度是什么,客观法律和主观权利均能够在这些具体理论和具体制度当中得到适用,客观法律和主观权利在性质上属于民法的一般理论和一般制度,构成民法有机整体的构成要素、组成部分。

### 三、法国当今民法学者对民法分论做出的阐述

在当今法国,民法学者均会在他们的民法著作当中对民法的各种具体理论和具体制度做出或详尽或简略的阐述,换言之,在他们的民法著作当中,法国民法学者对民法分论的内容做出了或详尽或简略的阐述,包括:对人的理论和人的制度、家庭理论和家庭制度、继承理论和继承制度、债法理论和债法制度、物权理论和物权制度、担保理论和担保制度做出或详尽或简略的阐述。

在当今法国,民法学者为何均会对这些具体民法理论和具体民法制度做出或详尽或简略的阐述?这是因为,在当今法国,立法者在他们制定的《法国民法典》当中对这些具体民法理论和具体民法制度做出了详细的规定,为了让大学法学院的学生理解和掌握《法国民法典》所规定的这些具体理论和具体制度,大学民法教授当然要出版民法著作,尤其是出版民法教科书,对这些具体理论和具体制度做出阐述;为了对《法国民法典》规定的具体理论和具体制度做出批判,并借此提出改进、完善的意见和建议,民法学者当然也会出版民法著作,对这些具体理论和具体制度做出阐述。

#### (一) 法国民法学者对人的理论和人的制度做出的阐述

在《法国民法典》当中,立法者对人的理论和人的制度做出了详细的规定,这就是《法国民法典》第一卷“人”第一编至第四编、第十编至第十二编所规定的内容。

根据这几编的规定,《法国民法典》所规定的人的理论和人的制度包括:自然人的民事权利,法国国籍,民事身份证书,自然人的住所,自然人的死亡宣告,未成年人、未成年人的监护和未成年人监护权的解除,成年人和成年人的法律保护,以及处于监护当中的未成年人和成年人财产的管理。

为了实现上述双重目的,法国民法学者均在他们的民法著作当中对《法国民法典》

所规定的这些人的理论和人的制度做出了或详尽或简略的阐述。<sup>①</sup> 不过,应当注意的是,在他们的民法著作当中,民法学者对人的理论和人的制度做出的说明未必一定与《法国民法典》的上述规定完全一致。

主要表现在两个方面:一方面,虽然迄今为止,法国立法者并没有在《法国民法典》当中对法人理论和法人制度做出任何规定,但是,民法学者普遍都在他们的民法著作当中对法人理论和法人制度做出了阐述。<sup>②</sup> 另一方面,虽然《法国民法典》对法国国籍做出了非常详细的规定,但是,民法学者很少在他们的民法著作当中对这一民法理论和民法制度做出说明。

## (二) 法国民法学者对家庭理论和家庭制度做出的阐述

在《法国民法典》当中,立法者对家庭理论和家庭制度做出了详细的规定,这就是《法国民法典》第一卷“人”第五编至第九编,第十三编所规定的内容,因为,虽然《法国民法典》第一卷的卷名为“人”,但是,由于受到盖尤斯和查士丁尼皇帝《法学阶梯》的影响,它所规定的人并不限于一般意义上的人,还包括婚姻家庭、连带民事协约家庭和非同居家庭。

根据这几编的规定,《法国民法典》所规定的家庭理论和家庭制度包括:结婚和离婚,连带民事协约家庭,非法同居家庭,亲子关系,收养关系,父母对其未成年子女享有的亲权。为了实现上述双重目的,法国民法学者均在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些家庭理论和家庭制度做出了或详尽或简略的阐述。<sup>③</sup>

① Guy Raymond, *Droit Civil*, 2e édition, Litec, pp. 109-192; Michel de JUGLART Alain PIEDEEVRE Stéphane PIEDEEVRE, *Cours de droit civil, introduction, personnes, famille*, Seizième édition, Montchrestien, pp. 85-103, pp. 239-308; Jean Carbonnier, *Droit civil, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple*, puf, pp. 375-748; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille*, 17e édition, Dalloz, pp. 275-517; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, *Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés*, 33e édition, L. G. D. J., pp. 67-112, pp. 241-297; Francois Terré Dominique Fenouillet, *Droit civil les personnes*, 8e édition, Dalloz; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Leçons de droit civil, t. 1, vol. 2, Les Personnes*, 8 édition, Montchrestien; Bernard Teysié, *Droit civil, Les personnes*, 12e, édition, Litec; David Bakouche, *Droit civil les personnes la famille*, HACHETTE; Philippe Malaurie, *les Personnes*, 6e édition, DEFRENOI; 张民安:《法国民法》,129~196页,北京:清华大学出版社,2015。

② 张民安:《法国民法》,178-196页,北京:清华大学出版社,2015。

③ Guy Raymond, *Droit Civil*, 2e édition, Litec, pp. 534-796; Michel de JUGLART Alain PIEDEEVRE Stéphane PIEDEEVRE, *Cours de droit civil, introduction, personnes, famille*, Seizième édition, Montchrestien, pp. 85-103, pp. 313-549; Jean Carbonnier, *Droit civil, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple*, puf, pp. 749-1496; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille*, 17e édition, Dalloz, pp. 527-948; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, *Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés*, 33e édition, L. G. D. J., pp. 115-237; Bernard Beignier Jean-René Binet, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, pp. 209-384; François Terré Dominique Fenouillet, *La famille*, 8e édition, Dalloz; Patrick Courbe Adeline Gouttenoire, *Droit de la famille*, 6e édition, Dalloz; Dominique Fenouillet, *Droit de la famille*, 3e édition, Dalloz; 张民安:《法国民法》,197~256页,北京:清华大学出版社,2015。



### (三) 法国民法学者对继承理论和继承制度做出的阐述

在《法国民法典》当中,立法者对继承理论和继承制度做出了详细的规定,这就是其第三卷第一编“继承”和第二编“赠与和遗嘱”所规定的内容。

在法国,民法典第三卷的卷名为“人们获得财产所有权的不同方式”,除了对契约、准契约、侵权责任、婚姻契约、夫妻财产制等内容做出了规定之外,该卷还对继承、遗嘱和赠与做出了详细的规定。因为,由于受到盖尤斯和查士丁尼皇帝在他们的《法学阶梯》当中所规定的内容的影响,除了将契约、准契约、侵权责任、婚姻契约看作人们获得财产所有权的不同方式之外,法国立法者也将法定继承、遗嘱和赠与看作人们获得财产所有权的三种方式。<sup>①</sup>

根据这两编的规定,《法国民法典》所规定的继承理论和继承制度既包括法定继承理论和法定继承制度,也包括遗嘱继承理论和遗嘱继承制度,其中的法定继承理论和法定继承制度由《法国民法典》第三卷第一编所规定,而其中的遗嘱继承理论和遗嘱继承制度则由《法国民法典》第三卷第二编所规定。为了实现上述双重目的,法国民法学者普遍都会在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些继承理论和继承制度做出或详尽或简略的阐述。<sup>②</sup>

### (四) 法国民法学者对物权理论和物权制度做出的阐述

在《法国民法典》当中,立法者对物权理论和物权制度做出了详细的规定,这就是其第二卷“物和财产所有权的不同限制方式”,该卷共五编,专门规定物权理论和物权制度。

根据这五编的规定,《法国民法典》所规定的物权理论和物权制度包括:物的分类,财产所有权,用益权、使用和居住权,地役权,不动产登记机构,以及不动产的公示。为了实现上述双重目的,法国民法学者均在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些物权理论和物权制度做出了或详尽或简略的阐述。<sup>③</sup>

① 张民安:《法国人格权法(上)》,78~79页,北京:清华大学出版社,2016。

② Guy Raymond, *Droit Civil*, 2e édition, Litec, pp. 799-872; Sylvie Ferré-André Stéphane Berre, *Successions et les libéralités*, Dalloz, pp. 1-695; François Terré Yves Lequette Sophie Gaudemet, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz; Philippe Malaurie Claude Brenner, *Les successions, les libéralités*, 6e édition, LGDJ.

③ Guy Raymond, *Droit Civil*, 2e édition, Litec, pp. 407-491; Jean Carbonnier, *Droit civil, Volume II, Les biens les obligations*, puf, pp. 1515-1906; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille*, 17e édition, Dalloz, pp. 99-209; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, *Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés*, 33e édition, L. G. D. J., pp. 67-112, pp. 301-388; Patrice Jourdain, *Les Biens*, Dalloz; Gérard Cornu, *Droit civil, Les biens*, 13e édition, Montchrestien; Christian Larroumet, *DROIT CIVIL Les Biens, Droits réels principaux*, Tome II, 5e, édition, ECONOMICA; Christian Atias, *Droit civil, Les biens*, 11e édition, Litec; François Terré Philippe Simler, *Droit civil, Les biens*, 9e édition, Dalloz; Philippe Malaurie Laurent Aynès, *Les Biens*, 6e édition, LGDJ; 张民安:《法国民法》,451~493页,北京:清华大学出版社,2015。

### （五）法国民法学者对债权理论和债权制度做出的阐述

在《法国民法典》当中，立法者对债权理论和债权制度做出了详细的规定，这就是其第三卷第三编至第十七编所规定的内容。

根据这几编的规定，《法国民法典》所规定的债权理论和债权制度包括：债法总则，契约，契约之外的渊源产生的债，也就是因为准契约、侵权责任和单纯的制定法所产生的债，婚姻契约和夫妻财产制，买卖契约，互易契约，租赁契约，公司契约，以及其他的有名契约。为了实现上述双重目的，法国民法学者均在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些债权理论和债权制度做出了或详尽或简略的阐述。<sup>①</sup>

### （六）法国民法学者对担保理论和担保制度做出的阐述

在《法国民法典》当中，立法者对担保理论和担保制度做出了详细的规定，这就是其新第四卷“担保”，该卷共两编，专门规定担保理论和担保制度。

根据这两编的规定，《法国民法典》所规定的担保理论和担保制度包括人的担保理论和人的担保制度、物的担保和物的担保制度。其中人的担保理论和人的担保制度包括：保证、独立担保和意向函。而物的担保理论和物的担保制度则包括：动产担保、不动产担保和其他担保，诸如留置权、所有权保留担保和让与担保。为了实现上述双重目的，法国民法学者普遍都在他们的民法著作当中对《法国民法典》所规定的这些担保理论和担保制度做出了或详尽或简略的阐述。<sup>②</sup>

## 四、法国当今民法学者对民法总论做出的阐述

### （一）《法国民法典》没有对民法总则做出明确规定

在当今法国，虽然立法者在《法国民法典》当中对各种具体的民法理论和具体的民

<sup>①</sup> Guy Raymond, Droit Civil, 2e édition, Litec, pp. 207-404; Gérard Légier, les obligations, 17e édition, 2001, Dalloz; Jean Carbonnier, Droit civil, Volume II, Les biens les obligations, puf, pp. 1907-2549; Henri et Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, Obligations, 9e édition, Montchrestien; Philippe Malaurie Laurent Aynès Philippe Stoffel-Munck, Les Obligations, 4e édition DEFRENOIS; Rémy Cabrillac, Droit des Obligations, 9e édition, Dalloz; Philippe Malinvaud Dominique Fenouillet, Droit des obligations, 11e édition, Litec; Virginie Larribau-Terneyre, Droit civil Les obligations, 12e édition, Dalloz; Francois Terré Philippe Simler Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, 10e édition, Dalloz; 张民安:《法国民法》, 257~450页, 北京: 清华大学出版社, 2015。

<sup>②</sup> Guy Raymond, Droit Civil, 2e édition, Litec, pp. 499-532; Philippe Bihl, Droit Civil générale, 13e, édition, Dalloz, pp. 307-344; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés, 33e édition, L. G. D. J., pp. 695-839; Philippe Simler Philippe Delebecque, Droit civil Les sûretés La publicité foncière, 5e édition, Dalloz; Laurent Aynès Pierre Crocq, Les sûretés La publicité foncière, 4e édition, DEFRENOIS; Michel Cabrillac Christian Mouly Séverine Cabrillac Philippe Pétel, Droit des sûretés, 9e édition, Litec; Manuella Bourassin Vincent Brémond Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, 4e édition, Dalloz; Christophe Albiges Marie-Pierre Dumont-Lefrand, Droit des sûretés, 4e édition, Dalloz; 张民安:《法国民法》, 494-542页, 北京: 清华大学出版社, 2015。

法制度做出了详细的规定,但是,除了在民法典的序编当中用了短短的7个法律条款对制定法的公布、效力和适用做出了简要的规定之外,立法者并没有在《法国民法典》当中对民法的一般理论或者民法的一般制度做出任何规定。换言之,在《法国民法典》当中,立法者并没有对民法总则做出任何规定。

法国立法者采取的此种做法同德国立法者采取的做法形成鲜明的、强烈的对比,因为,在当今德国,除了像法国立法者一样对诸如物权理论和物权制度、债权理论和债权制度、家庭理论和家庭制度等具体民法理论和具体民法制度做出详细规定之外,在所制定的《德国民法典》当中,他们也对民法的一般理论和一般制度做出了详细的规定,这就是其中的民法总则编所规定的内容。

## (二) 法国民法学者对以客观法律和主观权利为内容的民法总论的普遍承认

虽然立法者没有在《法国民法典》当中对民法的一般理论或者一般制度做出具体规定,但是,他们对待民法一般理论和一般制度的消极态度丝毫没有影响到法国当今民法学者对待民法一般理论和一般制度的炙热浓情。因为,在今时今日,几乎所有的法国民法学者均在他们的民法著作当中对民法的一般理论和一般制度做出或详尽或简略的阐述,没有任何民法学者会借口《法国民法典》对民法总论的忽视而拒绝在他们的民法著作当中对这些理论和这些制度做出阐述。换言之,在今时今日,几乎所有的法国民法学者均在他们的民法著作当中对民法总论做出了阐述,即便法国立法者并没有在《法国民法典》当中对民法总则做出规定。<sup>①</sup>

在当今法国,除了普遍承认民法总论的存在之外,民法学者也普遍认为,民法的一般理论和一般制度仅有两个,这就是客观法律和主观权利,除了这两个一般理论和一般制度之外,民法总论当中不会存在任何第三个、第四个、第五个甚至更多的一般理论、一般制度。

例如,虽然法国立法者没有在《法国民法典》当中对民法的一般理论或者一般制度做出任何规定,但是,在1977年的《民法总论》当中,法国民法学者 Jacques Ghestin 和

<sup>①</sup> Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Librairie Dalloz, pp. 1-186; Guy Raymond, *Droit Civil*, 2e édition, Litec, pp. 1-95; Jean Carbonnier, *Droit civil*, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple, puf, pp. 3-372; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil*, Introduction, Biens, Personne, Famille, 17e édition, Dalloz, pp. 2-266; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, *Droit civil*, tome 1, Introduction au droit, personnes-famille, personnes protégées, biens-obligations, sûretés, 33e édition, L. G. D. J., pp. 17-63; Boris Starck, *Droit Civil*, Introduction, Librairies techniques; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil*, Introduction générale, Librairie générale de droit et de jurisprudence; Alex Weill et Francois Terré, *Droit Civil*, Introduction générale, 4e édition, Dalloz; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1 vol. 2, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN; Henri Roland Laurent Boyer, *Introuduction au droit*, Litec; Gérard Cornu, *Droit civil*, *Introuduction au droit*, 13 e édition, Montchrestien; Philippe Malaurie Patrick Morvan, *Introuduction au droit*, 4e édition, DEFRENOIS; Christian Larroumet Augustin Aynès, *Introuduction à l'étude du droit*, 6e édition, Economica; Rémy Cabrillac, *Introuduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz; Francois Terré, *Introuduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz.

Gilles Goubeaux 仍然承认民法一般理论和一般制度的存在,也就是,仍然承认民法总论的存在,因为在该著作当中,他们不仅明确将客观法律和主观权利看作民法的两个一般理论和一般制度,而且还对这两个方面的内容做出了全面、深入和细致的阐述。<sup>①</sup>

再例如,虽然法国立法者没有在《法国民法典》当中对民法的一般理论或者一般制度做出任何规定,但是,在 2004 年的《民法》当中,法国著名学者 Jean Carbonnier 仍然承认民法一般理论和民法一般制度的存在,也就是,仍然承认民法总论的存在,因为在该著作当中,他不仅将客观法律和主观权利看作民法的一般理论和一般制度,而且还对这两个方面的内容做出了深入研究。<sup>②</sup>

同样,虽然法国立法者没有在《法国民法典》当中对民法的一般理论或者一般制度做出任何规定,但是,在 2015 年的《民法总论》当中,法国著名学者 Francois Terré 也承认民法的一般理论和一般制度,也就是,仍然承认民法总论的存在,因为在该著作当中,他也像 Jacques Ghestin、Gilles Goubeaux 和 Jean Carbonnier 一样认为,客观法律和主观权利是法律尤其是民法的一般理论和一般制度。<sup>③</sup>

### (三) 客观法律和主观权利是民法一般理论和一般制度的原因

在当今法国,民法学者之所以普遍将客观法律看作民法的一般理论和一般制度,是因为除了能够独立存在和适用之外,客观法律还能够在民法的所有领域均得到适用:客观法律既能够在人的领域得到适用,也能够在家领域得到适用,还能够在继承领域得到适用;客观法律既能够在物权领域得到适用,也能够债权领域均得到适用,还能够在担保权领域得到适用。事实上,迄今为止,民法当中还不存在客观法律无法适用的任何领域。

客观法律之所以能够在民法的所有领域均得到适用,是因为无论是在民法的哪一个领域,客观法律的表现形式即法律规范均在发挥规范和调整的作用:法律规范既对人的法人格进行规范和调整,也对家庭成员之间的人身关系和财产关系进行规范和调整,还对继承人与被继承人之间的遗产继承关系进行规范和调整;法律规范既对权利主体与其有体物之间的支配关系和控制关系进行规范和调整,也对债权人及其债务人之间的债权债务关系进行规范和调整,还对担保人与其被担保的债权人之间的关系进行规范和调整。

在当今法国,民法学者之所以普遍将主观权利看作民法的一般理论和一般制度,是因为除了能够独立存在和适用之外,主观权利也能够在民法的所有领域均得到适用:主观权利既能够在人的领域得到适用,也能够在家领域得到适用,还能够在继承领域得到适用;主观权利既能够在物权领域得到适用,也能够债权领域得到适用,还能够

<sup>①</sup> Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 3.

<sup>②</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil, Volume 1, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple*, puf, p. 187.

<sup>③</sup> Francois Terré, *Introduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, pp. 1-3.

在担保领域得到适用。事实上,迄今为止,民法当中还不存在主观权利无法适用的任何领域。

主观权利之所以能够在民法的所有领域均得到适用,是因为无论是在民法的哪一个领域,权利主体均享有受到客观法律承认和保护的民事权利:在人的领域,自然人享有姓名权、肖像权、人格尊严权、私人生活受尊重权等众多的权利;在家庭领域,父母对其未成年子女享有亲权,夫妻双方均对对方享有配偶权,等等;在继承领域,继承人对被继承人的遗产享有继承权、放弃权,等等;在物权领域,财产所有权人对其所有物享有占有、收益和处分的权利,用益权人对别人的动产和不动产享有使用和居住的权利,等等;在债权领域,债权人对其债务人享有要求其做出某种行为、不做出某种行为或者转移财产所有权的权利,等等;在担保权领域,被担保的债权人享有各种各样的优先权、实行权,等等。

#### (四) 客观法律和主观权利之间的关系

总之,在当今法国,民法总论是由两大核心构成要素组成的,这就是客观法律和主观权利,其中的客观法律是指对私人行为进行规范和调整的、具有强制效力的法律规范,而其中的主观权利则是指私人所享有的能够做出某种行为或者不做出某种行为、能够获得某种利益或者不获得某种利益的权力和特权。作为法国民法总论的两大核心内容,客观法律独立于主观权利,主观权利独立于客观法律,客观法律无法被主观权利吸收,主观权利也无法被客观法律所兼容,两者相拥而立、并肩而行并因此形成鼎立之势。

客观法律之所以独立于主观权利,是因为客观法律有自己独特的、无法被主观权利所吸收的内容,包括:客观法律的表现形式是什么,客观法律与其他的行为规范之间的关系是什么,客观法律的理论根据有哪些,客观法律的渊源有哪些,客观法律的历史发展经历过哪些阶段、每一个阶段的历史有什么特征,制定法的制定、公布、适用范围、修改、补充和废除方法是什么,制定法如何解释,等等,它们结合在一起就形成了法国民法总论当中的客观法律。

主观权利之所以独立于客观法律,是因为主观权利也有自己独特的、无法被客观法律所兼容的内容,包括:什么是主观权利,能够享有主观权利的人有哪些,人所享有的主观权利有哪些类型,不同类型的主观权利在性质上有何差异,主观权利是如何产生、变更或者消灭的,主观权利如何行使,主观权利如何保护,等等,它们结合在一起就形成了法国民法总论当中的主观权利。

不过,虽然客观法律独立于主观权利,主观权利独立于客观法律,但是,客观法律和主观权利之间并不是泾渭分明的,更不是水火不容的,因为,作为民法总论的两大核心内容,客观法律和主观权利之间的关系密切。一方面,主观权利是由客观法律加以承认和保护,如果没有客观法律的承认和保护,主观权利将等同于道德权利,既得不到法律的承认,更得不到法律的保护。另一方面,虽然主观权利是由客观法律加以承认和保护,但是,承认和保护主观权利是客观法律的唯一目的,除了承认和保护权利主体所享有的主观权利之外,客观法律没有其他的宗旨。

## 五、法国当今民法学者承认民法总论的原因

在当今法国,在民法典没有对民法总则做出任何规定的情况下,法国民法学者为何会在他们的民法著作当中对民法的一般理论和一般制度做出阐述,换言之,法国民法学者为何会承认民法总论的存在?在制定法没有规定民法一般理论或者一般制度的情况下,法国民法学者之所以均会对民法的一般理论和一般制度做出阐述,其主要原因有三:基于教义学的需要;法学研究的需要;历史传统的尊重。

### (一) 基于教义学的需要

在对大学法学院的学生讲授诸如人法、家庭法、继承法、物权法等具体理论和具体制度之前,大学法学院的民法教授必须首先对他们的法学学生讲授民法的一般理论和一般制度,否则,学生在理解民法的具体理论和具体制度时将会困难重重。换言之,民法总论是实现教义学的需要。

### (二) 法学研究的需要

在当今法国,民法的具体理论和具体制度已经非常丰满,因为,即便民法学者不在他们的民法著作当中对它们做出阐述,它们还是普遍存在的,因为法国立法者已经在《法国民法典》当中对它们做出了详细的规定,已如前述。

而在当今法国,民法的一般理论和一般制度并不像民法的具体理论或者具体制度那样丰满,因为,虽然法国立法者制定了《法国民法典》,但是,他们并没有在该法典当中对它们做出规定。因此,法国民法当中是否存在一般理论和一般制度,如果法国民法当中存在一般理论和一般制度,法国民法当中究竟存在哪些一般理论和一般制度,仍然是民法学者所面临的重大学术问题。为了从事法学研究并由此推动法国民法的发展、进步和繁荣,民法学者必须不遗余力地讨论民法的一般理论和一般制度。

### (三) 历史传统的尊重

虽然民法的历史源远流长,但是,除了包含各种各样的、杂乱无章的具体民法理论和具体民法制度之外,民法当中原本并不存在民法的一般理论或者一般制度。除了将杂乱无章的各种具体民法理论和具体民法制度加以整理并因此形成系统化、体系化的具体民法理论和具体民法制度之外,从古罗马时代开始一直到20世纪前半期,民法学者均在做出不懈的努力,希望在各种各样的具体民法理论和具体民法制度的基础上,他们试图打造出、锻造出能够对各种各样的具体民法理论和具体民法制度加以共同适用的一般理论和一般制度。

经过民法学者前赴后继的努力,从17世纪开始一直到20世纪前半期,民法学者的确获得了巨大的成功,因为,在各种各样的具体民法理论和具体制度的基础上,民法学者的确打造出、锻造出民法的一般理论和一般制度。所不同的是,由于所打造和锻造的

材料不同,尤其是,由于所采用的打造方法、锻造方法不同,不同时期的民法学者所打造出的、锻造出的一般理论和一般制度并不完全相同。

在 17 世纪和 18 世纪,通过运用罗马法、自然法和习惯法的方法,在各种各样的具体民法理论和具体民法制度的基础上,法国著名民法学家 Domat 和 Pothier 打造出、锻造出他们的一般理论和一般制度,这就是人、物、法律规范和诉权的一般理论和一般制度。在 19 世纪初期,通过采用历史分析方法,在各种各样的具体民法理论和具体民法制度的基础上,德国历史法学派打造出、锻造出他们的一般理论和一般制度,这就是法律规范和法律关系的一般理论和一般制度。

在 19 世纪末期和 20 世纪初期,通过运用制定法、罗马法、习惯法、司法判例和民法学说等多种手段,在各种各样的具体民法理论和具体民法制度的基础上,法国民法学者打造出、锻造出客观法律和主观权利的一般理论和一般制度。在今时今日,法国民法学者遵循这些先辈们的传统做法,在将民法的各种具体理论和具体制度系统化、体系化的同时,通过综合运用多种手段,他们同样在这些具体理论和具体制度的基础打造出、锻造出能够在民法的所有领域均加以适用的一般理论和一般制度,这就是客观法律和主观权利。

张民安教授

2016 年 10 月 12 日

于广州中山大学法学院

# 目 录

## 第一编 民法总论的历史发展

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| 第一章 始于法律词语界定的法国民法总论 .....            | 3  |
| 第一节 “droit”一词的界定 .....               | 6  |
| 一、“droit”一词在法国法律当中的核心地位 .....        | 6  |
| 二、“droit”一词含义的复杂性和多样性 .....          | 7  |
| 三、“droit”一词的不同含义 .....               | 8  |
| 四、“droit”一词的基本含义：客观法律和主观权利 .....     | 10 |
| 五、区分“droit”究竟是“法律”还是“权利”的不同方式 .....  | 13 |
| 第二节 民法的界定 .....                      | 16 |
| 一、古罗马时期民法学者对民法做出的最狭义界定 .....         | 17 |
| 二、法国旧法时期民法学者对民法做出的广义界定 .....         | 19 |
| 三、法国 19 世纪的民法学者对民法做出的界定 .....        | 22 |
| 四、法国民法学者在 20 世纪前半期对民法做出的界定 .....     | 24 |
| 五、法国当今民法学者对民法做出的界定 .....             | 27 |
| 第三节 民法总论的界定 .....                    | 34 |
| 一、法国民法总论当中的“introduction”一词的含义 ..... | 34 |
| 二、法国民法总论当中的“general”一词的含义 .....      | 36 |
| 三、民法总论的必要构成条件 .....                  | 37 |
| 四、民法总论与民法总则之间的关系 .....               | 40 |
| 第四节 民法分论的界定 .....                    | 46 |
| 一、民法分论的产生和发展历程 .....                 | 46 |
| 二、民法分论的必要构成条件 .....                  | 47 |
| 三、民法分论与民法分则之间的关系 .....               | 51 |
| 第二章 法国民法总论的产生、发展和确立 .....            | 55 |
| 第一节 民法学者在罗马法时期对民法理论的系统化和体系化 .....    | 55 |
| 一、罗马法时期的民法学说 .....                   | 55 |
| 二、盖尤斯在其《法学阶梯》当中所采取的编制体例 .....        | 56 |
| 三、查士丁尼皇帝在其《法学阶梯》当中所采取的编制体例 .....     | 58 |
| 四、罗马法时期的民法学说当中不存在民法总论 .....          | 60 |
| 五、罗马法时期的民法学家为民法总论的诞生做出了理论上的准备 .....  | 62 |



|   |     |
|---|-----|
| 第二节 民法学者在中世纪对民法理论的系统化和体系化 .....           | 65  |
| 一、民法学者在中世纪对待民法的态度 .....                   | 65  |
| 二、注释法学派在中世纪对民法理论系统化和体系化的初步尝试 .....        | 67  |
| 三、后注释法学派在中世纪对民法理论系统化和体系化的进一步尝试 .....      | 69  |
| 四、经典人文主义学派所采取的法国式的研究方法 .....              | 72  |
| 五、法国 16 世纪的历史法学派对民法理论的系统化和体系化 .....       | 74  |
| 六、法国 16 世纪的应用法学派对民法理论的系统化和体系化 .....       | 78  |
| 第三节 法国自然法学派对民法理论的系统化和体系化 .....            | 80  |
| 一、自然法时期民法和罗马法存在 .....                     | 81  |
| 二、巴黎大学法学院从 17 世纪 70 年代开始对其学生开设罗马法课程 ..... | 82  |
| 三、法国 17 世纪和 18 世纪的调和法学派对罗马法与法国法的调和 .....  | 84  |
| 四、罗马法在 17 世纪和 18 世纪的法国法化 .....            | 85  |
| 第四节 法国习惯法学派对民法理论的系统化和体系化 .....            | 85  |
| 一、法国旧法时期的习惯法学派 .....                      | 85  |
| 二、法国旧法时期不同地区习惯的编纂、出版和评注 .....             | 87  |
| 三、法国 16 世纪的习惯法学家对习惯法的系统化和体系化 .....        | 94  |
| 四、法国 17 世纪的习惯法学家对习惯法的系统化和体系化 .....        | 98  |
| 五、法国 18 世纪的习惯法学家对习惯法的系统化和体系化 .....        | 99  |
| 第五节 法国现代法时期民法总论的产生、发展和确立 .....            | 105 |
| 一、被法条注释法学派所压制的民法总论 .....                  | 105 |
| 二、对法条注释法学派展开批判的三种学派 .....                 | 108 |
| 三、法国民法学者在 19 世纪末期和 20 世纪初期所建立的民法总论 .....  | 111 |
| 四、法国民法学者在 20 世纪 20 年代之后所建立的民法总论 .....     | 112 |

## 第二编 法国 17 世纪和 18 世纪的民法总论

|  |     |
|--|-----|
| 第三章 Domat 在 17 世纪建构的民法总论雏形 .....           | 117 |
| 第一节 Domat 关于民法理论系统化和体系化的思想 .....           | 117 |
| 一、作为自然法学派代表人物和《法国民法典》之祖父的 Domat .....      | 117 |
| 二、Domat 在其民法著作当中所实现的目标 .....               | 117 |
| 三、Domat 在其《民法》当中所秉持的核心观点 .....             | 119 |
| 第二节 Domat 在其《民法》当中采取的编制体例和编章结构 .....       | 120 |
| 一、Domat 在其《民法》当中对民法内容和讨论民法内容的方法做出的说明 ..... | 120 |
| 二、《民法》序编包含的具体内容 .....                      | 122 |
| 三、《民法》第一卷包含的具体内容 .....                     | 122 |
| 四、《民法》第二卷包含的具体内容 .....                     | 126 |

|   |            |
|---|------------|
| 第三节 Domat 对民法总论和民法分论区分理论雏形的建构           | 129        |
| 一、Domat 建构了民法总论和民法分论区分理论雏形的原因           | 130        |
| 二、Domat 在其民法著作当中对法律和法律规范的一般理论的建构        | 132        |
| 三、Domat 对法律科学和法学研究所做出的讨论                | 134        |
| 第四节 Domat 对法律、法律规范的系统化和体系化              | 136        |
| 一、Domat 对法律、法律规范做出的分类                   | 136        |
| 二、Domat 对法律、法律规范的性质做出的系统化和体系化说明         | 140        |
| 三、Domat 对法律、法律规范的适用和解释做出的系统化和体系化说明      | 144        |
| 第五节 Domat 对人的理论的系统化和体系化                 | 149        |
| 一、人的身份产生的两种原因                           | 149        |
| 二、因为人的自然性质产生的人的身份                       | 149        |
| 三、因为民法的规定产生的人的身份                        | 150        |
| 第六节 Domat 对物的理论的系统化和体系化                 | 153        |
| 一、区分不同类型的物的标准                           | 153        |
| 二、根据物的自然性质对物做出的分类                       | 154        |
| 三、根据民法的规定对物做出的分类                        | 155        |
| <b>第四章 Pothier 在 18 世纪建构的民法总论(一)</b>    | <b>157</b> |
| 第一节 作为《法国民法典》之父的 Pothier                | 157        |
| 一、Pothier 在 18 世纪所希望实现的目标               | 157        |
| 二、作为罗马法学家的 Pothier                      | 160        |
| 三、作为习惯法学家的 Pothier                      | 164        |
| 四、作为《法国民法典》之父的 Pothier                  | 166        |
| 第二节 Pothier 建立的民法总论和民法分论的区分理论           | 168        |
| 一、Pothier 在其《奥尔良习惯》当中采取的民法总论和民法分论的区分理论  | 168        |
| 二、Pothier 在其《奥尔良习惯》当中对民法分论做出的说明         | 169        |
| 三、Pothier 在其《奥尔良习惯》和《人和物专论》当中对民法总论做出的说明 | 170        |
| 四、Pothier 的民法总论与现代民法总论的差异               | 173        |
| 五、Pothier 的民法总论与现代民法总论的共同点              | 175        |
| 第三节 Pothier 在其一系列民法专论当中对民法理论的系统化和体系化    | 176        |
| 一、Pothier 在其民法专论当中对债法理论的系统化和体系化         | 176        |
| 二、Pothier 在其民法专论当中对其他民法理论的系统化和体系化       | 180        |
| 三、Pothier 的一系列民法专论所具有的主要特点              | 183        |

|   |            |
|---|------------|
| 四、Pothier 的一系列民法专论对《法国民法典》产生的巨大影响 .....         | 190        |
| 第四节 Pothier 在其《奥尔良习惯》当中对民法理论的系统化和体系化 .....      | 193        |
| 一、Pothier 在其《奥尔良习惯》当中对物权理论的系统化和体系化 .....        | 194        |
| 二、Pothier 在其《奥尔良习惯》当中对婚姻家庭理论的系统化和<br>体系化 .....  | 201        |
| 三、Pothier 在其《奥尔良习惯》当中对债法理论的系统化和体系化 .....        | 205        |
| 四、Pothier 在其《奥尔良习惯》当中对继承和时效理论的系统化和<br>体系化 ..... | 210        |
| <b>第五章 Pothier 在 18 世纪建构的民法总论(二) .....</b>      | <b>215</b> |
| 第一节 Pothier 建构的人和物的一般理论 .....                   | 215        |
| 一、人的定义和物的定义 .....                               | 215        |
| 二、人的民事生活和人的类型 .....                             | 216        |
| 三、物的分类和物的普适性 .....                              | 217        |
| 第二节 神职人员、贵族、第三等级的人和农奴 .....                     | 218        |
| 一、神职人员 .....                                    | 218        |
| 二、贵族 .....                                      | 221        |
| 三、第三等级的人 .....                                  | 230        |
| 四、农奴 .....                                      | 231        |
| 第三节 本国人和外国人 .....                               | 234        |
| 一、本国人和外国人的界定 .....                              | 234        |
| 二、区分本国人和外国人的原因 .....                            | 236        |
| 三、外国人获得法国公民权的方式 .....                           | 240        |
| 四、法国人丧失法国公民权的方式 .....                           | 242        |
| 第四节 丧失民事生活的人和恢复民事生活的人 .....                     | 243        |
| 一、丧失民事生活和恢复民事生活的人的类型 .....                      | 243        |
| 二、因为从事宗教职业活动而自愿放弃其民事生活的人 .....                  | 244        |
| 三、因为实施严重犯罪行为而遭受民事死亡制裁的人 .....                   | 246        |
| 四、声名狼藉之徒 .....                                  | 249        |
| 第五节 对别人享有权利的人和对自身享有的权利的人 .....                  | 251        |
| 一、丈夫对其妻子享有的夫权 .....                             | 251        |
| 二、父母对其未成年子女享有的亲权 .....                          | 251        |
| 三、监护人对未成年人的人身和财产享有的监护权 .....                    | 253        |
| 四、聋哑人、疯子、挥霍浪费者和其他类似的人 .....                     | 257        |
| 五、团体组织 .....                                    | 259        |
| 第六节 人的其他类型 .....                                | 262        |
| 一、非婚生子女和婚生子女 .....                              | 262        |

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 二、根据人的性别不同对人做出的分类 ..... | 264 |
| 三、根据人的年龄不同对人做出的分类 ..... | 266 |
| 四、根据其他原因对人做出的分类 .....   | 267 |
| 第七节 物的不同类型 .....        | 267 |
| 一、有体物领域的动产和不动产 .....    | 267 |
| 二、无体物领域的动产和不动产 .....    | 272 |
| 三、有具体位置的物和无具体位置的物 ..... | 277 |
| 四、所继承的不动产和所获得的不动产 ..... | 279 |

### 第三编 法国 19 世纪和 20 世纪初期的民法总论

|   |     |
|---|-----|
| 第六章 法国 19 世纪的法条注释法学派对民法总论的忽视 .....                              | 283 |
| 第一节 法式民法典所规定的序编制 .....  | 283 |
| 一、1804 年的《法国民法典》所采取的编制体例和编章结构 .....                             | 283 |
| 二、法式民法典所规定的编制体例和编章结构 .....                                      | 285 |
| 三、瑞士立法者在 1907 年对法式民法典规定的序编制的百年确认 .....                          | 289 |
| 四、法式民法典与德式民法典在编制体例方面的差异 .....                                   | 297 |
| 五、1804 年的《法国民法典》没有规定民法总则的原因 .....                               | 301 |
| 第二节 法国 19 世纪的法条注释法学派 .....                                      | 304 |
| 一、法条注释法学派的界定 .....  | 304 |
| 二、法条注释法学派的三个阶段 .....  | 306 |
| 三、法条注释法学派的民法著作所具有的共同特征 .....                                    | 309 |
| 四、法条注释法学派的共同观点 .....  | 311 |
| 五、法条注释法学派普遍承认上述三个观点的原因 .....                                    | 314 |
| 第三节 起步时期法条注释法学派所采取的编制体例 .....                                   | 316 |
| 一、Jacques de Maleville 和 Delvincourt 在其民法著作当中所采取的<br>编制体例 ..... | 317 |
| 二、Merlin de Douai 在其《判例汇编》当中采取的编制体例 .....                       | 320 |
| 三、Victor Proudhon 在其《法国法教程》当中所采取的编制体例 .....                     | 320 |
| 四、Toullier 在其《法国民法》当中所采取的编制体例 .....                             | 323 |
| 第四节 鼎盛时期法条注释法学派所采取的编制体例 .....                                   | 325 |
| 一、Duranton 在其《法国民法教程》当中所采取的编制体例 .....                           | 326 |
| 二、Demolombe 在其《拿破仑民法典教程》当中所采取的编制体例 .....                        | 328 |
| 三、Aubry 和 Rau 在其《法国民法教程》当中所采取的编制体例 .....                        | 332 |
| 第五节 法条注释法学派在 19 世纪末期的衰败 .....                                   | 336 |
| 一、法条注释法学派在 19 世纪末期衰败的表面原因 .....                                 | 336 |
| 二、法条注释法学派在 19 世纪末期衰败的真正原因 .....                                 | 337 |

|   |            |
|---|------------|
| 三、法条注释法学所存在的问题 .....                                      | 339        |
| 四、法条注释法学阻滞了民法总论的产生 .....                                  | 340        |
| <b>第七章 民法总论在 19 世纪末期和 20 世纪初期确立的学术背景 .....</b>            | <b>343</b> |
| 第一节 法国 19 世纪初期的 La Thémis 学派 .....                        | 343        |
| 一、法国 La Thémis 学派的创刊者和创刊宗旨 .....                          | 343        |
| 二、法国 La Thémis 学派的独立性质 .....                              | 348        |
| 三、法国 La Thémis 学派对法学理论做出的说明 .....                         | 349        |
| 四、法国 La Thémis 学派对比较法做出的说明 .....                          | 354        |
| 五、法国 La Thémis 学派对法学教育做出的说明 .....                         | 357        |
| 第二节 法国 19 世纪中期的科学批判学派 .....                               | 359        |
| 一、科学批判学派在 1835 年创办的法学批判刊物 .....                           | 360        |
| 二、科学批判学派在 1852 年创办的法学批判刊物 .....                           | 362        |
| 三、法国科学批判学派持有的基本观点 .....                                   | 364        |
| 四、法国科学批判学派对其学术观点的阐述 .....                                 | 367        |
| 第三节 法国 19 世纪末期的科学自由探寻学派 .....                             | 374        |
| 一、科学自由探寻学派的核心人物 Gèny .....                                | 374        |
| 二、制定法能够满足一切社会生活需要的公设所引起的后果 .....                          | 379        |
| 三、法条注释法学派采取的传统方法所存在的问题 .....                              | 384        |
| 四、人们在解释制定法时应当采取的科学自由探寻方法 .....                            | 386        |
| 第四节 Gèny 对民法形式渊源采取的五分法理论 .....                            | 389        |
| 一、Gèny 提出的民法形式渊源的五分法理论 .....                              | 389        |
| 二、作为民法形式渊源的制定法 .....                                      | 390        |
| 三、作为民法形式渊源的习俗 .....                                       | 392        |
| 四、作为民法形式渊源的历史传统、具有权威性的司法判例<br>和民法学说 .....                 | 394        |
| <b>第八章 民法总论在 19 世纪末期和 20 世纪初期的最终确立 .....</b>              | <b>398</b> |
| 第一节 德国 19 世纪的民法学者对民法总论的承认 .....                           | 398        |
| 一、作为法国法条注释法学派反对者和敌对者的德国历史法学派 .....                        | 398        |
| 二、Puchta 在 1838 年对民法总论和民法分论区分理论的首次主张 .....                | 403        |
| 三、Savigny 在 1840 年至 1849 年期间对民法总论和民法分论区分<br>理论的再次主张 ..... | 404        |
| 四、德国 19 世纪中后期的潘德克吞学派对民法总论和民法分论区<br>分理论的普遍主张 .....         | 405        |
| 五、1896 的《德国民法典》对民法总论和民法分论区分理论的法典化 .....                   | 408        |
| 六、1896 年的《德国民法典》所存在的问题 .....                              | 413        |

|  |     |
|--|-----|
| 第二节 法国 1840 年之前的民法总论 .....                       | 419 |
| 一、Carré 在 1808 年出版的《民法总论》 .....                  | 419 |
| 二、Blondeau 在 1830 年出版的《民法总论》 .....               | 425 |
| 三、Eschbach 在 1837 年出版的《民法总论》 .....               | 431 |
| 第三节 法国政府于 1840 年在巴黎大学法学院设立的民法总论教席 .....          | 436 |
| 一、法国 19 世纪的大学法学教育存在的忽视民法总论和<br>法哲学的弊端 .....      | 436 |
| 二、法国公共教育大臣秘书关于在巴黎大学法学院开设民法<br>总论课程的报告 .....      | 440 |
| 三、法国公共教育大臣关于在巴黎大学法学院设立民法总论<br>新教席的政府通报 .....     | 443 |
| 四、巴黎大学法学院设置的三名民法总论教席 .....                       | 444 |
| 五、法国 1840 年之后至 19 世纪末期之前的民法总论 .....              | 446 |
| 第四节 法国 19 世纪末期和 20 世纪初期以一般法律关系为核心<br>的民法总论 ..... | 449 |
| 一、以一般法律关系为核心的民法总论的建立 .....                       | 449 |
| 二、德国历史法学派所主张的一般法律关系理论 .....                      | 449 |
| 三、其他国家的民法学者对一般法律关系理论的主张 .....                    | 454 |
| 四、法国民法学者 Capitant 对一般法律关系理论的主张 .....             | 458 |

#### 第四编 法国当今的民法总论

|  |     |
|--|-----|
| 第九章 以客观法律和主观权利为核心内容的民法总论的确立 .....                | 463 |
| 第一节 民法学者就民法总论的内容所展开的争议 .....                     | 463 |
| 一、民法学者在 20 世纪初期对民法总论所做出的两个更新改造 .....             | 463 |
| 二、法国民法学者在 20 世纪初期就主观权利是否独立存在所展开<br>的论战 .....     | 466 |
| 三、法国民法学者在 20 世纪 50 年代之后对主观权利是否存在展开<br>的论战 .....  | 469 |
| 四、法国民法学者在 20 世纪 50 年代之后对客观法律和主观权利理论<br>的固守 ..... | 472 |
| 第二节 以客观法律和主观权利为核心内容的民法总论在 1950 年之前<br>的建立 .....  | 475 |
| 一、Planiol 在 1900 年对民法总论做出的说明 .....               | 475 |
| 二、Capitant 在 1929 年对民法总论做出的说明 .....              | 479 |
| 三、Colin 和 Capitant 在 1930 年对民法总论做出的说明 .....      | 483 |
| 四、Josserand 在 1938 年对民法总论做出的说明 .....             | 487 |

|  |            |
|--|------------|
| 五、Brethe de La Gressaye 和 Laborde-Lacoste 在 1947 年对民法总论做出的说明 ..... | 491        |
| 第三节 法国当今民法学者承认区分理论的第一种方式 .....                                     | 496        |
| 一、Raymond 在其《民法》当中对区分理论做出的说明 .....                                 | 496        |
| 二、Bihl 在其《民法概论》当中对区分理论做出的说明 .....                                  | 498        |
| 三、Muller 在其《民法》当中对区分理论做出的说明 .....                                  | 499        |
| 第四节 法国当今民法学者承认区分理论的第二种方式 .....                                     | 500        |
| 一、Carbonnier 在其《民法》当中对区分理论做出的说明 .....                              | 500        |
| 二、Buffelant-Lanore 和 Larribau-Terneyre 在其《民法》当中对区分理论做出的说明 .....    | 502        |
| 三、Voirin 和 Goubeaux 在其《民法》当中对区分理论做出的说明 .....                       | 503        |
| 第五节 法国当今民法学者承认区分理论的第三种方式 .....                                     | 505        |
| 一、Mazeud 等人 在其《民法总论》和其他著作当中对区分理论做出的说明 .....                        | 505        |
| 二、Larroumet 等人 在其《民法总论》和其他著作当中对区分理论做出的说明 .....                     | 508        |
| 三、Malaurie 等人 在其《民法总论》和其他著作当中对区分理论做出的说明 .....                      | 510        |
| 四、Terré 等人 在其《民法总论》和其他著作当中对区分理论做出的说明 .....                         | 512        |
| <b>第十章 法国当今民法总论的目的、性质和内容 .....</b>                                 | <b>515</b> |
| 第一节 法国当今民法总论的目的 .....  | 515        |
| 一、法国民法学关于民法总论目的的不同学说 .....   | 515        |
| 二、民法总论的存在是法学教育的需要 .....  | 517        |
| 三、民法总论的存在是民法一般理论建构的需要 .....  | 519        |
| 四、民法总论的存在是为了同时满足教义学的需要和民法一般理论建构的需要 .....                           | 520        |
| 第二节 法国当今民法总论的特点 .....  | 521        |
| 一、法国民法学者对民法总论所具有的特点的普遍承认 .....                                     | 521        |
| 二、法国民法学者的法律总论实质上就是民法总论 .....                                       | 522        |
| 三、法国的法律总论等同于民法总论的原因 .....  | 526        |
| 第三节 法国当今民法总论的内容(一): 客观法律 .....                                     | 529        |
| 一、法国民法学者使用“客观法律”一词的原因 .....  | 529        |
| 二、法国民法学者对客观法律做出的界定 .....   | 530        |
| 三、笔者对客观法律做出的界定 .....   | 532        |
| 四、法国民法学者关于客观法律内容的不同学说 .....  | 534        |

|  |            |
|--|------------|
| 五、客观法律涉及的主要内容 .....                            | 537        |
| 第四节 法国当今民法总论的内容(二): 主观权利 .....                 | 544        |
| 一、法国民法学者使用“主观权利”一词的原因 .....                    | 544        |
| 二、民法学者在历史上对主观权利做出的界定 .....                     | 545        |
| 三、法国当今民法学者和笔者对主观权利做出的界定 .....                  | 548        |
| 四、法国当今民法学者关于主观权利内容的不同说明 .....                  | 552        |
| 五、主观权利涉及的主要内容 .....                            | 555        |
| <b>第十一章 客观法律与主观权利之间的关系 .....</b>               | <b>562</b> |
| 第一节 客观法律优位和主观权利优位 .....                        | 562        |
| 一、客观法律与主观权利之间的关系 .....                         | 562        |
| 二、客观法律优位和主观权利优位的界定 .....                       | 563        |
| 三、从个人意志的绝对性走向客观法律优位 .....                      | 565        |
| 四、从客观法律优位理论走向主观权利优位理论 .....                    | 566        |
| 五、当今的客观法律优位理论和主观权利优位理论 .....                   | 567        |
| 第二节 法国近代民法当中的主观权利优位理论 .....                    | 568        |
| 一、经典自然法学派主张的主观权利优位理论 .....                     | 568        |
| 二、近代自然法学派主张的主观权利优位理论 .....                     | 569        |
| 三、法国立法者在 1804 年的《法国民法典》当中采取的主观权利优<br>位理论 ..... | 574        |
| 第三节 法国现代民法当中的客观法律优位理论 .....                    | 578        |
| 一、客观法律优位理论的建立 .....                            | 578        |
| 二、Starck 主张的客观法律优位理论 .....                     | 581        |
| 三、Ghestin 和 Goubeaux 主张的客观法律优位理论 .....         | 582        |
| 四、其他民法学者主张的客观法律优位理论 .....                      | 586        |
| 五、客观法律优位理论的典型范例 .....                          | 587        |
| 第四节 法国当代民法当中的主观权利优位理论 .....                    | 590        |
| 一、当今民法采取主观权利优位理论的主要原因 .....                    | 590        |
| 二、主观权利的渊源与主观权利优位理论 .....                       | 592        |
| 三、人的需要与主观权利优位理论 .....                          | 595        |
| 四、制定法对自然权利、天赋权利和人权的规定与主观权利优位理论 ..              | 602        |
| 五、制定法所规定的人格权与主观权利优位理论 .....                    | 609        |



# 第一编 民法总论的历史发展



## 第一章

# 始于法律词语界定的法国民法总论

在当今法国,民法既不等于单纯的民法总论,也不等于单纯的民法分论,而是等同于由民法总论和民法分论结合在一起之后所形成的有机整体,缺少其中的任何一个组成部分,民法均将残缺不全、无法形成协调一致的有机整体。

一方面,作为一个有机整体,民法离不开民法分论的存在,因为,如果缺少民法分论,则民法将会变成几个干巴巴的、无血无肉的、又大又空的基本原则、一般理论和一般制度,就像原本有血有肉、活力四射的自然人死亡之后所留下的骸骨一样。因为民法分论的存在,民法所包含的这几个基本原则、一般理论和一般制度就丰满了起来,成为有血有肉、生动丰富和活力四射的基本原则、一般理论和一般制度。

另一方面,作为一个有机整体,民法也离不开民法总论的存在,因为,如果缺少民法总论,则民法将会变成一个又一个的具体理论和具体制度,它们各自独立、封闭运行,与其他的具体理论或者具体制度老死不相往来,导致民法内部山头林立、派系众多、各自为政。因为民法总论的存在,这些林林总总的具体理论和具体制度之间开始联系起来、互动起来,在各种发挥功效的同时,它们也能够协调一致,共同实现对社会生活进行规范和调整的目的。

总之,作为一个有机整体,法国民法既离不开民法分论而独立存在,也离不开民法总论而独立存在。因为法国民法是由民法总论和民法分论结合在一起所形成的有机整体,因此,在对民法做出阐述时,法国民法学者既会对作为民法有机整体的民法总论做出阐述,也会对作为民法有机整体的民法分论做出阐述。法国民法学者的此种做法表明,他们既承认民法总论的存在,也承认民法分论的存在,认为民法总论是不同于、区别于民法分论的,这就是法国当今民法学者在其民法著作当中所采取的民法总论和民法分论的区分理论。在当今法国,民法学者普遍承认此种区分理论。

在当今法国,只要民法学者在其民法著作当中承认民法的一般理论和一般制度,换言之,只要民法学者在其民法著作当中承认民法总论的存在,则在对民法总论的内容做出阐述时,他们均会从界定一个法律词语开始。不过,他们所界定的这一法律词语既不是“droit civil”(民法)一词,也不是“introduction général”(总论)一词,而是“droit”一词。在当今法国,在对民法总论的内容做出阐述时,民法学者之所以均会从界定“droit”一词开始,其主要原因有二。

其一,历史传统的尊重。在19世纪末期和20世纪初期,在确立以客观法律和主观权利为核心内容的民法总论时,法国当时的民法学者普遍都从界定这一术语的不同含义开始。此种做法得到了20世纪50年代之后的民法学者的普遍遵循,因为,在讨论民

法总论的内容时,这些民法学者也均从界定这一术语开始。基于此种传统的尊重,在讨论民法总论的内容时,法国今时今日的民法学者也采取同样的做法,从界定这一法律术语出发。关于这一点,笔者将在下面的内容当中做出详细的讨论,此处从略。

其二,这一词语的基本含义等同于民法总论的两个核心内容,即客观法律和主观权利。在当今法国,民法学者普遍认为,虽然“droit”一词的含义多种多样,但是,它最基本的、最主要的含义有两种,这就是,它或者是指“客观法律”,也就是对人们的行为加以规范和调整的、具有强制力的法律规范,或者是指“主观权利”,也就是人们所享有的受到客观法律保护的权力、特权。

“droit”一词所具有的这两种不同含义刚好是法国民法学者要在他们的民法总论当中讨论的内容,刚好构成民法的一般理论和一般制度。因为,在当今法国,民法学者普遍认为,虽然民法的一般理论和一般制度多种多样,但是,民法的所有一般理论和所有的一般制度均可以归结为两类,这就是“客观法律”和“主观权利”。换言之,“droit”一词的基本含义与民法总论的两大核心内容高度一致、完全吻合。

在其《民法》当中,Jean Carbonnier 对此做出了明确说明,他指出:“民法的一般理论或者涉及客观法律,或者涉及主观权利。虽然客观法律和主观权利是人们处心积虑地做出的一种区分,但是,我们也可以这样说,此种区分并不是人们有意做出的,而是他们在不知不觉当中形成的,因为,客观法律和主观权利刚好等于日常语言当中‘droit’一词所具有的两种不同含义:如果法律(客观的)允许我们做出某种行为,则我们有权利(主观的)做出此种行为。根据最经典的理论,所谓客观法律,是指所有法律规范的有机整体;所谓主观权利,则是指法律规范所承认的、个人即权利主体所享有的做出某种行为的权力。”<sup>①</sup>

因为这样的原因,在讨论法国民法总论时,笔者也采取法国民法学者所采取的此种做法,将“droit”一词的界定作为民法总论的出发点。不过,在界定了“droit”一词之后,笔者还会对其他的几个法律词语做出界定,包括:“droit civil”(民法)、“introduction générale”(民法总论)和“partie spéciale”(民法分论)。这一点同法国民法学者的态度不同,因为,除了少数民法学者之外,在民法总论的开头,法国民法学者普遍不会对这些法律词语做出界定。

在法国,虽然民法学者会在他们的民法著作当中对“droit civil”一词做出界定,但是,他们往往在法律的类型、法律的分类或者法律部门当中对此种术语做出界定。因为,在讨论法律的类型、法律的分类或者法律部门的划分时,除了普遍将法律分为公法、私法两大类型、两大法律部门或者公法、私法和混合法三大类型、三大法律部门之外,<sup>②</sup>法国民法学者还会对其中的公法、私法甚至混合法做出更进一步的分类。在对其中的私法做出更进一步的分类时,法国民法学者才会对被视作为是私法最重要组成部分的民

<sup>①</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil*, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple, puf, p. 187.

<sup>②</sup> 张民安:《法国民法》,13~16页,北京:清华大学出版社,2015。

法做出界定。<sup>①</sup>

当然,并非所有的民法学者均采用这样的做法,某些民法学者一反常态,在其民法总论的开头,在界定“droit”一词之前,他们开宗明义,首先对“droit civil”一词做出界定。<sup>②</sup>此外,在当今法国,即便民法学者普遍承认民法总论和民法分论的区分理论,他们也很少在其民法著作当中对这两个术语做出界定,更不用说将这两个不同术语的界定作为民法总论的开端了。

而笔者之所以采取此种做法,一方面是因为,此种做法符合我国民法学者的传统做法。在我国,在讨论民法总论的内容时,民法学者普遍均会从界定“民法”这一术语开始。<sup>③</sup>另一方面是因为,此种做法能够弥补我国民法著作所存在的致命缺陷。在我国,由于受到德国民法学者尤其是我国台湾地区民法学者的影响,虽然民法学者普遍都会在他们的民法著作当中采取民法总论和民法分论的区分理论,但是,他们几乎都不对其中的民法总论或者民法分论做出任何界定,<sup>④</sup>因此,即便人们学习过民法,他们既无法知悉民法总论的概念,也无法知悉民法分论的概念,既无法将民法总论与民法总则区分开来,也无法将民法分论与民法分则区分开来。为了弥补此种缺憾,在对法国的民法总论做出阐述时,除了像法国民法学者那样对“droit”一词做出详尽的界定之外,笔者也对“民法”一词、“民法总论”一词和“民法分论”一词做出详尽的界定。

① Boris Starck, *Droit Civil, Introduction*, Librairies techniques, pp. 25-26; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp. 60-66; Alex Weill et Francois Terré, *Droit Civil, Introduction générale*, 4e édition, Dalloz, pp. 67-82; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1 vol. 2, *Introduction à l'étude du droit*, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, pp. 52-58; Michel de JUGLART Alain PIEDEEVRE Stéphane PIEDEEVRE, *Cours de droit civil, introduction, personnes, famille*, Seizième édition, Montchrestien, pp. 27-30; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille*, 17e édition, Dalloz, p. 12; Henri Roland Laurent Boyer, *Introduction au droit*, Litec, pp. 92-97; Gérard Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, 13e édition, Montchrestien, pp. 26-30; Jean-Luc AUBERT Eric SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14e édition, Dalloz, pp. 38-47; Christian Larroumet Augustin Aynès, *Introduction à l'étude du droit*, 6e édition, Economica, pp. 39-56; Philippe Malaurie Patrick Morvan, *Introduction au droit*, 4e édition, DEFRENOIS, pp. 55-62; Rémy Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, pp. 58-65; Francois Terré, *Introduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, pp. 89-93.

② Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction générale, Personnes et Famille, Biens*, Paris, Librairie Dalloz, p. 1; Michèle Muller, *Droit civil*, 5e édition, Sup'Foucher, p. 5.

③ 傅静坤主编:《民法总论》(第三版),1~2页,广州:中山大学出版社,2007;张民安、王荣珍主编:《民法总论》(第四版),3~4页,广州:中山大学出版社,2013;梁慧星:《民法总论》(第二版),1~2页,北京:法律出版社,2001;江平主编:《民法学》,1~2页,北京:中国政法大学出版社,2007;王卫国主编:《民法》,2~3页,北京:中国政法大学出版社,2007;魏振瀛主编:《民法》(第三版),1~2页,北京:北京大学出版社,2007。

④ 傅静坤主编:《民法总论》(第三版),广州:中山大学出版社,2007;张民安主编:《民法总论》(第四版),广州:中山大学出版社,2013;梁慧星:《民法总论》(第二版),北京:法律出版社,2001;江平主编:《民法学》,北京:中国政法大学出版社,2007;王卫国主编:《民法》,北京:中国政法大学出版社,2007;魏振瀛主编:《民法》(第三版),北京:北京大学出版社,2007。

## 第一节 “droit”一词的界定

### 一、“droit”一词在法国法律当中的核心地位

在法国,“droit”这一术语不仅是一个最为寻常的法律术语,而且也是最为重要的一个法律术语,因为,除了立法者在制定法律时会普遍使用这一术语之外,民法学者在从事法学研究时也会广泛使用这一术语;除了法官和律师在履行他们的法律职责时会经常使用这一术语之外,社会公众在日常生活当中也会频繁使用这一术语。

事实上,如果没有这一法律术语,法国的立法者将无法制定法律,法国的民法学者将无法从事法学研究,法国的法官、律师或者社会公众也均无法从事任何法律实务活动。因此,在法国,“droit”一词就像自然人身体当中的血缘一样在周而复始地运行着,支撑着所有的法律参与者忠实地从事着各自的法律活动,如果没有这一术语的支撑,法国法律的运行将会陷入停滞,就像没有血缘的循环自然人会死亡一样。

就法国立法者而言,无论他们制定什么样的法律,他们均会使用这一术语,如果离开这一术语,他们根本无法制定法律。因此,在制定“民法”时,立法者会使用这一术语,因为在法国,“民法”这一术语的法文表述是“droit civil”。在制定诸如公司法、竞争法等“商法”时,立法者也会使用这一术语,因为在法国,“商法”的法文表述是“Droit des affaires”,而“公司法”和“竞争法”的法文表述分别是“Droit des sociétés”和“Droit de la concurrence”。

就法国民法学者而言,无论他们具体研究的民法领域是什么,是人法、家庭法、物权法还是其他法律,无论他们在哪一所大学法学院从事教学和科研工作,他们均会使用这一术语,如果离开这一术语,他们既无法从事任何法学研究活动,也无法从事任何法学教育活动。因为,一方面,在法国,大学法学院的法文表述是“la faculté de droit”,法学教育的法文表述是“L'enseignement du droit”,而“法学研究”的法文表述则是“études de droit”,这些术语当中均包含了“droit”一词。另一方面,在法国,人法、家庭法和物权法的法文表述分别为“Droit des personnes”“Droit de la famille”和“Droit des biens”,它们均包含了“droit”一词。

就法官、律师和社会公众而言,在从事法律实务活动时,他们同样一刻也离不开这一术语,因为在从事任何法律实务活动时,他们均会使用这样的术语:根据某某法律(le droit),原告有权(le droit)做出某种行为,或者根据某某法律(le droit),被告无权(le droit)做出某种行为。无论是根据某某法律,原告有权做某种行为,还是根据某某法律,原告无权做出某种行为,均涉及“droit”一词,因为在法国,“droit”一词既指法律,也就是所谓的客观法律,也指权利,也就是所谓的主观权利。关于这一点,笔者将在下面的内容当中做出详细的讨论,此处从略。因此,如果没有这一术语,法官将无法从事审判活动,律师将无法从事法律服务活动,当事人也将无法提起诉讼活动。

## 二、“droit”一词含义的复杂性和多样性

在法国,虽然立法者经常在他们制定的各种各样的法律当中使用“droit”一词,虽然民法学者经常在他们的民法著作当中使用“droit”一词,虽然法官、律师和社会公众经常在法律实务甚至日常生活当中使用“droit”一词,但是,“droit”一词的确切含义是什么,似乎没有人能够做出非常肯定、明确的回答,不同的人似乎有不同的意见。

1989年,法国一家关注法律文化、法哲学和法律理论的学术期刊《Droits 杂志》(La Revue Droits)要求法国众多的著名教育界人士均对“droit”一词做出界定。其结果是,虽然这些教育界人士均对“droit”一词做出了界定,但是,他们做出的界定五花八门,厚达几页纸,不同的学者做出的界定各不相同,他们或者认为,“droit”一词是指指导人们行为的一种技术,或者认为“droit”一词是指法官颁发的一种命令,或者认为“droit”一词是指某种具体的制度,或者认为“droit”一词是指法官所从事的司法活动,或者认为“droit”一词是指官方对某种真实存在所做出的官方解释,等等。<sup>①</sup>

法国教育界的人士之所以对“droit”一词做出了形形色色的不同界定,其主要原因有二:其一,在法国,“droit”一词的真实含义多种多样,对于不同的人而言,“droit”一词所具有的含义是不同的:对我而言,“droit”一词有这样的含义,对你而言,“droit”一词有那样的含义,对于第三人而言,“droit”一词又有不同于你我的含义。<sup>②</sup>事实上,“droit”一词的界定有时涉及复杂的法哲学问题。<sup>③</sup>其二,虽然人们在日常生活当中普遍使用“droit”一词,但是,他们似乎并不知道“droit”一词的确切含义,即便是著名的教育界人士,如果他们不是专门从事法律教育或者法学研究的话,同样无法清楚地了解这一术语的准确含义。<sup>④</sup>

不过,即便是专门从事法学教育和法学研究的学者,他们也未必能够清楚地说明“droit”一词的准确含义,因为在法国,虽然民法学者普遍将“droit”一词限定在“客观法律”和“主观权利”的范围内,但是,他们也普遍认为,“droit”一词的含义(les acceptions)是多种多样的、不一而足的。

例如,在其《民法教程》当中,Michel de JUGLART、Alain PIEDEEVRE 和 Stéphane PIEDEEVRE 就明确承认,“droit”一词的含义是多种多样的,因为他们指出:“‘droit’一词的含义是多种多样的、各不相同的。有时,它是指最高权力享有者赋予他人的特权,有时,它是指允许社会状态正确运行的规范整体,有时,它则是指作为公民的个人所获得的利益。”<sup>⑤</sup>

① Pascale Deumier, Introduction générale au droit, 2e édition, LGDJ, p. 13.

② Gérard Cornu, Droit civil, Introduction au droit, 13 e édition, Montchrestien, pp. 11-14; Pascale Deumier, Introduction générale au droit, 2e édition, LGDJ, p. 13.

③ Pascale Deumier, Introduction générale au droit, 2e édition, LGDJ, p. 13.

④ Pascale Deumier, Introduction générale au droit, 2e édition, LGDJ, p. 13; Rémy Cabrillac, Introduction générale au droit, 10e édition, Dalloz, p. 2.

⑤ Michel de JUGLART Alain PIEDEEVRE Stéphane PIEDEEVRE, Cours de droit civil, introduction, personnes, famille, Seizième édition, Montchrestien, p. 1.

再例如,在其《民法》当中,Yvaine Buffelant-Lanore 和 Virginie Larribau-Terneyre 也明确承认“droit”一词的含义是形形色色的,因为他们指出:“在法国,‘droit’一词如何理解?人们会使用诸如此类的不同表述:‘我是从事法律工作的’(faire son droit),‘民法’(Droit civil),‘我有权从事此种活动,或者我有权从事彼种活动’(avoir le droit de faire telle ou telle chose),等等。问题在于,这些术语的含义是否是相同的?在最广泛的范围内,‘droit’一词是指法律科学、法学研究和法学院,但是,在最具有技术性的范围内,人们在传统上会区分这一术语所具有的两种基本含义:客观法律和主观权利。”<sup>①</sup>

同样,在其《民法》当中,Jean Carbonnier 也明确承认,“droit”一词的含义是千变万化的,因为他指出:“作为一般性的词语,‘droit’一词有不同的含义。有时,人们将它理解为一种社会现象’(例如德国大法学家 Jhering 就这样理解,他曾经在其著作当中写到‘法律应当是这样的……而不是那样的’);有时,人们将它理解为一种法律‘科学’(人们将其称为法学的孵化场,就像人们所制造的智牙一样);有时,人们将它理解为一种超越了科学的、绝对的哲学现象。虽然‘droit’一词的含义众多,但是,它的词义多元化是正常的,它能够让人们了解‘droit’一词所包含的丰富含义。”<sup>②</sup>

### 三、“droit”一词的不同含义

在法国,“droit”一词是一种修辞上的隐喻(métaphore),它源自拉丁文“directum”和“dirigere”,其最初的含义是指,人在行走时应当走直线而不走斜线,应当走直道而不走弯道,后来人们将这一术语加以引申,用来指人们在行为时应当遵循的行为准则,这就是,当人在社会当中生活时,他们应当“品行端正、规规矩矩”,应当遵循某种确定的行为标准(une ligne déterminée),换言之,他们在行为时应当走正道,不应当偏离正道,这就是“droit”一词所具有的转义。<sup>③</sup>

除了法语当中的“droit”一词具有此种转义之外,其他国家的类似词语也具有这样的转义,例如,英语当中的“right”一词,德语当中的“recht”一词,西班牙语当中的“derrcho”一词,意大利语当中的“diritto”一词,葡萄牙语当中的“direito”一词,以及罗马尼亚语当中的“dreptu”一词。就像法语当中的“droit”一词一样,它们均是指行为人在行为时应当“品行端正、规规矩矩”,应当遵循社会所确定的某种行为规范、行为准则,不得偏离、违反社会所确定的此种行为规范、行为准则。这些国家的这些术语之所以像法国的“droit”一词一样具有这样的转义,是因为它们与法国的“droit”一词同根同源,均源自拉丁文“directum”一词和“dirigere”一词,均是从拉丁文“directum”一词和

<sup>①</sup> Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille, 17e édition, Dalloz, p. 3.

<sup>②</sup> Jean Carbonnier, Droit civil, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple, puf, p. 9.

<sup>③</sup> Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit, t. 1, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 1; Jean. Brethe de La Gressaye Marcel. Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 2; Henri Roland Laurent Boyer, Introduction au droit, Litec, p. 1; Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 10 e édition, puf, p. 373; 张民安:《法国民法》,4页,北京:清华大学出版社,2015。



“dirigere”一词的最初含义当中引申出来的。<sup>①</sup>

不过,即便法语当中的“droit”一词与其他国家的类似词语同根同源,但是,“droit”一词的含义未必与其他国家的类似词语含义相同。<sup>②</sup>因为,在当今法国,“droit”一词的含义众多,除了笔者将要讨论的与法国民法总论密切相关的两个含义即“客观法律”和“主观权利”之外,该词还有众多的不同含义,诸如“公平”“正义”“法律科学”、不同国家或者不同时期的法律制度以及税负,等等。

### (一) “公平”和“正义”

在当今法国,“droit”一词有时用来指“公平”(équité)、“正义”(justice)或者“自然正义”(Droit naturel)或者“理想主义的正义”(Droit idéal),因为人们认为,“droit”一词是这些术语的同义词。<sup>③</sup>

例如,当人们论及“combattre pour le Droit”(为正义而斗争)时,他们所使用的“droit”一词就是指“公平”或者“正义”。再例如,当人们使用“à bon droit”(正当、有适当理由地)这一术语时,他们所使用的“droit”一词也是指“公平”“正义”。同样,当人们使用“faire droit à qn”(公平对待某人)这一术语时,他们使用的“droit”一词是指“公平”。

### (二) “法律科学”或者“法学研究”

在当今法国,“droit”一词有时用来指“法律科学”(science)和“法学研究”(étude)。<sup>④</sup>所谓法律科学,是指对整个法律或者法律的某一个部门的多样性和复杂性进行认知的科学。所谓法学研究,则是指对整个法律或者法律的某一个部门所做出的研究。

例如,当人们使用“droit comparé”(比较法)这一术语时,他们所使用的“droit”一词就是指人们对法律所进行的比较研究。有时,这一术语是指学者对不同国家的法律所进行的比较研究,例如对法国法与德国法进行的比较研究,尤其是对《法国民法典》与《德国民法典》所进行的比较研究。有时,这一术语则是指学者对同一国家不同法律部门所进行的比较研究,例如对法国民法与法国行政法进行的比较研究,对法国民法与法国商法进行的比较研究。

<sup>①</sup> Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit*, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 1; Jean. Brethe de La Gressaye Marcel. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 2; Henri Roland Laurent Boyer, *Introuduction au droit*, Litec, p. 1; 张民安:《法国民法》,4页,北京:清华大学出版社,2015。

<sup>②</sup> Henri Roland Laurent Boyer, *Introuduction au droit*, Litec, p. 1; 张民安:《法国民法》,4页,北京:清华大学出版社,2015。

<sup>③</sup> Alex Weill et Francois Terré, *Droit Civil, Introduction générale*, 4e édition, Dalloz, p. 3; Francois Terré, *Introuduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, p. 2; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10 e édition, puf, p. 374.

<sup>④</sup> Alex Weill et Francois Terré, *Droit Civil, Introduction générale*, 4e édition, Dalloz, p. 3; Francois Terré, *Introuduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, p. 2; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10 e édition, puf, p. 374; Jean Carbone, *Droit civil, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple*, puf, p. 9; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille*, 17e édition, Dalloz, p. 3.

### (三) 不同地域或者不同时期的法律制度

在当今法国,“droit”一词有时用来指不同地域或者不同时期的法律制度(système juridique)。所谓不同地域或者不同时期的法律制度,是指对某一个国家或者某一个地区的人们的生活进行规范和调整的法律规范有机整体。<sup>①</sup>

例如,当人们说到“le droit chinois”(中国法律制度)、“le droit allemand”(德国法律制度)、“le droit anglo-saxon le droit anglais”(英国法律制度)或者“le droit français”(法国法律制度)时,他们所使用的“droit”一词均是指不同国家或者地域的法律制度。再例如,当人们说到“droit babylonine”(巴比伦的法律制度)、“droit romain”(罗马法律制度)和“ancien droit français”(法国旧法制度)时,他们所使用的“droit”一词也是指不同时期的法律制度。

### (四) 税负

在当今法国,“droit”一词有时用来指纳税人应当向国家税务机关缴纳的各种各样的税负。例如,当人们说到“droits de douane”(关税)、“droit d’acte”(契税)和“droit de consommation”(消费税)时,他们所使用的“droit”一词既不是指公平正义,也不是指法律科学、法学研究,更不是指法律制度,而是指公民应当向国家缴纳的“税负”。<sup>②</sup>

## 四、“droit”一词的基本含义：客观法律和主观权利

在当今法国,虽然“droit”一词的含义多种多样,但是,它最基本的含义有二:其一,它或者是指客观法律(droit objectif),也就是指对人的行为进行规范和调整的所有法律规范的有机整体(l’ensemble)。其二,它或者是指“主观权利”(droits subjectifs),也就是指人所享有的能够做出某种行为或者不做出某种行为、能够获得某种利益或者不获得某种利益的权力(pouvoirs)和特权(les prérogatives)。

在当今法国,所有民法学者均承认,“droit”一词具有这两种最基本的含义,只要他们承认民法总论的存在,则他们均会在其民法著作当中对这一术语所具有的这两种不同含义做出明确的说明。

### (一) 民法学者在其《民法总论》当中对这一术语所具有的两种基本含义做出的说明

在当今法国,所有民法学者均在其出版的《民法总论》当中对“droit”一词所具有的上述两种基本含义做出了说明,他们均承认,虽然“droit”一词的含义多种多样,但是,它最基本的、最重要的含义是指客观法律和主观权利。

例如,在其《民法总论》当中, Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud 和 Francois Chabas 等人就对“droit”一词所具有的上述两种基本含义做出了说明,他们指出:“任

<sup>①</sup> Alex Weill et Francois Terré, Droit Civil, Introduction générale, 4e édition, Dalloz, p. 3; Francois Terré, Introduction générale au droit, 9e édition, Dalloz, p. 3; Gérard Cornu, Droit civil, Introduction au droit, 13 e édition, Montchrestien, p. 1; Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 10 e édition, puf, p. 373.

<sup>②</sup> Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 10 e édition, puf, p. 376.

何涉及人的认知的科学均需有自己的语言,其他科学是如此,法律科学同样是如此。在法律科学领域,在对法律进行研究时,人们所遭遇的困难会因为两个理由而增加:其一,虽然法律词语经常是从人们使用的日常用语当中借用过来的,但是,一旦被借用过来之后,这些法律词语的含义不仅会受到最大程度的限制,并且常常具有不同于日常用语当中的含义;其二,虽然法国的法律词语是准确的,但是,同一个法律词语可能有几种不同的含义。法国法律当中的‘droit’一词就是如此:有时,人们将‘droit’一词理解为法律规范的有机整体,此时,他们将法律规范称为‘客观法律’;有时,人们将‘droit’一词理解为人所享有的这样或者那样的特权,诸如财产所有权和承租权,等等。此时,它不再是指法律,而仅仅是指一种或者几种权利。为了避免将法律(le droit)与权利(les droits)混淆,人们将‘客观法律’与‘主观权利’对应起来,其中的主观权利是指人即权利主体所享有的特权。”<sup>①</sup>

再例如,在其《民法总论》当中, Henri Roland 和 Laurent Boyer 也对“droit”一词所具有的上述两种基本含义做出了明确说明,他们指出:“无论‘droit’一词在词源学上的含义是什么,它在今时今日的法国法律当中均具有两种不同的含义:有时,它是指对人在社会当中的关系进行规范和调整的、其遵守获得公权力机关保障的所有行为规范。此时,人们将其称为‘客观法律’……有时,它则是指人所享有的能够使用某种物或者要求别人对其实施某种给付行为的权力。此时,人们不再将其看作一般法律,而是将其看作一种或者几种权利,这就是所谓的‘主观权利。’”<sup>②</sup>

同样,在其《民法总论》当中, Francois Terré 也对“droit”一词所具有的上述两种基本含义做出了明确说明,他指出:“‘droit’一词是指两种既有重大差异也有联系的事物,通过大小写的方式,人们将它们区分开来:其一,法律(le Droit),是指行为规范的有机整体,无论一个既定的社会是否秩序井然,它均对人们之间的关系进行规范和调整。对于此种有机整体,人们将其称为‘客观法律’。其二,权利(les droits),是指法律、客观法律所承认的个人或者组织所享有的特权,当个人或者组织与别人之间存在某种关系时,他们能够对别人主张这些特权,在他们享有的特权受到侵犯的情况下,他们能够寻求公权力机关甚至社会的协助和保护,例如,人们享有的财产所有权、债权和投票权,等等。”<sup>③</sup>

## (二) 民法学者在其具有综合性质的民法著作当中对这一术语所具有的两 种基本含义做出的说明

在法国,即便民法学者没有出版《民法总论》的民法著作,他们仍然会在其具有综合性质的民法著作当中对“droit”一词所具有的上述两种不同含义做出说明,因为,在这些民法著作的总论部分,他们也会采取上述民法学者所采取的做法。

① Henri et Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, Lecons de DROIT CIVIL, Tome Premier, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, p. 11.

② Henri Roland Laurent Boyer, Introduction au droit, Litec, p. 1.

③ Francois Terré, Introduction générale au droit, 10e édition, Dalloz, p. 3.

例如,在其《民法教程》当中,Michel de JUGLART、Alain PIEDEEVRE 和 Stéphane PIEDEEVRE 就对“droit”一词所具有的上述两种基本含义做出了说明,他们指出:“‘droit’一词的主要含义有二:其一,它是指由公权力机构强加给社会公众所遵守的所有规范的有机整体,人们将其称为客观法律。其二,它是指个人所享有的权力、某一个确定的人所享有的特权、做出某种行为的权力,人们将其称为主观权利。”<sup>①</sup>

再例如,在其《民法》当中,Michèle Muller 也对“droit”一词所具有的上述两种基本含义做出了说明,他指出:“droit 一词有两种含义:法律规范的有机整体即‘客观法律’和人根据客观法律所享有的特权即‘主观权利’。法律规范的目的在于确定个人所享有的特权,换言之,‘客观法律’的目的在于确定‘主观权利’。”<sup>②</sup>

同样,在其《民法》当中,Pierre Voirin 和 Gilles Goubeaux 也对“droit”一词所具有的上述两种基本含义做出了说明,他们指出:“在面对法律规范自身或者法律规范对个人所产生的结果时,人们会在两种不同的意义上使用‘droit’一词:其一,有时,它是指对个人之间或者个人与公权力机构之间的关系进行规范和调整的所有社会规范的有机整体,人们有时也将其称为客观法律……有时,它则是指人所享有的并且受到公权力机构保护的能够实施某种行为的权力,人们也将其称为主观权利。对某一个确定的人而言,主观权利是有关法律规范所产生的后果。例如,原则上,财产所有权人有权对自己的财产做出任何行为。”<sup>③</sup>

### (三) 民法学者在其他的著作当中对这一术语所具有的两种基本含义做出的说明

除了在他们的《民法总论》和具有综合性的民法著作当中对“droit”一词所具有的上述两种基本含义做出了说明之外,法国民法学者还在其他的著作当中对这一术语所具有的上述两种不同含义做出了说明。

例如,除了在其《民法总论》当中对“droit”一词所具有的上述两种不同含义做出说明之外,<sup>④</sup>在其主编的《法律词典》当中,Gérard Cornu 也对这一术语所具有的上述两种不同含义做出了明确说明。他指出,在法国,droit 一词或者是指与主观权利相对应的客观法律,所谓客观法律,是指由社会制定并且加以保障的行为规范的有机整体,这些行为规范的有机整体被强加给社会成员,要求社会公众加以遵守;<sup>⑤</sup>或者是指与客观法律相对应的主观权利。所谓主观权利,是指客观法律承认并且加以保护的他人所享有的特权,这些特权或者允许他人做出某种行为,或者允许他人要求别人做出某种行为,或者允许他人禁止别人做出某种行为。例如财产所有权和债权,等等。<sup>⑥</sup>

<sup>①</sup> Michel de JUGLART Alain PIEDEEVRE Stéphane PIEDEEVRE, Cours de droit civil, introduction, personnes, famille, Seizième édition, Montchrestien, p. 5.

<sup>②</sup> Michèle Muller, Droit civil, 5e, édition, Sup'Foucher, p. 7.

<sup>③</sup> Pierre Voirin Gilles Goubeaux, Droit civil, tome 1, Introduction au droit, personnes - famille, personnes protégées, biens - obligations, sûretés, 33e édition, L. G. D. J, pp. 18-19.

<sup>④</sup> Gérard Cornu, Droit civil, Introduction au droit, 13 e édition, Montchrestien, p. 14.

<sup>⑤</sup> Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 10 e édition, puf, p. 373.

<sup>⑥</sup> Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 10 e édition, puf, p. 374.

## 五、区分“droit”究竟是“法律”还是“权利”的不同方式

在法国,既然“droit”一词同时具有两种不同的含义即“法律”(droit)和“权利”(droit),则在具体的语境或者场景当中,人们如何判断他人使用的这一术语究竟是指“法律”还是指“权利”?对此问题,法国民法学者做出了明确回答,他们认为,鉴于“法律”和“权利”均由“droit”一词来表达,为了明确区分这一术语在不同语境或者不同场景当中的含义,人们应当采用三种不同的区分方式:其一,通过大小写的方式区分;其二,通过单复数的方式区分;其三,通过附加不同限定词的方式区分。

### (一) 通过大小写的不同方式区分“droit”一词的不同含义

为了明确他人在不同的语境或者不同的场景当中所使用的“droit”一词究竟是指“法律”还是“权利”,法国民法学者采取的第一种区分方式是,采用大小写的不同拼法将“droit”区分为“法律”和“权利”。

具体来说,在表示“法律”时或者在表示“客观法律”当中的“法律”,法国民法学者会使用大写的“Droit”一词,不会使用小写的“droit”一词。与之相对应,在表示“权利”时或者在表示“主观权利”当中的“权利”时,他们则会使用小写的“droit”一词,不会使用大写的“Droit”一词。

根据此种区分方式,如果人们发现民法学家在他们的民法著作当中使用了大写的“Droit”一词,则他们就会知道该词的含义是指“法律”“客观法律”当中的“法律”;反之,如果人们发现民法学家在他们的民法著作当中使用了小写的“droit”一词,则他们就会知道该词的含义是指“权利”“主观权利”当中的“权利。”

在法国,大量民法学家采取此种方式区分“droit”一词的两种不同含义。例如,在其《民法专论》当中,Ambroise Colin, Henri Capitant 和 Léon Julliot de la Morandière 就采取此种方式区分“droit”一词,因为,在表示“法律”时,他们使用了大写的“Droit”一词,<sup>①</sup>而在表示“权利”时,他们则使用了小写的“droit”一词。<sup>②</sup>

再例如,在其《灵活法律》当中,Jean Carbonnier 也采取此种方式区分“droit”一词的不同含义,因为在该著作当中,他明确使用了“le Droit à majuscule”(大写的法律)和“le droit à minuscule”(小写的权利)这样的术语。<sup>③</sup>同样,在其《民法总论》当中,Francois Terré 也采取此种区分方式,因为,在表示“法律”时,他使用了大写的“Droit”一词,而在表示“权利”时,他则使用小写的“droit”一词。<sup>④</sup>

虽然此种区分方式为众多的民法学家所采用,但是,此种区分方式也存在一定的问题,其中最大的问题是,此种做法不符合一般的语法要求,因为,一个词语是否采用大小

① Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Librairie Dalloz, pp. 3-6.

② Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Librairie Dalloz, pp. 6-8.

③ Jean Carbonnier, *Flexible Droit*, 10e édition, L. G. D. J., p. 105.

④ Francois Terré, *Introuduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, p. 3.

写的不同方式,一个词语何时采取大写的方式,何时采取小写的方式,应当根据语法规则确定,人们不应当为了区分同一个词语的不同含义而擅自改变既有的语法规则,否则,可能会使既有的语法规则凌乱不堪。

## (二) 通过单复数的不同方式区分“droit”一词的不同含义

为了明确他人在不同的语境或者不同的场景当中所使用的“droit”一词究竟是指“法律”还是“权利”,法国民法学者采取的第二种区分方式是,采用单复数的方法将“droit”区分为“法律”和“权利”。

具体来说,在表示“法律”时或者在表示“客观法律”当中的“法律”时,法国民法学者会使用单数的“le droit”一词或者“droit”一词,不会使用复数的“les droits”一词或者“droits”一词。与之相对应,在表示“权利”时或者在表示“主观权利”当中的“权利”时,他们则会使用复数的“les droits”一词或者“droits”一词,不会使用单数的“le droit”一词或者“droit”一词。

根据此种区分方式,如果人们发现民法学家在他们的民法著作当中使用了单数的“le droit”一词或者“droit”一词,则他们就会知道该词的含义是指“法律”“客观法律”当中的“法律”;反之,如果人们发现民法学家在他们的民法著作当中使用了复数的“les droit”一词或者“droits”一词,则他们就会知道该词的含义是指“权利”“主观权利”当中的“权利”。

在法国,大量民法学家采取此种方式区分“droit”一词的两种不同含义。例如,在其《民法专论》当中,Ambroise Colin、Henri Capitant 和 Léon Julliot de la Morandière 就采取此种方式区分“droit”一词,因为,在表示“法律”时,他们使用了单数的“le Droit”一词,<sup>①</sup>而在表示“权利”时,他们则使用了复数的“les droits”一词。<sup>②</sup>

再例如,在其《民法》当中,Jean Carbonnier 也采取此种方式区分“droit”一词的不同含义,因为在该著作当中,他使用了单数“le droit”一词来表示“法律”,而使用了复数“les droits”一词来表示“权利”<sup>③</sup>。同样,在其《民法总论》当中,Francois Terré 也采取此种区分方式,因为在表示“法律”时,他使用了单数的“le Droit”,而在表示“权利”时,他则使用了复数的“les droits”。<sup>④</sup>

不过,此种方法也存在一定的问题,因为此种做法也违反了基本的语法规则。一方面,即便是指“法律”或者“客观法律”当中的“法律”,人们有时也必须使用复数的“les droits”一词,因为,世界上的“法律”或者“客观法律”多种多样。另一方面,即便是指“权

① Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Librairie Dalloz, pp. 3-6.

② Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Librairie Dalloz, pp. 6-8.

③ Jean Carbonnier, *Droit civil*, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple, puf, p. 187.

④ Francois Terré, *Introuduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, p. 3.

利”或者“主观权利”当中的“权利”，人们有时也必须使用单数的“le droit”，因为，虽然人们享有的主观权利多种多样，但是，人们可能仅仅享有一种权利，此时，他们还使用复数的“les droits”就显得滑稽可笑了。因为这样的原因，此种区分方式也存在不尽人意的地方。

### （三）通过附加形容词这一限定词的方式区分法律和权利

为了明确他人在不同的语境或者不同的场景当中所使用的“droit”一词究竟是指“法律”还是“权利”，法国民法学者采取的第三种区分方式是，在“droit”一词之后附加不同的形容词，通过所附加的不同形容词来限定“droit”一词的含义。

具体来说，在表示“法律”时，法国民法学者会在“droit”一词之后附加形容词“objectif”，通过该词来定义被其限定的“droit”一词的含义。在法国，对“droit”一词加以限定的“objectif”一词是指“客观的”，当它与“droit”一词结合在一起时就形成了法国民法总论当中的第一个一般理论和一般制度，这就是“客观法律”，已如前述。而在表示“权利”时，法国民法学者会在“droit”一词之后附加形容词“subjectif”，通过该词来定义被其限定的“droit”一词的含义。在法国，对“droit”一词加以限定的“subjectif”一词是指“主观的”，当它与“droit”一词结合在一起时就形成了法国民法总论当中的第二个一般理论和一般制度，这就是“主观权利”，已如前述。关于这两个术语的详尽讨论，笔者将在下面的内容当中做出详细的讨论，此处从略。

根据此种区分方式，如果人们发现民法学家在他们的民法著作当中使用了“droit objectif”这样的法律术语，则他们就会知道这一法律术语当中的“droit”一词是指“法律”“客观法律”当中的“法律”；反之，如果人们发现民法学家在他们的民法著作当中使用了“droit subjectif”这样的法律术语，则他们就会知道这一术语当中的“droit”一词是指“权利”“主观权利”当中的“权利。”

在法国，此种区分方式往往同上述第一种区分方式和第二种区分方式结合在一起使用，表现在以下两个方面。

一方面，在表示“法律”时，法国民法学家普遍使用“le Droit objectif”这样的术语，这一术语具有三个特点：其一，是大写的“Droit”而不是小写的“droit”，符合上述第一种区分方式的要求；其二，是单数的“le Droit”而不是复数的“les droits”，符合上述第二种区分方式的要求；其三，附加了作为限定词的“objectif”，符合上述第三种区分方式的要求。

另一方面，在表示“权利”时，法国民法学家则普遍使用“les droits subjectifs”这样的术语，这一术语具有三个特点：其一，是小写的“droit”而不是大写的“Droit”，符合上述第一种区分方式的要求；其二，是复数的“les droits”而不是单数的“le droit”，符合上述第二种区分方式的要求；其三，附加了作为限定词的“subjectif”，符合上述第三种区分方式的要求。

在今天,此种区分方式为法国大多数民法学者所采取。<sup>①</sup>

## 第二节 民法的界定

在历史上,“民法”(le droit civil)这一术语源自罗马法,它是从古罗马时期的“le jus civile”一词直译(la traduction littérale)过来的,该词在古罗马时期的含义是指“市民法”(le droit des citoyens)、“公民法”,是指仅仅对罗马城邦、罗马帝国的市民和公民加以适用的法律。与该词相对应的一个词语是“万民法”(jus gentium droit des gens),该词在古罗马时期的含义是指对所有城市、所有民族和所有国家的公民均予以适用的法律。到了中世纪,“民法”这一术语不再与“万民法”相对应,而是与“教会法”(le jus canonicum)相对应,该法对教徒、教会组织与神职人员之间的关系进行规范和调整。<sup>②</sup>

虽然不同历史时期的民法学者均使用“民法”这一术语,但是,在不同的历史时期,“民法”这一术语的含义并不相同。在古罗马时期,民法的含义是最狭隘的,因为在那时,民法仅指一个城市、一个民族或者一个国家所适用的法律,不包括其他城市、民族或者国家所适用的法律。从中世纪开始一直到法国大革命时期,尤其是在法国旧法时期,民法的含义最广泛,因为在那时,民法是指古罗马时期的罗马法,也就是指古罗马时期的整个私法,而不仅仅是指古罗马时期的最狭义民法。

从1804年开始,随着《拿破仑民法典》正式走上历史舞台,它一跃成为民法领域的宠儿,罗马法、习惯法或者其他民法渊源正式从民法当中消退,民法不再等同于罗马法、习惯法或者其他的法律渊源,而是等同于立法者所制定的制定法,也就是等同于1804年的《拿破仑民法典》。不过,随着法国立法者在19世纪初期所制定的法律越来越多,民法也不再等同于私法,因为,除了立法者制定的《法国民法典》属于私法之外,立法者制定的《法国商法典》《法国民事诉讼法典》也被民法学者纳入私法的怀抱。也因为这样的原因,从19世纪开始,人们不再将民法与公法相对应,而是将包含了民法在内的私法与公法相对应。

法国19世纪的民法学者所采取的此种做法被法国当今民法学者所继承。因为,今时今日,民法不再等同于私法,民法属于私法的组成部分,属于私法当中的共同法、一般

<sup>①</sup> Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Librairie Dalloz, pp. 3-8; Jean Carbonnier, *Droit civil*, Volume I, Introduction Les personnes la famille, l'enfant, le couple, puf, p. 186; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil*, Introduction, Biens, Personne, Famille, 17<sup>e</sup> édition, Dalloz, p. 3; Pierre Voirin Gilles Goubeaux, *Droit civil*, tome 1, Introduction au droit, personnes - famille, personnes protégées, biens - obligations, sûretés, 33<sup>e</sup> édition, L. G. D. J., pp. 18-19; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1 vol. 2, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, pp. 11-12; Christian Larroumet Augustin Aynès, *Introduction à l'étude du droit*, 6<sup>e</sup> édition, Economica, p. 6.

<sup>②</sup> Henri et Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Leçons de DROIT CIVIL*, Tome Premier, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, p. 53; Henri Roland Laurent Boyer, *Introduction au droit*, Litec, p. 94.



法、普通法；在讨论民法时，人们不再将民法与公法看作处于对立地位、对应地位的两大法律部门，而是将私法与公法看作法律的两大部门。此外，从 19 世纪末期开始一直到今时今日，民法不再等同于制定法，除了制定法之外，民法还包括其他的法律渊源，诸如习惯法、民法学说和司法判例。

## 一、古罗马时期民法学者对民法做出的最狭义界定

在罗马法(dans le droit romain)当中，人们明确区分公法(droit public)和私法(droit privé)。其中的公法是指对共和国的重大事务(l'état de la république)进行规范和调整的法律，而其中的私法则是指对私人事务进行规范和调整的法律。<sup>①</sup> 在其《法学阶梯》当中，盖尤斯似乎没有对公法与私法之间的区分理论做出明确说明。不过，在其《法学阶梯》当中，查士丁尼皇帝则对公法与私法之间的区分理论做出了明确说明，他指出：所有法律均分为公法与私法。所谓公法，是指对罗马国家与其公民之间的关系进行规范和调整的法律。所谓私法，则是指对公民之间的关系进行规范和调整的法律。私法是由自然法、万民法和民法组成的。<sup>②</sup> 不过，虽然罗马法承认民法的存在并且也像现代社会一样将民法看作私法的组成部分，但是，罗马法当中的民法同现代社会当中的民法大异其趣，其含义或者范围完全不同。

### (一) 包含在私法当中的狭义民法

具体说来，在罗马法当中，人们将私法分成三大组成部分(trois parties)，民法仅仅是私法当中最狭小的一部分。

#### 1. 自然法

在罗马法当中，所谓自然法(droit naturel)，是指对人(hommes)和动物(bêtes)均共同(commun)适用的所有法律。当某种法律对人和动物共同适用时，则该种法律就是自然法。<sup>③</sup> 在其《法学阶梯》当中，查士丁尼皇帝对自然法做出了明确界定，他指出：所谓自然法，是指其性质源自所有动物(les animaux)的法律。实际上，自然法并不是人类所特有的法律。自然法的适用范围广泛，能够对海陆空当中的所有生物(les habitants)均加以适用。自然法要求雌性和雄性相互交配，要求他们从事生物的再生产活动，要求他们对其生育的后代进行教育。除了人要遵守自然法之外，所有的动物均应遵循此种法律。<sup>④</sup>

#### 2. 万民法

在罗马法当中，所谓万民法(droit des gens)，是指对所有民族(tous les peuples)、所有国家(toutes les nations)均共同适用的所有法律(toutes les lois)。当某种法律为

① Jean Domat, Œuvres complètes de J. Domat, Nouvelle édition par Joseph Rémy, tome I, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828, p. 57.

② L. Étienne, Institutes De Justinien, Traduites et Expliquées, Tome I, Paris, Cotillon, Libraire, 1845, p. 57.

③ Jean Domat, Œuvres complètes de J. Domat, Nouvelle édition par Joseph Rémy, tome I, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828, p. 57.

④ L. Étienne, Institutes De Justinien, Traduites et Expliquées, Tome I, Paris, Cotillon, Libraire, 1845, p. 58.

所有国家、所有民族共同适用时,则该种法律就是万民法。在罗马法当中,人们认为,有关契约方面的法律就属于万民法,因为所有国家均承认契约方面的法律,换言之,契约法在所有国家、所有民族均能够共同适用。<sup>①</sup> 因此,在罗马法当中,有关买卖契约、租赁契约、公司契约、保管契约和其他契约方面的法律均为万民法,因为这些契约方面的法律在所有国家均得到适用。<sup>②</sup>

### 3. 民法

在罗马法当中,人们仅仅对民法(*le droit civil*)做狭义的理解,因为他们认为,所谓民法,是指仅仅适用于某一个特定城市(*ville*)、特定民族(*peuple*)或者特定国家(*nation*)的法律,当某种法律仅在某一个特定城市、某一个特定民族或者某一个特定国家适用时,则该种法律就是民法。换言之,当某种法律在所有城市、所有民族或者所有国家均得到适用时,则该种法律就不是民法,因为该种法律是民法之外的另一类法律即万民法,已如前述。

因此,在罗马法当中,民法既不包括自然法,也不包括万民法,因为自然法和万民法并不是某一个特定的城市、特定的民族所适用的法律。在罗马法当中,人们之所以对民法采取最狭义的观点,将民法限定在某一个城市、某一个民族所适用的法律范围内,是因为在罗马法时期,不同城市、不同民族所适用的法律存在差异。<sup>③</sup>

#### (二) 盖尤斯对狭义民法做出的说明

在其《法学阶梯》当中,盖尤斯对最狭义的民法做出了明确界定,他指出:所有民族均受法律和习惯的规范和调整,所有民族均遵守两部分法律:其一,这些民族自身的法律;其二,所有人(*tous les hommes*)均共同适用的法律。

当某一个民族为其自身制定民族法律时,它为其自身所制定的此种法律就是其自身的法律,人们将每一个民族为其自身制定的法律称为民法。例如,同一个城市(*la cité même*)所适用的法律就是民法。除了应当遵守民族自身的法律即民法之外,所有民族也均应当遵守万民法。所谓万民法,是指自然理性(*la raison naturelle*)在所有人之间所建立的法律,此种法律之所以被称为万民法,是因为此种法律在所有国家均得到适用。因为这样的原因,罗马民族(*le peuple romains*)既会适用其自身的法律即民法,也会适用所有人共同适用的法律即万民法。<sup>④</sup>

在将民法限定在某一个城市、某一个民族或者某一个国家所特别适用的法律范围内时,盖尤斯在其《法学阶梯》当中援引了法国当时存在的三个民族即 *Galates*、

<sup>①</sup> Jean Domat, *Œuvres complètes de J. Domat*, Nouvelle édition par Joseph Rémy, tome I, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828, p. 57.

<sup>②</sup> Jean Domat, *Œuvres complètes de J. Domat*, Nouvelle édition par Joseph Rémy, tome I, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828, pp. 55-56.

<sup>③</sup> Jean Domat, *Œuvres complètes de J. Domat*, Nouvelle édition par Joseph Rémy, tome I, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828, p. 57.

<sup>④</sup> INSTIT. DE GAIUS, C. 1, § 1.; M. L. Domenget, *Institutes De Gaius*, nouvelle édition, Paris, A Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1866, p. 1.

Bithyniens 和 Athéniens 的法律 (le droit des Galates, le droit des Bithyniens le droit des Athéniens), 他也将这三个民族的法律称为民法。因此, “在当时, 民法也仅仅是指适用于这些法国人的特别法, 并不是指适用于所有文明国家的共同法。”<sup>①</sup>

### (三) 查士丁尼皇帝对狭义民法做出的说明

盖尤斯在其《法学阶梯》当中对狭义民法所做出的上述界定基本上被查士丁尼皇帝所采用, 在其《法学阶梯》当中, 查士丁尼皇帝也认为, 民法仅仅是指适用于某一个特定城市、特定民族或者特定国家的法律。

他指出, 除了应当对自然法做出界定之外, 我们也应当对民法和万民法做出说明 (penser)。所有民族均应当受到法律和习惯的规范和调整, 它们既应当受到自身法律和习惯的规范和调整, 也应当受到所有人共同适用的法律和习惯的规范和调整。

当一个民族受到其自身法律和习惯的规范和调整时, 人们将此类法律和习惯称为城市特别法 (droit spécial à la cité), 这就是民法。当一个民族受到所有人均共同适用的法律和习惯的规范和调整时, 人们将此类法律和习惯称为万民法, 因为所有民族均承认这些法律和习惯。罗马民族既承认罗马城市的特别法即民法, 也承认所有人均共同遵守的法律即万民法。<sup>②</sup>

## 二、法国旧法时期民法学者对民法做出的广义界定

### (一) 等同于罗马法的民法

在整个中世纪, “民法”一词的含义被拓展, 它从最狭义的民法被拓展到最广义的民法, 因为到了罗马帝国末期 (l'Empire romain), 人们既不知道法国 Galates 民族的民法, 也不知道法国 Bithyniens 民族或者 Athéniens 民族的民法, 他们唯一知道的民法就是古罗马人遗留下来的民法即罗马法 (le droit romain)。换言之, 在中世纪, 人们将罗马法等同于民法, 将民法等同于罗马法。

在中世纪, 人们所谓的民法之所以是最广义的民法, 是因为他们所谓的民法除了包含传统意义上的民法之外还包含传统意义上的公法。在中世纪, 在将民法等同于罗马法时, 人们所谓的等同于民法的罗马法是指查士丁尼皇帝在公元 6 世纪所编纂的所有罗马法 (les compilations de Justinien), 包括: 《学说汇纂》即《潘德克吞》《法典》《法学阶梯》和《新法》。换言之, 在中世纪, 人们所谓的民法仅仅是指查士丁尼皇帝的《民法大全》(Corpus Juris Civilis)。<sup>③</sup>

就内容而言, 查士丁尼皇帝的《学说汇纂》《法典》《法学阶梯》和《新法》既规定了私

① Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 9.

② L. Étienne, Institutes De Justinien, Traduites et Expliquées, Tome I., Paris, Cotillon, Libraire, 1845, p. 59.

③ Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 10; Henri Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, Leçons de DROIT CIVIL, Tome Premier, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, p. 53; Henri Roland Laurent Boyer, Introduction au droit, Litec, p. 94.

法的内容,也规定了公法的内容,这一点毫无疑问,中世纪的民法学家对此了如指掌。既然查士丁尼皇帝所编纂的罗马法同时包含了私法和公法的内容,中世纪的民法学家为何仍然将其等同于民法?其答案有二。

其一,在中世纪,民法学家并没有形成私法与公法区分的一般理论,在研究罗马法时,他们并不会像后世民法学者那样对其做出分门别类的区分,认为罗马法实际上包含了罗马私法和罗马公法两大法律部门。

其二,在中世纪,虽然民法学家深知罗马法当中包含公法和私法的内容,但是,在研究罗马法时,他们对罗马法当中的私法内容情有独钟、深研细究,而对罗马法当中的公法内容则兴趣全无、不闻不问。<sup>①</sup> 因为这样的原因,在中世纪,在将查士丁尼皇帝的上述四部法律著作汇编在一起时,民法学家将其称为《民法大全》,没有将其称为《法律大全》或者其他的任何名称。

## (二) 与民法相对应的寺院法

在中世纪,除了对民法采取最广义的界定之外,民法学家不再将“民法”与“万民法”相对应、相对立,而是将“民法”与“寺院法”或者“教会法”(le jus canonicum droit canonique)相对应、相对立,该法对教徒、教会组织与神职人员之间的关系进行规范和调整,因为,一方面,在中世纪,古罗马时期的“万民法”已经被纳入了“民法”当中,成为范围广泛的“民法”的组成部分;另一方面,在中世纪,虽然大学法学教授会对其学生开设法学课程,讲授法学的内容,但是,除了对其学生讲授罗马法和教会法的内容之外,他们不会讲授其他的内容。<sup>②</sup>

## (三) 排除了公法内容的民法

从17世纪开始一直到法国大革命之前的法国旧法时期,民法的定义和范围开始受到限制,它从最广义的民法回缩到不包含公法在内的民法,因为在这一时期,虽然民法学者仍然将民法等同于罗马法,但是,他们所谓的罗马法不再是查士丁尼皇帝的《民法大全》当中的所有罗马法,而是《民法大全》当中的私法,不包含《民法大全》当中的公法。换言之,在17世纪之后的法国旧法时期,民法学者所谓的民法等同于罗马法当中的私法,民法就是私法,私法就是民法,民法不再包含罗马法当中的公法内容。

在17世纪之后的法国旧法时期,民法学者之所以对民法做出这样的限缩理解,是因为从17世纪开始,在对罗马法进行研究时,人们开始对法律做出区分,认为所有的法律均可以分为私法和公法两大部门,私法即民法独立于公法,公法不应当被私法即民法

<sup>①</sup> Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit*, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 10; Henri Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Lecons de DROIT CIVIL, Tome Premier, Introuduction à l'étude du droit*, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, p. 53; Henri Roland Laurent Boyer, *Introuduction au droit*, Litec, p. 94.

<sup>②</sup> Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit*, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 10; Henri Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Lecons de DROIT CIVIL, Tome Premier, Introuduction à l'étude du droit*, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, p. 53; Henri Roland Laurent Boyer, *Introuduction au droit*, Litec, p. 94.

所包含。法国民法学者普遍认为,此种意义上的民法定义为法国 17 世纪的著名法学家、被誉为《法国民法典》之祖父的 Domat 所首创,因为他们认为,在其《自然秩序当中的民法》(也被称为《民法》)当中,Domat 对“民法”做出了新的界定,认为民法就是私法,私法就是民法,“民法”与私法是同义词,能够相互替代。<sup>①</sup>

在 17 世纪,Domat 出版了自己的民法著作《自然秩序当中的民法》。在该《民法》当中,Domat 对古罗马时期的民法概念做出了分析,认为古罗马时期的民法概念太过狭窄,不符合 17 世纪社会发展的需要,因为,在对民法做出定义时,它将自然法、万民法甚至某些公法的内容从民法当中排除出去了,导致罗马法当中的民法无法涵盖诸如契约这样的内容。Domat 指出,在理解民法时,我们不应当像罗马法那样将其限定在某一个城市或者某一个民族的范围内,认为民法等同于该城市或者该民族自身的法律,而应当对民法做广义的理解,将民法等同于罗马法,除了包含某些公法的内容之外,民法也应当包含某些教会法的内容,也就是自然法的内容。<sup>②</sup>

不过,在将民法等同于罗马法的同时,Domat 也对等同于民法的罗马法做出了限定,认为等同于民法的罗马法也仅仅是指罗马法当中的私法,并不包括罗马法当中的公法,人们不应当将罗马法当中的公法内容看作民法的内容。为了明确区分民法和公法,除了出版了《自然秩序当中的民法》之外,Domat 还出版了另外一部名著即《公法》(droit public)。通过这样的方式,他一方面将民法限定在罗马私法的范围内,另一方面又将民法与公法对应起来、对立起来并因此正式建立起私法与公法的区分理论。所不同的是,在此时,与公法对应的私法仅仅是指民法,并不包括后世学者所谓的商法、民事诉讼法等内容。

在 Domat 的上述做法确立之后,他的此种做法就被 17 世纪之后的民法学者所坚持,在讨论民法时,这些民法学者一方面将民法等同于查士丁尼皇帝的《民法大全》,另一方面又将民法看作与公法处于对立地位的法律部门,将公法的内容从民法当中排除掉。例如,在 18 世纪,被誉为《法国民法典》之父的 Pothier 就采取这样的做法。在 18 世纪,在建立系统化、体系化的法国法时,虽然 Pothier 成功地调和了罗马法和习惯法之间的关系,但是,他仅仅将罗马法看作民法,没有将习惯法看作民法的组成部分。因为,就像 17 世纪的 Domat 一样,他所谓的民法也仅仅是指查士丁尼皇帝时期的罗马法即《民法大全》,并不包括法国旧法时期的习惯法。关于 Pothier 对罗马法和习惯法之间的关系所做出的说明,笔者将在下面的内容当中做出详细的讨论,此处从略。

<sup>①</sup> Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit*, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 10; Henri Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Lecons de DROIT CIVIL, Tome Premier, Introuduction à l'étude du droit*, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, p. 53; Henri Roland Laurent Boyer, *Introuduction au droit*, Litec, p. 94.

<sup>②</sup> Jean Domat, *Œuvres complètes de J. Domat*, Nouvelle édition par Joseph Rémy, tome I, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828, pp. 57-58.

### 三、法国 19 世纪的民法学者对民法做出的界定

#### (一) 法条注释法学派所采取的两种不同界定方式

在 19 世纪,法国民法学者对民法做出的界定不同于法国旧法时期的民法学者所做出的界定,因为到了 19 世纪,随着《拿破仑民法典》在 1804 年的颁行,民法学者普遍不再将罗马法或者法国旧法时代的习惯法看作民法,而是将《拿破仑民法典》看作唯一的民法,这就是法国 19 世纪的法条注释法学派所采取的方法。关于这一点,笔者将在下面的内容当中做出详细的讨论,此处从略。

不过,在如何界定民法的问题上,法国 19 世纪的法条注释法学派之间仍然存在差异,不同的民法学者有不同的意见,主要有两种不同的理论,这就是狭义的民法理论和广义的民法理论。所谓狭义的民法理论,是指民法学者明确区分私法和公法,认为仅私法当中对私人关系进行规范和调整的共同法、普通法或者一般法属于民法,民法既不包括私法当中的商法、民事诉讼法或者其他法律,也不包含公法的内容。所谓广义的民法理论,则是指民法学者并不明确区分私法和民法、私法和公法,因为他们认为,除了商法典、民事诉讼法属于民法的内容之外,宪法、行政法也属于民法的内容。

在法国,Charles Demolombe 采取狭义的民法理论,因为,他不仅将民法看作私法的组成部分,而且还将包含了民法的私法与公法相对应。在法国,Charles Aubry 和 Charles Rau 则采取广义的民法理论,因为,他们不仅认为民法包含了商法和民事诉讼法,而且还认为民法包含了公法。

#### (二) Charles Demolombe 采取的狭义民法理论

在 1865 年的《拿破仑民法典教程》当中,法国 19 世纪的著名学者 Charles Demolombe 就采取上述第一种理论界定民法。他认为,根据制定法所规范和调整的对象不同,人们可以将制定法分为宪法、行政法、民事制定法和商事制定法等不同的类型。虽然在古罗马时期,人们将这些法律统称为“民法”,但是在今时今日,此种范围广泛的民法既无法在法国适用,也无法在大部分的欧洲国家适用,<sup>①</sup>因为,“在今时今日,在对民法做出界定时,民法学者所谓的民法是指一个国家的立法者所制定的一部分法律,这一部分的法律对公民的私人利益加以规范和调整。不过,在具体界定民法时,人们还应当区分对公民私人利益加以规范和调整的民法和对私人利益加以规范和调整的商法。”<sup>②</sup>

“在对‘droit’一词的不同含义做出说明时,我们还应当对制定法做出两种基本的区分,因为,虽然立法者会制定各种各样的法律,但是,他们制定法律的目的存在差异:立法者之所以会制定某些法律,其目的在于规范和调整公共机构的组织,例如,我们的立

<sup>①</sup> Charles Demolombe, Cours de Code Napoléon, Tome I, 3e édition, 1865, Paris Auguste Durand Libraire L. Hachette et Cie Libraire, pp. 14-15.

<sup>②</sup> Charles Demolombe, Cours de Code Napoléon, Tome I, 3e édition, 1865, Paris Auguste Durand Libraire L. Hachette et Cie Libraire, p. 15.

立法者制定的宪法；而立法者之所以会制定另外的一些法律，其目的在于规范和调整公民之间的私人关系，例如，我们的立法者制定的《拿破仑民法典》和商法典，等等。人们将立法者制定的第一类法律称为公法，而将立法者制定的第二类法律称为私法。”<sup>①</sup>

Demolombe 认为，人们之所以应当区分私法和公法，其主要原因有二：其一，私法与公法所保护的利益性质不同。虽然私法和公法均保护某种利益，但是，它们所保护的利益性质不同。总的说来，私法仅仅保护个人利益、与个人有关的利益，换言之，私法仅仅保护私人利益。而公法则不同，公法直接或者间接保护一般利益、公共利益。<sup>②</sup>其二，是否能够放弃或者违反的不同。虽然私法和公法均是立法者所制定的法律，但是，人们既可以放弃纯私法，也可以违反纯私法，当他们放弃或者违反纯私法时，他们的放弃行为或者违反行为并非无效。而公法则不同，人们既不得放弃公法，也不得违反公法，否则，他们的放弃行为或者违反行为将会无效。<sup>③</sup>

### （三）Charles Aubry 和 Charles Rau 采取的广义民法理论

在 1869 年的《法国民法教程》当中，法国 19 世纪的著名学者 Charles Aubry 和 Charles Rau 则采取了上述第二种理论界定民法，因为他们认为，除了传统上被认为属于私法范围的所有法律在性质上属于民法之外，传统上被认为属于公法范畴的宪法、行政法和其他法律在性质上也属于民法。

一方面，虽然他们认为立法者制定的法律多种多样，但是，他们并不同意将立法者制定的所有法律分为私法和公法两大部门。他们指出，无论立法者制定的法律是什么，它们均不能够被看作单纯的私法或者单纯的公法，因为，立法者制定的所有法律均同时规范和调整私人利益和公共利益。因此，法国《拿破仑民法典》也罢，法国的民事诉讼法也罢，法国的宪法也罢，它们均具有双重目的，因为它们既规范和调整私人之间的关系，也同时规范和调整国家公共机构的组织和国家与其公民之间的关系。<sup>④</sup>

另一方面，在研究民法时，他们采取广义的民法理论，除了没有像其他民法学者那样将民法看作私法的组成部分之外，他们还将一般民法学者所谓的其他私法看作民法的内容，因为他们认为，在制定法的时代，尤其是在《拿破仑民法典》的时代，所有对私人关系进行规范和调整的法律在性质上均属于民法，所不同的是，对私人关系进行规范和调整的某些民法在性质上属于一般民法(droit civil général)，而对私人关系进行规范和调整的某些民法在性质上属于特别民法(droit civil spécial)。其中的一般民法除了包含《拿破仑民法典》之外还包括习惯法，而其中的特别民法则是指立法者制定的各种各

<sup>①</sup> Charles Demolombe, Cours de Code Napoléon, Tome I, 3e édition, 1865, Paris Auguste Durand Libraire L. Hachette et Cie Libraire, p. 15.

<sup>②</sup> Charles Demolombe, Cours de Code Napoléon, Tome I, 3e édition, 1865, Paris Auguste Durand Libraire L. Hachette et Cie Libraire, pp. 15-16.

<sup>③</sup> Charles Demolombe, Cours de Code Napoléon, Tome I, 3e édition, 1865, Paris Auguste Durand Libraire L. Hachette et Cie Libraire, p. 16.

<sup>④</sup> MM C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français D'après L. la Méthode De Zachariae, Tome I, 4e édition, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 1869, pp. 2-3.

样的特别法,诸如法国立法者所制定的商法典和信用担保法,等等。<sup>①</sup>

#### 四、法国民法学者在 20 世纪前半期对民法做出的界定

从 20 世纪初期开始一直到 20 世纪 50 年代之前,在民法的界定问题上,法国民法学者一方面采取了狭义的民法理论,认为民法属于私法的组成部分,包含了民法的私法与公法相对应、相对立;另一方面又采取了广义的民法理论,认为民法除了包含制定法、《法国民法典》之外还包含非制定法,诸如习惯法、司法判例和民法学说等。

##### (一) Marcel Planiol 对民法做出的狭义和广义界定

例如,在 1904 年的《民法专论》当中,Marcel Planiol 就采取此种方式界定民法,因为,在该著作当中,他同时对民法做出了狭义的界定和广义的界定。

一方面,在其《民法专论》当中,Marcel Planiol 对民法做出了狭义的界定,认为民法属于私法的组成部分,民法不再直接与公法相对应、相对立。他指出,在法律的分类问题上,最主要的、最有用的分类是公法和私法的分类,所谓公法,是指为了一般利益(intérêt général)而对人根据主权的委托所实施的行为加以规范和调整的法律。所谓私法,则是指对私人以个人名义并且为了个人利益(intérêts individuels)而实施的行为进行规范和调整的法律。<sup>②</sup> 公法可以细分为宪法、行政法和刑法三种,<sup>③</sup>而私法也可以细分为民法、民事诉讼法和商法三种。<sup>④</sup>

根据此种理论,民法不再等同于私法,民法不再直接与公法相对应、相对立,它属于私法的组成部分,并且私法替代了民法而直接处于与公法相对应、相对立的地位。不过,虽然民法属于私法的组成部分,但是,民法在私法当中的地位要比其他法律部门在私法当中的地位重要,因为它构成私法的共同法。他指出,所谓民法,是指包含了大部分私法内容并且构成一个国家共同法的那些法律。换言之,所谓民法,是指对家庭、继承、财产所有权和大部分契约加以规范和调整的法律。<sup>⑤</sup>

另一方面,在其《民法专论》当中,Marcel Planiol 也对民法做出了广义的界定,认为除了制定法、《法国民法典》属于民法的渊源之外,非制定法也属于民法的渊源,因为他指出,民法的渊源有两种,这就是制定法和习惯法。<sup>⑥</sup> 其中的制定法当然是指立法者制

① MM C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français D'après Lla Méthode De Zachariae, Tome I, 4e édition, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 1869, pp. 42-48.

② Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 8.

③ Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, pp. 8-9.

④ Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, pp. 9-11.

⑤ Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 9.

⑥ Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 5.



定的法律,也就是《法国民法典》。<sup>①</sup> 而其中的习惯法则具有不同的含义,这就是,除了人们通常所说的习惯属于习惯法之外,法官做出的判决即司法判例也属于习惯法,也构成民法的渊源。<sup>②</sup>换言之,Marcel Planiol 实际上认为,民法的渊源有三种:制定法、严格意义上的习惯和法官的司法判例。

## (二) Gabriel Baudry-Lacantinerie 和 Maurice Houques-Fourcade 对民法做出的狭义和广义界定

再例如,在 1907 年的《民法理论和实践专论》<sup>③</sup>当中,法国民法学者 Gabriel Baudry-Lacantinerie 和 Maurice Houques-Fourcade 也采取此种方式界定民法,因为在该著作当中,他们一方面对民法做出了狭义的界定,另一方面又对民法做出了广义的界定。

一方面,在其《民法理论和实践专论》当中,Gabriel Baudry-Lacantinerie 和 Maurice Houques-Fourcade 对民法做出了狭义的界定,认为民法属于与公法处于对立、对应地位的私法的组成部分,属于私法的共同法。他们指出,虽然公法和私法的分类早在罗马法时代就被罗马法学家所采取,但是,此种分类方法并没有获得 Charles Aubry 和 Charles Rau 的承认。虽然如此,在法律的类型方面,人们仍然应当采取此种分类方法,将所有的国内法分为公法和私法两类。<sup>④</sup>

所谓公法,是指对公权力机构的组织和私人与公权力机构之间的关系进行规范和调整的法律。公法包括宪法、行政法和刑法三种。<sup>⑤</sup> 所谓私法,则是指对私人与私人之间的关系或者私人与公权力机构之间的某些关系进行规范和调整的法律。私法包含民法和商法等。<sup>⑥</sup> 在历史上,虽然民法被视为私法,民法等同于私法,但是,在今天,民法不再等同于私法,因为,除了民法属于私法之外,商法也属于私法。不过,即便私法同时包含民法和商法,民法在私法当中的地位要比商法在私法当中的地位高,因为民法属于私法的共同法,能够在整个私法领域获得普遍的、一般的适用。<sup>⑦</sup>

另一方面,在其《民法理论和实践专论》当中,Gabriel Baudry-Lacantinerie 和 Maurice Houques-Fourcade 也对民法做出了广义的界定,因为他们认为,除了制定法属

① Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit*, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 5.

② Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit*, t. I, 3e édition, Paris Librairie Cotillon F. Pichon successeur, éditeur, 1904, p. 6.

③ G. Baudry-Lacantinerie M. Houques-Fourcade, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. I, 3e édition, Librairie de la Société du Recueil Recueil J. -B. Sirey et du Journal du Palais, 1907.

④ G. Baudry-Lacantinerie M. Houques-Fourcade, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. I, 3e édition, Librairie de la Société du Recueil Recueil J. -B. Sirey et du Journal du Palais, 1907, p. 13.

⑤ G. Baudry-Lacantinerie M. Houques-Fourcade, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. I, 3e édition, Librairie de la Société du Recueil Recueil J. -B. Sirey et du Journal du Palais, 1907, pp. 13-14.

⑥ G. Baudry-Lacantinerie M. Houques-Fourcade, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. I, 3e édition, Librairie de la Société du Recueil Recueil J. -B. Sirey et du Journal du Palais, 1907, p. 14.

⑦ G. Baudry-Lacantinerie M. Houques-Fourcade, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. I, 3e édition, Librairie de la Société du Recueil Recueil J. -B. Sirey et du Journal du Palais, 1907, p. 14.

于民法的渊源之外,非制定法也属于民法的渊源。不过,虽然他们认为非制定法属于民法的渊源,但是,他们对非制定法做出最狭义的解释,认为非制定法仅指习惯法,既不包括法官做出的司法判例,也不包括民法学者的民法学说。<sup>①</sup>

### (三) Jean Brethe de La Gressaye 和 Marcel Laborde-Lacoste 对民法做出的狭义和广义界定

同样,在 1947 年的《民法总论》<sup>②</sup>当中, Jean Brethe de La Gressaye 和 Marcel Laborde-Lacoste 也采取上述方式界定民法,在将民法限定在私法范围内的同时,他们也承认民法渊源的多样化。

一方面,在其《民法总论》当中, Jean Brethe de La Gressaye 和 Marcel Laborde-Lacoste 对民法做出了狭义的界定,认为民法属于与公法相对应、相对立的私法的组成部分,属于私法的共同法。他们指出,根据法律的目的不同,人们可以将法律分为公法和私法两大部门。所谓公法,是指对公共机构的组织和公共机构与私人之间的关系进行规范和调整的法律。<sup>③</sup> 公法包括宪法、行政法、财政法、刑法和诉讼法。<sup>④</sup> 所谓私法,则是指对私人之间的关系进行规范和调整的法律,换言之,所谓私法,是指涉及私人利益的法律。<sup>⑤</sup> 除了包括民法之外,私法还包括其他的法律部门,诸如:海商法,农村法,劳动法或者工业法,等等。<sup>⑥</sup> 虽然私法所包含的内容众多,民法仅仅是其中的一种,但是,民法是私法的基本法,是最重要的、最完全的、最完善的私法。<sup>⑦</sup>

另一方面,在其《民法总论》当中, Jean Brethe de La Gressaye 和 Marcel Laborde-Lacoste 也对民法做出了广义的界定,因为他们认为,除了制定法属于民法之外,民法还包括其他的渊源。不过,同 Marcel Planiol、Baudry-Lacantinerie 和 Maurice Houques-Fourcade 不同,在其《民法总论》当中, Jean Brethe de La Gressaye 和 Marcel Laborde-Lacoste 对民法渊源采取了最广义的界定,认为除了行为人实施的法律行为在性质上属于法律渊源即民法之外,除了立法者制定的法律在性质上属于民法渊源即民法之外,法

① G. Baudry-Lacantinerie M. Houques-Fourcade, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. I, 3<sup>e</sup> édition, Librairie de la Société du Recueil Recueil J. -B. Sirey et du Journal du Palais, 1907, pp. 16-25.

② Jean Brethe de La Gressaye Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947.

③ Jean Brethe de La Gressaye Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 107.

④ Jean Brethe de La Gressaye Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, pp. 111-120.

⑤ Jean Brethe de La Gressaye Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 108.

⑥ Jean Brethe de La Gressaye Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, pp. 120-123.

⑦ Jean Brethe de La Gressaye Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 121.

官的司法判例、习惯、法律的一般原则和民法学说也均属于民法的渊源即民法。<sup>①</sup>

## 五、法国当今民法学者对民法做出的界定

从 20 世纪 50 年代开始一直到今时今日,在界定民法时,民法学者所采取的方式同 50 年代之前的民法学者所采取的方式大同小异。所谓大同,是指当今的民法学者像 50 年代之前的民法学者一样对民法做出狭义的界定,这就是,在将包含了民法在内的私法与公法相对应、相对立的同时,他们突出强调民法在私法当中的一般法、共同法地位。所谓小异,则是指当今的民法学者虽然像 50 年代之前的民法学者那样对民法采取广义的界定,认为民法不限于制定法,还包括非制定法,但是,在非制定法的范围方面,法国当今民法学者持更加开放、宽泛的态度,因为他们认为,除了制定法之外,民法的渊源还包括习惯、司法判例、民法学说甚至法律的一般原则。

### (一) 法国民法学者对民法做出的广义和狭义界定

#### 1. 法国民法学者对民法做出的广义界定

在当今法国,民法学者会对民法做出广义的界定,因为,在讨论民法渊源、法律渊源时,法国民法学者普遍认为,除了制定法属于民法的渊源之外,习惯和惯例、法官的司法判例、民法学者的民法学说甚至法律的一般原则也均属于民法的渊源。<sup>②</sup> 例如,在其《民法总论》当中,Boris Starck 就对民法做出了广义的界定,因为他认为,除了制定法属于民法渊源之外,习惯、司法判例和民法学说也均属于民法渊源。<sup>③</sup>

再例如,在其《民法总论》当中,Philippe Malaurie 和 Patrick Morvan 也对民法做出了广义的界定,因为他们也认为,民法除了包括制定法之外还包括非制定法,其中的非制定法除了包括习惯惯例、法官的司法判例之外还包括民法学者的民法学说。<sup>④</sup> 同样,在其《民法总论》当中,Rémy Cabrillac 也对民法做出了广义的界定,因为他认为,除了制定法属于民法渊源、法律渊源之外,司法判例、习惯、民法学说和法律的一般原则也属于民法渊源、法律渊源。<sup>⑤</sup>

#### 2. 法国民法学者对民法做出的狭义界定

在当今法国,除了会对民法做出广义的界定之外,民法学者也会对民法做出狭义的界定,因为他们认为,民法在性质上属于私法的组成部分,私法与民法之间不能够再画等号,民法不再等同于私法,私法也不再等同于民法,私法除了包含民法之外还包含商法、民事诉讼法和其他法律部门,它们均像民法一样对私人关系进行规范和调整。所不同的是,民法在私法当中的地位不同于其他私法部门,因为民法在性质上属于私法的一般法、基本法、共同法,而其他的私法部门在性质上则属于私法的特别法、特殊法、具

<sup>①</sup> Jean Brethe de La Gressaye Marcel Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, Librairie du Recueil Sirey, 1947, pp. 171-183.

<sup>②</sup> 张民安:《法国民法》,37~58页,北京:清华大学出版社,2015。

<sup>③</sup> Boris Starck, Droit Civil, Introduction, Librairies techniques, pp. 34-54.

<sup>④</sup> Philippe Malaurie Patrick Morvan, Introduction au droit, 4e édition, DEFRENOIS, pp. 197-198.

<sup>⑤</sup> Rémy Cabrillac, Introduction générale au droit, 10e édition, Dalloz, p. 94.

体法。

根据此种狭义的民法理论,所谓民法,是指对私人关系进行规范和调整的共同私法、共同法、普通法和一般法。民法之所以是共同私法、共同法、普通法和一般法,是因为民法能够在其他的私法部门获得普遍性的适用,除非其他的私法部门有特别、特殊或者具体的规定,否则,民法的规定应当在这些私法部门适用。<sup>①</sup>同时,根据此种狭义的民法理论,民法不再直接与公法处于对应、对立的地位,因为包含了民法的私法直接与公法相对应、相对立。<sup>②</sup>

例如,在其《民法专论》当中,Ambroise Colin、Henri Capitant 和 Léon Julliot de la Morandière 就采取此种狭义方式界定民法。在对法律做出分类时,他们将所有的法律分为公法和私法两大部门。所谓公法,是指对国家的组织和国家与其公民之间的关系进行规范和调整的所有法律规范的有机整体。公法主要包括宪法、行政法、刑法和税法等主要法律部门。<sup>③</sup>所谓私法,则是指对私人之间的关系进行规范和调整的所有法律规范的有机整体。除了包括民法之外,私法还包括商法、劳动法和民事诉讼法等法律部门。<sup>④</sup>虽然私法所包含的内容众多,但是,私法最重要的内容当属民法。所谓民法,是指对私人之间的关系进行规范和调整的最重要的私法组成部分(*la partie essentielle*),民法属于一种实在法,构成国内法的组成部分,是私法最重要的组成部分。<sup>⑤</sup>

① Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Libraire Dalloz, p. 19; Michel de JUGLART Alain PIEDEEVRE Stéphane PIEDEEVRE, *Cours de droit civil*, introduction, personnes, famille, Seizième édition, Montchrestien, pp. 29-30; Philippe Bühr, *Droit Civil générale*, 13e, édition, Dalloz, pp. 5-6; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil*, Introduction, Biens, Personne, Famille, 17e édition, Dalloz, p. 12; Boris Starck, *Droit Civil*, Introduction, Librairies techniques, pp. 25-26; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil*, Introduction générale, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp. 63-66; Alex Weill et Francois Terré, *Droit Civil*, Introduction générale, 4e édition, Dalloz, pp. 75-78; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1 vol. 2, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, pp. 53-54; Henri Roland Laurent Boyer, *Introduction au droit*, Litec, pp. 92-97.

② Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Libraire Dalloz, pp. 19-24; Michel de JUGLART Alain PIEDEEVRE Stéphane PIEDEEVRE, *Cours de droit civil*, introduction, personnes, famille, Seizième édition, Montchrestien, pp. 28-29; Yvaine Buffelant-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil*, Introduction, Biens, Personne, Famille, 17e édition, Dalloz, p. 12; Boris Starck, *Droit Civil*, Introduction, Librairies techniques, pp. 25-27; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil*, Introduction générale, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp. 60-62; Alex Weill et Francois Terré, *Droit Civil*, Introduction générale, 4e édition, Dalloz, pp. 69-75; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1 vol. 2, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, pp. 52-58; Henri Roland Laurent Boyer, *Introduction au droit*, Litec, pp. 92-103.

③ Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Libraire Dalloz, 1953, pp. 19-20.

④ Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Libraire Dalloz, 1953, pp. 20-21.

⑤ Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Libraire Dalloz, 1953, p. 1.

再例如,在其《民法总论》当中,Boris Starck 也采取此种狭义方式界定民法。他认为,人们应当将法律分为五种类型或者五个法律部门,这就是私法、公法、刑法、诉讼法和国际公法。<sup>①</sup> 所谓公法,是指对国家组织进行规范和调整的法律规范,公法包括宪法和行政法。所谓私法,则是指对私人之间的关系进行规范和调整的法律规范。私法包括商法、劳动法和民法,其中的商法和劳动法属于特殊私法,而其中的民法则属于一般私法。<sup>②</sup> 所谓民法,是指一般私法(le droit privé générale),也就是指那些适用于不受特殊的法律规范调整的私人法律关系的私法。私法的基本原则由民法确立,私法研究是建立在文本的基础上,这就是《法国民法典》。<sup>③</sup>

同样,在其《民法总论》当中,Henri et Leon Mazeaud、Jean Mazeaud 和 Francois Chabas 也采取此种狭义方式界定民法。他们认为,根据国内法所规范和调整的对象不同,法律可以分为公法和私法两大类。虽然在公法和私法的界定问题上,人们之间存在这样或者那样的不同意见,但是,我们至少能够这样对它们做出界定:所谓公法,是指对国家和国家公职人员所参与的法律关系进行规范和调整的法律。所谓私法,则是指对私人之间的关系进行规范和调整的法律。<sup>④</sup>

他们指出,公法可以分为不同的法律部门,诸如宪法、行政法、财政法和刑法等。私法也可以分为不同的法律部门,诸如民法、商法、职业法和劳动法等。<sup>⑤</sup> 不过,虽然私法所包含的法律部门众多,但是,民法属于私法当中最重要的法律部门。所谓民法,是指包含着能够对私人之间的关系予以适用的普通法律规范的私法,换言之,所谓民法,是指能够对所有人、所有行为均加以适用、不会因为此种人或者彼种人、此种行为或者彼种行为而减损其适用范围的私法。<sup>⑥</sup>

### 3. 笔者对狭义民法做出的界定

在法国,正如在其他国家,民法不仅属于私法的有机组成部分,而且还属于私法的基本组成部分、最重要的组成部分、构成私法的基本法、普通法,这一点毋庸置疑,因为在当今社会,法律越来越精细化,人们的生活领域也越来越宽泛,已经远远超出了传统民法所能够规范和调整的范围。因为这样的原因,在私法范围不断膨胀的今天,人们当然不应当再像过去的民法学者那样将民法等同于私法并因此直接与公法相对应、相对立,他们应当将包含了民法在内的私法与公法相对应、相对立。

不过,在将民法看作私法组成部分并因此让包含了民法在内的私法与公法相对应、相对立时,法国民法学者对民法做出的界定仍然存在无法让人满意的地方,至少在形式

① Boris Starck, Droit Civil, Introduction, Librairies techniques, pp. 25-29.

② Boris Starck, Droit Civil, Introduction, Librairies techniques, pp. 26-27.

③ Boris Starck, Droit Civil, Introduction, Librairies techniques, p. 26.

④ Henri Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, Lecons de DROIT CIVIL, Tome Premier, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, p. 53.

⑤ Henri Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, Lecons de DROIT CIVIL, Tome Premier, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, pp. 53-54.

⑥ Henri Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, Lecons de DROIT CIVIL, Tome Premier, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, p. 53.

上是如此。一方面,在他们的民法著作当中,法国民法学者普遍将客观法律和主观权利看作民法的两大核心内容,没有将法律关系看作民法的核心内容。另一方面,在界定民法时,法国民法学者又将民法界定为对私人关系进行规范和调整的普通法、共同法,而没有将其界定为对私人权利即主观权利进行规范和调整的普通法、共同法,已如前述。

当然,法国民法学者的上述做法似乎是无可厚非的,因为在当今法国,在界定法律关系时,法国民法学者不再像19世纪的民法学者那样将所有的法律关系均界定为人与人之间的关系,而是区别不同的情况对法律关系做出不同的说明。他们认为,在某些主观权利当中,法律关系可能是积极主体即权利主体与消极主体即义务主体之间的关系,例如债权人与债务人之间的法律关系,而在某些主观权利当中,法律关系则可能不是积极主体与消极主体之间的关系,而是权利主体与其权利客体之间的关系,例如,所有权关系就是所有人与其所有物之间的关系,因为在所有权关系当中仅存在积极主体即所有人,不存在消极主体即对所有人承担普遍性的不作为义务的人。<sup>①</sup>

不过,笔者认为,既然民法学者均将主观权利看作民法总论的核心内容,没有将法律关系看作民法总论的核心内容,则在对民法做出狭义界定时,他们也应当从主观权利的角度出发,不应当从法律关系的角度出发。基于此种考虑,笔者对法国民法当中的狭义民法做出如下界定:所谓民法,是指对私人主观权利进行规范和调整的普通法、基本法、共同法。

在民法上,私人的主观权利多种多样,其中的某些主观权利由商法和民事诉讼法等进行规范和调整,而其中的另外一些主观权利则由民法进行规范和调整,例如物权、债权和人格权,等等。对主观权利进行规范和调整的民法在性质上当然属于私法,就像对主观权利进行规范和调整的商法和民事诉讼法等法律在性质上也属于私法一样。所不同的是,它们在私法当中的地位是不同的,民法在私法当中属于普通法、基本法和共同法,而商法和民事诉讼法等法律在私法当中则属于特别法、具体法,已如前述。

## (二) 民法的性质和特征

根据法国当今民法学者和笔者对民法做出的上述界定,民法具有如下性质和特征。

首先,在当今法国,虽然民法在性质上属于私法,但是,民法不再等同于私法,它仅仅是私法的一个组成部分,因为,除了民法的内容之外,私法还包括其他的内容,诸如商法、民事诉讼法和国际私法,等等。

其次,在当今法国,民法不再等同于罗马法,换言之,民法不再是古罗马时期的罗马

<sup>①</sup> Boris Starck, Droit Civil, Introduction, Librairies techniques, pp. 82-84; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp. 159-160, pp. 165-172; Alex Weill et Francois Terré, Droit Civil, Introduction générale, 4e édition, Dalloz, pp. 257-258; Henri et Léon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, Leçons de droit civil, t. 1 vol. 2, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, pp. 221-222; Henri Roland Laurent Boyer, Introduction au droit, Litec, pp. 175-182; Gérard Cornu, Droit civil, Introduction au droit, 13e édition, Montchrestien, pp. 155-177; Jean-Luc AUBERT Eric SAVAUX, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 14e édition, Dalloz, pp. 247-258; Philippe Malaurie Patrick Morvan, Introduction au droit, 4e édition, DEFRENOIS, pp. 65-108; Rémy Cabrillac, Introduction générale au droit, 10e édition, Dalloz, pp. 42-58.

法,不再是查士丁尼皇帝所颁布的《民法大全》,因为,随着《法国民法典》的颁布和实行,立法者的制定法已经成为民法的最主要渊源、最重要渊源,罗马法已经不再是法国民法的现实渊源,即便法国当今民法学者仍然在他们的民法著作当中讨论罗马法,即便他们仍然将包括罗马法在内的民法史称为民法的历史渊源。<sup>①</sup>

再次,在当今法国,虽然民法和商法、民事诉讼法一样均属于私法的组成部分,但是,民法与商法、民事诉讼法在私法当中的地位是不同的,因为,民法属于私法的普通法、一般法、基本法和共同法,而商法和民事诉讼法则属于私法的特别法、特殊法、具体法。

复次,在当今法国,民法不再仅仅表现为立法者制定的民法典,虽然法国立法者制定的民法典属于最主要的、最重要的民法,但是,民法典的存在并不能够排斥其他形式的民法的存在,因为,即便是在制定法存在的今天,习惯、司法判例、民法学说甚至法律的一般原则也能够起到民法的作用,它们也像《法国民法典》一样对私人之间的关系进行规范和调整,对私人的主观权利加以承认和保护。

最后,在当今法国,民法没有资格直接与公法相对应、相对立,而私法则有资格直接与公法相对应、相对立,因为 20 世纪以来,除了立法者制定的私法大量增加之外,他们所制定的公法也大量增加,民法学者既无法将立法者制定的所有私法均看作民法的组成部分,也无法将立法者制定的所有公法均看作民法的组成部分,除了应当将民法与其他的私法区分开来之外,他们也必须将私法与公法区分开来。

### (三) 民法的调整对象

在当今法国,除了对民法做出了狭义和广义的界定之外,民法学者也对民法的调整对象(l'objet du droit civil)做出了说明。所谓民法的调整对象,是指民法规范和调整的内容。不过,民法的调整对象究竟是什么,民法学者做出的说明并不完全相同,主要有两种不同的理论。

#### 1. 私人关系理论

某些民法学者认为,作为私法的核心组成部分,虽然民法调整的对象是私人之间的关系,但是,由于私人之间的关系多种多样,因此,民法所调整的对象同样多种多样,包括:对人的法人格、民事身份等内容进行规范和调整,对财产所有权和其他物权进行规范和调整,对家庭关系进行规范和调整,对继承人与被继承人之间的关系进行规范和调整,对债权人与债务人之间的关系进行规范和调整,对担保人与被担保人之间的关系进行规范和调整。在法国,Gérard Cornu、Jean-Luc AUBERT 和 Eric SAVAUX 等人采取此种理论。

在其《法律词典》当中,Gérard Cornu 就采取此种理论,认为民法的调整对象包括人、物、债、家庭、继承和担保。他指出,作为私法的基本组成部分,民法是由众多的规范所组成的,它们分别对各种各样的事务进行规范和调整:对人进行规范和调整,包括规范和调整人的法人格、民事身份、法能力,等等;对物进行规范和调整,包括规范和调整

<sup>①</sup> 张民安:《法国民法》,38页,北京:清华大学出版社,2015。

一般财产、财产所有权和他物权、财产的转让,等等;对家庭进行规范和调整,包括规范和调整亲子关系、婚姻、家庭财产关系,诸如夫妻之间的财产制和家庭成员之间的遗产继承,等等;对债进行规范和调整,包括规范和调整各种各样的债的渊源、契约、债的转让和债的消灭,等等;对担保进行规范和调整,包括规范和调整信用的一般理论、抵押权,等等。<sup>①</sup>

在其《民法总论》当中,Jean-Luc AUBERT 和 Eric SAVAUX 也采取此种理论,认为民法的调整对象包括人、物、债、家庭、继承和担保。他们指出,民法的第一个调整对象是法人格,也就是享有法人格的自然人和法人,实际上就是法国人法所规定的内容。<sup>②</sup>除了调整法人格之外,民法还调整人所从事的民事法律活动(*l'activité juridique civile*),包括自然人和法人所从事的民事法律活动。人所从事的民事法律活动既包括他们所从事的经济活动,也包括他们所从事的家庭活动,其中的经济活动为所有人即自然人和法人所从事,而其中的家庭活动则仅限于自然人所从事,法人无法从事家庭活动。<sup>③</sup>

他们还指出,民法既对自然人和法人所从事的经济活动进行规范和调整,这就是所谓的经济民法(*le droit civil économique*),也对自然人所从事的家庭活动进行规范和调整,这就是所谓的家庭法。经济民法的调整对象是严格意义上的物即物权法上的物、债和担保,因为经济民法包括物权法、债权法和担保法三种。<sup>④</sup>而家庭法的调整对象则是家庭,包括家庭的财产方面和家庭的非财产方面。<sup>⑤</sup>作为民法的调整对象,家庭的财产方面除了夫妻之间的财产制之外<sup>⑥</sup>还包括家庭成员之间的遗产继承。<sup>⑦</sup>

## 2. 主观权利理论

在法国,某些民法学者认为,作为私法的核心组成部分,民法的调整对象是人所享有的主观权利,包括自然人和法人所享有的主观权利。在规范和调整主观权利时,民法所关注的主要问题包括:能够享有主观权利的人有哪些,人享有的主观权利有哪些类型,主观权利产生的渊源是什么,主观权利是如何受到法律保护的,等等。在法国,Ambroise Colin、Henri Capitant、Léon Julliot de La Morandière、Alex Weill 和 Francois Terré 等人采取此种理论。

① Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> édition, puf, p. 177.

② Jean-Luc AUBERT Eric SAVAUX, *Introuduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14<sup>e</sup> édition, Dalloz, pp. 201-216.

③ Jean-Luc AUBERT Eric SAVAUX, *Introuduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14<sup>e</sup> édition, Dalloz, p. 259.

④ Jean-Luc AUBERT Eric SAVAUX, *Introuduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14<sup>e</sup> édition, Dalloz, pp. 259-274.

⑤ Jean-Luc AUBERT Eric SAVAUX, *Introuduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14<sup>e</sup> édition, Dalloz, pp. 275-285.

⑥ Jean-Luc AUBERT Eric SAVAUX, *Introuduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14<sup>e</sup> édition, Dalloz, pp. 281-283.

⑦ Jean-Luc AUBERT Eric SAVAUX, *Introuduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14<sup>e</sup> édition, Dalloz, pp. 283-285.



在其《民法专论》当中, Ambroise Colin、Henri Capitant 和 Léon Julliot de La Morandière 就采取此种理论,认为民法的调整对象是权利主体享有的主观权利,他们指出,民法界定和规范人所享有的私人权利,也就是界定和规范他人在从事私人活动时能够对别人所主张的特权。其结果就是,民法要解决的主要问题有四:其一,民法所承认的能够享有权利的人有哪些?换言之,什么人能够成为私人权利主体?其二,在他人与别人的关系当中,他人享有的私人权利有哪些?其三,他人的私人权利是如何取得、转移或者丧失的?其四,他人的私人权利是如何受到保护的?对于这四个问题做出的回答即构成法国民法的基本原则,也就是,构成法国民法总论的主要内容。<sup>①</sup>

在其《民法总论》当中, Alex Weill 和 Francois Terré 也采取此种理论,认为民法的调整对象是权利主体享有的主观权利。他们指出,在确定了民法在法律有机整体当中的地位之后,我们还应当对民法的内容做出准确的说明,也就是要对民法的目的做出准确的说明。“民法的目的就是规范和调整私人之间的法律关系,也就是,民法的目的就是规范和调整他人在与别人之间的关系当中所能够主张的权利和所承担的相应义务。具体来说,民法的调整对象有四:其一,什么人能够成为权利主体或者义务主体;其二,这些人享有的权利和承担的相应义务有哪些;其三,这些人是如何取得、转移或者丧失其权利或者义务的;其四,私人之间的法律关系是如何受到法律保护的。”<sup>②</sup>

在其《民法总论》当中, Francois Terré 也采取此种理论,认为民法的调整对象是他人在与别人之间的法律关系当中所享有的权利,他指出:“民法的目的就是规范和调整私人之间的法律关系,也就是规范和调整他人在与别人之间的关系当中所能够主张的权利和所承担的相应义务。民法确定什么人能够成为权利主体或者义务主体,民法确定这些人享有的权利和承担的相应义务有哪些;民法确定这些人如何取得、转移或者丧失其权利或者义务;民法确定私人之间的法律关系如何受到法律的保护。”<sup>③</sup>

### 3. 笔者采取的主观权利理论

在上述两种理论当中,笔者采取第二种理论,因为第二种理论既与笔者在前面的内容当中对狭义的民法做出的界定一致,也与法国民法总论的两大核心内容保持一致:客观法律的目的在于确认和保护权利主体所享有的主观权利。

基于此种考虑,笔者对民法的调整对象做出如下界定:所谓民法的调整对象,也称为民法的目标或者目的(l'objet du droit civil),是指界定、规范和调整权利主体所享有的主观权利,也就是确定私人所享有的各种各样的权力、特权。

具体说来,民法的目标和目的有四:其一,确定能够享有主观权利的人的范围,也就是确定主观权利的主体,包括自然人和法人。其二,确定权利主体享有的权利范围,也就是确定主观权利的类型,包括物权、债权、人格权、家庭权、继承权、知识产权,等等。其三,确定权利主体的权利是如何获得的,也就是确定主观权利的渊源,包括法律行为

<sup>①</sup> Ambroise Colin Henri Capitant Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, Personnes et Famille, Biens, Paris, Librairie Dalloz, 1953, p. 25.

<sup>②</sup> Alex Weill et Francois Terré, *Droit Civil*, Introduction générale, 4e édition, Dalloz, 1979, p. 78.

<sup>③</sup> Francois Terré, *Introduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, pp. 89-90.

和法律事件。其四,确定主观权利的法律保护措施,也就是,当他人的主观权利遭受侵犯时,他人能够借助哪些法律手段保护自己的利益。

### 第三节 民法总论的界定

在法国,“民法总论”(introduction général au droit civil)一词是由三个不同的法文词语所组成的,除了笔者在前一节所讨论的“droit civil”(民法)之外,该词还包括另外两个不同的法文词语,这就是第一个法文词语“introduction”和第二个法文词语“général”,它们结合在一起就构成法国的“民法总论”一词。

#### 一、法国民法总论当中的“introduction”一词的含义

##### (一) 法国大多数民法学者没有对“introduction”做出界定

在法国,“民法总论”当中的第一个法文词语是“introduction”一词。在当今法国,只要民法学者承认民法总论和民法分论的区分理论,他们就一定会在其民法著作使用“introduction”一词。不过,虽然法国民法学者普遍使用“introduction”一词,但是,他们很少对这一术语做出明确的界定,因此,这一术语的具体含义是什么,人们很难通过民法学者的民法著作知悉。

例如,在其《民法总论》<sup>①</sup>当中,Jacques Ghestin 和 Gilles Goubeaux 虽然使用了“introduction général”(总论)这样的术语,但是,他们并没有对其中的“introduction”一词做出界定。再例如,在其《民法总论》<sup>②</sup>当中,Henri et Leon Mazeaud、Jean Mazeaud 和 Francois Chabas 虽然使用了“Introduction à l'étude du droit”(民法总论)这样的术语,但是,他们也没有对其中的“introduction”一词做出界定。同样,在其《民法总论》<sup>③</sup>当中,Francois Terré 虽然使用了“introduction général”(总论)这样的术语,但是,他也没有对其中的“introduction”一词做出明确的界定。

在法国,在广泛使用“introduction”一词的同时,民法学者为何不对这一术语做出明确的界定?法国民法学者少有说明。不过,笔者认为,这似乎同“introduction”一词不是严格意义上的法律术语有关。在其第10版的《法律词典》当中,Gérard Cornu 虽然将“introduction”一词看作一种法律词语,但是,他仅将这一法律术语限定在诉讼法领域,没有将其引入其他的法律领域,尤其是没有将其看作民法总论当中的法律词语并因此对其做出界定。Gérard Cornu 指出,“introduction”一词的拉丁文为“introductio”,是指诉讼的引入活动(action d'introduire)。所谓诉讼的引入活动,是指法官为了顺利推

<sup>①</sup> Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977.

<sup>②</sup> Henri et Leon Mazeaud Jean Mazeaud Francois Chabas, Leçons de DROIT CIVIL, Tome Premier, Introduction à l'étude du droit, septième édition, ÉDITIONS, MONTCHRESTIEN, pp. 11-12.

<sup>③</sup> Francois Terré, Introduction générale au droit, 10e édition, Dalloz.

进诉讼活动而让当事人了解诉讼程序和当事人权利的一种活动。<sup>①</sup>

## (二) Pascale Deumier 对“introduction”一词做出的说明

在当今法国,虽然大多数民法学者均不对“introduction”一词做出界定,但是,少数民法学者仍然在他们的民法著作当中对这一词语做出了界定,例如 Pascale Deumier。在其《民法总论》当中,Pascale Deumier 对法国民法总论当中的“introduction”一词做出了明确界定。他指出,在法国,著名的法语词典 Petit Robert 对“introduction”一词做出了界定,根据该种界定,所谓“introduction”,是指一个人为了帮助另外一个人认识、认知(la connaissance)某种事物而实施的某种行为,或者是指一个人为了帮助另外一个人从事某种活动(la pratique)而实施的某种行为。<sup>②</sup>

Pascale Deumier 认为, Petit Robert 对“introduction”一词做出的此种界定既能够在其他的领域得到适用,也能够法律尤其是民法领域得到适用。因为在法律和民法领域,一个人也会为了帮助另外一个人认识、认知法律尤其是民法而实施某种行为,一个人也会为了帮助另外一个人从事法律活动而实施某种行为,这就是,民法教授为了帮助法学学生学习和了解法律尤其是民法而在他们的民法著作当中对法律尤其是民法做出介绍、说明和阐述;民法教授为了帮助法学学生处理各种各样的案件而在他们的民法著作当中对法律尤其是民法理论做出介绍、说明和阐述,这就是民法总论当中的“introduction”一词的具体含义。<sup>③</sup>

## (三) 笔者对“introduction”一词做出的界定

根据 Pascale Deumier 的上述意见,笔者对法国民法总论当中的“introduction”一词做出如下界定:所谓“introduction”,是指民法学者尤其是大学民法教授为了帮助人们尤其是帮助大学法学院的学生认识、认知法律尤其是民法而在他们的民法著作当中对民法理论和民法制度所做出的介绍、说明、阐述(présentation),是指民法学者尤其是大学民法教授为了帮助人们尤其是法学学生处理各种各样的具体案件而在他们的民法著作当中对民法理论和民法制度所做出的介绍、说明、阐述。换言之,在法国的民法总论当中,“introduction”一词等同于“presentation”一词,是指民法学者尤其是民法教授为了实现教义学或者其他的目的而在他们的民法著作当中对民法理论和民法制度所做出的介绍、说明、阐述。

在法国,正如在其他国家,当法学新生进入大学法学院学习法律尤其是民法时,他们对法律尤其是其中的民法一无所知,既不知道什么是法律,也不知道什么是民法。为了帮助他们了解法律、认识法律,尤其是,为了帮助他们了解民法、认识民法,为他们继续学习各种各样的具体民法理论和具体的民法制度打好基础、提供背景知识,大学民法教授开始出版民法总论方面的著作,对民法的一般理论和一般制度做出介绍、说明和阐述,这就是法国民法总论当中的“introduction”一词的具体含义。当然,除了基于教义

① Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 10e édition, puf, p. 571.

② Muriel Fabre-Magnan, Introduction générale au droit, puf, 2009, p. 9.

③ Muriel Fabre-Magnan, Introduction générale au droit, puf, 2009, p. 9.

学的目的之外,当民法学者尤其是民法教授为了其他的目的而在他们的民法著作当中对民法理论和民法制度做出的介绍、说明、阐述时,他们的介绍、说明、阐述也属于“introduction”一词的具体含义。关于这一点,笔者将在下面的内容当中做出详细的讨论,此处从略。

## 二、法国民法总论当中的“general”一词的含义

在法国,“民法总论”当中的第二个法文词语是“général”一词。在当今法国,只要民法学者在其民法著作当中承认民法总论和民法分论的区分理论,他们就一定会在其民法著作当中使用“général”一词,就像他们一定会在其民法著作当中使用“introduction”一词一样。不过,在广泛使用这一术语的同时,他们同样不会对这一术语做出明确界定,就像他们普遍不会对“introduction”一词做出界定一样。

例如,在其《民法总论》<sup>①</sup>当中,Jacques Ghestin 和 Gilles Goubeaux 虽然使用了“introduction générale”(总论)这样的术语,但是,他们并没有对其中的“général”一词做出任何界定。再例如,在其《民法总论》<sup>②</sup>当中,Francois Terré 虽然使用了“introduction générale”(总论)这样的术语,但是,他同样没有对其中的“général”一词做出明确的界定。同样,在其《民法总论》当中,Rémy Cabrillac 虽然使用了“Introduction générale”(总论)这样的词语,但是,他并没有对其中的“générale”一词做出明确的界定。

在法国,民法学者为何普遍不对“général”一词做出界定?笔者认为,至少在民法总论当中,“général”一词并不是一个严格意义上的法律词语,而仅仅是一个日常生活用语,这就是法国民法学者普遍不对这一术语做出界定的原因。不过,即便大多数民法学者均忽视这一术语的含义,也不意味着所有民法学者均不对这一术语做出界定,事实上,少数民法学者仍然对这一术语做出了界定。

在其第 10 版的《法律词典》当中,Gérard Cornu 对“général”一词做出了明确界定,他指出,“général”(générale 或者 généraux)一词是形容词,其拉丁文是“generalis”,其原本的含义是指属于某一类。在法文当中,“général”一词的含义多种多样,诸如:将集体成员联结在一起,或者关乎集体所有成员的事情,前者如“股东会”(assemblée générale),后者如“一般利益”(intérêt général)。<sup>③</sup>

不过,除了这些含义之外,“général”一词还有另外一个含义,这就是,“普遍的”“一般的”“对整体的所有构成要素均共同适用的”。<sup>④</sup>在法国,“général”一词所具有的此种含义就是法国民法学者在讨论民法总论时所使用的“général”一词的含义。因为这样的原因,笔者对法国民法总论当中的“général”一词做出如下界定:所谓“général”,是指“普遍的”“一般的”“对民法有机整体的所有构成要素均共同适用的”。

① Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, 1977, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

② Francois Terré, Introduction générale au droit, 9e édition, 2012, Dalloz.

③ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 10e édition, puf, p. 489.

④ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 10e édition, puf, p. 489.