

# 罗马法复兴对《法国民法典》之诞生与演进的影响<sup>[\*]</sup>

何勤华<sup>1</sup>, 李琴<sup>2</sup>

(1. 华东政法大学 法律文明史研究院, 上海 200042;

2. 华东政法大学 法律学院, 上海 200042)

[摘要] 罗马法的复兴为《法国民法典》的制定奠定了深厚的理论和制度基础。首先, 法国从中世纪开始就逐渐吸收罗马法, 并形成了独具特色的法国成文法区和习惯法区的划分, 保留下了许多罗马法的民法制度; 其次, 经历 17、18 世纪的自然法运动, 自然法将罗马法内化成一种精神, 通过学者著书和教学, 培养了一代代具有罗马法气质的法国法律人; 终于, 在《法国民法典》急就章的机遇下, 深受罗马法精神滋养的编纂委员会和参议会, 顺理成章地将罗马法的制度精神内嵌进了《法国民法典》; 到此, 罗马法对《法国民法典》的影响仍未结束, 占《法国民法典》多数的习惯法, 特别是巴黎习惯法, 在适用的过程中, 仍需要罗马法的理论解释, 罗马法在 1804 年后的法国民法世界中仍旧发挥着强劲且持久的作用。

[关键词] 《法国民法典》; 罗马法; 成文法区; 经院法学; 人文主义法学; 自然法

DOI: 10. 3969/j. issn. 1002 - 1698. 2019. 11. 017

《法国民法典》(以下简称《民法典》)作为大陆法系的代表作之一, 深受国内学者重视。国内对于《民法典》的中文研究成果颇丰, 主要涵盖内容研究和比较法研究两个大方向。内容研究包含了颁布历程<sup>[1]</sup>、法律渊源<sup>[2]</sup>、文本解析<sup>[3]</sup>和后续改革<sup>[4]</sup>四个视角; 比较法研究方向有《民法典》的影响<sup>[5]</sup>、与其他国家民法典的比较<sup>[6]</sup>和中文译本<sup>[7]</sup>三个视角。经过简单地梳理, 吊诡的地方出现了, 与《德国民法典》并列的, 被称为罗马法在当代重要传承的《法国民法典》, 其与罗马法的具体关系, 并无深入的研究。那么, 中国国

内的研究成果是否只是世界上对于《民法典》相同研究的一个特殊面相呢?

答案是否定的, 学术界对《民法典》的研究视角还仰赖于经典外文译作的写作关怀。<sup>[8]</sup>一些研究中对该问题有所提及, 一般都将其表述为罗马法是通过琼·多马(Jean Domat, 1625—1696)和朴蒂埃(Robert Joseph Pothier, 1699—1722)的法国化后, 作为重要渊源进入《民法典》。<sup>[9]</sup>似乎用含糊的学术传承即可概括罗马法与《民法典》的关系, 然细究则语焉不详。<sup>[10]</sup>难怪美国学者艾伦·沃森(Alan Watson, 1933—2018)会发出类似的

作者简介: 何勤华, 华东政法大学法律文明史研究院教授、博士生导师; 李琴, 华东政法大学法律学院博士研究生。

[\*] 本文系国家社科基金重大项目“法律文明史”(项目编号: 11&ZD081)第 4 个子课题“古代西方法”的阶段性成果。

疑问,“为什么罗马法对于近代法典,尤其是对于《法国民法典》的影响力总是被低估,而自然法和习惯法对于法国的作用总是被高估了呢?罗马法的影响力显然遭到了忽视,如此看低罗马法的贡献,真令人吃惊。”<sup>[11]</sup>

这种研究现状是如何形成的,或许上述经典的参考文献可以提供一视角。《民法法系的演变及形成》中“近代法典化的成就”《民法典》部分,主要参考文献是美国著名比较法学家威格摩尔(John H. Wigmore, 1863—1943)组织翻译、编写的《欧陆法律史概览:事件,渊源,人物及运动》和德国著名比较法学家茨威格特(Konrad Zweigert, 1911—1996)和克茨(Hein Kötz, 1935—)的《比较法总论》;《欧陆法律史概览:事件,渊源,人物及运动》的法国法部分则直接译自让·布里索(Jean Brissaud, 1854—1904)的《法国法律史》(*Manual d'histoire du droit français: sources, droit public, droit privé à l'usage des étudiants en licence et en doctorat*)的第一编;<sup>[12]</sup>茨威格特和克茨的《比较法总论》中法国法的历史部分的主要法文参考文献,也是让·布里索的《法国私法史》和阿代马尔·埃斯曼(Adhémar Esmein, 1848—1913)的《法国法律史简明教程》(*Cours élémentaire d'histoire du droit français, à l'usage des étudiants de Première année*);威格摩尔的《世界法系概览》主要参考了英文“大陆法史系列丛书”的《欧陆法律史概览:事件,渊源,人物及运动》和让·布里索的《法国私法史》(*A History of French Private Law*);英国法律史学者保罗·维诺格拉多夫(Paul Vinogradoff)的《中世纪欧洲的罗马法》也是参考了让·布里索的《法国法律史》和埃斯曼的《法国法律史简明教程》。

也就是说,目前国内译著中,对于《民法典》的零星研究片段主要来源于让·布里索和埃斯曼的论述。那么,我们现在熟知的罗马法与《民法典》的中文故事已经是100年前的旧版本了,当然不排除这就是《民法典》与罗马法的故事原版。<sup>[13]</sup>即便引用文献版本的老旧可以用经典修

饰,暂且按下不表,但在“大陆法史系列丛书”的第三卷《法国私法史》的序言中,威格摩尔解释为何将该书引入到英语世界的理由,却需要引起我们足够的重视,对比同时代其他杰出的法律史学者(如埃斯曼),布里索将目光聚集在“与英语(英国)世界早期的相似之处,为我们理解后来大陆法系和英美法系的不同发展提供参考。”<sup>[14]</sup>那么,对于中国学者,想要全面了解罗马法与《民法典》的关系,上述带有研究偏好的单一资料是远远不够的。

据此,本文参考法语和英语世界经典的和最新的研究成果,尝试勾勒出罗马法复兴对《法国民法典》影响的概貌。罗马法复兴后对《民法典》的影响至少可以分为四个阶段。首先,法国从中世纪开始就逐渐吸收罗马法,从法律上固化了成文法区和习惯法区的划分,保留下了许多罗马法的民法制度;其次,罗马法经历了17、18世纪的自然法运动,将罗马法内化成一种精神,通过学者著书和教学,培养了一代代具有罗马法气质的法国法律人;终于,在《民法典》急就章的机遇下,深受罗马法精神滋养的编纂委员会和参议会,顺理成章地将罗马法的制度精神内嵌进了《民法典》;到此,罗马法的影响仍未结束,占《民法典》多数的习惯法,特别是巴黎习惯法,在适用的过程中,仍旧需要罗马法的理论解释,罗马法在1804年后的法国民法世界仍旧发挥着强劲且持久的作用。

## 一、中世纪罗马法在法国的遗产

### (一) 罗马法在法国的复兴

在公元5世纪到10世纪的时间里,罗马法的权威不复当初。但是,罗马法的实际作用并未完全消亡,蛮族统治者逐渐将其汇编成法律,适用于本族,这被后世称为粗俗法(*Vulgar Roman Law*)。与法国有关的主要是《勃艮第罗马法》(*Lex Romana Burgundionum*)和《西哥特罗马法》(*Lex Romana Visigothorum*),其中《勃艮第罗马法》主要适用于法国中东部地区;西哥特国王阿

拉里克二世(Alaric II,生年不详—507年)召集当时的罗马法学家编辑的《西哥特罗马法》则主要适用于西班牙北部和法国南部地区。这种适用的后果是,虽然勃艮第地区和西哥特地区的法律大有差异,但是却有共同的特征。在法国境内,《勃艮第罗马法》和《西哥特罗马法》在一定程度上承担起了保存罗马法的作用。<sup>[15]</sup>

到11世纪末,为了恢复罗马《国法大全》的原貌,摆脱单一抄本的以讹传讹,对罗马法的研究逐渐开始复兴。<sup>[16]</sup>罗马法复兴并不仅仅局限于意大利,法国南部普罗旺斯(Provence)地区是罗马法复兴的另一个中心。从12世纪开始,博洛尼亚大学的伊那留斯(Irnerius,约1050—1125)及其门徒们的教学方法和成果很快传播到法国。<sup>[17]</sup>博洛尼亚大学是当时西欧法学研究的中心,有研究证明,早在11世纪,博洛尼亚大学就已经开始依据查士丁尼的文本教授罗马法,<sup>[18]</sup>法国的巴黎、里昂、奥尔良、昂茹等地的大学都将罗马法作为法学教育的主要内容,查士丁尼编纂的《国法大全》成为学者们所研读的教本。在这个过程中,法学家撰写了大量著作,对罗马法进行注释,以罗马法和注释法学派的著作为基础,加上教会法,形成了欧洲大陆的“共同法”(Droit commun),它是这个时期大陆法的共同渊源。<sup>[19]</sup>从11世纪开始的中世纪的共同法,是从源头上对法律渊源进行学习和分析的复兴运动,是因时间地点的变化而由地方习惯法同封建法,以修正与解释的形式所呈现的罗马法、教会法与商人法共同结合的复杂结果。罗马法贡献的是法律的技术与诡辩或曰辩证法,教会法则提供了一般原则。<sup>[20]</sup>

但是法国对于罗马法或“共同法”的继受是有所克制的,其原因有这么两种说法:一种认为,罗马法是查理曼(Charlemagne,742—814)在800年恢复帝国的权力依据,出于政治上的考量,法国并未全盘接受罗马法;另一种观点认为,罗马法与法国本国法律存在冲突和差异,因而选择性地继受了罗马法。以大致形成于1158—1168年

间的“封地法”(Le Livre des fiefs)为例,其直接适用于意大利和德国,以及或多或少曾依赖于帝国的法国东部和东南部地区。尽管如此,当时的法国法学家仍以爱国的关怀指出“封地法”与法国本土的封地法之间存在巨大的差异,由两位法学家让·法贝尔(Jean Faber)和皮埃尔·雅格比(Pierre Jacobi)所写作的作品在14世纪就已出版。<sup>[21]</sup>但是这并不能阻止罗马法对法国的影响,实际上,罗马法已经辐射了整个法国。

## (二)成文法区(droit écrit)的形成

罗马法复兴是当时的潮流,而共同法的普及、法学学子奔赴博洛尼亚求学的留学热,也并非法国独有,与欧洲其他国家一样,这仅仅为法国提供了再次接触罗马法智识的机会。当然,真正促使法国接纳罗马法的动力,还是来自于本国混乱的法律适用现状。罗马法的成文化特质<sup>[22]</sup>和罗马法学者的深入研究,拨开了笼罩在法国上空的法律迷雾,逐渐固化了习惯法区与成文法区对峙的局面,为罗马法制度在法国的培育提供了土壤。

公元10世纪至11世纪是法国法律适用的混乱时期,各地的习惯法成为司法实践中真正的普通法。但习惯法适用起来虽感方便亲切,却有不确定或不明了的缺陷。<sup>[23]</sup>相较之下,虽然罗马法有其政治象征,法国无法全盘接受,但却可以通过实践修改习惯法,填补空白。再加上受意大利注释法学派的影响,法国之习惯法逐渐衰弱,法国南部逐渐将罗马法视为成文法的有效法源,在法院取得了一般补充的效力。需要注意的是,法国南部适用的罗马法,并非优帝之罗马法大全,而是意大利注释法学派注释、注解了的罗马法,其中大部分是德国皇帝,尤其是腓特烈一世(Friedrich I Barbarossa,1152—1190)为统治意大利所颁布的罗马法敕令。此罗马法敕令传到法国南部后,形成该地之“习惯”法,被称为成文法区。<sup>[24]</sup>一般认为,法国成文法区,是指法国大革命之前,以共同法的应用为主的分界线,大致从奥列隆岛到日内瓦湖的南部地区,是一个与习惯

法区相对的概念。<sup>[25]</sup>在南方,罗马法是制定法,因此在每一个案件中都必须考虑罗马法。<sup>[26]</sup>

与其他学科一样,12世纪的罗马法研究由于法国大学的作用,获得了新的方向和深度。为固化事实上早就存在的成文法区和习惯法区提供学理支撑,<sup>[27]</sup>尤其在法国南部,许多大学都掀起了研究罗马法的热潮。早在12世纪后半叶,博洛尼亚大学的法学教师、注释法学派的代表之一普拉坎梯努斯(Placentinus,约1120—1192),就曾在蒙彼利埃大学讲授罗马法。相比之下,图卢兹大学法学院则地方性较强,通过其活跃的研究教育活动,向政府和教会输送了许多有能力的法律家,并致使13世纪朗多克地区完全处于罗马法的统治之下。此外,还有卡奥尔、巴兹依埃、纳博讷、阿莱斯、阿维尼翁等大学法学院活跃的活动,使以成文法区为代表的法国罗马法研究更有活力。<sup>[28]</sup>

从16世纪开始,成文法地区与习惯法地区之间的划分已经不可逆转。当然,习惯法区和罗马法区的划分并非绝对,因为“习惯法的复杂多样性意味着,关于罗马法在法国的地位的任何一种陈述都不可能是千真万确的。”<sup>[29]</sup>

### (三)罗马法著作的智识遗产

罗马法的复兴为法国学习罗马法提供了路径,成文法区的形成为罗马法的适用提供了土壤,但真正能对数百年后《民法典》的立法产生直接影响的,恐怕还是借由这片土壤留下来的著作和学说。随后,经过累积和沉淀,形成了法国独具特色的罗马法研究学派。

#### 1. 著作

罗马法在法国复兴的明证,除了许多奔赴意大利的留学生,还有以下两部著作。第一部是《国法大全编纂》(*Brachylogus juris civilis*),是一本于1548年在里昂发现的罗马法教义指南,对于其成书时间,学界至今尚无定论。英国学者保罗·维诺格拉多夫认为可能在12世纪前25年完成,法国宪法学家埃斯曼则根据该书的内容与前述意大利注释法学派代表伊那留斯的教学

内容和风格类似,认为成书时间应该早于《彼得摘录》(*Exceptiones Petri*),晚于伊那留斯教学流行的这么一个时间段内。就内容而言,如保罗·维诺格拉多夫所说,该书虽然显示出受到注释法学派影响的痕迹,但是就其安排材料和表述规范的方法而言,仍然极具原创性。<sup>[30]</sup>另一部是上述11世纪后半期的《彼得摘录》,它本身是由两个之前的汇编《特莱克斯大全》(*Summa Trecensis*)和《法典大全》(*Summa Codicis*)集合而成的,保留了许多罗马法的内容。据此,也可以将法国的罗马法著作出版的最早日期向前推进。<sup>[31]</sup>

法国罗马法复兴最引人注目的成果是《查士丁尼法典》摘要,即《法典》(*Lo Codi*),该摘要大约编纂于1149年,成书于法国东南部,用普罗旺斯语书写,被保罗·维诺格拉多夫认为是第一部用当地方言完成的罗马法专著。在讨论某些人因受他人欺诈而引致的损害时,《法典》大致遵循了《优士丁尼法典》第2卷第20篇中的学说,因此,它是一本指导司法人员实践的工具书。

就目前可了解的,还有皮埃尔·枫丹(Pierre de Fontaines,生年不详,死于1140年)的《给一个朋友的建议》(*Le Conseil de Pierre de Fontaines*,大概成书于1253—1258年间),这本著作表明,当时研究罗马法的水平还是比较粗糙的,只是简单地摘抄了《学说汇纂》与《法学总论》,用其来协调和解释习惯法。<sup>[32]</sup>皮埃尔的著作并非默默无闻,如在一个匿名作者(很可能是位律师)的《习惯汇编》(*Coutumier d'Artois*)书中,就有大量的引用。不过,这位律师和皮埃尔相比还是有高明之处,他结合自己的实务经验,将习惯法与成文法融合在了一起。成文法区和习惯法区的划分并非绝对,法国北部地区权威的法律著作也受到罗马法的影响,《博韦习惯法》(*Coutumes de Beauvaisis*)是由博马努瓦尔爵士(Philippe de Beaumanoir,1250—1296)于1279—1283年间编订,内容是关于习惯法的,但贯穿的却是罗马法的程序。<sup>[33]</sup>

直到17世纪后,还有学者致力于将罗马法

与习惯法结合起来,尝试对法国法作出新的发展。这些成果中,有的还直接或间接对《民法典》产生影响,如加布里埃·阿古(Gabriel Argou, 1640—1703)于1692年在巴黎出版的《从法学阶梯到法国法》(*Institution au droit françois*),这本著作内容广博,分析透彻,既论述了习惯法,又论证了成文的罗马法,如关于人的民事地位的主题,罗马法里也没有完全一样的论述能与之相匹敌。而这本著作最为引人注意的另一点,是在顺序编排上与之之后的《民法典》相同。<sup>[34]</sup>

## 2. 从“经院法学派”到“人文主义法学”

罗马法研究的流行,上述抄本的传播,使得到了13世纪中期,法国的罗马法研究开始形成了自己的学派——“经院法学派”。注释法学派在意大利的注释内容,不可能全部为法国所接受,因此法国罗马法学家借用意大利注释法学派与疏证法学派的方法论,重新注释法国法。<sup>[35]</sup>从总体上讲,它与“评论法学派”属于同一风格,例如都注重对注释法学的各种理论进行检讨和评论;都重视实务的机能,力求将罗马法与本民族、本地区的社会需要结合起来,用罗马法学的理论来解决现实中的案件等。<sup>[36]</sup>

上述学派的代表人物有先驱拉蒙·拉尔(Ramon Lull, 1235—1316)、拉瓦尼斯(Jacobus de Ravanis, 死于1269年)、拜拉佩提卡(Petrus de Bellapertica, 死于1308年)、雅各布(Pierre Jacobe d' Audillac)和弗雷(Jean Faure)等,最有名的是拉瓦尼斯,他将意大利注释法学派之理论与法国特有之法学合二为一,拓展了法国的罗马法研究,拉瓦尼斯、拜拉佩提卡均曾在图卢兹大学和奥尔良大学讲授罗马法,而雅各布和弗雷则是14世纪蒙彼利埃大学法学教育的代表人物。

经院法学派的领地主要在成文法区。12世纪末,何诺三世(Honorius III, 1150—1227)应法国国王腓力二世(Philippe II Auguste, 1165—1223)的请求,颁布了禁令(*decretalis super specula*),中断了罗马法在巴黎的研究,<sup>[37]</sup>致使从1219年到17世纪,巴黎没有关于研究罗马市民

法的研究机构。<sup>[38]</sup>因而经院法学派的领地也主要在成文法区,不过,正如罗马法对《博韦习惯法》的影响一样,罗马法作为理性的存在,对习惯法区仍旧有影响。

16世纪开始,文艺复兴的人文主义思潮再次激发出注释法学派的内在精神。以居亚斯(Jacques Cujas, 1522—1590)为代表的人文主义法学派,开始批评当时在法学界占主导地位的“评论法学派”。居亚斯、德埃伦(F. Douaren, 1509—1559)、德纽(H. Doneau, 1527—1591)、霍特曼(F. Hotman, 1524—1590)、鲍道恩(F. Baudouin, 1520—1573)等人既克服了注释法学派只在查士丁尼《国法大全》中做文章的缺陷,开始投身于当时的社会改革运动;同时,又通过对罗马法学家原始文献的认真校对修正,恢复被评论法学家搞乱的罗马法的真正面目。该学派的兴衰,不仅构成西欧中世纪后期文艺复兴运动的重要组成部分,也为罗马法在法国的复兴、运用乃至融入法国习惯法,最后为资产阶级立法,特别是为1804年《民法典》所吸收架设了一座桥梁。<sup>[39]</sup>

## 二、自然法的杂糅——罗马法新的载体

17、18世纪的自然法运动,将罗马法内化成一种精神,通过学者著书和教学,培养了一代代具有罗马法气质的法国法律人。

在人文主义不再满足传统书面理性的时代,自然法赋予了罗马法律一种新的合法性。不同时期的自然法学说有不同的内涵,1789年以前的现代自然法志在用自然法推导实证法,1789—1875年的自然法学说则志在从自然法的角度证成实证法。<sup>[40]</sup>罗马法成文理性与自然法的实证追求耦合,帮助这一时期的学者更好地处理法国成文法与习惯法的差异。

在18世纪,自然主义的进步给法国罗马法与习惯法之间的旧对抗带来了新的转折:它不再反对两种不同来源和内容的法律体系,在大多数情况下,提出了折中的解决方案。重建后的罗马法,与上述人文主义和“启蒙”思想影响下的人

文主义法学时期截然不同,传统文献被修剪、净化,忽略其“细微之处”和过时元素,留下一些符合现代精神的个人主义和契约精神。从自然法这个角度来看,习惯法和罗马法似乎更具互补性,只要双方都有自己的领域,保留每个人赖以生存的习俗,根据普遍和不变的理性原则进行调整习俗,二者即可和谐相处。<sup>[41]</sup>

那么,此刻内化到自然法中的罗马法,究竟在何种程度上影响了《民法典》?比较法学家茨威格特和克茨给出的回答是,“毫无疑问,这部民法典若不是在整体上有来自于自然法的法典编纂思想,那么它在思想史上就会是不可想象的。也就是说《法国民法典》也是以自然法构想为基础的,即存在着独立于宗教信条的个人自治的自然原则,由此而派生出法律规范制度。”<sup>[42]</sup>罗马法经历“经院法学派”“人文主义法学派”和自然法的吸收,除了个别制度,<sup>[43]</sup>留给法国更多的是法律精神,而这些精神,通过多马、阿格索和朴蒂埃的著作,以自然法或罗马法的概念,有效地进入了《民法典》。<sup>[44]</sup>

茨威格特认为自然法在某种程度上浸透入法国法里,不过这可能是那种称作“前格劳秀斯”的典型形式,它是很罗马化的。

在多马看来,在某些领域,罗马法已经影响了自然法教义,纯粹习惯法编纂是“无序的”。以财产继承为例,在英国的威尔士,一般来说,如果兄弟、侄子或侄子的后代去世时没有孩子,那么遗产会回到这一支血缘可追溯的亲人那里,这是很古老的英国习俗的表达。在多马看来,这一规则在法国也是适用的。之所以它在习惯法中有生命力,是有其自然法基础的,因为这种规则具有自然法中的正义性。多马在《自然秩序中的民法》(*Les lois civiles dans leur ordre naturel*)一书的序言中,是如此表述罗马法与自然法的关系的,“罗马法在法国太重要了,因为在罗马法中,包含了自然法和书面理性”,“上帝希望他们利用这光明去建立一门自然法科学。”<sup>[45]</sup>正因为自然法的这种属性,规则是必要的,因为自然法并

没有准确地确认正义究竟是什么,所以罗马法里也缺少强制性规则。据此,也可以说,多马的著作《自然秩序中的民法》,是受到新的自然法观念的启示,将罗马法规则重新编订,以适应时代需要的著作。<sup>[46]</sup>

大法官亨利·弗兰索瓦·阿格索(Henri - François d'Aguesseau, 1668—1751)负责将三部当时正在生效的法规——遗嘱、赠与和不动产限定继承编纂成典,这项工作对于《民法典》也是有影响的。他建议那些初学法律的学生,首先,去观察和分析最普通的事物,从中学习自然法的规则,而这些规则是将罗马法理学与其他法理学区分的依据。然后,选择一位老师,即多马做导师,因为他最为系统地探讨过这个主题,并且把它们简化成一句话,“正义的本身就是这些应当普遍地为人类共有的原始律令。”在阿格索看来,自然法的原则在罗马法里表现得最明显,而多马将这些原则表述得最明确。

在阿格索的《为国王的律师的职责学习和练习指导做准备》(*Quatrième instruction sur l'étude et les exercices qui peuvent préparer aux fonctions d'avocate du roi*)第四部分中,在他的儿子面前,他断言罗马法律比习惯,甚至立法,更忠实地表达了自然法,当然不是所有罗马法都有这种功能,因此有必要作出区分。例如,有关于合同和义务的规定,这种自然因素出现在所有条款中;在有关遗产和遗嘱的规定中,这种因素则较少;在其他领域,将罗马制定法与自然法混合在一起会更符合自然法则。<sup>[47]</sup>

一个绰号为普洛温斯·阿格索(Aguesseau de Provence)的人进一步发展了阿格索的观点,在大量罗马法律中,普洛温斯·阿格索坚持认为,必须区分“那些被称为书面理由的法则与那些仅由特殊机构适用的,对我们来说是外来的法律。”<sup>[48]</sup>他还以合同及阿格索含糊提及的财产为例,认为这些是自然法(*droit naturel*)的保留领域,即新罗马人的法律。“在处理合同时,我们首先制定了适用于所有人的自然法原则。在这个问题(合

同)上,我们永远不会超越古代传给我们的原则,而这些原则与人类一起诞生。”<sup>[49]</sup>至于财产,因为人“拥有和维持所需物品的自然权利”与生俱来。<sup>[50]</sup>“如果我们可以说财产和合同自由是民法典的两大支柱,那么,Bernard Beignier 总结,它们都是基于自然权利(droit nature)”。<sup>[51]</sup>

朴蒂埃在其《契约之债》(*Traité des obligations*)及《财产之债》(*Traité du domaine de propriété*)中,多次基于罗马法的原则,隐含地证实了普洛温斯·阿格索的言论。<sup>[52]</sup>他曾频繁地引证格劳秀斯和普芬道夫(Samuel von Pufendorf, 1632—1694)的观点,不过他似乎更接近托马斯·阿奎那的传统。他以阿奎那等教会法学家为观照,更关注内心道德对外界的作用。例如,在他的著作《契约之债》一书的序言里,他认为,“如果不站在外部市场而是站在内在的道德立场上,在严格意义上,只有一个‘公平契约’所产生的纯粹的‘自然债务’才是一个‘完全债务’,因为它给人一个有助于契约实现的债权,而一个有缺陷的债务就没有这样的权利。”<sup>[53]</sup>

这些观点,《民法典》的起草者并不是一无所知。相反,上述名家是他们年轻时候的法学启蒙者,他们受到其滋养,并且在大多数情况下,坚持了他们的学说。<sup>[54]</sup>以波塔利斯(Jean - Etienne - Marie Portalis, 1745—1807)为例,他想要引进一编称为“与法和一般性法律有关的”导论,其中第一条说到法律乃是首先可以从自然理性中汲取出来的规则,第二条揭示自然理性所规范之规则形成了自然法的原则。这些规则是所有成文法规定的基础,而这些成文法的规定,或多或少为自然衡平原则直接表现的结果。<sup>[55]</sup>虽然这一编最后没有被采纳,但也足够体现出波塔利斯的自然法思想。另外,波塔利斯还看到了习惯法的缺陷,觉察到习惯法的任意性与自然法的稳定性形成的鲜明对比。他在《法国民法典开篇:法典起草委员会在国会就民法典草案的演讲》中提到了这一点,“因此,在同一个帝国中遇到了巨大的习俗多样性:法国似乎只是多个社会的组合体,各

州独立而独特,主权只有一个,但国民间是多样化的”。<sup>[56]</sup>更为重要的是,由短期目标决定的革命“政治”和法律具有任意性,更需要罗马法统一的立法思想。<sup>[57]</sup>

如果觉得上述表述不够明确,波塔利斯在向立法机构提交第二卷第二章时,他就用非常自然法化的概念来描述财产:“‘任何时候任何地方’的‘个人权利’,作为一个个人权利,其源头将出在人自己身上。这种权利的运用,就像我们所有其他自然权利一样,已经通过理性、经验和各种发现得到了扩展和完善。但是这种法律原则是出在我们身上的;它不是人类惯例或实在法(*loi positive*)的结果;它存在人的构成中,在我们与周围的物体产生不同关系中。”<sup>[58]</sup>

### 三、起草委员的罗马法思想

在1800年8月12日,拿破仑感觉民法典有亟速颁布之必要,便下了一道命令,要立刻成立一个四人的“民法起草委员会”,限11个月内完成其工作。被任命的四人都是杰出的法学家:特隆歇(François Denis Tronchet, 1723—1806,曾任路易十六的辩护人,时任最高法院院长)、普雷阿梅纽(Félix Julien Jean Bigot de Préameneu, 1747—1825,曾任塞纳地区法院民事庭庭长,时任最高法院政府专员)、波塔利斯(曾任“元老院”主席,时任“海船捕获委员会”政府专员)和马尔维尔(Jacques de Maleville, 1741—1824,曾任“元老院”议员,时任最高法院法官)。法令要求该委员会在第二执政康巴塞雷斯的指导下,以最快的速度编纂一部“全体法国人民的民法典”。<sup>[59]</sup>

#### (一) 面临的问题

自16世纪以来,成文法地区与习惯法地区之间分歧不断,很难逆转。对于成文法区和习惯法区的关系,按一般思路,应该是代表理性的成文法区不断冲击习惯法区,最后整合习惯法变得理所当然。

但在强大的法律民族主义潮流面前,成文法区其实只站在了纯粹的防御性立场。不断发展

编纂的习惯法,其实是许多法国传统的真实表达。实际上,对于许多法国人来说,罗马法律已经失去了长期以来被承认的共同法的地位。异质但已经融入到法国法律中的一种“习惯”是对法国罗马法更为贴切的表述,曾经辉煌的教学已经陷入了日常和平庸之中,专注它的作品与专注于习俗的出版物相比已成为少数。

在17世纪,拉穆瓦尼翁法令(Guillaume de Lamoignon)被认为是适用于整个王国的法律,包括在成文法地区,其内容体现了法国对习惯法非常明确的偏好。<sup>[60]</sup>从某种程度说,启蒙运动虽然催生了人文主义学派,促进了法国的罗马法学发展,但是也无法证明在和习惯法对垒时,启蒙运动对罗马法律是更有利的,因为人文主义者也批评《法学阶梯》不连贯的汇编。<sup>[61]</sup>甚至在不那么革命性的立法中,尽管发言中提到了古往今来的法律,但具体立法时,往往都采纳了传统习惯。

不过,有一个非常粗略的估计,认为《民法典》中罗马法律与习惯法一样多,甚至更多,这似乎阻止了前者的衰落。一般将其归功于负责起草初步草案的委员会的平衡构成,有两个成文法区的代表——波塔利斯和马尔维尔,两个习惯法区的代表——特隆歇和普雷阿梅纽。<sup>[62]</sup>但是,如果将这种现象归功于波塔利斯和马尔维尔经常表现为罗马法的捍卫者,而特隆歇和普雷阿梅纽作为习惯法的捍卫者,则这种解释过于简单。

## (二)立法分工

一般认为,在《民法典》草案起草委员会的成员组成中:波塔利斯和马尔维尔是罗马法的代表,而特隆歇和普雷阿梅纽则是习惯法制度的代言人。

关于委员们的具体起草分工,法律史学家没有发现详细的文献记载。但是,通常认为,特隆歇专于继承制度;普雷阿梅纽负责起草父子关系、赠与、互易以及合同法的有关内容;马尔维尔负责起草婚姻制度中父权力和夫权、夫妻财产制度中的奩产制等;波塔利斯负责起草离婚、收养、所有权和合同部分。如果我们将上述分工与“代

人”之说对比,即在决定某一块的适用时,是否一个来自成文法区的起草者,就意味着坚决支持罗马法,而来自习惯法区的起草者,往往支持习惯法呢?吊诡的现象再一次出现了,《民法典》中的合同法内容大多来自于罗马法(或朴蒂埃的书),但这一部分却是由普雷阿梅纽负责起草的。相对应的还有婚姻法部分,保留了大量习惯法传统的部分却是出自马尔维尔之手。

据此,也有学者认为《民法典》的起草人并不仅仅因个人偏好和学识背景来编纂《民法典》,这不是对波塔利斯等人贡献的抹杀,事实上,可能他们对传统习惯、罗马传统的态度“更多受到周围理念”(des idées ambiantes)的影响。他们更多的只是决定某一块的适用,一块适用罗马法,另一块适用习惯法。如债权几乎完全适用罗马法,在这个领域,罗马法早就占据了优势地位,早在13世纪习惯法就被罗马法战胜了,习惯法几乎无法质疑罗马法实践上的优势。只有一些特别合同形式的残骸,如牲畜租赁,被《民法典》吸纳。而家庭法虽然赋予罗马传统一定的地位,但主要受习惯法的约束。在具体问题上进行的创造和细化则做得较少。<sup>[63]</sup>

上述猜想也得到了来自起草委员会中习惯法代表普雷阿梅纽的印证。在国会面前,他表示“其所提出的所有权条款几乎全部来自罗马法律,但是,删除了一些矛盾的微妙之处”。<sup>[64]</sup>而且,通过罗马法律,他将这些条款与自然法联系起来:“这是令人钦佩的上帝秩序,是需要符合所有人的理性和内心的原则。正是在这里,在公平中,在良心上,罗马人发现了这种教义,这将使他们的立法不朽。”他还补充说,“其所有这些规定都可以在罗马法律中找到,必须提醒那些将负责辩护或执行《民法典》中所记载的法律的人,那些想要取得进步的人,只有将罗马法视为基本的公平原则,才能不断进步。”<sup>[65]</sup>

(三)法典起草委员会就民法典草案的演讲  
起草者的分工或许只能说明,当时法律的某一部分,是由成文法或习惯法支配,但仍旧无法



清晰而明确地表达出起草者的罗马法思想。这种清晰而明确的表述,可以在波塔利斯向会议的报告里找到例证。

就罗马法和即将要制定的《民法典》,委员会有过直接的论述:法兰西在以前曾经被习惯法和成文法政权分别管制,所以被分割为习惯法区和成文法区,不过也存在一些全国通用的皇家敕令。大革命后,法国立法机关在这一重要问题上做了深思熟虑的改进。根本性的问题被提了出来:难道新事物都要被排斥?是否旧事物都应被蔑视?<sup>[66]</sup>

起草委员会给出的回答是正面的,与他们的前辈一样,希望用成文法的理性来规范保留了人类最初的野蛮影子的习惯法。“来自于罗马法的成文法,推动了欧洲的文明进程。先辈制订的查士丁尼法典实为一个启示录,代表了当时的人们祈求一个公正法律的寄托——希望专断的法官裁判可以受到法律的约束。事实上,即便是今天,我们的风俗习惯仍然不可避免地包含了人类最初的野蛮的影子,不过其中也蕴涵了先辈的智慧,这些形成了一种可贵的民族性格,值得后人珍惜和保留。我们不认为这些精神在另一种精神出现前就必须消失。喋喋不休的争论,会使人对理性和习俗同样反感。”<sup>[67]</sup>起草委员坚信自己做的是一件有意义的事,并朝着融合的方向,用“法官们不止一次打算要把帝国各部分的习惯法、成文法等等总结起来,立一个统一的法,就像一位名作家所说:统一,是一种完美”<sup>[68]</sup>

起草委员会的这种观点并非偶然,当然,它可能与人所拥有的非常古老的向往理性相对应,但它主要与同时代的思想潮流有关,特别是与那些似乎对18世纪学说影响最大的思潮——自然法思潮有关。以《民法典》为中介,法典起草人继承其伟大的前任——多马、阿格索、朴蒂埃的思想,以两个基本原则指导着立法:一是将符合自然法的罗马法部分吸纳进《民法典》;二是在具体立法时,以习惯法为基础,体现在尊重惯例和风俗,即便不是所有法国人的惯例,至少应该

是大多数人的。

《民法典》的起草者毫不犹豫地将自己塑造为此前由多马和朴蒂埃所阐述的传统的继承者,将《学说汇纂》中记载的解决方案翻译成一系列连贯的法律条文:“现行民法典起草人认为,如果我们从罗马法律中剥离一系列规则,这些规则共同构成了一个既精确又准确的法律基本体系,它将为法国社会服务。”<sup>[69]</sup>

#### 四、《民法典》颁布后的反思与再吸收

罗马法复兴后,经过经院法学派、人文主义法学派、自然法的深化,扎根进了《民法典》。对于这种现象,引起了法国学者的重视。

以《民法典》具体条文与罗马法的关系为例,在《民法典》颁布之初,在法国早已有学者做过深入研究。<sup>[70]</sup>

早在1805年,巴普蒂斯特·达德(Henri - Jean - Baptiste Dard, 1779—1840)出版的一部法典的正式文本中,认为“民法典中的每一个条文、每一次会议都涉及到罗马法、习惯和法令”。<sup>[71]</sup>次年,在杜福尔(Julien - Michel Dufour De Saint - Pathus, 1757—1828)的领衔下,另一部作品具有同样的精神构思,其标题本身就是一个完整的研究程序:“《民法典》,包含了所有条款的渊源。研究工作建立起《民法典》与罗马法为代表的旧法间的联系;在每个条款之后附有转录索引,无论是翻译的罗马法,习俗,条例或以前的法律条款,还是复制它或转引自其他作者的文本。”毫无悬念,这个研究取得了巨大的成果,并在1807年和1827年再版。直到20世纪,许多关于《民法典》的其他研究也相继出版。

还有研究在《民法典》后附了对照表格,与朴蒂埃的作品进行对照,早在1805年,贝尔纳迪(Joseph Elzéar Dominique de Bernardi, 1751—1824)第一个进行了这种尝试。19世纪早期,大部分的律师都受过旧法律的学习和实践训练,他们觉得有必要知道《民法典》与朴蒂埃的对应关系,而且他们过于熟悉朴蒂埃,甚至忽视了其他人。

对于《民法典》中具体制度与罗马法关系,学术界也有相关研究。

《民法典》颁布 200 多年,内容已经不断更新,债法算是更动较少的部分,总体上还是罗马法在支配这一领域。<sup>[72]</sup>再如在物权法中,著名的第 544 条“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利”,经常被解释为是革命与反动之间交易妥协的代表,是对革命性财产的确认,但就是这样的条款也隐含了罗马财产法的贡献。<sup>[73]</sup>第 544 条给出的财产的定义并不是新的,是在革命之前就已经存在的流传甚广的表述,它是中世纪罗马主义者对罗马法的系统化和综合化的结果,16 世纪的人文主义者和自然主义者提出了新的解释,在一种坚定的个人主义意义上,认为拥有合法的个人财产是所有者的权利。其实,不仅在财产的定义中,在财产内部划分和财产权利使用的规定中也是如此。如在建筑物与内部房屋的区分中,在共同所有权和地役权的管理中,在这些与自然法相关的领域,一些源于习惯法的规则可能已经悄悄进入,但就《民法典》制定的原则而言,这些原则几乎都是来自罗马法。<sup>[74]</sup>

1804 年后,法国民法进行了进一步的改革,吸纳进了不少罗马法的制度。以法国信托法为例,对于这种“信托起源于英美法”的说法,法国法学界并不认同。他们的研究成果认为,法国立法者乃是以罗马法上的信托概念为根基,借鉴英美信托法的经验,确立了自己的信托制度。在中世纪的法国,早在十字军东征时期战士们就使用过信托。<sup>[75]</sup>

除了制度上的再吸收,更应该引起我们重视的是罗马法在《民法典》适用和解释过程中发挥的作用。虽然新的民事立法已经颁布,为了解释新法,法学家和法律教科书的编写者仍然继续参考已经被废除的旧法律渊源。为了解释民事法律,法学家们也援用罗马法,如杜福尔和德拉波特(Jean-Baptiste Delaporte)所言,对存在于《民法典》中的罗马法来说,被重新解释意味着重新

焕发活力。

《民法典》不再拥有刚刚颁布时的光环,在法学教育和法律理论上,它可能最终也会失去作为基石的地位,但作为西方法律发展的里程碑,它的声望基本没有减弱。<sup>[76]</sup>回顾罗马法对于《民法典》的影响历程,就更容易理解艾伦·沃森对“为什么罗马法对于《法国民法典》的影响力总是被低估”这个问题的回答了,<sup>[77]</sup>是因为太惧怕罗马法了,《民法典》的编纂借鉴和内化了许多罗马法的制度和精神,即便时至今日,《民法典》仍在不断从罗马法中汲取养分。简洁而系统的罗马法的原理和结构在法学教育中仍旧保持着重要的地位,每当对《民法典》作解释和适用的时候,恐怕那解释就来自于罗马法。

#### 注释:

[1] 此处仅能在有限的范围内聊举数例,挂一漏万,在所难免,仍乞方家见谅。主要有程序部分和个人贡献两个主题。程序部分如石佳友:《法国民法典制定的程序问题研究》,《比较法研究》2015 年第 3 期;个人贡献主要是拿破仑本人和其他起草委员会成员两种主体,拿破仑的贡献,可参见让-路易·安贝翰:《民法典的制定历史:民法典,拿破仑的?》,石佳友译,《法学家》2004 年第 2 期;起草委员会如波塔利斯,可参见石佳友:《法典化的智慧——波塔利斯、法哲学与中国民法法典化》,《中国人民大学学报》2015 年第 6 期。

[2] 主要是自然法渊源、习惯法渊源、政治因素。研究自然法渊源的,涉及自然法与实证法的关系,可参见朱明哲:《“民法典时刻”的自然法——从〈法国民法典〉编纂看自然法话语的使用与变迁》,《苏州大学学报(法学版)》2016 年第 2 期;研究习惯法渊源的,可参见黄树卿:《法国民法典的历史渊源探究》,曾宪义主编:《法律文化研究》(第 6 辑),北京:中国人民大学出版社,2011 年,第 195-203 页;涉及政治因素的,可参见戴孟勇:《论政治因素对编纂民法典的影响》,《云南社会科学》2018 年第 1 期。

[3] 罗结珍:《〈法国民法典〉规定的准侵权行为辨析》,《法学杂志》2012 年第 1 期;曹险峰:《论 1804 年〈法国民法典〉中的人格与人格权——兼论我国民法典的应然做法》,《社会科学战线》2007 年第 5 期。

[4] 王云霞:《〈法国民法典〉的时代精神探析》,《法学家》2004 年第 2 期;耿林:《论法国民法典的演变与发展》,《比较法研究》2016 年第 4 期;秦立巍:《〈法国民法典〉合同制度改革之争》,《环球法律评论》2011 年第 2 期;李世刚:《论〈法国民法典〉对罗马法信托概念的引入》,《中国社会科学》2009 年第 4 期。

[5] [美]詹姆斯·高德利:《法国民法典的奥秘》,张晓军

译,梁慧星主编:《民商法论丛》(第5卷),北京:法律出版社,1996年,第553-594页;傅静坤:《〈法国民法典〉改变了什么》,《外国法译评》1996年第1期;陈卫卫:《法国民法典的影响——与德国民法典的比较》,《清华法学》2006年第2期。

[6]主要指与《德国民法典》的比较,袁长春:《对〈德国民法典〉与〈法国民法典〉的比较研究》,《中国社会科学院研究生院学报》1985年第3期。

[7]王工:《〈法国民法典〉1979年版汉译本评介——纪念〈法典〉公布一百八十年》,《法学评论》1984年第3期;李贵连:《〈法国民法典〉的三个中文译本》,《比较法研究》1993年第1期;王健:《〈法国民法典〉的第一位中国译者》,《法学》2001年第5期。

[8]这些经典著作,对于国内关于《法国民法典》的智识增长是有突出贡献的。

[9][美]约翰·H.威格摩尔:《世界法系概览》(下),何勤华等译,上海:上海人民出版社,2004年,第871-880页;何勤华等:《法律文明史——大陆法系》(上卷),北京:商务印书馆,2015年,第314页;[美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,北京:中国政法大学出版社,1997年,第167-168页。

[10]如詹姆斯·高德利认为:“所谓支撑起《民法典》的‘三大支柱’,即所有权绝对、契约自由和过错责任来源于17世纪的自然法学派的成员,如格劳秀斯和普芬道夫,而格劳秀斯和普芬道夫的理论的核心是从16世纪后期经院学派那里获得,集大成者是托马斯·阿奎那,而阿奎那的思想主要是将教会法、罗马法和亚里士多德的思想因素糅合而成。”但是在仔细阅读该文后发现,对于《法国民法典》重要历史渊源的罗马法,作者着墨甚少。[美]詹姆斯·高德利:《法国民法典的奥秘》,张晓军译,梁慧星主编:《民商法论丛》(第5卷),北京:法律出版社,1996年,第553-594页。

[11][53][77][美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,北京:中国政法大学出版社,1997年,第170、167-168、171页。

[12][法]让·布里索的《法国法律史》有三编,《欧陆法律史概览——事件,渊源,人物及运动》引用的是第一卷,首次出版是1898年,第二版是1900年。其余两编《法国私法史》(*Manual d'histoire du droit privé*)和《法国公法史》也作为美国法学院协会的“大陆法史系列丛书”的第三卷、第九卷被翻译到英语世界。John Henry Wigmore, Simeon Eben Baldwin, *A General Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History*, Boston: Little, Brown and company presse, 1912, p. xxxv.

[13]本文以梳理罗马法与《法国民法典》的数百年关系为主旨,在叙述上仍旧需要倚重于上述名著和埃斯曼的名著(*Cours élémentaire d'histoire du droit français, à l'usage des étudiants de Première année*)。就材料而言,法国国内新的叙事逻辑、新的观点更值得我们关注。

[14]Jean Brissaud, Rapelje Howell, *A History of French Pri-*

*vate Law*, Boston: Little, Brown, and company press, 1912, p. xxix.

[15][16][23][31] Adhémar Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français, à l'usage des étudiants de Première année* (11th ed.), Paris: publisher not identified, 1912, pp. 114-115, 835, 786, 834.

[17][27][37][38] Adolphe Tardif, *Histoire des sources du droit français: origines romaines*, Paris: A. Picard presse, 1890, pp. 340, 267, 285, 282.

[18] M. Fitting, *Questiones de juris subtilitate des Imerius*, Berlin: Einleitung presse, 1894, p. 38.

[19]潘华仿、高鸿钧、贺卫方:《当代西方两大法系主要法律渊源比较研究》,《比较法研究》1987年第3期。

[20]共同法最具有创造性的研究在于罗马法契约、侵权、代理等几个重要方面的变化,参见苏彦新:《欧洲中世纪共同法的形成》,《比较法研究》2011年第3期。

[21] M. F. Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français, Tom. 4, Droit public, et droit privé du moyen age*, Paris: Librairie de Jurisprudence de Cotillon presse, 1852-1853, pp. 356-358.

[22]“法国……于高卢—罗马时期(亦即罗马人统治高卢人的时期),生活在业经法典化之罗马法、比方说像是在西元四三八年狄奥多西法典的影响底下。这就是成文法性格的体系。”参见 André LUCAS:《拿破仑民法典两百年:法国民法及其挑战》,曾品傑译,《台湾法学》2008年5月号第106期。

[24][35]戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第139、139-140页。

[25]法国学者认为,对于罗马法在习惯法区的影响,研究仍旧不够。随着共同法的普及,法国北部其实很快跟上了这种浪潮,至少可以从两个方面体现,第一次是罗马法法律用语的吸收,第二次是法律概念的內化。Paul R. Hyams, “Ius commune et common law au Moyen Âge: les scélérats et les honnêtes gens”, *Bibliothèque de l'École des chartes*, Vol. 158, No. 2, pp. 407-430. 对于是否应将罗马法制度适用于习惯法区,古代的法学家也是有讨论的,盖伊·科奎尔(Guy Coquille, 1523-1603)与皮埃尔·利泽特(Pierre Lizet, 1482-1554)认为应该在习惯法区适用罗马法;其他一些法学家,如 Christophe 则认为应该由法官自己决定是否适用罗马法。可以肯定的是,许多习惯法本就来源于罗马法。R. De Fresquet, *Précis d'histoire des sources du droit français depuis les Gaulois jusqu'à nos jours: ouvrage destiné aux étudiants*, Aix: Makaire, etc presse, 1861, p. 85.

[26] David Le Bris, “Testing legal origins theory within France: Customary laws versus Roman code”, *Journal of Comparative Economics*, Vol. 47, 2019, pp. 1-30.

[28][日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,北京:法律出版社,1999年,第158-159页。

[29][英]梅特兰等:《欧陆法律史概览:事件,渊源,人物及运动》,屈文生等译,上海:上海人民出版社,2015年,第207页。

[30] 维诺格拉多夫认为该书在里昂的第一次被发现的时间是1553年。[英] 保罗·维诺格拉多夫:《中世纪欧洲的罗马法》, 钟云龙译, 北京: 中国政法大学出版社, 2010年, 第52页。

[32] [英] 保罗·维诺格拉多夫:《中世纪欧洲的罗马法》, 钟云龙译, 北京: 中国政法大学出版社, 2010年, 第52-56页。

[33] M. Warembois, Introduction historique au droit, Transcription du cours de M. Warembois, Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne, p. 38.

[34] [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》, 李静冰、姚新华译, 北京: 中国政法大学出版社, 1992年, 第87-88页。

[36] 李中原:《中世纪罗马法的变迁与共同法的形成》, 《北大法律评论》2005年第2期。

[39] 何勤华:《西方法学史纲》(第三版), 北京: 商务印书馆, 2016年, 第103-116页。

[40] 朱明哲:《三十五年来自然法讨论发展路向》, 高鸿钧、於兴中主编:《清华法治论衡——法律与正义》(第23辑), 北京: 清华大学出版社, 2016年, 第167-199页。

[41] [47] [63] [74] Jean - Louis Thireau, "Fondements romains et fondements coutumiers du code civil", *Droit*, 2005, Vol. 2, No. 47, pp. 3-18.

[42] [46] [62] [德] K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》, 潘汉典等译, 北京: 法律出版社, 2003年, 第136, 124, 129页。

[43] 以《民法典》中吸收罗马法最多的合同法为例, 既有罗马法内容, 也有教会法的高度概括。巴杜斯就此问题把罗马法与教会法结合起来, 他缩小了教会法之契约自由与较为技术化之罗马法的区别, 他为罗马法中包含的契约自由原则铺平了道路, 17世纪的自然法学家包括格劳秀斯清除了最后的障碍, 从此, 契约自由之原则编纂进了大陆法学。

[44] 多马和朴蒂埃作为罗马法与《民法典》的桥梁, 在此不再赘述, 本部分讨论的是通过多马和朴蒂埃等人的作品, 说明罗马法是如何内化到自然法精神中, 不断发挥作用的。

[45] Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, Paris: Despillis, 1768, preface.

[48] [49] [56] [57] P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827, t. I, pp. 480, 509-517, 463-464, 465.

[50] [58] P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827, t. XI, pp. 112, 113.

[51] B. Beignier, "Portalis et le droit naturel dans le Code Civil", *Revue d' Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, No. 6, pp. 77-101.

[52] Jean - Louis Thireau, "Pothier, le droit romain et le droit naturel", *Les grands juristes*, Aix - en - Provence: presses universitaires d' Aix - Marseille, 2006, pp. 113-128.

[54] 甚至有学者认为,《民法典》的起草者继承的是自然法理论的所有权、契约理论, 自然法理论框架下所有权的存在是为了克服公有制的弊端, 而不是后来学者附会的“绝对”所有权(《民法典》第544条); 自然法理论框架下的契约核心是公平,

而不是契约“自由”(《民法典》第1134条)。[美] 詹姆斯·高德利:《法国民法典的奥秘》, 张晚军译, 梁慧星主编:《民商法论丛》(第5卷), 北京: 法律出版社, 1996年, 第553-594页。

[55] [72] André LUCAS:《拿破仑民法典两百年: 法国民法及其挑战》, 曾品傑译, 《台湾法学》2008年5月号第106期。

[59] 一般认为, “波塔利斯在整个委员会中发挥了核心的主导作用。以离婚制度为例, 虽然特隆歇和马尔维尔坚决反对, 波塔利斯立足于大革命时期的1792年法律, 以‘宗教自由’为由, 强调不同宗教的民众对于婚姻能否解体存在不同的看法, 坚持在民法典中引入离婚制度。这一立场也得到了拿破仑的支持。对于收养制度, 马尔维尔也同样反对, 但波塔利斯予以坚持, 因而被写入民法典草案。由于在民法典起草中的杰出表现, 1800年9月, 波塔利斯被拿破仑任命为行政法院法官, 主要负责宗教事务。1801年, 波塔利斯起草了拿破仑与教皇庇护七世所签署的政教协定(Concordat), 藉此法国与教廷之间实现了和解; 而法国则由此得以结束法国西部的叛乱, 拿破仑赢得了大部分法国农民和教士的支持。”石佳友:《法国民法典制定的程序问题研究》, 《比较法研究》2015年第3期。

[60] Jean - Louis Thireau, "Les arrêtés de Guillaume de Lamignon: une œuvre de codification du droit français?", *Droits*, 2004, No. 39, pp. 53-68.

[61] Denis Diderot, A G Boucher d' Argis, Louis de Jaucourt, W. Wolodkiewicz, *Le droit romain et l' Encyclopédie*, Naples: Jovene presse, 1986, p. XXXVIII.

[64] [65] [69] P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827, t. XIII, pp. 46; 215-216, 218; 217.

[66] [67] [68] [法] 特隆歇、波塔利斯、普雷亚梅纽、马勒维:《法国民法典开篇: 法典起草委员会在国会就民法典草案的演讲》, 殷喆、袁菁译, 何勤华主编:《20世纪外国国民商法的变革》, 北京: 法律出版社, 2004年, 第3-40页。

[70] 中文研究有何勤华:《朴蒂埃与〈法国民法典〉》, 《外国法译评》1996年第1期。

[71] 法文研究有 H. -J. -B. Dard, *Code civil: avec des notes indicatives de lois romaines, coutumes, ordonnances, edits et déclarations qui ont rapport a chaque article, ou, Conférence du Code civil avec les lois anciennes*, Paris: B. Warée Fils Ainé, 1827, 他将《民法典》中的每一个法条都作了溯源分析。

[73] Jean Leclair, "Le Code civil des Français de 1804: une transaction entre révolution et réaction", *Revue Juridique Themis*, 2002, Vol. 36, No. 1, pp. 1-2.

[75] 李世刚:《论〈法国民法典〉对罗马法信托概念的引入》, 《中国社会科学》2009年第4期。

[76] Wijffels A., "Le Code civil français, Evolution des texts depuis 1804", *Legal History Review*, 2003, Vol. 71, pp. 245-247.

[责任编辑: 邹秋淑]