

# 谢怀栻先生访谈录

谢鸿飞\*

6月中旬,受《环球法律评论》之托,蒙谢老许可,笔者有幸亲炙一代民法学大师风范。先生虽已耄耋高龄,然精神矍铄,思维敏锐。先生居所甚简陋,书房、卧室合一。时先生正校拉伦兹《民法总论》的中文译本,真可谓老骥伏枥。访谈在先生居所进行。

问:谢老,是否可以请您简单地介绍一下自己的学术经历?

答:我在大学里学法律,以后又在大学里教民法。1958年后成为右派,从1962年开始,在新疆改造了17年,一直到1979年才回到法学所。真正从事民法研究工作的时间,也就是从1980年开始到现在,大约有20年。1989年,我就退休了。因此我在法学所研究民法只有10年的时间,1989年后也做民法的教学和科研工作。关于我的经历和学术作品,可以参看《民商法论丛》第2卷上梁慧星老师写的文章。

问:在这篇文章中,梁老师提到,1945年,您曾代表台湾高等法院从日本人手中接收了台湾地方法院,并签发了中国司法机关在台湾的第一份判决书。这是莘莘学子非常崇敬您的一件事。请您简单介绍当时的情况。

答:日本投降时,我在重庆地方法院工作。当时国民政府为了接收台湾,专门办了赴台人员训练班。出于爱国热情,我参加了这个培训班。当时派杨鹏到台湾负责接收法院,我也自愿报名去了。当时的主要工作是接收法院。台湾高等法院由杨鹏接收,台北地区的法院由另外一个人

接收,其他地方的法院由我代表杨鹏接收,大概是6个。接收法院后,我就留在台湾工作。

当时台湾用的是日本的法律。为了镇压台湾地区的抗日活动,日本还制定了特别刑法。在接收之前,日本关押了大批抗日爱国志士,当时,依日本的法律,中国人的抗日活动是“叛国行为”。我们接收法院后,首先就释放了这部分人;其中有一些被判刑的,还要宣布无罪。第一个无罪判决是由我以中国台湾高等法院的名义签发的,很有历史意义。

问:目前我国正在制定民法典。在这一过程中,学者仁智互见,观点纷呈。我很想了解您对中国制定民法典的看法。我想就几个问题向您请教。

我国一些学者主张借鉴英美国家的立法体例,制定我国的民法典,梁慧星老师把这种观点称为“分散式、邦联式”的思路。大多数人反对这一意见。您认为中国未来的民法典是否可以走这条路子?

答:我没有参加民法典的制定工作,也没有对中国民法典发表过意见。但我在《中外法学》今年的第一期上发表了一篇文章,里面虽然没有明确表示我的观点,但实际上很多观点可以从里面推导出来。我不赞成民法典使用英美法律体系,讨论民法典要以德国的五编制为基础,我赞成梁老师的观点,问题在于如何改进五编制的体例。德国民法典是一个大方向。梁老师的观点的确是现实主义的、实事求是的。在中国采用英美法是完全行不通的,在理论和实践中都行不

\* 中国社会科学院法学研究所博士研究生。

通。就是香港的何美欢教授也不赞成采用英美法,她想得更远,认为到2047年,要制定全国统一的民法典。我们将来要统一全中国的民法典就必须制定一个好的民法典,而且我们的民法典要走大陆法的方向。英美法体系无论如何都不适合中国国情,我们要以德国民法典为基础,在德国民法典的基础上进行改进。另外,走英美法的路对立法来说是一个浪费,比如许多问题合同法中要规定,以后在侵权法中也要规定。

问:梅仲协先生提到,民国时期制定的民法典十之六七取自德国,十之三四取自瑞士,法日苏联的制度也采取了一些,好像基本上没有提到英美法。现在我们制定民法典是否还可以这样呢?

答:以前中国民法典完全走的是德国民法典的路子,基本上没有英美法的东西。民国时期制定的民法典与德国民法典唯一不同之处在于,它走的是民商合一的制度,实际上德国也没有完全坚持民商分立,德国后来制定的很多单行法,比如有限责任公司法、股份公司法、海商法都没有纳入到商法典中。有些制度是可以借鉴英美法的。我们的合同法就采取了英美法中的一些东西,合同法采取了《联合国货物销售公约》和《国际商事合同通则》的一些制度,这些制度是间接来自英美法的。我说制定民法典走大陆法的路子,并不是排斥英美法的具体制度。对国外的立法,能够借鉴的我们都可以借鉴。民国时期制定的民法典也不是完全走德国法的路子,也借鉴了很多瑞士法的东西。

问:徐国栋先生认为,德国民法典设立总则编,把人法放在总则中规定,没有凸显人的地位,导致整个民法典以物为中心,湮没了人,因此应该单独设立“人”一编,并仅设一个“小总则”。在大陆法系各国中,有的民法典也没有总则,那么我们的民法典是否应当设立总则编?

答:目前对德国民法典的争议集中在是否应设立总则编。但是完全废除总则,在理论上说不过去,在现实中也行不通。荷兰民法典虽然没有总则,但是事实上也有。它的小总则一扩充,不就是总则吗?实际上徐国栋也设计了一个小总则。把民法典分为人法与物法,给人的印象是,

民法典好像不是一个整体。但是为什么人法与物法会凑在一起?只有设立了一个总则,才能说明民法典是一个整体。因此,应当把人法与物法的共同问题放在总则中解决。有总则才说明民法典是一个有机的整体,而不是机械的凑合。人法与物法的共同问题首先是法律主体、客体和法律行为。一些人反对说,法人没有自然人的许多属性,比如法人不适用亲属法的规定等等。但是这不足为病,因为总则的内容并不是要适用于民法典的所有方面。总之,五编制还是好的,我们的民法典要设计一个总则。

问:有学者主张,为了弘扬人的地位,尊重人的尊严,我们民法典应专门设立人格法编,与传统民法典的几大编平行,但是有人认为这一部分的内容太少,如果单独设编的话,会影响民法典的形式美感,而且这一部分的内容会与侵权法的规定重复。您对此有什么意见?

答:我觉得这是一个问题。我在“民事权利体系”一文中也说到突出人格权的问题。人格权在教学和理论中是可以单独作为一编的,但是在立法中没有必要单独作为一编。我以前也想过将它单独作为一编,或者专门作为一章。后来觉得这样不好。我认为还是把它规定在自然人一章中。当然法人也有人格权问题,而且按照现在的发展趋势,法人的人格权问题还会越来越重要,尤其是法人的名誉权。比如在香港,有人污蔑希望工程,说工作人员贪污了钱,为此还在香港打了官司。自然人的很多人格权是其独有的,法人不能享有。我认为人格权还是规定在自然人中好一些,有一些人格权也可以在法人章中规定。总而言之,德国民法典还是有价值的,在中国立法和理论中抛弃德国法是不可能的,因为我们的理论和立法框架接受的都是德国法。

问:在大陆法系各国的民法典中,人法与物法的顺序有两种:一种是人法前置的,比如瑞士民法典和意大利民法典,把亲属法和继承法放在财产法前面;一种是物法前置的,如德国民法典等等。徐国栋先生认为,德国民法典的这种体例重视物,而遮蔽了人。您怎样看这种观点?

答:把民法典分为人法和物法,这是从罗马法来的。我认为,人身关系与财产关系的轻重并

不是一个关键性问题,人法与物法的顺序也不是一个关键性问题,是可以讨论的。把人法摆在前面也可以,各编的顺序变动并不影响民法典本身。在五编制的框架下,内部的顺序是可以改进的。梁慧星说有人身关系的地方就涉及到财产,说得过去。在市场经济条件下尤其如此,不可能有人身关系而无财产关系。徐国栋的大框架我还是不赞成的,尤其是把继承编放在人法中,因为继承必然涉及到财产,如果要这样的话,继承编可以要放在人法与财产法之间,因为继承既涉及到人法,也涉及到物法。关于各编顺序问题,我们可以拿出来讨论,如果大多数人赞同把人法放在前面的话,我也赞同。

问:一些学者从英美法律体系出发,认为现代侵权法已经成为一个独立法律部门,发展非常快,它与合同之债的共同点也不多,因此把它放在债权编中不合适,应该把它独立作为一编,以维持侵权行为法的开放型。您对此观点如何评价?

答:侵权法要独立出来是可以的,问题是如何独立。如果说侵权法和合同法相互独立,我是赞成的;但是如果把侵权法从债法中脱离出来,在理论上说不过去,事实上也做不到,因为侵权之债也是一种债。如果我们把它从债法中分离出来,这样,一部分内容在债法中规定了,另外一部分内容还要在侵权法中规定,岂不是造成了立法的浪费?立法要讲究节约,总则编的设立就是为了避免立法的浪费。

问:部分学者认为,传统民法典是以有形物为中心建构的,现代是知识经济时代,知识产权越来越重要,英美国家正在考虑把无形财产纳入财产法体系中。未来我国的民法典也有必要规定知识产权。您对此有什么意见?

答:知识产权没有必要在民法典中规定。从理论上说,知识产权与其他民法权利有根本性不同。第一,其他民事权利或者是与生俱来的,比如人格权;或者是个人生活不可缺少的,比如财产权。人不可能没有人格权,也不可能没有财产,尤其是在市场经济条件下。但是即使在市场经济条件下,一个人也完全可能和知识产权打交道。比如我一辈子不写书,就不会与著作权打

交道;一辈子不发明东西,就不会和专利法打交道;一辈子不作生意,就不会和商标法打交道。一个边远地区的农民可能一辈子也不会接触到知识产权。第二,知识产权与政府的管理有关,比如专利权和商标权就要国家批准。因此我建议把知识产权放在民法典外,但是在理论上,民法学可以研究。

我也反对这样一种观点,就是认为知识产权与民法完全无关,把知识产权放在民事权利的体系之外。知识产权属于民事权利,但是应由特别民法调整。

问:我国目前正在制定物权法,关于物权的最大理论争议是要不要承认物权行为及其无因性。这一理论被视为德国人抽象思维在法学中的极端表现之一。我国学者反对物权行为最主要的理由是:它脱离了实际生活,严重损害了原所有权人的利益;其维护交易安全的功能已经不大,最主要的赞成理由是,它维护了交易安全;在对行为的分析方面非常清晰,在法律体系上也使法律行为成为一个整体。您怎么看物权行为?

答:我们对物权行为理论的研究还很不够。最近两年我参加法大博士论文答辩时,对两个写物权行为理论的学生说,希望他们深入、仔细地研究下去,把这个问题搞清楚。我不赞成关于物权行为的两种观点。一种是认为物权行为纯粹是主观的构想,没有现实基础。这种观点过于极端了,实际上法律制度不可能由法学家构想出来的,它总是有现实基础的。把一个买卖行为分为三个行为,即一个债权行为,两个物权行为,在现货交易中,我们可能会觉得这是法学家的构思,不现实。但是在一个远期的复杂交易中,是可以划分三个行为的。比如购买波音飞机,几年后才交货,在现代社会里,很多交易都是这样的。在这些交易中,不能不让人想到有不同的行为。我们批判这一理论是可以的,但是不能走极端。还有一种观点认为,德国法上的这一制度完全是好的,这一态度也不好。我认为,我们首先要详细、深入地研究,重点要研究这样两个问题:第一,物权行为无因性理论是怎样来的,根源在哪里;第二,物权行为无因性理论在德国一百多年都能够立足,原因是什么?我们目前不要轻易赞成物权行为无因性,也不要轻易反对物权行为无

因性,而是要坐下来仔细研究怎么改进。

另外,如果不承认物权行为无因性,交易安全的问题能够完全解决,我们是不要物权行为无因性的。但是善意取得制度是不是能够完全保障交易安全,我还没有过细地研究。另外一个问题是,在交易中,我们要保障谁的安全?无因性保障的是买受人的安全,如果不承认物权行为无因性,保障的是所有人的安全。问题在于,有什么制度能够把两者都保护到。

问:反对物权行为无因性学者普遍认为,物权行为无因性太抽象了,脱离了日常生活,是一种精英话语,老百姓不懂。您对此有什么看法?

答:这不是理由。实际上民法中有很多这样的术语。“权利能力”、“行为能力”老百姓懂吗?就连法人这么普遍的术语,大家也不是都懂了。比如好多厂长、董事、经理都说自己就是法人呀,这说明他们不懂法人这个概念,不知道法人和法定代表人的区别。

问:您曾深入、细致地研究过大陆法系主要国家的民法典,这一研究在民法学界产生了重大影响。那么,您认为,哪个国家的民法典最好?

答:不能说哪个民法典最好。每个国家的民法典都有其特色,只要它适合于自己国家的国情,对于它的国家就是好的。大陆法系各国的民法典中,德国民典的框架比较好,实际上,意大利民法典和俄罗斯民法典也没有脱离这一框架。今天如果我们要抛弃德国民典的话,实在是得不偿失。在某些方面,我们可能有所得,但是“失”会更大。

问:民国时期在制定民法典时,曾经花大量的精力调查全国各地的民事习惯。我们现在是否还有必要像以往一样,对民事习惯进行调查?

答:以前我在法工委开会时,就提到我们在制定民法典时,尤其是在制定物权法时,一定要派人 against 民事习惯进行调查。比如说农村承包经营权,大家都说要改,但是怎么改?现在还是没有结果。还是要对农村土地的实际使用情况作调查。但是现在也不知道他们调查了没有。

问:关于民法典的制定,您还有什么意见?

答:我还想说的是民法典的繁简问题。我们制定法律的时候,总是说简单一点,条文要少一点。现在看来,这是失败的。我们的法律简单了一点,结果是最高法院的司法解释一大堆。民法通则是这样,担保法、合同法还是这样。担保法的解释比法律还多。现在合同法已经是第二次解释了,以后还有第三次、第四次。我们的合同法分则多简单啊!连雇佣等重要的合同都没有。所以,最高法院的司法解释越来越多。这种现象造成了立法的浪费,立法与司法的权限不清,说得严重一点,是违背了法治的基本原则。我们在制定民法典时一定要解决这个问题。从我国的国情、法官的水平、现实需要出发,立法一定要详细一些,免得无法执行,最高法院又制定司法解释。到目前为止,有一部法律比较好,最高法院没有司法解释,那就是海商法。

问:谢老,最后我想请教您一些法学教育、年轻人治学方面的问题。我曾经看过东吴大学法科二年级的课程表,发现民法和外语所占的课时非常多。您能否能够根据您当时学习的情况,对目前的法学教育提出一些意见。

答:东吴大学是美国人办的,主要教授英美法。因此除了民法以外,还要教信托法等英美法系的课程。当时,一般的大学课程不多。我们那时对外语的要求很高。最近20多年,大学法科的课程非常杂,出一个法律就开一门课。比如专利法、商标法、著作权法、婚姻法、继承法等等。如果我们制定民法典后,这些课就可以统一起来了。按照五编制开设课程,当时我们学民法上的就是这五门课。现在中国政法大学的民法课就是这样开的。

我主张学好外语,搞好翻译。如果一个国家的法律完备了,主要是要熟悉本国的法律;如果不完备,就要多学习外国的法律。只有学好外语,才能搞懂外国的东西。以前我们翻译的书主要是英美法的,最近几年,日本法的、德国法的东西多起来了,这是一个很好的事情。

问:谢老,我看过您的一些文字,觉得您是一个人文色彩很浓厚的学者。目前在法学界,很多人也在主张实行一种人文主义的教育。您是怎样看待这一问题的呢?

答:我认为在法学界提出人文教育很对。法律教育不能成为技术教育,也不能成为职业教育。法律不是技术工具,也不只是谋生工具。我们要培养真正的法学家,不是让他熟悉部门法的法典,而是要让他学会真正的法治精神。一次会议上,有人说现在的法律系联系实践的工作做得不够,结果学生毕业后连律师都做不好。我觉得,法律系的任务不是单纯进行职业教育,法律系的最高目的是培养全体人民的法治精神,培养法官、律师只是它的目的之一,而不是全部的目的。

问:您在为梅先生的《民法要义》的序中提到,梅先生对待学问极其谨严、认真的态度。您

能否把您的治学方法给我们介绍一下?另外,对我们这些后生,有什么希望和要求?

答:没有最好的治学方法,只有适合于某个人的方法。每个人都应该找最适合自己的方法。

在学术上,是一代比一代强。我曾经说,如果我和江平等是民法学界的第一代,梁慧星、王利明等是第二代的话,你们就是第三代,应当承认一代比一代强。希望你们继续保持刻苦精神,努力学习,站在老一辈人肩膀上前进。

整个访谈中,谢老虚怀若谷、徇徇儒者的大家风范,使我如沐春风,感触良多。临别时,求得谢老在我笔记本上留下一句话:“提倡民法精神,制定一部好的中国民法典!”

(上接 384 页)

在人权两公约研究方面,本项目参加人认为,《经济、社会和文化权利国际公约》与《公民权利和政治权利国际公约》是当今国际上最重要的人权法律规范,对于确立统一的国际人权标准和保障机制具有十分重要的意义。经过认真研究,人权中心向中国政府有关部门建议,中国应当尽快签署加入国际人权两公约,因为这两个公约是世界各国人民长期斗争的结果,加入“人权两公约”已是国际潮流,中国加入“人权两公约”具有充分条件和坚实基础,加入“人权两公约”有利于进一步完善中国的人权保障制度。

在翻译出版国外人权著作方面,本项目组织翻译出版了 3 本外国人权学者有关人权问题的学术著作。还正在联系或者翻译其他几部外国人权著作。

在人权知识传播方面,人权研究中心组织了近百位专家学者,历时 5 年多,经过十余次修改、补充、完善、校对和审核,完成并出版了《中国人权百科全书》这部有 160 多万字的大型人权工具书。另外,还编辑出版了 80 万字的工具书《国际人权文件与国际人权机构》。

在人权资料中心建设方面,本项目在中国社会科学院人权研究中心下设一个人权资料中心。已从国外收集、购买了外文人权著作约 1400 余册,同日内瓦联合国人权中心,以及一些国家的人权研究机构建立了联系,它们不定期寄来有关人权的资料。国内的有关人权资料收集也已走上正轨,截至目前共收集国内人权研究资料和信息 4000 余份。人权资料中心是开放式的,对国内外学者、学生等及国内各单位、部门、机构等开放。

中国社会科学院人权研究中心的一系列研究成果,对于推动人权理论研究,传播人权观念,完善人权保障政策,立法和司法,以及国际人权交流和人权对话,都发挥了积极作用。其研究项目先后获中国社会科学院优秀科研成果奖两项,获优秀科研成果二等奖一项,三等奖两项,主持和参与的人权论坛、人权研讨、人权对话活动,多次受到外交部、司法部以及全国妇联等部门的书面和口头表扬。