

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

当代中国债权立法问题研究

Studies on Creditor's Rights Legislation in up-to-date China

● 柳经纬 著



北京市社会科学理论著作出版基金资助



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

当代中国债权人立法问题研究

Studies on Creditor's Rights Legislation in up-to-date China

● 柳经纬 著

北京市社会科学理论著作出版基金资助



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

当代中国债权立法问题研究/柳经纬著. —北京:北京大学出版社,2009.2
(民商法论丛)

ISBN 978-7-301-14273-8

I. 当… II. 柳… III. 债权法-立法-研究-中国 IV. D923.31

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第145955号

书 名:当代中国债权立法问题研究

著作责任者:柳经纬 著

责任编辑:李燕芬

标准书号:ISBN 978-7-301-14273-8/D·2140

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印刷者:北京山润国际印务有限公司

经销者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 15.25印张 220千字

2009年2月第1版 2009年2月第1次印刷

定 价:32.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

自序

2007年3月16日,十届全国人大五次会议通过了《中华人民共和国物权法》,我国民法法典化因此又向前迈进了一大步。伴随着《物权法》的颁布,民法典的各个组成部分基本上都有单行法为其构建的基础,民法法典化进入了最后的攻坚阶段。由此而来,民法典编纂理论研究中关于未来民法典的结构体例问题,必将更加受到学界和立法机关的关注。在民法典的编纂体例问题上,债法的体系问题将更加突出。如何看待以德日等国为代表的传统民法的债法体系?要不要设立债法总则?是维护传统的债法体系还是另起炉灶?这是摆在我国民法学界和立法机关面前的问题,我们必须对此作出回答。

笔者关注民法典编纂体例问题多年,在债法体系问题上,先后完成了《民法法典化及其需要解决的两个问题》、《各国或地区民法典债法体系的比较研究》、《新中国成立以来有关债的立法考察》、《从债的一般规范对侵权行为的适用看债法总则的设立》、《关于如何看待债法总则对各具体债适用的问题》、《设立债法总则的必要性和可行性》、《论添附中的求偿关系——兼谈非典型之债与债法总则的设立问题》、《从“强制取得”到对债的依归——关于民事责任性质的思考》以及《关于我国民法典应设立债法总则的几个问题》等文。本书是在上述研究的基础上完成的,试图对上述民法典债法体系问题给出一个明确的答案。本书给出的答案是肯定的,我国民法典应当设立债编,以债法总则统率形形色色的具体的债,我们应当维护传统的债法体系。形形色色的债不仅包括合同、无因管理、不当得利和侵权行为

等四种典型的债,而且包括存在于民法典其他编以及民法典以外的其他法律领域乃至公法领域的非典型之债。

本书是笔者所承担的中国政法大学 2005 年度校级人文社会科学规划项目“民法典债法体系研究”的最终成果。在本书完成的过程中,得到了中国政法大学比较法研究所各位同事的帮助,也得到了中国政法大学科研处各位新同事的支持。我的博士生,南京财经大学法学院尹腊梅博士通读了全稿,并提出了许多宝贵的意见;硕士生薛童指出了书稿中多处文字错误。本书的出版得到了北京大学出版社的大力支持,李燕芬女士和邹记东先生为本书的出版付出了辛劳。在此一并表示诚挚的谢意。

柳经纬

2009 年 1 月

目 录

导论:问题与思路 / 1

第一章 债的概念 / 12

第一节 债的概念存废之争 / 12

第二节 债的定义 / 20

第三节 债的法律属性 / 24

第四节 责任与债 / 34

第二章 债的体系 / 44

第一节 债的发达 / 44

第二节 债的传统分类 / 49

第三节 本书的分类:典型之债与非典型之债 / 54

第四节 典型之债 / 58

第五节 非典型之债 / 71

第三章 非典型之债的分布 / 79

第一节 民法其他领域的非典型之债 / 79

第二节 商事法上的非典型之债 / 103

第三节 公法上的非典型之债 / 115

第四章 债法的体系 / 129

第一节 债法体系概述 / 129

第二节 民法典债编体系 / 132

第三节 债法总则的构成 / 141

第四节 债法总则对具体债的适用问题 / 145

第五章 我国债法体系的构建 / 162

第一节 我国债权立法之现状 / 162

第二节 关于民法典中债法安排的三种思路 / 173

第三节 维护传统债法体系的必要性 / 181

第四节 民法典债编体系的构想 / 193

附录一：民法典债编结构 / 199

附录二：债编总则草案（试拟稿） / 202

附录三：论添附中的求偿关系

——兼谈非典型之债与债法总则的设立问题 / 221

导论：问题与思路

一、问题的提出

债法在私法体系中,处于核心的位置。由债而展开,私法领域的各项制度,一览无余。首先,债作为民事法律关系之一种,必然涉及民事主体制度,债的关系的当事人——债权人和债务人,要么是自然人,要么是法人或者非法人组织,自然人、法人和非法人组织均为民事主体。^①其次,债的关系必涉及物权、知识产权等财产权制度,物权、知识产权等财产权,常常既是债的关系的起点,又是债的关系的终点。例如,在买卖合同这样的债的关系中,卖方对标的物享有所有权,是买卖合同得以有效成立的条件之一^②,移转标的物所有权与买方则是买卖合同的目的所在,也是买卖合同的基本效力;又如商标权转

① 非法人组织,又可称为非法人团体,指虽不具备法人资格但在民事法律关系中享有权利和承担义务的组织。传统民法仅承认自然人和法人为民事主体,而不承认非法人组织的民事主体地位,我国现行法业已确认非法人组织的民事主体地位,如我国《合同法》第2条第1款规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”本款所谓“其他组织”,即指非法人组织;此“其他组织”是合同关系的“主体”。

② 依据我国《合同法》第51条之规定,无处分权的人处分他人财产而订立的合同,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,方可有效;否则应确认无效。

让合同,出让方享有商标权是转让合同的有效条件之一,转让商标权与受让方则是合同的目的。再次,债的关系与婚姻家庭制度有关,婚姻家庭关系中也存在着债的关系,如亲属之间的扶养关系、配偶离婚时的损害赔偿 responsibility 本质上属于债的关系。又次,债与继承制度也有关系,继承的目的是实现财产从死亡人(被继承人)向未亡人(继承人)的移转,可继承的财产包括债权和债务;在遗赠的情况下,受遗赠人有请求遗嘱执行人交付遗赠财物的权利,也具有债的属性。最后,债的关系与商事法律制度的关系就更为密切,公司是股东出资设立的法人,股东之间的关系具有债的成分^①,股东于公司盈利时请求公司分配红利更具有债的属性;票据法上的各种票据关系和非票据关系,本质上均为债的关系;证券法上的证券发行和交易关系,保险法上的保险合同关系,海商法上的海商关系和海事关系,性质上也属于债的关系,是合同之债或侵权行为之债的具体化。因此,我们说债法处于私法的核心位置,实在不是过分之词。^②

债是一项古老的法律制度,具有悠久的历史。近代债法起源于古代罗马法,并受中世纪日耳曼法的影响,遂发展成为今日十分健全的法律制度。尽管大陆法系国家或者地区的民法典之结构体例存在着区别,但是关于债的制度和体系却十分接近。《德国民法典》以及采取德国式法典结构的国家或地区的民法典,均设有独立的债编,或为一编,或分为二编,或为三编,对债的一般规范(即债法总则)和各类典型的债(债法分则),做了详尽的规定。《法国民法典》虽然没有独立的债编,但关于债的规定与德国法并无根本的区别,不仅规定了合同之债、无因管理之债、不当得利之债和侵权行为之债等具体类型的债,而且也规定了有关债的一般规范;《意大利民法典》从法典的体例上看,属于法国式的,不设总则编,但是关于债法的安排却采

① 我国《公司法》第28条第2款规定,股东不按照规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,“还应当已向按期足额缴纳出资的股东承担违约责任”。此违约责任表明股东之间就出资而言存在着债的关系。

② 正因为债法在私法体系中处于核心的位置,因此在私法的学习中,有“债法通,则民法通”的说法。参见拙文“债法通,则民法通”,载拙著:《感悟民法》,人民法院出版社2006年版,第18—22页。

取德国法的做法,设有独立的债编,内容包括债法总则和各种具体类型的债。不仅是在体系上,如果我们比照大陆法系国家或地区的民法典之债编或相关的编章,我们会发现债法的构成内容也是十分接近的。例如,关于债的发生根据或者债的类型,大体上都包括合同、无因管理、不当得利和侵权行为。这些充分说明了,债法的体系及其内容在大陆法系国家或者地区的民法典中是十分确定和稳定的,似无重新讨论的必要。事实也是如此,在我们所接触的法律文献中,虽然涉及债法改革的内容不少,但是这些改革仅涉及债法的某些制度或规则,而不涉及债的体系和整体内容,更不会涉及债的概念问题。^①从这一点来看,单纯地从理论上研究债法体系问题,似乎没有太大的现实需要,更无多大的学术价值。

然而,在我国,自20世纪70年代末重启民法典起草工作(即第三次起草民法典)以来,围绕着债法的体系与构成问题,甚至围绕着债的概念的存废问题,理论界和立法界均存在着诸多的争议。当前在民法典编纂问题的理论讨论中,虽然不再有人十分坚定地主张废弃债的概念,但是对于是否应维持传统民法的债法体系,是否应在未来的民法典中设立债法总则以总揽各种债的关系,却存在着不同的意见。^②近年来由学者提出的民法典草案建议稿和由全国人大常委会法制工作委员会提出的民法草案,即反映了关于我国民法之债法体系的不同主张。2002年底由全国人大常委会法制工作委员会提出的《中华人民共和国民法(草案)》总计九编,分别为总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权行为法和涉外民事关系

① 债法改革当数德国2002年1月1日生效的《债法现代化法典》为典型。德国债法的改革所涉及的也只是时效、违约救济、消费者合同等内容。参见朱岩:《德国新债法——条文及官方解释》,法律出版社2003年版。我国台湾地区1999年完成的民法典债编之修订,增订65条,修正123条,删除7条,所修订的条文占债编总条文(604条)近1/3,其内容包括增列新类型合同、加强消费者权益和劳工权益保护等,也仅为部分内容之改革。参见拙文:“1999:中国大陆合同法之制定与台湾民法债编修订之比较”,载拙著:《当代中国民事立法问题》,厦门大学出版社2005年版,第230—234页。

② 学者之间关于债的概念和债法体系所进行的面对面的讨论,可参见江平、梁慧星、王利明三位教授2002年11月8日在中国政法大学民商经济法学院举办的“中国民法典论坛”第一场“中国民法典的立法思路和立法体例”上的发言。江平、梁慧星、王利明:“中国民法典的立法思路和立法体例”,<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=10737>。

的法律适用法。该草案只设合同法编和侵权行为法编而不设债法总则编,且将合同法和侵权行为法隔离开来,将侵权行为法置于各种类型的民事法律关系之后,这是一种废弃传统债法体系的主张。由梁慧星教授主持的课题组提出的《中国民法典草案建议稿》^①计七编,分别为总则、物权、债权总则、合同、侵权行为、亲属和继承。该建议稿设三编规定属于传统债法体系的债法总则、合同和侵权行为,并将该三编前后连贯起来,构成了一个完整的债法体系。^②这是一种忠实维护传统债法体系的主张。由王利明教授领衔的课题组提出的《中国民法典草案建议稿》^③介于上述两者之间,一方面该建议稿设有债法总则编、合同编和侵权行为编,且前后连贯,与梁慧星教授主持完成的民法典草案建议稿形式上无异;但另一方面该草案建议稿所设置的侵权行为编,并不是作为债法体系的组成部分,而是脱离债法体系的,与物权法、债权法、亲属法等相并列的民法典的独立组成部分。^④这是介于主张废弃传统债法体系和主张维护传统债法体系之间的折衷的观点。由于侵权行为法在传统债法体系中占据着极为重要的位置,债的真正起源之一就是侵权行为法^⑤,因此将侵权行为法从债法体系中分离出来,由合同、无因管理、不当得利和侵权行为四种典型的债构成的传统债法体系实际上不复存在。由此可见,是维护传统的债法体系还是废弃传统的债法体系另起炉灶,实为我国民法典编纂理论研究中的一大争议问题。

对于民法典编纂讨论中存在的关于债法体系的不同意见,我们应如何

① 中国民法典立法研究课题组:《中国民法典草案建议稿》(课题负责人:梁慧星),法律出版社2003年版。

② 梁慧星教授在解释其民法典草案建议稿所以分设三编规定债权总则、合同和侵权行为的原因时说“草案编纂体例采潘德克吞式,将民事生活关系的规则,以法律关系为标准,划分为物权、债权、亲属和继承四编……鉴于现代市场经济的发展,产生各种新的合同类型和新的侵权行为类型,致债权编条文数剧增而与其他各编不成比例,遂参考荷兰新民法典将债权编分解为债权总则、合同和侵权行为三编”。中国民法典立法研究课题组:《中国民法典草案建议稿》(课题负责人:梁慧星),法律出版社2003年版,序言第2页。

③ 王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版。

④ 同上,第277、498页。

⑤ 意大利罗马法学家彼得罗·彭梵得在谈到债法的历史起源时指出“罗马债的历史起源产生于对私犯的罚金责任”。[意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第284页。

取舍?这是摆在我国理论界和立法机关面前的问题。这一问题如何解决,不仅关系到未来民法典中债法的体系,而且关系到未来民法典的整体结构和风格,关系到民法典的科学性,实有进一步讨论的必要和研究的学术价值。同时,鉴于上述由全国人大常委会法制工作委员会提出的民法草案本身乃仓促之举,绝非最后的定案^①,因此讨论未来民法典的债法体系问题,也是现实的需要。本书的研究正是在这种立法背景下进行的。也正因为在这种立法背景下,本书的研究目的并不在于系统阐释债法制度的理论体系,而是围绕着我国民法典编纂理论研究中关于债法体系的争议点而展开,回应有关债法体系的立法争论。

二、研究思路

本书的研究将依循以下的思路进行:

首先,是债的概念。法律概念是我们思考和解决法律问题的工具^②,“在‘法律构造’中起着根本性的作用”^③。用西方学者的这些话来审视我国学界关于债法体系的讨论,是再合适不过了。在我国民法学界关于债法体系的讨论中,对债的概念的存废以及什么是债的问题存在着不同的理解,这种不同理解直接导致对传统债法体系的不同态度。先是20世纪70年代末80年代初,人们对债的概念之存废存有争议,有的学者主张废弃债的概念,然而其真正目的在于废弃传统的债法体系,而主张维护传统债法体系的学者则竭力主张保存债的概念。这种争议直接影响着当时进行的第三次起草

① 该草案虽有总体的编排体例,但并无整体的条文编排顺序,而是每编均有独立的条文编排顺序,即每一编都从第一条开始其条文排序,且物权法编基本照搬当时的物权法草案征求意见稿,合同法编、婚姻法编、收养法编和继承法编则是照抄现行各单行法,未加任何加工和梳理,其仓促,其草率,由此可见一斑。

② [美]E. 博登海默:《法理学、法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

③ [法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第32页。

民法典工作。近年来,在民法典编纂问题的讨论中,虽然不再有学者强烈主张废弃债的概念,但是对于什么是债的问题,同样存在不同的看法。这种不同看法直接决定了他们对债法体系的不同主张。例如,主张侵权行为法独立的学者最为有力的理由之一就是侵权行为的法律后果是责任不是债,或者说不完全是债(例如,他们认为赔礼道歉等非财产责任就不属于债),因此侵权行为法不能纳入债法体系;而主张维护传统债法体系的学者则认为,赔礼道歉等非财产责任也是债,完全可以纳入债的范畴。这里就涉及对什么是债、责任是否也是债的理解,涉及债的概念问题。因此,研究债法体系,不能不涉及债的概念问题。而且,笔者认为,债法规范的是债的关系,是否应构建债法体系以及如何构建这种体系,首先必须划定债权债务关系的范围,而要划定债的关系的范围,则须先解决什么是债的问题。因此,研究债法体系须从债的概念入手。故此,本书首先讨论债的概念,揭示债的概念的科学内涵,尤其是要阐释责任与债的关系,为本书的研究奠定好基础。

其次,是债的体系。社会经济生活中,法律关系错综复杂,哪些属于债的关系,哪些不属于债的关系,需要我们认真加以梳理和界定,并以此为基础从理论上构建债的科学体系。这是构建债法体系的基础。众所周知,传统债法体系的构建主要是以合同之债、无因管理之债、不当得利之债和侵权行为之债为基础的,倘若侵权行为的法律后果确实不属于债或者不完全属于债,那么传统债法体系的构建确实存在不科学之处,那么重新考虑债的法律体系问题也就有比较充分的理由;倘若侵权行为的后果仍属于债或者主要属于债,那么以此为由否定传统债法体系就显得缺乏理论说服力。因此,我们首先将研究的视野放在具体分析传统债法体系所涵盖的四种具体类型的债之上,从而揭示传统债法体系的构成原理。同时,本书还将研究视野扩大到传统债法体系所涵盖的四种具体类型的债之外,寻找这四种类型的债以外的新的债的类型,为我们审视债的立法问题,提供更为宽阔的视角。实际上,在传统债法体系所涵盖的四种类型的债之外,还存在着大量无法被这四种类型的债所涵盖的债的关系,如物权法中存在的添附中的求偿关系、婚姻法中的亲属之间的扶养关系、公司法中的股东分红请求权关系、票据法中

的追索权关系以及公法中的因国家征收征用而引起的补偿关系等等,都具有债的属性,然而这些债的关系均难以纳入传统债法体系所涵盖的四种债。如果我们将传统债法体系所涵盖的四种类型的债称为“典型之债”的话,那么上述这些不能为四种“典型之债”所涵盖的债,则可称为“非典型之债”。这些非典型之债不仅具有理论上的研究价值,更为重要的是它们的存在对于我国债法体系的构建提供了新的视角。由于民法典所具有的民事基本法的地位,民法典应如何安排债法的内容,不能只是考虑传统债法体系所涵盖的四种典型之债,更不能只考虑合同之债,应该考虑大量游离于民法典债编以外甚至是民法典之外的非典型之债的存在。全面地审视债的体系,把典型之债和非典型之债都纳入未来民法典债法的体系加以考量,是健全和完善我国债法体系必须要做的工作。关于典型之债和非典型之债的划分,以及关于非典型之债的研究,也就构成本书的一个亮点。所谓创新,也就在于此。

最后,是债法的体系。在对债的概念作出科学界定和对债法体系加以梳理后,本书的落脚点就在于债法体系的构建,回应我国民法典编纂中关于债法体系的讨论。从法的形式上看,传统的债法体系应包括民法典总则编适用于债的规范(如法律行为)、债编以及民法典分则其他编和其他法律关于债的规定。其核心部分是民法典的债编,内容包括债的一般规范(即债法总则)和合同、侵权行为等各种具体类型的债(债法分则)。学说上所谓债法体系,通常是指民法典的债编。这种债的法律体系主要是以合同法为中心而构建起来的。^① 正因为如此,传统的债法体系颇受我国学者的诟病,有的学者甚至认为债法总则对合同以外的债(侵权行为、不当得利、无因管理)的适用存在着“水土不服”的现象,因而质疑传统债法体系的科学性。^② 因此,是否应维护传统的债法体系,从立法技术的角度看,还必须研究传统债法体系下的债法总则所确立的一般规范对合同以外其他债包括对非典型之

^① 王利明:“论侵权行为法独立成编”,载张新宝主编:《侵权法评论》第1辑,人民法院出版社2003年版,第4页。

^② 覃有土、麻昌华:“我国民法典中债法总则的存废”,载《法学》2003年第3期。

债的法律适用问题。如果债法总则所确立的一般规范对合同以外的债具有可适用性,那么未来的民法典设立债法总则,维护传统的债法体系,就是必要的;反之,如果债法总则所确立的一般规范对合同以外的债不具有适用性,那么应该设立的是合同法总则而不是债法总则,这也就是说,现行的合同法外加侵权行为法即可满足未来民法典的需要,而不必坚持传统的债法体系。本书将正面回答债法总则对具体债的关系的适用问题,不仅考察债法总则对合同之债的适用问题,而且也考察债法总则对侵权行为之债的适用问题,进而阐明坚持传统债法体系的必要性,并在此基础上就我国债法体系的构建尤其是民法典债编的编纂问题和债法总则的立法问题,提出相应的立法建议。

三、本书结构

依循上述研究思路,本书分为五章。

第一章“债的概念”,从我国 20 世纪 70 年代末 80 年代初第三次民法典起草之时关于债的概念存废之争入手,讨论债的概念问题,着重分析关于债的两种定义(学理定义和法律定义),探讨债的相对性、给付性和财产性特征,力求将什么是债的问题的讨论,从教科书的层面推进到更为深入的一个层面。同时,本章也对我国学界普遍存在的关于责任不是债的问题,从历史的源流上做一番探讨,分析了责任在其历史演变中的分流情况,提出了责任对债的依归的看法,揭示了现代法上的责任所具有的债之属性。

第二章“债的体系”,从近代以来债的发达入手,立足于债的分类与债的体系构成的理论,在阐述关于债的传统分类理论的基础上,提出了“典型之债”与“非典型之债”的分类法。这种分类的意图在于,将民法典债编以外的法律领域所存在的形形色色的债的关系,纳入债的体系加以考察。因此,债的体系就不仅仅是民法典债编所规定的合同、无因管理、不当得利和侵权行为构成的体系,而是包括所有存在于各个领域里的债的关系构成的体系。

在划分典型之债和非典型之债的基础上,本章进而探讨了典型之债和非典型之债与债法体系构建的关系。关于典型之债与非典型之债的划分,既是本书构建债法体系的基础,也是本书的新意所在。

第三章“非典型之债的分布”,意图在于寻找和发现非典型之债。合同、无因管理、不当得利和侵权行为等四种典型之债,存在于民法典的债编,已经为我们所认识,然而非典型之债存在于民法典债编以外的法律领域,极为分散,且又与这些领域里存在的典型之债混杂在一起,不易被人们所认知。本章将分别从民法典的其他编、商事法以及公法三个主要的领域,将各种非典型之债一一加以梳理,展示给读者是一个极为庞杂的非典型之债的“族群”。

第四章“债法的体系”,立足于债的体系构成,将债法体系构成分为民法典债编、民法典其他编有关债的规范和其他法律关于债的规范三大部分。本章的重点在于讨论民法典债编尤其是债法总则在债法体系中的地位和作用,比较深入且细致地探讨了债法总则对侵权行为之债和合同之债的法律适用问题。通过对债法总则对侵权行为和合同的适用情况的深入考察,笔者认为,债法总则的多数规范适用于侵权行为之债,并非学界有的学者所认为的“水土不服”或者“不完全适用”,同时,由于合同之债的标的各种各样,债法总则对于合同之债,也不是完全适用。因此,我们不能苛求债法总则必须对具体的债都完全适用,更不能以债法总则的规范不完全适用于某种债为由而否定债法总则存在的必要性,在债法的体系中,债法总则只是为各种具体债的关系提供了一套备用的规范体系。

第五章“我国债法体系的构建”,回顾了新中国成立以来债权立法的历史,就当前债权立法的相关问题以及学界关于债法安排的三种不同主张进行了系统且深入的分析,阐述了维护传统债法体系的必要性。本章重点对侵权行为法是否应独立于债法这一立法上的重大理论问题进行了探讨,分析了主张侵权行为法独立的理由,认为这些理由均难以成立,侵权行为法应属于债法。本章进而探讨了我国民法典债编结构的问题,主张采用日本民法的体例,只设一编规定债法。在此基础上,本书附录一“民法典债编结构”

和附录二“债法总则草案(试拟稿)”对民法典债编的立法提出了具体的建议。

四、本书观点

笔者是传统民法债法体系的忠实维护者。为此,笔者甚至不赞成采取多编制,不赞成侵权行为法单列一编,主张只设一编规定债法,内容包括债法总则和合同、无因管理、不当得利、侵权行为,将侵权行为作为债法的分则之一部分加以规定。

这种态度并非盲目推崇传统民法的债法体系,更不是迷信德国式的法典体例,而是基于诸多因素的考虑。其中,最为主要的因素有二:一是面对传统民法的债法体系,学界主张侵权行为法独立的理由显得十分苍白无力,难以令人信服;质疑传统民法债法体系和债法总则的态度也显得过于简单,缺乏对问题的深入研究,同样不能让人苟同。二是立法必须立足于我国的理论传统,充分利用现有的理论资源对于节约立法成本和未来法律适用的成本,都具有重要的意义。从总体上看,我国民法学理论深受德国民法学理论的影响,英美的私法理论对我国的影响则要弱得多。我国的债法理论是以德国式的债法理论为基础而构建起来的,并已成为我国民法学的重要组成部分。这种债法理论不仅是法科学生必修的课程内容,而且也是我国民法学研究既定的理论前提和研究框架。摒弃已有的法学理论传统,采用为我们所不熟悉的法典体例或者主观生造出新的法典体例,编纂出的只能是一部标新立异的民法典,这是不可取的。因为,标新立异不等于创新。

需要指出的是,维护传统民法的债法体系的目的是科学地构建我国民法的债法体系,其主要着眼于民法典的体系结构,着眼于民法典对债法内容的合理安排。这与债法的现代化改革与发展丝毫不存在矛盾。无论是德国债法的现代化改革,还是我国台湾地区民法典债编的修正,债法的