


民商法评论

MINSHANGFA PINGLUN

第1卷

主编 / 田土城 刘保玉 李明发

(2009)


 郑州大学出版社

民商法 **评论**

MINSHANGFA PINGLUN 第**1**卷

主编 / 田土城 刘保玉 李明发

(2009)

 郑州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商法评论/田土城,刘保玉,李明发主编. —郑州:郑州大学出版社,2009.9

ISBN 978 - 7 - 5645 - 0143 - 3

I. 民… II. ①田…②刘…③李… III. ①民法 - 中国 - 学术会议 - 文集②商法 - 中国 - 学术会议 - 文集 IV. D923.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 159312 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人:王 锋

全国新华书店经销

郑州文华印务有限公司印制

开本:710 mm × 1 010 mm

印张:36.25

字数:942 千字

版次:2009 年 9 月第 1 版

邮政编码:450052

发行部电话:0371 - 66966070

1/16

印次:2009 年 9 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978 - 7 - 5645 - 0143 - 3 定价:59.00 元

本书如有印装质量问题,由本社负责调换

《民商法评论》编辑委员会

主 编 田土城 刘保玉 李明发

编委会(按姓氏拼音排序)

董翠香 高留志 耿 林 李 勇 李明发
刘保玉 吕 斌 唐启光 田土城

《民商法评论》创办缘起

河南、山东、安徽三省,具有相同的文化渊源、相邻的地理位置、相近的发展阶段、相当的法律背景,在法学研究和法律实践方面面临诸多共同问题,三省之间开展法学交流具有诸多共同语言。经过长期筹备和精心计划,第一届豫鲁皖民商法学研究会年会暨论坛于2008年10月底在河南省郑州市隆重举行。在三省与会代表的共同努力下,这次年会暨论坛取得了圆满成功。

豫鲁皖民商法学研究会年会暨论坛,是联系和沟通地方法学会、学科研究会及法律工作者的重要渠道,也是法学会系统交流新经验、提出新建议的重要载体。第一届豫鲁皖民商法学研究会年会暨论坛的成功举办,对于拓展法学交流的丰富内涵、营造法学交流的良好氛围、提高法学交流的整体水平、促进法学交流的全面发展,无疑具有重要的意义。

在此次民商法学界的盛会上,三省的学者、法官、检察官、律师围绕“侵权法制度和适用中的问题”进行了深入而富有成效的讨论。与会代表提交的上百篇论文,从不同角度和层面,对侵权法的深刻内涵以及在构建和谐社会中起的作用与面临的挑战进行了多方位、深层次的探讨。在会议期间,与会代表各抒己见,相互切磋,相互启发,大家获益良多。

为了全面反映豫鲁皖三省民商法学研究会年会暨论坛的丰富成果,进一步扩大三省与全国其他地区在法学教育与法学研究方面的交流与合作,三省民商法学研究会商定创办年刊《民商法评论》。《民商法评论》精选豫鲁皖三省民商法学研究会年会暨论坛宣读的论文,并欢迎读者不吝赐稿。

卷首语

《侵权责任法》的昨天、今天与明天

19世纪的德国法学家耶林有一句名言：“法不断的努力。但这不单是国家权力的，而是所有国民的努力。”这位伟大的法学家用自己朴实的话语启示我们：任何一部法律，不单单是国家权力调控社会生活意义上的，更多的需要举大众之力、集万民之心。截至目前，《侵权责任法》的立法历程更好地诠释了我国民众为《侵权责任法》的诞生而做出的努力。

我国的侵权责任立法发端于1986年的《民法通则》，此后以《民法通则》为基础，又陆续出台了大量的单行法规、司法解释，从而逐步告别了处理侵权案件无法可依的局面。2002年，《侵权责任法》第一次出现在人们的视野中，当时它真正的名称是《民法典草案》中的“侵权责任法编”。之后，学者又提出了数部较高水平的专家建议稿，为《侵权责任法草案》的进一步完善提供了有益的思路。在《物权法》颁布实施后，《侵权责任法》的制定作为编纂《民法典》的进一步努力显得更加急迫。2008年底，十一届全国人大常委会第六次会议审议了《侵权责任法草案》。目前，《侵权责任法草案》经过了二次审议稿的修改，已经日臻完善。

为何《侵权责任法》的制定广受关注？在于其重要的价值。就大陆法系现代民法美轮美奂的理论体系而言，支撑这个宏伟建筑的不外乎四大支柱：主体法、权利法、行为法和责任法。倡导无救济则无权利的基本理念，无疑是现代社会法治的第一要义，现代法治的首要精神无非就是对私人权利的确认和保障。从《侵权责任法》的基本功能看，它所强调的就是在公民的私权利受到侵害的情

况下如何提供救济和保障,而此种功能乃是法律的基本价值的集中体现。由于《侵权责任法》具有体现法律的首要目标的功能,这部法律的制定当是法治社会运行的保障和前提。

正因为如此,《侵权责任法》和民众的生活息息相关。这样一部作为以救济权利为己任的法律,注定不是一部关起门来制定的法律,需要在程序上通过民众参与、公开讨论、多方博弈,才能确定最终规则。第一届豫鲁皖民商法学研究会年会暨论坛以“侵权责任法制度和适用中的问题”为主题,可谓契合了当下的立法大势。本卷年刊编委会从与会的学者、专家们提交了上百篇观点独到的论文精选部分汇编成册,唯希望能为广受关注的《侵权责任法》立法工作尽绵薄之力。举全民之力,让法律的精神自然内化为民众的行动,使《侵权责任法》在器物文明的发展与权利的保障之间找到民意的平衡。这比关起门来制造缺乏公共精神的“法律乌托邦”显然要有意义得多。

目 录

侵权法的立法体例/1

罗马法与中国民法典的体系结构

——兼论设立权利救济法的合理性 田土城/1

论统一规定权利救济制度的根据 高留志/19

谈侵权法的定义与适用问题 石凤友/31

侵权法的立法命名考究

——二择其一抑或另辟蹊径 尚连杰/38

论侵权行为法在我国未来民法典中的地位

——兼谈债法的结构设计 陈相师 王文磊/51

侵权法总论/65

试论侵权行为的本质属性 张继青/65

侵权行为法本质研究 陈 进/79

论禁止权利滥用原则 王洪平/91

网络视野中的权利滥用及其法律规制 吕绍忠/102

论矫正正义视角下的过错责任 徐凤真 杨静毅/113

论我国侵权责任法应确立的归责原则 刘 鹏 何 志/123

侵权构成要件/132

论未成年人的侵权责任能力 蔡颖雯/132

公司的侵权责任能力的考量与规范 王建敏 袁 锦/141

论侵权责任构成中违法性要件的取舍及判断 高 源/151

论侵权法上的过错 赵建良/160

侵权法上的因果关系研究 石红伟/168

对第三人侵害债权的概念反思与要件重构 孙 超/185

侵权责任主体/193

垫付责任的立法选择研究 李明发/193

论侵权补充责任中的几个问题 杨连专/202

我国侵权补充责任之反思与重构 焦艳红/211

不真正连带责任的概念与理念 王庆岭/227

“三鹿问题奶粉事件”中的“不真正连带责任” 吴春岐/237

论共同侵权行为的“共同性” 李全昌/242

共同侵权行为立法研究 田国兴/251

论共同加害行为的范围 李国阳/264

侵权责任主体/279

加害给付中的请求权竞合研究 王本聚/279

刍议工伤事故损害赔偿中的双重请求权处理 毕京福/296

论专家对第三人的侵权责任 唐启光 胡建/312

雇主责任法律制度的建构 黄英/319

侵害尸体的法律责任 王期枫/327

胎儿利益保护的法律问题 段荣芳/339

侵权责任方式与范围/345

新闻侵权民事责任的承担方式及其实现机制 贾静/345

论侵权损害赔偿之方式 孔迪/353

无过错责任下的过失相抵问题探讨 赵志钢/363

我国死亡间接损失赔偿问题研究 曲亚男/374

论侵权责任法中精神损害赔偿的适用范围 张小艳/386

两岸精神损害赔偿制度的比较与立法思考 吕斌/392

从“三鹿门”事件谈产品责任的侵权法规制 朱文英/404

具体侵权行为/417

道路交通事故归责原则之合理性探析

——解读2007年版《道路交通安全法》第76条 张乐/417

过错原则与无过错原则交叉适用的归责原则

——再论道路交通事故责任归责原则 王黎明/429

论违反安全保障义务的侵权行为 刘丽娟/441
对安全保障义务人因第三人侵权所承担责任的再探讨 纪红心/448
校园伤害事故学校责任的归责原则 王洪礼/457
论家庭内侵犯财产权的行为 肖立梅/464
论董事在公司侵权中的责任 王艳华/474
论网络环境下的人格权侵权问题
——以“艳照门”事件为例 吴春岐/480
消费者知情权的侵权法保护 王 宏/489
存款合同中存款人侵权对当事人责任的影响 李 勇/495
浅谈金融隐私权的侵权法保护 刘明君 孙玉芝/502
手机短信侵权的法律思考 宋明君 赵 莹/511
竞技体育伤害损害赔偿责任分配之思考 王淑华/526

侵权法的司法适用/539

一般人格权与法益的司法实践价值及其选择适用 秦德平 周志刚/539
论法律漏洞及其填补
——由侵害棺木案件引发的思考 杨静毅 徐凤真/545

域外侵权法/555

奥地利新损害赔偿法草案 耿 林/555

后 记/567

罗马法与中国民法典的体系结构 ——兼论设立权利救济法的合理性

田土城^①

目次	一、罗马法的权利救济机制及其影响
	（一）罗马法的权利保护观念
	（二）罗马法的权利救济机制
	（三）罗马法的理论贡献与影响
	二、现代民法的权利救济体系及其缺陷
	（一）《德国民法典》的理论和制度异化
	（二）我国民法中权利救济机制的缺陷
	三、民法典的体系设计与权利救济法
	（一）回归罗马法的理论思考
	（二）基于请求权理论的民法典体系设计
	（三）权利救济法的基本内容
	结语

民法典的制订是我国当代法律学人的使命与梦想。历经几十年的不懈努力,目前我国民法典的制订即将面临成品产出的关键时期。但是,纵观我国现有

^① 田土城(1957-),男,河南省武陟县人,法学博士,郑州大学法学院院长,郑州大学私法研究中心主任,博士生导师,主要研究民商法学。

的几种民法典草案,除了对篇章结构、制度存废和内容设计等重大理论多有争议外^①,从权利救济的角度观察,各种方案几乎都存在着三个同样的体系设计问题:一是请求权制度的内在不和谐;二是规范条文的重复与不简约;三是权利保护制度的重复、冲突和不周延。因此,笔者认为有必要深入探讨罗马法及后世各国民法典中的权利救济体系及其运行机制,以求对我国民法典的体系设计提出相应的立法建议。

一、罗马法的权利救济机制及其影响

现代民法肇始于古罗马。探求民法的体系结构,研究民事权利的保障救济机制,理应以罗马法为起点。在笔者看来,罗马法虽然原始和古老,但其中的权利与权利保护观念、权利救济机制及其理论体系,对后世法学与民事立法影响深远,极有探讨的理论和实践价值。

(一) 罗马法的权利保护观念

从权利及其救济的理论观念讲,罗马法有两个非常值得关注的点。首先,从权利观念上讲,罗马法奉行自然法上的权利观念^②。其中,虽有物权、债权、人身权等现代法上的民事权利概念,但由于罗马法中法与权利不分,诉权与权利不分,甚至权利与权利客体也难以区分(如人格与人格权、物与物权、债与债权等往往为同一概念)^③,所以罗马法中的民事权利与现代民法中的民事权利并不具有完全相同的含义。其次,从权利救济的角度观察,罗马法奉行有诉权才有救济的基本理念。在罗马法学家看来,民事权利的强制力并不在民事权利本身,而在其有无诉权保障。因此,罗马法是先有诉权再有权利,没有诉权就没有权利。除了法律规定的诉权之外,权利人不能请求司法救济^④。由于罗马法奉行以诉权保障和救济民事权利的基本理念,所以“诉讼法”作为一种私法^⑤,必然成为罗马法的

^① 目前,有关民法典体系和内容的争议很多。在体系安排上,有大总则与小总则之分;人法在先还是财产法在前之别;按照理论逻辑还是生活逻辑安排民法典的体系等。在制度存废上,有人主张设人格权编,有人反对设人格权编;还有要不要债法总则等争议。在制度设计上,有人将侵权法作为债法的一部分;有人则将其视为独立一编,并称之为侵权责任法。本文无意研究民法典中的所有问题,仅从罗马法出发,从权利救济的角度对民法典的体系设计谈一点个人看法。

^② 罗马法学家曾将罗马法分为市民法、万民法和自然法三种。(周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第94-96页。)

^③ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第88页、297页、677页。

^④ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第924-925页。

^⑤ 罗马法时期已有公法与私法的划分。尽管当时的法学家对公法与私法的划分标准有较大争议,但均认为民法法应为私法的范畴。因为,在罗马人看来,打官司是为了保护私人的利益,属于私人的事情,自应包括在私法之中(周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第8页)。

重要组成部分^①。

(二) 罗马法的权利救济机制

罗马法中的权利救济机制,具有自身的特殊性。

(1)从法律的体系结构上讲,罗马法特别强调通过诉讼实现对权利的保护和救济。在罗马法学家看来,“法律是由人制定并为了人而制定的。没有人,没有社会,就不需要法律。所以法律首先应规定人,也就是权利义务主体。有了权利义务主体,还要有权利义务客体,这客体就是物,因此要规定物法。至于如何来保护人及财产,就应当有保护方法,这就要诉讼法。”^②所以,罗马法通常按照人法、物法、诉讼法的三分法的体系进行编排,特别强调通过诉权实现对固有权利的保护。这种编排体例,突出体现了罗马法重视权利保障和救济的务实观念^③。

(2)在权利保障的具体制度设计上,罗马法始终强调以诉权为中心的权利救济机制。在自然法权利观念的基础上,罗马法采用有名之诉的方式对应当保护的民事权利进行全面救济。其中,“诉权都由法律分别规定,其数额是有限的,各有特定的名称,……各有适用的条件和程序,除此之外,权利人不能请求司法救济。”^④当法律规定的有名之诉不敷使用时,立法者和司法者只能通过创设诉权的方式来弥补法律的不足。这种方式,不仅被法国最早的民事诉讼法所继承^⑤,而且对英美法亦有重大影响。

(3)罗马法中规定的诉与诉权,完全根据权利保护的实际需要,并非与民事权利一一对应。虽然罗马法中有对人之诉、对物之诉和混合之诉的区别,但是,物权并非只有物权之诉,债权并非只有债权之诉,人身权也不是仅有人身权之诉。比如,在合同权利的保护上,罗马法中既有防御性的购买诉、出卖诉、撤销诉、减价诉等,也有保全性的交付物返还诉、对待给付未履行的返还诉、履行债务诉、瑕疵担保诉、解约诉、前书诉等,还有补救性的欺诈诉、胁迫诉、要式口约诉、确定金给付诉、双倍口约诉等^⑥。这种权利救济机制,在当今社会亦具有极为重要的理论和实践意义。

(4)为了充分合理地保护民事权利,罗马法中不仅规定了保护民事权利的各种具体诉权,而且还创立了诉的竞合理论^⑦。通过诉之竞合理论,尽可能妥善地

① 当然,这是罗马法原始性的一种表现。随着法学理论的发展,诉讼法因国家职能和权力的介入,必然成为一种公法。但是,罗马法当时以这种观念实现对民事权利的保护,仍不失为一种理想的选择。

② 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第97-98页。

③ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第97页。

④ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第925页。

⑤ 参见:《法国民事诉讼法》第三卷,中国法制出版社1999年版,第234-304页。

⑥ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第742-772页。

⑦ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第960页。

解决了诉权冲突问题,从而实现了民事权益的全面且合理保护。其诉之竞合理论,实际上为此后的请求权竞合、请求权聚合、请求权竞存等制度奠定了理论和制度基础。

(三) 罗马法的理论贡献与影响

1. 罗马法的理论贡献

中外学者无不公认,罗马法是第一个世界性法律,对各国法律均产生了重大影响。即使仅从权利保障和救济的角度而言,罗马法的理论贡献至少也有如下几点:

(1) 罗马法的诉权理论是现代请求权理论产生的基础。从后世法律发展演进的规律看,罗马法中的诉权理论实际上是现代请求权理论产生的基础。其突出表现在:①罗马法将诉讼法视为私法、将诉权视为私权的理论观念,对萨维尼“私法诉权说”的产生具有直接的理论意义。因为,萨氏的“私法诉权说”实际上与罗马法上的诉权理论如出一辙。其理论核心均在于:民事主体之间的关系是一种私法关系;民事主体之间的诉讼都是为了解决私权争议。因此,诉讼法是私法,诉权是一种私权。②罗马法将诉权视为民事权利的救济权,对请求权性质的定位具有十分重要的理论意义。罗马法学家认为,诉权是在权利被人否认或被人侵害时,可请求法官予以确认或者排除障碍,并获得赔偿的救济权利^①。所以,罗马法中规定的诉权实际上是一种保护民事权利的救济权。这种救济权经由法国民事诉讼法的进一步发展,最终才在德国民法中转化为现代法上的请求权。③罗马法中诉权的设置方式对请求权制度的设计具有重大影响。其主要表现为:罗马法中对诉权的设置并非与民事权利一一对应,而是根据权利被侵害的情况和法律救济手段的不同予以设置;同时,其诉权的设置具有统一性,罗马法不是将诉权分别规定在各民事权利编之中,而是集中规定在诉讼法之中。这对后世许多国家的民法典亦具有较大影响。

(2) 罗马法中的诉权制度是现代请求权制度产生的渊源。到目前为止,请求权制度的产生走过了两个阶段。第一个阶段是由罗马法到《法国民法典》和《法国民事诉讼法》的阶段。该阶段虽然实现了实体法与程序法的分离,但有关请求权的规范仍规定在《法国民事诉讼法》之中^②。第二个阶段是由《法国民法典》到《德国民法典》的阶段。从《德国民法典》开始,请求权制度才规定在民法典之中。应当说,现在正处在请求权制度发展的第三个阶段,即请求权制度的健全和

① 周栢:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第110页。

② 参见:《法国民事诉讼法》第三卷,中国法制出版社1999年版,第234-304页。

完善阶段。因为,请求权制度从诉讼法中统一的诉权转化而来,变为在民法中分散规定于各民事权利编之中;再由各编分散规定的请求权,变为民法中集中统一规定请求权,可以进一步实现对民事权利的全面保护和救济。

(3) 罗马法中诉之竞合理论是规制请求权冲突的最初学说。根据罗马法学家的理论,“同一案件,原告如有两个以上的诉权,称为诉之竞合。例如,失窃者既受‘物件返还诉’的保护,又可提起‘交出物件诉’、‘窃物返还诉’和‘盗窃诉’。失窃者是否要兼起各诉或仅能选择其一而提起,应视其诉讼的标的而定。塞尔维乌斯首先将此原则应用于两个契约诉的竞合,后来其他法学家又推广适用于其他事例。因此,原告的诉权,如果彼此目的不同,就都可以提起,例如失窃者在提起‘物件返还诉’后,还可再提起‘盗窃诉’。如果目的相同,就只能择一提起,例如失窃者在提起‘物件返还诉’后,就不得再提起‘窃物返还诉’。同样,对共同侵权者,如果其中一人已赔偿全部损失,受害人即不得再向其他侵权者起诉。如果数诉可获得的利益各不相同,有大有小,则原告可选择最有利的提起,或是在提起利益较小的诉以后,再提起利益较大的诉,但仅限于补足二者的差额。例如失窃者在提起‘物件返还诉’后又提起‘盗窃诉’,以便再获得失窃物三倍(现行犯)或一倍(非现行犯)的罚金”。^① 该理论为后来的请求权竞合、请求权聚合和请求权竞存制度奠定了理论基础。

2. 罗马法的历史影响

应当说,罗马法是古代法中“最发达、最完备的法律体系”^②,是“商品生产者社会的第一个世界性法律”^③,堪称“纯粹私有制占统治的社会的生产条件和冲突的十分经典性的法律表现,以致一切后来的法律都不能对它作任何实质性的修改”^④。为此,许多古代法现在只有在史书和人们的观念中才能找到其踪迹,唯有罗马法不仅在当今世界各国的现行法律中可以见到其原形,而且法学家还都将其作为一门具有现实意义的学问加以研究^⑤。对于罗马法在世界法制史上的深远影响,德国著名法学家耶林教授在其所著《罗马法精神》一书中曾作过高度评价:“罗马帝国曾三次征服世界,第一次以武力,第二次以宗教(指基督教),第三次以法律。武力因罗马帝国的灭亡而消灭,宗教随着人民思想觉悟的提高、科学

① 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第960页。

② 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第2页。

③ 恩格斯:《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》,载《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1965年版,第248页。

④ 恩格斯:《论封建制度的瓦解和民族国家的产生》,载《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1965年版,第454页。

⑤ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第12页。

的发展而缩小了影响,唯有法律征服世界是最为持久的征服。”^①甚至还有学者认为,罗马法是世界共同的法律,也是世界性的模范法^②。由此可见,罗马法对后世法律,尤其是各国的私法确实具有十分重大的影响。

从权利保障的角度而言,罗马法对后世各国法律的影响突出表现在如下几个方面:首先,罗马法对英美法系的法治具有重大影响。比如,英美法现代的诉权制度,在很大程度上完全是对罗马法的继受。其至今仍然奉行以诉权保障和救济民事权利的法治模式。有诉权就有救济,无诉权就无救济。对民事权利的保护必须以诉权的存在为前提。当法律不敷使用时,立法者或司法者只能通过创设诉权的方式来保护和救济民事权利。其次,对大陆法系而言,《法国民法典》虽然从形式上实现了实体法与程序法的分离,但其对民事权利的保障机制并未有任何改变。法国法仍然通过在民事诉讼法中确立各种诉权的方式,来统一保障和救济民事权利^③。自《德国民法典》将诉讼法中的诉权转化为民法中的请求权以后,才从根本上改变了罗马法的权利保障和救济机制。

二、现代民法的权利救济体系及其缺陷

随着罗马帝国的灭亡,罗马法沉寂了数百年之久。在经历了漫长的中世纪以后,罗马法再次得以复兴。受罗马法影响,作为近代民法典范的《法国民法典》,基本上完全继受了罗马法的理论和立法传统。尽管《法国民法典》实现了程序法与实体法的分离,但是,法国民法的三分法体系,实际上是对罗马法前两编的分解;而《法国民事诉讼法》的规定,更是对罗马法中诉讼法编的直接继受。其中,特别值得注意的是《法国民事诉讼法》第三卷的有关规定,实际上是对罗马法各种有名之诉的进一步整理和升华^④。因此,我们完全有理由认为,法国法基本上完全继受了罗马法对民事权利保护的理论和机制。真正对罗马法有重大改变的,是后来的《德国民法典》。

(一)《德国民法典》的理论和制度异化

作为20世纪经典法律的《德国民法典》,虽然也在很大程度上继受了罗马法的基本传统,但是,由于历史、文化和社会经济的发展,其在一定程度上改变了罗马法的权利保障和救济机制。《德国民法典》在理论和制度上对罗马法的异化,

① 耶林:《罗马法精神》,转引自周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第12-13页。

② 比利时布鲁塞尔大学罗马法教授A.里维埃1867年10月18日所作关于罗马法的学术报告。转引自周相:《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第13页。

③ 参见:《法国民事诉讼法》第三卷,中国法制出版社1999年版,第234-304页。

④ 参见:《法国民事诉讼法》第三卷,中国法制出版社1999年版,第234-304页。