



法学新前沿 New Law Frontiers

The Study on
Tort Law History
Of Civil Law System

大陆法系侵权法 历史研究

刘海鸥 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书由湖南省法学研究基地资助出版

The Study on
Tort Law History
Of Civil Law System

大陆法系侵权法 历史研究

刘海鸥 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

大陆法系侵权法历史研究 / 刘海鸥著. —北京:
法律出版社, 2012. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4297 - 8

I. ①大… II. ①刘… III. ①大陆法系—侵权行为—
民法—法制史—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 283133 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王 扬

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/独立项目策划部
经销/新华书店
责任印制/张建伟

开本/720 毫米×960 毫米 1/16
版本/2012 年 12 月第 1 版

印张/15.25 字数/208 千
印次/2012 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939659

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4297 - 8

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

本书是我的博士研究生刘海鸥教授的第二部学术专著,也是她在博士论文的基础上几经修改完成的一个成果。

考察世界各国民法发展历史不难发现,任何国家民法典的诞生与颁布,均是该国社会生活、法律秩序甚至政治秩序领域有着重大影响的事件。由于其所涉内容关乎个人、实体、家庭等社会结构中的每一成分,相对而言,人们对民法典关注的热情必然是极高的。我国也不例外。随着国家法制的不断完善,关于制定民法典的讨论,可谓如火如荼。从学术界而言,这已不单单是民法学界的独有领域了,许多法学理论研究者、法制史学者,比较法学研究者,乃至社会学家、经济学家都积极参与研究与讨论。尤其近几年随着《侵权责任法》从起草、修改到全国人大的正式通过,侵权责任法研究专题、论著几乎可称得上汗牛充栋,精品辈出。

也正因此,我曾经担心,这个已经有众多学者涉足、并且整体研究已经相当深入的领域,海鸥的研究能够有所突破吗?

最终令我欣慰的是,海鸥以独特的研究视角,建构了一个全新的研究内容:集历史的、比较的、价值分析和实证分析的方法为一体,对大陆法系侵权法的发展演进进行系统研究!具体而言,即将研究视角集中在自罗马法到现代法时期影响侵权法变迁的主要法律文化背景、主要思想和学说背景以及侵权法主要制度的具体变化之中。

海鸥利用自己近二十年民法教学的知识积累,充分发挥其罗马法、法国

法、德国法等外法史领域的学科优势,通过对现有研究成果的分析认为:就我国目前侵权法研究领域而言,大多研究成果集中在就制度论其优劣或论其发展趋势方面,而对于侵权法制度发展与演变历史的整体探求,还是一个相对薄弱的环节。或者说,侵权法发展历史的系统研究尚属一个空缺,大陆法系侵权法历史的研究就更是个急需开发的课题。海鸥以为,从专业学科角度而言,这既是民法学人的任务,更是外法史学人的使命。因为,民法源于西学,而任何民法问题又是存在历史之中的,这就是以研究民法发展史为重要内容的外国法律史学科及研究的重要性。在目前中国,侵权法的问题更有必要放在历史的背景下深入探讨。作为外法史博士生,海鸥自认为有责任挑战这一研究难题!如今,摆在我手中的厚厚书稿,证明海鸥的最初的选择是有价值的:就我所知,这是我国内地第一部系统研究大陆法系侵权法历史的专著。

我国近代侵权法历史,呈现着西方法律移植和借鉴的痕迹和路径。海鸥认为,作为外来法律体系之一,我国的侵权法无疑受到德国等大陆法系国家侵权法的深刻影响。但是,在法律借鉴移植过程中,倘若不分析一项制度的来龙去脉,不了解制度背后的深层次背景,不深究规则的创制和发展过程,而盲目照搬,往往会造成“水土不服”,历史上我们曾有过很多这样的教训。所以,在考察外国法具体制度时,应该竭力发掘在特定的历史时期,是哪些具体的力量推动着立法与法典化的进程,影响并决定着具体制度的设计和取舍,这一推动又是基于何种社会动机。本书中,海鸥通过对大陆法系侵权法的历史渊源——罗马私犯制度及在中世纪理论与实践发展、法国侵权法的法律文化背景及理论基础、德国侵权法的法律文化背景及立法指导思想等的详细分析解读,帮助读者理解为何法国民法典只用短短5个条文就涵盖了19世纪初全部侵权法规则;理解德国民法典为何回避无过错责任原则;理解由于法、德两国法律传统对法官的不同态度,导致两国在无过错责任确立发展路径上的区别。笔者认为,通过对法德等国侵权法制度背后史料的分析 and 解读,可以为我国相关制度的移植借鉴提供考量的基础。

本论著的重要成果之一,就是罗马私犯法对近现代大陆法系的侵权责任

法的重要贡献。海鸥对此总结为三方面:其一是完成了侵权责任从野蛮的惩罚性制裁到民事赔偿责任的变迁;二是初步界定了现代侵权责任的基本构成要件的雏形,包括违法、因果关系和主观过错等因素;三是初步确立奠定了现代侵权责任法归责原则的基础——过错责任原则。中世纪相继出现的法学流派,均致力改变罗马私犯法分散的、个别的过错概念和形式,建立起一般过错侵权责任理论。

通过考察法、德两国侵权法历史,海鸥认为,近代自然法思想构建了法国侵权责任法的法典化体系和简单明了的法典风格,侵权责任法的诸项概念与制度,是在法国近代私法学理论的发展中,通过对罗马私犯法继受而形成的;德国民法典侵权责任法的基本体系、风格及制度,则是通过罗马法的实践性继受、“学说汇纂现代运用”学派的研究、近代自然法学派的体系化思想及“潘德克顿法学”等多种法律发展要素共同作用的结果。海鸥在此特别指出,比较法德两国不同的法律文化背景、立法指导思想和价值取向,有助于深刻理解存在共同历史渊源的两国民法典,为何在侵权责任的“一般化”条款中却有如此大的差异。

对20世纪以来侵权法的现代发展,海鸥是运用了个案分析的方法,重点考察有代表性国家严格责任的发展。她认为,就侵权责任法的归责原则变化而言,法德两国也经历了不同的发展历程。法国在坚持过错责任原则的基础上,主要通过最高法院判例,解释法国民法典第1384条第1款,发展了物的监管者责任,使该条成为法国严格责任的一般条款。德国则主要通过大量的特别法,规定各种类型的危险责任。其他国家,如日本的危险责任,也是通过法院判例推动,最终在立法上确立的。

理论研究如果脱离实践需要,极易被质疑为“水中花、镜中月”,海鸥深知此理。因此,该书最终落脚于大陆法系主要国家侵权法历史对我国侵权法制建设和完善的重要意义之中。

作为导师,我见证了海鸥为完成此选题付出的勤奋和辛劳。三年中,她克服各种困难,通过各种努力获取国内外相关最新资料和成果,翻译了包括古英文在内的诸多外文资料,发表了不少相关研究成果。博士论文也几易其

稿,不断充实和升华,且论文答辩时受到专家们一致好评。此后,由于我国《侵权责任法》的正式颁布生效,海鸥在繁重教学之余,又对论文中的相关内容几经修正,体现了一个学者对学术的严谨性和责任心。如今,摆在我面前的这部厚厚的书稿,无疑是海鸥在原有博士论文基础上,再次对大陆法系侵权法历史进行探索和思考的结果。

海鸥的这部著作,以丰厚的历史文献为依据,史论结合,脉络清晰,读者可以感受其中深刻的历史气息和论者游刃有余的智慧。作为国内学界对大陆法系侵权法历史进行系统研究的首部专著,该书的出版将会为弥补相关领域研究资料的不足、拓展我国学界在此领域的研究事业贡献一份力量。

我相信,这部凝聚着海鸥的真诚与思考、多年心血与汗水的学术作品——《大陆法系侵权法历史研究》,不会让学界和读者失望,它的学术价值和意义定会得到人们的肯定。

应海鸥之邀,欣然作序。

叶秋华
2012年10月2日

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 研究动因、意义、视角和方法	(1)
一、研究动因和意义	(1)
二、研究视角和研究方法	(5)
第二节 侵权法的基本理论及其渊源	(8)
一、比较法上的侵权行为概念	(8)
二、侵权法的主要功能	(22)
三、大陆法系侵权法的地位	(28)
第二章 大陆法系侵权法的历史渊源	(33)
第一节 古代罗马私犯与准私犯制度	(33)
一、罗马法关于私犯与准私犯的主要法律渊源	(35)
二、罗马私犯制度的主要特征	(42)
第二节 中世纪欧洲大陆侵权法的发展	(56)
一、日耳曼法中的侵权法基本概貌	(57)
二、注释法学派关于过失类型理论	(63)
三、评论法学派的过错侵权学说	(65)
四、“普通法”时期法律实务中的过错侵权责任	(67)
五、人文法学派的过错侵权理论	(70)

第三章 近代大陆法系侵权法体系的正式确立——以 1804 年《法国

民法典》为视角 (74)

第一节 1804 年《法国民法典》的法律文化背景 (74)

一、近代自然法思想对《法国民法典》形成的积极推动作用 (75)

二、近代法国法律传统对民法典的意义 (81)

三、法国法典化运动的实践 (84)

第二节 法国侵权法的主要理论依据 (86)

一、近代自然法学派侵权责任论 (86)

二、让·多马的学说——《自然秩序中的民法》 (88)

三、波蒂埃的学说 (95)

第三节 《法国民法典》中侵权法的主要内容分析 (99)

一、侵权法体例与结构分析 (99)

二、侵权法对罗马私犯法的继受分析 (109)

三、法国侵权法的影响 (115)

第四章 近代大陆法系侵权法的发展——以 1900 年《德国民法典》

为视角 (121)

第一节 1900 年《德国民法典》的法律文化背景 (121)

一、渐进发展的近代德国法律传统构成民法典的基础 (122)

二、19 世纪民法科学对《德国民法典》的推动作用 (128)

三、德国法典化运动的实践 (131)

第二节 德国侵权法的立法指导思想 (138)

一、关于一般条款的立法思想 (139)

二、关于归责原则的立法思想 (145)

第三节 德国侵权法的主要内容分析 (149)

一、侵权法的具体概念和内容分析 (149)

二、继受、传承与发展 (157)

三、德国侵权法的影响 (161)

第五章 大陆法系侵权法的现代发展及趋向	(164)
第一节 法、德、日等国严格责任的发展	(165)
一、严格责任的基本概念	(165)
二、法国物的监管责任	(168)
三、德国的危险责任	(171)
四、日本的环境污染责任	(177)
第二节 其他国家侵权法立法的简要回顾	(182)
一、意大利侵权法	(182)
二、埃塞俄比亚侵权法	(185)
三、荷兰侵权法	(187)
四、俄罗斯联邦侵权法	(188)
第三节 当代侵权法的发展趋向	(189)
一、欧洲侵权法的共同基础——《欧洲侵权法基本原则》	(189)
二、改革德国侵权法的新法案——德国《关于修改损害赔偿法规定的第二法案》	(198)
三、当代侵权法的命运	(208)
结束语 大陆法系侵权法对我国的借鉴意义	(211)
一、中国侵权法的历史回顾	(211)
二、大陆法系侵权法的借鉴意义	(219)
参考文献	(225)
后记	(236)

第一章 导 论

第一节 研究动因、意义、视角和方法

一、研究动因和意义

(一) 动因

本书是在笔者的同名博士论文基础上完成的一部著述,直接的研究动因是对目前我国民法学界研究方法和视角的缺陷所导致“忧虑”。

在我国,近年来关于民法典的讨论,可谓如火如荼。由于其所涉内容关乎个人、实体、家庭等社会结构中的每一成分,人们对民法典关注的热情必定也是史无前例的。从学术界而言,这已不单单是民法学界的独有领域了,许多法学理论研究者、法制史学者,比较法学研究者,乃至社会学家、经济学家都积极参与研究与讨论。物权法几经波折,终于颁布生效;尤其是侵权法与债法分离,独立成体系并法典化,开大陆法系各国民事立法之先河!法学研究紧跟国家立法的需要,近几年的侵权法研究专题、论著几乎可称得上汗牛充栋。但从整体研究方法、领域和角度来看,可能存在以下不足:

首先,从国内的研究现状来看,侵权法的理论与实务一直是近年的研究热点,已达到相当的研究深度和广度。研究内容主要集中在当代侵权法具体制度及侵权法地位、立法体例等方面。由于侵权法的规则大多属于技术性规则,不像物权法那样具有强烈的固有性和本土色彩,各国在侵权法发展中的经验,存在更多的相互借鉴的可行性。所以,翻译、评介国外的侵权法发展成

果,也是国内研究的重点之一。但是,就现有研究领域而言,大多集中在就制度论其优劣或论其发展趋势方面,而对于侵权法制度发展与演变历史的整体探求,还是一个相对薄弱的环节。无论是国内现有的著作还是译著,研究者一般只是在阐述某项具体制度时多少提及该制度的历史沿革,但并未涉及更多的史料,而且对沿革的涉及,基本上版本一致,以比较权威的少数学者的论及为准。如杨立新教授在《侵权法论》中专门一章(第四章)为“侵权责任法的历史发展”,其中第三节“国外侵权责任法的历史发展”将侵权责任法的历史划分为三个时期,即习惯法时期、古代成文法时期和现代法时期。论文方面,仅有少量专门分析侵权法历史的期刊论文发表,如杨立新教授的“中国侵权责任法的百年历史及其在新世纪的发展”一文(载《国家检察官学院学报》2001年2月),可谓是为数不多的一篇专门对侵权法历史进行研究的论文,但仅涉及中国。此外有徐爱国教授的“侵权法的历史散论”(载《法学》2006年第1期)、刘荣军教授的“日本民法百年中的侵权责任法”(载《环球法律评论》2001年秋季号)等。笔者还未见到从历史的角度系统论述大陆法系主要国家侵权法发展、演变的论著,这方面的参考资料也非常稀缺。不过研究国外民法和民法典历史的著述已经有为数不多的几部,如老一辈民法学家谢怀拭著《大陆法系国家民法典研究》(中国法制出版社2004年版);法学家何勤华教授的《西方民法史》(北京大学出版社2006年版)、《20世纪外国民商法的变革》(全国外国法制史年会论文集,法律出版社2004年版),徐国栋教授的《比较法视野中的民法典编纂》(北京大学出版社2007年版),易继明教授的《私法精神与制度选择——大陆法司法古典模式的历史含义》(中国政法大学出版社2003年版)等。^{〔1〕} 这些作品对目前我国的侵权法历史研究这一课题,虽然感觉有些不解渴,但已是很宝贵的参考资料了。此外,中国台湾地区有少量论述侵权法具体制度演变历史的论著,如邱聪智教授的博士论文“从侵权行为规则原理之变动论危险责任之构成”等。

〔1〕 有趣的是,上述研究者有一个共同的学术研究背景,即将外国民法或外国法作为毕生的或一个相当长时期的研究重点。

其次,从国外研究现状来看,就笔者尽其所能了解的范畴而言,还没有发现专门对大陆法系侵权法历史研究的英文类著作成果,^[1] 只见一些论述侵权法专门制度同时较为详细介绍其历史演变的著作,如 Francesco Parisi 著的《过失责任与司法裁量》(第2版)(*Liability for Negligence and Judicial Discretion*), F. H. Lawson 和 B. S. Markesinis 合著的《普通法和大陆法中的非故意侵权责任》(*Tortious Liability For Unintentional Harm in the Common Law and The Civil Law*), B. S. Markesinis 著的《德国侵权法比较研究》(*A Comparative Introduction to The German Law of Torts*)。最为中国读者所熟悉的是,由曾任泛欧侵权责任法国际研究组负责人、欧洲民法典研究项目主席的德国奥斯纳布吕克大学教授克雷斯蒂安·冯·巴尔博士所著的《欧洲比较侵权责任法》(*The Common European Law of Torts/ Gemeineuropaisches Deliktsrecht*)。^[2] 该著作在比较欧洲各国侵权责任制度和原则的同时,详尽介绍了其基本的变迁历史,这是目前中国学者了解欧洲各国侵权法历史的最主要的参考资料。

因而,从总体上看,侵权法发展历史的系统研究尚属一个空缺,大陆法系侵权法历史的研究就更是一个急需开发的课题!

(二) 研究意义

笔者认为,对大陆法系侵权法的历史进行梳理和分析研究,有重要意义:

其一,为我国侵权法制度发展过程中,在借鉴大陆法系经验方面,提供立法背景的考察资料。正如美国学者艾伦·沃森所言,法律主要通过借鉴而发展,就利用最少的资源获得最好的法律而论,一项具体制度发展的捷径就是效仿。^[3] 自清末以来,我国在外国法的借鉴方面,主要以大陆法系国家法律制度为对象,尤其是民商法律,在保留部分中华法律传统同时,基本上沿用了大陆法系的传统及制度。但是,在法律借鉴移植过程中,倘若不分析一项制

[1] 鉴于语言上的限制,在查询国外的研究状况时,除 lexisnexis 等英文网站上的信息外,法、德、日等国的研究信息,笔者拜托熟悉相关语言的朋友在该国学术网站上代为查询,但均未发现有专门系统的论著。

[2] 该著作上下两册已由张新宝教授等翻译为中文并由法律出版社出版。

[3] [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变与形成》,李静冰、姚新华译,中国法制出版社 2005 年版,第 250 页。

度的来龙去脉,不了解制度背后的深层次背景,不深究规则的创制和发展过程,而盲目照搬,往往会造成“水土不服”,历史上我们曾有过很多这样的教训。而且,对外国法律未经深思熟虑全面考察,往往会得出片面结论和草率判断,可能因此不断产生误解和固守偏见,并且这些结论和判断极有可能错误地指导实践。所以,在考察外国法具体制度时,应该竭力发掘在特定的历史时期,是哪些具体的力量推动着立法与法典化的进程,影响并决定着具体制度的设计和取舍,这一推动又是基于何种社会动机。在本书中,笔者通过分析近代自然法学派理性法的立法风格、法学家让·多马和波蒂埃的侵权责任理论以及法国民法典起草者所阐述的立法理由,揭示并理解法国民法典为何只用短短5个条文就涵盖了19世纪初全部侵权法规则,为何采用开放性的一般条款模式;通过分析德国传统法的形成,了解德国民法典的动机是统一而非创新,了解19世纪末德国主流社会保障个人行为自由优先于社会安全这一价值判断,我们才能理解德国民法典为何回避无过错责任原则,为何采纳闭合性的一般条款模式;通过了解法、德两国法律传统对法官的不同态度,才能理解为何法国通过判例发展无过错责任,而德国经特别法发展之。同样地,知悉日本法先是受法、德法影响后是被英美法影响的历史,也才能理解在日本的无过错责任的发展中,判例和特别法起到了合力作用。可以肯定,通过对这些国家侵权法制度背后史料分析和解读,能够为我国的侵权法发展,在借鉴、评判进而选择、吸收相关制度时,提供必需的分析考察对象,从而避免在制度设计和立法体例上走弯路,选择最适合的模式和规则。

其二,为法律史学科和民法学科探索新的研究视野和思路。比较法学家根茨梅尔认为,法律史并不只是自身的内在运动,而是与社会历史互动的一个统一体,它具有内外的推动力和背景。“因此,法律史不是只管自己的,而是同时为法律的批判和法律的政策服务,也就所谓人们给理论的比较法赋予最重要的目的服务。”^{〔1〕}目前,由于交叉学科的发展,学科界限的突破常常会

〔1〕〔德〕根茨梅尔著:《论法律史与比较法的关系》,第334页。转引自〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨著:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿均、贺卫方译,贵州人民出版社2003年版,第13页。

使我们重新思考某一学科研究的领域和方法问题。笔者认为,如果不想使外国法律史学科教学和研究被边缘化,就要思考新的研究方法和视野,使研究更具有现实意义而不被认为是“水中花、镜中月”。而对部门法的历史发展研究应该是一个不错的选择。同样地,为避免民法研究永远停滞、徘徊在制度的纵向、横向以及理论与实用性比较层面上,那么也要思考存在于部门法制史层面上的研究方法和视角。因为,任何一种制度都是在一定历史条件下的产物,历史无疑是“揭示法律秩序个性的重要标识”。^{〔1〕} 我们的研究不能仅仅局限于探讨制度的优劣,更应该就制度背后的动因进行比较研究,所谓“知其然,更知其所以然”。应该将研究视角更深地触及影响制度取舍的各种因素,更广地探究制度产生的历史背景,探求立法者当时的真实想法,而不是当今研究者的主观愿望。只有这样,才能对制度的价值做出正确的评判。大陆法系侵权责任法的历史研究,正是利用法律史的学科背景研究大陆法系侵权法的形成与变迁,通过历史为现行侵权法制度与观念建立一个基础,它符合外国法律史学科研究的宏观性特点,也符合侵权法的研究需寻找新的突破口——向历史要“真相”的需要。

二、研究视角和研究方法

(一) 研究视角

由于本书是从总体上把握侵权法的形成与发展脉络,其研究的视角集中在自罗马法到现代法时期影响侵权法变迁的主要法律文化背景、主要思想和学说背景以及侵权法主要制度的具体变化。在此笔者有三点需要说明:

第一,侵权责任法的发展,离不开侵权责任法律思想的变化,离不开侵权制度的兴衰,离不开法学家侵权责任学说观点和理论的演变。因而,笔者以侵权法制度史、思想史和学说史的混合、交叉研究为内容,既有宏观的视角,如法、德民法典产生的法律文化背景,这主要依托于思想史、学说史的研究;又包含微观的视角,如《法国民法典》第 1382 条一般过错侵权责任的形成背景和制度变迁分析,《德国民法典》第 823 条和第 826 条关于三种过错侵权责任类型的形成

〔1〕 [日]大木雅夫著:《比较法》,范愉译,朱景文校,法律出版社 1999 年版,第 117 页。

背景和发展分析等,这些主要依托于对具体制度史的研究。同时,制度史、思想史、学说史的研究在文中并非形成泾渭分明的界限,而是经常交替进行。

第二,本书以大陆法系形成与发展的顺序为标准,其历史跨度很大,将侵权法的历史分为四个时期:(1)古代侵权法的历史渊源时期,即罗马私犯法时期;(2)近代侵权法体系的法典化时期,即法国 1804 年法国民法典时期;(3)近代侵权法的继续发展时期,即 1900 年德国民法典时期;(4)现代侵权法的发展时期,即 20 世纪以来大陆法系侵权法变迁时期。

第三,以民法典的编纂为主线。德国比较法学家茨威格特和克茨认为,在比较研究意义上的“法律渊源”是指形成或者影响所考虑的制度的法律生活的一切制度。^[1]自罗马法以来,制定法一直是大陆法系最为重要的法律渊源,在近代,大陆法系法典编纂是最能直接体现侵权法发展历程的对象,如果是英美法系的侵权法历史研究,其研究的主线就应该是影响制度的判例。所以本书遵循该规则,以制定法的内容为主要研究对象。在罗马私犯法中,以《十二表法》、《阿奎利亚法》、优士丁尼《民法大全》为主线。在近代,以《法国民法典》和《德国民法典》中的侵权行为规则为主线。在现代时期,也着重考察大陆法系各国新民法典中的侵权行为规则,以及法、德民法典关于侵权法部分的修正。但 20 世纪以来,鉴于两大法系的融合趋势,大陆法系对判例日益重视,判例对侵权法制度的影响日益加强,所以,在研究当代侵权法的发展中,不可避免地同时会以相关判例作为研究对象,如法国在判例基础上发展起来的物之监管人责任。

总之,本书的研究以大陆法系主要国家的制定法尤其是民法典中的侵权法为研究对象,研究视角具有宏观和微观相结合,制度、学说和思想史相结合的特点。

(二)研究方法

作为一部以侵权法史方向的博士论文为基础的书稿,笔者在此交叉使用了民法学科制度价值分析和法律史学科历史分析的研究方法,分别或混合运

[1] [德]K. 茨威格特、H. 克茨著:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿均、贺卫方译,贵州人民出版社 2003 年版,第 48 页。

用了价值分析、历史研究、比较法等多种研究方法,并将理论阐述与实证分析、一般概括和个案分析结合起来。传统的侵权法学研究由于过分拘泥于侵权法制度规范的分析,而对侵权法的历史没有足够重视,导致对具体制度的价值分析判断因缺乏客观基础,其结论在许多时候都是不全面或有失偏颇的。这往往是由于研究中狭窄的视野和单一的研究方法造成的。而传统法律史研究中的一个弊端是,由于缺乏对部门法原理的思辨与领会,所以往往不得其要领,甚至可能对部门法的理解产生偏差,所以目前的外国法律史研究对部门法学的影响和借鉴意义尚未充分显现。笔者在本书中力图综合两个学科的研究方法,从而克服部门民法学科狭窄的研究视角缺陷,以及法律史学科的研究无法与具体部门法紧密结合的缺陷。

第一,历史分析的方法。任何法律制度作为历史的产物,其历史发展过程之研究,自属重要,何况本书就是对大陆法系侵权法的历史进行探究。所以,历史分析的方法,是贯穿于本文各章节的最为主要的研究方法:笔者通过对侵权法的古代渊源——罗马私犯法各种法律文本进行分析,总结罗马私犯法的基本发展特征;通过对法国民法典历史背景进行分析,探索法国侵权法简明的立法风格和体例的形成原因;通过对德国民法典历史背景的分析,诠释德国侵权法严守过错责任原则的根源,以及区别于法国侵权法的一般过错责任构成条件和立法体例。

第二,比较分析的方法。该方法的运用基于对以下事实的认可:其一,法律制度文明不受民族、国界限制,具有普适性,解决社会冲突的先进模式和规则,不为创制国所独享,而为全人类所共有共享。其二,世界各国法律制度史的演变有着一定的延续性和规律性。其三,在现代社会,任何一国的法律制度都不可能与他国完全一致,哪怕是有深刻的移植与受移植的关系。其四,近现代以来,没有哪个国家的立法活动不是或多或少地带着广泛的比较法研究的。其五,在比较分析基础上的法律借鉴与移植,可以使本国立法在最大程度上吸收先进的又适合于本土的法律文化成就。本书主要利用横向的比较分析方法,分析大陆法系国家侵权法概念以及一般过错侵权责任的立法模式和体例,分析法德两国不同的法律文化背景(如两国对罗马法不同的继受经