

中国法学精萃系列丛书

中国民法学精萃

(~~第四~~四周年卷)

法苑精萃编委会编



机械工业出版社

法苑精萃编委会

编摇委(按姓氏笔划排序)

王保树摇王家福摇王利明摇公丕祥
石少侠摇田平安摇江摇平摇李摇龙
孙宪忠摇张文显摇张晋藩摇陈卫东
陈光中摇陈兴良摇陈明华摇吴汉东
吴志攀摇何勤华摇郑成良摇郑成思
赵秉志摇胡建淼摇徐显明摇高鸿钧
梁慧星摇黄摇进摇崔建远摇曾宪义
曾令良摇霍存福

总主编摇张文显

总策划摇法苑精萃创作中心

序

摇摇当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾。这一矛盾深深地困扰着人类。

摇摇解决这一矛盾的努力无非有两种：第一种是充分利用时间，但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有 8 小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的精典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。精典著作是知识的浓缩、思想的精华，读精典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读精典著作就谈不上真正的读书求知。摇摇法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学精典著作才是供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称精典的作品。编选《中国法学精萃系列丛书》即是出于此种考虑。

摇摇考量著作是否精品、经典有以下标准：

摇摇一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

摇摇二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之术。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

摇摇三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的深入的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

摇摇四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

摇摇当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

摇摇对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

摇摇一是起到年鉴的作用，从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、精典性的文章，铭记法学各学科在每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

摇摇二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握资料研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

摇摇三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的认为有代表性、权威性、精典性的文章仔细阅读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

摇摇我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以实至名归、不负众望。

总主编：张文显

圆年 怨月 圆原日

目 录

第一部分 总则	员
徐国栋 民法典草案的基本结构	
——以民法的调整对象理论为中心	猿
吕忠梅 环境权力与权利的重构	
——论民法与环境法的沟通和协调	猿
徐晓峰 民事错误制度研究	源
吴汉东 财产权客体制度论	
——以无形财产权客体为主要研究对象	远
第二部分 物权法	缘
孙宪忠 物权法基本范畴及主要制度的反思	苑
王涌 所有权概念分析	缘
彭诚信 我国物权变动理论的立法选择	苑
王利明 抵押权若干问题的探讨	员
王洪亮 不动产物权登记立法研究	园
余能斌 侯向磊 保留所有权买卖比较研究	园
张鹏 曹诗权 相邻关系的民法调整	园
第三部分 合同法	园

梁慧星摇摇合同法的成功与不足	圆原
赵晓力摇摇通过合同的治理——愿年代以来中国基层法院对农村 承包合同的处理	圆苑
张摇谷摇摇略论合同行为的效力 ——兼评《合同法》第三章	猿源
韩世远摇摇情事变更原则研究——以大陆法为主的比较考察及 对我国理论构成的尝试	猿苑
余延满摇摇合同撤销权的限制与排除问题研究	猿怨
马俊驹摇摇白飞鹏摇摇第三人侵害合同缔结的侵权责任论纲	猿园
罗晓静摇摇数据电文合同若干法律问题的探讨	源源
第四部分摇摇侵权行为法	源猿
陈实摇摇马忆南摇摇在消费者的言论自由与经营者的名誉权之间 ——对“恒升笔记本电脑案”一审判决 的批评	源缘
袁满君摇摇陈林林摇摇超越事实与规范的学理——雇佣合同工伤赔偿 的归责原则与过错概念评析	源源
张驰摇摇韩强摇摇民法同质补偿原则新思考	源缘
李明德摇摇杜邦公司诉克里斯托夫——美国商业秘密法研究	源缘
第五部分摇摇人格权法	源怨
程合红摇摇商事人格权——人格权的商业利用与保护	源愿
(德)霍尔斯特·埃曼(杨阳摇摇译)摇摇德国法中一般人格权的概 念和内涵	缘园

民法典草案的基本结构

——以民法的调整对象理论为中心

徐国栋^①

一、民法典草案的理论渊源

我们的民法典草案的结构设计，是在对罗马法和近现代欧洲、拉丁美洲国家民法典编纂史进行深入研究的基础上完成的。可以这样说，在编的层次上，本草案采用的是法学阶梯体系，其设计反映了我们对民法调整对象的理解，因为民法典的结构问题，实际上就是对民法调整对象的认识问题；在分编的层次上，采用的是以荷兰民法典和俄罗斯联邦民法典为代表的潘得克吞体系，其设计反映了德国民法典创立的潘得克吞体系在本世纪的发展。在序编和附编的设置上，主要参考了拉丁美洲国家的民法典。

（一）编的层次之设计的理论渊源

摇

摇在世界民法典编纂史上，大多数国家的民法典草案，尤其是拉丁语系国家民法典的草案，都是由学者提供的，而且，在制定一部民法典之前，往往先有多个草案。基于以上认识，我于1985年产生了起草一部民法典草案的想法。这一想法获得了司法部的支持，于1985年批给了我主持的中南政法学院民商法典研究所一个民法典草案的项目。由于司法部的介入，我们的这个草案已经不是纯粹私家性质的了，而具有半官方的性质。

摇1985年10月，我完成了民法典草案的如下结构：

摇摇序编：小总则；第一编：人身关系法；第一分编：自然人法；第二分编：法人法；第三分编：亲属法；第四分编：继承法；第二编：财产关系法；第五分编：物权法；第六分编：知识产权法；第七分编：债法总论；第八分编：债法各论；附编：国际私法。本文主要是以我们设计的民法典草案为基础进行论述的。

摇摇本文原为我于1985年10月15日在安徽大学法学院所作演讲的讲稿，没有王源扩院长和安大法院的盛情邀请的催促，我几乎不可能写出这篇论文。我愿借此文发表的机会对王院长和法学院的邀请表示衷心的感谢。在本文完成后，徐涤宇从阿根廷留学回国，携带大量阿根廷最新立法和学说资料，使得以通过利用它们进一步补充和完善本文，因此，我也要徐涤宇表示衷心的感谢。

摇摇法学阶梯体系又称三编制体系，由人、物、讼三部分构成。这一体系的形成在罗马法史上经过了长期的酝酿，最终由西塞罗奠定。他在《论演说家》一书的员源园员苑中说：“所有的事务，现在都已被包罗在术语中”。他举了音乐、几何、天文、语法的例子。然后他提到：“因此，在市民法中，这也是目的：在市民的物和诉讼中，保留以法律和习俗为根据的平等趋势”。有些现代学者认为，西塞罗在这一句子中提出了市民、物和诉讼的宏范畴，它们可以构成三编制的基础。^①事实上，盖尤斯正是以这些理论成就为基础，完成了进一步的概括，最终把三编制确立下来，其《法学阶梯》把民法的材料整理成人法、物法和诉讼法。

摇摇三编制的最大特点是有一人法，这是一个为德国民法典的总则所掩盖了的部分，为包括我国在内的继受德国法的国家所陌生；与人法相对立的是物法，这种对立预示了许多信息。从哲学的角度看，人法与物法的对立以人与物的对立为基础，翻译成哲学语言，是主体与客体的对立或精神与物质的对立，在这样的对立中，三编制认为主体或精神是第一性的：从民法的角度看，这种对立预示着我在上文已经特别界定的所有权的概念；由于这样的所有权概念以人与资源的紧张关系为基础，因此，诉讼是这种对立的逻辑结果。从民法调整对象问题的角度看，三编制表示着民法通过司法手段调整人身关系和财产关系，首先调整人身关系。

摇摇在许多情况下，结构是比文字说明更大的意义包含者，通过上面的论述，我们不难看出三编制所蕴含的哲学观点和它对市民法的总理解。

摇摇首先，它确立了人的中心地位，反映了古代的人文主义。尽管“人文主义”是一个文艺复兴以后才出现的概念，但不具有“人文主义”名称而具有其实质的世界观，在古代就有了。事实上，文艺复兴不过是复活古代希腊罗马的精神，而“古希腊思想最吸引人的地方之一是以人为中心，而不是以神为中心的。人文主义所不断要求的就是，哲学要成为人生的学校，致力于解决人类的共同问

摇摇①摇摇员源园员苑中说：“所有的事务，现在都已被包罗在术语中”。但西塞罗的这段话，有不同的理解。例如，西班牙学者配来尼把这段话翻译为：“因此，这是市民法的目的：维持市民的关系和争议中的法定的和传统的公平”。这种翻译显然代表着对原文的不同的理解。参见上述作者被译成意大利文的著作：员源园员苑中说：“因此，这是市民法的目的：维持市民的关系和争议中的法定的和传统的公平”。

摇摇②摇摇阿伦·布洛克：《西方人文主义传统》，董乐山译，三联书店员源园年版，第员源页。

题”。^①罗马人在继受希腊哲学的同时，也接受了这种哲学的人文主义精神。因为从希腊传入罗马，后来又在罗马发展为新的流派的斯多亚哲学，就是以伦理学为中心，换言之，以人的生活准则为中心的哲学。正是在这样的哲学背景下，盖尤斯的三编制体系才把人放在首要地位。

摇摇其次，它是对世界的一种悲观解释。人与物的关系有两个方面，一方面，是作为欲望主体的人与满足这种欲望的手段物的关系；另一方面，是作为认识主体的人与作为认识对象的物之间的关系。从第一个方面来看，三编制认为人与物的关系的结果是“讼”。这种推理的结果告诉我们，首先，物是不能充分地满足人的，否则不会发生“讼”——即“争”的公力救济形式，这显然是对人——物关系的一种悲观主义看法。其次，尽管物不能充分地满足人，但如果人人毫无利己之心，彼此谦让，也不会发生“讼”。但是，“讼”毕竟发生了，这种推理的结果也包含着对人性的悲观主义看法。上述两个推理结果，代表着典型的毫无理想主义可言的法学家世界观。正因如此，乌尔比安才提出了“毋害他人”的法律的人性标准，他没有要求得更多。

摇摇从第二个方面来看，人还与物发生认识关系，这样的关系，也存在于“讼”之中。在诉讼中，人是否能够认识已经发生的案件事实呢？我们可以从罗马法的原始文献中找到对这一问题的回答。在古罗马的诉讼实践中，对于疑案，人们常用宣誓决讼的方法来解决案件事实问题，^②这实际上是三编制的司法的不可知论的表现。

摇摇三编制体系，是对人类社会产生了最大影响的体系之一。可以说，《法学阶梯》是在《圣经》之后，对人类历史产生了最大影响的一本书，它是世界上所有的民法典的结构的基础，因为潘得克吞体系不过是法学阶梯体系的一个变种。

摇摇三编制体系发展到现代，在法国民法典之后，诉讼法被独立出来，三编制变成了二编制。这种体例为多数拉丁国家所继承，成为现代大陆法系广为流行的民法典模式之一。

摇摇我们的民法典草案，在编的层次上采用由三编制发展而来的两编制，目的在于继承这一体系所蕴含的全部思想观念，尤其是民法首先调整人身关系的观念。

摇摇(二) 分编层次之设计的理论渊源

^①摇摇参见周楠：《罗马法原论》（下册），商务印书馆1985年版，第185页以下。

摇摇我们的民法典草案在分编层次的设计上，基本上采用德国民法典的潘得克吞体系的现代进化形式，这是为了利用这一体系的优秀的技术性成果。之所以在编的层次上不采用潘得克吞体系，乃因为这一体系包含着一个致命的理论错误：它以总则淹没了三编制中的人法，由此抹煞了人在私法中的中心地位，是后世人们把民法理解为单纯的财产关系法之观念的始作俑者。因此，我们在编的层次上回到罗马法，是为了改正德国民法典的上述理论错误。

摇摇传统的潘得克吞体系

摇摇首先要说明的是，尽管《学说汇纂》具有潘得克吞的别名，但学说汇纂与潘得克吞体系没有结构上的联系。事实上，《学说汇纂》的体系，按优士丁尼在其为颁布此书而发布的 ~~拜占庭~~ 敕令中的说明，包括七个部分：第一部分为头编（第 1 卷~ 第 5 卷），第 1 卷包括法的一般理论、法的渊源、人的身份、物的分类、各种长官的职责等；第 2 卷涉及到管辖权、传唤、诉讼期日、和解、诉讼代理、滥诉、诉讼处置等内容；第二部分（第 6 卷~ 第 13 卷）以审判为内容。除了第 6 卷的第 1 题和第 13 卷是关于起诉和应诉地点和关于在法院进行的询问的程序性规定外，从第 7 卷~ 第 13 卷，都是实体法的规定，涉及到物件返还、用益权、役权、侵权行为、地界调整等；第三部分（第 14 卷~ 第 23 卷）以物为内容，涉及到借贷、被盗物的返还、船东之诉、特有产、抵销、合伙、买卖、互易等；第四部分（第 24 卷~ 第 46 卷）被称为中心卷，主要以交易为内容。规定了抵押、退货之诉、关于就追夺担保提出来的双倍返还要式口约、借贷、海运借贷、证书、证人、证据、推定、婚约、婚姻、嫁资、监护和保佐等。优士丁尼认为这 23 卷书是整个《学说汇纂》的一半；第五部分（第 47 卷~ 第 50 卷）以遗嘱为内容，规定了私人的和军人的遗嘱、补充遗嘱、遗赠和信托遗产、遗赠的特殊类型、附限制因素的遗嘱等；第六部分（第 51 卷~ 第 58 卷），其内容按现代的观点看，是一个大杂烩，主要涉及到继承和侵权行为。规定了所有种类的涉及到生来自由人和解放自由人的遗产占有、关于亲等和姻亲关系的法律、法定继承和遗嘱继承、新施工警告、潜在损害担保、解放奴隶、取得所有权和占有的方式、财产的留置和出售、诈欺债权人之避免、抗辩、时效、债务和诉权等；第七部分（第 59 卷~ 第 66 卷）以要式口约、私犯和犯

摇摇○摇摇参见 ~~拜占庭~~ 敕令，中译文载《民商法论丛》第 5 卷，法律出版社 1999 年版，第 157 页以下。另参见“优士丁尼《学说汇纂》总目录”，载桑德罗·斯奇巴尼选编：《民法大全选择·法律行为》，徐国栋译，中国政法大学出版社，1998 年版，第 157 页以下。

罪、上诉、各种地方事务的管理为内容。^①

摇摇上述就是所谓的“《学说汇纂》体系”。而《德国民法典》的体系，众所周知，包括总则、债权、物权、亲属和继承五个部分，与上述体系没有什么类似之处，它是德国的潘得克吞学派在研究罗马法的过程中的再创造，最早由胡果（Hugo）在1802年出版的《罗马法大纲》（Lehrbuch des Römischen Rechts）一书中采用，然后由海赛（Hase）在1815年出版的《为了潘得克吞之讲授目的普通民法体系的基础》（Grundriss des Pandektenrechts）一书中采用，最后由萨维尼在自己的潘得克吞教程中采用。^②潘得克吞体系的构成材料，诚然自《学说汇纂》而来，但就体系而言，它不过是《法学阶梯》体系的一个变种。《法学阶梯》体系由人、物、诉讼三部分构成，诉讼的部分，经过法国的学者和立法者的科学研究，已经独立于狭义上的市民法了，德国的立法者在制定自己的民法典时，并未舍弃法国人的这一进展，因此，德国民法典中也没有规定诉讼。但是，法学阶梯体系中的人法，被分解成了总则和亲属法两个部分，由于对人法物法结构的破坏，这是一个糟糕的分解；物法部分，被分解成了债权法、物权法和继承法三个部分，由于对物法作了进一步的科学分析，这是一个聪明的分解。

摇摇根据德国民法典的起草委员之一温德莎伊德（Windscheid）在其《潘得克吞教科书》中的说法，潘得克吞法的阐述顺序是这样的：“所有的私法，要做的事情，有两个对象：财产关系；家庭关系。因此，私法的主要划分是财产法与亲属法的划分”。显然可以看出，这一分析把人法缩减成了亲属法，并把财产法置于亲属法之前。那么，亲属法以外的人法内容到哪里去了呢？到所谓的总则里去了，上述潘得克吞法的阐述顺序由六个部分构成：第一部分，关于法的一般；第二部分，关于权利的一般；第三部分，物权法，调整对物的法律关系；第四部分，债权法，调整人与人之间的法律关系。第五部分，亲属法，它像物权法和债权法一样，调整活人之间的法律关系；第六部分，继承法，解决死者的财产的目的之问题。在这一结构中，亲属法以外的人法内容被安排到了“关于权利的一般”的部分。

摇摇第一部分和第二部分，构成总则，其中不仅有与一种有特定内容的法相关的法律原则，而且也有涉及到被从法的特别内容中抽象出来的法的原则。此外有法

摇摇① 摇摇《学说汇纂》体系，最早由胡果（Hugo）在1802年出版的《罗马法大纲》（Lehrbuch des Römischen Rechts）一书中采用，然后由海赛（Hase）在1815年出版的《为了潘得克吞之讲授目的普通民法体系的基础》（Grundriss des Pandektenrechts）一书中采用，最后由萨维尼在自己的潘得克吞教程中采用。

摇摇② 摇摇《法学阶梯》体系由人、物、诉讼三部分构成，诉讼的部分，经过法国的学者和立法者的科学研究，已经独立于狭义上的市民法了，德国的立法者在制定自己的民法典时，并未舍弃法国人的这一进展，因此，德国民法典中也没有规定诉讼。

本身(即所谓的客观法)的目的之所在的法律原则,法以之为基础的规则。这后一些原则不是私法性质的,而是属于公法的。^①为什么总则要分为两个部分。从温德莎伊德本人的《潘得克吞教科书》的内容来看,“关于法的一般”论述如下问题:①法的渊源,②法的解释与科学阐述,③法的规范的类型,④法的效力范围;“关于权利的一般”论述如下问题:①权利的概念和种类,②权利主体,③权利的产生、消灭和改定,法律行为被包括在这一部分,④权利的行使、被侵犯和保护。至此我们可以看出,总则的第一部分内容是关于所有权利的法的,其适用范围不以民法为限。之所以作出这样的处理,乃是由于市民法的历史使然。在古代,市民法是法律的整体,是与神法和国际法相对立的概念,换言之,市民法就是世俗法和内国法的意思。^②在近代,经过莱布尼兹和沃尔夫的哲学努力^③和路易十四制定一系列分门别类的条例的立法实践,市民法已经被缩减为一个部门法,原先的市民法的许多成分构成了与市民法相并列的法律部门,尽管如此,市民法的所有的世俗法的源头的性质仍然部分地得到保留,表现为在民法中对法的一般问题作出规定,作为学说的潘得克吞体系即采用这样的做法。但我们看到,作为立法的潘得克吞体系放弃了这一做法,德国民法典的总则部分没有关于法的一般的规定,而是直接从自然人开始。相反,在伊比利亚—拉丁美洲^④诸国民法典中仍然保留了这一做法。

摇摇我们还可以看出,总则的第二部分内容是关于权利的基本规定的,这部分内容在德国民法典中得到了保留。使我们感兴趣的是,温德莎伊德认为这部分内容是公法而不是私法,对于我们习惯了“民法为私法”的论断的人来说,这是一个新说法,它使我们想到并非所有的民法内容都是私法,总则即是如此。如果我们把公

摇摇① 温德莎伊德《潘得克吞教科书》第1卷第1章第1节第1段,见温德莎伊德《潘得克吞教科书》第1卷第1章第1节第1段。

摇摇② 参见《牛津法律指南》中关于“潘得克吞”的词条。对该词条的分析参见王宏林:《谈谈“潘得克吞”的涵义》,《中外法学》1999年第3期。

摇摇③ 莱布尼兹提出了几何学法学(geometrische Jurisprudenz)的概念,并建立了法条的语法结构理论,使从一种全新的角度对既有的法律本系进行整理成为可能。用几何学的方法分析法律,其逻辑的结果是总则的诞生。沃尔夫把莱布尼兹开创的思路加以发挥,最终创立了总则。这是哲学、数学与法学相结合产生的一项科学成就。见温德莎伊德《潘得克吞教科书》第1卷第1章第1节第1段。

摇摇④ 伊比利亚是西班牙和葡萄牙所属的半岛,这两个国家的殖民活动使拉丁美洲讲西班牙语和葡萄牙语的国家与它们保持文化上的密切联系,因此,在法系比较中,伊比利亚和拉丁美洲被作为一个统一的单位加以考虑,并被称为伊比利亚—拉丁美洲法系。

法理解为不能以当事人的协议加以改变的法，总则的规定是应该被称作公法的。

摇摇恰恰就是在“关于权利的一般”中，法学阶梯体系中的“人”被“权利主体”所取代，“人”由编的层次的标题下降为章的层次的标题，这一现象本身就强烈地说明了“人”的减等。然而，从哲学上看，人并不是在任何时候、任何情况下都是作为主体存在的，例如婴儿就不是哲学上的主体。要成为主体，必须形成独立的自我意识。另外，有时人是作为主体存在的；有时是作为客体存在的，在这个意义上，人是二重化的，既有主体性也有客体性。主体的概念有别于人的概念。^①但是在民法上，不存在人的主客体二重性问题，因为现代民法的物的制度已经明确排除了把人作为客体的可能，换言之，在民法上，人永远是被当作主体理解的。在民法上，不仅婴儿，甚至胎儿都是主体，因此，康德的“永远把人当作目的”的命题，只是在民法中得到了最完整的实现。这是民法的光荣！在这个意义上，我们不妨把民法称为“以人为目的的法”；把民法学称为“为了人的学问”。

摇摇但是，德国的潘得克吞学派制造了“人”与“主体”的分裂。在法学史上，从“人”到“权利主体”的变迁，是一个长长的故事。要言之，由于海塞于1804年首次使用“法人”（*juristische Person*）一语，有些人认为产生了设立凌驾于自然人和法人的上位概念之要求，莱布尼兹为此第一次提出了“主体”的范畴；萨维尼在1840年出版的《现代罗马法体系》中又提出了“权利主体”的范畴，用以描述具有自由意志的权利义务的承担者。在我看来，这完全是画蛇添足！因为“人”难道不就是自然人和法人的上位概念？在主体概念创立后，随着国家主义的兴起，无论是自然人还是法人，都成了国家赋予的资格，于是发生了“人之概念的解体”现象，其结果是“不再是共同体为个人，而是个人为共同体”，传统的人、个人等“权利主体”，现在变成了国家这一新的“主体”的客体。^②可以看出，“权利主体”的提出，本来就是不必要的，因为众所周知，在法律上，“人”（*Person*）这个词，本身就是主体的意思，而德国的潘得克吞学派在使用这一概念取代了“人”的概念时，又产生了并非积极的后果，它导致了

摇摇^①摇参见刘福森：《主体、主体性及其他》，《哲学研究》1985年第10期；李临昆：《对主体性问题的几点认识》，《哲学研究》1985年

摇摇^②摇参见刘福森：《主体、主体性及其他》，《哲学研究》1985年第10期；李临昆：《对主体性问题的几点认识》，《哲学研究》1985年

的条例。^①这一规定填补了法国民法典的一个巨大漏洞，很可能是最早规定知识产权的民法典；上述说法，对于德国民法典也是不适用的，因为在这部法典产生之前的 1740 年以前，康德和黑格尔就在他们各自的《法的形而上学原理》^②和《法哲学原理》^③中大谈著作权，两位大师的诸多著作的出版，也是在保障知识产权的法律框架下进行的。德国民法典却没有规定知识产权，可能与德国民法典采用有体物主义，不能容纳作为无体物的知识产权有关。无论如何，康德和黑格尔的理论说明和出版实践没有反映为德国民法典的立法规定，毕竟是这部著名的民法典的一个缺憾，1924 年的苏联民事立法纲要弥补了这一缺憾，但其具体安排缺乏概括性，换言之，有必要把著作权、发现权和发明权概括在“知识产权”的总的一编中加以规定，而不必把它们分为三编。其次，1924 年的苏联民事立法纲要把德国民法典规定在民法施行法中的国际私法规则纳入民法典之中规定，这虽然不是一项很大的创新，但毕竟是对其蓝本的一种有意义的改动，中国的民法通则也吸收了这一改动。就后者而言，显然可见，这一纲要把 1804 年苏俄民法典中的物权缩减成了所有权。确实，在实行土地的绝对国有制的条件下，用益物权和担保物权没有多少存在的价值，它们反映的是不同所有者之间的关系，而社会主义时期苏联的有生产意义的财产只有一个所有人，那就是国家。1924 年的苏俄民法典能够容纳物权制度，仅仅是由于当时实行“新经济政策”，各种所有制被允许共存而已。

摇摇 1924 年的苏联民事立法纲要是“俄罗斯联邦民法典的模式”的第三个发展阶段。它的基本结构是总则、物权、债权、著作权、在生产中利用发明和其他创作成果的权利^④、继承权、国际私法规则 苑编。显然可见，这一纲要力图改正 1924 年纲要的缺点。首先，它把所有权还原为物权，这反映了当时的苏联经济体制改革的现实；其次，它力图实现知识产权的概括化规定，关于知识产权的

摇摇^①摇摇黑格尔在这本书中说，精神技能、科学知识、艺术、甚至宗教方面的东西、以及发明等，都可成为契约的对象。参见黑格尔：《法哲学原理》，范扬，张企泰译，商务印书馆 1979 年版，第 247 页。

摇摇^②摇摇康德在这本书中说，那些未经授权而印刷和出版书籍的行为，应根据权利的理由加以禁止，因为这是一种冒充的和侵犯版权的行为。参见康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆 1979 年版，第 174 页。

摇摇^③摇摇包括专利权、工业品型式权、商标和服务标记权、商号权、合理化建议作者的权利以及对生产秘密的保护和对育种成果的保护。参见余先予主编：《俄罗斯民法法与冲突法》，世界图书出版公司 1993 年版，第 174 页。

编,由三编减少到两编,发明权和发现权被合并到“在生产力中利用发明和其他创作成果的权利”一编中,但没有在这一编与著作权之间再进行进一步的概括,其中的原因值得研究。总而言之,这一纲要相对于 1804 年前的同名纲要,是一个很大的进步。

摇摇“俄罗斯联邦民法典的模式”最终不完整地体现在表现 1922 年民法典中,其基本结构为总则、物权、债法总则、债法分则、著作权和发明权、继承权、国际私法规则 7 编,俄罗斯联邦民法典只完成了前 5 编;受俄罗斯影响的蒙古民法典以变体的方式几乎完成了这一设计(作出的变动是把非契约责任单独作为一编,没有专编规定知识产权)。如果俄罗斯民法典继续制定下去,它最终要完成这一结构。显然可以看出,这一结构比 1804 年的民事立法纲要又有进步。其一,考虑到债法的内容过于庞大,把它分为两编规定;其二,把知识产权概括为一编加以规定^①。这一结构就是所谓的俄罗斯模式,它是苏联和俄罗斯社会主义和后社会主义的民法学家 70 多年心血的结晶,目前它已成为独联体国家的“示范民法典”的基本内容,为乌克兰、哈萨克斯坦、白俄罗斯和其他大多数独联体国家所采用^②,并为独联体以外的一些国家以变通的方式加以采用——例如蒙古民法典和越南民法典(作出的变动为增加了关于土地使用权转让的第五编,把债法的全部内容规定在一编中)——成为后社会主义国家的法典编纂运动的主导性民法典结构。但这一结构保留了苏俄民法典的不包括亲属法的缺点,不足效法。

摇摇 荷兰人对潘得克吞体系的发展

摇摇荷兰是新潘得克吞体系的另一开创者。荷兰本是神圣日尔曼帝国的一部分,15 世纪初,由于拿破仑的征服才开始受法国法影响。该国的第一部民法典即 1804 年民法典是法国民典的翻版;第二部民法典即 1838 年民法典是法国民典本身,因为此时荷兰已经被并入法兰西帝国的版图;1848 年才获得解放,1848 年产生了一部本国的新民法典;同年制定了商法典。1838 年民法典在很大程度上仍然受法国民典的影响,尽管如此,由于罗马法和古荷兰法的影响在此时发挥作用,它在某些方面也偏离了法国法,例如,它分为人、财产、债、证据

摇摇^① 读者可以注意到第 5 编中没有包括专利权和商标权,这可能是由于俄罗斯打算对这两种知识产权以特别法进行调整,事实上,1844 年 12 月,该国已经颁布了“专利法”和“商业标记法”。
摇摇^② 参见黄道秀:《俄罗斯民法学》,北京:中国政法大学出版社,2002 年;黄道秀:《俄罗斯民法学》,北京:中国政法大学出版社,2002 年。

摇摇^③ 参见黄道秀:《俄罗斯民法学》,北京:中国政法大学出版社,2002 年;黄道秀:《俄罗斯民法学》,北京:中国政法大学出版社,2002 年。