



中国法学精萃系列丛书

中国民法学精萃

(2002 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

机械工业出版社

本书精选 2001 年度全国主要报刊上公开发表的有代表性的优秀民法学论文编辑而成。主要包括：“中国民法典的体系”、“论法律物权和事实物权的区分”等。涵盖总论、物权法、债权法、知识产权法、侵权行为法几个方面。这些论文代表了 2001 年度我国民法学的研究与发展水平，可供法律专业高年级本科生、法律硕士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆、资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国民法学精萃. 2002 年卷/法苑精萃编辑委员会编.
—北京: 机械工业出版社, 2002. 9
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-111-10783-7

I. 中… II. 法… III. 民法—法的理论—中国
IV. D923. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 061209 号

机械工业出版社 (北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)
责任编辑: 梁代军 版式设计: 冉晓华 责任校对: 程俊巧
封面设计: 饶 薇 责任印制: 闫 炎
北京京丰印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行
2002 年 9 月第 1 版·第 1 次印刷
1000mm×1400mm B5·16.5 印张·2 插页·557 千字
0 001—4 000 册
定价: 39.00 元

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社发行部调换
本社购书热线电话 (010) 68993821、68326677—2527
封面无防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

编委会人员组成：（以下按姓氏笔划排序）

- 王保树** 清华大学法学院院长、教授、博导
- 王家福** 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 王利明** 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 公丕祥** 江苏省高级人民法院常务副院长，南京师范大学教授、博导
- 石少侠** 国家检察官学院副院长，吉林大学法学院教授、博导
- 付子堂** 西南政法大学副校长、教授
- 龙宗智** 西南政法大学校长、教授、博导
- 田平安** 西南政法大学教授、博导
- 石泰峰** 中共中央党校副校长、教授、博导
- 江平** 中国政法大学终身教授、博导
- 李龙** 浙江大学法学院院长、博导
- 李昌道** 复旦大学法学院院长、教授
- 朱景文** 中国人民大学法学院教授、博导
- 孙宪忠** 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 张文显** 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导
- 张晋藩** 中国政法大学终身教授、博导
- 陈卫东** 中国人民大学法学院教授、博导

- 陈光中** 中国政法大学终身教授、博导
- 陈兴良** 北京大学法学院副院长、教授、博导
- 陈明华** 西北政法学院院长、教授、博导
- 吴汉东** 中南财经政法大学校长、教授、博导
- 吴志攀** 北京大学副校长、教授、博导
- 何勤华** 华东政法学院院长、教授、博导
- 郑成良** 国家法官学院常务副院长、教授、博导
- 郑成思** 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 郝铁川** 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
- 赵秉志** 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 胡建淼** 浙江大学副校长、教授、博导
- 徐显明** 中国政法大学校长、教授、博导
- 高鸿钧** 清华大学法学院副院长、教授、博导
- 梁慧星** 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 黄进** 武汉大学教务长、教授、博导
- 崔建远** 清华大学法学院教授、博导
- 曹建明** 最高人民法院副院长、教授、博导
- 曾宪义** 中国人民大学法学院院长、教授、博导
- 曾令良** 武汉大学法学院院长、教授、博导
- 霍存福** 吉林大学法学院院长、教授、博导
- 总 主 编**
- 张文显** 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导

总策划 法苑精萃创作中心



法苑精萃编辑部

主任：刘保文
委员（按姓氏拼音排序）
常淑茶 梁代军
孙森林 肖振生



序

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之间的矛盾。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。

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 24 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经典之作总是少数。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。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真

正的读书求知。

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，只有法学经典著作才是值得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、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

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。

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、无本之木。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。

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、深刻的，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。

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。

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。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

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、经典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握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。

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、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

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，我们会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

总主编 张文显



序

第一部分 总论

诺伯特·霍恩（申卫星译 米健校）	百年民法典	3
王利明	中国民法典的体系	19
魏振瀛	论民法典中的民事责任体系 ——我国民法典应建立新的民事责任体系	40
苏永钦	私法自治中的国家强制 ——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向	54
刘楠	变法模式下的中国民法法典化 ——价值的、逻辑的与事实的考察	89
徐国栋	客观诚信与主观诚信的对立统一问题	



第五部分 侵权行为法

张新宝	侵权行为法的一般条款	467
杨立新	中国侵权行为法的百年历史及其在新世纪的发展	485
附录	2001年度全国主要报刊民法学论文索引	510



第一部分 总论



百年民法典

诺伯特·霍恩^①（申卫星 译 米健 校）^①

《德国民法典》于1900年1月1日开始生效，并伴随德国人直至今日。当我们回顾20世纪时，很有必要看一下这部作为我们法律秩序中心的法典。这部民法典使德国在民事实体法上走向了统一。早在1860年第一届德国法律者大会（der erste Deutsche Juristentag）上就曾提出了法律统一的要求。1871年德意志帝国建立后，国家自由党的两位议员拉斯克（Lasker）和米克尔（Miquel）多次提出动议，要求赋予帝国议会在私法领域的立法权，从而为1873年8月24日开始的民族的法典化铺平了道路。从1874年至1888年历经14年，民法典起草委员会拟定了《德国民法典》的第一次草案。第二届起草委员会于1890年开始对草案进行了修订，到1895年完成了修订工作。^②1896年6月1日，帝国众议院经过咨询通过了这部法律，1896年7月14日也得到了参议院的批准；并于1896年8月24日“我们的威廉皇室、上帝恩赐的德意志皇帝、普鲁士国王，……以帝国的名义……”（1896年帝国法律公报第195页）公布了这项法律。此后，德国的法学家们又用了三年多的时间为这项法律的实施进行了准备。

《德国民法典》的颁布引起了国际上广泛的注意。日本在大量吸收《德国民法典》前三编的基础上，于1898年颁布了《日本民法典》。到了20世纪《德国民法典》在匈牙利、捷克斯洛伐克、波罗的海三国、希腊乃至中国都产生了巨大的影响。在我们邻近的国度里，《德国民法典》则是通过推动和影响其法学研究的方式来发挥其作用的。

① 作者诺伯特·霍恩（Norbert Hom），德国科隆大学欧洲与国际合作法律中心（R. I. Z）主任，科隆大学法律系民法、商法、经济法、银行法、法哲学教授。

本文原载德国《新法学周刊》（NJW）2000年第一期，系为《德国民法典》实施一百年而作。

② 相关资料参阅 Mugdan 编：《〈德国民法典〉资料汇编》（1899年），新版资料见 Jakob/Schubert：《〈德国民法典〉指南》（1978年和1979年）。



一、一部市民社会的基本法

（一）自由的经济人

《德国民法典》表达了法治国家的基本价值：所有的人在法律统治下的自由与平等，对私有财产的保护和自由处分，每个人都可以自由地签订合同来处分其财产。这些基本价值在 17、18 世纪近现代国家理论中被提出过，并且在 18 世纪的启蒙运动中慢慢发展成为政治纲领，而在美国和法国大革命中走向成功，并在 19 世纪随着时间的推移在所有西欧和中欧国家都逐步得到实现。《德国民法典》所规范的自由经济人模式和通过法律行为实现私法自治的个人社会关系模式，作为一个自由经济秩序的存在条件是非常必要的。如今不论是作为雇员还是顾客的自由经济人都受到立法者比本世纪初更加强有力的保护。

（二）迟缓的法典化进程

《德国民法典》还表达了一种法典化思想，即表达了如下观念：人们应在一部唯一的系统划分的法典中对公民的权利清楚而明白地加以规定，以便每个人可以知道他的权利，并且独立地对权利加以运用。事实上在 20 世纪初，《德国民法典》是除了席勒和歌德的作品外，每个家庭必备的藏书，至今在有些人家里仍能找到它。早在《德国民法典》颁布 100 多年前，法典化思想伴随着启蒙运动就已经成功地实现了。1794 年的《普鲁士普通邦法》和 1804 年引起了巨大国际反响的《法国民法典》即为其著例。拿破仑战争之后德国著名的海德堡学派代表人物蒂堡（Thibaut）在 1814 年就提出了，以《法国民法典》为蓝本对德国民法进行法典化的主张。这一主张在当时是无法实现的，因为在旧的帝国瓦解之后，德国政治上的分裂仍然存在，当时互相对抗的普鲁士王国和奥地利王国各自拥有自己新的民法典^①。直到俾斯麦时代，政治上的外部条件才有所改变。由此我们可以说这是一部迟到的民法典。

（三）共同的欧洲私法传统

《德国民法典》所调整的内容，比如关于买方在买卖的标的物有瑕疵的情况

^① 萨维尼在其著作《论当代立法与法学的使命》（1814 年）中，针对蒂堡的法典化主张而进行的著名的论战，对于德国法典化的停滞并未起到决定性的作用。这部著作的意义在于它奠定了历史法学派的框架。参见 Jacques Stem：《蒂堡与萨维尼》（1914 年和 1959 年的新版）。

下, 享有哪些权利等问题, 无疑远比启蒙运动和法典化观念早得多。和所有其它欧洲大陆国家的私法法典化一样, 它们来源于古老的罗马法, 罗马法自中世纪以来在欧洲的大学里被教授, 并且作为辅助方法被认为是可以适用的欧洲普通法 (ius commune)。罗马法的来源是公元 6 世纪罗马皇帝优士丁尼 (Justinian) 的法律辑录《民法大全》(Corpus Juris Civilis), 它的主要部分是《学说汇纂》(希腊语是潘德克吞 Pandekten) 是对罗马法学家在某一特定法学领域的学说汇编, 例如买卖、出租、赠与、委托、所有权的取得、遗嘱等^①。德国法学在 19 世纪作为从普通法 (学说汇纂法学派 Pandektistik) 发展成为一门概念精确的私法学说体系, 任何一个法律人在大学里都要受学说汇纂式的教育, 事先有了对学说汇纂法学的知识, 他就可以正确理解某个国家正在适用的私法典, 例如 1794 年的《普鲁士普通邦法》, 此外直到 1890 年还有近 30% 的公民生活在普通法作为直接适用的私法的领域里, 学说汇纂法学派的主要代表人物, 诸如伯恩哈德·温德沙伊德 (Bernhard Windscheid) 都对法院的判决产生过重大的影响^②, 甚至在某种程度上可以说他们在德国私法没有统一前充当着“替代性立法者”的角色。

(四) 经济交易法与身份法

《德国民法典》应成为调整交易关系的财产法, 民法典的前三篇即致力于此。人们遵循学说汇纂法学派的方法从体系和内容上对整个法典作了划分。第四编家庭法和第五编继承法调整社会制度、家庭和继承关系, 以及与之密切相联的作为法律调整中心的人的各项身份权利。把作为总论部分的第一编放在前面, 这符合了学说汇纂学派对抽象化的偏好, 强调了其对于私法基本类型的普遍适用性。第一篇采纳了罗马法关于“人、物、诉讼” (personae, res, actiones) 的划分, 这是由公元 160 年盖尤斯 (Gaius) 著名的《法学阶梯》(Institionen-Lehrbuch) 所发展起来的。同时第一编也包含了 19 世纪私法的新发展, 例如代理权。

《德国民法典》的核心至今仍是学习法律的重点内容, 其第二编债权债务关系法它阐述了调整给付关系的法律特性, 没有它经济流转将不可能进行。但核心

① 《民法大全》第 1 卷: Mommsen/Krueger: 《法学阶梯》、《学说汇纂》, 第 18 版, 1965 年; 第 2 卷: Krueger: 《法典》第 13 版; 第 3 卷: Scholl/Kroll: 《新律》, 第 8 版, 1963 年 (经常重印)。德语新译本有 Behrends/Knuetel/Kupisch/Seiler: 《民法大全》(第 1 卷) (拉丁文和德文对照本): 《法学阶梯》1990 年, 第 2 卷: 《学说汇纂》(1~10) 1995 年。

② 《“学说汇纂法学”教科书》(第 3 卷), 1862~1870 年, 第 9 版 (1906 年)。

中的核心是债权合同法，它部分置于第一编，部分置于第二编。它确定了在什么条件下，私人和企业可以自由决定彼此建立这种具有法律约束力的给付关系。这种私法自治是一切市场经济的基础，自由决定是法律义务的前提和基础，个人可以通过对抗非自愿的决定而受到保护。对此，民法典宣布基于错误、欺诈或者胁迫而产生的意思表示可以撤销（anfechtbar），无行为能力人的意思表示无效。现代立法者更是扩大了其范围，在上门交易（Haustuersituation）情况下，顾客可以在一周之内随时撤回（widerrufen）一笔交易（《上门交易撤回法》第1条第1款）。而且现今的法官在必要的情况下，也可以违反先契约之说明义务而废止（aufheben）一个合同^①。为了修正由于未经委托或擅自管理他人事务，由于因不当得利和侵权行为造成对既有财产秩序的破坏，民法典第二编规定了返还请求权和赔偿请求权。在侵权行为法方面立法者有所保留，谨慎行事：按照民法典第823条的基本规定，只有在侵害绝对权和违反保护性法律时，才产生侵权责任。立法者有意避开对一般财产损害之侵权责任构成（allgemeiner Haftungstatbestand der Vermoegensschaedigung）的规定，只有对那些违反善良风俗的损害，才会作为例外情况按照民法典第826条产生责任^②。

按当时的一般观念，财产首先应是物之所有权（并以侵权法对其加以保护），这一市民观念在稍后的两次世界大战和货币贬值，通过“向物的价值的逃逸”而得到证明。《德国民法典》第三编所规定的物之所有权以及动产、不动产之上的特别权利，构成了财产秩序的核心。大量的非以物权形式存在的资产，如股票或者其它公司股份，当时很少引起民法典立法者的注意。股票和债券是以有价证券的形式证券化，从而与物权相接近。

物权法律规范的主导思想是确保权利的安全和明确化。私法自治在此受到行为类型法定的限制（类型强制 Typenzwang）。物权法律规范这种技术形式的冷静抑制了巨大的社会发展动力：即在19世纪逐渐发展起来的流通经济和信用经济中物之所有权的流通性。这一发展过程包括以下几步：①是去除对不动产所有

① 《德国联邦最高法院民事判例集》，《新法学周刊》，1985年第1771~1773页；《新法学周刊》1993年第2107，同时参见《经济法杂志》（ZIP）1993年，第1089页；《新法学周刊》1999年第2032，同时参见《经济法杂志》（ZIP）1999年第574~577页。

② 《德国民法典》第823条第1款规定：“因故意或过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者，对他人因此而产生的损害赔偿义务。”第826条规定：“以违反善良风俗的方式故意加害他人者，对他人负损害赔偿义务。”——译者注。

