



# 北航 法学文集

北京航空航天大学法学院 ● 编

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 北航 法学文集

北京航空航天大学法学院 ● 编

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

北航法学文集/北京航空航天大学法学院编. —北京: 中国法制出版社, 2012. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4166 - 7

I. ①北… II. ①北… III. ①法学 - 文集 IV.  
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 269174 号

策划编辑 周林刚

责任编辑 周林刚

封面设计 周黎明

---

## 北航法学文集

BEIHANG FAXUE WENJI

编者/北京航空航天大学法学院

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2012 年 11 月第 1 版

印张/ 59 字数/ 884 千

2012 年 11 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4166 - 7

定价: 180.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66067024

邮购部电话: 66033288

庆祝北京航空航天大学法学院  
建院15周年  
(1997-2012)

## 编者前言

今年是北航法学院成立十五周年的喜庆之年,我们特意选辑这部《北航法学文集》。其意义有三:一是作为一个以追求学术为立院之基的法学院,出版这样一本法学文集实为一件最好的纪念品,可以成为北航法学院师生之间相互勉励、更求进步的一个重要基础。二是通过这种立足自愿的代表作选辑,可以更为全面均衡地展示每位在北航法学院任教或者任教过的教师们的研究内涵,以此见证学院的发展历程,体现学院的建设风貌,并感谢诸位创业者和建设者对学院创立和发展的辛勤付出。其三,这种结集本身也是我们对于支持和关心法学院建设的学校领导层、校部机关、兄弟院系、法学界同仁、朋友和社会各界的一份独特心意,即以此表达对他们的最为诚挚的致谢。

北航法学院十五年的历史,虽然并不算长,但却是充满梦想和激情的十五年,更是励精图治、艰辛耕耘的十五年,也是不断进步、硕果累累的十五年。北航法学院诞生于上个世纪九十年代我国高等教育全面转型的浪潮之中。1997年,北京航空航天大学审时度势,在整合办校初期设立的法学教研室与1995年设立的北航法学研究所等单位的基础上,成立了北航法律系,刘春茂教授出任首任系主任,同年开始招收法学本科生,由此揭开北航法学教育的序幕。2002年,学校决定扩展法学教育,成立法学院,北航法学学科由此步入独立规划、全面建设的轨道。2005年获批准法学一级学科硕士点授予权。2007年,学校聘任龙卫球教授担任首任院长,确立创办现代高水平法学教育的办学思路,支持法学院启动“快速发展战略”。法学院立足新型工业化时代背景,面向国家重大战略前沿需求,借鉴国内外著名法学院办学经验,以“新型工业化国家法学教育”为定位,以“长效发展、全球视野”为基准,以“厚基础、强特色、规范化、现代化”为要素,注重将法学教育与国家战略型高科技发展和产业化需求密切联系,努力探索现代法学与科技产业融合之新路。2009年,获批准授予法律硕士专业学位资格;2011年,法学院取得法学一级学科博士点授予权;同年,国务院、中央军委空管委在法学院挂牌设立“国家空管法规标准研究中心”国家级科研基地;2012年,入选“教育部法学教育实践基地”和

“全国首批卓越法律人才教育培养基地”。学院在师资力量、学科布局、平台建设、人才培养等方面突飞猛进,迅速成长为颇具战略价值、影响力日益凸显、在国内知名的新型法学院。

追忆历史,展望未来!在这样一个特殊的纪念时节,我们希望、同时也相信,拥有辉煌过去的北航法学院,会继续秉持“德才兼备、知行合一”的校训和“法治天下、人才第一”的学院宗旨,努力攀登法学教育与法学研究新高峰,成就中国法学院崛起之辉煌梦想!

# 目 录

## 第一编 民法学与商法学

|                           |           |
|---------------------------|-----------|
| 债的本质研究:以债务人关系为起点          | 龙卫球 (3)   |
| 不动产登记机构错误登记赔偿责任的性质与形态     | 刘保玉 (34)  |
| 我国法律移植中的败笔——优先权           | 孙新强 (59)  |
| 破产保全制度比较:以美国破产自动停止为中心     | 付翠英 (78)  |
| 公司董事的勤勉义务标准研究             | 任自力 (103) |
| 中国的离婚制度——传统的承继与更新         | 陶 毅 (118) |
| 论华北人民政府时期婚姻法的价值取向         | 蒋燕玲 (125) |
| 论民事责任的预防功能                | 丁海俊 (136) |
| 我国侵权法上作为义务的扩张             | 周友军 (150) |
| 侵权诉讼与责任保险的纠结——从两方对抗到三方博弈  | 周学峰 (167) |
| 论英美侵权法中过失引起的纯经济上损失的赔偿规则   | 李 昊 (195) |
| 信赖与信赖利益赔偿新论               | 薄守省 (213) |
| 从债权转让通知要件看中国大陆地区债权转让制度的完善 | 刘 浩 (226) |
| “错误的表示无害”原则及要式法律行为之效力     | 王天凡 (246) |

## 第二编 知识产权法学与环境资源法学

|                 |               |
|-----------------|---------------|
| 论我国著作权的主体       | 刘春茂 (265)     |
| 知识产权公权化理论的解读和反思 | 孙海龙 董倚铭 (275) |
| 知识产权制度变革与发展之再思考 | 谭华霖 (296)     |

|                    |               |
|--------------------|---------------|
| 论环境污染侵权中的环境损害      | 黄锡生 夏梓耀 (307) |
| 可持续发展理念下旅游资源立法问题研究 | 梁文婷 (319)     |

### 第三编 刑法学与诉讼法学

|                              |           |
|------------------------------|-----------|
| 审判权缺位和失范之检讨——中国民事诉讼发展路向的思考   | 肖建华 (335) |
| 中国刑罚改革的系统性思路与进路              | 郑丽萍 (357) |
| 监护人责任纠纷法律问题的解释               | 张晓茹 (374) |
| 调解中的社会规则——立足“小小鸟调解委员会”的调研与分析 | 陈巍 (384)  |
| 论“未经定罪的没收”之证明标准              | 初殿清 (406) |
| 二论许霆无罪——以盗窃罪的构成要件为视角         | 徐绪辉 (417) |
| 理性的均衡——罪刑均衡原则的博弈论演绎          | 葛磊 (444)  |
| 事实与价值的二元界分及其在刑法适用中的意义        | 孙运梁 (483) |

### 第四编 宪政与理论法学

|                                 |           |
|---------------------------------|-----------|
| 格劳秀斯与他的时代：自然法、海洋法权与国际法秩序        | 高全喜 (531) |
| 近代中国的自然权利观：“内在视角”的一种新解读         | 赵明 (553)  |
| 中国古代的服饰法律制度初探                   | 郑显文 (594) |
| 中国古代司法的观念和制度略论                  | 罗昶 (614)  |
| 高校学生管理法治化研究                     | 李亚梅 (628) |
| 法律人的思维方式与法律教育——由“法律诊所”教育手段生发的思考 | 王丽 (637)  |
| 法官的司法伦理基础探析                     | 岳悍惟 (647) |
| 宪法经济制度条款的法律适用——从德国经济宪法之争谈起      | 黄卉 (658)  |
| 中国宪法中财产权的理论基础                   | 王锴 (678)  |



|                          |           |
|--------------------------|-----------|
| 游牧习俗对律典制度之冲击与融合——从古代损害赔偿 |           |
| 透视中国法律文化传统               | 明 辉 (703) |
| 海德格尔基本本体论的哲学意义           | 翟庆振 (725) |
| 常规的例外化与例外的常规化——重新理解中国法律的 |           |
| 实效性困境                    | 泮伟江 (736) |
| 行政法基本原则:走向成熟的实用规范        | 毕洪海 (761) |
| 中国的宪法意象——以宪法序言作为分析文本     | 翟志勇 (791) |

## 第五编 国际法学与航空航天法学

|                          |           |
|--------------------------|-----------|
| 航空航天技术的知识产权保护            | 孙国瑞 (809) |
| 制订统一空间法规约是空间活动现代化的客观要求   | 尹玉海 (822) |
| 中国航天活动的立法保障与未来展望         | 高国柱 (835) |
| 论我国空间碎片减缓立法体系的完善         | 李 斌 (848) |
| 论国际空间站的法律框架与国际空间合作立法     | 夏春利 (861) |
| 关于机长权力的法律思考              | 董杜骄 (873) |
| 论欧盟法对仲裁协议效力保障之弱化——兼评欧盟法院 |           |
| West Tankers 案           | 杨彩霞 (878) |
| 论识别及识别冲突的解决              | 高 琦 (894) |

|                      |       |
|----------------------|-------|
| 附录 1:建院 15 年重要学术论文目录 | (907) |
| 附录 2:建院 15 年重要科研项目目录 | (928) |
| 附录 3:北京航空航天大学法学院概况   | (934) |

第1编

# 民法学与商法学



## 债的本质研究：以债务人关系为起点

龙卫球 \*

**摘 要：**债在其高度抽象概念外壳之下，表达了一种有着复杂构成的法律关系，既有债权人方面的关系，又有债务人方面的关系，有时还有其他内容要素，其中何者属于其全部构成的起点或曰本质构成，理解上尚存在重要争议，然而其回答涉及到债及债法的基础如何确立以及能否合法确立问题，因此十分重要。本文挖掘发展了一种通过深入实际现象而阐释概念规则的“深化认识”的方法，并以此重述和阐发萨维尼的有关论说，论证债的关系本质在于债务人的关系或者说债务人方面行为的必要性。本文也对易于引发不同理解的《德国

---

\* 龙卫球，北京航空航天大学法学院教授、博士生导师、院长。中国政法大学法学硕士、博士（1991-1998），江西大学法学学士（1985-1989），美国富布莱特学者（1998-1999）。1993年12月至2007年9月任教于中国政法大学。兼任国家空管法规与标准研究中心常务副主任，法学院民商法研究中心主任，航空法研究所名誉所长，外层空间法研究所所长等职。中国民法研究会常务理事、中国空间法学会常务理事、中国法学教育研究会理事、中国法学期刊研究会理事、《中国法学教育状况》编委。研究方向为民商法、知识产权、航空航天法、比较法、法学教育。著有《民法总论》（第二版），《民法基础与超越》等论著，在《中国法学》、《法学研究》等国内外法学期刊发表近百篇论文，获中国政法大学最受欢迎青年教师（2002，2006）、北京市优秀教师（2004）、全国首届法律图书奖理论著作奖（2005）、教育部新世纪优秀人才（2006）、教育部宝钢优秀教师奖（2007）、第六届全国十大杰出青年法学院提名奖（2011）、北京航空航天大学“我爱我师”最具风度教师奖（2011）等荣誉。

民法典》的有关债编规范进行了系统解读，得出了支持本文立场的实证结论。

**关键词：**债的本质；深化认识；萨维尼；债务人关系；债务人行为必要性；债务人的主体自由

## 一、引言：澄清债的更为本质的知识

“债”亦称“债的关系”（德文 *Schuldverhaeltnis*），是民法法系国家通行使用的一个法律概念，作为以某种方式（债的方式）相关联的诸具体法律现象的共同表达形式，为“债法”统一规范奠定了不可或缺的法律技术基础。例如，《德国民法典》第二编“债务关系法”或曰“债法”，便是这种统一化体制的例证。在实践中，作为一个规范中的概念，债不能回避释义问题，因为规范适用只有在规范得以具体澄清的基础上才可能进行。而且，债的本质回答，也决定着整个债法的构建基础的设计或理解。然而，通过考察可以发现，债的释义存在很大的不确定性，这种不确定性有很多表现，其中最主要的是债的本质理解问题。债是两人或多人之间的各种法律联系的集合，其中，有债务，即一方当事人对于另一方当事人负有提供某种给付的义务，也有债权，即另一方当事人要求提供给付的权利；〔1〕那么，这些构成债的关系的内容中，孰为本质的呢，或者说债权人关系与债务人关系何者才是本位的呢？遗憾的是，对此尽管有那样那样的回答，但鲜有做出缜密论证者，尚难说已有确定的共识。

“债”的本质释义所以困难，原因是多方面的。债首先是一种历史的形成，尤其在民法国家，债这一通用概念存身在继受的话语背景之中，这样其本质解释问题，便必然面临既要避免形而化之的唯历史渊源论又要避免对历史联系完全视若无睹的双重难题。进而，在有关债的定义的简单考察中，还可以看到所谓罗马式定义与德国式定义的语词表述似乎存在巨大差异，这就更增添了释义的复杂性。当然，对于置身于今天的实践者来说，应该不是旨在寻求一种跨时空的有关债的本质解释，这种观念本身就是不可思议的，甚至也不是要固守过去历史的一点、静态地求取一种有关发生的解释，因为我们面对的首先是正在进行的生活而不是考古本身。毋宁说，我们的任务应该是，通过对有关材料和

---

〔1〕 参见〔德〕拉伦茨：《德国民法通论》（上），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建译，谢怀栻校，法律出版社2003年版，第40页。

事实的分析,提出在特定的当下应当接受的一种有关债的本质的知识,通过这种知识的帮助,我们得以赋予当下的债法生活以某种堪称必需的意义,反之,如果缺少这种意义的支持,债法不仅会失去光彩,甚至可能会把我们推入一种本来我们经过深思熟虑便要断然拒绝的不合理生活。但是,这种当下意义的确定,却又绝对不是一个简单的历史时间定位的问题。所以,即使以现代债法为对象,有关的分析也必须立足于更复杂的视角。

其次的一面也是更关键的一面,在民法国家,尤其是作为现代民法代表的德国,债的概念使用又是一种特定立法技术的体现,这就更使得债的本质释义问题变得微妙——这种微妙的体会,受制于对民法法系立法技术特点的把握,换言之,不同的立法技术左右不同的解释实践,所以只有深刻地理解债的规范概念所由来的民法法系的立法技术特点,才能够找到理解“债的概念”本质的出发点。法律要达成规范作用,首先需要借助“作为确定性的辅助”的表达技术明示出来,以达成实践操作要求的可能性、确定性和有序性。〔2〕到目前为止,这种确定性的表达技术有两种典型方式。一种是具体化的,最绝对的是普通法系的判例法方式,这种方式将规则叙述完成在对于示范案件的有关事实与判决情况的具体叙述中;另一种是抽象化的,最绝对的是民法法系的制定法尤其是法典形式,这种方式深受法学表述思维的影响,吸收法学提炼形成的层次分明的概念,通过使用这些法学概念来叙述规则,使法律表达显得十分简洁但也十分抽象。〔3〕德国民法在十九世纪晚期更是几乎完全屈服于概念法学的学术威望,接受了高度概念化的表达技术,致使其抽象性名噪一时。〔4〕这两种不同的立法技术,不仅在形式上使得两大法系发生划分,而且在实践中也促成了不同的规范提取及其适用、解释的要求。例如,在判例法,便要求司法者应当能够尽量收集相关的判例,通过对具体的归纳和推论的方法,从中整理、发展出

---

〔2〕 参见〔美〕本杰明·卡多佐:《法律的成长法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2003年版,第3-4页。

〔3〕 关于民法法系法学发展与立法形式的关系过程,可参见〔英〕巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2003年版;〔美〕艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版;F. Wieacker: A History of Private Law in Europe - with particular reference to Germany, 2 ed, Gottingen, 1967;〔德〕霍尔斯特·H·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版。

〔4〕 参见〔德〕霍尔斯特·H·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》。

待适用规范,并在此基础上完成确定的适用释义,是一个从具体到抽象(具体—归纳和推论—再到具体)的过程。反之,在制定法尤其是法典法,却可能要求遵循一条几乎相反的路线,即从抽象到具体(抽象—具体分析—再还原抽象)的规范提取和解释路线。

然而,问题却出现了,在法律概念化的抽象表达的精致外壳下,实践者由于不应有地时不时忽略概念法的技术特点之特殊要求,不仅出现了过度痴迷概念形式逻辑的固步自封以致扼杀法律现实成长的问题,而且,更令人忧虑的是,法律实践甚至法学研究常常不免陷入形式化解义的困顿。法律概念化的前一个实践问题已经广受学者垢病,<sup>[5]</sup>但后一个问题却还没有受到应有重视。民法典使用的诸般法学概念,本身经由丰富的归纳提炼并借助法学定义构造而成——概念化之过程也是其丰富内涵的内敛过程,由于与法学间隔或者不同法域间辗转借鉴的缘故,实践者往往只看到其语词表达的形式含义,而失于关注其潜存的内在意蕴。具体到债,这就是说,由于“债”这个高度形式化的用语之存在,在我们的头脑中,通常容易形成关于“债”的高度形式化的解义意识,特别在有关个别法条之表达过于简单片面或者有导致理解歧义的危险时,更容易引发这种形式化痼疾。实际上,概念法的所谓缺陷,虽然与其过度追求抽象表述有

---

[5] 法律成长是法律的双重需要之一,即“法律必须稳定,却不能静止不变”,参见[美]卡多佐:《法律的成长法律科学的悖论》,第4页。耶林将这种概念固定思想称为“概念天国”,参见 Rudolph von Jhering, Im Juristischen Begriffshimmel, in Schertz v. Ernst, in der Jurisprudenz, 1912。霍姆斯、庞德也对这种意义的法律概念公理化危机提出了中肯的批评。霍姆斯认为,“法律系统能像数学那样依据一些一般公理进行运作,是一个谬误”,“谬误就是认为促成法律发展的唯一力量就是逻辑”,“一般命题不解决具体案件”,“当遇到问题时,单一的逻辑工具是不够的”;庞德在《法律史解释》和《机械法理学》认为,法律发展仰仗于“对既有的、无视事实真相并常常与事实相抵触的法律概念进行严密的逻辑推演”是一种完全错误的信念,他使用了许多贬抑性的字眼形容这种错误的方法,如“机械的”、“自动售货机”、“形式的”和“概念主义”。参见 Oliver W. Holmes, The Common Law, Little, Brown and Company, 1881, 1991; Roscoe Pound, Interpretations of Legal History, Cambridge, 1923(中译本参见邓正来译,中国法制出版社2002年版); Pound, Jurisprudence, St. Paul, Minn, 1959。另,参见 H. L. A Hart, Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence, in H. L. A (ed.), Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford University Press, 1983, 265。

关,[6]但很大程度上更是实践者不能遵循其特殊要求而为实践的结果。概念法的初衷,并非要简化实践者的工作,使其只需充任一个“技师”的角色,恰恰相反,它对于法律实践提出了更高要求,透过概念化背后的法学思维的品味,要求实践者时刻以一种更系统更丰富的思想方式对待具体个案的法律适用要求。换言之,概念法实践必须以深化规范解释为前提。但是,由于现实通行的实践思维并没有理会概念法的这一深刻方面,而是浅尝辄止于概念的形式表层,导致了概念法实践的片面与不深刻,也导致了对概念法不应有的贬低。

本文的研究便是由这种深化意识所促成的。假设概念法成为法律表达已经接受的形式,那么在概念法背景下,法学研究的一个目标便应该是去注视诸概念的内在隐蔽的方面并且竭力将其内在意蕴彰显出来。在实际生活中,被“债”的概念表象所掩盖的或者个别法条表达所不及的,往往正是债的制度的内在机理依存之所。笔者试图在严格遵循由概念法立法特点所决定的独特的释义路线的前提下,通过更完整的揭示方式,对债进行有说服力的本质质疑,或者说澄清有关债的易被忽略的然而或许是更为根本的内涵。概念法的立法技术特点,以《德国民法典》为例,它是以概念的抽象化以及对概念进行严格的界定而著称的,其体系特点是将概念分为一般的概念和特别的概念,通过概念的逻辑关系和上下属关系将整个材料做出划分。〔7〕债的概念属于民法典第二层次的抽象概念,却是债法部分最高层次的概念。所以,债的本质的一般性释义,根据以上的概念法特点,至少应遵循以下两个方法立场。其一,债既然也是概念的抽象化的产物,那么其释义就必须还原到抽象化之前,唯有如此才能够发现概念化过程所省略的内在意蕴,此项解释可称为回归现象的解释或曰事实解释。但要注意,这里的现象或事实并非指待决个案的事实,而是概念形成的事实,所

---

〔6〕一种批评因此指向了概念法本身,要求通过清除或者尽量克制使用概念法技术来解决其法律实践的解释难题。这种建议无疑是有益的,然而却可能导致法律表达的臃肿以及最令人忧虑的那种因过于具体化而导致的诸规则关联思考的欠缺,从而导致法律治理难以成为一种协调性的治理,而协调正是社会生活和谐的要求。实际上,无论具体意义的判例法还是抽象意义的制定法,在法律表述本身同样都存在过于绝对的问题。在判例法国家,有关方面试图通过法学系统思维的努力进行矫正,英美国家从事的法律重述的工作即此。在法典化国家则相反,有关方面试图通过填补具体材料的努力加以弥补,民法国家展开的法典评注工作便是。所以,任何针对概念法技术的单方面的指责都是有欠公允的。人们从中受启发开始思考是否存在一种介乎中间的立法技术,美国统一商法典似乎就是这样一种尝试,是一种削弱了的概念化表达与评注相结合的方式。

〔7〕参见〔德〕拉伦茨:《德国民法通论》(上),第38页。



以此项解释意识要与面向个案适用时所谓“问题意识”区别开来。〔8〕其二，对于法典来说，体系具有重要的意义，每一个概念、每一条规则都是立法者深思熟虑的排列，彼此发生特定联系。所以，就此体系观而言，在债的本质释义，我们首先必须体会体系安排的寓意，包括关注概念之间的种属关系、相对性或兼容性以及与法律思想和原则之间的内在联系；〔9〕其次还应认识到，由于债是债法中最抽象的范畴，其适用范围非常广泛，本身还不足以成为调整某一过程或生活事实的具体手段，所以必须下放到下位概念或具体规范中才能有可能触及其本质理解。为达到这一目的，我们必须检视债法分则中的有关法律规定的，我们的目光因此也应不断地在法典的各编之间游弋。〔10〕

需要说明的是，本文的课题无疑具有一些实践的意义，比如说对于正在进行的中国民法典起草或许可以提供一种有关债的关系本质问题的基础思考，这种思考也有助于提醒起草者应该如何慎重对待债法的基础定位问题。但是，本文的初衷并无意于对于这一重大立法课题提供任何具有针对性的建议，这是因为，一方面，作者认为，任何针对性的立法建议都需要以针对性的立法研究为基础，而作者在本文只打算进行一般性的理论探讨，由“债”的概念抽象化引发的解义问题入手，提出有关其概念本质探讨和质疑的方法思路，进而展开具体论证。作者愿意在将来另有时间时，再对我国当前民事立法涉及的“债”的法政策问题进行专门思考。另一方面，作者也相信，任何关于法政策的有效思考，都应建立在对所涉及对象的基础内容做出较彻底的理论考察之基础上，具体就我国有关“债”的立法而言，这方面的基础研究也应排在优先位置。令人遗憾的是，到目前为止，有关“债”的基础问题的研究在我国几乎阙如，这与

---

〔8〕 概念抽象化意味着规范表达的高度形式化，概念越抽象，表达便越趋于形式化，表达含义便越不明确。然而，面向具体问题的法律实践，总是要求必须就待回答的具体问题给出具体的规范指示，这里就发生了由抽象转为具体的概念法的解释任务。由于本文不涉及个案适用命题，而是只关乎债的本质的—般性研究，所以有关讨论可以忽略。

〔9〕 同注7。

〔10〕 同注7，第40页。