



福州大学“东南法学”系列专著



中国近代 侵权行为法研究 ——文本、判解及学说

Study on the Tort Law in Modern China:
The legal text, judicial decisions and interpretations and legal doctrinal

蔡晓荣 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

· 013051482

D923.02

14



福州大学“东南法学”系列专著



中国近代侵权行为法研究

——文本、判解及学说

Study on the Tort Law in Modern China:

The legal text, judicial decisions and interpretations and legal doctrinal



北航

C1659168



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

D923.02

14

图书在版编目(CIP)数据

中国近代侵权行为法研究:文本、判解及学说/蔡晓荣著.
—北京:社会科学文献出版社,2013.6
ISBN 978-7-5097-4667-7

I. ①中… II. ①蔡… III. ①侵权行为-民法-研究-
中国-近代 IV. ①D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 105017 号

中国近代侵权行为法研究 ——文本、判解及学说

著 者 / 蔡晓荣

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 人文分社 (010) 59367215

电子信箱 / renwen@ssap.cn

项目统筹 / 关志国

经 销 / 社会科学文献出版社市场营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

责任编辑 / 宋淑洁

责任校对 / 李向荣 李晨光

责任印制 / 岳 阳

印 装 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787mm×1092mm 1/16

版 次 / 2013 年 6 月第 1 版

印 次 / 2013 年 6 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-4667-7

定 价 / 78.00 元

印 张 / 19

字 数 / 274 千字

本书如有破损、缺页、装订错误,请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



福州大学“东南法学” 学术平台简介

法律不能被束之高阁，法律应当被讨论，在探索与思辨中，方能揭示法律的真谛。“东南法学”作为福州大学法学院的学术交流平台，主要包括：

一、“东南法学”系列专著

为扩展法学研究领域，深化法学研究，提高法学理论水平，学院鼓励和资助教师撰写、出版“东南法学”系列专著，并打造具有学术价值和特色的著作品牌。

二、“东南法学”名家讲坛

以“东南法学”名家讲坛为平台，邀请中外法学名家来院讲学，让学识广博、理论深厚的法学权威引领师生开展科学研究，感悟法律真谛。

三、“东南法学”学术论坛

以“东南法学”学术论坛为平台，积极主办或承办全国性和国际性的法学学术会议，让更多的专家学者来院传经送宝、研讨法学前沿问题，浓厚学术氛围。

四、“东南法学”学术沙龙

以“东南法学”学术沙龙为平台，对社会热点法律现象、法学前沿理论问题进行专题研讨，为师生提供良好的互动交流平台，使教学相长，让学生领略科研之道、学术之美，培植学术志趣。

五、“东南法学”学术期刊

以“东南法学”学术期刊为平台，将师生发表的最新论文整理集结，以纸质、电子媒体等方式制成期刊，集中展示学院的最新学术成果。

内容提要

本书选取中国近代民法制度中的一个切面，即侵权行为法为视角，从文本、判解、学说三个层面对其进行多层次的谱系考察，以梳理清其在近代中国演生和长成的法制源流，并对其递嬗历程详加考析，力图多视角多维度地揭示中国近代侵权行为法演生中所涵摄的法律意义。

中国近代民法体系舶自西方，而作为民法体系重要组成部分的近现代意义上之侵权行为法，亦继受于西方。中国近代侵权行为法的形成，首先从立法层面来看，是伴随于我国民法近代化的逐步推进而得以逐步完成。清末与民国时期的二部民律草案和一部民法典，是中国近代关于侵权行为法律规定的主要形式载体。其文本规范，均以大陆法系德国、日本、瑞士等国民法为蓝本，将侵权行为的相关内容，作为债之发生原因的一种，以非契约之债的形式涵纳于债编通则或总则之中。而《民国民律草案》主要因袭于《大清民律草案》，《中华民国民法》又是在《民国民律草案》的基础上删修而就。这使得其间的侵权行为条文，一定意义上具有某种延续性。当然，这种延续性，主要体现为条文中“法意”之薪传。此外，民国时期的若干特别立法中关于侵权赔偿责任之规定，也是民法典中侵权行为条文的重要补充。

其次，从司法判解层面看，中国近代侵权行为法规范意义之推展主要借助于最高司法机关的司法判解。清末和民初的两个民律草案虽因未及颁行而未获事实上之法律效力，但民初大理院却通过判决例和解释例的方式，将其间之侵权行为条款据为“条理”而加以适用，从而

使其在民初的法律审判中获致实际生命力。就南京国民政府最高法院的判决例和司法院的解释例来看,当时《中华民国民法》中的侵权行为条款虽然已成为侵权案件裁决的主要法律准据,但由于条文本身的高度涵盖性及社会变迁所带来的社会关系复杂性,这些条文在应对具体案件事实时,表现出相对的局限性。当时的最高司法机关,巧妙地运用审判活动的司法解释功能,既关注侵权行为法条的字面意义,更关注法条字面意义背后的事实和逻辑根据,将法律条文之规范意义进一步予以推衍。因此,如果说法律条文是移植而来的法律,中国近代最高司法机关通过司法判解所形成侵权行为判解要旨,则应为西方侵权行为法在中国本土化过程中所形成的另一侵权行为法律规范网络。最高司法机关之司法判解是近代中国侵权行为法借以生成的一个重要途径,也是中国近代侵权行为法演生过程中所体现出来的一个显著特征。

最后,从学说层面看,近代民法学者对西方侵权法的学术继受及构筑本土特色的侵权法制度的智力参与,对其作为一种现代民法制度的最终定格,也是一种重要的助力。清末民国时期,作为民法学重要组成部分的侵权行为法学,从单纯的理论引进,到有意识地自我完善并独立发展,经历了一个曲折的过程。在中国近代的侵权行为法研究论著中,各种不同的学说观点纷纷涌现,它们从侵权行为之界定及其要义归纳、侵权行为归责原则、侵权行为之类型、侵权行为之效力等诸方面对侵权行为法的学理进行了深入剖析。这种学术努力不仅丰富了侵权行为法研究的内容,也对侵权行为立法和司法的发展起到了一定的推进作用。

当然,由于各种原因,新生成的西方式侵权法在近代中国的实施,一方面要经历一个与固有法的磨合过程,另一方面其实施效果也可能存在各种结构性和地区性差别。但无论如何,一个来自异域的侵权行为法律制度,随着时间的推移,则逐渐成为中国本土民事侵权司法审判时所适用的重要法律准据。

目 录

内容提要	1
导 论	1
一 论题序说	1
二 选题缘起及问题的提出	2
三 学术回顾与资料综述	8
四 研究理路与研究架构	13
第一章 侵权行为法在西方和传统中国的演生路径	18
第一节 人类侵权损害赔偿的早期史	18
第二节 西方侵权行为法发展概况	20
一 罗马法时期的侵权行为法	20
二 大陆法系典型国家之侵权行为法	30
三 英美侵权法	36
四 西方侵权行为法之要义	43
第三节 现代民法语境下中国固有法中侵权损害赔偿制度探源	46
一 中国传统社会侵权损害赔偿制度发展之一般	47
二 中国固有法中侵权损害赔偿制度述要：以唐律和清律为中心	50

三 中国固有法中侵权损害赔偿制度之主要特征	55
第二章 近代中国侵权行为法法律文本之表达及其嬗替	61
第一节 《大清民律草案》和《民国民律草案》中的侵权 行为规范	62
一 《大清民律草案》中的侵权行为条文	62
二 《民国民律草案》中的侵权行为条文	69
第二节 南京国民政府时期的侵权行为立法	76
一 《中华民国民法》与侵权行为立法	77
二 《中华民国民法》中侵权行为条款的比较法考察	82
三 南京国民政府时期若干特别立法中的侵权责任规定	88
第三节 中国近代侵权行为立法的特点及总体评价	97
一 中国近代侵权行为立法的特点	97
二 中国近代侵权行为立法的总体性评价	99
第三章 司法判解与中国近代侵权行为法规范意义之拓展	101
第一节 司法判解之属性及其在近代中国的特殊意义	102
一 司法判解之属性	102
二 民初大理院判决例及解释例法源性之探讨	106
三 南京国民政府最高法院判决例及司法院解释例之 法律效力	111
第二节 民初大理院判解对侵权行为法本旨之引申	112
一 大理院关于侵权行为之判解要旨概览	113
二 大理院关于侵权行为之若干典型判决（例）和 解释例剖解	123
第三节 南京国民政府时期最高司法机关司法判解对 侵权行为法内核之醇化	150

一 南京国民政府最高法院和司法院关于侵权行为之 判解要旨概览·····	150
二 南京国民政府时期最高法院及司法院关于侵权 行为之典型判决例解释例及其评析·····	160
小 结·····	183
第四章 中国近代侵权行为法学说的知识谱系·····	186
第一节 中国近代侵权行为法学演进之一斑·····	187
第二节 侵权行为之界定及其要义归纳·····	191
一 “侵权行为”之意涵及用语之批评·····	191
二 侵权行为之性质·····	193
三 侵权行为所涉“权利”一词的推解及民国民法 第184条法文设计之商榷·····	195
第三节 侵权行为归责原则之探讨·····	203
一 过错及无过错原则在近代中国侵权行为立法中的 体现·····	203
二 无过错原则之倡议及过错原则之检讨·····	206
三 对侵权行为立法中应扩张无过错原则之具体建议·····	210
四 社会化赔偿制度的最初设计·····	212
第四节 侵权行为类型化剖解·····	214
一 侵权行为之分类及各说要旨·····	215
二 一般侵权行为构成要件·····	217
三 共同侵权行为·····	221
四 特殊侵权行为·····	222
第五节 侵权行为效力之阐释·····	234
一 损害赔偿债权与预防损害请求权·····	234
二 损害赔偿之当事人·····	235
三 损害赔偿之范围及方法·····	236

四 损害赔偿之债的移转性·····	239
五 特别消灭时效·····	240
六 侵权损害赔偿请求权与其他请求权之竞合·····	241
小 结·····	243

余论：中国近代民法制度生成的意义追问

——以侵权行为法为线索·····	246
一 文本、判解、学说：中国近代民法生成的三个向度·····	247
二 中国固有法在近代民法西方化背景中之境遇：以 失火民事责任为例·····	253
三 中国近代继受西方民法的实证性考察：以地方 司法机关侵权裁判为中心·····	266

参考文献·····	276
-----------	-----

后 记·····	293
----------	-----

导 论

一 论题序说

(一) 本研究所涉时域

“近代”一词,就其在中国历史上之时间断限而言,学界在使用上尚未达至统一认识。学界一般将自1840年中英鸦片战争爆发至1919年“五四运动”前夕,称为“近代史”,而将1919年至1949年南京国民政府覆亡称为“现代史”。此为大陆传统历史教科书相沿已久的一种界定标准。这种划分,在学术上颇具争议,而今学界相对主流的看法,乃是将“近代”之时域范围渐加拓展,将1840年至1949年之历史时段,定格为中国历史上之“近代”。^①

就本书之时域界定来看,乃采后者。此外,本书因为依托的是中国法律近代化(或称法律早期现代化)这一历史背景,且着眼点是中国近代民法史,故考察之视角,当以清末法律变革为始,而止于1949年南京国民政府完结。当然,由于研究所需和结构上的统筹考虑,本书对于中国固有法中的侵权损害赔偿制度,以及侵权法在西方之演进概况,亦有适当旁及。

(二) “侵权行为法”释名

“侵权行为”(tort)一词,在语源上最早应为拉丁文的 delictum。我

① 参见张海鹏主编《中国近代通史(第一卷):近代中国历史进程概说》,江苏人民出版社,2006,“序言”。

国近代民法和民法学中的“侵权行为”一词，则源自日本民法中之“不法行为”，而日本之用法又系沿自《德国民法典》，为该法典第二编“债的关系法”第七章第25节标题 *unerlaubte Handlung* 一词（其直接含义是“不许行为”）的转译。我国清末编纂《大清民律草案》时，通译其为“侵权行为”。之后民初的《民国民律草案》和南京国民政府时期的《中华民国民法》均予以沿用，民法学说，也相随采用，以致后来在立法和学说上逐渐定格，遂成为一通用之法律概念，而“侵权行为法”一词亦由是而来。其实，关于其法律名称，在我国前几年制定侵权责任法的大背景下，学界观点聚讼不已，有谓应改称“侵权责任法”者，有谓应仍沿用“侵权行为法”者，也有谓应采“侵权法”概念者。^① 本书因主要考察中国近代侵权行为法的演生脉络，出于追源溯流及行文表达的便宜考虑，原则上仍依当时之立法例及学界通说，采“侵权行为法”这一称谓。

二 选题缘起及问题的提出

（一）选题缘起

关于中国固有法中是否有民法，自20世纪初迄今，学界一直争论不休，^② 应该值得我们注意的一点是，在这种莫衷一是的争辩中，中国民法史的研究，得到了法律史学界更多的关注，并且形成了系列重要成果。^③ 但毋庸讳言，这些既有成果主要侧重于对前近代时期中国民法史

① 例如全国人大法工委的立法草案使用的是“侵权责任法”，而中国社会科学院法学所和中国人民大学法学院课题组建议稿采用的均是“侵权行为法”，另有一些学者建议依据英美法模式采用“侵权法”概念。参见孙宪忠、汪志刚、袁震《侵权行为法立法学术报告会议述评》，《法学研究》2007年第2期。

② 各说要旨可参见俞江《关于“古代中国有无民法”问题的再思考》，《现代法学》2001年第6期；潘维和：《中国民事法史》，（台北）汉林出版社，1982，第46～55页；苏亦工：《明清律典与条例》，中国政法大学出版社，2000，第48～50页，等等。

③ 较有代表者如潘维和《中国民事法史》，（台北）汉林出版社，1982；李志敏：《中国古代民法》，法律出版社，1988；叶孝信主编《中国民法史》，上海人民出版社，1993；孔庆明等：《中国民法史》，吉林人民出版社，1996；张晋藩：《清代民法综论》，中国政法大学出版社，1998；张晋藩主编《中国民法通史》，福建人民出版社，2003；梁凤荣：《中国传统民法理念与规范》，郑州大学出版社，2003，等等。

的全貌进行轮廓性描述，实际上仍是在固守事实考证这块传统阵地的基础上，以普适性的西方民法话语来涵摄、解释中国古代法律史实的实态。

此外，随着中国民法史研究的进一步展开，对民法史研究的总结和方法论的反思亦渐成为晚近法史学界的一个重要话题。霍姆斯（O. W. Holmes）曾言：“理性地研究法律，很大程度上，就是研究历史。因为没有历史，我们即无以知晓规则的精确范围，而对此了然于心，乃吾人职责之所在，因而，历史必得成为法律研究的一部分。”而我们之所以“对于历史之深怀兴味，原旨在接引历史之光以烛照当下现实”^①。法律史学作为一门为人们提供历史智慧和经验理论的法学学科，近年来其存在价值总是被人们有意无意地忽视。其被边缘化之窘境，固然有着多重原因，而其自身对部门法研究的理论贡献处于一种不确定状态，也是一个重要的因由。

考究中国古代之民法制度，既有的主要研究成果，多从中国古典典籍等固有材料中摭拾论据，填补“普适性”的西方民法体系在中国的材料性空白。在此种解构理路中，中国古代法先验地在许多方面被赋予与西方法一致的特质，西方各种部门法之划分及相关思想，中国古代亦有其完全之对应物，而民法方面亦然。这种研究进路无疑具有某种“与时俱进”尝试用新的方法来解读材料并发现新问题的表征，但其对中国古代民事法律史料的描述和解释在体系上仍难以游离于西方法律话语框架之外。当然，这并非意味着笔者试图否认前贤学者从某种角度对中国古代民事法律进行探求的重大价值。这些成果，在方法论上仍具有一定的张力，它对于我们理解和体认中国古代社会主流意识形态和主流话语下所建构的身份、人身、财产等民事法律关系之特质及内涵，无疑是一种富有成效的基础性工作。

与中国固有法中的民事法源不同，中国近代民法，系中国近代西法

① [美] O. W. 霍姆斯：《法律之道》，许章润译，《环球法律评论》2001年第3期。

东渐背景下“法律继受”^①之结果。中国自清末法律变革始，其民事立法便主动抑或被动地走上了以大陆法系为蓝本的法律移植之路。1840年鸦片战争以降，中国因屡败于列强的坚船利炮，在西方优势的政治、经济及武力的压迫下，主权日削，法权沦丧。光绪以后，时局日艰，为力挽颓势以谋求政权的存续，清廷遂不得不改弦更张，变易法制。光绪二十八年（1902）四月初六日清廷谕曰：“现在通商交涉，事益繁多，着派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，细心考证妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。”^②嗣后又派吕海寰、盛宣怀在上海与列强代表商议修订商约事宜，列强诱以倘若中国变更法制，中国律例与外国法律一致时即放弃其领事裁判权。中国朝野遂有修订法律之议。该年沈家本、伍廷芳被任命为修订法律大臣，其重点预计先修订刑法，后及于私法之民事法。于是光绪三十三年（1907）置修订法律馆，该馆于宣统三年（1911）五月草成《大清民律草案》，此乃中国第一部民法草案。这个抄袭色彩极浓的民法草案因清政府覆亡而未及实施，但却开启了中国民法史上新的一页，亦成为研究中国近代民法制度的一个重要的逻辑起点。此后，民初的《民国民律草案》和南京国民政府时期的《中华民国民法》，均是在充分汲取清末民事立法成就的基础上，参酌社会实际情形与世界法制潮流而得以拟具，并且在此基础上逐渐构筑了一个迥异于传统的民事法律制度。

中国近代民事法律制度复杂万端，举凡人身和财产关系等各项具

① “法律继受”乃指一个国家基于外来势力、内在社会结构的变异、外国法品质或内部意识的觉醒等因素，全盘或部分采用其他国家法律制度的一种法律现象。易言之，它是一种由于与异文化接触所产生的文化变容过程，也是文化交换的特别表征。这种法文化转换的现象，通常显现出两个特质：一为强势法律文化区往弱势法律文化区的输出；另一为法律的继受，有时系一种本土法律文化对外来法律文化抵抗与转化的过程。参见黄源盛《法律继受与近代中国法》，（台北）元照出版有限公司，2007，第46页。另，台湾学者王文杰认为，所谓继受，乃指一个国家继受其他国家某特定法律规范的全部或是一部分而言。法律继受在现今法律发展的情形中主要系指国家之间的法律移植过程。参见王文杰《嬗变中的中国大陆法律》，（台湾新竹）交通大学出版社，2004，第25页。

② （清）朱寿朋编《光绪朝东华录》第5册，中华书局，1984，总第4864页。

体制度、私法原则，林林总总，并且与我们今日之民法制度和民法原则，有着重要的历史勾连；因而，从学术研究的角度对中国民法的历史基础进行探究，溯其源流，考其流变，乃是一件极富学术意义的基础性工作。^①

此外，鉴于中国近代民法与今日大陆和台湾地区民法之间的启承渊源。研究中国近代民法，一方面可以克服中国古代民法史研究中以固有法中的“中国元素”诠释西方法学经验的窠臼，另一方面亦有利于构建一个中国法律史学界与民法学界间的对话平台。在台湾学术界“去中国化”研究取向初露端倪的情形下，^② 也有益于推进两岸民事法律制度的相互亲近，甚或两岸学界在这一领域的互动交流。

然就中国近代民法史之研究现状而言，学界或缘于意识形态和价值取向之顾忌，或因于研究资料不易获致，其成果迄今仍极显薄弱。当然，在一批中青年学者的努力之下，此种状况正在逐渐改观，并推出了若干较有分量之成果。综其要者有：张生著《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》和《中国近代民法法典化研究》（中国政法大学出版社，2002、2004），李显冬著《从〈大清律例〉到〈民国民法典〉的转型》（中国人民公安大学出版社，2003），俞江著《近代中国民法学中的私权理论》（北京大学出版社，2003），眭鸿明著《清末民初民商事习惯调查之研究》（法律出版社，2005），李倩

① 王泽鉴曾感言：“在台湾地区，法律的历史基础的研究，有待加强。”见王泽鉴《侵权行为法》第一册，中国政法大学出版社，2001，第37页；台湾法律史学者陈惠馨也认为，目前台湾的法学教育存在着对法律史的双重忽视，面对现行法律深受德国法学影响的现象，不仅不重视继受学习法律体制国（德国或美国）的法制发展史，也同样忽略了对于自己社会法律发展史的研究与学习。台湾法律的专业学习中缺乏了历史感，也因此缺乏法律跟人文关系的联结。参见陈惠馨《德国法制史——从日耳曼到近代》，（台北）元照出版有限公司，2007，第17页。其实在大陆法学界，法律的历史基础之研究，亦处于一种日益边缘化的窘态。

② 关于台湾法律史学科“去中国化”抑或“台湾化”之具体情况，可参见余钊飞《我国台湾地区法制史研究综述（1949～2004）》，载《中外法律文献研究》第2卷，北京大学出版社，2008。