

私法的基础

财产、侵权、合同和不当得利

James Gordley

[美] 詹姆斯·戈德雷 著

张家勇 译

Foundations of Private Law
Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment



法学学术经典之民商法译丛

【博古稽今 察鉴域外】
砥砺民商学人

私法的基础

财产、债权、人格权与侵权责任

张俊豪 著

法律出版社·LAW PRESS

CHINA

张俊豪教授法学文集
张俊豪 著



张俊豪教授法学文集

张俊豪 著

法律出版社

私法的基础

财产、侵权、合同和不当得利

James Gordley

[美] 詹姆斯·戈德雷 著

张家勇 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法的基础:财产、侵权、合同和不当得利 / (美)戈德雷著;张家勇译.

—北京:法律出版社,2007.10

(法学学术经典.民商法译丛)

ISBN 978-7-5036-7717-5

I. 私… II. ①戈…②张… III. 民法—研究—西方国家 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第144517号

© 法律出版社·中国

法学学术经典.
民商法译丛

私法的基础:财产、侵权、
合同和不当得利

[美]詹姆斯·戈德雷 著
张家勇 译

责任编辑 徐雨衡
刘文科
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年11月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 24 字数 589千

印次 2007年11月第1次印刷

编辑统第 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7717-5

定价:56.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

© James Gordley 2006

Foundations of Private Law was originally published in English in 2006. This translation is published by arrangement with Oxford University Press and is for sale in the Mainland(part) of The People's Republic of China only.

《私法的基础》原书以英文于2006年出版。该中译本由牛津大学出版社授权法律出版社在中国大陆地区独家出版销售，翻印必究。

著作权合同登记号
图字：01-2006-4997

“民商法经典译丛”总序

20世纪80年代以降,法学界翻译了诸多国外法学著作。如“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”、“宪政译丛”、“美国法文库”、“德国法学名著译丛”、“比较法学丛书”等,此仅为其荦荦大端而已。其中不凡卷帙繁浩、气象蔚然者。这些译丛大多以法理学、法哲学为主,民商法经典的译丛尚付阙如,似与民商法的法学显学地位颇不相称。近年来民商法学界虽译介了部分经典,但在体系性方面,尚有很大的发展空间。

域外民商法著作所涉制度与规则,大多与历史的和现实的语境唇齿相依。将其转换为汉语,并非易事,或比思想性著作的翻译难度更大,尤以民商法律史作品最甚。译者除熟稔专业知识外,尚需掌握作品“字里行间”(利奥·施特劳斯对经典作品的解读意义上的)的背景知识。是故,著译珠联璧合、相互辉映的境界确属吾人尚需努力的目标。本译丛不敢妄称“信、达、雅”。

唯无论直译与意译，均要求中文与所译文字在功能上大致相当，而不致乖僻拗口，行而不远，以促进读者与文本的有效交流。

以下就对本“经典译丛”的选题，胪陈一二。

人类对权威的敬畏之一，即体现为对经典的渴慕。而任何名为“经典”的译丛，首先都面临经典的遴选。汉语文化中，“经”与“典”地位煌煌，为历代顶礼膜拜。它们确定了国家和民族的文化心理和文化传统，乃至潜移默化到日常生活，一定程度上决定了民众的生活方式。经典中还有经中之经、典中之典。在浩瀚的书海中，真正的经与典，或如偶尔泛起的浪花而已。不同学科对待经典的方式也可能迥异。自然科学界可能不会再阐释欧几里德几何和牛顿力学，而直接将其尊奉为学科的基本原则甚或真理。社科界和人文界却从不同角度，不厌其烦地诠释柏拉图。

但社会科学和人文科学领域的经典，众口一词、众望所归的，可能还是极少。学科意义上的法学源自近代，其渊源远不如人文学科久远。传统既不深不厚，确定经典更属不易。如果以原创性、奠基性为尺度来确定民商法经典，谓之凤毛麟角当不为过。原因之一或许是，民商法规律的是民众日常生活中的重要内容，它们构成了一个民族赖以生活的物质基础。法学家所做的，大抵是总结、表述、抽象和阐释生活规则而已——在近代，这些规则就是实定法。法学家既不能创造生活规则，推动之功也有限，经典之诞生委实不易。但创造空间依然存在，总有法学家发现了为当时或后世所接受的新规则，如萨维尼、耶林一类的人才。称柏拉图以后的哲学，均为柏氏哲学的注脚，实过分厚古薄今了。

大部分经典，诞生于学科初创之际，如潘德克顿派及布莱克斯通氏之鸿篇巨制。它们几乎奠定了学科的范围、基本术语甚至论证模式。从学科的意义上说，它们都属于西方。源头意义上的经典作品，从内容上大致可以分为两类：其一关乎民商法律史，如萨维尼的罗马法史、基尔克的日耳曼民族法律史、布莱克斯通的普通法等。

其二关乎全部或局部民商法体系和制度,如温德夏德和普赫达的民法体系,萨维尼和耶林的“论占有”。在学科其后的发展中,总结现实生活的新规则进而阐幽发微的作品层出不穷;民法与其他学科的交叉研究,也诞生了诸多优秀作品。前者如吉尔默“语不惊人誓不休”的合同的死亡与再生、我妻荣之近代债法的优越性;后者如胡贝尔(E. Huber)微言大义的论权利、拉伦茨堂奥精微的法学方法论。但这些作品,能否成为经典,还留待时日。似可以“小经典”称之。

本译丛遴选的作品,大致都属于上述经典或小经典。唯编选者受制于一己之知识结构,偏颇难免。译丛旨在博古稽今、察鉴域外、砥砺学人,自不会囿于井蛙之见,画地为牢,而欲开放心态,纳入诸种重要作品。译丛也不愿囿于“经典”之名,忽视对我有用的作品。域外经典的翻译——“兹事体大”,尚祈学界诸公,共襄此业。

中国近代孜孜以求的法律化治理过程,庶几奉西方法律为主臬。至今,民商法学的传统也依然是德国的,在某种程度上甚至成了本已繁复无比的潘德克顿体系的脚注。国人或慷慨激昂,欲追耶林之宏愿——超越概念法学。倘不知概念法学之究底,“超越”则因失去基础,而大抵留于美丽的口号。

民商法学经典,探究的或为某国的法律。即便如此,也是世界共同的法律学术资源。法学先贤祠的衮衮诸公,相互分享思想资源的,亦不在少数,如萨维尼与耶林、霍姆斯与卡多佐。但翻译他国作品,并非为探求全球化语境下的普世规则,以全球化之名取代对本土社会的考察和思考;毋宁是通过他国作品,感知他国法律的道路,进而琢磨本国法,激发吾人运思。唯此,民商法学才可不对外国法亦步亦趋。法学的民族信心,或可在这一反思过程中被确立和强化。果如此,则幸莫大焉。

是为序。

中文版序

1839年,中国湖广总督林则徐致信英国女王维多利亚。他抗议说,那些在中国贩售鸦片者为牟私利而祸害他人,其行径违背天理,当受全人类的一致谴责。欧洲的君王们没有理会他的抗议。当林则徐将不法商贩走私进入中国的鸦片在虎门付之一炬后,西方列强代之以武力报复,发动了鸦片战争(1840—1842)。

林则徐期望全人类都承认一项原则:任何人都不得损人利己!这项原则很久以来就晓谕西方。在林则徐发出致英国女王书的两千年前,希腊哲学家亚里士多德就已经阐述过那一原则了。林则徐用那个原则说明,贩卖鸦片是不正当的。而亚里士多德则以之解说交换正义原则,那是一个所有人都认同的正义原则。

本书试图表明,这项原则是理解西方私法的关键所在。尽管西方法学家尚未明确认可这一原则,但他们早已悄然受其指引。就现代普通法

和大陆法中的财产法、侵权法、合同法和不当得利法制度而言，它可以提供最佳解说。

我所讨论的仅仅是西方法制。不过，我不认为那项原则为西方独有，而不同时为中国所有。如果林总督是正确的，那么，它就是一项普适性的原则。果真如此，它对于私法的意义在中国就将同样引人关注。

詹姆斯·戈德雷

2007 年 5 月 23 日

简 目

第一部分 研究计划 /1

第一章 基础性原则 /7

第二章 法律制度之间的差异 /48

第二部分 财产法 /71

第三章 占有和所有权 /73

第四章 财产利用权的限度:妨害、近邻妨害 和无形侵害法 /102

第五章 财产利用权的私人变更:役权 /127

第六章 与财产利用有关的权利:以水权为 例 /162

第七章 未经所有权人同意的资源丧失:紧 急避险和相反占有 /208

第八章 未经先前所有权人同意的资源取 得:采矿、捕猎和财产的发现 /234

第三部分 侵权法 /249

第九章 现代大陆法和普通法侵权法的 结构 /251

第十章 被告的行为：故意、过失、严格责任 /292

第十一章 名声、尊严、隐私和“人格”损害的侵权责任 /354

第十二章 纯粹经济损失的侵权责任 /432

第四部分 合同法 /471

第十三章 允诺 /475

第十四章 错误 /505

第十五章 履行不能和意外情事 /553

第十六章 作出赠与的允诺 /580

第十七章 交换允诺 /595

第十八章 违反合同的责任 /641

第五部分 不当得利 /685

第十九章 针对不当得利的原则 /687

第二十章 没有得利的返还 /708

第二十一章 返还中的救济措施 /727

详 目

第一部分 研究计划

第一章 基础性原则 /7

第一节 亚里士多德哲学传统 /7

第二节 亚里士多德哲学传统的中断 /19

一、法学家 /19

二、哲学家 /22

第三节 结 论 /47

第二章 法律制度之间的差异 /48

第一节 产生于共同原则的差异 /48

第二节 缺乏共同原则的差异：一个关于普通法的备注 /65

第二部分 财产法

第三章 占有和所有权 /73

第一节 关于普通法和大陆法区别的一个初步说明 /73

一、财产法结构上的不同 /73

二、占有权和所有权 /75

第二节 理论上的争辩 /80

一、德国的争论 /80

二、英美的续篇 /89

第三节 吸取到的经验 /93

第四节 为什么要保护占有? /95

第四章 财产利用权的限度:妨害、近邻妨害和无形侵害法 /102

第一节 共同的解决办法 /103

第二节 解释这个办法的难点 /108

一、19 世纪的难点 /108

二、19 世纪之后的难点 /111

第三节 基于交换正义的解释 /116

第五章 财产利用权的私人变更:役权 /127

第一节 役权法 /129

一、使特定土地的所有权人受益的消极负担 /130

二、供役地所有权人必须作为 /137

三、不取决于对特定土地的所有权的利益 /145

第二节 基于交换正义的解释 /155

一、敲诈 /157

二、意外收益和意外损失 /159

第三节 结论 /161

第六章 与财产利用有关的权利:以水权为例 /162

第一节 欧洲共同法 /163

第二节 理论上应当如何配置水权 /165

第三节 现代法律制度中的水权 /171

一、普通法 /173

二、法国和意大利的水权 /200

第四节 结论 /207

第七章 未经所有权人同意的资源丧失:紧急避险和相反占有 /208

第一节 紧急避险 /208

一、起源 /208

二、紧急避险理论的正当根据 /215

第二节 相反占有和时效取得 /225

第八章 未经先前所有权人同意的资源取得:采矿、捕猎和财产
的发现 /234

第一节 作为财产权起源的占有 /234

第二节 未经先前所有权人同意的资源取得 /238

一、分配正义 /238

二、开采资源的激励和纠纷的防止 /240

第三部分 侵权法

第九章 现代大陆法和普通法侵权法的结构 /251

第一节 现代民法的产生 /252

第二节 现代普通法的产生 /259

一、传统的诉讼形式 /259

二、受法律保护的利益 /265

三、故意、过失和严格责任 /278

第三节 结论 /289

第十章 被告的行为:故意、过失、严格责任 /292

第一节 故意 /293

一、对故意行为预期后果的责任 /293

二、对故意行为非预期后果的责任 /297

第二节 过失 /316

一、亚里士多德哲学传统中的过失 /316

私法的基础：财产、侵权、合同和不当得利

二、过失和选择 /318

三、过失的含义 /325

第三节 严格责任 /332

一、基于交换正义的理论 /332

二、这个理论能够和不能解释的法律 /339

第十一章 名声、尊严、隐私和“人格”损害的侵权责任 /354

第一节 对名声和尊严的保护 /355

一、大陆法 /355

二、普通法 /382

三、差异 /392

第二节 基于公共利益的抗辩 /400

一、传统限制 /400

二、民主社会和大众传媒 /404

第三节 有关“隐私”和“人格”的其他权利 /425

一、侵入隐秘处所 /425

二、保护姓名或肖像不被用于商业用途 /430

第十二章 纯粹经济损失的侵权责任 /432

第一节 起源 /433

一、19 世纪之前 /433

二、反对赔偿纯粹经济损失的规则兴起 /446

第二节 限制侵权责任的理由 /462

第四部分 合同法

第十三章 允诺 /475

第一节 允诺的约束力 /475

一、争论在 20 世纪的重启 /475

二、16、17 世纪的争论 /477

第二节 没有允诺的债务？初步磋商问题 /488

第十四章 错误 /505

第一节 关于所允诺履行的错误 /505

一、起源：实质错误 /505

二、问题的棘手性 /508

三、一种解决方案 /519

四、一种类似情形 /526

五、例外 /530

第二节 动机错误 /538

一、合意 /538

二、异议观点 /540

三、一种解决办法 /543

第十五章 履行不能和意外情事 /553

第一节 履行不能学说 /554

一、起源 /554

二、寻找解决办法的现代尝试 /568

三、履行不能作为情势变迁问题 /571

第二节 情势变迁学说 /573

一、起源 /573

二、履行难度增加 /576

第三节 结论 /578

第十六章 作出赠与的允诺 /580

第一节 起源 /580

第二节 形式要求 /582

第三节 形式要求的例外 /586

一、基于慈善原因的赠与允诺 /586

二、婚约 /589

三、信赖 /590

第四节 结论 /593

第十七章 交换允诺 /595