

21 世纪法学研究生参考书系列

物权法理论评析与思考

(第二版)

尹田◎著

中国人民大学出版社

D913.01/48

2008

本课题的研究得到“北京入子创建世界一流大学计划”的经费资助

尹田◎著

物权法理论评析与思考

(第二版)

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

物权法理论评析与思考 / 尹田著. 2 版.

北京: 中国人民大学出版社, 2008

(21 世纪法学研究生参考书系列)

ISBN 978-7-300-09015-3

I. 物…

II. 尹…

III. 物权法—法的理论

IV. D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 023513 号

21 世纪法学研究生参考书系列

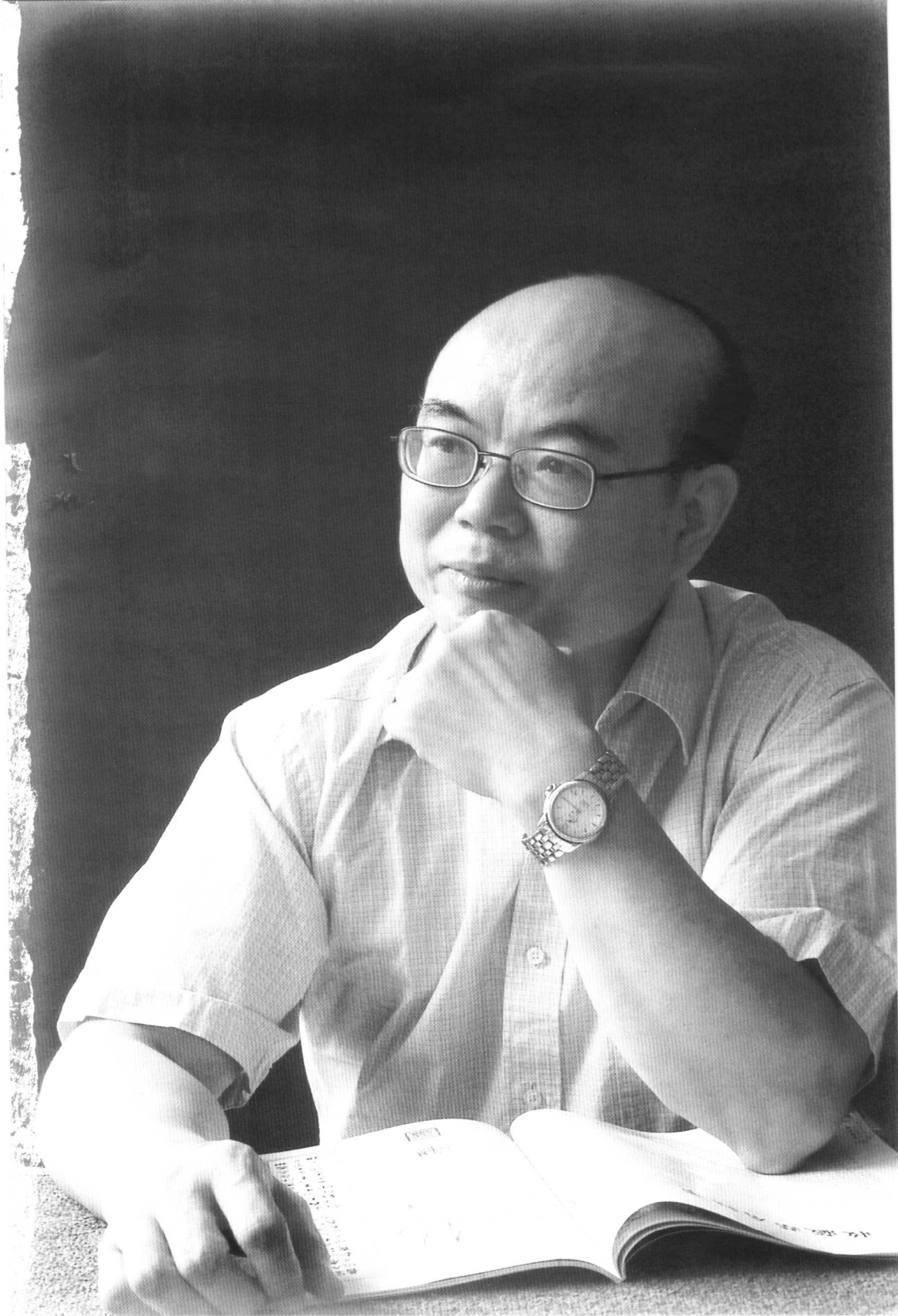
物权法理论评析与思考 (第二版)

尹田 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京新丰印刷厂	版 次	2004 年 8 月第 1 版
规 格	155 mm×235 mm 16 开本		2008 年 3 月第 2 版
印 张	23.75 插页 3	印 次	2008 年 3 月第 1 次印刷
字 数	394 000	定 价	39.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



作者简介

尹田，1954年2月生，四川宜宾人，1983年毕业于西南政法大学，后留校任教，1985年破格评为讲师，1992年评为副教授，1992年至1993年公派赴法国图卢兹社会科学大学留学，1995年破格评为教授，1998年任民商法博士生导师，1996年至1999年任法律系主任，1999年6月调北京大学法学院任教授、博士生导师、民法研究中心主任。发表学术论文170多篇，出版著作、教材等16本。主要个人专著：《民事法律行为与代理制度研究》（重庆大学出版社1992年出版），《法国现代合同法》（法律出版社1995年9月出版，繁体字版《法国现代契约法》于1999年11月由台湾地区五南图书出版公司出版），《法国物权法》（法律出版社1998年2月出版，繁体字版于1999年11月由台湾地区五南图书出版公司出版），《民事主体理论与立法研究》（法律出版社2005年10月出版）。

再版前言

本书写作开始于2001年，第一版于2004年8月推出。其间，我国物权法的起草工作如火如荼。在参加物权法“一步一个坑”的起草工作过程中，我深感物权立法的艰难不仅源于中国特有的经济制度、意识形态和社会现实的复杂，而且源于物权理论准备不足：在参加高层立法会议的学者们尚且为“存款人对其银行存款是否享有所有权”以及“股权是不是一种所有权”争论不休时，我们怎能确信自己有能力去科学、妥当地面对和处理一大堆剪不断理还乱的重大复杂问题？于是，我有意游离出立法现实，试图采用一种冷静的理性去重新审视物权的既有基本理论，从思维方法的角度对那些用以指导我们的思考和立法的物权知识和公理进行检讨，从而形成了本书的内容。

伴随物权法的颁布，物权立法的喧嚣已经远去，但曾经争吵得天翻地覆的“十大疑难问题”中的大部分问题最终仍然未能解决，而攻击物权法草案“违宪”的人们对物权法显然也丧失了兴趣，转而另寻其他攻击目标了，于是，曾经炙手可热的物权法在变成一本薄薄的小册子之后，终于可以安安静静地躺在那里，等待法官或者律师去翻找可以满足他们需要的有用的条文。

这时，出版社希望我将本书修订后再行出版。

至少在我们这里，一部新的法律的颁布，常常意味着在此之前出版的一大批相关著作、教材或者文章立马变成文字垃圾。我不知道我的这本书是不是这样。我仔细翻看了一遍，却很惊异地发现，我的这本书和那本薄薄的小册子之间，几乎不存在任何你死我活的矛盾和冲突，不仅如此，我的思想或者理论与小册子的条文之间，似乎还隐隐地潜藏着一种深厚并且宏大的默契。细想之下，我终于明白：原来，我在几年前所

想到、说到的许多重要问题，小册子压根儿就没有能够真正去解决！

于是我发现自己并不需要再做很多的工作。这就是说，我在几年前的所思所想，到今天仍然没有什么大的变化。不过，已经颁布的物权法的相关规定，在本书中当然要有所反映。此外，我删去了原书中所特意标明的有关内容形成论文发表的情况。长期以来，我一直认为，一本真正有思想、有创见的学术著作，其各部分核心内容必须能够同时形成论文发表。反之，如果一本著作中居然没有几篇像样的论文作为支撑，那它一定掺水太多。因此，我撰写本书时，就是按照每一章都是一篇或者数篇可以独立发表的论文的基本标准来进行的，到最后，本书的三十多万字内容中，有二十多万字被形成论文发表。我郑重地指明这一事实并偷偷为此感到自豪，甚至于隐隐地幻想此举有可能为学术著作的质量保证开了风气之先河。可是，在本书出版后，有不少读者依照以往的经验将本书误认为是我的论文集，使我哭笑不得而且很不开心。

但我真心地为物权法的成功颁布感到开心，同时也真心地为物权法的缺陷感到郁闷。物权法颁布了，中国物权理论和民法理论的研究依然任重道远，唯愿本书的再版能够为推动我们的进步略尽绵薄之力。

作者

2007年11月1日

物权法的方法与概念法学（代序）

一、导论：思维的抽象与财产权利体系的形成

物权与债权的区分，构成了大陆法系近、现代民法上财产权利制度的“脊梁”^①。依照通说，物权为静态财产支配关系的法律表现，债权为动态财产流转关系的法律表现。二者的结合或者衔接，完成了民法财产权利体系的基础构建：任何一项处于流转过程中的财产，均为债权的标的物^②；而任何一项财产在流转之前、流转之中以及完成流转之后，均为物权的标的物。因此，物之成为债权的标的，具有暂时性：债权永远是取得财产的手段，而物权（物权的设立及变动），则表现了取得财产的结果。因此，物权被认为是债权发生的起点和终点。这种把债权作为物权运用或者实现物权的手段的简单论断，本来就值得推敲。^③但《法国民法

① Jean Carbonnier, Droit civil, Tome 3, Les biens, 15e éd, P. U. F., 1992, Paris, p. 38.

② 关于何谓“债的标的”，存在论争。笔者认为，就权利与物的关系而言，物权直接设定于物，确定人与物的归属或者使用关系，故物权的标的为物。而债权直接针对人的行为（债务人应为之给付），间接与物（债务人的财产）发生联系，其所确定的是人对人的请求关系，故债权的标的应为“给付”，而给付的标的有可能是物，也有可能是其他利益或者债务人的行为（参见后文）。但为表达物权和债权与财产之间的关系，此处仍借用“债权的标的物”这一通常用语，以求简便。

③ 在现代经济社会，当债权或具有债权性质的权利（如股权）已经越来越广泛，经常地作为“财产”的一种主要表现方式时，当债权越来越多地被直接作为一种标的用于交易、担保，从而日益“物权化”时，债权的“手段”性质便予以减弱，而其“目的”性质便予以增强。

典》没有清晰地划分物权与债权的界限，将债权作为“取的所有权的各种方法”之一种，却是事实。而自《德国民法典》起，物权与债权两相独立，债权不再被视为一种纯粹依附于物权的，暂时的或转瞬即逝的法律现象：借助于一种超然的想象，债权独立于物权而存在。虽然财产在流转过程中须臾不可离开物权的支撑，即使物权在因交付或登记而发生变动的一瞬间，法律观念上也不可能允许其留下一丝物权虚位的空隙，但在学者的眼中，当这种流转发生时，物权悄然隐匿，流转中的财产似乎仅仅扮演着债权标的物的角色。这样一来，我们便能清晰地分辨财产在不同的法律关系中的作用，而设定于（确切地说是“指向”）同一财产的不同的法律关系的严格区分，亦即物权与债权的严格区分，便使我们能够如此清晰地观察和分析不同权利的不同品格，从而为之设置不同的制度。而这一工作的完成，必须归功于一种严谨的科学抽象。

同样作为财产性质的权利，物权和债权并无根本的不同，至少在计算财产数额时，物（物权）和债权同样属于“积极财产”。但是，如果对两者进行比较，学者会指出许多重大的区别。^①与此同时，如予之以整体观察，则会发现：

以契约权利为核心的债权所表达的社会关系易于感知。倘言及债权，首先便想到相对而立的“双方”当事人，亦即想到一种既抽象又具体的人际关系。所谓抽象，是此种关系中，形形色色的人被概括表达为债的“主体”，林林总总的财产被抽象为债的“标的”。但是，在经过这种高度抽象之后形成的毫无特色的关系中，却仍然可以感觉到强烈的“具体”。这种具体，不仅表现为债权关系的双方总是特定的个人（债权人）与个人（债务人），而且表现为这些特定的个人在这种特定的、也是具体的人际关系中所张扬的个人的意志：债权的抽象性主要来源于对无数个别的交换行为或交换关系的抽象，但对这种即使为一般概括的结论的确切说明，最终也需还原为个别的典范才能清楚地表达（如果不借助于买卖、租赁、承揽等具体行为的阐述，债权关系是无法说清楚的）。而一旦涉及财产交换关系，强烈的、具体的人际关系便得以凸现，这种人际关系，直接表现为具体的人的具体活动或行为，赤裸裸地展现着具体的人的具体意志（正因如此，被认为最能表

① 参见梁慧星主编：《中国物权法研究》，26～30页，北京，法律出版社，1998；王利明：《物权法论》，10～17页，北京，中国政法大学出版社，1998；陈华彬：《物权法原理》，14～17页，北京，国家行政学院出版社，1998。

现民法之基本性质的“私法自治”原则，事实上也只有在契约关系中，才能最好地被理解和想象^①）。

而在物权关系中，居中心地位的、作为认知物权之出发点的，似乎并不是人（具体的人的具体行为以及由此而展示的具体的人的具体意志），而是物：当把一物确认给某人时，法律着重考虑的，似乎更多的是该物的特性、来源及法律地位，并不更多地考虑该某人的意志（例如，所有权原始取得的任何一种方式，均系社会意志对个人意志的彻底覆盖。而所有权继受取得的典型方式中，动产交付、不动产登记、被继承人的死亡之所以能够转移财产所有权，似乎也完全不是基于当事人的意志^②）。同时，与实际上作为相对纯粹的人际关系的交易关系不同，物权关系直接表现的是人与物的关系：尽管有众多的责难甚至于批判^③，但不可否认的是，物权规则的基本目的，事实上就是确定“人”对“物”的支配关系。至于因人与物的这种支配关系而“产生”的人与人的关系，完全只是我们的想象。因此，债权关系屏幕上的“人与人”的图像是如此清晰、生动和鲜活，而物权关系屏幕上的“人与人”的图像却是如此模糊、死板和呆滞（我们能够真实、具体地看到物权人，但却只能凭想象去寻找和感知物权的义务人，即“任何人”）。可以说，债权关系无论处于常态或是非常态，人与人的关系总是明白无误；而物权关系如为常态，则只能看见人与物，只有在其处于非常态（物权被侵犯）时，“真正的”人与

① 参见尹田编著：《法国现代合同法》，18页，北京，法律出版社，1995。

② 在采物权形式主义以及债权形式主义物权变动模式的立法，作为所有权变动的法定方式，不动产所有权变动经登记而发生，动产所有权变动经交付而发生，遗产所有权变动由被继承人死亡而引起，对此种法律规定，当事人不得以约定或者遗嘱加以排除。

③ 基于对物权性质的不同理解及对物权所下定义的不同角度，早期德国学者就物权之本质展开过激烈争论，形成种种学说。其中，由中世纪的注释法学派提出的所谓“对物关系说”（即债权为人与人的关系，而物权为人与物的关系，因而物权应定义为人直接就物享受其利益之财产权利）曾首先获得德国学者邓伯格（Dernburg）等人的支持和积极倡导。但后来萨维尼（Savigny）和温德夏特（Windscheid）等学者提出所谓“对人关系说”（一切法律所明定的权利均为人与人之间的关系，债权如此，物权也如此，故物权应定义为具有排斥任何人侵害之消极作用的财产权利）。而由于（或者有可能由于）“对人关系说”刚好与恩格斯关于“经济学所研究的不是物，而是人和人之间的关系，归根到底是阶级和阶级之间的关系”（《马克思恩格斯全集》，第13卷，533页，人民出版社，1962）的话相吻合，因而在20世纪70年代到90年代初受到中国学者的普遍支持（估计支持率达100%），与此同时，将“对物关系说”作为“资产阶级掩盖法律的阶级本质”的典型来痛加批判，成为同一时代几乎每一本民法教科书论述民事法律关系理论和所有权理论（当时，物权制度尚未被“发现”）时的“必修课”。

人的关系方才凸现。然而要命的是，此时的物权却顿然隐匿，显现在我们眼前的，仍然是债权！^①但是，正因为有了对物权所表现的人际关系之想象，物权法律关系的本质和特性才获得了准确的表达，物权和其他私权才能在同一个理论体系结构之中和谐相处。而这一工作的完成，同样必须归功于一种严谨的、科学的抽象。

不过，倘若从更广阔的社会角度观察物权和债权，另一个重要的现象不可忽视：可以说，从未有过一场社会革命是直接由于交易不自由引起的，而于绝大多数社会革命，在革命者的政治主张的核心部分，都可发现关于物（即财产，特别是土地）的所有权主张（众所周知，中国革命本质上就是农民革命，而农民革命，本质上就是土地革命）。因此，物权问题从来就不仅仅是一个纯粹法律技术的问题。物权不仅反映了人与自然界的关系，不仅反映了人与其他“任何人”的关系，而且从根本上反映了人与国家、社会的关系。在物权问题上，汇聚了人们对于人类社会的经济、政治乃至道德、宗教、文化等一切方面的最重要的基本看法。

事实上，无论对于立法者还是民法学者，较之债权，物权从来就有一种神秘感。这种神秘感也许首先源于其法律技术的高深莫测（必须花费很大的气力，才能真正理解和追随创立物权理论体系的德国人独特的理性思维），但真正令人望而生畏的，却有可能是物权所负载的社会经济、社会政治、社会哲学以及整个社会生活中那些深刻而重要的思想。

因此，物权法的研究必须同时完成两项任务：一是对物权法理论构造的技术性研究；二是对物权法所记载的社会生活的实质性的研究。而决定其研究效果好坏的关键，首先是研究的方法。

二、近代物权法与概念法学

历史上，创设完整的物权法理论体系和立法体系的功劳，为德国民法学者所独享。虽然在古罗马法学上便有“对物权”（*iura in rem*）的概念，后来的《法国民法典》也对各种具体的物权作了十分明确的规定，

① 物权被侵犯时，或者发生债权请求权（损害赔偿），或者发生物权请求权（返还原物、排除妨害等）。但即使是物权请求权，笔者认为其本质上也是一种债权（参见本书第五章）。

但“对物权这一概念的明确使用，发现各种物权的内在逻辑并将各种物权按这种逻辑规定为一个完整的体系，是《德国民法典》的一个创造”^①。德国民法理论以及《德国民法典》的形成，可以说是概念法学最为辉煌的成果，而物权法的理论及其立法实践，则可以说是德国人在《德国民法典》中所使用的抽象技术所达之极致。我们今天所研习的物权法理论，实际上主要来源于德国法。然而，概念法学的“丑陋”，却又常常是人们争论物权理论问题时被用来置敌于死地之最为犀利的武器。^②

倘言及物权法，则不可不言及《德国民法典》；倘言及《德国民法典》，则不可不言及概念法学；倘言及概念法学，则不可不言及法学的方法论。

（一）关于法学方法的基本认识

德国当代学者 Karl Larenz 在其所著《法学方法论》一书的“引论”中一开始就提出：每一种学问都必须采用一定的方法，或者遵循特定的方式来回答其提出的问题。而法学，为一种以某个特定的、在历史中逐渐形成的法秩序为基础即界限，借以探求法律问题之答案的学问。当然，以法秩序为研究客体的学问还有其他，如法史学及法社会学。法史学运用的是历史学的方法，而法社会学运用的是社会学的方法。但法学（狭义的法学）在研究法秩序的过程中，采用的是一种什么样的方法呢？^③

Larenz 认为，每一种学科的方法论都是这个学科对本身进行的情况、思考方式、所利用的认识手段所作的反省。法学方法论也就是某一特定

① 转引自孙宪忠：《德国当代物权法》，19页，北京，法律出版社，1997。

② 如陈华彬在其《物权法原理》（国家行政学院出版社，1998）一书中批评物权行为无因性理论时，首先介绍了德国学者郝刻（Heck）的观点：“郝刻说，所谓物权行为的有因性、无因性，并不是一个论理上的问题。德国民法典的立法者于规定某一制度之际，与其说考虑的是该制度的社会功用和价值，不如说仅仅考虑和期待的是它的论理体系的和谐与协调，这就在一定程度上赤裸裸地暴露了概念法学的真面目。”（注：因此段话中“郝刻说”后面未加引号，同时，其末尾也未加注，所以，不知道如此充满怨恨的、与中国“文化大革命”中大批判文章之日常用语如出一辙的表达是否真正出于郝刻之口？）然后郑重发表自己的结论：“应当肯定，郝刻的这些批判对于我们今天正确认识及揭开物权行为无因性之面纱、认清其真面目，并防止把这一日薄西山、气息奄奄和为各国（包括德国人自己）学说理论及实务所唾弃的东西搬到中国的土壤上，莫不具有其重要的警示意义！”（该书，135、137页）此处的“真面目”，当然指的是万恶的概念法学。

③ 参见〔德〕Karl Larenz：《法学方法论》，陈爱娥译，1页，台北，五南图书出版公司，1999。

法学（成文法或判例法）的方法论，在一定程度上甚至是特定法体系的方法论。法学方法论的特征就是：以解释学的眼光对法学作自我反省，发掘出运用在法学中的方法及思考形式，并对之作解释学上的判断。此外，法学方法论还要考量法秩序本身对法院的活动的要求，确定法官在裁判过程中的地位和思想方法等。法学方法论会导向法哲学（即对于“法”这样一个事物的特有性质为论题的学问），而每一种方法论都有其相适应的法哲学。^①

Larenz 进一步指出：大概在 100 年以前曾经有那么一个时代，那时，不论就法律事件的解决，或是就研究整个现行法而言，法学家们根本不怀疑他们拥有适当的方法，他们相信，以对于法学的要求为标准，他们的方法相较于其他学问的方法毫不逊色。而在今天则不然，大家会提及“法学思考的确信之丧失”^②。所谓“法学思考确信之丧失”，显然是一种比较悲观的看法（令人不禁想起一句话：“人类一思考，上帝就会发笑。”）并且由此延伸出另一句话：“法学家一思考，上帝笑得更厉害。”），其认为任何人所提出的任何一种法学方法，都不可能获得普遍的承认。因此，法学家选择何种方法来进行其研究多少具有任意性：由于根本不存在完全适当的方法，由于谁也无法证明某一种方法的完全适当性，所以，人们在方法的选择上，只能采用“大致可以接受”的标准。有些法学家甚至认为，法学本身已经不能提供其研究所需的知识，只有社会学才能满足这一需求。

导致对于法学方法之科学性的信念动摇的原因固然很多，但其中一个重要原因在于，人们越来越发现，在有关的法律判断中，实际上经常包含着一种价值判断而非事实判断：法律判断本来应当是事实判断，即依据客观的、科学的方法去分析事物的进程并得出符合逻辑的结论。很多时候，法律判断也显得确实是事实判断：比如，依据侵权法的过错责任原则，“有过错即有责任，无过错即无责任”，即判断侵权行为人是否承担责任，以判断其是否具有过错为条件。而对侵权行为人有无过错的判断，显然应当是一种事实判断。但事实上，在很多情形，法学家（或者法官）在认定侵权行为人有无过错时，并不是、也不可能完全是根据所谓客观事实，而主要根据的是法学家（或者法官）本人内心的公平正

① 参见 [德] Karl Larenz:《法学方法论》，3 页。

② “法学思考的确信之丧失”为 G. Haverkate 于 1977 年所发表著作之书名。参见 [德] Karl Larenz:《法学方法论》，3 页注释 1。

义信念，亦即其对行为人过错有无的判断并非从对有可能构成过错的那些客观事实的观察出发，而是从法学家（或者法官）自己所理解的“既定”的社会正义分配方案出发，“预先决定”行为人是否有过错，然后再予以论证（现代侵权法在维持过错归责原则的前提下就有关“弱者保护”而建立的全部规则，无不表现了这一点）。此种情形，对于侵权行为人过错的认定至少便是以价值判断为基础。而一般认为，任何价值判断均为判断者个人信念及确信的表达，对之无法以科学的方法予以审查：价值判断非如事实判断一样以人们感官的知觉为基础，故不能以科学的观察及实验的方法加以证明。^① 事实就是，当人们谈到科学方法时，常常谈到逻辑推理的科学性，但是，“假若推论过程中包含一些以价值判断为基础的前提，那么正确的逻辑推论也不能保证结论在内容上的正当性”^②。

因此，20 世纪以来，法学的方法论问题呈现一种复杂化的特征，这一方面是由于法学方法所涉及的问题本身的复杂性。因为，不管是哪一种法学方法论，均须建立在对法的理解基础之上，而法是一种极为复杂的研究对象，它不仅是前面提到的不同学科研究的客体，而且是哲学研究的客体（以哲学的方法研究法学者，即所谓“法哲学”）。而法哲学和法学方法论具有密切的联系，“如果不考虑法哲学，就根本无法研究法学方法论”^③。然而，法哲学本身所涉及的问题就异常复杂，从而也就有可

① 例如，某宾馆大门为透明的玻璃门，为防发生视觉错误，在门上贴有一些彩条。某日，有顾客因急事出门，情急之中将关闭的门误为已开启，一头撞去，头破血流，玻璃门也被撞碎。顾客诉求宾馆赔偿医疗费等，宾馆则反诉顾客赔偿门毁之损失。此案依一般侵权纠纷处理时，关键在于确定加害人与受害人的过失情况：损害结果或者因加害人过失造成，或者因受害人自己的过失造成，或者加害人与受害人双方均有过失。而过失之有无及过失之大小，则是分配损失的根据。按理说，过失之有无或大小为一法律事实的判断，应采客观标准并以科学方法予以验证（例如，实地勘察并确认玻璃门的透明度、彩条粘贴的位置，以及在一定距离、一定光线亮度、一定视力程度、一定行进速度的条件下，受害人对大门之开启或者关闭能够或者应当作出的判断，等等）。但是，现代社会的法官根本不会考虑借助精密的科学仪器和测量方法去测定受害人或加害人“能否预见损害后果的发生”，而是根据“侧重保护弱者”的法律政策，首先凭借“公平”观念判定此种情形“损失由加害人承担更为妥当”，然后再确定加害人的过错（玻璃门太透明，彩条不够醒目，宾馆大厅光线不够明亮，等等）。而法学家则会理直气壮地指出宾馆的过错在于“未尽必要的注意义务”，至于注意义务的标准如何，则通常无须指明；倘有指明者，言语中则透出一股霸气：“只要发生损害而非受害人故意造成，则意味着加害人未尽注意义务。”此话翻译过来，便是“倘有损害，即有过错；倘无过错，则无损害”，端的一副“欲加之罪，何患无辞”的架势。“有损害即有过错”，哪里还存在什么事实判断？！

② [德] Karl Larenz:《法学方法论》，1 页。

③ [德] Karl Larenz:《法学方法论》，3 页。

能导致法学方法论有关结论的不确定性。比如,法学方法论应当回答的问题之一,是法官作出司法裁判的基本准则:对于法官而言,在裁判案件时,是只需“正确”地适用既定规则呢,还是应当尽最大努力去作出一项“正当”的判决?如果答案是法官应当尽力作出“正当”的判决,那么,我们又凭借什么来决定裁判的“正当”性?这就涉及法哲学必须解决的一个核心问题:什么是“正义”?而关于“正义是什么”,我们所无比信仰的法哲学家们告诉我们的是:“正义有着一张普洛透斯似的脸(a Protean face),变幻无常,随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时,我们往往会深感迷惑”^①;另一方面,前述“法学思考之确信”的丧失,也是导致法学方法论之复杂化特征的重要原因。

总的说来,正如 Larenz 所言,“由于被提出见解的多样性,现代的法学方法论呈现一种纷乱的景象”。但这并不等于说法学家可以恣意妄为,可以不依循任何一种方法来处理问题,也不等于说曾经使用过的法学方法都应当被扫进历史的垃圾堆。虽然法学上之结论的可靠性及精确性“绝不可能达到像数学上的证明及精确的测量那样的程度”,但只要把“学问”理解为一种“为获得知识而进行的、有计划的活动”,则法学仍然是一门学问。“与其不假思索地将一种——对于其他学科而言或者是恰当的——狭隘的学术概念转嫁到法学上,进一步因其不能满足此概念的要求而否定法学有获得知识的能力”,倒不如像 Friedrich Müller 评论 Hans Kelsen 的法理论时所说的那样,“尝试由法的特质出发,来确定科学的特征”^②。

(二) 概念法学及其历史功绩

前述 Larenz 所提到的“100 年以前的那么一个时代”指的是 19 世纪,其为法学家自信法学像其他学科一样,拥有无可挑剔的方法的时代,而这一时代其实就是概念法学(Begriffs jurisprudenzen)盛行的时代。概念法学作为一种法学思潮,同时作为一种民法学的方法论,对于近代大

① [美] E. 博登海默:《法理学·法律哲学与法律方法》,邓正来译,252 页,北京,中国政法大学出版社,1999。

② Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität, 1966, S. 19. 转引自 [德] Karl Larenz:《法学方法论》,2~4 页。

陆法国家民法的形成产生了巨大的、决定性的影响，这种影响在现代民法中继续存在。

我们知道，近代民法学的形成，是以历史法学派的兴起为标志。而民法作为完善的立法上的制度，尤其是民法的法典化，应当归功于概念法学。概念法学有两个主要来源：一是法国以1804年《法国民法典》为出发点而兴起的注释法学派；二是德国的潘德克吞法学派。^①关于概念法学，后来对之进行批判的人总结其具有五个主要特征：（1）法源问题上，独尊国家制定的成文法，特别是法典，视其为唯一的法源，奉行法典崇拜；（2）强调法律体系具有逻辑自足性，认为无论社会生活中发生何种案件，均可依逻辑方法从现在的法律体系获得解决；（3）对于法律解释注重于形式逻辑的操作，强调文义解释和体系解释方法；（4）对于法官的司法活动，强调法官只能对立法者所制定的法规作三段论的逻辑操作，遇有疑义时也应应以立法者意思为依归；（5）对于法学家的活动，认为法学系纯粹的理论认识活动，不具有实践的性质，只要严格遵循形式逻辑的推理，就会推导出正确的结论，在推理过程中或者对于结论，无须进行价值判断。^②很明显，上述对于概念法学的描述多少带有漫画特点，但无论概念法学的批判者是否有所偏颇，前述五个特征的揭示至多仅能说明概念法学的具体表现，其并未阐明概念法学的本质。

实质上，就方法论的角度而言，概念法学倡导的是所谓“法律的逻辑形式理性”。这种理论极为强调和注重法律的体系化、技术化和形式完善。依照这种理论而建立起来的一个科学的法律体系的形成过程应当可以这样简单地予以描述：在这样一个法律系统中，首先必须从各种事实高度抽象出概念，而把各种概念组合起来，就形成规范；这些规范及其结构按严密的逻辑体系排列，达到完整而和谐，通过逻辑演绎推理，就可以对任何一个法律问题提供确定的答案。^③概念法学的主要特点在于建立和形成一种抽象的概念体系，其以一些比较特殊的概念隶属于另一些适用范围较广、表达内容较少的概念之下为构成原则。“它不仅能指示概念在整个体系中应有的位置，也能将具体的案件事实涵摄于法律规范的

① “概念法学”为德国学者耶林所命名。耶林是德国潘德克吞法学派的嫡系，但在其后期著作中，对概念法学痛加批判。对于依靠法律构成技术的潘德克吞法学，耶林在其匿名发表的论文集著作《法学的扯淡与认真》中，讥讽为“概念法学”，其由此得名。转引自梁慧星：《民法解释学》，57页，北京，法律出版社，1997。

② 转引自梁慧星：《民法解释学》，112页。

③ 参见刘楠：《变法模式下的中国民法法典化》，载《中外法学》，2001（1）。

构成要件之下。”^① 依马克思·韦伯 (Max Weber) 的评价, 这种思维模式已经达到如此成熟的程度, 它“表征着一切经过分析得出的法律判断的统合, 这些法律判断的统合方式构成逻辑清晰的、内在一贯的、至少在理论上是非常严密的法规体系。显而易见, 一切可以想见的实际情况都必须逻辑上被包含在其中, 以免它们的秩序缺乏有效的保证”^②。而近代民法的法典化, 首先正是借助于法律形式理性主义的推动。

历史上, 法律形式化过程开始于罗马法。“罗马法中公、私法的划分, 法律的分类、法典的编撰、采用抽象的方法对于各类不同法律关系的实质予以高度概括的规定、赋予各种实际的财产权利以观念性的原则并注重程序法的地位等, 使罗马法所确立的各种私法法律关系的概念、制度、原则和体系富有深刻的法理性、严密的逻辑性和系统性。”^③ 近、现代西方理性法律实际上就是在罗马法的形式化运动的影响之下成长起来的。18 世纪, 欧洲兴起了法典化运动, 产生了包括《法国民法典》在内的各种法典。而同时代的德国处于分裂状态, 一批私法学家继续沿用概念化和系统化的研究方法, 研究罗马法渊源, 研究现实问题, 形成所谓潘德克吞法学派。而法律形式理性在崇尚理性思维和擅长抽象思辨的德国人那里, 得到极致的发展, 由此产生了博大精深的德国民法学和《德国民法典》。以后的《瑞士民法典》虽然有了一些批判概念法学的新思维, 但仍然非常注重形式理性; 至于《日本民法典》, 则可以说基本上是《德国民法典》的复制品 (日本在法典化过程中直接承袭了法律形式理性的方法论。对此, 茨威格特和克茨在《比较法总论》中有精彩的评价: “很难解释为什么日本民法典在起草过程中钟摆最后偏向了德国法……日本人根本没有觉察出德国民法典的深奥学理与概念主义和他们的民族性格不相契合: 实际情况恰恰相反。正如随着时间推移所表现出来的情况那样, 日本法学家越来越热衷于系统化的理论思考, 而德国民法典则充分满足了这样的兴趣。”^④)。至于我国台湾地区“民法典”, 诚如王泽鉴所言, “因继受德国法而科学化”。

总之, 概念法学对于大陆法系近代民法理论的形成和民法法典化产

① [德] Karl Larenz: 《法学方法论》, 46 页。

② Max Weber, *Economy and Society*, p. 656. 转引自刘楠: 《变法模式下的中国民法法典化》, 载《中外法学》, 2001 (1)。

③ 转引自刘楠: 《变法模式下的中国民法法典化》, 载《中外法学》, 2001 (1)。

④ [德] K. 茨威格特、H. 克茨: 《比较法总论》, 263 页, 贵阳, 贵州人民出版社, 1992。转引自刘楠: 《变法模式下的中国民法法典化》, 载《中外法学》, 2001 (1)。