

朱晓喆 ● 唐启光 著

民商法学文存

民法基本原理研究

——以大陆法系民法传统为背景

中国方正出版社

朱晓喆 ● 唐启光 著

民商法学文存

民法基本原理研究

——以大陆法系民法传统为背景

图书在版编目 (CIP) 数据

民法基本原理研究：以大陆法系民法传统为背景/朱晓喆，唐启光著. —北京：中国方正出版社，2005.2

(民商法学文存)

ISBN 7-80107-961-2

I. 民… II. ①朱 ②唐… III. 民法-法的理论-研究
IV. D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 013693 号

民商法学文存

民法基本原理研究

——以大陆法系民法传统为背景

朱晓喆 唐启光 著

责任编辑：陈 悦

出版发行：中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编：100813)

发行部：(010) 66560950 门市部：(010) 63094573

编辑部：(010) 63094520 出版部：(010) 66510958

网址：www.FZPress.com.cn

责编 E-mail：cy.law@163.com

经 销：新华书店

印 刷：北京市梦宇印务有限公司

开 本：880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张：9

字 数：240 千字

版 次：2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-961-2

定价：18.00 元

(本书如有印装质量问题，请与本社出版部联系退换)

前言

《民法基本原理研究——以大陆法系民法传统为背景》一书凝聚了我们两位作者多年来对民法基础理论的思考与探索。发源于两千多年前古罗马法的民法学是一门博大精深的学问，在这门学问面前我们永远只能抱着不断学习的态度，本书的创作也只敢说是我们学习和研究民法的一点心得和体会。

本书的理论定位有两个方向，其一是在形而上的思想层面探究大陆法系民法内在的思想逻辑，对近代大陆法系民法的立法技术、基本原则、民法本位以及债权物权的基础概念和体系等问题进行研究。另一方面，在形而下的制度层

面，立足于大陆法系民法传统，对民法的基本问题如“人”、“物”、“债权与物权”、“侵权责任”等难点和热点问题探讨。具体来说，本书突出的特点有以下几个方面。

首先，本书的学术特色之一是对大陆法系传统民法的基本原理展开了历史与哲学的追问。从宏观的线索上来说，本书始终贯穿着大陆法系传统民法的方法论，这既体现在对传统民法直接的论述上（例如民法典的理性化、民法本位的变迁、传统民法上“人”与“物”的观念的历史、债权效力扩张的现代发展趋势，等等），也体现在运用传统民法解释和发展我国的民法制度上。因此本文的副标题定为“以大陆法系民法传统为背景的研究”就是基于这种考虑。我们认为，任何一个时代的法律制度与该时代的法律思想是密不可分的，有时候制度就是思想的体现，因此通过对这些民法基本问题的探讨，在对大陆法系的民法思想有了深入了解的基础上，理解大陆法系的民法典以及各种民法制度就游刃有余了。

其次，本书的另一个特色，运用分析法学的方法论，对债权、物权以及侵权责任的具体民法制度进行了分析性的研究。尤其是在大陆法系相关民法原理的基础上，结合了当今我国民法制度发展，对农村土地承包经营权、附随义务、建筑物区分所有权、环境侵权行为、产品责任等新问题作出了有益的探讨。

从本书的具体内容来说，我们按照大陆法系传统的民法体例进行组织和安排，这就是说，本书的结构基本上是按照

民法典的结构安排的。首先，第一章“民法的法典化与民法本位的嬗变”和第二章“民法上的人与物”相对于传统民法的总则部分，这一部分包括了民法典的理性化的立法技术，民法的基本原则和本位思想的历史变迁、确立民事主体平等、自由的法律地位的意义以及作为民事法律关系客体的“物”的问题，等等。通过这一部分的研究，本书力图展示民法丰厚的历史文化底蕴，并表现了民法内在的一种终极人文关怀。

第三章“债权与物权的基本原理”涵盖了传统民法的两个主要领域，即债权与物权，由于篇幅的限制，本书不能对该领域的问题进行细节的探讨，而是抓住了几个主要问题，包括债权的本质问题，从债权的效力扩展看现代债法的发展趋势，我国目前学术界探讨热烈的农村土地承包经营权，和城市常见的建筑物区分所有权问题。通过这一章的内容，我们一方面揭示了现代民法的发展趋势，另一方面也说明了民法与社会生活发展的强烈的互动联系。

第四章“侵权责任的前沿问题”论述了我国目前比较突出的几个侵权责任问题，包括荣誉权是否可以作为侵权行为的对象、环境侵权对传统侵权行为法的挑战以及厘清产品责任的基本概念。有学者说，侵权行为法是现代民法新的“增长点”，我们的研究也力图表明这一点，即侵权行为法面对变动不安的社会生活，必须及时作出调整。

从上述的介绍可见，本书的内容是丰富的，研究的方法是具有特色的，覆盖的范围是广阔的，研究的程度是深入的，本书体现了作者们扎实深厚的学术积累，因此本书既是

一本研究性的著作，也可以作为法科学子有益的课外读物。我们相信本书的出版能够为安徽财经大学的民法学研究创造一个新的学术平台。

本书是一部合作作品，我们两位作者各自完成了本书一半（十多万字）的写作任务。具体来说，我们事先共同拟定大纲，对各自感兴趣并且觉得有创意的问题纳入了写作和研究的范围，然后相互讨论，形成观点，并最终落实为文字，最后进行统一的编排和审订。因此，本书是我们思想合作的结晶。

最后，我们感谢安徽财经大学为本书的出版提供了资助。

朱晓喆 唐启光

2004年10月27日

目 录

第一章 民法的法典化与民法本位的嬗变 1

第一节 近代民法法典化的理性精神 1

第二节 民法的权利本位与社会本位 23

第二章 民法上的“人”与“物” 41

第一节 民法上“自然人”的历史与 价值 41

第二节 人格、人格权与人格权法 88

第三节 大陆法系民法上的“物”与 物权客体 109

第三章 债权与物权的基本原理 123

第一节 债之关系的本质与债之效力的 扩张 123

第二节 债法上的附随义务 145

第三节 农村土地承包经营权的
新发展 160

第四节 建筑物区分所有权研究 199

第四章 侵权责任的前沿问题 231

第一节 荣誉权的质疑 231

第二节 环境侵权责任新探 246

第三节 产品责任若干概念的辨析 269

第一章

民法的法典化与 民法本位的嬗变

第一节 近代民法法典化的 理性精神

近代欧陆的资本主义国家在 18 到 19 世纪之间发生了两次民法法典化（codification）运动的浪潮，第一个阶段是 18 世纪在德意志的领土上诞生了近代的第一批民法典，这包括 1756 年的《巴伐利亚民法典》、1794 年的《普鲁士一般邦法》以及 1811 年的《奥地利民法典》，由于它们深受 17 世纪以来的自然法理念的影响，所以这批法典就被称为“自然法典”。第二个阶段是从 1804 年的《拿破仑民法典》开始，随着拿破仑的征服而把法典化的理念散布到欧洲的每个角落，各个资本

主义国家在 19 世纪先后颁布了民法典，主要包括 1838 年的《荷兰民法典》、1865 年的《意大利民法典》、1867 年的《葡萄牙民法典》、1881 年的《瑞士债法典》、1889 年的《西班牙民法典》以及 1895 年的《德国民法典》。由于 18、19 世纪理性主义（rationalism）是欧洲大陆占主导地位的哲学思潮，所以这两个阶段的民法典都体现了若干理性主义的特征，德国学者维亚克认为 18 世纪的自然法典和 19 世纪的资产阶级民法典都受到启蒙运动的影响，所以把它们都称为“理性法”。^① 比较而言，19 世纪的民法典无论在社会历史背景还是在立法技术方面，都比 18 世纪的自然法典理性化的程度要略高一筹，所以笔者主要对 19 世纪民法法典化的理性主义哲学背景以及理性化的立法技术作一番研究。

一、民法典的理性主义哲学基础

理性主义与 19 世纪民法法典化的联系，可以从如下两个方面进行分析：（1）从宏观的视角来看，民法法典化最重要的思想背景是 18 世纪以来的启蒙哲学，制定民法典这一行为本身就说明了理性主义哲学是民法法典化的基本观念预设；（2）从微观的视角来看，民法典的立法技术运用了理性主义哲学家常常使用的演绎、分析和体系化等方法，不论是具体的法典条文还是民法典的整体结构都经过起草人的精心设计，处处体现了理性主义的建构特征。

本节首先来考察第一个方面。我们首先要对理性主义作一番界定。简言之，理性主义作为一种世界观和方法论，就是把一切知识和真理的标准确定为“理性”（reason）而不是启示或权威，并且认为科学的标准就是使知识达到一种可以类比于数学的精确性。^② 这种意义上的理性主义具有如下几方面的内涵：（1）从认识的主体来说，

^① See Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe, With Particular Reference to Germany*, translated by Tony Weir, Clarendon Press, 1995, pp. 257—275.

^② 参见〔美〕梯利：《西方哲学史》，伍德增补，葛力译，商务印书馆 2000 年版，第 283—284 页。

理性主义者认为一切认知活动的起点都是“人”，人是认识的主体，外部世界是客体，并且人的“理性”保证了人类获取的知识具有客观性和真实性，因此一切科学知识和社会制度的合理性、合法性的尺度就是“理性”，正如启蒙运动号召的那样：任何事物都要站在理性的法庭面前接受审判。（2）从认识的对象来说，理性主义者相信客观世界充满了必然的因果联系，一个有序的体系和结构隐藏在纷乱的表面现象之下，^①换言之，客观世界存在着必然的、普遍的规律。（3）从认识的方法来说，理性主义者认为数学的方法是一切科学的楷模，在笛卡尔看来，数学的方法就是从公理和自明的原则开始，以这种原则为出发点进行推理，如果推理在逻辑上是正确无误的，那么如此演绎出来的结论和命题就会同原则一样确实。^②

根据上述对理性主义的界定，笔者认为理性主义思维方式贯穿在整个 19 世纪的民法法典化运动中。

（1）从民法典的创制上来说，法典化的一个基本预设就是一切法律都根源于人类自身的理性。理性主义使民法典的立法者对自身的认知能力充满了信心，他们相信对所有的民事法律关系有绝对的认识能力，即使是完全摧毁了旧制度（Old Regime），也可以在几个理性和抽象的原则上一举重建新的民法制度。尽管《拿破仑民法典》的起草人之一波塔利斯（Portalis）一再告诫人们切勿以为民法典可以一劳永逸地解决所有可能需要法律调整的社会关系，立法者的预见能力总是有限的，但是制定民法典这件事情本身就说明了那个时代的人们与过去、与旧制度决裂的决心和热情。

美国学者詹姆斯·高德利（James Gordley）认为，《拿破仑民法典》具体的内容和规则大部分来源于中世纪的罗马法和法国的习惯

① 参见〔英〕约翰·科廷汉：《理性主义者》，江怡译，辽宁教育出版社 1998 年版，第 10 页。

② 参见〔美〕梯利：《西方哲学史》，伍德增补，葛力译，商务印书馆 2000 年版，第 308 页。

法，它无法斩断与旧制度千丝万缕的联系，其创新之处大可质疑。^①但高德利忽视了民法典的编纂与法国旧王朝的法律汇编的不同之处：以前的法律汇编只是搜集整理习惯法和王室的法令，而根本没有立法者对未来进行规划的企图，而近代的民法典从根本上来说是面向未来而不是面向过去的，^②它反映了立法者的一个基本信念，即社会制度可以由人类的理性来规划和设计。只有认识到这一点，我们才能理解为什么哈耶克（Hayek，1899—1992）形容欧陆的法典化运动是一种建构主义的理性，因为法典化的哲学前提就是“人仅凭理性，就能够重构社会。”^③

（2）从民法典的目标来说，它要统一民族国家的整个民事法律体系，换言之，立法者相信通过一部大全的民法典，可以统辖所有的私法关系，并最终成为一个适用于全国的制度体系。^④这里隐含的理性主义认识论就是：对于自然科学来说，客观世界受制于一个巨大的因果链条，蕴涵着一个完美的自然秩序，科学家的任务就是要发现世界的客观规律，把握事物的秩序，这促使了法学家模仿自然科学家，企图证明人类的社会制度如同自然界一样存在着普遍必然的规律，法学家的任务就是要阐发那些制约着社会生活的基本法律原理。例如对

^① See James Gordley, "Myths of the Civil Code", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, 1994, pp. 459—505.

^② 近代民法典的这个特征也决定了它们与优士丁尼《民法大全》所体现的法典化观念不同，对于优士丁尼来说，编纂法典最主要的目的并不是为将来设计一幅法律生活的蓝图，而是为了总结过去的法律和法学发展的成就，由此我们才能理解为什么在法律史上把《民法大全》的颁布作为古罗马法学衰落的标志，正如萨维尼所说“只有在罗马法极度衰败之时，才会出现编纂这些法典的念头。”（〔德〕萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，第27页。）相反，近代民法的法典化却被赋予废除旧制度的意义，而更多地当作法学发展的一个新起点。

^③ 〔英〕哈耶克：《法律、立法与自由》（第1卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第5页、第181页。

^④ See Alexander Alvarez, "Dominant Legal Ideas in the First Half of the Century after the French Revolution", in *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, Rothman Reprints, Inc., New Jersey, 1969, pp. 12—13.

《拿破仑民法典》产生巨大影响的启蒙思想家孟德斯鸠（Montesquieu, 1689—1755）在《论法的精神》的开篇就指出：“从最广泛的意义来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系。……有一个根本理性存在着。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系，同时也是存在物彼此之间的关系。”^①

法兰克福学派思想家霍克海默（Horkheimer）和阿多诺（Adorno）指出启蒙哲学的思维前提是：客观世界“不是单个地，不完全地，仿佛偶然地被我们获知的，而是通过一种合理的连贯的统一方法被我们认识的”，启蒙运动的根本特征就是“总体性”，^②即客观事物之间存在着普遍的联系。民法典的制定者就是把这个观念当作法典化的前提：正是因为确信私法领域存在着普遍的原理和规律，才可能通过一个大全的法律体系涵盖所有的私法关系，把所有的私法规则一网打尽，从而排除了其他法律渊源的适用；并且由于这个私法体系反映了事物的普遍联系，它就可以被适用于其他国家乃至全世界，^③《拿破仑民法典》产生以后被世界上其他国家广泛地继受，这除了可以归功于拿破仑铁骑的力量之外，与民法典本身的普适性理念是分不开的。

（3）民法典的制定者对法律形式逻辑的追求，反映了一种数学化的思维倾向。理性主义者大多是机械论者，他们把自然科学的思维运用在社会历史领域，不仅认为自然界的规律可以通过数学得到精确

① [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1995年版，第1页。虽然孟德斯鸠著作的主要内容是阐述法律与自然状态、国家政体以及人民的生活方式之间的密切关系，因而部分地导致了法律相对主义的结论。但是从根本上来说，孟德斯鸠肯定了法律具有普遍的理性，他写道：“一般地说，法律，在它支配着地球上所有人民的场合，就是人类的理性。”同上书，第6—7页。

② [德] 霍克海默、阿多诺：《启蒙辩证法》，渠敬东、曹卫东译，上海人民出版社2003年版，第21—22页。

③ 伏尔泰相信道德世界的法则与自然规律一样具有普适性特征，各个民族对道德和法律的解释可能随环境的改变而有所不同，但它们的基础观念却是始终不易的。参见[德] 卡西勒：《启蒙哲学》，顾伟铭等译，山东人民出版社1996年版，第238—239页。

的计算和描述,而且人类社会的道德规则甚至是人类自身的灵魂和肉体都可以用数学的语言进行概括和总结、计算和预言。如启蒙思想家孔多塞(Condorcet, 1743—1794)指出“科学的最终目标是要使一切真理都服从于计算的精确性”,而达到这个方法就是数学,他盛赞数学语言“是目前仍然存在的唯一真正精确的、真正分析性的语言”,^①并且把它推广到一切观念领域,因此他相信道德科学和自然科学遵循相同的方法,都应该获得相同程度的精确性。孔多塞甚至发明了一种“社会数学”的方法论,运用数学的概率论来论证议会或法庭多数人决断的合理性。^②这个理想虽然没有在19世纪的民法典中完全地变成现实,但是对法律概念的精确性以及法律规则的形式合理性的要求,确实是法学家和立法者一直努力的目标,特别是19世纪后半叶德国的概念法学家认为,正如生物学、化学和物理学处理自然界的科学数据发现自然规律一样,法学也应该处理法律活动中的法律数据而确定和抽象法律的内在原则,^③由此可以最大程度地实现法律的精确性和逻辑上的完满自足。

二、民法典理性化的立法技术

(一) 原则的演绎与概念的分析

哲学家卡西勒指出,17世纪的哲学家采用的方法论主要是“演绎法”,18世纪的哲学家则偏好“分析法”,前者的特征是从一般的原理和命题出发,推论出其他原理和命题,而后者则是把一般的原理和命题解析为最基本的元素。虽然17、18世纪的哲学家对这两者各有偏重,但是近代的民法典却对二者并重。

① [法]孔多塞:《人类精神进步史表纲要》,何兆武、何冰译,三联书店1998年版,第152页。

② 参见[美]托马斯·汉金斯:《科学与启蒙运动》,任定成、张爱珍译,复旦大学出版社2000年版,第189页。

③ See John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 1985, p. 31.

首先我们考察一下演绎的方法对法国民法的影响。早在自然法时代,17世纪的法国法学家让·多马(Jean Domat, 1625—1696)曾经钻研过数学,对数学十分迷恋,和当时著名的数学家和哲学家帕斯卡(Pascal, 1623—1662)交往甚密,并自认为是“科学家”。他认为数学从几个简单确定的公理出发来演绎的方法值得法学效仿,他说:

在科学中,没有比掌握它们的第一原理(first principles)更为重要的事情了,……每一门科学的出发点都是确立其自身的原则并且仔细地考察它们,彻底地揭示出它们的真理和确定性,……它们可以作为其他所有细节问题所依赖的根基。为了理解奠定在法律基本原则之上的法律规则的特质及其稳定性,仔细思考法律原则是十分必要的。……法律的基本原则具有真理性,这种真理性比其他人性科学(human science)的原理更具感染力和说服力,这种真理性为每一个人所知晓并且同等地影响着每一个人的思想和灵魂、精神和理智。^①

根据多马的总结,法律上“自然的、永恒的公正原则”包括“每个人都不得伤害他人”,“每个人都应该获得归属于他的东西”,“每个人都必须诚实地订约,忠实地履约”,等等。民法上具体的概

^① Shael Herman and David Hoskins, “Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Consideration”, *Tulane Law Review*, Vol. 54, 1980, pp. 1008—1009.

念和规则正是建立在这些原则的基础上。^①多马的《自然秩序中的民法》一书的目的就是从民法的自然秩序出发，对民法的原则、规则和概念进行分类和排列，从而提高民法的明晰性。^②为了说明多马的方法论，我们可以拿笛卡尔在《方法谈》一书中的阐述来对照一下，笛卡尔说道：

我看到几何学家通常总是运用一长串十分简易的推理完成很艰难的证明。这些推理使我想像到，人所以能认识到的东西也都是像这样一个连着一个的，只要我们……遵守由此推彼的必然次序，就决不会有什么东西遥远到根本无法达到，隐蔽到根本发现不了。……要从最简单、最容易认识的东西开始。我考虑到古今一切寻求科学的真理的学者当中只有数学家能够找到一些证明，也就是一些确切明了的推理，于是毫不迟疑地决定就从他们所研讨的这些东西开始。……我从最简单、最一般的问题开始，所发现的每一个真理都是一条规则，可以用来进一步发现其他真理。^③

美国学者谢尔·赫尔曼（Shael Herman）在比较了笛卡尔和多马的思想之后禁不住怀疑：多马在写作《自然秩序中的民法》的时候

① 多马强调法律规则可以由简单的公理展开，除了受到17世纪的科学精神的影响，其实还吸取了16世纪人文主义法学家相信古典罗马法可以化简为几条理性原则的思想（参见〔葡〕叶士朋：《欧洲法学史导论》，吕平义译，中国政法大学出版社1998年版，第141页）。人文主义法学家的主要研究对象是《法学阶梯》，在《法学阶梯》的开篇就有“法律的基本原则：为人诚实，不损害别人，给予每个人他应得的部分。”（〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1996年版，第5页），多马强调的那几条法律原则类似于此，多马思想的历史渊源依稀可辨。

② See Shael Herman, “Legislative Management of History: Notes on the Philosophical Foundations of the Civil Code”, Tulane Law Review, Vol. 53, 1979, p. 388.

③ 〔法〕笛卡尔：《谈谈方法》，王太庆译，商务印书馆2000年版，第16—17页。