

民法基本制度的 反思和重构

王天雁 祁全明 刘颖 | 著

中国社会科学出版社

民法基本制度的 反思和重构

王天雁 祁全明 刘颖 | 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民法基本制度的反思和重构/王天雁, 祁全明著. —北京:
中国社会科学出版社, 2010. 12
ISBN 978-7-5004-9340-2

I. ①民… II. ①王… ②祁… III. ①民法—研究
IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 230158 号

责任编辑 储诚喜
责任校对 韩天炜
封面设计 格子工作室
技术编辑 王炳图

出版发行	中国社会科学出版社		
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号	邮 编	100720
电 话	010—84029450 (邮购)		
网 址	http://www.csspw.cn		
经 销	新华书店		
印 刷	北京新魏印刷厂	装 订	广增装订厂
版 次	2010 年 12 月第 1 版	印 次	2010 年 12 月第 1 次印刷
开 本	880×1230 1/32		
印 张	8.625	插 页	2
字 数	218 千字		
定 价	28.00 元		

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

前 言

在现代社会中，民法作为私法的基础，正面临着诸多来自社会现实和制度扩张的挑战。无论在民法体系化方面，还是财产法和家庭法领域；无论在立法层面，还是司法实践层面，传统民法都面临着制度扩张所带来的概念模糊化和体系紊乱的困境。但这种困境，既是对传统民法的挑战，又为整合和重构民法制度提供了新的机遇，也为传统民法的脱胎换骨带来了良机。本书以此为线索，对传统民法的若干制度进行解剖，立足于中国的立法和司法实践，试图为民法制度的现代化和本土化提供若干可资参考的构建范本，以期对未来中国民法典的制定贡献应有的学术资源。

本书视角主要集中在以下几个方面：

第一，本书认为民法典的制定是具有深刻的罗马法基础的，中国民法典的制定应该在反思法典化的过程中，给予法典化谨慎的选择，即或以法典化来发展我国民法，亦应该给予包括人格权在内的其他权利应有的地位。

第二，本书认为经过现代化改造的用益权在现代用益物权体系中具有独特的价值，其以客体的广泛性（不限于不动产）解决了地上权和农使用权（永佃权）等仅以土地为客体的用益物权所不

能解决的物之有效利用问题。

第三，本书通过对相邻关系制度基本理论的梳理和各国立法例的考察，运用类型化方法构建新的相邻关系体系，以生存权理念为指导，以协作原则和“优势利益”原则为具体原则，为物权法的完善提供建议。

第四，本书认为侵权责任和责任保险具有各自不同的正义追求，两者的危机来源于对其自身功能的解释上的错位，未来侵权法和责任保险制度的发展必须回归其本来面目，方能彰显其各自的价值。

第五，面对信息技术，特别是数据库和多媒体对著作权法所带来的挑战，现代著作权应该基于分别保护的需要和作品个性差异的承认对现有作品类型进行重新整合。

第六，本书认为健全的婚姻是契约规范与伦理规范的均衡产物，而“第三者”的介入从根本上破坏了这种均衡。

目 录

前言	(1)
第一章 民法典的构造模式和人格权编	(1)
第一节 民法典的历史基础	(2)
第二节 民法典的构造模式	(12)
第三节 人格权与人格权编	(17)
第二章 用益权的现代化及用益物权体系的重构	(26)
第一节 用益权的源起	(27)
第二节 用益权的历史变迁	(32)
第三节 用益权的内涵、特征及价值分析	(36)
第四节 用益权在用益物权体系中的地位	(39)
第三章 《物权法》相邻关系制度的检讨和重构	(44)
第一节 相邻关系的基础理论与立法例考察	(46)
第二节 相邻关系的类型化研究	(67)

第三节	相邻关系的立法理念与处理原则	(90)
第四节	相邻关系立法检讨与建议	(100)
第四章	侵权责任和责任保险的反思与重构	(110)
第一节	侵权责任的运行机制:一种比较法上的 分析	(110)
第二节	责任保险的运行机制:原理和技术构造	(144)
第三节	困境和危机:侵权责任与责任保险的冲突	(162)
第四节	反思和重构:侵权责任与责任保险的协调	(180)
第五章	著作权客体制度的反思和重构	(218)
第一节	问题的提出 ——两则典型案例引发的思考	(219)
第二节	困境和危机 ——现代著作权法客体制度的现实反思	(222)
第三节	守成和创新 ——著作权客体制度的未来出路	(237)
第六章	婚姻性质检讨	(242)
主要参考文献		(257)
后记		(268)

第一章

民法典的构造模式和人格权编

回眸历史，可以使我们更清楚地认识现实，展望未来，法律的变革更是如此。中国民法的发展，自《大清民律草案》到《中华民国民法典》，可以说，从诞生之日起，骨子里就渗透着德国法的精神，从理论渊源上，继之而来的苏联民法，又何尝不是德国法的复制品呢？因此，回溯民法变革的百年历史，我们发现中国民法的身体里流淌的无不是德国法潘得克吞体系的血液。只有正视这一点，我们才能清楚地认识到中国民法典制定的基础；也只有认清这个基础，我们才能从理论体系上，清晰地阐释人格权法在未来中国民法典中的地位。当然，制定民法典并不是民法变革的唯一途径，但“从德国法继受过来的这套概念、原则、制度和理论体系，已经成为中国法律传统和法律文化的重要组成部分”^①。这却是我们不能回避的现实。

^① 梁慧星：《关于制定中国民法典的思考》（上），《人民法院报》2002年2月5日。

第一节 民法典的历史基础

时至今日，私法的发展到处都有罗马法的影响。乃至任何法律研究都要追溯到罗马法才算是真正意义上的研究。尤其在大陆法系国家，自罗马法复兴以来，历经注释法学派和后注释法学派（又称评论法学派）的发展，经《法国民法典》对罗马法的继受继而传播，使罗马法获得了足够大的发展空间，《法国民法典》“不仅仅传播给欧洲的拉丁民族，而且其影响还遍及东欧、近东，中美和南美洲甚至北美的许多地区，另外一些欧洲国家——主要是德国——其法律发展长期受到《法国民法典》的影响”^①。尔后 1896 年的《德国民法典》的编纂历史更是对罗马法的一次大规模整理与继受。德国“不仅导致罗马法法律制度和概念的广泛继受，而且还促使法律思想的科学化，而如此规模的继受是其他民族所未曾经历的”^②。但是，对罗马法的继受与发展是否需要一部法典去巩固这种成果呢？而在此一部法典完成之后，法学是否如法典编纂前一样的繁荣呢？通过对罗马法历史上法学的两次繁荣兴盛的研究或许能帮助我们反思当前法典编纂的一些问题。

一 法学家解答权——罗马法的第一次兴盛

早期罗马法的有关法律资料都有专门的宗教僧侣—祭司来管

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社 2003 年版，第 53 页。

② 同上书，第 205 页。

理，并对其有垄断性的解释权。公元前 451 年《十二表法》的公布打破了僧侣对法律资料的垄断，民众得以了解一般法律规则。但是法学的解释却依然由僧侣垄断着。公元前 304 年，为贵族法学家文书和奴隶的聂恩·弗拉维（Gneo Flavio）将其主人掌握的诉讼篇和一部分私法规范偷出，并公之于众，首次打破了神官和贵族阶层对法律知识的垄断，由此，人们将这一些书称为《弗拉维市民法》；公元前 254 年，祭司长提比留·柯隆加尼（Tiberius Coruncanius）公开讲授法律。随后便出现了许多的世俗法学家，其中布布思·穆齐、鸠尼·布鲁图和马尔库·马可留奠定了市民法的基础；而库伊特·穆齐·斯凯沃拉则是第一位系统论述市民法学的人，并提出了市民法的基本分类，包括继承、人法、物法和债法。但是他们的解答没有法律约束力。及至哈德良时代，法学家人才辈出，罗马法由此走向了古典法的繁荣发展阶段，并形成两大学派：一是由阿持尤·卡比多（Ateius capito）所创立的学派，其后继者即为萨宾，又称萨宾学派；一是由安迪斯蒂·拉贝奥（Antistius labeo）所创立的学派，其后继者为普罗库勒（Proculus），又称普罗库勒学派。其中萨宾学派由于卡比多“崇奉帝制，趋于保守，服从威权”而代表了贵族阶层的意志，较为接近长官意志，是官僚化的学派；而普罗库勒学派由于拉比奥“为共和党人，具有卓识天资，富革命性”^①，更为关注社会下层民众的利益，较为自由和独立。由于这种学派的兴起和法学家解答的兴盛，使罗马法学在公元 2 世纪到公元 3 世纪出现了空前的繁荣。但是，由于公元 1 世纪后君主开始授予了一些优秀法学家以“公开解答权”（又称为“经过君主批准的解答权”），

^① 丘汉平：《罗马法》，中国方正出版社 2004 年版，第 24 页。

使他们对某些法律问题发表意见，其中包括对法律适用的解答和顾问意见，以及对诉讼当事人的一种指导，从而在一定程度上影响了司法审判的实践。最初获得此解答权的则是萨宾（又译萨比努斯 Masurus Sabinus）。由此造成了法学家的解答一方面具有法律上的效力，对法律的适用有重大意义，但在另一方面也就失去了原有的那种活力，变成了一种官方性质的解答。及至后来五大法学家，即乌尔比安、帕比尼安、保罗、盖尤斯和莫德斯提努斯的出现，使法学家的解答更加失去了原有的那种对法学的推动和发展作用。公元 426 年，东罗马皇帝可比西二世与西罗马皇帝瓦伦丁尼安三世颁布了《引证法》（又名《援引法》），明确规定了只有五大法学家的解释才有效力，同时他们引证过的人的解释也有效力；如果五人意见有分歧，则以多数人的意见为主，如果不同意见的人数相等，以帕比尼安的为准；但是如果帕比尼安没有发表意见，则审判人员可以根据自己的意见来决定。由此便确定了法学家解释的最终法律效力。尽管在形式上没有确立一部法典将这些解答予以汇编（实际上以后查士丁尼的《国法大全》皆取材于法学家的著述），但在实质上却使法学家的解答起到了成文法典的作用，从而使公元 3 世纪以后罗马法的发展陷入了低潮和衰微时代。

二 查士丁尼《国法大全》——罗马法的第二次勃兴

公元 527 年，查士丁尼继位东罗马帝国皇帝，次年（公元 528 年）便任命一个由十名法律专家组成的编纂委员会，于 529 年 4 月 7 日颁布了《敕令汇编》（又称《查士丁尼法典》）；公元 530 年，查士丁尼又任命以当时司法大臣特里波尼安（Tribonianus）为首的专门委员会，编辑“能够保存古典法精华并且能够为当时所实行的法提供说明的《学

说汇纂》”^①，并于公元 533 年颁布施行；公元 533 年，查士丁尼又以盖尤斯的《法学阶梯》为蓝本，编著《查士丁尼法学阶梯》，作为法学教科书，同时具有法律效力；公元 534 年到 565 年，查士丁尼又颁布许多谕令，但没有在他身前得以汇编，后来法学家将其汇编，称为《查士丁尼新律》。《查士丁尼法典》、《法学阶梯》、《学说汇纂》、《查士丁尼新律》共同构成了《查士丁尼国法大全》。它是对经历了几百年的罗马私法的总结和汇编，使罗马法又创造了一次辉煌，也对近代公、私法的划分有巨大意义，同时也为近代民法典的编纂提供了基本模式。

但是，我们也应看到，在《国法大全》之后，罗马法便又一次失去了它的创新精神；不再具有那种往日的辉煌。《国法大全》“不过是对罗马法律的历史总结，标志着罗马法律发展的终结”^②，尽管罗马法的衰微有其他经济、社会的诸多原因，但是无疑《国法大全》的形成在根本上阻碍了法学发展所应有的那种自由和宽松的社会政治环境。其实，这一点早在公元 4 世纪五大法学家的出现即已有了征兆，而《国法大全》只不过是借助于君主的权力在形式上使法学家的零散、矛盾的解释变为了一种更为正式化、合理化的官方文本，赋予了它一种更高的效力而已，而这却加剧了对法学发展的阻隔。很明显，在五大法学家及公元 426 年的《引证法》之后，还有个别著名法学家，如狄奥菲尔（Theophilus）、多罗特（Dorotheus）等人，但在《国法大全》之后，直到 11 世纪罗马法复兴，可以说是罗

① [英] 巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社 2000 年版，第 38 页。

② 江平、米健：《罗马法基础》（第 3 版），中国政法大学出版社 2004 年版，第 30 页。

马法的“黑暗时代”。^①

三 法典化的反思

查士丁尼《国法大全》虽然终结了罗马法的发展，但却为一千多年后民法的法典化提供了基本的理论构架和编纂体例。“我们都不否认当时的法律已经有法律形式主义的特征，立法者试图用浅显的理性知识去把握法律规模。”^②因此，《国法大全》也就具有法律形式主义理性的特征。“形式理性意味着，法律以其自以为合理的制度存在着，但法律本身却不是目的。法律程序和法律规范，只不过是社会的工具，它们与法律的目的有着紧密的联系。”^③

正是这种形式主义理性的特征，使得法学家解答权和《国法大全》具有一定的权威性、稳定性，进而阻碍了法学的发展，而这一形式主义理性在罗马法复兴后，经历了自然法学派理性主义的宣扬，“使人们相信法律可以建立在理性的基础上，这种理性的动机导致了法律变革，导致了理性与民法传统结盟，促成了官方编纂法典”^④。由此，继罗马法《国法大全》之后，又形成了两次民法典编纂高潮：一次是19世纪继受罗马法而来的1804年《法国民法典》和1896年的《德国民法典》；另一次是1912年的《瑞士民法典》，1942年的《意大利民法

① 江平、米健：《罗马法基础》（第3版），中国政法大学出版社2004年版，第31页。

② 冯乐坤：《从绝对理性到相对理性——民法法典化的思路》，《现代法学》2003年第6期，第117页。

③ [美] 艾伦·沃森：《民法法系的演变与形成》，李静冰、姚新华译，中国法制出版社2005年版，第32页。

④ 同上书，第144页。

典》，以及 20 世纪 90 年代的《荷兰民法典》、《俄罗斯联邦民法典》和《越南民法典》。但是每一次的法典编纂，都有一场大的争论，都希望通过法典来实现某一目标或者理想，“不管其关于民法特定问题的规则如何，私法的大型编纂活动至少是高度政治化的工具，其意义在于它们总是追求着推动国内统一的目标。欧洲法制和政治史都一再反映了这一点。《拿破仑法典》是法国革命的皇冠，第一部《意大利民法典》则保佑了意大利的统一运动；《奥地利民法典》则至少在短时间内将奥地利和匈牙利连在了一起；希腊在庆祝其从奥斯曼帝国获得独立的同时，从其制定自己的民法典活动中确立了民族的同一性。就《德国民法典》而言，它是 1871 年德意志帝国建立后的直接后果，而在那里，直到 1899 年以前，只要旅行 100 公里，就很难不进入到另一个不同的私法体系”^①。但是事实证明，在法典体系化、稳定化以后，只有了对法典的解释，“几乎绝大部分的人类，在其民事制度因被纳入某种永久记录中而第一次使其具有外表的完善性时，就绝少有表示再加以改进的愿望”^②。以法典为中心而寻求那些曾经美好的、理想化的，而现在却被法典所固定或抛弃了的东西，因而也就增加了更多的失望。“其实，作为世俗社会规范的民法典来说，其主要功能还在于塑造日常生活，保证每个人都有合适的人类生存条件，无法担当起那么多的重托。我们需要民法典的合理动机根植于我们希冀通过民法典来表达我们最为基本的生活需求，我们对民法典的一切兴趣、困惑或期望都可以从这些最基本的生活诉求

① [德] 克里斯蒂·冯·巴尔：《欧洲：多部民法典的大陆，或者走向单一民法典的大陆》，张小义译，张新宝校，《法学家》2004 年第 1 期。

② [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第 14 页。

导引出来，而这流露出对自身命运的关怀。”^①当查士丁尼力图再一次用编纂法典的手段，去寻找昔日罗马的辉煌时，他失败了。当法兰西人民用法典去追求自由平等时，他们无奈地叹息了。因此，法典的形式理性特征使它本身具有了体系的完整性，但是也承载了更多不必要的东西，结果往往适得其反。

另一方面，当这种形式理性使得法典具备体系性和稳定性的时候，也就使它失去了对现实社会纷繁复杂局面的有效处理，从而丧失了其制定时的基础而变得多余。法学家解答权的君主确认，《国法大全》的编纂，都是对已有法律理论知识的归纳和汇编，很少有创新和发展，所以也就很难适应当时社会现实的需要，并由此造成了法学的衰落。“法典编纂则阻止了私法的自我发展——这是它真正的成长方式——当然，立法者可以制定法典，但国民的正义标准将比法典的静止规则更为强大，将不断地在规则外寻找到自己的道路。因为法律是习惯，立法者就不能对之加以处置，立法者应尽可能少地对之干预，断然不能整体地将之编纂为法典，尤其在习惯是不断地生长的条件下，则将全部习惯套入僵硬的、坚固的规则中去必定会粗暴地干涉这种生长。”^②这恐怕是当时查士丁尼编纂《国法大全》时所没有预想到的吧。况且，这种简单的编纂并没有多少科学性、超前性，而当出现新情况时，又不能对其进行迅速地、有效地变动、修改，使得法学的发展举步维艰，更不要说创新与发展了。“社会的发展和复杂化，就需要不断地制定法律规范，调整社会关系，解决可能滋生的法律问题。因此民法

^① 肖厚国：《民法法典化的价值、模式与学理》，《现代法学》2001年第2期，第15页。

^② 徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》（增订本），中国政法大学出版社2004年版，第256页。

典制定之后，社会发展导致的对民法典的补充和修正的法规，在现代社会已远远超过了民法典本身；甚至可以说民法典已沦为补充单行法规之不足的地位。传统民法典的一些内容已经过时，许多内容已经被大量单行的法规所肢解（或替代）。”^①

四 中国民法的法典化

法典化的浪潮已经席卷了人类三次，那么对于法典化的上述反思是否有利于我们去反思我国的民法法典化问题呢？

（一）我们法典化的理论基础是否具备？

“罗马法以来的私法传统证明，民法的成就，离不开成熟的学术研究背景。”^②《国法大全》的编纂是以罗马法几百年自由发展为前提的，有丰富的理论和众多的学说去支撑整部法典；法国、德国等诸多国家编纂法典也有其历史传统，更为重要的是对罗马法的深入研究和整理，进而吸收，化为己有。正如萨维尼在《论立法与法学的当代使命》中指出的“培根主张应当制定一部法典的时代，必当在智能上超越此前的一切时代，因而，一个必然的结论乃是，其立法能力必定于其他时代所阙如，因而，应当认为这一时代在其他方面亦且具有高度修养”^③。而我们呢？我们没有私法传统和私法文化，也没有足够的时间和精力去研究整理庞杂的民法体系，我们凭什么编纂？面对着完全“舶来”的产品，我们现在只有抓紧时间去整理、

① 高富平：《民法法典化的回顾》，《华东政法学院学报》1999年第2期，第24页。

② 肖厚国：《民法法典化的价值、模式与学理》，《现代法学》2001年第2期，第15页。

③ [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《论当代立法学和法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，第35页。

研究、吸收尔后转化为自己的东西，而不是急于求成地去创新。

（二）我们的民法典是否被赋予了过多的期望？

任何民法典仅仅是对个人权利的一种保护和对个人生活欲求的满足，并不能承受如此之外的东西。《国法大全》和《法国民法典》的结局已使我们明白了过多赋予民法典功能的后果。但是我们的民法典却要与法、德民法典相媲美，将民法典视为依法治国的界牌标志，视为改造现行体系的形式理性文本，视为社会主义法律体系完善的标志等；^① 我们的民法典不仅承载了个人的和市民社会的基本欲求，也承载了过多的政治任务；这样的民法典又能在多大程度上满足人的基本欲求？又如何保障个人的基本权利呢？所以“滥觞于19世纪的法典主义不一定已近黄昏，但民法典在经过20世纪和特别民法的反复纠缠，如果还不能在功能定位上理清楚，走进21世纪，可能就只是一堆短烂朝报，这时还不如解构为一个个政策理念清晰的单行法，对判断者和被规范者而言，同样随手上网检索可得，而更为适用”。^②

（三）我们法典化的结果会是什么？

我们说《国法大会》的编纂终结了罗马法的发展，使法学家的解答和学说变成了法律条文。这两者之间有一个前提与结果的关系，但是我们具备终结的前提吗？中国社会一直没有形成传统的私法文化，即使有法律文化的形成与发展，也是在官方意识形态上的，并不像罗马社会那样有广泛的社会基础。因

① 郭振民：《中国民法法典化检讨》，《河北法学》2004年第6期，第32页。

② 苏永钦：《民事财产法在新世纪面临的挑战》，《人大法律评论》2001年第1期，第214页。