

中国人民大学民商事法律科学研究中心
最高人民法院中国应用法学研究所

• 主 办

侵权法评论

2

2004年第2辑

总第4辑

TORT LAW REVIEW

◆ 主 编 张新宝

◆ 本期要目

【专论】

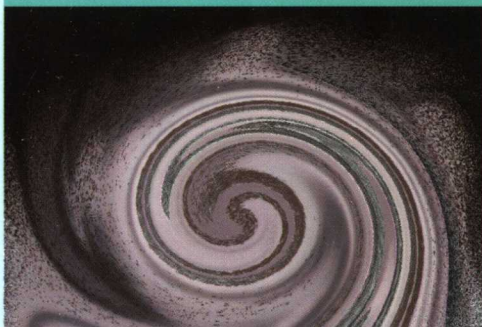
- 侵权法一般条款存在论
刘生亮

【争鸣与评论】

- 违约精神损害赔偿的理论分析及其类型化
陈雪强
- 受害人同意的效力基础
杨雄文

【案例评析】

- 最高人民法院公布的典型侵权百案类评（续/2003）
张新宝



人民法院出版社

2004年第2辑(总第4辑)

侵权法评论

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
最高人民法院中国应用法学研究所

张新宝 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵权法评论. 2004 年. 第 2 辑: 总第 4 辑 / 张新宝主编.
北京: 人民法院出版社, 2005. 4
ISBN 7-80217-008-7

I. 侵… II. 张… III. 侵权行为-民法-中国-文集 IV. D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 031558 号

侵权法评论(2004 年第 2 辑·总第 4 辑)

张新宝 主编

责任编辑 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250566(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 228 千字

印 张 13.125

版 次 2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-008-7/D·008

定 价 23.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与出版社联系调换)

《侵权法评论》

编辑委员会

主 任 王利明

副 主 任 曹三明

委 员 (以姓名汉语拼音为序)

曹三明 蒋志培 金俊银 李 凡 刘士国

王利明 吴汉东 杨洪逵 杨立新 姚 辉

俞灵雨 于 敏 张新宝 张正新

主 编 张新宝

编辑部主任 程 啸

联 系 地 址 北京中关村大街中国人民大学贤进楼 7 层
(100872)

目 录

【专论】

侵权法一般条款存在论…………… 刘生亮 (1)

【争鸣与评论】

违约精神损害赔偿的理论分析及

其类型化…………… 陈雪强 (29)

知识产权侵权行为归责原则研究…………… 姚欢庆 (43)

知识产权共同侵权问题研究…………… 杜传杰 (53)

受害人同意的效力基础…………… 杨雄文 (65)

【案例评析】

最高人民法院公布的典型侵权百案类评

(续/2003) …………… 张新宝 (76)

【法律与司法解释评析】

道路交通事故责任限额与保险公司的

赔偿责任

——对《中华人民共和国道路交通

安全法》第76条的解析…………… 应秀良 (105)

安全保障义务

——解读《最高人民法院关于审理人

身损害赔偿案件适用法律若干问

题的解释》第6条 …………… 张成雷 (117)

【法官论坛】

三大理念与环境侵权 …… 马荣春 王和明 (138)

证券内幕交易中的民事侵权

赔偿问题探析 …………… 华 锋 (152)

雇工致害行为归责研究 …………… 滕 威 (169)

【域外侵权法】

侵权法的统一：关于“不当性”的比较法

研究结论 … Helmut Koziol 著 张新宝译 (181)

法国法上无生物责任法则的生成

与发展 …………… 程 啸 (190)

侵权法一般条款存在论

刘生亮*

一、问题与方法

民法典的制订对于当代中国无疑具有宏大叙事的意义，而任何的宏大叙事无不靠微观的表达，立法场域内以立法技术的运用为宗旨的思路更具实践理性。模式之争也好，主义论战也罢，这种在宏观体例上的检讨充其量提醒人们注意民法典的形式理性而具有形而上的意义。重要的毋宁是民法法典化过程中如何在形式理性与实践理性之间实现科学的整合。

侵权行为在传统法中也属于一种“宏大叙事”，它不只是民法典其他部分的附件，而是一个可以而且必须独立发展的赔偿制度。现有各国民法典几乎都是在不过十条、数十条的空间里，构筑了以一当十、不变应万变的法律框架。以侵权行为一般条款构建单一的侵权行为概念，作为大陆法系侵权行为法的目标一直在实践着。这种努力具体表达为成文法中关于侵权行为的高度抽象和概括的条文之中。^①与此同时，另一种思路，即以三组不同的侵权性理论对行为进行类型化的侵权行为立法模式也表达于范

* 中国人民大学民商法学博士研究生。本文系中国人民大学法学院姚辉教授主持的2002年度教育部“优秀青年教师资助计划”项目《中国侵权行为法理论与实务研究》（项目编号：12201400）的中期成果之一。

① 姚辉：《法典化的趋同与鸿沟》，载《法学杂志》，2004年第2期。

式民法典之中。^①

人类生活与立法经验给我们提供了丰富的法知识,当我们制定属于我们的民法典进而构建侵权行为法立法模式的时候决不能背离和忽视前人所遗留下来的这些滋养,因为尽管作为“地方性知识”的法有其独特性的一面,但同时也作为“科学知识”的法无疑有具有普适性一面,尤其当剔除了民族的、宗教的、伦理的等纯粹主观性因素之外,作为法科学重要组成部分的立法技术及其立法技术背后的决定因素的考量方法的普适性更具借鉴意义。这种认识并不意味着当我们在建构侵权法立法模式的时候只是进行单纯的“知识考古”工作,尽管这种对“地方性知识”和“普适性知识”的考古是必须的。重要的毋宁是将通过这种两方面的“考古”工作所体认到的立法前见以及这种前见所决定了的相应立法技术运用于我们的立法前见,从而制定一部属于我们的科学的侵权行为法而非“噩梦”。^②

在侵权法的制定过程中,第一个重要的问题就是要确定选择怎样的立法模式,从而选择相应的立法技术,进而构建整个侵权法的立法体系。当“一般条款”作为立法技术已经为学界普遍接受并在相应的立法草案中得以运用的背景下,考察范式民法典中是否以及如何运用一般条款立法技术的前见,并以此为基点厘清我们运用该立法技术构建侵权法时的前见无疑具有重要意义。本文正是以此为思考路径展开对侵权法制定中关于“一般条款”问题的考察的。^③

(一) 存在的问题

1. 问题

在中国民法法典化、现代化之路上,学者提出了“侵权行为法的一般条款”问题,并主张中国侵权行为法立法模式的选择应当采用“法国一般条款模式+英美侵权行为法列举模式”的混合模式,^④进而又提出了全面的一般

① 典型代表为《德国民法典》第823条和第826条。应当指出的是,德国民法典侵权法立法模式的归属在学界不无疑问,主流学说将其归入列举式的立法模式,而笔者倾向于将其归入一般条款与类型化相结合的立法模式。

② 这种“立法前见”的思考模式参考了王轶博士的文章。“噩梦”之说来源于《埃塞俄比亚民法典》的制定,学界将其认为“比较法学家的快事埃塞俄比亚人民的噩梦”,见徐国栋教授为《埃塞俄比亚民法典》中译本所作序言。

③ 通说认为,一般条款式是法国学者多玛在其著名的《自然秩序下的私法》中创设的。

④ 张新宝:《侵权行为法的一般条款》,载《法学研究》2001年第4期,第42~54页。

条款+全面列举的侵权行为法立法模式。^①

所谓“侵权行为法的一般条款”，一种观点认为，是指在成文法中居于核心地位的，成为一切侵权请求权之基础的法律规范。所有基于侵权行为的请求都有符合这一条文，也就是说，这是一个国家民法典调整的侵权行为的全部请求权的请求基础。侵权法的一般条款决定了侵权行为法的基本框架和主要内容，侵权法各个部分实际上都是这个条文合乎逻辑地展开，都能在这个条款中找到它的基础。^② 另一种观点认为，侵权行为法的一般条款是指概括一般侵权行为的特点和构成要件的侵权行为法条款，它将一般侵权行为的基本构成要件和基本特征进行概括，作为一般侵权行为请求权的基础的条款。因此，侵权行为一般条款实际上是关于一般侵权行为的条款，是为自己的行为负责的侵权行为条款，是为过错或者违法行为所造成的损害承担责任的侵权行为条款，而不是概括所有的侵权行为及其请求权的条款。^③

从现有学术资料来看，学者们只是从立法模式的角度以及侵权法一般条款本体的角度来展开叙述的。对于侵权法一般条款所具有的功能也只是从请求权基础的角度加以论述。而对于侵权法一般条款在私法体系中的全面功能、范式民法典中关于侵权法立法模式的成因、侵权法一般条款本体的结构以及合乎逻辑的展开、侵权法一般条款的运行则鲜有涉及。而这些却是检讨侵权法一般条款无法回避的重要问题。

2. 属性

侵权法一般条款的问题属性究竟为何，学者们似乎是以一种实践形式来予以解答的，即都不言自明地将其界定为立法模式问题抑或立法体系问题，而问题的实质并非这样显而易见。

学者认为：“对任何一个民法问题的讨论都必须首先探究讨论对象的问题的属性，也就是首先应该判定我们研究的问题是属于民法上的事实判断问题、价值判断问题、解释选择问题还是具体的立法技术问题。因为离开了对于讨论对象问题属性的探究，就无法选择适当的方法，提出有效的论证。从这个意义上来讲，我们对于任何一个民法问题的讨论，都应该从一个特定的

① 张新宝：《侵权法立法模式：全面的一般条款+全面列举》，载《法学家》2003年第4期，第27～31页。

② 张新宝：《侵权行为法的一般条款》，载《法学研究》2001年第4期，第42～54页。

③ 杨立新：《论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式选择》，载《河南政法管理干部学院学报》2003年第1期，第3页。

理论预设出发,即所讨论的这个民法问题到底属于民法中的哪一种类型问题。”^①

至少目前来看,主张采用一般条款立法技术来构建我国的侵权法立法模式抑或立法体系学界已经达成共识,存有争论的只是表现在“如何运用一般条款的立法技术”。从法学方法角度审视,我们知道,任何立法技术的选择与运用决不是立法者想当然的结果,总有这样或那样的因素制约着立法者的抉择,这些因素,在法学方法上我们称之为立法前见。此时的问题就可以归结为:当我们选择一般条款立法技术来构建侵权法的时候(包括但不限于立法模式),我们的前见是什么?而通过对范式民法典中侵权法一般条款技术运用的前见的考察,无疑会对我们厘清自己的选择前见提供可资借鉴的思考路径。而本文的主旨就在于总结出这样的前见。

(二) 方法选择

1. 选择

上文我们已经指出,侵权法一般条款问题的元点在于我们是否以及如何运用侵权法的一般条款这个立法技术来制定侵权法。所以,“侵权行为法的一般条款”问题可以说既是立法模式问题也是立法技术问题。作为立法模式问题,我们需要探究以下两个方面:其一,各个国家在制定民法典的时候,选择不同的立法模式或不同的立法技术^②的背后原因是什么,即在面临多种选择的时候是如何作出取舍的,其前见是什么;其二,在选择了相应的立法模式后,是如何进行表达的,而这种表达不仅包括立法层面的体系建构,还应包括司法层面的实践,即各国的法官们是如何把生活世界通过和超越民法世界的。基于这样的理论预设,从这两个方面来展开对“侵权行为法的一般条款”的比较法研究将是合乎逻辑的选择。

在学理场域内,侵权法一般条款问题一开始就是作为侵权法立法模式问题抑或侵权法立法体系问题展开的。但“侵权行为法的一般条款”问题为什么主要是立法模式问题而非其他呢?学界对此鲜有论及。从方法上看,更多用了比较法的方法,而方法的选择是与问题的属性密切相连的。在选择比较的方法时,也主要围绕作为范式的《法国民法典》和《德国民法典》来展

① 王轶:《物权变动·体系化思考·民法原理》,载中国民商法律网。

② 这里的立法模式并非仅指侵权行为法的立法模式,从体系的角度考察我们知道,大到民法典的立法模式,小到债编的立法模式都会对侵权行为法的立法表达产生影响。

开，且在具体叙述时并没有厘清作为范式的法典为何选择了不同的立法模式，其背后的原因究竟为何？这样，比较法的弱点与局限昭然若揭。因为在运用比较法方法展开论述的时候是不能仅仅通过对法律文本的解读直接得出结论的，其所涉及的法律传统，法哲学基础，公法与私法的关系，立法与司法的关系都是有效的影响因素。同时，在众多的影响因素中怎样甄别哪些或者哪个因素是主要的或者决定性的因素也是问题的主要方面。欲制订 21 世纪的属于我们自己的民法典的时候仅仅采用拿来主义的作法显然欠缺方法上的妥当性。

2. 方法

(1) 比较法的力量与弱点

而作为立法模式问题，我们需要探究以下两个方面：其一，各个国家在制定民法典的时候，选择不同的立法模式或不同的立法技术的背后原因是什么，即在面临多种选择的时候是如何作出取舍的，其前见是什么；其二，在选择了相应的立法模式后，是如何进行表达的，而这种表达不仅包括立法层面的体系建构，还应包括司法层面的实践，即各国的法官们是如何把生活世界通过和超越民法世界的。按照张新宝教授的观点，侵权行为法的立法模式除了英美法“完全列举+过错侵权”的模式外，大陆法系的立法模式主要有德国（及其法系）的“递进列举”模式和法国（及其法系）的“一般条款”模式。^①毋庸置疑，法国民法典和德国民法典是大陆法系的两个楷模，就侵权行为法的立法模式选择而言，较晚近的民法典也都是在法国式或德国式之间作出选择，或者徘徊在二者之间选择一种折衷和平衡的模式。由此，我们把考察对象重点放在法国民法典和德国民法典上。基于这样的理论预设，从这两个方面来展开对“侵权行为法的一般条款”的比较法研究将是合乎逻辑的选择。

(2) 历史解释学

“实际上，各国民法典的表达不同是因为不同的国家和地区在进行民法典制定的时候，制约他们做出选择的前见是不一样的。也正是因为他们的前见不一样，决定了他们最后做出的选择是不同的。”^②同理，侵权行为法立法模式的选择也受到民法典制定的前见的制约。历史地形成了这样的法律表

① 张新宝：《侵权行为法的一般条款》，载《法学研究》2001年第4期，第42～54页。

② 王轶博士讲座，载中国民商法律网（<http://www.civillaw.com.cn>）法学前言讲座频道。

达,相应地,历史也提供了解释这些现存差异的答案,即必须通过历史阐释学的方法来研究一般条款的问题。基于此,通过历史之维的考察,以探究各国在制定民法典时候的前见,并分析哪些前见制约了侵权行为法立法模式的选择,从而为我国侵权行为法立法模式的建构提供可资借鉴的他山之石。

(3) 哲学解释学

在法系样式的分类上,勒内·达维在其《比较民法概论》中认为:“只有两条标准能够经得住一切批评,即意识形态标准(这是宗教、哲学、政治、经济和社会结构的产物)和法律技术标准。但法律技术的不同特征是第二位重要的,关键性的标准是哲学基础、正义观。”^① 盖其原因,诚如美国学者艾伦·沃森曾经指出的,由于民法法系对于哲学影响格外开放,才使得西方民法制度极具形式理性,而“形式理性意味着,法律以其自以为合理的制度形式存在着,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,它们与法律内在目的有着密切的联系。当论及法律的目的,法律的功能,法律如何运作的时候,这点必须牢记清楚。”^② 而当我们在探求《法国民法典》和《德国民法典》之立法前见的时候,“哲学基础”也第一个走近了我们的视野。

(4) 法社会学

我们又知道,“在每一个法典的后面,都存在着一个学派、一个法学家集体、乃至一个或几个著名的法学家”。^③ 正是依赖他们的思想和学说,推动着法律的传播,促进着法律的发展。实际上,很难说清是法典造就了法学流派、法学家,还是后者铸就了法典的辉煌。但无论如何,以法学家和法典为载体的法学传统注定要成为立法技术选择的前见。

社会经济条件也许是使立法或司法作出回应的最为直接的原因,尤其在侵权行为法方面,这种与社会经济生活密切相关的私法领域。不难想象,作为《法国民法典》侵权行为法全部核心的第1382~1386条,注定目睹了二百余年来法国社会经济的风霜与人世的苍凉。所以,在前见的考察时,我们不能无视社会经济条件对我们的指引。

每个国家在制定法律时都会遇到一个问题,即法律的设想与国家固有情

① 茨威格特、克茨:《比较法总论》,贵州人民出版社1992年版,第123页。

② 艾伦·沃森著:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第209~210页。

③ 参见谢怀栻:《大陆国家民法典研究》,载中国民商法律网。

况(国情)的关系。德国法学家萨维尼认为法和法律制度像语言和艺术一样都是各民族自身文化的体现,它是由内部力量推动,并非由立法者专断的意志来推动的。一个民族的文化不同于另一个民族的文化。每个社会的文化都有其独特性,它包含着其他社会所不具有的一些规范和价值。一个民族的文化积淀于其习惯之中,所以习惯对法有着重要的影响和制约作用。当然,《法国民法典》和《德国民法典》都不可避免地存在缺陷,但不可否认的是,两部法典在立法技术、法律体系、法典内容等诸方面取得了巨大成功,并推动了本国经济的发展,这便是立法者注重法典化与传统文化相结合的自然结果。^① 同样,在进行前见考察时,我们也无法抗拒各国民族传统对我们的吸引。

在下文的叙述中,笔者将尝试从存在论、功能论角度对一般条款问题进行考察,最后总结出范式民法典中运用一般条款技术的立法前见,从而为我国的侵权法立法模式抑或立法体系提供可资参考的素材。

二、侵权行为法一般条款存在论

民法法典化的表达时,针对不同的调整对象或为实现、协调不同的法律价值,立法者往往采用相应的立法技术或者立法模式,从而形成所谓的法典之“结构——功能”模式。从该视角来看,“在现代民法典中,存在着以法律概念、法条、法律规范、基本原则为构成元件的结构”。^② 这既是对法律调整需要的回应,也是人类长期立法、司法智识的总结。在法技术视野之中,即存有“法律的一般条款”。

所谓一般条款,通说认为,“是指一种抽象的原则性的规定,与那些规定具体情况的条文不同的是,法官可以把一般条款运用到各种具体案件中去,以解决他要解决的问题。”^③ 最著名的“一般条款”的表述是《德国民法典》关于诚实信用以及关于善良风俗和权利滥用禁止的规定。^④ 它们或者彰显法律的公平正义,或者演绎法律的道德底线,或者弥补法典的缺漏和技术上的缺陷,或者在法学家那里发展出新的法学理论,它们在实际起着一种社会安全阀的作用,使得民法典的一些僵硬的、严谨的条文在社会变化的

① 参见萨维尼:《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。

② 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1996年版,第347页。

③ 谢怀栻:《大陆国家民法典研究》,载中国民商法律网。

④ 参见《德国民法典》第138条第1款、第157条、第242条、第826条。

压力之下得以存续。^①《瑞士民法典》则较之《德国民法典》在更高的程度上运用了一般条款，即把诚实信用原则提高到整个民法的基本原则的地位。^②

“自 20 世纪下半叶始，一般条款的立法技术获得了特别的意义，这种一般条款，正如拉伦兹（Larenz）所强调的，为以判例发展法律规则以适应变化了的生活环境提供了可能……这些一般条款在其三种基本的样式——限制、调整和扩张——中，允许赋予封闭的立法系统一定的开放性，通过委托而不是立法者自己动手，授予法官对具体的法律关系的调整、行为标准或道德或社会行为的价值，在具体案件中为法律行为的当事人提取出限制的、矫正的、或补全的推论的能力，或提取出法律规范未曾规定过、但从这些标准和这些价值中延伸出来的附随的、从属的或手段性的义务的能力。”^③

我们的目标旨在检讨制定侵权行为法时是否以及如何运用一般条款立法技术的前见。尤其在“侵权法一般条款 = 侵权法立法模式”的公式中，检讨作为立法技术的一般条款在民法法典化过程中如何成为必要和可能，即其运用的基点何在，就成为我们必须进行的工作。从而考察作为立法技术的一般条款在民法法典化过程的表现形态亦应是题中应有之意。

（一）法典化与法的形式理性：一般条款的基点

出现在近代欧洲大陆的民法法典化运动，是一个法的形式理性继续推进的过程。法典化的实质是“追求一种具有普遍性、自治性、公共性和实在性的法律”，并且寻求在这种法律控制之下的司法。^④

在德国，历史法学派所关心的是如何才能达致法典自身的完备性。萨维尼认为，在理性法追求法的外在形式完美的理想破灭之后，存在着另一种意义上的完美，即像几何学“在每一个三角形中，均有其特定的已知条件，从此已知条件的关系中，必然可以推导出其余各边的数据”那样，“法律之每

① 关于一般条款的社会安全阀之功能的表述可参见：拉德布鲁赫：《法学导论》，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 71 页；茨威格特、克茨：《比较法总论》，贵州人民出版社 1992 年版，第 280 页；曲可伸主编：《世界十大著名法典评价》，湖北人民出版社，第 237 页。

② 参见《瑞士民法典》引言第 2 条。

③ 徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第 2 卷，中国法制出版社 2001 年版，第 271～272 页。

④ R.M. 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章等译，译林出版社 2001 年版，第 196 页。

一部分均各有其旨意所在，藉此，则其余部分益且昭然若揭：这些可被称为基本公理”。这种设想实际上提出了一个法的体系化的任务，即把分散的法律规则置于共同的上位概念之下，寻求它们共同遵从的逻辑，从而形成一个圆融自治、逻辑自足的权利规则体系。完成这一任务的困难在于，“对于这些公理进行厘别和区辨，从中推导出存在于一切法律概念和规则间的内在联系及其确切的亲和程度”。^①

在韦伯那里，事实与价值是能够得到区分的，在去除外在价值对个人行为可能的影响，使个人得以对自己之未来有计划地发挥所长，可预期个人行为之结果时，个别行动者之目的与意图始可充分受到尊重。依韦伯之见解，只有形式理性的法律体系始能达成此项目的。因为只有形式的法律体系，藉由一般抽象的规则以及意义的逻辑分析，不参酌外在实质的价值，个人之能力与机会始受保障，自我决定与个人自由方可促进。反之，若法律体系考虑政治上、伦理上或情感上的实质目的，该法律体系必偏向特殊个案的判决模式，而使个人无法预知法律问题之结果。因而，韦伯说，形式的正义对利害关系人的形式上法律利益给予最大自由的保障。形式正义与所有的威权、神权以及父权式权力都是不兼容的，因为形式正义减少个人对权威的恩宠及其权力的依恃。对拥有经济力之人以及想要打倒权威控制之人而言，非形式的正义代表的则是绝对独断恣意与主观不稳定的可能性。在韦伯的理论下，形式的理性无疑是保障个人自我发展，达成个人追求自我目的的重要方式。形式理性的法律，因其经由缜密的法律体系，一般化普遍的原则，以及法律意义的逻辑解释，不受任何外在实质价值（政治、伦理或宗教的规范）的干扰，因而极力促成法律的预测可能性，保障个人自由，间接促成西方资本主义之兴起。

韦伯在论述法律思想之类型时，开宗明义即将“理性”的法律，定义为法律命题及原则的一般化、法律规范的体系化以及自逻辑分析的方法阐释法律命题与社会行为的意义。这种形式理性的法律来自于罗马法以及优氏法典（Pandects）所呈现的成文法典化的法律体系。这种成文法所展现的高度形式理性，表现在该法律制度高度的体系化，以及充分遵循对法律规范本身以及法律规范与法律行为间关系的“意义的逻辑解释”上。

依韦伯之见，形式理性的法律遵循五项假设：（1）任何具体的法律判断

^① 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18页。

均系应用抽象的法律命题于具体的事实情况。(2)任何具体案例,均可依据法律逻辑,经由抽象的法律命题得出法律判断。(3)法律必须实际上建构成无漏洞的法律命题体系,或至少必须将法律体系视为无漏洞的体系。(4)任何无法以法律术语合理阐释的事物,均为法律上不相关的事物。(5)任何人类的社会行为必须均被视为法律命题的应用或执行,或被视为法律命题的违反,因为法律体系的“无漏洞性”,必然导致所有社会行为处在一个无漏洞的法律秩序,而为其所规范。韦伯认为,西方法律形式理性化的极至为欧陆法,尤其是德国法,而非英国的普通法。^①

在韦伯那里,不同法律体系有三项区别:首先,法律立法的方式可分为基于个别案件的特殊因素而作成判决的特殊个案模式,以及由一般化法律规则或原则加以规范的模式。其次,法律体系有的是基于意义的逻辑分析,有的则只考虑事实的外在特征,而非思维能力所能控制。最后,有的法秩序对法律的以及非法律的规范加以原则性的区分,有的则伦理道德与法律责任不分。

欧陆法继受罗马法,最重要的是经由法典化而保留罗马法的专门术语、概念化与类型化的立法技术。因而韦伯说,德国法继受罗马法重要的是罗马法的“理性形式”以及将诉讼行为交由理性训练的法律专家。^②

对建立法律体系化、概念化,一般化,及以意义的逻辑解释适用法律的“形式理性法律”,法律法典化实居于不可磨灭的地位。法典化运动,在早期普鲁士曾有失败的经验。^③19世纪后的法典,开始使用类推解释、习惯法及自然法等作为法典条文不备时的补充法源。法官适用法律,经由补充法源之应用,理论上乃可以完全依照“法典”。现代法典即以高度一般化及不确定法律概念之条款涵盖所有不可预知的事实情况。“法典”因而被视为权威的、体系的及全面性的法律规定。从而这种具有抽象一般化条款的法典,成为形式理性法律存在的前提。

① 参见陈聪富:《韦伯论形式理性之法律》,载我国台湾地区法学会网站。

② Weber, The Development of Bureaucracy, at 353. 转引自陈聪富:《韦伯论形式理性之法律》,载我国台湾地区法学会网站。

③ 例如普鲁士“土地法总则”法典,试图以详细的法条规范所有土地法律问题,不许法官扩张解释法律,不久即证明为失败。

(二) 从法学阶梯到潘德克吞：法律一般条款的生成与表达

尽管《①国民民法典》所确立的私法体系没有受到自然法体系的很大影响，^④但法国的自然法学者却多借助于《法学阶梯》的结构来表述自己的自然法体系。这种基于自然法思想的表述也表现于侵权法的立法上面。

学者们认为，自然法学在方法论上主要受到理性主义的方法论的影响，认为从最一般的规则，就可以根据逻辑推理而得到具体的法律规则。这样，法律规范在自然法学者的视野中，就呈现为一个严密的逻辑体系，按照从一般到具体，从种到属的形式逻辑结构而加以组织。从而自然法学者的方法论导致了法学对法的形式合理性问题的关注。^②

《德国民法典》所基于的潘德克吞体系，实际上是德国学者对自然法学方法论批判继受的产物，在这一过程中，既保留了自然法法学方法论形式理性的合理内涵，也确立了实在法的独立价值，从而使其兼具实践理性的品格。在侵权法的体系构建上，《德国民法典》并没有像《法国民法典》那样确立一个侵权法意义上、极具形式理性的一般条款，而是运用了一般条款的立法技术形式理性的一面同时兼顾了实践理性的特色，以有限一般条款的形式表达在法典之中。这种有限一般条款技术的运用结果相对《法国民法典》的全面一般条款而言具有了类型化的方法论意义。正是基于这样的理解，我们认为，《德国民法典》中的侵权法并非是列举式的侵权法立法模式，而是形式理性与实践理性兼容的立法体系。从私法体系的整体上来看，似乎侵权法的立法模式与其并没有直接的内在联系，但从立法技术的角度来看，一般条款式的立法技术在侵权法立法中的运用方式则确实受到了这种私法体系的影响，只是表现程度不同而已。正如上文我们已经叙述的，《法国民法典》的侵权法立法较多地受到了自然法思想的影响，但其整个私法体系则不是自然法方法论的产物，而《德国民法典》就其整个私法体系而言，强烈地受到了自然法方法论的影响，但其侵权法立法则是在批判继受自然法思想下形成的。

在纯粹的立法技术层面，我们也可以看到一般条款的历史轨迹：

1. 事实的抽象概括式表达

① 学者认为，由于法国较早地采用了《法学阶梯》的结构对私法进行体系化的处理，致使其私法体系的整体性上较少受到自然法思想的影响。参见薛军：《略论德国民法潘德克吞体系的形成》，载《中外法学》2003年第1期。

② 薛军：《略论德国民法潘德克吞体系的形成》，载《中外法学》2003年第1期。