

王泽鉴:德国民法的继受与台湾民法的发展 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_8E_8B_E6_B3_BD_E9_89_B4__c122_485928.htm “中国民法建设论坛”第三场 主办单位：中国政法大学比较法研究所ouml.hle（柯勒）、Jhering（耶林）、Windscheid（温德沙伊德）这些人以罗马法为基础所建立的德国私法学。日本的每一个法学家都深有造诣，以历史为基础。所以我们也希望，中德法学院的同仁们一方面要研究德国现代法，但是也要注意德国十九世纪普通法的法学基础，这是法学的根底。中国大陆也在翻译Flume（弗卢梅）的“民法通则”，Flume（弗卢梅）这部书的特色就是重新回到德国十九世纪最伟大法学中的普通法。我再讲一件事情，我在慕尼黑的时候，德国举办民事诉讼法年会，我也陪台湾的一个老师去参加。日本派京都大学的田中先生来参加，在当地找一下就有十一个日本民事诉讼法教授在德国进修。日本没有人到德国去念学位，都是做教授以后才去。所以我讲这个日本的故事就是说，临近的这个国家今天法学有这么昌盛，实际上就是建立在比较法的基础上的。接下来我要讲一个问题，就是关于德国法学教学研究的问题。台湾继受德国法，我想贵校也在研究德国法，但是重要的，不仅是要介绍它的理论、学说，更要落实于德国法的教学研究上面。我们知道德国在教学上有几个特色：一个是大学研究所的实例研习，一个是Seminar讨论会，一个是国家司法考试，一个是它的博士学位论文，另外一个就是教授论文。我觉得在德国研习最使我感到深刻的，也是最感到痛苦的，而且我觉得最需要引进的，就是德国的实例研习

，Uuml.bung就是说，大一进去的时候就出一个实例题，这个实例题通常是一页纸写了半页，事实很长。为什么事实很长呢？就是让我们区辨哪些事实跟法律有关，哪些事实跟法律无关，让你从大一开始就能够判断跟法律有关的事实和跟法律无关的事实。从大一开始，通班每一个人都在写，有一定的格式和方法。从大一到大四，一直在训练。我们当时台湾去的学生在台湾考试的时候都考一些测验题，什么叫有效时效，什么叫法律行为，离婚的理由有几种，就这些题。在德国，我们仿佛进入了另外一个世界。这个事情让我开始写一本书，就是“请求权基础”，我想这本书对了解德国法有帮助。我在德国餐厅吃饭的时候，或者在公园散步的时候，见到学法律的学生都抱着一本书，讨论问题的时候都说“请求权基础何在”，刚才我们说的理发时被割到的那个人，当他请求赔偿的时候，就问请求权基础何在？继受德国法，不是继受它的条文，不是单纯继受它法典的文字，而是继受它学习法律的方法。我回到台湾之后第二年，大概31岁，当上台湾当时最大的、最重要的大学的法律系主任。我自己亲身有这个经验，就开始在台湾引进德国的法律教学方法。所以，在台湾的大学，现在也有实例研习，就是要写实例题，要写报告，每一科，民法、刑法，都要写实例题。德国法学训练出的每一个法学家，都是从很细微的实例题研究出来的。他既懂得很多深奥的理论，也能处理很复杂的实例的案件，几乎没有例外。我在台湾引进实例题，然后还给研究所上课。我记得在德国研究所上课的时候，下学期要上什么课半年前就公布，学生去选，选课之后就写报告、作讨论。我目前在台大就这样实施，事先公布题目，学生要先写报告；写报告

之后，上课前一个礼拜，报告的题目要印给每一位同学；而且我们还要有另外一个同学来批判他，提出不同意见；报告完学习完你要重新根据大家的意见来再写一遍。所以我想台湾的法律学研究，Seminar，具有相当的程度，讨论是很扎实的。但是台湾在这方面还有很多的缺点，比如国家考试，在德国通常只出一个题目，在台湾要出四个题目，还不相关联。台湾的博士论文很少，质量不错，但是台湾没有德国那么多的注释书。总之说一句话，贵校在引进德国法的研究的时候，也要把德国法教学和研究的方法引进来，不能只是纯粹在学理上讨论。这是关于德国法研究教育的一个问题。另外我要讲的一个问题，就是德国法在台湾的继受。我分三个部分来讲：一个是立法继受，一个是学说继受，还有一个是实务继受。继受，德文说是Rezeption，是一个法律文化互相交流的现象。如果我们讲今天继受德国法，并不是说我们自己如何如何。我想，长期以来，继受都是法律文化交流的现象。美国继受英国法，德国继受罗马法，我们现在也继受不同国家的法律，我们也正是在文化交流。继受的过程通常有三种：立法的继受，学说的继受，但是更重要的是实务的继受。台湾或者说在早期中国大陆，是继受德国法。《大清民律》就请日本人起草，实际上也就是继受德国法。三十年代的中国民法立法，也就是现在台湾的所有重要的法律，包括民法、公司、票据，还有保险、著作权、商标、专利、民事诉讼、破产、强制执行等等，全部制定于1930年也就是民国十八年之后三五年间。在民国十八年之后几乎把所有重要的法律都制定了出来，这些法律在台湾目前仍继续实施，都没有中断。台湾法是以德国法为基础，台湾法是建立在德国法的

基础上。在台湾的时期，尤其是在1949年以后，它也是继续在继受德国法，比如消费者保护法中的定型化契约，或者是产品责任，或者1995的《公寓大厦管理条例》的区分所有权，这些当然是继受德国的法律比较多。民法的修正也一直参考德国的判例和立法技术的修正。所以几乎可以这样说，台湾的私法在立法上继受德国法已经将近有七八十年的历史。但是如果只是继受框架，你把条文写下来，翻译过来，那么这只是一个抄袭，没有什么大的意义。更重要的是学说继受。一个很提倡“学说继受”这个名词的人就是刚才我说到的北川善太郎，他因为写一本书而有名，是关于欧洲法律尤其是德国法律在日本的继受的，就是学说继受。什么意思呢？在明治维新之后，日本东大设了法国法、德国法跟英美法。本来是要采取法国法，后来因为德国的民法出来，就采取德国法，即《德国民法典》第一草案，所以日本的民法是物权在先。而台湾的民法采取《德国民法典》第二草案，债权在先。美国伟大的法学家Roscoe Pound说，英美法在征服世界的发展过程中，在一个地方打了败仗。哪里呢？在日本打了败仗。日本当然研究英美法很有成绩，甚至派人到英国。但是他们后来决定采法国民法，然后又决定接受德国民法，使得日本法学建立在德国法的基础上，其影响及于中国大陆，及于韩国，当然包括台湾在内。学说继受是说，一个法典或法条，要它的解释适用引进来，要参考德国的学说，要把学说理论引进来。我们可以说，贵校除了翻译德国民法典以外，也翻译德国教科书，这也是帮助继受德国，但是可能更重要的工作，应该用德国的学说理论来诠释现代中国民法典，或者《民法通则》，或者物权法，甚至是亲属继承法。用

德国的学说理论来诠释它们，建立它的概念跟体系。我觉得，德国民法要在中国大陆生根或者说发展，或者说要使法律科学化，不只是要把这种德国的法典或者教科书单独地引进来，??这些都很重要，但是很初步??，应该把它整理消化之后，用来诠释中国现有的法律，这一点才是所谓的学说继受。刚才我们提到，日本那个时候继受了德国法，也受法国法很大的影响，所以那个时候甚至有很多的条文是法国的条文，比如说侵权行为法比较受法国的影响。但是他们用德国的理论来诠释这些条文，使得日本的法学全盘德国化，就是说是用德国的法学、概念、体系来诠释日本法。所以我们有很多同仁到日本留学的时候，研究日本法不仅仅是了解日本的一些制度，我想同样要了解日本继受外国法的过程，尤其是如何将外国的法律日本化，他们有一个名称，就是“西洋法律的日本化”，那么我想这是学说继受。举几个例子。一个中国大陆的例子，讨论我们民法典里面应不应该有物权行为。物权行为是典型的德国的特征，如果说我们把德国的物权行为的理论引进到我们民法典来阐释我们的法律行为，那么这一点就是学说继受。我想将来各位研究德国法时一个很重要的任务，就是很有技巧地、很有方法地、而且还能够观察到本国法律需要地，将可采用的德国法也好、法国法也好、英美法也好移进到本国法来，这就是学说的继受。台湾在学说继受方面，我也举个例子。台湾民法第118条，说无权处分的时候效力未定。无权处分中的“处分”到底是什么意思啊？有一些争论。我们知道德国民法所谓处分就是Verf ü gung。德国法的两个核心的概念就是Verf ü gung，处分，以及Verpflichtung，负担。处分就包括物权行为或债权的让与；

负担就是债权行为，包括单独行为或者契约。台湾民法很早开始，就将处分跟负担加以区别而引进了台湾的法律里面，这就是对德国的学说继受。台湾就由此德国化，采取了德国的思考的方法。我再举一个例子。台湾现在制定民法典时发现这个问题：德国留学的人跟英美留学回来的人有一些不太一样。英美的人善于具体案例，比如说侵权行为他可能规定很多的侵权行为类型；但是德国法的训练在于，欧陆法从罗马法以来从Lex Aquilia从十二铜表法，一直发展到现在的侵权行为的法国民法典第1382条的概括条款、到德国民法第823条、瑞士民法第49条规定这样一种概括化、抽象化的能力。我觉得一个人要学法律，两个能力必须要有：一个是抽象中能够具体。“什么叫诚实信用原则？”这是抽象，但是能够把它具体化、类型化的训练是非常重要的。一个是能够将具体的事例原则化。让我们法律的思考来回于抽象跟具体之间。这种训练，我觉得对英美法的人很陌生。在英美法中，如果你的条文讲诚实信用，它比较困难。最近欧洲法要做一个contract law，它对于诚实信用原则是什么东西不能把握。但是欧陆法包括法国法、德国法、瑞士法的特色，就是概括条款。所以概括条款的类型化、具体化，是一个法律人的训练，也是法律发展上一个重要的制度。这方面，有一个例子可以说，是台湾以前的一个判决。租赁契约已经到期的，土地可以收回，但是到期后当事人没有立即做，过了几年再行使他的权利。法院说，你有权利，但经过长期间不行使，使他方相信你不再行使，你突为行使，陷他方于困境，你的权利行使违背诚实信用原则。我曾经在我的《民法学说与判例研究》里面讨论这个案例，给它一个名称，就是权利失效。

在这之前，台湾很少用这个权利失效。这是我个人在研究案例上的一点心得。我写那些书，一直在做一件事情。我一直认为，每一个法律的判决都有价值，每一个法院的判决都重要，即使它是三言两句，理由不太清楚，都没有关系。学者的任务、学说的目的，就是在含蕴有一个法律的原则的具体案例中，去发现它，去阐释它，用理论去构造它。这是我个人在研究法律的一个学习过程中一个体会。我们看到大陆很多同仁想要说，我们法院的判决，内容并不是很丰富，事情也很简单。但是每一个案子都是法律的生命，每一个案子都有它适用的法律原则，那么，应该去阐释它，去发现它。在这个阐释、发现含蕴每一个法律的原则之中，有三个东西非常重要：第一，是刚才我说的Rechtsgeschichte，法律史学；第二，案例的比较分析；第三，比较法。用比较法，让我们发现同样的东西，在别的地方、别的国家的法律有怎样的处理。透过Rechtsgeschichte法律史学，加上案例的比较分析，再加上比较法上的探求，从一个简单的案例就会发生一个法律的原则，使得法律具有生命。这是我个人在研究上的一点心得。举台湾的一个例子。台湾在民法上的发展，继受德国法，有一个地方非常重要。什么呢？就是契约上的义务群的建立。民法上责任的变迁，私法上责任的变迁，就是契约上义务的扩大。我们一般来讲义务主要是侵权法上的义务，就是注意义务，或是说duty of care。但是在契约上，人跟人之间开始接近的时候就产生很多义务群，即是说有Leitungspflicht给付义务以外，还有Nebenschuld从义务、附随义务，这个是德国契约法发展上最重要的概念，这就改变了整个德国私法的结构。于是我们说契约还没有订立之前，双方就有通知、

说明、照顾、保护、忠实的义务，这是所谓的先契约义务，建立了缔约上的过失。契约成立后，你也有照顾说明的义务，也就是契约中的附随义务。也就是基于诚实信用发生，建立了不完全给付的、债务不履行的损害赔偿，甚至我们原来每一个债的关系都有给付义务，基于附随义务的产生却发生了一个没有给付义务的债的关系。我看到大陆一般写文章，好像比较少谈到这个问题。接下来一个问题，牵扯到契约和侵权责任。在法国就比较少，因为他侵权行为广阔。在德国，因为侵权行为比较限制，那需要来帮助它区分。所以，了解每一个国家的法律制度，当然要以它本身的体系而为决定。所以这里我要特别最后介绍的一个制度，就是契约责任跟侵权责任。在我给各位资料中间呢，有一个很长的一段文字，提到“院长提议”。我给各位介绍台湾一个比较特殊的制度，台湾有个有个民刑庭总会，在最高法院里院长发现有问题的時候就会设一个案件，提出一个例子，来请大家公决。这里面有一个例子，A银行征信科员甲违背职务，故意勾结无资历之人，高估其信用而非法授以贷款至a受有损害，a银行是否得本于侵权行为诉请损害赔偿，有甲乙两说，之后把各种学说说出来。台湾跟中国大陆在继受德国法的过程中，要立法继受，要学说继受，但是更重要的是实务继受，就是法院继受它。台湾的最高法院在很久之前，差不多四十年前的时候，就作了一个重大的宣示，什么宣示呢？台湾民法第一条，民事依法律，没有法律依习惯，没有习惯依法理。最高法院说，比较法具有法理的地位，如果解释台湾一个法律条文有疑问的时候，可以以比较法作为参考资料。也就是说，将比较法作为一种法律解释的方法，这个使德国法律进

一步得到吸收。不仅是德国的，凡是比较法上的共通的东西，会作为法律解释的一个方法，就是说comparative law on the matter of interpretation。所以你看台湾的法院，都会引德国法怎么说，日本法怎么说，美国法怎么说来判决案子，判决偶尔也会夹几个英文在里面。这就是一个以比较法作为法律解释的方法。其次它也是说，台湾的法律，民法行政法，有所不备的时候，可以以比较法作为法律的补充。这并不是绝对，只是一个参考，也就是说，尽量采取一般国家所承认的共通的原则。我想这一点对台湾法律的开放继受，建立在比较法的基础上是一个很重要的发展。在契约责任跟侵权责任的竞合的上面，牵扯很多法系的问题。台湾开始的时候，接受法国的理论，法条竞合说，因为台湾有一位学者王伯琦先生，他是留法的，他也很有影响力，他一直在倡导。这里面又牵涉到一个问题，我留德，你留法，你留美，你留日，假设对日本的法律我比较熟悉，那么我思考想法多是用日本的来争论，希望多引进日本法，凡事依日本法解释，因为我比较熟，我认为它比较好。这种情形就造成很多问题。我昨天晚上读了米老师那本书，《出法入道》，就说比较法勉励各位同学，跨越民族的感情，跨越自己的限制。比较法让我们认识别人，比较法让我们知道有各种规范的可能性，比较法让我们知道某一种规范的可能性都受到他本法律体系的限制，比较法让我们知道自己的有限，也让我们学习谦卑，法律上的谦卑。台湾当时有两派，是采法条竞合说还是请求权竞合说，在发展上我自己做了一点贡献。我提到我自己有点不谦卑了，刚才说要谦卑，现在我就开始有点不谦卑。我说是想借此勉励德国回来的，或各国回来的都参与实例的研究，目

的在此。我回台湾第三年的时候，看到台湾法院当时的一个判决，采法条竞合说。有一个人在医疗中死亡，他的父母要请求侵权损害赔偿，法院就说你有契约，不能主张侵权损害赔偿。我就写了一篇文章，写我在德国学的请求权竞合说，说这个判决好像不太好等等。过了不久，当时台湾最高法院第一庭的庭长，那时候很有权威啊，写了封信给我，说，王某某，看到你写了这样一篇文章，我读了之后，觉得有考虑的价值。过了不久，他又写信给我，里面附一个判决，说，我们已经不采这个见解了，改采请求权竞合说。你看，当时我才三十岁多一点，当时台湾最高法院民庭第一庭的庭长，有一个人在批评他，他却不生气。要是一般人就生气得不得了，说你小孩子，不懂啊，批评我们，这个怎么怎么样。他很谦卑。后来我就和他成为好朋友。前一些日子他过世了，他的女儿是我学生，打了电话给我说，王老师，我是谁谁，我爸爸前些日子过世，爸爸过世前特别交待，他的告别式要请王某人讲几句话。我就感到前辈的风范跟宽容，他这么大的权威，让他改变他适用的法律原则。这里面我印了个资料，台湾最高法院作了个决议，来改变请求权竞合的理论。我觉得这个决议报告的内容可以看看。为什么可以看呢？报告里面也引德国的见解，引日本的学说，引法国的，分析比较。这也就是说，台湾的法学，包括台湾最高法院的判决，是建立在比较法上的，是开放的，让我们可以公开的辩论，选择不同规范的模式来适合本身的需要，来继续发展。这是我讲到实务的继受。所以我也希望中德法学院的同仁到德国，别的学院的同仁也是一样，所有念法律的人到其他的国家去，把他的学说理论引进来，适当的学说理论的建构，然后也

能够配合判例实务的发展，很谦卑地。以前我开始写的时候比较年轻，有时候批评判决都很不客气，说“此见解甚为不妥”。这样非常不好。现在，我慢慢念书多一点之后就感到自己的一点些微知识，都来自于别人对我的提示，所以，不管他做的如何，都要表示敬意表示感谢。写对方的判决，要以敬畏的心来讨论严肃的法律的问题。我现在继续讲下一个话题，德国民法的继受与台湾法学的发展。这里顺便提一下，很遗憾地，在台湾没有一个大学里面有罗马法的课程。我在台大的念书的时候，有一位留法的金??博士教我们读书。我们也读陈朝璧的书，那时候我们也读邱汉平的书。以后近乎四十年来，台湾没有罗马法的著作，也没有一篇罗马法的文章，我想这使得台湾的法学受到限制。我预期将来大陆的法学会有很大的成就，就是因为它建立在罗马法或者德国法或其他国家法律的比较之上，有一个历史基础根基的继续的发展。我在墨尼黑大学的时候，也听过一位罗马法伟大的学者库克（音）的罗马法的课，可是回来之后也没有继续研究，因为我不懂拉丁文。???先生写了一本书，就是《欧洲与罗马法》，它里面讲了一句话，就是说，罗马法的继受，使得德国的法律或法制或法学科学化。当年在大陆的中华民国国民政府开始决定采德国法之后，当时的六法，或者当时的法律，当然受到日本很多的影响，这已经奠定了中国法学科学化的基础。不管你喜欢不喜欢，但是确实它使中国的法学科学化。这在台湾更为显著，使得法学科学化，成为一种科学。王伯琦先生是我的老师，他写一篇文章，说法学是科学呢还是艺术呢。我想法学是技巧，是技术，也是科学，也是艺术，有它的风格。在这几年来，经过德国法的继受，

当然也吸收受英美法影响的新的思考方法，我想在相当程度上，台湾法学已经科学化。科学化的意思说，它是概念构成的，它是有体系的，它是可以argue的，它论证的过程是可以检验的。我想，论证的过程可以检验这很重要。大家如果有机会读读我附给各位的那个台湾最高法院的关于债务不履行的侵权行为竞合的材料，就可以看到最高法院在论证方面已经具有相当抽象化、科学化的程度。科学化表现在几个方面，一个是法律的释义学、法律的理论体系的构成，一个是法学的方法论，一个是法学上的论证。也许我个人可以这样说，台湾慢慢在这些方面有点进步，不是很好但有点进步，意识到了法律的理论构成，法律的论证方法的严谨，法律的推理，法律的方法论。在科学化的过程中间，你看一些判决就可以知道。另外使得台湾的法学德国化。第一个，我想各位同学都会知道，就是物权行为。我现在举个简单的例子，念德国法的人都应该知道。现在我卖三个东西给你，三十元钱卖给你，好，现在我将这一瓶交给你，这一瓶交给你，然后这杯茶叶也交给你，你给我三张十块钱。在德国上课的时候，老师一定要问你，这里面有几个法律行为？如果你不知道它，那么你不能毕业；你不知道它，不能算念了民法；你不知道它，不能处理任何法律问题。这里有几个法律行为呢？一般人说，一个两个三个四个五个六个。如果念德国法的人一定说，有七个法律行为。如果你知道有七个的话，你就可以到德国念书了。怎么说是七个法律行为呢？我们知道物权是以物为客体，而且物（采取的）是个别主义，一个所有权、两个所有权、三个所有权，这边有三个所有权，三张十块钱也是三个所有权。我东西卖给你的时候，是买卖契约、债

权契约，债权契约可以以多数物来作为它的客体，所以它是一个债权契约而不是三个买卖合同，但是我给你所有权移转，是三个所有权，你给我钱也是三个所有权的移转。这个不是概念的游戏吗？那让我们想一个问题，如果说A瓶矿泉水是我的，B瓶是你递放的，C瓶是我偷来的，三张纸币也是刚才路上拣到的，请问当事人之间的法律关系如何？我想任何大一的学生都应该会写报告，如果不会写报告，学习法律却不会分析法律行为，坐在那谈意思自治原则，谈得很多，但是不能处理这样一个简单的法律问题，那是不合格的。这是德国法律大一学生开始训练的一个特色。大家会问我要不要搞得这么麻烦。在5年前，孙宪忠老师开的一个物权法研讨会，他邀请我来做报告，我说的便是台湾的物权行为。这样一个物权行为理论会让人脑筋清楚、明辨，脑筋像剃刀一样锐利，能够清楚的明辨每一个法律的动作、法律的行为。有两个汉堡大学的教授，谈起这个，可能认为我是在讲德国的法律概念体系很好，说“Bravo!”但是我确实觉得，台湾继受德国法或者说日本继受德国法，尤其是继受物权行为独立性、无因性，确实使得法律思考更明确、更清楚，更能够分析问题。但它也许太机械、太概念化，这是另外一个问题了。我只是举个例子说明物权行为的独立性与物权行为的无因性使得法学科学化了。另一个台湾法学受德国法学影响的例子就是不当得利。不当得利是德国法学的特色，德国的国家（司法）考试一定要考一个不当得利，为什么呢？因为侵权行为、契约都是自己一个领域，不当得利是能够调整整个无权利财产变动的机制。不当得利，unjust enrichment，非常重要。中国大陆的不当得利很简单，只是一个条文。不当得利法

在英国是有的，英国从Dobbs（？）以来，有众多不当得利的讨论，而且还专门出了本杂志叫做《不当得利》。我想留德的老师应该为将来中国不当得利的发展而准备，而努力。我觉得老讲这些有关德国的东西会有些抱歉，可是到中国大陆来不讲这些又会觉得不好意思。不当得利在法国也有，但是德国与法国并不是相处的很好。留法的尹田老师也在台下，我对尹（田）老师有一点敬畏，就像德国法对法国法的敬畏。我想在这边的老师应当慢慢地为不当得利做准备——将来发生案子的时候怎么去分析它，怎么去界定它。最好的方法就是能够将德国的法律参照英国的restitution代替中国的民法。法国也有不当得利，它也是创设的。假设现在就开始研究不当得利，那么等到有一天最高法有一个案子有问题，我就可以分析它，这个不当得利的要件如何，它的返还请求范围如何，不当得利的功能如何？人家法院就采取你的（意见），你就这样把法律理论都带进来了。你写文章发表，法院采你的意见时，就从学说的继受变成了实务继受，这个制度就在这边发展、生根。台湾的不当得利本来是个统一的规定：一人受益而没有原因造成他人受损害的，应该负赔偿责任、返还义务。德国还划分给付、非给付的不当得利的类型，台湾经过很多学者讨论，就将台湾的统一的、类型化的不当得利改变成了德国型的非统一的、类型化的不当得利，对德国法的继受就变成了实务与学者的通说。后面讲一个最近大陆讨论最多的问题，就是侵权行为和人格权的保护。杨立新先生在我到北京的时候去接我。我发现人民大学在人格权、侵权法研究方面非常有成就。昨天我碰到王利明跟他聊，我跟王利明院长已经很熟了，他们人大有一套侵权的书，是专门派人去美国

图书馆把里面的侵权法资料复制过来，为此花了一百多万，这是一个很大的收益。为什么人大在研究侵权行为人格法上有这么大的成就？当然这牵扯到一个版权方面的问题，但是学问是不问版权的。他那里整个书架上的都是复制的，这为建立人民大学侵权行为和人格权法上一笔很大的资料有了很大的贡献。杨立新老师跟我谈话就说我们现在侵权行为编制定中的一个最大的困难就是如何区别权利和利益的保护。这方面我特别说一下。法国民法第1382条不区别权利和利益，但它后面做了限制。德国民法制定的时候，遇到这个问题，立法者都是在作比较法上的思考，是要考虑英美法侵权的类型，还是参考法国概括的条款，结果它制定了第823条第1项、第2项和第826条。第823条第1项规定说，因故意过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权及其他权利者，对他人因此而产生的损害负赔偿义务。第2项说违反他人的法律；后面第826条说故意违反善良风俗加害他人。它这个特色，就是法益性的区别，三个类型的侵权行为。日本民法制定的时候，第709条说因故意过失，没有加上不法侵害他人权利。我们1930年代民法伟大的立法者非常有远见，中华民国民法典第823条将德国民法的三个条文合在一起，因故意过失不法侵害他人的权利为侵权，故意背离善良风俗的方法损害他人的亦同。我们画个图，就是故意过失侵害权利时要赔；但不是权利而是利益的话，那你要故意违背善良风俗，这是非常重要的类型化的设计。台湾民法在此比德国民法要更进步，要更概括化，所以台湾在立法技术的许多地方已经超越德国立法，我们对德国立法的继受并不是盲目的继受。这里给大家介绍一本好书，欧盟法现在在统一之中，要做各国法的

比较，张新宝先生的一个博士生翻译的《纯粹经济上的损失》非常好。现在比较法的发展趋势中更重要的研究方法是什么呢，以前比较法的研究是大的研究，像法国和意大利，德国克茨教授的著作也有翻译。现在有一个更重要的研究方法，就是先举个例子，例如说我跟你买一部电视机，买来后摆在我客厅，因为设计瑕疵突然爆炸，我自己受伤。问，买受人能不能向甲制造人依侵权行为规定请求赔偿？他自己受伤，摆在电视机上的物品坏了，电视机也因爆炸灭失，甲买受人能不能向制造人请求就受伤，物毁损，包括电视机的灭失等等取得赔偿，电视机本身灭失是权利受侵害呢还是只是契约上的瑕疵担保等问题？然后，开始进行比较，德国法怎么规定、法国法怎么规定，很精确，比较的方法已经由一个大规模的体系风格的比较到制度的比较移到了这么一种案例的比较。这个比较方法的引进让我们更精确的思考比较法的功用。我举个例子，就刚才我说的电视机这个例子，现在我要研究的时候，就中国大陆法怎样台湾怎样美国怎样日本又怎样进行交替比较，这样比较才能很彻底很精确增进了解，而不是说德国产品责任法怎样，日本产品责任法怎样，这样笼统也很好，但是不精确，所以我们希望贵校在研究比较法研究上能更深刻地落实在真正案例解决问题的方法上，即各个法系本身概念的限制和功能的发挥。还有，我想说说台湾继受德国法影响最大的就是宪法。台湾有一个大法官会议，相当于德国的宪法法院，已经有五十多年，我曾经在那个机构工作了九年，也有了一些实务上的经验。这个机构做宪法解释，就是使基本权利发挥它保护的防御的功能，通过间接效力使得所有的法院解释法律都要做符合基本权利的解释，发

挥了重大的作用，建立了以宪法基本权为基础的法律体系。这里我要说一下比较法，比较法的重要。台湾留学回来的人，有将近一百五十人，在国外拿到博士学位。台大法律系每个教员都有外国的博士学位，在台大聘用教员的时候，考虑到了比较法的合理的分配。现在教员大约有近五十个左右，大约二十个人是德国的，早年可能更多，有一些留英美的，有一些留日的，一定要保持比较法的平衡，因为这样才能让我们进步。所以每个法学院都是比较法学院，台大法律系更是显著。为什么要这么多留学的人呢，因为台大法律系的老师几乎都是台大毕业的，近亲繁殖不太好，所以应该要很比较。宪法法院大法官里面，一半是学校教授，一半是法官，他在任命的时候，一定是在英美法和德国法之间取其平衡，比如说八人，有四个是留德的，有四个是留学英美的，一定要这样一个重大的机构能够吸收世界两个主要宪法国家的，一个是美国的联邦最高法院，一个是德国的宪法法院的判决或者资料。所以跟他们关系保持得很好。跟德国关系密切到什么程度呢？我们在讨论案子的时候，遇到一个重大的案件，没有判例，就让助理发一个传真给德国联邦宪法法院，问问他们有什么资料可以提供。这就是说在比较法上能充实我们，所以我们判决也在慢慢好起来，也在进步，也具备了水准。也就是说，成员任命上也具体考虑到比较法的构成，所以可见比较法的重要性，贵校中德法学院和比较法研究所干得很好，应该让每个法学院都成为一个把比较法作为研究方法构成的研究所，每个法律系的构成也应该注重比较法的研究路径。刚才说到，对德国法的继受好像一切很顺利，但实际上也遭遇到很多困难。而且，我们对法国的认识不够，因

为没有人到法国去留学，可能和早年没有继受法国法也有关系，所以对台湾法学的发展应当说还是有些局限的。对德国法的继受，目前遇到很多困难。我们现在到德国念书的人也很少去念民法，因为台湾民主宪政改革之后，行政法变成热门。念行政法到德国拿博士回来的，在台湾现在有80个人左右，都找不到工作了，因为人太多。本来是到大学教书，现在都到专科学校、技术学校学校去工作了。比较好的学生也跑到公法里面。这是人才的问题。第二个问题是研究的方法怎样突破。有局限，是否能够超越？德国法现在在欧洲化，德国法现在在修改变迁中。我们在研究方法上是否能更进一步等等，这也是我们面临的问题。第三个问题，来自于美国法的冲击。现在美国法，可以这样说，它就是以前的罗马法。对美国法，全世界都在继受，尤其在侵权行为、宪法，甚至在各个领域都有继受，台湾当然也是如此。台湾有很多的法律，像动产担保交易法、惩罚性赔偿，信托法、侵权行为法都受到美国法的影响，所以实际上也面临着挑战。但是这个挑战也带来了机会，使得我们有融合的可能性，只有在比较融合之下法律才能会有更进一步发展的机会。总之，比较法很重要。贵校有罗马法基础研究的贡献。贵校对整个法学的贡献我想是很巨大的，原因就是它有历史的基础，在于对罗马法和比较法的研究。德国法是罗马法的继续，法国的罗马法研究的很好，意大利更不待言。我曾经去意大利博洛尼亚瞻仰注释法学派的四博士和阿诺的雕像。在人大的明德楼也有一组雕画，有机会你可以去看一下，优士丁尼在教堂。我在台大念书的时候，读了耶林的罗马法精神。他说罗马三次征服世界，就跟我们唐朝征服东亚一样，武力、宗教还有

法律。耶林有一句话，经由罗马法而超越罗马法，这句话是我们大家共同努力的目标。我们也希望，能够经由罗马法更经由德国法而超越它，鉴于我们法学设立的需要而且要在世界上也能有所参与，使得法律的发展进步也有我们的贡献。在这贡献当中，我想会有贵校。很多人问我，王老师依你看，大陆民法学将来发展会如何？我心里这样说，如果贵校能够造出好的学生，能够鼓励他们到德国去念书，能够有体系的研究、系统的运用、观察到中国本身的需要，而且能够积极地参与立法，尤其是将来，在民法典制定之后，你才会发现研究德国法的重大功用，可以诠释法。将来中国民法典制定之后，使得能够更进步地施行。我并不是因为在这里讲话才这么说，如果贵校能够造就好的学生，将来对中国民法最有贡献最有影响力的，一定是在这个学校。谢谢大家。米健（主持人）：非常感谢王老师。王老师整整站着讲了九十分钟，不仅让我肃然起敬，也让我肃然起立，我也得站着。今天主题是德国民法的继受和台湾民法的发展，王老师选这个主题来到政法大学作报告，应该说是有一定的想法的。我在听报告中，一方面从他报告的内容，另一方面从他引导的方向，都非常受鼓舞。王老师这次来北京，讲了好几场报告，在人大已经讲了三场，明天还要到社会科学院法学研究所作报告。他到政法大学用这个题目作报告，我想是对我们中国政法大学比较法学这么多年的积累，包括罗马法的研究，比较法学的开展，还有对最近几年来中德法学院的建设和发展的深切的期待。这里也体现了一种厚爱。在此我想借这个机会，代表我们所有搞比较法学的同行，代表中德法学院的所有同学，向王老师这种深切的关爱和热情的鼓励表示衷心

的感谢。我是没有想到王老师报告中对我们政法大学的这个特色这么大加赞赏，这是意外的惊喜。王老师在比较法方面说了很多。我刚到政法大学，江老师就告诉我去搞比较法，而且是从罗马法入手搞比较法，所以今天王老师在这里又鼓励我，我想江老师听了肯定也很高兴。因为这些年，从我入校84年开始，到现在我们院做的工作，基本上是在江老师的思路下开展的。今天王老师在这里，从始至终在对德国民法说好，当然，王老师是讲德国法在台湾的继受，并不是仅仅简单的说德国民法好，实际上以这个话题，展开了中国民法，包括台湾、大陆，一个世纪以来基本的发展脉络。所以刚才我说，王老师是做这个报告最合适的学者。有文字资料的同行、同学应该能看到，王泽鉴老师报告的内容是非常丰富的，九十分钟之内我想很难把这么丰富的内容完全讲给大家，但是王泽鉴老师做到了。他的报告的内容，从思想方法到技术方法也就是操作方法，从宏观到微观都涉及到了。如果没有丰厚的学养，没有长期的积累，没有整体的把握，我想做不到这一点。所以我是非常的佩服。从刚才的九十分钟，我还觉得王老师不仅是学者的风度，而且是一个儒者的风度。在当今的法学界既有法学家的风度，又有儒者的风度的，我觉得并不是太多。当然在这里不是努力的要奉承，要奉承也有点晚了，因为奉承王老师的人特别多。我想，在这里我只是讲讲我自己的感受。刚才王老师讲的我觉得非常精彩，他把一个非常复杂的制度，用非常简明的例子，就非常透彻的讲清楚了。物权行为我们讨论了半天，非常难以解释。当然物权行为这个理论，物权行为的抽象原则，在将来的立法上，我觉得可能不会像台湾的那样。但是，王老师用了两杯

水、一杯茶，用了三张捡来的人民币就把它讲的非常清楚。告诉了我们一个法学家要怎样去思考问题、分析问题，怎样把不同的法律关系加以说明，值得我们学习。王老师今天讲的继受有三点，学说的继受、立法的继受，还有特别强调的一点，实务的继受。实务的继受刚才我一直在思考到底为何。我的理解不知道对不对，回头下面再和王老师请教。我觉得可能意味着一种对经验的尊敬，因为在实务里面最能体现的是一个怎样解决问题的适合社会发展需要的、适合国情的经验，在这方面我觉得我们做的还是很不够的。王老师也给了我们一个提示，确实我们在理论方面有资料的积累，但我们做的比较研究应该说还有欠缺，王老师在此之前也提过，今后我们在这方面确实是可以多做一点努力。王老师也提到现在我们学习西方法律的一些手段，我们在学习王老师的思想和知识的时候，确实采取了同样的手段，就是把它们都COPY过来，王老师也很宽容，说这是为学术。当初侵犯王老师的知识产权，王老师今天这一句话，开释了我们心里的内疚。说老实话，我们这些人，我想至少我自己，是在通过侵权行为来学习侵权法。如果那时候王老师想要版税的话，我想版税应该是非常多的。我知道王老师全集的版税完全捐给了江老师的江平奖学金，支持我们大陆法学的发展，值得我们尊敬，应该向王老师表示感谢。下面进入点评阶段，请王家福老师和江平老师分别做十五分钟到二十分钟的点评。首先请王家福老师做点评。王家福（评论人）：泽鉴先生，老师们，同学们，非常高兴聆听泽鉴先生精彩的演讲，他对德国民法的继受和台湾民法的发展这个主题下所讲的话给我很多启迪，我获益非浅。我觉得特别感到高兴的是，他把法

大当作为罗马法研究的殿堂，作为德国法研究将发生最大影响的中心。我最初曾经是在政法大学工作的，也是法大把我送到苏联读研究生的，这里是我自己的母校，这样的夸奖我特别感到高兴。我想德国民法应该讲是世界上最完备、最具逻辑、最有理性的、最系统的宏编巨著，它对世界民法立法的发展和民法学的发展起到巨大的影响。德国民法对中国的民法学发展是从二十世纪初就应该说对中国起到了很大影响，清末的、民国的草案基本继受了德国民法的影响，以后的民国政府制定民法，二零年的民法，应该说都是受德国民法影响很大的。四九年以后，大陆的民法，尽管有一段时间对民法不重视，忽略，我们当时说我们的民法受苏联的影响，但是实际上苏联的民法也是大陆法系，也受德国影响不小，它的体系应该和德国民法是一致的，当时我在苏联留学的时候，苏联的民法学家也是大多数留学德国，他们德语很好。所以，很明显，在四九年以后，我们也是受德国民法影响。在中国大陆来说，有一段时间我们对民法是忽略的，我那个时候是派去苏联学民法的研究生，但我回国以后，说民法没有用了，让我改行搞法理，所以我只是做了一件事情，代表我的同事到门头沟调研合同制度。我从五九年一直到七八年主要是做法理工作，写了许多关于法理方面的文章和书，一直到七八年以后，我又重新回来做民法，当时我还不太愿意，现在看来应该说回去很对的，为民法呼吁和呼唤做一点工作，我认为是很应该的。在七八年的时候有一封信，那是一个很著名的人写的一封信，说建议我们不要制订民法，这个信当时转到我们手上，我们看了以后很是吃惊。我们写了意见，说应该制订民法典。第三个民法典草案也就是七九年民

法典起草就是这封信引出的，是由否定建议启动的，但七九年八三年起草没成功。这个起草来讲，应该和民法通则的制订是很有关系的。我想对继受问题讲这么几点：第一点，我想当前我们对民法的继受应注意对民法观念的继受。现在中国大陆，有一个很大问题，民法作为私法，私法自治，民法作为法律最基础的法律制度，这一点还不是被所有人接受。在今天我们仍然需要讲，应该很好的宣传和正视民法，民法标志着一个国家的文明程度，标志着一个国家市场经济的发展水平，标志着一个国家的水平，如果我们民法不健全的话，我们的生活就很难健全，就难使我们的国家真正构建成为一个和谐社会。这一点我们需要做工作；第二点，我要讲的是，确切地讲，我觉得一个很重要的任务就是，我们应该集中精力、群策群力把2002年年底所提交人大常委会审议的《中华人民共和国民法》草案做好修改，尽快的出台，使中国真正完成民法典制订。我觉得这个是非常重要的。我们民法学界应该想办法把这个法典促进去。现在这个民法典当然还有好多问题，比如说，我们把合同与侵权行为责任分开，但是缺一个债权总则，就有一个问题，不当得利、无因管理放在哪里，就把德国法债的体系割裂了，不行的。所以我觉得，合同法写一编还可以，侵权责任法应该改成侵权行为法，前面应该加一编债权总则。这样的体系，要体现对德国民法的继受，我觉得还是要有债的总则。我也还觉得我们可以考虑是不是把人格权独立出来。知识产权是不是写进民法典，因为无形财产应该说非常重要。我觉得我们民法学界应该想办法推动民法典发展，关于这一点是非常重要的，民法学界在制订过程中有各式各样的争议，但不管什么争议都应该围

绕把这个民法典搞出来，如果再拖延一会，我觉得对我们是不利的，对国家不利，对我们社会发展不利，对民法学的发展也不利。第三点，刚才泽鉴先生讲了，就是有一个实务继受，这点很重要，现在我们应该说，我们对于法律的运用，我们对问题的研究，或者这些法律的实施，应该说还有很多不足之处，那么这样的情况下怎么办呢？我们应当想办法通过我们的研究，通过我们的阐释，通过我们对案例的研究，通过对实践的服务，使民法的规则能够成为司法规则，能够走进生活，走进实践，使这些规则能够得到人们自觉地遵守，这样开始使民法在中国大陆生根。否则我们说只是有好的法律，但是人们都不按规则办事，我们有合同法，但我们合同法的履约率不高，赖帐特别多，这样我们民法没有司法就很难在社会规范中起到应有的作用，就难以推动我们市场经济健康的发展。我是这样的想的。我觉得这方面的工作需要所有的民法学者来做，使民法真正地在大陆生根，使它能够在推动我们的社会生活、民事生活、经济生活向着健康、有序、活跃的方向发展，这点我觉得很重要。另外还有，就是在构建民法体系的时候，应该吸收英美法系的许多长处，我们也要借鉴德国民法，或者主要继受德国民法框架和逻辑体系，但是我觉得有些具体制度，有些行之有效的国际公约我们也应该继受，包括欧盟里面民法的统一化里面的好东西我们都应该继受。这是什么意思呢？就是我们应该采世界所长，结合中国实际，制定出能够给中国带来最大利益的这样一个民法典。泽鉴先生刚才说，继受罗马法超越罗马法，我们也要说，要继受德国民法，也要超越德国民法。中国二十一世纪的民法典应该充满二十一世纪的精神，能够超越德国民

法典，比德国民法典更高、更好。尽管我们现在有些东西规定的与世界相符合，但有些也可能是创造，比如我们把所有权分三类，国家所有权、集体所有权和个人所有权。采矿权等也能够保持中国经济和社会的稳定，能够使物权制度变得更加的切合实际，发挥它应有的效果。上次来政法大学，有同学提问题，问中国社科院法学所是德国法中心对不对？我当时不好回答，但我今天特别高兴地回答，德国法中心在政法大学。衷心希望你们发扬光大。谢谢大家！米健（主持人）：谢谢！谢谢王家福老师也同样对我们政法大学，特别是比较法研究所和中德法学院的师生给予鼓励。王家福老师在王泽鉴老师报告的基础上对中国如何进行法律继受作了进一步的阐释，而且我觉得尤其是他提出来，我们现在的继受首先是观念上的继受。没有观念的继受，光有条文、制度继受是远远不够的。除此之外，王（家福）老师作为一个老一辈的学者，作为中国民法从建国初年到现在发展变化的亲历者，他表达了强烈的期待或者愿望，就是我们尽快把我们正在酝酿的民法典制定出来，这是于国于民于社会发展都是有很大利益的。而且他提出了具体的一些观点立场，对这些观点立场这几年大家都有所讨论。我觉得王（家福）老师的立场是非常鲜明的，以前我也在文章上、在研讨会上也都多少有过领略。还有一点我得补充一下。就是王泽鉴老师刚才在报告中，特别强调了很重要的一点，就是在我们进行比较法研究的过程中，人力资源或者说比较法的眼光应该有一个合理的分配，王家福老师刚才也同样提到了这个问题，就是我们在进行比较法研究时，应当将大陆法系、英美法系两大法系的制度、原理兼收并蓄，给予同样的关注。其实王泽鉴老师

就是这么一个兼具欧美、欧洲大陆法系和英美法系法制知识储备和学养积累的学者。在这点上，对我们是很有启发的。下面有请江老师点评。江平（评论人）：王泽鉴教授在九年前给我们学校做了一个报告，九年以后又来了。当然他刚才讲了，九年期间他当了大法官，而在当大法官期间，作为公职人员，是不能来的。所以，我们感到很亲切，九年后给我们做了这么一个好的报告。我觉得王泽鉴教授的这个报告很突出的一点是讲了方法论。因为王泽鉴教授讲了我们学习德国，不只是学它的制度和条文，更重要的是方法。而且我认为王泽鉴教授就是民法学的方法论大师。我们读了王泽鉴教授的书，觉得跟一般的教科书不一样，不是从理论到理论，从条文到条文，感觉到很新鲜，有新意。新意来自哪里？我觉得新意来自方法论。刚才王泽鉴教授也说了在德国，他的导师是拉伦茨教授。拉伦茨教授是一代民法方法论的大师。如果我理解不错的话，王泽鉴教授的报告里至少讲了五个方法论。第一个方法论就是法律解释、诠释。我过去对这个东西不太理解。开始研究罗马法的时候，一讲到罗马法复兴运动，一讲到注释法学派，我就觉得注释法学派有什么意义，有什么创新呀，你不就是把罗马法注释注释。后来一看显然不是。这个注释法学派不仅有疏证，把伪的东西去掉，把它更加科学化，甚至还有自己的发展。在这个意义上，罗马法的复兴完全是有赖于注释法学派。而在台湾，我们还可以看到学理可以作为法律的法源。刚才王泽鉴教授说了，有法律依法律，没法律依习惯，没习惯依法理。可见对于法理的重视。从罗马法来讲也是这样。我们出版的法学汇纂这几本书都出来了，这些学者的解释都是法律。我看从罗马法、德国

、台湾到日本，著名的法学家、著名的著作、著名的学说都可以作为立法发展，包括王泽鉴教授作为大法官，做出司法解释，做出学理解释。这一点我们做得还不够，原因不仅在于我们的法理解释、立法解释还比较少，更在于我们连立法报告都没有。前半个月我在北大光华管理学院讲EMBA课程。我讲了公司法的修改过程，一位台湾的学生之后就问我，能不能就关于大陆现在公司法立法过程的情况推荐一本书，有没有立法报告书，有没有立法的条文解释？我说真惭愧，没有。我们立法出来的时候，只有学者出书解释一下，没有立法的条文的解释，立法报告书都没有，何来立法解释啊、立法诠释啊、立法注释啊？所以，我们大陆的学者还要努力推进立法的完善、立法解释的完善、学理解释的完善。第二个很重要的方法，就是面向审判的实践，对于判例的研究。王泽鉴教授的书里很多都是判例。我想着这至少说明一个问题：判例不仅在英美法系国家很重要，在大陆法系国家也同样很重要。我听说德国法里判例也很多，侵权法里不知有多少个判例。前两年纪念法国民法典二百周年，来了一位非常著名的法国民法学家。有人问他法国民法典有什么变化。他说法国民法典没有什么变化，那是一个历史的产物，因为我们要历史的完整性和历史的价值，所有补充的东西二百年来都是通过单行法、立法解释和判例完成的。我想台湾也是这样。判例是最活跃的，判例是最结合实际的，判例是最活生生的，判例是社会发展的最新的东西。如果我们不去研究这些东西，就等于脱离社会，脱离实际，脱离最新的发展。我想王泽鉴教授给我们提供了很好的榜样，让我们很好的注意判例。王泽鉴教授讲的第三个方法，就是比较的方法。王泽

鉴教授用了相当大的时间来讲比较。总的来看，我们可以看看所学的台湾的书籍，从史尚宽到王泽鉴教授，都是一个比较法。就拿刚才王泽鉴教授的讲话来看，德国情况很熟悉，日本情况很熟悉，法国情况很熟悉，英美情况也很熟悉，大陆情况也知道，连大陆学者的书怎么样也知道。恐怕从德国、日本可以看出，这是他们的民法学者的一贯的很重要的一个学术修养或方法，他们有一个更宽广的角度、更大的世界的目光。甚至很有意思的是，台湾的审判实践甚至在没有法律的时候，可以参照国际各国通行的做法判决，这样判决的本身就是运用了比较法的方法，台湾没有的，可以适用别的国家或地区的法律。我想有了这样一个方法，我们就可以更好地从比较的角度，从更高的视野选择哪一个制度更优秀，才有资格和权利说哪个好、哪个好，哪个对、哪个不对。第四，对我启示最大的是，王泽鉴教授所讲的从抽象到具体。王泽鉴教授的不当得利研究是一个典型的类型化研究，从很抽象的一个不当得利最后类型化成这么多种活生生的不当得利、活生生的审判实践中的不当得利、活生生的和我们的生活联系在一起的不当得利。这种类型化的方法，正像王泽鉴教授刚才说的，是把民法从抽象到具体。不要把民法条文当作抽象的东西，而有时候我们的教材更多的是使用抽象的概念。如何把抽象的东西变成具体的，变成非常的具体，变成类型化的具体，变成多样多彩的具体，这是方法中的艺术。最后，王泽鉴教授还给我们提出了一个方法，那就是从具体到抽象。刚才王泽鉴教授也讲了，可以分析一个判例，有哪些新的东西，有哪些可以提升为学理，提升为一个规则，我们不要太轻视实践。确实，中国大陆现在的判例当然还有很

多缺陷，但是也有一些判例有所创新，而这种创新也正反映了我们的实践。而能够将这么一些判例提升为某些理论，也是一种创新。在王泽鉴教授的著作里，他将每一个判例上升为一条规则，这对我们有很大的启发。能够从每一个具体的案例里面抽象出一种学理，学理多了就变成学说了，采用这种说，那种说，学说多了就成学派了。这对我们很有启发。我们既需要更多的学理，也需要更多的学说，更要发展不同的学派。我想这是标志一个国家法律也好其他也好成功的主要标志。法学作为一种学问，作为一种学术，统计它的发展，决不是以统计数字里面召开过多少次的科研会，召开过多少次的国际研讨会，请了国际上那些人来参加，在报纸上发表多少文章，在杂志上发表多少文章，出了多少书，作为标准。一个国家法学繁荣的最后标准在于它有多少学理出现，有多少学说出现，能不能有百花齐放的学派出现。可惜我们统计数字太多，而学理、学说、学派不多。希望我们能够出现更多的大师级的人物，我们这些是构不成了。王泽鉴教授确实实是大师。我希望中国政法大学、中国的民法界乃至中国的法律学界用新的方法论创造出更新的成果。米健（主持人）：谢谢江老师！。我还在回味和抽象的过程之中，江老师对王（泽鉴）老师报告的主要思想进行了非常准确地概括。在这之前王（泽鉴）老师提到，现在学习西方法律，不只是学习它既有的东西，还要学习它的方法和路径。王泽鉴老师所期待的是从整个台湾民法的发展、德国民法在台湾的继受的过程中学到一些方法。江老师阐述整个五个方面，应该是基本上概括了王泽鉴老师报告所讲的内容。最后江老师非常精彩地提出了法学繁荣的标志到底是什么。江老师的概

括很经典、很精辟，非常好，他说标志不在于统计数字的大小，不在于开了多少次会，不在于出了多少本书。事实上，我们现在法学界有一种倾向，就是拼命地统计。统计完就上报，上报完就表扬，这样就有些实效，发点钱，有些提升。但是，江老师认为法学繁荣的最重要的标志是有更多的学理、学说和学派。中国法学缺少的是拥有学术的氛围和环境，拥有一批具有扎实法学方法论功底和丰厚学术积累的能够构成独具特色的学说、学理、学派群体。江老师的概括给我们提供了方向。让我们对王（家福）老师、江老师的点评再次表示感谢！大家进行一些交流，进入提问阶段。

问题1：各位老师好，我有个问题想向王教授请教。台湾学者提出，台湾民法的发展经过了三个发展阶段：第一个阶段属于知其然的阶段，第二个阶段是知其所以然的阶段，第三个阶段是本土化阶段。我想请教，您认为台湾地区的民法现在处于那个阶段，然后根据您对大陆民法的了解，您认为中国大陆的民法现在处于哪个发展阶段。谢谢王教授。

王泽鉴：首先要感谢王家福老师，我知道中国民法是通过阅读王家福老师跟日本人合著的书，他跟日本的几位学者合著了《中国民法》。有机会来研究后更是从他受益良多。江老师有几个贡献，第一个贡献就是把罗民法引进大陆地区，我想这个是将永垂不朽的奠定中国法学基础的一个工作。我也知道大陆同学最近在翻译Zimmerman的一本书，这个书广被引用。最近还有一本书写得很好，英国学者Peter Stein写的罗马法的书，罗马法理性之光在放射着光芒。经过江老师对我报告的分析，我想我对自己更为了解了，非常感谢他。刚才这位同学提到民法在台湾和大陆的发展问题。我想就台湾民法的发展首先说

一下。德国法的变迁，它的判例和学说，就是一个方法论的变迁，你去读现在德国民法的判决，它和以前的风格、题材、内容和论证都不一样。这显示德国从19世纪开始，从概念法学到19世纪20世纪的自由法学派，1914年以后的利益法学派，和后来的价值法学派，每一阶段的判决就显示了法学的方法。讲到台湾的发展，在某种程度上我们要看台湾的判决，要确定了解判决的风格内容题材。上次跟米院长提到，虽然翻译了很多好的著作，但是要使这些著作发挥功能就要翻译判例，比如专门出一本侵权行为法的案例。现在中国大陆在制定侵权行为法和人格权法，德国是由没有人格权法发展到有人格权法，德国的宪法第一条规定人的自由尊严等等，但他并没有明确规定人格权，如果能够把这个写进一部小书，而且能够把德国民法的发展印出来对立法的工作一定会有很大的帮助。台湾的法律发展，你去读它的每一个阶段的判决，一般可以看出每个阶段都反映了法律的自我反省、法律的功能、法律跟法官的关系以及立法司法的重新定位，这些一直都在变迁中。至于中国大陆的法律，我发现一个问题真是值得研究，但很少有人说。最高人民法院对一些问题经常作出一些解释意见，比如说一个意见是关于精神损害赔偿的，被侵权人死亡的时候，他的家属能不能请求损害赔偿等等。我几乎很少看到有人以这样一个解释意见作为研究的对象，比如说这个解释意见到底是属于法律意见还是法律漏洞的补充，这个解释的构成意见和理由，然后再给它诠释意见，应该也可以扩大解释等等。这样的话，这个解释意见本身就能够成为法律原则。我早期的时候读到大陆的法律书都是在谈调整对象，讲得很多，这个很重要，但是也

应当分析最高人民法院的具体意见并给它定位。问题2：很高兴见到王泽鉴教授，王老师当过大法官所以可以从更高的角度来看法律。我们海峡两岸现在民法发展很明确，就是走德国的道路。不过王老师刚才也强调了，我们要注意比较法的平衡。我跟一些台湾的老师和律师也交谈过，他们觉得去德国留学的学者回来后很易提拔，英美法的就不行，大陆也是这个情况。刚才王教授说了德国民法的这种特性能够增进社会秩序和文明，我想提一个相对尖锐的问题，与德国民法相对应的是英美法，不能说英美法的社会秩序就差于德国，二战是由两个制定民法典的国家即德国与日本发动，而由英美国家最后战胜。王教授能不能解释一下，到底英美法和德国民法哪一个优越？谢谢！王泽鉴：德国法的特色在于它的概念体系等等，被很多国家接受也是基于这个理由。日本接受德国法之后不采用英美法，并不是基于它的品质，当然英美法的品质也没有问题，而日本为什么采用德国法，完全是法典技术的原因，因为德国法的概念体系比较完整，可能不是内容优劣的问题，而是科学性的方面，这是第一点。第二点，我想德国法特色是开放的，虽然那么严谨，但你可以引进许多英美的制度进来，只要法条制定的比较好，比如产品责任法等。这是一个form与substance的关系，德国法的逻辑和概念体系与形成和接纳美国的制度是不冲突的。台湾法学研究也面临很大的危机。第一，近年念德文的很少。许多新进来的人说为什么要每周十二小时念德文，于是制度改了，念德文变成选修课，实际上学德文的就越来越少了。我觉得这个对台湾法律发展有影响。第二，大陆几乎是最好的学生留在学校教书，而台湾面临很重大的问题，台大最好的学生

都去当法官和律师，没有留下来教书，台湾留在大学教书的人并不是第一流，这种问题再过几年会产生很大的问题。所以我觉得我看到大陆法学这么昌盛，这么多人来听讲座觉得非常感动，台湾做个讲座有三十个人来听就不错了，有时还从办公室拉人来应付。这是大陆法学兴旺的象征。英美法确实很重要，台大行政法的课，有留德的留美的，我负责系务时都把这些给分开，让同学们都能去听，去学习不同的教学的方法、研究的方法、思考的方法。我觉得一个好的法律人最好能够兼具二者。另外对本国法的问题一定要深入了解，这样才能讨论本国法的功能和价值。第三，台湾民法是德国法，而特别法慢慢被英美法渗透，这会造成许多问题产生。每个老师在教特别法的时候，都应该先教几年民法，使民法的基本理论体系内容能够在特别法中发挥，特别法中许多思想也能够在民法中回归。而教民法的也应该懂一门特别法。刚才你提到世界大战跟德国民法有关，让我想到一个故事，说有人说现在社会的灾难都跟埃及艳后的鼻子有关，说如果她的鼻子没有那么长，就不会那么有诱惑性，或许后来的世界都会被改写。谢谢！米健（主持人）：由于时间关系，天下没有不散的宴席，我们今天的活动到此结束。感谢王泽鉴教授带给我们的盛宴，也感谢王家福老师和江平老师精彩的点评。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com