

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)[论文精粹](#)[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读全文](#)[> 论文精粹](#)

钟瑞栋：论《侵权责任法》的形式理性和实质理性

发表于： 2012-04-07 12:53 点击： 257

引言

（一）问题意识

法律的理性这一命题是由德国学者马克斯·韦伯率先提出的。韦伯将“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。{1} 法律的理性有形式理性与实质理性之分。在韦伯看来，形式理性具有事实的性质，是关于不同事实之间的逻辑关系判断；实质理性具有价值的性质，它是关于不同价值之间的逻辑关系的判断。形式理性主要被归结为手段和程序的可计算性，是一种客观理性；实质理性则基本上属于目的和后果的价值，是一种主观的合理性。在立法阶段，坚持实质理性主要指立法者将其主观认定的社会公认的实体价值固定于法律规范之中，形式理性则体现为使法律本身符合形式法治的要求。在司法阶段，坚持实质理性意味着司法者根据主观的社会正义价值标准来解决纠纷，坚持形式理性就是按照既定的法律规范处理案件{2}。

作为我国未来民法典的一编，《侵权责任法》的颁布不仅标志着我国民法典主干部分已基本完成，而且开创了民法典中侵权法独立成编的立法先河。其成败得失有待实践检验，赞歌不妨唱，但不必过于高调；刺可以挑，但也不必过于吹毛求疵，世界上没有任何一部法典的制定可以做到完美无缺。基于此，本文的立场介于赞美与挑刺之间，试图以理性平和的心态，解读蕴涵于《侵权责任法》中的形式理性和实质理性。

（二）论证思路

民法典的形式理性最重要一点就是民法规范安排的逻辑性和体系性。民法规范安排的“逻辑”必定有一个逻辑元点，在笔者看来，这个逻辑元点就是私法自治。而私法自治在民法典中的逻辑展开主要表现在三个领域：在物权法领域体现为所有权绝对原则；在合同法领域表现为合同自由原则；在侵权法领域则表现为过错责任原则。正是在这三个领域的逻辑展开，形成了近代民法的三大支柱。民法典若要维持形式理性的优势，就必须坚守这三个原则。否则，不仅“体制中立”无以为继，自治法的私法品格也将失去根基。

由于《侵权责任法》是作为未来民法典的一编来制定的，因此，笔者认为，对《侵权责任法》的形式理性和实质理性的检讨，必须置于民法典的视域中作通盘的考虑。从法典的内部视角来看，《侵权责任法》形式理性的核心问题是一般条款的设置和具体侵权行为类型化的程度问题，所要解决的根本问题是，要将多少侵权行为类型规定在法典之中以及如何妥当安排这些条文在法典中的顺序和位置。从法典的外部视角来看，作为民法典一编的《侵权责任法》如何与民事特别法中的侵权法规范相互协调，以实现侵权法的体系化和避免重复立法的双重目的。此外，立法、学说和判例的合理分工也是实现《侵权责任法》形式理性和实质理性的重要保障。基于此，本文分别从“归责原则和一般条款的设置”、“侵权行为的类型化”、“基本法与特别法的关系”以及“立法、学说和判例的分工”四个角度，来分析和检讨《侵权责任法》的形式理性与实质理性。

一、关于归责原则和一般条款的设置

表面上，侵权责任的归责原则与侵权法上的一般条款似乎是一个问题的两个方面。换言之，侵权法上有多少个归责原则就应该有多少个一般条款与之匹配。{3} 也许正是基于这一认识，不少学者在坚持侵权责任归责原则的二元论时，就顺理成章地主张我国侵权责任法的一般条款应该有两个：关于过错责任一般条款和关于无过错责任的一般条款，并在此基础上提出了所谓“全面的一般条款”和“有限的一般条款”之概念。{4} 究其原因，最根本的一点是某些学者存在

对我国《民法通则》第106条第3款、《埃塞俄比亚民法典》第2027条以及《欧洲侵权法草案》第1条的误读，将本属于“转介条款”的上述规定误读为一般条款。

在法解释学上，所谓转介条款又称引致条款或引致规范，是指本身没有独立的规范内涵，甚至不具有解释规则的意义，单纯引致到某一具体规范，法官需要从所引致的具体规范的目的去确定其效果的法律条款。^{5}而所谓一般条款是“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。”^{6}一般条款具有弥补成文法局限的作用，其开放性和延展性使得法典可以适应社会生活的变化，因而是法典的开放性的重要保证。^{7}一般来说，一般条款并不包含判决所需要的、可以直接归入法律事实的事实构成和法律后果内容，其往往仅提出一个原则（如我国《合同法》第3条至第7条、《德国民法典》第242条所规定的诚实信用原则）或法的抽象价值（如《德国民法典》第138条所规定的善良风俗）。与民法典上的其他一般条款不同的是，侵权法上的一般条款是既包含事实构成也包含了法律效果的规定。从形式上看，它似乎更像一个具体条款（如《法国民法典》第1382条，我国《民法通则》第106条第2款）。但由于这些条款由需要价值填补的不确定法律概念（如过错概念等）组成，一般也无法简单适用该条款，^{8}因而仍被称为一般条款。

在侵权法中规定一般条款的基本意义，在立法上可以简化立法，尽量地用最简单的条文规定最大的侵权行为的含量，使之成为一个弹性极大的、与时俱进的法律，能够包容任何符合这一条款要求的侵权行为，使这一条文成为一般侵权行为的高度概括和浓缩，对具体的侵权行为不再一一作出规定。在司法上，一般条款赋予法官较为宽泛的自由裁量权，在法律未对某一侵权行为作出具体规定时，法官可以依据一般条款，充分发挥自己的司法创造性，对任何新型案件作出符合一般条款的判决。^{9}

在侵权法上只有关于过错责任原则的规定才能满足一般条款的上述要求，因为过错责任是一个主观归责原则，过错是一个弹性极大、包容性极强的不确定性概念，法官据此享有广泛的自由裁量权。而无过错责任是一个客观归责原则，其适用总是以法律有明文规定为限，法官几乎没有太多的自由裁量空间。正如学者所指出的，“严格责任加重了加害人的责任，因而须由立法者具体确定严格责任的类型，不能由法官来确定严格责任的范围。举证责任倒置是严格责任实现的途径和方式。如果对严格责任也采取一般化的规定，则无疑赋予了法官较大的自由裁量权，因而虽对受害人保护有利，却不利于加害人的保护，从而当事人双方之间的利益不能得到平衡。严格责任是过错责任以外的责任类型，既包括诸如雇佣人责任等所谓的‘为他人行为’承担的责任即替代责任，也包括物件致人损害的责任，后者又包括高度危险责任与一般的物件致人损害的责任等。”^{10}

综合以上分析可知，我国《民法通则》第106条第2款所规定的“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任”显然是所有过错侵权责任的一般条款，但其第3款规定的“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任”则应属于“转介条款”，因为其适用之前提应是“法律规定”。同理，《埃塞俄比亚民法典》第2027条规定第1款规定的“任何人应对因过错给他人造成的损害承担责任，而不论他为自己设定的责任如何”是所有过错侵权责任的一般条款，但其第2款规定的“在法律有规定的情形，一个人应对因其从事的活动或所占有的物给他人造成的损害承担责任。”以及第3款规定的“如果某人根据法律应对第三人负责，他应对该第三人因过错或依法律规定发生的责任负责”均属于“转介条款”，因为其适用之前提均为“在法律规定的情形”或“根据法律规定”。

《侵权责任法》延续了《民法通则》的规定，体现了对形式理性的追求和对实质理性的兼顾。其中，第6条第1款以一般条款的形式确立了过错责任原则，而第6条第2款和第7条则以“转介条款”的形式确立了过错推定原则和无过错责任原则。以一般条款的形式确立过错责任原则，贯彻了私法自治原则，体现了《侵权责任法》对形式理性的追求；而以“转介条款”的形式确立过错推定原则和无过错责任原则，既无损于《侵权责任法》的形式理性，又体现了对实质理性的兼顾。

二、关于侵权行为的类型化

各国侵权法在制订中都必须妥善处理好一般条款与具体列举之间的关系。在我国，既然侵权法要独立成编，就需要构建一个能符合形式理性要求的、内在的、逻辑的体系，处理好二者之间的关系就显得尤为重要。因为如果没有一般条款，每天发生的无数的侵权行为都要在立法上找到其适用的规定，这就给立法强加了非常沉重的任务。有了一般条款之后，就会使立法简洁，也避免逐一列举可能造成的遗漏。^{11}《侵权责任法》采用一般条款和具体列举相结合，符合形式理性的要求。主要体现在：

首先，《侵权责任法》没有实行全面列举的立法方式，避免了重复立法。侵权行为的类型化并不是一般条款的逻辑推演之展开，而毋宁是侵权法上原则与例外、常态与异态关系的处理。否则，侵权法上的一般条款就会沦为仅具有象征意义的“宣示性条款”，成为侵权法上的“花瓶”——看上去很美但实际适用价值却大打折扣。笔者认为，在侵权行为

类型化问题上，所谓“全面列举”实质上是一种变相的重复立法，因而是不可取的。

其次，在“究竟需要将哪些行为类型化，在侵权法中规定哪些特殊的侵权行为”的问题上，《侵权责任法》应依循原则与例外、常态与异态之逻辑，将无法为一般条款所调整的侵权行为类型化，即只有那些在责任主体、构成要件、举证责任、责任的形态（是自己负责还是连带责任）等方面具有特殊性的侵权行为，才作出具体列举。比如，数人侵权的类型化，因为它的举证责任和构成要件是具有特殊性的。但是，对物的侵害，就没有针对不同的物分别规定不同的条款，因为它们没有特殊性。{12}

最后，关于应当适用无过错责任原则的侵权行为，《侵权责任法》上除规定一个转介条款外，还规定了古典危险责任的几种侵权行为类型，包括动物侵权责任、建筑物致人损害责任等。属于现代危险责任的侵权行为类型，则采用了“基本法+民事特别法（单行法）”的方式处理。

三、基本法与特别法关系的协调

（一）民事基本法与民事特别法的关系

民法有普通民法和特别民法之分。依德国学者的看法，普通民法指称的是民法典，是指调整那些原则上每一个“市民”都可参与的法律关系，它是关系到全体人的法，因而属于民事基本法。特别民法指称的是民事单行法，是指仅仅适用于特定的职业群体或者生活领域的私法。按照启蒙时代法典化的思想，民法典应当在一个协调的、按抽象程度逐级划分的概念系统下，将民事领域中的全部法律完整、和谐地汇编而成的一部法典。然而，由于历史、逻辑（体系）和政策三个因素的影响，民法法典化的上述理想目标并未真正实现。特别是由于公共政策考量的需要，以单行法的形式来制定贯彻和体现公共政策的民事法律，已经成为现代民事立法的一大趋势。{13}尽管如此，民法典仍然是民法的基础，其他民事法律都建筑在民法典的概念和规则之上并且与之相互联系。关于特别民法与民法典的关系，苏永钦作了极为恰当的描述：

在观照私人自治和国家管制这两个对立的目标时，前者要建立的是一般、长期的结构，后者则已经是就特定事物领域去作具体、一时的权衡了，民法典建立的结构，是单行立法者作政策权衡的基础，如果没有这样的功能区隔，民法典就没有独立存在的价值，只要摸着石头过河，立一个算一个就好，法典反而显得迭床架屋，徒滋困扰。从管制追求最高合目的性的角度来看这样的分工，也可以说，正是为了特别法权衡的精准，民法典更要把基础拉到最大。因为结构法的目的在提供选择，而不在自己做成选择。{14}

尽管现代民法已不再保有“纯粹自治”民法的品格，而是以“兼顾自治与管制”为自己的核心理念和目标。{15}但是，如何兼顾，就已经不仅仅是个“理念”问题，而且是一个重要的立法技术问题了。正是基于上述考虑，苏永钦教授提出了“作为原则法的民法典”及“纯粹民法典”的概念。他认为，现代民法典的制定“不是为了‘整全’分散在不同单行法的民事规定，一方面这将牺牲单行立法的优点，另一方面，民法典供使用者便于检索的信息统合功能，基本上已经不大，因为历史经验告诉我们完整法典只是神话，而现代越来越普及的各种电子数据库也已经可以充分满足快速检索的需求。因此在‘集大成’和‘原则法’之间，现代的民法典似乎只能选择后者。换言之，既不能‘全’，至少也要做到‘纯’，法典之所以为法典，除了条文数特别多，而且对民事关系有其全面观照外，总还要和其他的法律有所区隔。”{16}

事实上，将同属一个法律部门的所有法律规范纳入一部法典，应付不断发展变化的社会问题的企图在任何时候都没有完全实现过。因此，法典化之后，单行法形式的兴起是非常正常的。法典化不是法律形式发展的顶点和终结，它只是法律发展的一个阶段。正如学者所指出的，“民法典的编纂并不是私法发展的结束，而是法律长期发展进程中的一个阶段，在这一阶段某些价值评价被暂时明文规定下来。”{17}许多人甚至认为，在瞬息万变的网络时代，法典化时代已经过去，当代立法应以专门的单行法形式为特征。{18}

美国比较法学者施莱辛格在分析大陆法系的法典编纂传统之所以出现这种变化时认为：第一，大陆法系各国的法典有着很长的历史，自从颁布以后，它们所生长和运行的政治、经济和文化环境发生了巨大的变化。因而出现了许多法律空白和漏洞，还有许多的法律规定已远远不能符合现实需要和顺应社会发展的潮流，而法典又是一种极具稳定性的法律形式，不可能及时回应新的法律问题，而且频繁地修改和补充法典也将有损于法典的权威性和严肃性。在这种情况下，灵活机动的单行法和判例法形式就变得非常有必要了。第二，大陆法系国家的法典有一个很大的特点就是，法典条文比较原则和抽象，特别是“总则”和“一般条款”不涉及具体的行为模式和法律后果，仅限于一些笼统、概括的原则性规定。在法典实行的外部条件发生急遽变化时，这些抽象、一般的原则性规定在客观上就需要单行法和判例法将其具体化和个别化，只有这样才能适应不断变化的社会需要，也才能继续保持法典的稳定性和严肃性。{19}

由此可见，特别民法与民法典之间也需要考虑分工与合作的问题。为了实现“自治”与“管制”双重目标，同时又尽可能维持已经延续一、二百年的“纯粹自治”民法的传统，保持其概念清晰、层次清楚并具有严格的逻辑性和体系性

的“形式理性”优势，绝大多数的现代民事立法者作出的选择是，将实现“自治”目标的任务仍然主要交由作为“原则法”的民法典来完成；而实现“管制”目标的任务则主要通过制定民事单行法来完成。

（二）《侵权责任法》对民事基本法与民事特别法的协调

多数大陆法系国家是在市场经济萌芽之初就先有了民法典作为基本规范，然后才有因国家逐渐增长的管制活动而制定的民事特别法，而我国条条块块的立法是在没有民法典的前提下完成。所以同样有许多条条块块的单行法，西方国家在处理民事规范时，已经有了民法典作靠山，不必创造新的概念，不必重复基本原则，只要把“例外”的地方加以规定，其他都可以概括引致民法典。而我国则是在还没有完成民法典之前，已经有了不少的特别民法^[20]。

这是我国的民事立法一直面临的困境，侵权责任法的制定又一次要面对这一困境。我国现有的五部侵权法专家建议稿，均没有妥当地处理好这个问题。几乎每一个建议稿都有意无意地将本属于且仅适合于在民事特别法中规定的侵权法规范，不适当地“拉入”到侵权责任编之中，不仅造成了重复立法的严重后果，而且破坏了侵权法以及民法典内部的体系和谐。

《侵权责任法》采用的做法是，凡是在民事特别法中已经作出规定的特殊侵权行为，原则上仍保留在民事特别法中，而对于特别法中没有规定或者需要完善的规则，则规定到《侵权责任法》中。这样既维护了立法的稳定性和延续性，又避免了重复立法，彰显了（作为民法典一编的）《侵权责任法》对形式理性的追求和实质理性的兼顾。

四、《侵权责任法》对立法、判例和学说的处理

立法、司法与学说的合理分工，是法典编纂技术的重要指标。学者的研究表明，立法权与司法权呈此消彼涨的关系，法律规定的数量与法官的权力成反比，法律的模糊度与法官的权力成正比。^[21]因此，立法与司法的分工问题取决于法律规范的数量以及法律的模糊度，如果法典所设置的法律规范的数量多且模糊度低，则法官的自由裁量权就小；反之，如果法律规范的数量少且模糊度高，则法官的自由裁量权就大。立法者若对自己的认识能力抱极大的信心，必然努力制定预料未来一切社会关系的法典，由此使司法者补充和变通适用法典条文的活动成为不必要并不允许，这就必然导致立法至上或绝对的严格规则主义。包罗万象的民法典是形而上学和绝对主义的产物，已经被历史所淘汰，再去追求这种法典无异于缘木求鱼，我们应该坚持认识论上的折衷态度，力图将已有把握认识的人类未来行为加以规定，而将无把握认识的人类未来行为交给法官处理，以明示或默示的方式授权法官制定补充规则，坚持二元的立法体制，实行严格规则与自由裁量相结合。^[22]

立法与司法的合理分工不仅仅是权力制衡的体制问题，也不仅仅是认识论问题，更是法典编纂的技术问题。技术高超的法典编纂者不仅善于在法律规范的数量上作出合理的取舍，同时在每一个具体的法律规范的设置上，也不过分追求“精准”、“缜密”，而总是让规范保持适度的弹性，留给法官对具体案件行使自由裁量权的合理空间。^[23]

《侵权责任法》是不完整的立法，是一部未完成的作品。许多责任的成立及责任的分担规则并没有在这部法律中作出明确规定，有赖于判例和学说乃至立法来补充。这是立法者的本意，体现了立法的谨慎和开放态度，可以有效调和形式理性和实质理性的冲突。例如，权益列举中没有身体权和一般人格权，需要通过判例加以完善；过错、因果关系和损害等概念未在法律中界定，需要判例和学说协力完成；行政侵权未作规定，需要通过立法（国家赔偿法）来解决。更多的细则，还需要最高院的司法解释作进一步规定。

在大陆法系，不仅立法者在民法典以外不断地创制新的法律形式，法院也通过解释或发展新的判例规则而创制另一种形式。法院根据新的社会条件，通过对立法条文解释的形式来适用法典，从而导致了类似于英美法的实体法形式。^[24]“虽然传统的民法教条否认法官‘制’法和把司法判例作为一种法律渊源，然而现代民法愈来愈堂而皇之地承认立法对解释和运用法律的法官及行政人员的不可避免的依赖。”^[25]二战以来，“大量的和仍在不断增加的判例法是大陆法系国家实际法律生活的一个确定的特征。”^[26]“那种认为制定出明晰易懂，逻辑严密的法典就可以堵塞法官解释法律这一漏洞的观点也逐渐销声匿迹。”^[27]

在侵权法领域，由于一般条款的设置，判例法异常发达。甚至有学者认为，在传统欧洲大陆法系国家，作为“活法”的侵权法大都体现为判例法，各民法典中的侵权法规定实质上大多仅仅具有体系化的技术作用，而不具有“资讯集中”等法典化的功能。^[28]因此，在大陆法系国家，侵权法具有很强的判例法色彩。侵权法中的许多内容已被大量的单行法律或法规所替代或“肢解”，一些既有的基本原则也被补充和扩展。可以说，对传统法典的补充和修正的内容已远远超出了传统法典本身，在某些法律领域甚至可以说法典已沦为补充单行法和判例法之不足的地位。^[29]

但在我国，我们对判例法的发展和发达不能抱有过高的期待。其根本原因在于：我国的民事审判实行的是两审终审制，绝大多数民事案件（尤其是侵权案件）在基层法院和中级法院就已终结审理，只有极少数的案件有机会到高级法院审理（主要是知识产权的侵权案件），作为最高审判机关的最高人民法院基本上无法直接审理民事侵权案件。尽管几乎每一期的最高人民法院公报上都会公布一些典型案例，但这些案例最多只能产生“示例”的作用，与法、德、日等国最

高法院直接作出的判决所产生的“实质拘束力”不可同日而语。因此，在我国不仅无法建立起英美法系中作为正式法律渊源的判例法制度，就连大陆法系作为非正式法律渊源的判例法也无法形成。作为对判例法的替代，我国最高人民法院不得不通过出台司法解释或者“批复”来弥补成文法的不足以及统一全国的法律适用。这些司法解释或“批复”不仅有对民事基本法的司法解释，而且有对民事特别法的司法解释。司法解释也因此成为我国特有的非正式法律渊源（有些法院甚至直接援引司法解释的规定作出判决），其性质和地位既不同于法、德、日德国的判例法，也不同于民事单行法，但其所起的对包括侵权法在内的民事基本法的补充作用，则是众所周知的。笔者认为，这种法律体制必将在我国未来相当长的时期内继续维持下去。可以断言，司法解释和单行法必将成为维系我国未来民法典形式理性的“左膀右臂”。

结论

作为制定法的一种，法典与单行法各有其优势和独特价值。单行法的优势是政策性和灵活性，管制的色彩更为浓厚，逻辑性和体系性虽然重要，但不足以成为单行法的根基，有时甚至可以牺牲其逻辑性和体系性来保障法律对实质理性的追求。而法典的优势恰恰在于规范安排的逻辑性和体系性，至少从立法技术的角度可以说，形式理性是一部法典是否成功的重要标志。通过上文的分析，本文试图得出如下结论：

第一，无论是形式理性还是实质理性，都应当成为我国民事立法孜孜以求的目标。对形式理性的追求应当成为民法典的主要任务，而实质理性目标的实现则应在民法典中通过“转介条款”的设置主要由民事特别法来完成。我国未来民法典若要维持传统民法典所具有的形式理性优势，就必须将其定位为“作为原则法的民法典”或“纯粹民法典”。这种民法典坚守自治法这一正统的私法本色，在立法技术上严格遵循逻辑性，实现法律规范安排的体系化。这种民法典以私法自治为逻辑元点，推演出所有权绝对、合同自由和过错责任三大原则，以此作为民法典的支柱。所有的民法规范都必须贯彻这三大原则的要求。无论是所谓的“原则法”还是“纯粹法”，归根结底就是两个字：“自治”。正如苏永钦所言，“民法典建立的结构，是单行法立法者作政策权衡的基础，因此，民法典越想要长寿，就越需要把基础—自治空间—拉到最大。因为结构法的目的在提供选择，而不在自己做成选择。”^{30}

第二，民事特别法担负着管制和政策调和的功能，更有助于实现法律的实质理性。作为原则法之例外，民事特别法在功能上体现出政策性、灵活性、依赖性和相对独立性四个方面的特点。政策性是指每一个民事特别法的制定和适用都涉及到政策考量问题，主要包括两个面向：管制和保护。立法者和裁判者需要弄清楚的问题是，该法背后的公共政策“管制”的对象是什么？“保护”的对象和目的何在？一个国家某一时期的公共政策是民事特别法制定、修改乃至适用的基础。公共政策的易变性和不确定性决定了民事特别法的灵活性。而民事特别法对于民法典的依赖性，不仅反映出其独立的相对性，而且更加要求民法典设立基础稳固的重要性。

第三，依循民法典的形式理性要求，《侵权责任法》一方面不仅妥善处理了民事基本法与民事特别法的关系，而且还“见缝插针”地处理了其与社会保障法、无过错补偿制度和商业保险制度的关系以及《侵权责任法》的内部构造和规范安排的体系化问题，在这些制度之间建立起一种良性的和谐互动关系。另一方面，《侵权责任法》的体系构建坚持以过错责任原则为逻辑元点，来实现规范安排的体系化。在一般条款的设置上，只设立实行过错责任原则的侵权行为的一般条款，对于过错推定原则和无过错责任原则均未设置一般条款，而只设立“转介条款”，兼顾了对形式理性和实质理性的追求和对二者冲突的调和。

【参考文献】{1}[德]马克思·韦伯：《经济与社会》（下卷），林荣远译，商务印书馆1997年版，第15-16页；陈聪富：“韦伯论形式理性之法律”，载许章润主编：《清华法学》（第2辑），清华大学出版社2003年版，第33-61页。

{2}邓楚开：“刑事司法中的形式理性与实质理性”，载《检察日报》2009年1月13日。

{3}焦增军：《特殊侵权行为一般条款研究》，郑州大学硕士论文2004年，第12页以下。

{4}张新宝：“侵权法的立法模式：全面的一般条款+全面列举”，载《法学家》2003年第4期。

{5}苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第35页。

{6}谢怀栻：“大陆法国家民法典研究”，载《外国法译评》1994年第4期。

{7}石佳友：《民法法典化的方法论问题研究》，法律出版社2007年版，第168页。

{8}朱岩：“民法典一般条款研究”，载《月旦民商法杂志》2005年第7期。

{9}杨立新：“论侵权行为的一般化与类型化及对我国侵权行为立法模式选择”，载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期。

{10}王利明：“侵权责任法中一般条款和类型化的关系”，载《中国检察官》2009年第5期。

{11}王利明：“侵权责任法制定中的若干问题”，载《当代法学》2008年第5期。

{12} 同注11引文。

{13} 钟瑞栋：“民法中的强制性规范—公法与私法‘接轨’的立法途径和规范配置技术”，载《法律科学》2009年第2期。

{14} 苏永钦：“民事立法者的角色—从公私法的接轨工程谈起”，载苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年，第9页以下。

{15} 钟瑞栋：“民事立法的三种型态与强制性规范的配置”，载《厦门大学学报（哲社版）》2008年第6期。

{16} 苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，第11—12页。

{17} R. 科尼特： “罗马法与民法的法典化”，载杨振山 / [意]斯奇巴尼主编：《罗马法、中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社1995年版，第50页。

{18} 封丽霞：《法典编撰论—一个比较法的视角》，清华大学出版社2002年版，第143页。

{19} 高鸿钧：“英国法的主要特征—一个比较观察”，载《比较法研究》1991年第4期。

{20} 同注16引书，第11页。

{21} 徐国栋：“论我国民法典的认识论基础”，载《法学研究》1992年第6期。

{22} 同注21引文。

{23} 钟瑞栋：“人格权法不能独立成编的五点理由”，载《太平洋学报》2008年第2期。

{24} 同注19引书，第143页。

{25} [美]格伦顿等：《比较法律传统》，贺卫方、米健、高鸿钧译，中国政法大学出版社1993年版，第32页

{26} 同注19引文。

{27} 潘华仿、高鸿钧、贺卫方：“当代西方两大法系法律渊源比较研究”，载《比较法研究》1987年第3期。

{28} 朱岩：“大规模侵权的实体法问题初探”，载《法律适用》2006年第10期。

{29} 同注18引书，第143页。

{30} 苏永钦认为：“民法典所构筑的自治空间，当然要越大越好，背后不一定是什么自由放任的哲学，而是让嗣后进场的管制者有更多的选择。立法者也不一定要盲目信任个人的理性和创造力，但如果民法典的立法者已经把个人的理性和创造力设定在一个高度，我们将永远没有机会探触两者真正的极限。民法典必须为自治设下的底线，无非是人类生理的极限，和人权保障的底线，最多再从自治本身制造的交易成本来看，划出合理的界线。”参见同注14引文。

原载于《比较法研究》2011年第6期