

# 中国民法继受潘德克顿法学： 引进、衰落和复兴

孙宪忠

---

**摘要：**中国 1992 年明确宣布建立社会主义市场经济体制之后，开始了大规模的制定民法的工作，现在有必要对于民法立法技术层面的问题予以认真的思考。中国一百多年之前变法时，就已经引进了潘德克顿法学，以后还按照这一科学方法编制了自己的民法典。但是此时只是继受了潘德克顿法学的外在制度体系，即立法规则和语言体系；而没有继受其内在体系即思想体系，也就是支持这些制度体系的近现代法律人文主义思想。在上个世纪 50 年代大规模引进苏联法学之后，中国法对于民法人文主义思想和技术规则不但没有积极理解，反而采取批评的态度，以至于民法的规则体系被摧毁。这种法律思维一直没有认真清理过。由于市场经济体制的成功，民法作为市场经济体制下的基本法的地位，会在中国得以确立；民法中公民权利观念，会成为社会的共识；民法中的规则体系，比如支配权和请求权作为基本民事权利的划分、法律行为理论和制度、交易中的权利变动制度等，都会逐渐建立和完善。潘德克顿法学在中国正在走向复兴。

**关键词：**潘德克顿法学 民法立法技术 法律人文主义 法律行为

作者孙宪忠，中国社会科学院法学研究所研究员（北京 100720）。

---

## 一、引言

潘德克顿法学是关于民法典编纂的学问，而中国近现代开始的立法变革，是在继受潘德克顿法学的基础上进行的。如果要考察中国当前民法立法的逻辑与技术层面的问题，就应该对潘德克顿法学知识体系进入中国的效果予以认真分析，这应该是中国民法基础理论方面的一项很有意义的工作。

中国古代法系国家法、民法、刑法、行政法融为一体，实体法与程序法一并规定，立法上呈现超大大法典模式。近代中国法制改革之初，这种“诸法合体”的模式即被放弃，开始采取大陆法系的立法模式，分别编撰宪法、刑法、民法、商法的实体法以及程序法。这一变革对于中国民法的发展意义重大，因为从此民法至少是从形式上脱离了附属于公法的低下地位，具备了成为民间社会基本法的可能。

从世界近代民法法典化运动的历史考察可以看出，民法的制定，其实并不仅仅只是民法技

---

以世界著名的《唐律》也就是唐代《永徽律》为例，该法典共有 12 篇“律”，共 500 条，其内容包括等级身份、宫廷守卫、官制及职责、婚姻家庭、国库财政、越制越权行为、叛乱和劫盗、诉讼、诈骗等方面。对此，请参见杨鸿烈：《中国法律发达史》（上卷），上海：商务印书馆，1930 年，第 350 页。

自启蒙运动后期，欧洲各国出现了以编制民法典、依据民法的系统化为手段，来达到限制公共权力侵

术层面的革新，更重要的，首先是民法所代表的法律人文思想的演进。法律内在的思想和外在的技术之间，其实不可以脱离开来。中国在清朝末年进行的法律改革就是引进大陆法系概念与知识系统，此后中国还有几次继受外国法律的大规模的动作。所以现在中国使用的民法，不论是其概念与知识体系，还是其思想体系，基本上都是外国法引进的结果。当然清朝末年的这种继受，主要是对西方法律知识体系尤其是德国潘德克顿法学的外在形式的继受。这种继受虽然也是困难的，但是相对于近现代西方民法思想的继受，法律技术或者法律形式的继受还是要显得容易一些。从上个世纪初期到中期，中国事实上处于分裂状态和外国强权支配之下，为了实现国家的统一，中国社会对于强权政治普遍采取了容忍甚至欢迎的态度，因此民法所张扬的自由精神难以得到发挥。中华人民共和国成立之后，发生了对于苏联法的大规模继受。这一时期的中国法学，整体上而言特别强调社会主义法学的革新性，强调从内在思想和外在形式方面彻底否定西方法学，否定东西方法律的相互借鉴的正当性，民法以及其他法律的发展多处于停滞状态。当然，潘德克顿法学在中国的影响也已经荡然无存。

1980年代中国实行改革开放政策以后，中国社会认识到民商法作为市场经济基本法的作用，法学界对于民法的思想和技术采取了接受的态度，中国民法出现了发展的高潮，法律的制定和法学的发展都非常快。这一时期，关于德国法学尤其是潘德克顿法学的引进，成为中国民法学发展的一个亮点。

潘德克顿法学是关于民法立法技术的学说，该学说在中国事实上走向了复兴。当然，在中国也有学者主张按照英美法体系发展判例法，也有学者主张按照罗马法或者拉丁法系特点制定中国法，但是这些学者的声音没有成为中国民商法学界的主流，也没有对近年来的中国民商法立法产生比较大的影响。中国近年来颁布了合同法、公司法、物权法等对市场经济发展具有至关键意义的立法。这些法律的内容，已经能够遵守市场经济体制下的民法基本理念和制度原则，而从立法体系和立法技术上看，这些法律还是遵守着潘德克顿法学的基本逻辑。虽然在当代世界有所谓的“解法典化”或者“反法典化”（de-codification）的观点，但是从目前的情况看，中国民法的发展仍然坚持着依据潘德克顿法学的立法模式进行法典化的道路。

从中国正在进行的一项民法立法“侵权法”的研究和讨论来看，潘德克顿法学在中国的复苏可以得到更好的验证。虽然目前对于该法应该使用什么名字（在学者建议稿和立法机关制定的征求意见稿中，该法有“侵权法”、“侵权行为法”、“侵权责任法”等各种不同的称谓），以及立法将采取什么编制体例和结构，中国学者有十分广泛的争议。但是，对于该法编制的基本法理逻辑，思路大体是一致的，即侵权指的是对于绝对权的侵害，侵权法的制定，也应该遵守这一逻辑。而绝对权和相对权的区分，可以说是潘德克顿法学对于民事权利区分的特征。当大多数学者能够利用这一理论的时候，说明该理论基本上已经成为学术界的共同观点。

害民权的“法典化运动”。支持这一运动的思潮，为“理性法学”。此时出现的民法典，以法国民法典为代表，另外，普鲁士、巴伐利亚、奥地利、荷兰、意大利等国，均编制出了自己的类似法典。

笔者的一些研究是中国大陆地区这一领域比较早的作品，如《德国民法物权体系研究》，发表于梁慧星主编《民商法论丛》第5卷，北京：法律出版社，1996年；《德国当代物权法》，北京：法律出版社，1997年。另外，“德国当代法学名著”编辑委员会出版了“民法总论”、“物权”、“债权”以及法律思想方面的著作十余本。中国政法大学出版社出版的中华民国时代民法立法系列丛书，其中有不少介绍中国早期引进潘德克顿法学的著述。这些著作对于当代德国民法学术思想在中国的传播发挥了很大作用。2005年在上海召开了“法典化还是解法典化”的国际学术会议，来自欧洲的学者介绍了“解法典化”概念在欧洲的发展。中国学者对此亦有不少持肯定的态度。该会议的学术论文集正在出版中。

参见孙宪忠、汪志刚、袁震：《侵权行为法学术报告会述评》，《法学研究》2007年第2期。

鉴于中国法内在的思想体系和法律技术均来源于对外国法的继受，所以应该对外来的法律思想和技术，当然也包括潘德克顿法学的思想和技术，按照中国的基本国情予以认真的评价。对于其中的精华予以坚持，对其中的糟粕予以放弃。中国已经融入了国际化的潮流，法学尤其是民法学的发展不可能再像以前那样在某种引进极端理论的基础上自设前提、自我演绎、自我封闭、自圆其说了。

## 二、中国继受潘德克顿法学之初

中国引进民法概念与知识体系发轫于清末变法。“司法之革新事业始于清光绪二十八年，自是年设修订法律馆，先后所订有民律草案、商律草案、公司法草案、海船法草案、破产法草案各案……”在这一过程中，关于民法典的编纂情况是：“宣统三年法律馆编纂成功五种法典，即大清民律草案第一编总则，第二编债权，第三编物权，第四编亲属，第五编继承……”虽然这一民法草案尚未正式颁布而成为法律，但是它开启了中国接受西方法律知识的大门，而且奠定了中国编制民法典的基础，后来数十年的民法典编纂都是在这个基础上进行的。

从清末的民法立法可以看出，中国立法从此接受了大陆法系的立法模式，它不但将公法和私法予以区分，而且在私法体系内部，又将民法、商法等予以区分；令人瞩目的是，它所编纂的民法典草案，完全采纳了德意志法系的立法模式，其五编章的结构，与德国民法典完全一致。尤其重要的是，对德国民法关于物权行为理论的各项规定，该法律草案也一并采纳了。例如，该草案第 979 条规定：“依法律行为而有不动产物权之得、丧及变更者，非经登记，不生效力。”第 980 条规定：“动产物权之让与，非经交付动产，不生效力。但受让人先占有动产者，其物权之移转于合意时，生效力。”可以清楚地看出，这种物权变动的公式要件主义、强调物权合意的规则，其实直接来源于德国民法的潘德克顿法学，而不是来源于当时作为中国立法摹本的日本民法。日本民法在这些规则方面，其实是继受了法国民法；而中国民法就比较坚决而且完整地继受了潘德克顿法学。这一段历史，中国民法学界长期以来基本上忽视了。

应该指出的是，在这次法制变革中，日本法学家发挥了极大的作用，他们为中国的法制事业不但贡献出了自己的学识，也表现出放弃狭隘民族主义的学术勇气。当时协助中国编制民律草案的日本学者松冈义正、志田钾太郎，并没有建议中国采纳日本法的立法模式，而是采纳在法理上更为精确、更容易引进、更方便适用的德意志法学的知识系统。为什么要在法国法、日本法和德国法之间选择德国法的概念与知识系统作为继受的对象？原因在于中国立法者已经就这些外国的法律素材进行了认真的比较，当时的修订法律大臣的奏疏中说：“原本后出最精确之法理，学术之精进由于学说者半，由于经验者半，推之法律，亦何莫不然？以故各国法律愈后出者最为世人瞩目，意取规随，自殊剽袭，良以为学问乃世界所公，殊非一国所独也”。

因此，近代中国民法改革之始，就是对德意志民法学说完全彻底的继受，而且中国不但继受了德意志法学的外观体系，而且继受了支持这种法典编纂模式的理论，即潘德克顿法学。这尤其表现在关于物权变动模式的选择方面。这一点与日本民法相比可以清楚地看出来。近代日本民法也是西方法律继受的结果，似乎也是继受德意志法系立法模式的结果，其立法从表面上

杨鸿烈：《中国法律发达史》（下卷），第 898 页。

杨鸿烈：《中国法律发达史》（下卷），第 904 页。

杨鸿烈：《中国法律发达史》（下卷），第 906 页；谢振民编著：《中华民国立法史》（下册），北京：中国政法大学出版社，2000 年，第 745 页。

看也继受了德国法系的物权与债权的区分结构，但是它只是继受了德国法系物权与债权的法律性质的区分，却没有继受德意志法系的关于这些权利发生变动的法律根据的区分，没有清楚地继受德意志法系的特征处分行为理论。所以日本法并没有彻底继受潘德克顿法学。正如日本近现代杰出的法学家我妻荣先生指出的，这是日本民法的一个遗憾。但是中国的民法基本上继受了德意志法系的全部制度精神。这一点现在看来特别值得指出。

此后经过 20 多年的立法研究，中国终于在 1930 年前后完整地颁布了自己的《民法典》。该法典的产生，似乎可以说基本上是一个移植的结果，而不是制定的结果。从立法的体例上看，该法典与《德国民法典》完全一致，它同样包括总则、债、物权、亲属和继承五编。虽然也有过大规模的本土社会调查，但是立法的基本原理和大量素材来源于国外尤其是德意志法系。参与这一立法过程的法学家梅仲协先生说：“现行民法，采德国立法例者，十之六七，瑞士立法例者，十之三四……”该法律的境外资源，占立法素材的十分之八九，而法律的本土资源，只占立法素材的十分之一二。

可以肯定地说，中国 1930 年《民法典》的最显著的特征，是受《德国民法典》的巨大影响。所不同者，是该法典在物权编部分规定了具有中国传统色彩的典权以及永佃权，在亲属编部分依据男女平等的观念建立了新型婚姻家庭制度，这要比同时期的德国民法先进很多。但是总的来说，该法典在财产权利部分的规定，其基本的素材更多地来源于德国法、瑞士法而不是本土法。这部法典最显著的优点，是它从一开始就接受了作为德意志法学特征的“处分行为理论”或者物权行为理论，在涉及物权变动的法律规则方面，它的规定与《德国民法典》完全一致。因为民法的基本结构正是关于物权与债权的区分，而中国 1930 年《民法典》不但从物权与债权的法律效力上进行了区分，而且从这两种权利的法律根据和法律关系方面进行了区分。上文所说的清末民法草案物权法部分关于物权行为理论采纳的情况，在这部民法典中得到坚持。可以很清楚地从该法第 758 条、第 761 条等项规定中看出这些内容。另外应该指出，该法在中国台湾地区上个世纪末期予以修改的时候，立法机关所做的立法说明，明确地强调了依据物权行为发生物权变动的立法要件，应该不同于非依据法律行为发生物权变动的条件。并且，此时立法说明中明确指出，从清末时代编制民法典草案时，即已经承认和采纳物权行为理论。所以，中国民法成为继受德意志法系最为彻底的法律。

这一点与日本民法形成了一个很有意思的对照：日本民法也承认物权与债权的法律效力的区分，但是却基本上不承认物权变动与债权变动的法律根据的区分。日本民法典最关键的法律条文，也就是关于物权变动的法律根据的条文（日本《民法典》第 176、177、178 条等），与法国民法的规定基本一致。所以日本民法从这一点看，只具有德意志法系的形式而不具有其实质。

1930 年中国《民法典》从立法技术的角度看，既继受了德国民法概念精确、体系完整的优

---

日本民法第 176 条、第 177 条、第 178 条规定，物权变动仅以当事人的意思表示而生效。不动产登记和动产交付不是物权变动的生效要件，而只是发挥对抗第三人的效果。

这一观点是星野英一先生在纪念我妻荣先生的一篇文章中转述的。此文的出处，参见王茵：《德国、法国、日本的物权变动立法模式比较研究》第 10 页注释，北京：商务印书馆，2003 年。

梅仲协：《民法要义》，北京：中国政法大学出版社，1998 年，初版序。

参见王泽鉴：《民法物权·第一册》，台北：三民书局，2001 年，第 20 页以下。对立法历史部分，可以参考台湾“司法院”大法官林纪东、郑玉波等主编：《新编六法参照法令判解全书》，台北：五南图书出版公司，1986 年，第 180 页以下关于物权变动的各个条文的解释。到 20 世纪下半叶台湾修订民法典时，更加确定了坚持这一传统做法的思路。

参见林纪东、郑玉波等主编：《新编六法参照法令判解全书》。

点，同时也避免了德国民法的语言和技术过分强调法律专家的专业化而忽视民众化的缺陷，它的大量的规定，采用了适合中国本土的法学语言。这部立法不论从基本结构还是从具体规范的角度来说，质量都是很高的。

中国法学界在评价这一段历史时，常常指出这一阶段先辈法学家对外国法继受的盲目，这一评价从历史事实看并不准确。从现在看到的资料，证明这一时期的法学家对于选择哪种模式的立法予以引进，是经过认真思考和比较研究的。现在阅读这些成果的时候，常常为我们有这样的先辈而感到自豪，也为我们今天民法典立法过程中在立法思想和立法技术方面的不成熟而感到尴尬。

### 三、中国 20 世纪中期对苏联法学的继受

中华人民共和国建立初期，当时发挥宪法作用的《共同纲领》尚许可市场经济的存在，因此中国尚存在着民法发展的土壤，但这一时期并不长久。由于追求彻底革命的结果，中国开始以完全照搬的方式引进苏联民法。

从外在的立法形式上看，苏联法学中的民法概念体系也来源于德意志法学，1923 年的《苏俄民法典》，由总则、物权、债权和继承四编组成，从中还可以看到潘德克顿法学的影子。但是苏联民法没有规定亲属编，之所以如此，是认为民法是财产法，不能包括亲属问题，从此亲属法这个重要的民法范畴脱离了民法。后来，因为现实中计划经济体制加强，社会生产资料基本上国有化，以调整交易关系为特征的民法的作用范围被大幅度压缩，因此苏俄民法又发生了体例上的重大变化，即取消物权法，只规定所有权。这种立法模式和理论，本来只是苏联自己的国情演变的结果，但是长期以来，却被一些国家盲目地当作社会主义的特征，不仅仅是东欧国家，中国当时的法学也认可其为经典，改革开放之前出现的几个民法典草案，都是这样的结构。那时，中国民法中没有形式意义的物权法与亲属法的概念和知识系统。

从法律的政治功能角度看，苏联法与大陆法系民法也有了本质的区别。苏联法学强调法律体系必须建立在计划经济体系之上，必须为贯彻计划经济服务，民法尤其是如此。另外，它强调法律为阶级斗争服务，把法律制度的各个方面都理解为无产阶级革命的工具，这样，法律的技术规则演变成为政治工具。到 20 世纪 40、50 年代，已经建立了自圆其说的“社会主义法学体系”。这一时期的苏联法学，是已经完成了对于西方法律从概念体系到立法精神的彻底批判和改造的产物。在立法指导思想方面，它彻底否定了近现代以来民法所接受的以人文主义为核心的思想和价值体系，否定了近现代民法的所有权理论、意思自治理论；而在立法技术方面，由于计划经济主导，因此传统民法建立的规范市场以及交易的制度体系也基本上被废除了。当时中国继受的就是这样的法学。

但是从后来中国的民法发展状况看，它的法学知识体系尤其是民法学比苏联民法更加极端、更加片面。比如，在苏联和东欧国家，都普遍存在大量的私有生产资料所有权，尤其是作为生活资料的土地私有所有权。而中国到“文化大革命”时期，已彻底消除了土地的私有所有权。苏联以及东欧国家都存在着大量的住房私有所有权，而中国长期以来城市居民基本上没有住房

参与制定该法典的梅仲协先生认为，这一点是参照《瑞士民法典》的结果，同时也是尽力涤除早期立法方案中存在的日语口气的结果。参见梅仲协：《民法要义》，第 19 页。

关于苏联的这种做法以及原因，请参见库德利雅夫采夫主编：《苏联法律辞典》（第一分册），北京：法律出版社，1957 年，第 105 页。

私有权。苏联和东欧很早就制定了自己的民法典，但是中国在将近 40 年的时间里，根本就无法制定民法典。即使是它所起草的民法典草案，也都成了阶级斗争的宣言书。

在中国法律制定和研究中，社会和法学界似乎一直非常重视立法的政治问题。比如刚刚生效的物权法就遭到一些人严厉的政治批判。从理论上讲，他们对于物权法应该解决什么问题，不能解决什么问题，完全一无所知。比如，他们反对物权法中不动产登记制度的一个重大理由，就是该制度没有解决贫富差距问题。其实，不动产登记制度怎么能作为平抑贫富的手段呢？仅仅从这一点就可以看出，这些学者法学专业知识的贫乏。

相对而言，中国学术界大多数人的观点是温和的，适度的。笔者自始参加中国物权法的起草与编制工作，后来也参加中国民法典的编制工作，在此过程中，深感中国民法学者的知识背景和外国民法学界的差异非常之大，也同样感受到苏联法在中国影响之大、危害之深。写作此文，也是希望在民法学界以至于法学界能够认真清理中国继受苏联民法以及在此基础上所发展出的极端主义法学。

首先，我们应该清理苏联法学的思想精神。这种法学的基本特点，就是否定以民事权利为核心的民权在法制社会的基础作用。不论是依据自然法的法理，还是依据社会主义思想，在中国都应该建立人人平等、民权优先、公权保护私权的法学观，这也就是“以人为本”的法学观。而在苏联法学里，权利来自于法律的赋予，每个人的权利只能根据在“所有制”中地位的差异有区别地得到保护。这样即使是合法财产，也会有法律地位尊卑的区分。更进一步，与这些财产相联系的人，也有了“全民身份”、“集体身份”和“个体身份”的差异。这就严重地违背了社会主义的理想和本意。

从法律技术的角度看，苏联法中基本上没有交易的民法观念和制度体系，其技术规则是计划经济体制的反映。所以在这一次物权法制定中，即使是民法学界的很多人，也无法准确理解物权法对于保障交易安全所建立的制度，原因就是这些学者过去的知识背景中，基本上没有这些内容。这一次物权法制定中，坚持苏联法的观念始终占据上风，最后颁布的物权法还是坚持了苏联法关于财产所有权的“三分法”的主张，法人——尤其是企业法人的财产权利的规定，仍然被纳入“国家、集体、个人”这种模式之内。公有制企业的财产权，也被当作国家所有权的一种实现方式，这就违背了改革至今所确定的以法人制度改造公有制企业制度的目标和法律原理。目前中国公司法对于这一点的法律规则已经有很大的进步，即原公司法第三条第三款的规定，已经在公司法的修改中废除了，而物权法草案却仍然坚持了这一被废除的法律条文。把企业仅仅作为所有权的客体，不承认其作为法人充分的所有权，就是计划经济体制的法律规则。苏联法学的这些思想和技术规则，对中国并没有产生好的效用，即使是从苏联留学归来的老一代法学家对此也深有感触。

最典型的是，1962年，中国立法机关起草一部民法草案，该草案完成于1964年8月，由252条共3编组成：总则、财产的所有和财产的流转。它几乎完全放弃了传统的民法概念和术语，充满了中国流行的政治口号。这个草案的基本特征是强调当事人的义务重于权利。这一点反映出中国社会当时处于“义务本位”的状态。另外，在1964年的草案中，涉及基于侵权产生的义务、不当得利和无因管理的内容都被完全删除，知识产权也被奖励制度所取代，民法的制度系统简化到极端。即便如此，由于后来更为激进的“文化大革命”，这个草案没有颁布施行。对这个草案，因为已经有公开的资料，故此处不加以介绍了。

对此可以阅读刘怡清、张勤德主编《巩献田旋风实录——关于物权法的大讨论》（北京：中国财政经济出版社，2007年）一书中巩献田的文章。

参见魏甫华：《对张仲麟先生的访谈录》，《中国法律人》2004年第4期。

总之，苏联法的观念体系和技术规则体系不但与市场经济的要求相悖，而且不符合中国当前建立的以人为本、以民为本的可持续发展战略的要求。对这些过时的法律观念的清理，应该是中国法学界必须立即动手、而且必须长期坚持的任务。

#### 四、改革开放初期对外国民法的借鉴

1978 年到 1992 年，可以看作中国改革开放的初期。这一时期是中国摸索适合自己需要的经济体制的时期。中国的民法发展还是没有脱离自设前提、自我演绎、自圆其说的局面。在经济层面中国可以说向世界开放了，但是在法学知识更新方面却显得非常拘谨。一方面由于多年来政治斗争的原因，人们不敢大胆引进和接受西方的法学尤其是民法理论（基于同样原因，人们也没有胆量从台湾学习自己的前辈所继受的大陆法系法学）；另一方面也是因为当时没有足够的法律外语人才，法学界基本上无法知道西方民法的发展情形。

这一时期的民法发展表现出中国法学界试图脱离苏联法学的努力，但是这一努力显得非常艰难。1986 年制定的《民法通则》可以说清楚地反映出这一特点。该法虽然表现了改革开放初期中国立法者摆脱苏联法、建立适合改革开放的民法制度的一面，但是它的基本法律用语还是苏联法的那些内容。《民法通则》坚持了计划经济原则，坚持了对于各种合法财产不能平等地予以承认和保护的思想。这些，在当时那种环境下是可以理解的。我们应该肯定，《民法通则》在中国的经济体制改革和政治进步中发挥了极大的作用。比如，它规定中国民法调整平等主体之间的财产关系和人身关系，这一点打破了计划经济体制铁板一块的法律调整方式，从法律思想方面承认了中国民法社会的存在，奠定了民法的发展基础；它关于法人制度的规定，为后来的经济体制改革和政治发展创造了前提和手段；它关于各种民事权利的规定，开启了中国民法社会的篇章；它关于民事责任的规定，成为中国法院系统最为重要的裁判规则。

尤其应该注意，它关于物权变动与债权变动基本关系的规定（第 72 条第 2 款），果敢地坚持了德意志法学的潘德克顿法学的基本要求。该条文的基本含义是：依据合同取得所有权的，所有权的取得在标的物交付时生效，而不是与合同同时生效。《民法通则》所确立的这一原则，与 1990 年代的《城市房地产管理法》、《担保法》以及《合同法》的法律技术规则显著不同。这说明，当时中国法学界关于物权与债权的法律效果以及法律根据的区分这些法律技术规则的认识，还是清楚的。

1980 年代末到 1990 年代初期，日本当代法学进入中国并且产生了巨大的影响，这一点成为这一时期中国引入外国民法学说的亮点。当时，法学界有一种强烈的摆脱苏联民法、重归大陆法系民法传统的倾向。但是由于迅速学习西方语言的困难，一些法学家开始学习日语，希望能够借助于语言的便利实现知识更新。学习日本民法的群体很快地成长起来，他们的知识对于后来中国民法尤其是合同法的制定发挥了很大的作用。中国这一时期颁布的《担保法》、《城市房地产管理法》以及《合同法》等，都受到日本法学的影响。通过日本法的学习，中国法学界开拓了视野。1999 年颁布的《合同法》在与国际法接轨方面实现了很多突破，其成就首先是应该予以肯定的。

但是也正因为如此，这一时期的中国民法打上了浓重的日本法学的特色。最为显著的就是在债权与物权的法律效果、债权与物权变动的法律根据方面的技术规则建设中，《担保法》以及

---

这一规则当然仅仅适用于动产，而当时中国尚没有不动产的交易行为。

后来的《合同法》都放弃了1986年《民法通则》采纳的物权变动与债权变动相区分的理论和制度，转而采纳法国法和日本法上的“同一主义”立法模式——依据一个债权意思表示统一发生债权变动和物权变动的效果的立法模式，因为只有一个统一的意思表示，所以物权变动无效的时候，债权意义上的合同也无法生效。这样，中国民法在这一时期虽然承认了物权和债权这些潘德克顿法学的概念，但是却没有承认它们法律效果的区分，因此这些法律并没有真正采纳潘德克顿法学的立法技术。这些不合逻辑和法理的观念被立法采纳后，对经济生活实践造成了消极的后果。

## 五、潘德克顿法学在中国的复兴

1992年以后，中国的市场经济体制改革向更深层次发展。这一变更对于国计民生具有历史意义，对于中国民法的发展更具有决定性的促进意义。这一时期中国最高立法机关的立法规划明确提出，市场经济的基本法律是民商法；中国民法典的制定完成，标志着中国市场经济的法律体系建设的完成。就是在这样的社会历史条件下，中国才真正开始了制定民法典的工作。

市场经济体制对于民法思想和民法规则的要求，与非市场经济体制的要求是不同的。这一点在中国物权法的制定中得到验证。该法的起草、颁布和生效，可以说是以潘德克顿法学为代表的现代民法思想和技术规则在中国得以复兴的最为显著的标志。对此，本文打算从支持潘德克顿法学的人文主义思想方面和支持物权变动的立法技术方面来予以简单的探讨。

如上所述，中国物权法的制定中，最激烈的争议，发生在坚持苏联法学的观念和支持市场经济体制的观念之间。在中国，受苏联法学熏陶的法学家尤其是民法学者其实是多数，因为新中国建立到改革开放初期的法学教育，一直把苏联法学作为“正统”社会主义法学；而中国的改革是在“摸着石头过河”的原则下，也就是不明显改变意识形态的前提下进行的，因此苏联法学的政治思想基础没有被清理过。大多数的法学家仍然坚持苏联法学的知识体系。当然他们之中只有少数人比较极端，其特征就是把来自于市场经济体制下常识性的法学知识当作资本主义法学而大加批判；而大多数人的观念比较温和，能够接受市场经济体制，也能够逐渐地接受市场经济体制下关于法律和法学的共同知识。

2005年年末以来中国出现的关于物权法制定的争议，比较尖锐地反映出苏联法学对于中国改革开放已经严重不适应这个问题。从立法的指导思想看，这一点表现最为强烈。最初提出中国物权法立法方案的是中国社会科学院法学研究所的课题组，所提立法方案，基于市场经济体制和人民基本权利保护的一般要求，在所有权这个物权法的核心制度方面，提出了对于各种合法所有权，不论其公有还是私有，均应该给予“一体承认、平等保护”的立法原则。但是参与

---

对此可以参考的法律条文，有1995年《城市房地产管理法》第37条，《担保法》第41条；1999年《合同法》第51条、第132条，以及最高法院1995年关于贯彻房地产管理法的司法解释等。

这些立法的消极后果，可以参照拙作《从几个典型案例看民法基本理论的更新》一文中评议的几个案例。该论文载《争论与思考——物权立法笔记》，北京：中国人民大学出版社，2006年。

笔者在1996年的一份研究报告中，提出将公共财产和私有财产“一体承认、平等保护”的观点，其基本的含义，就是要按照市场经济的基本要求，对于中国各种民事主体的财产权利给予平等的承认和保护，不要刻意地强调某种权利神圣或者卑贱。在物权法立法过程中，在中国社会科学院法学研究所课题组撰写的物权法草案建议稿中，总则部分写入了“平等保护原则”，这一点已经被立法采纳。关于笔者的这些观点，可以参见《中国财产权利制度的几个问题》、《物权法的基本范畴及主要制度反思》等，这些均收入《论物权法》，北京：法律出版社，2001年。



立法的其他专家认为，这一观点过于激进，触动了社会主义制度关于“公”与“私”所有权之间地位问题的敏感神经。立法机关编制的立法方案最后在所有权问题上采取了折中的做法。一方面，它按照“国家、集体和个人”这种“三分法”规定了中国的所有权体系，另一方面，它也没有坚持“国家财产所有权神圣、私有所有权应该受到压抑”的社会主义国家的“传统观点”，这样就间接地建立了公共财产和私有财产平等保护的原则。但是这种温和的做法，仍然被中国法学界一些极端的学者坚决否定，他们认为，中国物权法不再坚持公有财产神圣、私有财产卑下的做法是决然无法接受的，因此掀起了多次反对物权法立法方案的浪潮，并且使得颁布物权法的计划推后到 2007 年才得以实现。当然这些极端的观念，在中国法学界也是极少数人坚持的，但是由于大多数法学家对于民法基本问题的认识与苏联法学并没有本质的区分，中国法学界尤其是民法学界现在还不能彻底否定这些极端的主张。

但是，中国《物权法》还是顺利颁布了。《物权法》最后颁布的文本，明确规定公共财产和私有财产权利“一体承认、平等保护”的原则（第 1 章第 3 条第 3 款、第 4 条，第 5 章等）。中国立法做到这一点，在社会主义国家立法中还是第一次，其意义十分重要。这些规定可以说建立了中国市场经济发展的法理基础和人民个人财产权利获得保护的法理基础。对于压抑民众个人财产权利的苏联法学观念，中国绝大多数学者和民众是坚决否定的。国家主席胡锦涛明确提出，中国当前所坚持的，是“以人为本”、“以民为本”的可持续发展战略。“以人为本”、“以民为本”这些体现近现代法律文明的思想精神，已经得到中国执政党和人民普遍的肯定。

至于潘德克顿法学的技术层面的问题，也就是关于物权、债权相互区分的法理以及实践价值等问题，在中国学术界也发生了极为激烈的争议。

在中国物权法制定之初，法学界反对制定物权法的声音中，就有对于潘德克顿法学的直接批评。一种观点认为，物权法的概念和知识体系不如英美法的财产法，因为物权法无法包括财产权利的全部，而且中国人难以接受物权法这个外来词和制度。另一种观点认为，物权法的制定忽视了人权。这两种声音在物权法的制定中始终没有太大的影响。原因很简单，“财产法”的概念太宽泛，无法形成科学的立法体系和裁判方法；而制定物权法就是为了实现和保护民众的所有权等基本人权，制定物权法丝毫不存在以物权压人权的问题。

真正在民法学家内部发生的关于立法技术的激烈争议，是对于被称为“德意志法学的典型标志”物权行为理论的看法之争。1995 年以前，中国学者中否定物权行为理论的观点占绝对统治地位。这些否定物权行为理论的观点基本上来源于日本一部分学者对于该理论的表述，而否定的基本理由，无非是德国民法典编撰时代奥托·冯·基耶尔克（Otto von Gierk）对于萨维尼（Savigny）的批评：一是该理论纯属虚构，二是该理论增加了学习法律的困难，三是该理论不符合国民对交易法律规则的认识。在这些否定物权行为理论的学者中，个别人士很动感情，

参见《中国国家主席胡锦涛在美国耶鲁大学的演讲》，2006 年 4 月 22 日，<http://www.huaxia.com/xw/dl/2006/00448691.html>，2007 年 12 月 28 日。

K. 茨威格特与 H. 克茨所著 *Ein führung in Die Rechtsver gleichung* 之第 15 章的标题。笔者将其翻译后在中国发表。所据版本为：*Ein führung in Die Rechtsver gleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*，Band 1: Grundlagen，Tübingen: Verlag J. C. B. Mohr，1972。

对这些观点，可以参考梁慧星：《中国民法不能采纳物权法行为理论》，《法学研究》1989 年第 5 期；王利明：《物权行为若干问题探讨》，《中国法学》1997 年第 3 期；陈华彬：《论基于法律行为的物权变动》，《民商法论丛》第 6 卷，北京：法律出版社，1997 年；等等。

认为该理论在德国也已经“日薄西山，气息奄奄”，并且是“为世界各国所唾弃的东西。”这些学者对于该理论在德国法中坚不可摧的现状茫然无知，居然也不知道中国近代法制变革之初就已经接受物权行为理论的历史，也不知道中国台湾地区还在良好地应用着这些规则的现实。在中国，如此轻率地全盘否定物权行为理论者，当然并不多。

但是，否定物权行为理论毕竟是1990年代多数人的观念。在这种情形下，中国民法在债权与物权的关系，也就是在物权变动这个物权法的核心制度领域，放弃了1986年《民法通则》还承认的物权与债权相区分的原则，出现了强制性地依据债权意义的合同确定物权变动结果的规则；或者说强制性地要求债权意义上的合同与物权变动同时生效或者同时不生效的法律规则。1995年中国《担保法》、《房地产法》，最高人民法院关于审理不动产交易问题的司法解释，都出现了“不动产的合同不登记不生效”的规则。而这里的法理阐述，就是上述否定物权行为理论的学者所揭示的，将物权变动的结果和债权意义的合同相互结合的“折中主义”。这种“主义”的核心是：从意思自治的角度看，债权的意思表示是客观存在的，是不可以否定的；物权变动的法律根据只能是不动产登记或者动产交付；而不动产登记和动产交付不是法律行为或者与法律行为无关。因为交易中当事人的意思表示既包括债权性质的效果意思，也包括物权性质的效果意思，因此这两种效果意思应该一并生效。换言之，如果物权变动未生效，债权合同也不能确定地发生效力。对这一理论予以贯彻的另一部法律，就是1999年中国制定的《合同法》。该法第51条规定，依据债权意义的合同可以发生物权处分的效果，不过这种处分行为如果是无权处分时，需要等待真正权利人的追认。这样的理论和立法，不但把物权变动和债权变动强制性地束缚在一起，而且最终取消了物权和债权的法律效果区分。

这种“折中主义”的观点非常不合法理，而且损害了交易的诚信基础。它的最为明显的错误是：首先，把不动产的物权变动理解为国家公共权力运作的结果，而否认这是民事主体法律行为的结果，这就违背了民事交易活动的基本特征。在中国这种公共权力过分强大的社会里，这种观念对于民事权利有本质的损害。其次，按照这种观点，不动产的债权合同没有登记之前是不生效的；而此时合同不生效，又如何约束当事人去履行合同？如何能够达到要求债务人履约的目的？以此规则，不守约的当事人，反而在法律上不承担责任。简要地说，这种法学观念的错误，就是把债权这种请求权的法律效果，强制性地规定为物权的支配权的法律效果，模糊了这种民法基本财产权利之间的差别，也违背了潘德克顿法学的基本要求。

1995年以后，中国法学界出现了重新认识物权行为理论的声音，其基本要求是正确认识和评价物权行为理论和潘德克顿法学。在这一方面首先进行的工作，就是否定不负责任的误传与误导，将物权行为理论以及潘德克顿法学的正面形象以及系统知识引入中国大陆，恢复物权行

---

陈华彬：《论基于法律行为的物权变动》，《民商法论丛》第6卷，第146页。这种观点后来在相关学者主编的教科书《民法总论》、《物权法》中多次重申。

在德国现代法学界，公认物权行为理论像“啤酒和面包”一样是法律生活中须臾不可缺少的。参见霍·海·雅各布斯：《物权合同存在吗？》，王娜译，《中德法学学术论文集》（第1辑），北京：法律出版社，2003年。另外，笔者翻译的《德国物权法的结构及其原则》（《论物权法》，第663页以下），也表明了德国司法界对于物权行为理论的认识和应用。从这些表述看，德国民法学界对于该理论是高度认可的。中国《城市房地产管理法》第37条规定，房地产合同不登记者不生效；中国《担保法》第41条、第61条等，也采取了同样的规则。这里所说的司法解释，即1995年12月27日最高人民法院印发的《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》。

对此可以参见拙作《从几个典型案例看民法基本理论的更新》中收集的几个案例。对这种法理上非常有问题的观念，笔者在立法研究中多次进行批评。现在这一问题终于在立法中解决了。

为理论的真正价值。由于中国原来就具有继受德意志法学的传统，而且中国的市场经济发展很快，交易现状越来越复杂，而潘德克顿法学的价值以及一些司法规则，比如将债权与物权的法律效果和法律根据予以区分的“区分原则”等，能够得到立法、司法等实践部门的率先认可。虽然学术界多数人持反对态度，但是对于潘德克顿法学的正面引进，可以说获得很大的成功。近年来，对物权行为理论持肯定态度的学者越来越多，青年学者中，支持这一观点者已经开始占多数。在物权法生效之前，正面介绍潘德克顿法学和物权行为理论的努力就已经获得了立法以及司法的支持。首先最高法院的数个司法解释采纳了物权变动与债权变动的区分原则，从而在司法实务领域，潘德克顿法学获得了普遍支持。比如 1999 年，在中国合同法生效后不久，中国最高法院就颁布了几个有关合同法的司法解释，尽力纠正合同法因采纳“折中主义”原则而造成的交易不公平问题，《合同法》第 51 条的规定，被最高法院的司法解释事实上否定了。2003 年颁布的《最高人民法院关于处理商品房买卖合同若干问题的规定》，明确采纳了笔者提出的“合同生效只产生债权变动效力，其效力与不动产登记无关；物权变动应该以不动产登记作为生效要件”的观点，在一系列条文中建立了“区分原则”的规则。通过这些做法，合同法中建立的“同一主义”模式实际上已经没有法官采用了。因此可以说，潘德克顿法学规则的很多方面，在物权法生效之前已经得到中国立法和司法的承认。

恢复潘德克顿法学尤其是物权行为理论的努力在中国立法部门也得到重视。在物权法立法过程中，笔者负责编写该法草案学者建议稿的第一编，也就是物权法总则编；并且参与所有权部分以及其他部分的物权变动制度的设计工作。笔者的工作，可以为潘德克顿法学在中国物权法中的应用提供佐证。

就中国《物权法》在物权变动制度中如何贯彻潘德克顿法学的基本要求等问题，我们可以简要介绍如下几个方面的内容：

### （一）立法的大体逻辑

中国《物权法》关于物权变动的规定，主要的条文是该法第 1 编“总则”部分的第 2 章“物权的设立、变更、转让和消灭”。该章共 3 节，第 1 节“不动产登记”，第 2 节“动产交付”，第 3 节“其他规定”，这一部分有 23 个条文。此外，该法第 2 编“所有权”部分的第 9 章“所有权取得的特别规定”也是关于物权变动的重要规定，这一部分有 11 个条文。此外，物权法总则部分的第 1 章规定了物权变动的公示原则；在农村土地承包经营权部分、地役权部分，抵押权与质权部分，规定了涉及这些权利变动的一些特殊的法律规则。其中，物权法第 2 章的规定属于物权变动基本制度的规定，其他部分的规定属于特别规定。

《物权法》第 2 章编制的基本逻辑：（1）按照物权变动的法律根据，将其区分为依据法律行为的物权变动和非依据法律行为的物权变动两大部分；（2）将依据法律行为发生的物权变动，按照物权变动所依据的公示原则，区分为“不动产登记”和“动产交付”两节。这样，中国物权法总则已经不再像日本或者中国台湾地区民法典那样只有十余个条文，而是一个包含了 38 个条文的很大的体系。此外，物权法第 9 章规定所有权取得的特别规定，也属于物权变动的规则。贯彻在中国物权法第 6 条、第 9 条、第 23 条、第 106 条、第 127 条、第 142 条但书、第 158 条

---

对此，请参见拙作《物权行为理论探源及其意义》、《再谈物权行为理论》、《物权行为理论中的若干问题》等，这些论文均载于《论物权法》。另外，笔者在《德国当代物权法》、《民法总论》（北京：社科文献出版社，2004 年）、《中国物权法原理》（北京：法律出版社，2003 年）等著作中，也坚持这样的立场。

在笔者熟悉的 20 多所著名大学中，青年学者基本上都支持该理论。

等条文的一条中心的线索，就是从法律行为的角度解释物权变动，而不是从行政管理部门登记行为的“公信力”的角度理解物权变动规则。当我们把这些涉及物权变动的规则系统性地与法律行为理论相联系时，当然就可以看出物权行为理论所发挥的作用。

## （二）公示原则

中国《物权法》严格遵守物权公示原则，但是又考虑到一些特殊的情形规定了例外的规则。物权法第6条规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。”对这一原则予以具体应用的条文是该法的第9条和第23条，其内容是在依据法律行为发生的物权变动的条件下，公示行为具有确定物权的公示决定物权变动是否生效的作用。关于不动产物权的公示原则，第9条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外”。关于动产物权的公示原则，第23条规定：“动产物权的设立和转让，自交付时发生效果，但法律另有规定的除外。”这些规定清楚地表明，中国物权法采取公示要件主义或者公示实质主义立法。这与日本民法所采取的公示形式主义有重大的差别。

在依据法律行为发生物权变动的场合下，中国《物权法》在规规定物权公示行为具有决定物权变动是否生效原则的一般效力的同时，明确指出“法律另有规定的除外”。这些法定的例外规则，在不动产物权变动中指的是：（1）第127条规定农村土地承包经营权的设立，采取合同生效原则。但是，这一合同无论如何不能解释成为债权意义上的合同。（2）第158条所规定地役权的设立，采取合同生效规则，但是法律规定不登记不得对抗第三人。当然，这一合同也不能解释为债权合同，因为债权合同只能产生债权；而这里的“合同”只能解释为物权合同。

在动产物权变动的规则中，除第23条规定交付作为一般公示行为之外，还规定了动产登记、权利登记作为动产物权的公示行为。这些公示行为，除第24条、第188条、第189条规定登记发生“对抗效力”之外，其他情况下，动产物权的公示行为，同样对于物权变动发挥决定性效力。这些原则，在第23条、第224条、第226条、第227条、第228条得到充分体现。

中国《物权法》关于公示原则的规定表明，公示行为在物权法中不是单一的方式，而通过这些不同的公示行为，我们可以看到法律行为的作用。它基本上贯彻了“法律行为（当然是物权行为）加公示”这个物权变动的科学规则。

## （三）区分原则

法学界提出在中国物权法中建立区分原则，是在物权法立法之初，其目的就是为了纠正中国民法一度采纳债权形式主义的缺陷，为物权变动在合同法之外建立法律根据。目前《物权法》第9条和第15条的规定，采纳了这些设想。第9条规定，不动产物权变动以不动产登记作为要件；而第15条规定，债权意义的合同成立生效，只依据债权关系的法律根据，是否进行不动产登记，不影响债权意义上的合同效力。这些立法，纠正了上文提到的1990年代以来，中国立法和学术界刻意不承认债权变动和物权变动法律根据应该区分的理论错误。

## （四）物权行为理论应用的典型：物权法第142条但书

中国《物权法》第142条，首先规定地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权归属于土地物权权利人，但是在这一条文，又规定了一个特别有意义的“但书”。它指出，如果建筑物、构筑物的占有人等有相反证据证明自己的权利时，这些建筑物、构筑物可以不归属于土地物权人。一般人从这个条文以及但书中看不到什么，但是这一规定具有重要的理论价值。在物权法

参见拙作《论物权变动的原因与结果的区分原则》，《法学研究》1999年第5期。

颁布的前夜，几位核心专家在讨论物权法最后定稿时，就这一条文仍然引发比较激烈的争论。争论的缘故在于：不动产物权是否可以依据不动产登记之外的法律行为发生变动。在登记之外确立物权变动的根据，就打破了登记“统一公信力”的原则，而转向承认以当事人的物权的独立意思为核心、以多种物权公示原则作为客观要件来确认物权变动的物权行为理论。这种结果有点类似于德国民法典第 873 条第 2 款的规定，它能够证明物权行为理论发挥的作用。经过激烈的论证，立法最后采纳了坚持“但书”的论证，规定了这个但书条款。

《物权法》第 142 条的但书，它的产生实践价值很大。因为这里的“相反证据的除外”，指的就是房屋购买人已经按照所有权人的意思占有住房，而没有办理房屋所有权登记的情形。这个但书要解决的现实问题有普遍意义。在中国买房子，都是先发生房屋的占有交付，之后过一段时间才发生所有权取得登记；但是所有权取得登记在中国常常是不能按时进行的，结果购买人居住多年未办理登记的现象非常普遍。当然，此前开发商已经取得了开发土地的土地使用权证（实践中称之为“大产证”），但是，购买房屋者常常在取得房屋占有之后很长时间无法获得自己的房屋所有权证（实践中称之为“小产证”）。中国国家建设部 2005 年曾经在武汉做过一个调查，该市到 2004 年年底，购买人居住 3 年以上没有办理登记的住户有 20 万户。而 3 年以下没有办理登记的数字更多。中国现在共有城市 660 多个，其中类似武汉这样的大城市有好几十个。大体测算一下，可知在中国已经居住多年而没有办理登记的老百姓的住房，至少有千万户，涉及的利益主体几千万人。对这么大一个物权变动的现实问题，如果不承认购买人以所有权取得的意思获得的占有对自己权利的证明作用，而只是采取“统一登记公信力”理论，以登记作为物权确认的唯一手段，那么在法律上就只能得出一个遗憾的结论：因为这些房屋还没有转移到购买人的名义下，房屋的所有权就只能确定地认为仍然保留在开发商的手里。在这种情况下，开发商的一物多卖、又卖又抵押等损害购买人的情形，在法律上均属正当行为。如此法理，如此制度，显然严重损害社会大众。从这个角度看，承认物权行为理论的作用，承认购买人获得占有交付时的物权意思表示，也承认开发商向购买人交付房屋时具有交付所有权的意思表示，并根据这些意思表示和占有公示行为来保护购买人的所有权，这一点对于中国民众意义重大。可以说，《物权法》第 142 条的但书，在中国具有特殊的意义。坚持这个条文，就是坚持了物权的意思表示和登记之外的公示方式确定物权变动效果的原则。

不论现在中国部分学者是否理解和接受物权行为理论，但是立法最终采纳了笔者关于这个问题的论证。

#### （五）“从无权利人处取得”规则的应用

这次中国物权法制定过程中，经过努力，在第三人保护这个交易安全的核心制度建设方面，没有采纳“传来取得”理论，而是建立了“从无权利人取得”的原则。这就是《物权法》第 106 条的规定。

第 106 条规定的理论意义和实践价值都很大。它首先规定“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回。”但是它马上又规定“除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权”。第 106 条前半句话是强调原所有权人的追回权，其中的法理采用了罗马法的传来取得的思想，赋予原所有权人“所有权返还请求权”。这一做法和中国 1999 年《合同法》第 58 条的立法思想相一致。如果物权法继续坚持这个立法观念，那么第三人所代表的交易秩序的稳定，在法律上就得不到承认和保护。但是，从该条文后半句法律术语看，前半句规定的情形反而是法律上的例外，而后面的规定才是司法规则的常规。由此可见，物权法对于物权变动与第三人关系方面的立法思想和合同法时期的民法思想是有明显区别

的，因为，该条立法视为常规的，是后面不许可“原所有权人”行使所有权返还请求权的情形。

最有意思的是三个不许原所有权人行使追回权的条件，更多地体现了物权行为理论所追求的保护第三人的价值，并且采用了物权行为理论的方法。该条文规定的第一个条件，是“受让人受让该不动产或者动产时是善意的”，只有在这一点上，《物权法》才坚持了罗马法中主观善意规则。而该条所指的第二个条件，是“以合理的价格转让”的，以及第三个条件，是“转让的不动产或者动产依照法律规定应该登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人”。

这三个条件中，第一个条件虽然承认了“善意取得”，但是应该特别注意的是后面的两个条件，它们更加强调的，是交易的客观公正性，尤其是物权公示原则的作用。在现实经济生活中，一般的交易都能够做到后面的两个条件，因此第一个条件，即善意取得的保护方法，发挥作用反而就不会很大了。而后面两个条件，强调交易的客观标准尤其是物权公示原则来切断前手交易的瑕疵，这其实就是德国民法中“从无权利人处取得”或者物权行为理论中的“抽象性原则”的体现。有学者认为第106条总体的规定都是“善意取得”，但是我们可以看出该条文中后面的两个条件，依据立法解释也不可以解释为“善意取得”，因为立法机关在颁布《物权法》的同时所颁布的概念解释指出，善意仅仅指的是权利取得人对于其前手交易瑕疵的知情或者应该知情，所以该条文并不仅仅是、甚至并不主要是善意取得的规定，或者说是罗马法传统上的“善意取得”的规则采用，而是德国法学中“客观善意”规则，即“从无权利人处取得”规则的采用。这就是物权行为理论应用最为主要的成果。

中国《物权法》在这个重要方面接受了物权行为理论，从而实现了理论和实践两个方面的重大改进。可以说，这一次重新恢复了潘德克顿法学的本来面目。

## 六、结 语

潘德克顿法学进入中国到现在刚好一百年，其间经历高涨、衰落和复兴，它所反映的，并不仅仅只是中国法学的变革之路，而且也折射了中国百年来的强国富民之路。近代以来，基于割地赔款丧权辱国的惨痛教训，中国人试图通过各种方法奋起，振兴自己的国家和民族。而法制的革新，是先辈已经痛切地认识到的强国富民的方法之一，这就是所谓的“变法图强”。所以，近代以来中国社会的各种变革，一直和法制的变革联系在一起。我们当然承认经济基础决定上层建筑的一般规则；但是我们也必须认识到，法律制度对于经济基础具有强大的反作用，正确的法律制度的选择，会为经济基础的变革提供强大的促进作用和保障作用。潘德克顿法学引进中国一百年的历史，可以证明这一道理。

在建立和完善市场经济体制的时候，必须承认一个普世的道理，即以民法为基础的现代民商法制度体系，是市场及体制的基本法；因此我们当然应该以民商法体系的完善，来促进和保障经济改革。正是基于这一认识，笔者在此希望，以如下三点总结本文：

1. 在市场经济体制已经国际化的今天，中国民法学的发展已经不再是国际上的孤岛，不能像过去那样，依据“自设前提、自我演绎、自圆其说”的方法寻求自己的发展。一方面，我们必须承认，近代以来中国法律制度大规模地继受外国法，其中对中国法学影响巨大的，是1950

---

中国立法机关在颁布《物权法》条文的同时，也颁布了几个关键概念的解释。其中关于“善意”以及善意取得的解释见《中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会议文件汇编》，北京：人民出版社，2007年，第172页。该解释明确规定，“善意”仅仅是指权利取得人的主观心态。

年代大规模地照搬苏联的法学，正是因为这样，中国传统的民法法制文化已经荡然无存。当现在强调民法立法或者法学的“中国特色”的时候，其实应该看到，现行民法学说体系中源于中国自身的法律文化已经非常罕见。另一方面，我们更应该看到，中国现在已经融入了国际市场经济秩序，那种仍然坚持在一个自我封闭的环境下自言自语的法学，甚至鼓吹民粹主义思潮的法学，是狭隘而没有出路的。

2. 中国民法已经承担起市场经济基本法的作用，为了完成其历史使命，中国民法学必须在法律思想和法律技术两个方面实现更新。虽然中国法学界过去认识到潘德克顿法学是一种关于民法立法的技术规则的科学，但是从本文的分析可以看出，这种科学其实是在近代人文主义思想潮流的基础上建立起来的。这种思想运动成为现代化市场经济体制建立的精神渊源，也是现代民法建立的直接思想基础。不但民事权利的伦理和哲学基础来源于此，而且近现代民法中的基本制度，比如民事主体制度、法律行为制度、所有权制度、债权制度、法律责任制度等，也是来源于此。而在中国社会还保留着很多极端思想时代的阴影，当前多数人理解或者坚持的民法学说，多多少少都保留着极端思想时代的痕迹（比如将民众的不动产权登记理解为行政授权、行政确权等，几乎是中国法学界的通说。但是这一通说是完全错误的）。所以现在我国发展市场经济体制的民法学理论的时候，民法学界的思想更新应该是一项必须的任务。

3. 在坚持市场经济体制和民法科学体系的基础上进行比较法的分析之后，我们可以肯定地认为，潘德克顿法学是真正的科学，对这一科学，我们应当认真地学习和继承。在市场经济体制下，我们必须坚持尊重民事主体权利的原则，坚持意思自治的原则；因此在民法立法和学术思想上，坚持法律关系学说、法律行为学说、支配权和请求权相互区分的学说（或者绝对权和相对权相互区分的学说），以及因此而建立的物权与债权的法律效果和法律根据相互区分的学说等。这些潘德克顿法学的基本内容，对于我们建立适应高度发达的市场经济体制需求的民商法知识体系和制度体系提供了完善的技术指导。潘德克顿法学历来都是一个开放的知识体系，它对于新型民事权利具有的包容性，对于民法基本原则的坚持，对于复杂交易生活的解释能力和裁判能力，相比其他民法技术科学而言，是最彻底和最完善的。应该承认，中国主流的民法学家对于潘德克顿法学关于法律技术规则方面的知识引进和接受，曾经走过很大一段弯路，不过这种情况在近来的物权法立法中已经发生了转变。

一百年前的法学前辈曾经说，法律科学是人类共同的财富，学习以及借鉴他人不是一件耻辱的事情。因此坚持潘德克顿法学，应该是科学工作者的使命。

〔责任编辑：王好立〕

processing sector imports large quantities of intermediate investment goods from overseas, but has very low domestic technological contents (DTC). Using our original concept of DTC and a new method of calculation based on input-output tables, this paper examines the DTCs of exports from Jiangsu and Guangdong provinces and China as a whole. We find that during the period 1997—2002 the DTCs of exports from Jiangsu province and China as a whole decreased rapidly, and no noticeable rise was observed in their whole technological contents (WTC). However, in the period 1992—2002 the DTCs of exports from Guangdong Province showed a V curve, i. e., first falling then rising. Taking these findings together, we conclude that the decline of the DTCs of China's exports is probably a temporary phenomenon.

#### **(7) The Adoption of Pandekten Jurisprudence in China's Civil Law: Initiation, Decline and Revival**

*Sun Xianzhong · 88 ·*

From 1992, when a socialist market economy was explicitly declared as the goal of reform, China started large-scale drafting of civil law. It is now time to have a serious look at issues concerning legislative techniques. More than a century ago, during its period of reform, China already introduced Pandekten jurisprudence, and subsequently drew up its own civil code on this basis. But this introduction involved only the external institutional system, namely legislative rules and the system of language, while the internal system, i. e. the modern legal humanism underlying the external system, was forsaken. After the massive importation of Soviet law in the 1950s, Chinese law did not value humanist thought and technical rules in civil law; on the contrary, these were criticized, to the extent that the system of rules in civil law was destroyed. This sort of legal thinking has never received seriously consideration. Due to the success of the market economy, the status of civil law as the basic law under the market economy will become established in China; the idea of people's rights will become a matter of social consensus; and a system of rules, including the division between right of dominion and right of claim as fundamental civil rights, theories and institutions related to legal acts, and a system of change of rights in transactions, will be gradually established and perfected. In a word, Pandekten jurisprudence is staging a comeback in China.

#### **(8) Some Issues in the Reform of China's Criminal Compensation System**

*Chen Guangzhong and Zhao Linlin · 103 ·*

The state criminal compensation system is of great significance for human rights protection. The Law of the People's Republic of China on State Compensation has, since its promulgation more than a decade ago, laid bare various problems that need to be addressed immediately through legislative amendments. More specifically, a framework of imputation should be established with the principle of consequence liability as the main determinant supplemented by the principle of illegality liability. The scope of compensation should be appropriately widened, to cover cases related to an excessive period of custody, mistaken determination on bail pending trial, residential surveillance, heavy sentences for light crimes, etc.; compensation for mental