

專案研究報告

大陸現行民法制度 及未來發展趨勢

計劃編號：99B12430

研究主持人：詹森林 教授

協同主持人：王文杰 教授

研究員：易繼明 教授

研究助理：張惇嘉、簡見安

行政院大陸委員會委託研究

本報告純為學術研究，不代表委託單位立場

中華民國 100 年 12 月

目次

第一章 序論	1
壹、研究緣起與計畫目標.....	1
貳、研究背景.....	2
參、兩岸整體法制比較.....	2
第二章 民法通則	6
壹、立法沿革.....	6
貳、重要內容.....	11
參、未來趨勢.....	45
第三章 合同法	46
壹、立法沿革.....	46
貳、重要內容.....	59
參、重要實務案例.....	73
肆、未來趨勢.....	94
第四章 侵權責任法	96
壹、立法沿革.....	96
貳、重要內容.....	99
參、重要實務案例.....	123
肆、未來趨勢.....	133
第五章 物權法	135
壹、立法沿革.....	135
貳、重要內容.....	140
參、重要實務案例.....	153
肆、未來趨勢.....	165
第六章 身分法	174
壹、婚姻法.....	174
貳、收養法.....	191
參、繼承法.....	208
第七章 涉外民事關係法律適用法	243
壹、立法沿革.....	243
貳、重要內容.....	252
參、重要實務案例.....	271
肆、未來趨勢.....	301
第八章 人格權法	304
壹、立法沿革.....	304
貳、民法草案及學者建議稿關於人格權規定之述評.....	307

參、人格權立法中的主要問題.....	311
肆、重要實務案例.....	318
伍、未來趨勢.....	323
第九章 中國大陸 2002 年民法草案之評析	325
壹、引言.....	325
貳、歷史沿革：民法典制定中的起起落落.....	328
參、百家爭鳴：第四次民法典制定中的爭論.....	340
肆、殊途同歸：從「三條思路」到「三條路線」	365
第十章 結論	374

第一章 序論

壹、研究緣起與計畫目標

中國大陸於改革開放以前的三十年中，民事立法除頒布過少數單行法律—如 1950 年《婚姻法》和具有民事性質的行政法規之外，沒有取得任何進展。在 1978 年開始改革開放之後，基於改革開放的法制需求，逐步從事民事立法，但採行零售模式的單行立法例，例如《民法通則》、《經濟合同法》、《涉外合同法》、《技術合同法》、《繼承法》、《合同法》、《物權法》、《侵權行為法》、《涉外法律關係法律適用法》，及相關的民事特別立法（如消費者權益保護法等）。值得注意者，制訂一部完整民法典的立法企圖，也在改革之際展開。全國人大常委會法制委員會曾組織民法起草專門小組，至 1982 年完成《民法草案》第四稿。但是，基於經濟體制改革初始之際，許多制度尚在試行之中，缺乏成熟經驗，立法者遂認為，制定一部系統完整的民法典，條件尚不完備，為因應實際發展急需，乃採取單行法的形式先行立法。此種立法模式雖完全吻合中國大陸在經濟體制改革初始的過渡需求與立法思維，但更重要的關鍵，依舊在於民法典本身的性質、地位以及中國大陸國情，是否具有制定完整民法典的必要性。

此外，隨著中國大陸經濟體制發展日益龐大且吸引國際之矚目，其民事法律亦成為各國關注焦點。與中國經貿往來密切之美、日、德等國家，並盡一切力量，企圖參與或影響中國民法典之制訂。

兩岸相互間，自 1980 年代末期，開展民間性之交流，促使兩岸長期以來之人為政治阻絕得到鬆綁，更催化台商前往中國大陸投資，使得臺灣也開始對於陌生的中國大陸法制問題進行研究。的確，對於其他國家或地區法律制度的研究與評價，很大的動機在於實用。因為經貿上的往來，臺灣已經成為頻繁運用中國大陸法律的國家之一，但其動機往往是出自於商業上的考慮，使得國內對於中國大陸法制研究往往停留於法律顧問層次之上，頻繁但欠缺體系，無法真正掌握其具體法制轉變的全貌。

臺灣與中國大陸皆屬於歐陸法系之體制與框架，又是最為密切互動的兩個經濟體，故臺灣對於中國大陸民事法律制度的現狀及實務發展與研究成果，自應積極深度檢視與分析，更應探討中國大陸各民事單行立法串連成一個民法典的銜接與前後適用關係，及關切中國大陸未來民法典之立法走向與趨勢，是為本計畫之緣起。

本計畫之目標，在於梳理和掌握中國大陸現行有效的民事法律，並經由深度研究及與中國大陸主要民事立法參與學者的對話與意見交換，提早發覺中國大陸未來民法典趨勢，以作臺灣應有因應之準備。

貳、研究背景

中國大陸在二十世紀結束之前，仍然欠缺完整的民法典，實在極為特殊。相同屬於社會主義國家的蘇聯與東歐各國，早就各自有一部民法典。儘管民法典立法的構想很早便已經開始，但中國大陸一直到二十世紀即將結束之時，仍然尚無正式的民法典編纂。直到晚近，全國人大委員長李鵬才在正式工作報告中宣示「在民事主體制度、物權制度、債權制度、知識產權制度、婚姻家庭制度等單項法律基本齊備的基礎上，力爭在本屆人大任期內，編纂一部比較完整的民法典。」，使得民法典的制定開始搬上議事日程。

對於正在往市場經濟體制過渡的社會，經濟體制改革不斷深入之際，民事法律的單行立法模式，除了本身難以適應實際需求外，相關法律體系間之銜接漏洞，亦不斷呈現。雖然全國人大及其常委會授權國務院或省級人大制定暫行規定或條例，並待經驗成熟再提升為法律的制定，但非屬正常模式。改革開放以後，中國大陸著手進行民法典的立法，幾經更易其稿，執意制定一個與西方不同的民法，結果卻頒布一個既非民法總則、亦非民法分則的《民法通則》。《民法通則》給市場經濟所提供的並不是規則，而僅僅是一些難以完整操作的概括原則，因而使大陸司法界在審判上常起爭議。比《民法通則》更為詳細的民事立法及完整的民法典，遂成為法界的最大需求。

再者，隨著經濟發展與社會結構的急遽變動，及高新科技所形成的新興型態法律問題，諸如侵害名譽權的糾紛、婚姻糾紛中「感情破裂」的判斷、產品責任案件的精神賠償、醫療事故的責任判定與賠償、記者隱名採訪引發的隱私權等等案例，如何解決，備感困擾。儘管相關之民事法律、行政法規逐漸擴充，但仍屬零星而混亂。

近年來，立法上，陸續頒佈施行合同法（1999年）、物權法（2007年）、侵權責任法（2009年），涉外民事關係法律適用法（2010年）皆為非常重要的民事單行法，並逐漸架構民法全部體系，提供制訂完整民法典重要基礎。學說上，跟隨前述單行民事法之施行，亦步亦趨，相關著作量多且質精，並開始直接引用德國、日本、英美等外國學說與實務，十分值得臺灣學者與實務重視。

參、兩岸整體法制比較

中國大陸與臺灣係繼受歐陸法系而自橫的移植開起近代自身之法體系，因此對於兩岸整體之法制之建立及差異，可自中國近代之民法發展嗅出端倪，並可將其由中華人民共和國建國前後區分為兩大時期：在中共建國前，為清末民初的為適應當代時局所生之民法發展，而中共建國後，則由中華民國（台灣）與中華人民共和國（大陸）兩地各自發展其法制體系。以下參考中國大陸及臺灣學者之研

究¹，試將兩岸整體法制描繪其概要之輪廓。

一、中共建國前之民法發展（清末民初）

（一）、中共建國前三部民法典編纂

1. 大清民律草案

1900 年八國聯軍攻破北京，使當代朝野達成共識需進行法制改革以富國強兵，於 1908 年開始起草民法典，至 1910 年完成了名為「大清民律草案」之民法典，其共分爲總則、債權、物權、親屬與繼承五編，共 1069 條。此一立法體制乃係參考德國民法典與日本民法典編纂，此草案雖於 1911 年進入審議程序，然因 10 月發生之辛亥革命推翻滿清，使此一民法典並無頒佈施行。然此一近代民法典乃係承襲大陸法系爲主，亦影響了後續中國之民法發展。

2. 民國民律草案

中華民國成立後，於 1925 年完成了「民國民律草案」，此乃以「大清民律草案」爲基礎，予以增刪修正，其仍爲總則、債權、物權、親屬與繼承五編，然增加爲 1745 條，其中以債編更動較大，加入了瑞士債務法之原理原則。

3. 中華民國民法

「民國民律草案」也因中國軍閥內戰並未公佈施行，中國第一部民法典直到 1930 年代由國民政府於南京編撰完成。該法典名為「中華民國民法」，亦分爲總則、債、物權、親屬與繼承五編，共 1225 條。其係以「民國民律草案」爲基礎，承襲了德國民法體例，參考日本、瑞士、蘇俄等國所編纂完成。

（二）中共建國前之民法體系

中國民法係採大陸法系，又以德國民法爲最之主因乃係受日本之影響。英美法系與大陸法系各有其優劣之處，中國之所以採大陸法系之主要考量乃係由於判例法並不適合以立法方式繼受，此一出於技術上之考量影響了中國近代之民法發展。

「大清民律草案」與「民國民律草案」本採民商分立制度，然因中華民國民法立法時受義大利學者 Motanelli 倡導民商合一主義所影響，亦受各國學者之贊同，故中國第一部民法典乃以民商合一爲基礎所立。然中華民國民法亦僅將商業行爲中如行紀、運送、承攬、經理人、代辦商等訂入民法典中，仍有公司法、票據法、海商法、保險法等民商特別法，故與徹底之民商合一之法典仍有程度上之區別。

¹ 參見王澤鑑（1987），〈民法五十年〉，《民法學說與判例研究》，第五冊，自版，頁 1-39。梁慧星（2003），〈中國對外國民法的繼受〉，《月旦民商法雜誌》，特刊號，頁 4-13。王泰升（2007），〈台灣的法律繼受經驗及其啓示〉，《中研院法學期刊》，創刊號，頁 111-136。

二、中共建國後之民法發展

1949 年中華人民共和國成立，廢除了國民政府所訂定之中華民國民法，至此中國之民法發展一分爲二，區分爲大陸地區與台灣地區各自發展。

（一）大陸地區之民法體制

大陸地區之民法發展可以文化大革命前後作爲分水嶺，區分爲改革開放前與改革開放後作爲區分：

1. 改革開放前（50 年代與 60 年代之民法草案）

大陸第一部之民法草案爲 1956 年所訂定，其分爲總則、所有權、債與繼承四編，共 525 條。此一民法草案乃參酌「蘇俄民法典」所訂立，然由於「蘇俄民法典」本身乃係參考「德國民法典」所制訂，故此一民法草案仍承襲於大陸法系下之德國民法。

大陸第一部民法草案乃因「整風」、「反右」等政治運動而被迫中斷，時至 1962 年代大躍進後始開始第二次民法起草。於 1964 年完成「民法草案（試擬稿）」，此一草案反正了計畫經濟體制之特徵而欲與資本主義劃清界線，僅分爲三編，分別爲總則、財產的所有與財產的流轉。並未規定了親屬、繼承與侵權行爲等重要民法例，卻納入了預算、稅收等關係，乃與世界民法立法潮流不同，爲一十分具有「特色」之民法草案。而此第二次民法草案亦因 1964 年開始的「四清運動」而中斷。

大陸前兩次的民法典起草均因政治運動而中斷，然究其原因乃係大陸當時採行公有制與計畫經濟體制而與現代民法格格不入，仰賴行政手段與計畫經濟所發展的社會實則欠缺現代民法之運作條件。

2. 改革開放後（現行大陸法制）

大陸經過文化大革命後，由計畫經濟制度轉向市場經濟運行，於 1982 年起草了大陸第三部「民法草案（第四稿）」，共分爲八編：民法的任務和基本原則、民事主體、財產所有權、合同、智力成果權、財產繼承權、民事責任與其他規定。

隨著民法草案的起草，大陸爲與國際經貿合作接軌，於 1981 年陸續通過了「經濟合同法」與 1985 年「涉外經濟合同法」，並於 1986 年制訂了「民法通則」來作爲規範基礎之民事法律關係。

時至今日，大陸在民事體系已有合同法（1999 年 3 月 15 日頒佈，自 1999 年 10 月 1 日之施行）、物權法（2007 年 3 月 16 日公佈，自 2007 年 10 月 1 日起施行）與侵權責任法（2009 年 12 月 26 日公佈，自 2010 年 7 月 1 日起施行），作爲規範基礎，其民法典體系已逐漸完善。

綜觀近代大陸民法體制，可以發現其仍依循大陸法系，早期乃承襲蘇聯民法典所制訂，近期則依循德國民法、日本民法與台灣民法所訂定。並由於與台灣語系相近，其於民法制訂時深受台灣立法例影響。並由於台灣民法亦屬承襲德日而來，故在兩岸民法體例上於基本原理原則並無特殊差異，大陸僅針對其本土風俗民情上作出細部之差異，此可參見本文後續章節之討論。

（二）台灣地區之民法體制

台灣地區之民法發展乃沿襲國民政府所制訂之「中華民國民法」，此一民法乃承繼大陸法系下德國之立法例，並參酌日本、瑞士等國立法所訂定。現行之民法共分為總則、債、物權、親屬與繼承五編，係以民法典之方式編纂。

在 40 年代前，民法發展之首要問題係除為處理中日兩國民法交替下不同制度之調和與台灣祭祀公業制度外，尚有因政局轉變而產生通貨膨脹之問題。於 40 年代，台灣實行土地改革，制訂了 375 減租與耕者有其田條例，涉及了租賃權與所有權之問題，影響了民法上契約自由與私有財產之原則。50 年代制訂了動產擔保交易法，創設了動產抵押、附條件買賣與信託占有三種動產擔保制度以補足民法之不足，解決企業資金融通與動產用益之需求。70 年代後邁入了工業社會，民法各編陸續修正施行以順應當代台灣社會之變遷，如隨著消費者保護法之修正施行，調整了契約自由原則與定型化契約下正義之衝突，並對過失責任與無過失責任做出檢討。

若要論及台灣法制與外國法之最主要差異應係為判例制度之採行，所謂判例制度，係為最高法院將其認為具有法律見解上重要性之裁判選為判例，編成判例要旨，其主要目的乃在促進法律適用安定性與維持裁判品質。其主要缺點乃係過於僵化，一但裁判選為判例後，需經司法院變更會議始得變更之，至今亦僅有民國 66 年做成例變字第 1 號而已，然隨著時代變遷，早期之實務見解是否能仍適於當代採行，實存有疑問。

三、小結

雖在早期大陸採行社會主義與台灣之社經發展並不相同，然於 90 年代大陸亦逐漸朝資本主義傾斜，台灣之民法發展先進於大陸許多，其正可提供歐美國學理論於華人社會之適用經驗。

目前大陸地區之民法仍為單行法之立法體例，與台灣民法典之方式並不相同，此為兩岸民法體制上最大之差異，然大陸地區對未來立法方式亦將採民法典之方式進行在朝野間已達共識，此時參酌語系相近之台灣民法係為必然之趨勢。故本文亦期待隨著大陸民法典立法正如火如荼進行當中，可藉由台灣之立法經驗與司法實務，能有系統地解決目前仍散亂於民法通則與各單行法中繁雜與重複的規定，並有利於持續強化臺灣與中國大陸之民事交易及民法交流。在簡單概述後兩岸整體法制比較後，本文將針對大陸現行法制作一深入介紹如後。

第二章 民法通則

壹、立法沿革

一、體制發展所導致的經濟法、民法之爭

1979 年開始，中國大陸經濟法學派與民法學派進行了九年曠日持久的論爭。這場學術上論爭的實際目標是：雙方試圖以自己所贊同的法律部門，壟斷對社會經濟法律關係的規範主導權。因而核心問題始終表現為，民法對於經濟活動究竟有多大的規範權？經濟法究竟該不該在法律制度的運行中作為獨立的法律部門存在，並對社會經濟活動進行有限度的規範？

這個論爭實際上是對蘇聯論爭的延續，亦即在計劃經濟體制時期，對於民法本身所規範的範疇的界定。1920 年代，蘇聯學者斯圖契卡提出「兩種經濟成分，兩種不同法律調整」的理論主張，認為社會主義公有制經濟成分中的經濟關係具有計劃性與從屬性的屬性，應由經濟行政法來調整；而民法以調整非計劃事務為原則，在無政府狀態下所形成的私有經濟成分中的經濟關係，和公有制和私有制兩種經濟成分之間的經營關係²。另外，對於國有企業財產權的傳統理論中，「國家對於國有企業享有所有權，企業只享有經營權」，這一理論係由蘇聯民法學家維尼吉克托夫於 40 年代中所提出，提出的背景在於呼應當時蘇聯高度集中的行政經濟體制，該理論的基本缺陷在於「政企合一」，使國有企業成為行政機關的附屬物³。本理論為中國大陸所借鑑並沿用，導致國家運用行政手段進行指揮，並為經濟體制運行的管理提供法理根據，使中國大陸經濟法學派得到理論上的奧援。

1961 年蘇聯《蘇聯和各加盟共和國民事立法綱要》⁴制定前後，拉普捷夫、馬穆托夫等人又提出了「縱橫統一」的經濟法理論，認為：社會主義經濟本質上是計劃經濟，計劃統一經濟組織之間的橫向經濟關係與經濟組織和國家管理機關之間的縱向經濟關係，只能由經濟法加以統一調整，而民法則只能調整個人領域中滿足公民間物質文化需要的關係，強調「計劃組織因素與財產因素」的結合，

² 李開國（1997），〈民法通則的歷史功績與歷史侷限〉，《現代法學》，1997 年 4 期，頁 4-5。

³ 中國社會科學院法學所課題組（1993），〈建立社會主義市場經濟法律體系的理論思考和對策建議〉，《法學研究》，1993 年 6 期，頁 7-8。

⁴ 《蘇聯和各加盟共和國民事立法綱要》於 1962 年 5 月 1 日施行。隨後蘇聯各加盟國都根據綱要制定自己的民法典，俄羅斯共和國在 1964 年 6 月公佈了民法典，其他各加盟共和國也在 1956 年到 1963 年先後公佈民法典。《蘇聯和各加盟共和國民事立法綱要》是蘇聯第一部全聯盟的民事立法檔，乃各加盟共和國制定民法典時所遵循的共同依據。綱要為各加盟共和國的民法典提供共同的內容，規定一致的原則。各加盟共和國的民法典和規範性文件只在綱要所許可的範圍內才自行做出規定。

「橫向經濟關係與縱向經濟關係」不可分割的聯繫，將企業視為「經濟機關」，否認經濟關係的「商品性」⁵。這一基礎理論在七〇年代末期傳入中國大陸，對經濟法學產生極大的影響，甚至仍佔據大陸經濟法教學講壇之上。

經濟法是中國大陸改革開放思路下的產物，正因為從事改革開放，逐漸放寬對過去一統性的計劃經濟的管制，才衍生國家與市場、國家與企業是什麼關係的問題，當傳統的法律部門無法回答或是解決這些問題之際，經濟法才因應而生。改革初始，由於受到歷史的侷限與既有計劃體制的影響，儘管逐步以法律的施行作為經濟管理的依歸，但內涵上仍舊跳脫不出以國家主體為思維的藩籬，強調國家對於經濟的主導作用，因此「縱橫統一」的法學思潮成為主要法律制定的依據⁶。

蘇聯法學界這一論爭間接影響中國大陸在立法上的呈現，例如專門調整法人間法律關係的經濟合同法；在司法上，各級法院都設立了經濟審判庭⁷，並賦予其審理法人間經濟合同糾紛的特權。傳統的民事審判庭則被限制在婚姻案件與侵權賠償案件之中，實際上將法人之間的財產法律關係劃分在民事關係之外。在法學教育上，各院校中紛紛著手建立經濟法系，從而形成經濟法系與法律系之間的對峙。

事態發展至此，民法典編纂一直停滯不前，因為在激變的時代中，無法作此非分的要求。然而，理論的爭議仍然在持續，其根本問題在於，社會主義與民法是否對立。中國大陸法學界力圖探索取代民法的東西，於是經濟法就作為使社會主義生產和計劃經濟體制下，為達到組織化、順應無產階級專政國家政策的特殊型態應運而生。這些經濟法的特色在於強調部門法與行政權力的高度介入。民法與經濟法學派之間的爭論，不僅僅在於兩者之間路線的爭執，更意味著傳統經濟體制與新型經濟體制，以及人們的傳統意識與改革意識之間的碰撞；還可以看到傳統的社會主義法系，與逐漸導入的經濟主導型社會法律體系之間的衝突，乃基於這種不同背景的法學家之間的矛盾。

二、民法通則的頒布

(一)、制定民法通則的背景考量

1986年4月21日頒布，並於1987年1月1日施行的《民法通則》，是中國大陸民事法律制度發展中一個重要里程碑。它的頒佈施行最具意義者在於：民事

⁵ 參見 B.B.拉普捷夫主編，中國人民大學法律系民法教研室譯(1981)，《經濟法理論問題》，頁 50-55，中國人民大學出版社。

⁶ 陳雲良(2001)，〈謹慎幹預—經濟法的現代新理念〉，《法商研究》，2001年第3期，頁40。

⁷ 原來在1979年頒布的《人民法院組織法》第19條第2項規定「基層人民法院可以設刑事審判庭和民事審判庭。」在1983年9月修法將該條改為「基層人民法院可以設刑事審判庭、民事審判庭和經濟審判庭。」如此一來，民事法律案件與經濟法律案件作了一個體制上的區隔。

法律關係與國家行政法律關係獲得區分（或是說公法與私法分際的確認）⁸。最爲具體的表現在該法第 2 條「中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產關係。」這一條文確認也平撫了中國大陸在改革初始以來民法學派與經濟法學派之間的論爭，同時也確認對於民事法律關係中當事人地位平等的原則，揚棄過去對於商品經濟關係的否定⁹。

《民法通則》內容上很大程度是對於蘇聯 1961 年《蘇聯和各加盟共和國民事立法綱要》的借鑑。蘇聯《民事立法綱要》的特點在於取消了物權的概念，物權縮減爲所有權，同時將著作權、發現權、發明權、等知識產權整合到民法典的體系之中¹⁰，此與德國民法編排有所不同，並且反映在《民法通則》之中。

《民法通則》頒布時的背景環境，尚處於計劃經濟體制逐漸改革發展之中，整體民事法律制度仍在建置之初，必然存在歷史的侷限，立法者本身亦明確宣示此一事實：「由於民法牽涉範圍很廣泛，很複雜，經濟體制改革剛開始，我們缺乏經驗，制定完整的民法典的條件尚不成熟，只好先將那些急需的、比較成熟的部分，制定單行法。……但是民事活動的一些共同問題，如公民和法人的法律地位、民事法律行爲、民事代理、民事權利、民事責任、時效等，還缺乏法律規定。……現在已有可能對民事活動中一些共同性問題作出法律規定，但是仍然有些問題還看得不清楚，考慮到民法通則還不是民法典，草案可以對比較成熟或者比較有把握的問題作規定，一些不成熟，把握不大的問題，可以暫不作規定。」¹¹在客觀條件不足的情形下，《民法通則》立法明顯是由「批發」到「零售」的產物，註定其過渡性立法的侷限¹²。例如，在市場經濟中所需要解決的最基本民事糾紛——債權請求權，但是在此一問題之上往往需要透過政府的行政權來組織清理。

受到在此一時期「宜粗不宜細」立法原則的影響，民事立法在一開始便採行內容不宜包括過多的作法，能夠以單行法規解決的具體問題，盡量由單行法規解決，需要作出統一規定的共同性問題（如法人制度、合同一般原則）則應由民法來解決¹³。這不僅造成立法遠遠落後於實務上運作的需求，更造成許多無法可依

⁸ 大陸在 1956 年以來實行幾十年的社會主義計劃經濟體制，不僅導致個人利益的虛置（例如合同契約自由的應用被抽離），而且導致國家權力的全能主義，個人利益被普遍公有化和「大公無私」的觀念所淹沒。因此，通過「公法」與「私法」的規範劃定一條明確界線的做法顯不存在。

⁹ 從整個大陸《民法通則》156 個條文中，可以發現絕大多數的規定主要圍繞著民事主體資格的確認、民事主體的財產權利及其進行商品交易的原則和規範，亦即以法律形式對商品交易的三個前提加以保障與確認。《民法通則》這一規定很大程度在於對 1984 年中共十二屆三中全會通過《中共中央關於經濟體制改革的決定》，明確指出大陸經濟是有計劃的商品經濟精神的反應。政策的相對放寬，致使作爲民事主體的呈現變更多元，且在交易中更爲重視主體間的平等法律關係。參見佟柔主編(1992)，《民法總則》頁 7-8，中國人民公安大學出版社。

¹⁰ 徐國棟(2000)，〈東歐劇變後前蘇聯集團國家的民商法典與民商立法〉，梁慧星主編，《民商法論叢》（第 14 卷），頁 195，法律出版社。

¹¹ 王漢斌(1986)，〈關於中華人民共和國民法通則（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，1986 年第 4 號，頁 25-26。

¹² 李開國(1997)，〈民法通則的歷史功績與歷史侷限〉，《現代法學》，1997 年第 4 期，頁 8。

¹³ 陳漢章(1981)，〈爲創立我國新型的社會主義民法而努力〉，《民主與法制》，1981 年第 10 期，

的法律「真空」。正因為法律內容過於抽象、粗略、概括、缺乏可運作性，往往擴大了司法權的裁量空間，甚至使法律在頒布實施之際便變形走樣，《民法通則》便是一個顯例。不容否認，《民法通則》在此一時期已經彰顯一股對於權利本位的貫徹，但礙於條文內容過於粗略，僅僅形成一張權利宣言書，以致於仍需要以最高人民法院所發布的《關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見》（1988年4月）司法解釋加以補充，方能有效運作，這也是「宜粗不宜細」的立法原則下所造成的法制畸形現象。

儘管《民法通則》的規定內容過於寬泛，卻是第一次使用了「合同」這個概念，替代了中國大陸長期沿用的「經濟合同」一詞，回復了民事法律的基本面貌。該法第85條明文規定，「合同是當事人之間設立、變更、終止民事關係的協議。」中國大陸民法學者謝懷拭認為，這個規定不僅割斷了合同與計劃之間的必然聯繫，而且告別了長期以來「經濟合同」的理論與制度，對於合同法律制度是一個大的轉折。由於《民法通則》並未規定合同應根據計劃來訂立，在合同受計劃影響而不能履行時的責任問題，這就與《經濟合同法》的內容有著鮮明不同。從比較《經濟合同法》第27條、第33條與《民法通則》第116條的內容，便可理解後者更符合一般大陸法系有關合同法律的基本原則。雖然《民法通則》並無詳細規定訂定合同的各種細部內容，且《民法通則》與《經濟合同法》仍有效並存，因而在施行中不免出現諸多抵觸，但是卻為後來的《合同法》奠立基礎¹⁴。

（二）民法通則的弊病

在西方近現代民事立法史上，民事法律關係的主體或規定為公民，或規定為法人，或兼而有之，而「家庭」從未被規定為民事法律關係的主體。中國大陸在改革開放後，私有體制逐漸有其發展空間，不管是個體工商戶，還是承包經營戶，它們在參加民事法律活動都是以「戶」的名義進行，既不同於一般自然人，也不同於法人，而屬於一種特殊的民事法律關係主體——一種可以表述為「中國特色」的民法概念。畢竟，在法律的異同背後，隱藏著歷史發展沿革和經濟、政治乃至於各種社會結構原因，也有可能是立法者的獨自創見。從近程的角度上看，中國大陸經濟體制改革是從農村實行家庭聯產承包責任制開始的，它使得農戶從先前「政社合一」的人民公社體制中獨立出來，並成為在經濟體制開放後一個較為活躍的民事主體之一。基於此，《民法通則》的立法中在第二章第二節中對於「個體工商戶」、「農村承包戶」作了專門的規定¹⁵。在《民法通則》裡對於個體工商戶、農村承包戶以家庭形式作為民事法律關係的主體出現，從表層上看，這是立

頁4。

¹⁴ 參見謝懷拭(1988)，〈新中國的合同制度和合同法〉，《法學研究》，1988年第4期，頁64-65。

¹⁵ 這些包括了《民法通則》第26條「公民在法律允許的範圍內，依法經核准登記，從事工商業經營的，為個體工商戶。個體工商戶可以起字號。」第27條「農村集體經濟組織的成員，在法律允許範圍內，按照承包合同規定從事商品經濟的，為農村承包經營戶。」第28條「個體工商戶、農村承包經營戶的合法權益，受法律保護。」

法上的差異，然從深層次上看，這不啻說是體制文化上的差異¹⁶。

在改革之初，歷經從極左桎梏中脫離出來的大陸，在學習與借鑑他人的立法經驗中，特別是對於西方與臺灣所謂資本主義國家的立法經驗借鑑時，總是心有餘悸，擔心被批判為全盤西化，或是文革時期的慣用語言搞資產階級自由化，從而使一些本來可以早些立法的法案不能即時頒布，或是頒布的法律，其規範內容仍舊無法採取一次性地全盤體系的適用。例如「債」的概念，爭論一段很長的時間才被寫進 1986 年 4 月所頒布的《民法通則》，但是「物權」的概念，卻一直不為立法者所接受，直到 2007 年在歷經八次審議之後《物權法》終於正式頒布¹⁷。

《民法通則》為了迴避「物權」這一概念，而在第五章第一節中使用「財產所有權與財產所有權有關的財產權」這樣一個累贅而涵義不清的概念加以表述¹⁸。儘管大陸在此一階段的民事立法對於外國法制的吸收與借鑑上有一定成績，但問題不少，主要傾向是其立法成果過於向大陸法系靠攏，這亦非絕對的好壞，在體例和內容上具有較為明顯的沿襲性，例如物權制度，雖然各種經營權本是大陸經濟體制的產物，具有不能等同於他物權的特點，但在《民法通則》中卻被歸納為與所有權有關的財產權之中，所謂的「財產所有權與財產所有權有關的財產權」的提法，從本質上說體現的是自物權、他物權的精神，亦即任何他物權的派生受制於所有權¹⁹。

《民法通則》的立法也因為當時具體計畫經濟背景下的環境所影響，致使涉入了太多計畫經濟的痕跡。例如法律中要求民事活動不得破壞國家經濟計畫活動，擾亂社會秩序（第七條）；合同是否強制履行也取決於計畫經濟；而民法中應有的「物權」和「物權制度」被政治經濟學上的「所有權」和「所有制」所取代²⁰。這很大程度上除了反應當時經濟體制對其影響，同時也顯現，社會主義國

¹⁶ 就社會或國家的模式來說，中國傳統上以家庭為中心，而西歐除古代羅馬帝國以家庭為中心外，多以個人或其他團體為中心。中國以家庭為傳統中心的社會模式相對地延續了幾千年，這與曾經以家庭為中心的羅馬帝國在日爾曼和基督教雙重壓力下趨於崩潰的情況迥然不同。西方傳統社會的組織模式是個人與社會對立並此起彼落的「翹翹板式」，而中國傳統社會的組織模式是從修身、齊家、治國的「同心圓式」。參見郝鐵川(1999)，《當代中國與法制現代化》，頁 213，浙江人民出版社。

¹⁷ 2007 年《物權法》的頒布，是在大陸各種政治與經濟層面相互博弈後，在大陸內部權利與意識型態揉合後的制度衍生。與 2004 年大陸憲法所確認的「私有財產不受侵犯」精神，是一脈相傳並相互配套的。且不論於私有財產的保護在中國是如何的界定，物權法的施行將使得大陸人民有更為基本的法律支撐，而不再是僅僅為憲法上那種遙不可及的信念而已，大陸的主其事者更應順應經濟發展的基本核心——財產權的保護，如此大陸的改革也許方能順從人意。

¹⁸ 陳斯喜(1993)，〈試論在改革過程中的立法方略〉，《中國法學》，1993 年第 5 期，頁 23。

¹⁹ 孟群國(1993)，〈關於吸收和借鑑西方民法問題〉，《法學研究》，1993 年第 2 期，頁 80。

²⁰ 大陸《民法通則》中對於所有制的劃分很大程度上是受到蘇聯民法的精神所影響，1964 年蘇聯《民法》第 58 條規定「在法律規定的範圍內，所有人對於財產有佔有、使用、和處分的權利。」這裡明顯地取代了所有權絕對的思想，承認其他法律上的限制，或者宣告了物是受經濟、社會使命或是他人權利的制約。不言而喻，由於土地的私有已經被廢除、所有權僅限於動產所有權，而且根據權利主體的不同，對國家所有權、合作社所有權和個人所有權三種所有權的型態而加以區分，如此給予國家所有權最廣泛的確認，而個人所有權的內容則最為狹隘。這的確可稱之為蘇聯民法中最具特色之處。間接地亦影響到同是在計畫經濟體制之下的大陸民事立法。

家的民事法律思維，在立法之間仍是有其交互融合的繼受青睞，蘇聯法學中不承認「物權」的多元性，認為那是資本主義法律的特點。當取消了生產資料所有制之後，在所有制的區分上就只有國家所有和集體所有²¹，這一理念亦為大陸所採用，也同時與其計劃經濟的背景環境相適應，儘管在經濟體制改革之後，立法者也認知到社會環境與經濟活動的快速變遷，對於財產權的看待將會衝擊現有法律的規範，但是在意識型態上，在此時期尚未快到可以完全將「物權」的概念載入在法律條之中²²。

貳、重要內容

一、民法通則之歷史貢獻

民法通則自 1986 年 4 月 12 日頒佈，1987 年 1 月 1 日施行，至今已施行二十餘年，其在大陸一片改革開放的聲浪中制訂而出，作為民事基本法而具有劃時代的意義。

於二十來年後的今天，回顧民法通則的歷史貢獻，主要可以分成三大點²³。

首先是制度的創建。民法通則為改革開放與市場經濟的發展提供了民事法律的基本框架，作為新中國第一部民事基本法。而所謂的「通則」，顧名思義，就是把那些貫通總則和分則，滲透基本法和特別法的共同原則，規範集中起來，自成一體，包含民法的基本制度，對於民法的基本原則、民事主體制度、民事法律行為、民事法律關係、民事責任、訴訟時效等。

其次則是體系的創立。民法通則不僅確定了民法的基本內容、原則以及基本制度，並且也確立了中國民事立法的基本體系，一方面民法通則第 2 條正確界定民法的調整物件，區分民法與經濟法的關係；另一方面，則確定中國民商合一的體制。

最後則是權利的保護。民法通則第一次以基本法律的形式，明確規定公民和法人享有的民事權利。《民法通則》採取列舉的方法，概括公民和法人所享有的財產所有權和與財產所有權有關的財產權、債權、智慧財產權和人身權。除了規

法國學者 Duguit 看來，所有權已經不是權利，而不過是一種社會性功能（function social）而已，所有權人不僅是以所有物來滿足其個人的慾望，還有為了公共的必須和國家以及所屬團體的需要利用該所有物的「義務」和「權能」。參見大木雅夫著，範愉譯(1994)，《比較法》，頁 224，法律出版社。

²¹ 大陸憲法一直到 1988 年的修正中才「允許私營經濟在法律規定的範圍內存在和發展」。並在 1999 年的修正中才放寬為「堅持公有制為主體、多種所有制經濟共同發展的基本經濟制度」。

²² 陳弘毅(1998)，《法治啓蒙與現代法的精神》，頁 170，中國政法大學出版社。

²³ 參見王利明，光榮與夢想：紀念中華人民共和國民法通則頒佈二十周年，中國民商法網，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=25774>（最後瀏覽日：04/20/2011）；楊立新，民法的夢想與老一代民法學家的光榮——「紀念《中華人民共和國民法通則》頒佈二十周年，中國民商法網，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=25771>（最後瀏覽日：04/20/2011）

定物權的基本內容外，對於債權制度下的合同之債、不當得利之債、無因管理之債都作出原則的規定，確立該等債之關係的基本規則。另外，《民法通則》並規定保護民事權利的侵權責任法制度，以基本法的形式宣示對公民人身權利的保護，將人格權立法與物權立法、債權立法、智慧財產權立法相並列，強調人身自由和人格尊嚴不受侵害，從而突出對人的尊重，體現以人爲本的理念，也充分體現現代民法所貫徹的人文主義精神。

然而，隨著中華人民共和國合同法（下稱合同法）於 1999 年 3 月 15 日頒佈，自 1999 年 10 月 1 日之施行；中華人民共和國物權法（下稱物權法），於 2007 年 3 月 16 日公佈，自 2007 年 10 月 1 日起施行；中華人民共和國侵權責任法（下稱侵權責任法）2009 年 12 月 26 日公佈，自 2010 年 7 月 1 日起施行，中國民法典體系逐漸完善，則 1987 年施行的民法通則，原本作爲民事基本法的定位究竟該何去何從，其與新法公佈的適用關係應如何處理，均爲現今所需探討的問題。

二、民法通則之功能與缺失

（一）民法通則之功能

民法通則作爲基本的民法典，最主要的功能乃在使中國傳統下民事社會生活與國家政治生活不分、私法與公法不分的法律觀念和法律制度開始改變。分三點說明之²⁴：

首先，民法通則界定民法的調整物件，承認民法的私法性質，在法律制度上初步建立對民事社會生活關係與國家政治生活關係分別進行法律調整的新體制。

如同本文於立法沿革中所述，在中國大陸早期的計劃經濟體制時期，經濟法學派承襲蘇聯學者斯圖契卡所提出之論點，認爲社會主義公有經濟下的經濟關係具有計劃性和從屬性，應由經濟行政法來調整，而民法則只能調整以非計畫經濟原則爲基礎的，屬無政府狀態下所形成的私有經濟。而蘇聯學者拉普捷夫、馬穆托夫等人又提出了縱橫統一的經濟法理論，認爲社會主義經濟本質上不是商品經濟而是計劃經濟，計畫把經濟組織之間的橫向經濟關係與經濟組織和國家管理機關之間的縱向經濟關係統一，並不能把它們分割開來分別由兩個部門法加以調整，只能由經濟法統一調整，而民法則只能調整個人領域中的旨在滿足公民物質文化需要的關係。

經濟法學派因而主張公有經濟關係中的財產因素與國家領導、管理與計畫，由經濟法統一調整公有經濟中的縱向經濟關係與橫向經濟關係，而民法調整範圍極爲狹窄，僅包含個人的消費範圍，即是要把經濟生活的絕大部分，不論是生產、分配、交換等，完全納入國家政治生活範疇，以行政方法加以調整。

²⁴ 參見李開國，《民法通則》的歷史功績與歷史局限（上）（下），中國商法網，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=7858>，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=7859>（最後瀏覽日：04/22/2011）

民法學派在不同時期為反駁經濟法學派的論點，先後提出了一定範圍說、所有制形式說或生產關係說、利用商品貨幣形式說、商品關係說、平等說等理論。其中心思想乃在固守民法的傳統領域，堅持以社會關係的不同性質和不同的調整方法作為部門法的劃分標準，無論生產領域或消費領域中的財產關係，公有組織間或公民之間的財產關係，凡具有平等性質者，均應由民法按平等、等價有償的原則來統一調整，而不應將公有經濟下或社會主義組織間的財產關係，由民法調整物件中剝離出去，由具有行政法性質的經濟法調整之。

民法學派堅持生產、分配、交換、消費的統一性，嚴格區分縱向經濟關係與橫向經濟關係，應由民法按平等原則和等價有償原則來統一調整一切橫向經濟關係，即平等性財產關係，實際上已含有區分經濟生活與國家政治生活，並將經濟生活視為一個相對獨立領域的思想。

民法通則第 2 條規定：「中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產關係和人身關係。」即表明中國之立法機關採納民法學派的理論主張，在法律制度上初步建立了民事社會生活關係與國家政治生活關係分別進行法律調整的體制。

其次，民法通則的頒佈，確定了民法的基本原則，以符合中國大陸的根本要求：以社會主義市場經濟為基礎的現代民事社會生活，卻需因應全球資本主義市場。民法通則第 3 條至第 7 條規定，則宣示「平等原則」、「自願、公平、等價有償、誠實信用原則」、「民事權利受法律保護原則」、「遵守法律和國家政策原則」、「尊重社會公德，不得損害社會公共利益，破壞國家經濟計畫，擾亂社會經濟秩序原則」。

中國民法通則基本原則之規定，實際上包含一方面相互對立，而另一方面又互相聯繫制約的兩組原則。第一組原則是從維護私人利益出發，調動人民生產經營的積極性，發展市場競爭所提出的原則，其中包括平等原則、意思自治原則、私權保護原則。第二組原則是從維護社會公共利益出發，保證國家對社會經濟生活進行適度幹預所提出的原則，其中包含公平原則、誠實信用原則和禁止權利濫用原則。上述原則多為西方資本主義下立法發展而來，中國大陸民法通則予以接受，在在顯示中國大陸由社會主義向資本主義妥協之傾向。

最後，民法通則宣告公民、法人依法享有的各種民事權利，發揮民事權利宣言書之作用。在蘇俄，由軍事共產主義體制向新經濟政策轉變的歷史時期產生了「私有財產權宣言」；在中國，則由計劃經濟體制向市場經濟體制轉變的歷史時期產生了《民法通則》的民事權利宣言。《民法通則》不再將中國農村人民分為貧農、下中農與富農、地主，城鎮人民則不分為工人與資本家，進而賦與所有中國人平等的法律地位。《民法通則》不僅賦與中國公民和法人廣泛的財產權利，並且同時賦與人身權利，另外並專列「民事責任」章節，對《民法通則》所宣告的各種財產權利和人身權利一一規定其保護措施，王澤鑑教授更譽中國的民法通

則是一個民事權利的宣言²⁵。

（二）民法通則之缺失

由於民法牽涉範圍廣泛複雜，在中國大陸經濟體制改革開始之際，制訂完整民法典之條件不夠成熟，且由於缺乏經驗，並尚留有計畫經濟體制的烙印，故在民法通則之立法上仍有缺陷。就此，可分成以四大點說明之²⁶：

第一點，民法通則的部分規定帶有舊的計畫經濟體制的烙印，不符合資本主義下市場經濟體制的要求。由於民法通則是在中國經濟體制改革開始後不久即制定，當時的經濟體制改革的目標是建立有計畫的商品經濟，故不可避免地反映了舊的計畫經濟體制的某些要求與思想觀念。如民法通則第 7 條將「不得破壞國家經濟計畫」納入規範，更在第 58 條將違反國家指令性計畫的經濟合同納入無效民事行為之中。

其次，由於單一公有經濟時期所形成的法律觀念，民法通則第 73 條：「國家財產神聖不可侵犯」、第 74 條：「集體所有的財產受法律保護」與第 75 條：「公民的合法財產受法律保護」規定，區分國家所有權、集體所有權與公民個人所有權等不同法律地位，強調社會主義下國家與集體財產權優越之理念。

再者，民法通則第 80 條第 3 款規定「土地不得買賣、出租、抵押或者以其他形式非法轉讓」，展現計畫體制時期確立的土地移轉只能依行政方式進行，不能按民法方法進行流通的法律原則。民法通則第 91 條雖允許合同債權、債務之轉讓，以反映市場經濟的要求，但同時又限制了合同債權、債務之轉讓「不得牟利」，則體現單一公有經濟時期所形成的公民不得利用私有財產剝削他人的法律觀念。民法通則前述規定，皆不符合市場經濟之基本理念。

第二點，民法通則的許多規定過分原則、簡單，導致立法意旨不明，使得審判實務上的法律適用困難。例如，民法通則第 29 條規定：「個體工商戶、農村承包經營戶的債務，個人經營的，以個人財產承擔；家庭經營的，以家庭財產承擔。」本條並未考慮公民家庭既有個人財產又有夫妻共有財產、家庭共有財產等各種情況。單僅此一條文並無法實際操作，故為協助審判實務上之運用，最高人民法院《關於貫徹執行民法通則若干問題的意見》第 42 點至第 44 點²⁷乃針對民法通則

²⁵ 參見楊立新，從民法通則到精神損害賠償司法解釋——人格權法的產生、發展與展望，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=29749>（最後瀏覽日：04/22/2011）。

²⁶ 以下所述，參見李開國，《民法通則》的歷史功績與歷史局限(上)(下)，中國民商法網，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=7858>，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=7859>（最後瀏覽日：04/22/2011）。

²⁷ 最高人民法院《關於貫徹執行民法通則若干問題的意見》第 42 點：「以公民個人名義申請登記的個體工商戶和個人承包的農村承包經營戶，用家庭共有財產投資，或者收益的主要部分供家庭成員享用的，其債務應以家庭共有財產清償。」；第 43 點：「在夫妻關係存續期間，一方從事個體經營或者承包經營的，其收入為夫妻共有財產，債務亦應以夫妻共有財產清償」；第 44 點：「個體工商戶、農村承包經營戶的債務，如以其家庭共有財產承擔責任時，應當保留家庭成員的生活必需品和必要的生產工具。」

第 29 條作了補充規定。

又如，民法通則第 42 條僅規定：「企業法人應當在核准登記的經營範圍內從事經營。」，並未明定違反之法律效果，究竟屬訓示規定而有效，或強行規定而無效，抑或屬相對人得撤銷。此一問題涉及企業法人之行為能力、誠實信用原則與交易安全的問題，屬利益衡量價值判斷之結果，立法者於此不作規定，實際上將難題推給司法解釋。中國司法機關卻往往直接簡單認為企業法人超越其經營範圍訂立的經濟合同解為無效合同，導致有損交易安全。

另外，民法通則第 66 條規定：「沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後的行為，只有經過被代理人的追認，被代理人才承擔民事責任。未經追認的行為，由行為人承擔民事責任。」在法理上，無權代理行為未經本人承認者，由無權代理人承擔民事責任並無錯誤。但本條並未規定無權代理人承擔責任之方式，在一般的立法例上，通常係依根據相對人的選擇，決定該合同行為是否由無權代理人承擔。由於本條規範不足，在中國司法實務上，常常將無權代理人所訂立的合同視為無效合同，無權代理人只承擔合同無效的責任，而不承擔合同履行的責任。惟此項結果不利善意相對人之保護，有礙交易安全。

第三點，民法通則存在大量無法用法學方法來填補的法律漏洞，並不能滿足審判實踐的需要，使法院對於諸多案件無法審理，不能追究當事人的責任。前述民法通則部分規定過於簡單，但仍得以最高審判機關的司法解釋使之具體化，以求彌補；惟民法通則尚有應規定而未規定的問題，是難以用司法解釋來填補的，此一部分特別發生在企業法人之責任規定上。

例如，民法通則第 48 條²⁸規定各種企業法人獨立承擔民事責任的財產範圍，但是欠缺對企業法人承擔民事責任的制度性規定。由於有限責任是以減少企業法人股東的風險責任，而加大企業法人債權人的風險責任，以達鼓勵投資之目的。因此，立法在規定企業法人承擔民事責任的同時，必須考慮商品經濟的複雜性，從防止有限責任被濫用和維護交易公平和安全出發，對有限責任作出制度性規定。根據一般之立法經驗與學說，有限責任制度至少應規定其適用條件與不適用之例外規定，如揭穿公司面紗原則。由於民法通則就此漏未規定，致法院在審理時普遍地採取只看企業是否領有《企業法人營業執照》，而不問債務人企業實際情況的形式主義作法。這種形式主義庇護空殼公司，損害債權人利益，妨礙經濟活動之發展。

最後一點，民法通則的部分規定在法理上並不周延，存在許多不合理。例如，民法通則第 37 條所列之法人成立要件有四：「能夠獨立承擔民事責任」、「依法成立」、「有必要的財產或者經費」與「有自己的名稱，組織機構和場所」。但其實

²⁸ 民法通則第 48 條：「全民所有制企業法人以國家授予它經營管理的財產承擔民事責任。集體所有制企業法人以企業所有的財產承擔民事責任。中外合資經營企業法人、中外合作經營企業法人和外資企業法人以企業所有的財產承擔民事責任，法律另有規定的除外。」

所謂「獨立承擔民事責任」應非法人成立的條件，而是指法人組織承擔民事責任的方式，其意義乃是法人應以其所有的或經營管理的財產承擔民事責任，法人的設立者僅以其出資為限為法人債務承擔有限責任。

另外，民法通則第三章第四節第 51²⁹、52 條³⁰及 53 條³¹規定法人型聯營、合夥型聯營與合同型聯營三種聯營形式，其中合同型聯營所確定者只是企業法人間的合作關係，與法人主體並不相干，不應在此立法規定。合夥型聯營所產生的經濟主體是合夥企業，並不具有法人資格，也不應在法人制度中規定。法人型聯營所產生的經濟實體為有限責任公司，該有限責任公司雖然也是一種法人，但民法通則所規定之法人制度應作為法人之基本法，故其應規定者，乃法人的基本類型，如社團法人與財團法人、營利法人與公益法人等，而不是僅規定企業事業單位間設立的有限責任公司。

再者，民法通則第 58 將欺詐、脅迫、乘人之危的民事行為規定為無效行為，其價值取向上是否正確，似有疑問。一般的立法例上，對於欺詐、脅迫、乘人之危的民事行為，多規定為可撤銷。而中國大陸民法通則將其規定為無效，乃是表現立法者對這類惡意行為的憤慨，其追求的價值目標是企圖通過無效來制裁欺詐者、脅迫者、乘人之危者。然而，民法作為私法，其主要目的應是救濟被害者的權利，維護其利益，而不是制裁違法者。故一般的立法例均將此類行為規定為得撤銷之民事行為，藉由受害者選擇是否行使撤銷權，作為對其最有利之選擇。

三、新法頒佈後之適用

隨著合同法（1999 年 3 月 15 日頒佈，自 1999 年 10 月 1 日之施行）、物權法（2007 年 3 月 16 日公佈，自 2007 年 10 月 1 日起施行）及侵權責任法（2009 年 12 月 26 日公佈，自 2010 年 7 月 1 日起施行），中國大陸的民法典體系逐漸完善，則 1987 年施行的民法通則，原本作為民事基本法的定位究竟該何去何從，其與新法公佈的適用關係應如何處理，乃現今所需探討的問題。

（一）民法通則與新法適用縱覽

民法通則第一章規定基本原則，其於第 1 條³²宣示立法目的，第 2 條³³界定

²⁹ 民法通則第 52 條：「企業之間或者企業、事業單位之間聯營，共同經營、不具備法人條件的，由聯營各方按照出資比例或者協議的約定，以各自所有的或者經營管理的財產承擔民事責任。依照法律的規定或者協議的約定負連帶責任的，承擔連帶責任。」

³⁰ 民法通則第 51 條：「企業之間或者企業、事業單位之間聯營，組成新的經濟實體，獨立承擔民事責任、具備法人條件的，經主管機關核准登記，取得法人資格。」

³¹ 民法通則第 53 條：「企業之間或者企業、事業單位之間聯營，按照合同的約定各自獨立經營的，它的權利和義務由合同約定，各自承擔民事責任。」

³² 民法通則第 1 條：「為了保障公民、法人的合法的民事權益，正確調整民事關係，適應社會主義現代化建設事業發展的需要，根據憲法和我國實際情況，總結民事活動的實踐經驗，制定本法。」

³³ 民法通則第 2 條：「中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產關係和人身關係。」

適用範圍，其餘則規定私法上的一般基本原則，包含第 3 條³⁴的平等原則、第 4 條³⁵的自願、公平、等價有償與誠實信用原則、第 7 條³⁶的公序良俗與禁止權利濫用原則。民法通則作為私法的基本法，規定私法的基本原則，自屬正確。由於前述原則應適用於所有的私經濟生活當中，故不受新法頒佈的影響，仍應繼續適用。

第二章則規範公民（自然人）的基礎規定，其中包含權利能力、監護制度、死亡宣告、個體工商戶、農村承包經營戶與個人合夥等相關制度。

第三章則是法人的基礎規定，包含法人的一般規定（權利能力、行為能力、成立要件等）、企業法人、機關、事業單位和社會團體法人與聯營的相關規範。這兩章都是關於權利主體的基本規範，亦不受新法頒佈的影響，仍應繼續適用並無疑問。

第四章第一節是法律行為的相關規定，其中包含成立要件、無效事由、撤銷事由與相關的損害賠償責任，這些基礎規定亦不受新法頒佈的影響。同章第二節則規範代理行為，包含代理的方式、越權代理與無權代理的責任、代理的終止事由等，這些基礎規定原則上仍應繼續適用。民法通則第 66 條³⁷關於越權代理與無權代理之規定，於合同法第 48 條³⁸亦有規定，補充相對人之催告權與撤銷權，且於合同法第 49 條³⁹規範表見代理的行為，應於適用時一併注意。

第五章規範民事權利。第一節是規範財產所有權和與財產所有權有關的財產權，該部分在物權法第二篇所有權已有詳細規定，故應適用新法。第二節所規定者為債權，主要可以分為兩大塊，一部份是類似臺灣民法債總之規定，如連帶債務與連帶債權之基本規定⁴⁰、不當得利之債⁴¹、無因管理之債⁴²等，這些規定仍應

³⁴ 民法通則第 3 條：「當事人在民事活動中的地位平等。」

³⁵ 民法通則第 4 條：「民事活動應當遵循自願、公平、等價有償、誠實信用的原則。」

³⁶ 民法通則第 7 條：「民事活動應當尊重社會公德，不得損害社會公共利益，破壞國家經濟計畫，擾亂社會經濟秩序。」

³⁷ 民法通則第 66 條：「沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後的行為，只有經過被代理人的追認，被代理人才承擔民事責任。未經追認的行為，由行為人承擔民事責任。本人知道他人以本人名義實施民事行為而不作否認表示的，視為同意。

代理人不履行職責而給被代理人造成損害的，應當承擔民事責任。

代理人和第三人串通，損害被代理人的利益的，由代理人和第三人負連帶責任。

第三人知道行為人沒有代理權、超越代理權或者代理權已終止還與行為人實施民事行為給他人造成損害的，由第三人和行為人負連帶責任。」

³⁸ 合同法第 48 條：「行為人沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後以被代理人名義訂立的合同，未經被代理人追認，對被代理人不發生效力，由行為人承擔責任。

相對人可以催告被代理人在一個月內予以追認。被代理人未作表示的，視為拒絕追認。合同被追認之前，善意相對人有撤銷的權利。撤銷應當以通知的方式作出。」

³⁹ 合同法第 49 條：「為人沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後以被代理人名義訂立合同，相對人有理由相信行為人有代理權的，該代理行為有效。」

⁴⁰ 民法通則第 87 條：「債權人或者債務人一方人數為二人以上的，依照法律的規定或者當事人的約定，享有連帶權利的每個債權人，都有權要求債務人履行義務；負有連帶義務的每個債務人，都負有清償全部債務的義務，履行了義務的人，有權要求其他負有連帶義務的人償付他應當承擔

繼續適用。另一部份則是合同的相關規定，包含債權與債務移轉的一般規定⁴³、擔保債務履行的方法⁴⁴與一些合同中約定不明確時之補充規定⁴⁵，這些部分僅為民法通則在立法需求迫切下所為之規定，亦不周延，故在合同法頒佈施行後，應以合同法作為規範依據。第三節與第四節分別簡略規範智慧財產權與人身權，分別定義出所屬的各種權利態樣，較屬定義性之規定，不受新法頒佈施行的影響。

民法通則第六章所規範者乃民事責任，第一節是一般規定，最主要規定承擔責任的主觀要件採過錯原則⁴⁶，而第二、三、四節則分別規範違反合同之民事責任、侵權的民事責任與承擔民事責任的方式。民法通則第六章僅僅使用 29 個條文（第 106 條至第 134 條），卻需涵蓋關於侵權責任與債務不履行之責任成立、責任範圍與賠償方法，問題範圍廣大且複雜，民法通則規範密度不足，顯而易見的。因此，在侵權責任法與合同法頒佈後，均應分別適用其相關規範，如侵權責任法第二章責任構成與責任方式與合同法第七章違約責任的規範內容，即應可取代了民法通則第 106、107 條過錯原則的規定。關於侵權責任法與合同法之細部解釋適用問題，再請參閱本文後述相關部分。

的份額。」

⁴¹ 民法通則第 92 條：「沒有合法根據，取得不當利益，造成他人損失的，應當將取得的不當利益返還受損失的人。」

⁴² 民法通則第 93 條：「沒有法定的或者約定的義務，為避免他人利益受損失進行管理或者服務的，有權要求受益人償付由此而支付的必要費用。」

⁴³ 民法通則第 91 條：「合同一方將合同的權利、義務全部或者部分轉讓給第三人的，應當取得合同另一方的同意，並不得牟利。依照法律規定應當由國家批准的合同，需經原批准機關批准。但是，法律另有規定或者原合同另有約定的除外。」

⁴⁴ 民法通則第 89 條：「依照法律的規定或者按照當事人的約定，可以採用下列方式擔保債務的履行：（一）保證人向債權人保證債務人履行債務，債務人不履行債務的，按照約定由保證人履行或者承擔連帶責任；保證人履行債務後，有權向債務人追償。（二）債務人或者第三人可以提供一定的財產作為抵押物。債務人不履行債務的，債權人有權依照法律的規定以抵押物折價或者以變賣抵押物的價款優先得到償還。（三）當事人一方在法律規定的範圍內可以向對方給付定金。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行債務的，無權要求返還定金；接受定金的一方不履行債務的，應當雙倍返還定金。（四）按照合同約定一方佔有對方的財產，對方不按照合同給付應付款項超過約定期限的，佔有人有權留置該財產，依照法律的規定以留置財產折價或者以變賣該財產的價款優先得到償還。」

⁴⁵ 民法通則第 88 條：「合同的當事人應當按照合同的約定，全部履行自己的義務。合同中有關品質、期限、地點或者價款約定不明確，按照合同有關條款內容不能確定，當事人又不能通過協商達成協議的，適用下列規定：（一）品質要求不明確的，按照國家品質標準履行，沒有國家品質標準的，按照通常標準履行。（二）履行期限不明確的，債務人可以隨時向債權人履行義務，債權人也可以隨時要求債務人履行義務，但應當給對方必要的準備時間。（三）履行地點不明確，給付貨幣的，在接受給付一方的所在地履行，其他標的在履行義務一方的所在地履行。（四）價款約定不明確的，按照國家規定的價格履行；沒有國家規定價格的，參照市場價格或者同類物品的價格或者同類勞務的報酬標準履行。合同對專利申請權沒有約定的，完成發明創造的當事人享有申請權。合同對科技成果的使用權沒有約定的，當事人都有使用的權利。」

⁴⁶ 民法通則第 106 條：「公民、法人違反合同或者不履行其他義務的，應當承擔民事責任。公民、法人由於過錯侵害國家的、集體的財產，侵害他人財產、人身的，應當承擔民事責任。沒有過錯，但法律規定應當承擔民事責任的，應當承擔民事責任。」、民法通則第 107 條：「因不可抗力不能履行合同或者造成他人損害的，不承擔民事責任，法律另有規定的除外。」

民法通則第七章是關於訴訟時效的規範。訴訟時效期間原則上為兩年⁴⁷，但部分訴訟時效為一年⁴⁸。另外，訴訟時效之起算點⁴⁹與障礙事由⁵⁰，亦有相關規定。上述問題，在侵權責任法與合同法均無相關規定，故在發生侵權行為或債務不履行時，在責任成立與賠償上，雖應分別適用侵權責任法與合同法，但就訴訟時效，仍應回歸適用民法通則之相關規定。

民法通則最後兩章分別規範涉外民事關係的法律適用與附則。在涉外民事關係的法律適用已有其他法規範，民法通則僅具備補充法之效力。附則則規範期間的計算⁵¹、以上、以下、以內、屆滿、不滿、以外的意義⁵²。這些規定乃技術性的操作事項，且新法亦無相關規範，故仍應直接適用。

(二) 民法通則與新法適用細部說明

本文以下說明民法通則各條文與新法頒佈後之相關部分之適用方法，首先是關於民法通則第 66 條代理權之規定：

越權代理與表見代理				
民法通則		合同法		建議
條號	條文內容	條號	條文內容	

⁴⁷ 民法通則第 135 條：「向人民法院請求保護民事權利的訴訟時效期間為二年，法律另有規定的除外。」

⁴⁸ 民法通則第 136 條：「下列的訴訟時效期間為一年：(一) 身體受到傷害要求賠償的；(二) 出售品質不合格的商品未聲明的；(三) 延付或者拒付租金的；(四) 寄存財物被丟失或者損毀的。」

⁴⁹ 民法通則第 137 條：「訴訟時效期間從知道或者應當知道權利被侵害時起計算。但是，從權利被侵害之日起超過二十年的，人民法院不予保護。有特殊情況的，人民法院可以延長訴訟時效期間。」

⁵⁰ 民法通則第 139 條：「在訴訟時效期間的最後六個月內，因不可抗力或者其他障礙不能行使請求權的，訴訟時效中止。從中止時效的原因消除之日起，訴訟時效期間繼續計算。」

⁵¹ 民法通則第 154 條：「民法所稱的期間按照西曆年、月、日、小時計算。規定按照小時計算期間的，從規定時開始計算。規定按照日、月、年計算期間的，開始的當天不算入，從下一天開始計算。期間的最後一天是星期日或者其他法定休假日的，以休假日的次日為期間的最後一天。期間的最後一天的截止時間為二十四點。有業務時間的，到停止業務活動的時間截止。」

⁵² 民法通則第 155 條：「民法所稱的「以上」、「以下」、「以內」、「屆滿」，包括本數；所稱的「不滿」、「以外」，不包括本數。」

66	<p>沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後的行爲，只有經過被代理人的追認，被代理人才承擔民事責任。未經追認的行爲，由行爲人承擔民事責任。本人知道他人以本人名義實施民事行爲而不作否認表示的，視爲同意。</p> <p>代理人不履行職責而給被代理人造成損害的，應當承擔民事責任。</p> <p>代理人和第三人串通，損害被代理人的利益的，由代理人和第三人負連帶責任。</p> <p>第三人知道行爲人沒有代理權、超越代理權或者代理權已終止還與行爲人實施民事行爲給他人造成損害的，由第三人和行爲人負連帶責任。</p>	48	<p>行爲人沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後以被代理人名義訂立的合同，未經被代理人追認，對被代理人不發生效力，由行爲人承擔責任。</p> <p>相對人可以催告被代理人在一個月內予以追認。被代理人未作表示的，視爲拒絕追認。合同被追認之前，善意相對人有撤銷的權利。撤銷應當以通知的方式作出。</p>	<p>1. 未經追認之代理權，民法通則與合同法均規定由行爲人承擔民事責任</p> <p>2. 合同法規範相對人之催告權與撤銷權，應補充適用之。</p> <p>3. 合同法規範表見代理之效果，應補充適用之。</p>
		49	<p>行爲人沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後以被代理人名義訂立合同，相對人有理由相信行爲人有代理權的，該代理行爲有效。</p>	

其次是民法通則第 71 條以下關於所有權之規定與物權法之適用：

所有權與其他財產權				
民法通則		物權法		適用建議
條號	條文內容	條號	條文內容	
71	財產所有權是指所有人依法對自己的財產享有佔有、使用、收益和處分的權利。	39	所有權人對自己的不動產或者動產，依法享有佔有、使用、	物權法僅作了文字更改，內容

			收益和處分的權利。	無差異
72	財產所有權的取得，不得違反法律規定。 按照合同或者其他合法方式取得財產的，財產所有權從財產交付時起轉移，法律另有規定或者當事人另有約定的除外。	9	不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，經依法登記，發生效力；未經登記，不發生效力，但法律另有規定的除外。依法屬於國家所有的自然資源，所有權可以不登記。	物權法區分動產與不動產之物權轉移，分別以交付與登記為生效要件。民法通則以交付為生效要件之規定，應不再適用。
		23	動產物權的設立和轉讓，自交付時發生效力，但法律另有規定的除外。	
73	國家財產屬於全民所有。 國家財產神聖不可侵犯，禁止任何組織或者個人侵佔、哄搶、私分、截留、破壞。	第五章	(略)	物權法第五章設有詳細規定，應直接適用新法
74	勞動群眾集體組織的財產屬於勞動群眾集體所有，包括： （一）法律規定為集體所有的土地和森林、山嶺、草原、荒地、灘塗等； （二）集體經濟組織的財產； （三）集體所有的建築物、水庫、農田水利設施和教育、科學、文化、衛生、體育等設施； （四）集體所有的其他財產。 集體所有的土地依照法律屬於村農民集體所有，由村農業生產合作社等農業集體經濟組織或者村民委員會經營、管理。已經屬於鄉（鎮）農民集體經濟組織所有			

	<p>的，可以屬於鄉（鎮）農民集體所有。</p> <p>集體所有的財產受法律保護，禁止任何組織或者個人侵佔、哄搶、私分、破壞或者非法查封、扣押、凍結、沒收。</p>			
75	<p>公民的個人財產，包括公民的合法收入、房屋、儲蓄、生活用品、文物、圖書資料、林木、牲畜和法律允許公民所有的生產資料以及其他合法財產。</p> <p>公民的合法財產受法律保護，禁止任何組織或者個人侵佔、哄搶、破壞或者非法查封、扣押、凍結、沒收。</p>			
76	公民依法享有財產繼承權。			
77	社會團體包括宗教團體的合法財產受法律保護。			
78	<p>財產可以由兩個以上的公民、法人共有。</p> <p>按份共有財產的每個共有人有權要求將自己的份額分出或者轉讓。但在出售時，其他共有人在同等條件下，有優先購買的權利。共有分為按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份額，對</p>	第八章	(略)	物權法第八章設有詳細規定，應直接適用新法

	共有財產分享權利，分擔義務。 共同共有人對共有財產享有權利，承擔義務。			
79	<p>所有人不明的埋藏物、隱藏物，歸國家所有。接收單位應當對上繳的單位或者個人，給予表揚或者物質獎勵。</p> <p>拾得遺失物、漂流物或者失散的飼養動物，應當歸還失主，因此而支出的費用由失主償還。</p>	109	拾得遺失物，應當返還權利人。拾得人應當及時通知權利人領取，或者送交公安等有關部門。	<p>物權法設有遺失物拾得之招領規定，並規定招領六個月內無人領取後，歸國家所有。應直接適用物權法之新規定。</p>
		110	有關部門收到遺失物，知道權利人的，應當及時通知其領取；不知道的，應當及時發佈招領公告。	
		111	拾得人在遺失物送交有關部門前，有關部門在遺失物被領取前，應當妥善保管遺失物。因故意或者重大過失致使遺失物毀損、滅失的，應當承擔民事責任。	
		112	<p>權利人領取遺失物時，應當向拾得人或者有關部門支付保管遺失物等支出的必要費用。</p> <p>權利人懸賞尋找遺失物的，領取遺失物時應當按照承諾履行義務。</p> <p>拾得人侵佔遺失物</p>	

			的，無權請求保管遺失物等支出的費用，也無權請求權利人按照承諾履行義務。	
		113	遺失物自發佈招領公告之日起六個月內無人認領的，歸國家所有。	
80	<p>國家所有的土地，可以依法由全民所有制單位使用，也可以依法確定由集體所有制單位使用，國家保護它的使用、收益的權利；使用單位有管理、保護、合理利用的義務。</p> <p>公民、集體依法對集體所有的或者國家所有由集體使用的土地的承包經營權，受法律保護。承包雙方的權利和義務，依照法律由承包合同規定。</p> <p>土地不得買賣、出租、抵押或者以其他形式非法轉讓。</p>	第五章	(略)	物權法第五章設有詳細規定，應直接適用新法。

81	<p>國家所有的森林、山嶺、草原、荒地、灘塗、水面等自然資源，可以依法由全民所有制單位使用，也可以依法確定由集體所有制單位使用，國家保護它的使用、收益的權利；使用單位有管理、保護、合理利用的義務。</p> <p>國家所有的礦藏，可以依法由全民所有制單位和集體所有制單位開採，也可以依法由公民採挖。國家保護合法的採礦權。</p> <p>公民、集體依法對集體所有的或者國家所有由集體使用的森林、山嶺、草原、荒地、灘塗、水面的承包經營權，受法律保護。承包雙方的權利和義務，依照法律由承包合同規定。</p> <p>國家所有的礦藏、水流，國家所有的和法律規定屬於集體所有的林地、山嶺、草原、荒地、灘塗不得買賣、出租、抵押或者其他形式非法轉讓。</p>			
82	<p>全民所有制企業對國家授予它經營管理的財產依法享有經營權，受法律保護。</p>			
83	<p>不動產的相鄰各方，應當按照有利生產、方便生活、團結互助、公平合理的精神，正確處理截水、排水、通行、通風、採光等方面的相鄰關係。給相鄰方造成妨礙或者損失的，應當停止侵害，排除妨礙，賠償損失。</p>	第七章	(略)	物權法第七章設有詳細規定，應直接適用新法

第三部分則介紹民法通則第 84 條以下關於債權與合同法之適用：

債權				
民法通則		合同法		適用建議
條號	條文內容	條號	條文內容	
84	債是按照合同的約定或者依照法律的規定，在當事人之間產生的特定的權利和義務關係，享有權利的人是債權人，負有義務的人是債務人。債權人有權要求債務人按照合同的約定或者依照法律的規定履行義務。	無	無	民法通則關於合同關係之基本定義，應繼續適用
85	合同是當事人之間設立、變更、終止民事關係的協議。依法成立的合同，受法律保護。	2	本法所稱合同是平等主體的自然人、法人、其他組織之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議。	合同法規範較為完善，應直接適用合同法
		8	依法成立的合同，對當事人具有法律約束力。當事人應當按照約定履行自己的義務，不得擅自變更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保護。	
86	債權人為二人以上的，按照確定的份額分享權利。債務人為	無	無	民法通則規範多數主體之債權人與債務人之權利義務，

	二人以上的，按照確定的份額分擔義務。			應繼續適用
87	債權人或者債務人一方人數為二人以上的，依照法律的規定或者當事人的約定，享有連帶權利的每個債權人，都有權要求債務人履行義務；負有連帶義務的每個債務人，都負有清償全部債務的義務，履行了義務的人，有權要求其他負有連帶義務的人償付他應當承擔的份額。	無	無	民法通則規範連帶債權與連帶債務，應繼續適用
88	<p>合同的當事人應當按照合同的約定，全部履行自己的義務。</p> <p>合同中有關品質、期限、地點或者價款約定不明確，按照合同有關條款內容不能確定，當事人又不能通過協商達成協議的，適用下列規定：</p> <p>（一）品質要求不明確的，按照國家品質標準履行，沒有國家品質標準的，按照通常標準履行。</p> <p>（二）履行期限不明確的，債務人可以隨時向債權人履行義務。</p>	60	<p>當事人應當按照約定全面履行自己的義務。</p> <p>當事人應當遵循誠實信用原則，根據合同的性質、目的和交易習慣履行通知、協助、保密等義務。</p>	<p>合同法規範較為完善，應直接適用合同法</p>
		61	<p>合同生效後，當事人就品質、價款或者報酬、履行地點等內容沒有約定或者約定不明確的，可以協議補充；不能達成補充協定的，按照合同有關條款或者交易習慣確定。</p>	

<p>務，債權人也可以隨時要求債務人履行義務，但應當給對方必要的準備時間。</p> <p>（三）履行地點不明確，給付貨幣的，在接受給付一方的所在地履行，其他標的在履行義務一方的所在地履行。</p> <p>（四）價款約定不明確的，按照國家規定的價格履行；沒有國家規定價格的，參照市場價格或者同類物品的價格或者同類勞務的報酬標準履行。合同對專利申請權沒有約定的，完成發明創造的當事人享有申請權。</p> <p>合同對科技成果的使用權沒有約定的，當事人都有使用的權利。</p>	62	<p>當事人就有關合同內容約定不明確，依照本法第六十一條的規定仍不能確定的，適用下列規定：</p> <p>（一）品質要求不明確的，按照國家標準、行業標準履行；沒有國家標準、行業標準的，按照通常標準或者符合合同目的的特定標準履行。</p> <p>（二）價款或者報酬不明確的，按照訂立合同時履行地的市場價格履行；依法應當執行政府定價或者政府指導價的，按照規定履行。</p> <p>（三）履行地點不明確，給付貨幣的，在接受貨幣一方所在地履行；交付不動產的，在不動產所在地履行；其他標的，在履行義務一方所在地履行。</p> <p>（四）履行期限不明確的，債務人可以隨時履行，債權人也可以隨時要求履行，但應當給對方必要的準備時間。</p> <p>（五）履行方式不明確的，按照有利於實現合同目的的方式履行。</p> <p>（六）履行費用的負擔</p>	
---	----	---	--

			不明確的，由履行義務一方負擔。	
		第十八章	(略)	

89	<p>依照法律的規定或者按照當事人的約定，可以採用下列方式擔保債務的履行：</p> <p>（一）保證人向債權人保證債務人履行債務，債務人不履行債務的，按照約定由保證人履行或者承擔連帶責任；保證人履行債務後，有權向債務人追償。</p> <p>（二）債務人或者第三人可以提供一定的財產作為抵押物。債務人不履行債務的，債權人有權依照法律的規定以抵押物折價或者以變賣抵押物的價款優先得償還。</p> <p>（三）當事人一方在法律規定的範圍內可以向對方給付定金。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行債務的，無權要求返還定金；接受定金的一方不履行債務的，應當雙倍返還定金。</p> <p>（四）按照合同約定一方佔有對方的財產，對方不按照合同給付應付款項超過約定期限的，佔有人有權留置該財產，依照法律的規定以留置財</p>	115	<p>當事人可以依照《中華人民共和國擔保法》約定一方向對方給付定金作為債權的擔保。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行約定的債務的，無權要求返還定金；收受定金的一方不履行約定的債務的，應當雙倍返還定金。</p>	<p>應參酌中華人民共和國擔保法與物權法適用</p>
----	--	-----	---	----------------------------

	產折價或者以變賣該財產的價款優先得到償還。			
90	合法的借貸關係受法律保護。	8	依法成立的合同，對當事人具有法律約束力。當事人應當按照約定履行自己的義務，不得擅自變更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保護。	合同法規範較為完善，應直接適用合同法
91	合同一方將合同的權利、義務全部或者部分轉讓給第三人的，應當取得合同另一方的同意，並不得牟利。依照法律規定應當由國家批准的合同，需經原批准機關批准。但是，法律另	第五章	(略)	合同法規範較為完善，應直接適用合同法

	有規定或者原合同另有約定的除外。			
92	沒有合法根據，取得不當利益，造成他人損失的，應當將取得的不當利益返還受損失的人。	無	無	民法通則規範不當得利之處理方式，應繼續適用
93	沒有法定的或者約定的義務，為避免他人利益受損失進行管理或者服務的，有權要求受益人償付由此而支付的必要費用。	無	無	民法通則規範無因管理之處理方式，應繼續適用

接著是民法通則第 106 條以下關於民事責任之規定與合同法和侵權法之適用關係：

民事責任一般規定						
民法通則		合同法		侵權法		適用建議
條號	條文內容	條號	條文內容	條號	條文內容	
106	公民、法人違反合同或者不履行其他義務的，應當承擔民事責任。 公民、法人由於過錯侵害國家的、集體的財產，侵害他人財產、人身的，應	107	當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行，採取補救措施或者賠償損失等違約責任。	2	侵害民事權益，應當依照本法承擔侵權責任。 本法所稱民事權益，包括生命權、健康權、姓名權、名譽權、榮譽權、肖像權、隱私權、婚	1. 違反合同之規範並無差異 2. 均規範侵權法之過錯原則 3. 新法規範較為

	<p>當承擔民事責任。</p> <p>沒有過錯，但法律規定應當承擔民事責任的，應當承擔民事責任。</p>			<p>姻自主權、監護權、所有權、用益物權、擔保物權、著作權、專利權、商標專用權、發現權、股權、繼承權等人身、財產權益。</p>	周延，應直接適用新法	
				6	<p>行為人因過錯侵害他人民事權益，應當承擔侵權責任。</p> <p>根據法律規定推定行為人有過錯，行為人不能證明自己沒有過錯的，應當承擔侵權責任。</p>	
				7	<p>行為人損害他人民事權益，不論行為人有無過錯，法律規定應當承擔侵權責任的，依照其規定。</p>	
107	<p>因不可抗力不能履行合同或者造成他人損害的，不承擔民事責任，法律另有規定的除外。</p>	117	<p>因不可抗力不能履行合同的，根據不可抗力的影響，部分或者全部免除責任，但法律另有規定的除外。當事人遲延履行後發生不可抗力的，不能</p>	29	<p>因不可抗力造成他人損害的，不承擔責任。法律另有規定的，依照其規定。</p>	1. 不可抗力原則上不承擔責任，惟合同法規範為「根據不可抗力之影響部分或全部免除責

			免除責任。 本法所稱不可抗力，是指不能預見、不能避免並不能克服的客觀情況。			任」，故關於合同因不可抗力違約應適用合同法 2. 合同法做出不可抗力之定義，應一體適用
108	債務應當清償。暫時無力償還的，經債權人同意或者人民法院裁決，可以由債務人分期償還。有能力償還拒不償還的，由人民法院判決強制償還。	無	無	25	損害發生後，當事人可以協商賠償費用的支付方式。協商不一致的，賠償費用應當一次性支付；一次性支付確有困難的，可以分期付款，但應當提供相應的擔保。	1. 侵權部分應適用侵權法 2. 合同部分仍應適用民法通則
109	因防止、制止國家的、集體的財產或者他人的財產、人身遭受侵害而使自己受到損害的，由侵害人承擔賠償責任，受益人也可以給予適當的補償。	無	無	23	因防止、制止他人民事權益被侵害而使自己受到損害的，由侵權人承擔責任。侵權人逃逸或者無力承擔責任，被侵權人請求補償的，受益人應當給予適當補償。	應直接適用侵權法

110	對承擔民事責任的公民、法人需要追究行政責任的，應當追究行政責任；構成犯罪的，對公民、法人的法定代表人應當依法追究刑事責任。	無	無	4	侵權人因同一行為應當承擔行政責任或者刑事責任的，不影響依法承擔侵權責任。因同一行為應當承擔侵權責任和行政責任、刑事責任，侵權人的財產不足以支付的，先承擔侵權責任。	應以侵權法規定補充民法通則之規定
-----	---	---	---	---	---	------------------

以下是民法通則第 111 條以下關於違反合同之民事責任與合同法之適用關係：

違反合同的民事責任					
民法通則		合同法		適用建議	
條號	條文內容	條號	條文內容		
111	當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定條件的，另一方有權要求履行或者採取補救措施，並有權要求賠償損失。	107	當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行，採取補救措施或者賠償損失等違約責任。	合同法規範較為完善，應直接適用合同法	
		112	當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，在履行義務或者採取補救措施後，對方還有其他損失的，應當賠償損		

			失。	
112	當事人一方違反合同的賠償責任，應當相當於另一方因此所受到的損失。當事人可以在合同中約定，一方違反合同時，向另一方支付一定數額的違約金；也可以在合同中約定對於違反合同而產生的損失賠償額的計算方法。	113	當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定，給對方造成損失的，損失賠償額應當相當於因違約所造成的損失，包括合同履行後可以獲得的利益，但不得超過違反合同一方訂立合同時預見到或者應當預見到的因違反合同可能造成的損失。 經營者對消費者提供商品或者服務有欺詐行為的，依照《中華人民共和國消費者權益保護法》的規定承擔損害賠償責任。	合同法規範較為完善，應直接適用合同法
		114	當事人可以約定一方違約時應當根據違約情況向對方支付一定數額的違約金，也可以約定因違約產生的損失賠償額的計算方法。約定的違約金低於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以增加；約定的違約金過分高於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以適當減少。	

			當事人就遲延履行約定違約金的，違約方支付違約金後，還應當履行債務。	
113	當事人雙方都違反合同的，應當分別承擔各自應負的民事責任。	120	當事人雙方都違反合同的，應當各自承擔相應的責任。	合同法僅作文字修改，內容並無差異
114	當事人一方因另一方違反合同受到損失的，應當及時採取措施防止損失的擴大；沒有及時採取措施致使損失擴大的，無權就擴大的損失要求賠償。	119	當事人一方違約後，對方應當採取適當措施防止損失的擴大；沒有採取適當措施致使損失擴大的，不得就擴大的損失要求賠償。當事人因防止損失擴大而支出的合理費用，由違約方承擔。	合同法規範較為完善，應直接適用合同法
115	合同的變更或者解除，不影響當事人要求賠償損失的權利。	無	無	民法通則規定解約不影響損害賠償請求權之行使，應繼續適用
116	當事人一方由於上級機關的原因，不能履行合同義務的，應當按照合同約定向另一方賠償損失或者採取其他補救措施，再由上級機關對它因此受到的損失負責處理。	無	無	合同法並無規範，應繼續適用民法通則

以下是關於民法通則第 117 條以下侵權的民事責任與侵權法之適用：

侵權的民事責任				
民法通則		侵權法		適用建議
條號	條文內容	條號	條文內容	
117	<p>侵佔國家的、集體的財產或者他人財產的，應當返還財產，不能返還財產的，應當折價賠償。</p> <p>損壞國家的、集體的財產或者他人財產的，應當恢復原狀或者折價賠償。</p> <p>受害人因此遭受其他重大損失的，侵害人並應當賠償損失。</p>	2	<p>侵害民事權益，應當依照本法承擔侵權責任。本法所稱民事權益，包括生命權、健康權、姓名權、名譽權、榮譽權、肖像權、隱私權、婚姻自主權、監護權、所有權、用益物權、擔保物權、著作權、專利權、商標專用權、發現權、股權、繼承權等人身、財產權益。</p>	<p>侵權法以第 2 條加第 15 條之組合，等同於通則第 117 條、第 118 條與第 120 條之規範內容，且保護權利更為完善，應直接適用侵權法</p>
		15	<p>承擔侵權責任的方式主要有：</p> <p>（一）停止侵害；</p> <p>（二）排除妨礙；</p> <p>（三）消除危險；</p> <p>（四）返還財產；</p> <p>（五）恢復原狀；</p> <p>（六）賠償損失；</p> <p>（七）賠禮道歉；</p> <p>（八）消除影響、恢復名譽。</p> <p>以上承擔侵權責任的方式，可以單獨適用，也可以合併適用。</p>	
118	<p>公民、法人的著作權（版權）、專利權、商</p>	2	（略）	<p>侵權法以第 2 條加第 15 條之組</p>

	標專用權、發現權、發明權和其他科技成果權受到剽竊、篡改、假冒等侵害的，有權要求停止侵害，消除影響，賠償損失。	15	(略)	合，等同於通則第 117 條、第 118 條與第 120 條之規範內容，且保護權利更為完善，應直接適用侵權法
119	侵害公民身體造成傷害的，應當賠償醫療費、因誤工減少的收入、殘廢者生活補助費等費用；造成死亡的，並應當支付喪葬費、死者生前扶養的人必要的生活費等費用。	16	侵害他人造成人身損害的，應當賠償醫療費、護理費、交通費等為治療和康復支出的合理費用，以及因誤工減少的收入。造成殘疾的，還應當賠償殘疾生活補助具費和殘疾賠償金。造成死亡的，還應當賠償喪葬費和死亡賠償金。	侵權法規範較為完善，應直接適用侵權法
120	公民的姓名權、肖像權、名譽權、榮譽權受到侵害的，有權要求停止侵害，恢復名譽，消除影響，賠禮道歉，並可以要求賠償損失。法人的名稱權、名譽權、榮譽權受到侵害的，適用前款規定。	2	(略)	侵權法以第 2 條加第 15 條之組合，等同於通則第 117 條、第 118 條與第 120 條之規範內容，且保護權利更為完善，應直接適用侵權法
		15	(略)	
121	國家機關或者國家機關工作人員在執行職務中，侵犯公民、法人的合法權益造成損害的，應當承擔民事責任。	無	無	侵權法並無規定，應繼續適用民法通則

122	因產品品質不合格造成他人財產、人身損害的，產品製造者、銷售者應當依法承擔民事責任。運輸者、倉儲者對此負有責任的，產品製造者、銷售者有權要求賠償損失。	第五章	(略)	侵權法以專章規範產品責任，應直接適用侵權法
123	從事高空、高壓、易燃、易爆、劇毒、放射性、高速運輸工具等對周圍環境有高度危險的作業造成他人損害的，應當承擔民事責任；如果能夠證明損害是由受害人故意造成的，不承擔民事責任。	第九章	(略)	侵權法以專章規範高度危險責任，應直接適用侵權法
124	違反國家保護環境防止污染的規定，污染環境造成他人損害的，應當依法承擔民事責任。	第八章	(略)	侵權法以專章規範環境污染責任，應直接適用侵權法
125	在公共場所、道旁或者通道上挖坑、修繕安裝地下設施等，沒有設置明顯標誌和採取安全措施造成他人損害的，施工人應當承擔民事責任。	91	在公共場所或者道路上挖坑、修繕安裝地下設施等，沒有設置明顯標誌和採取安全措施造成他人損害的，施工人應當承擔侵權責任。窰井等地下設施造成他人損害，管理人不能證明盡到管理職責的，應當承擔侵權責任。	侵權法規範較為完善，應直接適用侵權法

126	建築物或者其他設施以及建築物上的擱置物、懸掛物發生倒塌、脫落、墜落造成他人損害的，它的所有人或者管理人應當承擔民事責任，但能夠證明自己沒有過錯的除外。	85	建築物、構築物或者其他設施及其擱置物、懸掛物發生脫落、墜落造成他人損害，所有人、管理人或者使用人不能證明自己沒有過錯的，應當承擔侵權責任。所有人、管理人或者使用人賠償後，有其他責任人的，有權向其他責任人追償。	侵權法規範較為完善，應直接適用侵權法
		86	建築物、構築物或者其他設施倒塌造成他人損害的，由建設單位與施工單位承擔連帶責任。建設單位、施工單位賠償後，有其他責任人的，有權向其他責任人追償。 因其他責任人的原因，建築物、構築物或者其他設施倒塌造成他人損害的，由其他責任人承擔侵權責任。	
		87	從建築物中拋擲物品或者從建築物上墜落的物品造成他人損害，難以確定具體侵權人的，除能夠證明自己不是侵權人的外，由可能加害的建築物使用人給予補償。	

127	飼養的動物造成他人損害的，動物飼養人或者管理人應當承擔民事責任；由於受害人的過錯造成損害的，動物飼養人或者管理人不承擔民事責任；由於第三人的過錯造成損害的，第三人應當承擔民事責任。	第十章	(略)	侵權法以專章規範飼養動物損害責任，應直接適用侵權法
128	因正當防衛造成損害的，不承擔民事責任。正當防衛超過必要的限度，造成不應有的損害的，應當承擔適當的民事責任。	30	因正當防衛造成損害的，不承擔責任。正當防衛超過必要的限度，造成不應有的損害的，正當防衛人應當承擔適當的責任。	侵權法僅作文字修改，內容並無差異
129	因緊急避險造成損害的，由引起險情發生的人承擔民事責任。如果危險是由自然原因引起的，緊急避險人不承擔民事責任或者承擔適當的民事責任。因緊急避險採取措施不當或者超過必要的限度，造成不應有的損害的，緊急避險人應當承擔適當的民事責任。	31	因緊急避險造成損害的，由引起險情發生的人承擔責任。如果危險是由自然原因引起的，緊急避險人不承擔責任或者給予適當補償。緊急避險採取措施不當或者超過必要的限度，造成不應有的損害的，緊急避險人應當承擔適當的責任。	侵權法僅作文字修改，內容並無差異
130	二人以上共同侵權造成他人損害的，應當承擔連帶責任。	8	二人以上共同實施侵權行為，造成他人損害的，應當承擔連帶責任。	侵權法僅作文字修改，內容並無差異
131	受害人對於損害的發生也有過錯的，可以減輕	26	侵權人對損害的發生也有過錯的，可以減輕	侵權法僅作文字修改，內容並無差異

	輕侵害人的民事責任。		侵權人的責任。	無差異
132	當事人對造成損害都沒有過錯的，可以根據實際情況，由當事人分擔民事責任。	24	受害人和行為人對損害的發生都沒有過錯的，可以根據實際情況，由雙方分擔損失。	侵權法僅作文字修改，內容並無差異
133	無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的，由監護人承擔民事責任。監護人盡了監護責任的，可以適當減輕他的民事責任。 有財產的無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的，從本人財產中支付賠償費用。不足部分，由監護人適當賠償，但單位擔任監護人的除外。	32	無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的，由監護人承擔侵權責任。監護人盡到監護責任的，可以減輕其侵權責任。 有財產的無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的，從本人財產中支付賠償費用。不足部分，由監護人賠償。	侵權法僅作文字修改，內容並無差異

最後介紹民法通則第 134 條承擔民事責任之方式與侵權法之適用：

承擔民事責任的方式				
民法通則		侵權法		適用建議
條號	條文內容	條號	條文內容	

134	<p>承擔民事責任的方式主要有：</p> <p>(一) 停止侵害；</p> <p>(二) 排除妨礙；</p> <p>(三) 消除危險；</p> <p>(四) 返還財產；</p> <p>(五) 恢復原狀；</p> <p>(六) 修理、重作、更換；</p> <p>(七) 賠償損失；</p> <p>(八) 支付違約金；</p> <p>(九) 消除影響、恢復名譽；</p> <p>(十) 賠禮道歉。</p> <p>以上承擔民事責任的方式，可以單獨適用，也可以合併適用。</p> <p>人民法院審理民事案件，除適用上述規定外，還可以予以訓誡、責令具結悔過、收繳進行非法活動的財物和非法所得，並可以依照法律規定處以罰款、拘留。</p>	15	<p>承擔侵權責任的方式主要有：</p> <p>(一) 停止侵害；</p> <p>(二) 排除妨礙；</p> <p>(三) 消除危險；</p> <p>(四) 返還財產；</p> <p>(五) 恢復原狀；</p> <p>(六) 賠償損失；</p> <p>(七) 賠禮道歉；</p> <p>(八) 消除影響、恢復名譽。</p> <p>以上承擔侵權責任的方式，可以單獨適用，也可以合併適用。</p>	<p>1. 侵權法規範圍內容與民法通則相同，但並無「(六) 修理、重作、更換」跟「(八) 支付違約金」之賠償方法，乃因其為合同之賠償方式</p> <p>2. 合同之部分仍應繼續適用民法通則之規定</p> <p>3. 對於侵權行為是否仍應適用通則第三項之規定，似有疑義，應待最高法院表示見解後再作定論</p>
-----	--	----	--	---

綜上，關於民法通則與「合同法」、「物權法」及「侵權責任法」之適用關係，作一整理歸納：侵權責任法、物權法與合同法頒佈施行後，仍應繼續適用的民法通則規定，大體上為第一章基本原則、第二章公民（自然人）、第三章法人、第四章法律行為與代理、第七章訴訟時效與第九章附則的規定，但須注意民法通則第四章第二節的代理，於合同法有補充規定。相反的，民法通則第五章民事權利與第六章民事責任，則應分別適用侵權行為法、物權法與合同法的相關規範，僅在其未規範的範圍（如無因管理、不當得利等）再回歸民法通則之適用。

參、未來趨勢

基於前揭《民法通則》與《合同法》、《物權法》、《侵權責任法》的逐條比較，可以發現，民法通則的規定，不少部分已經被合同法、物權法、侵權責任法等新法取代，而不應再予適用，將來制訂之民法典，自然不會再予保留。然而，民法通則其餘規定則仍具有類似於民法總則之功能，如第一章基本原則、第二章公民（自然人）、第三章法人、第四章法律行為與代理、第七章訴訟時效與第九章附則的規定，在中國大陸民法典尚未立法完成前，仍具有民事法基本規範之效力。此類規定，於將來制訂民法典時，如仿效德國、日本而制訂總則篇，則必然被納入新民法的總則篇之中。

第三章 合同法

壹、立法沿革

中國大陸合同法律制度的發展內容，很大程度上結合著其在這六十餘年來經濟體制發展的變遷而調整。對於這些經濟體制變遷所反應出來的合同法律制度的風貌，就時間的斷層上，本文嘗試區分為三個階段加以論述⁵³：

- (一) 1949 年到 1978 年之間。在中共建國之後，亦曾嘗試對舊有體制的改革，但改革本身並不必然帶來法制的實現，相反地卻是依循前蘇聯的模式，建立一個社會主義的計劃經濟體制。在計劃經濟體制之下，合同的內涵已經不再帶有民事法律關係的本質，而是計劃的執行工具。此一時期，恰恰是一個高度行政管制年代，一個有合同制度之名而無合同制度之實的年代。
- (二) 1978 年到 1993 年之間。儘管中國大陸第一個法律位階的合同法律—《經濟合同法》頒布於 1981 年，但整個論述中國大陸經濟體制改革的年代，幾乎都是從 1978 年底中共 11 屆三中全會的召開，作為中國大陸正式啟動經濟體制改革起算年代。蓋《經濟合同法》的頒布並非倏然出現，而是有其體制背景的支撐，在朝向經濟體制改革的過程中，需改以法律的手段作為依託，「經濟合同法是保證社會主義生產目的實現的重要法律手段。存在著發達的商品生產、貨幣交換，就必然要有經濟合同⁵⁴。」；此一時期，中國大陸合同法律體系初具規模，但是體制屬於轉換階段，因而仍帶有明顯的過渡色彩，以及法制發展初階過程的缺失。
- (三) 1993 年到現在。以此一年代作為劃分的階段加以論述，並非在於 1993 年《經濟合同法》的修正本身，而是 1993 年中國大陸《憲法》第 15 條中將「國家在社會主義公有制基礎上實行計劃經濟。」修正為「國家實行社會主義市場經濟。」這一變化是中國大陸體制變遷繼 1978 年實施改革開放以來的另一大躍進⁵⁵。在 1993 年之後，中國大陸所進行的「市場經濟」體制並非一步到位地完成，但在此之後的法律制度不論在其所頒布的法律內容與實際運作中，都呈現出不同於前一階段中的風貌與實質，合同法律

⁵³ 相關中國大陸法制發展的階段性變遷劃分論述，詳細內容參見王文杰（2002），《中國大陸法制之變遷》，頁 10-16，元照出版社。

⁵⁴ 人民日報（12/17/1981），社論：經濟關係中的重要準則，第 1 版。

⁵⁵ 自 1978 年以來，中國大陸歷次憲法的修正都是先行依照中國共產黨的黨代表大會的決議內容再由全國人民代表大會進行修正。這種以黨領政的模式並非本文的討論內容，但本文對於此一階段的劃分係依照中國大陸官方公報作為准據。有關中國大陸確立以市場經濟作發展的主軸係在 1992 年 10 月，中共十四大會議中所確認，並於共產黨章程中加以修正。官方對於憲法的修正係在 1993 年 3 月的全國人民代表大會中完成。因此本文的第三階段的年代劃分係以此為根據。相關 1993 年的中國大陸憲法修正相關內容可參照中國大陸《全國人大常委會公報》（1993），1993 年第 2 號，頁 182 以下。

的適用與運作亦有不同過去的內涵。一直到 1999 年《合同法》頒布並廢止之前的三個主要合同法律與相關司法解釋。當然本文亦單闢篇幅來論述現行合同法的主要內容。

一、經濟體制改革前之合同法律體系（1949 年至 1978 年）

（一）政權更替之際的法律繼承？

1949 年 2 月，《中共中央關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區的司法原則的指示》中提出「在無產階級領導的工農聯盟為主體的人民民主專政的政權下，國民黨的六法全書應該廢除」、「在人民的法律還不完備的情況下，司法機關的辦事原則應該是：有綱領、法律、命令、條例、決議規定者，從綱領、法律、命令、條例、決議之規定；無綱領、法律、命令、條例、決議者，從新民主主義的政策。」同時亦在 1949 年 9 月 29 日頒布的《中國人民政治協商會議共同綱領》⁵⁶第 17 條中「廢除國民黨反動政府一切壓迫人民的法律、法令和司法制度，制定保護人民的法律、法令，建立人民司法制度。」國民政府在 1929 年所制訂的民法債編中關於合同（契約）的相關法律制度亦不再適用於中國大陸。這一宣示不僅在於政權更替之間，對於國民政府所建構法律制度的一種對待政策，同時也說明中共在取得政權後對於既有法制的一種「斷裂」態度。這種做法，是出於對革命時的感情因素，還是出於對法律本來的蔑視？如果是出於前者，它會在革命情緒過去之後重新審視傳統的法制，建立發展新法制。如果是出於後者，它會對舊法制採取永遠不屑一顧的擯棄和批判態度⁵⁸。

（二）計劃經濟體制的施行與合同面貌的異化

一個政府體制的運作，須要有一套法律制度的適用，即使中國大陸在對國民政府所遺留之法律制度的全面制度斷裂後，亦無可迴避地需要建構起一套統治權下所須要的法律制度體系。因為缺乏一套法制思想的資源，在建構的過程中，遂轉而求助於前蘇聯⁵⁹。

在建國初期，中國大陸採行前蘇聯的做法，以發展重工業為目標的策略，並快速地於 1953 年便展開第一個五年經濟計劃。在開始建立計劃經濟體制的過程中，係以沿用行政法規之規定，作為經濟生活的適用基本原則，畢竟計劃體制的

⁵⁶ 《中國人民政治協商會議共同綱領》，全文參見人民日報（09/30/1949），第 1 版。

⁵⁷ 中共新政權的第一批法令，諸如《中國人民政治協商會議共同綱領》等，與其說是傳統意義上的制定法，毋寧說是一種政黨的政治宣言。

⁵⁸ 在 1949 年政治上的劇烈變動過程中，共產黨人廢棄國民政府法制更深刻的原因來自於對法律的片面理解，認為法律僅僅是統治階級的意志，而且是取得政權的階級通過國家機器將自己的意志變為國家法律。這一法律觀的存在，必然得出對敵對階級法律的徹底否定和蔑視態度。對於法律本質含義的階級性與專政工具性的理解，是當時廢除國民政府法律的根本原因。參見蔡定劍（1998），〈對新中國摧毀舊法制的歷史反思〉，郭道暉、李步雲、郝鐵川主編，《中國當代法學爭鳴實錄》，頁 8-9，湖南人民出版社。

⁵⁹ 前蘇聯作為第一個社會主義國家，馬克思主義理論的第一個實踐者，在政治上成功的建立政權，的確給中國共產黨人和中國的「革命」產生極大的權威性和影響力。但是中國共產黨人學習與理解馬克思主義更多、更直接地不是從馬克思著作本身，而是從前蘇聯的理論和實踐中開始的。

施行，如經由法律作為依歸，將減低其效力。尤其計劃本身係為由上而下的運作，透過行政法規為支撐，較能符合體制運作的本身⁶⁰。1950年9月27日，中國大陸政務院財政經濟委員會發布了其建國以來的第一個有關合同的法律《機關、國營企業、合作社簽訂合同契約暫行辦法》。其中規定「凡機關、國營企業、合作之間有主要業務行為不能即時結清者...必須簽訂合同。」並規定不履約時的賠償責任。

1950年貿易部發布的《關於認真訂立與嚴格執行合同的決定》，更確立合同雙方當事人在訂立合同之前，必須認真考慮所訂合同是否與「計劃」相吻合，如果超出計劃，必須向上級提出專題報告，並取得批准後始可訂立（該規定第1條）。該行政規章的內容，為中國大陸合同法律制度中第一次確立計劃原則的地位⁶¹。

從50年代初期，一直到1956年中國大陸完成所謂「社會主義改造」期間，並非全面性地以計劃體制為主軸，此一階段中國大陸社會中的合同種類可以區分為公公、公私、私私三種，並從私私合同佔絕大多數到公公合同佔絕大多數地位的過程，而在此過程中公私合同的發展與消亡是最能體現當時國家與契約的關係⁶²。這種公有企業與私人之間的合同關係，係由國家透過加工、訂貨、經銷、代銷、預購等合同形式，有效地限制私營工商業與個體農業在經營上的自主性，並很大程度地將其引入整體國家計劃經濟體制的軌道之中，並在其中創造導入成為社會主義經濟成分的過程⁶³。

在以計劃為依歸的體制中，所有作為合同的當事人都是都是建構在一種準行政體系之下的「單位」，當商品經濟、市場關係、自由勞動、契約合意、私人資本以及社會結構等，在計劃體制的運作下都喪失了合法性後，整個社會的運作就建立在單位體制的結構上⁶⁴。儘管在這期間中國大陸亦發布有關合同的相關法規，諸如1962年12月《中共中央國務院關於嚴格執行基本建設程式嚴格執行經濟合同的通知》、1963年8月《國家經貿委關於工礦產品訂貨合同的基本條款的暫行規定》、1963年12月《關於嚴格執行禁止預收預付貨款的通知》、1964年2

⁶⁰ 實際上，一個制度運作的本身，能夠影響行為者的不僅是社會規範系統而已，還包括那些相對固定化的行動條件，例如某種決策資源和可替換行動的相對稀缺，當計劃體製作為指揮一切之際，其也影響到資源與行動者的潛在決定。

⁶¹ 梁慧星（1982），〈論我國合同法律制度的計劃原則與合同自由原則〉，《法學研究》，1982年第4期，頁44。

⁶² 彭冰（1998），〈中國五十年代的國家與契約〉，《北大法律評論》，1卷1期，頁143。

⁶³ 佟柔、胡金書（1956），〈鞏固合同紀律為實現國民經濟計劃而鬥爭〉，《政法研究》，1956年第1期，頁38。中國大陸在建國初期，私人資本所有制在其經濟體制上佔有主體的地位。在此時，中國大陸對於私營經濟的政策主要是「利用、限制、改造」。1949年至1952年期間的政策曾是「扶植、利用、限制」；在1956年以後，只剩下「改造」二字而已。「扶植」被「改造」所替代，這是中共對個體、私營經濟的重大變化。因為「扶植」是以個體私營經濟的存在為前提的，而「改造」卻是以消失為條件的。在這以後一直到「文革」結束，由於私營經濟已經消失，個體經濟在整個國民經濟中也微不足道，因而也沒有這方面成形的政策。而在促使在日後的法律中對於個人或是私營企業等得已成為合同的主體一直是一個被忽視的一環。

⁶⁴ 李路路（2002），〈論單位研究〉，《社會學研究》，2002年第5期，頁25。

月《關於目前允許存在的預收預付貨款範圍的通知》、1966年12月《關於發放主要農產品預購訂金的通知》等等⁶⁵。而這些相關合同法規都是帶有濃厚的行政指導的意涵。同時隨著計劃體制的漸次推行，在行政組織中出現了諸多的產業部門作為行政管理的依歸。也因為如此，合同制度出現各個產業部門依其實際管理的需求各自訂定相關的行政規章。

（三）計劃體制下合同法律的定性—實際履行原則

正因為合同本身已成為一種執行計劃的工具，因此在合同制度中抹煞了「契約自由」精神的存在，而其中最典型的表彰便是實際履行原則的法律關係。在《關於認真訂立與嚴格執行合同的決定》中規定，「訂立合同，是保證雙方經濟計劃和貫徹經濟核算的基本形式之一，也是保證企業信譽、解決和調整雙方關係的法律根據。」

前述決定中第4款更直接宣示「合同一經訂立，必須嚴格執行⁶⁶。」在計劃經濟體制之下確立此一原則的意義在於：防止單位當事人寧肯支付違約金和賠償金而不願意完成合同義務的情況發生，以保證社會主義經濟的計劃任務和最終目的得以實現，為指導經濟合同的履行和判定經濟合同是否履行提供法律標準。反之，如果允許當事人一方在經濟核算上可能暫時得到補償，但其經濟活動或其他工作勢必遭受阻礙，並可能引起惡性連鎖反應，從而影響到國家經濟活動。實際履行原則因而成為與一般資本主義國家合同有所區別的一個重要特徵⁶⁷。

在高度經濟計劃支配之下，經濟計劃組織之間對於合同紀律的任意破壞可，能造成國家經濟建設的重大損失。因此，中國大陸對於經濟組織之間的合同紀律，不僅靠與合同利害有關方面提起訴訟的辦法加以保護，而且採取了主動的監督方式。亦即如果人民檢察機關認為有必要時，有權不待利害關係人的起訴而主動提起訴訟⁶⁸，以便能更有效保護國家財產不受到損失。至於違約一方的法律責任首先就是在可能的條件下，由國家強制實際履行，如果強制實際履行成為不可能或不必要時，那麼國家將依法律和合同強制賠償所致之損失與違約罰款。儘管合同應是民事責任，但破壞合同紀律，對於有關國家工作人員，甚至可以要求行政責任或是刑事責任⁶⁹。

二、經濟體制改革後的合同法律制度變遷（1978年至1993年）

（一）經濟合同法的立法及不足

⁶⁵ 參見錢明星（1989），〈我國民事法制四十年的變遷〉，《中外法學》，1989年第2期，頁2。

⁶⁶ 轉載自芮沐（1955），〈中華人民共和國成立以來我國民事立法的發展情況〉，《政法研究》，1955年第5期，頁17。

⁶⁷ 黃欣（1982），〈關於經濟合同履行的問題〉，《北京政法學院學報》，1982年第2期，頁58-59。

⁶⁸ 參見1957年9月頒布的《中華人民共和國人民檢察院組織法》第4條第6項。

⁶⁹ 佟柔、胡金書（1956），〈鞏固合同紀律為實現國民經濟計劃而鬥爭〉，《政法研究》，1956年第1期，頁40。

1978 年底，中國大陸開始放棄傳統計劃經濟體制，並轉向市場經濟體制，其改革的邏輯是「問題導向」，也就是「摸著石頭過河」。在這樣的改革過程中，任何改革方案都必須是政治經濟方案，必須使受到改革觸動的各個利益集團及各個利益集團及其代言人達成某種默契⁷⁰。

在經濟體制改革之初，法律的恢復是必須首先建立的。體制改革本身很大程度是對於計劃經濟體制規範的一種鬆動，若無法律體系的架構規則，勢必使初步進行的改革遭致阻礙。中國大陸對於經濟合同的起草，始於 1980 年 10 月，由中國大陸全國人大法制委員會主持，國家經濟貿易委員會、國家工商行政管理局負責主導，會同相關部門組成起草小組⁷¹。《經濟合同法》於 1981 年 12 月 13 日正式頒布，全文共 7 章 57 條文，並於 1982 年 7 月 1 日正式實施。

《經濟合同法》立法之際，中國大陸立法者似乎未跳脫於計劃體制的思維，是以作為一個計劃經濟體制的管理者為思維而出發。因此，經濟合同法中的適用對象仍舊是殘留著計劃經濟體制的思考模式，在規範上還是以一個既有的管理範疇之內的主體方得能適用。這幾乎就是社會主義國家中合同法律體系的一個特殊表徵。《經濟合同法》第 2 中條規定，「經濟合同是法人之間為實現一定經濟目的，明確相互權利義務關係的協議。」故合同法律中所規範者為「法人」之間的經濟合同關係，例如國有企業、國家機關、事業單位、社會團體和農村社隊等。在計劃經濟體制的架構下，這些都是國家管制下的最基本細胞⁷²，亦可稱之「單位」。但是在經濟體制改革的啟動之後，在法人之外的個體經濟亦在體制中的空隙中恢復與發展出來，存在其與法人單位元之間的交易聯繫不斷增加的事實。依照中國大陸立法者的說法便是，「除了全民所有制、集體所有制外，還有各種形式的經濟聯合體、個體經濟與外國企業、中外合資企業等。這是一個多種經濟成份並存、多層次的經濟結構⁷³。」與此同時，中國大陸逐步推廣農村生產責任制之下，公社社員與國營、集體單位的經濟往來亦有增加，致使經濟合同中在附則第 54 條規定，「個體經濟戶、農村社員同法人之間簽定經濟合同，應參照本法執行。」藉以容納改革之後逐漸浮現出的新交易主體。

美國著名民法學者 Arthur L. Corbin 對於合同法的精神曾有這樣的一段描述「在法律體系中有一個被稱為合同法的制度，其為之努力的，乃是實現由允諾之

⁷⁰ 汪丁丁(1998)，〈啓蒙與中國市場社會〉，《直接民主與間接民主》，頁 273，三聯書店。

⁷¹ 顧明(1981)，〈關於中華人民共和國經濟合同法(草案)的說明〉，《全國人大常委會公報》，1981 年第 5 號，頁 65。

⁷² 經濟體制改革發動之前的中國大陸，法人單位是服從於計劃經濟體制的要求，就宏觀的角度而言，政府儼然是一個大工廠，而企業只不過是這個大工廠下的一個細瑣車間、班組的生產單位，而不存在本來意義上的企業面貌。中國大陸經濟學家蔣一葦將這種現象稱之為「國家本位論」，亦即「從組織機制的的作用來看，實質上是把全國作為一個單一的經濟組織，國家(包括中央和地方)處於這個單一而龐大的經濟組織體之內，作為經濟組織內部的上層機構，對其直屬的分支機構(企業和其他的經濟組織)進行直接的指揮。以國家作為經濟組織的基本單位，進行內部的統一管理，統一核算」。因此，法律的規範是不存在的，取而代之的是行政指令。

⁷³ 顧明(1981)，〈關於中華人民共和國經濟合同法(草案)的說明〉，《全國人大常委會公報》，1981 年第 5 號，頁 65。

作成而產生的合理預期。無疑的，這不是激發人們創立合同法的唯一目的，但是可以相信它是主要目的，並且可以相信，對許多現行規則的理解以及對它們的有效性的認定，都具有對這一目的的強烈的意識⁷⁴。」套之於這一時期的中國大陸經濟合同法的內涵之上，顯然無法對照。亦充分說明中國大陸經濟合同法的立法受到當時體制環境的制約，即使在內容中充斥著計劃體制的痕跡，與為實現計劃體制的運作所作出的規定，但是作為合同法律本身的重要基本精神法律內容，中國大陸經濟合同中卻未做出規定（或顯無必要⁷⁵），例如關於合同的要約與承諾規則、關於法定解除權、可撤銷合同、同時履行抗辯、損害賠償的範圍和限制...等，這無疑給法院或是仲裁機構帶來裁判上的諸多困擾

（二）合同法律體系的建構與配套

1. 民法通則的頒布與施行

1986年4月21日頒布，並於1987年1月1日施行的《民法通則》，是中國大陸合同法律制度發展中另一個重要的里程碑。它的頒佈施行最具有意義的在於：民事法律關係與國家行政法律關係獲得區分（或是說公法與私法份際的確認）⁷⁶。具體表現在該法第2條，「中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產關係。」這一確認也平撫了中國大陸在改革初始以來民法學派與經濟法學派之間的論爭⁷⁷，同時也確認對於民事法律關係中當事人地位平等的原則，揚棄過去對於商品經濟關係的否定⁷⁸。

就合同部分，《民法通則》在第五章「民事權利」第二節「債權」部分中有

⁷⁴ A. L. Corbin 著，王衛國等譯(1997)，《科賓論合同（上）》，頁5，中國大百科全書出版社。

⁷⁵ 在計劃經濟體制下，下達的計劃是不需要要約與承諾的過程，當事人也不能以邀約和承諾的討價還價來改變指令性計畫。

⁷⁶ 中國大陸在1956年以來實行幾十年的社會主義計劃經濟體制，不僅導致個人利益的虛置（例如合同的應用契約自由的出被抽離），而且導致國家權力的全能主義，個人利益被普遍公有化和「大公無私」的觀念所淹沒。因此，通過「公法」與「私法」的規範劃定一條明確界線的做法顯不存在。

⁷⁷ 1979年以來，中國大陸經濟法學派與民法學派進行了九年曠日持久的論爭。這場學術上的論爭的實際目標是：雙方試圖以自己所贊同的法律部門，壟斷對社會經濟法律關係的規範主導權。因而核心問題始終表現為，民法對於經濟活動究竟有多大的規範權？經濟法究竟該不該在法律制度的運行中作為獨立的法律部門存在，並對社會經濟活動進行有限度的規範？

這個論爭實際上是對前蘇聯論爭的延續，亦即在計劃經濟體制時期，對於民法本身所規範的範疇的界定。前蘇聯這一論爭間接影響中國大陸在立法上的呈現，例如專門調整法人間的法律關係的經濟合同法；在司法上，各級法院都設立了經濟審判庭，並賦予其審理法人間經濟合同糾紛的特權。傳統的民事審判庭的縣為被限制在婚姻案件與侵權賠償案件之中，這實際上把法人之間的財產法律關係劃在民事關係之外。在法學教育上，各院校中建立經濟法系，從而形成經濟法系與法律系之間的對峙。參見李開國(1997)，〈民法通則的歷史功績與歷史侷限〉，《現代法學》，1997年第4期，頁4-5；孫皓暉、馬曉琳等(1989)，〈經濟法民法學派之爭的歷史啟示〉，《中外法學》，1989年第1期，頁15。

⁷⁸ 從整個中國大陸《民法通則》156個條文中，可以發現絕大多數的規定主要圍繞著民事主體資格的確認、民事主體的財產權利及其進行商品交易的原則和規範，亦即以法律形式對商品交易的三個前提加以保障與確認。《民法通則》這一規定很大程度在於對1984年中共十二屆三中全會通過《中共中央關於經濟體制改革的決定》，明確指出中國大陸經濟是有計劃的商品經濟精神的反應。政策的相對放寬，致使作為民事主體的呈現變更為多元，且在交易中更為重視主體間的平等法律關係。參見佟柔主編(1992)，《民法總則》，頁7-8，中國人民公安大學出版社。

較為《經濟合同法》更為具體的一般性規定，可以作為對經濟合同法中的不足以為補充適用。

2. 涉外經濟合同法的立法

隨著中國大陸實行對外開放對內改革的經濟政策，對外訂立的經濟合同數量日趨增多，合同種類亦不斷推陳出新。考量於民法典尚未制定，又無單行的國際私法法規，為使涉外合同的訂立和履行有統一的遵循規範，中國大陸對外經貿部亦著手草擬《涉外經濟合同法》⁷⁹，以因應締結涉外合同的法制依循需求，並於1985年3月21日由全國人大常委會通過。

猶如其法律名稱一般，《涉外經濟合同法》本身具有適應對象的身分針對性。主要在於涉外經濟貿易合同中有關法律適用的問題，例如在中國大陸訂立或履行的合同（除該法或中國大陸另有規定者外）適用中國大陸的法律（涉外經濟合同法第2條）；對外貿易合同當事人可以選擇與合同有關實際關係的法律（如合同締約地法、合同履行地法、標的所在地法、雙方協議的仲裁地或有管轄權的法院地法），同時在中國大陸境內履行的外商投資企業合同中外合作探勘開發自然資源合同，適用中國大陸法律（涉外經濟合同法第5條）。就其法律具體內容而言與《經濟合同法》重疊性強且無太多差異。其立法的考量在於：中國大陸對於外商投資企業的立法中從一開始便採取對外、對內區別的立法模式，亦即對其國內企業的投資法律關係由其國內經濟法規加以規範，對於外商投資企業的投資關係由涉外經濟法加以調整，從而形成對不同主體，在同一事務的適用卻制定出兩套不同的法律、法規並存的「雙軌制」立法模式⁸⁰。

3. 技術合同法的立法

中國大陸從1983年全面推行技術合同制度，在實務中創造出技術開發、技術轉讓、技術服務等多種合同形式，並累積一些經驗。1984年底，中國大陸決定開放技術市場，並於1985年4月在國務院成立技術市場協調指導小組以為管理。由於技術合同的法律制度不健全，技術市場中許多法律關係無章可循，在實務中當事人對於技術合同的訂定，合同仲裁機關和司法審判機關難以依法處理技術合同糾紛的現象甚為普遍。儘管1981年的《經濟合同法》第26條就「科技協作合同」⁸¹以及1986年的《民法通則》中就合同的一般原則，均作有規定。惟

⁷⁹ 魏玉明(1985)，〈關於中華人民共和國涉外經濟合同法（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，1985年第2號，頁9。

⁸⁰ 中國大陸這種對於外商投資企業的雙軌制立法模式，其背景因素在於，對外吸引外資的投入是伴隨著經濟體制改革之始的腳步而來，然在經濟體制改革之初並無一套完善的立法規劃，應該說相關法治的完善是在近幾年的事，由其在1993年確立以市場經濟體制之後才逐步建構出來。參見王文杰(1998)，〈大陸外商投資企業法律體系與發展動態〉，《臺灣經濟金融月刊》第34卷第10期，頁59。

⁸¹ 1981年的《經濟合同法》第26條「科技協作合同（包括科研、試製、成果推廣、技術轉讓、技術諮詢服務等）根據上級主管部門或有關部門的計劃簽訂；沒有計劃的，由當事人雙方協商簽訂。」經濟合同中主要是法人之間的合同，但在實際的生活中，許多專利與非專利技術所有者是公民個人，因此將技術合同侷限在經濟合同的範疇之內並不符實際；經濟合同中對於科技協作

技術合同標的屬於科學技術成果，屬無體財產與一般的合同有很大的區別，因此，中國大陸著手針對當事人有關技術開發、技術轉讓、和技術服務應採用之法律形式，解決技術交易中存在的知識產權保護、技術情報的保護、技術成果的分享、開發風險的承擔、侵權行為的責任和促進技術成果推廣應用等特殊問題⁸²，於 1987 年 6 月 23 日頒布《技術合同法》，並於同年 11 月 1 日施行。

從《技術合同法》條文內容也可以發現，中國大陸技術合同與經濟合同主要僅在於標的的不同，其他相關內容差異並不大。這兩類合同法律本身都是對於具有一定型態可讓渡的標的為主體，標的的使用價值與外部型態並非合同法律必須區分立法的基礎，重要在於其可量化的合同議價價值，亦即商品的交換法則主要決定於價值規律之上⁸³，合同法律體系上並無必要為此作單獨的立法。

4. 其他配套行政法規及司法解釋

中國大陸在以《民法通則》以及三個單行合同法作為主要的合同法律體系之外，還包括了大量調整合同關係的行政法規，其表現形式多為條例、細則、規定、辦法等。它們的法源基礎都是依據三個合同法附則的規定而訂定。例如原《經濟合同法》第 56 條規定「國務院有關部門和各省、市、自治區人民政府可以根據本法制定實施條例，報國務院批准施行。」在《經濟合同法》施行以來，按照上述規定，中國大陸國務院以及有關行政部門先後制定出了十二個對不同合同種類的條例或實施細則（參見附表一）。

附表一 市場經濟體制前中國大陸合同法律體系

類型	法律法規名稱	公佈或發布時間
法律	經濟合同法	1981/12/13
	涉外經濟合同法	1985/03/21
	技術合同法	1987/06/23
法規	經濟合同仲裁條例	1983/08/22

合同規定的過於簡略，諸如技術成果的分享、風險負擔、保密義務、標的服務價格等事項都付之闕如，亦導致技術合同制度出現種種混亂現象。「科技協作合同」一詞忽略了科學與技術在法律上的嚴格區分，技術可以作為合同標的，但作為思想性、觀念性知識的科學發現或科學原理，卻不能成為合同的標的。參見蘇惠祥主編(1992)，《中國當代合同法論》，頁 11，吉林大學出版社。

⁸² 吳明瑜(1987)，〈關於中華人民共和國技術經濟合同法（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，1987 年第 4 號，頁 15。

⁸³ 蘇惠祥主編(1992)，《中國當代合同法論》，頁 14，吉林大學出版社。

	財產保險合同條例	1983/09/01
	建築工程探勘合同條例	1983/08/08
	建築安裝工程承攬合同條例	1983/08/08
	工礦產品購銷合同條例	1984/01/23
	農副產品購銷合同條例	1984/01/23
	加工承攬合同條例	1984/12/20
	借款合同條例	1985/02/28
	技術合同實施條例	1989/03/15
規章	倉儲保管合同實施細則	1985/10/15
	公路貨運運輸合同實施細則	1986/12/01
	水路貨物運輸合同實施細則	1986/12/01
	航空運輸合同實施細則	1986/12/01
	鐵路運輸合同實施細則	1986/12/20
	技術合同管理暫行規定	1988/03/21
司法解釋 ⁸⁴	關於貫徹執行經濟合同法若干問題的意見	1984/09/17
	關於審理農村承包合同糾紛案件若干問題的意見	1986/04/14
	關於審理經濟合同案件中具體適用經濟合同法若干問題的解答	1987/07/21

⁸⁴ 有關中國大陸司法解釋內容的體系性介紹，可以參見張志銘(1997)，〈關於中國法律解釋體制的思考〉，《中國社會科學》，1997年第2期。

	關於適用涉外經濟合同法若干問題的解答	1987/10/19
--	--------------------	------------

王文杰 整理

因應快速變動的社會發展，從中國大陸的做法觀察，一是立法手段的因應，但是對於法律的立法、修正或廢除，其程式較為繁雜且不易，為改善具體社會環境的事實就是授權國務院以及地方行政機關就改革方面的問題作出暫行規定以為因應，這無非是立法機關在立法權上的下放。另一種便是司法手段，亦即在保證現行立法相對穩定性的前提下，擴大司法機關的管轄權限，加強司法解釋之功能，立法只作原則性的規定，具體標準由最高人民法院與最高人民檢察院規定，從而使司法機關具有「準立法」的職能。改革開放以來，中國大陸全國人大在頒布《民法通則》、《經濟合同法》、《行政訴訟法》、《民事訴訟法》、《刑事訴訟法》、《擔保法》等重要的法律的同時，司法機關都做了詳細、具體的解釋，這些解釋的可操作性甚至比相關的法條要具體的多⁸⁵。

三、市場經濟體制下的合同法律制度（1993 年至現在）

（一）經濟合同法的修正—計劃過渡到市場的轉換

1993 年，中國大陸《憲法》進行改革開放以來的第二次修正，在這次修正中引起最大的矚目無疑是在《憲法》第 15 條中將「國家在社會主義公有制基礎上實行計劃經濟。…」修正為「國家實行社會主義市場經濟。國家加強經濟立法，完善宏觀調控。」中國大陸向著「市場經濟」的過渡不僅僅是向著市場經濟，而且是向著「市場社會」的過渡。一個真正有效率的市場經濟，需要一個與之相應的道德基礎和這個道德共識相一致的法律秩序，在新時期下的合同法律問題亦是如此。

為因應市場經濟體制的需求，《經濟合同法》作了必要的修正，但是這次所進行的是一個有限度的修正。立法者認為⁸⁶「起草完備的合同法涉及複雜的民事權利、義務關係，即使加緊亦非一朝一夕便能完成，而現行經濟合同法在若干重要問題上顯然已經不能適應發展市場經濟和轉變政府職能的要求，甚至與《憲法》修正案不一致，有關條款必須立即修正。因此在立法上勢必分兩步走：首先，只對經濟合同法中必須盡快修改的條款加以修改，暫不作全面修改⁸⁷，可改可不改的暫不修改。與此同時，應盡速起草比較完備的合同法。」

⁸⁵ 郭華成(1993)，《法律解釋比較研究》，頁 191，中國人民大學出版社。

⁸⁶ 楊景宇(1993)，〈關於中華人民共和國經濟合同法修正案（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，1993 年第 5 號，頁 24。

⁸⁷ 《經濟合同法》修正之際，對於「經濟合同」的概念和法律名稱的廢除本身就是一項歧見極大的討論。在重視法律實質性內容修正的共同結論上，中國大陸採行維持經濟合同法體制和結構大體不變的妥協下進行法律修正。這主要包括：（一）保留經濟合同概念並維持法律名稱不變；（二）法律結構大體不變，民事法律中包含不少公法性規範，例如經濟合同管理仍加保留，這主要從實際背景出發；（三）現行三個合同法的立法格局不變。參見梁慧星(1991)，〈論經濟合同法的修訂〉，《中南政法學院學報》，1991 年第 3 期，頁 96。

中國大陸經濟體制改革二十幾年來的事實說明，處於特別需要集中精力發展經濟的過程中，最迫切的問題是發展經濟，「經濟是最大的政治」，能夠為經濟建設服務的那部分法制也自然是最優先發展的法制，致使在 1993 年《憲法》修正後，大量出現的立法主要是以經濟性法律為主。

經濟改革初始頒布的《經濟合同法》，無異是呈現著計劃經濟體制合同法制精神的一個縮影。在 1993 年經濟合同法的修正是對於市場經濟體制反映的一種因應，立法宗旨中強調「為保護社會主義市場經濟的健康發展，保護合同當事人的合法權益，維護社會經濟秩序，促進社會主義現代化建設，制定本法⁸⁸。」這個立法的修正將經濟合同與不直接體現國家或政府意志的任何其他具有經濟目的的合同，包括國有企業訂立的非指令性計畫合同以及純粹的行政管理合同區開來；其次表彰，經濟合同不包括不直接體現政府意志，而由國家機關作為合同當事人一方的民事合同，如行政機關基於日常運作的消費需要而訂立的民事合同⁸⁹。這一修正的本身正足以說明中國大陸在經濟體制改革的歷程中，對於合同法律關係反應著什麼樣的變化。中國大陸在《經濟合同法》頒布之後，又相繼制定《涉外經濟合同法》、《技術合同法》，尤其是具有民事基本法性質的《民法通則》頒布之後，迫使中國大陸《經濟合同法》與這些法律之間的銜接和協調的解決勢在必行，這也顯現出中國大陸合同法律體系並非在一個有體系性的結構中發展出來的。在這次的修正中體現了計劃經濟傳統的經濟合同向民事合同回歸，順應社會經濟改革和發展的需要，某些層面也是對原先違背客觀民事規律，而在法令上強行附加官僚行政命令的管制經濟做出適當的回應與修正。

（二）統一合同的頒布與施行

自從 1978 年以來，中國大陸實行「對內搞活、對外開放」的經濟體制改革，於此同時，合同在經濟體制改革中的重要作用被重新認識，但是這種認識在較長的一段時間中是以作為執行國家計劃的工具被定位⁹⁰。中國大陸合同法律體系過去一直存在的三足鼎立的局面，亦即由《經濟合同法》、《涉外經濟合同法》、《技術合同法》所組成。由於三個合同法律本身有其侷促性，再加上《民法通則》、《商標法》、《海商法》、《擔保法》、《保險法》、《拍賣法》、《民用航空法》等四十八個法律中都有涉及到合同的相關規定，基於此而構成了整體的中國大陸合同法律體系。然而，隨著中國大陸經濟情勢的變化快速變遷，國際貿易領域的擴展，加入 WTO 的法律制度因應，特別是市場經濟的迅猛發展，三個主要合同法律的頒布與陸續幾個配套合同和行政法規，並未能解決中國大陸合同法制的實際運用上的不足與新形態合同法律關係的事實。

1993 年修正《經濟合同法》之際，中國大陸立法當局便已宣示，將著手對合同法律制度做全新的制定，以因應中國大陸社會、經濟發展中的實際需求。在

⁸⁸ 參見 1993 年《經濟合同法》第 1 條。

⁸⁹ 史際春、鄧峰(1997)，〈合同的異化與異化的合同〉，《法學研究》，1997 年第 3 期，頁 49。

⁹⁰ 張廣興(1995)，〈中華人民共和國合同的起草〉，《法學研究》，1995 年第 5 期，頁 3。

歷經五年起草⁹¹的中國大陸《中華人民共和國合同法》（以下簡稱合同法）終於在 1999 年 3 月 15 日正式立法通過，並於同年 10 月 1 日正式施行，過去的所頒佈施行的《經濟合同法》、《涉外經濟合同法》、《技術合同法》亦在同日廢止（第 428 條）^{92,93}。

中國大陸《合同法》在條文結構上，分為總則、分則、附則三部份，計 23 章共 428 個條文。在總體內容上，將合同法律關係與基本內容作一個較為完整性的訂定，尤其側重在合同總則部份的體系化，同時對於過去中國大陸合同實務操作經驗與現有新型態的合同關係作出較為具體的分則規定。其改變的幅度頗大，且新的法律內容也結合了一般民事法律關係中的一些基本要義。

（三）合同法的立法目的與制定內涵

自 1993 年起，中國大陸《憲法》中確認市場經濟作為發展的主軸，在此之後許多新頒佈的民事、經濟法律、法規都陸續體現出因應市場經濟中的一些基本法律精神：從意志本位到規律本位、從管理本位到權利本位、從國家控制到市場自治、從國家意志到意思自治等法律精神的變遷⁹⁴（當然這無法充分說明中國大陸在 1993 年確立市場經濟體制後，所有的法律內涵皆已完全表彰出這些精神，很大程度仍受到體制轉換過程中的一些因素所致，但相較於過往的確有所進步）。同時，隨著中國大陸改革開放的深入，與世界各國經貿往來的不斷擴展，其中《合同法》應該是最重要的民事核心法律之一，但既有的合同法律制度卻因為受制於當時背景的牽制，遠遠落後於實際市場經濟的需求，甚至成為阻礙市場發展的因素。

為解決中國大陸現行合同法體系中所存在一些內容與規定制約市場經濟發展的現象，三個合同法本身彼此間存在共性問題不統一。更讓人憂心的是，市場交易中因為合同法的疏漏，不肖之徒利用合同形式進行詐欺者眾，擾亂市場交易秩序。因此，為防範合同的詐欺、維護社會經濟秩序、保護交易安全，統一合同法的制定有其必要。

⁹¹ 1993 年 9 月 2 日，中國大陸全國人大常委會在通過《經濟合同法》的修正案後，隨即由全國人大法制工作委員會召開統一合同法的立法小組，分別由中國政法大學江平教授、中國社會科學院法學所梁慧星教授、中國人民大學王利明教授等人開始擬定草案。並委託中國社會科學院法學所、中國政法大學、中國人民大學、吉林大學等十二個單位參與進行擬定。詳參見梁慧星(1996)，〈中國合同法起草過程中的爭論點〉，《法學》，1996 年第 2 期，頁 13。

⁹² 與此同時，中國大陸最高人民法院也在 2000 年 6 月 16 日，就原先依照三個合同法中所發布的十個司法解釋一併廢止。相關廢止之司法解釋，詳參見《最高人民法院公報》2000 年第 4 期。

⁹³ 《合同法》的實施廢止了原先三個合同法律，在適用時效上，中國大陸最高人民法院發布《關於適用中華人民共和國合同法若干問題的解釋》加以處理。例如該解釋第一條「合同法實施以後成立的合同發生糾紛起訴到人民法院的，適用合同法的規定；合同法實施以前成立的合同發生糾紛起訴到人民法院的，除本解釋另有規定的以外，適用當時法律的規定，當時沒有法律規定的，可以適用合同法的有關規定。」該解釋全文詳參見中國大陸《最高人民法院公報》2000 年第 1 期。

⁹⁴ 江平(1996)，〈國家與社會—論中國現今法律觀之變化〉，《南京大學法學評論》，1996 年春季號，頁 14-16。

1. 整體合同法立法著眼點的立場之爭

中國大陸在起草《合同法》之際，就整部合同法本身所要反應的是在於邁向二十一世紀所應體現的時代精神，以著眼於建構符合市場經濟生活的法律，或是著眼於調整中國大陸當前計劃經濟轉向市場經濟轉軌時期的合同法為出發進行拉鋸⁹⁵。前者的立場在於法律的擬定應有一定的穩定性與引導性，中國大陸目前尚處在計劃經濟向市場經濟轉軌的過程中，許多問題的呈現是過渡性、暫時性的，並非市場的常態，雖不能無視此一結構性的問題但不應遷就；後者以為中國大陸現階段經濟生活中，大量的經濟關係處於不規範狀態，例如農村土地承包關係、城市企業的承包關係、指令性計劃合同如糧食訂購等應由合同法所規範，因此立法應著眼於現代的經濟生活，待日後達到市場經濟後可在修訂或另外制定新的法律⁹⁶。由立法中所展現的內容觀之，合同法係以第一種精神為依歸，但是來自於既有體制的現實，亦對第二種意見作了相當的妥協。

2. 合同立法中所吸納的內容

中國大陸在新的合同法立法本身，其訂立的內容是基於對過去三個合同法的既有內容為基礎，在制定中盡量保留法律本身的連續性與穩定性，但是對於實際操作中的內容有缺陷的地加以揚棄，同時也將過去在合同法實務中行之有效的行政法規，以及中國大陸最高人民法院過去所發布的司法解釋⁹⁷加以吸納其精華而融入其中⁹⁸。在合同立法中亦考量到國際慣例，1986年中國大陸參加了1980年聯合國在維也納所制定通過的《聯合國國際貨物銷售合同公約》(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods)；1994年5月《國際商事合同通則》(Principles of International Commercial Contracts)示範文本出現⁹⁹，而這些國際合同慣例的精神內涵也在這次的中國大陸新合同法中加以吸收以期更為周延¹⁰⁰。

⁹⁵ 在1993年以後。中國大陸這種立法是考量於將法律的結構擬定為符合所規範法律內容能適應市場經濟的內涵，或是順應眼前計劃經濟體制轉換過程中的調整不作大幅度修正的考慮，都明顯地出現在立法之中的爭執。這也充分說明中國大陸立法過程中所側重點的地方不同於一般國家立法的背景因素。

⁹⁶ 詳參見梁慧星(1996)，〈中國合同法起草過程中的爭論點〉，《法學》，1996年第2期，頁13-14；張廣興(1995)，〈中華人民共和國合同法的起草〉，《法學研究》，1995年第5期，頁11。

⁹⁷ 中國大陸「最高人民法院」的司法解釋在某些層面上的確弭補了中國大陸立法的不足，並使立法上的缺陷與真空與實際審判工作上得到部份的解決。它發揮了以下的作用：(一)解決法律沒有規定或者不同立法前後不一致的問題；(二)填補立法不周延的缺陷；(三)調整程式法與實體法因頒布時差所引起的法律適用矛盾；(四)補救立法滯後的問題。參見周道鸞(1994)，〈論司法解釋及其規範化〉，《中國法學》，1994年第1期，頁89-90。

⁹⁸ 顧昂然(1999)，〈關於中華人民共和國合同法草案的說明〉，《全國人大常委會公報》，1999年第2號，頁152。

⁹⁹ 《國際商事合同通則》係由羅馬統一私法協會(International Institute for the Unification of Private Law)歷經十餘年，在眾多國家的民法和國際貿易法專家、學者、法官、律師的共同參與下，於1994年5月制訂通過的一部有關國際商事合同的作業規則。羅馬統一私法協會成立於1926年，係為國際聯盟的輔助機構。1940年根據多邊協議重新組建，並成為一個獨立的政府間國際性機構。中國大陸於1985年加入該協會。

¹⁰⁰ 對比於中國大陸合同法總則篇的規定可以輕易地發現，其中涉入於《聯合國國際貨物銷售合

由於中國大陸合同法律在過去的適用上，因為法律規範的不完善，常有窒礙難行之處，無法順應於一日千里的經濟社會需求，加諸兩岸之間在 80 年代以來學術的接觸頻繁，在立法之際也對於臺灣民法債編的內容有許多參酌¹⁰¹。

綜合而言，中國大陸《合同法》在立法中是以吸納既有合同法體系相關的內容為主軸，以保持其延續性，同時將中國大陸法院系統長期來的司法解釋、行政法規和有代表性案例一併列入¹⁰²，並將國際性商事通例、國際公約的精神一併參酌而成。

貳、重要內容

對於中國大陸合同法這種民事法律關係中的複雜問題，即使一本著作也不足以對所有的問題作出詳盡的介紹與分析，尤其中國大陸合同法的立法又需顧及經濟體制上的變遷問題，更使探討此一問題具有極高的困難度，而不是僅僅於民法學說、法理本身。就像國畫中的一幅潑墨山水畫所體現的精神一般，試圖用寥寥幾筆潑染的點和線來勾畫出整理的結構和意境，因此本文在以下的問題也只能用粗筆勾畫出有關這一課題的主要線索。

一、合同適用主體的擴大

中國大陸新合同法正式施行之前，原先《經濟合同法》、《涉外經濟合同法》、《技術合同法》的適用主體範圍各有側重。過去中國大陸在《經濟合同法》中並不涵蓋公民之間以及公民與法人、其他經濟組織之間的合同，因此諸如公民間的買賣、借貸等合同不在適用範圍之內，也不包括消費合同；《涉外經濟合同法》不包括中國大陸公民與外國人、外國企業或外國個人之間的合同，致使適用範圍受到極大的限制；《技術合同法》不包括一方當事人主體為外國法人、其他經濟組織或者個人的合同，亦及其僅在中國大陸內地間的法律主體適用¹⁰³。蓋因立法本身受到當事人主體的限定，致使法律得能適用合同法的主體極其狹隘，與實際

同公約》和《國際商事合同通則》的規定其比重極為明顯。

¹⁰¹ 中國大陸借鑑臺灣法律，一向不以正式的形式表彰，而是由立法者與經由學術接觸的途徑，形成對立法上的參酌。但是在中國大陸合同法頒布之後，由中國大陸全國人大常委會法制工作委員會民法室編，《中華人民共和國合同法與國內外有關合同規定條文對照》一書中（法律出版社出版，1999年9月），將臺灣的民法債編的相關規定編入，很大程度上代表中國大陸官方立法中對於臺灣法律借鑑的「開禁」。

¹⁰² 例如中國大陸合同法第 53 條中規定「合同中的下列免責條款無效：（一）造成對方人身傷害的；（二）因故意或重大過失造成對方財產損失的。」其立法的載入係根據 1989 年天津市塘沽區人民法院的具體案例而來。當事人張國勝因工傷死亡，與雇主合同中載明「工傷概不負責條款」。當時法律並無確認「工傷概不負責」之相關條款，中國大陸最高人民法院針對本案單獨作出司法解釋，並加以判決，以違反當時中國大陸《憲法》第 41 條「國家通過各種途徑，創造勞動就業條件，並在發展生產的基礎上，逐步改善勞動條件，加強勞動保護，提高勞動報酬。」宣判該合同無效。這一案例亦成為現行合同法的內容之一。本案例詳參照《最高人民法院公報》，1989 年第 1 號，頁 23-24。

¹⁰³ 孫禮海主編(1993)，《中華人民共和國合同法立法資料選》，頁 37，法律出版社。

上的經濟社會環境存在落差¹⁰⁴。中國大陸合同法第 2 條規定「本法所稱合同是平等主體的自然人、法人、其他經濟組織之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議¹⁰⁵。」這說明中國大陸的新合同法對於得能簽訂合同的主體大幅擴大，這包括中國大陸、外國的自然人之間、組織之間以及自然人與法人間所簽訂的合同；同時，合同的種類，不僅僅在於經濟合同、技術合同也包括了各類民事合同。合同法中對於適用主體的立法精神在於：（一）合同主要調整平等主體之間的民事關係。政府維護經濟秩序的管理，不再視為民事關係，而適用於有關行政管理的法律之上；法人、其他組織內部的管理關係適用公司法、企業的相關法律，不再適用合同法。（二）合同法將主要調整法人、其他經濟組織之間的交際貿易合同關係，同時還包括自然人之間的買賣、租賃、借貸、贈與..等合同關係。有關婚姻、收養、監護等身分關係，不適用合同法。¹⁰⁶這使得市場經濟主體在進行經貿往來與生產經營活動時，適用合同範圍的樣態更為擴大，也回歸了傳統民法精神的相關體例。而對適用主體的放寬與一視同仁，也切斷了中國大陸過去對內、對外區隔適用法律的限制，也具有法律「國民待遇」的作用。

附表二 中國大陸合同法律制度在不同時期對於適用主體的立法表述對照

法律名稱	條文內容	條文序號
經濟合同法 (1981 年)	經濟合同是法人之間未實現一定經濟目的，明確相互權利義務關係的協議。	第 2 條
	個體工商戶、農村承包戶、農村社員同法人之間簽訂經濟合同，應參照本法執行。	第 54 條
涉外經濟合同法 (1985 年)	本法的適用範圍是中華人民共和國的企業或者其他經濟組織同外國的企業和其他經濟組織或者個人之間訂立的經濟合同。但是國際運輸合同除外。	第 2 條

¹⁰⁴ 從 1978 年以來，中國大陸非公有制經濟突破意識型態的排斥和傳統體制的羈絆，從無到有，歷經坎坷，不斷發展壯大。截至 1997 年底為止，中國大陸私營企業家數已達 96 萬戶，從業人員 1350 萬人，總產值 3923 億人民幣，營業額 3097 億人民幣；個體工商戶 2850 萬戶，從業人員 5442 萬人，總產值 4553 億人民幣，營業額高達 14200 億人民幣。這說明瞭中國大陸個體、私營企業的非公有制經濟發展對於滿足中國大陸多樣化的需求，吸收就業人口，增加中國大陸財政稅收，促進中國大陸經濟發展佔有重要且不可忽視的地位，同時也對於中國大陸所有制的結構產生巨大的衝擊。與此同時在合同法未頒布之前，其主體的限制將會阻絕市場發展。

¹⁰⁵ 本條文的立法係以延續中國大陸民法通則第 58 條的精神而來。

¹⁰⁶ 顧昂然(1999)，〈關於中華人民共和國合同法（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，1999 年第 2 號，頁 153。

民法通則 (1986年)	中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產關係和人身關係。	第2條
技術合同法 (1987年)	本法適用於法人之間、法人和公民之間、公民之間就技術開發、技術轉讓、技術諮詢和技術服務所訂立的確立民事權利與義務關係的合同。	第2條
經濟合同法 (1993年)	本法適用於平等主體之間的法人、其他經濟組織、個體工商戶、農村承包經營戶相互之間，為實現一定經濟目的，明確相互間權利義務關係而訂立的合同。	第2條
合同法 (1999年)	本法所稱合同是平等主體的自然、法人、其他經濟組織之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議。	第2條

王文杰 整理

二、中國大陸政府機關做為合同主體對合同法的適用

在合同適用過程中難免有與中國大陸政府部門締結合同的情事，然而中國大陸政府部門進行合同的締結中在新合同法施行後，就其主體地位上仍因不同的狀態而有區別。但是在涉及於政府部門做為主體之一時，合同法中仍有較為特殊的規定：

第一，在與中國大陸政府機關作平等主體簽訂合同時，如購買辦公用具，此屬一般合同關係，適用合同法；第二，若中國大陸行政機關進行屬於行政管理的協議，如有關綜合管理、計劃生育、環境保護等協議，這些行為隸屬行政管理關係，不在民事合同的範疇之中；第三，若中國大陸行政機關的採購活動，則一般中國大陸政府部門會對行政機關加以規範，其目的在於防止浪費、杜絕腐敗等，但此一規範僅止於對政府部門的採購活動加以約束，當事人並非在此規範之中，中國大陸政府機關的採購仍在合同法的適用範圍之內¹⁰⁷；第四，若涉及中國大陸政府部門指令性計劃或其政府機關訂貨任務，因為中國大陸在實行計劃性經濟體制時，此一範疇並不在合同法的適用之上，在1993年時，中國大陸修改《經濟

¹⁰⁷ 孫禮海主編(1993)，《中華人民共和國合同法立法資料選》，頁38，法律出版社。

合同法》時，已將此一問題加以修正。但爲了保證其重點建設及其戰略儲備的須要，仍是有須要以下達指令性任務或政府訂貨的需求，基於此，中國大陸《合同法》在第 38 條中規定「國家根據需要下達指令性任務或者國家訂貨任務的，有關法人、其他經濟組織之間應當依照有關法律、行政法規規定的權力和義務訂立合同。」

三、合同的形式

關於訂立合同的形式，中國大陸改變過去僅以強制性的書面形式作爲唯一標準的立法考量，而加入口頭形式和其他形式作爲輔助性的形式（合同法第 10 條），藉以尊重交易本身的簡捷與方便。中國大陸過去三部合同法中，除在《經濟合同法》第三條規定「即時清結」者外，一律採取以書面形式做爲訂立合同的立法規定¹⁰⁸。亦即是一種「要式爲主、不要式爲輔，要式合同適用要件主義」的原則¹⁰⁹。過去對合同形式採取書面主義立法形式的背景因素在於：計劃經濟體制下，社會經濟資訊是依行政體制收集、傳導、整理、反饋的，它不僅遲緩，而且失真。因此，往往不能正確地引導社會生產，同時生產效率亦無從保障¹¹⁰。正因爲計劃經濟體制本身缺乏效率，依附其上的合同就不會超然地追求經濟效益的最大化，具有安全性的合同形式也就成了此一體制下的最好形式。這樣的體制下所反應的立法內容已經被此次合同立法所排除，而加入口頭形式作爲補充。

隨著現代資訊技術的發展，尤其是電子商務的發展方面出現了無紙化合同的新概念¹¹¹。中國大陸新合同法爲因應科學技術的發展，注重於電子商務將成爲新興全球商務的主導模式，在合同書面形式方面作了進一步的細化，規定包括電報、電傳、傳真、電子數據交換和電子郵件等都屬於合同書面的形式（合同法第 11 條），進一步擴充了書面的內涵，也增加了書面之外的合同訂立形式，亦即有形的、可讀的並可在一定期間內儲存在特定資訊的載體上都是書面形式的認定¹¹²。儘管這是一種超前立法，但是在簽名問題、合同訂立時間、訴訟證據上¹¹³等

¹⁰⁸ 甚至中國大陸最高人民法院在 1987 年所發布的《關於適用涉外經濟合同法若干問題的解答》中明確規定：訂立合同未採取書面形式，合同無效。詳參見《最高人民法院公報》，1987 年第 4 號，頁 98。

¹⁰⁹ 張坦(1995)，〈論合同形式〉，《法商研究》，1995 年第 2 期，頁 47。

¹¹⁰ 吳敬璉(1993)，《市場經濟的培育與運作》，頁 23，中國發展出版社。

¹¹¹ 由於電子商務的發展，擴大了法律對於「書面」一詞所下的定義。《聯合國國際貨物買賣合同公約》第 20 條中也率先作了此一規定。該文承認了以「電話、電傳或其他快速通訊方法」進行的發價。但是其前提是當事人共同聲明他們各自依據法律，確認電子換文的有效性或可強制性。

¹¹² 由於電子合同是採用電子數據交換的方式簽訂合同，合同的內容完全可以儲存在電腦之中，亦可備份在磁片、雷射光盤等仲介物之上，正如聯合國國際貿易委員會第二十九屆會議中通過，做爲國際上第一個世界規範的電子數據交換法案—《貿易法委員會電子商務示範法案》第六條中所規定：如法律要求資訊須採用書面形式，則假若一項數據電文所含資訊可以調取以備日後查用，及滿足了該項要求。有關電子商務文章可參酌於靜(1997)，〈電子合同若干法律問題初探〉，《政法論壇》，1997 年第 6 期。

¹¹³ 在中國大陸《民事訴訟法》對電子證據並未做明確的規定，該法第 63 條將證據的種類規定爲七種，即書證、物證、視聽資料、證人證言、當事人陳述、鑑定結論、勘驗筆錄。電子證據應可視爲視聽資料的一種。但是中國大陸《民事訴訟法》第 69 條又明文規定「人民法院對視聽資料，應當辨別真偽，並結合本案的其他資料，審查確定能否作爲認定是時的根據。」這便將電子證據

法律問題，由於在合同法中僅作原則性的規範，相關具體操作與應用則尚需進一步的確認¹¹⁴。

四、合同的訂立方式

過去中國大陸三部合同法典及有關合同法律所架構之合同法體系中，缺乏要約和承諾之概念，不僅合同之成立與否難以判斷，亦使本已成立之合同因此容易被誤認為不成立¹¹⁵，在中國大陸新的合同法中，就合同的訂立方式採取英美法系及大陸法系通行的「要約」與「承諾」的方式（第 13 條以下），其立法目的在於用已保護當事人需要在較長時間來回磋商的經貿往來中的合法權益，也讓司法機關關於事後之檢驗有所遵循。

（一）要約

中國大陸合同法第 14 條規定，要約必須具備以下要件：1.向特定人發出；2.內容要具體明確；3.表明經受邀人承諾，要約人即受該意思表示的約束。其中具體明確之意思表示即為臺灣學理上所稱要約之可確定性，而表明經受邀人承諾，要約人即受該意思表示的約束係臺灣學理上之要約拘束力，然要約得否向不特定人發出？不無疑問，有學說主張此種非特定要約存在於自動販賣機¹¹⁶與公共運輸事業、懸賞廣告¹¹⁷及商店櫃台中陳列之商品¹¹⁸中，但此見解並非全無異議。至於要約何時生效的界定？與臺灣民法相同，中國大陸合同法第 16 條採取「到達主義」，亦即要約到達受邀人時生效。要約亦可撤回，但撤回要約的通知應當在要約到達受邀人之前或者同時到達受要約人（第 17 條）。

特別的是，合同法第 18 條規定要約之撤銷¹¹⁹。依照大陸法系之思考，要約具有拘束力，除預先聲明不受拘束外，要約一旦達到相對人，即無從撤銷，如德國民法第 145 條、臺灣民法第 154 條，均為類似規定。中國大陸合同法第 18 條則規定要約可在受要約人（即相對人）發出承諾通知前，將撤銷要約之意思表示達到受要約人以撤銷之，此是為調和兩大法系之觀點，參酌《聯合國國際貨物銷售合同公約》及《國際商事通則》而訂¹²⁰，其立法理由認為，考量到要約人於發出要約後，必須等待受要約人之承諾，在此之前都必須受到要約之拘束，對要

的可採性和確定力置於模稜兩可之中，並對電子證據的效力作了嚴苛的限制。參見湯友洪、揭萍、何能高(1998)，〈電子合同的特徵及法律保護〉，《法學》，1998 年第 12 期，頁 27。

¹¹⁴ 中國大陸合同法中有關電子合同的規定，僅在第 11、16、26、33 和 34 條中有所涉及，且規定得過於原則性，缺乏現實可行性。雖給電子商務在中國大陸的應用在法律上安根，但是忽略了對電子合同等科技技術發展對合同領域帶來的變革影響。這是中國大陸合同法未來所需要進一步發展的領域。

¹¹⁵ 胡康生主編(2009)，《中華人民共和國合同法釋義》，第二版，頁 31，法律出版社。

¹¹⁶ 黃立(2000)，《民法債編總論》，修訂二版，頁 62，元照出版社。

¹¹⁷ 胡康生主編(2009)，《中華人民共和國合同法釋義》，第二版，頁 34，法律出版社。

¹¹⁸ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁 68，法律出版社。

¹¹⁹ 撤銷與撤回不同：前者係指意思表示達到相對人，發生法律上效力後，欲除去其法律效力；後者是指意思表示達到相對人之前，此時尚未發生法律上效力，而使其不發生法律效力而言。

¹²⁰ 胡康生主編(2009)，《中華人民共和國合同法釋義》，第二版，頁 44-45，法律出版社。

約人不盡公平¹²¹。

一般在合同締約過程中，受要約人在收到要約後，可能為承諾做了某些準備工作，例如為了付款而向銀行貸款，或者為準備接受來貨而租賃倉庫等，如果要約一經撤銷，受要約人便因此而受有損失，基於此中國大陸合同法在第 19 條中規定了要約不可撤銷的例外¹²²，一是要約寫明承諾的期限，或以其他方式表明要約是不可撤銷的；一是受要約人有理由信賴該要約是不可撤銷的，並已經為履行合同作了準備工作。至於要約失效的情形則包括以下四種情形：1. 拒絕要約的通知到達要約人；2. 要約人依法撤銷要約；3. 承諾期限屆滿，受要約人未作出承諾；4. 受要約人對要約內容作出實質性的變更¹²³（合同法第 20 條）。

（二）承諾

承諾是受要約人同意要約的意思表示。承諾應當以通知的方式作出，其形式可以口頭、書面。但是根據交易習慣或者要約表明可以通過行為作出承諾的除外（合同法第 22 條），例如買賣合同一方實際發貨，或者已經匯了價款等。就一般而言，承諾的通知形式應當與要約的形式相一致，亦即要約若是書面，則承諾的形式也應是書面，而不宜用口頭的方式¹²⁴。德國民法第 130 條、臺灣民法第 161 條，《聯合國國際貨物銷售合同公約》及《國際商事通則》之規定多為一致。須注意者是在緘默之情形，單純之沉默並非本條所稱通過行為而做出承諾，若無其他交易習慣，並非本條之承諾。

承諾亦可撤回，但撤回的通知應當在承諾書通知到達要約人之前或承諾通知同時到達要約人（合同法第 27 條），此與第 17 條要約之撤回規定相同。若是有逾期承諾的情事如何處理？此時由要約人決定是否有效，要約人通知受要約人該承諾有效的，則合同成立，否則視為新要約。

在承諾的同時，其內容應與要約的內容一致¹²⁵，若是受要約人對於要約內容作出實質性的變更，則變成了新的要約。如果嚴格遵守相關規定，在承諾上稍加附帶條件，就會被視同新要約，合同便無法成立，雙方便須進一步磋商，這並不符合鼓勵交易的原則，加上中國大陸幅員廣大，世界經濟日益一體化，疆域雙方的地理跨度越來越大，如此往返拉踞的要約、承諾、新要約、新承諾...以致拖延交易時間、增加交易費用。基於此中國大陸新合同法在第 30 條中規定如果承諾

¹²¹ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁 78，法律出版社。

¹²² 中國大陸合同法此條之規定，是採取《國際商事通則》第 2 點 4 條第 2 款的相關立法例而來

¹²³ 這裡所謂「實質性的變更」亦即所謂之反要約。反要約的是否就使原要約失去效力？在中國大陸的一般見解是：提出反要約就是對要約的拒絕，使要約失去效力，要約人不受其要約的拘束。參閱江平主編(1999)，《中華人民共和國合同法精解》，頁 19，中國政法大學出版社。

¹²⁴ 對於承諾的特定方式問題，有些國家作了實質性的規定，例如義大利民法第 1326 條規定「當要約人對承諾要求特定方式時，如果承諾以不同的形式發出，則該承諾無效。」參見費安玲、丁玫譯(1997)，《義大利民法典》，頁 358，中國政法大學出版社。

¹²⁵ 承諾的內容應與要約的內容保持一致，此為各國民法的通例。英美法系稱之為「鏡像規則」（mirror image rule），其意為要約與承諾的內容應如同鏡子映物一般。

對要約的內容有所變更或附加條件，就首先須確定此變更是否為對要約的內容實質性變更，若是為實質性變更則該承諾視為新要約。這裡所謂的「實質性變更」，是指有關合同的標的、數量、質量、價款或者報酬、履行地點和方式、違約責任和解決爭議方法的變更等（合同法第 30 條後段）¹²⁶。若承諾所為之變更為非實質性之變更，除要約人及時表示反對或者要約明確表示承諾不得對要約之內容為變更者之外，該承諾有效，合同之內容已承諾之內容為準（合同法第 31 條）。

五、關於格式化合同的問題

所謂「格式條款」(Standard terms)，又稱為定型化契約、格式合同、標準條款等。這種合同模式是從十九世紀以來發展起來的，其肇因於某些行業進行頻繁、重複性的交易，在其過程中為了簡化合同訂立的程式而形成的。使用格式條款的好處在於，簡捷、省時、方便、降低交易成本，但其弊端在於，對契約自由的相對限制、當事人地位的相對不平等、公平的相對性均受到質疑，提供商品或者服務的一方往往利用其優勢地位，制定有利於自己的條款，這一點特別突出在消費者作為訂立合同的相對方時。

在大陸新合同法中也將此一通例載入合同法的立法之中，並將「格式條款」下了定義：格式條款是當事人為了重複使用而預先擬定，並在訂立合同時與對方協商的條款（第 39 條第 2 款）。

在大陸合同實務中因採用格式化合同（相當於臺灣的定型化契約）所訂立的合同，其衍生糾紛逐漸增多，由於在實務中一般均未有與合同當事人協商的條款，基於此，大陸新合同法中採取從維護公平、保護弱者的角度出發，對格式化合同從三方面予以限制：第一，提供標準條款的一方有提示、說明的義務，應當提請對方注意免除或者限制其責任的條款，並按照對方的要求予以說明（第 39 條）；第二，免除提供格式化合同一方當事人的主要義務、排除對方當事人主要權利的標準條款無效（第 40 條）；第三，對格式條款的理解在發生爭議時，應當作出不利於提供格式合同一方的解釋（第 41 條）。臺灣民法與此相關之規定則散見在民法第 247 條之 1、消費者保護法第 11 條以下之規定，未如中國大陸於合同法中訂立統一規範，而是區分一般之定型化契約，即可能適用於企業經營者之間或個人間之定型化契約，及企業經營者與消費者之間的定型化契約而分別規定。

與一般契約自由下，當事人可以約定排除任意性法規不同，格式化合同條款只有在條款擬定人能說明具備重大利益，同時考量相對人利益衡量下，方得規定與任意性法規不同之格式化條款，於此意義下，任意性法規對格式化合同起了範式作用，亦即格式化合同擬定人在未具正當理由時，不得擬定與此些任意規定不同的格式化條款，例如：合同法規定之解除權不以當事人為不可歸責始得行使，

¹²⁶ 本規定主要係參照《聯合國國際貨物銷售合同公約》第 19 條的規定。

在考量已無意義之合同若仍拘束當事人，已不符合履行合同以達到利益之意旨，當事人不得以格式化合同排除此任意性法規之適用¹²⁷。

六、締約過失

締約過失在《國際商事合同通則》中又稱之為「惡意磋商」(Negotiation in bad faith)，此為大陸合同法中援引國際慣例所新增的規定。所謂「締約過失」，是指當事人在締結合同前的接觸、磋商過程中，根據誠實信用原則或者交易習慣，而在彼此間產生一種特殊的信賴關係，因為雙方互相負有協助、照顧、通知、保護等義務，如違反此種義務，則構成締約過失¹²⁸，其並非侵權行為，也不是合同上責任，而是與契約相關的法定特殊責任類型。

大陸《合同法》第 42 條中規定，當事人在訂立合同過程中有下列情形之一，給對方造成損失的，應當承擔損害賠償責任：(1) 假借訂立合同，惡意進行磋商。例如故意與對方談判讓對方喪失與他人交易的機會，假借與對方談判故意增加對方的締約成本；(2) 故意隱瞞與訂立合同有關的重要事實或者提供虛假情況；(3) 其他違背誠實信用原則的行為。此類行為主要是指違反訂立合同前的相關義務，常見的有：(1) 一方未善盡通知、協助等義務，增加了相對方的締約成本而增加損失 (2) 一方未善盡告知義務，當事人在訂立合同時對一些必要的資訊為告知對方而讓對方受有損失。(3) 一方未善盡照顧、保護義務，造成相對人的財產或人身的損害。以上相關內容都是用以約束當事人在訂立合同過程的惡意行為。過去大陸三個合同法中並未有此項規定，致使許多惡意合同的締約人因為合同尚未締結而無法依照違約責任來追究，常導致合同當事人一方陷入合同的危機。

學者區分締約過失為三種類型：(1) 合同未成立型，如合同法第 41 條第 1 項之假借訂立合同而惡意進行磋商；(2) 合同無效型，包含自始無效和合同被撤銷等情形，如合同法第 58 條後段、民法通則第 61 條第 1 款後段；(3) 合同有效型，如合同法第 42 條第 2 項之情形¹²⁹。除此之外，第 42 條第 3 款尚規定了其他違背誠信原則之概括條款，由此觀之，合同法就締約過失之立法是採取一般條款與例示並列之模式¹³⁰。

中斷磋商是否須負擔賠償責任之問題，學說多認為基於商業上實務考量，談判、會商過程中本存在著許多不確定因素，加以市場瞬息萬變，若課與中斷磋商一般之賠償責任，對商業實務諸多不利，僅在例外惡意情形或已使他方產生相當之信賴，卻無正當理由中斷磋商時，方令負賠償責任，通說已為限於信賴利益之損害賠償，然論者有指出在事實已達到侵權行為之程度時，限於信賴利益之賠償

¹²⁷ 杜景林(2010)，〈合同規範在格式條款規制上的範式作用〉，《法學》，2010 年第 7 期，頁 34。

¹²⁸ 李顯冬、王文杰主編(1999)，《中國合同法要義與案例解釋(上)》，頁 145，中國民主法制出版社。

¹²⁹ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁 109-112，法律出版社。

¹³⁰ 李昊(2010)，〈德國締約過失責任的成文化〉，《清華法學》，2010 年第 2 期，頁 83。

似有保護不周、利益失衡之虞，頗值思考¹³¹。

締約過失並不同於合同責任：(1) 合同責任是基於有效合同而產生的民事責任，違反的是合同義務，而締約過失責任往往是基於合同不成立或合同無效而產生的民事責任，其違反的是合同前期義務；(2) 締約過失責任只有賠償損失、而合同責任既有賠償損失，也有支付違約金、強制履行等方式；(3) 合同責任具有約定性，亦即當事人可以在合同中約定責任內容，而締約過失是基於法律規定而產生，具有法定性¹³²。

七、合同效力的規定

長期以來，中國大陸在合同立法中對於無效合同的認定標準過於寬泛，例如《民法通則》第 58 條對於無效民事行為的列舉過寬，特別是將通過詐欺、脅迫、趁人之危等手段，迫使另一方在違背真實情況下所為的民事法律行為都視之為無效。另一方面，現行的立法中對於合同的成立並無作出明確的規定，從而在實務上，法院認為只要合同不具備有法律所規定的主要條款，就視之為無效作為認定¹³³。這造就了無效合同在中國大陸的適用十分寬泛的現象，背離了市場經濟的準則，給於交易安全帶來莫大的威脅。

中國大陸合同立法長期來並未將合同生效與合同成立加以區分，致使許多法院將一些已經成立，但不具備生效條件的合同，都視為無效合同對待，從而導致了大量本來可以成立的合同成為無效合同。從而在新的合同法中，對於合同的效力部份將合同分為「合同成立」與「合同生效」兩個階段，例如依法成立的合同，自成立時生效。法律、行政法規規定應該辦理批准登記的手續，依照其規定（第 44 條）；一方以詐欺、脅迫的手段或趁人之危，使對方在違背真實意思情況下訂立的合同、惡意串通、以合法掩飾非法、損害社會公共利益、違反法律行政法規的強制性規定的合同都視之為無效（第 52 條）；因重大誤解訂立、在訂立中顯失公平的合同當事人得請求法院或者仲裁機關變更或者撤銷（第 54 條）¹³⁴。

合同的效力類型，則區分為四類：有效合同、效力待定合同、無效合同及可變更可撤銷合同，其中後三類即新合同法當中所規定之契約瑕疵類型，大致與大陸法系之分類相同，具體條文為：(1) 無效合同：一方以欺詐、脅迫的手段訂立合同，損害國家利益、惡意串通，損害國家、集體或者第三人利益、以合法形式掩蓋非法目的、損害社會公共利益、違反法律、行政法規的強制性規定者（第

¹³¹ 葉金強(2010)，〈論中斷磋商的賠償責任〉，《法學》，2010 年第 3 期，頁 104。

¹³² 參閱江平主編(1999)，《中華人民共和國合同法精解》，頁 33，中國政法大學出版社。

¹³³ 王利明(1996)，〈合同法的目標與鼓勵交易〉，《法學研究》，1996 年第 3 期，頁 95。

¹³⁴ 以中國大陸法院過去審理技術合同案件為例，有關可變更或可撤銷的案例型態大致有：當事人因重大誤解簽訂的合同；簽訂的合同顯失公平；一方以詐欺、脅迫的手段或者趁人之危，使對方在違背真實意思的情況下簽訂合同等。中國大陸法院對於最後一種都是依照《技術合同法》第 21 條的規定，按無效合同處理。前兩種合同因為技術合同法並無規定，而根據《民法通則》第 59 條的規定處理。參見李國光(2000)，〈認真貫徹執行合同法正確處理技術合同糾紛案件〉，《最高人民法院公報》，2000 年第 1 期，頁 21。

52 條)；(2) 可變更、可撤銷合同：因重大誤解訂立的、在訂立合同時顯失公平的、一方以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使對方在違背真實意思的情況下訂立的合同，受損害方有權請求人民法院或者仲裁機構變更或者撤銷（第 54 條）；(3) 效力待定合同：限制行為能力人、無權代理及無權處分之合同（第 47 條到第 50 條）。

然學者於贊同此分類之餘，亦對其中可能產生問題提出批判，如：(1) 單一事實可能同時符合多數法條要件，然又只生一種結果，稱之為「多因一果」型，例如最高人民法院所發布之《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》第 72 條認為顯失公平是指：一方當事人利用優勢或者利用對方沒有經驗，致使雙方的權利與義務明顯違反公平、等價有償原則，此是否與合同法第 54 條之詐欺、乘人之危等要件相同，不無疑問¹³⁵。(2) 「一因多果」型，即單一事實下同時符合多數法條要件，進而產生不同法律效果而言，例如依照《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》第 68 條，一方當事人故意告知對方虛假情況，或者故意隱瞞真實情況，誘使對方當事人作出錯誤意思表示的，可以認定為欺詐行為。無權處分合同依據合同法本為效力待定合同，然無權處分人故意宣稱自己有處分權，使相對人相信進而產生錯誤而與其訂約，可能同時成為無效合同（損害國家利益之詐欺）或可撤銷合同（未損及國家利益之詐欺）¹³⁶。

八、合同履行的立法完善與借鑑

關於合同的履行部份（第 60 條以下），過去中國大陸《民法通則》與三個合同法中所強調的是全部履行原則，規定當事人應當按照合同的約定履行自己的義務；當事人應當遵循誠實信用的原則，根據合同的性質、目的和交易習慣，及時通知、協助、提供必要的條件、防止損失擴大以及保密等義務。

新的合同法也遵循此一宣示性規定，然而長期以來合同詐欺的現象在大陸層出不窮，為了防範合同詐欺，保護債權人的權益，新的合同法中吸納了《國際貨物銷售公約》與《國際商事合同通則》的精神，增加了以下的債權保全制度作為補充：

（一）不安抗辯權

中國大陸在新的合同法頒布以前，於《涉外經濟合同法》第 17 條即有不安抗辯權之規定，新合同法對於不安抗辯權則參考了英美法中的「預期違約」制度的靈活性優點，刪除大陸法系中對不安抗辯權要求履行期到來的要件¹³⁷，而規定

¹³⁵ 羅昆(2010)，〈合同效力瑕疵制度中的類型思維及其問題〉，《法學評論》，2010 年第 6 期，頁 114。

¹³⁶ 羅昆(2010)，〈合同效力瑕疵制度中的類型思維及其問題〉，《法學評論》，2010 年第 6 期，頁 116。

¹³⁷ 梁慧星(1997)，〈關於中國統一合同法草案第三稿〉，《法學》，1997 年第 2 期，頁 50。

對於應當先履行債務的當事人，有證據證明對方有下列情形之一的，可以中止履行：包括經營狀況嚴重惡化；轉移財產、抽逃資金，以逃避責任；喪失商業信譽；有喪失或者可能喪失履行債務能立的其他情形（第 68 條）。然不安抗辯權與預期違約制度仍有其不同，除兩者條文依據不同外，前者之目的在若債務人方面發生不安情事，債權人可以拒絕履行；後者則在債務人預示拒絕給付時，債權人可先行解除契約並請求合同不履行之損害賠償¹³⁸。

就不安抗辯權之效力而言，依據合同法第 68 條，先履行之一方有確切證明對方具有法律規定的不能或不曾對待履行的事由以後，可行使不安抗辯權，中止合同的履行。然此時合同並未終止或解除，行使不安抗辯權之效果於本條僅是暫時不履行合同上義務，合同仍繼續有效存在於當事人之間。依第 69 條，在對方未在合理期限內恢復履行能力並且提供適當擔保時，先履行之一方可以解除合同，此規定是爲了避免合同之履行懸而不決，無限期拖延而產生不利益。

（二）代位權

因債務人怠於行使其債權，對債權人造成損失的，債權人可以請求法院以自己名義代爲行使債務人的債權¹³⁹（第 73 條）。在代位權的行使規定限制其條件，即嚴重損害債權人的到期債務，同時代位權的行使必須以訴訟的方式進行。

值得注意者係，於債務人有許多債權人時，其中一債權人行使代位權所獲得之價金，究竟是歸入債務人之財產，成爲財產之一部，亦或是直接使行使代位權之債權人優先受償？就立法制度而言，前者稱爲「入庫規則」，後者則爲「優先受償規則」，其思考上之差異在於對債權平等理論之理解不同，入庫規則講求的是受償之平等，即結果上平等；優先受償規則則賦予債權人平等行使代位權之機會，對清償之評等結果則不予保證¹⁴⁰。最高人民法院所發布《關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（一）》第 20 條規定：「債權人向次債務人提起的代位權訴訟經人民法院審理後認定代位權成立的，由次債務人向債權人履行清償義務，債權人與債務人、債務人與次債務人之間相應的債權債務關係即予消滅。」明顯採取「優先受償規則」。

（三）撤銷權

因債務人放棄債權或者無償轉讓財產，對債權人造成損害的，債權人可以依法請求法院撤銷債務人的行爲。債務人以明顯不合理的低價轉讓財產，對債權人

¹³⁸ 張金海(2010)，〈預期違約與不安抗辯的界分與銜接：以不履行的可能性程度爲中心〉，《法學家》，2010 年第 3 期，頁 135。

¹³⁹ 過去中國大陸民事法律中並未就債權人代位權加以規定，代位訴訟在立法與實務中並未被認可。然在大陸最高人民法院在 1992 年 7 月發布《關於適用民事訴訟法若干問題的意見》第 300 條「被執行人不能清償債務，但對第三人享有到期債務的，人民法院可依申請執行人的申請，通知該第三人向申請執行人履行債務」，這使得債權人代位權在強制執行中得以運用，而合同法更將其以法律的形式加以確認。

¹⁴⁰ 李琴(2008)，〈代位權受償規則微探〉，《法學雜誌》，2008 年第 6 期，頁 53。

造成損害，並且受讓人知道該情形的，債權人也可以請求法院撤銷債務人的行為（第 74 條）。惟論者亦有認為民事關係中當事人地位平等，僅能撤銷自己之行為，此為「權利」行使之一種，然撤銷他人間法律行為逾越此界線，而為債權人之一種「權力」，此規定混淆「權利」與「權力」之間的分際；且於法律關係損及第三人權利時，例如無權代理、無權處分，制度設計均由第三人衡量自己損失而決定是否予以承認，在該第三人承認以前，法律行為屬於效力待定，於第 74 條當事人間放棄債權或無償轉讓財產，可能損及第三人權利時，卻賦予第三人撤銷之權力，立法制度未歸於統一¹⁴¹。

（四）關於情勢變更的立法決定

中國大陸在合同法草案中對於合同履行的部份，一直有情勢變更條款的涉入¹⁴²，然在最後立法之時卻加以排除在外。

吾人以為，像「中華人民共和國」的建立本身就是造成一系列情勢變更的問題¹⁴³，但是大陸過去的法律條款中並沒有對情勢變更的成文規定¹⁴⁴。在合同立法之際對於情勢變更本身是否載入條文便有兩種意見。第一種意見為：如何劃分正常的商業風險和情勢變更之間的問題的確困難，在經濟貿易中對此一問題掌握不好，有可能使當事人規避正當的商業風險，亦使法官濫用此項權力，助長地方保護主義的盛行，而建議排除；另一種為，情勢變更不同於不可抗力，不可抗力是致使合同不能履行，情勢變更是導致履行合同顯失公平，載入情勢變更有利於貫徹公平原則¹⁴⁵。最後在立法審議中採取前者意見，其排除情勢變更立法理由在於：根據現有的經驗，對情勢變更難以作出科學的界定，而且和商業風險的界線也難以區分，執行時更難以操作，實際上只有在非常特殊的情況下才能適用情勢變更制度，現行條件尚不成熟¹⁴⁶。

直至 2009 年，最高人民法院發布了《關於適用〈中華人民共和國合同法〉

¹⁴¹ 李錫鶴(2009)，〈論民法撤銷權〉，《華東政法大學學報》2009 年第 2 期，頁 31。

¹⁴² 在 1998 年 8 月 20 日，中國大陸全國人大法律工作委員會所發布的合同法草案第 77 條規定：「由於國家經濟政策、社會經濟形式等客觀情事發生重大變化，致使履行合同將一方當事人沒有意義或者造成重大損害，而這種變化是當事人在訂立合同時不能遇見或不能克服的，該當事人可以要求對方就合同的內容重新協商；協商不成的，可以請求人民法院或者仲裁機構變更或解除合同。」參見全國人大常委會法制工作委員會民法室編(2000)，《中華人民共和國合同法及其重要草稿介紹》，頁 181，法律出版社。

¹⁴³ 1949 年 10 月，「中華人民共和國」建國後，進行幣值改革，除使農民及其他勞工所欠地主、富農的債務以外的許多合同債務發生情勢變更。例如，如何以人民幣折合舊債履行等。就此一問題當初實際上是依照情勢變更原則處理的。而在 1950 年代，社會主義改造後，又在相當一段時期內視社會主義經濟為非商品經濟，實行權力高度集中的行政經濟體制和封閉的經濟政策，在實務中採用了行政手段解決情勢變更原則。參見梁慧星(1988)，〈合同法上的情勢變更問題〉，《法學研究》，1988 年第 6 期，頁 35。

¹⁴⁴ 1981 年，中國大陸所制定的《經濟合同法》第 27 條中曾規定「由於不可抗力或由一方當事人雖無過失但無法防止的外因，致使經濟合同無法履行」的允許變更或解除經濟合同。然在 1993 年的修法中加以刪除。

¹⁴⁵ 孫禮海主編(1993)，《中華人民共和國合同法立法資料選》，頁 69，法律出版社。

¹⁴⁶ 王維澄(1999)，〈第九屆全國人民代表大會法律委員會關於中華人民共和國合同法草案審議結果的報告〉，《全國人大常委會公報》，1999 年第 2 號，頁 157。

若干問題的解釋（二）》，其中第 26 條規定：「合同成立以後客觀情況發生了當事人在訂立合同時無法預見的、非不可抗力造成的不屬於商業風險的重大變化，繼續履行合同對於一方當事人明顯不公平或者不能實現合同目的，當事人請求人民法院變更或者解除合同的，人民法院應當根據公平原則，並結合案件的實際情況確定是否變更或者解除。」隨後又發布《關於正確適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（二）服務黨和國家的工作大局的通知》對上述解釋第 26 條更為闡釋：「合同成立以後客觀情況發生了當事人在訂立合同時無法預見的、非不可抗力造成的不屬於商業風險的重大變化，繼續履行合同對於一方當事人明顯不公平或者不能實現合同目的，當事人請求人民法院變更或者解釋合同的，人民法院應當根據公平原則，並結合案件的實際情況確定是否變更或者解除。」發布此解釋目的即是面對當時嚴重的全球金融海嘯危機，「因應經濟形勢的發展變化，使審判工作達到法律效果與社會效果的統一」。

適用情勢變更時，法官不依職權逕行適用，必先協調、調解當事人雙方意見，並嚴格區別情勢變更與一般商業風險之區別。法官在認定具體個案是否達到情勢變更時，應判斷是否存在社會環境的重大改變，致使一方當事人遭受無比重大的損失，當事人間形成不公平之結果，合同之成立基礎因而落空、對價關係失衡等等現象亦是考量因素之一。具體事例如：物價飛漲、匯率大幅度變化或國家經濟貿易政策變化等¹⁴⁷。

九、對於合同違約責任的立法充實

中國大陸統一合同法中對於違約責任的立法精神依照違約責任的性質與國際慣例採取了「嚴格責任」的方式，改變過去「過失推定」的方式。亦即「當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。」的規定（第 107 條）。

在合同違約責任上，新合同法承襲過去三個合同法行之有效內容，諸如當事人一方未支付價款或報酬者，對方可以要求其支付價款或者報酬（第 109 條）；當事人一方不履行非金錢債務或者履行非金錢債務不符合約定的對方可以強制執行（第 110 條）；爲了切實保護受損害當事人的利益，在第 113 條中也明確規定，損失賠償額應當相當於因違約所造成的損失，包括合同履行後可以獲得的利益，但不得超過違反合同一方訂立合同時應當遇見到的因違反合同可能造成的損失。

在合同違約責任部份需要注意的是：新合同法增加了「預期違約」（anticipatory breach of contract）的制度（第 108 條）。亦即當事人一方明確表示或者以自己的行爲表明不履行合同義務的，對方可以在履行期限屆滿之前要求其承擔違約責任。本條立法採大陸法系的概念，其爲違約的一種型態，但在要件上：

¹⁴⁷ 曹守擘(2009)，〈最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（二）》之情勢變更問題的理解與適用〉，《法律適用》，2009 年第 8 期，頁 46-47。

需要有合法的債務存在，而且這種債務的履行必須是可能；債務人必須有明確的拒絕表示；拒絕履行是債務人違法地表示不履行債務。此要件甚為嚴格，將使適用範圍過於狹窄，論者有謂當採目的性擴張或類推適用及於期前即確定不能履行或將發生無法排除的瑕疵，以達立法目的¹⁴⁸。

十、合同管理機關的存廢爭議

在 1981 年的《經濟合同法》中涉入合同管理機關—國家工商行政管理局的規定，致使合同管理機關具有廣泛的權限，諸如監督、檢查、鑑證、調解、仲裁等，當然還包括最為詬病的是在毫無限制地主動確認合同無效。在計劃體制的制度設計在面臨市場經濟的環境下，在修正《經濟合同法》便已提出加以刪除，然在合同法的訂立中是否恢復亦曾引起極大的爭議。

就既得利益的行政機關提出的理由以為：(1) 大陸的市場經濟以公有制為基礎，企業代表國家或集體公有財產進行管理，無權隨意處分，企業之間的合同關係並非普通的民事關係，仍需對企業經營活動進行行政管理；(2) 由於合同簽訂問題太多，履行率太低，企業損失較大，常使國有資產流失，對市場經濟管理不應削弱，而應加強；(3) 合同單靠訴訟和仲裁不可能充分保障當事人權益，訴訟與仲裁係由當事人提出方為受理，而行政機關為主動，可弭補訴訟與仲裁的不足¹⁴⁹。這引起法學界與實務界的極大反彈，在折衝後採行現行第 127 條的「工商行政管理部門和其他有關行政主管部門在各自職權範圍內，依照法律、行政法規的規定，對利用合同危害國家權益、社會公共利益的違法行為，負責監督處理；構成犯罪的，依法追究刑事責任¹⁵⁰。」在完善的市場經濟中，對於行政機關權力的限制措施應源於憲法與行政法，這些法律保證所有的立法與國家憲法相一致，它們對於立法權限加以明確，並賦予公民對於非法的、反覆無常的行政權的求索權。但是這些正規的限制是在深刻歷史、文化及政治力量的刺激推動下產生。中國大陸統一合同法固然已經展現出回歸市場面的立法，但也不容否認的是經濟體制中有關來自公有制的主體份量仍不小，導致本條文的衍生，這也就不足為奇了¹⁵¹。

¹⁴⁸ 張金海(2010)，〈預期違約與不安抗辯的界分與銜接：以不履行的可能性程度為中心〉，《法學家》，2010 年第 3 期，頁 142。

¹⁴⁹ 孫禮海主編(1993)，《中華人民共和國合同法立法資料選》，頁 175-176，法律出版社。

¹⁵⁰ 相關立法討論背景可參照梁慧星(1999)，〈合同法的成功與不足（上）〉，《中外法學》，1999 年第 6 期，頁 20。

¹⁵¹ 在中國大陸，如何定位於政府對於法律管制的情形，似乎較一般國家更為複雜。一方面，作為一個發展中國家，其市場機制的發育尚不發達，因而政府有扶持市場發育的責任（向來居於統治的地位），並在市場成長起來以前，代替市場的一些經濟活動。另一方面，大陸長期以來推行計劃經濟體制，習慣於不僅幹預，而且控制經濟生活的一切方面。現在既然決定要向真正的市場經濟體制過渡，政府當然要退出許多原先介入的經濟領域。這就使大陸在經濟管制領域上如何退出，其經濟功能究竟如何消長，較之於其他發展中國家或東歐、前蘇聯這些轉型國家更為複雜。

參、重要實務案例

本部分所篩選之案例，為中國大陸最高人民法院所公布之具體案例，對於合同法之適用有其代表性，類型型態也皆不一致。

首先，重慶索特鹽化股份有限公司與重慶新萬基房地產開發有限公司土地使用權轉讓合同糾紛案（最高人民法院民事判決書（2008）民一終字第 122 號）。涉及合同行為與物權法適用上交錯的法律效力，特別是在中國大陸涉及土地本身還需要審批上的程序。尤其晚近行政審批與合同效力之間的議題在中國大陸論頗多，本案例足以作為代表性參考。

其次，貴州劍江化肥廠案。主要涉及到擔保上之適用。中國大陸擔保法在 1995 年頒布後，又與物權法上的規費有所不一，如何具體適用相關類型的法律個案，可以從其理解中國大陸司法實務上之見解。

最後，新疆亞坤商貿有限公司與新疆精河縣康瑞棉花加工有限公司買賣合同糾紛案。本判決係中國大陸最高人民法院於 2006 年 9 月 12 日所為之終審判決，判決字號(2006)民二終字第 111 號。本判決乍看之下很少援引到合同法條文，然事實上所涉及到的合同法概念甚為重要，包括總則及分則買賣合同的條文，有關瑕疵擔保上的法律適用，有其可參考之價值。

一、重慶索特鹽化股份有限公司與重慶新萬基房地產開發有限公司土地使用權轉讓合同糾紛案（最高人民法院民事判決書（2008）民一終字第 122 號）

（一）案例事實

索特公司擁有若干土地使用權，並將上述土地設定抵押權，抵押期限自 2005 年至 2011 年。2005 年 12 月新萬基公司與索特公司簽訂《聯合開發協議》及《補充協議》。

《聯合開發協議》中約定：

第一條，索特公司現已將上述土地抵押給某銀行融資貸款，同意在約定時間內將該土地的抵押權解除。

第四條，索特公司承諾，本專案所涉及的土地已辦理的抵押手續應在不影響開發進度的前提下辦理解除抵押的相關手續，……。

2005 年 12 月 5 日，新萬基公司請索特公司於 2006 年 1 月 20 日前辦理好土地解押手續，並要求其予以確認回覆。索特公司未予回覆。

索特公司 2007 年向重慶市高級人民法院起訴稱：其與新萬基公司簽訂《聯合開發協定》和《補充協定》後，新萬基公司並未按照合同約定履行義務，致聯

建工作無法進行，聯合開發的目的無法實現。據此，請求法院判決：

1. 解除雙方簽訂的《聯合開發協定》及《補充協定》。
2. 新萬基公司向索特公司支付違約金 1000 萬元。
3. 新萬基公司承擔本案訴訟費用。

新萬基公司辯稱合同簽訂後，索特公司以各種理由拒不履行合同義務，致聯建工作無法開展，故請求法院駁回索特公司的訴訟請求。

新萬基公司反訴稱：在簽訂合同後，新萬基公司多次催促索特公司履行合同義務，但索特公司至今仍未履行。據此，新萬基公司請求法院判決：

1. 索特公司向新萬基公司支付違約金 6000 萬元。
2. 本案訴訟費用由索特公司承擔。

索特公司則辯稱：根據合同約定，新萬基公司應先履行付款義務，始得要求索特公司履行相應的配合義務。但新萬基公司至今未履行上述義務，故新萬基公司的反訴請求不能成立，應予駁回。

（二）主要爭點

1. 《聯合開發協定》及其《補充協定》的效力為何？
2. 索特公司是否應向新萬基公司支付違約金？

（三）法院判決

1. 一審法院

（1）雙方當事人間法律關係性質

依《補充協議》第 4 條、第 5 條，索特公司的主要義務是提供土地，並配合新萬基公司的開發行為。

（2）轉讓行為的法律效力

該土地使用權轉讓行為違反法律規定，應屬無效。

依《擔保法》第 49 條第 1 款，抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物的，應當通知抵押權人，抵押人未通知抵押權人的，轉讓行為無效。

抵押人無法證明其已通知抵押權人，故該轉讓行為應屬無效。新萬基公司受讓標的物具抵押權，根據該款規定，受讓人可行使滌除權消滅該抵押權，從而補正轉讓行為的效力，但其並未行使，該轉讓行為效力未獲補正。《聯合開發協定》及《補充協定》係無效合同，故無解除問題。

(3) 轉讓行為無效的法律責任

依《合同法》第 58 條，無效合同法律後果為返還財產及賠償損失。

本案合同無效原因係未通知抵押權人土地轉讓。依《擔保法》第 49 條第 1 款，應由抵押人履行通知義務。抵押人單方過錯導致合同無效，受讓人遭受的損失應由索特公司負賠償責任。雖依《擔保法司法解釋》第 67 條第 1 款，亦可由受讓人行使滌除權消滅抵押權，而使轉讓行為生效，惟受讓人作為權利人不行使權利，並無法律上過錯。

(4) 違約責任

違約金屬違約責任，而違約責任係因違反有效合同導致的法律責任，以存在合法有效之合同關係為基礎。本案《聯合開發協定》及《補充協定》無效，故無違約問題。

2. 二審法院

(1) 《聯合開發協定》及《補充協定》的效力

本案當事人約定由轉讓人先行解除土地上的抵押權；該約定既保障了抵押權人利益，也不妨害抵押人和受讓土地第三人之利益，未違反《擔保法》、《物權法》以及《擔保法司法解釋》保障各方當事人利益平衡的立法精神或法律規定。依合同法，轉讓方對轉讓標的負有權利瑕疵擔保責任，其主動告知轉讓土地具權利負擔，並承諾由其先行解除抵押，該承諾構成合同中承擔義務的行為，符合意思自治和合同自由原則，且確保了抵押權人利益不受侵害，不抵觸《擔保法》、《物權法》和《擔保法司法解釋》的立法本意和制度設計。因此，應認《聯合開發協定》及《補充協定》有效，雙方應按照合同誠信履行，轉讓人有義務清償銀行債務，從而解除該轉讓土地之抵押權負擔。

物權轉讓行為不能成就，並不必然導致物權轉讓的原因即債權合同無效。《聯合開發協定》及《補充協定》作為訟爭土地使用權轉讓的原因行為，其為債權形成行為，非土地使用權轉讓的物權變動行為。就未通知抵押權人而致物權轉讓行為無效的規定，其效力不及於物權變動行為的原因行為。蓋當事人可以在合同約定中完善物權轉讓的條件，使轉讓行為符合法律規定。

(2) 索特公司是否應向新萬基公司支付違約金

土地使用權轉讓協議為雙務合同，要求轉讓方首先提供使用權無瑕疵的土地，受讓方依約支付轉讓款。《聯合開發協定》第一條即表明該轉讓土地已被抵押，且約定轉讓人履行解除抵押的義務。故索特公司具有消除轉讓土地上所存權利瑕疵的義務。

受讓人依《補充協議》，於 2005 年要求轉讓人解除轉讓土地上的抵押，索特

公司未予回復。轉讓人違反《聯合開發協議》規定，未能按協議約定適時解除轉讓土地上設定的抵押，提供無權利瑕疵的土地，此種消極不履行合同的行為，已構成違約。

依《聯合開發協定》第 4 條索特公司應以其自有資金履行解除抵押權義務，而非以新萬基公司先行支付轉讓款為條件，故索特公司抗辯理由不成立。

(四) 案例評析

1. 土地使用權移轉合同之效力

依《擔保法》第 49 條第 1 款：「抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物的，應當通知抵押權人……；抵押人未通知抵押權人……的，轉讓行為無效。」此簡稱為「不通知則轉讓無效制度¹⁵²」。本案抵押人將抵押物移轉予新萬基公司，其轉讓抵押物之行為似應為無效。

又依《物權法》第 191 條第 2 款：「抵押期間，抵押人未經抵押權人同意，不得轉讓抵押財產。」有認為抵押人違反規定將抵押物移轉，雖會影響第三人之利益，但因不涉及社會公益，亦不致遭公法制裁，故其僅係限制抵押人的處分權，《物權法》第 191 條第 2 款應為禁止規範之效力規範，違反該規範之法律行為將受否定性評價，且不賦與其法律效力¹⁵³。反之，效力性之強制性規範，著重違反行為之法律行為價值，以否認其法律效力為目的，故合同違反此類規定者，無效¹⁵⁴。

有認為《物權法》第 15 條區分物權變動行為及其原因行為，應為折衷主義物權變動模式，當事人間轉移物權的合意即構成債權行為，然債權行為僅是物權變動生效的原因行為，須經不動產登記的公示，始生物權變動效力，不動產登記亦僅係履行合同，而非獨立之物權行為¹⁵⁵。

本案二審法院認為抵押人移轉土地使用權之行為無效，受讓人雖具滌除權，惟權利人未行使，故移轉行為無效。然物權轉讓行為不能成就，並不必然導致物權轉讓的原因即債權合同無效。移轉行為無效之效力不應及於原因行為，故本案中當事人所訂定之土地使用權移轉合同仍為有效，當事人仍可在合同約定完善物權轉讓的條件，使其轉讓行為符合法律規定。此見解似採德國物權形式主義模式，亦即債權及物權行為各自獨立。

¹⁵² 崔建遠(2010)，〈關於中國大陸擔保物權若干問題〉，《中國大陸民法發展系列講座》，國立政治大學法學院主辦，2010年10月19日，頁9。

¹⁵³ 陳永強、王建東(2009)，〈論抵押物轉讓的法律效果——以對我國《物權法》第191條的解釋為中心〉，《政治與法律》，2009年第9期，頁72-73。

¹⁵⁴ 崔建遠(2003)，〈合同法〉，頁74-75，法律出版社。

¹⁵⁵ 王淑華(2009)，〈土地使用權轉讓合同與物權變動之效力辨析〉，《法學論壇》，2009年第9期，頁70。

另有學者主張應以立法確立抵押權之追及效力¹⁵⁶。《擔保法》第 49 條確實有利抵押權人，並能降低抵押物毀損滅失的風險。然抵押物轉讓行為無效卻有害交易安全。故抵押物無論移轉予何人，應使抵押權不受影響。若抵押人因未履行通知義務致抵押權人受有損害者，抵押權人尚可依侵權行為請求損害賠償，此亦可達保護交易安全之目的。

依上述學說認為個案中應《擔保法司法解釋》第 67 條關於「抵押權存續期間，抵押人轉讓抵押物未通知抵押權人或者未告知受讓人的，如果抵押物已經登記的，抵押權人仍可以行使抵押權」。惟《物權法》位階高於司法解釋，按下位階規範不得牴觸上位規範之原則，《物權法》應優先適用。此見解僅得為立法論上之建議。

2. 索特公司之責任

履行遲延係指債務人能夠履行，但在履行期間屆滿時卻未履行之情形¹⁵⁷。本案二審法院認為，雙方既已約定轉讓方負有義務消除轉讓土地上之抵押權，轉讓人卻消極不履行，且未履行並無正當事由，故可認為其已構成履行遲延。轉讓人於訴訟中請求解除契約，顯示出其已不履行合同義務，依《合同法》第 108 條轉讓人已構成根本違約。

債務人履行遲延且無免責事由時，債權人可請求債務人實際履行、賠償損害、支付違約金¹⁵⁸或是解除合同¹⁵⁹。本案當事人合同中已約定違約金，就遲延履行所約定之違約金，原則上為賠償性違約金，其係對於遲延損害之賠償額預定¹⁶⁰。故新萬基公司向索特公司請求支付違約金為有理由¹⁶¹。

（五）兩岸法之比較

1. 土地所有權之歸屬

中國大陸採土地公有制，國家為土地所有權人，故囿於土地所有權不能流轉，國家即以所有權人身分將土地使用權出讓給土地使用人，並收取出讓金，受讓人取得土地使用權後，與他人訂定土地使用權轉讓合同，成為轉讓合同之轉讓人，進入土地使用權交易的二級市場¹⁶²。

¹⁵⁶ 崔建遠(2010)，〈關於中國大陸擔保物權若干問題〉，《中國大陸民法發展系列講座》，國立政治大學法學院主辦，2010年10月19日，頁16。

¹⁵⁷ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁344，法律出版社。

¹⁵⁸ 《合同法》第114條第3款規定：「當事人就遲延履行約定違約金的，違約方支付違約金後，還應當履行債務。」

¹⁵⁹ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁352-356，法律出版社。

¹⁶⁰ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁355，法律出版社。

¹⁶¹ 惟本案二審法院認為：「新萬基公司以其計畫開發投入的總投資數額為依據主張索特公司應給付6000萬元違約金的請求，系以合作開發為前提，與本案事實不符，本院不予支援。」僅判決索特公司支付違約金4038萬元。

¹⁶² 王淑華(2009)，〈土地使用權轉讓合同與物權變動之效力辨析〉，《法學論壇》，2009年第9期，

土地使用權轉讓合同除適用《民法通則》及《合同法》關於合同效力的一般認定外，並無其他法律界定土地使用權轉讓合同之效力¹⁶³，故其應為非典型契約。依《合同法》第 124 條，其仍適用總則規定，並可參照分則或其他法律最相類似之規定。非典型契約仍須適用《合同法》總則及《民法通則》中民事法律行為之規定¹⁶⁴。故本案當事人間之權利義務關係首應依當事人約定，當事人無約定者則應參照相類似之規定或交易慣例等。

在臺灣，私人亦可為土地所有權人，故當事人通常直接訂立買賣或贈與契約移轉所有權，進而同時取得使用收益權。出賣人負有將所有權移轉予買受人之義務，若買賣標的物為不動產，該物權行為除應有交付合意外，尚須移轉登記始生物權變動之效力。

2. 抵押物移轉之效力

《擔保法》及《物權法》為保護抵押權人故立法限制抵押人轉讓抵押物¹⁶⁵。抵押人違反相關規定時其法律效果為何？有學者認為僅因抵押人違反通知義務，即認定抵押物移轉無效，將有害交易安全，不僅無法有效保護抵押權人，亦不符《擔保法》立法目的¹⁶⁶。

本案第一、二審法院就當事人間轉讓合同效力見解不同。一審法院認為抵押人所為之土地使用權移轉行為無效，故轉讓合同為無效合同，甚而無解除或請求違約金之問題。二審法院則認為移轉無效效力不應及於物權變動之原因行為，當事人簽訂的《聯合開發協定》及《補充協定》為土地使用權轉讓的原因行為即債權形成行為，故仍為有效。

臺灣承認抵押權之追及效力，民法第 867 條即明文規定：「不動產所有權人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響」，故縱抵押人移轉之土地設有負擔，抵押人為抵押物之所有權人，自有處分其財產之權利，且依民法第 153 條第 1 項雙方互相意思表示一致者，契約即成立，故該移轉土地之債權行為或物權行為均為有效，亦不影響抵押權人之抵押權。

3. 臺灣法之比較

本案情形之法律關係，在臺灣應較近似買賣契約，出賣人依民法第 348 條負有交付，並使買受人取得所有權之義務。若出賣人未使買受人取得所有權，出賣人則可能應負債務不履行之責任。

此外不動產縱設有抵押權，抵押人亦不因此喪失抵押物之法律上處分權，抵

頁 71。

¹⁶³ 王淑華(2009)，〈土地使用權轉讓合同與物權變動之效力辨析〉，《法學論壇》，2009 年第 9 期，頁 70。

¹⁶⁴ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁 40，法律出版社。

¹⁶⁵ 鄒海林(1999)，〈抵押物的轉讓與抵押權的效力〉，《法學研究》，1999 年第 4 期，頁 137。

¹⁶⁶ 鄒海林(1999)，〈抵押物的轉讓與抵押權的效力〉，《法學研究》，1999 年第 4 期，頁 140。

押人可不待抵押關係消滅而為抵押物之買賣或讓與¹⁶⁷。故本案就已設定負擔之土地訂立之買賣契約，以及移轉該土地之物權行為均為有效。抵押權人亦不得主張抵押人與他人間成立之買賣契約為無效¹⁶⁸。

依民法第 867 條，抵押權並不因抵押物移轉而受影響。亦即抵押權人仍得追及抵押物之存在，行使其抵押權¹⁶⁹。故抵押人移轉抵押物予他人，抵押權人仍得就該抵押物實行抵押權，縱該抵押物所有權人已非索特公司亦同。

本案中當事人尚約定轉讓方負有除去抵押權之義務，然轉讓方卻遲未清償債務以塗銷該土地抵押權登記，此為可歸責於轉讓方之事由，故索特公司對受讓人應負債務不履行之責任，亦即應依約定支付違約金。

(六) 結論

本案主要爭執在於抵押人未經抵押權人同意移轉抵押物之行為效力為何，依《物權法》及《擔保法》等，該移轉行為似為無效。然有學者認為若將移轉行為認定無效，對交易安全顯然保護不周，且阻礙財產流通，故主張應適用《擔保法司法解釋》第 67 條，使抵押權人仍可行使抵押權。惟礙於《物權法》法律位階較高，學者亦僅得對立法論提出建議¹⁷⁰。

此外中國大陸曾長期將不動產物權變動效力與合同效力混為一談，然藉由相關立法修正，有學者指出其已確立折衷主義物權變動模式，亦即基於法律行為而發生的物權變動，係以債權合同有效及公示登記為要件¹⁷¹。

本案二審法院將債權合同及物權移轉行為分開觀察，認為移轉行為無效效力不應及於原因行為，其論述似較接近德國物權形式主義模式。兩者所採見解是否可能產生衝突，此可能影響當事人間合同之效力，恐有探究之必要。

中國大陸法律體系上並無一部統一民法典，其乃係各別制定《民法通則》、《合同法》、《物權法》及《擔保法》等。司法實務上亦經常適用司法解釋，如：《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》、《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋》等，與臺灣實務有顯著不同。

中國大陸發展快速，兩岸來往日益頻繁，熟悉兩岸規範儼然已為吾人所應具備之能力，尤其針對兩岸規範不同之處，就中國大陸相關規範及解釋如有適用衝

¹⁶⁷ 謝在全(2010)，《民法物權論》(中)，修訂五版，頁 396-397，自版。

¹⁶⁸ 司法院院解字第 3335 號解釋。

¹⁶⁹ 司法院院解字第 1771 號解釋。

¹⁷⁰ 崔建遠(2010)，〈關於中國大陸擔保物權若干問題〉，《中國大陸民法發展系列講座》，國立政治大學法學院主辦，2010 年 10 月 19 日，頁 21。鄒海林(1999)，〈抵押物的轉讓與抵押權的效力〉，《法學研究》，1999 年第 4 期，頁 150。

¹⁷¹ 王淑華(2009)，〈土地使用權轉讓合同與物權變動之效力辨析〉，《法學論壇》，2009 年第 9 期，頁 69。

突時，首應注意其適用順序¹⁷²，以判斷當事人間之權益，更避免適用法律錯誤之情形。

二、貴州劍江化肥廠案

(一) 案例事實

貴州劍江化肥廠(下稱劍江化肥廠)從 1989 年 10 月開始，至 1995 年間，向黔南銀行借款共五次，簽訂借款合同，分別為黔信字第 4 號《中國人民建設銀行基本建設借款合同》、黔信字第 5 號《中國人民建設銀行基本建設借款合同》、(91)貸字第 009 號的《中國人民建設銀行借款合同》、(92)建貸字第 2 號的《中國人民建設銀行借款合同》、(93) 勻建貸字第 2 號的《中國人民建設銀行借款合同》，皆由貴州開磷有限責任公司為借款之保證人。

黔南銀行依約支付借款，但貴州劍江化肥廠並未如期償還，黔南銀行於 1999 年將上述之債權轉讓給中國信達資產管理公司(下稱信達公司)。信達公司於 1999 年 12 月 8 日向保證人開磷公司送達了「擔保權利轉移通知」，開磷公司在「擔保權利轉移通知回執」上註明「貸款保證期已過，我公司不再承擔擔保責任」。

2004 年，貴州省黔南布依族苗族自治州中級人民法院(下稱黔南中院)依法裁定劍江化肥廠破產，於 2005 年 12 月 22 日裁定劍江化肥廠破產程式終結，並於同月 26 日在法院公告欄中張貼公告。於 2006 年 1 月 17 日再次在《人民法院報》刊登該公告。2007 年 6 月 25 日，信達公司在黔南中院領取了(2004)黔南民二破字第 1—2 號民事裁定書，並在該院送達回證上簽收該裁定書。2007 年 11 月 2 日，信達公司向原審法院提起訴訟，請求開磷公司向其履行保證責任，代被保證人貴州劍江化肥廠償還借款本息。

貴州省高級人民法院認為，本案中五個借款合同並不違反法律規定，應為有效。由於上述合同均是在《中華人民共和國擔保法》頒佈實施前簽訂，應適用法發〔1994〕8 號最高人民法院《關於審理經濟合同糾紛案件有關保證的若干問題的規定》(以下簡稱 8 號文)的有關規定，認定合同中所涉及的擔保方式、擔保期限以及擔保效力。因上述合同均未明確約定保證人開磷公司應承擔的保證責任方式，根據 8 號文第 7 條之規定，「保證合同沒有約定保證人承擔何種責任的，或者約定不明確的，視為保證人承擔賠償責任。當被保證人到期不履行合同時，債權人應當首先請求被保證人清償債務。強制執行被保證人的財產仍不足以清償其債務的，由保證人承擔賠償責任」，以及最高人民法院《關於涉及擔保糾紛案件的司法解釋的適用和保證責任方式認定問題的批復》第二條關於「擔保法生效前訂立的保證合同中對保證責任方式沒有約定或約定不明的，應當認定為一般保證」之規定，開磷公司的保證責任方式應認定為一般保證。

¹⁷² 如依下位規範不得牴觸上位規範之原則，法律位階高於司法解釋，因此應優先適用法律之相關規定。

因雙方當事人在合同中也未約定保證期間或未明確約定保證期間，根據 8 號文第十一條關於「保證合同中沒有約定保證責任期限或者約定不明確的，保證人應當在被保證人承擔責任的期限內承擔保證責任」，保證人承擔保證責任的期限應為兩年的訴訟時效期間。就黔信字第 4 號《中國人民建設銀行基本建設借款合同》、黔信字第 5 號《中國人民建設銀行基本建設借款合同》、(91) 貸字第 009 號的《中國人民建設銀行借款合同》三筆債權，因信達公司均未向在保證期限內向開磷公司主張債權，故開磷公司對上述三筆借款債務之保證責任已依法免除。

就 (92) 建貸字第 2 號的《中國人民建設銀行借款合同》、(93) 勻建貸字第 2 號的《中國人民建設銀行借款合同》兩筆債權，由於信達公司在保證期間內向開磷公司主張權利，因此，其向開磷公司主張擔保債權的訴訟時效發生中斷。此後，信達公司在訴訟時效期間內，分別在《貴州日報》上刊登了債權催收公告，向開磷公司主張權利，同時又於 2001 年 10 月 2 日、2003 年 8 月 1 日通過自行送達、公證送達方式向開磷公司送達「履行擔保義務通知書」，要求開磷公司承擔擔保責任，因此上述兩筆擔保債權的訴訟時效因上述催收行為而多次發生中斷。

但在 2004 年 12 月 24 日，黔南中院依法裁定上述兩筆借款的債務人貴州劍江化肥廠破產還債，信達公司將本案所涉五筆債權作為破產債權進行申報，但因清償率為零而未獲得清償。根據法 (2002) 144 號最高人民法院《關於處理擔保法生效前發生保證行為的保證期間問題的通知》(以下簡稱 144 號文) 第 2 條關於「主債務人進入破產程式，債權人沒有申報債權的，債權人亦可以在上述期間內向保證人主張債權；如果債權人已申報了債權，對其在破產程式中未受清償的部分債權，債權人可以在破產程式終結後 6 個月內向保證人主張」的規定，信達公司應在貴州劍江化肥廠破產程式終結後 6 個月內向開磷公司主張其債權，即信達公司應在 2006 年 1 月 18 日至 2006 年 7 月 17 日的期間內向開磷公司主張擔保債權。信達公司雖於 2007 年 6 月 25 日領取破產終結民事裁定書，但該行為並不能產生重新計算訴訟時效期間的法律效果，故其在 2007 年 11 月 2 日起訴至法院向開磷公司主張擔保債權時，已超過 144 號文第 2 條規定的訴訟時效期間，已依法喪失勝訴權，開磷公司的保證責任已依法免除。因此，信達公司的上述主張無法律依據，原審法院依法予以駁回。

(二) 中國大陸保證制度之簡介

依中國大陸學者之解釋，保證乃指指債務人以外的第三人以其信用擔保債務人履行債務法律制度或擔保方式¹⁷³。保證作為擔保債權實現的手段之一，由於是以人的信用擔保債權的實現，故屬於人的擔保。中國大陸之保證契約具有從屬性及補充性，這與臺灣學者對於保證之理解並無不同。中國大陸學者多另外強調保

¹⁷³ 郭明瑞(1998)，《擔保法》，頁 30，中國政法大學出版社。轉引自費安玲(2004)，《比較擔保法：以德國、法國、瑞士、義大利、英國和中國擔保法為研究對象》，頁 7，中國政法大學出版社。

證的相對獨立性，即保證債務雖從屬於主債務，但仍是獨立於主債務以外之單獨債務¹⁷⁴，臺灣之實務與學說見解也承認保證為獨立之契約類形，故就這點，中國大陸與臺灣學者之見解並無不同。

保證在中國大陸亦為契約行為，但與臺灣不同的是，中國大陸在合同法中並未將保證列為一個獨立的契約類型，而僅是將其作為一般契約的擔保方式。由於中國大陸現在並無民法典，關於擔保制度的內容散落於各部法律，主要是規定於《中華人民共和國民法通則》、《中華人民共和國擔保法》、《中華人民共和國合同法》及《中華人民共和國海商法》等法律中¹⁷⁵。保證在民法通則第 89 條第 1 項¹⁷⁶有概括性的條文，在擔保法中則有較為詳細之規定，規定在第二章，共 32 條條文。

以下就擔保法中與臺灣保證制度不同之條文為一粗略的介紹。

1. 契約要式性

保證契約在臺灣之民法規定中為不要式契約，只要經當事人就代負履行責任之意思表示一致時即成立，而中國大陸之保證契約則需書面，擔保法第 13 條規定：「保證人與債權人應當以書面形式訂立保證合同。」此乃中國大陸保證契約之要式性。

如保證契約未以書面訂立，其效力為何，中國大陸學者有不同見解。一說認為未依法律規定則保證契約無效；一說則認為並非當然無效，保證人如履行債務，則可彌補形式上的欠缺¹⁷⁷。如認定保證契約為無效，則又涉及到無效保證的效果問題。擔保法第 5 條規定，有兩種不同看法，一說認為保證契約無效後，原則上保證人不負任何法律責任，例外在當事人在保證契約中有約定者，保證人始依約定負責；另一說則認為，保證無效，依該條第 2 款，保證人依據一般契約法原理承擔締約上過失責任¹⁷⁸。

最高人民法院關於貫徹執行《中華人民共和國民法通則》若干問題的意見(試行)第 108 條則解釋，主契約中寫明保證人的保證範圍和保證期限，並由保證人

¹⁷⁴ 田土城、寧金成(2001)，《擔保制度比較研究》，頁 87，河南大學出版社。

¹⁷⁵ 田土城、寧金成(2001)，《擔保制度比較研究》，頁 43-46，河南大學出版社。

¹⁷⁶ 民法通則第 89 條：「依照法律的規定或者按照當事人的約定，可以採用下列方式擔保債務的履行：

(一) 保證人向債權人保證債務人履行債務，債務人不履行債務的，按照約定由保證人履行或者承擔連帶責任；保證人履行債務後，有權向債務人追償。

(二) 債務人或者第三人可以提供一定的財產作為抵押物。債務人不履行債務的，債權人有權依照法律的規定以抵押物折價或者以變賣抵押物的價款優先得到償還。

(三) 當事人一方在法律規定的範圍內可以向對方給付定金。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行債務的，無權要求返還定金；接受定金的一方不履行債務的，應當雙倍返還定金。

(四) 按照合同約定一方佔有對方的財產，對方不按照合同給付應付款項超過約定期限的，佔有人有權留置該財產，依照法律的規定以留置財產折價或者以變賣該財產的價款優先得到償還。」

¹⁷⁷ 田土城、寧金成(2001)，《擔保制度比較研究》，頁 98，河南大學出版社。

¹⁷⁸ 田土城、寧金成(2001)，《擔保制度比較研究》，頁 87，河南大學出版 102

簽名蓋章，視為書面保證合同成立。同條也規定公民間的口頭保證，有兩個以上無利害關係人證明的，也視為保證合同成立¹⁷⁹，但此解釋遭到學說批評，認為證人主觀性較強，影響法律適用的安定性，應廢除此項規定¹⁸⁰¹⁸¹。

2. 保證人資格

關於保證人的資格，中國大陸學者提出兩個要件，一為保證人應具有相應的民事行為能力，二為保證人應具有代償能力¹⁸²。前項要件是因為保證為契約行為，又為單務契約，故無行為能力人、限制行為能力人並不能獨立訂立契約。而法人為民法上權利義務主體，得獨立為法律行為，但考慮到公司須對股東負責，所以可能對法人為保證人有所限制，如臺灣公司法第十六條第一項即規定：「公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。」擔保法在第八條至第十條亦對法人擔任保證人之資格加以限制¹⁸³。不過就此項要件之存否，中國大陸學者間仍有爭議。從擔保法第十條之文字觀察，保證人應有民事行為能力，而沒有民事行為能力的分支機構、職能部分如充任保證人須法人授權，但實際上是居於法人的代理人地位訂立保證合同。而從擔保法第七條之文字來看，由於中國大陸現行法上之其他組織大多不具有民事行為能力，故似乎並未強調保證人必須具有民事行為能力¹⁸⁴。

後項要件則規定在擔保法第七條：「具有代為清償債務能力的法人、其他組織或者公民，可以作保證人。」有學者見解認為，就是否「具代償能力」，需區分保證之內容而定。如果是擔保對債權人之損害賠償，保證人擁有足額的財產即有代償能力；如果保證責任是代主債務人履行非金錢債務之主契約，保證人僅有足額的金錢而無實際履行契約同規定之物、技術等，即不具有代償能力¹⁸⁵。

如以無代償能力之人為保證人，保證契約之效力如何，學說上有所爭議。有見解認為以無代償能力之人為保證人，該保證契約無效；惟反對見解則主張，保證人是否具清償能力不影響保證契約之效力，共有五點理由：

(1) 清償能力非行為能力，不具清償能力應不影響契約之訂立

¹⁷⁹ 最高人民法院關於貫徹執行《中華人民共和國民法通則》若干問題的意見（試行）第 108 條：「保證人向債權人保證債務人履行債務的，應當與債權人訂立書面保證合同，確定保證人對主債務的保證範圍和保證期限。雖未單獨訂立書面保證合同，但在主合同中寫明保證人的保證範圍和保證期限，並由保證人簽名蓋章的，視為書面保證合同成立。公民間的口頭保證，有兩個以上無利害關係人證明的，也視為保證合同成立，法律另有規定的除外。保證範圍不明確的，推定保證人對全部主債務承擔保證責任。」

¹⁸⁰ 田土城、寧金成(2001)，《擔保制度比較研究》，頁 98，河南大學出版社。

¹⁸¹ 貫徹執行《中華人民共和國民法通則》若干問題的意見（試行）之適用問題

¹⁸² 田土城、寧金成(2001)，《擔保制度比較研究》，頁 93-95，河南大學出版社。

¹⁸³ 擔保法第 8 條：「國家機關不得為保證人，但經國務院批准為使用外國政府或者國際經濟組織貸款進行轉貸的除外。」擔保法第 9 條：「學校、幼稚園、醫院等以公益為目的的事業單位元、社會團體不得為保證人。」擔保法第 10 條：「企業法人的分支機構、職能部門不得為保證人。企業法人的分支機構有法人書面授權的，可以在授權範圍內提供保證。」

¹⁸⁴ 王利明、崔建遠(1997)，《合同法新論·總則》，頁 519，中國政法大學出版社。

¹⁸⁵ 王利明、崔建遠，《合同法新論·總則》，頁 519，中國政法大學出版社。

(2) 清償能力本身具有不確定性

(3) 清償能力並非保證制度之本質

(4) 不限制清償能力之有無將有助於債權人慎重審查保證人之清償能力，以確保債權的實現。

(5) 中國大陸現行之民法通則並沒將清償能力做為保證人資格的必要條件¹⁸⁶。

如依此見解，則不論保證人之清償能力，保證契約均為有效。

臺灣民法之保證契約並未要求此項要件，又因臺灣民法上之保證契約只限於代負金錢債務的履行，或主債務內容為非金錢之履行，而因主債務人不履行而生的損害賠償，故不會產生保證人有無代主債務人履行非金錢債務的能力的問題。

3. 法定契約內容

擔保法第 15 條規定保證契約的內容，由法律明文規定契約最低限度應約定之內容¹⁸⁷，臺灣之保證契約依契約自由原則，並未規定保證契約之內容。惟擔保法第 15 條所規定保證合同之內容，多即為保證契約之必要之點，則是否有明文規定並無實質上之不同。

4. 以連帶保證為原則

保證具有從屬性、獨立性及補充性。根據補充性原則，保證人享有檢索抗辯權(又稱先訴抗辯權)。但由於檢索抗辯權並非保證契約之本質，故保證人得拋棄之，此時，為連帶保證契約。一般而言，皆以一般保證為原則，連帶保證為例外，連帶保證須當事人於契約中約定，保證人始喪失檢索抗辯權。但在擔保法中之規定與此原則相反，擔保法第 19 條規定：「當事人對保證方式沒有約定或者約定不明確的，按照連帶責任保證承擔保證責任。」由此可知，中國大陸擔保法較為保障債權人之權利，降低保證契約補充性原則的適用。

5. 人之擔保與物之擔保之關係

¹⁸⁶ 唐德華(1995)，《最新擔保法釋義》，頁 33-36，人民法院出版社。轉引自田土城、寧金成(2001)，《擔保制度比較研究》，頁 93-95，河南大學出版社。

¹⁸⁷ 擔保法第 15 條：「保證合同應當包括以下內容：

- (一) 被保證的主債權種類、數額；
- (二) 債務人履行債務的期限；
- (三) 保證的方式；
- (四) 保證擔保的範圍；
- (五) 保證的期間；
- (六) 雙方認為需要約定的其他事項。

保證合同不完全具備前款規定內容的，可以補正。」

擔保法第 28 條¹⁸⁸規定人之擔保與物之擔保之關係。後段乃是為保護保證人，避免因債務人之原因而喪失物之擔保，使保證人無法藉由清償主債務取得之代位權對物之擔保行使權利受償。該條前段則涉及物之擔保與人之擔保間是否有優先性的問題，解釋上看來似乎是採物保優先主義，但學者對此則有批評。

6. 保證責任期間

臺灣民法就保證責任期間規定於民法第 752 條、第 753 條，當事人得自行約定保證期間，如當事人約定，則保證人僅在保證責任期間負擔保證責任；如當事人未約定時，則規定保證人得於主債務屆清償期後定一個月以上之期限催告債權人對主債務人起訴，如債權人未於期限內對主債務人起訴，則保證人亦免其保證責任。

而中國大陸之擔保法第 25 條第一項規定：「一般保證的保證人與債權人未約定保證期間的，保證期間為主債務履行期屆滿之日起六個月。」故保證債務之責任期間如當事人未約定，一律適擔保法第 25 條，以主債務屆期後六個月為期間。學者則質疑本條規定與其說是補充當事人意思，不如說是對當事人意思的限制，使法律幹預當事人意思形成自由，合理性不足，應以催告期間取代法定保證期間¹⁸⁹。

(三) 本案爭點

中國大陸最高人民法院認為本案有兩個主要爭議，一為開磷公司提供保證的類型，二為信達公司是否在法律或司法解釋規定的期間內向保證人主張權利。

1. 開磷公司提供保證的類型

最高人民法院認為本案中開磷公司提供的保證在借款合同中有兩種表述：一是：「全部貸款到期，貸款方發出逾期通知三個月後，仍未歸還，貸款方可以直接從借款方或擔保方的各項投資和存款中扣收。」；二是：「貸款到期，借款方如不能按期償還，由擔保單位代為償還，擔保單位在接到黔南中心支行還款通知三個月後仍未歸還，黔南中心支行有權從借款方或擔保單位元的投資或存款戶中扣收，或委託其他金融機構扣收。」此外，開磷公司還就(93)勻建貸字第 2 號《借款合同》向黔南中心支行出具《借款擔保書》，承諾：「當借款單位不能履行借款合同如期償還借款本息條件時，本公司(廠)將無條件承擔責任，保證按照借款合同的規定，代借款單位償還所欠借款本息。本擔保書不可撤銷。本擔保書作為(93)年勻建貸字第 2 號借款合同的附屬檔，其有效期直至全部還清借款單位元

¹⁸⁸ 擔保法第 28 條：「同一債權既有保證又有物的擔保的，保證人對物的擔保以外的債權承擔保證責任(第)。債權人放棄物的擔保的，保證人在債權人放棄權利的範圍內免除保證責任。」

¹⁸⁹ 田土城、寧金成(2001)，《擔保制度比較研究》，頁 124，河南大學出版社。

應歸還借款本息為止。」

連帶責任保證與一般保證的區分為保證人是否享有先訴抗辯權，即債權人是否必須先行對主債務人主張權利並經強制執行仍不能得到清償時，方能要求保證人承擔保證責任。最高人民法院認為上述借款契約中的第一種表述，只要貸款屆至約定期限仍未償還，不論主債務人是否無清償能力，亦不論債權人是否已先向主債務人求償，債權人均得項保證人請求清償，則此處應為連帶責任保證。

上述借款合同中的第二種表述有「不能」字樣，最高人民法院區分「不能」文字之使用情形，如單純使用「不能」字樣，則具有客觀上債務人確無能力償還借款的含義，此時保證人方承擔保證責任可以認定為一般保證責任。如該「不能」字樣是與「按期」結合在一起使用，則僅是表明到期不能償還即產生保證責任。因此，第二種表述則為連帶保證責任。至於開磷公司為（93）年勻建貸字第2號借款合同提供的《借款擔保書》則更為明確的將保證責任界定為無條件承擔，亦為約定清楚的連帶責任保證。

綜上所述，最高人民法院認為本案開磷公司所負之保證責任皆為連帶保證責任。

2. 信達公司是否在法定期間內向保證人主張權利

由於本案借款的主債務人貴州劍江化肥廠已經破產，且破產程式已經終結，即使借款合同約定為一般保證責任，此時保證人的責任因主債務人的破產也已經產生。

由於本案訟爭的借款合同簽訂於《中華人民共和國擔保法》施行之前，最高人民法院認為原審法院適用法發〔1994〕8號最高人民法院《關於審理經濟合同糾紛案件有關保證的若干問題的規定》和法（2002）144號最高人民法院《關於處理擔保法生效前發生保證行為的保證期間問題的通知》¹⁹⁰確定本案的保證期間

¹⁹⁰《最高人民法院關於處理擔保法生效前發生保證行為的保證期間問題的通知》法[2002]144號各省、自治區、直轄市高級人民法院，解放軍軍事法院，新疆維吾爾自治區高級人民法院生產建設兵團分院：

我院於2000年12月8日公佈法釋[2000]44號《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》後，一些部門和地方法院反映對於擔保法實施前發生的保證行為如何確定保證期間問題沒有作出規定，而我院於1994年4月15日公佈的法發[1994]8號《關於審理經濟合同糾紛案件有關保證的若干問題的規定》對此問題亦不十分明確。為了正確審理擔保法實施前的有關保證合同糾紛案件，維護債權人和其他當事人的合法權益，經商全國人大常委會法制工作委員會同意，現就有關問題通知如下：

一、對於當事人在擔保法生效前簽訂的保證合同中沒有約定保證期限或者約定不明確的，如果債權人已經在法定訴訟時效期間內向主債務人主張了權利，使主債務沒有超過訴訟時效期間，但未向保證人主張權利的，債權人可以自本通知發佈之日起6個月（自2002年8月1日至2003年1月31日）內，向保證人主張權利。逾期不主張的，保證人不再承擔責任。

二、主債務人進入破產程式，債權人沒有申報債權的，債權人亦可以在上述期間內向保證人主張債權，如果債權人已申報了債權，對其在破產程式中未受清償的部分債權，債權人可以在破產程式終結後6個月內向保證人主張。

並無不當。但原審法院在認定保證期間時，對 144 號之解釋錯誤。

本案債權人向開磷公司主張權利的期間分為兩種情況，一是黔信字第 4 號、黔信字第 5 號、(91) 貸字第 009 號《借款合同》，黔南支行未在主債務人承擔責任期限的 2 年內向保證人開磷公司主張權利。二是 (92) 建貸字第 2 號、(93) 勻建貸字第 2 號《借款合同》黔南支行在主債務人承擔責任期限的 2 年內向保證人開磷公司主張了權利。對於第一種情況，黔南支行雖未在保證責任期間內向開磷公司主張權利，但其將債權轉讓給信達公司後，由於 144 號文中明確規定擔保法生效前簽訂的保證合同沒有約定保證期間，主債務訴訟時效存續但未向保證人主張過權利的，應當在「自 2002 年 8 月 1 日至 2003 年 1 月 31 日止」的時間內向保證人主張權利，故信達公司可於 2002 年 8 月 1 日至 2003 年 1 月 31 日 6 個月期間內，向保證人開磷公司主張權利，則信達公司在 144 號文指定的期間內向開磷公司主張了權利，並於 2002 年 12 月 12 日起算訴訟時效。在第二種情況中，黔南支行在主債務人承擔責任期限的 2 年內向保證人開磷公司主張了權利，從其主張權利起開始計算訴訟時效。而 144 號文第 2 條規定的「債權人可以在破產程式終結後 6 個月內向保證人主張」仍然是延續 144 號文第 1 條關於 6 個月保證期間的規定，在訟爭借款已經開始起算訴訟時效的情形下，不再適用 6 個月保證期間的規定。

由於上述兩種情況下起算訴訟時效後，黔南中心支行與信達公司連續主張權利，使訴訟時效多次中斷，因此，原審判決以信達公司未在法定期間內向保證人開磷公司主張權利而駁回其訴訟請求不當。

(四) 臺灣法之比較

1. 連帶保證

保證契約具有補充性，所謂的補充性，是指在數權利間，一權利之發生或行使以其他權利無法受償為前提¹⁹¹，民法第 745 條規定保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償的規定，即為保證契約補充性的展現。由於補充性並非保證契約的本質，故民法允許保證人拋棄先訴抗辯權。

就連帶保證之認定，通常依訂約當時客觀情形及解釋契約探求當事人之真意加以認定。可能情形如下：

(1) 契約文義明確記載保證人拋棄先訴抗辯權¹⁹²

三、本通知發佈時，已經終審的案件、再審案件以及主債務已超過訴訟時效的案件，不適用本通知。

¹⁹¹ Medicus, Subsidiarität von Ansprüchen, JuS 1977, 637。轉引自楊淑文(2001)，〈論連帶保證與連帶債務〉，《臺灣本土法學》，第 25 期，頁 24。

¹⁹² 94 年度臺上字第 354 號判決：「……系爭契約第十一條係約定「保證人保證乙方（即京菱公

(2) 契約文義與民法第二七三條規定之情形相符¹⁹³

(3) 契約解釋：依訂約當時客觀情形及解釋契約探求當事人之真意¹⁹⁴

本文中，是否為連帶保證乃事實認定之問題，依第一種契約條款之文義，應得認為是屬連帶保證。惟就第二種條款，應再就訂約當時客觀情形及解釋契約探求當事人之真意加以判斷，

2. 保證責任期間

臺灣破產法並無如中國大陸最高人民法院 144 號解釋之規定，又在臺灣民法債編實施前的保證債務，其保證責任期間之起算，由於民法以不溯及既往為原則，故原則上依債編施行法第 1 條，因無特別規定，故不適用民法第 752 條、第 753 條。

三、新疆亞坤商貿有限公司與新疆精河縣康瑞棉花加工有限公司買賣合同糾紛案

(一) 前言

本判決係中國大陸最高人民法院於 2006 年 9 月 12 日所為之終審判決，判決字號(2006)民二終字第 111 號。本判決乍看之下很少援引到合同法條文，然事實上所設及到的合同法概念甚為重要，包括總則及分則買賣合同的條文，本文擬就找出合同法中相對應之條文，來探討本案所涉及之合同法爭點。

(二) 案例事實

2004 年 1 月 2 日，新疆亞坤商貿有限公司(下稱亞坤公司)與新疆精河縣康瑞棉花加工有限公司(下稱康瑞公司)簽訂了一紙「棉花銷售合同」，約定康瑞公司向亞坤公司提供 229 級(二級)皮棉 1370 噸，每噸單價 16900 元人民幣(總價為 23153000 元)。皮棉質量按中國國家棉花質量標準 GB1103-1999 執行，康瑞公司對質量、重量負責到底，如質量、重量出現重大問題，以公證檢驗為準。付款方式：亞坤公司限預付 1000 萬元定金，並在 2004 年 1 月 15 日前將餘額匯入康瑞公司帳戶。違約責任：當事人一方不履行合同約定的義務，另一方有權單方終止合同，同時違約方應按未履行合同金額的 10%向另一方償付違約金。合約簽訂

司)確遵履行契約約定，如因違約損害甲方(即被上訴人)權益時，保證人願負連帶損害賠償責任，並願放棄先訴抗辯權。」，足見保證人係與被上訴人為連帶保證之約定……」

¹⁹³ 96 年度臺上字第 24 號判決：「……且被上訴人基於系爭保證書，得於任何時期請求上訴人給付 Giantronics Pte Ltd.所積欠之債務。該保證書之約定與連帶保證債務之債權人得同時或先後向保證人為全部給付請求之要件相符，可認屬連帶保證契約……」

¹⁹⁴ 98 年度臺上字第 1652 號判決：「……查上訴人簽訂系爭保證書之時間、金額，雖與太府公司設定之抵押權相近，然簽訂該保證書時，苟僅單純為擔保上開太府公司所借之一億元債務，理應簽署一般保證契約書即可，乃上訴人簽署如上述內容之系爭保證書，該契約文義並明確記載最高限額保證之意，即不能捨契約文字而更為曲解，其辯乙太府公司設定一億二千萬元最高限額抵押權之日期，與其簽立系爭保證書，日期、金額相同，及被上訴人向李嘉綺求償及和解事實，依訂約當時客觀情形及解釋契約探求當事人之真意，僅係一般保證，保證債務不及於主債務人之保證債務云云，亦非足採。……」

後，亞坤公司於當日即向康瑞公司支付預付貨款 650 萬元，康瑞公司於收到預付貨款後即開始發貨。因康瑞公司的庫存僅剩 1147.535 噸，因此通知亞坤公司暫時按此數量支付貨款，2004 年 1 月 7 日，康瑞公司按照合同向亞坤公司交付 1173.947 噸棉花(一級棉 3900 包；二級棉 9620 包)及全部皮棉分次的出廠檢驗報告單，2004 年 1 月 12 日前亞坤公司亦將餘額 12893348.4 元貨款匯入康瑞公司帳戶。

2004 年 6 月 12 日，亞坤公司因與廣東錦興布業有限公司訂定棉紗購銷合同，欲將部分棉花委託新疆博洲紡織有限公司加工成紗，2004 年 7 月 2 日透過博洲纖維檢驗所公證檢驗發現，康瑞公司所售之棉花等級與當時所提供之出廠檢驗單表明之質量不符，重量也有差異。

隨後亞坤公司又將其於棉花出售給四川棉麻集團有限公司及湖北省神龍紡織實業有限公司，經四川及湖北之檢驗所檢驗後均發現棉花之質量與重量皆不符當初買賣契約之約定，使得亞坤公司遭買方扣價或要求退貨，蒙受損失。

爲此，亞坤公司起訴請求：解除雙方簽定之棉花銷售合同，康瑞公司應退還亞坤公司貨款 19393348.4 元，並返還定金 460 萬元及負擔訴訟費用。

原審法院經審理認爲，本案雙方合同的實際旅行過程中，康瑞公司向亞坤公司支付的皮棉存在嚴重的質量和數量問題，導致亞坤公司與新疆博洲紡織有限公司的委託加工合同不能履行，亞坤公司的買賣合同目的不能實現，康瑞公司的行爲構成根本違約，故亞坤公司要求解除合同的訴訟請求符合法律規定和雙方當事人的約定有理由。該院根據《中華人民共和國合同法》第九十四條第四項之規定，判決：一、解除亞坤公司、康瑞公司之棉花購銷合同；二、康瑞公司賠償本金損失 6659 358.11 元的 70%即 4661550.67 元。於該判決生效後十五日內一次性支付。餘額損失由亞坤公司自負。

(三) 最高人民法院見解

棉花質量與數量是否符合合同約定，亞坤公司是否存在損失以及損失如何計算爲本案爭議的主要爭點。而對於定金的認定及買賣合同應否解除雙方亦存有爭議。

最高人民法院在審理及調查相關人證及物證後，做出下列判斷：

1. 本案《棉花購銷合同》、《檢驗證書》與《公證檢驗證書》相對照，康瑞公司向亞坤公司少交付皮棉 62.745 噸；棉花等級由《棉花購銷合同》、《檢驗證書》承諾的二級降爲三級、四級。該品質減等、重量虧噸的情形不僅構成違約，而且給亞坤公司造成了實際損失，對此，康瑞公司應當依據合同價格及雙方交易時的市場行情向亞坤公司作出賠償。

2. 原審判決認定亞坤公司存在資金損失是正確的，但確認賠償範圍的標準

不當。本案合同簽訂的 2004 年 1 月份，恰逢國內棉花市場價格飛漲，但到了 2004 年 5、6 月份以後，棉花市場價格回落，此期間每噸相差 5000-6000 元。該部分收益損失顯屬市場風險造成的，非為雙方當事人所能預見，亦非康瑞公司過錯所致。因康瑞公司與該部分損失之間不存在因果關係，故康瑞公司不應承擔市場行情變化導致的亞坤公司的收益損失。亞坤公司在購買棉花時所發生的實際損失，即棉花重量虧噸損失及品質減等的差價損失予以確認，對於其他損失部分，即市場風險所致的收益損失、轉售期間發生的運輸費用、與案外人發生的借貸利息損失均因缺乏合同依據及法律依據而不予支持。

3. 在本案的買賣合同中，因康瑞公司少交貨及與合同約定品質不符部分貨物的價值合計為 1 504 870·8 元，約占合同總金額 19 393 348·4 元的 8%，不僅違約部分價值不高，而且並未因此實質剝奪亞坤公司再次轉售從而獲取利潤的機會，並不影響亞坤公司合同目的的實現。在康瑞公司與亞坤公司之間的買賣合同已經履行完畢，亞坤公司業已將棉花全部售出的事實基礎上，本院認為康瑞公司不適當履行合同的行為僅構成一般違約，並不構成根本違約，並不影響亞坤公司合同目的的實現，不構成《合同法》第九十四條關於解除合同的法定條件。

（四）《合同法》介紹與案例評析

本案為一買賣契約，契約雙方因標的物棉花的質量與重量皆與當初訂約時所約定的內容不符而提起訴訟。此案類型應為債務不履行中的不完全給付，在中國大陸的合同法中為違約責任的一種，稱為不完全履行。

1. 合同法中的違約責任

（1）違約責任之意義

違約責任，又稱「違反合同的民事責任」，是合同當事人不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定時，依法產生的法律責任。在現代合同法上，違約責任僅指違約方向對方承擔的財產責任，與行政責任和刑事責任完全分離，屬於民事責任的一種¹⁹⁵。

違約是典型的英美法系用語，大陸法系在此則稱為「債務不履行」。不過，學者認為債務不履行的內涵比違約更廣泛，不僅可以包括合同債務的不履行，也可以包括其他非合同債務的不履行，例如侵權行為、不當得利及無因管理等。另外，違約屬於一種性質的界定，並沒有具體區分違反了何種合同義務；而債務不履行則能夠進行量的界定，可以具體區分為給付義務、附隨義務等的不履行，進而可以明確其相應的法律後果。從此角度來看，債務不履行是一種比違約更科學的用語¹⁹⁶。

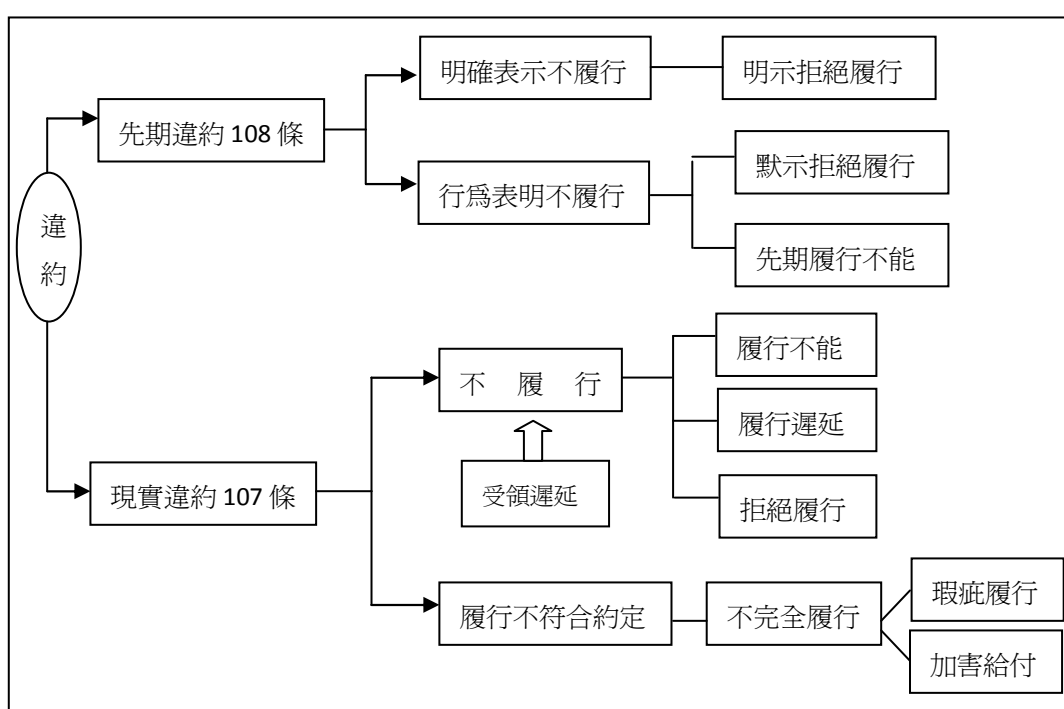
¹⁹⁵ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁 680，法律出版社。

¹⁹⁶ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁 687，法律出版社。

(2) 本案之違約責任

正常情況下，合同關係因債務的履行而達到目的，從而歸於消滅。「履行障礙」則是指合同履行遇到障礙，合同履行的不正常展開，其所設及的範圍非常廣，最主要的就是債務不履行。如前所述，違約應為包含於債務不履行的一種概念，及違反合同義務的部分，在大陸民法中的用語為「不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定」¹⁹⁷，這裡的合同義務，併不僅限於給付義務，尚包括根據誠信原則、合同的性質、目的和交易習慣發生的通知、協助、保密等附隨義務¹⁹⁸。違反這些附隨義務時，同樣屬於違約，可以發生違約責任¹⁹⁹。

由上可知，違約是合同法中的一個重要概念，而根據履行障礙中的債務不履行類型，可以將其體系整理於下表²⁰⁰：



本案為買賣標的物存有不符合約定的質量與重量，應為現實違約中的履行不符合約定，出賣人康瑞公司有不完全履行中的瑕疵履行情形。依合同法第 107 條規定，履行合同義務不符合約定之一方當事人，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。

2. 瑕疵擔保制度在合同法中的地位

¹⁹⁷ 合同法第 107 條：「當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。」

民法通則第 111 條：「當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定條件的，另一方有權要求履行或者採取補救措施，並有權要求賠償損失。」

¹⁹⁸ 合同法第 60 條：「I 當事人應當按照約定全面履行自己的義務。II 當事人應當遵循誠實信用原則，根據合同的性質、目的和交易習慣履行通知、協助、保密等義務。」

¹⁹⁹ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁 420-421，法律出版社。

²⁰⁰ 韓世遠(2008)，《合同法總論》，第二版，頁 524，法律出版社。

瑕疵擔保責任是民法買賣契約中的一個重要的核心制度，因買賣標之物之不同可分為權利瑕疵擔保及物之瑕疵擔保兩種類型，所謂物之瑕疵擔保係指出賣人必須確保其所交付之標之物具備通常之效用及價值，如有不符者，無論是否可歸責於出賣人，出賣人都應對於買受人依法負擔瑕疵擔保責任。大陸合同法亦有此制度之設計，第 153 條規定：「出賣人應當按照約定的質量要求交付標之物。出賣人提供有關標之物質說明，交付的標之物應當符合該說明的質量要求。」第 154 條：「當事人對標之物的質量要求沒有約定或者約定不明確，依照本法第六十一條的規定仍不能確定的，適用本法第六十二條第一項的規定。」

在大陸法系中瑕疵擔保責任是不同於違約責任的另一種法定責任，其理論認為，違約責任屬於過失責任，當事人承擔違約責任的前提是他對違約行為有過失；而瑕疵擔保責任是無過失責任，只要所出賣之物有瑕疵，無論其是否有過失，該責任都要承擔。大陸學者認為，大陸合同法於總則的違約責任規定是採取無過失理論，不考慮違約方的主觀狀態，只要有違約行為，就應當承擔違約責任，因此沒有必要在違約責任之外再設立瑕疵擔保責任²⁰¹²⁰²。是故大陸合同法中在物之瑕疵擔保制度中沒有單獨的法律效果，依第 155 條：「出賣人交付的標之物不符合質量要求的，買受人可以依照本法第一百一十一條的規定要求承擔違約責任。」回歸到合同法總則中的違約責任。

這樣的立法方式，學者認為出賣人的物的瑕疵擔保責任在合同法上已經被統合進了違約責任，合同法採取的是違約責任「單軌制」，而不是違約責任與瑕疵擔保責任並存的「雙軌制」。違約責任是一個統一的概念，應當作統一的解釋，不宜人為地製造分裂²⁰³。

但亦有學者主張，瑕疵擔保制度在合同法中只是形式上歸併於總則，但實質上並未完全統合，因為瑕疵擔保仍有其特有的制度內容被保存下來，且不論是所應負的義務及救濟方式都有所不同，因此瑕疵擔保制度在合同法中是相對獨立存在的，並沒有被統合²⁰⁴。合同法把瑕疵擔保融入到違約責任中來，使得瑕疵擔保自身的特殊性喪失。應該專章規定瑕疵擔保制度，使其功能得到徹底發揮²⁰⁵。

以上兩說，目前大陸實務及學說多數似採前者，以單軌制進行運作。回到本案，康瑞公司所交付的棉花存有質量上的瑕疵，不符約定之要求，依第 155 條規定，買受人亞坤公司得依第 111 條有權要求康瑞公司補救或是請求賠償損失。

3. 合同解除之條件

²⁰¹ 胡康生主編(2009)，《中華人民共和國合同法釋義》，第二版，頁 235-236，法律出版社。

²⁰² 另外，合同法起草時所採納英美法的「默示擔保制度」思維，較便於操作且與民法總則的規定相一致。

²⁰³ 韓世遠(2007)，〈出賣人的瑕疵擔保責任與我國合同法〉，《中國法學》，2007 年第 3 期，頁 170-190。

²⁰⁴ 崔建遠(2006)，〈物之瑕疵擔保責任的定性與定位〉，《中國法學》，2006 年第 6 期，頁 32-43。

²⁰⁵ 張傳(2007)，〈論買賣合同的瑕疵擔保責任〉，《河北法學》，2007 年第 2 期，頁 111-115。

依中國大陸合同法第 94 條規定：「有下列情形之一的，當事人可以解除合同：

- (一) 因不可抗力致使不能實現合同目的；
- (二) 在履行期限屆滿之前，當事人一方明確表示或者以自己的行為表明不履行主要債務；
- (三) 當事人一方遲延履行主要債務，經催告後在合理期限內仍未履行；
- (四) 當事人一方遲延履行債務或者有其他違約行為致使不能實現合同目的；
- (五) 法律規定的其他情形。」

本條是關於當事人得解除合同的情況規定。大陸學者稱之為法定解除規定。法定解除是指合同生效後，沒有履行或者為履行完畢前，當事人在法律規定的解除條件出現時，行使解除權而使合同關係消滅²⁰⁶。本件爭議所涉及的是標的物之瑕疵是否構成第四項中的「其他違約行為致使不能實現合同目的」，致使不能實現合同目的的其他違約行為，主要指違反的義務對合同目的的實現十分重要，如一方不履行這種義務，將剝奪另一方當事人根據合同有權期待的利益，此情形亦稱為根本違約²⁰⁷。其中一種根本違約的情況為履行質量與約定嚴重不符，無法通過修理、替換、降價的方式予以補救，比如約定交付的是一級棉花，但交付的卻是買方根本無法使用的等外品，此時買方購買棉花之目的無法達成²⁰⁸，得依本條向行使解除權，結束契約關係。本件棉花質量的差異與此情況類似，原告主張其購買棉花之目的在於加工，因此棉花質量不符導致契約目的不達而主張行使解除權，但因有部分棉花原告係透過買賣契約轉賣給他人，並非全部拿來加工，因此最高人民法院認為，原告買賣棉花之目的不單純係加工，也有轉賣賺取價金的可能，原告亦無法證明之，而質量導致的價差是可以透過康瑞公司用金錢補足之，因此並非根本違約，不符合第 94 條第 4 項所指之導致合同目的不能實現，不構成行使解除權之事由，不得解除。

(五) 臺灣法之比較

本案的爭議在臺灣民法中為一不完全給付的案例，其中還涉及到買賣契約出賣人的物之瑕疵擔保義務，以及此情況下買受人依臺灣民法是否得主張解除買賣契約請求損害賠償之問題，以下分就兩大爭點進行探討：

1. 關於不完全給付與物之瑕疵擔保部分

依民法第 354 條規定：「物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵（第

²⁰⁶ 胡康生主編(2009)，《中華人民共和國合同法釋義》，第二版，頁 155，法律出版社。

²⁰⁷ 韓世遠(1999)，〈根本違約論〉，《吉林大學社會科學學報》，1999 年第 4 期，頁 34。

²⁰⁸ 胡康生主編(2009)，《中華人民共和國合同法釋義》，第二版，頁 158-159，法律出版社。

1 項)。出賣人並應擔保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質（第 2 項）。」出賣人對於所出賣之物應負有擔保標之物無瑕疵之義務。本件康瑞公司交付給亞坤公司的棉花，經鑑定後被法院認定為質量及重量與契約約定不符，應認為康瑞公司所交付之標之物存有瑕疵，應負擔擔保之瑕疵擔保責任。買受人亞坤公司得依第 359 條之規定，主張解除契約或請求減少價金。又雙方契約約定康瑞公司對於棉花之質量重量負責到底，並於交付標之物時亦有交付一檢驗報告書，保證其棉花之品質為一級及二級品，可視為出賣人保證品質²⁰⁹，依第 360 條，出賣人對於買賣標之物有保證品質者，標之物缺少其所保證之品質，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償。亞坤公司得依本條不解除契約或請求減少價金，轉而向康瑞公司請求因物之瑕疵所受之損害賠償。

臺灣民法繼受大陸法系之傳統，不完全給付之債務不履行及物之瑕疵擔保是兩個各自獨立的請求權體系。臺灣實務認為²¹⁰，當發生物之瑕疵時，如該瑕疵係發生於契約成立後，且可歸責於出賣人者，則出賣人應另負不完全給付之債務不履行責任，買受人除了有買賣契約之下的物之瑕疵擔保請求權外，亦有依第 227 條第 1 項規定依給付遲延或是給付不能之規定請求出賣人負擔債務不履行之責任的權利。換言之，依臺灣實務見解，本件原告亞坤公司除了主張物之瑕疵擔保之外，還可依第 227 條第一項，依給付遲延的規定請求康瑞公司依第 231 條賠償因遲延所受之損害²¹¹。

2. 關於契約解除部分

但根據法院調查之結果，本買賣標之物在質量與重量上的瑕疵影響價值合計 1504870.8 元人民幣，僅占總契約金額之 8%，程度不高，此時解除契約是否顯失公平頗有爭議。最高人民法院係認為此情形影響甚小，不構成根本違約，因此判決買受人亞坤公司主張解除契約無理由。依臺灣民法第 359 條關於物之瑕疵擔保責任之效果規定，買受人雖可請求減少價金或解除契約，但依情形，解除契約顯失公平²¹²者，買受人僅得請求減少價金而不能主張解除契約。因此本案如所涉及之瑕疵占契約標的極為渺小，應認解除契約顯失公平，亞坤公司僅得請求減少價金，不得解除契約。

肆、未來趨勢

中國大陸合同法自 1999 年頒布以及實施以來，基本上已經累積不少實務經

²⁰⁹ 學者林誠二以為：「所謂保證...，不以有「保證」之字樣為限，只要依契約之內容、立約當時事實與其他一切證據資料判斷，具有保證之意思者及是。」參閱林誠二(2007)，《民法債編各論(上)》，修訂二版，頁 149，瑞興圖書。

²¹⁰ 最高法院 77 年第 7 次民事庭決議(一)。

²¹¹ 質量及重量不足係惟一可以價值差額或是補足重量來修補的瑕疵，因此非給付不能，是故係依第 227 條第 1 項得給付遲延之規定行使權利。

²¹² 林誠二教授認為：「所謂顯失公平，係指瑕疵對於買受人所生之損害與解除對於出賣人所生之損害，有失平衡而言。」林誠二(2007)，《民法債編各論(上)》，修訂二版，頁 136-137，瑞興圖書。

驗以及學說理論的沈澱。而合同法的適用上，最高人民法院也前後在 1999 年 12 月發布關於適用中華人民共和國合同法若干問題的解釋（一）以及在 2009 年 4 月關於適用中華人民共和國合同法若干問題的解釋（二），總體上形成一個完整的合同法律體系的法律框架。

就整個民法體系而言，合同法的適用一直較為穩定，也累積不少的實務案例與經驗。在未來中國大陸若進行民法典的立法之際，合同篇必然在其法典的編排中。就體例而言，現行合同法關於債之發生的發生僅以合同為主要，是以後續有關不當得利、無因管理等要項勢必得在債篇以債篇總則的安排加以整合，不另有較為大幅度的體例更動，同時總則必須與民法通則的相關規範作一連結，以使其體系更為周延。此外，合同法之相關內容，與侵權責任法和人格權中有許多有待整合的問題，此部分問題較大。

對於在中國大陸投資的台商而言，在合同法適用的問題上，因屬於外資的身份，最大的爭議為，許多投資事項均涉及行政主管機關的審批，往往使得行政行為與民事行為交織在一起，而讓外商投資的糾紛複雜化，尤其是行政審批對於民事合同效力的影響，成為在實務上糾紛處理的瓶頸。在合同法的適用上，尤其是在涉及外資的情境下，由於當事人來自不同國家，法律理念差異較大，利益爭奪激烈，調處難度高，使得台商在面對合同的適用上需要有更多的審慎因應。

第四章 侵權責任法

壹、立法沿革

2009年12月26日由全國人民代表大會常務委員會通過、公佈，並於2010年7月1日施行的《侵權責任法》，為中國大陸改革開放後，對「侵權責任」所制定之單行法。《侵權責任法》不僅總結學說見解及司法實踐之發展，同時借鑒比較法上各國研究成果，審酌中國大陸自身國情，並將此等因素表現於其立法內容。而在實證法上，《侵權責任法》的立法，改變以往歐陸法系國家將侵權行為列為債之發生原因的傳統，使「侵權責任」脫離債法而單獨立法，立法者並試圖在民事法領域，獨立並完善「侵權責任」的規範體系。因此就「侵權責任」而言，相較於《產品質量法》、《消費者權益保護法》或其他特別法，《侵權責任法》顯然具有基本法之性格。

本此旨趣，首先就《侵權責任法》制定前，實際規範「侵權責任」之相關規定，作概括之介紹，進而檢視《侵權責任法》的立法背景，以及立法過程中之重要因素，對於《侵權責任法》的生成及因數，描繪其輪廓與圖像。

一、《侵權責任法》制定前關於侵權責任之規定

「契約責任」與「侵權責任」向來為民事責任體系的兩大支柱，被認為是最重要的兩種民事責任類型。在前者，1999年施行的《合同法》，扮演了規範「契約責任」的角色；至於後者，過去主要透過《民法通則》、特別法，作為「侵權責任」的規範，但《侵權責任法》的施行，已使得「侵權責任」的規範體系發生變動。《侵權責任法》制定以前，侵權責任之相關規定，包括《民法通則》、部分行政性管理法律和法規、有關侵權責任之部委規章、以及最高人民法院司法解釋。其中《民法通則》、部分行政性管理法律和法規，具有成文法源之性質，而《民法通則》屬於侵權責任之基本法，行政性管理法律和法規屬於侵權責任之特別法；部委規章及最高人民法院司法解釋，則不具成文法源之性質，非屬法院裁判之依據，僅為裁判時之參考²¹³。

《民法通則》係於1986年4月21日頒布，1987年1月1日施行。原為民法總則之基本內容，但《民法通則》第六章設有侵權責任之相關規定，包括第106條、第107條、109條、第117條至第134條等21個條文，內容包括一般侵權行為、特殊侵權行為、過錯責任及無過錯責任之歸責原則、責任形式等關於侵權責任的基本規定。然而，觀察《民法通則》關於侵權責任之規定，仍有諸多解釋適用上之困難，例如：歸責原則體系並非完備、一般侵權行為規定上的不精確、

²¹³ 梁慧星（2010），〈中國侵權責任法的制定〉，《中國民事立法評說：民法典、物權法、侵權責任法》，頁267-268，法律出版社。

特別侵權行為類型化不足、民事責任方式規定過於繁雜等²¹⁴。從而就侵權責任的規範體系而言，《民法通則》的相關規定並非完整，造成法院適用上之困難，而在司法實踐上，即是以最高人民法院司法解釋為更具體、詳細之規定進行補充。

至於行政管理性法律、法規，包括《產品質量法》關於產品責任之規定、《道路交通安全法》第 76 條之機動車事故責任、《醫療事故處理條例》之醫療機構責任、教育部發布之《學生傷害事故處理辦法》等，主要係對於特殊侵權事件的規範。

最高人民法院司法解釋，包括《關於審理名譽權案件若干問題的解答》（1993 年）、《關於審理名譽權案件若干問題的解釋》（1998 年）、《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》（2001 年）、《關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋》（2003 年）等。最高人民法院的司法解釋，其作用在於彌補規範漏洞，統一法律見解，並指示法官如何進行裁判，因而實際上成為法院裁判時的依據，解釋上應認為具有事實上拘束力。就此言之，其效力相當於臺灣最高法院所作成之判例、決議，雖無法律上拘束力，事實上卻為法院裁判時所遵循²¹⁵，因此，司法解釋在司法實踐上扮演了極重要的角色。《侵權責任法》施行後，學說認為，在最高人民法院作成《侵權責任法》的司法解釋前，前述《關於審理名譽權案件若干問題的解答》等司法解釋，與《侵權責任法》有衝突者，應不再適用，列如死亡賠償金之司法解釋；至於《侵權責任法》未設規定之事項，但符合《侵權責任法》立法精神的司法解釋，仍得予以保留繼續適用，例如對於醫療費、誤工損失，或精神損害賠償的具體規定等²¹⁶。

二、《侵權責任法》之立法背景與過程

（一）立法背景

1998 年 3 月，第 8 屆全國人民代表大會常務委員會（以下簡稱為「全國人大常委會」）決定恢復民法典之起草工作，並委託民法學者、專家成立民法起草工作小組。而後中國大陸於 2001 年加入世界貿易組織後，被要求儘快改善其國內法制環境，全國人大常委會委員長李鵬遂要求於 2002 年完成民法典草案並經第一次審議。法制工作委員會於 2002 年 1 月 11 日召開民法典起草工作會議，委託專家學者完成民法典草案，該民法典草案於同年完成後，於 2002 年 12 月 23 日經第 9 屆全國人大常委會進行審議。惟於 2003 年第十屆全國人大常委會，鑑於民法典涉及之層面過廣，以及相關問題之複雜性，決定改採分編修改審議，各

²¹⁴ 參見楊立新（12/08/2009），從民法通則到侵權責任法，國際商報，12 版。

²¹⁵ 王澤鑑（2009），《民法總則》，頁 74-75，自版。

²¹⁶ 楊立新（2010），〈法官適用侵權責任法應當著重把握的幾個問題〉，《法律適用》，2010 年 3 期，頁 36。然而司法解釋並非成文法源，僅為法官裁判時的參考，究其實際，此處所稱之「適用」，應係指司法解釋得否作為法官裁判時的參考而言。

編均作為單行法進行審議通過後，最後再將其編彙為完整之民法典²¹⁷。

雖然《侵權責任法》草案原係作為民法典草案之一編，由學者進行研擬、起草，並進行第一次審議，而後則係基於一部完整民法典的前提下，以單行法為目標進行修正與審議。整體而言，隨著現代社會侵權事件之多樣化，以及侵權行為法研究之發展，加上司法實踐上裁判之累積，大陸學者在《侵權責任法》草案之起草過程表現其巨大之企圖心，透過借鑒大陸法系國家與英美法系國家在侵權行為法之立法模式及研究成果，並考量中國大陸之社會、經濟環境²¹⁸，欲制定一個具有獨立性、完整性而統一規範所有侵權責任的《侵權責任法》。然而基於中國大陸本身特殊之國情，如自計劃經濟向市場經濟改革開放後，面臨嚴重的城鄉差距；或是社會存在著潛規則，而人民普遍對於法律的尊重不足；或是法官人數及素質參差不齊等²¹⁹，均為學者在起草過程中所面臨之難題。

（二）立法過程

大陸立法機關決定起草民法典後，2000年交由王利明教授與最高人民法院唐德華副院長分別起草侵權行為法草案之建議稿，而學者部分之建議稿，在王利明教授、楊立新教授的共同主持下，於2002年3月8日完成《中華人民共和國民法典·侵權行為法編草案建議稿》。2002年3月20日、21日，全國人大常委會法制工作委員會召開專家研討會，討論專家建議稿，其後法制工作委員會民法室開始起草《中華人民共和國民法·侵權責任法編》，於2002年12月23日提交全國人大常委會，為民法草案之第八編，分為10章，共68個條文，此即《侵權責任法》草案第一次審議稿²²⁰。

而後因為《物權法》之起草與通過，直至2008年4月20日，全國人大常委會始又召開專家研討會，宣佈正式重新開始《侵權責任法》草案之起草工作，並於同年12月由全國人大常委會進行第二次審議，是為第二次審議稿；第二次審議稿係以第一次審議稿為基礎，進行修改，並增設醫療損害責任之規定。2009年，全國人大常委會對於《侵權責任法》草案進行第三次審議後，《侵權責任法》草案面臨進一步完善之問題，其中梁慧星教授提出增設建築物倒塌損害責任，此建議得到楊立新教授、張新寶教授之支持，並提出草案予法制工作委員會²²¹。

經過前述三次的審議，2009年12月22日，法制工作委員會將《侵權責任法》草案提交第11屆全國人大常委會進行第四次審議。最後於12月26日通過，並自2010年7月1日施行。

²¹⁷ 梁慧星（2010），〈中國侵權責任法的制定〉，《中國民事立法評說：民法典、物權法、侵權責任法》，頁273-274，法律出版社。

²¹⁸ 參見楊立新（12/08/2009），〈從民法通則到侵權責任法〉，《國際商報》，12版；王利明（2010），〈侵權責任法的中國特色〉，《法學家》，119期，頁85-86。

²¹⁹ 參見梁慧星（2010），〈我國侵權責任法的幾個問題〉，《暨南學報》，146期，頁3-5。

²²⁰ 楊立新（2010），〈侵權責任法的八年立法之路〉，《中國審判》，48期，頁6。

²²¹ 楊立新（2010），〈侵權責任法的八年立法之路〉，《中國審判》，48期，頁7。

貳、重要內容

一、立法結構

《侵權責任法》總計 12 章，92 個條文，採取「總則」、「分則」之立法結構。

「總則」包括：第一章「一般規定」、第二章「責任構成和責任方式」、第三章「不承擔責任和減輕責任的情形」；「分則」則包括：第四章「關於責任主體的特殊規定」、第五章「產品責任」、第六章「機動車交通事故責任」、第七章「醫療損害責任」、第八章「環境污染責任」、第九章「高度危險責任」、第十章「飼養動物損害責任」、第十一章「物件損害責任」、第十二章「附則」。

二、立法模式

(一)「一般條款+特別列舉」之立法模式

《侵權責任法》應採取「類型化」或「一般條款+特別列舉」的立法模式，學說上對此曾有不同之意見²²²。採取「類型化」之立法模式，係借鑒英美法之經驗，將所有侵權行為予以類型化，甚至包括物上請求權在內之「大侵權法」；採取「一般條款+特別列舉」之立法模式，則係借鑒歐盟侵權行為法原則之體例，就所有類型之侵權行為，抽取其共通之特徵，作為一般條款，並以一般條款作為統一之請求權基礎，同時列舉社會中主要、常見之侵權行為、準侵權行為類型，而就此等侵權行為或準侵權行為之歸責原則、免責事由、損失賠償、責任承擔的特殊問題為規定。最後《侵權責任法》採用「一般條款+特別列舉」之立法模式，學說對此較無爭議²²³。

(二)「一般條款」之爭議

《侵權責任法》所採取之「一般條款+特別列舉」立法模式，進一步引發學說上的爭議，何者為《侵權責任法》的一般條款？此一爭議，最主要環繞於第 2 條及第 6 條規定，而學說有以下三種不同見解：

1. 《侵權責任法》第 6 條第 1 款為侵權責任一般條款

王利明教授認為，《侵權責任法》第 6 條第 1 款規定，確立過錯責任的一般條款，相較於推定過錯責任、嚴格責任須於法律有特別規定下始適用，表示過錯責任乃為普遍適用之一般條款，而得適用於法律未設規定之情形，同時《侵權責任法》第 6 條第 1 款規定，得作為獨立之請求權基礎，因而第 6 條第 1 款為《侵

²²² 參見梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方法學》，25 期，頁 6。

²²³ 王利明教授對此表示肯定見解，梁慧星教授則認為接近於「一般條款+特別列舉」之立法模式，參見王利明（2010），〈侵權責任法的中國特色〉，《法學家》，119 期，頁 90；梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方法學》，25 期，頁 6。

權責任法》的一般條款²²⁴。同時，一般條款係指具高度概括性、普遍適用性之條款，自文義解釋，第 2 條並未確定責任之構成要件及效果，不具一般條款之固有屬性，自目的解釋，第 2 條僅在宣示《侵權責任法》之保護法益，從而第 2 條並非《侵權責任法》的一般條款²²⁵。

2. 《侵權責任法》第 2 條為侵權責任一般條款

梁慧星教授認為，一般條款應包含「保護客體」、「歸責事由」、「責任形式」等三項要素；而《侵權責任法》第 2 條第 1 款規定保護客體為民事權益，第 2 款並將保護客體加以限定，而條文中「依照本法」對於歸責事由、責任形式為指引性之提示，係指依本法關於侵權責任歸責事由之規定，及依本法關於責任形式之規定，承擔侵權責任。故第 2 條規定為《侵權責任法》的一般條款²²⁶。

3. 《侵權責任法》第 2 條、第 6 條第 1 款為大小搭配的侵權責任一般條款

楊立新教授則認為，《侵權責任法》之分則乃不全面之類型化規定。倘若僅規定「小的侵權責任一般條款」，則無法概括特殊侵權責任之具體規定；倘若僅規定「大的侵權責任一般條款」，又將使一般侵權責任缺乏請求權基礎，從而《侵權責任法》具有兩個大小搭配之一般條款，分別為第 2 條及第 6 條第 1 款。其中，第 2 條為「大的侵權責任一般條款」，其作用在於：(1) 確定侵權責任範圍。(2) 確定保護法益。(3) 提示符合過錯原則、推定過錯原則、無過錯原則要求之侵權行為，都應承擔侵權責任。(4) 不具過錯要件，但符合第 15 條規定承擔其他責任形式之侵權行為，應承擔這些侵權責任形式。(5) 雙方當事人皆無過錯時適用公平責任分擔損失之情形。(6) 對於將來發生但目前未預料之特殊侵權責任預留法律適用空間。至於第 6 條第 1 款則為「小的侵權責任一般條款」，而其作用在於：確定一般侵權責任的範圍和構成要件，規定一般侵權責任所適用的一般規則，並確定一般侵權責任之界線，為一般侵權行為提供請求權基礎²²⁷。

三、總則規定

(一) 保護法益

《侵權責任法》的保護法益，規定於本法第 2 條：「侵害民事權益，應當依照本法承擔侵權責任（第 1 款）。本法所稱民事權益，包括生命權、健康權、姓

²²⁴ 參見王利明（2010），〈侵權責任法的中國特色〉，《法學家》，119 期，頁 90-91。

²²⁵ 參見王利明（2010），〈論我國侵權責任法保護範圍的特色〉，《中國人民大學學報》，4 期，頁 4。

²²⁶ 參見梁慧星（2010），〈我國侵權責任法的幾個問題〉，《暨南學報》，146 期，頁 5-6；梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方學法》，25 期，頁 6。

²²⁷ 「小的侵權責任一般條款」係指如德國民法第 823 條、法國民法第 1382 條、日本民法第 709 條、臺灣民法第 184 條所採用之立法模式，僅規範普通侵權行為，而不包括特殊侵權行為；「大的侵權責任一般條款」則係歐洲侵權行為法原則第 1：101 條、埃賽俄比亞民法第 2027 條所採用之立法模式，係規範全部的侵權行為，並對所有侵權行為為類型化，參見楊立新（2010），〈中國侵權責任法大小搭配的侵權責任一般條款〉，《法學雜誌》，第 3 期，頁 8-10、12。

名權、名譽權、榮譽權、肖像權、隱私權、婚姻自主權、監護權、所有權、用益物權、擔保物權、著作權、專利權、商標專用權、發現權、股權、繼承權等人身、財產權益（第 2 款）。」

《民法通則》第 106 條第 2 款規定：「公民、法人由於過錯侵害國家的、集體的財產，侵害他人財產、人身的，應當承擔民事責任。」因其條文僅使用「財產」及「人身」，而非「財產權」及「人身權」，是以民法理論與司法實踐，均認為侵權法的保護法益不以權利為限²²⁸。《侵權責任法》第 2 條第 1 款則以《民法通則》第 106 條第 2 款為基礎，更明白將其保護法益規定為「民事權益」，而包括民事「權利」及「利益」。

觀察《侵權責任法》第 2 條第 2 款列舉之權利，其中值得注意者：

1. 自由權保護之缺漏

人格權的保護，在歷史發展過程中，首重生命、身體、健康、自由等權利，而再擴張及於名譽、隱私等權利²²⁹。《侵權責任法》第 2 條第 2 款揭櫫其對於人格權之保護，包括生命權、健康權、姓名權、名譽權、榮譽權²³⁰、肖像權、隱私權、婚姻自主權等權利，但其中並無自由權，僅有婚姻自主權。

臺灣法上，學說認為「自由」可分為「身體行動自由」及「精神活動自由」，前者亦即人身自由，係身體行動不受他人不法之拘束或干涉；後者則包括信教自由、言論自由、投票自由等。在現代憲政主義國家，「身體行動自由」為憲法位階之基本人權，保護個人之人身自由不受他人或國家的不法侵害，並納入民法體系，為民法所保護之權利；至於「精神活動自由」，最常見者為意思決定自由，例如受詐欺、脅迫而為之意思表示等。在臺灣學說，「身體行動自由」與生命、身體、健康，同樣受侵權行為法之保護並無爭議；至於「精神活動自由」，學說亦肯定其為侵權行為法的保護客體，但對於「精神活動自由」的保護範圍與保護密度則存有爭議²³¹。

²²⁸ 梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方法學》，25 期，頁 6-7。

²²⁹ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 121，自版。

²³⁰ 「榮譽權」係指公民與法人對自己的榮譽依法享有不受他人侵害之權利，而榮譽為機關、組織授予社會活動中成績卓越或有特殊貢獻之公民或法人，至於榮譽權的性質究屬人格權或身分權，學說上存有爭議，詳細內容參見王利明（2010），《侵權責任法研究（上卷）》，頁 85-86，中國人民大學出版社。事實上，「榮譽權」之內涵，應於大陸政治環境的特殊脈絡下予以觀察，倘能認為榮譽權仍屬於對於個人之社會性評價，則仍非不得屬於名譽權之一種，而透過名譽權予以保護。

²³¹ 孫森焱教授認為信教自由、言論自由、投票自由等「精神活動自由」，皆為「自由權」；黃立教授並認為居住遷徙自由、學術自由、秘密通訊自由等，亦屬「自由權」之範疇；然而，王澤鑑教授則認為，過分括大「自由」的概念，會使對於其保護範圍難以界定，是以民法第 195 條第 1 項規定之「自由」應係「身體行動自由」，而「意思決定自由」可納入第 195 條第 1 項的其他人格法益，予以彈性保護。參見黃立（2006），《民法債編總論》，修正三版，頁 270，自版；詹森林（1998），〈自由權之侵害與非財產上之損害賠償〉，《民事法理與判決研究》，頁 253-282，自版；孫森焱（2008），《民法債編總論上冊》，修訂版，頁 220，自版；參見王澤鑑（2009），《侵

《民法通則》第 103 條亦設有關於婚姻自主權之規定，其內容包括禁止買賣、包辦婚姻之行為²³²，而《侵權責任法》第 2 條第 2 款所規定之婚姻自主權，係指自然人所享有的結婚、離婚自由，且不受他人干涉的權利²³³。其既在保護個人對於自己婚姻關係發生或消滅，有決定之自由，性質上應屬「精神活動自由」。但對於「身體行動自由」，及其他種類的「精神活動自由」，則未見於《侵權責任法》中。雖然《侵權責任法》第 55 條，規定醫師告知義務及其違反「告知後同意」之法律效果，惟其最主要在保護病患對於自己身體之自主決定權，具有特殊性，仍非對於「精神活動自由」的全面承認。實際上，僅有最高人民法院《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》，對於「人身自由」設有規定²³⁴。學說上認為，「自由權」應採狹義解釋，包括「身體行動自由」，而不包括「精神活動自由」，並將「精神活動自由」作為一種人格利益予以保護²³⁵。

然而，此並不利於「自由權」之保護。首先，就「身體行動自由」而言，過去在中國大陸司法實務，曾發生在非法搜查他人身體之案例，法院見解認為此乃名譽權之侵害，學說則批評並認為此應為「身體行動自由」之侵害，而不僅是名譽權之侵害²³⁶。其次，「精神活動自由」的內容與外延並不明確，相當大程度須仰賴司法實務為法之續造。執是之故，《侵權責任法》對於「自由權」保護之缺漏，可能發生規範上漏洞，無法適應社會趨勢，而不利於「身體行動自由」與「精神活動自由」的保護。

2. 權利及利益之保護範圍

《侵權責任法》第 2 條第 2 款規定，採用了「等人身、財產權益」的概括條款，其保護範圍同時包括了「權利」及「利益」，而與臺灣法有所不同。臺灣學說通說及實務，因權利及利益的區分，以侵權行為法賦與其不同程度差別保護的規範結構²³⁷。

王利明教授認為，就民事權利而言，第 2 條第 2 款對於《侵權責任法》所保護之民事權利加以限定，並「列舉」18 種受《侵權責任法》保護之絕對權；就

權行為法》，頁 146-149、169-170、171，自版。

²³² 《民法通則》第 103 條規定：「公民享有婚姻自主權，禁止買賣、包辦婚姻和其他干涉婚姻自由的行為。」

²³³ 王勝明主編，全國人大常委會法制工作委員會編著（2010），《中華人民共和國侵權責任法解讀》，頁 8，中國法制出版社。

²³⁴ 最高人民法院《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》第 1 條第 1 款規定：「自然人因下列人格權利遭受非法侵害，向人民法院起訴請求賠償精神損害的，人民法院應當依法予以受理：（一）生命權、健康權、身體權；（二）姓名權、肖像權、名譽權、榮譽權；（三）人格尊嚴權、人身自由權。」

²³⁵ 參見王利明（2010），《侵權責任法研究（上卷）》，頁 94，中國人民大學出版社；楊立新、劉召成（2010），〈論作為抽象人格權的一般人格權〉，《廣東社會科學》，2010 年 6 期，頁 187-188。

²³⁶ 王穎、倪培璐訴中國國際貿易中心非法盤查侵害名譽權糾紛案，參見楊秋顏（2011），〈人身自由權的民法保護模式〉，《經濟研究導刊》，2011 年 5 期，頁 188-189。

²³⁷ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 427-437，自版。

民事利益而言，由於「民事權益」為不確定概念，且第 2 條第 2 款使用「等人身、財產權益」之概括條款，從而《侵權責任法》所保護民事利益之範圍，具有高度開放性，得隨時代的發展而適應不同時期私權保護之需求²³⁸。

王利明教授並認為，因利益並非由法律為明確規定，常需由法官就利益種類為判斷，且究竟是否侵害某種利益，行為人難以為明確之預測，因而仍應對於權利與利益採取區別保護，並考量：(1) 利益位階、(2) 主觀要件與行為方式、(3) 行為自由的保護、(4) 行為人與被害人的關係等因素，確立與權利保護不同之利益保護構成要件。而《侵權責任法》所保護之利益，主要包括了人格平等、人格尊嚴、人身自由等一般人格利益與死者人格利益，以及佔有、純粹經濟上損失、債權等財產利益²³⁹。

王利明教授進一步指出，因第 2 條第 2 款採列舉方式，將債權排除在外，故《侵權責任法》所保護之權利主要為合同債權以外的絕對權，蓋相對權不具公開性，通常非為他人所得預見，且如允許侵權法介入相對權之調整，可能會破壞合同法之功能。但是，債權仍得作為「利益」加以保護，且受嚴格的條件限制，須行為人明知他人債權之存在，且具有加害他人債權之故意時，始得構成侵害債權。至於純粹經濟上損失，向來是比較法上重要的問題，而第 2 條所保護之民事利益，在解釋上應包括純粹經濟上損失；對於純粹經濟上損失的保護，應設嚴格之限制，只有客觀上構成損害，且具有相當因果關係或可預見性時，始得就純粹經濟上損失為請求²⁴⁰。

楊立新教授則認為，第 2 條第 2 款並未全面列舉《侵權責任法》所保護的民事權利，而係採取「列舉+概括」之立法方式，因而可以認為凡是未規定之民事權利，皆可概括於第 2 條第 2 款「等人身、財產權益」中，皆為《侵權責任法》保護的民事權利，並強調身體權、名稱權、人身自由權、信用權、配偶權、親權、親屬權、債權，《侵權責任法》均應予以保護；而《侵權責任法》並未解釋其所保護之民事利益範圍，在司法實踐中，應總結累積之經驗，採取列舉方式，確定侵權責任法保護的民事利益範圍；並以五種民事利益為《侵權責任法》保護之完整民事利益範圍：(1) 《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》規定之其他人格利益。(2) 司法解釋規定之死者人格利益。(3) 胎兒的人格利益。(4) 親屬間無法被身分權所概括之身分利益。(5) 物權、債權、知識產權所無法概括財產利益（如純粹經濟上損失、佔有）²⁴¹。

²³⁸ 參見王利明（2010），〈論我國侵權責任法保護範圍的特色〉，《中國人民大學學報》，4 期，頁 6-7。

²³⁹ 參見王利明（2010），《侵權責任法研究（上卷）》，頁 91-100，中國人民大學出版社。

²⁴⁰ 參見王利明（2010），〈論我國侵權責任法保護範圍的特色〉，《中國人民大學學報》，4 期，頁 4-5、7。

²⁴¹ 參見楊立新（2010），〈侵權責任法懸而未決的十五個問題的司法對策〉，《中國審判》，53 期，頁 72。

（二）歸責原則

當被害人發生損害時，被害人的損害究應由誰承擔，同時基於何種理由，得令被害人之損害由加害人承擔，即係歸責原則之課題²⁴²。

《侵權責任法》第 6 條規定：「行為人因過錯侵害他人民事權益，應當承擔侵權責任（第 1 款）。根據法律規定推定行為人有過錯，行為人不能證明自己沒有過錯的，應當承擔侵權責任（第 2 款）。」

第 7 條規定：「行為人損害他人民事權益，不論行為人有無過錯，法律規定應當承擔侵權責任的，依照其規定。」

《侵權責任法》第 6 條第 1 款、第 2 款，係分別為過錯責任、過錯推定過錯責任之規定，《侵權責任法》第 7 條則係對於無過錯責任之規定。因此，《侵權責任法》已正面肯定過錯責任、過錯推定過錯責任、無過錯責任等三種歸責原則；然而《侵權責任法》的歸責原則體系究竟如何構成，則仍存有爭議。主要的爭論有三：(1) 過錯責任原則、過錯推定責任原則、和無過錯責任原則。(2) 過錯責任原則和無過錯責任原則。(3) 過錯責任原則、無過錯責任原則和公平責任原則²⁴³。

梁慧星教授認為，第 11 屆全國人大常委會第六次會議中，法律委員會就《侵權責任法草案（第二次審議稿）》明確指出：「我國侵權責任制度實行過錯責任和無過錯責任相結合的原則。」同時，《侵權責任法》第 6 條係關於過錯責任原則之規定，第 7 條則係關於無過錯責任原則之規定。因此《侵權責任法》係採取「二原則說」，亦即以過錯責任、無過錯責任為歸責原則。並認為《侵權責任法》第 6 條第 2 款之體系編排，過錯推定僅為第 6 條第 1 款過錯責任之特別規定，仍非獨立之歸責原則²⁴⁴。

王利明教授、楊立新教授認為，《侵權責任法》係以過錯責任、過錯推定責任、嚴格責任等三種歸責原則，構建了「多元歸責原則體系」²⁴⁵。王利明教授並指出，過錯責任係普遍適用於各種侵權行為的一般原則；凡是法律、法規未規定適用過錯推定責任、嚴格責任、公平責任者，原則上皆應適用過錯責任。而依《侵權責任法》第 6 條第 2 款、第 7 條之規定，除非有《侵權責任法》或特別法之規定，否則並無過錯推定責任、嚴格責任之適用；至於公平責任，則係輔助性之原則，在責任範圍上具有輔助過錯責任、過錯推定責任、嚴格責任的作用²⁴⁶。

朱岩教授則指出，《侵權責任法》第 7 條關於無過錯責任之規定，仍未指明

²⁴² 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 11，自版。

²⁴³ 楊立新（2010），〈侵權責任法的八年立法之路〉，《中國審判》，48 期，頁 8。

²⁴⁴ 梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方法學》，25 期，頁 7-8。

²⁴⁵ 參見王利明（2010），〈侵權責任法的中國特色〉，《法學家》，119 期，頁 91-92；楊立新（2010），〈侵權責任法的八年立法之路〉，《中國審判》，48 期，頁 8。

²⁴⁶ 王利明（2010），〈我國侵權責任法歸責原則體系的特色〉，《法學論壇》，2010 年 2 期，頁 7。

歸責事由及其他構成要件，導致第 7 條規定僅有宣示性之效力，具有立法上之瑕疵，仍須透過其他更具體之規定，始有無過錯責任之適用。與歐洲侵權行為法原則第 1:101 條相比較，《侵權責任法》仍然延續了以過錯責任為中心，無過錯責任為例外的歸責體系²⁴⁷。

觀察《侵權責任法》第 6 條第 1 款之規定，其構成要件包括「權益侵害」及「過錯」，法律效果則為「承擔侵權責任」，性質上係屬於完全性法條，得作為請求權之基礎，同時對於侵權行為具有普遍適用性，因此《侵權責任法》以過錯責任為歸責原則並無疑義²⁴⁸。

至於適用推定過錯責任之情形，主要包括：無行為能力人於幼稚園或學校受人身損害之責任（第 38 條）、醫療機構行為（第 58 條）、動物園之動物致人損害責任（第 81 條）、建築物管理瑕疵損害責任（第 85 條）、拋擲物責任（第 87 條）、堆放物倒塌責任（第 88 條）、林木折斷致生損害責任（第 90 條）、地下設施損害責任等（第 91 條）。

適用無過錯責任之情形，主要則包括：監護人責任（第 32 條）、使用人責任（第 34、35 條）、產品生產者責任（第 41 條）、機動車交通事故責任（第 48 條）、環境汙染責任（第 65 條）、高度危險作業責任（第 69 條）、民用核設施損害責任（第 70 條）、民用航空器損害責任（第 71 條）、佔有、使用高度危險物責任（第 72 條）、從事高空、高壓、地下挖掘或高速軌道運輸工具責任（第 73 條）、遺失、拋棄高度危險物損害責任（第 74 條）、非法佔有高度危險物損害責任（第 75 條）、飼養動物致人損害責任（第 78、79、80、82 條）、建築物倒塌損害責任（第 86 條）、公共場所挖坑、修繕安裝地下設施損害責任（第 91 條）。

首先，因《侵權責任法》第 6 條第 2 款之過錯推定責任，僅為指示性之規定，因此各侵權責任之成立，仍須適用分則之具體規定，進而觀察上述分則中適用推定過錯責任之情形，各規定亦已明確規定，因而在立法技術上《侵權責任法》第 6 條第 2 款恐無實質意義，僅具有宣示作用。而在民事法學之歷史發展，推定過錯責任，是因現代社會中，基於行為人與被害人間實力與資訊的不對等、證據偏在於行為人一方等，為解決此等問題，由立法者所為之舉證責任轉換，使行為人須就其「無過失」負舉證責任。執此以言，就侵權責任之「責任成立」階段而言，無論是過錯責任或推定過錯責任，皆以行為人主觀上是否具有「過錯」為歸責事由，而「推定」過錯僅是訴訟上舉證責任之轉換，從而在實體法上，仍未實質改變歸責原則，因此是否僅可因《侵權責任法》第 6 條第 2 款之立法，即可認為推

²⁴⁷ 參見朱岩（2010），〈我國侵權責任法中的無過錯責任〉，《中國海洋大學學報（社會科學版）》，2010 年 6 期，頁 47-48。

²⁴⁸ 不同於德國法、日本法與臺灣法，大陸《侵權責任法》與法國法相同，並未區分「違法性」與「過失」，而係以「過錯」（faute）為其歸責原則；法國法上過錯原本包括對於行為人主觀上之歸責，惟經歷史發展，現今「過錯」在概念上係指客觀上社會所無法接受之行為。參見陳聰富（2008），〈論侵權行為法之違法性概念〉，《月旦法學雜誌》，155 期，頁 155-159。

定過錯責任為獨立之歸責原則，似不無疑義。

其次，《侵權責任法》第 7 條之無過錯責任，其法律構成上，並未規定構成要件及法律效果，在個案的實際適用上，法院仍須援引《侵權責任法》分則或特別法之具體規定；此外危險責任之發展歷史，係透過種種法律設計，從過失責任向危險責任流動，而侵權行為法之機能，裁判規範面遠比行為規範面更為重要²⁴⁹，從而《侵權責任法》第 7 條規定恐無實質規範意義。

綜上所述，《侵權責任法》第 6 條第 2 款、第 7 條推定過錯責任、無過錯責任之規定，須在《侵權責任法》或其他特別法有規定時始有適用，兩者僅為指示性之規定。因此《侵權責任法》是否已確立多元之歸責體系，似仍有進一步探討餘地。

（三）責任方式

《侵權責任法》第 15 條規定：「承擔侵權責任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨礙；（三）消除危險；（四）返還財產；（五）恢復原狀；（六）賠償損失；（七）賠禮道歉；（八）消除影響、恢復名譽（第 1 款）。以上承擔侵權責任的方式，可以單獨適用，也可以合併適用（第 2 款）。」

1. 停止侵害、排除妨礙、消除危險之不作為請求權

依《侵權責任法》第 15 條規定，侵權責任的承擔方式有八種。其中「停止侵害、排除妨害、消除危險」，係承繼《民法通則》第 134 條之規定，並依《侵權責任法》第 21 條規定「侵權行為危及他人人身、財產安全的，被侵權人可以請求侵權人承擔停止侵害、排除妨礙、消除危險等侵權責任。」學說認為其目的主要在制止剛發生，或進行中的侵權行為，具有預防損害之功能，所創設類似英美法上禁止令（Injunction）之規定。而在民事訴訟法修正前，依最高人民法院關於《民法通則》的解釋意見第 162 條，人民法院可以根據受害人的申請為停止侵害之裁定²⁵⁰。

臺灣民法上亦有對於侵害加以防止、預防之不作為請求權規定，惟並未規定於侵權行為法，而是規定於民法總則，臺灣民法總則第 18 條第 1 項規定：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。」透過此規定與侵權行為法之相互搭配，建立「人格權的保護體系」。《侵權責任法》則將此對於人格權防止、預防侵害之規定，納入其規範體系，試圖完整其侵權責任之體系架構。王利明教授並認為，停止侵害之請求並不以過錯為必要，縱然行為

²⁴⁹ 參見陳自強(2000)，〈民法侵權行為法體系之再構成(下)：民法第一九一條之三之體系地位〉，《本土法學雜誌》，17 期，頁 10-11；陳自強教授之發言，蘇惠卿等(2001)，〈自危險責任之生成與發展論民法第一百九十一條之三：民法研究會第十九次學術研討會〉，《法學叢刊》，頁 179-180。

²⁵⁰ 梁慧星(2011)，〈中國侵權責任法解說〉，《北方法學》，25 期，頁 14。

人並無過錯，只要行為人的侵害行為正在持續中，即有制止之必要；然而《侵權責任法》並不區分過錯與違法性，對此王利明教授則主張，此應透過民事訴訟制度解決，亦即以中間裁決的型式，允許法官在最終裁判前以中間裁決方式，停止行為人的侵害²⁵¹。臺灣學說通說亦認為，人格權保護之不作為請求權，並不以行為人具有過失為要件，然而王澤鑑教授進一步指出，不作為請求權之成立與否，仍應以違法性就利益衡量為判斷²⁵²。因此縱如王利明教授見解，歸由法院以中間裁決方式判斷該不作為請求權是否成立，惟法院作成裁判時，仍須具體之實體法上判斷標準，因此是否能全部將此透過民事訴訟制度予以解決，尚有探討之空間；或者法院在作成裁決時，仍須一併就行為人與被害人間之利益為衡量，並考量損害發生之嚴重性及不可回復性，較為妥適。

2. 「死亡賠償金」之性質爭議

《侵權責任法》第 16 條規定：「侵害他人造成人身損害的，應當賠償醫療費、護理費、交通費等為治療和康復支出的合理費用，以及因誤工減少的收入。造成殘疾的，還應當賠償殘疾生活輔助具費和殘疾賠償金。造成死亡的，還應當賠償喪葬費和死亡賠償金。」

其中引起學說上爭議者，係其中「死亡賠償金」應如何解釋。

梁慧星教授認為，在裁判實踐上，最高人民法院關於精神損害賠償之解釋，已將「殘疾賠償金」與「死亡賠償金」定性為精神損害賠償²⁵³，因此認為《侵權責任法》第 16 條、第 17 條之「殘疾賠償金」與「死亡賠償金」，性質上應屬於精神損害賠償，而非所失利益之賠償。梁慧星教授進一步指出，在裁判實踐上，「死亡賠償金」雖定性為精神損害賠償，為其數額之具體計算上，仍採用與所失利益大致相同之計算方法，因此性質上雖然屬於精神損害賠償，但亦可作為被扶養人之生活費，是以《侵權責任法》第 16 條、第 17 條亦不再規定撫養費之賠償項目²⁵⁴。

張新寶教授則整理學說上關於「死亡賠償金」之見解，並透過立法脈絡之歷史解釋，及《侵權責任法》各條文間之體系解釋，作出精闢之討論。首先在《侵權責任法》草案第一次審議稿第 10 條，即規定了「相關財產損失賠償」及「死亡賠償金」兩類項目，而《侵權責任法》草案第二次審議稿則又有所差異，確立相互獨立而併存的「相關財產損失賠償」、「精神損害賠償」、「死亡賠償金」或「被扶養人生活費」等三個項目，且從其將近親屬的「精神損害賠償」單獨規定，以及「死亡賠償金」或「被扶養人生活費」並列且選用可得知，當時仍將「死亡賠

²⁵¹ 王利明（2010），《侵權責任法研究（上卷）》，頁 624-627，中國人民大學出版社。

²⁵² 參見王澤鑑（2009），《民法總則》，頁 140，自版。

²⁵³ 最高人民法院《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋（2001）》第 9 條規定：「精神損害撫慰金包括以下方式：（一）致人殘疾的，為殘疾賠償金；（二）致人死亡的，為死亡賠償金；（三）其他損害情形的精神撫慰金。」

²⁵⁴ 梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方學》，25 期，頁 12。

償金」定性為財產上之賠償。進而，則探究侵權死亡賠償其立法目的，真正要救濟的被害人為何，而被害人遭受的哪些損害得與以救濟。其認為生命本身具有無法賠償性，而死亡賠償制度並非用以救濟死者，而是在救濟因死者死亡而遭受財產上、非財產上損失，且與死者具有密切關係的近親屬。因此近親屬，仍是以其「固有損害」而為請求權人，向加害人請求其損害。而「死亡賠償金」，對應的是近親屬所失利益的賠償，屬於財產性質之賠償，因此「死亡賠償金」仍非「精神損害慰撫金」，而係用以維持死者近親屬未來一定水準之生活。張新寶教授結論認為：「死亡賠償金」與「精神損害賠償」係獨立、併存的賠償項目，在死者死亡時，近親屬得以《侵權責任法》第 22 條、第 18 條第 1 款，作為「精神損害賠償」之獨立請求權基礎，而不須以《侵權責任法》第 16 條為依據；同時「死亡賠償金」係對於近親屬未來所失利益之賠償，因死者之收入不同，近親屬可得之賠償數額亦不相同，應充分考慮死者之年齡、教育程度、職業、去世前之收入、未來可預期之收入，作為死亡賠償金之計算標準。而被撫養人之生活費已被「死亡賠償金」與「殘疾賠償金」所吸收，是以《侵權責任法》無須再規定對於被扶養人生活費之賠償²⁵⁵。

臺灣民法第 192 條規定：「不法侵害他人致死者，對於支出醫療及增加生活上需要之費用或殯葬費之人，亦應負損害賠償責任（第 1 項）。被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任（第 2 項）。第一百九十三條第二項之規定，於前項損害賠償適用之（第 3 項）。」第 194 條則規定：「不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」學說通說及實務²⁵⁶認為第 192 條 2 項為直接被害人死亡時，死者生前之法定扶養權利人之財產上損害賠償；第 194 條則為被害人近親屬之非財產上損害賠償。實務上向來認為因直接被害人死亡，故其財產上所失利益之損害，並無法為被害人之繼承人為繼承，因此近親屬等間接被害人係依第 192 條 2 項、第 194 條，以自己之損害向加害人請求撫養費及慰撫金，而否定餘命損害之請求²⁵⁷。

《侵權責任法》關於「死亡賠償金」之法律定性雖仍具有疑義，然而不論正面承認其性質上為近親屬對於直接被害人，因密切關係發生之所失利益的損害；或是認為其性質仍屬於精神損害賠償，而以經濟上所失利益為賠償範圍之計算，兩者在實際適用結果上，差異甚小，而對於近親屬提供了較周全之保護，並以保障、維持死者之近親屬一定之生活水準。在臺灣，撞傷人而復以碾斃之案例時有所聞，現行臺灣實務上之實際適用，對加害人嚇阻明顯不足，大陸《侵權責任法》上學說與司法實踐之發展，頗值作為臺灣民法未來修法之省思與借鏡。

²⁵⁵ 參見張新寶（2010），〈侵權責任法死亡賠償制度解讀〉，《中國法學》，2010 年 3 期，頁 26-33。

²⁵⁶ 梅仲協（1970），《民法要義》，頁 149，自版；史尚寬（1975），《債法總論》頁 203；孫森焱（2008），《民法債編總論上冊》，頁 339，自版；最高法院 54 年臺上字第 951 號判例。

²⁵⁷ 最高法院 54 年臺上字第 951 號判例。

3. 「同命同價」條款

《侵權責任法》第 17 條規定：「因同一侵權行為造成多人死亡的，可以以相同數額確定死亡賠償金。」

在立法過程中，對於「死亡賠償金」的計算，最主要之爭議為「死亡賠償金」究竟應「同命同價」亦或「同命不同價」？《侵權責任法》2008 年 8 月 20 日審議之草案，曾就此提出解決方法，楊立新教授稱之為「中間線規則」，亦即以前一年全國職工年平均工資乘以 15 年之數額作為中間線，再依被害人之年齡、收入，再中間線上下浮動調整。但最後認為以平均工資為計算，可能會造成賠償過高之不公平結果，立法者決定就損害賠償規定，於《侵權責任法》中不作具體規定，而歸由司法機關未來以司法解釋解決，而於第三次審議稿遭刪除²⁵⁸。現行《侵權責任法》第 17 條，在草案中原係針對大規模之災難，如交通事故、礦山事故，然經多次審議後，僅保留「同一侵權行為」之條文用語，而擴大了該條文之射程範圍。

而在適用上，張新寶教授認為該規定有幾項重點：(1) 因同一侵權行為造成多人死亡，此應理解為死亡人數眾多之情形，如十人、二十人以上。(2) 相同數額僅限於「死亡賠償金」有適用，從而醫療費、看護費、誤工收入、喪葬費，以及精神損害賠償，仍須以實際之數額為準，而無該條規定之適用；惟因同一侵權行中，侵權人之過錯、場合、手段等方式並無差異，精神損害賠償亦宜採用同一標準計算。(3) 是否採用相同數額計算死亡賠償金，法院在特定之事件類型中具有自由裁量權限²⁵⁹。

(四) 共同侵權行為

《侵權責任法》第 8 條規定：「二人以上共同實施侵權行為，造成他人損害的，應當承擔連帶責任。」第 11 條規定：「二人以上分別實施侵權行為造成同一損害，每個人的侵權行為都足以造成全部損害的，行為人承擔連帶責任。」

第 12 條規定：「二人以上分別實施侵權行為造成同一損害，能夠確定責任大小的，各自承擔相應的責任；難以確定責任大小的，平均承擔賠償責任。」

第 10 條規定：「二人以上實施危及他人人身、財產安全的行為，其中一人或者數人的行為造成他人損害，能夠確定具體侵權人的，由侵權人承擔責任；不能確定具體侵權人的，行為人承擔連帶責任。」

《侵權責任法》雖將共同侵權行為編排於總則中，但王利明教授認為，相較於單獨侵權行為，共同侵權行為仍具有以下特徵：1. 主體的複數性。2. 主觀過

²⁵⁸ 參見梁慧星（2010），〈我國侵權責任法的幾個問題〉，《暨南學報》，146 期，頁 8-9；楊立新（2010），〈侵權責任法懸而未決的十五個問題的司法對策〉，《中國審判》，53 期，頁 73。

²⁵⁹ 張新寶（2010），〈侵權責任法死亡賠償制度解讀〉，《中國法學》，2010 年 3 期，頁 33-34。

錯的共同性。3. 行爲的共同性。4. 結果的同一性。5. 責任的連帶性²⁶⁰。

就上述共同侵權行爲之規定，其中第8條規定旨在規範「共同實施」之共同侵權行爲，第11條規定在規範「累積因果關係」而分別實施之共同侵權行爲，第12條規定規範「共同因果關係」之「原因競合」，第10條規定則係規範之「共同危險行爲」。梁慧星教授並指出，第8條規定「共同實施」之共同侵權行爲，相當於日本法上「主觀關聯共同」之共同侵權行爲，第12條規定「分別實施」之共同侵權行爲，則相當於日本法上「客觀關聯共同」之共同侵權行爲²⁶¹。

臺灣法上，共同侵權行爲係特殊侵權行爲之一種，而其特殊性在於：減輕被害人對於因果關係之舉證責任，並明定數加害人連帶負損害賠償責任。臺灣民法第185條第1項前段規定：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。」其中「共同」究應如何解釋，學說上有「主觀說」、「客觀說」兩種不同見解；惟司法院作成例變字第一號解釋，採取擴張解釋，創設客觀行爲關連共同加害行爲後，學說認爲臺灣民法第185條共同侵權之規範架構，可區分爲：狹義共同侵權行爲（包括主觀意思聯絡共同加害行爲、客觀行爲關連共同加害行爲）、共同危險行爲、造意及幫助²⁶²。其中「主觀意思聯絡共同加害行爲」，係屬獨立之請求權基礎，其特徵在於數行爲人間具有意思聯絡，並以行爲人間之意思聯絡，正當化對於被害人就各行爲部分因果關係舉證責任之免除。而「客觀行爲關連共同加害行爲」，最主要係在處理「共同因果關係」，其特徵在於數行爲人間並無意思聯絡，而各加害行爲係造成損害之共同原因，且須造成同一不可分之損害。至於「共同危險行爲」，最主要在處理「擇一因果關係」，亦即數人間並無意思聯絡，數加害行爲並非造成同一損害的共同原因，且數人之加害行爲具備侵權行爲之要件，但不之孰爲加害人。且各危險行爲之參與人，得舉證以免於負連帶責任²⁶³。

《侵權責任法》與臺灣民法，分別透過立法及學說、實務之發展，對於主觀關聯共同侵權行爲、客觀關聯共同侵權行爲皆予以承認，而解決共同侵權行爲中「主觀說」、「客觀說」之爭論。然而對於「累積因果關係」之共同侵權行爲及「共同因果關係」之共同侵權行爲，在行爲人的責任型態上，則有所差異。因《侵權責任法》與臺灣民法對於兩者用語有所不同，因此以下仍以因果關係型態作爲區分標準。

1. 共同因果關係（addierte Kausalität）

「共同因果關係」的典型案例，係甲、乙對丙下毒，但甲、乙下毒之各別份量均不足致丙死亡，惟因共同作用而最後發生丙之死亡結果。

²⁶⁰ 王利明（2010），《侵權責任法研究（上卷）》，頁511-513，中國人民大學出版社。

²⁶¹ 梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方法學》，25期，頁9-10。

²⁶² 王澤鑑（2009），《侵權行爲法》，頁439-444，自版。

²⁶³ 參見王澤鑑（2009），《侵權行爲法》，頁445-456、459-467，自版。

《侵權責任法》第 12 條規定係用於處理「共同因果關係」之案例類型。學者稱之為「原因競合」，係指多個原因造成同一損害，而不能依共同侵權行為處理之侵權行為類型。梁慧星教授認為，「原因競合」係共同侵權行為之外的獨立類型，其侵權責任之承擔，不能採取連帶責任之形式，而係依各原因對於損害結果之原因力，以確定各行為人所依分擔之責任範圍。因此在行為人間之責任型態上，係採取所謂之「按份責任」，並依第 12 規定，成立「原因競合」的要件包括：(1) 二人以上分別實施侵權行為。(2) 造成同一損害。(3) 各原因不足以造成全部損害。又依《最高人民法院關於人身損害賠償的解釋》第 3 條第 2 款規定，以「過錯大小」或「原因力比例」做為責任確定之標準²⁶⁴。王利明教授則認為，就因果關係而言，如嚴格適用因果關係的一般規則，則每個行為人都不須對結果負責；既然個別行為不足以單獨導致結果之發生讓每個行為人對損害結果負責亦非公平，所以不能使行為人間負連帶責任²⁶⁵。

此種案例類型，在臺灣法上則被認為係「客觀行為關連共同加害行為」，王澤鑑教授並指出，數人因過失而侵害他人權益，具有共同原因時，依臺灣民法第 185 條第 1 項前段規定，應各自成立侵權行為，而對於其所生損害負全部賠償責任；客觀行為關連共同加害行為之創設，並非在使其成立侵權行為，所以令各加害人負連帶責任，在使被害人不能就同一損害獲得多數賠償，並規範各加害人間之內部求償關係²⁶⁶。

2. 累積因果關係 (kumulative Kausalität)

「累積因果關係」的典型案件，則是甲、乙同時分別對丙下毒，且甲、乙下毒之各別份量均足以致丙死亡，而最後發生丙之死亡結果。

《侵權責任法》第 11 條規定：「每個人的侵權行為都足以造成全部損害」，即係用於處理累積因果關係之案例類型。王利明教授認為²⁶⁷，因各行為人間本即應對全部損害負賠償責任，因此要求行為人間承擔連帶責任並非苛刻；此外亦有助於被害人之保護。

在臺灣法上，學說多於因果關係之部分探討之，並認為此時「若無，則不」法則應受限制，或認為屬於必要條件說之例外，而改採實質因素說，使數行為人各對被害人之損害負全部賠償責任²⁶⁸。

觀察上述《侵權責任法》與臺灣民法中，共同侵權行為之責任型態差異，在各行為本身不足以致結果發生，而共同作用發生不可分結果之「共同因果關係」，

²⁶⁴ 梁慧星 (2010)，〈共同危險行為與原因競合〉，《法學論壇》，128 期，頁 6。

²⁶⁵ 王利明 (2010)，《侵權責任法研究 (上卷)》，頁 578，中國人民大學出版社。

²⁶⁶ 王澤鑑 (2009)，《侵權行為法》，頁 451，自版。

²⁶⁷ 王利明 (2010)，《侵權責任法研究 (上卷)》，頁 572-575，中國人民大學出版社。

²⁶⁸ 參見陳聰富 (2007)，〈侵權行為法上之因果關係〉，《因果關係與損害賠償》，頁 69-71，元照；王澤鑑 (2009)，《侵權行為法》，頁 451-452，自版。

《侵權責任法》係採取按份責任，以過錯或原因力定各行爲人之責任份額，不能確定時則由各行爲人平均承擔；臺灣民法則係認爲各行爲人間成立連帶責任。在各行爲本身均足以致結果發生時，《侵權責任法》則係由各行爲人負連帶責任，臺灣民法則令各加害人分別負賠償責任。

對於共同因果關係，各行爲人之行爲雖俱爲結果發生之原因，然因行爲人間並無意思聯絡，並因各原因之相互作用而發生同一結果，損害無法區分，而《侵權責任法》令行爲人就過錯或原因力對結果負責。就此而言，《侵權責任法》較著眼於行爲人之保護，使行爲人不須就其預期外之他人行爲，承擔連帶責任，而僅須就自己之行爲負責；然臺灣民法則側重於被害人之保護，在公害案件或產品責任案件亦有適用，而令企業負連帶責任。

對於累積因果關係，因各行爲人之行爲即足以致結果發生，臺灣學說多認爲由各行爲人對被害人負全部賠償責任，然依舉輕明重之法理，無意思聯絡之各行爲人，在各行爲均不足致結果發生時，尙成立客觀關連共同侵權行爲，而負連帶責任；則在各行爲均足以致結果發生之累積因果關係，亦應令各行爲人負連帶責任，似較爲合理。

四、分則規定

(一) 用工責任

《侵權責任法》第 34 條第 1 款規定：「用人單位的工作人員因執行工作任務造成他人損害的，由用人單位承擔侵權責任。」

同法第 35 條規定：「個人之間形成勞務關係，提供勞務一方因勞務造成他人損害的，由接受勞務一方承擔侵權責任。提供勞務一方因勞務自己受到損害的，根據雙方各自的過錯承擔相應的責任。」

學說上將《侵權責任法》第 34 條、第 35 條稱爲「用工責任」或「使用人責任」，並進一步區分爲第 34 條的「單位用工責任」及第 35 條的「個人用工責任」，此亦即臺灣民法第 188 條所規範之「僱用人責任」。

比較法上，關於「用工責任」，向來有「無過失責任」及「推定過失責任」兩種規範模式，前者爲法國法、英美法所採；後者則爲德國法、日本法、臺灣法所採。因《民法通則》並未規定「用工責任」，因此《侵權責任法》制定前，係透過司法機關以《最高人民法院關於人身損害賠償的解釋》第 9 條，創設用工責任²⁶⁹。而《侵權責任法》對於用工之單位、個人，係課予無過失責任，其理由在

²⁶⁹ 《最高人民法院關於人身損害賠償的解釋》第 9 條規定：「雇員在從事雇傭活動中致人損害的，雇主應當承擔賠償責任；雇員因故意或者重大過失致人損害的，應當與雇主承擔連帶賠償責任。雇主承擔連帶賠償責任的，可以向雇員追償（第 1 款）。前款所稱「從事雇傭活動」，是指從事雇主授權或者指示範圍內的生產經營活動或者其他勞務活動。雇員的行爲超出授權範圍，但其表現形式是履行職務或者與履行職務有內在聯繫的，應當認定爲「從事雇傭活動」（第 2 款）。」

於：1. 強化對被害人之救濟，使被害人無須證明用工者之過錯，亦避免用工者以舉證證明其已盡選任、監督之義務而毋庸負責之情形；同時，用工者通常具有較高之經濟能力，使被害人毋須承單具備行為人無資力之風險。2. 可趨使用工者建立完善之選任、監督制度，以預防損害之發生。3. 符合損益同歸之報償原理。4. 有利於與責任保險之制度銜接²⁷⁰。-

較有爭議者在於，用工之單位或個人，對於被害人承擔賠償責任後，得否對於造成損害之被用工人行使「追償權」？

依《最高人民法院關於人身損害賠償的解釋》第9條之規定，僱主得對於僱員追償。然而在《侵權責任法》之立法過程中，考量到被用工者，多屬於較無資力之勞動工作者，用工者行使追償權之結果，往往使被用工者陷入困境，因此法律委員會決定，《侵權責任法》不就追償權為一般規定，而將追償權究否承認、要件、追償比例，留待法院於實際裁判中為判斷²⁷¹。王利明教授則認為，立法者既有意區分單位及個人之用工者，在單位用工之情形，其立場偏向否定單位得向用工者為追償，然倘若被用工者故意實施非法行為（如竊盜），此時基於侵權行為預防機能之考量，或者被用工者有故意或重大過失時，仍得考慮規定用工單位在賠償被害人後，得享有追償權；至於在個人用工之情形，因個人用工者之經濟能力有限，在個人用工者承擔責任後，應得向有過錯之被用工者追償²⁷²。

就侵權責任法第34條第1款、第35條前段之用工責任，學說認為第34條第1款的「執行工作任務」與第35條前段的「提供勞務」，具有相似性；同時不論是「執行工作任務」或「提供勞務」，皆應採外觀說，只要被用工者之行為具有執行執務之外觀，即應認定為執行執務；二者之主要區別，係考慮法人侵權責任、工傷保險等因素。因此就「單位用工責任」與「個人用工責任」而言，二者皆採取無過錯之嚴格責任，並以「被用工者成立侵權行為」、「用工關係之存在」、「被用工者執行職務造成損害為」為其責任成立要件²⁷³。然而不論是法人侵權責任或工傷保險，用工責任本係在規範民事侵權責任，因此「單位用工責任」與「個人用工責任」之區分，就責任成立與責任內容而言，並無區別實益。學說雖認為用工單位與用工個人之資力不同，可能影響追償權之承認與否，惟立法過程中，既已將追償權留待法院裁判為個案處理，則責任主體之區別，亦無解決追償權之實益。因此就第34條第1款、第35條前段之規定，將用工者區分為「單位」與「個人」，在立法技術上似仍有斟酌空間。再者，將追償權之承認與否，以及要件、內容，完全留給法院判斷，倘法院見解未能一致，或未能形成合理可預見之見解內容，則在法院形成穩定見解前，將付出更多之社會成本，而有害於法之安

²⁷⁰ 參見王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁90-93，中國人民大學出版社。

²⁷¹ 梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方法學》，25期，頁15。

²⁷² 參見王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁108-109、121-122，中國人民大學出版社。

²⁷³ 參見王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁93-101、113-114，中國人民大學出版社。

定性；同時考量被用工者資力上之弱勢，求償權究應如何限制，乃各國法律普遍存在之問題²⁷⁴，因此在侵權行為法之政策考量，立法者將此問題完全留給法院為處理，是否妥適亦不無疑問。

（二）網路侵權責任：過錯責任

《侵權責任法》第 36 條規定：「網路用戶、網路服務提供者利用網路侵害他人民事權益的，應當承擔侵權責任（第 1 款）。網路用戶利用網路服務實施侵權行為的，被侵權人有權通知網路服務提供者採取刪除、遮罩、斷開鏈結等必要措施。網路服務提供者接到通知後未及時採取必要措施的，對損害的擴大部分與該網路用戶承擔連帶責任（第 2 款）。網路服務提供者知道網路用戶利用其網路服務侵害他人民事權益，未採取必要措施的，與該網路用戶承擔連帶責任（第 3 款）。」

在現代社會中，網路在人際關係、資訊交流中，扮演日益重要的角色。然而伴隨而來的副作用，即是對於隱私權、名譽權、姓名權等人格權之侵害。因此《侵權責任法》在立法上，以第 36 條規定，規範「網路用戶責任」及「網路服務提供者責任」。

1. 第 36 條第 1 款之宣示性質

張新寶教授認為，《侵權責任法》第 36 條第 1 款僅具有宣示作用，而其歸責原則仍應回歸《侵權責任法》第 6 條第 1 款之過錯責任。其理由如下：(1) 從法理角度而言，無過錯責任係為解決社會發展中所發生之環境污染、工業災害、高度危險等問題，而網路侵權案件之大量發生，主要係立法停滯原因所致，並不表示網路本身具有對於「人身」或「財產」造成嚴重損害之危險。(2) 從技術的角度而言，網路服務提供者亦難對於用戶所發布之資訊逐一審查。(3) 從利益平衡的角度而言，倘對於網路服務提供者課予無過失責任，將使其負於過為嚴苛之注意義務。(4) 從比較法的角度而言，世界上主要之國家、地區，仍對於網路之中間服務商採取過錯責任，並明定責任限制條款，以促使其能提高網路服務之發展與品質²⁷⁵。王利明教授對於網路服務提供者、網路用戶之責任，仍應採過錯責任原則，亦表示肯定見解²⁷⁶。

因此，《侵權責任法》第 36 條第 1 款僅具宣示之性質，而非獨立之請求權基礎。網路用戶、網路服務提供者之行為，究否成立侵權行為，仍應依《侵權責任法》第 6 條 1 款、第 22 條為判斷。

2. 第 36 條第 2 款「通知條款」與第 36 條第 3 款之「知道條款」

²⁷⁴ 參見王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 552，自版。

²⁷⁵ 張新寶（2010），〈互聯網上的侵權責任：侵權責任法第 36 條解讀〉，《中國人民大學學報》，2010 年 4 期，頁 20-21。

²⁷⁶ 王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁 130-133，中國人民大學出版社。

《侵權責任法》第 36 條第 2 款之「通知條款」，其目的最主要在使網路服務提供者在有限之資源下，以一定之方式免除其侵權責任。因此在「通知條款」下，網路服務提供者在接到通知後，應採取刪除、屏閉、斷開連結之必要措施。而其消極未及時採取必要措施者，倘直接行爲之網路用戶成立侵權行爲，網路服務提供者即須與該網路用戶負連帶責任。條文中之「即時」，係網路服務提供者收到通知後，現在技術水準下可採取相應措施之合理時間，至於「必要措施」，則是指足以防止侵權行爲繼續及侵害結果擴大之措施²⁷⁷。因此，當網路服務提供者收到通知時，即應採取有效而合理之手段，防止該侵害之繼續與擴大，否則即須就損害之「擴大部分」負責。

至於《侵權責任法》第 36 條第 3 款之「知道條款」，則係網路服務提供者「明知」侵權行爲之存在，而消極不作爲之連帶責任。而「通知條款」與「知道條款」之適用關係，張新寶教授認爲，「通知條款」應爲一般性規定，「知道條款」則應爲例外性規定。否則，被害人將傾向主張「知道條款」，而架空了「通知條款」；且在「知道條款」下，無疑大大加重法院的負擔。因此「知道條款」作爲「通知條款」之例外適用規定，在適用上「知道條款」應具備以下要件：(1) 網路服務提供者確實知悉侵權事實。(2) 該侵權行爲的情節惡劣、後果嚴重²⁷⁸。

基於網路侵權行爲之泛濫，應如何課予網路服務提供者一定之責任，但不妨礙網路平臺之發展，已成爲現代各國法上不得不面對之問題。然而，《侵權責任法》第 36 條 2 款、3 款之「通知條款」與「知道條款」，雖然確立了網路服務提供者之不作爲侵權責任，然而這二款在適用上，既以「實施侵權行爲」與「侵害他人民事權益」爲其「通知」、「知道」之前提，然而網路侵權行爲之發生，往往涉及「名譽權」、「隱私權」、「姓名權」或「肖像權」等人格權，涉及違法性或實質利益衡量之判斷²⁷⁹，尙待法院累積一定之裁判案例，評估其規範功能。

(三) 違反安全保障義務之責任

《侵權責任法》第 37 條規定：「賓館、商場、銀行、車站、娛樂場所等公共場所的管理人或者群眾性活動的組織者，未盡到安全保障義務，造成他人損害的，應當承擔侵權責任（第 1 款）。因第三人的行爲造成他人損害的，由第三人承擔侵權責任；管理人或者組織者未盡到安全保障義務的，承擔相應的補充責任（第 2 款）。」

在《侵權責任法》制定前，司法實踐上係透過最高人民法院《關於審理人身

²⁷⁷ 張新寶（2010），〈互聯網上的侵權責任：侵權責任法第 36 條解讀〉，《中國人民大學學報》，2010 年 4 期，頁 21-23。

²⁷⁸ 張新寶（2010），〈互聯網上的侵權責任：侵權責任法第 36 條解讀〉，《中國人民大學學報》，2010 年 4 期，頁 23-25。

²⁷⁹ 深入探討，參見陳聰富（2008），〈論侵權行爲法之違法性概念〉，《月旦法學雜誌》，155 期，頁 190-195。

損害賠償案件適用法律若干問題的解釋》第 6 條規定²⁸⁰，發展安全保障義務²⁸¹。

《侵權責任法》則基於此基礎上，對於違反安全保障義務之責任予以承認，且不若《關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋》第 6 條規定的「其他社會活動」，《侵權責任法》第 37 條規定，將安全保障義務限縮於「場所責任」與「組織責任」兩種類型。

「安全保障義務」係源自於德國法上「交易安全義務」。按交易安全義務係指，開啓或維持一種特別危險源者，負有採取必要和可期待之防免措施，保護第三人免於危險之義務，而違反此種義務，即被認為具有過失及客觀違法性²⁸²。亦即，係基於行為人先行行為之危險，而課予行為人排除、防免之行為義務。其目的在於維持侵權行為法之過失責任主義，調整過失責任主義內容，並用以處理過失責任主義下使危險具體實現之危險活動。學說上並指出，交易安全義務之作用，主要展現於三個方面，包括：(1) 確立不作為之侵權責任。(2) 確立國家賠償法以外，民法上之國家侵權責任。(3) 作為侵權責任法中，自過失責任過渡至危險責任的轉換工具²⁸³。

王利明教授認為，《侵權責任法》第 37 條規定之「安全保障義務」乃不作為侵權責任，性質上為特殊之過錯責任，且其責任主體為公共場所之管理人或群眾活動之組織者，而不必然為侵權行為之直接行為人，而在第三人行為造成損害之情形，其應負相應之補充責任。至於所謂相應之補充責任，係指被害人向直接行為人請求損害賠償，無法全部獲得賠償時，被害人就其未獲賠償之部分，應由公共場所之管理人或群眾活動之組織者負責。而相應補充責任的責任範圍，應考量管理人或組織者，其違反安全保障義務致結果發生之原因力與過錯。同時，違反安全保障義務之公共場所管理人、群眾活動組織者，係自己違反安全保障義務，而對於自己的行為負責，因此除非第三人具有故意、惡意，或者其承擔補充責任後發現第三人之財產，否則仍不得向第三人為追償²⁸⁴。

(四) 產品責任

《侵權責任法》第 41 條規定：「因產品存在缺陷造成他人損害的，生產者應當承擔侵權責任。」

第 42 條規定：「因銷售者的過錯使產品存在缺陷，造成他人損害的，銷售者

²⁸⁰ 《關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋》第 6 條第 1 款規定：「從事住宿、餐飲、娛樂等經營活動或者其他社會活動的自然人、法人、其他組織，未盡合理限度範圍內的安全保障義務致使他人遭受人身損害，賠償權利人請求其承擔相應賠償責任的，人民法院應予支持。」

²⁸¹ 參見周友軍，交往安全義務理論研究（2008），頁 168-229。

²⁸² 參見朱柏松（1991），《德國商品製造人責任論（中）：侵權行為責任法的分析》，法學叢刊，36 卷 2 期，頁 28；林美惠（1999），《論我國法上交易安全義務理論之建立》，台大法學論叢，28 卷 1 期，頁 6-7。

²⁸³ 林美惠（1999），《論我國法上交易安全義務理論之建立》，台大法學論叢，28 卷 1 期，頁 8。

²⁸⁴ 參見王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁 156-159、190-195，中國人民大學出版社。

應當承擔侵權責任。(第 1 款) 銷售者不能指明缺陷產品的生產者也不能指明缺陷產品的供貨者的, 銷售者應當承擔侵權責任 (第 2 款)。」

第 43 條規定:「因產品存在缺陷造成損害的, 被侵權人可以向產品的生產者請求賠償, 也可以向產品的銷售者請求賠償。(第 1 款) 產品缺陷由生產者造成的, 銷售者賠償後, 有權向生產者追償 (第 2 款)。因銷售者的過錯使產品存在缺陷的, 生產者賠償後, 有權向銷售者追償 (第 3 款)。」

1. 民法通則、產品質量法、消費者權益保護法、侵權責任法之適用關係

在《侵權責任法》制定前,《民法通則》、《產品質量法》、《消費者權益保護法》皆對於產品責任設有規定。而《侵權責任法》第 41 條至第 43 條之規定, 係延襲了《產品質量法》第 41 條至第 43 條規定, 是以在責任主體與責任型態上, 就法條為觀察, 除用字外並無實質之差異。

在法條之適用關係上, 首先就《產品質量法》、《消費者權益保護法》而言, 《產品質量法》、《消費者權益保護法》係於 1993 年通過。在法適用論上, 依新法優先於舊法, 特別法優先於普通法之原則, 解釋上, 《產品質量法》、《消費者權益保護法》應優先民法通則適用。而學說上認為, 《消費者權益保護法》之立法宗旨在保證產品符合法定品質, 而達成消費者保護之目的, 因此《消費者權益保護法》應認為係《產品質量法》之特別法。同時, 規範產品品質安全亦為保護消費者之主要目的, 是以《消費者權益保護法》之歸責原理仍應與《產品質量法》一致²⁸⁵。

其次, 至《侵權責任法》通過後, 因《產品質量法》為侵權責任之特別法, 依《侵權責任法》第 5 條規定:「其他法律對侵權責任另有特別規定的, 依照其規定。」故學說認為《侵權責任法》未作明文規定者, 依特別法優先於普通法之原則, 則適用《產品質量法》; 倘《侵權責任法》與《產品質量法》均就同一事項為規定, 則依新法優先於舊法之原則, 優先適用侵權責任法²⁸⁶。

2. 產品之概念

《侵權責任法》中, 對於「產品」之定義並未規定。學說認為, 依《產品質量法》第 2 條第 2 款規定²⁸⁷, 產品須為經加工、製作之物, 且產品須用於銷售之用途; 同時產品須已投入流通, 例如新研發之產品被盜、或技術人員遺失於地鐵, 即因該產品尚未投入流通, 而無產品責任之適用。並依《產品質量法》第 2 條第

²⁸⁵ 參見劉文琦、吳勝春 (1997),〈論中國大陸產品責任法律制度〉,《東吳法律學報》, 10 卷 2 期, 頁 47-50。

²⁸⁶ 參見高聖平 (2010),〈論產品責任損害賠償範圍: 以侵權責任法、產品質量法相關規定為分析對象〉,《華東政法大學學報》, 70 期, 頁 109-110。

²⁸⁷ 《產品質量法》第 2 條第 2 款規定:「本法所稱產品是指經過加工、製作, 用於銷售的產品。」

3 款規定²⁸⁸，產品主要係指動產而言。

相較於《產品質量法》之規定，臺灣消費者保護法施行細則第 4 條規定：「本法第七條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。」因此臺灣法上商品概念之範圍，包括作為交易客體之動產及不動產，而較《產品質量法》中之產品概念來得廣泛。

3. 銷售者責任之歸責原則

《侵權責任法》第 41 條之生產者責任，係以產品之缺陷為歸責原則，屬於嚴格責任，已屬定論。

然而，銷售者產品責任之歸責原則，究屬過錯責任或無過錯責任，學說之爭論則一直延續至今。多數見解認為依立法體例，係屬無過錯責任，亦有見解認為屬於過錯責任。

採取過錯責任的見解認為，銷售者與生產者在產品生產流通中的地位不同，適用不同的歸責原則，故銷售者僅就其過錯負責。採取無過錯責任的見解則認為，基於《侵權責任法》第 42 條及第 43 條第 2 款、第 3 款之體系解釋，侵權責任法第 42 條所規定之過錯，係責任主體間之內部分擔責任才有其意義，故侵權責任法第 42 條僅係說明銷售者在最終責任上仍負過錯責任，亦即銷售者縱無過錯，仍須對被害人負責；惟其得再向生產者追償，而不負最終責任；反之，倘銷售者有過錯，則其除須對被害人負責外，其亦應負最終責任²⁸⁹。

王利明教授亦透過體系解釋，並基於被害人求償之便利及保護，以及銷售者對於產品可進行監督、檢測，相較於一般消費者較具有優勢，而肯定銷售者應負無過錯之嚴格責任²⁹⁰。

學說另有指出，依解釋及裁判實務，當被害人向銷售者請求時，法院仍係責令銷售者就其無過錯舉證，因而認為侵權責任法第 42 條之銷售者責任，實際上仍屬推定過錯責任²⁹¹。

因此，依《侵權責任法》之規定，銷售者僅在不能指明生產者且不能指明供貨者時，始須負責；否則依產品質量法第 42 條規定、侵權責任法第 42 條規定之文義，銷售者僅就其負過錯負責，亦即回歸傳統之過錯責任。就體系解釋而言，經銷商其實真正所負之產品責任為補充責任。

²⁸⁸ 《產品質量法》第 2 條第 3 款規定：「建設工程不適用本法規定；但是，建設工程使用的建築材料、建築構配件和設備，屬於前款規定的產品範圍的，適用本法規定。」

²⁸⁹ 參見高聖平（2010），〈論產責任的責任主體及歸責事由：以侵權責任法「產品責任」章的解釋論為視角〉，《政治與法律》，5 期，頁 5-6；高聖平（2010），〈產品責任歸責原則研究：以侵權責任法第 41 條、42 條和第 43 條為分析對象〉，《法學雜誌》，6 期，頁 11-12。

²⁹⁰ 王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁 239-242，中國人民大學出版社。

²⁹¹ 參見賀峰、楊惠（2004），〈論中國產品質量法中的嚴格責任原則〉，《遼寧工程技術大學學報》，6 卷 4 期，頁 344。

4. 「相應」的懲罰性賠償金

依《侵權責任法》第 47 條規定：「明知產品存在缺陷仍然生產、銷售，造成他人死亡或者健康嚴重損害的，被侵權人有權請求相應的懲罰性賠償。」係引進美國法上懲罰性賠償金之制度，而條文中所謂「相應」的懲罰性賠償金，乃係將懲罰性賠償金之數額，授權與法院依具體案件予以裁量。倘造成損害之產品為食品時，依《食品安全法》之規定²⁹²，消費者得向生產者或銷售者請求「價款十倍」之懲罰性賠償金，則此時《食品安全法》即應作為特別法而優先於《侵權責任法》為適用²⁹³。

（五）醫療損害責任

醫療損害責任，係規定於《侵權責任法》第 54 條至第 64 條。《侵權責任法》第 54 條規定，明白宣示除了第 59 條之醫療產品損害責任外，醫療損害責任係以「過錯責任」為其歸責原則，並以「醫療機構」為醫療損害責任之責任主體²⁹⁴。此外，《侵權責任法》第 58 條規定三種過錯推定之情形²⁹⁵，在符合第 58 條規定時發生舉證責任之轉換，使醫療機構須對於自己無過錯之事實負舉證責任²⁹⁶。

楊立新教授將醫療損害責任之體系，區分為「醫療倫理損害責任」、「醫療技術損害責任」及「醫療產品損害責任」等三種責任類型。其中：1. 「醫療倫理損害責任」包括《侵權責任法》第 55 條「告知義務違反之損害責任」²⁹⁷及第 62 條「違反保密義務之損害責任」²⁹⁸。係指醫療機構及醫務人員，在進行醫療行為

²⁹² 《食品安全法》第 96 條第 2 款規定：「生產不符合食品安全標準的食品或者銷售明知是不符合食品安全標準的食品，消費者除要求賠償損失外，還可以向生產者或者銷售者要求支付價款十倍的賠償金。」

²⁹³ 梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方法學》，25 期，頁 17-18。

²⁹⁴ 王利明教授認為，因醫務人員係以醫療機構之名義對外進行活動；而在醫療損害責任中，醫務人員之過錯被視為醫療機構之過錯，醫療機構仍係對自己之行為負責，因此醫療損害責任雖以醫療機構為責任主體，仍與用工責任有所區別。參見王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁 372-374，中國人民大學出版社。

²⁹⁵ 《侵權責任法》第 58 條規定：「患者有損害，因下列情形之一的，推定醫療機構有過錯：（一）違反法律、行政法規、規章以及其他有關診療規範的規定；（二）隱匿或者拒絕提供與糾紛有關的病歷資料；（三）偽造、篡改或者銷毀病歷資料。」

²⁹⁶ 梁慧星教授則認為，第 58 條規定之「過錯推定」，係屬於「不可推翻之過錯推定」，其法律上效力相當於「視為」；其理由在於「視為」係用於「客觀事實」之認定，然而「推定」則係用於「主觀事實」之認定，縱採用「過錯客觀化」之判斷標準，仍不改變「過錯」屬於「主觀心理狀態」之本質。因此第 58 條規定之「推定醫療機構有過錯」，仍不同於第 6 條第 2 款之「推定過錯」。參見梁慧星（2010），〈論侵權責任法中的醫療損害責任〉，《法商研究》，140 期，頁 36-37。王利明教授則認為，就理論而言，第 58 條規定在立法技術上既使用「推定」之概念，當事人應得以提出反証以證明自己沒有過錯；然其又進一步表示，該條所列舉之三種情形，係較為明顯之違法行為，事實上醫療機構難以提出反證，而認為該條規定兼具過錯之「推定」與「認定」的雙重效力。參見王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁 403-404，中國人民大學出版社。

²⁹⁷ 《侵權責任法》第 55 條規定：「醫務人員在診療活動中應當向患者說明病情和醫療措施。需要實施手術、特殊檢查、特殊治療的，醫務人員應當及時向患者說明醫療風險、替代醫療方案等情況，並取得其書面同意；不宜向患者說明的，應當向患者的近親屬說明，並取得其書面同意。」

²⁹⁸ 《侵權責任法》第 62 條規定：「醫療機構及其醫務人員應當對患者的隱私保密。洩露患者隱

時，未對病患為充分告知、未保守與病情相關之秘密，以及未取得病患同意即採取或停止醫療措施之過失行為，而由醫療機構承擔之侵權責任；而告知義務及保密義務之違反，其所侵害者，包括了對於病患身體權、健康權之人身實質性損害，以及自我決定權之損害²⁹⁹；同時，在「違反告知義務之情形」，被害人得依《侵權責任法》第 16 條規定向醫療機構請求財產上損害，在「違反保密義務之情形」，被害人則得依《侵權責任法》第 22 條請求精神損害賠償。2. 「醫療技術損害責任」，規定於《侵權責任法》第 57 條³⁰⁰，主要用以規範醫療機構及醫務人員之檢驗、診斷、治療方式選擇、治療措施執行、病情追蹤、術後照護等診療行為，因未符合當時醫療水準之過失行為，由醫療機構承擔之侵權責任。3. 「醫療產品損害責任」則規定於《侵權責任法》第 59 條³⁰¹，係由醫療機構與醫療產品生產者，負不真正連帶責任，性質上係屬於特殊產品責任³⁰²。

《侵權責任法》第 58 條僅規定「過錯推定」，則在因果關係上，是否亦應採取「因果關係推定」之方式，令醫療機構就其行為與結果間無因果關係負舉證責任？

王利明教授認為，就立法過程而言，最初曾有關於因果關係推定之規定，然最終遭刪除，應理解為立法者的有意沉默；並認為倘採取因果關係推定，將過分加重醫療機構之負擔，且因果關係之證明尚可透過鑑定進行認定，不一定須以因果關係推定強化對被害人之保護，因而肯定《侵權責任法》不為因果關係推定之立法³⁰³。

楊立新教授則持不同見解，認為在原告、被告嚴重資訊不對稱的醫療損害事故中，由原告負擔全部舉證責任幾近不可能。因此應由司法機關採取補救措施，在過錯、因果關係上，緩和原告之舉證責任，如原告對於因果關係及醫療技術之過錯，因受客觀限制無法達成高度蓋然性證明標準者，視為其已完成舉證責任，而發生舉證責任之轉換；同時在原告無法承擔舉證責任，且醫療機構及醫務人員之醫療行為很可能造成該病患人身損害者，亦可透過表現證據規則，推定該診療

私或者未經患者同意公開其病歷資料，造成患者損害的，應當承擔侵權責任。」

²⁹⁹ 王利明教授認為，醫療機構未盡其告知義務並取得病患同意時，尚須對於病患造成實際損害之結果，始須承擔侵權責任，蓋單純未盡告知義務，主要係侵害病患之知情權、同意權、選擇權，並不直接導致病患物質上之損害。參見王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁 431-432，中國人民大學出版社。

³⁰⁰ 《侵權責任法》第 57 條規定：「醫務人員在診療活動中未盡到與當時的醫療水準相應的診療義務，造成患者損害的，醫療機構應當承擔賠償責任。」

³⁰¹ 《侵權責任法》第 59 條規定：「因藥品、消毒藥劑、醫療器械的缺陷，或者輸入不合格的血液造成患者損害的，患者可以向生產者或者血液提供機構請求賠償，也可以向醫療機構請求賠償。患者向醫療機構請求賠償的，醫療機構賠償後，有權向負有責任的生產者或者血液提供機構追償。」

³⁰² 參見楊立新（2010），〈侵權責任法改革醫療損害責任制度的成功與不足〉，《中國人民大學學報》，2010 年 4 期，頁 10。

³⁰³ 王利明（2011），《侵權責任法研究（下卷）》，頁 402-403，中國人民大學出版社。

行爲與病患人身損害間存在因果關係³⁰⁴。

(六) 高度危險責任

《侵權責任法》第 69 條至第 77 條係高度危險責任之規定。其中第 69 條爲高度危險責任一般條款，第 70 條、第 71 條分別爲民用核設施、民用航空器之致害責任，第 72 條、第 74 條至第 75 條爲佔有使用、遺失拋棄、非法佔有高度危險物責任，第 73 條爲高度危險活動致害責任，第 76 條、第 77 條則分別爲責任減輕或免除之事由，及責任賠償限額。學說上之討論，則多將焦點置於第 69 條之高度危險責任一般條款。

《侵權責任法》第 69 條規定：「從事高度危險作業造成他人損害的，應當承擔侵權責任。」

王利明教授認爲，高度危險責任一般條款並不能適用於所有的危險，並應區分爲「高度危險責任」與「一般危險責任」。德國法上之「危險責任」，其概念範圍包括了《侵權責任法》之高度危險責任，但不限於高度危險責任；然而「高度危險責任」與「危險責任」皆屬於嚴格責任，其歸責基礎同樣在於危險。《侵權責任法》最後並未使用「危險」之概念，在體系上則將「危險」區分爲「一般危險」與「高度危險」，並對於「一般責任」爲類型化處理，分別規定產品責任、機動車交通事故責任、環境污染責任、飼養動物損害責任、物件損害責任等；對於「高度危險」則單獨爲規定³⁰⁵。

進一步對於「高度危險」爲解釋，高度危險係源自於英美法上異常危險活動（ultra-hazardous activities）及德國法上特別危險（Besondere Gefahr）之概念，而就其概念之範圍上，因《侵權責任法》第 72 條係使用「等高度危險物」之概括條款，而第 69 條明確使用「高度危險作業」，依體系解釋，應可確立第 69 條之適用範圍應僅限於「高度危險作業」，而不及於高度危險物³⁰⁶。因而在概念上，第 69 條所規範者，係與第 70 條民用核設施致害責任、第 71 條民用航空器致害責任、第 73 條高度危險活動致害責任類似之高度危險作業，因而在民用核設施、民用航空器、高度危險活動致損害發生之情形，應優先適用各具體規定；如出現現該等具體規定無法適用之情形，此時則適用第 69 條高度危險責任之一般條款。

王利明教授並認爲，由於《侵權責任法》第九章係對於典型高度危險活動爲列舉規定，顯然無法涵蓋所有類型之高度危險作業；同時隨著生物、基因技術之發展，亦可能發生無法預測之高度危險，從而第 69 條的高度危險責任一般條款，仍具有廣泛的適用可能。其並同時指出，對於高度危險作業之認定，應考量高等

³⁰⁴ 楊立新（2010），〈侵權責任法改革醫療損害責任制度的成功與不足〉，《中國人民大學學報》，2010 年 4 期，頁 14-15。

³⁰⁵ 王利明（2010），〈論高度危險責任一般條款的適用〉，《中國法學》，2010 年 6 期，頁 155-156。

³⁰⁶ 王利明（2010），〈論高度危險責任一般條款的適用〉，《中國法學》，2010 年 6 期，頁 157-158。

危險作業損害之嚴重性、難以控制性、異常性及社會價值³⁰⁷。

與《侵權責任法》第 69 條高度危險責任一般條款類似，臺灣民法第 191 條之 3，亦設有危險活動之規定³⁰⁸，而其立法技術上，係採用推定過失責任。王澤鑑教授觀察比較法上之立法例，認為臺灣民法第 191 條之 3 規定，係繼受義大利民法第 2050 條。而法院判決對於民法第 191 條之 3 之適用，多參照立法意旨及立法理由，及立法理由例示之案例，作為解釋方法；法院判決認為非屬危險活動者，例如：於店面騎樓鋪設地磚、遊覽車業者、使用汽車、醫療行為等；法院判決認為屬危險活動者，則如：工廠儲存 DOP 軟化油、丟棄有毒廢棄物、電信公司架設基地台發射電磁波等。³⁰⁹

雖然《侵權責任法》第 69 條的高度危險責任一般條款，與臺灣民法第 191 條之 3 的危險活動規定，其作為歸責基礎之「危險」有所不同，前者係與民用核設施、民用航空器類似之「高度危險」，後者則如立法意旨及立法理由所述，為工廠排放廢水、爆竹場製造爆竹、舉行賽車活動之「危險」；且在立法技術上前者為嚴格責任，後者為推定過失責任。然而，二者相同的皆是對於設有具體規定之高度危險責任或危險責任，以一般條款作為補遺之功能。然而就臺灣民法第 191 條之 3 規定，學說觀察實務上案例，認為其規範功能似乎仍處於「長期間法律不確定性」之階段³¹⁰；相較之下，適用範圍更為窄小之《侵權責任法》高度危險責任一般條款，其規範功能究竟如何，則尚待進一步之觀察。

（七）物件損害責任

《侵權責任法》第 85 條至第 91 條，規定物件損害責任。其中較重要者為第 85 條建築物管理瑕疵責任³¹¹、第 86 條建築物倒塌損害責任³¹²、第 87 條拋擲物損害補償責任³¹³。

其中，「建築物管理瑕疵責任」係採取推定過錯責任之立法模式，被害人僅

³⁰⁷ 王利明（2010），〈論高度危險責任一般條款的適用〉，《中國法學》，2010 年 6 期，頁 158-160。

³⁰⁸ 臺灣民法第 191 條之 3 規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限。」

³⁰⁹ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 646-648、665-666，自版。

³¹⁰ 陳聰富（2011），〈歐陸法嚴格責任立法與我國民法第 191 條之 3 之檢討〉，《台大法學論叢》，49 卷 2 期，頁 622-623。

³¹¹ 《侵權責任法》第 85 條規定：「建築物、構築物或者其他設施及其擱置物、懸掛物發生脫落、墜落造成他人損害，所有人、管理人或者使用人不能證明自己沒有過錯的，應當承擔侵權責任。所有人、管理人或者使用人賠償後，有其他責任人的，有權向其他責任人追償。」

³¹² 《侵權責任法》第 86 條規定：「建築物、構築物或者其他設施倒塌造成他人損害的，由建設單位與施工單位承擔連帶責任。建設單位、施工單位賠償後，有其他責任人的，有權向其他責任人追償（第 1 款）。因其他責任人的原因，建築物、構築物或者其他設施倒塌造成他人損害的，由其他責任人承擔侵權責任（第 2 款）。」

³¹³ 《侵權責任法》第 87 條規定：「從建築物中拋擲物品或者從建築物上墜落的物品造成他人損害，難以確定具體侵權人的，除能夠證明自己不是侵權人的外，由可能加害的建築物使用人給予補償。」

就損害及因果關係負舉證責任。而「建築物倒塌損害責任」，則採取推定過錯責任之立法模式，學說認為第 86 條第 1 款規定，其責任之依據係由於因建築物缺陷而造成建築物之倒塌。至於「拋擲物損害補償責任」，其立法背景係為因應大陸特殊之國情，在拋擲物致人損害時，由可能之加害人予以補償，同時依據共同危險行為之法理，可能之加害人仍得主張因果關係抗辯，而免除自己之責任³¹⁴。

參、重要實務案例

此處篩選之案例，係極具中國大陸「中國特色」之案例，具有其重要性及代表性，值得與臺灣民法相互比較。其中《荷花女》名譽權糾紛一案，其爭點在於死者是否具有名譽權或名譽利益？而死者名譽受到侵害時應採取何種方式保護？並涉及究及應如何評價孰為被害人之問題。李萍、龔念訴五月花公司人身傷害賠償糾紛一案，則涉及安全保障義務理論，其損害防免義務之內容與範圍究應如何界定，且就相類似案例在臺灣亦層出不窮，頗值參考。至於婚禮錄影被損毀請求精神賠償一案，則涉及當物受到毀損滅失時，物之所有人除得主張財產上損害賠償外，是否得向行為人主張非財產上損害賠償，此一問題目前在臺灣法上仍採取否定態度，因此其理由構成與判決結果，值得供臺灣作為研究或修法上之借鑒。

一、《荷花女》名譽權糾紛案

（一）案例事實

原告陳秀琴系天津解放前已故藝人吉文貞之母。吉文貞 1925 年 6 月出生在上海的一個曲藝之家，自幼就隨其父吉評三（當時的曲藝演員）學藝演唱，後輾轉來津。1940 年左右，吉文貞參加了天津「慶雲」戲院成立的「兄弟劇團」演出，從此便以「荷花女」之藝名在天津曾紅極一時，1944 年病故，年僅 19 歲。

被告魏錫林在翻閱解放前天津地區的舊報刊收集資料時，看到了有關「荷花女」的一些報導，即擬以其為主人公寫小說。1986 年 2 月至 6 月間，魏錫林曾先後三次找到原告陳秀琴家瞭解有關「荷花女」的生平以及從藝情況，同時又給在青島工作的「荷花女」之弟吉文利去信詢問有關吉文貞的情況及索要照片。隨後魏錫林自行創作完成了名為《荷花女》的小說。該小說約有 11 萬多字並配有數十幅插圖，自 1987 年 4 月 18 日開始在《今晚報》副刊上每日登出一篇，截至同年 6 月 12 日刊登完畢，共計連載 56 篇。

小說在連載過程中，原告陳秀琴及其親屬以小說插圖及虛構的事實有損名譽為由曾先後兩次去《今晚報》社要求停載。《今晚報》副刊部負責人在接待中告知原告可找作者協商，並答應如親屬寫出「荷花女」的生平文章後給予刊登，最

³¹⁴ 參見梁慧星（2011），〈中國侵權責任法解說〉，《北方法學》，25 期，頁 19-20。

後以報紙要對讀者負責為由而未停刊。原告起訴後，《今晚報》社還於同年 8 月召開小說筆會，授予魏錫林創作小說《荷花女》榮譽獎。

原告陳秀琴於 1987 年 6 月向市中級人民法院起訴，認為魏錫林未經原告同意在其創作發表的小說《荷花女》中故意歪曲並捏造事實，侵害了已故藝人古文貞和原告的名譽。《今晚報》未經審查刊登該小說，當原告要求其停上刊載時遭到拒絕；報社所作《荷花女》小說的插圖也有損古文貞形象，其肖像權也受到侵害，故要求被告魏錫林及《今晚報》社賠禮道歉並負責賠償因此而受到的經濟損失。

被告魏錫林辯稱：小說《荷花女》主要情節雖屬虛構，但並沒有因此降低反而美化、提高了「荷花女」本人的形象；另「荷花女」本人已死，陳秀琴不是正當原告，無權起訴。應當駁回起訴並向法院提出反訴，要求追究原告的誣告罪。

被告《今晚報》社答辯稱：報社按照「文責自負」的原則，不負有核實文學作品內容是否真實的義務，按照法律規定，公民的民事權利能力始於出生，終於死亡。因「荷花女」早已死亡，保護死人的名譽權不符合民法通則的規定，原告訴訟請求不能成立，應予駁回。

（二）主要爭點

本案係死者名譽保護之重要案例，其最主要爭點在於：1. 死者是否仍得具有名譽權或名譽利益？2. 死者名譽受到侵害時應採取何種方式保護？

（三）法院判決與行政函示

1. 天津市中級人民法院判決

天津市中級人民法院認為：《中華人民共和國民法通則》規定公民享有名譽權。公民死亡後名譽權仍應受法律保護。原告陳秀琴系已故吉文貞之母，在其女兒及本人名譽權受到侵害的情況下，有權提起訴訟，請求法律保護。被告魏錫林所著《荷花女》體裁雖為小說，但作者使用了吉文貞和陳秀琴的真實姓名，其中虛構了有損吉文貞和陳秀琴名譽的一些情節，其行為侵害了吉文貞和陳秀琴的名譽權，應承擔民事責任，被告《今晚報》社對使用真實姓名的小說《荷花女》未作認真審查即予登載，致使損害吉文貞和陳秀琴名譽的不良影響擴散，也應承擔相應的民事責任。

天津市中級人民法院於 1989 年 6 月 21 日判決：一、被告魏錫林、《今晚報》社，分別在《今晚報》上連續 3 天刊登道歉聲明，為吉文貞、原告陳秀琴恢復名譽，消除影響，其道歉聲明的內容及版面由法院審定。如拒絕執行，法院即在其他報刊上刊登為吉文貞、原告陳秀琴恢復名譽，消除影響的公告，其費用由拒絕執行的人員負擔。二、被告魏錫林、《今晚報》社各賠償陳秀琴 400 元。三、被告魏錫林應停止侵害，其所著小說《荷花女》不得再以任何形式付印、出版發行。

被告《今晚報》社、魏錫林不服判決，以原答辯理由分別向天津市高級人民法院提出上訴。

2. 天津市高級人民法院判決

天津市高級人民法院審理認為：原審認定事實清楚，證據充分可靠，適用法律正確。在庭審調查和辯論結束後，上訴人《今晚報》社、魏錫林要求法庭調解；被上訴人陳秀琴亦表示同意。依照《中華人民共和國民事訴訟法（試行）》第九十七條的規定，法庭主持調解，在確認上訴人構成侵權和應承擔民事責任的前提下，於1990年4月11日，雙方自願達成如下協定：一、為消除上訴人魏錫林所著小說《荷花女》的不良影響，由上訴人《今晚報》社負責將雙方商定的由被上訴人陳秀琴所寫介紹吉文貞生平真實情況的來信，魏錫林所寫表示道歉的復信，在原連載小說版面上刊登，並加有道歉內容的編者按。本調解書送達後10日內執行完畢；二、經濟賠償問題由上訴人和被上訴人雙方自行解決；三、上訴人魏錫林原著小說《荷花女》，不得以任何形式付印、出版發行。小說修改後，出版發行必須徵詢吉文貞有關親屬的意見。

3. 最高人民法院[1988]民他字第52號覆函

《荷花女》中的虛構之處，有的涉及了吉文貞的個人品質、生活作風等個人隱私，在社會上造成了不好影響，同時陳秀琴的名譽因此也受到了損害。對此，被告魏錫林應承擔其侵權的民事責任。至於吉文貞已死亡，對死人名譽權是否給予保護，目前我國尚無法律明確規定。但我們認為，公民死亡只是喪失了民事權利能力，其在生前已經取得的具體民事權利仍應受到法律保護。比如我們對在歷次政治運動中遭受迫害致死的人，通過適當方式為死者平反昭雪、恢復名譽即是對死人名譽權的保護；而被處決的死刑罪犯，刑法明確規定剝奪政治權利終身，也從另一個方面說明公民死亡後其生前的民事權利受法律保護。作者魏錫林以虛構事實、散佈隱私等方式毀損死者吉文貞的人格，構成侵犯名譽權，故應承擔民事責任。當死人名譽權受到侵犯時，可參照文化部頒發的《圖書、期刊版權保護試行條例》第十一條關於作者死亡後，其署名等權利受到侵犯時，由作者的合法繼承人保護其不受侵犯的規定精神，「荷花女」之母陳秀琴有權提起訴訟。《今晚報》社在原告兩次要求停刊時而未予理睬仍繼續刊登，且又向被告魏錫林授予創作獎，致使損害的影響進一步擴大，故與作者魏錫林構成共同侵權，魏錫林應承擔主要責任，《今晚報》也應承擔相應的民事責任。至於小說中的插圖應視為小說內容的一部分，屬侵犯名譽權的一種方式，故侵犯肖像權之訴不予成立。關於插圖作者是否列為本案第三人的問題有兩種意見，一種是主張插圖作者是《今晚報》工作人員，所以插圖作者是職務作品，因此不列插圖者為第三人；另一種認為插圖作者與文字作者應一樣對待，故主張列，但又分為幾種情況，一是將四人均列為被告；二是《今晚報》的三位美工人員不列，因為是職務之作，因而只把從第三文化宮借調來的米亞娟列為第三人；三是要看其所繪插圖的內容來確定是

被告還是第三人。

（四）判決評析

最高人民法院函示明確表示：「公民死亡只是喪失了民事權利能力，其在生前已經取得的具體民事權利仍應受到法律保護……作者魏錫林以虛構事實、散佈隱私等方式毀損死者吉文貞的人格，構成侵犯名譽權，故應承擔民事責任。當死人名譽權受到侵犯時，可參照文化部頒發的《圖書、期刊版權保護試行條例》第十一條關於作者死亡後，其署名等權利受到侵犯時，由作者的合法繼承人保護其不受侵犯的規定精神，「荷花女」之母陳秀琴有權提起訴訟。」實務見解不但肯定死者仍具有名譽權，且可類推適用《圖書、期刊版權保護試行條例》，由死者之合法繼承人提起訴訟。王澤鑑教授並認為本件判決甚具啟發性：1. 以政治運動中死亡者名譽權保護作為一種法律政策。2. 法律技術上採類推適用的法院造法方法，肯定一定親屬侵害中止請求權，對死者名譽權作直接的保護³¹⁵。

然而在《侵權責任法》立法之後，是否仍應作相同之解釋，或應採取何種方式達成對於死者名譽權／名譽利益之保護？

首先，依《民法通則》第9條規定：「公民從出生時起到死亡時止，具有民事權利能力，依法享有民事權利，承擔民事義務。」因此個人得作為私法上權利主體之能力，係始於出生而終於死亡。名譽權係屬人格權之一種，其內容主要係個人於社會生活中所受之社會性評價，具有一身專屬性，又非如具有經濟價值之肖像權或姓名權，而不同於財產權，因此應不得作為繼承之客體。因此當個人死亡時，應認為死者之名譽權亦已失其附麗，而非得為死者之繼承人得為繼承，應屬的論。

然而，當死者名譽受到濫用、扭曲或其他侵害時，死者之家屬得否以自己之權利或利益受侵害為由提起訴訟？

1993年《最高人民法院關於審理名譽權案件若干問題的解答》，僅表示「死者名譽受到損害的，其近親屬有權向人民法院起訴。近親屬包括：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孫子女、外孫子女。」2001年《最高人民法院關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》第3條規定：「自然人死亡後，其近親屬因下列侵權行為遭受精神痛苦，向人民法院起訴請求賠償精神損害的，人民法院應當依法予以受理：（一）以侮辱、誹謗、貶損、醜化或者違反社會公共利益、社會公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名譽、榮譽；（二）非法披露、利用死者隱私，或者以違反社會公共利益、社會公德的其他方式侵害死者隱私；（三）非法利用、損害遺體、遺骨，或者以違反社會公共利益、社會公德的其他方式侵害遺體、遺骨。」因此，在《侵權責任法》立法前，實務見解對此，雖不若上述判決中，明白承認死者之名譽權，然而同樣承認死者近親

³¹⁵ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁68，自版。

屬得以自己名義請求精神損害賠償。

至《侵權責任法》立法後，第 2 條規定採取「列舉+概括」之立法方式，使《侵權責任法》之保護法益包含權利及利益，學說認為司法解釋之死者人格利益，亦應得作為《侵權責任法》之民事利益，而予以保護³¹⁶。

進步言之，死者名譽受侵害時，基於死者與近親屬間之親密關係，近親屬因而受有精神上痛苦，故解釋上得將此種死者與近親屬間親密關係之利益，作為一種人格上利益予以保護，同時並應限於一定關係之近親屬始得請求，以確保此種人格利益之保護必要，並合理限制加害人之責任。因此，就現行《侵權責任法》之體系，當死者名譽遭受侵害時，應可肯定死者近親屬得以自己人格利益被侵害提起訴訟，依《侵權責任法》第 21 條請求停止侵害，並依第 6 條第 1 款、第 22 條向加害人請求精神損害賠償。

二、李萍、龔念訴五月花公司人身傷害賠償糾紛案

（一）案例事實

原告訴稱：二原告帶領 8 歲的兒子龔碩皓前去被告經營的五月花餐廳就餐，被被告的禮儀小姐安排在一間包房的外邊就座。這間包房內發生爆炸，包房的牆壁被炸倒下，造成龔碩皓死亡、李萍殘疾的後果。被告面向社會經營餐飲，其職責不僅應向顧客提供美味可口的飯菜，還應負責提供愉悅放心的消費環境，保證顧客的人身安全。被告對顧客自帶酒水進入餐廳不予禁止，又在餐廳裝修中使用了不符合安全標準的木板隔牆，以致埋下安全隱患。正是由於被告的經營管理不善，使餐廳發生了不該發生的爆炸，造成顧客人身傷亡。被告違反了《中華人民共和國消費者權益保護法》第十一、四十一、四十二條的規定，應承擔全部損害賠償責任。請求判令被告：（1）給原告賠償醫療費、營養費、護理費、交通費、假肢安裝費、殘疾生活補助費、後期繼續治療費、殘疾賠償金、喪失生育能力賠償金以及喪葬費、死亡賠償金和精神損害賠償金等共計 403 萬元；（2）負擔本案全部訴訟費。

被告辯稱：此次爆炸事件是犯罪分子所為。不知情的顧客把犯罪分子偽裝成酒送給他的爆炸物帶進餐廳，他根本沒有預見到會發生爆炸，餐廳當然更不可能預見。對被告和顧客來說，發生爆炸純屬意外事件。對此次爆炸，被告既在主觀上沒有過錯，也在客觀上沒有實施侵權行為。況且爆炸還造成被告的一名服務員身亡，餐廳裝修、設備受到嚴重破壞，各種直接、間接損失近 100 萬元，被告本身也是受害者。被告作為餐飲經營者。原告只能向真正的加害人主張權利，不能要求被告承擔賠償責任。原告現在的起訴缺乏事實根據和法律依據，訴訟主體也不合格，其請求應當駁回。

³¹⁶ 參見楊立新（2010），〈侵權責任法懸而未決的十五個問題的司法對策〉，《中國審判》，53 期，頁 72。

（二）主要爭點

此案例同時涉及契約責任與侵權責任，侵權責任之主要爭點在於：1. 被告是否違反安全保障義務？2. 被告之義務違反與損害結果間是否具有因果關係？3. 本案在直接實施侵權行為之第三人無資力賠償被害人時，是否應由被告負公平責任而對被害人補償？

（三）法院判決

廣東省高級人民法院認為：

《中華人民共和國合同法》第一百二十二條規定：「因當事人一方的違約行為，侵害對方人身、財產權益的，受損害方有權選擇依照本法要求其承擔違約責任或者依照其他法律要求其承擔侵權責任。」縱觀上訴人李萍、龔念在一、二審提出的訴訟主張，既認為被上訴人五月花公司違約，又認為五月花公司侵權，並且還認為存在民事責任競合的情形，但一直沒有在違約和侵權兩者中作出明確選擇。依照該條法律規定，法院只能在全面審理後按照有利於權利人的原則酌情處理。

關於被上訴人五月花公司的餐廳裝修問題。上訴人李萍、龔念認為，五月花餐廳的裝修沒有報批，且違反了消防安全管理規定，埋下了不安全的隱患，因而應該承擔侵權責任。經查，五月花公司開業前，已經呈報公安消防部門批准，未經報批一說與事實不符。再有，裝修材料是否符合消防安全管理的規定，只能體現該材料的阻燃性能高低，不代表該材料的抗爆性能強弱，並且阻燃性能高的材料不一定抗爆性能就強。例如，阻燃性能為 A 級的玻璃，其抗爆性能遠不如阻燃性能為 B2 級的天然木材強。況且，李萍、龔念、龔碩皓並非因木板隔牆阻燃不力而被燒傷亡。使用木板作餐廳包房的隔牆是否符合消防安全管理規定，與本案的損害後果之間沒有必然的因果關係。對木板隔牆應當具有何種抗爆性能，法律沒有強制性規定，不能因此令五月花公司承擔裝修不當的法律責任。

關於被上訴人五月花公司是否違約的問題。五月花公司接受上訴人李萍、龔念一家在其餐廳就餐，雙方之間形成了以消費與服務為主要內容的合同關係。《中華人民共和國合同法》第六十條第二款規定：「當事人應當遵循誠實信用原則，根據合同的性質、目的和交易習慣履行通知、協助、保密等義務。」五月花公司作為消費與服務合同中的經營者，除應該全面履行合同約定的義務外，還應當依照合同法第六十條的規定，履行保護消費者人身、財產不受非法侵害的附隨義務。為了履行這一附隨義務，經營者必須根據本行業的性質、特點和條件，隨時、謹慎地注意保護消費者的人身、財產安全。但由於刑事犯罪的突發性、隱蔽性以及犯罪手段的智慧化、多樣化，即使經營者給予應有的注意和防範，也不可能完全避免刑事犯罪對顧客人身、財產的侵害。這種侵害一旦發生，只能從經營者是否盡到合理的謹慎注意義務來判斷其是否違約。五月花餐廳接受顧客自帶酒水到

餐廳就餐，是行業習慣使然。對顧客帶進餐廳的酒類產品，根據我國目前的社會環境，還沒有必要、也沒有條件要求經營者採取像乘坐飛機一樣嚴格的安全檢查措施。由於這個爆炸物的外包裝酷似真酒，一般人憑肉眼難以識別。攜帶這個爆炸物的顧客曾經將其放置在自己家中一段時都未能發現危險，因此要求服務員在開啓酒盒蓋時必須作出存在危險的判斷，是強人所難。五月花餐廳通過履行合理的謹慎注意義務，不可能識別偽裝成酒的爆炸物，因此不存在違約行爲。

關於被上訴人五月花公司是否侵權的問題。依照消費者權益保護法的規定，經營者應當對自己提供的商品或者服務承擔責任，這自然不包括對消費者自帶的用品負責。上訴人李萍、龔念一家在五月花餐廳就餐時，被倒塌的木板隔牆撞壓致死、致傷。木板隔牆倒塌是犯罪分子製造的爆炸所引起，其責任自應由犯罪分子承擔。五月花公司既與犯罪分子沒有侵權的共同故意，更沒有實施共同的侵權行爲，不能依消費者權益保護法的規定認定五月花公司侵權。

綜上所述，被上訴人五月花公司在本案中既沒有違約也沒有侵權，不能以違約或者侵權的法律事由判令五月花公司承擔民事責任。五月花公司與上訴人李萍、龔念同在本次爆炸事件中同遭不幸，現在加害人雖已被抓獲，但由於其沒有經濟賠償能力，雙方當事人同時面臨無法獲得全額賠償的局面。在此情況下應當看到，五月花公司作為企業法人，是為實現營利目的才允許顧客自帶酒水，並由此引出餐廳爆炸事件，餐廳的木板隔牆不能抵禦此次爆炸，倒塌後使李萍、龔念一家無辜受害。五月花公司在此爆炸事件中雖無法定應當承擔民事責任的過錯，但也不是與李萍、龔念一家受侵害事件毫無關係。還應當看到，雙方當事人雖然同在此次事件中受害，但李萍、龔念一家是在實施有利於五月花公司獲利的就餐行爲時使自己的生存權益受損，五月花公司受損的則主要是自己的經營利益。二者相比，李萍、龔念受到的損害比五月花公司更為深重，社會各界（包括五月花公司本身）都對李萍、龔念一家的遭遇深表同情。最高人民法院在《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第 157 條中規定：「當事人對造成損害均無過錯，但一方是在為對方的利益或者共同的利益進行活動的過程中受到損害的，可以責令對方或者受益人給予一定的經濟補償。」根據這一規定和李萍、龔念一家的經濟狀況，為平衡雙方當事人的受損結果，酌情由五月花公司給李萍、龔念補償一部分經濟損失，是適當的。一審認定五月花公司不構成違約和侵權，不能因此承擔民事責任，是正確的，但不考慮雙方當事人之間的利益失衡，僅以李萍、龔念應向加害人主張賠償為由，駁回李萍、龔念的訴訟請求，不符合民法通則第四條關於「民事活動應當遵循自願、公平、等價有償、誠實信用的原則」的規定，判處欠妥，應當糾正。據此，廣東省高級人民法院依照《中華人民共和國民事訴訟法》第一百五十三條第一款第（二）項的規定，於 2001 年 11 月 26 日判決：一、撤銷一審民事判決。二、被上訴人五月花公司給上訴人李萍、龔念補償 30 萬元。三、二審案件受理費共 60320 元，由雙方當事人各負擔一半。

（四）判決評析

《侵權責任法》已確立違反安全保障義務之責任，第 37 條規定：「賓館、商場、銀行、車站、娛樂場所等公共場所的管理人或者群眾性活動的組織者，未盡到安全保障義務，造成他人損害的，應當承擔侵權責任（第 1 款）。因第三人的行為造成他人損害的，由第三人承擔侵權責任；管理人或者組織者未盡到安全保障義務的，承擔相應的補充責任（第 2 款）。」

首先，法院判決認為：「木板隔牆倒塌是犯罪分子製造的爆炸所引起，其責任自應由犯罪分子承擔。五月花公司既與犯罪分子沒有侵權的共同故意，更沒有實施共同的侵權行為，不能依消費者權益保護法的規定認定五月花公司侵權。」然而被告是否違反安全保障義務，此須探究被告所負安全保障義務之內容，以及其責任性質。

《侵權責任法》第 37 條係課予公共場所管理人過錯責任，而其責任性質乃特殊之過錯責任。安全保障義務係源自於德國法上交易安全義務，而觀察民事責任法之發展歷史，交易安全義務係課予危險之製造人或持有人作為義務，並作為過錯責任向危險責任轉換之工具。

性質上，違反安全保障義務責任仍屬行為責任，其歸責原因乃是在於自己之行為（包括作為、不作為）有無過錯，因此公共場所管理人所負之注意義務，係損害防免義務，應探究者係公共場所管理人是否已盡其可合理期待之損害防免措施，不應因為該損害係因公共場所管理人自己行為造成，或由第三人行為所致而有所不同。否則，只要是第三人之故意行為，公共場所管理人皆無須負責，將減損侵權行為法之預防機能，不利於公共場所管理人改善或增進其管理措施。

進而，被告究竟是否違反其安全保障義務，應探討者有二：1. 被告對於第三人攜帶物品是否盡其檢查之安全保障義務？2. 被告於餐廳內使用木板隔牆是否盡其安全保障義務？因第三人係將外包裝酷似真酒之爆炸物攜入店內，一般人皆難以辯識，就此被告應無違反其檢查義務。然而，被告使用木板隔牆是否可認為違反其安全保障義務，似不無研求之餘地。蓋一般消費者進入公共場所設備，應得合理期待公共場所之設施對於火災、地震、爆炸或突發意外，具備一定程度之耐受度。本案中，如木板隔牆係作為座位間之區隔作用，則使用木板隔牆應無違反安全保障義務；如木板隔牆係用以作為建物本身之牆壁，則不符合一般人之合理期待，應認為違反安全保障義務。

其次，法院判決認為：「李萍、龔念、龔碩皓並非因木板隔牆阻燃不力而被燒傷亡。使用木板作餐廳包房的隔牆是否符合消防安全管理規定，與本案的損害後果之間沒有必然的因果關係。」究其意思，應係認為木板隔牆雖然阻燃性不佳，然而被害人之傷亡，被非由火災所致，因而認為無因果關係。事實上所須探究者，是被告採用一般符合安全管理規定之磚牆時，是否仍然會發生被害人傷亡之結

果，倘結果仍然發生，則被告之不作為與損害結果間，並無條件關係，從而並不成立因果關係。

最後，倘認為被告違反安全保障義務，且其不作為與結果發生間成立因果關係；則當第三人無資力時，被告是否應負公平責任？依《侵權責任法》第 37 條第 2 款規定，被告應負相應之補充責任。因此對於原告未能獲得賠償之部分，應依被告其不作為之過失、原因力，計算其責任數額，而對原告負責。從而現行法上既以明定公共場所管理人之相應補充責任，則作為輔助性規定之公平責任即無適用之餘地，否則反將破壞立法者對於公共場所管理人及被害人、第三人間利益之衡量。

三、婚禮錄影被損毀請求精神賠償案

（一）案例事實

2003 年 5 月 2 日，家住河南省西峽縣農村的原告趙君與劉某在本村舉行了隆重的結婚儀式。婚前他們專門在婚紗攝影公司請了專業攝影師為其錄影，準備把這一婚慶的大喜日子在電視上播放。錄影師把這一婚禮的全過程錄製完畢後，在後期光碟製作當中，因電腦出現病毒而未製作成功。趙君得知此錄影被損毀後感到非常生氣，要求世紀婚紗公司予以賠償精神上造成的損失 3000 元，雙方在協商未果的情況下，原告起訴向世紀婚紗攝影公司請求精神損害賠償。

（二）主要爭點

本案除涉及債務不履行，得否請求精神損害賠償之爭議外，在侵權責任的請主要爭點為，契約之一方依約定負有交付紀念性物品之義務，嗣後該物品發生給付不能時，該負有交付紀念性物品之債務人，是否應對他方負精神賠償之侵權責任？

（三）法院判決

西峽法院判決認為：趙君夫妻二人舉行婚禮時為了將這一具有紀念意義的時刻記錄下來與被告約定由其對婚禮全程進行錄影並製作成 VCD 光碟，同時原告向被告交納了服務費用，原、被告雙方已形成了攝影錄影服務合同，被告婚紗攝影公司即負有按二原告要求將婚禮全過程進行錄影並製作成光碟交付原告的義務。但由於世紀婚紗攝影公司的過錯行為致使見證二原告美好婚姻的錄影資料不復存在，加之婚禮不可重複的客觀性，被告的行為侵害了二原告與精神利益有關的財產權，因婚禮錄影資料是以精神利益為內容的紀念物品，其本身負載有重大感情價格並具有人格象徵意義。同時紀念物品因被告的侵權行為而永久性滅失，給趙君夫妻二人造成了不可挽回的精神損失，為此，趙君夫妻二人訴請世紀婚紗攝影公司賠償其精神撫慰金理由正當，但對賠償數額，根據最高人民法院《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》（以下簡稱《解釋》）第 10 條，

同時參照該縣 2003 年農村人均生活水準，按照公平合理的原則，和《中華人民共和國民法通則》有關規定，法院最後判決被告世紀婚紗攝影公司賠償楊某夫妻二人精神撫慰金 2000 元。

（四）判決評析

本案法院判決認為：「婚禮不可重複的客觀性，被告的行為侵害了二原告與精神利益有關的財產權，因婚禮錄影資料是以精神利益為內容的紀念物品，其本身負載有重大感情價格並具有人格象徵意義。同時紀念物品因被告的侵權行為而永久性滅失，給趙君夫妻二人造成了不可挽回的精神損失。」並肯認原告就其經神損害，得向被告請求部分之賠償。

最高人民法院《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》第 4 條規定：「具有人格象徵意義的特定紀念物品，因侵權行為而永久性滅失或者毀損，物品所有人以侵權為由，向人民法院起訴請求賠償精神損害的，人民法院應當依法予以受理。」因此對於具有人格象徵意義的紀念性物品，因侵權行為致毀損滅失時，物品所有人之精神損害賠償請求權，係透過實務所承認。

其典型案例為：唐山地震後，一個地震孤兒保留有其父母的一幀結婚紀念照。該孤兒將該照片送到照相館放大，結果照相館將照片弄丟，使孤兒受到嚴重精神損害。照相館僅對照片實際損失進行賠償，不過賠償幾十元而已，遠不足以救濟受害人的精神損害，因此只有給予必要的精神損害撫慰金賠償，才能夠對受害人的精神損害予以撫慰，補償受害人的損失³¹⁷。

楊立新教授認為，《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》所規定之其他人格利益，亦為《侵權責任法》所保護之民事利益範圍³¹⁸。因此，前述《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》第 4 條所創設之利益，亦受《侵權責任法》之保護。

首先，須進一步探究者，此種人格利益之保護，是否以所有人之所有物被侵害為前提？亦即，係因所有權人所有具人格象徵意義的紀念性物品毀損滅失時，伴隨所有權侵害而發生之人格利益侵害，始受保護；亦或係將透過紀念性物品所表彰之人格利益，作為獨立之保護客體？就物之所有權而言，基於私有財產制之社會制度發展，而透過法律對物之所有權提供絕對之保護，因而物「本身」所具有之價值，在法律上則透過「所有權」為表彰，也因此所有權得作為交易、處分、繼承之客體；然而此種紀念性物品，其對於個人之意義，在於對其具有對於個人自我價值或尊嚴的重要意義，例如親屬之遺照、遺物，或是家族長久祭祀之祖先畫像等³¹⁹。此種物品之喪失，其意義甚至不亞於配偶或父母子女的死亡，或重大

³¹⁷ 楊立新（07/08/2009），損害特定紀念物品應給予精神損害賠償，法制日報，12 版。

³¹⁸ 參見楊立新（2010），〈侵權責任法懸而未決的十五個問題的司法對策〉，《中國審判》，53 期，頁 72。

³¹⁹ 參進楊立新（07/08/2009），損害特定紀念物品應給予精神損害賠償，法制日報，12 版。

身分法益之侵害。因此，其保護法益其實是透過物所表彰之人格利益，應肯定將此種人格利益獨立予以保護，而與所有權是否受侵害無涉，毋寧所有物之毀損滅失僅爲此種人格利益受侵害的典型事例。

其次，既將此種人格法益獨立以《侵權責任法》保護，則亦須對於其適用範圍有所限制，否則紀念品之毀損滅失，致人格利益受侵害之侵權責任，恐將流於泛濫。因此，應考慮紀念性物品對於個人之象徵意義是否重大，以及行爲人故意、過失之程度。

婚禮記錄固然對於個人具有重要紀念意義，屬於紀念物，然而相較於司法實踐上之案例，其作用最主要在於留作紀念，得否認爲其對於個人之人格具有重要之象徵意義，且是否確實嚴重造成原告精神上痛苦，尚有斟酌之餘地。

肆、未來趨勢

一、從《侵權責任法》到《人格權法》

人格權的保護，係透過不作為請求權、侵權行爲、不當得利等制度，建立起人格權之保護體系。現行《侵權責任法》雖然包含不作為請求權、侵權行爲之制度，然而其目的係在規範侵權責任，並達成預防損害、填補損害之機能，而人格權之保護，亦主要透過侵權責任加以實現，因此《侵權責任法》對於人格權之救濟，會直接決定人格權的實際存在價值³²⁰。

人格權究否應獨立成編爲《人格權法》，學說至今仍爭論不休。然而不論最後是否獨立立法，或將人格權規範於《侵權責任法》之中，就《侵權責任法》之角度而言，最重要者係「人格權」與「侵權責任」間之銜接³²¹。

如前所述，《侵權責任法》第2條採用了「列舉+概括」之立法模式，通說並認爲其所保護之利益，包含一切民事權利及利益，然而不僅「人身自由」、「身體權」未爲列舉；具有概括性、補充性的「一般人格權」，在其條文僅使用「等人身、財產權益」之表述下，亦未明確予以確認³²²，此等法律漏洞皆有待立法者予以填補。

此外，應如何將最高人民法院司法解釋、法院裁判等，司法實踐所承認之人格利益，調整其概念範圍，將其納入《侵權責任法》而予以保護，亦爲人格權法之重要課題。

二、學說通說與司法實踐之累積與形成

³²⁰ 參見姚輝（2009），〈侵權責任法視域下的人格權〉，《中國人民大學學報》，2009年3期，頁22。

³²¹ 參見姚輝（2011），〈論人格權法與侵權責任法的關係〉，《華東政法大學學報》，74期，頁104。

³²² 參見張紅（2010），〈侵權責任法對人格權保護之述評〉，《法商研究》，140期，頁32。

2010年7月1日施行的《侵權責任法》，試圖總結學說見解及司法實踐，借鑒大陸法系國家與英美法系國家在侵權行為法之研究成果，並配合中國大陸自身之習慣、文化等因素，而終告完成。

然而《侵權責任法》之體系龐大，立法者不僅試著調整歸責原則之體系架構，又採取一般條款加上特別列舉之立法模式，因此依外在、內在體系為觀察，可發現部分規定在立法技術過於贅冗、重複，反而造成學說上繼續之爭論，並使得法院在適用時，可能添增其困難。

除此之外，許多重要問題，立法者將其留待法院於具體個案為判斷，例如懲罰性賠償金之數額、用工責任之追償權等，授與法院較大之裁量空間。其優點是立法者毋須在立法時，即遽然對一問題採取某種解決方式，具有較多的彈性與空間，並得留待學說及司法實踐之發展、解決。然而立法者對於重要問題倘若未先設定一定框架以拘束、或使法院遵行其政策方向，其結果有可能是法院過於保守，而不願意就立法者未為規定者進行造法；亦有可能過份濫用其裁量權限。

因此，尚須透過學說研究形成通說見解，以充實法律解釋之內容，並影響法院裁判之形成；同時亦須透過法院在個案裁判上之累積，以進一步解決此等《侵權責任法》尚未解決之問題。

第五章 物權法

壹、立法沿革

一、中華人民共和國成立之前的物權立法

(一) 清末物權立法

中國古代有無民法是一個頗受爭議的話題。作為民法大廈的基礎結構，物權法在這樣的爭論中被評頭論足當然在所難免。由於自然經濟條件的制約以及法律發展的規律使然，中國古代沒有出現近現代意義的物權及物權法的概念，但不可否認的是，調整財產歸屬關係的規範卻的確存在於歷代的法律典籍之中。物權法的制定始見於清末修律運動之時。《大清民律草案》是中國第一部民法典草案，對以後的民事立法有一定影響。草案由清政府修訂法律館主持起草，1911年完成，仿照德國式民法草擬，分總則、債權、物權、親屬、繼承五編。該草案第三編規定物權，第一章為通則，其後二至六章分為所有權、地上權、永佃權、地役權及擔保物權，擔保物權再細分為抵押權、土地債務、不動產質權與動產質權四種，第七章規定佔有，並確認佔有為事實狀態。後清朝很快滅亡，民國建立，該草案未及施行。

(二) 民國物權立法

1925年，修訂法律館開始進行民律第二次草案的制定工作，該草案變更不大，物權編共分9章，廢除第一次草案關於第六章擔保物權的章名，將抵押權、質權各列一章，並增典權一章，以擔保物權的形態處理。典權的增設可說是民律第二草案物權編的重大突破。該草案也未曾施行，僅在1926年通令暫行參酌採用總則編及債編，物權編僅由各級法院作為法理參考引用。而後民國政府在1929年前後先後制定並頒佈民法典各編，物權仍為第三編。上述物權立法，大量沿襲大陸法系各國特別是德國、日本、瑞士的物權法，同時兼顧一些本國習慣，形成了由所有權、地上權、永佃權、地役權、抵押權、質權、典權、留置權、佔有等構成的物權體系。由於歷史原因，民國時期制定的民法典至今仍實行於臺灣。1988年，法務部組成「民法研究修正委員會物權編研究修正小組」，對物權編進行了大幅修訂，於1998年完成了「民法物權編部分條文修正草案暨民法物權編施行法修正草案」³²³，並先後於2007年、2009年、2010年，完成三階段物權編之增修。

³²³ 劉智慧主編（2007），江平審定，《〈物權法〉立法觀念與疑難制度評注》，頁15-16，江蘇人民出版社。

二、中華人民共和國成立至改革開放初期的物權立法

「新中國」成立之後，隨著 1954 年憲法的出臺，包括物權法律規範在內的民法典的起草工作被納入最高立法機關的議事日程。但由於計劃經濟的局限和三番五次的政治運動的幹擾和破壞，乃至國家領導人注意力的改變，在 1978 年開啓的改革開放以前，民法典的起草過程「三起三落」，歷經坎坷，最終半途而廢。

1954 年，第一次民法典起草工作開始。1956 年成稿，共 500 餘條。由於政治原因，這次起草工作被迫中斷。1962 年開始了第二次民法典起草工作，到 1964 年 7 月完成《中華人民共和國民法（試擬稿）》，隨後遭遇「文化大革命」，起草工作再次中斷。1979 年 11 月，第三次民法典起草工作啓動，並於 1982 年 5 月提出了《中華人民共和國民法草案（四稿）》。改革開放帶來的社會劇變致使第三次起草工作又告中斷。1982 年，民法草案第四稿雖然未獲通過，但卻成就了《民法通則》。1985 年 6 月，民法總則開始醞釀，7 月形成了徵求意見稿。起草組同意更名爲「民法通則」。

三、《民法通則》頒佈之後的物權立法

1982 年憲法及其後的四次憲法修正案中，關於大陸社會主義基本經濟制度的規定明確了大陸物權立法的政治方向和根本法依據。改革開放初期民事立法的高潮和集大成者，是 1986 年 4 月 12 日頒佈並自 1987 年 1 月 1 日起施行的《中華人民共和國民法通則》。《民法通則》制定之後，形成了「民法通則+單行法」的立法模式。

《民法通則》中未使用「物權」概念，相應的內容體現在該法第五章第一節，名爲「財產所有權及其有關的財產權」，因不夠簡潔和明確而爲學者們詬病。具體包括 13 個條文，主要規定的是所有權，對於用益物權的規定非常粗略，而關於擔保物權的規定更是付諸闕如。在所有權的規定中，絕大部分內容是保護國家財產和集體財產，對於公民個人財產的保護範圍比較狹窄，力度明顯遜色。在《民法通則》中，公民的個人財產包括公民的合法收入、房屋、儲蓄、生活用品、文物、圖書資料、林木、牲畜和法律允許公民所有的生產資料以及其他合法財產。保護的重點是公民個人的生活用品，而對生產資料、投資收益等保護的範圍和水準有限。這與當時所處的改革開放初期的經濟、政治和社會環境是相適應的。從純粹的計劃經濟到有計劃的商品經濟，公有制一統天下的局面尙未改觀，社會公眾剛從對私有財產諱莫如深的意識形態中解放出來，在這樣的時代背景下，應該說《民法通則》的規定還是相當「前衛」的，對於公民私人財產權的保護，對於社會公眾財產權利意識的培養，對於激發人們創造社會財富的激情，可以說具有劃時代的意義。

1995 年 6 月 30 日通過並於同年 10 月 1 日開始實施的《中華人民共和國擔保法》是大陸物權立法的重要成果。這部法律規定了保證、抵押、質押、留置、

定金五種擔保方式，其中抵押、質押和留置屬於物的擔保。該法是 1992 年中共十四大確立建立社會主義市場經濟體制並經過 1993 年憲法修正案確認後，為促進資金融通和商品流通，保障債權的實現而制定，為發展社會主義市場經濟發揮了重要作用。2002 年 8 月 29 日通過並自 2003 年 3 月 1 日起施行的《中華人民共和國農村土地承包法》全面確認了農民的土地承包經營權，為此後物權立法中用益物權的規定提供了重要的制度參考。

需要指出的是，如果依據法律文本的實質內容而不是名稱來看，關於物權的法律規定也體現於某些具有行政管理性質的法律檔中，例如 1986 年頒布並於 1998 年和 2004 年兩次修正的《中華人民共和國土地管理法》和 1994 年通過並於 2007 年修改的《中華人民共和國城市房地產管理法》。這兩部法律關於土地所有權和使用權的規定，關於土地使用權出讓和房地產轉讓、抵押和權屬登記管理等規定，實際上都屬於物權立法的範疇。

四、《物權法》的制定過程

2007 年 3 月 16 日，對於 13 億的大陸人民而言，是一個非同尋常的日子。其一是因為，作為國人政治生活的大事，第十屆全國人民代表大會第五次會議這一天在北京閉幕，近三千名人民代表在人民大會堂集中參政議政的壯觀景象即將畫上休止符；其二，或許比最高權力機構和立法機構的閉幕會議更為令世人矚目的是物權法，一部深刻影響國人切身利益的法律，終於千呼萬喚始出來。在這一天，在這次閉幕會議上被高票通過，在「新中國」的法律史上寫下了濃墨重彩的一筆。物權法的制定過程刷新了「新中國」立法史的紀錄和榮耀：這部法律草案歷經九屆全國人大常委會、十屆全國人大及其常委會 8 次審議，創造了大陸立法史上單部法律草案的審議次數之最。孟勤國教授認為，中國大陸物權法是民主立法的典範，是立足現代、立足憲法的產物，具有很高的歷史價值³²⁴。

《物權法》的起草工作始於 1993 年。物權法的立法進程充滿曲折和反復，這與物權法本身的重要性及中國大陸轉型期的經濟社會變遷密不可分。物權法是民法的重要組成部分，是確認財產、利用財產和保護財產的基本法，它上涉國本，下系民生，圍繞著物權立法的種種爭議，其實質就是不同權利劃分之間的博弈。1998 年 1 月，時任第八屆全國人大常委會副委員長王漢斌委託王家福、江平、魏振瀛、王保樹、梁慧星、王利明等 6 位專家，費宗禕、肖峴兩位最高人民法院的退休法官，還有 1 位是全國人大常委會法工委民法室的前任主任魏耀榮，由他們 9 人組成民法典起草小組。1998 年 3 月，民法起草工作小組第一次會議議定「三步走」的規劃：第一步，制定統一合同法，實現市場交易規則的完善、統一和與國際接軌；第二步，從 1998 年起，用 4 到 5 年的時間制定物權法，實現財產歸屬關係基本規則的完善、統一和與國際接軌；第三步，在 2010 年前制定民法典，最終建立完善的民事法律體系的目標。1998 年 3 月 25-26 日，民法起

³²⁴ 孟勤國（2007），〈中國物權法的歷史價值〉，《法學》，第 9 期，頁 43。

草工作小組討論了中國社會科學院梁慧星教授提出的物權法立法方案（草案）。同時，也委託了中國人民大學法學院王利明教授牽頭提出一個立法方案。

梁慧星教授領導的中國社會科學院法學研究所物權法起草小組，於 1999 年 10 月完成《中國物權法草案建議稿》（也即「社科院草案」）。王利明教授領導的中國人民大學民商事法律科學研究中心，於 2000 年 12 月完成《中國物權法草案建議稿》（也即「人民大學草案」）。2001 年底，法工委在「社科院草案」與「人民大學草案」的基礎上，又完成了一個物權法草案（徵求意見稿），並發給了各地法院徵求意見。孟勤國教授以其「二元物權理論」為基礎，發佈了自己的《中國物權法草案建議稿》³²⁵，在民法學界也產生了一定的影響。

因中國大陸加入 WTO，要求改善國內法制環境，第九屆全國人大常委會李鵬委員長要求在 2002 年完成民法典草案並經常委會審議一次。2002 年年初，民法典起草正式開始，12 月，《民法典草案（審議稿）》經人大常委會第一次審議後，作為「徵求意見稿」發給地方人大、政府部門、法院和法律院系徵求意見。但學術界和司法實務界針對該草案的肯定性意見不多。這個民法典草案自然包含物權法部分。多數常委會委員認為民法典尚不成熟，「以分編通過為宜」，暫時擱置民法典，抓緊制定物權法，「批發」轉為「零售」了。作為一項適應漸進式改革的立法，民法草案的立法思路也具有一定的合理性。物權法作為民法草案中的一編，與合同法、婚姻法、收養法、繼承法等編一樣，首先作為單行法形式出臺，也是一種較為實際的選擇³²⁶。

在起草物權法時，在民法學界內部發生了到底是制定物權法還是財產法的爭論。以梁慧星教授為代表的民法學者主張制定物權法；而他在中國社會科學院的同事、以研究知識產權法著稱的鄭成思教授則主張制定財產法，將物權和知識產權都囊括其中。2001 年 6 月、7 月、9 月，中國社會科學院供「領導參閱」的《要報》接連刊載鄭成思教授的三篇文章，建議不制定物權法而制定財產法，並對中國大陸民法學界進行了尖銳的批評³²⁷。但是，這場論戰似乎是學者的一廂情願，並未對物權法的立法進程產生實質性影響。2002 年初，全國人大常委會法制工作委員會委託鄭成思教授、吳漢東教授等起草民法典智慧財產權法編，但不久即放棄了將智慧財產權法法典化並置於民法典之中的做法。

2004 年 8 月 3 日，全國人大法工委又形成了《中華人民共和國物權法（草案）》修改稿。2004 年 10 月 15 日，形成了委員長會議審議稿《中華人民共和國物權法（草案）》。2005 年 6 月 26 日，十屆全國人大常委會 16 次會議第

³²⁵ 孟勤國（2002），〈中國物權法草案建議稿〉，《法學評論》，第 5 期，頁 85-98。

³²⁶ 易繼明（2006），〈關於物權法草案的修改意見〉，載渠濤主編，《中日民商法研究》第 5 卷，頁 74，法律出版社。

³²⁷ 相關文獻，收錄于易繼明主編（2004）：《私法》第 4 輯第 1 卷（總第 7 卷），頁 1-17，北京大學出版社。梁慧星教授回應文章，載于易繼明主編（2003）：《私法》第 2 輯第 2 卷（總第 4 卷），頁 1-54，北京大學出版社。

三次審議了物權法草案。2005 年 7 月將物權法草案向社會全文公佈，共收到人民群眾提出的意見 1 萬多件。2005 年 10 月，物權法「四審」如期舉行。一萬多條公民建議如何影響立法成爲被關注的焦點。民法學家樂觀地估計，2005 年年底全國人大常委會再次審議後，物權法有望在 2006 年 3 月的十屆全國人大四次會議上提交表決。然而讓他們始料未及的是，在一萬多件公民意見中，一封特別的來信正在影響物權法的立法進程。2005 年 8 月，北京大學法理學教授鞏獻田上書中共中央、全國人大，這封名爲《一部違背憲法和背離社會主義基本原則的〈物權法〉草案》的信沒有得到高層回應，鞏於是將信件在網上公佈，引發了社會各界對物權立法的大討論。鞏獻田指責物權法違憲：草案對「社會主義的公共財產神聖不可侵犯」隻字不提，妄圖以「私有財產神聖不可侵犯」的精神和原則取而代之。他還指責物權法會加速私有化進程，促使兩極分化。原本爭議不大的「平等保護」也成爲熱議話題，他提出「窮人打狗棍不能和富人寶馬別墅一樣保護」的著名論斷。2005 年，第三次改革爭議雖有降溫但仍在繼續，恰好在這個敏感時期，物權法被貼上「姓資姓社」的標籤，捲入改革成敗的爭議旋渦。2005 年 9 月 26 日，人大常委會委員長吳邦國召開座談會，提出修改物權法草案需要把握的三點原則。簡而言之，一是要堅持正確的政治方向；二是要立足於中國大陸實際；三是重點解決現實生活中迫切需要規範的問題，不必求全。

民法學界想盡各種辦法挽救物權法和整個民法典的立法進程。2005 年 12 月 7 日，在廣州舉行「中國物權法疑難問題研討會」。會後，學者聯名上書中央，要求立法機關排除不必要幹擾，將物權法納入正常的立法軌道。物權法沒能在當年 12 月底的全國人大常委會上接受審議，亦沒能實現 2006 年 3 月提交全國人大審議並表決通過。2006 年年初，北京學界相繼召開以「物權法與國有資產的保護問題」、「物權法與中國和諧社會建設」等爲主題的研討會。2006 年 8 月和 10 月，物權法五審和六審。五審增加憲法關於基本經濟制度的規定；六審時，則在第一條加上「根據憲法，制定本法」。而之後，無論是參與起草的學者，還是人大官員的表態，都特別強調物權法的「合憲性」。

2006 年 12 月，物權法七審，並決定提交 2007 年 3 月十屆全國人大五次會議表決。會後，全國人大常委會辦公廳按照法定程式，於 2007 年 1 月 12 日將物權法草案發送全國人大代表，並有計劃地組織代表研讀、討論草案，作好審議準備。根據有些代表在討論中提出的意見，對草案又作了一些修改，形成了提請大會審議的物權法草案。草案共 5 編，19 章 247 條。2007 年 3 月 8 日，在十屆全國人大五次會議上，全國人大常委會副委員長王兆國作了《關於〈中華人民共和國物權法（草案）〉的說明》，從政治的高度宣示了制定物權法的指導思想和必要性：「制定物權法必須始終堅持正確的政治方向，堅持物權法的中國大陸特色，堅持一切從實際出發」；「制定物權法是堅持社會主義基本經濟制度的需要，是規範社會主義市場經濟秩序的需要，是維護廣大人民群眾切身利益的需要，是實現 2010 年形成中國特色社會主義法律體系目標的需要，是在本屆全國人大任期

內基本形成中國特色社會主義法律體系的重要步驟」。2007年3月16日，十屆全國人大五次會議上以2799票贊成、52票反對、37票棄權的結果高票通過了《物權法》。物權法以高票獲得通過，宣告了關於改革方向的第三次政治爭論的終結³²⁸。

貳、重要內容

大陸《物權法》共分爲5編，19章計247個條文。《物權法》規定的物權體系由兩部分構成：一部分是自物權，即所有權，主要調整的是物的歸屬問題；另一部分是他物權，包括用益物權和擔保物權，主要調整的是物的利用問題。

第一編爲「總則」，分三章（第1至3章）規定了物權的一般問題：基本原則，物權的設立、變更、轉讓和消滅，物權的保護。從第1條至第38條，共38個條文。

第二編爲「所有權」，分六章（第4至9章）全面規定了所有權的通則、類型及具體規則：一般規定，國家所有權、集體所有權和私人所有權，業主的建築物區分所有權，相鄰關係，共有，所有權取得的特別規定。從第39條至第116條，共78個條文。

第三編爲「用益物權」，分五章（第10至14章），分別是用益物權的一般規定，土地承包經營權，建設用地使用權，宅基地使用權，地役權。其中，前三種用益物權在其他法律中有過規定，地役權是法律第一次規定。從第117條至第169條，共53個條文。

第四編爲「擔保物權」，分四章（第15至18章），除了擔保物權的一般規定外，規定了三種擔保物權，即抵押權、質權和留置權。本編是在《擔保法》規定擔保物權的基礎上作出的改進和補充。從第170條至第240條，共71個條文。

第五編爲「佔有」，對佔有的一般規則和保護作了規定，內容較少，只有一章，從第241條至第245條，共5個條文。

最後是附則，兩個條文。

一、物權法的基本原則

物權法的基本原則，是物權法全部規範得以確立的綱領和准據，是物權法的

³²⁸ 梁慧星教授認爲，中國自1978年實行改革開放以來，圍繞改革的方向發生過三次大爭論：第一次爭論是1980年到1984年，圍繞社會主義商品經濟問題展開。第二次爭論是1989年到1992年，圍繞建立市場經濟體制展開。前兩次爭論都是由鄧小平出來講話，肯定改革的方向而告終結。第三次爭論是自2004年開始，圍繞國有企業改革、醫療、教育、住房改革、貧富差距等問題展開的第三次大爭論，出現了一股新的否定改革、反對改革的思潮。參見梁慧星（2009），〈中國物權法的制定〉，載渠濤主編，《中日民商法研究》第7卷，頁20-23，法律出版社。

精神和指導思想。同時，在法律適用層面，物權法的基本原則可以起到彌補法律規範的漏洞，從而為法官提供直接的裁判依據的作用。如果是物權法的全部內容和規範構成一個圓的話，那麼物權法的基本原則就是這個圓的圓心，對於整個物權法具有提綱挈領和牽一髮而動全身之功效。王澤鑿教授認為，物權法旨在建構對物和其他有限資源的法律規範秩序，其所要處理的基本問題有四：一是何種之物（或財產）得為私有，二是如何創設物權，三是物權人對於其物得為如何的使用、收益和處分，四是物權被侵害時的救濟方法。據此，他認為臺灣現行「物權法」的結構是建立在五個原則之上：就物權性質而言，為物權絕對性；就物權種類而言，為物權法定原則；就物權客體而言，為特定客體原則；就物權效力而言，為物權優先效力；就物權變動而言，為物權行為獨立性、無因性和公示原則³²⁹。顯然，臺灣「物權法」的基本原則受到了德國民法的深刻影響。在德國民法中，物權法的基本原則包括：物權法定原則、物權絕對原則、物權公示原則、物權特定原則和物權抽象原則（物權變動的無因性原則）³³⁰。中國社會科學院法學研究所課題組基本上移植了德國物權法的前四項原則，並根據物權行為理論建立了區分原則³³¹。大陸《物權法》第一章以「基本原則」為名稱規定了 8 個條文。但是從其內容來看，規定的並不都是基本原則，例如第一條規定屬於立法目的，第二條規定的是該法的適用範圍、物和物權的概念。所以從立法技術和邏輯上分析，《物權法》第一章有「文不對題」之嫌，若比照其他各編的格式，將標題改為「一般規定」似乎更為妥當。

大陸《物權法》到底規定了哪些基本原則？學術界對於物權法基本原則的認識分歧並未隨著《物權法》的落地而停止。從理論爭議到立法解讀，眾說紛紜，莫衷一是。楊立新教授在其主編的物權法教材中，將物權法的基本原則概括為三個：物權法定原則、一物一權原則、公示公信原則³³²。而孫憲忠教授則認為，「一物一權」作為法學概念，不但非常不科學，容易引起歧義，而且常常誤導實踐，應當被廢止，而中國《物權法》應該遵守五個基本原則：物權法定原則、物權絕對原則、物權公示原則、區分原則、物權特定原則³³³。從《物權法》的條文看，後者的總結和歸納顯得更為全面和準確。《物權法》第 5 條規定：「物權的種類和內容，由法律規定」，這是物權法定原則的體現，即物權只能依據法律設定，禁止當事人自由創設物權，也不得變更物權的種類、內容、效力和公示方法。第 6 條規定：「不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，應當依照法律規定登記。動產物權的設立和轉讓，應當依照法律規定交付。」該條體現了物權公示原則，是指物權的變動即物權的設立、變更、轉讓和消滅，必須以特定的可以從外部查知的方式表現出來。第 15 條規定：「當事人之間訂立有關設立、變更、轉讓和消滅

³²⁹ 王澤鑿（2009），《民法物權》，頁 11 以下，北京大學出版社。

³³⁰ [德] 鮑爾/施蒂爾納，張雙根譯（2004），《德國物權法》（上冊），頁 57 以下，法律出版社。

³³¹ 梁慧星主編（2002），《中國物權法草案學者建議稿》，頁 5、95 以下，社會科學文獻出版社。

³³² 楊立新（2009），《物權法》，第三版，頁 9 以下，中國人民大學出版社。

³³³ 孫憲忠（2009），《中國物權法總論》，第二版，頁 232-233，法律出版社。

不動產物權的合同，除法律另有規定或者合同另有約定外，自合同成立時生效；未辦理物權登記的，不影響合同效力。」這一規定可以說體現了區分原則，即在依據法律行為發生物權變動時，物權變動的原因與物權變動的結果作為兩個法律事實，它們的成立生效依據不同的法律根據的原則。《物權法》第 2 條第 3 款明確規定物權是指權利人依法對特定的物享有直接支配和排他的權利，這體現了物權特定原則或稱為物權確定性原則，即要求物權的客體必須特定化，必須與其他物有明確肯定的區分。物權絕對原則，指物權只能由權利人依法並根據自己的意願享有並行使，物權是支配權、對物權、對世權。物權絕對性是物權的基本性格，是物權區別於債權的主要標誌。對物、支配、對世，這三點內在貫通，又分別構成了物權性的決定要件³³⁴。從這個意義上可以說物權絕對原則是其他幾個原則的基礎。雖然大陸《物權法》並未明文規定該原則，但是其整個制度架構是以該原則為基礎設計的。

如果說上述幾個原則屬於《物權法》的體系結構原則的話，那麼《物權法》還貫徹了另外的原則，即社會政治原則。李永軍教授認為，物權法的制度規範承載著物權法的立法精神，這主要包括：物權的平等保護原則、保護交易安全的原則、明晰所有權範圍與加強保護的原則、物權權利人利益協調原則與重點保護城市居民和農民利益的原則³³⁵。這些原則都屬於社會政治原則的範疇。以物權的平等保護原則為例。如前所述，在物權立法過程中，物權法草案規定的平等保護原則在學術界曾經引發了「物權法是否違憲」的爭議³³⁶。王利明教授認為，平等保護原則是物權法的一項基本原則，也是大陸物權法的社會主義屬性的充分體現，它鮮明地體現了大陸物權法的「中國特色」，符合其憲法精神，是建立和完善社會主義市場經濟體制的必然要求³³⁷。高富平教授認為，之所以對平等保護原則存在爭議，主要是因為理論界存在誤解，即將經濟上結果平等與權利平等混為一談，將平等保護與不同所有制經濟在國民經濟中的地位和作用混為一談，而《物權法》最終確立了平等保護原則，這無疑是物權立法最偉大的勝利³³⁸。物權法第 3 條規定：「國家在社會主義初級階段，堅持公有制為主體、多種所有制經濟共同發展的基本經濟制度。國家鞏固和發展公有制經濟，鼓勵、支援和引導非公有制經濟的發展。國家實行社會主義市場經濟，保障一切市場主體的平等法律地位和發展權利。」第 4 條規定：「國家、集體、私人的物權和其他權利人的物權

³³⁴ 冉昊（2005），〈對物權與對人權的區分及其實質〉，《法學研究》，第 3 期，頁 99。

³³⁵ 李永軍（2007），〈從物權法規範看物權法的立法精神〉，《中共中央黨校學報》2007 年第 3 期，頁 75。

³³⁶ 韓大元（2006），〈由物權法(草案)的爭論想到的若干憲法問題〉，《法學》，2006 年第 3 期；童之偉（2006）〈物權法草案該如何通過憲法之門〉，《法學》，2006 年第 3 期；郝鐵川（2006），〈物權法(草案)「違憲」問題之我見〉，《法學》，2006 年第 8 期；焦洪昌（2006），〈物權法(草案)的合憲性分析〉，《法學》，2006 年第 3 期；秦前紅，塗四益（2007），〈「物權法之爭」與憲法解釋——兼與童之偉教授商榷〉，《法學評論》，2007 年第 3 期；易繼明（2007）：〈物權法草案「違憲」了嗎？——質疑鞏獻田教授的《公開信》〉，《私法》，2007 年第 7 輯第 1 卷。

³³⁷ 王利明（2007），〈平等保護原則：中國物權法的鮮明特色〉，《法學》，2007 年第 1 期，頁 128。

³³⁸ 高富平（2007），〈平等保護原則和私人物權制度檢討〉，《法學》，2007 年第 5 期，頁 29。

受法律保護，任何單位和個人不得侵犯。」這兩條體現的是物權的平等保護原則，也是對物權法草案違憲論者的有力回應。但是，從立法技術上看，第3條幾乎是《憲法》對大陸基本經濟制度規定的重述，這樣的規定對物權法而言似乎有些「不能承受如此之重」，或許是立法者爲了應對「違憲」的責難而不惜犧牲立法的科學性、不得已而爲之的結果。對於平等保護原則，下麵的觀點也許比較中肯：

平等包括事實上的平等和法律上的平等，前者主要指包括物質財產（動產和不動產）在內的社會資源在社會成員間的平等分配，後者主要指法律在形式上的調整功能——即「嚴格的形式平等原則」，兩者之間沒有必然的聯繫。物權法上平等保護原則只能是嚴格的形式平等原則，物權法對形式平等原則的貫徹有利於打破以政策、命令等形式對社會成員間的財產流通和資源配置所設置的不平等障礙，並通過對「法律上之平等預期」——這一法律重要功能的維護，構建起有利於市場經濟發展和社會和諧進步的重要基石。物權法在維護形式平等原則的同時，不具備追究財產來源的合法化和重新設立新的分配制度的功能，因此，從私人財產原始起點的正當性立場以及貧富懸殊的社會現實角度，對物權法提出的責難，是對物權法功能的誤讀³³⁹。

二、物權變動的規則

（一）物權變動的概念

所謂物權的變動，即物權的設立、變更、轉讓和消滅的運動形態。在市場經濟條件下，在民事生活中，物權的變動是常態，不變是例外。物權變動制度是確定當事人享有和行使物權的基準，對於當事人和第三人的利益都具有深刻影響。物權變動最重要的制度理性就是交易安全，保護交易安全是物權法的基本功能，而交易安全的實現主要依靠物權變動制度來保障³⁴⁰。《物權法》第二章規定的「物權的設立、變更、轉讓和消滅」，就是物權變動的規則。物權變動的原因比較複雜，基本的原因爲依據法律行爲發生的物權變動和非依據法律行爲發生的物權變動。基於合同法律行爲發生的物權變動，是物權變動的主要的和通常的原因。《物權法》第二章第一節「不動產登記」和第二節「動產交付」，屬於依據法律行爲發生的物權變動，而第三節「其他規定」則規定了非依據法律行爲發生的物權變動的基本規則。第28條規定，「因人民法院、仲裁委員會的法律文書或者人民政府的徵收決定等，導致物權設立、變更、轉讓或者消滅的，自法律文書或者人民政府的徵收決定等生效時發生效力。」這是依據公共權力發生的物權變動。第29條規定了因繼承或者受遺贈取得物權的情況。第30條規定了因合法建造、拆除房屋等事實行爲導致物權變動的規則。

（二）物權變動的模式

³³⁹ 付子堂，李爲穎（2007），〈部門法功能界限論略——關於物權平等保護原則的法哲學探討〉，《政治與法律》，2007年第6期，頁32。

³⁴⁰ 孫憲忠（2009），《中國物權法總論》，第二版，頁298，法律出版社。

1. 確立物權與債權之區分

《物權法》的起草過程中，有學者認為是否應嚴格區分物權與債權持反對見解，然而學者通說對此則持肯定見解，王利明教授即認為，區分物權與債權之意義在於：(1) 明確物權作為支配權的性質。(2) 明確物權具有對世效力和優先效力。(3) 明確物權客體的特定性。(4) 明確物權的法定性和公示性。(5) 明確物權的長期性³⁴¹。

在《物權法》出台後，立法者確立對於物權與債權的區分，物權、債權各有其不同之性質、內容及作用，明確物權在民法體系中之地位，因此學說上對此已無爭議。然而物權究竟如何發生得喪變更，向來是學說爭論不休的重要議題，縱使《物權法》確立物權、債權之區別，並採取公示要件主義之立法模式後，因其關係法律解釋及法律體系之融貫性，因此學者間仍不間斷地對於物權之變動進行研究、討論，而仍具有探討之價值。

2. 物權行為理論及無因性理論之爭議

物權行為係以設立、變更、消滅物權為目的之法律行為。學者認為，物權行為理論的基本價值在於：(1) 物權獨立意思表示的發現，使法律關係理論臻於完善。(2) 物權行為理論的區分原則，為物權法規定物權變動制度奠定了理論基礎。(3) 物權行為理論的形式主義原則，能夠科學地支持物權公示原則。(4) 根據物權公示原則，借助於不動產登記和占有、交付的公示作用，建立了完善的第三人保護規則。(5) 債權法上債權讓與屬於處分行為，與物權行為原理相通³⁴²。

而在採取物權行為理論下，物權行為具有二個重要性質，亦即物權行為的獨立性及無因性。「獨立性」係指物權行為與債權行為相分離，而獨立於債權行為以外，「無因性」則係不以債權行為的存在作為物權行為的內容，而物權行為之效力不因債權行為不存在而受影響³⁴³。而學者通說認為物權行為的無因性理論，其優點在於：(1) 有利於區分各種法律關係，準確適用法律。(2) 充分保護交易當事人的利益和交易安全。(3) 有利於完善民法體系³⁴⁴。

事實上，物權行為理論及無因性理論本即一種歷史進程中之發展結果，並不具有絕對性，比較法上對於財產所有權究竟如何發生移轉，不必然採取物權行為理論；縱然採取物權行為理論，對於物權變動，亦存在有因性及無因性等不同理論。而為解決物權行為採取無因性理論所發生之部分缺陷，德國學說亦發展出物權行為無因性相對化之理論，包括共同瑕疵說、條件關聯說、法律行為一體說等，以緩和無因性理論之適用³⁴⁵。物權行為無因性理論之採取與否，實際上係具有高

³⁴¹ 王利明（2007），〈論物權法中物權和債權的區分〉，《法學論壇》，109期，頁6-10。

³⁴² 孫憲忠（2001），〈再談物權行為理論〉，《中國社會科學》，2001年5期，頁126-127。

³⁴³ 參見王澤鑑（2009），《民法總則》，頁289-290，自版。

³⁴⁴ 王利明（1997），〈物權行為若干問題探討〉，《中國法學》，1997年3期，頁64。

³⁴⁵ 王利明（1997），〈物權行為若干問題探討〉，《中國法學》，1997年3期，頁66。

度之政策性，乃依據特定價值的優先保護所為之取捨與選擇³⁴⁶，因此應審慎評估其間所涉及之各種利益。

學者間對於物權行為理論應當承認與否，有反對與贊成之不同意見。其中反對見解又可分成兩派，一派以梁慧星、陳華彬、王軼教授為代表，認為物權的變動僅需當事人間有債權合意，並加以公示方法之完成即可，而不須有物權之合意。另一派則以崔建遠、王利明教授為代表，其並不否認物權變動是基於物權變動的效果意思而發生，而認為此種意思表示係與債權合意一併表示，並不具獨立性，而非獨立的法律行為。肯定見解則以孫憲忠、田士永、謝懷拭、張谷等學者為代表³⁴⁷。

反對物權行為理論及無因性理論之學說見解，大致可以歸納為下述的幾點理由³⁴⁸：

(1) 高度抽象性：物權行為理論及無因性理論過於抽象，背離生活現實，而有違日常交易型態。

(2) 交易安全與交易秩序之破壞：無因性理論主張「源於錯誤的交付也是有效的」，亦即當事人間債權行為不成立、無效或被撤銷時，買受人仍得取得標的物所有權。而法律係假定市場主體在資訊不充分的背景下進行交易，進而保護交易安全，倘第三人係位於資訊充分之背景，知悉當事人間債權行為不成立、無效或被撤銷時，此時該第三人出於惡意仍得取得標的物所有權，即不利於交易安全，破壞交易秩序。

(3) 不利出賣人之保護：當出賣人與買受人間之債權行為不成立、無效或被撤銷時，倘出賣人已交付標的物於買受人，則只能向買受人請求返還標的物所有權之不當得利，並且承受買受人破產而與其他債權人共同參與分配，而不若在否定無因性理論下，出賣人仍為標的物所有權人，而得向買受人所有物返還請求權來的有利。

至於贊成物權行為理論及無因性理論之學說見解，則大致可歸納為下述幾點理由³⁴⁹：

³⁴⁶ 王軼、關淑芳（2005），〈物權變動中交易安全保護策略的立法選擇〉，《浙江社會科學》，2005年6期，頁81。

³⁴⁷ 葛云松（2007），〈物權行為：傳說中的不死鳥——物權法上的物權變動模式研究〉，《華東政法大學學報》，55期，頁103-104。

³⁴⁸ 參見王利明（1997），〈物權行為若干問題探討〉，《中國法學》，1997年3期，頁64-65；孫憲忠（2001），〈再談物權行為理論〉，《中國社會科學》，2001年5期，頁129；王軼、關淑芳（2005），〈物權變動中交易安全保護策略的立法選擇〉，《浙江社會科學》，2005年6期，頁84-87；王冠璽（2005），〈法學發展的「十字現象」——以物權行為制度與合同法第51條為說明主體〉，《現代法學》，27卷1期，頁163。

³⁴⁹ 參見孫憲忠（1996），〈物權行為理論探源及其意義〉，《法學研究》，104期，頁89-90；孫憲忠（2001），〈再談物權行為理論〉，《中國社會科學》，2001年5期，頁130-132；王冠璽（2005），

(1) 物權行為理論及無因性理論，並未過於抽象而背離生活，事實上存在於生活中，如土地所有權人設立債務、定限物權之設定等。承認物權行為理論，可維護概念之完整性，避免體系上之割裂。

(2) 此等批評忽略了對於無過錯第三人之保護，在許多情形下第三人並無過錯，而得透過無因性理論予以保護。

(3) 對於無因性理論造成不利於出賣人保護的缺陷，得透過無因性相對化理論予以彌補，亦即以上述共同瑕疵說、條件關聯說、法律行為一體說等理論，使得物權行為亦得以撤銷或使之無效，而不發生物權之變動。

然而，在《物權法》出台後，對於物權變動模式，觀察立法過程，立法者明白採取公示要件主義（或稱債權形式主義），而不採取物權行為理論，否定物權行為之獨立性與無因性，因此在法律適用上，只有債權合同有效、無效，並加以公示方法使物權發生變動。

因此就《物權法》不採取物權行為理論及無因性理論之基礎上，有學者對於若干典型案例進行比較分析³⁵⁰：

(1) 拋棄動產

採取物權行為理論及無因性理論，則拋棄動產係無因之單獨行為，而與債權行為無涉。如不採取物權行為理論，則須將其解釋成一種帶有物權內容的法律行為，在概念上更為抽象而不利於理解。

(2) 出賣他人之物

在出賣他人之物情形，本屬無權處分，因此採取採取物權行為理論及無因性理論時，債權行為有效，而物權行為係效力未定，視物之原權利人是否承認或無權處分人取得權利，而使該物權行為發生效力；或視買受之第三人善意、惡意，而有善意取得規定之適用。

如不採取物權行為理論，則依《合同法》第 51 條規定，當原權利人追絕承認該合同時，該買賣合同無效，標的物仍屬原權利人所有，此時因合同無效，買受之第三人即不得向無權處分之人依債務不履行請求損害賠償，僅得視情形向無權處分人請求侵權責任之損害賠償，或締約上過失之損害賠償。

(3) 買賣合同有得撤銷之法律原因而被撤銷時

此種案例類型係甲出賣動產予乙，乙再轉賣予丙，甲乙間、甲丙間俱已完成

〈法學發展的「十字現象」——以物權行為制度與合同法第 51 條為說明主體〉，《現代法學》，27 卷 1 期，頁 163-164。

³⁵⁰ 以下參見王冠璽（2005），〈法學發展的「十字現象」——以物權行為制度與合同法第 51 條為說明主體〉，《現代法學》，27 卷 1 期，頁 164-166。

交付，嗣後甲主張受乙詐欺而撤銷其意思表示。

採取物權行為理論及無因性理論，當甲僅撤銷債權行為之意思表示，則甲乙間物權行為仍為有效，乙將該物處分與丙係有權處分，故不論丙善意或惡意，丙皆取得該物之所有權。此時甲不得向丙主張所有物返還請求權，僅得向乙請求返還標的物所有權之不當得利，惟此時該物之所有權已不能返還，故以價額償還之。當甲同時撤銷債權行為及物權行為之意思表示，則乙處分該物之行為乃無權處分，乙丙間物權行為效力未定，當甲拒絕承認乙之無權處分時，乙丙間物權行為確定不發生效力，甲仍為所有權人而得向丙主張所有物返還請求權；惟丙善意時，甲僅得向乙主張不當得利，並請求受詐欺之侵權行為損害賠償。

如不採取物權行為理論，則依《合同法》第 51 條規定，甲撤銷意思表示後，乙自始未取得物之所有權，係無權處分該物予丙，當甲拒絕承認乙丙間合同時，乙丙間合同確定不生效力，故甲仍為所有權人，得向丙主張所有物返還請求權；惟丙善意時，丙得主張善意取得，故甲此時僅得向乙請求返還不當得利。

3. 物權之變動

真正權利的保護和交易安全的保護，即是財產法的兩大課題，也是物權和債權的區分，或權利是否對第三人具有拘束力，在解釋適用時所應權衡的兩大價值³⁵¹。因為對物權與債權之間的區分認識不一，在當代大陸法系各國的立法體例中，就物權變動的原因與結果之間關係的規定有很大差異³⁵²。

(1) 以法國民法為代表的債權意思主義立法模式按法國民法典的規定，以買賣合同作為原因的所有權的變動完全依據合同中當事人的意思來判定，只要雙方當事人的合同成立、生效，則標的物的所有權當然發生轉移。

(2) 公示對抗主義的立法模式。以日本民法為代表。日本民法對物權變動與債權變動之間的關係的認識是：物權的變動仍然是以雙方當事人的意思表示一致生效，但是如果物權沒有進行公示的，均不得對抗第三人。

(3) 公示要件主義立法模式。瑞士民法、奧地利民法及中國舊民法採用。指物權變動的成立、生效，不但需要當事人債權法上的意思表示一致，而且還需要物權的公示，即動產的交付和不動產的登記，並且以動產的交付和不動產的登記作為物權變動生效的根據這樣一種立法模式。

(4) 物權意思主義的立法模式。此為德國民法與臺灣民法所採，對於物權變動的基本規定，其基本特徵是在發生物權變動時，不僅僅需要雙方當事人交付物或進行不動產登記的事實，而且還需要雙方當事人就物權變動進行新的合意，

³⁵¹ 謝哲勝（2004），〈物權的公示——兼評臺灣民法物權編相關修正條文〉，王文杰主編，《月旦民商法研究（2）（變動中的物權法）》，頁 11，清華大學出版社。

³⁵² 孫憲忠（1999），〈物權變動的原因與結果的區分原則〉，《法學研究》，1999 年 5 期，頁 31-34。

即建立純粹的物權意思表示一致，而且物權變動的原因，並不是當事人債權法上的意思的結果，而是該物權合意的結果。此即在中國大陸學術界飽受爭議的「物權行為的無因性」理論的制度基礎。

中國大陸《物權法》第 9 條規定，「不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，經依法登記，發生效力；未經登記，不發生效力，但法律另有規定的除外。」第 23 條規定，「動產物權的設立和轉讓，自交付時發生效力，但法律另有規定的除外。」第 24 條規定，「船舶、航空器和機動車等物權的設立、變更、轉讓和消滅，未經登記，不得對抗善意第三人。」從這些條文看，大陸物權法對於普通的不動產和動產物權的變動，採取了公示要件主義立法模式；對於船舶、航空器和機動車等准不動產物權的變動，採取了公示對抗主義立法模式。

三、物權的體系及其內容

（一）所有權

1. 所有權的類型及其平等保護原則

在物權體系中，所有權制度是調整財產歸屬關係的物權法制度，是調整財產利用關係的他物權制度的基礎和源泉。所有權與所有制的密切聯繫也使得《物權法》中的所有權制度設計從一開始就處於立法討論、學術爭論和社會輿論的風口浪尖。其中爭議最為激烈的莫過於如何對待公私財產問題。《物權法》最終把所有權分為國家所有權、集體所有權和私人所有權，在規定了三種不同的所有權形式的基礎上，明確規定不同所有權的平等保護原則，如此既與《憲法》對所有制的規定一脈相承，回應了「違憲」論者的質疑，又兼顧了市場經濟論者孜孜以求的物權主體平等的私法理想。因此，三個所有權形式的規定就成為《物權法》的一個鮮明特色。對於企業法人財產權的性質，大陸學術界在《公司法》出臺前後曾經存在爭議：到底是企業法人的所有權還是股東的所有權？爭論的基本結論是：企業法人對股東投入企業的財產享有所有權，股東對該企業法人享有股權。但是當涉及國有企業時，這個問題變得更加敏感，因為國有資產流失的政治風險誰也擔當不起。《物權法》的立法者對這個問題也採取了小心謹慎的態度。第 68 條規定，「企業法人對其不動產和動產依照法律、行政法規以及章程享有佔有、使用、收益和處分的權利。」第 39 條規定，「所有權人對自己的不動產或者動產，依法享有佔有、使用、收益和處分的權利。」比較這兩個條款可以發現，企業法人「對其不動產和動產」的權利，其實就是企業法人所有權，是「依法佔有、使用、收益和處分的權利」。但是立法者似乎是為了避免「違憲」論者和「國有資產流失」論者的責難，在形式上沒有明確使用「法人所有權」概念，但是從內容上看就是法人所有權，可謂「明修棧道暗度陳倉」，使法人所有權在《物權法》中處於「有實無名」的狀態。「民主立法」壓倒了「科學立法」，物權法立法者的無可奈何和政治智慧，都值得我們作「同情的理解」。

2. 建築物區分所有權

《物權法》在大陸法律體系中第一次提出了「業主的建築物區分所有權」的概念，並作出了相關規定。「業主」一詞並非傳統的法律概念，有畫蛇添足之嫌，但也由此可見立法者貼近群眾、貼近實際、貼近生活的努力，應當予以肯定。由於近年來大陸房地產市場的迅猛發展，私人擁有住房成為普遍現象，住房成為許多家庭和個人的主要財產，因此這部分內容成為物權法立法過程中備受關注的焦點和熱點問題。或許讓民眾有些失望的是，立法者沿襲了「宜粗不宜細」的立法思路，謹記「言多必失」的古訓，僅僅用了 14 個條文來規定建築物區分所有權問題。對諸如建築區劃內的車位、車庫的歸屬等敏感問題，《物權法》還採取了騎牆的態度。第 74 條規定，「建築區劃內，規劃用於停放汽車的車位、車庫應當首先滿足業主的需要。建築區劃內，規劃用於停放汽車的車位、車庫的歸屬，由當事人通過出售、附贈或者出租等方式約定。」這種模稜兩可的規定，似乎不是在解決問題，倒像是在製造麻煩，因為它們給了房地產開發商更多的翻手為雲覆手為雨的操作空間。在「民主立法」的征途中，在房地產開發商與業主的利益博弈中，顯然是開發商的「民主」壓倒了業主的「民主」。

（二）用益物權

用益物權，是指非所有權人對他人所有之物所享有的佔有、使用和收益的權利，屬於他物權和限制物權。用益物權設定的目的是著眼於不動產的使用價值，它在一定程度上克服了傳統所有權制度重視物的歸屬而輕視物的利用的弊端。社會資源的有限性與人類需求的無限性之間的矛盾是人類社會發展進程中的永久性矛盾。在此情況下，「不求所有、但求所用」的用益物權制度便有了充分發揮作用的巨大空間。物權法的社會功能已經從明確物的歸屬為中心，轉向明確物的歸屬與促進物的利用並重的時代。在傳統物權法中，用益物權是作為所有權的附屬物而存在的，而在現代物權法中，它已經登堂入室，同所有權平起平坐了。用益物權成為具有獨立性和發揮獨特作用的物權法核心制度之一。也正是用益物權這種以「利用」為中心的物權的社會功能，以至於許多學者認為現代物權法的核心在於用益物權³⁵³。《物權法》第 117 條規定：「用益物權人對他人所有的不動產或者動產，依法享有佔有、使用和收益的權利。」《物權法》一共規定了 4 種用益物權，分別是土地承包經營權、建設用地使用權、宅基地使用權、地役權。

1. 土地承包經營權

土地承包經營權是大陸農村改革的主要制度成果，是在改革開放初期家庭聯產承包責任制基礎上發展起來的大陸農村的基本經濟制度。實踐證明，這一制度是符合大陸農村生產力發展要求的，也是符合廣大農民意願的。從 1986 年《民法通則》到 1988 年《土地管理法》，從 2003 年《農村土地承包法》到 2007 年《物

³⁵³ 房紹坤，丁海湖，張洪偉（1996），〈用益物權三論〉，《中國法學》，1996 年第 2 期。

權法》，土地承包經營權制度在立法和改革實踐中不斷發展和完善。《物權法》第 11 章專章規定了土地承包經營權制度，確認土地承包經營權人依法對其承包經營的耕地、林地、草地等享有佔有、使用和收益的權利，有權從事種植業、林業、畜牧業等農業生產。耕地的承包期為三十年，承包期屆滿，由土地承包經營權人按照國家有關規定繼續承包。土地承包經營權人有權將土地承包經營權採取轉包、互換、轉讓等方式流轉。承包期內發包人原則上不得調整承包地和收回承包地。承包地被徵收的，土地承包經營權人有權獲得相應補償。長期以來，在大陸民法學界存在「土地承包經營權到底是物權還是債權」的爭論，《物權法》對土地承包經營權的濃墨重彩的規定為這一爭論畫上了句號。土地承包經營權作為一種物權類型，與中國傳統的永佃權比較相似，都是在他人土地上耕作的權利，但是二者存在本質的區別：後者是在建立在私有制基礎上的，是地產主利用土地獲取收益的法律形式，具有一定的剝削性質，從時間上看屬於無限期物權；而前者是建立在公有制基礎上的，是集體成員利用集體所有的土地，更好地發揮土地的效用，從時間上看屬於有限期物權。

2. 建設用地使用權

建設用地使用權是 20 世紀 80 年代中後期以來大陸國有土地使用制度改革成果，實現了國有土地從無償使用到有償使用的轉變。1998 年憲法修正案規定：「土地的使用權可以依照法律的規定轉讓。」1988 年修改的《土地管理法》規定：「國家實行國有土地有償使用制度。但是，國家在法律規定的範圍內劃撥國有建設用地使用權的除外。」1994 年的《城市房地產管理法》對建設用地使用權的出讓、劃撥等問題作了更為詳細的規定。《物權法》第 12 章也對建設用地使用權作了專章規定。根據《物權法》，建設用地使用權人依法對國家所有的土地享有佔有、使用和收益的權利，有權利用該土地建造建築物、構築物及其附屬設施。設立建設用地使用權，可以採取出讓或者劃撥等方式。工業、商業、旅遊、娛樂和商品住宅等經營性用地以及同一土地有兩個以上意向用地者的，應當採取招標、拍賣等公開競價的方式出讓。嚴格限制以劃撥方式設立建設用地使用權。採取劃撥方式的，應當遵守法律、行政法規關於土地用途的規定。採取招標、拍賣、協定等出讓方式設立建設用地使用權的，當事人應當採取書面形式訂立建設用地使用權出讓合同。建設用地使用權自登記時設立。建設用地使用權可以在土地的地表、地上或者地下分別設立。建設用地使用權人應當合理利用土地，不得改變土地用途；需要改變土地用途的，應當依法經有關行政主管部門批准。建設用地使用權人有權將建設用地使用權轉讓、互換、出資、贈與或者抵押，但法律另有規定的除外。住宅建設用地使用權期間屆滿的，自動續期。非住宅建設用地使用權期間屆滿後的續期，依照法律規定辦理。

3. 宅基地使用權

宅基地使用權是具有中國特色的用益物權制度，是指農村居民對集體所有的

土地佔有和使用，自主利用該土地建造住房及其附屬設施以供居住的權利。宅基地使用權的主體為農村集體經濟組織的成員，而且可以無償取得宅基地，這使得農村宅基地具有一定的福利性質。根據《物權法》，宅基地使用權的取得、行使和轉讓，適用土地管理法等法律和國家有關規定。宅基地因自然災害等原因滅失的，宅基地使用權消滅。對失去宅基地的村民，應當重新分配宅基地。依據《土地管理法》第 62 條規定，農村村民一戶只能擁有一處宅基地，其宅基地的面積不得超過省、自治區、直轄市規定的標準。農村村民建住宅，應當符合鄉（鎮）土地利用總體規劃，並儘量使用原有的宅基地和村內空閒地。農村村民住宅用地，經鄉（鎮）人民政府審核，由縣級人民政府批准；其中，涉及佔用農用地的，依照規定辦理審批手續。農村村民出賣、出租住房後，再申請宅基地的，不予批准。

4. 地役權

地役權是指在他人的土地之上設立的以供自己的土地便利使用的他物權。地役權起源於羅馬法，是一項非常古老的法律制度。從法國民法典到德國民法典，從日本民法典到瑞士民法典，都對地役權作了規定。中國清朝末年的法制變革中曾引進了地役權制度，中華民國時期制定的民法典明文規定了地役權。中華人民共和國成立以來，地役權在大陸民事立法中長期銷聲匿跡，儘管在民法教科書和學術著作中不乏地役權的論述。《物權法》的頒佈改變了這一局面。《物權法》第 14 章以 14 個條文的篇幅對地役權作出了明確規定。「地役權」這種抽象名稱進入基本法也彰顯了物權法的「學者法」色彩。《物權法》第 156 條規定，「地役權人有權按照合同約定，利用他人的不動產，以提高自己的不動產的效益。前款所稱他人的不動產為供役地，自己的不動產為需役地。」地役權自地役權合同生效時設立。當事人要求登記的，可以向登記機構申請地役權登記；未經登記，不得對抗善意第三人。供役地權利人應當按照合同約定，允許地役權人利用其土地，不得妨害地役權人行使權利。地役權人應當按照合同約定的利用目的和方法利用供役地，儘量減少對供役地權利人物權的限制。

（三）擔保物權

擔保物權，是指為確保債權實現，債權人在債務人或者第三人所有的物或者權利上設定的，當債務不履行或者發生當事人約定的情形，可以優先受償的權利，在性質上屬於他物權和限制物權。擔保物權以擔保債權的實現為目的，必須從屬於債權而存在。與用益物權支配物的使用價值不同，擔保物權是以確實支配擔保物的交換價值為內容。在清償期前的擔保物權是具有附條件變價權的未成熟或未完全的物權³⁵⁴。除了保障債權的圓滿實現外，擔保物權的另一項主要社會功能是作為融資的工具而存在的。在市場經濟條件下，向金融機構借款是最為常見的融資方式，而金融機構為了控制貸款的風險，通常都會要求借款人提供擔保，

³⁵⁴ 劉得寬（2002），《民法諸問題與新展望》，頁 383，中國政法大學出版社。

利。

3. 留置權

根據《物權法》第 230 條規定，留置權是指債務人不履行到期債務，債權人可以留置已經合法佔有的債務人的動產，並有權就該動產優先受償的權利。留置權的成立，須債權人合法佔有債務人的動產，須債權的發生與該動產有牽連關係，須債權已屆清償期且債務人未履行債務。債權人留置的動產，應當與債權屬於同一法律關係，但企業之間留置的除外。法律規定或者當事人約定不得留置的動產，不得留置。留置權人負有妥善保管留置財產的義務。同一動產上已設立抵押權或者質權，該動產又被留置的，留置權人優先受償。作為法定擔保物權，留置權的效力優先於其他擔保物權的效力。

參、重要實務案例

本部分所篩選之案例，皆是由中國大陸最高人民法院所公布之具體案例，對於物權法之適用有其代表性，有包含財產徵收問題（浙江省周雲法等訴被告台州市椒江區人民政府強制拆遷案）、一物二賣之處理（江西省贛州市黃成建與李亮亮商品房買賣糾紛案）、不動產物權公示性與公信性之例證（洛陽市房管局、聚德房產公司與金業傢俱世界房產登記糾紛案）、不動產相鄰關係與區分所有權紛爭（上海市高月仙與楊文通、趙家驊相鄰關係糾紛案與龔承遂等與上海興吉房地產公司建築物區分所有權糾紛案）、不動產抵押權未登記之效力（廣西桂平農村信用社訴被告彭錦輝船舶抵押借款合同糾紛案）與不動產善意取得之問題（廣東省東莞市廖瑞珍與譚兆麟等不動產善意取得糾紛案）。各個案例均體現了中國物權法在實際適用上之難題，均具有極高之參考價值。

一、浙江省周雲法等訴被告台州市椒江區人民政府強制拆遷案³⁵⁵

（一）案例事實

原告周雲法、周雲香、周雲嬌等三人認為被告台州市椒江區人民政府違法強制拆除了其位於椒江區楓南路北面區塊範圍內的房屋，於 2007 年 2 月 27 日向台州市中級人民法院提起行政訴訟。台州市中級人民法院於 2007 年 2 月 28 日裁定將此案移交台州市路橋區人民法院審理。

原告訴稱，被告台州市椒江區人民政府在沒有通知三原告自行拆屋騰空，也沒有與三原告簽定拆遷協定的情況下，用挖土機將三原告的房屋強行拆除。該行為嚴重侵害了三原告的合法權益。請求法院確認被告強行拆除三原告位於台州市椒江區楓山村沙門路的私有房屋的行為違法。原告提供了相關證據證明被告違法

³⁵⁵ 參見浙江省台州市路橋區人民法院行政判決書(2007)路行初字第 13 號。

拆除了三原告的房屋。

被告辯稱，原告起訴的被告主體不符，台州市椒江區人民政府未實施強制拆除原告房屋的行為。原告位於台州市椒江區楓山村的房屋，屬楓南路北面區塊，該區塊於 2002 年開始實施拆遷改造。2002 年 5 月 25 日椒江區人民政府設立楓南路北面區塊改造指揮部（下稱指揮部），宣傳拆遷法律及相關政策，協調被拆遷人與拆遷人之間的關係以及相關職能部門的工作配合。2002 年 12 月 6 日台州市建設規劃局批准台州市椒江區城市建設發展有限公司（下稱建設公司）為拆遷實施單位，並頒發許可證。因此，該區塊的拆遷人是建設公司。因原告戶一直不接受安置方案，拖延整個拆遷工作近 3 年，故 2006 年 3 月建設公司在為原告找好臨時過渡用房後，對三原告的房屋進行了強制拆除。被告在法定期限內提供了相關證據證明是建設公司拆除了三原告的房屋，該行為與被告無關。

經審理查明，被告台州市椒江區人民政府於 2002 年決定對楓南北面區塊進行整體拆遷改造。拆遷範圍西起海門河、東至楓山腳、南起楓南路、北至椒江衛生進修學校。三原告所有的房屋位於該區塊拆遷改造範圍內，且房屋所占土地性質屬於集體所有。2002 年 5 月 25 日，被告設立臨時機構楓南路北面區塊改造指揮部。在拆遷過程中，指揮部與三原告就補償安置問題進行多次協商，但因三原告不接受政府補償安置方案，雙方未簽定補償安置協定。2005 年 3 月 3 日，三原告位於拆遷範圍內的房屋被強制拆除。

（二）法院判決

法院認為，三原告的房屋拆遷屬於城市規劃區範圍內，被徵用農村集體土地上房屋的拆遷問題。根據《中華人民共和國土地管理法》第四十六條的規定，被徵用土地上的房屋拆遷管理部門應當是縣級以上地方人民政府。從原告提供的證據亦能夠證明，楓南路北面改造區塊內，農村集體土地上房屋的拆遷人是指揮部。三原告的房屋未經法定程式被強制拆除，拆遷人指揮部應當對該行為負責。而指揮部是被告設立負責拆遷工作的臨時機構，因此其行為的法律後果依法應當由被告承擔。因此判決如下：確認被告台州市椒江區人民政府於 2005 年 3 月 3 日強制拆除原告周雲法、周雲香、周雲嬌三人位於椒江區楓南路北面區塊拆遷改造範圍內房屋的行為違法。

（三）案例評析

本案涉及財產徵收問題。財產徵收是國家為了公共利益的需要，依法強制取得原屬私人或者集體所有財產上的所有權或者其他權利的行為。徵收是對財產權的限制，但這種限制本身也必須受到限制。財產權是基本人權，在公民基本權利中居於核心地位。對財產權的限制在於避免個人濫用財產權和不能充分利用財產權，而不是對財產權的任意剝奪。現代民主法治國家對財產權的限制都要符合三個條件：公共利益、正當程式、公正補償。大陸《物權法》第 42 條規定，「爲了

公共利益的需要，依照法律規定的許可權和程式可以徵收集體所有的土地和單位、個人的房屋及其他不動產。徵收單位、個人的房屋及其他不動產，應當依法給予拆遷補償，維護被徵收人的合法權益；徵收個人住宅的，還應當保障被徵收人的居住條件。」儘管如此，在大陸，以征地拆遷為代表的財產徵收行為長期處於有法不依的狀態，本案即是其中一例。我們期待物權法的實施能夠使這種局面有所改觀。

二、江西省贛州市黃成建與李亮亮商品房買賣糾紛案³⁵⁶

（一）案例事實

上訴人黃成建因與被上訴人李亮亮商品房買賣糾紛一案，不服南康市人民法院（2007）康民一初字第 881 號民事判決，向江西省贛州市中級人民法院提起上訴。原審法院經審理查明：原、被告經南康市芙蓉房產仲介中心介紹，於 2007 年 2 月 16 日簽訂了一份《房屋買賣協議書》，約定由被告將位於南水新區芙蓉新城慧蓉苑 1 座 701 號套房一套轉讓給原告，協定內容為：該房面積為 93 平方米，總房價為人民幣 153800 元；付款方式為在簽訂協定時先付 2 萬元定金，被告交付鑰匙後原告除銀行按揭款外把剩餘款付清給被告，開發商代收費用及稅收除被告支付契稅外，其餘費用由原告承擔；被告協助原告辦理過戶手續，費用由原告負責；協議生效後，不得反悔，如有違約，違約方應向守約方賠償違約金 3 萬元等等。協議簽訂當日，原告向被告支付了 2 萬元購房定金。2007 年 2 月 25 日，原、被告一起到南康市中聯芙蓉新城開發有限公司，原告以被告名義向該公司繳納了共計 2230.20 元的物業管理等費用。因被告未向原告交付房屋鑰匙及出示房產權證明，原告當日並未向被告交付剩餘購房款。後雙方對於購房問題幾次協商，原告要求被告交付房屋鑰匙並出示房產證明後，自己才能付清剩餘房款，而被告則要求原告付清剩餘購房款，故雙方未能達成一致意見。後被告于 2007 年 3 月 16 日在南康市中聯芙蓉新城開發有限公司辦理房屋交交手續，領取慧蓉苑 1 座 701 號房鑰匙。2007 年 4 月期間被告在原告未明確表示放棄購買該房屋的情況下將該房售于案外人張興財，並向其交付了該房鑰匙。另查明，被告于 2007 年 6 月 6 日在南康市中聯芙蓉新城開發有限公司領取了慧蓉苑 1 座 701 號房產證。在法庭辯論終結前，被告未向原告交付房屋鑰匙，原告也未向被告支付剩餘房款。二審認定的事實與原審法院查明的事實一致。

（二）法院判決

原審法院認為，依法成立的合同受法律保護，合同雙方應當按照約定全面履行自己的義務。原、被告簽訂的房屋買賣協定，是雙方當事人的真實意思表示，不違反法律規定，屬有效合同。原被告應當按照約定全面履行自己的義務。協議簽訂後，原告依約支付了購房定金 2 萬元，已履行了自己的義務。根據該買賣協

³⁵⁶ 參見江西省贛州市中級人民法院民事判決書（2008）贛中民一終字第 13 號。

定第二條，鑰匙交付乙方（即原告李亮亮）後乙方除銀行按揭款外把剩餘款付清給甲方（即被告黃成建），被告應先將房屋鑰匙交給原告後，原告才把剩餘房款付清給被告，但是由於被告未及時在芙蓉新城辦理交接房手續，導致被告無法及時向原告交付房屋鑰匙，所以原告未向被告支付剩餘房款並未違反合同約定，不構成違約。2007年4月期間，被告在原告未明確表示放棄購買房屋的情況，將該房屋售於他人，並將房屋交付他人，致使原被告簽訂的房屋買賣協定無法履行，被告的這一行為違反了我國民法中的誠實信用原則，構成違約，其應按照合同約定承擔違約責任。因原被告簽訂協定已經無法履行，所以原告要求與被告解除協議，由被告返還原告定金2萬元並支付違約金3萬元給原告的訴訟請求理由充分，符合法律規定，予以支持。原告以被告名義交納買賣房屋的物業管理費用2230.20元因被告違約將房屋售於他人，現原告要求被告返還此款，理由充分，符合法律規定，予以支持。據此，原審法院判決：一、解除2007年2月16日原、被告簽訂的《房屋買賣協議書》；二、限被告黃成建於判決生效後七日內向原告李亮亮返還購房定金20000元及支付違約金30000元，共計人民幣50000元。上訴人黃成建不服原審判決，提起上訴。二審判決駁回上訴，維持原判。

（三）案例評析

此案屬於典型的「一物二賣」或者「一女二嫁」的情況。大陸《物權法》第6條規定，「不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，應當依照法律規定登記。動產物權的設立和轉讓，應當依照法律規定交付。」該條款是關於物權公示原則的規定。物權公示原則是物權變動的基本規則，主要適用於基於法律行為而發生的物權變動的情況。本案中交易的標的物是房屋，屬於不動產，只有履行登記手續，才能發生物權轉移的效力。原被告雙方並未履行登記手續，而被告與第三人簽訂了新的買賣合同並履行了轉移登記手續，在沒有證據顯示第三人與被告存在惡意串通損害原告合法權益的情況下，我們只能推定第三人是善意的，他取得了房屋的所有權。而原告的損失，只能基於合同關係要求被告承擔違約責任。

三、洛陽市房管局、聚德房產公司與金業傢俱世界房產登記糾紛案³⁵⁷

（一）案例事實

上訴人洛陽市房管局、聚德房產公司與被上訴人金業傢俱世界因房產行政管理糾紛一案，不服西工區人民法院作出的（2009）西行初字第48號行政判決，提起上訴。2003年1月30日，洛陽市房管局依據洛陽市老城房屋開發公司（以下簡稱老城房屋開發公司）與洛陽市聚德房地產開發有限責任公司第二分公司（以下簡稱聚德第二分公司）簽訂的《商品房買賣合同》等相關材料，於2002年12月30日將位於洛陽市老城區西關百業大市場西部北廳、面積941.64平方米的房產為聚德房產公司辦理了第X197518號《房屋所有權證》。2009年9月金

³⁵⁷ 參見河南省洛陽市中級人民法院行政判決書（2010）洛行終字第56號。

業傢俱世界以以上 941.64 平方米涉案房產的所有權屬於自己為由，向西工區人民法院提起行政訴訟，請求撤銷洛陽市房管局為聚德房產公司辦理的第 X197518 號《房屋所有權證》（以下簡稱被訴房產證）。

原審法院經審理查明，被訴之房屋，位於洛陽市老城區西關百業大市場西部北廳，面積 941.64 平方米。2002 年 12 月 20 日，老城房屋開發公司與聚德第二分公司向被告（洛陽市房管局）申請房屋權屬轉移登記，提交有：2001 年 2 月 26 日雙方簽訂的商品房買賣合同及購房補充協議書、聚德房產公司的企業法人營業執照（成立於 2002 年 4 月 18 日）及組織機構代碼證（由洛陽市技術監督局頒發，有效期限 2002 年 4 月 26 日至 2004 年 11 月 30 日）、介紹信、代理人身份證明、2001 年 2 月 28 日洛陽市銷售不動產專用發票、2002 年 12 月 18 日房屋維修基金收據、2002 年 11 月 20 日洛陽市契稅減免通知書、2002 年 12 月 19 日房屋開發公司辦證通知書、2002 年 12 月 18 日承租戶洛陽金業傢俱大世界出具的放棄購房證明等相關材料。被告審查後認為申請登記材料齊全，房屋權屬清楚，於 2002 年 12 月 30 日予以房屋權屬轉移登記，第三人（聚德房產公司）於 2003 年 1 月 3 日領取了被訴房產證。被訴之房屋，老城房屋開發公司與原告于 1999 年 9 月 8 日簽訂房屋買賣協議，雙方到原洛陽市郊區房地產管理局辦理了房屋權屬轉移登記。原告于 1999 年 10 月 29 日領取了字第 34557 號房屋所有權證。第三人不服該房屋登記，起訴到洛龍區人民法院，洛龍區人民法院於 2009 年 9 月 15 日以（2008）洛龍行初字第 01 號行政裁定書裁定准許第三人撤回起訴。2007 年，聚德房產公司以與原告房屋租賃合同糾紛，向洛陽市老城區人民法院提起民事訴訟。在訴訟中，當事人雙方均持有涉訴房屋的房屋所有權證，後雙方均向洛陽市房管部門提出申請，要求撤銷對方持有的房屋所有權證。2007 年 11 月 9 日，洛陽市老城區人民法院以「房管部門正在審查處理中」為由裁定中止了民事訴訟至今。

（二）法院判決

原審法院審理後認為，被告作為房產行政主管部門，依法具有對房屋權屬登記的法定職責。對當事人提供的登記材料有審查的責任。本案中，老城房屋開發公司與聚德第二分公司提交的房屋權屬轉移登記主要材料「商品房買賣合同」及「不動產專用發票」，雙方簽訂商品房買賣合同及開出不動產專用發票之時第三人尚未成立，該材料存在明顯的虛假問題，即當事人申報不實。故此，被告為第三人頒發房屋所有權證的登記行為主要證據不足。在 2007 年，第三人向洛陽市老城區人民法院起訴原告金業傢俱世界租賃合同糾紛後，就同一房屋雙方都知道對方持有房屋所有權證，雙方均向洛陽市房管部門提出申請，要求撤銷對方的房屋所有權證，且第三人還提起了行政訴訟。原告在第三人向人民法院提出撤回起訴並被裁定准許撤訴後就提起了本案訴訟，原告的起訴不超過訴訟時效，被告及第三人認為原告超過訴訟時效的理由不能成立。遂判決撤銷被訴房產證。判決送達後，洛陽市房管局和聚德房產公司均提起上訴。二審判決駁回上訴，維持原

判。

（三）案例評析

本案涉及不動產物權的登記及其效力問題。當物權的存在與變更滿足了公示的要求時，就會引起相應的法律後果，產生權利正確性推定效力和善意保護效力，即物權公示的公信力。物權公示的直接目的在於使人「知」，而最終目的在於使人「信」。不動產登記簿記載的物權與真實的不動產物權一致，是正常的法律秩序的基本要求。但是，由於社會生活的複雜性，由於當事人的過錯或者登記機關的疏忽而導致的登記錯誤，即登記的物權與真實的物權狀況不一致的情況時有發生。此時法律賦予真正權利人可以提出「異議登記」和「更正登記」的權利。大陸《物權法》第 19 條規定，「權利人、利害關係人認為不動產登記簿記載的事項錯誤的，可以申請更正登記。不動產登記簿記載的權利人書面同意更正或者有證據證明登記確有錯誤的，登記機構應當予以更正。」第 21 條規定，「當事人提供虛假材料申請登記，給他人造成損害的，應當承擔賠償責任。因登記錯誤，給他人造成損害的，登記機構應當承擔賠償責任。登記機構賠償後，可以向造成登記錯誤的人追償。」本案中法院判決撤銷錯誤登記的房屋所有權證，法律依據正在於此。

四、上海市高月仙與楊文通、趙家驊相鄰關係糾紛案³⁵⁸

（一）案例事實

上訴人高月仙因相鄰關係糾紛一案，不服上海市閔行區人民法院（2009）閔民一(民)初字第 8430 號民事判決，向上海市第一中級人民法院提起上訴。原審查明，楊文通、趙家驊系上海市閔行區漕寶路 1508 弄 96 號 301 室房屋產權人，高月仙系閔行區漕寶路 1508 弄 96 號 401 室房屋產權人。2009 年 3 月 11 日 401 室高月仙家發生漏水，造成楊文通、趙家驊 301 室客廳、北臥室多處損壞，其後經有關部門組織調解，雙方因修復方案、價格未能達成一致，楊文通、趙家驊故起訴至法院。

（二）法院判決

原審認為，根據查明的事實，可以確認楊文通、趙家驊家中本次受損系由高月仙家中魚缸溢水所致，對此，高月仙顯有過錯，現楊文通、趙家驊主張高月仙賠償其損失，法院予以准許。賠償的金額應與楊文通、趙家驊所受損失相當，楊文通、趙家驊現依據報價單主張修復的費用，高月仙不予認可，考慮到當事人的訴訟成本，法院根據楊文通、趙家驊受損的實際情況，結合相關證據，酌定高月仙賠償楊文通、趙家驊 4,000 元。據此，原審法院判決高月仙於判決生效之日起十日內賠償楊文通、趙家驊人民幣 4,000 元。判決後，高月仙不服，提起上

³⁵⁸ 參見上海市第一中級人民法院民事判決書（2009）滬一中民二(民)終字第 3741 號。

訴。二審法院經審理認為原審判決查明事實屬實，依法予以確認。判決駁回上訴，維持原判。

（三）案例評析

本案涉及相鄰關係和建築物區分所有權問題。大陸《物權法》第 91 條規定，不動產權利人挖掘土地、建造建築物、鋪設管線以及安裝設備等，不得危及相鄰不動產的安全。第 92 條規定，不動產權利人因用水、排水、通行、鋪設管線等利用相鄰不動產的，應當儘量避免對相鄰的不動產權利人造成損害；造成損害的，應當給予賠償。本案中原被告雙方是相鄰關係，也是建築物區分所有權人，他們對專屬於自己的空間享有所有權。被告的行為在客觀上造成了對原告不動產所有權的侵犯，應當依法賠償損失。

五、龔承遂等與上海興吉房地產公司建築物區分所有權糾紛案³⁵⁹

（一）案例事實

上訴人龔承遂、王瓊仙、龔濤、龔靖與上海興吉房地產開發有限公司（以下簡稱興吉公司）因商品房預售合同糾紛一案，均不服上海市南匯區人民法院（2007）彙民一（民）初字第 4970 號民事判決，向上海市第一中級人民法院提起上訴。原審查明，龔承遂等與興吉公司與 2005 年 2 月 5 日簽訂了《上海市商品房預售合同》，合同約定：由龔承遂向興吉公司（甲方）購買房屋一套；根據暫測建築面積，乙方購買該房屋的總房價款 504,504 元；此外，雙方還在該合同上約定了其他權利、義務。龔承遂已支付興吉公司全額房款，另龔承遂 2006 年 2 月 9 日向興吉公司購買了小區地下自行車庫一間，計款 23,000 元，又向興吉公司購買小區地面 20 號停車位，計款 10,000 元。2006 年 1 月 25 日，興吉公司取得《建設工程竣工驗收備案證書》，同年 2 月 15 日又取得《上海市新建住宅交付使用許可證》。2006 年 4 月 7 日興吉公司取得了房地產權證（大產證）。2006 年 5 月 19 日，龔承遂與興吉公司正式辦理了房屋交接手續，龔承遂並取得了地下自行車庫一間和地面停車位一個。同年 5 月 23 日龔承遂、王瓊仙、龔濤、龔靖取得小產證。

（二）法院判決

原審認為，龔承遂、王瓊仙、龔濤、龔靖與興吉公司簽訂的《上海市商品房預售合同》合法有效，對雙方均具有法律約束力。當事人應當按照合同約定全面履行自己的義務。當事人一方履行合同義務不符合合同約定，應承擔相應違約責任。根據《上海市住宅物業管理規定》第二十條第一款第（三）項規定，物業管理區域內按規劃配建的非機動車車庫歸全體業主所有。該案系爭的地下自行車車庫，系興吉公司利用地下空間投資建造的，且已形成可獨立使用構築物，不屬於

³⁵⁹ 參見上海市第一中級人民法院民事判決書（2007）滬一中民二（民）終字第 3741 號。

小區公用的公共設施，其所有權理應歸興吉公司所有，故興吉公司當然有權出售系爭自行車庫。龔承遂等認為系爭車庫歸全體業主所有的意見，並進而要求興吉公司退還自行車庫款的訴訟請求，無事實和法律依據，法院不予支持。對於龔承遂等要求興吉公司退還地面汽車停車位費用的訴訟請求，根據《中華人民共和國物權法》第七十四條第三款之規定，佔用業主共有的道路或者其他場地用於停放汽車的車位，屬於業主共有。現興吉公司將車位出售給龔承遂等，與法有悖，興吉公司應當將收取的款項退還龔承遂等，故法院對龔承遂等該項訴請予以支持。綜上所述，原審法院於 2007 年 10 月 29 日依照《中華人民共和國合同法》第一百零七條《中華人民共和國民法通則》第九十二條之規定，作出判決：一、上海興吉房地產開發有限公司應於判決生效後 10 日內支付龔承遂等逾期交房違約金人民幣 5,499.09 元；二、上海興吉房地產開發有限公司應於判決生效後 10 日內退還龔承遂等地面汽車停車位轉讓款人民幣 10,000 元及自 2006 年 2 月 9 日至支付日止按銀行同期存款利率計算的利息損失；三、對龔承遂等要求上海興吉房地產開發有限公司支付逾期辦理小產證違約金人民幣 18,759.69 元的訴訟請求不予支援；四、對龔承遂等要求上海興吉房地產開發有限公司賠償經濟損失人民幣 5,000 元的訴訟請求不予支援；五、對龔承遂等要求上海興吉房地產開發有限公司返還地下自行車庫款人民幣 23,000 元和銀行同期存款利息損失的訴訟請求不予支持。

二審法院經審理查明，原審查明事實屬實，予以確認。二審法院認為，不動產的買賣應當依法進行，根據大陸法律規定，房屋買賣合同應當採用書面形式，在本案中，當事人雙方簽訂的《上海市商品房預售合同》符合法律規定，雙方就系爭房屋買賣發生糾紛應當按照合同的約定和相關的法律解決；在預售合同中，雙方就交房的日期，交付小產證的辦理作出了明確的約定，原審據此判決並無不當，龔承遂、王瓊仙、龔濤、龔靖關於逾期交房期限的計算及要求興吉公司承擔逾期辦理小產證的上訴理由不符合合同的約定和法律的規定，本院不予採納；原審法院對判決理由在其本院認為中亦已經作了充分的闡述，本院予以確認，不再贅述。至於本案地面停車位及地下自行車庫的糾紛，本院認為，地面停車位、地下自行車庫（興吉公司二審所稱儲蓄室）是房地產，該轉讓出售應遵循相關的法律，亦當採取書面形式，大陸法律還規定，未依法登記領取權屬證書的房地產不得轉讓；根據本案已經查明的事實，本案系爭的地下自行車庫及地上停車位，興吉公司並沒有依法登記取得權屬證書，雙方在《上海市商品房預售合同》中也沒與相應的規定，亦沒有相應的其他書面合同，興吉公司至今沒有提供相應證據證明其有權處分地下自行車庫及地上停車位，城市房地產管理規定未依法登記領取權屬證書的房地產不得轉讓；現興吉公司將地下自行車庫及地上停車位出售缺乏依據，亦不符合相關的法律規定，興吉公司出售的地下自行車庫和地上停車位既沒有依法登記領取權屬證書，又未簽訂書面合同，該出售行為無效，興吉公司應當將收取的款項退還，龔承遂、王瓊仙、龔濤、龔靖該項上訴請求應予支持。

綜上所述，興吉公司的上訴理由不能成立，龔承遂、王瓊仙、龔濤、龔靖關於下自行車庫的上訴，本院予以支持。原審判認定事實清楚，但適用《物權法》有誤，應予糾正，本案應適用《中華人民共和國合同法》、《中華人民共和國城市房地產管理法》。據此，依照《中華人民共和國民事訴訟法》第一百五十三條、《中華人民共和國合同法》第四十條、《中華人民共和國城市房地產管理法》第三十七條第六項之規定，判決如下：上海興吉房地產開發有限公司應於本判決生效後十日內退還龔xx、王xx、龔x、龔x地下自行車車庫款人民幣 23,000 元及自 2006 年 2 月 9 日至支付日止按銀行同期存款利率計算的利息損失。

（三）案例評析

該案被稱為上海市物權法第一案，涉及建築區劃內停車位、車庫的歸屬問題。《物權法》第 74 條規定，「建築區劃內，規劃用於停放汽車的車位、車庫應當首先滿足業主的需要。建築區劃內，規劃用於停放汽車的車位、車庫的歸屬，由當事人通過出售、附贈或者出租等方式約定。佔用業主共有的道路或者其他場地用於停放汽車的車位，屬於業主共有。」根據這一規定，停車位原屬於業主所有的情況必須滿足車位原佔用了業主「共有的道路或共有的場地」這一條件。同時，開發商要出售相關車位，必須取得權屬證書並在房地產主管機關登記備案，從而證實自己的所有權。不過，這一條款對什麼是「業主共有的其他場地」沒有解釋，因此當事人顯然會做對自己有利的解釋，糾紛在所難免。可以預見，《物權法》關於停車位的模稜兩可的規定在解決部分問題的同時將會製造更多的麻煩。

六、廣西桂平農村信用社訴被告彭錦輝船舶抵押借款合同糾紛案³⁶⁰

（一）案例事實

1993 年 3 月 16 日，彭錦輝與桂平縣桂平鎮信用合作社（後更名為桂平市桂平農村信用合作社，以下簡稱信用社）簽訂投資造船協定，共同投資 28 萬元造船，其中信用社投資 16 萬元，彭錦輝投資 12 萬元，雙方約定投資船舶由彭錦輝經營，信用社在 10 個月內收回本金、紅利和利息。當天，雙方還簽訂抵押借款契約，作為上述投資協議的補充，該契約約定信用社借款 16 萬元給彭錦輝，借款期限自 1993 年 3 月 16 日至同年 12 月 31 日，利息為月息 7.2‰，上浮 70%，並用彭錦輝新船及房產作抵押。該契約上蓋有信用社現金清訖財務專用章，以及彭錦輝私章。1994 年 12 月 22 日，彭錦輝歸還了貸款 158 000 元及利息 30 793.41 元，合計本息 188 793.41 元給信用社。彭錦輝歸還上述貸款實際為 1993 年 3 月 16 日的投資款，雙方對此無異議。與此同時，原被告與同一天又簽訂船舶和房產抵押借款合同，該合同約定，被告向原告借款 18 萬元，用於購船，借款期限自 1994 年 12 月 22 日起至 1995 年 12 月 21 日止，月利率為 9.15‰，上浮 80%，

³⁶⁰ 參見廣西壯族自治區北海海事法院（2007）海商初字第 61 號民事判決書。

被告以其所有的船舶和房產作借款抵押。合同簽訂後，原告當天向被告發放借款 18 萬元。被告借款後，僅歸還了部分借款利息，至 2006 年 11 月 30 日止被告尚欠原告借款本金 18 萬元及利息為 160 378.52 元。另查明，被告用於貸款抵押的船舶已於 2003 年 11 月 25 日經原告同意出賣給別人，賣船所得款項 5 萬元也用於歸還借款利息。被告用於貸款抵押的房產座落于桂平市西山鎮城南街，該房屋沒有辦理房產證，該房屋土地使用證登記的土地使用權人為彭錦輝。借款合同簽訂後，被告已把該土地使用證交原告保管，但原被告雙方均未到土地管理部門辦理土地抵押登記手續。原告經向被告催收逾期欠款未果，向本院申請訴前保全，要求查封被告用於貸款抵押的房屋，本院作出（2007）海保字第號民事裁定，查封了被告上述房屋。

（二）法院判決

綜合原被告雙方意見，雙方對本案為涉船抵押借款合同的簽訂和原告發放貸款 18 萬元給被告的憑據無異議，雙方爭議的焦點：本案借款及抵押合同的效力；被告應否歸還 18 萬元借款及利息；原告對被告的房屋是否有優先受償權。本院認為，本案借款及抵押合同是當事人雙方自願所簽，沒有違反法律強制性規定，合同合法有效。用於抵押的土地使用證的權利人僅登記為被告彭錦輝一人，被告以抵押物共有，抵押合同不經其他共有人簽字為由主張合同無效理由不成立。本院認為，本案用於抵押的房屋僅辦理有土地使用權證，至今沒有辦理房產證，該土地上的建築物的合法性尚未得到政府有關部門確認，而且抵押合同簽訂時被告僅取得土地使用權證，尚未在該土地上建房，被告交給原告的是土地使用權證，根據本案事實及相關的司法解釋，抵押權人交付權利憑證的可以認定債權人對該財產有優先受償權。但是，未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人。因此，原告對抵押的土地使用權有優先受償權，但未辦理抵押登記不得對抗第三人。據此，根據國務院《借款合同條例》第十六條「借款方不按期償還借款，貸款方有權限期追回貸款，並按銀行規定加收罰息。」以及最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第五十九條「抵押人向債權人交付權利憑證的，可以認定債權人對該財產有優先受償權。但是，未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人」的規定，判決如下：一、被告彭錦輝償付原告桂平市桂平農村信用合作社借款本金人民幣 18 萬元及利息為 160 378.52 元。二、原告桂平市桂平農村信用合作社對被告彭錦輝用於借款抵押的土地使用權有優先受償權，但不得對抗第三人。

（三）案例評析

本案涉及不動產抵押權未辦理登記的法律後果問題。《物權法》第 187 條規定，「以本法第一百八十條第一款第一項至第三項規定的財產或者第五項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立。」《擔保法》第 41 條規定，「當事人以本法第四十二條規定的財產抵押的，應當辦理抵押

物登記，抵押合同自登記之日起生效。」最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第 59 條規定：「當事人辦理抵押物登記手續時，因登記部門的原因致使其無法辦理抵押物登記，抵押人向債權人交付權利憑證的，可以認定債權人對該財產有優先受償權。但是，未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人。」本案中當事人沒有辦理抵押登記是因為自己的原因，而不是登記部門的原因，所以法院適用該司法解釋是錯誤的，在《物權法》尚未出臺的情況下應當適用《擔保法》第 41 條的規定，該抵押合同不生效，抵押權沒有設立，原告對被告的土地使用權沒有優先受償權。

七、廣東省東莞市廖瑞珍與譚兆麟等不動產善意取得糾紛案³⁶¹

（一）案例事實

二審法院審理查明：本案訟爭的商鋪位於東莞市石排鎮橫山村下寶潭工業區第一棟東面第四間。被上訴人劉良銳曾為該商鋪於 2001 年 1 月 14 日向東莞市人民法院起訴石排鎮橫山村下寶潭組（下稱下寶潭組）及譚兆麟共同侵害其對訴爭商鋪的權益。東莞市人民法院經審理查明：1995 年 3 月 27 日劉良銳、盧鏡明兩人與下寶潭組簽約承建下寶潭的商鋪，後譚兆麟加入，與劉良銳、盧鏡明約定三人合夥承建。工程完工後，下寶潭出售其中四間商鋪給三人，每間為 15 萬元，抵付欠合夥三人的工程款 60 萬元。下寶潭組於 1996 年 2 月 6 日開出收款收據，其中訴爭商鋪的收據寫明“收到石龍劉良銳交來鋪位壹間 15 萬元”，另一間收款人寫譚兆麟，二間寫盧鏡明。針對上述查明事實，東莞市人民法院對此於 2000 年 3 月 22 日作出（2000）東民初字第 311 號民事判決，確認東莞市石排鎮橫山村下寶潭工業區第一棟東面第四間商鋪的權利和法律後果歸劉良銳承受。

本案查明，被上訴人譚兆麟未經劉良銳的同意，將下寶潭工業區第一棟東面第四間商鋪轉讓給梁遠新，後雙方補寫一份《協定》，內容是譚兆麟、劉良銳、盧鏡明以下寶潭商業鋪位第一棟東面第四間商鋪以 8 萬元抵給梁遠新作為工程進度款，梁遠新有權處理鋪位。該《協議》僅有譚兆麟、梁遠新簽名。1997 年 6 月 6 日，梁遠新與廖瑞珍簽訂了一份《鋪位轉讓合約》，內容為梁遠新將涉案商鋪以 90000 元的價款轉讓給廖瑞珍。該《合約》由下寶潭組組長王鄭欽作為證明人簽了字。合約簽訂後，廖瑞珍依約分四次付清了購房款給梁遠新，梁遠新亦將涉訟商鋪交付給廖瑞珍，廖瑞珍遂一直使用至 2000 年 9 月。東莞市人民法院（2000）東民初字第 311 號民事判決生效後，廖瑞珍遂以三被上訴人為被告提起訴訟。

（二）法院裁判

原審法院認為：訴爭商鋪通過抵付工程款的方式由下寶潭出售給劉良銳，有下寶潭開出的“收到劉良銳交來鋪位壹間 15 萬元”的收款收據。收據是商鋪的權

³⁶¹ 參見廣東省東莞市中級人民法院民事判決書（2000）東中法民終字第 115 號。

利和法律效果歸屬的唯一憑證，收據確定了訴爭商鋪的權利和法律效果的承受人是收據上的交款人劉良銳。譚兆麟主張訴爭商鋪是合夥財產，是沒有證據和法律依據的。劉良銳是該訴爭商鋪的權利和法律效果的承受人，同時也是唯一擁有訴爭商鋪的處分權人。在未經劉良銳同意的情況下譚兆麟將訴爭商鋪轉讓給梁遠新，梁遠新又將訴爭商鋪轉讓給廖瑞珍，均屬無效行爲，轉讓是無效的。訴爭商鋪收據的購買人是劉良銳，沒有變更爲廖瑞珍，故廖瑞珍主張已善意取得，又佔有該商鋪多年，理應擁有商鋪，是依法不成立的。東莞市人民法院於 2000 年 12 月 5 日依據《中華人民共和國民事訴訟法》第六十四條作出判決：駁回原告廖瑞珍的訴訟請求。訴訟費用 3200 元由原告承擔。一審宣判後，廖瑞珍不服，向本院提起上訴。

二審法院認爲：本案雙方爭議的焦點是：一、廖瑞珍在受讓涉案商鋪的過程中是否善意取得，能否適用善意取得制度而取得涉案商鋪的所有權。二、廖瑞珍與梁遠新簽訂的商鋪轉讓合約的效力及導致的後果。該院認爲，人民法院的生效判決是認定事實的依據，經東莞市人民法院（2000）東民初字第 311 號民事判決，業已確定本案涉訟商鋪系由劉良銳購買，該商鋪的權利和法律後果由劉良銳承受，因此，該判決已排除了該商鋪爲合夥財產，不存在譚兆麟、劉良銳和盧鏡明共有的問題。被上訴人譚兆麟對自己所主張的轉讓已征得劉良銳同意一節未能提供相應證據，本院不予確認。譚兆麟在自己無權處分的情況下未經權利人劉良銳的同意擅自將涉案商鋪轉讓給梁遠新，該協議無效。同樣，梁遠新將非法受讓的商鋪轉讓給廖瑞珍的合同亦爲無效。涉案商鋪直至 2000 年才開始發生產權爭議，廖瑞珍 1997 年有償受讓涉案商鋪時對該商鋪的所有權爭議是不知情的，因此，本院認爲廖瑞珍取得商鋪系善意的。但是，由於轉讓行爲系無權處分人侵犯了合法財產權利人的利益，因此，雖然廖瑞珍受讓涉訟商鋪是善意及有償的，廖瑞珍仍不能適用善意取得制度而取得涉案商鋪的所有權。根據《中華人民共和國民法通則》第六十一條的規定，民事行爲被確定爲無效後，當事人因該行爲取得的財產，應當返還給受損失的一方，有過錯的一方，應賠償對方受到的損失。案涉商鋪已因法院生效判決而由劉良銳實際合法佔有，梁遠新因無效合同而取得的購房款 9 萬元應當返還給廖瑞珍，造成合同無效，是因爲譚兆麟無權而處分財產，因此，譚兆麟應當就梁遠新的返還責任承擔連帶清償責任。劉良銳是涉案商鋪的合法權利人，對造成轉讓合同的無效亦無過錯，因此，不需承擔民事責任。一審法院認定轉讓合同無效正確，但沒有對合同認定無效後的法律後果作出處理，本院應予改判。根據《中華人民共和國民事訴訟法》第一百五十三條第一款第（二）、（三）項的規定，判決如下：一、撤銷東莞市人民法院（2000）東民初字第 2591 號民事判決；二、被上訴人譚兆麟與梁遠新之間及梁遠新與上訴人廖瑞珍之間因轉讓東莞市石排鎮橫山村下寶潭工業區第一棟東面第四間商鋪而簽訂的合同無效；三、被上訴人梁遠新於本判決發生法律效力之日起三日內返還上訴人廖瑞珍購房款 9 萬元，被上訴人譚兆麟承擔連帶清償責任；四、駁回上訴人廖瑞珍對被上訴人劉良銳的訴訟請求。

（三）案例評析

本案涉及不動產所有權的善意取得問題。《物權法》第 106 條規定，「無處分權人將不動產或者動產轉讓給受讓人的，所有權人有權追回；除法律另有規定外，符合下列情形的，受讓人取得該不動產或者動產的所有權：（一）受讓人受讓該不動產或者動產時是善意的；（二）以合理的價格轉讓；（三）轉讓的不動產或者動產依照法律規定應當登記的已經登記，不需要登記的已經交付給受讓人。受讓人依照前款規定取得不動產或者動產的所有權的，原所有權人有權向無處分權人請求賠償損失。」多數國家或地區的民法多規定善意取得的標的只限於動產，一般認為，因不動產所有權以登記為特別生效要件，因此，沒有適用善意取得的可能。但是，由於不動產登記可能存在瑕疵，依照公示公信原則，善意第三人基於信賴登記正確，本身又無過失，而與登記名義人進行交易，其對不動產所有權的取得應當受到法律保護。這也是交易安全的需要。大陸《物權法》明確規定了不動產可以適用善意取得制度，可以說是一大進步。本案發生在《物權法》出臺之前，找不到合適的法律依據，情有可原。不過，即使根據《物權法》的規定，本案中的房屋雖然是善意且有償轉讓，但是因為沒有辦理轉移登記手續，所以也不符合《物權法》規定的善意取得的條件，不能適用善意取得制度。

肆、未來趨勢

總括而言，大陸物權法制度之未來發展在於兩方面：一為制度本身之完備，二為順應社會發展之大趨勢。

一、物權制度之補足與完善

未來大陸物權法需要建構的主要制度包括不動產統一登記制度、農村土地徵收制度、城市房屋徵收制度等。（一）關於不動產統一登記制定。物權法制定過程中，關於建立不動產統一登記制度就是一個焦點問題。有主張以行政部門主導進行登記，但哪一行政部門，則意見紛呈。或司法行政部門，或土地管理部門，或房屋管理部門，或單設一獨立機構，莫衷一是。有主張統一在基層法院進行不動產登記，更有利於價值中立與糾紛解決。顯然，《物權法》並沒有解決這一爭議，只是確立了屬地登記原則，而具體制度建構則留下了空白，由法律、行政法規另行規定。（二）關於城市房屋拆遷問題。《物權法》出臺後，2001 年國務院《城市房屋拆遷管理條例》並未廢止。經北大五教授聯名上書後，2011 年 1 月 19 日國務院第 141 次常務會議通過《國有土地上房屋徵收與補償條例》，但城市房屋拆遷問題仍未得到解決。（三）關於農村土地徵收問題。在土地開發過程中，集體土地徵收在很大程度上在拷問一個問題：為何在同一塊土地上會出現「同權不同利」現象？同時，城市規劃與產業發展中，如何貫徹保障基本農田、保護環境與自然資源等，存在如何平衡與協調的問題。而與此相伴的，就是地方政府土地財政問題。

上述三個問題，其實只是大陸公權力強勢，在與民爭利的同時，部門權力之間也相互角力的一種體現。制度之不足與完善只是其表，實質上是私法理念尚未彰顯於制度與執法意識之中，它將與民眾日益高漲的權利意識形成了較大衝突，並始終伴隨著各種利益的博弈與制度的完善之中。

二、物權從歸屬到利用的社會化

傳統物權理論和物權立法以財產歸屬為中心。傳統物權理論也經常宣稱現代社會必須重視財產的利用，但在操作層面上總是恪守所有權為中心的物權理念，傳統物權法等於或至少相當於所有權法。《物權法》確立了財產利用關係的獨立地位，但規制財產利用關係的具體用益物權仍是幾種與土地相關的用益物權。這與一百多年前德、日物權法，與七十多年前中華民國物權法，沒有質的區別。而且，現實生活中，並不缺少這幾個用益物權的規則，對有些用益物權甚至都進行了單獨立法，如規範土地承包經營權之《農村土地承包法》。生活中困擾我們的，往往是公司法人財產權、信託財產權、基金管理權、融資租賃權、擬制的公共資源使用權、無線電頻率使用權等問題。而這些財產利用關係，恰恰需要《物權法》來進行調整。《物權法》雖也原則性地規定了幾種自然資源利用權，但對用益物權仍未抽象出一般的原理和規則。由此可見，《物權法》在具體的財產利用制度上沒有實質性的進步³⁶²。現代社會是財產歸屬與財產利用高度分離的社會，並且從財產的單個所有為自己利用，走向財產的多人共有為他人利用，是人類擺脫階級和個人的私利，真正走向現代文明的一個必然進程。傳統的用益物權是一個匍匐在所有權腳下的「侏儒」，現代社會再固守傳統的用益物權理論和制度，已根本不能反映和滿足現實生活的需要，財產利用關係的物權重構勢在必然。現代社會財產利用關係呈現兩個基本特點：一是資源和財富的利用越來越突破所有者意志的制約，成為財產利用人的獨立活動；二是資源和財富越來越表現為多種財產形態。財產利用具有獨立的地位和意義³⁶³。

財產不純粹是一個私權的範疇，而且涉及到極為重要的公共政策問題³⁶⁴。有學者認為，資本主義壟斷的形成、社會主義運動的興起以及現代科學技術的迅猛發展對物權社會化提出了客觀要求。物權社會化是指物權從絕對的、不受限制的個人支配性權利演變為受到社會公益限制、強調社會利用的權利，它體現為所有權受限制、他物權優位化及物權的間接社會化。物權的社會化與維護私人財產權既對立又統一，現代物權法正是折衷於個人主義與社會化兩種趨勢之間，力求實現個人利益與社會公益的平衡。大陸物權立法應當反映物權的社會化發展趨勢³⁶⁵。也有學者從住房租金管制或解約限制等微觀角度對物權制度設計做出社會化

³⁶² 胡呂銀（2007），〈論物權法的邏輯和功能缺陷〉，《學術界》，2007年第4期，頁104。

³⁶³ 孟勤國（2004），《物權二元結構論——中國物權制度的理論重構》，第二版，頁30-31，人民法院出版社。

³⁶⁴ [英] F. H. 勞森，B. 拉登，施天濤等譯（1998），《財產法（第2版）》，頁11，中國大百科全書出版社。

³⁶⁵ 王申義（1999），〈論物權的社會化〉，《法學評論》，1999年第1期。

的修正與探索³⁶⁶。易繼明教授認為，從財產給予人類的情感價值來說，它包括「擁有之樂」、「獲取之樂」和「利用之樂」三個維度。擁有之樂，表達的是財產權所具有的個人情感，目的在於建立起財產權利的邊界；獲取之樂，實現的是財產權的人生價值，樂在享受財產權力；利用之樂，建立在財產能力之上，體現了財產權所承載的社會意義。建立此種財產價值觀，並據此指導物權立法，財產權才能作為一種公共政策的工具，在創造個體幸福的同時，也帶來整體的共同福祉³⁶⁷。

三、物權類型法定主義的寬鬆化

物權法定主義源於羅馬法，其後為繼受羅馬法的大陸法系多數國家所採用³⁶⁸。物權法定的一般含義，是指物權的種類和內容由法律明文規定，不允許當事人隨意創設或變更。通說認為，物權法定原則包括兩個方面：一是類型強制，即不允許當事人自行創設法律沒有規定的新物權；二是類型固定，即當事人不得創設與法定物權內容相悖的物權³⁶⁹。物權法定原則系大陸法國家物權法的基本原則之一，其產生有著深刻的社會經濟動因和理論根源。物權法定對物權種類和內容的限制，穩定了社會經濟關係，減少了交易成本，保障了交易安全。但是，隨著社會的不斷發展，物權法定主義也日益暴露出嚴重的弊端，其僵化性損害了社會經濟發展的活力。因而如何化解物權法定所帶來的僵化性，便成為奉行物權法定主義的國家所面臨的一個問題³⁷⁰。

有學者認為，英美法上並無成文法明確認可物權法定原則，但該原則仍通過「司法自治」(judicial self-governance)機制，成為英美財產法實際奉行的一項基本原則³⁷¹。有學者持類似的觀點，認為從美國司法實踐中的一系列案例看，美國法是奉行「物權法定」的，而美國法中之所以存在「物權法定」原則，更多的是由於美國財產法中眾多的財產權種類，以及特殊的財產權結構而造成的³⁷²。但是這種觀點立即遭到「商榷」，被認為「在某些英文資料運用上有斷章取義之嫌，甚至存在對所引資料的嚴重誤解；對美國財產法上的若干重要概念，未經認真考證即輕率得出結論³⁷³。」從國外學者的研究看，肯定論者的觀點似乎更為可靠：「一般來說，只有符合幾種有限的標準形式的利益，才被法律認定為財產權……

³⁶⁶ 許德風(2009)，〈住房租賃合同的社會控制〉，《中國社會科學》，2009年第3期，頁129-135。

³⁶⁷ 易繼明，《財產權的三維價值——論財產之于人生的幸福》，《法學研究》，2011年第4期，頁74-85。

³⁶⁸ 謝在全(1999)，《民法物權論》(上冊)，頁40，中國政法大學出版社；梁慧星主編(1998)，《中國物權法研究》(上冊)，頁65，法律出版社；孫憲忠(1997)，《德國當代物權法》，頁80，法律出版社。

³⁶⁹ 有學者認為，對物權法定原則的闡釋，類型強制足矣。因為類型決定內容，類型強制應即包括類型固定。將物權法定原則區分為類型強制和類型固定是十分勉強的。參見蘇永欽(2004)，《私法自治中的經濟理性》，頁86，中國人民大學出版社。

³⁷⁰ 楊玉熹(2002)，〈論物權法定主義〉，《比較法研究》，2002年第1期，頁34。

³⁷¹ 李富成(2007)〈中國語境中的物權法定問題〉，《比較法研究》，2007年第2期。

³⁷² 張鵬(2003)，〈美國法上的物權法定原則〉，《法學》，2003年第10期，頁108。

³⁷³ 王立爭(2004)，〈美國法上物權法定原則及相關問題——與張鵬同志商榷〉，《法學》，2004年第4期，頁42。

如果當事人試圖創設新類型利益，法院一般會按照現有形式對其重新解釋。……英美法律人所接受的基本理念就是，財產權的類型是固定的……不僅限於普通法國家，這看來是所有現代財產權制度的普遍特徵。……儘管物權法定原則在普通法體系中並無邏輯強制性，但很明顯的是，法院仍像民法法系的法院那樣對待財產權：他們將已獲認可的財產權形式視為封閉性的目錄，只有立法才能加以修改。這種行為無法歸因為立法的明示或默示規定，最恰當的描述是一種司法自治³⁷⁴。」

從對物權法定主義的學術研究現狀看，學者們對物權法定的態度形成了一個連貫的譜系，有強烈支持的，有妥協折中的，也有堅決反對的。支持者認為，在目前，堅持物權法定比允許物權自由創設更符合大陸的實際需要，能夠更有效地保證交易安全和交易迅捷，有效地控制交易成本，從而提高資源的配置效率³⁷⁵。折中者認為，對物權法定主義的傳統解釋導致了物權法的僵硬性，不符合社會經濟的現實需要。不同物權類型的性質不同，在法律體系和社會生活中的地位和作用也不相同。可以把物權分為基礎性物權與功能性物權。前者主要包括所有權、基地使用權等用益物權、典權和自然資源使用權；後者主要包括抵押權、質權、讓與擔保和留置權等。當事人設定功能性物權的根本目的是利用物的基礎性權利（如所有權）來擔保債權的實現。在法律上，對於基礎性物權應當堅持物權法定主義，而功能性物權則可由當事人自由創設³⁷⁶。也有學者旗幟鮮明地論證了物權法定原則的不合理性，同時探討了「物權法定原則緩和說」的不可能性，明確提出了否定物權法定原則、要求開放他物權體系、重構物權法體系的建議³⁷⁷。有學者從體系化的視角分析認為物權法定原則的內蘊其有高度的不確定性，不能跟上物權公示制度的變化，還背離了民法體系的開放性，這三重缺陷決定了它不能有機地觸入民法體系；為了維護民法體系的確定性和開放性，應在公示基礎上採用物權自由的立場，在立法技術上則要兼顧有名物權和無名物權³⁷⁸。更有人主張大陸物權法既可以選擇物權法定原則，也可以選擇物權自由創設原則，但均需採取相應的配套措施³⁷⁹。在臺灣，物權法定原則已經理論檢討而有鬆動的傾向，以因應社會、經濟發展的需要³⁸⁰。臺灣的立法者也已經採取了行動，在不動產所有權上交易者已經可以依其需要自由建立對世性的財產關係³⁸¹。謝哲勝教授認為，物權

³⁷⁴ See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 *Yale L. J.*, pp. 3, 10-11 (October, 2000).

³⁷⁵ 張曉娟（2007），〈在意思自治與法律強制之間——關於物權法定原則的思考〉，《現代法學》，2007年第6期。

³⁷⁶ 梁上上（2003），〈物權法定主義：在自由與強制之間〉，《法學研究》，2003年第3期，頁43。

³⁷⁷ 劉正峰（2006），〈論無名物權的物權法保護——從對物權法定原則的檢討展開〉，《法商研究》，2006年第2期。

³⁷⁸ 常鶴翹（2006），〈體系化視角中的物權法定〉，《法學研究》，2006年第5期。

³⁷⁹ 張鵬（2007），〈物權自由創設原則下的物權法體系之構建——兼與劉正峰先生商榷〉，《法商研究》，2007年第1期。

³⁸⁰ 蘇永欽（2005），〈法定物權的社會成本——兩岸立法政策的比較與建議〉，載《中國社會科學》，2005年第6期。

³⁸¹ 蘇永欽（2010），〈可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆

法定主義的條文已名存實亡，欠缺合理性，又有違憲疑慮，不如加以刪除³⁸²。無論如何，物權法定原則的寬鬆化是大勢所趨。

四、物權立法的科學化和體系化

在大陸的物權法立法過程中，立法機關一再強調民主立法、科學立法。實際上，從民主立法角度看，《物權法》可能是中華人民共和國立法史上民主立法程度最高的一次。民主立法在一定程度上可以促進科學立法，但並不一定能保證科學立法。在物權法制定過程中，普通民眾、媒體乃至很多人大代表都認為，物權法不像婚姻法、合同法那樣易於理解，法條表述使用過多的法言法語，晦澀難懂，一致呼籲物權立法應該通俗化。通俗化可能是民主化的一個必然結果。但是過分強調民主化和通俗化，很可能會損害立法的科學性。物權法的通俗化面臨以下三個困難：一是通俗化的語言難以確切地表達特定法律概念的含義。二是通俗化的語言在法律解釋的時候容易產生歧義，會造成法律適用的困難和混亂。三是特定的法律概念蘊涵了特定的法律權利與義務，保持法律概念的科學性，與國際接軌，有益於促進國際交流。法律的通俗化應該有一個界限，法言法語在一定程度上是必要的。從另一個方面來說，在科學性與通俗性之間，的確存在著矛盾。蓋科學乃現實之總結與提煉，滲入抽象思維才能進行本質觀察。故經抽象之理論與現實具有一定程度的脫節性，是客觀存在的。然正如科學之掌握與運用，多為科學家之事務一樣，法律的裁判乃掌握于具有相當法律科學知識的包括法官、律師在內的法律人之手。對其來說，具有抽象性應不成為理解上的難題，基於科學理論做出正義之裁判才是問題的關鍵。當然，這並不妨礙法律知識的普及，惟此需要相當的過程而已。法律的這種專業化，也是現代社會分工的需要和必然。法律的適用是法律人的任務，而非農民、工人的專長³⁸³。

體系化是科學知識的一個基本特徵，法學也不例外。誠如黃茂榮教授所言，法的體系不但可以提高法之「可綜覽性」，從而提高其適用上之「實用性」，而且可以提高裁判上之「可預見性」，從而提高「法之安定性」，只要由之所構成的體系「圓滿無缺」，則光憑邏輯的運作便能圓滿解答每個法律問題³⁸⁴。物權法的體系化就是要將市民社會財產關係中最基本的規則抽象出來，在物權法中加以規定，通過此種體系的安排使其成為穩定的規則，獲得長久的生命力，不因國家的某項政策而隨意發生改變。例如對於先占、取得時效等制度，《物權法》未予規定，理由就是先占制度、取得時效制度，實踐中所用不多，無規範之必要。但是從體系化的視角考量，這些制度都應詳細規定，目的就在於確保物權法體系上的圓滿性，同時也為市民社會財產關係提供更多的選擇機會。民事立法的理念應當

綁的界線》，《南京大學法律評論》，2010年第2期。

³⁸² 謝哲勝（2007），〈中華人民共和國物權法綜合評析(上)〉，《上海交通大學學報（哲學社會科學版）》，2007年第3期。

³⁸³ 申衛星（2005），〈宏觀三思物權立法〉，《政治與法律》，2005年第6期。

³⁸⁴ 黃茂榮（2001），《法學方法與現代民法》，頁471，中國政法大學出版社。

在於「疏」而不在於「堵」。

五、物權內容的本土化與現代化

在法治建設中是奉行拿來主義還是借重本土資源自力更生，一直是法學界爭論不休的恒久命題。蘇力教授指出，「中國的法制之路必須注重利用中國本土的資源，注重中國法律文化的傳統和實際³⁸⁵。」物權法被認為是固有法，與其他民事法律例如合同法相比，更具有本土化特徵。清末實行法制改革，是一次近代法律概念、法律思想、法律制度全面引進的偉大運動。其中，民法主要是參考大陸法系德國、日本民法而起草，而物權法的規定則保留了較多的民族傳統，例如專門設定了永佃權、典權，最具固有法色彩。大陸 2007 年《物權法》也體現了強烈的本土化色彩，從法律概念到制度設計，都彰顯了中國大陸特色，反映了中國大陸國情。例如在用益物權中，土地承包經營權、建設用地使用權和宅基地使用權與大陸法系的地上權相比，從概念到內容都體現了自主創新。

物權法的現代化要求物權制度能夠適應現代社會財產關係日益複雜化的狀況，而不能固守傳統社會條件下產生的並適應當時社會環境的物權制度。物權法的現代化在很大程度上就是國際化，因為能夠進行物權法制度輸出的國家往往都是率先實現了現代化的國家，由於人類生活的共通性，這些國家在現代化過程中首先遇到並著力解決的財產法律問題通常都會在後進國家重演，所以物權制度的跨國移植即國際化便是水到渠成的事情了。不過，對於現代物權法是否存在國際化的傾向，又是學者們分歧較大的一個問題。持肯定意見的學者認為，「隨著國際貿易發達，世界交通之便利，使國內市場與國際市場相溝通，遂造成物權的國際化趨勢。現今大陸法系各國的物權制度已是大同小異。……就是兩大法系物權制度之差異，也正在縮小³⁸⁶。」而持否定意見的學者認為，物權法具有國際化的趨勢的說法「顯然是不妥當的。物權法難以國際化的特點，也是它與債權法的重要區別³⁸⁷。大陸 2007 年《物權法》拋棄了根植於傳統社會並被中華民國民法所採納的永佃權和典權制度，這在某種意義上可以稱為現代化的表現；當然，從另一個方面看，也是本土化不足的表現。

客觀地講，由於物權法的固有法特性，物權法之國際化或現代化不似債權法那樣表現得全面、強烈與緊迫。但是，隨著國際貿易、國際交往的發展，各國的物權法的確存在著相互交融、相互借鑒的現象。例如關於物權的基本原則，所有權的內容、行使，物權的變動，擔保物權的種類和內容，等等，各國物權法都有很多相當一致性的規定。不過，物權法的這種國際化現象，在物權法的不同領域，其表現並不相同。例如各國的物權法在用益物權的種類和內容上表現出較大的差別。而在擔保物權的種類和內容上，各國的物權法甚至是大陸法系與英美法系國

³⁸⁵ 蘇力（1996），《法治及其本土資源》，頁 6，中國政法大學出版社。

³⁸⁶ 梁慧星主編（1998），《中國物權法研究》（上冊），頁 7，法律出版社。

³⁸⁷ 王利明（1998），《物權法論》，頁 76，中國政法大學。

家之間，也呈現出較大的一致性，如英美法中的附條件買賣（所有權保留）制度、浮動擔保、讓與擔保等，都或多或少地為大陸法系各國民法立法判例、學說所吸收。以上現象，確實說明瞭在現代物權法中存在著國際化的趨勢³⁸⁸。王利明教授也認為，物權法體現的是一個國家的經濟制度、歷史傳統和人民的生活習慣，在物權法面臨全球化的挑戰中，物權法中的固有法內容，比如關於所有權的類型的物權規範，關於用益物權類型的物權規範，與各國的習慣及現實經濟生活密切聯繫的物權規範等等，是難以改變的，而其他如關於交易的規則、有關擔保的規則、有關公示方法、效力等方面的規定，都是可以國際化的。只有對此有清醒的認識，物權法才能真正面對全球化的挑戰³⁸⁹。

現代物權立法必須體現它對先進的現代物權價值理念的維護和對具體國情的適應，這些構成了物權法的正當性基礎³⁹⁰。日本民法學者星野英一教授認為，中國大陸《物權法》在土地和土地利用權以外的、包括債權在內的財產的擔保化、流通化方向上是與更多的國家步調一致，即朝著「近代化」乃至「現代化」方向進了一步，並且有一些是可認為先進的制度，同時又通過不承認土地的過度流動性，保持了一種均衡；在土地利用權上，採取利用權保護及其多樣性，這一點又同 20 世紀後半頁以來的各國的傾向取得了一致³⁹¹。

六、物權法的綠色轉型和生態化

傳統物權法主要關注財產帶給人們的經濟利益，而對於其環境和生態效益則相當漠視，以至於有學者認為物權理論與環境法則存在難以調和的衝突³⁹²。呂忠梅教授認為，人類正在經歷著由工業文明向生態文明、由資源經濟向知識經濟、由非持續發展向可持續發展的「三重轉變」，這種劇烈變革的時代背景必然會對物權法產生重大影響；可持續發展的觀念要求我們在傳統物權法已確認環境資源的經濟性價值的基礎上確認其生態價值，建立新的物權法³⁹³。以功利主義價值觀為導向的近代物權制度在促進經濟發展和資源的有效利用方面功不可沒，但它同時也間接地加劇了人與自然的衝突和對立，成為全球性生態危機出現的制度性因素。在環境問題日益凸顯的現代社會，各國物權法也紛紛改弦易轍，其價值取向由人類中心主義轉變為人與自然的和諧發展。於是，經濟增長與環境保護協調發展、經濟建設和環境建設同步發展的社會經濟發展模式、人和社會的可持續性發展成為重構當代物權法的主題詞。在此價值觀的影響下，各國物權法中出現的所謂林權、探礦權、採礦權、取水權、漁業權、狩獵權等物權類型，都成為具有公

³⁸⁸ 錢明星（1999），〈近現代物權法的發展趨勢與我國物權法的制定〉，《中外法學》，1999 年第 3 期，頁 50-51。

³⁸⁹ 王利明（2006），〈經濟全球化對物權法的影響〉，《社會科學》，2006 年第 2 期。

³⁹⁰ 楊清望（2007），〈社會轉型與物權法精神的現代化〉，《政法論壇》，2007 年第 5 期，頁 20。

³⁹¹ [日] 星野英一著，渠濤譯（2009），〈日本民法學者看中國的物權法〉，《中日民商法研究》第 7 卷，頁 34，法律出版社。

³⁹² 陳泰和（2008），〈物權理論與環境法則的衝突及其對策〉，《法學》，2008 年第 9 期。

³⁹³ 呂忠梅（2000），〈關於物權法的「綠色」思考〉，《中國法學》，2000 年第 5 期，頁 46。

法性質的特許物權³⁹⁴。日本採取了通過民法典、特別法規定和判例法承認習慣等方式，構建了完善的資源物權制度，將其作為民法上的一種私權，並按照民法原理進行交易。與此同時，日本通過公權力的介入，採取特別法立法方式，限制或禁止人們對自然資源的開發與利用，並通過經濟手段對保全自然資源有貢獻者實行補助制度。日本資源物權制度對大陸在傳統物權法的基本框架下構建與完善資源物權制度而言，具有借鑒意義³⁹⁵。

要實現物權法的綠色轉型和生態化，首先必須明確自然資源的生態屬性與經濟屬性對人的生存價值，並將生態屬性納入思維框架以正確認識自然資源的法律屬性，區別環境與資源、水流與水體、礦藏與礦產、森林與林木等概念；其次是明確自然狀態下的「資源」與物權法上的「物」的不同屬性以及對法律制度的影響；三是深入剖析自然資源國家所有制度，研究立足於中國大陸法律資源基礎上的應對環境問題之策；第四是在可持續發展觀指導下完成資源物權制度的類型化與具體化³⁹⁶。基於此，有學者已經從環境容量等方面對環境物權類型化進行了可貴的探索³⁹⁷。大陸《物權法》第 122 條規定，「依法取得的海域使用權受法律保護。」第 123 條規定，「依法取得的探礦權、採礦權、取水權和使用水域、灘塗從事養殖、捕撈的權利受法律保護。」這些資源環境類的物權名稱進入物權法典，可以說是一大進步；但是權利類型過少，而且對已經規定的權利內容隻字不提，令人莫名其妙，徒生遺憾。

伍、結論

大陸《物權法》制定歷經兩次大的論戰。第一次是關於「是制定物權法還是制定財產法」的論戰。以鄭成思教授為代表的一方主張制定「財產法」而不是「物權法」，而以梁慧星教授為代表的一方主張制定「物權法」而不是「財產法」。第二次是關於《物權法草案（徵求意見稿）》是否違憲的論戰。鞏獻田教授在 2005 年 8 月 12 日在網路上發表了《一部違背憲法和背離社會主義基本原則的〈物權法（草案）〉——為〈憲法〉第 12 條和 86 年〈民法通則〉第 73 條的廢除寫的公開信》，由此引發了物權法草案是否違憲的大討論。非常遺憾的是，兩次討論並未促進物權立法的進步，結果甚至是相反。因為在官方有意識地平息爭論的過程中，物權立法的科學性、進步性因素被大打折扣。最後，物權立法既沒有深入探究如何應對無形財產及其在市民生活中日益重要的社會地位，也有意識地回避了一些爭議性問題如不動產統一登記、居住權、典權等問題的學術討論，更不可能直面三種所有制為基礎的三種所有權形態（國家所有權、集體所有權與私人所有

³⁹⁴ 徐滌宇（2003），〈環境觀念的變遷和物權制度的重構〉，《法學》，2003 年第 9 期。

³⁹⁵ 羅麗，鄧海峰（2010）〈日本資源物權制度的種類、特色與啓示〉，《法學雜誌》，2010 年第 1 期。

³⁹⁶ 呂忠梅（2004），〈物權立法的「綠色」理性選擇〉，《法學》，2004 年第 12 期。

³⁹⁷ 鄧海峰（2005），〈環境容量的准物權化及其權利構成〉，《中國法學》，2005 年第 4 期。

權)所導致的實質性差異及公權力在與民爭利過程中的強勢地位。2002年「智慧財產權法」先是規劃納入民法典之中作為單獨一編，後又旋即棄之如履，與其說是鄭成思教授所謂的「揚棄」(「這是否定之否定」)，倒不如說是鄭成思教授的一種自我解嘲；而對於一項嚴肅民法典起草工作而言，它更多的像是一場缺乏知識準備的鬧劇。³⁹⁸事實上，如何將智慧財產權納入傳統的財產權利體系，並嵌入大陸法系民法典結構之中，是財產法理論及民法典制定中的一個世界性難題。雖然有些國家(如越南³⁹⁹)已在民法典中進行過嘗試，但無論是理論還是立法準備，尚有很長的路要走。⁴⁰⁰

客觀地講，物權立法所經歷的曲折及《物權法》所呈現出的這種狀況，倒是真實地反映了處於急劇轉型中的大陸社會樣態。政治性宣示(如第3條闡述社會主義初級階段之基本經濟制度)和似是而非的道德觀(如否定先占取得，拾得遺失物、漂流物等無人認領即歸國有等)充斥其間，經濟改革成果(如土地承包經營權)、固有生活方式(如宅基地使用權)及大陸法傳統相互融合，加之浮動抵押、最高額抵押、無線電頻譜資源等新事物與新制度引入，成就了一個基本上適應大陸目前政治背景與經濟生活的物權基本制度。誠然，有一些制度缺憾也亟待彌補，如不動產統一登記制度的建立、土地及自然資源配置的再衡量、物權法定原則緩和下的權利再生等。同時，在《物權法》實施效果的檢視中，從強調所有到重視利用的過程中如何發掘財產的社會意義，在本土化與現代化博弈中如何實現物權的科學性與系統化、完成綠色轉型及生態化，是中國大陸未來物權立法及司法實踐的發展趨勢。

³⁹⁸ 王勝明：《制訂民法典需要研究的部分問題》，《法學家》，2003年第4期。

³⁹⁹ 《越南社會主義共和國民法典》於1995年10月28日經國會通過，自1996年7月1日起生效。越南民法典共7編，838個條文。其第六編定名「智慧產權與技術轉讓」，分三章(第745至825條)，共81個條文。中譯本，參見吳尚芝譯(2002)，盧蔚秋校，中國法制出版社。

⁴⁰⁰ 易繼明：《民法典的不朽——兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰》，《中國法學》，2004年第5期。

第六章 身分法

壹、婚姻法

一、中國大陸婚姻法立法沿革

(一) 中國大陸建國前的婚姻法規

1931年11月26日，中華蘇維埃共和國中央執行委員會第一次會議通過了《中華蘇維埃共和國婚姻條例》。該條例確定男女婚姻以自由為原則，廢除一切封建的包辦強迫和買賣的婚姻制度，禁止童養媳，實行一夫一妻，禁止一夫多妻，當中華人民共和國建國後的婚姻法，亦在此基礎上形成主要的框架⁴⁰¹。

1934年4月8日，中央工農政府頒布《中華蘇維埃共和國婚姻法》。共產黨所控制的邊區政府亦個別制定一些婚姻條例，例如1942年1月5日頒布《晉冀魯豫邊區婚姻暫行條例》；1943年2月4日頒布《晉察冀邊區婚姻條例》；1946年5月22日頒布《陝甘寧邊區婚姻條例》。

(二) 中國大陸建國後的婚姻法

1. 1950年婚姻法

1950年4月13日，中華人民共和國中央人民政府委員會第七次會議通過了中華人民共和國婚姻法。婚姻法並於1950年5月1日公佈施行。這部法律第1條明確宣告：「實行男女婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保護婦女和子女利益的新民主主義婚姻制度。」從此，原來舊有社會所遺留較為封閉的婚姻制度將徹底被廢除，而婚姻制度普遍實行於整個中國大陸。

2. 1980年婚姻法

1980年12月31日，年終歲尾，中國大陸新華社回顧「一九八〇年中國國內十件大事」，其中一件是「大力提倡一對夫婦只生育一個孩子。」1980年9月第五屆全國人民代表大會第三次會議修正婚姻法。針對「30年人口淨增4億3千萬」的現實，加上改革開放剛啟動，擔心人口壓力將吞噬經濟成長的成果，將新修正的婚姻法第12條中明確規定：「夫妻雙方都有實行計劃生育的義務」，同時在婚姻法之法也將即刻著手計畫生育法，以法律的強制力推動是項政策⁴⁰²，這個

⁴⁰¹ 巫昌禎（2011），《我與婚姻法》，法律出版社，頁7。

⁴⁰² 在1980年中國婚姻法的修正中，官方立法說明認為：「我們國家一貫鼓勵青年適當晚婚，認為這對國家、對家庭和個人都有好處。關於婚齡對計劃生育工作的影響，關鍵是結婚年齡和生育年齡必須分開，必須搞好計劃生育。因此，草案規定，『夫妻雙方都有實行計劃生育的義務』，『晚婚晚育應予鼓勵』。只要把計劃生育搞好，就可以達到控制人口增長的效果。因此，婚姻法公佈以後，必須繼續抓緊進行思想教育工作，搞好計劃生育，決不能鬆勁。並應抓緊早日制定計劃生

幾乎也是 1980 年中國大陸婚姻法修正中所受人最大關注的所在和影響後續深遠的所在。基於具體社會現狀與經濟發展的長久需要，而在婚姻法中載入計畫生育的規範，確為中國大陸婚姻法中涉入憲法上意義與國家政策的一個很特殊的考量。1980 年婚姻法中，受到重大關注的還有關於離婚的規範，「如感情確已破裂，調解無效時，應准予離婚」——修正後的婚姻法既反對對婚姻採取輕率態度，也不以法律強行維護已經破裂的婚姻，使當事人長期遭受痛苦。中國大陸官方的立法說明以為：由於中國廢除封建婚姻時間不太久，經濟、文化水準還較低，有些社會輿論對提出離婚的一方往往不表同情，問題比較複雜。多年來，法院在處理離婚案件時掌握偏嚴，就反映了這種社會情況。根據一些地方和部門的意見，草案改為「如感情確已破裂，調解無效，應准予離婚」，增加了「如感情確已破裂」這個條件。這樣規定，既堅持了婚姻自由的原則，又給了法院一定的靈活性，比較符合中國大陸目前的實際情況⁴⁰³。

3. 1950 年婚姻法與 1980 年婚姻法的差異對照

和 1950 年《婚姻法》相比較，1980 年新《婚姻法》在原則部分增加了實行計劃生育和保護老年人合法權益的內容。對結婚條件做若干修改，把法定結婚年齡從 1950 年《婚姻法》的男 20 歲、女 18 歲改成男 22 歲、女 20 歲，增加禁止三代以內旁系血親結婚的規定。1980 年《婚姻法》擴大了對婚姻家庭關係的法律調整，將親屬關係的調整範圍擴大到了祖父母(外祖父母)和孫子女(外孫子女)以及兄弟姐妹之間。1980 年婚姻法對離婚的法定理由做了一個實體性的規定。這是一個新突破。1950 年婚姻法對離婚只有一個程式性的規定：如果夫妻一方要求離婚，可以由區人民政府調解，如果調解無效，可以起訴到基層人民法院，人民法院可以依法判決。1980 年婚姻法增加了一個實體性規定：如果夫妻感情破裂，調解無效，應准予離婚。這一條款在起草當時，成為爭議最大的一條。

4. 2001 年婚姻法

2001 年 4 月 28 日，第九屆全國人大常委會對婚姻法再次修正。隨著經濟、社會的發展，人們的思想觀念也發生變化，在婚姻家庭關係方面出現了一些新問題。為了進一步完善中國大陸婚姻家庭制度，有必要總結婚姻法的實施經驗，針對存在的問題，對婚姻法作出修改補充⁴⁰⁴。確實，中國大陸婚姻法的三部婚姻法本身，很大程度底意味著反應中國大陸在不同階段期間的家庭身份關係的內涵，也是中國大陸所有民事法律中唯一在不同階段中各有呈現的一部重要的法律文本。

育法。」參見武新宇（1980），〈關於中華人民共和國婚姻法（修改草案）和中華人民共和國國籍法（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，1980 年 5 期，頁 54。

⁴⁰³ 參見武新宇（1980），〈關於中華人民共和國婚姻法（修改草案）和中華人民共和國國籍法（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，1980 年 5 期，頁 54。

⁴⁰⁴ 胡康生（2001），〈關於中華人民共和國婚姻法修正案（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，2001 年 4 號，頁 334。

中國大陸在立法問題側重於立法體制的建構，對於立法效率並未受到足夠的關注，立法者往往重視對法律的控制功能，以求其法律的控制目的，而忽視對於立法的誘導功能⁴⁰⁵。儘管在歷年來有多次的法律草案向社會公開徵求意見，但是數量仍為數不多，但是婚姻法在中國大陸的立法史上，恐怕難以找到哪一部法律的修改，能像《婚姻法》這樣引起全中國大陸社會的廣泛關注與參與⁴⁰⁶。2000年初，《婚姻法》修訂草案向全社會公佈徵求意見後，不包括地方立法機關、單是全國人大常委會法工委就收到 4000 多件回饋意見，此外，中國大陸各大傳媒也徵集到了 1000 多名公眾的立法意見。

2001 年的婚姻法修正中，最引人注目的是增加了離婚的過錯賠償原則。特別是中國在市場經濟體制不斷深化後，也導致了婚姻家庭觀念很大的改變與衝擊，一些地方重婚現象呈增多趨勢，嚴重破壞一夫一妻的婚姻制度，違背道德風尚，導致家庭破裂，影響社會安定和計劃生育。對這一問題，一方面應當進一步宣傳、貫徹婚姻法，教育公民自覺遵守法律，弘揚中華民族的傳統美德，抵禦腐朽思想的侵蝕，預防重婚現象的發生。另一方面，爲了進一步完善法制，加大遏制重婚的力度⁴⁰⁷，新法規定了以下內容：(1) 在總則中規定夫妻應當相互忠實，相互扶助。(2) 規定禁止重婚和其他違反一夫一妻制的行爲。(3) 在法律責任中規定，對重婚的，應當依法追究刑事責任。公安機關、人民檢察院應當依法偵查、提起公訴；受害人可以依照刑事訴訟法的有關規定，向人民法院自訴。(4) 規定因一方重婚，另一方要求離婚的，調解無效，應准予離婚。(5) 規定因一方重婚而導致離婚的，無過失方有權請求損害賠償。因重婚，有配偶者與他人同居，實施家庭暴力，虐待、遺棄家庭成員等原因導致離婚的，無過錯方有權請求損害賠償。這一原則的確立，體現夫妻應當互相忠實、互相尊重的原則。這是屬於道德上的一種宣導，在法律上是一種宣言。這次修正邁出了市場經濟體制下婚姻家庭立法的可喜一步。從「婚姻自由」到「夫妻忠實」，回顧 54 年婚姻法走過的歷程，鮮明地映照出中國大陸社會的發展和觀念的改變。

二、中國大陸婚姻法的主要內容

(一) 晚婚晚育政策

現行婚姻法第 6 條，「結婚年齡，男不得早於二十二周歲，女不得早於二十周歲。」與當代外國的立法比較，中國的法訂婚齡是較高的，這與中國現階段實

⁴⁰⁵ 郭道暉（1996），〈立法的效益與效率〉，《法學研究》，1996 年 2 期，頁 64。

⁴⁰⁶ 中國大陸在經濟體制改革的模式，都是以國家爲主導型的改革，因而在改革中注重對改革步伐與方向的控制，是一種由上而下的改革模式，法律的作用係在隨著改革的深入方才逐漸扮演重要的角色。但是這樣的效果其實作用逐步在減小，主要是在於經濟主體已經悄然發生結構性變化，其表現爲市場力量的崛起，但主其事者經由立法方式作爲調控的手段和方法的心態卻沒有相應的調整，使得立法本身往往和實際場景越來越相扞格。參見王文杰（2011），《嬗變中之中國大陸法制》，交通大學出版社，三版，頁 284-285。

⁴⁰⁷ 胡康生（2011），〈關於中華人民共和國婚姻法修正案（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，2001 年 4 號，頁 334-335。

行計畫生育國情有關。對照於我國民法第 980 條規定：「男未滿 18 歲，女未滿 16 歲者，不得結婚。」法定結婚年齡也顯得有點稍後一點。

晚婚晚育政策是中國大陸現行計畫生育政策的重要內容之一。晚婚就是在法定最低婚齡(男 22 周歲、女 20 周歲)的基礎上，適當推遲實際結婚年齡。中國大陸現行計畫生育政策規定，遲於法訂婚齡 3 年以上者，即為晚婚。中國現行計畫生育政策規定，男女在 24 周歲以上生育者，即為晚育。晚婚晚育政策在人口控制作用在於：縮短婦女的生育期，有利於減少生育量；拉長兩代人的間隔，相對減少同一時點生存的人口數目；有利於提高人口素質。人口生育週期的延長受到種種因素的影響，只強調晚婚晚育難以取到預期的效果，還必須與其他生育政策配套實施。

實行計畫生育，控制人口增長，提高人口素質，是中國的一項基本國策。中國憲法第 25 條：「國家推行計畫生育，使人口的增長同經濟和社會發展計畫相適應。憲法第 49 條第 2 款規定：「夫妻雙方有實行計畫生育的義務。」

2002 年 9 月 1 日，《人口與計畫生育法》正式實施，這法律和國務院《流動人口計畫生育工作管理辦法》、《計畫生育技術服務管理條例》、《社會撫養費徵收管理辦法》以地方人口與計畫生育法規規章共同構建了中國人口與計畫生育法制體系框架⁴⁰⁸。1973 年，中國人口自然增長率是 20.99‰，1979 年下降到 11.7‰，1980 年下降到 10‰⁴⁰⁹。

中國大陸按國家計畫生育委員會《中國計畫生育工作綱要》(1995-2000 年)，計畫生育工作的主要目標是：到 2000 年，人口自然增長率降到 10‰以下，總人口控制在 13 億以內。根據第五次人口普查的結果，截止 2000 年 11 月 1 日，中國總人口為 12.9533 億，達到了既定的目標。2010 年，中國總人口要控制在 14 億以內。生二胎能在多大範圍成為中國人的新權利還是未知數？畢竟，中國大陸已處在社會老齡化的門口，這些議題已經是另一個必須關注的議題。

《人口與計畫生育法》第 18 條規定：「國家穩定現行生育政策，鼓勵公民晚婚晚育，提倡一對夫妻生育一個子女；符合法律、法規規定條件的，可以要求安排生育第二個子女。具體辦法由省、自治區、直轄市人民代表大會或者其常務委員會規定。少數民族也要實行計畫生育，具體辦法由省、自治區、直轄市人民代表大會或者其常務委員會規定。」《人口與計畫生育法》第 41 條則規定：「不符

⁴⁰⁸ 中國大陸的歷史發展，證實了馬寅初在《新人口論》的正確性和預見性，也讓中國大陸承擔了決策錯誤所衍生的痛苦。1982 年，「國家推行計畫生育」寫入中國大陸憲法。從那年起，「實行計畫生育，控制人口數量，提高人口素質」被確立為中國大陸的基本國策。之後的 30 年，這項基本國策透過各種國家方針、政策和地方立法加以推行。1998 年，中國大陸著手起草、制定《人口與計畫生育法》。2002 年 9 月 1 日，這項法律正式實施，使推行了 20 年之久的基本國策終於以立法的形式予以確認。

⁴⁰⁹ 張維慶，〈關於中華人民共和國人口與計畫生育法（草案）的說明〉，《全國人大常委會公報》，2002 年 1 號，頁 7。

合本法第十八條規定生育子女的公民，應當依法繳納社會撫養費。未在規定的期限內足額繳納應當繳納的社會撫養費的，自欠繳之日起，按照國家有關規定加收滯納金；仍不繳納的，由作出徵收決定的計劃生育行政部門依法向人民法院申請強制執行。」

關於少數民族的特殊規定，婚姻法第 50 條規定：「民族自治地方的人民代表大會，有權結合當地民族婚姻家庭的具體情況，制定變通規定。」中國一些民族自治地方的立法機關對婚姻法中的法定婚齡作了變通規定。例如西藏、新疆、內蒙古等自治區和一些自治州、自治縣，均以男 20 周歲，女 18 周歲作為本地區的最高婚齡。這些變通規定僅適用於少數民族，但不適用生活在該地區的漢族。

（二）結婚登記

婚姻法第 8 條，要求結婚的男女雙方必須親自到婚姻登記機關進行結婚登記。符合本法規定的，予以登記，發給結婚證。取得結婚證，即確立夫妻關係。未辦理結婚登記的，應當補辦登記。結婚除必須符合法律規定的條件外，還必須履行法定的程式。根據本條規定，結婚登記是結婚要件確認的必經程式。

1. 結婚登記機關

依照國務院所發布《婚姻登記條例》第 2 條規定，國務院民政部門主管全國的婚姻登記管理工作。中國大陸內地居民辦理婚姻登記的機關是縣級人民政府民政部門或者鄉（鎮）人民政府，省、自治區、直轄市人民政府可以按照便民原則確定農村居民辦理婚姻登記的具體機關。中國公民同外國人，內地居民同香港特別行政區居民、澳門特別行政區居民、臺灣地區居民、華僑辦理婚姻登記的機關是省、自治區、直轄市人民政府民政部門或者省、自治區、直轄市人民政府民政部門確定的機關。

2. 婚姻登記條例的變革

2003 年 8 月 8 日國務院發布《婚姻登記條例》，自 2003 年 10 月 1 日起施行。1994 年 2 月 1 日民政部發布的《婚姻登記管理條例》同時廢止。《婚姻登記管理條例》轉變為《婚姻登記條例》，「管理」兩字的刪去，逐步體現中國大陸政府職能由監管型職能轉變為服務型的職能。

婚姻登記條例的變革包括：

(1) 新《婚姻登記條例》取消婚姻登記由單位或村（居）民委員會出具婚姻狀況證明的做法。結婚改為由當事人出具本人戶口簿、身份證、本人無配偶及與對方當事人沒有直系血親和三代以內旁系血親關係的證件和證明材料，離婚無需本單位介紹信，只要出具結婚證、戶口本和身份證即可。

(2) 適當地集中了辦理婚姻登記的機關。原來條例規定，婚姻登記管理機

關，在城市是街道辦事處或者市轄區、民族鄉、鎮的人民政府。新條例規定，內地居民辦理婚姻登記的機關是縣級人民政府部門或者鄉鎮人民政府，省、自治區、直轄市人民政府可以按照便民原則確定農村居民辦理婚姻登記的具體機關。

(3) 對婚前醫學檢查不做強制性規定。原條例規定，申請結婚登記之前，申請結婚的當事人必須到指定的醫療機構進行婚前健康檢查，向婚姻登記機關提交婚前健康檢查證明。新條例改為填寫《申請結婚登記聲明書》。

(4) 離婚登記當場辦妥。舊條例規定婚姻登記機關應當對離婚當事人出具的證件、證明材料進行審查，自受理申請之日起一個月內，對符合離婚條件的，才予以登記，發給離婚證。新條例規定，婚姻登記機關應當對離婚登記當事人出具的證件、證明材料進行審查並詢問相關情況。對當事人確屬自願離婚，並對子女撫養、財產、債務等問題達成一致處理意見的，應當場予以登記，發給離婚證。

(5) 離婚不需出具單位證明。舊條例規定，離婚需要提交所在單位、村民委員會或者居民委員會出具的介紹信。新條例規定，辦理離婚登記只需持戶口本、身份證、結婚證及雙方簽署的離婚協定，不再出具單位證明。

(6) 涉外婚姻登記統一由省級人民政府或省級民政部門確定的機關辦理。新條例規定，中國公民同外國人，內地居民與香港和澳門特別行政區、臺灣地區和華僑在中國內地辦理結婚登記的機關，統一歸屬省級人民政府部門或者省級民政部門確定的機關。舊條例關於涉外婚姻登記的機關過於分散，給婚姻登記機關的具體操作和當事人辦理登記帶來一定的難度。

(三) 中國大陸婚姻法的特色：事實婚姻

1. 事實婚衍生的主要原因

事實婚姻是相對於合法登記的婚姻而言。事實婚姻未經依法登記，本質上屬於違法婚姻，但考慮到中國大陸的現實國情，為了維持一定範圍內的，特別是廣大農村人口婚姻關係的穩定，對未辦理結婚登記而以夫妻名義同居生活的男女雙方之間的關係有條件的予以認可，這就產生了事實婚姻這一概念。事實婚姻，指沒有配偶的男女，未進行結婚登記，便以夫妻關係同居生活，一般也認為是夫妻關係的兩性結合。事實婚在中國大陸長期大量存在，在廣大農村特別是邊遠地區，事實婚甚至占當地婚姻總數的百分之六、七十。

事實婚的原因主要包括：

(1) 傳統習俗的影響。

中國大陸民間流行儀式婚，許多人認為，只要舉行了婚禮，親朋好友認可，就是夫妻了，沒有必要再履行法律手續。

(2) 婚姻登記不方便。

根據《婚姻登記管理條例》的規定，婚姻登記管理機關在城市是街道辦事處或者市轄區、不設區的市人民政府的民政部門，在農村是鄉、民族鄉、鎮人民政府。而中國幅員遼闊，對於地理位置偏遠、交通不便的地區，進行結婚登記有一定困難。

(3) 登記制度不健全。

有的當事人到了婚姻登記機關，因辦事人員不在等原因不能登記。有的擅自提高法訂婚齡，使當事人的合法權利不能得到實現。

(4) 婚姻登記搭車收費。

有的要收計劃生育押金、戶口遷移保證金等。

(5) 法制宣傳不夠。

人們的法制觀念淡薄，對婚姻登記的重要性缺乏認識。有的人不具備法律規定的結婚條件，為逃避國家對婚姻的管理和監督，故意不登記，造成事實婚姻狀態。

2. 事實婚姻的法源

2001年12月7日，最高人民法院發布關於適用《中華人民共和國婚姻法》若干問題的解釋(一)第5條規定，未按婚姻法第八條規定辦理結婚登記而以夫妻名義共同生活的男女，起訴到人民法院要求離婚的，應當區別對待：

(1) 1994年2月1日民政部《婚姻登記管理條例》公佈實施以前，男女雙方已經符合結婚實質要件的，按事實婚姻處理；

(2) 1994年2月1日民政部《婚姻登記管理條例》公佈實施以後，男女雙方符合結婚實質要件的，人民法院應當告知其在案件受理前補辦結婚登記；未補辦結婚登記的，按解除同居關係處理。

3. 事實婚構成要件

事實婚姻的構成需要以下要件：一、男女雙方的同居(即男女雙方在一起持續、穩定的共同居住)行為始於1994年2月1日以前；二、同居是以夫妻名義進行的；三、同居雙方1994年以前同居時已經具備結婚的實質要件⁴¹⁰。

4. 事實婚之效力

事實婚姻與合法登記婚姻具有同效力，事實婚姻關係的雙方享有夫妻之間的權利與義務。對事實婚姻關係依法予以保護，任何人不得無故加以侵犯。事實婚姻關係的一方若與第三人登記結婚，或事實婚姻關係的一方又與第三人形成新

⁴¹⁰ 巫昌禎主編，婚姻家庭法新論，中國政法大學出版社，2002年7月，第163頁。

的事實婚姻關係，構成重婚罪，後一個婚姻關係均應依法解除。

事實婚之承認

《關於人民法院審理未辦結婚登記而以夫妻名義同居生活案件的若干意見》（1990/6）規定：「1986年3月15日婚姻登記辦法施行前，未辦結婚手續即以夫妻名義同居生活，群眾也認為是夫妻關係的，如同居時或者起訴時雙方均符合結婚的法定條件，可認定為事實婚姻；如同居時或者起訴時一方或者雙方不符合結婚的法定條件，應認定為非法同居關係。新婚姻登記管理條例施行之日（1994年10月1日）起未結婚登記即以夫妻名義同居生活，按非法同居關係對待。」

（四）婚姻無效

1. 婚姻無效立法沿革

在2001年以前，中國大陸的婚姻法對於無效婚姻的規定還是空白，2001年4月28日新修訂的《婚姻法》中增設無效婚姻制度，其中增設了可撤銷婚姻制度，彌補了法律的空白。婚姻無效之情形包括：重婚的；有禁止結婚的親屬關係的；婚前患有醫學上認為不應當結婚的疾病，婚後尚未治癒的；未到法訂婚齡的。

2. 申請結婚無效的當事人

有權依據婚姻法第10條規定，向人民法院就已辦理結婚登記婚姻申請宣告婚姻無效的主體，包括婚姻當事人及利害關係人。所稱利害關係人係指：(1) 以重婚為由申請宣告婚姻無效的，為當事人的近親屬及基層組織。(2) 以未達法訂婚齡為由申請宣告婚姻無效的，為未達法訂婚齡者的近親屬。(3) 以有禁止結婚的親屬關係為由申請宣告婚姻無效的，為當事人的近親屬。(4) 以婚前患有醫學上認為不應當結婚的疾病，婚後尚未治癒為由申請宣告婚姻無效的，為與患者共同生活的近親屬。婚姻法第10條僅規定四種情形下，婚姻無效：(1) 重婚的；(2) 有禁止結婚的親屬關係的；(3) 婚前患有醫學上認為不應當結婚的疾病，婚後尚未治癒的；(4) 未達法訂婚齡的。

關於違反當事人自願的違法婚姻，新婚姻法僅以「脅迫結婚」之名將其界定為可撤銷婚姻。而這些無效或可撤銷婚姻中，是否涵蓋著辦理了登記手續的違法婚姻和未辦登記且違反實質要件的「事實婚姻」，以及符合實質要件的「事實婚姻」在法律效力上如何確定，立法指向不清，意圖不明，不失為新婚姻法的一大敗筆。

3. 婚姻撤銷

婚姻法第11條規定：「因脅迫結婚的，受脅迫的一方可以向婚姻登記機關或人民法院請求撤銷該婚姻。受脅迫的一方撤銷婚姻的請求，應當自結婚登記之日起一年內提出。被非法限制人身自由的當事人請求撤銷婚姻的，應當自恢復人

身自由之日起一年內提出。關於適用《中華人民共和國婚姻法》若干問題的解釋(一)第10條規定：「婚姻法第十一條所稱的「脅迫」，是指行為人以給另一方當事人或者其近親屬的生命、身體健康、名譽、財產等方面造成損害為要脅，迫使另一方當事人違背真實意願結婚的情況。」因受脅迫而請求撤銷婚姻的，只能是受脅迫一方的婚姻關係當事人本人。

4. 可撤銷婚姻

(1) 可撤銷婚姻在性質上仍屬於違法婚姻，違背法定結婚條件，在效力上則屬於相對無效的婚姻。其效力狀態取決於撤銷權人對撤銷權的行使。如撤銷權人不行使撤銷權，或者不在法定期限內行使，則可撤銷婚姻轉變為有效婚姻。

(2) 新婚姻法確認的可撤銷婚姻僅限於一種，即「脅迫結婚」。所謂脅迫結婚，應指違反婚姻自由原則，違背一方當事人自願，在他方或第三人的威脅、恐嚇、強迫、包辦下締結的婚姻。這種婚姻的違法性實質在於違背「結婚必須男女雙方完全自願，不許任何一方對他方加以強迫或任何第三者加以干涉」的法律規定。

(3) 可撤銷婚姻的撤銷請求權依法只能由受脅迫的一方當事人享有。如強迫包辦婚姻下雙方當事人都屬於受脅迫，則雙方當事人均應享有撤銷請求權。除此之外，其他任何組織或個人都不得享有。

(4) 有權撤銷的主體有二個：一是婚姻登記機關；二是人民法院。撤銷權人可以向其中任何一個提出撤銷請求。

(5) 撤銷請求權的行使具有嚴格的時效性，法律明確規定了撤銷權的除斥期間。該期間具體表現為二種：一是常態下自結婚登記之日起一年內提出；二是當事人被非法限制人身自由的，應當自恢復人身自由之日起一年內提出。

新修正的婚姻法將因脅迫而締結的婚姻，規定為可撤銷婚姻，把是否否認其婚姻效力的申請請求權交給受脅迫方。如果受脅迫方不想維持因脅迫而締結的婚姻，可以向婚姻登記機關或向人民法院請求撤銷該婚姻，經有關部門審查核實，宣告該婚姻沒有法律效力；若最初受脅迫，但後來願意共同生活，則可以放棄申請撤銷婚姻效力的請求權，婚姻登記機關或人民法院不能主動撤銷當事人的婚姻關係⁴¹¹。

(五) 離婚

1. 中國人的婚姻觀

中國大陸具有明顯的城鄉差異、地區差異，婦女對於婚姻關的開放程度也

⁴¹¹ 參見吳國平(2005)，《婚姻家庭法新論》，法律出版社，頁158-160。

不同步⁴¹²。在城市，具有下列特色：

(1) 核心家庭繼續增加。目前核心家庭已達 60%，還會繼續上升。家庭結構小型化，每家 3—4 人。(2) 晚婚晚育人數增加，單身不婚者增多，自願不育者有上升趨勢。(3) 婚前性行為不會減少，隨著封建「貞操觀」影響的削弱，試婚有可能增多。(4) 擇偶更注重情趣相投，經濟條件重要性降低。同居數量有可能上升。(5) 婚姻品質成爲人們追求的目標，使多數家庭不再湊合。婚姻調適能力的提高，將使家庭生活更豐富、新鮮和幸福。婚姻中男女更加平等，家庭暴力減少，丈夫將與妻子共同承擔家務。(6) 家務勞動強度降低，時間縮短，夫妻因家務勞動導致的矛盾減少，家務勞動將社會化、家用電器普及化。(7) 協議離婚、試離婚將成爲離異的首因，離婚率會呈上升態勢。知識、學歷越高的人情感越豐富，對愛情要求越高，因此會越不幸福，越痛苦，離婚可能性越大。(8) 社會對婚外情繼續保持寬容的態度，人們對婚姻的責任感更多的是自我認識、自我約束、自我修正，而不是迫於外在壓力。隨著中國對個人自由的管理放寬，機會增加，婚外戀會增加。(9) 民眾婚姻自由度增加，婚姻不再是從眾行爲，結婚與否是個人經過深思熟慮的選擇，單身不婚、單親家庭等生活方式可能成爲人們多樣化選擇的內容。

在農村則具有下列特色：

(1) 婚姻自由隨著經濟改善而提高，女性將有更大的選擇空間。尤其是「打工妹」，眼界開闊了，有了自立能力，更要求婚戀自主。但是在相當一段時間內，她們的要求與農村強大的傳統勢力之間還在較量。(2) 早婚多育現象將隨著婦女地位提高、農村經濟條件的好轉、農村養老保障制度的健全而減少。(3) 由於貧困和性別比例失調，仍有相當數量的農村男性難以成家。(4) 離婚在農村仍是一件困難的事，尤其牽涉到承包地等生產資料，易使離婚女性及子女生計無著。參加鄉鎮企業勞動的女性比較而言有更多的自主權。(5) 婚外戀對於農村婦女既是一種誘惑又包含著危險，往往導致她們承受動盪不安的生活和悲劇的結果。

2. 「80 後」的離婚狀況

80 後結婚快，離婚更快，離婚率竟高達 30%，而當中八成 80 後的婚齡僅得三年。過去的「七年之癢」，如今恐怕已經是「三年之癢」，整個中國大陸的 80 後世代，幾乎是中國大陸經濟體制改革後初生的一代，是以前幾乎在經濟環境相對寬鬆的還下成長，加上是一胎化的出生背景，是以追求個性、缺乏寬容等原因，是導致許多人在結婚後最終離婚的主要原因。中國大陸官方統計數據顯示，2011 年第一季度，共有 46.5 萬對夫妻辦理離婚登記，平均每天有 5000 多個家庭解體。中國大陸離婚率已連續 7 年遞增。登記離婚的夫妻中，35 歲以下者超過一半。其中，「80 後」又占多數——他們是個性張揚、尊重自我感受較爲強烈的一代。

⁴¹² 參見王勝明、孫禮海主編（2001），《中華人民共和國婚姻法修改立法資料選》，法律出版社。

也說明，中國的婚姻法實際上要承載的事務，都是在新的事務和經濟發展下所面連的一個新格局，有時候往往是社會的價值觀的議題，難以用一般性的法律事務去做判斷與適用。

3. 感情破裂標準究竟是什麼

中國大陸婚姻法第 32 條第 2 款規定：「如感情確已破裂，調解無效，應准予離婚。」這一規定將「夫妻感情確已破裂」作為中國大陸離婚制度中判決離婚的法定理由，這也是法院處理離婚糾紛決定是否准予離婚的基本原則。

何謂感情破裂？從現行中國的婚姻法以及其他相關配套法法規或解釋，大致可以歸納成以下的幾個界定的標準適用⁴¹³：

- (1) 同居與重婚，重婚或有配偶者與他人同居的，(婚姻法 32 條)
- (2) 家庭暴力與虐待、遺棄，實施家庭暴力或虐待、遺棄家庭成員的。(婚姻法 32 條)
- (3) 賭博等惡習，有賭博、吸毒等惡習屢教不改的，(婚姻法 32 條)
- (4) 分居滿二年，因感情不和分居滿二年的，(婚姻法 32 條)
- (5) 一方被宣告失蹤，一方被宣告失蹤，另一方提出離婚訴訟的，應准予離婚。
- (6) 禁止結婚的，疾病一方患有法定禁止結婚的疾病，或一方有生理缺陷及其他原因不能發生性行爲，且難以治癒的，(法民發 1989 年第 38 號)
- (7) 婚姻基礎，婚前缺乏瞭解，草率結婚，婚後未建立起夫妻感情，難以共同生活的，(法民發 1989 年第 38 號)
- (8) 精神病婚前隱瞞，精神病，婚後經治不愈，或者婚前知道對方患有精神病而與其結婚，或一方在夫妻共同生活期間患精神病，久治不愈的，(法民發 1989 年第 38 號)
- (9) 欺騙一方，欺騙對方，或者在結婚登記時弄虛作假，騙取《結婚證》的，(法民發 1989 年第 38 號)
- (10) 未同居生活，雙方辦理結婚登記後，未同居生活，無和好可能的，(法民發 1989 年第 38 號)
- (11) 包辦買賣婚姻，包辦、買賣婚姻，婚後一方隨即提出離婚，或者雖共同生活多年，但確未建立起夫妻感情的，(法民發 1989 年第 38 號)

⁴¹³ 藤蔓、丁慧、劉藝 (2011) 著，《離婚糾紛及其後果的處置》，法律出版社，頁 66。

(12) 一方有期徒刑，一方被依法判處長期徒刑，或其違法，犯罪行為嚴重傷害夫妻感情的，（法民發 1989 年第 38 號）

(13) 其他，其他導致夫妻感情破裂的情形，（婚姻法 32 條）例如最高人民法院 1989 年《關於人民法院審理離婚案件如何認定夫妻感情確已破裂的若干意見》等。

4. 離婚損害賠償制度

離婚損害賠償制度，是指配偶一方違法侵害配偶他方的合法權益，導致婚姻關係破裂離婚時，過錯配偶對無過錯配偶所受的物質和精神損害承擔民事賠償責任的法律制度。

2001 年 4 月 28 日修正後的《婚姻法》新增規定離婚損害賠償制度。該法第 46 條規定：因重婚、有配偶者與他人同居、實施家庭暴力或虐待、遺棄家庭成員而導致離婚的，無過錯方有權請求損害賠償。有利於維護合法婚姻關係，保護無過錯方的合法權益，制裁過錯方的違法行為。

婚姻法第 46 條離婚損害賠償，包括物質損害賠償和精神損害賠償。涉及精神損害賠償的，適用最高人民法院《關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》的有關規定。承擔婚姻法第 46 條規定的損害賠償責任的主體，為離婚訴訟當事人中無過錯方的配偶。人民法院判決不准離婚的案件，對於當事人基於婚姻法第 46 條提出的損害賠償請求，不予支持。

《婚姻法》第 30 條規定人民法院受理離婚案件時，應當將婚姻法第 46 條等規定中當事人的有關權利義務，書面告知當事人。在適用婚姻法第 46 條時，應當區分以下不同情況：

(1) 符合婚姻法第 46 條規定的無過錯方作為原告基於該條規定向人民法院提起損害賠償請求的，必須在離婚訴訟進行時同時提出。

(2) 符合婚姻法第 46 條規定的無過錯方作為被告的離婚訴訟案件，如果被告不同意離婚也不基於該條規定提起損害賠償請求的，可以在離婚後一年內就此單獨提起訴訟。

(3) 無過錯方作為被告的離婚訴訟案件，一審時被告未基於婚姻法第 46 條規定提出損害賠償請求，二審期間提出的，人民法院應當進行調解，調解不成的，告知當事人在離婚後一年內另行起訴。

5. 協議離婚後可否請求損害賠償

2003 年《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國婚姻法〉若干問題的解釋》（二）第 27 條「當事人在婚姻登記機關辦理離婚登記手續後，以婚姻法第四十六條規定為由向人民法院提出損害賠償請求的，人民法院應當受理。但當事人在

協議離婚時已經明確表示放棄該項請求，或者在辦理離婚登記手續一年後提出的，不予支持」之規定，只要在離婚時既未明確表示放棄損害賠償請求，又在辦理離婚登記手續後一年內提出，就有可能獲得損害賠償。

6. 離婚財產分割的實務適用

主要在於以關於人民法院審理離婚案件處理財產分割問題的若干具體意見為法律的適用。

問題是，在中國大陸離婚訴訟夫妻們分些什麼？在 1980 年代：分割櫃子椅子。80 年代人們幾乎就沒有私房，大多住在單位房子或者是房管所的公房裏，夫妻雙方離婚，最多也就是分電視機、縫紉機、收音機、手錶以及櫃子、椅子、被子等家居用品。

1990 年代：主要分割存款。80 年代大家都是靠工資吃飯，錢不多，雙方的收入比較固定，到了 90 年代，財產分割，除了傢俱、家電外，存款也被納入到分割的範疇，少則幾百元錢，多則上萬。

新世紀：還要分割股權。從 90 年代末到進入新世紀的這幾年，離婚分割的東西越來越值錢，傢俱、家電已很少讓離婚雙方感興趣，大多不會要求法官出面分割。他們需要法庭分割的物品是房子、車子，還有巨額存款，公司股權等以前想都沒想過的內容。

足見，中國婚姻法的內容大致影響不大，但是具體的請求內容確有很大的折異性。者是中國大陸婚姻法中作值得觀察的內涵，也體現中國社會觀念在體制變遷下的調整內容。

（六）婚姻保衛戰？

在中國，從來沒有哪一個司法解釋的徵求意見稿會像婚姻法司法解釋（三）一樣受到如此高的關注、如此大的爭議。據說有八成的女性因為這一司法解釋而感到安全感下降。婚姻是靠感情來維繫的，感情沒有了至少還有法律，法律基於的是責任和義務。顯然這一點要比感情更可靠些。

當法律把「小三」、「二奶」這些只能在私下談論的概念當成了一件正經事來進行規範的時候，就更讓人對愛情婚姻充滿了失望和不安。法律打擊二奶、小三的立場沒有錯，錯的可能是我們現代人對這種現象日益的包容和寬忍。

最高人民法院在 2011 年 8 月 12 日公佈《關於適用〈中華人民共和國婚姻法〉若干問題的解釋(三)》該司法解釋竟激起偌大爭論，讓人始料未及。焦點在兩條：一是「明確婚後一方父母出資為子女購買不動產且產權登記在自己子女名下的應認定為夫妻一方的個人財產。」，二是「首次明確離婚案件中一方婚前貸款購買的不動產應歸產權登記方所有。」

目前中國大陸過多地用市場經濟規則處理婚姻家庭問題，忽視了夫妻財產對夫妻關係的依附性與婚姻家庭倫理實體的特殊性。婚姻法司法解釋(三)過於技術化、冰冷、算計，較少考慮親情、愛情、過失這些婚姻的特有因素的價值，但問題在於如何在法律實務中把握這些因素，這最大的難題。世界各國在審查離婚的時候幾乎都不再追究過失，而是以技術化的、更容易判斷的標準來解決離婚、財產分割、子女撫養等問題。在婚姻被功利逐漸綁架的年代，房子便成爲決定婚姻成敗舉足輕重的籌碼。一個家庭的締造越來越像公司的組合——男女雙方的家人都是出資的股東，而新郎像董事長，新娘像 CEO，房子是最大的固定資產，是整個公司順利誕生的前提。只是其外表最初包裹了一層美麗的愛情的外衣——脆弱如紙。無論是社會壓力還是庸常的家庭生活，都在輕鬆地擊潰愛情，再加上出軌等惡性事件催化，許多婚姻就會走到破產的邊緣。

(七) 重婚罪

1. 重婚罪的法源

《刑法》第 258 條有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而與之結婚的，處二年以下有期徒刑或者拘役。

最高人民法院《關於如何認定重婚行爲問題的批復》(1958.1.27)

《婚姻登記管理條例》(1994 年 2 月 1 日民政部發布)發佈施行後，有配偶的人與他人以夫妻名義同居生活的，或者明知他人有配偶而與之以夫妻名義同居生活的，仍應按重婚罪定罪處罰。

最高人民法院《關於(婚姻登記管理條例)施行後發生的以夫妻名義非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪處罰的批復》(1994.12.14 法復〔1994〕10 號)

2. 重婚罪的認定

重婚罪，是指有配偶又與他人結婚或者明知他人有配偶而與之結婚的行爲。重婚罪的認定主要有以下構成要件：

(1) 侵犯的客體是一夫一妻制的婚姻關係；

(2) 客觀方面表現爲行爲人必須具有重婚的行爲，即有配偶的人又與他人結婚的，或者明知他人有配偶而與之結婚的；

(3) 主體爲一般主體，一是有配偶的人，在夫妻關係存續期間又與他人成立婚姻關係，二是沒有配偶的人，明知對方有配偶而與之結婚；

(4) 主觀方面表現爲直接故意，即明知他人有配偶而與之結婚或自己有配偶而故意與他人結婚。缺少任何一個要件都不構成重婚罪。

3. 小三？重婚罪？蝸居所忠實反應的中國社會現狀

中國大陸二年前的電視劇《蝸居》，播出後引起很大的迴響，畢竟其極為生動地反映出現狀中國大陸的情感事實與社會價值。其意義在於呈現了一種現實存在的社會焦慮生態，真實進入了當代中國人的心靈世界，這在電視劇界普遍回避現實社會矛盾的整體範圍中鶴立雞群。急劇轉型中的現實中國充滿了動人心魄的戲劇性，各階層人們的內心世界矛盾激蕩，包括財富觀、婚姻觀、道德觀等等觀念遭遇到前所未有的挑戰。缺少恒定的心靈支柱，在搖晃變幻的觀念基礎上，精神豈能不焦慮？《蝸居》在這個題材領域小試牛刀即獲得社會廣泛反響，這種成功在昭示中國電視劇的一種必要路徑，即直面當代中國人的真實生活與精神處境就會產生普遍的共鳴，也會吸引廣泛的收視關注。這樣的作品還真切地貢獻了關於當代中國的認識價值，從中可以瞭解一代人的期望與挑戰、痛苦與矛盾、掙紮與超越⁴¹⁴。

4. 蝸居所反應的同居事實

第一種單純同居關係，指同居關係雙方均為未婚男女，婚姻法對此種同居關係不鼓勵，但未明文禁止。法律充分尊重當事人的自由抉擇生活的權利，對此類同居關係的存在和解除，不予干涉也不支持，由當事人雙方自行解除，法院不予受理。

第二種構成事實婚姻的同居關係，在 1994 年 2 月 1 日以前，男女雙方未按婚姻法辦理結婚登記而以夫妻名義共同生活，符合結婚實質要件的，按事實婚姻處理。這種事實婚姻等同合法婚姻關係，受到法律的保護。事實婚姻關係的解除一般要經訴訟程式。在 1994 年 2 月 1 日以後，男女雙方符合結婚實質要件但未補辦結婚登記的，不認定為事實婚姻。若需解除，按同居關係處理，當事人因同居期間財產分割或者子女撫養糾紛提起訴訟的，法院應當受理。但當事人僅就解除同居關係起訴的，法院不予受理。

第三種有配偶者與婚外異性不以夫妻名義同居的，按同居關係處理，一般不認定為重婚罪。若需解除，可自行解除，也可向法院起訴請求解除，法院應受理並依法予以解除。

第四種有配偶者與婚外異性公開以夫妻名義共同生活，或明知他人有配偶而與之以夫妻名義同居生活，則構成重婚罪，在追究其刑事責任的同時，對因重婚而形成的非法婚姻關係，應宣告予以解除。

5. 無過錯方損害賠償請求權

婚姻法第 46 條規定：有下列情形之一，導致離婚的，無過錯方有權請求損害賠償：(一)重婚的；(二)有配偶者與他人同居的；(三)實施家庭暴力的；(四)虐

⁴¹⁴ 夏駿，《蝸居》：刺破眾生焦慮，南方週末，<http://www.infzm.com/content/41597>，(最後瀏覽日：10/25/2011)。

待、遺棄家庭成員的。

重婚案件是屬於自訴案件。在中國大陸刑法中關於婚姻屬告訴乃論的案件包括：

1.《刑法》第 145 條規定：以暴力或者其它方法，包括用「大字報」、「小字報」公然侮辱他人或者捏造事實誹謗他人，情節嚴重的（但嚴重危害社會秩序和國家利益的除外）。

2.《刑法》第 179 條規定，以暴力干涉他人婚姻自由（但引起被害人死亡的除外）。

3.《刑法》第 182 條規定，虐待家庭成員，情節惡劣的（但引起被害人重傷、死亡的除外）。法律上為什麼要規定「告訴才處理」的條款呢？因為上述這類的行為，一般涉及個人名譽、婚姻自由和家庭關係，行為人與被害人往往不願訴諸法院，而希望通過協商、調解方法妥善解決，司法機關只對告訴的才予處理。

重婚案件是屬於自訴案件，但不屬於「告訴才處理」的案件。

（八）夫妻共同財產

夫妻共同財產，夫妻間的法定財產制，是指夫妻在婚前或婚後沒有對其選擇適用的夫妻財產制進行約定或其約定無效時，依照法律規定所直接適用的夫妻財產制。法定夫妻財產制的目的，是為保障夫妻在婚姻家庭共同生活中的經濟需要，解決在夫妻沒有對其選擇適用的夫妻財產制進行約定或約定無效等情況下的夫妻財產所有權的歸屬問題⁴¹⁵。

夫妻共同財產法源在《婚姻法》第 17 條，夫妻在婚姻關係存續期間所得的下列財產，歸夫妻共同財產：1.工資、獎金；2.生產、經營的收益；3.知識產權的收益；4.繼承或贈與所得的財產，但本法第十八條第三項規定的除外；5.其他應當歸共同所有的財產。最高人民法院在 1993 年做出關於審理離婚案件處理財產分割問題的若干具體意見的司法解釋，其中第二條規定：「夫妻雙方在婚姻關係存續期間所得的財產，為夫妻共同財產，包括：(1) 一方或雙方勞動所得的收入和購置的財產；(2) 一方或雙方繼承、受贈的財產；(3) 一方或雙方由智慧財產權取得的經濟利益；(4) 一方或雙方從事承包、租賃等生產、經營活動的收益；(5) 一方或雙方取得的債權；(6) 一方或雙方的其他合法所得。這規範有所缺陷，在 2001 年婚姻法中第 18 條以及第 17 條，有初步給予完善的補充⁴¹⁶。

夫妻財產關係和離婚以及新型態社會價值對婚姻關係的衝擊

⁴¹⁵ 蔣月（2001），《夫妻的權利與義務》，法律出版社，頁 98。

⁴¹⁶ 參見馬原主編（2011），《新婚姻法詮釋與案例分析》，法律出版社，頁 81。

婚姻家庭領域問題是很多社會問題的源頭，婚外戀、一夜情等行為嚴重衝擊著傳統的婚姻家庭關係，導致離婚率攀升、單親家庭子女增多、家庭暴力嚴重等現象。使得婚姻家庭立法也必須關注於民族倫理傳統的回歸。

「在男方父母的財產比女方父母多這樣虛構的命題和條件下認識婚姻法司法解釋(三)，並就此認定會導致婚姻家庭關係的不平等，這是社會情緒，並非法理。」對於由婚姻法司法解釋(三)引發的話題。民政部公佈的 2011 年全國民政事業三季度統計資料顯示，今年前三個季度，全國有 146.6 萬對夫婦辦理離婚登記，平均每天有 5430 對夫婦離婚，比去年同期增長 12%⁴¹⁷。

婚姻財產糾紛數量增多在一定程度上反映了夫妻共同財產的認定和分割存在立法模糊。婚姻法司法解釋(三)發布後，雖明確了婚姻關係中的房產歸屬，也為主張撤銷結婚登記的當事人確立了提起行政訴訟的法律依據。但婚姻法司法解釋(三)第七條明確的「不動產」的產權歸屬是否包括公司股份、車輛、船舶，是否可以比照類推適用?中國夫妻財產制是法定制和約定制的結合，在沒有約定的情況下，實行的是法定制。明確房產歸屬，從立法背景及民意的角度出發，主要是考慮畸高房價和離婚率增長並存，父母擔心因子女離婚而導致家庭財產流失，主要針對的是房屋這一類不動產。從立法一致性的角度出發，第七條中的「不動產」不可以比照類推適用。

目前，在中國大陸，因應新的社會情事改變，離婚變成了一場關於錢的戰爭，現實中不乏夫妻雙方為爭奪財產而隱匿、轉移、變賣、損毀共同財產或偽造共同債務的情況，法院若不受理此類案件，婚姻關係相對方的合法權益將難以得到保護。婚姻法司法解釋(三)第 4 條的規定：「婚姻關係存續期間，夫妻一方請求分割共同財產的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不損害債權人利益的除外：(一)一方有隱藏、轉移、變賣、毀損、揮霍夫妻共同財產或者偽造夫妻共同債務等嚴重損害夫妻共同財產利益行為的；(二)一方負有法定扶養義務的人患重大疾病需要醫治，另一方不同意支付相關醫療費用的。」在一定程度上破解了婚內夫妻共有財產維持這一制度，回應了現實的需要，但仍要考慮夫妻協議離婚時可否就財產分割判決作出變更等後續操作問題。

多元價值致婚姻家庭觀改變，影響婚姻家庭穩定的問題，除了財產糾紛問題外，還有婚姻家庭觀念的轉變及愈演愈烈的婚戀異態現象，這些問題尤其需要婚姻家庭法律進行規範。「婚姻改變命運，網路改變婚姻。」「網路婚姻，也就是說不受結婚條件、空間、種族、文化、年齡、地位、財產狀況等各種限制，離婚的條件和程式也很簡單，是一種模擬婚姻。」網路婚姻不僅會破壞現實婚姻，還會誘發犯罪。除此之外，一些因網路引起的事件，也成為影響現實婚姻家庭穩定的因素。一類是現實中的醜事經互聯網放大，傷及配偶，若不及時嚴肅處理當事

⁴¹⁷ 民政事業統計季報，<http://files2.mca.gov.cn/cws/201110/2011102810595978.htm> (最後瀏覽日：11/30/2011)。

人，就會造成不良影響；再者就是利用互聯網、現代通訊設備進行色情活動、偷情、調情，傷及配偶⁴¹⁸。這也說明瞭，中國大陸的社會情境與經濟發展之間有著深度的互動，同時段對既有法律提出新的挑戰。

（九）小結

中國大陸婚姻法的制度變遷，係為最能反映中國在不同時期社會家庭現狀的法律制度。同時，在 1980 年的婚姻法中所涉及的計畫生育，是與中國社會制度體制結構很很大程度的反應。而隨著中國大陸在經濟的不斷發展與深化下，夫妻財產制度已經變成一個重大的課題，也與具體社會經濟現狀的吻合。而新興的社會議題和網路下的婚姻價值觀，衝擊著中國大陸婚姻法的變化。

現有婚姻法的條文，實際上已經無法承載當今中國大陸社會家庭婚姻的具體變化，因此依部婚姻法的重新調整已經成為法律學界無可迴避的議題。儘管最高人民法院在 2001 年婚姻法之後已經分別發布三個司法解釋以因應實際上的需求，但這僅是讓婚姻法的規範更為凌亂，不斷地對既有婚姻法的補強與調整，確有必要在民法制訂之際給予全新的規範。

貳、收養法

收養制度涉及到公民的人身和財產關係，是親屬制度的重要組成部分。在親屬法學中，往往從兩種不同的意義上使用收養一詞，一是指收養行為，這是就擬制血親的親子關係藉以發生的法律事實而言的；二是指收養關係，這是就擬制血親的親子關係本身而言的。有學者從法律事實的角度，將收養的概念做出了定義：收養，是公民（自然人）領養他人的子女為己之子女，依法創設擬制血親的親子關係的民事法律行為⁴¹⁹。

收養子女的根本目的，在於人為地創設親子關係。收養行為是一種依法變更親子關係和權利義務的法律行為；收養關係即擬制血親的親子關係，基於收養行為的法律效力而發生，因此，收養關係只能發生於非直系血親的自然人之間，而收養並不改變自然血緣關係，所以其效力不及於自然血親關係⁴²⁰。

一、立法沿革

收養制度歷史悠久，但收養方面的立法出現則相對較晚。標誌現代收養立法開端的是 1804 年法國頒佈的《拿破崙法典》⁴²¹。按照傳統的親屬法學中的通說，收養制度可分為為族的收養、為家的收養、為親的收養和為子女的收養四個不同

⁴¹⁸ 陳東升（11/04/2011），婚姻家庭立法如何應對婚戀觀突變，法制日報，4 版。

⁴¹⁹ 楊大文（2004），《親屬法》，法律出版社，4 版，頁 244。

⁴²⁰ 例如，中國大陸《婚姻法》第 7 條規定：直系血親和三代以內的旁系血親禁止結婚，其適用並不受收養關係的影響。

⁴²¹ 一般認為，將收養納入到立法範疇最早可以追溯到漢摩拉比法典。關於世界收養立法的歷史，參見蔣新苗（2005），《收養法比較研究》，北京大學出版社，頁 45-49。

發展階段⁴²²。

收養制度隨著歷史的發展而發生著變化。在古代宗法制之宗祧制度下，收養制度圍繞男性為中心而存在，主要包括立嗣和乞養兩種。近代的收養制度主要體現在 1930 年頒佈的《中華民國民法典·親屬編》中，這部法典從形式上廢除了宗祧制度，以收養取代立嗣，確立了近現代民法的收養制度⁴²³。新中國成立後，收養關係的調整長期處於不統一、不規範的狀態，直到 1991 年《中國華人民共和國收養法》頒佈，中國大陸收養領域無法可依的局面才宣告結束。縱觀新中國成立後收養法律制度的發展歷史，可以根據相關立法劃分為四個階段：

（一）第一階段——新中國成立（1949 年 10 月 1 日）到 1980 年《婚姻法》生效（1981 年 1 月 1 日）前

這一時期，中國大陸收養法律制度尚未建立。但實踐中，承認收養關係及其效力。1950 年《婚姻法》第 13 條對收養做了原則性規定：「父母對子女有撫養教育的義務；子女對於父母有贍養扶助的義務；雙方均不得虐待或遺棄。養父母與養子女相互間的關係，適用前項規定。」而對於收養的條件、程式、效力及收養的解除等均沒有規定，大量的有關收養的規定存在於建國初期最高人民法院在收養、親屬、繼承等有關問題的批復中。綜合當時的有關批復，可以看出這一時期中國大陸收養制度的內容主要有：

首先，收養制度的基本原則遵守保護子女合法權益的原則⁴²⁴。其次，廢止立嗣制度，並根據具體情況處理立嗣人與嗣子的關係：如果立嗣人與嗣子長期共同生活、互相扶養，已形成養父母與養子女關係的，可確認收養關係的存在；否則，不應確定收養關係存在⁴²⁵。第三，收養強調自願原則，承認事實上的收養關係⁴²⁶。第四，收養關係一旦成立，不得任意單方取消；收養關係只能由雙方協議或經法院判決而解除⁴²⁷。

在婚姻法頒佈實施後的三十年時間裏，關於收養的個案批復非常少，所以在

⁴²² 楊大文（2004），《親屬法》，法律出版社，4 版，頁 245。

⁴²³ 參見許莉（2007），《中華民國民法親屬研究》，華東政法大學博士論文，頁 81。

⁴²⁴ 1951 年 1 月 1 日《最高人民法院關於收養關係諸問題的幾點意見》（發東北分院）指出：「收養契約雖為養父母與養子女間的契約，但幼年子女的生父母亦可與收養的父母成立契約，將子女交其收養。只不妨礙子女利益，在習慣上（如近親輩分）又無妨礙，即應認為是合法的契約。」「應否准許取消收養契約，須從子女利益上來考慮。」1952 年 7 月 7 日《最高人民法院中南分院關於終止收養關係問題的答復》指出：「法院在處理此類案件時，應依據婚姻法照顧子女利益的原則，從子女利益上來考慮是否應准許取消收養契約。」

⁴²⁵ 蔣月、何麗新編（2002），《婚姻家庭與繼承法》，廈門大學出版社，頁 304。

⁴²⁶ 1953 年 8 月 22 日《最高人民法院關於收養關係諸問題的解答》指出：「我們新中國現在還沒有訂出關於收養子女的法律，實際上也只須有收養者與被收養者的父母或監護人的同意（如被收養者已達一定年齡或已能瞭解收養的意義並須經其本人同意），就能成立收養關係，而別無其他必須的手續。」1951 年 4 月 17 日《最高人民法院華東分院關於親屬繼承等問題的批復》指出「在中央尚未頒佈關於親屬繼承等法規以前，可參照婚姻法的精神，視為一般收養關係，這種收養關係，以雙方同意為原則。」

⁴²⁷ 1951 年 1 月 1 日《最高人民法院關於收養關係諸問題的幾點意見》（發東北分院）指出：「收養契約……自屬合法契約，一經訂立，如果沒有正當理由（例如養父母對養子女有虐待遺棄等事實），自應有效，而不能任意取消（解除）。」1956 年 3 月 30 日《最高人民法院關於解除養父子關係的復函》指出：「關於解除養父子關係的問題……如能協商解決，達成解除養父子關係的協議，只要訂一書面證件，經過公證就可以了；如協商不成，由該管轄人民法院依法審判。」

這一階段，實際上可以說收養是處於無法可依的狀況。值得一提的是，爲了更加有效地保障婚姻家庭領域以及收養領域中當事人的合法權益，強化人們在該領域中依規範而行爲的意識，最高人民法院在 1979 年 2 月 2 日試行的《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律的意見》中，對於「收養問題」用較大篇幅作了較爲具體的規定，主要體現在四個方面：第一，明確了收養的條件和程式⁴²⁸。第二，規定了養父母或生父母中途反悔的處理原則⁴²⁹。第三，規定了補償撫養費問題的處理原則。⁴³⁰第四，規定了養父母和成年子女解除收養關係的處理原則⁴³¹。

（二）第二階段——1980 年《婚姻法》生效（1981 年 1 月 1 日）至 1992 年《收養法》生效（1992 年 4 月 1 日）前

這一時期，中國大陸調整收養關係的法律主要是 1980 年頒佈的《婚姻法》。該法第 20 條規定：「國家保護合法的收養關係。養父母和養子女間的權利和義務，適用本法對父母子女關係的有關規定。養子女和生父母間的權利和義務，因收養關係的成立而消除。」這一條明確了合法收養關係受國家保護，並規定了收養關係成立的法律後果。

另一個重要的法律檔是 1984 年 8 月 30 日《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》，該《意見》對 1980 年《婚姻法》中沒有規定的收養成立條件、程式、效力以及收養的解除進行了補充和完善，包括以下主要內容：

第一，明確了收養關係的成立及其保護，承認事實收養關係⁴³²。第二，規定

⁴²⁸ 《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律的意見》中「收養問題」規定：「收養子女，必須經過生父母或監護人和養父母的同意，子女有識別能力的，須取得子女同意，再經有關部門辦理收養手續，進行戶籍登記。凡是沒有征得生父母一致（包括已離婚的父母）同意，生父母要求領回的，原則上應認爲收養關係無效，准其領回。」

⁴²⁹ 《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律的意見》中「收養問題」規定：「養父母或生父母中途反悔，要求解除收養關係的，人民法院應進行調解。調解不成時，可根據子女與養父母、生父母的實際關係，子女的意見，以歸誰撫養對子女有利而判決。如無解除收養關係的重要理由，一般的由養父母繼續收養爲宜。」

⁴³⁰ 《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律的意見》中「收養問題」規定：「生父母反悔，養父母要求補償撫養費的，可根據養子女的實際費用，生父母的經濟能力，當地一般生活水準，酌情由生父母補償。養父母繼續收養確有困難，由生父母領回撫養的，是否補償撫養費，可根據實際情況適當處理。」

⁴³¹ 《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律的意見》中「收養問題」規定：「養父母和已長大成人的養子女之間，因關係惡化或有其他正當理由，一方堅決要求解除收養關係，而另一方堅決不同意的，人民法院應根據具體情況處理。如養父母、養子女關係再繼續下去，對養父母的晚年生活或養子女的前途確實不利的，可判決准予解除。養父母、養子女關係解除後，養父母年老又無生活來源的，可由養子女給付一定的生活費，也可給長期的生活費。養子女生活有困難的，可根據實際情況，予以適當處理。」

⁴³² 《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 27 條規定：「經生父母、養父母同意，有識別能力的被收養人也同意，又辦了合法手續的收養關係，應依法保護。生父母中有一方不同意的，收養關係不能成立。生父或生母送養時，另一方明知而不表示反對的，應視爲同意。養父母中有一方在收養時雖未明確表示同意，但在收養後的長期共同生活中，已形成了事實上收養關係的，應予承認。夫或妻一方收養的子女，另一方始終不同意的，只承認與收養一方的收養關係有效。」《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 28 條規定：「親友、群眾公認，或有關組織證明當事人明確以養父母與養子女關係長期共同生活的，雖未辦理合法手續，也應按收養關係對待。」

了隔代收養問題的處理⁴³³。第三，對收養反悔的情況，給出了處理意見⁴³⁴。第四，關於收養的關係解除做出了規定⁴³⁵。第五，對收養關係解除後各方的權利義務做出了規定⁴³⁶。

從以上對立法的梳理可以看出，這一階段收養的規範性較前一階段有所提高，一些收養方面的問題有了解決的依據，但並不能說是有法可依，因為此時中國大陸依舊缺乏統一的、以立法形式出現的收養方面的規範性檔。

（三）第三階段——從 1992《收養法》生效（1992 年 4 月 1 日）到 1998 年《收養法》修正案實施（1999 年 4 月 1 日）前

1991 年 12 月 29 日由第七屆全國人大常委會通過的《中華人民共和國收養法》是中國大陸第一部系統調整收養關係的法律。至此，收養制度終於在中國大陸以法律形式固定下來，結束了中國大陸長期以來收養領域無法可依的局面。該法對於收養關係成立和有效的實質要件、形式要件、法律後果等作了明確且較為詳細的規定；第一次以法律的形式加以規範和指導當事人間有關收養關係的發生和終止及其法律後果，對於規範收養行為、保護合法的收養關係，發揮了重要作用。但是，實踐中也暴露了《收養法》的不足之處：一是，對收養條件規定得過嚴，致使一些有撫養能力又願意收養兒童的人難以收養；同時，由於法律規定的收養條件過嚴，一些群眾超出法律規定條件收養孩子，形成事實收養。二是，收養程式不統一。成立收養關係，可以到民政部門登記，也可以由收養人與被收養人的監護人訂立協議，還可以由收養人與被收養人的監護人訂立協議、經民政部門登記後再辦理公證⁴³⁷。

為配合《收養法》的出臺，有關部門還發佈了一系列的法規、規章。如 1992 年 4 月民政部《中國公民辦理收養登記的若干規定》、1993 年 11 月司法部、民政部《外國人在中華人民共和國收養子女實施辦法》等等。總體而言，這一階段

⁴³³ 《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 29 條規定：「養人收養他人為孫子女，確已形成養祖父母與養孫子女關係的，應予承認。解決收養糾紛或有關權益糾紛時，可依照婚姻法關於養父母與養子女的有關規定，合情合理地處理。」

⁴³⁴ 《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 30 條第一款規定：「收養關係成立後，養父母或生父母反悔，要求解除收養關係的，人民法院應查明要求解除的理由，並聽取被收養人的意見，根據有利於養子女健康成長的原則，決定是否准予解除。」

⁴³⁵ 《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 30 條第二、第三款規定：「規定由於養父母不盡撫養責任，影響子女健康成長，生父母要求解除收養關係的，應予解除。養父母發現所收養的子女有生理缺陷，或有其他病症，要求解除收養關係的，一般不予解除。但生父母在送養時有意隱瞞的，可予解除。」《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 31 條規定：「養父母與其撫養成人的養子女關係惡化，再繼續共同生活對雙方的正常生活確實不利，一方堅決要求解除收養關係的，一般可准予解除。」

⁴³⁶ 《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 32 條規定：「養子女和養父母之間的權利和義務，因收養關係的解除而終止。收養關係解除時，養子女已由養父母撫養長大成人並已獨立生活，而養父母卻年老喪失勞動能力又無生活來源的，養子女應承擔養父母晚年的生活費用。生父母要求解除收養關係的，養父母可要求補償收養期間養子女的生活費和教育費；養父母要求解除收養關係的，一般不予補償。」《最高人民法院關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 33 條規定：「收養關係解除後，未成年的被收養人同其生父母之間的權利和義務即行恢復；已經成年並已獨立生活的被收養人，同其生父母之間的權利和義務的恢復，則須以書面方式取得雙方一致同意。」

⁴³⁷ 多吉才讓，關於中華人民共和國收養法（修訂草案）的說明，中國人大網，http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/17/content_5004011.htm（最後瀏覽日：02/25/2011）。

中國大陸收養法律制度開始規範化、統一化。

(四) 第四階段——1998年《收養法》修正案實施(1999年4月1日)至今

1998年11月4日，第九屆全國人民代表大會常委會第五次會議通過了對1991年《收養法》修改的決定，主要從三個方面對原《收養法》做了補充或修訂：

首先，在原則方面，將「保護收養人和被收養人的合法權益」作為修改後《收養法》的原則之一，在總則中予以明確規定⁴³⁸。其次，在收養人條件方面，修改後的《收養法》特別增加規定收養人應「未患有在醫學上認為不應當收養子女的疾病」，以利於養子女的健康成長；同時降低了收養人的年齡要求，僅達到30周歲即可⁴³⁹。第三，在收養程式方面，修改後的《收養法》將登記作為收養關係的成立要件，同時收養關係的成立不應受收養當事人的戶口所在地的限制⁴⁴⁰。

除了收養法修正案的公佈實施以外，2001年修訂的《婚姻法》進一步明確了合法的收養關係受國家保護，養父母和養子女間的權利和義務關係受其調整⁴⁴¹。另外，相關部門還制定了一些法規和規章，主要有：1999年5月民政部《中國公民收養子女登記辦法》和《外國人在中華人民共和國收養子女登記辦法》，2000年3月司法部《關於貫徹執行〈中華人民共和國收養法〉若干問題的意見》，2008年9月民政部發佈的《收養登記工作規範》。可以說這一階段，中國大陸收養法律制度在實踐中得以發展和完善，收養行為更加規範和統一，收養關係以及相關當事人合法權益得到有效地保障。

二、重要內容

收養法律關係涉及到被收養人、送養人和收養人三方當事人，基於保護被收養人的利益，維護收養關係穩定的考量，中國大陸《收養法》主要從收養的成立、收養的效力、收養關係的解除以及法律責任四個方面對收養制度作了規定。

(一) 收養的成立

《收養法》對收養的成立做了較為詳細的規定，收養關係的合法有效成立，必須具備兩個方面的條件：一是收養關係當事人應當具備一定的條件，即收養關係成立的實質要件；二是當事人應當依法履行一定的手續，即收養關係的形式要件。

⁴³⁸ 修訂後的《收養法》第2條規定：「收養應當有利於被收養的未成年人的撫養、成長，保障被收養人和收養人的合法權益，遵循平等自願的原則，並不得違背社會公德。」

⁴³⁹ 修訂後的《收養法》第6條規定：「收養人應當同時具備下列條件：(一)無子女；(二)有撫養教育被收養人的能力；(三)未患有在醫學上認為不應當收養子女的疾病；(四)年滿三十周歲。」

⁴⁴⁰ 修訂後的《收養法》第6條第一款規定：「收養應當向縣級以上人民政府民政部門登記。收養關係自登記之日起成立。」第16條規定：「收養關係成立後，公安部門應當依照國家有關規定為被收養人辦理戶口登記。」

⁴⁴¹ 修訂後的《婚姻法》第26條規定：「國家保護合法的收養關係。養父母和養子女間的權利和義務，適用本法對父母子女關係的有關規定。養子女和生父母間的權利和義務，因收養關係的成立而消除。」

1. 收養成立的實質要件

中國大陸《收養法》對收養人、被收養人、送養人的資格條件都作了相應的規定，並對一些特殊情況下收養關係的成立，另行規定了其他特殊條件。根據收養成立所需要實質條件的不同，可將收養成立的實質要件劃分為兩種情形，即一般收養成立的實質要件和特殊收養成立的實質要件。

(1) 一般收養成立的實質要件

A. 被收養人所需具備的條件。首先，被收養人應當是不滿 14 周歲的未成年人；第二，被收養人不能得到生父母的撫養。根據《收養法》第 4 條的規定，這些需要收養的人員包括：喪失父母的孤兒⁴⁴²、查找不到生父母的棄嬰和兒童、生父母有特殊困難無力撫養的子女。

B. 收養人所需具備的條件。首先，收養人須無子女⁴⁴³；第二，須有撫養教育被收養人的能力；第三，未患有醫學上認為不應當收養子女的疾病；第四，年滿 30 周歲。另外，《收養法》還規定了其他條件，主要有：《收養法》第 9 條規定：「無配偶的男性收養女性的，收養人與被收養人的年齡應當相差 40 周歲以上。」第 10 條第 2 款規定：「有配偶者收養子女，須夫妻共同收養。」

C. 送養人所需具備的條件。根據《收養法》的規定，可以作為送養人的不僅有公民，還有有關組織或機構，包括孤兒的監護人⁴⁴⁴、社會福利機構⁴⁴⁵和有特殊困難無力撫養子女的生父母⁴⁴⁶。

D. 須有成立收養關係的合意。根據中國大陸《收養法》「平等自願」的原則，收養關係的成立，必須有當事人的一致合意。收養的合意應當遵循下列法律要求：首先，成立收養關係時必須有收養人同意收養子女和送養人同意送養被收養人；其次，收養年滿 10 周歲以上的未成年人的，應當征得被收養人的同意。另外，《收養法》還規定成立收養的合意可以書面形式確認⁴⁴⁷。

(2) 特殊收養成立的實質要件

在收養實踐中有些收養關係的建立，不能完全適用前述的一般條件，中國大陸《收養法》規定的特殊收養關係共有三種情況，其法律要求各有所不同。

A. 收養三代以內同輩旁系血親的子女。《收養法》第 7 條第 1 款規定：「收養三代以內同輩旁系血親的子女，可以不受本法第 4 條第 3 項、第 5 條第 3 項、

⁴⁴² 孤兒是指其父母死亡或人民法院宣告其父母死亡的不滿 14 周歲的未成年人。參見民政部發佈的《關於在辦理收養登記中嚴格區分孤兒與查不到生父母的棄嬰的通知》（1992 年 8 月 11 日）。

⁴⁴³ 這裏的「子女」既包括婚生子女，也包括非婚生子女和擬制血親的子女。中國大陸《收養法》第 8 條規定：「收養人只能收養一名子女。」即已有養子女者不能再為收養。

⁴⁴⁴ 孤兒的監護人的選定，適用《中華人民共和國民法通則》第 16 條的規定，所以這裏的監護人可以是自然人，也可以是有關組織。具體說來，孤兒以具有監護能力的祖父母、外祖父母、兄、姐或其他關係密切的親屬、朋友為監護人。關係密切的其他親屬、朋友擔任監護人，以本人自願和有關單位同意的為限。沒有上述監護人的，可由有關組織擔任監護人，包括父、母的所在單位，孤兒所在地的居民委員會、村民委員會和民政部門。

⁴⁴⁵ 社會福利機構主要是指對符合條件的未成年人給予收容、養育的社會福利院

⁴⁴⁶ 《收養法》第 10 條第 1 款規定：「生父母送養子女，須雙方共同送養。」

⁴⁴⁷ 《收養法》第 15 條第 3 款規定：「收養關係當事人願意訂立收養協議的，可以訂立收養協議。」

第 9 條和被收養人不滿 14 周歲的限制。」按此規定，條件有四處放寬：第一，其生父母無特殊困難、有撫養能力的子女，也可為被收養人；第二，無特殊困難、有撫養能力的生父母，也可為送養人；第三，無配偶的男性收養女性，不受收養人與被收養人間須有 40 周歲以上年齡差的限制；第四，被收養人年齡不受 14 周歲以下的限制⁴⁴⁸。

B. 收養孤兒、殘疾兒童或者查找不到生父母的棄嬰和兒童。中國大陸《收養法》第 8 條第 2 款指出：「收養孤兒、殘疾兒童或者社會福利機構撫養的查找不到生父母的棄嬰和兒童，可以不受收養人無子女和收養一名的限制。」

C. 繼父母收養繼子女。中國大陸《收養法》第 14 條指出：「繼父或者繼母經繼子女的生父母同意，可以收養繼子女，並可以不受本法第 4 條第 3 項、第 5 條第 3 項、第 6 條和被收養人不滿 14 周歲以及收養一名的限制。」按此規定，條件有五處放寬：第一，繼子女的生父母無特殊困難、有撫養能力的子女，也可為被收養人；第二，無特殊困難、有撫養能力的生父母，也可為送養人；第三，繼父或者繼母即使已有子女，欠缺撫養教育的能力，患有在醫學上認為不應當收養子女的疾病，不滿 30 周歲，依然可以作為收養人；第四，被收養人年齡不受 14 周歲以下的限制；第五，繼父母可以收養一名或數名子女。

2. 收養成立的形式要件——登記

收養成立的形式要件即為使收養關係成立而必須履行的程式。根據現行《收養法》第 15 條的規定和民政部 1999 年 5 月發佈的《中國公民收養子女登記辦法》的規定，收養關係自登記之日起成立，受法律保護，所以，登記是中國大陸收養關係成立的形式要件。

(1) 辦理收養登記的機關。辦理收養登記的法定機關，是縣級以上人民政府的民政部門。按照被收養人情況的不同，分別到社會福利機構所在地、棄嬰和兒童發現地或者被收養人生父母或者監護人常住戶口所在地辦理⁴⁴⁹。

(2) 收養登記的程式。收養登記的具體程式可分為申請、審查和登記三個步驟。為保證收養當事人的意思表示的真實性，辦理收養登記時，三方當事人都必須親自到場⁴⁵⁰；申請辦理收養登記時，應提供相應的證明材料⁴⁵¹，還應填寫並向

⁴⁴⁸ 由於中國大陸尚不承認收養成年人，應將其理解為 14 周歲以上、18 周歲以下也可為被收養。

⁴⁴⁹ 民政部 1999 年 5 月發佈的《中國公民收養子女登記辦法》第 3 條規定：「收養社會福利機構撫養的查找不到生父母的棄嬰、兒童和孤兒的，在社會福利機構所在地的收養登記機關辦理登記。收養非社會福利機構撫養的查找不到生父母的棄嬰和兒童的，在棄嬰和兒童發現地的收養登記機關辦理登記。收養生父母有特殊困難無力撫養的子女或者由監護人監護的孤兒的，在被收養人生父母或者監護人常住戶口所在地（組織作監護人的，在該組織所在地）的收養登記機關辦理登記。收養三代以內同輩旁系血親的子女，以及繼父或者繼母收養繼子女的，在被收養人生父或者生母常住戶口所在地的收養登記機關辦理登記。」

⁴⁵⁰ 民政部 1999 年 5 月發佈的《中國公民收養子女登記辦法》第 4 條第二款規定：「夫妻共同收養子女的，應當共同到收養登記機關辦理登記手續；一方因故不能親自前往的，應當書面委託一方辦理登記手續，委託書應當經過村民委員會或者居民委員會證明或者經過公證。」

⁴⁵¹ 民政部 1999 年 5 月發佈的《中國公民收養子女登記辦法》第 5 條規定：「收養人應當向收養登記機關提交收養申請書和下列證件、證明材料：（一）收養人的居民戶口名簿和居民身份證；（二）由收養人所在單位或者村民委員會、居民委員會出具的本人婚姻狀況、有無子女和撫養教育被收養人的能力等情況的證明；（三）縣級以上醫療機構出具的未患有在醫學上認為不應當收養子女

收養登記機關提交《收養申請書》；收養登記機關接受當事人提出的收養申請後，應當依法對收養申請進行嚴格審查；經過審查後，收養登記機關對申請人證件齊全有效、符合《收養法》規定的收養條件的，應為其辦理收養登記，發給收養證。

（二）收養的法律效力

收養關係一經成立，便引起一系列的法律後果，即收養的效力。中國大陸《婚姻法》第 26 條規定：「養父母和養子女間的權利和義務，適用本法對父母子女關係的有關規定。養子女和生父母間的權利和義務，因收養關係的成立而消除。」該條指出了收養成立的直接後果，即及于養父母與養子女、養子女與生父母的效力。中國大陸《收養法》則進一步明確規定，收養的效力不僅及于養父母與養子女、養子女與生父母，還及于養子女與養父母的近親屬、養子女與生父母以外的其他近親屬。按照以上規定，可將收養的效力分為擬制效力和解銷效力兩個方面。

1. 收養的擬制效力

《收養法》第 23 條第 1 款規定：「自收養關係成立之日起，養父母與養子女間的權利義務關係，適用法律關於父母子女關係的規定；養子女與養父母的近親屬間的權利義務關係，適用法律關於子女與父母的近親屬關係的規定。」即收養關係成立後，養子女完全等同于收養人生子女的法律地位，被收養人與收養人及其近親屬之間建立的擬制血親關係與自然血親關係並無二致。例如，中國大陸《婚姻法》第 21 條、第 23 條中有關父母對子女的撫養教育、保護教育，子女對父母的贍養扶助等規定，中國大陸《繼承法》第 10 條有關父母與子女互為第一順序的法定繼承人的規定，均適用於養父母與養子女；再如，中國大陸《婚姻法》第 28 條、第 29 條規定的親屬間的撫養和贍養義務，中國大陸《繼承法》第 10 條規定的繼承順序，均適用於養子女與養父母的近親屬。

2. 收養的解銷效力

中國大陸《收養法》第 23 條第 2 款規定：「養子女與生父母間的權利義務關

的疾病的身體健康檢查證明。收養查找不到生父母的棄嬰、兒童的，並應當提交收養人經常居住地計劃生育部門出具的收養人生育情況證明；其中收養非社會福利機構撫養的查找不到生父母的棄嬰、兒童的，收養人還應當提交下列證明材料：（一）收養人經常居住地計劃生育部門出具的收養人無子女的證明；（二）公安機關出具的撿拾棄嬰、兒童報案的證明。收養繼子女的，可以只提交居民戶口名簿、居民身份證和收養人與被收養人生父或者生母結婚的證明。」第 6 條規定：「送養人應當向收養登記機關提交下列證件和證明材料：（一）送養人的居民戶口名簿和居民身份證（組織作監護人的，提交其負責人的身份證件）；（二）收養法規定送養時應當征得其他有撫養義務的人同意的，並提交其他有撫養義務的人同意送養的書面意見。社會福利機構為送養人的，並應當提交棄嬰、兒童進入社會福利機構的原始記錄，公安機關出具的撿拾棄嬰、兒童報案的證明，或者孤兒的生父母死亡或者宣告死亡的證明。監護人為送養人的，並應當提交實際承擔監護責任的證明，孤兒的父母死亡或者宣告死亡的證明，或者被收養人生父母無完全民事行為能力並對被收養人有嚴重危害的證明。生父母為送養人的，並應當提交與當地計劃生育部門簽訂的不違反計劃生育規定的協定；有特殊困難無力撫養子女的，還應當提交其所在單位或者村民委員會、居民委員會出具的送養人有特殊困難的證明。其中，因喪偶或者一方下落不明由單方送養的，還應當提交配偶死亡或者下落不明的證明；子女由三代以內同輩旁系血親收養的，還應當提交公安機關出具的或者經過公證的與收養人有親屬關係的證明。被收養人是殘疾兒童的，並應當提交縣級以上醫療機構出具的該兒童的殘疾證明。

係，因收養關係的成立而消除。」按此規定，收養的解銷效力所消除的，僅為法律意義上的養子女與生父母權利義務，以及養子女與生父母以外的其他近親屬的權利義務關係，其血緣聯繫是客觀存在的，不能通過法律手段加以改變。因此，中國大陸《婚姻法》中有關禁止直系血親結婚的規定，對養子女與生父母、養子女與生父母的近親屬是仍然適用的。

（三）收養的解除及其法律後果

收養關係法律擬制的民事法律關係，可以通過一定的方式和程式予以解除，根據中國大陸《收養法》相關規定，當事人可以通過協定方式和訴訟方式來解除收養關係。

1. 協議解除收養關係

（1）協議解除收養關係的條件。根據《收養法》第 26 條第 1 款和第 27 條的規定，在養子女成年前，協議解除收養須得收養人、送養人同意；養子女年滿 10 周歲以上的，還應當征得本人同意。在養子女成年後，協議解除收養須得收養人、被收養人同意。

（2）協定解除收養的程式。中國大陸《收養法》第 28 條規定：「當事人協議解除收養關係，應當到民政部門辦理解除收養關係的登記。」辦理收養解除登記是協議解除收養的必經程式。收養登記機關收到解除收養關係登記申請書及有關材料後，應當自次日起 30 日內進行審查；對符合收養法規定的，為當事人辦理解除收養關係的登記，回收收養登記證，發給解除收養關係證明⁴⁵²。

2. 訴訟解除收養關係

（1）訴訟解除收養關係的條件。按照《收養法》第 26 條第 2 款的規定，收養人不履行撫養義務，有虐待、遺棄等侵害未成年養子女合法權益行為的，送養人要求解除養父母與養子女的收養關係，但送養人與收養人不能達成解除收養關係協定的，送養人可以向人民法院起訴。按照《收養法》第 27 條的規定，養父母與成年養子女關係惡化，無法共同生活，養父母與成年養子女不能達成解除收養關係協議的，雙方均可以向人民法院起訴。

（2）訴訟解除收養關係的程式。當事人應當依照《民事訴訟法》的有關規定，向有管轄權的人民法院提起解除收養關係的民事訴訟。人民法院審理解除收養關係的案件，應當查明要求解除收養關係的事實和理由，保護合法的收養關係，保障收養人和被收養人的合法權益。依訴訟程式解除收養關係的，收養關係自准予解除收養的調解書或判決書生效之日起解除。

3. 解除收養關係的法律後果

（1）人身關係上的變化。根據《收養法》第 29 條的規定，解除收養關係後人身關係上的變化主要包括四個方面：第一，養子女與養父母之間的法律上擬制的父母子女關係消滅，彼此之間的父母子女的權利義務相應地滅失；第二，養子女與養父母近親屬之間的權利義務關係也隨著收養關係的解除而不復存在；第

⁴⁵² 參見民政部 1999 年 5 月發佈的《中國公民收養子女登記辦法》第 10 條。

三，若養子女仍未成年，則與生父母及其他近親屬之間的權利義務關係自行恢復；第四，若養子女已經成年並已經獨立生活，則其與生父母及其近親屬之間的權利義務關係是否恢復，應由雙方協商確定。

(2) 財產關係上的變化。根據《收養法》第 30 條的規定，收養關係解除後，雖然當事人之間的身份關係已經發生變化，但是彼此仍存在著一定的權利義務關係。具體表現在：第一，收養關係解除後，經養父母撫養的成年養子女，對缺乏勞動能力又缺乏生活來源的養父母，應當給付生活費；第二，因養子女成年後虐待、遺棄養父母而解除收養關係的，養父母可以要求養子女補償收養期間支出的生活費和教育費；第三，生父母要求解除收養關係的，養父母可以要求生父母適當補償收養期間支出的生活費和教育費，但因養父母虐待、遺棄養子女而解除收養關係的除外。

三、重要實務案例

在收養法部分，本文所選取之實務案例包含了收養人在法定繼承權與遺產酌給之問題（紀毛治訴紀亞琴房屋繼承糾紛案）、收養關係中被收養人利益與意願之考量（王海泉、吳愛菊訴傅健芳、吳愛蓮收養訴訟案）、收養法尚未制訂前之解除收養關係（利光華、李少英訴利奕東解除收養關係糾紛案）、收養人主體、要件不符合時之個案正義（馮草等訴於鳳蓮不是被繼承人養女不能繼承遺產案）與收養關係解除後養父母發生缺乏勞動能力下之給養養父母之義務（王錦懷訴葛紅霞解除收養關係後經濟幫助案）。本部分所選取之實務案例係從收養關係之要件出發，到各種特殊案例下中國法院之實務見解，期以此等具代表性之案例能概述中國收養法所遭遇到之問題。

（一）紀毛治訴紀亞琴房屋繼承糾紛案⁴⁵³

紀毛治與紀亞琴為同胞姐妹，其生父母紀經山、陳樹生有 2 男 2 女，長子紀天河、次子紀乃順於解放前去臺灣省謀生，一直下落不明；長女紀毛治自幼被他人收養，次女紀亞琴長期與母陳樹共同生活。1986 年 1 月陳樹去世，留下產權登記於其名下的座落於廈門市廈禾巷 4 層樓房一幢。該樓房 1、3、4 層原由國家改造，2 層由陳樹和紀亞琴居住；後來，被改造的 3、4 層樓房落實政策退還，由陳樹出租。紀毛治雖自幼被他人收養，但在成年後仍與生母保持來往，生活上多方給予關照。陳樹晚年在病中，紀毛治前往護理。陳樹死後，紀毛治提出繼承、分割陳樹遺產樓房，紀亞琴不同意，雙方發生糾紛。經親友和居民委員會調解，紀亞琴同意支付 6000 元補償紀毛治。後因紀亞琴翻悔，紀毛治即向廈門市開元區人民法院起訴。

開元區人民法院審理認為該樓房系被繼承人紀經山、陳樹的遺產，依照《中華人民共和國繼承法》第十條第二款的規定，應由其法定第一順序繼承人紀亞琴、紀天河、紀乃順共同繼承；紀天河、紀乃順去臺灣至今下落不明，其繼承份額應予保留。原告自幼送他人收養，並與養父母保持收養關係，依照《中華人民共和國婚姻法》第二十條第二款關於「養子女與生父母之間的權利和義務，因收

⁴⁵³ 《中華人民共和國最高人民法院公報》1988 年 4 期。

養關係的成立而消除」的規定，原告不能作為被繼承人的法定繼承人，因此也不能繼承被繼承人陳樹的遺產。但是鑒於原告長期對被繼承人陳樹給予生活上關照和經濟上扶助，依照繼承法第十四條關於「繼承人以外的對被繼承人扶養較多的人，可以分給他們適當的遺產」的規定，可以分給原告被繼承人陳樹的適當遺產。開元區人民法院判決由被告紀亞琴和去臺灣的紀天河、紀乃順共同繼承該房屋；被告紀亞琴應補償原告紀毛治人民幣 6000 元。判決後原告紀毛治不服，以被繼承人陳樹並沒有將她送人收養，而且對其盡了較多的義務，要求依法繼承陳樹的遺產為由，向廈門市中級人民法院提出上訴。廈門市中級人民法院根據上訴人對被繼承人生前扶養的情況，認為分給上訴人的遺產金額偏低，判決由被告紀亞琴和去臺灣的紀天河、紀乃順共同繼承該房屋，紀亞琴、紀天河、紀乃順共同補償紀毛治可適當分得房價款人民幣 8000 元。

本案的焦點在於原告被收養後是否仍然有權繼承其生父母的財產。根據繼承法相關規定，法定繼承的第一繼承人為配偶、子女和父母。在本案中尚無遺贈撫養協議和遺囑的前提下，適用法定繼承，被告以及紀天河、紀乃順均可作為第一順序繼承人擁有對該樓房的繼承權。原告自幼被他人收養，收養關係的存在導致了其與生父母之間的權利義務關係解除，因而此時原告不再是其生父母財產的法定繼承人。但由於原告在生活上給予了被繼承人較多照顧，按照《繼承法》規定，可以給予適當的遺產。

（二）王海泉、吳愛菊訴傅健芳、吳愛蓮收養訴訟案⁴⁵⁴

王海泉、吳愛菊夫婦結婚後，女方因患病失去生育能力。1979 年，吳愛菊夫婦與懷孕期間的吳愛蓮及其丈夫傅健芳達成口頭收養協議，並於 1980 年 6 月簽署民間收養書面契約，由二人收養吳愛蓮婚生男孩傅國輝；在傅國輝出生後，吳愛菊夫婦去當地公證處請求公正，因未達到收養子女的年齡而未予公證。1990 年 8 月，王海泉、吳愛菊夫婦發生糾紛，在離婚訴訟期間，二人曾分別找過吳愛蓮夫婦提出：如二人離婚，吳愛蓮夫婦可將被收養人傅國輝領回。1990 年 9 月 20 日，王海泉、吳愛菊在法院的主持下草簽了離婚協議書。傅健芳於 9 月 21 日晚去王海泉家，以帶傅國輝看亞運會開幕電視為由將其帶走，並給其辦了轉學手續安排在另外一所學校就讀。在 1990 年 9 月 21 日，吳愛菊以夫妻關係已和好為由，撤回離婚起訴，獲得允許。夫妻和好後，去接傅國輝，結果吳愛蓮夫婦不同意，多次交涉均無效，於是，吳愛菊夫婦訴至景德鎮市珠山區人民法院，要求維持收養關係。

珠山區人民法院認為：吳愛菊夫婦出於純正的收養目的，自被收養人出生起便一直在履行著收養人的撫養義務，雖因原告吳愛菊未達收養子女的法定年齡而未能辦理收養公證，但事實上的收養關係已經形成。根據最高人民法院《關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》中關於「親友、群眾公認，或有關組織證明確以養父母與養子女關係長期共同生活的，雖未辦理合法手續，也應按收養關係對待」的規定，其與被收養人傅國輝之間的收養關係成立。原告與被告之間就收養子女達成的協定有效。原告夫婦在離婚訴訟期間，曾向被告夫婦提過，如其離婚，即可解除原訂收養關係的協議，這是附條件的民事法律行為。但因所附條

⁴⁵⁴ 中國高級法官培訓中心、中國人民大學法學院編（1992），《中國審判案例要覽 1992 年綜合本》，中國人民大學出版社，頁 425-428。

件未成，根據《中華人民共和國民法通則》第 62 條的規定，該約定不發生效力。被告採用欺騙手段，擅自將被收養人領回，並在未征得原告同意的情況下立即為被收養人辦了轉學手續，轉入另一所學校就讀，引起收養糾紛，應對糾紛的發生負主要責任。鑒於被收養人已 11 歲，有一定的識別能力，且明確表示不願再隨養父母一道生活這一實際情況，已無繼續維持該收養關係之必要。於是，判決解除原告王海泉、吳愛菊與被收養人傅國輝之間的收養關係，被告傅健芳、吳愛蓮應一次性補償原告撫養被收養人傅國輝的生活費、教育費計 5000 元人民幣（判決生效後 3 個月內付清）。被告吳愛蓮夫婦不服原審判決，向景德鎮市中級人民法院提出上訴。二審法院認為一審判決正確，應予維持，但考慮到上訴人經濟收入的實際情況，判決傅健芳、吳愛蓮在 1991 年 12 月 31 日前付給王海泉、吳愛菊 500 元人民幣，餘款自 1992 年 1 月起，每月從傅健芳的工資中扣除 80 元付給吳愛蓮夫婦，直到扣清餘款止。

本案在收養糾紛案件中具有特殊性，原告所提出的訴訟請求是維持收養關係，在原告沒有任何過錯的前提下，卻判決解除收養關係，最主要的原因在於被收養人不願意與收養人共同生活。

（三）利光華、李少英訴利奕東解除收養關係糾紛案⁴⁵⁵

利光華與利奕東系伯侄關係。利光華、李少英夫婦婚後沒有生育子女，利奕東 8 歲時，父親去世，利光華夫婦收利奕東為養子，將其撫養成人，雙方以父子相稱。1980 年，利奕東不願與利光華夫婦共同生活，把財產拉回農村老家居住生活，不願盡贍養義務。後利光華利用離休時政府發給的 3000 元建造新房屋，利光華夫婦及利奕東先後搬進新屋居住。但利奕東對利光華夫婦並不照顧，雙方為住房和生活枝節問題經常發生爭吵。利光華夫婦於 1991 年 2 月 12 日向欽州市人民法院起訴，要求解除與利奕東的收養關係。

欽州市人民法院認為，原告於 1959 年收被告為養子，雖然未辦理收養登記手續，但原告將被告撫養長大雙方均以養父母子關係相稱，已構成了事實上的收養關係。雙方因家庭枝節問題發生爭吵，引起糾紛，雙方均有過錯；只要雙方克服各自過錯，做到晚輩尊重長輩，長輩撫愛晚輩，是可以搞好家庭關係並和睦相處的，原告利光華夫婦提出解除收養關係沒有充分理由，於是判決不予准予原告利光華、李少英與被告利奕東解除收養關係。一審判決後，利光華、李少英不服，以一審認定事實錯誤，利奕東不念養育之情，不盡贍養義務，經常對其辱罵、虐待、毆打，致使收養關係惡化已無法維持為由，向欽州地區中級人民法院提起上訴，要求解除與利奕東的收養關係。欽州地區中級人民法院認為，利光華、李少英夫婦對利奕東盡到了撫養義務，而不念利奕東養育之恩，不但沒有照顧利光華、李少英的晚年生活，反而經常辱罵、甚致毆打利奕東、李少英。為了保護老人的權益，使兩位老人能安度晚年，利光華、李少英要求解除與利奕東的收養關係，應予以支持，於是判決准予原告利光華、李少英與被告利奕東解除收養關係。

本案的實質是事實收養關係糾紛。當時中國大陸尚未制定《收養法》，僅是在《婚姻法》中對收養做了簡單的規定。最高人民法院 1984 年 8 月 30 號發佈的《關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 28 條規定：「親友、群眾公認，

⁴⁵⁵ 中國高級法官培訓中心、中國人民大學法學院編（1992），《中國審判案例要覽 1992 年綜合本》，中國人民大學出版社，頁 436-440。

或有關組織證明確以養父母與養子女關係長期共同生活的，雖未辦理合法手續，也應按收養關係對待。」據此，在本案中利光華、李少英與利奕東在客觀上已存在著收養事實。而准予解除收養關係與否，應以雙方關係惡化程度而確定。根據最高人民法院 1984 年 8 月 30 號發佈的《關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 31 條的規定：「養父母與其撫養成人的養子女關係惡化，再繼續共同生活對雙方的正常生活確實不利，一方堅決要求解除收養關係的，一般可准予解除。」本案中，利奕東經常辱罵、甚致毆打利奕東、李少英，雙方的收養關係確已惡化到無法維持的程度，所以可以判決解除雙方之間的收養關係。

（四）馮草等訴於鳳蓮不是被繼承人養女不能繼承遺產案⁴⁵⁶

馮草、馮韻、馮信系被繼承人蔡顯庭的親生子。蔡顯庭與妻子離異時，三人均已成年，並均獨立生活。1985 年，蔡顯庭認識了被告于鳳蓮（當時於 16 歲），因其單獨一人生活，于有時幫助蔡顯庭做一些雜事。此後不久，於鳳蓮進入蔡顯庭家，為蔡顯庭料理家務，照顧其的生活。1987 年，蔡顯庭提出收養於鳳蓮，於表示同意，兩人向有關單位提出辦理收養關係的申請。蔡顯庭所在單位經過審查，同意蔡顯庭、於鳳蓮辦理收養手續，但雙方未到公證處辦理公證。1988 年 3 月，蔡顯庭與於鳳蓮訂立了遺贈扶養協議。協議約定：從即日起，於鳳蓮的一切生活費用由蔡顯庭承擔；蔡顯庭的生活由於鳳蓮照顧；蔡顯庭一旦去世，其全部遺產贈送給於鳳蓮。該遺贈扶養協議經過了公證。1989 年，於鳳蓮以蔡顯庭的養女身份，向公安機關戶籍管理部門申請將其戶口遷至石河子市落在蔡顯庭的戶下，得到了准遷。同年初冬，蔡顯庭因患重病留下偏癱後遺症，生活不能自理，完全由於鳳蓮照顧，直至蔡顯庭於 1996 年 4 月去世。在蔡顯庭生前，三原告有時去其住處看望，並給予一定經濟的扶助；蔡顯庭病逝，其後事主要由三原告操辦。蔡顯庭的主要遺產有其於 1993 年 12 月以 6000 元出資在本單位取得 52% 產權的住宅樓房一套。馮草、馮韻、馮信三人與於鳳蓮為繼承該房產權而發生爭議，訴至石河子市人民法院。

石河子市人民法院認為，被告于鳳蓮在其將要成年時才進入被繼承人蔡顯庭家生活，不能認為他們之間已形成了事實上的收養關係。儘管他們申請建立收養關係，並且得到有關單位的同意辦理了收養手續，但最終沒有辦理公證，因此，也不能認為他們之間存在法律上的收養關係。儘管被告于鳳蓮不能以養女身份繼承蔡顯庭的遺產，但其與蔡顯庭訂立的遺贈扶養協議合法有效，其有權根據該協定接受蔡顯庭的全部遺產。三原告系被繼承人蔡顯庭的生子，根據中國大陸繼承法的規定，他們均屬第一順序的法定繼承人。但是，蔡顯庭在與於鳳蓮訂立的遺贈扶養協議中明確表示其死後所有遺產歸於鳳蓮，而遺贈扶養協議的效力又優於法定繼承，這樣，在於鳳蓮不放棄接受遺贈財產的情況下，三原告實際不能分得遺產。於是判決駁回原告馮草、馮韻、馮信的訴訟請求，被繼承人蔡顯庭遺留的房產歸被告于鳳蓮所有。於鳳蓮認為原審判決未確認其與被繼承人之間的收養關係，對此判決不服，向新疆生產建設兵團農八師中級人民法院提起上訴。二審法院原審判決認定事實清楚，處理正確，只是在闡述理由部分未確認於鳳蓮系蔡顯庭的養女，但並不影響本案實際處理的正確性，因此維持原判。

本案所涉及的收養關係和遺贈扶養協議都較為特殊。蔡顯庭和於鳳蓮自相互

⁴⁵⁶ 唐德華主編（2002），《人民法院民事案例實錄與解析精要叢書》，研究出版社，頁 219-227。

認識後就處於相互扶助、依賴的狀況之中，爲了明確相互之間的法律關係和權利義務內容，逐漸產生了收養事實和訂立了遺贈扶養協議。也正因爲如此，依法律規定的一般要件來衡量，在收養關係上收養人主體、收養條件等方面確實不符合要求，但是根據最高人民法院 1984 年 8 月 30 日《關於貫徹執行民事政策法律若干問題的意見》第 28 條的規定，也應按收養關係對待。在本案中，承認收養關係的成立，就意味著于鳳蓮作爲蔡顯庭的養女，是不符合「扶養人」的主體資格的，其所訂立的遺贈扶養協議因此就無效。二審法院一方面肯定於鳳蓮與蔡顯庭間的收養關係成立，認爲於鳳蓮是第一順序法定繼承人，另一方又肯定於鳳蓮與蔡顯庭訂立的遺贈扶養協議合法有效，認爲於鳳蓮有權作爲扶養人取得蔡顯庭的全部財產，這與中國大陸《繼承法》規定遺贈扶養協議的扶養人主體條件不相符合。

（五）王良輝請求依特別程式終止與收養人王善滿夫婦收養關係案⁴⁵⁷

王良輝，原名賴運順，出生於臺灣省彰化縣，6 歲時被人口販子從臺灣彰化縣拐賣到大陸，由原福建省晉江縣石獅鎮王善滿夫婦買下作養子。待王善滿夫婦去世，獲知其身世，欲攜子女回台定居，而臺灣當局要求申請人須持有由人民法院裁定許可申請人終止與原養父母的收養關係的法律文書，方可准其尚在大陸的長女等其他直系血親入台定居。王良輝遂於 1996 年請求石獅市人民法院依照特別程式裁定宣告終止客觀上形成的收養關係。

石獅市人民法院認爲，因收養人王善滿、蔡殊治夫婦先後于 1973 年 9 月 9 日與 1976 年 8 月 1 日去世，收養人王善滿、蔡殊治與被收養人王良輝之間收養關係也即消失，不再發生解除、終止的問題，於是裁定本案終結訴訟。

在本案中，王良輝在解放前因被人拐賣而與收養人形成的收養關係，儘管在客觀上具有收養關係的一般特徵，但實質上形成收留與被收留的關係，這種收養行爲從一開始就沒有法律效力，故申請人的申請應受法律保障。但由於收養人已經死亡，收養人與被收養人之間的收養關係也自然消失，所以不再發生解除、終止收養關係的問題。

（六）王錦懷訴葛紅霞解除收養關係後經濟幫助案⁴⁵⁸

王錦懷與妻子高水蘭婚後未有生育。1961 年，王錦懷夫婦收養了未滿周歲的葛宏霞，並將其撫育成人。1982 年，葛宏霞結婚。1983 年，葛宏霞因家庭瑣事與王錦懷夫婦產生矛盾，王錦懷夫婦遂提起訴訟，要求與葛宏霞解除收養關係。經法院調解，雙方於 1983 年解除了收養關係，當時未言及經濟幫助問題。1996 年，高水蘭病故。一年後，王錦懷因多種疾病纏身，喪失了勞動能力和生活來源，遂又起訴至江蘇省通州市人民法院，要求葛宏霞給予經濟幫助。

通州市人民法院認爲，原告王錦懷與被告葛宏霞自 1961 年至 1983 年間形成收養關係屬實，但 1983 年經法院調解，雙方已解除了收養關係。收養關係解除後，雙方的權利義務關係即行解除。王錦懷在與葛宏霞解除收養關係十多年以後

⁴⁵⁷ 中國高級法官培訓中心、中國人民大學法學院編（1998），《中國審判案例要覽（1998 年民事審判案例卷）》，中國人民大學出版社，頁 528-540。

⁴⁵⁸ 中國高級法官培訓中心、中國人民大學法學院編（1999），《中國審判案例要覽（2000 年民事審判案例卷）》，中國人民大學出版社，頁 10-13。

仍要求葛宏霞給予經濟幫助，缺乏法律依據。於是依照《中華人民共和國收養法》第二十八條（指 1998 年 11 月 4 日修改前，修改後為第二十九條）之規定，判決駁回原告王錦懷的訴訟請求。宣判後，原告王錦懷不服，以原判駁回其訴訟請求適用法律錯誤為由，向南通市中級人民法院提起上訴。南通市中級人民法院認為，王錦懷在與葛宏霞解除收養關係時尚未缺乏勞動能力，仍能自食其力，依法不符合養子女給予經濟幫助的情形。但現在王錦懷年老多病，喪失了勞動能力，且孤身一人無其他經濟來源，其要求葛宏霞給付生活費，符合收養法第三十條規定的情形，對王錦懷請求的支持，符合法律的規定。於是改判葛宏霞從 1999 年 1 月 1 日起，每月給付王錦懷生活費 80 元，至王錦懷終年止。

本案一審與二審兩種截然不同判決的關鍵在於對收養法第三十條第一款規定有不同的理解。收養法第二十三條第一款、第二十九條作出了明確規定，由養父母撫養成人的養子女與養父母解除收養關係，養子女僅對解除收養關係時既缺乏勞動能力又缺乏生活來源的養父母負有給付生活費的義務。如果收養關係解除以後，養父母出現了既缺乏勞動能力又缺乏生活來源的情形，由養父母撫養成人的養子女仍有給付養父母生活費的義務，顯然與收養法第二十九條的規定相背離。而第三十條第一款則是對收養關係解除的效力的即特殊規定，特殊之處在於：收養關係解除時，養父母尚能自食其力，但如果出現了既缺乏勞動能力又缺乏生活來源的情形，則經養父母撫養的成年養子女，仍然負有給付養父母生活費的義務。二審法院即依此做出了判決。

四、未來趨勢

（一）現代收養立法的國際趨勢

在近現代收養立法發展的過程中，各國《收養法》體現了不同的民族性，存在的差異和衝突是客觀事實。但在收養法不斷修改完善的過程中，各國在某些方面呈現出趨同化趨勢。主要體現在：

1. 《收養法》中的國家監督主義色彩越來越明顯

國際社會對於收養的定性，過去存在兩種截然對立的態度和立場：一種是突出收養當事人的自主性，強調收養的契約性或私法性；一種是偏重收養的公法性質，要求公權力的介入。進入 20 世紀，國際收養法中強化國家監督主義的走勢日益明顯。⁴⁵⁹國家公權力介入收養日益增多，收養從自由放任主義走向國家監督主義。

世界大部分國家和地區都以司法程式為主，如臺灣地區⁴⁶⁰和澳門地區⁴⁶¹、法國⁴⁶²、德國⁴⁶³、義大利⁴⁶⁴、英國⁴⁶⁵國家。只有少數國家主張收養不需經過司法程

⁴⁵⁹ 蔣新苗、余國華（2001），〈國際收養法走勢的回顧與展望〉，《中國法學》，2001 年 1 期。

⁴⁶⁰ 參見《中華民國民法》第 1079 條。

⁴⁶¹ 參見《澳門民法典》第 1825 條。

⁴⁶² 參見《法國民法典》第 354—359 條。

⁴⁶³ 參見《德國民法典》第 1752 條。

⁴⁶⁴ 參見《義大利民法典》第 314 條。

⁴⁶⁵ 英國收養法自 1926 年制定以來，歷經多次修訂和補充，最終仍規定關於收養的成立由高等法院或郡法院或治安法院在接到收養人申請後進行審查，通過收養命令的頒發方可確定收養的成

式，它們要求由政府主管部門進行監督，採取行政監督的方式，例如瑞士⁴⁶⁶等國家。儘管各國法律規定對收養採用國家監督主義的方式不盡相同，國家監督的嚴格程度也不一樣，但是各國《收養法》逐漸摒棄當事人放任主義，接受和認同國家監督主義的傾向則是共同的發展方向。

2. 保護兒童利益的原則在各國《收養法》中表現得越來越突出

聯合國 1986 年的《關於兒童保護和兒童福利特別是國內和國際寄養與收養辦法的社會和法律原則宣言》第十三條規定：「收養的主要目的就是為得不到親生父母撫養或照料的兒童提供一個永久的家庭」；聯合國 1989 年的《兒童權利公約》第二十一條明確規定：「凡承認和（或）許可收養制度的國家就確保以兒童的最大利益為首要考慮……」「保護兒童利益」這種立法精神以不同的形式在現代各國收養法中得到了不同程度的體現和反映。

現代社會，不論是發達國家還是發展中國家，都意識到了依據「保護兒童最大利益的原則」進行收養立法和修訂原收養法的重要性。英國和法國在 1976 年修改收養法時就明確貫徹了保護兒童最大利益的立法精神，英國 2002 年 11 月 7 日通過的《收養和兒童法》，則更進一步突出了保護兒童最大利益的原則。⁴⁶⁷哥倫比亞 1989 年新頒行的《哥倫比亞未成年人保護法》就非常具有代表性，該法第 88 條明文規定：「收養是保護在國家監督下以不可撤銷的方式建立擬制親子關係的一項最基本的、最重要的措施，應以保護兒童利益為基礎。」⁴⁶⁸中國大陸修改後的《收養法》增加和補充了有關保護收養關係當事人，特別是收養人的合法權益的內容。⁴⁶⁹

3. 收養條件日漸寬鬆，完全收養在《收養法》中佔據越來越重要的地位⁴⁷⁰

在較早期的收養法中，收養的條件是非常嚴格的，現代收養立法的開端——《拿破崙法典》即是如此，它規定「收養，僅 50 歲以上男子或女子……且大於擬收養之人 15 歲，始得為之」⁴⁷¹，「收養的權利僅得對於在未成年的且至少在六年的期間內不斷給與援助和照顧的個人，或對於援救收養人生命或在戰鬥中或從水、火中救出收養人的個人行使之」⁴⁷²，「收養，在任何情形，不得於被收養人未成年時舉行」⁴⁷³。而法國現行民法對收養條件的規定則明顯趨於寬鬆，在收養人方面，第 343 條規定「未分居的夫妻結婚超過 2 年，或者雙方年齡超過 28 歲後，得要求收養子女」，由於法國民法對結婚年齡的規定為男 18 歲，女 15 歲，

立。參見陳葦主編（2005），《婚姻家庭繼承法學》，群眾出版社，頁 191。

⁴⁶⁶ 參見《瑞士民法典》第 268 條。

⁴⁶⁷ 蔣新苗（2005），《收養法比較研究》，北京大學出版社，頁 65。

⁴⁶⁸ 王治英（2009），《中國婚姻家庭法律制度熱點問題研究》，中國海洋大學出版社，頁 341。

⁴⁶⁹ 新《收養法》在第二條中增加了「收養應當有利於被收養的未成年人的撫養、成長，保障被收養人和收養人的合法權益，遵循平等自願的原則並不得違背社會公德」，收養人收養子女應「未患有在醫學上認為不應當收養子女的疾病」等內容，充分體現了收養應當保護未成年人的利益

⁴⁷⁰ 完全收養是指收養成立後，在確立被收養人與收養人子女關係的同時，完全解除被收養人與其生父母間一切權利義務關係的收養形式。不完全收養則是在確立被收養人與收養人子女關係時，仍然保留被收養人與其生父母間一定權利義務關係的收養形式。

⁴⁷¹ 《法國民法典》第 343 條。

⁴⁷² 《法國民法典》第 345 條。

⁴⁷³ 《法國民法典》第 346 條。

因此，夫妻收養的限制實際是大大降低了。這一趨勢在其他國家的立法中也得以彰顯。如德國民法 1961 年也刪除了收養人與被收養人間的年齡差距限制；日本民法第 792 條規定，除了在特別養子情況下，只要是成年人，不問年齡、婚否、是否有婚生子女都可收養子女，甚至是根據婚姻成年的未成年人亦可收養子女等⁴⁷⁴。

從收養的效果來看，現代收養立法的另一趨勢是對完全收養的普遍推行。國際社會的收養立法與司法實踐中最先僅存在不完全收養，如《法國民法典》、《西班牙民法典》等；隨後，普通法系國家在立法中選擇了完全收養占主導地位的模式。隨著社會的發展，法國意識到「完全收養」的重要性，於 1939 年將其納入立法中，歐洲其他一些大陸法系國家也競相效仿，完全收養越來越受到各國立法的重視⁴⁷⁵。現代國際社會的收養立法呈現出以完全收養為主的趨同化趨勢，在歐洲、美洲和大洋洲各國收養法的調整和修訂過程中均有所體現，另外，在少數非洲國家和一些亞洲國家的收養立法中也有所反映⁴⁷⁶。

4. 「試養期」制度越來越普及

爲了保護兒童利益，現代國家的《收養法》一般規定了試養期，通常爲六個月到一年。《法國民法典》第 345 條規定的試養期爲 6 個月，即 15 歲以下的兒童須在收養人一方或雙方家庭中收容至少 6 個月，才能被收養。但也有少數國家的法律規定爲兩年，如瑞士等⁴⁷⁷。英國、美國和少數拉丁美洲國家則明確將收養分成兩個階段：第一階段，由法院決定兒童是否適合於收養；第二階段便是試養期或收養磨合期，兒童與預期養父母共同生活一段時間後才正式成立收養關係⁴⁷⁸。

（二）中國大陸《收養法》未來的發展

1. 適當放寬收養條件

如果對收養條件限制過嚴，不利於收養關係的建立，一方面有撫養能力又願意收養兒童的人難以收養，另一方面本該被收養的人無法被合法收養；而收養條件過寬，則會引發收養關係的混亂，不利於兒童利益的保護。收養條件寬嚴適中，既可鼓勵收養關係的建立，又可避免違法收養。相對而言，中國大陸現行收養法對收養的條件限制較爲嚴格，在被收養人、收養人的條件等方面都可以適當放寬，如將一般收養的被收養人年齡放寬、收養成年人的條件放寬等。

2. 建立試養期制度

中國大陸現行《收養法》規定的收養登記的審查時限過短，不足以全面瞭解未成年養子女是否適應在養親家庭中生活。另外，根據《收養法》第 26 條規定，如果收養人在收養之後，感到與未成年被收養人無法長期相處而送養人一方又不願與之解除收養關係，則收養人似乎只能通過實施虐待、遺棄等侵害未成年養子

⁴⁷⁴ 陳葦主編（2005），《婚姻家庭繼承法學》，群眾出版社，頁 192。

⁴⁷⁵ 關於不完全收養與完全收養在近現代立法中的發展狀況，參見蔣新苗（2005），《收養法比較研究》，北京大學出版社，頁 63-64。

⁴⁷⁶ 蔣新苗、余國華（2001），〈國際收養法走勢的回顧與展望〉，《中國法學》，2001 年 1 期。

⁴⁷⁷ 參見《瑞士民法典》第 264 條。

⁴⁷⁸ 蔣新苗、余國華（2001），〈國際收養法走勢的回顧與展望〉，《中國法學》，2001 年 1 期。

女合法權益行為來實現解除收養關係的目的。這顯然是與中國大陸收養法的目的相違背。在中國大陸為避免盲目收養，加強收養人與被收養人的相互瞭解與心靈契合，使被收養人更好地融入收養家庭，促進收養關係的穩定，可以在《收養法》中設立試養期制度。該期間可以設定為3個月或6個月。在此期間內，收養人和被收養人應連續性地共同生活；收養登記機關考察收養人是否認真履行了撫養義務，收養是否有利於養子女的健康成長。待「試養期」屆滿，如果收養人不改初衷，登記機關可根據考察情況決定是否予以登記。

參、繼承法

一、立法沿革

(一) 中華人民共和國成立之前

戰國之前，古代中國通行「兄終弟及」的繼承原則。戰國之後，代之以「父終子及」，並輔之以「嫡庶有別」，漸次確立了嫡長子繼承的宗法制度。在法制史上，關於繼承的規定，主要見諸律例之戶婚律，有宗祧繼承及財產繼承兩種，其繼承均不以被繼承人死亡時為其開始。

晚清修訂法律館，曾制定《大清民律草案》，第五編為繼承。1925年完成之《國民律草案》，沿例設第五編繼承。1928年，重新擬訂親屬法與繼承法草案，但也未見諸施行。1930年通過民法·繼承編，自1936年5月5日起施行。民國繼承法的特色有：一是廢除宗祧繼承，實行財產繼承制；二是確定了男女平等原則，確認婦女有同等的繼承權，配偶有相互繼承遺產的權利；三是原則上採取法定繼承，規定特留份以限制遺囑處分的自由；四是限定繼承，廢除了「父債子還」的習俗。⁴⁷⁹

(二) 中華人民共和國成立之後

1949年之後，中國大陸徹底廢除了「舊法統」，之前存在于1929年中華民國民法典中的繼承法編也隨之廢除。繼承事務依據的制度，主要是習俗和一些民事政策以及檔中對繼承的規定。例如「1943年6月15日晉察冀邊區行政委員會公佈了《關於對女子財產繼承權執行問題的決定》。該規定共六條，主要對子女的財產繼承權作出規定，強調女子不論已嫁未嫁均有繼承其父母遺產的權利，有繼承權的寡婦得攜帶她應繼承份內之財改嫁。」⁴⁸⁰此外，新中國成立後頒佈的第一部法律《中華人民共和國婚姻法》（1950年）也有部分繼承的規定，如該法第12條規定：「夫妻有相互繼承遺產的權利。」第14條規定：「父母子女有相互繼承遺產的權利。」這些規定雖然簡單，但是卻從法律的角度第一次對繼承的基本制度作出規定，而且這些規定體現了男女平等等新時代繼承制度特色，具有十分重要的意義。中國大陸1954年憲法也對私有財產繼承權作出了明確規定，該法第12條規定「國家依照法律保護公民的私有財產的繼承權。」從國家根本法的角度，確定了繼承法的基本依據。這些立法都是零散、不完整的，為了系統完整的編撰繼承法，中國大陸從1955年開始經歷了繼承法立法史上的「四起四落」：

⁴⁷⁹ 史尚寬（2000），《繼承法論》中國政法大學出版社，頁18-21。

⁴⁸⁰ 郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》法律出版社，頁31。

第一次從 1955 年開始至 1958 年結束。1954 年中國大陸第一部憲法制定後，全國人大常委會即著手制定民法典，這部法律沿用了大陸法系一些既有的概念，包括總則、所有權、債法總則和債法分則，共分四編⁴⁸¹。加上之前的婚姻法（1950 年）和後來的繼承法⁴⁸²，類似德國五編制的改編。事實上，它也類似未頒佈實施的大清民律草案和民國時期民法典的編制⁴⁸³。本次繼承法是作為民法典的一編先行單獨立法。隨著 1957 年開始的「反右傾」至 1958 年，繼承法的立法隨著民法典的立法一起中止。

第二次從 1962 年開始至 1964 年結束。1962 年，毛澤東主席提出：「沒有法律不行，刑法、民法一定要搞。不僅要制定法律，還要編案例。」根部毛主席的指示，全國人大常委會再次成立民法典起草小組。「此次起草的民法典草案，將繼承與親屬放在一編，組成『家庭財產關係』編。」⁴⁸⁴但很快，1964 年開始了「四清」運動⁴⁸⁵，民法典起草工作再次中止。

第三次從 1979 年開始至 1982 年結束。1978 年中共十一屆三中全會召開，會議提出：「為了保障人民民主、必須加強社會注意法制，使民主制度化、法制化，使這種制度和法律具有穩定性、連續性和極大的權威性，做到有法可依，有法必依，執法必嚴，違法必究。」鄧小平開始主政大陸，多次談到，「民主和法制，這兩個方面都應該加強」；「我們的民法還沒有，要制定。」⁴⁸⁶1980 年 8 月 15 日，全國人大常委會法制委員會民法起草小組就出臺了一個民法草案徵求意見稿。至 1982 年 5 月 1 日，陸續出臺了四個徵求意見稿草案文本。⁴⁸⁷在民法草案的第四稿中，繼承被命名為「財產繼承權」，設為民法典草案的第六編，共 28 個條文。由於民法典編撰任務太繁重，也因為當時中國大陸社會正處於改革開放初期，民法典的制定也由「批發」改為「零售」。繼承法的第三次編撰到此中止。

第四次從 1982 年至 1985 年結束。「1982 年 6 月全國人大法工委又組織了繼承法的第四次起草。此次起草工作，在民法草案（四稿）財產繼承編的基礎上，進一步研究修改擬出《中華人民共和國繼承法》。」⁴⁸⁸1984 年 8 月 30 日，在第四次全國民事審判工作會議上，最高人民法院作出了《關於貫徹執行民事政策若干問題的意見》⁴⁸⁹用 9 個條文對繼承問題做了較為詳細的規定，指導了當時的繼

⁴⁸¹ 各編及其歷次草案，參見何勤華、李秀清、陳頤編（2003），《新中國民法典草案總覽》（上卷、中卷），法律出版社。

⁴⁸² 何勤華、李秀清、陳頤編（2003），《新中國民法典草案總覽》（上卷、中卷），法律出版社，頁 450 以下。

⁴⁸³ 《大清民律草案》分總則、債權、物權、親屬、繼承五編，《民國民律草案》分總則、債編、物權、親屬、繼承五編。楊立新校（2002）：《大清民律草案民國民律草案》，吉林人民出版社，0 頁 1-10。

⁴⁸⁴ 郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，頁 33。

⁴⁸⁵ 也稱「破四舊」運動，即破除「舊思想」、「舊文化」、「舊風俗」和「舊習慣」等。

⁴⁸⁶ 鄧小平（1994），〈民法和法制兩手都不能削弱〉，《鄧小平文選》，2 卷，人民出版社，頁 189。

⁴⁸⁷ 何勤華、李秀清、陳頤編（2002），《新中國民法典草案總覽》（下卷），法律出版社，頁 371 以下。

⁴⁸⁸ 郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社，頁 33。

⁴⁸⁹ 《關於貫徹執行民事政策若干問題的意見》第 34 至第 52 條對繼承開始的時間、遺產的範圍、繼承權被放棄或被依法被剝奪的遺產的處理、有撫養關係的繼父母與繼子女互有遺產繼承權、有撫養關係的「過繼」子女與「過繼」父母互有繼承權、已形成撫養關係的喪偶兒媳與公婆、喪偶女婿與岳父母互有繼承權、法定繼承的順序、代位元繼承人的範圍及順序、同一順序的法定繼承人之間遺產分配的原則、酌分遺產人、遺囑的有效條件、「五保戶」遺產的處理、生存配偶繼承

承糾紛實踐，為中國大陸第一部《繼承法》的制定奠定了基礎。1985年全國人大六屆三次會議正式通過了《繼承法》，該法於1985年10月1日施行。該法分為總則、法定繼承、遺囑繼承和遺贈、遺產的處理、附則5章，共37條。該法施行之日到來之前，最高人民法院於1985年9月11日下發了《關於貫徹執行〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》，對審理繼承案件中具體適用繼承法的一些問題，提出了具體執行意見。儘管1985年《繼承法》還相當簡單，但《繼承法》的頒佈及施行，確立了中國大陸的基本繼承制度，也為第四次繼承法的制定畫上了一個圓滿的句號。

（三）繼承法的法典化運動——第五次繼承法的制定過程

1985年繼承法制定以後，填補了中國大陸在繼承法上的立法空白，學者對該法給予了很高的評價，認為「我國《繼承法》的制定堅持以馬克思主義關於繼承問題的基本思想為指導，以憲法為依據，以長期以來處理繼承問題的司法實踐經驗和繼承法草案為基礎，以我國社會主義的現實條件為出發點，因而是一部具有中國特色的社會主義繼承法。」⁴⁹⁰該法為中國大陸未來民法典的制定奠定了堅實的基礎，構建了繼承法的基本框架和基本制度。但是，「隨著我國社會主義市場經濟的培育與發展，社會經濟生活條件已發生相當大的變化，該法已日益顯現出它的不適應性。所以，早在制定民法典時，應將繼承法作為其中一個重要組成部分，作為獨立一編，並對其內容加以修改完善。」⁴⁹¹為推動繼承法的法典化，官方和民間都制定了《民法典繼承編草案》，全國人大常委會2002年12月12日對《中華人民共和國民法草案》進行了第一次審議，該民法草案作為新中國的第一部民法草案，它包括總則、物權法、合同法、人格權法、婚姻法、收養法、繼承法、侵權責任法、涉外民事關係的法律適用法等九編，約1200多條。此次，審議的草案中繼承法有五章：「總則、法定繼承、遺囑繼承和遺贈、遺產的處理、附則」，共35個條文，基本上將1985年的繼承法照搬照抄過來，沒有任何改變，有學者戲稱為「魯菜拼盤」。相比，官方的法典化進程，民間的法典化運動如火如荼，成績斐然。最早由郭明瑞、房紹坤、關濤三位教授合作擬定的《中國民法典繼承編專家建議稿草案》⁴⁹²2003年，梁慧星教授牽頭起草了《中國民法典草案建議稿》⁴⁹³（以下簡稱「梁氏稿」）將該建議稿草案納入其中作為最後一編「繼承編」，分「通則、法定繼承、遺囑處分、遺贈撫養協議、遺產的處理」五章，共90個條文。2004年，徐國棟教授牽頭起草的《綠色民法典》⁴⁹⁴（以下簡稱「徐氏稿」）在第一遍人身關係法下第四分編對繼承法作了規定，其下分「一般規定、遺囑繼承、法定繼承、以合同移轉繼承」四題，除法定繼承外，每題下面又規定

遺產後有帶產再婚的權利、對被繼承人債務的限定清償原則、轉繼承、剝奪繼承的法定事由等都作出了明確規定。參見1984年8月30日最高人民法院《關於貫徹執行民事政策若干問題的意見》中的「五、繼承問題」；又參見陳羣主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁351-352。

⁴⁹⁰ 郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社，頁34。

⁴⁹¹ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，頁902。

⁴⁹² 該草案作為民法典草案建議稿的組成部分，被納入梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社；該部分可參見郭明瑞、房紹坤、關濤（2003），《繼承法研究》，中國人民大學出版社。

⁴⁹³ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社。

⁴⁹⁴ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社。

數章⁴⁹⁵，共 539 個條文。2004 年 11 月，王利明教授牽頭起草的《中國民法典草案建議稿及說明》⁴⁹⁶（以下簡稱「王氏稿」）第四編規定了「繼承」，其下分「通則、法定繼承、遺囑、遺囑撫養協議、遺產的處理」五章，共 137 個條文；2004 年，何麗新、謝美山、熊良敏、劉新宇共同起草了《民法典草案繼承法編修改建議稿》⁴⁹⁷（以下簡稱「何氏稿」）；2006 年出版了張玉敏教授起草的《中國繼承法立法建議稿及立法理由》⁴⁹⁸（以下簡稱「張氏稿」）。此五個繼承法草案，從不同的視角，或繁或簡的對新時期中國大陸繼承法立法提出了建議，有三個建議稿還給出了比較充分的立法理由，為大陸未來民法典繼承編立法提供了有益的參考意見。

二、重要內容

（一）繼承法的立法模式

繼承法德立法模式，一為特別法模式，即對繼承制度進行單獨立法，如中國大陸 1985 年制定的《繼承法》，英國 1926 年的英國繼承法；另一種為制定法典模式，即將繼承法納入民法典的一編，因對繼承法的性質和地位認識不同，各國繼承法的法典化模式又有四種⁴⁹⁹：一種將繼承法納入物權法編的一部分，如荷蘭民法典、奧地利民法；二是將繼承法納入親屬法編的一部分，如普魯士民法；三是將繼承法納入取得財產的各種方式的一部分，如法國民法典；四是將繼承法作為民法典單獨一編，其中有的民法典是將繼承法編放在民法典的中間，如瑞士民法典（分為人格權法、親屬法、繼承法、物權法），大部分是將繼承法編放在民法典的最後部分，如德國民法典、日本民法典、韓國民法典、臺灣地區民法典。中國大陸繼承法目前屬於單獨立法模式，但是人大常委會 2002 年第一次審議的《中華人民共和國民法草案》將繼承法放在第七編作為民法典的組成部分，專家建議稿中，梁氏稿在第七編（也是最後一編）對繼承法作出規定，王氏稿在第四編（屬於中間位置）對繼承法作出了規定，徐氏稿在第一編人身關係法下的第四分編（也屬於中間位置）對繼承法作出了規定。

（二）繼承法的立法例。

⁴⁹⁵ 如第一題「一般規定」下又有八章：「繼承的依據、繼承能力、繼承能力的剝奪、代位繼承、轉繼承、遺產的構成、返還遺產請求權和繼承回轉、待繼承的遺產」；第二題「遺囑繼承」下有十五章：「一般規定、遺囑的實質有效要件、遺囑的形式和證明、遺囑的撤銷、遺囑的開啓、遺囑處分、強制性分配、施捨行為的扣減、剝奪繼承權、特留份請求權、繼承的開始、接受和拋棄、財產清單利益、遺囑執行人、信託遺囑執行人、遺產的分割」；第四題「以合同移轉遺產」下有兩章：「繼承合同、遺產買賣」。參見徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案·目錄》，社會科學文獻出版社，頁 9-12。

⁴⁹⁶ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社。

⁴⁹⁷ 何麗新、謝美山、熊良敏、劉新宇（2004），〈民法典草案繼承法編修改建議稿〉，柳經緯主編，《廈門大學法律評論》，第 7 輯，：廈門大學出版社。

⁴⁹⁸ 在此建議稿中，張玉敏教授提出了一些新穎的觀點：「在國民個人財富大量增加的條件下，繼承法的指導思想應當從死後撫養轉向死者財產的再分配。因此，父母應當後於子女作為第二順序繼承人，父母的晚年生活保障應當通過先取特權和贍養制度解決；配偶應當作為特殊繼承人，可以和任何順序的血親繼承人一起繼承；同時應當建立確保遺產首先用於清償死者摘取的有條件的限定繼承制度，為死者的債權人和繼承人提供平等保護；建立贈與沖算制度，以求遺產在繼承人內部公平分配；建立遺囑檢驗制度，確保遺囑的真實性和遺囑執行真正體現死者的遺願。」參見張玉敏（課題組負責人）（2006），《中國繼承法立法建議稿及立法理由》，人民出版社。

⁴⁹⁹ 參見史尚寬（2000），《繼承法論》，中國政法大學出版社，頁 17。

立法模式選定後，第一個需要考慮的問題就是立法例。

1. 大陸法系繼承法的立法體例。

《德國民法典》在最後一編第五編規定了繼承法，下設九章：第一章繼承順序、第二章繼承人的法律地位、第三章遺囑、第四章繼承合同、第五章特留份、第六章繼承不夠格、第七章繼承的拋棄、第八章繼承證書、第九章遺產買賣，共計 464 個條文，其特點是沒有「總則」規定。

《法國民法典》在第三卷取得財產的各種方式下的第一編規定了繼承法，在「取得各種財產的方式」的「總則」第一條（即《法國民法典》第 711 條）規定「財產所有權，因繼承、生前贈與或遺贈，以及因債的效力，取得與轉移。」可見《法國民法典》將繼承視為非常重要的一種取得財產權的方式。該法典繼承編共設六章：第一章繼承的開始與繼承人佔有遺產、第二章繼承應當具備的資格、第三章繼承的各種順序、第四章國民的權利、第五章遺產的接受與放棄、第六章遺產的分割與返還。此外，在「取得各種財產的方式」下第二編生前贈與及遺贈對遺贈繼承作了規定，下設九章，涉及遺囑繼承的章有：第一章一般規定、第二章以生前贈與或遺贈處分財產或接受生前贈與及遺贈處分的能力、第三章可以處分的財產部分及其扣減、第五章遺囑處分、第六章允許為贈與人或遺囑人的孫子女或其兄弟姐妹的子女的利益而進行的處分、第七章由直系血親進行的處分。可見，《法國民法典》在繼承立法方面比較凌亂，體系性和邏輯性較之《德國民法典》有很大差距。

《日本民法典》學習《德國民法典》，在最後一編第五編規定了繼承，下設八章：第一章總則、第二章繼承人、第三章繼承的效力、第四章繼承的承認及放棄、第五章財產的分離、第六章繼承人的不存在、第七章遺囑、第八章特留份，共計 863 條。其特點設有「總則」，對繼承開始的原因、繼承開始的處所、繼承恢復請求權、有關繼承財產的費用等一般性規則進行了規定。整體看，《日本民法典》總則的內容過於簡單，很多真正具有「公因式」性質的制度如繼承能力、繼承財產範圍等卻沒有進入總則中。

《瑞士民法典》第三編為繼承編，包括兩個部分：第一部分繼承人，包括法定繼承人、遺囑處分人；第二部分繼承，包括繼承的開始、繼承的效果、遺產的分割。

《義大利民法典》，第二編為繼承，下設五章：第一章繼承的一般原則、第二章法定繼承、第三章遺囑繼承、第四章遺產分割、第五章贈與，共 356 個條文。

《中國臺灣地區「民法典」》第五編為繼承編，下設三章：第一章遺產繼承人、第二章遺產之繼承（第一節效力、第二節限定之繼承、第三節遺產之分割、第四節繼承之放棄、第五節無人承認之繼承）、第三章遺囑（第一節通則、第二節方式、第三節效力、第四節執行、第五節撤回、第六節特留份）。

2. 中國大陸繼承法的立法體例

中國大陸目前的《繼承法》，仍然是 1985 年制定的繼承法，設有五章：第一章總則、第二章法定繼承、第三章遺囑繼承和遺贈、第四章遺產的處理、第五章附則，共 37 個條文。另外，中國大陸繼承法的淵源還包括《最高人民法院關於

適用〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》以及《中華人民共和國民法通則》、《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的解釋》、《中華人民共和國民事訴訟法》、《公正暫行條例》、《遺囑公正細則》中關於繼承的部分規定。2002年全國人大常委會審議的《中華人民共和國民法草案》中繼承法共五章：「總則、法定繼承、遺囑繼承和遺贈、遺產的處理、附則」，共35個條文，從體例到內容基本照抄照搬1985年制定的《繼承法》。此立法體系學習了《日本民法典》，設有總則，但是內容上比《日本民法典》要簡單很多。總體上，該體系的特點如下：「區分繼承的方式與繼承事務，集中體現為將法定繼承與遺囑繼承都會涉及的『遺產的處理』部分單列為一章，並使之居於繼承編結尾，體現其作為繼承制度最終環節的作用。」⁵⁰⁰

與官方公佈的繼承法編相比，民間專家建議稿的立法體系有各自的特點：

梁慧星教授牽頭起草了《中國民法典草案建議稿》⁵⁰¹將該建議稿草案納入其中作為最後一編「繼承編」，分「通則、法定繼承、遺囑處分、遺贈撫養協議、遺產的處理」五章，共90個條文。梁氏稿立法體例的特點：一是延續了1985年繼承法設立總則，並且擴充了總則的內容，以11個條文對「繼承的定義，繼承開始的時間，數人在同一事故中死亡後的推定，繼承開始的地點，法定繼承、遺囑繼承、遺贈、遺贈撫養協議間的效力，繼承能力，胎兒的繼承能力，繼承權的喪失，遺產的範圍，贈與的沖抵，繼承回復請求權」等作出了規定；二是在內容上將「遺贈」從繼承法中撤出；三是將遺贈撫養協議單獨設為一章，但是比較遺憾的是此章才短短的三個條文，即關於遺贈撫養協議的定義、遺贈撫養協議的形式，遺贈撫養協議的效力。

徐國棟教授牽頭起草的《綠色民法典》⁵⁰²在第一遍人身關係法下第四分編對繼承法作了規定，其下分「一般規定、遺囑繼承、法定繼承、以合同移轉繼承」四題，除法定繼承外，每題下面又規定數章⁵⁰³，共539個條文。徐氏稿立法體例的特點：一是也規定了相當於繼承編總則的「一般規定」，內容包括：「繼承的依據、繼承能力、繼承能力的剝奪、代位繼承、轉繼承、遺產的構成、遺產返還請求權和繼承回轉、待繼承的遺產」，就總則這一部分條文有51條之多；二是將遺贈繼承放在法定繼承之前，目的是突顯繼承法的私法性質和遺囑自由原則；三是將「以合同移轉遺產」單獨設為一章，並將繼承合同（將遺贈撫養協議作為繼承合同的一種加以規定）和遺產買賣納入其中，此立法例與《德國民法典》有相似之處。

王利明教授牽頭起草的《中國民法典草案建議稿及說明》⁵⁰⁴第四編規定了「繼

⁵⁰⁰ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁373。

⁵⁰¹ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社。

⁵⁰² 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社。

⁵⁰³ 如第一題「一般規定」下又有八章：「繼承的依據、繼承能力、繼承能力的剝奪、代位繼承、轉繼承、遺產的構成、返還遺產請求權和繼承回轉、待繼承的遺產」；第二題「遺囑繼承」下有十五章：「一般規定、遺囑的實質有效要件、遺囑的形式和證明、遺囑的撤銷、遺囑的開啓、遺囑處分、強制性分配、施捨行為的扣減、剝奪繼承權、特留份請求權、繼承的開始、接受和拋棄、財產清單利益、遺囑執行人、信託遺囑執行人、遺產的分割」；第四題「以合同移轉遺產」下有兩章：「繼承合同、遺產買賣」。參見徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案·目錄》，社會科學文獻出版社，頁9-12。

⁵⁰⁴ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社。

承」，其下分「通則、法定繼承、遺囑、遺囑撫養協議、遺產的處理」五章，共 137 個條文。王氏稿立法體例的特點：一是也設立了相當於繼承編總則的「通則」，內容包括「第一節繼承權、第二節遺產、第三節繼承的開始、第四節繼承的接受與放棄」，共計 34 個條文；二是如梁氏稿一樣在內容上將「遺贈」撤出；三是將遺贈撫養協議單獨作為一章，此做法同梁氏稿。

（三）繼承法的核心內容及其學術爭議

1. 總則中的核心內容及學術爭議

（1）繼承的定義

關於繼承的定義，大陸法系民法典一般都不定義，同時其含義也是多重的，在各國立法上，繼承的含義很不一致。「在法國，繼承僅指法定繼承，依遺囑受有財產者，為受遺贈人而非為繼承人。德國經歷了一個由法定繼承主義向任意繼承主義推移的過程。在現行德國法上，繼承的含義較廣，不但存在著遺囑繼承和法定繼承，還存在著繼承契約，並且依繼承契約，其繼承效力優於遺囑繼承和法定繼承。」⁵⁰⁵目前，中國大陸現行《繼承法》對繼承沒有定義，不過專家建議稿大多給繼承下了定義：徐氏稿對繼承的定義為「繼承是自然人死亡後，由死者以遺囑指定的人或法律規定的親屬承受其遺產的法律程式。引起繼承的死亡包括自然死亡和宣告死亡。」⁵⁰⁶；梁氏稿關於繼承的定義為「本法所稱繼承，是指自然人死亡時其法律規定範圍內的親屬按照死者生前所立的合法有效的遺囑或者法律規定取得死者所遺留的個人合法財產。」；王氏稿關於繼承的定義為「本法所稱的繼承，指按照法律規定或者遺囑指定將自然人死亡時遺留下的個人合法財產轉移給其親屬承受的法律制度。」⁵⁰⁷從三個建議的定義看，所指的繼承均包括了法定繼承和遺囑繼承，但是徐氏稿關於「繼承」的定義與其草案關於繼承法的內容規定不一致，因為在第四分編下的第四題還規定了「以合同移轉遺產」的繼承方式，顯然其關於繼承的定義沒有將此種契約繼承的方式涵蓋進去。中國大陸未來民法典如果要將契約（合同）繼承納入繼承法之中，有必要在繼承的定義上有反映。

（2）繼承能力

繼承能力，是指能夠享有繼承權的法律資格，也是成為繼承人的能力。判斷繼承能力要堅持「同時存在」原則，即「指繼承人應于繼承開始時存在」⁵⁰⁸。那麼一般來說，要具備繼承能力需要以繼承開始時已經出生，那麼這樣顯然不利於胎兒利益的保護，也與繼承法的立法目的相悖，所以各國或地區都在繼承法上對胎兒的繼承權予以特別保護。在立法例上有兩種，一種是一般保護主義，即在立法上直接規定胎兒具有繼承權；第二種是個別保護主義，即只有當胎兒出生為活體時才享有繼承權。中國大陸《繼承法》第 28 條規定：「遺產分割時，應當保留胎兒的繼承份額。胎兒出生時是死體的，保留的份額按照法定繼承辦理。」1985 年 9 月最高人民法院頒發的《關於貫徹執行〈中華人民共和國繼承法〉若干問題

⁵⁰⁵ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 136。

⁵⁰⁶ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案•目錄》，社會科學文獻出版社，頁 223。

⁵⁰⁷ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 79。

⁵⁰⁸ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 909。

的意見》第 45 條規定：「應當為胎兒保留的遺產份額沒有保留的，應從繼承人所繼承的遺產中扣回。為胎兒保留的遺產份額，如胎兒出生後死亡的，由其繼承人繼承；如胎兒出生時就是死體的，由被繼承人的繼承人繼承。」從這兩個規定看，中國大陸顯然是採取個別保護立法例。專家建議稿中，徐氏稿對繼承能力的規定為「所有在繼承開始時已出生或已受孕的人，都有繼承能力。」徐氏稿採取的是一般保護主義；梁氏建議稿對胎兒的繼承能力的規定「被繼承人死亡前已受孕的胎兒，就繼承視為已出生。前款規定不適用胎兒出生時為死體的情形。」可見，梁氏稿，採取的是個別保護主義；王氏稿關於繼承能力的規定「繼承人須在繼承開始時具備民事權利能力，才能取得遺產。被繼承人死亡前已受孕的胎兒，就繼承視為出生。胎兒的母親或其他近親屬代理行使相關權利。胎兒出生時是死體的，保留的份額按照法定繼承處理。」可見，王氏稿採取何種立法例，有點模糊，關鍵在於如何理解「胎兒出生時是死體的，保留的份額按照法定繼承處理。」按照字面意思理解，有兩種解釋，一種是按照被繼承人死亡時的法定繼承（胎兒的被繼承人作為繼承人），另一種是按照胎兒死亡時的法定繼承（即胎兒作為繼承人）。按照前一種方式解釋，則為個別保護主義；按照第二種方式解釋，則為一般保護主義。

(3) 繼承權的喪失

繼承權的喪失，「也成繼承權的剝奪，是指繼承人因對被繼承人或其他繼承人犯罪或其他違法行為，依照法律取消其原來享有的繼承權。」⁵⁰⁹繼承權喪失可分為絕對喪失（終局喪失）和相對喪失。所謂相對喪失，是指繼承人由於某種被剝奪繼承權的事由，雖然依照法律規定喪失繼承權，但如果得到被繼承人的寬恕，則其繼承權可以恢復。中國大陸《繼承法》第 7 條：「繼承人有下列行為之一的，喪失繼承權：（一）故意殺害被繼承人的；（二）為爭奪遺產而殺害其他繼承人的；（三）遺棄被繼承人的，或者虐待被繼承人情節嚴重的；（四）偽造、篡改或者銷毀遺囑，情節嚴重的。」中國大陸《關於貫徹執行〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》第 13 條規定：「繼承人虐待被繼承人情節嚴重的，或者遺棄被繼承人的，如以後確有悔改表現，而且被虐待人、被遺棄人生前又表示寬恕，可不確認其喪失繼承權。」以上規定，對剝奪繼承權的情形作出了規定，並對可以寬恕的情形也作出了規定，但是這些規定至少存在以下問題：「首先，把繼承人有悔改表現與被繼承人生前表示寬恕，作為其恢復繼承權的並列條件，則有悖於被繼承人生前的意志。其次，規定的繼承權相對喪失範圍太窄，僅注重繼承人的行為的惡劣性，而未注重被繼承人的意願。」⁵¹⁰第三，對於「故意殺害被繼承人的」規定得太籠統，比如有一種觀點認為「故意殺害被繼承人的，若是繼承人因正當防衛而為或是不滿 10 周歲的未成年而為的，其不應喪失繼承權。」⁵¹¹；「對於故意傷害被繼承人的，應當以是否構成犯罪來衡量，建議將立法修改為：『故意殺害被繼承人而被判處刑罰的，喪失繼承權。』」⁵¹²；對於未成年的被繼承人故意殺害被繼承人的，有觀點認為，「雖然其喪失繼承權，但仍然享有接受撫養的權利，可以請求被繼承人撫養，被繼承人因他們致害而死亡後，可根據《繼承法》第 14 條規定，作為依靠被繼承人撫養的缺乏勞動能力又沒有生活來

⁵⁰⁹ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 916。

⁵¹⁰ 郭明瑞、張平平（2004），〈海峽兩岸繼承法比較研究〉，《當代法學》，2004 年 3 期。

⁵¹¹ 劉春茂主編（1990），《中國民法·財產繼承》，中國人民公安大學出版社，頁 139-149。

⁵¹² 陳葦、宋豫主編（2007），《中國大陸與港、澳、台繼承法比較研究》，群眾出版社，頁 188-189。

源的人請求取得一定遺產。」⁵¹³第四，很多學者認為應將「以欺詐、脅迫手段，迫使或者妨礙被繼承人設立、變更或者撤回遺囑」增為繼承權喪失的法定事由⁵¹⁴。第五，關於繼承權喪失是否為絕對喪失，有三種觀點：第一種觀點認為，「除了故意殺害被繼承人發生繼承權的絕對喪失，繼承人為爭奪遺產而預謀殺害其他繼承人，情節嚴重的，繼承人偽造、篡改、銷毀遺囑、情節嚴重的，遺棄被繼承人或虐待被繼承人、情節嚴重的，以欺詐或者脅迫手段使被繼承人所立遺囑不是期真實意志體現的等四種行為均為繼承權的相對喪失，只要被繼承人生前款蘇和確有悔改表現，就不應喪失繼承權。」⁵¹⁵第二種觀點認為，「除繼承人為爭奪遺產而預謀殺害其他繼承人發生繼承權的絕對喪失外，其他情形均為相對喪失繼承權。」⁵¹⁶第三種觀點認為，「對繼承權的喪失效力，應當全部都規定為相對喪失，以尊重被繼承人的意願。」⁵¹⁷

梁氏建議稿第 1841 條規定：「繼承人有下列行為之一的，喪失繼承權：（一）位爭奪遺產而殺害其他繼承人的；（二）故意殺害被繼承人的，但正當防衛除外；（三）遺棄被繼承人的，或虐待被繼承人情節嚴重的；（四）偽造、篡改或者銷毀遺囑，情節嚴重的；（五）以欺詐或者脅迫的手段，迫使或者妨礙被繼承人設立、變更或者撤銷遺囑，情節嚴重的。繼承人因前款第（二）、（三）、（四）、（五）種情形喪失繼承權，如經被繼承人寬恕的，可不確認其喪失繼承權。繼承權喪失的事由准用於受遺贈權的喪失」

王氏建議稿第 532 條規定：「繼承人有下列行為之一的，喪失繼承權：（一）故意殺害被繼承人的；（二）為爭奪遺產而殺害其他繼承人的；（三）遺棄被繼承人或者虐待被繼承人情節嚴重的；（四）偽造、篡改或者銷毀、隱匿遺囑的；（五）以欺詐或者脅迫的手段，迫使或者妨礙被繼承人設立、變更或者撤銷遺囑，情節嚴重的。繼承人因前款第（三）、（四）、（五）種情形喪失繼承權，如經過被繼承人寬恕的，可不確認其喪失繼承權。被繼承人知道繼承人前款（一）、（二）項外的喪失繼承資格事由，仍然在遺囑中指定其為繼承人或者對其為遺贈，視為寬恕。繼承權喪失的事由准用於受遺贈權的喪失。」第 533 條：「繼承人故意殺害被繼承人或者為爭奪遺產而殺害其他繼承人，無論既遂或未遂，均喪失繼承權。按前款規定喪失繼承權者，即使被繼承人寬恕其行為，也不得回復繼承權。」第 534 條規定：「繼承人喪失繼承權的，其效力溯及開始之時。」

徐氏稿繼承法第 18 條規定：「任何因下列罪行受判決的人都因不配喪失繼承資格：1、故意殺害被繼承人本人、其直系卑血親、直系尊血親或者配偶的；2、為爭奪遺產殺害其他繼承人的；3、遺棄被繼承人，或虐待被繼承人情節嚴重的；4、做出可能會導致上述人員之一被判死刑或 10 年以上徒刑的誣告或證明的。」徐氏稿關於「集成能力的剝奪」共用了 16 個條文進行規定，除 18 條規定了「因

⁵¹³ 周強（1992），〈論繼承權〉，《法學雜誌》，1992 年 2 期。

⁵¹⁴ 郭明瑞、房紹坤、關濤（2003），《繼承法研究》，中國人民公安大學出版社，頁 28；郭明瑞、房紹坤（2004），《繼承法》，法律出版社，頁 64；梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 142；張平華：《海峽兩岸繼承法比較研究》，載王利明（2004），《中國民法典基本理論問題研究》，人民法院出版社，頁 370。

⁵¹⁵ 郭明瑞、房紹坤、關濤（2003），《繼承法研究》，中國人民公安大學出版社版，頁 30。

⁵¹⁶ 宋豫（2006），〈完善我國繼承權喪失制度的若干思考〉，陳葦主編，《家事法研究》，群眾出版社，頁 53-55。

⁵¹⁷ 陳葦、宋豫主編（2007），：《中國大陸與港、澳、台繼承法比較研究》，群眾出版社，頁 190-191。

犯罪的不配外」，還規定了「隨後犯罪的例外、因見死不救產生的不配、因疏忽親屬職責造成的不配、因拒絕保護職務造成的不配、虛言造成的不配、因其他原因造成的不配、被繼承人的原諒、法院的消極性、不配的滌除、不配之訴的相對性、不配的非牽連性、返還孳息、父母的不配、不配對遺產債務人的影響、不配者的權利保留。」

(4) 繼承權的放棄

繼承權的放棄，是指繼承權人在繼承開始後到遺產處理以前對其享有的繼承資格拋棄的意思表示。目前中國大陸立法對繼承權的拋棄規定相當粗糙，對於繼承權放棄的概念、性質、方式、效力以及繼承權撤銷後的代位繼承等方面都沒有規定，留下很多的立法空白。

第一，關於繼承權放棄的概念，有學者提出了質疑，認為應使用「拒絕繼承」代替。理由是：「放棄的標的是已經享有的權利或利益，而拒絕的物件則是尚未確定的權利或利益，而繼承開始後繼承人所處的地位正是這樣一種不確定的地位，繼承人接受和拒絕的標的，是繼承權而不是遺產，換言之，繼承人接受繼承，是對因繼承開始取得的繼承權的承認和接受，繼承人拒絕繼承是對其因繼承開始取得的繼承權的拒絕，但在涉及某些具體問題時，人們往往在放棄遺產方面使用放棄的概念，而在接受遺產的意義方面使用接受繼承，這造成理論的混亂，所以，拒絕繼承的表述更為科學。」⁵¹⁸

第二，關於放棄繼承權的性質。學者們認識不一：一是認為「繼承權放棄見有財產行為和身份行為雙重屬性，而且財產行為色彩較為濃厚，這樣的話在特定條件下，不得由債權人代為行使、不得作為債權人撤銷的標的。」⁵¹⁹有學者建議，「在完善我國《繼承法》時，參酌其他國家或地區立法例，宜規定：『繼承人放棄繼承的，應當在知道繼承開始後兩個月內作出放棄繼承的意思表示；逾期末表示，視為接受繼承。』」⁵²⁰；二是認為，「繼承權放棄屬於單方的財產行為，同時不許代理，因法定代理人和被代理人一般為同一順序的繼承人，利益衝突較為明顯。」⁵²¹

第三，關於繼承權放棄的方式。中國大陸《繼承法》對是否可以部分放棄以及附條件放棄沒有作出規定，有學者認為，繼承權應當可以部分放棄，因為「這種部分放棄繼承權，對大家有利無害」⁵²²，同時，「由於我國《繼承法》採取限定繼承的原則，因而即使法律允許繼承人部分放棄繼承，也不會有損于其他繼承人和遺產債權人利益，因為該繼承人仍然在其遺產的範圍清償被繼承人的債務。」⁵²³也有表示反對的意見，認為「繼承權具有不可分性，只能全部接受或全部放棄，不允許部分放棄。」⁵²⁴關於是否允許附條件放棄，一是否定說，認為不能附條件。

⁵¹⁸ 張玉敏（1999），《繼承法制度研究》，法律出版社，頁 102；陳葦主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 491。

⁵¹⁹ 陳葦主編（2008），《家事法》（2007 年卷），群眾出版社，頁 380-394。

⁵²⁰ 郭明瑞、房紹坤、關濤（2003），《繼承法研究》，中國人民公安大學出版社，頁 44。

⁵²¹ 郭明瑞、房紹坤、關濤（2003），《繼承法研究》，中國人民公安大學出版社，頁 34。

⁵²² 劉春茂（1990），《中國民法·財產繼承》，中國人民公安大學出版，頁 182-183。

⁵²³ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 920。

⁵²⁴ 楊立新、朱呈義（2006），《繼承法專論》，高等教育出版社，頁 88。

⁵²⁵二是限制肯定說，認為「若被繼承人生前的債務是由於撫養或贍養放棄繼承權的繼承人或者是由於被放棄繼承權的繼承人對被繼承人不盡贍養或撫養義務而形成，就不宜使這種放棄繼承權的人免除繼承。」⁵²⁶

第四，關於繼承權放棄的撤銷。目前有兩種立法例。一是主張可以在法定的有效時期內撤銷。《德國民法典》第 1954 條規定：「(一) 遺產的接受或者拒絕可予以撤銷，只能在六個星期以內進行撤銷」；《法國民法典》第 790 條規定：「原已放棄繼承遺產的繼承人，只要其接受遺產的權利未因時效而消滅，如該遺產尚未被其他繼承人接受，仍有接受該遺產的權利；但是，不得因此損害第三人因完成時效或者依其與無人繼承的遺產的管理人有效訂立的契約而對該遺產已經取得的權利。」中國大陸過去的司法實踐，法院一般認為繼承人拋棄繼承後，不能反悔變更，但《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》第 50 條規定：「遺產處理前或在訴訟進行中，繼承人對放棄繼承翻悔的，由人民法院根據其提出的具體理由，決定是否承認。遺產處理後，繼承人對放棄繼承翻悔的，不予承認。」表明，學界和實務界都開始接受放棄繼承權的撤銷⁵²⁷；另一是主張不得撤銷。如日本、捷克等國民法採用此立法例。⁵²⁸在允許撤銷的主張下面，關於撤銷事由方面，有學者認為僅為欺詐和脅迫。⁵²⁹有學者認為除欺詐、脅迫外，在重大誤解時，也應允許撤銷。⁵³⁰

第五，關於繼承權放棄後的代位繼承問題。一種觀點認為，放棄繼承權人的子女直系晚輩血親不得代位繼承。⁵³¹另一種觀點認為，如果放棄繼承權的繼承人先于父母死亡，其子女仍有代位繼承權，因為引起代位繼承權的事由乃是繼承人先于父母死亡，而非他放棄繼承權。⁵³²

(6) 遺產的範圍

關於遺產的範圍，不是固定不變的，隨著時代的發展，繼承的範圍也在擴大。中國大陸《繼承法》第三條規定，「遺產是公民死亡時遺留的個人合法財產，包括：(一) 公民的收入；(二) 公民的房屋、儲蓄和生活用品；(三) 公民的林木、牲畜和家禽；(四) 公民的文物、圖書資料；(五) 法律允許公民所有的生產資料；(六) 公民的著作權、專利權中的財產權利；(七) 公民的其他合法財產。」學者研究遺產具有以下特徵：「一是時間上的特定性；二是內容上的財產性；三是

⁵²⁵ 李雙元、溫世揚(1998)，《比較民法》，武漢大學出版社，頁 974-980；陳葦、宋豫主編(2007)，《中國大陸與港、澳、台繼承法比較研究》，群眾出版社，頁 124。

⁵²⁶ 李由義、王作堂(1987)，《繼承法概論》，法律出版社，頁 42；姜貴盛(1990)，〈認定放棄繼承的幾個問題〉，《法學論壇》，1990 年 4 期。

⁵²⁷ 郭明瑞、房紹坤(1996)，《繼承法》，法律出版社，頁 83。

⁵²⁸ 《日本民法典》第 909 條第 1 項、《捷克民法典》第 467 條。

⁵²⁹ 郭明瑞、房紹坤(1996)，《繼承法》，法律出版社，頁 83；郭明瑞、房紹坤(2004)，《繼承法》，北京：法律出版社，頁 36；陳葦、宋豫主編(2007)，《中國大陸與港、澳、台繼承法比較研究》，群眾出版社，頁 131。

⁵³⁰ 張玉敏(1999)，《繼承法律制度研究》，法律出版社，頁 114。

⁵³¹ 丁士民、鄒廣海(1988)，〈放棄、喪失繼承權人的子女不得代位繼承〉，《法學》，1988 年 3 期；張玉敏(1999)，《繼承法律制度研究》，法律出版社 1999 年版，頁 104；李靜堂、李成文(1986)，《繼承法理論與實踐》，武漢大學出版社，頁 158；楊立新、朱呈義(2006)，《繼承法論》，高等教育出版社，頁 86。

⁵³² 沈慶中(1999)，《放棄、喪失繼承權的人可否代位繼承》，法律出版，頁 104。

範圍上的限定性；四是性質上的合法性。」⁵³³學者認為這種對遺產範圍採取列舉式的方法，「雖然有利於人們清晰地把握遺產的範圍，有利於法律實踐中的運作，但亦難免挂一漏萬。」⁵³⁴因此，宜採取「概況+一般列舉」或者「概況+排除式」方法對遺產的範圍作出規定。目前，能夠基本確定為遺產的除了《繼承法》第3條列舉的，還包括「個體工商戶的字型大小權、抵押權、質押權、留置權、典權、有價證券、債權債務、以及商標專用權、發現權、發明權、科技進權、合理化建議權等知識產權中的財產權，與被繼承人人身密不可分的人身權利、與人身有關的專屬性債權債務、國有資源的使用權、自留山、自留地、宅基地使用權均不能作為遺產」⁵³⁵目前學術界就以下幾個具體的財產能否成為繼承的對象有不同的主張：

第一，土地承包經營權可否成為遺產。《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》第4條規定：「承包人死亡時尚未取得承包收益的，可把死者生前對承包所投入的資金和所付出的勞動及其增值和孳息，由發包單位或者接續承包合同的人合理折價、補償，其價額作為遺產。」可見，土地承包收益可以作為遺產繼承，但土地承包經營是否可以繼承，仍然存在疑問。中國大陸《農業法》第13條第4款規定：「承包人在承包期內死亡的，該承包人的繼承人可以繼續承包。」此規定對在承包期內的土地承包經營權確認可以繼承。目前，學界對土地承包經營權是否可以繼承，仍然存在爭議，一些學者認為土地承包經營權不能作為遺產繼承⁵³⁶，一些學者認為中國大陸《物權法》已經將土地承包經營權確認為物權，並且規定可以通過轉包、出租、互換、轉讓、入股等形式流轉，同時「從維護承包合同的嚴肅性和發揮農地的效用出發，應認為無論是林地還是其他農地的承包經營權均可成為繼承權的客體。」⁵³⁷

第二，關於死者的保險賠償金、補償金、賠償金等。學術界對此問題有三種觀點：第一種觀點認為「因自然人死亡獲得的保險賠償金、補償金、賠償金等，可以成為繼承權的客體，法律另有規定的除外。」⁵³⁸；第二種觀點認為「雖然損害賠償金作為遺產可以由其繼承人予以繼承，但損害賠償中具有專屬於特定人的

⁵³³ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁146-147。

⁵³⁴ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2版，頁911。

⁵³⁵ 陳羣主編（2010），《改革開放三十年（1978~2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，北京：中國政法大學出版社，頁502；佟柔主編（1986），《繼承法教程》，法律出版社，頁51-58；郭明瑞、房紹坤（2004），《繼承法》，法律出版社，頁87-89；劉春茂主編（1990），《中國民法•財產繼承》，中國人民公安大學出版，93-107。

⁵³⁶ 郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社，頁91-97；劉春茂主編（1990），《中國民法•財產繼承》，中國人民公安大學出版社，頁93-97。

⁵³⁷ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2版，頁914；郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社，頁11-12；楊立新、朱呈義（2006），《繼承法專論》，高等教育出版社，頁55。

⁵³⁸ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁80；佟柔教授認為，「補償金、賠償金等費用並不是對死者的經濟補償，而是對死者特定家屬所給予的精神安慰和物質幫助，應當由受撫恤的物件本人直接承受，而不能作為死者留下的遺產通過繼承程式處理」，參見佟柔主編（1986），《繼承法教程》，法律出版社，頁58。梁氏稿認為，「遺產包括自然人因其死亡而獲得的未指定受益人的保險金、補償金、賠償金以及其他基於該自然人生前行為而獲得的財產利益。」參見梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁146。

具有救濟性質的部分不得作為遺產，如被撫養人的生活費賠償部分。」⁵³⁹第三種觀點認為，「因被繼承人的死亡應償付給其親屬或配偶的撫恤金和賠償金，不構成遺產。」⁵⁴⁰

第三，關於被繼承人的遺體、骨灰。目前存在兩種觀點，一種觀點認為，原則上可以成為遺產，但是「繼承人不得採取違反善良風俗或違背死者生前合法願望處分被繼承人的死體、骨灰。」⁵⁴¹另一種觀點認為，「遺體不是財產所有權的標的，而是火花、埋葬、祭祀的標的，不屬於遺產。」⁵⁴²

第四，關於股權和合夥權益。學界存在六種觀點：第一種觀點認為，「股份有限公司具有資合性，故股權可以由繼承人繼承。而有限公司與合夥具有人合性，在有限公司的股東死亡後，其繼承人只有在其他股東同意等條件下才可以繼承股權；合夥人死亡的，合夥協議有約定或經全體合夥人同意的，合夥人的地位也可被繼承。」⁵⁴³第二種觀點認為，「被繼承人享有的股權和合夥權益中的財產權益可以繼承。繼承人可以按照以下方式繼承被繼承人在企業中的權益：（一）繼承人因繼承取得無記名股票或合夥權利憑證所表徵的股權或合夥人權利；（二）合夥協議或公司章程有約定的，按照約定繼承；（三）經全體企業成員同意，繼承人溯及繼承開始取得有限公司的股權或合夥人權利；繼承人也可以不成為股東或合夥人而繼承財產權益。」⁵⁴⁴第三種觀點主張對《公司法》第 76 條進行修改：「自然人股東死亡後，經其他半數股東同意，其合法繼承人可以繼承股東資格。未取得股東資格的繼承人可以向其他股東或是股東以外的人轉讓股權，轉讓所得價金作為死亡股東的遺產，由繼承人繼承。」⁵⁴⁵第四種觀點認為，「自然人股東死亡後，如果公司章程沒有相反的規定，其繼承人可以申請股東變更手續，法律應該規定公司辦理該變更手續的期間。如果公司未在該期限內辦理手續，則推定死亡自然人股東的繼承人取得股東資格；在死亡股東的繼承人完成取得股東資格的手續前，如果公司章程規定是否允許死亡股東的繼承人取得股東資格，應由股東會討論決定的，那麼死亡股東的繼承人有權參加此次股東會並對是否允許其取得股東資格表決。」⁵⁴⁶第五種觀點認為，「當股東死亡、死亡股東的繼承人為數人時，股東資格由數人共同繼承，該數名繼承人共同享有該股權，當繼承人分割該股權導致公司股東人數超過法定上限人數時，立法應借鑒德國有限公司法的做

⁵³⁹ 楊立新、朱呈義（2006），《繼承法專論》，高等教育出版社，頁 57。

⁵⁴⁰ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 228。

⁵⁴¹ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 80；郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社，頁 94；郭明瑞、房紹坤（2004），《繼承法》，法律出版社，頁 90。

⁵⁴² 楊立新、朱呈義（2006），《繼承法專論》，高等教育出版社，頁 57；陳葦主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 503。

⁵⁴³ 陳葦主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 503-504；郭明瑞、房紹坤（2004），《繼承法》，法律出版，頁 89。

⁵⁴⁴ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 80。

⁵⁴⁵ 張大海（2008），〈有限責任公司股權繼承法律問題研究——兼評我國《公司法》第 76 條〉，《法律適用》，2008 年 4 期；趙萬一、王蘭（2006），〈有限公司股權繼承法律問題研究〉，《華東政法學院學報》，2006 年 2 期；陳葦主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 504。

⁵⁴⁶ 樓建波（2007），〈論有限公司股東的股東繼承與股東資格繼承〉，《當代法學》，2007 年 5 期。

法，對股權分割繼承做出限制性規定。」⁵⁴⁷第六種觀點認為，「公司章程可以對股權自由繼承原則規定一些限制，包括對繼承人股權繼承權的限制與對分割所繼承股權的限制。」⁵⁴⁸

第五，被繼承人生前通過贈與等方式處分的財產的歸扣。目前中國大陸《繼承法》對此問題沒有規定。有學者認為，「在我國現實生活中，尤其是廣大農村，存在大量的生前特種贈與的做法，而且在繼承中也有歸扣的習慣，因此，為貫徹繼承權平等原則，維護共同繼承人之間的公平，我國未來民法典可借鑒法國、德國、日本等國和臺灣地區『民法』的做法，規定歸扣制度。」⁵⁴⁹梁氏稿和王氏稿均對歸扣制度作出了立法建議⁵⁵⁰。

(6) 法定繼承、遺囑繼承、遺贈、遺贈撫養協議間的效力

一般認為，繼承開始後，按照法定繼承辦理；有遺囑的，按照遺囑繼承或遺贈辦理；有遺贈撫養協議的，按照遺贈撫養協議辦理。

2. 遺囑繼承中和核心內容及學術爭議

遺囑繼承，是指「按照被繼承人所立合法有效遺囑繼承被繼承人遺產的繼承制度。」⁵⁵¹現在大陸法系民法典，一般都將遺囑繼承置於法定繼承之後，唯有《越南民法典》將遺囑繼承置於法定繼承之前，這體現了現在社會遺囑繼承地位的重要性，也符合法律適用時先考慮遺囑繼承再考慮法定繼承的順序。實際上羅馬十二表法也是先規定遺囑繼承後規定法定繼承的。目前，中國大陸幾個專家建議稿，有徐氏稿是按照這種順序排列的。隨著市場經濟的發展，和財產權制度的完善，遺囑繼承在中國大陸的作用越來大，學者對遺囑繼承子都的研究也日益深入，取得了不少有益成果。

(1) 遺囑的定義

中國大陸《繼承法》對遺囑沒有下定義。大陸法系民法典中有《義大利民法典》和《澳門民法典》對遺囑下了定義⁵⁵²，梁氏稿也對遺囑的定義作出規定：「遺

⁵⁴⁷ 王躍龍（2007），〈有限公司股權繼承之析〉，《政治與法律》，2007年6期。

⁵⁴⁸ 張彭（2007），〈論公司章程在有限責任公司股權繼承中的作用〉，《法律適用》，2007年1期。

⁵⁴⁹ 郭明瑞、張平平（2004），〈海峽兩岸繼承法比較〉，《當代法學》，2004年3期；郭明瑞等（2003），《繼承法研究》，：中國人民大學出版社，頁99。

⁵⁵⁰ 梁氏稿1843條規定：「繼承開始之前，繼承人因結婚、分居、營業以及其他事由而由被繼承人處獲得的贈與的財產應當列入遺產範圍，但被繼承人生前有相反意思表示的除外。前款規定的贈與數額在遺產分割時從該繼承人的應該繼份中扣除。贈與的具體數額應依贈與當時的價值計算。」參加梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁148。王氏稿542條規定：「繼承開始前，因結婚、分居、營業、超過通常標準的教育、職業培訓，已接受被繼承人贈與財產的繼承人，應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有財產中，為應繼遺產。但被繼承人於贈與時有反對意思表示者，不在此限。前款贈與價額，應於遺產分割時，由該繼承人應繼份中扣除。超過應繼份得贈與，除法律另有規定外，繼承人不必返還超過部分價額。贈與價額，依贈與時之價值算。」參見王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁80-81。

⁵⁵¹ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2版，頁941。

⁵⁵² 《義大利民法典》第587條規定：「遺囑是一個人對自己死亡時的全部或部分財產進行處分的、可以撤銷的檔。儘管遺囑未涉及任何財產性內容，但是以遺囑形式製作的文書中所包含的法律允許涉及的非財產性內容同樣有效。」參見費安玲等譯（2004），《義大利民法典》，中國政法大學

囑是自然人按照法律的規定處分自己的財產，安排與此有關的事物，並於死亡後發生效力的單方法律行為。」⁵⁵³徐氏稿也作出了規定：「遺囑是被繼承人全部或部分處分其財產並使該處分在其死後取得完全效果，同時保留在其生存時撤銷此等處分的權利的要式法律行為。」此外，徐氏稿還規定了准遺囑：「一切在贈與人或允諾人死亡時才產生完全和不可撤銷的效力的贈與或允諾，視為遺囑，也應按訂立遺囑的同樣手續做成，但夫妻之間的這種贈與或允諾除外，他們可以被撤銷，並且可以生前合同的形式做成。」⁵⁵⁴梁氏稿的定義借鑒了《義大利民法典》的定義，突出了遺囑是一種單方法律行為。相較于梁氏稿，徐氏稿則增加了對遺囑的撤銷全和遺囑形式的要式性兩個特徵。

(2) 遺囑自由原則

有學者認為，「對遺產的自由處分，乃私法自治的一種體現，但為保護法定繼承人的利益，遺產的處分應受特留份規定的限制。又『民法』對遺囑的方式，設有類型強制，以確保遺囑的真實及維護較于安全。」⁵⁵⁵還有學者認為，「我國現行繼承法不僅承認遺囑繼承和遺贈，而且是對遺囑自由限制最少的立法例，建議在未來繼承立法中規定特留份制度。」⁵⁵⁶徐氏稿已經採納了這種建議：「所有的人都可以以遺囑處分自己的全部或部分財產，但不得因此損害法律為特留份人保留的權利。」⁵⁵⁷

(3) 特留份

所謂特留份，是「指法律規定的遺囑人不得以遺囑取消的由特定的法定繼承人繼承的遺產份額，其實質是通過對特定的法定繼承人規定一定的應繼份來限制遺囑人的遺囑自由。」⁵⁵⁸目前學者對特留份的研究主要集中在特留份的定義、中國大陸規定特留份的必要性和可行性、特留份的特徵和條件、特留份的立法設計等方面，專家建議稿基本上都有特留份的立法建議。

第一，特留份的定義。徐氏稿繼承法第 285 條對特留份下了定義：「特留份是法律強行分配給被稱為特留份繼承人的特定人的死者財產的份額。」⁵⁵⁹梁氏稿第 1862 條規定：「遺囑人設立遺囑時，必須為特留份繼承人預留出法律規定的份額，並不得為特留份設定負擔。遺囑人違法法律規定對特留份所作的遺囑處分無效。在被繼承人死亡前，特留份繼承人放棄特留份的聲明無效。本法第一千八百

出版社，頁 150；《中國澳門地區民法典》第 2016 條規定：「1、遺囑行為系指一人為其全部或部分財產作出死因處分而作出之單方及可廢止之行為。2、就法律容許納入遺囑內之非財產性質之處分，如該等處分屬某一以遺囑方式作出之一部分，則屬有效，即使在該處分行為中並無任何具有財產性質之處分亦然。」參見梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 177。

⁵⁵³ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 176。

⁵⁵⁴ 徐國棟主編：《綠色民法典草案》，北京：社會科學文獻出版社 2004 年 5 月第 1 版，第 231 頁。

⁵⁵⁵ 王澤鑾（2004），《民法概要》，中國政法大學出版社，頁 676；

⁵⁵⁶ 郭明瑞、房紹坤、關濤（2003），《繼承法研究》，中國人民公安大學出版社，頁 111。

⁵⁵⁷ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 231。

⁵⁵⁸ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 179。

⁵⁵⁹ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 262。

四十七條規定的第一順序、第二順序法定繼承人爲特留份繼承人。」⁵⁶⁰

第二，特留份的份額確定。王氏稿第 585 條規定：「遺囑人設立遺囑時，必須爲下列法定繼承人預留本法規定的份額。第一順序法定繼承人的特留份爲其應繼份得二分之一；第二順序法定繼承人的特留份爲其應繼份額的三分之一；除本法有特別規定外，特留份權適用本法有關法定繼承的規定。」⁵⁶¹梁氏稿第 1863 條規定：「第一順序法定繼承人的特留份爲其應繼份得二分之一；第二順序法定繼承人的特留份爲其應繼份得三分之一。特留份的繼承順序准用法定繼承人的繼承順序。」⁵⁶²徐氏稿將特留份界定爲法律強行分配給被稱爲特留份繼承人的死者財產份額，將特留份繼承人第一順位繼承人，即配偶、子女或代其位的直系尊血親、父母，分別對配偶、子女、直系尊血親的繼承份額以 4 個條文進行了詳細規定。⁵⁶³

第三，特留份與中國大陸《繼承法》中的必留份。有學者認爲「我國《繼承法》中的必留份制度有明顯的局限性，在實踐中難以操作，而特留份制度則是世界各國繼承法的通行立法例，並具有兩大優點：其一，就權利主義而言，『特留份』的權利主體比『必留份』的權利主體更爲寬泛且具體明確；其二，就份額而言，制度明確規定了用於特定繼承的份額，有利於體現立法的目的。」⁵⁶⁴也有學者建議，仿效德國的立法例在將來的民法典繼承編中專設特留份一章。⁵⁶⁵

(4) 遺囑內容的合法性。

遺囑體現了遺囑人的意思自治，但是這種意思自治也需要受到一定的限制，如《義大利民法典》第 626 條規定：「遺囑表明促使遺囑人立遺囑的惟一動機是違法的，遺囑無效。」⁵⁶⁶梁氏稿第 1865 條也規定：「當事人設立遺囑，不得違法法律規定和善良風俗。」⁵⁶⁷

(5) 遺囑的形式

遺囑的形式，是指「記錄和傳遞遺囑內容的載體，是遺囑人處分其死後財產及與相關事務安排的意思表示的方式，具有要式性、法定性和法定範圍內的可選擇性等特點。」⁵⁶⁸「《繼承法》制定時，中國大陸民眾對遺囑方式尚不熟悉，故遺囑立法較爲簡單、原則。現在，這種簡單化、原則化的立法模式已經不能滿足

⁵⁶⁰ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行爲編•繼承編）》，法律出版社，頁 179。

⁵⁶¹ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 85-86。

⁵⁶² 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行爲編•繼承編）》，法律出版社，頁 181。

⁵⁶³ 《綠色民法典•繼承法》第 289、190、191、292、293 條。參見徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 262-263。

⁵⁶⁴ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行爲編•繼承編）》，法律出版社，頁 179；陳葦主編（2010），《改革開放三十年（1978~2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 503。

⁵⁶⁵ 陳葦、羅芳：《特留份制度的比較研究》，載《昆明理工大學學報》2008 年第 5 期。

⁵⁶⁶ 費安玲等譯（2004），《義大利民法典》，中國政法大學出版社，頁 160。

⁵⁶⁷ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行爲編•繼承編）》，法律出版社，頁 183。

⁵⁶⁸ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 945。

遺囑繼承日益普遍的趨勢。爲此，在保留傳統遺囑形式的基礎上，應對遺囑形式的要求進行細化，並且明確禁止共同遺囑以維持遺囑是單方行爲的特點。」⁵⁶⁹也有學者認爲，「應該規定共同遺囑等內容。」⁵⁷⁰

第一，關於口頭遺囑。王氏稿 602 條規定了口頭遺囑並作出了限制，「遺囑人在危機情況下，可以設立口頭遺囑。口頭遺囑應當由兩個以上的見證人在場見證，並由其中一人當場或事後書面記錄遺囑內容，見證人、記錄人簽名，注明設立口頭遺囑的年、月、日。危機情況解除兩周後，口頭遺囑無效。」此規定相比中國大陸《繼承法》17 條第 4 款「遺囑人在危急情況下，可以立口頭遺囑。口頭遺囑應當有兩個以上見證人在場見證。危急情況解除後，遺囑人能夠用書面或者錄音形式立遺囑的，所立的口頭遺囑無效。」增加了「兩周的實效期」，更爲科學合理。徐氏建議稿繼承法用了 10 個條文對口頭遺囑進行了詳細規定。⁵⁷¹梁氏稿 1872 條規定：「遺囑人在危急情況下，可以訂立口頭遺囑。遺囑人按前款規定設立遺囑的，應當在兩個以上見證人在場見證。遺囑人能夠以其他方式將其訂立遺囑的真實意思告知見證人的，見證人可以不出席現場。見證人應當及時將其見證的遺囑內容作成書面形式，注明遺囑設立的時間、簽名並在危急情況接觸後迅速交付繼承人、受遺贈人或其他利害關係人。危機情況解除後，遺囑人能夠用其他形式立遺囑的，自危急情況解除之日起兩周後所立的口頭遺囑無效。」⁵⁷²

第二，關於公證遺囑。學者普遍認爲應該對公證遺囑加以詳細規定，首先「公證遺囑必須由遺囑人親自申請辦理，不能委託他人辦理。」⁵⁷³其次，「辦理遺囑公證應當由兩個以上公證員參加，公證員辦理遺囑公證一檔遵守回避程式。」⁵⁷⁴再次，「遺囑人須在公證員面前以書面或者口頭形式表述遺囑的內容。遺囑人親筆書寫遺囑的，應在遺囑上簽名，並注明年、月、日；遺囑人口授遺囑的，由公證員作出記錄並向遺囑人宣讀，經確認無誤後，由在場的公證員和遺囑人簽字，並注明設立遺囑的年、月、日。公證員辦理公證遺囑應當對相關事項進行審查。審查的具體內容包括：遺囑人的遺囑能力、遺囑意思表示的真實性、遺囑形式的合法性以及按照公證規則應當審查的事項。」⁵⁷⁵還有學者要求「公證機關應該保守遺囑秘密。」⁵⁷⁶「如果遺囑人不能簽名或者簽名有困難的，遺囑人應當講明原

⁵⁶⁹ 王利明主編（2005），《中國民法典學者建議稿及立法理由：人格權編·婚姻家庭編·繼承編》，法律出版社，頁 455。

⁵⁷⁰ 何麗新、謝美山、熊良敏、劉新宇（2004），〈民法典草案繼承法編修改建議稿〉，柳經緯主編，《廈門大學法律評論》，第 7 輯，廈門大學出版社。

⁵⁷¹ 《綠色民法典·繼承法》第 104—113 條對口頭遺囑的形式、訂立程式、使用條件、內容、效力的臨時性、證人證明的內容、公證人的定奪、被轉化的書面遺囑的地位等做了詳細規定。參見徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 238-239。

⁵⁷² 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行爲編·繼承編）》，法律出版社，頁 192。

⁵⁷³ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行爲編·繼承編）》，法律出版社，187 頁；王氏稿也規定「公證遺囑，應當由遺囑人親自申請辦理」，參見王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 87。

⁵⁷⁴ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行爲編·繼承編）》，法律出版社，頁 187；王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 87；徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 235。

⁵⁷⁵ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行爲編·繼承編）》，法律出版社，頁 187。

⁵⁷⁶ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 87。

因。公證人應當在宣讀筆錄前將遺囑人不能簽名的原因記錄在遺囑中。在此等情形下，簽名可以按拇指印代替。」⁵⁷⁷

第三，關於錄音錄影遺囑。有學者認為，「應將錄用遺囑擴展為『錄音錄影遺囑』」⁵⁷⁸王氏稿第 601 條對錄音錄影遺囑作了規定：「錄音錄影遺囑應當由遺囑人主持製作，並應邀請兩個以上的見證人在場見證。遺囑人、見證人應當在錄音錄影資料中錄下姓名或者肖像，表明製作錄音、錄影遺囑的時間。見證人應保守遺囑秘密，可以應遺囑人請求為遺囑人保管代書遺囑。」⁵⁷⁹

第四，關於共同遺囑。共同遺囑，又稱合立遺囑，是指「兩個或兩個以上的遺囑人共同訂立的同一份遺囑。」⁵⁸⁰目前中國大陸《繼承法》沒有對共同遺囑作出規定，學者對於共同遺囑有否定說、肯定說和有限肯定說三種。⁵⁸¹中國大陸《遺囑公證細則》第 15 條規定：「兩個以上的遺囑申請人辦理共同遺囑公證的，公證處應當引導他們分別設立遺囑。遺囑人堅持申請辦理公證遺囑公證的，共同遺囑中應該明確遺囑變更、撤銷及生效的條件。」據此規定，中國大陸司法實踐已經承認了共同遺囑的效力。徐氏稿第 60 條規定：「遺囑原則上為一人的行為。兩人或更多的人在一個時間訂立的遺囑，不問是為訂立人的相互利益，還是為第三人的利益，都無效，夫妻之間共同遺囑除外。」⁵⁸²

(6) 遺囑的效力

第一，關於遺囑的生效時間。

梁氏稿 1883 條規定：「遺囑自遺囑人死亡時生效。遺囑附有生效條件的，自條件成就時起生效。」⁵⁸³也有學者認為，「遺囑附有生效條件的，其條件於遺囑人死亡後成就的，自條件成就時起生效。」⁵⁸⁴王氏稿還對附期限的遺囑作出規定：「遺囑附有停止條件或始期者，自條件或期限屆至時起生效。」⁵⁸⁵

第二，關於遺囑無效

中國大陸《繼承法》第 22 條規定：「無行為能力人或者限制行為能力人所立的遺囑無效。遺囑必須表示遺囑人的真實意思，受脅迫、欺騙所立的遺囑無效。偽造的遺囑無效。遺囑被篡改的，篡改的內容無效。」此規定「將受脅迫、欺騙所立的遺囑」定為無效過於嚴厲，而對於「代理設立的遺囑、偽造的遺囑、遺囑處分屬於國家、集體或者他人所有的財產的部分、違反法律規定特留份進行的處

⁵⁷⁷ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 236。

⁵⁷⁸ 何麗新、謝美山、熊良敏、劉新宇（2004），〈民法典草案繼承法編修改建議稿〉，柳經緯主編，《廈門大學法律評論》，第 7 輯，廈門大學出版社，頁 286；王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 87。

⁵⁷⁹ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 87。

⁵⁸⁰ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 955。

⁵⁸¹ 吳英姿（1996），〈論共同遺囑〉，《南京大學法律評論》，1996 年春季號，151 頁；劉春茂主編（1990），《中國民法•財產繼承》，中國人民公安大學出版社，頁 384-385。

⁵⁸² 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 236。

⁵⁸³ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 187。

⁵⁸⁴ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 951。

⁵⁸⁵ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，北京：中國法制出版社，頁 89。

分的部分」⁵⁸⁶等情況卻沒有納入無效的規定之中。梁氏稿建議將上述幾種情況納入無效的規定之中。

第三、關於遺囑的部分無效

有學者認為，遺囑的一部分無效不影響其他部分的效力。王氏稿第 626 條規定：「有下列情形之一的，遺囑部分無效：(一)被篡改的遺囑所涉及的部分；(二)處分了不屬於遺囑人所有的財產的遺囑；(三)符合本法規定的其情形。」第 627 條還規定了遺囑部分無效與全部無效的關係：「如遺囑部分無效，僅在可推定，如無此項無效的部分被繼承人即不會為其他部分時，其他部分始為無效。」⁵⁸⁷

第四，關於瑕疵遺囑的撤銷

梁氏稿 1885 條規定：「下列遺囑，繼承人、受遺贈人或其他利害關係人可以申請撤銷：(一)受脅迫、欺詐所立的遺囑；(二)遺囑不符合法律規定的形式要件。遺囑被撤銷的，溯及遺囑人死亡時起無效，尚未執行的，停止執行；已經執行的，應當返還被執行的遺產，不能返還的，受益人應折價補償。前款撤銷權自遺囑執行之日起經過五年即消滅。」⁵⁸⁸相較于梁氏稿規定，王氏稿撤銷的情形少了「遺囑不符合法律規定的形式要件」一項，同時可撤銷事由經過的時間也減少到 1 年。王氏稿對於「欠缺形式要件的遺囑」對申請撤銷人作出比較寬泛的規定：「自書遺囑因非親筆書寫或者未簽名無效。由公證人製作的遺囑因欠缺公證人本人製作的筆錄、遺囑人的聲明或者公證人、遺囑人的簽名而無效。對於欠缺其他形式要件的遺囑，可以根據任一利害關係人的請求撤銷。提起撤銷遺囑的訴權自遺囑執行之日起經過 1 年不行使而消滅。」⁵⁸⁹

(7) 遺囑的撤回

遺囑的撤回，有學者稱為「遺囑的撤銷」⁵⁹⁰，是指「遺囑人依法改變原先所立遺囑的部分或全部內容，使其部分或全部不發生效力。」⁵⁹¹梁氏稿 1881 條規定了明示撤回：「遺囑人得以任何一種法定遺囑形式撤銷其先前依其他法定形式所設立的遺囑。」1882 條規定了默示撤回：「遺囑人有下列行為之一的，視為其撤銷遺囑：(一)遺囑人立有數份遺囑，且內容相抵觸的，以最後的遺囑為準；(二)遺囑人生前的行為與遺囑的內容相抵觸的，遺囑就相抵觸的部分視為撤銷；(三)

⁵⁸⁶ 梁慧星主編(2004)，《中國民法典草案建議稿附理由(侵權行為編·繼承編)》，法律出版社，頁 210。

⁵⁸⁷ 王利明主編(2004)，《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 89。

⁵⁸⁸ 梁慧星主編(2004)，《中國民法典草案建議稿附理由(侵權行為編·繼承編)》，法律出版社，頁 211。

⁵⁸⁹ 王氏稿第 627 條規定：「遺囑人因脅迫、欺詐、錯誤所立的遺囑，繼承人、受遺贈人或其他利害關係人可以向人民法院申請撤銷遺囑。前款撤銷權自權利人知道或者應該知道可撤銷事由起經過一年即消滅。」參見王利明主編(2004)，《中國民法典草案建議稿及說明》中國法制出版社，頁 90。

⁵⁹⁰ 中國大陸繼承法《繼承法》第 12 條第 1 款規定：「遺囑人可以撤銷、變更自己所立的遺囑」。此處所謂的撤銷遺囑，是指在遺囑發生效力以前，為防止其效力發生，實質上為撤回。德國、瑞士、韓國等國民法都稱之為撤回，以與撤銷區別。參見馬俊駒、餘延滿(2005)，《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 957。

⁵⁹¹ 馬俊駒、餘延滿(2005)，《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 956。

遺囑人故意銷毀遺囑的，視為撤銷遺囑。」⁵⁹²王氏稿第 606 條對公證遺囑的優先效力作出了規定：「遺囑人立有數份形式不相同的遺囑，其內容相抵觸的，如果有公證遺囑的，以最後立的公證遺囑為準；沒有公證遺囑的，以最後所立的遺囑為準。」⁵⁹³徐氏稿第 144 條對撤銷行為的程式必須同於設立行為的程式作出了規定：「要式遺囑可通過要式遺囑或特別遺囑明示地撤銷其全部或一部分。特別遺囑撤銷一個遺囑的，如果做出此等撤銷的特別遺囑失效，原遺囑保持效力。」⁵⁹⁴

(8) 遺囑的執行

遺囑執行人，是指「根據遺囑人生前指定或者非法律的規定而使遺囑內容得以實現的個人或組織。」⁵⁹⁵有關遺囑執行人的條件、資格、地位、職權等，中國大陸繼承法均未作出明文規定。關於執行人的能力要件，梁氏稿和張氏稿均要求「遺囑執行人應當具備完全民事行為能力。」⁵⁹⁶徐氏稿 362 條還規定：「品行不端的人和長期在住所地外工作的人也不得擔任遺囑執行人。」⁵⁹⁷關於遺囑執行人的確定，梁氏稿 1887 條規定：「遺囑人可以在遺囑中指定遺囑執行人，也可以在遺囑中委託第三人指定遺囑執行人。遺囑人未指定遺囑執行人或者指定的遺囑執行人不能執行遺囑的，遺囑人的法定繼承人為遺囑執行人。既沒有遺囑指定的遺囑執行人也沒有法定繼承人能夠執行遺囑時，應由遺囑人生前所在單位或繼承開始地的居民委員會為遺囑執行人。」⁵⁹⁸關於遺囑執行人的接受與拒絕，梁氏稿 1888 條規定：「繼承人意外的人被指定為遺囑執行人的，有權決定是否擔任遺囑執行人；不願擔任遺囑執行人的，應當及時通知繼承人、受遺贈人或者其他利害關係人。」⁵⁹⁹「但以法定繼承人為遺囑執行人時，法定繼承人不得拒絕接受。」⁶⁰⁰有學者對被指定繼承人拒絕考慮的期間作出了規定，使得制度更具有合理性，張氏稿第 46 條規定：「繼承人或其他利害關係人，以催告遺囑執行人在合理期間內作出是否承諾就職的意思表示。遺囑執行人未作出表示的，視為拒絕。」⁶⁰¹還有學者就催告考慮的合理時間作出了規定，王氏稿第 634 條規定：「繼承人及利害關係人，可以定相當期間催告遺囑執行人或第三人於 14 日作出是否願意就職的答復。遺囑執行人於該期間內未給予繼承人等答復的，視為接受就職。」⁶⁰²關於職務的辭退，徐氏稿 373 條規定：「被指定者明示或默示地接受這一職務的，負履行它的義務，但受任任被法定事由免除其職責的情形除外。被指定者以合法

⁵⁹² 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 206-207。

⁵⁹³ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社 2004 年 11 月第 1 版，頁 90。

⁵⁹⁴ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 244。

⁵⁹⁵ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 959。

⁵⁹⁶ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 213；張玉敏（課題組負責人）（2006），《中國繼承法立法建議稿及立法理由》，人民出版社。

⁵⁹⁷ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 272。

⁵⁹⁸ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 213；王氏稿第 632 條有基本相同的規定，參見王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 90。

⁵⁹⁹ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 215。

⁶⁰⁰ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 90。

⁶⁰¹ 張玉敏（課題組負責人）（2006），《中國繼承法立法建議稿及立法理由》，人民出版社。

⁶⁰² 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 90。

事由辭退職務的，僅喪失酬報其服務以其分配的遺產份額。」⁶⁰³王氏稿 638 條第 2 款規定：「遺囑執行人有正當事由的，經遺囑繼承人、受遺贈人允許可以辭去其任務。」⁶⁰⁴關於遺囑執行的責任與義務。梁氏稿第 1891 條規定：「遺囑執行人執行遺囑時，應當按照法律的要求和遺囑人的遺願忠實地履行自己的職責。遺囑執行人因故意或重大過失而給繼承人、受遺贈人以及其他利害關係人造成損失時，應當承擔賠償責任。但遺囑執行人有償執行遺囑後，應對自己的一切過失所造成的損失承擔賠償責任。」⁶⁰⁵王氏稿對遺囑執行人的義務作出了規定：「遺囑執行人應執行下列義務：（一）清理遺產、製作財產目錄；（二）管理遺產；（三）按照遺囑內容將遺產最終轉移給遺囑繼承人和受贈人；（四）排除各種執行遺囑的妨礙。」⁶⁰⁶關於遺囑執行人的報酬，梁氏稿第 1873 條規定：「遺囑人可以在遺囑中對遺囑執行人指定報酬。遺囑人沒有作出上述指定的，遺囑執行人不得請求報酬。但繼承人或受遺贈人資源支付報酬的除外。」⁶⁰⁷

(9) 遺托制度

專家建議稿中兩個稿對遺托制度作了規定，王氏稿 620 條規定：「遺囑人可以在遺囑中指定接收遺產的繼承人完成某種事務。」⁶⁰⁸徐氏稿第 185 條至 192 條也對信託制度作了規定。第 185 條規定：「將某物分配給某人，使該人取得該物，但課加他將其部分運用於某一特定目的，例如完成某一工作或承受特定義務的，此種安排為負擔而非停止條件。」第 190 條規定：「如遺囑人未充分確定履行負擔的時間或特別形式，法院在盡可能尋求遺囑人的遺願，並對負責履行負擔的相續人保留至少分配物價值五分之一的利益的前提下確定此等事宜」。⁶⁰⁹遺囑負擔可以是公益也可以是私益，但不能違反公序良俗。⁶¹⁰

(10) 遺囑信託

遺托遺囑，是指「遺囑人通過遺囑的方式設立信託以處分身後遺產的制度。在英美法系，遺囑信託與生前信託統稱為明示信託。遺囑信託的特殊性在於其設立方式是遺囑而非委託人生前創設的合同或其他生前行為。在大陸法系，信託法中都明確規定遺囑為與合同相並列的信託設立方式。」⁶¹¹遺囑信託延伸了遺囑人的「手腳」，保障了遺囑人的意思自由，是克服繼承法局限性的有效工具。⁶¹²王

⁶⁰³ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 273。

⁶⁰⁴ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 91。

⁶⁰⁵ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 220；王氏稿第 637 條作出了基本相同的規定，參見王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 91。

⁶⁰⁶ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 91；徐氏稿第 379 條、380 條、381 條、382 條也對遺囑執行人的責任和義務作出了詳細規定，參見徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 274。

⁶⁰⁷ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 221-222；王氏稿第 639 條有相同規定，參見王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 91。

⁶⁰⁸ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 89。

⁶⁰⁹ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 273。

⁶¹⁰ 張玉敏（課題組負責人）（2006），《中國繼承立法建議稿及立法理由》，人民出版社，頁 105。

⁶¹¹ 梁慧星（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 202。

⁶¹² 張平華（2002），〈遺囑信託是克服繼承法缺陷的工具〉，《煙臺大學學報》（哲學社會科學版），

氏稿 623 條規定：「採取遺囑形式設立信託的，遺囑生效，信託成立。對於設立遺囑信託的信託財產，由信託人或受益人辦理信託登記，信託生效後的效力追溯及信託成立之時，由於受託人或受益人的過錯，而不能依法進行信託登記，由此對於第三人造成的損害，由受託人或受益人承擔賠償責任。」⁶¹³梁氏稿 1876 條則採取委託立法的方式對遺囑信託制度進行了規定：「遺囑人設立遺囑信託的，應當符合信託法的有關規定。」⁶¹⁴

(11) 遺贈

A. 遺贈的定義

中國大陸《繼承法》第 16 條第 3 款對遺贈作出了規定：「公民可以立遺囑將個人財產贈給國家、集體或者法定繼承人以外的人。有學者認為，「遺贈是不以血緣、親屬為限的捐贈行為。」⁶¹⁵關於遺贈的定義有不同表述，梁氏稿 1875 條規定：「遺囑中指定的受遺贈人只能是國家、集體、法人或者其他組織以及法定繼承人意外的第三人。受遺贈人須為遺贈生效時生存的人，但遺贈人死亡時已經受孕的胎兒可以作為受遺贈人。遺囑的公證人、見證人及配偶或其他直系血親不得作為受遺贈人。遺贈的財產須為遺產，且在遺贈人死亡時執行遺贈為可能和合法。遺贈的效力及於從物及自遺贈生效時起由遺贈物所生的孳息及代位物，但不影響遺贈生效時已經存在於遺贈標的上的權利。」⁶¹⁶王氏稿第 607 條也對遺贈下了定義：「遺贈，指遺囑人通過遺囑將財產贈與繼承人以外的人、組織或國家的行為。遺囑人通過遺囑將財產贈與繼承人的，視為對應繼份得指定。通過遺囑實施捐贈行為准用遺贈的規定。」⁶¹⁷徐氏稿繼承法第 200 條至 231 條對遺贈作了規定，並將遺贈視為「單一物的遺囑處分」⁶¹⁸

B. 遺贈的生效條件和法律效力

中國大陸《繼承法》第 25 條規定：「繼承開始後，繼承人放棄繼承的，應當在遺產處理前，作出放棄繼承的表示。沒有表示的，視為接受繼承。受遺贈人應當在知道受遺贈後兩個月內，作出接受或者放棄受遺贈的表示。到期沒有表示的，視為放棄受遺贈。」王氏稿第 608 條對於遺贈的無效作出了規定：「繼承開始前，受遺贈人死亡的，遺贈無效。附停止條件的遺贈在受遺贈人於條件成就前死亡時，亦與前款同。但是遺囑人於其遺囑中表示了另外意思時從其意思。」⁶¹⁹徐氏稿對以他人之物贈與的效力作出了規定：「以不得據為己有之物為遺贈，或以訂立遺囑時公共使用的國家或地方所有的物為遺贈，或以構成建築物的一部分、非經損害建築物不能分離之物為遺贈的，無效；此等原因在遺贈物被提交前消滅的，不在此限。以屬於敬拜神明之物為遺贈的，適用同一規定，但個人可將

2002 年 2 期。

⁶¹³ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 89。

⁶¹⁴ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 202。

⁶¹⁵ 齊珊（1985），〈遺贈淺析〉，《法學雜誌》，1985 年 6 期。

⁶¹⁶ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，199 頁。

⁶¹⁷ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 88。

⁶¹⁸ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版，251-255。

⁶¹⁹ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 88。

他對於該物享有、依教會法並非不得移轉的權利遺贈他人。」其 209 條對遺贈將來之物的效力作出了規定：「遺贈將來之物，只要該物最終存在，有效。」⁶²⁰

C. 候補遺贈

候補遺贈人，「是指遺囑人在遺贈中表示，如果受遺贈人拋棄遺贈、喪失受遺贈權或先於遺囑人死亡的，即由其繼受受遺贈人應取得的財產權益之人。」⁶²¹

《德國民法典》明文規定了該項制度⁶²²。中國大陸《繼承法》對此未作規定，但有學者認為，「只要遺贈人關於候補受遺贈人或次位受遺贈人的指定不違反我國法律和社會公共利益，就應當承認其效力。」⁶²³王氏稿 609 條對該制度作出了規定：「遺贈不發生效力或因放棄喪失其效力時，受遺贈人所應受的財產，按照法定繼承處理。但是，遺囑人於其遺囑中表示了另外意思的從其意思。」⁶²⁴

D. 受遺贈人的範圍

目前，中國大陸現行的《繼承法》規定的受遺贈人，只能是國家、集體或者法定繼承人以外的人。有學者認為，「從實際情況和其他國家的規定來看，雖然被繼承人可以向社會組織和法定繼承人以外的人為遺贈，但受遺贈人主要還是法定繼承範圍以內的人。」⁶²⁵因此，有必要擴展受遺贈人的範圍，將法定繼承人也納入其中。

E. 遺贈標的

有學者認為，「在遺贈標的的種類上，應當破除只能以自己享有所有權的財產為遺贈的觀念，應樹立凡能購給受遺贈人帶來財產利益者，均可作為遺贈標的的觀念。」⁶²⁶但目前專家建議稿中王氏稿對遺贈標的作出了相反的規定：「遺囑人死亡時遺贈標的不屬於遺產的，遺贈不發生效力。但是遺囑人另有意思表示者，從其意思。」⁶²⁷

F. 接受遺贈

中國大陸《繼承法》第 25 條第 2 款規定：「受遺贈人應當在知道受遺贈後兩個月內，作出接受或者放棄受遺贈的表示。到期沒有表示的，視為放棄受遺贈。」有學者認為，「接受遺贈是接受一種財產權益，與接受繼承是接受一種包含財產義務的遺產不同。按照民法的基本理念，對於財產權益，權利人沒有表示放棄，應當視為接受，而不是相反。從保護受遺贈人的利益出發，應當採取與現行《繼承法》相反的規定，即只要受遺贈人沒有明確表示放棄受遺贈，即應當推動接受

⁶²⁰ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 251。

⁶²¹ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 959。

⁶²² 《德國民法典》第 2190、2191 條對候補遺贈作出了規定。參見陳衛佐譯（2004）：《德國民法典》，法律出版社，頁 542。

⁶²³ 劉春茂主編（1990），《中國民法·財產繼承》，中國人民公安大學出版社，頁 480-481。

⁶²⁴ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，第 88 頁。

⁶²⁵ 陳羣主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 308。

⁶²⁶ 陳羣主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 308。

⁶²⁷ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 88。

遺贈。」⁶²⁸

G. 受遺贈人的擔保請求權

王氏稿 610 條規定：「繼承開始後，受遺贈人於遺贈未屆清償期內，可以對遺贈義務人請求相當擔保。附停止條件的遺贈，亦同。」⁶²⁹

H. 遺贈的物上代位

王氏稿第 616 條規定：「遺囑人因遺贈標的物毀損滅失，而對第三人有損害賠償請求權時，則改權利推定為遺贈標的。遺贈標的物與他附合或混合被加工，遺囑人依本法規定成為合成物或混合物、加工物的單獨所有人或共有人時，其全部所有權或共有權推定位遺贈標的」。⁶³⁰

I. 增加於遺贈物的物的歸屬

徐氏稿第 215 條規定：「如遺贈物為不動產，遺囑人訂立遺囑後添附的土地和新建築物不包括在該遺贈中；新添附的物如在繼承開始時與其他物構成一個非經嚴重損失不能分離的整體，則在添附物的價值多於先前狀態的不動產的價值時，僅應向受遺贈人支付先前狀態的不動產的價值；如添附物的價值較少，受遺贈人應取得物之整體，同時承擔支付添附物之價值的義務。」⁶³¹

(12) 遺贈撫養協議

遺贈撫養協議，是指「遺贈人與撫養人之間訂立的關於撫養人承擔遺贈人生養死葬義務、遺贈人的財產在其死後轉歸撫養人所有的協議。」⁶³²中國大陸《繼承法》第 31 條規定：「公民可以與扶養人簽訂遺贈扶養協議。按照協議，扶養人承擔該公民生養死葬的義務，享有受遺贈的權利。公民可以與集體所有制組織簽訂遺贈扶養協定。按照協定，集體所有制組織承擔該公民生養死葬的義務，享有受遺贈的權利。」遺贈撫養協議是中國大陸一項具有特色的遺產轉移方式，是實踐經驗的總結，有學者總結了該制度的重要意義：「第一，遺贈撫養協議有利於更好地解決『五保戶』的撫養問題；第二，遺贈撫養協議制度有利於保護老人、殘疾人的合法權益；遺贈撫養協議制度，有利於減少國家和社會的負擔。」⁶³³當然，尤其當初立法的指導思想是「易粗不宜細」，還存在一些弊端：「一是立法過於簡略，在制度設計上存在許多漏洞；二是遺贈撫養協議的撫養人範圍過窄；三是撫養人的權利實現缺乏保障；四是協議的履行缺乏監督。因此建議細化法律規定，使之具有較強的可操作性；擴大遺贈撫養協議的撫養人範圍；完善撫養人權利保障制度；設立協議監督人。」⁶³⁴

A. 遺贈撫養協議的定義

梁氏稿第 1894 條對遺贈撫養協議的定義作了規定：「遺贈撫養協議是自然人

⁶²⁸ 張玉敏（1999），《繼承法律制度研究》，法律出版社，頁 74-278。

⁶²⁹ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 88。

⁶³⁰ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 88。

⁶³¹ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 253。

⁶³² 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 968。

⁶³³ 郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社，頁 185-186。

⁶³⁴ 張昕（2007），〈論遺贈撫養協議的完善〉，《法學雜誌》，2007 年 6 期。

(遺贈人、受撫養人)與撫養人或集體組織訂立的,以被撫養人的生養死葬及其財產的遺贈為內容的協定。關於遺贈撫養協議,本法未作規定的,准用合同法有關規定。」⁶³⁵王氏稿第 642 條對遺贈撫養協定的內容作出了規定:「撫養人可以採用書面形式簽訂遺贈撫養協定,按照協定,撫養人承擔被撫養人生養死葬的義務,享有約定的遺產的權利。」⁶³⁶由此可見,遺贈撫養協議須以書面形式簽訂。⁶³⁷徐氏稿第 505 條對遺贈撫養協議與繼承合同的關係作了規定:「遺贈撫養協議是繼承合同的一種,撫養人據此承擔被繼承人生養死葬的義務,享有受遺贈的權利。被繼承人可以與法人簽訂遺贈撫養協議,法人據此承擔該被繼承人生養死葬的義務,享有受遺贈的權利。」⁶³⁸

B. 遺贈撫養協議的效力

最高人民法院《關於貫徹執行〈繼承法〉若干問題的意見》第 56 條規定:「扶養人或集體組織與公民訂有遺贈扶養協定,扶養人或集體組織無正當理由不履行,致協議解除的,不能享有受遺贈的權利,其支付的供養費用一般不予補償;遺贈人無正當理由不履行,致協議解除的,則應償還扶養人或集體組織已支付的供養費用。」梁氏稿第 1896 條對遺贈撫養協議的效力作了規定:「遺贈撫養協議一經成立即發生法律效力,並受國家保護。遺贈撫養協議生效後,撫養人應當履行對受撫養人的生養死葬的義務。在受撫養人死亡後,撫養人得依照遺贈撫養協議的約定取得受撫養人的遺產。」⁶³⁹王氏稿第 643 條也對遺贈撫養協議的履行作了規定:「遺贈撫養協議簽訂後,撫養人無正當理由不履行撫養義務致使該協議解除的,不再享有受遺贈的權利,其支付的撫養費用不予補償。因被撫養人的原因致使該協議解除的,被撫養人應償還撫養人已支付的費用。」⁶⁴⁰

3. 法定繼承中的核心內容及學術爭議

法定繼承,又稱無遺囑繼承,是指「根據法律直接規定的繼承人的範圍、繼承人繼承的先後順序、繼承人繼承的遺產份額以及遺產的分配原則來繼承被繼承人遺產的一項法律制度。」⁶⁴¹法定繼承是遺囑繼承的補充,在效力上低於遺囑繼承。「各國不僅根據血緣關係、婚姻關係規定法定繼承,而且也反映了本國的傳統和風俗習慣,因此各國的法定繼承規定並不一致。」⁶⁴²正因為如此,有學者認為「我們應對我國傳統的繼承習慣與現行繼承法的衝突進行調查研究,以適應現代社會經濟生活的需要。」⁶⁴³近年來學界對法定繼承的概念、法定繼承人的範圍、

⁶³⁵ 梁慧星主編(2004),《中國民法典草案建議稿附理由(侵權行為編·繼承編)》,法律出版社,頁 223。

⁶³⁶ 王利明主編(2004),《中國民法典草案建議稿及說明》,中國法制出版社,頁 91。

⁶³⁷ 梁氏稿第 1895 條也規定:「遺贈撫養協議應當採取書面形式。」,參見梁慧星主編(2004),《中國民法典草案建議稿附理由(侵權行為編·繼承編)》,法律出版社,頁 224。

⁶³⁸ 徐國棟主編(2004),《綠色民法典草案》,社會科學文獻出版社,頁 253。

⁶³⁹ 梁慧星主編(2004),《中國民法典草案建議稿附理由(侵權行為編·繼承編)》,法律出版社,頁 225。

⁶⁴⁰ 王利明主編(2004),《中國民法典草案建議稿及說明》,中國法制出版社,頁 91-92。

⁶⁴¹ 郭明瑞、房紹坤(1996),《繼承法》,法律出版社,頁 185-186。

⁶⁴² 梁慧星主編(2004),《中國民法典草案建議稿附理由(侵權行為編·繼承編)》,法律出版社,頁 155。

⁶⁴³ 目前中國大陸已經有部分涉及法定繼承的調查研究成果,如陳葦主編(2008),《當代中國民眾繼承習慣調查研究》,群眾出版社;鄭小川、於晶(2009),《婚姻家庭習慣法研究——以我國

法定繼承的順序、代位元繼承、轉繼承、法定繼承人的應繼份等有關問題進行了較為深入的研究，我們主要以 1985 年《繼承法》以及幾部專家建議稿為基礎對這些問題進行闡述。

(1) 法定繼承的定義

大陸法系大多數國家民法典對法定繼承的定義都沒有作出規定，少數國家如《越南民法典》第 677 條對法定繼承下了定義：「法定繼承是依法律規定的繼承順序、繼承條件和繼承程式進行的繼承。」⁶⁴⁴有學者認為「以法律條文的形式規定法定繼承的概念，使法定繼承的體系更完善，也更加清晰，使一般群眾易於接受與理解」，因此在其牽頭擬定的建議稿第 1845 條對法定繼承的定義作出了規定：「法定繼承是繼承人範圍、繼承順序、繼承條件、繼承份額、遺產分配原則及繼承程式由法律規定。」⁶⁴⁵

(2) 法定繼承的適用範圍

中國大陸《繼承法》第 27 條對法定繼承的範圍作出了規定：「有下列情形之一的，遺產中的有關部分按照法定繼承辦理：（一）遺囑繼承人放棄繼承或者受遺贈人放棄受遺贈的；（二）遺囑繼承人喪失繼承權的；（三）遺囑繼承人、受遺贈人先於遺囑人死亡的；（四）遺囑無效部分所涉及的遺產；（五）遺囑未處分的遺產。」梁氏稿第 1846 條有與中國大陸繼承法第 27 條基本相同的規定。中國大陸學者也基本上接受以上範圍，另外對暗含在《繼承法》第 27 條之中的情形要求加以明確：「被繼承人生前沒有立下遺囑」⁶⁴⁶；「被繼承人生前沒有用遺囑撫養協定的方式對其財產作出全部處理，其未處理部分在無遺囑繼承的情況下，適用法定繼承」⁶⁴⁷；「受遺贈人喪失受遺贈權」⁶⁴⁸。

(3) 法定繼承人的範圍

法定繼承人的範圍，是指「在適用法定繼承方式時，由法律直接規定的可以作為死者遺產繼承人的界限。」⁶⁴⁹中國大陸繼承法第 10 條和第 12 條對法定繼承人的範圍作出了規定：配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、對公婆盡了主要贍養義務的喪偶兒媳、對岳父母盡了主要贍養義務的喪偶女婿。另依據中國大陸《繼承法》第 11 條的規定：「被繼承人的子女先于被繼承人死亡的，由被繼承人的子女的晚輩直系血親代位繼承。代位繼承人一般只能繼承他的父親或者母親有權繼承的遺產份額。」由此可見「死于被繼承人之前的子女的直系卑血親可作為代位繼承人。」⁶⁵⁰有學者認為「我國現行繼承法對法定繼承人的範圍

某些農村調研為基礎》，知識產權出版社。

⁶⁴⁴ 徐國棟主編，吳尚芝譯，盧蔚秋校（2002），《越南社會社會主義共和國》，中國法制出版社、金橋文化出版社（香港）有限公司，頁 174。

⁶⁴⁵ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 224。

⁶⁴⁶ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 930；佟柔主編（1986），《繼承法》，法律出版社，頁 70。

⁶⁴⁷ 劉春茂主編（1990），《中國民法•財產繼承》，中國人民公安大學出版社，頁 480-481。

⁶⁴⁸ 張玉敏主編（1994），《繼承制度研究》，頁 243。

⁶⁴⁹ 馬俊駒、餘延滿（），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 931。

⁶⁵⁰ 馬俊駒、餘延滿（），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 931。

規定比較狹窄，僅限於近親屬，應擴大到第三順序的繼承人。」⁶⁵¹梁氏稿第 1847 條將範圍擴大了第三順序：「遺產按下列順序繼承：第一順序：配偶、子女、父母；第二順序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母；第三順序：四親等以內的親屬。」王氏稿第 564 條作出了基本相同的其規定：「遺產按照下列順序繼承：第一順序：配偶、子女、父母；第二順序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母；第三順序：其他四親等以內的親屬。」⁶⁵²同時，王氏稿還對喪偶兒媳和喪偶女婿的繼承權作出了規定：「喪偶兒媳對公、婆、喪偶女婿對岳父、岳母，盡了主要贍養義務的，沒有代位繼承人時，作為第一順序法定繼承人參加繼承；有代位繼承人時，可以按照本編第五百七十條的規定請求分得部分遺產。本法所稱的對公、婆或岳父、岳母盡了主要贍養義務的喪偶兒媳或喪偶女婿作為第一順序法定繼承人的，不論其是否再婚都享有權利。」⁶⁵³徐氏稿參考繼承法第 10 條對喪偶兒媳和喪偶女婿的繼承權作出了如上基本相同的規定。⁶⁵⁴在具體繼承人的範圍方面仍然存在一些不同觀點：

第一，配偶。關於什麼樣的配偶具有繼承權，梁氏稿第 1848 條規定：「本法所稱的配偶，是指于被繼承人死亡時與被繼承人有合法婚姻關係且為生存的人。」⁶⁵⁵但在一方已經提起離婚，或法院一審已經判決離婚，但離婚判決尚未生效時，配偶另一方是否能繼承財產仍然有爭議，有一種觀點認為，「在此情況下，法律賦予生存配偶以繼承權則既違反死者意願，也不符合我們民族的傳統倫理道德，建議參考《德國民法典》第 1933 條關於生存配偶的繼承權和先取權的規定。」⁶⁵⁶另有一種觀點認為，「於此情形下，並不能認定配偶繼承就違反死者的遺願名死者不願讓其配偶繼承，完全可以立遺囑予以安排。」⁶⁵⁷

第二，子女。關於子女的界定及繼承，王氏稿第 565 條規定：「本法所稱子女，包括婚生子女、非婚生子女、養子女和有撫養關係的繼子女。經夫妻雙方協定實施人工生育的，其父母子女間的關係等同婚生父母子女關係。有撫養關係的繼子女繼承了繼父母遺產的，不影響其繼承父母的遺產。養祖父母與養孫子女的關係，視為養父母與養子女關係的，可互為其繼承子女的遺產。」⁶⁵⁸梁氏稿第 1849 條規定：「本法所稱子女，包括親生子女、養子女和有撫養關係的繼子女。」

⁶⁵¹ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 224。

⁶⁵² 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 83。

⁶⁵³ 王氏稿第 570 條規定：「對法定繼承人以外的依靠被繼承人撫養的缺乏勞動能力又無生活來源的人，或者法定繼承人以外的對被繼承人以外的被繼承人撫養較多的人，而又未獲得適當的遺贈的，可以分給他們不超過法定應繼份為限的遺產。按照上述規定請求獲得的遺產，不得附有義務。前款規定的法定繼承人以外的遺產取得人，得直接向遺產管理人或繼承人請求分給其相應的遺產份。」參見王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 84。

⁶⁵⁴ 徐氏稿第 496 條規定：「喪偶兒媳對公、婆，喪偶女婿對岳父、岳母盡了主要撫養義務的，可以作為第一順序的繼承人。」徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 253。

⁶⁵⁵ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 159。

⁶⁵⁶ 陳羣主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 427；張玉敏主編（1994），《繼承制度研究》，成都科技大學出版社，頁 246。

⁶⁵⁷ 郭明瑞、房紹坤、關濤（2003），《繼承法研究》，中國人民大學出版社，頁 64。

⁶⁵⁸ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 84。

經夫妻雙方協定實施人工生育的，其父母子女間的關係等同親生父母子女關係。有撫養關係的繼子女繼承了繼父母遺產的，不影響其繼承生父母的遺產。養祖父母與養孫子女的關係，視為養父母與養子女關係的，可互為第一順序繼承人。」⁶⁵⁹徐氏稿第 495 條規定：「本條中的父母，包括婚生子女、非婚生子女、准正的父母、子女、養子女和有撫養關係的繼子女。」⁶⁶⁰可見在子女繼承的問題上，基本上都承認婚生子女、非婚生子女、養子女、夫妻雙方協定的人工生育子女、養子女和有撫養關係的繼子女的繼承權，但是對於一些具體問題上仍然有不同的認識：一是是否要取消繼子女的雙重繼承權。有學者認為，「我國《繼承法》應取消關於繼子女權利義務的規定，應當以《收養法》第 14 條的規定，取代《繼承法》關於繼父母與繼子女權利義務關係的規定」⁶⁶¹；二是有學者認為，「胎兒也享有繼承權，應當屬於繼承人的範圍。」⁶⁶²

第三，父母。關於父母的界定及繼承，王氏稿第 566 條規定：「本法所稱的父母，包括生父母、養父母和有撫養關係的繼父母。有撫養關係的繼父母繼承了子女遺產的，不影響其繼承子女的遺產。」⁶⁶³梁氏稿第 1850 條有基本相同的規定：「本法所稱父母，包括父母、養父母和有撫養關係的繼父母。有撫養關係的繼父母繼承了繼子女遺產的，不影響其繼承親生子女和養子女的遺產。」⁶⁶⁴徐氏稿第 495 條規定：「本條中的父母，包括生父母、養父母和有撫養關係的繼父母。」⁶⁶⁵由此可以看出，對於父母的範圍基本都一致的觀點，即包括生父母、養父母和有撫養關係的繼父母。

第四，兄弟姐妹。關於兄弟姐妹的界定及繼承，王氏稿第 567 條規定：「本法所稱兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父異母或者同母異父的兄弟姐妹、養兄弟姐妹、有撫養關係的繼兄弟姐妹。」⁶⁶⁶梁氏稿第 1851 條有與王氏稿同樣的規定：「本法所稱兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父異母或同母異父的兄弟姐妹、養兄弟姐妹、有撫養關係的繼兄弟姐妹。有撫養關係的繼兄弟姐妹之間相互繼承了遺產的，不影響其繼承親兄弟姐妹和養兄弟姐妹的遺產。」⁶⁶⁷徐氏稿的也有同樣的規定：「本條中的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父異母或同母異父的兄弟姐妹、養兄弟姐妹、有撫養關係的兄弟姐妹。」⁶⁶⁸

第五，祖父母、外祖父母。關於祖父母、外祖父母繼承權的範圍，一般認為，

⁶⁵⁹ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 159。

⁶⁶⁰ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 253。

⁶⁶¹ 張玉敏（1999），《繼承法制度研究》，法律出版社，頁 205-206；陳葦、冉啓玉（2008），〈《外國無遺囑繼承人範圍與順序制度比較研究》〉，陳葦主編，《家事法研究》（2007 年卷），群眾出版社，頁 187；陳葦主編（2010），《改革開放三十年（1978~2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 427-428。

⁶⁶² 劉春茂主編（1990），《中國民法學·財產繼承》，中國人民公安大學出版社，頁 217。

⁶⁶³ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 83。

⁶⁶⁴ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 161。

⁶⁶⁵ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 290。

⁶⁶⁶ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，：中國法制出版社，頁 83。

⁶⁶⁷ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 162。

⁶⁶⁸ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 290。

祖父母、外祖父母作為繼承人時，作為被繼承人的孫子女包括：「親生子女、養子女、形成撫養關係的繼子女的親生子女；親生子、養子女、形成撫養關係的繼子女的養子女。」⁶⁶⁹但是，關於繼祖父母、繼外祖父對繼孫子女、繼外孫子女是否享有繼承權？有學者認為，「根據我國《婚姻法》第 27 條規定的精神，不宜一律排除繼祖父母、繼外祖父對繼孫子女、繼外孫子女是否享有繼承權，應區別對待。即繼祖父母、繼外祖父對繼孫子女、繼外孫子女是否有繼承權，取決於他們之間是否形成撫養關係。」⁶⁷⁰也許因為祖父母、外祖父母的範圍相對簡單，幾個專家建議稿都沒有立法建議。

(4) 法定繼承的順序

法定繼承的順序，各國的確定法定繼承範圍的順序，「除根據繼承人與被繼承人血緣關係的親疏遠近即親等來決定，還受各國風俗習慣及社會生產方式的影響。中國大陸《繼承法》在確定繼承順序時，不是單純以婚姻和血緣關係為根據，還同時考慮繼承人與被繼承人血緣關係的遠近、共同生活的密切程度以及經濟上的依賴等狀況。」⁶⁷¹關於繼承順序，大多數學者都認為現行的《繼承法》規定的繼承順序太少⁶⁷²，而且存在不合理的地方，如「子女與父母為同一順序法定繼承法，與中國大陸民眾的習慣不符；對配偶的繼承權保護力度不夠。」⁶⁷³關於繼承的順序，王氏稿第 568 條作出了明文規定：「繼承開始後，由第一順序法定繼承人繼承，第二順序法定繼承人不得繼承。沒有第一順序法定繼承人的，或者第一順序法定繼承人放棄繼承或喪失繼承權的由第二順序法定繼承人繼承。」⁶⁷⁴

(5) 代位繼承

代位繼承，又稱間接繼承或承租繼承，中國大陸《繼承法》第 11 條規定：「被繼承人的子女先于被繼承人死亡的，由被繼承人的子女的晚輩直系血親代位繼承。代位繼承人一般只能繼承他的父親或者母親有權繼承的遺產份額。」關於代位繼承的性質，有代表權和固有權兩種學說。代表權說認為，「代位繼承人之所以能夠取得與被代位繼承人相等的法律地位，是因為他是被代位繼承人的代表。」⁶⁷⁵固有權說認為，「代位繼承人參加繼承是自己本身固有的權利，代位繼承人是基於自己的權利繼承被繼承人的遺產，並不以被代位人是否有繼承權為轉移。」⁶⁷⁶「從我國現行的繼承立法及司法實踐來看，我國採取的是代表權說。因為代位

⁶⁶⁹ 陳羣主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁 430。

⁶⁷⁰ 馬憶南編著（2007），《婚姻家庭繼承法學》，北京大學出版社，頁 321；陳羣主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版，第 431 頁。

⁶⁷¹ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 934。

⁶⁷² 五個專家建議稿都增加了繼承順序，參見梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 156；徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 290；王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 83；張玉敏主編（2006），《中國繼承法立法建議稿及立法》，人民出版社，頁 9；何麗新、謝美山、熊良敏、劉新宇（2004），〈民法典草案繼承法編修改建議稿〉，柳經緯主編，《廈門大學法律評論》，第 7 輯，廈門大學出版社，頁 282-283。

⁶⁷³ 陳羣（2008），《家事法研究》（2007 年卷），群眾出版社，頁 187。

⁶⁷⁴ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 84。

⁶⁷⁵ 劉春茂主編（1990），《中國民法學·財產繼承》，中國人民公安大學出版社，頁 303。

⁶⁷⁶ 蔣月主編（2009），《繼承法：案例評析與問題研究》，中國法制出版社，頁 105。

繼承人只能繼承被帶為人應得份額，而無權取得與其他繼承人同等的繼承地位；而且，繼承人在放棄或喪失繼承權的情況下，其直系血親卑親屬不能代為繼承被繼承人的遺產。」⁶⁷⁷但是，有很多學者認為中國大陸未來《繼承法》應採納固有權說。⁶⁷⁸梁氏稿採納了固有權說，其第 1852 條規定：「被繼承人的子女在繼承開始前死亡或者喪失繼承權時，由被繼承人子女的直系血親卑親屬代位繼承。代位繼承人只能繼承被代位人的應繼份。代位繼承不受輩分的限制，但以親等為序。」⁶⁷⁹王氏稿第 572 條也採納了固有權說，其規定：「被繼承人的子女在繼承開始前，先于或同事與被繼承人死亡的或者喪失繼承權的由被繼承人子女的直系血親卑親屬代位繼承。代位繼承不受輩份得限制，但以親等為序。」同時，其第 573 條對代位繼承權的客體作出了規定：「代位繼承人只能繼承被代位繼承人的應繼份。如果代位繼承人缺乏勞動能力又沒有生活來源，或者對被繼承人盡過主要贍養義務的，分配遺產時，可以適當多分。」⁶⁸⁰徐氏稿也採納固有權說，其 34 條對代位繼承的定義作了規定：「某人在其父母不願或不能繼承時，法律允許其按其父母的親等與繼承權進行的繼承，是代位繼承。」而且，徐氏稿對代位繼承人的範圍進行了擴大，其 36 條規定：「死者的直系卑親屬、其兄弟姐妹的直系卑血親，均可代位繼承。在此等直系血親以外不發生代位繼承。」⁶⁸¹

(6) 轉繼承

轉繼承，又稱轉歸繼承、連續繼承、再繼承，中國大陸《繼承法》對此制度沒有明文規定，但在中國大陸的司法實踐中是承認的，最高人民法院在《關於貫徹執行〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》第 52 條中規定：「繼承開始後，繼承人沒有表示放棄繼承，並於遺產分割前死亡的，其繼承遺產的權利轉移給他的合法繼承人。」關於轉繼承的性質，有三種不同的觀點：第一種觀點認為，「轉繼承只是繼承遺產權利的轉移。」⁶⁸²因為繼承權自遺產分割後才轉化為所有權，因此，轉繼承只是繼承權的轉移，在處理這類案件時不應將被轉繼承人應當繼承的遺產份額視為被轉繼承人同配偶的共同財產；第二種觀點認為，「轉繼承是應繼承的遺產份額的轉移。」⁶⁸³第三種觀點認為，「轉繼承只是將被轉繼承人應繼承的遺產份額轉由其繼承人承受，轉繼承所轉移的不是繼承權，而是遺產所

⁶⁷⁷ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，頁 934。

⁶⁷⁸ 張玉敏（1997），〈代位繼承比較研究〉，《中央政法幹部管理學院學報》，1997 年 3 期；郭明瑞、房紹坤、關濤（2003），《繼承法研究》，中國人民公安大學出版社，頁 34；李紅玲（2002），〈繼承人範圍兩題〉，《法學》，2002 年 3 期；張玉敏（1999），《繼承法律制度研究》，法律出版社，頁 255；郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社；陳葦、杜江湧（2002），《我國法定繼承制度的立法構想》，中國人民大學出版社，頁 80；陳葦、宋豫主編（2007），《中國大陸與港、澳、台繼承法比較研究》，群眾出版社，頁 285。

⁶⁷⁹ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 156。

⁶⁸⁰ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 84。

⁶⁸¹ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 227。

⁶⁸² 陳葦主編（2005），《婚姻家庭繼承法學》，群眾出版社，頁 322；周水森（1987），〈轉繼承只是繼承權利的移轉〉，《法學》，1987 年 1 期；巫昌禎主編（1997），《婚姻與繼承法學》，中國政法大學出版社，頁 321；郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社，頁 131。

⁶⁸³ 王作堂、魏盛禮（1993），〈試論轉繼承的性質〉，《中外法學》，1993 年 5 期；楊遂全等（2003），《婚姻家庭法新論》，法律出版社，頁 302；郭明瑞、房紹坤、關濤（2003），《繼承法研究》，中國人民公安大學出版社，頁 87。

有權。」⁶⁸⁴目前，「通說認為，繼承一開始，繼承人就取得遺產的所有權，遺產分割只是一種認定或宣示。所以，轉繼承只是對遺產份額的再繼承，而非繼承權利的轉移。」⁶⁸⁵王氏稿採納了此種學說，其 574 條規定：「繼承開始後，繼承人接受繼承的，在遺產分割前死亡，他所應取得的遺產份額，轉由其法定繼承人繼承或按照繼承人的遺囑處理。」⁶⁸⁶梁氏稿第 1853 條規定：「繼承開始後，繼承人未放棄繼承，但於遺產分割前死亡的，其所應繼承的遺產份額由其繼承人承受。」⁶⁸⁷徐氏稿採納的繼承權利轉移說觀點，其第 37 條規定：「其繼承權未因時效消滅的相續人，如接受或放棄已提交給他的遺產或遺贈前死亡，即使在其死亡時並不知曉已對他提交的遺產或遺贈，其接受或放棄繼承的權利也轉移于其繼承人的過程。轉繼承人如未接受移轉人的遺產，不得行使此項權利。」⁶⁸⁸

(7) 法定繼承的應繼份

王氏稿第 575 條對應繼份作了規定：「同一繼承順序的法定繼承人繼承遺產的份額，應當按照法定繼承人的人數，均等分配。本編另有規定的除外。」⁶⁸⁹王氏稿共規定了三種平均分配的例外情況：「第一是對生活有困難的缺乏勞動能力的法定繼承人，在同一順序的法定繼承人分配遺產時，應當適當多分；第二是對被繼承人盡了主要贍養義務，或者與被繼承人共同生活又盡了主要贍養義務的法定繼承人，在不違反前規定的情況下，可以多分遺產；第三是有撫養能力的繼承人，對被繼承人不盡撫養義務的，分配遺產時，應當不分或者少分。」⁶⁹⁰梁氏稿第 1856 條規定：「同一順序繼承人有數人時，按人數平均繼承，但法律另有規定的除外。在共同繼承人中，有由被繼承人處接受因婚姻、學習或者營業而受贈與的繼承人時，以被繼承人在繼承開始時所有財產的價額加其贈與的價額，視為繼承財產。從算定的應繼份中將其贈與的價額扣除，以其餘價額作為該人的應繼份。贈與的價額，等於或超過應繼份得價額時，受贈與人不得受其應繼份。但超過部分不得要求扣回。被繼承人有與第二款規定相異的意思表示時，其意思表示在部違背特留份規定的範圍內，有其效力。」⁶⁹¹梁氏稿第 1857 條對不均等分配的情況也作了規定：「對生活有特殊困難的缺乏勞動能力的繼承人，分配遺產時，應當予以照顧，可以多分遺產。對被繼承人盡了主要撫養義務的繼承人，分配遺產時，可以多分。有撫養能力和有撫養條件的繼承人，不盡撫養義務的，分配遺產時，應當不分或少分。但被繼承人因有固定收入和勞動能力，明確表示不要求其撫養的，其繼承份額不受影響。繼承人協調同意的，繼承份額可以不均等。」⁶⁹²徐氏稿第 499 條也對應繼份的分配方式作出了規定：「同一順位繼承人繼承遺

⁶⁸⁴ 郭明瑞、房紹坤（1996）《繼承法》，法律出版社，頁 131。

⁶⁸⁵ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 168。

⁶⁸⁶ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 84。

⁶⁸⁷ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 168。

⁶⁸⁸ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁 227-228。

⁶⁸⁹ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 84。

⁶⁹⁰ 王氏稿第 576、577、578 條，參見王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 84-85。

⁶⁹¹ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 172。

⁶⁹² 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，

產的份額，一般應當均等。對生活有特殊困難的缺乏勞動能力的繼承人，分配遺產時，應當予以照顧。對被繼承人盡了主要撫養義務或與被繼承人共同生活的繼承人，分配遺產時可以多分。有撫養能力和有撫養條件的繼承人不盡撫養義務的，分配遺產時應當不分或者少分。繼承人協商同意的，分配份額可以不均等。」⁶⁹³

(8) 酌分繼承權

酌分繼承權，是指「法定繼承人以外的自然人，由於與被繼承人生前形成過某種撫養關係，依法可以分得適當遺產的權利。」⁶⁹⁴中國大陸現行《繼承法》第14條對酌分繼承權作了規定：「對繼承人以外的依靠被繼承人扶養的缺乏勞動能力又沒有生活來源的人，或者繼承人以外的對被繼承人扶養較多的人，可以分配給他們適當的遺產。」最高人民法院在《關於貫徹執行〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》第31條中規定：「依繼承法第14條規定可以分給適當遺產的人，分給他們遺產時，按具體情況可多於或少於繼承人。」其第32條規定：「依繼承法第14條規定可以分給適當遺產的人，在其依法取得被繼承人遺產的權利受到侵犯時，本人有權以獨立的訴訟主體的資格向人民法院提起訴訟。但在遺產分割時，明知而未提出請求的，一般不予受理；不知而未提出請求，在2年以內起訴的，應予受理。」王氏稿第569條也對遺產酌給請求權人作了規定：「對法定繼承人以外的依靠被繼承人撫養的缺乏勞動能力又沒有生活來源的人，或者法定繼承人以外的對被繼承人撫養較多的人，而又未獲得適當的遺贈的，可以分給他們以不超過法定應繼份為限的遺產。按照上述規定請求獲得的遺產，不得附有義務。前款規定的法定繼承人以外的遺產取得人，得直接向遺產管理人或繼承人請求分給其相應的份額。」⁶⁹⁵梁氏稿也對繼承人以外可以適當分得遺產的人作了規定：「下列繼承人以外的人可以分得適當的遺產：（一）依靠被繼承人生前繼續撫養的缺乏勞動能力又沒有生活來源的；（二）對被繼承人撫養較多的；（三）其他與被繼承人有特別關係的。」⁶⁹⁶徐氏稿第497條對家外人的分配額作出了規定：「對繼承人以外的依靠被繼承人撫養的缺乏勞動能力又無生活來源的人，或繼承人以外的對被繼承人撫養較多的人，可以分給他們適當的遺產。」⁶⁹⁷

(9) 配偶的法定用益物權

目前，中國大陸《繼承法》尚無對配偶的法定用益物權作出規定，有學者認為，「應當規定生存配偶對婚姻住房、日常傢俱等遺產的先取權。從中國大陸的民間習慣看，配偶一方死亡後，在遺產分割時，對於婚姻住房和日常傢俱等基本生活資料，一般不予分割，而是由生存一方配偶繼續居住和使用。」⁶⁹⁸王氏稿580對配偶的法定用益物權作出了規定：「被繼承人的配偶尚生存而沒有自己的

頁170。

⁶⁹³ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁290-291。

⁶⁹⁴ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，頁938。

⁶⁹⁵ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁84-85。

⁶⁹⁶ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁173。

⁶⁹⁷ 徐國棟主編（2004），《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，頁290。

⁶⁹⁸ 張玉敏（2006），《中國繼承法立法建議稿及立法理由》，人民出版社，頁93；陳羣主編（2010），《改革開放三十年（1978～2008）：中國婚姻家庭繼承法研究之回顧與展望》，中國政法大學出版社，頁457。

住房的，如果沒有繼承繼承人遺產中的房屋，則對於遺產中的房屋享有法定用益物權。生存配偶為此需要支付取得房屋所有權的繼承人不超過市價的租金。具體租金數額及期限由配偶與房屋所有權人協商。協商不成的，雙方均可以提起訴訟。」同時其 581 條對此項權利予以了一定的限制：「如果被繼承人死亡時，因為尚生存的配偶一方的過錯致使被繼承人生前已經提出離婚請求的，則被繼承人的配偶不享有上述權利。」⁶⁹⁹

4. 遺產的處理中的核心內容及學術爭議

(1) 繼承的開始

中國大陸《繼承法》第 23 條對繼承開始的時間作出了規定：「繼承開始後，知道被繼承人死亡的繼承人應當及時通知其他繼承人和遺囑執行人。繼承人中無人知道被繼承人死亡或者知道被繼承人死亡而不能通知的，由被繼承人生前所在單位或者住所地的居民委員會、村民委員會負責通知。」有學者認為「該規定僅將繼承人作為可以通知繼承開始的義務人，範圍有些狹窄。建議使其他知道繼承開始事實的利害關係人（包括受遺贈人、遺囑保管人、遺產債權人、繼承人和受遺贈人的債權人等）在繼承開始通知的問題上起補充通知的作用。」⁷⁰⁰梁氏稿在參考繼承法第 23 條規定的基礎上作出了規定：「知道被繼承人死亡的繼承人為繼承開始通知的義務人。繼承人中無人知道被繼承人死亡或者知道被繼承人死亡而不能通知的，被繼承人生前所在單位或者住所地的居民委員會、村民委員會為繼承開始通知的義務人。其他利害關係人知道繼承開始的事實的，也可以通知繼承人或遺囑執行人。」⁷⁰¹王氏稿第 546 條作出了如上基本相同的規定，同時規定了負有通知義務人的損害賠償責任，使該制度更具有可行性，王氏稿第 646 條規定：「繼承開始後，知道被繼承人死亡的繼承人應當採取適當的方式及時通知其他繼承人。繼承人中無人知道被繼承人死亡或知道被繼承人死亡而不能通知的，由被繼承人生前所在單位或者住所地的居民委員會、村民委員會負責通知。負有通知義務的繼承人或單位，如果故意隱瞞繼承開始的事實，造成其他繼承人或受遺贈人損失的，應當承擔損害賠償責任。」⁷⁰²

第一，繼承開始的時間。繼承從被繼承人死亡時開始，一般認為「死亡」包括生理死亡和宣告死亡。

第二，繼承人死亡的推定。兩個以上互有繼承權的人在同一事故中死亡，其死亡的時間如何確定，各國採取的方法不盡相同，有學者認為「存在三種立法例：第一種是死亡在後和死亡在先相結合的推定制。羅馬法採取這種立法例。按羅馬法規定，數人同時遇難而不能確定先後的，推定成熟子女後於父母而死亡，未成熟子女先於父母而死亡；第二種是同時推定制。日本、瑞士、德國等國民法採取這種立法例。依此立法例，如不能確定在同一事故中死亡的數人的死亡時間，則推定該數人同時死亡；第三種是死亡在後推定制（生存推定制）。英國、法國採

⁶⁹⁹ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 85。

⁷⁰⁰ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 277。

⁷⁰¹ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 277。

⁷⁰² 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 85。

取此種立法例。英國 1925 年《財產法法案》第 184 條規定：兩人同時遇難，不能確定誰先死亡的，年輕者視作較年長者後死亡。法國是採取死亡在後推定制的典範。」⁷⁰³中國大陸現行《繼承法》對此沒有作出規定，但最高人民法院在《關於貫徹執行〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》第 2 條中規定：「相互有繼承關係的幾個人在同一事件中死亡，如不能確定死亡先後時間的，推定沒有繼承人的人先死亡。死亡人各自都有繼承人的，如幾個死亡人輩份不同，推定長輩先死亡；幾個死亡人輩份相同，推定同時死亡，彼此不發生繼承，由他們各自的繼承人分別繼承。」此條確定的是死亡在先和同時死亡相結合的推定制。有學者對此制度規定提出了質疑，建議：「首先，推定沒有繼承人的人先死亡；其次，死亡人都有繼承人的，若死亡人輩分相同，則推定同時死亡。若輩分不同，則推定成年晚輩後於長輩死亡，未成年晚輩先於長輩死亡。」⁷⁰⁴王氏稿採納與此建議基本相同的立法例，其 544 條規定：「相互有繼承權的人在同一時間中死亡，如不能確定死亡先後時間的，推定沒有生存繼承人的人先死亡。死者各自都有生存繼承人的，如果死者輩分相同的，推定同時死亡；如死者輩分不同的，則推定成年晚輩後於長輩死亡，未成年晚輩先於長輩死亡。」⁷⁰⁵梁氏稿也作出了基本相同的規定：「互有繼承關係的人在同一事故中死亡，如不能確定死亡先後時間的，推定沒有繼承人的人先死亡。各死亡人都有繼承人的，若死亡人輩分相同，則推定同時死亡；死亡人輩分不同的，若晚輩未成年，則推定晚輩先死亡，若晚輩已成年，則推定長輩先死亡。」⁷⁰⁶

第三，繼承開始地點。一般都認為，繼承開始的地點為被繼承人生前最後住所或主要遺產所在地。

(2) 遺產的保管

第一，遺產保管人。遺產的保管人，是指對遺產負責保存和管理的人。中國大陸《繼承法》第 24 條規定：「存有遺產的人，應當妥善保管遺產，任何人不得侵吞或者爭搶。」最高人民法院在《關於貫徹執行〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》第 44 條中規定：「人民法院在審理繼承案件時，如果知道有繼承人而無法通知的，分割遺產時，要保留其應繼承的遺產，並確定該遺產的保管人或保管單位。」該兩條雖然對遺產的保管作出了原則性規定，但對於誰來當遺產的保管人並沒有明確。「在我國司法實踐中，通常以死者生前所在工作單位或者遺產所在地的基層組織作為遺產管理人。」⁷⁰⁷梁氏稿第 1898 條對遺產管理人的選任規定：「繼承開始後兩個月內，繼承人應當舉行會議推選遺產管理人。共同繼承人未推選遺產管理人的，由全體繼承人共同行使遺產管理人的職責。遺囑中指定有遺囑執行人的，由遺囑執行人行使遺產管理人的職責。在下列情況下，經利害關係人申請，人民法院可以指定遺產管理人：（一）遺囑未指定遺產執行人，繼承人對遺產管理人的選任有爭議的；（二）沒有繼承人或者繼承人下落不明，而遺囑中又未指定遺囑執行人的；（三）遺產債權人有證據證明繼承人

⁷⁰³ 郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社，頁 193-194；梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 137。

⁷⁰⁴ 郭明瑞、房紹坤（1996），《繼承法》，法律出版社，頁 195。

⁷⁰⁵ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 85。

⁷⁰⁶ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編·繼承編）》，法律出版社，頁 137。

⁷⁰⁷ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，頁 973。

的行為已經或將要損害其利益的。人民法院在指定遺產管理人之前，經利害關係人的申請，可以對遺產進行必要的處分。」⁷⁰⁸據此規定，選任遺產管理人的程式可以分為三種：繼承人推定、被繼承人生前指定和法院指定。王氏稿第 549 條規定：「繼承開始後，被繼承人留有有效遺囑者，遺囑執行人為遺產管理人。沒有遺囑或遺囑無效者，繼承人應當及時舉行會議推選遺產管理人。共同繼承人未推選遺產管理人的，由全體繼承人共同行使遺產管理人的職責，但繼承人放棄繼承權者不在此限。沒有繼承人、全部繼承人放棄繼承權者或繼承人不明時，被繼承人生前住所地的村民委員會或居民委員會為遺產管理人。」⁷⁰⁹此規定與梁氏稿不同之處在於：一是沒有法院指定的規定；二是將村民委員會和居民委員會作為遺產管理人的兜底條款。

第二，遺產管理人的職責。中國大陸《繼承法》第 24 條規定：「存有遺產的人，應當妥善保管遺產，任何人不得侵吞或者爭搶。」依此條的精神，遺產管理人又以下職責⁷¹⁰：一是對遺產債權人的催告。梁氏稿第 1912 條規定：「繼承人和遺產管理人應當于知道繼承開始後三個月內向人民法院遞交遺產清冊，由人民法院依共事催告程式催促債權人申報債權。前款公示催告程式的期間不得少於三個月。」⁷¹¹二是清點遺產，並製作遺產清單。王氏稿第 551 條對編制遺產清冊作出了規定：「遺產管理人應當及時清理被繼承人的生前財產，編制遺產清冊，並向公證機關進行公證。遺產價值等於一千元者，遺產管理人編制遺產清冊時邀請兩個以上無利害關係的見證人見證，並由遺產管理人、見證人在遺產清冊上簽名。遺產管理人須忠實、謹慎地履行上述職責，因遺產管理人不當履行上述義務給遺產債權人造成損害的，遺產債權人有權要求遺產管理人承擔民事責任。遺產管理人是繼承人的，繼承人須對於遺產債務承擔無限責任。」⁷¹²三是妥善保管遺產。

⁷⁰⁸ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 228-229。

⁷⁰⁹ 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 85。

⁷¹⁰ 馬俊駒、餘延滿（2005），《民法原論》，法律出版社，2 版，頁 973-974。

⁷¹¹ 梁慧星主編（2004），《中國民法典草案建議稿附理由（侵權行為編•繼承編）》，法律出版社，頁 251。

⁷¹² 王利明主編（2004），《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社，頁 85。

第七章 涉外民事關係法律適用法

壹、立法沿革

一、概述

1949年10月，中華人民共和國成立後，中央人民政府徹底廢除此前中華民國政府所頒行的包括六法全書在內的各項法律，致力於「制定出新的較完備的法律來」⁷¹³。而在涉外民事關係法律適用法的立法方面，在相當長的一段時期內，未能有任何實質性的建樹。其原因在於，一方面，由於種種原因中國大陸共產黨所領導的「新中國」在建立初期不能獲得國際上的普遍認可，涉外的民事活動十分有限，與此相關的立法和司法實踐需求不甚強烈；另一方面，20世紀50年代後，中國大陸接連開始各種政治運動，國家的政治、經濟秩序受到嚴重的幹擾甚至破壞，立法活動以及法學研究也不例外，「法律虛無主義思潮瀰漫大地，一些法律院校的涉外民事關係法律適用法課程被砍掉，教師轉業，教材和文章受到批判」⁷¹⁴。這一階段中，涉及到一些無可回避的涉外婚姻家庭等人身法律關係的問題，則主要是通過非立法機構的部門規定、意見或是問題批復等方式予以處理⁷¹⁵。

這種非正常狀況，一直延續到1978年中國大陸共產黨第十一屆三中全會召開。此後，大陸各項工作陸續走入正軌，確立了對外開放、對內搞活的方針政策。對外交往的迅速增加，必然產生大量的涉外民商事法律關係，也必然產生大量的涉外案件，這就在客觀上要求中國大陸要加速立法，跟進理論研究⁷¹⁶。因此，包括外國人的法律地位、涉外民事法律關係法律適用以及涉外民事訴訟仲裁程式在內的國際私法學迅速發展，與此相關的立法也不斷出臺，並首先體現在與外資引進相關的法律法規之中，國際私法成文的法律規定最早出現在大陸國務院1983年發佈的《中外合資經營企業法實施條例》中，該條例第15條規定，「合營企業合同的訂立、效力、解釋、執行及其爭議的解決，均適用中華人民共和國法律」。雖然這是一條單邊衝突規範，但意義非同尋常，標誌著中國大陸告別了缺乏成文的國際私法的時代⁷¹⁷。1985年3月頒佈的《中華人民共和國涉外經濟合同法》（已於1999年廢止）以及1985年4月頒佈的《中華人民共和國繼承法》分別對涉外合同、涉外繼承的准據法做出了明確的規定，1986年《中華人民共和國民法通則》以「涉外民事關係的法律適用」為章節名稱，以專篇的形式集中地規定了一系列

⁷¹³ 董必武(2001)，《董必武法學文集》，頁15，北京：法律出版社。

⁷¹⁴ 齊湘泉(2005)，《涉外民事關係法律適用法總論》，第1版，頁66，北京：法律出版社。

⁷¹⁵ 如1951年內務部規定外僑相互間及外僑與中國人之間在中國結婚，適用中國法律。

⁷¹⁶ 徐偉功(2009)，〈中國國際私法的立法形式的選擇〉，《法學》，2009年第11期。

⁷¹⁷ 丁偉(2001)，〈世紀之交中國國際私法立法回顧與展望〉，《政法論壇（中國政法大學學報）》，2001年第3期。

法律適用規範。此後，1992年《中華人民共和國海商法》、1995年《中華人民共和國民用航空法》以及《中華人民共和國票據法》都有關於法律適用的專章規定。

自1980年以來，在大陸立法機構對涉及財產或人身家庭的涉外民事法律關係逐步完善立法的同時，針對法律適用的司法解釋紛紛出臺，包括1987年最高人民法院《關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》、1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》。最高人民法院還多次針對涉外民商事案件糾紛處理中的有關問題，進行調研並對各級人民法院的審判工作作出具體的指導。例如2005年最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》以及2007年《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》（法釋〔2007〕14號）。這一時期，相關的國際私法學、衝突法的學術研討活動也十分頻繁⁷¹⁸，為涉外民事關係的法律適用立法提供了堅實的理論基礎。

需要在此特別提出的是1986年《民法通則》。該法第八章「涉外民事關係的法律適用」，規定了涉外民事關係的法律選擇適用、涉外民事關係中的主體民事行為能力、不動產所有權、涉外合同、涉外侵權行為、涉外婚姻關係、涉外扶養關係的法律適用問題，以及在適用外國法律或者國際慣例之時公共秩序保留的原則。1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》，首先界定了涉外民事關係的範圍，彌補了《民法通則》的立法漏洞，對於外國人、無國籍人以及雙重國籍人在中國大陸的民事法律地位、外國法人行為能力的法律適用做出規定。此外，《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》進一步細化《民法通則》有關涉外民事關係法律適用的有關規定，如涉外民事關係當事人的住所確定、涉外侵權法律適用以及涉外婚姻之離婚法律適用問題。從立法時間上看，《民法通則》之「涉外民事關係的法律適用」一章並非改革開放之後制定最早的涉外民事關係法律適用的規範性檔，但卻是以專篇形式，系統地規定涉外民事關係法律適用的一般原則以及具體適用規範的總綱性法律檔，這一章的規定客觀上為《涉外民事關係法律適用法》的法律名稱與立法結構奠定了基礎。

至此，儘管中國大陸在涉外民事關係的法律適用立法、司法以及理論研究方面已經取得了相當大的成就，但其中存在很多問題也是不容回避的客觀事實。具體涉及到法律規定而言，其不足與缺陷主要體現在五個方面：首先，中國大陸現行的有關涉外民事關係法律適用的法律規定散佈在不同的民事法律法規之中。不

⁷¹⁸ 有關這方面的學術研討活動包括，1980年全國性的中國國際法學會正式成立；1985年8月在貴陽召開了第一次國際私法全國學術研討會；1987年在武漢大學法學院召開的國際私法全國學術討論會上，成立了「中國國際私法研究會」並召開了多次中國國際私法研究會年會，分別研討了國際私法和國際經濟法的區別與聯繫、區際法律衝突與區際私法合同違約和侵權競合問題、合同法律適用等問題。參見章尚錦(1999)，〈我國國際私法和國際私法學發展的歷史與現狀〉，《法學家》，1999年第5期。另參見何其生，〈中國國際私法三十年（1978-2008）〉，《武大國際法評論》，第11卷。

僅分散、難成一體，而且不便於統籌兼顧，難於對一些共同性的問題、需要協調的問題，比如識別問題、外國法的查明問題等，作出統一的規定。有時即使有規定，又造成不必要的重複；其次，有關涉外民事關係法律適用的法律規定散佈在不同的民事法律法規之中，針對相關法律法規所調整的民事關係所作出的法律適用規定，不可能突破該法律法規的適用範圍去規定其他的涉外民事關係的法律適用問題，只可能在該法律法規適用的範圍作出有限的規定；第三，法律對許多具體問題沒有加以規定。例如，有關於民事行為能力法律適用的規定，但沒有關於民事權利能力法律適用的規定；有不動產所有權法律適用的規定，但沒有動產所有權法律適用的規定；第四，部分規定不精準、不周延、不嚴密，容易引起歧義，容易導致誤讀；第五，其中有一些規定不科學。例如，現行法律關於公共秩序保留的規定，不僅將外國法律，而且也將國際慣例作為可依公共秩序保留原則排除的對象。這種做法不僅在世界上絕無僅有，而且在法理上也說不通⁷¹⁹。

為解決上述問題，儘早制定出一部體系完備、內容科學的涉外民事關係法律適用方面的法律，民間研究機構和立法機關一直在努力。中國國際私法學會曾歷時九年於2000年起草了《中華人民共和國國際私法示範法》，該《示範法》中設專章對涉外民事關係的法律適用做出規定。在立法層面，2002年全國人大常委會主管機關即已啟動初步工作，當時曾提出了一部包含94個條文的建議稿，並先後多次召開過不同規模的討論。

2008年3月，吳邦國委員長在十一屆全國人大一次會議第二次全體會議上宣佈：中國特色社會主義法律體系已經基本形成，為了實現到2010年形成中國特色社會主義法律體系的目標，2009年是關鍵性的一年，要在形成中國特色社會主義法律體系上邁出決定性步伐。為此，在提高立法質量的前提下，一要抓緊制定和修改在法律體系中起支架作用的重要法律；二要完成法律清理工作⁷²⁰。按照十一屆全國人大常委會當時確定的立法規劃，《涉外民事關係法律適用法》草案將在條件成熟時將提請審議。有學者評價當時即將審議的《涉外民事關係法律適用法》（草案），「在認真總結中國國際私法立法經驗的基礎上，將採用集中編纂的方式對現行有效的散落在《民法通則》第八章及一系列單行法規和司法解釋中的法律適用規範進行系統梳理，並按照各種法律規範的性質、功能及其內在聯繫，對其進行科學的分類和排列，就《涉外民事關係法律適用法》本身而言，這一相對集中的立法對於形成結構嚴謹、門類齊全、和諧協調的法律適用法的立法體系具有積極的作用」⁷²¹。

2010年10月28日，第十一屆全國人民代表大會常務委員會第十七次會議第三

⁷¹⁹ 中國社會科學報(7/1/2009)，彌補涉外民事關係法律適用法的五大缺陷，B8版。

⁷²⁰ 參見2008年3月8日吳邦國委員長在十一屆全國人大一次會議第二次全體會議上所作的《全國人民代表大會常務委員會工作報告》。

⁷²¹ 丁偉(2009)，〈論中國國際私法立法體系的和諧發展——制定〈涉外民事關係法律適用法〉引發的幾點思考〉，《東方法學》，2009年第4期。

次審議並通過《涉外民事關係法律適用法》(草案)，《涉外民事關係法律適用法》在中國成為正式法律並於2011年4月1日正式實施。有學者高度評價該法的制定「是我國法制建設的重要成果，是我國涉外民事關係法律適用立法的一次質變飛躍」⁷²²。

中國大陸涉外民事關係法律適用法的發展歷程複雜，同時，相關立法眾多而分散，且司法解釋實踐意義重大，鑒於此，為便於梳理這些涉外民事關係法律適用的具體規範，課題組原則上以《涉外民事關係法律適用法》的篇章結構為主，以立法時間為順序，對法律、行政法規以及司法解釋進行歸納與總結。此外，對於具有典型意義的地方高院的審判指導意見，亦將有所提及。

二、涉外民事關係法律適用中的民事主體

就涉外民事關係中民事主體權利能力與行為能力的法律適用，1986年《民法通則》第143條規定了定居國外的中國大陸公民的行為能力法律適用。1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》，彌補了《民法通則》的立法漏洞，對於外國人、無國籍人以及雙重國籍人在中國大陸的民事法律地位、外國法人行為能力的法律適用做出規定。此外，《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》進一步細化《民法通則》了有關涉外民事關係當事人的住所的規定。

《涉外民事關係法律適用法》第二章「民事主體」所規定的內容豐富，具體包括涉外民事關係中民事主體權利能力與行為能力、人格權、涉外代理、涉外信託以及自然人國籍與居住地的法律適用。

三、涉外人身家庭關係的法律適用

涉外人身關係主要包括涉外婚姻家庭關係和涉外繼承關係兩個部分。婚姻家庭法律關係是最為典型也是最重要的身份法律關係，包括涉外婚姻關係，涉外收養、撫養、監護等。涉外繼承關係主要包括涉外法定繼承與涉外遺囑繼承。

（一）涉外婚姻關係的法律適用

由於新中國成立以後外部長期封鎖，中國大陸對中外通婚限制較嚴，客觀上沒有這方面的立法要求，在較長時間中主要依據中央有關部門下達的「指示」、「意見」和「批復」等處理數量有限的涉外婚姻問題，而這些也基本集中在涉外結婚問題上⁷²³。在長期的實踐中，有關的檔對涉外婚姻的法律適用問題，一般不

⁷²² 齊湘泉(2011)，《〈涉外民事關係法律適用法〉原理與精要》，頁1，北京：法律出版社，2011年2月第1版。

⁷²³ 這一時期的指導性檔主要有：1950年中央人民政府法制委員會《關於中國人與外僑、外僑與外僑通婚問題的意見》，1951年內務部《關於暫行處理外僑相互之間與中國人之間婚姻問題的批復》，1975年外交部、公安部《關於處理外籍人來華與中國人結婚問題的規定》，1978年國務院批轉外交部、公安部《關於中國人同在華外國人結婚問題的內部規定》。1983年8月民政部發佈經國務院批准的《中國公民同外國人辦理結婚登記的幾項規定》，同年11月外交部、最高人民法院、民政部、司法部、國務院僑務辦公室發佈了《關於駐外使領館處理華僑婚姻問題的若干規定》，

區別實質要件和形式要件。在 1949 年到 1951 年期間，關於涉外婚姻成立要件的法律適用，總的精神是以適用婚姻締結地法為主。但自 1951 年年底以後，中國大陸處理涉外婚姻的基本精神改變為：外僑與外僑或中國大陸人與外僑結婚的條件，必須符合中國大陸婚姻法的規定。一直到改革開放之初，中國大陸對外通婚仍採取限制態度，規定了嚴格而複雜的審批手續。到 1983 年，民政部、外交部和公安部才放寬了中外通婚的限制⁷²⁴。而在相當長的一段時期內，中國大陸並沒有制定處理涉外離婚案件的正式法律。當時，雖不斷有涉外離婚案件發生，但中國大陸處理此類涉外婚姻案件的指導思想是：在不妨礙中國大陸基本國策的前提下，應儘量避免被當事人本國認為無效和無法執行的離婚判決⁷²⁵。

直到 1986 年《民法通則》頒佈，才結束了中國大陸涉外婚姻長期無法可依的局面。《民法通則》第 147 條規定：「中華人民共和國公民和外國人結婚適用婚姻締結地法律，離婚適用受理案件的法院所在地法律。」這一規定在中國大陸改革開放之初，對於規範中國大陸的涉外婚姻關係，具有一定實踐意義。但是這一條款存在明顯不足，該法條的法律關係主體具有不周延性，同時該法條所採用的連結點具有單一性⁷²⁶。另外最高人民法院 1988 年 1 月 26 日通過的《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第 188 條對《民法通則》第 147 條關於離婚的規定作了進一步的解釋：「我國法院受理的涉外離婚案件，離婚以及因離婚而引起的財產分割，適用我國法律。認定其婚姻是否有效，適用婚姻締結地法律。」此外，相關行政機關也制定了一些有關涉外婚姻的行政法規⁷²⁷。

2010 年《涉外民事關係法律適用法》彌補了《民法通則》的不足，對涉外婚姻的實質要件、形式要件，夫妻人身、財產關係做了較為詳細的規定，並填補了中國大陸涉外父母子女關係法律適用的空白。

（二）涉外收養、撫養、監護的法律適用

在涉外收養方面，改革開放以前中國大陸有關涉外收養的規範性檔幾乎沒有。直到 1991 年《收養法》頒佈，第 20 條⁷²⁸規定：「外國人依照本法可以在中華人民共和國收養子女。」1993 年司法部和民政部又聯合頒佈了《外國人在中華人民共和國收養子女實施辦法》，1999 年該辦法被修訂，並更名爲《外國人在中華人民共和國收養子女登記辦法》，該辦法第 2、第 3 條規定：「外國人在中華人民共和國境內收養中國公民的子女適用本辦法。收養人夫妻一方爲外國人的，也應當依照本辦法辦理。」「外國人在華收養子女，應當符合收養法的規定，並不得違背收養人經常居住地國的法律。」《涉外民事關係法律適用法》則從收

12 月民政部又發佈了《關於辦理婚姻登記中幾個涉外問題處理意見的批復》。參見丁偉(2010)主編，《國際私法學》，上海：上海人民出版社、北京：北京大學出版社，2010 年第二版，頁 385。

⁷²⁴ 參見李雙元(1989)主編：《涉外婚姻繼承法》，北京：中國政法大學出版社，1989 年版，頁 21-23。

⁷²⁵ 李雙元、歐福永、金彭年、張茂(2007)，《中國國際私法通論》，北京：法律出版社，2007 年第 3 版，頁 441。

⁷²⁶ 劉仁山(1999)，〈關於〈民法通則〉第 147 條的修改意見〉，《法商研究》，1999 年第 1 期。

⁷²⁷ 這些行政法規主要有：1988 年民政部、中央對台工作領導小組辦公室、外交部、公安部、司法部《關於臺灣同胞與大陸公民之間辦理結婚登記有關問題的通知》，1994 年民政部《婚姻登記管理條例》，1998 年民政部《大陸居民與臺灣居民婚姻登記管理暫行辦法》，2003 年國務院《婚姻登記條例》等。

⁷²⁸ 1998 年修改後的《收養法》爲第 21 條。

養的條件和手續、收養的效力、收養的解除三個方面對涉外收養的法律適用進行了較為全面的規制。

在涉外扶養與監護方面，除了《民法通則》第 148 條以及相關司法解釋的原則性規定外，中國大陸基本沒有這方面的立法。《民法通則》第 148 條規定：「扶養適用與被扶養人有最密切聯繫的國家的法律。」最高人民法院 1988 年 1 月通過的《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第 189 條規定：「父母子女相互之間的扶養、夫妻相互之間的扶養以及其他有扶養關係的人之間的扶養，應當適用與被扶養人有最密切聯繫國家的法律。扶養人和被扶養人的國籍、住所以及供養被扶養人的財產所在地，均可視為與被扶養人有最密切的關係。」該意見第 190 條規定：「監護的設立、變更和終止，適用被監護人的本國法律。但是，被監護人在我國境內有住所的，適用我國的法律。」《涉外民事關係法律適用法》第 29 條、30 條規定：「扶養，適用一方當事人經常居所地法律、國籍國法律或者主要財產所在地法律中有利於保護被扶養人權益的法律。」「監護，適用一方當事人經常居所地法律或者國籍國法律中有利於保護被監護人權益的法律。」這些規定都體現了對被扶養人、被監護人利益的保護。

（三）涉外繼承的法律適用

涉外繼承的法律適用，首見於 1985 年《中華人民共和國繼承法》第 36 條的規定⁷²⁹：「中國公民繼承在中華人民共和國境外的遺產或者繼承在中華人民共和國境內的外國人的遺產，動產適用被繼承人住所地法律，不動產適用不動產所在地法律。外國人繼承在中華人民共和國境內的遺產或者繼承在中華人民共和國境外的中國公民的遺產，動產適用被繼承人住所地法律，不動產適用不動產所在地法律。中華人民共和國與外國訂有條約、協定的，按照條約、協定辦理。」1985 年 1 月通過的《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國繼承法〉若干問題的意見》第 63 條對《繼承法》第 36 條進行了完善，規定：「涉外繼承，遺產為動產的適用被繼承人住所地法律，即被繼承人生前最後住所地國家的法律。」1986 年的《民法通則》再次明確了涉外法定繼承的法律適用：「遺產的法定繼承，動產適用被繼承人死亡時住所地法律，不動產適用不動產所在地法律。」在司法實踐中，《民法通則》第 149 條的規定並不適用於涉外遺囑繼承。法院在涉外遺囑繼承案件中，既可按繼承法處理，亦可參照相關國際慣例，對遺囑繼承的各個環節分別適用法律⁷³⁰。《涉外民事關係法律適用法》則以專章共五個條款對涉外繼承作出規定，涵蓋法定繼承、遺囑繼承、遺囑效力、遺產管理和無人繼承遺產的歸屬等。

四、涉外財產關係的法律適用

涉外財產關係具體包括涉外物權關係、涉外債權關係以及涉外知識產權關係三大部分。其中，涉外債權關係主要包括涉外合同、涉外侵權、涉外不當得利及無因管理。

⁷²⁹ 齊湘泉(2011)，《〈涉外民事關係法律適用法〉原理與精要》，北京：法律出版社，2011 年第 1 版，頁 250。

⁷³⁰ 袁發強、劉弦(2010)，〈涉外遺囑繼承法律適用立法研究〉，《廣西政法管理幹部學院學報》，2010 年第 6 期。

（一）涉外物權的法律適用

1986年《中華人民共和國民法通則》第144條規定了不動產所有權的法律適用。1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第186條規定了不動產的範圍以及不動產所有權關係，包括買賣、租賃、抵押、使用等民事關係。

此後，部分單行法對一些特殊動產的法律適用予以規定，如1992年《中華人民共和國海商法》第十四章「涉外關係的法律適用」第270條規定了船舶所有權的取得、轉讓和消滅以及船舶抵押權、優先權的法律適用。此外，1995年《中華人民共和國民用航空器法》第十四章「涉外關係的法律適用」第185條規定了民用航空器所有權的取得、轉讓和消滅以及民用航空器抵押權、優先權的法律適用。

在司法實踐中，2003年10月9日，最高人民法院在答復江蘇省高級人民法院《關於涉外股權質押未經登記在執行中質押權人是否享有優先受償權問題的復函》中，對涉外動產物權的法律適用做出具體答復。

2010年《涉外民事關係法律適用法》第五章第36、37、38、39、40條分別規定了不動產物權、動產物權、運輸中的動產、有價證券以及權利質權的法律適用問題。

（二）涉外債權的法律適用

1. 涉外合同的法律適用

1985年《中華人民共和國涉外經濟合同法》(已於1999年失效)，是一部專門調整涉外合同的法律。該法總則部分規定當事人在選擇適用法律時的意思自治原則，以及當事人未選擇適用法律之時可根據最密切聯繫原則確定準據法。同時規定三類涉外合同必須適用中國大陸法律。《涉外經濟合同法》的第二章至第六章分別規定了涉外合同訂立、履行、轉讓、變更、解除、終止以及爭議解決的具體規則。第七章附則中規定了涉外合同的訴訟時效問題。1987年最高人民法院在總結1985年《涉外經濟合同法》司法實踐經驗的基礎上，印發《關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》的司法解釋，除再次明確涉外合同適用法律的選擇應尊重當事人的意思自治以及最密切聯繫原則外，對當事人選擇法律的時限、不同種類的合同如何根據最密切聯繫原則確定準據法進行了補充解釋。在該司法解釋中，也首次明確涉外合同關係當事人所選擇的準據法僅限實體法，不包含衝突法和程式法，即禁止反致。

《涉外經濟合同法》以及1987年最高人民法院《關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》是中國大陸改革開放初期對於逐漸頻繁發生的涉外經濟交往的法律回應，在相當長一段時期內規範著涉外合同關係，並因1999年3月15日《中

華人民共和國合同法》的頒佈實施而廢止失效。而在《合同法》中所涉及的涉外合同關係法律適用條款為第126條，與《涉外經濟合同法》總則第五條相同，規定了涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律，但法律另有規定的除外。涉外合同的當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律。而在中國大陸境內履行的中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探自然資源合同，適用中國大陸法律。

2. 涉外侵權的法律適用

關於涉外侵權關係的法律適用問題，《民法通則》第 146 條最早做出了原則性規定，即侵權行為的損害賠償，適用侵權行為地法律。當事人雙方國籍相同或者在同一國家有住所的情況，也可以適用當事人本國法律或者住所地法律。對於中華人民共和國法律不認為在中華人民共和國領域外發生的行為是侵權行為的情況，則不作為侵權行為處理。1988 年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第 187 條則對侵權行為地的法律進行了規定，包括侵權行為實施地法律和侵權結果發生地法律。如果兩者不一致時，人民法院可以選擇適用。

1992 年《海商法》第 273 條對海上船舶碰撞侵權行為的法律適用作出規定，第 274 條規定了共同海損理算之法律適用，第 275 條則規定了賠償責任限制的法律適用。

1995 年《民用航空法》第 189 條規定了民用航空器對地面及水面第三人的侵權行為之法律適用做出了具體規定。

1992 年最高人民法院《關於審理涉外海上人身傷亡案件損害賠償的具體規定(試行)》(1991 年 11 月 8 日最高人民法院審判委員會第 521 次會議通過)規定了海上人身傷害案件的當事人雙方國籍相同或者在同一國家有住所的，可以適用當事人本國法律或者住所地法律。

2010 年《涉外民事關係法律適用法》第六章第 44 條規定了侵權責任法律適用的一般原則，第 45 條規定了產品責任的法律適用，第 46 條規定了人格權侵權的法律適用。

3. 涉外不當得利及無因管理的法律適用

2010 年《涉外民事關係法律適用法》制定之前，中國大陸在法律層面對涉外不當得利及無因管理尚無明確的立法規定。

五、涉外知識產權的法律適用

2010 年《涉外民事關係法律適用法》制定之前，在涉外知識產權的法律適用方面，尚無成文法律予以明確規定。涉及到相關法律適用問題時，或以部門規章

的方式進行個案解決，或通過省、自治區、直轄市的高級人民法院在其區域範圍內有效的司法適用解答。例如：1989年11月16日國家工商行政管理局商標局在答復江西省工商行政管理局《關於涉外商標使用許可合同適用法律問題的復函》中，規定了涉外商標使用許可合同的法律適用問題。復函指出，「根據國際慣例，工業產權法律遵循「屬地原則」，因此，美國PPG工業有限公司就其在我國註冊的「HI-SIL」白炭黑商標與他人簽訂商標使用許可合同，應當依據《中華人民共和國商標法》簽訂，並受我國法律管轄。」

一些地方高級人民法院，爲了應對司法實踐中的涉外知識產權審判問題，也發佈了相應的審判指導意見。如2004年北京市高級人民法院印發了《關於涉外知識產權民事案件法律適用若干問題的解答》。在該解答中，北京市高級人民法院明確了涉外知識產權民事案件及不正當競爭民事糾紛在權利保護、侵權等方面的法律適用，國際條約與國際慣例的優先適用或不予適用的條件及適用方式等問題。北京市高級人民法院所印發的此檔，在不違反法律、法規以及最高人民法院司法解釋的前提下，在北京市範圍內的司法實踐有指導與執行的意義。此外，2009年廣東省高級人民法院發佈的《關於審理侵犯音像著作權糾紛案件若干問題的指導意見》涉及到了涉外著作權法律適用的規定。

而2010年《涉外民事關係法律適用法》設專章規範知識產權的法律適用，包括知識產權的歸屬與內容、智慧財產權轉讓與許可以及知識產權侵權方面的法律適用。

六、涉港澳臺民事關係的法律適用

由於歷史原因，中國大陸與香港、澳門及臺灣施行截然不同的法律制度，許多學者將涉港（香港）、涉澳（澳門）以及涉台（臺灣）民事關係的法律適用，視爲區際法律衝突。在司法實踐中，法院或是按照涉外民事關係的規則予以適用，如1987年最高人民法院《關於審理涉港澳經濟糾紛案件若干問題的解釋》（法〔經〕發[1987]28號）的司法解釋中規定：涉港澳經濟糾紛案件的法律適用問題，按照涉外經濟糾紛的法律適用問題處理，所依據的法律也與涉外經濟糾紛法律適用規定相同。或是在應對司法實踐中的問題之時，不區分涉外民事關係與涉港澳民事關係，如1989年6月最高人民法院向各下級法院印發的《全國沿海地區涉外涉港澳經濟審判工作座談會紀要》（法[經]發<1989>12號），提出國際條約優先適用，並尊重當事人約定適用的國際慣例。對涉外與涉港澳民事關係的法律適用規定了一致的審判準則，未加區分。

2010年最高人民法院發佈《最高人民法院關於審理涉台民商事案件法律適用問題的規定》（2010年4月26日最高人民法院審判委員會第1486次會議通過，法釋〔2010〕19號），規定涉台民商事案件的審理，應當適用法律和司法解釋的有關規定；根據法律和司法解釋中選擇適用法律的規則，確定適用臺灣民事法律的，人民法院予以適用。

貳、重要內容

一、涉外民事關係法律適用的一般規定

(一) 涉外民事關係法律適用法與國際條約、國際慣例的關係

與涉外民商事關係有關的國際條約，是指兩個或者兩個以上的國家、國際組織等國際法主體共同締結的關於確立、變更或者終止締約各方在涉外民商事關係領域的權利和義務的具有法律約束力的書面協議⁷³¹。國際慣例則是在國際交往中，經過長期、反復實踐所形成的，具有確定性內容和法律約束力的、為國際社會公認共知的習慣做法。部分學者認為，國際慣例的適用必須具備的條件包括國家的承認和允許以及當事人的自願選擇⁷³²。

在涉外民事關係的法律適用問題上，中國大陸一貫採取的是遵守國際條約的基本原則。1986年《涉外經濟合同法》第6條規定：「中華人民共和國締結或者參加的與合同有關的國際條約同中華人民共和國法律有不同規定的，適用該國際條約的規定。但是，中華人民共和國聲明保留的條款除外。」在涉外合同領域首先確立優先適用國際條約，聲明保留除外的基本原則。1986年《民法通則》第142條第2款規定：「中華人民共和國締結或者參加的國際條約同中華人民共和國的民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外。」該條款雖然與《涉外經濟合同法》第6條的規定基本相同，但將國際條約優先原則的適用範圍從涉外合同關係擴展至整個涉外民事關係領域。自此，除聲明保留之外的情形，優先適用中國大陸締結或參加的國際條約成為在立法中亦多有體現，如1992年《海商法》第268條、1995年《民用航空器法》第184條的規定。

對於國際慣例的適用，《涉外經濟合同法》（已於1999年失效）第5條第3款規定：「中華人民共和國法律未作規定的涉外合同法律適用問題，可以適用國際慣例」。1987年最高人民法院《關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》（已於2000年廢止）第2條第9項對此進一步解釋道「在應當適用我國法律的情況下，如果我國法律對於合同當事人爭議的問題未作規定的，可以適用國際慣例。」1986年《民法通則》第142條第3款規定：「中華人民共和國法律和中華人民共和國締結或者參加的國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例。」應該說，《涉外經濟合同法》與《民法通則》中關於國際慣例的規定，存在著一定的差異。

在司法實踐中，最高人民法院2000年發佈的《最高人民法院關於審理和執行

⁷³¹ 高宏貴(2010)，《國際私法（衝突法篇）基本問題研究》，北京：高等教育出版社，2010年3月版，頁53。

⁷³² 趙相林(2002)主編，《中國國際私法立法問題研究》，北京：中國政法大學出版社，2002年10月版，頁20。

涉外民商事案件應當注意的幾個問題的通知》法〔2000〕51號）第2條規定「對我國參加的國際公約，除我國聲明保留的條款外，應予優先適用，同時可以參照國際慣例。」廣東省高級人民法院2004年發佈的《關於涉外商事審判若干問題的指導意見》第22條中，在涉外案件法律適用的邏輯順序問題上，規定「涉案爭議屬於我國締結或者參加的國際條約的適用範圍的，除條約規定當事人可以約定排除條約的適用且當事人有此種約定之外，適用公約的規定」。在該指導意見第24條，針對「如何理解《中華人民共和國民法通則》第142規定的‘中華人民共和國締結或者參加的國際條約同中華人民共和國的民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定’」問題，所做出的答復為「這一規定體現了我國‘國際條約優先’的法律適用原則。涉案爭議屬於我國締結或者參加的條約的適用範圍的，除條約規定當事人可以約定排除條約的適用且當事人有這種約定之外，應優先適用條約的規定，但我國聲明保留的條款除外。」據此，中國大陸無論是在立法層面還是司法實踐層面，一貫秉持的是遵守國際條約、尊重國際慣例的基本態度。

而2010年《涉外民事關係法律適用法》一反傳統立法態度，對國際條約與國際慣例的適用問題不予規定。對於《法律適用法》未能承襲此前立法規定，採取對國際條約不做規定做法的原因，有學者分析為：首先，國際條約的地位及適用應該在憲法、立法法、條約締結法中規定，不應在部門法中；其次，學者對實體性國際條約的優先適用與否爭議較大；再次，國際條約是通過採納或是轉化的方式在中國大陸適用尚無統一規則；最後，國際條約的性質種類差異較大，是否應當簡單直接適用仍需考量。鑒於國際條約的適用爭議甚多，諸如《法律適用法》這樣的部門法不宜對其適用做出規定。⁷³³而國際慣例，則因其為國際民間組織、行業組織或一國的商業團體根據長期形成的商業習慣之行為規則，僅為任意性行為規則，不具有普遍性的法律約束力，只能在當事人明確約定之時方可適用。⁷³⁴客觀而言，2010年《涉外民事關係法律適用法》對國際條約、國際慣例適用不做規定，是一種相對科學方式。國際條約的適用牽扯的不僅僅是涉外民事關係的法律適用，需要綜合考量政治、經濟、文化等各方面因素，需要慎之又慎。而國際慣例，其形成軌跡決定了其根本性質，即具有選擇適用性。雖然1986年《民法通則》中採用的是「可以適用國際慣例」的表述方式，但仍有畫蛇添足之嫌，特別是在當事人意思自治原則在涉外民事關係的法律適用被立法與司法實踐認可的前提下。

（二）涉外民事關係法律適用的基本原則

當事人有權依據自己的意思決定涉外民事關係所應適用的法律，即為意思自治原則。義大利著名的法學家將意思自治原則將其表述為國際司法的三大原則之

⁷³³ 參見齊湘泉(2011)，《〈涉外民事關係法律適用法〉原理與精要》，北京：法律出版社，2011年2月版，頁39、40。

⁷³⁴ 齊湘泉(2011)，《〈涉外民事關係法律適用法〉原理與精要》，北京：法律出版社2011年2月版，頁41。

一，「該原則雖然產生於合同領域並發展成爲選擇合同准據法的首要原則，但現在已經擴展到涉外侵權、婚姻家庭和財產繼承等眾多領域，成爲整個國際司法領域內一個很重要的准據法選擇方法……」⁷³⁵。而承認當事人意思自治，有利於保證法律適用結果的可預見性，因而有利於保護國際經濟交易的安全，這是傳統國際私法所追求的價值目標⁷³⁶。

中國大陸1985年《涉外經濟合同法》首先在涉外合同關係中確立了意思自治與最密切聯繫原則，該法第5條第1款規定，「合同當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律。當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律」。雖然《涉外經濟合同法》於1999年《合同法》頒佈實施後失效，《合同法》基本沿用了《涉外經濟合同法》所規定的當事人意思自治以及最密切聯繫原則，該法第126條規定，「涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律，但法律另有規定的除外。涉外合同的當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律」。1992年《海商法》第269條、1995年《民用航空法》第188條均明確規定了當事人意思自治以及最密切聯繫原則。根據這些規定，在涉外合同關係中，當事人意思自治原則是優先適用的，而根據最密切聯繫原則來選擇適用法律則是補充性的。

當事人選擇涉外民事關係的適用法律是有一定限制性條件的。首先，當事人選擇適用的法律不得違背中華人民共和國的社會公共利益，否則不予適用；其次，對於中華人民共和國明確規定必須適用中國大陸法律的情形，當事人不得自行選擇適用他國法律或國際慣例。1986年《民法通則》第150條規定，「依照本章規定適用外國法律或者國際慣例的，不得違背中華人民共和國的社會公共利益」。1987年最高人民法院《關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》（已於2000年廢止）第2條第10項規定，「在應適用的法律爲外國法律時，如果適用該外國法律違反我國法律的基本原則和社會公共利益的，則不予適用，而適用我國相應的法律」。1988年《最高人民法院〈關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）〉》第194條規定，「當事人規避我國強制性或者禁止性法律規範的行爲，不發生適用外國法律的效力」。

2010年《涉外民事關係法律適用法》第3條規定，「當事人依照法律規定可以明示選擇涉外民事關係適用的法律」。這將當事人意思自治原則全面拓展至包括涉外合同關係在內的各類涉外民事關係中，但卻要求當事人以「明示」的方式來選擇所適用的法律。顯然，這與前述最高人民法院的司法解釋規定的關係，尙需進一步厘清。

最密切聯繫原則，是指「在決定應適用何國法律之前，應對整個案件作出全

⁷³⁵ 高宏貴(2010)：《國際私法（衝突法篇）基本問題研究》，北京：高等教育出版社，2010年3月版，頁204。

⁷³⁶ 肖永平、胡永慶(1997)：〈法律選擇中的當事人意思自治〉，《法律科學》1997年第5期，總第82期。

綜合的分析，找出本案與那個國家存在著‘最密切聯繫’的因素，從而決定適用哪個國家的法律的一項法律適用原則」⁷³⁷。

爲了準確適用當事人意思自治原則，最高人民法院曾經發文，具體規範當事人在選擇適用法律的時間與方式。2005年最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》第47條規定，「涉外商事合同的當事人可以在訂立合同後至一審法庭辯論終結前通過協商一致改變訂立合同時選擇的法律，但不得損害第三人的合法利益」。2007年最高人民法院發佈的《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》（法釋〔2007〕14號）第4條規定，「當事人在一審法庭辯論終結前通過協商一致，選擇或者變更選擇合同爭議應適用的法律的，人民法院應予准許。當事人未選擇合同爭議應適用的法律，但均援引同一國家或者地區的法律且未提出法律適用異議的，應當視爲當事人已經就合同爭議應適用的法律作出選擇。」根據這些規定，在司法實踐中，涉外合同關係的當事人可以通過明示或者默示選擇適用法律，選擇以及變更適用法律的最後時間限制爲一審法庭辯論之前。

最密切聯繫原則同樣也在涉外合同關係中由立法最初確定，此後，1986年《民法通則》第148條規定，「扶養適用與被扶養人有最密切聯繫的國家的法律」，則是在涉外人身家庭關係上明確了最密切聯繫原則的適用。1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》又將最密切聯繫原則的適用延伸至外國自然人國籍⁷³⁸、自然人住所⁷³⁹、法人營業地⁷⁴⁰、扶養關係⁷⁴¹以及區際法律衝突⁷⁴²。

2010年《涉外民事關係法律適用法》第2條規定，「涉外民事關係適用的法律，依照本法確定。其他法律對涉外民事關係法律適用另有特別規定的，依照其規定。對涉外民事關係法律適用沒有規定的，適用與該涉外民事關係有最密切聯繫

⁷³⁷ 屈廣清(2004)，《衝突法原則》，北京：法律出版社，2004年5月版，頁24。

⁷³⁸ 1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第182條規定，「有雙重或多重國籍的外國人，以其有住所或者與其有最密切聯繫的國家的法律爲其本國法」。

⁷³⁹ 1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第183條規定，「當事人的住所不明或者不能確定的，以其經常居住地爲住所。當事人有幾個住所的，以與產生糾紛的民事關係有最密切聯繫的住所爲住所。」

⁷⁴⁰ 1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第185條規定，「當事人有二個以上營業所的，應以與產生糾紛的民事關係有最密切聯繫的營業所爲准；當事人沒有營業所的，以其住所或者經常居住地爲准。」

⁷⁴¹ 1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第189條規定，「父母子女相互之間的扶養、夫妻相互之間的扶養以及其他有扶養關係的人之間的扶養，應當適用與被扶養人有最密切聯繫國家的法律。扶養人和被扶養人的國籍、住所以及供養被扶養人的財產所在地，均可視爲與被扶養人有最密切的聯繫。」

⁷⁴² 1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第192條規定，「依法應當適用的外國法律，如果該外國不同地區實施不同的法律的，依據該國法律關於調整國內法律衝突的規定，確定應適用的法律。該國法律未作規定的，直接適用與該民事關係有最密切聯繫的地區的法律」。

的法律」。《涉外民事關係法律適用法》在綜合前述立法與司法解釋的基礎之上，將最密切聯繫原則從具體的涉外合同關係、涉外扶養關係等具體涉外民事關係法律選擇方法，上升為法律適用的一般原則，可以適用於涉外民事關係對所有領域⁷⁴³。同時，也確定了涉外民事關係法律適用的順序：首先是當事人選擇的法律；當事人沒有選擇的，適用《涉外民事關係法律適用法》的規定；法律沒有規定的，則適用最密切聯繫原則來確定所應適用的法律。事實上，由於最密切聯繫原則本身沒有提供必要的嚴密而精確的分析方法，就使得它的應用在很大程度上依賴于法官的分析和判斷。因此，在司法實踐中，最高人民法院所發佈的有關最密切聯繫原則的司法解釋，仍然會起到相當重要的作用。

（三）直接適用的法與公共秩序保留

2010年《涉外民事關係法律適用法》第4條規定，「中華人民共和國法律對涉外民事關係有強制性規定的，直接適用該強制性規定」。對於本條所規定的「直接適用的法」，是不允許當事人通過意思自治來排除適用的。所謂「直接適用的法」，是指國內民商法中的某些規範在調整涉外民商事關係時，可以不援引衝突規範，只根據其本身的規定，而直接得到適用⁷⁴⁴。

在中國大陸的立法中，在幾個方面規定了「直接適用的法」。1987年最高人民法院《關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》（已於2000年廢止）第2條第3項規定，「在中國境內履行的中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同，必須適用中國法律，當事人協議選擇適用外國法律的合同條款無效」。1999年《合同法》第126條對於適用中國大陸法律的涉外合同的規定於上述條款相同。2005年最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》第57條在上述法律規定的基礎上，增加了應當適用中國大陸法律的兩種種涉外合同種類，包括「轉讓中外合資經營企業、中外合作經營企業、外商獨資企業股份的合同」以及「外國自然人、法人或者其他組織承包經營在我國境內設立的企業的合同」。而2007年《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》（法釋〔2007〕14號）第8條中補充了適用中國大陸法律的另外幾種涉外合同類型，即「外國自然人、法人或者其他組織購買中華人民共和國領域內的非外商投資企業股東的股權的合同」、「外國自然人、法人或者其他組織認購中華人民共和國領域內的非外商投資有限責任公司或者股份有限公司增資的合同」、「外國自然人、法人或者其他組織購買中華人民共和國領域內的非外商投資企業資產的合同」以及「中華人民共和國法律、行政法規規定應適用中華人民共和國法律的其他合同」。

所謂公共秩序，系指一國國家或社會的重大利益，或法律和道德的基本原

⁷⁴³ 齊湘泉(2011)，《〈涉外民事關係法律適用法〉原理與精要》，北京：法律出版社 2011年2月版，頁56-57。

⁷⁴⁴ 冰青、陳立虎(2002)：〈「直接適用的法」之解析〉，《法商研究》，2002年第1期，總第87期。

則。根據各國普遍的實踐和許多國際私法公約的規定，在一國依內國衝突規範的指定本應對某一涉外民事關係適用外國法時，如其適用將與自己的公共秩序相抵觸，便可排除該外國法的適用⁷⁴⁵。有學者認為，公共秩序保留是限制外國法適用的一種制度，可以消除隱含在衝突規則中的某種危險性⁷⁴⁶。

中國大陸在立法與司法中一向肯定公共秩序保留制度的重要作用，但在不同的立法中表述有些許差異。早在1995年11月，原中央人民政府法制委員會《關於中國人與外僑、外僑與外僑通婚問題的意見》中指出，「適用當事人本國的婚姻法以不違背中國的公共秩序、公共利益和目前的基本政策為限度」。其中將「公共秩序和公共利益」作為限制外國婚姻法適用的條件。第一次全面規定公共秩序保留制度的立法是1986年《民法通則》，該法第150條規定，「依照本章規定適用外國法律或者國際慣例的，不得違背中華人民共和國的社會公共利益」。此外，1992年《海商法》第276條，1995年《民用航空法》第190條都分別規定了外國法律和國際慣例均可因公共秩序保留而限制適用。雖然此處所規定的「社會公共利益」實際上應當可以被理解為公共秩序，但「社會公共利益」的表述顯然存在不準確之處。而上述法律規定中備受爭議的問題是，中國大陸通過公共秩序保留予以限制適用國際慣例⁷⁴⁷。以公共利益原則排除適用國際慣例是中國大陸公共秩序條款的特別之處，其他國家鮮有如此規定的。世界各國的國際私法一般只是規定適用外國法不得違背內國的公共秩序⁷⁴⁸。

在司法實踐中，最高人民法院的司法解釋也多次強調公共秩序保留的問題。1987年最高人民法院《關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》（已於2000年廢止）第2條第10項以及2005年最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》第54條均規定，「適用的法律為外國法律時，如果適用該外國法律違反我國法律的基本原則和社會公共利益的，則不予適用，而適用我國相應的法律」。2007年《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》（法釋〔2007〕14號）第7條也做出了類似規定。

2010年《涉外民事關係法律適用法》第5條規定，「外國法律的適用將損害中華人民共和國社會公共利益的，適用中華人民共和國法律」。據此，立法者將因公共秩序保留而限制適用的範圍限定為「外國法律」，對公共秩序的表述採用了「社會公共利益」，採用外國法律的適用結果不得違背「社會公共利益」的客觀標準，而並非單純考慮外國法律的內容本身。至於外國法因其適用結果違背中國大陸公共秩序而被排除適用後，適用中國大陸相應的國內法來代替，這也是國際社會的通常做法。

⁷⁴⁵ 黃進(1991)，〈國際私法上的公共秩序問題〉，《武漢大學學報（社會科學版）》，1991年第6期。

⁷⁴⁶ 李雙元(2007)主編，《國際私法》，北京：北京大學出版社，2007年5月第2版，頁164。

⁷⁴⁷ 參見胡振傑、李雙元(1992)，〈從我國法院的幾個案例談國際私法上公共秩序保留制度的正確運用〉，《政法論壇》，1992年第5期。

⁷⁴⁸ 金彭年(1999)，〈國際私法上的公共秩序研究〉，《法學研究》，1999年第4期。

（四）定性與反致

法律適用法上的定性是指法院審理涉外民事案件時依據一定的法律對案件性質作出判斷，找出應適用的法律適用規範，根據法律適用規範的指引確定準據法。⁷⁴⁹2010年《涉外民事關係法律適用法》制定之前，中國大陸立法未曾對定性作出規定。但是，定性對於涉外民事糾紛的處理具有重要的意義，因為在實踐中，法律適用的步驟可以歸納為：先判斷爭議問題的法律性質，進而分辨出當事人所主張權利的性質援引衝突規範確定準據法，通過準據法的適用分配當事人之間的權利義務⁷⁵⁰。《涉外民事關係法律適用法》第8條規定，「涉外民事關係的定性，適用法院地法」。依法院地法定性，有利於維護國家司法主權。其所存在的不合理因素就是不公平⁷⁵¹。

反致，是指一國法院在處理涉外民事案件時，按照法院地國法律適用規範的法律指引本應適用外國法，而依外國法律適用規範應適用法院地法。如果法院適用了法院地國的實體法審理該涉外民事案件，即構成反致。⁷⁵²中國大陸一貫反對反致在涉外民事案件中的適用。1987年年最高人民法院《關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》（已於2000年廢止）第2條第5項規定，「當事人協議選擇的或者人民法院按照最密切聯繫原則確定的處理合同爭議所適用的法律，是指現行的實體法，而不包括衝突法規範和程式法」。該司法解釋首先在涉外合同關係領域否認了反致的適用。1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第178條第2款規定，「人民法院在審理涉外民事關係的案件時，應當按照民法通則第八章的規定來確定應適用的實體法」，則是直接規定所有的涉外民事關係案件均拒絕反致。在最高人民法院發佈的司法解釋中，也多次重申拒絕反致的適用。如2005年最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》第48條以及2007年《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》（法釋〔2007〕14號）第1條均規定了在涉外合同關係中，所適用的法律為「實體法，不包括衝突規範和程式法規範」。2010年《涉外民事關係法律適用法》秉持中國立法與司法實踐的一致態度，在第9條中規定，「涉外民事關係適用的外國法律，不包括該國的法律適用法。」

對於中國大陸拒絕反致適用的態度，有學者認為，雖然反致制度在追求判決一致性方面受到諸多條件的限制，但是在增加法律選擇靈活性，從而實現公正性方面卻具有很大的作用，可以說反致制度為此提供了技巧和方法。因此中國大陸

⁷⁴⁹ 齊湘泉(2011)，〈《涉外民事關係法律適用法》原理與精要〉，北京：法律出版社 2011 年 2 月版，頁 107。

⁷⁵⁰ 劉再輝(2010)，〈涉外民商事案件識別問題新探〉，《法律適用》2010 年第 12 期，總第 297 期。

⁷⁵¹ 齊湘泉(2011)，〈《涉外民事關係法律適用法》原理與精要〉，北京：法律出版社 2011 年 2 月版，頁 115。

⁷⁵² 齊湘泉(2005)：《涉外民事關係法律適用法總論》，北京：法律出版社 2005 年 3 月第 1 版，頁 147。

立法上對反致制度的否定不能不說是一種缺憾⁷⁵³。

（五）訴訟時效的法律適用

中國大陸最早對涉外民事案件訴訟時效的法律適用規定，可見於1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》，該《意見》第195條規定，「涉外民事法律關係的訴訟時效，依衝突規範確定的民事法律關係的准據法確定」。2010年《涉外民事關係法律適用法》則以立法的形式，將涉外民事關係的訴訟時效適用調整涉外民事關係的准據法這一原則規定於該法第7條。

（六）外國法的查明

在涉外民事關係中，如果准據法確定為外國法，查明外國法的存在以及確定外國法的內容是審理涉外民事案件中不可回避的問題。中國大陸就外國法的查明的法律規定與司法解釋，存在著一定的變化和差異。

1987年年最高人民法院《關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》（已於2000年廢止）第2條第11項規定，「在應適用的法律為外國法律時，人民法院如果不能確定其內容時，可以通過下列途徑查明：①由當事人提供；②由我駐該國的使、領館提供；③由該國駐華使、領館提供；④由中外法律專家提供。通過上述途徑仍不能查明的，可參照我國相應的法律處理。」而1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第193條除規定上述幾種方式外，又增加了「由與我國訂立司法協助協定的締約對方的中央機關提供」的外國法查明方式。而在2005年最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》有關外國法查明途徑的規定與上述司法解釋存在一定的差異，該《會議紀要》第51條規定，「涉外商事糾紛案件應當適用的法律為外國法律時，由當事人提供或者證明該外國法律的相關內容。當事人可以通過法律專家、法律服務機構、行業自律性組織、國際組織、互聯網等途徑提供相關外國法律的成文法或者判例，亦可同時提供相關的法律著述、法律介紹資料、專家意見書等。當事人對提供外國法律確有困難的，可以申請人民法院依職權查明相關外國法律。」根據該《會議紀要》，外國法的提供與證明責任，主要在於當事人，而法院依職權查明則為例外情形。而2007年《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》（法釋〔2007〕14號）第9條則規定，「當事人選擇或者變更選擇合同爭議應適用的法律為外國法律時，由當事人提供或者證明該外國法律的相關內容。人民法院根據最密切聯繫原則確定合同爭議應適用的法律為外國法律時，可以依職權查明該外國法律，亦可以要求當事人提供或者證明該外國法律的內容。當事人和人民法院通過適當的途徑均不能查明外國法律的內容的，人民法院可以適用中華人民共和國法律。」該司法解釋針對適用

⁷⁵³ 趙相林(2002)主編：《中國國際私法立法問題研究》，北京：中國政法大學出版社，2002年10月版，頁40、43。

外國法的不同情形，而區分外國法查明的途徑。

2010年《涉外民事關係法律適用法》在立法層面基本承認2007年《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》（法釋〔2007〕14號）第9條的規定，即「涉外民事關係適用的外國法律，由人民法院、仲裁機構或者行政機關查明。當事人選擇適用外國法律的，應當提供該國法律。不能查明外國法律或者該國法律沒有規定的，適用中華人民共和國法律。」首先，該規定承認「法官知法」的原則，認為法官應當負責查明外國法的內容，當事人無需提供協助。當然，涉及到仲裁的情形，則應當由仲裁機構負責；但是，如果是當事人協議選擇的法律，當事人則有義務提供該法律。其次，對於外國法無法查明的救濟，則採取了大多數國家的做法，直接適用內國法。但是有學者反對這種做法，其原因在於在實踐中，中國大陸有些法院往往並不認真地查明外國法，而是簡單地經過查明後，就以外國法無法查明為由，適用中國大陸法律代替⁷⁵⁴。

二、涉外民事關係的主體與民事行爲

2010年《涉外民事關係法律適用法》專設「民事主體」一章，對涉外民事關係中的民事主體的法律適用進行規定。同時在該章中，規定了涉外代理、涉外信託等民事行爲以及人格權內容的法律適用。雖然這種體例設計存在一定的缺陷，但爲了便於對相關的法律條文進行梳理，課題組仍然按照《涉外民事關係法律適用法》的章節條文順序進行歸納與總結。

（一）自然人的權利能力與行爲能力

1986年《民法通則》以及1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》對於涉外民事關係中自然人的權利能力均未予規定。對於自然人的行爲能力，則多有涉及。《民法通則》第143條規定，「中華人民共和國公民定居國外的，他的民事行爲能力可以適用定居國法律」。該規定顯然將定居國外的中國大陸公民的民事行爲能力問題簡單化，而且也未涉及外國人的民事行爲能力問題，存在一定的立法漏洞。而1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》對此予以補充與解釋，根據該《意見》第179至第183條，分別對定居國外的中國大陸公民的民事行爲能力做出區分規定，即「如其行爲是在我國境內所爲，適用我國法律；在定居國所爲，可以適用其定居國法律」；對於在中國大陸領域內進行民事活動的外國人，「如依其本國法律爲無民事行爲能力，而依我國法律爲有民事行爲能力，應當認定爲有民事行爲能力」；對於無國籍人的民事行爲能力，「一般適用其定居國法律；如未定居的，適用其住所地國法律」；對於有雙重或多重國籍的外國人，「以其有住所或者與其有最密切聯繫的國家的法律爲其本國法」；而涉外民事關係的行爲人住所不明或者不能確定的，「以其經常居住地爲住所。當事人有幾個

⁷⁵⁴ 黃進、杜煥芳(2005)，〈「外國法的查明與解釋」的條文設計與論證〉，《求是學刊》，2005年3月號，第32卷第2期。

住所的，以與產生糾紛的民事關係有最密切聯繫的住所為住所」。應該說，1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》有關涉外民事關係中自然人的民事行為能力的法律適用問題，規定得較為全面與科學，在相當長的一段時間內，指導著具體的司法實踐與涉外民事關係的審判工作。

但在特殊的商事立法中，自然人的權利能力與行為能力必須根據該商事法予以認定。如《中華人民共和國票據法》第96條的規定，「票據債務人的民事行為能力，適用其本國法律。票據債務人的民事行為能力，依照其本國法律為無民事行為能力或者為限制民事行為能力而依照行為地法律為完全民事行為能力的，適用行為地法律。」

2010年《涉外民事關係法律適用法》第11條、第12條首次全面規定了涉外民事關係中自然人的民事權利和行為能力的法律適用，並且均以「經常居所地法律」為準據法，同時規定「自然人從事民事活動，依照經常居所地法律為無民事行為能力，依照行為地法律為有民事行為能力的，適用行為地法律，但涉及婚姻家庭、繼承的除外。」這些規定與之前立法或司法解釋的有關規定存在差異，對於自然人的國籍不加區分，而以其經常居所地為主要標準，在民事行為能力的法律適用上以行為地法律為補充。這種規定符合國際私法的最新理論，與多數國家的規定相一致。

（二）法人的權利能力與行為能力

在涉外民事關係中法人的權利能力與行為能力的法律適用上，之前的立法與司法解釋對法人的權利能力的規定存在立法漏洞，而法人的行為能力確認與《涉外民事關係法律適用法》的規定差別不大。1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第184條第1款規定，「外國法人以其註冊登記地國家的法律為其本國法，法人的民事行為能力依其本國法確定」。據此，外國法人的民事行為能力依照其登記地國家的法律予以確定。

《涉外民事關係法律適用法》第14條第1款規定，「法人及其分支機構的民事權利能力、民事行為能力、組織機構、股東權利義務等事項，適用登記地法律」。該規定不僅全面地規定了涉外民事關係中法人的權利能力與行為能力確認，而且還盡量周延至法人的分支機構，並對法人的組織結構、股東權利義務事項的確認進行了規範。第14條第2款則考慮到法人的主營業地與登記地不一致的情形，「可以適用主營業地法律」。同時也對「主營業地」進行了限定，即「法人的經常居所地」。

（三）涉外代理與信託

2010年《涉外民事關係法律適用法》通過之前，中國大陸的涉外代理以及涉外信託的法律適用均存在立法空白，司法實踐中也基本沒有涉及。《法律適用法》

第16條規定，「代理適用代理行為地法律，但被代理人與代理人的民事關係，適用代理關係發生地法律；當事人可以協定選擇委託代理適用的法律」。據此規定，立法將代理劃分為代理法律行為、代理人與被代理人之間的合同關係。對於代理行為適用行為地法律，而對於代理人被代理人之間的內部關係則適用代理關係發生地法律。同時，將委託代理比照為合同關係，允許涉外委託代理的當事人根據意思自治原則予以選擇適用法律。

《法律適用法》第17條，則是對涉外信託關係的法律適用予以規定。涉外信託關係的當事人依據意思自治原則可以協議選擇法律適用，如果沒有選擇，則「適用信託財產所在地法律或者信託關係發生地法律」。這種准據法的確定方法，顯然受到了《關於信託的法律適用及其承認的公約》的影響⁷⁵⁵，當事人可以有權自行選擇法律適用。

三、涉外人身家庭關係的法律適用

（一）涉外結婚、離婚與夫妻關係的法律適用

中國大陸《涉外民事關係法律適用法》第21、22條分別對結婚的實質要件和形式要件作出了規定。結婚的實質要件即「結婚條件」，「適用當事人共同經常居所地法律；沒有共同經常居所地的，適用共同國籍國法律；沒有共同國籍，在一方當事人經常居所地或者國籍國締結婚姻的，適用婚姻締結地法律。」該規定採取屬人原則，以屬人法為主，兼采婚姻締結地法，反映出促進涉外婚姻有效成立的理念，是對《民法通則》規定的屬地原則做出的重大修改。結婚的形式要件即「結婚手續」，「符合婚姻締結地法律、一方當事人經常居所地法律或者國籍國法律的，均為有效。」該規定採取了選擇性法律規範，只要符合三個連接點指引的法律之一的，即為有效。

如前文所述，中國大陸《民法通則》第147條對涉外離婚的規定存在較大缺陷，而《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第188條的擴張解釋也存在欠缺。《涉外民事關係法律適用法》在總結中國大陸立法和實踐的基礎上，在第25、第26條對涉外協議離婚和訴訟離婚做了新的規定：「協定離婚，當事人可以協定選擇適用一方當事人經常居所地法律或者國籍國法律。當事人沒有選擇的，適用共同經常居所地法律；沒有共同經常居所地的，適用共同國籍國法律；沒有共同國籍的，適用辦理離婚手續機構所在地法律。」「訴訟離婚，適用法院地法律。」中國大陸這種對涉外協議離婚和訴訟離婚採取不同法律適用規則的規定，在世界上是較為少見的，這也改變了中國大陸以前對涉外離婚一律按訴訟程式處理的做法。但是，這一規定與中國大陸對涉外結婚法律適用的規定不一致，利弊尚需實踐進行檢驗。

對夫妻人身關係，《涉外民事關係法律適用法》第23條規定：「夫妻人身關係，適用共同經常居所地法律；沒有共同經常居所地的，適用共同國籍國法律。」適用當事人的屬人法與世界各國的法律適用保持了一致性⁷⁵⁶，而中國大陸的屬人

⁷⁵⁵ 參見《關於信託的准據法及其承認的公約》第7條之規定。

⁷⁵⁶ 齊湘泉(2005)，《涉外民事關係法律適用法：婚姻家庭繼承論》，北京：法律出版社，2005年

法即經常居所地法。如果當事人沒有共同居住地，則適用共同國籍國法律以補充適用共同居所地法的不足。

對夫妻財產關係，《涉外民事關係法律適用法》第 24 條規定：「夫妻財產關係，當事人可以協定選擇適用一方當事人經常居所地法律、國籍國法律或者主要財產所在地法律。當事人沒有選擇的，適用共同經常居所地法律；沒有共同經常居所地的，適用共同國籍國法律。」該條在夫妻財產關係領域引入了意思自治，但對當事人選擇法律的範圍做出了限制，。在當事人沒有合意選擇法律的情況下，適用屬人法。

（二）涉外父母子女關係的法律適用

《涉外民事關係法律適用法》第 25 條規定：「父母子女人身、財產關係，適用共同經常居所地法律；沒有共同經常居所地的，適用一方當事人經常居所地法律或者國籍國法律中有利於保護弱者權益的法律。」父母子女人身關係，主要有子女婚生推定和婚生否定、父母與親生子女關係、父母與非婚生子女關係、非婚生子女的准正與認領、收養、撫養等，父母對子女的權利主要是保護教育權、懲戒權、法定代表權、居所指定權；父母子女財產關係主要有父母對子女財產的管理權、處分權、收益權。⁷⁵⁷該規定採用屬人法原則，同時又以保護弱者權益為宗旨，填補了中國大陸在涉外親子關係法律適用上的空白。

（三）涉外收養的法律適用

《涉外民事關係法律適用法》第 28 條規定：「收養的條件和手續，適用收養人和被收養人經常居所地法律。收養的效力，適用收養時收養人經常居所地法律。收養關係的解除，適用收養時被收養人經常居所地法律或者法院地法律。」從該條規定可以看出，涉外收養的形式要件和實質要件重疊適用收養人與被收養人的經常居所地法律，條件相對較為嚴格；而由於收養成立後，被收養人一般隨收養人生活，所以適用收養人經常居住地法律。收養關係的解除適用收養時被收養人經常居所地法律或者法院地法律，則有利於保護被收養人的利益。

（四）涉外扶養、監護的法律適用

《涉外民事關係法律適用法》第 29 條規定：「扶養，適用一方當事人經常居所地法律、國籍國法律或者主要財產所在地法律中有利於保護被扶養人權益的法律。」第 30 條規定：「監護，適用一方當事人經常居所地法律或者國籍國法律中有利於保護被監護人權益的法律。」這兩條都採取了有限的意思自治原則，允許當事人在有限範圍內選擇法律適用，並且要「有利於保護被扶養（監護）人的利益」。

（五）涉外繼承的法律適用

《涉外民事關係法律適用法》第 31 條規定：「法定繼承，適用被繼承人死亡時經常居所地法律，但不動產法定繼承，適用不動產所在地法律。」該條延續了

第 1 版。頁 97

⁷⁵⁷ 齊湘泉(2011)，《〈涉外民事關係法律適用法〉原理與精要》，北京：法律出版社，2011 年第 1 版，頁 220。

中國大陸《繼承法》中對動產和不動產的法定繼承區別對待的傳統，但對動產繼承的連接點不再使用「被繼承人死亡時住所地」，而轉為「被繼承人死亡時經常居所地」。

《涉外民事關係法律適用法》分別對遺囑繼承的形式要件和實質要件的法律適用做出了規定。第 32 條規定：「遺囑方式，符合遺囑人立遺囑時或者死亡時經常居所地法律、國籍國法律或者遺囑行為地法律的，遺囑均為成立。」這就是對遺囑繼承形式要件法律適用的規定，中國大陸立法對此採取了十分寬鬆的態度，無條件選擇性適用法律，並不對動產和不動產作出區分。第 33 條規定：「遺囑效力，適用遺囑人立遺囑時或者死亡時經常居所地法律或者國籍國法律」。這是對遺囑繼承實質要件法律適用的規定，遺囑效力適用遺囑人的屬人法。

對於遺產管理問題，《涉外民事關係法律適用法》第 34 條規定：「遺產管理等事項，適用遺產所在地法律。」在該法頒佈以前，中國大陸遺產管理實行直接遺產轉移制度，《繼承法》第 24 條規定：「存在遺產的人，應當妥善保管遺產，任何人不得侵吞或者爭搶。」《涉外民事關係法律適用法》關於遺產管理法律適用的規定填補了中國大陸涉外繼承遺產管理法律適用的空白。

另外，《涉外民事關係法律適用法》第 35 條對於無人繼承遺產的歸屬，做出規定：「無人繼承遺產的歸屬，適用被繼承人死亡時遺產所在地法律。」這與 1988 年《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第 191 條的規定相似，但表述上更為科學。⁷⁵⁸

四、涉外財產關係的法律適用

（一）涉外物權關係的法律適用

1986年《民法通則》僅對不動產所有權的法律適用作出規定，確定了「不動產所在地法律」為準據法，但卻未涉及不動產的其他權利，也未涉及動產的法律適用，可以說《民法通則》對於涉外物權的法律適用不夠全面，也遠不能適應司法的實際需求。1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第186條規定，「不動產的所有權、買賣、租賃、抵押、使用等民事關係，均應適用不動產所在地法律」，在一定程度上彌補了《民法通則》的立法不足與漏洞，但主要針對的仍然是不動產的法律適用。

1992年《海商法》以及1995年《民用航空法》分別在「涉外關係的法律適用」章節中，對船舶以及民用航空器這兩種特殊動產的所有權、抵押權以及優先權的法律適用做出規定⁷⁵⁹。除此之外，中國大陸立法對於動產的法律適用尚無成文規

⁷⁵⁸ 《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第 191 條規定：「在我國境內死亡的外國人，遺留在我國境內的財產如果無人繼承又無人受遺贈的，依照我國法律處理，兩國締結或者參加的國際條約另有規定的除外。」

⁷⁵⁹ 《海商法》第 270 條規定，「船舶所有權的取得、轉讓和消滅，適用船旗國法律」；該法第 271 條規定，「船舶抵押權適用船旗國法律。船舶在光船租賃以前或者光船租賃期間，設立船舶抵押權的，適用原船舶登記國的法律」；第 272 條規定，「船舶優先權，適用受理案件的法院所在地法律」。《民用航空法》第 185 條規定，「民用航空器所有權的取得、轉讓和消滅，適用民用航空器國籍登記國法律」；第 186 條規定，「民用航空器抵押權適用民用航空器國籍登記國法律」；第 187

定。至於其他財產性權利，如股權、權利質權等財產性權利的法律適用，更是缺乏法律依據。司法實踐中無可避免地會遇到涉外動產或是其他財產權利的法律適用問題，法院一般通過個案請示以尋求解決之道⁷⁶⁰。個案請示的方法存在一定的偶然與不確定性，同時也有可能存在對法律適用理解上的偏差。綜合考量這些物權法律適用的規定，可以發現立法「關於物權法律適用的規定仍以統一制為主，只是在船舶和飛行器方面的物權關係適用分割制」，「但在當代國際社會，物權法律適用逐漸呈現出分割化的走勢，也就是說，物之所在地法雖然仍然是處理涉外物權法律關係的主要的准據法，但物權法律關係的很多方面都呈現出不適用物之所在地法的分割化走勢。」⁷⁶¹

2010年《涉外民事關係法律適用法》適應了國際上物權法律適用的分割化走勢，分別對不動產、動產物權、運輸中的動產以及有價證券、權利質權的法律適用作出規定。對於不動產物權，沿用了《民法通則》以及最高人民法院《民法通則意見》的規定，適用不動產所在地法。在動產物權的法律適用中，由於動產「很難存在與某一地點有固定不變的聯繫，其實際位置又經常發生變化，客觀上導致確定動產所在地的困難」⁷⁶²，《法律適用法》引入了當事人意思自治原則，允許當事人協議選擇法律；如果當事人沒有選擇，則「適用法律事實發生時動產所在地法律」。另外，《法律適用法》將運輸中的動產區別於其他動產，考慮到「運輸中的物品，其所在地處於經常變動的狀態，確定其所在地有相當的困難，從一國運往另一國的物品，途經他國而作短暫停留，他國並不能成為物品的所在地」⁷⁶³，當事人「可以協議選擇運輸中動產物權發生變更適用的法律」，如果沒有選擇，就「適用運輸目的地法律」。

此外，「無體財產如有價證券和知識財產等在現今社會中的重要性日益彰顯」，「以無體財產為客體的擔保物權制度日漸發達，各國概莫能外，需要通過立法或判例加以完善以應對這一變化」⁷⁶⁴，因此《法律適用法》第39條對有價證券的法律適用作出開放式規定，即「有價證券，適用有價證券權利實現地法律或者其他與該有價證券有最密切聯繫的法律」，同時也體現了最密切聯繫原則在法律

條規定，「民用航空器優先權適用受理案件的法院所在地法律」。

⁷⁶⁰ 例如 2003 年最高人民法院在致江蘇省高級人民法院的《關於涉外股權質押未經登記在執行中質押權人是否享有優先受償權問題的復函》中存在如此表述：「雖然我國法律對涉外動產物權的法律適用沒有明確的規定，但根據《民法通則》第 142 條第 3 款規定的精神，本案可參照世界各國目前普遍採用的物之所在地法原則。因南京千帆系在中華人民共和國註冊成立的有限責任公司，故該公司股權的質押是否有效，應根據中華人民共和國的法律法規來認定。」該回復將股權視為動產物權，系錯誤之一；錯誤之二，即便是動產物權，也並非「普遍」採用物之所在地法原則。

⁷⁶¹ 屈廣清、周後春(2004)，〈論物權法律適用的分割制〉，《大連海事大學學報（社會科學版）》，2004 年 3 月，第 3 卷第 1 期。

⁷⁶² 何智慧(2000)，〈論涉外動產的法律適用〉，《現代法學》2000 年 8 月，第 22 卷第 4 期。

⁷⁶³ 何智慧(2000)，〈論涉外動產的法律適用〉，《現代法學》2000 年 8 月，第 22 卷第 4 期。

⁷⁶⁴ 餘延滿(2004)，〈論國際私法中動產物權的客體範圍問題〉，《武漢大學學報（哲學社會科學版）》，2004 年 1 月，第 54 卷第 1 期。

適用問題上的重要地位。第40條則對權利質權的法律適用予以規定，即「權利質權，適用質權設立地法律」。

（二）涉外債權的法律適用

1. 涉外合同的法律適用

有關涉外合同的法律適用的立法規定均為原則性規定，其中最重要原則有兩個：其一，當事人可以根據意思自治原則選擇所適用的法律；其二，適用最密切聯繫原則來確定涉外合同所應適用的法律。

《涉外民事關係法律適用法》第41條規定，「當事人可以協議選擇合同適用的法律。當事人沒有選擇的，適用履行義務最能體現該合同特徵的一方當事人經常居所地法律或者其他與該合同有最密切聯繫的法律。」與此前《涉外經濟合同法》（1999年已失效）、《民法通則》以及《合同法》有關涉外合同的法律適用規定存在的不同之處在於，將「最能體現合同特徵的一方當事人經常居所地法律」與根據最密切聯繫原則所確定的法律，並列規定為准據法的選項。《法律適用法》有關涉外合同的法律適用規定，在尊重當事人意思自治的前提下，一方面，確認當事人經常居所地法律能夠反映合同的本質特徵；另一方面，以最密切聯繫的法律作為保底條款，既增加了法律選擇的靈活性，又避免法律選擇的落空。這種立法模式「在立法上將主觀連接點和客觀連接點相互並用、相互補充，很好地解決了合同法律適用的選擇問題」。⁷⁶⁵雖然《涉外民事關係法律適用法》在《民法通則》與《合同法》的基礎之上，發展了涉外合同法律適用的規則，但是對當事人選擇適用法律的時間、方式、範圍等實踐中必須要考察的專案均未涉及，而對於如何確定最密切聯繫同樣未著點墨。

此前，為了便於司法實踐中法院以及當事人準確理解與適用意思自治與最密切聯繫原則，最高人民法院曾發佈若干司法解釋，對這兩項基本原則在司法實踐中的運用提供具體規則和尺度。2005年最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》第47條規定，「涉外商事合同的當事人可以在訂立合同後至一審法庭辯論終結前通過協商一致改變訂立合同時選擇的法律，但不得損害第三人的合法利益」。2007年《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》第4條第1款與2005年《會議紀要》之規定一脈相承，將當事人選擇適用或變更適用法律的時限同樣規定為「一審法庭辯論終結前」。就最密切聯繫原則的適用問題，該《規定》第5條規定：

「當事人未選擇合同爭議應適用的法律的，適用與合同有最密切聯繫的國家或者地區的法律。人民法院根據最密切聯繫原則確定合同爭議應適用的法律時，應根據合同的特殊性質，以及某一方當事人履行的義務最能體現合同的本質特性

⁷⁶⁵ 齊湘泉(2011)，《〈涉外民事關係法律適用法〉原理與精要》，北京：法律出版社 2011年2月版，頁303。

等因素，確定與合同有最密切聯繫的國家或者地區的法律作為合同的准據法。

（一）買賣合同，適用合同訂立時賣方住所地法；如果合同是在買方住所地談判並訂立的，或者合同明確規定賣方須在買方住所地履行交貨義務的，適用買方住所地法。

（二）來料加工、來件裝配以及其他各種加工承攬合同，適用加工承攬人住所地法。

（三）成套設備供應合同，適用設備安裝地法。

（四）不動產買賣、租賃或者抵押合同，適用不動產所在地法。

（五）動產租賃合同，適用出租人住所地法。

（六）動產質押合同，適用質權人住所地法。

（七）借款合同，適用貸款人住所地法。

（八）保險合同，適用保險人住所地法。

（九）融資租賃合同，適用承租人住所地法。

（十）建設工程合同，適用建設工程所在地法。

（十一）倉儲、保管合同，適用倉儲、保管人住所地法。

（十二）保證合同，適用保證人住所地法。

（十三）委託合同，適用受託人住所地法。

（十四）債券的發行、銷售和轉讓合同，分別適用債券發行地法、債券銷售地法和債券轉讓地法。

（十五）拍賣合同，適用拍賣舉行地法。

（十六）行紀合同，適用行紀人住所地法。

（十七）居間合同，適用居間人住所地法。

如果上述合同明顯與另一國家或者地區有更密切聯繫的，適用該另一國家或者地區的法律。」

《涉外民事關係法律適用法》於2011年4月1日方可正式實施，在該法實施後不免會出現具體司法運用的問題，最高人民法院的上述司法解釋在不違反該法的前提下，仍然將持續有效，並在法院審理涉外合同糾紛中發揮重要的指導性意義。

《涉外民事關係法律適用法》除了對涉外合同的一般適用做出規定外，又增

設有關消費者合同與涉外勞動合同的特別規定，這兩類合同「由於經濟地位的差異或資訊上的不對稱，合同當事人往往並不是處於可以平等博弈的地位，具有經濟或資訊優勢地位的一方對合同具有更大的支配權，因此該類合同的法律適用也有別於其他的一般類型合同」⁷⁶⁶，因此在一定程度上限制了當事人意思自治與最密切聯繫原則的適用。該《法律適用法》第42條有關涉外消費者法律適用的規定，綜合考量了消費者與經營者的各方利益，同時也兼顧了經營者的權利，「消費者合同，適用消費者經常居所地法律」的規定，便於消費者主張權利、尋求救濟，從而有利於對消費者的保護；「消費者選擇適用商品、服務提供地法律或者經營者在消費者經常居所地沒有從事相關經營活動的，適用商品、服務提供地法律」的規定，對於消費者而言，明確其選擇適用法律的範圍，盡可能強化對其保護；對於經營者而言，避免為其增加過重的負擔。

《涉外民事關係法律適用法》第43條所規定的涉外勞動合同以及勞務派遣的法律適用，在很大程度上改善了中國大陸在這一方面長期缺乏立法規範的狀況。根據第43條的規定，「勞動合同，適用勞動者工作地法律；難以確定勞動者工作地的，適用用人單位主營業地法律。勞務派遣，可以適用勞務派出地法律。」

2. 涉外侵權的法律適用

1986年《民法通則》第146條有關涉外侵權的法律適用之規定，首先確立了涉外侵權適用侵權行為地法律的規則。對於「當事人雙方國籍相同或者在同一國家有住所的」，《民法通則》規定可以適用當事人本國法律或者住所地法律。2010年《涉外民事關係法律適用法》承襲了《民法通則》的上述規則，該法第44條規定，「侵權責任，適用侵權行為地法律，但當事人有共同經常居所地的，適用共同經常居所地法律。侵權行為發生後，當事人協定選擇適用法律的，按照其協議。」

《涉外民事關係法律適用法》第44條的前半段的表述雖然與《民法通則》第146條略有不同，但基本含義並無實質差別，適用侵權行為地法的規定「不僅比較公平合理，容易達到當事人之間權利義務的平衡，容易為當事人所接受，而且有利於保護侵權行為地的公共利益」⁷⁶⁷。至於當事人有共同經常居所地的情形，所適用的是當事人共同屬人法原則，「是作為侵權行為地法的補充原則提出來的」⁷⁶⁸。

《涉外民事關係法律適用法》的創新之處在於，第44條後半段規定將當事人意思自治原則引入侵權關係的法律適用。此前有關涉外侵權的法律適用，包括《民法通則》，以及1992年《海商法》第273條有關船舶碰撞侵權的規定、1995年《民用航空法》第189條有關民用航空器對第三人侵權的規定，均未曾規定當事人的意思自治原則。有學者認為，當事人意思自治原則之所以能夠進入到侵權法律適

⁷⁶⁶ 王青松(2009)，〈我國涉外合同法律適用的新發展——〈最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定〉評述〉，《新疆大學學報（哲學人文社會科學版）》2009年5月，第37卷第3期。

⁷⁶⁷ 餘先予(1998)，〈涉外侵權法律適用新論〉，《法制與社會發展》1998年第6期。

⁷⁶⁸ 餘先予(1998)，〈涉外侵權法律適用新論〉，《法制與社會發展》1998年第6期。

用領域，其原因在於侵權行為本身的發展，包括「產品責任、交通事故、商業欺詐、不正當競爭等領域的侵權事件」等新型國際侵權行為的「責任構成、因果關係以及程式之複雜，使得行為地法這一連結點無法應對。加之侵權行為地本身具有一定的偶然性，侵權地法律與當事人權利義務關係不相干的現象屢見不鮮，因此，非但侵權法的引導和勸誡功能無從實現，甚至還出現了侵權地法律無法充分有效救濟受害人的現象。從法律適用和法律選擇的角度，傳統的侵權行為地法規則因其機械性和單一性，已無法滿足現代侵權法律適用中的的公正性和靈活性這一目標。」⁷⁶⁹而最密切聯繫原則的引入，不僅「使原有封閉的、機械的規範轉化為靈活的、彈性的規範，避免了單一連接點的盲目性以及由此可能產生的不公正、不合理的結果」，而且使「法律適用既具有確定性，又具有一定的靈活性。」

770

涉及到「侵權行為地法律」、「共同經常居所地法律」與「當事人協議選擇適用法律」三者之間的適用順序問題，有學者認為，允許當事人選擇侵權責任准據法的條款應當置於侵權行為地法等規則之前，⁷⁷¹但立法未採納這種意見，堅持以侵權行為地法律為一般原則，共同經常居所地法律為例外規定，而當事人協議選擇為補充的適用順序。

《涉外民事關係法律適用法》第45條所規定的是有關涉外產品侵權的法律適用，與該法第42條的立法初衷相同，一方面充分尊重受害人自由選擇適用法律的權利，保護受害人的權益，便於其尋求救濟，規定，「產品責任，適用被侵權人經常居所地法律」，允許「被侵權人選擇適用侵權人主營業地法律、損害發生地法律的」；另一方面，也適當考慮到經營者的特殊情況，規定「侵權人在被侵權人經常居所地沒有從事相關經營活動的，適用侵權人主營業地法律或者損害發生地法律」。另外，鑒於現代侵權行為的多樣性和複雜性，侵權行為的方式亦已突破傳統領域拓展至網路及其他方式，《涉外民事關係法律適用法》第46條還規定了網路侵權的法律適用問題，即「通過網路或者採用其他方式侵害姓名權、肖像權、名譽權、隱私權等人格權的，適用被侵權人經常居所地法律」。

至此，有關侵權的法律適用立法，將侵權區分為一般侵權的法律適用與特殊侵權行為的法律適用。一般侵權遵循《涉外民事關係法律適用法》第44條的規定確定準據法，而特殊侵權則分散規定於《涉外民事關係法律適用法》第45條（產品責任）、第46條（網路侵權）以及《海商法》第273條（船舶碰撞侵權）、《民用航空法》第189條（民用航空器對第三人侵權）之中。顯然，上述有關特殊侵權法律適用的規定尚不能覆蓋到現有的其他特殊侵權，基於此，立法仍有必要為其

⁷⁶⁹ 杜新麗、王克玉(2010)，〈論涉外侵權法律適用法的價值目標及實現路徑〉，《法學雜誌》2010年第2期。

⁷⁷⁰ 杜新麗、王克玉(2010)，〈論涉外侵權法律適用法的價值目標及實現路徑〉，《法學雜誌》2010年第2期。

⁷⁷¹ 齊湘泉(2010)，〈〈涉外民事關係法律適用法〉起草過程中的若干爭議及解決〉，《法學雜誌》2010年第2期。

他特殊侵權制定相應的法律適用規範。

3. 不當得利、無因管理的法律適用

2010年《涉外民事關係法律適用法》出臺之前，中國大陸對不當得利以及無因管理的法律適用問題，均無立法規定。最高人民法院發佈的司法解釋也缺乏相關的司法實踐指導意見。對於不當得利的法律適用規則，學者建議應當「設計一套含有若干具體規則並輔以彈性例外的法律適用條款」，使不當得利法律適用規則「兼具確定性、可預見性和靈活性」⁷⁷²。而對於無因管理，考慮到「大陸法中，無因管理大都被視為獨立于合同、侵權以及不當得利之債的發生原因，在民法中通常設有具體條款以資調整；而在英美法中，卻沒有無因管理的概念，更不消說獨立的無因管理制度。即便在同為大陸法系的不同國家內，無因管理的具體規定亦也有很大差別」，因此，「在我國對外民商事交往日益密切的情況下，制訂專門的法律適用規則以解決無因管理的法律衝突，是非常必要的」⁷⁷³。

《涉外民事關係法律適用法》第47條的規定彌補了上述立法空白，首先確認當事人意思自治原則在涉外不當得利及無因管理法律適用中的適用，對於當事人沒有選擇法律的情形，「適用當事人共同經常居所地法律；沒有共同經常居所地的，適用不當得利、無因管理發生地法律」。應該說，該規定充分地考量了當事人選擇權，並且避免了缺乏適用法律依據的情形。

五、涉外知識產權的法律適用

2010年《涉外民事關係法律適用法》單設「知識產權」一章，用3個條文規範涉外知識產權的法律適用問題。該法第48條、第49條以及第50條分別對知識產權的歸屬與內容、涉外知識產權轉讓與許可合同以及知識產權的侵權責任之法律適用予以明確規定。

所謂知識產權的歸屬，可以理解為知識產權的確定與獲得。該法第48條規定，「知識產權的歸屬和內容，適用被請求保護地法律」，按照屬地原則來適用法律。至於涉外知識產權轉讓與許可合同關係，仍然要尊重當事人的意思自治，可以由當事人協議選擇法律；當事人沒有選擇的，則應適用《涉外民事關係法律適用法》中有關涉外合同的法律適用，即適用最能體現合同特徵或者是最密切聯繫的法律。涉及到侵犯知識產權的情形，《涉外民事關係法律適用法》第50條規定，「知識產權的侵權責任，適用被請求保護地法律，當事人也可以在侵權行為發生後協定選擇適用法院地法律」，即以被請求保護地法律為原則，當事人協議選擇為補充。

對《涉外民事關係法律適用法》中上述規定初步分析後不難發現，第49條有

⁷⁷² 肖永平、霍政欣(2004)，〈不當得利的法律適用規則〉，《法學研究》2004年第3期。

⁷⁷³ 張建良、霍政欣(2005)，〈「無因管理的法律適用」的立法設計與論證〉，《武漢大學學報（哲學社會科學版）》，第58卷第5期。

關知識產權轉讓與許可本質上仍然是涉外合同關係的法律適用問題，而第50條本質上也僅僅是一種特殊侵權類型的法律適用。涉外知識產權的法律適用最重要的問題是涉外知識產權的取得、效力、消滅以及內容確定應當如何確定準據法。中國大陸立法一直以來對涉外知識產權的歸屬和內容未予規定，並不是存在立法疏漏。而是因為理論上一直以來認為「由於知識產權法的屬地性及由此產生的知識產權的地域性，涉外知識產權民事法律關係並不存在適用衝突規範的基礎；同時，由於為保護知識產權所建立起來的以國際條約為核心的知識產權國籍保護機制對各國保護外國人知識產權有相當大的影響，因此，對涉外知識產權民事法律關係的調整有其特殊性，一般不適用國際私法的間接調整方法，即衝突規範的調整方法」⁷⁷⁴。

在司法實踐中，這種觀點與認識同樣根深蒂固。2004年北京市高級人民法院下發的《關於涉外知識產權民事案件法律適用若干問題的解答》第11條針對「外國人主張我國專利權、商標權、著作權的民事案件的審理，是否需要適用衝突規範」一問的解答為：「外國人的發明創造、商標在我國依照我國法律規定的程式取得的專利權、商標權是我國的專利權、商標權，受我國法律保護；同樣，我國著作權法保護外國人的作品，也是把外國人的作品視為我國作品、依照我國著作權法賦予其著作權。因此，審理外國人主張我國專利權、商標權、著作權的民事案件，僅涉及專利權、商標權、著作權問題的，應適用我國相關法律，不存在適用外國法律的可能，故無需引用衝突規範。」

基於上述分析，反觀《涉外民事關係法律適用法》第48條有關知識產權的歸屬和內容法律適用問題的規定，可以發現其立法基本思路與此前的理論與司法實踐認識並無本質差別，「被請求保護地」依然強調知識產權的地域性特徵。對於涉外知識產權的保護則要充分發揮我國參加的有關知識產權保護的國際公約的作用⁷⁷⁵。

參、重要實務案例

本部分所篩選之案例，為中國大陸最高人民法院所公布之具體案例，其類型態並不相通，有涉及涉外民事關係的定性、侵權行為的法律適用以及最密切聯繫原則(保定市保華調味品有限公司等訴馬沙利奧(香港)有限公司(MERZARIO

⁷⁷⁴ 陳錦川(2005)，〈涉外知識產權民事法律關係的調整〉，《人民司法》2005年第3期。

⁷⁷⁵ 正如2004年北京市高級人民法院下發的《關於涉外知識產權民事案件法律適用若干問題的解答》第4條的規定，「在涉外知識產權審判中，對於外國人要求我國給予知識產權法保護的，除了我國法律另有規定的以外，首先要考慮的是主張權利的外國人所屬國與我國是否締結或共同參加了國際條約，我國是否承諾給該國國民知識產權保護；其次，在適用我國相關知識產權法給該外國人知識產權保護時，要考慮我國相關法律規定的保護標準是否達到了國際條約的要求」。

(Hong Kong) .LTD.) 等海上貨物運輸合同無正本提單放貨糾紛案)、當事人意思自治選擇適用法以及優先適用國際公約原則(陸紅訴美國聯合航空公司國際航空旅客運輸損害賠償糾紛案)、準據法之適用範圍(中國湖南省技術進出口股份有限公司訴法國達飛輪船有限公司、中國湖南湘遠國際貨運代理有限公司海上貨物運輸合同糾紛)與選擇(美國三 H 貿易有限公司(Tri-H Trade (USA) Co., Ltd.) 訴被告浣水科特信機械廠中外合作經營合同糾紛案與挪威皇家極品水產公司(ROYALSUPREMESEAFOODAS) 與日照吉翔海洋食品有限公司等買賣小龍蝦尾肉合同糾紛上訴案)與規避強制性法律適用之效力(中銀香港公司訴宏業公司等擔保合同糾紛案)。本部分之案例均選取各主題中代表性案例,並以定性為開始,而以法律效力之規避為結束,可將中國國際私法之實際操作與法院見解作一有系統性之理解。

一、保定市保華調味品有限公司等訴馬沙利奧(香港)有限公司(MERZARIO (Hong Kong) .LTD.) 等海上貨物運輸合同無正本提單放貨糾紛案⁷⁷⁶

(一) 裁判理由摘要

本案涉及到涉外民事關係的定性、侵權行為的法律適用以及最密切聯繫原則。

(二) 案例事實與法院判決

原告保定市保華調味品有限公司(下稱保華公司)與保定市天鵬進出口集團有限公司(下稱天鵬公司)訴被告馬沙利奧(香港)有限公司(MERZARIO (Hong Kong) LTD.)(下稱被告馬沙利奧)與被告地中海航運公司(Mediterranean Shipping Company S.A., Geneve)(下稱被告地中海公司)海上貨物運輸合同無正本提單放貨糾紛一案,具體案情如下:

2001年9月18日,保華公司與天鵬公司簽訂《委託代理出口協定》一份,約定天鵬公司代理保華公司出口300噸河北小辣椒。為此天鵬公司與美國I.A. Enterprises (USA) Inc.簽訂銷售合約兩份,約定價格條款為FOB天津新港,結算方式為D/A和D/P。買方指定被告馬沙利奧為承運人。據此,兩原告先後五次將貨物交被告馬沙利奧並由其將貨物裝于被告地中海公司所有或經營的船舶,由天津新港運往美國洛杉磯。被告馬沙利奧作為承運人向原告簽發了TJNLAX112002、JNLAX112003、TJNLAX112013、TJNLAX112023、TJNLAX203004號五份正本提單。貨物出運後,原告辦理了銀行托收手續。貨到目的港後,被告地中海公司將貨物交于被告馬沙利奧當地代理人並收回正本提單,而被告馬沙利奧卻未能憑正本提單放貨。後因買方拒絕付款贖單,五份正本提單退回至二原告手中,而被告馬沙利奧未能證明這五票貨物的最終下落。造成兩原告在持有正本提單情況下,遭受既無法收回貨物也無法取得貨款的損失。該

⁷⁷⁶ 天津海事法院[2003]海商初字第68-72號民事判決書

五票貨物的價格分別為：TJNLAX112002 提單項下貨價是 25,200 美元；TJNLAX112003 提單項下貨價為 17,575 美元；TJNLAX112013 提單項下貨價為 25,200 美元；TJNLAX112023 提單項下貨價為 9,090 美元；TJNLAX203004 提單項下貨款為 17,100 美元，合計 94,165 美元。

綜合已查明的事實並根據本案爭議焦點，天津海事法院對該案評判如下：

1、案件的管轄權問題。

原告提起訴訟後，被告馬沙利奧在答辯期內對該案提出管轄權異議申請，認為根據提單背面條款的規定，該案應由香港法院管轄並適用香港法律，故請求天津海事法院駁回原告的起訴。

經審查，天津海事法院認為，涉案爭議貨物的啓運港為天津新港，且兩被告均在天津設有辦事機構，天津是與該案最為密切的地點。根據《中華人民共和國民事訴訟法》第三十八條的規定，天津海事法院對本案具有管轄權。為此，天津海事法院裁定駁回了被告的管轄權異議。

被告馬沙利奧不服此裁定，向天津市高級人民法院提出上訴。經審查，天津市高級人民法院認為，該案所涉提單約定香港法院管轄，但香港僅是被告馬沙利奧的註冊地，與該案爭議並無實際聯繫。而天津作為爭議產生地與履行地與該案有實際聯繫。同時，案件兩被告均在天津設有辦事機構，便於訴訟當事人參加訴訟，查清案件事實。因此，駁回了被告馬沙利奧的上訴。

2、案件的法律適用問題。

被告馬沙利奧認為，涉案提單背面約定了適用香港法律的條款，該約定屬於合同當事人關於處理糾紛所適用法律的真實意思表示，因此，該案應以香港法律作為准據法。

兩原告認為：1、關於適用法律問題的認定，按照國際私法的一般原則，應以法院地法為依據進行認定；2、該案系原告基於無正本提單放貨侵權而提起的訴訟，根據《民法通則》第一百四十六的規定，應適用侵權行為地法即中國法。3、即使該案將來有可能被定性為合同之訴，在原、被告之間也不存在對於爭議所適用法律的有效約定。因為，首先，原告不是涉案運輸合同的當事人，不可能就適用法律問題與被告協商並達成一致。其次，涉案提單條款規定記名提單無需憑正本提單放貨，該規定違反《中華人民共和國海商法》第二百七十六條、第七十一條、第四十四條有關承運人不得降低其法定最低責任的規定。4、該案裝貨地、提單簽發地均在天津，被告亦在天津設有辦事處，而卸貨地在美國，香港與涉案爭議貨物無實際聯結點。5、被告未提供有效的香港法律。6、被告馬沙利奧天津代表處非法簽發提單，並該提單違反中國法律未進行登記備案，因此，該提單的非法性決定其內容的不合法。綜上所述，該案應適用中國法律。

天津海事法院認為，該案是海上貨物運輸合同無正本提單放貨糾紛，涉案提單為海上貨物運輸合同的證明。由於該案原告並非涉案運輸合同的訂立者，提單背面條款關於適用法律以及承運人責任的約定，未經原、被告協商一致，在此情況下，如果提單背面條款能夠約束作為提單持有人的原告，對於原告來講，顯然是不公平的。由此，提單背面條款不是原、被告雙方當事人真實意思表示一致的結果。

在此情況下，天津海事法院認為，應根據最密切聯繫原則來判斷本案所應適用的法律。本案原、被告當事人均在中國或在中國設有辦事機構，交貨地與提單簽發地均在天津，卸貨地為美國，而香港與涉案爭議並無實際聯繫。因此，根據《中華人民共和國海商法》第二百六十九的規定，本案應適用中國法。

3、兩原告對於本案是否具有訴權？

就此項爭議，被告馬沙利奧認為，兩原告是作為一個整體提起的共同訴訟，並且是基於對貨物共同共有的權利被侵害而提起的共同訴訟。但由於兩原告不能證明對涉案貨物具有不可分割的共有權利，因此不具有作為必要的共同訴訟人的主體資格。

經審查，二原告之間就涉案爭議的貨物訂有《委託代理出口協定》，且兩被告對該份證據真實性無異議，因此，該證據可以作為認定事實的依據。據此可以認定，保華公司是涉案貨物的所有人與辦理貨物運輸的委託人，天鵬公司是保華公司的代理人。因此，與涉案貨物運輸有關的權利、義務直接約束保華公司與兩被告。

4、被告馬沙利奧是否應該承擔無正本提單放貨的責任。

根據《中華人民共和國海商法》第 71 條的規定，憑正本提單交付貨物，是承運人的法定義務。儘管本案所涉提單為記名提單，一方面因中國海商法對於記名提單是否可以不憑正本提單交付貨物沒有明確法律規定，另一方面被告馬沙利奧未能提供其已向記名的收貨人交付貨物的證據。據此，被告馬沙利奧對於本案的無正本提單放貨的行為，具有過錯。其應對原告因此所遭受的貨款及利息損失承擔賠償責任。

5、被告地中海公司是否對無正本提單放貨承擔責任。

根據本院已查明的事實，證明被告地中海公司已履行憑正本提單交付貨物的義務，因此其與原告所主張的無正本提單放貨後果無關，無需對原告所受損失承擔賠償責任。

根據原告提交的有效證據，可以證明本案所涉五票貨物的貨款共計為 94，165 美元。

綜上所述，依據《中華人民共和國合同法》第四百零三條、《中華人民共和

《國海商法》第七十一條的規定，判決如下：

1、被告馬沙利奧賠償原告保華公司貨款損失 94,165 美元及自 2002 年 4 月 12 日起至實際支付之日止按中國人民銀行同期貸款利率計算的利息。

2、駁回兩原告對被告地中海公司的起訴。

上述款項自判決生效之日起十日內給付，逾期，則按《中華人民共和國民事訴訟法》第二百三十二條的規定執行。

二、陸紅訴美國聯合航空公司國際航空旅客運輸損害賠償糾紛案

（一）裁判理由摘要及評述

本案涉及到當事人意思自治選擇適用法以及優先適用國際公約原則。根據「當事人意思自治」的原則，本案雙方當事人也一致選擇適用「華沙公約」。這一選擇不違反中國在涉外民事案件法律適用方面的強行性規定，應當允許。

（二）案例事實與法院判決

原告陸紅因與被告美國聯合航空公司（以下簡稱美聯航）發生國際航空旅客運輸損害賠償糾紛，向上海市靜安區人民法院提起訴訟。法院經審理查明：

1998 年 5 月 12 日，原告陸紅乘坐被告美聯航的 UA801 班機，由美國夏威夷經日本飛往香港。該機在日本東京成田機場起飛時，飛機左翼引擎發生故障，機上乘客緊急撤離。陸紅在緊急撤離過程中受傷，被送往成田紅十字醫院救護。經該院攝片診斷為右踝骨折。5 月 14 日，陸紅到香港伊莉莎白醫院作檢查，結論為右踝側面局部發炎，不能立即進行手術。陸紅征得美聯航同意後，於 5 月 16 日入住安徽省立醫院治療，診斷為：陸紅右側內、外、後踝骨折伴粉碎性移位。該院先後兩次對陸紅進行手術治療。1998 年 12 月 22 日，陸紅出院，休息至 1999 年 3 月底。陸紅受傷住院期間，聘用兩名護工護理；出院後至上班期間，聘用一名護工護理。陸紅受傷前的工資收入是每月人民幣 12400 元，受傷後休息期間的工資收入是每月人民幣 1255 元，每月工資收入減少人民幣 11145 元。陸紅受傷後，美聯航曾向其致函，表示事故責任在於美聯航，美聯航承擔了陸紅兩次手術的醫療費用計人民幣 86748.10 元。

審理中，法院應被告美聯航的申請，依法委託上海市人身傷害司法鑒定專家委員會對原告陸紅右下肢的損傷情況和傷殘級別進行司法鑒定，結論為：1、陸紅因航空事故致右踝三踝骨折伴關節半脫位，現右踝關節活動受限，喪失功能 50%以上，長距離行走受限，參照《道路交通事故受傷人員傷殘評定》4.9.F 及附錄 A8 之規定，綜合評定為 VIII 級傷殘；2、根據被鑒定人的傷情，可酌情給予營養 3 個月，護理 3 個月；3、被鑒定人右膝關節麥氏征及過伸試驗均陰性，送檢的 MRI 片示未見半月板撕裂徵象，僅為退行性變，與本次航空事故無直接的

因果關係。

另查明，原告陸紅所購被告美聯航的機票，在「責任範圍國際旅客須知」中載明：對於旅客死亡或人身傷害的責任，在大多數情況下對已探明的損失賠償責任限度為每位乘客不超過 7.5 萬美元。到達這種限度的責任，與公司方是否有過失無關。上述 7.5 萬美元的責任限度，包括法律收費和費用。

以上事實，有原告陸紅乘坐的被告美聯航 UA801 航班飛機票、日本成田醫院和香港伊莉莎白醫院的報告、安徽省立醫院的就診報告及陸紅的兩次出院小結、陸紅與美聯航之間的往來信函等證實。以上證據經質證、認證，均可以作為認定本案事實的根據。

上海市靜安區人民法院認為：

本案是涉外旅客運輸合同糾紛與侵權糾紛的競合。

1、關於本案的法律適用。雙方當事人對本案應適用的法律，一致的選擇是「華沙公約」。《中華人民共和國合同法》第一百二十六條規定：「涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律，但法律另有規定的除外。涉外合同的當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律。」這是中國法律在涉外案件法律適用方面對「當事人意思自治」原則的體現，這已成為當今各國處理民商事法律關係的重要原則。「當事人意思自治」原則是相對的、有限制的。世界各國立法都對「當事人意思自治」原則有一定程度的限制，主要體現在三個方面：一是當事人所選擇的法律必須是與當事人或合同有實質性聯繫；二是當事人選擇的法律不違反公共秩序；三是當事人選擇的法律不違反強制性規定。當事人必須在不違反法律強制性規定的前提下，選擇與他們本身或者與他們之間的合同有實質聯繫的法律。《中華人民共和國民法通則》第一百四十二條第二款規定：「中華人民共和國締結或者參加的國際條約同中華人民共和國的民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外。」第三款規定：「中華人民共和國法律和中華人民共和國締結或者參加的國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例。」由此可見，先國際條約，再國內法，再國際慣例，是中國法律對涉外民事案件法律適用順序作出的強制性規定。當事人在協議選擇涉外民事案件適用的法律時，必須符合這個規定。

中國與美國都是「華沙公約」和「海牙議定書」的成員國。作為公約締約國，中國有義務遵守和履行公約，故本案應首先適用「華沙公約」和「海牙議定書」。根據「當事人意思自治」的原則，本案雙方當事人也一致選擇適用「華沙公約」。這一選擇不違反中國在涉外民事案件法律適用方面的強行性規定，應當允許。

2、關於違約責任與侵權責任的確定。原告陸紅因乘坐被告美聯航的班機受傷致殘，而向美聯航索賠，索賠請求中包括精神損害賠償。乘坐班機發生糾紛，通常是旅客運輸合同糾紛，解決的是違約責任。但因乘坐班機受傷致殘，違約行

為同時侵犯了人身權利，就可能使違約責任與侵權責任競合。合同法第一百二十二條規定：「因當事人一方的違約行為，侵犯對方人身、財產權益的，受損害方有權選擇依照本法要求其承擔違約責任或者依照其他法律要求其承擔侵權責任。」由此可見，違約責任與侵權責任不能在同一民事案件中並存，二者必居其一，應由受損害方選擇。陸紅在請求美聯航承擔違約責任的同時，又請求精神損害賠償，應視作對責任選擇不明。在這種情況下，如何確定責任的選擇，對為受害當事人提供必要的司法救濟尤為重要。違約責任與侵權責任的重要區別在於，兩者的責任範圍不同。合同的損害賠償責任嚴格按合同的約定執行，主要是對財產損失進行賠償；侵權的損害賠償責任按侵權造成的損害後果確定，不僅包括財產損失的賠償，還包括人身傷害和精神損害的賠償。從最大程度保護受害人利益的角度出發，法院依職權為受害當事人選擇適用侵權損害賠償責任。

3、關於賠償責任限額問題。「海牙議定書」規定，承運人對每一旅客所負的責任，以 25 萬法郎為限，但旅客可與承運人以特別合同約定一較高的責任限度。本案中，雙方當事人在機票上約定的承運人賠償責任限額是 7.5 萬美元。這個限額不僅體現了「當事人意思自治」的原則，也符合「海牙議定書」的規定。從主權國家應當遵守國際義務考慮，法院對雙方當事人約定的這一最高賠償責任限額應予認定。

人身傷害的損害賠償，應以實際造成的損失為依據。原告陸紅請求被告美聯航賠償護理費、誤工費、傷殘補償費，對其中的合理部分，應由美聯航賠償。由於美聯航的行為給陸紅造成了一定的身體與精神上的痛苦，陸紅請求美聯航賠償精神撫慰金，亦應允許。按照雙方當事人的約定，7.5 萬美元的賠償責任限額內包括法律收費和費用。因此，陸紅請求賠償的律師費用和律師差旅費，也應當根據實際情況酌情支援。由於以上各項的賠償總額並未超過 7.5 萬美元，故應予支援。

綜上，上海市靜安區人民法院於 2001 年 11 月 26 日判決：

一、被告美聯航於本判決生效之日起 10 日內，賠償原告陸紅的護理費人民幣 7000 元、誤工費人民幣 105877.50 元、傷殘補償費人民幣 18.6 萬元、精神撫慰金人民幣 5 萬元。

二、被告美聯航於本判決生效之日起 10 日內，賠償原告陸紅聘請律師支出的代理費人民幣 16595.10 元、律師差旅費人民幣 11802.50 元。

鑒定費人民幣 11243 元、實際執行費人民幣 6000 元，由被告美聯航負擔。

第一審宣判後，雙方當事人均未上訴，一審判決已經發生法律效力。

三、山東聚豐網路有限公司與韓國MGAME公司、天津風雲網路技術有限公司網路遊戲代理及許可合同糾紛管轄權異議案（最高人民法院民事裁定書[2009]民三

終字第4號)

(一) 裁判理由摘要及評述

《中華人民共和國民法通則》第一百四十五條規定：「涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律，法律另有規定的除外。涉外合同的當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律。」《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十二條規定：「涉外合同或者涉外財產權益糾紛的當事人，可以用書面協議選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院管轄。選擇中華人民共和國人民法院管轄的，不得違反本法關於級別管轄和專屬管轄的規定。」最高人民法院《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》第一條規定：「涉外民事或商事合同應適用的法律，是指有關國家或地區的實體法，不包括衝突法和程式法。」據此，涉外合同的當事人協定選擇適用法律與協定選擇管轄法院是兩個截然不同的法律行爲，應當根據相關法律規定分別判斷其效力。對於協議選擇管轄法院條款的效力，應當依據法院地法進行判斷，與准據法所屬國的法律規定無關。前述《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十二條的規定屬於授權性規範，而非指示性規範，即按照中國現行法律規定，對於涉外合同或者涉外財產權益糾紛案件當事人協議選擇管轄法院的問題，仍應當堅持書面形式和實際聯繫原則。

(二) 案例事實與法院判決

原審原告山東聚豐網路有限公司(以下簡稱聚豐網路公司)與原審被告韓國MGAME公司(MGAME CORPORATION，以下簡稱MGAME公司)、原審第三人天津風雲網路技術有限公司(以下簡稱風雲網路公司)網路遊戲代理及許可合同糾紛管轄權異議一案，MGAME公司不服中華人民共和國山東省高級人民法院於2009年1月12日作出的(2008)魯民三初字第1號民事裁定，向最高人民法院提起上訴。

聚豐網路公司以MGAME公司爲被告、以風雲網路公司爲第三人，於2008年7月30日向山東省高級人民法院提起訴訟，請求判令：1·被告繼續履行雙方於2005年3月10日簽訂的《獨家遊戲代理及許可協定》；2·被告賠償原告33498272·41元的經濟損失；3·被告承擔本案全部訴訟費用。

山東省高級人民法院受理本案後，被告MGAME公司在提交答辯狀期間對管轄權提出異議。其主要理由是：原被告雙方2005年3月25日簽訂的《遊戲許可協議》第21條約定：「本協定應當受中國法律管轄並根據中國法律解釋。由本協定產生或與本協定相關的所有的爭議應當在新加坡最終解決，且所有本協議產生的爭議應當接受新加坡的司法管轄。」因此，將由本協議引起的爭議提交新加坡司法機構管轄是雙方當事人的明確約定，是雙方真實意思表示，本案應由

新加坡有管轄權的法院審理，山東省高級人民法院對本案沒有管轄權。故，請求駁回聚豐網路公司的起訴。

山東省高級人民法院經審查認為：本案為涉外知識產權糾紛，雖然原告聚豐網路公司與被告 MGAME 公司於 2005 年 3 月 25 日簽訂的《遊戲許可協定》第 21 條約定產生的爭議應當接受新加坡的司法管轄，但是雙方同時約定「本協議應當受中國法律管轄並根據中國法律解釋」，雙方在協議適用法律上選擇中國法律為準據法。因此，雙方協定管轄條款也必須符合選擇的准據法即中國法律的有關規定。《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十二條規定：「涉外合同或者涉外財產權益糾紛的當事人，可以用書面協議選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院管轄。……」。據此，當事人選擇的管轄法院應限定在與爭議案件有實際聯繫的範圍內。而本案聚豐網路公司與 MGAME 公司協定約定的管轄地新加坡，既不是雙方當事人的住所地，也不是本案遊戲許可協議的簽訂地、履行地、爭議發生地，所以與本案爭議無任何聯繫，其約定超出了與爭議有實際聯繫的限定範圍，該約定管轄應屬無效。山東省高級人民法院為原告聚豐網路公司住所地法院，與本案有實際聯繫，在雙方協定約定管轄無效的情況下，對本案行使管轄權，並無不當，符合中國法律規定。依照《中華人民共和國民事訴訟法》第三十八條和第二百四十二條之規定，山東省高級人民法院裁定：駁回韓國 MGAME 公司(MGAME CORPORATION)對本案管轄權提出的異議。案件受理費五十元，由韓國 MGAME 公司(MGAME CORPORATION)負擔。

MGAME 公司不服原審裁定，向本院提起上訴，請求撤銷原審裁定，駁回聚豐網路公司的起訴，本案一、二審案件受理費均由聚豐網路公司承擔。其主要理由是：1·原審裁定違反法定程式。2008 年 11 月 14 日，原審法院向 MGAME 公司送達的案卷材料僅包括聚豐網路公司關於訴訟請求及事實與理由的陳述，沒有任何證據材料。MGAME 公司為保護自己的程式權利，只能以自己已掌握的證據為基礎提出管轄權異議。原審法院未向 MGAME 公司送達聚豐網路公司完整的起訴狀材料，違反了《中華人民共和國民事訴訟法》第一百一十條和第二百四十六條的規定，剝奪了 MGAME 公司在管轄權異議程式中就聚豐網路公司的主張和證據進行辯論的權利，其裁定嚴重違反法定程式，依法應當予以撤銷。2·原審裁定事實認定不清。聚豐網路公司在其起訴狀的「事實與理由」中聲稱，「原被告于 2005 年 3 月 10 日就互聯網遊戲《英雄》簽訂《獨家遊戲代理及許可協定》」，「合同有效期自 2005 年 3 月 10 日至 2008 年 3 月 1 日」。MGAME 公司在向原審法院提交《管轄權異議書》時所附的證據是 MGAME 公司與聚豐網路公司於 2005 年 3 月 25 日簽訂的《獨家遊戲發行和許可協定》，該協定的期限是兩年。上述兩份協定並非同一協定。對於聚豐網路公司提供的協定，MGAME 公司未簽訂過，因未收到該協定，MGAME 公司也無法判斷是否簽訂過該協定以及其中的協定管轄條款是如何約定的。原審法院沒有對聚豐網路公司起訴時提交的協議進行審查，而是依據 MGAME 公司提交的 2008 年 3 月 25 日的協議的有

關係款認定聚豐網路公司與 MGAME 公司協定約定管轄應屬無效，從而駁回了 MGAME 公司對本案管轄權的異議，屬於認定事實不清。3· 根據 MGAME 公司與聚豐網路公司於 2005 年 3 月 25 日簽訂的《獨家遊戲發行和許可協議》的約定，由該協議引起的所有爭議應由新加坡的法院管轄。MGAME 公司與聚豐網路公司在訂立協定過程中，多次就有關協議管轄的事項進行磋商。聚豐網路公司主張應由其住所地中國法院管轄，MGAME 公司主張應由 MGAME 公司住所地韓國法院管轄，最後雙方達成妥協，決定由第三國司法機構管轄，即協定第 21 條的內容。該約定的本意是避免任何可能由於國家或者地方保護主義而導致的對與協定有關的爭議的不公平處理。由原審法院管轄因本協議引起的爭議，顯然違反了雙方當事人的真實意思表示，對 MGAME 公司來說亦有失公平，原審法院對本案沒有管轄權。

聚豐網路公司答辯稱，原審認定事實清楚，適用法律正確，依法應予維持。其主要理由是：1· 原審裁定符合法律程式。雙方於 2005 年 3 月 25 日訂立的許可協議明確約定：「本協定由中國法律管轄並根據中國法律解釋」，儘管約定爭議應當由新加坡的司法機關管轄，但因不符合中國法律有關「與爭議有實際聯繫」的規定，屬無效約定。2· 原審裁定認定事實清楚，適用法律正確。雙方於 2005 年 3 月 25 日訂立《獨家遊戲代理及許可協定》合同的有效期限是自 2005 年 3 月至 2008 年 3 月，這是合同的有效期限，並非是訴訟時效，這並不影響雙方發生爭議的管轄地。3· 當時訂立協定時有中文和英文兩個文本，英文本寫的時間是 3 月 25 日，中文本寫的時間是 3 月 10 日，二者均是合同組成部分，內容一致。

最高人民法院認為，本案在二審中當事人爭議的主要問題是：聚豐網路公司起訴所依據的協議的真實性；一審法院在送達起訴狀副本時未同時送達原告提交的證據材料是否違反法定程式；涉案合同的協議選擇管轄法院條款是否有效以及原審法院對本案是否享有管轄權。

(一)關於聚豐網路公司起訴所依據的協議的真實性

……

(三)關於涉案合同的協議選擇管轄法院條款的效力

《中華人民共和國民法通則》第一百四十五條規定：「涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律，法律另有規定的除外。涉外合同的當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律。」《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十二條規定：「涉外合同或者涉外財產權益糾紛的當事人，可以用書面協議選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院管轄。選擇中華人民共和國人民法院管轄的，不得違反本法關於級別管轄和專屬管轄的規定。」最高人民法院《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》第一條規定：「涉外民事或商事合同應適用的法律，是指有關國家或地區的實體法，不包括衝突法

和程式法。」根據上述法律規定，協定選擇適用法律與協定選擇管轄法院是兩個截然不同的法律行為，應當根據相關法律規定分別判斷其效力。對協議選擇管轄法院條款的效力，應當依據法院地法進行判斷；原審法院有關協定管轄條款必須符合選擇的准據法所屬國有關法律規定的裁定理由有誤。

對於涉外案件當事人協議選擇管轄法院的問題，1982年10月1日起試行的《中華人民共和國民事訴訟法(試行)》並未作出特別規定，現行的1991年4月9日公佈並施行的《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十二條對此作出了上述特別規定。根據當時的立法背景和有關立法精神，對於該條中關於「可以用書面協議選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院管轄」的規定，應當理解為屬於授權性規範，而非指示性規範，即涉外合同或者涉外財產權益糾紛案件當事人協議選擇管轄法院時，應當選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院，否則，該法院選擇協議即屬無效；同時，對於這種選擇管轄法院的協議，既可以是事先約定，也可以是事後約定，但必須以某種書面形式予以固定和確認。據此，按照中國現行法律規定，對於涉外合同或者涉外財產權益糾紛案件當事人協議選擇管轄法院的問題，仍應當堅持書面形式和實際聯繫原則。

本案根據上訴人與被上訴人一致認可的合同英文本，其第21條約定了兩個方面的基本內容。即，首先約定了因協議產生糾紛所適用的實體法，即中國大陸法律；進而約定了因協議產生糾紛的解決機構，即接受新加坡司法管轄。上訴人與被上訴人在本案中僅對協議選擇外國司法機構管轄的效力問題有爭議。根據上述法律規定特別是《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十二條的規定，涉外合同當事人協議選擇管轄法院應當選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院，而本案當事人協議指向的新加坡，既非當事人住所地，又非合同履行地、合同簽訂地、標的物所在地，同時本案當事人協議選擇適用的法律也並非新加坡法律，上訴人也未能證明新加坡與本案爭議有其他實際聯繫。因此，應當認為新加坡與本案爭議沒有實際聯繫。相應地，涉案合同第21條關於爭議管轄的約定應屬無效約定，不能作為確定本案管轄的依據。上訴人據此約定提出的有關爭議管轄問題的主張，不能得到支持。原審裁定將爭議發生地也作為判斷是否屬於《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十二條規定的與爭議有實際聯繫的地點的連結點之一，雖有不當，但並不影響對涉案合同第21條有關爭議管轄約定的效力的認定。

(四)關於原審法院對本案行使管轄權的依據

在當事人選擇管轄法院的約定無效的情況下，應當根據受訴地國家有關涉外案件管轄的其他法律規則確定案件的管轄。《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十一條規定：「因合同糾紛或者其他財產權益糾紛，對在中華人民共和國領域內沒有住所的被告提起的訴訟，如果合同在中華人民共和國領域內簽訂或者履行，或者訴訟標的物在中華人民共和國領域內，或者被告在中華人民共和國領域內有可供扣押的財產，或者被告在中華人民共和國領域內設有代表機構，可以由

合同簽訂地、合同履行地、訴訟標的物所在地、可供扣押財產所在地、侵權行為地或者代表機構住所地人民法院管轄。」

本案根據上訴人與被上訴人一致認可的合同英文本，合同項下的權利許可的地域範圍即「指定區域」專指「中國內地」，可見，爭議合同系在中華人民共和國領域內履行。雖然該合同對在中華人民共和國領域內履行大部分合同義務的具體地點並未作出明確約定，但部分合同義務的履行地是明確的，如第 6·1 條中有關 MGAME 公司履行技術服務義務的地點就明確約定為聚豐網路公司的場所。在此情況下，應當認為聚豐網路公司的所在地山東省也是合同履行地。據此，山東省高級人民法院作為本案合同履行地法院，對本案具有管轄權。原審裁定以山東省高級人民法院為原告聚豐網路公司住所地法院，與本案有實際聯繫為由，認定該院對本案有管轄權，理由雖有不當，但結果並無錯誤。

綜上所述，上訴人 MGAME 公司關於原審法院違反法定程式、認定事實不清、本案應由新加坡法院管轄的上訴理由均不能成立，原審裁定理由雖有部分表述不妥，但其裁定結果並無錯誤，適用法律基本正確。依照《中華人民共和國民事訴訟法》第一百五十三條第一款第(一)項和第一百五十四條之規定，裁定如下：駁回上訴，維持原裁定。

三、中國湖南省技術進出口股份有限公司訴法國達飛輪船有限公司、中國湖南湘遠國際貨運代理有限公司海上貨物運輸合同糾紛⁷⁷⁷

(一) 裁判摘要與評述

准據法是能夠確定當事人權利義務關係的實體法，達飛輪船公司主張根據《中華人民共和國民法通則》第 145 條和「場所決定行為」的國際私法原則，適用敘利亞國的有關法律和港口慣例確定其交付貨物行為的合法性，不屬適用中國法的實體法律規範，其主張沒有法律依據。

中國立法與司法實踐中對於外國法的適用，僅包括實體法，不包括衝突法與程式法。

(二) 基本案情與法院判決

原告湖南省技術進出口股份有限公司（以下簡稱湖南技術公司）因與被告法國達飛輪船有限公司(CMA CGM)（以下簡稱達飛輪船公司）、被告湖南湘遠國際貨運代理有限公司（以下簡稱湘遠貨代公司）海上貨物運輸合同糾紛，於 2002 年 9 月 16 日提起訴訟。武漢海事法院受理立案後，向被告達飛輪船公司在中國上海設立的分支機構送達了民事訴狀和應訴法律文書。依據提單條款約定，針對提單證明運輸合同的訴訟由法國馬塞商事法庭管轄，但原告湖南技術公司向武漢海事法院提起訴訟後，被告達飛輪船公司在法定答辯期內對管轄不提出異議，並

⁷⁷⁷ 武漢海事法院[2002]武海法商字第 43 號民事判決書

應訴答辯，視為承認武漢海事法院為有管轄權的法院，依照《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十五條的規定，武漢海事法院取得該案管轄權。

原告湖南技術公司訴稱，2001年9月14日，原告湖南技術公司將31104只電瓷（價款231724.80美元）交被告湘遠貨代公司從中國長沙出運至敘利亞拉塔基亞（LATTKIA），並向其支付運費和其他費用共計人民幣239270元。被告達飛輪船公司作為該批貨物承運人向湖南技術公司出具了編號為CMACSXW0011全套正本提單（一式三份）。貨物運抵敘利亞拉塔基亞後，達飛輪船公司未經湖南技術公司同意，憑貨物買方的擔保將貨物放出，致使湖南技術公司至今不能從貨物買方處收回貨款。訴請判令被告達飛輪船公司賠償原告湖南技術公司貨款損失231724.80美元及其利息（自2001年9月18日至2002年8月31日，年利率5%）；賠償其他損失（差旅費）人民幣20萬元；同時判令被告湘遠貨代公司對此承擔連帶賠償責任。

被告達飛輪船公司辯稱，原告湖南技術公司主張達飛輪船公司無單放貨的事實無法確認；貨物價款損失及利息損失無充分事實依據和法律依據；其他損失不足20萬元，且缺乏合理性和科學性。達飛輪船公司請求駁回原告湖南技術公司的訴訟請求。

被告湘遠貨代公司辯稱，湘遠貨代公司沒有向達飛輪船公司發出任何關於該票貨物可以不憑正本提單提貨的通知。收到湖南技術公司關於該票貨物的書面查詢函後，湘遠貨代公司立即轉發給達飛輪船公司，但至今未收到其調查處理的通報。達飛輪船公司在目的港不憑正本提單放貨與湘遠貨代公司無關，湘遠貨代公司作為貨運代理人已履行貨運代理職責，不應承擔湖南技術公司的任何損失，請求駁回原告湖南技術公司對湘遠貨代公司的訴訟請求。

第一次庭審後，2003年1月20日，合議庭依據案情通知湖南技術公司提交本票貨物貿易合同和信用證及其中文譯本，貨物商業發票中文譯本和報關單，同時也要求達飛輪船公司提供本票貨物在敘利亞拉塔基亞（LATTKIA）的交付情況，以及其主張本案糾紛適用的法國相關法律。

2003年8月22日，本案進行第二次庭審，湖南技術公司提交了貨物貿易合同和信用證及其中文譯本，貨物商業發票中文譯本和報關單。達飛輪船公司質證對上述證據真實性無異議，承認貨物已交給敘利亞電力能源公司，交付手續因客觀原因暫無法提供。關於法院通知提供的法國法律，達飛輪船公司要求放棄法國法律而適用中國法律處理本案糾紛，湖南技術公司表示同意。

經庭審舉證、質證，結合當事人陳述，法院認定如下案件事實：

1、2001年8月，原告湖南技術公司為履行其與敘利亞電力能源公司的貿易合同，委託被告湘遠貨代公司將31104只20千伏長棒絕緣子（陶瓷型）自湖南長沙安排出運至敘利亞拉塔基亞（LATTKIA）。該票貨物由原告湖南技術公司裝

箱、點數和密封，計 7760 箱 432 托，共 18 個 20 英尺集裝箱。同年 9 月 7 日，湖南遠洋報關行對該票貨物向中國長沙海關辦理了報關手續。被告達飛輪船公司接收貨物後，9 月 18 日，由中國長沙外輪代理公司代其向湖南技術公司簽發三份正本聯運提單，編號為 CMACSXW0011。提單載明承運船名為 CMA CGM BIZET;裝運港為中國長沙；目的港為拉塔基亞（LATTKIA）；運費預付；收貨人由敘利亞商業銀行第五分行指示。貨物出運後，11 月 6 日，湖南技術公司向湘遠貨代公司支付運費和報關費等共計人民幣 239270 元。

2、貨物運抵目的港敘利亞拉塔基亞後，達飛輪船公司將貨物交給敘利亞電力能源公司。2002 年 5 月 24 日、7 月 10 日，湖南技術公司兩次以傳真形式向湘遠貨代公司發函，告知貨物已被客戶憑擔保提取，要求其聯繫收貨人支付貨款，同時將函件抄送達飛輪船公司長沙辦事處。湘遠貨代公司和達飛輪船公司長沙辦事處未作出書面復函。同年 8 月 19 日，湖南技術公司向達飛輪船公司長沙辦事處送交函件，要求達飛輪船公司賠償貨款 231724.80 美元及利息。9 月 4 日，湖南技術公司用 PARKANI V K 公司從香港滙豐銀行彙出的 6269.06 美元和給山西省萬家寨引黃工程總公司購買進口設備的外匯貨款 32900000 日元核銷了該票貨物。

3、2001 年 8 月 3 日，湖南技術公司就該票貨物向敘利亞電力能源公司開具兩份商業發票，載明 20 千伏長棒絕子（陶瓷型）計 31104 只，單價 7.45 美元/只，共計價款 231724.80 美元。8 月 9 日，湖南技術公司將兩份商業發票提交中華人民共和國外交部領事司和阿拉伯敘利亞共和國駐北京使館，辦理了公證認證手續。

4、提單條款約定：承運人或任何潛在承運人在裝貨港裝貨至承運人或任何潛在承運人在卸貨港卸貨期間，貨物發生滅失或損壞，承運人的責任將根據海牙規則或任何使海牙規則或任何對海牙規則的修改強制適用於本提單的國內法確定；提單條款未涉及的任何事項上，應適用法國法，在解釋提單條款上亦適用法國法。

本案爭議焦點為：1、被告達飛輪船公司的交貨行為是否構成無單放貨；2、原告湖南技術公司是否存在貨款損失。

對於第一個焦點，原告湖南技術公司認為，提單中法律適用條款系格式條款，達飛輪船公司沒有與湖南技術公司協商，也未提請注意，該條款不是雙方的合意，應依據最密切聯繫地原則確定適用的法律。本案原告為中國法人，被告在中國設有辦事機構，提單在長沙簽發，因此合同最密切聯繫地無疑是中國，處理本案糾紛應適用中國法律。依據中國海商法的規定，承運人應謹慎地運輸和保管貨物，並向正本提單持有人交付。達飛輪船公司未收回正本提單，憑擔保函將貨物交給湖南技術公司的貿易對方，已構成無單放貨，應承擔湖南技術公司的貨款及利息損失。

被告達飛輪船公司認為，本案系涉外民事糾紛，核心問題是貨物交付行為的合法性，根據《中華人民共和國民法通則》第 145 條和「場所決定行為」的國際私法原則，達飛輪船公司交貨是否合法應適用交貨行為地敘利亞國的有關法律和港口慣例確定。根據敘利亞國法律，收貨人出示擔保函等檔，即便無正本提單，承運人也負有在 60 日內交貨的強制義務。因此，貨物是被收貨人依法強制提取，並非達飛輪船公司有意識交付，不應構成無單放貨。

合議庭認為，提單是托運人與承運人之間海上貨物運輸合同的證明，在沒有其他約定情況下，提單背頁條款為運輸合同條款，當事人可在提單中約定處理合同爭議所適用的法律。依據提單規定，提單條款未涉及的任何事項適用法國法，在解釋提單條款上亦適用法國法。本案提單條款未對達飛輪船公司是否應憑正本提單放貨作出規定，須依據相關法國法確定其法律責任。但達飛輪船公司庭審中明確表示放棄適用法國法而依據中國法處理合同爭議，原告湖南技術公司亦表示同意，且當事人以新選擇的法律代替原來的選擇不為中國法律所禁止，因此，湖南技術公司和達飛輪船公司在訴訟中作出的適用法律選擇有效，中國法律的有關規定為處理本案合同爭議的准據法。

准據法是能夠確定當事人權利義務關係的實體法，達飛輪船公司主張根據《中華人民共和國民法通則》第 145 條和「場所決定行為」的國際私法原則，適用敘利亞國的有關法律和港口慣例確定其交付貨物行為的合法性，不屬適用中國法的實體法律規範，其主張沒有法律依據，本院不予支持。

依照中國海商法有關規定，達飛輪船公司作為貨物承運人，其風險責任自接收貨物簽發正本提單始至交付貨物收回正本提單止，在責任期間內，對貨物負有謹慎保管、正確交付的合同義務。達飛輪船公司未收回正本提單，將貨物交給湖南技術公司的貿易對方，其行為已構成無單放貨。

對於第二個焦點，原告湖南技術公司認為，該票貨物辦理核銷手續屬實，但是用 PARKANI V K 公司從香港滙豐銀行彙出的 6269.06 美元和給山西省萬家寨引黃工程總公司購買進口設備的外匯貸款 32900000 日元跨單核銷的，湖南技術公司實際並未收到貨款。收彙和核銷是兩個不同的概念，未收彙而辦理核銷是為業務實際操作中的便利，按照行業習慣做法，滾動收彙核銷和跨單核銷是允許存在的。

……

綜上，本院認為，本案系由提單所證明的海上貨物運輸合同關係，雙方應依提單約定履行合同義務。本案原告湖南技術公司起訴被告達飛輪船公司和湘遠貨代公司無正本提單放貨屬合同糾紛。

依據湖南技術公司和達飛輪船公司在訴訟中作出的適用法律選擇，處理本案合同爭議的准據法為中國法律。達飛輪船公司未經湖南技術公司同意，憑貨物買

方擔保將貨物放出，致使湖南技術公司不能從貨物買方處收回貨款，依照中國海商法有關規定，應承擔無正本提單放貨的違約責任，對湖南技術公司的貨款及利息損失應予賠償。

湖南技術公司主張賠償到敘利亞的差旅費損失人民幣 20 萬元，因其不能證明與本案有關聯性，本院不予保護。

被告湘遠貨代公司作為貨運代理人，完成湖南技術公司委託有關貨物出運的訂艙、報關和交付提單等事務，正確履行了職責，與湖南技術公司經濟損失沒有關係，不應承擔賠償責任。因此，原告湖南技術公司對被告湘遠貨代公司的訴訟請求，不應得到支持。

依照《中華人民共和國海商法》第四十六條第一款、第七十一條，《中華人民共和國民法通則》第六十三條第一、二款的規定，判決如下：

一、被告法國達飛輪船有限公司賠償原告湖南省技術進出口股份有限公司貨款損失 231724.80 美元、利息 5523.30 美元（自 2001 年 9 月 18 日至 2002 年 8 月 31 日，存款年利率 2.5%），共計 237248.10 美元，於本判決生效後十日內付清；

二、駁回原告湖南省技術進出口股份有限公司對被告法國達飛輪船有限公司的其他訴訟請求；

三、駁回原告湖南省技術進出口股份有限公司對被告湖南湘遠國際貨運代理有限公司的訴訟請求。

案件受理費人民幣 21130 元，由原告湖南技術公司負擔人民幣 1130 元，被告達飛輪船公司負擔人民幣 2 萬元（在履行判決書確定義務時一併支付給原告湖南技術公司）。

四、中銀香港公司訴宏業公司等擔保合同糾紛案⁷⁷⁸

（一）裁判理由摘要及評述

涉外合同的當事人選擇解決合同爭議所適用的法律，規避了中國的強制性或者禁止性法律規範的，其約定不發生法律效力。

（二）案例事實與法院判決

上訴人汕頭宏業(集團)股份有限公司(以下簡稱宏業公司)因與被上訴人中國銀行(香港)有限公司(以下簡稱中銀香港公司)、汕頭經濟特區新業發展有限公司(以下簡稱新業公司)擔保合同糾紛一案，不服廣東省高級人民法院(2000)粵法經二初字第 5 號民事判決，向最高人民法院提起上訴。

⁷⁷⁸ 最高人民法院[2002]民四終字第 6 號民事判決書

原審法院查明：1997年11月28日新業公司致國華銀行《不可撤銷擔保契約》：因貴行對達利豐集團有限公司(下稱借款人)已作出或同意作出貸款、給予透支或其他銀行授信，本公司／單位(下稱擔保人)現出具以貴行為受益人的無條件的及不可撤銷擔保契約，擔保責任如下：1·保人保證借款人遵照有關貸款協定或其他協定包括任何有關內容之更改(下稱協議)規定，按時還清借款本金、利息、費用及其他應付款項(下稱欠款)。2·若借款人違反協議之任何條文，……。

20·香港法律為本擔保契約之適用法律，同時，香港法庭對本擔保契約項下一切爭議擁有非專屬管轄權。該函落款處簽有見證人：林景乾(汕頭中國銀行職員)，並蓋有新業公司的印章、簽有時任新業公司副總經理林肇旭的姓名。

1998年4月17日，宏業公司致國華銀行《不可撤銷擔保契約》：因貴行對達利豐集團(下稱借款人)已作出或同意作出貸款、給予透支或其他銀行授信，本公司／單位(下稱擔保人)現出具以貴行為受益人的無條件的及不可撤銷擔保契約，擔保責任如下：1·擔保人保證借款人遵照有關貸款協定或其他協定包括任何有關內容之更改(下稱協議)規定，按時還清借款本金、利息、費用及其他應付款項(下稱欠款)。2·若借款人違反協議之任何條文，……。

20·香港法律為本擔保契約之適用法律，同時，香港法庭對本擔保契約項下一切爭議擁有非專屬管轄權。該函落款處簽有見證人姓名林景乾，其上蓋有宏業公司的印章及其當時法定代表人蔡承通的私章。

1998年9月2日，國華銀行向達利豐集團發出檔號P／113／98HKL《一般授信函》，內容包括授信的分配、利率及計算方法、授信的屆滿期以及還款等規定。該函第12條規定適用法律為香港特別行政區的法律。

由陳建深在會議主席欄簽名、劉權輝在董事欄簽名，並附新業公司董事陳建深、劉權輝、陳少娜、陳建宏、陳樹波、邱雪婉、陳玉花簽名並加蓋新業公司公章的新業公司《董事會會議決議》。

宏業公司董事會於1998年4月17日在廣東省汕頭市天山路宏業大樓召開，全體出席董事一致同意通過同意向國華銀行提供31300萬港元和有關費用的擔保，保證達利豐集團有限公司履行其與國華銀行之任何貸款協議的決議。

2000年1月3日，香港特別行政區高等法院以1999第883號公司清盤案確認國華銀行對達利豐集團有限公司的債權合計港幣44082157·07元，美元25771093·15元及其利息港幣1443383·13元、美元708517·61元。同年5月22日，達利豐集團有限公司的清盤人香港安永會計師事務所律師廖耀強以檔案號NC／PY／DC／st／0005-LI0953函，確認國華銀行對達利豐集團有限公司的索償為本金港幣44082157·07元，美元25771093·15元，利息港幣1443383·13元、美元708517·61元；宏業公司、新業公司均為上列貸款之國內擔保人，各擔保人於其個別擔保契約之責任均不超越港幣31300萬元。

另查，1999年11月17日，香港顧愷仁律師事務所分別向宏業公司、新業公司發出《關於達利豐集團(借款人)尚欠國華銀行債務事宜》函稱：我所受國華銀行委託，就借款人清償債務一事致函貴司。根據一份日期為1997年11月28日的不可撤銷擔保契約(擔保書)，貴司作為擔保人向我所客戶保證償還借款人欠我所客戶的債務。根據我所客戶提供的資料，借款人未能如期償還其欠我所客戶的債務，截至1999年11月11日為止，借款人尚欠我所客戶之債務總額為港幣37353037.48元及26122045.32美元，有關債務的詳細資料，請參閱本函之附表。我所現按我所客戶的指示，特函要求貴司立即償還上述借款人的全部債務並連同有關利息及我所就發出本函所需收取的律師費用(港幣2000元)。如我所在我所客戶要求的情況下就上述事宜開展進一步的工作，我所的律師費用亦將相應增加。請在安排支付有關債務時再與我所客戶確定有關利息的數額。如在本函發出日期的七天內，我所客戶或我所仍未收到貴司償還上述債務的款項，我所將按照我所客戶的指示，在不另行通知貴司的情況下，採取相應的法律行動，以追索上述債務、所有累計利息及因此而產生的一切費用。

1999年11月29日，汕頭市對外經濟律師事務所向香港顧愷仁律師事務所復函：本律師受宏業公司委託，就貴所於1999年11月17日發出律師信所述事項，作出回應如下：1·《不可撤銷擔保契約》是一無效聲明，對宏業公司沒有任何法律上的約束力。因為根據《中華人民共和國外匯管理條例》第二十四條的規定「提供對外擔保，只能由符合國家規定條件的金融機構和企業辦理，並須經外匯管理機關批准」。而《不可撤銷擔保契約》正是未經批准。2·本律師建議，由達利豐集團與國華銀行自行協商解決其爭議。

2000年11月10日，廣東中大律師事務所律師溫武擁去函國華銀行：關於宏業公司沒有為達利豐集團向國華銀行借款提供擔保的事宜。本律師受宏業公司的委託，就題述借款擔保一事致函貴行。經查閱巨集業公司股東大會和董事會記錄，1998年4月17日宏業公司沒有召開股東大會和董事會，更沒有作出為達利豐集團有限公司向國華銀行借款31300萬港元提供擔保的決議。根據巨集業公司章程第九十四條：「董事會行使下列職權，(八)金額在占當時公司淨資產20%範圍內決定公司的資產抵押及其他擔保事項」。就是說，宏業公司董事會對擔保的批准許可權在占公司淨資產20%範圍內。1998年4月宏業公司的淨資產25220.42萬元，宏業公司董事會無權對超過公司淨資產的擔保作出決定，超過公司淨資產擔保應由股東大會決定。據調查宏業公司的法定代表人蔡承通董事長，其證實從未召開股東大會和召開董事會討論決定為達利豐集團有限公司向國華銀行借款提供擔保。國華銀行也從未派人會晤宏業公司董事長蔡承通商談為達利豐集團有限公司向其借款提供擔保的事宜。宏業公司從來沒有出具《不可撤銷擔保契約》和《汕頭宏業(集團)股份有限公司董事會會議決議》給國華銀行。而從廣東省高級人民法院轉來貴行向法院提交的宏業公司《不可撤銷擔保契約》和《董事會會議決議》，經宏業公司董事長蔡承通及董事辨認均表示從未見過上述擔保契

約和董事會決議。且上述《不可撤銷擔保契約》和《董事會會議決議》，均沒有宏業公司董事長和董事簽名。因此，上述擔保契約和董事會會議決議在法律上是無效的。綜上，本律師認為，貴行據上述無效的《不可撤銷擔保契約》和《董事會會議決議》起訴宏業公司依法不能成立。同時貴行的訴訟行為將對作為上市公司的宏業公司造成商譽的侵害，宏業公司必將用法律武器保護自身的權益。

2000年12月4日—6日，宏業公司當時董事蔡承通、鄭志雄、許俊釗、周應齊、芮奕平、黃楚文分別出具經公證的《聲明書》，主要內容大同小異：本人自1996年5月至現在為宏業公司董事。1998年4月17日本人沒有召集股東大會或董事會討論決定為達利豐集團有限公司向國華銀行借款31300萬元港元及有關費用提供擔保。也從未簽署過為達利豐集團有限公司向國華銀行借款31300萬元港元及有關費用提供擔保的《董事會會議決議》和《不可撤銷擔保契約》。國華銀行也從未派代表同本人商談為達利豐集團有限公司向其借款提供擔保的有關事宜；宏業公司從來沒有出具《不可撤銷擔保契約》和《董事會會議決議》給國華銀行，為達利豐集團有限公司向其借款提供擔保。另外，根據巨集業公司章程第九十四條的規定，董事會無權作出為借款31300萬港元提供擔保的決定。特此聲明。其後附有宏業公司2001年2月12日出具的其1998年4月任職董事名單有蔡承通、黃楚文、王邦林、芮奕平、周應齊、李壯科、許俊釗、鄭漢欽、陳一風、曹岱、鄭志雄共11名。

宏業公司在訴訟中向該院提供的兩份證據(1)1997年10月17日為汕頭高新區宏業金剛工業公司向汕頭城市合作銀行的200萬元貸款作《不可撤銷貸款擔保書》；(2)1998年5月27日為汕頭高新區宏業金剛工業公司向汕頭城市合作銀行的138萬元貸款《借款合同書》作連帶擔保。宏業公司在該兩份證據上加蓋的印章與其在本案向國華銀行出具的《不可撤銷擔保契約》上加蓋的印章是一致的。

原審法院在2001年3月20日向汕頭市公安局調查宏業公司1998年使用印章的印模，但該局口頭答復已銷毀。

由於國華銀行與宏業公司、新業公司就償還款項問題發生糾紛，經協商未果，國華銀行遂以宏業公司、新業公司為被告，向原審法院提起訴訟，要求兩原審被告對達利豐集團有限公司拖欠其授信額度項下的貸款港幣44082157.07元，美元25771093.15元及其利息港幣1443383.13元、美元708517.61元承擔連帶賠償責任，並承擔本案全部的訴訟費用。

原審法院審理認為：新業公司、宏業公司分別在1997年11月28日、1998年4月17日就上述款項向國華銀行作擔保。新業公司未作出答辯和抗辯。該擔保屬其真實意思表示，依法成立。宏業公司主張擔保書上加蓋的公章非其公司印章，且國華銀行提供的宏業公司的《董事會會議決議》和《不可撤銷擔保契約》是偽造的。但宏業公司未能提供其1998年經公安部門審核的公司印章印模。且宏業公司向本院提供的證據中有當時宏業公司使用的公章和法定代表人蔡承通

的私章，與本案的擔保書上的印章是一致的。且 1998 年 9 月 2 日國華銀行檔號 P/113/98HKL《一般授信函》訂明「當本行收到下列檔，及其他本行不時要求的檔，並確定這些檔的格式和內容均符合後便會向閣下提供授信：.....一份由宏業公司和新業公司妥為簽立之擔保契據，該契據乃關於償還不少於港幣 31300 萬元之本金及當中累算之利息及逾期利息以及在該擔保契據所述的其他費用開支，連同有關董事會決議.....」擔保的債權已由香港高等法院以 1999 第 883 號公司清盤案予以確認，合計港幣 44082157.07 元、美元 25771093.15 元及其利息港幣 1443383.13 元、美元 708517.61 元，也就是說達利豐集團有限公司已獲得國華銀行的授信額度貸款，從而可以確定國華銀行已收到宏業公司與新業公司的擔保書。至於宏業公司董事會各董事的事後證詞，各董事又未能當庭質證，且屬單方出具的證據，不應作為可採納的證據。故該院認定宏業公司的擔保成立。

本案屬擔保糾紛。宏業公司、新業公司出具的擔保書載明適用香港法律。由於宏業公司、新業公司所擔保的債權人是在香港註冊的企業，故本案屬於對外擔保。宏業公司、新業公司沒有實際履行向外匯管理機關辦理批准手續，而中國是外匯管制國家，中國法律強制規定對外擔保須經過外匯管理機關批准。根據《中華人民共和國民法通則》第一百五十條「依照本章規定適用外國法律或者國際慣例的，不得違背中華人民共和國的社會公共利益。」和最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》第一百九十四條「當事人規避我國強制性或者禁止性法律規範的行為，不發生適用外國法律的效力」的規定，宏業公司、新業公司擔保書約定適用香港法律，屬規避我國強制性或者禁止性法律規範的行為，該約定在中華人民共和國法域內不具有法律約束力，因此該擔保書的效力認定應適用中華人民共和國法律。根據《中華人民共和國民法通則》第七條「民事活動應當尊重社會公德，不得損害社會公共利益，破壞國家經濟計畫，擾亂社會經濟秩序。」和最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第六條的規定：「有下列情形之一的，對外擔保合同無效：(一)未經國家有關主管部門批准或者登記對外擔保的；.....」宏業公司、新業公司向國華銀行的擔保未經國家有關主管部門批准或者登記而違反了中國公序良俗原則，不具有法律效力。宏業公司和新業公司均在其出具的擔保契約和董事會決定中承諾，保證其擔保經政府同意，並且如果因未辦理法律規定的手續導致擔保無效，其將承擔一切責任。因此，本案擔保無效的責任應完全由宏業公司和新業公司承擔。由此而造成的法律後果按照最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第七條：「主合同有效，債權人無過錯的，擔保人對主合同債權人的經濟損失，承擔連帶賠償責任：.....」的規定，宏業公司、新業公司應對本案債務承擔連帶賠償責任。

綜上所述，國華銀行訴請宏業公司、新業公司對本案的債務承擔連帶賠償責任依法有據，予以支持；國華銀行主張宏業公司、新業公司的擔保有效有悖於中華人民共和國法律，不予採納。根據《中華人民共和國民法通則》第一百五十條、

《中華人民共和國民事訴訟法》第一百三十八條、第一百四十七條和第一百四十九條的規定，判決如下：

宏業公司、新業公司應在本判決生效後 10 日內向國華銀行連帶賠償本金港幣 44082157·07 元，美元 25771093·15 元、利息港幣 1443383·13 元、美元 708517·61 元(計至 2000 年 1 月 3 日止)以及該本金從 2000 年 1 月 4 日起至清付之日止的利息(依照 1998 年 9 月 2 日國華銀行檔號 P/113/98HKL《一般授信函》規定的利率計算)。

案件受理費美元 142408·05 元、港幣 227456·98 元、訴訟保全費人民幣 322828 元，由宏業公司、新業公司共同承擔。國華銀行已預交本案案件受理費美元 142408·05 元、港幣 227456·98 元、訴訟保全費 322828 元，宏業公司、新業公司須將應付之數逕付國華銀行，該院不予清退。

宏業公司不服原審判決，提起上訴。經法院經審理查明：法院認定宏業公司並未於 1998 年 4 月 17 日召開董事會討論有關擔保事宜，對該份宏業公司《董事會會議決議》所載內容的真實性，法院不予確認。

法院另查明：根據香港特別行政區 2001 年 7 月通過的《中國銀行(香港)有限公司(合併)條例》，包括國華商業銀行香港分行在內的 10 間香港銀行將全部資產、負債注入寶生銀行有限公司。寶生銀行有限公司於 2001 年 10 月 1 日正式改名為中國銀行(香港)有限公司。自 2001 年 10 月 1 日起，國華商業銀行香港分行的全部資產、負債、權責及所有權利義務均由中國銀行(香港)有限公司享有及承擔。

2003 年 11 月 24 日，達利豐集團有限公司清盤人廖耀強以檔案編號 SLIU/GH/st/0311-L31854 函，再次確認國華銀行對達利豐公司的債權數額為本金港幣 44082157·07 元，美元 25771093·15 元，利息港幣 1443383·13 元、美元 708517·61 元；宏業公司、新業公司均為上列貸款之國內擔保人，各擔保人於其個別擔保契約之責任均不超越港幣 31300 萬元。

.....

法院經審理認為：本案為擔保合同糾紛，所涉擔保系內地的公司作為擔保人，為香港公司的外幣借款進行擔保，該擔保屬於對外擔保。當事人雖然在擔保契約中約定適用香港的法律，但由於香港特別行政區與中國內地分屬於不同的法域，根據最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》第 194 條規定所確立的原則，涉外合同當事人選擇法律適用時，不得規避中國強制性或者禁止性法律規範。中國內地對於對外擔保有強制性的規定，本案擔保契約如果適用香港法律，顯然規避了上述強制性規定，故本案當事人關於擔保契約適用香港法律的約定不發生法律效力，本案糾紛應適用中國內地的法律作為准據法。

本案現審理的僅為擔保合同糾紛，擔保合同所涉主合同的主債務人香港達利豐集團有限公司已經破產清盤。2000年1月3日，香港特別行政區高等法院以1999第883號公司清盤案確認國華銀行對達利豐集團有限公司的債權合計港幣44082157·07元，美元25771093·15元及其利息港幣1443383·13元、美元708517·61元。同年5月22日，達利豐集團有限公司的清盤人香港安永會計師事務所律師廖耀強以檔案號NC/PY/DC/st/0005-LI0953函，確認國華銀行對達利豐集團有限公司的索償為本金港幣44082157·07元，美元25771093·15元，利息港幣1443383·13元、美元708517·61元。本院審理期間，達利豐集團有限公司的清盤人再次對上述債務額數進行了確認。宏業公司上訴稱其享有主債務人的抗辯權，包括但不限於對債權數額真實性的抗辯，原審法院不應將國華銀行向破產管理署申報的債權作為本案債權憑證。本院認為，宏業公司確實享有該抗辯權，但宏業公司未能提出充分證據證明香港特別行政區高等法院委任的達利豐集團有限公司清盤人所確認的該主債務數額是虛假的或者是不準確的，故對達利豐集團有限公司清盤人所確認的主債務數額，本院予以確認。上述主債務本金的利息是計至2000年1月3日止，原審判決主文在表述宏業公司和新業公司所應承擔的責任時，加算了上述主債務本金從2000年1月4日起至付清之日的利息。但國華銀行在起訴時，並未主張2000年1月4日以後的利息，本院二審期間，中國銀行(香港)有限公司亦未主張2000年1月4日之後的利息，故對於2000年1月4日之後的利息，本院不予考慮。

本案中宏業公司向國華銀行出具《不可撤銷擔保契約》，該擔保契約加蓋了其公司印章，且在本院二審期間，宏業公司明確表示對公司印章的真實性不持異議。宏業公司主張該擔保契約是公司當時的代總經理方澤平偽造的，但其未能提供充分的證據予以證明。宏業公司雖然提供了人民法院的刑事判決書證明方澤平存在犯罪行爲，但該判決書認定方澤平構成信用證詐騙罪，所述的犯罪行爲與本案並無直接關聯，其要求將本案移送公安機關先行處理的上訴請求，本院不予支援。最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第二十三條第一款規定：「第三人單方以書面形式向債權人出具擔保書，債權人接受且未提出異議的，保證合同成立。」由於宏業公司向國華銀行提供了蓋有其公司真實印章的《不可撤銷擔保契約》，該《不可撤銷擔保契約》已經為國華銀行所接受且未提出異議，故根據上述事實及規定，應該認定國華銀行與宏業公司之間的保證合同已經成立。

宏業公司主張本案擔保契約上的蓋章是一種越權行爲，且國華銀行應當是知道的，因此擔保契約對國華銀行不發生法律效力。最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第十一條規定：「法人或者其他組織的法定代表人、負責人超越許可權訂立的擔保合同，除相對人知道或者應當知道其超越許可權的以外，該代表行爲有效。」而宏業公司未能提供證據證明國華銀行取得擔保契約時知道或者應當知道該擔保契約是其法定代表人越權訂立的。國華

銀行在取得宏業公司擔保契約的同時，還取得了一份蓋有宏業公司真實印章的該公司董事會決議，該決議表明宏業公司的擔保行為是經過董事會同意的。雖然本院經過審理，最終對該份《董事會會議決議》所載內容的真實性不予確認，但宏業公司僅是在本案糾紛發生後，對《董事會會議決議》的真實性提出異議，其不能提供充分證據證明國華銀行取得擔保契約時，即知道或者應該知道該擔保契約是越權簽訂的。相反，國華銀行取得蓋有宏業公司真實印章的董事會決議的事實，恰恰表明國華銀行當時是有充分理由相信宏業公司出具的擔保契約，是經過其董事會同意的，不存在越權行為。因此宏業公司主張本案擔保契約上的蓋章是一種越權行為，擔保契約對國華銀行不發生法律效力的上訴理由不能成立。

本案一、二審中，新業公司經合法傳喚，無正當理由均未到庭應訴。對於國華銀行提供的新業公司出具的擔保契約和董事會決議，新業公司未提出異議。原審法院認定新業公司出具的擔保是其真實意思表示，依法成立是正確的。

宏業公司和新業公司是為香港公司向香港銀行的外幣借款進行擔保，該擔保屬於對外擔保。根據中國內地關於對外擔保的有關規定，此類擔保應該到外匯管理部門辦理有關批准登記手續。而本案宏業公司和新業公司出具的擔保契約未辦理上述手續，根據最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第六條第(一)項的規定，該擔保契約應認定無效。原審法院對於本案擔保契約效力的認定是正確的。但原審法院認定擔保契約無效的責任完全由宏業公司和新業公司承擔，屬於劃分責任不當。對於造成擔保契約無效，債權人國華銀行同樣具有過錯。國華銀行作為債權人在接受擔保時，有義務瞭解擔保人宏業公司和新業公司是否具有出具此類擔保的資格，出具此類擔保是否需要由有關部門批准，擔保人是否履行了批准手續，如果有關擔保手續不完備，國華銀行有義務督促擔保人予以補正，從而取得一份完備有效的擔保，使自己的權益得到更好的保障。但本案中在宏業公司和新業公司出具的擔保未經有關外匯管理部門批准登記的情況下，國華銀行未履行上述其應盡的義務而予以接受，因此對於本案所涉兩份擔保契約因缺乏法定審批登記手續而導致無效，宏業公司、新業公司及國華銀行均存在過錯。宏業公司關於對於造成擔保契約國華銀行存在過錯的上訴請求，本院予以支持。原審法院認為擔保契約無效的責任完全由擔保人宏業公司和新業公司承擔，劃分責任不當，本院應予糾正。根據《中華人民共和國民法通則》第六十一條第一款、《中華人民共和國擔保法》第五條第二款的規定，宏業公司和新業公司應當分別對主債務人不能清償的部分承擔相應賠償責任。即使宏業公司和新業公司承諾如果因未辦理法律規定的手續導致擔保無效，其將承擔一切責任，但該承諾應認定無效。如上所述，對於造成擔保契約無效，宏業公司、新業公司及債權人國華銀行均有過錯，根據有關法律規定，巨集業公司、新業公司只應當對主債務人不能清償部分承擔相應的賠償責任。如果認定宏業公司和新業公司作出的承擔一切責任的承諾有效，不僅違反上述規定，而且規避了中國關於外匯管理的有關規定，使得債權人在對外擔保契約因未經中國外匯管理部門批准登

記而無效的情況下，卻取得了同擔保契約有效時相同的結果，因此宏業公司和新業公司上述承諾應認定無效。新業公司雖然未提起上訴，但根據最高人民法院《關於民事經濟審判方式改革問題的若干規定》第三十五條的規定，對於原審判決劃分責任不當部分，本院亦應予以糾正。

……

綜上，原審判決除對宏業公司出具的《董事會會議決議》真實性的認定有誤外，對其他部分事實的認定清楚，但對於宏業公司及新業公司的責任劃分不當，法院予以糾正。另，由於國華銀行的合併變更等情況，原國華銀行在本案中享有的權利和義務現均由中銀香港公司享有及承擔。法院根據《中華人民共和國民事訴訟法》第一百五十三條第一款第(三)項、《中華人民共和國民法通則》第六十一條第一款、《中華人民共和國擔保法》第五條第二款、最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》第 194 條、最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第六條第(一)項之規定，判決如下：

一、撤銷廣東省高級人民法院(2000)粵法經二初字第 5 號民事判決；

二、對於達利豐集團有限公司所欠中國銀行(香港)有限公司款項本金港幣 44082157.07 元、美元 25771093.15 元，利息港幣 1443383.13 元、美元 708517.61 元，由汕頭宏業(集團)股份有限公司對達利豐集團有限公司不能償還部分的三分之一向中國銀行(香港)有限公司承擔賠償責任。

三、對於達利豐集團有限公司所欠中國銀行(香港)有限公司款項本金港幣 44082157.07 元、美元 25771093.15 元，利息港幣 1443383.13 元、美元 708517.61 元，由汕頭經濟特區新業發展有限公司對達利豐集團有限公司不能償還部分的三分之一向中國銀行(香港)有限公司承擔賠償責任。

五、美國三 H 貿易有限公司 (Tri-H Trade (USA) Co., Ltd.) 訴被告浣水科特信機械廠中外合作經營合同糾紛案⁷⁷⁹

(一) 裁判理由摘要及評述

三 H 公司與科特信機械廠的口頭協定內容反應了協定具有中外合作經營合同的性質。因此，雙方民事關係應受《中華人民共和國中外合作經營企業法》調整，而且中外合作經營合同的糾紛必須適用中國法律。

(二) 案例事實與判決內容

原告美國三 H 貿易有限公司 (Tri-H Trade (USA) Co., Ltd.) (以下簡稱三 H 公司) 訴被告浣水科特信機械廠 (以下簡稱科特信機械廠) 中外合作經營

⁷⁷⁹ (2004) 武外民初字第 13 號

合同糾紛一案，基本案情如下：

2003年1月，三H公司法定代表人張有宏與科特信機械廠原廠長李全成相識，李全成向張有宏介紹了科特信機械廠有一離合器生產加工專案，急需機器設備、流動資金，並提供了原湖北鄂東南閥門廠與黃石飛鵝山離合器有限公司簽訂的離合器盤蓋生產加工合同及專案可行性報告。隨後，張有宏代表三H公司，李全成代表科特信機械廠，雙方口頭約定，由三H公司提供機器設備、流動資金，科特信機械廠提供加工合同及生產所需的廠房，共同履行與黃石飛鵝山離合器有限公司的加工合同。同年3月22日，三H公司購買機器設備（品名、規格、數量以法院查封清單為準）運至科特信機械廠廠房並安裝到位。嗣後，三H公司得知黃石飛鵝山離合器有限公司已被註銷，離合器生產加工合同根本不能履行，提出賣掉設備以減少損失，但科特信機械廠未允，為此發生糾紛。

作為科特信機械廠提供合作條件的加工合同，是湖北鄂東南閥門廠與黃石飛鵝山離合器有限公司於2002年8月15日簽訂的離合器盤蓋生產合作協議。協議約定，黃石飛鵝山離合器有限公司委託湖北鄂東南閥門廠加工EQ145、EQ153型離合器盤蓋產品，加工費分別為29.50元/套、37.00元/套，期限五年。

黃石飛鵝山離合器有限公司的工商登記資料顯示，2002年8月21日，因生產經營的需要，該公司被改為三環集團黃石汽車離合器有限公司的下屬分廠，公司營業執照被註銷。

於三H公司與科特信機械廠口頭合同未能履行的原因，除了離合器盤蓋加工合同的定作人黃石飛鵝山離合器有限公司被註銷之外，證人黃勝勇、黃石還證明，與三H公司當時覺得離合器盤蓋市場行情發生變化、利潤下降，以及廠址選擇不當有關。

科特信機械廠的工商登記資料顯示，1998年4月2日，湖北鄂東南（浠水）閥門廠登記成立，法定代表人為李全成；2000年4月11日，前者名稱變更為湖北鄂東南（浠水）高中壓閥門廠；2000年6月8日，湖北鄂東南（浠水）高中壓閥門廠再次變更為湖北鄂東南（浠水）閥門廠；2002年9月24日，湖北鄂東南（浠水）閥門廠名稱變更為浠水科特信機械廠，同年10月15日，法定代表人李全成變更為其子李鵬剛。

根據上述工商登記資訊，湖北鄂東南閥門廠在與黃石飛鵝山離合器有限公司簽訂的加工合同中，使用了與註冊登記名稱湖北鄂東南（浠水）閥門廠不一致的單位名稱及印章。

2003年10月29日，三H公司向湖北省黃岡市中級人民法院提出訴前財產保全申請，該院以（2003）黃立保字第14號民事裁定書裁定採取財產保全措施，將三H公司作為投資安置於科特信機械廠的機器設備，異地查封、扣押於湖北省黃岡市黃石港區延安路122號黃石一棉印染廠倉庫。

在三 H 公司主張的數額為 128,828 元經濟損失中，設備轉運費 5,950 元；2003 年 11 月至 2004 年 3 月期間的設備倉租費 6,500 元；2003 年 3 月 17 日，三 H 公司以鄂東南閥門廠的名義向當地供電局繳存電費 5,000 元。

本案爭議的焦點：1、三 H 公司與科特信機械廠之間合同法律關係是否成立；2、科特信機械廠的行為是否構成欺詐，雙方不能繼續合作是否應歸責於科特信機械廠；3、三 H 公司請求收回機器設備是否符合法律規定；4、三 H 公司請求賠償經濟損失 70,000 元人民幣，是否有事實和法律依據。

合議庭評議認為，三 H 公司是在美國加利福尼亞註冊登記的公司，科特信機械廠是在中國湖北註冊登記的企業，二者之間就合作生產加工離合器盤蓋達成的口頭協議，屬中外合作經營合同範疇，根據《中華人民共和國民事訴訟法》第二百四十六條、最高人民法院《關於涉外民商事案件訴訟管轄若干問題的規定》的規定，本院對三 H 公司提起的本案訴訟行使管轄權。從三 H 公司與科特信機械廠口頭協定內容來看，三 H 公司提供機器設備、流動資金，科特信機械廠提供加工合同及廠房，具有中外合作經營合同的性質。因此，雙方民事關係應受《中華人民共和國中外合作經營企業法》調整，三 H 公司與科特信機械廠達成的口頭協議，因未以書面形式報審查批准機關批准而未能成立。三 H 公司依口頭協定投資的機器設備，雖然已經被安置於科特信機械廠的廠房，但是還未成為合作資產，其所有權仍歸屬於三 H 公司。科特信機械廠提供的合作條件，即原鄂東南閥門廠與黃石飛鵝山離合器有限公司簽訂的離合器加工合同，履行該合同並能產生預期利益，是三 H 公司與科特信機械廠合作經營的基礎與目的。但是，在三 H 公司與科特信機械廠達成口頭協議時，加工合同的定作人黃石飛鵝山離合器有限公司實際上已經被註銷，而湖北鄂東南閥門廠與註冊名稱湖北鄂東南（浠水）閥門廠不一致，使其與科特信機械廠在權利義務上並無直接的承接關係，故三 H 公司主張加工合同根本不能履行，應予採信。在不能實現合作目的的情況下，三 H 公司要求撤回機器設備，科特信機械廠應予協助並不得妨礙。在三 H 公司確定撤回投資時，儘管存在市場行情變化等因素，但均屬於三 H 公司確定是否繼續合作應考慮的因素，科特信機械廠不應以存在該因素為由而拒絕三 H 公司取回機器設備。由於科特信機械廠以妨礙行為未允三 H 公司取回機器設備，導致本案糾紛，並致三 H 公司產生一定的經濟損失，對此，科特信機械廠應承擔相應的民事責任，即返還機器設備、賠償經濟損失。關於經濟損失，由於設備轉運、倉儲發生的費用，與科特信機械廠的妨礙行為有直接因果關係，該部分費用已由三 H 公司墊付，應作為經濟損失；此外，三 H 公司以湖北鄂東南閥門廠的名義在當地供電部門預存的電費亦應作為經濟損失。對於三 H 公司提出的有關職員的工資、房租、電話費、交通費等，因與科特信機械廠的過錯無直接因果關係，合議庭不予支援。

綜上，法院認為，三 H 公司與科特信機械廠之間的合作經營合同未能成立；三 H 公司依口頭協定投入的機器設備，其所有權仍歸屬於該公司；科特信機械

廠提供的合作條件即加工合同存在瑕疵，且妨礙三 H 公司取回機器設備，應承擔相應的民事責任；三 H 公司請求返還機器設備及賠償有關經濟損失，應予支持。依據《中華人民共和國合作經營企業法》第五條、《中華人民共和國民法通則》第一百零六條第一款以及《中華人民共和國民事訴訟法》第一百二十八條的規定，判決如下：

一、被告科特信機械廠將機器設備（品名、規格、數量以法院查封清單為準）交付給原告三 H 公司（本院已裁定先予執行，機器設備已執行交付）；

二、在本判決生效之日起十日內，被告科特信機械廠償付原告三 H 公司經濟損失 17,450 元人民幣；

三、駁回原告三 H 公司的其他訴訟請求。

六、挪威皇家極品水產公司（ROYALSUPREMESEAFOODAS）與日照吉翔海洋食品有限公司等買賣小龍蝦尾肉合同糾紛上訴案⁷⁸⁰

（一）裁判理由摘要與簡述

涉外買賣合同法律關係，挪威公司與吉翔公司在買賣合同中未約定法律適用條款，但中國和挪威均是《聯合國國際貨物銷售合同公約》締約國，因此，根據《中華人民共和國民法通則》第一百四十二條第二款的規定，本案應適用《聯合國國際貨物銷售合同公約》作為審理本案的准據法。

（二）案例事實與判決內容

上訴人挪威皇家極品水產公司（以下簡稱挪威公司）因與被上訴人日照吉翔海洋食品有限公司（以下簡稱吉翔公司）、被上訴人山東日照山孚食品公司（以下簡稱山孚公司）買賣小龍蝦尾肉合同糾紛一案，不服中華人民共和國山東省日照市中級人民法院（2002）日經初字第 14 號民事判決，向山東山高級人民法院提起上訴。

原審法院查明：1999 年 8 月 31 日挪威公司與吉翔公司簽訂了編號為 JX990831 的售貨合同。合同約定：吉翔公司向挪威公司出口銷售 3 個貨櫃的經蒸煮、去皮、冷凍的小龍蝦尾肉，單價每公噸為 4950 美元，合同總價為 30 萬美元；小龍蝦肉的品質及規格為“蒸煮、去皮、脫脂、洗淨、冷凍成塊、無斷裂；45%的 U100 條/磅和 55%的 100-200 條/磅”；目的地為挪威奧斯陸；所有索賠應在買方於最終目的地收到集裝箱貨後 7 日內，連同公認檢驗員的檢驗報告一同提交賣方。

合同簽訂後，吉翔公司委託有歐盟出口代碼（3700/02317）的山孚公司加工該合同項下的貨物。貨物在加工和發送的過程中，挪威公司均派其專業人員陸耀中進行裝箱前檢驗並監督裝箱。在陸耀中監督下，該批貨物在青島輻射中心進行

⁷⁸⁰ （2004）魯民四終字第 44 號 民事判決書

了輻照。1999年12月6日，經山東進出口商品檢驗局檢驗合格，出具了C991216015號檢驗證書，並發放了C991216015號放行單。次日，該批貨物由日本郵船公司青島辦事處承運，從日照裝運通過青島港到瑞典哥德堡。挪威公司依約支付了合同項下的所有貨款，也收到了吉翔公司依據售貨合同所提供的小龍蝦尾肉，但挪威公司拒不提供收到貨的時間。根據船期表記載，該船於2000年1月18日到漢堡。

挪威公司收貨後，將該批貨物賣給了挪威北極熊公司（POLAR SEAFOOD NORWAY A/S），北極熊公司又將該批貨物分銷給多家客戶。

2000年3月22日，挪威北極海產品公司代表最後買方奧斯陸的菲·托斯坦森公司委託奧斯陸的SGS Norge公司對該批貨物進行檢驗。SGS Norge公司於2000年3月22日出具第9940102號檢驗報告，結論是吉翔公司所交的部分小龍蝦尾肉成爲龍蝦肉末。2000年7月19日和20日，挪威公司又委託SGS Norge公司重新對該批貨物進行檢驗。SGS Norge公司於2000年7月21日出具第0034198號檢驗報告，結論是吉翔公司所交的3個貨櫃中有一個貨櫃計1664箱19.968噸小龍蝦尾肉不符合品質約定。

2000年3月23日，挪威公司就小龍蝦尾肉的質量問題通知吉翔公司和山孚公司，並提供SGS的檢驗報告，開始與吉翔公司商談處理事宜。吉翔公司分別於2000年3月23日和5月18日發函挪威公司，承諾如果小龍蝦尾肉的質量確有問題、且是吉翔公司的原因，由吉翔公司承擔退賠的責任，並要求挪威公司封存貨物，提供到挪威共同檢驗貨物的幫助。但挪威公司未給吉翔公司發邀請函，使吉翔公司不能前去共同檢驗貨物，挪威公司並將吉翔公司的上述承諾和要求，認爲是對合同"所有索賠應在買方於最終目的地收到集裝箱貨後7日內提交賣方"的索賠期限的變更。2001年12月2日挪威公司向法院起訴，請求判決吉翔公司和山孚公司賠償挪威公司貨款人民幣878392.32元、賠償挪威公司支付SGS檢驗費人民幣8300元和冷庫租金人民幣14995元、賠償挪威公司預期利潤人民幣12696元、賠償挪威公司支付客戶索賠金人民幣46480元，承擔本案的全部訴訟費用。

原審法院認爲：本案系因涉外買賣合同糾紛產生的爭議，因吉翔公司和山孚公司住所地在本院轄區範圍內，故本院對本案享有管轄權。挪威公司與吉翔公司、山孚公司訴爭的買賣合同糾紛，其合同履行地在中國，且挪威公司與吉翔公司在合同中對適用法律沒有選擇，根據《中華人民共和國民法通則》第一百四十五條第二款的規定，應適用與合同有最密切聯繫的國家的法律，即中華人民共和國法律。

1999年8月31日挪威公司與吉翔公司簽訂的編號爲JX990831的售貨合同，是雙方當事人真實的意思表示，且符合法律、法規規定，該售貨合同合法有效。合同簽訂後，吉翔公司依據售貨合同提供了合格的小龍蝦尾肉，挪威公司也依約

支付了合同項下的所有貨款，售貨合同履行完畢。2000年3月23日，挪威公司就小龍蝦尾肉的質量問題向吉翔公司和山孚公司提出質量異議，但拒不提供收到貨的時間，無法確認是否在收貨後7日內提出，對此挪威公司應承擔舉證不能的法律後果。挪威公司主張吉翔公司的承諾和要求系對售貨合同索賠期限的變更，其理由不成立。因為合同的變更是在合同成立後，尚未履行或尚未完全履行以前，對合同的內容進行修改和補充，而吉翔公司的承諾和要求是在售貨合同履行完畢後，故挪威公司的索賠期限變更的主張，法院不予支持。另外，挪威公司對索賠期限變更的主張，亦可證明其未在收貨後7日內提出質量索賠，應視為吉翔公司提供的貨物質量符合約定。挪威公司單方委託SGS Norge公司檢驗貨物，且拒絕吉翔公司要求封存貨物、共同檢驗的要求，不能確定所檢貨物系吉翔公司所供。關於對小龍蝦尾肉進行輻照和歐盟出口代碼的問題，雖然售貨合同未約定，但該小龍蝦尾肉在進行加工、檢驗、裝箱、輻射過程中，挪威公司代表陸耀中一直監督，應視為挪威公司認可，挪威公司的上述主張不成立。挪威公司雖然主張吉翔公司遲延交貨構成違約，但其沒有具體的訴訟請求，且未提供收貨時間，同時售貨合同又未約定違約責任，違約金缺乏計算依據。綜上所述，挪威公司的訴訟請求，證據不足，理由不當，不予支持。該售貨合同雖然成立於合同法實施之前，但當時的《中華人民共和國涉外經濟合同法》沒有規定的，可以適用合同法的有關規定。據此，依照《中華人民共和國合同法》第一百五十七條、第一百五十八條第一款，《最高人民法院關於民事訴訟證據的若干規定》第一條、第二條、第三十四條的規定，判決：駁回挪威公司的訴訟請求。一審案件受理費14619元、其他訴訟費5324元、保全費5320元，共計25263元，由挪威公司負擔。

挪威公司不服上述判決，上訴稱：1、原審法院認定事實有誤。一是對SGS Norge公司的檢驗報告效力未予認定不當，該報告明確指出吉翔公司提供的小龍蝦尾肉不符合品質約定，存在質量問題。二是挪威公司已提出了到貨的大約時間，即SGS檢驗前幾日，同時吉翔公司事後又給挪威公司新的有關質量問題的索賠承諾。因此，原審法院認定挪威公司拒不提供到貨時間的證據違背事實。三是對吉翔公司逾期交貨、非誠信地非法使用歐共體代碼未予認定不當。二審庭審中挪威公司當庭放棄吉翔公司未交付全部商業單據的上訴理由。2、原審法院適用法律錯誤。中國和挪威均是《聯合國國際貨物銷售合同公約》締約國，因此，本案應適用該公約作為審理案件的准據法。根據《聯合國國際貨物銷售合同公約》第三十六條的規定，吉翔公司應承擔賠償責任。3、原審法院程式違法。一是審理本案的合議庭形同虛設。除了審判長外，一審開庭時合議庭的其他人員沒有參加，審理本案實際採用的是簡易程式。二是本案審理嚴重超過審限。綜上，請求二審法院依法撤銷原判，支持挪威公司的訴訟請求。

……

經審理查明：挪威公司對原審法院未查明貨物質量存在瑕疵、吉翔公司遲延交付貨物和非誠信地非法使用歐共體代碼事實提出異議外，對原審法院查明的其

他事實沒有異議，本院對當事人沒有異議的事實予以確認。

另查明，挪威公司認為遲延裝運就是遲延交貨。合同約定第三批貨物的裝運期不遲於 1999 年 11 月 5 日，實際裝運日期為 1999 年 12 月 17 日，挪威公司認為遲延裝運導致其預期利潤的損失人民幣 12696 元，但未提供證據證明預期利潤損失的計算依據。

……

山東省高級人民法院認為：本案系涉外買賣合同法律關係，挪威公司與吉翔公司在買賣合同中未約定法律適用條款，但中國和挪威均是《聯合國國際貨物銷售合同公約》締約國，因此，根據《中華人民共和國民法通則》第一百四十二條第二款的規定，本案應適用《聯合國國際貨物銷售合同公約》作為審理本案的准據法。原審法院適用法律不當，應予糾正。

本案爭議的焦點問題：一是關於本案的貨物質量是否違反合同約定的問題。二是關於歐共體代碼的使用問題。三是關於原審法院審理程式是否違法的問題。

一、關於本案的貨物質量是否違反合同約定的問題。售貨合同明確約定：所有索賠應在買方於最終目的地收到集裝箱貨後 7 日內，連同公認檢驗員的檢驗報告一同提交賣方。本案中，挪威公司提交 SGS Norge 公司的檢驗報告證明吉翔公司所供貨物不符合品質約定。因挪威公司未提供在目的地收到集裝箱的日期，本院無法確定挪威公司的索賠請求是否在 7 日內提出；而挪威公司認為收到貨物的時間應由吉翔公司舉證。本院認為，挪威公司作為收貨人提出質量索賠，需證明索賠是在合同約定的合理期限內提出的，何時收到貨物應由挪威公司承擔舉證責任。因此，挪威公司關於貨物收到時間應由吉翔公司舉證的上訴理由不成立。吉翔公司雖發函承諾如果貨物質量確有問題，將由其承擔退賠責任。但關鍵問題是，挪威公司不能證明吉翔公司貨物有質量問題，反過來卻能證明挪威公司沒有在合同約定期限提出索賠。因此，本院認為，吉翔公司所供貨物符合合同約定，不存在質量問題。

《聯合國國際貨物銷售合同公約》第三十六條規定，賣方對風險轉移到買方時，對任何不符合合同情形，負有責任。該條是關於賣方履約保證責任的規定。根據公約的上述規定，如果吉翔公司提供的貨物確實存在質量問題，其應向挪威公司承擔賠償責任。而本案雙方當事人在售貨合同中約定了貨物質量的索賠期限，挪威公司卻沒有在約定期限內證明貨物質量問題，因此，挪威公司關於依據公約規定吉翔公司應承擔賠償責任的主張也不成立。

關於輻射問題，挪威公司未提供證據證明輻射與產品質量的因果關係，因此，本院不能認定貨物經過輻射後，必然會影響產品質量。

二、關於歐共體代碼的使用問題。因挪威公司未對歐共體代碼的使用問題提

出具體的訴訟請求，本院對該項上訴理由不予審理。

三、關於原審法院審理程式是否違法問題。一審法院的庭審筆錄明確記載了合議庭組成人員，並且挪威公司的委託代理人在筆錄上簽字確認，因此，本院認定原審法院依法組成合議庭審理了本案。本案系涉外案件，中國民事訴訟法對涉外案件的審理沒有規定審理期限，因此，挪威公司關於原審法院審理本案嚴重超過審限的主張，沒有法律依據，本院不予支持。

綜上，挪威公司的上訴請求不能成立，本院不予支持；原審法院認定事實清楚，但適用法律不當，應予糾正；本案審理結果正確，應予維持。根據《聯合國國際貨物銷售合同公約》第三十五條（1）項，《中華人民共和國民事訴訟法》第一百五十三條第一款（一）項的規定，判決如下：駁回上訴，維持原判。

肆、未來趨勢

2010年十一屆全國人大常委會第十七次會議審議通過的《涉外民事關係法律適用法》，在總結中國大陸三十年法律適用立法與司法實踐經驗的基礎之上，除一般規定外，還對涉外民事關係主要涉及的民事主體、婚姻家庭、繼承、物權、債權和知識產權等法律適用問題分章作了具體規定。該法在很大程度改變了中國大陸此前有關法律適用立法的分散，以及由此帶來的條文之間的抵觸、不嚴密現象，有助於審理日益增多的涉外民商事糾紛，同時也有利於立法、司法權威。有學者評價該法突出了十個亮點，第一，完成中國大陸衝突規則的系統化和現代化；第二，最密切聯繫原則佔有一席之地；第三，賦予了當事人意思自治原則突出地位；第四，創新性地以經常居所為主要連結點；第五，注重保護弱方當事人的利益；第六，平等地對待國內外法律的開放態度；第七，國際私法總則規定頗具特色；第八，第一次明確規定某些法律的直接適用；第九，部分解決不同衝突規則間的關係問題；第十，條文簡約，文字洗練，言簡意賅⁷⁸¹。鑒於《涉外民事關係法律適用法》於2011年4月1日起正式實施，該法的具體實施效果尚待司法實踐予以進一步檢驗。

中華人民共和國成立後很長一段時間，中國大陸立法在涉外民事關係的法律適用方面沒有什麼建樹。這一方面是由於政治、經濟方面的原因，中國大陸在國際政治和經濟舞臺上發揮的作用有限，與他國經濟往來不活躍，並不存在向立法提出解決涉外民事關係法律適用問題的客觀訴求；另一方面，由於種種原因，中國大陸國內的立法活動也受到干預甚至破壞，法學研究一度阻滯，理論也不能為相關立法與司法提供給養和支援。

⁷⁸¹ 法制網，

http://www.legaldaily.com.cn/international/content/2010-11/02/content_2335898.htm?node=22612（最後瀏覽日：03/30/2011）。

但改革開放後，隨著對外經貿的發展，涉外財產和人身關係不斷湧現，如何選擇處理這些關係所適用的法律就成為司法實踐必須回答的問題，法學研究和立法也開始探索不同情況下選擇適用法律的不同規則。於是，有關涉外民事關係的法律適用規範開始散見於五花八門的特別立法、司法解釋、復函、答覆等各類檔中，如《中華人民共和國涉外經濟合同法》、《中華人民共和國繼承法》等。1986年《民法通則》以及其後發佈的《民通意見》是具有里程碑意義的規範性檔。一方面，《民法通則》設專章規定了涉外民事關係中有關主體民事行為能力、不動產所有權、涉外合同、涉外侵權行為、涉外婚姻及扶養等各類情況下選擇準據法的不同規則，一定程度上統一了原有的分散在各個檔中的規則，克服了立法在諸多方面尚付闕如的局面；另一方面，《民法通則》專章規定的章名奠定了2010年制定的《涉外民事關係法律適用法》的立法名稱，其結構和大部分內容也為後者所承襲。

但是，《民法通則》及其後有關立法規範和司法解釋的規定形式上仍然很分散，內容上存在重複或衝突的情況，有的規定不科學，如法律關於公共秩序保留的規定，不僅規定可以依據公共秩序排除外國法律的適用，還可以排除國際慣例的適用。而且，對很多具體問題，法律尚沒有規定涉外關係中如何選擇適用法律的問題，如涉外無因管理、涉外不當得利、涉外智慧財產權等問題。

為克服立法上存在的上述問題，並充分吸收改革開放以來法學研究的成果和司法實踐的經驗，大陸立法機構全國人大常委會於2010年審議並通過了《涉外民事關係法律適用法》，共7章52條。首先，從體系上說，該法統一了以往散見於《民法通則》、單行立法以及司法解釋等各類規範性檔中關於涉外關係法律適用的規範，以從總到分的邏輯順序，先對涉外民事關係法律適用的一般規定加以明確，再分別就民事主體、婚姻家庭、繼承、物權、債權、智慧財產權等方面涉及到的法律適用問題做出具體規定。其次，該法對以往立法尚未明確的問題做出了規定，填補了法律漏洞，如補充了自然人和法人民事權利能力的有關規定；對涉外婚姻的實質要件、形式要件，夫妻人身、財產關係做了較為詳細的規定，並填補了中國大陸涉外父母子女關係法律適用的空白；從收養的條件和手續、收養的效力、收養的解除三個方面對涉外收養的法律適用進行了較為全面的規制；分別規定了不動產物權、動產物權、運輸中的動產、有價證券以及權利質權的法律適用問題；明確了涉外不當得利、無因管理以及涉外智慧財產權的法律適用。再次，該法順應經濟發展的要求，在準據法的選擇上力求更科學，照顧弱者利益並有利於糾紛的解決。如明確了公共秩序保留條款排除的是外國法律；消費者合同，適用消費者經常居所地法律的規定；在涉外侵權的法律適用方面，該法規定，準據法的選擇以侵權行為地法律為一般原則，共同經常居所地法律為例外規定，而當事人協議選擇為補充。

但值得一提的是，2010年《涉外民事關係法律適用法》的有些規定和原有的法律規定或司法解釋中的有些規定雖規定主旨相同，但存在細微區別而需要進一

步厘清。如該法第 3 條規定，「當事人依照法律規定可以明示選擇涉外民事關係適用的法律」，這裡的「明示」要求與最高人民法院的有關司法解釋規定的關係如何，還需要進一步探討。

第八章 人格權法

壹、立法沿革

大陸人格權立法，與臺灣同出一源，始於 1911 年《大清民律草案》。1925 年，中華民國北洋政府又完成《民國民律草案》⁷⁸²。兩部民法草案雖未正式出臺，但實為內外困局之下中國人改弦更張，學習西方以自強，圖生存、謀發展之舉，于法制史及司法實踐而言，亦具有深遠影響。其後，中華民國國民黨政府制定《中華民國民法典》，中華人民共和國共產黨政府制定《中華人民共和國民法通則》，法效所及，規範了人格權問題。

一、《大清民律草案》關於人格權的規定

1911 年《大清民律草案》為中國民法史上第一部民法草案。《大清民律草案》分總則、債權、物權、親屬與繼承五編。《總則編》第二章名「人」；其中第五節名「人格保護」。此節即第 49 條至第 55 條，共 7 個條文。

《人格保護》一節，開篇第 49 條規定，「權利能力及行為能力不得拋棄。」緊接著第 50 條規定，「自由不得拋棄。」「不得違背公共秩序或善良風俗而限制自由。」此兩條規定，一方面體現近代大陸法系國家保護人格權之基本思路：從《法國民法典》到《德國民法典》，人權保障從宣示人的平等與自由，轉入以實證為基礎的人的具體權利實現。落實到民法上，就是承認：人生而具有權利能力，並具備與自己智力狀態相一致的行為能力⁷⁸³。以此抽象概念為基礎，實際上卻是仿效瑞士法規範之。《瑞士民法典》第 27 條分兩項規定人之權利能力、行為能力及自由不得讓與：「(一)任何人不得全部或部分地放棄權利能力及行為能力。(二)任何人不得讓與其自由，並在限制自由時不得損及法律或善良習俗。」⁷⁸⁴另一方面，《大清民律》畢竟脫胎於封建禮教，為克服國民奴性心理和強權意識，以「不得拋棄」而論，更符合當時的社會場景。所以，雖以現代民法典構築而論，這種規定屬於民事主體制度，不似人格權之法律規範，但人格保護顯然孕育其中，實為開創之舉。

第 51 條類似於人格權的一般條款：「人格關係受侵害者，得請求摒除其侵

⁷⁸² 兩部民律草案文本，參見楊立新點校（2002），《大清民律草案·民國民律草案》，長春：吉林人民出版社。

⁷⁸³ 有一種觀點認為，《德國民法典》「重財輕人」，對自然人規定過於簡單，沒有涉及一些重要的人格權。參加王利明（2011），《民法的人文關懷》，《中國社會科學》，2011 年第 4 期，頁 149、150。

但本人認為，從《法國民法典》到《德國民法典》，不是「人法」到「物法」之變化，而是抽象的人格張揚到具體人格之實現，蘊涵的是自然法思潮向實證主義法律思潮的轉換，甚或體現為法國人直率而浪漫氣質與德國人含蓄而嚴謹風格的不同。《德國民法典》創造了人之所以為人的實證法上的依據，即權利能力和行為能力。這樣人格概念的功能就直接轉化為權利能力和行為能力之具體實現，實為工具理性使然也。

⁷⁸⁴ 中文譯本，參酌殷生根譯（1987），艾棠校，法律出版社；又參酌殷生根、王燕譯（1999），中國政法大學出版社。

害。前項情形以法律規定者為限，請求損害賠償或撫慰金。」不過，此處所用者，為「人格關係」概念。此後 4 個條文（第 52 條至 55 條），均為姓名權的登記、改名、撤銷、摒除侵害及禁止等規定。而且，自然人姓名之起名或改名，均須到主管衙門登記，有較強行政色彩。特別有意思的是，第 52 條規定「姓名非登記，不得與善意第三人對抗」，似為登記對抗主義。在當時資訊不發達之時，是否有此「張三」冒名彼「張三」引發糾紛之案例，誠為史家與法律社會學研究之趣旨。

客觀而論，《大清民律草案》奠定了民國初期民法近代化的規範基礎⁷⁸⁵。其關於人格權的規定，沒有獨立成編或成章，只是在總則編「人」一章中進行規範。這與當時法國、德國、瑞士、日本等大陸法系國家民法典均未將人格權單獨成編或成章之立法潮流相適應。而且，它明確區別了人身權中的身份與人格，並在「人」一章中又設專節，直接定名「人格保護」，其意欲改造中國傳統社會文化之決心，可鑒於世。誠然，《大清民律草案》關於人格權之 7 條文尚顯簡陋。以今日之論，實際上僅規定了自由權與姓名權兩種具體的人格權。而且，所謂「人格關係」、姓名之「登記對抗主義」等，語意含混、模糊。所以從總體上講，《大清民律草案》關於人格權的規定，雖然在概念、條文設計、邏輯結構等方面存在諸多問題，但它畢竟效仿近代民法典之先進，將現代人格保護制度引入中國，實乃一大創舉，得為後來立法與司法之重要借鑒。

二、《民國民律草案》關於人格權的規定

中華民國開國之初，司法部頒行《中華民國暫行民律草案》，實則《大清民律草案》。北洋政府執政後，沿用清末民事法制，凡與國體及嗣後頒行成文法不相抵觸者，仍然繼續有效。1914 年，法律編查會（1918 年改法律修訂館）開始修訂民律草案，至 1925 年完成《民國民律草案》。完成之時，正值「北京政變」，草案未予公佈。但是，此草案經司法部通令各級法院作為條理適用，在實踐中起到了統一民事司法的作用。⁷⁸⁶

《民國民律草案》分總則、債、物權、親屬、繼承五編，共 1522 個條文。總則編第一章之第一節規定「人」，即自然人一節。《民國民律草案》仿德國例，開篇即為「人之權利能力，始於誕生，終於死亡。」進一步者，緊接著第 2 條規定胎兒之特種權利保護。《民國民律草案》中已不再設「人格保護」專節（《大清民律草案》第一編第二章之第五節）。而《大清民律草案》中關於人格權保護的具體規定，大部分採納。例如，第 16 條和第 17 條關於權利能力、行為能力及自由不得拋棄的規定；第 18 條關於人格權受到傷害後請求摒除，並依法請求損害賠償或慰撫金的規定。不過，《民國民律草案》有兩點改進值得稱道：一是關於姓名（包括改名）之行政登記，已經取消，也自無姓名之登記對抗的規定，將人格權歸於意思自治之私權本位；二是「人格關係」一語已不見於法典之中，代之以明確的「人格權」（第 18 條）概念。所以，較之《大清民律草案》來說，儘管《民國民律草案》在人格權保護的主要內容上並無多少進步，但在立法技術上還是要成熟一些。

⁷⁸⁵ 李顯冬（2003），《從〈大清律例〉到〈民國民法典〉的轉型》，頁 180，中國人民公安大學出版社。

⁷⁸⁶ 楊立新（2002），《中國兩次民律草案的編修及其歷史意義》，載楊立新點校（2002）：《大清民律草案·民國民律草案》序言，頁 8，吉林人民出版社。

三、《中華民國民法》關於人格權的規定

中華民國政府於 1929 年至 1931 年頒行的《中華民國民法典》，是中國歷史上第一部正式頒行全國的民法典。1949 年之後，僅限於臺灣施行。

《中華民國民法典》研習《民國民律草案》采五編制。關於人格權的規定仍置於總則編「人」一章下之第一節。但節名明確為「自然人」。第 16 條和第 17 條規定實際上沿襲而來，語意上更是采《大清民律草案》之用語。第 18 條同樣為人格權保護之一般規定，但增加了有侵害之虞的排除妨礙：「人格權受侵害時，得請求法院去除其侵害；有侵害之虞時，得請求防止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或撫慰金。」

總體而言，《中華民國民法典》關於人格權的規定，研習前面兩個民律草案，采當時大陸法系國家通例，在一般條款基礎上加上對自由權和姓名權兩個具體人格權的正面規範，雖顯簡陋，仍值得稱道，並顯示了其強大的生命力。

四、《中華人民共和國民法通則》關於人格權的規定

1949 年中華人民共和國成立之後，中華民國時期法律被廢止。但大陸共產黨政權所制定法律闕如，惟有以政策或行政法規「管理」民眾之民事生活。自然，普通民眾之人格尊嚴無保障，有限之人格權利也被克減。例如，城市住家戶「如系單位合住者，以其居住較久或有固定職業者為戶主」（1951 年中央人民政府公安部《城市戶口管理暫行條例》第 3 條第 1 項），體現了人的某種身份差異；「來客住宿超過三日者，須向公安派出所報告」（同上，第 6 條），「對自由流動的人口應予勸阻，動員還鄉」（1977 年國務院批准頒佈公安部《關於處理戶口遷移的規定》第 1 條第 10 項），人身自由受到極大的限制。「對公民人身權的法律保護一直未引起足夠的重視，不僅沒有制定相應的部門法加以保障，而且憲法中有關人身權保護的原則也根本未予實施。」⁷⁸⁷

1986 年《中華人民共和國民法通則》施行，乃大陸民法史上之大事件。《民法通則》第 5 章設「民事權利」一節（第 4 節），將人身權與「財產所有權和與財產所有權有關的財產權」、「債權」、「智慧財產權」並列，人格權制度從主體制度中分離出來，開專門規定人格權之先河。此節雖謂「人身權」，但事實上並未規定身份權，而是對生命權、健康權、姓名權、肖像權、名譽權、榮譽權、婚姻自主權等具體人格權進行了規定。此外，此節中第 104 和 105 條也並非人格權之專門規定，只是重申了憲法原則。⁷⁸⁸

對《民法通則》設專節規定人格權（人身權），學者們基本上持肯定的態度。有學者認為：「我國《民法通則》關於人格權的規定，是世界各國的最新立法例，是具有中國大陸特色的人格權法立法，是以前的民法典所從來沒有採用過的立法例，可以叫做人格權法立法的『中國模式』」，並且將這種立法體例的意義概括為：突出了人格權法在民法中的地位；突出了人格權在保護人和人格中的重要作用；表達了人格權與物權、債權、身份權、智慧財產權和繼承權之間具有平等地

⁷⁸⁷ 何勤華、殷嘯虎（1999），《中華人民共和國民法史》，頁 272，復旦大學出版社。

⁷⁸⁸ 《民法通則》第 104 條規定，「婚姻、家庭、老人、婦女和兒童受法律保護。殘疾人的合法權益受法律保護。」第 105 條規定，「婦女享有同男子平等的民事權利」。

位的正當訴求。⁷⁸⁹有學者認為「這種對人格權尊重和保護的態度使得《民法通則》在海外贏得了『中國的人權宣言』的美譽。可以說，《民法通則》的頒行極大地推動了我國民主法治事業的進程，標誌著我國的人格權制度獲得了長足發展。」⁷⁹⁰從總體上講，《民法通則》中關於人格權的規定，體現了對人格權的重視，也列舉了一些具體人格權。當然，不可否認的是，受到歷史與認識之局限性，對隱私權、自由權等重要的人格權未加規範，也為後來的司法實踐造成了一些困惑，以至於不得不採取一些變通的措施，去彌補這些立法上的缺陷。

貳、民法草案及學者建議稿關於人格權規定之述評

2002年12月，大陸9屆全國人大常委會第31次會議審議了《中華人民共和國民法(草案)》(以下簡稱「《民法草案》」)。此後，梁慧星教授、王利明教授、徐國棟教授分別牽頭組織編寫了民法草案學者建議稿出版(以下分別簡稱「梁氏建議稿」、「王氏建議稿」和「徐氏建議稿」)。⁷⁹¹另外，楊立新教授以曾經參與的王利明教授主持中國民法典草案學者建議稿之人格權編為基礎，單獨主持「中國人格權法立法報告，形成了《中國民法典人格權法編建議稿》(以下簡稱「楊氏建議稿」)。

一、《民法草案》關於人格權的規定

《民法草案》第4編名為「人格權法」，共7章，29條文。第1章為「一般規定」，列舉了自然人、法人所享有的一般人格權、具體人格權及其限制，規定了人格請求權、侵犯人格權的民事責任以及死者人格權的保護等。第2章為「生命健康權」，除了對生命健康權的宣誓以及明確禁止侵害生命健康權之外，還對器官捐贈、遺體保護、人體試驗等問題進行了規定，並且規定了醫療機構的救助義務。第3章為「姓名權、名稱權」，規定了自然人和法人的姓名權、名稱權的權利內容，以及禁止侵害姓名權和名稱權。第4章為「肖像權」，僅兩個條文，規定了肖像權的內容及保護。第5章為「名譽權、榮譽權」，也只有兩個條文，僅規定了自然人和法人享有名譽權和榮譽權，並禁止非法侵害。第6章為「信用權」，規定自然人和法人的信用權及其保護，其中第22、23條主要規定了法院、金融機構、工商行政部門、品質監督部門的權利和義務。第7章為「隱私權」，用5個條文分別規定了隱私權的範圍及保護，自然人住宅及生活安寧、通訊秘密的法律保護，以及隱私資料的保護。

對《民法草案》關於人格權的規定，有學者認為它是優缺點並存。楊立新教授認為，其成功之處在於：第一，堅持《民法通則》規定人格權的體例不動搖；第二，獨立成編的作法體現了創新的勇氣和魄力；第三，《民法草案》之人格權法編的基本結構和部分內容是很好的。而不足之處在於，首先，人格權法編規定

⁷⁸⁹ 楊立新(2008)，〈制定我國人格權法應當著重解決的三個問題〉，《國家檢察官學院報》2008年第3期。

⁷⁹⁰ 王利明(2006)，〈試論人格權的新發展〉，《法商研究》，2006年第5期。

⁷⁹¹ 梁慧星主編(2003)，《中國民法典草案建議稿》，法律出版社；王利明主編(2004)，《中國民法典草案建議稿及說明》；中國法制出版社；徐國棟主編(2004)，《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社。

的具體人格權種類不夠完備，例如沒有規定身體權、性自主權，對人身自由權的規定不夠明確等；其次，在人格權的一般問題以及某些具體人格權的內容等的規定上也存在不妥之處。⁷⁹²有學者認為，《民法草案》對人格權的規定，充分體現了尊重和保障人權的立法思想，同時也對生命健康權、名稱權、肖像權、名譽權、榮譽權、隱私權、信用權等具體人格權的制度設計提出了改進意見。⁷⁹³

對《民法草案》關於人格權規定的批評意見主要集中在其將人格權獨立成編的問題上。梁慧星教授認為其不符合人格權的特殊本質，破壞了民法典內部的邏輯關係。⁷⁹⁴同樣反對將人格權獨立成編這一做法的還有尹田教授。他從人格權的本質入手，認為自然人的人格權直接依據憲法生而有之，並非由民法賦予；其在現代社會的發展及一般人格權的創制，導致私權化的人格權向憲法權利的回歸。民法草案將人格權法單獨成編的作法，違背了民法的本質。⁷⁹⁵

二、梁氏建議稿關於人格權的規定

梁氏建議稿在第 1 編「總則」之第 2 章「自然人」之第 5 節「人格權」，對人格權進行專門規定。該節計 11 個條文，從第 46 條至第 56 條。第 46 條規定了一般人格權；第 47 條是關於人格權的保護和救濟的規定；從第 48 條至第 54 條，分別規定了生命權、身體權、健康權、姓名權、肖像權、名譽權和隱私權 7 項具體人格權；第 55 條規定了對遺體的保護；第 56 條規定了對死者人格的保護。

梁氏建議稿在第 5 編「侵權行為」之第 64 章「自己的侵權行為」之第 1 節，專門規定了侵犯人格權的行為及其法律責任，並且從第 1565 至 1571 條規定了侵犯上述 7 項具體人格權和人身自由、人格尊嚴以及其他人格權的責任。

梁慧星教授堅持認為，民法典不應單獨設立人格權編或人格權法編。⁷⁹⁶梁氏建議稿採用改進德國法例的方案，在總則編自然人一章設專節規定人格權，同時在侵權行為法編（德國民法典置於「債的關係法編」）中規定侵害人格權之侵權責任。因為梁氏建議稿將人格權專節設在「自然人」一章之下，而在「法人、非法人團體」一章中又沒有法人人格權的規定，所以梁氏建議稿在事實上否認了法人享有人格權。

有學者認為，梁氏建議稿對人格權規定的成功之處，體現為三點：一是結構的完整性和邏輯性，包括在人格權具體規定的順序上，也體現了邏輯性；二是一般規定中的合理性，明確規定了一般人格權，也規定了人格權的保護；三是具體人格權規定的合理性，包括對新的人格權利類型的確認，身體權的獨立列出及對隱私權的確認，並規定了死者人格利益的保護。其不足之處，也體現為三點。一是未採取對人格權獨立成編的立法體例；二是一般規定中的問題：未承認法人的人格權；在人格請求權的規定上，遺漏了排除妨害請求權，混淆了人格請求權和

⁷⁹² 楊立新主編（2005），《中國人格權法立法報告》，頁 21-28，智慧財產權出版社。

⁷⁹³ 龍翼飛（2003），《關於民法草案中人格權法、婚姻法、收養法和繼承法的立法思考》，《法學雜誌》，2003 年第 3 期。

⁷⁹⁴ 梁慧星（2003），《鬆散式、彙編式的民法典不適合中國國情》，《政法論壇》，2003 年第 1 期。

⁷⁹⁵ 尹田（2003），《論人格權的本質——兼評我國民法草案關於人格權的規定》，《法學研究》，2003 年第 4 期。

⁷⁹⁶ 梁慧星（2002），《民法典不應單獨設立人格權編》，《法制日報》，2002 年 8 月 4 日。

侵權請求權的不同功能；未對人格權的行使作出明確規定，未規定人格權禁止濫用原則；三是具體人格權的若干規定有待完善：遺漏了人身自由權、婚姻自主權、性自主權、信用權、榮譽權、胎兒利益保護等重要的具體人格權；對一些具體人格權的規定欠完善。⁷⁹⁷

三、王氏建議稿關於人格權的規定

王氏建議稿由王利明教授、楊立新教授和馬特博士三位學者執筆，共 6 章，98 條。⁷⁹⁸第 1 章是一般規定，規定了人格權的定義、一般人格權、具體人格權的範圍、人格權的發生與消滅、人格權的效力、限制自由處分、人格權的專有使用權和商品化權、人格請求權、人格權的行使、人格權的衝突及限制等人格權的一般問題。第 2 章規定了生命權、健康權、身體權等物質性人格權。第 3 章是關於姓名權、名稱權、肖像權等標表性人格權的規定。第 4 章規定了名譽權、信用權、榮譽權等評價性人格權。第 5 章則是對於自由權、隱私權、婚姻自主權等自由性人格權的規定。第 6 章則規定了環境權、休息權、禁止性騷擾、胎兒和死者的人格利益保護等憲法和其他法律規定的其他人格利益的保護。

王氏建議稿是主張人格權獨立成編的代表作品。楊立新教授認為，「該建議稿首倡人格權法獨立成編，把人格權置於民事權利之首，以人格尊嚴、人身價值和人格完整為最高法益，充分體現人本主義精神，強調對個人的終極關懷」⁷⁹⁹。楊立新教授還認為，王氏建議稿有如下「亮點」：一是編撰體例上的創新性；二是體系設計上的完備性和開放性；三是權利保護上的前瞻性和進步性。而「值得商榷和完善之處」在於：條文中存在一些公法性質的規範、關於自由權的規定有待商榷、關於貞操權和禁止性騷擾的規定還有待完善。⁸⁰⁰

本建議稿，對人格權規定的條文達到了 97 條，可謂條文眾多，似乎反駁了反對人格權獨立成編的理由之一「人格權內容太少，單獨設編有損民法典的形式美」。在結構安排上，採取了一般規定——具體人格權——補充規定的形式，從邏輯上而言，是相對完整的。對信用權、隱私權等權利的規定也具有一定的時代性。但是在「其他人格利益」項下，規定了環境權、休息權等權利以及胎兒和死者的人格利益的保護，在邏輯上可能存在欠考慮之處。

四、徐氏建議稿關於人格權的規定

徐氏建議稿分「人身關係法編」和「財產關係法編」兩大編，並前後分別附有「序編」和「國際私法」之附編。徐氏建議稿在第 1 編之第 1 分編「自然人法」和第 2 分編「法人法」中，均有人格權的規定。

第 1 分編自然人法之第 3 題「人格權」部分，分 3 章，計 102 個條文。第 1 章為一般規定；第 2 章為保障自然人的自然存在的人格權；第 3 章為保障自然人的社會存在的人格權。

⁷⁹⁷ 楊立新主編（2005），《人格權法立法報告》，頁 41-55，智慧財產權出版社。

⁷⁹⁸ 王利明主編（2005），《中國民法典學者建議稿及立法理由書：人格權編·婚姻家庭編·繼承編》，頁 1-192，法律出版社。

⁷⁹⁹ 楊立新主編（2005），《人格權法立法報告》，頁 29，智慧財產權出版社。

⁸⁰⁰ 楊立新主編（2005），《人格權法立法報告》，頁 31-40，智慧財產權出版社。

在第 1 章中，規定了人格權的定義和種類，人格權的效力及其限制，人格權的行使及保護（包括死者人格權的保護），尤其需要指出的是，該草案的第 304 條還專門對「人格權的開放性」做出了規定：「本民法典承認人格權不能窮盡地列舉，除了法律明文規定的人格權外，自然人依其自由裁量權，在不幹擾他人的前提下，對其私人生活領域中享有的利益享有人格權。」

第 2 章分為 3 節，分別名為「生命健康權」、「自由權」和「家庭權」。這三種權利，事實上都屬於「類權利」。在「生命健康權」的項下，除了對這類權利的一般性規定外，還規定了環境權、食品安全權、醫療權等權利，並且對人體器官、組織及屍體的處置及保護，安樂死等問題進行了規定。在「自由權項下」，還規定了思想自由、表達自由、行動自由、居住自由、職業自由、遺囑自由、經營自由等自由權以及人身計畫權、擁有護照的權利、和平集會權等一系列權利。在「家庭權」項下，則規定了婚姻自由、貞操權、生育權、收養權、家庭成員之間享受照顧的權利、受保護權等權利，並且對「代孕」問題進行了規範。

第 3 章分為 6 節，分別名為「平等權」、「姓名權」、「肖像聲音權」、「名譽和榮譽權」、「私生活權」以及「歸屬權」。在「平等權」項下，規定了種族平等、夫妻平等、城鄉居民平等以及中國人與非中國人平等。在「姓名權」項下，規定了姓名確定、姓名的形式、姓名登記、變更等問題。在「肖像聲音權」項下，規定了聲音肖像權的私人性質，侵犯聲音肖像權的制裁、對公眾人物聲音肖像權的限制以及親屬的權利等。在「名譽和榮譽權」項下，規定了名譽權、榮譽權和商譽權不受侵犯。在「私生活權」項下，草案首先將「私生活權」界定為「自然人控制關於自己的資料之流轉的權利」，進而規定了侵害私生活權的方式以及專業人士的保密義務，並規定了住所權、通訊秘密權、信仰和宗教自由權等權利，對於日記、檔案等私生活資料的相關問題也進行了規定。在「歸屬權」項下，主要規定了親子關係確定權、結社權、確定民族的權利和國籍權。

在第 2 分編「法人法」之第 1 題部分，第 1 章設「法人的人格」，承認法人人格權的獨立性，並規定了法人享有的姓名權、名譽權和榮譽權。

徐氏建議稿關於人格權的規定具有某些創新之處。首先，將自然人的的人格權劃分為「保障自然人的自然存在的人格權」和「保障自然人的社會存在的人格權」，再在此基礎上對具體人格權進行規定，邏輯上比較清晰。然而，這種分類方式是否合理，尚待商榷。其次，對一般人格權的規定比較細緻。確認了人格權的效力、人格權的開放性，對人格權的保護也比較完備。第三，對各種具體人格權的規定比較翔實。除了規定種類繁多的具體人格權之外，對人格權內容的規定也非常充實，例如，關於姓名權的規定，就達到了 21 條。第四，關注社會發展對人格權制度帶來的新問題，對器官移植、安樂死、代孕、變性、環境權、食品安全權等的規定具有很強的時代特色。不足之處在於，徐氏建議稿對具體人格權的種類的劃分不夠科學，有一些新型的人格權是否科學，值得商榷。將婚姻自由權、貞操權、生育權等權利統稱為「家庭權」是否合理、「家庭權」究竟屬於「保障自然人的自然存在的人格權」還是「保障自然人社會存在的人格權」都不甚明確。與對自然人的的人格權的規定相比，徐氏建議稿對法人人格權的規定只是簡單照搬了《民法通則》的規定，短短的幾個條文，顯得比較簡陋。總體而言，徐氏建議稿關於人格權的規定，秉承了徐國棟教授所宣導的「新人文主義」的指導細

想，內容比較新穎、豐富。但徐氏建議稿本身在邏輯上存在一些不周延問題，也更不能說將「人法」放在「物法」之前就是所謂的「人文主義」。

五、楊氏建議稿關於人格權的規定

楊氏建議稿建立在王氏建議稿之人格權編基礎上，雖在第三章增加了「聲音權」一節，在第5章增加了「性自由權」一節，但在指導思想、總體結構、基本內容上與王氏建議稿相同。這裡，不對此進行具體比較和單獨的分析。

參、人格權立法中的主要問題

在人格權立法的過程中，學者們對其中的若干重要問題進行了探討和研究，也形成了各種不同的觀點和見解。

一、人格權法與憲法的關係

(一) 人格權是憲法上的權利還是民法上的權利

人格權作為一種基礎性權利，其重要性已經被各國所認識。當今現代各國憲法都把人格權放在了重要的位置，而人格權制度也是民法典的重要組成部分。因此，關於人格權本質上究竟是憲法上的權利還是民法上的權利，在中國大陸學者中有激烈的爭議。

大陸民法學界主流的觀點認為，人格權既是憲法上的權利，又是民法上的權利。馬俊駒教授認為，人格權屬於二元性的權利，既是憲法權利，也是民法權利，但在本質上是私權，即使當它直接適用於憲法時，也是私權，也應該按照民法的調整方法來處理⁸⁰¹。

而尹田教授認為，自然人人格是由憲法賦予自然人的一般法律地位，不同於作為民事法律關係主體資格的權利能力。人格權為自然人獲得法律強力保障的一般法律地位從權利角度進行的表達，自然人直接依據憲法生而有之，並非由民法賦予。人格權在理論和實踐中的私權化，係由民法形式邏輯結構需要以及團體人格的塑造等原因引起，反映了一種狹隘的民法實證主義觀念。人格權在現代社會的發展及一般人格的創制，導致了私權化的人格權向憲法權利的回歸。⁸⁰²龍衛球教授從自然人人格權的兩種制度體例入手，描述了人格權制度在當代的發展，並根據德國法院創制一般人格權的思維，認為人格權的觀念發生了根本性的革命，由以前的「民法典權利」一躍而為「由憲法保障的基本權利」，人格權的類型及其內容不再是狹隘地以民法典為基礎，而是可以直接援引憲法規範支援。⁸⁰³

(二) 人格權的憲法保護和民法保護

德國民法上「一般人格權」概念的創制及其對憲法規範的引用，使得學者們

⁸⁰¹ 馬俊駒（2009），《人格和人格權理論講稿》，頁 89-96，法律出版社。

⁸⁰² 尹田（2003），《論人格權的本質——兼評我國民法草案關於人格權的規定》，《法學研究》，2003年4期。

⁸⁰³ 龍衛球（2003），《論自然人人格權及其當代進路——兼論憲法秩序與民法實證主義》，《清華法學》第2輯，頁 130-163，清華大學出版社。

開始討論憲法私法化及其對於人格權保護的作用。憲法私法化，即憲法規定的基本權利在私人之間，於何種範圍、以何種方式發揮拘束力。通常存在三種觀點：一是無拘束力；二是直接拘束力；三是間接拘束力。有學者認為，因為憲法調整國家與公民之間的關係，不直接調整公民之間的關係，而且憲法規範僅是原則性規定，而不是裁判規則，並且大陸目前憲法訴訟也付之闕如，因此採間接拘束力比較合適。當民法規範出現疏漏時，憲法基本權利只能作為補充，以民法中的概括性條款為鑰匙，通過法律解釋等手段，將其轉化為私法上的權利。⁸⁰⁴

楊立新教授將具有人格利益因素的憲法基本權利稱為「人格性憲法權利」，認為基於憲法的地位和效力，完善人格權益的保護的需要，以及人格權法淵源的多樣性和人格權利體系的開放性，人格性憲法權利應當受民法保護。對於憲法在民事司法中的適用，楊立新教授同樣主張採用「間接效力說」，並主張通過一般人格權制度的適用來建立起憲法與民法之間溝通。⁸⁰⁵

二、人格權是否應該獨立成編

人格權是否應該獨立成編，是民法典制定過程中學者們爭議最大的一個問題。

（一）贊成人格權獨立成編的觀點

贊成人格權獨立成編的學者，以王利明教授、楊立新教授為代表。王利明教授在《人格權制度在中國民法典中的地位》一文中，集中闡述了自己的觀點⁸⁰⁶。贊成人格權獨立成編的理由如下：

第一，人格權制度獨立成編是豐富與完善民法典體系的需要。王利明教授認為，德國民法典因為時代的局限性，沒有將人格權獨立成編，而債法的內容無法容納人格權的內容，因此我國在立法過程中不必要囿於明顯不合乎實際的陳舊的東西。民法典是調整平等主體之間的人身關係和財產關係的法律，民事權利分為人身權和財產權，而財產權（包括物權和債權）在民法上都是獨立成編的，如果將人格權制度分散的規定在主體制度和侵權制度中，則造成了體系的失調，也不能凸顯其作為民事基本權利的屬性。侵權法的主旨在於保護民事權利，這就需要民法典在分則中對民事權利作出規定，從而形成權利與責任的邏輯結合。在侵權法獨立成編的背景下，如果人格權不獨立成編，則會使侵權法對人格權的保護缺乏前提和基礎。同時，我國 1986 年的《民法通則》在民事權利一章中單設了人身權一節，這意味著我國已經將人格權制度與其他制度並列，從而為人格權法在民法典中獨立成編提供了立法依據。

第二，人格權制度不能為主體制度所涵蓋。針對反對人格權獨立成編的學者提出的人格權與人格制度須臾不可分離，因此人格權應該為民法典總則中的主體制度所涵蓋的觀點，王利明教授認為，人格權與人格確實有著十分密切的關係，但是認為人格權應該為主體制度所涵蓋則沒有將權利與主體資格在法律上作區分，並且未能解釋人格利益是否能夠作為權利，並應當受到侵權法的保護。人格

⁸⁰⁴ 馬特（2008），《人格權法與憲法基本關係探討》，《安徽大學學報》，2008 年第 5 期。

⁸⁰⁵ 楊立新主編（2005），《人格權法立法報告》，頁 209-238，智慧財產權出版社。

⁸⁰⁶ 王利明（2003），《人格權制度在中國民法典中的地位》，《法學研究》，2003 年第 2 期。

權作為一種民事權利類型，應該在分則中予以規定；主體制度無法調整各種具體的人格關係，具體的人格關係只能在分則中規定。人格權的專屬性並不意味著其與主體資格是合而為一的。而如果將人格權在主體制度中進行規定，由於自然人和法人都享有人格權，無法對人格權的一般問題進行規定。

第三，人格權制度不能為侵權行為法所替代。主要原因有：(1) 人格權不只是在受到侵害的情況下才有意義，例如肖像權的權利人對肖像就擁有支配和使用的權利。(2) 侵權法不具有確認權利的功能。(3) 人格權不完全受侵權法的保護，也受合同法的保護。(4) 法律規定在侵害人格權以後所產生的停止侵害、排除妨礙、恢復名譽、賠禮道歉等責任形式是由人格權的支配性和排他性所決定的。(5) 通過人格權制度具體列舉公民、法人所具體享有的各項人格權，可以起到權利宣示的作用。

第四，人格權獨立成編是人格權制度發展的需要。人格尊嚴、人身價值和人格完整，比財產權具有更重要的位置，是更高的法益。科學的發展，使得對人身權的侵犯更加容易，需要對其加強保護。人格權的獨立成編，能夠在民法上建立一套完整的人格權法體系，體現了人格權優先保護的價值取向。

(二) 反對人格權獨立成編的觀點

反對人格權獨立成編的學者，以梁慧星教授、尹田教授等為代表。雖然都是反對人格權獨立成編，但是二者具體觀點和理由並不一致。

梁慧星教授認為：「人格權與人格兩個概念確有不同，但作為人格權客體的人的生命、身體、自由、姓名、肖像等，是人格的載體。因此，人格權與人格相終始，不可須臾分離，人格不消滅，人格權不消滅。」⁸⁰⁷也就是說，人格權「是自然人作為民事主體資格的題中應有之義，沒有人格權，就不是民事主體」。⁸⁰⁸因此，人格權制度應當為主體制度所涵蓋。

尹田教授認為：人格權與主體制度不可分離，它與物權、債權、智慧財產權在性質上是不同的，不能與之並列，不能獨立成編，而應該在民法典「自然人」一章中專設「自然人人格保護」一節，從「保護」的角度而非「設權」的角度，對人格權做出規定。⁸⁰⁹此外，尹田教授還專門撰文從人格權來源、人格權基本權能、法人人格權等角度論述了「人格權獨立成編的理論漏洞」。⁸¹⁰

除了上述反對理由之外，有學者認為，「人格權的內容太少，單獨設立有損於民法典的形式美」，並且「人格權是一個不斷發展的概念，如果立法中予以規定了，按照大陸法系國家的權力分配機制，法官發展新的人格權類型就會受到很大的限制。在這種情況下，還是規定一般人格權，由法官很據具體的情況發展比較妥當，這樣能在法律的穩定性與靈活性之間取得協調」。⁸¹¹也有學者以《人格

⁸⁰⁷ 梁慧星（2002），《民法典不應單獨設立人格權編》，《法制日報》，2002年8月4日。

⁸⁰⁸ 梁慧星（2001），《當前關於民法典編撰的三條思路》，《中外法學》，2001年第1期。

⁸⁰⁹ 尹田（2003），《論人格權的本質》，《法學研究》，2003年第4期。

⁸¹⁰ 尹田（2007），《論人格權獨立成編的理論漏洞》，《法學雜誌》，2007年第5期。

⁸¹¹ 謝鴻飛（2001），《論人法與物法的兩種編排體例》，載徐國棟主編（2001）：《中國民法典起草思路論戰》，頁328，中國政法大學出版社。

權不能獨立成編的五點理由》為題，從「法人不享有人格權」、「人格權的類型有限」、「人格權不是支配權」、「人格權的內容單薄」、「立法、司法與學說應合理分工」五個角度進行了論述，並認為，「關於人格權的類型和內容的規範應該安排在總則編「自然人」項下，關於人格權的救濟則應安排在侵權行為法中」。⁸¹²

三、人格權的權利體系

關於人格權之法律規範體系，除一般條款加具體人格權之外，尚有侵害人格權的法律責任。侵權責任法規範法律責任；而一般條款加具體人格權，則形成一般人格權加具體人格權的權利體系。從《民法草案》和學者建議稿可以看出，大陸學者對於人格權的具體權利體系還存在不少爭議。草案文本先是關於人格權的一般規定，接下來則規定具體人格權；王氏建議稿除此之外，還有一個關於「其他人格權」的補充性規定。在具體人格權上，各草案文本之間，尚存在較大的差異。

在具體人格權中，王利明教授認為，榮譽權並非是每個公民或法人都享有的，其取得有賴於主體實施一定的行為，做出一定的成績，可見它不是公民出生或者法人成立後就應依法享有的，因此榮譽權不是人格權而是身份權。婚姻自由作為一種自由權，是自然人追求幸福的基本人權，將其規定為一種民事權利，可以使侵害婚姻自主權的受害人能夠獲得民法上的救濟。因此，婚姻自主權在性質上應為人格權，考慮到我國婚姻法已經對其做出規定，因此不必在人格權法中再單獨做出調整。⁸¹³

張新寶教授認為：「建立我國人格權法的內部體系，除了需要總結與借鑒國（境）外民事立法經驗外，還需要考慮如下因素：（1）民事權利的本質特徵以及民事權利與憲法基本權利和自由的關係；（2）民法通則公佈以來民事立法、司法（包括最高人民法院的司法解釋）方面的經驗和理論研究成果。」⁸¹⁴在具體人格權問題上，張新寶教授認為，受教育權、勞動權、宗教信仰自由權等不宜作為民法上的人格權，因為權利主體實現這樣的權利主要不依賴於其他民事主體履行義務（多為不作為的義務），而是依賴於國家、其他社會組織的積極作為行為。關於隱私權，張新寶教授認為：民法典人格權法應當對隱私權提供全面的保護，不僅保護私生活秘密，而且還要保護私生活安寧；不僅要規定傳統的穩私權保護規則，還要規定資訊時代隱私權保護的特別規則。同時張新寶教授還主張人格權體系中不包括貞操權。關於榮譽權，張新寶教授認為：榮譽權在本質上不具有人格利益的屬性；在實踐中榮譽的獲取比較不規範，因此建議人格權內部體系中不包括榮譽權。如果某人的榮譽受到損害，可以利用有關名譽權的規定予以司法保護。⁸¹⁵

楊立新教授認為，人格權可以為具體人格權和一般人格權，具體人格權又可以分為物質性人格權和精神性人格權。物質性人格權包括生命權、身體權和健康權。精神性人格權分為三類：一是標表型人格權，包括姓名權、名稱權、肖像權、

⁸¹² 鐘瑞棟（2008），《人格權法不能獨立成編的五點理由》，《太平洋學報》，2008年第2期。

⁸¹³ 王利明（2005），《人格權法研究》，頁110-113，中國人民大學出版社。

⁸¹⁴ 張新寶（2003），《人格權法的內部體系》，《法學論壇》，2003年第6期。

⁸¹⁵ 張新寶（1997），《名譽權的法律保護》，頁35，中國政法大學出版社。

形象權和聲音權；二是評價型人格權，包括名譽權、信譽權和榮譽權；三是自由型人格權，包括人身自由權、隱私權、性自主權和婚姻自主權。⁸¹⁶

四、法人有無人格權

關於法人有無人格權的問題，學界有兩派對立的觀點：法人有人格權、法人無人格權。

目前大多數大陸民法學者認為，法人可以享有與其團體性質相容的人格權。馬俊駒教授認為，法人的人格權包括四種：一是名稱權，它兼具人格權和財產權的屬性，法人對其名稱有使用權、變更權和處分權；二是名譽權，企業法人的名譽權和商譽權是一致的，其主要意義在於對抗他人對於該法人名譽權的侵害；三是榮譽權，即維護自己榮譽的權利和利用處分榮譽的權利；四是秘密權，即法人的某些資訊不為他人知曉、某些場所不許他人進入的權利，法人的秘密權包括但不限於商業秘密。⁸¹⁷薛軍副教授認為：「法人可以享有某些種類的人格權，在現代已經得到理論和立法實踐的確認。在民法典中不宜從這一角度對法人權利能力施加一般性的限制。承認法人可以享有人格權具有立法政策判斷上的妥當性，對保護自然人的人格具有工具性價值。法人享有人格權屬於立法技術性手段，能夠保護組成法人的自然人以團體的形態而表現出來的人格利益。在中國大陸民法典中，對法人是否可以享有人格權問題可以做出原則上的認可，但允許判例和學說來具體確認法人可以享有何種類型的人格權。」⁸¹⁸

否認法人具有人格權的尹田教授認為：「團體人格是用作區分團體有無民法上獨立財產主體地位的純法律技術工具，既無社會政治性，亦無倫理性。人格權是一個歷史性概念，其保護的是專屬自然人人格所具有的那些倫理性要素，不能以同等含義適用於團體人格。法人的名稱權、名譽權等權利無精神利益，實質上是一種財產權，且不具有專屬性，非為任何團體人格存在之必須，故法人無人格權。」⁸¹⁹而否認法人的人格權，也是尹田教授反對人格權獨立成編的一個論據。同樣否認法人人格權之存在的，還有鄭永寬博士，他認為「法人人格系無倫理性的純法技術產物，人格權系立基於倫理人格而非法律人格，法人無人格權，法人享有的所謂人格權實質上只是財產權。」⁸²⁰

五、是否應該規定一般人格權制度

「一般人格權」是德國司法實踐的創造。「在法典原文中，並沒有創立一項一般人格權，而只是將人格的個別方面塑造為了幾項絕對權利，他們單獨地形成了各自的特別人格權要件。」⁸²¹對《德國民法典》沒有規定一般人格權這一問題，德國學者有從客觀不能來解釋之，認為「《德國民法典》的立法者在法典中沒有規定一般人格權，是因為難以給這種權利劃界，而劃界則明顯的取決於在具體案

⁸¹⁶ 楊立新（2006），《人身權法論》，頁 68，人民法院出版社。

⁸¹⁷ 馬俊駒（2009），《人格和人格權理論講稿》，頁 293-306，法律出版社。

⁸¹⁸ 薛軍（2004），《法人人格權的基本理論問題探析》，《法律科學》，2004 年第 1 期。

⁸¹⁹ 尹田（2004），《論法人人格權》，《法學研究》，2004 年第 4 期。

⁸²⁰ 鄭永寬（2005），《法人人格權否定論》，《現代法學》，2005 年第 5 期。

⁸²¹ 馬克西米利安·福克斯著，齊曉坤譯（2006），《侵權行為法》，頁 48，法律出版社。

件財產或利益的相互衝突，究竟哪一方有更大的利益」⁸²²。也有學者從主觀不為來解釋之，認為「《民法典》的起草者十分信任習俗和道德對人的行為的調控作用，並因此放棄了將人格本身上升為一項由侵權行為法保護的法益」⁸²³。無論是「不能」還是「不為」，「一般人格權」並沒有在《德國民法典》中出現。

社會的發展和進步，特別是二戰中，納粹對人格尊嚴的踐踏，使得人格的保護問題更加突出；而民法上對人格權的不完全保護，造成了相當大的法律漏洞。於是，司法實踐中發展出了「一般人格權」這一概念。1954年，在「讀者來信」案中，德國聯邦最高法院援引了《德國基本法》第1條和第2條的規定，承認了「一般人格權」這一概念，並稱之為「由憲法保障的基本權利」。⁸²⁴之後，又通過1958年的「騎士判決」和「錄音案」判決、1964年的「索拉亞案」，確立了德國法上的一般人格權制度。所謂一般人格權，「指受尊重的權利、直接言論（如口頭和書面言論）不受侵犯的權利以及不容他人幹預其私生活和隱私的權利」⁸²⁵。德國學者「菲肯徹將一般人格權（同營業權）稱為‘框架權利’」⁸²⁶。事實上，「作為一種權利類型而提出的所謂‘框架性權利’，在德國民法中，其意義主要體現在侵權行為法領域」⁸²⁷，「有關這方面的具體問題，通常在探討第823條第1款時進行論述」⁸²⁸。《德國民法典》第823條第1款為侵權責任的一般規定，學者和法官們往往將這種「框架性權利」解釋為該款所規定的「其他權利」⁸²⁹。然而，在德國民法學者對民事權利的性質和類型的論述中，卻並不涉及到所謂的「框架性權利」，也就是說這類權利並非一般意義上的民事權利，而僅僅是一種受法律保護的利益。這一看法，在中國大陸學者中也得到了普遍的認可，例如王利明教授就認為：「一般人格權，是相對於具體人格權而言的，是以民事主體全部人格利益為標的的總括性權利。指民事主體依法享有並概括和決定其具體人格權的一般人格利益。」⁸³⁰

有學者認為，一般人格權包括人格獨立、人格自由、人格平等和人格尊嚴四方面的內容，其中統領的概念時人格尊嚴。⁸³¹關於一般人格權的性質，有學者概括為四種觀點：人格關係說、概括性權利說、淵源權說和個人基本權利說。⁸³²也有學者認為，一般人格權本質上是法益的一種特殊表達形式。⁸³³有學者認為，一

⁸²² [德]卡爾·拉倫茨著，王曉曄譯（2003），《德國民法通論》（上），頁172，法律出版社。

⁸²³ 馬克西米利安·福克斯著，齊曉坤譯（2006），《侵權行為法》，頁48，法律出版社。

⁸²⁴ [德]梅迪庫斯著，邵建東譯（2000），《德國民法總論》，頁803、804，法律出版社。

⁸²⁵ [德]卡爾·拉倫茨著，王曉曄等譯（2003），《德國民法通論》（上），頁171，法律出版社。

⁸²⁶ [德]梅迪庫斯著，邵建東譯（2000），《德國民法總論》，頁807-808，法律出版社。

⁸²⁷ 薛軍（2008），《揭開「一般人格權」的面紗——兼論比較法研究中的「體系意識」》，《比較法研究》，2008年第5期。

⁸²⁸ [德]梅迪庫斯著，邵建東譯（2000），《德國民法總論》，頁808，法律出版社。

⁸²⁹ 在德國法上，對家庭關係不法侵犯的保護（Delictual protection of family relationship）、營業權（The right of an established and operating business）、一般人格權（The general right to one's personality）通常被認為是823條第1款所稱的「其他權利」。See Basil S Markesinis and Hannes Unberath, *The German Tort Law A Comparative Treaties*, 4th ed, Hart Publishing(2002), p.p. 69-78.

⁸³⁰ 王利明、楊立新、姚輝（1997），《人格權法》，頁26，法律出版社。

⁸³¹ 姚輝（1995）：《論一般人格權》，《法學家》，1995年第5期。

⁸³² 王利明、楊立新、姚輝（1997），《人格權法》，頁26，法律出版社。

⁸³³ 熊胥龍（2005），《權利，抑或法益？——一般人格權本質的再討論》，《比較法研究》，2005

般人格權為人格關係的法律表現；其標的為受法律保護的人格利益之總和；並且是特別人格權的淵源，因此它具有解釋功能、創造功能和補充功能；同時，一般人格權還是個人的基本權利。⁸³⁴

雖然大多數學者都認為應當在民法典中設立一般人格權條款，但是也有學者表示反對。薛軍副教授認為：「一般人格權是一種框架性權利，認定侵犯此類框架性權利在違法性要件的判斷上，採用了「行為違法性」學說而非通常的「結果違法性學說」；並且它並不具有民法上「絕對權」的效果，雖然被稱為權利，但事實上並不被當做權利來對待。德國法之所以要創造這麼一個概念，是因為《德國民法典》第 823 條第一款規定的人格性質的法益僅僅只有生命、身體、健康、自由，為了保護其他類型的人格利益，唯一的途徑就是「其他人格權」，因此，必須把其他的人格法益說成是權利。德國民法上的一般人格權，實乃不得已的一種事後補救措施，而我國從立法論的角度上並不存在這些問題，因此，不需要採用這樣一個名不副實的概念。」⁸³⁵冉克平副教授認為：「一般人格權雖然解決了立法上對人格性權益保護的不足，但由於一般人格權沒有明確的界限，難以認定為民事權利，並且在司法上產生了違法性判斷的難題。在人格權的發展策略上，有特別人格權結合一般人格權與特別人格權結合人格權保護一般條款這兩種不同的結構形式，而後者比前者更具有規範性。我國的人格權理論在廣泛的接受人格權的概念之後，已沒有必要再採納一般人格權的概念，否則會造成人格權、一般人格權與具體人格權之間邏輯與概念的混亂。」⁸³⁶

六、人格權之商品化利用

人格權本來是一種自然人享有的不可轉讓的權利，但在市場經濟社會它也出現了商品化的趨勢，表現在人格權也具有財產因素，或者說與財產權發生結合。並在此基礎上形成了所謂商品化的人格權。⁸³⁷關於商品化權的權利屬性，學界存在「財產權說」、「特殊智慧財產權說」、「無形財產權說」、「邊緣權利說」等多種觀點；⁸³⁸馬俊駒教授將人格商品化權作為一種特殊的人格權看待，認為「人格商品化權是人格效力在商品經濟的條件下，向商業領域的擴展。這個擴展向我們展示了現代社會中人格權在不斷擴張的必然趨勢。」⁸³⁹關於商品化權的保護方式，也存在以人格權法保護、以智慧財產權法保護和以反不正當競爭法保護等多種看法。⁸⁴⁰

商品化權是一個與姓名權、肖像權、隱私權等諸多具體人格權具有密切聯繫的權利。在人格權法的立法過程中，對於是否應該規定商品化權，學者們也存在爭議。反對者認為，人格權是非財產價值的權利，是不能應用於商業領域的，如

年第 2 期。

⁸³⁴ 尹田（2002），《論一般人格權》，《法律科學》，2002 年第 4 期。

⁸³⁵ 薛軍（2008），《揭開「一般人格權」的面紗——兼論比較法研究中的「體系意識」》，《比較法研究》，2008 年 5 期。

⁸³⁶ 冉克平（2009），《一般人格權理論的反思與我國人格權立法》，《法學》，2009 年 8 期。

⁸³⁷ 王利明（2003），《我國民法典中的人格權制度的構建》，《法學家》，2003 年 4 期。

⁸³⁸ 楊立新、林旭霞（2006）：《論人格標識商品化權及其民法保護》，《福建師範大學學報》，2006 年 1 期。

⁸³⁹ 馬俊駒（2009），《人格和人格權理論講稿》，頁 309，法律出版社。

⁸⁴⁰ 謝曉堯（2005），《商品化權：人格符號的利益擴張與平衡》，《法商研究》，2005 年 3 期。

果將人格權及其人格利益應用於商品領域，就是將人格商品化，現代民法反對這樣做，也是違背民法的基本精神的。王利明教授認為，中國大陸立法應當確認人格權的商品化現象，具體表現為：一是允許權利人對具有財產價值的人格進行商業化利用，或者通過合同允許他人進行商業化利用，並獲取報酬。二是在商品化人格權受到侵害後，允許通過侵權損害賠償對其中的財產利益加以保護。三是在保護一些人格利益時，要考慮行為人對權利人權利的商業化利用和利益的問題。⁸⁴¹秉承這一思想，王氏建議稿第 297 條明確規定，「權利人可以在公共秩序和善良風俗允許的合理範圍內許可他人使用其姓名、名稱、肖像、隱私等人格利益，並獲取報酬。」在立法理由書中，馬特博士稱，「人格權不僅可由權利人專有使用，還可由其允許他人使用並獲取報酬，此即人格權的商品化權，也稱公開權。」⁸⁴²王利明教授將人格權商品化稱為「人格利益的商品化」，並將之作爲人格權人享有的一項重要權利，並且對於未經許可使用他人人格要素從事商業活動的行為明確規定爲侵害他人人格權的行為，對於這種行為，權利人既可以請求賠償財產損失，也可以要求精神損害賠償。在梁慧星教授和徐國棟教授主持的草案以及官方草案中，都沒有對商品化權進行正面規定，但在侵權法中都規定了侵害他人姓名權、名譽權、肖像權、隱私權等權利的財產損害賠償。

肆、重要實務案例

在中國大陸人格權法尚未獨立立法之時，其對於人格權之保護多藉由民法通則與侵權責任法爲依據，本部分選取之案例係以重要之人格權爲基礎，其中包含了侵害人性尊嚴與人身自由（錢緣與屈臣氏案）、侵害姓名權案與受教育權（齊玉苓與陳曉琪案）、侵害隱私權（李某某與郝冬白案）、侵害名譽權（武躍貴與牡丹卡案）、侵害安寧生活（易家貴、方衛紅與文建娣案）與死者肖像權（周海嬰與紹興越王珠寶金行案）。本部分案例之選取除基礎重要之人格權外，如人性尊嚴、人身自由、隱私權、名譽權……外，尚選取了較少見之人格權，如死者肖像權，以期能對中國大陸在司法實務上對人格權上之保護作一完整介紹。

一、侵犯人格尊嚴與人身自由

1998 年 7 月 8 日上午 10 時許，當上海外國語大學學生錢緣離開屈臣氏公司四川北路店時，店門口警報器鳴響，該店一女保安員上前阻攔錢緣離店，並引導錢緣穿行三處防盜門，警報器仍鳴響，錢緣遂被保安人員帶入該店辦公室內。女保安用手提電子探測器對錢緣全身進行檢查，確定在錢緣的髖部帶有磁信號。在女保安員及另一女文員在場的情況下，錢緣解脫褲並接受女保安的檢查。店方未檢查出錢緣身上帶有磁信號的商品，方允許錢緣離店。1998 年 7 月 20 日，錢緣起訴到上海市虹口區人民法院，以自己在屈臣氏公司四川北路店無端遭到搜身，被兩次脫褲檢查，使自己心理受到極大傷害爲由，要求屈臣氏公司公開登報賠禮

⁸⁴¹ 王利明（2007），《論人格權的新發展》，載王利明主編（2007）：《民法典·人格權法重大疑難問題研究》，頁 60，中國法制出版社。

⁸⁴² 王利明主編（2005），《中國民法典學者建議稿及立法理由書：人格權編·婚姻家庭編·繼承編》，頁 32，法律出版社。

道歉，賠償精神損失費人民幣 50 萬元。屈臣氏公司、四川北路店辯稱，因錢緣出店門引起警報器鳴叫後才對其進行必要的檢查，不存在侵權行爲。一審法院判決被告上海屈臣氏公司四川北路店應向錢緣賠禮道歉，賠償錢緣精神等損失費人民幣 25 萬元；被告上海屈臣氏日用品有限公司承擔連帶責任。被告不服上訴，上海市第二中級人民法院判決撤銷一審法院判決，改判賠償精神損害人民幣 1 萬元。

超市搜身，無疑侵害了消費者的人格尊嚴。而人格尊嚴，是一般人格權的核心內容。《憲法》對人格尊嚴作了規定的，儘管在《民法通則》中沒有將人格尊嚴規定在適當的位置，但《消法》在第 14 條和第 43 條都規定了消費者的人格尊嚴受到保護。在本案中，錢緣被保安人員帶入辦公室，在女保安員及另一女文員在場的情況下，解脫褲扣接受檢查後方被允許離開，事實上是被作爲「賊」來對待的。這無疑侵害了錢緣作爲人的權利，是對其人格的侮辱，是對其人格尊嚴的嚴重侵害，同時也侵害了她的人身自由。屈臣氏公司作爲經營者，對侵害錢緣人格尊嚴和人身自由的行爲，應當承擔停止侵害、恢復名譽、消除影響、賠禮道歉並賠償損失的責任。

二、侵犯姓名權案與受教育權案

1990 年，原告齊玉苓與被告之一陳曉琪都是山東省滕州市第八中學的初中學生，都參加了中等專科學校的預選考試。陳曉琪在預選考試中成績不合格，失去繼續參加統一招生考試的資格。而齊玉苓通過預選考試後，又在當年的統一招生考試中取得了超過委培生錄取分數線的成績。山東省濟甯商業學校給齊玉苓發出錄取通知書，由滕州八中轉交。陳曉琪從滕州八中領取齊玉苓的錄取通知書，並在其父親陳克政的策劃下，運用各種手段，以齊玉苓的名義到濟甯商校就讀至畢業。畢業後，陳曉琪仍然使用齊玉苓的姓名，在中國銀行滕州支行工作。

齊玉苓發現陳曉琪冒其姓名後，向山東省棗莊市中級人民法院提起民事訴訟，被告未陳曉琪、陳克政、濟甯商校和山東省滕州市教育委員會。原告訴稱：由於各被告共同弄虛作假，促成被告陳曉琪冒用原告的姓名進入濟甯商校學習，致使原告經濟損失 16 萬元，精神上損失 40 萬元。⁸⁴³

本案的一審判決認定被告侵犯了原告的姓名權，但是認爲「齊玉苓主張的受教育權屬於公民一般人格權的範疇。本案中的相關證據表明，齊玉苓已經實際放棄了這一權利，其訴請陳曉琪侵犯其受教育權的訴訟請求不成立。」本案判決被告停止侵權、賠禮道歉，賠償原告精神損失費 35000 元，並負擔齊玉苓律師費和鑒定費。齊玉苓不服一審判決提起上訴。

二審期間，山東省高院向最高人民法院請示。2001 年 7 月 24 日的《最高人民法院關於以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受高等教育的基本權利是否應承擔民事責任的批復》稱，根據本案事實，陳曉琪等以侵犯姓名權的手段、侵犯了齊玉苓依據心法規定所享有的受教育的基本權利，並造成了具體的損害後果，應承擔相應的民事責任。收到請示後，山東省高院經審理認爲，一審判決認

⁸⁴³ 最高人民法院中國應用法學研究所編（2002），《人民法院案例選》（第 38 輯），頁 97，人民法院出版社。

定陳曉琪等被上訴人侵犯了齊玉苓的姓名權，判決其承擔民事責任是正確的。但是一審判決認定齊玉苓放棄接受委培教育，缺乏事實依據。上訴人要求被上訴人承擔侵犯其受教育的權利的責任，理由正當，應予支持。經審委會討論，終審判決陳曉琪和陳克政賠償齊玉苓因受教育權被侵犯造成的直接經濟損失 7000 元、間接損失 41405 元、四被上訴人共同賠償上訴人精神損害費 5 萬元。

由於《民法通則》沒有規定公民的受教育權，作為民事訴訟，本案的二審判決中直接適用了憲法，因此 這就是被稱之為「中國憲法司法化第一案」的「齊玉苓訴陳曉琪冒名頂替到錄取其中專學校就讀侵犯姓名權、受教育權的權利損害賠償案。」之後，圍繞著這一案件，學界有諸多的爭論。

2008 年 12 月 18 日公佈的《最高人民法院關於廢止 2007 年底以前發佈的有關司法解釋（第七批）的決定》共廢止了 27 項司法解釋，就包括本案涉及到的司法解釋（法釋 2001 第 25 號），廢止的理由僅為「已停止適用」。由此，有學者認為，這一司法解釋的廢止，意味著最高人民法院對憲法司法化問題基本上予以否定。

三、侵犯隱私權

1998 年 7 月，原告李某某因患「易性癖」，在無奈情況下，在一家外地醫院做了變性手術，後被原單位解除用工合同，又去外地某單位打工。1999 年 5 月，被告《蘭州晨報》記者郝冬白詳細講述了其做變性手術的前因後果，並向郝冬白提供了約 3000 字關於自己身世的書面材料。期間，郝冬白為李某某拍攝了照片。1999 年 6 月 9 日，郝冬白所寫《走過了男人路的女人——我省第一例變性人採訪記》一文在《蘭州晨報》上刊登。該文使用了原告的真實姓名，並配發了郝冬白為原告所拍攝的照片。文章見報後，郝冬白又將此文投于被告《現代婦女月刊》，該刊以《變性人李某某》為題在當年第 8 期刊發。此文在原告工作第引起轟動，李某因承受不了當地來自各方面的輿論壓力，再次失業，離開了該地。1999 年 9 月 16 日，原告李某某向蘭州是中級人民法院提起訴訟，訴稱：當時我同意被告郝冬白採訪，並同意以化名發表採訪稿。但其在文章中用了我的真名，還將照片也登了出來。後被告《現代婦女》雜誌又登出《變性人李某某》一文，又一次對我大曝光，個人隱私被暴露得淋漓盡致，是我無法工作和生活。為此，我要求三被告停止侵害、消除影響、恢復名譽、公開賠禮道歉；賠償人身侵權損失（包括肖像權、名譽權）計 40 萬元；賠償精神損失費 15 萬元；賠償直接損失 3 萬元。

法院審理認為：被告郝冬白撰寫涉及原告李某某隱私的文章公開發表在報刊上，雖經李某某同意，但李某某對被告郝冬白具體寫什麼、怎麼寫，寫到什麼程度並不知曉。被告在沒有將寫成的文章交由原告認可的情況下，公開發表在《蘭州晨報》和《現代婦女》雜誌上，給原告李某某的工作生活造成了不便，構成名譽侵權。

原告與被告在接受法庭調解後，自願達成調解協定如下：郝冬白賠償李某某人民幣 4000 元，《蘭州晨報》社賠償李某某人民幣 6000 元，《現代婦女》雜誌社賠償李某某人民幣 5000 元。⁸⁴⁴

⁸⁴⁴ 最高人民法院中國應用法學研究所編（2006），《人民法院案例與評注》（民事七卷），頁

這是一起因洩露和宣揚個人隱私而引起的名譽權訴訟案件。最高人民法院《關於執行〈民法通則〉若干問題的意見（試行）》第 140 條規定：「以書面、口頭等形式宣揚他人隱私，或者捏造事實公然醜化他人人格，以及用侮辱、誹謗等方式損害他人名譽，造成一定影響的，應當認定為侵害公民名譽權的行為。」由於《民法通則》沒有規定隱私權，因此隱私權一直是以榮譽權的方式保護。2010 年通過的《侵權責任法》第 2 條所列舉的民事權益，包括了隱私權。這是中國第一次在法律的層面上確認隱私權；在各種文本的人格權法草案中，隱私權均作為一項具體人格權被規定。可以預見，未來的隱私權案件，將不再借用榮譽權的保護方式，而直接適用有關隱私權保護的條款。

四、侵犯名譽權案件

1997 年 6 月 26 日，因公司業務關係，原告（武躍貴）在福臨大酒店請客戶就餐，結帳餐費為 260 元。原告用其牡丹金卡與福臨大酒店結算，福臨大酒店服務員向被告牡丹卡辦事處核實該卡上是否有款，牡丹卡辦事處答覆卡上無款，酒店服務人員拒絕原告用卡結算。原告解釋無效，停留達兩個小時，後由原告所請客人支付了費用。事情發生後，原告認為自己的名譽、信譽受到損害，向臨汾市人民法院提起訴訟，請求法院維護其合法權益。

臨汾市人民法院經審理查明，原告一直按信用卡章程使用信用卡，在 1997 年 6 月 25 日往卡上存款 4000 元，卡上存款餘額為 1530.08 元。經法院主持調解，原被告雙方自願達成如下調解協定：一、被告牡丹卡辦事處賠償原告武躍貴 520 元，並賠禮道歉（當庭執行）。二、案件受理費 400 元，其他訴訟費 230 元，合計 630 元，有被告牡丹卡辦事處承擔。⁸⁴⁵

本案的關鍵在於原告的名譽權是否受到侵犯。本案中，被告向原告用餐的飯店提供了原告信用卡上無存款的虛假資訊後，飯店拒絕原告用信用卡結算，造成了原告請客，反而由客戶付帳的尷尬局面，同時極有可能使原告的客戶和他人懷疑原告是否誠實可信，而實際上飯店拒絕用原告信用卡結算，就表明飯店對原告不信任。對原告這種不信任的態度，就是對其不能公正評價的表現，因此，原告的名譽權受到損害是成立的。

五、侵犯安寧生活

原告易家貴和原告方衛紅是夫妻關係。原告方衛紅與被告文建嫦是同事關係，平時關係一般。自 1996 年 10 月以來，二原告住宅電話時常在中午或夜晚甚至午夜突然響起，但拿起聽筒又出現忙音或無人應答，沒有接聽電話是鈴聲便自動停止。為此，電話鈴聲影響了原告休息、睡眠和生活，原告先後三次更換電話機，並在株洲市郵電局更換了住宅電話的電腦板，但電話鈴聲的騷擾依然如故。1997 年 6 月 26 日，在無可奈何的情況下，原告向株洲市郵電局申請了特別服務。伺候，經株洲市郵電局監控中心查詢，惡意騷擾二原告的電話號碼為 8103593，該電話系被告文建嫦的住宅電話。據株洲市郵電局監控中心提供的證據，1997

143-147，中國法制出版社。

⁸⁴⁵ 最高人民法院中國應用法學研究所編（2000），《人民法院案例選（民事卷·中）》（1992-1999 年合訂本），頁 870-875，中國法制出版社。

年7月2日上午7時20分起至晚8時16分，從8103593打向原告住宅的電話即達42次。原告向株洲市荷塘區人民法院起訴，訴稱自1996年10月以來，被告文建娣經常以電話為工具，對原告進行惡意騷擾，使原告的生活及精神遭受極大的損害，無法得到正常休息，要求被告停止侵害，並賠禮道歉，賠償各種損失7598元。法院經審理認為，被告長期惡意撥打電話來騷擾原告，侵犯了憲法賦予公民應該享有的人身權，其行為給原告在經濟上特別是精神上和生活上帶來的沉重的負擔，應該承擔民事責任。遂依據《民法通則》第98條、第134條第1款第1項、第7項、第10項之規定，判決：責令被告停止侵害，並向原告賠禮道歉；責令被告賠償原告經濟及精神損失費3000元。⁸⁴⁶

本案是以侵犯生命健康權來判決的，法院認為健康權包括休息權。事實上，該判決是在對此類請求沒有明文規定的情況下，為處理案件所採用的一種「類推適用」的方法。休息權雖然與健康權有關係，但是二者之間還是有差距的。實際上，本案涉及到公民應當享有的正常生活不受非法騷擾的情形。

六、侵犯死者肖像權

周海嬰訴稱：被告（紹興越王珠寶金行）於1995年8、9月份未經原告同意之手圓形和方形魯迅肖像金卡立軸，並於同年開始銷售，其單價為935元。金卡正面中間除有魯迅肖像外，其外側書有「紹興近代賢人圖」和落款為魯迅的對聯：「橫眉冷對千夫指，俯首甘為孺子牛」，魯迅肖像左側寫著「紹興市越王珠寶金行承制」和「999純金」字樣。金卡背面是魯迅先生的生平簡介：「魯迅（1881-1936），原名周樹人，號豫才，紹興人。中國現代文學的奠基人，偉大的文學家、思想家、革命家。」周海嬰認為，被告未經其同意，以製作「近代賢人」為名，以獲取利潤為目的，製作魯迅肖像金卡禮座，顯然侵犯了魯迅的肖像權。周海嬰於1997年6月向紹興市中級人民法院提起訴訟，請求被告停止侵權，向原告賠禮道歉，以保護其合法權益。⁸⁴⁷

此案經紹興市中級人民法院審判委員會討論，傾向於立案受理。由於此案涉及魯迅肖像，且法律上又沒有明確規定，故向浙江省高級人民法院請示。浙江省高級人民法院審判委員會討論後，形成兩種觀點：多數意見認為：本案可以受理。理由是：（1）被告以魯迅肖像制售金卡禮座，營利目的明顯；（2）公民肖像權受法律保護。魯迅先生雖已去世，但其肖像與其子女利益和國家利益密切相關，對死者生前利益保護，構成與其密切相關的其他人及其社會利益保護的組成部分；（3）最高人民法院關於死亡公民名譽權受法律保護的司法解釋可以比照；（4）國外有立法先例可以借鑒。少數人認為不宜受理，理由為：（1）死亡公民的肖像是否受法律保護無明確規定。（2）如果禁止被告的制售行為，對當地經濟會有影響。浙江省高院審委會傾向於多數人意見，但考慮到死亡公民的肖像權是否受法律保護在目前尚無明確法律規定，因此向最高人民法院請示。最高人民法院研究認為：肖像權在公民死後仍應受到保護。任何汙損、醜化死者肖像的行為或擅自以營利為目的使用死者肖像構成侵權的，死者的近親屬均有權向人民法院

⁸⁴⁶ 最高人民法院中國應用法學研究所編（2000），《人民法院案例選（民事卷·中）》（1992-1999年合訂本），頁934-937，中國法制出版社。

⁸⁴⁷ 最高人民法院中國應用法學研究所編（2006），《人民法院案例與評注》（民事七卷），頁345-351，中國法制出版社。

提起訴訟。本案原告周海嬰作為魯迅之子，其起訴符合《中華人民共和國民事訴訟法》第 108 條規定的起訴條件，法院應當受理。至於被告是否構成侵權及如何承擔民事責任，應通過實體審理根據案件的事實來確定。

2000 年 8 月 21 日紹興市中級人民法院開庭審理。2000 年 12 月 6 日，原被告雙方經兩次庭審，並在法院主持下達成調解協定，被告賠款 1.5 萬元，道歉，停止侵權。

本案中，被告未經原告同意，為營利目的，以魯迅肖像制售金卡禮座，侵犯了魯迅的肖像權。魯迅先生雖已去世，但其肖像與其子女利益和國家利益密切相關，對死者生前利益保護，構成與其密切相關的其他人及社會利益保護人組成部分。依據《民法通則》第 100 條和 120 條的規定，被告應當承擔侵害肖像權的民事責任。

伍、未來趨勢

2011 年 3 月，大陸最高立法機構全國人大全會期間，吳邦國委員長高調宣佈社會主義法律體系已經形成。作為社會主義法律體系的組成部分，民事法律體系形成了「《民法通則》+單行法」模式，即在《民法通則》基礎上，通過《物權法》《合同法》《侵權責任法》《婚姻法》《收養法》《繼承法》和《涉外民事關係適用法》之制定，形成了較之傳統大陸法系國家民法典更為詳盡的民事基本法律體系。此種局面之下，儘管 2002 年《中華人民共和國民法（草案）》之九編僅剩人格權法編未單獨立法，但現實生活已對一部《人格權法》缺乏進一步的需求，加之立法機構所宣佈基本法律體系已形成之成就感，都對人格權單獨立法形成障礙。姚輝教授說，《侵權責任法》第 2 條「……等人身、財產權益」的表述以及第 2 章「責任構成和責任方式」並無關於人格權的條文設計，為人格權的單獨立法留下了餘地⁸⁴⁸，但同樣的，我們也可以說，既然有了這些規定，人格權再單獨立法也缺乏必要性了。因為我們擺脫不掉張新寶教授的顧慮：「關鍵在於正確將人格權保護與侵權責任法的內容區別開來」⁸⁴⁹。在人格權宣示之後，以《民法通則》之主體制度和人身權一般條款，輔之以《侵權責任法》之人格權規範，人格權單獨立法的空間到底在哪裡？⁸⁵⁰

當然，以中國人民大學法學院王利明、楊立新、張新寶、姚輝等民法教授為主的學者們差不多都在建議人格權要單獨立法，並借助中國法學會民法學研究會

⁸⁴⁸ 姚輝（2011），《論人格權法與侵權責任法的關係》，《華東政法大學學報》，2011 年第 1 期。

⁸⁴⁹ 張新寶（2011），《中國民法和民法學的現狀與展望》，《法學評論》，2011 年第 3 期，頁 102、107。

⁸⁵⁰ 誠然，我們認為透過《民法通則》的修改，完善民事主體制度和人身權一般規定，就其中人格權部分加以體系化，並增加一些涉及生命科學、醫療技術和資訊技術等之尊重人的身體、隱私等規定，是十分必要的。例如，法國通過 1994 年 7 月 29 日第 94-653 號法律修改民法典，在第 16 條後增加兩章，即「尊重人之身體」（第 2 章，第 16 條、第 16-1 條至第 16-9 條）和「對人之特徵的遺傳學研究以及通過遺傳特徵對人進行鑒別」（第 3 章，第 16-10 條至第 16-13 條），就是關於人格與人格權方面的規範。《法國民法典》修訂文本之中譯本，羅結珍譯（2005），法律出版社。

這一平臺進行搖旗吶喊。另外還有一種觀點認為，應該將人格權與親屬法中的相關權利結合在一起形成人身權，由此形成人身權法，在未來民法典結構中，與民法總則、物權法、債權法、繼承法、侵權法共同構成民法典的基本結構⁸⁵¹。但是，梁慧星、尹田、易繼明等教授對這些方案之前景並不看好。雖然我們承認「人格權的發展，最集中地表現了民法人文關懷的發展趨勢」，但是這並不意味著民法的人文關懷就體現在將人格權單獨立法⁸⁵²。人格權單獨立法並成民法典之獨立編，是西方所沒有的做法。這種說法，或可成爲推動人格權單獨立法，以此形成「中國特色」、「中國模式」或「中國貢獻」的一個理由，抑或可成爲與「國際接軌」、「避免惟特色而特色」或「避免標新立異」，從而否定人格權單獨立法的一個說辭。無論如何，大陸是否存在人格權單獨立法的需求，這是一個根本性問題。

不過，中國法制的實際情況是：「(1) 中國憲法對於個人權利的保護是十分原則性的，而且憲法條文往往不能作爲裁判具體案件的法律依據；(2) 在中國沒有人權法案、權利法案這樣的法律，也沒有西方意義上的司法審查（違憲審查）制度和憲法法院。在這樣的情況下，人們更傾向於將人格權理解爲民事權利以提供民法上的保護。」⁸⁵³果真如此，以人格權立法僭越憲政構建，所協調者就不僅是《侵權責任法》了。包括適應新技術（如生命科學、資訊技術等）在內的人格權法，還必須與某些憲法性規範及行政法規相互協調。即便如此，利弊得失，亦未可知也。

⁸⁵¹ 苟軍年（2011），《人身權法律地位探析》，《法治研究》，2011年第6期，頁37-41。

⁸⁵² 王利明教授認爲，「人格權法獨立成編符合民法典人文關懷的基本價值。」但這並不意味著不單獨成編就不符合民法典人文關懷的基本價值。關於王利明教授的論述，參見王利明（2011），《民法的人文關懷》，《中國社會科學》，2011年4期。

⁸⁵³ 張新寶（2011），《中國民法和民法學的現狀與展望》，《法學評論》，2011年3期，頁102、107。

第九章 中國大陸 2002 年民法草案之評析

壹、引言

中國人有法典編纂的傳統。「一國家而能公佈法律者，即證明其國民之進步發達，已達於重要之時期也。何則公佈法律？明以防其濫用，免其腐敗。正所以追隨社會而與之俱進化也。苟不見法律之公佈，則國民將遂不能追隨社會之進步矣！」⁸⁵⁴日本學者此論，講的是法律進化過程中的法的「公開化」「成文化」，或曰成文法運動。這實際上是一種平民的政治運動，用以抵制法律知識為貴族所壟斷，由此而形成的種種特權。而且，歷史上沒有因為公佈法律而導致社會進步的。誠如所言，地無分東西，多數國家的法律早期史中，都有把法律銘刻在石碑、銅板、木板或竹簡之類載體的歷史，「向人民公佈，以代替一個單憑有特權的寡頭統治階級的記憶的慣例。」⁸⁵⁵此後，或為炫耀文治武功，或為深謀遠慮於長治久安，或為知識進化自身使然，成文法累積而致，漸成法典。「夫既有法律之公佈，遂進而編成法典者，則又自然之順序也。」⁸⁵⁶誠然，在成文法逐漸演變為某一集大成之法典的過程，即通常所稱的「法典化運動」之中，通常會有一個「學術法」的階段；特別是對於那些自然演化而不是單純以移植為主的法典而言，尤其如此。⁸⁵⁷回顧中國古代之法典編纂，唐虞制令、皋陶成律、夏政禹刑、商亂湯刑、子產鑄鼎⁸⁵⁸等，名目既出，皆可稽考也。⁸⁵⁹按通說，成文法之始，乃春秋鄭國子產之「鑄刑書」。⁸⁶⁰但以法典之集成，標誌封建法典「粗具體系」⁸⁶¹或奠定「封建律典法統」⁸⁶²之基礎而論，戰國時期魏國李悝撰《法經》六篇，乃春秋以來之集大成者，「初步確立了中國傳統法典的基本原則與體系框架」⁸⁶³，為中國編纂法典之始。「故《法經》六篇以後，曆秦、漢、魏、晉、唐、宋、明、清十餘朝，以迄現代，無不編纂新法典。一代之中，或數度或數十度修改之。有宋一代，法典總目，且及二百之多，豈不盛哉！」⁸⁶⁴截止1949年之前，就中華民國政權之所

⁸⁵⁴ 淺進虎夫著，陳重民譯，李孝猛點校，《中國法典編纂沿革史》，中國政法大學出版社，頁 2。

⁸⁵⁵ 梅因著，沈景一譯，《古代法》，商務印書館，頁 10。

⁸⁵⁶ 淺進虎夫著，陳重民譯，李孝猛點校，《中國法典編纂沿革史》，中國政法大學出版社，頁 5。

⁸⁵⁷ 法典法的成長，一般經歷習慣法、成文法、學術法之後，方能成就一般成熟的法典。因為法典理性主義之要求，必須透過學術法建立起一套概念體系；在此之上，又通過法律原則、行為規範及其類型化等法技術手段，建立起一套規則體系。誠然，源于移植而成者，又以「學術法」為陽光雨露，滋潤其所移植之法典根植於本土社會之中，又是另一番景象。參見易繼明，《私法精神與制度選擇——大陸法私法古典模式的歷史含義》，中國政法大學出版社，頁 269-270。

⁸⁵⁸ 鄭國執政子產作刑書，「鑄刑書於鼎，以為國之常法。」因此，或曰「鑄刑鼎」，或曰「鑄刑書」。

⁸⁵⁹ 鄧建鵬，《中國法制史》，北京大學出版社，頁 55。

⁸⁶⁰ 封麗霞，《法典編纂論——一個比較法的視角》，清華大學出版社，頁 29。曾憲義主編，《中國法制史》，北京大學出版社、高等教育出版社，頁 65。郭成偉主編，《中國法制史》，中國法制出版社，頁 40-42。

⁸⁶¹ 曾憲義主編，《中國法制史》，北京大學出版社、高等教育出版社，頁 68。

⁸⁶² 郭成偉主編，《中國法制史》，中國法制出版社，頁 50。

⁸⁶³ 鄧建鵬，《中國法制史》，北京大學出版社，頁 64。

⁸⁶⁴ 淺進虎夫著，陳重民譯，李孝猛點校，《中國法典編纂沿革史》，中國政法大學出版社，頁 6。

轄，執政者雖內外交困，內外戰爭或社會動盪不止，但仍效仿西方先進頒行法律，於艱難中奠定現代法制之基礎；由是觀之，誠謂法典編纂之盛世矣。

但 1949 年之後的中國大陸，情勢大變。中共主政中國大陸，以社會主義標榜於世，一改過去歷朝歷代陳陳相因之做法，視民國政府為「國民黨反動政府」，其所訂立之法律、法令及司法制度也一概定為「壓迫人民」之性質，皆被徹底地廢除。1949 年 2 月 22 日，中共中央發出《關於廢除國民黨〈六法全書〉和確定解放區司法原則的指示》。根據此指示，華北人民政府主席董必武簽署《廢除國民黨的六法全書及其一切發動法律》的訓令，正式宣佈在解放區廢除「六法全書」。1949 年《中國人民政治協商會議共同綱領》提出，「廢除國民黨反動政府一切壓迫人民的法律、法令和司法制度，制定保護人民的法律、法令，建立人民司法制度。」自此，廢除「六法全書」活動在中國大陸範圍內容具備了形式上的合法性。⁸⁶⁵並且，隨著此後中共對司法系統、法學教育、戶籍和土地制度等的改造，民國時期「六法全書」在中國大陸的司法實踐和民事生活中也失去了現實的影響力。其實，按照中共檔、華北人民政府政令及《共同綱領》之字面解釋，「廢除一切壓迫人民的法律和法令」一語，尚有另一種解釋，即那些「不壓迫人民的法律和法令」，就不一定要被廢除，或可沿襲並適用之。如前所述，法律之公佈本身而言，即具有制約貴族和限制特權之功能；任何朝代或政權所頒行之法律和法令，其所益於人民者，亦不在少數；就民事交往規則而言，往往還在多數。1945 年民國政府自日本人手中接收臺灣地區，雖有同源德國法的「法制史上之巧合」⁸⁶⁶的因素，但私人之民事生活規則往往有別於廟堂之上的政治分歧，它本身具有較強的歷史惰性及連續性，受政權更迭因素影響相對較小。更何況，中國之特別者有二：一是中國法典之特色在於，以法典為一種理想，「苟認為良法，雖非現制，亦必采入法典之中。」⁸⁶⁷二是，「社會主義雲者，經濟上即勞動問題資本問題也。法律上即私權問題民法問題也。」⁸⁶⁸接濟窮人、改善民生、鼓勵農工等，本為社會主義思潮興起之源。前者涉及以法典為基礎的知識、經驗和文化之傳承；後者為秉持之「主義」所應有之義。或為手段超越了目的，意識形態超越了現實，實踐中的領袖人物往往認為「非破壞現行制度，實現其理想之新社會不止」，而學者們所期冀的「用極和平手段以解除平民之苦痛，使人人得享平等圓滿之福利」的夙願終難踐行。⁸⁶⁹由此，很長一段時間，老百姓之民事生活，除一部《婚姻法》之外，多以中共政策為指向，並隨主政者及其施政理念或手段變幻而捉摸不定。

當然，1978 年實行改革開放政策之後，中國大陸地區經濟、政治、社會發生了深刻的變化：市場經濟大體生成；政府職能基本轉型；市民社會初步育成。⁸⁷⁰由此，民事立法及其法典編纂，逐漸成為中國大陸立法者和法學家所關注的重

⁸⁶⁵ 趙曉耕主編，《新中國民法典起草歷程回顧》，北京法律出版社，頁 64。

⁸⁶⁶ 王澤鑑，〈民法五十年〉，《民法學說與判例研究》第 5 冊，三民書局，頁 1, 8。

⁸⁶⁷ 淺進虎夫著，陳重民譯，李孝猛點校，《中國法典編纂沿革史》，中國政法大學出版社，頁 269。

⁸⁶⁸ 岡村著，劉仁航、張銘慈譯，朱曉喆勘校，《民法與社會主義》，中國政法大學出版社，頁 1。

⁸⁶⁹ 岡村著，劉仁航、張銘慈譯，朱曉喆勘校，《民法與社會主義》，中國政法大學出版社，頁 1-2。

⁸⁷⁰ 這裏，是從市場、政府及社會三個層面所進行的簡單的宏觀描述。此三個層面，雖非完全達致，但均基本轉向，且正處於形成過程之中。王家福教授對此三者的描述，就政府職能而言，僅

心。事實上，很快，中國大陸民法典編纂活動被中外學者所廣泛關注。民法關涉私人生活，中國大陸民法典制定關涉 13 億多人⁸⁷¹；雖因歷史與政治因素其效力尚不直接及於臺灣、香港和澳門，但中國大陸民眾交往及生活所及，其間接牽涉世界人口更爲眾多。同時，因中國大陸經濟體的迅速崛起和民法發展史之階段性使然，「也許新時代的光榮和不朽只有可能是屬於我們的」⁸⁷²，中國大陸或許能夠透過民法典或民法制度之創新，爲世界法律文化貢獻出自己的一份成就。職是之故，中國大陸在上個世紀 90 年代末掀起的民法法典化運動，更是激發了全球學者們的想像力，成爲一個具有世界性的令人矚目的議題。

1949年以來中國大陸各種民法草案文本中，2002年《中華人民共和國民法(草案)》(以下簡稱2002年民法草案)毫無疑問地成爲中國大陸第四次民法典編纂活動的一個標誌性成果。其中，關涉中國大陸民事立法的一個路徑選擇問題，制約著了10年來的民事立法；而未來10年仍將保持巨大的影響力。這裏，對此展開研究，一者認爲，2002年至2011年間的民事立法活動，基本上克服了1949年之後中國大陸形成的民法典傳統之斷裂局面，續接上了清末改制、民國創建的中國民法傳統，有效地應對並反映了1978年以來中國大陸之社會變革；二來認爲，以2002年民法草案文本爲基礎的立法與研究，開啓了中國大陸私法法典編纂的新思維，並可能會歷史地成爲世界私法典編纂史上的一項偉大成就——這一點，似又出乎多數學者的意料之外。

這裏，從以下三個方面展開具體研究：(1) 歷史沿革。清末改制制定民律和民國創制制定現代意義上的民法典，確定了中國大陸的民法典編纂及制度基礎。但20世紀50年代至90年代，中國大陸民法典制定經歷了三起三落，始終沒有產生一部具有私法典意義的統一成文法典。(2) 百家爭鳴。經過社會科學重建、法學

強調其經濟職能之轉型，且認爲其已獲得了「根本性轉變」。本文認爲，應該從政府職能及其所對應方方面面進行全面地觀察，以更加符合私人生活所涉及的諸多領域，如人格權保護、婚姻家庭觀念等。同時，近年來國有企業「做大做強」、「國進民退」等現象中，政府採取「拉郎配」方式干預經濟、甚至直接參與經濟活動等做法，也在警醒中國大陸民眾：政府職能轉變的根本性問題，或許尚未完全解決。參見王家福，〈21世紀與中國民法的發展〉，《法學家》，2003年第4期，頁5,6。

⁸⁷¹ 中國大陸第六次人口普查以2010年11月1日零時爲標準時間統計，普查結果爲：中國大陸居民爲1,339,724,852億人。其中，普查登記的大陸31個省、自治區、直轄市和現役軍人的人口共1,339,724,852人。這不包括：香港特別行政區人口7,097,600人、澳門特別行政區人口552,300人和臺灣地區人口爲23,162,123人。參見中華人民共和國統計局，〈2010年第六次全國人口普查主要資料公報(第1號)〉(2011年4月28日)，資料來源：國家統計局網站之「統計公報」欄，http://www.stats.gov.cn/tjgb/rkpcgb/qgrkpcgb/t20110428_402722232.htm (最後瀏覽日：2011年6月4日。)

⁸⁷² 本文持此觀點的主要理由，包括以下幾個方面：(1) 像法國、德國、瑞士、日本等國大幅度修改民法的機緣和條件很難形成，即便是存在某種可能性，也會因爲傳統制度負擔過重而不可能有巨大成就；(2) 而受到這種制度負擔的影響，國外大量的學術研究理論和成就希望得到應用和實踐；(3) 我們有日益壯大的法學、特別是民商法學研究隊伍，有制度轉型和漸近式改革的實踐經驗和積累，這會創造出我們的「比較優勢」；(4) 除去英美法國家以外，即使有一些小的國家或地區在民法制度設計中制定了一部優秀的民法典文本，但由於其國際交往和影響的缺乏，他們也難以具有開創一個時代的象徵意義。參見易繼明，〈民法典的不朽——兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰〉，《中國法學》，2004年第5期，頁52,60。

教育與研究之恢復，中國大陸民法學界已經為第四次民法典編纂作了一定的學術準備，也引發了一些爭論，如編纂民法典的條件是否成熟、三條思路與兩種主義、是制定財產法還是物權法、物權法草案是否違憲等。立法與學術之間互動，帶來了民法學的繁榮與民法典制定中的百家爭鳴局面。2002年民法草案出臺前後的爭論，帶來了民法的勃興，也將持續影響未來10年民商法學研究。(3)殊途同歸。2002年民法草案承載了過多的歷史、現實與未來：新舊時代、新舊體制、兩大法系、憲法權利與民事權利、形式理性與實質正義等五味雜陳，集於一身。在協調、妥協和堅守之中，在無奈與成就之間，體現出的是立法者的種種政治智慧，是學者們對一部成熟法典的守望與熱情。通過以上三個部分的研究，本文認為，各種主張與研究或殊途同歸，都在追逐著同一個時代的同一份光榮與同一個夢想：一部適合於中國人的民法典，也是一項世界法制史上的偉大成就。

貳、歷史沿革：民法典制定中的起起落落

中國古代有無民法，頗具爭議；但無統一之民法典，諸無異議。⁸⁷³所謂「諸法合一」之論，實則有刑法典和行政法典之分。「刑法典，則律是也。行政法典，則令及會典（包含《六典》在內）是也。」⁸⁷⁴但是，「夫何以數千年來，無一私法典？而私法的規定如此其少也？溯厥原因，誠不能不歸咎于國民權利思想之缺乏歟。」⁸⁷⁵古代中國禮教治國，法律儒家化；儒家視君臣、父子、夫婦、兄弟、師友等為人類不平等之自然現象；勸諭君主施仁政，愛民如子；教化百姓尊崇自然倫理觀，安於不平等之等級秩序。因此，「中國既以國民不平等屬於自然現象，而依賴於仁君善政之下，則其無民法之制定，誠以無足怪者矣！」⁸⁷⁶

清末改制，編訂《大清民律草案》，為中國歷史上第一次編訂民法典草案，確立未來中國民法典之走向。其後朝代更迭，民國政府改定《大清民律草案》，續編而成《民國民律草案》，並創制出臺第一部具有法律效力的民法典即《中華民國民法》，成為未來中國民法發展之基石。1949年之後，中國大陸仿效蘇俄，另起爐灶，先後進行過三次民法典編纂，每次都編訂成相對完整之《民法草案》，但最終只制定出一部《民法通則》。此後，至20世紀90年代後期，「《民法通則》+單行法」的立法模式，一直成為中國大陸民事立法的基本模式。

一、1911年《大清民律草案》

⁸⁷³ 中國古代有無民法，肯定者有如楊鴻烈、梅仲協、張晉藩等；否定者有如梁啟超、王伯琦、謝懷栻、梁慧星等。不過，一般來說，中國古代社會不可能沒有實質意義上的民法，只是民法規範相對較少，而且沒有形式意義上的民法即民律或民法典而已。正如李顯冬教授所說，「諸法合體、民刑不分」是指中國古代法典的體例，從反應社會關係的法律體系而言，應該說是「諸法並存，民刑有分」。參見李顯冬，《從〈大清律例〉到〈民國民法典〉的轉型》，中國人民大學出版社，頁2-3；楊立新，〈百年中的中國民法華麗轉身與曲折發展——中國民法一百年歷史的回顧與展望〉，《中國百年民法典彙編》，中國法制出版社，頁1, 1-6。

⁸⁷⁴ 淺進虎夫著，陳重民譯，李孝猛點校，《中國法典編纂沿革史》，中國政法大學出版社，頁262。

⁸⁷⁵ 淺進虎夫著，陳重民譯，李孝猛點校，《中國法典編纂沿革史》，中國政法大學出版社，頁268。

⁸⁷⁶ 淺進虎夫著，陳重民譯，李孝猛點校，《中國法典編纂沿革史》，中國政法大學出版社，頁269。

1907年民政部奏請訂立民律，謂各國有公法私法之分，「私法者定人民與人民之關係，即民法之類是也」。沈家本、俞廉三、英瑞等受命開館辦事，設二科，分任民律、商律、民事刑事訴訟律之調查起草。該館延聘日本法學博士志田鉀太郎、松岡義正專任起草民律草案，完成民律總則、債權、物權三編；商同禮學館，由章宗元、朱獻文主持編訂民律草案之親屬編；由高種、陳錄主持編訂民律草案之繼承編。「至宣統三年八月完全脫稿，奏請飭下內閣核定，提交資政院審議。此即所謂大清民律草案，亦為吾國民律第一次草案。」⁸⁷⁷旋即，辛亥革命爆發，草案未及頒行，清王朝壽終正寢。「‘法典草案’未及頒佈或未及實行，但其影響是深遠的。以致後來由北洋政府主持編纂的第二個民法草案和在1929年由國民黨南京政府主持制訂並陸續頒行的中國歷史上第一部民法典——《中華民國民法》都或直接以《大清民律》為藍本或同時直接採納德、日、瑞諸國的法例成規。」⁸⁷⁸

二、1925年《民國民律草案》

中華民國初創，司法部頒行《暫行民律草案》，即沿用《大清民律草案》。同時，設法典編纂會。1914年法典編纂會改「法律編查會」，開始修訂民律草案。次年，該會編成民律之親屬編草案，共7章141條。1918年法律編查會改「修訂法律館」，設總裁、副總裁，總纂、纂修、調查各員。1922年在華盛頓會議上提出收回領事裁判權問題之後，修訂法律即編纂法典活動提速。⁸⁷⁹「該館即參詳前清民律草案，調查各省民商事習慣，並參照各國最新立法例，於十四年至十五年完成民律總則、債、物權、親屬、繼承各編草案，是為吾國民律第二次草案。」⁸⁸⁰

三、1929年《中華民國民法》

1928年12月，中華民國政府立法院成立，院長胡漢民即于當月呈請「中央政治會議」（中國國民黨主政時期的一種黨政合一的最高議事機關）擬訂制定民法典之立法原則。中央政治會議第168次會議通過19條立法原則，函送立法院查照辦理。⁸⁸¹當時，立法院將制定民法作為其首要工作，甚為重視。⁸⁸²1929年1

⁸⁷⁷ 謝振民，《中華民國立法史》下冊，中國政法大學出版社，頁744。

⁸⁷⁸ 餘能斌，〈中國民法法典化之索源與前瞻〉，《羅馬法·中國法與民法法典化》，中國政法大學出版社，頁147, 152-153。

⁸⁷⁹ 王澤鑑教授認為，「在我國，領事裁判權一直到抗戰末期（民國三三年）始被廢除，與民刑法之制定及訴訟制度之改革，並無直接關聯連，惟西洋法律之繼受，對我國法制之現代化，具有深遠重大之影響。」梁慧星教授亦援引認為如此。此種說法，在中國大陸具有一定的影響。本文認為，1922年華盛頓會議就此形成決議，由各國派員調查中國司法狀況，政府旋即責成司法部對司法諸事予以改良，飭修訂法律館積極編纂民刑各法典，不僅為速度之加快，而且在法制之取向和現代化方向問題上，也具有重大影響。因此，不可分置而論；王梁二先生之說，未免失之審慎。參見王澤鑑，〈民法五十年〉，《民法學說與判例研究》第5冊，三民書局，頁1, 4。梁慧星，〈中國對外國民法的繼受〉，《中國民事立法評說：民法典、物權法、侵權責任法》，法律出版社，頁1。

⁸⁸⁰ 謝振民，《中華民國立法史》下冊，中國政法大學出版社，頁747。

⁸⁸¹ 謝振民，《中華民國立法史》下冊，中國政法大學出版社，頁753-754。

⁸⁸² 立法院的前身法制局於1927年6月成立後，即著手草擬民法，決定先訂親屬、繼承兩編。可見，當時立法機關對制定民法有正確的認識，也有很高的積極性。參見謝振民，《中華民國立法

月，立法院指定委員傅秉常、史尚寬、焦易堂、林彬、鄭毓秀組成民法起草委員會，遵照中央政治會議通過的立法原則著手起草民法。歷時3年，民法五編相繼完成，次第公佈施行。總則編於1929年5月23日公佈，同年10月10日施行；債編於1929年11月22日公佈，1930年5月5日施行；物權編於1929年11月30日公佈，1930年5月5日施行；親屬編和繼承編同於1930年12月26日公佈，同於1931年5月5日施行。⁸⁸³

《中華民國民法》采五編制體例，分別為總則、債、物權、親屬和繼承，共1225條；各編均有《施行法》，與各編同時公佈施行。此五編制體例，與日本民法之五編制，尚有一定的區別；蓋因日本民法以德國民法第一草案為藍本，而中華民國民法系仿效德國現行法。⁸⁸⁴歷史地看，該法典奠定了中國民法制度之基石。摘要而論，表現在以下幾個方面：第一，采民商合一之體裁，為先進之立法例；第二，在身份法上廢除封建陋習，男女平等，廢除嫡子、庶子、嗣子及私生子等稱謂，廢除大家族制、宗法親屬制和宗祧繼承等，大刀闊斧地進行改革；第三，比較各國立法例，擇善而從，如留置權規定在物權編，特留財產在繼承時的保留等；但是，又未盲從，仍注重中國固有文化，如規定典權、家制及親屬會議等；第四，注重交易安全和公共利益，注重社會經濟發展，保護弱者，從個人本位向社會本位轉換。「這部民法即使在當時，與同時代的各國民法，也可並肩而立。至於它在改革中國數千年的法制方面，在中國開創私法制度與私法文化方面，較之法國民法（《拿破崙法典》）猶有過之。這是中華民族可以引以自豪的一部民法法典。」⁸⁸⁵

四、1950年《婚姻法》、1980年《婚姻法》及其修訂

1949年中共中央《關於廢除國民黨六法全書與確立解放區的司法原則的指示》第5條稱，「司法機關的辦事原則，應該有：綱領、法律、命令、條例、決議。無前列者，從新民主主義政策。」1951年《法院暫行條例》沿用此內容，第4條規定法院所適用之具體依據即法源為：「中國人民政治協商會議共同綱領及人民政府頒佈的法律、法令、決議、命令的規定」；無此規定者，「依據中央人民政府政策」。1949年至1978年間，中國大陸所制定的民事基本法，唯有一部1950年《婚姻法》。這一立法動向，即將「親屬」部分從傳統大陸法系之私法典中分離，有仿效蘇俄傾向。此立法例，實則影響了中國大陸民法制度中整個身份法的立法走向。

（一）1950年《婚姻法》

中國大陸婚姻立法中，婦女組織發揮了重要作用。1949年前夕，中央婦女委員會已著手組織起草婚姻法；起草小組由鄧穎超任主任，成員包括帥孟奇、楊

史》下冊，中國政法大學出版社，頁749。

⁸⁸³ 參見謝懷栻，〈大陸法國家民法典研究（二）〉，《私法》第2輯第1卷，北京大學出版社，頁1, 3。謝振民，《中華民國立法史》下冊，中國政法大學出版社，頁755。

⁸⁸⁴ 王澤鑑，〈民法五十年〉，《民法學說與判例研究》第5冊，三民書局，頁1, 5。

⁸⁸⁵ 謝懷栻，〈大陸法國家民法典研究（二）〉，《私法》第2輯第1卷，北京大學出版社，頁1, 13。

之華、康克清等。草案初稿報送中共中央書記處審定之前，已向民主黨派、人民團體、司法機關及其他有關方面徵詢意見；書記處審定之後，又經過全國政協常委、中國人民委員、政務院政務委員三方面兩次聯席座談會加以修改。1950年4月13日，中央人民政府委員會第7次會議通過《婚姻法》；同年5月1日公佈。

1950年《婚姻法》主要繼承了革命根據地時期的婚姻立法傳統如1931年《中華蘇維埃共和國婚姻條例》、1934年《中華蘇維埃共和國婚姻法》等，並受到蘇聯法制理論和法技術上的影響，將調整人類自身生產與再生產領域中平等主體間的人身關係和財產關係的婚姻家庭法，從民法體系中分離，作為一個獨立的法律部門。⁸⁸⁶1917年蘇俄蘇維埃政權公佈了《關於解除婚姻關係》及第一部蘇維埃法典即《蘇俄婚姻、家庭和監護法典》。1926年《俄羅斯蘇維埃聯邦社會主義共和國的婚姻、家庭及監護法典》對前者修改並繼承，使得婚姻家庭法脫離了民法典而成為了一個單獨的部門法。蘇聯學者認為，這是婚姻家庭之特殊法權關係使然。⁸⁸⁷除此形式之外，1950年《婚姻法》在法律理念上受到蘇俄婚姻家庭法的影響，宣導婚姻自由、男女平等、一夫一妻制以及保護婦女、兒童原則。特別是在婦女解放意義上，被外界譽為中國大陸「恢復女性人權宣言」⁸⁸⁸。另外，國民法典親屬編之先進立法思想，透過各個「革命根據地」和「解放區」的婚姻與家庭生活，在婚約、婚齡、限制親屬結婚範圍等方面，也間接地、但卻實質性地影響了1950年《婚姻法》。總之，1950年《婚姻法》是中共主政中國大陸之後頒佈的第一部法律。全文分8章27條，文字簡潔，以調整婚姻關係為主，兼及家庭關係，確立了現代婚姻家庭關係的基本制度。

（二）1980年《婚姻法》

1950年《婚姻法》制定之後，50年代和60年代出現了兩次生育高峰期。這為1980年《婚姻法》將計劃生育政策納入法律框架，埋下了伏筆。1978年，全國婦聯建議修改婚姻法，並得到中央的批准。1978年11月至1979年3月，先後三次在全國範圍內徵求意見，並組織調查組去各地廣泛聽取意見。1979年12月，全國人大常委會法制委員會召開全體會議，分組討論《婚姻家庭法（草案）》。1980年9月10日，5屆全國人大第3次會議通過了新的《婚姻法》；次年1月1日起施行，1950年《婚姻法》自此廢止。

1980年《婚姻法》分總則、結婚、家庭關係、離婚和附則5章，共37條。較之1950年《婚姻法》，有諸多不俗表現。例如，增加了保護老人合法權益的內

⁸⁸⁶ 薛甯蘭，〈1950年〈婚姻法〉與婚姻家庭婚姻法學研究〉，《王家福法學研究與法學教育六十年暨八十壽誕慶賀文集》，法律出版社，頁148、149。周由強，〈當代中國婚姻法治的變遷〉，中共中央黨校博士學位論文，2004年6月。

⁸⁸⁷ 蘇聯學者認為，在資本主義社會，婚姻家庭關係從屬於金錢，婚姻被看作交易，而子女被視為家長權力的客體，因此將婚姻家庭關係包括在以私有製作為基礎的財產關係的總系統之內，並受民法典之調整。但在社會主義社會，人的解放使得婚姻關係以感情為基礎，婚姻與家庭關係從以私有製為基礎的財產關係中獨立出來，成為了一個特殊的法權關係和獨立的法律部門。步拉都西主編，中國人民大學民法教研室譯，《蘇維埃民法》（上），中國人民大學1955年版，頁7-8。

⁸⁸⁸ 富士谷篤子主編，張萍譯，《女性學入門》，中國婦女出版社，頁158。

容；將實行計劃生育列入其中；提高男女法定婚齡 2 周歲；增加「三代以內的旁系血親」禁止結婚的規定；增加父母對子女的管教義務，將父母對子女的責任具體化。⁸⁸⁹1980 年《婚姻法》仍采「宜粗不宜細」原則，法技術上以簡明、通俗為要。從結構上，將 1950 年《婚姻法》第 3 章「夫妻間的權利和義務」和第 4 章「父母子女間的關係」合併為「家庭關係」一章；併合並原第 5 章「離婚」、第 6 章「離婚後子女的撫養和教育」、第 7 章「離婚後的財產和生活」為「離婚」一章。

此後 20 年間，通過以下幾種途徑，1980 年《婚姻法》及其配套制度得以進一步完善：一是 1986 年《民法通則》第 2 章設監護之專節，用 4 個法律條文作出原則性規定，彌補缺憾；二是民政部相繼出臺《婚姻登記辦法》（1985 年）和《婚姻登記管理條例》（1994 年），規範婚姻登記行為；三是另行制定《繼承法》（1985 年）和《收養法》（1991 年），形成身份法三足鼎立局面；四是出臺四個司法解釋，以彌補立法之不足與漏洞，便於司法適用。

（三）《婚姻法》2001 年修訂

隨著中國大陸經濟發展，婚姻家庭關係中出現大量的「包二奶」（姘居、納妾或重婚）、「家庭暴力」等現象。為進一步適應經濟社會發展，克服 1980 年《婚姻法》的缺陷⁸⁹⁰，2001 年 4 月 28 日 9 屆全國人大常委會第 21 次會議通過了《婚姻法修正案》。修正後的《婚姻法》共 6 章 51 條；即增加了 14 條；修改之處，有 33 處。較之 1980 年《婚姻法》，修訂後的婚姻法明確規定夫妻應當互相忠實，互相尊重；家庭應該敬老愛幼，互相幫助；並且，完善了夫妻財產制度，增設了離婚損害賠償，明確禁止家庭暴力以及成員間的虐待和遺棄。為貫徹執行此修正案，最高人民法院在 2001 年、2003 年和 2011 年先後頒佈了三個司法解釋，對家庭暴力、無效婚姻、離婚的法律適用、夫妻共同財產及婚前婚後的認定、親子關係、生育權問題、父母出資為子女購房等進行了具體規定。

《婚姻法》的修訂，強化了人們的家庭觀念。但問題有二：一是仍然回避了現實中的事實婚姻現象。不承認事實婚姻的效力，不僅讓當事人及其子女的合法

⁸⁸⁹ 參見何勤華、殷嘯虎主編：《中華人民共和國民法史》，復旦大學出版社，頁 294-297。

⁸⁹⁰ 關於 1980 年《婚姻法》的缺陷，陳葦教授有過詳細論述。歸納而言，有以下幾點：1、親屬關係通則之立法不足。例如，單純以「代」計算親屬關係親疏遠近，某些直系姻親未納入近親屬範圍，調整範圍窄等。2、結婚制度之立法不足。例如，禁止結婚的親屬範圍較窄，禁止結婚的疾病規定較為籠統而分散，結婚登記之公示性不強，無效婚姻制度不夠系統等。3、夫妻關係法之立法不足。例如，夫妻人身關係和財產關係均存在立法不足問題，例如夫妻間同居、生育、家事代理等問題，需要進一步明晰；夫妻財產制度不夠完善。4、離婚制度之立法不足。例如，離婚登記問題、離婚法定條件問題、離婚後父母對未成年子女的監護權問題、離婚損害賠償問題等，均需要進一步完善。5、親子法之立法不足。例如，婚生子和非婚生子的認定與撫養、繼父母與繼子女的撫養關係、人工受孕生育子女問題、親權制度等，亟待規範。6、監護制度之立法不足。例如，監護人資格未規定消極條件，未具體規定遺囑制定監護人和臨時監護人，監護的職責、報酬、拒絕、辭退等未具體化，未具體規定監護的變更與終止程式，監護監督機關規定尚存在立法空白等。7、撫養制度之立法不足，撫養主體的範圍過窄，對撫養的順序、程式、方式等未作規定等。參見陳葦，《中國婚姻家庭法立法研究》，群眾出版社，頁 9-11。

權益得不到保護，而且還會帶來家庭關係的不穩定。同時，關於離婚標準之規定仍不嚴謹，仍採用「感情確已破裂」作為離婚的法定標準，忽略了婚姻的倫理性，沒有完全反映婚姻關係的本質即自然屬性和社會屬性兩個方面。

（四）身份法之分與合

1950年《婚姻法》開啓了身份法從民法典中脫離之先河，但尚對繼承和因收養形成的家庭關係，具有原則上的包容。例如，該法第12條和第14條分別規定了夫妻間、父母子女間具有互相繼承遺產的權利；該法第13條規定了父母與子女（含養子女）之間的撫養教育、贍養扶助之義務。1980年修訂《婚姻法》，曾提議更名「婚姻家庭法」，但終未采「婚姻家庭法」或「婚姻與家庭法」之名稱，也未在家庭關係之包容性基礎上，強化其對「婚姻與家庭」、乃至「繼承」之身份法之統攝；相反，在新的歷史時期，將收養關係和繼承問題排斥在外，客觀上導致了身份法進一步分裂，即與1985年《繼承法》和1991年《收養法》形成三足鼎立的局面。2001年修訂《婚姻法》時，並未考慮與《收養法》合併為「親屬法」，進而成為民法典之親屬編；當然，也更談不上將《繼承法》納入其中，作為一部新的「家庭法」或民法典之「家庭法編」。由此，這也使得此三部身份法分別成為2002年民法草案之相應的第5編、第6編和第7編。不過，學界比較一致的看法仍然是，婚姻家庭法「回歸」民法已是大勢所趨。或許，如薛甯蘭教授所言，2001年修訂《婚姻法》表明了立法機構婚姻家庭立法兩步到位的思路：第一步是針對中國大陸婚姻家庭現狀，對急需解決的問題做必要的補充和修改；第二步才是將親屬法律關係的規範化、體系化，留待下一步民法典制定時再做考慮。⁸⁹¹

五、1956年民法草案

1949年之後的3年，中共在中國大陸「肅反」以鞏固政權，並恢復國民經濟，無暇顧及制定民法典。⁸⁹²1954年制定《憲法》之後，全國人大著手開始制定民法典。應中共「八大」要求，至1956年底，基本上形成了一部完整的民法草案。這是中共主政中國大陸之後的第一部民法草案，以1922年蘇俄民法為藍本，主要採納蘇聯民法理論，兼采德、日及美等國法律理論。誠然，如前所述，1950年《婚姻法》已開啓身份法獨立於民法典之外的立法例；而且，較之1930年《中華民國民法》所創建的「法統」和立法技術而言，這部民法草案變化很大，例如沒有了「物權」概念；以「公民」代替「自然人」概念；否定時效取得；片面強調對國有財產的特殊保護等。但是，這部草案依然沿襲了清末改制和民國創建的一些基本概念和制度。1956年民法草案分總則、所有權、債（債法總則和債法分則）和繼承，共四編；⁸⁹³加上此前之《婚姻法》（1950年）⁸⁹⁴，即類似德國、日本之五

⁸⁹¹ 薛甯蘭，〈1950年〈婚姻法〉與婚姻家庭婚姻法學研究〉，《王家福法學研究與法學教育六十年暨八十壽誕慶賀文集》，法律出版社，頁148, 148-149。

⁸⁹² 顧昂然，〈〈民法通則〉的制定情況和主要問題〉，《立法劄記——關於我國部分法律制定情況的介紹（1982-2004）》，法律出版社，頁210, 210。

⁸⁹³ 各編及其歷次草案，參見何勤華、李秀清、陳頤編，《新中國民法典草案總覽》（上卷、中卷），法律出版社。

⁸⁹⁴ 參見何勤華、李秀清、陳頤編，，〈新中國民法典草案總覽〉（中卷），法律出版社，頁450

編制的改造。事實上，它在形式上也類似1930年《中華民國民法》，不過是以「所有權」替代「物權」，且置於債編之前，同時親屬法被置於法典之外而已。

但令人遺憾的是，1957年開始「反右」鬥爭，中國大陸領導人將「法律至上」視為資產階級思想，而以法律虛無主義解釋馬克思主義理論，導致「人治」觀念占了上風。1958年毛澤東在北戴河政治局擴大會議上明確提出，「民法、刑法那樣多條文誰記得住？憲法是我參加制定的，我也記不得了。我們的規章制度，大多數、90%是司局搞的，我們基本上不靠那些，主要靠決議、開會，一年搞四次，不靠民法、刑法來維持秩序」。「我們每個決議都是法，開會也是法，治安條例也養成習慣才能遵守」。在此思想指導之下，1958年12月20日，中央政法小組提交《關於人民公社化後政法工作一些問題向主席、中央的報告》中稱，「刑法、民法、訴訟法，根據我國實際情況看來，已經沒有必要制定了。」由此，全國人大及其常委會的立法工作被打亂，正在進行的民法起草工作也停止。⁸⁹⁵中共主政中國大陸之後的第一次轟轟烈烈的民法典編纂活動，就這樣中斷了。

六、1964年民法草案

繼1957年「反右」鬥爭之後，1958年中國大陸又掀起了「大躍進」和「人民公社化」運動，對農業及國民經濟造成了嚴重破壞。鑒於此，1960年中共中央提出國民經濟「調整、鞏固、充實、提高」的八字方針，對國民經濟及各項社會工作進行調整。毛澤東反思法制遭破壞後的副作用，提出「不僅刑法需要，民法也需要，現在是無法無天，沒有法制不行，刑法、民法一定要搞。不僅要制定法律，還要編案例。」劉少奇及中央政法小組也提出要加強法制。據此，1962年9月，全國人大常委會辦公廳法律室成立民法研究小組，恢復了民法起草工作。⁸⁹⁶至1964年7月，完成了《中華人民共和國民法（試擬稿）》（簡稱1964年民法草案）。這是中共主政中國大陸之後的第二部民法草案，僅包括總則、財產的所有和財產的流轉三編，共24章262條。這部草稿體現了計劃經濟集權體制的特徵，且生不逢時：因中蘇關係破裂、1959年中共對蘇共修正主義路線進行批評，起草民法也要有意識地擺脫蘇聯模式及其法律理論的影響；同時，因為意識形態的分歧，社會主義民法本身又要與資本主義民法劃清界限。由此，1964年民法草稿採用了一個全新的體例。一方面，將繼承和侵權行為排除在外；另一方面，卻又將預算、稅收等納入法典。而且，「法人」「權利」「義務」「物權」「所有權」及「債權」等術語被棄之不用，法律條文中充斥著「高舉三面紅旗」「聯繫群眾」「勤儉節約」等政治性口號，反映了當時的時代特色。⁸⁹⁷王家福教授說，「這個法典很奇怪，其中把財政預算也放進去了，只講所有制，沒有講所有權，基本上是一個名為民法典，實際上是規範計劃經濟的財產流轉的東西。」⁸⁹⁸梁慧

及以下。

⁸⁹⁵ 參見何勤華、殷嘯虎主編，《中華人民共和國民法史》，復旦大學出版社，頁171-172。

⁸⁹⁶ 參見顧昂然，〈〈民法通則〉的制定情況和主要問題〉，《立法叢記——關於我國部分法律制定情況的介紹（1982-2004）》，法律出版社，頁210, 211。

⁸⁹⁷ 參見何勤華、殷嘯虎主編，《中華人民共和國民法史》，復旦大學出版社，頁172-173。

⁸⁹⁸ 王家福，《新中國的民事立法感言》，載王家福，《王家福法學研究與法學教育六十年文選集》，法律出版社，頁395, 395。

星教授稱，「這一民法典草案所留下的深刻教訓是：在民法立法上，拒絕對外國民法的繼受，盲目追求所謂中國特色，既是不可能的，也是不可取的。」⁸⁹⁹

「但是時間不長，開展城鄉社教運動」⁹⁰⁰。1964年，又開始「破四舊」運動。中共領導人覺得，1957年「反右」鬥爭僅清理了資產階級思想，尚需肅清封建糟粕，如舊的廟宇屬於「舊的文化」，所有「舊思想」、「舊文化」、「舊風俗」和「舊習慣」等，都需要被肅清。1966年，發生了「文革大革命」。文革十年，砸亂公、檢、法，更無建設法制、編纂民法典之可能。這樣，第二次民法典編纂活動也中斷了。

七、1982年民法草案

1978年12月13日，鄧小平在中共中央工作會議閉幕會上明確提出「必須加強法制」，指出：「應該集中力量制定刑法、民法、訴訟法和其他各種必要的法律，例如工廠法、人民公社法、森林法、草原法、環境保護法、勞動法、外國人投資法等等。……國家和企業、企業和企業、企業和個人等等之間的關係，也要用法律的形式來確定；它們之間的矛盾，也有不少要通過法律來解決。」⁹⁰¹針對百廢待興、立法工作量大、人手不足的實際情況，他提出「法律條文開始可以粗一點，逐步完善。有的法規地方樂意先試搞，然後經過總結提高，制定全國通行的法律。修改補充法律成熟一條就補充一條，不要等待‘成套設備’。總之，有比沒有好，快搞比慢搞好。」⁹⁰²1979年6月28日，鄧小平會見日本客人時說最近全國人大開會制定了七個法律；而且，「這次會議以後，要接著制定一系列的法律。我們的民法還沒有，要制定；經濟方面的很多法律，比如工廠法等等，也要制定。……民主要堅持下去，法制要堅持下去。這好像兩隻手，任何一隻手削弱都不行。」⁹⁰³應改革開放之需，又受到領導人重視，中國大陸民法典制定又被提到議事日程。第三次民法典編纂工作，是在最高領導人直接關注和支援之下展開的。

1979年2月，全國人大常委會成立了法制委員會（1983年改為「法制工作委員會」），彭真任主任。同年11月3日，法制委員會成立民法起草小組，聘29名專家參與，中國大陸第三次民法典編纂活動啓動。同時，又由法制委員會副主任楊秀峰、陶希晉領銜，成立負責民法起草工作的七人中心小組。⁹⁰⁴一年後，即1980年8月15日，全國人大常委會法制委員會民法起草小組擬出第一稿即《中

⁸⁹⁹ 梁慧星，〈中國對外國民法的繼受〉，《中國民事立法評說——民法典、物權法、侵權責任法》，法律出版社，頁1, 7。

⁹⁰⁰ 顧昂然，〈〈民法通則〉的制定情況和主要問題〉，《立法劄記——關於我國部分法律制定情況的介紹（1982-2004）》，法律出版社，頁210, 211。

⁹⁰¹ 鄧小平，〈解放思想，實事求是，團結一致向前看〉，《鄧小平文選》第2卷，人民出版社，1994年10月第2版，頁140, 146-147。

⁹⁰² 鄧小平，〈解放思想，實事求是，團結一致向前看〉，《鄧小平文選》第2卷，人民出版社，1994年10月第2版，頁140, 147。

⁹⁰³ 鄧小平，〈民主和法制兩手都不能削弱〉，《鄧小平文選》第2卷，人民出版社，1994年10月第2版，頁189, 189。

⁹⁰⁴ 趙曉耕主編，《新中國民法典起草歷程回顧》，法律出版社，頁158。

華人民共和國民法草案》(徵求意見稿)。第一稿分「總則」「財產所有權」「合同」「勞動報酬和獎勵」「損害責任」和「財產繼承」六編，共 501 條；主要參考 1962 年《蘇聯和各加盟共和國民事立法綱要》、1964 年《蘇俄民法典》和 1978 年修訂的《匈牙利民法典》。⁹⁰⁵徵求意見後，修改形成第二稿。討論第二稿時，爭論最大的是「法律行為」之存廢問題。其後，經反復，至 1982 年形成第四稿(簡稱 1982 年民法草案)。第四稿分「民法的任務和基本原則」「民事主體」「財產所有權」「合同」「智力成果權」「財產繼承權」「民事責任」和「其他規定」八編，共 465 條。⁹⁰⁶

不過，此後立法方針改變。因為在起草過程中，存在兩種不同的意見。一種意見認為，中華人民共和國成立 30 多年，已積累了豐富的實踐經驗，有了制定民法典的基礎；同時，改革開放與經濟建設之實踐，也要求制定一部民法典。因此，制定民法典的工作刻不容緩。另一種意見則認為，民法涉及面廣，情況複雜，經濟體制改革又剛剛開始，整個社會經濟狀況尚未定型，社會生活處在變動之中，加上民事立法缺乏成熟經驗，一時難以制定一部完善的法典；如果倉促制定民法典，其效用、穩定性及權威性都會大受影響。所以，認為那時制定民法典時機尚不成熟，應該先制定單行法規，成熟一個制定一個，最後再編纂成一個統一的民法典。1982 年 6 月，全國人大常委會法制委員會經過認真研究，決定採納後一種意見，最終放棄了一步到位的法典化思路，決定先制定一批社會急需而又條件比較成熟的單行法，待條件具備、時機成熟時再制定民法典。⁹⁰⁷同時決定，解散民法起草小組，第三次民法典編纂工作又中斷了。鑒於此，一般以 1982 年民法草案為第三次民法典編纂活動的最後草案版本。不過，1982 年民法草案雖未正式提交全國人大審議，但其中的某些編章，成為了諸多民事立法如 1981 年《經濟合同法》、1985 年《繼承法》、1985 年《涉外經濟合同法》和 1986 年《民法通則》等之基礎。第三次民法典編纂活動雖然得到了政治人物的支持，但因為當時經濟條件不成熟、理論準備不充分，客觀條件所致，終未獲成功。⁹⁰⁸

八、1986年《民法通則》

事實上，對於民法典如何編纂，建國初期便有爭議；第三次民法典編纂之時也有分歧。「制定民法採取什麼步驟？是一下子就搞個完整的民法典，還是根據需要和可能先制定單行法？新中國成立初期就遇到這個問題，那時就有人主張搞一部完整的民法典。1979 年成立民法起草小組時，也碰到這樣的問題。同年 11 月，彭真同志在對民法起草小組中心組的同志談話時，講了這個問題，提出要‘兩條腿’並行。他說：‘你們的任務(指起草小組)是搞個總的民法，單行法也可以搞。’⁹⁰⁹彭真委員長提出的「兩條腿」走路的主張，一直就在進行著。1981 年

⁹⁰⁵ 梁慧星，《中國對外國民法的繼受》，載梁慧星，《中國民事立法評說，民法典、物權法、侵權責任法》，法律出版社 2010 年 6 月第 1 版，頁 1, 8。

⁹⁰⁶ 參見何勤華、李秀清、陳頤編，《新中國民法典草案總覽》(下卷)，法律出版社，頁 371 以下。

⁹⁰⁷ 趙曉耕主編，《新中國民法典起草歷程回顧》，法律出版社，頁 159-160。

⁹⁰⁸ 趙曉耕主編，《新中國民法典起草歷程回顧》，法律出版社，頁 162-163。

⁹⁰⁹ 顧昂然，《〈民法通則〉的制定情況和主要問題》，《立法劄記——關於我國部分法律制定情況的介紹(1982-2004)》，法律出版社，頁 210, 215。

出臺《經濟合同法》，是一個十分明顯的信號。在彭真委員長身邊從事立法工作的顧昂然同志說：「現在看來，這個決定是對的。如果等整個民法典都成熟了再制定，那麼民事立法到現在還可能是一篇白紙。」⁹¹⁰客觀上講，改革開放之初，大家「摸著石頭過河」，民事立法採取單行法模式，是一種配合改革開放政策和適應社會轉型的簡便方法。第三次民法典編纂活動雖然中斷，但因為歷史的偶然與客觀現實兩種因素，又導致了《民法通則》的制定。

1985年彭真訪日期間，日本人提出中國大陸的法制建設問題。境外人士希望在與中國大陸進行經貿與技術合作中，他們的合法利益能夠得到法律上的保障。沒有相應的法制，境外投資者就擔心了：我來中國大陸投資，你中國共產黨的政策一旦變化，又來一個資本主義改造，把我的錢收歸國有了怎麼辦？我在中國大陸掙的錢能不能帶走？有沒有法律保障？在這個時候，就開始制定像「中外合資經營企業法」、「中外合作經營企業法」等類似的一些法律。彭真回國後，多次談這個問題，一起研究要制定什麼法。自然，民法就是其中重要的一個。會後，彭真同志向鄧小平談了《民法通則》的問題，決定力爭在1985年秋、冬提出草案。⁹¹¹與此同時，民法學界始終有一股制定民法典的推動力量。例如，1984年12月19日中國社會科學院法學研究所民法經濟法研究室主任王家福教授，以研究室名義向中央建議「從速制定並頒行民法典」；認為「彭真同志在立法、司法、法學教育和研究各界有很高威望，近年領導完成憲法、刑法、刑訴、民訴四大法典，有豐富立法經驗，且身體尚健」，建議由他約請專家組成民法起草班子，「從速起草民法，儘快頒佈施行，使五大法典悉數完成」。⁹¹²這些，都是歷史的偶然因素。

從客觀上講，1981年《憲法》之下，《刑法》《刑事訴訟法》《民事訴訟法（試行）》出臺，法制基本框架之「四大台柱」之一的民法，聞聲不見人，謂「四缺一」，也引起國內外異議。同時，陸續出臺的一些民事單行法如《中外合資經營企業法》《外資企業法》《經濟合同法》《涉外經濟合同法》《商標法》《專利法》《繼承法》等，無法規定一些民事關係中具有共性的問題，如公民和法人的法律地位、民事法律行為問題、民事責任、時效、涉外民事法律關係的法律適用等，很難透過單行法加以規範。另外，關於民事權利，不可能每一項基本權利都依賴一部單行法去規定，必須有部法律進行一些概括性規範。1982年民法草案停止之後，全國人大法制委員會曾考慮以單行法或條例形式規定民事基本制度中的一些共同規則。例如，1982年法制委員會協調國家計委、司法部、國家經委、民政部等，討論《關於法人的暫行條例（草案）》，但因意見分歧大、難以統一，該草案即被擱置。⁹¹³如此一來，配合各單行法，民事法律之主幹性或基礎性法律制

⁹¹⁰ 顧昂然，〈〈民法通則〉的制定情況和主要問題〉，《立法劄記——關於我國部分法律制定情況的介紹（1982-2004）》，法律出版社，頁210、216。

⁹¹¹ 顧昂然，〈〈民法通則〉的制定情況和主要問題〉，《立法劄記——關於我國部分法律制定情況的介紹（1982-2004）》，法律出版社，頁210、213。

⁹¹² 參見梁慧星，〈難忘的1979——1986年，為祝賀導師王家福先生八十大壽而作〉，《王家福法學研究與法學教育六十周年暨八十壽誕慶賀文集》，法律出版社，頁11、32-35。

⁹¹³ 參見梁慧星，〈難忘的1979——1986年，為祝賀導師王家福先生八十大壽而作〉，《王家福法學研究與法學教育六十周年暨八十壽誕慶賀文集》，法律出版社，頁11、30-31。

定就迫在眉睫。1985年6月全國人大常委會法制工作委員會召開制定「民法總則」座談會，大家覺得這部法律要比傳統民法典中的「總則」內容廣泛，不宜稱「民法總則」，曾擬定名稱爲「民法總綱」。⁹¹⁴最後，彭真委員長定名「民法通則」：「曾想叫民法總綱，向（彭真）委員長彙報後，委員長提出可否稱民法通則。經研究認爲，稱民法通則好，更符合實際。所以，最後就叫民法通則，這是根據需要規定的內容做出的決定。」⁹¹⁵如此，在根本性憲法之下，擬定了一個以《民法通則》爲主幹，以各民事單行法爲枝幹的民事法律結構，「初步形成民法的科學體系」。⁹¹⁶

《民法通則》制定期間，曠日持久的「民法」與「經濟法」之爭又白熱化。這一點，王文杰教授進行過深入的研究。⁹¹⁷有人認爲，制定《民法通則》不符合黨和國家的經濟立法方針與部署，不符合建立有中國特色的法律體系的要求，對經濟建設、法律和法學建設（其中也包括民法）都極其不利。⁹¹⁸17名高等院校經濟法學者向「中共中央書記處並中央領導」聯名上書，要求停止《民法通則》的制定，至少應同時頒佈《經濟法大綱》，指出單獨制定《民法通則》勢將阻礙改革開放和經濟發展。⁹¹⁹1985年12月4日至11日，根據彭真委員長的提議，全國人大法律委員會和全國人大常委會法制工作委員會共同召開有188人參加的《民法通則（草案）》座談會。與此同時，國務院經濟法規研究中心、中國經濟法研究會於1985年12月10日至15日在廣州召開有300人參加、規模更大的經濟法理論工作會議，與《民法通則（草案）》座談會針鋒相對。會議提議制定《經濟法大綱》（或《經濟法綱要》），成爲調整縱橫交叉關係的法律，抵制和批判《民法通則》的制定。⁹²⁰梁慧星教授說，「一北一南，同時召開兩個會議，而內容恰正相反，這在奉行議行合一和民主集中制的中國，至今留下一個難解之

⁹¹⁴ 也有建議叫做「民法基本準則」的。參見〈西北政法學院民法教研室主任寇志新同志談對〈民法通則〉草稿討論稿的修改意見〉，《秋實——寇志新教授法學學術活動五十周年暨七十華誕紀念文集》，陝西人民出版社，頁176, 184-185。

⁹¹⁵ 顧昂然，〈〈民法通則〉的制定情況和主要問題〉，《立法劄記——關於我國部分法律制定情況的介紹（1982-2004）》，法律出版社，頁210, 216。

⁹¹⁶ 趙曉耕主編，《新中國民法典起草歷程回顧》，法律出版社，頁165。

⁹¹⁷ 參見王文杰，《嬗變中之中國大陸法制》，臺灣交通大學出版社，2008年6月第2版，頁192以下。

⁹¹⁸ 代表人物顧明，時任國務院副秘書長、國務院經濟法規研究中心主任、中國經濟法研究會會長。其表述的主要觀點，參見梁慧星，〈難忘的1979——1986年，爲祝賀導師王家福先生八十大壽而作〉，《王家福法學研究與法學教育六十周年暨八十壽誕慶賀文集》，法律出版社，頁11, 42, 45-52。

⁹¹⁹ 17名署名學者分別是，中國政法大學經濟法學主任徐傑、黃勤南；西南政法學院經濟法學主任李昌麒；華東政法學院經濟法學副教授莊詠文；杭州大學法理學副主任馬紹春；北京商學院管理學副主任徐學鹿；江蘇工學院經濟法教研室主任侯志緯；北京大學法律系經濟法教研室主任楊紫煊；中國人民大學法律系經濟法教研室主任潘靜成、副主任劉文華；中南財經大學經濟法專業肖克瑾；中央黨校法學教研室周升濤；北京大學、中國人民大學經濟法教師譚志泉、徐孟洲、吳宏偉、王守淪；北京機械工業管理學院經濟法教研室副主任孫維智。落款日期是，一九八六年二月二十七日。致函單位爲，「中央書記處並中央領導同志」。收文號，第264號86年3月4日。參見梁慧星，〈難忘的1979——1986年，爲祝賀導師王家福先生八十大壽而作〉，《王家福法學研究與法學教育六十周年暨八十壽誕慶賀文集》，法律出版社，頁11, 52-53。

⁹²⁰ 河山、肖水，《民事立法劄記》，法律出版社，頁46。

迷。」⁹²¹

不過，反對意見並未影響《民法通則》立法進程。《民法通則（草案）》座談會之後，根據各方面的意見作了較大的修改。原草案 131 條；修改後為 156 條；其中，增加 40 條，合併 3 條，刪去 12 條。修改和補充後，又提交 6 屆全國人大常委會第 14 次會議審議。⁹²²1986 年 3 月 11 日，全國人大常委會第 15 次會議決定將《民法通則（草案）》提請全國人大第 4 次會議審議。3 月 12 日，一些經濟法學專家通過新華社編印的內部材料發表了現在制定《民法通則》將可能在立法、司法、法學理論研究和教學以及社會經濟生活中引起某些混亂和被動的意見，主張《民法通則》和《經濟法綱要》協調同步制定。「1986 年 3 月 14 日，彭真委員長為此專門召開委員長會議。1986 年 3 月 24 日，陳丕顯副委員長在第六屆全國人大第四次會議的預備會上，批評了一些經濟法學者的觀點和作法。」⁹²³事實上，根據 3 月 14 日委員長會議提議，「請參加經濟法綱要起草工作的經濟法專家對民法通則（草案）的具體條款提出修改意見」，根本不討論是否制定《民法通則》的問題，而是在制定《民法通則》前提下討論具體的具有建設性的條款修改問題。⁹²⁴1986 年 4 月 6 屆全國人大第 4 次會議審議期間，根據代表們的意見進行了 30 多處修改。「民法通則」經過反復徵求意見、反復修改，先後 26 稿，最後由六屆全國人大四次會議通過。」⁹²⁵通過後的《民法通則》第 2 條規定，「中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的人身關係和財產關係。」此條規定，不僅將民法之調整物件區別於經濟法、行政法之調整物件，而且闡釋了《民法通則》所調整者為「中華人民共和國民法」即實質意義上民法之物件，即包括了婚姻法、繼承法等在内的一切人身關係和財產關係，實則又將分離出去的婚姻法、收養法和繼承法納入了傳統民法體系。⁹²⁶1988 年 1 月 26 日，最高院審判委員會討論通過《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》，共 200 條。《民法通則》頒佈十周年之際，江平教授評價稱，「1986 年《民法通則》是我國民事立法的一個重大的里程碑，它既標誌著以政治手段調整平等主體之間關係為主的時代的結束，又預示著我國民事立法開始步入正軌，為以後陸續頒佈的單行法規乃至今後的民法奠定了基

⁹²¹ 梁慧星，〈佟柔先生與民法經濟法論爭〉，《佟柔文集——紀念佟柔教授誕辰 75 周年》，中國政法大學出版社，頁 413, 415。

⁹²² 顧昂然，〈〈民法通則〉的制定情況和主要問題〉，《立法劄記——關於我國部分法律制定情況的介紹（1982-2004）》，法律出版社，頁 210, 217。

⁹²³ 河山、肖水，〈民事立法劄記〉，法律出版社，頁 47。

⁹²⁴ 現任全國人大法律委員會委員梁慧星教授在全國人大查閱的相關資料後，研究分析認為，17 位經濟法教師的信對於中共中央和全國人大常委會制定《民法通則》的決定，並未產生實質性的影響。他說，「只要對中國政治體制稍有常識，就應當知道，像制定民法通則這樣的基本法性質的立法，不事先經過中共中央政治局常委會慎重研究並作出決定就提上立法日程，是不可想像的。」因此，一些經濟法教師、專家或官員，想通過中共中央來阻止全國人大常委會的立法，幾乎是不可能的。參見梁慧星，〈難忘的 1979——1986 年，為祝賀導師王家福先生八十大壽而作〉，《王家福法學研究與法學教育六十周年暨八十壽誕慶賀文集》，法律出版社，頁 11, 52-54。

⁹²⁵ 顧昂然，〈〈民法通則〉的制定情況和主要問題〉，《立法劄記——關於我國部分法律制定情況的介紹（1982-2004）》，法律出版社，頁 210, 217。

⁹²⁶ 參見謝懷栻，〈正確闡述〈民法通則〉以建立我國的民法學〉，《謝懷栻法學文選》，中國法制出版社，頁 93, 95-96。

礎。所以我說它是‘空前啓後’。」⁹²⁷

九、生活的韌性：在歷史的起落之間被淡化的政治

清末改制和民國創制，前者決定了未來中國民法的走向；後者奠定了未來中國民法制度的基石。當此內外交困之時，社會動盪不安，外部壓力、民族自強以及文化改良（其中，不乏文化自棄者）等形成了一種效法西洋的政治風尚。所以大清末年改制形成的《大清民律草案》之法統影響深遠，同樣成爲了民國初年參照執行的藍本，並爲1925年《民國草案》和1929年《中華民國民法》所沿襲或借鑒。及至1949年之後，中國大陸不再有政治困局，也不復有以此延續國祚之政治動因。雖然政治人物偶發編纂民法典之想像，但是，一來計畫體制之下對民法典之社會需求降低，二者民事生活涉及面廣、工程浩繁，合其規則與原理之民法典制定，非有持續穩定的推動力存在而不可得之，三則武人執政之下的法律共同體被摧毀，以言代法、政策代替法律之治理模式對以穩定社會交往秩序爲基礎的民法典存在一種本能的排斥，導致前中共主政中國大陸之後的前三次民法典編纂活動均被中斷。誠然，其間，三種因素作用於每一次民法典編纂之程度，尤有不同之處。

由此可見，對於中國大陸民法典編纂來說，政治因素似乎是一種決定性的因素。不過，我們或可發現，在歷史的起起落落之中，表現出的是一種民事生活的韌性。經過了80多年，民事交往的自願、平等、等價有償、誠實信用等原則，以及自然人（公民）、法人、法律行爲、財產所有權、債權、侵權責任等概念，又植根於人們的日常生活之中。也許，相對於公法的政治秀、刑法的秋典肅殺，民法就是我們普通人的家長里短。其實，無關領袖人物如何言說，無關民事生活是否有章可循，我們每天都在生活，也都得生活下去。家庭的庇護、婚姻的溫情與互助、生計的忙碌與充實，終將化爲一種各自內心的平淡與安詳。這就是生活所體現出的韌性，既關風月，又是我們人生拓展、求田問舍的進行曲。

參、百家爭鳴：第四次民法典制定中的爭論

20世紀90年代末期，第四次民法典編纂啓動。這一時期，也是經歷了民法與經濟法之爭之後，民商法學科的繁榮時期。在此之前，國務院學位辦重新調整了法學二級學科分類；法學一級學科下設法學理論、法律史、憲法與行政法學、刑法學、民商法學、經濟法學、訴訟法學、自然資源與環境保護法學、國際法學、軍事法學10個二級學科；其中，「民法學」被更名爲「民商法學」，包括民法學、商法學、知識產權法學、婚姻與家庭法學、勞動法學、社會保障法學等專業方向（或稱三級學科）。而事實上，承接50年代以來的民法學傳統，民法學包括民法總論、物權法、債法、合同法、侵權法等。在中國大陸，行政指導下的學術及學科發展也表明，民商法學科內容龐大，學術研究力量也強大，甚至偶爾被冠之以「民法沙文主義」。這些，或多或少是民法典編纂的推動力量，也是第四次民法

⁹²⁷ 江平，〈空前啓後，功不可沒——〈民法通則〉頒佈十周年紀念〉，《私權的吶喊——江平自選集》，首都師範大學出版社，頁363, 363-364。

典編纂過程中引發眾多爭議的學科基礎（或戲曰「物質基礎」）。

梁慧星教授提煉出的民法典制定中的爭議問題包括：（1）是「編纂」還是「彙編」；（2）以「重要性」為標準還是以「邏輯性」為標準；（3）「民商合一」還是「民商分立」；（4）「德國五編制」還是「法國式三編制」；（5）是否保留「物權」概念和「債權」概念；（6）是否設「總則編」；（7）人格權是否獨立設編；（8）知識產權是否納入民法典並獨立設編；（9）國際私法（即涉外民事關係的法律適用）是否納入民法典並獨立設編。這些爭議問題，多為2002年民法草案出臺之前的爭議。事實上，在是否啓動法典編纂工作和2002年民法草案一審之後的民事立法過程中，也有一些重大爭議。這裏，簡要介紹第四次民法典編纂過程，並對其中的一些重大爭議問題，進行回顧和分析。

一、第四次民法典編纂

（一）第四次民法典編纂之啓動

1997年中共十五大報告提出「依法治國，建設社會主義法治國家」⁹²⁸的目標，並提出：「加強立法工作，提高立法品質，到2010年形成有中國特色社會主義法律體系。」⁹²⁹由於民法在法律體系中具有重要的地位，1998年1月8屆全國人大常委會王漢斌副委員長決定恢復民法起草工作，並委託王家福、江平、魏振瀛、王保樹、梁慧星、王利明、費宗禕、肖峴、魏耀榮9位專家組成民法起草工作小組。同年3月，民法起草工作小組召開第一次會議，議定「三步走」的立法步驟：第一步，1999年3月制定統一合同法，實現市場交易規則的完善、統一，並與國際接軌；第二步，從1998年起，用4—5年的時間制定物權法，實現財產歸屬關係基本規則的完善、統一，與國際接軌；第三步，在2010年前制定民法典，最終建立完善的民事法律體系。⁹³⁰1999年3月，在《經濟合同法》《涉外經濟合同法》和《技術合同法》基礎上，統一《合同法》出臺。按原計劃，《物權法（草案）》2002年進入立法審議程式，2003年3月全國人大審議或可通過。事實上，截至2001年之前，學者們也都在緊鑼密鼓地配合立法機構實施「三步走」立法規劃與步驟。特別是梁慧星教授和王利明教授，分別牽頭擬定了各自主持編定的學者建議稿。⁹³¹但2001年年初，立法機構的節奏突變，要求當年年內就提交民法草案。

⁹²⁸ 江澤民，〈高舉鄧小平理論偉大旗幟，把建設有中國特色社會主義事業全面推向二十一世紀〉，《江澤民文選》第2卷，人民出版社，頁1, 28。

⁹²⁹ 江澤民，〈高舉鄧小平理論偉大旗幟，把建設有中國特色社會主義事業全面推向二十一世紀〉，《江澤民文選》第2卷，人民出版社，頁1, 30。

⁹³⁰ 參見梁慧星，〈關於中國民法典的編纂〉，《中國民法百年回顧與前瞻學術研討會文集》，法律出版社，頁3, 7-8。

⁹³¹ 後來，這兩份學者建議稿先後正式出版，分別參見，梁慧星，《中國物權法草案建議稿，條文、說明、理由與參考立法例》，社會科學文獻出版社；王利明，《中國物權法草案建議稿及說明》，中國法制出版社。

事實上，《物權法》與《民法》同時列入立法規劃，本身就是一種立法安排。全國人大常委會法工委主任顧昂然在2002年12月全國人大常委會上報告稱，「根據九屆全國人大常委會的立法規劃和常委會工作報告關於‘要加快物權法的起草和民法典的編纂工作’的要求，法制工作委員會起草了物權法徵求意見稿，於今年1月發到地方、中央有關部門、法學院校等單位徵求意見，經多次研究修改，形成物權法草案，並於今年10月，在現有民事法律和物權法草案的基礎上形成了民法草案初稿。」⁹³²李鵬委員長的立法日記，也印證了這一點：「為適應經濟社會發展需要和加入世貿組織要求，有必要進一步完善民事法律制度，尤其要抓緊制定物權法，抓緊編纂民法典。」⁹³³在這種同時並進或兩條腿走路的過程中，《物權法》未單獨提交審議，自然就併入了民法典。李鵬委員長2002年2月20日日記記載：「我和一位副委員長談話，希望大家共同努力、善始善終，做好本屆人大工作，順利完成各項任務。我還說，起草民法典，把物權法的內容包括進去，爭取提交本屆人大常委會進行一審，留給下一屆人大完成，他對此表示同意。」⁹³⁴

2002年1月11日，全國人大常委會法制工作委員會召開民法典編纂專家座談會，著重研究民法典的主要內容，並委託6位專家分別起草民法典的各編內容：梁慧星負責總則、債權總則和合同；王利明負責人格權法、侵權行為法；唐德華負責民事責任法；鄭成思負責知識產權法；巫昌楨負責親屬法、繼承法；費宗禕負責涉外民事關係適用法。⁹³⁵3月28日全國人大常委會上，聽取了關於民法典起草情況的彙報，確定爭取本年12月提交本屆人大常委會一審的目標。⁹³⁶4月初，專家建議稿的草擬工作基本完成。4月16日至19日，法工委召開座談會，就專家建議稿徵求意見。在專家提出建議稿的同時，法工委民法室著手起草室內稿；室內稿起草過程中，整理了國內有關民法規定，收集了國外有關民法典，包括國外民法典最新修訂資料。4月底，法工委民法室形成室內稿。5月至8月，法工委民法室以室內稿為基礎，對照專家意見稿，反復研究；8月，形成《中華人民共和國民法（草案）》彙報稿。10月，在現有民事法律和物權法草案的基礎上，形成了民法草案的初稿——《中華人民共和國民法（草案）》。⁹³⁷10月11日上午，李鵬委員長召集包括顧昂然、胡康生、王勝明、何椿霖等人在內的法工委關於起草民法典的座談會。「經過大家反復研究認為，現在起草的這部民法草案是基礎，討論了民法典編纂中的重要原則，不代替單行法。在民法典中應該既有

⁹³² 顧昂然，《關於〈中華人民共和國民法（草案）〉的說明——2002年12月23日在第九屆全國人民代表大會常務委員會第三十一次會議上》，資料來源，<http://law-thinker.com/detail.asp?id=1501>；更新時間，2002-12-26 8:28:35（最後瀏覽日：2011年9月10日）

⁹³³ 李鵬，《立法與監督——李鵬人大日記》（下），新華出版社、中國民主法制出版社，頁736。

⁹³⁴ 李鵬，《立法與監督——李鵬人大日記》（下），新華出版社、中國民主法制出版社，頁734。

⁹³⁵ 梁慧星，〈關於中國民法典編纂〉，《中國民法百年回顧與前瞻學術研討會文集》，法律出版社，頁3,8。此間立法工作安排可知，物權法部分，全國人大常委會法工委民法室已結合學者建議，形成了自己的內部稿。

⁹³⁶ 參見李鵬，《立法與監督——李鵬人大日記》（下），新華出版社、中國民主法制出版社，頁735。

⁹³⁷ 趙曉耕主編，《新中國民法典起草歷程回顧》，法律出版社，頁190。

物權法的內容，也有單行的物權法。這樣做，便於充實和補充民法典內容，也可以避開一些有爭論的問題，留有立法空間。民法草案爭取在 12 月上常委會。」⁹³⁸

（二）2002 年民法草案出臺

2002 年 12 月 23 日，9 屆全國人大常委會第 31 次會議開幕，審議民法草案成爲此次常委會重要議程。這是中華人民共和國成立以來第一次正式審議民法草案。草案共 9 編 1209 條，包括總則、物權法、合同法、人格權法、婚姻法、收養法、繼承法、侵權責任法、涉外民事法律關係的法律適用法，號稱是開創了中華人民共和國的立法之最，即條文最多，規模最爲龐大。

這次提請審議的民法草案，最大的特點是借鑒了英美法系、大陸法系的經驗，在體系上突破了大陸法系的傳統模式，如單獨設立人格權法編和侵權行爲法編。客觀地講，無論具體草案內容如何，單就最高立法機構正式審議民法草案之舉，就是完善中國大陸民事法律制度所邁出的一大步。李鵬委員長說，「但大多數委員對這樣一份 200 多頁的法律檔，感到有點望而生畏。」⁹³⁹「現在提出的民法草案反映了改革開放的實踐。用獨立分編制定的好處是便於修改和補充。可以從物權法開始逐編審議，對已通過的法，如合同法、婚姻法等應保持有效。」⁹³⁹

（三）2002 年民法草案之後的民事單行法

李鵬委員長感受到的委員們的那種「望而生畏」的心態，似乎是 2002 年民法草案的一個不祥的兆頭。事後，一位元立法官員稱，「用這種方式編纂民法典，全世界獨一份，法律界稱道的甚少，幾乎沒有聽到說好的。」⁹⁴⁰接下來的一年，新一屆即 10 屆全國人大常委會對此態度曖昧。2003 年 6 月召開的 10 屆全國人大常委會第 3 次會議，也沒有將民法草案列入立法計畫。2002 年民法草案似乎並非蘇亦工教授所說「得形」而「忘意」了，實則連「形」也不在安身何處。⁹⁴¹不過，在沉寂一年多之後，《物權法》納入立法規劃。2004 年 10 月，《物權法（草案）》作爲一項單行法，進入全國人大常委會二次審議。至 2007 年 3 月，《物權法》正式頒佈。此後，全國人大常委會法工委民法室用幾個月時間轉入民訴法修訂工作。不久，《侵權責任法》立法啓動，2009 年 12 月出臺；2010 年 10 月，《涉外民事關係適用法》又出臺。2011 年 3 月全國人大和全國政協召開全會期間，吳邦國委員長向世界莊嚴宣佈：中國特色社會主義法律體系已經形成。

二、第四次民法典編纂的條件是否成熟？

如同任何一個國家民法典制定之初一樣，是否需要制定民法典，以及制定民法典的條件是否成熟，都會成爲爭議的焦點問題。是否需要制定民法典？由於

⁹³⁸ 李鵬，《立法與監督——李鵬人大日記》（下），新華出版社、中國民主法制出版社，頁 735。

⁹³⁹ 李鵬，《立法與監督——李鵬人大日記》（下），新華出版社、中國民主法制出版社，頁 741。

⁹⁴⁰ 河山，〈物權法制定之焦點〉，《私法》第 5 輯第 1 卷（總第 9 卷），北京大學出版社，頁 26, 29。

⁹⁴¹ 參見蘇亦工，〈得形忘意，從唐律情結到民法典情結——中國當前制定民法典的前鑒與省思〉，《中國社會科學》2005 年第 1 期。

政治性衡量的先入為主，在中國大陸已成為一個虛設的問題。這裏，僅就制定民法典的條件是否成熟之爭，進行描述性研究。

（一）條件成熟論

誠然，官方既然啓動民法起草工作，自然認為其時機是成熟的，且十分必要。如時任全國人大常委會法工委民法室主任的王勝明認為，前三次起草民法典未成功，是因為缺乏社會條件及其經濟基礎；改革開放以來，民事立法已有如《中外合資經營企業法》《經濟合同法》《商標法》《專利法》《涉外經濟合同法》和《民法通則》等 60 多部，但其涉及面廣、內容複雜，尚有諸多重要內容沒有規定或僅有原則性規定，迫切需要制定民法典加以完善。「制定民法是建設社會主義法治國家的必由之路。」⁹⁴²事實上，從 20 世紀 90 年代末開始，諸多著名學者已經為民法典的制定搖旗吶喊。其中的代表人物，既有老一代民法學者如王家福教授、魏振瀛教授、余能斌教授、楊振山教授等，也有活躍於民法學界的中流砥柱如梁慧星教授、王利明教授、尹田教授、徐國棟教授等。

王家福教授、魏振瀛教授、余能斌教授等參與過第三次民法起草的老一代學者，大部分對民法典編纂充滿熱情和期待。王家福教授曾任 9 屆全國人大常委會委員、法律委員會委員。他長期參與民事立法，並呼籲民法典制定。早在第三次民法典編纂之時，就撰文推動民法起草工作，稱「民法一定要搞」⁹⁴³，「一定要制定民法」⁹⁴⁴。1999 年擔任 9 屆全國人大常委會委員期間，建言李鵬委員長及全國人大常委會制定民法典。魏振瀛教授在不同場合都在呼籲制定民法典。1994 年 10 月 3 至 6 日在北京召開「羅馬法·中國法和民法法典化」國際研討會上，他就強調中國大陸民法法典化的必要性，並呼籲立法機構應採取「儘快著手、穩妥推進」的立法步驟。他認為當時中國大陸的民事立法存在缺陷，如條文簡潔，內容不健全；法律結構不嚴謹；行政規範充斥其間等。這些缺陷，既是因為經濟體制尚未定型造成的，也與民事立法不健全有關。由此，他引入了中國大陸制定民法典的必要性問題。他認為，中國大陸民法法典化之需，表現以下三個方面：一是發展社會主義市場經濟；二是完善社會主義民主，充分保護公民、法人民事權利；三是健全社會主義法制，實現法律科學化。⁹⁴⁵他還提出，「民法法典化的歷史，就是編纂民法典，使之上升為基本法地位的歷史。」⁹⁴⁶余能斌教授也從市場經濟體制確立、法制建設被重視、立法理論和技術已有充分準備、國外可資借鑒的制度經驗等方面，說明制定民法典的條件和時機已經成熟。⁹⁴⁷寇志新教授認為

⁹⁴² 王勝明，〈法治國家的必由之路——編纂《中華人民共和國民法(草案)》的幾個問題〉，《政法論壇》，2003 年第 1 期，頁 26-27。

⁹⁴³ 王家福、蘇慶，〈民法一定要搞〉，《人民日報》，1978 年 11 月 24 日。參見王家福，《王家福法學研究與法學教育六十年文選集》，法律出版社 2010 年 9 月第 1 版，頁 239-241。

⁹⁴⁴ 王家福，〈一定要制定民法〉，《法學研究》，1979 年第 4 期。參見王家福，《王家福法學研究與法學教育六十年文選集》，法律出版社，頁 242-243。

⁹⁴⁵ 參見魏振瀛，〈中國的民事立法與民法法典化〉，《中外法學》1995 年第 3 期，頁 79, 81-83。文章後來收錄於楊振山、斯奇巴尼主編，《羅馬法·中國法與民法法典化》，中國政法大學出版社，頁 128-146。

⁹⁴⁶ 魏振瀛，〈中國的民事立法與民法法典化〉，《中外法學》1995 年第 3 期，頁 79, 83。

⁹⁴⁷ 余能斌、李國慶，〈中國民法法典化之溯源與前瞻〉，《法學評論》，1995 年第 1 期；餘能斌，

大量的單行法律法規之間存在「重複與不協調」，需要按照現代化法典要求排除，「並加以必要的修改和補充，再組以總則分則，以當代最科學最先進理論和研究成果編制其結構」⁹⁴⁸；並且，要「以科學的私法觀念作為立法指導思想」⁹⁴⁹。楊振山教授則認為，法典化有助於中國大陸形成一個「統一的正確的私法觀念」和「完備的私法體系」。⁹⁵⁰

梁慧星教授也是從民事立法存在的問題角度分析，引出制定民法典的必要性。他認為民事立法當時存在的問題包括：（1）法律規則不完善，如市場交易規則相對完善，但財產歸屬關係則未受重視；（2）法律規則不適當，如混淆物權變動及其基礎關係的效力、2年訴訟時效較短等；（3）行政權的不當干預，如通過行政干預限制公民與企業的權利、加重其負擔、設置交易障礙等。既然如此，基於制定民法典是「大多數國家的經驗」，是「當前重大的立法任務」，且制定之「條件已經具備」，他認為要制定民法典：「中國要建設法治國家，當然要制定自己的民法典。制定一部既符合中國大陸改革開放和發展社會主義市場經濟的實際，又符合法律發展潮流的，與國際社會相溝通的、完善的、現代化的民法典，是我們現在所面臨的重大立法任務。」⁹⁵¹具體到條件如何具備，主要還是從市場經濟已經到達一定程度、積累了大量的民事立法和司法實踐經驗、民法教學和理論研究已有相當發展、國家確立的公有制為主體、多種所有制經濟共同發展的基本經濟制度五個方面加以論述。⁹⁵²王利明教授從民法典的功能分析，認為制定民法典是完善市場經濟法律體系之需，是文化昌明和文化發展之表現。而從現狀分析，他認為制定民法典的必要性在於：（1）保障司法公正的重要措施；（2）為各類行政規章的制訂提供依據，從而保障依法行政，保護公民、法人的合法權益；（3）解決司法解釋中存在的一些問題及法規體系的問題；（4）對完善交易規則十分必要。而王利明教授對民法典制定的可行性分析，主要還是建立在既有的民商立法及司法實踐之成就基礎上。他認為，一方面，《民法通則》的頒佈、債與《合同法》所確立的交易規則、物權方面的零散立法、人格權與侵權行為方面的司法實踐、知識產權制度和婚姻家庭制度的立法成就等，已為民法典制定積累了豐富的立法與司法實踐經驗；另一方面，民法學者的研究，也為民法典制定提供了必備的學術條件。⁹⁵³尹田教授認為，17世紀中葉以來的啓蒙精神及自然法運動、民族國家主權及其法制統一之需求、以及成文法技術邏輯化和體系化之追求，是

〈中國民法法典化之溯源與前瞻〉，《羅馬法·中國法與民法法典化》，中國政法大學出版社，頁147-157。

⁹⁴⁸ 寇志新，〈加快民法典制定芻議〉，《法律科學》1995年第2期。韓松主編，《秋實——寇志新教授法學學術活動五十周年暨七十華誕紀念文集》，陝西人民出版社，頁141, 143。

⁹⁴⁹ 寇志新，〈歷史的發展證實——民法典的制定必須以私法觀念為指導〉，《秋實——寇志新教授法學學術活動五十周年暨七十華誕紀念文集》，陝西人民出版社，頁147, 153。原文曾以〈民法典的制定必須以私法觀念為指導〉為題，刊載《法律科學》1998年第3期。

⁹⁵⁰ 楊振山、龍衛球，〈論羅馬法的成就對人類的基本貢獻〉，《羅馬法·中國法與民法法典化》，中國政法大學出版社，頁12, 35。

⁹⁵¹ 梁慧星，〈民法典起草中的幾個問題〉，《生活在民法中》，法律出版社，頁57, 65。

⁹⁵² 梁慧星，〈制定民法典的設想〉，《現代法學》，2001年第2期，頁3, 4-5。

⁹⁵³ 王利明，〈論我國民法典的制定〉，《民商法研究》第3輯，法律出版社2001年12月第2版，頁1, 4-15。

近代歐陸法典化重要的推動力量。⁹⁵⁴

（二）條件不成熟論

與成熟論者相比，持否定意見的學者陣容並不強大。即使有些學者有如此之認識，但因各種原因，他們也很難發出自己的聲音。能夠發出聲音的著名學者如江平教授，固知中國大陸尚缺乏現代民法發展的「土壤」（商品經濟）和「空氣」（文化環境），且此兩大障礙生成有著三大社會背景（不利於商業和法律發展的封建意識；計畫體制及其極「左」思潮；經濟法被抬高及其伴生的行政干預），導致「民事立法不易，民法文化的形成更難」⁹⁵⁵，但他深諳中國大陸政治與立法之道，知道「民法典的制定工作最近已得到立法最高決策者的首肯」⁹⁵⁶，在成為第四次民法起草小組成員之後，實際上是透過「鬆散式」或「邦聯制」的一種思路，回歸到第三次民法起草後擬定的單行法之「零售」方針上。這一思路，後面再分析。撰文論述民法典制定的條件尚不成熟的，有易繼明教授、李開國教授、郭振傑教授、韓秀義教授、張禮洪教授等代表人物。

易繼明教授認為，17世紀自然法運動及理性主義雖然導致了歐陸國家民法法典化，但現代法學中又出現了法典化危機。⁹⁵⁷制約民法典成長的主要因素，有幾個方面：一是法律學術傳統及其發展程度；二是政治因素即國家公權力對私的空間的形成、認同、干預方式及程度，包括公權力對私人生活空間的支撐、強大的政治推動力、民族國家是否獨立或統一及其呼聲之高低問題等；三是經濟因素，包括商品經濟之土壤及其產生的契約與平等之商業精神、所有制及其改革方向與深度等；四是文化因素，包括權利文化的養成，民族習慣、風俗及儀式等，以及一國或民族之思維方式。⁹⁵⁸除此之外，還有一個民族感情問題。「我們其實都有一種民族的自豪感和精神在昭示我們：我們要奉獻出一部優秀的民法典，以彰顯我們中華民族的智慧，塑造我們民族的自信心。而隱藏在我們這些情緒背後的一個重要因素就是中國人的一種大國意識。這種意識，實際上可能潛在於我們的國家意識和學者的個人觀念或潛意識之中。」⁹⁵⁹李開國教授認為，歐陸各國制定民法典均受制於相應的政治、經濟及民法文化，中國大陸現在制定民法典需要接續被中斷的近代民族民法文化，借鑒世界各國先進的現代民法文化，創造具有自己特色的現代民族民法文化，為我國民法典的制定奠定豐厚的民法文化根基，非短期內可以成就。⁹⁶⁰韓秀義教授認為，中國大陸目前缺乏建構或支撐形式理性意義上民法典的立法資源、技術手段及人力，而且現有的社會樣態還沒有產生制

⁹⁵⁴ 尹田，〈論中國民法的法典化〉，《政治與法律》，2006年第2期，頁60-61。

⁹⁵⁵ 江平，〈空前啓後，功不可沒——〈民法通則〉頒佈十周年紀念〉，《私權的吶喊——江平自選集》，首都師範大學出版社，頁363, 369-370。

⁹⁵⁶ 江平，〈制定民法典的幾點宏觀思考〉，《私權的吶喊——江平自選集》，首都師範大學出版社，頁371, 371。文原載《政法論壇》1997年第3期。

⁹⁵⁷ 易繼明，〈民法法典化及其限制〉，《中外法學》，2002年第4期，頁444, 449-452。

⁹⁵⁸ 易繼明，〈民法法典化及其限制〉，《中外法學》，2002年第4期，頁444, 452-456。

⁹⁵⁹ 易繼明，〈民法典的不朽——兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰〉，《中國法學》，2004年第5期，頁52, 53。

⁹⁶⁰ 參見李開國教授在〈民法典：建設社會主義法治國家的基礎——專家學者談中國民法典的制定〉專題中的發言，《法律科學》，1998年第3期，頁14-15。

定民法典的動因。⁹⁶¹郭振傑教授說得更直接：(1) 尙未結束的社會轉型期無法承載穩定性的民法典；(2) 幼稚的法學理論和法學教育使民法典尙無堅厚的基石；(3) 不容樂觀的司法現實，使法典化的民法可能喪失其科學性與理性；(4) 畸形體現的法律淵源現實無法協調形式嚴謹的民法典；(5) 民法法典化尙缺乏成熟的憲政基礎。⁹⁶²易繼明教授則認為，成就一部優秀的民法典，至少我們需要面對以下挑戰：(1) 整合包括知識產權在內的財產權體系；(2) 以人格權擴張爲主的人格法益類型化：一般條款與權利分類；(3) 私權觀念在我國的形成及在世界範圍的再生；(4) 適時地推動社會進步和建構市民社會目標模式。⁹⁶³「因此，我們所面臨的挑戰包括兩個方面：一個方面的挑戰是世界性的，即全世界、特別是大陸法國家都面臨的；另一個方面是我國特有的難題，即如何適應我國漸近式改革的社會發展方向。」⁹⁶⁴更何況，從傳統文化角度看，「欠缺了民族性和本土化的視角，中國民法典的前途恐怕不太光明。」⁹⁶⁵而事實上，中國大陸在過去甚至在今天，都不具備制定出一部能夠完成時代賦予我們歷史使命的民法典的條件。「與其如此，不如在現有制度下進行一些修訂；等到條件成熟，再進行編纂。」⁹⁶⁶

其實，與持否定意見的學者相呼應的，還有一股興起於歐洲的「法典解構主義」或「解法典化」思潮。2005年4月在上海舉辦的「民法法典化與反法典化」國際研討會上，義大利學者Irit介紹了歐洲民法典被解構的現象。他指出，「Decodification」指在民法典之外制定新的法律調整民事關係，導致民法典被邊緣化。從政治角度看，民法典是實現和保證領土及意識形態統一的有效手段；從經濟和專業角度看，許多具體民事制度要求制定特別法。較謹慎的做法是：在民法典中規定一般制度，通過單行法規定特別民事制度，這也是未來歐洲民法典的目標。⁹⁶⁷張禮洪教授說得更自信。他認為，目前歐洲民法典立法潮流朝中國大陸現有模式在靠近，即制定類似「通則」或「總綱」性質的民法典，原則性地規定民事制度，具體民事規範由特別法規定。事實上，中國大陸司法實踐中直接援引《民法通則》解決民事糾紛的情形越來越少，特別法正在侵蝕《民法通則》。那麼，未來中國大陸的民法典只應規定最基本的原則，具體制度應由特別法構築。⁹⁶⁸德國學者Schulze將《德國民法典》發展史概括爲「編纂——解構——重構」的迴圈。進入21世紀後，局部回歸法典化的理念在法學界仍佔據主導地位，但德國債法的改

⁹⁶¹ 韓秀義，〈〈中國民法典〉的立法條件成熟了嗎？——兼與薛峰、劉風景之商榷〉，資料來源，http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=3452（最後瀏覽日，2011年10月12日）

⁹⁶² 郭振傑，〈中國民法法典化檢討〉，《河北法學》，2004年第6期，頁33-34。

⁹⁶³ 易繼明，〈民法典的不朽——兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰〉，《中國法學》，2004年第5期，頁52, 54-59。

⁹⁶⁴ 易繼明，〈民法典的不朽——兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰〉，《中國法學》，2004年第5期，頁52, 54。

⁹⁶⁵ 單飛躍、楊期軍，〈中國民法典生成的文化障礙——西方民法文化的反襯〉，《比較法研究》，2005年第1期，頁1, 9。

⁹⁶⁶ 易繼明，〈民法典的不朽——兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰〉，《中國法學》，2004年第5期，頁52, 60。

⁹⁶⁷ 葉微娜、胡小倩，〈「民法法典化與反法典化國際研討會」會議綜述〉，《華東政法學院學報》，2005年第4期，頁111。

⁹⁶⁸ 葉微娜、胡小倩，〈「民法法典化與反法典化國際研討會」會議綜述〉，《華東政法學院學報》，2005年第4期，頁112。

革開始了重新審視法典內容並加以重構的過程。⁹⁶⁹而且，一種來自法典內部的非法典化，也正在侵蝕傳統法典和諧的內在價值。奧科·貝倫茨教授說，《德國民法典》的最新修改不再遵循民法典人與人平等的精神，而是按照主體是否應受到保護原則將主體進行了新的劃分，這些修改觸及了法典的基本原則，是一種來自內部的非法典化趨勢。這種趨勢打破了法學傳統，將德國民法典引入一種新的趨勢，即對人們進行保護、控制及教育。這種分割風格，與《德國民法典》原先強調自由的風格迥然不同。他指出，《德國民法典》作為一部強調自由和獨立的「文化紀念碑」應受到保護，目前的非法典化趨勢對《德國民法典》的侵蝕應受到重視。⁹⁷⁰此種說法，對於傳統民法典來說，既是一種固守的力量，也可謂「誅心」之論：即便有法典之形式，但其私的理念與價值取向被修正，或未得以貫徹始終，也是一種法典的重新解構。正是在這種意義上，斯奇巴尼教授對中國大陸1986年《民法通則》充滿期許，「為我們提供了一個嶄新的、區別於傳統的‘總則’。它將指導正在進行的立法並協調今後的法典化工作。」⁹⁷¹

（三）小結

第四次民法典編纂工作獲得了大多數民法學者的支持，雖也有少數反對的聲音，但其爭論的焦點已然不同於前三次法典編纂。誠然，第四次民法典的制定既已啟動，就很難止步。但問題是：中國大陸是否為一種開放的民事權利及其保護方式提供了足夠的發展空間、社會氛圍和背景？是否已經或者能夠預見到市場經濟模式和市民社會形成以後的狀況？是否已經對中國大陸廣袤土地上的習慣、風俗、文化有了較好的瞭解？⁹⁷²歸納而言，就是兩個問題：一是中國大陸的社會現狀如何制約或決定了民法典的制定？二是歷史賦予了這部民法典什麼樣的使命，完成這一歷史使命是否具有可能性？⁹⁷³

第四次民法典起草工作，是以民法典編纂具有內在必要性和條件成熟論為理論假設而展開的。促成王漢斌副委員長在1998年1月13日決定立即編纂民法典的幾位民法學專家，⁹⁷⁴以及隨後的各種學術討論，在法典化熱情之下幾乎是眾口一詞。1998年《法律科學》雜誌設專欄討論中國民法典的制定中，只有個別學者提到了中國民法典的理論準備問題，大多學者都認為中國迫切需要一部民法典，且制定這樣一部民法典的條件已經成熟。⁹⁷⁵梁慧星教授從五個方面總結認為

⁹⁶⁹ 葉微娜、胡小倩，〈「民法法典化與反法典化國際研討會」會議綜述〉，《華東政法學院學報》，2005年第4期，頁110。

⁹⁷⁰ 這是2005年4月5日德國哥廷根大學民法學者奧科·貝倫茨教授應邀到中國社會科學院法學研究所作「德國民法典中的非法典化問題」學術報告時所表達的觀點。資料整理，王巨集宇、周梅。參見奧科·貝倫茨，〈德國民法典中的非法典化問題〉，《中國社會科學院院報》，資料來源，<http://www.cass.cn/webnew/file/2005041241126.html>（最後瀏覽日：2011/11/12）。

⁹⁷¹ 桑德羅·斯奇巴尼著，丁玫譯，〈法典化及其立法手段〉，《桑德羅·斯奇巴尼教授文集》，中國政法大學出版社，頁53, 66。論文原載《中外法學》2002年第1期。

⁹⁷² 易繼明，〈民法法典化及其限制〉，《中外法學》，2002年第4期，頁444, 458。

⁹⁷³ 易繼明，〈民法法典化及其限制〉，《中外法學》，2002年第4期，頁444, 459。

⁹⁷⁴ 參見梁慧星主編，〈中國民法典草案建議稿〉，法律出版社，序言第1—2頁。

⁹⁷⁵ 參見〈民法典，建設社會主義法治國家的基礎——專家學者談中國民法典的制定〉，《法律科學》，1998年第3期。

民法典制定的條件已經成熟；⁹⁷⁶王利明教授和徐國棟教授也在各自的場合表達了這種樂觀的期待；⁹⁷⁷劉凱湘教授認為的民法典誕生絕不是民法學家吶喊、呼籲的結果，絕不是立法者的臆造，而是立法條件已經成就的自然結晶。⁹⁷⁸只有少數學者對民法典表現出謹慎和理性的態度，認為是否制定民法典的問題，可能僅僅是一個可供選擇、且並非唯一選擇的命題，成文法典只是具有一種有限的合理性，並認為法典化是一個學術不斷積累和完善的過程，這一過程同時受到政治、經濟、文化等因素的制約，中國當下還不具備制定民法典的條件。⁹⁷⁹然而，這種條件不成熟的論調，在民法法典化的熱浪中，只是一個「不協調的」個別音符而已。在幾乎眾口一詞的條件成熟論的呼聲中，此次民法典編纂，便在沒有進行任何可行性研究和擬定任何「立法方案」的情況下，直接進入了法典體例的爭論。梁慧星教授對於當時的制定民法典三條思路的分析，也主要是建立在民法典體例設計的討論之上。此後，圍繞民法典的這三條思路的討論，在 2002 年《民法草案》出臺之前，就成爲了民法學界的熱點問題。⁹⁸⁰

三、從三條思路到兩種主義

（一）三條思路

梁慧星教授 2000 年撰文介紹了他正在參與的民法典制定工作中的三條思路：「鬆散式、邦聯式」思路、「理想主義」思路和「現實主義」思路。⁹⁸¹這三條思路，既有立法官員的看法，也有學者的觀點。分述如下：

所謂「鬆散式、邦聯式」思路，是由民法起草工作小組成員費宗禕所提出的，得到另外兩位成員江平教授和魏耀榮同志的贊同。按照這一思路，已經有了民法通則、合同法、擔保法、繼承法、婚姻法和收養法，正在起草物權法，把它們編在一起，也就成了中國大陸的民法典。無須按照嚴格的邏輯關係，也無須要求完整的體系；各部分相對獨立，相互之間構成鬆散式的、邦聯式的關係。

所謂「理想主義」思路，是徐國棟教授提出的，他稱之爲「理想主義思路」。這一思路，民法典分爲兩編：第一編人身關係法，第二編財產關係法。各編再細

⁹⁷⁶ 這五方面是，(1) 中國 20 年的經濟體制改革，市場經濟的發展已經達到相當的規模；(2) 改革開放以來的民事立法已經爲制定民法典提供了基礎和經驗；(3) 民事審判有了相當的發展，積累了豐富的實踐經驗，出現了一批司法解釋和判例；(4) 民法教學和理論研究已有相當發展；(5) 國家確定以公有制爲主體、多種所有制經濟共同發展，爲制定民法典奠定了經濟制度和經濟政策上的基礎。參見梁慧星，〈制定民法典的設想〉，《現代法學》，2001 年第 2 期。

⁹⁷⁷ 參見王利明，〈關於中國民法典制定的若干問題〉，《民商法研究》第 5 輯，法律出版社，頁 36；徐國棟，〈兩種民法典思路，新人文主義對物文主義〉，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四大論戰》，中國政法大學出版社，頁 140—143。

⁹⁷⁸ 參見劉凱湘，〈民法典——我國民事立法的必由之道〉，《法律科學》，1993 年第 5 期。

⁹⁷⁹ 參見易繼明，〈民法法典化及其限制〉，《中外法學》，2002 年第 4 期，頁 444—459。

⁹⁸⁰ 徐國棟教授繼而組織的申言爲「世界民法典編纂史上的第四次大論戰」的討論，對此起到了推波助瀾的作用。參見徐國棟編，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四次大論戰》，中國政法大學出版社，2001 年 10 月第 1 版。

⁹⁸¹ 參見梁慧星，〈當前關於民法典編纂的三條思路〉，《中外法學》，2001 年第 1 期。

分爲四個分編。第一編人身關係法再分爲：第一分編自然人法、第二分編親屬法、第三分編法人法、第四分編繼承法；第二編財產關係法再分爲：第一分編物權法、第二分編債權法總則、第三分編各種合同、第四分編知識產權法。另外，在法典開頭設一個序編，規定法律行爲、代理、時效等，徐稱之爲「小總則」。在法典後面設一個附編，規定國際私法。這一編纂思路有三個特點。第一個特點是「回到羅馬法」。爲什麼分爲人身關係法和財產關係法兩編？因爲羅馬法就是分爲「人法」和「物法」兩部分；徐設計的人身關係法，對應於羅馬法的「人法」；財產關係法對應於羅馬法的「物法」。由於羅馬法上就是「人法」比「物法」重要，「人法」在前、「物法」在後，所以人身關係法應該安排在第一編，財產關係法應該安排在後面。第二個特點是以法國式三編制爲基礎。因爲法國式三編制，是採納羅馬法著名學者蓋尤士《法學階梯》的結構：人法、物法、訴訟法。只是法國民法典將訴訟法排除在外，將物法區分爲兩編，這就是法國民法典的三編制：人、財產、財產的取得方法。徐國棟教授認爲，法國式三編制深得羅馬法的本意，突出民法的「人法」色彩。德國民法典從各編抽象出共同的規則和制度，創設總則編，使民法淪爲財產法，人被淹沒了。因此徐國棟教授認爲德國式五編制是敗筆，不足采。第三個特點是以重要性爲標準。按照徐國棟教授的思路，什麼制度應當安排在民法典上，什麼制度應當安排在民法典之外，在民法典上什麼內容應當在前，什麼內容應當在後，純以該制度的重要性爲標準。人身關係法，直接體現人的尊嚴和人權，當然比財產法重要，因此安排在第一編。第一編內部，自然人最重要，在第一分編；其次是親屬法，在第二分編；法人法，在第三分編；繼承法本屬於財產法，但系以人身關係爲基礎的財產法，因此比普通財產法重要，安排在第四分編，表明其重要性低於前三個分編而高於第二編普通財產關係法。在第二編內部，爲什麼物權法在前，因爲物權比債權重要。徐國棟教授特別談到日本學者的《債權的優越地位》一書，徐認爲該書顛倒了物權與債權的重要性，是錯誤的。再如，知識產權法爲什麼要安排在民法典上，因爲知識產權法重要。民法起草工作小組內部也有同樣主張，例如認爲人格權重要，因此應獨立設編；知識產權重要，因此應當規定在民法典上。

所謂「現實主義」思路，是梁慧星教授主張的編纂民法典的思路。這一思路從中國的實際出發，以德國式五編制和《民法通則》作爲基礎，設總則、物權、債權總則、合同、侵權行爲、親屬和繼承七編。這一體例，堅持民商合一；人格權不專門設編；維持物權與債權概念；將知識產權和涉外民事關係的法律適用排除在民法典之外，或爲各單行法（知識產權部分），或爲國際私法專門立法。梁慧星教授認爲，其思路的重點在於三點：第一，從中國大陸的實際出發。中國大陸的實際是多方面的，首先是經濟形態和經濟制度，然後是民族的傳統和法律的傳統。另外，國民素質和法官隊伍素質。如果我們的法律是「鬆散式」的，是「邦聯式」的，缺乏體系性和邏輯性，則人民難以瞭解和掌握法律，法官難以操作和判決案件，怎麼能夠保障裁判的公正性和統一性？從實際出發，還應注意：法學教學和法學理論研究的實際，教學和理論研究所採用的概念、原則、制度和理論的體系；還應注意到法官和律師是按照大陸法系特別是德國法的概念、原則、制度和理論的體系進行思維和推理；改革開放以來的立法包括《民法通則》《合同法》和《擔保法》等，所採用的概念、原則、制度和理論的體系是德國式的。第二，以德國式五編制和民法通則爲編纂的基礎。編纂民法典應當以《民法

通則》為基礎，以德國式的概念體系和權利體系為基礎。第三，適應本世紀以來社會生活的新發展，借鑒 20 世紀最新的立法經驗。要重視和參考 20 世紀新的民法典如荷蘭、俄羅斯、蒙古以及其他國家新民法典的經驗。⁹⁸²

（二）兩種主義：物文主義與人文主義

梁慧星教授此文發表之後，徐國棟教授撰文商榷，並專門組織學者對此加以回應。⁹⁸³徐國棟教授認為，「鬆散式、邦聯式」主張不搞民法典，實際上不是民法典編纂思路，而是反民法典的思路。因此，嚴格說來，只有「理想主義」與「現實主義」兩種思路。現實主義指充分利用現有的資源制定民法典的主張，此等資源有二：其一，我國現有的民事立法，如《民法通則》《合同法》《擔保法》等；其二，德國式的概念體系和權利體系，因為它們自清末繼受大陸法系以來，已成為中國法律傳統的一部分，不宜更改。不難看出，這種現實主義有新瓶裝舊酒的意味；質言之，它是法律彙編與法典編纂之間的中道，目的在於在不十分震盪現有民事立法的情況下制定民法典，避免大動作。理想主義，指最大化地利用法典編纂的立法性，充分改造我國民事立法的結構和思想基礎，與法律彙編拉開距離，實現中國大陸民事立法的現代化。為何如此主張？理由有四：其一：遵循繼受法國家制定民法典的普遍規律。其二，為了中華民族的光榮。其三，制定民法典的政治條件的有利變化。其四，學者從理想出發考慮問題的權力。進一步而言，徐國棟教授指出，其與梁慧星教授所提出的方案之差別，不僅是形式上的差別，而且更是實質上的差別。坦率地說，梁老師介紹其方案的文章以及近來的著述透露出濃烈的物文主義氣息，與我的民法典草案的新人文主義精神形成對立。因此，中國大陸民法典兩種起草思路的競爭，從形式上看，是理想主義與現實主義的競爭；從實質來看，更是新人文主義與物文主義的競爭。後一方面是大是大非問題，不討論清楚這一問題，民法典必定無法在理論上站立起來。新老人文主義的區別何在？兩種人文主義都強調人的中心地位，但有兩點不同：第一，認識論上的區別。如果說老人文主義的認識論特點是絕對主義，即對人類認識能力的狂信，那麼，新人文主義的認識論的特點是對人類認識能力持有所知和有所不知的評價；基於後一種可能，應允許民法典保持開放性結構，賦予法官廣泛的自由裁量權發展法律。第二，對人的地位認識的區別。老人文主義認為人是世界的唯一中心，強調征服自然；新人文主義認識到人與環境的依賴關係以及與其他生靈的夥伴關係，強調人與自然的和諧，尊重下一代人的權利、動物的權利。概言之，老人文主義是樂觀取向的；新人文主義是悲觀取向的。

物文主義是以物為世界之中心的觀點，它與一些既有的理論如商品拜物教、商品經濟的民法觀和舊唯物主義都有關聯，表現為把物法前置於人法，即所謂的物法前置主義。不論在德國還是日本，在民法典結構之宏觀上，採用的都是物文主義；而在總則內部結構之微觀上，還是採用的人文主義。因此，無論是德國民法典還是日本民法典，都只是半個物文主義者，即宏觀上的物文主義者。徐國棟

⁹⁸² 梁慧星，〈當前關於民法典編纂的三條思路〉，《中外法學》，2001 年第 1 期。

⁹⁸³ 參見徐國棟編，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四次大論戰》，中國政法大學出版社。

教授認為，從梁慧星教授設計民法典的總則、物權、債權總則、合同、侵權行爲、親屬、繼承之順序來看，這一民法典基本上是個財產關係法典，看不出主體的地位何在。但在該大綱的總則中，主體的地位如何就看得出來了。該總則在章的層次的結構是這樣的：（1）一般規定；（2）權利客體（就是規定的物）；（3）權利主體——自然人；（4）權利主體——法人；（5）法律行爲（後面的部分從略）。這是一個赤裸裸的「物壓在人頭上」的設計。⁹⁸⁴由此，徐國棟教授認為是找到了民法典編纂問題的埠，以此祭起「人文主義」的大旗。

（三）衍生問題：兩種主義之衡量標準與總則編之保留

由兩種主義之爭所衍生出來的問題，包括人格權是否獨立成編、人格權是一種憲法性權利還是民事權利、總則編是否保留、體例安排的標準等。這裏，就編章安排的衡量標準和總則是否保留，進行簡要說明。

梁慧星教授認為，徐國棟教授所謂人文主義與物文主義之論，其實是民法典編纂是以「重要性」爲標準還是以「邏輯性」爲標準的問題。徐國棟教授的這種體例安排，以「重要性」爲標準，凡是重要的民法制度都應當納入民法典，民法典的編章安排也以重要性爲標準，重要的制度在前，反之則在後。⁹⁸⁵他認為應該以「邏輯性」作爲標準，將整個民事生活領域的共同規則、基本制度規定在民法典之中，而將特殊領域、特殊市場、特殊關係的特殊的規則與制度，制定爲民事特別法，保留在民法典之外，民法典的編章順序也以邏輯性爲准。⁹⁸⁶

徐國棟教授設計的「小總則」即「序編」被認為是「反總則派」；而以德國法爲基礎的設計，都爲「總則派」。實質上，法國民法典之所以顯得雜亂而德國民法典之所以顯得清晰，其基本原因在於前者沒有嚴格區分物權與債權，亦未設置總則。故可斷言，決定法典整體結構風貌的關鍵在於是否設置法典「總則」；而是否設置法典「總則」的關鍵，又在於立法者運用抽象技術的方法或者所達到的程度是否足以產生設置總則的動機和條件。僅就技術方面而言，至少有三個具體原因使德國民法典不能不設置其總則：（1）身份權的獨立與「人法」的分裂；（2）物權與債權的區分與「物法」的分裂；（3）法律關係理論與法典體系的建構。《德國民法典》設總則編，不過是一種邏輯思維方法及立法技術運用的必然結果，其本身並不包含任何價值判斷。鑒此，有關對播德克吞體系「重物輕人」的批評，至少存有下列謬誤：一是「人法」概念的混淆；二是「身份」概念的混淆。綜合而論，中國大陸民法典總則編的設置仍然必要：首先是總則編的體系價值，因爲物權與債權的嚴格區分、身份法獨立、知識產權及其他無形財產權尚無

⁹⁸⁴ 徐國棟，〈兩種民法典起草思路，新人文主義對物文主義〉，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四次大論戰》，中國政法大學出版社，頁 137-183。此文後又收錄於氏著，《民法典與民法哲學》，中國人民大學出版社，頁 226-273。

⁹⁸⁵ 參見徐國棟，〈民法典草案的基本結構——以民法的調整物件理論爲中心〉，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四次大論戰》，中國政法大學出版社，頁 57-104。徐國棟，〈兩種民法典起草思路，新人文主義對物文主義〉，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四次大論戰》，中國政法大學出版社，頁 137-183。

⁹⁸⁶ 梁慧星，〈當前關於民法典編纂的三條思路〉，《中外法學》，2001 年第 1 期。

所依，需要總則加以統攝；二是總則編的制度整合，以法律行為制度統帥民事活動中的一般行為模式，適用於合同行為之外的各種單獨行為，簡便而靈活；三是制度成本的考慮，《民法通則》施行以來已然形成事實上的民法總則編之雛形。當然，更為重要者，2002年民法草案已經使得民法典中設置總則編已成定局。⁹⁸⁷

（四）小結

從「三條思路」到「兩種主義」的爭論，並不像徐國棟教授所誇張的那樣，認為它本質上反映了哲學上對市民法「新人文主義」精神的理解，是新人文主義對物文主義之爭。徐國棟教授認為物法前置會將人的主體性淹沒的說法，僅僅只是看到了事物的表像。如果一定要循著這種思路分析下去，我們同樣也不難得出這樣的一個結論：將人身關係法前置，也會制約人的發展，使已經「獲得解放了的」人再次回到一個充滿身份約束的世界中去。而這，正是近代法所要竭力避免的。因為人身關係法雖然會對人格權進行一些規範，但更多的是以身份為主的內容；民法典一開始便將人置身於其中，實際上是制約和限定了人的自由發展。近代人權運動的主要成就就在於：將人從家庭或家族中解放出來，使之成為一個具有更多社會意義的、生機勃勃的、自由的個體的人。這種社會意義上的人，在民法規範中，更多的是通過獲得或利用財產、與他人進行交易中實現的。因此，如果循著徐國棟先生的這種思路和分析方法，更進一步地分析，我們完全可以得出一個與他所要強調的內容相反的結論。⁹⁸⁸

實際上，在現代民法豐富而複雜的現象中，它至多只是民法典外部結構的安排問題；而這種安排，也更多的是關注民法在形式上的邏輯性和視覺上是否具有美感。謝鴻飛博士差一點就觸及到了這個問題的實質所在。他發現了一個「很有意義的現象」：在採取人法前置的國家，一般是沒有總則的，比如法國民法典、瑞士民法典、義大利民法典、荷蘭民法典等等；而採取物法前置的民法典，一般都設總則，比如德國民法典、日本民法典、我們民國時期民法典及俄羅斯聯邦民法典等等。⁹⁸⁹可惜，謝鴻飛博士沒有繼續追問下去。⁹⁹⁰為什麼會出現這種現象？因為民事法律關係涉及到主體、客體和法律行為三大要素，這是規範民事活動的前置性要素；從邏輯上看，不論是否設立「總則」編，關於「主體」（自然人與

⁹⁸⁷ 尹田，〈民法典總則與民法典立法體系模式〉，《法學研究》，2006年第6期。

⁹⁸⁸ 這裏要特別說明的是，自西塞羅開創的兩分法的思維方式和羅馬法中關於人法前置的模式，是有其深厚的古代法中身份性質的社會背景的。分析法律現象，同樣不能脫離一定的歷史和社會背景。關於徐國棟先生的論述，參見徐國棟，〈民法典草案的基本結構——以民法的調整物件理論為中心〉，《法學研究》，2000年第1期；徐國棟，〈兩種民法典起草思路，新人文主義對物文主義〉，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四次大論戰》，中國政法大學出版社，頁137-183。

⁹⁸⁹ 參見謝鴻飛，〈論人法與物法的兩種編排體例——兼求教于徐國棟先生〉，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四次大論戰》，中國政法大學出版社，頁275, 318。

⁹⁹⁰ 謝鴻飛博士敏銳地發現了這種法律現象，但他卻馬上轉入了是否設立總則和人法是否獨立的問題的討論上。作為一篇回應性質的文章，這種論述顯然是不夠的；當然，正如他在文章開篇所述，他的這篇文章僅屬「讀書劄記」一類，不可苛求。謝鴻飛，〈論人法與物法的兩種編排體例——兼求教于徐國棟先生〉，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四次大論戰》，中國政法大學出版社，頁275-331。

法人)的規範都必須前置，這是民事法律關係展開的邏輯起點，也是人類思維的一種習慣。因此，設立大的總則編，將主體規範納入其中，就解決了這個邏輯前提；而沒有大的總則，也必須將主體規範放入人法或人格權法之中並置於民法典的前面，以便為下面的民事規範提供邏輯基點。徐國棟教授所謂「微觀人文主義」與「宏觀物文主義」之說，純屬牽強附會，無稽之談也。這樣，我們便豁然開朗了：徐國棟教授也不必誇大其兩編制結構的「哲學含義」；退一步地講，我們同樣可以將他的這種安排理解為「八編制」。⁹⁹¹同樣，我們也就能夠理解王利明教授主張的在保持大的總則編前提下設立專門的「人格權編」所表現出來的單薄及其與其他編章的不協調現象。⁹⁹²當然，這裏並不是要說明我們應當或如何編制民法典的體例，而是要說明，當代立法的根本問題是在「三條思路」和「兩種主義」這些外部形式的討論之外。質言之，當前中國大陸制定民法典根本性問題並不是在這種外部體例與結構的安排問題上，也不是「先長頭髮，後梳辮子」⁹⁹³的問題，而是我們是否存在長出滿頭「黑又亮」的頭髮的養分、土壤和環境。這一問題，事實上又回到了前面論述的民法典編纂條件是否成熟的問題。

⁹⁹¹ 徐國棟先生在 1998 年 12 月便完成了他主持的民法典草案學者建議稿的民法典結構。他的結構雖稱「兩編制」，但實際內容是「八編制」。他的具體結構如下，

序編 小總則
第一編 人身關係法
第一分編 自然人法
第二分編 法人法
第三分編 親屬法
第四分編 繼承法
第二編 財產關係法
第五分編 物權法
第六分編 知識產權法
第七分編 債法總論
第八分編 債法各論
附編 國際私法

不難看出，這種安排實質上是八編制的體例安排。而且，在這個「八編制」中進行人為的兩分法加以割裂，反而產生了令人費解的端由，繼承法雖然是以身份為基礎，但它更多的是一種財產的處理和分配；知識產權法雖然在很多情況下（特別是在交易或世界貿易中）被作為一種智慧財產看待，但它卻具有強烈的人身權利性質。究其實質，徐國棟先生更多地看到了人與物對立的一面，而沒有看到二者同時也是統一的、密不可分的。其實，黑格爾早就論述了人（人格）與財產所有權的不可分離性。參見徐國棟，〈民法典草案的基本結構——以民法的調整物件理論為中心〉，《法學研究》，2000 年第 1 期；易繼明，〈評財產權勞動學說〉，《法學研究》，2000 年第 3 期；易繼明、李輝鳳，〈財產權及其哲學基礎〉，《政法論壇》，2000 年第 3 期；黑格爾著，范揚、張企泰譯，《法哲學原理》，商務印書館，頁 50 以下。

⁹⁹² 王利明教授關於設置民法典總則編的專門論述，尚未見到；但是，從相關文章的論述中我們不難發現，他主張將主體制度規範納入總則編。同時，他主張人格權編主要對人格權的一般規定和具體人格權進行規範。另外，王利明教授主持的「中國民法典·人格權編」為總則編後的「第二編」。全編分兩章共 70 條。具體內容，請參見中國人民大學民商事法律科學研究中心 2002 年 3 月 8 日編制《中國民法典·人格權編》；課題負責人為王利明教授；撰稿人為王利明和楊立新兩位教授。關於王利明先生的相關論述，參見王利明，〈論中國民法典的制定〉，《政法論壇》，1998 年第 5 期；王利明，〈論中國民法典的體系〉，《民商法研究》第 5 輯，法律出版社，頁 37—64。

⁹⁹³ 這是法工委一位官員說的話，意在強調先不爭論體例、形式，先將各部分編纂出來，再來梳理、協調。

四、是制定物權法還是制定財產法？

在全國人大的立法規劃中，《物權法》的制定和民法典的編纂，是同步進行的。在《物權法》制定過程中，發生過是制定《物權法》還是制定《財產法》的爭議；在後續的民法典編纂過程中，涉及這一命題的「現實的核心」轉化為「知識產權法」（或「知識產權」）是否納入民法典並獨立成編的問題，這也是民法典編纂過程中的焦點問題之一。

（一）爭議之引發

正當《物權法》制定如火如荼之際，2001年6月、7月和9月，中國社會科學院法學研究所鄭成思教授在本院呈送中央高層領導的內刊《中國社會科學院要報》上，接連撰文指出，中國大陸不應當制定《物權法》，而是應當制定《財產法》。⁹⁹⁴此事，引起了他的同事、民法起草工作小組成員、正接受委託起草《物權法（草案）》專家建議稿的梁慧星教授的高度關注。梁慧星教授認為，「鄭成思教授選擇該刊而不是選擇一般學術刊物連續發表此三篇文章，一下子就將此事關民事立法、事關民法學術的重大問題，提交國家最高領導層，寄希望于最高領導層的權威以解決問題，而有意回避學術爭論。」⁹⁹⁵於是，梁慧星教授寫了一篇進行商榷的長文。起先，擬在該內刊上發表，但因故未果；後來，在中國民商法律網上發表，並由《私法》刊載紙質版。⁹⁹⁶就此，鄭成思教授回應稱，他的確通過《中國社會科學院要報》三次提出過對物權法的異議；但是，其中的內容，在此之前已在公開的學術報刊及出版物上發表，並早已引起過討論。因此，梁慧星教授稱他「不付諸學術討論而一下子就提到中央要求裁決」「回避學術問題」等說法，歪曲了事實。同時，中國社科院院所兩級一向鼓勵科研人員將研究成果以短文形式在內刊《中國社會科學院要報》上刊載，以供決策者參考，這是一種正常的途徑。恰好相反的是，「立法最後採用哪一個用語都可以，關鍵是要把問題討論清楚。如果不允許討論問題，或者只允許按照某個人同意的方式討論問題，否則就是大逆不道，那麼學術是不可能提高的。從有的極為憤怒者的長篇大論看，其中有些問題仍舊沒有搞清楚。而真正想弄清問題，要靠事實、靠不過時的資料的佔有和冷靜的分析。離開了這些，即使再多用幾百個‘！’，也只能使讀者停留在‘？’上。」⁹⁹⁷此後，應鄭成思教授的要求，《私法》又刊載了鄭成思教授及其弟子薛虹博士、黃暉博士在該內刊上發表的三篇文章及相關回應。⁹⁹⁸受此事件的

⁹⁹⁴ 這三篇文章分別是，〈關於制定「財產法」而不是「物權法」的建議〉，《中國社會科學院要報，信息專版》第41期，2001年6月8日；〈關於法律用語、法律名稱的建議〉，《中國社會科學院要報，信息專版》第54期，2001年7月6日；〈再談應當制定「財產法」而不是制定「物權法」〉，《中國社會科學院要報，信息專版》第62期，2001年9月7日。

⁹⁹⁵ 梁慧星，〈是制訂「物權法」還是制訂「財產法」？〉，《私法》第2輯第2卷（總第4卷），北京大學出版社，頁1, 3。

⁹⁹⁶ 梁慧星，〈是制訂「物權法」還是制訂「財產法」？〉，《私法》第2輯第2卷（總第4卷），北京大學出版社，頁1-54。

⁹⁹⁷ 鄭成思，〈幾點事實的澄清及我的總看法〉，《私法》第4輯第1卷（總第7卷），北京大學出版社，2004年6月第1版，頁1, 1-2。

⁹⁹⁸ 鄭成思、薛虹、黃暉，〈是制定「物權法」還是制定「財產法」？〉，《私法》第4輯第1卷（總第7卷），北京大學出版社，2004年6月第1版，頁1-18。

影響，2002年1月11日全國人大常委會法工委召開的專家座談會上，要求大家不要再爭論，並委託鄭成思教授領銜起草民法典「知識產權編」（或曰「知識產權法編」）專家建議稿。

（二）物權抑或財產權？

鄭成思教授認為，中國大陸應該採用「財產權」的概念。有些民法教材認為民法調整的關係包括人與物的關係。⁹⁹⁹但是，人與物之間的關係屬自然科學的研究範疇，法律等社會科學領域應當關注人與人之間的關係。這些教材將財產法規範的關係歸納為「人與物之間的關係」，這犯了把現象當成本質的錯誤。其實，該現象背後的實質是該人同其他一切人的關係，因而財產權調整的是人與人之間的關係。引入「物權」而非「財產權」概念，可能導致「見物不見人」的後果。例如，信託制度就無法納入債權篇或物權篇中，學者的觀點應當隨時間發展而變化，而不能墨守陳規。¹⁰⁰⁰19世紀初《法國民法典》起草時，起草者因意識到法律不可能調整人與物的關係，而更改「物法」部分為「財產法」，這與19世紀初歷史唯物主義處於上升階段有關係；而《德國民法典》採用「物權」概念，則與19世紀末歷史唯物主義處於低谷的事實有關。¹⁰⁰¹至於「財產權」的定義，鄭成思教授認為應嚴格限定在對世權，不應包括債權。¹⁰⁰²

梁慧星教授認為，中國大陸應該採用「物權」的概念。中國大陸學者無論採納改革開放前的一定的財產關係和人身非財產關係說，還是改革開放後的商品經濟關係說、一定範圍的財產關係和人身關係說，都始終如一地堅持民法調整人與人之間的關係。關於物權的本質，有「對人關係說」、「對物關係說」和「折衷說」三種觀點。學者們主要採取的是「對人關係說」；即使採取「折衷說」，也從未停止對「對物關係說」的批判。鄭成思教授將歷史唯物主義當作標籤貼到《法國民法典》和《德國民法典》上的做法，不甚妥當；應當關注各自的法律傳統和法學學術背景。法國之所以不使用「物權」概念，是因為採用了羅馬法上廣義的物的概念，認為自然界中存在的一切東西都是物；而財產是對人有益並處於其所有權之下的物，而不像鄭成思教授所說是因為起草人認識到法律不可能調整人與物之間的關係。至於債權與財產權的關係問題，對於採取狹義財產權概念即認為財產權是以有體物為客體的支配權的英美法系國家的民法，債權編與財產權編是分立的；但對於採用廣義財產權概念即認為財產權包括物和物上的權利的大陸法系而言則不同，債權歸屬於財產權。事實上，英美法系的財產權就相當於大陸法系的

⁹⁹⁹ 參見梁慧星，〈民法總論〉，法律出版社，2001年5月第2版，頁7。此後梁慧星教授修訂這部教材時，並未對此進行修訂。參見氏著，2007年7月第3版，頁6。

¹⁰⁰⁰ 鄭成思，〈關於制訂「財產法」而不是「物權法」的建議〉，《私法》第四輯第1卷（總第7卷），北京大學出版社，頁3，3-6。

¹⁰⁰¹ 鄭成思，〈關於法律用語、法律名稱的建議〉，《私法》第4輯第1卷（總第7卷），北京大學出版社，頁16，17。

¹⁰⁰² 鄭成思、薛虹，〈再談應當制訂「財產法」而不是制訂「物權法」〉，《私法》第4輯第1卷（總第7卷），北京大學出版社，頁7，8。

物權。¹⁰⁰³

(三) 物權法抑或財產法？

鄭成思教授認為，中國大陸應當制定《財產法》。制定《財產法》而不是《物權法》的根本原因在於，物在財產中的比例已經很小；且「物」這一概念缺乏彈性，難以囊括無形的知識產權以及無形的服務，從而導致以「物權」為起點的立法將這些社會財富的主要部分排除在外。另外，並不存在所謂德國「物權」關係明晰而法國「財產」關係混亂的狀況，只要不把「財產權」作為統轄債權、物權的「上位概念」，就不會打亂中國大陸民法的體系。¹⁰⁰⁴

梁慧星教授認為，中國大陸應當制定《物權法》。雖然人類已進入知識經濟時代，但有體物在財產中仍具有重要地位。對於「服務」，無論採用英美法系民法的狹義財產概念，還是採用大陸法系民法的廣義財產概念，均難以涵蓋；服務的客體是行為，應納入債權範疇。梁慧星教授稱，他建議制訂一部有形財產歸屬關係的基本法律（《物權法》），並沒有以「有體物」或「物權」容納知識產權的意圖；對於知識產權，中國大陸已有《專利法》《商標法》和《著作權法》，這三部法律可作為將來制定的民法典的特別法。¹⁰⁰⁵

(四) 知識產權是否獨立成編？

鄭成思教授是知識產權學者，梁慧星教授是傳統民法學者，他們之間的爭論或多或少地帶有新興知識產權與傳統民法之間的分歧。不過，從立法和司法適用來看，兩者的分歧似乎並不大。《民法通則》第5章「民事權利」之第三節，專門規定了知識產權。1986年《民法通則》所規定的知識產權權利體系包括著作權（版權）、專利權、商標權、發現權及「其他科技成果權」；「其他科技成果權」，按照《民法通則》第97條第2款文字，可以更加詳細地表達為「公民因其他發明或其他科技成果而享有的權利」。毫無疑問，《民法通則》對於民事權利的規定形成了一個開放的權利體系。隨著中國大陸加入更多的知識產權國際條約和更多的民事單行立法，「其他科技成果權」之概括性規範中，又增加了積體電路布圖設計權、地理標記權、原產地名稱權、動植物新品種權、商業秘密及反不正當競爭形成的權利等具體權利，以致知識產權法定主義之下出現了「類型化不足」問題。而知識產權權利爆炸或擴張尚不及時之時，司法適用中借重傳統民法理論及規範，也是實踐中的一個基本手段。¹⁰⁰⁶

那麼，民法典的編纂中，是否要納入或設知識產權編？傳統民法學者對此也

¹⁰⁰³ 梁慧星，〈是制定「物權法」還是制定「財產法」？——鄭成思教授的建議引發的思考〉，《私法》第2輯第2卷（總第4卷），北京大學出版社，頁1，10-49。

¹⁰⁰⁴ 鄭成思、薛虹，〈再談應當制訂「財產法」而不是制訂「物權法」〉，《私法》第4輯第1卷（總第7卷），北京大學出版社，頁7，9。

¹⁰⁰⁵ 梁慧星，〈是制定「物權法」還是制定「財產法」？——鄭成思教授的建議引發的思考〉，《私法》第2輯第2卷（總第4卷），北京大學出版社，頁1，49-54。

¹⁰⁰⁶ 易繼明，〈知識產權的觀念、類型化及法律適用〉，《法學研究》，2005年第3期，頁110，116-125。

是觀點紛呈。王家福教授是持肯定態度的。在審議 2002 年民法草案時，他提出其不足之一就是沒有設「知識產權編」。他說，「民法典應包括知識產權編，要特別強調加強對創新的保障。」¹⁰⁰⁷在中國政法大學組織的中國民法典論壇上，他也明確提出，知識產權放在傳統物權編不好放，「我想，財產就寫兩大編：一編是無形財產；一編是有形財產。它們都是絕對的、排他性的權利，都是人特別需要的權利。」¹⁰⁰⁸徐國棟教授認為，《德國民法典》採用有體物主義，不能容納作為無體物的知識產權，使之游離於民法典之外，已經不合時宜。知識產權作為無體物，應該被納入了物權編作為無體物規定。但考慮到知識產權具有不同於通常的無體物的特點，例如，一個知識產權可以同時由許多人利用、可以大量複製、出賣知識產權產品不移轉標的物的知識產權、其法律規則具有很強的技術性等，因此作為一種特殊的所有權，他主持起草的民法草案專家建議稿將知識產權作為一編，放在物權編之後，既昭示知識產權與普通物權的聯繫，又揭示二者之不同。¹⁰⁰⁹王利明教授也不贊成將知識產權制度全部納入民法典，因為知識產權制度本身龐雜，實體規範與程式性規範雜糅期間，妨礙民法典內部的和諧一致；同時，知識產權本身一個開放式的體系，在法典編纂中將其固化，反而不利於知識產權的發展。不過，王利明教授倒是贊成將知識產權共同規則或者是知識產權權利客體放在民法典之中：一是起到民事權利宣示作用；二是特別法不宜分散規定的，民法典可以規定。¹⁰¹⁰梁慧星教授還是堅持他的觀點，不主張設知識產權編。他認為，原封不動地把《專利法》《商標法》《著作權法》三部法搬進來，實質意義不大；而從中抽象出若干條重要的原則和共同的規則置於民法典之中，也起不來多大作用，因為法官判案還是適用特別法。而且，知識產權法涉及國際紛爭較多，且隨著科技的進步，須不斷修改，放在民法典不合適。因此建議《專利法》《商標法》和《著作權法》作為民法典之外特別法。¹⁰¹¹這幾位有代表性的傳統民法學者，雖並不研究知識產權，但均認同知識產權之一種民事權利；不過，在體例上是否納入民法典，卻也分三種主張：整體納入說、共同規則說、權利鏈結說。

在傳統民法學者中，整體納入說的代表人物是王家福教授、徐國棟教授等；全國人大法工委有些立法官員如何山等，也持這一觀點。《越南社會主義共和國民法典》采此例，設「智慧產權與技術轉讓」專編。¹⁰¹²共同規則說，是將知識

¹⁰⁰⁷ 參見李鵬，〈立法與監督——李鵬人大日記〉（下），新華出版社、中國民主法制出版社，頁 745-46。

¹⁰⁰⁸ 這是王家福教授在中國民法典論壇之第三場「物權法、知識產權法與中國民法典」（2002 年 11 月 26 日）上的發言。本場之主講嘉賓是王家福教授、費宗禕法官兼任教授、鄭成思教授；主持人是費安玲教授。王衛國主編，《中國民法典論壇（2002——2005）》，中國政法大學出版社，頁 55, 72。

¹⁰⁰⁹ 徐國棟，〈民法典草案的基本結構——以民法的調整物件理論為中心〉，《法學研究》，2000 年第 1 期，頁 52-53。又參見其主持的《綠色民法典草案》第 6 分編，社會科學文獻出版社，頁 397 以下。

¹⁰¹⁰ 王利明，〈我國民法典重大疑難問題之研究〉，法律出版社，頁 46-49。

¹⁰¹¹ 梁慧星，〈當前關於民法典編纂的三條思路〉，《中國民法典起草思路論戰》，中國政法大學出版社，2001 年版，頁 3, 15-16。

¹⁰¹² 1995 年《越南社會主義共和國民法典》分總則、財產與所有權、民事債務與民事合同、繼承、土地使用權的移轉、智慧產權與技術轉讓、涉外民事關係 7 編，共 838 條。其中，第 6 編智慧產權與技術轉讓中，設著作權、工業產權、技術轉讓三章；事實上，商標權、積體電路布圖設計權、動植物新品種權等知識產權內容，也未納入民法典。中文譯本，參見吳尚芝譯，盧蔚秋校，

產權各單行法之共同規則、共同原理及其它一般規定放在民法典中，但《專利法》《著作權法》《商標法》等主要知識產權單行法仍置於法典之外，作為民法典之特別法。權利鏈結說，則僅在民法典總則編，在宣示民事權利時表述知識產權，使得民法典與知識產權構成一種權利體系上的鏈結。王利明教授認為，采共同規則說或權利鏈結說，對於民法典和知識產權各單行法，都是一種比較好的選擇。而梁慧星教授是一個較為堅定的反對派，在民法起草工作小組多數人贊成民法典中設知識產權編時，他反對；在 2002 年 4 月 19 日法工委召開民法典草案專家討論會上，他和鄭成思教授反對。¹⁰¹³不過，很難說梁慧星教授等這種反對的做法，對權利鏈結說也持反對態度。因為權利鏈結說只是在民法典中建立一個以「民事權利」為埠的鏈結點；以此為作為「鏈結點擊」，傳統民法典對知識產權有私權形式上之統轄，而又沒有實質上的衝擊，對傳統民法與新興知識產權來說是一種相安無事的做法。¹⁰¹⁴

這三種不同的立法主張，在知識產權學者中也有不同的表現。韋之教授積極支持民法典單獨設立知識產權編。他認為知識產權納入民法典，一是對知識經濟時代的響應；二是有助於協調知識產權法和整個民法體系的關係，加強民法對知識產權法的原則指導和邏輯支援作用，促進知識產權法的進一步完善；三是有助於完善民法典的體系結構，豐富傳統民法的具體制度和理論研究。¹⁰¹⁵與韋之教授不同的是，兩位著名的知識產權學者鄭成思教授和吳漢東教授起初都不希望將知識產權編置於民法典之中。不過，在經過立法部門的協調之後，都積極地參與了民法典知識產權編的專家建議稿的起草。鄭成思認為知識產權是私權，即使是具有特殊性，也「是民法裏邊」特殊；不過，他又說，「從一開始我是反對的，我說沒法往裏擱。」¹⁰¹⁶但是，後來基於幾個理由，同意了：一是想其編纂《知識產權法典》的設想短期內不可能實現，「如果這次不與民法典一起起草，不借光、不搭車，就沒你的事了。」二是，可以借助民法典制定的機會，把一些自己在過去知識產權各單行法上沒有實現的設想（「私貨」）塞進去，「搭上沒壞處」。三是為了使民法典的立法者不要忘記知識產權，「在起草民法典的過程中，儘量起草一些東西，它看起來並不是知識產權特有的。抽象出一些真正該抽象的東

中國法制出版社。

¹⁰¹³ 參見梁慧星，〈中國對外國民法的繼受〉，《中國民事立法評說，民法典、物權法、侵權責任法》，法律出版社，頁 3, 13。

¹⁰¹⁴ 曹新明教授說，鏈結模式在民法典中為知識產權設置一個鏈結點，通過對這個鏈結點的點擊便可以與知識產權相鏈結，其優點非常突出，第一，肯定了知識產權法是民事法律規範的一個組成部分，知識產權是私權，是民事權利體系中的一種權利；第二，對傳統的民法典體例或者結構基本沒有影響，既不會破壞傳統民法典優美的結構體例，又不會損害知識產權法律體系自身的結構體例，同時又將知識產權法與民法典進行了有效的連接；第三，既不影響民法典應有的穩定性，又不妨礙知識產權法固有的多變性。參見曹新明，〈知識產權與民法典連接模式之選擇——以〈知識產權法典〉的編纂為視角〉，《法商研究》，2005 年第 1 期，頁 31-32。

¹⁰¹⁵ 韋之、彭聲，〈論知識產權納入未來民法典的理由〉，《電子知識產權》，2004 年第 6 期，頁 14-16。

¹⁰¹⁶ 這是鄭成思教授在中國民法典論壇之第三場「物權法、知識產權法與中國民法典」（2002 年 11 月 26 日）上的發言。本場之主講嘉賓是王家福教授、費宗禕法官兼任教授、鄭成思教授；主持人是費安玲教授。王衛國主編，《中國民法典論壇（2002——2005）》，中國政法大學出版社 2006 年 9 月第 1 版，頁 55, 61-63。

西。」¹⁰¹⁷吳漢東教授也是反對將知識產權納入民法典的；後來參加了全國人大法工委召開的民法典草案的專家討論會，意識到人大法工委基本上決定了要把知識產權納入民法典作為一編，他調整了自己的立場，認為民法典可以設專編對知識產權進行一般規定，但知識產權各單行法依然保留。¹⁰¹⁸但從他自己的立場上看，他認為民事特別法模式仍是大陸法系國家知識產權立法的首選。主要理由有三：一是知識產權法為一個綜合性法律規範體系，雖為私法，但立法中多涉行政、刑事及訴訟等規範；二是知識產權法為一個開放式法律規範體系，其不斷發展、變革，需要相對動態、開放的法律體系，置於相對穩定之民法典中不適宜；三是知識產權是一個不斷創新法律規範體系，現已步入國際化、統一標準的新階段，各國為此「修綱變法，頻頻修訂，這在專門法立法形式下易於完成，而在系統化、穩定性特徵的民法典上，則不易實現。¹⁰¹⁹以此立論，他雖然同意設知識產權編，但卻建議在知識產權編中僅規定一般性條款、共同規則與原理，實質上是采共同規則說，從各項知識產權制度中抽象出來且共同適用的、基於知識產權制度特性所體現的一般性規範，可以知識產權的性質、範圍、效力、利用、保護等。¹⁰²⁰張玉敏教授也持同樣的觀點，認為知識產權法典化有其不可取之處，鏈結式下的單行立法又有權重含量不足的弊端；相比之下，雙重立法模式基於重要性標準，將知識產權的一般規定在民法典中予以體系化，將具體制度留給能夠適應時代發展和形勢變化的單行法。這一策略，既符合我國民法典立法的指導思想，又符合法典編纂的科學要求，能夠保持立法良好的開放性，為知識產權制度自身的發展留下空間。¹⁰²¹

（五）小結

關於制定財產法還是制定物權法的爭論，一者表明知識產權越來越受到重視；二來說明以有體物為核心的傳統物權法體系受到了挑戰。在對待財產權概念問題上，已有學者提出民法典中應引入「財產」「財產權」概念，甚至要制定「財產法總則編」。¹⁰²²就現實所面對的知識產權問題，儘管知識產權學者大部分不主張將知識產權編整體納入民法典，傳統民法學者也有人如梁慧星教授強烈抵制這一做法，但是全國人大常委會法工委的立法規劃和民法起草小組的多數意見表明，無論是立法者還是學者，還是希望制定一部能夠包容私人生活的重要部分包括知識產權制度的私法典。但是，要將英美法中近似「財富」的財產或財產權概念引入傳統大陸法系法典，並將知識產權一併納入，實現一種無縫連接，尚有諸多課題亟待深入研究。¹⁰²³傳統物權以有體物為主的體系，被德國法、日本法等以法典形式加以固化，缺乏了包容性；而以知識產權為主的無形財產研究又不深

¹⁰¹⁷ 參見王衛國主編，《中國民法典論壇（2002—2005）》，中國政法大學出版社 2006 年 9 月第 1 版，頁 55, 63-64。

¹⁰¹⁸ 吳漢東，〈知識產權立法體例與民法典編纂〉，《中國法學》，2003 年第 1 期，頁 56。

¹⁰¹⁹ 參見吳漢東，〈論範式民法典中的知識產權制度〉，《求索》，2002 年第 5 期，頁 37-38。

¹⁰²⁰ 吳漢東，〈知識產權立法體例與民法典編纂〉，《中國法學》，2003 年第 1 期，頁 56。

¹⁰²¹ 張玉敏、王智斌，〈論我國民法典設置知識產權編的理由及基本構想——以概括式立法為目標模式〉，《甘肅社會科學》，2005 年第 5 期，頁 58。

¹⁰²² 馬俊駒、曹治國，〈守成與創新——對制定我國民法典的幾點看法〉，《法律科學》，2003 年第 5 期，頁 36, 42-43。

¹⁰²³ 參見易繼明、李輝鳳，〈財產權及其哲學基礎〉，《政法論壇》，2000 年第 3 期，頁 11, 11-14。

入，諸多基礎理論尚在研究之中，這就是這一爭論產生的實質性背景。不過，基於立法「否定之否定」儘管有些幼稚，但理論探討卻具有深遠意義。¹⁰²⁴所遺憾者，立法介入中斷了更深入的理論探討，戛然而止的爭論不免令人對財產法理論研究的前景感到憂慮。

六、物權法草案違憲了嗎？

（一）物權法草案「違憲事件」

2005年8月12日，法理學教授鞏獻田先生以「中國共產黨黨員、法學博士、北京大學教授、博士生導師」身份寫了一封題名為《一部違背憲法和背離社會主義基本原則的〈物權法（草案）〉——為〈憲法〉第12條和86年〈民法通則〉第73條的廢除寫的公開信》（以下簡稱「《公開信》」）的署名公開信，¹⁰²⁵認為2005年7月全國人民代表大會常務委員會向社會公開徵求意見的《中華人民共和國物權法（草案）》徵求意見稿¹⁰²⁶（簡稱「物權法草案」）廢除了《憲法》第12條和《民法通則》第73條，是違憲的；它形式上平等地保護每個公民的物權，但實質上是在保護極少數人的物權，背離了社會主義原則，是在開歷史的倒車。隨後，這份《公開信》以某種途徑呈送有關部門和國家領導人，¹⁰²⁷同時在網上公開發表。《公開信》發表之後，引起了媒體和社會各界的關注。全國人大法工委邀請鞏教授到全國人大，與法工委的數位領導進行了長達「80分鐘的談話」¹⁰²⁸；國內學界民法學者為主，針對鞏教授的《公開信》，展開了一些回應和討論。由此，物權法草案沒有按照預定方案進入2005年12月召開的全國人大常委會第19次會議的議程，更沒有提交2006年3月召開的全國人大第4次會議進行審議表決。¹⁰²⁹後來，經過一年多學術爭論、政治協調和草案修改，2007年3月《物權法》

¹⁰²⁴ 易繼明，〈民法典的不朽——兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰〉，《中國法學》，2004年第5期，頁52、54-55。

¹⁰²⁵ 鞏獻田，〈一部違背憲法和背離社會主義基本原則的〈物權法（草案）〉——為〈憲法〉第12條和86年〈民法通則〉第73條的廢除寫的公開信〉（2005年8月12日），資料來源，<http://www.peacehall.com/news/gb/pubvp/2005/08/200508201243.shtml>；更新時間，2005年8月20日

¹⁰²⁶ 這裏參考的草案文本，是全國人大常委會辦公廳2005年7月8日《關於公佈〈中華人民共和國物權法（草案）〉徵求意見的通知》所發佈的物權法草案文本。此文本，是在全國人大常委會第16次會議於2005年6、7月間審議的《中華人民共和國物權法（草案）》（即三審稿）基礎上，進行了少量修改之後形成的。徵求意見稿文本，參見全國人大常委會法制工作委員會民法室編著，《物權法（草案）參考》，中國民主法制出版社，頁18-58。

¹⁰²⁷ 據稱，是通過「教育部社科中心」呈送到全國人大常委會的。參見李梁，〈2004-2006，中國第三次改革論爭始末〉，《南方週末》2006年3月16日，第A1、A3版。

¹⁰²⁸ 趙蕾，〈一封信擋住物權法草案？〉，《南方週末》，2006年2月23日，第A6版。

¹⁰²⁹ 根據全國人大常委會吳邦國委員長的講話，經委員長會議研究決定，一是會後將物權法草案向社會全文公佈，廣泛徵求意見；二是在認真研究各方面意見的基礎上對物權法草案進行修改，提請2005年10月份召開的常委會第18次會議第4次審議；三是在2005年12月召開的常委會第19次會議上第5次審議修改後的物權法草案，並視情決定提請2006年3月召開的第10屆全國人大第4次會議審議表決。參見吳邦國，〈在十屆全國人大常委會第十六次會議上的講話〉（2005年7月1日），《中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報》2005年第5號（總號249），頁345-247。

得以被審議通過。

（二）物權法草案是否違反了《憲法》第 12 條？

鞏教授認為，物權法草案「廢除」或者「刪去」了《憲法》第 12 條，因此也違反了《憲法》第 12 條。以此邏輯，每一部法律都需要去重複憲法的文字。然而一個簡單的法律常識是：憲法文字所表達的內容，需要其他法律和法規去具體貫徹，而不是簡單地重複憲法文本上的文字。這也是由一國制定法體系中憲法所處的位階，即最高位階所決定的。¹⁰³⁰其次，「公共財產神聖不可侵犯」的「神聖」，通常表達某種宗教情感或者政治願望，而不是用它來規範嚴格意義上的民事權利與規則。憲法可以用以表意，而其他法律和法規卻不能直接用這種只具有表意功能的辭彙，作為人們行為規範的用語。¹⁰³¹聯繫到物權法，按照王利明教授的說法，就是必須平等地保護各個民事主體的財產權利，所謂物權法的平等保護原則。¹⁰³²梁慧星教授主持物權法學者建議稿，歷來就是主張「合法財產一體

¹⁰³⁰ 這是從國家制定法體系層面來說的，也是指形式意義上的「憲法→法律→法規」金字塔關係。不過，從實質意義上講，民法可以作為人們日常生活的基本法，或者說民法是市民社會（非政治社會）的「根本大法」。從這個角度說，民法典中一些表達民事權利（非政治權利）的抽象表述，也是可以接受的。不過，從這個角度看，本人不同意韓大元教授談到的物權法的第 1 條應該寫上「根據憲法」字樣，民事基本法的價值取向在於「不違反憲法」，而不是「根據憲法」。當然，這是需要另外論證的問題。關於憲法與民法地位的相关論述，可以參見，星野英一，《民法勸學》（民法のすすめ），岩波書店，1998 年 1 月 20 日初版，頁 77；易繼明，〈將私法作為一個整體的學問〉，《私法》第 1 輯第 2 卷（總第 2 卷），北京大學出版社，頁 1—38；易繼明，〈跛了腳的「法治」——與夏勇教授商榷〉，《法律科學》，2006 年第 2 期。韓大元，〈由〈物權法（草案）〉的爭論想到的若干憲法問題〉，《法學》，2006 年第 3 期。

¹⁰³¹ 這是從作為制定法的角度，討論憲法之外的其他法律或者法規的法律用語問題，而不是在討論法官司法適用過程中如何運用憲法的問題。也就是說，正文的這種說法，絲毫不能排除法官在具體案件中，在制定法沒有明確而具體的規範時將憲法司法化，或者運用某些法律中的彈性條款來進行適用。這種情形，對於根據判例制度發展起來的英美法來說，表現得更加明顯。Willes 大法官甚至表示，「在普通法適用於沒有先例可循的新問題時，我們只能根據個人正義、道德適當性和公共便利的原則來進行處理；如果這種處理能夠被習慣做法（usage）所接受或者認可的話，則尤其如此。」Willes, J., in *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 2312, in Samuel Dennis Warren & Louis Dembitz Brandeis, *The Right to privacy*, 4 *HARVARD LAW REVIEW* 193, 193.

¹⁰³² 參見王利明，《試論物權法的平等保護原則》，資料來源，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=24963>；更新時間，2006 年 2 月 27 日。這裏所論及的「平等保護原則」之「保護」，是寬泛意義上的。後文將論及，物權法的具體功能在於「確認」財產權利及其內容。尹田教授也認為，之所以不在物權法草案中加入「公共財產神聖不可侵犯」，一者是憲法已經規定了，不必要重複；二來擔心由此給人一種不平等保護的印象，「有可能使得一些國家機關打著國家、集體利益的招牌，任意地非法地侵犯公民個人財產權」。參見《〈物權法（草案）〉被擱置引發大辯論》，載《中國經濟時報》，資料來源，<http://www.winfang.com/zhishiku/decnewsview.asp?newsid=3628>；更新時間，2006 年 2 月 23 日 8：52。

毫無疑問，對於物權法平等保護原則的理論闡述，是一個較為複雜的問題。它部分地來自於「平等」概念本身的模糊性以及財產作為具體的「物」所承載的不同社會功能，這裏不能詳細論述。不過，可以隨便提及一點。童之偉教授用刑法對國有企業工作人員犯貪污罪較之非國有企業工作人員犯侵佔罪，刑罰輕重不一，來佐證刑法進行不平等保護，尚需要進一步地加以分析。貪污罪和侵佔罪在侵犯客體中除了同為財產之外，還表現為一點不同，貪污罪還侵犯了公權力（經營管理國有企業被看成公權力在經濟領域裏的延伸）的廉潔性；而侵佔罪所侵犯的則是公司與企業的管理秩序。這兩種客體性質的不同，也應該構成刑罰不同的因素之一。誠然，童之偉教授提出的

保護」的原則。¹⁰³³

（三）物權法草案是否會動搖社會主義公有制的基礎？

按照鞏教授判斷「物權法草案動搖了社會主義公有制的基礎」的邏輯，改革開放是「背離社會主義基本原則的」，是「違憲」的。然而，生產資料的社會主義公有制主要不是體現在國有及國有控股企業工業產值在全國工業總產值中所占的百分比上，而是體現在國家對於基礎性社會資源的掌握、調配與控制能力上。生產資料公有制也並非意味著「每個公民平等地佔有生產資料」。在以所有權為代表的財產法中，物權法具體而直接的功能只是一個，就是確認民事主體合法的財產權利——這種確認，也包括說明財產權利的具體內容以及如何行使權利。鞏教授指責物權法草案確認和加速「私有化」而動搖生產資料社會主義公有制基礎，並賦予一項民事物權立法去發揮行政法、刑法乃至憲法功能，既不恰當，也是物權法草案所不能承受之重。相反，具體的研究和分析表明，物權法草案實則是「奴隸般地」鞏固了社會主義公有制基礎。

鞏教授在公開信中流露出的對社會貧富不均和公權力腐敗¹⁰³⁴的不滿。社會貧富差距並非由私有制導致，相反，有些社會財富分配不平等現象，恰好就反映在公有制經濟之中。¹⁰³⁵此外，「城鄉二元社會治理結構」這種結構性因素¹⁰³⁶、

「物權法平等保護原則有違憲嫌疑」的觀點，是值得探討、但需要另文專論的話題。關於童之偉教授的論述，參見童之偉，〈〈物權法（草案）〉該如何通過憲法之門——評一封公開信引起的違憲與合憲之爭〉，《法學》，2006年第3期。

¹⁰³³ 梁慧星教授主持物權法草案以及民法典草案中物權編，分別參見，梁慧星主編，〈中國物權法草案建議稿〉，社會科學文獻出版社；梁慧星主編，〈中國民法典草案建議稿〉，法律出版社，頁45以下；梁慧星主編，〈中國民法典草案建議稿附理由，物權編〉，法律出版社，頁65以下。

¹⁰³⁴ 如前面介紹，對公權力腐敗現象的認識，鞏教授主要建立在其被私營企業或者「私有化」所腐化——這一並不全面、也不中肯的認識層面。

¹⁰³⁵ 中國財政部副部長步正發日前表示，從2000年到2004年，收入最高的行業與收入最低的行業平均工資差距擴大了1.6倍。電力、電信、金融、保險、水電氣供應、煙草等國有壟斷性行業職工的平均工資是其他行業職工平均工資的2—3倍，如果加上工資外收入和實物福利，有些行業員工的實際收入可能是社會平均水準的10倍。這些企業大多數是國有壟斷企業。中共中央政治局近日召開會議，研究改革收入分配制度和規範收入分配秩序問題。參見《新京報》社論，〈縮小收入差距，力促分配公平〉，《新京報》2006年5月28日，第A02版。

¹⁰³⁶ 經濟學家魏傑教授認為，中國的基尼係數之所以這麼大，主要是由城鄉分割的二元結構決定的。根據國家統計局的資料，城鎮內部的基尼係數1988年只有0.23，到2002年也只增加到0.319，距離0.4的警戒線還很遠。農村內部的基尼係數比城鎮的基尼係數稍大，1988年為0.303，2002年增加到0.366，但也沒有達到0.4的水準。無論是城鎮內部還是農村內部，基尼係數的數值都處在合理區間內，比全國的基尼係數水準低得多。因此，他認為，居民在自己生活的範圍內感覺到的收入差距是有限的，再加上我國城鄉分割的戶籍制度和就業制度，我國居民在現實中很難體會到城鄉之間的收入差距。據此，他認為，雖然中國整體的基尼係數很高，但居民實際感受到的收入差距沒有那麼大，整個社會的承受能力變強。魏傑教授的這種分析，具有一定的客觀性。不過，我們應該看到，城鄉二元社會治理結構是一個不合理的制度安排，這種安排正在被打破、也必須被打破，在這個「二元結構」被打破的過程中，我國居民對現實差距的感受力會更加強烈，魏傑教授由此分析的「整個社會的承受力」就會反而下降。關於魏傑教授的觀點，參見魏傑、譚偉，〈基尼係數理論與中國現實的碰撞〉，《光明日報》，2006年2月14日，第10版。

在市場經濟建設過程中公共產品和公共福利相對供給不足，¹⁰³⁷都是導致貧富差距的重要原因。¹⁰³⁸從財產權理論而言，貧富差距的出現主要是沒有有效地發揮財產權所具有的社會功能的原因。對待貧富差距大的問題，如郭明瑞教授所說，「只能通過發展經濟來解決，而不能依靠搞平均主義來解決，更不能通過對‘富人’的財產不保護甚至剝奪來解決。在民法上無獨立人格也就不會有財產權，無財產也難有人格，財產權是基本人權，因此物權法保護私人財產，是保護基本人權的需要，也是保護改革開放的成果的需要。」¹⁰³⁹總之，正如尹田教授所說，物權法是財產保護法而非財產分配法，不具有矯正不合理分配制度的功能，即使現存法律框架範圍內的分配制度存在某種不合理性，也只能通過改變分配法律的方式進行調整，但對於已經形成的分配結果，卻必須予以平等的法律保護，這是法制社會的基本要求。¹⁰⁴⁰

（四）小結

上述分析，可以得出一個結論：物權法草案並沒有違憲！在鞏教授《公開信》中，他實際上是在宣洩他對於改革開放所伴隨的一些社會問題（如貧富分化、國有資產流失和所謂「私有化」等現象）的不滿；在這種情緒的充斥下，他試圖再去宣講那些依然殘留在他腦海中的舊的計畫體制的某些「政治宣言」——儘管它們曾經被歷史和實踐驗證為「烏托邦」。而物權法草案是否真的「違憲」、具體如何「違憲」的問題，其實並不是他所關注真正的問題。鞏教授只是以聳人聽聞的方式，選擇了一部法律草案作為載體，以激揚文字，引起關注。不過，經過理性地分析，我們發現，他是在一個錯誤的時機錯誤地選擇了一部法律草案而進行了一些錯誤的論述。如此而已！

（七）民法勃興：立法與學術的互動

截止目前為止，第四次民法典編纂所引發的爭論儘管來勢兇猛，但我們卻很

¹⁰³⁷ 從 20 世紀 50 年代開始，美國政府在提高吸收稅收和權力的同時，也釋放出財富，加強政府供給的能力。而就整個西方社會而言，第二次世界大戰以來，英國政府接受了經濟學家貝弗裏奇爵士《社會保險和相關服務》的報告（即著名的「貝弗裏奇報告」），制定了《國民保險法》《國家衛生服務法》《家庭津貼法》和《國民救助法》等一系列法律。1948 年，英國首相艾德禮宣佈英國第一個建成了福利國家。此後，瑞典、芬蘭、挪威、法國、義大利等國家也紛紛效仿英國，建設福利國家。See Charles A. Reich, 「The New Property」, 73 THE YALE LAW JOURNAL, 733-787 (1964).；參見貝弗裏奇，勞動和社會保障部社會保險研究所組織翻譯，《貝弗裏奇報告——社會保險和相關服務》，中國勞動社會保障出版社。

¹⁰³⁸ 中國社會科學院社會學研究所主持的「城市家庭的貧富分化」課題組，對此問題的分析更為全面，除了運用功能主義理論進行解釋之外，還從結構性、制度性的因素和缺陷方面，對貧富差距不斷被拉大進行了分析。參見社會學研究所「城市家庭的貧富分化」課題組，〈中國城市家庭的貧富分化研究〉，《學術動態》（研究報告版，中國社會科學院科研局主辦），2005 年第 8 期（總第 1098 期）。

¹⁰³⁹ 郭明瑞，《從構建和諧社會的需求看我國物權立法的必要性》，資料來源，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=24983>；更新時間，2006 年 2 月 28 日；訪問時間。

¹⁰⁴⁰ 參見尹田，〈論物權法平等保護合法財產的法理依據〉，《河南政法管理幹部學院學報》，2006 年第 6 期。

難用「波瀾壯闊」一詞來形容它。因為諸多涉及社會管理體制轉換、財產制度變遷、人格張揚及身份法改造的諸多議題，本來能夠激蕩社會，乃至推動社會進步，但終因立法體制、學術積累及政治干預等因素，未展開深入的討論。但有一點是可以肯定的，這一法典編纂活動，使得民法學成為法學界中的一門顯學。誠然，在民法學界，無論動因如何，始終存在一股推動法典編纂的巨大力量。客觀地講，這種立法與學術的互動，已經成為民商法學學科繁榮的重要因素。

民法的勃興，將繼續推動尚未結束的中國大陸第四次民法典編纂活動。何去何從，2002年民法草案似乎在告訴我們什麼，但似乎又什麼也沒用說。而我們唯一所能夠確信的是，作為一部已然進入立法議程的法律草案，在中國大陸學者與立法官員的民法典情結中，將不斷地延續。也許，直到中國人創造一部屬於自己輝煌、能夠代表21世紀成就的民法典為止，這一情結都不會就此了了。

肆、殊途同歸：從「三條思路」到「三條路線」

全國人大常委會副委員長王漢斌在1998年1月13日決定成立民法起草工作小組，「立即恢復民法典編纂」¹⁰⁴¹，無疑受到了1997年9月召開的中共15大提出的「到2010年形成有中國特色社會主義法律體系」¹⁰⁴²的影響。因為民法典似乎是民事法律體系構架的基礎——用一句並不十分「中聽」的話來說，這是一項「標誌性建築」或「政治秀」。1998年擬定的「三步走」¹⁰⁴³規劃實現第一步之後，2002年初立法步伐突然加快，要求年內完成民法典草案並提交審議。2002年民法草案以「驚人的方式」¹⁰⁴⁴提交了即將換屆的第9屆全國人大常委會，引起學界一片譁然。由此，人們對民法典制定問題，由歡呼雀躍轉為冷靜反思。事實上，2003年3月新一屆全國人大也對民法起草工作也進行了一些反思和調整。2004年10月全國人大法律委員會向委員長會議彙報時所說，「不少常委會組成人員已及有關方面認為，民法涉及面廣、內容複雜，一併研究修改歷時較長，以分編審議通過為宜，當前應抓緊制定物權法。」¹⁰⁴⁵看似，又回到了「三步走」規劃之第二步。經歷了2005年底至2007年初的「意識形態的激烈爭論」¹⁰⁴⁶，《物權法》《侵權責任法》《涉外民事關係法律適用法》相繼出臺，可以說中國大陸民事法律體系已基本完備。

毫無疑問，大陸法系國家民法學者對於一部成文的法典及其所體現的形式理性，有著較為特別的情感與關注。¹⁰⁴⁷中國大陸學者對於自己的民法典及其在法

¹⁰⁴¹ 參見梁慧星主編，〈中國民法典起草建議稿附理由，總則編〉，法律出版社，序言部分，頁1, 3。

¹⁰⁴² 江澤民，〈高舉鄧小平理論偉大旗幟，把建設有中國特色社會主義事業全面推向二十一世紀〉，《江澤民文選》第2卷，人民出版社，頁36。

¹⁰⁴³ 參見梁慧星，〈為中國民法典而鬥爭〉，法律出版社，頁185。

¹⁰⁴⁴ 參見易繼明，〈認真地對待學者——閒話學者與最近的民法草案〉，《法學》，2003年第5期。

¹⁰⁴⁵ 全國人大法律委員會，〈關於〈中華人民共和國物權法（草案）〉修改情況的彙報〉（2004年10月15日），第10屆全國人大常委會第12次會議文件。

¹⁰⁴⁶ Joseph Kahn, A Sharp Debate Erupts in China over Ideologies, *NEW YORK TIMES*, March 12, 2006, Section 1.

¹⁰⁴⁷ 參見孫鵬，〈民法法典化探索〉，《現代法學》，2001年第2期；肖厚國，〈民法法典化的價值、

治秩序構建中的作用，也寄予厚望。¹⁰⁴⁸但是，制定民法典是一項複雜的系統工程，構建法治秩序也並非「一蹴而就」的事業。一部成熟的民法典，需要一定的社會經濟文化基礎和深厚的學術積澱；它所仰賴的，主要是點滴的社會積累，並非源于一時的政治衝動。「鹵菜拼盤」¹⁰⁴⁹式的 2002 年民法草案，既像一道「分水嶺」，使得民法典制定問題由「熱」轉「冷」，也是一記「當頭棒喝」，打破了一批學者們的迷夢——無論其中是否夾雜他們試圖成爲「中國民法典之父」的幻覺。

2002 年民法草案出臺之後，各種討論已經由原來的「三條思路」轉變爲「三條路線」。這三條路線分別是：第一條以彙編模式爲基礎的改革辦法式的「實用路線」；第二條以體系化模式爲基礎的一整套完整方案的「理想路線」；第三條以延期派主張爲基礎的懷抱理想的「漸進路線」。承接梁慧星教授原來的分析模式，我們也可以概念化地將它們分別稱之爲「新現實主義路線」、「新理想主義路線」和「延期派主張」。本部分，將簡要論述這種轉變的過程，並對這「三條路線」進行具體分析。

一、路徑選擇：從「三條思路」和「三條路線」

實際上，2002 年民法草案採納了以江平教授、費宗禕法官和魏耀榮同志爲代表所主張的「鬆散式、聯邦式」思路；也即，走的是一條民法典的「彙編式」路線。草案提交，意味著民法典編纂進入正式的立法程式；而這一路線的確立，還意味著學術界對民法典問題關注的重心開始轉移。2002 年民法草案與「條件成熟論」者的學術雄心形成了強烈的對比，也引發了人們對現行立法體制的科學性與民法典起草組織方法的反思，從而出現了研究重心和方法的分化。

民法草案出臺不到 3 個月，即 2003 年 3 月「兩會」期間，作爲全國政協委員、民法起草工作小組重要成員，梁慧星教授提交了一份《關於糾正民法典立法任意性的建議》的提案。該提案稱，立法機關個別同志爲貫徹其「彙編式」民法典的主張，無視立法的科學性和民主性，迄今未組織專家研擬民法典的立法方針、指導思想和基本原則等，草率提出《民法草案》；提案指出，法律的邏輯性和體系性實則是法律的生命線，並建議廢棄「彙編式」《民法典草案》，另在法律委員會之下設立有學者、法官、律師組成的起草小組，研擬「民法典立法方案」，明定立法方針、指導思想、基本原則、基本制度和結構體例，據以起草一部邏輯

模式與學理》，《現代法學》，2001 年第 2 期；徐滌宇，〈民法典的形式理性和中國市民法理念的培植——以歷史的描述爲線索〉，《法商研究》，2002 年第 3 期。

¹⁰⁴⁸ 在對民法典制定的必要性及其功能的分析中，不少學者表現出了一種理想主義式的期待。例如，梁慧星教授就多次表示，民法典是實現法治的必由之路，對培育私權觀念、私權文化，防止公權力對私權利的侵犯具有重要作用；王利明教授也認爲，民法的重要功能不僅僅體現在對市場經濟的調整和促進作用上，還表現在對於公民、法人的合法權益的充分保障方面，且通過制訂民法典，可以使民法體系化，有效地解決單行民事和經濟法律、法規彼此間的衝突和不協調的問題。參見梁慧星，〈制定民法典的設想〉，《現代法學》，2001 年第 2 期；又參見王利明，〈論中國民法典的制定〉，《政法論壇》，1998 年第 5 期。

¹⁰⁴⁹ 參見易繼明，〈認真對待學者——閒話學者與最近的民法草案〉，《法學》，2003 年第 5 期，頁 37。

嚴密、體系完整、內容進步、既符合我國實際又與國際接軌的中國民法典。¹⁰⁵⁰與此同時，梁慧星教授陸續出版了自己主持的體系化的民法典學者建議稿，¹⁰⁵¹還在多種場合發言或演講，強調民法典邏輯性和體系性的重要性，認為制定一部體系混亂、不講邏輯的民法典，可能給中國造成的弊害將比中國沒有民法典更甚千萬倍！¹⁰⁵²乃至於在 2003 年 8 月，本人對梁慧星教授進行的訪談中，先生最終公開地以「不合作方式」表達對我國立法機構表現出的任意性的不滿——即所謂「不再參加國家的立法工作；不再參加民法研究會；不再參加各種學術會議（我擔任臨時會長的中國民商法研究會除外）」的「三不原則」。¹⁰⁵³這一訪談，在 2004 年 1 月出版的《私法》第 6 卷正式刊發之後，對整個民事立法、民法學會組織和學者研究態度，都產生了較大的影響。這些，也間接地影響到 2002 年民法草案之後的立法模式調整、民法學界新格局的形成。另外，梁慧星教授在 2002 年中國政法大學舉辦的民法典論壇上明確說明，如果我們的民法典像現在的《民法草案》那樣的話，那麼就「寧願不制定民法典」。¹⁰⁵⁴由此，梁慧星教授「三條思路」的分析框架，出現鬆動；相應的，先生本人似乎也開始轉入沒有納入其早期分析視野的「延期派」主張之中。

當然，在梁慧星教授的「三條思路」劃分中，王利明教授的主張沒有被納入其分析框架。但與梁慧星教授一樣，王利明教授同樣強調民法典的體系化與邏輯性。事實上，王利明教授的編纂民法典的主張，也是一種「現實主義的思路」。從總體上講，王利明教授的主張與梁慧星教授的主張，還是大同小異的。只是王利明教授的主張，受到英美法的影響更多一些，並且更加關注中國大陸當前社會環境下的政治與司法實踐。《民法草案》出臺之後，無論是在研討會上還是在學術刊物上撰文，王利明教授都呼籲要制定具有嚴謹邏輯和體系化的民法典，強調體系性與邏輯性不僅是民法典的內在要求，而且也是民法典的生命，缺乏體系性與邏輯性的「民法典」，只能稱為「民事法律的彙編」，而不能稱為「民法典」。¹⁰⁵⁵並且，他也陸續出版了自己主持的體系化的民法典的學者建議稿。¹⁰⁵⁶不過，在隨後的立法活動中，王利明教授對於全國人大常委會法工委「彙編式」《民法草案》及其相關立法（如物權法、侵權責任法），均採取了「合作方式」；他本人以及他所領導的新一屆中國法學會民法學研究會¹⁰⁵⁷，也成為 2002 年民法草案進入

¹⁰⁵⁰ 梁慧星，〈關於糾正民法典立法任意性的建議——梁慧星教授在全國政協會議上的提案之一〉，資料來源，<http://www.civillaw.com.cn>；更新時間，2004 年 1 月 2 日。

¹⁰⁵¹ 參見梁慧星主編，《中國民法典草案建議稿》，法律出版社。此後，從 2004 年 12 月開始，由法律出版社相繼出版了梁慧星教授主持的這一建議稿的附理由書版本。

¹⁰⁵² 梁慧星，〈鬆散式、彙編式的民法典不適合中國國情〉，《政法論壇》，2003 年第 1 期；〈中國民法典編纂大幾個問題〉，《山西大學學報（哲學社會科學版）》，2003 年第 5 期。

¹⁰⁵³ 易繼明，〈學問人生與人生的學問——訪著名民法學家梁慧星教授〉，《私法》第 3 輯第 2 卷（總第 6 卷），北京大學出版社，頁 1, 52。

¹⁰⁵⁴ 參見江平、梁慧星、王利明，《中國民法典的立法思路和立法體例》，資料來源，<http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=2270>。

¹⁰⁵⁵ 王利明，〈試論我國民法典體系〉，《政法論壇》，2003 年第 1 期；〈關於我國民法典的體系的再思考〉（2003 年 11 月海峽兩岸民法典研討會論文），《月旦民商法雜誌》，2003 年第 3 期，資料來源，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=15466>；更新日期，2004 年 4 月 15 日。

¹⁰⁵⁶ 參見王利明主編，《中國民法典草案建議稿及說明》，中國法制出版社。此後，於 2005 年 5 月，由法律出版社出版了王利明教授主持的這一學者建議稿的立法理由書版本。

¹⁰⁵⁷ 繼梁慧星教授提出「三不原則」，不再參加中國民法學研究會之後，中國法學會民法學研究

全國人大立法程式之後的重要民事立法的重要學術推動力量。

事實上，徐國棟教授在 2002 年民法草案出臺之前，就認為「鬆散式、聯邦式」思路「實際上不是民法典思路，而是反民法法典思路，這種主張就是不要搞民法典」¹⁰⁵⁸。而且，在《民法草案》出臺之後，對此次民法典起草的組織方法進行了「認真地反思」。他認為，在民法典制定在組織方法上存在不足，表現在起草人員的任命、成員構成、起草費用及成果報告或者「出版」等方面，並建議成立第二民法典起草小組。¹⁰⁵⁹徐國棟教授的這些看法，加上他本人主持的體系化的洋洋灑灑的「綠色民法典」，¹⁰⁶⁰明顯地反映出他對《民法草案》所持的異議態度。不過，儘管徐國棟教授多少是因「避諱」自己提出的成立第二民法典起草小組建議之故，聲明「不接受任何起草委員的任命」¹⁰⁶¹，但在獲得立法機關「垂青」之後，這位曾經是「民間法典化運動」的代表人物的「被認同感」，還是躍然紙上。¹⁰⁶²

由此我們看到，無論是早期的「理想主義思路」還是「現實主義思路」，也無論是「新人文主義」主張還是「物文主義」主張，部分學者暫時放下了先前的民法典內部結構與體例設計之爭，較為一致地針對立法機關的立法「隨意性」（任意性），突出強調民法典體系的重要性，形成了一條體系化的立法路線。這樣，過去的「三條思路」的分析框架中，沒有引起學術界足夠重視的所謂「鬆散式、聯邦式」思路，獲得了立法機關的青睞，似乎成爲民事立法的主流模式；而另外兩種討論熱烈的思路，現在似乎都成爲了帶有某種「理想」情結的學者們的一相情願——在這種「理想」情結之下，還衍生出了反對目前進行「如此」民法法典化而「不如不要民法典」的主張（如梁慧星教授）。在後文的分析中我們會發現，各種不同的主張，事實上已經轉化爲如下三條路線：第一，一種改革辦法式的「實用路線」，也即「新現實主義路線」；第二，一種體系化主張的「理想路線」，也即「新理想主義路線」；第三，一種「懷抱理想」的延期派主張，也即爲一種自然衍生的「漸進路線」。

其實，針對民法典制定之初的那種「條件成熟論」，先前有極少數學者就提出了我國民法典制定條件尚未成熟的主張。這一「少數派」的延期派主張，在學術界對 2002 年民法草案進行反思的過程中，逐漸獲得了一定程度的認同。在 2003 年有全國人大常委會法工委同志參加的關於民法典制定國際研討會上，本人進一步闡明了延期派主張，指出一部優秀民法典所表現出的超越時空的魅力，表現在

會換屆大會於 2004 年 8 月 16 日至 17 日在中國人民大學召開，並成立了以王利明教授爲會長的新一屆學會，停滯幾年的中國民法學研究會年會也一併恢復召開。此後，以中國法學會民法學研究會爲平臺，主辦過多次關於民法典、物權法以及侵權責任法的立法研討會。

¹⁰⁵⁸ 徐國棟，〈兩種民法典起草思路，新人文主義對物文主義〉，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四次大論戰》，中國政法大學出版社，頁 137, 138。

¹⁰⁵⁹ 參見徐國棟，〈認真地反思第四次民法典起草的組織方法〉，《法律科學》，2003 年第 5 期，頁 57—64。

¹⁰⁶⁰ 參見徐國棟主編，《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社，2004 年 5 月第 1 版。

¹⁰⁶¹ 徐國棟，〈認真地反思第四次民法典起草的組織方法〉，《法律科學》，2003 年第 5 期，頁 57, 64。

¹⁰⁶² 參見徐國棟，〈物權法草案文字梳理〉，《法學》，2005 年第 8 期。

它能夠適應現實社會的發展，能夠完成時代賦予它的歷史使命，而不是單純地靠「權力」推進，因為那本身就不是那種一蹴而就的事情。所以本人的結論是，與其臨淵羨魚，不如退而結網。¹⁰⁶³此外，許多學者還從憲政的角度分析認為，「成功的民法典編纂不能僅僅停留在作為‘經濟改革辦法’的層面，而應該在一定程度上起到‘新型社會藍圖’的作用。如果中國社會的主導力量在現階段還不能就此達成基本共識，那麼操之過急就反而會把需要進一步變動的不完善的現狀加以固定化，或者造成事後反復修改不已的情形，最終導致我國要制定一部彪炳史冊的民法典的願望功敗垂成。」¹⁰⁶⁴還有的學者從民法典的政治化和反政治化角度，反思了民法典編纂的必要性，認為民法典在中國是一個機遇問題而不是一個內在的必要性問題。¹⁰⁶⁵還有學者從社會整體的角度反思民法法典化，如有學者以「法典化的趨同與鴻溝」為題，認為制定民法典不是一蹴而就的事情，需要全社會的共同努力；¹⁰⁶⁶有的學者從深刻探討我國當前的現實社會法律背景的基礎上，對我國民法法典化提出質疑和檢討，認為目前我國尚不存在民法法典化的厚重可靠的社會、學術和政治條件根基；¹⁰⁶⁷也有學者從分析制定中國民法典存在的主要難題出發，間接地反思了中國制定民法典的條件是否成熟的問題；¹⁰⁶⁸更有學者從對「民法典的珍愛和珍視」的角度出發，改變了自己原來的急於制定民法典的想法。¹⁰⁶⁹經過學者們對我國民法法典化現狀的檢討和分析，主張延緩制定民法典，持延期派主張的漸進路線，逐漸獲得了學術界的較多認同，並有逐步壯大之勢。

通過以上論述，我們大致可以得出以下結論：2002年民法草案粉碎了不少學者們對制定一部21世紀優秀民法典的夢想與期待，而經過2003年後立法機關的調整和學術界的反思，原先梁慧星教授所指出的「三條思路」的分析框架也分崩離析。到2004年之後，先前的「三條思路」之爭，已經轉變為今天的「三條路線」之別。由此，也逐步形成了以全國人大常委會法工委為代表的彙編式路線，以梁慧星、王利明和徐國棟教授為代表的體系化路線，以及以易繼明教授為代表的延期派路線。

二、彙編模式是一種改革辦法式的實用路線

2002年民法草案所代表的「彙編式」民法典，法典各部分相對獨立，不講究嚴格的邏輯性和完整的體系性。這是遵循我國改革開放以來一貫的立法方針，是適應中國具體國情而採取的立法措施，是一種改革辦法式的實用路線。

¹⁰⁶³ 易繼明，〈民法典的不朽—兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰〉，《中國法學》，2004年第5期，頁52—61。

¹⁰⁶⁴ 季衛東，〈旁觀民法典編纂的得與失——兼論憲政與私法秩序的關係〉，資料來源，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=11002>；更新日期，2003年02月22日。

¹⁰⁶⁵ 參見張建文，〈從民法典編纂的政治化和反政治化角度看民法典編纂的必要性〉，《河北法學》，2004年第6期。

¹⁰⁶⁶ 參見姚輝，〈法典化的趨同與鴻溝〉，《法學雜誌》，2004年第2期。

¹⁰⁶⁷ 參見郭振傑，〈中國民法法典化檢討〉，《河北法學》，2004年第6期。

¹⁰⁶⁸ 參見孫憲忠，〈制定民法典的主要難題〉，《法學》，2003年第5期，頁44—49。

¹⁰⁶⁹ 參見劉凱湘，〈中國民法的現代化（發言提綱）〉，《中國民法百年回顧與前瞻學術研討會文集》，法律出版社，頁207—212。

改革開放後，中國推行的是「摸著石頭過河」的漸進式改革方案。這一時期，社會經濟體制和政治體制改革中不確定的因素還很多，許多制度僅僅是作為轉型時期的過渡性產物，較少分析其理論基礎和邏輯性。在 1982 年第 3 次民法典起草失敗以後，我國立法順應改革的發展模式，秉承「宜粗不宜細」、「成熟一個制定一個」的指導思想，雖在一定程度上關注民法的體系性，但更強調解決改革實踐中的現實問題。因此，1986 年《民法通則》的出臺，實際上是民事單行法立法模式的開始。這種模式，在改革開放和社會轉型過程中，有一定的合理性，既有利於改革的靈活性，又能及時保障改革成果，還較少遺留束縛改革的制度負擔，是一條較為實用的路線。

那麼，改革開放 30 多年之後，這種「實用路線」是否還具有其合理性呢？換句話說，民事基本法律採取單行法立法模式是否還能夠保持其對現實問題和市民生活規則的「良性調控」呢？¹⁰⁷⁰其實，當今中國，改革還正如火如荼，以市場經濟為目標模式的改革尚未完成，但已進入深水區。30 多年的改革，雖然積累了不少經驗，形成了一些具有自己特色、且較為穩定的制度（如農村土地承包制度等），但隨著改革的縱深發展，所面臨的問題就越多，許多深層次的問題將凸顯出來，如土地制度改革、國有企業改革、私人空間與政治生活區別等，現實社會依然面臨著諸多不確定性因素。民法典制定，涉及面廣，內容複雜，且要求具有一定的穩定性。面對社會生活的複雜多變，考慮到我們民法理論還剛剛脫離了學術「抄襲」階段，立法機構延續和拓展《民法通則》時期的思路，採取的以民事單行法加以彙編的民法典模式，逐步建立起一種法律與社會的一種良性互動，以適應社會的激烈變革，並為日後民法典完善預留較大的空間，未尚不是一種現實的選擇。

三、體系化模式是一套完整方案的理想路線

以梁慧星教授、王利明教授和徐國棟教授為代表的體系化模式，是建立在大陸法系知識體系和民法典形式理性基礎上的整體方案。這種方案，注重民法典的邏輯性和體系性，要求按照特定的標準來編排民法典的各個部分和各個規則，從而使它們形成相互粘合和協調的法律體系。但相對於現實中國大陸和目前全國人大常委會法工委的立法路線，這一體系化模式已經成為了一種理想路線。值得強調的是，三位教授基於各自對民法學知識的梳理和精深把握，都系統編纂了一份民法典建議稿草案，是擁有一套完整方案的理想路線。

這種理想路線與先前梁慧星教授所總結的理想主義思路，有一定聯繫，也有一定的區別。後者用理想主義概括徐國棟教授的主張，是指最大化地利用法典編纂的立法性，充分地改造我國民事立法的結構和思想基礎，與法律彙編拉開距離，實現我國民事立法的現代化。這種理想主義思路，是針對民法典編纂的現實主義思路而言的，只是編纂利用的資源和著眼點以及編排方式有所不同而已。其

¹⁰⁷⁰ 謝哲勝教授認為，鬆散式民法典如果是建立在對現實世界的良性調控基礎上，以過渡性立法政策為指向，那麼其自有合理性。參見謝哲勝、常鵬翹、吳春岐，《中國民法典立法研究》，北京大學出版社，頁 18。

實，兩種思路都是在民法典編纂（此處講的是追求邏輯化、系統化式意義上的編纂）這一理想的路徑下進行；在這樣一個共同的前提下，可以說兩者都是一種編纂式的理想路線。這種編纂式理想，還進一步意指民法典遵循的都是一種專家立法的學理思路，民法典的體例結構和內容設計，都是建立在對民事法律科學的認識基礎上，是由一定的價值原則指導下對民法規範物件的準確把握和編排，追求的是民法典內部體系的嚴謹與和諧。

此外，這種學理化思路也還承載著某種法治理想，即期待編纂一部科學的、完善的、進步的有中國特色的民法典，以此推動中國法治文明。例如，梁慧星教授認為其編纂民法典的「理想」，不是學者個人的或者少數人的「理想」，而是中華民族的「理想」，這就是真正的人權、民主、法治國和現代化。在其編纂的《中國民法典草案建議稿》序言中，梁慧星教授申言，其草案建議稿「既著重于中國現實社會問題的對策，更著眼于中華民族之未來，旨在建立競爭、公平、統一的市場經濟，及和睦、健康、親情的家庭生活秩序，為中國最終實現人權、民主、法治國家和現代化奠定基礎。」¹⁰⁷¹他也深知，「國家立法權操在立法機關，現金之立法體制尚未符合立法科學化和民主化的要求，民法起草工作小組亦徒有虛名，專家建議並未受到真正重視，不敢奢望此民法典草案能為立法機關所採納。但課題組全體同志本著對科學、民主、法治之追求，對人民、民族、國家、學術負責之精神，傾其心力，謹慎從事，完成此民法典草案。」¹⁰⁷²王利明教授也認為，只有制定一部科學、完善、符合中國國情的民法典，才能有效的填補現行民事法律中的各種缺漏，消除現行法所存在的矛盾與衝突；同時，也只有制定民法典，才能真正的保障各類民事主體的合法權益，充分激發廣大人民群眾創造財富的進取心，建構持久、穩定、健康的市場經濟秩序，從而為我國經濟發展和社會的全面進步注入強大的動力；另外，制定民法典還可以有效培養人民的權利意識和平等觀念，從而推動依法治國的進程，為政治文明建設奠定制度基石。¹⁰⁷³徐國棟教授的理想，更是建立在以下幾個方面的考慮：第一，遵循繼受法國家制定民法典的普遍規律；第二，就是為了中華民族的光榮；第三，制定民法典的政治條件的有利變化；第四，學者從理想出發考慮問題的權力。¹⁰⁷⁴三位教授秉承學者的嚴謹、獨立、負責之精神，遵循立法的科學化思想，按照民事法律科學的認識路線編纂一部科學的民法典，期待著其能夠成為中國大陸法治化進程的界碑，無疑代表了學術界的共同理想乃至中國人的理想。

四、延期派主張是一種懷抱理想的漸進路線

易繼明教授所主張的延期派路線，建立在對我國未來民法典的歷史定位以及對我國當下制定這樣一部法典的現實條件的務實分析基礎上，是一種懷抱理想的漸進路線。

¹⁰⁷¹ 梁慧星，《中國民法典草案建議稿》，法律出版社，序言部分，頁 1, 3。

¹⁰⁷² 梁慧星，《中國民法典草案建議稿》，法律出版社，序言部分，頁 1, 3。

¹⁰⁷³ 參見王利明，〈論中國民法典的制定〉，《政法論壇》，1998 年第 5 期。王利明，〈關於民法典制定的若干問題〉，《民商法研究》第 5 輯，法律出版社，頁 3, 3-36。

¹⁰⁷⁴ 徐國棟，〈兩種民法典思路，新人文主義對物文主義〉，《中國民法典起草思路論戰——世界民法典編纂史上的第四大論戰》，中國政法大學出版社，頁 137, 140-143。

其實，有的學者從研究民法史角度，針對法學界當時的狀況，也提出了自己的見解：「一部優秀的民法典之制定，須先滿足以下三個條件：其一，對比較符合一國國民民事交往模式之民事立法、民事習慣、民事判例有深徹的瞭解；其二，對百年來世界主要國家的民法變遷有深徹的研究；其三，對一個世紀以來，本國的民法變遷有深徹的研究。而當前的法學界，只有在第二項中，已積累了相當的當代各國民法狀況的研究成果，但對各國民法變遷還談不上有深徹研究，至於第一、三兩項僅才開始研究，探索過程還尚需時日。是以，現在就起草中國民法典，時機尚不成熟。」¹⁰⁷⁵

易繼明教授認為，中國大陸民法典的制定事實上肩負著雙重歷史使命：一是推動現實的社會變革；二是建立在未來的理想的目標模式之上即成為 21 世紀民法典的里程碑。季衛東教授也認為，我國民法典編纂應「以二十世紀的制度發明的集大成為基本目標、以適應國情和未來世界趨勢的理論創新為更高追求。」¹⁰⁷⁶然而，這兩種使命又是相互矛盾、不易調和的，除非存在大的制度轉換，並有一定的學術積累的條件，完成這雙重使命才是有可能的。正是因為所期待的民法典在中國承載了這樣的歷史使命，就不得不面對時代賦予的挑戰。「我們制定一部優秀的民法典所面臨的挑戰在於：我們是否能夠應對時代發展對整個私法領域、特別是傳統大陸法理論和制度模式所形成的挑戰，從而緩解、甚至解決現代法出現的一些危機；並且在應對這種挑戰的同時，是否能夠適時地結合我國實踐，並推動我們通過民法進行社會治理的進程。」¹⁰⁷⁷「我們是否有能力接受這些挑戰，並賦予 21 世紀制定的中國民法典以新時代的氣息呢？即使是存在這種潛在的能力，我們今天是否就可以應付這些時代的挑戰呢？」¹⁰⁷⁸建立在這樣的疑問之上，就必須認真考察制約民法法典化的因素以及我國現實滿足這些因素的條件。

正是在這樣一種對我國未來制定一部優秀民法典所抱的理想期待與我國目前制定這樣一部民法典的現實條件還不具備的矛盾中，延期派不贊成草就一部民法典，而應採取漸進式的改革路線，在現有制度下進行一些修訂，如先修改民法通則、擔保法等，包括農村土地承包法，也先看看施行情況，進行修訂；必要的時候，再制定一些單行法；待條件成熟之後，再制定民法典。「既然經濟體制的變革還有待深化，有些社會構成原理依然難以確定，憲法秩序也還在變動之中，法典調查研究方面還存在著明顯的不足，何必在民法典編纂史留下一個欲速不達的新話柄呢？」採取這樣的路線，既能夠有利於中國的現實變革，又能夠成就我們未來民法典不朽的理想。

五、殊途同歸：守望中的政治智慧

¹⁰⁷⁵ 鄭少華，〈社會變遷中的中國民法〉，《華東政法學院學報》，2000 年第 6 期，頁 22, 25。

¹⁰⁷⁶ 參見季衛東，〈旁觀民法典編纂的得與失——兼論憲政與私法秩序的關係〉，資料來源：<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=11002>；更新日期，2003 年 02 月 22 日。

¹⁰⁷⁷ 易繼明，〈民法典的不朽——兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰〉，《中國法學》，2004 年第 5 期，頁 52, 54。

¹⁰⁷⁸ 易繼明，〈民法典的不朽——兼論我國民法典制定面臨的時代挑戰〉，《中國法學》，2004 年第 5 期，頁 52, 59。

也許，從「三條思路」到「三條路線」，我們的各種主張都是殊途同歸。像我主張的延期派，並不排除今後自然衍生出一部民法典。甚至說，這是一種懷抱理想的務實（現實）選擇。全國人大常委會法工委採取的新實用主義路線，或許正在朝著民法典邁進。現在他們搞單行法，但最後隨著改革深化，社會經濟發展到一定的程度，進入成熟的常態社會，也有可能制定一部優秀的民法典。當然，有些學者的理想主義或者說過去的那些理想，註定是要衰落的了。單從官方立法取向來說，已經放棄了它們。從現有的民事立法模式及單行法的一些文本來說，很多學者的理想也已經失落了。而就一部成熟的民法典或者說能夠代表21世紀最新成就的民法典來說，那些學者們各自心儀的自己主持的文本是否承載或反映了這些，這裏我們不必去評說。誠然，挑戰一個進步的時代，或者說反映一個時代的進步，對於一部市民法典的制定者來說，總是有些困難的。比如說荷蘭民法典雖然有知識產權編，俄羅斯的民法典也有知識產權編，雖然知識產權編的框架也都出來了，但是具體的條文卻沒有出來。無論如何，我們大陸學者的一些學者建議文本，為後續的研究和立法活動，提供了一定的基礎。而且，也不排除那些學者們現有的這種思路或方案會不斷地改進，會不斷地革新。也許，從最終的結果來說，我們都是殊途同歸的。這可能是因為我們生活在同一現實之中，我們的生活會趨於共同的走向；也可能是因為我們都無法超越這些現實——無論現實給予我們的是希望還是失望。

所幸的是，在「三條思路」到「三條路線」這一轉變過程中，學術界對於中國民法典制定問題，並未產生「失語症」。大多數學者仍然認為，制定一部既符合中國大陸改革開放實踐，又符合社會發展潮流，且能夠與國際社會接軌或者相通的完善的民法典，是我們現在所面臨的重大立法任務。而令人遺憾的是，2002年民法草案所引發的對現行立法體制的反思，除了一些零散的感想和漫談之外，缺乏嚴肅的社會調查、學術研究和理性的批判，更沒有引起立法機關和國家領導人的足夠重視；而關於民法典問題的真正的爭鳴與研究，無論是從爭論的範圍、出發點和角度，還是從研究的深度和廣度來說，還沒有完全展開。因此，中國大陸未來民法典如何定位，即如何在未來社會改革和法治秩序建構中去把握民法典，如何建立和完善中國大陸民事法律基本制度，仍然是中國大陸法治建設進程中的一個重大課題。

第十章 結論

中國大陸《民法通則》自 1986 年 4 月 12 日公佈，1987 年 1 月 1 日施行，至今已施行二十餘年。《民法通則》施行後，隨著《合同法》、《物權法》、《侵權責任法》和《涉外民事關係適用法》之陸續公佈施行，加上《婚姻法》、《收養法》及《繼承法》，中國民法體系逐漸完善。時至今日，我們可以說中國大陸的民法體系係以「《民法通則》+單行法」模式規範而成。

在《民法通則》的規定，不少部分由於合同法、物權法、侵權責任法等法律陸續公佈施行，已遭新法取代。然而，民法通則其餘規定仍具有類似於民法總則之功能，如第一章基本原則、第二章公民（自然人）、第三章法人、第四章法律行為與代理、第七章訴訟時效與第九章附則的規定，在中國大陸民法典尚未立法完成前，仍具有民事法基本規範之效力。將來制訂民法典時，如仿效德國、日本而制訂總則篇，則前述民法通則基本規範，必然被納入總則之中。

《合同法》的適用上，最高人民法院先在 1999 年 12 月發布關於適用中華人民共和國合同法若干問題的解釋（一），又於 2009 年 4 月發布關於適用中華人民共和國合同法若干問題的解釋（二），總體上形成一個完整合同法律體系的法律框架。中國大陸未來進行民法典的立法時，現行合同法規定必然繼續存於法典的編排中。但就債法體例而言，現行合同法僅屬於債法的一部分而已，有關不當得利、無因管理等事項，勢必亦須於債篇中加以規定，並與合同整合為債篇全部內容，以使其體系更為周延

《侵權責任法》體系龐大，立法者不僅嘗試調整歸責原則之體系架構，又採取一般條款加上特別列舉之立法模式，故依外在、內在體系觀察，可發現《侵權責任法》部分規定在立法技術過於贅冗、重複，反而造成學說之爭論，並增添法院適用時之困難。此外，許多重要問題，立法者刻意留待法院於具體個案為判斷，如懲罰性賠償金之數額、用工責任之追償權等，授與法院較大之裁量權限。其優點是立法者毋須在立法時，即遽然對一問題採取某種解決方式，具有較多的彈性與空間，並得交由學說及司法實踐發展及解決。然而，立法者對於重要問題倘若未先設定一定框架以拘束、或使法院遵行其政策方向，其結果有可能是法院過於保守，不願意就立法者未為規定者進行造法；亦有可能過份濫用其裁量權限。這些缺點，期望能藉由學說的討論與裁判的累積，於民法典立法時一併考慮完善之。

《物權法》被認為是固有法，與其他民事法律例如合同法相比，更具有本土化特徵。例如，在用益物權中，土地承包經營權、建設用地使用權和宅基地使用權等，與大陸法系的地上權相比，從概念到內容都體現了自主創新。不過，物權法的現代化要求物權制度能夠適應現代社會財產關係日益複雜化的狀況，而不能固守傳統社會條件下所產生的物權制度。由於物權法的固有法特性，物權法之國際化或現代化，不似債權法那樣表現得全面、強烈與緊迫。然而，隨著國際貿易、國際交往的發展，各國的物權法的確存在相互交融、相互借鑒的現象。例如關於物權的基本原則，所有權的內容、行使，物權的變動，擔保物權的種類和內容等等，各國物權法都有許多相當一致性的規定。

物權立法所經歷的曲折及《物權法》所呈現出狀況，真實地反映處於急劇轉型中的大陸社會樣態。政治性宣示（如第 3 條闡述社會主義初級階段之基本經濟制度）和似是而非的道德觀（如否定先占取得，拾得遺失物、漂流物等無人認領即歸國有等）充斥其間，經濟改革成果（如土地承包經營權）、固有生活方式（如宅基地使用權）及大陸法傳統相互融合，加之浮動抵押、最高額抵押、無線電頻譜資源等新事物與新制度引入，成就了一個基本上適應大陸目前政治背景與經濟生活的物權基本制度。然而，有一些制度缺憾也亟待彌補，如不動產統一登記制度的建立、城市房屋拆遷問題、農村土地徵收問題、土地及自然資源配置的再衡量、物權法定原則緩和下的權利再生等。因此，在《物權法》實施效果的檢視中，從強調所有到重視利用的過程中，如何發掘財產的在社會主義下之意義，如何在本土化與國際化中衡量取得平衡，乃中國大陸未來物權編入法典化及司法實踐的發展課題。

中國大陸在早期由於與他國經濟往來不活絡，並不存在向立法提出解決涉外民事關係法律適用問題的客觀訴求。改革開放後，隨著對外經貿的發展，涉外財產和人身關係不斷湧現，如何選擇處理這些關係所適用的法律，成為司法實踐必須回答的問題，《民法通則》為因應此問題，即做出了基礎的規定。

中國大陸的身法的部分可以分為三大塊：《婚姻法》、《收養法》與《繼承法》。其婚姻法的制度變遷，係為反映中國在不同時期社會家庭現狀的法律制度，如 1980 年的婚姻法中所涉及的計畫生育，即是與中國社會制度體制結構上所生之產物。而隨著中國大陸在經濟上的發展與深化下，夫妻財產制度也成為一重要課題，正與具體社會經濟現狀磨合中。新興的社會議題和網路下的婚姻價值觀，更衝擊著中國大陸婚姻法的變化。在現行婚姻法的條文，實際上已經無法承載當今中國大陸社會家庭婚姻的具體變化，因此一部婚姻法的重新調整已經成為法律學界無可迴避的議題。儘管最高人民法院在 2001 年婚姻法之後已經分別發布三個司法解釋以因應實際上的需求，但這僅是讓婚姻法的規範更為凌亂，不斷地對既有婚姻法的補強與調整，確有必要在民法制訂之際給予全新的規範。

在收養法部分，現代法治社會均朝著「保護兒童最大利益的原則」方向前進，中國大陸於 1998 年做出了三項重要之修正，首先，係在總則部分明確規定了「保護收養人和被收養人的合法權益」之原則。其次，在收養人條件方面，特別增加規定收養人應「未患有在醫學上認為不應當收養子女的疾病」，以利於養子女的健康成長；同時降低了收養人的年齡要求，滿 30 歲即可。最後，將「登記」作為收養關係的成立要件，同時收養關係的成立不受收養當事人的戶口所在地的限制。而在未來立法時，由於中國大陸目前收養條件限制較為嚴格，不利收養關係之建立，未來是否應朝放寬限制之方向發展，與試養期制度之建立，為值得關切之重點。

1985 年繼承法制定以後，填補了中國大陸在繼承法上的立法空白，其為中國大陸未來民法典的制定奠定了堅實的基礎，構建了繼承法的基本框架和及基本制度。然而隨著中國市場經濟的發展，其已無法反應社會變遷。同樣的，在學者與官方版之民法典草案中，均將繼承編納入草案中。在學者建議稿中，最早係由郭明瑞、房紹坤、關濤三位教授合作擬定的《中國民法典繼承編專家建議稿草案》。2003 年，梁慧星教授起草了《中國民法典草案建議稿》，分為「通則、法

定繼承、遺囑處分、遺贈撫養協議、遺產的處理」五章，共 90 個條文。2004 年，徐國棟教授牽頭起草的《綠色民法典》，在第一編人身關係法下第四分編對繼承法作了規定，其下分「一般規定、遺囑繼承、法定繼承、以合同移轉繼承」四大部分。2004 年，王利明教授起草的《中國民法典草案建議稿及說明》中，於第四編規定了「繼承」，其下分「通則、法定繼承、遺囑、遺囑撫養協議、遺產的處理」五章，共 137 個條文；於 2004 年，何麗新、謝美山、熊良敏、劉新宇共同起草了《民法典草案繼承法編修改建議稿》；2006 年則有張玉敏教授起草的《中國繼承法立法建議稿及立法理由》。此五個不同學者提出的繼承法草案，由不同的視角，或繁或簡的對中國大陸繼承法立法提出了建議，未來民法典立法時，將朝何種方向前進，亦值得關注。

2010 年公佈的《涉外民事關係法律適用法》，共 7 章 52 條。從體系上而言，該法統一了以往散見於《民法通則》、單行立法以及司法解釋等各類關於涉外關係法律適用的規範，以從總到分的邏輯順序，先對涉外民事關係法律適用的一般規定加以明確，再分別就民事主體、婚姻家庭、繼承、物權、債權、智慧財產權等方面涉及到的法律適用問題，做出具體規定。

該法對以往立法尚未明確的問題做出了規定，填補了法律漏洞，如補充了自然人和法人民事權利能力的有關規定；對涉外婚姻的實質要件、形式要件，夫妻人身、財產關係做了較為詳細的規定，並填補了中國大陸涉外父母子女關係法律適用的空白；從收養的條件和手續、收養的效力、收養的解除三個方面對涉外收養的法律適用進行了較為全面的規制；分別規定了不動產物權、動產物權、運輸中的動產、有價證券以及權利質權的法律適用問題；明確了涉外不當得利、無因管理以及涉外智慧財產權的法律適用。並為了順應經濟發展的要求，在準據法的選擇上力求更科學，照顧弱者利益並有利於糾紛的解決。如明確了公共秩序保留條款排除的是外國法律；消費者合同，適用消費者經常居所地法律的規定；在涉外侵權的法律適用方面，該法規定，準據法的選擇以侵權行為地法律為一般原則，共同經常居所地法律為例外規定，而當事人協議選擇為補充。故經由《涉外民事關係法律適用法》之公佈與施行，目前中國大陸在涉外私法關係已獲得了初步的解決。

2002 年《中華人民共和國民法（草案）》之九編中，目前僅剩人格權法編未單獨立法。人格權究否應獨立成編為《人格權法》，學說至今仍爭論不休。以中國人民大學法學院王利明、楊立新、張新寶、姚輝等民法教授為主的學者，建議人格權應單獨立法，並借助中國法學會民法學研究會這一平臺發揮其影響力。梁慧星、尹田、孫憲忠、易繼明等教授，則認為雖然人格權的發展，最集中地表現了民法人文關懷的發展趨勢，但並非意味民法的人文關懷就應體現在人格權的單獨立法，將人格權單獨立法並成民法典之獨立編，為外國立法例所罕見。

不論人格權最後是否單獨立法，中國大陸目前多數學者看法均認為民法典的編纂始為首要之務。中國大陸民法，未來將採總則、債篇、物權篇立法方式，而不再採「《民法通則》+單行法」之規範模式。至於是否將人格權法獨立成篇納入民法典中，以作為具有中國特色之立法例，是值得持續關注的焦點。期望隨著中國大陸民法典之制訂，能有系統地解決目前仍散亂於民法通則與各單行法中繁雜與重複的規定，並有利於持續強化臺灣與中國大陸之民事交易及民法交流。