

# 中國大陸民法典立法 研究報告

行政院大陸工作委員會委託撰述

撰稿人：謝哲勝

中華民國九十三年十一月

## 摘要

本文作者於二〇〇四年八月十九日到九月十二日參訪中國大陸，一路經過成都、重慶、武漢、南京、揚州、濟南、青島，最後到達北京，途中與西南交通大學、西南政法大學、中南財經政法大學、南京大學、揚州大學、山東大學、山東政法學院、山東師範大學、山東科技大學、中國人民大學、中國社會科學院、北京大學、中國政法大學、清華大學等法學院教授們廣泛交換意見，並與負責起草民法典的全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會民法室主任及諮詢委員當面洽談，因此，本文的撰寫，除了書面資料的搜尋整理分析外，並直接面對立法者，而能掌握立法的方向。

中國大陸在經歷幾十年的民法典起草波折和準備後，在二〇〇二年十二月中華人民共和國民法（草案）（以下稱“官方草案”）提交第九屆全國人大常委會第三十一次會議審議，這是大陸在四九年後第四次的民法起草，而且是累積一九七九年改革開放後許多民事單行法的施行經驗、法院的判決、學者的論述的見解而作成，因為大陸現有法律院系的大學超過三百所，學者人數眾多，又兼具各種不同學習背景，加上民商法作為市場經濟體制的建立和法制建設的基礎，民商法在大陸已成為一門顯學，每年出版的書籍和期刊論文實在難以完全統計，而論述的中心即在於民法典制定，因此，此次民法典起草，可以說是中國有史以來法律論辯最熱烈的議題。

最能代表大陸此次民法典起草的立法方向的草案有三，即官方草案、由中國社會科學院法學研究所研究員梁慧星先生領銜起草的草案（以下稱社科院草案）和由中國人民大學法學院教授王利明先生領銜起草的草案（以下稱人民大學草案）。必須說明的是，這三部草案中，社科院草案和人民大學草案都是受到官方支助和支持所作成，其中有一些成員是重複，這三部草案由社科院草案先出來，官方似乎並不滿意，就再資助王利明教授從事同一主題的研究，官方草案即參酌兩份草案和現行民事單行法而成，這是在探討大陸此次民法典立法應有的認識，簡單地說，官方草案最能反映立法的方向，其次是人民大學草案，然後才是社科院草案。

本文第二部份首先介紹大陸制定民法典的幾種思路，主要是關於是否制定民法典和是否仿效德國民法的論辯，可以用來解釋何以第十屆人大常委會，並沒有將民法典的起草工作納入近期的立法規劃，而是優先起草物權法和侵權責任法；第三至八部份將逐一分別介紹大陸民法典起草中，關於民法典體系、總則、人格權、物權、契約、侵權行為，幾個版本與台灣民法的不同，並敘述在此立法過程

中的重大爭議事項，也指出目前的立法方向，並加以評析，物權部份並特別提出中國大陸不動產物權變動公示方法的考察與分析；第九部份總結全文，提出本文結論。

本文認為法律本身不是目的，更非教條，只是規範的工具，爲了維持競爭力，必須隨時調整以謀求國家社會的利益及全民的福祉，大陸和臺灣的法制都是繼受而來的，更須理性選擇，而不可流於意識型態或教條式的思考，這是從事大陸立法研究時應有的思考。

制定民法典有兩個基礎，包括學者民法文化和理論和審判實務的累積，從這兩點而言，大陸似乎尚不具備，因此，目前最能代表立法方向的官方草案，就以鬆散、開放式的法典方式呈現，以方便法典將來的修正，可見目前的立法方向是：將來（不是近期）才要通過開放型的民法典，目前是制定民事單行法，各單行法也將成爲民法典的各編。其次，就是否仿效德國法而言，顯然大陸目前的共識是不仿效德國法，而是多元仿效各國立法，尤其是一九九二年的荷蘭民法典和魁北克民法典，可以預見的，大陸將來通過的民法典，除了因應自己的本土需要所爲特別規定外，基本上也會是屬於各國（包括台灣）民法的融合體。

民法典體系的设计是民法典的編纂的根基，應該充分的重視、論證和爭論。採用鬆散化的立法模式，順應了現行法，也節省了立法機關的工作成本，官方草案即採取此種作法。大陸在民法典立法應當對世界做出的貢獻，對民法典體系的设计，應當廣爲借鑒和參考別人的經驗，從中走出適合自己的道路。人是民法規範的核心要素，以樹立人的主體形象、協調人在社會生活中可能發生的關係來看，民法的三大體系依次就是人格權法、身份權法和財產權法，因此，本文贊同官方草案和人民大學草案將人格權獨立成編的做法，更贊同人民大學草案將人格權編置於其他各編之首。從契約和侵權行爲分別規範財貨自願移轉和非自願移轉的區別來看，二者的適用原理不同，強調不同而爲分別規範，顯然優於強調相同而爲合併規範，故而三個草案均將契約和侵權行爲分成兩編，分別加以規範。這同時也說明，物權法、契約法、侵權行爲法爲財產法三大體系，規範了財貨的歸屬和移轉的秩序，幾乎也全面規範財貨的生產、分配和消費的問題，因此，無因管理和不當得利應該都僅具有補充的功能，只要在前三者有漏洞的情形下架構其體系，如此，無因管理和不當得利應限於少數情形才有必要適用。總則不僅規範分則體系的共通原則，還規範分則所不適宜規範之處，在契約法和侵權行爲法已經分治，而無因管理和不當得利規則又處於補充地位的情形之下，官方草案沒有設置債權總則編的架構更顯得合理。因此，本文認為大陸民法典的編制應該規定爲總則、人格權、親屬、繼承、物權、契約和侵權行爲。

從大陸民法典草案三版本來看，總則在民法典中的正當性已經無需贅言，而總則所負擔的既規範分則共通事項也規範不宜爲分則容納的非共通事項的功

能，也能從三草案中確認。總則的構成要素應當包括哪些內容，兩岸的各民法典（草案）文本就存在較大的區別，如果從總則規範事項的範圍考慮，官方草案獨樹一幟地將一般規定、民事權利和民事責任分別專章列入總則，並將消滅時效和取得時效規定在時效中，顯然符合總則的原理，值得贊同。其次，臺灣民法典所持的人—物二元區分的立場，已經難以涵括時代和科技進步而提出的將人客體化的難題，而採用主體—客體的區別，則能更全面地界定和闡述民事主體和客體，因此，社科院草案和人民大學草案的規定更為合理。同時，在法律行為上，官方草案創設了民事行為和民事法律行為的雙重結構，但這種創新強調法律行為的合法性本質屬性，究竟有無實證法可以佐證，又此種區別的功能何，實在值得進一步探討。基於上述思考，本文認為，大陸民法典總則的基本架構應當規定為「一般規定—主體—客體—法律行為—代理—民事權利—民事責任—時間」。

兩岸學者在人格權法的論述已難分上下，立法方面，相對於台灣民法典的立法體例，關於侵害人格權的構成要件及其法律效果等規定，散見於民法總則編與債編中，而且規範十分簡略，大陸的三版本則都有人格權的一般規定和具體人格權的規定，顯得進步很多。雖然法律規定和執法情形仍會有一段落差，但台灣現行民法典規範的落後，卻是將來修法、法官造法所必須加以彌補的問題。人格權作為民法的主要權利之一，則從規範體系來看，就應將人格權於民法中加以規範，人格權未必適合適用財產法和身份法的法理，因此，民法典應獨立成編。人格權包括各種類型的權利，在不妨礙他人權利和違反公序良俗下，某些人格權應可作為交易的對象，並加以規範。榮譽權作為獨立的人格權，並無不可，但應將賦予榮譽權的要件和賦予的程序明文規定。貞操權是個過時的觀念，對於侵犯性自主的制裁，並不以承認貞操權為必要，因此，應廢棄此一概念。保障死者人格權能提供更多的人成為好人的誘因，從功能決定概念而言，值得肯定。賦予法人人格權可提供投資團體的名稱、名譽等誘因，所以，法人也有人格權而應加以保護。人格權受侵害所受精神上的痛苦，應考慮全面性地加以賠償，現代科技發達，有無精神上痛苦比較可以客觀認定，較不必擔心有人濫訴，因此，應承認第三人精神上損害賠償。

就大陸民法典三版本物權法部份，與台灣民法物權編，相同處仍多於相異處，相異處大多是優於台灣現行法，只有少數仍待斟酌。就物權法定原則，本文認為應該揚棄，改採物權自由原則，否則也應採物權法定緩和的立法。就不採物權行為概念，本文表示高度肯定，這代表大陸學者確實已消化吸收外國（包括台灣）立法例，而非囫圇吞棗照單全收。從許多符合大陸特色的物權出現於草案中，表示大陸法學界本土化研究的努力成果，本文表示肯定。在目前三版本都採物權法定原則或緩和的立法下，物權種類應增加，以免抑制生產的誘因，本文認為優先購買權、居住權和優先權都應納入法典中。不具實用性的物權，並無規定的必要，典權無實用價值，讓與擔保可以被抵押權包括在內，都沒有規定的必要。集體所有權是具有社會主義特色的物權，立法上應該注意提升集體所有權的利用效

率。擔保物權加上其他擔保制度，構成完整的擔保制度體系，因而擔保法仍有存在的價值，而抵押權、質權與留置權三者的規定無從取代優先權，爲了使優先權制度明確，易於解釋適用，本文贊同將優先權於物權法中明文加以規範。物權本身必須與公示方法區分，公示方法僅是爲了保護交易安全，不動產物權變動的公示方法未必是登記，登記也未必是不動產物權變動的生效要件，在大陸農村仍以移轉見證爲不動產物權變動的現況、及建立全面登記制度不易下，大陸目前並非採登記作爲唯一的不動產物權公示方法。

自由交易會產生福祉，契約法用來規範交易，即是鼓勵交易，所以契約自由成爲私法上一項重大原則。然而，在現代社會，此一原則已遭修正，用來補救市場失靈、提供公共財和人民基本需求，並減少糾紛解決的成本，而有契約自由的限制。三版本關於合同法部份都獨立成編，而實質內容上，也有許多重大區別，在順應國際合同法趨勢上，以及合同法規範的競爭力上，大陸官方草案顯然比臺灣現行規定更勝一籌。大陸在合同法立法和民法典合同法編起草過程中有過許多爭論，包括是否制定債編通則、合同法的立法模式、合同的自由及其限制、是否規定書面要式合同、和是否廢除瑕疵擔保制度等問題，但是在順應國際發展趨勢、強調法律的競爭力下，都毅然決然地採納英美契約法的原理、原則和制度，德國債編修正也割捨其傳統法制，向英美法靠攏。所謂債權的概念，共通之處在於是對人權、請求權，以債概念用來歸納契約、代理、無因管理、不當得利、侵權行爲，除了邏輯概念可行外，並無任何功能；契約和侵權行爲二者規範原理完全不同，因此，大陸民法草案三版本都將契約和侵權行爲獨立成編是正確的作法，既然獨立成編，而依官方草案代理、無因管理、不當得利都已在總則中規定，則規範上也已完整，再設債總更顯得疊床架屋。無因管理和不當得利都是僅具補充性質，都是用來補充物權、契約和侵權行爲法的不足，官方草案就無因管理和不當得利都只有在總則中一條規定，即採此觀點。契約採自由創設爲原則，但法律也不可能列舉所有的契約類型，因而只將常用的納入法典規定，其他的契約就依據契約法的通則加以處理，因此，契約法就形成通則和分則的規定。合同法用來規範因合同而發生的權利義務關係，可以解決所有契約關係中的所有問題，才算一個完整周延的法律制度，官方草案第九十四條和第九十七條的規定即可達到此目的。契約自由應該還是民法的原則，但是契約自由並非毫無限制。書面要式契約是用來使當事人謹慎締約，使不符合要式的契約，無法發生當事人所預期的效力，因此，書面要式契約仍有存在必要。要約的形式拘束力是德國法的特徵，然而從均衡正義來看，並無理由讓一方無對價地受到拘束，因此，要約人可以撤銷要約的立法比較合理。債務不履行類型，只限於給付不能、給付遲延、不完全給付三種顯有不足，英美法上的預期違約制度，大陸現行合同法、官方草案第一〇八條和社科院草案第九百零六條都有規定，值得贊同。瑕疵擔保制度已被德國民法揚棄，官方草案也以違約責任取代債務不履行和瑕疵擔保，是個符合國際法律發展趨勢的正確作法。契約應強調違約責任而非履行契約，這是契約的權利和物權的重大區別點，因此，非金錢合同給付請求強制履行的限制值得肯定。

侵權行為法的功能在損害承擔和預防損害，後者的功能尤其重要，制定侵權行為法時必須注意此兩個功能是否都能達到。在現代社會，爲了調和舉證責任的不平等，所以有推定過失和推定因果關係的規定，因爲大企業比較能夠吸收、分散、移轉損害，也就比較有能力承擔損害，因而也有無過失責任的規定，而在英美法和大陸法系融合的趨勢下，也確保侵權行為法可以達到預防損害的功能，懲罰性賠償適用範圍也漸次地增加。三版本都將侵權行為獨立成編並詳細規範，對照台灣民法典關於侵權行為規定的簡陋，大陸在侵權行為的立法上已不在台灣之下。官方草案採一般侵權行為和特殊侵權行為的立法方式，而社科院草案和人民大學草案則採一般化和類型化結合的方式，社科院草案更以歸責原理的不同類型化侵權行為，具有一目瞭然的效果。在立法過程中，立法體系結構上，究竟要採一般化的規定還是類型化的規定，曾有重大爭論，從草案呈現上，顯然官方草案採前者，社科院和人民大學草案採後者。就懲罰性賠償應否規定上，官方草案也比較保守而無規定，學者版的兩版本則都有規定，但因大陸現行民事單行法有懲罰性賠償的規定，所以官方草案未規定也並非否定懲罰性賠償的適用，只是如未規定在民法典，則適用範圍將會受到限制。侵權行為法理和契約法不同，本文贊同三版本將侵權行為法獨立成編；在侵害客體不同的情形，民事責任應有區別，因而侵權行為應有類型化的規定，但又必須保留一般性的規定，以規範將來可能出現的侵權行為類型，所以，二學者版一般化和類型化結合的立法方式，值得贊同；合法競爭是人類進步的動力，不論是商業競爭或其他情形，因此，對於單純誘使他人違約，只能視爲商業競爭，應不負侵權行為責任；懲罰性賠償是用來嚇阻惡劣的行爲，預防損害的發生，是現代社會對抗大資本家和大企業損人利己行爲的重要民事手段，應該在民法典明文加以規定；醫療行爲具有高度專業性，應由具備此種專業知識的醫生或醫院舉證其對於損害的發生無過失和因果關係，才符合平衡當事人間舉證責任的原則。

# 中國大陸民法典立法研究報告

謝哲勝\*

## 壹、引言

### 貳、制定民法典的幾種思考方向

一、是否制定民法典

二、是否仿效德國法

三、立法方向

四、本文評析

### 參、民法典體系

一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

二、立法過程重大爭議事項

三、立法方向

四、本文評析

### 肆、總則

一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

二、立法過程重大爭議事項

三、立法方向

四、本文評析

### 伍、人格權

一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

二、立法過程重大爭議事項

三、立法方向

四、本文評析

### 陸、物權

一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

二、立法過程重大爭議事項

三、立法方向

四、本文評析

五、不動產物權變動公示方法的考察與分析

### 柒、契約

一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

二、立法過程重大爭議事項

---

\*國立中正大學法律學系教授、教師會理事長、台灣財產法暨經濟法研究協會理事長

三、立法方向

四、本文評析

捌、侵權行爲

一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

二、立法過程重大爭議事項

三、立法方向

四、本文評析

玖、結論



## 壹、引言

本文作者於二〇〇四年八月十九日到九月十二日參訪大陸，一路經過成都、重慶、武漢、南京、揚州、濟南、青島，最後到達北京，途中與西南交通大學、西南政法大學、中南財經政法大學、南京大學、揚州大學、山東大學、山東政法學院、山東師範大學、山東科技大學、中國人民大學、中國社會科學院、北京大學、中國政法大學、清華大學等法學院教授們廣泛交換意見，並與負責起草民法典的全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會民法室主任及諮詢委員當面洽談，因此，本文的撰寫，除了書面資料的搜尋整理分析外，並直接面對立法者，而能掌握立法的方向。

中華人民共和國（以下簡稱大陸）在經歷幾十年的民法典起草波折和準備後，在二〇〇二年十二月中華人民共和國民法（草案）（以下稱“官方草案”）提交第九屆全國人大常委會第三十一次會議審議，這是大陸在四九年後第四次的民法起草，<sup>1</sup>而且是累積一九七九年改革開放後許多民事單行法<sup>2</sup>的施行經驗、法院的判決、學者的論述的見解而作成，因為大陸現有法律院系的大學超過三百所，學者人數眾多，又兼具各種不同學習背景，<sup>3</sup>加上民商法作為市場經濟體制的建立和法制建設的基礎，民商法在大陸已成為一門顯學，每年出版的書籍和期刊論文實在難以完全統計，而論述的中心即在於民法典制定，因此，此次民法典起草，可以說是中國有史以來法律論辯最熱烈的議題。

最能代表大陸此次民法典起草的立法方向的草案有三，即官方草案、由中國社會科學院法學研究所研究員梁慧星先生領銜起草的草案（以下稱社科院草案）和由中國人民大學法學院教授王利明先生領銜起草的草案（以下稱人民大學草案）。<sup>4</sup>必須說明的是，這三部草案中，社科院草案和人民大學草案都是受到官方支助和支持所作成，其中有一些成員是重複，這三部草案由社科院草案先出來，官方似乎並不滿意，就再資助王利明教授從事同一主題的研究，官方草案即參酌

<sup>1</sup> 前三次民法起草的時間，分別是一九五四至五七年、一九六二至六四年、一九七九至八二年，此三次民法典起草，都已有草案的提出，但都因為種種因素而告中斷，參閱梁慧星，中國民法典草案建議稿，法律出版社，二〇〇三年五月，第一至二頁；梁慧星，關於中國民法典編纂，中國民法百年：回顧與前瞻研討會論文集，北京大學研究生會、中外法學編輯部、法律出版社主辦，二〇〇二年四月，第一至二頁。

<sup>2</sup> 大陸現行民事單行法，包括民法通則、合同法、擔保法、婚姻法、收養法、繼承法。

<sup>3</sup> 除了台灣常見的留學美國、德國、日本、英國、法國外，也有前蘇聯，但與台灣顯著不同處是，大陸本土畢業的學者目前居法學研究的主流，此次立法起草主導者也是大陸本土畢業的學者。

<sup>4</sup> 必須指出的是，大陸還存在由其他部門人士（如最高人民法院原副院長唐德華先生）和學者（如廈門大學徐國棟教授、武漢大學孟勤國教授）提出的民法草案，但受本文篇幅的限制，在此只能簡要介紹上述三部最受注目的草案（官方草案是彙整眾人意見而成，梁慧星和王利明則是大陸目前民法學界最具影響力的兩位學者），這並不意味其他草案沒有理論價值或者這三部草案更有理論價值。

兩份草案和現行民事單行法而成，這是在探討大陸此次民法典立法應有的認識，簡單地說，官方草案最能反映立法的方向，其次是人民大學草案，然後才是社科院草案。<sup>5</sup>

本文第二部份首先介紹大陸制定民法典的幾種思路，主要是關於是否制定民法典和是否仿效德國民法的論辯，可以用來解釋何以第十屆人大常委會，並沒有將民法典的起草工作納入近期的立法規劃，而是優先起草物權法和侵權責任法；<sup>6</sup>第三至八部份將逐一分別介紹大陸民法典起草中，關於民法典體系、總則、人格權、物權、契約、侵權行爲，<sup>7</sup>幾個版本與台灣民法的不同，並敘述在此立法過程中的重大爭議事項，也指出目前的立法方向，並加以評析，物權部份並特別提出中國大陸不動產物權變動公示方法的考察與分析；第九部份總結全文，提出本文結論。

---

<sup>5</sup> 有人可能會感到困惑，何以官方草案會出現許多與人民大學草案和社科院草案完全不同的內容，其實這點即反映梁慧星和王利明兩位學者以外的影響力，例如江平教授以及其他民法工作小組成員的影響力。民法起草工作小組的九位成員爲江平（中國政法大學民法教授、中國社會科學院榮譽研究員）、王家福（中國社會科學院榮譽研究員）、梁慧星（中國社會科學院民法研究員）、魏振瀛（北京大學民法教授）、王保樹（清華大學商法教授）、王利明（中國人民大學民法教授）、費宗禕（前最高人民法院經濟審判庭副庭長）、蕭岫（人大常委會法制工作委員會前民法室副主任）、魏耀榮（人大常委會法制工作委員會前經濟法室主任）。而目前人大常委會法制工作委員會民法室主任是王勝明，也是法制工作委員會副主任，對民法的起草方向也具有舉足輕重的影響力。

<sup>6</sup> 參閱張新寶，二〇〇三年我國法學研究述平與展望，河南省政法管理幹部學院學報，第十九卷第二期，二〇〇四年四月，第三頁。

<sup>7</sup> 限於篇幅和作者專長，本文不探討婚姻、收養、繼承、涉外民事法律適用等問題。

## 貳、制定民法典的幾種思考方向

中國大陸起草民法典首先就必須面對是否制定民法典和是否仿效德國法的問題，以下分別加以探討：

### 一、是否制定民法典

從大陸前三次民法典起草都半途而廢，就可以推測一定有人反對制定民法典，而事實上也是如此。本次民法典起草，就一直有人採取反對態度，這也可以用來解釋何以人大常委會遲遲不通過民法，也沒有將民法典的起草工作納入近期的立法規劃，而是優先起草物權法和侵權責任法。從人大常委會此一規劃來看，完整的民法典通過，仍須一段時日。<sup>8</sup>

反對現在制定民法典的學者認為，制定民法典有兩個基礎：一個是學者民法文化和理論的累積，另一個是審判實務的累積，而現行大陸民法學界尚無足夠的學術累積，而能夠制定反映中國現實的民法典。<sup>9</sup>在人大常委會將民法典制定納入立法規劃後，這些學者即主張如要制定民法，就制定開放型、鬆散式的民法，<sup>10</sup>使其他法律淵源可以用來補充民法典。

主張制定民法典的學者認為，大陸在改革開放後所制定的二十幾部重要民事法律，在實踐上已經初步確立了中國民法典制定的基礎，而為了進一步健全民法，制定民法典勢在必行。<sup>11</sup>

### 二、是否仿效德國法

台灣目前的民法典是中國歷史上第一部民法典，而大陸的法學界仍以本土畢業的學者占大多數，中文文獻仍是主要法學研究的資料來源，加上台灣一些學者的鼓吹，因此，台灣民法典所仿效的德國民法，也就成為許多學者所認為應該仿效的對象。<sup>12</sup>

反對仿效德國民法的學者認為中國制定民法典必須突破德國的模式，要制定一部自己的民法典，為世界的法制進步和法律文明的發展作出貢獻，而非複製德

<sup>8</sup> 民法起草工作小組議定的計畫是在二〇一〇年前完成中國民法典編纂，參閱梁慧星，關於中國民法典編纂，中國民法百年：回顧與前瞻研討會論文集，北京大學研究生會、中外法學編輯部、法律出版社主辦，二〇〇二年四月，第三頁。

<sup>9</sup> 參閱江平等，大陸民法典的立法思路和立法體例，月旦民商法，特刊，二〇〇三年三月，第五一頁。

<sup>10</sup> 參閱江平，再談制定一部開放型的民法，法學家，二〇〇三年第四期，第一至五頁。

<sup>11</sup> 參閱王家福，二十一世紀與中國民法的發展，法學家，二〇〇三年第四期，第五至九頁；王勝明、魏耀榮、楊振山，中國民法典制定中的重大問題，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=10865>，上網時間：二〇〇四年七月十一日，王勝明先生發言部份。

<sup>12</sup> 參閱梁慧星，民法典制定的三條思路，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一三八至一三九頁。

國民法，複製德國民法則大陸學者對整個民法是無所作為，而且也不能適應中國社會經濟的需要。<sup>13</sup>

### 三、立法方向

目前法制工作委員會是規劃在年底前先由全國人大常委會通過物權法，明年再提交全國人民代表大會通過，物權法通過後再規劃通過侵權責任法，之後可能規劃通過人格權法。由此一工作計畫可知，短期內並不準備通過民法典，而是分別通過民事單行法。

而從最能反映目前立法方向的官方草案來看，各編各自獨立，又將人格權獨立成編，也不規定債編通則，這都與德國民法不同，顯然不仿效德國民法的立法，而是兼採各國法制的優點，美國的立法方式和相關民事法律的內容與精神，對大陸民法典立法具有明顯的影響。

### 四、本文評析

傳統的比較法研究通常將世界主要法系區分為大陸法系和英美法系，前述的爭辯和這點都是相關的。從時間上來看，大陸的民法典草案在當今世界可能是最新的民法典，擺在它面前有諸多的經驗和教訓，這正是後來的優點，但也可能束縛後來者的思維，如何利用此一優點並擺脫這個束縛，就是民法典立法不得不考慮的問題。這個問題實際涉及到大陸民法典的使命，是制定符合自己需要的民法典，敢於超越以作出自己的貢獻，還是固守法系分離的門戶之見。

就這點答案是非常明顯的：大陸應當制定符合自己需要的民法典並作出自己的貢獻。事實上，所謂的英美法並非沒有成文法典，例如美國加州也有民法典，只是法院通常仍以判例為裁判依據，而且它的法典通常是不完整的，而以各種單行法所編纂而成的，就此點而言，官方草案所定的開放型或鬆散式的民法典體例確實在立法形式上是仿效英美法。不制定民法典或開放型的民法典的優點在於不會被法典所束縛，使民法可以順應經濟社會的變遷而發展，制定嚴格體系化的民法典的缺點是受到法典的束縛，使民法而無法順應經濟社會的變遷而發展，只要法律解釋適用能夠順應經濟社會的變遷，則制定民法典也未必會受到法典的束縛，就此而言法官是否有此能力就成為決定性因素，就此而言，在大陸法官素質參差不齊的現狀下，民法典確實不急於立刻通過立法，大陸規劃於二〇一〇年前才通過民法典，確實有其道理。官方草案的形式是以開放式的法典方式呈現，每

---

<sup>13</sup> 參閱江平等，大陸民法典的立法思路和立法體例，月旦民商法，特刊，二〇〇三年三月，第四二頁；徐國棟，認真地聽中國學者對德國民法說不，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=10874>，上網日期，二〇〇四年七月九日。

編都是獨立的單元，都從第一條開始，配合人大常委會將通過物權法和侵權責任法列為近期立法工作，可見目前的立法方向是：將來（不是近期）才要通過開放型的民法典，目前是制定民事單行法，各單行法也將成為民法典的各編。<sup>14</sup>就此立法方向而言，受英美法的影響是相當大的，但本文認為這樣的作法符合大陸的需要，才是真正主導此次立法的方向。

其次，就是否仿效德國法而言，顯然大陸目前的共識是不仿效德國法，而是多元仿效各國立法，尤其是一九九二年的荷蘭民法典和魁北克民法典。就此本文認為方向十分正確，模仿他國立法只是手段，目的是符合國家社會所需，辜且不論德國國情與大陸不同，制定於一世記前的德國民法是否合於現代社會所需（當然德國民法也在修正），也值得懷疑。更何況模仿的對象也要是最好的，目前主掌世界政治經濟的國家是美國，美國法制雖然未必都符合大陸所需要，但成就一個超極強國的法制，就比較法而言，並無忽視的道理。一九九二年的荷蘭民法典和魁北克民法典就是融合德國法、法國法和英美法，可以預見的，大陸將來通過的民法典，除了因應自己的本土需要所為特別規定外，基本上也會是屬於德國法、法國法、英國法、和美國法的融合體。

---

<sup>14</sup> 參閱王勝明、魏耀榮、楊振山，中國民法典制定中的重大問題，  
<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=10865>，上網時間：二〇〇四年七月十一日，王勝明先生發言部份。

## 參、民法典體系

本部份與前一部份不同，將對體系的形成和架構作詳細的探討。

### 一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

以下即先就介紹三版本的基本體系架構，然後再將三版本與臺灣民法典作比較：

#### (一) 三版本的基本體系架構

##### 1. 官方草案的基本體系架構

從形式上看，“官方草案”每一編獨立作為完整體系，即每一編均從第一條開始，而且從其具體規則內容上看，它的確是將大陸之前公佈的民法通則、民事單行法（合同法、擔保法、婚姻法、收養法、繼承法）、之前草擬的物權法草案，再加上新定的人格權法、侵權責任法，彙整而成。<sup>15</sup>該民法草案分為九編：

(1)·第一編“總則”，包括一般規定、自然人、法人、民事法律行為、代理、民事權利、民事責任、時效、期間等九章；

(2)·第二編“物權法”，分為總則、所有權、用益物權、擔保物權和占有等四部分，其中，總則部分包括一般規定、物權的設立、變更、轉讓和消滅、物權的保護等三章，所有權部分包括一般規定、國家所有權、集體所有權、私人所有權、建築物區分所有權、相鄰關係、共有、所有權取得特別規定等八章，用益物權包括一般規定、土地承包經營權、建設用地使用權、宅基地使用權、鄰地使用權、典權、居住權、探礦權、採礦權、漁業權等九章，擔保物權部分包括一般規定、抵押權、質權、留置權、讓與擔保權等五章，另外也規定占有；

(3)·第三編“合同法”，分為總則和分則兩部分，其中，總則部分包括一般規定、合同的訂立、合同的效力、合同的履行、合同的變更和轉讓、合同的權利義務終止、違約責任、其他規定等八章，分則部分包括買賣合同、供用電、水、氣、熱力合同、贈與合同、借款合同、租賃合同、融資租賃合同、承攬合同、建設工程合同、運輸合同、技術合同、保管合同、倉儲合同、委託合同、行紀合同、居間合同、保證合同等十六章；

(4)·第四編“人格權法”，包括一般規定、生命健康權、姓名權、名稱權、名譽權、榮譽權、信用權、隱私權等七章；

---

<sup>15</sup> 對“官方草案”的有關官方說明，參閱顧昂然：“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”；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”，均載中國民商法網（<http://www.civillaw.com.cn>）。

(5)·第五編“婚姻法”，包括總則、結婚、家庭關係、離婚、救助措施與法律責任、附則等六章；

(6)·第六編“收養法”，包括總則、收養關係的成立、收養的效力、收養的關係的解除、法律責任、附則等六章；

(7)·第七編“繼承法”，包括總則、法定繼承、遺囑繼承與遺贈、遺產的處理、附則等五章；

(8)·第八編“侵權責任法”，包括一般規定、損害賠償、抗辯事由、機動車肇事責任、環境污染責任、產品責任、高度危險作業責任、動物致人損害責任、物件致人損害責任、有關侵權責任主體的特殊規定等十章；

(9)·第九編“涉外民事關係的法律適用法”，包括一般規定、民事主體、物權、債權、知識產權、婚姻家庭、繼承、侵權等八章。

## 2. 社科院草案的基本體系架構

“社科院草案”是包括中國社會科學院法學研究所、北京大學法學院、清華大學法學院等數個法學研究所、院學者集體研究的成果，但該民法典結構體例及全部條文的修改、定稿工作由梁慧星研究員負責，這種模式屬於比較典型的學術“民主集中制”，比較能夠保證草案的體系性、邏輯性以及條文之間的協調。該民法草案分為九編：

(1)·第一編“總則”，包括一般規定、自然人、法人、非法人團體、權利客體、法律行爲、代理、訴訟時效、期日、期間等八章；

(2)·第二編“物權”，包括通則、所有權、基地使用權、農地使用權、鄰地利用權、典權、抵押權、質權、留置權、讓與擔保、占有等十一章；

(3)·第三編“債權總則”，包括通則、債的原因、債的種類、債的履行、債的保全、債的變更和移轉、債的消滅等七章；

(4)·第四編“合同”，包括通則、合同的訂立、合同的效力、合同的解除與終止、合同的履行、違約責任、買賣合同、供用電水氣熱合同、贈與合同、租賃合同、融資租賃合同、存款合同、借款合同、借用合同、雇用合同、承攬合同、建設工程合同、專案建設運營合同、運輸合同、委託合同、行紀合同、居間合同、技術合同、保管合同、倉儲合同、物業管理合同、教學培訓合同、醫療合同、餐飲合同、住宿合同、旅遊合同、演出合同、出版合同、合夥合同、保證合同、獨立保證合同等三十六章；

(5)·第五編“侵權行爲”，包括通則、自己的侵權行爲、對他人侵權之責任、準侵權行爲：無過錯責任、侵權的民事責任等五章；

(6)·第六編“親屬”，包括通則、親屬、結婚、夫妻關係、離婚、父母子女、收養、扶養、監護等九章；

(7)·第七編“繼承”，包括通則、法定繼承、遺囑處分、遺贈撫養協定、遺產的處理等五章。

### 3. 人民大學草案的基本體系架構

與“社科院草案”一樣，“人民大學草案”也是在學術“民主集中制”下產生的學者建議稿，其基本體系架構如下：

(1)·第一編“總則”，包括一般規定、自然人、法人、非法人組織、民事權利客體、法律行爲、代理、訴訟時效、期間與期日、民事權利的保護等十章；

(2)·第二編“人格權”，包括一般規定、生命權、健康權、身體權、姓名權、名稱權、肖像權、名譽權、信用權、榮譽權、人身自由權、隱私權、婚姻自主權、其他人格利益等六章；

(3)·第三編“婚姻家庭”，包括總則、結婚、夫妻、離婚、父母和其他親屬、收養、監護、扶養等八章；

(4)·第四編“繼承編”，包括通則、法定繼承、遺囑、遺贈扶養協定、遺產的處理等五章；

(5)·第五編“物權”，包括總則、所有權、用益物權、擔保物權、占有等五章；

(6)·第六編“債法總則”，包括一般規定、債的發生、債的類型等三章；

(7)·第七編“合同”，包括買賣合同、供用電、水、汽、熱力合同、贈與合同、存款合同、借款合同、租賃合同、融資租賃合同、借用合同、雇用合同、承攬合同、建設工程合同、工程建設運營合同、運輸合同、出版合同、通信服務合同、餐飲服務合同、住宿合同、旅遊合同、保管合同、倉儲合同、委託合同、行紀合同、居間合同、結算合同、物業管理合同、演出合同、合夥合同、技術合同、保證合同、和解合同等三十章；

(8)·第八編“侵權行爲”，包括總則、侵權行爲的種類及其責任、侵權的類型、損害賠償等四章。

## (二) 三版本與台灣民法典的比較

### 1. 官方草案與台灣民法典的比較

官方草案分爲九編，每一編獨立作爲完整體系，即每一編均從第一條開始，而且從其具體條文內容上看，它是將大陸之前公佈的民法通則、民事單行法（合同法、擔保法、婚姻法、收養法、繼承法）、之前草擬的物權法草案，再加上新訂的人格權法、侵權責任法彙整而成。<sup>16</sup>

<sup>16</sup> 對官方草案的有關官方說明，參閱顧昂然，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，



兩者體系的重大相同之處，可能就是均以總則作為法典之首，以此作為以下各編規定的共通之處，從而統率和整合整個法典條文。從內容上看，臺灣民法典對於官方草案的影響也是可以肯定的。

不過，它們之間的區別更為明顯：

(1)·正如前文所言，官方草案是法律彙編整理的結果，每編均從第一條開始，仿佛各編均為獨立的，它們之間沒有緊密的關聯，只是採用了民法典的名稱和外形，但實質是在同一法律中設立的邦聯，不能令人產生法典為一整體的感覺。

(2)·官方草案在實質上是承認物權與債權區別的，但形式上沒有採用物權編與債權編的編排方式，而是採用物權法、合同法和侵權責任法並列的編排體例。如果考察與立法相伴隨的學術討論背景，似乎可以得出這樣的結論，即認為契約法與侵權行為法的相異處大於共通處，無法用債權通則來整合它們，當然也就不宜把兩者合併規定在同一債編之內，<sup>17</sup>從而要分別與物權法並列。與之相伴隨的一個技術性處理，就是官方草案將無因管理和不當得利分別一個條文的形式規定在第一編總則的民事權利章中，這種方式當然就排除了債權編或者債權總則的設置，為合同法和侵權責任法的分離掃清了技術障礙。當然，這在一定程度上也說明瞭無因管理和不當得利規則在官方草案中也僅僅具有補充性質。<sup>18</sup>與官方草案上述體例相反，臺灣民法典不僅在實質上將財產權分為債權和物權兩大部分，而且形式上也建立了相應的分野和相同的編排，即第二編債，第三編物權。

(3)·官方草案單獨設立人格權法，以七章二十九個條文來規範人格權，與臺灣民法典無專門的人格權編，而在第十八、十九、一九二至一九五等六條規定中保護人格權的做法相比，官方草案似乎更加強調人格權的保護。

(4)·官方草案將本屬於親屬編規範的收養，採用婚姻法和收養法並列的方式予以強調，可能在於方便採用現行法，這與臺灣民法典完全不同。

(5)·官方草案延續現行民法通則的規定體例，專門規定了涉外民事關係的法律適用法一編，而臺灣則是由涉外民事法律適用法所規範。

## 2. 社科院草案與臺灣民法典的比較

社科院草案的民法典結構體例及全部條文的修改、定稿工作由梁慧星研究員負責，這種模式屬於比較典型的學術民主集中制，貫徹負責人的學術見解。該民

---

<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=11101>，上網日期，二〇〇四年七月九日；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，

<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=11244>，上網日期，二〇〇四年七月九日。

<sup>17</sup> 參閱王利明，關於大陸民法典體系的再思考，月旦民商法，特刊，二〇〇三年三月，第二三至二九頁。

<sup>18</sup> 參閱大陸民法草案第一編第八十七和八十八條。

法草案分爲九編，與台灣民法典都是仿效德國民法典，<sup>19</sup>因此它們的共通性相當大。首先，開篇均有總則的規定；其次，明確將財產權區分爲物權和債權，並分別以不同的編予以明確規定；再次，親屬編和繼承編的位置相同；最後，均否定人格權單獨成編。<sup>20</sup>

它們最大的區別有二：

(1)·社科院草案在物權編和債權編的排列順序上，採用物權前而債權後的方式，這屬於德意志模式中的薩克遜體例，這不同於臺灣民法典採用的與德國民法典相同的巴伐利亞體例。

(2)·社科院草案對債的處理採用了總則一分則的方式，即在債權總則編之下，再專設合同編和侵權行爲編，這顯然與臺灣民法典在債編中一體處理契約和侵權行爲的方式不同。社科院草案如此處理的原因在於：「鑒於現代市場經濟的發展，產生各種新的合同類型和新的侵權行爲類型，致債權編條文數劇增而與其他各編不成比例，遂參考荷蘭新民法典將債權編分解爲債權總則、合同和侵權行爲三編，形成法典雙層結構。」<sup>21</sup>

### 3. 人民大學草案與臺灣民法典的比較

人民大學草案也是在學術民主集中制下產生的學者建議稿，也是貫徹王利明教授的學術見解，這兩者在整體架構上均採用了總則一分則的模式，但體系相差甚大：

(1)·人民大學草案”將人格權獨立成編，以凸顯對人格權的保護，<sup>22</sup>這一點在臺灣民法典中是看不到的。

(2)·與臺灣民法典的編排順序相反，人民大學草案在體系上優先考慮了人格權和身份權的規定，將人格權、婚姻家庭和繼承的規定放在物權和債權規範之前。

(3)·與社科院草案一樣，人民大學草案在物權編和債權編的排列順序上，也採用了與臺灣民法典相反的薩克遜體例；而且，也採用了債權總則—合同—侵權行爲分列設編的模式來整合債權規範。

## 二、立法過程重大爭議事項

大陸民法典的起草過程中，民法學界人士積極參與，就相關問題紛紛發表自己的觀點和看法，本文歸納以下立法過程的重大爭議事項：

### (一)·民法典立法的模式

<sup>19</sup> 參閱梁慧星，中國民法典草案建議稿，法律出版社，二〇〇三年五月，第二頁。

<sup>20</sup> 梁慧星先生堅決反對人格權獨立成編，其觀點參閱本文第五部分。

<sup>21</sup> 參閱梁慧星，中國民法典草案建議稿，法律出版社，二〇〇三年五月，第二頁。

<sup>22</sup> 王利明先生堅決主張人格權應獨立成編，其觀點參閱本文第五部分。

在學界看來，民法典立法的模式大致有兩種—即鬆散化或體系化。前一模式的基本思路，是將大陸已經制定出來的民法通則、合同法、擔保法、繼承法、婚姻法以及正在起草物權法彙編在一起，無須有嚴格的邏輯關係和完整的體系，法典的各部分之間相對獨立。<sup>23</sup>根據這個思路制定出來的民法典，其體系比較隨意，前文所述的官方草案就是典型例子。不過，客觀地看，此種模式對於民法典仍有體系化的追求。與這種模式相反，體系化模式要求按照特定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。<sup>24</sup>

## (二)、民法典立法的定位

在上述體系化方式中，無論採用法國法式或者德國法式的編纂結構，學者均講究在大陸法系的架構內設計民法典，這就先決地把大陸的民法典放置在大陸法系民法典家族之中。<sup>25</sup>

與上述思路不同，有學者認為在借鑒大陸法系民法典經驗時，不僅要吸收英美法的制度實質，還應引用它的具體法律編排形式。<sup>26</sup>

## (三)、民法典體系的構成

以下三項是有關民法典體系的構成的重要爭論事項：

### 1. 人格權應否獨立成編

此部份請參閱本文第五部份。

### 2. 應否設立債權總則編

持否定態度者認為，債權法的核心問題是合同問題，債權法的一般規則即合同的一般規則。在傳統債法體系中，不當得利、無因管理均屬事實行為，依其特徵可置於侵權法或合同法分則中規定，侵權行為的責任也不能與債相提並論，故無需設立債權編，更無需設立債權總則編。<sup>27</sup>持肯定態度者認為，侵權行為之債與合同之債，權利性質相同，均屬於請求權，債權總則，絕不僅是合同的總則，而是合同之債、侵權行為之債、不當得利和無因管理之債的總則，取消債權概念

<sup>23</sup> 參閱江平，再談制定一部開放型的民法，法學家，二〇〇三年第四期，第一至五頁。

<sup>24</sup> 參閱王利明，中國民法典體系，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一一七頁；梁慧星，民法典制定的三條思路，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一三八至一三九頁。

<sup>25</sup> 參閱梁慧星教授在二〇〇二年十一月八日由中國政法大學民商經濟法學院舉辦的“中國民法典論壇”第一場上的發言，參閱江平等，大陸民法典的立法思路和立法體例，月旦民商法，特刊，二〇〇三年三月，第三八至四一頁。

<sup>26</sup> 參閱馬俊駒，對我國民法典制定中幾個焦點問題的粗淺看法，

<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=11039>，上網日期，二〇〇四年七月九日。

<sup>27</sup> 參閱馬俊駒，對我國民法典制定中幾個焦點問題的粗淺看法，

<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=11039>，上網日期，二〇〇四年七月九日。

和債權總則，必將徹底摧毀民法的邏輯性和體系性。<sup>28</sup>

### 3. 民法典各編的編排順序

大陸民法學界關於民法典各編編排順序的爭論，主要體現在是在人法和物法的順位關係上。有學者認為，爲了在中國大陸民法典中體現人的崇高地位，人法應當排列在物法之前；<sup>29</sup>也有學者認為物法在人法之前也未嘗不可，這兩者的序位編排並無太大的意義。<sup>30</sup>

## 三、立法方向

目前的立法方向應是：

### (一) 採開放式的民法典

所謂開放式民法典，是指將民事單行法編纂而成民法典，從官方草案的架構以及人大常委會近期規劃通過物權法和侵權責任法，而非通過整部民法典，可知開放式民法典是目前立法方向。

### (二) 大量引進英美法

官方草案不規定債總，將契約和侵權責任分編規定，以違約責任取代債務不履行責任，侵權行爲類型化，加上開放式民法典的規劃，充分顯示大陸民法立法方向不僅吸收英美法的制度實質，還引用它的具體法律編排形式。

### (三) 人格權獨立成編、不規定債編，物權編可能會規定在人法之前

從官方草案的架構，可知人格權會獨立成編，人大常委會近期規劃通過物權法和侵權責任法，也無規劃債總的立法，可知不會規定債編，而人格權法將等到侵權行爲法通過後才加以討論，可知大陸目前仍然比較關切經濟發展而非人權保障，因此，物權編可能會規定在人格權法和身份法之前。

## 四、本文評析

### (一) 民法典應兼採體系化和開放式

因爲在科技、文化、倫理等要素的快速進展和整合中，包括民法在內的法律不同程度地面臨新問題，因此，爲了避免法典一制定就與現實脫節，民法典規定

---

<sup>28</sup> 參閱王利明，中國民法典體系，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一二九至一三〇頁；梁慧星，民法典制定的三條思路，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一四五頁。

<sup>29</sup> 參閱王利明，中國民法典體系，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一三〇頁；江平等，大陸民法典的立法思路和立法體例，月旦民商法，特刊，二〇〇三年三月，第四三頁，王利明教授發言部份。

<sup>30</sup> 參閱張毅，質疑新人文主義，<http://law-thinker.com/show.asp?id=1004>，上網日期，二〇〇四年七月九日；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，<http://law-thinker.com/show.asp?id=1002>，上網日期，二〇〇四年七月九日。

兩大法系也正在不斷融合。<sup>31</sup>大陸過去的立法（如合同法）曾經包容大陸法系和英美法系的制度內容，不僅在制度內容上，而且在體系架構上融合兩大法系的長處，最終形成自己的風采。因此，大陸此次民法典立法大量引進英美法，不限於舊有思維，將奠定其民法優良的基礎，而有利於大陸民法將來進一步發展的。

### （三）民法典體系上人格權應獨立成編

人畢竟是法規範價值的核⼼，所以人格權應該有較詳細的規定，以凸顯人的價值。而且人格權和身份權及財產權性質不同，應獨立成編加以規範，以免因適用財產法規範原理而產生不妥當的結果。

### （四）民法典體系上不須規定債編

債編規定的權利共同處，是性質上都是請求權，然而，不同規範間的法理不同，如契約採自由原則，侵權行為則課予責任，前者應鼓勵，後者應嚇阻，規範法理不同卻把它列為同一編，並無功能，反而有礙法律的正確解釋適用。事實上，財產法（物權、契約、侵權行為）有共通法理，但契約和侵權行為並沒有，所以，與其訂債編通則，不如訂財產法通則，荷蘭民法典即有財產法通則。

### （五）人法（人格權、婚姻、收養）要規定在物權編之前

如果依目前立法規劃，是通過物權法和侵權責任法單行法，則並無物權編置於何處的問題，但如果要編纂入民法典，則人法規定在前，還是較能凸顯人的價值。

---

<sup>31</sup> 參閱謝哲勝，英美法與大陸法的融合，中正法學集刊，第六期，第三九頁。

## 肆、總則

### 一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

以下即先就介紹三版本的基本體系架構，然後再將三版本與臺灣民法典作比較。

#### (一) 三版本的基本體系架構

##### 1. 官方草案的基本體系架構

“官方草案”的總則包括一般規定、自然人、法人、民事法律行為、代理、民事權利、民事責任、時效、期間等九章。其中，“一般規定”的主要內容是規定了民法典的立法宗旨、調整物件、適用範圍以及確認了平等、公平、自願、誠實信用等基本原則；“自然人”分為兩節：第一節民事權利能力和民事行為能力和第二節監護；“民事法律行為”分為三節，即一般規定、意思表示和民事法律行為的效力；“民事權利”分別規定了民事主體得享有物權、債權、知識產權、人身權；“民事責任”主要規定了民事責任的形式、排除、違約責任和侵權責任的競合、民事責任和其他責任的關係；“時效”分為訴訟時效和取得時效兩節。按照立法官員的說明，“官方草案”總則規定民法的基本原則以及一些共同規則，普遍適用於各種民事行為。<sup>32</sup>

##### 2. 社科院草案的基本體系架構

“社科院草案”的總則包括基本原則、自然人、法人、非法人團體、權利客體、法律行為、代理、訴訟時效、期日、期間等八章。其中，“自然人”包括民事權利能力、民事行為能力、宣告失蹤、宣告死亡、人格權、住所等六節；“法人、非法人團體”包括一般規定、法人的設立、法人的機關、法人的變更、法人的解散與清算、非法人團體等六節；“法律行為”包括一般規定、意思表示、法律行為的無效和撤銷、法律行為附條件和附期限、法律行為的解釋等五節；“代理”包括一般規定、直接代理、間接代理等三節；“訴訟時效”包括一般規定、時效的中止和不完成、時效的中斷等三節。

##### 3. 人民大學草案的基本體系架構

“人民大學草案”的總則，包括一般規定、自然人、法人、非法人組織、民事權利客體、法律行為、代理、訴訟時效、期間與期日、民事權利的保護等十章。其中，“自然人”包括民事能力、監護、宣告失蹤和宣告死亡、住所及戶籍登記等四節；“法人”包括一般規定、企業法人、機關及事業單位和社會團體法人、企業法人的分支機構等四節；“非法人組織”包括一般規定和有限合夥等兩節；

<sup>32</sup> 參閱顧昂然：“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”，載中國民商法律網（[www.civillaw.com.cn](http://www.civillaw.com.cn)）。

“民事權利的客體”包括物、有價證券、其他民事權利客體等三節；“法律行爲”包括一般規定、意思表示、法律行爲的效力、法律行爲的解釋、條件和期限等五節；“代理”包括一般規定、委託代理、職務代理與家事代理、無權代理、表現代理、代理關係的終止等六節；“訴訟時效”包括一般規定、訴訟時效的期間及起算、訴訟時效的中斷、時效的中止和不完成等四節；“民事權利的行使和保護”包括民事權利的行使和民事權利的保護兩節。

## (二) 三版本與臺灣民法典的比較

### 1. 官方草案與臺灣民法典的比較

#### (1) · 基本結構

臺灣民法典總則各章的標題、順序和內容，基本上是「人—物—法律行爲—時間—權利行使」的構造。官方草案比臺灣民法典少了物和權利行使，多了一般規定、民事權利和民事責任，並將代理從法律行爲中獨立出來，而形成「一般規定—人—法律行爲—代理—民事權利—民事責任—時間使」。

#### (2) · 法律適用規則

臺灣民法典第一條和第二條有民事案件適用法規的順序和習慣適用的限制，大陸無論是包括民法通則在內的現行民事法律規範，還是官方草案，均無此種規定。

#### (3) · 基本原則

在臺灣民法典中，儘管沒有把平等、自願、公平作為基本原則，但其精神已經完全涵蓋在整個法典體系中；同時，它明確了權利不得濫用和誠實信用原則。故在這些原則上，臺灣民法典與官方草案基本上沒有差別。不過，在被譽為具有帝王地位的公序良俗原則上，<sup>33</sup>這兩者的差別頗大：其一，官方草案承襲了民法通則的做法，沒有明確採用公共秩序和善良風俗這兩個術語，而是於總則第八條規定：「民事活動應當遵守法律，尊重社會公德，不得擾亂社會經濟秩序，損害社會公共利益。」，按照大陸學界通說，社會公共利益和社會公德在性質和作用上與公序良俗相當。<sup>34</sup>其二，臺灣民法典沒有將公序良俗界定為基本原則，但在具體行文中，公序良俗涉及到法律適用、自由限制、法人目的和行爲、法律行爲的效力、無因管理、侵權行爲的成立和留置權，<sup>35</sup>這是對公序良俗適用範圍的具體列舉立法模式。而官方草案總則第八條之外，還在合同和收養中強調了社會公德，在法律行爲、物權行使、徵收、建築物區分所有權、建築用地使用權、取水

<sup>33</sup> 參閱鄭玉波，民法總則，五南圖書出版公司，一九九六年版，第七二頁。

<sup>34</sup> 參閱王家福主編，中國民法學·民法債權，法律出版社，一九九一年版，第三五六頁；梁慧星，民法總論，法律出版社，一九九六年版，第四五頁。

<sup>35</sup> 參閱臺灣民法典第二、十七、三六、七二、一七四、一八四、九三〇條的規定。

權、漁業權、收養等制度強調公共利益，這則是原則概括和具體列舉並存的模式。

#### (4)·人

臺灣民法典將自然人和法人均規定在人章之中，官方草案則分設了自然人和法人兩章。臺灣民法典將法人分為社團和財團兩類，而官方草案缺乏財團法人的規定。它們共同之處在於均沒有確定非法人團體的主體地位。

#### (5)·法律行爲

臺灣民法典和官方草案在法律行爲上的共同之處相當多，如均規範了意思表示、設定了法律行爲的生效和效力規範、規定了附條件、附期限的法律行爲等，但也有非常明顯的區別：

第一，臺灣民法典總則第四章規定了法律行爲，其核心在於意思表示，而不強調其合法性。<sup>36</sup> 官方草案繼承了民法通則的做法，以民事法律行爲為標題，該術語的含義是「自然人、法人基於意思表示設立、變更、終止民事權利和義務的合法行爲」，與這種界定相對應，官方草案在無效和可變更、可撤銷之處使用了民事行爲，以顯示民事行爲既可為合法行爲也可為違法行爲，由此，民事法律行爲成為民事行爲的下位概念。

第二，臺灣民法典直接移植了德國民法典意思表示的解釋規則，即「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句」；官方草案則規定了民事法律行爲的解釋規則，即「對民事法律行爲的解釋，應當按照表達該民事法律行爲的詞句、有關條款、法律行爲的目的、習慣以及誠實信用原則，確定該民事法律行爲的真實意思」。拋開詞句表述的差異，這兩個規則的基本精神相同，均要求探究當事人的真實意思。

第三，臺灣民法典設置了無效法律行爲的效力轉換規則，官方草案則缺乏此種規定，如果由此推斷出立法者有意否定無效法律行爲在效力上轉換的可能，則就明顯背離了其對當事人自願原則的弘揚，使出於當事人真意的預期落空，就當事人間利益不能得到保障來看是為不足，但如強調法律行爲本質屬性的合法性則另當別論。

#### (6)·時效

這兩個法律文本在時效制度上最大的差別就是，臺灣民法典在總則中僅規定了消滅（訴訟）時效，旨在強調請求權因一定期間不行使而消滅，取得時效則被視為經過一定期間取得物權的制度，故被規定在物權編中；官方草案則將這兩種時效合併統一規定在總則的時效之中。

## 2. 社科院草案與臺灣民法典的比較

與官方草案總則相比，社科院草案總則無論在整體結構還是在具體制度上更

<sup>36</sup> 參閱王澤鑑，民法總則，中國政法大學出版社，二〇〇一年版，第二五〇至二五一頁；黃立，民法總則，中國政法大學出版社，二〇〇二年版，第一九一頁。



接近臺灣民法典的總則，它們的共同之處在於：

第一，均明確規定了法律適用規範，社科院草案第九條規定：「民事關係，本法和法律都有規定的，應當優先適用法律的規定；本法和法律都沒有規定的，可以適用習慣；既沒有法律規定也沒有習慣的，可以適用公認的法理。前款所稱習慣，以不違背公共秩序和善良風俗的為限。」

第二，公序良俗在社科院草案第七條中得到了明確承認，其不僅是民法基本原則之一，還具體適用於法律適用、權利客體的確定、法律行為（意思表示）的效力、埋藏物發現、鄰地使用權、留置權、婚姻、收養等，這種立法模式比臺灣民法典的規定，顯然更強調公序良俗的帝王地位。

第三，均採用了法律行為的表述，按照社科院草案第一一一條的定義，法律行為是指以意思表示為要素並以設立、變更、終止民事權利義務關係為目的的行為，這基本上就是臺灣民法典中法律行為的含義。

第四，均規定了消滅時效，而將取得時效放在物權編中。對於消滅（訴訟）時效的效力採抗辯權發生主義，與官方草案規定的訴訟時效，是訴訟的勝訴權要件不同。

它們的差別主要體現在：

第一，社科院草案第一章是基本原則，其內容與官方草案總則的第一章基本相同，這種明確規定基本原則的做法，是臺灣民法典所未規定的。

第二，社科院草案在人中增加了非法人團體，這正是臺灣民法典的不足之處。

第三，社科院草案將物改為權利客體，儘管其中的主要規定仍是物，但還包括行為、人格利益、智力成果、權利，甚至還有自然人的器官、血液、骨髓、組織、精子、卵子等身體構成。

第四，社科院草案的總則也缺乏無效法律行為的效力轉化規則。

第五，同官方草案一樣，社科院草案也採用了法律行為的解釋，不過，它的地位更為重要，在法律行為中占據了單獨一節，其規則自然也更為詳細，分為文義解釋、整體解釋、目的解釋、習慣解釋、公平解釋和誠信解釋；而且，定型化契約條款的解釋規則在合同編中也有專文規定。與臺灣民法典的意思表示解釋規則相比，社科院草案的這種解釋規則雖然也強調當事人真意，但更注重從超越當事人內心意思的客觀方面來把握法律行為的意義，這能更周到地保護當事人的利益。

第六，社科院草案與官方草案一樣，也將代理獨立於法律行為之外，臺灣民法典則放在法律行為中加以規範。

### 3. 人民大學草案與臺灣民法典的對比

與社科院草案總則相比，人民大學草案總則無論在整體結構還是在具體制度

上與臺灣民法典的總則，比較有明顯的區別，它們的共同之處在於：

第一，均明確規定了法律適用規範，人民大學草案有類似於臺灣民法典第一條的規定，該草案第十一條並明文規定特別法規則比一般法規則優先適用。

第二，公序良俗在人民大學草案中同樣得到了明確承認，其不僅是民法基本原則之一，還具體適用於法律適用、權利客體的確定、法律行爲（意思表示）的效力、埋藏物發現、鄰地使用權、留置權、婚姻、收養等，這種立法模式比臺灣民法典的規定，顯然更強調公序良俗的帝王地位。

第三，均採用了法律行爲的表述，第一七五條的定義法律行爲，這定義基本上也是臺灣民法典中法律行爲的含義。

第四，均規定了消滅（訴訟）時效，而將取得時效放在物權編中。對於消滅（訴訟）時效的效力採抗辯權發生主義，與官方草案規定的訴訟時效，是訴訟的勝訴權要件不同。

它們的差別主要體現在：

第一，人民大學草案第一章是一般規定，其內容與官方草案總則的第一章基本相同，這種明確規定基本原則的做法，是臺灣民法典所不具備的。而且，人民大學草案也將法律規範的適用放在第一章第二節，這是台灣民法總則所無的規定。

第二，人民大學草案在人中增加了非法人組織，並規定了有限合夥，這正是臺灣民法典的不足之處。

第三，人民大學草案設民事權利客體一章，儘管其中的主要規定仍是物，但還包括有價證券、其他民事權利，與社科院草案對照可知，這代表大陸的主流法學者已經使用主體—客體的區分，代替人—物的區分方式。

第四，人民大學草案的總則也缺乏無效法律行爲的效力轉化規則。

第五，同官方草案一樣，人民大學草案也採用了法律行爲的解釋，不過，它的地位更爲重要，在法律行爲中占據了單獨一節，其規則自然也更爲詳細，分爲文義解釋、目的解釋、整體解釋、習慣解釋、促成合同有效的解釋、對起草者不利的解釋和誠信解釋。

第六，人民大學草案與官方草案一樣，也將代理獨立於法律行爲之外，臺灣民法典則放在法律行爲中加以規範。

第七，人民大學草案比台灣民法總則多了民事權利保護（第十章）的規定。

## 二、立法過程重大爭議事項

### （一）民事主體

自然人和法人是民事主體，但是否應承認非法人組織爲民事主體，例如合

夥、有限合夥也可作為民事主體，大陸學者間曾有激烈的爭論。<sup>37</sup>表現在草案上，學者起草的兩個版本都規定了非法人組織為民事主體，人民大學草案規定有限合夥。

## （二）法人分類

大陸民法通則將法人分為企業法人、國家機關法人、事業單位法人和社會團體法人，並無公私法人的區分，也沒有採用財團法人的概念，學者們表示質疑。<sup>38</sup>官方草案即沿襲民法通則，並無財團法人規定，但第五十條有捐助法人的規定；社科院草案第七十三條也有類似規定，人民大學草案則規定於第一〇三條，稱為基金會法人。

## （三）法律行為概念的必要與否

大陸通說不採物權行為概念，法律行為幾乎等於契約，而法國民法就沒有法律行為的規定，因此，法律行為概念的必要與否，就遭到質疑。<sup>39</sup>

## （四）法律行為的本質屬性為意思表示或合法性

大陸民法通則第五十四條規定民事法律行為的本質屬性是合法性而非意思表示，學者認為應該以意思表示作為法律行為的本質屬性，如同台灣民法一樣。

<sup>40</sup>

## （五）代理的性質

代理的性質，有權利說、資格說和權力說，代理行為是否會因授權行為的瑕疵而影響，學者間也有不同意見。<sup>41</sup>

## （六）時效

時效規定，究竟應該合併還是分開規定，時效完成後，是抗辯權發生還是勝訴權消滅，法院可否依職權加以認定，學者與最高人民法院見解不同。<sup>42</sup>

## 三、立法方向

目前的立法方向應是：

### （一）不承認非法人組織為民事主體

<sup>37</sup> 參閱馬俊駒，對我國民法典制定中幾個焦點問題的粗淺看法，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一八二頁。

<sup>38</sup> 參閱馬俊駒，對我國民法典制定中幾個焦點問題的粗淺看法，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一八四頁。

<sup>39</sup> 參閱王利明，中國民法典體系，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一二五頁。

<sup>40</sup> 參閱柳經緯，制定民法典需解決的兩個基本問題，海峽兩岸民法典理論研討會論文集（大陸學者論文），煙台，二〇〇三年十一月，第二八五頁。

<sup>41</sup> 楊立新，中國民法理論研究熱點問題探索與意見，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第三一九頁。

<sup>42</sup> 參閱王利明，民法總則研究，中國人民大學出版社，二〇〇三年十二月，第七一三頁。

從官方草案的內容與法工委發表意見看來，可能不承認非法人組織為民事主體。

#### (二) 不區分公私法人

從民法通則現行規定和官方草案看來，在民法中應不會區分公私法人。

#### (三) 採法律行為概念

三版本都有法律行為的規定，所以，可能還是會採用法律行為此一概念。

#### (四) 以合法性為民事法律行為的本質屬性

從民法通則和官方草案看來，可能仍然以合法性為民事法律行為的本質屬性。

#### (五) 採授權行為有因性

意定代理大陸稱為委託代理，此種代理必基於委託，會因委託期間終了而終止，加上實事求是的精神，因此，應該會採授權行為有因性。

#### (六) 時效合併規定，並採勝訴權消滅主義

從官方草案來看，時效將合併規定，以最高人民法院的見解來看，會採勝訴權發生主義。

### 四、本文評析

#### (一) 肯定不規定法律適用的順序

台灣民法第一條的規定，會讓人誤以為只有法典沒有規定才可適用法理，但事實上，法典只是法律呈現的一種方式，在法典有規定時，其實還是可以類推適用和目的性限縮，或基於誠信原則調整當事人的權利義務關係，因而法律的解釋適用，為求得每一個案都符合公平正義，並非有一定的順序。大陸民法總則並無台灣民法典第一條類似的規定，值得贊同。

#### (二) 民事主體應包括非法人組織

非法人團體在當代社會經濟交往中具有非常重要的地位，它與自然人、法人的區別也甚為明顯，理應在自然人和法人之外成為獨立的民事主體。台灣民事訴訟早承認非法人團體的當事人能力，但民法卻不承認其有權利能力，其實是互相矛盾。新近編制的民法典對此有明文承認的例子，如越南民法典在公民、法人兩章之後，確立了家庭戶、合夥的主體地位。

大陸官方草案獨排學者眾議不列非法人組織為民事主體，主要應該是政治考量，因為大陸對法人設立十分嚴格，目前上不承認人民有結社自由，如果嚴格法人設立以限制結社，又開放非法人組織設立，豈不承認人民有自由成立非法人組織的自由，這將會抵觸大陸現行管制結社的政策。

#### (三) 民法無須區分公私法人

公私法人的區分應在於有無行使公權力，而民法是私法，規範民事法律關係，以平等自願為原則，不牽涉公權力行使，因此，民法典中無須區分公私法人。在民法中承認公私法人的區分似乎實益不大，不如區分公益和私益法人。更何況在民法中如承認公私法人的區別，將造成賦予公法人優於私法人的地位，與民法作為規範平等主體間的權利義務關係的原則將有衝突。

大陸立法不區分公私法人，應該仍在於便於管理的考量，因為如承認私法人享有較為廣泛的自由，將與其管理的政策不符。

#### （四）法律行為概念可有可無

法律行為的概念其實源於德國民法，法國民法並無此一規定，在大陸不承認物權行為下，法律行為可以適用的情形，除了契約，只剩捐助和遺囑少數情形，而這些類型是否具有同一法理，而適合合併歸類，實有疑問。拋棄是權利人行使其權利，不須解釋為法律行為。然而，在兩岸都受到德國民法影響下，法律人使用法律行為一詞已成習慣，只要不妨礙法律的解釋適用，留之也無礙，因此，即使契約、捐助、遺囑適用法理不同，將之歸類為法律行為也無礙，就如同契約和侵權行為雖不適用同一法理，但將他們歸類為債也無礙一樣。

然而，必須強調的是，其實此一概念並無實際功能，只要將契約、捐助、遺囑分別為妥適規範，並無創設此一概念整合契約、捐助、遺囑這些概念的必要，法國民法和英美法都沒有法律行為的概念，但他們對私權的保障也不亞於德國法，所以，如同可以不規定債編，法律行為此一概念去之也無妨。

#### （五）以意思表示為民事法律行為的本質屬性

民事法律行為主要指契約，契約是自願交易，對社會經濟有益，法律應該鼓勵，所以應以當事人的意思表示就可成立，即以有效為原則，無效或得撤銷為例，因此，應以意思表示為其本質屬性。

大陸民法通則和官方草案之所以強調合法性為屬性，其實還是受到管制的想法所支配著。

#### （六）肯定授權行為有因性

代理有別一般法律行為，因此獨立於法律行為而為規範，授權行為有因與否無非涉及交易安全的保護，而表現代理既然足以保護相對人受到無權代理行為的損害，並無承認授權行為無因性的必要。票據行為無因性其實也限於保護交易安全的必要範圍內，無對價或不以相當對價取得票據不得享有優於前手的權利，當事人間仍可以原因關係對抗，因此，票據行為無因性並無法作為授權行為無因性的依據。

#### （七）肯定時效合併規定，並採勝訴權消滅主義

消滅時效和取得時效在適用範圍和法律結果上的差異固然很大，但實質上，

它們均強調原權利在法定期間不積極行使即被法律強制消滅的後果，體現了「法律幫助勤勉人，不幫助睡眠人」的精神，而且它們在尊重社會現存的新秩序、符合訴訟經濟要求和提高權利效用均有一致之處，<sup>43</sup>因此，這兩者實為一體之兩面，將它們合併規定在總則之中，將更能體現兩者的相互協調、相輔相成關係。

如果債務人仍願意履行就不會提起訴訟，如債權人提起訴訟必然是債務人不履行，既然不履行也會提出抗辯，所以採抗辯權發生主義徒然戲弄債權人，並造成司法資源的浪費，而無實益，因此採勝訴權消滅主義為合理。官方草案的作法值得肯定，不過，它僅僅是把消滅時效和取得時效簡單地拼湊在時效中，看不出兩者之間的有機聯繫，在這方面，日本民法典的規定值得借鑒，即先總結兩者的共通性，再分別規定消滅時效和取得時效。

---

<sup>43</sup> 參閱鄭玉波，論所有物返還請求權，民法物權論文選輯(上)，五南圖書出版公司，一九八四年版，第一六五頁；施啓揚，民法總則，一九九三年版，第三四〇頁以下；謝哲勝，不動產所有權取得時效之客體立法政策之探討，載謝哲勝，財產法專題研究，三民書局，一九九五年版，第一六〇頁以下。

## 伍、人格權

### 一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

以下即先就介紹三版本的基本體系架構，然後再將三版本與臺灣民法典作比較。

#### (一) 三版本的基本體系架構

##### 1. 官方草案的體系架構：

官方草案採用獨立成編的作法，於第四編規範人格權，並分為七章，章名如下：一般規定、生命健康權、姓名權、名稱權、肖像權、名譽權榮譽權、信用權、隱私權等，共有二十九個條文。

##### 2. 社科院草案的體系架構：

社科院草案並未獨立成編，將人格權放在第一編總則第二章自然人的第五節，就內容部分未再分類，由第四十六條至第五十六條，共十個條文。

##### 3. 人民大學草案的體系架構：

人民大學草案將人格權獨立成編，規範於第二編，其中分為六章，章名如下：一般規定、生命健康權身體權、姓名權名稱權肖像權、名譽權信用權榮譽權、人身自由權隱私權婚姻自主權、其他人格利益等，共有六十三個條文。

#### (二) 三版本與台灣民法典的比較

##### 1. 三版本相同且與台灣民法典相同之處

三版本與台灣民法典相同，都就人格權設有一般規定和具體規定。

##### 2. 三版本個別與台灣民法典相同之處

社科院草案和人民大學草案都列舉身體權的保護，與台灣民法第一九三和第一九五條相同，但官方草案沒有。官方草案和社科院草案都有規定人格權受侵害時可請求停止侵害，恢復名譽並請求賠償精神損害，此種規定和台灣民法第十八和第十九規定基本上是相同的。

##### 3. 三版本相同而與台灣民法典不同之處

###### (1). 貞操權

相對於台灣民法典第一九五條列舉貞操權為人格權的一種，大陸民法通則並未規定貞操權為獨立的人格權，民法草案三個版本中均未規定貞操權。

###### (2). 肖像權

三版本都有明文規定肖像權，台灣民法典並未明文規定，但通說是承認自然人有此種權利。

###### (3). 隱私權

三版本都有明文規定隱私權，社科院草案規定於第五十四條，人民大學草案規定於第五章第二節十二個條文，官方草案也獨立一章五個條文加以規範，台灣民法典則僅包含於第一九五條侵害人格權的非財產上損害賠償的規定中。

#### (4).死者人格權

官方草案第六條、人民大學草案第六十至六十二條和社科院草案第五十五和五十六條都規定對死者人格權的保護，人民大學草案包括姓名、肖像、名譽、榮譽、隱私、和遺體，官方草案不包括遺體，社科院草案則不包括榮譽。

(5).官方草案第五條規定和社科院草案第四十七條雖對人格權受侵害可請求除去，但並無請求防止的規定，人民大學草案也無對人格權防止的一般規定，台灣民法第十八條則有規定。

### 4. 三版本個別與台灣民法典不同之處

#### (1).官方草案

##### A. 形式上

官方草案與台灣民法典形式上有下列幾點不同：

##### (A).官方草案將人格權部分獨立成編

官方草案單獨設立第四編人格權法，並以七章二十九個條文加以規範，並設置較為詳細的一般規定，以突顯人格權保護；台灣民法典並無專門的人格權編，僅在第十八、十九、一九二至一九五條共六條，就人格權保護為相關規定。

##### (B). 官方草案規範許多具體人格權

官方草案特別針對部分具體人格權獨立規範為六章，並就其中詳細規範，台灣民法僅就姓名權部分獨立為一條文個別規範，其他均包含於一般規定中。

##### B. 內容上

官方草案與台灣民法典內容上有下列幾點不同：

##### (A).官方草案第一條人格權列舉不包括身體權

身體權是最重要的具體人格權，此點不同究係遺漏還是有意排除，有必要釐清。

##### (B).官方草案在人格權一般規定中將法人一同納入

台灣民法第十八和十九條僅就自然人的的人格權保護為一般規定，然而，依實務見解，法人也有人格權<sup>44</sup>。

##### (C).官方草案特別規定「榮譽權、名稱權」

台灣民法並無榮譽權和名稱權的概念，在台灣榮譽權概念部份包含於名譽權中，名稱權則相當於法人的姓名權，一般都受到商標法的保護。

(D).台灣民法無規範，官方草案有規定還包括第四條因新聞報導可以合理使用、第九條器官捐助、第十一條人體實驗、第十二條醫療機構救助義務、以及第二十二條至二十四條信用資料收集。

#### (2).社科院草案

社科院草案與台灣民法典有下列幾點不同：

##### A. 形式上

社科院草案在第二章自然人中，獨立設置第五節人格權規定，其中包含一般及具體人格權，台灣民法典並未獨立成節，僅規範於自然人一節中。

<sup>44</sup> 參閱六十二年臺上字第二八〇六號判例。



## B. 內容上

社科院草案第四十九條第四項規定，經自然人同意，因治療或醫學試驗的目的，可將遺體或器官為捐贈。

### (3). 人民大學草案

人民大學草案與台灣民法典有下列幾點不同：

#### A. 形式上

##### (A). 人民大學草案將人格權部分獨立成編

人民大學草案單獨設立第二編人格權，並以六章六十三個條文加以規範，有突顯人格權保護，而且將所欲保障的具體人格權，個別規範成五章；台灣民法典並無專門的人格權編，僅在第十八、十九、一九二至一九五條共六條，就人格權相關規定做保護，個別規範僅有姓名權。

##### (B). 人民大學草案規範許多具體人格權

人民大學草案特別針對部分具體人格權獨立規範為五章，並就其中詳細規範，台灣民法僅就姓名權部分獨立為一條文個別規範，其他均包含於一般規定中。

#### B. 內容上

人民大學草案與台灣民法典內容上有下列幾點不同：

##### (A). 人民大學草案在人格權一般規定中將法人一同納入

台灣民法第十八和十九條僅就自然人的人格權保護為一般規定，然而，依實務見解，法人也有人格權。

##### (B). 人民大學草案特別規定「榮譽權、名稱權、婚姻自主權」

前二者官方草案也有規定，婚姻自主權則是人民大學草案獨有的規定。

(C). 人民大學草案在第六章獨立規範「其他人格利益」，例如胎兒身體健康權，台灣民法典則未設有類似明文規定。

(D). 人民大學草案第三條針對婦女、老人、兒童及殘疾人設有保護規定，台灣民法典則未特別加以規定，但解釋上這些人的權益也當然受到法律保護。

(E). 台灣民法無規範，人民大學草案有規定還包括第四條因新聞報導可以合理使用、第十二至十五條器官捐助、第十六條醫療機構救助義務、第十七條人體實驗、第十八條器官移植、第二十二條至二十四條信用資料收集以及第五十九條禁止性騷擾。

## 二、立法過程重大爭議事項

大陸的民法典人格權部份起草，重大爭議事項頗多，包括應否規範貞操權、動物是否有人格權，但是限於篇幅，在此僅就本文認為最具重要性的幾點作說明。

### (一)、應否在民法典中具體規定人格權

人格權固然為人的最重要的一項權利，但是否一定要在民法典中規範，有正反兩種意見：

持反對意見者認為，大陸法系國家的法國民法、德國民法典，均未對人格權作出概括或列舉性的規定，其主要原因係人格乃與生俱來，先於法律而存在，不

應作為法律創設的產物，僅須由憲法加以保障即可<sup>45</sup>。

持贊成意見者認為，德國民法未對人格權作出詳細規定的原因，是因為德國憲法已對人格權有較全面的保護，因此並未妨礙司法對人格權的保護，因此，無須在民法典中另加規範。然而大陸憲法僅對公民的基本權利和自由做出宣示性規定，其中仍須透過民事法律將其具體化，所以，應將人格權具體落實於民法典。

<sup>46</sup>

## （二）、人格權應否獨立成編

人格權制度是二十世紀初發展的一項新型的民事法律制度，隨著人類社會的進步逐漸重要，然而人格權應否於民法典中獨立成編，則為立法過程的重大爭議，正反意見如下<sup>47</sup>：

持反對意見者理由為：

1.人格權獨立成編與否與重視人格權無直接關聯

如果法律制度內容已充分表現對人的尊重與人格權的保護，則該項制度在民法典上的安排和位置，是否為單獨一編或一章並不重要。

2.民法典的設計應以說理圓通為主而非僅以創新為由

世界上迄今尚未有民法典將人格權獨立成編，大多規定在自然人一章中，贊成者若要主張創新與特色，必須先提出足以說服的理由。

3.民法通則的成功經驗僅在首次將人格權具體列舉而已

民法通則之所以在大陸備受好評，乃因民法通則在一九四九年後第一次作出比較充分的人格權規定，而不是因為將人格權單獨設節。

4.因人格權的本質使人格權不應單獨成編

作為人格權客體的人的生命、身體、健康等，均是人格的載體，因此，人格權與人格始終相依不可分離，因此，世界上民法典均將人格權規定在自然人一章。其次，人格權是存在於主體自身的權利，而非存在於人與人之間關係上的權利，只有人格受到侵害時才涉及與他人的關係，但這種關係屬於侵權行為責任關係，因此人格權不應單獨成編而與其他物權、債權等並列。

持贊成意見者理由為：<sup>48</sup>

1.人格權獨立成編係符合民法典體系結構與內在邏輯

民法典未將人格權獨立成編具有二個缺陷：其一，人格權制度與財產權制度係相對應，財產權制度已在民法中形成債權、物權獨立編章，但人格權卻無體系化的規則，這顯然是不協調，同時也反應出民法「重物輕人」的不合理現象。其

<sup>45</sup> 參閱劉鐵光、楊彥增，人格權部分問題探討—兼評我國民法典草案人格權的規定，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=14896> 上網時間：二〇〇四年三月三十一日。

<sup>46</sup> 參閱張新寶，人格權法的內部體系，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13677> 上網時間：二〇〇四年三月三十一日。

<sup>47</sup> 以下參閱呂健，試論人格權在民法典體系中應獨立成編，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13732> 上網時間：二〇〇四年三月三十一日。

<sup>48</sup> 以下參閱王利明，「試論人格權法在民法中的相對獨立性」，民商法研究（四），法律出版社，一九九九年一月，第一四三至一五二頁；王利明，關於我國民法典的體系的再思考，海峽兩岸民法典理論研討會論文集，煙台，二〇〇三年十一月，第二〇九至二一八頁。

二，人格權沒有獨立成編，無法突顯其做為民事基本權利的屬性。

#### 2. 從民法調整對象來看人格權理當獨立成編

民法主要係調整平等主體間的財產關係及人身關係，而人身關係係包括身分關係與人格關係，即所謂人格權與身分權；由於現今大陸法係均單獨設置親屬繼承編來規範身分關係，卻一直未有完整的人格權編來調整人格關係，因此，唯有獨立成編，方能完整調整民法內部體系。

#### 3. 人格權獨立成編有助於原有體系的完整展開而非破壞

民法典的分則體系是按照民事權利建構的，將人格權確認為一項獨立的權利，有助於民法典體系的建構。

#### 4. 侵權行為法既獨立成編也必然在體系上要求人格權單獨成編

侵權責任旨在保護各項民事權利，因此必須在民法典分則中先規定各項民事權利，而後再集中規定侵權責任，方能使體系具有邏輯性與完整性。如果民法典僅僅規定物權、知識產權等權利，而不對人格權進行體系化的規定，將使侵權行為法編對人格權的保護，欠缺前提與基礎。因此，與其在侵權行為中規定人格權內容，不如單獨集中對人格權進行規範。

#### 5. 人格權獨立成編是大陸民事立法寶貴經驗的總結

一九八六年的民法通則第五章第四節就人身權利的規定，已為中國大陸未來民法典整個分則體系建構出基礎。該節就人格權內容充分列舉，係各國民事立法所罕見。其次，民法通則將人身權與物權、債權等並列作出規定，從而為人格權獨立成編提供獨立的立法根據。

### (三)、榮譽權應否規範

大陸民法通則第一〇二條規定了榮譽權，官方草案和人民大學草案均同時規範了榮譽權與名譽權。所謂「榮譽」，係指行政主管機關依法對公民或法人的獎勵，用以表彰對於國家或社會有貢獻的公民或法人而授予，例如「戰鬥英雄、勞動模範」<sup>49</sup>。所謂「名譽」，係指公民應享有的一般社會地位及應受的一般尊重。由於對公民或法人的榮譽稱號進行詆毀，一般僅構成侵害名譽權的行為，而不構成侵害榮譽權的行為，因此，有學者建議將榮譽權剔除於人格權中，透過名譽權的規定即可充分保障。<sup>50</sup>

然而有學者主張名譽權和榮譽權有以下幾點不同，因此，應獨立規範：<sup>51</sup>

#### 1. 性質不同

榮譽權屬於身份權，名譽權屬於人格權，名譽權是每個人都能享有權利，但榮譽權只能由取得突出成績和作出貢獻並獲得榮譽稱號的人所享有。

#### 2. 客體不同

<sup>49</sup> 參閱楊與齡，兩岸民法關於保護人格權規定之比較，憲政時代第二十二卷第一期，一九八六年七月，第四九頁。

<sup>50</sup> 參閱張新寶，人格權法的內部體系，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13677> 上網時間：二〇〇四年三月三十一日。

<sup>51</sup> 參閱王利明，「名譽權疑難問題研究」，民商法研究（二），法律出版社，一九九九年一月，第一五五頁。

榮譽權是對國家或社會授與某個人榮譽稱號所享有的權利，名譽權則是人對其品行、能力等方面良好社會評價所享有的權利。

### 3. 取得方式不同

榮譽權是人依據法律的規定，依據貢獻由國家或社會授與才能取得，名譽權則是人與生俱來的權利。

## (四)、法人有無人格權

法人指自然人以外，由法律創設，得為權利義務的主體。法人本身是否具有人格權，大陸學者間意見分歧，正反意見如下：

持反對意見者認為，賦予團體法律人格完全是經濟發展的需求，其目的不過在使具備一定條件的團體成為民事權利義務的主體，以便限制投資人風險，鼓勵投資積極性。因此，為使團體能像自然人一樣成為具備民事主體資格，德國民法創設了「權利能力」及「民事主體資格」的概念。因此，所謂法人就是具備民事主體資格的團體。究其本質而言，法人不過是人格化的資本，法人人格離開民事財產活動領域即毫無意義。所以，法人基於民事主體資格而產生的名稱權、名譽權等，本質上只能是財產權，故法人自當然不存在所謂「精神損害」。<sup>52</sup>

持贊成意見者理由為：

法人雖非真正的民事主體，而係法律技術的締造物，故不可能與自然人享有相同的人格權，但若因此完全否定法人的人格權，未免因噎廢食，理由如下：

1. 法人的名稱、名譽受到財產法保護，並不意味著排除其人格屬性

例如，名稱是法人成立、取得主體資格的必要事項，該權利為法人所必備，始終伴隨，若要移轉也有特別限制，均彰顯其人格性。

2. 法人人格權較財產權保護更為周到

姓名權的保護及於法人，則法人名稱在登記機關管轄範圍內仍具有排他性，可基於人格權主張除去妨害。

3. 財產權的保護有限

法人名稱、商譽受到競爭法、工業產權法保護，其財產價值在於所代表的特定經營者所提供的商品與服務的良好品質，及相關消費群體對其形成的信賴。但對非營利團體而言，如機關、教會、基金會等，其名稱、名譽不具備財產因素和交易價值，歸入財產過於牽強，不以人格權保護恐有不周。<sup>53</sup>

## 三、立法方向

目前的立法方向應是

<sup>52</sup> 參閱尹田，論人格權及其在我國民法典中的應有地位，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=12923> 上網時間：二〇〇四年三月三十一日；尹田，論人格權的本質—兼評我國民法草案關於人格權的規定，

<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7998> 上網時間：二〇〇四年三月三十一日。

<sup>53</sup> 以上參閱馬特，民法典人格權編爭議問題探討—兼與尹田先生商榷，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=12906> 上網時間：二〇〇四年三月三十一日。

定經營者所提供的商品與服務的良好品質，及相關消費群體對其形成的信賴。但對非營利團體而言，如機關、教會、基金會等，其名稱、名譽不具備財產因素和交易價值，歸入財產過於牽強，不以人格權保護恐有不周。<sup>53</sup>

### 三、立法方向

目前的立法方向應是

#### (一) 具體規範人格權

從官方草案和人民大學草案可知。

#### (二) 人格權獨立成編

理由同上。

#### (三) 規定榮譽權

理由同上。

#### (四) 不規定貞操權

從民法通則和三版本規定以及最高人民法院見解可知。

#### (五) 規定死者人格權

從三版本規定可知。

#### (六) 規定法人人格權

從官方草案和人民大學草案可知。

#### (七) 不規定對人格權侵害防止的一般規定。

從三版本規定可知。

### 四、本文評析

#### (一) 民法典應具體規範人格權

人格權作為民法的主要權利之一，與身份權和財產權並列，這是毫無爭議的，既然如此，從規範體系來看，就應將人格權於民法中加以規範，理由為：憲法雖規定人權保障、或具體人格權保障，但何謂人權和人格權，仍須加以明確化。有權利必有救濟，除非像美國法承認憲法保障的權利可以提起訴訟，<sup>54</sup>否則，只規定在憲法，個人卻無法直接提起訴訟，也無法達到保護的目的。人格權與生俱來也是法律承認的結果，並無所謂與生俱來而非法律創設、因而無須規範的道理。拿世界上落後的人格權立法，作為民法不應具體規範人格權的理由，除了忽略制定的時空背景不同的缺點外，更有將自己貶為他國法制殖民地，絲毫不具法學論辯的說服力。

#### (二) 人格權應獨立成編

雖然大陸學者對於人格權是否獨立成編有不同意見，但無人否定人格權在民

<sup>53</sup> 以上參閱馬特，*民法典人格權編爭議問題探討—兼與尹田先生商榷*，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=12906> 上網時間：二〇〇四年三月三十一日。

<sup>54</sup> 對於憲法所保障的權利加以侵害，在美國可以直接主張侵權行為加以救濟，參閱 Dan B.Dobbs, *Law of Remedies* 638(2<sup>nd</sup> edition 1993).

法典中的重要性，大家均承認人格權是民法體系的主要組成部分，認為民法典應當重視人格權制度的規範，而相關草案有關人格權的規定本質上也無太大區別。

以上的分析顯示，法典體系只要建立在充分合理的民法學知識基礎之上，從實用主義角度來看它們均有合理性。然而如果要突出民法的價值宣示意義，也許就要採取具有強烈價值宣示意義的民法學知識體系，進而以此為基礎而設計民法典外部體系。就此而言，民法典以體系編排體現人格權的重要價值，將其獨立成編並放置於財產權諸編之前，可能比否定人格權獨立成編、或者將人格權放在財產權諸編之後的體系，更能凸顯人格權法律保障方面。

### （三）榮譽權規範仍待具體化

三版本民法草案，除社科院草案並無有關榮譽權的規定外，其餘二版本皆明文肯認榮譽權的存在，肯認大陸民法通則第一〇二條規定的榮譽權，官方草案和人民大學草案均同時規範了榮譽權與名譽權。所謂「榮譽權」，既是行政主管機關依法對公民或法人的獎勵，用以表彰對於國家或社會有貢獻的公民或法人而授予，則此種榮譽稱號是否要和名譽區分，而分別加以規範，自然必須在名譽權規範功能不足的情形下，才有獨立規範的必要。

榮譽權既然在性質、客體、和取得方式和名譽權有所不同，則名譽權確實難以完全包含榮譽權。從鼓勵人們取得突出成績和對國家社會作出貢獻而言，榮譽權確實有獨立存在的必要，然而，這勢必與名譽權在某些方面有規範競合的現象，也會有影響名譽權的效果，因而行政機關的授與程式和要件，即值得加以檢驗。

行政機關藉由授予榮譽稱號，將賦予享有者取得某種與眾不同的身份，因此，是授與權利的行為，為了符合憲法平等保護的精神，應有法律的授權。而且為了避免行政機關徇私舞弊、個人欺世盜名，應將賦予榮譽權的要件和賦予的程式明文規定。

### （四）肯定不規範貞操權

從男女性實質平等的角度來看，貞操權是一個逐漸死亡的權利，因為如果貞操是指未有性行為而言，則在性開放和性自主的角度來看，有無貞操應不影響一個人的人格完整和人格尊嚴。如果規定婦女貞操權，會產生三個不良效果：（一）將使社會中的女性處於較低的地位；（二）既規定女性貞操權，勢必有維護該權利的責任，造成女性不良的社會壓力；（三）如果婦女受到性侵害失去貞操，恐遭他人歧視，使人格產生減等的情況。<sup>55</sup>

如果貞操是指不應有不純潔的性行為，則除了與通常認知的貞操概念不同外，此貞操也非權利而為貞潔義務，而且還必須先定義貞潔義務為何。在現代性價值變遷下，尊重身體權和性自主權，所謂的貞潔義務，不問內容為何，也只能

<sup>55</sup> 參閱張新寶，人格權法的內部體系，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13677> 上網時間：二〇〇四年三月三十一日。主張應將貞操權列為獨立的人格權的學者，參閱楊立新，人身權法論，人民法院出版社，二〇〇二年二月，第七二三至七二五頁。

的評價而兢兢業業，誘導人們成爲社會評價的好人，而不會覺得死了一切就結束了。法律制度本是爲了實現規範的功能，即以規範功能決定人格權概念，即如果人格權規範功能有延伸到死後的必要，就讓人格權的保障延伸到人死後。

#### (六) 法人也有人格權

依目前通說，採法人實在說，因此，法人也有人格權，只是法人畢竟是擬制的法律主體，其人格權的範圍比自然人小，凡是以自然人的身體存在爲前提的人格權，如生命、身體、健康、自由，法人不得享有；但不以自然人的身體存在爲前提的人格權，如名稱、名譽、秘密、肖像，法人則可以享有。<sup>56</sup>

從法律規範目的來看，法人的創設既是爲了使團體的人格與組成人員分開，使團體的責任和個人的責任分開，以鼓勵成立團體從事個人所無法成就的活動，並使團體可以不受成員的變動而永續存在，則賦予團體排他的權利，將提供投資團體行爲的誘因。賦予法人人格權以提供投資團體的名稱、名譽等誘因，將減少鑑別交易對象的成本等交易成本，符合整體國家社會的利益，而符合法規範目的。因此，應承認法人也有人格權。

#### (七) 第三人精神上損害賠償應予承認

大陸學者探討對於人格權的侵害請求精神上損害賠償，大多只討論到直接加害的情形，三版本中對於人格權的保護也十分周到，然而，對於第三人的精神上損害是否可請求賠償，從規定的各條文中，似乎無法得到絕對肯定的答案。現實生中則有可能第三人目睹他人受害，而遭受精神上損害，這是在保障人格權中所不能迴避的議題。

第三人遭受精神上損害如爲真實，則此一損害既已發生，法律即應決定此種損害由誰負擔，<sup>57</sup>在符合一定構成要件下，應明文承認第三人精神上損害賠償：即 A. 加害人對於精神上損害的發生有故意或重大過失；B. 行爲不法；C. 加害人侵害被害人的生命、身體、健康權；D. 加害行爲限於極端的暴力性攻擊；E. 損害須爲嚴重的精神上損害或因精神上損害造成身體上損害；F. 第三人限於近親或親密的夥伴，或任何人，假如此種精神上損害造成身體上傷害；G. 加害人明知該第三人在場。<sup>58</sup>

#### (八) 不必規定對人格權侵害防止的一般規定

大陸民法草案三版本都未規定對人格權侵害防止的一般規定，應該是認爲

<sup>56</sup> 並請參閱施啓揚，民法總則，自版，一九八三年九月，第一三〇頁；王利明，「人格權法的發展與我國的民事立法」，民商法前沿論壇第一輯（王利明主編），人民法院出版社二〇〇四年三月，第三四九至三五二頁；楊立新，「中國民法理論研究熱點問題探索與意見」，民商法前沿論壇第一輯（王利明主編），人民法院出版社二〇〇四年三月，第三二六頁；尹田，民事主體理論與立法研究，法律出版社，二〇〇三年九月，第一一〇頁。

<sup>57</sup> 公平、效率爲法律規範的二個目的，加上精確性爲經濟分析方法的三個判斷標準，請參閱謝哲勝，「法律經濟學基礎理論之研究」，財產法專題研究（三），元照出版公司，二〇〇二年三月，第四六至五四頁。

<sup>58</sup> 以上參閱謝哲勝，「第三人精神上損害賠償之研究」，固有法制與當代民事法學 戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集，三民書局，一九九七年八月，第一五四至一五九頁。

無此必要，本文也贊同，人格權受侵害就可請求救濟，有侵害之虞請求防止的情形實難想像，對於不太可能發生的事情而為規範，並無必要。



## 陸、物權

### 一、三版本的基本體系架構與台灣民法典的比較

以下即先就介紹三版本的基本體系架構，然後再將三版本與臺灣民法典作比較。

#### (一) 三版本的基本體系架構

三版本的形成順序是社科院草案最先出爐，然後是人民大學草案，官方草案顯然是以前面兩版本為基礎配合其他學者的意見整合而成，因此，三版本雖有不同，但基於民法的相同法理，與形成前面兩版本的人員也有重複的情形下，三版本相同處遠大於相異處，相同處顯現的是大陸民法學者共同接受的見解，相異處則顯示不同見解的抉擇。

##### 1. 官方草案的物權法體系架構

官方草案第二編為物權法，內容可分為總則、所有權、用益物權、擔保物權、占有等五大部分，總共二十六章，合計三百二十九條。以下分就其架構內容作一簡介：

第一部分為總則，共三章，依序為：

(1).第一章為一般規定，內容大致包括立法目的、物權的定義及物的意義、物權法定原則、物權的取得及行使、物權的保護、物權變動的公示、物權的優先效力、物權法的地位。

(2).第二章規定物權的設立、變更、轉讓和消滅，又分為不動產登記、動產交付、其他規定等三節。不動產登記一節，規定採登記生效主義為原則、登記制度、登記種類、不動產錯誤登記的效力等；動產交付一節，則係規定動產物權的讓與方法，計有現實交付、簡易交付、占有改定、指示交付等四種；其他規定一節，則是規定特殊物權變動的處理，例如因法院判決、政府徵收、繼承或遺贈、建造住房等事實行為而生的物權變動的生效時點。

(3).第三章為物權的保護，內容包括利害關係人的確認權利請求權、權利人的所有物返還請求權、排除妨害請求權、消除危險請求權，以及恢復原狀請求權及損害賠償請求權。

第二部分為所有權，共有八章，依序為：

(1).第四章為一般規定，包括所有權的意義、所有權人的權利、徵收和徵用。

(2).第五章為國家所有權，規定其標的及國有企業財產權。

(3).第六章為集體所有權，規範其標的、集體所有權的行使人、承包經營、集體所有土地的徵收、法人財產權等。

(4).第七章為私人所有權，其中包括其定義和標的。

(5).第八章為建築物區分所有權，包括其定義、專有部分利用及轉讓的限制、維護及修繕費用的承擔、管理組織、少數反對重建的建築物區分所有權人權益的維護等。

(6).第九章為相鄰關係，本章除規定土地的相鄰關係外，對建築物的相鄰關

係也有規定。

(7).第十章為共有，將共有分為「按份共有」(即分別共有)與「共同共有」(即公同共有)，並規定共有物的處分及重大修繕、分割、其他按份共有人的優先購買權、共有人的對內關係及對外關係、份額或共同共有權經共有人拋棄該份額或權利由其他按份共有人或其他共有人享有。此外，並設有準共有的規定。

(8).第十一章為所有權取得的特別規定，包括善意取得、遺失物及漂流物的拾得、埋藏物的發現，以及從物隨主物轉讓、孳息的歸屬等。

第三部分為用益物權，共有十章，依序為：

(1).第十二章為一般規定，包括用益物權的標的、以有償使用為原則、用益權人的占有、使用收益權。

(2).第十三章為土地承包經營權，規定經營權人的占有使用收益權、承包方式、承包經營權的取得始點、承包期限、承包地的調整、承包經營權的分割、拋棄、消滅等。

(3).第十四章為建設用地使用權，包括該權利的取得(取得的有償性、取得方式、最低使用期限、取得始點等)、使用權人的權利義務、權利的消滅、鄉村企業經營用地權。

(4).第十五章為宅基地使用權，包括定義、取得方式、單獨轉讓的禁止、設定抵押的禁止等。

(5).第十六章為鄰地利用權，包括定義、鄰地利用權人的資格、取得方式、取得始點、期限、單獨轉讓的禁止、設定抵押的禁止、權利的消滅等。

(6).第十七章為典權，包括定義、設立、最長期限、典權人的保管義務及損害賠償責任、出租或轉典的限制、典權人的優先購買權、典權的回贖等。

(7).第十八章為居住權，包括定義、設立方式及生效時點、不得轉讓及繼承、期限、消滅等。

(8).第十九章為探礦權、採礦權，包括許可證的取得及辦理登記、探礦權人的優先探礦權等事項。

(9).第二十章為取水權，包括許可證的取得及辦理登記等。

(10).第二十一章為漁業權，包括定義、許可證的取得及辦理登記、期限、消滅等。

第四部份為擔保物權，共有五章，依序為：

(1).第二十二章為一般規定，包括擔保物權的範圍、反擔保、擔保契約的從屬性、擔保權的物上代位性。

(2).第二十三章為抵押權，包括一般抵押權、最高額抵押權二節。一般抵押權一節中，規定了抵押的定義、可抵押及不可抵押的財產、擔保債權的限度、未來物抵押、設立方式、流押禁止、不動產與動產抵押的生效始點及其登記的效力、抵押權的效力範圍、抵押物轉讓的通知及告知、抵押權的從屬性、抵押權的次序、新增建築物的併付拍賣、抵押權的消滅與物上代位。最高額抵押權一節，則規定定義、主契約債權不得轉讓、被擔保債權的確定事由、優先受償的範圍等。

(3).第二十四章為質權，包括動產質權與權利質權二節。動產質權一節，規定定義、設立方式、流質禁止、設立始點及要件、質權人的保管義務、質權的保全、保證人責任的減免、質物的滅失與物上代位性、質權的消滅等。權利質權一節，則規定標的、設定方式及設立始點。

(4).第二十五章為留置權，包括定義、特殊留置權、留置物價值的限制、留置權人的保管義務、留置權的實行、留置權的消滅、留置權的行使優先於質權或抵押權等。

(5).第二十六章為讓與擔保權，包括定義、設立方式、設立時點、處分權的限制、擔保物遭查封扣押的異議權、占有人或權利人的破產、讓與擔保權的行使等。

第五部分為占有。包括定義、善意占有與惡意占有人的責任及費用償還請求權、所有權人的推定、善意占有的推定、占有人的占有物返還請求權、占有妨害排除請求權以及損害賠償請求權等。

## 2. 社科院草案的物權法體系架構

社科院草案第二編為物權，位於該民法典草案第九章至第十九章，共有四百二十四條。分述於下：

(1).第九章為通則，共有三節，包括一般規定、物權變動（包括不動產登記、動產的占有與交付、不必公示的物權變動等三目）以及物權請求權。

(2).第十章為所有權，共有五節，包括一般規定、土地所有權、建築物區分所有權、不動產相鄰關係以及動產所有權（包括善意取得、先占、拾得遺失物、發現埋藏物、添附、共有等六目）。

(3).第十一章為基地使用權，包括定義、標的、空間基地使用權、設立方式等。

(4).第十二章為農地使用權，包括定義、標的、空間農地使用權、時效取得、承包經營等。

(5).第十三章為鄰地利用權，包括定義、空間鄰地利用權、時效取得等。

(6).第十四章為典權，包括定義、建築物典權效力及於基地使用權等。

(7).第十五章為抵押權，共有四節，包括一般規定、最高額抵押權、企業財產集合抵押以及企業擔保。

(8).第十六章為質權，共有三節，包括一般規定、動產質權以及權利質權。

(9).第十七章為留置權，包括定義、善意取得、留置權的物上代位性等。

(10).第十八章為讓與擔保，包括其定義、標的、設定、不當處分讓與擔保標的物的責任等。

(11).第十九章為占有，包括定義、占有輔助人、占有狀態的推定、善意及惡意占有人的責任、占有人的自力救濟權、共同占有、準占有等。

## 3. 人民大學草案的物權法體系架構

人民大學草案第五編為物權，分為五章，總共五百七十六條。分述於下：

(1).第一章為總則，共四節，包括一般規定、物、物權的公示（包括不動產

登記、動產的占有與交付等兩目)以及物權請求權。

(2)第二章為所有權，共九節，包括所有權通則(包括所有權的範圍、所有權的取得二目，其中於所有權的取得下，又設所有權取得的一般規定、善意取得、先占、拾得遺失物、發現埋藏物、添附等規定)、國家所有權(包括一般規定、國有企業的財產權二目)、集體所有權(包括一般規定、集體土地所有權、合作社和集體企業所有權等三目)、公民個人所有權、社團和宗教組織的所有權、共有、建築物區分所有權、優先購買權、相鄰關係。

(3)第三章為用益物權，共八節，包括土地使用權、農村土地承包經營權、宅基地使用權、地役權、居住權、典權、空間利用權以及特許物權(包括養殖權與捕撈權、採礦權與探礦權、林業權、取水權、狩獵權等五目)。

(4)第四章為擔保物權，共有四節，包括抵押權(包括一般規定、共同抵押、最高額抵押、集合抵押、浮動抵押等五目)、質權(包括一般規定、動產質權、權利質權等三目)、留置權以及優先權(包括一般規定、一般優先權、特別動產優先權、建築物承包人的優先權、優先權與其他擔保權的關係等五目)。

(5)第五章為占有。

## (二)三版本與台灣民法典的比較

以下分就台灣民法物權編與官方草案物權法編、社科院草案物權編以及人民大學草案物權編，比較其體系上及內容上的差異：

### 1. 官方草案與台灣民法物權編比較

#### (1). 體系架構上的差異：

A. 官方草案每一「部分」下皆設有「一般規定」章；而台灣民法物權編除第一章名為通則外，僅有所有權章下設有通則的規定。

B. 官方草案將物的意義規定於物權法編的總則部分，而台灣則將物的意義規定於民法總則編。官方草案設有登記制度的規定，但台灣的登記制度則規定於土地法和土地登記規則。

C. 官方草案將物權的請求權規定於總則的第三章物權的保護之中，台灣現行民法則散見於所有權章及占有章，但目前通說肯定物權請求權是物權的共通效力，因此，民法物權編修正草案第七百六十七條增訂第二項，明文加以規定。

D. 官方草案將用益物權及擔保物權的種類予以明定；而台灣民法典中則並無用益物權及擔保物權的字眼，僅是學理上討論限制物權對標的物支配的不同內容所為的學理分類而已。

E. 官方草案明文將典權置於用益物權之下；而台灣民法物權編則將典權置於學說上歸類為擔保物權的質權及留置權之間。

F. 官方草案將盜贓物及遺失物的回復請求權規定於所有權部分；而台灣民法典則將其置於占有規定中。

#### (2). 內容上的差異：

A. 官方草案取得時效規定在總則編，台灣民法則規定在物權編。

B. 官方草案僅規定所有權人對其擁有的動產及不動產享有全面支配的權利，台灣民法典則更進一步明定所有權的排他性<sup>59</sup>。

C. 關於不動產登記，官方草案設有異議登記的規定，台灣的土地登記規則並無此種規定，國有財產法第三十條雖有此種規定，但對其效力並無規定。

D. 官方草案所規定的物權種類較台灣民法多，以下分就所有權、用益物權、擔保物權加以說明：

#### (A).所有權

官方草案規定的所有權包括國家所有權、集體所有權、私人所有權、建築物區分所有權。其中的集體所有權為台灣所無；又台灣雖亦有公有財產<sup>60</sup>的規定，但其範圍遠較官方草案的國家所有權<sup>61</sup>的範圍小；此外，官方草案的建築物區分所有權的規定較台灣民法物權編規定詳盡<sup>62</sup>；有關相鄰關係的規定，官方草案直接規定主體為各權利人，即不必如台灣民法物權編修正案增加八百條之一的準用規定，此外，也對相鄰建築物的通風、採光和日照加以保護。又官方草案僅規定於所有權人、遺失人懸賞尋找遺失物時，拾得人始得依該懸賞的承諾，請求報酬，台灣民法第八百零五條第二項則直接規定拾得人得請求遺失物價值十分之三的報酬。官方草案尚規定了不動產的善意取得，此為台灣民法典所無<sup>63</sup>。官方草案規定善意取得的要件包括受讓人係以合理價格有償受讓，此為台灣所無。台灣民法典規定的先占和添附，官方草案並未規定。官方草案將時效取得放在總則編，而不像台灣民法典放在物權編。

#### (B).用益物權

官方草案所規定的用益物權共有九種，而台灣民法則僅有四種<sup>64</sup>，又其中僅有典權名稱相同。官方草案規定典權期限不得逾二十年，台灣民法則是三十年。官方草案中的土地承包經營權相當於台灣物權編修正草案的農用權，建設用地使用權和宅基地使用權大約等同於台灣民法典所稱的地上權，鄰地利用權的功能則可與地役權和隨不動產所有權移轉的契約相當；官方草案中的居住權，則為台灣所無；官方草案中的探礦權、採礦權、取水權、漁業權，台灣則規定於特別法中。

#### (C).擔保物權

官方草案所明定的擔保物權有抵押權、質權、留置權、讓與擔保權，其中

<sup>59</sup> 台灣民法第七百六十五條：「所有人，於法令限制範圍內，得自由使用收益處分其所有物，並排除他人之干涉。」

<sup>60</sup> 台灣公有財產的認定，必須依國有財產法或其他特別法、行政法規來認定，台灣民法並未對公有財產作定義。

<sup>61</sup> 由官方草案第四十六條以下，可知國家所有權包括：1 礦產資源、水資源及城市土地；2 非屬集體所有之森林、山嶺、草原、荒地、灘塗等自然資源；3 法律規定屬國家所有之農村和城市郊區土地、野生動物資源等。

<sup>62</sup> 現行台灣民法關於建築物區分所有，僅於第七百九十九條有所規定，物權編修正草案增加規定的內容，在公寓大廈管理條例才有詳盡的規定。

<sup>63</sup> 台灣物權編修正草案第七百五十九條之一，對不動產物權的善意取得已設有規定。

<sup>64</sup> 台灣通說認典權為用益物權，因而台灣民法所規定的物權計有地上權、永佃權、地役權、典權四種。

讓與擔保為台灣民法典所無<sup>65</sup>。官方草案將抵押權分為一般抵押權、最高額抵押權，一般抵押中又包括動產抵押、集合物抵押、未來物抵押等等，而台灣民法典目前仍無最高限額抵押<sup>66</sup>及集合物抵押的規定<sup>67</sup>；未來物抵押雖可見於台灣民法第五百一十三條，惟台灣民法所規定的範圍遠較官方草案第二百四十四條小；至於動產抵押，台灣規定於動產擔保交易法第十五條至第二十五條。另外，官方草案第二百三十七條規定，第三人為債務人向債權人提供擔保，可要求債務人提供反擔保，此種反擔保制度為台灣所無。

E. 準占有的規定，台灣民法第九百六十六條有規定，官方草案對此則無規定。

## 2. 社科院草案與台灣民法物權編的比較

### (1). 體系架構上的差異：

A. 社科院草案將物權請求權規定於通則中的第三節，台灣民法則散見於所有權章及占有章。

B. 社科院草案將所有權分為土地所有權、建築物區分所有權、不動產相鄰關係、動產相鄰關係、共有等五節分作規定，但台灣民法則僅將所有權分為動產所有權、不動產所有權、共有等三節作規定。關於盜賊物、遺失物的回復請求權，社科院草案將其置於所有權章，而台灣民法則將其置於占有規定中。

C. 社科院草案較台灣民法多了基地使用權、農地使用權、鄰地利用權、讓與擔保等章。社科院草案並於抵押權章中，較台灣民法多了最高額抵押權、企業財產集合抵押、企業擔保等節。

### (2). 內容上的差異：

A. 社科院草案總則章規定了立法目的、異議登記、順位保留等，此皆為台灣民法典所無。

B. 社科院草案所有權章規定了公有物和公用物不得時效取得、宗教財產歸屬於宗教法人、不動產的登記取得時效、國有土地所有權、集體土地所有權、鄰地通風及採光的保護、不動產相鄰關係的準用等，均為台灣民法典所未規定<sup>68</sup>。社科院草案對建築物區分所有權規定較為詳盡規定<sup>69</sup>；另外，對於特定處所管理人得取得拾得遺失物報酬的一半，台灣民法典對此並未作規定。

C. 社科院草案的基地使用權、農地使用權、鄰地利用權則分別相近於台灣民法典的地上權、物權編修正草案的農用權、地役權和隨不動產所有權移轉的契

<sup>65</sup> 雖然台灣的學說與實務承認讓與擔保的概念，但僅具有對人（債權）的效力，不認其屬物權的一種。

<sup>66</sup> 最高限額抵押權於台灣民法物權編修正草案第八百八十一條之一以下有所規定。

<sup>67</sup> 關於集合物抵押，台灣曾於現已廢止的工礦抵押法規定「公用事業，或以營業為目的製造或加工物品之工廠或礦場，得依本法組成財團（工礦財團），設定抵押權。所謂工礦財團係就下列財產之全部或一部組成之：1、土地房屋或附屬建築物；2、機器、水電、交通等設備或其他附屬物；3、地上權。」後來該法因動產擔保交易法的施行而廢止，故台灣現行法上並無集合物抵押的規定。

<sup>68</sup> 不動產相鄰關係的準用，於台灣物權編草案第八百條之一已所規定。

<sup>69</sup> 參閱註二四的說明。

約。

D. 社科院草案於典權章規定了建築物的典權效力及於基地使用權，此為台灣民法典所未規定<sup>70</sup>。此外，社科院草案規定典權的期限不得超過二十年、未定期典權的回贖以二十年為限、未限制找貼的次數等等，此均與台灣民法典的規定<sup>71</sup>不同。

E. 社科院草案於抵押權章的一般規定，規定了財產集合體的抵押、不得抵押財產的列舉、基地使用權與建築物的一併抵押、抵押權的清償順位等，台灣民法典就此並未規定。社科院草案並設有最高額抵押、企業財產集合抵押、企業擔保等節，此均為台灣現行民法典所無。

F. 社科院草案於質權章的動產質權一節中，設有營業質權的規定，此為目前台灣民法典所無<sup>72</sup>。

G. 社科院草案於留置權一章中，設有留置權的善意取得、留置權的擔保範圍、留置權不受所擔保債權訴訟時效的限制、留置權的物上代位性等，此皆為台灣民法典所無<sup>73</sup>。

H. 社科院草案設有讓與擔保章，此為台灣民法典所未規定。

### 3. 人民大學草案與台灣民法物權編比較

#### (1). 體系架構上的差異：

A. 人民大學草案於物權編總則中第二節規定物的種類，台灣則係於民法總則中作規定。

B. 人民大學草案於所有權章中，將所有權分為國家所有權、集體所有權、公民個人所有權、社團和宗教組織的所有權、建築物區分所有權等，台灣民法則僅分為動產與不動產所有權而已。關於盜贓物及遺失物的回復請求權，人民大學草案將其置於所有權通則中，台灣則將其置於占有規定中。人民大學草案並將優先購買權列為一節，台灣的優先購買權則散見於眾多特別法中<sup>74</sup>。

C. 人民大學草案於用益物權章中，規定了土地使用權、農村土地承包經營權、宅基地使用權、地役權、居住權、典權、空間利用權、特許物權等八節；台灣民法關於用益物權則僅規定了地上權、永佃權、地役權、典權，至於其他法定物權則分別規定於各特別法中。

D. 人民大學草案於擔保物權章中，規定了抵押權、質權、留置權、優先權，而台灣民法並無優先權的規定。人民大學草案並將抵押權分為共同抵押、最高額抵押、集合抵押、浮動抵押等節，而台灣民法並未規定集合抵押與浮動抵押，共

<sup>70</sup> 台灣物權編修正草案第九百二十四條之二僅規定僅以土地或建築物設定典權，而典權人其後取得該典物所有權，致土地與建築物所有權人不一致時，賦予建築物所有人法定地上權而已。

<sup>71</sup> 參閱台灣民法第九百一十二條、九百二十四條、九百二十六條。

<sup>72</sup> 關於營業質權，台灣物權編修正草案第八百九十九條之二及當舖業法設有規定。

<sup>73</sup> 留置權的善意取得，台灣物權草案第九百二十八條第二項後段已有規定。

<sup>74</sup> 參閱謝哲勝、張靜怡、林學疇，選擇權，五南圖書公司，二〇〇三年九月二版，第七二至七九頁關於台灣現行法上關於優先購買權的規定。

同抵押目前也僅有一個條文<sup>75</sup>，最高限額抵押目前實務雖承認，但尚未通過立法程式。

## (2).內容上的差異

A. 人民大學版草案總則章，規定了物權編的立法目的、一物一權主義、物權的優先效力、集合財產、土地和建築物的權利應一併移轉的原則、房屋預售登記等，均為台灣民法典所未規定。

B. 人民大學版草案所有權章，於通則中規定了取得時效的溯及力、拾得人的留置權等，此為我國民法典所未規定<sup>76</sup>。人民大學草案規定善意取得的要件包括受讓人支付一定對價，此為台灣民法所未規定。人民大學草案並將所有權依其權利主體，分為國家所有權、集體所有權、公民個人所有權、社團和宗教組織的所有權，台灣民法典則未就所有權作此等分類<sup>77</sup>。此外，人民大學草案並以專節就優先購買權作規定，其中包括優先購買權的行使順位，此規定也為台灣民法典所無。

C. 人民大學版草案用益物權章，規定了土地使用權、農村土地承包經營權、宅基地使用權、地役權、居住權、空間利用權、特許物權，其中土地承包經營權類似台灣物權草案的農用權，土地使用權及宅基地使用權則類似台灣民法典的地土權。

D. 人民大學版草案擔保物權章設有優先權專節，台灣民法典則未規定優先權制度，而係以特殊留置權<sup>78</sup>和法定抵押權<sup>79</sup>或於特別法<sup>80</sup>中加以規定。人民大學版草案並規定了留置權的善意取得，此為台灣現行民法典所無<sup>81</sup>。

## 二、立法過程重大爭議事項

大陸的民法典物權編起草，重大爭議事項頗多，包括是否以財產代替物權一詞、物權的主體客體範圍、物上請求權的性質，但是限於篇幅，在此僅就本文認為最具重要性的幾點作說明。

### 一、是否採行物權法定原則

大陸在起草物權法時，大多數學者肯定物權法定原則，但學者間對此仍有不同意見，亦即有所謂「物權法定緩和」或「物權法定弱化」見解的提出，少數更有否定物權法定主張物權自由的見解。

<sup>75</sup> 民法第八百七十五條。關於共同抵押的規定，台灣物權編修正草案修正民法第八百七十五條，增訂民法第八百七十五條之一、之二、之三。

<sup>76</sup> 關於拾得人的特殊留置權台灣物權草案第八百零五條第四項已有規定。

<sup>77</sup> 台灣也有公有財產和國有財產的概念，但均在特別法中規定。

<sup>78</sup> 參閱民法第四百四十五條之一，第六百一十二條、第六百四十七條第一項、第六百二十二條、第七百九十一條第二項。

<sup>79</sup> 參閱民法第五百一十三條。

<sup>80</sup> 例如海商法第二十四條、一百二十二條，國民住宅條例第十七條、第二十七條，稅捐稽徵法第六條，勞動基準法第二十八條，破產法第九十七條，信託法第三十九條。

<sup>81</sup> 台灣民法物權編修正草案第九百二十八條已對留置權的善意取得加以規定。



以下即就贊成物權法定與物權法定緩和以及主張物權自由的見解分別加以敘述：

(一) 贊成物權法定的理由<sup>82</sup>：

贊成物權法定的學者認為物權具有排他性，為民事權利中效力最強者，因此必須是社會公認的權利，而不是當事人私自決定的權利。其次，財產支配關係為社會存在與發展的基礎，由於各國社會、經濟、文化等對物權法有重大決定作用的因素的發展程度不同，各國的政治制度、經濟制度等也有所差異，因此各國對於物權的類型、內容以及取得方式等規定也會有所不同，採納物權法定原則為各國立法發展的必然。再者，物權為人們交易、交換的基本權利，因此各種物權的內容及涵義必須明確，而且在一個法律領域內必須統一，此為交易所必須，為提供社會交易統一的法律基礎，即必須採納物權法定原則，由於物權為交易市場的基本條件，為滿足建立統一的大市場的要求，法律必須確定統一的標準，才能保證一個國家的市場交易前提條件統一。

(二) 主張物權法定緩和的理由<sup>83</sup>：

主張物權法定緩和學者認為物權法定存在的前提乃物權與債權的區分，但嚴格的物權法定原則，規定一切物權必須由國家法律的認可，具有強烈的公法色彩，若強化物權法定，再加上共產國家特色的國家所有權與集體所有權，就更具有物權公法化之嫌，此與整部民法的私法自治原則相悖，不利於物權法與整個民法之統一與協調，所以，應緩和物權法定原則。

其次，傳統的物權法定限制物權的種類與內容已與現實脫節，無體物，甚至權利，都已成為物權的客體，對水、空氣、光、電的利用已經普遍化，有價證券與權利的質押也已通俗化。可見物的範圍已遠遠超出傳統物權法定的物的範圍。現今物權法的重點已從「物之歸屬」轉為「物之利用」，「價值」已成為當今探討物權法的關鍵課題。近年出現了許多新型態的物權，主要是由於經濟的發展，新社會現象層出不窮，如共產國家獨有的國家所有權與經營權的分離，此為經濟政策的產物。另外，市場經濟的新生物，預售房屋的登記，使預購人取得相當於物權的權利。此外，新型態物權的產生，與之相伴者為舊物權的消亡，典權即已不存在，此種已消亡的物權是否仍須物權法定保留，頗有疑義。

再者，自國家管理與經濟政策角度，物權法定亦應緩和，中國目前大力發展市場經濟，國家僅擔任宏觀調控的任務，應有靈活的法律及政策去適應與規範調整，物權法定的弱化正能滿足此一要求，而傳統的物權法定會導致交易過於僵硬，缺乏應變能力。現今中國已加入世貿組織，在其他大陸法系國家的物權法定原則已獲緩和時，中國若還故步自封，必與全世界的法制發展極不協調，使中國的物權法很難邁向國際化。

更何況承認物權法定原則的國家，無不在設計各種物權內容時為當事人意思

<sup>82</sup> 參閱孫憲忠，中國物權法總論，法律出版社，二〇〇三年六月，第一五一頁。

<sup>83</sup> 參閱聶嬰智，試論物權法定原則之弱化，<http://www.civillaw.com.cn/more.asp>。上網日期：2004年5月10日

自治留有空間。目前中國三大物權法草案雖在物權內容上為當事人留有自治空間的寬窄不一，但基本上都在一定程度允許當事人以約定形成其內容，且肯定用益物權一定的處分性。惟為發揮物的利用價值與交換價值，有必要在結合中國現行經濟、政治基本制度的基礎上，考慮是否應在立法上進一步擴大當事人意思自治以及可處分的用益物權的範圍<sup>84</sup>。

為緩和物權法定原則，因此乃主張習慣、政策及司法解釋可創設物權<sup>85</sup>。

### (三) 主張物權自由的理由

關於否定物權法定的聲音出現的時間比較晚，<sup>86</sup>但其擺脫人云亦云的惰性，嚴謹檢視物權法定的合理性，此一見解值得重視，事實上此一見解也並非創見，因為在台灣物權法的教科書早就提到物權法定無視說的見解，<sup>87</sup>而且也在美國法得到驗證。<sup>88</sup>

主張物權自由的學者重新檢視物權法定的理由，發現沒有任何一個理由可以成立。<sup>89</sup>如一般認為物權法定的幾個理由包括，一、物權的絕對性，如准許契約或習慣創設，有害公益；二、物盡其用的經濟效用，如可任意創設對所有權的負擔，將影響物的利用；三、物權種類和內容法定化便於公示，可保交易安全和便捷；四、整理舊物權，適應社會需要。<sup>90</sup>第一個理由只是從契約自由反推物權法定，只是概念法學的產物；第二個理由則是顛倒經濟原理，因為不允許物權自由創設，影響生產的誘因，才是有害物的利用；第三個理由則是將交易安全無限上綱，也不符合「並非要在保護交易安全的必要限度以外剝奪真正的權利」的法理；第四個理由更是好笑，歐陸創設物權法定原則是為了反對封建制度下的物權，但中國並無封建制度下的物權。依此見解，物權也可分為典型物權和非典型物權，典型物權規則明確，可節約交易成本，人們又可依其需要創設非典型物權，以滿足其物質的需求。

## 二、是否採行物權行為的概念

物權行為的概念是由德國人所創設的，在世界法制史上也只有德國法與抄襲德國法的法制（如台灣民法典）有此一制度，大陸在起草物權法時，因為受到台灣學者論述和德國法影響，因此，也有是否採納物權行為的爭論。

<sup>84</sup> 參閱徐滌宇，物權法定主義與物權立法，<http://www.civillaw.com.cn/more.asp> 上網日期：2004年5月10日。

<sup>85</sup> 參閱房紹坤、吳兆祥，論物權法定原則，<http://www.civillaw.com.cn/more.asp> 上網日期：2004年5月10日。

<sup>86</sup> 參閱張鵬，物權法定主義否定論，海峽兩岸民法典理論研討會論文集（大陸學者論文），煙台，二〇〇三年十一月，第三六四至三七四頁。

<sup>87</sup> 謝在全，民法物權上冊，九十二年七月修正二版，自版，第六三頁。

<sup>88</sup> 必須強調如有學者聲稱美國法也採物權法定，則顯然是不瞭解美國物權法（property law），參閱 Roger Bernhardt, *Real Property* 28(Third Ed. 1993); Sheldon F. Kurtz & Herbert Hovenkamp, *American Property Law* 2-8(Second Ed. 1993).

<sup>89</sup> 張鵬，物權法定經濟上合理性之批判，月旦法學雜誌第一〇八期，二〇〇四年五月，第一四〇頁。

<sup>90</sup> 王澤鑑，民法物權第一冊，中國政法大學出版社，二〇〇一年，第四五頁以下。

物權行爲的概念一般定義爲直接發生物權變動的法律行爲，包括物權行爲獨立性和無因性，缺一不可，如不承認物權行爲無因性，物權行爲受原因行爲影響，則無獨立性可言，根本無存在價值。所謂物權行爲的獨立性，指物權行爲與債權行爲相互分離，獨立於債權行爲之外。債權契約僅能使當事人相互間享有債權與負擔債務，而不發生所有權移轉的效果，惟有透過物權行爲才能導致所有權的移轉。主張物權行爲獨立性理論的學者以爲，移轉物權的合意與交付或登記行爲結合本身是獨立於債權行爲，因此物權行爲獨立於債權行爲，而且不當得利制度的創設原即就是因證明物權行爲獨立性而存在，如依債權契約即可移轉物權，則債權契約無效之場合，物權仍歸於屬原所有人所有，原所有人僅得本於所有權請求回復占有，不生不當得利返還請求權的問題。<sup>91</sup>

反對物權行爲獨立性的學者則是基於以下的理由，認爲不應採行物權行爲獨立性的理論<sup>92</sup>：(一) 移轉物權的合意是虛構的產物，現實交易中並不存在獨立債權合意之外的移轉物權的合意；(二) 就交付行爲來說，並非獨立於債權合意存在，交付的性質是占有的移轉，基於物權法的理論，占有移轉本身並不必然導致所有權的移轉；(三) 登記本身並非民事行爲，不能作爲法律行爲的構成部分；(四) 不管是否承認物權行爲的獨立性，不當得利返還請求權與所有物返還請求權既可以發生競合，也可以發生聚合，不當得利制度的存在與物權行爲是否存在是毫不相干；除德國立法與判例以外，絕大多數國家的立法與判例並不承認物權行爲理論，其立法例各具特色。由此可知採納物權行爲理論並非世界各國立法通例，縱使在德國，其學者對物權行爲獨立性也多所批評。

有關是否採取物權行爲無因性理論，持肯定說者認爲<sup>93</sup>：(一) 有利於區分各種法律關係，準確適用法律；(二) 物權行爲無因性理論可避免過分強調保護出賣人的利益而忽視買受人利益保護的弊端，且於整體上較適度地平衡當事人間的利益，充分保護交易當事人的利益與交易安全；(三) 無因性理論對德國民法物權法與債權法的制定產生重大影響，德國民法典的起草者即認爲，採納物權行爲無因性理論有助於區分債權與物權，有利於完善民法體系。

然而反對物權行爲無因性理論的學者則認爲<sup>94</sup>：(一) 無因性理論雖對買受人與第三人有利，但對出賣人卻極爲不利，出賣人在交付標的物但未獲價金情況下，因買賣契約無效或被撤銷而不能享有對標的物的所有權，出賣人雖享有不當得利返還請求權、價金返還請求權或損害賠償請求權，但均非物權請求權，無法產生優先於普通債權之效力，無法對抗第三人，允許買受人取得所有權並可轉讓，明顯不公平；(二) 實務審判經驗以及民間習慣與無因性理論大相逕庭，依無因性理論買受人在未支付價款的情況下，也可取得標的物的所有權；買賣契約

<sup>91</sup> 關於物權行爲詳細的介紹，請參閱孫憲忠，前揭註四四書，第二六二頁以下。

<sup>92</sup> 參閱王利明，「物權行爲研究」，民商法研究第三輯，法律出版社，一九九九年一月，第二一七至二二二頁。

<sup>93</sup> 參閱孫憲忠，前揭註四四書，第二六八至二七一頁。

<sup>94</sup> 參閱王利明，物權行爲若干問題探討，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7556> 上網日期：2004年5月10日。

無效，買受人仍可轉讓標的物，第三人出於惡意也可取得標的物的所有權等，可知物權行為無因性理論根本不可能為審判實務所採納，也與民間習慣有違；(三)無因性理論不一定有助於明確區分各種法律關係，而且可能有礙社會大眾於法律適用上的理解，現實生活中，一個買賣關係的存在，僅有一種法律關係—即買賣關係，不可能想到在一個買賣契約中，同時還有不同於買賣行為的其他法律關係存在。是故，對於一般社會大眾瞭解法規範而言，物權行為無因性理論，不僅無助於法律適用，反而可能使法律之適用更為困難；(四)善意取得制度設立宗旨在保護善意且無過失的第三人，如依無因性理論，第三人在取得財產時基於惡意且有過失，亦可取得物的所有權，此種見解與善意取得制度的立法意旨不符，依善意取得制度的內涵，如受讓人已將財產轉讓給第三人，該第三人可透過善意取得制度獲得保護，相較於物權行為無因性理論，善意取得制度不僅有利於保護善意第三人，且因其可區別第三人是善意或惡意等不同情形，對於交易安全的保護較為周全而妥當，而無須藉助物權無因性理論；(五)目前已有無因性相對化理論的提出，物權行為無因性相對化理論反映出物權行為無因性理論具有明顯的弊端，而修正的結果則在一定程度上否認了物權行為無因性理論。

### 三、是否規定優先權

優先權是指特定債權人基於法律的直接規定而享有就債務人的總財產或特定動產、不動產的價值優先受償的權利。其中就債務人不特定總財產上成立的優先權被稱為一般優先權；而就債務人特定動產、不動產成立的優先權被稱為特別優先權。因此，優先權本質上是一法定擔保物權<sup>95</sup>。

認為中國民法典中有必要設立優先權制度的理由，主要有以下幾點<sup>96</sup>：(一)公共利益與國家利益之要求：司法費用優先權、稅金優先權係為保障國家司法活動與行政管理活動正常運轉而設立，共益費用優先權則是為全體債權人的共同利益而設立，自應優先受償；(二)對於弱勢團體利益的保護：勞工薪資優先權係為推行保護勞工的社會政策，工資為勞工勞動的報酬，勞工生活所依賴，在其未受清償前，雖構成工廠資金的一部，但本應屬於勞工所有，必須特予保護；(三)基於共有觀念的擴張：耕地出租人優先權、種子出賣人優先權，係因若無耕地出租人與種子出賣人向債務人提供耕地與種子，債務人根本就不可能有收穫，因此就收穫物而言，在觀念上可視為耕地出租人或種子出賣人與債務人的共有物，對於共有物的分割，共有人自然優越於其他債權人。只有賦予耕地出租人、種子出售人等以優先受償權的情形下，其才會有信心從事此項事業，因而此種基於共有觀念或準共有而成立的優先權，具有促進特種事業發展的功能；(四)基於質權觀念的擴張：不動產承租人置於其所承租的不動產上之物品，可以推定為承租人對租賃之債對不動產出租人所設定的質押，所以就債權，不動產出租人對置於

<sup>95</sup> 參閱王利明，物權法論，中國政法大學出版社，二〇〇三年七月，第七一七頁。

<sup>96</sup> 參閱同前註，第七二四至七二五頁；申衛星，中國未來民法典應設立優先權制度，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7829> 上網日期：2004年5月10日。

其不動產上的物品，有優先於其他債權人受償的權利。此種優先權乃基於對不動產出租人、旅店主人、飲食店主人與其債務人就所攜帶的物品達成默示質押的推定而產生；（五）基於保護債務人的需要：保護債權人的利益為一般擔保物權的共同使命，優先權亦然，然而除此之外，優先權尚具有維護債務人利益的特殊作用。債務人醫療費用優先權與生活費用優先權的規定，則為債務人提供醫療、食品等生活必需品的債權人，有權就債務人的財產優先於其他債權人而受清償，這將使債務人及其家屬能夠及時得到治療或獲得生活必需品以濟生存的必要立法。

大陸目前對於前述特殊社會關係的保護，尚無統一的優先權制度可供適用，僅在特別法中規定個別優先權制度。對於一般優先權制度，民事訴訟法第二百零四條與企業破產法第三十四條、第三十七條，通過破產債權清償順序的規定，使破產費用、職工工資與勞動保險費用、稅款優先於破產債權而受清償，此規定將優先權視為特殊債權的優先清償順序，優先權仍局限於債權範圍內，無法對抗一般擔保物權，使得工資、稅金等債權只能在沒有設定擔保的破產財產中優先受償，其效力劣後於享有別除權的債權，不利於對工資與稅金等特殊債權的保護。所以人民大學草案主張在實體法中賦予優先權以物權的效力，並明確其效力高於一般擔保物權，以實現立法宗旨並盡其社會功能。但從官方草案和社科會草案並無規定優先權，顯然是有不同看法。

#### 四、是否規定典權

典權，是指支付典價，占有他人不動產而進行使用、收益的權利。典權人支付典價，取得典物的使用收益權，在典權期限屆滿出典人不回贖時，可取得典物所有權。關於制定物權法應否明定典權，大陸學者間意見分歧。

反對的學者認為：（一）典權之所以產生，在於中國傳統觀念認為變賣祖產屬於敗家，受人恥笑，而現今市場經濟發達，人民觀念改變，於急需資金時出賣不動產或設定抵押，為正常的經濟行為，因此典權無保留的必要；（二）隨著國際貿易的發展，導致民法物權制度的國際化相同，典權為中國特有的制度，現代各國多無相同的規定，為適應物權法國際化的趨勢，宜予廢止；（三）中國大陸實行土地國家所有與集體所有制度，就土地設定典權已不可能，而出典房屋的實例也極少<sup>97</sup>；（四）典權制度乃中國傳統古老的物權制度，由於中國歷史上長期以來形成的重刑輕民，典權制度一直未有詳盡且完備的法律加以規範，致使民間時常發生典權糾紛。中華民國十九年頒佈實施的民法典為中國歷史上對典權制度規定得最完備的一部法典，儘管如此，由於典權制度本身之原因，仍不免造成典權設立後典權當事人間的權益紛爭；（五）台灣民法將典權編列到質權與抵押權之間，可見，民法典將典權視為擔保物權。但就典權的性質，學者分持不同見解，定性問題將嚴重影響到民法學與民法典體系與結構的合理與完善，為民事立法的

<sup>97</sup> 以上三點參閱楊昕宇，典權制度的價值復興及其發展，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=8446> 上網日期：2004年5月10日。

技術處理帶來困難<sup>98</sup>。

贊成設立典權的學者認為：(一) 典權同時滿足用益與資金需要，充分發揮雙重經濟效益；(二) 典權為中國傳統民事制度，充分地體現傳統文化上整體觀念，具與和諧性價值，特點在於協調主體自治與交易安全、風險共擔的關係，使雙方能夠各取所需並有所保障；(三) 典權具有靈活性，是典權制度賴以繁盛的基本屬性，主要是指其適用起來的便利性與程式簡化性；(四) 源於用益物權的性質，典權人所以願意在典期內獲得不動產的用益權而支出一筆較大額度的資金，正在於其認為用益該物所取得的收益應高於資金同一時期內的利息收入。由於典權的有期性，典權人不得不在有限的時間之內，利用典物的使用價值盡可能獲得較大的利益回報，因而典權具內在督促性價值<sup>99</sup>。典權制度較為靈活方便，對於因種種原因長期不使用房屋而又不願出讓房屋所有權的人而言，將該房屋設定典權可以避免出租或委託他人代管的種種不便與麻煩，因而典權在現代社會還是有生命力。物權法規定典權，可增加一交易、融資的途徑，供人們選擇採用，於促進經濟發展與維護法律秩序有益而無害<sup>100</sup>。

## 五、擔保法的存廢

大陸現行有效的法律中有擔保法與擔保物權有關，於物權法制定過程中有三種意見<sup>101</sup>：(一) 原擔保法廢除：主張物權法當然要規定擔保物權，物權法生效的同時，擔保法關於擔保物權的規定也應廢止。關於擔保物權種類，有學者主張增加優先權，適用於訴訟費用、勞動工資、稅金、醫療費、喪葬費等。有學者則建議規定不動產質權；(二) 廢除物權法中有關擔保物權的部分：主張於物權法中不再規定擔保物權部分；(三) 擔保法及物權法均作規定：主張物權法不規定擔保物權，保留現行擔保法，使物權法與擔保法並存，待編纂民法典時再作處理。

## 六、不動產物權變動採登記生效或對抗效力

有關物權變動採登記生效或對抗效力，長久以來一直存有爭論，從三版本來看，大陸目前的立法，顯然傾向不動產均採取登記生效制度，至於船舶、飛機、機動車等等，則採取登記對抗制度。但是，人民大學草案第二十四條對於不動產物權變更，則採未經登記不得對抗第三人，則顯得十分特別。

登記制度採登記生效或登記對抗制度，學者有人主張應該改為登記對抗制度，只是目前城市地方還是以登記生效制度來實行，但農村則無登記制度，因此，學者即認為從歷史考察和實證分析，中國大陸不動產物權變動的公示方法的立法

<sup>98</sup> 以上三點參閱馬新彥，典權制度弊端的法理思考，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7718>。上網日期：2004年5月10日

<sup>99</sup> 以上四點參閱楊昕宇，前揭註五九文。

<sup>100</sup> 參閱廈門大學法學院民商法教研室，民法典草案修改意見稿(上)，二〇〇三年，第一五四至一五五頁。

<sup>101</sup> 參閱梁慧星，制定中國物權法的若干問題，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7595> 上網日期：2004年5月10日。

必須植根於本土的需求，才能達到法律規範的目的，立法方案應該採用以登記為主「移轉見證」等方式為輔的多元體系。在立法技術上，中國大陸不動產物權變動的公示方法的立法方案可以採用在成文法典中只作一般性規定、利用法解釋來進一步說明、最終通過有關判決加以完善的模式。<sup>102</sup>

### 三、立法方向

目前的立法方向應是：

#### (一) 採物權法定緩和

大陸目前並無物權法，照說應無物權法定可言，但學者卻幾乎一面倒主張物權法定，但因為也承認物權法定的僵化，所以，除非有重大轉變，可能會採物權法定緩和的立法例。

#### (二) 不採物權行為概念

目前大陸學者和實務通說都不承認物權行為獨立性與無因性。

#### (三) 規定國家所有權、集體所有權、私人所有權三種所有權

這是憲法所規定，已非單純民法的問題，而是政治問題。

#### (四) 規定居住權

從官方草案可知。

#### (五) 規定優先權

從人大常委會法制委員會副主任王勝明先生發表意見可知。<sup>103</sup>

#### (六) 不規定典權

理由同上。

#### (七) 不規定讓與擔保

理由同上。

#### (八) 保留擔保法

民法各編分別通過，尚無法完全取代擔保法。

#### (九) 不動產物權從國家取得採登記生效、其他採登記對抗

從最高人民法院的見解來看。

### 四、本文評析

#### (一) 物權法定原則再思考

物權法定原則本為原大陸法系國家物權法的一大特色，其存在的合理化理由從現代法制來看，僅剩確保交易安全一項可以作為合理化理由，但確保交易安全的價值不當然可以抹煞人們對於不同物權種類的需求，人們對於不同種類物權需

<sup>102</sup> 謝哲勝、吳春岐，中國大陸不動產物權公示方法的考察與分析，中正法學集刊第十四期，二〇〇四年一月，第一六六頁。

<sup>103</sup> 二〇〇四年五月二十七日上海復旦大學舉辦物權法國際研討會，王勝明曾對審查中的物權法草案的立法方向表示意見，認為二〇〇二年提出的民法典草案物權法編不夠好，他的想法是三去兩加，即去特許物權（不確定）、典權、讓與擔保，加浮動擔保（不確定）、優先權，目前規劃為希望在六月底法工委提出修正稿十二月提交人大常委會再次審議。

求是有關物質的使用效率，是攸關生產誘因的提供，因此，即使承認物權法定原則，也不被嚴格遵守。物權法定原則加上物權法不能與時俱進就是扼殺許多新的交易模式的兇手，台灣討論引進資產證券化歷時一二十年，直到最近（二〇〇三年）才通過立法，最大的阻礙即是物權法定加上登記生效的制度。

在英美法，物權的創設原則上是自由的，<sup>104</sup>如同信託的受益權創設，原則上也是自由的，受益權既具有物權的效力，引進信託法後，在信託法的架構下，物權已可自由創設，物權法定究竟還有何實質意義，值得立法者再加以檢討。<sup>105</sup>

從三版本來看，社科院草案第二百二十三和二百二十四條規定物權法定最為嚴格，人民大學草案第三條第三款承認行政法規和司法解釋而形成的物權，規定較為寬鬆，是物權法定緩和的立法方式，至於，官方草案第三條規定：「物權的種類及其內容，由本法或者其他有關物權的法律規定。」由措詞來看，並不像社科院草案嚴格，但也不像人民大學草案明白承認行政法規和司法解釋而形成的物權，人民大學草案第三條第三款承認依法規、司法解釋而形成的物權，將可避免物權法定原則僵化了物質的利用，顯然比官方草案為佳。尤其官方草案將人民大學草案的許多有用的物權類型排除，將會更加惡化物權法定原則的缺點。

因為物權法定原則禁不起經濟上合理性的檢驗<sup>106</sup>，意味著遵守物權法定原則並不利經濟發展，就此而言，或許這就是美國的人口並非世界最多、領土並非世界最大，但卻是世界經濟強權的理由之一。所以，欲實現中國的強國夢，最好採物權自由原則，否則，也應採物權法定緩和的立法，並增加有用的物權種類，以符合社會經濟發展所需。

## （二）肯定不採物權行為概念

在台灣，通說認為關於物權變動的要件除了債權意思表示加上公示的要件—登記或交付外，尚須物權意思表示才會發生物權變動的效力，物權的意思表示即是物權行為的概念。然而所謂的物權行為，究竟是等於物權意思表示，還是物權的意思表示加上公示的要件，學者間則尚有爭議，目前通說傾向後者。<sup>107</sup>

物權行為無因性固可使法律關係明確，易於判斷，有助於保障交易安全，但此理論的功能已被善意受讓制度所取代；再者，物權移轉的讓與人在債權行為無效後不得以物權的請求權向受讓人請求返還，卻只能依不當得利請求返還，與受讓人的其他債權人的地位平等，對權利讓與人十分不利，和一般國民社會生活體認有別，現行善意取得制度已足夠保護交易安全下，絕對的無因性理論已不為通說所採取，代之而起的是物權行為無因性之相對化。<sup>108</sup>

<sup>104</sup> John E. Cribbet & Corwin W. Johnson, *Principles of the Law of Property*, 3 edition, 1989.

<sup>105</sup> 參閱謝哲勝，前揭註一書，第一八五頁。

<sup>106</sup> 參閱張鵬，前揭註五一文，第一四〇至一五七頁。

<sup>107</sup> 參閱謝哲勝著，「物權行為獨立性之檢討」，財產法專題研究，三民書局，一九九五年五月，第八七至八八頁。

<sup>108</sup> 參閱王澤鑑著，民法物權第一冊，王慕華發行，三民經銷，一九九二年九月，第七三至七四頁；史尚寬著，物權法論，自版，一九八七年一月，第二六頁；鄭玉波著，民法物權，三民書局，



無因性相對化理論有三，即共同瑕疵說、條件關連說、法律行為一體說，<sup>109</sup>依該三種學說，物權行為的效力會因債權行為的瑕疵而影響、物權行為的效力以債權行為的存在為要件、物權行為和債權行為視為一個法律行為，如此，物權行為即喪失其獨立性和無因性，所以，不論是物權無因性相對化或緩和物權無因性的理論，其實都已間接否認物權的無因性，也等於否認物權行為的獨立性。事實上，債權行為加上履行公示的要件，使其發生物權變動的效力，即足以區別債權和物權的效力，也足以保護交易的安全，而無須畫蛇添足，另外創造物權行為的概念。<sup>110</sup>

基於下列理由，可知目前大陸民法並未採行物權行為的概念<sup>111</sup>：（一）因為就動產而言，大陸民法從未承認動產所有權的移轉必須具有物權合意：民法通則第七十二條規定：「按照契約或其他合法方式取得財產，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之除外。」該條並未要求當事人於債權契約之外，另訂物權契約。其現行經濟契約法中，關於購銷契約中供方必須按照契約內容交付產品的規定來看，大陸司法實務歷來將動產的交付作為履行債權契約視之，而未承認交付行為是獨立於債權行為之外的物權行為。如果買賣等債權契約遭宣告無效或撤銷，當事人應依法律，返還原物，恢復原狀，而不可因交付行為取得所有權；（二）中國司法實務見解並未肯認物權行為的無因性：中國最高人民法院於一九九五年十二月二十七日所作的《關於審理房地產管理法施行前房地產開發經營案件若干問題之解答》第十二條規定，「轉讓契約簽訂後，雙方當事人應按契約約定與法律規定，到有關主管部門辦理土地使用權變更登記手續，一方拖延不辦，並以未辦理土地使用權變更登記手續為由主張契約無效，人民法院不予支持，應責令當事人依法辦理土地使用權變更登記手續」。此司法解釋未承認登記或交付行為是獨立於買賣契約之外的物權行為，而是買賣契約履行行為的組成部分；（三）中國民法並未要求契約當事人須於債權契約外，另訂立物權契約：就抵押權、質權、土地使用權的設定而言，法律並未要求其訂立應採用書面形式，縱規定該等法律行為應以書面為之，也僅是對於契約的形式要件的規範。至於規定抵押物必須辦理登記，質押契約自質物移交給質權人占有時生效等，也並非係對於物權行為的規定，僅是對抵押契約、質押契約的生效要件所作的規定。換言之，此等契約的生效不僅要求當事人間合意，也要求應符合要式，並未規定當事人應另外訂立物權契約。

一九八四年十二月，第三八頁；李肇偉著，民法物權，自版，一九七〇年九月，第五八頁；張龍文著，「論物權契約」，民法物權論文選輯（上），五南出版，一九八四年七月，第二二頁。

<sup>109</sup> 參閱王澤鑑著，同前註，第七三至七四頁；謝在全著，同前註，第七一頁；史尚寬著，同前註，第二六頁；鄭玉波著，同前註，第三八頁；李肇偉著，同前註，第五八頁；張龍文著，同前註，第二二頁。

<sup>110</sup> 以上三段參閱謝哲勝，前揭註一書，第一八六至一八七頁。

<sup>111</sup> 參閱王利明，物權法論，中國政法大學出版社，二〇〇〇年七月二刷，第六〇至六四頁；參閱王利明，前揭註五四書，第二三〇頁以下；王軼，物權變動論，中國人民大學出版社，二〇〇一年七月，第七三頁以下。

區分合同效力和物權效力，與區分債權行為和物權行為是兩回事，大陸不採物權行為的概念，本文認為是明智之舉，並給予高度肯定。事實上，歐洲民法學者目前也有制定歐洲民法的討論，<sup>112</sup>源於德國的物權行為概念，到底會生根於歐洲民法，還是就此消失了，兩岸民法的學者都可以拭目以待。

### （三）肯定物權本土化的努力

台灣法學最受人詬病的是淪為先進國家的法律殖民地，許多學者討論法律問題時，只會引用外國制度和外國學者的見解，而缺乏融會貫通並進而化為適合本土的思維。人民大學草案第二章第二節的國家所有權、第三節的集體所有權、第三章第一節的土地使用權、第二節的農村土地承包經營權、第三節的宅基地使用權，加上官方草案第十八章的居住權，都是大陸本土色彩濃厚的物權，而且也都是目前廣泛使用的物權，可見大陸學者本土研究的成果，此種規定也將有助於大陸本土物權法體系的建立。

### （四）物權種類應增加

官方草案規定的物權種類比台灣現行民法物權編為多，人民大學草案規定物權種類，包括空間利用權、優先權、優先購買權、集合抵押、浮動抵押，更是台灣現行法所無或未能有一般性的規定。抵押物包括動產也是符合動產擔保交易的趨勢，在台灣最高限額抵押雖為最高法院承認，但修法增訂也尚未通過立法程式，營業質亦同。建築物區分所有權的規定比台灣物權編修正草案相關規定更為詳細，第二〇五條的規定則可作為社區管理的依據，此點也是台灣現行法所無。特許物權的規定更能清楚地呈現其權利本質，並收法律體例井然有序的效果，值得台灣將來修法的參考。

事實上，如採物權自由原則，物權種類就無限多，是否規定典型（法律明文規定的）物權，就不是那麼重要，但如果採物權法定原則，為了避免抑制人民創設物權的誘因（等於生產的誘因），就必須將人民可能創設的物權都規定在法典內，但除了增加立法的負擔，仍不免掛萬漏一，或立法跟不上社會經濟脈動，因此，採物權法定緩和，雖然仍不如採物權自由，但絕對優於嚴格物權法定原則。在官方草案仍採物權法定原則下，增訂有用的物權顯得特別重要。

#### 1. 優先購買權應列入

關於優先購買權，台灣之前僅存在於特別法，一九九九年債編修正後雖然規定民法條文中，但並未就優先購買權為一般性的規定，以致於意定的優先購買權仍未被運用，在美國則是廣泛被運用於各種契約和物權的法律關係。基於優先購買權的實用性，人民大學草案將優先購買權列入法定物權，值得肯定，然而，將共有人優先購買權列為第一優先則是不當的規定<sup>113</sup>，因為終止共有關係本身僅是

<sup>112</sup> Ugo Mattei, *The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments*, 21 *Hastings Int'l. & Comp. L. Rev.* 883( 1998).

<sup>113</sup> 人民大學草案第二百零五條：「在同一標的物上存在多個優先購買權時，優先購買權的行使依下列

減少協商的成本，並未積極創造生產的誘因，並不如使利用權人取得所有權可以創造生產的誘因，因此，利用權人的優先購買權應優先於共有人的優先購買權。

114

## 2. 居住權應列入

大陸改革開放之前住房是完全公有制，因此，居住於公有房舍的情形勢必不少，在採商品房制度後，人民固然可以購買商品房或承租他人房屋供自住之用，然而，在市場經濟下，無資力者，仍無法滿足住房的所需，而居住又是人民基本的需求，可以視為生存權的內容，<sup>115</sup>因此，居住權列入物權的一種，尤其對公有房舍主張居住權，將有助於人民居住基本條件的滿足。

## 3. 優先權應列入

台灣也有相當於優先權的規定，但條文散佈於各種法律或民法各編，缺乏一般性的規定，以致於相關爭論頗多，人民大學草案第四章第四節明文規定優先權性質和效力有助於對優先權的理解，值得肯定。另外，第五百二十七條規定優先權的取得不以占有或登記為要件，也明白地點出物權不一定皆有公示，公示的目的在於保護交易的安全，但保護交易安全也不是帝王條款，有時仍會因其他的法律目的而有所妥協，第四節第六款優先權與其他擔保權的關係相關的規定，即闡明瞭此一法律原則。

### (五) 無實用價值的物權不必規定

在立法有限的條文下，就物權的規定，無論是否採物權法定原則，都應只規定有實用價值的物權，以節省立法成本和將來的法律師生的教學研究等成本，因此，本文認為以下不具實用性的物權，並無規定的必要。

#### 1. 典權不必列入

從三版本均有典權的規定，似乎立法爭論已取得共識，但是，如從實用性看，本文仍然認為並無規定的必要。早期中國社會並無類似抵押權的不移轉占有的擔保物權制度，典權在不動產擔保制度居於獨占的地位，因此，在只有單一制度下，人民既無選擇的自由，也就不得不使用。但是因為典權的擔保功能目前可為抵押權所取代，其用益功能可為其他用益物權或租賃所取代，而典權取得必須支出典價，金額又很龐大，如有能力支出典價也會有能力購買（配合抵押貸款），如需某標的物，直接購買即可，無須設立典權。

台灣自從設定典權亦需繳納土地增值稅，無法以設定典權後出典人不回贖，做為移轉所有權不需繳納土地增值稅的方法後，典權即幾乎不再被人使用，

---

順序確定：(一) 共有人的優先購買權優先於其他優先購買權；(二) 物權性的先買優先於債權性的優先購買權；(三) 多個物權性的優先購買權並存時，公示在先者優先；(四) 上述情形之外仍有多個優先購買權的，優先購買權的順位由出賣方決定。前一順位的優先購買權人放棄優先購買權的，後順位的優先購買權人遞升至其順位。」

<sup>114</sup> 參閱謝哲勝，「土地共有人和用益權人優先承購權法律性質與優先順序之探討」，財產法專題研究，三民書局，一九九五年五月，第一二九至一四二頁。

<sup>115</sup> 參閱謝哲勝，「從土地法第一百條之適用論住宅租賃權之保障」，財產法專題研究，三民書局，

台灣此次物權編修正，之所以仍保留典權的規定，是因為仍有極少數典權存續著，並非將來典權還會被運用。因此，典權在現代社會幾已無運用的實益，這是市場機制自然淘汰的結果。除非大陸現在仍存有典權，或人民有使用的習慣，否則，即使制定，也會成為具文。<sup>116</sup>

## 2. 讓與擔保不必列入

官方草案和社科院草案，都有讓與擔保的規定，但人民大學草案則完全無此一規定，台灣物權編修正草案此次也未增列讓與擔保。讓與擔保是欲藉讓與之名達擔保之實，台灣司法實務上有此案例，但實務見解認為受讓人為所有人，可以有權處分，因而，讓與人對於受讓人違反讓與擔保契約所為的處分，僅能請求損害賠償而不能回復其所有權，因此，有學者主張，以登記為讓與擔保取代所有權移轉，即可確保護與人的權利。

對於基於台灣現行實務見解對於讓與擔保讓與人保護的不週，而尋求解決之道，此一努力值得肯定，然而，制定讓與擔保卻不是解決此一問題的好方法。事實上，讓與擔保制度是要達到債務人不清償債務就由債權人取得所有權，與於債務人清償債務後讓與人可以取回所有權兩項目的，就此二種目的，本文都表贊同，但不必藉由制定讓與擔保來達成。就前一目的而言，流押契約即可達成，就後一目的而言，現行抵押權制度即可達成，因此，其實抵押權可以包含讓與擔保，只要不禁止流押契約即可。

官方草案一方面在二百四十八條規定流押契約禁止，另一方面又規定讓與擔保，等於立法揭示流押禁止規定，但又同意人民以讓與擔保規避流押禁止的規定，立法政策顯然相互矛盾，社科院草案亦同。如立法政策贊同抵押權設定時，可約定抵押權人於債務人不清償債務即可取得抵押物所有權，即可達到讓與擔保的目的，讓與擔保即無制定的必要。

### (六) 集體所有權的利用效率應注意提升

集體所有權是大陸社會主義下的產物，固然有促進財富平均的功能，但是卻必須犧牲使用的效率，三版本都有規定，表示是現階段大陸的土地政策。官方草案第五十五條規定農民集體所有權的土地，須經村民會議三分之二或三分之二以上村民代表的同意，並經批准，才可以由外人承包經營，人民大學草案第一百三十四條規定對集體財產重要事項的決定，必須有成員三分之二以上出席，四分之三以上通過才能決定，對於集體所有權的使用效率的不彰，將可以預見。

集體所有如同公有或共有，都會有決策緩慢的成本與代理成本，雖然對大陸現階段而言仍有其存在的價值，但必須應注意其利用效率的提升。台灣目前的立法趨勢是在減少共有，並使共有物的管理處分更加容易，只要保障集體所有權人應得的利益，其實不必太強調全體參與處分共有物，畢竟沒有生產，哪來分配，與其讓集體所有土地荒廢或生產效率不彰，不如提高其生產效率，而保障每個成

一九九五年五月，第五十頁。

<sup>116</sup> 參閱謝哲勝，前揭註一書，第一九五至一九六頁。

員分配的利益即可，這也是現代企業強調所有權和經營權分離的理由，值得大陸在立法前再多加思考。

### （七）擔保物權應通盤考量

前述提到大陸物權法的制定將與現行擔保法的規定重複，但是即擔保法中除了抵押權、質權與留置權外，尚有保證跟定金。物權法通過後如廢除擔保法，則保證的部份將缺乏規定，而目前的合同法中並未規定保證契約，也無有關保證的相關規定。三版本所規定的抵押權都可以就動產設立，與質權的差異即僅在標的是否由權利人占有，留置權為法定動產擔保物權，本文前述認為讓與擔保可以由抵押權包括，優先權則有獨立存在的必要，則就抵押權、質權、留置權、優先權間的相互關係即有通盤考量的必要，加上定金和保證也是提供擔保的功能，這些制度都應通盤考量，才能建構完整的擔保法體系。

債權因為是對人權，會受到個人資力多寡的不同，而影響債權受清償的可能性，因此，才有擔保的制度。就提供擔保的標的，可以分為物的價值和人的信用，擔保物權及定金是針對物的價值所為的規範，保證則是針對人的信用所為的規範，而就二者又都可以分為有限責任和無限責任，債務人所負的清償責任亦同。因此，債務人可能僅負物的有限責任，例如依美國法債務人原則上可以委付抵押物所有權給債權人，而免除清償責任，也可能必須負人的無限責任，例如，依台灣民法債務人就抵押物價值不足償還的金額仍負清償責任。同樣地，擔保權是從權利，擔保債務人（如保證人和物上保證人）的責任也可以分為有限責任和無限責任，前者，僅就物的價值或擔保債務人的一定財產負責，後者，必須以總財產負責債務的清償。擔保權作為債權優先受償的擔保，即應考慮使債務人和擔保債務人負有限責任的可能性，例如解約定金使契約一方當事人可以拋棄定金或給付兩倍的定金以解除契約而免除履約的責任。就此點而言三版本似乎都沒有規定。

其次，定金和保證以及其他擔保的方式，如銀行提供信用狀，都構成擔保制度的整體，因此，在擔保物權的規定無法取代擔保法前，擔保法當然有存在的價值，而不應廢除。

再者，依三版本規定抵押權是意定也是法定擔保物權，是動產也是不動產擔保物權。質權是意定的動產擔保物權，留置權是法定的動產擔保物權，與抵押權就有競合的可能，但如採未經登記不得對抗第三人，固然優先次序很清楚，但如果第三人是惡意，是否有保護的必要，即有斟酌的餘地，如果規定為不得對抗善意第三人，則有同時存在抵押權和留置權或留置權的可能，這些問題固然未必要明文規定，但是將來仍須處理。

最後，抵押權、質權和留置權既然已包括意定和法定、動產和不動產擔保物權，則優先權是否仍有存在的必要。優先權是法定擔保物權，與法定抵押權和留置權勢必會有重疊的現象，但法定抵押權和留置權卻無法完全取代優先權，因為法定抵押權和留置權都僅能針對特定的物加以主張，而且區分必須動產和不動產，而優先權則可針對債務人的全部財產加以主張，又不必區分動產和不動產，

因此，優先權作為保護特殊債權人的擔保制度，有其存在的必要，既有其存在的必要，在物權法中為一般規定，自然有助於妥當地解釋適用優先權相關規定。人民大學草案第四章第四節就優先權為一般規定，並規定一般優先權、特別優先權，以及優先權與其他擔保物權的關係，本文深表贊同。

#### (八) 公示的目的僅在保護交易安全

物權本身必須與公示方法區分，公示方法僅是為了保護交易安全，並無必要在保護交易安全的必要限度以外剝奪真正的權利，也無必要在保護交易安全的範圍外侵犯真正當事人的意思，因此，不應認為符合法定公示的物權才是物權，<sup>117</sup>即不應將法定公示的有無，作為物權效力發生的條件，只要第三人是明知或可得而知，也可對他發生效力，法定公示方法的有無並非區分債權和物權的唯一標準。其次，不動產物權變動的公示方法未必是登記，也有其他的公示方法，即使採登記制度，登記也未必是不動產物權變動的生效要件，登記作為不動產物權變動的對抗效力的立法，符合真正權利的保護與交易安全的保護的平衡，才是個較好的立法方式。<sup>118</sup>況且美國所創設而為全世界先進國家所採納的資產證券化制度，是在不採登記作為不動產物權變動的生效要件的法制下所誕生，一旦要移植到他國，物權變動採生效要件就成為主要阻礙。

就三版本規定而言，社科院草案第二百二十六條規定，依法律行為設定、移轉、變更、廢止不動產物權，未經登記者無效，不如官方草案第九條和人民大學草案第二十三條規定為不生物權效力來的妥當，因為設定和移轉物權的合同，除非為要式或要物合同，否則在當事人間即發生合同效力，合同並非無效，所謂無效應指未發生物權效力。三版本就不動產物權變動原則上都以登記為生效要件，值得注意的是，人民大學草案第二十四條對於不動產物權變更，採未經登記不得對抗第三人，顯然已意識到採登記生效未必妥當。官方草案第二十六條對於船舶等物權的變動採不經登記不得對抗善意第三人，也意識到惡意第三人應該不在交易安全保護的範圍內。從大陸最高人民法院見解來看，抵押權也並非以經登記才生效，所以實務見解其實並非全面採登記生效主義。大陸基於土地國有和集體所有，認為取得土地權利應經登記，以保護公有土地的權利，或許有其意識型態的考量，但要貫徹登記作為生效要件，並不容易。

中國大陸幅員廣大，要採取單一的不動產物權變動方式並建立全面性的不動產登記制度，談何容易，即使先不論登記生效要件並非較好的立法方式，而為大多數先進國家所不採，對於採登記生效要件長達五十年以上的台灣，最近為了信託的登記、共有土地分管契約、區分所有建築物規約的登記，地政機關也是傷透腦筋，除非大陸的地政機關自信優於台灣的地政機關，或優於日本及美國的地政

<sup>117</sup> 參閱謝哲勝，前揭註十三文，第二五一頁。

<sup>118</sup> 參閱謝哲勝，物權的公示—評台灣民法物權編修正草案，月旦民商法第二期，二〇〇三年十二月，第九至一四頁。

機關，否則，採登記生效要件，無疑自找麻煩。<sup>119</sup>

中國大陸鄉村買賣契約在「移轉見證」時，雙方當事人都有不動產變動的意思，「移轉見證」後，雙方當事人都認為物權已發生變動，因此，應承認雙方的不動產物權變動已經發生，至於在保護交易安全上，是否要限制買受人對抗第三人的範圍，則是另一問題，與當事人間不動產物權變動無關。因此，本文認為在目前大陸農村尚未存在土地登記制度，就房屋的買賣是採移轉見證方式作為公示方法的現狀下，不動產物權變動公示方法不一定要採登記為唯一的方式，應採登記和移轉見證等多元公示方法。即使成文法典要採登記作為法定公示方法，關於登記的效力，也不當然為生效要件，而可能為對抗要件。相較於英、法、美、日等強國都不採不動產物權變動以登記為生效要件，而為對抗要件，<sup>120</sup>又相對於美國不動產物權變動，採契據交付的方式，雖有登記制度，但不以登記為不動產物權變動的要件，而僅作為保護交易安全的手段，<sup>121</sup>這些經驗對照於中國大陸鄉村的經驗，其實更貼近中國大陸的民情。對於未依法定方式公示的物權，只要不影響交易安全，仍應承認其效力。例如中國大陸鄉村買賣契約在「移轉見證」後，加上買受人占有的事實，全村幾乎都已知悉，外地人也是可得而知（可以詢問村民），因此，此一移轉原則上可以對抗任何人。<sup>122</sup>

##### 五、不動產物權變動公示方法的考察與分析

在大陸，多數學者仍主張不動產物權變動的公示方法是登記，然而，在農村根本未建立登記制度，基本上，除了取得承包經營權應向有關單位登記外，其實並無登記制度，而在城市，雖然取得土地使用權應向有關機關登記，取得商品房所有權也要向有關機關登記，然而，實務見解認為抵押權的設定並不以登記為要件。因此，就出現了草案中有登記生效和登記對抗條文並存的情形，這主要的問題在於大陸許多學者並未能真正考察大陸的現況和實務見解，也未能領悟登記與真正權利的變動之間的關係。可以這麼說，學者主張與實務見解是有差距的，實務見解為了保護國有或集體所有土地所有權，固然是以登記為取得土地權利的要件，對於商品房的買賣登記，有關機關為了規費的考量也傾向登記為生效要件，但這也衍生許多貪賄，在鄉村更是除了取得承包經營權外，其他不動產物權變動並無登記制度，因此，人民法院基本上並未貫徹以登記作為生效要件，而法制工作委員會對於是否採取登記生效的制度，也正處於難以決定的局面，因此，本文以下特別詳細加以探討。<sup>123</sup>

<sup>119</sup> 謝哲勝，民法基礎理論體系與立法，河南省政法管理幹部學院學報，第十九卷第二期，二〇〇四年四月二十日，第一九頁；謝哲勝，民法基礎理論體系與立法，海峽兩岸民法典理論研討會論文集（台灣及國外學者論文），煙台，二〇〇三年十一月，第三六頁。

<sup>120</sup> 其實應該說世界上採登記作為生效要件的國家除了德國外，都不是現代的強國。

<sup>121</sup> Roger Bernhardt, *Real Property* 277-353(West 1991).

<sup>122</sup> 參閱謝哲勝、吳春岐，前揭註六四文，第一六二至一六三頁。

<sup>123</sup> 謝哲勝、吳春岐，中國大陸不動產物權變動公示方法的考察與分析，中正法學集刊第十四期，

## (一)、不動產物權變動公示方法社會調查的意義、必要性和方法的說明

### 1. 意義

在研究不動產物權變動公示方法這一問題時，除進行理論研究外，還必須進行相關的社會調查和實證分析，這一工作是至關重要、必不可少的。因為它是我們進一步思考和研究分析這一問題的重要基礎，是進行物權法和民法典立法，特別是進行不動產物權變動公示方法制度設計的出發點和立足點。

### 2. 必要性

中國二十世紀前期清末和民國時期的民商事習慣調查運動對中國大陸當代民法典的制訂應有啓迪作用。自清末（約1907年—1911年）至民國初期（1918年—1921年為集中時期），二十世紀前期的中國民商事習慣調查運動，兩度席捲全國各省區，累計持續時間近十年，所耗人力、物力不計其數，所獲資料至千冊。此項艱巨而龐大的工程在中國法的現代化進程裏不失為輝煌而極具重要意義的一頁。在此基礎上，同時參酌各國法律，在歷經近三十年的艱苦努力之後，中國在一九三一年終於擁有了自己的第一部民法典。

從各種史料分析，無論清末還是民國時期，當時進行民商事習慣調查的目的主要有二：一是為立法做準備；二是供司法執法做參考甚至依據，其中尤以前者最為突出。這些都促使我們思考並發現：對一個民族來說，規範其行為、支配其生活的法律應當從其心靈深處或生活習慣中長成，否則那將是法律的不幸，也是民族的不行；當代中國大陸法律的現代化進程中的最大缺憾恐怕就是此點。因此，如何既適當保有「移植的法」，又竭力增植「長成的法」，並在二者之間尋求適當的連接與交融，這是當代中國大陸法治進程面臨的重大課題。而只有深入社會，特別是深入中國最基層的鄉村社會，挖掘和調查存在於百姓日常生活的民商事習慣，並進而發展出適應現代社會需要的法律原則和法律規則，才能真正奉獻「長成的法」。否則，法律與社會的脫節就不可避免，法律往往只是紙上的法，而民眾大多在法律之外我行我素。<sup>124</sup>

### 3. 方法

然而，與不動產物權變動公示方法的理論研究相比，進行相關的社會調查並進行實證分析又是相當困難的。其原因主要有：第一，其可資參考和利用的資料非常少；第二，這項社會調查工作需要相當的人力、物力和財力作後盾，但個人受經費等條件的限制，很難進行大範圍、全面而詳盡的不動產物權變動公示方法的社會調查。

以上客觀條件的改變單靠個人是力所不能及的，但是，從社會調查和實證分析的角度，來研究和分析不動產物權變動公示方法，並進而探討相關立法上的制度設計又是必須的，否則單單從書本出發，從理論到理論，閉門造車的作法，很難說其研究和分析是全面和科學的。因此如何盡可能的化解二者的矛盾，儘量克

---

第一一三至一六八頁。

<sup>124</sup> 參閱前南京國民政府司法行政部編，民事習慣調查報告錄（上冊），北京：中國政法大學出版社，2000年版，第1—17頁（代序部分）。



服這種客觀條件對研究工作的限制，就成為進行相關的社會調查和實證分析之前所必須要面對和解決的一個首要問題。

本文受到社會學研究的啓發，思考其中有關不同的社會調查方法具有不同的特質、優點和不足，從而適用於不同目的、不同要求社會調查的論述<sup>125</sup>，有茅塞頓開之感。社會學上關於社會調查方法主要有兩種——統計調查方法和案例調查方法。學者針對這兩種方法的特點、利弊概括指出：1.統計調查方法是就多數個案廣泛的進行考察；2.從總體中抽取少數的側面；3.這能客觀的計數和計量；4.按照相關係數等的客觀分析方法進行普遍化。而案例調查方法是：1.就少數事例進行考察；2.從總體聯繫上集中深入的多方面考察；3.主觀的、細緻的掌握；4.主觀的、細緻的普遍化。換言之，作為非統計方法的案例調查方法可以說是以集中深入對廣泛擴展，以質對量，以非程式地對程式的研究方法。<sup>126</sup>

進行不動產物權變動公示方法的社會調查，相對而言，全面、科學和準確的方法應是統計調查的方法，就如前述二十世紀前期我國清末和民國初期的民商事習慣調查運動所採取的方法和形式，在全國範圍進行調查和統計，以求全面、科學和準確地獲取資料。但採用統計調查的方法開展不動產物權變動公示方法的社會調查，需要相當的人力、物力和財力做保障，僅靠個人微薄之力是無濟於事的。退而求其次，選用與統計調查的方法相對應的另一種社會調查方法——案例調查方法，則會克服個人在經費等方面劣勢，而發揮個人能更好的深入社會、深入挖掘相關資料的優勢，同樣能獲取對於研究有價值的調查資料。

也許有人會指出這樣取得的資料是沒有代表性的，在其基礎上進行的分析是沒有價值的。表面上看，這種觀點是有道理的，但若經過深入分析，這種看法又是流與表面的，起碼是很不全面的。如前所述，兩種社會調查方法是各有利弊的。我們可以採取更適合個人開展調查研究的社會調查方法——案例調查方法，來克服上述困難，以達到既量個人之力而行，又能獲取有價值的調查資料的目的，來進行中國大陸不動產物權變動公示方法的社會調查和研究。

## (二)、中國大陸不動產物權變動公示方法社會調查情況的簡要介紹

### 1. 調查的區域

透過不同的形式，就中國大陸不動產物權變動的公示方法先後在中國大陸的廣東省廣州市天河區、深圳市福田區和山東省的濟南市曆下區、濰坊市奎文區、新泰市羊流鎮西王莊村、昌樂縣唐吾鎮東山后村、昌樂縣朱劉鎮錢家莊村、高密市田莊鄉前鋪村、魚台縣清河鎮鞏莊村、無棣縣埒口鎮牛嵐村、信家莊村、東官莊村、水溝堡村、河北省海興縣香坊鄉王家莊村、劉家莊村、海豐村等地進行調查。

### 2. 調查的結果

雖然各地的具體情況從表面看各有不同，但若對調查情況運用類型化的方法進行處理，分門別類，再進行深入分析，所調查地方的不動產物權變動的公示方

<sup>125</sup> 參閱虞祖堯，社會學和社會調查，北京：中國人民大學出版社，1988年版，第75—161頁。

<sup>126</sup> 參閱虞祖堯，社會學和社會調查，北京：中國人民大學出版社，1988年版，第135頁。

法可基本分為兩種情況：

(1).大中城市(如調查的廣州市天河區、深圳市福田區、濟南市曆下區、濰坊市奎文區)和中小城鎮(如調查的滕州市區、無棣縣城區、海興縣城區)，其不動產物權變動(如商品房買賣)的公示方法均為登記。人們在房屋買賣、抵押等物權變動過程中，均自覺或不自覺地將登記作為設立、轉移物權的公示方法。

(2).廣大鄉村(如調查的山東省昌樂縣唐吾鎮東山后村、朱劉鎮錢家莊村、高密市田莊鄉前鋪村、魚台縣清河鎮鞏莊村、無棣縣埕口鎮牛嵐村、信家莊村、東官莊村、水溝堡村、河北省海興縣香坊鄉王家莊村、劉家莊村、海豐村等地)，與前述在大中城市和中小城鎮採用的登記這種公示方法相比，其不動產物權變動(如房屋買賣)的公示方法則有很大不同。其表現形式在細節上雖有不同，但其基本表現形式是(以房屋買賣為例)：買賣雙方通過邀請中間人(或證人、同事人)參與、證明房屋買賣的方式來達到向社會公示其不動產物權變動的目的。

### 3. 典型的移轉見證實例

山東省新泰市羊流鎮西王莊村在2000年12月進行的一宗房屋買賣的過程如下：

2000年冬天，西王莊村村民聶立×預將其所有的本村三間房屋出賣。為此他將本村本性(聶姓)中的幾位較有威望的長輩請到家中，說明其出賣房屋的意圖，並請幾位長輩代為詢問本性內各家，同時提出房屋的售價大概為12000元。過了一段時間，同村同姓村民聶緒×聽說後，首先在私下對房屋進行了一番考察，然後找來本性中的幾位較有威望的長輩，提出購買房屋的意向，並就房屋狀況及價格做了一些詢問。期間有外姓村民和法×提出購買聶立×房屋，但聶立×並未答應，但說明如確定本性中無人購買時，再考慮賣給和法×。2000年12月8日，聶緒×邀請聶立×及本性中的幾位較有威望的長輩到其家中吃飯，商討房屋買賣事宜。最後商討確定，聶緒×購買聶立×房屋，房價11500元，同時由聶緒×、聶緒×、聶緒×作為見證人，立協定一份，內容如下：“本村村民聶緒×以11500元購買聶立×之村東房屋，以現金支付。口說無憑，立約為證。見證人：聶緒×、聶緒×、聶緒×”。並在協議中用草圖表明了房屋的界限範圍，以免發生糾紛。12月11日，聶立×又邀請聶緒×及證人到其家中吃飯，其間聶緒×將購房款11500元現金付給聶立×。聶立×當場返還給聶緒×200元，以示同姓之情。同時聶立×將房屋的有關證書交給聶緒×。至此，房屋買賣和移轉完成。

### (三)、中國大陸不動產物權變動公示方法社會調查結果的實證分析

綜合以上關於中國大陸不動產物權變動公示方法社會調查結果，進行深入地分析和歸納，本文總結發現了其在實踐中存在發展的兩點規律：

#### 1. 當前中國大陸的不動產物權變動公示方法並非是單一的而是多元的

首先，在中國大陸的大中城市和中小城鎮，人們將登記作為不動產物權變動的公示方法已是一個不爭的事實。從社會調查材料看，我們調查的廣州市天河區、深圳市福田區、濟南市曆下區、濰坊市奎文區等大中城市和山東省滕州市市區、無棣縣城區、海興縣城區等中小城鎮中，以房屋買賣為例，房屋所有權的變

動必須經過登記，這已經成爲一種常識，被幾乎所有人接受和採用，無一例外。

當然，我們在調查中也注意到，在登記的過程中，登記機關更多的是把登記作爲一種行政管理手段來看待和運用，登記當事人也大都未明確意識到登記是不動產物權變動的公示方法，而僅僅是作爲一種必須履行的程式來對待。由此也使登記在操作過程中出現了登記機關多頭執政、過分追求部門利益，登記過程中片面注重行政管理，而不注重對資訊的公開，注重監管而不注重服務等問題，從而導致許多登記機關缺乏服務意識，對查詢登記設立許多障礙，使交易當事人常常很難及時瞭解登記的資訊，進而爲當事人所從事的交易行爲造成了極大的妨害。但從根本上看，在中國大陸的大中城市和中小城鎮中現行的登記應可視爲不動產物權變動的一種公示方法，其存在的上述問題則是制度是否完善，和對登記的效力採生效或對抗要件取舍的問題。

相對地，與在大多中城市和中小城鎮現行的不動產物權變動公示方法——登記相對應，在中國大陸廣大的鄉村地區，現實社會中則存在著迥然不同的另外一種不動產物權變動公示方法——移轉見證。關於此點，在理論上和實踐中，我們認爲有三個問題需要澄清和解決：

(1). 中國大陸鄉村地區是否存在不動產物權變動公示方法？本文認爲答案應是肯定的。因爲從物權法理論的角度分析，物權是對物權，具有排他性效力，買賣雙方有必要區分雙方物權變動的意思是否發生，因此，除了當事人訂立契約的意思外，有必要確認履行的時點——即物權變動的時點，因此，除了原來的契約訂立外，尚須履行，而履行通常必須以一定外在表徵表現出來。此種可由外部辨認的表徵，即爲物權變動的公示方法。因此，即使在最基層的鄉村地區，其不動產物權變動也存在其相應的公示方法。

(2). 中國大陸鄉村地區存在的不動產物權變動公示方法是何種形式？從實證分析的角度來看，在前述調查的山東省昌樂縣唐吾鎮東山后村、朱劉鎮錢家莊村、高密市田莊鄉前鋪村、魚台縣清河鎮鞏莊村、無棣縣埒口鎮牛嵐村、信家莊村、東官莊村、水溝堡村、河北省海興縣香坊鄉王家莊村、劉家莊村、海豐村等地，進行房屋買賣的過程中，無一例外的存在著各種形式的中間人、見證人參與其中（如在前述的山東省新泰市羊流鎮西王莊村在 2000 年 12 月進行的聶緒×購買聶立×之房屋的買賣過程中，聶緒×、聶緒×、聶緒×應邀所進行的見證）。

從表面上看，中國大陸鄉村房屋所有權的移轉變動過程中並沒有一個明確的、程式化的不動產物權變動公示方法，有學者因而認爲，現時期的中國大陸鄉土社會中，在不動產物權變動過程中，不存在物權法上的那種以一定外在表徵表現出來被公眾知悉的不動產物權變動公示方法（如登記）。然而，從調查發現：正如前述調查資料所顯示的，現時期的中國大陸鄉土社會，在不動產物權變動過程中無一例外的有各種形式的中間人、見證人參與其中，從目的和效果兩方面看，這種中間人、見證人的參與，一方面發揮在交易雙方當事人間傳遞資訊、撮合買賣、防止日後爭議的作用，也確認物權變動的時點，另一方面，可能是更重要的作用是，通過中間人、見證人的參與和他們在社區中（村內）自覺或不自覺

的宣揚，發揮向第三人和社會公示其房屋所有權變動和變動後權屬狀況的效果。

當然，這種作用和效果一定程度上是在不自覺中完成的，而且這種作用和效果在很大是依賴於特定的鄉土社會的大環境。因此，從實證的分析看，此種中間人見證的形式實際上就在物權變動過程中充當了不動產物權變動公示方法的角色，自發的成爲了不動產物權變動的公示方法並具有公示效力。

(3).在中國大陸鄉村地區存在的這種以中間人見證爲表現形式的不動產物權變動公示方法在物權法上應如何表述和定義?本文認爲在物權法理論上，可以將存在於中國大陸廣大鄉村地區的這種以中間人見證爲形式的不動產物權變動公示方法稱爲「移轉見證」。以移轉指稱買賣契約的訂立後的履行行爲，以「見證」對照「登記」作爲公示方法，在城市是採移轉登記，而鄉村稱爲移轉見證。

綜合對各地的社會調查情況，移轉見證的主要表現形式可作以下概括：移轉見證作爲不動產物權變動的公示方法，主要存在於中國大陸基層的鄉村地區，主要適用於房屋買賣過程中，其形式主要是買賣雙方在協商一致或共同認可的前提下，由賣方或買方邀請村內或族內德高望重、較有影響的長者或村幹部等其他人士作爲見證人或中間人參與、見證雙方的房屋買賣和房屋交付，參與和見證的內容主要包括買賣撮合、房款交付、房屋所有權和房屋權屬證書（如宅基地證等）的移轉等，其見證內容往往藉由房契、證明文書等形式予以書面化固定，其房屋所有權的變動情況和變動後的權屬狀況常常是通過中間人、見證人的參與過程和他們在社區中（村內）自覺或不自覺的宣揚達到向第三人和社會公示的目的和效果。

## 2. 此多元不動產物權變動公示方法是植根於中國大陸現階段的社會結構

在認識和分析某一法律制度何以產生和之所以存在的原因時，必須關注隱藏在它背後的社會經濟發展水平，以期從中尋找法律制度存在和發展的深層原因。到民法物權法領域，我們要探究中國大陸現實社會中多元的不動產物權變動公示方法何以產生、何以存在的緣由，就必須關注催生和培育這一制度的社會經濟基礎——市民社會。就法與市民社會及經濟基礎的關係上，民法學者指出，民法的社會基礎是市民社會，民法是市民社會的一般私法。<sup>127</sup>

一定的市民社會是特定歷史條件下的產物，其形成受社會結構、社會習慣、民族心理、文化傳統及地理環境的綜合作用。限於篇幅本文此處著重分析在中國大陸當前變遷中的社會結構——城鄉二元社會結構的作用和影響下，中國大陸社會主義初級階段市民社會所表現出來的獨有特徵，並探究其進而如何使中國大陸現實社會的不動產物權變動公示方法出現了多元化的現狀。

所謂社會結構是指社會體系各組成部分或諸要素之間比較持久、穩定的相互聯繫模式，中國社會結構的原型是具有 5000 年（可能更長）歷史的以中國農耕經濟爲基礎的鄉土社會結構。在《鄉土中國》中，費孝通先生提出，鄉土社會結構具有如下一些比較持久和穩定的聯繫模式根深蒂固：（1）、以血緣與地緣相融合爲特徵的鄉土關係；（2）、以人倫等級爲特徵的差序格局；（3）、以克己復禮爲特徵的禮治秩序；（4）以教化權力爲特徵的長老統治；（5）、以家天下政統爲特

<sup>127</sup> 劉士國，中國民法典制定問題研究，濟南：山東人民出版社，2003 年版，第 1 頁。

中國傳統的鄉土社會結構是一個穩定的社會結構，中央皇權的高度集中與小農經濟的散沙狀分佈是通過封建專制制度的剛性強化和宗法關係的柔性粘合而統一起來的。封建專制制度的殘暴統治正好被貫徹在儒家禮教思想中的體現血緣親情關係的宗法倫理精神所遮蔽。因此，即便是專制統治由苛政導致政權危機，以至於出現農民戰爭甚至改朝換代，但只要代表宗法精神的儒家綱常倫理存在，分散又封閉的小農便會很快地適應新的封建王朝的統治。所以，在中國傳統的社會結構中，分散的小農經濟與高度集中的大一統專制王權，加上植根於血緣關係的宗法倫理觀念，形成了剛柔相濟、隨時調適的修補機制。這一特殊修補機制，是中國封建社會結構得以長期延續的重要原因。

自 1840 年鴉片戰爭以來，外來勢力強行介入中國社會之後，中國傳統的鄉土社會結構便發生了重大的變化。然而，自 1861 年至 1949 年，中國沒有建立一個完整的工業經濟體系，中國社會結構仍然處於傳統農耕經濟的制約中。1949 年，隨著中華人民共和國的建立，改變了半封建半殖民地的社會性質，中國大陸具備了獨立自主的發展工業經濟、改革農業經濟、推進鄉土社會向工業社會轉型的前提條件。但是，中華人民共和國建立不久，國家工業重心出現偏差，經濟工作從屬於政治工作，工業經濟發展走了彎路。尤為嚴重的是在一系列不合國情的政策和路線指引下，形成了一個畸形社會產兒：城鄉二元社會結構。城鄉二元結構無疑是中國大陸傳統的鄉土社會結構在社會結構轉型過程中出現的具有歷史性的特殊表現方式，它們既是轉型的歷史產物，又是歷史性的轉型物件。由於鄉土社會在城鄉二元社會結構中很少得到城市工業經濟的發展資源，農耕經濟和鄉土社會結構在計畫體制和政治制約中更加僵化，中國大陸鄉土社會結構的轉型將是複雜、曲折且十分艱難的歷史過程。

中國大陸城鄉二元社會結構的轉型以農村經濟改革為重大轉機。1978 年開始的中國大陸農村家庭承包制，極大地調動了農民的生產積極性，並生產出大量的農村剩餘勞動力，從而第一次使農民在土地之外尋求生存與發展資源。於是農民工進城，鄉村工業和各種非農產業興起，農村經濟與城市經濟建立市場聯繫，中國的農耕經濟開始接受工業經濟的革命性改造，中國大陸鄉土社會結構賴以生長和延續的根基開始動搖。

然而由於中國大陸的城鄉二元社會結構轉型的區域性差異，不同的研究個案產生了不同的結果。處在改革開放前沿的農村社會，只經過了短短 20 年的時間，就已基本實現了從鄉土社會向工業社會的轉型。但從中國大陸全國範圍來看，這只能看作中國大陸鄉土社會轉型的特例，是局部表現，是在特殊政策、特殊歷史機遇和特殊資源組合中取得的重大成果，大陸全國大多數農村無法效仿，尤其是發達地區農村的轉型模式，根本不可能大面積拓展。從全國範圍看，大多數中國

<sup>128</sup> 周運清，中國農耕經濟變革與鄉土社會結構轉型的推進，社會科學研究，1999（5），第 85—91 頁。

大陸農村人口仍然生活在轉型初期的鄉土社會；從歷史進程看，中國城鄉二元社會結構轉型只是初露端倪。<sup>129</sup>

在落後國家的工業化進程中，工業化水平和工業化人口是不同步的。就前者而言，一個國家可以在少數城市和某些工業與科技領域進入世界先進行列。就後者而言，卻可能在全國人口中所占的比例非常低。改革開放以來，中國大陸的工業化已快速進入中期發展階段<sup>130</sup>，某些領域的發展水平更高。但中國大陸工業化所涵蓋的人口包括整個城市人口，至今尚未突破 30%。換句話說，中國尚有 70% 以上的人口生活在以農耕經濟為主導的農村社會。雖然隨著市場經濟的推進，城鄉經濟、文化與社會流動加速，城鄉之間的分割狀態正在變遷。然而，因為中國大陸的城市化嚴重滯後於工業化，城鄉差別尚未根本改變，甚至在某些地區、某一時期還有拉大的情況出現，城鄉有別的戶籍、人事、單位分割制度普遍存在，城市農村分隔管理，加上市場機制上很不健全，農民進城難、離土難、改變職業和身份難的情況普遍存在，進城打工農民的權益得不到起碼保障，社會地位邊緣化。諸如此類的現象嚴重限制了農民流動和城鄉融通的進程。正因為如此，當前的中國大陸社會仍處在鄉土社會結構向工業社會結構轉型的歷史進程中，當前的中國大陸社會只能稱為轉型社會。具體講，當前的中國大陸的社會結構從總體上仍是城鄉二元結構。

中國大陸現階段的城鄉二元社會結構在形式上表現為城市的工業社會和農村的鄉土社會既相互區別又相互聯繫的並存。二者的相互區別在於：從總體上看，城市的工業社會和農村的鄉土社會在生產力水平、社會分工、交往形式、社會心理、行為習慣等方面是可以區分開來的，這種區分可以通過社會經濟的有關統計數字反映出來，也可以在實證調查中得到印證；二者的相互聯繫在於：一方面，城市的工業社會和農村的鄉土社會在實際生活中又是難以像國界或行政區見那樣確切的進行範圍劃定，在二者的邊緣地區往往是融合在一起，難以確定其性質。另一方面，城市的工業社會和農村的鄉土社會又是相互影響、相互融通的，城市工業社會往往還帶有農村鄉土社會的許多遺痕，農村鄉土社會也常常蘊含了城市工業社會的諸多萌芽，二者是難以截然分開的。

中國大陸現階段城鄉二元的社會結構的以上特點，影響中國大陸社會主義初級階段市民社會，就使其具有了以下獨有的特徵：具有很大不同的城市工業社會與農村鄉土社會的交往形式、行為習慣並存。例如，在農村鄉土社會中，血緣與地緣的結合關係仍然是農村社會的主導關係，鄉土社會一定程度上家族化，傳統習慣仍很大程度上制約著人們的生活，因此在這種熟人社會中人們的交往頻繁但多為非正式的、傳統的形式（如串門），資訊傳輸快但多通過非正式渠道（如聊天），加上執法機構不健全，執法人員素質低，行政部門和司法機關的作用相對較弱；而在城市工業社會中，業緣關係為主要關係，因此在這種流動性很強的社

<sup>129</sup> 以上四段參閱周運清，中國農耕經濟變革與鄉土社會結構轉型的推進，社會科學研究，1999（5），第 85—91。

<sup>130</sup> 陸學藝，社會主義初級階段的社會結構，北京：社會科學文獻出版社，1999 年版，第 16 頁。

會中人們的交往相對較少，資訊的獲得更依賴於正式的、官方的渠道，行政部門和司法機關的作用相對較強。

中國大陸社會主義初級階段市民社會的這種獨有特徵具體表現到物權法中的不動產物權變動公示方法這一制度上，就產生了我們前述的我國現實社會中不動產物權變動公示方法的多元化——登記與移轉見證，分別充當了大中城市（包括中小城鎮）與基層鄉村社會的不動產物權變動公示方法。

## （二）、考察和實證分析對於中國大陸不動產物權變動的公示方法的啓示

以上不動產物權變動公示方法的考察、分析，其目的是如何使中國大陸在民法典制定過程中有關不動產物權變動公示方法的立法方案更加科學、有效、切合實際，即目的是關於中國大陸不動產物權變動公示方法的立法建議。承接以上的考察、分析的啓示，並結合中國大陸當前物權法理論研究和立法實踐中出現的一些問題和傾向，<sup>131</sup>本文在這一部分要解決和闡明三個問題：第一，中國大陸不動產物權變動公示方法立法的著眼點、立足點，即立法基礎；第二，關於中國大陸不動產物權變動公示方法的立法建議；第三，與立法建議相關的一些立法技術問題的處理模式。

### 1. 立法政策應著眼和立足於中國大陸現階段的社會經濟結構的需求

中國大陸不動產物權變動公示方法進行制度設計的出發點是什麼，即有關法律規則的選擇和確立應立足於什麼基礎之上，是我們在物權法立法過程中應首先考慮和解決的問題。

#### （1）立法必須植根於本土的需求

從不動產物權變動公示方法的考察與分析發現，不動產物權變動公示方法在不同歷史時期表現出了不同的形式。早期羅馬法上的不動產物權變動的二元公示方法並非立法者和法學家的創造，而是早期羅馬社會中社會成員政治經濟地位的

<sup>131</sup> 本文認為，一些學者在論證不動產物權變動有關制度的設計時，只是單純地從理論出發，過分片面地強調有關制度在理論上的科學性、安全性和邏輯嚴密性，而從根本上忽視了這些制度的科學建立所依賴的社會、經濟基礎，以及其有效運行所依賴的人文、制度環境。這種傾向導致，一些立法設計只是單單從法學理論出發論證其科學性、有效性，而忽略了那些存在於法律制度之外、但卻是從根本上決定、制約和影響這些法律制度的社會、經濟基礎和其他制度因素。結果導致這些立法設計從法學理論看是科學的、可行的，甚至是臻與完美的，但一旦真正實施，被實踐檢驗之後，卻發現是與實際不相吻合、脫節的，甚至是相去甚遠，南轅北轍！此種論述方式的缺失在於忽略法律適用的對象的既有社會經濟基礎。例如，關於物權變動中登記的效力模式問題研究，一些著作和文章只是簡單的把法國的意思主義、德國的形式主義、瑞士的折衷主義三種立法模式加以比較，運用有關物權法理論加以說明，認為瑞士的折衷主義是吸收了另外兩者的優點，而克服了其缺點的最新立法模式，因此相對於另外兩者是更加科學的，是世界的最新趨勢和潮流，基於這種分析和判斷，就認為中國大陸物權法立法應採此模式。然而，社會科學是要應用到人們，此種論述仍然欠缺實證以驗證其論證的可靠性，如果我們觀察和分析的視野不是從理論到理論，而是不但要進行法學領域內的論證，同時也要關注那些隱藏在法律制度之後的經濟基礎、社會關係，以及它們之間的相互作用和關係，那麼折衷主義固然比形式主義好，但並不能驗證折衷主義就是最好，因為世界上仍有其他的立法，尤其美國法在此討論中完全被忽略了。而且關於物權變動中登記的效力模式的採行，仍須就宏觀經濟環境，社會需求與配合制度的健全性如何而加以抉擇，並不適合單純紙上談兵來論優劣。參閱謝在全，民法物權論，北京：中國政法大學出版社，1999年版，第59頁；渠濤，不動產物權變動制度研究與中國的選擇，法學研究，1999年，第5期。

等級性決定並催生了早期羅馬市民社會中市民和臣民的二元化並存，這種並存在早期羅馬法上就表現為市民法和萬民法的分野，由此，早期羅馬法在不動產物權變動公示方法的規定中呈現二元化自然就順理成章了。

進一步看，為什麼在羅馬的市民法中採用的「要式買賣」和「擬訴棄權」作為不動產物權變動的公示方法呢？其主要是由於當時社會商品經濟不夠發達，交易相對較少，因此注重嚴格形式並伴有繁瑣的特定程式和套語的「要式買賣」和「擬訴棄權」作為不動產物權變動的公示方法才有空間和可能得以施行；另一方面，在當時的遠古社會，囿於當時人們的抽象思維和自覺意識尚處於初級階段，法律規則還未完全的獨立和高度的抽象，與社會的宗教儀式和人們的行為習慣混雜在一起，難以區分和獨立。因此當時社會採用的「要式買賣」和「擬訴棄權」等的物權變動公示方法，就不可避免的帶有一些宗教和習慣的色彩。

## (2)城鄉二元社會結構是立法中不可忽略的因素

前述的考察和分析給予了我們深刻的啓示，在當前中國大陸民法典制定過程中，不動產物權變動公示方法進行制度設計時的出發點、立足點應是在邏輯上層層遞進以下兩個方面：

A.上層基礎——即人們在長期的社會生活中逐漸形成並在社會實踐中有效運行的不動產物權變動公示方法，如在本文第二部份提到的分別充當了大中城市（包括中小城鎮）與基層鄉村社會的不動產物權變動公示方法的登記與「移轉見證」。

B.深層基礎——即中國大陸社會主義初級階段市民社會。中國大陸社會主義初級階段市民社會是中國大陸社會主義初級階段民法典的社會基礎，是物權法中不動產物權變動公示方法這一法律制度設計的社會基礎，即上層基礎的更深層基礎，如在本文第三部份提到的受到中國大陸現階段城鄉二元社會結構作用和影響的、具有其自身特點的社會主義初級階段市民社會。

## 2. 立法方案應該採用以登記為主「移轉見證」等方式為輔的多元體系

綜合上述，本文認為中國大陸現階段不動產物權變動公示方法的立法不應該採用簡單的以登記作為唯一公示方法的一元體系方案，而應該建立相對複雜但更可行、更便利的以登記作為一般公示方法，以「移轉見證」等方式為輔的多元體系方案。此論點主要是基於前述考察和實證分析的啓示，歸納起來有以下兩個方面：

### (1) 此多元體系是由具有其自身特點的社會主義初級階段市民社會所決定的

本文發現「中國大陸現實社會中的多元不動產物權變動公示方法的產生和存在，是由具有其自身特點的社會主義初級階段市民社會所決定，而其市民社會的狀況和特徵主要又是在中國大陸現階段變遷中的社會結構——城鄉二元社會結構地作用和影響下形成的」的內在邏輯關係，按照這一內在邏輯關係，或者按照馬克思主義的「經濟基礎決定上層建築」的原理，由「受到中國現階段城鄉二元社會結構的作用和影響、具有其自身特點的社會主義初級階段市民社會」這一邏輯起點出發，自然就會得出「我國現階段不動產物權變動的公示方法的體系應



存在，是由具有其自身特點的社會主義初級階段市民社會所決定，而其市民社會的狀況和特徵主要又是在中國大陸現階段變遷中的社會結構——城鄉二元社會結構地作用和影響下形成的」的內在邏輯關係，按照這一內在邏輯關係，或者按照馬克思主義的「經濟基礎決定上層建築」的原理，由「受到中國現階段城鄉二元社會結構的作用和影響、具有其自身特點的社會主義初級階段市民社會」這一邏輯起點出發，自然就會得出「我國現階段不動產物權變動的公示方法的體系應是以登記作為主要公示方法、由『移轉見證』作為補充公示方法的多元化體系」的結論。

(2) 以登記為主「移轉見證」等方式為輔的多元化立法方案將使不動產物權變動更有效率

現階段，中國大陸在進行不動產物權變動公示方法的制度設計時，是選擇簡單明瞭的以登記作為唯一公示方法的一元體系方案，還是建立相對複雜的以登記作為主要公示方法、以「移轉見證」等方式作為補充性公示方法的多元體系方案，不僅要從物權法理論的角度進行比較，還應該從法律經濟學的角度，運用成本效益的分析方法，著眼於哪種制度設計更可行，更有利於節約立法、執法和司法成本，更能夠較好的貫徹效率原則。正如法律經濟學家波斯納我言：「我堅信，對於任何一個試圖探究法律在社會生活中的作用這一基本問題的社會和學者團體而言，法律經濟學是一種極為有益的理論視野。」<sup>132</sup>

因為立法和與之不可分離的司法和執法都是一種經濟活動，經濟活動就是要尋求社會資源的最優化配置。習慣上或表面看來，經濟活動所涉及的只是狹義上的經濟部門的活動，但由於在任何社會中立法和隨之而來的司法執法都是一種耗費資源的活動，而任何社會中資源一般說來都是有限的，因此，就存在一個在社會的法律和其他各個部門之間如何有效配置資源的問題。很明顯地，如果社會將一筆資金用於立法、司法和執法，就不能將這筆資金用於經濟建設或社會的其他方面。效率原則目前已經為人們承認是中國大陸進行經濟建設的首要原則，立法和司法應當維護這一原則也已經確定。因此，如何保證稀少的社會資源得到最有效的使用涉及到包括法律在內的一切領域。尤其是在集中關注經濟建設，可供用於法制建設的資源更加有限的情況之下，我們既要在立法時考慮資源配置的效益最大化，更應當注重立法後司法、執法的費用和收益。因為，相比之下，立法自身所需費用一般並不很高，更大的費用是在立法之後的執法和司法；因此立法時的一個重要考慮因素就是必須考慮到執法和司法是否可行，是否便利，費用和收益之比是否比採取其他方案的費用收益之比要大。<sup>133</sup>

因此，我們在此著重從法律經濟學的角度，運用成本效益的方法來比

<sup>132</sup> [美] 理查·A·波斯納，法律的經濟分析，北京：中國大百科全書出版社，1997年版，第2頁。

<sup>133</sup> 參閱蘇力，市場經濟對立法的啟示，法治及其本土資源，北京：中國政法大學出版社，2001年版，第90—105頁。

業社會中，業緣關係為主要關係，人員流動性較強，人們資訊的獲得更多倚賴於正式的、官方的渠道，行政部門和司法機關的作用相對較強。登記作為不動產物權變動的公示方法正好適應了這種社會結構的要求，人們在實踐中也已經自覺地將這種法律規範轉化為自身的內在需求。但是，在最基層的鄉土社會，因為其生產力水平和生產關係狀況具有不同的特點，如血緣與地緣的結合關係仍然是鄉土社會的主導關係，鄉土社會一定程度上家族化，傳統習慣仍很大程度上制約著人們的生活等，因此人們在長期的社會實踐中形成並至今仍在不動產物權變動過程中採用的公示方法是「移轉見證」等約定俗成的傳統方法。如果我們在物權立法中採用以登記作為不動產物權變動公示方法的一元化立法方案，那麼鄉土社會中的人們是否會馬上隨之改弦易轍，用登記來替代社會實踐中約定俗成「移轉見證」等方式作為不動產物權變動的公示方法呢？答案是否定的。

因為，傳統的法學理論認為個人的行為會完全符合法律規範，而法律經濟學分析卻否定了這一看法。後者認為，人是理性的主體，具有選擇最大利益的動機，法律只是為人們的選擇行為提供了一個隱含的價格參數。例如對偷盜行為的處罰給小偷帶來的損失如果小於偷盜的收益，則該項處罰無助於消滅偷盜現象。同樣對於一切違法行為，如果違法帶來的處罰損失小於違法的收益，人們將傾向於選擇違法，這樣的法律並無法發揮其預定的效果，反而有損法律威信。具體到中國大陸物權立法中的不動產物權變動公示方法的制度設計這一問題，即使法律明確規定登記是不動產物權變動唯一的公示方法，採用其他公示方法不發生法律效力，未通過登記進行不動產物權變動公示的當事人要承擔違反強制性法律規定的違法後果和風險。但當事人是理性的主體，他們會將這種不依法定公示方法進行交易所可能得到的收益（ $P^1_{\neq}$ ）扣除所付出的成本（ $P^2_{\neq}$ ）的淨值（ $\Delta P_{\neq}$ ），與選擇登記進行交易所得到的收益（ $P^1_{\text{登}}$ ）扣除所付出的成本（ $P^2_{\text{登}}$ ）的淨值（ $\Delta P_{\text{登}}$ ）相比較，決定是否辦理登記。而且這還是以登記制度已普及於鄉土社會為前提。如果中國大陸廣大鄉村尚無登記制度，採登記作為公示方法，等於否定其公示的可能性，因此，只有等到鄉村有健全的登記制度，才能思考是否採行登記制度。

接續前面的成本效益分析，當 $\Delta P_{\text{登}} < \Delta P_{\neq}$ ，當事人將會選擇不登記；當 $\Delta P_{\text{登}} > \Delta P_{\neq}$ ，當事人將選擇登記；當 $\Delta P_{\text{登}} \approx \Delta P_{\neq}$ ，當事人是否登記具有不確定性。我們首先來分析 $\Delta P_{\neq}$ 的值。在鄉土社會中，人們採用「移轉見證」即可作為不動產的物權變動的公示方法，在這種方式中，雙方的交易成本是很低的，假設為 $P^{2-1}_{\neq} = 3X$ 。而不登記可能帶來的損失主要是這種物權的變動被宣告無效，而這種無效宣告主要是在出現了一物二賣或雙方發生糾紛時法律才會介入，否則按照私法自治和不告不理的原則法律不會主動宣告這種物權無效。而在我國鄉土社會中，由於主要還是熟人社會，所以較少出現一物二賣的情況。由於有民間的中間人的存在，所以一般的糾紛也會在民間被解決，而較少的情況才會請求司法介入。因此，在鄉土社會中這種不登記可能帶來的損失，在當事人的理性衡量中一般也是較低的，假設為 $P^{2-2}_{\neq} = 2X$ ，由此得出的結論是，在當今中國鄉土社會中，一般情況下， $P^2_{\neq}$ 的值是較小的： $P^2_{\neq} = P^{2-1}_{\neq} + P^{2-2}_{\neq} = 3X + 2X = 5X$ 。而由於習慣法的作用，人們在交

易習慣上都是認同的，所以雖然沒有按照法律的要求去登記，但物權變動的效果在當事人之間一般情況下仍是可以完成的，所以這種方式的收益基本上可以是按照預期來實現的，即  $P^1_{不}$  的值是接近平均水平的，假設為  $10X$ ，因此  $\Delta P_{不} = P^1_{不} - P^2_{不} = 10X - 5X = 5X$ 。我們再來分析  $\Delta P_{登}$  的值的值大小，在登記的情況下， $P^1_{登}$  的值一般要比  $P^1_{不}$  的值大一些，但不可能高許多，假設為  $13X$ 。而  $P^2_{登}$  的值主要由兩部分構成：第一是交易的成本，它的值基本上與不登記的情況下的交易成本相近，平均會低一些，假設  $P^{2-1}_{登} = 2X$ ；第二是登記的費用，在當今中國大陸的政治、經濟制度之下，行政權力受到的制約和監督是較少的，所以登記機關的收費和其他機關的搭車收費相對肯定是較高的，這一點在實踐中大家也是能感受到的。因此，筆者假定  $P^{2-2}_{登} = 8X$ 。由此，選擇登記所付出的成本  $P^2_{登} = P^{2-1}_{登} + P^{2-2}_{登} = 2X + 8X = 10X$ 。（當然登記機關還要付出一定的成本，而且由於政府的效率相比個人的效率要低，所以政府所付出的成本是較高的，而這些成本一部分由國家負擔，另一部分則要由申請登記人負擔。這也是為什麼  $P^{2-2}_{登}$  的值較高的重要原因）。由此， $\Delta P_{登} = P^1_{登} - P^2_{登} = 13X - 10X = 3X$ 。綜上分析，在當今中國廣大的鄉土社會中，一般情況下， $\Delta P_{不} > \Delta P_{登}$ ，所以當事人經過利益衡量大多會選擇不登記（這種情況可以被稱為違反法律強制性規定，也可稱為規避法律），從而最終導致以登記作為不動產物權變動唯一公示方法的一元立法方案在中國大陸廣大鄉土社會難以很好的落實，一定程度上造成了立法資源的浪費。即使採強制登記，然而當  $\Delta P_{登}$  小於零時，交易將不會發生。從這個意義上說，上述一元立法方案是不便利的，不符合效率的。

再者，我們來考察和分析以登記作為主要公示方法、以「移轉見證」作為補充公示方法的多元體系方案。在此方案的框架下，大中城市的工業社會與基層農村的鄉村社會分別適用登記和「移轉見證」作為不動產物權變動的公示方法，此種制度設計使不動產物權變動的當事人的交易成本相對於前述以登記作為唯一公示方法的一元體系方案中的交易成本更低（經濟分析雖然常常假定交易成本為零，但在實際生活中，交易成本是不可能為零的，交易成本的高低是相對的，而非絕對的。因此，下面的分析是在前述不動產物權變動公示方法立法的一元體系和二元體系兩個方案的比較的角度來進行的）。因為雖然在大中城市的工業社會中，無論在一元體系的立法方案中還是在二元體系的立法方案下，都是以登記作為不動產物權變動的公示方法，所以不動產物權變動當事人的交易費用是相同的。但在鄉村社會中，不動產物權變動的當事人的交易成本，在兩種立法方案框架下卻大不相同。

在二元體系的立法方案框架下，人們一般以「移轉見證」作為不動產物權變動的公示方法，因此不動產物權變動的當事人的交易成本主要包括兩部分：一是金錢費用，即買賣當事人邀請中間人進行物權變動見證的相應物質支出。在鄉村社會中，此種費用最多是一頓酒飯的花銷，很多時候甚至一杯茶、一支煙亦能達到同種功效；二是時間成本，即買賣當事人為邀請中間人進行物權變動見證需要支出的時間。由於鄉土社會一定程度上的家族化，且當事人邀請的中間人多為族中或村中有威望的長輩或幹部，他們在內心潛意識中感到作為見證人是一種榮譽

更是一種責任，因而被邀人一般是積極而負責的。所以當事人的時間成本相對也是及其有限的。兩項相加，在二元體系的立法方案框架下，鄉土社會中以「移轉見證」作為不動產物權變動公示方法的當事人的交易成本是極其低的。但在以登記作為唯一公示方法的一元體系方框架下，不動產物權變動的當事人的交易成本則高的多：一是相對更高的金錢費用，即不動產買賣當事人到登記機關進行登記的費用。在當今體制之下，中國大陸登記機關的收費和其他機關的搭車收費無疑是相當高的，因為「現在許多登記部門注重收取登記費用，有的部門甚至不斷提高登記費用，但很少注意到其應盡的職責。」<sup>134</sup>

另外，依布坎南的「公共選擇理論」來分析不動產物權變動中的登記制度<sup>135</sup>，能夠更清楚地發現，登記機關和工作人員並非像人們假設和期待的那樣，在執行登記職能時完全從社會公共利益出發，或如宣傳的那樣全心全意為人民服務，而可能更多地是從部門利益和個人利益出發，在實際操作中通過登記收取名目繁多的費用，使之成為了獲取部門利益和各種個人利益的一種手段，甚至成為了滋生各種集體腐敗（如通過登記強制收取各種費用而建立的各種小金庫）的一個誘因，正如現實中出現的眾多的國家機關和部門在不遺餘力的爭搶、千方百計的保留自己的一種或多種登記的權力！二是相對更高的時間成本，即買賣當事人要付出更多的時間去完成不動產物權變動的登記。正如布坎南在「公共選擇理論」中指出的，政府機關的效率由於官僚主義的作祟總是相對較低的。加之現階段體制的原因，特別是中國大陸農村地區行政和司法機關人員的素質相對較低，所以買賣當事人到登記機關進行不動產物權變動登記，不但要付出相對更多的金錢費用，還要付出相對更多的時間成本。兩項相加，其交易成本可能是前述二元體系立法方案框架下使用「移轉見證」作為不動產物權變動公示方法的當事人付出的交易成本的數倍，甚至數十倍。另外，在一元體系的立法方案框架下，不但不動產買賣和物權變動的當事人要付出相對更高的交易成本，國家為了設立登記機關和維持其正常運轉，還要耗費許多人力、物力和財力資源。而在二元體系的立法方案框架下，登記的功能可以被民間傳統所代替，國家可以節省下許多人力、物力和財力資源用於更緊迫的需求。而且目前鄉村既無登記制度，也無法全面採行登記作為公示方法，即使不論設立登記制度成本是否過高，城市的登記制度已有諸多弊端，設立鄉村的登記制度更無法避免這些弊端。從這個意義上說，上述二元立法方案相對是更可行、更便利的，更好的貫徹了法律的效率原則。

### 3. 立法技術上可以採用在成文法典中只作一般性規定而利用法解釋來加以完善

本文認為中國大陸現階段如果要建立以登記作為一般公示方法、以「移轉見證」等方式作為補充性公示方法的不動產物權變動公示方法多元體系，可以採用在成文法典中只作一般性規定、利用法解釋來進一步說明、最終通過有關判決加

<sup>134</sup> 王利明，我國不動產登記制度的完善，物權法專題研究，長春：吉林人民出版社，2002年版，第352頁。

<sup>135</sup> 具體分析參閱吳春岐，不動產登記制度的法律經濟學分析，山東師範大學學報（人文社會科學版），2003年第1期，第139頁。

以完善的模式。其制度設計的主要內容和結構包括：第一，首先在成文法典中規定：不動產物權變動的一般公示方法為登記。從而以此確立登記作為不動產物權變動公示方法體系的主幹和一般原則；第二，利用法解釋的進一步說明，對成文法典中規定的「一般公示方法」加以解釋，一方面進一步明確和確立登記作為不動產物權變動公示方法多元體系中的主幹和一般原則的地位，另一方面為「移轉見證」等補充性公示方法在不動產物權變動公示方法體系中預留一定的空間和位置；第三，通過判決的形式，最終確立「移轉見證」等形式作為補充性的不動產物權變動公示方法的法律地位和效力，從而對不動產物權變動的一般公示方法——登記加以補充和完善，從而最終建立起既適應實踐要求，又能體現法制精神，且方便當事人的我國現階段科學而富有效率的不動產物權變動公示方法多元體系。<sup>136</sup>

本文上述主張，主要基於以下兩點理由：

(1)這種模式和安排是在借鑒其他國家成熟的立法例的基礎上而提出的

從當前世界各國的立法例考察，對一般不動產物權變動而言，一般的公示手段就是登記。登記作為不動產權屬的公示方法，雖有許多優點，但手續繁瑣，既影響流通速度，又增加流通費用，提高交易成本，使許多交易無法發生，而且又容易公開暴露企業或個人的經濟狀況。如果登記成本高於交易的福祉，造成交易無法發生，將成為扼殺經濟活動的殺手，或人們預估未登記並不影響權利的行使，都可能遭到人們的抵制或者乾脆設法規避。更何況在無健全的登記制度下，仍有一些不動產物權無法登記，強制以登記為公示方法，等於否認其公示的可能性。<sup>137</sup>因此，僅承認登記作為不動產物權變動的公示方法其實是有缺陷的。

即使以登記為主要公示方法，作為一種補充，對於一些特殊的物權變動，也存在一些特殊的公示方法，如在財團抵押等場合，物權法可以採取打刻特殊標記或公告等方式。<sup>138</sup>又如在民法中，首先在民法典等成文法中，規定登記作為不動產物權變動的公示方法，<sup>139</sup>同時又通過判例規定，關於集團樹木，可以依明認方法而生物權的變動。其明認方法為：(1)削去樹木的皮，墨書為何人所有；(2)於樹木的地盤上設定地上權或租賃權，此項物權變動，以所有權為限。他如未分立的桑葉柑桔，亦得依明認方法作為物權變動的公示方法。<sup>140</sup>

(2)這種模式和安排能夠確保不動產物權變動公示方法較好地實現其機能

公示方法有保護從事交易的善意第三人的機能，此種機能，自法律上的效果

<sup>136</sup> 此種思路參閱劉士國教授，中國民法典制定問題研究，濟南：山東人民出版社，2003年版。（具體相關內容參閱該著作第八章：中國民法典實施的保證——判例法與法解釋）。

<sup>137</sup> 在台灣，違章建築無法登記，法院卻認為違章建築仍以登記為所有權移轉的要件，造成違章建築所有權無法移轉，實務見解紊亂嚴重影響違章建築買賣當事人的權益，參閱謝哲勝，違章建築的事實上處分權，月旦法學雜誌，第102期，2003年11月，第246-253頁。

<sup>138</sup> 崔建遠，我國物權法應選取的結構原則，法制與社會發展，1995（3）。

<sup>139</sup> 日本民法典在第二編第一章第177條規定：「不動產物權的取得、喪失及變更，除非依登記法進行登記，不得以之對抗第三人。」參閱王書江譯《日本民法典》，中國人民公安大學出版社，1999年版，第33頁。

<sup>140</sup> 史尚寬，物權法論，北京：中國政法大學出版社，2000年版，第42頁。

觀之，即為公信力。<sup>141</sup>而公示方法也僅在保護交易安全，因而有此機能的公示方法即應納入考慮，而不限於形式。所以從物權法一般法理看，不動產物權變動公示方法的機能亦可歸納為二：一是產生公示力，即對外顯示物權的變動及其變動後物權的現狀（如物權的歸屬及其內容）；<sup>142</sup>二是產生公信力，即以不動產物權變動公示方法所表現的物權縱然不存在或內容有異，但對於信賴此項公示方法的物權而進行物權交易的人，法律仍承認其具有與真實物權存在的相同法律效果。

本文上述的不動產物權變動公示方法多元體系立法方案，能夠確保不動產物權變動公示方法較好的實現其機能。首先，此種模式和安排通過成文法典的一般規定與法的解釋，確立了登記在不動產物權變動公示方法體系中作為一般公示方法的地位和原則。這樣就可以確保證現階段在中國大陸主要的地區（如大城市和中小城鎮），登記可以很好的實現其作為不動產物權變動公示方法的機能。其次，此種模式和安排通過法解釋的功能和相關判決的補充性規定，可以確立「移轉見證」等方法在不動產物權變動公示方法體系中作為補充性公示方法的地位和法律效力，從而使關於不動產物權變動公示方法體系的法律制度設計更加科學和有效率。

在廣大的鄉村社會，「移轉見證」等形式的不動產物權變動公示方法真正從習慣的鄉野登上了法律的殿堂。因此，從這個意義上說，此種模式和安排相比更好地確保不動產物權變動公示方法<sup>143</sup>實現其機能。而與之相比，在以登記作為唯一不動產物權變動公示方法的一元體系的框架之下，一方面，在鄉村社會中實際扮演著不動產物權變動公示方法的「移轉見證」等的法律效力得不到承認，但另一方面由於當事人出於成本效益的利益衡量和理性抉擇而作出規避法律的決定，從而導致了法定的不動產物權變動唯一的公示方法——登記，因鄉村無登記制度或與慣行不符，最終在鄉村社會中無法貫徹，因而以登記作為不動產物權變動公示方法真正有效而全面地實現其機能也就無從談起了。

### （三）小結

總結以上考察與分析，結論如下：

1. 物權本身必須與公示方法區分，公示方法僅是為了保護交易安全，因此，不應認為符合法定公示的物權才是物權，<sup>144</sup>尤其在法定公示方法並不合時宜時。例如中國大陸鄉村買賣契約在「移轉見證」時，雙方當事人都有不動產變動的意思，「移轉見證」後，雙方當事人都認為物權已發生變動，因此，應承認雙方的不動

<sup>141</sup> 謝在全，民法物權論，北京：中國政法大學出版社，1999年版，第56—62頁。

<sup>142</sup> 而按照公示對物權的得喪變更效力的不同，各國立法分別採用成立要件主義（如德國）和對抗要件主義（如法國、日本）。限於篇幅，本文不詳述，可參閱吳春岐，不動產登記制度的法律經濟學分析，山東師範大學學報（人文社會科學版），2003年第1期。

<sup>143</sup> 需要強調指出，此處公示方法應理解為以登記作為一般公示方法、以「移轉見證」等作為補充性公示方法的不動產物權變動公示方法多元體系，而非一元體系中的唯一不動產物權變動公示方法——登記。

<sup>144</sup> 參閱謝哲勝，違章建築的事實上處分權，月旦法學雜誌，第102期，2003年11月，第251頁。

產物權變動已經發生，至於在保護交易安全上，是否要限制買受人對抗第三人的範圍，則是另一問題，與當事人間不動產物權變動無關。

2. 不動產物權變動的法定公示方法在法制史上並非單一的，<sup>145</sup>更不是必須採登記作為公示方法不可，法制史上有交付的方式，美國大多數的州現在仍採契據交付的方式。<sup>146</sup>在路口、巷口、或不動產本身為標示，現在網路發達，甚至可由交易當事人共同上網公告，以取代向政府機關提出申請，理論上也並無不可。

3. 即使成文法典採登記作為法定公示方法，關於登記的效力，也不當然為生效要件，而可能為對抗要件。相較於英、法、美、日等強國都不採不動產物權變動以登記為生效要件，而為對抗要件，<sup>147</sup>又相對於美國不動產物權變動，採契據交付的方式，雖有登記制度，但不以登記為不動產物權變動的要件，而僅作為保護交易安全的手段，<sup>148</sup>這些經驗對照於中國大陸鄉村的經驗，其實更貼近中國大陸的民情。

4. 公示方法僅是為保護交易安全，並無必要在保護交易安全的必要限度以外剝奪真正的權利，<sup>149</sup>因此，對於未依法定方式公示的物權，只要不影響交易安全，仍應承認其效力。例如中國大陸鄉村買賣契約在「移轉見證」後，加上買受人占有的事實，全村幾乎都已知悉，外地人也是可得而知（可以詢問村民），因此，此一移轉原則上可以對抗任何人。

<sup>145</sup> 參閱謝哲勝，物權的公示，月旦民商法雜誌，第2期，2003年12月，第9-11頁。

<sup>146</sup> Roger Bernhardt, Real Property 277-353(West 1991).

<sup>147</sup> 其實應該說世界上採登記作為生效要件的國家除了德國外，都不是現代的強國，至於德國不算現代的強國，就由讀者自行判斷。

<sup>148</sup> Roger Bernhardt, Real Property 277-353(West 1991).

<sup>149</sup> 參閱謝哲勝，信託法總論，元照出版社，2003年6月，第113-116頁。

## 柒、契約

### 一、三版本的基本體系架構與臺灣民法典的比較

以下即先就介紹三版本的基本體系架構，然後再將三版本與臺灣民法典作比較。

#### (一)、三版本的基本體系架構

##### 1. 官方草案的基本體系架構

形式上，官方草案共分九編，合同法屬草案的第三編，分總則及分則兩部分。總則自第一章至第八章，即第一條至第一百九十二條，包括一般規定、合同的訂立、合同的效力、合同的履行、合同的變更及轉讓、合同的權利義務終止、違約責任及其它規定。分則自第九章至第二十四章，即第一百三十條至第四百五十四條，包括買賣合同、供用電水汽熱力合同、贈與合同、借款合同、租賃合同、融資租賃合同、承攬合同、建設工程合同、運輸合同、技術合同、保管合同、倉儲合同、委託合同、行紀合同、居間合同及保證合同。

依據官方草案的內容而言，合同法係民法草案中法條數目最多的一編。而合同法編基本上是将現行的合同法規定彙整而成，與第二編的物權法都是新草擬的有所不同。

##### 2. 社科院草案的基本體系架構

社科院草案分爲七編，合同法爲草案的第四編，自第二十七章至第六十二章，而法條自第八百三十七條至一千五百四十一條，包括通則、合同的訂立、合同的效力、合同的解除及終止、合同的履行、違約責任、買賣合同、供用電水汽熱合同、贈與合同、租賃合同、融資租賃合同、存款合同、借款合同、借用合同、雇用合同、承攬合同、建設工程合同、專案建設運營合同、運輸合同、委託合同、行紀合同、居間合同、技術合同、保管合同、倉儲合同、物業管理合同、教學培訓合同、醫療合同、餐飲合同、住宿合同、旅遊合同、演出合同、出版合同、合夥合同、保證合同及獨立保證合同。

##### 3. 人民大學草案的基本體系架構

人民大學草案分爲八編，每編的法條均自第一條開始，合同法爲草案的第七編，共分三十章，法條計四百六十六條，內容屬合同法的分則性質，因爲它將合同法總則一部份規定在第六編債法總則。合同法編包括買賣合同、供用電水汽熱合同、贈與合同、租賃合同、融資租賃合同、存款合同、借款合同、借用合同、雇用合同、承攬合同、建設工程合同、工程建設運營合同、運輸合同、出版合同、通信服務合同、餐飲服務合同、住宿合同、旅遊合同、保管合同、倉儲合同、委託合同、行紀合同、居間合同、結算合同、物業管理合同、演出合同、合夥合同、保證合同及和解合同。

### 二、三版本與臺灣民法典的比較

#### (一) 官方草案與臺灣民法典的比較



從形式上來看，官方草案合同法總則內容包括一般規定、合同的訂立、合同的效力、合同的履行、合同的變更及禁止、合同的權利義務終止、違約責任、其他規定等八章。臺灣的債編第一章通則是就債之發生、債之標的、債之效力、多數債務人及債權人、債之移轉、債之消滅為一般規定，而適用於契約的成立、契約的標的、契約的效力、多數契約當事人、契約的移轉及消滅。

二者規範內容相異處，分述如下：

1. 在官方草案合同法總則第一章一般規定明文規定，婚姻、收養監護等身分關係的權利義務，不應適用合同法的規定。臺灣債編就身分或繼承關係的適用，並無明文規定排除，解釋上就必須區分可以適用和不能適用的情形，在法律並無明文規定下，爭議在所難免。

2. 官方草案合同法總則第二章合同的訂立，規定合同的一般條款（草案第十二條）、要約的意義、要約邀請、承諾的意義、與國家訂立合同的義務（草案第三十八條）、保密的義務（草案第四十三條）等規範。就書面形式訂立合同及成立有特別規定，書面形式係指合同書、信件和資料電文（包括電報、電傳、傳真、電子資料交換及電子郵件）等可以有形地表現所載內容的形式（草案第十一條），其成立自當事人簽字或蓋章時成立（草案第三十二條）。臺灣債總規定契約的成立的一般原則<sup>150</sup>，未規定契約一般條款，就契約當事人的身分也並不區分私人或公法人；然而就多數契約當事人的權利義務，有債總第四節多數債權人及債務人加以規範，並於債總規定懸賞廣告，此為官方草案所無。

3. 官方草案合同法總則第三章合同的效力，規定附條件合同、附期限合同、限制行為人簽訂合同的意思表示、無權代理、無權處分、無效條款、免責條款。以上規定，於臺灣民法典屬於總則的規範內容。

臺灣債總第三節債之效力第一款給付、第四款契約的許多規定，官方草案則規定於第七章違約責任，這些條文中至少有三個顯著的區別，即第一〇八條預期違約的債務不履行類型、第一一〇條對非金錢債務強制履行的限制規定，以及將瑕疵擔保完全納入違約責任（官方草案第一一條和第一五五條）。

4. 官方草案合同法總則第四章合同的履行，針對執行政府或政府指導價格成立的合同，因物價變動，就交付價金的調整定有明文（草案第六十三條）。臺灣民法典就此則有情事變更原則的適用（民法第二二七條之二），其適用的範圍，並未設限制。

5. 官方草案第九十四條及第九十七條的解除契約的權利，包括因不可抗力致使不能實現合同目的的事由。然而臺灣民法第二百六十六條則規定，倘因不可歸責於雙方當事的事由，致一方的給付不能，他方免為對待給付；如已為全部或一部的對待給付，則依關於不當得利請求返還。官方草案此一規定顯然是不必再

<sup>150</sup> 民法第一百五十三條，當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。

適用不當得利直接在契約法中解決，使契約法就足以解決契約所發生的一切權利義務的解決，是個更好的規範。

6. 官方草案總則第七章違約責任，即債務人有違約的情事發生，債權人得請求繼續履行、採取補救措施或損害賠償，此為本章規範的重點。此規定以違約責任取代債務不履行責任，並承認預期違約的債務不履行類型。臺灣並無預期違約的規定，只規定給付不能、給付遲延和不完全給付三種債務不履行的效力。官方草案第一百十六條並規定，如果當事人既約定違約金又約定定金，得選擇定金或違約金條款，處理違約的情事。臺灣民法典並無此種條款。

7. 官方草案總則第八章其他規定，就前八章為補充規定，規定合同法的適用順序、合同條款的解釋、涉外合同的準據法等規定。這部份包括涉外民事法律適用的問題，於臺灣則為涉外民事法律適用法所規範。

8. 官方草案的合同法分則及臺灣債各均有的契約類型，有買賣合同、贈與合同、借款合同（即消費借貸）、租賃合同、承攬合同、運輸合同（即運送契約）、保管合同（即寄託契約）、倉儲合同、委託合同（即委任契約）、行紀合同、居間合同及保證合同。

官方草案的規定有些不同之處，如借款合同採支付利息及提供擔保為原則（草案第一百九十六條及第一百九十八條），租賃合同的承租人於租賃期間有優先承買權（草案第二百三十條）。此等規定為臺灣的買賣契約及消費借貸契約所無。

9. 官方草案獨有的規定有供用電水汽熱力合同（包括供用電、供用氣及供用熱力）、融資租賃合同、建設工程合同及技術合同（包括技術開發合同、技術轉讓合同）。官方草案則無互易、交互計算、雇傭、出版、經理人及代辦商、合夥、隱名合夥、合會、終身定期金、和解及人事保證等規定。臺灣民法債各所規定的有名契約種類，較官方草案合同法分則為多。然而，基於契約自由原則，不規定也並不否認其效力。

10. 官方草案有九個條文明確規定交易習慣的優先適用順序，即第二十二、二十六、六十、六十一、九十二、一百二十五、一百三十六、二百九十三及三百六十八條<sup>151</sup>。與臺灣民法第一條規定民事事件適用法規的順序，即民事，法律所謂規定者，依習慣；無習慣者，依法理。兩者在適用法規順序上並不完全相同。

## （二）社科院草案與臺灣民法典的比較

社科院草案合同法編屬民法草案第四編，計三十六章，延續前三編的章次，自第二十七章至第三十二章，規範合同通則、合同訂立、合同效力、合同的解除與終止、合同的履行、違約責任；規範的內容，大致上屬合同總則的性質。自第三十三章至第六十二章規範各種類型的合同，為合同的分則部分。以下將社科院草案與臺灣債編契約規範內容比較如下：

1. 第二十八章合同的訂立，規定公用事業、醫療機構、餐飲業、旅店業及

<sup>151</sup> 房紹坤、王洪平，我國合同法上交易習慣之研究，海峽兩岸民法典理論研討會論文集（大陸學者論文），二〇〇三年十一月於煙臺，第四五一頁

計程車業者，如無正當理由，應有強制訂約的義務（草案第八百五十二條）。合法成立的消費者協會或工會組織，可以自己的名義對格式條款（定型化契約條款）的使用人起訴（草案第八百六十九條）。臺灣債總對該等事項並無明文規定。

2. 第三十一章合同的履行即草案第八百九十五條規定，在履行合同的過程中，當事人應遵守誠信原則、合同性質及交易習慣履行通知、協助、照顧、保密等義務。此一規定將合同的附隨義務明文化，臺灣民法解釋適用也是如此，但未見諸條文。

3. 社科院草案的合同法編及臺灣債各均有的契約類型，有買賣合同、租賃合同、存款合同（即消費寄託）、借款合同（即消費借貸）、借用合同、雇用合同（即雇傭契約）、承攬合同、運輸合同、委託合同、行紀合同、居間合同、保管合同、倉儲合同、旅遊合同、出版合同、合夥合同（包括隱名合夥）及保證合同。

4. 社科院草案另外規定有：供用電水汽熱合同、融資租賃合同、建設工程合同、專案建設運營合同、物業管理合同、教學培訓合同、醫療合同、餐飲合同、住宿合同、演出合同及獨立保證合同。臺灣債各中社科院草案沒有的合同有：互易、交互計算、經理人及代辦商、合會、終身定期金、和解及人事保證。

### （三）人民大學草案與臺灣民法典體系的比較

人民大學草案第七編合同法的內容，自第一章至第三十章，計規範三十種類型的合同，以體系的編排及內容而言，是屬合同的分則，合同法總則部份則散見於第六編債法總則。人民大學草案與臺灣債編的規範內容，比較如下：

1. 草案第六編債法總則與合同當事人及合同義務消滅較有關聯者，當屬多數債權人及債務人、債務消滅等部分。然而該草案並未如同臺灣債總規範債務不履行、保全及契約效力等有關契約履行有關的重要權利義務。

2. 草案與臺灣債各均有的契約類型，則有買賣、贈與、租賃、借貸、存款合同（即消費寄託）、借款合同（即消費借貸）、借用合同、雇用（即雇傭）、承攬、旅遊、出版、委託（即委任）、居間、行紀、保管（即寄託）、倉儲（即倉庫）、運輸（即運送）、合夥（包括隱名合夥）、和解及保證。社科院草案，未規定解除合同，官方草案則合夥合同也無規定。

3. 草案有規定：供用電水汽熱合同、融資租賃合同、建設工程合同、工程建設運營合同、通信服務合同、餐飲服務合同、住宿合同、結算合同、物業管理合同及演出合同。臺灣債各則另規定：交互計算、經理人及代辦商、合會、終身定期金及人事保證。

### （四）三草案與臺灣債各的異同處

綜上所述，三草案與臺灣債各均有規範的契約類型，包括買賣、贈與、租賃、借款合同、承攬、保管（即寄託）、倉儲（即倉庫）、運輸（即運送）、及保證。三草案均有而臺灣債各所無的合同類型，則有供電水汽熱力合同、融資租賃合同、技術合同及建設工程合同。個別特別的規定，就社科院草案而言，有教學培訓合同、醫療合同及獨立保證合同。人民大學草案則有通信服務合同及結算合同。臺灣債各則有交互計算、經理人及代辦商、合會、終身定期金及人事保證。

## 二、立法過程重大爭議事項

如前所述，因為合同法制定前關於合同法的爭議已經過熱烈討論，加上德國民法債編於二〇〇二年修正施行，將許多爭議平息，以下介紹合同法制定和民法典合同法編起草過程中的幾點爭議。

### (一)、是否將債總獨立成編

主張債權法總則應獨立成編的主要理由為債權相對於物權，債權為相對性（即對人），物權則有絕對性（即對世），債權與物權構成民法財產權的兩大基礎，以民事權利體系架構的民法典，如果僅有物權編而無債權編，則體系呈現支離不全，何況合同的概念並無法涵蓋債總全部的範圍。<sup>152</sup>

反對債法總則獨立成編則認為，侵權行為既然已獨立成編，而民法總則部份規定法律行為，合同法有規定合同法通則，就沒必要再設債法通則，再規定就是疊床架屋，並無功能。<sup>153</sup>

### (二)、合同法的立法模式

就官方草案而言，合同法屬草案的第三編，分合同法總則及合同法分則兩部分，以現行的中華人民共和國合同法為範本，原共二十三章及附則，計四百二十八條<sup>154</sup>。草案修正為共二十四章，計四百五十四條。社科院草案合同法為草案的第四編，共三十六章，計七百零五條；前六章規範的內容屬合同法總則，其後則為合同法分則。人民大學草案合同法為草案的第七編，共分三十章，法條計四百六十六條，其內容均屬合同分則，該草案的第六編債法總則，除第二章債的發生所規範的第一節無因管理及第二節不當得利部分外，其餘的規範內容，除與合同性質不相容，都可視為合同的總則規定。

比較三合同的草案，有學者提出三項建議：第一，官方草案的有名合同類型過少，應將現實社會中所大量發生的同類合同加以體系化，此為合同法制化的重要指標。第二，現有的有名合同規定過於簡略，不易於應用，可能導致與相關行政機關所制定的法規產生衝突，除造成機關利益侵害民事合同主體的利益外，也將否定合同法當事人平等的地位，即一方將自己意志強加於另一方的不公平現象，與官方草案第三條的規定明顯有違。第三，關於技術合同規定的體系不科學，草案中技術合同章實質包括四種類型，即技術開發合同、技術轉讓合同、技術諮詢合同及技術服務合同，該四種合同應與其他有名合同一樣分開規定，使整個合同法的體系得以協調，而不應採取特殊的處理方式。<sup>155</sup>

### (三)、合同自由原則及限制

<sup>152</sup> 王利明，關於我國民法典之體系再思考，海峽兩岸民法典理論研討會論文集（大陸學者論文），二〇〇三年十一月於煙臺，第二二三至二二四頁。孫森焱著，中華人民共和國民法草案立法編制初探，海峽兩岸民法典理論研討會論文集（臺灣及外國學者論文），二〇〇三年十一月於煙臺，第一頁。

<sup>153</sup> 參閱馬俊駒，對我國民法典制定中幾個焦點問題的粗淺看法，民商法前沿論壇第一輯，人民法院出版社，二〇〇四年三月，第一九三頁。

<sup>154</sup> 一九九九年三月十五日第九屆全國人民代表大會第二次會議通過。

<sup>155</sup> 王成，關於統一合同法草案之修改建議，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id>，上網時間，二〇〇四年三月十日。（原載於中外法學一九九九年第一期）

合同法的功能在於調整交易關係及維護交易秩序，是市場經濟最基本的法律規範。合同法的合同概念，係當事人間確定及變更民事權利義務的意思表示一致的法律行為<sup>156</sup>。合同自由為合同法的基本原則，即當事人依法享有締結合同、選擇相對人及選擇合同內容等自由。沒有合同的自由，就無法形成市場機制，亦無真正的市場經濟。

然而，中國有部分學者有不同的意見，認為中國是採集中型的經濟管理體制，強化指令性計劃管理及對經濟行政幹預，合同法律制度應強調計畫原則為主，排除合同自由的基本原則。支持合同自由的學者則認為，確立合同自由可鞏固改革開放的經濟成果，係發展市場經濟的根本基礎，自改革開放以來，計劃性的應用範圍縮小，企業自主權擴大，當事人所享有的合同自由也日益受到保護。而經濟改革及發展市場經濟的前提，必須要尊重市場主體所應享有的合同自由，當事人所享有的合同自由越充分，相對而言，市場性及自主性亦越強化，則市場交易將越加發展及活絡，社會的財富將因此而增長。<sup>157</sup>

#### (四)、是否規定書面要式合同

一般而言，合同大多以不要式為原則，以要式為例外。有學者主張法律雖規定合同應採書面形式，只要當事人對於合同的成立及內容並無爭議，自不影響合同的成立及生效，以尊重當事人的意思<sup>158</sup>。草案第三十二條規定，當事人採用書面形式訂立合同，自當事人簽字或蓋章時合同成立，依上述見解該法條內容即無規定的必要。

然而贊成規定書面合同的學者認為，書面合同的優點在於有文字的記載，在當事人對合同內容發生爭議時，便於舉證證明，使當事人取得有力的書面證據，於發生紛爭時，易於依法處理<sup>159</sup>。

#### (五)、是否廢除瑕疵擔保制度

有的學者認為，德國民法典債務法已經採納英美法和聯合國國際貨物買賣合同公約的經驗，廢止瑕疵擔保制度，所以中國合同法也應廢止瑕疵擔保制度。另一些學者則認為，中國從清末實行法制改革以來，就屬於大陸法系，與德、法、日本的法律體系、法律概念、原則、制度基本相同，因此在大陸法系與英美法系之間，應著重借鑒吸收大陸法系國家如德國、法國和日本的經驗，同時適當吸收英美法系的有益的作法和經驗。並且，考慮到中國三十年代制定的民法典至今仍在臺灣地區生效，及現在大陸和臺灣之間密切的經濟交往和最終實現統一後的經

<sup>156</sup> 佟柔主編，民法原理，法律出版社，一九八六年版，第二五九頁。

<sup>157</sup> 王利明，統一合同法制定中之若干疑難問題探討，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7557>，上網時間，二〇〇四年七月十日。（原載于中國政法大學學報，一九九七年）

<sup>158</sup> 李開國，對合同法徵求意見稿若干問題之看法及修改建議，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7819>，上網時間，二〇〇四年七月十日。（原載於現代法學，一九九八年六月）

<sup>159</sup> 李開國，對合同法徵求意見稿若干問題之看法及修改建議，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7819>，上網時間，二〇〇四年七月十日。（原載於現代法學，一九九八年六月）

濟發展，制定合同法應特別注意採納臺灣民法債編關於合同的規定及臺灣法院判例。當然，主張重點借鑒吸收大陸法系國家和臺灣地區的經驗，並不拒絕吸收英美法的經驗和國際公約、國際慣例，而是在維持大陸法基本架構的基礎上盡可能地吸收英美法和國際公約的先進經驗。<sup>160</sup>

### 三、立法方向

目前的立法方向應是：

#### (一) 不規定債法通則

從官方草案和法工委發表的意見可知。

#### (二) 合同法獨立成編分為總則和分則

從官方草案和社科院草案內容可知。

#### (三) 合同法獨立成為完整規範

從官方草案和社科院草案都規定合同無效可以直接請求返還，而不必依不當得利請求返還可知，官方草案第五十七條更規定合同無效不影響爭議解決條款的效力。

#### (四) 合同自由為原則但有例外

從三版本規定可知。

#### (五) 規定書面要式合同

從官方草案和社科院草案可知。

#### (六) 要約得撤銷

從官方草案第十八條可知。

#### (七) 預期違約作為債務不履行的另一類型。

從官方草案第一〇八條和社科院草案第九〇六條規定可知。

### 四、本文評析

針對三版本與臺灣民法典的異同，與立法過程中的爭議，本文評析並提出立法建議如下：

#### (一)、不規定債法通則是明智決定

所謂債權的概念，共通之處在於是對人權、請求權，除此之外，缺乏共通之處。以債概念用來歸納契約、代理、無因管理、不當得利、侵權行為，作為這些制度的上位概念，除了可以架構層次井然的法律體系，在邏輯概念上可行外，並無任何功能。

因為契約法和侵權行為法的規範意旨是完全不同的，契約強調自由，寓有鼓勵之意，侵權行為強調責任，寓禁於責任，所以，二者規範原理就完全不同，規範原理不同的制度，相異處大於相同處，通則就十分有限，如有通則，也是財產

<sup>160</sup> 梁慧星，中國合同法起草過程中的爭論點，  
<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7819>，上網時間，二〇〇四年七月十日。（原載於法學，一九九六年第二期）

法通則。因此，大陸民法草案三版本都將契約和侵權行為獨立成編是分別正確的作法，既然獨立成編，承認二者的相異處，就沒有必要再設債總。

依官方草案代理、無因管理、不當得利都已在總則中規定，則規範上也已完整，再設債總更顯得疊床架屋，毫無意義。事實上無因管理和不當得利都是僅具補充性質，都是用來補充物權、契約和侵權行為法的不足，既僅具補充性質，則規範應儘量簡單，而且不要和物權、契約和侵權行為法重複，官方草案就無因管理和不當得利並未獨立成編，而且也各只有一條規定，即呼應此觀點。

如不採此觀點，而將無因管理和不當得利視為有獨立規範功能，在解釋適用二者將難免無限制的擴張，造成請求權競合的困境，除了要解釋請求權競合時如何行使權利而徒增訴訟成本外，更加造成規範功能的混亂和不協調。例如受寄人乙無權處分甲所有的寄託物，而為丙善意受讓，甲可以對乙有契約上的請求權和侵權行為的請求權，其實即已足夠，再建構一個理論使甲對乙可以主張無因管理和不當得利，實在是多餘的。因為債權人多一個請求權，即增加債務人的負擔，更增加司法的負擔，違反同一糾紛一次解決的精神，除非承認契約和侵權行為法規範有不足，否則，並無增加債務人的負擔以保護債權人與浪費司法資源的道理。然而，在臺灣無因管理和不當得利卻經由學者推演而變得獨立繁雜，此點本文不敢認同，大陸在民法起草時，如能注意到此點，將可避免重蹈臺灣的覆轍。

161

## （二）、肯定合同法獨立成編並分為總則和分則

如前所述，侵權行為和契約規範法理不同，應分別規範，則侵權行為既然獨立成編，契約法也應獨立成編，而契約採自由創設為原則，法律也不可能列舉所有的契約類型，因而只將常用的和已經發展成熟的納入法典規定，其他的契約就依據契約法的通則加以處理即可。契約法通則既然是僅處理契約有關的事項，則違約時所應承擔的民事責任當然就稱為違約責任而非債務不履行責任，針對不同的違約類型而有不同的規定，違約責任的類型將比債務不履行責任的類型為多。契約法的通則加分則的規定，就構成契約法全部的明文規範，架構清晰也容易解釋適用。

## （三）、合同法應獨立成為完整規範體系

合同法用來規範因合同而發生的權利義務關係，應該可以解決所有因合同關係中所發生的全部問題，才算一個完整周延的法律制度，也才能減少糾紛解決的成本。然而，在臺灣民法典確有在契約法律關係的問題，卻無法依契約法解決的情形，例如臺灣民法第二六六條第二項，不可歸責於雙方當事人的事由致給付不能時，已為給付的返還卻必須依不當得利規定解決。難道不能規定由契約法解決

<sup>161</sup> 參閱謝哲勝，「民法基礎理論體系與立法—評大陸（中華人民共和國）民法草案」，邁入二十一世紀的兩岸私法 孫森焱教授七十華誕祝壽論文集，元照出版公司，二〇〇四年六月，第一七四頁。

嗎？答案當然是肯定的，所以在契約法中尋求解決方式才是正確的作法，官方草案第九十四條和第九十七條的規定即可達到此目的，其他規定亦同，使契約法成爲完整規範體系，規範所有契約所發生的問題，比還要藉助其他規範體系加以解決，明顯比較妥當。

事實上，契約法現在承認先契約義務和後契約義務以及附隨義務，都是希望契約法可以解決與契約相關的所有糾紛，所以，只要違反契約的義務都構成違約，而有違約責任的適用，違約責任再加以類型化，就構成「契約→義務→責任」井然有序的契約法規範體系，既符合概念體系的要求，也符合規範功能的要求。

#### (四)、合同自由爲原則但有例外

契約自由是用來鼓勵自願交易，促使交易發生，假設當事人都能理性地依相關資訊締結符合雙方和社會整體利益的契約，契約自由反映在締約與否自由、相對人自由、內容自由和方式自由。官方草案第四條規定，當事人享有自願訂立合同的權利，任何單位及個人不得非法干預，揭示了合同自由原則，而法條所稱的單位，依其文義解釋應包括國家機關<sup>162</sup>。依據該法條的詮釋，原則上國家不得干預合同自由。

然而，現代社會貧富懸殊的現象普遍、大企業林立、接近資訊的機會也不均等，造成締約地位的不平等，爲了保障人們基本需求的滿足、確保締約的公平、或確保當事人已就締約事項已充分瞭解，因此，有強制締約的規定、不能選擇契約相對人的規定、定型化契約條款的限制、以及要式契約的規定，這些都是對於契約自由的限制。<sup>163</sup>官方草案第三十八條規定，國家根據需要下達指令性任務或者國家訂貨任務，有關法人、其他組織間應當依照有關法律、行政法規規定的權利及義務訂立合同；即是對締約自由的限制。

就此而言，應該強調的是契約自由應該還是民法的原則，因爲由自由競爭市場下決定是否締約，在一般情形是最有效率的，只有當自由競爭市場不存在、爲了提供公共財或人民的基本需求、減少糾紛解決的成本，才有必要對契約自由加以限制，所以對契約自由的限制，仍然應視爲例外，而不能當成原則。

#### (五)、書面要式合同應該規定

各國合同立法例規定合同必須採取書面的形式很多。例如，法國民法典爲保護當事人的權益，有多數類型的合同應以書面訂定，以避免當事人輕率或受詐欺。<sup>164</sup>英國的防詐欺法明確規定，出售的貨物價格於十英鎊以上者，自契約成立起無法一年內履行完成者，應訂立書面形式。美國的統一商法典第二之二〇一條

<sup>162</sup> 王成，關於統一合同法草案之修改建議，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id>，上網時間，二〇〇四年三月十日。（原載於中外法學一九九九年第一期）

<sup>163</sup> 參閱謝哲勝，「民法基礎理論體系與立法一評大陸（中華人民共和國）民法草案」，邁入二十一世紀的兩岸私法 孫森焱教授七十華誕祝壽論文集，元照出版公司，二〇〇四年六月，第一五九頁。

<sup>164</sup> 尹田編著，法國現代合同法，法律出版社，一九九五年九月版，第一八五頁至一八九頁。



規定，除本條另有規定外，價款逾五百美元的貨物買賣合同，需作成一定的書面形式，否則不得提起訴訟或強制執行<sup>165</sup>。

契約的書面要式具有許多重要的功能，包括證據、謹慎締約、標示一定效力、明確權利義務、管制並教育當事人。<sup>166</sup>可以使當事人謹慎締約，使不符合要式的契約，無法發生當事人所預期的效力，一方面警惕當事人，一方面也賦予當事人後悔的權利，而將權利義務由書面的有無加以判定，也可以減少糾紛解決的成本，因此，不符合要式的契約，效力就如同上述美國法，不能提起訴訟或或不具強制實現力，而完全任由當事人決定是否自願履行，可以減少糾紛解決的成本，因而減少司法的負擔。

#### (六)、要約可撤銷值得肯定

要約的形式拘束力是德國法的特徵，然而，在強調契約必須有約因才有拘束力的英美法，則不認為要約有形式上的拘束力。從私法的正義概念—均衡正義來看，並無理由讓一方無對價地受到拘束，因而，無償契約的債務人有悔約權。就此而言，要約人既未從相對人取得對價，也不應受此拘束，因此，承認要約人可以撤銷要約的立法，似乎比較合理。官方草案第十八條和第十九條即對要約的撤銷為明確規定。

新金融商品的選擇權、認股權證、認購（售）權證，就是以支付權利金以換取要約的拘束力，因而，將要約規定為可撤銷，再以權利金換取要約的不可撤銷，將為新金融商品的引進奠定理論基礎。<sup>167</sup>

#### (七)、預期違約制度值得肯定

二〇〇二年德國民法債編修正前所創設的債務不履行類型，只有三種，即給付不能、給付遲延、不完全給付，此種將契約不履行請求救濟的權利，只限於這三種情形，其實是不足的。德國債編修正後也將債務不履行改為義務違反，<sup>168</sup>所以，契約的債務不履行，其實都應改為違約責任加以處理，官方草案即順應此一趨勢而為規定。

對於契約成立後，當事人一方明確表示或從其行為表明不履行契約的義務時，此時若能讓當事人間及時清算契約的權利義務，以從事其他事務規劃，顯然比等到給付期限屆滿，再由他方來主張，對雙方都比較有利。因此，英美法上有預期違約（anticipatory breach of contract）制度，大陸現行合同法、官方草案第一

<sup>165</sup> 中國民商法律網—民事法學，石少俠，對我國合同立法若干爭議問題之探討，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=8046>，上網時間，二〇〇四年七月十日，原載於法制與社會發展，一九八八年第二期。

<sup>166</sup> Calamari & Perillo, *Contracts* 294(3<sup>rd</sup> Ed. 1992).

<sup>167</sup> 參閱謝哲勝，「民法基礎理論體系與立法—評大陸（中華人民共和國）民法草案」，邁入二十一世紀的兩岸私法 孫森焱教授七十華誕祝壽論文集，元照出版公司，二〇〇四年六月，第一七三至一七四頁。

<sup>168</sup> 參閱林易典，德國民法典新舊法部份譯文，月旦法學第九十九期，二〇〇三年八月，第一〇〇二頁。

0八條和社科院草案第九百零六條都有規定，值得贊同。

#### (八)、肯定廢除瑕疵擔保制度

德國民法債編修正揚棄擔保責任而採履行責任，也就是廢除瑕疵擔保責任而採違約責任。<sup>169</sup>這樣的訊息已經夠清楚，德國人對其法制即使有既濃厚的且驕傲的感情，爲了配合歐體民法整合及與國際慣行接軌，尚且不得不割捨，而兩岸的民法也毫無理由保留一個連德國人都放棄的制度。

從實質上來看，瑕疵擔保制度所建構的責任類型太過僵化，與國際公約不合，例如商品買賣的修補義務，而且也與債編總則架構的責任重疊，因此，廢除瑕疵擔保制度後，直接回歸違約責任，將更爲符合契約法的國際趨勢。而契約法既然是個獨立的規範體系，則一切的違約類型都以違約責任加以解決，而不必再以債務不履行此一概括的用語加以形容，而違約責任也將不是債務不履行的三種類型而已。

#### (九)、非金錢合同給付請求強制履行的限制值得肯定

物權法規範財貨歸屬，合同法規範財貨自願移轉，物權是個歸屬確定的權利，因而具有排他性，原則上可以請求強制履行，而合同的權利則是對財貨歸屬的請求的權利，歸屬尚未終局確定，爲了維持自由競爭市場的運作，使更有效率的人仍有機會取得合同標的財貨所表彰的權利，因而，合同的權利並不具有排他性，這就是物權和合同權利最大的區別。

如賦予合同的權利人可以請求強制履行，某種程度上等於承認合同權利的對物性，與合同強調對人、且具相對性是有衝突的，因此，對於合同給付請求強制履行，應該有一些限制。官方草案第一一〇條規定非金錢債務，如果債務的標的不適於強制履行或者履行費用過高，以及債權人在合理期限內未要求履行的，將不得請求強制履行，此種強調違約責任而不強調履行的立法，符合合同相對性原則，可以確保有效率違約生存的空間，值得肯定。

<sup>169</sup> 德國民法在面對英美法挑戰和順應國際間新發展和區域整合，所爲的重大修正，參閱林易典，*德國民法典新舊法部份譯文*，月旦法學第九十九期，二〇〇三年八月，第一〇〇至一一四頁。

## 捌、侵權行爲

### 一、三版本與台灣民法典的異同

#### (一)、三版本的基本體系架構

##### 1. 官方草案的基本體系架構

官方草案的侵權責任法被列在民法草案中的第八編，分爲十章，而該十章分別爲一般規定、損害賠償、抗辯事由、機動車肇事責任、環境污染責任、產品責任、高度危險作業責任、動物致人損害責任、物件致人損害責任、以及有關侵權責任主體的特殊規定，共有六十八個條文。每一章的規定分別如下：

- (1). 第一章一般規定，針對侵權行爲的定義以及舉證責任的倒置、連帶共同侵權行爲、承擔侵權責任的方式、侵害行爲及損害結果的因果關係、受害人如死亡則其特定身份的親屬可以代爲請求等而爲規定。
- (2). 第二章損害賠償，分別針對侵害人身、財產的責任爲規定，例如侵權人侵害他人人身、財產造成損害時應當賠償損失，侵害他人人身造成傷害、殘疾、死亡時應如何加以賠償及賠償的標準，並有針對未來如發現新的損害而和該侵權行爲有關者可增加賠償費用的規定，也特別針對姓名權、名譽權、肖像權、隱私權加以保護，另有針對妨害他人行使物權以及侵害人格權的精神上損害賠償爲概括規定，精神上損害賠償的具體數額的認定標準也有具體規定。
- (3). 第三章抗辯事由，明確規定正當防衛、緊急避難、自助行爲和與有過失等抗辯事由。
- (4). 第四章機動車肇事責任，針對機動車一旦造成他人損害時在有參加第三者責任強制保險以及未參加者的賠償方式都有分別規定，並均由機動車的駕駛人來承擔證明自己盡到注意義務的責任。(針對第二十五條另還有一方案，以道路的封閉與否來分別機動車駕駛人的舉證責任)也針對機動車之間所發生的碰撞以致於他人的損害、出租出借的機動車運行中造成他人損害的、被盜竊的機動車運行中致他人損害的、機動車在送交修理及委託保管和出賃期間致他人損害的、以及分期付款買賣的機動車在移轉占有於買方後造成他人損害的情形均有規定。
- (5). 第五章環境污染責任，針對因污染環境而侵害他人人身及財產的情形加以規定。另對於舉證責任的倒置(亦即改由導致污染的單位或個人自行證明污染行爲和損害結果之間沒有因果關係)也有規定。並對於不能確定具體的加害人時，由具有聯繫的排汙單位或個人依排放量的比例去承擔侵權責任。
- (6). 第六章產品責任，針對因產品存在缺陷以致於造成人身財產損害者加以規定。銷售者在沒有辦法指明該產品的生產者或是供貨者時就必須自行負擔責任。因產品的說明錯誤或是因爲運輸者或倉儲者等第三人的過錯導致的產品存在缺陷而致他人人身或財產受到傷害時，則銷售者賠償後有權向第三人追償。
- (7). 第七章高度危險作業責任，針對各種可能具備高度危險性但又是現代社會常見的行業的侵權責任爲規定。此等作業在運行時造成他人的損害應承擔侵權責任，爲無過失責任或推定過失責任，可以舉證免責。規定中的行業包括高空、高壓、易燃、易爆、劇毒、放射性、航天器以及航空器、核設施以及核燃料和核廢

料的處理等等。

(8). 第八章動物致人損害責任，針對飼養的動物造成他人損害的或是自然保護區內的動物造成他人損害的，都必須要由特定人承擔責任。但是動物飼養人或管理人或是管理單位證明損害是出於受害人的過錯者，則不必賠償，由第三人過錯造成的則由第三人承擔侵權責任。

(9). 第九章物件致人損害責任，針對建築物及其上的懸掛物或是擱置物脫落、堆放物或障礙物造成他人損害的侵權責任等為規定，並採舉證責任倒置。

(10). 第十章有關侵權責任主體的特殊規定，對於無民事行為能力人、限制民事行為能力人、以及法人的工作人員、網站經營者、場所主人、教唆人、共同危險行為人、以及二人以上因分別行為造成同一損害等侵權責任，為具體規定。

## 2. 社科院草案的基本體系架構

社科院草案的侵權責任法規定在第五編，分為五章，分別為通則、自己的侵權行為、對他人侵權之責任、準侵權行為、無過錯責任、以及侵權的民事責任。各章的規定如下：

### (1). 第六十三章通則，分為五節：

第一節對於侵權行為的定義與歸責事由、責任能力加以規範。第二節對於損害的定義以及其舉證責任加以規範，另有針對所謂的「現實威脅」為規定，也就是當損害尚未實際發生，但已使他人人身及財產受到現實威脅者，可以請求停止侵害，消除危險還有排除妨害。第三節針對因果關係和共同侵權行為加以規定，包括了對於因果關係的存在的一般性規定、因果關係的證明與推定、原因競合、共同侵權行為和共同危險行為、教唆和幫助、團夥成員的侵權行為、安全保障義務人的補充責任等。第四節針對抗辯事由加以規定，包括正當防衛、緊急避險、受害人同意、自願承受危險、自助行為、不可抗力、第三人過錯等。第五節其他規定，針對責任競合、一般規定與特別規定的關係、民事責任與刑事責任、行政法律責任的關係等為規定。

### (2). 第六十四章自己的侵權行為，分為三節：

第一節是對人格權的侵害，針對生命權的侵害、對身體及健康權的侵害、對人身自由的侵害、對名譽權、隱私權、姓名權、肖像權、其他人格權或人格尊嚴的侵害等的賠償責任為規定。

第二節是對財產權和財產利益、精神利益的侵害，針對財產權的侵害、商業誹謗、不實資訊與不當諮詢意見、第三人侵害合同、欺詐與脅迫、妨害經營、竊用姓名帳號及密碼等進行交易、對精神利益的侵害、惡意起訴告發等的賠償責任為規定。

第三節是專家責任，對於專家與專家的執業活動、專家責任的承擔、專家的注意義務、舉證責任、醫療過錯的認定、醫療訴訟損害賠償的舉證責任、免責和責任限制等為規定。其中關於過失和因果關係均採舉證責任倒置，由專家舉證無過失或無因果關係，才能免責。

(3). 第六十五章對他人侵權之責任，分爲兩節：

第一節是監護人的責任，有一般性的規定，與針對精神病院、托兒所、幼兒園、學校等監護機關的照顧責任、學徒致人損害與實習生致人損害的責任、監護人的補充責任以及高齡監護的責任等規定。

第二節是針對法人及其他的社會組織的責任、替代責任、國家賠償責任爲規定。

(4). 第六十六章準侵權行爲：無過錯責任，分爲四節：

第一節是物造成的損害，有一般性的規定、飼養的動物致人損害、建築物等致人損害、道路橋樑及地上工作物致人損害、樹木致人損害、易燃易爆劇毒放射性等危險物品致人損害等責任的規定。

第二節是污染環境及危險作業等致人損害，除了污染環境及危險作業致人損害外，並規定公共場所施工致人損害、高壓輸電線路及高壓設施致人損害、經營石油液化氣（天然氣）致人損害、核設施核材料致人損害等責任的規定。

第三節是機動車和其他高速交通工具致人損害，規定機動車保有人的責任、機動車碰撞的責任分擔、機動車傷害行人的責任、肇事機動車逃逸情形的賠償與追償、其他高速交通工具等致人損害的責任。

第四節是產品責任，規定產品的定義、生產者的責任、生產者的定義、銷售者的責任、免責事由、缺陷的定義、連帶責任、請求權的時效限制。

(5). 第六十七章侵權的民事責任，分爲三節：

第一節是一般性的規定，有侵權的民事責任的承擔方式，和「司法政策考量」的規定。

第二節是損害賠償，對於賠償的原則、賠償的方式（包括了一次性賠償還有定期金賠償）、過失相抵、損益相抵、基於公平原則的減輕、懲罰性賠償、責任保險與賠償、損失的分擔都有規定。

第三節是其他民事責任方式的適用，就停止侵害、消除危險和排除妨害、返還財產和恢復原狀、賠禮道歉和消除影響以及恢復名譽等其他民事責任的適用爲規定。

### 3. 人民大學草案的基本體系架構

人民大學草案是三份草案中規定最爲詳盡的，侵權行爲規定在第八編中，分爲四章：

(1). 第一章是總則，分爲三節：

第一節是一般性的規定，包括侵權行爲的一般條款、過錯概念、過錯推定、過錯證明的免責、受益人的補償義務、侵權責任與刑事責任及行政責任的關係、與有過失、刑事與民事的關係、侵權責任的方式、現實威脅、一般規定與特別規定的關係。

第二節是共同侵權，包括其基本定義、以及教唆、幫助實施侵權行爲、共同危險行爲、無主觀上聯繫的數人侵權、團夥成員的行爲等共同侵權責任。

第三節是抗辯事由，規定侵權責任的抗辯事由，包括依法執行職務、正當防

衛、自助行爲、緊急避險、自願承擔損害、受害人過錯、第三人過錯、不可抗力、意外事件。

(2). 第二章是侵權行爲的種類及其責任，分爲兩節：

第一節是侵害人身的侵權行爲，規定侵害生命權、身體健康權、未成年人健康權、胎兒的身體健康、人格尊嚴、人身自由權、姓名權和名稱權、名譽權、榮譽權、肖像權、性自主權、性騷擾、妨害家庭關係、間接侵害婚姻關係、以及侵害死者的人格利益的責任。

第二節是侵害財產的侵權行爲，規定侵害物權、妨害物權行使、危險（造成危險但還未造成實際損害）、非法侵入、無權處分、侵害債權、侵害知識產權商業秘密及其他智力成果權、即發侵權的避免、以及侵害網絡功能變數名稱專用權的責任。

這一章就是侵權行爲類型化的規定，也就是將一般侵權行爲加以類型化而爲規定。

(3). 第三章是侵權的類型，分有十七節：

第一節是國家機關及其工作人員致人損害，規定其概念、行政行爲致人身及財產損害、刑事司法行爲致人身損害及財產損害、民事行政司法行爲致人損害、行政司法行爲致精神損害、國家行政機關侵權責任的免責條件、國家行政機關侵權的責任主體、行政覆議機關的責任、國家司法機關侵權責任的免責條件、司法賠償的義務機關、以及賠償義務機關的追償權等問題。

第二節是用人者的責任，規定法人或者其他組織的工作人員職務行爲致人損害、雇員職務行爲致人損害、法人及雇主的追償權、學徒行爲致人損害、定作人指示過失責任等。

第三節是工傷事故致人損害，規定一般賠償原則、第三人責任、工傷保險優先原則、例外情形、賠償數額的減少、以及途中遭受損害等。

第四節是無民事行爲能力人和限制民事行爲能力人致人損害，規定負責監護的人的補充責任、間歇性精神病人致人損害、無民事行爲能力人或者限制民事行爲能力人受害、幼兒園及學校的責任、精神病醫院的責任、暫時喪失辨別能力的人致人損害、完全民事行爲能力人精神錯亂時致人損害、單位監護人責任、夫妻離婚後的監護責任、委託監護的責任、監護人不明的責任確定、以及特殊規定。

第五節是專家責任，有一般規定、機構責任及其追償、建築單位致人損害的特別規定、以及仲介機構服務的特別規定。

第六節是違反保護義務致人損害，規定旅館、飯店或銀行等行業在違反保護義務的情況下，基於安全保障義務負有賠償的補充責任，並規定補償後可以向行爲人追償。

第七節是產品侵權責任，規定其概念、產品的定義、缺陷的定義、生產者和銷售者的責任、運輸者和倉儲者的責任、原輔材料和零部件提供者的責任、懲罰性賠償、免責條件、受害人自身責任和第三人的責任、產品責任的分擔、產品責任的時效。

第八節是有危險活動致人損害，規定危險責任的一般條款、混合原因的處理、危險責任的減輕、危險責任人的追償權、遺失危險物致人損害、拋棄危險物致人損害、依法由國家所有的危險物致人損害、非法占有人管領下的危險物致人損害、公眾場所施工活動致人損害、公眾集會致人損害、民用核設施致人損害、民用航天器或是航空器致人損害、鐵路事故、高壓致人損害、高空作業致人損害、高度危險物致人損害、運輸中的高度危險物致人損害、占有高度危險物致人損害、高度危險責任的免除等問題。

第九節是環境污染致人損害，規定環境污染的概念、責任主體、賠償權利人、替代賠償和特殊原因、轉基因農產品污染、水污染環境責任、大氣污染環境責任、固體廢棄物污染環境責任、海洋污染環境責任、能量污染環境責任、危險品污染環境責任、採礦環境損害責任、破壞礦場資源責任、破壞土地資源責任、破壞生物資源責任、破壞特定環境區域責任、因果關係推定、免責事由、以及時效等問題。

第十節是動物和物件致人損害，規定飼養的動物致人損害、受國家保護的野生動物致人損害、被拋棄遺失或逃逸的動物致人損害、馴養的野生動物回歸自然後致人損害、建築物或者其他設施致人損害、擱置物或是懸掛物致人損害、堆放物致人損害、障礙物致人損害、廢棄物致人損害、地下設施致人損害、林木折斷或果實墜落致人損害、不可量物致人損害、妨礙採光或通風、公共設施致人損害、以及拋擲物品致人損害等問題。

第十一節是新聞侵權，規定新聞侵權的概念、新聞侵權的形式、抗辯事由、公眾人物、責任主體、侵害人格權的補救、以及文學作品侵權準用等問題。

第十二節是網絡侵權，規定網絡侵權的概念、網絡侵權的責任、網絡經營者侵權的責任、連帶責任、以及拒絕提供網絡證據者的責任。

第十三節是商業侵權，規定誘使違約、阻止債務履行、商業誹謗、不正當競爭行為、競業禁止、盜用商業資訊進行交易、商業欺詐、以及妨礙經營。

第十四節是證券侵權，規定虛假陳述的責任、內幕交易行為的責任、操縱市場行為的責任、以及證券商的侵權責任。

第十五節是惡意訴訟告發，規定惡意訴訟和惡意告發的民事責任。

第十六節是醫療過錯，規定醫療過錯的概念與認定、醫療過錯推定、醫療事故鑑定、免責事由、疏於救治義務的賠償責任、醫療機構和人員的保密義務、藥品和醫療設備原因致人損害、輸血造成損害的責任、以及塗改銷毀隱匿病歷的責任。

第十七節是道路交通事故，規定責任確定、機動車駕駛人的安全義務、機動車所有人的責任承擔、出租或是出借的機動車賠償責任的承擔、承包的機動車賠償責任的承擔、好意同乘、未經許可駕駛他人的機動車的賠償責任的承擔、以及機動車所有權的移轉及責任的承擔。

這一章大部分是特殊侵權行為的規定，但也有一般侵權行為（自己責任和過失責任）的規定，因此，並非都是以歸責原則加以歸類。

(4). 第四章是損害賠償，分有六節：

第一節是一般規定，包括損失、實際損失、可得利益損失、精神損害的賠償、損益相抵、過失相抵、考慮當事人的經濟狀況、追償權、賠償權利人的範圍、以及損害賠償之債規定準用等規定。

第二節是侵害生命健康權的損害賠償，包括賠償範圍、醫療費等費用的賠償、殘疾人的生活補助費等費用的賠償、喪葬費的賠償、被扶養人生活補助費的賠償、賠償金的定期支付和一次性支付、賠償請求權和保險請求權的關係、賠償數額的變更、對殘疾人的健康損害的賠償、以及對未成年人的健康損害賠償等規定。

第三節是財產損害賠償，包括侵占、毀損、可得利益賠償、妨害物權行使的損害賠償、以及侵害特定紀念物品的精神損害賠償等規定。

第四節是精神損害賠償，規定了精神損害賠償的範圍、救濟精神損害的其他民事責任方式、賠償的專屬性、侵權所獲經濟利益的歸屬、損害的賠償數額的確定、以及侵害肖像權及名稱權的損害賠償。

第五節是特殊的損害賠償，規定了虛假陳述的賠償、內幕交易行為的賠償、操縱市場行為的賠償、國家賠償標準、國家賠償的時效、賠償請求權的特殊保護。

第六節是附帶損害的賠償，規定刑事附帶民事或行政附帶民事損害賠償的法律適用。

## (二)、三版本與台灣民法典的比較

### 1. 官方草案與台灣民法典的比較

官方草案是三版本中與台灣民法典最類似的，都是一般規定（一般侵權行為），加上特殊侵權行為的規定，而未將一般侵權行為加以類型化，也就是採一般化的立法模式。

就編排的體例上，台灣民法法典中有關侵權行為法的部分並不是獨立成編的，它是屬於債編的通則的一部分，被認定為作為債的發生一種原因（和契約、代理權的授與、無因管理、不當得利並列），其中只規定了十四條（民法第一八四條至第一九八條），而在官方草案，侵權責任法獨立規定於第八編，有六十八條的規定。

其次，針對無過失責任，官方草案第二條亦有明確規定，這是台灣所欠缺的。針對侵害行為以及損害結果之間的因果關係，雖然通說都以為因果關係的確定是侵權行為成立與否的關鍵，但台灣民法並未加以明定，官方草案第五條則有明文加以規範。

就效果而言，在台灣民法關於侵權行為的規定中並沒有明文規定承擔侵權行為責任的方式，因此要適用民法第二一三條至第二一五條的一般規定，可知台灣的規定是以回復原狀為主，而以金錢賠償作為輔助性的方式，並未區分不同的侵權行為態樣而為不同的規定。官方草案則有類型化的規定，第四條明文將承擔侵權責任的方式分為九種，並在第十三至十六條分別針對姓名權、名譽權、肖像權、



隱私權、財產、妨害他人行使物權的部分加以考量，第十六條並規定除了侵害人格權，對於侵害具有人格象徵意義的特定物品，也可以請求精神損害賠償，以加強對人格權的保護。

官方草案第十二條規定一旦在賠償後另發現新的損害而和該侵權行為確有關係者，仍可請求增加賠償費用，這一點是台灣民法並無規定。另外，官方草案第十七條中也針對精神賠償的具體數額應如何加以確定訂下了數個斟酌的因素，這也是台灣民法所未規定的。

官方草案第三章規定的抗辯事由之中，正當防衛、緊急避難還有自助行為，這些在台灣民法是規定於民法總則。

在特殊的侵權行為的責任上，官方草案中的第四章規定的機動車肇事責任，共有六條規定，台灣民法則僅規定了第一九一條之二的規定，也只針對駕駛人於使用機動車輛時肇禍應予賠償損害加以規定。官方草案第五章規定的環境污染責任，台灣民法則並未加以訂定，而必須適用特別法。官方草案第六章規定產品責任，台灣民法則僅有民法第一九一條之一的商品製造人的責任相類似，其餘則是規定在消費者保護法等其他法律。官方草案第七章規定高度危險作業責任，台灣民法則未明定。官方草案第八章規定動物致人損害的責任，台灣民法相近似的法條是在第一九〇條，但官方草案第五十四條另規定自然保護區內野生動物造成他人損害的責任。官方草案第九章規定物件致人損害責任，則是主要針對建築物或是堆放物等所作的規定，和台灣的第一九一條相似，但是官方草案第六十條多了針對地下設施的規定，這一點是台灣民法中所沒有的。官方草案第十章有關侵權行為主體的特殊規定，針對網路的經營所可能造成的侵權行為亦有所規範，也確立了旅館、銀行、列車所有者或經營者對客戶的保護義務。最後，台灣民法規定的公務員侵權責任、雇用人的侵權責任，官方草案並未另行規定，似乎為第六十二條的法人侵權責任所替代，而因侵權行為所生的損害賠償請求權的時效，則應適用總則的規定。

## 2. 社科院草案與台灣民法典的比較

社科院草案是是一般規定（一般侵權行為），加上類型化規定，也就是採一般化和類型化結合的立法模式。此種規定方式是將一般侵權行為的類型和特殊侵權行為合併觀察，依歸責原理的不同規定在不同章，不同章內再為不同類型的規定，對方令不同侵權行為類型的歸責原理，最能收一目瞭然的功能。

社科院草案就侵權行規定於第五編，從第六十三章至第六十七章，獨立成編的方式明顯地和台灣民法典中的規定方式是不一樣的，制訂了九十八條條文，並分為五章分別就通則、自己責任、代負責任、無過失責任、法律效果為規定，規範周延體系完整。就侵權行為的一般成立要件以及其效果的規定，也和官方草案的規定類似。

其次，第六十三章第二節第三節專節針對損害的定義和因果關係的規定均相當明確詳盡。較為特別的規定是，其針對所謂的「團夥成員」的侵權行為作了規定，以及安全保護義務人的補充責任，都是台灣民法典所未見的。

第六十四章規定自己的侵權行爲，在人格權的侵害的部分，社科院草案以專節七條詳細規定。針對財產侵害的部分，其規定較台灣的規定多出許多，像是包括了商業誹謗、不實資訊、妨害經營等，以及所謂的專家責任亦是台灣民法典中所沒有的，台灣民法基本上是不針對侵害客體不同而爲不同侵權行爲的規定，即無類型化。在專家責任的規定中，特別針對醫療行爲過錯認定以及舉證責任加以規範，基本上已採取舉證責任轉換，這與大陸最高人民法院的見解相同，台灣的醫療法則仍採過失責任。

第六十五章規定對他人侵權之責任，即代負責任，即因他人的侵權行爲而必須要對受害人負侵權責任。第一節就監護人的責任爲規定，針對學校以及幼兒園或是托兒所等機構明示地課其近似於監護人的責任。另外第二節也規定法人及其他社會組織責任和國家賠償責任。

第六十六章規定無過失責任的規定，包括物造成的損害、污染環境及危險作業等致人損害、機動車和其他高速交通工具致人損害、產品責任。台灣民法典第一九〇至一九一之三除了比較簡略外，也都是舉證責任轉換，並非真正無過失責任。

第六十七章規定侵權行爲的民事責任，有一點較爲特別的是，是條文明訂決定民事責任可以考慮司法政策。另外很重要的一點是明訂懲罰性賠償，此爲台灣民法典中未明定者。

### 3. 人民大學草案與台灣民法典的比較

就侵權行爲的規定而言，人民大學草案是最爲詳盡的一份，共有二四八條的條文，分爲四章，也獨立成編。也是採一般化和類型化結合的立法模式，這點與社科院草案相同，然而，在類型化部份，第二章和第三章的歸責原理，則無明確的區別，這點與社科院草案不同。

就一般侵權行爲的成立要件以及其效果來看，人民大學草案在侵權的主體，針對了自然人和法人以及「其他團體」作規定，這一點是明顯爲了要規範到數量龐大的非法人團體的存在而規定的。本草案也對所謂的「過錯」的定義加以明訂是包括故意和過失，此和台灣已規定者相同，但其又針對故意和過失的定義加以規定，台灣則都依賴學者和實務見解闡述。再者，第五條和第六條規定的「受益人補償義務」，針對在不能自侵權人取得全部的賠償時，法律上課受益人必須要給予適當補償，另外就「無償提供他人服務或勞務因此致他人以損害者」，規定由受益人應該在受益的範圍內予以適當的補償，此種規定符合衡平精神，值得贊同。

第一章第二節規定共同侵權行爲，也規定「團夥成員」的侵權責任，和社科院草案相似。第三節規定抗辯事由，其規定也是和社科院版本相當類似，但有一個較特別的規定是，有針對「受害人過錯」也就是當受害人因自己的過錯造成損害者，行爲人將不承擔民事責任的問題，這一點台灣民法雖無規定，但解釋上應該如此。

第二章侵權行爲種類及其責任之中，就侵害人格權的部分較爲特別的一點規

定是，人民大學草案有針對「胎兒的身體健康」加以規定，亦就是當有人侵害了受害人的人身而使得胎兒受到損害的，於胎兒的出生以後，有權可以請求侵權人賠償損失。這點依台灣民法第七條解釋上也是如此，但無明文規定。人民大草案還有規定妨害家庭關係民事責任，以及間接的侵害婚姻關係，（在此規定是當侵害配偶一方的性功能並使之喪失性功能的時候）可請求精神損害賠償，亦是台灣民法規定所沒有的，後者的性質其實就是第三人精神上損害賠償。

第二章第二節規定對於侵害財產的侵權行為，第五十條明確規定一個台灣民法中所無的規定：侵害他人的債權，即第三人在明知他人有債權但以引誘脅迫的方式阻止債務人履行債務者應當承擔賠償責任，第一七四條也有誘使違約的民事責任，社科院草案第一五七五條有類似規定，但官方草案沒有。此外也針對侵害知識產權或是商業秘密以及其他智力成果權的情況加以規範。

第三章針對侵權的特殊類型規定了十七種類型，在這十數種類型之中，有所謂的「用人者」的責任，包括雇用人的責任，當雇員對他人在進行職業上的行為而為侵害時，由雇主向對方負擔民事責任。這一點社科院版規定於一五九四條，官方草案則未規定（第六十二條有法人責任），此一規定和臺灣民法典中的第一八八和一九九條相似，但又比台灣的規定詳盡許多。第四節針對無民事行為能力和限制民事行為能力人致人損害，規定由監護人負責，但在此有針對夫妻一旦離婚之後，如未成年子女侵害他人的權益，必須由同該子女生活的一方來承擔民事上的責任，另規定在一方獨立承擔民事責任確有困難的情況下，可以責令未與子女共同生活的一方共同承擔。

第四章規定損害賠償，將損失的定義明文規定，以實際損失和可得利益損失做為損失的定義，並又有分別對上述兩者做定義上的闡釋，與台灣民法規定類似。在侵害生命以及健康權的損害賠償的規定中，有針對醫療所需的費用的賠償以及殘疾人的生活補助費為詳細規定，這些都是台灣民法所未規定的，並有規定賠償請求權和保險請求權的關係，不因為有人身保險賠償而消滅其賠償請求權，這一點台灣規定在保險法中。在第四節精神損害賠償明確規定侵害他人人格權或是身份權造成精神損害的，受害人可以請求精神上的損害賠償。第五節規定特殊的損害賠償，有內線交易和操縱市場行為的損害賠償的規定，在台灣這部份由證券交易法所規範，另外也有規定國家的賠償標準，這點在台灣則完全沒有類似規定。

## 二、立法過程重大爭議事項

### （一）、立法體例結構

對於侵權行為法獨立成編，大陸學者基本上有共識，但是針對如何訂定侵權行為法編的體例結構的，則有兩種不同的見解，一派是傾向於使用以大陸法系為主的侵權行為法的編排方式，規定侵權行為一般條款，以侵權行為一般條款來確定一般侵權行為。但是，何謂「一般條款」及侵權行為的要件與效果，則有兩派不同的見解，有的學者認為，侵權行為一般條款就是在成文法中居於核心地位，

成爲一切侵權行爲請求權的基礎的法律規範。所有的基於侵權行爲的請求權都要符合這一條文，是一個國家民法典調整的侵權行爲的全部請求權的請求基礎。在這個條文之外，不存在另外任何侵權行爲請求權的基礎。另外也有學者是認爲，將侵權行爲一般條款理解爲所有侵權行爲的全面概括，是將侵權行爲一般條款做了過大的解釋。侵權行爲一般條款就是規定一般侵權行爲的條款。它涵蓋了侵權行爲的主要理論問題，以及絕大部分與侵權行爲法有關的實際案件<sup>170</sup>。

官方草案是以一般性的規定先針對侵權行爲作原則性的規定，之後再以各種特殊規定針對各種特別的侵權行爲再加以規範，官方草案放棄了對各種「自己加害行爲」的侵權構成要件的規定，不對侵害名譽權的特殊抗辯事由（如特定親屬關係中的傳播不構成侵權、立法和司法程式中的豁免等）、侵害隱私權的特殊抗辯事由（如公共利益、各種人物隱私權保護的合理限制等）作規定，這勢必將把較大的決定權賦予法院<sup>171</sup>。則此時法官素質好壞與否將會相當程度的影響到裁判的好壞，因爲這種重原則輕實踐的方式很有可能必須導致法官要自行針對各種不同的情況加以裁判，而其法源、法理是否能夠連貫並有體系是相當大的挑戰，此種立法方式是否適合現在大陸的政治經濟情況，值得深思。

另一派則傾向於英美法系的立法模式，不朝向侵權行爲一般化的方向加以規範，而是針對侵權行爲加以類型化的方式進行規定。人民大學草案及社科院草案都是採取此種立法模式，此種規定的好處是其具備相當程度的可操作性，法官可以很快的對各種類型的侵權行爲駕輕就熟地進行裁判，而且，對於法律所肯定的侵權行爲類型，一目了然。

## （二）懲罰性賠償應否規定

此次大陸民法典草案的三個版本中，人民大學草案第一百零四條規定：「因生產者，銷售者故意或者重大過失使產品存在缺陷，造成他人人身、財產損害的，受害人可以請求生產者、銷售者給予雙倍價金的賠償。」，社科院草案第一六三四條也規定：「故意侵害他人生命、身體、人身自由、健康或具有感情意義財產的，法院得在賠償損害之外，判決加害人支付不超過賠償金三倍的懲罰性賠償金。」相對地在官方草案中卻沒有關於懲罰性賠償金的規定，在此就會引發懲罰性賠償是否適合規定在未來的中國民法之中的爭論。

就此問題，許多學者是從懲罰性賠償本身的性質來討論：

有學者認爲，懲罰性賠償是有公法性質，採此說的以大陸法系國家的學者爲典型代表，在英美也有一些的支持者。迄今爲止，德、法、日等國家民事立法、司法沒有採納懲罰性賠償責任制度，最主要的原因是認爲懲罰性賠償實質上是一種公法上的責任而非私法上的責任（民事責任），將其作爲民事責任納入私法體系中，與公、私法劃分觀念及私法的基本原則不相符。

<sup>170</sup> 參閱楊立新，論侵權行爲一般化和類型化及其我國侵權行爲法立法模式選擇（上），<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=12496>，上網日期：二〇〇三年七月十四日。

<sup>171</sup> 參閱楊立新，論侵權行爲一般化和類型化及其我國侵權行爲法立法模式選擇（上），<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=12496>，上網日期：二〇〇三年七月十四日。

有學者認為，懲罰性賠償是有私法性質，採此說的以英美法系國家的學者為典型代表，在傳統大陸法系國家也愈來愈多學者支持。此種觀點在英美法理論和司法實踐為通行的觀點。持此觀點的學者，雖然並不否認懲罰性賠償與刑事責任在目的和功能上有其相同之處，但是，仍認為懲罰性賠償責任屬於民事責任而非刑事責任。懲罰性賠償不同於補償性民事責任，並非以補償受害人所受到的損害為目的，主要是為了對嚴重不法行為進行懲罰和制裁，實際上屬於民事制裁或私人罰款<sup>172</sup>。

### 三、立法方向

目前的立法方向應是：

#### (一) 侵權責任法獨立成編

從三版本規定可知。

#### (二) 採一般條款加和類型化條款結合的體例

從社科院草案和人民大學草案可知，雖然目前官方草案並無類型化規定，但從法工委和學者互動情形可知，官方草案原有設計應該會有變更。

#### (三) 不規範對債權的侵權責任

從官方草並未規定可知。

### 四、本文評析

就三版本的內容的異同和立法爭議，本文提出評析和立法建議如下：

#### (一)、侵權責任法應單獨成編

大陸法系民法在制定民法典時，是將侵權行為法作為債法的內容來考慮，而將侵權行為法放在債法之中，作為債的組成部分。如法國，將侵權行為法定位為「非經約定而發生的債」，德國則將侵權行為法放到債法的第七章——各個債的關係中，作為一種債的關係。日本突出侵權行為之債，將其和契約之債、不當得利之債、無因管理之債並列起來。而台灣民法則將侵權行為法作為債的發生原因來規定。這些作法的基本立意是將因侵權行為所產生的法律關係和因契約所產生的法律關係的本質看成是相同的，都屬於債權法，稱為侵權行為之債。它們之間的區別是契約是約定之債，侵權行為是法定之債，都屬於相對權，所以將侵權行為法放到債法之中<sup>173</sup>。

此次大陸民法典草案中，三版本皆不約而同地將侵權行為法獨立成編，與物權法，合同法，列於同等地位，這表明了多數的大陸學者認同侵權行為法和契約法不適宜合併規範，而應獨立規範。

<sup>172</sup> 請參照：金福海，懲罰性賠償納入我國民法典立法的思考，中國民商法網：

<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=15457>，上網日期：二〇〇三年七月十四日。

<sup>173</sup> 參閱楊立新，民法典侵權行為編若干思考，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=8115>，上網日期：二〇〇四年七月十四日。

本文贊同將侵權行為法獨立成編，因為侵權行為法與契約法其實相異處多於相同處，契約法係規範自願性的財貨移轉，但侵權行為法卻是規範非自願性的財貨移轉。前者法律應加以鼓勵，後者法律應加以嚇阻，規範法理不同，本就不應合併加以規範。將侵權行為法獨立成編的方向，也可作為台灣以後修法的方向。

## （二）、侵權責任法編應採一般化和類型化結合的方式

侵權行為依加害客體的不同，應負的民事責任本應不同，類型化的規定，不僅較為公平，法官也較易於操作。然而，為了對於將來可能發生的侵權態樣的救濟，保持彈性的空間，因此，也應該有一般性的規定。侵權行為法採取一般化及類型化結合的立法方式，則現行所有類型的侵權行為都能被明確規範，而又能賦予法官相當的彈性以應付新的各種層出不窮的案件，是比較合乎現代社會的需要。

對於侵權行為主體或歸責原因較特殊的類型再另為規定，因此，就形成一般侵權行為有一般規定（包括損害賠償的規定）和類型規定，加上特殊侵權行為，就形成侵權行為法的完整體系。

## （三）、合法競爭不負侵權責任

人在社會上每日為求生活的滿足，必須面對各種競爭，競爭也是社會進步動力，因社會所容許的競爭行為所造成的損害，即使對於受害人如何真實，也不是侵權行為法規定所應賠償的。例如在他人店面對面或隔壁以更低價格賣同一商品，造成他人虧損倒店，因此而倒店虧損的人，即使損害再多，也不能請求賠償，因為以價格競爭，本是市場經濟的原理。又例如自己情人因他人贈送貴重物品，而移情別戀，使自己痛不欲生，即使精神上創痛多深，也不能請求賠償。

以價格或其他交易習慣容許的方式從事商業競爭，本是天經地義，因此，引誘他人違約使契約標的由出價更高者取得，將使資源流向更有效率的地方，即符合資源配置的效率，法律並無制裁的道理，反而應鼓勵。違約或債務不履行都必須負賠償責任，違約者或債務人在考量違約和不履行債務時，即已考慮在內，對於無法依契約取得原定標的的人，因為依法可以向契約相對人請求損害的完全賠償，就不需要再賦予侵權行為的損害賠償請求權。

因此，不須規定對引誘他人違約或不履行債務的侵權責任，官方草案就此即無規定，<sup>174</sup>值得贊同。

## （四）、懲罰性賠償應加以規定

三個版本中，人民大學草案和社科院草案都規定了懲罰性賠償制度，官方草案卻未採用。本文認為，是否引進懲罰性賠償，決定於懲罰型賠償的功能是否現行其他制度所無法達成，如果答案是肯定的，當然應引進懲罰性賠償。

侵權行為是侵害他人權利，而這些權利都是國家社會的珍貴資源，不管是人

<sup>174</sup> 人民大學草案規定於五十條和第一七四條，社科院草案規定於一五七五條。

力資源還是物力資源，對於侵害這些有用資源的人，如能在制度上就能嚇阻或督促其不從事此種破壞資源的行為，對社會當然是有利的，而此一制度對社會當然是有用的。損害賠償只限於填補性的賠償，並無法嚇阻這些人不從事此種行為，因為有些侵權人認為他賠得起，或是心存僥倖，因為真正要負賠償責任的機率永遠小於一，所以，懲罰性賠償正是用來彌補填補性賠償的缺陷，有其必要性。

至於反對的理由，歸納起來其實只有一點，就是民事責任只有填補性，而無懲罰性，這點其實僅是概念設限而無任何說明性理由，而且也與現行民事制度不符，各國民法幾乎都有懲罰性違約金，在台灣民事單行法也至少有七種有懲罰性賠償，反對論點不僅理論上無理由，更是昧於現實。

然而，懲罰性賠償的成立要件必須比填補性賠償更為嚴格，才符合懲罰性賠償制度的本旨。被告的主觀要件上，應包括故意和重大過失的情形，至於過失行為是否適用懲罰性賠償，則應視現行損害賠償制度是否具有完全填補的功能，如現行損害賠償制度未具完全填補損害的功能，則懲罰性賠償適用於過失的行為亦無不可，只是針對過失行為的賠償範圍應有嚴格限制。懲罰性賠償不僅適用於侵權行為和產品責任，在特定的契約關係，也可以有懲罰性賠償的適用，例如保險公司藉故遲延理賠，不給予懲罰將使其有藉故遲延或不給付保險金的誘因。

懲罰性賠償的適用，也不抵觸台灣的民法典，依民法第二百十六條的規定，可以適用於法律規定、契約約定的情形，因該條明文規定法定和契約另訂的情形，可以不適用填補原則。鑑於現代刑事政策輕罪除罪化的趨勢，但對於若干行為又不得不加以懲罰及嚇阻，懲罰性賠償即提供解決的方法。可以懲罰性賠償替代刑事處罰，以制裁欲除罪化的行為，使侵害法益輕微的行為皆藉由民事程式解決，由當事人決定如何解決其紛爭，而不一定要國家機關介入，以節省司法資源，檢察官和員警即可集中精力於重大案件的偵防，當有助於社會治安的提升。<sup>175</sup>

#### (五)、醫療責任應採舉證責任倒置

大陸最高人民法院在二〇〇二年四月頒佈「關於民事訴訟證據的若干規定」，明確醫療責任採舉證責任倒置，二〇〇二年九月一日國務院頒佈「醫療事故處理條例」，也採同樣見解，在三版本中，除官方草案未規定，其他二草案的規定原則上都是推定過失責任，也就是舉證責任倒置。

雖然醫療行為是不擔保結果，醫療行為過程中也充滿變數，在實施全面性醫療責任保險前採無過失責任，等於將醫療過程中的風險造成的損害都由醫師承擔，對醫師確實過苛。然而，醫療是一種專業行為，對因過失醫療行為而受害的病人來說，並不容易舉證過失和因果關係，而且病歷資料、醫療過程資訊都掌握在醫師或醫院手中，以病人舉證醫師有過失和因果關係為求償要件，將形同拒絕其求償的權利。因此，無論是從讓舉證成本較低的人舉證、或保護弱勢當事人的

<sup>175</sup> 以上兩段參閱謝哲勝，「懲罰性賠償」，財產法專題研究（二），元照出版公司，一九九九年十一月，第四四至四五頁。

立場，醫療責任都應採舉證責任倒置。<sup>176</sup>

---

<sup>176</sup> 參閱謝哲勝，「無過失責任：醫師的夢魘？病人的救星？」，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）總則債編，元照出版公司，二〇〇〇年十月，第二六九至三〇四頁。



## 玖、結論

法律本身不是目的，更非教條，只是規範的工具，爲了維持競爭力，必須隨時調整以謀求國家社會的利益及全民的福祉，大陸和臺灣的法制都是繼受而來的，更須理性選擇，而不可流於意識型態或教條式的思考。

制定民法典有兩個基礎，包括學者民法文化和理論和審判實務的累積，從這兩點而言，大陸似乎尚不具備，因此，目前最能代表立法方向的官方草案，就以鬆散、開放式的法典方式呈現，以方便法典將來的修正，可見目前的立法方向是：將來（不是近期）才要通過開放型的民法典，目前是制定民事單行法，各單行法也將成爲民法典的各編。其次，就是否仿效德國法而言，顯然大陸目前的共識是不仿效德國法，而是多元仿效各國立法，尤其是一九九二年的荷蘭民法典和魁北克民法典，可以預見的，大陸將來通過的民法典，除了因應自己的本土需要所爲特別規定外，基本上也會是屬於各國（包括台灣）民法的融合體。

民法典體系的設計是民法典的編纂的根基，應該充分的重視、論證和爭論。採用鬆散化的立法模式，順應了現行法，也節省了立法機關的工作成本，官方草案即採取此種作法。大陸在民法典立法應當對世界做出的貢獻，對民法典體系的設計，應當廣爲借鑒和參考別人的經驗，從中走出適合自己的道路。人是民法規範的核心要素，以樹立人的主體形象、協調人在社會生活中可能發生的關係來看，民法的三大體系依次就是人格權法、身份權法和財產權法，因此，本文贊同官方草案和人民大學草案將人格權獨立成編的做法，更贊同人民大學草案將人格權編置於其他各編之首。從契約和侵權行爲分別規範財貨自願移轉和非自願移轉的區別來看，二者的適用原理不同，強調不同而爲分別規範，顯然優於強調相同而爲合併規範，故而三個草案均將契約和侵權行爲分成兩編，分別加以規範。這同時也說明，物權法、契約法、侵權行爲法爲財產法三大體系，規範了財貨的歸屬和移轉的秩序，幾乎也全面規範財貨的生產、分配和消費的問題，因此，無因管理和不當得利應該都僅具有補充的功能，只要在前三者有漏洞的情形下架構其體系，如此，無因管理和不當得利應限於少數情形才有必要適用。總則不僅規範分則體系的共通原則，還規範分則所不適宜規範之處，在契約法和侵權行爲法已經分治，而無因管理和不當得利規則又處於補充地位的情形之下，官方草案沒有設置債權總則編的架構更顯得合理。因此，本文認爲大陸民法典的編制應該規定爲總則、人格權、親屬、繼承、物權、契約和侵權行爲。

從大陸民法典草案三版本來看，總則在民法典中的正當性已經無需贅言，而總則所負擔的既規範分則共通事項也規範不宜爲分則容納的非共通事項的功能，也能從三草案中確認。總則的構成要素應當包括哪些內容，兩岸的各民法典（草案）文本就存在較大的區別，如果從總則規範事項的範圍考慮，官方草案獨樹一幟地將一般規定、民事權利和民事責任分別專章列入總則，並將消滅時效和

取得時效規定在時效中，顯然符合總則的原理，值得贊同。其次，臺灣民法典所持的人—物二元區分的立場，已經難以涵括時代和科技進步而提出的將人客體化的難題，而採用主體—客體的區別，則能更全面地界定和闡述民事主體和客體，因此，社科院草案和人民大學草案的規定更為合理。同時，在法律行為上，官方草案創設了民事行為和民事法律行為的雙重結構，但這種創新強調法律行為的合法性本質屬性，究竟有無實證法可以佐證，又此種區別的功能何，實在值得進一步探討。基於上述思考，本文認為，大陸民法典總則的基本架構應當規定為「一般規定—主體—客體—法律行為—代理—民事權利—民事責任—時間」。

兩岸學者在人格權法的論述已難分上下，立法方面，相對於台灣民法典的立法體例，關於侵害人格權的構成要件及其法律效果等規定，散見於民法總則編與債編中，而且規範十分簡略，大陸的三版本則都有人格權的一般規定和具體人格權的規定，顯得進步很多。雖然法律規定和執法情形仍會有一段落差，但台灣現行民法典規範的落後，卻是將來修法、法官造法所必須加以彌補的問題。人格權作為民法的主要權利之一，則從規範體系來看，就應將人格權於民法中加以規範，人格權未必適合適用財產法和身份法的法理，因此，民法典應獨立成編。人格權包括各種類型的權利，在不妨礙他人權利和違反公序良俗下，某些人格權應可作為交易的對象，並加以規範。榮譽權作為獨立的人格權，並無不可，但應將賦予榮譽權的要件和賦予的程序明文規定。貞操權是個過時的觀念，對於侵犯性自主的制裁，並不以承認貞操權為必要，因此，應廢棄此一概念。保障死者人格權能提供更多的人成為好人的誘因，從功能決定概念而言，值得肯定。賦予法人人格權可提供投資團體的名稱、名譽等誘因，所以，法人也有人格權而應加以保護。人格權受侵害所受精神上的痛苦，應考慮全面性地加以賠償，現代科技發達，有無精神上痛苦比較可以客觀認定，較不必擔心有人濫訴，因此，應承認第三人精神上損害賠償。

就大陸民法典三版本物權法部份，與台灣民法物權編，相同處仍多於相異處，相異處大多是優於台灣現行法，只有少數仍待斟酌。就物權法定原則，本文認為應該揚棄，改採物權自由原則，否則也應採物權法定緩和的立法。就不採物權行為概念，本文表示高度肯定，這代表大陸學者確實已消化吸收外國（包括台灣）立法例，而非囫圇吞棗照單全收。從許多符合大陸特色的物權出現於草案中，表示大陸法學界本土化研究的努力成果，本文表示肯定。在目前三版本都採物權法定原則或緩和的立法下，物權種類應增加，以免抑制生產的誘因，本文認為優先購買權、居住權和優先權都應納入法典中。不具實用性的物權，並無規定的必要，典權無實用價值，讓與擔保可以被抵押權包括在內，都沒有規定的必要。集體所有權是具有社會主義特色的物權，立法上應該注意提升集體所有權的利用效率。擔保物權加上其他擔保制度，構成完整的擔保制度體系，因而擔保法仍有存在的價值，而抵押權、質權與留置權三者的規定無從取代優先權，為了使優先權制度明確，易於解釋適用，本文贊同將優先權於物權法中明文加以規範。物權本

身必須與公示方法區分，公示方法僅是爲了保護交易安全，不動產物權變動的公示方法未必是登記，登記也未必是不動產物權變動的生效要件，在大陸農村仍以移轉見證爲不動產物權變動的現況、及建立全面登記制度不易下，大陸目前並非採登記作爲唯一的不動產物權公示方法。

自由交易會產生福祉，契約法用來規範交易，即是鼓勵交易，所以契約自由成爲私法上一項重大原則。然而，在現代社會，此一原則已遭修正，用來補救市場失靈、提供公共財和人民基本需求，並減少糾紛解決的成本，而有契約自由的限制。三版本關於合同法部份都獨立成編，而實質內容上，也有許多重大區別，在順應國際合同法趨勢上，以及合同法規範的競爭力上，大陸官方草案顯然比臺灣現行規定更勝一籌。大陸在合同法立法和民法典合同法編起草過程中有過許多爭論，包括是否制定債編通則、合同法的立法模式、合同的自由及其限制、是否規定書面要式合同、和是否廢除瑕疵擔保制度等問題，但是在順應國際發展趨勢、強調法律的競爭力下，都毅然決然地採納英美契約法的原理、原則和制度，德國債編修正也割捨其傳統法制，向英美法靠攏。所謂債權的概念，共通之處在於是對人權、請求權，以債概念用來歸納契約、代理、無因管理、不當得利、侵權行爲，除了邏輯概念可行外，並無任何功能；契約和侵權行爲二者規範原理完全不同，因此，大陸民法草案三版本都將契約和侵權行爲獨立成編是正確的作法，既然獨立成編，而依官方草案代理、無因管理、不當得利都已在總則中規定，則規範上也已完整，再設債總更顯得疊床架屋。無因管理和不當得利都是僅具補充性質，都是用來補充物權、契約和侵權行爲法的不足，官方草案就無因管理和不當得利都只有在總則中一條規定，即採此觀點。契約採自由創設爲原則，但法律也不可能列舉所有的契約類型，因而只將常用的納入法典規定，其他的契約就依據契約法的通則加以處理，因此，契約法就形成通則和分則的規定。合同法用來規範因合同而發生的權利義務關係，可以解決所有契約關係中的所有問題，才算一個完整周延的法律制度，官方草案第九十四條和第九十七條的規定即可達到此目的。契約自由應該還是民法的原則，但是契約自由並非毫無限制。書面要式契約是用來使當事人謹慎締約，使不符合要式的契約，無法發生當事人所預期的效力，因此，書面要式契約仍有存在必要。要約的形式拘束力是德國法的特徵，然而從均衡正義來看，並無理由讓一方無對價地受到拘束，因此，要約人可以撤銷要約的立法比較合理。債務不履行類型，只限於給付不能、給付遲延、不完全給付三種顯有不足，英美法上的預期違約制度，大陸現行合同法、官方草案第一〇八條和社科院草案第九百零六條都有規定，值得贊同。瑕疵擔保制度已被德國民法揚棄，官方草案也以違約責任取代債務不履行和瑕疵擔保，是個符合國際法律發展趨勢的正確作法。契約應強調違約責任而非履行契約，這是契約的權利和物權的重大區別點，因此，非金錢合同給付請求強制履行的限制值得肯定。

侵權行爲法的功能在損害承擔和預防損害，後者的功能尤其重要，制定侵權行爲法時必須注意此兩個功能是否都能達到。在現代社會，爲了調和舉證責任的不平等，所以有推定過失和推定因果關係的規定，因爲大企業比較能夠吸收、分

散、移轉損害，也就比較有能力承擔損害，因而也有無過失責任的規定，而在英美法和大陸法系融合的趨勢下，也確保侵權行為法可以達到預防損害的功能，懲罰性賠償適用範圍也漸次地增加。三版本都將侵權行為獨立成編並詳細規範，對照台灣民法典關於侵權行為規定的簡陋，大陸在侵權行為的立法上已不在台灣之下。官方草案採一般侵權行為和特殊侵權行為的立法方式，而社科院草案和人民大學草案則採一般化和類型化結合的方式，社科院草案更以歸責原理的不同類型化侵權行為，具有一目瞭然的效果。在立法過程中，立法體系結構上，究竟要採一般化的規定還是類型化的規定，曾有重大爭論，從草案呈現上，顯然官方草案採前者，社科院和人民大學草案採後者。就懲罰性賠償應否規定上，官方草案也比較保守而無規定，學者版的兩版本則都有規定，但因大陸現行民事單行法有懲罰性賠償的規定，所以官方草案未規定也並非否定懲罰性賠償的適用，只是如未規定在民法典，則適用範圍將會受到限制。侵權行為法理和契約法不同，本文贊同三版本將侵權行為法獨立成編；在侵害客體不同的情形，民事責任應有區別，因而侵權行為應有類型化的規定，但又必須保留一般性的規定，以規範將來可能出現的侵權行為類型，所以，二學者版一般化和類型化結合的立法方式，值得贊同；合法競爭是人類進步的動力，不論是商業競爭或其他情形，因此，對於單純誘使他人違約，只能視為商業競爭，應不負侵權行為責任；懲罰性賠償是用來嚇阻惡劣的行為，預防損害的發生，是現代社會對抗大資本家和大企業損人利己行為的重要民事手段，應該在民法典明文加以規定；醫療行為具有高度專業性，應由具備此種專業知識的醫生或醫院舉證其對於損害的發生無過失和因果關係，才符合平衡當事人間舉證責任的原則。