

民法典之债法的编纂

黄茂荣

内容提要：债法之规范事项在编纂上的配置，其规定主要有三个部分：各种之债的定义、债之发生及债之发展。意定之债及法定之债皆有这三个项目必须加以规定。各种之债的定义适宜在债法分则中规定。债之发展为债之共通事项，可以在债法总则中规定，以减少重复，避免冲突。债之发生，其与意定之债有关的部分，因其相对于各种有名契约及无名契约具有共通性，适宜规定在债法总则。如要将债之发生的全部类型规定在一起，也不妨将法定之债的发生，规定在债法总则。在合同法与侵权责任法之整合，所涉及之不同的规范事项为债之发生的部分。不论规定于债法总则或债法分则其实都是必须分别规定的。是故，真正涉及合同法及侵权责任法之整合部分为其发展的部分。这一部分也是，有无价值在合同法及侵权责任法分别重复加以规定的部分。

关键词：债法编纂 规范配置 契约责任 侵权责任 危险责任

黄茂荣，台湾大学法律学院教授。

一 民法典之涵盖项目

(一) 分编统合或分部个别立法

望文生义，在法典化时，民法典之规范对象虽应包含一切民事关系，但不论采民商合一或民商分立之法制，实际上习称之民法典并不包含商事法（例如票据法、公司法、保险法、海商法，以及其他商事特别法），而只含民法总则、债法、物权法、亲属法及继承法有关事项。在立法例上，对应该等事项，其编纂有分编统合立法的方式，虽将民法典分成五编，但仍纳入一个法典中；有分部个别立法的方式，分别制定专法的作法。

采民商分立之德国民事法及采民商合一之台湾地区民事法，皆采分编统合立法的方式，将民事法部分，解析为五编（民法总则编、债编、物权编、亲属编与继承编），编纂于一

《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社编者注：本文标题、中英文目录及文中涉及台湾的法律名称均应加双引号。

部民法典中。其意义在于：民事法虽然按其规范事项分编，但仍以一部法典宣示各编规范之事项同属一个部门法，以彰显民法总则与其他各编间或各编间可能有之一般规定与个别规定的体系关连。这是“合”重于“分”的编纂形式。

采民商合一之中华人民共和国民法典的编纂安排与之不同，采分部个别立法的方式。目前分为民法总则、合同法、侵权责任法、物权法、担保法、婚姻法、收养法（亲属法）及继承法等分立的法典。当中合同法尚有其更具体之劳动合同法、⁽¹⁾合伙企业法。⁽²⁾这是“分”重于“合”的编纂形式。过渡时期，并有民法通则的制定，民法通则中有各民事部门法之部分的基本内容。

（二）立法技术

法典化上利用之立法技术主要有：抽象化的及一般化的方法（abstrahierende-generalisierende Methode）及例示的方法（kasuistische Methode）。⁽³⁾

所谓抽象化及一般化的方法，指利用抽象化及一般化的概念，表示其规范意思的内容。当中，按所使用概念之抽象程度及逻辑关系，构成一般规定与个别规定，形成其规范体系。⁽⁴⁾此种一般规定与个别规定之编纂安排，除明显地存在于民法总则与其他各编外，也延续至同一个编的内部。这是在法典化上，利用抽象化及一般化的概念时，自然会导出之从抽象到具体，或具体到抽象之系统上的合理发展。其意义为：有利于避免重复、帮助发现漏洞、防止矛盾，提高其外在体系⁽⁵⁾之逻辑缜密程度，并可在适当的地方，植入不确定概念（例如重要事由、情节重大）、需要填补其价值内容的概念（例如显失公平）或一般条项（例如诚实信用原则）。这除可保留其在必要处之弹性或开放性外，并使法律概念或规定，在内容上蕴含价值，同时以之为基础，构成内在体系⁽⁶⁾的关连。特别是宪法所肯认，关于基本权利之价值观，常被引来填充不确定概念或一般条项，产生基本权利之间接的对第三人效力。⁽⁷⁾分编统合之“合”重于“分”的编纂形式，使民事法虽然包罗万象，而仍构成一个基本上取向于私法自治原则、私有财产权之保障、自己过失责任原则，在必要时始利用经济法（竞争法、经济管制法、经济补贴法）及社会法加以调整之

（1）基于劳动关系的重要与复杂性，类似于商事法，在台湾地区，以企业为雇主之劳动关系已从债法之雇佣契约分离而出，另行制定专法。目前内含“劳动基准法”、“大量解雇劳工保护法”、“劳工退休金条例”、“职工福利金条例”、“劳工保险条例”、“团体协约法”、“工厂法”、“职业灾害劳工保护法”、“职业安全卫生法”、“工会法”、“劳资争议处理法”、“劳动检查法”、“职业训练法”、“就业服务法”、“就业保险法”。以上虽统称为“劳工法”，但其实并无以“劳工法”为名称之法典。此与民事法不同。在台湾地区，有统称为“民法”之法典，而无以其各编名称命名之法典。

（2）在台湾地区，“合伙”规定于“民法”债编中，为各种之债之一，合伙为企业组织之原始类型。目前已发展出“公司法”、“企业并购法”、“金融控股公司法”。

（3）关于民法典编纂之各种立法例的简介，参见梁慧星《对民法典编纂若干理论问题的思考》，《河南社会科学》2017年第4期，第9—10页。

（4）参见崔建远《债法总则与中国民法典的制定》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2003年第4期，第71—72页。

（5）参见黄茂荣著《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第617页以下。

（6）参见黄茂荣著《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第619页以下。

（7）Helmut Köhler，Einführung in: BGB 65. Aufl. , 2010 Beck-Texte im dtv , S. 14f.

单一的规范体系。

在分项制定个别之细分法典时，对于分项之规范，可能因担心挂一漏万，不免分别提高其规范密度，以力求个别法典之完整性，而致各个分立之法典间常有大量的重复规定，⁽⁸⁾造成对于同一事项，有过多之规范竞合的情形，引起过多关于请求权竞合或请求权规范竞合的态样。其对策：(1) 透过将其竞合关系，定性为有特别规定对于普通规定之排斥性的法条竞合，以减少或消弭请求权竞合或请求权规范竞合的情形，例如在契约责任与侵权责任之竞合的情形，主张契约责任(之规定)排斥侵权责任(之规定)；(2) 提高各分项法典在规范上之自给自足的程度，降低其跨法典之系统的联系，减少需要训练之系统思维的必要性。此种法制因此在适用上比较简单，从而亲近于非专业人员。⁽⁹⁾ 然此种“分”重于“合”的编纂形式，类似于例举式之立法方式(*kasuistische Methode*)，会有比较多的例示(例如《民法总则》第五章民事权利的规定便具有例示的特征)。例举式之立法方式虽然易懂，但不易周全。易懂与周全，在立法规划上难以完美兼顾，其极端又难以克服其分别所具的缺点。所以发展的结果，实际上只能力求在适当处，给予折衷的处理，以使所拟之法典，能够尽可能周全，而又易懂。其方法为例示后，再以“其他具相同特征之情形，亦同”的方式，予以概括。⁽¹⁰⁾

(三) 民法总则及债法之编纂概说

在民事法的制定，特别引起编纂上之问题者，存在于民法总则及债法。其理由为：民法总则既称其为总则，自当关连到民法各编，甚至关连到存在于民法典外之民事特别法。因此，必须有比较好的归纳，将民事法中之共通事项，例如关于自然人及法人、一般权利能力及特种权利能力、权利之客体(物、权利、劳务)、法律行为(行为能力、意思表示、契约、条件及期限、代理及代理权、同意及承认)、消灭时效、担保的提供、权利之行使及自力救助等，不多也不少，集中规定于民法总则，以减少重复，并建立其与其他各编或民事特别法间之系统上的联系，维持其间之一贯性，避免矛盾及漏洞。权利之行使及自力救助乃关于滥用权利之禁止、正当防卫、紧急避难、自助行为、自助行为人之义务及责任等事项。这些毫无疑问的关连到一切种类之权利，与全部民事法有关。是故，在系统位置上，其规定适

(8) 例如依序《民法总则》中第4—8条(基本规定)，第135条、第137条(意思表示之方式)，第141条(意思表示生效前之撤回)，第158—160条(附条件或期限)，第171条(无权代理)，第172条(表见代理)，第186条(契约责任与侵权责任之竞合)与《合同法》第3—7条(一般规定)，第10条、第16条(意思表示之方式)，第17条、第27条(要约或承诺之意思表示在生效前之撤回)，第45—46条(附条件或期限)，第48条(无权代理)，第49条(表见代理)，第122条(契约责任与侵权责任之竞合)之规定内容基本上重复。

(9) 参见崔建远《债法总则与中国民法典的制定》，《清华大学学报(哲学社会科学版)》2003年第4期，第73—74页。

(10) 例如《中华人民共和国民法总则》第123条规定：“民事主体依法享有知识产权。知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：(一)作品；(二)发明、实用新型、外观设计；(三)商标；(四)地理标志；(五)商业秘密；(六)集成电路布图设计；(七)植物新品种；(八)法律规定的其他客体。”其第2款即是采先例示后，再以其他项，予以概括的规范方式。

合安排于民法总则。⁽¹¹⁾

至于债法，因其为私法自治原则之实践的活动枢纽，包罗特定人与特定人间之各种意定的及法定的给付关系及其相随之保护义务，涉及其发生、变更、消灭、移转、多数债权人或多数债务人及债务不履行等事项的规定。此外，为保护消费者，先有制定消费者保护法，后有将保护消费者的规定及契约一般约款纳入债法，定为专章的趋势（例如 2000 年制颁之德国新民法）。因此在编纂上，其体系的规范规划特别复杂。首先必须分别针对意定之债及法定之债规定其发生的问题，而后必须就其共通之履行、不履行之发展加以规定外，当中并必须对互相衔接的项目，从事体系的整合，⁽¹²⁾ 使之在外在体系的逻辑上，在内在体系的价值上能获得协调。

（四）意思表示与契约之系统配置

在典型的情形，意思表示指将法效意思表示出来之行为，当中含法效意思及表示行为。而契约则由意思表示构成，例如要约与承诺皆是意思表示，在其内容一致达于法定及意定之范围时，结合成为契约（台湾地区“民法”第 153 条）或合同。⁽¹³⁾ 行为是人有意识之动静，当其包含意思表示称为法律行为。所以，（民事）法律行为是意思表示及契约之上位概念。除意思表示外，法律行为尚可能包含其他法律事实，特别是事实行为。例如移转动产物权之物权契约，除双方移转对于特定物之所有权的一致意思表示外，并包含使其移转发生效力之占有的交付。该交付在现实交付为事实行为，在简易交付、占有改定及指

(11) 台湾地区“民法”第 148 条规定“权利之行使，不得违反公共利益，或以损害他人为主要目的（第 1 项）。行使权利，履行义务，应依诚实及信用方法（第 2 项）。”第 149 条规定“对于现时不法之侵害，为防卫自己或他人之权利所为之行为，不负损害赔偿之责。但已逾越必要程度者，仍应负相当赔偿之责。”第 150 条规定“因避免自己或他人生命、身体、自由或财产上急迫之危险所为之行为，不负损害赔偿之责。但以避免危险所必要，并未逾越危险所能致之损害程度者为限（第 1 项）。前项情形，其危险之发生，如行为人有责任者，应负损害赔偿之责（第 2 项）。”第 151 条规定“为保护自己权利，对于他人之自由或财产施以拘束、押收或毁损者，不负损害赔偿之责。但以不及受法院或其他有关机关援助，并非于其时为之，则请求权不得实行或其实行显有困难者为限。”第 152 条规定“依前条之规定，拘束他人自由或押收他人财产者，应实时向法院声请处理（第 1 项）。前项声请被驳回或其声请迟延者，行为人应负损害赔偿之责（第 2 项）。”德国民法总则编第 226—230 条有与上开规定相当之规定。不同者为，关于诚信原则德国民法与台湾地区“民法”第 148 条第 2 项相当部分规定于德国民法债编第 242 条“债务人有义务顾及交易习惯，如诚实信用所要求者，为给付。”其与台湾地区“民法”第 148 条第 2 项不同者为：仅针对债务之履行，而不是泛就一切义务之履行行为规定。其系统位置在债编，而非民法总则编。惟其民法总则编第 157 条另有规定“契约应顾及交易习惯，如诚实信用所要求者，而为解释。”诚信原则在债编外之适用一直是一个重要问题（Esser, *Schuldrecht*, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, § 31, 4）。

(12) 参见陆青《债法总则的功能演变——从共同规范到体系整合》，《当代法学》2014 年第 4 期，第 65—67 页。

(13) 内容一致之多数的意思表示，在台湾地区按其特征，有不同的称呼。同向之一致者，称为合同，例如设立合伙或公司之一致的意思表示；对向一致者，称为契约，例如买卖、雇佣、承揽、租赁等各种交易契约。另有称为协议或决议者。协议重在其过程之协商，可能含有互相让步，但不一定涉及交易。决议则指多数人关于一件事务之共同决定，其基础亦为意思表示，但可能要求全体同意，亦可能只需达到一定比例之同意即可，是相关法律或章程之规定而定。在日本亦有相同的用法，“合同行為は複数の者が同じ方向に向けて意思表示することにより成立する法律行為をいう。「契約」は相対立する意思表示の合致によって成立し、「単独行為」は一人の者の意思表示で成立するが、合同行為はこれらのいずれにも該当しない。合同行為の例としては、一般社団法人の設立行為があるとされる。”<http://smtrc.jp/useful/glossary/detail/n/1020>，最近访问时间：[2018-03-05]。合同与契约间之用法上的上述区别，在过去其实是有该认识的。只是在后来的使用，不再认为有必要。参见王利明、崔建远著《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 12—13 页；杨立新著《债与合同法》，法律出版社 2012 年版，第 311—312 页。

示交付,因其含有意思表示则是法律行为。交付为移转动产物权之物权契约的法定生效要件。至于如对物权契约之生效附以停止条件,该停止条件之成就则为其意定之生效要件。对于意思表示或契约如无法定或意定生效要件,亦无其他生效之障碍事由(例如表意人无权利能力或行为能力、意思表示或契约之内容确定且无不法或不能之情事),则于其成立时便生效力。

为何将意思表示配置于民法总则,而将契约配置于债法总则?其理由为:意思表示是一切意定之法律关系(含债、物权、亲属与继承)之运作的基础单元,不一定与债之发生或发展有关。因此,系统上适合像德国民法将之配置于民法总则,以适用于民事法全领域。契约为债之主要的发生原因,可将之配置于债法总则,除作为债之发生原因之一外,并可统合规定各种有名契约及无名契约在发生上之共通事项(例如台湾地区“民法”第153—166条)。不过,因为契约既可以是债之发生原因,也可以是物权、亲属或继承关系之发生的规范基础,所以亦可以将契约作为债之发生原因的部分抽离出来,只将这个部分配置于债法(总则)(例如德国民法第311—360条)中。其余部分,特别是不论其具体指向之效力为债、物权、亲属或继承关系,而仅规定其与契约之缔结(成立与生效)有关部分,则可紧接于意思表示,将之配置于民法总则,以一体适用至债、物权、亲属或继承关系,⁽¹⁴⁾避开规定于债法之契约规定,适用至物权、亲属或继承关系的情形。⁽¹⁵⁾这是德国民法的配置模式(例如德国民法第145—157条)。⁽¹⁶⁾因契约而发生之债的关系配置于债编。⁽¹⁷⁾至于因契约而发生之债以外的契约关系则配置至民法各编。

二 债法之编纂

(一) 民法总则中的规定

关于债权,《中华人民共和国民法总则》第118条第2款规定“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定,权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”该款前段规定债之发生原因的种类,后段规定债之效力,同时也是债之概念的定义。只要特定人对于特定人负有为特定给付之义务(债务),或特定人对于特定人享有请求为特定给付之权利(债权),不论其发生是以契约或法律为规范基础,或以私法或公法为依据,双方之法律关系皆是债之关系。依契约发生者,为意定之债;依法律发生者,为法定之债。惟民事法所定的法定之债原则上限指依私法规定,不包含政府机关依公法规定,行使公权力,而发生的情形。例如政府机关为取得私人土地,其透过协议价购而取得者,双方权利义务依买卖的规定;其透过征收取得者,双方权利义务依土地征收有关

(14) 参见李世刚《中国债编体系构建中若干基础关系的协调》,《法学研究》2016年第5期,第8页。

(15) 可能基于此种考虑,《中华人民共和国合同法》第2条第2款规定“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”

(16) 参见李世刚《中国债编体系构建中若干基础关系的协调》,《法学研究》2016年第5期,第8页。

(17) Soergel-Heinrich Lange/Hefermehl, Kommentar zum BGB, Stuttgart 1978, Rz. 2 vor § 145.

之法律规定。不过,关于债之发生,有时公、私法规定会有夹杂的情形,例如强制全民健康保险、强制汽车责任保险。⁽¹⁸⁾

关于债之发生原因,《民法总则》有下列规定“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力”(第 119 条),此为契约之债。“民事权益受到侵害的,被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任”(第 120 条),此为侵权责任之损害赔偿请求权。“没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失而进行管理的人,有权请求受益人偿还由此支出的必要费用”(第 121 条),此为无因管理之费用偿还请求权。“因他人没有法律根据,取得不当利益,受损失的人有权请求其返还不当利益”(第 122 条),此为不当得利之返还请求权。上述规定可能只是要在民法总则提到各种债之发生原因,建立相关之债(合同、侵权行为、无因管理、不当得利)与民法总则之关连,所以,其规范内容极为简单,没有关于其内容、范围及行使方法之必要的相关规定。例如第 119 条未分辨合同之成立要件及生效要件,没考虑到合同有可能成立而未生效的情形。第 120 条未完整规定侵权行为之有责、不法的构成要件及赔偿方法。第 121 条未区分适法及不适法无因管理,以差别其得请求偿还之费用的范围。第 122 条未含得利与损害间之因果关系,未区分不当得利中之利益的移动事由(给付性、侵害性、费用性、自然性)为不同之规定,并按利益受领人是否,以及何时知无法律上原因,差别其应返还之利益的范围。上述不周全的情形固然可以分别在合同、侵权责任、无因管理及不当得利之专法或专章中再详予规定。然因此引起二个问题:其一,既然还需另以专法或专章再详予规定,在民法总则对之为点到为止的规定,是否多余。其二,该点到为止的规定,是否得直接引为相关请求权的规范基础?如可,其过度简单之构成要件,可能与其在专法或专章中之规定发生冲突,从而引起相关请求权,是否真可依民法总则之规定发生的疑问。

(二) 侵权责任法中的规定

1. 侵权行为之基础类型

侵权行为相沿首先指不法侵害权利之故意或过失的行为。因此,有其保护之客体,是否有权利种类之限制的问题?在一定之要件下,其保护之客体是否也包含不具权利地位之纯粹财产利益?其不法态样是否包含善良风俗?对于上列问题德国民法与台湾地区“民法”的响应为:德国民法与台湾地区“民法”关于侵权行为之基础的规范模式包含三个基本类型:

(1) 类型一:德国民法 § 823 I BGB 规定,故意或过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权及其他权利者,就因此所生之损害,对该他人负赔偿义务。归纳其所定之被害客体的特征,其被害客体不但必须具备权利地位,而且必须具有其所例示之权利类型的

(18) 劳工退休金给付请求权虽为单纯之民事实上的给付请求权,但为保障劳工之退休金,台湾地区“劳工退休金条例”第 13 条第 1 项所定雇主之劳工退休准备金的提拨义务,则是公法上之义务。然因其提拨之目的,在于保障劳工之退休金请求权,所以其提拨义务应以劳工退休金给付请求权存在为前提。是故,同一劳务契约如经民事法院判决确定,认为非劳动关系,从而劳务债务人无退休金给付请求权,则台湾地区“行政法院”自不得判决认为,其劳务债权人为该劳务契约,有劳工退休准备金的提拨义务。台湾地区“司法院”2016.10.21. 大法官释字第 740 解释参照”。

共通特征：对于权利客体有支配权。是故，引起不具支配性之债权及发展中之营业权⁽¹⁹⁾是否亦受保护的问题。对此，台湾地区“民法”第184条第1项前段“因故意或过失，不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。”就侵权行为之被害客体，该项同样规定必须具权利地位。但不限制权利之种类。因此，第三人侵害债权可构成侵权行为。至于债务人侵害债权，所违反之义务如是给付义务，所加害之客体如是给付利益，应属于债务不履行，而非侵权行为的问题。惟所违反之义务如是保护义务，所加害之客体如是固有利益，应属于积极侵害债权（积极债务不履行），这可同时构成侵权行为。此为契约责任与侵权责任之竞合问题。

(2) 类型二：因此，依德国民法与台湾地区“民法”，皆有单纯之财产利益损害的赔偿请求，必须在德国民法§823 I 或台湾地区“民法”第184条第1项前段之外，另寻规范基础的问题。§823 II 规定，故意或过失违反保护他人之法律者，负与同条第1项相同之损害赔偿义务。台湾地区“民法”第184条第2项规定：“违反保护他人之法律，致生损害于他人者，负赔偿责任。但能证明其行为无过失者，不在此限。”德国与台湾地区“民法”上开规定皆不限制其被害客体必须具有权利地位，从而单纯之财产利益的损害亦得依该规定请求赔偿。在此意义上，该二规定有缓和类型一，关于保护客体范围之限制的作用。此外，台湾地区“民法”的规定还明确了移转关于行为人之过失的举证责任。关于单纯之财产利益之侵权责任，相对于类型一，上述类型二之规定，有以立法的方式，补充法律漏洞的意义。使权利以外之纯粹财产利益能够逐步随法制之发展，进入侵权行为法之保护范围。一方面使类型一之构成要件保持其严谨，另一方面藉助于类型二，建入侵权行为法所需要之弹性。

(3) 类型三：关于保护之客体范围，即便已有类型二赋予类型一，一定程度之弹性，但终究还完全依赖于立法之调整，恐怕还是有因应不及，而与生活脱节之可能。是故，德国民法§826 BGB 规定，故意以违反善良风俗的方法，使他人受到损害者，对该他人负赔偿损害的义务。台湾地区“民法”第184条第1项后段规定：“故意以背于善良风俗之方法，加损害于他人者亦同。”本类型之特征为：放松违法性要件至“背于善良风俗之方法”，但相应提高其有责要件至“故意”。因其以“善良风俗”之违反为“违法性”的认定基础，所以具有容许法院补充法律漏洞之作用。侵权行为法因此具有开放性，可面向社会的变迁，调整其伦理标准，适合新情势的规范需要，避免僵化。该规范需要不仅表现于人伦关系，而且也存在于经济上的竞争关系。因此1909年制颁之德国《反不正当竞争行为法》第1条曾规定：“对在交易上，为竞争之目的而从事违反善良风俗之行为者，得请求其停止该行为及赔偿损害。”⁽²⁰⁾然在积累比较多关于不正当竞争之监理的实务经验后，该法对于不

(19) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II ' Halbband 2 , Besonderer Teil , 13. Aufl. , München 1994 , § 81.

(20) 1909年制颁之德国反不正当竞争行为法第1条的先驱为德国民法第826条(Volker Emmerich , Das Recht des unlauteren Wettbewerbs , 3. Aufl. , München 1990 , S. 43)。

正当行为之禁止 ,已改以直接禁止“不正当竞争行为”之抽象规定 ,加上相当详尽之具体不正当竞争行为之规定代之 ,不再藉助于“背于善良习惯之方法”之法外的行为标准。这是由不确定价值概念 ,向相对确定之具体例示规定演进的结果。

与前述德国及台湾地区“民法”相比 ,大陆侵权责任法有下列特色:(1) 就侵权责任法保护之客体 ,在第 2 条第 1 款总称为民事权益 ,并于第 2 款规定“本法所称民事权益 ,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”其立法采先例示 ,后概括为“人身、财产权益”的方式。这除表示“人身与财产”皆受保护外 ,且不明白区分“权利”与“利益”。⁽²¹⁾ (2) 该法第 2 条第 2 款已例示之受保护的客体皆具权利资格。只是其将上述权利归纳为人身、财产权益 ,使其保护客体原则上是否应具有权利地位的意旨变成不明朗。如将权益解释为权利上的利益 ,以符合其例示之保护客体的共性 ,则可由之导出 ,关于不具权利地位之纯粹财产利益的侵害 ,必须另有特别规定 ,侵权人就其造成之损害 ,始承担侵权责任。(3) 该法第 6 条第 2 款规定“根据法律规定推定行为人有过错 ,行为人不能证明自己没有过错的 ,应承担侵权责任。”该款规定内容虽近似于德国民法 § 823 II 及台湾地区“民法”第 184 条第 2 项 ,但因其仅规定举证责任的转移问题 ,而未及于损害赔偿责任 ,所以尚不具放宽第 2 条第 2 款之保护客体范围 ,使之及于不具权利地位之纯粹财产利益的意义。(4) 侵权责任法就其保护之客体纵为第 2 条第 2 款如是广泛之例示 ,只要仍要求所保护之客体必须具备权利地位 ,前述关于纯粹财产利益之侵权责任的赔偿 ,便依然需要类如德国民法 § 823 II 及 § 826 台湾地区“民法”第 184 条第 2 项或同条第 1 项后段之规定为其规范基础。反之 ,如不要求所保护之客体必须具备权利地位 ,则会反向引起 ,其保护之客体是否因过广而难以落实的问题。(5) 德国民法 § 826 或台湾地区“民法”第 184 条第 1 项后段之规定一般有授权法院补充侵权责任法之法律漏洞的作用 ,使侵权责任法具有必须之开放性 ,其意义不可小观。(6) 侵权责任法所规范之侵权的态样含不法过失侵权行为及合法无过失之危险责任。

2. 侵权责任与危险责任

在侵权责任之规范规划 ,尚有是否将侵权行为限指不法且有故意或过失之加害行为 ,并另建立危险责任 ,专指合法且无故意或过失之加害行为的问题。该分类之必要性存在于其课以赔偿义务之伦理基础不同 ,因此规范需要也不同: 侵权行为之伦理基础在于应将损害归属于不法且有过失之行为人 ,而危险责任之伦理基础在于将不幸发生之损害 ,透过价格之调整及投保以受害人为受益人之强制责任保险 ,分散于可能因该危险活动而受益之人(通常为消费者)。为使其损害之分散不影响创新及竞争 ,必须配合责任限额及强制保险制度。

(21) 这与台湾地区“民法”及德国民法分别皆就“权利”与“利益”为不同之规定的规范设计不同。按“权利”与不具权利地位之“利益”不同。单纯之利益 因尚未发展成权利 ,所以其损害赔偿上的保护 ,尚须有关于损害赔偿之法律明文规定 ,以其为受保护之客体 ,或至少不排除其为受保护之客体(例如台湾地区“民法”第 184 条第 1 项后段 ,德国民法第 823 条第 2 项)。

按损害赔偿为损害之归属的制度。依据损害之归属原则建立相关之损害赔偿责任。基于目的行为论，行为人可控制之行为始能透过法律连结于一定构成要件之效力，施以威吓利诱，加以引导，以建构期待之法律秩序。因此，从人民之自主参与法秩序之形成的观点立论，原则上无故意或过失的行为，才能有意义地对之连结以法律责任。此外，为避免私人由于赔偿责任之课予，而人人自危，过度压抑其生活或经济活动，赔偿责任之课予，原则上亦应采过失责任原则。无过失责任为在该原则下，基于衡平原则或分散危险造成之损害的考虑，而于法律有特别规定时，始例外课予赔偿(补偿)责任之态样。⁽²²⁾

过失责任之课予有其法秩序之规划的一般伦理依据。而无过失责任是在一定法定要件下，基于规范上对各该情形之特别考虑，而课予的赔偿(补偿)责任。无过失责任并不包含伦理价值，其中无过失责任之规范价值存在于其所以课予无过失责任之考虑中。其中主要的考虑有：(1) 衡平责任：衡平行为人与受害人双方之经济情况所建构之衡平责任。其特征为除实体上衡平双方之经济情况外，程序上由法院就个案而为衡平裁判。属于个别正义的表现。(2) 危险责任：一定的物品、状态或活动虽带有危险。但在法律上不适合对其一概禁止时，占有或所有该物品或从事该活动者，应对于因该危险对他人引起之损害负赔偿责任。这是尊重每一个人之生活方式，比较温和的管制方式。其管制的力度，视该危险源之引入或持有的必要性或利他性，而有不同。其无必要性或利他性，责任较高，例如饲养宠物。侵权责任法中所定饲养动物损害责任属于这类的危险责任。有必要性或利他性者，责任较低，应有责任限额的规定，例如从事法律允许之带有危险的生产活动造成公害，或提供隐藏危险之商品(例如有副作用之药品，含一定毒性之食品添加物的食品，危险不明之基改食品)供消费造成消费损害。例如侵权责任法中所定产品责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任、环境污染责任、高度危险责任、对象损害责任含危险责任。将侵权行为责任及危险责任一起规定的规范规划，会使其中与无过错责任有关之危险责任的性格受到稀释。

侵权责任法所规定之侵权类型含侵权(行为)责任及危险责任。⁽²³⁾ 其中，以过错原则

(22) 为过失责任制度之运转，在规范上必须先设定法定之注意程度，而后可以将规范上应注意，事实上能注意，而行为人未注意之行为论为过失行为，课以过失责任。基于过失行为之定义，可经由法定注意程度之调整，增减该当过失行为者之范围，危险责任之范围也因之而有消长。此种考虑，其实在过失责任范围内也存在。例如民法一般规定，债务人在有偿契约，应为善良管理人之注意；在无偿契约，应与处理自己之事务为同一注意(台湾地区“民法”第535条)。在紧急的救助行为，原则上仅就恶意及重大过失之行为负责(第175条)，亦即仅应尽一般(平均)人之注意。依规范上的定义，过失行为既系能够经由注意而避免其发生的行为，自可经由课以过失责任的机制，防范由于所规范之过失行为可能引起之损害的发生。至于危险责任所规范之损害，其实也不是根本不能经由注意程度之提高，或防止损害之发生措施的加强，来降低其损害，只是法律政策上决定不为如是之要求，致使因之而未被防止之损害，在规范上成为无过失行为所引起之损害，不得对之课以过失责任而已。是故，要对于这种行为课以危险责任必须另有政策上的考虑及规范上的安排。Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S. 608f.

(23) 危险责任可与侵权行为责任并列，但是是否宜并称为无过失与过失之侵权行为责任，在损害赔偿制度之建立上为一个值得深入探讨的问题。由于中文中之侵权，在伦理上尚可归属于中性的用词，所以用来指称无过失之危险责任，一下子不会有太大之唐突之感，惟这不表示将危险责任论为侵权行为的一种，不会引起危险责任制度之正确发展上的障碍。

为归责基础之侵权责任 除填补损害外 ,还兼具预防并制裁功能。⁽²⁴⁾ 至于无过错之危险责任 ,并无预防或制裁功能 ,而只具有分散危险所造成之损害的功能。《侵权责任法》第 1 条规定 “为保护民事主体的合法权益 ,明确侵权责任 ,预防并制裁侵权行为 ,促进社会和谐稳定 制定本法。”危险责任仅与该法第 1 条所定“促进社会和谐稳定”之制定目的有关 ,而与预防并制裁侵权行为无关。

3. 德国之侵权行为责任与危险责任制度

从德国民法第 823 – 825 条只规定侵权行为责任 ,而不及于危险责任 ,可见其基本上仍维持不将危险责任论为侵权行为责任之一种的规范规划立场。⁽²⁵⁾ 在损害赔偿之债之类型的建构上 ,德国民法特别强调过错原则(das Verschuldensprinzip)是侵权行为责任(die Deliktshaftung)之本质的要件 ,⁽²⁶⁾ 用以与危险责任(die Gefährdungshaftung)相区别。二者分别是过失责任与无过失责任的代表类型。由于过失之认定标准的客观化 ,⁽²⁷⁾ 以及时而有过失之推定的规定 ,减弱了过失责任与无过失责任在主观要件上之区别的实务意义 ,并有怀疑二者有无性质上之差别的看法。

鉴于所以在该当的要件下 ,对管领可能引起一定损害之危险者 ,课以赔偿责任之目的 ,在于分散由该危险引起的损害 不使之集中于偶然之受害者 ,也不集中于管领该危险者。因此 危险责任不以危险活动之从事或危险物品设备之持有或操作有违法情事为要件。为确保不以过失(过错) 为要件之危险责任不扭曲竞争秩序 ,且有财务上之可行性 ,应有强制责任保险及责任之限额为其配套之规定。如无责任之限额之规定 ,保险人难以精算其保险费率 如无强制责任保险为其配套 ,可能扭曲投保者与不投保者间之竞争条件。由于举证责任之移转构成之中间责任实际上可能课予无过失责任 ,具有危险责任之实质 ,有与典型危险责任的情形相同 附以强制责任保险及责任之限额为其配套之规定的需要。侵权行为责任与危险责任二者 在建制上 其损害之归属的价值观点既然不同 ,自

(24) 关于慰抚金(精神上损害之赔偿) 的功能 ,有谓兼有补偿、赔礼及预防的功能(Medicus / Lorenz , Schuldrecht I , Allgemeiner Teil , 18. Aufl. , 2008 München , Rn. 699) 。

(25) Lorenz/Canaris 主张将规定于 § 829 规定之衡平责任(die Billigkeitshaftung) 归类为危险责任(Canaris , Lehrbuch , aaO. § 84 VII 2 b) 。

(26) Lorenz / Canaris , Lehrbuch des Schuldrechts , Band II • Halbband 2 , Besonderer Teil , 13. Aufl. , 1994 , S. 600.

(27) 在开始将动力机械及核生化(核子、生物与化学) 的技术与产品使用于生产及日常活动后 新生或提高了各该活动之事故的危险。这些危险并因都市化所引起之人口的聚集进一步升高。于是 面临如何因应由之所生之损害的防止或归属的难题。首先是经由提高活动参与者之应注意程度降低其损害之发生的可能 其次是利用危险责任之课予 ,分散因之发生的损害。前者为传统之过失责任制度 ,后者是现代之危险责任制度。二者虽皆有填补损害的作用 但其分别所具之规范机制并不相同。其制度规划之分界点在于: 法定之注意义务。该注意义务所要求之注意程度 不论是以平均的一般人或以善良管理人之注意能力或程度为基准 其标准都是抽象客观的 而非具体主观的。仅在法律规定应尽与处理自己之事务为同一之注意或考虑无行为能力人、限制行为能力人或精神耗弱者之识别能力时 ,其法定之注意程度才是主观的(Esser/Schmidt , Schuldrecht Band I , Allgemeiner Teil , Teilband 2 , 8. Aufl. , 2000 , § 25 V; Esser/Weyers , Schuldrecht Band II , Besonderer Teil , Teilband 2 , 8. Aufl. , 2000 , § 55 III 1; Lorenz/Canaris , Lehrbuch des Schuldrechts , Band II Halb-band 2 , Besonderer Teil , 13. Aufl. , 1994 , § 75 I 2 g; II d) 。鉴于据以认定过失之有无的标准原则上是客观的 因此其标准事实上随外部之科技条件及社会对于规范结果之期待而推移。这当中系争损害之防止可能性及其与防止费用间的相当性(比例原则) 固为注意费用在经济理性上所当取向的指标 期使其达到: 边际注意费用等于边际注意效益之最有效率的境界(Learned Hand-Formel) (Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott , Lehrbuch der ökono-mischen Analyse des Zivilrechts , 2. Aufl. , 1995 , S. 128f.) 。

仍有其区别之重大意义。⁽²⁸⁾

可能由于《侵权责任法》就产品责任(第41条、第42条第1项、第43条第3项)有将无过错责任与有过错责任交错规定之规范需要，将危险责任规定为侵权责任的样态之一，对有过失之不法侵权行为责任与合法无过失之危险责任在责任性质上未加以区别。其可能的影响至少为关于危险责任之限额及强制责任保险之配套上的看法，容易受到忽视。

4. 侵权责任与契约责任

所谓债，指特定人对于特定人负有为特定给付之义务(债务)，或特定人对于特定人享有请求为特定给付之权利(债权)。不论采民商合一或民商分立，通常虽将具有商事性质者，规定于民事特别法或商事法，原则上将不具商事性质者，规定于民法典之债法或债编中，但实际上不但已有常见之商事行为，例如运送、仓库、经理人、代办商规定于债法分则中。⁽²⁹⁾ 其中包含意定之债(契约之债)及法定之债(无因管理、不当得利及侵权行为)。同具有侵权之特征者，又发展出因缘于契约之缔结的“缔约上过失”及因缘于契约之债之履行的“积极侵害(契约)债权”。在损害赔偿法上，该二者皆以有责(故意或过失)违反对于相对人之个别保护义务(不法)为其要件，合称为契约责任。其与典型侵权行为责任不同者为，在侵权行为，其行为人有责所违反者为，行为人不得加损害于任何人之一般保护义务。个别保护义务之违反是否亦可构成侵权行为之违法性的认定基础？其答案引起契约责任与侵权责任间之竞合关系的不同看法。采否定说时，认为契约责任排斥侵权责任；采肯定说时，认为契约责任与侵权责任构成请求权竞合或请求权规范竞合。⁽³⁰⁾ 现行法规定中之著名案例为：在租赁物失火时，关于承租人之契约责任(台湾地区“民法”第434条)与侵权责任(台湾地区“民法”第184条第1项前段)之竞合。

5. 侵权责任法中关于债之发生以外的规定

需要在侵权责任法中特别规定之事项原则上与其损害赔偿请求权之发生的要件有

(28) Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl., 1969 München; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II • Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S. 610 f.

(29) 参见梁慧星《对民法典编纂若干理论问题的思考》，《河南社会科学》2017年第4期，第4—7页。

(30) Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, § 201, 3 g; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II • Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1994, § 83 VI 1.; Apostolos Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht München 1967, § 18 IV. 实务上虽实际上采请求权规范竞合说的观点，但未引用该学说立论。例如台湾地区“最高法院”“105.01.07.一百零五年度台上字第36号民事判决”：“按‘民法’第六百二十三条第一项规定：关于物品之运送，因丧失、毁损或迟到而生之赔偿请求权，自运送终了，或应终了之时起，一年间不行使而消灭。乃为尽速了结当事人之间之关系所特别规定之短期时效，为贯彻立法意旨，并平衡当事人之利益，债权人对债务人纵系依侵权行为之规定请求赔偿，仍应受上开特别规定之短期时效限制。”值得注意者为，“最高法院”“103.10.30.一百零三年度台上字第2253号民事判决”认为“按因配偶与人通奸而受精神上损害，诉请判决离婚，合并依‘民法’第一百九十五条第一项及第一千零五十六条第二项之规定，请求通奸之配偶赔偿其非财产上之损害者，此二损害赔偿请求权之性质、构成要件、所生损害之内容及赔偿范围均不相同。前者属于因侵权行为所生之损害，于婚姻关系存续中即可请求赔偿，不因判决离婚而被吸收于后者因离婚所受损害之中。故二者请求权虽基于同一通奸之事实，但仍难谓有请求权竞合之情形，应得分别请求通奸之配偶赔偿损害。”就此，大陆《民法总则》第186条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或侵权责任。”《合同法》第122条有内容基本上相同之规定，“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”亦即采请求权竞合说。

关。至于与有过失、损益相抵及斟酌双方经济情况衡平酌减,以及与其履行、移转、承担及多数债权人或多数债务人有关事项,则基本上属于各种之债(含意定之债及法定之债)在规范上之共通事项,⁽³¹⁾可以共享一套规定。侵权责任法所定侵权责任之各种承担的方式,含防卫请求权(停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响)、损害赔偿请求权。当中损害赔偿请求权所涉赔偿方法含回复原状(赔礼道歉、恢复原状、返还财产)及金钱赔偿(赔偿损失)。其中关于回复原状及金钱赔偿之请求,《侵权责任法》第 15 条第 2 款仅规定“可以单独适用,也可以合并适用”,并无如德国及台湾地区“民法”关于原则上应先请求回复原状,而后在经定期限催告回复原状,而逾期不为回复原状或回复原状不可能或回复显有重大困难时,始应以金钱赔偿其损害的限制规定。惟不法毁损他人之物者,被害人自始得不先请求回复原状,而直接请求赔偿其物因毁损所减少之价额(德国民法 § 249 – 251 及台湾地区“民法”第 196、213 – 215 条)。亦即在不法毁损他人之物的情形,其被害人有权选择以回复原状或金钱赔偿为赔偿方法。

(三) 合同法中的规定

德国及台湾地区“民法”债编中与契约之债有关部分,包含债法总则中与契约之债的发生及各种有名契约(债法分则)等专属于契约之债的规定,以及含意定之债和法定之债等各种之债的共通项目:债之标的、⁽³²⁾债之效力(给付、迟延、保全)、多数债权人、多数债务人、债之移转、债之消灭(清偿、提存、抵销、免除、混同)。德国民法将关于法定之债(无因管理、不当得利、侵权行为)之发生及有名契约的规定编入债法分则,而后将剩余部分之规定编入债法总则。而台湾地区“民法”则还将无因管理、不当得利、侵权行为之发生的规定一体并入债法总则。所以将契约之债的发生规定并入债法总则的理由为:契约之债的发生、撤销、解除、终止规定属于各种有名契约之债的共通规定,如不将其编入债法总则,将必须在各有名契约重复规定。至于所以采扣除法,将债编中关于法定之债之发生及有名契约的规定先予扣除,而后将剩余的部分编为债法总则的考虑,乃因各种之债不论其发生原因为何,其发展视情形,原则上皆有该剩余部分之适用。将之编为债法总则,可减少其在各种之债重复规定的需要。

《中华人民共和国合同法》分总则与分则两部分。其中总则部分除规定合同之订立,相当于合同(契约)之债的发生外,并含合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的权利义务终止、违约责任及其他规定(与合同有关法律之适用、合同之解释、准据法、合同之监理、合同争议之解决、诉讼期限等规定)。其中除分则的部分外,其余部分与契

(31) 参见柳经纬《关于如何看待债法总则对各具体债适用的问题》,《河南省政法管理干部学院学报》2007 年第 5 期,第 90 – 91 页。

(32) 关于“债之标的”规定:台湾地区“民法”第 199 条(债权人之权利、给付之范围)、第 200 条(种类之债)、第 201 条(特种通用货币之债)、第 202 条(外国货币之债)、第 203 条(法定利率)、第 204 条(债务人之提前还本权)、第 205 条(最高利率之限制)、第 206 条(巧取利益之禁止)、第 207 条(复利)、第 208 条(选择之债)、第 209 条(选择权之行使)、第 210 条(选择权之行使期间与流转)、第 211 条(选择之债之给付不能)、第 212 条(选择之溯及效力)、第 213 条(损害赔偿之方法——回复原状)、第 214 条(损害赔偿之方法——金钱赔偿(一))、第 215 条(损害赔偿之方法——金钱赔偿(二))、第 216 条(法定损害赔偿范围)、第 216 条之一(损害赔偿应损益相抵)、第 217 条(过失相抵)、第 218 条(因赔偿义务人生计关系之酌减)。

约之债的发生、撤销、解除、终止有关部分属于各种有名债之契约的共通规定，再其余则属于全部债务关系在发展上之共通规定。将之编为债法总则，有助于化繁为简，减少重复规定之需要。在现行合同法上述规范背景下，王利明教授认为，应将合同法中与契约之债的发生、撤销、解除、终止有关部分订为合同法总则，与合同分则（有名契约）部分一起保留于合同法中，以维持合同法之完整。关于多数人之债、债之保全、担保、可适用于各种之债的变更及流转，以及关于抵销、履行、混同、免除、提存等债之消灭共同原因的规定，适合纳入债法总则。关于损害赔偿含其基本原则（过错相抵、损益相抵），他认为，可以在债法总则和合同法总则中分别予以规定。如是透过债法总则之制定，“可以避免债法各个部分规定的冲突和抵触。……从立法技术来说，设立债法总则可以使民法典的条文更为简约。通过债法总则的设立，也可以妥当规范各种债。”此外，他还认为，因债务不履行的问题只发生于合同之债，所以应在合同法总则中规定之。⁽³³⁾ 然不论是合同之债或侵权之债，损害赔偿都是一个复杂的规范与理赔实务的问题。所以，即便合同法中已有相当完备之违约责任的规定，在债法总则和合同法总则中分别规定其损害赔偿之债的发生与履行有关事项时，可能还是要保留二者之规定，在解释与适用之互补可能性，以备万一为宜。

三 民法总则、债法总则或侵权责任法及合同法专法

由于已有侵权责任法及合同法的制定及施行在先，关于是否制定债法总则，在大陆学界正反的意见都有，引起热烈的讨论。⁽³⁴⁾

⁽³³⁾ 参见王利明《论债法总则与合同法总则的关系》，《广东社会科学》2014年第5期，第224页以下。

⁽³⁴⁾ 关于债法总则之存废的正反意见 杨立新教授细心做了整理。他总结发现，许多民法学者大都赞成保存并予扩充。参见杨立新《论民法典中债法总则之存废》，《清华法学》2014年第6期，第81页以下；柳经纬《我国民法典应设立债法总则的几个问题》，《中国法学》2007年第7期，第3页以下。不赞成制定债法总则者，例如许中缘，他也细心整理了正反两方之学者及其相关著作，参见许中缘《合同的概念与我国债法总则的存废——兼论我国民法典的体系》，《清华法学》2010年第1期，第105页；覃有土、麻昌华《我国民法典中债法总则的存废》，《法学》2003年第5期，第101页以下；张素华《有关债法总则存废的几个基本理论问题》，《法学评论》2015年第2期，第129页以下。另见徐涤宇、朱广新、薛军《债法总则的立法问题》，《私法研究》第13卷，第29页以下。其中朱广新及薛军赞成，其理由为：可以实现整个债法体系的完善。徐涤宇反对，其理由为：既有侵权责任法及合同法，不需多此一举。此外，他并以王军霞对昆明卷烟厂索赔案为例，说明昆明卷烟厂未经王军霞同意，使用其肖像从事广告，取得广告利益时，王军霞对昆明卷烟厂依侵权责任法请求损害赔偿获得胜诉，提出质疑。盖其认为，该案所涉事实应“构成权益侵害型不当得利。但是，这被我们学者一致认为是侵权责任，并被立法者作为原型纳入《侵权责任法》中。连侵权责任和不当得利都没有分清楚，那么我就怀疑你的体系化能力。”他因此认为目前要制定债法总则，在请求权规范基础之配置的规范规划上，尚不具备条件。该案所涉情节与未经授权使用他人之专利权、著作权或商标权的情形类似，分别可能充分侵权行为、权益侵害型不当得利及不真正无因管理中之不法管理。在此种情形，就侵权行为之构成，有损失之有无及数量之证明问题；就权益侵害型不当得利的构成，有对肖像的保护，在规范上是否含配属商品之代言利益，尚无明文规定；就不法管理，有是否承认其为不真正无因管理，本人（肖像权人）是否得不计较管理人无为其管理事务之意思，主张依无因管理，享受管理利益。要能对这些问题在法教义上加以检讨，将侵权责任、不当得利及无因管理一体规定于债法总则，会有比较好的法体系基础。另朱广新并就债法总则的体系地位，引述外国立法例，证立其应设置债法总则的看法，并说明其相关规范项目在债法总则中之配置，参见朱广新《论债法总则的体系地位与规范结构》，《北航法律评论》2013年第1辑（总第4辑），第58页以下。

债法所涉编纂的问题首先表现为：(1) 是否制定债法总则；(2) 关于法律行为之规定在民法总则与债法总则间之配置；(3) 是否维持就侵权责任与合同分别制定专法的体例；(4) 是否制定关于人格权之专法。

是否制定债法总则，所影响者主要为，关于债之发生的事项是否要集中规定于债法总则。因意定之债（契约之债）及法定之债（例如无因管理、不当得利及侵权行为）之发生要件不同，固必须针对其个性，分别规定。但因其同属债之发生原因的事项，有其发展阶段之共同性，如集中规定，可一次先处理完关于债之发生的问题，汇总债之发生事由。这是台湾地区“民法”的规范模式。⁽³⁵⁾

这样的安排使债法分则所规定者全属契约之债。其与德国民法之差异为：德国民法将法定之债（无因管理、不当得利及侵权行为）与各种有名契约一体规定于债法分则中。亦即德国债法分则含法定之债。

因债法分则所定契约之债中有众多有名契约存在，其规范需要因主要给付义务不同，而不尽相同：(1) 有源自于各有名契约之主要给付导出之规范需要，这部分必须针对各个有名契约之主要给付分别规定，适合配置于债法分则。无因管理之费用偿还请求权、不当得利之返还请求权的内容与范围，亦有类似的问题。(2) 有源自各有名契约在发生后之发展的共通事项（例如债之效力、让与、履行及不履行、债之保全、多数债权人或多数债务人），导出之规范需要。这部分因法定之债与契约之债一样是债的关系，少有个性，所以可予汇总规定于债法总则，视具体情形，分别适用于各个债务关系，以减少重复，避免矛盾。这特别表现出，将合同法与侵权责任法与这有关部分，整合于债法总则一体规定的益处。(3) 是故，关于债之发生以外的事项，是否有必要制定侵权责任法与合同法之专法分别一一周全规定，以及无因管理（《民法通则》第 93 条）及不当得利（《民法通则》第 92 条）之进一步的详细规定要安置于哪里。值得检讨。参酌民法通则，检视民法总则、合同法、侵权责任法可归纳其专法之立法模式主要遭遇之问题如下。

（一）基础概念的建构

受法律规定之事实，即是法律事实。因其为法律所规定，而能生法律效力。即便是法律规定为无效之法律行为，亦可能因法律之规定，而产生不以所表示之法效意思的内容为内容，而以法律所定之损害赔偿关系为其内容的效力。法律事实的态样涵盖行为及非行为（自然事件）。当中，行为指人之有意识的动静。人之无意识的动静归类于非行为（自然事件）。行为又分法律行为、准法律行为（意思通知、感情通知、事实通知）、事实行为。准法律行为虽含有一定之意思，但不以该意思之內容，而以法律所定之內容为其效力之内容。事实行为，指不含法效意思，且未经法律拟制为意思表示之行为。

现代民事法以私法自治原则为其建制的基础。所以为民事法之建制，应取向于私法自治原则之价值，取舍规范对象之特征，建构概念。其方法为：首先建构可为权利及义务之归属对象的权利主体，并称之为：含自然人及法人。民法总则概称其为民事主体

(35) 参见崔建远《债法总则与中国民法典的制定》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2003 年第 4 期，第 73 页。

(《民法总则》第一章)其可为权利及义务之归属对象的资格,定义为一般权利能力。这是自然人与生俱来的能力或资格,在其始于初生,终于死亡之生存期间,当然享有(一般)权利能力(《民法总则》第13条)。与之不同,法人则是一种组织,依法律之创设,享有法律所赋予之权利能力(《民法总则》第57条)。其次是建构权利客体,《民法总则》第五章概称其为民事权利。本章包罗广泛,除几乎涵盖全部民事权利或其客体的种类外,第118条还规定意定及法定之债的发生事由,并定义了债权:特定“权利人请求特定义务人为或不为一定行为的权利”,其中第119~122条并规定了其相关的请求权。

再则规定法律行为的概念。《民法总则》第133条规定,“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。”由该条规定可以导出,法律行为包含意思表示,以意思表示为工具,其效力足以设立、变更、终止民事法律关系,是一切法律关系,依行为人之法效意思而发展的枢纽。该条并未对意思表示加以定义。典型的情形,意思表示为由法效意思及表示行为组成之单元。⁽³⁶⁾例外的情形可能欠缺其一,例如心中保留或意思实现(《合同法》第26条第1款后段),或甚至二者皆缺,例如不为可否之表示时,将其沉默拟制为承认或拒绝承认(《民法总则》第145条第2款前段,《合同法》第48条第2款前段)。这已涉及意思表示之存在的拟制。合同或契约为双方或多数人一致之意思表示所构成之法律行为。其特征为:当事人就有权参与决定之事项共同所做之决定,得以要约及承诺或协议书之签署等方式为之。

(二) 意定之债与法定之债

债之效力为:特定人得对特定人请求特定给付之关系。一个法律关系只要具备债之法律效力的特征,不论其系以法律行为或法律为其规范基础,皆是债的关系。其以法律行为为规范基础者,不论其所依据者是无名契约、有名契约或混合契约,皆是意定之债;其以法律为规范基础者,是法定之债,例如无因管理(《民法总则》第121条)、不当得利(《民法总则》第122条)与侵权行为(《民法总则》第120条)。

意定之债之新近的发展注重在:以数据电文为意思表示的方法(《合同法》第11条、第16条)、采用格式条款订立合同(《合同法》第39~41条)、制定保护消费者权益之专法(《合同法》第113条、消费者权益保护法)。⁽³⁷⁾由于合同(契约)涵盖类型庞杂,所以,有可能,也必须针对一些在交易习惯上的发展,已经比较成熟的类型,按其主要给付义务之特征,制定相关之定义,并针对其规范需要,制定相关之强制规定及任意规定,以调整或补充当事人所约定属于各该类型之契约,并在规范上给于一定名称,成为法定之有名契约。未经制定为有名契约之契约,即使在交易上亦已成型,但为保留给契约当事人较大之自治的余地,在规范上并不将之制定为有名契约。对此种无名契约,没有专属之强制规定及任

(36) Münchener Rechtslexikon, Band 3, Verlag C. H. Beck 1987, S. 1204; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auf., München 2004, § 22 Rn. 3.

(37) 德国民法债编之相关规定:电子表示方式(§§ 126a~126b BGB)、一般契约约款(§§ 305~310)、消费者之解除、撤回或退货权(§§ 346~360 BGB)、消费品之买卖(Verbrauchergüterkauf)(§§ 474~479 BGB)、企业与消费者间之消费借贷契约、融资性租赁契约、分期付款契约(§§ 488~512 BGB)。

意规定对之为调整或补充。在民事法定有债编之立法例，通常将这些有名契约汇总规定于债编分则。由于有名契约及无名契约尚有其共通事项，所以为避免在各有名契约为重复规定，以简化并避免冲突，在规范规划上，有就这些共通事项汇总规定的规范需要，其规定即汇总称为债法总则。这当中除包括契约之缔结的基本成立及生效要件外，并包含其发展有关事项：债务之履行或不履行、保全、债权之移转及债务之承担、债之消灭、多数债权人或多数债务人。

然因为契约规定除适用于债务关系外，也可能适用于物权、亲属或继承关系，所以，这部分规定中，其与契约之缔结的基本成立及生效要件有关部分，在系统上亦有可能配置于民法总则，置于法律行为章中，意思表示后之契约节中（例如德国民法 §§ 145 – 157 BGB），而只将其与债之发生、契约之解除、撤回有关部分保留于债法总则（例如德国民法 §§ 311 – 360 BGB）。此外，另有与债之消灭、债权之移转、债务之承担、债之保全、多数债权人或债务人等与意定之债及法定之债共通之事项亦汇总规定于债法通则（例如德国民法 §§ 362 – 432 BGB）。这部分台湾地区“民法”的配置与德国民法相同；与之不同者为，台湾地区“民法”将契约之一般规定全部配置于债法总则，没有将与契约之缔结的基本成立及生效要件有关部分配置于民法总则。

法定之债，德国民法将之配置于债编分则（ §§ 677 – 687 BGB， §§ 812 – 822 BGB， §§ 823 – 853 BGB），而台湾地区“民法”则将之配置于债法总则（台湾地区“民法”第 172 – 178, 179 – 183, 184 – 198 条）。将之配置于债法总则的意义为：（1）使债法分则只规定契约之债。（2）无因管理、不当得利及侵权行为之债的发生，除皆以法律为其规范依据外，其间并有系统上之关连，皆具有未经允许，介入他人事务或权益之情形。当无因管理不适法，且造成损害时，兼有侵权行为之属性；当无因管理之管理利益大于管理损害，且本人不愿承认时，管理人对于本人得请求不当得利之返还。（3）当无因管理适法时，管理人得与委任的情形相同，请求管理费用之偿还。此所以无因管理被论为准契约关系。（4）因此，如将其规定于债法总则，比较适合彰显其间之系统上的关连。这个特色亦表现在知识产权之无权使用或侵害的赔偿规定（《商标法》第 71 条、《专利法》第 97 条、《著作权法》第 88 条：请求损害赔偿时，其损害之计算）。

（三）意定之债与法定之债之不同与相同规范需求

意定之债与法定之债之不同特征在其发生之规范基础，共同特征为其皆属于债之关系。其发生之规范基础虽有法律行为与法律之区别，但皆属于债之发生问题。如将其汇总在债法总则，可以互相彰显。至其发生以外之项目，因在发展上具有相同之规范需要，汇总规定在债法总则，在体系上可避免重复⁽³⁸⁾ 及矛盾。从民法总则及合同法皆对于意思表示加以规定的结果，造成大量重复，以及有时对于相同要件事实连结不同法律效力之冲突的情形，亦显示对债法进行系统处理，将共通部分汇总规定于通则的正面价值：不适

(38) 参见崔建远《债法总则与中国民法典的制定》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2003 年第 4 期，第 72 – 73 页。

合就合同及侵权责任分别制定专法,而只要分别就其债之发生的基本成立及生效要件周全规定即可。剩余部分可共享一部总则规定与其发展有关的事项。同理,如要特别彰显对于人格权之保护的意旨,其实与消费者权益之保护的情形类似,如德国民法之发展所示,后来还是朝汇总至债法中的方向演进。盖非如是,不容易克服重复规定及因之衍生的过多法条竞合、请求权(规范)竞合的问题。

(四) 人格权之保护的规范配置问题

人格权之保护的相关制度,较为复杂,涉及个人之人格地位的肯认、个人与国家间、个人之间不同层次关于人格权之侵害或行使之调协的问题。自然人之人的资格的普遍承认,为现代法制之发展的重要里程碑。自然人之人的资格要可化约为人的资格(人格),以“一般权利能力”表现出来。⁽³⁹⁾ 人格的承认是关于自然人在规范上之保障的根本基础。确立自然人皆生而平等,是“人”而不是“物”,享有“人格”开始,人之存在意义才被平等的确立,肯认每一个人皆有享受权利或负担义务的资格。关于该资格的取得,有谓是天赋人权,与生俱来;有谓是依法取得。⁽⁴⁰⁾ 当将人的资格轻描淡写称为“一般权利能力”,即得为权利或义务之主体的法律地位,一时可能不能领会其根本的重要性。然必须注意,在该出发点上,始能逐步确立对于自然人应当展现之规范状态“公民的民事权利能力一律平等”(《民法通则》第10条)。该规范状态即在于确保每一个人皆有自由,得依其意思发展自己,且其发展取得的成果应受到保障。鉴于人之本体的存在,以及该自由发展的自由及发展的成果,可能受到国家或他人的干预与剥夺,所以分别针对来自国家或他人的干预与剥夺,发展出,(1) 框限国家公权力的制度:基本权利之保障,并将该保障提升到宪法的层次;以及(2) 针对来自他人之侵害发展出民事法、刑事法以及行政法(例如各种经济管制)关于人格权的保护制度。其在民事法上之表现,即为透过课以民事责任,保护人格权。由于人格权与财产权一样,涵盖的范围极其广泛,一时难以完全掌握各种人格权之保护上的规范需要,所以,正如关于财产权,债法之各种契约的规定,没有能力,将全部契约类型,预以有名契约规范之;关于人格权,一时亦没有能力,就人格权的客体(人格利益)完全予以类型化,给予各该类型具体之人格利益的特别名称,在其受侵害时,给予恰如其所需之请求权。是故,在此同时,也犹疑于,是否承认“一般人格权”,以概括一切可能之人格利益的类型,统一加以规范。此所以德国民法关于人格权之保护的规定,先由特别人格权出发,而后才在学说及司法实务之协作下,逐步肯认一般人格权。即便如此,侵害不同有名特种人格权与一般人格权之民事责任

(39) 与“一般权利能力”相对,为“特种权利能力”。前者,在规范上为,人之所以为人的资格及其效力的规定。该资格(权利能力),人人与生俱来,皆可平等享有。其有无是“人”与“物”或得为“权利主体”或仅是“权利客体”之区别;后者,指享有一定权利之资格,需依法在满足一定要件时,始能取得。例如得从事一定之业务的资格,通常利用证照来管理。

(40) 《民法通则》第9条规定“公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。”亦即采依法取得说。台湾地区“民法”第6条规定“人之权利能力,始于出生,终于死亡。”此即采“与生俱来说”。

还是不尽相同。例如在一些有名的人格利益,而不是一切人格利益之侵害,被害人或与其有一定法定关系之亲属,始得请求财产上或非财产上之损害的赔偿。^[41]

因各种人格权或人格利益所需之保护的规范需要不同,所以,关于人格权之保护规定的法典化,其规定在法典之配置便不一定适合配置于一部法典集中加以规范。例如关于一般权利能力的规定,适合配置于民法总则关于权利主体(人)的章节中,而关于特种权利能力中之证照的规定,适合分散规定各该证照所属行业之行政法中。关于人之基本权利所涉人格权的规定,因系国家机关行使公权力之框架性的基础,所以适合配置于于宪法中规定之,以直接拘束立法、行政及司法机关,皆必须一体遵行。然这些规定要直接适用于民事关系,原则上尚须经法律予以具体化于法律中,或经法院因缘于实证法,透过类推适用、目的性扩张、目的性限缩予以实证法化。此为宪法原则须经实证法化始得直接适用于民事关系的问题。^[42] 经过实证法化后,其相关规定已演变为民事法的一部分。这部分所规范之事项通常涉及无法律上原因(未经允许亦无法律依据)侵入他人之人格权,所以,视情形,具有无因管理、不当得利或侵权行为之特征,应受其规范。是故,应针对所受侵入之人格利益的规范需要,规划适当规定,并依其构成要件之特征的属性配置于规范无因管理、不当得利或侵权行为之法典中。其中固然主要为侵权责任法,但不能穷尽涵盖。必须附带指出的是:当人格权之行使或侵入,涉及知识产权的行使、市场竞争或国家经济行政(宏观调控),其相关规定,可能应配置于知识产权法、竞争法、经济管制法、经济补贴法。要之,以一部法典穷尽圆满规范与人格权之保护有关的问题,固然可以使一般人比较容易全盘掌握与理解,提高其一站解决的可能性,但当这些部分被抽离,其对各部门法的割裂影响,亦不可小观。其实,不同学说之目标如皆在于对人格权提供恰如其分之保护,可能还是要针对各种人格利益之保护上的规范需要,为具体规定之规范规划,并配置于其规范内容在法律体系上适合之系统位置,分散或集中配置各有利弊,不宜趋于极端。^[43]

其实,民事法上与人格权之保护比较亟待解决的是,当将受保护之人格权益扩张至全覆盖时,不同之人格权益之被侵害人,固当皆有防卫性请求权,但是否皆应有不当得利请求权或损害赔偿请求权,则尚待实务逐案论证,尚非可一概而论。^[44]

(41) 例如台湾地区“民法”第 195 条第 1 项规定“不法侵害他人之身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操,或不法侵害其他人格法益而情节重大者,被害人虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额。其名誉被侵害者,并得请求回复名誉之适当处分。”其中所称“其他人格法益”即是一般人格权,其侵害限于“情节重大者”,被害人始得请求非财产上之损害赔偿。至于财产上损害赔偿,则限于不法侵害他人致死(第 192 条)或不法侵害他人之身体或健康(第 193 条)的情形。关于非财产上损害的赔偿,德国民法第 253 条规定“非财产上的损害仅于法律有规定的情形得请求赔偿(第 1 项)。因侵害身体、健康、自由或性自主而应赔偿损害者,就非财产损害也得请求以金钱衡平赔偿(第 2 项)。”

(42) Esser, Grundsatz und Norm, 2. Aufl., 1964 Tübingen, S. 132 ff.; 黄茂荣《论法理》,《植根杂志》第 33 卷第 8 期,第 281 页以下。

(43) 关于人格权在法律体系中之配置的热烈讨论,主张人格权单独设编,参见杨立新《对民法典规定人格权法重大争论的理性思考》,《中国法律评论》2016 年第 1 期,第 90 页以下;反对人格权单独设编,参见梁慧星《中国民法典中不能设置人格权编》,《中州学刊》2016 年第 2 期,第 48 页以下。

(44) Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 8 Rn. 55 ff.

(五) 附论: 台湾地区人格权受侵害时之请求权

当权利受侵害时, 其法律上之保护, 首先有除去及防止侵害请求权, 而后视情形, 可能有损害赔偿请求权及不当得利返还请求权。

鉴于一个人当然不得侵害他人之权利, 所以除去及防止侵害请求权不但原则上适用于各种权利,⁽⁴⁵⁾ 而且不以其侵害有可归责于加害人为要件。⁽⁴⁶⁾ 例如关于所有权及其他物权, 台湾地区“民法”第 767 条规定“所有人对于无权占有或侵夺其所有物者, 得请求返还之。对于妨害其所有权者, 得请求除去之。有妨害其所有权之虞者, 得请求防止之(第一项)。前项规定, 于所有权以外之物权, 准用之(第二项)。”关于占有, 第 962 条规定“占有人, 其占有被侵夺者, 得请求返还其占有物; 占有被妨害者, 得请求除去其妨害; 占有有被妨害之虞者, 得请求防止其妨害。”关于姓名权, 第 19 条前段规定“姓名权受侵害者, 得请求法院除去其侵害; ……”关于一般人格权, 第 18 条第 1 项规定“人格权受侵害时, 得请求法院除去其侵害; 有受侵害之虞时, 得请求防止之。”因此, 依台湾地区“民法”的规定, 人格权受侵害时, 其受侵害人之除去及防止侵害请求权有明文之规范基础。倒是其损害赔偿请求权及不当得利返还请求权尚存在一些问题。

权利受侵害时, 其权利人必须有侵权行为或危险责任之法律依据, 始得对于加害人请求损害赔偿。当中虽然台湾地区“民法”第 184 条第 1 项前段规定, “因故意或过失, 不法侵害他人之权利者, 负损害赔偿责任。”且人格权为法律所肯认之权利, 但因第 18 条第 2 项规定, 人格权受侵害时, 以法律有特别规定者为限, 得请求损害赔偿或慰抚金。所以, 因人格权受侵害, 而要请求财产上损害赔偿或慰抚金(非财产上损害赔偿), 在第 184 条第 1 项前段之外, 必须法律另有特别规定为其依据。在侵权行为法之人格权的保护, 上开规定采特别人格权主义。因此, 人格权之保护范围的扩张, 有赖于台湾地区“民法”第 192 – 195 条所列举之人格权种类的增列。或透过第 184 条第 1 项后段所为之法律补充。⁽⁴⁷⁾ 然关于其赔偿方法, 亦有应予限制的部分。例如台湾地区“司法院”‘98.04.03. 大法官释字第 656 号解释’: “‘民法’第一百九十五条第一项后段规定‘其名誉被侵害者, 并得请求回复名誉之适当处分。’所谓回复名誉之适当处分, 如属以判决命加害人公开道歉, 而未

(45) 债权虽为法律保护之权利, 但由于必须透过毁损债之有体标的或阻止债务人为劳务之给付, 始能妨碍他人债权之实现, 加损害于债权, 所以在第三人侵害债权之行为与债权之侵害结果间, 可能因欠缺直接性, 而不备故意、过失及因果关系之要件。此外, 在因竞买而使债权人不能实现其债权的情形, 虽备故意或过失及因果关系之要件, 但可能因肯认竞争之正当性, 而阻却违法, 以致不构成不法之侵权行为。例如台湾地区“民法”第 244 条第 3 项规定, 债务人之行为非以财产为标的, 或仅有害于以给付特定物为标的之债权人, 不适用前二项关于诈害债权之规定。从而债权人不得请求除去或防止其妨害, 或请求损害赔偿。

(46) 在德国, 对不法侵害他人之人格权之除去及防止侵害请求权或不作为请求权以德国民法第 1004 条第 1 项第一句之类推适用为依据(Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 8 Rn. 52, 54; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 13 Rn. 24; Jürgen Helle, Besondere Persönlichkeitsrecht im Privatrecht, 84 ff.)。

(47) 台湾地区“最高法院”“四十一年度台上字第 278 号民事判例”: “民法亲属编施行前之所谓夫权, 已为现行法所不采, 故与有夫之妇通奸者, 除应负刑事责任外, 固无所谓侵害他人之夫权。惟社会一般观念, 如明知为有夫之妇而与之通奸, 不得谓非有以违背善良风俗之方法, 加损害于他人之故意, 苛其夫确因此受有财产上或非财产上之损害, 依‘民法’第 184 条第 1 项后段, 自仍得请求赔偿。”台湾地区“最高法院”“十五年度台上字第 2053 号民事判例”同此见解。

涉及加害人自我羞辱等损及人性尊严之情事者，即未违背‘宪法’第二十三条比例原则，而不抵触‘宪法’对不表意自由之保障。”

特别人格权主义关于人格权之保护的限制并不及于他人因侵害人格权而取得利益时，人格权人对其享有之不当得利返还请求权。依不当得利之规定，其返还请求权之成立，固不以取得利益者，有可归责之事由或知无法律上原因为要件。但其对人格权之侵害，必须与该人格权配属于人格权人之利益相冲突，人格权人始得主张因该人格权之侵害，有配属于其人格权之利益移动至加害人，满足不当得利返还请求权在成立上关于有财产利益之移动的要件，构成侵入性之不当得利。⁽⁴⁸⁾ 侵害他人格权者，是否知其受领利益无法律上原因，与其应返还之利益的范围有关。不知者，其所受之利益已不存在者，免负返还或偿还价额之责任(台湾地区“民法”第182条第1项)；受领人于受领时，知无法律上之原因或其后知之者，应将受领时所得之利益，或知无法律上之原因时，所现存之利益，附加利息，一并偿还，如有损害，并应赔偿(第182条第2项)。

以上说明显示，关于人格权之保护的规定并不能全部集中于民事法或民事法中之一编。至少就与权利能力有关部分，应配置于民法总则；就其授权使用部分，应配置于债法中之合同；就其侵害有关部分，应配置于债法，且视情形，配置于侵权责任、不当得利、无因管理有关章节。至于当涉及政府机关对基本权利之限制或私人间关于其基本权利之冲突(例如个人隐私权与大众传播媒体之采访与报道自由)，应依“宪法”或经“宪法”授权制定之法律的规定。⁽⁴⁹⁾

(六) 知识产权之保护的规范配置问题

关于知识产权之完善的保护，类似于人格权，有跨部门法的态势。首先关于其发生，著作人原则上固于著作完成时享有著作权。但专利权及商标权皆须先依专利法或商标法践行一定之行政程序为申请核准或注册，始能取得。至其授权他人使用，在民事法上，视其关于对待给付(授权费用)之约定内容，可能该当于各种债务契约。当中权利的买卖或折价入股虽有该当之有名契约，但法律规定之内容远远不敷所需。至如约定为授权使用收益，不但民法并无权利租赁之有名契约(合同)，而且在非排他性之授权，可能形成相当复杂之平行授权的竞争关系及由之衍生的问题。其次，知识产权因具有独占性，随其市场地位的强弱，又可能引起竞争法上，关于市场地位之滥用的经济管制。有时甚至有强制授权的要求。是故，在债法上，要像物之租赁一样，对其预为规定，定为有名契约，不是一件容易的事。盖不但其可能该当者，不限于一个有名契约，且不易切合具体授权关系之规范需要。如真要对其预为制定有名契约(合同)，则一方面必须有数种有名契约(合同)供为

(48) Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 8 Rn. 57.

(49) 台湾地区“司法院”“释字第689号”：“……‘社会秩序维护法’第八十九条第二款规定，旨在保护个人之行动自由、免于身心伤害之身体权、及于公共场域中得合理期待不受侵扰之自由与个人资料自主权，而处罚无正当理由，且经劝阻后仍继续跟追之行为，与法律明确性原则尚无抵触。新闻采访者于有事实足认特定事件属大众所关切并具一定公益性之事务，而具有新闻价值，如须以跟追方式进行采访，其跟追倘依社会通念认非不能容忍者，即具正当理由，而不在首开规定处罚之列。于此范围内，首开规定纵有限制新闻采访行为，其限制并未过当而符合比例原则，与‘宪法’第十一条保障新闻采访自由及第十五条保障人民工作权之意旨尚无抵触。又系争规定以警察机关为裁罚机关，亦难谓与正当法律程序原则有违。”

选择,另一方面也只能就其民事关系加以规定,不能涉及竞争法上之管制项目。

(七) 民法总则与债法总则或合同法间的规范配置问题

就规范事项,在民法总则与债法总则或合同法间发生配置问题者,⁽⁵⁰⁾主要为(1)关于民事法之一般原则(基本规定或原则);(2)关于自然人之行为能力,《民法总则》第18—24条虽已有比较完整的规定,《合同法》第47条还是再为部分之重复或补充之规定;(3)法律行为中之契约及法律行为之代理(《民法总则》第170—172条及《合同法》第48—50条,关于无权代理及表见代理),关于权利之行使、自力救助、正当防卫及紧急避难(《民法总则》第181、182条及《侵权责任法》第30、31条)意思表示之瑕疵(错误、受诈欺或胁迫)要规定于民法总则或债法总则,委决不下时,便在民法总则与债法总则或合同法重复规定之。重复规定之缺点至少为繁复,例如关于意思表示之方式,民法总则(第135、137条)及合同法(第10、11、16条);意思表示之瑕疵,《民法总则》第147—150条及《合同法》第54条皆有规定:表意人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销;(4)关于承担责任的方式,《民法总则》第179条规定:(一)停止侵害;(二)排除妨碍;(三)消除危险;(四)返还财产;(五)恢复原状;(六)修理、重作、更换;(七)继续履行;(八)赔偿损失;(九)支付违约金;(十)消除影响、恢复名誉;(十一)赔礼道歉。”侵权责任法第15条之规定除将“(六)修理、重作、更换;(七)继续履行及(九)支付违约金”扣除外,其余内容相同。以上引述之规定的情形,显示为使与侵权责任法及合同法有关规定在体系上比较严整,有必要对必须配置于侵权责任法及合同法外之规范项目,妥予规划。由于已制颁之民法总则不容易吸纳这些必须在侵权责任法及合同法外规范之项目,特别是考虑到意定之债及法定之债在履行、移转、保全、多数债权人及多数债务人之共通的规范需要,制定债法总则可能是比较容易安排的方式。

四 结 论

为生活事实有规范上的需要,制定法律对之加以规范,以建立或维持所期待之法秩序。当现行法不能满足生活事实之规范需要时,便产生法院必须予以补充之法律漏洞。民法典中相关规定之发生与发展亦然。各个法律规定都有其要规范之生活事实,生活事实不同时,其规范需要亦可能不同,从而分别有其法律规定。假设不同之生活事实有相同之规范需要,则在该规范需要相同之基础上,为之产生之法律规定的内容便可能相同。是故,其相同并不足为奇。例如合同之债及侵权责任中存在之生活事实虽然不同,但引起的

(50) 关于民法总则与合同法或侵权责任法间之规范重复或配置的问题的意见,参见王利明《民法分则合同编立法研究》,《中国法学》2017年第2期,第25—28页;杨立新《民法总则新规对编修民法分则各编的影响》,《河南财经政法大学学报》第2017年第5期,第6—8页。他亦认为应避免民法总则与合同法规定间之重复与冲突,“《民法总则》第一百四十七条至第一百五十一条规定的民事法律行为,只规定了撤销权,没有规定变更权。对此,合同编不得再规定民事法律行为的可变更权。”以消除其间之冲突。另他尚有关于不可抗力、正当防卫及紧急避险究竟应规定于民法总则或侵权责任法的讨论,认为“紧急避险和正当防卫还是应当规定在侵权责任编中,不可抗力则可规定在民法总则中。”该见解与德国民法第227—231条及台湾地区“民法”第149—150条,将之规定于民法总则的配置不同。

规范需要 ,可能相同。

二件事务可能在不同之逻辑层次加以比较 ,从而在不同层次 ,有不同之判断。例如契约之债与侵权责任之债 ,其发生原因虽然不同 ,然在其发生后之发展有关事项 ,有可能因其皆是债的关系 ,而有相同的规范需要 ,例如关于其债之保全、清偿、债权之移转、债务之承担、债之担保或关于多数债权人或债务人的规范 ,不一定必须区别其究为约定之债或法定之债。然关于解除 则必须是契约之债始有解除的问题。此外 ,也必须是继续性契约 ,始有终止的问题。另虽然同样是契约之债 ,其解除或终止的规定 ,亦不必皆同。例如关于童工契约之解除或终止与非童工契约之解除或终止的规定 ,便应该不同 ,以避免保护童工之规定的适用结果 ,反而不利于童工。⁽⁵¹⁾ 是故 ,债法总则之规定得否适用于一切债务关系 ,与是否有制定债法总则之正当理由 ,不是一个相干的论点。⁽⁵²⁾ 有无适用性 ,取决于所涉生活事实 ,是否该当于预设之构成要件。至于该构成要件 ,是否应配置于债法总则 ,要看该规定在民法典之外在体系或内在体系上的地位。例如关于契约之缔结的规定 ,对于各种有名契约具有共通性 ,适合配置于债法总则(台湾地区“民法”第 153 – 166 条的规范模式)。另因契约关系亦可能涉及物权、亲属及继承关系 ,所以可认为应配置于民法总则 (德国民法第 145 – 157 条的规范模式)。关于源自契约之债务关系 ,德国民法另于第 311 – 360 条详为规定。

民法典的制定是一件大工程。为求其在表现自己国情或文化特色的同时 ,也能与其他进步立法例契合 ,以吸纳各方知识与经验 ,其规划在系统上除应取向于事务特征及相关价值原则外 ,并应力求简约流畅 ,俾有助于将来吸收他人之长 ,并对外拓展自己行之有效的经验。民法典之重点规范项目中 物权、亲属及继承具有比较多之本土特色 ,所以其比较法上考虑的重要性较低; 而民法总则 因为是民事法之基础; 债法 因为是所有民事法之动态运转的枢纽 在国际经贸来往上特别具有重要性 ,必须妥为规划 ,以兼顾本土及国际化上的规范需要。

民法典因为要管尽天下民生活动 ,内容繁多 ,如不对之预为系统化的规划 ,会因多而趋于杂 ,容易引起漏洞及规范冲突。是故 ,如何归纳发现其中之共相与殊相 ,以建立其价值逻辑体系 ,极为重要。其建制方法为: 取向于所要实现之规范价值 ,取舍拟规范之事项的特征 ,建构概念、类型及体系。⁽⁵³⁾

关于民法总则与债法总则之编纂 ,有几个重要项目必须在其间配置:(1) 可能适用于全部民事关系之事项 ,例如权利主体、权利客体、意思表示及契约之缔结、条件及期限、消

(51) 关于童工 德国民事法之实务 ,发展出事实上契约说 ,规定童工契约本来虽应自始无效 ,但为保护童工 ,认为童工契约如有履行 ,则在其履行之限度 ,该契约违反强制规定之瑕疵 ,获得救赎 ,视为有效。请参考 Lorenz/Wolf , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts ,9. Aufl. , München 2004 ,§ 44 ,9ff. ; Soergel-Heinrich Lange/Hefermehl , Kommentar zum BGB ,11. Aufl. , Stuttgart 1978 ,Rz. 86. Vor § 145.

(52) 有学者认为 要求债法总则对具体的债必须完全适用才有存在价值的见解是极不可取的。参见柳经纬 《关于如何看待债法总则对各具体债适用的问题》 ,《河南省政法管理干部学院学报》2007 年第 5 期 ,第 88 页。

(53) 关于如何编纂民法典及债法总则 大陆学者及相关机关投入巨大的科研能量于反省与展望。参见崔建远 《检讨中国债法的现状与未来》 ,《法律科学》2013 年第 1 期 ,第 135 页以下; 王竹 《民法典起草实用主义思路下的“债法总则”立法模式研究》 ,《四川大学学报(哲学社会科学版) 》2012 年第 3 期 ,第 121 页以下; 薛军 《中国民法典编纂: 观念、愿景与思路》 ,《中国法学》2015 年第 4 期 ,第 41 页以下。

灭时效、权利滥用、自力救助等，应依序配置于民法总则规定之；（2）代理因与民事法各编皆有关连，所以亦宜配置于民法总则；（3）关于契约之债的履行及不履行，含双务契约、契约之结合、撤回、解除、终止、定金及违约金等应配置于债法总则中契约项下；（4）债之发生原因，虽有以法律行为（契约）或以法律为其规范基础的不同，但因其相同的存在于发生的层次，皆是债之发生原因，所以适合规定在债法总则中之债之发生原因，以纯化债法分则所规定的事项，使基本上限于意定之债的给付与对待给付等关于各有名契约（合同）具有类型特征之债权、债务的内容及其专属之行使或发展有关事项。在这一点，在民国时期所制定，适用于台湾之民法是有创意的；（5）债之一般内容（标的）、债之保全、债之消灭、债权之流转及债务承担、多数债权人及多数债务人等事项，对于各种约定之债及法定之债皆有关连，所以应配置于债法总则，以普遍适用于约定之债及法定之债。就约定之债及法定之债，如分别以其代表之发生原因的类型，制定专法，亦即制定合同法及侵权责任法，以规范其主要类型，则会面临就前开事项，必须在合同法及侵权责任法重复规定的需要。

[Abstract] In the compilation of Chinese Civil Code , matters to be regulated by rules of obligation law can be classified into three parts: definitions , causes and development of different kinds of debt. Both contractual and statutory debts involve the above three categories of matters. Definitions of different kinds of debt should be provided in the specific part of the obligation law , so as to reduce repetitive provisions and avoid conflicts of rules. The causes of contractual debts , which have the common feature of being based on contract , should also be provided for in the general part of the obligation law. If all kinds of causes of debts are to be provided for together , the causes of statutory debts should also be provided for in the general part of the obligation law. The various matters that involve the integration of contract law and tort law belong to the part of causes of obligation. Whether they are to be provided for in general or specific parts of the obligation law ,they must be provided for separated. Therefore ,development of different kinds of debt is the part that truly involves the integration of contract law and tort law. The question is whether this part is worth being provided for repeatedly in both contract law and tort law.

（责任编辑：姚佳）