目　录

1. 马　洪：绿色原则何以入民法典 3

2. 王文胜：论民法典立法讨论中不同类型问题的轻重缓急 21

3. 王　竹：《民法典·侵权责任编》的编纂背景与结构调整 37

4. 龙　俊：论意思表示错误的理论构造 58

5. 冯洁语：论法定条件的教义学构造 74

6. 李中原：无因管理的理论构造与中国的制度选择 88

7. 汪渊智：论代理权滥用之禁止 104

8. 杨代雄：《民法总则》中的代理制度评析 115

9. 李建星：《民总》第 171 条第 3 款的界定与补全 128

10. 娄爱华：再论不当得利一般条款置于民法总则 136

11. 朱　虎：诉讼时效制度的现代更新 142

12. 姜海峰：论诉讼时效适用的例外——《民法总则》第一百九十六条释论 165

13. 徐铁英：人体组织与民法总则:一个立法不应回避的问题 173

14. 管洪彦：农村集体经济组织法人立法的现实基础与未来思路 180

15. 纪海龙：民法典编纂背景下商事规则的连结点 190

16. 曾品杰：中国大陆民法总则初探兼论民事法律行为之规范 202

17. 胡东海：民事证明责任基本规则的解释方法 215

18. 金可可：《民法总则》与法律行为成立之一般形式拘束力 224

19. 李　宇：新桃换旧符:民法总则上的恶意串通行为无效规范 234

20. 朱奕奕：《民法总则》中见义勇为条款之解读——以第 184 条为分析对象 244

21. 朱晓喆：诉讼时效制度的价值基础与规范表达《民法总则》第九章评释 253

22. 朱晓喆：以公告作出的意思表示——《民法总则》第 139 条之检讨 288

23. 班天可：电子商务合同的要物化现象 292

绿色原则何以入民法典？

上海财经大学法学院、上海财经大学浙江学院　马　洪

[摘要] 绿色原则作为现代环境资源法（社会法范畴）的基本原则，能否成为民法基本原则，涉及两个问题。一是从广义上，社会法应否和能否纳入民法问题；二是在民法分则中能否设计出实现绿色原则的具体制度，从而使绿色原则的确立，与通过提取公因式的方法、归纳抽象基本原则的民法技术相协调。通过考察民法的解法典化与再法典化历程可以发现，民法的再法典化主要表现为民法对社会法的改造与吸收。通过对环境资源法的生产者延伸责任制度的分析可以发现，对该制度进行民法改造，完全可以设计为民法制度。因此，民法确立绿色原则为基本原则，在理论上当无问题。

目录

一、民法总则绿色原则确立的过程及争议

（一）绿色原则确立的过程

（二）绿色原则的争议

（三）绿色原则确立需要解决的问题

二、民法解法典化与再法典化的启示：社会法纳入民法问题

（一）民法解法典化与社会法的兴起

（二）民法再法典化对社会法的吸收

（三）民法吸收社会法的解读

三、绿色原则在民法中的具体制度设计问题

——以生产者延伸责任的民法设计为例

（一）绿色原则的初步立法探索

（二）环境资源法中的生产者延伸责任及立法体系

（三）生产者延伸责任的民法设计

四、结论

《民法总则》第九条规定：民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。该规定标志着绿色原则纳入民法。

绿色原则系现代环境资源法的基本原则，环境资源法则属于社会法范畴。该原则在我国民法总则中作为民法基本原则的确立，无疑是民法典编纂中的最新现象。

一、民法总则绿色原则确立的过程及争议

（一）绿色原则确立的过程

绿色原则在《民法总则》草案审议过程中，几经变化。《民法总则（草案）》一次审议稿中，在第一章基本原则中将其表述为："民事主体从事民事活动，应当保护环境、节约资源，促进人与自然和谐发展。"同时，在第八章民事责任章节将"恢复原状、修复生态环境"列入承担民事责任的主要方式。二次审议稿中，在第一章基本原则中表述为："民事主体从事民事活动，应当保护生态环境、节约资源，促进人与自然和谐发展。"多了"生态"二字。同时，在第八章民事责任章节将"恢复原状"列为承担民事责任的主要方式，删除了"修复生态环境"。三次审议稿则将该条款从基本原则中移除，放置到民事权利章节，表述为"民事主体行使民事权利，应当节约资源、保护生态环境；弘扬中华优秀文化，践行社会主义核心价值观"。在全国人大审议稿中，又将"绿色"条款从"民事权利"章节移回"基本原则"章节，重新表述为："民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境"。"恢复原状"没变。以此获得通过。

（二）绿色原则的争议

对于绿色原则的确立，《民法总则》起草及审议、通过前后，均有不同观点。秦天宝认为，"绿色原则与绿色发展的理念一脉相承，既体现了中国天人合一的传统理念，也符合国际上可持续发展的时代精神。"[1]杨朝霞认为，"绿色原则的规定对民事主体从事民事活动增加了环境资源保护的外在约束，是推进生态文明法治建设的内在要求，是民法典生态化或绿色化的重大成果。"[2]王雷认为："将绿色原则确立为民法的一项基本原则，体现了人与自然和谐发展的传统文化思想，也因应了绿色发展理念。……有助于突出绿色原则作为民法典的基本价值取向，更为全面体现绿色原则在民事主体行使民事权利、履行民事义务和承担民事责任等民事活动各领域的引导和规范作用，是我国民法典回应21世纪资源和生态环境日益恶化这一时代特征的重要立法举措，也是对传统民法基本原则体系的重要创新。"[3]全国人大常委会副委员长李建国在十二届全国人大五次会议上作关于民法总则草案的说明针对绿色原则时强调："需要指出的是，将绿色原则确立为基本原则，规定民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境，这样规定，既传承了天地人和、人与自然和谐共生的我国优秀传统文化理念，又体现了党的十八大以来的新发展理念，与我国是人口大国、需要长期处理好人与资源生态的矛盾这样一个国情相适应。"[4]

与之相反，有专家认为完全应该在民法总则中去掉绿色原则，理由是这不是一个民事法律行为的原则。民法处理的是平等主体之间的关系，绿色原则处理的是个人与社会之间的关系。并建言环保法之类的法律可以限制公民此类行为，并担忧民法总则规定了，分则中怎么体现。例如全国人大代表吴青在民法总则研讨会上建言删除该原则。吴青表示，民法典的"绿色化"是促进人与自然和谐共处、实现代际公平的重要举措，但是要把握好公法与私法的关系，把握好民法规则"绿色化"拓展的尺度与方式。她认为从法律事务的角度看，绿色原则放在基本原则里很可能带来一系列的民事法律纠纷，给企业界及经济生活带来不确定性。[5]王明远认为，环境问题产生的经济根源是市场失灵，这恰说明了民法原有的理念机制和制度设计在环境保护方面存在重大缺陷，需要政府公权力介入，其制度工具就是环境行政法、环境经济法和环境刑法。[6]

综上所述，对民法总则确立绿色原则持肯定意见的观点，主要认为该原则体现了人与自然和谐发展的传统文化思想，符合国际上可持续发展的时代精神。而持否定意见的观点，主要强调民法处理的是平等主体之间的关系，绿色原则处理的是个人与社会之间的关系，因而该原则不属于民法原则。

（三）绿色原则确立需要解决的问题

在此，需要解决的问题是，绿色原则作为现代环境资源法（社会法范畴）的基本原则，能否成为民法基本原则？而民法基本原则，是通过提取公因式的方法，把分则各个部分共同适用的规则集中起来，予以归纳抽象而成。因此，绿色原则能否成为民法基本原则问题，具体又可表述为，在民法分则中能否设计出实现绿色原则的具体制度？

二、民法解法典化与再法典化的启示：社会法纳入民法问题

（一）民法解法典化与社会法的兴起

民法是近代的产物。民法所设计的主体，是独立、平等的个人。民法所调整的社会关系，是特定人与特定人之间的关系。民法所调整的社会关系的平等性和特定性，决定了民法实现机制的自发性。民法调整的社会关系的平等性，民事责任实现机制的这种自发性，使民法成为近代以来整个法律体系中最基础的、也是最富有效益的法律部门。在欧陆整个近代史上，民法作为全社会的根本大法，得心应手地规范着整个经济社会的基本秩序和基本关系。

但是，自近代工业革命兴起至20世纪中叶，经济增长（或者利润率增长）为社会唯一目标。一方面，高开采、高消耗、高排放以及稍后的高消费成为普遍的经济发展方式，从而使环境污染与资源浪费问题愈演愈烈；另一方面，自由竞争、优胜劣汰的经济社会秩序，使贫富差距日益增大、社会冲突日益增多；科技的发展、生产活动和市场交换的深化，使消费者与生产者的在现实交易中的地位日益悬殊，消费者遭遇的不平等对待日益严重。同时，经济和科技的发展也使高度危险事业增多，社会风险增大。

而基于传统民法所调整的社会关系的平等性和特定性，对经济社会发展中出现的上述新问题缺乏相应的调控措施。民法在本质上只能是调整特定私人之间关系的。自由合同制度无法解决“外部性”问题，传统的民法物权体系（英美法中相应的财产法体系）无法涵盖最主要的环境要素（自然资源、空气、水域等），侵权法只能就特定的人对特定的人所施加的确定性侵害给予救济（包括适合此条件的环境侵权损害赔偿），而在或者加害人不特定、或者受害人不特定、或者加害行为及后果具有连续性或不确定性的场合，无论是适用过错责任还是适用严格责任，都难以调控。

也正是在此前提下，西方国家政府干预经济活动开始成为常态，传统法律体系中所罕见的社会性的立法，也开始大规模出现。这就改变了近代经济、社会关系由民法统一调整的格局。在欧洲大陆完成了法典化进程的国家中，随着特别法的增多，开始出现了后来颁布的特别法逐渐侵占民法典的领域、逐渐消解民法典的功能的现象，该现象即那塔利诺．伊尔蒂所称的解法典化：“现在民法典已经受到特别法的冲击，后者从民法典中夺去一些制度与一些类型的法律关系而加以

调整，或者对那些在现实的经济生活中刚刚出现的现象进行规范。从第二次世界大战以来的历史，将被称为一个‘解法典化的时代’：一个特别法日常性地深入地扩展自己的领域的时代。”[7]

并且，从法理上看，特别法应该是作为对法典法的原则的例外或纯粹的展开而出现的，但这里所说的特别法则不同，“这些法律虽然仍然被习惯性地称为‘特别的’法，但是它所规范的整个事项以及法律规范团，逐渐逸出了民法典的体制，构成具有自己的逻辑体系的‘法律规范的微型体系’”。[8] 随着这些特别法的不断侵蚀，“民法典虽然仍然调整一些最为广泛的类型（也就是缺乏个性因素与特征的类型），因此理论上仍然是一般性的，但是在具体的实践中却降到剩余法的地位。真正具有一般性的是作为例外或特别情况而产生的法律，它逐渐获得广泛的规范承受对象，并且遵从自己的自主逻辑。”[9]根据那塔利诺．伊尔蒂的推演，随着特别法对民法典的不断侵蚀，民法典的剩余法的地位都将不保，残留在民法典中尚可以得到具体实施的规则都被特别法具体化，最终为特别法的规范所取代。

那塔利诺．伊尔蒂对于完成了民法法典化进程的国家的民法在二十世纪以来的变化，概括与分析都非常精准。只是对其结论以及关于民法典命运的判断，学界不无争议。

根据张礼洪的概括，对那塔利诺．伊尔蒂推演结论持反对的主要观点是：“（1）民法法典化是民法现象发展的必然产物和最高表现形式。不断颁布的大量特别法和包括的司法判例对民法典的冲击，都可以通过对民法典的修改来完成。欧洲民法典的现状不是民法典分解，而是民法典重新制定（ricodification）。不定期、经常性修改民法典，颁布特别法，并不意味民法典由于特别法和司法判例的膨胀而解体。（2）在大陆法国家，民法法典化是保障民事法律确定性的唯一手段。这是因为在大陆法系国家实行成文法传统，法官无通过判例造法的权力。因此，民法典在私法体系中的核心地位没有被动摇。（3）还有人认为，如果不维护民法典的现有状况，任意让民法典走向分解，将导致私法的根本理念，如私人所有权不可侵犯和合同自由等的消失，这是违反历史潮流的。”[10]

上述反对意见中，观点一是个事实判断问题，观点二是个大陆法系成文法的技术规则问题，观点三则是一个价值判断问题。以技术规则和价值判断来反驳民

法典的必将解体的推论，并无足够的说服力。因为法律上的任何技术规则或者价值判断都是历史的产物，只要社会现实条件的变化提供足够的驱动力，技术规则也好，价值判断也好，都会或迟或早随之而发生变化。因此，在诸多反对意见中，我们应该重视的是事实判断问题。只要能找到“不断颁布的大量特别法和包括的司法判例对民法典的冲击，都可以通过对民法典的修改来完成”的事实，或者找到“欧洲民法典的现状不是民法典分解，而是民法典重新制定”的事实，该观点即可成立。

上世纪，在一些已经完成了民法法典化进程的国家，既出现了对法典进行修订和补充的情况，也出现了重新制定新法典以取代旧法典的情况。包括法国、德国、瑞士、比利时、西班牙等国，都分别对其民法典中有关家庭法、财产法以及个人权利等规定的内容进行了修改和补充。而重新制定新法典以取代旧法典的国家，包括意大利（1942年重新制定民法典）、葡萄牙（1966年重新制定民法典）、荷兰（1990年重新制定民法典）等。但是一般认为，这些法典的修改或重新制定，尽管吸收了一些特别法和司法判例，但被吸收的特别法和司法判例大多属于法典法的原则的例外或纯粹的展开。也就是说，这些法典的修改或重新制定，并未对民法的传统理论或制度形成冲击。同样，在法典修改或重新制定前，这些在法典外发展起来的特别法和司法判例，也未对民法典的核心地位构成侵蚀。

但是在本世纪初德国民法典的修改及其成果《债法现代化法》在2002年1月1日的施行，则可以说是民法界发生的最为重大的事件。正如德国哥廷根大学教授克里斯蒂阿妮·文德浩所言：“随着2002年1月1日德国《债法现代化法》的施行，《德国民法典》经历了自1900年生效以来最为深刻的一次变革。这一次变革并非体现在变动的数量上，对德国日常生活关系也变不上有什么重大意义……。与这些改革不同的是，债法的现代化摇动了德国民法的教条理论大厦，震撼了那些最为直接地继受于罗马法的教义。”[11] 尽管引发这次变革的直接动因是1999年欧盟《消费品买卖指令》，该指令中的规定必须在2002年1月1日前转换成国内法。但是，这种几乎是重新创设德国民法基础的工作，事实上经过了近三十年漫长的研讨与准备过程。德国债法的这次修改主要涉及消灭时效、给付障碍制度、买卖合同和承揽合同这四大领域。基于本文主旨，这里主要探讨的是本次修改中，将相关社会法（以消费者保护的特别法为例）纳入民法典的问题。

（二）民法再法典化对社会法的吸收

我们知道，在充分竞争和信息完全的市场条件下，经营者与消费者之间的关系完全可以通过形式上平等、自由的传统民法规范（主要是合同法）予以圆满调整。但是，现实生活中充分竞争和信息完全的市场条件并不存在。随着经济、科技、专业化分工的发展和生产经营的复杂化，消费者与经营者对于相关产品和服务的信息掌握会极度失衡，消费者的判断能力、识别能力客观上日益丧失。加之消费者在经济实力上，在寻求救济的途径上，地位也远远不及经营者。因此，消费者作为个体，其弱势地位是不可能在形式平等的传统民法中，得到真正平等保护的。同时，由于消费者的需求纷然杂陈、众口不一，消费者的构成更是复杂而庞大，囊括了全社会的所有各色人众，难以像劳工或者某个职业群体那样以阶级、职业为纽带形成紧密的利益团体，以与生产者抗衡。因此，即使是在社会组织蓬勃发展的现代，消费者也无法以群体的力量，通过形式平等的传统民法得到真正平等的保护。这正是消费者运动兴起的原因，也是各国立法先后将消费者作为特殊主体予以特殊保护的原因。

将消费者作为特殊主体予以特殊保护，也就是对经营者作为特殊主体予以特殊限制，这与传统民法的形式上的平等、自由原则相背离。在这种法律的规范之下，正如那塔利诺·伊尔蒂所言，“经济与法制秩序不再产生于私人创业的自由博弈，而是产生于——可以这么说——法律的规划和事先设计。”[12] 由于这种法律调整的仍是传统的合同关系，但秉承的原则与传统民法相悖，因此它的出现，肯定就成为对民法典的侵蚀，并且也只能存在于传统民法之外。这里以德国消费者保护立法的历史来说明。德国1894年的《分期付款买卖法》被认为是世界上第一部具有消费者保护性质的法律，该法第1条和第5条中关于法官可以对合同内容进行控制的规定，被视为第一个对程序私法自治原则的突破。[13] 20世纪中叶随着消费社会的形成和消费者运动的高涨，德国联邦政府通过两个“消费者保护政策报告”，“明确了其对消费者保护的态度，即：消费者相对于经营者，处于弱者地位，其合同自由可能受到侵害，因此需要通过国家的手段予以修正。”[14] 《分期付款买卖法》在1974年修订，主要是引进了消费者撤回权制度，并于1976年颁布《一般交易条款规制法》。此后，欧盟法开始介入德国消费者立法，作为对欧盟相关消费者指令的转换，1990年以后由《消费者信贷法》取代《分期付款买卖法》，

并先后颁布了《房门口交易撤回法》、《远程销售法》和《部分时间居住权法》等。至此，消费者立法在德国始终作为特别法存在于民法典之外。大陆法系的其他国家消费者立法的情形与德国基本相当，只不过有的国家（例如法国）是将消费者保护法集中制定为单独的法典。

德国2002债法改革的重大意义在于，将保护消费者的一系列单行法规，系统化地全部整合到民法典中。具体来说，《一般交易条款规制法》成为《德国民法典》第305条至第310条内容，《消费者信贷法》成为《德国民法典》第491条以下和第499条至第505条内容，《房门口交易撤回法》成为《德国民法典》第312条至第312a条内容，《远程销售法》成为《德国民法典》第312b条至第312d条内容，《部分时间居住权法》成为《德国民法典》第481条至第487条内容。

（三）民法吸收社会法的解读

对于德国将消费者保护法纳入民法典的举措，不乏反对声音。据说就在德国法学会暨德国司法部现代债法改革委员会2001年3月28日于柏林召开《德国民法典》改革特别大会的大约两个星期后，德国208名讲授商法学的教授联名上书司法部提出异议。[15] 异议的核心在于，消费者保护法与传统民法有本质区别，让这两种具有本质区别的法律规范调整同一对象，势必出现体系混乱。所谓体系上的混乱，其要义仍在于认为消费者保护法与传统民法的合同自由原则、私法自治理念相背离。因为，一方面它确认了诸如消费者、经营者这种特殊主体，从而打破了传统民法的统一的、抽象的主体制度；另一方面，它通过国家对合同行为的规制，给予消费者以特殊保护，给予经营者以特殊限制。并且这些特殊保护或者特殊限制均由法律直接规定，合同中是否约定或者当事人是否放弃，在所不论。从而打破了传统民法的形式上的平等、自由的行为制度。在我国，对于德国将消费者保护法纳入民法典的举措反对最力者为许浩明教授，他在《〈德国民法典〉改革的反思及其对于中国民法典立法的借鉴作用》一文中详细论证了现代意义上的消费者保护法与传统民法的主要区别和本质区别，认为德国的做法是理论上的重大失误。[16] 可见，反对者所持立场仍是基于传统民法的理念与原则恒定不变的前提下。

但是，从二十世纪以来民法本位的社会化发展来看，德国民法典的这次重大修改，未尝不是德国民法典的一次现代化，正如本次改革成果命名为《债法现代

化法》那样。西方社会从自由竞争走向国家干预，二战以来更是纷纷向福利国家转型。在这一过程中，社会政策目标和立法目的均已发生了深刻变化。尊重人权、保护弱势群体和实现实质性的社会平等与社会公正，既是现代社会的基本政策，也是现代政府的基本主张。作为近代统一规范市民社会关系，具有社会基本法地位的民法典，要从近代走向现代，对此就不可能不予以反映和体现，并形成制度化的设计。

对于德国民法典将消费者保护法的吸收，以及对于德国民法典的法典化、解法典化、再法典化的过程，我国学者张学哲先生有极为精彩的总结。他指出："纵观德国消费者法的发展进程，可以得出结论，德国私法的立法规律，基本上符合诺尔（Peter Noll）的立法规律观察，即成文法的发展，是遵循着法典化——非法典化——重新法典化的节奏进行的。《德国民法典》历史上的制定人在一部民法典中对所有私法制度进行永久性规范的努力，被一系列私法特别法证明是徒劳的。事实上，在一部法典形成、法典化时代结束之后，就会随之开始一个非法典化时代。在这一时代，随着新的价值观的形成和立法目的的变化，现实中出现的具体问题，都首先通过单行立法得以解决。这样，就会产生很多单行法或法官造法。这些单行法与原有的法典在时间上并存，适用上相互补充，形成一个灵活的'混合法'体系。随着单行法范围的扩大、内容的深入以及数目的增多，成文法体系需要得到新的统一。这样，在第二个阶段产生的单行法，又会在新的法典化时代，被纳入法典体系之中。今天，德国私法体系及其代表——《德国民法典》——正处于第三个阶段，即立法者努力根据新的社会理念和立法需求，调整和修正私法体系原有的系统和原则，并将在过去的100多年中产生的单行法、法官造法以及被学界广泛接受的学说，系统融入民法典体系之中。在这个过程中最具代表性的表现，就是消费者私法被脱去特别私法的外衣，而被纳入一般私法体系之中。"[17]

考察德国民法典的解法典化与再法典化过程，甚至于考察德国2002年的债法改革本身，均非本文的目的。而是说，作为民法典的解法典化与再法典化过程，德国2002年的债法改革显示出一个重要信息：如果德国本次债法改革的成果经实践证明是成功的话，那么就可以证明，原本属于二十世纪的新的重要法律现象的各种社会性立法（例如消费者保护法等），一方面，它们的出现是传统民法的解

法典化，另一方面，经民法的现代化改造，它们中的有些立法完全可以纳入到现代的民法典之中。如果我们由消费者保护法推而广之，以德国本次债法改革的理论、方法为视角，那么许多社会性立法都存在着纳入现代民法典的可能性。

社会性立法存在的最大的问题，就是法的实现机制问题。因此，这里所要强调的是，在将社会性立法纳入民法典的问题上，有没有传统式的民法典并不重要，重要的是能否让这些社会性立法成为民法的一部分，从而将其规范的社会关系纳入民法调整。

如果将相关社会性立法纳入民法，成为民法一部分，将其规范的社会关系纳入民法调整，就能借助民法的实现机制，使社会性立法的目标顺利实现。这一点在我国特别有意义。

同时应该注意的是，社会性立法毕竟有别于民法，并非所有的社会性立法都能纳入民法。同时，有些社会性立法已经具有自身独特的高效的实现机制，也就完全没有必要纳入民法。如果不明确认识这一点，硬性将所有社会性立法纳入民法，其结果不仅是社会性立法无法正常实施，并且传统民法的高效的、具体自发性的法律实现机制也将会破坏殆尽。因为对民法无论进行何种现代化改造，其本质上都只能是调整特定人与特定人之间的社会关系。衡量相关社会性立法能否纳入民法，关键在于看它所调整的社会关系，是否属于特定人与特定人的关系，或者是否能够转化为特定人与特定人的关系。以此为原则，消费者保护法、劳动合同法等纳入现代民法并无多大问题，因为它们均属于特定人与特定人的关系（消费者与经营者、劳动者与雇用者）。但是反垄断法、环境资源法等能否纳入民法，在多大程度上或者其中有多少内容能纳入民法，将是值得考虑的问题。

因我国民法总则已将绿色原则确立为基本原则，这里要重点分析的是，民法分则中能否设计出实现绿色原则的具体制度。从而使绿色原则，真正成为民法的基本原则。

三、绿色原则在民法中的具体制度设计问题

——以生产者延伸责任的民法设计为例

（一）绿色原则的初步立法探索

面对现代社会资源与环境的危机，已有学者主张将属于公共物品的环境与资源纳入民法调整的范畴，也有学者进行了初步的立法探索。其中最具代表性的就是徐国栋教授主持起草的《绿色民法典草案》及其关于对该草案的“绿色”含义的说明。但是这些探索更多的是立足于生态主义角度，而明确从建构生产者延伸责任的民法调整角度的研究，鲜为人见。

例如《绿色民法典草案》第九条规定了“绿色原则”，即“当事人进行民事活动，应遵循节约资源、保护环境、尊重其他动物之权利的原则。”[18] 徐国栋教授在《绿色民法典草案》序言中指出；“在这里，‘绿色’就是人与资源的平衡的意思，是对人类与其他生灵的和平共处关系的描述，是对人的谦卑地位的表达。”[19] 此后徐国栋教授对此进一步解释道：“事实上，民法调整对象中就埋伏着绿色问题。我们知道，民法调整平等主体间的人身关系和财产关系。人身关系解决人类社会的自组织问题；财产关系解决人与资源的关系问题。财货短少而欲求它们的主体多，胃口大，由此引起了人与资源关系的高度紧张，是人类社会至今未摆脱的困境。民法调整对象的‘人’和‘财’两个要素的对立就是对这种困境的反映，民法就是为了消解此等困境而存在的。如果民法以自己的各种制度缓解了两大要素间的紧张，我们就可以说这样的民法是‘绿色的’。相反的民法可以被描述为‘黄色的’。此处的‘黄’并非‘色情’的含义，而是植被遭破坏后，黄土地被迫露出其原貌，任凭狂风殴打意义上的‘黄’。……‘绿色’不过是生态主义的代名词；作为绿色观念的相对观念存在的‘黄色’，不过是反生态主义的代名词。至此，我们可以把‘绿色民法典’诠释为‘生态主义的民法典’，它以悲观主义的人类未来论为基础，承认资源耗尽的必然性和一定的可避免性，基于此种确信禁止和限制人类对资源的浪费性使用，从而维持人类的可持续生存。”[20]

生态主义是一个抽象概念，它所涵盖的利益关系十分模糊、复杂，其利益者不仅包括人，还包括动物、植物甚至一切生物。其中还存在着代际利益关系的问题。而各利益者的利益内容则更为纷繁复杂。如果不能将抽象的生态主义所涵盖的纷繁、模糊的利益关系加以条分缕析，进而特定化，这对于以调整特定人与特定人关系见长的民法而言，事实上是无法进行制度化设计的。从《绿色民法典草案》的条文以及徐国栋教授本人的概括[21] 来看，能够体现“绿色原则”的可操作性的具体制度设计并不多，而且也不系统，与二十世纪末以来出现的诸多民法典

相比，这些条款的突破性意义并不明显。

现代环境资源法涵盖诸多内容，已然成为一个庞大体系。如此之多的内容纳入民法典，绝非可能。但是并不妨碍我们将环境资源法中，利益关系明确清晰的领域或制度，通过法技术改造，纳入民法中。这其中最为可能的，就是现代环境资源法中的生产者延伸责任制度。

（二）环境资源法中的生产者延伸责任及立法体系

生产者延伸责任（Extended Producer Responsibility，EPR）概念，系瑞典隆德大学（Lund University）的托马斯·林赫斯特（Thomas Lindhqvist）教授在1988年给瑞典环境署提交的一份报告中首次提出，并在1992年由其倡议组织的专家研讨会上进行了系统阐述。[22]托马斯·林赫斯特（Thomas Lindhqvist）教授在其与Chris van Rossem、Naoko atojo合著的《Extended Producer Responsibility: An examination of its on innovation and greening products》（托马斯·林赫斯特在署名中排名第三）报告中指出："'生产者延伸责任'一词，以及该词的含义——预防性的环境保护策略，是由托马斯·林赫斯特在1990年给瑞典环境与自然资源署提交的报告中首次使用和定义的"。[23]他认为，生产者对其产品的责任应该延伸。具体来说，生产者应就其产品从设计、生产到消费终结的整个生命周期中对环境的影响负责，特别是应对产品的回收（take-back）、循环利用（recycling）与最终处理（disposal）承担责任。该思路最早在1975年瑞典政府关于废弃物循环利用和管理的议案中已有明确反映。该议案提出，"以合适的方式管理生产过程中产生出来的废弃物的责任，从环境保护和资源节约的观点来看，应当主要由生产者承担。在生产开始之前，应当弄清楚废弃物（是生产过程的结果）应当怎样处理，以及当产品被丢弃之后应当怎样管理。"[24] 也就是说，生产者除承担传统经济、行政法上的产品质量责任、民商法上的侵权责任（包括环境侵权责任）外，为了环境保护和节约资源，其责任还必须延伸至产品的原材料的选用、产品设计、产品生产、回收、循环利用与最终处理阶段。将其中传统上许多主要由政府承担的责任，转为生产者的责任。

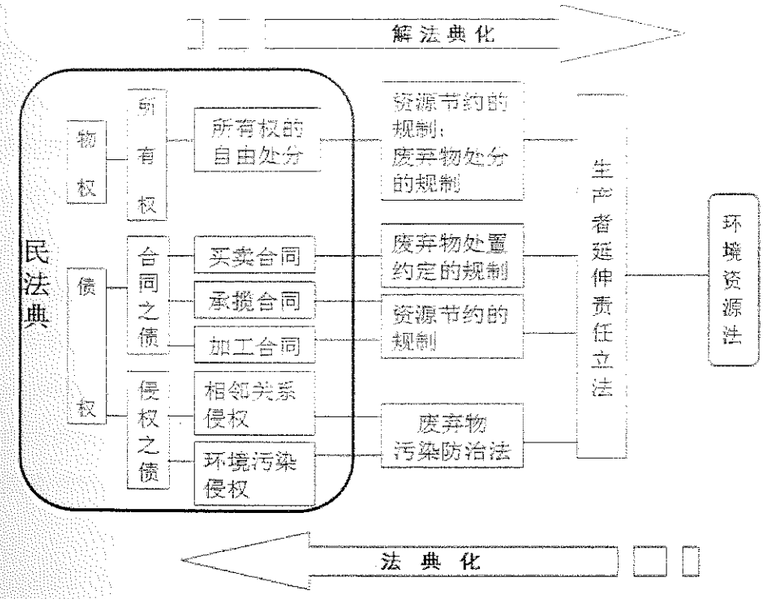
生产者延伸责任在许多国家的环境资源法中已然形成完整体系。例如德国生产者延伸责任法律体系就是由基本法（废弃物管理法·1972、循环经济与废弃物管理法·1996）、综合法（包装条例·1991、可再生能源法·2003修订）和专项

法（限制废车条例·1998、废弃电池条例·2001、废弃木材处理条例·2001）所组成。日本生产者延伸责任法律体系也是由基本法（环境基本法·1993、循环经济与废弃物管理法·1996）综合法（废弃物处理法·1970、促进资源有效利用法·1991）和专项法（容器和包装物分类收集与循环法·1995、特定家用机器再商品化法·1998、建筑材料循环法·2000、可循环食品资源循环法·2000、绿色采购法·2000、多氯联苯废弃物妥善处理特别措施法·2001、车辆再生法·2002）所组成。我国生产者延伸责任法律体系由基本法（循环经济促进法·2008）、综合法（清洁生产促进法·2002、固体废物污染防治法·2004修订）和专项法（废弃电器电子产品回收处理管理条例·2008通过、2011施行）所组成。

（三）生产者延伸责任的民法设计

毫无疑问，生产者延伸责任可以置于抽象的生态主义概念之下，但它的利益关系却明确清晰得多。如果我们因循德国2002年债法改革的思想方法，可以将生产者延伸责任立法，置于现代民法的解法典化与法典化的过程中予以研讨，从而将生产者延伸责任纳入现代民法的调整范畴。

为了节省篇幅，这里以简单的线性图予以表示：



图：民法解法典化与法典化过程中的生产者延伸责任立法

如上图所示，在传统民法的物权制度和债权制度中，基于所有权自由和合同自由观念，对资源的节约与废弃物的循环利用和处置等均不予以规范，基本上是属于不受限制的私权自由范畴。随着二十世纪以来大工业的高速发展以及资源与环境危机的加重，政府对资源与环境的规制日益深化，其中对资源的节约与废弃物的循环利用和处置等领域确立以生产者为核心的责任制度，进而形成规制性的、集中化的生产者延伸责任的法律、法规体系。这些规制性的立法，对生产者的所有权自由和合同自由形成极大的限制，如果从传统民法的解法典化角度，可以认为是对传统物权制度、债权制度的侵蚀与分解。但是如果以现代民法观念加以审视，生产者延伸责任法律关系中的许多关系，通过分解予以特定化，从而转化为民事法律关系，纳入民法调整。而长期以来，在废弃物回收活动中自发形成的、并在执行生产者责任立法活动中进而规范化的一些做法，也可以通过民法的强制性规定或者任意性规定，设计成为具体的民法制度。

就目前来看，生产者延伸责任纳入现代民法调整的具体制度设计可以包括如下方面：

（1）合同法领域

在买卖合同中，凡被国家列入废弃产品处理目录的产品，可以将废弃产品的回收义务作为产品生产者或者销售者的强制义务；在废弃物回收活动中自发形成的、并在执行生产者责任立法活动中进而规范化的一些做法诸如“预收费制度”、“押金—返还制度”等作为必备条款予以强制规定。对于这些强制性规定，买卖双方当事人在合同中不得约定排除适用。

在加工、承揽合同中，除国家明令禁止使用的物料不得使用外，可以将选用便于回收处置和循环利用的物料，作为物料选择方或设计方的强制义务，对于该义务，双方当事人在合同中不得约定排除适用。

（2）物权法领域

现代民法对物权行使的限制已经有很多规定，可以进一步将资源节约、废弃物的循环利用和处置等，加入物权（特别是所有权）行使的限制内容。

（3）侵权法领域

事实上，目前世界上绝大多数国家已经将固体废弃物造成的相邻关系侵权和

环境污染侵权纳入了侵权法，我国亦如此。例如我国《固体废物污染环境防治法》第八十五条规定：“造成固体废物污染环境的，应当排除危害，依法赔偿损失，并采取措施恢复环境原状。”。第八十六条规定：“因固体废物污染环境引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任”。第八十七条规定：“固体废物污染环境的损害赔偿责任和赔偿金额的纠纷，当事人可以委托环境监测机构提供监测数据。环境监测机构应当接受委托，如实提供有关监测数据”。

另外，在托马斯·林赫斯特（Thomas Lindhqvist）教授等学者的研究中还提及关于“提供服务而不是产品(towards providing services and not products)”[25]或“提供产品的功能而不是产品本身（delivering the products' function rather than the product itself)”[26]的观念。简单来说，该观念是指对于大多数产品而言，消费者购买的是其使用功能，而不是产品的物料本身。以此为前提，如果让生产者承担回收产品义务（无论产品是否报废）、消费者承担返还产品的义务（无论产品是否报废），那么，这些产品的买卖关系，实质上就是一种租赁关系。施乐复印机租赁系统就是这种“提供服务而不是产品”的典型代表，并且大量实证研究报告也证实，施乐复印机租赁系统对于环境的改善、资源的循环利用与合理处置等均产生积极意义。托马斯·林赫斯特（Thomas Lindhqvist）教授认为，这种新的经营理念包含着创建生产者与消费者关系的一种新的可能性，意味着对于一个革新的生产者来说，比只是对产品和材料质量进行优化有更多的潜在利益。由此他认为，通过使生产者对产品的报废管理承担责任，保留产品所有权的理由将会变得更加明显。

上述“提供服务而不是产品(towards providing services and not products)”，或者“提供产品的功能而不是产品本身（delivering the products' function rather than the product itself)”的观念，对于我们以生产者延伸责任观念改造传统民法的租赁合同制度和所有权保留的买卖合同制度等，以适用于特定的产品领域，有莫大的启发价值。

四、结论

民法对环境资源法相关内容的吸收、绿色原则作为民法基本原则的确立，目

的在于通过民法的固有特性、特别是其自发、高效的实现机制，实现现代环境资源法可持续发展的法律目标。一方面，包括生产者延伸责任在内的环境资源立法，如果仅仅作为规制性立法，大多只能通过行政执法来保证法的实现。将其明确纳入民法，相关当事人就可以通过民事诉讼保证其实施。同时，将相对分散、令出多门的不同立法层级的相关节约资源、保护环境规范纳入民法，由民法固有的统一性和确定性所保证，从而便于法官的援引和适用。另一方面，将节约资源保护环境的规范纳入民法，借助于民法的社会基本法的传统属性与影响，有利于社会公众的公共利益的发育与培养，引导公众的广泛参与，从而对保护公共利益的规制性立法的实现，产生促进作用。

但是应该认识到，包括生产者延伸责任在内的环境资源立法，毕竟维护的是以人类的资源和环境利益为体现的社会公共利益，而民法在本质上只能是调整特定私人之间的关系，亦即平等主体之间的特定关系。因此，在环境资源法律关系中的许多关系，只有能够通过分解予以特定化从而转化为民事关系的，才能纳入民法调整。否则，仍只能由规制性的立法调整。

因此，环境资源立法应该是既包括规制性立法，也包括民法，二者不可相互取代。并且，从目前情况来看，大量的只能是规制性立法，而通过民法规范的只能是较少部分。这不仅是因为大量的环境资源关系无法转化为特定人与特定人之间的关系，而且诸如生产者延伸责任制度中，废弃产品处理目录、相关产品用料与设计的标准等，也只能通过规制性、技术性的立法予以确立。

注释

[1] 参见《中国环境报》记者王玮 童克难：“民法典主脉注入绿色基因”，载《中国环境报》-2017-3-13 第八版。

[2] 参见《中国环境报》记者王玮 童克难：“民法典主脉注入绿色基因”，载《中国环境报》-2017-3-13 第八版。

[3] 王雷：《民法总则》中的“中国元素”中央人民广播电台网 http://news.cnr.cn/comment/latest/20170316/t20170316_523660766.shtml2017/3/16 访问。

[4] 李建国：关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明——2017 年 3 月 8 日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上

[5] 参见《中国环境报》记者王玮 童克难：“民法典主脉注入绿色基因”，载《中国环境报》-2017-3-13 第八版。

[6] 参见《中国环境报》记者王玮 童克难：“民法典主脉注入绿色基因”，载《中国环境报》-2017-3-13 第八版。

[7]那塔利诺·伊尔蒂：《解法典化的时代》，薛军译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》（第四卷），2003 年号，中国人民大学出版社 2004 年版第 80~107 页。

[8]那塔利诺·伊尔蒂：《解法典化的时代》，薛军译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》（第四卷），2003 年号，中国人民大学出版社 2004 年版第 80~107 页。

[9]那塔利诺·伊尔蒂：《解法典化的时代》，薛军译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》（第四卷），2003 年号，中国人民大学出版社 2004 年版第 80~107 页。

[10]张礼洪：《民法典的分解现象和中国民法典的制定》，《法学》2006 年第五期。

[11] [德]克里斯蒂阿妮．文德浩：《德意志联邦共和国的新债法》，《德国债法现代化》，邵建东、孟翰、牛文怡译，中国政法大学出版社 2002 年版第 1~2 页。

[12]那塔利诺·伊尔蒂：《解法典化的时代》，薛军译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》（第四卷），2003 年号，中国人民大学出版社 2004 年版第 80~107 页。

[13]参见张学哲：《德国当代私法体系变迁中的消费者法——以欧盟法为背景》，《比较法研究》2006 年第 6 期。

[14]张学哲：《德国当代私法体系变迁中的消费者法——以欧盟法为背景》，《比较法研究》2006 年第 6 期。

[15]参见许浩明：《〈德国民法典〉改革的反思及其对于中国民法典立法的借鉴作用》，载张礼洪、高富平主编：《民法法典化、解法典化和反法典化》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 248 页。另据学者张礼洪所言：对于将消费者保护法纳入民法典，“包括德国民法泰斗 Flume 教授在内的 208 位德国学者联名上书德国司法部，将这一做法称为‘体系上的混乱’。”见张礼洪：《民法典的分解现象和中国民法典的制定》，《法学》2006 年第五期。

[16]参见许浩明：《〈德国民法典〉改革的反思及其对于中国民法典立法的借鉴作用》，载张礼洪、高富平主编：《民法法典化、解法典化和反法典化》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 248~250 页。

[17]张学哲：《德国当代私法体系变迁中的消费者法——以欧盟法为背景》，《比较法研究》2006 年第 6 期。

[18]徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社 2004 年版，第 4 页。

[19]徐国栋：《“三根棒棒”还是雄伟石厦？这是一个问题——〈绿色民法典草案〉序言》，徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社 2004 年版，第 7 页。

[20]徐国栋：《认真透析〈绿色民法典草案〉中的‘绿’》，《法商研究》2003 年第 6 期。

[21]参见徐国栋：《认真透析〈绿色民法典草案〉中的‘绿’》，《法商研究》2003 年第 6 期。

[22]参见亭恩臻：《延伸生产者责任（EPR）制度的法律分析》，载梁慧星主编《民商法论丛》第 30 卷，法律出版社 2004 年版；王干：《论我国生产者责任延伸制度的完善》，《现代法学》2006 年第 4 期；孙曙生、陈平、唐绍均：《论废弃产品问题与生产者责任延伸制度的回应》，《生态经济》2007 年第 9 期；鲍健国、翟帆、陈亚青：《生产者延伸责任制度研究》，《中国

工业经济》，2007 年第 8 期；王蓉：《资源循环与共享的立法研究》，法律出版社 2006 年版，第 74 页。

[23] Rossem，C.van，TOjo，N.，Lindhqvist，T. (2006).*Extended Producer Responsibility: An examination of its on innovation and greening products*，Report commissioned by Greenpeace International，Friends of the Earth and the European Environmental Bureau(EEB)2006, p.1.

[24]转引自 Lindhqvist, Thomas (2000). *Extended Producer Responsibility in Cleaner Production: Policy Principle to Promote Environmental Improvements of Product Systems*, IIIEE Dissertations 2000:2, Lund: IIIEE, Lund University, p.30.

[25] Lindhqvist, Thomas (2000). *Extended Producer Responsibility in Cleaner Production: Policy Principle to Promote Environmental Improvements of Product Systems*, IIIEE Dissertations 2000:2, Lund: IIIEE, Lund University, p.149.

[26] Rossem，C.van，Tojo，N.，Lindhqvist，T. (2006).*Extended Producer Responsibility: An examination of its on innovation and greening products*，Report commissioned by Greenpeace International，Friends of the Earth and the European Environmental Bureau(EEB)2006, p.23.

论民法典立法讨论中不同类型问题的轻重缓急

王文胜*

按照立法机关的规划，我国民法典的民法总则编（即《民法总则》）于 2017 年 3 月审议通过，民法典各分编拟于 2018 年上半年整体提请全国人大常委会审议并争取于 2020 年 3 月审议通过。[1]虽然时间表上所剩的时间已非常有限，但从目前民法学界围绕着民法典的立法所展开的讨论来看，民法学界关于民法典编纂所积累的共识还不算多，民法学界也还没有建立起一种面向民法典编纂的对话和讨论机制，学者自说自话的现象还较为普遍，学者之间要实现相互对话、寻求相互理解和达成共识还比较困难。

民法学界能否从现有的自说自话的讨论状态逐渐走向一种集中精力的、集思广益的、有序的、高效的讨论机制，会直接地影响民法学界将以往的研究成果服务于民法典编纂的能力，从而直接地影响我国民法典的编纂水平。而要建立起一种有序高效的讨论机制，首先要求民法学界对于“什么样的问题需要和值得我们关注”这一问题达成基本的共识。

基于此，本文尝试对民法典立法讨论中所涉及的问题作类型化的思考，并在对比分析的基础上探讨在民法典的编纂过程中哪些问题才需要和值得民法学界花大力气去进行讨论。

一、判断不同类型问题轻重缓急的基本标准

要判断在民法典的编纂过程中哪些问题需要和值得民法学界花大力气去讨论，首先需要思考的是，我们对民法典的编纂应当抱有一种什么样的期待？

一直以来，很多的民法学者对于民法典的编纂都有着很高的期待，在党的十八届四中全会决定编纂民法典之后，民法学界对于民法典的热情和期待更加高涨。但是，不同学者对民法典所抱的期待的具体内容是不同的，归纳起来，大概有着以下几种类型：

*王文胜，湖南大学法学院助理教授，法学博士。本文受湖南大学“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。本文以《民法总则》（草案）的一审稿与二审稿作为讨论对象。本文即将发表于《北航法律评论》，正式引用请引用《北航法律评论》上刊载的版本。

[1]参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时《关于<中华人民共和国民法总则（草案）>的说明》（2016 年 6 月），http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm（2016 年 11 月 6 日访问）。

一种是期待我国的民法典从立法体例、立法技术到规则设计等各个方面都能达到世界领先水平，成为21世纪各国民法借鉴的对象，与《法国民法典》和《德国民法典》相比肩。例如，有学者曾说，“设置一个美好前景：制定一部足以与拿破仑民法典、德国民法典鼎足而立的中华民族的民法典。……只有一个全中华民族的民法典才能表明中华民族已攀上历史的高峰。”[2]有学者表达了这样的愿景：“如果说19世纪初《法国民法典》和20世纪初《德国民法典》的问世是世界民法发展史上的重要成果，则21世纪初我国民法典的出台，必将在民法发展史上谱写光辉灿烂的篇章！”[3]

第二种是期待着民法典能够促进我国社会的发展和进步。例如，有学者主张，“民法典编纂也要与时俱进，要及时通过立法来固化改革的成果，为改革提供依据和基础。”[4]还有学者主张，“要用这样一部充分体现民主、法治、人权精神的进步的、完善的、科学的民法典，作为全民族的教科书！”[5]

第三种类型，是期待着民法典能够满足我国各种类型民事主体从事民事活动的需求、能够满足我国裁判机构妥当处理民事纠纷的需求。例如，有学者主张，“可以说实用性是民法的生命价值所在。实现民法实用性的最基本的要求应是民法的全面性，即民事法律规范能对复杂多样的市民社会关系进行周密的调整，尽量避免法律漏洞的出现。我国民法典应当对那些与人们日常生活密切相关并且极具时代特色的制度作出比较明确的规定。”[6]

在这三种类型的期待中，第一种期待涉及的是民法典的历史地位。《法国民法典》和《德国民法典》的历史地位主要来自于它们能够满足经济发展水平不同的国家和地区的司法实践的需求、具有高度的适应性和包容性，并且它们在体系构造、术语表达等方面表现出了较高的形式理性。《法国民法典》在世界范围的传播和继受虽然也有法国殖民扩张和军事占领的推动，但“亦得力于它出色独特的语言形式和富有弹性及变通灵活的表述，总之，终究也得力于它的质量。”[7]《德国民法典》的历史地位则与殖民扩张和军事占领完全无关，主要归功于《德国民法典》和德国民法学自身所具有的吸引力。同时，除自身质量

[2]谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，中国法制出版社2004年版，第3页。

[3]王利明：《民法典的时代特征和编纂步骤》，载《清华法学》2014年第6期，第16页。

[4]王利明：《全面深化改革中的民法典编纂》，载《中国法学》2015年第4期，第40页。

[5]梁慧星：《关于中国民法典编纂问题》（2014年11月16日在浙江大学光华法学院的演讲），<http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=4200>（2016年11月6日访问）。

[6]郭明瑞：《关于编纂民法典须处理的几种关系的思考》，载《清华法学》2014年第6期，第35-37页。

[7][德]茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第154页。

之外，这两部民法典的历史地位也与客观的历史条件有关。例如，这两部民法典诞生的时间正好契合了一些国家的近代化进程，满足了这些国家追求社会治理法治化和理性化并进而追求国家富强（“变法图强”）的需要。就此最典型的是日本，[8]中国在20世纪40年代前后对德国民法的继受也多少包含了这方面的意味。又如，有学者认为，《德国民法典》的直接继受与《法国民法典》相比发生得不多，“决定性的原因是这一事实：即19世纪期间所有非普通法法系的较发展的国家都已经完成了民事法律编纂，因而寻求外国法律典范的较迫切的需要已仅仅是偶然有之。”[9]这论及的也是民法典的历史地位高低与其所处的历史机遇有关。此外，影响民法典历史地位的客观历史条件还有，国家要具有较强的政治影响力和经济影响力。《法国民法典》和《德国民法典》的历史地位与这两个国家本身具有较强的政治影响力和经济影响力紧密相关，也正因如此，埃塞俄比亚民法典虽然被一些学者认为在形式理性等方面与《法国民法典》相比更加出色，但其历史地位与《法国民法典》相比至今无法（恐怕也永远无法）望其项背。总之，一部民法典的历史地位的取得，既取决于其自身的立法质量，又取决于其是否“生逢其时”。其中，法典自身的立法质量，一个极为重要的方面就在于法典能否满足不同国家和地区的司法实践的需求，而这首先就指向了前述第三种类型的期待，即，能否满足本国各种类型民事主体从事民事活动的需求、能否满足本国裁判机构妥当处理民事纠纷的需求。

第二种类型的期待的实现，也是以法典自身的立法质量特别是能够满足司法实践的需求作为前提。“固化改革的成果”面向的是过去，要求民法典能够为改革之后所已经产生的新的生活现象设置妥当的规则，“为改革提供依据和基础”面向的则是将来，要求民法典中的规则能够具有足够的适应性和包容性、能够为将来的改革预留足够的空间。这都指向了第三种类型的期待，即，民法典既要能够满足已经发生了的改革之后的司法实践的需求，也要能够适应将来发生新的改革之后的司法实践的新的需求。至于以民法典作为“全民族的教科书”，要通过民法典向民众进一步普及平等、公平、意思自治、诚实信用等现代民法的基本理念，其前提当然在于民法典中的规则及其实施能够让民众感受到民法典对于社会秩序和权利保护所具有的重大意义和价值，因而仍然首先指向了第三种类型的期待。只有在不断适用民法典规范民事活动、处理民事纠纷的过程中一点一滴地让民众感受到民法的光辉，民法典才有可能逐渐地、潜移默化地使民法的基本理念进入到民众的内心。

[8]参见谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，中国法制出版社2004年版，第103页。

[9][德]茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第231页。

可见，在以上三种类型的期待中，前两种类型的期待都以第三种类型的期待的实现作为其前提和基础；只有在民法典符合了第三种类型的期待的基础上，前两种类型的期待才有其实现的可能。如果民法典不能满足我国各种类型民事主体从事民事活动的需求、不能满足我国裁判机构妥当处理民事纠纷的需求，则不论其在体系构造、术语表达等形式理性方面达到何种高度，我们都无法奢望其在历史地位等方面达到我们所设定的期待。并且，民法典的历史地位还会受制于民法典所处的历史条件，取决于民法典是否“生逢其时”，这已经超出了立法讨论的参与者可以主观努力的范围；民法典对民众的教育功能还会受制于民法典通过之后裁判者群体的裁判水平和职业素养，这也已经超出了立法讨论的参与者可以主观努力的范围。

在厘清了这三种类型的期待之间的关联和层次之后，我们还需要认识到，民法典的立法讨论还面临着时间极为紧迫的问题，立法机关的立法规划留给学界的时间已经不多。“慢工出细活”，一部好的法典需要从容而有序的精雕细琢。在时间如此仓促的背景下，我国民法学界显然已经不可能对民法典的每个细节都展开充分的讨论和精细的雕琢。因此，我们需要重视田忌赛马的故事所带来的启示，区分立法讨论中不同问题的轻重缓急，为民法典的立法讨论确立合理的资源投放策略，即，将民法典立法讨论的重点集中到与前述第三种类型的期待有关的问题上来。

在前述三种类型的、诸多学者所共享的期待之外，还有一种类型的期待是，对于学者个体而言，期待着民法典能够满足学者自己对于民法典的各个方面所建立起的个人想象。这种想象可能关乎民法典在以上三个方面能否达到学者自己所认知的标准，也可能关乎与以上三者无关的其他方面的内容。当前仍有一种声音，认为我国目前编纂民法典的条件仍不具备、目前不应编纂民法典，持这种观点的学者本质上是认为，现在如果编纂民法典，所编纂出的民法典必将无法达到或者很难达到其在上述几个方面所期待的水平。这样的心态，或可称为“立法完美主义”的心态。立法完美主义的心态，不单在反对现在编纂民法典的学者那里存在着，在赞同现在编纂民法典的学者那里也或多或少地存在着，他们按照自己对于民法典的期待提出了各种各样的立法建议，但并未虑及或者并不关心这些建议在如此仓促的民法典立法过程中是否存在实现的可能。还有一些学者，出于其个人所持的“反法典化”的立场，继续对“要不要编纂民法典”表达着自己的主张。不管是对民法典编纂持“立法完美主义”心态的学者，还是对民法典编纂持“反法典化”立场的学者，都忽略了或者选择性地遗忘了这样的客观现实：立法者已经确立了编纂民法典的目标，并且

给出了清晰的时间表。“形势比人强”，面对客观现实，每一位民法典立法讨论的参与者，都应当暂时地放弃自己的个人好恶、搁置自己的个人想象，应当冷静地思考，在这极为有限的时间里，我国如何才能编纂出一部相对更好一些的民法典来。

按照这样的思路，我们应当将民法典立法讨论中所会涉及到的问题分成不同的类型，并根据不同类型问题对于前述第三个方面的期待能否实现的影响程度，对不同类型问题的轻重缓急作出基本的判断。

对于民法典编纂过程中所会涉及的问题，有学者提出，首先应当区分“纯粹民法学问题”和“民法问题”，并认为，纯粹的理论建构层面的问题，即所谓“纯粹民法学问题”，在立法时不应予以涉及，“应当把它开放给学界，可以长久地去进行讨论，一百年不行，一千年，一千年仍然不能形成共识，也没关系，它不影响法律规则的规则设计和规则的适用。”[10]这样的观点得到了不少学者的赞同。笔者也赞同这样的分类。即使说对于具体哪些问题属于“纯粹民法学问题”可能会存在争论，但我们首先应当承认，确实有一些问题是与法律规则的规则设计和规则适用无关的问题，换句话说，是与民事主体从事民事活动和裁判机构处理民事纠纷完全无关的问题；在民法典编纂的过程中，我们应当时刻保持警惕，避免在立法讨论中掺入有关纯粹理论问题的争议，甚至投入很多的精力去围绕纯粹理论问题展开讨论。

对于“纯粹民法学问题”以外的那些问题，即，那些会影响到法律规则的规则设计和规则适用的问题，或者说，那些会影响到民事活动和民事裁判的问题，我们也应注意到，不同的问题对于民事活动和民事裁判所能产生的影响的程度是不一样的。我们应当根据影响程度的不同，相应安排立法讨论中的资源投放顺序。

二、立法技术问题的三种类型及其重要性次序

在我国迄今为止的民法典立法讨论中，围绕着侵权责任法是否独立成编、人格权法是否独立成编、是否设单独的债法总则编等问题，展开了持久而广泛的争论，吸引了大量学者的参与、投入了大量的学术资源。此外还有知识产权法是否应在民法典中单独设编的问题，在《民法总则（草案）》公布后又出现了有关法人分类的讨论，还有一直以来从未平息的有关民商合一还是民商分立的争论。这些都是有关立法体例的争论，涉及的是民法典的宏观体系架构，编、章、节的安排。立法体例的问题，本质上属于立法技术问题的一种类型，其与单

[10]王轶：《民法典编纂争议问题的梳理与评价》（2016 年 7 月 21 日在“天同无讼学院”的演讲）。

个法律规则的内容无关，不会影响到民事纠纷的处理，仅仅影响到众多法律规则的排列组合，其对于司法实务的影响仅限于在司法实务中是否便于“裁判者寻找法律依据”。[11]

除立法体例的问题之外，立法技术问题主要还包括以下两种类型：一是在确定了编、章、节等立法体例之后，某一具体的法律规则应放置在哪一编、哪一章、哪一节之中及置于哪一条之前、哪一条之后的问题，二是如何使用语言文字和标点符号将一个具体的法律规则准确地表达成为法律条文的问题。

其中，某一具体的法律规则应放置在哪一编、哪一章、哪一节之中以及置于哪一条之前、哪一条之后的问题，同样不会影响到该法律规则的规则设计，在规则适用上，一是会影响到在司法实务中寻找法律规则的便捷程度，二是可能会影响到法律规则的解释，因为，在进行法律解释时，体系解释是一个非常重要的解释方法。[12]例如，《合同法》第 9 条第 1 款规定，“当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力”，这一条文处在第 2 章“合同的订立”中，而“合同的订立”这一章要解决的问题主要是合同是否成立、如何成立的问题，若不是有第 47 条的明确规定，第 9 条第 1 款所处的体系位置很容易让人误以为当事人是否具有相应的民事行为能力是在判断合同是否成立时应考虑的因素。又如，《物权法》第 115 条规定，“主物转让的，从物随主物转让，但当事人另有约定的除外”，这一条文规定在《物权法》第 9 章“所有权取得的特别规定”，条文所处的体系位置很容易让人误以为该条的意思是“当主物的所有权发生基于法律行为的变动时，除当事人另有约定外，从物的所有权当然发生变动，不问就从物是否完成了交付或登记”，然而，正确的解释结论应是：买卖合同等有关主物转让的合同中未明确约定出卖人应移转从物所有权时，除当事人另有约定外，出卖人也负有移转从物所有权的义务，至于从物的所有权，仍应在完成从物本身的交付或登记后，才发生所有权的变动（在登记实务中没有被纳入登记范围的不动产除外）。[13]

[11]王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社 2009 年版，第 187 页。

[12]当然，条文所处的体系位置并不必然影响到法律条文的文义表述得足够清晰的话。例如，《合同法》第 133 条规定，“标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”该条处在《合同法》有关买卖合同的第九章之中，但该条文的文义已经非常清晰地表明了其是有关所有权变动的规则。

[13]最高人民法院《关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》第 63 条有关从物的抵押权设立的规则、第 91 条有关从物的质权设立的规则、第 114 条有关留置权产生的规则，均与这一结论相一致。我国台湾地区“民法”第 68 条第 2 款规定“主物之处分，及于从物”，台湾地区学者对该款的解释也是如此，参见王泽鉴：《民法物权（第二版）》，北京大学出版社 2010 年版，第 43-44 页。

又如，《民法总则（草案）》一审稿第 115 条后段规定，“行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为”，这一句话所表达的规则与《合同法》第 8 条第 1 款后段的规则基本相同，但是，《民法总则（草案）》一审稿第 115 条后段的前一句话是“民事法律行为自成立时生效，法律另有规定或者当事人另有约定的除外”，因而，第 115 条后段所处的体系位置（位于第 115 条前段之后），很容易让人误以为，在民事法律行为生效之后，行为人才“不得擅自变更或者解除民事法律行为”，《民法总则（草案）》二审稿第 129 条的内容与之相同，只是将两句话分成了两款，仍然存在引发误解的可能；而《合同法》第 8 条第 1 款后段的前一句话是“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力”，从而，能够让人准确地理解到，在合同成立之后，当事人就“不得擅自变更或者解除合同”了。

如何使用语言文字和标点符号将一个具体的法律规则准确地表达出来的问题，影响的也是在司法实务中能否进行准确的法律解释的问题。例如，《物权法》第 230 条第 1 款规定，“债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿”，该款规定“债务人的动产”，很容易让人误以为，“只有在所占有的动产是债务人享有所有权的动产时，债权人才享有留置权”。但是，《合同法》第 264 条有关承揽人留置权的规定、第 315 条有关承运人留置权的规定、第 380 条有关寄存人留置权的规定、第 422 条有关行纪人留置权的规定，都仅以对方当事人不履行报酬或费用支付义务为要件，不以对方当事人对标的物享有所有权为要件。因此，第三人享有所有权的动产可以成为留置的对象，至少是不应当对此予以彻底否定。[14]由此可见，《物权法》第 230 条第 1 款有关“债务人的动产”的表述，未能准确地表达相应的法律规则。又如，《担保法》第 35 条规定，“抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。”在《物权法》的立法过程中，立法者已经就“抵押人所担保的债权是否超出其抵押物的价值，应当交由债权人在决定是否接受该标的物用于设定抵押时自行判断，法律不应予以干涉”达成了共识，但立法者暂时难以找到一种妥当的方式将这一共识准确地表达为法律条文，[15]因而，在《物权法》中没有明确地将这一共识表达出来，以至于现在司法实务中仍有不少人在按照《担保法》第 35 条的文义进行理解。

[14]例如，有学者主张，“应当有条件地承认第三人的动产可作为留置物”。参见崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2014 年第 3 版，第 586 页。

[15]参见崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2014 年第 3 版，第 468 页。

在这三种类型的立法技术问题中，我们应当将关注的重点放在可能会影响到法律规则的解释的问题上，尽量地减少在司法实务中法律规则被错误理解和错误适用的可能性。司法实务中寻找法律规则的便捷当然也很重要，但与避免错误理解和防止错误适用相比，重要性相对低一些。而立法体例的问题，相比之下，重要性最低，只要我们能够将法律条文以一个大致清晰的脉络和顺序组合在一起，就已经大体上能够满足司法实务的要求，至于某一单行法是否一定要进入民法典的体系之内，或者某一部分是否一定要在民法典中独立成编，都不会对司法实务产生大的影响。但是，令人遗憾的是，一直以来，民法学界都在立法体例的问题上投入了太多的精力，反而影响了那些更为重要的问题的讨论。

三、解释选择问题的两种类型及其重要性次序

长期以来，我国民法学界还围绕着是否应采纳承认物权行为独立性理论的问题展开了广泛的争论，这涉及的是采用一种什么样的分析框架和思维工具去理解和解释生活世界中所发生的事实（如交易）的问题。有学者将之称为“解释选择问题”。[16]只要是在承认物权行为独立性之后不进一步去承认物权行为的无因性，在是否承认物权行为独立性的两种理论中，选择采用其中哪一种理论来对当事人之间的交易进行分析，涉及的只是分析者个人的主观好恶和思维习惯的问题，对于交易当事人之间的利益关系并不会有着必然的、直接的影响。

我国民法学界通常认为，是否承认物权行为的独立性与无权处分所订立的合同的法律效力之间有着较为紧密的关联，但是，二者之间的关联并不是绝对的、直接的。主张合同订立时出卖人无处分权不影响合同的效力，“不以承认物权行为为必要”，[17]也就是说，在不承认物权行为独立性时，仍然可以得出无权处分不影响合同效力的结论。只不过，这一结论的得出，在逻辑上相对而言没有那么顺畅、没有那么完美。然而，为了实现对当事人之间的利益关系进行公平合理的安排而牺牲逻辑上的顺畅和完美，在民法中并不鲜见。例如，按照民法理论对物与物的成分的严格区分，当 A 物未经所有权人甲的同意而成为 B 物的成分时，即使仅是成为 B 物的非重要成分，A 物也应已经丧失其自己作为独立的物的品性，因而不再属于民法中独立的客体，从而 A 物上原有的所有权相应消灭，这样，逻辑推理的结果便是原所有权人甲不能主张原物返还请求权；但是，对于这种场合，民法在对甲与 B 物的所

[16]王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社 2009 年版，第 92 页。

[17]梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2011 年第 4 版，第 215 页。

有权人之间的利益进行衡量之后所得出的结论却是甲仍保有 A 物的所有权、仍可主张原物返还，[18]这样的思维，也是为了实现妥当的利益安排结论而牺牲了对于逻辑完美的追求。

因此，选择采用哪一种分析框架去进行分析，更多地只是影响到分析和推理的过程；“条条道路通罗马”，只要能够在对当事人之间利益关系的处理上实现同样的公平合理的结果，我们没有必要为采用哪一种分析框架的问题而花费过多的精力去展开争执；在立法者选择其中一种分析框架之后，只要能够实现在民法典的各个部分中将所选择的分析框架“一以贯之”，不要出现前后矛盾，就可以了。

与选择采用哪一种分析框架对生活世界中所发生的事实进行理解和解释的问题相似，我们有时还会面对着选择哪一个术语对生活世界中所存在的事物或所发生的事实进行描述和指代的问题。例如，对于自然人和法人之外所存在的“第三主体”，在法律条文中是使用“其他组织”、“非法人组织”还是其他术语来加以指代？对于以意思表示为要素、以发生私法上法律效果为目标的表示行为，在法律条文中是使用“法律行为”还是“民事法律行为”还是其他术语来加以指代？又如，对于两个及两个以上的民事主体作出相互对立的意思表示而订立的双方或多方法律行为，我们是使用“合同”还是使用“契约”来加以指代？对于继续性合同的非正常的结束，是如《合同法》那样使用“解除”还是如我国台湾地区“民法”那样使用“终止”来加以指代？对于赠与合同中一般情况下赠与人在移转赠与财产的权利之前反悔的权利，是称为“解除”还是如《合同法》那样称为“撤销”？如此等等，不胜枚举。

对于术语的使用，只要能够在民法典的各个部分中实现术语使用的前后一致，并且法律共同体的不同成员在理解术语的内涵和外延上能够达成一致，从而法律人之间可以实现相互的交流和理解、避免在司法实务中法律规则被误解和误用，就已经足以实现术语作为交流工具的实用价值。至于所选择的术语是否能够非常形象和非常精确地描述和表达我们对于其所指代的那类事物或事实的理解，则是相对而言没有那么重要的问题。比如，“其他组织”一词，在最初出现时，仅是在通用汉语的层面上加以使用，其中的“其他”一词仅指其所处语境中已经列举的事物以外的其余类型，但在后来随着不同单行法及司法解释的反复使用，“其他”与“组织”两个词语相互结合而使“其他组织”一词成为了一个具有特殊指代意义的专业术语，虽然该术语既不精确，也不形象，但仍不妨碍我们在大致相同的内涵和外延上对其加以理解和共同使用。又如，对于物的成分的两种类型，有的学者称为“重要成分”和“非重要成分”，有的学者称为“本质成分”和“非本质成分”，还有学者偏好使用其他的术

[18]参见王泽鉴：《民法物权（第二版）》，北京大学出版社 2010 年版，第 44-45 页。

语；不管是“重要成分”，还是“本质成分”，还是学者所使用的其他术语，都无法精确和形象地描述这种成分的内涵，但这并不会非常严重地妨碍我们在讨论中实现相互的理解和交流。

四、“一般规定”的重要性甄别

在立法体例的确定、分析框架的采用、术语的选择等问题之外，有的学者还非常关心基本原则的问题。这些年以来，我国立法形成了在第一章中规定“总则”或“一般规定”的习惯，在其中对该部法律的立法目的、基本原则等内容加以归纳。在《民法总则（草案）》的起草和讨论过程中，同样也在第一章上花了不少的功夫，并在一审稿和二审稿中加入了“应当保护环境、节约资源，促进人与自然和谐发展”（第 7 条）等新颖的内容。

对于在法典或单行法中对基本原则或一般规定的表达，我们需要思考的问题是，其有着什么样的现实意义？在 20 世纪 80 年代起草《民法通则》时，将平等、自愿、公平、保护公民法人的合法民事权益等价值取向在《民法通则》的第一章中表达出来，在当时特殊的历史背景下，有着确立和普及私法理念的重大现实意义。但在今天，平等、自愿、公平等词汇作为一个抽象的口号总体上已经深入人心，在法典中加入类似表达的普及教育意义已经大为减弱，更值得我们关注的是在司法实践中基本原则被泛化、被滥用的问题。尤其是公平原则，当前，在裁判文书中直接引用公平原则进行裁判的现象广泛存在，但是，何谓公平，每个人都有自己的判断，因此，裁判者跳过具体的法律规则而直接援用公平原则进行裁判，无异于自己充当了立法者的角色，将自己对于公平的理解凌驾于了立法者之上。

因此，对于民法的基本原则，当前最迫切的工作是，要明确区分两种类型的基本原则，一种是不能用于司法裁判、不能在裁判文书中援用的基本原则，另一种是可以用于司法裁判、可以在裁判文书中援用的基本原则。平等原则、公平原则，以及新加入的“保护环境、节约资源，促进人与自然和谐发展”的原则，应当由立法者将之落脚到具体的法律规则中去，裁判者只能适用体现了这些基本原则的具体法律规则进行裁判，不能直接援用基本原则进行裁判。对于诚实信用原则、公序良俗原则等，裁判者也应当贯彻“禁止向一般条款逃逸”的规则，避免绕开具体法律规则转而适用基本原则来达成裁判者内心所预设的裁判结果。

在《民法总则》有关基本原则的规定中，若能通过一种妥当的方式将裁判活动中所应遵循的上述规范准确地传达给裁判者，则可称得上是“有益条款”。若宣示某种价值取向但不足以误导司法实务，则可谓“无害条款”。“无害条款”典型的如《民法总则（草案）》一审稿与二审稿第 9 条的内容：“民事主体合法的人身、财产权益受法律保护，任何组织或者个

人不得侵犯。”“民事主体行使权利的同时，应当履行法律规定的或者当事人约定的义务，承担相应责任。”如果说该条第 1 款有关合法权益受法律保护的宣示还具有某种现实意义的话，第 2 款的规定就显得有些多余，义务应当履行，是法治的最基本精神，在现实中也不存在任何争议，因而第 2 款的规定也属于“无害条款”。《民法总则（草案）》一审稿与二审稿第 11 条的内容也是一例：“其他法律对民事关系另有特别规定的，依照其规定。”在进行法律的解释和适用时，应当将全部有效的法律条文作为一个整体来加以解释和适用，因此，《民法典》或《民法总则》以外的其他法律中的规定，当然也应适用，并且，还应适用“特别法优先于普通法”或“新法优先于旧法”的原则。因此，《民法总则（草案）》一审稿与二审稿的第 11 条并不会如有的论者所想象的那样具有某种独特的价值。与之相类似的还有《民法总则（草案）》中对于民事权利所作的一般规定中的某些条文，例如，二审稿第 124 条规定，“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”相对于一审稿第 104 条将网络虚拟财产界定为物权的客体、第 108 条中将数据信息界定为知识产权的客体而言，二审稿第 124 条是有意义的，因为其没有再坚持一审稿第 104 条和第 107 条的极富争议的表达。但是，单就二审稿第 124 条的内容本身而言，其也属于“无害条款”，仅表达出“立法者注意到了数据、网络虚拟财产的现象”而已。第 125 条有关“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利有特别保护规定的，依照其规定”的表述也是如此。

在“有益条款”和“无害条款”之外，若有关基本原则或一般规定的表述会给裁判者形成误导，使裁判者错误地滥用基本原则，则可称为“有害条款”。《民法通则》第 4 条和《合同法》第 5 条有关公平原则的表述，在语句结构上与同一法律中关于诚实信用原则、公序良俗原则的表述相似，故而未能清晰地向裁判者传达出公平原则与诚实信用原则、公序良俗原则之间在法律适用上的重大差异，从司法实务的实际情况来看，其可谓已经不再属于“无害条款”而是已经成为了误导裁判的“有害条款”。又如，《民法总则（草案）》一审稿第 6 条第 2 款规定“民事主体从事民事活动，应当自觉维护交易安全”，后因一些讨论者提出，“维护交易安全主要适用于商事活动”，[19]于是二审稿将有关交易安全的表述改至“法人”一章中关于“营利法人”的一般性规定（第 87 条）中，规定“营利法人从事经营活动，应当遵守商业道德，维护交易安全……”，但是，维护交易安全是法律的使命、执法者的任务，应当由立法者在具体制度设计上以维护交易安全为重要的制度目标，但却不应是包括营利法人

[19]全国人民代表大会法律委员会：《关于<中华人民共和国民法总则(草案)>修改情况的汇报》（2016 年 10 月 31 日在第十二届全国人大常委会第二十四次会议上）。

在内的任何民事主体在从事交易活动时必须主动去追求的目标；参与交易的民事主体只需要遵守法律、履行法定或约定的义务、诚实守信、尊重公序良俗。不管是一审稿第 6 条第 2 款还是二审稿第 87 条，都容易引发“民事主体有义务去维护交易安全”的误解，因此，也属于“有害条款”。

总之，在对基本原则或一般规定进行表达时，我们应当尽力避免“有害条款”；“无害条款”则可写可不写，写了也没关系；若能写入“有益条款”则更好，不能写入则交给法学教育去弥补。

五、不同类型的价值判断问题及其重要性次序

在民法典的编纂中，最为重要的问题是当事人之间的利益关系如何安排、当事人相互冲突的利益之间何者应当优先保护的问题，即“价值判断问题”。[20]例如，在《合同法》出台之后至今的十多年间，我国民法学界围绕着无权处分所订立的合同的效力展开了非常广泛而深入的讨论，这涉及的正是合同双方当事人以及被处分标的物的权利人这三方当事人之间的利益如何安排的问题，其核心是出让人和受让人之间的利益何者得到优先保护的问题。

“价值判断问题”与“价值取向问题”不同。价值取向问题是抽象的、宏观的，例如，民法是以自由还是管制为基本的价值取向？民法是以平等对待民事主体还是差别对待民事主体作为基本的价值取向？立法者对于价值取向问题所作的结论，往往是通过对于“基本原则”的规定而在法律中表达出来。“价值判断问题”则是具体的、微观的，涉及的是在一个具体的场景中具体的当事人之间相互冲突的特定利益关系应当如何协调、具体哪一方当事人的利益应当得到优先保护的问题，例如前述的“无权处分对于合同的效力是否产生影响”，又如“请求权或形成权的行使是否应受到时间的限制”，“行为人承担责任是否以具有过失作为前提”，等等。立法者对于价值判断问题所作的结论，通常是通过具体的法律规则来加以表达。在对价值判断问题作出结论的过程中，需要对抽象的、宏观的价值取向加以考虑，因此，有学者提出，民法价值判断问题的实体性论证规则是，“在没有足够充分且正当理由的情况下，应当坚持强式意义上的平等对待”，“在没有足够充分且正当理由的情况下，不得主张限制民事主体的自由”，[21]这两项论证规则的背后就是指向了平等和自由的价值取向，不过，在很多的价值判断问题的分析过程中，不一定只是简单的价值取向的具体应用，例如，

[20]王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社 2009 年版，第 32 页。

[21]王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社 2009 年版，第 38 页、第 48 页。

无权处分场合受让人在具备哪些条件时可以取得标的物的所有权，是否要以“以合理的价格转让”、是否要求“价款已经支付”，等等，虽然在整体上仍然是所有权绝对和维护交易安全这两种价值取向的对决，但是单纯从价值取向层面去比较和讨论已经无法得出结论，而是进入到了非常细致的利益衡量的层面。

民法中的绝大多数法律条文，都是立法者表达其价值判断结论的条文，这些条文会直接地成为裁判的根据、直接地影响当事人之间的利益，最值得我们关注和讨论。然而，民法典的容量有限，而民法调整的生活世界中所存在的利益关系是无穷的，民法典不可能对生活世界中当事人之间所有的利益关系都给出协调的规则。另一方面，与刑法中坚持罪刑法定原则、刑法没有规定就不能对行为加以定罪不同，对于民事案件的法官而言，不论案件中所呈现出的法律问题能否在民法典中找到相应的法律规则，都必须对进入民事诉讼程序的案件作出妥当的裁判，因此，民法学发展出了丰富的法律解释方法和漏洞填补方法；有了法律解释方法和漏洞填补方法的辅助，也就不需要民法典事无巨细地为所有的利益关系的协调都给出规则。所以，对于价值判断问题，我们还需要进一步区分不同的类型。

有的价值判断问题，立法没有给出直接的回答，我们可以通过法律解释来加解决。例如，自然人被宣告死亡后的法律效果，《民法通则》中未作明确规定，构成法律漏洞，最高人民法院在《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第 37 条前段对此作了漏洞补充，《民法总则（草案）》一审稿第 47 条前段、二审稿第 49 条前段对之给予了认可和采用，但是，婚姻关系的消灭，是对双方都发生效力，还是仅对被宣告死亡之人的配偶发生效力？有论者提出，应仅对其配偶发生效力，被宣告死亡之人在失踪之后另行与他人结婚的，仍应构成重婚，因此，一审稿第 47 条前段、二审稿第 49 条前段的内容仍不完备。笔者赞同“仍应构成重婚”的结论，但并不认为一审稿第 47 条前段、二审稿第 49 条前段就必须在表述上对此加以明确。当然，如果能够加以明确则更好，但不能加以明确也没有关系，可以通过目的解释得出同样的结论。又如，《合同法》第 47 条第 2 款、第 48 条第 2 款均规定，“合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利”，这是否意味着，在合同被追认之前，善意相对人所作出的不愿受合同约束的任何意思表示，都构成撤销？赋予善意相对人以撤销权的目的在于保护善意相对人免受合同效力待定状态的损害，[22]因此，如果善意相对人一直不知道导致合同效力待定的事实（即，不知道其缔约对方是限制行为能力人或无权代理人），从而不知道自己享有撤销权，而只是出于单纯的反悔，其所作出的不愿受合同约束的意思表

[22]*Brox/ Wolf-Dietrich*,AllgemeinerTeil des BGB, 35.Aufl.,Muenchen: Verlag Franz Vahlen , 2011, Rn. 283.

示就不能构成此处所称的“撤销”。但这是否意味着我们应当对完整沿用了《合同法》第 47 条第 2 款和第 48 条第 2 款内容的《民法总则（草案）》一审稿第 123 条第 2 款、二审稿第 138 条第 2 款，一审稿第 151 条第 2 款、二审稿第 166 条第 2 款的内容作进一步地补充、增加相应的限定语？同样，如果能够作进一步地补充当然更好，但不能加以补充也没有关系，可以通过目的解释得出这样的结论。

有的价值判断问题，立法没有给出回答，我们可以通过简单的类推适用来加以解决。例如，《物权法》第 142 条规定了土地上的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权归属的认定规则，该条仅涉及建设用地使用权，但基于建设用地使用权与宅基地使用权在制度目的上的相似之处，该条可以类推适用于宅基地使用权的场合。又如，从《合同法》规定的合同的履行、合同的权利义务终止、违约责任等内容来看，《合同法》所规范的是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的合同，如果我们对《合同法》的适用范围作这种理解，则《合同法》不能直接适用于《物权法》中所规定的抵押合同、质权合同等合同，但对于有关抵押合同、质权合同等类型的合同的订立、效力等问题，仍不妨类推适用《合同法》中的相关规定。并且，这些场合的类推适用，是没有争议的（至少是争议非常小的），因而，法律没有规定相应的规则，也不会给司法实务带来大的障碍。

有的价值判断问题，立法没有给出回答，我们可以通过适用法学理论中的通说来加以处理。例如，对于先占，《物权法》中没有加以规定，但对于先占的构成要件和法律后果，学说已经形成了通说，所以，《物权法》施行近十年以来，司法实务也并未因为法律没有规定先占制度而面临大的障碍。有关添附的问题也是如此。又如，对于以单方虚伪表示或通谋虚伪表示而实施的法律行为的效力，我国的民事立法和司法解释一直以来都没有设置明确的规则，这也并未妨碍这些年我国的司法实务在碰到有关单方虚伪表示或通谋虚伪表示的案件时按照法学通说来作出正确的处理。

甚至于，有的价值判断问题，虽然立法曾给出过回答，但后来的法学通说变化之后，法律共同体全部按照变化之后的法学通说来解释原有的法律条文，即使不进行法律的修正，也不会给司法实务带来大的障碍。最典型的例如，台湾地区“民法”第 125 条前段规定“请求权，因十五年间不行使而消灭”，第 126 条、第 127 条等也都是关于“请求权消灭”的规则，但是，经过学说演变之后，台湾地区司法实务对于时效经过的法律后果改采“抗辩权发生”而不再是“请求权消灭”，司法实务也并未感觉到法律条文中的“请求权消灭”的表述给实

务工作带来了什么障碍，因而，在立场变化之后，虽历经多次“民法”修正，这些条文中的表述也一直未予修改。

有的价值判断问题，则是既无法通过法律解释来解决，也无法通过类推适用来处理，在短时间之内也无法形成法学的通说。例如，对于同一标的物上并存的抵押权和承租人的租赁权之间的关系，《物权法》第 190 条作了规定，但该条并未回答抵押合同订立之后、抵押权设立之前所产生的承租人租赁权与抵押权之间的优先次序问题，并且这一问题无法通过法律解释或类推适用来解决。[23]在《民法总则》的起草中，大量的问题都是属于这种类型的问题，其中争议较大的例如，胎儿利益的保护问题、某些类型的民事法律行为的效力认定（特别是显失公平制度的构成要件）、表见代理的构成要件、间接代理是否应适用于所有的交易关系甚至适用于一般的民事活动、诉讼时效制度的适用范围，等等，并且，在这些争议较大的问题之外，还有不少的问题隐藏在那里有待于我们去发现和整理。

有的问题，甚至因为涉及其他部门或其他领域等原因而无法通过法律共同体内部的讨论和形成通说来处理。最典型的是住宅建设用地使用权期间届满后续期时是否应当缴纳费用的问题，《物权法》第 149 条留下了一个“故意的法律漏洞”，[24]但这个问题无法通过法学方法论中的漏洞填补方法去加以补充，只能等待立法者作出决断。民事行为能力分层中的年龄界线、诉讼时效期间的长短等涉及时间、期限、数字等的问题，也是不宜通过法学通说来处理、应当由立法者作出决断的问题。

在这几种类型的价值判断问题中，显然，那些无法通过法律解释、类推适用或法学通说来加以解决的问题，应是立法的重点。在民法典编纂的过程中，民法学界应当集中精力关注这种类型的价值判断问题的讨论，并推动立法者及时地作出决断。至于那些可以通过法律解释、类推适用或法学通说来加以解决的价值判断问题，若能在立法时作出清晰准确的规定，当然更好，但若未能加以规定，也不会有很大的关系。在那些可以通过法律解释、类推适用或法学通说来加以解决的问题之中，在立法时又应首先关注那些需要通过较为复杂的法律解释或类推适用才能加以解决的问题，因为在司法实务中，有一大批裁判者目前仍没有能力去进行复杂的法律解释或类推适用的思维，从而容易引发法律适用的错误。无论如何，立法

[23]参见程啸：《抵押财产出租时抵押权与租赁权的关系——对<物权法>第 190 条第 2 句的理解》，载《法学家》2014 年第 2 期，第 59-60 页。

[24]参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 332－333 页。

只是法治的起点，而不是终点。民法典不可能在有限的篇幅内为生活世界中所有可能产生的价值判断问题都给出答案，有的问题，必然会需要由裁判者运用法律解释方法、类推适用方法或法学通说去加以解决。这也提示我们，加强法律共同体的建设，推动法律共同体在法律解释、漏洞填补、法学学说等方面形成更多的共识，并大力提高裁判者运用法律解释方法、类推适用方法或法学通说来进行裁判的能力，是在民法典编纂之外的另一项极为重要并且非常迫切的任务。

六、结语

立法工作是一门妥协的艺术。如果立法讨论的每一位参与者都按照自己对于一部完美民法典的想象去表达自己的立场，最终出台的民法典可能会是这一处符合了某位讨论者的想象、另一处体现了另一位讨论者的想象，而加总在一起的整体，可能与每一位讨论者的期待都相距甚远。

因此，立法讨论者应当在对民法典的期待上与现实相妥协、相互间妥协，以实用作为民法典立法的首要目标，即，民法典应当要能够满足我国各种类型民事主体从事民事活动的需求、能够满足我国裁判机构妥当处理民事纠纷的需求，归根到底是要能够满足裁判机构妥当处理民事纠纷的需求。具体来说，要让裁判者在面对那些无法通过法律解释、类推适用和法学通说来处理的价值判断问题时，能够在民法典中找得到立法者的结论，并且法律条文要能够准确表达立法者对于这些问题所作出的结论。

至于民法典的宏观体系架构与编章节的安排、分析框架的采用与术语的使用、基本原则的表达与价值取向的宣示等等，虽然对于民法典的趋于完美而言也很重要，但如果我们将过多的精力投入到了这些问题的讨论，而忽视或减少了对于价值判断问题的讨论，则无异于舍本逐末，最终在结果上可能难免因小失大。

《民法典·侵权责任编》的编纂背景与结构调整

——以《民法总则》的通过为起始点

王 竹*

（本文即将发表在《国家检察官学院学报》2017 年第 4 期）

摘　要：《民法典·侵权责任编》的编纂背景，主要包括债法总则和人格权法的立法规划改变以及《民法总则》上的侵权责任规范三个方面。就《民法典·侵权责任编》的结构调整，主要包括如下方面：《侵权责任法》第一章“一般规定”被《民法总则》吸收而删除；第二章“责任构成和责任方式”分立为第一章“责任构成与责任分担”和第二章“损害赔偿责任”；第三章“不承担责任和减轻责任的情形”因条文全部被总则化或者没有必要规定而删除；新增第三章“侵害人格权益的侵权责任”；设立第四章“使用人责任”；第八章“环境污染责任”充实为“污染环境与生态损害责任”章；第十二章“附则”删除；《侵权责任法》第四章到第十一章相对位置不变，顺延为《民法典·侵权责任编》第五章到第十二章。

关键词：《民法典·侵权责任编》；《民法总则》；编纂背景；结构调整；总则化

2017 年 3 月 15 日，十二届人大五次会议通过了《民法总则》，迈出了编纂民法典“两步走”[1]的第一步。作为“两步走”编纂方案第二步的重要内容之一，《民法典·侵权责任编》的编纂，也在《民法通则》《侵权责任法》和侵权法领域相关法律、司法解释的基础上，增加了《民法总则》作为编纂背景。本文结合笔者近年来的思考，重点探讨未来《民法典·侵权责任编》相对于《侵权责任法》的结构调整，

* 王竹，法学博士，四川大学法学院教授、博士生导师，法律大数据实验室主任；兼任中国人民大学民商事法律科学研究中心侵权法研究所副所长，烟台大学中欧侵权法研究院研究员。

本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目：“中国侵权责任法改革研究”（16JJD820015）的中期成果。感谢教育部对本文写作的支持，本文文责自负。

本文的主要思路在 2017 年 4 月 15-16 日由四川大学法学院主办的“法治大数据与《民法典·侵权责任编》”研讨会上进行过讨论，感谢项目组成员对本文的建议和意见。

[1] 李建国：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》，在第十二届全国人民代表大会第五次会议上，2017 年 3 月 8 日。

作为对该编编纂的立法建议。

一、《民法典·侵权责任编》的编纂背景

《民法典·侵权责任编》的编纂背景，主要包括债法总则和人格权法的立法规划改变以及《民法总则》上的侵权责任规范三个方面，而前两个方面的立法规划实际上也通过《民法总则》有所体现。

（一）离散的“债法总则”与渐行渐远的侵权责任

1.离散的“债法总则”

未来“民法典”上的“债法总则”制度体现出离散化的趋势。随着2020年这一潜在的“编纂民法典”大限的临近，加之2002年《民法（草案）》并无债法总则内容，学界与立法机关似乎已经就不制定《债法总则》达成了默契。[2]在这样的背景下，《民法总则》试图在第五章“民事权利”最低限度地满足债法总则的制度供给。具体来说，在第118条第1款规定：“民事主体依法享有债权。”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。”然后在第119-122条分别用一个条文规定了合同、侵权行为、无因管理和不当得利这四种债权的典型发生原因。作为“债法总则”的替代性立法方案，体现出明显的制度供给不足。

《合同法》制定之时，由于当时预计民法典在短期内无法出台，才选择让《合同法》总则在一定程度上暂时扮演债法总则的角色，并且规划一旦制定民法典，就要“归还”本属于债法总则的制度及规范。[3]但由于“债法总则”立法规划的落空，未来绝大部分债法总则规范，如债的履行、债的保全、债的变更与移转和债的消灭制度，将不得不继续跟随《合同法》被编纂到《民法典·合同编》。

2.渐行渐远的侵权责任

仔细观察，《民法总则》第120条并非关于侵权之债的规定：“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。”而是《侵权责任法》第2条第1款规定的“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”与第3条规定的“被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”的组合，实质上是关于“侵权责任当事人主义”

[2] 根据笔者的观察，对于债法总则的呼唤似乎在2013年之后就逐渐消退，随后的文献对债法总则的立法建议也显得相对谨慎，如崔建远：《中国债法的现状与未来》，《法律科学》2013年第1期。哈斯巴根、周炜：《试论设立债法总则的途径及其现实性》，《宁夏社会科学》2013年第2期。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。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。

[3] 崔建远：《债法总则与中国民法典的制定——兼论赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的定位》，《清华大学学报：哲社版》2003年第4期。

的规定。这一规则表述最大的遗憾是错失了澄清侵权责任与侵权之债关系的绝佳机会。另一方面，由于《民法总则》第118条相比于《民法通则》第84条，没有与后者第2款债权请求权相对应的规则：“债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”[4]未来实务中侵权之债恐有完全被侵权责任替代之趋势，侵权行为也将仅仅在学理名义上作为侵权之债的发生原因。

（二）难产的“人格权法”与亟需整合的人格权益保护制度

1.《民法总则》第五章“民事权利”上人格权相关条文评析

应当指出，《民法总则》第109条并非一般人格权规定：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”而是对《宪法》第37条规定的人身自由和第38条规定的人格尊严的民法保护。未来《民法典·侵权责任编》应该重新规划以“人格尊严”为核心的侵害一般人格权的侵权责任规范，并将人身自由权作为具体人格权予以保护。

就自然人的具体人格权，《民法总则》第110条第1款规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。”较之《侵权责任法》第2条第2款，单独列出了“身体权”，并且改变了《精神损害赔偿司法解释》和《人身损害赔偿司法解释》采用的“生命权、健康权、身体权”相对顺序，而采用了更类似于《德国民法典》第823条第1款规定的“生命、身体、健康”的排列顺序。未来在《民法典·侵权责任编》上对相应侵权责任的规定应该体现这一变化。

《民法总则》第110条第2款规定：“法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。”该款规定直接对应《民法通则》第99条第2款、第101条和第102条关于法人人格权的规定，不但就法人人格权继续采“肯定说”，并且扩张到了“非法人组织”，值得关注。

《民法总则》第111条吸收了修订《消费者权益保护法》和制定《网络安全法》的经验，对个人信息进行了特别保护。未来在《民法典·侵权责任编》应当将这一宣示性条文进一步转化为更为规范化的侵权责任条文。

需要指出的是，对个人信息权进行保护的条款是在《民法总则（草案）》（二审公开征求意见稿）增加的，而《民法总则》第110条的内容尤其是第2款关于法人、非法人组织人格权的规定，则是在《民法总则（草案）》（一审公开征求意见稿）确立的。正是由于这一条文加入的先后顺序，才造就了《民法总则》第111条的单独

[4] 这一立法遗漏将对司法实务造成较大的困惑，详见王竹：《〈民法总则（草案）〉若干法律规范去留问题大数据分析》，《四川大学学报》（哲学社会科学版）2017年第1期。

规定。试想，如果《民法总则》第 110 条从最初就考虑到了增加对“个人信息”的保护，更合理的立法表述应该是在第 110 条第 1 款增加“个人信息权”，即类似《侵权责任法》第 2 条第 2 款增加“隐私权”的做法。这样处理的优点在于一次性将“个人信息权”作为权利进行规定，并与“隐私权”并列，明确二者的差别。没有采用这种做法的缺点是，《民法总则》错失了在第 111 条第 2 款法人人格权中增加与“个人信息权”并列的“组织信息权”的立法机会。在信息社会，除了将个人信息从个人隐私中独立出来，也应该相应地将组织信息从商业秘密中独立出来，未来个人信息和组织信息都应该作为人格权益进行保护。《民法总则》第 123 条第 2 款第 5 项将其作为知识产权客体予以保护:“知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利:（五）商业秘密”。这四种权利客体的关系如下：

民事主体\客体类型	私密	信息
自然人	个人隐私	个人信息
法人、非法人组织	商业秘密	组织信息

鉴于《民法总则》第 110 条第 2 款在列举名称权、名誉权和荣誉权之后，还使用了“等权利”的立法技术，可以在解释论上认为“等权利”包括法人、非法人组织的“组织信息权益”，未来可以通过司法解释予以确认。《民法典·侵权责任编》应当对侵害个人隐私权、个人信息和组织信息的侵权责任进行规定，将侵害商业秘密的侵权责任预留给《反不正当竞争法》规定。

2.亟需整合的人格权益保护制度

《民法总则》起草过程中对“人格权法”独立成编的争议再起，“人格权法”独立成编之梦似乎渐行渐远。[5]而就人格权益的保护而言，《民法总则》上的人格权制度无法替代《民法通则》和现行司法解释体系。未来由《民法典·侵权责任编》承担人格权益保护的重任也不失为次优的立法选择，这就需要对现行人格权益保护制度进行全面的整合。

《民法通则》建立了涵盖权利种类和权利保护的完整人格权法体系。第五章“民事权利”第四节“人身权”从第 98 条到第 103 条规定了自然人的生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和婚姻自主权，以及法人的名称权、名誉权和荣誉权。相比于《民法总则》第 110 条，除了当时尚未确立的隐私权，在权利内容上都进行展开，并包含了人格权请求权的内容。[6]第六章“民事责任”第三节“侵权的民事责

[5] 李适时：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》，在第十二届全国人大常委会第二十一次会议上，2016 年 6 月 27 日。

[6] 杨立新、袁雪石：《论人格权请求权》，《法学研究》2003 年第 6 期。

任”在第 119 条对人身损害赔偿进行了规定，第 120 条第 1 款对侵害自然人精神性人格权的侵权责任进行了规定，第 2 款对侵害法人人格权的侵权责任进行了规定，形成了较为完整的侵害人格权侵权责任体系。

鉴于保护人格权益在实务中的重要性，最高人民法院于上个世纪 80 年代末 90 年代初在《最高人民法院公报》上发布了大量侵害人格权的公报案例，[7]并总结司法实践经验，连续发布了《名誉权案件解答》（1993 年）和《名誉权案件解释》（1998 年）两个司法解释。进入 21 世纪以来，最高人民法院发布的《精神损害赔偿司法解释》（2001 年）和《人身损害赔偿司法解释》（2003 年），全面提升和系统建立了我国的人格权益保护制度。2014 年发布的《利用信息网络侵害人身权益民事纠纷规定》则对利用信息网络侵害他人姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权等人格权益的侵权责任进行了细致的规定。

上述相关司法解释的解释对象，主要是《民法通则》相关条文和《侵权责任法》第 36 条关于网络侵权责任的规定，而《民法通则》上的人格权种类和侵害人格权侵权责任相关规定，在民法典编纂完成后，会随着《民法通则》一起被废止。我国现行法上的人格权益保护制度，亟需在未来《民法典·侵权责任编》中予以整合。

（三）《民法总则》上“总则化”和新增的侵权责任规范

《民法总则》上的侵权责任规范可以分为《侵权责任法》规范的“总则化”和新增两大类，主要分布在第八章“民事责任”，也涉及到第九章“诉讼时效”。

1.《侵权责任法》规范的“总则化”

《侵权责任法》规范的“总则化”主要包括如下方面：

第一，一般数人侵权责任分担规则的总则化。《民法总则》第 177 条将《侵权责任法》第 12 条[8]中包含的按份责任最终责任分担规则抽出作为一般性规则规定：“二人以上依法承担按份责任，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。”值得赞许。《民法总则》第 178 条前两款整合了《侵权责任法》第 13 条连带责任对外责任分担和第 14 条连带责任对内最终责任分担的规则，第 3 款兼顾到了侵权责任和违约责任两大主要适用范围，规定：“连带责任，

[7] 这些公报案例主要是侵害名誉权的案例，如上海新亚医用橡胶厂诉武进药疗用品厂损害法人名誉权纠纷案（1988 年第 1 期）、王发英诉刘真及《女子文学》等四家杂志侵害名誉权纠纷案（1989 年第 2 期）、胡冀超、周孔昭、石述成诉刘守忠、陈秀琴诉魏锡林、《今晚报》社名誉权纠纷案（1990 年第 2 期）、康达医疗保健用品公司诉西北工商报社、陕西省医疗器械公司侵害法人名誉权纠纷案（1990 年第 2 期）、徐良诉《上海文化艺术报》、赵昌伟侵害名誉权纠纷案（1990 年第 4 期）、《遵义晚报》社侵害名誉权纠纷案（1992 年第 2 期）、倪培璐、王颖诉中国国际贸易中心侵害名誉权纠纷案（1993 年第 1 期），也有侵害肖像权的案例，如卓小红诉孙德西、重庆乳品公司侵犯肖像权纠纷案（1987 年第 1 期）。

[8] 《侵权责任法》第 12 条规定：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。”

由法律规定或者当事人约定。”实现了连带责任规则的一般化，补全了我国民法上长期缺乏连带责任规则，不得不准用《民法通则》第 87 条连带之债规定的缺憾。[9]未来《民法典·总则编》还可以进一步整合第 177 条按份责任和第 178 条第 2 款连带责任的对内责任分担规则。[10]

第二，主要侵权责任方式的总则化。《民法总则》第 179 条第 1 款是对主要民事责任方式的规定。该款最终未能确立《民法总则（草案）》（一审公开征求意见稿）中的“修复生态环境”责任，与该法第 9 条新增的“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”这一绿色基本原则的立法意图不完全吻合。建议《民法典·侵权责任编》将《侵权责任法》第八章“环境污染责任”[11]充实为“污染环境与生态损害责任”，并规定“修复生态环境”责任的具体适用。[12]值得关注的是，《民法总则》第 179 条第 2 款新增“法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。”的一般性规定，未来应当会有进一步扩大适用范围的立法趋势。

第三，三项侵权责任抗辩事由的总则化。第 180 条合并了《民法通则》第 107 条和第 153 条的内容，对不可抗力作了统一规定，作为抗辩事由适用于整个民事责任体系。《民法总则》随后在第 181 条和第 182 条规定了正当防卫和紧急避险两种抗辩事由，内容相比《侵权责任法》第 30 条和第 31 条仅有略微调整。建议未来《民法典·总则编》补充“自助行为”这一重要抗辩事由。[13]

第四，见义勇为人受害责任的总则化。《民法总则》第 183 条对见义勇为人受害责任进行了规定，内容较之《侵权责任法》第 23 条略有调整，体例上延续了《民法通则》第 109 条规定在第六章“民事责任”的第一节“一般规定”的安排。

第五，侵权责任优先规则的一般化。《民法总则》第 187 条以《侵权责任法》第 4 条侵权责任优先为编纂对象，规定了“民事责任优先规则”。

上述“总则化”的《侵权责任法》规范在未来《民法典·侵权责任编》中无须重复规定。

2.《民法总则》新增的侵权责任规范

《民法总则》新增的侵权责任规范主要包括如下方面：

[9] 我国台湾地区民法存在类似的法律适用问题。参见邱聪智：《新订民法债编通则》（下），中国人民大学出版社 2003 年版，第 394 页。

[10] 详见王竹：《论数人侵权责任分担中最终责任份额的确定方式》，《法商研究》2010 年第 6 期。

[11] 《侵权责任法》只在第八章标题适用了“环境污染”的表述，而在条文中均使用“污染环境”的表述。应该指出，“污染环境”的表述更为准确，未来《民法典·侵权责任编》应该予以修正。

[12] 参见《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（法释[2015]1 号）第 15、20-24 条。

[13] 《中华人民共和国民法（草案）》（2002 年 12 月 23 日）第八编“侵权责任法”第 23 条曾经规定了“自助行为”，但该条文在后续草案中没有保留。

第一，新增的自愿实施紧急救助行为致害免责规定。《民法总则》在立法的最后阶段新增第 184 条：“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。”该条没有设置故意或者重大过失情形的除外条款，[14]立法过于仓促而非必要，徒生疑惑，实为败笔。建议最高人民法院尽快出台司法解释予以补救，并在未来民法典编纂过程中修正这一立法错误。

第二，新增的侵害英雄烈士等人格利益侵权责任。《民法总则》第 185 条新增规定：“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。”这是践行该法第 1 条规定的“弘扬社会主义核心价值观”的典型立法体现。[15]对比《精神损害赔偿司法解释》第 3 条第 1 项的规定，[16]二者具有类似的保护范围。《民法总则》第 185 条更突出侵害对象为“英雄烈士等”且“损害社会公共利益”，未来应该建立相应的公益诉讼。本条的规定具有偶然性，在《民法总则》立法过程中引起较大争议的“狼牙山五壮士”名誉权纠纷案[17]对本条规定的确立起到了明显的推动作用。而早在 2002 年《最高人民法院公报》就刊载了《彭家惠诉〈中国故事〉杂志社名誉权纠纷案》，[18]对于该条的司法适用可作参考。

第三，新增的侵权责任诉讼时效。《民法总则》规定了两类特殊的诉讼时效起算点，实际上都是对弱势被侵权人的特殊保护制度。第 190 条规定：“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。”第 191 条规定：“未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日起计算。”这两条《民法总则》的特殊诉讼时效规定，预示着未来《民法典·侵权责任编》应当对非完全民事行为能力人，尤其是未成年人被法定代理人侵害和被性侵害的侵权责任作出特别规定。沿着这一立法思路，在未来《民法典·总则编》的编纂过程中，笔者还建议应当参考《婚姻法》第 11 条第 3 句规定的“被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。”在第 191 条基础上增加如下规定：“被非法限制人身自由遭受性侵害的，损害赔偿请求权的诉讼时效，自恢复人身自由之日起计算。”

上述《民法总则》新增的侵权责任规范在民法典编纂过程中需要与《民法典·侵

[14] 石宏主编：《〈中华人民共和国民法总则〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 437-438 页。

[15] 石宏主编：《〈中华人民共和国民法总则〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 440 页。

[16] 《精神损害赔偿司法解释》第 3 条第 1 项规定：“自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉；”

[17] 《最高人民法院公布四起“狼牙山五壮士”等保护英雄人物人格权益典型案例》，2016 年 10 月 19 日。

[18] 《彭家惠诉〈中国故事〉杂志社名誉权纠纷案》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2002 年第 6 期。

权责任编》进行协调。

二、建议“侵权损害赔偿责任”独立成章

（一）庞杂的《侵权责任法》第二章“责任构成和责任方式”

《侵权责任法》合计 12 章 92 条，其中最后一章附则只有 1 条，其余平均每章 8-9 条，条文最少的第八章“环境污染责任”只有 4 条，而第二章“责任构成和责任方式”则多达 20 条。从形式美感看，该章显得过长。尽管该章第 12-15 条、第 23 条已经被《民法总则》第 177-179 条和第 183 条总则化，但剩余条文仍然包括了侵权责任构成（第 6、7 条）、连带责任的适用范围（第 8-11 条）、损害赔偿责任（第 15-20、22、25 条）和预防性侵权责任（第 21 条）[19]以及备受争议的公平责任（第 24 条）[20]等内容，略显庞杂。未来《民法典·侵权责任编》可以考虑拆分为两章。

（二）以“损害赔偿”为核心的不同侵权责任方式立法定位

根据《民法总则》第 179 条的规定，未来《民法典·侵权责任编》中的侵权责任方式将包括四个方面，立法定位各有不同：

第一，以填补性侵权责任为主。“恢复原状”和“赔偿损失”是填补性侵权责任，以损害的发生为要件，是侵权责任的主体部分，其中又以“赔偿损失”为核心。

第二，以预防性侵权责任为辅。“停止侵害”“排除妨碍”和“消除危险”属于预防性侵权责任，不以损害的发生为要件，其设立目的是预防损害的发生，起到辅助性的作用。

第三，兼顾精神性侵权责任。“消除影响、恢复名誉”和“赔礼道歉”是“恢复原状”在侵害人格权益领域的特殊化，[21]这也从主要侵权责任承担方式的角度佐证了《民法典·侵权责任编》规定侵害人格权益侵权责任的必要性。

第四，惩罚性赔偿责任法定化。惩罚性赔偿责任以法律明文规定为限，属于例外性规则，《民法典·侵权责任编》需要设定其适用范围的扩展条件。

（三）建议设立“侵权损害赔偿责任”章作为第二章

按照上述立法定位，笔者建议设立“侵权损害赔偿责任”章作为第二章，规定损害赔偿责任的基本规则和类型。损害赔偿责任的基本规则是我国《侵权责任法》乃至整个民法所欠缺的，包括恢复原状与全部赔偿规则、损害赔偿责任的确定与酌

[19] 王利明：《侵权责任法研究（上卷）》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 620 页。
[20] 本文主要讨论《民法典·侵权责任编》的结构调整问题，暂不讨论公平责任的去留和体例安排问题。
[21] 张新宝：《〈中华人民共和国民法总则〉释义》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 389 页。

定规则、损益相抵规则、维持最低生活标准规则[22]、优先顺位规则[23]和支付方式规则等。损害赔偿责任的类型，则以《侵权责任法》第 15-20 条、第 22 条为基础规定人身损害赔偿责任、财产损害赔偿责任和精神损害赔偿责任，并考虑增设惩罚性赔偿责任的一般性规定。

我国现行法上的惩罚性赔偿责任主要是《侵权责任法》第 47 条、《消费者权益保护法》第 55 条第 2 款和《食品安全法》第 148 条第 2 款的规定。值得注意的是，《商标法》2013 年修改时新增第 63 条第 1 款第 2 句：“对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。”实为惩罚性赔偿规定。最新的《著作权法》修改草案[24]和《专利法》修改草案[25]也包含了类似的惩罚性赔偿责任条款。建议惩罚性赔偿责任在主观上以“恶意”或者“明知故犯”为限，并限于造成他人死亡或者健康严重损害以及侵犯知识产权的情形。

三、建议确立“责任构成与责任分担”章

在《民法典·侵权责任编》设立第二章“侵权损害赔偿责任”之后，《侵权责任法》第二章“责任构成和责任方式”的剩余条文，主要是侵权责任构成（第 6、7 条）、连带责任的适用范围（第 8-11 条）和预防性侵权责任（第 21 条）三组规则。笔者建议对内容略作调整后，更改章名为“责任构成与责任分担”，作为《民法典·侵权责任编》第一章。本章包括两部分内容：

（一）一般侵权责任构成规则

《侵权责任法》第 6 条第 1 款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”第 7 条规定：“行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。”这两个条文之所以没有规定“造成损害”的构成要件，是为了与《侵权责任法》第 15 条规定的主要侵权责任方式中的预防性侵权责任的构成要件相协调，即预防性侵权责任不以损害的发生为要件。因此，“造

[22] 传统民法一般考虑保留维持最低生活保障、履行法定扶养义务和支付被抚养的未成年人教育所必需的费用这三项。鉴于中国社会医疗保障缺失的现实，建议增加对侵权责任人和其抚养的未成年人的“基本医疗以及正在进行的危重疾病治疗”必需费用的保留。
[23] 《民法总则》规定了“民事财产责任的优先性”规则，《民法典·侵权责任编》应该规定民事侵权责任优先于公益诉讼，抢救费用和丧葬费的优先性，以及惩罚性赔偿责任的劣后性。
[24] 《中华人民共和国著作权法》（修订草案送审稿）第 76 条第 2 款：“对于两次以上故意侵犯著作权或者相关权的，人民法院可以根据欠款计算的赔偿数额的二至三倍确定赔偿数额。” 中国政府法制信息网：http://zqyj.chinalaw.gov.cn/readmore?listType=1&id=125，访问时间：2017 年 5 月 6 日。
[25] 《中华人民共和国专利法修订草案》（送审稿）第 68 条第 1 款第 3 句：“对于故意侵犯专利权的行为，人民法院可以根据侵权行为的情节、规模、损害后果等因素，在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。” 中国政府法制信息网：http://zqyj.chinalaw.gov.cn/readmore?listType=1&id=905，访问时间：2017 年 5 月 6 日。

成损害”的要件规定在损害赔偿类型部分。[26]如果侵权责任的构成区分损害赔偿责任和预防性侵权责任，那么侵权损害赔偿责任归责原则的条款就可以增加“造成损害”的构成要件，而在侵权损害赔偿责任类型部分就不必再规定这一要件。

建议未来《民法典·侵权责任编》以《侵权责任法》第6条和第7条为基础，先规定侵权损害赔偿责任的构成要件，然后再以《侵权责任法》第21条为基础规定预防性侵权责任的构成要件，形成“侵权损害赔偿责任+预防性侵权责任”的一般侵权责任构成体系。

（二）一般侵权损害赔偿责任分担规则

《民法典·侵权责任编》上的一般侵权损害赔偿责任分担规则，至少应当包括一般数人侵权责任分担规则和被侵权人过错两部分。[27]

1.一般数人侵权责任分担规则

一般数人侵权责任分担规则，是指连带责任与按份责任的适用规则。《侵权责任法》第8-11条规定了连带责任的适用范围，对应《民法通则》第130条。《民法通则》采传统大陆法系立法模式，在一般数人侵权责任分担领域，只规定连带责任的适用范围，不属于连带责任适用范围的数人侵权行为，则适用按份责任。《侵权责任法》在第12条规定“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害”的按份责任适用情形，实属多余，应该是受到《人身损害赔偿司法解释》第3条第2款的影响。[28]未来《民法典·侵权责任编》无须就按份责任的适用范围作出规定。

2.被侵权人过错规则

从体例上看，《民法通则》第130条规定连带责任的适用范围，第131条规定被侵权人过错，构成了完整的一般侵权责任分担规则体系。《人身损害赔偿司法解释》第2条的解释对象是《民法通则》第131条，第3-5条的解释对象是《民法通则》第130条，尽管交换了相对顺序，但仍然构成完整的一般侵权责任分担规则体系。

被侵权人过错制度是在《民法（草案）》（2002年12月23日）第八编“侵权责任法”纳入到新设的第三章“抗辩事由”中的，该章还包括正当防卫、紧急避险和自助行为。在随后的草案中，第三章更名为“不承担责任和减轻责任的情形”，并逐渐纳入了不可抗力、受害人故意和第三人原因等内容，最终《侵权责任法》在该章

[26] 需要指出的是，《侵权责任法》第19条并未按照立法规划规定“造成损害”的要件，系立法瑕疵：“侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。”

[27] 完整的一般侵权责任分担规则，还应当包括被侵权人过错参与一般数人侵权责任分担规则，参见王竹：《论受害人有过错的数人侵权责任分担》，《清华法学》2010年第2期。

[28] 《人身损害赔偿司法解释》第3条第2款规定：“二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。”

第26条规定了被侵权人过错制度：“被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。”

笔者认为，被侵权人过错制度适用的方式是比较双方的过错和原因力，这更类似于数人侵权责任分担的比较侵权人之间的过错和原因力规则。[29]被侵权人过错制度适用的效果并非免除责任而是减轻责任，而其他的抗辩事由的适用效果是免除责任。未来《民法典·侵权责任编》上，被侵权人过错制度应该重新与数人侵权责任分担制度一起构成完整的一般侵权责任分担制度。

四、建议删除“不承担责任和减轻责任的情形”章

（一）“受害人故意”和“第三人原因”一般化之否定

《侵权责任法》第27条规定了一般化的“受害人故意”抗辩事由：“损害是因受害人故意造成的，行为人不承担责任。”就此规定，草案起草机关的权威解读认为：“本条规定对行为人免责，是指损害完全是因为受害人的故意造成的，即受害人故意的行为是其损害发生的唯一原因。”[30]这一解读一方面强调受害人的主观故意，另一方面同时强调“唯一原因”。按照这一逻辑，似乎“受害人过失+唯一原因”就不能免责。应当指出，在一般侵权责任中，如果受害人的行为是损害发生的唯一原因，无论其主观上是否有过错或者过错程度如何，均因侵权人的行为与损害的发生没有因果关系而免除责任。这属于侵权责任要件不足的责任不构成问题，而非抗辩事由。笔者认为，受害人故意作为抗辩事由，仅限于在危险责任领域，是指受害人故意利用危险作业本身固有的危险性导致自身损害的情形，不是一般侵权责任的抗辩事由。

《侵权责任法》第28条规定了一般化的“第三人原因”抗辩事由：“损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任。”按照草案起草机关的权威解读，要区分“第三人过错是造成损害的唯一原因”和“第三人过错是造成损害的部分原因”。第三人过错是造成损害的唯一原因再按照归责原则进行区分，在过错责任和过错推定责任范围内第三人原因实际上是作为免责事由；在无过错责任中，有被告承担、被侵权人选择责任承担人和第三人承担责任等不同处理，但都适用特别法的规定。第三人过错是造成损害的部分原因的情形，根据案件的不同情况，分别适用《侵权责任法》第9-12条关于连带责任适用范围的规定。[31]仔细分析上述解读就会发现，第28条仅仅在过错责任和过错推定责任中，作为免责事由单独被适用；而其他类型，

[29] 杨立新、王竹：《论侵权法上的受害人过错制度》，《私法研究》（第7卷）。

[30] 王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第129页。

[31] 王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第132-135页。

实际上都是适用其他条文。那么，第 28 条作为一般侵权行为部分的抗辩事由规定，实际价值就是过错责任和过错推定责任中第三人原因是造成损害的唯一原因的免责事由规定。[32]

按照这样的认识，我们应该进一步思考。与其说，过错责任和过错推定责任中第三人原因作为造成损害的唯一原因是免责事由规定，不如说，对于被告来讲，其行为根本不是造成损害的原因。从诉讼构造的角度，原告起诉被告，被告证明第三人原因才是损害发生的全部原因，就完成了举证责任，应当免除责任。原告应该另行起诉第三人请求承担侵权责任，此时前案被告证明的“第三人原因才是损害发生的全部原因”，则是由第三人在第二个案件中作为被告承担侵权责任的因果关系要件。这样看来，第 28 条实际上是第二个案件的因果关系要件在第一个案件中的体现，本身就是侵权责任构成中的因果要件问题，不应该作为一般性的抗辩事由进行规定。而在危险责任领域，如《侵权责任法》第 68 条第三人过错导致污染环境的不真正连带责任和第 83 条第三人过错导致饲养动物致害的不真正连带责任，第三人原因不能构成免责事由。如果被侵权人选择由危险责任人承担赔偿责任，危险责任人只能在承担责任后，向作为最终责任人的第三人追偿。

（二）危险责任非侵权人原因规则的“普遍化”而非“一般化”定位

值得注意的是，《侵权责任法》第八章“环境污染责任”、第九章“高度危险责任”和第十章“饲养动物损害责任”均普遍规定的“受害人重大过失”抗辩事由，却没有被“一般化”。《人身损害赔偿司法解释》第 2 条第 2 款规定：“适用民法通则第一百零六条第三款规定确定赔偿义务人的赔偿责任时，受害人有重大过失的，可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。”而《民法通则》第 106 条第 3 款规定：“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”可见这仍然是引致“法律规定”的具体的无过错责任类型，并非一般化规定。笔者认为，较之《侵权责任法》对受害人故意和第三人原因的“一般化”，更合理的做法是参考“受害人重大过失”的立法模式，在危险责任领域[33]作“普遍化”的处理。这一立法模式的推论是，《侵权责任法》第九章“高度危险责任”，应该增设“第三人原因”不真正连带责任的规定。

（三）没有必要再保留“不承担责任和减轻责任的情形”章

《侵权责任法》第三章“不承担责任和减轻责任的情形”仅有 6 个条文，其中

[32] 张力、郑志峰：《侵权责任法中的第三人侵权行为》，《现代法学》2015 年第 1 期。

[33] 笔者使用“危险责任”而非“无过错责任”的概念，是希望排除“产品责任”。产品责任的抗辩事由体系较为特殊，与危险责任差别较大。

第 29-31 条关于不可抗力、正当防卫和紧急避险的规定，已经被纳入《民法总则》第 180-182 条。而第 26 条被侵权人过错实际上是侵权责任分担规则。仅剩的第 27 条受害人故意和第 28 条第三人原因，属于错误地用“一般化”手段规定“普遍化”规则，那么该章的固有内容就已经全部被消解，未来《民法典·侵权责任编》也就没有必要再保留“不承担责任和减轻责任的情形”章了，建议予以删除。

五、建议新设“侵害人格权益的侵权责任”章

（一）建议《民法典·侵权责任编》增设第三章“侵害人格权益的侵权责任”

从当前的情势看，未来“民法典”将不会设“人格权编”，而《民法总则》上的人格权规则又过于简单而无法对人格权进行足够的保护。未来对人格权进行保护的重任，就会重新定位到《民法典·侵权责任编》上，立法的最佳选择就是在《民法典·侵权责任编》增设“侵害人格权益的侵权责任”章。

在具体章节设置上，要与《侵权责任法》的结构相协调。一般认为，《侵权责任法》的前三章是对一般侵权责任的规定，第四章到第十一章是对特殊侵权责任的规定。“侵害人格权益的侵权责任”章，本应是“人格权编”的内容，定位与《物权法》第三章“物权的保护”类似。只是因为立法机关改变了 2002 年《民法（草案）》“人格权法”独立成编的立法规划，才不得不纳入《民法典·侵权责任编》中。从这一章内容的一般性与特殊性考虑，“侵害人格权益的侵权责任”一般适用过错责任，应该归入一般侵权责任。但在侵害的权益方面，又具有“人格权益”这一特殊性。因此，最佳设置是安排在第三章，作为一般侵权责任与特殊侵权责任的过渡。

在规则设计上，为了承接《民法通则》的人格权保护体系，建议每个条文都同时规定人格权请求权与侵权请求权，以便对人格权益提供更加全面的保护。在体例设计上，鉴于人格权制度是以自然人作为典型设计，建议先规定自然人的人格权益保护，再规定特殊主体的人格权益保护。后者所称“特殊主体”，主要是指胎儿、死者、未成年人和妇女以及法人、非法人组织。

（二）侵害自然人人格权益的侵权责任

《民事案件案由规定》（法[2011]42 号）第一部分“人格权纠纷”项下“一、人格权纠纷”分为 9 个三级案由：1、生命权、健康权、身体权纠纷；2、姓名权纠纷；3、肖像权纠纷；4、名誉权纠纷；5、荣誉权纠纷；6、隐私权纠纷；7、婚姻自主权纠纷；8、人身自由权纠纷；9、一般人格权纠纷。这与《民法总则》第 109 条和第 110 条第 1 款的内容基本吻合。需要指出的是，人身自由权是具体人格权，而“一

般人格权”的核心内容主要是“人格尊严”，其性质是人格利益而非人格权。而《民法总则》第 111 条规定的个人信息，现阶段也更适合作为人格利益来保护。

未来《民法典·侵权责任编》可以参考《民法总则》的条文顺序和内容，用四个方面的条文来规定侵害自然人人格权益的侵权责任，具体来说：

第一，规定侵害一般人格权的侵权责任，建议条文为：“侵害自然人的人格尊严，造成严重后果的，应当承担侵权责任。”

第二，规定侵害具体人格权的侵权责任，设置 11 个条文，分别是：(1)侵害生命权的侵权责任；(2)侵害身体权的侵权责任；[34](3)侵害健康权的侵权责任；(4)侵害姓名权的侵权责任；(5)侵害肖像权的侵权责任；(6)侵害名誉权的侵权责任；(7)侵害荣誉权的侵权责任；(8)侵害隐私权的侵权责任；(9)侵害婚姻自主权的侵权责任；(10)侵害性自主权和生育自主权的侵权责任；[35](11)侵害人身自由权的侵权责任。

第三，规定侵害个人信息的侵权责任，可以结合《民法总则》第 111 条的内容进行设计。

第四，规定侵害公开权的侵权责任。我国侵权法学说和实务均普遍认可自然人将其人格利益予以商业化利用的权利，应该在自然人人格权益保护的最后一条规定自然人的公开权以及侵害公开权的侵权责任。

（三）侵害特殊主体人格权益的特别规范

侵害特殊主体人格权益的侵权责任包括：

第一，侵害胎儿人格利益的侵权责任。《民法总则》第 16 条规定：“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。”该条规定可以作为胎儿利益保护的概括性规定，但侵害胎儿人格利益的侵权责任还需要《民法典·侵权责任编》作出具体规定。

第二，侵害死者人格利益的侵权责任。《民法总则》第 185 条实为侵害死者人格利益的特殊类型，在“人格权法”难以独立成编的背景下，理应由《民法典·侵权责任编》规定。在《民法总则》中予以应景式的规定，缺乏立法规划，略显唐突。未来民法典编纂过程中，应该回归《民法典·侵权责任编》，并作规则上的细化。从逻辑上，应当先对侵害死者人格利益作一般性的规定，然后再做特别性的规定。

第三，侵害未成年人和妇女人格利益的特别规定。《民法总则》第 128 条规定：

[34] 要突出对侵害身体自主的救济，参见王竹、方延：《身体权学理独立过程考》，《广州大学学报》2012 年第 5 期。

[35] 建议在“侵害婚姻自主权的侵权责任”之后，紧接着规定“侵害性自主权和生育自主权的侵权责任”，是考虑到《民法总则》第 191 条已经规定了未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权诉讼时效期间特殊规则，理应在《民法典·侵权责任编》规定侵害性自主权的侵权责任。而随着生育技术的发展和社会观念的改变，婚姻、生育与性对象不重合的情形逐渐增加，有必要对生育自主权作类似的保护。

“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的，依照其规定。”对于该条列出的五类弱势群体，均有对应的特殊保护性法律。考虑到《民法总则》第 190 条和第 191 条对未成年人被侵害特殊诉讼时效的规定，以及妇女性自主权保护与未成年人性自主权保护的同等重要性，建议在《民法典·侵权责任编》对侵害未成年人和妇女的人格权益尤其是性自主权做特别规定。

第四，侵害法人、非法人组织人格权益的侵权责任。侵害法人、非法人组织人格权益的侵权责任，主要是参照侵害自然人人格权益的相关规定，但在类型上限定为法定的法人人格权益。另外，比照个人信息，还要对侵害组织信息的侵权责任进行规范。

六、建议“使用人责任”独立成章

（一）现行侵权法上使用人责任规则评析

1.《侵权责任法》上的使用人责任规则评析

《侵权责任法》在第四章“关于责任主体的特殊规定”用两个条文构建了使用人责任体系，包括三个方面的规则：

第一，以雇主是否是单位为区分的对外替代责任。第 34 条第 1 款规定的是用人单位替代责任，同时适用于单位劳动关系和单位劳务关系。第 35 条第 1 句规定的是个人劳务替代责任。[36]

第二，对内人身保护责任。第 35 条第 2 句规定：“提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”尽管本条采用的比较过错规则受到学者的批评，[37]但却在《侵权责任法》上确立了个人劳务关系中的对内人身保护责任。

第三，劳务派遣不真正补充责任。[38]第 34 条第 2 款规定：“劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。”这是《侵权责任法》较之《人身损害赔偿司法解释》确立的使用人责任新规定。

2.《人身损害赔偿司法解释》上的使用人责任规则评析

《人身损害赔偿司法解释》上的使用人责任，规定在第 8-14 条，包括如下三个

[36] 由于我国《劳动法》规定的劳动关系仅存在于单位与个人之间，所以不存在个人劳动关系。

[37] 程啸：《侵权责任法（第二版）》，法律出版社 2015 年版，第 431-432 页。

[38] 关于这一责任的性质存在争议。参见王竹、张恒：《劳务派遣工作人员的侵权责任——兼论“不真正补充责任”的确立与扩展适用》，《法学》2013 年第 2 期。郑志峰：《劳务派遣中雇主替代责任之检讨——兼评“不真正补充责任”》，《法学》2015 年第 9 期。

方面的规则：

第一，以“劳动关系—劳务关系—无偿帮工”为基本区分的对外替代责任。第8条第1款是对劳动关系对外替代责任的规定，第9条第1款前段是对劳务关系对外替代责任的规定，第13条第1句是对无偿帮工这种特殊劳务关系中的对外替代责任的规定。

第二，以“劳动关系—劳务关系—无偿帮工”为基本区分的对内人身保护责任。第11条第1款第1句是对劳务关系中的对内人身保护责任的规定，第14条第1款第1句是对无偿帮工关系中的对内人身保护责任的规定，第11条第3款明确了劳动关系的对内人身保护责任适用工伤保险制度。

第三，以“劳动关系—劳务关系—无偿帮工”为基本区分的对内人身保护责任与第三人侵权责任的分担规则。第12条第2款将劳动关系下对内人身保护责任与第三人侵权责任的分担规则规定为了并合责任，[39]第11条第1款第2句将劳务关系下对内人身保护责任与第三人侵权责任的分担规则规定为了单向的不真正连带责任，第14条第2款将无偿帮工关系下对内人身保护责任与第三人侵权责任的分担规则规定为了补充性的补偿责任。

可见，《人身损害赔偿司法解释》建立起了以“劳动关系—劳务关系—无偿帮工”为基本区分的对外替代责任、对内人身保护责任以及对内人身保护责任与第三人侵权责任的分担规则体系。第10条统一规定了承揽关系的对外替代责任和对内人身保护责任适用过错责任，但未明确该对内人身保护责任与第三人侵权责任的分担规则。

3.二者的对比评析

通过对比《侵权责任法》与《人身损害赔偿司法解释》的使用人责任规定，能够得出如下结论：

第一，完整的使用人责任包括三项内容，即对外替代责任、对内人身保护责任以及对内人身保护责任与第三人侵权责任的分担规则。《侵权责任法》未按照这一体系展开规定实属遗憾，未来《民法典·侵权责任编》应该自觉按照这一体系进行展开。

第二，以使用人关系类型而非雇主类型作为替代责任体系的展开方式更为科学。《侵权责任法》与《人身损害赔偿司法解释》上使用人替代责任的关系可以用下表

[39] 《人身损害赔偿司法解释》第12条第2款规定：“因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的，人民法院应予支持。”《社会保险法》第42条规定：“由于第三人的原因造成工伤，第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的，由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。”

来展示：[40]

	《侵权责任法》第34条第1款	《侵权责任法》第35条第1句
《解释》第8条	劳动关系	（立法排除）
《解释》第9条	单位雇佣关系\单位劳务关系	个人雇佣关系\有偿个人劳务关系
《解释》第13条	（未规定）	无偿帮工关系

对比可知，《侵权责任法》立法模式的弊端是对劳动关系和单位劳务关系适用同一规则，尽管在对外替代责任上看似无差别，但不利于对内人身保护责任及其与第三人侵权责任分担规则的构建。而《人身损害赔偿司法解释》抓住了“劳动关系—劳务关系—无偿帮工”这一基本区分，更加有利于对内人身保护责任及其与第三人侵权责任分担规则的统一构建，建议未来《民法典·侵权责任编》采用这一关系类型展开方式。

第三，应该规定劳务派遣责任和承揽关系责任。自《劳动合同法》2008年实施以来，劳务派遣用工规模迅速扩大，同时司法实务中涉及劳务派遣纠纷的案件也明显增加。承揽关系并非狭义的使用人关系（即雇佣关系），但在实务中大量定作人没有过错的承揽人致害和受害责任纠纷案件，被错误地适用了公平责任。为了明确法律适用，建议未来《民法典·侵权责任编》对这两类特殊使用人关系予以规范。

（二）“使用人责任”独立成章的必要性

“使用人责任”独立成章的必要性，主要源于使用人责任的特殊规则和体系定位，具体表现为：

第一，对外替代责任并非特殊侵权责任类型。与《侵权责任法》第32条规定的监护人责任不同，使用人对外替代责任的替代对象是完全民事行为能力人。该完全民事行为能力人首先要承担侵权责任，然后才是责任的替代。而监护人责任，在结构上更接近于饲养动物致害责任或者物件损害责任，是监护人自己的责任。使用人对外的替代责任在机动车交通事故责任和医疗损害中较为常见，《侵权责任法》第54条实际上就是以替代责任为设计原型。[41]其他特殊侵权责任类型中，也存在替代责任适用的情形。因此，使用人对外替代责任，并非特殊侵权责任类型而是侵权责任的替代规则。

第二，对内人身保护责任本质上不是侵权责任。对内人身保护责任并非侵权责任，使用人并非造成被使用人损害的侵权行为人。只是由于我国劳动法区分劳动关

[40] 王竹、张恒：《论我国侵权法上使用人替代责任的谱系化建构》，《四川师范大学学报》（社会科学版）2013年第5期。

[41] 参见王利明：《侵权责任法研究（下卷）》，中国人民大学出版社2011年版，第377页。

系与劳务关系，而工伤保险又不能涵盖全部的使用人关系，只能通过侵权法对劳务关系和无偿帮工关系中的被使用人受损提供救济。

第三，对内人身保护责任与第三人侵权责任的分担不是侵权责任分担。由于对内人身保护责任不是侵权责任，所以第三人侵权责任与对内人身保护责任的分担，也不是普通的侵权责任之间的责任分担，因此也不适用侵权责任分担的基本规则。

综合上述考虑，笔者建议未来《民法典·侵权责任编》的“使用人责任”体系化后，从“关于责任主体的特殊规定”章中独立出来，单独作为一章进行规范。

（三）“使用人责任”独立成章的设计思路

1.“使用人责任”独立成章作为第四章

尽管使用人责任的三项内容并非完全属于侵权责任，但能够体系化地规定在《民法典·侵权责任编》中，具有统一法律适用的优势。由于使用人对外替代责任不是特殊侵权责任类型但替代的是损害赔偿责任，而对内人身保护责任及其与第三人侵权责任的分担规则的定位又附属于对外替代责任，笔者建议，将使用人责任独立成章，规定在原“关于责任主体的特殊规定”章之前，作为第四章。

2.以“控制力强弱”作为使用人关系谱系化构建的基础[42]

在“劳动关系—劳务关系—无偿帮工”这一《人身损害赔偿司法解释》确立的使用人谱系中，以“隶属—平等”和“有偿—无偿”作为两个区分维度，可以将典型的使用人关系纳入下表：

	隶属	平等
有偿	①劳动关系	②劳务关系
无偿	（立法排除）	③无偿帮工关系

笔者认为，隶属使用人关系中的控制力一般大于平等使用人关系，有偿使用人关系中的控制力一般大于无偿使用人关系。因此，上述表格中的使用人关系谱系就可以按照控制力强弱进行排序，并作为谱系化构建使用人责任体系的基础：①劳动关系＞②劳务关系＞③无偿帮工关系。

然后按照控制力大小，每类使用人责任的对外替代责任和对内人身保护责任适用相同的归责原则，设计相应的对内人身保护责任与第三人侵权责任的分担规则，以实现谱系化地规定使用人责任的立法目的。具体设计如下：

	劳动关系	劳务关系	无偿帮工关系
替代责任	无过错责任	过错推定责任	过错责任
人身保护责任	无过错责任	过错推定责任	过错责任
与第三人责任分担	并合责任	单向的不真正连带责任	补充性的补偿责任

3.参照规定劳务派遣关系使用人责任和承揽关系过错责任

就劳务派遣关系的对外替代责任而言，可以继续沿用《侵权责任法》第34条第2款规定的不真正补充责任。就其对内人身保护责任而言，因为用人单位与劳动者之间是劳动关系，应当通过用人单位参加工伤保险。就对内人身保护责任与第三人侵权责任分担规则而言，也比照劳动关系适用。

承揽关系例外的对外替代责任和对内人身保护责任，可以《人身损害赔偿司法解释》第10条规定为基础适用过错责任原则。因第三人原因造成承揽人损害，定作人没有过错的，由第三人承担侵权责任；定作人有过错的，适用按份责任。

七、《民法典·侵权责任编》的相应结构调整建议

通过上文的分析，《民法总则》的颁布和立法机关民法典编纂立法规划的调整，对《民法典·侵权责任编》提出的结构调整要求主要是在一般侵权责任部分。具体的结构调整建议如下：

第一，《侵权责任法》第一章“一般规定”被《民法总则》吸收而删除。

第二，《侵权责任法》第二章“责任构成和责任方式”除了被“总则化”的剩余条文，分设为《民法典·侵权责任编》的前两章，即第一章“责任构成与责任分担”和第二章“损害赔偿责任”。

第三，《侵权责任法》第三章“不承担责任和减轻责任的情形”因条文全部被总则化或者没有必要规定而删除。

第四，《民法典·侵权责任编》新增第三章“侵害人格权益的侵权责任”。

第五，《侵权责任法》第四章“关于责任主体的特殊规定”中的使用人责任规则与《人身损害赔偿司法解释》上的使用人规则整合后设立第四章“使用人责任”。

第六，《侵权责任法》第四章“关于责任主体的特殊规定”剩余条文作为《民法典·侵权责任编》第五章。

第七，《侵权责任法》第五章到第十一章相对位置不变，顺延为《民法典·侵权责任编》第六章到第十二章。其中《侵权责任法》第八章“环境污染责任”充实为《民法典·侵权责任编》第九章“污染环境与生态损害责任”。

第八，删除《侵权责任法》第十二章“附则”。

[42] 就这一谱系化构建思路，详见王竹、张恒：《论我国侵权法上使用人替代责任的谱系化建构》，《四川师范大学学报》（社会科学版）2013年第5期。

调整后的《民法典·侵权责任编（编纂建议稿）》和《侵权责任法》的结构对比如下：

《民法典·侵权责任编（编纂建议稿）》	《侵权责任法》
（删除）	第一章 一般规定
第一章 责任构成与责任分担	第二章 责任构成和责任方式
第二章 损害赔偿责任	（独立成章）
（删除）	第三章 不承担责任和减轻责任的情形
第三章 侵害人格权益的侵权责任	（新增）
第四章 使用人责任	（独立成章）
第五章 关于责任主体的特殊规定	第四章 关于责任主体的特殊规定
第六章 产品责任	第五章 产品责任
第七章 机动车交通事故责任	第六章 机动车交通事故责任
第八章 医疗损害责任	第七章 医疗损害责任
第九章 污染环境与生态损害责任	第八章 环境污染责任
第十章 高度危险责任	第九章 高度危险责任
第十一章 饲养动物损害责任	第十章 饲养动物损害责任
第十二章 物件损害责任	第十一章 物件损害责任
（删除）	第十二章 附则

The Background of the Compilation and the Adjustment to the Structure of the Tort Liability Volume of the Civil Code

-- Take the Promulgation of the General Provisions of Civil Law as the Starting Point

Zhu WANG

Abstract: The background of the compilation the Tort Liability Volume of the Civil Code includes three aspects, namely, the changes of the legislation plan of the General Provisions of Obligation Law and the Right of Personality Law, and the tort liability rules in the General Provisions of Civil Law. The adjustment of the structure of the Tort Liability Volume of the Civil Code to the Tort Liablity Law includes the following changes: (1) Chapter I. General Provisions should be deleted because it has been absorbed by the General Provisions of Civil Law; (2) Chapter II. The Constitution of Liability and the Forms to Bear Liability should be divided into Chapter I. The Constitution of Liability and the Apportionment of Liability and Chapter II. The Compensatory Liability for Damage; (3) Chapter III. Exculpatory or Extenuating Circumstances should be deleted because all the articles in this chapter either has been generalized or lack of necessity; (4) A new Chapter III. Tort Liability for Infrigement on Right and Interests to Personality Harm should be added; (5) A new Chapter IV. Liability for Employer should be established; (6) Chapter VIII. Liability for Environmental Pollution should be extended into Liability for Environmental Pollution and Ecological Damage; (7) Chapter XII. Supplementary Provisions should be deleted; (8) the relative order of Chapter IV to Chapter XI should remain unchanged and be removed to Chapter V to Chapter XII.

Keywords: The Tort Liability Volume of the Civil Code; The General Provisions of Civil Law; The Background of the Compilation; The Adjustment of the Structure; Generalization

论意思表示错误的理论构造

龙俊*

（原文发表于《清华法学》2016 年第 5 期）

目录

一、问题的提出
二、二元论的立论基础已不存在
三、动机错误不可撤销论的问题
四、表示错误可撤销论的问题
五、一元论的主张

摘要：错误二元论是意思主义的产物，在表示主义占主导的今天早已与现代社会格格不入。德日两国为了解决二元论与社会现实的矛盾，采取了多种补救措施，一定程度上缓解这一矛盾，却仍然治标不治本：就动机错误不可撤销论而言，增设了性质错误可撤销的例外，创造了主观行为基础丧失理论，或者扩张内容错误的外延，但是在面临“利用型错误”以及“引发型错误”时却仍显乏力；就表示错误可撤销论而言，设置了独具特色的信赖赔偿制度，或者以行为人有过失时为例外，但是在诸多具体案件中仍存在着价值判断失衡。考察我国的立法和司法会发现，我国并不存在着二元论的传统，未来没有必要走上这条弯路。本文建议无论是动机错误还是表示错误，都应该设置统一的构成要件，划定可撤销错误的范围。

关键词：错误；重大误解；二元论；一元论

一、问题的提出

意思表示错误的理论构造问题是民法总则部分的重要理论问题。从比较法上看，存在着二元论和一元论的对立。所谓二元论，指的是明确区分动机错误和表示错误（包括内容错误和表达上的错误），原则上前者不可撤销，后者可撤销；所谓一元论，指的是不区分动机错误和表示错误，从其他方面设定构成要件划定可撤销的范围。

我国现行民法没有采取“错误”这一概念，而是用的“重大误解”一词，且只做了抽象规定，没有明确区分动机错误和表示错误，从形式上看更加亲近一元论。但是，我国学术界采纳二元论者甚众，且这一理论倾向已体现在多个版本的民法总则专家建议稿中[1]。这种理论动向是否意味着我国的现行立法模式是陈旧的，未来民法典中应该采取更加先进的错误二元论立法模式呢？问题远远没有这么简单。

首先，我国的司法实务当中并没有接受动机错误和表示错误这种二元区分的迹象，相反

* 清华大学法学院副教授。

1 “中国法学会民法典编纂项目领导小组”起草的《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿（征求意见稿）》第一百四十二条就将可变更、可撤销的错误限定在内容错误和表达上的错误，参见法学创新网：http://lawinnovation.com/html/xjdt/13721.shtml，于 2016 年 2 月 29 日访问；杨立新版《<中华人民共和国民法总则（草案）>建议稿》第一百八十九条将可撤销的错误限定为内容错误和性质错误，参见法学创新网：http://www.lawinnovation.com/html/xjdt/13811.shtml，于 2016 年 2 月 29 日访问。

完全抵触二元论的判决时有出现，既有明确说这是“动机错误”却判合同可撤销的判决[2]，也有对显而易见的表示错误判决不可撤销的判决[3]。而且司法实务对理论的不接受不能简单地评价为法官理论素养的欠缺，如果仔细阅读这些判决，你甚至会发现法院的判决在价值判断上更加符合常人的法感情。例如近年来我国频繁出现网站“错价门”事件，这些案件固然涉及合同是否成立的问题，但是抛开此点不论，即便认为合同已经成立，卖方能否以错误（重大误解）为由撤销合同呢？若依二元论，标错价格显然属于表示错误，当然可以撤销。但是我国法院却判决不可撤销，理由是商家没有“尽到严格审慎的核查义务”。[4] 但是我们试想一下，如果交易中的当事人都“尽到了严格审慎的核查义务”，表示错误还有可能发生吗？动机错误倒是有可能因为客观原因而发生，但是表示错误可以说绝大多数情况下都是因为表意人没有“尽到了严格审慎的核查义务”所导致。如果要求“尽到严格审慎的核查义务”之后仍然发生的表示错误才可以撤销，几乎就是否定了表示错误的可撤销性，这对于只将表示错误视为“真正的错误”的二元论而言无异于釜底抽薪。偏偏法院的判决结论恐怕符合大多数人朴素的法感情，商家由于自己的原因写错了价格凭什么让消费者承担不利后果呢？可见二元论的理论与我国司法实践存在严重背离，而且这种背离在价值判断上似乎还有充足的正当性。为什么经典理论会出现这种问题呢？

其次，我国的二元论继受来源不明，其间充斥着模糊不清甚至是自相矛盾之处。正如后文会详细展开的，二元论虽然源自德国萨维尼，但是后来发展出了德系和日系两个完全不同的二元论谱系，这二者之间可以说存在着根本性的差异。德系二元论的主流观点对于“动机”、“表示”等概念仍然坚持其古典含义，即心理学含义，将“错误”定位于“意思与表示的不一致”。日系二元论从我妻荣开始就已经放弃了“动机”、“表示”的心理学含义，“错误”的定位也变得模糊，既包括“意思与表示的不一致”，也包括“意思与现实的不一致”。可以这么说，德系二元论是在文义解释至多是论理解释的意义上使用这些概念，而日系二元论几乎都是在法律漏洞填补的意义上使用这些概念。那么我国多数学者继受的二元论是哪一种呢？我们来看一看被谜一样使用的概念——“内容错误”。在二元论中，内容错误是表示错误的一种，与表达上的错误相并列。[5]对于表达上的错误，大家都知道指的是诸如口误、笔误之类的情形，没有异议。那么什么是内容错误呢？在德系二元论的主流观点中，内容错误是一种非常狭义的情形，仅指对使用的表意符号的理解错误，而非有关法律行为内容的一切错误。例如误将一枚镀金戒指当成了金戒指而对店员说“我买这枚戒指”，尽管戒指的属性在交易中极其重要，与法律行为的内容紧密相关，但是德国人关注的仅仅是他有没有“意思与表示的不一致”。当他说出“我买这枚戒指”时，他说的每一个字都是他心中所想，“戒指”的指代也非常明确，就是指的这枚戒指，所以不存在内容错误。即使他对店员说“我买这枚纯金戒指”，甚至要求店员保证戒指是纯金的，也不存在错误，因为他想的（买这枚纯金戒指）和他说的（买这枚纯金戒指）是一致的，不一致的是他想的（买这枚纯金戒指）和现实（这枚戒指是镀金的）不一致，这是归属于瑕疵担保的问题。[6] 但是在日系二元论中，“内容错误”就是一种非常广义的概念，既包括德系二元论中的表意符号理解上的错误，也包括和法

2 湖北省武汉市中级人民法院，（2015）鄂武汉中民终字第 00628 号。

3 北京市第三中级人民法院，（2014）三中民终字第 09383 号。

4 北京市第三中级人民法院，（2014）三中民终字第 09383 号。

5 本文在“表示错误”、“内容错误”、“表达上的错误”这三个概念的关系上，采取的是拉伦茨教授的界定方式，即“表示错误”是上位概念，包括后两者。也有学者如梅迪库斯等在狭义上使用 “表示错误”一词，将其与“表达上的错误”等同。但是若依梅迪库斯教授的界定方式，就难以找到一个词作为“内容错误”和“表示错误”的上位概念，那么在本文论述二元论时，就找不到与“动机错误”概念对立的另一极。因此为了论述方便，本文采取了拉伦茨教授的界定方式。参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 504～505 页。

6 [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 517 页。

律行为内容相关的动机错误，而判断的关键点则是哪些东西进入了法律行为的内容。如果考察我国著作中提到的内容错误，会发现举的诸如“对交易性质的误认”、“对标的物性质的误认”等关于法律行为理解上的错误在德系二元论中绝大多数情况都应该归属于动机错误，属于“意思与现实的不一致”，只有在日系二元论的广义界定中才有可能归属于内容错误。但是我国学者却大多将错误问题置于“意思与表示的不一致”之下，显然存在矛盾。而更加存在问题的是，如果采取的是日系二元论中的内容错误界定，那么这个概念的外延将非常模糊，需要学说准确界定哪些东西是会影响意思表示效力的“内容”，究竟是只要当事人表达出来的内容都会影响意思表示效力，还是说要符合某些要件才可以（以及要件如何设定）。这些“内容化作业”在我国学界尚未展开充分讨论，可以说现阶段我国的二元论尚徒具其型。

本文拟从具体问题的解决出发，分析二元论存在的问题及其补救方式，并在此基础上提出一元论主张，为我国未来民法典的立法和解释提供参考方案。坚持二元论观点者，亦不妨将本文视作在我国引入二元论的风险评估报告，以对未来法律适用可能遇到的各种难题有所准备。

二、二元论的立论基础已不存在

（一）二元论历史变迁回顾

在罗马法中，尽管有很多法学家致力于错误理论的类型化工作，但是对于错误问题并没有形成一个一般性的理论（至少不存在二元论的迹象）。[7] 对罗马法源进行整理，进而提出一般性错误理论（二元论）的主要是德国法学家，其中公认的具有划时代意义的学者就是萨维尼。

萨维尼的错误论建立在意思主义的立场之下，认为个人的意思是法律关系的最高根源，如果欠缺法律效果意思则不能发生法律效果。于是当一个错误发生时，首先要分析的就是这一错误是否可以归属于内心的效果意思：如果是，则构成“意思欠缺”，也就是说此时当事人根本不存在相应的效果意思，当然会导致法律行为无效（注意并非可撤销）；如果不是，就主要是“动机错误”，此时当事人的效果意思仍然存在，因此法律行为的效力不受影响。萨维尼的学说中的核心概念“意思”、“动机”等都属于心理学的范畴，学说的特点在于以心理学的标准解决司法实践中的问题。但是萨维尼的学说中仍然存在一点和心理学不和谐之处，那就是将标的物性质错误理解为“意思欠缺”的范畴，而这一点被 19 世纪德国的心理学派纠正。在这一背景下，德国民法第一草案出台，一方面明文使用了“意思欠缺”这一概念，规定了动机错误和法律行为的效力完全无关，而且没有设置性质错误的例外，另一方面将“意思欠缺”的法律后果设定为无效。学习德国民法第一草案的日本民法典，大体上承袭了上述方案（但没有采用“意思欠缺”一词），从而成为日本二元论的发端。[8]

此后德国民法学发生了从意思主义向表示主义的转向。在此背景下，德国民法第一草案关于错误的规定，在第二委员会那里被根本性的修订，最终德国民法典以“内容发生错误或根本无意做出这一内容表示”（即内容错误和表达上的错误，学理上统称为表示错误）替换了“意思欠缺”这一概念，并明文增设了“性质错误视为内容错误”的例外。[9] 由于法律使用的是“视为”一词，所以学界通说仍然保持了“动机错误”的心理学含义，将“性质错误”看成是一种特殊的动机错误。20 世纪初，德国帝国法院为了解决计算错误等问题，开始扩大“内容错误”的外延，使其超出了心理学的范畴。但是帝国法院的做法遭受到学界的猛烈

[7] 参见赵毅：论罗马法错误制度之类型化，载《湘江法律评论》2015 卷，第 56 页。
[8] 川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」法学協会雑誌 56 巻 8 号 1507 頁以下。
[9] 川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」法学協会雑誌 56 巻 8 号 1507 頁以下。

批判，同时随着行为基础丧失理论的兴起，扩张解释内容错误的必要性降低；最终这一解释路径在战后被德国联邦法院放弃。[10] 因此，直到今天德国的通说和判例仍然维持了“动机错误”、“表示错误”等概念的古典含义（心理学含义）。[11]

日本的二元论发展呈现出与德国完全不同的景象。正如前文所述，日本民法仿照德国民法第一草案制定，没有在条文中明列“性质错误”的例外，这引发了无法区分“性质错误”与“同一性错误”的问题。为了满足实践的需要，日本学者开始扩张解释“内容错误”，尤其是我妻荣教授提出了“动机表示理论”，认为只要动机被表示出来就成为法律行为的内容，与此相关的错误就是表示错误[12]。从“动机表示理论”开始日本的二元论就已经摆脱了古典含义（心理学含义），成为以后解释论上百舸争流的开端。随着实践中越来越多的问题的涌现，二元论者将越来越多的价值判断问题纳进“动机”与“表示”的区分之中，形成各种流派。与此同时，一元论在批判二元论的基础上逐步兴起，与二元论形成对峙直至今日。[13]

（二）二元论理论基础的解体

为什么要区分动机错误和表示错误，并让前者不影响法律效力，后者影响法律效力？我们来看看这一观念的始祖——萨维尼的理论。

萨维尼的学说建立在意思主义的立场之上，认为法律行为的效力只能源自个人的内心效果意思，欠缺效果意思的法律行为当然没有法律效力。但是仔细思考我们会发现，萨维尼的这一理论和今天的意思表示理论大相径庭。今天的意思表示理论会区分不合意、意思表示的解释以及错误这三个不同的问题，但是依据萨维尼的理论，这三个问题都属于欠缺“内心的效果意思”，于是都可以归属到“意思欠缺”这一概念之下。而且依据萨维尼的理论，一旦“意思欠缺”，导致的结果就是无效。[14]

萨维尼的上述观点和其意思主义的立场是相契合的，但是和如今的表示主义立场存在不可调和的矛盾。比如在今天讨论合意不合意时，说的是经由解释所确定的“表示内容是否一致”，而非指内心的效果意思是否一致。[15] 即使当事人真实的内心效果意思不一致，我们也常常会让合同成立。再比如在今天讨论意思表示的解释问题时，当表示的受领人对表示的理解不同于表意人所指的意义时（排除“错误的表示不生影响”的情形），会根据客观的和规范的准则，确定该表示究竟具有何种意义，而非探求表意人内心的真实意思。[16] 即使是在“意思欠缺”理论继续发挥作用的错误领域，欠缺效果意思的后果也是可撤销而非当然无效。

由此可见，源自意思主义的“意思欠缺则法律行为无效”的规则在表示主义占主导的今天早就被打破了，我们早就不再把当事人的意思作为法律行为效力的唯一根据了。那么同样，既然整个意思表示理论已经发生了从意思主义向表示主义的变迁，我们有什么必要在错误领域继续固守作为意思主义残留的“二元论”呢？

（三）二元论功能价值的丧失

当然，实用主义者会认为，即使“二元论”的理论基础“意思主义”立场已经不复存在，

[10] 大中有信「動機錯誤と等価性（一）」法学論叢 139 巻 5 号第 57 頁以下。
[11] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 516 页以下。
[12] 我妻荣『新訂民法総則』岩波書店 1965 年 296 頁以下。
[13] 舟橋淳一「意思表示の錯誤」『九州帝国大学法文学部十大周年記念法学論文集』岩波書店 1937 年 661 頁；川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」法学協会雑誌 56 巻 8 号 1501 頁以下；野村豊弘「意思表示の錯誤（7）完」法学協会雑誌 93 巻 5 号 701 頁以下。
[14] 川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」法学協会雑誌 56 巻 8 号 1507 頁以下。
[15] 崔建远：《合同法》，北京大学出版社 2012 年版，第 62 页。
[16] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 459 页。

但是只要动机错误和表示错误的划分对于实践有意义，那么就应该继续保留这一制度。

确实，“二元论”区分了“不可撤销的动机错误”和“可撤销的表示错误”，一定程度上限缩了可撤销的错误范围，似乎有利于交易安全。但是我们知道，“古典二元论”中的动机错误与表示错误的划分根据在于错误发生阶段之不同，动机错误为意思形成阶段的错误，表示错误是意思表达阶段的错误，这是纯心理学的方法，关注的着眼点全在表意人方面。然而与之相反，交易安全的价值诉求考虑的是相对人或者第三人的问题。这一方法与目标的不对应，必然导致“缘木求鱼”的结果：即从交易安全保护的实际需要出发，该保护的相对人没有保护，不该保护的相对人却加以保护。

其实从前述德日二元论的发展历程中，我们也可以看出来德日学界和法院也都发现了这一问题，并进行修正，只是修正的路径有所不同。德国学界更加重视和维护“二元论”的古典含义（即心理学上的意义），即使判例偶有“出轨”（帝国法院时期），学界也马上加以纠正，但是却在“二元论”之外另起炉灶，加入性质错误例外、行为基础丧失理论、信赖赔偿制度等，使得“二元论”被架空化。日本的二元论者是在理论碰壁后，马上向现实低头，放弃了二元论的古典含义，将形形色色的价值考量纳入到“二元论”中来，不可否认其中有不少精彩的论述，但是很多内容恐怕已经超出了“动机”和“表示”这一对概念能够承载的范围，使得“二元论”被道具化。

下文将对二元论的两个核心内容“动机错误不可撤销论”和“表示错误可撤销论”中存在的问题进行详细分析，论证上述内容。

三、动机错误不可撤销论的问题

（一）动机错误绝对不可撤销论的问题

如果不设例外地认为动机错误都不可撤销，至少会引发如下难题：如何区分标的物性质错误和同一性错误？在理论上，前者属于动机错误，后者属于内容错误。以下以著名的“水妖马案”为例进行说明。

例 1：乙写信给甲，向甲发出出售其赛马“水妖”的要约。甲搞错了赛马的名字，以为赛马“水妖”是一匹有名的奖金得主。甲因此承诺了乙的要约。实际上，真正的奖金得主是乙的另一匹马，而“水妖”还从未得过奖。

该案中甲的错误究竟是性质错误还是同一性错误呢？依经典理论取决于如下事项：（1）如果以前有人向甲展示过这匹名叫“水妖”的赛马，甲在其观念中认定乙想出售的就是这匹他见过的赛马，甲只是错误地以为以前向他展示过的这匹马已经得过许多奖金，那么此时甲对其表意符号的理解——“水妖”马指的是哪匹马——并没有发生错误，唯一的“错误”是对这匹马的能力——有没有得过奖金——理解有误，那么这种错误就是对标的物性质的错误，归属于动机错误。（2）如果甲从未见过“水妖”马，在他的想象中，“水妖”马不是指的他买到的这匹马，而是一匹已经获得了许多奖金的赛马，那么此时甲就对其表意符号“水妖”马所指代的对象发生了错误（同一性错误），这种错误就归属于内容错误。[17]

经典理论固然从概念上区分了性质错误和同一性错误，但是这种区分方式可以说没有任何可操作性，而且在这一区分方式的背后也看不到任何价值评判意义。难道我们就从行为人有没有见过标的物这一点（从心理学角度看该点决定了标的物在表意人内心中是否被特定化）就决定错误的性质，从而决定这一错误是否可以撤销？恐怕正是基于这一点，德国民法典会在第 119 条第 2 款设置例外，将标的物性质的动机错误视为内容错误，从而避免上述无

[17] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 508 页。

意义的区分。而日本法上，众多学者也正是从批判上述无意义的区分开始，反思整个二元论的价值，逐步走上一元论的道路。[18]

（二）增设性质错误的例外仍然存在问题

既然不设例外地认定动机错误都不可撤销将存在上述问题，那么是不是以解释论的方式或者立法论的方式确立上述例外规则，问题就解决了呢？以下详述：

1、以解释论的方式确立例外规则存在的问题

在二元论之下，如果想将对于标的物性质（相对人性质）的错误也列为可撤销的事由，在解释论的前提下唯一的可行路径就是扩张表示错误的含义。问题是怎么扩张呢？我妻荣教授提出的方案对后世影响巨大：只要表意人将动机向相对人表示出来，动机错误就可以被认定为表示错误。[19]

首先需要说明的是，我妻荣教授提出的这一方案确实是一种目的性扩张解释而非理所当然的文义解释。因为按照意思表示的理论，并非任何被表示的内容都能成为意思表示的一部分。比如甲以为自己的钢笔丢失而向乙购买了新钢笔，在该例中，以为钢笔丢失是甲购买新钢笔的动机，即使甲在购买新钢笔时对乙说“因为我的钢笔丢失了，所以我要买新钢笔”，这一动机也没有变成意思表示的一部分，除非甲乙订立合同时将该动机变成合同的条件，比如约定“如果旧钢笔找到了，则退还新钢笔”（设置了解除条件），动机才变成了意思表示的一部分。但是如果依照我妻荣教授的动机表示理论，只要甲在买钢笔时说了是因为旧钢笔丢了才买的，事后发现旧钢笔没有丢，那么就构成了表示错误。[20] 可见我妻荣教授对意思表示这一概念进行了极大的目的性扩张。

其次需要说明的是，我妻荣教授提出的这一方案已经从根本上改变了“错误”这一概念的古典含义。根据古典含义，错误是意思（效果意思）与表示（表示行为）的不一致。仍然以前述的“钢笔案”为例，即使我们扩张意思表示的范畴，将一切表达出来的内容都纳入到意思表示之中，但是在甲对乙说“因为我的钢笔丢失了，所以我要买新钢笔”时，甲说的每一个字都符合他内心的意思，既没有口误也不存在着表意符号的误用，无论事实上钢笔是否丢失，传统意义上的错误在本案中都是不存在的。[21] 实际上，当我们将钢笔丢没丢这件事情和“错误”进行关联时，“错误”已经不是指的意思与表示的不一致，而是意思与现实的不一致。

当然，无论在理论构成上存在多少疑点，我妻荣教授的这种动机表示理论，确实在很大程度上解决了前述性质错误的难题。因为在绝大多数的交易中，当事人对标的物（或者交易相对人）的某种期待，都会在交易中以明示或者默示的方式表达出来，于是一旦现实与表示不符合，依据动机表示理论就可以认定为表示错误。例如前述例 1 中的甲只要在交易中提及“水妖”马可能得过奖，那么甲的错误就可以被认定为表示错误而被撤销。由于动机表示理论的判断方法非常客观，便于操作，所以很受日本判例的青睐。[22]

但是动机表示理论固然解决了性质错误的难题，却又引发了下述新问题：在有些交易中，当事人可能会将自己的各种动机都告诉相对人，那么是否其中任何动机发生了错误，都可以向相对人主张撤销法律行为呢？

例 2：甲向乙购买一套房屋，并告诉乙房价肯定要涨，自己是纯粹为了投资才买房的，

[18] 舟橋淳一「意思表示の錯誤」『九州帝国大学法文学部十大周年記念法学論文集』岩波書店 1937 年 661 頁；川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」法学協会雑誌 56 巻 8 号 1501 頁以下；野村豊弘「意思表示の錯誤（7）完」法学協会雑誌 93 巻 5 号 701 頁以下。

[19] 我妻荣『新訂民法総則』岩波書店 1965 年 296 頁以下。

[20] 内田贵「民法 1」東京大学出版会 2008 年 67 頁。

[21] 古田貝三郎「錯誤と動機」谷口知平＝加藤一郎編『民法演習 1』1958 年 137 頁。

[22] 参见大判大正 3·12·15 民录 20 辑 1101 页；大判大正 6·2·24 民录 23 辑 284 页；大判大正大正 6·12·14 民录 23 辑 2112 页；大判大正 7·3·27 民录 24 辑 599 页。

结果合同签订后房价大跌。

该案中甲能否以错误为由撤销合同呢？依据常识，恐怕没有人会认为甲有权撤销合同。否则岂不是在交易中，只要向相对人披露自己的动机，就可以回避相应的风险？若如此，那么在交易中越啰嗦的人，就越能获得保护，显然是违反常理的。但是如果依据动机表示理论，因为甲的动机（以为房价会涨）明确告诉了乙，而且确实事实与甲表达出来的动机不相符合，表示错误就成立了，甲就有了撤销权。由此可见，动机表示理论将过多的内容纳入到了可撤销的范围（相当于单方强制性地给合同设置了条件），会产生违反常理的解释结论。

写到这里，大家恐怕都认同了一项理念：仅仅从动机是否被表示出来这一纯客观的因素判断动机错误是否可撤销，这种方法是行不通的，这背后可能会涉及诸多价值判断的问题。于是日本学界又有众多学者将这些复杂的价值判断问题也引入到“动机”和“表示”的概念区分之中，使这一对概念日趋复杂化。笔者这里要强调的是，其实从动机表示理论开始，“二元论”就已经开始偏离了“动机”和“表示”这一对概念的本来意义，如果再进一步将更多的价值判断问题塞进这一对概念之中，恐怕会让这一对概念承受其不能承受之重。

2、以立法论的方式确立例外规则存在的问题

既然以解释论的方式确立例外规则行不通，那么是不是采取更加直接的方式，以明文列举的形式设置例外规则——如德国民法典第 119 条第 2 款规定“在交易上被认为重要的人的资格或物的特性视为表示错误”——问题就解决了呢？

诚然，以明文立法的方式设置例外可以省去很多论证上的麻烦，并且例外的外延很明确（仅限于人或物的性质的错误）也可以避免解释上的恣意性，看上去似乎很圆满。但是前提是法律设置的例外包含了所有应该设置的例外。那么性质错误穷尽了应然层面的所有可撤销的动机错误吗？

我们来看以下的案例：

例 3：甲将其全部废旧金属存货卖给乙。由于甲不知道各种废金属的具体重量，于是双方约定以铁路上货车的数量作为基准对货物重量进行估计，并以市场价格达成了一个固定的总价金。事后发现，计算废旧金属中的碎铁的重量时，双方本来估计的是 40 车，结果发现是 80 车。于是甲主张之前约定的总价格存在错误而撤销意思表示。[23]

例 4：交通事故后，被害人甲和加害人乙的保险公司达成赔偿协议，基于伤残鉴定中被害人的脊柱受损后遗症，赔偿被害人甲一笔金额。但是后来发现被害人甲除了脊柱后遗症，还有牙科后遗症。于是被害人甲主张原赔偿协议存在意思表示错误而无效，应签订新的赔偿协议。[24]

例 5：乙的丈夫丙在为甲送驾照途中罹于交通事故，甲误以为自己对丙的死应承担侵权责任，于是与乙签订了金额为 20 万元的经济补偿协议。甲履行了部分给付后经咨询发现自己对法律存在误解，其实自己对于丙的死无需承担任何法律责任，故不同意履行给付义务。[25]

例 3 就是德国著名的“废旧金属案”，该案涉及计算错误的归属问题。甲与乙约定价格的时候，甲对其约定的价格的表意符号的含义是明白知道的（不存在内容错误），并且也没有发生任何误写误记（也不存在表达上的错误），只是甲错误估计了金属的重量，而进行了

[23] 案件事实源自 RGZ 90，268. 转引自大中有信「動機錯誤と等価性（一）」法学論叢 139 巻 5 号第 57 頁。另见卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 509 页。

[24] 案件事实源自名古屋地一宮支判平成 20・12・16 判時 2041 号 114 頁。

[25] 案件事实源自北京市高级人民法院民一庭编：《北京民事审判疑难案例与问题解析》第一卷，法律出版社 2007 年版，第 425 页。另外，对本案的评析参见班天可：《论民法上的法律错误——对德国法和日本法的比较研究》，载《中外法学》2011 年第 5 期。

错误的计算，通说认为这种错误只是动机错误。[26] 而且这种因为计算引发的动机错误并不能归属到性质错误。例 4 和例 5 分别是日本和中国的两个真实案例，涉及的都是损害赔偿协议中的前提错误问题。两案中的被害人在签订赔偿协议时对于约定的赔偿事项和赔偿金额的表意符号的意义是明确知道的（不存在内容错误），也没有误写误记（也不存在表达上的错误），出现错误的地方在于签订损害赔偿协议的前提事项，都属于动机错误，而且这种动机错误和人的资格或者标的物的性质也无关。

可见例 3、例 4、例 5 都是不能归属于性质错误的动机错误，那么是不是都应当作为不可撤销的动机错误对待呢？恐怕绝大多数人从法感情上很难赞同。这三个案件中的错误虽然不属于性质错误，但是这些错误事项如此重要，可以说是当事人订立合同的根本前提，如果在订立合同之初当事人能够知道这些错误事项的话，合同不可能订立或者以这种条款订立。这种合同如果不允许撤销，于情于理很难说通。但是在二元论之下，想将这些合同也纳入到可撤销的范围，只能进一步增设动机错误不可撤销的例外了。

（三）进一步增设前提错误的例外仍然存在问题

1、通过扩大解释内容错误的方式增加例外存在的问题

为了解决这些前提错误的问题，德国法院也一度走上了扩大表示错误中的内容错误的道路。对于前述例 3 的“废旧金属案”，德国帝国法院判决道：“当价格的计算成为和缔结的交涉对象时，特别是向对方提出的价格是基于详细的计算，而这种计算也能为对方所认识的时候，这种价格计算也是法律行为上的表示，应该作为契约的内容。当价格计算发生错误时，应该允许当事人依据第 119 条第 1 款撤销法律行为。”[27] 德国帝国法院的这种扩张内容错误的论证方式也应用于此后的“交易所案”、“白银案”等案中。[28]

德国帝国法院解决这些前提错误的问题时，使用的论证方式和前文所述的日本的动机表示理论如出一辙。但是正如前文所批判的，这种动机表示理论存在着无边无际扩大可撤销范围的风险。所以后来在学说的猛烈批判下，战后的德国联邦法院抛弃了这种扩张内容错误的理论。[29]

2、通过主观行为基础丧失理论增加例外存在的问题

既然不能以扩张内容错误，那么怎么解决前述前提错误的问题呢？与诸多日本学者继续在动机和表示这一对概念上做文章不同，德国学者开始另辟蹊径，以诚实信用原则为出发点发展出了行为基础丧失理论。

行为基础丧失理论是厄尔特曼教授所创，指的是双方当事人都具备某种观念，或者一方当事人所具备，另一方当事人至少知道其存在；并且有关当事人将这种观念作为其考虑和决策的基础。拉伦茨教授进一步将行为基础划分为主观行为基础与客观行为基础。前者解决双方动机错误的问题，是指双方当事人的某种共同设想或肯定的期待，他们在订立合同时都以这种设想或期待为出发点，而且如果任何一方当事人只要知道这种设想或期待是不正确的，就不会订立该合同，或不会以此种内容订立合同，或至少对方当事人在诚实经营的情况下不会坚持要求他履行合同。后者解决给付障碍的问题，指的是根据合同的意义，它们的存在或持续存在是合同存在的先决条件，而不论当事人是否意识到这一点。[30]

拉伦茨教授的主观行为基础理论可以漂亮地解决前述例 3、例 4、例 5。例 3 中，双方

[26] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 511 页。

[27] RGZ 90，268. 转引自大中有信「動機錯誤と等価性（一）」法学論叢 139 巻 5 号第 57 頁。

[28] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 509 页。

[29] 大中有信「動機錯誤と等価性（一）」法学論叢 139 巻 5 号 59 頁以下。

[30] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 509 页。

一开始都以为只有 40 车碎铁，这是当事人计算价款的出发点；例 4 中，双方一开始都以为只有脊柱后遗症，这是当事人约定损害赔偿额的出发点；例 5 中，双方一开始都以为甲有法定的赔偿责任，这是当事人签订损害赔偿协议书的出发点。而且假设三个案件中的当事人双方都是诚实信用的人，那么如果在订立合同之初就知道了上述事项他们就不会这样订立这样的合同。所以依据主观行为基础理论，上述三个案件中的合同都可以撤销（或解除、变更）。

主观行为基础丧失理论解决了双方动机错误的问题，如果动机错误中不存在其他值得重视的问题，那么尽管已经设置了很多例外，也许动机错误不可撤销论还是勉强可以接受的。但是看了下面的案件，恐怕上述立场又要动摇了。

例 6：甲和贷款业者乙之间存在着长期的金钱消费借贷关系。甲在和乙结算债务时，以为双方债务都已经结清，于是和乙签订了一份和解契约确认互不相欠。但是后来甲发现他支付给乙的利息支付过头了，而且额度相当可观。并且由于乙是专业的，有详细的账户往来信息，可以推知乙是知情的。甲能否主张和解契约存在意思表示错误？[31]

与例 3 类似，本案也是计算错误的问题，属于动机错误的范畴。但是与例 3 不同的是，本案中确定发生计算错误的只有甲，乙并没有任何错误，也就不存在着所谓的“双方共同的认识出发点”，因此恐怕很难适用前述的主观行为基础丧失理论。但是仔细思考我们会发现，例 3 中的乙只是陷入了和甲相同的错误，我们就允许甲撤销合同，相比起来例 6 中的乙完全知道甲的错误的存在，可以说例 6 中的乙更加违反诚信，更加不值得保护，我们有什么理由限制甲的撤销权呢？与此类似，如果我们对例 4 的案情稍加改造，假如在订立损害赔偿合同之初，乙已经知道了甲还有其他后遗症，却仍然与甲订立了该合同，难道甲就没有撤销权了吗？同样，在例 5 中，假如乙在订立损害赔偿合同时，已经知道了甲没有法定的损害赔偿义务，难道甲的撤销权反而就不成立了吗？山本敬三教授将这种类型的案件总结为错误利用型案件，认为这种案件的胜负手是乙知道或者应当知道甲的动机错误（注意是知道动机错误而非仅仅知道动机），却对甲的这一错误进行利用，进而订立有利于自己的合同。[32]

我们再看以下案件：

例 7：乙告诉甲，近期 A 公司的股票会上市，只要上市股价肯定大涨。甲听信了乙的话，从乙那里购买了部分股票。但是其实 A 公司并没有上市的计划（无法证明乙对此知情）。甲能否对乙主张意思表示错误？[33]

例 8：甲和保险公司乙订立汽车变额保险合同时，提出希望将成绩计算期间（由于是变额保险，所以需要根据每一期间的“成绩”确定下一期的保险费率）从 3 年调整到 1 年，但是保险公司乙的员工 A 回答说不可以，于是他们还是以 3 年为成绩计算期间订立了保险合同。但是后来知道从 3 年调整到 1 年是符合制度的（但是 A 确实不知情）。甲能否主张意思表示错误？[34]

例 9：日本女性有婚后辞职的习惯。女性雇员甲结婚后，雇主乙要求甲必须遵从这一习惯提出辞职，甲以为这一习惯有法律效力（实际并没有），不得已和乙合意解除了雇佣合同。甲能主张意思表示错误吗？[35]

[31] 案件事实源自大阪地堺支判平成 24・2・15 金法 1960 号 138 頁。

[32] 山本敬三『「動機の錯誤」に関する判例の状況と民法改正の方向（下）』 NBL1025 号 42 頁。需要说明的是，对于例 6，日本法院虽然判决甲胜诉，但是使用的理由仍然是前文所述的动机表示理论，认为本案中甲的动机默示地表示了出来，乙知道甲的动机的存在，所以甲可以主张意思表示错误（参见大阪地堺支判平成 24・2・15 金法 1960 号 138 頁）。但是正如前文所述，动机表示理论存在无限扩大可撤销范围的问题，日本法院在类似于例 2 的案件中，就不会采取动机表示理论。正是由于日本法院对于动机表示理论的选择性适用，所以日本多数学者认为日本法院判决的真正理由不是动机表示理论，于是从其他方面寻找正当性根据。

[33] 案件事实源自東京地判平成 19・2・9 2007WLJPCA02098021。

[34] 案件事实源自東京地判平成 24・1・31 判時 2162 号 74 頁。

[35] 案件事实源自名古屋地判昭和 45・8・26 判時 613 号 91 頁。

例 10：乙公司的雇员甲反复在出勤时间上作假，并虚报交通费。于是乙公司对甲说，如果不想被惩戒解雇，就自己辞职吧，并且说这两种方式“有天地之别”，“人们对你的看法也完全不同”。于是甲自己提出了辞职。但是后来知道，甲的行为并没有达到可以被惩戒解雇的程度，甲能主张意思表示错误吗？[36]

在上述四例中，甲的错误都属于和标的物性质无关的动机错误，对于甲而言，这一错误固然是其订立合同的基础，但是从乙反复推动合同订立进程这一事实来看，乙对这一错误是否发生至少是不关心的（也许内心还有某种期待），因此恐怕“共同的行为出发点”很难成立，主观行为基础丧失理论难以适用[37]。那么难道上述四例中甲的错误都属于无关紧要的（不可撤销的）动机错误吗？上述四例中，甲之所以会出现错误，都是由乙引起的。其中，例 7 和例 8 是因为乙（或者其雇员）的不实陈述，但是对于这一不实陈述乙并不一定是基于故意（如果是故意就可能构成欺诈了）；例 9 和例 10 中乙虽然不存在对事实的不实陈述（例 9 中乙并没有说婚后辞职的习惯有法律效力，例 10 中乙也并没有说甲的行为足以构成惩戒解雇的法定条件），但是乙一直在诱导甲辞职（但从社会一般观念上看又没有达到胁迫的程度），并且这一诱导客观上确实造成了甲的认识错误。对于这四个案件，日本法院均判决甲胜诉。[38] 对此，山本敬三教授评述道，本来根据自己责任原则，意思表示错误的风险应该由表意人自己承担，但是当错误是由相对人引起时（一般情况是由于相对人的不实陈述，但是不限于此），相对人实质上侵害了表意人的意思决定权（并不要求有可归责性），此时应该允许表意人将错误的风险转嫁给相对人，允许表意人撤销意思表示。[39]

对于例 6 这样的错误利用型案件，或者如例 7、例 8、例 9、例 10 这样的错误引发型案件，作为一个谨慎的裁判者，恐怕不会简单地以动机错误不可撤销为由否定甲的诉求吧。那么，我们还要再创设新的制度进一步设置动机错误不可撤销的例外规则吗？或者改造主观行为基础理论使其能够容纳例 6~例 10 这样的案件类型？即使不考虑这些道路最后走不走得通，我们恐怕都不得不反思一个问题，所谓的“动机错误不可撤销”这一教条到底还有多少意义？是不是仅仅就是为了排除“商人错以为商品已经售罄，而订购了新的商品”或者“买受人不知道婚约已经解除，而购买了结婚礼物”这样的案件？

当然，坚定的二元论支持者会说，无论“动机错误不可撤销”设置了多少例外规则，甚至例外比原则还多，只要表示错误还是铁板一块——绝对地可以撤销，那么这一区分多少还是有意义的。那么我们下面再来看看“表示错误可撤销论”的问题。

四、表示错误可撤销论的问题

（一）表示错误绝对可撤销论的问题

[36] 案件事实源自東京地判平成 23・3・30 労判 1028 号 5 頁。

[37] 拉伦茨教授的主观行为基础丧失理论，强调必须是双方共同的行为基础（而非单方的）。对此，拉伦茨教授在对德国帝国法院的保证合同案进行评析时进行了阐明。该案的案情是，被告（保证人）和原告（主债权人）订立了保证合同，事后查明，被告之所以愿意订立保证合同，起决定性作用的一件事情是，在缔约的过程中，主债务人出示了一份借贷对照表，根据该表主债务人的收益状况良好。但是事实是该借贷对照表对主债务人的债务进行了过小的记载，主债务人的收益状况远没有那么好。之后原告要求被告承担保证责任时，被告抗辩他是基于错误的事实（主债务人在订立合同之初收益状况良好）订立的保证合同。帝国法院没有支持被告的抗辩（RGZ 158，166）。对此，拉伦茨教授赞同这一结论，认为该案中“主债务人收益状况良好”只能算是保证人订立保证合同的行为基础，但是对于主债权人而言，主债务人收益状况越差，主债权人越会积极地寻求担保，所以“主债务人收益状况良好”不算主债权人订立保证合同的行为基础，而对于单方行为基础，不能适用行为基础丧失理论。Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl, 1963, SS. 163f. 转引自大中有信「動機錯誤と等価性（二）·完」法学論叢 141 巻 5 号第 103 頁。

[38] 東京地判平成 19・2・9 2007WLJPCA02098021；東京地判平成 24・1・31 判時 2162 号 74 頁；名古屋地判昭和 45・8・26 判時 613 号 91 頁；東京地判平成 23・3・30 労判 1028 号 5 頁。

[39] 山本敬三『「動機の錯誤」に関する判例の状況と民法改正の方向（下）』 NBL1025 号 45 頁。

支持二元论的人往往会说人们行为的动机是千差万别的，如果允许动机错误可以撤销，那么就会有害于交易安全。但是我们仔细想一下，难道表示错误就不是千差万别的吗？允许表示错误可撤销，难道就不会有害于交易安全吗？歧视动机错误，却宽厚地对待表示错误，难道不存在理论上的不自洽吗？[40]

我们不能想当然地认为，表示错误发生在表示阶段，相对人对这里的错误就应当有所知晓。相对人知道的只是表示的内容，而非表示的错误。这一道理正如即使动机被表示了出来，相对人知道的也只是动机的内容，而非动机的错误。因此，不加限制地允许表示错误可撤销同样会有损于交易安全。

我们来看以下两案件：

例 11：乙向甲购买 10 台电脑，甲以为电脑的单价是 8000 元，于是发出的总报价是 80000 元，乙进行了承诺，但是实际上电脑的单价是 9000 元，甲自己看错了。

例 12：乙向甲购买 10 台电脑，甲本来想的总报价是 90000 元，却在输入时错输成了 80000 元，乙进行了承诺。

对于例 11 而言，甲的错误是一种计算错误，并且与前述例 3（“废旧金属案”）不同的是，甲并没有向乙披露其计算过程或者计算基础，所以这是一个纯内部的计算错误，根据二元论应无可争议地归属于动机错误。并且乙根本不知道甲计算的根据，共同的行为出发点也就无从谈起，主观行为基础理论也无从适用。也就是说，甲既不能依据错误制度撤销合同，也不能依据诚实信用原则解除或者改订合同。

对于例 12 而言，甲想的是以 90000 元价格出售电脑（效果意思），输入的时候输成了以 80000 元价格出售电脑（表示行为），效果意思与表示行为不一致，这是典型的表示错误，那么依据二元论甲可以撤销其意思表示。

但是笔者在这里要反问二元论者的是，为什么要对例 11 和例 12 进行区分且在最终效果上设置如此大的差异？这种区分究竟有何实益？从乙的角度或者客观第三人的角度看，都是甲提出了一个 80000 元的报价却声称其真正的报价是 90000 元。对乙而言，在没有其他事实参照的情况下，例 12 中的错误并不比例 11 中的错误容易发现。为什么例 12 中对乙的保护规格要弱于例 11？而且即便从甲的视角看，甲在例 11 中犯的错误并没有比在例 12 中犯的错误更严重，何以在例 12 中允许甲撤销却在例 11 中不允许？难道就因为从心理学的角度看，例 11 和例 12 中甲的错误发生在意思形成到意思表示的不同阶段？恐怕二元论者很难回答上述问题。

正如动机错误中既存在着 “买受人不知道婚约已经解除，而购买了结婚礼物”这样相对人无法查知动机错误的案件，也有如例 6 那样相对人明知对方动机错误的案件，表示错误中也存在着相对人可以查知的表示错误和相对人不可能查知的表示错误。从交易安全的角度出发，表示错误也需要和动机错误一样增加考虑的要件，否则就是对表意人保护过头了。[41]

问题是怎样设置要件呢？

（二）设置表意人无过失要件的问题

从比较法上看，为了限制表示错误的可撤销性，往往会设置一个消极要件——表意人无过失或者无重大过失。如台湾民法第 88 条第 1 项但书规定：“但以其错误或不知事情，非由于表意人自己之过失者为限。”日本民法第 95 条但书规定“但表意人有重大过失时，表意人自己不能主张意思表示无效。”

台湾民法中对于第 88 条第 1 项但书规定的“过失”的含义存在分歧，除少部分学者仿

[40] 舟橋淳一「意思表示の錯誤」『九州帝国大学法文学部十大周年記念法学論文集』岩波書店 1937 年 661 頁。

[41] 野村豊弘「意思表示の錯誤（7）完」法学協会雑誌 93 巻 6 号 898 頁以下。

照日本采重大过失说[42]外，多数学者采抽象轻过失说[43]，判例上有采抽象轻过失者[44]，亦有采具体轻过失者[45]。但是值得疑问的是，表意人发生表示错误时，多少都是有些过失的，如果以轻过失作为撤销权行使的消极要件，岂不是绝大多数表示错误都无法撤销了？那么岂不是从根本上改变了二元论？恐怕正是因此，陈自强教授谓台湾民法第 88 条 1 项但书之规定使继受自德国法的二元论“光芒尽失”[46]。

日本民法第 95 条明确将过失限定在“重过失”，相比台湾民法而言至少避免了陷入“绝大多数表示错误都不可撤销的”境地，从而在形式上勉强维持了二元论的架构。但是日本的判例和通说考虑的重心却实质上发生了偏移，从关注表意人的主观状况转向为关注相对人的主观状况，即使表意人存在重过失，只要相对人知道或者应当知道表意人的错误，或者相对人和表意人陷入了同一错误，表意人仍然可以主张意思表示的无效。理由是限制表意人撤销权（无效主张）的唯一根据在于保护相对人的信赖，但是在这两种情况下，相对人并没有产生合理信赖，所以没有必要牺牲表意人的意思自决权。[47] 日本判例和学说的上述观点，在日本法务省 2015 年发布的《民法（债权关系）改革纲要》中被明文化。[48]

如果不加限制地允许表示错误可撤销会带来危害交易安全的问题，这一点在台湾和日本都引起了重视。相比于台湾法以“轻过失”作为消极要件彻底限制表意人撤销权的模式，日本法将考虑的重心转向相对人的模式更加富有弹性。而且交易安全毕竟是以相对人（或者第三人）为核心的问题，将目光从表意人转向相对人与维护交易安全的价值目标也更加契合。

（三）设置信赖损害赔偿制度的问题

为了缓和“表示错误可撤销论”给交易安全带来的伤害，采取二元论的立法例往往设置了信赖损害赔偿制度。如德国民法第 122 条第 1 款规定意思表示因为错误撤销时应“赔偿相对人或者第三人因信赖该意思表示有效而遭受的损害”。

需要注意的是，这一制度“不以撤销人的过错为条件，它是一种纯粹的信赖责任或表见责任”，“不属于缔约过失责任”，而之所以会产生这种制度，是因为“表意人必须对他的表示承担责任”。[49] 其实仔细推敲我们会发现，这一制度的出发点是非常耐人寻味的。

首先，这一制度和缔约过失责任在产生基础上存在根本性差异。缔约过失责任的成立基础在于一方从事了有失诚信的行为，这一行为在违法性以及可归责性上接近于侵权行为（在非德国法系下就是一个侵权行为）[50]，如果法律对之放任不管，就会损害相对人的利益。但是信赖责任则完全不同，一方做出了一个错误的意思表示，假如法律对此不予理会，那么这一意思表示就是完全有效的，相对人不会遭受任何损失，但是法律却对之进行了干预，赋予了表意人撤销权，于是为了挽救法律干预造成的利益失衡，创设了信赖损害赔偿制度进行再次调整。如果我们将错误看成是一种风险的话，法律考虑是否赋予表意人撤销权的时候，就

[42] 参见王伯琦：《民法总则》1961 年，第 162 页。

[43] 参见王泽鉴：《民法总则》北京大学出版社 2009 年版，第 302 页；史尚宽：《民法总论》，第 369 页。

[44] 参见台湾“最高法院 104 年度台上字第 1901 号判决”。

[45] 参见台湾“最高法院 85 年度台上字第 173 号判决”。

[46] 参见陈自强：“台湾契约错误法则之发展”，载《第五届（2015）两岸民商法前沿论坛民法典编纂与创新发展论文集（上册）》，第 140 页。

[47] 内田貴「民法 1」東京大学出版会 2008 年 69、77 頁。

[48] 参见日本民法（债权关系）部会第 9 9 次会议（平成 2 7 年 2 月 1 0 日開催）决定发布的「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」第 1 頁，载日本法务省官方网站 http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900244.html。

[49] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻等译，法律出版社 2003 年版，第 527 页。

[50] 罗马法就是用侵权行为制度调整合同中的欺诈胁迫等行为，日本法亦如此。参见瀬川信久「民法 709 条（不法行為の一般的成立要件）」『民法典の百年（3）』有斐閣 1998 年 559 頁以下。森田宏樹「合意の瑕疵の構造とその拡張理論（1）」NBL482 号 22 頁。

已经进行了一次风险分配（允许撤销代表着风险由相对人承担，不允许撤销代表着风险由表意人自己承担）。如果一次风险分配到位，何须再来二次风险分配？信赖损害赔偿这一制度存在本身，就已经说明了以心理学为根据的二元论的风险分配模式是失衡的。

当然，支持二元论的人会认为这种两次风险分配的方式会带来一个折中的效果，即允许表意人撤销意思表示，但是赔偿范围仅限于信赖利益，相比于完全不允许表意人撤销的方式，可能会更加兼顾双方的利益。但是笔者认为这一点也是欠缺说服力的，仍然以前述例 11 和例 12 为例，在例 11 中不允许甲撤销，最终的结果是甲要么按照 80000 元的价格履行合同，要么承担履行利益的赔偿；而在例 12 中却允许甲撤销，最终的结果是甲不用履行合同，最多承担信赖利益的赔偿。为什么在极其类似的两个案件中，只在例 12 中兼顾甲的利益？恐怕二元论难以自洽。

再次，如果我们分析信赖责任的构成要件，我们会发现其要件设置都是围绕相对人展开的，对于表意人本身毫无关注，理由是“表意人必须对他的表示承担责任”，这一点不正好和“表示错误可撤销论”背后的“表意人无须对欠缺效果意思的表示承担责任”相矛盾吗？我们再看信赖责任不成立的理由：相对人知道或者应当知道错误的发生，或者相对人也陷入了同一错误等等。这不正好和考虑动机错误可不可以撤销时思考的因素相类似吗？

行文至此，本章的结论也就呼之欲出了。从交易安全视角看，表示错误与动机错误相比并没有什么特殊性，“表示错误可撤销论”对交易安全损害巨大，各立法例要么在风险一次分配时设置要件加以限缩（如以无过失为撤销权的消极要件），要么再设置风险的二次分配规则（信赖赔偿制度）。而各风险分配规则的重心，也从表意人中心主义转向受领人中心主义。这一点和前文论述的动机错误没有区别。

五、一元论的主张

（一）我国应该选择一元论

前文已经论述了，意思主义下诞生的错误二元论在表示主义占主导的今天，已经丧失了理论基础，并且不能准确地调整意思自治和交易安全之间的关系。我国目前面临两种选择：一是仍然选择二元论作为基本架构，但是针对前面提出的问题对二元论加以改造；二是采取一元论。本文倾向于后一种选择，理由如下：

首先，我国并没有形成二元论的传统。无论是《民法通则》还是《合同法》，都没有将重大误解界定为“意思与表示的不一致”，也没有明确排斥过动机错误。相反，《民通意见》第 71 条明确列举的错误类型“对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误”按照古典理论解释均属于动机错误中的性质错误；该条使用的文字表述模式“因为……错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖”，也与动机错误天然亲近[51]，至少说明了“动机错误不可撤销”的传统在我国是不存在的。而且从法院判决看，明确肯定了动机错误可撤销的也不在少数，如有判决谓“世界城公司在销售商铺时忽略了天井因素对商铺买受人购买动机的影响，其在商品房买卖合同的附图中未对天井作出显著图示或说明……因此，该合同属于因重大误解订立的合同……吴迪有权请求人民法院撤销该合同。”[52] 同时明确否定表示错误可撤销的判决也时有发生，如在亚马逊撤单案中，法院就明确谓“世纪卓越公司在诉讼中主张其在网站发布的涉案商品系由于系统错误，但世纪卓越公司作为商家在网

[51] 该条中“行为的后果”与“自己的意思”分别指的什么有些模糊。如果想将该条解释表示错误，那么只能将“自己的意思”解释为“效果意思”，将“行为的后果”解释为“表示行为”，前者说得通，后者却无比牵强；但是想将该条解释为动机错误，那么将“自己的意思”解释为当事人的一切真意，将“行为的后果”解释为行为产生的一切后果，无比顺畅。

[52] 湖北省武汉市中级人民法院，（2015）鄂武汉中民终字第 00628 号。

上发布信息系面对众多消费者，其应当尽到严格审慎的核查义务”，从而否定了卓越公司的撤销请求。[53]

其次，在我国没有形成二元论传统的前提下引入二元论，制造的问题比解决的问题更多。二元论本身是意思主义的产物，无法妥善地解决前文所述的例 1~例 12，如果不加配套制度或者不加改造直接引入我国，会和现代社会格格不入。然而在中国的现行法治环境下，增加配套制度或者改造二元论的成本不可谓不高，而且即便不考虑成本也仍然有难以解决的问题。就增加配套制度而言，要想二元论在现代社会顺利运行，就动机错误而言，至少要增加性质错误可撤销的例外，增加主观行为基础丧失理论（仿造德国民法第 313 条第 2 款）。但是即便增设了这些制度，利用型错误问题（例 6）如何解决？引发型错误问题（例 7~例 10）又如何解决？难道还要立法增设更多的新制度？就表示错误而言，如果不加限制地允许撤销更加违背常理，起码要对相对人的利益加以保护。但是现有的缔约过失责任完全无法起到二次分配风险的作用，至少应该增加信赖赔偿制度。然而即便增加了信赖赔偿制度，在很多情况下也很难解释为什么只能将赔偿范围限定在信赖利益范围内（例 12）。就改造二元论而言，需要放弃错误的经典含义（意思与表示的不一致），并重新界定动机和表示的规范含义，确立一项与客观表示相独立的规则以分辨什么样的内容才能进入意思表示。即便如此，囿于“动机”、“表示”这一对概念的文义可能性范围，很多应该考量的价值判断问题仍然很难硬塞进概念之中。

既然我国并没有像德国、日本一样背负着二元论的传统负担，何不考虑抛开“动机”、“表示”这样的源自意思主义的理论构造，转换思维，直接从交易安全与意思自治协调的角度切入，重新建设意思表示错误的构成要件理论体系呢？

（二）一元视角下的构成要件建构

首先需要澄清的一点是，无论是采取二元论架构还是一元论架构，有一项构成要件是没有争议的，即主客观因果关系的存在（在我国现行法上可以理解为错误的“重大性”）。以下的讨论都以错误至少对表意人一方而言是重要的为前提，避免无害争议的错误进入讨论的范围。

一项意思表示错误可撤销，除了因果关系要件，还需要哪些要件呢？

我们前面虽然已经批判了二元论的种种弊端，但是有一点还是要承认的，二元论至少干脆利落地排除了诸如“商人错以为商品已经售罄，而订购了新的商品”或者“买受人不知道婚约已经解除，而购买了结婚礼物”等纯粹表意人一方的动机对交易安全的干扰。一元论的构成要件体系至少也应该具备这一功能。对此，川岛武宜教授认为错误的可撤销要件（无效主张要件）应该是“相对人认识到或者可能认识到错误存在时”，史称“认识可能性说”。[54] 在上述两个案件中，表意人的错误（注意并非动机）不可能为相对人知晓，即使当事人在交易中表明“买新商品是以为旧商品没有了”，“买礼物是为了结婚”，相对人也不可能知晓其中是否存在错误。因此，依据“认识可能性说”，这两种错误可以很容易地排除在可撤销的范围之外。二元论的基本功能在一元论的“认识可能性说”之中得到了实现。

不仅如此，一元论下的构成要件不仅可以作用于动机错误中，同样也可以作用于表示错误中，因此“认识可能性说”除了上述基本功能外，还具备一项进阶功能——将相对人无法认识到的表示错误排除在可撤销的范围之外。于是诸如例 11 和例 12 这样的案件在“认识可能性说”下没有了区分的必要，无论是把总价写错还是把总价算错，只要相对人不可能认识到错误存在时，表意人就不能撤销意思表示；反之，假如相对人可以从种种迹象知道错误的存在，则例 11 和例 12 都可以撤销。这一结论恐怕和大多数人的法感情相符合。

[53] 北京市第三中级人民法院，（2014）三中民终字第 09383 号。

[54] 川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」法学協会雑誌 56 巻 8 号 1501 頁以下。

但是川岛教授的“认识可能性说”在遇到例 4~例 5 这样的双方前提错误时遭遇了困难。既然是双方错误，对方当事人对错误也不具备认识可能性，那么按照川岛教授的观点表意人就无法撤销了。但是在当事人双方都陷入一个前提性的错误时，其实双方当事人之间并不存在着值得保护的信赖关系，此时我们勉强维持契约关系正当性何在呢？为了解决双方错误的问题，作为“认识可能性说”的修正学说的“重要性认识可能性说”登场了。

野村丰弘教授缓和了“认识可能性说”中相对人认识的内容，认为相对人不需要认识到错误的存在，只需要认识到可能存在错误的事项对表意人的重要性就可以了。[55] 例 4 中乙不需要认识到甲是否存在其他后遗症，只要认识到“是否存在其他后遗症对于甲订立和解契约是很重要的事项”足矣；例 5 中乙也不需要认识到甲是否有法定赔偿责任，只需要认识到“是否存在法定赔偿义务对甲签订赔偿协议是很重要的事项”足矣。可以说，“重要性认识可能性说”很好地解释了双方前提错误的问题。

但是“重要性认识可能性说”在面临类似于例 2 这样的案件时遇到了困难。只要买受人甲对出卖人乙表示自己买房的目的是投资，那么未来房价的上涨下跌对于买受人而言肯定是重要事项，依据“重要性认识可能性说”也就属于可以撤销的错误范畴了。而这一问题在川岛教授的“认识可能性说”中却不存在，因为乙是不可能知道未来的市场行情的，所以甲不可以撤销法律行为。

笔者认为，之所以“重要性认识可能性说”在修正“认识可能性说”后会引发上述问题，是因为“重要性认识可能性说”本来只是为了增加解决双方前提错误这一项功能，却一下子将要件放的太宽了，导致功能过剩。与其如此，我们何不直接将双方前提错误这一错误类型与对方有认识可能性的错误类型并列，形成一元论视角下的类型化呢？从保护交易安全的角度而言，无论是双方前提错误还是对方有认识可能性的错误，都属于相对人欠缺值得保护的信赖的情形，在一个层级上类型化符合逻辑。

除此以外，前述例 7~例 8 这样的（过失）不实陈述型案件和例 9~例 10 这样的诱导性错误案件，在“认识可能性说”或者“重要性认识可能性说”下论证起来也颇为费力。但是观察这四个案件，都属于相对人引发了错误的情形（虽然不一定有可归责性），作为一种独立的可撤销的错误类型也未尝不可。[56] 而且从保护交易安全的角度看，既然相对人引发了错误，那么对相对人的信赖降格保护也是说的通的。

基于上述分析，本文初步提出如下的错误构成要件框架：

“意思表示发生错误时，如果表意人不发生错误则不会做出同一意思表示，且符合以下情形之一的可以撤销：

（1）对方当事人知道或者应当知道该错误的存在的；

（2）就双方订立合同前提的同一事项，双方当事人都陷入错误的；

（3）对方当事人引起了该错误的。”

前述例 1、例 6、例 11、例 12 可以基于第（1）项解决；前述例 3~例 5 可以基于第（2）项解决；前述例 7~例 10 可以基于第（3）项解决。并且不至于让例 2 这样的案件“混”进可撤销的范围。

论述至此问题还没有全部结束。在有的交易中，当事人双方可能会主动地对错误的风险进行分配，比如约定就某些风险，即使双方当事人都陷入错误，也不可以撤销。基于意思自治原则，我们当然没有必要否定这种条款的效力。而与当事人的主动约定相类似，在有的交易中，存在着某种固定的交易习惯，风险固定地由某一方承担（如行家间的古董交易，就靠

[55] 野村豊弘「意思表示の錯誤（7）完」法学協会雑誌 93 巻 5 号 701 頁以下。
[56] 山本敬三『「動機の錯誤」に関する判例の状況と民法改正の方向（下）』 NBL1025 号 42 頁。

眼力吃饭，风险自负，即使出卖人知道古董是赝品，也不影响合同效力），对于这些交易习惯，法律也应当尊重。

因此在上述撤销权的积极要件之外，本文又设置了一项消极要件：

“当事人另有约定或者存在着不同的交易习惯时除外。”

就证明责任分配而言，积极要件的证明责任在主张撤销方，消极要件的证明责任在抗辩方。

论法定条件的教义学构造

冯洁语*

〔摘要〕民法学说认为法定条件与意定条件两立，意定条件的规则无法适用于法定条件。但是，法定条件的概念为何，一直以来欠缺详尽的描述。为了使其成为真正法技术化的概念，必须从法律行为效力的构成要件方面，对其加以限制，附法定条件的法律行为在条件成就前，具有形式拘束力，处于待定状态。法定条件与意定条件具有可比较性，是否可以类推意定条件的规则，形成了期待权和特别结合两种理论构建。前者因其概念容量不足，在法定条件的适用问题中，不是好的教义学构建。特别结合的理论构成侧重已经产生的类似合同关系，主张据此对法定条件进行类型化，更符合实践的需求。

关键词：拟制；条件成就；损害赔偿；类推适用；期待权

一、问题的提出

（一）三则不同国别案例引发的思考

案例 1（中国）："崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案"，该案中，原告青岛南太置业有限公司与被告青岛市崂山区国土资源局于 2003 年 1 月 6 日签订了《国有土地使用权出让合同》，其中第四十条第二款约定，"本合同项下宗地出让方案尚需经山东省人民政府批准，本合同自山东省人民政府批准之日起生效。"

之后，2003 年 2 月 19 日，山东省人民政府批准了该宗地的农用地转为建设用地，并未提及该合同项下宗地出让方案。由此引发争议，该合同是否生效。

一审青岛高院审理认为，鉴于 2003 年 2 月 19 日，山东省人民政府的批复，双方当事人所约定的生效条件已成就，该合同自山东省人民政府批复之日起生效。二审最高人民法院结论上赞同一审法院的观点，但在说理上认为，"所谓附条件的合同，是指当事人在合同中特别约定一定的条件，以条件是否成就作为合同效力发生的根据。合同所附条件，必须是当事人约定的而不是法定的。政府机关对有关事项或者合同审批或者批准的权限和职责，源于法律和行政法规的规定，而不属于当事人约定的范围。根据合同法规定精神，当事人在订立合同时，将法定的审批权或者批准权作为合同生效条件的，视为没有附条件。将法律未规定为政府机关职责范围的审批权或者批准权作为包括合同在内的民事法律行为生效条件的，同样视为没有附条件，所附的"条件"不产生限制合同效力的法律效果。"[①]

案例 2（德国）：原告从某信托机构（K 有限责任公司的单独股东）处取得了股份。该信托机构在 1992 年 10 月 27 日，其将股份 250000 马克的价格卖于 A 有限责任公司。被告是税务咨询师，是 C 公司（A 公司的单独股东）的代理人，在合同订立中，作为 A 公司的代理人、C 公司的代理人，并同时以自己的名义参与了该股份买卖合同的订立。其中，第 28 条规定被告对买卖价款承担连带保证（Selbstschuldnerische Bürgschaft）。并且该合同也约定买受人 A 保留了追认该合同的权利。

同日，买受人 A 的经理人 S 私人签署了文件，该文件中，S 承担在股份的商事登记之后，4 周内追认该买卖合同的义务；被告个人作为 C 有限责任公司的主要股东负有督促无迟延 A 提供为商事登记所需的一切法律支持。在该文件中，被告同样承担了担保买卖合同中

* 冯洁语，南京大学法学院助理研究员。

① 对于最高人民法院的说理，本文有所删减，详见"崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案"，（2004）民一终字第 106 号。当然，本案所涉合同由于其他原因无法实际履行。

追认的义务。

1992 年 12 月 23 日，A 完成登记，1993 年 1 月 9 日，被告根据上述文件请求 S 追认买卖合同。S 没有追认，反而请求与信托机构重新就取得股份进行谈判。鉴于此，被告撤回其担保，并在其抗议下，S 辞去了 A 公司经理人一职。A 公司也因此欠缺行为能力，无法追认。在获得追认无望的情况下，原告请求被告承担连带保证责任，其认为由于被告不正当阻碍追认。根据《德国民法典》第 162 条对条件的拟制，主张买卖合同生效。故而得主张被告承担担保责任。

一审策勒州法院认可了原告的主张，上诉审策勒州高等法院驳回了被告的上诉，其认为被告在 S 私人签署的文件中，承担了促成追认的积极的协同义务。被告未通知 A 可能不履行追认，构成了不正当阻碍条件成就。相反，联邦最高法院认为买卖合同并未生效，因此，保证同样不生效。其理由如下，首先，由于在订立合同时，已经由 S 作为 A 公司的经理，故被告实际并无代理权为 A 订立合同。其次，在这个意义上，股份买卖合同中约定 A 保留追认权，实际就是无权代理中本人的追认权。所做约定，并非《德国民法典》第 158 条以下意义中的条件，而是法定条件。再次，在明确了此种追认是法定条件后，《德国民法典》第 162 条的拟制仅在例外情况下，可以基于源自诚实信用的一般法律思想类推于法定条件。最后，在本案中，应当考虑的是在被告的担保函（Verpflichtungserklärung）是否产生了类似合同关系，此种类似合同的关系同样会产生诚信义务。在这种情况下，至少是可以类推《德国民法典》第 162 条的条件拟制规定。而由于保证的从属性，其效力取决于主合同，因此，从保证中，无法推导出被告负有此种诚信义务。如果根据上诉法院的做法，那么会导致不可接受的结果：债权人通过保证可请求全部合同给付，而此种给付是主债务人不需承担的，因为合同并未生效。[①]

案例 3（日本）：1952 年 10 月 28 日，原告 X 与被告 Y 订立了农地买卖合同，并以爱知县知事的批准为条件。1954 年 1 月 9 日，被告 Y 又将该地卖于被告 Z，取得爱知县知事批准后，同年 5 月 14 日完成登记。因此，原告 X 主张，基于《日本民法典》第 128 条规定的，被告 Y 的行为构成条件待定状态下，对第一次处分的违反，否定被告 Y 与 Z 之间合同的效力。

一审法院与二审法院均否定了原告的此种主张。日本最高法院赞同了原审观点，并进一步指出，农地买卖合同生效需都道府县的知事批准是《日本农地法》第 3 条第 4 款的公益性要求，因此，本案涉及的合同并非是附条件的合同。即使认为法定条件可以类推《日本民法典》中条件的规定，第 130 条关于拟制条件成就的规定也无法类推适用于本案。因为《日本民法典》第 130 条中所谓"视为（看做す）"是拟制当事人意思表示的效果，这在性质上无法左右所有权移转。[②]

（二）异与同：法定条件案例的中国问题意识

上述三则案例中，中国、德国、日本的最高法院均面临相同的一个问题，根据各国的民法学说，民法总则部分中关于条件的规定是所谓法律行为的附款，限于意定条件，是当事人依法律行为设定的条件。[③]这就意味着，关于条件的规定，例如条件是否成就的拟制、待定状态的责任等规定无法适用于法律行为的待定状态是由法律直接规定的情况，也即所谓法定

① BGH, Urteil vom 25. September 1996 – VIII ZR 172/95 –, juris.

② 最判昭和 36 年 5 月 26 日民集 15-5-1404。

③ 例如参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 123 页；R. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Mohr, 2016, 4. Aufl., S. 497; [日]几代通：《民法总则》，1984 年第 2 版，第 453 页。

条件的情况。意定条件和法定条件的概念区分，导致了法律适用上的区分，在无法直接适用民法总则中条件的相关规定的情况下，各国法院均面临民法总则中条件的规定能否类推适用于法定条件的情形，以及在何种程度上得类推适用的问题。

《民法总则》第159条承袭《合同法》第54条规定了条件的拟制。上述三个案例反映了各国法院对于这一规定能否类推适用于法定条件这一问题，态度各异。我国最高人民法院明确提及“合同所附条件，必须是当事人约定的而不是法定的。政府机关对有关事项或者合同审批或者批准的权限和职责，源于法律和行政法规的规定，而不属于当事人约定的范围。”从该表述中可知，该案例提出了法定条件与意定条件的区分，但是随后，我国最高人民法院又表示当事人约定附法定条件则“视为没有附条件”。此种表述存在两种解读的空间，其一，该案例否定了当事人对法定条件的约定不生效力。不论当事人是否在合同中约定了该合同以山东省人民政府的批准为条件，该合同均因法律规定而需要批准，未经批准不生效。其二，该案例否定了在法定条件中类推意定条件的规则。这二种解读是否均成立存在疑问。能否类推取决于法律漏洞是否存在、是否在法评价上存在相类似。[①]对于这一问题的解答需要考虑法定条件对法律行为的效力的实质影响。另外，由于本案例涉及行政法中的批准，这一问题也涉及了该案例的射程，法律行为所附的法定条件本身的性质是否影响得否类推的结论。

对于这两个疑问，德国联邦最高法院和日本最高法院形成了两种不同的见解，德国联邦最高法院抽象出了一般性的条件拟制的思想，认为在法定条件中，也存在类推适用的可能性。相反，日本最高法院则否定了类推可能。对于这两种见解是否存在本质的差异，两个案例在各自的判例体系中射程是多少，我国法在何种程度上可以继受存在疑问。

除了条件拟制之外，不论是《德国民法典》第161条还是《日本民法典》第128条均规定了条件待定期间的责任，但是，不论是《合同法》还是新制定的《民法总则》均欠缺类似规定。由此产生了疑问，此种规定是否必须，在欠缺明确规定的情况下，应当如何解决类似问题。

以上问题意识均建立在法定条件的概念与意定条件不同，法定条件和意定条件二分对立的基础上，对于此种二分构造本身如何产生，存在理由同样需要进一步思考。鉴于该问题的基础价值，本文拟先考察法定条件与意定条件二分的历史根源。

二、法定条件的概念史略

我国通说认为所谓法定条件和意定条件完全是不一样的制度，法定条件指的是法律规范直接为法律行为设定的必须的有效条件。[②]在通说的定义下，法定条件实际等同于法律行为的生效要件，例如，朱庆育教授在例举法定条件时举了不动产变动中的登记为法定条件。这就意味着，法定条件未成就时，法律效果未必处于待定状态。而袁治杰教授更援引德国法的定义，直言法律条件指称的是“有效要件，因此在法律条件下法律行为的法律拘束力被延迟了，而不仅仅是法律行为的效果。”[③]

在这个意义上，法定条件与意定条件必然是二分的，因为法定条件的外延极其宽泛。但是，由于我国学者均是在论及意定条件时略带提及法定条件，对于此种定义的正确性是值得怀疑的。袁治杰教授援引了德国法对法定条件的研究作为此种定义的依据，朱庆育教授、崔建远教授在论述法定条件的法律效果同样基于德国法文献，为了检验通说定义的正确性，本文同样以德国法中法定条件的研究对象。

① [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2005年版，第258页。
② 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第123页；梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年第4版，第185页。崔建远：《论法律行为或其条款附条件》，《法商研究》2015年第4期。崔建远教授认为法定条件是法律或行政法规规定的法律行为生效的特别要件，和通说略有不同。
③ 袁治杰：《法律行为的条件理论》，《私法研究》2010年第1期。

（一）罗马法对法定条件的认识

现代条件制度深受罗马法的影响，法定条件与意定条件的二分也不例外。罗马法上即存在法定条件与意定条件的区分。[①]存在法定条件与意定条件的区分，是否意味着罗马法中法定条件与意定条件是对立的呢？换言之，罗马法在何种意义上使用法定条件一词存在疑问。

罗马法文本中明确提及法定条件的有二：其一为Paul. D. 21, 1, 43, 10：其二为Iul. D. 31, 1, 21。

Paul. D. 21, 1, 43, 10：在有些甚至是无条件买卖的情况下，也会因条件而效力待定。例如，一个奴隶购买某物，对于这个奴隶一方当事人有用益权，而另一方当事人有所有权；在尚未确定奴隶用何方当事人的财产购买前，该购买的财产的所有权待定，所以没有哪方当事人可诉请奴隶返还该财产。

Jul. D. 31, 1, 21：重要的是要分清事实条件和法定条件。因为，当有下列条件时：“如果船将从亚洲”、“如果提茨乌斯将被任命为执政官”，即使条件成就，但是继承人不知条件已成就，则接受遗产受到阻碍。就法定条件而言，只要这些条件成就既可，例如：一个是家父的人自以为是家子，则他可以获得遗产；一个人知道自己是部分遗产的继承人，但是并不知道遗嘱是否已经密封，那么他可以接受遗产。

对于第一个文本的内容，目前学者的意见较为统一。可以知道罗马法上存在法定条件与意定条件的区分，且理解法定条件的关键在于法律行为效果的待定状态源自于法律规定。[②]

对于第二个文本则争议较大。乍看之下，该条文区分了法定条件与意定条件与当事人知情状态的关系。法定条件成就不以当事人知情为前提，法律行为的效果自动发生。Eisele在承认该文本的基础上，试图从中抽象出法定条件的一般特性，即法定条件涉及的是未来不确定的、客观的事实。[③]与之相反，Kaser一方面指出，该文本并非尤里安所做；[④]另一方面该文本涉及的也并非是法定条件，因为在该情况下，法律行为的效力是确定的。Kaser列了三点理由，其一，继承不取决于将来不确定的结果；其二，该文本与其他文本的规定存在冲突，从Paul. D. 2, 29, 6, 4来看，如果某人误以为自己为家子而受家父命令取得不动产，那么，不论是该人自身还是其误认的家父均无法取得不动产。这种情况下，法律效果是确定的。其三，Jul. D. 31, 1, 21最初试图解决的情况最有可能是，接受遗产的人家庭状况存疑，但是，也有可能试图解决接受人独立的、为自己取得不动产的情况。但是，这种情况同样没有待定的状态。[⑤]

在这个意义上，解答罗马法在何种程度上使用法定条件这一问题必须回到Paul. D. 21, 1, 43, 10。如果仅从这一文本出发，可以得出的结论仅限于罗马法中存在二者的区分，但是，法定条件与意定条件是否对立则并不一定。因为罗马法中所谓“条件”这个概念仍处于发展中，且罗马法也并未在法技术层面严格限定条件一词的使用。[⑥]

① Vgl. Reinhard Zimmermann, "Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...", AcP 193(1993), 121, 126.
② Vgl. Reinhard Zimmermann, "Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...", AcP 193(1993), 121, 126; Max Kaser, Condicio iuris und condicio tacita, Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae I, 1956, S. 426;
③ Vgl. Eisele, Zur Lehre von den conditiones iuris, AcP 54(1987), Kaser指出，Eisele的观点并非是罗马法的观点，而是潘德克吞法学的观点。
④ Max Kaser, Condicio iuris und condicio tacita, Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae I, 1956, S. 426.
⑤ Max Kaser, Condicio iuris und condicio tacita, Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae I, 1956, S. 423 f.
⑥ Max Kaser, Condicio iuris und condicio tacita, Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae I, 1956, S. 427.

（二）潘德克吞法学及《德国民法典》制定中的法定条件

2、罗马法之后，潘德克吞法学家对于法定条件进行了相当程度的讨论，讨论的重点在于法定条件的概念内涵与外延。萨维尼与温德沙伊德在其教科书中均简略提及了法定条件，对其定义虽然有所差别，但是核心观点均是认为法律行为效果的待定状态源自于法律规定，当事人对其约定是多余的且无效的。[1]但是，二者均未进一步讨论意定条件的效力能否类推法定条件的问题。

1871 年，同为潘德克吞法学家的 Eisele 在萨维尼和温德沙伊德定义的基础上，试图统合罗马法上的两个文本。其认为萨维尼和温德沙伊德对法定条件的定义体现了两点不足，其一，法定条件不应仅为明示的；其二，否定法定条件的积极效力是不全面的，也不符合罗马法。[2]针对这两点，一方面，Eisele 修正了法定条件的定义，法定条件是“将来不确定的事实，根据法律（不论当事人是否有此意），法律关系的存在取决于该事实的成就。”[3]需要指出的是，Eisele 为了将当事人未约定的法定条件归入到法定条件的概念之下，用法律关系（Rechtsverhältnis）替代了法律效果（rechtliche Wirkung）。在这个意义上 Eisele 把默示条件（condicio tacitio） 等同于法定条件。另一方面，基于 Paul. D. 21, 1, 43, 10，Eisele 认为法定条件中同样存在待定状态。[4]

而在《德国民法典》的立法过程中，《德国民法典总则部分草案》的起草者 Albert Gebhard 以 33 个条文如同潘德克吞教材一般，规定了真正与不真正的条件，其中第 156 条规定了法定条件，“如果对法律关系附加的条件，该条件的法律效力取决于不以当事人意思为移转的情况，那么，此种附加的条件不改变法律关系的确定性”。[5]《德国民法典第一草案》审议会一方面提出，条件部分的审议主要考虑真正条件，不真正条件留待进一步讨论。[6]另一方面在对第 156 条的审议中，多数意见认为不应当规定意定条件能否以及在何种程度上得类推适用于法定条件。适用根据法律关系而确定的规则，既可能与意定条件的规则相同，也可能相反。[7]在这个意义上，对于该条文并未作任何修改，《德国民法典第一草案》第 140 条做了与《德国民法典总则部分草案》相同的规定。

但在之后的帝国司法部筹备会议上，删除了《德国民法典第一草案》第 140 条对法定条件的规定。理由是该条文的内容是显然易见的。[8]在这之后，《德国民法典》的条文中不再有关于法定条件的规定，这一问题留待学说解决。

（三）《德国民法典》之后法定条件概念的发展

在《德国民法典》制定之后，1924 年，Paul Oertmann 出版了他的专著《法定条件》，成为了这一问题中最为权威的著作。为了定义法定条件，Oertmann 首先区分了构成要件（Tatbestandsstück）和生效要件（Wirksamkeitserfordernis），后者又可进一步不可事后补足的生效要件和可以事后补足的生效要件。[9]在这个区分前提下，Oertmann 提出了法定条件的概

[1] Vgl. Saviny, System des heutigen römischen Rechts, Veit und Comp, 1840, §116; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1870, §87.
[2] Vgl. Eisele, Zur Lehre von den conditiones iuris, AcP 54(1987), 111.
[3] Eisele, Zur Lehre von den conditiones iuris, AcP 54(1987), 116.
[4] Eisele, Zur Lehre von den conditiones iuris, AcP 54(1987), 116.
[5] 条文参见 Jacobs/Schubert, Beratung des BGB, §§1 -240, 2. Teilband, De Gruyter, 1985, S. 829 ff; Vgl. HKK/Finkenauer, §§158-163, Rn. 13.
[6] Vgl. Jacobs/Schubert, Beratung des BGB, §§1 -240, 2. Teilband, De Gruyter, 1985, S. 829.
[7] Vgl. Jacobs/Schubert, Beratung des BGB, §§1 -240, 2. Teilband, De Gruyter, 1985, S. 843.
[8] Vgl. Jacobs/Schubert, Beratung des BGB, §§1 -240, 2. Teilband, De Gruyter, 1985, S. 843.
[9] Vgl. Paul Oertmann, Die Rechtsbedingung, Deichert, 1924, S. 21-24.

念内涵，法定条件是在行为做出时，尚欠缺的，但是可以事后补足的生效要件。[1]而外延方面，Oertmann 将不可补足的生效要件（例如，完全无行为能力直接导致行为无效）、虽然可补足但是在行为做出时已经存在了的生效要件（例如，未成年人的父母事先同意）、Eisele 所称的当事人未约定的法定条件排除出了法定条件的范围。

而在效力方面需要重点指出的有，其一，Oertmann 指出法定条件最为重要的效果是对当事人的拘束力。[2]在法定条件成就之前，当事人同样受该法律行为的拘束，不得任意的撤回。[3]其二，Oertmann 指出法定条件与意定条件、法定条件与构成要件的区分体现在条件成就是否具有溯及力。[4]Oertmann 认为有无溯及力并非是源自概念产生，而是实证法规范，Ortmann 认为，与意定条件相比，在法定条件中肯定溯及力更具法政策学的价值，因为从当事人意思解释的角度来看，意定条件中，当事人主观希望法律行为效力暂缓发生，而法定条件中，则未必有这层意思。[5]

在 Oertmann 之后，关于法定条件的研究近于停滞，[6]1974 年 Hans Egert 试图重新界定法定条件， Egert 一方面区分了对法律行为类型具有本质意义的要件和没有本质意义的要件，前者属于构成要件，不得附条件、只有后者是可以附条件的。另一方面，针对 Oertmann 提出的定义，Egert 认为其定义正确的揭示了法定条件不同于生效要件的一面，但是也导致了将法定条件定义为生效要件的下位概念的不精确性，Oertmann 认为法定条件是可补足的生效要件。[7]但在 Egert 看来，二者存在区别。法定条件是与法律行为构成要件相关的，将来不确定的情势（Umstand），法律行为成立之时尚欠缺的、可补足的生效要件因此种情势而事后得以成就。[8]

（四）小结：一种现象的法技术化努力

法定条件概念的演进反映了法学家对特定生活现象的法技术化努力。与意定条件自始就是相对完善的法技术概念相比，法定条件更多的是对某种现象的描述。从法定条件与意定条件的区分史来看，不论是罗马法也好，还是《德国民法典》的制定过程也好，法定条件并非完全作为意定条件的对立面存在，在法律适用中，也没有完全否定法定条件中类推适用意定条件规则的可能性。罗马法提出了法定条件与意定条件的区分，其着眼点是法律行为的待定状态同样可能源自法律规定，而非当事人之间的意思安排。罗马法的文本对之后的潘德克吞法学产生了重要影响，潘德克吞法学家试图构建统一的由于《德国民法典》制定之时，作为知识储备的历史法学与潘德克吞法学的主流观点均未进一步探讨法定条件中适用意定条件规则的问题，更多的是强调对法定条件的约定无损于法律行为的待定状态。而作为《德国民法典》总则部分起草者的 Gebhard 在其草案中完全遵循了当时潘德克吞法学的研究成果，对于法定条件的规定也着眼于当事人对法定条件约定的效力。在立法过程中，《德国民法典》第二审议会删除了该条文。可以明确的是，立法者并非没有意识到法定条件可能存在能否类推适用意定条件的问题，但是，立法者最终保留了态度，留待学说的进一步探讨。

[1] Vgl. Paul Oertmann, Die Rechtsbedingung, Deichert, 1924, S. 28.
[2] Vgl. Paul Oertmann, Die Rechtsbedingung, Deichert, 1924, S. 87.
[3] 当然，Oertmann 认为并非所有可撤回的行为均没有拘束力。例如，Oertmann 认为要约生效以到达为法定条件，但要约人可以撤回邀约。Vgl. Paul Oertmann, Die Rechtsbedingung, S. 87f. 但是，本文以为 Oertmann 这段论述存在疑问，一方面，要约在到达之前具有何种拘束力语焉不详，此种情况完全不同于未成年人为效力待定的法律行为中，行为相对人的撤销权。另一方面，要约自到达生效，意味着要约在法定条件成就之时生效，这点与 Oertmann 主张的法定条件成就具有溯及力相矛盾。
[4] Vgl. Paul Oertmann, Die Rechtsbedingung, Deichert, 1924, S. 87.
[5] Paul Oertmann, Die Rechtsbedingung, Deichert, 1924, S. 113f.
[6] Vgl. Hans Egert, Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts, Schweitzer, 1974, Vorbemerkungen.
[7] Vgl. Hans Egert, Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts, Schweitzer, 1974, S.36.
[8] Vgl. Hans Egert, Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts, Schweitzer, 1974, S.41.

而在《德国民法典》制定以后，此种法技术化的努力并未停止。Oertmann 区分了三层次的法律行为的成立和生效要件，试图限缩法定条件的范围，以使得法定条件成为真正法技术上的概念。此种限缩的努力也反应在 Egert 的研究中，在其定义下，法定条件不仅与生效要件不同，而且更加窄于生效要件，进一步强调了法定条件的技术特点。

三、法定条件概念反思与规范整理

（一）概念反思

在法史研究的基础上，对目前我国通说中法定条件的定义进行一定的反思。通说认为，法定条件是法律规定的法律行为的生效要件或其效力所必须（包括必须的追认）。[①]按照此种定义，法定条件实际等同于法律行为的生效要件。但是，该定义存在两点疑问，其一，该定义揭示了意定条件与法定条件相区分的一面，未能揭示法定条件被称为条件的一面，换言之，未能反应法定条件的本质属性。其二，通说对于法定条件概念的技术性欠缺认识，甚至存在一定的矛盾。例如，朱庆育教授一方面扩大了法定条件概念，另一方面，又试图通过期待权作为法定条件与意定条件的共同上位概念。这两种做法难以协调，扩大法定条件的外延，导致了法定条件实难与意定条件并列，那么，毫无可能将二者同置于所谓期待权之下。其三，袁治杰教授在定义法定条件时，同时援引了 Oertmann 与 Bork 的观点作为论据。但是，从上文对 Oertmann 观点的分析来看，Oertmann 与 Bork 对法定条件的态度迥异。Oertmann 对法定条件定义的方向是将其法技术化，相反，Bork 则似乎彻底放弃了法定条件作为法技术意义的概念。其认为对于法定条件规定的情形，均已经规定了特别规定，没有适用或类推适用意定条件规则的空间。[②]

尽管通说存在上述疑问，但是袁治杰教授正确的指出，理解条件必须重新考察法律行为的成立要件与生效要件。二者的区分是法定条件概念研究的前提，Oertmann 与 Egert 对法定条件法技术化的不同努力也是建立在不同的成立要件与生效要件的划分基础上。[③]尽管有观点认为对于个别的要件而言，判断其为成立要件还是生效要件并无意义。[④]

但是与之相反，学说主流观点仍然区分成立要件与生效要件。[⑤]袁治杰教授引用 Leenen 教授的研究指出，通说在生效要件中对于“效果（Wirkung）”与“效力（Wirksamkeit）”区分的不足，没有产生当事人所期望的效果的法律行为未必是无效的，因此，Leenen 教授认为附条件的法律行为延期的不生效（abschiebende Unwirksamkeit）的说法是不正确的。[⑥]效力是法律对法律行为效果的认可，只要法律对效果予以了认可，行为也就有效了。在这个意义上，Leenen 指出，死亡不是遗嘱的生效要件，而是效果发生的要件，遗嘱在法律认可之时已经发生了效力。[⑦]

Leenen 教授的此种区分对于法定条件概念的进一步技术化同样有其价值。从法定条件的概念史可知，正确理解法定条件的概念内涵关键点有二，其一，附法定条件的法律行为效力同样处于待定状态。[⑧]其二，此种待定状态下的法律行为已然有效，此种效力至少应当产

① 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 123 页；袁治杰：《法律行为的条件理论》，《私法研究》2010 年第 1 期。

② Staudinger/Bork, Vorbemerkungen zu §§ 158–163, Rn. 22.

③ 尽管有观点认为，不论是 Egert 还是 Oertmann 最终均没能贯彻成立要件与生效要件的区分。Vgl. Florian Eichel, Künftige Forderungen, Mohr Siebeck, 2014, S. 38.

④ 参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 254 页。

⑤ 至少在教材的编写体例上，成立与生效的区分依然明显。例如，R. Bork, 梅迪库斯等教科书均区分了合同的成立与法律行为的生效。

⑥ Vgl. Leenen, Ist das so richtig? – Typen von Defiziten der Zivilrechtsdogmatik, JuS 2008, 577.

⑦ Vgl. Leenen, Ist das so richtig? – Typen von Defiziten der Zivilrechtsdogmatik, JuS 2008, 577.

⑧ 类似观点参见 Hans Egert, Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts, Schweitzer, 1974, S.41 f.

生对当事人的形式拘束力。基于此种判断，可以明确法定条件的概念内涵。

而在概念外延方面，法定条件与意定条件的区别在于条件的设定仅在于法律还是当事人的意思。法定条件与生效要件之间同样存在区别，Oertmann 与 Egert 均认为法定条件不能等同于生效要件，而在 Leenen 教授的体系下，法定条件实际可以定义为与生效要件的不同的产生效果的要件。这点区分在法定条件时，有一定的模糊性，但是，并非不可区分，最为典型的，例如未成年人未经父母同意订立的超越其年龄、智力的合同，行为能力的欠缺与合同的生效要件之间是有区别的，合同在合意达成的时间点上，已经有效，至少债务人在撤销前受到合同的拘束。

法定条件的概念也导致了其不同于意定条件的效力，最大的差别在于是否具有溯及力上，在法定条件中，条件成就具有溯及力。这是因为法定条件的设置与当事人意思无关，而在意定条件中，法律行为效力的推迟是可推知的当事人的意思。[①]

（二）规范整理

在明确了概念的内涵与外延之后，对我国现行民法规范中的法定条件做一定的整理。

1、 以同意为法定条件。《民法总则》第 145 条规定了限制行为能力人所为的超越其智力、年龄等限度的法律行为，需经法定代理人同意。第 168 条规定了代理权滥用的情况下，双方代理与自己代理的行为需经本人同意。第 171 条规定了无权代理需经本人同意。《合同法》第 47 条规定了限制行为能力人超越其能力范围订立的合同，需经法定代理人同意或追认。第 48 条规定了无权代理人订立的合同需经本人同意或追认。第 51 条规定了无权处分的合同需过权利人追认。[②]第 84 条规定了免责的债务承担需经债权人同意。第 88 条规定了合同权利义务的概括移转需经对方当事人同意。《继承法》第 6 条规定了限制行为能力人行使继承权或受遗赠权，需经法定代理人同意。

2、 以批准为法定条件。《合同法》第 44 条第 2 款规定了需经批准的合同。第 178 条规定了重大建设工程合同的订立需经批准。《物权法》第 126 条规定了特殊林地承包期的延长，需经国务院林业行政主管部门批准。第 128 条规定了农村承包用地用于非农建设需经批准。第 140 条规定了建设用地改变土地用途需经过批准。

3、 以交付或登记为法定条件。按照德国法的传统，难以认为作为物权变动公示手段的交付或公示并不是法定条件，因为根据上述定义，法律行为附法定条件，在法定条件成就之前，法律行为同样处于不确定的状态。但是，在物权变动中，在交付或登记之前，无法认为物权合意处于不确定状态。因为在不确定状态中，法律行为至少产生了形式拘束力，当事人不得任意变更其内容或者废止行为。但是，在物权行为中，传统观点认为物权合意本身不具拘束力，在交付或登记之前，当事人得任意废弃物权合意。[③]因此，如果交付或登记作为物权变动公示要件的情况下，物权行为实际并没有处于待定的状态，而是彻底没有拘束力。

此种结论在我国能否适用是存在疑问的，我国主流学说不采物权行为理论，物权变动是基于债权合同与公示要件的共通结果。[④]在这种模式下，债权合同中包含了物权变动的意思，换言之，买卖合同订立以后，整体处于有效的状态，物权合意的部分至少产生了形式上的拘束力。因此，作为物权变动的登记与交付，在我国是物权变动的法定条件。

4、 以法律关系的主体或客体为法定条件。《民法总则》第 16 条规定了对胎儿权利能力

① Vgl. Paul Oertmann, Die Rechtsbedingung, Deichert, 1924, S. 114.

② 当然，对于《合同法》第 51 条本身存在争议。

③ Vgl. Bauer/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., C.H.Beck, 2009, S. 46. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4.,Aufl., Springer, 1992, 605.

④ 参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2010 年第 5 版，第 83 页；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2011 年第 2 版，第 43 页。

的拟制。这就意味着，在欠缺法律关系主体的情况下，同样可以为一定的法律行为。由于《民法总则》第 16 条第 2 句提及“但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。”这就意味着胎儿情况下，以权利能力为法定的解除条件。

与主体的缺失相对，法律关系的客体也可能在法律行为有效时尚未具备，最为典型即是将来债权的处分。《物权法》第 223 条第 6 项规定了应收账款可以设质权。广义的应收账款包括尚未产生的债权。在此种情况下，债权发生成为了质权产生的法定条件。

四、意定条件规则在法定条件中的类推

上述对于法定条件概念的技术化改造，最终需要回归到法定条件的具体适用上。在法律行为附法定条件的情况下，对于法定条件并没有统一的规则，因此，法律适用的重点落在意定条件的规则能否类推适用于法定条件中。

《民法总则》第 159 条规定了条件的拟制，从比较法上看，我国《民法总则》对于条件的规定略显简单。与意定条件的规则，除了条件的拟制外，尚有条件未定期间的责任问题，《德国民法典》第 160 条、161 条、《日本民法典》第 128 条规定了条件未确定是否成就期间，不得侵害行为相对人的利益。关于条件拟制和待定期间责任的规则是否均可以类推适用于存在疑问。

（一）漏洞填补、法律构成与体系检验

类推作为法律漏洞填补的方法，运用的前提是存在法律漏洞。在法律行为附法定条件中，尽管法律已经对法定条件做了一定的规定，但是，不论是条件的拟制还是待定期间的责任，一般而言，法律均未作规定。例如，以最为典型的法定条件——无权代理为例，尽管《民法总则》第 171 条第 3 款规定了无权代理的损害赔偿责任，但是，这一规定的规范对象是无权代理行为本身，并非是待定期间，无权代理人对行为相对人造成损害的问题。

从立法史来看，虽然可以明确条件的规则中所指的条件仅仅是指条件，但这仅意味着，各国民总中条件的规则不能直接适用于法定条件。事实上，在立法之时，立法者已然意识到了对于法定条件中，是否同样存在意定条件规则适用可能性的问题，但是，对于该问题有意选择了沉默。此种沉默并非是所谓的法外空间或可构成“反面类推”的基础，事实上，不论是国外还是我国，均面临着诸如待审批合同的法律适用等问题，在这个意义上，此种立法的不完满是违反计划的。

对于此种漏洞的填补，类推无疑是可供选择的方法论上的路径。类推的根本思想是同类事物相同评价，源自平等原则。[①]由此需要考虑的是，法定条件与意定条件是否具有可比较性，而此种可比较性的关键是价值判断上的一致性，是一个评价性的思考过程。[②]据此，也有学者指出，类推是所谓的“水平推论”，基点情形与待决情形处于同一层级。[③]但是，法律的解释活动即是找法活动（Rechtsgewinnung），是寻找法律推论中大前提的活动。[④]类推作为法律补充方法的一种，其正当性同样源自于大前提的正确性，邦德教授提出，类推能否成立，取决于基础的一般化是否足以令人信服。[⑤]

① Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Duncker&Humboldt, 2. AUFL., 1983, S. 26.
② 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2005 年版，第 258 页。
③ 这是齐恩的观点，转引自[德]埃尔马·邦德：《类推：德国当代法中的证立方式》，吴香香译，《求是学刊》2010 年第 3 期。卡纳里斯也持类似观点，其认为类推是个别到个别，Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Duncker&Humboldt, 2. AUFL., 1983, S. 98.
④ 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 351 页。
⑤ 参见[德]埃尔马·邦德：《类推：德国当代法中的证立方式》，吴香香译，《求是学刊》2010 年第 3 期。

如何取得基础的一般化，也即如何取得法律三段论中的大前提，一方面可以借助规范目的，[①]另一方面，也可以回到一般法律思想。[②]此种回归到一般法律思想的整体类推，又与法律构成理论和体系构建有千丝万缕的联系。在回归到一般法律思想后，有进一步进行法律构造的可能性。

这一点同样反映在意定条件规则的整体类推上。对意定条件的规则进行整理类推的时候，可能的两种法律构成有两种，其一，所谓的期待权的构成；其二，特殊结合的构成（Sonderverbingdung）。期待权的构成认为，从意定条件规定的前效果，可以认为此种待定状态下已经存在一定的权利，是为期待权。[③]特殊结合的构成则并未抽象新的权利，而是回归到待定状态的债之关系，认为待定状态下的法律关系产生了条件的诸多权利义务。[④]在两种不同的理论构成之下，对于条件拟制和待定期间责任能否类推存在一定的差异。

在形成两种可能的理论构成后，需要进一步考虑的则是理论构成的优劣。检验理论构成的优劣往往需要将其置于民法的体系中。一方面，理论构成需要考虑其教义学的归属，需要进入到概念组成的外部体系中；另一方面，理论构成本身的价值取向是否妥当又需要与民法的内部体系相协调。

（二）条件拟制的类推适用

附意定条件并不意味着当事人有积极促成条件成就或不成就的义务，但是，也不得操控条件的成就与否，而条件拟制正是对此种法定忠实义务的规定。[⑤]此种拟制是结果的拟制，如果存在相应的违反诚信的行为，那么拟制与事实相反的结果存在。[⑥]也即是说，法律直接赋予了和条件成就相反的情况相反的效力。此种拟制是立法者所做出的选择，我国《民法总则》第 159 条规定了此种拟制，其用语几乎原封不动沿袭自《合同法》第 54 条第 2 款，仅将适用范围从合同法领域扩展至一般法律行为。

条件拟制规则能否类推适用于法定条件存在争议，肯定类推的观点与否定类推的观点不论是从比较法角度还是从国内教义学角度来看，均有一定的支持者。[⑦]崔建远教授更是提出了“片面类推”的观点，认为在合同生效层面不得类推条件拟制，但在责任追究方面得类推条件成就，以此试图获得更合理的结论。[⑧]对于能否类推这一问题的解答，应当首先考虑的是条件拟制构成要件中评价要素。

法律中的拟制条款本质上是一种类推，黄茂荣教授更直言条件的拟制不过是表见拟制，是说理的幌子。[⑨]言下之意，立法者在规定条件拟制条款时，囿于理论发展的不成熟，无法充分说明为何条件不成就的状态下，仍然得发生条件成就的效果，只能转向拟制。因此，条

① 例如，《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 394 页。
② 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2005 年版，第 258 页。当然，卡纳里斯认为此种情况不能被称为类推，而是归纳。在本质上，类推是两种要件的比较，规范目的是为此种比较服务的，而归纳则是以获得一般性法律思想为目的的，此种区别也导致了二者适用范围的区别，类推限于第二个要件完全确定了的地位完全相同的情况，归纳则可适用于较广的情况。Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Duncker&Humboldt, 2. AUFL., 1983, S. 99.
③ Vgl. 本文无力对期待权的理论构成做过多探讨，仅讨论在期待权理论建构下，法定条件的法律适用问题。
④ Vgl. Florian Eichel, Künftige Forderungen, Mohr Siebeck, 2014, S. 38.
⑤ Vgl. Staudinger/Bork, § 162, Neubearbeitung 2010, Rn. 2.
⑥ Vgl. M
⑦ 例如，日本学说原则上否定类推条件拟制，参见[日]四宫和夫、能见善久：《民法总则》，弘文堂 2010 年第 8 版，第 342 页。德国法对此做了区分，但通说倾向于否定拟制，Vgl. MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2015, BGB § 162 Rn. 4. 我国学者多数持否定意见，如袁治杰：《法律行为的条件理论》，《私法研究》2010 年第 1 期；尚连杰：《拟制条件成就的法理构造》，《法律科学》待出版。
⑧ 参见崔建远：《论法律行为或其条款附条件》，《法商研究》2015 年第 4 期
⑨ 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 158 页。

件拟制的比较对象是条件已经成就的情形。我国《民法总则》第 158 条第 2 句规定了条件成就的一般情形，条件成就，法律行为生效。对此作反面解释，则条件不成就，法律行为不生效。条件拟制的情况下，尽管条件未成就，但是由于不正当行为的存在，导致了与条件成就相同的法效果。对比三者，可知在条件的拟制的构成要件中最为核心的要素是行为的不正当性。[①]在人大法工委对《合同法》第 54 条的说明指出，“由于附条件的合同的生效或者终止的效力取决于所附条件的成就或者不成就，并且所附条件事先是不确定的，因此，任何一方均不得以违反诚实信用原则的方法恶意地促成条件的成就或者阻止条件的成就。”[②] 学说同样倾向于认为此种不当是诚信原则的具体化，是任何人不得从不当行为中获利思想的体现。[③]

此种思想是否同样适用于法定条件中，需要考虑作为法定条件和意定条件上位模式的期待权的理论构成和特别结合的理论构成。期待权理论中前效果（Vorwirkung）是其理论的基础，构建了债权性期待权理论基础的 Forkel 指出，在债权性期待权重，前效果原则上由两个大方面，一为取得地位的保证，二为价值地位的独立处分性。[④]其中，条件拟制在取得地位的保障中起到了作用，例如申卫星教授认为条件拟制是对期待权人地位的保护。[⑤]这就意味着在期待权的理论构建中，条件拟制及其背后的价值判断是其重要的理论基础。如果以期待权理论的构建为基础，那么，意定条件拟制背后的价值判断同样应当适用于法定条件的情形，换言之，条件拟制的规定原则上应当类推适用于法定条件，除非法定条件的情况不能构成期待权。

在特别结合理论构建中，考虑的则是已经产生的结合在一定程度上有拘束力，尽管法定条件的不同类型具有均具有基本的形式拘束力，但是，其内容仍有差别。条件拟制背后的价值判断能否适用于所有的法定条件，需要进行类型化的考量。根据上文对法定条件规范的整理，可以区分至少两类的法定条件。

其一，待定状态涉及第三人的利益，例如，无权代理、无权处分中，法律关系并不发生于行为人之间，而是涉及第三人利益。此种第三人利益可以是私人利益，如无权代理中本人的利益，也可以是公益，例如大部分需批准的合同。在此种债之关系涉及第三人利益的情况下，无法类推适用条件拟制的规定。

其二，待定状态不涉及第三人利益，例如，未成年人需法定代理人同意的行为，需备案的行为等。在此种状态下，利益状况与意定条件类似，其中也包括少数需批准备案的行为。也就说将批准行为类型化为两类，一类是申请后需经过实质审查的行为，一类是无需实质审查，申请即通过的行为。前者无法类推条件拟制，[⑥]而后者并不涉及第三人利益故得类推。

需要进一步考虑的是，法定条件与意定条件不同，法定条件并非出于当事人自愿，因此无法得出必然负有不得操控条件义务的结论。也就是说，在法定条件中，类推意定条件拟制的规则需要行为人的不正当行为具有更强的可归责性。基于作为基础的类似合同关系，应当可以得出诚信义务。[⑦]只有在此种情况下，得类推条件拟制。

在上述两种理论构建之外，崔建远教授提出了“片面类推”，在违约救济方面类推条件成就，在实际履行方面不得类推。对此，需进行一定的反思。崔建远教授的观点是行类推之名，解决的却不是条件成就的问题，而是损害赔偿的问题。在评价的必要之点上，虽然崔建

① 相同见解参见袁治杰：《法律行为的条件理论》，《私法研究》2010 年第 1 期。
② 参见胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 2012 年版，第 88 页、第 89 条。
③ 参见[日]注释民法（4）/金山正信，§ 130，第 368 页；尚连杰：《拟制条件成就的法理构造》，《法律科学》待出版。
④ Vgl. Forkel, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Duncker&Humboldt, 1962, S.
⑤ 参见申卫星：《期待权理论研究》，中国政法大学博士论文 2001，第 16 页、第 17 页。相反意见参见
⑥ 参见[日]金山正信：《法定条件としての知事の「許可」：農地売買の問題として》，《同志社法學》第 39 期。
⑦ BGH, Urteil vom 25. September 1996 – VIII ZR 172/95 –, juris.

远教授同样提出以“恶意阻止条件成就”，也即不当行为为评价点，[①]但是赋予的效果，却弱于意定条件拟制。此种类推实际上违反了同等原则，需要更加慎重。另外，损害赔偿的问题是否必须通过条件拟制的类推解决也存在疑问。在恶意阻碍条件不成就的情况下，通过以悖俗方式加害他人的侵权行为，对受害人加以救济或已足够。

（三）待定期间责任的类推适用

除了条件拟制之外，待定期间的责任也是意定条件规则的重要组成部分。从比较法上看，其有两部分内容组成，一为损害赔偿责任，二为待定期间处分的限制。

首先需要考虑的是，是否有类推的必要。这一问题一方面涉及待定期间责任的规范目的，另一方面涉及法定条件溯及力的替代效果。事实上，待定期间责任规则的设置与意定条件溯及力密切相关。从规范目的来看，待定期间责任是为了避免因条件而受益的人请求权落空的风险。[②]此种风险之所以会产生是因为意定条件即使是在成就后，也不具溯及力。在这情况下，即使附条件的义务人，特别是附条件的处分人，为其他处分，也没法追究其责任。因此，需要设置待定期间责任。[③]

在这个意义上，如果考虑是不是有必要在法定条件中类推适用待定期间责任的规定。Oertmann 认为，由于法定条件具有溯及力，因此，一定程度上替代了待定期间的责任。[④]当然，此种解释在德国法上有其合理性，因为德国法区分了债权行为与物权行为，待定期间的处分禁止针对的是物权行为附条件。[⑤]在这个意义上，即使类推待定期间处分禁止，效果和溯及力并无本质区别。但是，此种观点能否为我国法通说所继受存在疑问，我国法通说拒绝承认物权行为。在物权行为附条件的情况下，例如所有权保留的情况下，通说倾向于认为所有权保留不过是合同的一个条款，[⑥]所有权保留是买卖合同附停止条件。[⑦]在此种否定处分行为的理论背景下，如果断然均采用溯及力的方式解决，可能出现以合同的时间优先顺序作为物权变动的优先顺序，进而破坏债物二分的基本结构。

因此，在我国现行法下，考虑能否类推适用有其意义，此时同样需要借助期待权的理论构成与特别结合的理论构成。在期待权的理论构建中，待决期间责任，尤其是待定期间中处分限制是其发展的基础。[⑧]有观点认为，此种待定期间责任是期待权的一种。[⑨]在这个意义上，待定期间责任也在一定程度上转化为了对期待权的保护问题。这就意味着，关于待定期间责任的规定，原则上可以类推适用于法定条件的情况。

相反，在特别结合的理论构建中，仍然以个别的债之关系为着眼点。在待定期间的损害赔偿方面，义务附条件的人即使在条件尚未成就时，已经负有一定的作为义务，此种义务的来源是债之关系中的保护义务。[⑩]因此，即使法律规定了待定期间的损害赔偿责任，也仅具明确的作用。[11]在由于在法定条件下，同样存在特别结合的关系，因此，理所当然可以类推。尽管由于溯及力的存在，此种类推的必要性大为受限，但仍有一定的意义。例如，我国《继承法》第 28 条规定了胎儿的特留份，其用语表述为“保留胎儿的继承份额”，对于其他继承

① 参见崔建远：《论法律行为或其条款附条件》，《法商研究》2015 年第 4 期。
② Vgl. MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2015, BGB § 160 Rn. 1.
③ Vgl. Staudinger/Bork, § 162, Neubearbeitung 2010, Rn. 2.
④ 类似意见参见 Paul Oertmann, Die Rechtsbedingung, Deichert, 1924, S.184.
⑤ Vgl. MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2015, BGB § 160 Rn. 1.
⑥ 参见王利明：《所有权保留制度若干问题探讨》，《法学评论》2014 年第 1 期。
⑦ 参见余能斌、侯向磊：《保留所有权买卖比较研究》，《法学研究》2000 年第 5 期。
⑧
⑨ [日]注释民法（4）/金山正信，§ 130，第 334 页。
⑩ Vgl. BeckOK BGB/Rövekamp, 42. Ed. 1.2.2017, BGB § 160 Rn. 1.
11 Vgl. MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2015, BGB § 160 Rn. 3.

人而言，继承附停止条件。在此种情况下，如果遗产管理人处分该特留份，而在胎儿出生发现为死胎的情况下，其他继承人得请求损害赔偿。

在待定期间的处分禁止方面，如果严格贯彻法定条件具有溯及力的观点，在我国不区分债权行为与物权行为的理论背景下，可能会出现破坏债权平等原则的效果。因此，在涉及物权变动效果附法定条件的情况下，类推适用待定期间处分禁止的规则更为适宜。

（四）两种构成的比较与案例的回归

从上文可知，在法定条件的两种理论构建下，对于类推适用问题有着不同的答案，进一步需要考虑的是，何种理论更为妥当。法学理论构建是否妥当，需要考虑的是一致性和检验可能性，这两点是任何一种理论构建所必须要具备的。[①] 然而，是否在具备了上述两点以后，就可以接受一种理论的构建同样是存在疑问的。

克茨指出教义学理论构建同样有好坏之分，好的教义学构建改善法律的功效，概念的构建应当对于问题的解决有实际的增益，相反，坏的教义学构建则徒耗脑力。[②]判断的标准一方面固然可以从比较法的角度展开，了解本国教义学的边界，[③]另一方面，从教义学内部来看，需要考虑的是理论构建的概念容量（Leistungsfähigkeit）。[④]概念容量的问题与逻辑学上的奥卡姆剃刀类似，理论构造一方面应当是增加了新的内容，而不是原有内容的同语反复，否则此种构建没有意义；另一方面应当与其他的理论有足够的区分，有独立适用的空间。在这个意义上，考察期待权的理论作为意定条件与法定条件的上位理论构成是否适当。

在期待权理论构建中，处分禁止处于最为重要的地位，但是即使是处分禁止也无法支持期待权理论的构建。一方面，处分禁止仅限于处分行为附条件，不适用于负担行为附条件。这就意味着以期待权理论为基础，无法涵盖，附条件的债权的处分。[⑤]另一方面，在法定条件中，如果以期待权理论为基础，则可广泛类推适用法定条件的情形。但是，在法定条件中，具体的适用更适合具体判断，正如上文所述，在存在溯及力的情况中，类推适用意定条件中处分禁止规则的空间大为减少。正是由于法定条件的溯及力，待定期间中损害赔偿的规则也无必要适用到法定条件中。这两点对于主张原则类推的期待权理论而言，除了回归到具体的法定条件的具体债之关系外，并未提供更好的解决方案。

在这个意义上，可以说期待权理论至少在附条件的法律行为问题上，欠缺足够的概念容量。特殊结合的理论构建无疑更符合法定条件中对意定条件规则的适用情况，尽管法定条件具有若干共性，但是在考虑类推适用意定条件时，仍有一定的区别，必须进行类型化处理。

在明确了这一点的基础上，回归我国法的案例。最高人民法院在“崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案”虽然区分了法定条件与意定条件，其意义在于明确了当事人对法定条件的约定不具意义。但是，该判例的射程也仅限于此，不能据此认为，我国法院否定了意定条件规则在法定条件中的适用。

从我国的司法实践看，我国法院并不排斥在法定条件中类推条件拟制的规则。在“北京市易合房地产经纪有限责任公司与赵景文等居间合同纠纷案”中，买卖双方订立房屋买卖合同后，买方赵景文发现自己因已经有两套房，处于限购状态，遂拒绝履行买卖合同，也不愿支付对中介的佣金。法院审理后认为，买方负有促使条件成就的义务，本案中，“赵景文具

① Vgl. Canaris, Funktion, Struktur, und Falsifikation juritischer Theorie, JZ 1993, 385.
② 参见[德]海因·克茨：《比较法学与法教义学》，夏昊晗译，《北航法律评论》2015 年第 1 辑。
③ 参见[德]海因·克茨：《比较法学与法教义学》，夏昊晗译，《北航法律评论》2015 年第 1 辑。
④ 当然，卡纳里斯认为，概念容量的问题优先于一致性和可检验性。Vgl. Canaris, Funktion, Struktur, und Falsifikation juritischer Theorie, JZ 1993, 385.
⑤ Vgl. Florian Eichel, Künftige Forderungen, Mohr Siebeck, 2014, S. 40.

备使合同成就的条件，但其不恰当阻止条件成就，本院视为赵景文购房条件成就。”[①]在这一案例中，法院承认了类推，学说也对此表示肯定。[②]需要说明的是，本案法院需要解决的问题是居间合同的报酬请求权问题，根据法院的思路，本案涉及两个法律行为附法定条件，其一，买卖合同以买房人具有购房资格为法定条件；其二，居间合同的报酬请求权以买卖合同生效为法定条件。[③]从特别结合的关系来看，前者涉及公益，无法类推拟制，相反，后者可以类推拟制的规定。但是，从居间合同中，是否可以推出委托人负有促成合同成立的义务却是存在疑问的。这一点必须回归到居间合同的规范目的上，居间合同中

结束语

我国《民法总则》第 158 条、第 159 条规定了条件，一般认为此种条件仅指真正的意定条件，不包括需审批或需同意等法定条件。存在疑问的是，意定条件的规则能否类推适用于法定条件。尽管民法学说中存在法定条件的概念，但是，这一概念本身并不精确，所描述的内容的过于繁杂，不具法技术意义。从意定条件和法定条件的区分史来看，法定条件并非完全站在意定条件的对立面，而学说努力的方向是尽可能将这一概念技术化。理解法定条件的关键在于待定状态和法定性两点，前者体现了条件的一面，而后者体现了法定的一面。

在考虑《民法总则》的规则能否类推适用于法定条件的情形时，为了探求上位规则，存在两种理论构建，其一，基于意定条件的前效果展开的期待权理论；其二，基于债之关系的效力展开的特殊结合理论。前者原则上肯定了法定条件中类推意定条件的规则，后者则需根据不同的债之关系予以类型化。从概念的构造来看，期待权理论实际对条件规则并无任何价值，是无必要的理论构建，更可取的应当是特殊结合的理论构造，回归到产生前效果的类似合同的特殊关系上。

一方面，《民法总则》第 159 条规定的条件拟制能否类推适用于法定条件，取决于特殊关系是否产生了使得一方促成条件成就的义务。另一方面，《民法总则》未规定的待定期间的责任问题，由于法定条件具有溯及力，类推适用的意义不大。

① 参见(2014)昌民初字第 03157。
② 参见尚连杰：《拟制条件成就的法理构造》，《法律科学》待出版。
③ 对此，本文以为是存在疑问的。当然，法院可能对《合同法》426 条做了限缩解释，认为所谓“促成合同成立”，必须是合同成立并生效。

无因管理的理论构造与中国的制度选择

李中原
苏州大学王健法学院

说明：由于文章尚未发表，所以提交会议的论文删除了所有注释，也请勿引用或转载。

内容提要：无因管理的构成要素包括无义务、真正性、正当性和必要性。必要的无因管理的相反诉权是合同、侵权和不当得利之外独立的债权类型，在数额上可以综合运用得利限制和公平裁减予以调控。直接诉权的主要内容属于侵权和不当得利范畴，但紧急救助人的免责规则和必要管理人责任的衡平减免规则并非侵权法的一般规则所能涵盖。传统民法将相反诉权与直接诉权统一于无因管理制度之下的“双向诉权”方案并非必要。有益的、不正当的以及不真正的无因管理也属于不当得利法和侵权法涵盖之范围。大陆法系对无因管理采集中规制模式，而英美法系则将其化解到诸多领域予以分散规制。实现无因管理的社会功能可以有不同的制度选择。中国采取的是一种折中式的分散规制模式。为此，我们的民法教义学有必要确立一套更具针对性的法解释方案。

关键词：无因管理　相反诉权　直接诉权　分散规制

无因管理作为大陆法系的一项独特制度，在历史和现实中始终充满争议。我国民法继受大陆法系的传统，在 1986 年颁布的《民法通则》中确立了无因管理制度，2017 年 3 月 15 日颁布的《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）基本沿袭了《民法通则》的体制，但较之于法、德等国及我国台湾地区的民法规定，我国的无因管理制度明显呈现出三方面的特点：其一，将管理行为限于“为避免他人利益受损失而进行管理”（《民法总则》第 121 条沿袭《民法通则》第 93 条），即理论上的“必要的无因管理”范畴；其二，只规定管理人对本人的报偿诉权，即理论上的“相反诉权”，而对于本人对管理人的“直接诉权”则基本上不予规定；其三，在无因管理之外，又专门规定了“救助行为”的补偿制度（《侵权责任法》第 23 条、《民法总则》第 183 条均沿袭《民法通则》第 109 条），从而形成了一种独特的“双轨”体制。对此，我国民法学界始终存在着不同的看法。就近年来国内出版的两部较为权威的“民法典学者建议稿”来看，我国主流理论在坚持“必要的无因管理”体制的基础上，都主张全面采纳直接诉权和相反诉权，但在是否需要专门的“救助行为”制度的问题上则存在着明显的分歧。

放眼国际，随着比较法研究的不断深入，我们发现，传统上认为英美法系不承认无因管理的看法已经被一种更为全面的评价所替代：普通法不存在无因管理这一独立的制度，但实际上却存在大量分散的规则完全可以达到大陆法系的效果。这使我们确信，无因管理所要实现的社会功能是具有相当合理性的，但同时，上述评价也提醒我们，实现这些社会功能可以有不同的制度选择。究竟哪种选择更合理，中国的现代立法采用的是何种模式，尚须我们进一步研究。

要对上述问题作出正确的回应，我们必须暂时跳出本国法的局限，从分析无因管理的普遍性理论入手。为此，下文将首先拟定出大陆法系有关无因管理的一般构成要素和类型范式，在此范围内将对无因管理的构成和法效果（相反诉权和直接诉权）展开深入的比较分析，以澄清无因管理项下各主要制度的规范功能和理论属性，进而对两大法系的规制模式以及我国在此领域的制度选择进行总结和反思，并试图为中国方案提供法教义学上的支撑。

一、无因管理的构成与类型

（一）构成要素的渊源与演变

传统民法借助于一系列具体的构成要素来确定无因管理的适用范围。但无因管理的构成要素包括哪些？各要素的内涵和功用如何？对于这些问题，在大陆法系内部，尤其是拉丁法系（以法国和意大利为代表）与德国法系之间存在着较大的差异。为了确定一套较为普遍的构成要素体系，我们的分析只能从大陆法系各国理论的共同源头——罗马法——开始。根据对罗马法文献的归纳，罗马法上无因管理的构成须具备如下要素：

其一，本人不在（*absentia domini*）。理论上通常认为关键不是本人不在现场，而是本人无法照料自己的事务。

其二，无委托（*sine mandato*）。罗马法上的原意限于没有事务之本人的委托。但在罗马法上，对于事后追认应当适用委托还是无因管理存在较大的争议。

其三，为他人利益的意思（或管理他人事务的意思或管理意思，*animus aliena negotia gerendi*）。对本人身份认识错误不影响无因管理的成立，如果管理人认为他是替 A 管理事务，而事实上这一事务属于 B，则管理人仍可对 B 提起费用诉讼。但此外的自己管理、误信管理则不得主张无因管理人的费用诉权，类似的，财产的共有人修复共同财产也不符合上述要求，他不能以无因管理人的身份对其他共有人提起费用分担诉讼。

其四，本人未禁止（*non prohibente dominus*）。违背本人明确禁止的介入行为，除个别观点认为在本人得利的场合可以适用“扩用诉权”来补偿管理人的费用外，罗马法学家的主流观点认为管理人不得主张费用返还诉权（效果类似慷慨），但有两种情况例外：其一是安葬死者违背继承人的意愿，其二是房屋承租人修复房前道路（以维护车辆通行）违背房东的意愿。此外，本人明示的禁止必须是在管理行为实施前通知到管理人方为有效，如果是在管理行为实施后方才作出禁止，则不得阻止管理人主张费用返还诉权。

其五，初始有用性（*utliter coeptum*）。此点用以评价管理是否有用，即是否有利于本人，判断须以管理人行为时为基点：倘若管理人在行为时已尽到合理的注意义务，即使最终未能给本人带来利益，仍不能剥夺管理人要求返还费用的权利。此外，在缺乏本人明示的场合，判断管理对于本人是否有利还必须考虑本人的感受，比如本人认为某物品不值得修复而将其抛弃，管理人对该物品的修复则不能要求返还由此而产生的费用。但在极个别的片段中，尽管介入行为违背本人意思，也被纳入无因管理范畴，比如兄长瞒着妹妹擅自与其丈夫缔结返还嫁资的口约构成对妹妹事务的无因管理，妹妹可依据“无因管理之诉”要求兄长解除其丈夫的债务。可是，从效果上看，此“无因管理之诉”并非下文所谓的“直接诉权”或“相反诉权”，而实则是对后两者的否认——法律效果更接近于本人明确禁止的介入行为。由此可见，行为时违背本人可推知意思的介入行为（解释上通常归于缺乏“初始有用性”），在罗马法上虽名为无因管理，实则与典型的无因管理存在明显的区别。

其六，非基于赠与意图（*donandi animo*）或家庭亲情（*pietate cogente*）。一定范围的亲属之间基于自然情感（而非基于法律上的义务）而实施的相互照管被推定为基于赠与意图，不得主张报偿。

法国和意大利法学仅仅对罗马法上的要素进行了简单的增减。两国的民法教义学都将无因管理的构成要素概括为以下五点：管理人无义务、管理人有为他人利益的意思、本人不反对、（初始）有用性以及管理人具有行为能力。较之于罗马法传统，其特点在于：其一，“本人不在”或“无法照料自己的事务”不再是无因管理的必要条件。其二，通行的教义并未将“无赠与意图”列为无因管理的一项独立的构成要素，而仅仅是在“管理意思”中对其进行探讨。理论上存在两种不同的意见，一种认为“赠与意图”仅仅是“管理意思”的一种特殊的行善助人的形式，与无因管理可以相容，只是导致管理人丧失对本人的全部请求权，此之谓“效力要素”说；另一种则认为“赠与意图”的存在意味着管理人不具备“管理他人事务的意思”，从而导致不构成无因管理，此之谓“构成要素”说。但两国的现有判例表明，任

何形式的亲属或情谊关系的存在并不足以推定“赠与意图”的存在。其三，无委托被进一步阐释为无义务（或非履行债务），该义务也不限于合同义务，还包括法定的义务。其四，“管理人无义务”和“管理人有为他人利益的意思”在学理上被统称为管理行为的“自愿性”（spontanée, spontaneo）。其五，强调管理人须具有行为能力，但法国和意大利在具体适用上不一致。法国的主流学说认为，管理人以自己名义为本人从事法律行为，必须具备行为能力，否则该法律行为可撤销，且不构成无因管理；但管理人从事事实行为或者以本人名义从事法律行为，无须具备行为能力，为此管理人也不享有任何特殊保护。显然后者势必导致未成年管理人须承担下文所谓的继续管理义务以及类似于受托人的较重义务——这是不合理的。意大利的学说则主张欠缺行为能力人的管理后果应当区分对待：对管理人有利的后果（费用请求权）仍旧有效；对管理人不利的后果（如继续管理义务）无效，但欠缺行为能力人对其管理所导致的损害应按照侵权赔偿处理；欠缺行为能力的管理人缔结的债务无效，本人按照不当得利承担。

德国法学则在罗马法体制的基础上提升并建构出了一个更为系统的理论构造。德国法学将无因管理的构成要素概括为三点：无委托、真正性、正当性。较之于罗马、法国和意大利，德国的特点在于：其一，在某些问题上更接近于罗马法传统。这主要体现在三个方面，首先，德国民法在形式上更强调无因管理的“无委托”特征，这尤其体现在对无因管理的命名上——“无委托的事务管理”（Geschäftsführung ohne Auftrag）；当然，《德国民法典》第 677 条将“无委托”的前提扩展为“未受本人的委托，或者也不对本人以其他方式享有权利”，德国现代民法理论也承认“无委托”管理的名称过于狭隘。其次，《德国民法典》第 685 条规定，父母或者祖父母与其晚辈直系血亲之间的扶养行为，在发生疑问时视为赠与；但需要指出的是，德国法采用的是“效力要素”说，即管理人基于赠与意图并不妨碍无因管理的成立，只是导致管理人丧失对本人的相反诉权。再次，并未将管理人的行为能力作为无因管理的必要条件。其二，更为抽象、系统和全面。德国法学对罗马法上的经验表述进行了抽象概括，进而对无因管理在罗马法上的各种形态进行了全面的类型化整合。这也体现在两个方面，首先是将“为他人利益的意思”抽象为管理行为的“真正性”（echte），藉此区分“真正的无因管理”和“不真正的无因管理”。其次是将“本人不反对或不禁止”与“（初始）有用性”概括为管理行为的“正当性”（或适法性，berechtigte），即“不违反本人真实的或者可推知的意思且符合本人的利益”（《德国民法典》第 677 条），藉此将“真正的无因管理”进一步区分为“正当的无因管理”和“不正当的无因管理”。

此外，《奥地利民法典》第 1036-1037 条以“必要性”（即“为避免他人即将发生的损害”）为准区分“必要的无因管理（*negotiorum gestorum necessaria*）”与单纯为了增加他人收益的“有益的无因管理（*negotiorum gestorum utilis*）”，奥地利的法解释学说将后者的责任基础归结为不当得利而非无因管理——费用赔偿以本人所得利益为限。这一做法对近现代的理论和实践都产生了较大的影响。

（二）构成要素的规整与无因管理的类型化

综上，源自于罗马法的诸多构成要素在当代需要进行必要的取舍和规整。首先，“本人不在”或“无法照料自己的事务”这一要素已经被现代法学所排除。而管理人基于赠与意图仅仅导致无因管理之相反诉权的消灭，直接诉权并不受影响，因此“无赠与意图”不宜设定为无因管理的“构成要素”，作为“效力要素”更为妥当。再次，从法国和意大利的理论解释来看，管理人的行为能力不宜作为构成无因管理的限制因素。如果管理人从事的是事实行为，则无须具有行为能力，无因管理照样成立。如果管理人从事的是法律行为，比如为救助落难者而向第三人借钱（无论以谁的名义），只要本人认可，即使管理人欠缺行为能力，也可以按照委托处理；反之，如果本人不认可，无因管理的构成也与管理人是否具有行为能力无必然联系：即使管理行为因为管理人欠缺行为能力而最终归于无效，但只要该管理行为符

合本人的利益和意思，照样可以构成无因管理；管理人因无效管理行为而负担的债务（或责任）仍可要求本人偿付。可见，影响无因管理构成的并非管理人的行为能力，而是管理行为的“正当性”。此外，“自愿性”的表达主要出自拉丁法系（法国和意大利），其含义涉及到管理人“无义务”以及“为他人利益的意思”（“真正性”）两个不同的要素，容易引起混淆，所以不宜采用。最后，有关无因管理的前提性要素，根据比较法上的一致看法，单纯的“无委托”是不充分的——无法排除监护以及有法定依据的管理行为；相形之下，“没有法定的或约定的义务”或者“无本人委托，也无其他合法授权”的表述在理论上更具合理性，二者在理论上被认为基本相当，基于我国的立法和理论传统，本文采前一表述。

据此，当代民法上有关无因管理的构成要素可以概括为以下四点：无义务、真正性、正当性和必要性。而借助于后三个要素，理论上可以将无因管理可能涉及的最大范围——“广义的无因管理”——划分为如下层级类型：

- 真正的无因管理
  - 正当的无因管理
    - 必要的无因管理
    - 有益的无因管理
  - 不正当的无因管理
- 不真正的无因管理

据此，无因管理在实践中表现为四种形态，即必要的无因管理、有益的无因管理、不正当的无因管理以及不真正的无因管理，而无因管理制度的核心乃是必要的无因管理。

二、必要的无因管理的理论构造

（一）构成判断

1、无义务。无因管理的前提要素是管理人“没有法定的或约定的义务”，但在理论和实践中有两种边缘形态尚存争议。

其一是默示委托（授权）的事务管理。行为人的介入如果得到了本人的授权，则应当归入委托——约定的义务——范畴。问题在于，在本人没有明确授权却被动的接受了管理成果或服务的场合，当如何区分默示委托与无因管理呢？法、德在此领域传统上倾向于适用无因管理，而不采用默示委托的做法，法国至今仍然如此；但是，当代德国法实践则发生了一定的转向，比如在当事人超越合同范围提供额外服务的领域，德国法院倾向于通过推定出默示合同条款的方法来解释此类案件，无因管理尽管仍然被作为一种替补手段，但已很少被诉诸。就我国的现行体制而言，默示委托应当以本人自觉的作为形式（比如明确主张管理成果）为要件，本能的或被动的接受管理成果或服务不宜视为默示委托（授权），尤其是以下两种情况：一是本人单纯的呼救行为，该行为形式上近似于对救助人的授权，根据法律行为构成的现代学说，单纯的呼救只是人的本能反应，缺乏意思表示所必要的“拘束意思”（Rechtsbindungswille），因而不构成法律行为意义上的“授权”；二是本人在得知介入行为后并未作明确表示，参照我国《合同法》第 48 条第 2 款，应当视为未授权。

其二是负有义务的事务管理。德国法学在对无因管理的探讨中仍将某些负有义务的事务管理行为纳入其中，这主要包括两种类型：一是基于职权的国家行为，比如消防队救火，交通安全义务人排除交通危险，警察为被盗者追捕小偷；二是基于与本人以外的第三人的合同（利他合同）而实施的管理行为，比如管理人基于与第三人之间的约定而为本人修理物品。此外，鉴于欧洲大陆各国刑法上均设有“见危不救罪”的规定，这就在形式上使得救助行为也成为了履行法律上的义务的管理行为。

对于前两种类型，德国判例上虽一般推定为正当的无因管理，适用费用偿还请求权，但该做法在学说上则受到强烈批判。梅迪库斯认为，承认负有义务的管理为无因管理是不正确的：上述国家行为是否须受益人支付费用应由公法决定，单纯依据无因管理认为被盗者应支

付警察追捕小偷的费用显然是错误的，且国家行为并不服从于本人的意思，因此无因管理不适用于国家行为；而依据利他合同实施管理的费用则应通过合同的对待请求权向第三人主张。

对于第三种情况，虽然欧陆各国刑法上都有“见危不救罪”的规定，但从各国的民法实践来看，这并没有影响到救助行为适用无因管理规则（见下文）。究其原因，欧陆国家的民法理论一般认为刑法上的“见危不救罪”并不导致民法上强制性的救助义务。比如，德国的司法实践并不认可从《德国刑法典》第 323 c 条之“见危不救罪”可以直接导出民法上的救助义务；意大利的学说则认为，《意大利刑法典》第 593 条第 2 款规定行为人对于危难者可以在“提供救助”或“通知当局”之间择一为之，因此，提供救助并非法定的强制义务，其本身并不排斥无因管理的适用。

由于我国刑法没有确立见危不救罪，法律理论和实践也不承认公民负有危难救助义务，因此，救助行为当然可以适用无因管理；而对于基于公职或者合同义务进行的救助或管理行为，自然应当根据公法或者合同来决定管理人的报偿问题，对此适用无因管理制度有违该制度的规范目的。因此，所谓“负有义务的无因管理”在我国是不存在的，无因管理人必须“没有法定的或约定的义务”。

2、真正性。必要的无因管理属于真正的无因管理，所谓“真正性”是指，管理人是基于为他人谋利益的意思而管理他人的事务。该要素的构成须从两方面加以判断，即事务之他人性和管理人有为他人谋利益的意思。前一判断乃是后一判断的基础。事务之他人性通常可依据客观标准——即事务的权利归属——加以判断，比如管理人修理他人的房屋当然可推定有为他人谋利益的意思，除非有相反之证据。但对于所谓的“客观中性事务”，比如购买比赛的门票或者购买消炎药品，该行为既可以为购买者自己，也可以是为了他人而为之，究属何者难有客观标准，德国理论上以管理人行为时的明确表示为准：只有购买者在购买之时以任何一种方式明确表示（包括在合同订立之外对合同当事人以外的人所做的表示）系为他人购买者，方可构成真正的无因管理。实际上，管理人是否具有“为他人谋利益”的意思在司法实践中主要是一个证明责任问题：对于事务的权利明确归属于本人的案型，如果本人持有异议，须由本人来证明上述意思不存在；而对于所谓的“客观中性事务”，则证明责任应由管理人承担，具体到上述案例，购买者必须证明自己购买门票或药品是为了他人的利益——购买时的明示是最有效的证据，此外的情况必须符合法律或习惯，否则只能推定“为他人谋利益”的意思不成立。

3、正当性。真正的无因管理，依据正当性要素，可以区分为正当的无因管理和不正当的无因管理。德国法学所提出的正当性要素涵盖了本人的“意思”因素和行为的“效用”因素两个方面：实践中对于介入行为“正当性”的判断原则上以前者为准，但特殊情况下则以后者为准。具体而言尚存在如下问题需要探讨。

首先，所谓本人的意思在《德国民法典》第 677 条和第 683 条中被表述为“本人真实的或可推知的意思”。依德国的法教义学，这里“真实的意思”除了包括本人“明示的意思”外，还包括一种“无法辨知的真实意思”：本人的真实意思是反对介入行为的，但该意思既未明示也无法从常理上推知。以德国发生的“救助遇险滑雪者”案为例：一名滑雪者在山中失踪，救援人员经过搜寻后发现滑雪者实际上很安全，没有必要实施救援。显然，此救援不符合滑雪者“真实的意思”，那么救援者可否依据正当的无因管理向滑雪者主张费用补偿呢？德国的主流学说认为，此种救援或管理不具有正当性，不得主张费用补偿。该学说无疑置善良管理人于被动，尤其对于紧急救助的管理人而言，要求其在实施救助时准确判断被救助人的实际状况和主观意愿是不公平的。基于无因管理制度的规范目的，尤其是对善良管理人的保护宗旨，管理人在实施救助时对于危险状况以及本人意愿的判断只要符合通常的合理标准，即使事后证明并非如此，该善意的救助行为仍应具备无因管理的“正当性”。由此可见，

在“正当性”的概念上德国民法强调“真实性”的表述不尽合理，相反，我国台湾地区“民法”第 172 条和第 176 条的表述——“不违反本人明示的或可推知的意思”——更为合理：当本人没有明示且其真实的意思也无法辨知时，即以“可推知的意思”为准——该“推知”只须符合通常的合理标准即可。此之谓“表见的正当性”。

其次，在某些特殊情况下可以不考虑本人反对介入的意思。对此，我国台湾地区“民法”第 174 条第 2 款概括的最为全面：这些特殊情况包括管理系为本人尽公益上之义务，或为其履行法定扶养义务，或本人之意思违反公共秩序善良风俗。对于第二种情况之正当性，各国立法或判例基本无争议。第一种情况的争议在于“公益义务”的范围。德国和台湾学者通常以“清除他人堵塞交通的车辆”、“修缮他人具有危险性的建筑物”为范例，但对于该义务可否扩及交税、交罚款等“公法上的义务”则存在不同意见。德国学理上认为“为本人尽公益上之义务”不适用于为本人履行纳税义务，而台湾的司法实践则持相反立场：在上世纪 60 年代和 80 年代的相关判例中，行为人未得本人同意为其代缴税捐或者代缴罚金均得适用无因管理，法律依据就是第 174 条第 2 款之“为本人尽公益上之义务”。对两大法系主要国家的比较法考察表明，这里的“公益义务”系指关系到公共利益的义务，一般包括扶养、丧葬（安排葬礼、支付丧葬费）以及侵权法上的安全保障义务（上述为保障公共安全而清除交通障碍、修缮危险建筑即属于此），个别案件中基于公共利益而违背本人意思的管理还扩及到救治自杀者、为避免残忍而杀死濒死宠物以及遣返偷渡者等情况。2006 年完成的《欧洲示范民法典草案》（DCFR）还着重强调了此种公益义务的履行必须是迫切需要的。总体来看，交税、交罚款等“公法上的义务”并不属于此处的“公益”范畴，代为履行此等义务欲构成无因管理，必须符合“本人的意思”，否则只能通过不当得利解决。第三种情况诉诸“公序良俗”，其在《德国民法典》中尚未规定，从广义上讲，其范围包含了前两种情况，因此某些国家的立法中对于违背本人意思仍可构成无因管理所设定的条件只有一个，即本人的意思违背法律或者公序良俗，比如《意大利民法典》第 2031 条第 2 款。但德国和台湾的法学理论则采狭义的解释：将公序良俗仅仅作为前两种情况的补充。在德国和台湾法学上，关于第三种情况的研讨主要针对的是“救助自杀者”：主流学说主张自杀的意思违反公序良俗，救助行为构成正当的无因管理。

此外，在我国的司法实践中，无因管理规则还被大量适用于替人清偿欠款或者替人垫付各种费用的案件。在这些案件中，原告替被告清偿欠款或者垫付费用，有的也关系到公共利益或者善良风俗，比如关系到公共安全的施工项目的费用，关系到特定人员或多数人员生计的工资，以及关系到特定人生命健康的医疗抢救费用。此类管理行为无须符合本人的意思，除此以外，替人还债行为必须符合本人的意思方具有“正当性”。

据此，“正当性”的界定应当区分“主观正当性”和“客观正当性”两种情况。前者要求事务管理符合本人明示的或可推知的意思。后者包括上述三种特殊情况，但为了将代交税款、罚款的行为排除在外，有必要借鉴 DCFR 的做法，强调了事务管理的迫切需要性。具体而言，属于下列情况之一，事务管理虽不符合本人的意思，但基于情势的迫切需要，必须立即实施的，也具有（客观）正当性：其一，为本人尽公益上的义务，其二，为本人履行法定扶养义务，其三，本人的意思违背公序良俗。

4、必要性。奥地利法将必要性限于“为避免他人即将发生的损害”，对此需要进行适当的扩张：正当的无因管理如果是为了避免他人遭受损害，或者符合上述“客观正当性”，则系无因管理最为核心、最有价值的领域——必要的无因管理。中国目前法律上的无因管理规则和救助行为规则都限于这一范畴。对于此类情况的法律效力，大陆法系沿袭了罗马法的传统，将其归纳为相反诉权和直接诉权两个方面。

（二）相反诉权

1、报偿范围。所谓相反诉权（*actio contraria*），即管理人基于无因管理行为而对本人享

有的报偿请求权，报偿范围在广义上涉及管理人因管理行为而支出的费用、承担的债务、遭受的损害乃至应得的报酬。对于前两项，大陆法系各国普遍对无因管理准用委托之规则，承认管理人的报偿请求，但对于后两项，各国争议较大。

首先就损害而言，无因管理的相反诉权最初并不包括损害，尤其是人身救助行为给救助人带来的损害。但现代法国和德国的司法实践都已将该费用扩张到了损害，即使是人身救助行为给救助人带来的损害（包括财产损害和人身损害），大约到上世纪中期左右也都被两国的判例纳入到报偿的范围。不同的是，意大利的判例和学说上的主流观点认为，管理人（包括救助人）因管理行为遭受的经济损失可以通过不当得利的一般补充功能或者通过无因管理的相反诉权来解决，但无论如何，救助人所遭受的人身损害并不在报偿范围之列。

其次就报酬而言，德国通说认为管理人至少应对属于其营业或职业的劳务（比如医生救助昏迷者，拖车公司将挡路的汽车拖走）获得报酬，请求权基础可参照《德国民法典》第1835条第3款之监护人规则。法国原则上不允许管理人要求劳务报酬，但其近期的判例考虑到所谓的“具有私利的无因管理”，对于某个企业作为无因管理人为了维护其他企业的利益，同时也是为了自己的利益而提供的服务允许主张报酬。意大利的主流理论和实践始终坚持无偿说，否认管理人的报酬要求。但需要补充的是，在法国和意大利的国内学说上也存在类似于德国的意见：对于具有职业性或专业性的管理可以给予报酬。

英美法系对于管理人的报偿请求权，在形式上并没有一个统一的制度或理论予以保护，但这并不意味着上述报偿都无法获得救济，实际上，英美法借助于侵权法以及返还法上的诸多规则，包括默示允诺（implied promise or implied contract）、必要代理（agency of necessity）、托付占有（bailment）、推定信托（constructive trust）、不当得利等，也给予了类似的救济。正因为如此，英国著名法学家博克斯（Peter Birks）指出，普通法上“否认干涉者拥有任何请求赔偿的一般权利这一旧观念很可能已经被大量的所谓例外规则吞没”。至于争议较大的人身救助领域（英美法称之为“撒玛利亚人”（Samaritan）案）的救助人所遭受的损害，普通法传统上是通过侵权法予以救济的，条件是必须存在有过错的责任人（包括被救人本人）：救助人的损害可以向其主张损害赔偿；但如果不存在有过错的责任人，则救助人的损害，尤其是人身损害将很难得到赔偿，即使个别判例通过扩张“必要代理”、“默示允诺”这样的返还法理论来支持对人身救助人的报偿，报偿的范围也最多扩及到费用、劳务报酬以及财产损失的赔偿，而不包括救助人的人身损害赔偿——尽管在英美的理论上也存在支持此类赔偿的学术观点。

对于管理人的报酬主张，除了海难救助外，普通法在传统上是不承认的。但当代英美的司法实践开始倾向于给予专业性或营业性的服务以报酬：美国法院最先承认了实施救助的医生可获得报酬，此后的判例将报酬的对象进一步扩张到律师、经营管理人员、清算人、为欠缺行为能力人提供服务的其他专业人员以及为死者安排葬礼的人、为清除道路而提供拖车服务的企业，而必要代理、默示允诺或者衡平法上的“推定信托”则是法院通常援引的报酬请求权的基础。

在我国，根据既往《最高人民法院关于贯彻执行<民法通则>若干问题的意见（试行）》（简称《民通意见》）第132条的规定，无因管理人有权要求受益人偿付的“必要费用”包括“在管理和服务活动中直接支出的费用”以及“在该活动中受到的实际损失”。而根据《侵权责任法》第23条和《民法总则》第183条的规定，救助人因救助行为受到的损害可以主张受益人补偿，这里的损害既包括人身损害，也包括财产损害。此外，我国理论界的通说认为，无因管理人报偿请求的范围还可以扩及到其因管理而负担的债务。管理人的报酬请求目前尚未得到我国立法和司法解释的认可，理论上既有观点赞同德国的报酬模式，也存在反对报酬的观点。

总体来看，无因管理人的报偿请求权已为各国法制普遍认可，关于报偿范围的争议主要

集中在两个方面，一是救助人的人身损害，二是报酬。对于后者，占优势的倾向是给予专业性或营业性的服务以报酬。前者的争议则在于，救助人可否向无过错的被救助人主张人身损害赔偿——为此，肯定和否定的意见难分伯仲：德国持肯定观点，意大利和英美持否定观点，法国则两种观点都存在。肯定观点的缺陷在于，人身损害赔偿给无辜的被救助人施加了过于沉重的压力，这一点两大法系的学者都认识到了。比如，法国学者艾斯麦因（Esmein）指出，赔偿救助人人身损害这样的结果过于严苛，因而会给法官带来诸多难题；美国学者道森（Dawson）更是认为此赔偿将带来“巨大的不公正”，因为这无异于“一种新的无过错责任的源头”，而且该责任“将全部的损害赔偿加诸于处于紧迫需要中的人身上”；即使在德国，大多数学者也强调在此类赔偿中有关公平的考虑有着重要影响。但否定的观点对于付出巨大牺牲的救助人及其家庭而言也同样是不公正的，这一点即使是在英美法学界也受到了重视。为此，实践中产生了一些折中的方案，比如《瑞士债法典》第422条规定，对无因管理人除费用和债务以外的损害赔偿由法院自由裁量确定；而根据以色列的法律体制，对于救助人的财产损失，法院可以根据案件的情况裁定由本人在正当的范围内予以赔偿，而救助人的人身损害则只能由公共基金（社会保险）在特定的条件下予以支付；我国《侵权责任法》第23条和《民法总则》第183条则将救助人对受益人的损害赔偿请求权限制于“适当补偿”。上述折中方案提醒我们，无论是救助人的财产损失还是人身损害，无论是由受益人承担还是由公共基金承担，对救助人的赔偿应当是有范围、有限度的。问题的症结可能并不在于将人身损害与财产损害以及其他报偿类型区别对待：如果说人身损害赔偿的数额往往太大，由本人承担远超其经济能力，也缺乏伦理正当性的话，那么该问题在财产损失的赔偿，乃至在费用、债务的支付上也可能存在，比如救助动用了轮船、飞行器等设备，友邻企业为困难企业解决职工安置，或者热心人士因给染毒少年提供戒毒治疗而负债，类似的负担显然也是相当昂贵的。所以解决问题的关键在于如何将报偿诉权的总体数额限制在合理的范围内。

2、数额限制。大陆法系在传统上对无因管理人的相反诉权采取的是“全部赔偿”原则，因此法国、德国、意大利等主要国家的民法典并未对报偿请求设置数额限制。但早在19世纪后期，德国法学家布林茨（Brinz）就曾主张无因管理的返还费用应该与不当得利原理相一致。《阿根廷民法典》第2301条和第2302条规定，管理人的报偿请求在某些情况下应当以事务终结之时本人所获利益为限，其中与“必要的无因管理”相关的有三种情况：事务未被妥善管理、事务的本人未成年或无能力、事务的管理是出于感激的酬谢。此外，如上文所述，奥地利将此种得利限制仅适用于“有益的无因管理”。将报偿请求限制于本人得利的思路实质上消灭了无因管理相反诉权的独立性——该诉权被不当得利所涵盖。但在本人无得利或者得利低于管理人的费用及损失时，这一限制对必要的管理人，尤其是紧急情况下的救助人而言，可能是不公平的——这恰恰是该思路的缺陷所在。

目前，最新的趋向是通过法官的自由裁量对管理人的报偿请求进行公平裁减。这一做法肇始于1912年实施的《瑞士债法典》，根据该法第422条的规定和瑞士联邦最高法院的审判实践，对无因管理人除费用和债务以外的损害赔偿应由法院通过“公平裁量”予以确定。目前，公平裁减方案除了得到了瑞士和德国法律界的支持外，奥地利和荷兰的判例和学说也分别结合各自国家民法典中的相应条款来支持和运用该方案。但该裁减方案总体上仅适用于管理人的损害赔偿。而DCFR则进一步明确并拓展了这一方案，根据该草案第5-3:104条第2款的规定，在公平与合理的范围内，应减少无因管理人请求权的金额或排除这些请求权。显然，这里的“请求权”不限于管理人的损害赔偿请求权，还包括管理人的债务清偿请求权、费用请求权和报酬请求权。但公平裁减需要考量的因素又成了问题，目前理论界归纳的因素包括：管理人及本人的经济能力，所发生危险的等级（包括处于危险中的生命价值），从第三方处获得赔偿的可能性，以及管理人是否是在与本人面临共同危险时进行管理。

英美法系对于介入者的报偿请求并没有明确的数额限制规则。理论上有学者主张将介入

者的报偿请求权限制在本人得利的范围内，就既有判例而言，绝大多数案件中介入者的报偿请求权确实也都在本人的得利范围内。但这一主张在人身救助案件中很难实现，因为处于危险中的人身（或者得救的人身）是无法用金钱来衡量其价值的，从伦理上讲，生命的价值要高于任何财产损失。此外，根据英美衡平法的传统，某些包含自由裁量因素的原则（比如考量被告所面临的穷困以及当事人之间的公平需要等）可以达到减轻报偿责任的效果。

我国在《民法通则》时代并未对无因管理的报偿请求设置数额限制（《民法通则》第 93 条），但救助行为规则则设有限制：《民法通则》第 109 条采用了“适当补偿”的原则，2003 年《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（简称《人损解释》）第 15 条则将该原则进一步限定为“在受益范围内予以适当补偿”，但此后的《侵权责任法》第 23 条又恢复了《民法通则》“适当补偿”的表述，目前《民法总则》第 121 条和第 183 条仍然沿用了《民法通则》的规定。根据学界的传统解释，《民法通则》第 109 条救助行为的“适当补偿”原则和该法第 132 条的“公平责任”原则都被归入“特定条件下的损失分担”，二者都是基于“道德上的公平观念和保护受害人的特别要求”；承袭这一传统的《侵权责任法》第 23 条同样被认为是“基于公平原则对损失分担的处理”；而《人损解释》第 15 条也仅仅是在“公平原则”的基础上添加了得利限制的因素。可见，得利和公平的考量在我国法律实践中也是控制报偿数额的基本方式。

总体来看，得利限制和公平裁减各有其优缺点：前者较为客观、实用，但却无法适用于人身救助案件，在个别场合对管理人也不够公平；后者虽可避免了前者的缺陷，但缺乏统一标准，随意性较强。较为稳妥的方案应该是将二者结合运用，并根据我国的体制进行适当改造。具体的方案是，保留得利限制作为大多数情况下的报偿上限，报偿请求在此范围内的，无须裁减；对于报偿请求超过本人得利的部分或者本人的得利无法以金钱计算的，可以借鉴公平裁减的思路：考虑到公平裁减的衡平性质与我国现行体制下的“公平责任”（《侵权责任法》第 24 条）以及救助行为的“适当补偿”原则（《侵权责任法》第 23 条、《民法总则》第 183 条）较为契合，在解释上完全可以通过后两者来证成或实现公平裁减的价值和功能。

3、赠与意图与报偿责任的免除。如果无因管理人的管理行为乃基于赠与意图，依据各国之通例当免除本人所有的报偿责任。问题在于此处的赠与意图如非明示，当如何判断？由上文可知，比较法上存在这样一种模式：如果管理人与被管理人之间存在特定的亲属或情谊关系，即推定管理人乃基于“赠与意图”，因而无权向本人主张报偿。从当代中国社会的伦理观念出发，该模式有以偏概全之嫌：来自特定亲属或朋友的帮助并不一定排除报偿的想法，正如来自普通路人的帮助也可能完全系出慷慨一样。进一步来看，该模式所体现之法政策对于鼓励亲友之间的互助互济也容易产生消极影响。因此，仅仅依据特定的亲属或情谊关系即推定为赠与的做法是不可取的——这也正是法国和意大利的观点。综合而言，介入他人事务的行为人除非明确表达了赠与（或施惠）的意图或者依据法律的规定、当事人的约定或明确的习惯不得主张任何报偿，否则应当推定为“无赠与意图”。

4、小结。必要的无因管理的相反诉权是合同、侵权和不当得利之外独立的债权类型，其在范围上包括管理人因管理行为而支出的费用、承担的债务以及遭受的损害，对于专业性或营业性的管理行为还可以给予合理报酬；对于上述报偿，在数额上可以综合运用得利限制和公平裁减予以调控；除非无因管理人明确表达了赠与（或施惠）的意图或者依据法定、约定或明确的习惯不得主张任何报偿，相反诉权不应被排除。

（三）直接诉权

1、直接诉权的历史和现实地位。所谓直接诉权（*actio directa*），即本人基于无因管理行为而对管理人享有的权利，其实质就是管理人对本人的义务和责任。在历史上，直接诉权的产生要早于相反诉权，罗马法上的无因管理（*negotiorum gestio*）最初指的就是无因管理的直接诉权制度；但随着相反诉权的出现，其重要性程度日益凸显，发展到现代民法上，直

接诉权在无因管理制度中的中心地位已经为相反诉权所取代。但这种学说上的中心转移并未直接反映在民法典上，大陆法系各国民法典中关于无因管理的规定仍然为直接诉权设置了相应的条款，但我国立法则基本忽略了这一内容，这是下文需要探讨的。

2、直接诉权的范围。大陆法系关于管理人的义务和责任体制基本沿袭了罗马法的传统：在原则上准用受托人的规则，在范围上主要包括继续管理义务、向本人汇报管理状况的义务、返还管理成果的义务、谨慎管理义务及其违反的责任，此外，在现代法律上管理人还须承担及时通知本人并等待本人指示的义务。

（1）继续管理义务。对此，比较法上存在两种模式。一种模式以法国和意大利为代表，无因管理人须承担继续管理义务，即使本人在事务终结前死亡（《法国民法典》第 1372-1373 条，《意大利民法典》第 2028 条）。该点实际上超过了委托合同之受托人的义务（《法国民法典》第 2003 条、第 2007 条，《意大利民法典》第 1722 条、第 1727 条）。两国的实践表明，此种继续管理义务的终止限于两种情况：不可抗力导致继续管理不再可能，或者继续管理将给管理人带来危险或重大不利。DCFR 则将此项义务的违反限于故意：如果损害系源自管理人故意延续的危险（比如无正当理由中断管理），则管理人应承担损害赔偿责任。

德国和英美则为另一种模式。德国没有专门规定无因管理人的此项义务，而是将此问题纳入谨慎管理义务（《德国民法典》第 677 条）和诚信原则（《德国民法典》第 242 条）的范畴。据此，无因管理人只有在一些特殊情况下才承担继续管理义务，根据对德国判例的总结，这些情况可以归纳为：如果停止管理将使得本人的处境较之于管理发生前更为恶化，那么管理者就应当继续管理，否则须承担相应的损害赔偿责任。在德国法上，无因管理人与受托人（《德国民法典》第 671 条、第 672 条）所承担的义务基本相当，是否应当将管理事务继续下去都取决于谨慎义务的要求。英美法的主流观点与德国基本一致，只是强调对介入者产生的合理期待（或称“有害信赖”，detrimental reliance）也属于上述使得本人处境恶化的原因——这与传统衡平法在必要代理和侵权责任领域的信赖保护原理（“衡平禁反言”）密切相关。

从细节上看，上述第一种模式经由学理和判例的限制，与第二种模式的差距正在缩小。但比较而言，第一种模式对助人者要求仍高于第二种模式。套用中国的俗语，对于助人者，第一种模式要求“做好事就要尽量做到底”，第二种模式则只要求“不要帮倒忙”。继续管理本质上属于利他行为，其对道德的依赖要高于法律，因此，如果通过法律手段制裁没有“将好事进行到底”的助人者，虽然可以迫使一部分助人者坚持到底，但更大的可能性是导致相当多的助人者编造各种逃避的理由，更大的危害是，这将对大量有可能对他人施以援手的群众起到负面的阻吓效应，最后的结果反而事与愿违。从法律自身的功能来看，法律只能要求人们“勿害他人”，而不能要求人们“施惠他人”。因此，第二种模式更合适。

（2）向本人汇报管理状况的义务、返还管理成果的义务。对此，德国、法国、意大利准用受托人规则（《德国民法典》第 681 条，《法国民法典》1372 条第 2 款，《意大利民法典》第 2030 条第 1 款）。英美法上也肯定必要代理人和推定信托人承担该两项义务，返还义务的请求权基础在美国《返还法重述》中则被归结为不当得利。

（3）及时通知本人并等待本人指示的义务。《德国民法典》第 681 条明确规定了这一义务，但《法国民法典》和《意大利民法典》并没有规定这一义务，只是在学说上存在肯定该义务的观点。英美法上也不明确，但判例上承认管理人尝试获得本人指示的行为可以使必要代理人有权主张偿还费用。从《德国民法典》681 条的表述来看，该义务与《德国民法典》第 666 条规定的受托人的汇报义务（包括必要通知、答复咨询、报告账目）中的通知是不同的，后者仅仅是向本人提供管理状况的信息，而前者则包含征得本人承认（授权）的尝试——是无因管理人区别于受托人的特殊义务。尽管如此，该义务与管理人的汇报义务一样，仍然属于谨慎管理义务的应有含义，违反后果也类似。

（4）谨慎管理义务。从根本上将，管理人承担的所有义务都属于“谨慎管理义务”应

有的或者推定的范围。对于此处“谨慎”的标准，各国表述不一。《法国民法典》第 1374 条第 1 款和《意大利民法典》第 2030 条都明确要求管理人须达到“善良家父”的注意标准，但这里的善良家父在实践中仅仅被等同于“一般人”。《德国民法典》第 677 条则要求管理人根据本人的意思和本人的利益进行管理，英美法实践中则要求必要代理人尽到“通常（即合理）注意的义务”。显然，这些表述在效果上应当是一致的，它们只是从不同角度揭示了“谨慎管理义务”的内涵。

（5）违反义务的民事责任。直接诉权在实践中真正的运用主要体现在管理人违反上述义务的民事责任上。就范围而言，管理人的责任涉及三种情况，首先是违反继续管理、汇报或者通知义务给本人造成损失时的损害赔偿责任，下文将专门阐述；其次是违反成果返还义务时的返还责任，这在性质上属于不当得利范畴；此外，各国立法、理论或者判例上往往都要求管理人与受托人一样，在挪用或者迟延返还属于本人的金钱时应当承担支付相关利息的责任，但究其性质，此类利息支付仍旧是不当得利或者损害赔偿的范畴。

3、管理人的损害赔偿责任。这里涉及到以下几个方面的问题。

（1）请求权基础与归责原则。由上文可知，管理人的民事责任（包括损害赔偿）在理论上缺乏象相反诉权那样独立的请求权基础，其请求权基础具有附属性。以损害赔偿责任为例，德国法学将管理人违反义务的损害赔偿责任的基础归于损害赔偿法（《德国民法典》第 280 条），《德国民法典》第 682 条则更明确的将该责任基础归于侵权，法国多数学者将其归于侵权责任，但也存在合同责任或者独立责任的主张，英美法一般将其归于侵权责任，但也承认存在与合同责任竞合的可能，意大利主流学说则将其归入合同责任。显然，比较法上的主流意见是将管理人损害赔偿责任的请求权基础归于侵权或者违约。从我国的法律实践来看，由于我国立法和学说上普遍认为管理人和本人之间并不存在合同关系，因此侵权责任说更适合我国。

至于归责原则，从管理人的谨慎管理义务可以推出管理人损害赔偿责任应当以过错为原则，这是各国的通例。

（2）责任减免。对于管理人的损害赔偿责任，各国普遍允许酌情减免，但具体则存在两种立法模式。一种模式以德国为代表，只允许在两种情况下减免管理人的责任（《德国民法典》第 680 条、第 682 条）：一是在为避免本人的急迫危险而管理事务的场合，管理人只对故意和重大过失负责，二是在管理人无行为能力或者限制行为能力的场合，管理人仅根据侵权损害赔偿以及返还不当得利的规定负责。法国和意大利则代表另一种模式，立法上并没有上述明确限制，而是授权法官视导致管理的具体情况酌情减轻。（《法国民法典》第 1374 条第 2 款、《意大利民法典》第 2030 条第 2 款）普通法上的态度类似于法国和意大利。DCFR 第 5-2:102 条采纳了后一种模式，授权法官“考虑管理人进行管理的原因以及其他情况，在公平合理的范围内减免管理人的责任”。

具体而言，德国法上的第一种情况不仅历史悠久，而且各国通常都将其纳入减免责任的考量范围。不同的是，法、意等国并不同意对于紧急救助人的一般过失（包括轻过失）绝对免责。相形之下，德国的做法更为可取：其一，它打消了见义勇为者的思想顾虑，有利于鼓励人们积极参与救助行动，有效开展救助工作；其二，它更为符合中国社会鼓励见义勇为的主流道德观。德国法上的第二种情况意义不大，因为无行为能力或者限制行为能力的管理人对造成的损害承担责任，仍须遵循侵权法上关于无行为能力人或者限制行为能力人侵权责任的一般规则——此间之免责规定与无因管理制度无涉。

接下来需要分析的是，除了紧急救助人的免责情况外，在紧急救助人有重大过失的场合，或者在非属紧急但确属必要的管理场合（比如照管流浪的儿童或者保管他人遗失的财物），无因管理人对于给本人造成的损害是否可以酌情减免赔偿责任呢？对此，法、意等国仍然是可以的，德国虽然立法上没有规定，但其主流理论也认为是可以的，尤其是在紧急救助的场

合。只是就减免的理由来看，法、意强调的是“导致管理的具体情况”：包括客观和主观两个方面，前者指导致救助的危险情况，后者指管理人意图的特定价值。而德国理论上强调的则是“管理所带来的积极效果”：在计算管理行为给本人造成的损失时法院必须考虑管理行为同时带来的人身救助意义或财产价值；换句话说，法律必须同时考虑到紧迫危险可能带来的损害以及管理人的管理行为实际给本人造成的较小的损害。这是两种不尽相同的衡平思路：前者是原因衡平，后者是结果衡平。后者包含了普遍适用于损害赔偿领域的损益相抵规则，但在不适用损益相抵的人身救助领域（通说将损益相抵的适用限于可计算的财产性损害与财产性利益之间）以及管理行为给本人带来的损害超出收益之外的领域（包括管理失败），两种衡平思路并无本质区别：均系授权法官根据被救人身的价值酌情减免管理人的赔偿责任，或者根据管理人所面临的危险或助人的目的及效果（实质是管理行为的社会伦理价值）对损害超过收益的部分继续实施酌减。

综合比较法上的经验，酌情减免管理人损害赔偿责任的规范依据除了适用于所有损害赔偿领域的损益相抵规则外，为无因管理领域所特有的规则可以概括为以下两种：其一是专门针对紧急救助人的免责规则，其二是针对包括紧急救助人在内的所有必要管理人的衡平减免规则。

就我国而言，《民法总则》第 184 条采纳了上述“紧急救助人的免责规则”。但立法者为了进一步“免除见义勇为者的后顾之忧”，达到“倡导培育见义勇为、乐于助人的良好社会风尚”的立法目的，删除了草案中有关紧急救助人对重大过失须承担责任的限制性规定。这一对紧急救助人全面免责的方案显然不符合国际惯例；从法理上讲，该方案片面强调了对见义勇为行为的倡导，却忽视了该类行为所暗藏的社会风险：不加限制的鼓励见义勇为很可能滋生助人过程中的鲁莽和放任，甚至是过度干预。因此，第 184 条的适用范围在解释上仍应限缩在“紧急救助人无重大过失”的范围内；而对于有重大过失的紧急救助人或者非属紧急的必要管理人，则可以在法解释上借鉴和引入比较法上普遍采用的“必要管理人责任的衡平减免规则”——这是实现上述立法目的更为稳妥的方式。

此外，必须指出的是，管理人故意导致的损害赔偿责任不得以任何理由予以减轻。因为管理人故意损害本人的行为已经完全背离了无因管理的“真正性”宗旨，对其责任予以减轻违背上述责任减免规则的规范目的。

4、小结。直接诉权与相反诉权并非密不可分，二者之间更不属于债法上的“对待给付”关系，因此传统民法将二者统一于无因管理制度之下的“双向诉权”方案并非必要。作为直接诉权的内容，管理人的谨慎管理义务、告知义务、报告义务，由于缺乏合同依据，传统的做法是准用委托合同的规定，但在现代民法上，这些问题已完全可以为侵权法上的交往安全义务所涵盖，无须准用其他规范。此外，继续管理义务可以通过对谨慎管理义务的解释予以确定，而返还管理成果的义务一般属于不当得利范畴，损害赔偿责任及其减免规范则完全属于侵权法的范畴。正因为如此，无因管理的直接诉权在我国现行立法上的缺失并不构成理论上的“法漏洞”，也并未对实践产生严重的影响。但需要指出的是，紧急救助人的免责规则和必要管理人责任的衡平减免规则并非从侵权法的一般规则中就能导出，二者必须通过专门的立法和相应的法解释予以确立。

三、无因管理其他形态的理论定位

（一）有益的无因管理

与必要的无因管理一样，有益的无因管理也必须符合无法定或约定的义务、真正性和正当性三方面的条件，只是管理行为系单纯为了增加他人的收益——既包括积极收益，也包括消极收益（如替人还债）。从我国现行立法来看，无论是《民法总则》第 121 条、第 183 条，还是《侵权责任法》第 23 条，都将规范范围限于必要的无因管理，而不涉及有益的无因管理。这一做法在民法法系并非主流，在立法上基本没有被采用，但在某些国家的法解释学上

却影响很大。普通法对于诸如维护他人的生命和健康、维护他人的财产以及为他人履行必须的或者是公共的义务等“必要的”自愿介入行为提供了广泛的救济，但对于此外所谓“有益的”介入行为是不予认可的——通常归入“多管闲事”的范畴，最多是在构成不当得利的场合给予救济。因此，有益的无因管理制度是否有存在的必要，这是一个需要论证的问题。对此，我们可以从分析该制度的法律效果入手。

传统民法对于有益的无因管理与必要的无因管理并未进行区分，而是同一对待的。在相反诉权上，目前主要的争议在于，有益的无因管理的报偿诉权是否应当以本人的得利为限？如果是，那么该诉求完全可以由不当得利取代。从理论基础上将，无因管理的制度价值恰恰在于平衡社会互助与个人自治之间的关系，而二者之间的平衡点的寻找却因必要的无因管理与有益的无因管理而有所不同。对于必要的无因管理而言，该平衡点在于“必要性”，而对于有益的无因管理而言，该平衡点则在于“有益性”。也就是说，前者的制度价值在于其“必要性”——只要管理行为在价值考量中被认为是必要的即可，哪怕该行为没有给本人带来实际收益；后者的制度价值则在于其“有益性”——由于管理行为在价值考量中被认为并非必要，因此该行为只有给本人带来了实际收益才有价值。在此，对“必要性”的考量是问题的关键：上文中无论是“为了避免他人遭受损害”，还是“为本人尽扶养、公益义务”或者“救助自杀、自残者”，其之所以为必要乃取决于社会的公序良俗。换句话说，雪中送炭是必要的而锦上添花却并非如此——这是一种普遍的社会伦理。基于此，有益的无因管理的报偿诉权只能以其给本人带来的实际收益为限，而这在本质上系属不当得利范畴。

在直接诉权上，主要争议在于，在有益的无因管理场合，管理人的损害赔偿责任可否衡平减轻？如果说有益的无因管理行为只有给本人带来收益才能证成其价值，那么没有带来收益就缺乏价值，而进一步给本人造成损害（损益相抵后的结果）就更无合理性可言了。因此，有益的无因管理行为给本人造成损害的，只能适用一般侵权行为的损害赔偿规则，而不能衡平减轻。此外，由于有益的无因管理不涉及所谓“急迫的危险”，因此也不适用紧急救助人责任的减免规则。

总体来看，对于有益的无因管理，无论是其相反诉权，还是直接诉权，都属于不当得利法和侵权法涵盖之范围，其自身并不具有任何独特性。因此，该制度没有存在的必要，我国现行的立法体制是正确的。

（二）不正当或不真正的无因管理

不符合上述正当性或者真正性要件的介入行为都欠缺合法性，所以，不正当或不真正的无因管理行为在法律效果上也基本类似且有别于正当的无因管理。正因为如此，二者本质上并非无因管理调整的必要范围：除德国外，大多数国家的民法典对此规定都很零散且不统一，有的甚至没有规定（如法国，DCFR 也未予规定）。

就相反诉权而言，大陆法系内部对于违背本人意思的不正当管理行为，在传统上存在两类相反的立法模式。一类是否认管理人享有相反诉权，这一模式源自罗马法上的主流理论。现代民法学上对于否认的理由有两种解释：第一种是将违背本人意思的管理行为视为赠与，第二种则是将否认的规范基础解释为不当得利法上的“不法给付抗辩”或者“得利不存在”：违背本人意思的管理行为被归于“不法给付”，或者根据利益的主观化学说认为违背本人意思的管理行为不符合本人的主观利益因而否认得利的存在。另一类则是肯定管理人享有相反诉权，而肯定的规范基础仍然是不当得利，此类模式又包括三种具体的立法例：第一种规定本人应当按照不当得利规则向管理人返还因管理所取得的一切利益；第二种规定本人仍得享有因管理所得之利益，而本人对管理人的报偿义务以其所得之利益为限；第三种则规定管理人可以在其支出的有益费用或者本人的财产增值之间选择其一向本人主张返还。目前，第二类肯定模式在大陆法系更为普遍。不真正的无因管理区分为不法管理和误信管理，前者之相反诉权准用不正当的无因管理的规定，而后者之相反诉权则须参照有关占有及添附的规定，

而占有人和添附人的费用返还请求权的实质仍然是不当得利。在此问题上，英美和我国的司法实践都倾向于对不正当的无因管理与不法管理采用第一类否认模式：普通法在传统上称此二种管理行为为“多管闲事”（officious intermeddler），对于介入者的返还诉权持否定态度；我国的实践倾向则集中体现在承租人擅自装修的问题上，根据最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 13 条的规定，承租人未经出租人同意装饰装修或者扩建发生的费用，由承租人自己负担。但是，对于误信管理，英美和我国则都倾向于第二类肯定模式：将误信管理人必要的返还请求权归于不当得利范畴。总体来看，无论采用以上哪类立法模式或者哪种立法例，不正当或者不真正的无因管理人的报偿问题都可纳入不当得利法的规制和解释范畴。

就直接诉权而言，由于不正当或者不真正的无因管理均欠缺合法性，因此除非本人追认，否则将按照侵权规则追究非法管理者的损害赔偿责任。需要特别讨论的问题有两点。其一，加重责任问题。根据比较法上的一致意见，不正当的无因管理人对于因其管理所生之损害，虽无过失，亦应负赔偿之责。此种加重责任类似于迟延债务人的责任。对不真正的无因管理人是否适用该加重责任则须区分情况，根据《德国民法典》第 687 条的规定，不法管理人须承担该加重责任，而误信管理人则无须承担该加重责任。从本质上讲，不正当或不真正的管理人是否须承担加重责任，实属侵权法上“因果关系之相当性”的衡量范畴。其二，减免责任问题。对于不正当或者不真正的无因管理可否适用上述紧急救助人责任的减免规则以及必要管理人责任的衡平减免规则尚存在争议。德国判例指出对于不正当的无因管理仍可适用第 680 条的紧急救助人免责规定，但此类案例主要限于上文之“无法辨知的真实意思”案件，比如对失火之本人住宅施救而该住宅有保险或者半夜间因非过失的误认本人家遭到盗窃而破门而入。依本文之观点，这些情况均符合“表见的正当性”，当归入“正当的无因管理”范畴。所以，从严格意义上讲，不正当或者不真正的无因管理行为基于其本质上的非法性，不应适用紧急救助人责任的减免规则以及必要管理人责任的衡平减免规则——因为这两项减免规则的规范目的在于保护真正的和正当的利他行为人。此外，因不正当或者不法管理所得之利益应当依不当得利返还本人，但误信管理人因管理获得的孳息性收益（如租金）得依善意占有人之使用收益权而排除不当得利（《德国民法典》第 955 条，台湾地区“民法”第 952 条，《法国民法典》第 549 条、《意大利民法典》第 1148 条）。

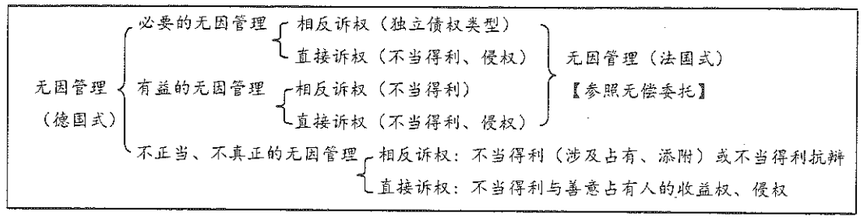
综上所述，不正当或不真正的无因管理的法律效果完全可以分解归入不当得利、侵权以及占有等理论范畴，法律不作集中统一规定影响不大，相关问题可分别通过上述领域的立法或法解释操作予以解决。

四、无因管理的规制模式与中国的制度选择

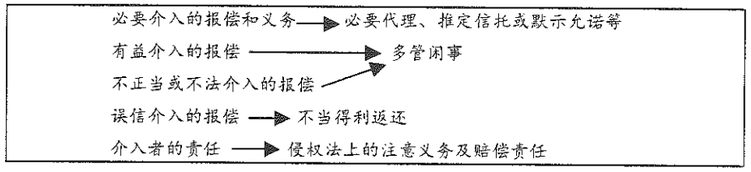
（一）无因管理的规制模式

综合以上分析，我们基本可以确定，大陆法系的无因管理制度作为传统债法的分支之一，其与合同、侵权、不当得利最大的区别就在于其复合性：该制度在传统上实乃委托规则（准用）、侵权规则、不当得利规则乃至物权法上的添附和占有规则的综合应用。[*] 因此，大陆法系对其实施“集中规制”（如图 1），而英美法系则将其化解到代理、信托、合同、侵权以及不当得利等诸多领域予以“分散规制”（如图 2），虽各有利弊，但从实践效果上来看都基本满足了各自司法实践的需求。在当代社会，由于通讯技术的进步，无因管理制度产生之初的主要社会动因——管理人无法及时联系本人——已经基本不存在，兼之正当的无因管理在法律效果上与无偿委托基本相同，因此，无因管理制度所规范领域内的大多数情况都可以直接或间接（经由推定或类推）融入委托的范畴，该制度的实用价值已经下降。就此而言，大陆法系，尤其是德国民法在无因管理领域所构建出的大而全式的集中规制模式在目前看来并非必不可少。

【图1：大陆法系的集中规制模式】



【图2：英美法系的分散规制模式】



集中规制模式将与无因管理相关的问题集中规定，其优点在于统一、避免遗漏，同时方便“找法”。但该模式的缺陷在于：除了必要的无因管理的相反诉权以外，无因管理项下的其他内容（必要的无因管理的直接诉权，有益的、不正当的或者不真正的无因管理）大多缺乏独立的规范基础——相关规定与侵权法、不当得利法乃至物权法（占有、添附）上的内容多有重复，因此在立法上设置专门规定的正当性和必要性明显不足。分散规制模式的优点和缺陷恰恰与集中规制模式相反，但需要特别指出的是，分散规制的不统一性使得必要的介入行为在相反诉权领域只能停留在个案保护的层面，在理论和实践中始终无法得到全面的肯定，甚至存在着被否定的可能，即使在众多肯定的案件中，报偿范围、报偿数额及其法理依据也是五花八门，缺乏统一的构成标准和效力模式——这恰恰是本世纪初某些英国学者建议普通法系进行改革的原因所在。根据这些学者的建议，英国法应当且只须构建一个区别于不当得利的、类似于大陆法系中必要的无因管理之相反诉权的一般原则，以统一普通法在此领域的碎片化规则。该建议恰恰与我国的立法模式不谋而合。

（二）中国的制度选择及其法解释方案

从《民法通则》到目前的《民法总则》，中国在无因管理领域始终采取的是一种简化的立法方案：只保留了无因管理制度的核心范畴——必要的无因管理的相反诉权——的独立规范地位（《民法通则》第93条，《民法总则》第121条），而对核心范畴以外的、属于传统无因管理体制的大多数问题不做规定，留由其他规范解决。这实际上是介于集中规制与分散规制之间的一种折中方案，但其重心更加倾向于后者，即“大分散，小集中”，因此，可以被称之为“折中式的分散规制”模式。相形之下，中国的这一立法取向与大陆法系传统上的集中规制模式已渐行渐远。

中国的这一制度选择既避免了集中规制和分散规制的缺陷，同时也顺应了我国从《民法通则》以来所确立的基本体制，有利于更好的实现制度改良与制度的稳定性和延续性的统一。作为这一具有中国特色的制度选择的有效支撑，我们的民法教义学有必要尽快确立一套更具针对性的、切实可行的法解释方案，以明确和巩固折中式的分散规制模式在我国无因管理制度的理论和实践中的导向作用，从而将这一过去主要停留在“自发”层面的立法形式转变为我国民法学界普遍“自觉”的理论确信。综合上文的分析，现将该解释方案的总体思路归纳如下。

1、将无因管理限制在必要性的范围内，有益的、不正当的以及不真正的无因管理则由不当得利法（包括物权法上占有、添附的相关规定）和侵权法予以规制。为此，现行《民法

总则》第121条关于无因管理的构成规定在解释上应当补充（主观和客观）正当性要件：管理行为不得违背他人明示的或可推知的意思；但是，管理系为他人尽公益上之义务或者为他人履行法定扶养义务或者他人的意思违反公序良俗的，虽违背他人的意思，但基于情势的迫切需要必须立即实施的，仍适用该条规定。

2、将无因管理的法律效果限制在相反诉权的范围内——由传统的“双向诉权”简化为“单向诉权”。

（1）无因管理的相反诉权视同无偿委托，鉴于我国《合同法》对于无偿委托缺乏详细规定，对《民法总则》第121条关于无因管理的“必要费用偿还请求权”的规定应当作出如下补充解释：偿还范围包括管理人因管理行为而支出的费用、承担的债务以及遭受的损害，对于专业性或营业性的管理行为还可以给予合理报酬；对于上述偿还请求的数额，应当以得利限制作为大多数情况下的偿还上限，偿还请求在此范围内的，无须裁减，对于偿还请求超过本人得利的部分或者本人的得利无法以金钱计算的，可以“公平责任”（《侵权责任法》第24条）为基础或者参照救助行为的“适当补偿”原则（《民法总则》第183条）实施公平裁减；除非无因管理人明确表达了赠与（或施惠）的意图或者依据法律的规定、当事人的约定或明确的习惯不得主张偿还，该偿还请求权不应被排除。

（2）无因管理的直接诉权应当由侵权法和不当得利法予以规制。直接诉权的主要内容无须在立法上专门规定：有关谨慎管理等义务及其违反的损害赔偿责任宜适用侵权法上的交往安全义务及其责任规则，而返还管理成果的义务则应适用不当得利规则。但是，紧急救助人的免责规则和必要管理人责任的衡平减免规则虽从理论性质上归属于侵权责任的减免范畴，但却无法为侵权法的一般规则所涵盖。此次《民法总则》对前者增设之专条（第184条）在解释上应限缩于“紧急救助人无故意和重大过失”的范围内，而后者目前只能通过对前者的目的性扩张解释予以填补：对于有重大过失的紧急救助人以及紧急救助人以外的必要管理人仍可根据其所面临的危险或者助人的目的及效果酌情减免其损害赔偿责任。

3、双轨体制在法解释上应予以适当合并。这主要基于以下几点理由。其一，救助行为在实践中很难与必要的无因管理完全区分开来。根据我国法律规定，前者系“保护他人民事权益”（或“防止、制止他人民事权益被侵害”）的行为，后者系“为避免他人利益受损失而进行管理”的行为，二者在语义上很难区分；就具体内容而言，以为身处困境者提供生活照顾或偿还债务的行为为例，对此类行为硬要区分是属于救助行为还是无因管理，不仅困难而且缺乏实效。其二，救助或管理过程中的损害与费用的区分在实践中并不明确。虽然二者在严格的语义上并非无法区分，但由于二者的含义并无法律明文规定，实践中往往是在宽泛的意义上加以使用：要么将支出的费用作为损失（或损害）之一种，要么则将费用的范围扩张到损失。其三，偿还（或报偿）数额的“适当”控制问题对于二者同样存在。如文中所言，虽然实践中主要是救助人遭受的损害在数额上往往需要适当控制，但该问题在无因管理的费用、债务乃至报酬的支付上也可能存在。因此，国际上最新的趋势（DCFR第5-3:104条第2款）倾向于对上述损害、费用、债务及报酬的偿还请求权实施统一控制。但鉴于传统的惯性（表现为《侵权责任法》第23条和《民法总则》第183条对原《民法通则》第109条的沿袭），该双轨体制在我国立法上还将持续，目前只能在法律适用中强调二者在解释上应当保持相对统一。

作为对中国现行立法体制的一种理论解释，从效果上看，以上方案实质上导致了大陆法系传统的无因管理体制的解构。对于正在进行中的中国民法典编纂工程以及正在形成中的具有中国特色的民法学体系而言，“解构”的思路在总体上并非主流，但具体到某些领域，此种以退为进的方式也不失为一种理性的选择。

论代理权滥用之禁止

汪渊智*

【内容提要】代理权作为民事权利的一种，同样存在滥用的可能。代理权的一般滥用行为包括违反内部义务的行为、不忠实行为和恶意串通行为，并以相对人的恶意为构成要件，在效力上，恶意串通行为应无效，其他行为构成无权代理；特殊滥用行为包括自己代理与双方代理，在效力上应按无权代理处理，但本人事先许诺或事后追认的行为、代理人专属履行债务的行为以及使本人纯获利益的行为除外。

【关键词】代理权滥用 一般滥用行为 自己代理 双方代理

孟德斯鸠曾说："一切有权利的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。"[①]因为任何权利的规定，原则上只是确定一种规范，将人们的行为纳入一定的范围，而不是具体规定权利主体如何行使权利以实现权利的内容，这就为权利人滥用权利留下了空隙，所以滥用权利的现象也就成为必然。代理权作为民事权利的一种，自然也不例外。无论法定代理，还是意定代理，都存在代理人滥用代理权的可能。滥用代理权的特征是，在外观上，代理人的行为是在代理权的范围内实施的，是行使代理权的行为，但在实质上，该行为违背了代理权的本旨或者逾越了代理权的正当界限，因而是一种违法行为。滥用代理权的行为，在实践中表现得较为复杂，例如违背本人的指令、违反内部关系中的义务，也或者与相对人恶意串通损害本人的利益，等等。各国立法对滥用代理权的情形，一般均有明文规定予以限制。具体立法模式是，对于在实践中滥用可能性大、可以被类型化的典型行为，设立特别规则予以限制，例如自己代理与双方代理之禁止；对于那些无法被类型化的非典型行为，则设立一般规则予以限制。立法对之有特别规定者，属于特殊滥用行为，无特别规定者，则属于一般滥用行为。我国新颁布的《民法总则》也采纳了这一立法模式，在第 168 条规定了特殊滥用行为（自己代理与双方代理）的禁止规则，在第 164 条规定了一般滥用行为的禁止规则。对于上述规定，在司法实践中如何认定滥用行为，滥用代理权的法律后果是什么，以及是否存在例外情形等，均需要在理论上首先予以澄清。

* 汪渊智，山西大学法学院教授。本文为作者主持的 2013 年国家社科基金项目《我国民法典总则中代理制度立法研究》（13BFX086）的阶段性成果。

① [法]孟德斯鸠著《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆 1995 年版，第 154 页。

一、一般滥用行为之禁止

《民法总则》第 164 条第 1 款："代理人不履行或者不完全履行职责，造成被代理人损害的，应当承担民事责任"。第 2 款："代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任"。本条是关于一般滥用行为的规定，其中第 1 款是违反内部义务的行为，第 2 款则是恶意串通行为。

（一）一般滥用行为的常见情形

1、违反内部义务的行为。代理人超越代理权实施代理行为，在构成权利外观责任时，由本人负授权人责任，如果不构成权利外观责任时，则属于无权代理，应产生无权代理人责任。然而，代理人的行为未逾越代理权限，但却违反因内部关系而生的义务时，尽管明显有损于本人的利益，基于对交易安全保护的需要，如果代理行为的相对人为善意时，该代理行为仍然有效，本人必须受其约束；如果相对人是恶意的，无信赖保护之必要时，代理人违反内部关系之义务的行为，依然允许其产生代理行为的有效后果，将风险分配于被代理人则有失公平，因而，代理法应对此种情形下的代理权滥用行为予以禁止。例如，经理人将公司的款项划至他女友的账户上；监护人以被监护人的名义，不与他的妻子订立合同（此种行为属于法律明确禁止的行为），而与他的情妇订立合同。

王泽鉴教授认为，代理人于从事代理行为时，虽未超过其代理权限，但违反其内部关系的义务时，应属于代理权滥用[①]。对此，"应区别的是代理权的外部关系与存在于本人及代理人间的内部关系。代理权涉及外部关系上的'法律上的能为'；'法律上的得为'则来自内部关系"。[②]的确，在意定代理的情况下，根据拉班德所提出的"抽象性原则"，代理权的范围所涵盖之"可为"，独立于其内部关系之义务拘束的"应为"。代理权与其基础关系的相互独立，使"应为"和"可为"的区分成为可能。代理人在代理权范围内"可以"从事这样或那样的法律行为，即使他并不"应该"这样做。"可以"涉及的是代理权的外部关系，而"应该"则来源于代理权的内部关系的束缚，也就是受到其基础法律关系的制约。代理权滥用仅涉及代理权的内部关系，即代理人违反内部关系产生的义务而行使代理权的行为。若代理人超越了外部关系，则构成超越代理权，属于无权代理；在法定代理的情况下，代理权来自于法律的直接规定，代理权当然独立于其基础关系。但是如前所述，基于更好保护被代理人利益的政策考量，法律对法定代理人

① 王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社 2001 年版，第 297 页。

② 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 438 页。

也同时规定了义务范围，法定代理同样存在代理人违反来源于义务拘束的“应为”而行使代理权的行为，这也构成代理权的滥用。可见，在承认代理权依照“抽象性原则”独立于其基础关系，也存在代理权滥用的限制问题。正如弗卢梅教授所言：“代理权虽然在法律技术上独立于义务拘束，但是该义务拘束仍然属于代理制度。”[①]

可见，无论是意定代理人还是法定代理人，都不能“任意”实施行为，代理人在实施代理行为时必须顾及自己对于被代理人所承担的义务（这种义务在意定代理的场合来自于被代理人与代理人之间的内部约定，在法定代理的场合来自于法律的明文规定），如果违反该义务而行使代理权，即构成代理权的滥用。实践中，违反内部义务的行为，主要表现在违背本人的指令所实施的行为，对此，《菲律宾民法典》第 1887 条规定：“在实施代理时，代理人应按本人指令行事。没有本人的指令的，代理人应根据事务性质的要求，以善良家父的方式行事”。第 1888 条又规定，“代理人实施代理会明显导致本人遭受损失或损害的，即不应实施”。《民法总则》第一百六十四条第 1 款规定：“代理人不履行或者不完全履行职责，造成被代理人损害的，应当承担民事责任”。此之所谓“不履行或者不完全履行职责”，应当解释为违反内部关系义务。

2、恶意串通行为。滥用代理权的情形，最严重者莫过于代理人与相对人合谋损害被代理人利益的行为，如监护人和他的情妇意欲侵夺被监护人财产的行为。此类行为，在德国依照民法典第 138 条的规定，直接构成违反善良风俗的恶意串通行为，应为无效。《民法总则》第一百六十四条第 2 款规定：“代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任”。

3、不忠诚行为。《美国代理法重述（第三次）》第 8.01 条“一般诚信原则”中规定，代理人负有诚信义务，即在所有与代理关系有关的事项中代表委托人的利益忠实地实施代理行为。如果代理人的行为违反诚信原则，实施了对本人不忠诚的行为，也应属于滥用代理权的行为。按照《美国代理法重述（第三次）》的规定，这些不忠实行为表现在：一是基于身份获得重大利益的行为，即代理人在代表本人利益进行交易或实施其他行为的过程中，或者利用代理人的代理地位，从第三人处获取重大利益（第 8.01 条）；二是代表对方利益的行为，即在与代理关系相关的交易中，代理人代表对方的利益与委托人进行交易（第 8.03 条）；三是竞争行为，即在代理关系持续期间，代理人实施的行为与委托人形成竞争，或者实施了代表委托人竞争对手的利益的行为或帮助委托人的竞争对手。上述行为，均属于违反诚实信用原则的行为。对此，我国《民法总则》虽然没有明确规定，但在第 7 条规定，民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守

[①] 【德】维也纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 939 页。

承诺。第 132 条又规定：民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。

（二）一般滥用行为的界定

判断代理权滥用的标准是什么？有人主张，应以代理人的恶意行为作为基准，但是如果代理人没有恶意时，就无法处理滥用案件。主流观点认为，应当以相对人是否值得保护之要求为标准[①]，即只有在相对人不应当受到法律的保护时，否认代理权的行使才具有合理性。但如何确定相对人是否值得保护，有三种观点：第一种观点认为，相对人必须积极地知道了代理权的滥用，才能认定为相对人不应受法律的保护；第二种观点认为，只要相对人应当知道代理权的滥用即可，而不论他是否实际知道，即可认定为不应受法律的保护；第三种观点认为，代理权的滥用必须具有明显性，即相对人根据其知悉的一切情形，只要不是熟视无睹，就不可能不知道这种滥用[②]，换言之，在任何一个人看来，代理人的行为显然在滥用代理权时，就可以认定相对人不应受法律的保护了。上述三种观点中，第一种观点的不足是，积极地知道几乎是无法证明的；第二种观点会给法律交易增加过重的负担，因为它给相对人设定了调查内部关系或者甚至探究被代理人真实利益的义务。第三种观点受到多数人的支持，占据主导地位。因为，如果代理人以显属有疑的方式行使其代理权，以致合同相对人对之非产生合理的疑虑不可，即怀疑代理人对被代理人有有违诚信的行为，那么，被代理人应当受到保护，以免受滥用代理权行为的危害。

在前述滥用行为中，代理人与相对人恶意串通损害被代理人利益的行为，相对人具有明显的恶意，无疑应构成滥用代理权。但是，大多数的滥用代理权的行为都比较隐蔽，行为也并非如此恶劣，因为通常情况下并不是双方都具有明显损害被代理人利益的意图。例如，甲委托乙出售某物，授予代理权，表示售价不低得低于 5 万元。丙表示愿以 6 万元购买该物，乙拒绝其要约，但以 5 万元的价格出售于丁，而丁明知其事。此例中，丁明知甲乙之间有最低售价的约定，乙曾拒绝丙 6 万元的要约时，甲得主张乙滥用代理权而否认其效力。又如，意定代理人，由相对人收受贿赂，以廉价出卖本人之物品。法定代理人无为本人借款之必要，而为自己之用，由他人借入金钱。

无论何种滥用代理权的情形，在结果上必须是损害了被代理人的利益，该利益可以是主观利益，也可以是客观利益。法定代理作为意思自治的补充，应尊重本人的客观利益。意定代理作为意思自治的扩张，应尊重本人的主观的利益，即

[①] 黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 150 页。
[②] 【德】迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 729 页。

应尊重其本人的意思，如果代理人的行为即使不反于本人的利益，只是违反本人之意愿而行使代理权，仍应构成代理权的滥用。相反，只要符合本人的意愿，即使在客观上为本人带来了不利益，也不构成意定代理权的滥用[①]。

（三）一般滥用行为的法律后果

代理人滥用代理权的行为，其后果如何？有人主张，代理行为仍然有效成立，但如果相对人知道其滥用之事实或因为自己的过失而不知道其滥用的，被代理人可以恶意之抗辩对抗相对人；还有人主张，代理行为原则上有效，但相对人知道代理人之不正的意思或可得而知者，代理行为应无效；也有人主张，既是权利之滥用，则不应认为有权利或权限，此时应为无权代理。学界多赞同后一种主张，因为代理权的滥用只要不是双方恶意串通损害被代理人的利益，法律没有必要完全否认此类行为的效力，只要不使不利于被代理人的效果发生，或者是否发生效果由被代理人的追认来决定就可以了。德国学者海因里希•施托尔将代理权的滥用划分为代理人所实施的背离目的的行为、违反义务的行为和不忠诚行为。当背离目的的行为没有为授权的本意涵盖时，该行为不生效力；违反义务的行为，特别是违反指示而实施的行为，不影响代理行为的效力；不忠诚的行为应当无效，这是因为，行为相对人应对被代理人负有保护义务。[②]德国帝国法院在 1902 年作出如下判决："基于意定代理权的概念和法律性质……意定代理人原则上不应在明知将会违反授权人意思的情况下做出意思表示，意定代理人不能基于该意思表示相对于授权人享有权利，同样地，知道授权人具有不同意思且可以认识到意定代理权被滥用的第三人也不能相对于授权人主张权利"。[③]葡萄牙民法典第 269 条规定："上条之规定适用于代理人滥用其权力之情况，但以他方当事人明知或应知悉该滥用代理为限"。根据这一条文，尽管葡萄牙未对什么是代理权的滥用做出规定，但滥用代理权的后果即为第 268 条规定的无权代理的后果。《阿根廷共和国民法典》第 1907 条、《智利共和国民法典》第 2149 条都规定，委任的执行明显有损于委任人的，受任人应不予履行。

我国《民法总则》对于代理人滥用代理权的行为，产生何种法律后果，没有明文规定，参考上述国家的立法与司法实践，应当区分两种情形分别处理：一是对于代理人与相对人恶意串通实施的行为，应无效；二是对于其他滥用行为，包括违反指令行为、不忠诚行为等，应构成无权代理。

① 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 537 页。
② 【德国】维尔纳•弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 943 页。
③ 《帝国法院判例集》15，第 96 页以下，第 99 页。转引自【德国】维尔纳•弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 940 页。

二、特殊滥用行为之禁止

《民法总则》第 168 条第 1 款："代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外"。第 2 款："代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外"。本条是关于特殊滥用行为的规定，其中第 1 款是自己代理行为，第 2 款是双方代理行为，这两种滥用行为，在理论上统称为自我行为。

（一）禁止自我行为的法理依据

代理人实施代理行为完全是为了被代理人的利益进行的，如果在代理过程中与代理人自己的利益发生了冲突，必然会损害被代理人的利益，这样就违背了代理制度的本旨，因而法律通常规定，代理人不得以被代理人的名义与自己从事法律行为，也不得以被代理人的代理人、同时又作为第三人的代理人从事同一法律行为，此类行为在理论上称之为"自我行为"[①]。

自我行为表现为以下两类：一是自己代理，即代理人以本人的名义与自己从事法律行为。实践中主要存在两种情况，一种是代理人以自己的名义向被代理人发出要约且代理人以被代理人的名义予以承诺；另一种情况是代理人以被代理人的名义向自己发出要约且以自己的名义进行承诺。二是双方代理，即代理人同时代理本人和相对人为同一法律行为。双方代理的特点是：首先，代理人同时获得了本人和相对人的授权，如果仅有一方的授权，不构成双方代理；其次，双方授权的内容是相同的，如果授权的内容、代理事项等不同，也不发生双方代理；再次，代理人同时代理双方为同一法律行为[②]。

自我行为之所以为各国立法所禁止，在学界有两种观点：一是当然规定说。该说认为，契约以有当事人二人以上为必要，而自己代理或双方代理系一人而兼双方当事人之资格，故于契约之性质不合，当然不得为之；二是非真实意愿说。该说认为，在自我行为中，除了代理人外，并不存在其他人作为表意人或意思表示受领人。尽管该行为对外具有可识别性，但法律行为完全是在代理人的大脑中进行的，行为双方当事人只是在理念上，即在代理人的大脑中相互接触[③]，未能真实、充分地反映双方当事人的意愿，因而一般受到各国立法之限制；三是便宜说。该说认为，自己代理或双方代理在理论上虽非不可能，但因契约当事人双方利害互异，代理人之公正甚难自处，而代理人之狡黠者，又不免厚己薄人，故法

① [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 723 页。
② 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 648 页。
③ 【德】迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 723 页。

律为保护本人之利益计，为谋代理人之便宜计，遂设有此种禁止规定[①]。本文同意后一种观点。因为，无论在何种代理关系中，有一点是内在不变的，即代理人在履行自己所受指令时，即使在其自身利益和本人利益存在冲突时，将代表本人而不是自己或其他人的利益行事[②]。自己代理或双方代理虽说在理论上是可行的，但这种认可并不是毫无边际的，如果此种代理将会产生与本人的利益冲突的危险时，基于公平正义的考量，法律不得不限制这一代理权的行使。换言之，无论是自己代理，还是双方代理，代理人都必须为本人的利益而行为，如果违反了代理人负有的忠实义务和善良管理人的注意义务，使自己的利益与被代理人的利益发生冲突，自应受法律的限制。

（二）禁止自我行为的域外立法

大陆法系各国的立法大都明文禁止自我行为。如，法国民法典第 1596 条规定："下列诸人，不得自己买受，或以他人之介入，而为买受下列财产，违反之者其行为无效。1、监护人对于受监护人之财产；2、受监护人对于受托出卖之财产"。德国民法典第 181 条规定："代理人无特别许可，不得以本人名义与自己为法律行为，亦不得为第三人之代理人与本人为法律行为；但法律行为系专以履行义务为目的者，不在此限"。日本民法典第 108 条也规定："无论何人，不得就同一法律行为，为其相对人之代理人或双方当事人之代理人，但债务之履行，不在此限。"荷兰民法典第 3:68 条规定："除另有规定外，代理人仅在所拟实施的与本人之间的法律行为的内容十分确定，足以排除双方之间的利益冲突时，方可与本人实施此种法律行为"。瑞士债法典第 464 条专门针对经理人的自我行为作出了限制："负责经理之责的雇员与授权的经理人被任命为整个企业的经理，或者为其自己利益或者为第三人利益受雇于其他企业所有人的，所达成的交易在委托人的商事范围之内的无效。违反本规定的，委托人有权请求赔偿，为自己利益接管有争议的交易"。此外，大陆法系国家如俄罗斯联邦民法典第 182 条第 3 项、韩国民法典第 124 条、越南民法典第 153 条第 5 项、台湾地区民法典第 106 条[③]等均有规定。我国早在 1981 年制定的《经济合同法》第 7 条第 1 款第（三）项规定："代理人超越代理权限签订的合同或者以被代理人的名义同自己或者同自

① 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 311~312 页。
② 张玉卿主编：《国际商事合同通则 2004》，中国商务出版社 2005 年版，第 235 页。
③ 俄罗斯联邦民法典第 182 条第 3 项规定："代理人不得以被代理人的名义与其本人实施法律行为，也不得以被代理人的名义与他同时所代理的其他人实施法律行为，但商业代理的情形除外"。韩国民法典第 124 条规定："代理人非经本人的许诺，不得为本人与自己实施法律行为，或就同一法律行为代理双方当事人。但可以履行债务。"越南民法典迪 153 条第 5 项规定："代理人不得以被代理人的名义同自己进行民事交易，也不得以被代理人的名义同自己所代理的第三人进行民事交易"。台湾地区民法典第 106 条规定："代理人非经本人之许诺，不得为本人与自己之法律行为，亦不得既为第三人之代理人，而为本人与第三人之法律行为。但其法律行为，系专履行债务者，不在此限"。

己所代理的其他人签订的合同无效"。1993 年修订该法时，仍保留了这一规定，但 1999 年颁布的统一的《合同法》又放弃了这一规定。

与自己利益冲突的代理，在英美法系国家也同样受到禁止。英美代理法认为，代理人不得从事双方代理行为，除非代理人已经向双方被代理人全面披露了各种重要的事实，并且征得了他们的同意。如英国，代理人对于本人具有广泛的"信托"义务，意即代理人必须不使自己的利益与他对本人所负的义务相冲突。因此，本人可以不承认代理人与他自己、指定的人、亲戚或当他亦为他人的代理人时与自己或者在他自己利益与本人的利益相冲突的其他情况下所进行的任何交易。唯一的例外是，代理人已将拟议的交易全部通知本人，并且已获得他的同意。即使在交易实际上有利于本人或代理人认为有利于本人的情况下，也是这么要求的[①]。所以，作为借款人的代理人在参与合同谈判时，不得担任贷款人的代理人；作为被保险人的代理人，不得担任保险人的代理人出具保险评估报告，因为这种评估报告直接影响到被保险人对保险人的赔偿请求权。《美国代理法重述（第三次）》第 5.04 条规定："以判定委托人与第三人之间的法律关系为目的，如果在某项交易或事件中，代理人仅以自己或第三人之外的人的利益为目的，并以不利于委托人的方式实施代理行为的，代理人知道或有理由知道的某一事实的通知，对委托人不产生效力。但有下列情形的，该通知仍对委托人有效：(a) 为保护与委托人善意交易的第三人的利益而为必要时；或者 (b) 委托人追认或有意保留了基于代理人的行为而获得的一项利益的。通过代理人与委托人进行交易的第三人，知道或有理由知道代理人以不利于委托人的方式实施代理行为的，该第三人不属于上述条款中的善意"。但需要指出的是，英美法院认为，在双方被代理人存在利益冲突的情况下，如果代理人对其中任何一方被代理人履行代理职责，都会导致代理人对另一方被代理人所负忠实义务的违反，那么法院不得根据一方被代理人的请求，判决代理人向自己履行代理职责。之所以这样，是为了确保法院一碗水端平[②]。作为代理人不能把自己的利益置于和被代理人利益相冲突位置的理念的延伸，英美代理法还认为，代理人不得利用自己作为代理人的地位从第三人处谋取利益，也不得在未经被代理人同意的情况下，擅自利用被代理人的财产或者在代理关系中获得的商业秘密，为自己谋取私利。凡是代理人通过上述方式取得的任何利益都应如数返还被代理人，而且此种返还责任十分严格：即使代理人在谋取私利的过程中承担了风险，支出了成本和费用时，也必须如数返还；即使被代理人在代理人谋取私利的过程中没有遭受丝毫的损失，也是如此。

在国际代理立法中，也针对代理人与本人的利益冲突情形予以限制，如《国

① 【德】海因·克茨：《欧洲合同法》（上卷），周忠海等译，法律出版社 2001 年版，第 330 页。
② 徐海燕：《英美代理法研究》，法律出版社 2000 年版，第 203 页。

际商事合同通则》第 2.2.7 条规定："(1) 如果代理人缔结的合同涉及到代理人与本人存在利益冲突，而且第三方已知或应知这一情况，则本人可主张合同无效。主张无效的权利由第 3.12 条和第 3.14 条至第 3.17 条调整。(2) 但是，本人在以下情况不得主张合同无效：(a) 本人已经同意，或已知或应知代理人涉及利益冲突；或 (b) 代理人已经披露与本人的利益冲突，但本人在合理时间内并未提出反对"。根据《通则》第 2.2.7 条评论 1 的归纳，可能导致本人利益同代理人利益或其他人利益存在冲突的情形有三种：一是代理人同时为两位本人行事，即双方代理；二是代理人与自己订立合同，即自己代理；三是代理人与同自己存在利益关系的实体订立合同。《欧洲合同法原则》第 3:205 条也规定："1、如果代理人订立的合同涉及为第三方所了解的或不可能不知道的与本人有冲突的利益，本人可依据本原则第 4:112 条和 4:116 条的规定终止此合同。2、在下列情况下视为与本人有冲突的利益：(1) 代理人同时作为该第三人的代理人；或 (2) 代理人与他自己订立合同。3、在下列情况下，本人不得终止合同：(1) 本人已经同意或不可能不知道该代理人的上述行为；或 (2) 代理人向本人披露了有关利益的冲突情况，而本人未能在合理的时间内对此提出异议"。

（三）自我行为的法律后果

自我行为的效力如何？学说意见不一，主要有两种观点：其一，无效说。该说认为，自己代理与双方代理之禁止，是保护公益之强行规定，苟有违反，应为无效；其二，无权代理说。该说认为，自己代理与双方代理之禁止，是保护私益之任意规定，纵有违反，亦属无权代理行为，而非当然无效。在各国的立法例中，有三种：第一，法国、美国以及国际代理立法中规定自己代理与双方代理属于无效代理行为。如根据《国际商事合同通则》第 2.2.7 条的规定，本人可宣告上述合同无效，其条件是：1. 代理人签订的合同使得代理人与本人之间产生利益冲突。这是本人宣告合同无效的实质条件。2. 第三人知道或者应当知道该利益冲突，此条件主要是为了保护善意第三人。需要说明的是，一般情况下，本人须同时具备上述两个条件方可宣告合同无效。但如果是自己代理，本人只需满足第一个条件。但是，如果本人事先同意代理人或事后追认代理人在利益冲突下行事或者本人知道或应当知道代理人将如此行事，则本人将丧失宣告合同无效的权利。同样，如果代理人订立合同时将利益冲突的情况通知本人，而本人不表示反对的，则本人也将无法行使宣告合同无效的权利。第二，意大利、葡萄牙以及我国澳门地区民法典则规定为可撤销的代理行为[①]。第三，多数的大陆法系国家如德国、日本、

① 意大利民法典第 1394 条规定："由代理人缔结的、与被代理人利益相冲突的契约，在第三人知道或者可知道的情况下，得根据被代理人的请求而撤销"。第 1395 条又规定："代理人为自己的利益或者作为另一

荷兰、俄罗斯、韩国、越南以及我国台湾地区没有明确规定其效力，只是在法律上宣示"不得"实施或"禁止"实施。我国《民法总则》第一百六十八条的规定即属于此种立法例。

本文认为，自我行为应属于无权代理行为。无效说将被代理人的利益归之为公益，显然不妥。因为无论是自己代理还是双方代理，发生冲突的只是代理人与被代理人之间的利益冲突，而代理人和被代理人的利益是特定的个体利益，难以上升为不特定的多数人的利益，因而不属于社会公共利益，因此这一结论的逻辑前提就是错误的。至于意大利、葡萄牙等国规定的可撤销说，与无权代理人相比，对被代理人的保护不利。原因是，无权代理行为所签的合同为效力待追认的合同，是否生效取决于被代理人的追认，此时被代理人掌握主动权；而在可撤销的场合，合同已对相对人生效，只是被代理人享有合同撤销权，如果被代理人已受有不利益时即可行使撤销权予以否定合同的效力，此时被代理人只是被动地享有撤销权，不占据主动地位，所以无权代理的效果更有利于对被代理人利益的保护。

（四）禁止自我行为的例外

法律禁止自己代理和双方代理，其目的是为了防止本人与代理人的利益发生冲突，但这种冲突仅仅是一种可能性，如果不会发生冲突或者本人愿意承受这种不利益时，法律没有必要强行干预，毕竟这种冲突只是个人利益之间的冲突，所以，基于意思自治原则和进一步保护被代理人利益的考虑，各国立法均设立一些例外情形，承认这种自我行为的效力：第一，本人预先对自己代理或双方代理作出许可，允许代理人实施此种代理行为，排除适用法律的禁止性规定；第二，代理行为系专为履行债务。虽未经本人许诺，但其所代为之法律行为，如系专履行债务时，不属于禁止之列。因为债务已届清偿期，代理人虽然一方面代理给付，另一方面又代理受领，但并不是新创设利害关系，只是完成已成立的利害关系而已，因而不发生利害冲突，法律对此例外地不加以禁止。当然，此之所谓清偿乃专指单纯的清偿而已，如果是代物清偿，属于重新交换利益，故不应允许。此外，抵销是相互清偿之简易方法，而非重新交换利益，因此解释上应当被许可。第三，使本人纯获利益的代理行为。代理行为于本人纯获法律上利益，本人与代理人之间不仅无利益冲突，反而使本人利益增加，自当允许该种行为。第四，法律规定

方的代理人与自己缔结的契约得被撤销，但是，经被代理人特别授权的或者契约的内容被确认排除了利益冲突可能的不在此限"。葡萄牙民法典第 261 条规定："一、对于代理人与自己作成之事务可予撤销，不论在有关事务中该代理人之另一身份为其本人或为第三人之代理人，但被代理人曾就该事务之订立特别给予同意，又或基于该事务之性质而排除出现利益冲突之可能性者除外。二、为着上款规定之效力，由具有复代理权之人所作之法律事务，视为由代理人作出"。澳门民法典第 254 条也与葡萄牙民法典第 261 条一样作出了相同的规定。

的其他情形。比如大陆法系各国立法规定的行纪人的介入权情形，即行纪人按照委托人的指示，实施行纪行为时，有权以自己作为买受人或者出卖人与委托人进行交易活动。我国《民法总则》第168条仅规定了本人事先同意或者事后追认两种情形，但在解释上应当将代理人专属履行债务的行为、使本人纯获利益的行为包括在内。

最后需要指出的是，自己代理或双方代理从表面上看存在着当事人的同一性，但在本质上却是利益冲突，因而判断是否构成自我行为仅仅根据表面现象是不够的，有些代理行为外表上不存在同一性，但在实质上存在被代理人与代理人之间的利益冲突时，也应适用自我行为的禁止规定。例如，代理人通过某种计谋排除当事人同一性的行为，即如他任命一个复代理人并与该复代理人订立合同，或者为自己任命一个代理人并与该代理人订立合同。具体来说，在前者，代理人同时是被代理人A和被代理人B的代理人，此时代理人为A任命一个复代理人C，然后代理人就以B的名义与C订立合同，此种情形实质上还是双方代理。在后者，代理人A为自己任命了一个代理人B，然后A以被代理人的名义与代理人B签订合同，此种情形实质上也是自己代理。但是，如果代理人选任复代理人，而为自己与复代理人间之法律关系，非自己代理或双方代理，原则上应为有效[1]。

[1] 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第536页。

《民法总则》中的代理制度评析

杨代雄*

华东政法大学法律学院教授

《民法总则》第七章规定代理，包含三节。第一节是“一般规定”，第二节是“委托代理”，第三节是“代理终止”，三节共计15个条文。以下重点阐述与原有法律（《民法通则》、《合同法》）相比有所变化的规定以及若干存在较大争议的规定。

一、增减之规定

（一）增加之规定

与《民法通则》以及《合同法》相比较，《民法总则》关于代理增加了若干规定，主要包括：

1. 第166条

该条规定：“数人为同一代理事项的代理人的，应当共同行使代理权，但是当事人另有约定的除外。”据此，在共同代理情形中，以各代理人共同实施代理行为为原则。《民法通则》以及《合同法》对此未作明文规定。

2. 第168条

该条第1款规定：“代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。”第2款规定：“代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外。”其中第1款是关于自己代理的规定，第2款是关于双方代理的规定。1982年生效的《经济合同法》第7条第1款第3项曾规定，以自己代理或双方代理方式订立的合同无效。不过，1999年生效的《合同法》未保留此项规定，形成法律漏洞。此后，司法实践中对于自己代理与双方代理往往依据《合同法》第52条第2项认定为恶意串通损害第三人（被代理人）利益，判定合同无效[①]。《民法总则》第168条既然已经对此予以明文规定，将来自然不必再适用恶意串通条款。

《民法总则》第168条未明文规定自己代理与双方代理的法律效果，在规范设计上与《德国民法典》第181条存在相似之处。依德国法通说，自己代理与双方代理的法律行为并非无效，而是效力待定，类似于无权代理的法律行为，经被代理人追认的，可以发生效力[②]。《德国民法典》第181条并未提及被代理人的追认，尚且可以解释为效力待定，《民法总则》第168条明确提到被代理人的追认，当然更应解释为效力待定[③]。

* 杨代雄（1976—），男，华东政法大学教授，博士生导师。

① 代表性判例是北京市高级人民法院对“北京鹏娜影视咨询有限公司与北京东方雨虹广告有限公司、王某损害公司权益纠纷案”作出的“(2008)高民终字第837号”判决。

② MünchKomm/Schramm, §181, Rn.41.

③ 但我国有学者认为自己代理与双方代理的法律行为无效，参见郭明瑞主编：《民法》，高等教育出版社2007年版，第135页。另有学者认为此类法律行为可撤销，被代理人享有撤销权，

值得注意的是，从学理上看，《民法总则》第168条规定的自己代理与双方代理不仅涉及委托代理（意定代理），也涉及法定代理[①]，但该条却被置于第七章第二节“委托代理”之下，而不是置于第一节“一般规定”之下，显然不妥。在解释上，应突破立法结构的束缚，将该条解释为普遍适用于各种代理。事实上，第166条也存在类似问题。共同代理不仅适用于意定代理，对于法定代理也应有适用余地，比如父母共同担任子女的法定代理人[②]。

3. 第170条

《民法总则》第170条第1款规定：“执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。”该款规定的就是我国民法文献中所谓的职务代理，即代理权是根据所担任的职务而产生的代理[③]。关于这种代理的性质，学界曾有争议，[④]一直到《民法总则》起草过程中依然有不同观点[⑤]。该款处于第二节“委托代理”之下，立法者显然将职务代理视为意定代理。这种定性是正确的，因为法人、非法人组织委任某员工担任某项职务，该职务的内容包含对外实施法律行为的，委任行为构成一项授权表示[⑥]，法人、非法人组织借此将代理权授予该员工。

4. 第173条第4项、第5项和第174条

《民法总则》第173条第4项规定被代理人死亡是委托代理终止的原因，第5项规定作为代理人的法人、非法人组织终止是委托代理终止的原因，《民法通则》对此未作规定。《民法总则》第174条规定，被代理人死亡后，在若干情形下委托代理人实施的代理行为有效。该条规定来源于最高人民法院《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第82条。

（二）删减之规定

关于代理，与《民法通则》以及《合同法》相比较，《民法总则》删减了若干规定，主要包括：

1. 关于指定代理之规定

《民法通则》第64条规定：“代理包括委托代理、法定代理和指定代理。”所谓指定代理权即因法院或其他单位的指定而取得代理权。比如法院依据利害关系人的申请，为失踪人指定财产代管人，代管人因此取得代理权。再如，依《民法通则》第16条第2款，对担任监护人有争议的，由未成年人父母所在单位或未成年人住所地的居委会、村委会在近亲属中指定，第17条第2款也有类似规定。在《民法总则》中，相应的规定是第31条。被指定担任监护人

参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2006年版，第183页；谢鸿飞：《代理部分立法的基本理念和重要制度》，《华东政法大学学报》2016年第5期。

[①] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2004, S.858；王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第431页。

[②] Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB,10.Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2010, S.387; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2004, S.837.

[③] 使用“职务代理”这一术语的早期文献如江平、张佩霖编著：《民法教程》，中国政法大学出版社1986年版，第95页。

[④] 详见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社1998年版，第288页。

[⑤] “民法总则立法背景与观点全集”编写组：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社2017年版，第285页、342页、412页。

[⑥] Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB,10.Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2010, S.385.

的近亲属因此取得对被监护人的代理权，亦为指定代理权。[①]事实上，“指定代理”也是法定代理的一种。监护人与财产代管人的职责并不限于为被监护人或失踪人对外实施法律行为，还包括很多不需要作出意思表示的财产管理或生活照管行为。因此，指定某人担任监护人或财产代管人不等于授予其代理权，毋宁说，代理权的取得原因是法律的规定：法律基于监护人和财产代管人的身份赋予其代理权。《民法总则》第34条第1款前半句就是这样的法律规定。只有监护人和财产代管人身份的取得依赖于法院或其他单位的意志，代理权的取得并不依赖于法院或其他单位的意志，即便法院或其他单位不希望监护人和财产代管人对外实施法律行为，也不影响其取得代理权。

鉴于所谓的指定代理并非独立类型的代理，《民法总则》第163条列举的代理类型仅包括委托代理和法定代理，未包括指定代理。当然，在起草过程中有不同的意见。2016年2月草拟的《民法总则草案（非公开征求意见稿）》第119条第1款曾规定：“代理包括委托代理、法定代理和指定代理。”在随后的征求意见过程中，有的单位建议将指定代理纳入法定代理之中[②]。全国人大常委会法工委采纳了此项建议，所以在《民法总则草案（一审稿）》第143条第1款中不再规定指定代理。

2. 关于容忍代理或默示授权之规定

《民法通则》第66条第1款第3句规定：“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”对于该项规定的含义，民法理论界与实务界存在多种理解。20世纪90年代之后，对于《民法通则》第66条第1款第3句规定的性质，我国民法学界逐渐形成四种观点。第一种观点认为，该项规定属于表见代理的一种。比如佟柔先生认为，如果被代理人知道他人以自己的名义实施民事行为，既不作承认的意思表示，也不予以否认，便构成表见代理，我国《民法通则》第66条第1款规定的情形就是如此。[③]郭明瑞、张俊浩、龙卫球、马俊驹、余延满、孔祥俊等学者也持类似观点。[④]第二种观点认为，该项规定不属于表见代理，而是与表见代理有所区别的容忍代理。[⑤]第三种观点认为，该项规定属于无权代理完成之后，被代理人的默示追认，并认为该项规定已被《合同法》第48条第2款取代。[⑥]第四种观点认为，该项规定属于默示授权，理由是：容忍代理在性质上属于一种表见代理，在《合同法》第49条已经对表见代理作专门规定的情况下，不宜再将《民法通则》第66条第1款

[①] 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版，第619页。

[②] “民法总则立法背景与观点全集”编写组：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社2017年版，第339页。

[③] 佟柔：《中国民法学：民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版，第297页。

[④] 郭明瑞主编：《民法》，高等教育出版社2007年第2版，第140页；张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社2000年版，第276页；龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年第2版，第589页；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社1998年版，第307页；孔祥俊：《表见代理的适用》，《法学研究》1991年第1期。

[⑤] 李永军：《民法总论》，法律出版社2006年版，第706—707页；李建华等：《民法总论》，科学出版社2007年版，第202页。采用此观点的代表性判例是北京市第一中级人民法院对“北京市石景建材公司与北京市房山区建筑企业集团总公司、王某货款纠纷案”作出的调解书以及上海市高级人民法院对“权某与中谷期货经纪有限公司期货合同纠纷案”作出的“(2005)沪高民二(商)终字第91号”判决。

[⑥] 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年第2版，第257页；王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版，第691页。采用此观点的代表性判例是最高人民法院对“赣南师范学院矿产品加工厂与甘肃稀土公司购销合同纠纷案”作出的判决。

第3句之规定解释为容忍代理，否则法院在依据该项规定作出裁判时可能不为其补充构成要件，而是直接以被代理人对代理行为的容忍为由认定发生代理的效果，导致裁判结论欠缺妥当性。反之，将容忍代理纳入《合同法》第49条，在表见代理的构成要件框架内判定是否构成容忍代理，更为稳妥。《民法通则》第66条第1款第3句应该解释为默示授权，知情的被代理人对代理行为都没有表示反对，从中可推断出其具有授予代理权之意思。[①]

《民法总则》第171条在规定无权代理时并未将《民法通则》第66条第1款第3句纳入其中，对于“本人知道他人以本人名义实施民事法律行为而不作否认表示”未作专门规定。如果仅仅将《民法通则》第66条第1款第3句理解为容忍代理，不将其纳入《民法总则》无可厚非，这样的规定是多余的，[②]实践中对于容忍代理完全可以纳入《民法总则》第172条关于表见代理的规范框架内予以裁断。不过，“本人知道他人以本人名义实施民事法律行为而不作否认表示”还可能构成默示授权，包括默示外部授权与默示内部授权。默示外部授权是指相对人依据所知的全部情事可以而且事实上已经从被代理人的行为中推知其有授权之意。默示的外部授权与容忍代理界限并不明显，唯一的区别在于：默示的外部授权往往要求被代理人有某种积极的行为，如对代理人与第三人此前订立的合同予以履行，而容忍代理只要求被代理人存在单纯的容忍，即不作为。[③]这种细微的差别在解释法律时几乎可以忽略不计。因此，在《民法总则》未专门规定默示授权的情况下，将默示外部授权之案型视为容忍代理纳入《民法总则》第172条未尝不可。不过，对于默示内部授权则不能如此处理。默示的内部授权与容忍代理存在两点区别：其一，默示的内部授权要求代理人对被代理人可推断之授权意思表示产生信赖，而容忍代理没有这项要求，即便代理人知道被代理人并无授权之意，只要符合其他要件，也成立容忍代理。其二，默示的内部授权不要求第三人对代理权之存在产生信赖，而容忍代理则有此要求。区别如此明显，在适用法律时自然不能等同处理。可否依据《民法总则》第163条第2款第1句关于代理权授予之规定，将被代理人“不作否认表示”解释为默示授权？单纯的“不作否认表示”仅仅是沉默。《民法总则》第140条第2款规定：“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。”[④]据此，仅当被代理人此前多次以沉默的方式授予代理权从而在其与代理人之间形成交易习惯的情况下，才能再次将其“不作否认表示”视为默示内部授权。否则，仅当被代理人除了“不作否认表示”之外还有其他积极举动的情况下，才可以考虑认定为默示内部授权。

二、重要更改之规定

（一）关于无权代理人责任之规定

《民法通则》第66条第1款第2句规定：“未经追认的行为，由行为人承担民事责任”，《合同法》第48条第1款规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。”其中“由行为人承担责任”语焉不详，未经追认的无权代理，代理人究竟仅承担消极利益赔偿责任抑或必须履行合同债务，在解释上多有分歧。归结起来，关于无权代理人对相对人的责任的性质，我国民法学界有如下几种观点：其一，合同债务或违约责任说。该说认为，《民法通则》第66条第1款第2句及《合同法》第48条第1款规定的无权代理人责任是指该无权代理人自己作为当事人履行该合同中对相对人的义务，或者不能履行时对善意相对人承担损害赔偿责任。[①]其二，缔约过失责任说。该说认为，由于被代理人不追认，无权代理人签订的合同不发生效力，此种无效是由无权代理人在缔约过程中造成的，如果无权代理人有过失，应当赔偿相对人因信赖合同有效而遭受的信赖利益损失。[②]其三，无过失的损害赔偿责任说。该说认为，无权代理人的责任并非合同债务的履行责任或违约责任，因为无权代理人与相对人之间不可能成立合同，它是依法律直接规定而发生的不以过失为要件的损害赔偿责任。[③]其四，折衷说，有学者认为，无权代理人订立合同时，如果相对人不知道其无代理权的，构成欺诈，即代理人告知对方虚假的合同主体，该合同是可撤销的，代理人须承担合同被撤销后的损害赔偿责任，这属于缔约过失责任；如果相对人知道无权代理之事实，则不构成欺诈，合同效力发生在行为人与相对人之间，由行为人承担履行责任或违约责任。[④]

《民法总则》第171条第3款规定：“行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。”第4款规定：“相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。”显然更改了《民法通则》第66条第1款第2句与《合同法》第48条第1款之规定，明确规定了无权代理人承担两种责任：一是履行合同债务，二是不超过履行利益的损害赔偿责任。这两款规定是否妥当，不无疑问。

（二）关于越权代表之规定

《合同法》第50条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为

---

① 杨代雄：《容忍代理抑或默示授权——<民法通则>第66条第1款第3句解析》，《政治与法律》2012年第4期。采用类似观点的代表性判例是上海市第一中级人民法院对“权某与中谷期货经纪有限公司期货合同纠纷案”作出的“(2004)沪一中民三(商)初字第274号”判决。

② 谢鸿飞：《代理部分立法的基本理念和重要制度》，《华东政法大学学报》2016年第5期。

③ MünchKomm/Schramm, §167 Rn.38ff.

④ 关于该款规定之缺陷，详见杨代雄：《意思表示理论中的沉默与拟制》，《比较法研究》2016年第6期。

① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年第2版，258页；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社1998年版，第304页；郭明瑞主编：《民法》，高等教育出版社2007年第2版，138页；韩世远：《合同法学》，高等教育出版社2010年版，第108页。采用此观点的代表性判例有广州市中级人民法院对“广州市花都区花山水泥厂与卢某货款纠纷案”作出的“(2004)穗中法民二终字第1491号”判决；广州市中级人民法院对“李某与广东省煤炭建设(集团)有限公司、王某、崔某租赁合同纠纷案”作出的“(2006)穗中法民二终字第1322号”判决；四川省成都市中级人民法院对“成都市青羊区信达货运配载经营部与中国农业机械西南公司、刘某运输合同赔偿纠纷案”作出的“(1998)成经终字第459号”判决。

② 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版，第694—695页；张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社2000年修订版，第278-279页。采用此观点的代表性判例有天津市第一中级人民法院对“杨某与天津市和平海湾置业发展公司、天津市浙津发展有限公司、天津市和平区霞辉针棉绣品时装厂房屋买卖合同纠纷案”作出的“(1998)一中民初字第130号”判决；深圳市南山区人民法院对“林某与刘某、陈某、刘某某买卖合同纠纷案”作出的“(2006)深南法民一初字第640号”判决。

③ 曹锦秋、房绍坤：《完善无权代理制度的几个问题》，《辽宁大学学报》1997年第3期；李少伟：《因狭义无权代理所订合同之法律后果》，《政法论丛》1998年第5期。

④ 孔祥俊：《合同法教程》，中国人民公安大学出版社1999年版，第176-177页；付翠英：《无权代理的内涵与效力分析》，《法学论坛》2002年第3期。

有效。”这是关于越权代表与表见代表的规定。该条与《合同法》第49条表见代理的关系如何，多有争议。表见代表与表见代理类似。如果忽略概念层面上关于法人本质的争议，则代表人其实也是代理人。在德国法上，代表人被视为机关代理人（organschaftlicher Vertreter）[①]。因此，关于代理的规则通常也适用于代表。当然，在个别问题上，二者也存在细微差别，比如在权利表象的构成以及相对人善意之判断标准上的差别。

《民法总则》未设置一条与《合同法》第50条完全相同的规则，而是在第61条第2款规定：“法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。”第3款规定：“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”据此，在代表权受限制的情况下，善意相对人的信赖受保护。在价值取向上，《民法总则》第61条与《合同法》第50条是相同的，均体现信赖保护原则。不过，《民法总则》第61条第3款仅涉及代表权的意定限制，未涉及法定限制，比如《公司法》第37条第1款第9项、第16条第2款，二者都是对公司法定代表人之代表权的法定限制。代表权意定限制“不得对抗善意相对人”意味着其可以对抗恶意相对人。依当然解释，代表权法定限制当然更可以对抗恶意第三人。对于法定限制的存在，不可能有善意相对人，因为任何人都知道或者应当知道关于代表权限制的法律规定。当然，知道或者应当知道存在法定限制，不等于知道或者应当知道法定代表人的行为超越了该限制。如果是涉及交易数额的代表权限制，关于该限制存在的恶意通常等同于关于超越该限制的恶意。但如果是涉及交易程序的限制，比如某种法律行为必须经过某个法人机关的决议，则知道存在该限制的相对人未必知道或者应当知道代表人违反了该限制，即没有履行规定的程序。实际上，《民法总则》第61条第3款对于越权代表的规定是不完备的，仅涉及相对人对于“代表权未受限制”的信赖保护，未涉及相对人对于“代表行为未超越限制”的信赖保护。因此，《民法总则》第61条第3款并不能完全取代《合同法》第50条。在《合同法》被未来民法典完全取代之后，《合同法》第50条即丧失效力，关于越权代表行为的效力，应当将《民法总则》第61条第3款与第172条关于表见代理的规定结合起来予以判定。

三、若干存在较大争议之问题

（一）关于表见代理的构成要件

《民法总则》第172条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。”本条关于表见代理的规定与《合同法》第49条的规定如出一辙。在《民法总则》起草过程中，关于应否对表见代理的构成要件予以更细致规定，曾有争议。2016年2月草拟的《民法总则草案（非公开征求意见稿）》第128条的规定与《合同法》第49条类似。在征求意见过程中，有的单位建议规定表见代理的若干除外情形[②]。全国人大常委会法工委采纳了该建议，2016年6月发布的《民法总则草案（一审稿）》第152条规定：“行为人没有代理权、超

[①] MünchKomm/Schramm, Vor§ 164 Rn.7.

[②] “民法总则立法背景与观点全集”编写组：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社2017年版，第343页。

越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效，但是有下列情形之一的除外：（一）行为人伪造他人的公章、合同书或者授权委托书等，假冒他人的名义实施民事法律行为的；（二）被代理人的公章、合同书或者授权委托书等遗失、被盗，或者与行为人特定的职务关系已经终止，并且已经以合理方式公告或者通知，相对人应当知悉的；（三）法律规定的其他情形。”该条但书旨在将起草者认为被代理人欠缺可归责性的若干情形排除于表见代理适用范围之外。《民法总则草案（二审稿）》第167条、《民法总则草案（三审稿）》第176条也有类似规定。但在2017年3月的《民法总则草案（人大审议稿）》第176条中，但书被删除。原因是在《民法总则》起草过程中对于上述但书规定一直存在批评。有些部门、地方人大和学者提出意见，认为表见代理的类型化可通过司法实践和学说归纳，民法总则作为原则法不宜具体规定，伪造公章、合同书或者授权委托书等情形是否绝对不构成表见代理，不可一概而论，因此，表见代理条款中的但书应该删除[①]。有学者认为，但书第一种除外情形中的“假冒他人的名义实施民事法律行为”这一表述不妥，容易让人误解为使用他人名义实施法律行为（Handeln unter fremdem Namen）中的冒名行为，但起草者的本意并非规范冒名行为。此外，不能一概将伪造合同书或者授权委托书等排除在表见代理之外。行为人未经授权利用所掌握的真实公章制作一份授权委托书，也是“伪造授权委托书”，但显然应有适用表见代理的余地。[②]

在《民法总则》第172条未对表见代理的构成要件予以更细致规定的情况下，只能通过解释确定表见代理的构成要件并将其适用于个案。对此，我国民法学界长期以来存在很大的解释论争议，逐渐形成单一要件说与双重要件说之对立。单一要件说认为，表见代理的成立只要求相对人无过失地信赖代理人享有代理权，或者说相对人有充分的理由相信代理人有代理权，不要求被代理人有过失。[③]双重要件说认为，表见代理有两个特别成立要件，一是被代理人的过失行为使相对人确信代理人有代理权，二是相对人不知也不应知代理人无代理权，即当时有充分理由相信代理人有代理权。[④]两种学说的分歧在于是否要求被代理人具有过错。近年来，学界出现了“新双重要件说”，认为表见代理的成立要求被代理人具备可归责性，但归责事由不限于被代理人的过错，有时，被

[①] “民法总则立法背景与观点全集”编写组：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社2017年版，第413页；谢鸿飞：《代理部分立法的基本理念和重要制度》，《华东政法大学学报》2016年第5期。

[②] 杨代雄：《结构·民事法律行为·代理——〈中华人民共和国民法总则（草案）〉存在的几个问题》，《东方法学》2016年第5期。

[③] 章戈：《表见代理及其适用》，《法学研究》1987年第6期；孙鹏：《表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心》，《云南大学学报法学版》2004年第1期；佟柔：《中国民法学：民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版，第297页；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社1998年版，第306页；胡康生主编：《中华人民共和国<合同法>释义》，法律出版社1999年版，第85—86页；李锡鹤：《民法哲学论稿》，复旦大学出版社2009年第2版，第506—507页。

[④] 尹田：《论表见代理》，《政治与法律》1988年第6期；同作者：《我国新合同法中的表见代理制度评析》，《现代法学》2000年第5期；奚晓明：《论表见代理》，《中外法学》1996年第4期；吴国喆：《表见代理中本人可归责性的认定及其行为样态》，《法学杂志》2009年第4期；龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年第2版，第589页；李开国：《民法基本问题研究》，法律出版社1998年版，第257页。

代理人对于代理权表象的形成虽无过错，但综合考虑各种因素也可以认定构成表见代理。[①]

新双重要件说为表见代理构成要件理论开辟了一个新的方向。当然，被代理人的归责事由具体包括哪些，尚有待于进一步深入探讨。表见代理属于私法上的信赖责任的一种，应该基于信赖责任的一般原理确定其构成要件。在卡纳里斯看来，对于信赖责任不应采用所谓的引发原则，该原则实际上是结果责任原则（Prinzip der reinen Kausalhaftung）的另一种表述，而结果责任原则在现代民法中并非真正意义上的归责原则，对于信赖责任，如果采用该原则，就等于放弃了“可归责性”这一要件，从而使信赖责任丧失了正当基础。另一方面，信赖责任也不应该普遍采用过错原则，需要采用该原则的只是“基于伦理必要性而发生的信赖责任”，其他信赖责任尤其是权利表象责任不应采用该原则，而应该采用风险原则（Risikoprinzip），因为风险原则有利于交易安全，符合权利表象责任的特殊目的。[②]这种观点值得肯定。表见代理不必以被代理人有过错作为构成要件，只要代理权表象是由其风险范围内的因素造成的即可。如果以被代理人具有过错作为表见代理的构成要件，将会大大降低构成表见代理的可能性，对于相对人而言过于苛刻，不利于交易安全与信赖保护。表见代理的特别构成要件是：存在代理权表象、该代理权表象是被代理人风险范围内的因素导致的、相对人对该代理权表象产生信赖而且不存在过失。其中第二个要件是“被代理人方面的要件”。关于该要件，在具体情形中应当考察如下因素以决定是否由被代理人承担代理权表象之风险：其一，被代理人是否制造了不必要的风险；其二，被代理人与相对人相比较，谁更容易控制产生代理权表象之风险；其三，由哪一方承担风险更符合公平原则。[③]

（二）关于默示显名代理与间接代理

《民法总则草案（一审稿）》第 142 条规定：“代理人在代理权限内以自己的名义与第三人实施民事法律行为，第三人知道代理人与被代理人之间的代理关系的，该民事法律行为直接约束被代理人和第三人，但是有确切证据证明该民事法律行为只约束代理人和第三人的除外。”《民法总则草案（二审稿）》第 157 条、《民法总则草案（三审稿）》第 166 条以及《民法总则草案（人大审议稿）》第 166 条也有类似规定。但在最终审议阶段，该条规定被删除。

在《民法总则》起草的整个过程中，关于应否设置该条规定，一直有不同的意见。2016 年 2 月草拟的《民法总则草案（非公开征求意见稿）》并未包含该条规定，但在征求意见过程中，有的单位建议增加规定间接代理或隐名代理[④]。该建议被全国人大常委会法工委采纳，所以形成《民法总则草案（一审稿）》第 142 条。但此后又有单位建议删除该条规定[⑤]。事实上，此项争议自

[①] 叶金强：《表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考》，《法律科学》2010 年第 5 期；王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 674-675 页；杨代雄：《表见代理的特别构成要件》，《法学》2013 年第 2 期；朱虎：《表见代理中的被代理人可归责性》，《法学研究》2017 年第 2 期。

[②] Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981(Nachdruck), S.473-481.

[③] 详见杨代雄：《表见代理的特别构成要件》，《法学》2013 年第 2 期。

[④] “民法总则立法背景与观点全集”编写组：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社 2017 年版，第 344 页。

[⑤] 同上注，第 410 页。

《合同法》生效之后就已经存在。《合同法》第 402 条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”第 403 条第 1 款规定：“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。”该条第 2 款规定：“受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。”对于上述规定，我国民法学者有不同的定性。有学者将《合同法》第 402 条规定的情形称为隐名代理，将第 403 条规定的情形称为间接代理[①]。不过，有很多学者并未区分隐名代理和间接代理，《合同法》第 402 条和第 403 条均被称为间接代理[②]。有的学者虽然在概念上区分了隐名代理和间接代理，但在论述具体规则时把《合同法》第 402 条和第 403 条均视为间接代理[③]。由于我国民法学界一直将《合同法》第 402 条和第 403 条规定的情形视为间接代理或隐名代理，所以在起草《民法总则》过程中，关于应否将这两条规定纳入其中，当然会引发巨大争议。传统民法中的代理遵循显名原则（Offenheitsprinzip），仅包括显名代理。因此，如果将间接代理或隐名代理规定于《民法总则》之中，必然面临难以逾越的理论障碍。

事实上，《合同法》第 402 条规定的情形并非隐名代理或间接代理。在德国法中，通说认为隐名代理（verdeckte Stellvertretung）与间接代理（mittelbare Stellvertretung; indirekte Stellvertretung）是同义词，显名代理与直接代理（unmittelbare Stellvertretung; direkte Stellvertretung）是同义词。其所谓显名代理是指代理人以被代理人名义实施法律行为，体现了代理的显名原则。依《德国民法典》第 164 条第 1 款，“以被代理人名义”（im Namen des Vertretenen）既包括代理人实施法律行为时明确标示被代理人的名字，比如在合同书上签署被代理人的名字，也包括行为当时的相关情事表明代理人以另一个人（被代理人）的名义行事。“相关情事”包括代理人的社会地位、先前曾经以被代理人的名义作出意思表示。据此，职员在营业活动中通常代理老板为法律行为，建筑师与工匠、建筑公司或建材店订立的合同通常是代理业主所为，在管理活动可辨识的情况下，房屋管理人的法律行为通常是代理房屋所有权人而为，有疑义时，教师预定教学旅行（Klassenfahrt）应认定为代理学员实施法律行为[④]。由此可见，德国法上的显名代理是一个广义的概念，包括了明示显名代理和默示显名代理（可推断显名代理：schlüssiges Handeln in fremdem Namen）。既不构成明示显名代理也不构成默示显名代理的，就是隐名代理。此时，“代理人”实施的法律行为不能归属于“被代理人”，而是其自己的法律行为，“被代理人”只能依内部关系请求“代理人”向其转让该法律行为的效果（债权或物权），从而间接地取得该效果，从这个意义上说，这是间接代

[①] 李永军：《民法总论》，法律出版社 2006 年版，第 673-678 页。

[②] 韩世远：《合同法学》，高等教育出版社 2010 年版，第 564 页；梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2007 年版，第 223 页。

[③] 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 619-623 页。

[④] Staudinger/ Schilken, § 164 Rn.1-2; MünchKomm/Schramm, § 164 Rn.22-23; Palandt/Heinrichs, § 164 Rn.1-2.

理。因此，隐名代理就是间接代理，逻辑上不成立“显名代理/隐名代理/间接代理”这样的代理分类。受托人以自己名义实施法律行为而相对人明知或可得而知委托关系之情形并非隐名代理，毋宁也是显名代理，即直接代理。按照这个标准，我国《合同法》第402条涉及显名代理（直接代理）[①]，第403条涉及隐名代理（间接代理）。即如此，则将《合同法》第402条纳入《民法总则》无可厚非。

遗憾的是，由于我国民法学界对于显名代理的概念及其与隐名代理的区别尚未形成确切的认识，导致在《民法总则》起草过程中功亏一篑，未能保留《民法总则草案》中关于默示显名代理的规定。如果将来编纂民法分则时废除《合同法》第402条[②]，则实践中只能通过对《民法总则》第162条中的“以被代理人名义”予以宽泛解释，使其涵盖《合同法》第402条规定之情形。

（三）关于无权代理人的责任

依《民法总则》第171条之规定，无权代理没有得到被代理人追认且不构成表见代理的，对被代理人不生效力。代理人须向善意相对人履行合同债务或承担不超出履行利益的损害赔偿责任。此项规定是否妥当，不无疑问。

从比较法看，大陆法系各国（地区）民法上狭义无权代理的法律效果可以归结为两种立法例，一是消极信赖保护主义，二是积极信赖与消极信赖保护相结合主义。

意大利民法采用消极信赖保护主义。《意大利民法典》第1398条规定：“无权代理或者超越代理权限缔结契约的人，应当对无过失的缔约第三人因相信契约效力所遭受的损失承担赔偿责任”。由此可见，在意大利民法上，狭义无权代理的法律效果是代理人对于第三人（相对人）的消极信赖利益赔偿责任。[③]

我国台湾地区“民法”第110条规定：“无代理权人，以他人之代理人名义所为之法律行为，对于善意之相对人，负损害赔偿之责。”其中的损害赔偿责任之性质及范围究竟如何，台湾民法学界存在争议。就责任性质而言，有人认为属于侵权行为责任，有人认为属于契约责任，有人认为属于缔约过失责任，有人认为属于一种法定特别责任，即法律为维持代理制度的信用及共同生活之利益而特别规定由无权代理人向相对人承担责任，不问代理人是否存在故意或过失。第四种观点是通说。[④]就责任范围而言，也有四种观点。第一种观点认为，相对人有权请求履行利益之赔偿。第二种观点认为，相对人仅得请求信赖利益之赔偿。[⑤]第三种观点认为，无论信赖利益还是履行利益，相对人都有权

[①] 尽管从立法史看，《合同法》第402条是为了规范当时我国实践中的外贸代理，但法律解释不必拘泥于历史上立法者的特殊动机。法律一经制定，即具备自己的“生命”，解释者应根据当下社会生活情势，探求法律所应追求之客观目的，据此确定法律条款的应有意义。外贸代理既已式微，则《合同法》第402条自然应解释为普遍适用于其他类似情形。

[②] 有学者主张在民法分则中保留《合同法》第402条，参见耿林、崔建远：《未来民法总则如何对待间接代理》，《吉林大学社会科学学报》2016年第3期。

[③] Vgl. Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd.2: Das Rechtsgeschäft, 4.Aufl., Springer-Verlag, Berlin, 1992, S.804.

[④] 关于诸学说的介绍与评论，详见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第557页；林诚二：《民法总则》（下），法律出版社2008年版，第459页；黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社2002年版，第419页。。

[⑤] 林诚二、黄立等持该说，参见林诚二：《民法总则》（下），法律出版社2008年版，第460页；黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社2002年版，第419页。

请求赔偿，但信赖利益的赔偿额不得大于履行利益。[①]第四种观点认为，无权代理人如于行为时不知其无代理权，仅负信赖利益赔偿责任，否则应负履行利益赔偿责任。[②]

按照《瑞士债务法》第39条第1款的规定，被代理人明示或默示地拒绝追认无权代理之合同的，代理人需要赔偿相对人因该合同不能成立所遭受的损失，除非他证明相对人知道或者应当知道代理权之欠缺。按照该条第2款的规定，代理人若有过错，法官可以基于公平考量判令其承担其他的损害赔偿责任。按照权威的评注，该条第1款规定的是无权代理人消极利益损害赔偿责任，该责任不以代理人的过错为要件，赔偿范围包括缔约费用、为准备履行合同所支出的费用、为购买替代品而多支出的费用以及错失其他缔约机会造成的损失等。第2款所谓的“其他的损害赔偿责任”指的是积极的合同利益，即如果合同有效，相对人本来可以从被代理人的履行中获得的利益。[③]由此可见，瑞士民法关于狭义无权代理的效果实际上采用的也是积极信赖与消极信赖保护相结合主义。其特殊之处在于积极信赖保护需要以公平原则为基础，是否适用，取决于法官在个案中的考量，而不是一律适用。

德国、日本、希腊民法则明确采用积极信赖与消极信赖保护相结合主义，以下重点介绍德国民法的情况。

《德国民法典》第179条规定：“（1）以代理人身份订立合同的人，如果未能证明其享有代理权，而被代理人对该合同又未予以追认的，有义务按照另一方当事人的选择向其履行合同或者赔偿损害。（2）代理人不知道代理权欠缺的，仅有义务赔偿另一方当事人因信赖该项代理权而遭受的损害，但不超过另一方当事人就合同的有效所拥有的利益数额。（3）另一方当事人知道或应当知道代理权欠缺的，代理人不负责任。代理人是限制行为能力人的，也不负责任，但代理人经其法定代理人同意而实施行为的除外。”依上述规定，无权代理人在一定条件下需要承担合同债务或者履行利益的损害赔偿责任，就如同合同在他与相对人之间成立并生效那样。按照拉伦茨的见解，之所以如此，是因为明知自己无代理权的代理人在订立合同时有意识地欺骗了相对人，他当时知道相对人将会产生关于履行利益之期待，所以应该承受这样的风险。[④]很多学者将无权代理人的这种责任视为法定担保责任（gesetzliche Garantenhaftung）。以代理人身份实施法律行为的人，其行为至少包含了一项推断出来的声明，即其具备代理权。相对人原则上是可以信赖该声明的。关于代理权是否存在之风险首先应由代理人承担，他需要向无过错的相对人担保其关于代理权之声明的真实性。[⑤]

无权代理人承担合同债务或履行利益损害赔偿责任的前提是：代理人知道自己欠缺代理权，而相对人不知道且不应当知道代理人欠缺代理权。此外，按

[①] 史尚宽、郑玉波等持该说。参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第561页；郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第437页。王泽鉴也认为，就台湾地区现行“民法”第110条的解释而论，宜采该说。参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第448页。

[②] 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第106页。

[③] BSK OR I-Watter&Schneller/in, Art.39 N 1-9.

[④] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东等译，法律出版社2003年版，第878页。

[⑤] MünchKomm/Schramm, § 179 Rn.1; Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 28.Aufl., C.H.Beck, München, 2004, S.203.

照判例及学理上的通说，如果构成容忍代理或表见代理，则不适用《德国民法典》第 179 条的规定，相对人此时只能向被代理人主张权利。[①]因为，基于权利表象而发生的代理与基于有效的授权而发生的代理具备同等的效力，就后者而言，代理行为的效果是由被代理人而不是代理人承受，代理人有权免受法律行为的拘束，同理，就前者而言，也没有理由剥夺代理人主张由被代理人承受代理行为之效果的权利，否则，相对人在权利表象代理关系中就会享受比在有效授权的代理关系中更好的待遇。[②]不过，也有一些学者提出强有力的反对说，认为即便构成容忍代理或代理权表象责任，相对人也有选择权，要么要求被代理人履行义务，要么依据第 179 条要求代理人履行义务或承担赔偿责任。其主要理由是：相对人如果没有选择权，将陷入尴尬的处境。究竟是否符合容忍代理或代理权表象责任的构成要件，相对人通常很难判断。如果他先起诉被代理人，那么在不能证明具备容忍代理或代理权表象责任的构成要件时，他需要承担败诉的风险；反之，如果他先起诉代理人，那么在代理人证明具备容忍代理或代理权表象责任的构成要件时，他也要承担败诉的风险。这对于相对人是不公平的，所以应该允许相对人进行选择。容忍代理权与代理权表象责任的目的是保护相对人，所以当然不应该妨碍相对人基于《德国民法典》第 179 条所享有的权利。[③]卡纳里斯甚至认为，相对人在作出选择之后还可以更改其决定，一直到被代理人表示同意相对人向其提出的权利请求或者法院作出生效的判决为止，因为在某些情形中究竟是否具备容忍代理或代理权表象责任的要件，直到终审之前依然是很有疑问的，为了避免让信赖方（相对人）承受太大的程序上的风险，应该尽可能少地限制其选择自由。[④]

通说认为，如果被代理人本来就欠缺履行能力，那么相对人也无权要求代理人履行合同的全部义务，因为相对人只能向代理人请求获得被代理人本来能够履行的给付，否则他就会从代理权的欠缺中获得利益，而这是不符合无权代理人责任之本旨的，该责任的目的在于使相对人不至于因未能与被代理人缔结有效的合同而遭受损害，责任的范围应以该合同能够给相对人带来的利益为限。[⑤]不过，也有学者对此提出质疑，认为即便被代理人本来就欠缺履行能力，无权代理人也应向相对人履行全部义务。[⑥]

按照《德国民法典》第 179 条第 2 款的规定，代理人对于相对人的消极信赖利益的赔偿责任不以其具备过错为要件，在其不知道自己没有代理权而相对人无过错的情况下，即需要承担赔偿责任，不论其是否应当知道自己没有代理权。之所以如此，是因为无权代理人的责任在性质上属于法定担保责任。况且，从风险分配原则上看，代理人总是比相对人有更多的机会知悉其代理权之

[①] MünchKomm/Schramm, § 179 Rn.29; Erman/Palm, § 179 Rn.3; Helmut Köhler, a.a.O., S.205.
[②] MünchKomm/Schramm, § 167 Rn.75-76.
[③] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2004, S.897-898; Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981(Nachdruck), S.519.
[④] Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O., S.519-520.
[⑤] Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd.2: Das Rechtsgeschäft, 4.Aufl., Springer-Verlag, Berlin, 1992, S.806-807; MünchKomm/Schramm, § 179 Rn.34; Staudinger/Schilken, § 179 Rn.15.
[⑥] Helmut Köhler, a.a.O., S.203; Hans-Martin Pawlowski, Aligemeiner Teil des BGB, 5.Aufl., C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 1998, S.370. 梅迪库斯对此仅表示疑虑，未明确表达其观点。参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 744 页。

欠缺，所以更应该承担代理权不存在之风险。[①]不过，有一些学者试图通过对该款规定予以目的性限缩，使无权代理人在以下情形中免于责任：代理权之欠缺对于代理人而言是不可能知悉的。[②]

相较之下，消极信赖保护主义更为合理。无权代理人向相对人承担合同债务或违约责任并无充分理由。

首先，在订立合同的过程中，无权代理人对外表示的身份是代理人，这表明其并不想缔结一项对自己有约束力的合同，只想订立一项对被代理人有约束力的合同。从相对人的角度看，在订立合同的过程中，相对人的意思表示显然是指向被代理人的，他是以被代理人而不是以代理人为对方当事人的。由此可见，无权代理人与相对人之间并无意思表示的一致，二者之间不应该成立合同，强令无权代理人承受合同的债权债务关系不符合意思自治原则，同时也违背法律行为的基本原理。

其次，从信赖保护的角度看，在无权代理情形中，相对人信赖的内容是“代理人有权为被代理人作出意思表示”，而不是“代理人正在为自己作出意思表示”。因此，积极信赖保护的结果只能是构成表见代理，由被代理人承受合同效果，而不是由代理人承受合同效果。积极信赖保护的结果是与信赖的内容相一致的，有什么样的信赖，就有什么样的信赖保护，反之，没有某种内容的信赖，就不存在需要保护的对象。由此可见，不能以积极信赖保护为由认定无权代理人与相对人之间成立有效的合同关系。

总之，使无权代理人向相对人承担合同债务或违约责任既不符合意思自治原则，也不符合信赖保护原则，在法价值上难以正当化。无权代理人向相对人承担的法律后果应该是消极利益损害赔偿责任。因无权代理订立的合同不生效力，导致相对人遭受消极利益损失，无权代理人须对此负损害赔偿责任。赔偿的范围包括因缔结合同而支出的交通、通讯、材料、人力等费用，为履行合同而支出的各种费用，以及丧失其他订约机会而带来的损失。如果能够认定相对人丧失了其他订约机会，比如因设备被无权代理人占有而无法出租给其他人，则消极利益损害赔偿的效果与因合同有效而发生的履行利益损害赔偿并无实质差别。

《民法总则》第 171 条第 3 款更大的缺陷在于，无权代理人承担履行合同债务之责任不以其明知道欠缺代理权为前提。此种责任分配模式显然有失公平。代理人既然不知道自己欠缺代理权，并非恶意，无论如何不应使其承受合同债务。在解释该款规定时，理应予以目的论限缩，使不知情的无权代理人免于承担履行责任。至于无权代理人向善意相对人承担的不超过履行利益的损害赔偿责任，《民法总则》第 171 条第 3 款未规定以无权代理人的过错前提。该条第 4 款则规定：“相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。”似乎表明，无权代理人对恶意相对人的损害赔偿责任采用过错原则且适用过错相抵，如果无权代理人没有过错，无须向恶意相对人承担赔偿责任，恶意相对人自担损失。

[①] MünchKomm/Schramm, § 179 Rn.38; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2004, S.908; Helmut Köhler, a.a.O., S.204.
[②] Werner Flume, a.a.O., S.807-808; Heinz Hübner, Aligemeiner Teil des BGB, Walter de Gruyter, Berlin, 1985, S.510.

《民总》第171条第3款的界定与补全

李建星[1]

（论文初稿，仅供本次会议讨论，请勿转引）

【摘要】《民总》第171条第3款可知，该款为参酌德、日模式之产物，但并未完全沿袭德、日模式的全部规定，既未保护限制行为能力人（《德国民法典》第179条第3款第1句），也无区分无权代理人的主观过错情况。该款并行规定履行请求权与损害赔偿构成选择竞合关系。善意相对人可选择向无权代理人主张损害赔偿，赔偿范围限于履行利益。无权代理人就代理权欠缺仅负信赖利益损害赔偿之规则可通过《民总》第147条结合第157条第2句限制第3款损害赔偿请求权的方式获取。

《民法总则》（以下简称《民总》）第171条第1、2款脱胎于现行法（《民法通则》第66条、《合同法》第47条第2款），而第3款在《民法总则》制定中的“室内稿”阶段就在第131条第3款获有体现。对于作为全新条文的该款如何理解与补全实有深入讨论之必要。

一、比较法视角下的第3款

比较法普遍规定在代理行为未获追认时，无权代理人与相对人间的法律关系。就其规定的内容，由简至繁可做出下述的排列：

规范内容最为简单的是欧洲统一实体法，体现为《欧洲合同法原则》第3：204条第2款与《欧洲示范民法典草案》第2-6:107条第2款。以后者为例，仅规定了相对人有权主张履行利益的损害赔偿，[2]既不考虑其与无权代理人的过错情况，也未提供出损害赔偿之外的其他选择余地。

《瑞士债务法》第39条区分出两种情形的损害赔偿，第1款一般情形是适用缔约过失，仅赔偿消极利益；[3]仅在第2款代理人的重大过失，方能依公平原则，获得积极利益[4]之赔偿。但其仍未考虑相对人之过错状态。

我国台湾地区“民法典”第110条虽然仍限于损害赔偿，但已着手从相对人角度进行规范，将损害赔偿请求权人限定于善意相对人。学说之解释认为，相对人可自由选择请求信赖利益或履行利益的赔偿；[5]并依目的性限缩与侵权法之规

[1] 李建星，华东师范大学讲师，民商法学博士

[2] Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR, Köln 2010,S.170.

[3] Basel Kommentar/Watter, 2. Aufl., Basel 1996, N. 6 zu Art. 39 OR.

[4] Basel Kommentar/Watter, 2. Aufl., Basel 1996, N. 8 zu Art. 39 OR.

[5] 黄茂荣：《债之概念与债务契约》，厦门大学出版社2014年版，第252页；王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第240页。

定实现对限制行为能力人之保护；[6]代理人不知无代理权之考量则仍在解释论之范畴之外。[7]

最复杂的规范模式是《日本民法典》第117条与《德国民法典》第179条。其均为善意相对人提供“履行请求权”与“损害赔偿”两项选择。按王泽鉴先生的归纳，[8]以善意相对人为适用前提，《德国民法典》第179条规范体系大致如下：

无权代理人之责任	行为能力人	明知无代理权（第179条第1款）	履行义务
			履行利益之损害赔偿
		不知无代理权	信赖利益之损害赔偿（第179条第2款）
	限制行为能力人	得法定代理人同意	负无权代理人责任（第179条第3款第1句但书）
		未得法定代理人同意	仅依侵权行为负责（第179条第3款第1句）

《日本民法典》第117条虽无“代理人无过失不知无代理权”的规定，但学说已认为须区分出该种类型，[9]与德国法保持一致之解释。

对比前揭比较法与《民总》第171条第3款可知，该款为参酌德、日模式之产物。据此，德、日模式的相应内容亦可成为该款论证之理据。在该款制定中存在两种反对意见：

第一种反对意见认为，“无权代理人并没有和第三人订立合同的意思，善意第三人也没有没跟无权代理人进行交易的意图，强制他们之间发生合同关系违反意思自治”。[10]然而，善意相对人对无权代理人有履行请求权的立法理由在于让无权代理人自行承担原本应发生的后果。[11]弗卢梅展开论述道，其为“代理人因其在合同缔结时的行为构成对附带声称代理权存在的担保而承担责任”。[12]据此，，善意相对人对无权代理人有履行请求权为法定责任。申言之，善意相对人可依法定直接向无权代理人主张按代理行为生效时的合同内容履行，其请求权基础为《民总》第171条第3款，不存在合同关系之拟制，也无须相应适用具体的合同请求权基础（如《合同法》第135条买受人对出卖人交付与移转所有权请求权、第226条出租人对承租人的租金请求权）。

第二种反对意见认为，“善意第三人利益的保护问题可以靠表见代理制度解

[6] 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第240页。

[7] 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第240页。

[8] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》，北京大学出版社2016年版，第275页。

[9] [日]山本敬三：《民法讲义I总则》，解亘译，北京大学出版社2004年版，第252页。

[10] “民法总则学者座谈会简报”，载本书编写组编：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社2017年版，第229页。

[11] Mugdan I,S.487 f.

[12] [德]弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第956页。

决”。[13]该种意见一方面忽略《民总》第 171 条与第 172 条的区别，前者为无权代理，处理善意第三人与无权代理人间的关系，后者为表见代理，处理善意第三人与被代理人的相互关系；另一方面也揭示了适用表见代理要求的相对人善意程度高于无权代理。

然而，《民总》第 171 条第 3 款仍为粗陋，并未完全沿袭德、日模式的全部规定，既未保护限制行为能力人（《德国民法典》第 179 条第 3 款第 1 句），也无区分无权代理人的主观过错情况。

二、第 3 款的界定与适用

（一）履行请求权与损害赔偿的选择竞合

立法部门将该款并行规定履行请求权与损害赔偿的立法意旨解释为，“为更好地保护善意相对人的合法权益，赋予其更多的选择权未尝不可，由善意相对人根据实际情况自己判断采用何种方式更符合自己的利益”。[14]此时，两者的关系为何须深入讨论。

《欧洲合同法原则》第 3：204 条第 2 款与《欧洲示范民法典草案》第 2-6:107 条第 2 款仅授予相对人履行利益的损害赔偿请求权，无选择之余地。[15]故寻求两者的比较法解释仍须回溯到《德国民法典》第 179 条第 1 款。德国学说就两者的关系存在较大争议。多数说按照帝国法院的观点，[16]认为两者构成选择之债；[17]近期有力少数说[18]认为，两者并非构成选择之债，而是构成选择竞合（elective Konkurrenz）。[19]两者关系为何，须回到选择竞合与选择之债的区别。

国内学界原先多在讨论债务人瑕疵履行时涉及该区别。一种观点从债务人出

[13] “民法总则学者座谈会简报”，载本书编写组编：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社 2017 年版，第 229 页。

[14]李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社 2017 年版，第 536 页。

[15] Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR, Köln 2010,S.170.

[16] RGZ 154,58,62.

[17][德]弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 961 页；拉伦茨：《德国民法通论（下）》，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 879 页；Bork,AT des BGB, 3. Aufl.,München 2011, Rn.1630.日本学者持同样观点。如[日]我妻荣：《新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社 2008 年版，第 357 页。

[18] München Kommentar/ Krüger, 6. Aufl.,München 2012, § 262,Rn.12;Hilger, Zur Haftung des falsus procurator,NJW 1986, 2237,2237.

[19] 在描述多个救济权利间关系时，现时中文文献至少使用了三个意义相同的名词：选择竞合、替代竞合、择一竞合。拉伦茨民法总论教科书将 alternativer Konkurrenz 与 elektiver Konkurrenz 等同使用。Larenz/Wolf,Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,9 Aufl.,München 2004, §18,Rn.22.该书中译本将 alternativer Konkurrenz 译为替代竞合，elektiver Konkurrenz 译为选择竞合。参见[德]拉伦茨：《德国民法通论》（上），邵建东等译，法律出版社 2003 年版，第 349 页。王泽鉴先生将 alternative Konkurrenz 翻译成选择性竞合，也与择一竞合等同使用。王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 166 页。朱庆育则将 alternativer Konkurrenz 译为择一竞合，elektiver Konkurrenz 译为选择竞合。朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 553 页。本文采“选择竞合”的译法。原因在于：选择竞合体现中债权人主动在多个救济权利中选择；其较“择一竞合”的好处在于，“择一竞合”的字面意思是选择其一，则排除其他。而“选择竞合”的表述则无如此明确的限制。

发，认为其负有选择之债，[20]另一种观点从债权人出发，论证其享有的各项权利为选择竞合，理由是选择权人已为选择并未导致其他权利消灭，以及债权人选择瑕疵履行的救济权利——与选择之债的构造截然不同。[21]实际上，选择竞合是指当事人享有数项请求权，或享有一项请求权与一项形成权，权利人可选择行使其中一项权利，并仅可主张一项权利。[22]存在选择竞合的原因在于，不同权利在性质与结果上存在矛盾关系，基于诚信原则，权利人一旦行使其中一项权利，即导致其他权利不应或无法被实现。例如，在发生违约时，守约方既适用违约金，又适用定金，将会加重对违约方的惩罚，使守约方获得的补偿高于所受的损失，与公平原则相悖，[23]因此，《合同法》第 116 条所规定的违约金与定金属选择竞合。选择竞合与选择之债主要有以下区别：

区别一，权利数量不同。选择竞合的权利人面临至少两个权利，从中选择行使，但选择之债仍在同一权利内。竞合是指同样事实却满足多个不同的请求权基础。[24]一个违约情事满足多个权利行使的事实构成，债权人由此同时享有多个权利。选择之债（其罗马法起源为 obligatio alternative）指在一个请求权内，给付虽不确定，但具有可确定性，并可通过特定化措施具体化给付。[25]即选择之债是以选择的给付为标的的单一之债。如双方签订买卖一辆轿车合同，但出卖人拥有三辆可供售卖的轿车，买受人仅有一个请求权，出卖人可从三辆车中选择一辆交付。

区别二，权利行使人不同。如发生约定违约金、定金的选择竞合，债权人可选择适用（《合同法》第 116 条）。可见，债权人享有选择竞合的选择权。选择之债的选择权一般是由债务人行使，仅在特定情形方由债权人或第三人行使。

区别三，选择权的性质不同。通说认为，在选择之债中，依一方的意思表示选定应为履行之给付，该选择权是形成权。[26]选择的意思表示一经做出，到达相对方即生效（如《德国民法典》第 263 条）。选择权的行使导致选择之债转为单纯之债。但在选择竞合时，债权人选择诸项权利，既无独立形成权，也不发生新权利，仅是在既存的多个权利之间择一行使。

区别四，法律效果不同。选择之债的效果是债务关系特定化，[27]如在种类物的买卖中，债务人挑选出给付标的，债务关系为特定。选择竞合的效果是债权人

[20] 隋彭生：《合同法要义》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 241 页；陈华彬：《债法总论》，中国法制出版社 2012 年版，第 65 页；赵廉慧：《债法总论要义》，中国法制出版社 2009 年版，第 61 页。

[21] 殷安军：《论违约救济方式选择后的可变更性》，载《华东政法大学学报》2015 年第 2 期，第 79 页。

[22]王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 166 页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 553 页。

[23] 胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），法律出版社 2013 年版，第 210 页。

[24] Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10.Aufl. Tübingen 2012, §21,Rn.2.

[25] Ziegler,Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sog. Wahlschuld,AcP 171（1971）,193,197.

[26] 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 268 页；郑玉波：《民法债编总论》（修订二版），中国政法大学出版社 2004 年版，第 213 页；黄茂荣：《债之概念与债务契约》，厦门大学出版社 2014 年版，第 98 页。

[27] Münchener Kommentar/Krüger, 6. Aufl.,München 2012,§262, Rn.7.

行使一个权利，而排斥另一个权利，[28]他种权利因此消灭。[29]有观点认为，互相间存在排斥关系而难以兼容的情形可能不多，从我国立法文本上，难以得出两种规定的救济方式是互相排斥而得出放弃的结论。[30]实际上，《合同法》第 116 条的定金与违约金即为法定的选择竞合。如合同约定违约金与定金，债务人违约，债权人既有违约金请求权，又有定金请求权，其可择一请求，但不能并用。[31]如原告同时行使构成选择竞合的多项权利，如已有明确法定，法官应直接适用法律规定，如无法定，要么准用《合同法》第 116 条与《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 21 条的规定，要么认定构成权利滥用，予以直接限制，如驳回起诉。如在“朴锦泽与王瑞清买卖合同纠纷”一案中，双方订立买卖汽车协议，作为出卖人的原告已交付汽车，其一方面要求被告支付剩余价金，另一方面又主张，收回已交付的标的物。法院认为，两项诉讼请求相矛盾，也与法律不符，因此，只支持剩余价金的支付请求。[33]

区别一、三、四决定履行请求权与损害赔偿的互相关系。首先，从第 3 款与《德国民法典》第 179 条第 1 款的表述来看，两者并非同一请求权的不同内容，而是两个请求权，[32]故应为选择竞合。然后，选择之债的给付内容的确定须以一方行使形成权为前提，而由第 3 款难以解释出善意相对人获得独立形成权，故其只能为选择竞合。最后也是最为关键的区别是，若为选择之债，相对人一旦选择一项权利，则受其约束，不得转向另一项权利之救济，[33]选择竞合却不受此限。若善意相对人选择第 3 款的损害赔偿（以差额说计算损害赔偿为一般情形），产生部分替代解除权的效果（如《德国民法典》第 281 条第 4 款），[34]自无再次主张履行请求权的可能；相反，如先行选择履行请求权，无权代理人却不能履行该法定债务，善意相对人即便在无法满足违约事实构成（《合同法》第 107 条）时，可以即时转向寻求本款损害赔偿之救济。由此观之，后种情形更有利于保护债权人，故应认定两者构成选择竞合。

（二）该款的适用规则

善意相对人可选择请求无权代理人履行债务。无权代理人于此不受法定债务

[28] Bachmann, Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR, Köln 2010,S.247.
[29] 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 267 页。
[30] 殷安军：《论违约救济方式选择后的可变更性》，载《华东政法大学学报》2015 年第 2 期，第 77 页。
[31] 胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），法律出版社 2013 年版，第 210 页。
[32] Gernhuber,Das Schuldverhältnis,Tübingen 1989,S.260. Bachmann, Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR, Köln 2010,S.73.
[33]拉伦茨：《德国民法通论（下）》，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 879 页。
[34] 德国法一般认为若债权人主张替代给付损害赔偿，不但给付请求权基于《德国民法典》第 281 条第 4 款被排除，对待给付请求权也被排除。BGH NJW 1994, 2480，2481.但对待给付请求权为何亦被排除存在重大争议，一说为无须另行解除意思说，Vgl.Staudingers/ Otto, Berlin 1995, § 326. Rn.150;Emmerich, Das Recht der Leistungsstörung,5. Aufl.,München 2005,S.294.另一说为默示的解除意思说，Vgl.Arnold ,Rücktritt und Schadensersatz, ZGS 2003,S.427,430; Bamberger/Roth/Schmidt, München 2014, § 325,Rn .5.

之影响，享有与有权代理时法律行为生效之各项权利，如对法律或事实的履行不能之抗辩（《合同法》第 110 条第 1 项），再如对规范性不能（《合同法》第 110 条第 2 项）之抗辩权以及双务合同履行抗辩权（《合同法》第 66-68 条）。如符合违约事实构成，[35]善意相对人仍可主张损害赔偿。

善意相对人亦可选择向无权代理人主张损害赔偿。该款但书“赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益”极易令适用者联想到“信赖利益损失赔偿范围不得超过履行利益”的普遍规则，而认为该款的损害赔偿范围限于信赖利益。但按立法部门的解释，该款应指向履行利益。[36]此亦为比较法之通例。[37]弗卢梅通过批评《瑞士债务法》第 39 条第 1 款来展开对赔偿履行利益之论证。《瑞士债务法》第 39 条第 1 款为一般情形，由缔约过失推导出仅赔偿消极利益。弗卢梅批评道，该立法例忽略了故意进行无权代理的情形中“不仅构成缔约过失而且合同已成立”，[38]既然，合同已为成立，当应以履行利益为赔偿对象。

在《民总》制定中，多有意见要求取消该款但书之限制，如有法官提出，特殊情况下，无权代理中的第三人的损失可能超过有效时所能获得的利益，本款限定过严，建议将“不得超过”修改为“一般不得超过”；还有的法官提出，由有过错一方赔偿对方因此所受到的损失，只要是合理的损失就应当予以赔偿，不应进行限制。[39]立法部门并未采纳前述意见，保留但书限制，其理据在于，“考虑到善意相对人对因无权代理人而遭受损害也有一定的过失，不能因此而多获利益”。[40]取消但书与保留但书的本质区别仅在于是否可并行适用信赖利益损失与履行利益损失。兹以一例以为说明：无权代理人乙在未经本人丙之授权下，与善意的出卖人甲签订电脑买卖合同，该市价为 100 元，合同价为 120 元，甲为此支出电话费、邮寄费等 10 元，丙拒绝追认乙的代理行为，甲向乙主张损害赔偿。如按保留但书的现行法观点，甲最多可获得履行利益的损害赔偿 20 元=合同价 120 元-市价 100 元；按取消但书支持者之意见，甲最多可获得损害赔偿 30 元=信赖利益（10 元）+履行利益 20 元。

本文认为，现行立法实为合理，理由有二：一，就经济效率观之，理性交易者不会从事亏本之买卖，交易履行利益理应可以大于信赖利益，方能获益，故善意相对人本应承担交易费用该项信赖利益，[41]而不能请求该部分的赔偿；二，在前述案例中，如代理行为有效，甲获得毛利 20 元，净利润 10 元，但按取消但书

[35][德]弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 961 页。
[36]李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社 2017 年版，第 537 页。
[37][日]我妻荣：《新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社 2008 年版，第 355 页；[日]山本敬三：《民法讲义 I 总则》，解亘译，北京大学出版社 2004 年版，第 253 页；[德]拉伦茨：《德国民法通论（下）》，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 878 页。
[38][德]弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 960 页。
[39] “民法总则法院系统座谈会简报”，载本书编写组编：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社 2017 年版，第 261 页。
[40]李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社 2017 年版，第 537 页。
[41][日]山本敬三：《民法讲义 I 总则》，解亘译，北京大学出版社 2004 年版，第 253 页。

支持者之意见，甲却可因代理行为无效而获得 30 元毛利，该种失衡的情形显与有违交易之本质。

第 3 款的正确适用还须考虑第 4 款之责任排除。第 4 款所指的恶意相对人与无权代理人按过错程度自行负责，属于中国的“和稀泥”式立法（类似例子还有《民法通则》第 113 条、《合同法》第 120 条所谓的“双方违约”）。拙劣的立法语言掩盖了其规范意旨，妨碍了功能的发挥。就第 4 款之适用应参照而《德国民法典》第 179 条第 3 款之性质，[42]将其理解为无权代理人对恶意相对人主张请求权之抗辩。申言之，该项抗辩为阻却权利之抗辩，当相对人依据第 3 款向无权代理人主张履行债务或损害赔偿时，无权代理人借助相对人已知其为无权代理，实为恶意之事实，宣称相对人的请求权从未发生，以实现否定相对人所主张之权利。

三、第 3 款的补充

第 3 款的文本再次体现了中国法“混合继受”的缺失：沿袭德、日模式的大方向，缺遗漏了保护限制行为能力人之规定，也吸取了欧洲统一实体法与《瑞士债务法》不区分无权代理人主观过错的规定。保护限制行为能力人之规定固可以①目的性限缩第 3 款，“对于限制行为能力人未得法定代理人同意者，不在此限”及②涵摄入《侵权责任法》之相应规定获得补全。然而，无权代理人就代理权欠缺仅负信赖利益损害赔偿之规则却无法按前述方法获得。

就其本质，“代理人非因过失不知其代理权之欠缺，而使其负履行利益的赔偿责任，诚属苛酷，应使其仅负信赖利益的损害赔偿，较为合理”。[43]为此，《德国民法典》专设第 179 条第 2 款以限制第 1 款存在选择竞合关系的两项请求权。在第 3 款颁布前，以《民法通则》之规定“有违事务本质之规范漏洞，以诉诸规范意旨的方式进行漏洞填补”[44]确实可行。然而，现时第 3 款已为颁布，应另寻漏洞填补之进路。

《民总》第 147 条延续《民法通则》第 59 条与《合同法》第 54 条第 1 款第 1 项的规定，将当事人重大误解实施法律行为作为可撤销之事项。其构成要件有二：必须有表意人因误解而为意思表示+表意人的误解须为重大误解。[45]其损害赔偿再按《民总》第 157 条第 2 句之规定，基于缔约过失赔偿信赖利益之损失。代理人不知欠缺代理权，而与相对人交易，须承担信赖利益之损失，由此可以反面推断其若知欠缺代理权，断然不会与相对人交易，可知，代理人实为对自身是否享有代理权存在重大误解。

诚然，此种重大误解本属于动机错误，不得因之影响行为之效力。但本文所

[42] Bork,AT des BGB, 3. Aufl.,München 2011, Rn.1634.
[43] 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 240 页。
[44] 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2014 年版，第 351 页。
[45] 韩世远：《合同法总论》（第三版），法律出版社 2011 年版，第 197 页。

采取进路并非指向行为人由此享有形成诉权撤销法律行为，而是以《民总》第 147 条结合《民总》第 157 条第 2 句作为第 3 款损害赔偿请求权之限制。该种进路并不会直接冲击既有之体系，而是在现有之体系内所为之努力。

再论不当得利一般条款置于民法总则

（会议简稿，敬请批评指正）

娄爱华

【摘要】在《民法总则》中规定的不当得利一般条款，在大陆法系内部存在一种有别于德国法的解释路径。这种基于罗马法的不当得利一般条款将不当得利视为一种补充性质的疑难案件解决方案，而不是统摄不当得利所有制度的一般条款。这种对不当得利一般条款的理解源于古罗马法学家对疑难案件的解决，是优士丁尼法学家编纂《学说汇纂》的创造性工作成果。在当代自然法学与概念法学之弊病日益凸显的背景下，应认识到此等方法下法典编纂的弊端，并重新思考不当得利理论的构建，完成罗马法与当代法学方法论的衔接。

【关键词】不当得利；原则；民法总则

一、问题的提出

我国《民法总则》已经将不当得利一般条款规定在了民法总则部分，按照目前的立法计划我国不会再制定债法总则。可以预见，我国未来的民法典，很有可能就只有这一条有关不当得利的直接规定。在此情形下，基于世界范围内对不当得利研究的普遍兴盛，可以预见仅有一条不当得利一般条款是无法应对复杂的不当得利问题的。理论界与实务界在未来一定会通过对不当得利一般条款的解释来应对复杂的理论和实践问题，问题是我们如何去解释和建构不当得利的一般理论。

我国当下的不当得利理论，主要还是受到了德国和日本的影响，尤其是德国的影响。按照德国不当得利法的基本发展脉络，在萨维尼肯定了不当得利的一般条款之后，基于威尔伯格和克默雷尔的理论贡献，不当得利被区分为给付型不当得利和非给付型不当得利两种类型。德国的做法固然优秀，但并非没有问题。

首先，给付的概念因德国法上物权行为的理论而具有了特别的意义，我国不论承认还是不承认物权行为理论，对给付概念对不当得利制度的影响认识还是不够的。尤其是一些不承认物权行为理论的学者，在不当得利领域依然认可给付与非给付的区分，这是存在问题的。如果不承认物权行为理论，那么合同无效或不存在时的履行在标的为特定动产时就不够成德国法意义上的给付，那么给付不当得利的范围势必就会大幅削减，给付与非给付不当得利的类型区分是否还有必要

就存在问题。其次，给付与非给付的区分，实际上是一种类型化视野下的归纳式的区分（summa divisio），但容易给人一种周延区分的错觉：即不当得利要么是给付型的，要么是非给付型的，不存在既非给付又非“非给付”型的不当得利，这实际上会使得不当得利一般条款的价值弱化甚至虚化，即不再有不当得利一般条款适用的空间。再次，德国法上的不当得利立法，尽管在一草和二草时有过体例变化，但终究是一种概念法学式的立法，寄希望于通过体系建构去解决一般及疑难案例，这在目前看来是不切实际的，我们是否有必要连同德国法的痼疾一同继受德国法的解决方案，值得深思。最后，正如邓伯格对不当得利自疗“物权行为”理论之伤的精辟总结那样，不当得利制度的影响不仅及于民法一般法，在破产法上也有着重要影响，但这个问题似乎没有进入我国学者的理论考察，如破产法第 42 条规定的不当得利作为共益债优先受偿就是一个仅受德国法影响的国家才有规定的特例，与物权行为理论息息相关。总之，在后续的法律解释中，如果采德国法的解释路径，区分给付与非给付不当得利的类型区分，上述问题不可不察。

本文所要重点论述的，是有别于德国法的另一种解释模式。这种解释模式源于罗马法，其思维方式也源自罗马法，在现代法中主要体现在意大利法中，也部分体现在法国法中。这种解释模式的根本特点在于，将不当得利一般条款置于一种补充性的地位，而传统不当得利的主要内容，则通过独立于不当得利一般条款的非债清偿予以解决。这种模式未必一定优于德国模式，自身也有问题，但作为一个备选项，我们应该对之更为熟悉。此外，这种对不当得利的理解模式，尤其是罗马法对不当得利一般条款的理解，是将不当得利作为一种类似原则的原理来对待的，这也与我国法将不当得利一般条款置于总则的实际做法更加切合，且此时的不当得利一般条款作为一种解决疑难案件（hard case）的依据，相较于作为单纯的债法内容，也更少外在体系方面的障碍。

二、不当得利一般条款的另一种发展路径

我国学者比较熟悉德国式的不当得利体系历史发展，对于法国式的不当得利历史发展，往往是以一种同情的眼光观察的。法国民法典没有规定不当得利一般条款，而是通过 boudier 案件通过罗马法上的转化物之诉确立了不当得利的一般条款。并因此认为，德国法上的不当得利立法模式是优秀的。但这样的理论考察，

实际上忽视了这样一个重要的史实：如果说德国法上的不当得利制度果真优秀得无可挑剔，何以在 1942 年意大利民法典立法时，仍然对非债清偿和不当得利一般条款进行两分，并且仍然将不当得利一般条款作为补充性的请求权基础。

这实际上涉及到对非债清偿和不当得利一般条款之关系的理解，而意大利的做法是可以回溯到罗马法的做法，是彭波尼有关不当得利一般思想的体现。德国法中的不当得利制度，其精髓在于先有“得利”，后有“得利”的不当，因而有返还问题。但作为德国法上不当得利之来源的返还诉（condictio），其要旨恐怕并非完全如此。

在罗马法中，返还诉的着眼点在于赋予一方返还的请求权，置于利益是否真的移转到了相对方，则并非不可突破的原则。也就是说，即使利益没有移转到相对方，当事人仍然可以提起返还诉，最为典型的就是盖尤斯承认在盗窃情形发生返还诉的适用问题。盖尤斯明确提到，盗窃时利益和权利均不发生移转，因为我们不能要求返还已经是我们的东西，但出于对窃贼的痛恨，还是赋予了返还诉。这一点必须强调，因此，纵使盖尤斯将非债清偿类比要物合同，认为从非债清偿的人那里错误接受了不应接受的东西，也通过物缔结债，也不能当然认为非债清偿在动产情形会导致物的所有权移转。因为返还诉强调的仅仅是返还而已。在这个意义上，非债清偿的意义可以得到一种新的解读，亦即不论是否有利益的确定移转，亦即不论是否承认物权行为理论，在非债清偿的场合就一定会有对人性质的返还诉。

此时对非债清偿的理解与德国式的理解就很不一样的。依照法国法，买卖无效时，当然构成非债清偿，此时的清偿行为也就是履行行为当然不构成所有权移转的依据，所有权并未发生移转，当事人当然可以主张原物返还，但这并不妨碍法国法规定非债清偿的对人性质的返还诉。而依照德国法，非债清偿符合物权行为的原理，因此构成所有权的移转，此时只能主张不当得利之下的非债清偿的返还诉，而非债清偿，按照现代德国法的类型划分，属于典型的给付不当得利，这是一种对人的而非对物的诉权，但在可以主张返还原物的情形，也可以主张原物。如此看来，买卖无效时，以法国法那样的原物返还和非债清偿并举为原则，还是以非债清偿为原则的德国法，在两人之间的实际效果方面差别并不大。二者最重要的差别恐怕在于涉及第三人时的破产的处理，按照原物返还的做法，原物的所

有权人是有取回权的，但按照物权行为的理论，原物的所有权人是确定没有取回权的。

在明确了对返还诉的两种理解方式之后，也就是明确了对非债清偿的两种理解方式后，应当再考虑不当得利一般条款与非债清偿的关系。在罗马法中，与在意大利法中一样，不当得利的一般条款，也就是罗马法中的 condictio sine causa 和 arrichimento senza causa 所针对的都是疑难案件的解决。其意义和萨维尼从消极意义上界定饿了不当得利一般条款很不同，萨维尼界定的不当得利一般条款是对各种具体的不当得利类型，也就是罗马法中的各种 condictio 的总结，是一个上位概念，而罗马法中和意大利法中的不当得利一般条款是具体的不当得利类型之外的最后一道防线。

从上述内容可知，萨维尼缔造后经威尔伯格和克默雷尔发展的不当得利体系只是不当得利体系的一种类型，其特点在于不当得利一般条款之下区分不当得利的类型，而在这种体系之外，在罗马法中、在意大利法中，还存在另一种理解不当得利的方式，也就是不当得利在非债清偿这种典型的不当得利类型之外作为一种补充，而这种补充，按照 Paolo Gallo 的总结，是在不能适用具体的物权法规定（如添附）、诈欺之诉之外的补充，实际上就是对整个民法制度的补充，甚至考虑到了公法性质的管理因素对不当得利的影响，可以说，不当得利一般条款虽然在意大利法中规定在债法的部分，但实际上起到的是补充整个民法的作用。这样的规定，是否规定在总则更为合适？而我们在《民法总则》中规定不当得利是不是又是命运垂青、歪打正着？

三、彭波尼的格言和当代法学方法论

罗马法学家彭波尼的格言一直是研究不当得利学者的圭臬。彭波尼在《告示评注》和《各种课文》两个文献中论述了不当得利的一般思想。前者谓：依衡平之自然法，无人得因他人损失得利。后者谓：依衡平之自然法，无人得因他人损失不法得利。这两个法言都提到了自然法，但这里的自然法观念必须经过还原才能使用，后一个法言还使用了著名的 iniuria 的概念。

首先值得强调的是，当代罗马法学家公认，在古典罗马法时代，并没有一个严格的制度对应彭波尼的思想。也就是说，彭波尼的思想是一种观念的表达，而不是对现行法律制度的总结。而在优士丁尼编纂罗马法时，一般认为，返还诉制

度，尤其是无因返还诉（condictio sine causa），也就是不当得利一般条款的前身，反映了将彭波尼思想实证化的努力。也就是说，彭波尼的思想影响了《学说汇纂》，而《学说汇纂》恰恰是自然法学派和历史法学派的工作基础。

无因返还诉作为一种独特的诉讼类型，在古典罗马法中是不存在的。在这部分列举的有限几个案例，实际上是之前的几种返还诉类型所不能容纳的特殊案件。换言之，是优士丁尼的编纂者们，将疑难案件进行了汇总，并在汇总的基础上总结出来了一种新的返还诉类型，即无因返还诉。

无因返还诉在罗马法上作为疑难案件处理对策的背景非常重要，尤其是对当代法非常重要。自然法学派和概念法学派实际上都是不认可所谓疑难案例的，前者认为自然秩序中的民法规则对所有案件都能够一视同仁地解决，正如自然定律可以解决看似最为复杂的物理难题，而概念法学派则认为具有演绎能力的概念体系本身就能解决所谓的疑难案件。现代民法当然不会认为不存在疑难案件，实际上针对 hard case 的解决方案，在当代法理学中具有举足轻重的地位。罗马法当然也认为是存在疑难案件的。其疑难案件的标准，就是现有的各种市民法或裁判官法无法提供适当的救济手段，这与当代法认为规则无法提供适当的救济手段实际上是相同的。而罗马人的解决方案，尽管没有我们理论化的说辞，但实际上也是和我们的方法非常接近的。这就是通过原则的权衡来解决问题，这在彭波尼的话中体现的相当清楚：

彭波尼强调了自然法，这里的自然法和现代理解的作为高级法背景的自然不同，仅仅是罗马法学家根据法的适用对象不同而确定的一种法而已，因此不是一种高级法。当然，虽然不是高级法，但自然法的规则构成对实证法规则的反思来源。不当得利的根本，在彭波尼的术语中，实际上就是自然法规则和市民法规则的冲突和衡量的结果，自然法强调衡平，而市民法违背了这种衡平。所用的术语 iniuria 表明了这种不法，是一种法学家意义上的不法，而不是一种实证法层面的市民法意义上的不法，是市民法的规则与自然法的规则发生了冲突。这与当代法学家 alexy 所讲的原则的冲突，和评价法学派所讲的对原则的评价，在本质上并没有区别。

且不当得利的概念是一个开放性的概念，总是意味着实证法的不足，因为当依照不当得利的一般观念形成不当得利的具体规则的时候，不当得利一般条款的

使命就终结了，而不当得利的具体规则又成了不当得利一般条款审视的对象。不当得利原则具有十足的开放性，在意大利它已经向公法开放了。

四、小结

综上所述，存在着另一种理解不当得利的路径，这种路径和我们《民法总则》的规定暗合。在我们的时代，将不当得利作为一种原理或原则规定在总则是适当的，它保证了我们的法典的开放性，而作为一种原理或原则的不当得利一般条款，在解释上必须接受补充性的限制，以维持法的安定性。当然，有关不当得利一般条款的补充性问题，则又属于另一个问题了。但即使不考虑法律的明文规定，解决疑难案例的思路顺理成章地也是先考虑既有规则，而在规则无法解决问题的时候才考虑原则的权衡，进而解决疑难案件问题。总之，有一种历史底蕴深厚的对不当得利一般条款的理解，值得我们去重视。在那个时代，也就是在罗马法的时代，法学家们并没有将法学作为自然科学处理的冲动，法学在本质上被认为是亚里士多德分类中的实践智慧而非理论智慧，法学家们虽然也会有体系化的思维，但不会盲信到体系本身能够创造出规则，尽管法学规则还是以片段和案例的形式表达出来，显得原始而不够现代，但在精神气质上却和我们这个时代更为接近。

诉讼时效制度的现代更新
——政治决断与规范技术

朱虎*

摘要：《民法总则》中的诉讼时效规则存在诸多改变，这体现了立法中政治决断和规范技术之间的关系。这些规范批判性地吸纳了国际趋势和本土实践经验，体现了社会共识，这表现在诉讼时效期间、起算、届满后的效果和中止、中断的具体规则方面。在价值层面，规范体现了诉讼时效的合理制度目的，该目的尤其体现于不适用时效的请求权方面，但在时效的中止和中断事由方面仍有根据制度目的予以省思的空间；私法权利期间中所蕴含的利益平衡重点不同使得权利期间呈现出多元化，诉讼时效规范的强制性可据此予以反思。同时，立法和解释应在许多层面展开，以实现法秩序中的价值融贯和规则融贯。

关键词：诉讼时效；民法总则；权利期间；融贯

《民法总则》的编纂是立法行为，因此是政治行为，其中必然蕴含着政治决断的因素。政治决断依赖于权威，但基于政治意志的权威必须具有正当性，此时体现了权威和正当性、意志和理性之间的相互关联。权威所作出政治决断的正当性取决于其体现了合理的社会共识，在欠缺足够的共识时，权威所作出的政治决断至少能够实现制度内合理价值取向的内在统一和融贯；同时，也应在整体法秩序中观察制度，注意在整体法秩序价值之网中的价值融贯，使得在制度内部实现价值内在统一性和价值多元化的双重目标，并且在规范技术上着眼于理性的细节展开，进而实现整体法秩序内部的价值融贯和规则融贯。本文即以诉讼时效制度管窥《民法总则》中的政治决断和规范技术。

一、社会共识：国际趋势和本土实践理性的批判性吸纳

立法中应反映社会共识已成为一种“社会共识”，但难题在于判断是否存在社会共识及存在何种共识。这个难题本身是一个事实判断，如果不过分纠结于此，那么至少可以认为：如果智慧并非一个民族所独享，且承认立法某种程度的国际可比较性，那么国际共同的发展趋势可能是理性的外在表现；如果立法并非平地高楼，则必然会考虑本土既有的实践，本土实践经验也构成了实践理性的外在表现。在这个意义上，萨维尼所说的历史和体系两个因素在当代具有形成合题的可能性。

在诉讼时效制度中，德国学者 Zimmermann 认为存在以下可观察到的国际趋势：时效期间趋向统一；时效期间不能过短也不能太长；时效起算的主观标准；最长时效期间避免时效被无限期的推延；时效届满仅产生义务人的抗辩权。[1]在本土实践层面，除了立法层面的《民法通则》和特别法之外，最高人民法院还颁布了《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称“《民通意见》”）、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称“《诉讼时效规定》”）和大量的批复、决定等司法解释，此外还有复函等，实践中存在大量的案例，对诉讼时效也展开了诸多研究。《民法总则》中的诉讼时效制度对于这些国际和本土经验进行了相当多的吸纳，但仍对这些经验进行了进一步的理性思考，予以选择、吸收或改造，因此是一种批判性的吸纳。

（一）诉讼时效期间的合理化

1、普通诉讼时效期间的适度延长

依据《民法总则》第188条第1款，普通诉讼时效期间由二年延长为三年。基于中国的文化背景、社会交易和实践发展所导致的权利义务关系的复杂化，适当延长普通诉讼时效期间已成为社会共识。[2]

立法过程中，有建议将普通时效期间延长至五年；[3]从国际经验上看，三至五

* 中国人民大学法学院副教授。本文系中国人民大学科学研究基金（中央高校基本科研业务费专项资金资助）的项目成果（批准号：15XNI002）。仅供会议交流之用，请勿引用。

[1] [德]齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 188 页；同样观点，See N.H. Andrews, *Reform of Limitation of Actions: The Quest For Sound Policy*, Cambridge Law Journal, Vol. 57, No. 3, 1998, p. 592.。

[2] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 449 页；王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 740 页。

[3] 梁慧星：“《中华人民共和国民法总则（草案）》：解读、评论和修改建议”，载《华东政法大学学报》2016

年的立法例都有。[4]选择三年还是五年取决于政治决断，毕竟政治决断的合理性是一个幅度，而非一个点，只要在一定幅度内的政治决断都可被认为合理。建议该期间为五年的主要理由是，较之欧洲，我国的诚信体系建设不足，较长的时效期间有助于保护权利人。但对于普通时效期间的确定必须考虑到制度整体，在通讯、交通等其他因素同等化的前提下，时效期间的确定与时效起算点、时效中断事由都有关系。如果时效起算点采取客观起算方式，则应配合以较长的时效期间；如果采取主观起算方式，则时效期间可较短一些。[5]在同样采取主观起算方式的前提下，较之欧洲，即使我国的诚信体系建设尚不足，但由于我国诉讼时效中断的事由更多，因此采取比欧洲适当短一些的时效期间在结果上仍难谓不合理。

2、诉讼时效期间的力求统一

为实现“同等情况同等对待”的形式正义要求，提高时效制度的清晰性、稳定性和可预见性，诉讼时效期间应当尽量统一。[6]《民法总则》未规定一年的时效期间，在解释上应认为《民法通则》第 136 条所规定的适用一年时效期间的四种情形都被取消，应统一适用三年的普通时效期间。

具体而言，《民法通则》第 136 条所规定的“延付或拒付租金的”、“寄存财物被丢失或者毁损的”两种情形，均可能产生侵权、合同等多项请求权，性质相去甚远，不可一概而论，其与一般请求权也无本质差别，且在同一合同关系中导致不同请求权的不同时效期间，故并无充分且正当的理由。[7]关于“出售质量不合格的商品未声明的”，所涉情形部分要适用《产品质量法》第 45 条第 1 款的不同规定，“因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为二年”，还有一部分适用情形根据最高人民法院《关于购销合同标的物掺杂使假引起的诉讼如何确

年第 5 期。

[4] 例如，《德国民法典》将普通诉讼时效期间规定为三年，而《法国民法典》2008 年改革后规定普通诉讼时效期间为五年，《欧洲合同法原则》则确定为三年。

[5] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 450 页。

[6] 参见朱岩：“欧洲合同法原则中的时效制度”，载《月旦民商法杂志》2011 年第 3 期；朱岩编译：《德国新债法》，法律出版社 2003 年版，第 14 页。

[7] 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 536 页；朱岩：“消灭时效制度中的基本问题”，载《中外法学》2005 年第 2 期。

定诉讼时效的复函》（法函[1992]10 号）适用普通时效期间，适用余地较小，且同样无充分且正当的理由规定特殊的时效期间。至于“身体受到伤害要求赔偿的”更不具有合理性，在价值上经常认为生命、身体、健康较之财产更为重要，但保护财产的时效期间却较之保护价值上更重要权利的时效期间更长，明显轻重失衡；许多国家（例如法国）基于权利价值重要性的考虑，对人身损害赔偿请求权规定了更长的时效期间，我国可以不规定更长的时效期间，但至少不应规定较之保护财产更短的时效期间；在司法实践中，基于上述价值判断，有法院甚至违反文义对该规定采取了限缩解释，认为仅指健康权受到侵害，不应包括生命权受到侵害，因此因身体受伤害致人死亡的情形仍适用普通时效期间。[8]

同样基于时效期间统一化的合理需求，《欧洲合同法原则》和《欧洲私法共同参考框架》中对经判决确认的权利规定了十年的特别时效期间，基于我国《民事诉讼法》第 239 条的规定，经判决确认的权利应另适用申请执行时效，因此《民法总则》并未对此规定特别的时效期间。[9]

但是，基于形式正义的“不同情况不同对待”的要求，还要考虑不同利益状态确定特别的时效期间。我国《海商法》第 257 条第 1 款、《水路货物运输合同实施细则》第 31 条第 1 款、《铁路货物运输合同实施细则》第 22 条第 1 款等所规定的短期时效期间，均具有加速处理纠纷的特别目的。《环境保护法》第 66 条规定的环境损害赔偿请求权和《海商法》第 265 条规定的油污损害请求权的时效期间、《合同法》第 129 条规定的国际货物买卖合同和技术进出口合同纠纷的时效期间、《保险法》第 26 条第 2 款规定的请求给付人寿保险金的五年时效期间等较之普通时效期间均较长，原因在于这类请求权在损害认定、举证和主张权利方面均存在困难，或有特别保护权利的目的。基于这些特殊利益状态的考量，这些特别时效期间仍具有合理性，故《民法总则》第 168 条第 1 款特别规定“法律另有规定的，依照其规定”。

[8] “甘某等与高明区西安中心小学人身损害赔偿纠纷上诉案”，广东省佛山市中级人民法院（2004）佛中法民一终字第 600 号民事判决书。

[9] 参见高圣平：“诉讼时效立法中的几个问题”，载《法学论坛》2015 年第 2 期。

3、最长时效期间的延长制度

如果诉讼时效采取主观起算方式，为了避免过分不稳定的状态，就有必要同时规定采取客观起算方式的最长时效期间。《民法总则》第 188 条第 2 款保留了《民法通则》第 137 条所规定的二十年最长时效期间，且保留了特殊情况下诉讼时效的延长规则。《民通意见》第 175 条明确规定诉讼时效的延长适用于诉讼时效和最长诉讼时效，但《民法总则》第 188 条第 2 款所规定的诉讼时效延长按照体系解释仅适用最长时效期间。[10]

即使如此，该延长规则也备受诟病。最初规定此规则的历史原因是为了解决大陆地区和台湾地区居民之间请求权的问题，[11]但是《民通意见》第 169 条规定“权利人由于客观的障碍在法定诉讼时效期间不能行使请求权的”都属于可以延长期间的“特殊情况”，实践中也进行了多种运用，包括了涉台案件、身份权请求权案件等，其中不乏大量误用情形。[12]学者多认为，在历史原因已经消除的前提下，既有延长规则的司法适用或者是误解的结果，或者反映出相关重要时效规则的缺失，应放弃时效延长规则。[13]

该问题与最长时效期间的类型化有关。随着科技的发展，人身损害有可能在违法行为发生后存在越来越长的潜伏期，而且人身权益应予特别保护，[14]因此欧洲多针对人身损害赔偿请求权的最长时效期间作出 30 年的特殊规定。[15]《民法总则》并未对此作出特殊规定，但现有的起算、中止和中断规则无法完全解决上述问题，故保留最长时效期间的延长规则以应对上述情形，可谓“旧瓶装新酒”。当然，为了避免滥用，可考虑对此进行程序控制，例如必要时需经由最高人民法

[10] 王轶：“民法总则之期间立法研究”，载《法学家》2016 年第 5 期。

[11] 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2001 年版，第 249 页。

[12] 例如最高人民法院《关于广西第四地质队、吴进福诉广西玉林地区饮食服务公司、玉林地区商业局购销麻袋合同货款纠纷一案是否超过诉讼时效的复函》（法经[1992]69 号）。

[13] 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 762 页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 545 页；高圣平：“诉讼时效立法中的几个问题”，载《法学论坛》2015 年第 2 期；霍海红：“诉讼时效延长规则之反省”，载《法律科学》2012 年第 3 期。

[14] 欧洲民法典研究组、欧洲现行私法研究组编著：《欧洲私法的原则、定义与示范规则》（第 1-3 卷），高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 1037 页。

[15] 例如，《德国民法典》第 199 条规定为更长的三十年最长时效期间；《欧洲合同法原则》第 14：307 条和《欧洲私法共同参考框架》第 III-7：307 条也同样如此。

院批准才可延长。

（二）诉讼时效起算的合理化

1、诉讼时效起算的一般规则

诉讼时效始终回避不了“欠债还钱、天经地义”的道德质疑，回应此种质疑的方式就是引入权利人的可归责性，即当权利人存在可归责性时，权利才罹于时效；当权利行使客观可能时，权利人具有抽象的可归责性，而当权利行使具有现实的可能性但权利人放置不管时，权利人具有具体的可归责性。[16]判断可归责性的标准就是权利人知道或应当知道其可针对特定义务人行使请求权。[17]此种主观起算方式也能够与较短时效期间形成体系配合，《民法总则》第 188 条第 2 款即采取了此种起算方式，这与国际趋势相一致，[18]同时也是在《民法通则》第 137 条规定基础上的进一步合理化。《民法通则》第 137 条规定时效期间从“知道或者应当知道权利被侵害时起计算”，而《民法总则》第 188 条第 2 款规定期间从“知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算”，在解释上可认为时效从权利可以行使时起算。但是，一方面，《民法总则》规定的是“权利受到损害”，与《民法通则》规定的“权利被侵害时”不同，这可能是考虑到权利被侵害时所产生的停止侵害、排除妨碍、消除危险等请求权，依据《民法总则》第 196 条第（一）项不适用诉讼时效。另一方面，《民法总则》的规定还要求权利人知道或应当知道“义务人”，如果权利人知道或者应当知道权利被侵害，但不知义务人具体是谁，权利人仍无法主张权利，诉讼时效即不应起算；[19]《诉讼时效规定》第 8、9 条已经要求诉讼时效的起算要考虑当事人是否知道或应当知道对方当事人，判例中同样认为“对诉讼时效起算时间的确定，除审查权利人是否知道或应当知道权利被侵害，还应考虑权利人是否知道或应该知道其权利被谁侵

[16] 参见解亘：“《民法总则（草案）》中时效制度的不足”，载《交大法学》2016 年第 4 期。

[17] 参见欧洲民法典研究组、欧洲现行私法研究组编著：《欧洲私法的原则、定义与示范规则》（第 1-3 卷），高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 1017 页。

[18] 例如《德国民法典》第 195 条，《欧洲私法共同参考框架》第 III—7：201 条和《国际商事合同通则 2010》第 10.2 条均采取了时效的主观起算方式。

[19] 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 746 页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 540 页。

害，即侵权责任主体的存在。”[20]

2、诉讼时效起算的特殊规则

《民法总则》第189条也采纳了司法实践经验，即约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日计算，这与《诉讼时效规定》第5条保持一致，最主要目的是为了避免债权人频繁主张权利，进而维持当事人之间信任关系，降低合同履行的成本。[21]

第190、191条针对两种特殊情形规定了诉讼时效的特殊起算。第一种情形是，在法定代理关系存续期间内产生了行为能力欠缺者对其法定代理人的请求权，且请求权可以行使，此时该请求权只能依赖于法定代理人予以主张，但由于义务人也是法定代理人，因此无法期待法定代理人会主张权利。[22]为保护权利人利益，国际上均对此有特殊规定，规范技术上采取诉讼时效开始停止、进行停止和完成停止等不同方式。[23]在我国，基于同样的价值考量，《民法总则》第190条规定此时诉讼时效从第175条所规定的法定代理终止之日起计算；同时，如果行为能力欠缺者所享有的请求权的诉讼时效起算后，义务人才成为权利人的法定代理人，此时适用第194条第（四）项所规定的权利人被义务人或者其他人控制而导致的时效中止。

第二种情形是未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的时效期间。2015年全年媒体公开报道的未成年人受性侵害的案例总计340起，其中七成以上是熟人加害，有29起是家庭成员加害；[24]在未成年遭受人身侵害的其他情形中，一般不

[20] 董华：“关于中国农业银行西藏自治区分行、中国人民银行拉萨中心支行与北京阿贝斯广告有限责任公司汇兑合同纠纷一案的请示与答复”，载《审判监督指导》2006年第1辑，人民法院出版社2006年版，第53-58页。

[21] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第453页；最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第14页。

[22] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第456页。

[23] 关于不同模式的分析，参见房绍坤：“诉讼时效停止制度的立法选择”，《广东社会科学》2016年第1期。

[24] 参见梁慧星：“《中华人民共和国民法总则（草案）》：解读、评论和修改建议”，载《华东政法大学学报》2016年第5期。

会出现其监护人不愿或不敢主张的问题，但在遭受性侵害情形中，不少监护人从未成年人名誉、声誉、健康成长、成年结婚等现实角度思考，往往不愿、不敢公开主张，长期隐瞒子女受性侵害的事实，如此时仍适用诉讼时效的一般起算规则，未成年人成年后往往诉讼时效已经届满，无法主张损害赔偿请求权。基于此等价值考虑，国际上对此情形皆规定有特殊规则，规范技术上有时效停止进行、在犯罪行为的追诉时效届满前损害赔偿请求权的诉讼时效同样不届满或规定极长时效期间方式等。[25]我国则规定该类损害赔偿请求权自受害人年满十八周岁之日起算，体现了同样的价值考量。但在家庭成员侵害的情形中，例如继父性侵未成年继女，即使未成年人年满十八周岁，但如果其与性侵者仍处于同一家庭关系共同生活，则其往往仍不敢或不愿主张权利。针对此种情形，《德国民法典》第208条规定在时效开始时，因违反性自决而发生之请求权的债权人，与债务人在家庭共同关系中生活的，在家庭共同关系终止前，时效也停止计算。目前我国仍欠缺相关规定，基于同样的价值考量，即使未成年人年满十八周岁，损害赔偿请求权的诉讼时效开始起算，但解释上可结合第194条第（四）项所规定的权利人被义务人或者其他人控制而导致的时效中止，宽松认为此时义务人对权利人存在控制关系，从而时效有中止可能性。

（三）诉讼时效期间届满后效果的合理化

诉讼时效期间届满后，所产生的法律效果可能有三种：权利消灭；胜诉权消灭或抗辩权发生。三种方式的区别在于：第一，义务人自愿履行或同意履行的，是否构成非债清偿型不当得利，权利消灭方式下回答是肯定的，而后两种方式的回答是否定的；第二，法院是否能够依职权主动适用，前两种方式的回答是肯定的，后一种方式的回答是否定的。根据《民法通则》第138条、《民通意见》第171条、原《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第153条，之前采纳了胜诉权消灭方式；之后《诉讼时效规定》第1、3、22条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第219条则采纳了抗辩权发生方式。国际趋势是采取抗辩权发生的弱效果。《民法总则》第192、193

[25] 这几种方式分别见于《德国民法典》第208条、《荷兰民法典》第3：310-4条、《法国民法典》第2226条第2款。

条在此基础上明确采纳了抗辩权发生的方式，[26]即诉讼时效届满后，权利并未消灭，但义务人享有永久抗辩权，可据此提起诉讼中的抗辩；义务人同意履行或自愿履行的，视为对抗辩权的放弃，因此不构成不当得利；法院不得主动适用，必须义务人主张后法院才能适用。

据此，诉讼时效期间届满后，仅仅产生义务人的抗辩权，义务人可以放弃此种抗辩权，该放弃行为可以是单方法律行为，也可以是双方法律行为，但必须具有明确的放弃意思表示。诉讼时效届满后，权利人发出“贷款对账签证单”而义务人签字，此时要求权利人必须要有催收逾期贷款的意思表示，且义务人签字或盖章认可并愿意继续履行义务，才可认为义务人放弃时效抗辩权。如果权利人没有催收的意思表示，或者债务人的签字仅仅表明收到而没有同意履行义务的明确意思表示，不可认为义务人有放弃时效抗辩权的意思表示；义务人为法人或非法人组织的，只有其法定代表人或者有权代理人才可做出放弃抗辩权的有效意思表示，收发部门的签字并不可以，这与导致诉讼时效中断的权利人送交权利文书不同，后者仅需非对话意思表示到达义务人即生效，因此该文书到达义务人的收发部门即可。[27]同时，放弃时效抗辩权的法律行为也同样适用法律行为的效力瑕疵规则，如存在受欺诈、胁迫情形时可请求撤销；但一般不可因重大误解而撤销。

（四）诉讼时效期间中止和中断的合理化

《民法总则》第 194 条保留了《民法通则》第 139 条、《民通意见》第 172 条和《诉讼时效规定》第 20 条关于时效中止的大部分规定，但在两个方面做出了变化。首先，按照《民通意见》第 172 条和《诉讼时效规定》第 20 条的规定，行为能力欠缺者没有法定代理人或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力的，只有行为能力欠缺者所享有的请求权的时效中止（“权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人”），但针对行为能力欠缺者的请求权的时效并不中止。有学者认为，两者相较，虽然双向保护主义从逻辑分析上更显完整，然

[26] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 451、459 页。

[27] 参见《最高人民法院关于武汉水运集团有限公司与中国石化股份有限公司武汉分公司货款纠纷上诉案适用法律问题的答复》（[2005]民二他字第 20 号）；《最高人民法院关于债务人签收“贷款对账签证单”的行为是否属于对已经超过诉讼时效的原债务的履行进行重新确认问题的复函》（[2006]民立他字第 106 号）。

单向保护主义更能体现对弱者利益的重视，从立法目的上考虑，单向保护主义的立法模式应更为公正合理，[28]且权利人对行为能力欠缺者享有请求权时，权利人仍可起诉，此时诉讼程序中止即可，无需时效中止。但即使如此，如果时效不中止，仍会逼迫权利人立即起诉，而会削弱其他成本更低的非诉纠纷解决方式的可能性。因此，《民法总则》第 194 条第 1 款第（二）项删除了原规定中的“权利被侵害的”，解释上应认为行为能力欠缺者所享有的和针对行为能力欠缺者的请求权都会发生诉讼时效中止，这也符合国际上的立法趋势。[29]

其次，关于诉讼时效中止的效果，《民法总则》第194条第2款采纳了国际经验予以完善，规定“自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满”。据此，时效中止事由消除之日起，诉讼时效剩余期间不满6个月的，应补足到6个月，由此避免出现中止事由消除后，继续计算的剩余诉讼时效期间比较短致使权利人不能够充分主张行使其权利的可能性，同时便利了诉讼时效的计算。

关于诉讼时效的中断，《民法总则》第195条在《民法通则》第140条的基础上，总结了《诉讼时效规定》第13-15条的规定，补充规定了“与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形”这种中断事由，进一步完善了中断事由。在效果上，《民法通则》第140条规定“从中断时起”，时效重新计算，《民法总则》第195条则规定为“从中断、有关程序终结时起”时效重新计算。这表明在重新计算时效期间的起算点上，应根据不同情况区别处理，以本条第（一）项规定的“权利人向义务人提出履行请求”、第（二）项规定的“义务人同意履行义务”等方式中断诉讼时效的，诉讼时效从中断时起重新计算；以本条第（三）项规定的“提起诉讼或者申请仲裁”、第（四）项规定的“与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形”等方式中断诉讼时效的，权利人处于依据法律程序主张权利的状态，如果规定诉讼时效期间从起诉之日或者提起仲裁之日起重新计算，可能会因法律程序繁琐、所耗费的时日过长，出现法律程序尚未终结而诉讼时效期间已经届满的情况，有违时效中断制度的目的，为了避免制度上的缺陷，因此是从有关程序终结时起时效期间重新计算。[30]

[28] 参见冯恺：《诉讼时效制度研究》，山东人民出版社 2007 年版，第 211 页。

[29] 例如，《德国民法典》第 210 条、《意大利民法典》第 2942 条、《欧洲合同法原则》第 14:305 条、《日本民法典》第 158 条、我国台湾地区“民法”第 141 条等。

[30] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，

二、价值取向：诉讼时效内部的价值融贯

（一）从制度目的到规范

1、诉讼时效的制度目的

诉讼时效的制度目的是降低因事实的模糊化所可能导致的诸多社会成本。时间是可怕的魔术师，“逝者如斯夫”，事实状态往往会因为时间的流逝而逐渐模糊，如果欠缺诉讼时效制度，这会造成诸多的社会成本。首先是义务人的成本，例如证据收集保存成本、判断是否收集保存证据的判断成本和义务因未来履行风险而做出的储备成本；其次是审判成本，包括审判者对长期之前事实的查明成本、因法律溯及力的限制而准确理解适用长期之前规范的查明成本和因此可能不准确审判所带来的负面成本；最后是与义务人进行交易的不特定第三人的成本，包括其所可能付出的信息搜寻成本、防止自己对义务人资力的信赖被击破所采取的防险成本。[31]举证责任制度的存在会降低审判者的事实查明成本，[32]但无助于降低审判者的规范查明成本和不准确审判的负面成本，也无助于降低与义务人进行交易的不特定第三人的成本，并且恰恰是因为举证责任的存在，债务人才更需要付出成本判断收集保存证据，因此举证责任不能取代诉讼时效，反而是因为举证责任的存在才更需要诉讼时效。诉讼时效的制度目的在于降低上述诸多社会成本，因此时效期间就是可以不采取措施防止事实关系的模糊暧昧化也无须负担不利益的期间。[33]

该制度目的统合了通常所言的诉讼时效的正当化理由。按照通常观点，诉讼时效的正当化理由主要有四点：督促权利人行使权利、保护义务人、降低审判成本和保护与义务人交易的不特定第三人利益。诉讼时效的督促权利人行使权利作用，本质上是为了避免事实的模糊化，从而降低了审判成本，保护了义务人利益和与义务人交易的不特定第三人利益。

第 471 页。

[31] 具体参见朱虎：“返还原物请求权适用诉讼时效问题研究”，载《法商研究》2012 年第 6 期。

[32] 谢鸿飞：《论潜在损害的诉讼时效》，载《华中法律评论》第 1 卷，第 290 页。

[33] 解亘：“《民法总则（草案）》中时效制度的不足”，载《交大法学》2016 年第 4 期。

2、不适用诉讼时效的请求权

《民法通则》第 135 条第 1 款和《民法总则》第 188 条第 1 款都规定了诉讼时效的适用对象是“保护民事权利”的请求，但《民法通则》第 139 条和《民法总则》第 194、190、191、196 条都明确提及了“请求权”概念，据此可认为，诉讼时效的适用对象是请求权。同时，《民法总则》第 196 条第（一）、（二）项规定了诉讼时效不适用于“请求停止侵害、排除妨碍、消除危险”和“不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产”。

对于停止侵害、排除妨碍和消除危险请求权，我国既有观点较为一致，通说认为不适用诉讼时效，国际立法也大多如此。[34]从诉讼时效的上述制度目的予以考虑，这三类请求权的构成都要求现实存在对权益的妨害和危险，行为或状态处于现实的持续之中，对这种现实存在的妨害和危险无需考虑之前的事实状况，因此不会增加审判的事实查明成本，且应适用新的规范，不受禁止法律溯及既往的限制，故也不会增加审判的规范查明成本和不准确审判的负面成本；在通常情形下也排除了向不特定第三人呈现此类请求权不存在状态的可能，不特定第三人也就无法产生相应类型的请求权不存在的合理信赖，因此不存在保护不特定第三人信赖利益的问题。[35]就义务人而言，可能认为不适用诉讼时效会增加义务人的证据保存收集判断成本等，但是义务人的可能抗辩是其对妨害享有合法的权利，此时义务人同时是权利人，义务人为了自己权利的行使，本来就会保存相关的证据，因此，即使这三类请求权不适用诉讼时效，也不会额外增加义务人的成本。同时，在解释上可将登记错误情形中的更正登记请求权也纳入《民法总则》第 196 条第（一）项而不适用诉讼时效。[36]

至于返还原物请求权是否适用诉讼时效，实践和学说的争论意见较大。从诉

---

[34] 即使德国法中，排除妨碍请求权不同于不作为请求权，仍适用诉讼时效，德国联邦最高法院和联邦最高行政法院都认为，时效届满后并不代表妨害成为合法，物权人仍可以自力救济，以自己的费用排除妨害，妨害人对此自力救济负有容忍义务（BGH NJW 2011, 1068.; BGH NVwZ 2013, 1292.），因此在结果上和不适用诉讼时效并无太大区别。

[35] 王轶：“民法总则之期间立法研究”，载《法学家》2016 年第 5 期。

[36]《最高人民法院第八次全国民事商事审判工作会议纪要：民事部分》第 24 条规定了已经合法占有转让标的物的受让人请求转让人办理物权变更登记请求权不适用诉讼时效，此时受让人并非物权人，故该请求权与登记错误情形中的更正登记请求权并不完全相同，因此仍值得进一步思考。

讼时效的上述制度目的予以考虑，返还原物请求权同样要求无权占有事实的现实存在，义务人的可能抗辩也是其享有合法占有的权利，因此如同上述三类请求权一样，不会额外增加审判成本和义务人成本。唯一的区别在于与义务人进行交易的不特定第三人，如果物权未被登记，则此时仍有保护该类第三人信赖而降低其成本的必要，因此仍应适用诉讼时效；但是，如果物权已经被登记，此时不能产生该类不特定第三人的合理信赖，其不应信赖未经登记的权利变动。[37]《民法总则》第 196 条第（二）项中的主旨即在于此，即登记物权的权利人返还原物请求权不适用诉讼时效，但是考虑到不少农村地区的房屋尚未办理不动产登记，为更好地保护农民的房屋产权，将不适用诉讼时效的范围扩大至所有不动产物权的返还原物请求权，从而未登记不动产的权利人的返还原物请求权也不适用诉讼时效；[38]考虑到对农村房屋流转的现行法限制，这不会产生太大的问题，但毕竟使得诉讼时效内部出现了价值不融贯的现象。同时，该规范还未考虑到在登记权利人并非真正权利人的情形下，真正权利人所享有的针对登记权利人之外的无权占有人的返还原物请求权，也不应适用诉讼时效，原因同样在于，该无权占有人并未被登记为权利人，第三人也就不应合理信赖该无权占有人享有物权。

3、时效的中止和中断事由

基于诉讼时效的上述制度目的，对诉讼时效期间的中止和中断事由就有可能进行重新的思考。中断会导致诉讼时效重新起算，较之中止，效果上更强，相对应的，其构成应更为严格。但是，《民法总则》第 194、195 条关于时效中止和中断的事由在很大程度上延续了《民法通则》的规定，中断事由更容易构成，权利人向义务人提出履行请求或者权利人提起诉讼等类似事由都可导致时效中断，这可能仍然有进一步思考的余地。

从国际趋势上看，之前时效中断是主角，而时效中止是配角，但目前角色进行了互换，时效中止的事由扩大，而时效中断的事由减少。[39]基于诉讼时效的上

[37] 具体论证请参见朱虎："返还原物请求权适用诉讼时效问题研究"，载《法商研究》2012 年第 6 期；王轶："物权请求权与诉讼时效制度的适用"，载《当代法学》2006 年第 1 期。

[38] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 475 页。

[39] 黄立：《德国新债法研究》，元照出版有限公司 2009 年版，第 30 页；朱晓喆："诉讼时效制度的立法评

述制度目的，只有在事实得到澄清不再模糊化的情形中，才有必要时效中断，因此时效中断仅在两种情形中具有正当性：义务人承认和权利人有效采取或申请执行行为。[40]但是在权利人提出请求或者提起诉讼等其他情形中，事实关系的模糊化进程虽然停止了，但事实关系并未得到澄清，此时时效应当中止，待事实关系的模糊化进程重新开启时时效继续进行。以提起诉讼为例，提起诉讼之后，双方开始收集、保存证据，事实关系的进一步模糊由此得到遏制，此时时效中止更为合适。但起诉有撤诉、驳回起诉、调解、判决等多种可能的结果，如果是撤诉和驳回起诉，事实关系的模糊完全没有得到改善；若是调解和判决，事实关系在调解书、判决书生效之时而不是在起诉之时才得以澄清。[41]因此，时效的中止事由除了权利人无法行使权利的事由之外，基于诉讼时效的上述制度目的，事实关系的模糊化进程暂停也适合作为时效中止而非中断事由，[42]只有义务人承认义务等使得事实关系得到澄清的事由才适合作为时效中断事由。

（二）私人利益平衡和公共利益保护

1、权利期间多元化

在诉讼时效上述制度目的前提下，其具体规则应更妥当地权衡多方利益，诉讼时效涉及权利人利益、义务人利益和社会公共利益，其具体规则要在这三种利益之间进行妥当权衡。首先要在权利人利益和义务人利益之间实现私人利益的平衡，诉讼时效整体上有利于义务人利益，但是仍要考虑权利人利益，诉讼时效的主观起算方式、特殊起算规则、中止和中断的具体事由和效果、诉讼时效届满后的效果非权利消灭而是抗辩权发生等具体规则，均体现了权利人利益的考虑；其次还要考虑社会公共利益，这包括审判利益和与特定义务人进行交易的不特定第三人利益。

论"，载《东方法学》2016 年第 5 期。这一趋势不仅体现于德国法中，《欧洲私法共同参考框架》中这一趋势同样十分明显，第 III-7:302 和 III-7:304 条规定司法及其他程序和磋商都不再作为中止事由。

[40] [德]齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 188、189 页。

[41] 解亘："《民法总则（草案）》中时效制度的不足"，载《交大法学》2016 年第 4 期。

[42] 如果承认此种中止事由，当然应对此时的时效中止做出更细致的、与权利人无法行使权利导致的时效中止有所不同的规则安排。

但是，依据诉讼时效的具体规则，私人利益之间的平衡而非公共利益的保护仍然是诉讼时效中的主要价值取向。如果诉讼时效的主要价值取向是公共利益的保护，那么相应的诉讼时效届满后的法律效果就应当是权利消灭、任何第三人都可主张抗辩或法院主动审查适用，但事实上并非如此。[43]诉讼时效的法律效果能否最终发生的“发令枪”被置于义务人手中，因此根据时效具体规则中所体现出来的价值取向，社会公共利益保护只能是“弱碱”，而不是“强酸”，其仅是私人利益平衡所产生的反射或附带利益。[44]

这决定了民法中权利期间的多元化。诉讼时效的主要价值取向是私人利益的平衡，公共利益保护是附带结果；而其他有些权利期间的主要价值取向是公共利益保护，私人利益平衡是附带结果；还有些权利期间居于两者之间。权利期间的主要价值取向越强调公共利益保护，法律的干预程度就会越强。[45]这首先体现在效果上的不同，干预最强的效果是权利消灭，这意味着法院应主动审查且相对人无法放弃由此产生的利益，[46]从而体现出更强的干预性。其次，期间的可变性不同，主要价值取向越强调公共利益保护，期间可变的可能性越小，越不适用中止或中断的规定。再次，起算方式不同，主要价值取向越强调公共利益保护，起算方式就越可能采取客观起算方式以避免主观起算方式的不确定。最后，期间约定的可能性不同，主要价值取向越强调公共利益保护，越排除当事人之间约定的可能性。由此，民法中的权利期间就呈现出一种类型化的方式，要根据不同期间的主要价值取向具体细致地决定规则的设计和解释，避免其他权利期间整体适用或不适用诉讼时效规则的简单化判断。

以此视角观察《民法总则》第 199 条的规定，会得出一些解释结论。根据该规定，除斥期间的法律效果是权利消灭。同时，除斥期间的适用对象是“撤销权、解除权等”，一般将之理解为形成权，但是，权利期限的主要价值取向并非私人利益保护的权利不限于形成权，还可能包括其他权利，例如《合同法》第 104

[43] See Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, pp. 72ff.。

[44] 金印：“诉讼时效强制性之反思”，载《法学》2016 年第 7 期；同样观点，朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 532 页。

[45] 相同观点，参见耿林：“论除斥期间”，载《中外法学》2016 年第 3 期。

[46] 当然，除斥期间届满后权利消灭，并不排除当事人重新设立相同的权利义务关系，但这并非已消灭权利的继续存在，Vgl. MünchKomm/Grothe, Vor. § 202 (2012), Rn. 13.。

第 2 款所规定的提存物领取请求权、《产品质量法》第 45 条第 2 款规定的损害赔偿请求权、《个人独资企业法》第 28 条规定的债权人对解散后独资企业投资人的赔偿请求权等。如果除斥期间的法律后果是权利消灭，甚至诸如《著作权法》第 21 条规定的著作权存续期间等权利存续期间也可被认为是除斥期间；[47]而权利失效期间也可被纳入除斥期间而无独立必要；[48]是否承认独立的或有期间则取决于如何认识该种期间届满后的法律效果。[49]这意味着，除斥期间的适用对象是多元化的，而不仅限于形成权。[50]

除斥期间适用对象的多元性就使得更为细致化的判断尤为必要。首先，《民法总则》第199条允许了除斥期间由当事人约定的可能性，例如《合同法》第95条允许当事人约定解除权的行使期间；但有些权利不允许约定，例如《民法总则》第152条所规定的撤销权行使期间；这需要对除斥期间所涉公共利益强弱程度予以具体判断。其次，不同除斥期间的起算可能是主观起算，也可能是客观起算，故《民法总则》第199条承认“法律另有规定的”例外。再次，除斥期间是否存在中止、中断的可能性也不可一概而论。形成权确实不能适用中断，因为形成权是一次性的权利，一旦行使即告消灭，不存在中断可能性，但形成权是否能够适

[47] 有学者认为，权利存续期间与除斥期间的区别在于权利是否需要被行使，参见耿林：“论除斥期间”，载《中外法学》2016 年第 3 期；但是，只要承认期间届满的后果是权利消灭，则区分这两种期间并无太大意义，该争论仅仅是一种解释选择而已，不会导致价值判断结论上的不同。

[48] 主张法定的权利失效期间的观点，参见崔建远：《民法总论》，清华大学出版社 2010 年版，第 217 页。如果将除斥期间的适用对象限定为形成权，自然认为存在独立的权利失效期间，因此是否存在独立的权利失效期间也仅仅是一种解释选择而已，同样不会导致价值判断结论上的不同。

[49] 或有期间，即决定当事人能否获得特定类型请求权、形成权等权利的期间，例如保证期间和买受人的异议期间，参见王轶：“诉讼时效制度三论”，载《法律适用》2008 年第 11 期；也有学者将之界定为权利失效期间（崔建远：《民法总论》，清华大学出版社 2010 年版，第 217-219 页）或除斥期间（耿林：“论除斥期间”，载《中外法学》2016 年第 3 期）。以买受人异议期间为例，如果认为期间届满后未提出异议的，买受人已经产生的违约请求权消灭，则可将之界定为除斥期间或权利失效期间；如果认为期间届满后未提出异议的，违约请求权根本自始不会产生，则有独立的或有期间之必要。

[50] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 481 页，其中所列举受除斥期间限制的权利就不仅限于形成权。同样观点，Staudinger/Peters/Jacoby, Vor. §§ 194-225 (2009), Rn. 14.; MünchKomm/Grothe, Vor. § 194 (2012), Rn. 10; Larenz/Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Aufl. 10, C. H. Beck, 2012, § 22, Rn. 6; 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 777 页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 533 页；耿林：“论除斥期间”，载《中外法学》2016 年第 3 期。

用中止则仍有具体考量的余地，例如，《民法总则》第153条第2款所规定的五年除斥期间确实没有中止可能性，但第1款所规定的除斥期间仍有适用中止的可能性，例如限制行为能力人做出了与其年龄智力相适应的法律行为，但该法律行为是被相对人欺诈所作出的，如果该限制行为能力人没有法定代理人，可考虑准用诉讼时效中止的规定，毕竟中止事由是权利人无法行使权利的障碍事由。[51]在除斥期间适用对象是请求权的情形中，也不能绝对排除准用诉讼时效中止中断的可能性。[52]因此，对每一个具体的除斥期间都需要根据具体的利益状况具体审查其是否可以准用时效中止中断的规定，而不能简单化地做出绝对肯定或否定的回答。[53]例如，《合同法解释二》规定了对解除的异议期间，异议权必须以诉讼方式行使，但在实践中，当事人更愿意予以磋商，降低维权成本，那么是否可以准用诉讼时效制度扩大异议期间的弹性，承认异议期间的可能中断事由，这要取决于对异议期间是否涉及公共利益以及强弱程度的判定；《物权法》第245条第2款所规定的占有人返还原物的请求权的一年期间，该期间是否存在中断可能性，也要取决于对期间是否涉及公共利益以及强弱程度的判定。

2、诉讼时效期间的可约定性

《民法总则》第 197 条第 1 款确定了诉讼时效的法定期间不可由当事人约定所改变的强制性特点，之前的司法实践也坚持这一点，最为典型的表现就是《诉讼时效规定》第 2 条。但对该问题，学说上仍存在争议，有的坚持时效期间的强制性，[54]有的主张时效的法定期间可由当事人约定。[55]从国际趋势上看，之前的立法或者绝对禁止当事人约定改变法定时效期间，或者允许当事人约定缩短但禁止延长法定时效期间，但最新的立法和国际性文件一般允许当事人约定缩短或延长

[51] 类似观点，MünchKomm/Grothe, Vor. § 194 (2012), Rn. 11.；欧洲民法典研究组、欧洲现行私法研究组编著：《欧洲私法的原则、定义与示范规则》（第 1-3 卷），高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 999 页。

[52] 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 534 页。

[53] 耿林：“论除斥期间”，载《中外法学》2016 年第 3 期。

[54] 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 624 页。

[55] 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 532 页；郑永宽：“诉讼时效强制性的反思”，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2010 年第 4 期；高圣平：“诉讼时效立法中的几个问题”，《法学论坛》2015 年第 2 期；耿林：“论除斥期间”，载《中外法学》2016 年第 3 期；朱晓喆：“诉讼时效制度的立法评论”，载《东方法学》2016 年第 5 期；金印：“诉讼时效强制性之反思”，载《法学》2016 年第 7 期。

法定时效期间，只是“两头堵”，约定期间最长不得超过或最短不得少于一定期间。[56]

坚持时效期间强制性的主要理由在于，诉讼时效制度关系到法律秩序的清晰稳定，涉及到公共利益保护，如果允许当事人约定延长，则对义务人、与义务人进行交易的不特定第三人不利，如果允许当事人约定缩短，对权利人保护不利。[57]按照本文上述观点，根据对诉讼时效具体规则的分析，可以看出，规范中所体现出来的诉讼时效的主要价值取向是私人利益之间的平衡而非公共利益的保护，这尤其表现在诉讼时效期间届满后的效果是义务人享有时效抗辩权，对于该抗辩权义务人可以放弃，且法院不得主动审查，如果诉讼时效的主要价值取向是公共利益保护，则相对应的期间届满的效果应是法院主动审查、义务人不得放弃抗辩权。由此，既然诉讼时效的主要价值取向是私人利益的平衡，那么就无充分且正当的理由绝对排除当事人约定时效期间的可能性，否则会出现诉讼时效内部价值取向的不一致。即使考虑到诉讼时效所附带反射产生的公共利益保护效果，可以考虑的更合比例的方式是上述“两头堵”的方案，而非绝对排除当事人的意思自治；[58]即使为了避免缔约双方存在经济地位事实上的不平等所导致的对权利人或义务人利益的损害，也可考虑运用格式条款、消费者保护等规则予以实现，而非必然采取绝对禁止的方式。

三、价值多元和规则展开：法秩序内部的价值融贯和规则融贯

（一）法秩序的“价值之网”和诉讼时效的规则展开

诉讼时效毕竟是法秩序中的制度，故必须与法秩序的其他价值相互连接、支

[56] 对此的整理，参见欧洲民法典研究组、欧洲现行私法研究组编著：《欧洲私法的原则、定义与示范规则》（第 1-3 卷），高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 1054 页，采取最后一种方案的国家有德国、法国、西班牙、比利时等，国际性文件有《国际商事合同通则》第 10.3 条、《欧洲合同法原则》第 14:601 条和《欧洲共同私法参考框架》第 III-7:601 条。

[57] 参见石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 477-478 页。

[58] 甚至对禁止当事人约定时效期间短于一定期间的规定，有学者也认为过于严厉且无充分的正当理由，参见[德]齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 224 页。

援，多元价值之间互为中心、互相支撑，从而形成一种去中心化的“价值之网”，[59]实现法秩序内部的价值融贯。与此相关的价值包括对个人权益的保护、对家庭等共同关系的保护和其他公共利益的保护。

《民法总则》第190、191条规定的诉讼时效特殊起算规则已经体现出对个人权益的保护。对个人权益的保护首先是对个人人格和身份的保护，这涉及到不适用诉讼时效的请求权的进一步发展。侵犯人格权益所产生的停止侵害、排除妨碍和消除危险请求权，对于维持人格的完整性至关重要，故依据《民法总则》第196条第（一）项不适用诉讼时效。基于该价值考量，消除影响、恢复名誉以及赔礼道歉的请求权也同样事关人身权益的保障，且即使请求权人长期不行使权利，也不存在不特定第三人对义务人的资力产生错误判断的问题，故这些请求权不适用诉讼时效制度，更能体现对人身权益的高度尊重。[60]

在家庭关系的保护层面，《宪法》第49条确立了国家对家庭的保护义务，为实现该义务，民事立法自然也应体现该价值。首先，纯粹身份性质的请求权，例如夫妻同居请求权、因亲属关系对第三人所生的回复请求权（如父母要求他人返还子女的请求权）等，这关系到伦理和“将来家庭关系状态”的保护和维续，应在之后立法中明确不适用诉讼时效，在解释上可将之归属于《民法总则》第196条第（四）项的“依法不适用诉讼时效的其他请求权”。[61]其次，基于身份关系所产生的支付抚养费、赡养费或者扶养费请求权，《民法总则》第196条第（三）项规定不适用诉讼时效。立法者所考虑的理由是基于保护请求权人生存权益需要，解释上包括已发生和将发生的这类请求权。[62]但如果按照该价值考虑，支付劳动报酬请求权也不应受诉讼时效的限制。[63]因此，该项规定的理由也仍然是基于家

[59] Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University press, 2006, p. 169.

[60] 王轶：“民法总则之期间立法研究”，《法学家》2016 年第 5 期。同样观点，郭明瑞：“关于民法总则中时效制度立法的思考”，《法学论坛》2017 年第 1 期；崔建远：“关于制定《民法总则》的建议”，《财经法学》2015 年第 4 期。当然，这些请求权往往因时间经过而成为不必要。

[61] MünchKomm/Grothe, § 194 (2012), Rn. 7f.；王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 737 页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 526 页。

[62] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 476 页。有学者认为，已发生的该类请求权应受到诉讼时效限制，参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 737 页；史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 633 页。

[63] 郭明瑞：“关于民法总则中时效制度立法的思考”，《法学论坛》2017 年第 1 期。

庭关系的维护，请求权双方往往存在家庭关系，为避免权利人担心时效届满而频繁主张权利并保存证据而造成对家庭关系的破坏，故该类请求权不适用诉讼时效。[64]

此等价值考虑在诉讼时效的其他层面也应继续展开，例如核心家庭成员（夫妻、父母子女）之间的请求权是否适用诉讼时效中止或推迟起算。以夫妻之间请求权为例，国家立法趋势是认为夫妻关系的存在对他们之间请求权的时效会产生影响，[65]我国学说存在争论。[66]《婚姻法》第46条针对无过错方请求过错方在特定情形下的损害赔偿请求权、《婚姻法解释三》第11条夫妻一方擅自处分共同共有的房屋时另一方所享有的损害赔偿请求权、《婚姻法解释三》第16条夫妻之间订立借款协议以夫妻共同财产出借给一方时另一方的合同请求权，虽然现行规范认为离婚前不享有请求权，但也看出家庭关系的存在对请求权的影响。对于夫妻之间的其他请求权而言，基于家庭关系的维护，为避免权利人担心时效届满而频繁主张权利并保存证据而造成对家庭关系的破坏，该类请求权仍以在夫妻关系终止前不起算或中止更为恰当，之后立法中应考虑此种价值。目前解释上可认为构成《民法总则》第194条第（五）项规定的能导致时效中止的“其他导致权利人不能行使请求权的障碍”，从而部分实现该价值考量。[67]

对家庭关系之外的其他共同关系和公共利益的保护对诉讼时效的影响也应更细致的考虑。除了基于公共利益而由《诉讼时效规定》第 1 条所规定的不适用诉讼时效的请求权之外，请求业主缴纳专项维修资金请求权也可考虑基于公共利

[64] 王轶：“民法总则之期间立法研究”，《法学家》2016 年第 5 期。

[65] 例如《德国民法典》第 207 条第 1 款、《法国民法典》第 2236 条、《意大利民法典》第 2491 条、《荷兰民法典》第 3:321 条等。但仍存在反对观点，认为这样会导致配偶另一方向继承人发动突然袭击，离婚也不应成为解决宿怨旧仇的开端，且适用范围不确定，参见欧洲民法典研究组、欧洲现行私法研究组编著：《欧洲私法的原则、定义与示范规则》（第 1-3 卷），高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 1033-1034 页；[德]齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 216 页。

[66] 支持观点参见朱晓喆：“诉讼时效制度的立法评论”，载《东方法学》2016 年第 5 期；房绍坤：“诉讼时效停止制度的立法选择”，载《广东社会科学》2016 年第 1 期；张力、郑志峰：“中止抑或不完成：诉讼时效完成障碍之婚姻关系”，载《河北法学》2015 年第 5 期。反对观点参见见段晓娟：“我国诉讼时效中止若干问题研究”，载《法律适用》2008 年第 11 期。

[67] 之所以是部分体现，是因为按照该规定，诉讼时效中止事由仍必须发生在期间届满前最后六个月内，但如果承认婚姻关系构成时效中止事由，则不应存在此时间限定。

益不适用诉讼时效。[68]共有财产分割请求权、遗产分割请求权以共同关系状态的持续为基础，不得催促解散共同关系，故可考虑不适用诉讼时效。[69]

（二）规则展开：立法、解释和续造

《民法总则》关于诉讼时效的规则更新会产生体系效应，导致法秩序内部的诸多规则也应相应通过立法予修改。最典型的就是诉讼时效期间的变化应导致诸多规则的修改。之前许多规则依据《民法通则》规定的二年时效期间确立了诸多具体请求权的二年时效期间，例如《产品质量法》第45条第1款、《民用航空法》第135条、《国家赔偿法》第39条、《专利法》第68条、《继承法》第8条以及《海商法》第257条以下条款等。在《民法总则》确立诉讼时效一般期间为三年的情况下，这些立法也据此应当进行修改。《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》第18条所规定的农村土地承包经营纠纷申请仲裁的二年时效期间也同样如此。《环境保护法》第66条规定的环境损害赔偿请求权和《海商法》第265条规定的油污损害请求权的三年时效期间，原因在于因果关系、损害认定和举证方面的困难，在《民法总则》确立普通诉讼时效期间为三年的前提下，也应通过立法予以适当延长。《民事诉讼法》第239条第1款所确定的申请执行的期间为两年，且适用诉讼时效中止、中断的规定，该执行时效似乎也是参照诉讼时效予以规定，[70]似乎也应相应修改为三年时效期间。

如果未登记动产的权利人享有的返还原物请求权适用诉讼时效，会出现诉讼时效届满后的权利界属难题，此时应在之后立法中规定取得时效，并且协调取得时效和诉讼时效的规定，[71]考虑规定特殊的取得时效，即在返还原物请求权诉讼时效届满之后，自主无权占有人即取得所有权。[72]

[68] 最高人民法院第 65 号指导性案例。

[69] 参见《最高人民法院第八次全国民事商事审判工作会议纪要：民事部分》第 25 条规定。

[70] 有学者认为，执行时效是诉讼时效制度上的“补丁”，张卫平：“民法典与民事诉讼法的连接与统合”，《法学研究》2016 年第 1 期。

[71] 王胜明：“关于物权法若干问题的思考”，载《中国法学文档》2006 年第 1 期：“用一个简洁的办法衔接，只要诉讼时效期间届满，也可以加一点条件，在条件具备的情况下，占有人就可以取得该物权。”

[72] Vgl. Wieling, *Sachenrecht: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Springer Verlag, 1990, ss. 7, 408; Kegel, *Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen, Zum Verhältnis von Besitz und Eigentum beweglicher Sachen*, in: *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Mohr Siebeck Verlag, 1978, ss. 176-178.。《荷兰民法

《民法总则》还对于许多争议问题予以了留白，此时合理贯彻了立法和法学的区分，留待法学和司法进一步争论。这包括诉讼时效届满后法院是否可以释明、[73]定期履行债务的诉讼时效如何起算、[74]撤诉和被裁定不予受理或驳回起诉等是否可以导致诉讼时效中断等。[75]还有一些问题根据立法资料似乎并未在立法过程中被讨论，例如确认法律行为无效的请求是否受诉讼时效限制以及无效后的返还财产和赔偿损失请求权的诉讼时效如何起算、诉讼时效届满后的债权能否作为主动债权主张抵销、请求权诉讼时效届满后所伴随的利息支付请求权或其他从属性权利的诉讼时效是否随之届满、主债权诉讼时效届满后对担保物权和保证债权的影响、诉讼时效中断和届满对连带债权债务关系的影响等等。所有这些问题在实践和理论中都存在诸多争议，因此存在巨大的解释空间。

四、结论

《民法总则》关于诉讼时效的规则更新合理者有之，需进一步解释和续造者有之，需要进一步反思者亦有之。其整体价值取向以及法秩序内多元价值的协调颇多可圈可点，足以成为后续立法所应斟酌考虑的价值基础和规则基础；但规范的细节存在合理的有意留白之处和未细致考虑之处，甚至在某些规范细节上出现价值不融贯的断裂之处，此时仍有根据多元价值的协调进一步解释、续造和后续立法弥补的空间。

窥一斑而知全豹，“周虽旧邦，其命维新”，《民法总则》以既有规定为基础，

典》第 3：105 条第 1 款即规定：“终止占有之请求权的诉讼时效届满时，财产的自主占有人取得该财产，即使该自主占有人并非善意。”

[73] 参见石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 464 页。

[74] 参见石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 454 页；最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 102 页以下。

[75] 在撤诉情形中，最高院 [1999]民他字第 12 号复函认为能导致时效中断，时效期间应从撤诉之日起重新计算；实践中多认为只要起诉状送达相对人的，诉讼时效即中断；《诉讼时效规定》第 15 条第 2 款对类似起诉的报案或控告有权机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效仍然中断。但《海商法》第 267 条第 1 款认为时效不中断，学者中认为时效不中断的有张卫平：“民法典与民事诉讼法的连接与统合”，载《法学研究》2016 年第 1 期；霍海红：“撤诉的诉讼时效后果”，载《法律科学》2014 年第 5 期。

省思既有实践和研究，吸取比较经验，体察社会图景，其整体价值和具体规则多根据理性予以确定和展开，力图统一价值理性和规则理性，其政治决断具有正当性，有助于推进法秩序内部的价值融贯和规则融贯。同时，应当认识到，立法是法秩序发展的中点而非终点，良好法治社会的构建，需要立法、法学、司法、行政乃至全体公民的携手并行，“苟日新，日日新，又日新”，唯如此方能促使“民主但有方向，多元但有决断”的良善社会形成。

论诉讼时效适用的例外

——《民法总则》第一百九十六条释论

姜海峰*

【摘要】《民法总则》关于诉讼时效适用例外的规定，排除了停止侵害、排除妨碍、消除危险以及部分返还原物的债权请求权适用诉讼时效的可能，而物权请求权原本就不存在适用诉讼时效的可能。抚养费、扶养费、赡养费的请求权本身不适用诉讼时效，但是具体的费用的请求权仍然应该适用诉讼时效，其他对于维持婚姻家庭关系所必须的请求权也不适用诉讼时效。关于诉讼时效适用例外规定的最高院诉讼时效规定第一条不应该继续适用，而析产无时效的解释应该继续坚持。

【关键词】诉讼时效，债权请求权，物权请求权，请求权竞合，析产无时效。

2017 年 3 月 5 日，作为我国民法典制定计划的一部分，《民法总则》获得通过，并将在 2017 年 10 月 1 日起施行。就诉讼时效制度来说，规定从《民法通则》的七个条文（第一百三十五条至第一百四十一条）增加到现在的十二个条文（第一百八十八条至第一百九十九条），其中有若干规定延续《民法通则》原本就有的规定，有些规定则是采纳了司法解释的的一些内容，同时也有一些全新的规定。对于新规定的加以研究，对于规定的实际适用尤其必要。基于此，本文试图对《民法总则》新增加的规定之一，也就是诉讼时效适用的例外的规定第一百九十六条进行相关分析。

一、 规定的内容及制定历史

《民法总则》第一百九十六条规定为：“下列请求权不适用诉讼时效的规定：（一）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；（二）不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；（三）请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；（四）依法不适用诉讼时效的其他请求权。”条文明确规定了三类请求权不适用诉讼时效，同时明确除此之外的其他请求权“依法”不适用诉讼时效。

与最初提交全国人大常委会一审的《民法总则（草案）》（以下简称一审稿）对应的第一百七十五条相比，现有规定仅第二项与一审稿不同，一审稿第一百七十五条第二项原来的规定为“登记的物权人请求返还财产”。之所以改成现有的表述方式，2017 年 3 月 12 日第十二届全国人民代表大会第五次会议主席团第二次会议通过的《第十二届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则（草案）》审议结果的报告》指出：“登记的物权人请求返还财产不适用诉讼时效。有的代表提出，目前，不少农村地区的房屋尚未办理不动产登记，为更好地保护农民的房屋产权，建议将不适用诉讼时效的范围扩大至所有不动产物权的返还请求权。法律委员会经研究，建议对这一项作出修改，明确不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产不适用诉讼时效。”

从《民法总则》第一百九十六条的内容来看，一审稿三项明确的例外均源自于王利明教授主编的民法典草案建议稿（以下简称王稿）以及梁慧星教授主编的民法典草案建议稿（以下简称梁稿）。

《民法总则》第一百九十六条第一项和第二项是王稿第二百三十五条第二款、第三款，梁稿第一百九十七条第二项的整合，王稿第二百三十五条第二款为：“权利人要求停止侵害、排除妨碍、消除危险的权利不受诉讼时效的限制”，第三款为：“物权人要求返还其权利标的

* 江苏大学法学院讲师，南京大学法学院博士研究生。

物的权利不受诉讼时效的限制”。[1]梁稿第一百九十七条明确请求权适用诉讼时效，但同时列举了不适用诉讼时效的请求权，其第二项原文为：“基于所有权及其他物权的排除妨碍请求权、消除危险请求权、确认权利请求权、以及登记不动产所有人的返还请求权”。[2]可以看出一审稿第一项与王稿第二百三十五条第二款一致；第二项与梁稿第一百九十七条第二项的最后一部分有一致之处，以登记为前提，但是与梁稿不同，不以不动产为限，而人大最终通过的条文本身对没有登记的不动产也适用。

《民法总则》第一百九十六条第三项则是源于对梁稿的第一百九十七条第一项原文的简化，梁稿该项列举的不适用诉讼时效的请求权为“基于身份关系的抚养费、扶养费和赡养费的请求权”。[3]

需要说明的是，2016 年中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（提交稿）》（以下简称《民法学会建议稿》），其关于时效若干规定在《民法总则》中均有所体现，但与《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称《最高院时效规定》）第一条对应的关于诉讼时效例外的第一百七十九条第一款，却并未得到《民法总则》的采纳。[4]

二、 第一项、第二项规定涉及的是债权请求权，而非物权请求权

第一项为“停止侵害、排除妨碍、消除危险”请求权，该请求权不是物权请求权，而是基于侵权责任产生的债权请求权。一方面，《物权法》第三章在物权的保护的标题下，并没有规定停止侵害的请求权，而只有排除妨碍、消除危险的请求权。《民法总则》该项的表述形式与《物权法》的关于物权请求权表述并不一致；而《侵权责任法》第十五条第一款列举承担侵权责任的前三种方式分别为：停止侵害、排除妨碍、消除危险，与民法总则该项规定完全对应。另一方面，从民法总则该项的表述来看，就请求权行使者来说，并不以物权人为限，而物权法规定的物权请求权以权利人，也就是物权人为限；《侵权责任法》则不同，权利遭受侵害时，只要有必要，自然可以主张侵权人承担上述形式的侵权责任，《侵权责任法》第二十一条也明确规定，侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人可以请求侵权人包

[3] 王利明主编：《中国民法典草案学者建议稿及立法理由·总则编》，法律出版社 2005 年版，第 400 页。
[2] 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：总则编》，法律出版社 2013 年版，第 382 页。
[3] 同上。
[4] 《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（提交稿）》（全文见 http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=30198 2017 年 4 月 7 日访问）：
第一百七十九条 【适用范围】
义务人可以对债权请求权提出诉讼时效期间届满的抗辩，但下列债权请求权除外：
（一）支付存款本金以及利息请求权；
（二）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；
（三）基于投资关系产生的缴付出资请求权；
（四）其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。
请求停止侵害、排除妨碍、消除危险的权利不适用诉讼时效。
登记的物权人请求返还财产的权利不适用诉讼时效。
《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》对应规定为：
第一条 当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持：
（一）支付存款本金及利息请求权；
（二）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；
（三）基于投资关系产生的缴付出资请求权；
（四）其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。
对比可以发现，建议稿第一款和和《最高院时效规定》第一条只有一字之差，也就是第一项的表述，建议稿使用了“以及”，《最高院时效规定》使用的是“及”。

括上述三种责任形式在内侵权责任。概言之，从条文的字面就可以看出，该项规定针对的是这三种侵权责任的承担方式引起请求权，是债权请求权，而非物权请求权。

第二项为“不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产”的请求权。该项也是债权请求权，而非物权请求权。《物权法》第三十四条规定为：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物”，规定的是的是物权人“返还原物”请求权，而《侵权责任法》第十五条第一款第四项规定的才是“返还财产”的侵权责任承担方式。从《民法总则》的表述上看，只涉及“返还财产”，而非“返还原物”请求权，从条文的字面同样可以看出，其涉及的是基于侵权责任产生的以请求“返还财产”为内容债权请求权，而非因无权占有，物权人以“返还原物”为内容的物权请求权。

三、 物权请求权不适用诉讼时效

与上述讨论相关的问题是，第一项和第二项只涉及债权请求权时，这些债权请求权依据上述两项规定确定不适用诉讼时效，则物权请求权是否不适用诉讼时效，则变得不确定。

《民法总则》通过之前，学说上主要有两种学说，一种观点认为物权请求权不适用诉讼时效[1]，一种是认为物权请求权有限制地不适用诉讼时效，主要是认为可以借鉴《德国民法典》第 902 条和我国台湾地区的司法实践中的做法，认为登记的不动产所有人的返还请求权，不适用诉讼时效，排除妨碍请求权和消除危险请求权，依其性质应不适用诉讼时效。[2]

笔者以为，《民法总则》施行后，物权请求权应该不适用诉讼时效。理由如下：

首先，从理论上看，物权请求权就其性质来说，是基于物权派生出来，且与物权共命运的权利，只要所有权不消灭，物权请求权就持续地发生，也就不会发生因为时效经过而受时效抗辩的问题。[3]

其次，从诉讼时效期间经过的效力上看，实体权利不消灭，仅产生抗辩权的《民法总则》的规定，适用于物权时，与物权的支配权性质有违。依据《民法总则》第一百九十二条第一款，诉讼时效经过后，只是义务人可以提出不履行义务的抗辩，并没有规定权利人的权利因此消灭。就物权请求权而言，如果适用诉讼时效，物权仍然属于物权请求权人，作为物权请求权人的相对人，只是可以拒绝物权请求权的行使而已。以返还原物请求权为例，物权人无法获得物的占有，占有人无法获得物的所有权，从而发生物权人和实际控制该物的人分离的现象，这与物权具有的支配权的性质也有悖。具体而言，如果债权因为债务人主张时效经过的抗辩而无法行使，即使该债权与特定的物的交付及所有权移转有关，该债权的继续存在也不会对债务人对于特定物的物权产生任何影响。而如果物权人的物权在诉讼时效经过后继续存在，但是却不能继续行使物权，而该物的占有人又没有物权，物权的支配权性质也就无法体现。物权的支配性本身并不因为登记与不登记有所区别，就物权请求权来说，不应该以登记和不登记为标准，以确定物权请求权的适用诉讼时效与否。

最后，如果承认物权请求权因为诉讼时效的经过而丧失，通常需配套规定该物权请求权重新产生时，物权请求权受到还是不受到时效经过的抗辩的限制。比如《德国民法典》第 198 条就规定，存在物上请求权之物，因权利继受而由第三人占有的，由前任权利人占有所经过

[1] 王利明：《民法总论》（第 2 版），中国人民大学出版社 2015 年版，第 341 页至第 342 页。冉克平：《民法教程：民法总论·物权法》，广西师范大学出版社 2016 年版，第 211 至 212 页。最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2008 年版第 57 页。
[2] 梁慧星：《民法总论》（第 3 版），法律出版社 2007 年版，第 244 页。崔建远等：《民法总论》，清华大学出版社 2010 版，第 196-197 页。
[3] 参见【日】近江幸治：《民法讲义 I 民法总则（第六版补订）》，渠涛等译，北京大学出版社 2015 年版，第 358 页。

之时效期间，以利于权利继受人方式计算。依据该条，如果时效期间已经因届满而经过，物的占有为第三人继受取得，比如因为受让或者继承而取得，第三人仍然可以对物权人主张时效经过的抗辩，而如果第三人并非继受取得占有，而是原始取得占有，比如盗窃该物而取得占有，该条的反对解释就是，此时物权人的物权请求权不受时效经过的抗辩的限制，从而可以对第三人行使物权请求权。[1]通观我国《民法总则》之规定，对此全无相关制度设计，应该认为民法总则的起草者并未考虑到物权请求权有适用诉讼时效的可能。

四、 物权请求权和债权请求权竞合时时效的适用

物权请求权和债权请求权有时候会发生请求权竞合，虽然两者要件各异，但是有关案件事实可能使得两个要件同时具备，从而发生请求权竞合。就请求权竞合来说，依据《民法总则》第一百八十六条允许违约责任和侵权责任竞合的精神，物权请求权和债权请求权竞合，原则上也是可以的，当事人可以选择行使物权请求权或者债权请求权。另外，竞合的请求权，时效的适用上原则上也应该分别适用各自不同的规则。[2]

举例来说，甲的汽车为乙所窃得，此时甲基于《侵权责任法》第六条第一款和第十五条第一款第四项，有权以乙对其构成一般侵权为由[3]，从而享有返还财产的债权请求权。与此同时，乙对于甲也构成无权占有，甲有权基于《物权法》第三十四条行使返还原物的物权请求权。此时不管甲行使哪一种请求权，均不受诉讼时效的限制。因为甲的汽车所有权是登记的动产物权，甲对于乙因侵权行为而发生的返还财产的债权请求权，依据《民法总则》第一百九十六条第二项，不适用诉讼时效。而甲对于乙的物权请求权原本就不适用诉讼时效。如果甲为乙所盗之物并非登记的动产，此时就物权请求权来说，当然不适用诉讼时效，但是如果甲主张债权请求权则需要适用诉讼时效，因为依据《民法总则》第一百九十六条第二项，只有登记的动产才可以主张不适用诉讼时效，该项的反对解释就是，主张非登记的动产的返还财产的请求权时，则需要适用诉讼时效。通过以上分析可见，在返还财产的债权请求权诉讼时效经过的情形下，物权人需要选择主张不受诉讼时效限制的物权请求权。

需要说明的是，即使是内容相似的返还财产的债权请求权和返还原物的物权请求权也未必当然竞合，有时候只能发生物权请求权，而不能产生债权请求权。比如，甲的物品遗失后，为拾得人乙据为己有，并将该物出售给恶意的丙，不能认为丙的购买行为是侵害甲的所有权的行为，丙无需对于甲承担返还财产的侵权责任，只是甲可以对于丙主张《物权法》第三十四条的物权请求权而已。而如果丙是善意的，从而具备《物权法》第一百零六条规定的善意取得要件时，此时甲不能主张《物权法》第三十四条不受时效限制的返还原物的请求权，只能主张相对于第三十四条作为特别法的《物权法》第一百零七条规定的遗失物返还原物请求权，依据该条，甲必须自知道或者应当知道受让人丙之日起二年内向丙行使。笔者以为，如果该两年期限经过后，由于甲不能主张返还，基于物权的支配权的性质，甲既然已经无权要求丙返还，则应该认为甲的物权消灭，丙取得所有权，也就是该两年的期间具有取得时效的特点。另外为了不至于让丙的地位处于一种永久的不确定的状态，该两年的期间，似乎应该类推适用《民法总则》第一百八十八条第二款受到最长诉讼时效期间的限制，亦即，自权利

[1] 【德】布洛克斯、瓦尔克：《德国民法总论（第 33 版）》，张艳、杨大可译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 401 页。

[2] BGHZ 55, 392, 397f., Vgl., Medicus & Lorenz, Schuldrecht AT, 21 Aufl., München, 2015, S. 178.

[3] 《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第 7 条规定："依据侵权责任法第二十一条的规定，被侵权人请求义务人承担停止侵害、排除妨害、消除危险等责任，义务人以自己无过错为由提出抗辩的，不予支持。"且不论该条规定本身正当与否，该条至少并没有明确否认，返还财产本身侵权责任仍然需要以行为人过错侵害为前提，也就是此时仍然是过错责任原则下的一般侵权行为，而非无过错责任的特殊侵权行为。

受到"侵害"（丙购得）之日起超过二十年，人民法院不予保护。

五、 第三项的立法论分析

如本文第一部分所言，《民法总则》第一百七十六条第三项的规定源于梁稿第一百九十七条第一项。梁稿在表述上首先强调这些请求权是"基于身份关系的"的请求权，梁稿立法理由说明如下："借鉴墨西哥民法典的经验，规定抚养费、扶养费、赡养费请求权不适用诉讼时效。因为受抚养、扶养或受赡养者一般是年幼、年老或其他缺乏劳动能力的人，抚养费、扶养费、赡养费是这些人生活的来源，若无此等费用，将严重影响他们的生活，甚至生存。"[1]

上述立法理由似乎并不充分，这些费用恰恰是需要随时支付的，有很强的时效性，即使适用诉讼时效，现有的普通诉讼时效期间为三年，有可能过诉讼时效期间的上述费用也是三年前必须支付的费用，三年后支付的作用已经远远不能发挥这类费用所能起到的作用。规定这类费用永远不过诉讼时效，三年以前的任何年限的费用永远都必须支付，未必能达到上述立法理由所谓的避免有权要求支付有关费用的人的生活，甚至生存受到"严重影响"的立法目的。与此同时，无限期延长该类费用的诉讼时效，反而有可能让有抚养、扶养、赡养关系的家庭成员之间，因陈年往事而发生不必要的矛盾。

另外从体系上看，上述规定和《民法总则》第一百九十条之间也存在轻重处理失当的问题。第一百九十条规定的是无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对于其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，从该法定代理终止之日起算，该类请求权内容是无行为能力人和限制行为能力人就法定代理人的侵权本身产生的对法定代理人的请求权，这些人通常也有权要求法定代理人支付抚养费、扶养费甚至是赡养费。依据第一百九十条此时就侵权引起的请求权，需要适用诉讼时效，但是请求权行使对象，就是能够行使该请求权的人，也就是法定代理人自己，除非法定代理人自己主动履行侵权责任所产生的债务，否则该请求权无从实现和行使，因此需要在无行为能力人或者限制行为能力人具备了完全行为能力，法定代理关系终止，本人能够行使请求权时，或者在法定代理人变更时，能够由新的法定代理人行使请求权时，才开始计算，而就抚养费、扶养费和赡养费而言，依据第一百九十六条却是不适用诉讼时效。结果就是，对于同一个义务人，他应该支付的对他人因侵权发生的赔偿费用，需要适用诉讼时效，对于他人应该支付抚养费、扶养费或者赡养费却不需要适用诉讼时效，这显然轻重不相宜，从保护权利人角度来说，其被侵权时比有关费用未支付时，应该受到更多的保护才对，也就是如果有关费用的请求权不适用诉讼时效，则侵权的赔偿费用更不应该适用诉讼时效。而现在的法律规定恰恰是倒过来的，反映了有关费用的请求权不适用诉讼时效的规定的立法上随意性。该规定来自于学者建议稿，也反映了立法机构的有关工作人员就来自于不同学者的立法建议，由于自身判断能力有限，无法适当取舍，往往只是采取一些折中的做法，而未能充分注意确保立法本身体系上的协调。

六、 以婚姻家庭关系状态继续的为目的的请求权本身不适用诉讼时效

《德国民法典》第 194 条第 2 款规定，基于亲属关系的请求权，在旨在向将来建立与该关系相应的状态的范围内，不受诉讼时效的限制。梅迪库斯教授指出，这一规定目的在于防止因为时间的经过，"时效取得"一种反婚姻的地位（ehewidrigen Zustandes），比如获得与第三者同居的权利。[2]比如甲乙为夫妻，甲长期与丙同居，乙要求甲履行与其同居的义务，甲

[1] 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：总则编》，法律出版社 2013 年版，第 383 页。

[2] Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., C.F.Müller, 2010, S. 51.

不得以诉讼时效已过为由，拒绝履行，并据此继续维持其与他人同居的关系。需要说明的是，此处请求权与是否有财产内容与否无关。[1]该请求权有可能与抚养费的支付有关，也就是扶养义务所由产生法律关系整体不受时效限制，不过具体的扶养费请求权会依据《德国民法典》第 197 条经过诉讼时效，而且对过去的扶养费的主张也加以限制（第 1613 条）。[2]

如上文所言，《民法总则》第一百九十六条第三项支付抚养费、扶养费、赡养费的请求权不适用诉讼时效，其防止请求权人生活或者生存受到严重影响的立法理由并不成立，其恰当的立法理由应该是，该类请求权与维持家庭关系必须的具有财产内容的身份关系。相比于该项规定提到的与身份关系有关的财产关系来说，为了维持家庭关系所必须的与身份关系直接有关无直接财产内容请求权更有理由不适用诉讼时效，也就是通过当然解释，可以得出与德国法上述规定类似的结论。

另外，德国法区分与扶养费义务有关的请求权整体和具体的扶养费请求权的上述做法，似乎也可以在解释《民法总则》第一百九十六第三项时参考，也就是认为第三项规定的请求权本身不受诉讼时效的限制，但是具体的费用的请求权，尤其是过去的费用的请求权仍然有适用诉讼时效的可能。与此同时，过去的费用未必与三年诉讼时效时间对应，因为该期间本身也有可能会因为中止、中断（《民法总则》第一百九十四条、第一百九十五条），实际超过三年。

七、 现有其他规定的效力

第一百九十六条第四项规定了兜底条款，也就是依法不适用诉讼时效的其他请求权，不适用诉讼时效。就目前而言，明确规定有关请求权不适用诉讼时效的其他法律规定并不存在。确认有关请求权不适用诉讼时效主要是司法解释或者准司法解释，但这些解释本身不是法律，因此并不能依据《民法总则》上述规定的授权，成为有关请求权不适用诉讼时效的依据。但是这些解释出台时，《民法通则》本身并没有关于诉讼时效适用例外的规定，尚可以解释出有关的请求权不适用诉讼时效，现在在《民法总则》明确承认诉讼时效适用上有例外的前提下，这些解释本身并不当然失去效力，在不违反《民法总则》规定的前提，有关规定仍然可以作为对于《民法总则》的解释，继续发生效力。以下从《民法总则》规定出发，对现有的关于不适用诉讼时效的解释进行简单的梳理，以判断其可适用性。

（一） 《最高院时效规定》第一条不应继续适用

对不适用诉讼时效的请求权规定的最为全面的是最高院时效规定第一条。正如本文第一部分所言，该条内容曾经作为《民法学会建议稿》的一部分提交立法结构考虑，最后立法机构并未考虑将该条内容纳入民法总则，该立法史同样再次说明，司法解释这一条内容本身并不当然具有效力，而应该具体分析。笔者以为该条三项不适用诉讼时效的规定均不应该继续适用。

该条规定第一项明确“支付存款本金及利息请求权”不适用诉讼时效。笔者以为，此时并非不适用诉讼时效，而是实际上没有适用诉讼时效的可能。不过如果银行明确拒绝支付的，则应该适用诉讼时效。就存款来说，银行和储户之间是债权债务关系。其中的活期存款，原本作为的债务人银行的债务履行期就不确定。就未约定转存的逾期支取的定期存款来说，又会转为活期存款[3]；作为债务人的银行的债务履行期也不确定。《民法总则》对债务履行期不确定的债务的诉讼时效期间的起算，虽并无明确规定，但是其第一百八十九条规定：“当事

[1] MüKoBGB/Grothe BGB 2014 § 194 Rn. 7.
[2] 【德】施瓦布：《德国家庭法》，王葆莳译，法律出版社 2010 年版第 415 页。
[3] 《储蓄管理条例》第二十五条规定：“”逾期支取的定期储蓄存款，其超过原定存期的部分，除约定自动转存的外，按支取日挂牌公告的活期储蓄存款利率计付利息”。

人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算”。该条规定的前提是，债务履行期确定的，以债务履行期届满之日作为诉讼时效的起算日，而债务履行期不确定的，自然必须以从债务履行期可以确定之日起计算。《最高院时效规定》第六条规定，“未约定履行期限的合同，依照合同法第六十一条、第六十二条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算；不能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算，但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算”。该条司法解释与《民法总则》第一百八十九条规定的精神一致，应该继续适用。就存款来说，储户的债权的时效，从其要求支取之日起计算，而银行通常会在储户申请支取时足额支付，从而一般也就失去了适用时效的可能。不过，如果在支取存款时，银行和储户就存款本身发生争议，此时储户仍然应该及时起诉，因为即使是履行期不明确的活期储蓄存款，在储户支取时，银行拒绝履行时，依据《最高院时效规定》第六条，诉讼时效期间也开始计算，而非不适用诉讼时效。民法总则将该项规定纳入不适用诉讼时效的请求权的规定之中，是正确的做法。该项规定在民法总则施行后，不应继续适用。

《最高院时效规定》第一条第二项规定，“兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权”不适用诉讼时效。作出该解释的理由是，“国债、金融债券因有国家和金融机构的信誉作为还本付息的担保，认购人基于对于上述发行人的信赖而购买债权（原文如此，疑为债券之误），上述投资具有类似于储蓄的性质，关涉社会公共利益”；“对于向不特定对象发行的企业债券的认购人而言，其基于对金融机构的信赖而购买债券，购买该债券也具有类似于储蓄的性质。而且，该债券因具有要式性而具有较强的公示效力，给付该类债券的本息请求权能否得到保护涉及到广大认购人的利益保护问题，关涉社会公益”[1]。其理由可以概括为两点，一是具有类似于储蓄性质，二是涉及多数人利益，关涉社会公共利益。就前一理由来说，如上一段分析指出的，储蓄本身只是可能无需适用诉讼时效，而非不适用诉讼时效，即使认为这些债券类似于储蓄，也不当然就无需适用诉讼时效，就后一理由来说，涉及人数众多并不能和社会公共利益划上等号，同时人数众多或者涉及社会公共利益的债务就需要给予特殊保护，不受时效的限制，也非当然的法理。不适用诉讼时效的两点理由显然都不充分，笔者以为该项也不应该继续适用。

《最高院时效规定》第一条第三项规定：“基于投资关系产生的缴付出资请求权”不适用诉讼时效，其解释理由为，“公司资产系其对外承担民事责任的一般担保，因此足额出资是股东对公司的法定义务。缴付出资请求权是基于股东的法定出资义务而由公司享有的法定债权请求权，不同于基于当事人合意产生的意定债权请求权，可以由当事人自由约定出资。如果规定出资请求权适用诉讼时效的规定，则有违公司资本充足原则，不利于公司的发展、也不利于对其他足额出资的股东及公司债权人的保护”。[2]其理由可以概括为一是该债权是法定债权，不能适用诉讼时效，二是该债权若过时效，则会有违公司资本充足原则。笔者以为这两点理由也不成立，第一，缴付出资的义务是股东认缴出资或者认购股份产生的，性质上是意定之债，而非法定之债[3]，即使是法定之债，也并非就不能适用诉讼时效，合同之债以外的侵权行为、不当得利、无因管理之债都是法定之债，也并非不能适用诉讼时；第二，该债权也并非不能处分，如果长期不缴纳，可以通过法定的减少注册资本的程序（公司法第一百七十八条），并相应采取削减有关的股东的股权，达成不再要求未出资的股东实际履行

[1] 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2008 年版，第 47-48 页。
[2] 同上，第 48 页。
[3] 王军：《中国公司法》，高等教育出版社 2015 年版，第 128 页认为：缴纳出资的义务性质上属于合同义务。《公司法》也明确规定，未按期缴纳出资的，除需要对公司实际缴纳外，还必须对其他足额缴纳出资的股东承（第二十八条第二款）或者按照发起人协议承担违约责任（第八十四条第二款）。

出资的义务的效果，有关债权人通过减少注册资本的债权人保护程序得到保护，保护债权人的公司资本充足原则并不排斥注册资本的减少。至于时效经过后公司无法行使该权利，却不履行注册资本的减少程序，在有关的注册资本范围内，即使有关股东出资已经超过出资期限，由于注册资本未有改动，其出资的承诺持续有效，在公司破产时，其应该履行其出资义务，这是其在出资的范围对公司债务承担有限责任的本义所在，而非不适用诉讼时效所致。总之，本条第三项不应该继续适用。

（二）析产无时效的解释应该继续有效

《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第177条第一句规定："" 继承的诉讼时效按继承法的规定执行。但继承开始后，继承人未明确表示放弃继承的，视为接受继承，遗产未分割的，即为共同共有。诉讼时效的中止、中断、延长，均适用民法通则的有关规定"。其中第二句但书表明，只要是共同共有，即使未分割，以后申请分割也不存在诉讼时效的问题，也就是析产无时效。《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第25条则对此有更为明确的说明："被继承人死亡后遗产未分割，各继承人均未表示放弃继承，依据继承法第二十五条规定应视为均已接受继承，遗产属各继承人共同共有；当事人诉请享有继承权、主张分割遗产的纠纷案件，应参照共有财产分割的原则，不适用有关诉讼时效的规定"。该解释应该继续适用，这种做法可以确保具有物权性质的共有人的共有份额本身，不会因为时间的经过而实质上丧失，这与本文前文所分析的物权请求权不适用诉讼时效的理由上也有一致之处。

八、 结语

《民法总则》第一百九十六条对于适用诉讼时效例外作了全新的规定，如何利用各种法律解释方法，探求其含义，以助力该条的具体适用，是本文所做的主要工作。本文将条文的表述形式与《物权法》和《侵权责任法》的表述形式相对比，认为第一项和第二项所涉及的是债权请求权，而非物权请求权。而就物权请求权来说，本文从物权请求权与物权相伴随的性质，《民法总则》关于时效期间经过的效力的规定的特点，以及欠缺物权请求权因为诉讼时效消灭的配套规定三个方面，论证了物权请求权不适用诉讼时效。就条文第三项而言，解释上应该认为，其只是认为有关费用的请求权整体上不适用诉讼时效，但是具体费用的请求权仍然受到诉讼时效的限制，同时该条的立法理由是为了维护身份关系的继续存在，该项在表述上只涉及具有财产内容的身份关系，但不具有财产内容的身份关系更有必要维护，基于当然解释的逻辑，更应该不适用诉讼时效。至于《最高院时效规定》第一条关于诉讼时效的例外规定，本文通过对于有关解释理由的梳理后认为，在《民法总则》施行后不应该继续适用。而析产无时效的司法解释和具有准司法解释特点的会议纪要，应该继续维持，以确保共有人的共有份额不会因时间的经过实质上丧失。

人体组织与民法总则：一个立法不应回避的问题

徐铁英

（四川大学 法学院，四川 成都 610207）

一、问题的提出与思路

依据编纂民法典的立法规划，通过修改《民法通则》来编纂《中华人民共和国民法总则》为工作的第一步，也是重中之重、因为作为"公因式"的总则在很大程度上将决定民法典的气质与格局。正因为如此，民法总则的制订不仅要符合立法的技术要求，还应切合当今时代的趋势，既要吸收民法学界已达成的基本共识，又要适当参考国外立法的最新动向，实现对《民法通则》的超越。如此，方可成就一部符合法律共同体以及民众期望的21世纪民法典。为此，民法典不应当对人体组织[①]的法律性质及其处分规则保持缄默。在我国民法典编纂选择了"大总则"模式之后，人体组织应当被明确规定在民法总则的"民事权利"（或"民事权利客体"）章中。

遗憾的是，2016年6月由第十二届全国人大常务委员会第二十一次会议初次审议通过的《中华人民共和国民法总则（草案）》（以下简称《民法总则（草案）》）却对人体组织未置一词，不仅未整合我国学界已有相当积累的理论研究成果，亦不符合国际最新的民事立法潮流，不免给人遗憾之感。立法者做出此等选择的理由，似乎是打算将此等权利客体留待特别法予以规范[②]。总之，《民法总则（草案）》第五章"民事权利"尽管列举了类型丰富的各种权利，却没有直接涉及人体组织，可作为规范依据的只有第一百条规定的自然人的身体权。身体权固然是自然人维持自身并接受医疗措施的基本依据，然而在依据身体权使这些部分脱离身体之后，如何认定它们的性质以及如何对其进行民法上的规制，才是从民法的角度看最重要的问题[③]。《民法总则（草案）》的留白应当引起学界的足够重视，理由有二：其一，立法者的不作为不能回应现实需求。我国民事司法实践中已发生多起涉及人体组织定性的案件，如2000年发生的死者眼角膜盗窃案件[④]以及2005年发生的丈夫起诉追讨妻子失踪胎盘的案件[⑤]等。对这些人体组织的定性不清，很可能导致利害关系人无法获得民法保护。其二，对人体组织的规制应具有层次性，一般法应提供一个基本框架，然后以特别立法的方式规范有争议的人体组织（如是否得以有偿方式取得器官），以免挂一漏万、重视器官而忽视其他，从而为社会生活中并不鲜见的指甲[⑥]、头发、胎盘的交易及其可能引发的法律纠纷提供基本框架。本文拟通过梳理我国民法学界对人体组织的共识性认识，并参考国际上民法典制定与修订的最新趋势，论证在民法总则（民法典）中规定人体组织的必要性与可行性。

二、我国民法学界对人体组织的规范设计

（一）三部民法典学者建议稿中的人体组织

梁慧星教授主持撰写的《中国民法典建议稿》、王利明教授主持撰写的《中国民法典草案建议稿及说明》以及徐国栋教授主持撰写的《绿色民法典草案》，均就人体组织作了明确规定，三者代表了21世纪初我国主流民法学界对人体组织的认识，具有相当的参考价值。前者在第九十四条第三款中规定："自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序与善良风俗为限，可以成为民事权利的客体。"[⑦]中者在规定"物"的第一百二十八条也作了相似表述，在该条第一款宣明"本法所称的物，是指能够为人力所控制并具有经济价值的有体物"之后，第二款称"自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序与善良风俗为限，可以作为物"[⑧]。后者在其序编第三十条第一款规定有体物、第二款接着称"在特定的条件下，自然人本身的器官也可成为物"[⑨]。

可见，早在十余年前，我国主流民法学界即已开始关注人体组织的法律属性问题且已在很大程度上

收稿日期：2016-08-25
基金项目：四川大学中央高校基本科研业务费研究专项项目（skzx2016-sb20）
作者简介：徐铁英，男，湖南益阳人，四川大学法学院副研究员，法学博士，主要从事民商法学研究。

取得共识，并且在各自建议稿的总则部分和序编部分对此进行明确规定，可谓高度重视。三部民法典学者建议稿的规定也各有特色：首先，王利明教授的建议稿和徐国栋教授的建议稿都在物的框架下规制人体组织，这遵循了罗马法以降，将客观世界划分为作为主体的人与作为客体的物的传统，而梁慧星教授的建议稿则泛泛地称之为民事权利客体。其次，三部建议稿所关心的人体组织的范围有异，前两部建议稿以具体列举+概括的方式，对最具典型性的六种人体组织即器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子进行直接规定，同时也为接纳新的人体组织留有余地。需要注意的是，这六种人体组织大多被用于医疗或准医疗（如输血、体外人工授精、器官移植等），一方面凸显了20世纪中叶以来高速发展的医学技术带给民法的影响；另一方面，唯独强调对人体组织的医疗性使用的一面，也可能造成一叶障目不见泰山的结果，遮盖对人体组织的全面认识。《绿色民法典草案》前述条文专注器官这一种人体组织，虽是举重以明轻，但不免有所缺陷，毕竟其他争议较少的人体组织亦有必要明确规定。再次，在明确承认人体组织属于物之后，对此等具有独特性的物在处分上的限制，三部建议稿亦展现出若干差异。如《绿色民法典草案》禁止任何商业形式的死者器官和组织的交易（第三百二十六条），且规定活人的器官和组织的处分和利用由特别法规范（第三百一十九条第二款）；梁慧星教授的建议稿第一百一十九条规定以人体组织为客体的法律行为不可强制执行。

（二）几部民法总则草案学者建议稿中的人体组织

随着《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的推出，民法典编纂工作重启。2015年以来的几部民法总则草案学者建议稿继承前述直面现实的传统，大多选择对人体组织进行直接规范。

中国民法学研究会组织起草的《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿（征求意见稿）》在其第五章“民事权利客体”第一节“物”之下的第一百零六条规定了人体脱离物以及遗体的法律地位，其第一款曰：“脱离人体的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等视为物，对其利用不得违背社会公德，不得损害公共利益。”第二款曰：“遗体视为物，对其利用不得违反死者生前意愿，不得违背社会公德，不得损害公共利益。”[9]

由杨立新教授组织起草的2.0版《中华人民共和国民法总则（草案）》建议稿在第一百零二条第三款也对此作了安排：“与人体脱离并能保持人体功能的器官或者组织，以及尸体，视为物；对于此类物的使用不得违背公共秩序和善良风俗。”[10]

由梁慧星教授组织起草的《中国民法典草案建议稿·总则》对这一领域作了更细致的规定[11]。首先，在第二章“自然人”的第二节“人格权”下的第十九条第一款规定了身体权，然后在第二款规定：“人体、人体各部分，不得作为财产权利的标的，但法律另有规定的除外。”同条第四款规定：“为治疗或者医学试验的目的，在符合法律规定的条件下，自然人可以捐赠其身体的部分器官，但非经捐赠人和受捐赠人同意，不得扩散可以鉴别捐赠人身份和受捐赠人身份的任何信息。”在第四章“权利客体”第九十九条规定：“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序与善良风俗为限，可以成为民事权利的客体。”紧接着第一百条规定了“物”的定义，似乎有意将各种人体组织置于物的定义之前，从而达到不受其规范的效果。

可见，人体组织的法律属性及其处分规则在我国已得到相当深入的研究，触及人体组织是否为物、自然人能否处分自己的身体部分、得以在多大程度上为之，以及人体组织处分的特殊规则等问题。相较于十余年前，2015年以来的几部民法总则学者建议稿体现出几点改变：首先，对人体组织的规定愈发细化，不满足于通过少数几个条文简单地将其定性为民事权利的客体，而是进一步在转让规则、强制执行规则上作更细致的规定；其次，或是将这些人体组织视为物，或是避谈是不是物，相较于之前民法典学者建议稿而言更加保守；再次，强调对人体组织的“利用”“使用”，这是在明确此等组织的客体性质（物、民事权利客体）之后的必然推论，为从流通的角度强调对它们的处分开拓了空间。

三、民法典规制人体组织的焦点与争议——比较法的视角

比较法上的考察在上次民法典编纂中已发挥过相当作用，除了我们熟悉的《法国民法典》第16-1条至第16-12条和《意大利民法典》第5条的规定外[12]，其他国家的民法典也有所贡献[13]。近年，世界范围内多部新近颁布或修订的民法典对人体组织均作了规定，本文将对1980年代之后新制定或修订的并且直接就人体组织作了规定的民法典简单考察一番，以了解最新的立法趋势。除了前述的意大利、法国民法典，还包括2014年新《阿根廷民法典》、2012年《捷克民法典》、2002年新《巴西民法典》、1991年《魁北克民法典》和1983年《秘鲁民法典》，必要时也会涉及其他国家的民法典。

（一）处分自己身体之一部

1.可以概括处分

1942年《意大利民法典》属于首批承认人具有处分自己身体之权利的民法典之一，该法典第5条（“处分自己身体的行为”）规定：“处分自己身体的行为在可能对身体的完整性造成永久性破坏，或者在与法律、公共秩序、善良风俗相抵触的情况下，受到禁止。”这个条文不长，但意义重大。首先，它在民法典条文中正面就人对自己身体的处分权作了规定，在这一点上超越了比它制定得更早的著名民法典。这可能是由于受到当时已经开始快速发展的医疗技术的影响，从而觉察到对人体进行规制的必要性。在这个意义上，1942年《意大利民法典》可以说是一部真正的20世纪民法典，而非19世纪民法典的余晖。其次，该法第5条承认人体在私法上具有意义，可为处分的对象，尽管其处分要受到一定的限制，但已为进一步发展开创了空间[14]。

《意大利民法典》的相关规定为后世多部民法典效仿，如《捷克民法典》第111条、《埃塞俄比亚民法典》第18条第1款、《新阿根廷民法典》第56条等。此外，《秘鲁民法典》第6条名为“对自己身体的处分”，该条第1款可视作对《意大利民法典》第5条的复制。

2.仅能为医疗目的处分

典型如《法国民法典》第16-3条的规定，将减损自身身体完整性的情形限于为本人治疗的目的，或在特殊情况下，为他人治疗的目的[15]。《魁北克民法典》采相同立场，该法典第22条仅认可为治疗以及研究的目的而切除本人的身体部分；第44条在关于决定自己死后的遗体或其部分的处分时，同样限于这两项目的[16]。属于这一类的还有新《巴西民法典》第13条、第14条，强调只能因为医疗需要而处置自己的身体[17]。

相比较而言，第一种立场相对自由，第二种偏保守，它们之间的差异建立在对人体组织的功能的不同认识上，即只能用于治疗，还是可用于其他方面。我们在下文将看到，人体组织的功能从未以医疗为唯一目的，亦不宜作此限制。

（二）处分自己的遗体

对尸体和从活人身上取下的人体组织予以分别对待实乃应当。虽然在这两种情况中均须考虑伦理因素，然而，前者并不会对自然人的核心价值如生命、健康、身体带来实质性伤害，因而争议较少。因此，前述持保守立场的民法典将死因处分作为处分自己身体的最主要途径（如新《巴西民法典》第14条[18]、《秘鲁民法典》第8条[19]），且规定只能够以无偿方式为之。

除它们以外的其他民法典未作这般严格的限制。《捷克民法典》第113条第1款明确规定：“一个人有权决定在其死后如何处理其身体。”[20]《魁北克民法典》第42条规定：“成年人可决定自己的葬礼的性质以及遗体的处分。未成年人取得其亲权人或监护人的书面许可的，亦可如此。在死者并无明示的意思时，他的继承人的意思优先。在这两种情况中，他的继承人都必须采取行动。费用由遗产承担。”

（三）处分自身器官的特殊规则

器官与其他类型的人体组织的处分规则明显不同。一方面，器官具有不可再生性；另一方面，其移除与植入行为本身会对供体和受体的健康产生重大影响，应当慎之又慎。多部民法典认识到器官与其他类型人体组织的不同，应对其施以更加严格的规制。如新《阿根廷民法典》第56条第2款将处分自己的器官以供他人移植之用的事项交由特别法处理，《秘鲁民法典》第6条第2款将器官与组织的处分与利用交由相关领域的特别法规范。

器官与其他人体组织不同，需要更加严格的规制，换句话说，器官以外的其他人体组织的处分规则更加宽松。如《捷克民法典》第112条将毛发等不经麻醉即可无痛剥离并可自然恢复的身体组织视作动产，甚至可有偿出让。

（四）以有偿方式处分自身人体组织

1.允许进行有偿处分

目前所知的唯一立法例为《捷克民法典》，其第112条规定：“唯有在符合其他法律规范的条件下，一个人方可将其身体之一部分让渡给另一人。这不适用于毛发或其他类似的身体部分的情形，它们不经麻醉即可无痛剥离并可自然恢复；它们可被让渡给他人，即便获得报酬，并视作动产。”《捷克民法典》的这一创举，是对现实中已经长期发生的事实的认可，对人体组织作了两分法的处理。一方面，器官这类不符合“不经麻醉即可无痛剥离并可自然恢复”标准的人体组织便被排除在市场之外，交给特别法去处理；另一方面，符合该标准的人体组织本身虽然不是物（该法典第493条[21]），却被视为物进行处理，被定位为动产，换句话说，能够以较随意的方式处分，甚至出售。2012年新颁布的《捷克民法典》有两项创新：一是将人体组织当作物对待，二是规定其中一些符合特定标准的人体组织甚至还可以有偿转让。前者打破了之前各国立法者羞羞答答不愿意直面的问题，后者体现了捷克立法者对实践中惯用的无偿获取模式无法满足实际需求这一残酷现实的清醒认识。

2.只能无偿处分

这显然是主流。《法国民法典》1994年增设“尊重人的身体”一章，该章第一个条文第16条一般性地强调了人的首要地位，接下来的第16-1条第3款明确禁止将人体、人体之组成部分及所生之物作为财产权利之标的[82]。显然，这是为了杜绝以有偿方式交易人体组织所可能造成的道德风险。该法第16-6条又在为进行人体试验而允许他人摘取其人体组织或其所生之物的特殊情形下，重申了不可获得任何报酬的原则。《秘鲁民法典》第7条“器官或组织的捐赠”：“捐赠身体的部分或者器官或者组织不应当严重损害捐赠人的健康，亦不应显著降低其生存期限。此等处分受制于捐赠人的明示的且书面的同意。”[83]新《阿根廷民法典》第17条：“对人的身体或其部分的权利，不具有商业的价值，而是情感的、医疗的、科学的、人道和社会的价值，且权利人只有在尊重这些价值并遵守特别法的规定的情况下，方得处分之。”[84]

（五）新近制定/修订的民法典的总体趋势

人体组织的法律规制对于民法典是一个新问题，各国民法典态度不同。我国学界熟悉的《德国民法典》与《瑞士民法典》似乎不注重这个问题，笔者并未在其文本中找到直接涉及人体组织之性质以及相关处分规则的条文。较晚近的民法典才开始倾向于正面规范人体组织，因为民法典对于稳定性的要求较高，不宜直接规定尚未达成共识的事项。关于人体组织的认识，确实是一个逐步强化的过程，因此愈是晚近的民法典，相关规定愈发直接、具体、坦率。自1942年《意大利民法典》以来，自然人对自己的身体进行处分的权利获得普遍认可。此等处分在涉及活人的人体组织时的正当性论证要求较高，各国民法典对此设置了不同限制；对于尸体的处分则相对宽松。当今时代，从尸体上提取的人体组织同样可以满足多种医疗、科研等需求，尸体因而具有了价值，因此，各国民法典普遍对其作了更细致的规制。

对人体组织的类型化处理最普遍的分类有：从活体上摘取的人体组织与从尸体上摘取的人体组织，可无痛摘取并可再生的人体组织与其他不具备这一特性的器官及其他人体组织。分类的结果往往被导向可否进行有偿转让的问题上，从活体摘取的、不能无痛取得或者不能再生的人体组织一般只能以捐献模式取得。此外，其他类型的人体组织的有偿转让较少引起争议。值得注意的是，无论是有偿出售还是无偿捐献，对各类人体组织的处分只能通过将其作为物或者当作物对待的方式完成。将人体组织纳入物的法律框架下，不仅与此等组织的物理形态相符，还可为其提供物权请求权等法律工具的救济。

四、作为物的人体组织的理论与现实

从罗马法到今天，物构成了财产法中相当重要的一个部分，并随着时代前行不断更新其内涵、扩张其外延。如数个世纪前还不为人知的电、热、气、磁力如今已成为物权的对象，在特定的空间上亦可成立物权已无问题。这个例子为我们指出了物的本质，即能够支配和利用的物质实体和自然力，以客观物质性、可支配性以及可使用性为特征。那么，与人体脱离的人体组织也符合这一描述，它们可以被认定为物吗？该问题之所以能成为一个问题，原因在于这类人体组织与作为主体的人的牵连关系，易言之，涉及主体与客体的区分这个法哲学与民法上的基本问题。

（一）人体组织与物的外延扩张

人与物的区分是一个发端于罗马法的传统，它代表人类对自身所处世界的认识，以及基于此等认识而作的规范性安排。无论是在物权法上，还是在合同之债的交换关系上，物都是一个十分重要的概念，也是绝大多数财富的承载者。无论是权利人对物的使用价值的直接利用，还是对其交换价值的利用，均以客观世界中存在的主体之外的物为对象。在这个意义上，斯蒂芬·芒泽所言“财产代表了我们所处世界的显著特色”[85]的论断放在物上亦无不可。

正是由于对物的认识不断开拓与深化，我们亦加深了自己对外在世界的认识与支配。自康德以降的权利哲学传统深刻地影响了我们对民法的理解，如今中国学者十分熟悉的潘得克吞式的五编制民法典结构亦可在此寻获其源头。康德式理论从自由意志出发，将这个世界上的存在区分为对立的主体与客体。人作为具有理性的存在，所支配的就是那些不具备理性因而是“不可能承担责任主体的东西。它是意志自由活动的对象，它本身没有自由，因而被称之为物”[86]。而人本身则因为“他们的本性表明自身自在地就是目的，是种不可被当作手段使用的东西”[87]。可见，作为主体的人与作为承受人的自由意志的物之间是二元的对立关系，分别为权利主体与权利客体。在这样的关系中，人不仅作用于客体，且只有在人作用于外在的世界时，他才是一个真正的具体的存在。人与物的界线是相对的，取决于技术因素与伦理因素的共同作用，前者解决的是什么“可能”成为客体，而后者确定什么“应当”作为客体。仅从技术角度观之，活人的整个身体也可能作为物被当作权利客体来处分，如奴隶被当作物（*res*）的历史

现实，由于伦理因素，这种实践及其观念已不容于现代法治国家。另一方面，随着人类认识与改造自然能力的增强，人体自身亦成为受到支配的对象，人的支配力扩至若干以往未见的新事物，如可供移植的器官和与人体分离后依然保持活性并可再次输入的血液，它们从技术角度观之具有价值，那么能否被认定为客体（物）还应从伦理方面观察。易言之，它们与一般的物的区别何在？显然，区别在于它们与作为主体的人具有牵连关系：源于人身，只是在脱离人体之后成了一个独立的客观存在。那么，这种牵连关系本身（*per se*）可以阻断这些具有客观物质性、可支配性以及可使用性的存在被认定为物吗？我们不妨从另一个视角检视对人体组织的认识。

近几十年来，我们对医学技术的进步使得器官、血液、精子、卵子、骨髓等人体组织具有了以往未曾有过的价值这一事实的强调，在某种程度上造成了一定的误解。以求实的态度回顾历史，很容易发现头发、指甲、胎盘、人乳这些同样来自人类身体的存在，在实践中实际上长期以来被作为物对待。例如头发可作为编织假发的材料，指甲和胎盘可制药（胎盘素甚至售价不菲），人乳的利用更是无需多说。这些脱离人体之后具有客观物质性、可支配性、可使用性，即具有价值这种“客体满足主体需要的有用性”的人体组织及对其展开的利用似乎并未引起学说与实务的关注或争议[88]，原因在于它们的取得不像器官、骨髓的取得那样血淋淋、引人注目，且摘取手术本身便可能对供体的健康造成伤害。可见，在人们的观念中，对认定某项人体组织是否为物的决定性标准，并非在于它是否来源于人，而在于其获取是否会对人造成为社会意识所不容的伤害。

在现代医疗科技获得跨越式发展之前，符合这一标准的头发、指甲、胎盘、人乳等已在实践中被作为物受到规制，并无不妥；在此等技术高度发达之后，与人分离的器官、血液等新型物质若同样符合该标准，则无特殊理由否认它们作为物受到规制与保护的可能性，而前述若干法典的规定已为此提供保障。

（二）人体组织与物的融通性

还要注意，认定人体组织为物同认可就此物进行有偿交易，是紧密相关却不同的两个问题。常见的一个误区是，将人体组织是不是物与人体组织可否买卖混为一谈。价值的享有体现为对资源的支配，以物权与债权为主体的财产制度认可权利人对资源的排他支配及转让它们的能力，因此，排他权利和转让权利通常是财产权利最有分量的元件[89]。这表明的是作为主体的人与作为客体的资源之间的紧张关系，以及由此等紧张关系所导致的主体之间的合作与竞争。物权作为财产法律制度的核心组成部分，负担着界定人与人之间的利益范围、化解普遍存在的利益冲突的功能，并且是进行下一步交易的前提，这种转让以市场为主。能否在市场上进行交易并非一个客体是否为民法上的物的前提条件，否则也就没有融通物、非融通物与限制融通物的区别。流通受限的物本身还可以通过物权请求权与侵权请求权得到保护[90]。在分析人体组织的法律属性及处分规则时，这一点却常被忘记。

物的认定与物的融通性是两个相关而不同的问题。一个存在被认定为民法上的物，即意味着它可获得相应的保护。物可分为流通物、限制流通物与禁止流通物，这是以物是否能够流通、能在何种范围内流通为标准而进行的划分[91]，这一区分可追溯至罗马法。有学者似有将人体组织的性质是否为物与其是否可以流通尤其是在市场上流通的问题混同起来，并基于对富人剥削穷人的担心而反对将人体组织认定为物。这类看法至少存在两方面的问题：

其一，对物的流通性加以限制不影响其是否为物。在我国，土地无疑是限制流通物，然而这并不意味着民事法律制度不保护国家或集体所有的土地，相反，这种对流通性的限制甚至可能意味着立法者的特别关注与保护。限制流通物遭受侵犯时依然可以得到民法的救济，如非国有不可移动的文物不得转让、抵押给外国人，以及国家禁止出境的文物不得转让、出租、质押给外国人（《文物保护法》第二十五条、第五十二条）。毫无疑问，这类流通受限的文物遭受侵害时当然可获得返还原物与损害赔偿等救济。

其二，正如前文所述，在半个多世纪之前医学技术的高速发展尚未开始之时，已有种类甚众的人体组织广为市场交易所接受。在以头发、指甲、胎盘、人乳甚至血液、精子、卵子为对象的有偿或无偿的变动愈发频繁的今天，法律制度若不直面这些活生生的现实而将其置于民法规则之外，实际上却与其本欲达到的保护人的优越地位的目的渐行渐远。

为了在保护与利用之间求得平衡，可参考前述《捷克民法典》第112条的规定，在融通性上对人体组织进行区别对待，将那些“不经麻醉即可无痛剥离并可自然恢复”的人体组织规定为融通性强的物，使其得以用有偿方式取得，它们包含但不限于头发、指甲、胎盘、人乳、血液、脐带血等；而对其他是否得以用有偿方式取得存在争议的人体组织施以更严格的

管控，将其规定为限制融通物（如精子、卵子）甚至是禁止融通物（如器官，《人体器官移植条例》第三条已做了这样的选择）[⑧]。如果说20年前的相关认识尚显不足，只能就个别类型的人体组织进行规定，那么我们在今天已有必要正面回应人体组织是什么的问题了。

五、结论

无论是从我国民法学界已达到的研究高度，还是从世界范围内民法典制定与修订中展现出来的最新趋势，以及从人体组织本身的特性出发进行考察，均可得出应在民法典总则部分直接规定人体组织的结论，同时应将其规定为物，从而使其能够得到物权法的保护。在此基础之上，可以融通性为标准对人体组织作区分处理，对那些融通性应予限制的人体组织，以特别法或行政法规规范之，从而形成一般法与特别法的有序体系，在利用与保护间取得平衡。

（一）人体组织是物，并具有不同的融通性

面对人体组织的法律属性及其处分规则问题，立法者基于两点原因往往逡巡不前。一是因为人体组织功能的发挥往往与新的医学技术紧密联系在一起，二是由于它的伦理属性常引起争议。可用于移植的器官可谓以上两方面关注的焦点，并吸引了研究者与立法者的主要目光。与器官移植相随的有偿取得模式的探讨，进一步模糊了我们对人体组织的正确把握，从而将人体组织是什么的问题与人体器官可否买卖的问题混淆起来，在一定程度上忽视了它们作为民法上的物的本来面目。

事实上，许多器官之外的人体组织在社会生活中已有多年的利用历史，将它们作为物来保护，与器官如何取得并无直接联系；还有一部分人体组织（如血液、精子、卵子），虽然其价值是在20世纪医学技术进步后才突显出来，但是它们也与前一类人体组织一样，在实践中被作为物对待，无论是有偿取得还是无偿取得。对这两类人体组织，立法者没有理由不将其作为物来保护，这与它们是流通物，还是政府监管下的限制流通物，甚至是禁止流通物并不矛盾。对于器官，如果立法者持可以理解的谨慎立场，可将其交由特别法处理，禁止以有偿方式取得。然而即便如此，以捐赠方式取得的器官依然是作为物成为处分对象的。

（二）我国民法典应直接规定人体组织及其要点

民法典不应当对人体组织“留白”，将其留待特别法规范的建议，仅仅在器官等少数人体组织的处理上可行。作为被寄予“市民生活的百科全书”之期望的民法典，有必要为人体组织提供一个基本框架，否则会令民事交往中已常见的关于人体组织的权利变动难以得到直接、便利的民法保护，不符合民法法典化欲令法律关系清晰、明确的初衷，亦有负一部21世纪民法典的担当。基于上述理由，并参考国外立法例，本文认为应当在民法总则的民事权利章中作以下规定：

首先，自然人有权处分自己身体的一部分，除非该处分行为可能对身体的完整性造成永久性伤害或者严重危及自己的身体健康，或与法律、公共秩序、善良风俗相抵触，否则处分有效。以人体组织为客体的法律行为，不得强制执行。这既是对自然人处分自己身体部分之权利的一般认可，也是对此等权利的限制。限制来自两方面，除学者建议稿提及的公序良俗原则外，还有法律、行政法规的强制性规定，以此实现对人体组织的区分对待。

其次，与活人分离后的人体组织是物。毛发、血液等可无痛剥离并可自然恢复的人体组织可转让给他人，有偿或者无偿转让依照当事人约定。法律对转让有特殊规定的，从其规定。与活人分离后的器官是物，它的处分由特别法规定，原则上只能以无偿方式为之，死因处分除外。如是这般，其取得无碍或无大碍于健康的多数人体组织为融通物，可有偿流转，那些融通性受限制的人体组织则由特别法规定。

再次，自然人可决定其葬礼的性质和遗体的处置方式，除非法律有特别规定。自然人既可以指定自己的遗体在其身故后无偿转让给医疗机构、科研机关，也可以将其整体或部分有偿出售给有需要的人，但不得违背公共秩序、善良风俗及法律、行政法规的强制性规定。如果从活人身上取下的人体组织是物，那么已失去生命的尸体为物更无问题，但要注意遵循丧葬习俗。

考虑到民法总则立法的时间安排及全国人大极为有限的立法资源，前述意见可能来不及在近期民法总则草案的修订中实现，那么应当在接下来的几年里对民法总则与民法分则各编进行整合时，将其规定在将来民法典的总则编中。

注释：

①本文研究的人体组织指的是那些与活人的身体分离的组成部分以及尸体，包括但不限于器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子、眼角膜、头发、指甲、胎盘等。它们不同于形成过程中的人，如冷冻胚胎；它们都是有体的，从而有别于基因专利、基因隐私等专门问题的对象。

②梁慧星：《〈中华人民共和国民法总则（草案）〉：解读、评论和修改意见》，《华东政法大学学报》2016年第5期，第5—24页。

③㉛杨立新、曹艳春：《脱离人体的器官或组织的法律属性及其支配规则》，《中国法学》2006年第1期，第48页。

④见《中国青年报》2001年2月16日相关报道，http://zqb.cyol.com/content/2001-02/16/content_165905.htm，2016年8月16日最后访问。

⑤例如2005年发生的嘉兴市民冷品伟起诉追讨妻子的胎盘一案。参见2001年4月23日《天府早报》消息，http://news.sina.com.cn/c/239744.html，2016年8月16日最后访问。

⑥陈迪：《她靠卖指甲卖鸡蛋资助20个贫困生》，《大连晚报》（网络版），http://www.dlwb.com.cn/news/detailnews.htm?id=15929，2016年8月17日最后访问。

⑦梁慧星：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第19页。

⑧王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》，法律出版社2005年版，第21页。

⑨徐国栋：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第8页。

⑩参见 http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=81&InfoID=14364，2016年8月19日最后访问。

⑪参见 http://lawinnovation.com/index.php/Home/So/artIndex/id/9295.html，2016年11月1日最后访问。

⑫梁慧星：《中国民法典草案建议稿（第3版）》，法律出版社2013年版，第6页、第22页、第26页。

⑬梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由（总则编）》，法律出版社2013年版，第53—54页。

⑭徐国栋教授组织起草的《绿色民法典草案》广泛参考世界各国的立法例，提供了多元视角。参见徐国栋主编的《绿色民法典草案》（社会科学文献出版社2004年版）相关条文及其参照的外国立法例。

⑮Cfr. F. Gazzoni, Manuale di diritto private14, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009, p. 181.

⑯《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版，第4页。

⑰《魁北克民法典》，孙建江等译，中国人民大学出版社2005年版，第4页、第8页。

⑱《新巴西民法典》，齐云译，中国法制出版社2009年版，第5页。

⑲该条规定：“为了科学或利他的目的，部分地或全部地无偿处置自己身体的行为，以死因处分为限，有效。”

⑳该条规定：“一个人以利他方式处分自己的全部或部分身体，从而在其死后，可为社会利益或者为延长他人生命而被使用，这样的行为有效。”

㉑参见 http://www.evropskyspotrebitel.cz/files/civil-code-89-2012-30.09.2014.docx，2016年8月22日最后访问。

㉒该条规定：“人体及其部分，即便已与身体分离，不是物。”

㉓《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版，第3页。

㉔参见 http://landwise.resourceequity.org/record/464，2016年8月23日最后访问。

㉕参见 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm，2016年8月25日最后访问。

㉖[美]斯蒂芬·芒译：《财产理论》，彭诚信译，北京大学出版社2006年第1版，第1页。

㉗[德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，林荣远校，商务印书馆2005年版，第30页。

㉘[德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，林荣远校，商务印书馆2005年版，第36页。

㉙这一情况近年有所改变，特别是在胎盘上，参见曹艳春：《论胎盘的法律属性及其规制》，《河北法学》2006年第3期，第34—37页。

㉚[美]斯蒂芬·芒译：《财产理论》，彭诚信译，北京大学出版社2006年第1版，第22页。

㉜张俊浩：《民法学原理》（修订第3版）上册，中国政法大学出版社2000年版，第370页。

㉝相关研究参见龚波：《器官短缺：法理学的视角》，中央编译出版社2014年版，第183页以下；徐铁英：《论人体器官之有偿取得》，《河北法学》2010年第6期，第32—37页。

责任编辑 王 勇
责任校对 王小利

农村集体经济组织法人立法的现实基础与未来思路

管洪彦　孔祥智

【摘　要】推进农业现代化、促进农村集体经济发展和保障集体成员权益迫切需要赋予农村集体经济组织法人地位。中共中央与国家政策、地方实践与立法、相关理论研究已经为农村集体经济组织法人立法奠定了基础。《民法总则》以基本法律形式为农村集体经济组织法人提供了制度可能，但具体规则尚付之阙如。未来的农村集体经济组织法人立法，需秉持打造满足市场经济发展需求的民商事主体的理念，应该建构起以《民法总则》为基本依据，以特别立法为核心支撑的制度与规范体系，尤其应该做好农村集体经济组织法人“特别性”的制度设计，应该允许对农村集体经济组织法人的具体实现形式因地适宜地作出选择。

【关键词】　农村集体经济组织法人；立法；现实基础；未来思路

【基金项目】

国家社会科学基金重点项目《农业现代化体制机制创新与工业化、信息化、城镇化同步发展研究》（13AZD003）；山东省社会科学规划重点研究项目《私法视域中的集体成员民主决策权研究》（16BFXJ02）；中国法学会2016年度部级法学研究课题《农村土地“三权分置”的立法表达研究》（CLS（2016）D74）；教育部人文社会科学重点研究基地重大项目《我国新型农业经营体系构建与实践案例研究》（14JJD790030）。

为切实实现深化农村改革“激活主体”的要求，为推进农业现代化提供法治保障，我国应该充分重视农村集体经济组织法人立法，因地制宜地赋予农村集体经济组织法人地位。《民法总则》第99条对农村集体经济组织法人的地位和法律适用进行了明确规定，标志着农民集体经济组织法人立法已经得到了民事基本法的确认。为更好地推动农民集体经济组织法人立法进程、促进农村集体经济组织法人发展，需要在农村集体经济组织法人立法的现有基础上对未来立法的宏观思路进行宏观设计。本文拟围绕农村集体经济组织的历史演变与发展现状，赋予农村集体经济组织法人地位的必要性与可行性，农村集体经济组织法人立法的未来思路三个方面的问题展开探讨，以期实现抛砖引玉之目的。

一、农村集体经济组织的历史演变与发展现状

（一）建国后的历史演变过程

新中国成立前，中国几千年来都是实行土地私有制，个人拥有土地产权，但是清晰的产权不仅没有带来高的经济效率，反而形成了封闭稳定的小农经济结构，导致经济进入了低水平陷阱。[1] 除了落后的生产力水平外，农业生产经营主体规模小、低效率应该是导致上述结果的重要原因之一。 新中国成立后，为了提升农业生产效率，实现农业现代化和工业化的目标，我国在农业生产经营组织制度方面展开了一系列探索。

【声明】本文为未刊发稿件，仅供本次学术交流使用。谢谢合作。

【作者简介】管洪彦（1981-），男，山东曹县人，山东政法学院民商法学院副教授，法学博士，中国人民大学农业与农村发展学院博士后，山东省高校人文社科研究基地（民商事法律与民生）涉农法律与民生方向学术带头人，研究员。【作者联系方式】手机：18769703791.　邮箱：rucguan@163.com。孔祥智（1963-），山东郯城人，中国人民大学农业与农村发展学院教授，研究方向为合作经济、农业政策分析。

[1] 程瑶瑶、孔祥智：《一号文件与农民组织化—新世纪以来农民合作社发展的过程、问题与走向》，载《农村金融研究》，2013年第6期，第5页。

1950年通过的《土地改革法》废除了地主阶级封建剥削的土地所有制，实行农民的土地所有制。为了解决劳动力、农机具、农田水利和田间道路设施等其他生产资料的不足问题，农业生产的互助合作被提上了日程。1953年2月15日中共中央正式通过《关于农业生产互助合作的决议》指出，为了克服农民在分散经营的困难必须发展农民互助合作。互助组、初级社在保持生产资料私有的基础上，利用分工协作机制加强了生产合作，提高了生产效率。但是该阶段仍保留了生产资料的私有制，仍属于私有制下的农民互助合作组织的性质。1955年11月9日通过的《农业生产合作社示范章程》第1条开章明义的规定：“农业生产合作社是劳动农民的集体经济组织。”1956年6月30日通过了《高级农业生产合作社示范章程》进一步明确了农业生产合作社（高级农业生产合作社）的社会主义的集体经济组织性质。该阶段的农业生产合作社已经属于社会主义性质的集体经济组织，已经成为社会主义公有制背景下农民集体所有制的实现形式。但是，受到社会政治背景的影响，当时的农村集体经济组织本质上还是实现政治目标的手段，而不可能是按照市场经济规律建构的独立市场经济主体。

2.人民公社时期“政社合一”的阶段。该阶段典型的特征是“政社合一”，实行高度集中的 “组织军事化、行动战斗化、生活集体化”为管理模式，结果导致人民公社掌控了辖区内所有的政治经济资源、生产活动和农民生活，强迫推行“三化”，在农村大刮“强迫命令风”、“瞎指挥风”和“干部特殊化风”，使农业生产和农民生活陷入了空前的混乱和危机。[2] 面对人民公社初期出现的一系列问题，中央进行了一系列的政策调整。1961年3月通过了《农村人民公社工作条例草案》。1962年9月中国共产党第八届中央委员会第十次全体会议通过《农村人民公社工作条例修正草案》，在《修正草案》第1条明确规定农村人民公社是政社合一的组织，是我国社会主义社会在农村中的基层单位，又是我国社会主义政权在农村中的基层单位。即明确了人民公社实行“政社合一”的体制。第2条规定：“农村人民公社一般地分为公社、生产大队和生产队三级。以生产大队的集体所有制为基础的三级集体所有制，是现阶段人民公社的根本制度。公社在经济上，是各生产大队的联合组织。生产大队是基本核算单位。生产队是直接组织生产和组织集体福利事业的单位。”即明确了人民公社“三级所有，队为基础”的根本制度。在该阶段，“政社合一”、“三级所有、队为基础”是该阶段农村集体经济组织的核心特点，公社、生产大队和生产队这三级组织的集体经济组织功能被政治功能淹没，一味的强调政治力量而忽视经济规律，决定了人民公社背景下独立的农村集体经济组织不可能存在。人民公社低效率的组织制度安排以及其与当时的政治环境约束是导致其最终走向失败的根源所在。正如有学者所言：“政治力量构成的制度环境约束与政府的强制性制度安排及其所隐含的逆向激励结构，应是人民公社低效率和失败的最基本的根源。”[3] 可见，人民公社体制下，高度集中的“政社合一”制度决定了农村集体经济组织必然是政治组织的附庸，注定了农村集体经济组织不可能成为独立的市场经济主体。

3.“政社分设”、“家庭承包经营为基础，统分结合的双层经营体制”阶段。为了克服人民公社制度上的各种弊端，1978年开始，中国进行了广泛、深入的农村改革。主要体现在两个方面：一方面是在农业经营模式方面实行“包产到户”、“包干到户”为主的家庭承包经营为主的农业生产责任制，打破了“三级所有，

[2] 辛逸：《“农业六十条”的修订与人民公社的制度变迁》，载《中共党史研究》，2002年第7期，第42页。

[3] 罗必良：《人民公社失败的制度经济学解理——一个分析框架及其应用》，载《华南农业大学学报（社会科学版）》，2002年第1期，第41页。

队为基础”的统一经营模式。另一方面是实行政社分设，重新建立乡、民族乡人民政府作为政权的基层单位。1983 年 10 月发布的《中共中央、国务院关于实行政社分开建立乡政府的通知》提出要改革农村政社合一的体制，建立政社分开的体制。该通知要求要根据生产需要和群众的意愿逐步建立经济组织。但是考虑到当时实际情况，该通知同时规定：“以自然村为单位建立了农业合作社等经济组织的地方，当地群众愿意实行两个机构一套班子，兼行经济组织和村民委员会的职能，也可以同意试行。”可见，当时我国确实是按照“政社分设”的原则开展改革的，但是由于当时客观情况的局限和群众意愿的选择，导致很多集体经济组织和村民自治组织实际上没有分开。结果，由于长期实行的计划经济体制以及各地经济发展不平衡等多种原因，直到现在我国多数地区并未建立起独立于乡镇政府和村民自治组织的农村集体经济组织，导致农村集体经济组织的职能一直由村民自治组织代为行使。结果导致长期以来的，我国的农村集体经济组织建设很不健全，多数地区的村民委员会和农村集体经济组织实行“一套班子，两套牌子”。故在这样的背景下，赋予农村集体经济组织以法人地位的社会环境尚不成熟。

（二）农村集体经济组织近年来的发展现状

进入上个世纪九十年代，随着中国农村集体经济的发展，很多地区的集体资产不断增加，特别是东部沿海地区表现尤为突出，为了实现集体资产的规模效益，构建归属清晰、权能完整、流转顺畅、保护严格的农村集体产权制度，有必要开展农村集体经济组织产权制度改革。农村集体经济组织产权改革过程中各地面临的一个共同难题是农村集体经济组织法律地位不明确、治理结构不健全、成员范围不清晰、管理不规范等。为了克服农村集体经济组织制度的制度缺陷，各地对农村集体经济组织的法人实现形式展开广泛的探索，并积累了一定经验，具体实践模式主要有：

1.合作社法人的形式。浙江温州推行的以推进城乡一体化为主要目标，以“三分三改”为主要内容的集体资产改革，新成立的村集体经济合作社下分设土地合作社和村集体经济股份合作社，即对农村集体经济组织进行合作社法人改造。山东省允许社区股份合作社取得农民专业合作社法人资格。山东省工商局印发的《农村经济（社区）股份合作社办理工商登记有关问题意见》中规定：“农村经济（社区）股份合作社依法登记，领取农民专业合作社法人营业执照，取得农民专业合作社法人资格。”《都江堰市农村集体经济组织管理办法》中的农村集体经济组织包括乡（镇）集体资产管理委员会、农业合作联社、农业合作社，即农村集体经济组织可以采取采取合作社法人的形式。相应地，法人证书分三类，分别针对乡（镇）、村（涉农社区）及村民小组三级集体经济组织。该种实践模式将农村集体经济组织注册为合作社法人乃现行法律制度中缺乏农村集体经济组织法人明确立法之不得已选择。

2.公司法人形式。北京市部分地区对农村集体经济组织登记为公司制法人。对那些集体经济发展较好、市场化程度较高的直接改制为公司，按照股份有限公司或有限责任公司的形式在工商部门注册登记。这种形式主要集中在近郊部分乡村，以通州和丰台居多。[4] 对一些集体资产体量大，实力较强的村，一些集体经济组织改之后成立了以集体成员为股东的公司。为了规避股份有限公司需要对外公开募集资本的限制，一般的集体经济组织都改制成为有限责任公司。但是为了解决有限责任公司股东数量 50 人的限制，上海市闵行区先后尝试了不同的模式：一种是股东代持股份的方式；另一种是先成立社区股份合作社，再由社区股份合作社出资成立公司。[5] 广州市对于“城中村”社区集体经济组织的改革后来出现了向股份制公司的转变；深圳市对于农村社区集体经济组织的改革定位是建立股份合作公司。[6] 我国中西部地区也有将农村集体经济组织改制为公司法人的，如宁夏回族自治区银川市各个不同行政村采取了不同的组织形式，金凤区的保伏桥村、景湖村和银丰村分别成立了投资管理有限公司，按照《公司法》的有关规定注册为公司法人。[7] 这一做法实际上存在一定问题，农村集体经济组织与公司法人事实上是存在较大区别的，结果导致公司法人的很多制度无法适用于农村集体经济组织。

3.股份合作制法人形式。股份合作制法人是我国很多地区农村集体经济组织广泛采纳的改革模式，一般采取社区合作社法人形式。比较早开展社区股份合作制法人改革试点的是广州市天河区，该改革模式被称为“天河模式”。据悉，广东省目前全省颁发农村集体经济组织证明书的农村集体经济组织 239416 个，占应发数的 99.8%，其中经济联合社（含股份合作经济联合社）22275 个、经济合作社（含股份合作经济社）217141 个。[8] 除了典型实践模式的影响外，地方立法的引导与保障也对农村集体经济组织法人起到了极大推动作用。为了满足社会关系对法律调整的需求，上个世纪 90 年代初，广东省就颁布了《广东省农村社区合作经济组织登记办法》。上海市宝山区也采纳该模式，将自愿申请入股的村民组织起来成立社区股份合作社，并给予工商登记，赋予法人地位，颁发《上海市农村社区经济合作社证明书》。浙江省专门颁布了《浙江省村经济合作社组织条例》规定社区性农村集体经济组织可以向工商行政管理部门申请登记注册，取得法人营业执照。

二、赋予农村集体经济组织法人地位的必要性与可能性

（一）赋予农村集体经济组织法人地位的必要性

农村集体经济组织法人地位客观上亟待明确。目前，农村集体经济组织的关键问题是缺乏具体形式和市场主体地位。[9] 首先，农村集体经济组织法律地位不明确。从现行法律法规分析，农村集体经济组织是农民集体资产的代表主体和行使主体，但是在我国多数农村地区，农村集体经济组织与村民自治组织混同，结果导致政经不分，农村集体经济组织的法律地位一直处于混沌状态。其次，农村集体经济组织缺乏法人地位导致其无法作为一个独立的民商事主体参与市场交易活动。市场经济环境下，主体是交易的参与者和权利义务承受者，一个组织体要想在市场经济环境下参与交易活动，必须取得独立的市场主体地位。《民法总则》立法之前，农村集体经济组织无法归属于《民法通则》中的任何一种民事主体形态，导致为数众多的农村集体经济组织无法在银行开户，无法与其他市场主体展开顺畅的交易，影响了交易的安全，阻碍了农村集体经济的发展。在自然人、法人、非法人组织的民事主体三元论的总体框架下，如何界定其民事主体地位关乎农村集体经济发展壮大和农村基本经营制度的完善。随着城镇化的快速推进，农村集体资产归属不清晰、权责不明确、保护不力等问题日益突出。有法律地位没法人地位已经严重制约农村集体经济组织的发展。因此，农村集体经济组织独立法律地位的客观重要性与现行制度中地位的模糊性形成了鲜明的对比，为适应深化农村改革的发展需要，完善农村集体经济的实现形式和运行机制，推进农业现代化，加

[4] 李光熙：《北京市农村集体经济组织产权制度改革模式与政策建议》，载《北京市经济管理干部学院学报》，2008 年第 4 期，第 4 页。

[5] 国务院发展研究中心农村经济研究部著：《集体所有制下的产权重构》，中国发展出版社 2015 年 8 月版，第 246 页。

[6] 农业部课题组：《推进农村集体经济组织产权制度改革》，载《中国发展观察》，2006 年第 12 期，第 31 页。

[7] 《股权改革让村集体资产“活”起来》，载《银川日报》，2015 年 12 月 20 日第 1 版。

[8] 国务院发展研究中心农村经济研究部：《集体所有制下的产权重构》，中国发展出版社 2015 年 8 月版，第 291 页。

[9] 张云华：《关于制定<农村集体经济组织法>的思考》，载《农业经济问题》，2010 年第 5 期，第 72 页。

快农村集体经济发展和保护集体经济组织成员权益，非常有必要赋予农村集体经济组织独立的法人地位。此外，我国不少地方开展的农村集体经济组织产权改革已经开始尝试赋予农村集体经济组织法人地位，甚至有些地方还制定了专门性地方性法规。但是，各地在实践过程中也遇到了一些难题，以至影响到了改革进程。主要是由于农村集体经济组织不同于我国现行立法中法人类型，现行的法人制度没有体现农村集体经济组织法人的个性。农村集体经济组织在改制为公司法人、合作社法人、股份合作社法人等法人形式的过程中均到过法律制度障碍，这进一步印证了对农村集体经济组织法人专门立法的现实必要性。

2.现行农村集体经济组织法人统一立法存在缺失。在我国《宪法》、《民法通则》、《物权法》等法律法规中，农村集体经济组织的概念频频出现。在行政法规、部门规章以及地方性立法中，农村集体经济组织更是频繁出现。甚至有些省市针对农村集体经济组织制定了专门的地方性法规，如广东省出台了《广东省农村集体经济组织管理规定》，湖北省制定了《湖北省农村集体经济组织管理办法》，四川省都江堰市制定了《都江堰市农村集体经济组织管理办法》等。虽然我国现行立法中频频出现农村集体经济组织，但是相关立法明显滞后。从宏观视角观察，目前涉及农村集体经济组织的法律、法规、规章、政策性文件等数量众多，但尚未形成完善的关于农村集体经济组织的法律框架体系。[10] 据中央农村工作领导小组办公室副主任韩俊介绍，目前我国集体经济组织的法律设计出现三个严重缺失：集体经济管理主体法律缺失、集体经济组织成员权管理法律缺失和集体经济组织法人地位法律缺失。[11] 从微观视角观察，首先，农村集体集体经济组织的概念和功能比较模糊。目前国家层面立法中对农村集体经济组织的概念缺乏明确界定，《农业法》定位为农业生产经营组织，也赋予了农村集体经济组织生产经营服务、社会化服务和公益服务等多种职能，但是却没有提供一个清晰的农村集体经济组织的概念。其次，专门性立法的层次较低。目前专门性立法仅存在于地方性法规层次，例如广东省、湖北省均对制定了规范农村集体经济组织的专门性地方性法规。再次，现行立法中对农村集体经济组织与相关主体关系定位不清。目前，《土地管理法》、《物权法》等多部法律的表述中均将集体经济组织与村民委员会置于同样的地位，多次使用“集体经济组织或者村民委员会”、“集体经济组织或者村民委员会、村民小组”的法律表达，这实际上是对农村集体经济组织和村民自治组织的定位模糊体现，也是农村集体经济组织建设薄弱的客观体现。正如有学者指出的，迫切需要开展立法调研，明确农村集体经济组织的特殊法人地位，重点明确集体经济组织的设立、权利和运行方式，保障其依法公平参与市场竞争，并设计出一套的特殊的法律制度与政策支持体系。[12] 这进一步说明了加强农村集体经济组织专门立法的迫切性。

（二）赋予农村集体经济组织法人地位的可行性

1.中共中央及国家政策已经做好了宏观的顶层设计。相对于立法方面的欠缺，中共中央及国家政策已经对农村集体经济组织法人制度做好了宏观的顶层设计，主要体现在近年来的中央一号文件和重要涉农改革政策中。《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》（2015 中央一号文件） 指出：“抓紧研究起草农村集体经济组织条例。”该表述实际上已经旗帜鲜明地表明要制定农村集体经济组织的专门性立

[10] 杜国明：《农村集体经济组织的法律地位辨析》，载《生态经济》，2011 年第 3 期，第 106 页。
[11] 《民法总则应给农村集体组织一张“通行证”》，载《法制日报》，2016 年 10 月 25 日第 10 版。
[12] 孔祥智、高强：《改革开放以来我国农村集体经济的变迁与当前亟需解决的问题》，载《理论探索》，2017 年第 1 期，第 121 页。

法。《深化农村改革综合性实施方案》指出：“明确集体经济组织市场主体地位”、“研究明确村党组织、村民委员会、村务监督机构、农村集体经济组织的职能定位及相互关系。在进行农村集体产权制度改革、组建农村股份合作经济组织的地区，探索剥离村“两委”对集体资产经营管理的职能，开展实行“政经分开”试验，完善农村基层党组织领导的村民自治组织和集体经济组织运行机制。”该文件中更加清晰地表明要赋予农村集体经济组织独立的市场主体地位，并且实现“政经分开”，完善集体经济组织的运行机制，这为农村集体经济组织的改革提供了更为清晰的宏观政策指引。《中共中央、国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》（2016.12.26）中进一步明确了农村集体经济组织成员集体和农村集体经济组织的关系，前者是所有权主体，后者是集体所有权的代表行使主体，要求有集体统一经营资产的村（组），特别是城中村、城郊村、经济发达村等，应建立健全农村集体经济组织。并且再一次旗帜鲜明地指出要“明确农村集体经济组织市场主体地位”、“抓紧研究制定农村集体经济组织方面的法律，赋予农村集体经济组织法人资格”。《中共中央、国务院关于深入推进农业供给侧结构性改革加快培育农业农村发展新动能的若干意见》（2017 中央一号文件）再次指出：“抓紧研究制定农村集体经济组织相关法律，赋予农村集体经济组织法人资格。”上述两个文件更加明确的提出要通过立法形式赋予农村集体经济组织法人资格。

2.相关理论研究已经为农村集体经济组织法人立法奠定了理论储备。除了官方政策文件的宏观设计外，农经学界、法学界的专家学者也围绕农村集体经济组织法人立法展开了理论探讨。农业部高度重视农村集体经济组织法人的立法工作。据《十二届全国人大三次会议第 7821 号建议答复摘要》：“农业部正在积极开展农村集体经济组织立法课题研究，重点对农村集体经济组织法人地位、内部治理机制，以及与村民自治组织的关系等内容进行研究，为明确农村集体经济组织的法人地位奠定理论基础。”相关领域的学者围绕农村集体经济组织法人立法也展开了较为系统的研究，主要体现在：（1）农村集体经济组织的现状与功能。村委会与村集体经济组织职能交叉，其功能与村级党组织、村民委员会截然不同（张晓山 2016）。法律法规中自始至终没有对农村集体经济组织给予定位（孔祥智、刘同山 2013）。集体经济组织法人地位缺失导致内部运行机制和外部政策环境恶化（张云华 2010）。设置农村集体经济组织法人有利于其更好地参与民事生活，有利于保护其成员和相对人合法权益（李适时 2016）。（2）农村集体经济组织的法律地位。在民法总则中应明确集体经济组织的特殊法人地位（韩俊 2016）。地位不清、概念模糊、功能混乱等立法缺陷导致农村集体经济组织在发展过程中缺乏有效法律支撑和保障（吴道闻 2014）。有法律地位而无法人地位，导致农村集体经济组织问题始终困扰着农村集体经济组织产权制度改革（方志权 2015）。（3）农村集体经济组织成员资格的确定。明确了集体成员资格就可明确了集体所有权的主体（韩松 2011）。应坚持集体资源分配的公平性以及保障和经营的双重职能，构建层次分明的成员身份消灭制度（戴威 2016）。目前集体经济组织成员身份的认定无法可依，受当地乡规民约、传统观念和历史习惯等因素影响较大，乡土色彩较浓（方志权 2014）。集体成员的身份应该在集体财产所有权的前提下结合成员的自治机制加以确定（任丹丽 2008）。（4）农村集体经济组织的改革方向与路径。应在立法上明确农村集体经济组织特殊法人的民事主体地位（赵万一、张长建 2012）。当前在民法上给予农村集体经济组织法人地位，符合实际、时机成熟（孙宪忠 2016）。应以国务院名义尽快出台农村集体经济组织条例（张晓山 2016）。应明确其有限参与市场竞争的特殊法人地位，为其设计特殊的法律保护制度与政策支持体系（孔祥智、高强 2017）。需要制定出台《农村集体经济组织法》（张

云华 2010）。农村集体经济组织的重建必须建立在现代经济组织法的基本规则之上（杨一介 2015）。符合条件的农村集体经济组织作为特定法人（韩俊 2016）。需从法学视角提出农村集体经济组织改革的全局性方案（谭桂华 2013）。民法总则草案三审稿关于农村集体经济组织法人的规定符合农村实际（刘振伟 2016）。上述研究为农村集体经济组织法人立法的进一步推进奠定了理论基础。

三、农村集体经济组织法人立法的未来思路

（一）《民法总则》中农村集体经济组织法人的确认

《民法总则》最终确认了农村集体经济组织法人这种特殊法人形态。《民法总则（草案）》（一审稿）中设法人专章，分为一般规定、营利性法人和非营利性法人三节，但是并无任何农村集体经济组织法人可依法取得法人地位的规定。《民法总则（草案）》（二审稿）中延续了一审稿中的体系，但是在法人的“一般规定”中规定：“农村集体经济组织具备法人条件的，依法取得法人资格。据说理由在于：一些地方和部门提出，根据物权法等法律规定，农村集体经济组织是农村集体资产经营管理的主体，依法代表农民集体行使农村集体资产所有权，承担经营管理事务，明确其民事主体地位有利于其从事民事活动，增强农村集体经济发展活动。（第 76 条）”[13]《民法总则（草案）》（三审稿）对法人专章的体系和内容都做了比较大的变动。从体系上，该章设置第四节“特别法人”。其中规定：“农村集体经济组织依法取得法人资格。法律、行政法规对农村集体经济组织有规定的，依照其规定（第 98 条）。”《民法总则》的最终通过稿延续了三审稿中的体系和规定。至此，农村集体经济组织法人在民事基本法中取得了独立地位。全国人民代表大会常务委员会副委员长李建国在关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明中指出：“农村集体经济组织具有鲜明的中国特色。赋予其法人地位符合党中央有关改革精神，有利于完善农村集体经济实现形式和运行机制，增强农村集体经济发展活力。”《民法总则》规定农村集体经济组织依法取得法人资格，标志着赋予农村集体经济组织法人地位的观点，已经从政策层面开始进入国家统一立法的新阶段。也有学者指出，《民法总则》中对农村集体经济组织法人地位的规定还有许多值得探讨之处，例如一般性的赋予其法人资格是否具有合理性问题、财产是否独立性问题以集体财产承担责任带来的问题、集体经济组织法人和村民自治组织法人之间的关系协调问题等。[14] 另外，值得关注的是，《民法总则》中仅仅为农村集体经济组织取得法人地位确立提供了基本法律依据和可能性，农村集体经济组织要取得法人地位更需要特别立法的支撑。笔者认为，对于农村集体经济组织法人立法，国际上并无成功经验可以借鉴，国内立法部门对该特别法人的理论和实践也存在诸多研讨空间。但是，《民法总则》能够在民事基本法中确认该法人类型，无疑对于未来立法具有重要指导意义。农村集体经济组织法人立法的完善和贯彻实施更需要以《民法总则》的这一抽象规定为基础作好宏观的制度设计，进而建构起以《民法总则》为基本依据，以特别立法为核心支撑的农村集体经济组织法人制度与规范体系。

（二）农村集体经济组织法人未来立法的宏观思路

1.秉持打造符合市场经济发展需求的独立民商事主体的理念对集体经济组织法人进行全面建构。我国现行农村集体经济组织制度最大的弊端就是受到计划经济体制的影响过深，没有对村民自治组织和集体经济组织的功能作出区分，过分强调了农村集体经济组织的非经济职能，导致其市场主体地位不独立、不明

[13] 张维炜：《农村集体经济组织法人如何归类？》，载《中国人大》，2016 年第 22 期，第 25 页。
[14] 谭启平：《中国民法典法人分类和非法人组织的立法构建》，载《现代法学》，2017 年第 1 期，第 84-85 页。

确。实际上，农村集体经济组织与村“两委”属于性质不同、权能不同的组织。村级党组织是执政党在农村的基层“党务性”组织，村民委员会是以办理公共事务为重点、为全体村民服务的基层“政务性”组织，而农村社区集体经济组织是以土地等集体所有资产为纽带承担土地承包、资源开发、资本积累、资产增值一系列集体资产经营管理服务等经济事务、由集体经济组织成员所组成的“经济性”组织，其功能与村级党组织、村民委员会截然不同。[15] 故农村集体经济组织法人立法首先要回归农村集体经济组织法人的本性，即农村集体经济组织本质上应为经济组织。农村集体经济组织法人的建构必须要超越传统的理念，要秉持打造符合市场经济发展需求的独立民商事主体的理念对集体经济组织法人进行全面建构。正如有学者指出的，重建农村集体经济组织的逻辑起点是经济组织与自治组织的区分或分离以及对传统的超越。农村集体经济组织的重建，必须建立在现代经济组织法的基本规则之上。农村集体经济组织的命运，最终要接受市场竞争和科学法理的检验。”[16] 在未来的立法中，要按照打造符合市场经济发展需求的独立民商事主体的基本理念建构农村集体经济组织法人制度。具体思路是随政府职能的逐步到位，适时分离转制后集体经济组织的两种功能，转移其承担的社会管理和公共产品提供职能，使改革后的集体经济组织能够成为真正市场主体。[17] 值得欣慰的是，《深化农村改革综合性实施方案》、《中共中央国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》等政策文件中已经开始贯彻上述基本理念，这将为有关法律法规的起草提供宏观理念指引。总之，科学立法，理念先行，理念的转变是至关重要的。

2.应该建构起“一般立法+特别立法”的农村集体经济组织法人制度体系。《民法总则》针对农村集体经济组织法人仅仅设置了一条法律规范，仅依靠该规范对全国各地纷繁复杂的农村集体经济组织实现调整显然是不够的。《民法总则》立法过程中显然已经充分认识到这一点，第 99 条第 2 款专门设计了一个转介条款，即“法律、行政法规对农村集体经济组织有规定的，依照其规定”，这就为未来的特别立法埋下了铺垫。而且，不仅要采取“一般立法+特别立法”的模式建构农村集体经济组织法人的规范体系，而且要对“一般立法”和“特别立法”内部的立法权限和规范事项做好科学分工。“一般立法”应该通过民事基本法律以及民事一般法律实现，主要规范最基本的、最一般的事项。“特别立法”应该通过民事一般法律、行政法规实现，主要规范比较具体的问题。例如，在《民法总则》过程中有些单位提出《民法总则》应该对集体经济组织成员资格的认定标准作出规定。笔者认为，虽然农村集体经济组织成员资格认定是一个极其重要的问题，但是却不宜由《民法总则》加以规定。一方面，《民法总则》作为民事基本法律不宜对这么具体的事项作出规定，否则将造成《民法总则》的体系过于庞大。另一方面，农村集体经济组织成员资格的认定十分复杂：各地有各地不同的标准，既有地方性法规中的法定标准，又有集体经济组织内部的自治标准；既有集体经济组织成员资格认定的一般标准，还有特殊情形下的特别标准，对于如此复杂的问题，不宜由作为民事基本法律的《民法总则》作出规定，而应该由民事一般法律，甚至由行政法规等作出规定。在立法过程中，也有单位指出集体经济组织成员资格有集体经济组织自己讨论决定的方式是最好的。总之，农村集体经济组织法人的复杂性以及农村集体经济组织发展的不平衡性、集体经济组织成员资格认定的复杂性

[15] 中国社会科学院农村发展研究所“农村集体产权制度改革研究”课题组：《关于农村集体产权制度改革的几个理论与政策问题》，载《中国农村经济》，2015 年第 2 期，第 11 页。
[16] 杨一介：《我们需要什么样的农付集体经济组织？》，载《中国农村观察》，2015 年第 5 期，第 18 页。
[17] 农业部经管司课题组：《应正确把握三大关系一农村集体经济组织产权制度改革探讨之一》，载《农村工作通讯》，2009 年第 16 期，第 14 页。

等因素决定了农村集体经济组织法人的立法模式。未来立法表达模式应该采纳“一般立法+特别立法”的立法表达模式，而且特别立法将会起到更加重要的作用。

3.要做好农村集体经济组织法人“特别性”的制度与规范设计。《民法总则》将农村集体经济组织法人归类为特别法人，这表明农村集体经济组织法人具有不同于一般营利法人和非营利法人的特点，这就要求在未来立法过程中应该做好反映农村集体经济组织法人“特别性”的制度设计和规则设计。以法人治理结构为例，科学的法人治理结构是一个法人健康运转的基础和前提，是实现法人成员权益的保障。但是，实践中由于农村集体经济组织法人形式的特殊性、集体产权的特殊性、组织机构设计的特殊性、集体成员的复杂性等因素造成了农村集体经济组织法人的治理结构必然呈现出不同于公司法人等营利法人形态的特别性。正如有学者指出的：“无论采取何种组织形式来主导农村集体经济发展，都应注重内部治理结构之建立健全与优化完善。”[18] 从农村集体经济组织产权改革的实践情况来看，改制后新型集体经济组织的内部治理机制尚不健全，资产运营水平不高，经营活力不足。[19]《中共中央、国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》中指出：“改革后农村集体经济组织要完善治理机制，制定组织章程，涉及成员利益的重大事项实行民主决策，防止少数人操控。”农村集体经济组织法人作为特别法人之一种类型，其治理机构区别于一般法人。故应该在汲取国外法人立法和全国各地农村集体经济组织法人地方立法经验的基础上，结合农村集体经济组织法人的个性建构起适合其特点的法人治理结构。故，《民法总则》颁布后，更为关键的是要做好农村集体经济组织法人“特别性”的研究和规则设计。至少应该围绕农村集体经济组织法人的章程与登记制度，产权制度，治理结构制度，成员资格认定与成员权制度，收益分配与责任承担制度，合并、分离、解散制度，外部监控与促进制度等方面展开全面的研究。

4.农村集体经济组织法人的形式有多种选择。农村集体经济的实现形式具有多样性，农村集体经济组织法人属于农村集体经济的实现形式之一。“中国是一个情况十分复杂的大国，集体经济的有效实现形式将是一个多层次多形式多类型的体系。”[20] 从我国的地方性立法和实践经验来看，农村集体经济组织登记的过程中比较倾向于采用合作社法人的形式，如《广东省农村社区集体经济组织条例》中规定可以采用经济合作社、专业合作社，也可以采用股份合作经济社。当然，也有采用公司制的，已如上文所属。《中共中央、国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》中指出：“农村集体经济组织是集体资产管理的主体，是特殊的经济组织，可以称为经济合作社，也可以称为股份经济合作社。”这表明政策层面也倾向于采纳合作社法人的形式。这主要是因为，相较于其他法人形态，合作社法人形态的制度设计与社会主义公有制背景下的农村集体经济组织的特点存在颇多的契合。当然，应该指出的是：首先，农民集体经济组织并非绝对要采用法人形式。我国地域广阔，各地的经济发展水平严重不平衡，农村集体集体经济组织短期内不可能都采用法人形式，甚至很多地方的农村集体经济组织和村民自治组织还要继续较长时期的混同下去。故对农村集体经济组织进行“一刀切”的法人制改造的做法，既不可能，又不可行。其次，并非所有的农村集体经济组织都能取得法人资格。《民法总则》第 99 条规定“农村集体经济组织依法取得法人资格”，这意味着，农村集体经济组织是否能取得法人资格还要“依法”进行，不是所有的农村集体经济组织都能取得法人资格，还需要看其是否具备取得法人资格的实体和程序要件。另一方面，农村集体经济组织法人的形式选择具有多样性，不必然采取合作社法人形式，而应该尊重人民群众的创造智慧，由特定的农村集体经济组织因地制宜地作出理性选择。对于不符合法人条件的农村集体经济组织也不必急于将其速成为农村集体经济组织法人，关键要看当地的农村集体经济的发展是否有这种客观必要。

[18] 陈小君等：《我国农村集体经济有效实现法律制度的实证考察—来自 12 个省的调研报告》，载《法商研究》2012 年第 6 期，第 54 页。
[19] 黄延信等：《对农村集体产权制度改革若干问题的思考》，载《农业经济问题》，2014 年第 4 期，第 13 页。
[20] 徐勇：《创新集体：对集体经济有效实现形式的探索》，载《华中师范大学学报（人文社会科学版）》，2015 年第 1 期，第 7 页。

四、结语

推进农业现代化、激发农村发展活力、促进农村集体经济发展和保障集体成员权益迫切需要赋予农村集体经济组织法人地位。《民法总则》对农村集体经济组织法人的确认标志着赋予农村集体经济组织法人地位已经从政策指引而进入国家统一立法的新阶段。农村集体经济组织法人的未来立法需要做好宏观制度设计，要秉持打造符合市场经济发展需求的独立民商事主体的基本理念建构农村集体经济组织法人制度。除了民事基本法外，农村集体经济组织取得法人地位更需要特别立法的支撑，进而建构起以《民法总则》为基本依据，以特别立法为核心支撑的农村集体经济组织法人制度与规范体系。而且要注意做好农村集体经济组织法人“特别性”的制度与规范设计，农村集体经济组织法人的形式以及是否进行法人制改造都要因地适宜地作出选择。

民法典编纂背景下商事规则的连结点*

一、引言

在民法典编纂的背景下，在中国民法典编纂的背景下，商法在立法上如何处置，是摆在民商法学者面前的重大问题。[1]虽然学界对于在民法典编纂背景下如何安置商法意见纷纭，但基于时间压力和有中国特色的立法体制，民法典在体例上的创新不会太大，会以汇编整理既有单行法和司法解释为主要编纂方法。[2]从而，以典型体现“民商合一”特征的《合同法》为基础，未来民法典的合同编极可能也是民商合一的。[3]《物权法》中零散的商事物权规则（例如企业留置权）也应该会被继受在民法典物权编中。无论如何，商事特别规则至少会被部分地规定在未来民法典中。[4]就此提出的问题是，在规定商事特别规则时，应该如何在规则的构成要件层面识别出是商事规则，例如当前《物权法》第 231 条规定商事留置特别规则时，便是以“企业”作为商的识别特征。换言之，这里的问题是，商事特别规则的连结点应如何设置。此问题其实不仅仅涉及民法典编纂中的具体技术问题，对该问题的探讨在深层次上实际涉及商法的体系化和现代商法的根本特征。

二、应采主观主义路径

无论将商事特别规则规定在何处，都会提出如下问题：如何识别“商”。对此问题，自十九世纪就开始有客观主义与主观主义之争。主观主义以商人的概念为商的连接点，而客观主义则以商行为的概念作为商的连接点。本文基于如下几点理由，主张中国立法中商的连接点应以主观主义为基础。

首先，特别私法的含义，在于将特定群体的法律主体从一般的法律主体中识别出来，适用特别的规则。对于何为“特别私法”，一种观点认为，特别私法要么是适用于特别群体的私法（如商法适用于商人群体、劳动法适用于劳动者群体），要么是调整特别领域，如票据法、知识产权法。另一种观点认为，特别私法只应

* 纪海龙，法学博士，华东政法大学国际金融法律学院副教授。草稿请勿引用。18616850868，hailong.ji@qq.com

[1] 对此可参见王利明：《民商合一体例下我国民法典总则的制定》，载《法商研究》2015 年第 4 期；崔建远：《编纂民法典必须摆正几对关系》，载《清华法学》2014 年第 6 期；赵旭东：《民法典的编纂与商事立法》，《中国法学》2016 年第 4 期。

[2] 对此详见纪海龙：《理想与现实之间——对中国民法典编纂的冷观察》，《华东政法大学学报》2016 年第 6 期。

[3] 此种作法也得到众多民商法学者的支持，例如王利明：《论合同法组织经济的功能》，《中外法学》2017 年第 1 期；赵旭东：《民法典的编纂与商事立法》，《中国法学》2016 年第 4 期；刘凯湘：《剪不断，理还乱：民法典制定中民法与商法关系的再思考》，《环球法律评论》2016 年第 6 期。

[4] 对此在理论上的详细论述参见纪海龙：《现代商法的特征与中国民法典的编纂》，《中德私法研究》第 15 辑，2017 年。

是适用于特别群体的私法，其原因在于，到底何种特别领域属于一般私法，何种属于特别私法，背后并无实质理据，而主要是历史的原因。[5]商法作为特别私法的意义，在于将商人从一般私法主体中识别出来，适用特别的商事规则。从历史源起上看，作为商法源头的中世纪商人法，是以商人身份作为商之连接点的典型。商法一直以来本质上都是调整商人间关系的法律。形象地说，如果我们将这种商人之间的社会想象成一个网状结构，各个商事交易作为网格线，线与线之间的网络结点，便是商行为的实施者即商人。如果从这个商事之网中抽象出一个“抓手”，那么最合适的方式是抓住商人这个网络结点，方能以点带面，提纲挈领。而商行为于此则不合适。毕竟，世界上的商行为形形色色，各种商行为背后“商的色彩”各不相同（例如，商行为形式自由与商行为有偿原则背后体现的价值不同；仓储与行纪背后的逻辑不同）。从而，如果以商行为为基础来识别商人（进而识别商事规则），无法对之进行抽象规定，而只能采取列举的方式去规定商行为（例如《法国商法典》第 L110-1 条、《日本商法典》第 501、502 条）。但立法者无法做到对形形色色的商行为进行完全列举。1881 年《瑞士债法》的立法者就已经认识到，其无法做到对商行为进行完全列举，从而放弃了《法国商法典》和《德意志普通商法典》的客观主义进路，而选择了更偏向于主观主义的作法。1900 年《德国商法典》的起草者，明明意识到该法第 1 条第 2 款（该款后在 1998 年德国商法改革中被废除）中对各种商行为的列举主要是以货物贸易为核心，其所列举的各种商行为具有一定程度的随意性。但他们还是有意没有对该款中的列举加以拓宽，因为他们清楚地认识到，即便该款中的列举被拓宽，也无法覆盖未来的所有商行为。[6]总之，商行为概念本质上并不适合被汇聚成商的连接点。

其次，基于上述原因，客观主义无法也从未被彻底地贯彻。客观主义从商行为出发来识别商，滥觞于 1807 年《法国商法典》。法国采客观主义有其特殊的历史背景。法国大革命时期的人人平等观念，导致以商人为商的连接点会被质疑为肯定商人特权。但实际上法国商法也并未采取彻底的客观主义，其含有强烈的主观主义因素。[7]这尤其体现在法国商法三大类商行为中的从属性商行为上。按照法国商法中的从属理论，商人在从事商业活动中完成的所有行为均推定为商行为（德商中类似的规定参见德商第 344 条第 1 款）。[8]正如法国学者所指出的，法国法未能或者说不愿在主观主义和客观主义之间做出选择。主观主义和客观主义在法国商法中都没有占据主导地位。[9]法国甚至有学者认为，法国商法压根就未采

[5] 对此参见 Jan Peter Schmidt, Zivilrechtskodifikation in Brasilien, Mohr Siebeck, 2009, S. 266.

[6] 对此参见 Ansgar Becker, Die Entwicklung des Kaufmannsbegriffs, LIT Verlag Münster, 2004, S. 162 f.

[7] 法国本土有学者批评《法国商法典》的一个突出缺陷是其过于固守商人阶层特别规则的观念，参见 Wolfram Müller-Freienfels, Zur „Selbständigkeit des Handelsrechts", FS v. Caemmerer, 1978, S. 600.

[8] 对此可参见罗结珍译：《法国商法典（上册）》，北京大学出版社 2015 年，第 4、7 页；[法]伊夫·居荣：《法国商法》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社 2004 年，第 79-85 页。

[9] [法]伊夫·居荣：《法国商法》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社 2004 年，第 85 页。德国学者对此点的详细论述，参见 Michael Kort, Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht, AcP 193 (1993), 453, 464 ff.

取客观主义，而是如德国法一样以主观主义为基础。[10]

再次，从现代比较法的趋势上看，主观主义为大趋势。德国商法典以主观主义著称。《日本商法典》就商的连接点，本身作法虽然与法国商法典类似，但“商法是企业法”长期以来是日本学界通说，日本学者也认为在立法论上主观主义更具优越性。[11]对于《瑞士债法》中的商事特别规则，瑞士债法立法者虽然刻意避免使用“商人”这个概念，[12]而是使用“在商人交往中（im kaufmännischen Verkehr）”[13]或“商人的（kaufmännisch）”[14]概念作为“商”的识别特征，但基于该法第 934 条中关于商事登记义务的规定（商事营业的经营者有义务进行商事登记），该法实际上所采取的作法，已经非常贴近主观主义。《意大利民法典》以“企业主”作为商的连接点。美国 UCC 也以商人（merchant）作为某些商事特别规则[15]的识别点。[16]奥地利 2007 年《企业法典》维持其主观主义的作法，以经营者（Unternehmer，中国通常译为企业主，具体分析见下文）为商的识别点。国际上的统一性规范中，PECL 以专业人（professionals）作为商事特殊规则的识别点，[17]DCFR 以经营者（business）作为商的识别点。[18]

最后，无论采取主观主义还是客观主义，商事公司（无限公司、两合公司、有限责任公司、股份公司）都是当然的商事主体。无论其是否的确经营商事营业，其所从事的行为，自然地因为其商事公司这个形式，而构成商行为。[19]如此，经由公司这个现代经济中最主要经济主体，无论表面上是采取主观主义还是客观主义，其实质上都是采取的主观主义的作法。

总之，商法应是适用于商事主体的特别私法。无论商事主体在具体法域中被称作商人、企业（主）抑或经营者，商法的规则基本由如下两类组成：一是在规范结构层面，规范的构成要件中包括商主体，也就是法律后果的发生在逻辑上要求商主体的存在，例如中国物权法中的企业间留置；二是虽然构成要件中不含有商主体，但现实中是该规范（群）是以商主体为最主要的适用对象，例如票据法、

[10] Michael Kort, Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht, AcP 193 (1993), 453, 467.

[11] 刘成杰：《日本最新商法典译注》，中国政法大学出版社 2012 年，第 76 页。

[12] 此是瑞士立法者为了达到尽量针对所有法律主体设置统一规则的目标；对此参见 Ansgar Becker, Die Entwicklung des Kaufmannsbegriffs, LIT Verlag Münster, 2004, S. 107. 尽管如此，瑞士法中也存在规定“商人之间(unter Kaufleuten)”特别规则的条文，如《瑞士民法典》第 895 条第 2 款关于商人间留置牵连性的放松，以及《瑞士债法》第 119 条第 3 款关于商人间的迟延利息。

[13] 如《瑞士债法》第 124 条第 3 款、第 190 条、第 191 条第 2 款、第 215 条、第 313 条第 2 款。

[14] 如《瑞士债法》第 212 条第 3 款、第 314 条第 3 款。

[15] 例如§§ 2-103(1)(b), 2-201(2), 2-205, 2-207, 2-209, 2-314, 2-327(1)(c), 2-402(2), 2-403(2), 2-509, 2-603, 2-605, 2-609 UCC

[16] 而对于 UCC 第二章货物买卖的其他条文，其适用条件也是某个买卖合同涉及如下两点：货物和商人。对此参见 Pamela R. Tepper, The Law of Contracts and the Uniform Commercial Code, Delmar, 2012, p. 11.

[17] 例如 Art. 2:201(3), 2:210, 6:101(2)(3) PECL.

[18] 例如 Art. II. -3:101, II. -4:201(3), II: -4:410, II: -9:102(2). II: -9:405, IV.A: -4:302, IV.C: -2:101, IV.C: -4:108, IV.C: -5:109, IV.D: -2:102 DCFR.

[19] 参见《德国商法典》第 6 条第 1 款。法国的情况参见 John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, Principles of French Law, Oxford University Press, p. 457; Michael Kort, Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht, AcP 193 (1993), 453, 464 ff.

商事登记法等。[20]在民法典编纂的背景下，如有必要在商事特别规范的构成要件中设置商的连结点，应选择主观主义的路径。下文将论述在主观主义路径下，究竟选择何种概念作为商的识别点。

三、以“经营者”概念作为商事规则的连结点

在中国进行立法时，如果实质商法采取主观主义的进路，那么具体哪个概念适合作为商的识别点呢？就主观主义路径下商的识别点，主要有如下几种可能：1）商人；2）企业；3）经营者。

虽然本质上而言，具体采取何种概念并不具有重要的意义，重要的是采取某个概念后对该概念的合理界定。但本文更倾向未来立法中采用经营者概念作为商事规范的识别点，兼采企业概念。由经营者概念和企业概念分别连接不同的特别规范。本文将经营者定义为从事营业活动之人，并建议用经营者概念取代商人概念。至于企业概念，本文建议用（主体意义上的）企业概括个体小商人以外的商人，主张企业负有商事登记和设立商事账簿的义务；而对于不构成企业的经营者，则无需设定强制商事登记、商事账簿和设置商号的义务。

（一）营业为现代大陆法系商法体系的核心和原点

首先，主观意义上的营业，是现代大陆法系商法体系的核心和原点。主观意义上的营业，强调的是营业活动；而客观意义上的营业，则强调营业财产。[21]

德国商法以商人为连接点。在 1998 年德国商法改革后，德国放弃了 1998 年前商法典中对各种商人的复杂分类，而是统一依据营业概念对商人进行了定义。[22]在德国法下，商事营业构成了商人属性的核心概念。[23]德商第 1 条第 1 款规定：“……商人，是指经营商事营业的人。”概括地说，德国商法的总体理路如下：以营业定义商人，以商人定义商行为，商行为适用商事特别法（即商法）。

法国商法典第 L110-1 条对商行为进行了列举。该条规定的商行为可划分为三类：一是形式的商行为，即无论何人实施、仅依照其行为形式而构成商行为，属此类的为该条第 10 项规定的汇票行为；第二类为因以此为业而构成商行为，如动产租赁业（第 4 项）、制造业、行纪业、运输业（第 5 项）、供货业、代理业等（第 6 项）。这些“业（entreprise）”便是要求要构成营业。学说中多认为此类商行为也属于绝对商行为，但也有人建议将此类商行为认定为单独类型，即营业的商行为（actes de commerce en entreprise）[24]第三类是其他的绝对商行为（第

[20] 对此可参见 Peter Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandelung des Handelsrechts, Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1965, S. 21 f.

[21] 王保树主编：《商法总论》，清华大学出版社 2007 年版，第 183 页；赵旭东主编：《商法学》，高等教育出版社 2007 年，第 78 页，第 30 页。

[22] Hartmut Oetker, Handelsrecht, 6. Aufl., Springer, 2010, S. 13, § 2 Rn. 5.

[23] Oetker in Großkomm. HGB, 5A, § 1 Rn. 13 ff.

[24] 对此可参见 Michael Kort, Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht, AcP 193

1-3 项与 7-9 项），在法条中对它们并不要求以此为“业”，但在法国也存在少数观点认为，即便是这些行为也只有在其“被有计划地、以营利为目的地从事时”才构成商行为。[25]可见，如果采纳该法国少数说，那么法国的所有绝对商行为都要求营业要件。除上述商行为外，法国法中的附属商行为，为商人在商事活动中所为的行为。而商人则是以商行为为经常性职业的人（法国商法典第 L121-1 条）。这里的经常性职业其实就是德国法下的“营业”。从而与德国法类似，法国法也是以营业概念来定义商人，并以商人概念来定义附属商行为。[26]以上可见，营业概念在法国商法中也居于核心地位。

日本商法亦类似于法国商法。日本商法中，除绝对商行为（日商第 501 条）外，无论是商人（日商第 4 条）还是其他的商行为（日商第 502 条规定营业性商行为以及第 503 条规定的附属商行为），均以营业概念为核心。

我国亦有很多学者以营业的概念为基础识别“商”、[27]、商事关系、[28]商人[29]和商行为[30]等。[31]从而，营业被学者称为“商法的脊梁”。[32]依此，商法的核心在于营业这种行为模式。而实质商法的诸特点，均从营业这个核心中引出。本文所主张的经营者，便是从事营业之人。至于对营业如何界定，下文将详述。

（二）以经营者确定为商法的连结点符合比较法最新动态

其次，将经营者确定为商法的连接点，符合比较法上商法的最新动态。PECL 是将“专业人（professional）”作为商的识别点，而按照其官方评注的德文译本，专业人便是营业经营者（Gewerbetreibende）。[33]自 1938 年奥地利被德国纳粹占领后，《德国商法典》即在奥地利发生效力，1945 年后其绝大多数条文依旧有效，直至 2007 年 1 月 1 日《奥地利企业法典》生效。从而观察奥地利商法对《德国商法典》的反思与改革，具有比较法上的重大启示。《奥地利企业法典》用 Unternehmer 概念，替代了传统商法中的商人概念。由是，Unternehmer 概念成为了《奥地利企业法典》的核心概念。德语 Unternehmer 一词，中文例如在所有的德汉词典中，大多将之译为“企业主”。但仔细考察其在商法上的内涵和外延，

(1993), 468 f.

[25] Ripert/Roblot, Traité de Droit Commercial Bd I, 14. Aufl., 1991, S. 222ff., 转引自 Michael Kort, Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht, AcP 193 (1993), 469.

[26] 参见 Michael Kort, Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht, AcP 193 (1993), 465.

[27] 如顾功耘主编：《商法教程》，上海人民出版社、北京大学出版社 2006 年，第 5 页。

[28] 如王保树主编：《中国商事法》，人民法院出版社 1996 年，第 4-6 页；施天涛：《商法学》，法律出版社 2010 年，第 3 页。

[29] “营业属于商人，而不是所有的人”，参见朱慈蕴：《营业规制在商法中的地位》，《清华法学》2008 年第 4 期，第 9 页。

[30] 叶林：《商行为的性质》，《清华法学》2008 年第 4 期，第 43、47 页。

[31] 具体可参见徐喜荣：《营业：商法建构之脊梁——域外立法及学说对中国的启示》，《政治与法律》2012 年第 11 期。

[32] 徐喜荣：《营业：商法建构之脊梁——域外立法及学说对中国的启示》，《政治与法律》2012 年第 11 期。

[33] Kommission für Europäisches Vertragsrechts, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, deutsche Ausgabe von Christian von. Bar und Reinhardt Zimmermann, Sellier European Law Publishers, 2002, S. 209.

会发现德国以及奥地利商法下的 Unternehmer 一词，在中国法下的对应概念应为“经营者”。

在德国商法下，Unternehmer 分为营业的 Unternehmer 与自由职业的、艺术或学术性的 Unternehmer；而营业的 Unternehmer 则又可分为经营商事营业的 Unternehmer（等同于德商下的商人）与不经营商事营业的 Unternehmer。[34]具体见下表：

<table>
<tr><td colspan="3">德国商法下的 Unternehmer</td></tr>
<tr><td colspan="2">经营营业的 Unternehmer</td><td rowspan="2">自由职业的、艺术性的和学术的 Unternehmer</td></tr>
<tr><td>经营商事营业的 Unternehmer（等同于德商第 1 条下的商人）</td><td>不经营商事营业的 Unternehmer（即未进行商事登记的小型营业经营者）</td></tr>
</table>

可见，在德国（以及奥地利）商法的语境下， Unternehmer（企业主）的范围大于营业经营者，因为它还包括自由职业、艺术、学术等 Unternehmer。而如果忽略自由职业者等，那么 Unternehmer 一词便等同于经营营业的经营者了。而且从上表可以看出，德文中的 Unternehmer 一词，虽然在日常用语中均被译为企业主，但是在德国商法中其实是包括个体商人等小型营业者的。而在中国大陆法律术语中，企业只包括公司、合伙企业和个人独资企业，并不包括个体工商户等个体商人。也即是，在德国商法中，企业主（Unternehmer）概念的外延广于营业经营者；而在中国法中，经营者概念的外延是广于企业（主）。从而，最近几年在引进欧陆商法理论中，关于所谓“商法是企业的外部私法”[35]这种观点，在中文中的确切表述应是“商法是经营者的外部私法”。

《奥地利企业法典》第一条规定：“(1) 企业主（Unternehmer）是经营企业之人。(2) 企业（Unternehmen）指任何被设定为持续[运作]的、对自主性经济活动的组织，无论其是否以营利为目的。需说明的是，《奥地利企业法典》下的“企业主”也不包括自由职业者。从而，如果忽略自由职业者等，《奥地利企业法典》下的企业主，也等同于营业的经营者。

（三）经营者概念符合改革开放一直以来的术语用法

再次，经营者这个概念符合中国改革开放以来的术语传统。中国大陆的立法者陆续在各个法律中对经营者进行了规定。例如在《反垄断法》[36]、《反不正当竞争法》[37]、《价格法》[38]中，均有对“经营者”概念的定义，经营者也是《消费

[34] 可参见 Brox/Henssler, Handelsrecht, 21. Aufl., C. H. Beck, 2011, Rn. 5.

[35] 可参见卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社 2006 年版，第 11 页；叶林：《企业的商法意义及“企业进入商法”的新趋势》，《中国法学》2012 年第 4 期；范健、王建文：《商法的价值、源流及本体》，中国人民大学出版社，2007 年版，第 9 页。

[36] 《反垄断法》第 12 条第 1 款：“本法所称经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。”

[37] 《反不正当竞争法》第 2 条第 3 款：“本法所称的经营者，是指从事商品经营或者营利性服务（以下所称商品包括服务）的法人、其他经济组织和个人。”

者权益保护法》的核心概念。物权法第 181 条（浮动抵押）的规定，将“企业、个体工商户、农业生产经营者”并列，《税收征收管理法》第 15 条将“企业，……，个体工商户和从事生产、经营的事业单位”并列列举。经营者作为一个上位概念，包括企业、个体工商户以及其他从事生产经营或提供（有偿或曰营利）服务的事业单位和其他组织。从而，自改革开放以来立法中的经营者概念，也基本符合现代商法的核心连结性概念。而“商人”这个术语，由于传统上主要是指贸易商，其覆盖面过窄，[39]从语言用法上看并不适合现代商业社会纷繁复杂的商事活动，且并未中国改革开放以来的立法中有广泛的体现，故而并不宜在立法中作为商法的连结点。[40]

四、对于“经营者”概念的进一步界定

以经营者作为商事规范的连接点，尚需要处理如下几个问题：自由职业者问题；营业的营利性问题；小型营业经营者的问题。

1、关于自由职业者与营业（以及经营者）

德奥两国商法下的营业经营者，并不包括自由职业者。但本文认为，中国未来立法下的营业经营者，应当舍弃欧洲的这个过时作法，将自由职业者涵盖到营业经营者概念下。德奥商法中的营业（Gewerbe）概念，不包括律师、会计师、医师等自由职业者的职业经营，此乃是历史使然；[41]并与过时的如下想法相关：自由职业者（律师、会计师、艺术和科学工作者）并不是在致力于“丑陋的”营利事业，而是在追求更高层次的利益。[42]但现实状况是，这些自由职业者大多也在追求营利活动，当今社会中律师、会计师或建筑师事务所的经营行为，与一般的营业活动并无本质不同。从而，无论在德国还是奥地利，要求将自由职业者纳

[38] 《价格法》第 3 条第 3 款：“本法所称经营者是指从事生产、经营商品或者提供有偿服务的法人、其他组织和个人。”

[39] 德语中的“商人”为 Kaufmann，原意即为“买卖人”。德国商法在传统上也是以货物买卖商以及与此相关的其他商事活动（如行纪、运输、仓储）为核心的。例如 19 世纪德国商法大家 Goldschmidt 对商行为和商人的定义是：“商行为是货物交易行为、工厂的货物制造和其他与货物交易等同的行为；而通过营业方式经营这些商行为者为商人。”（Levin Goldschmidts, Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1857, S. 14 f., zitiert aus Karsten Schmidt, Das HGB und die çegenwartsaufgaben des -Handelsrechts, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, S. 15.）。德国也有学者也认为，Kaufmann 这个术语，“显然已过时了”，参见 Karsten Schmidt, Das HGB und die çegenwartsaufgaben des -Handelsrechts, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, S. 16; Jan Peter Schmidt, Zivilrechtskodifikation in Brasilien, Mohr Siebeck, 2009, S. 207.

[40] 蒋大兴教授认为商人概念内嵌在宪政结构中，保留商人概念有助于强化中国社会的私人力量，促动中国社会自下而上渐进而安全地实现民主性变革。参见蒋大兴：《商人，抑或企业？——制定<商法通则>的前提性疑问》，《清华法学》2008 年第 4 期，第 64 页。不过笔者认为，即便这些好处的确存在，也是基于商人“群体”的存在，而非源于对商人“概念”的保留。立法中是否运用商人概念更多是立法技术问题，即便在立法中弃用商人概念，也不会对商人群体的力量和利益发生影响。

[41] 参见卡纳里斯：：《德国商法》，杨继译，法律出版社 2006 年版，第 33 页；Brox/Henssler, Handelsrecht, 21. Aufl., C. H. Beck, 2011, Rn. 30.

[42] Philipp S. Fishinger, Handelsrecht, C. F. Müller, 2015, S. 9, Rn. 35.

入商法（或企业法典）调整范围的观点不绝于耳。[43]而德国立法者在 1998 年商法改革的过程中之所以没有采纳此建议，并非是出于科学的态度，主要是由于自由职业者们的强烈反对，他们担心一旦其业务活动被认定为营业，他们便要缴纳一直以来其并不负担的营业税（Gewerbesteuer）。[44]奥地利立法者在制订《奥地利企业法典》之初，的确也考虑将自由职业者完全纳入该法的调整范围，但后来主要因为自由职业者团体的反对而作罢。最终奥地利立法者采取了折衷的态度：自由职业者并不受该法调整，但其有权自由决定在商事登记簿上登记并因而受该法调整（第 4 条及第 105 条）。可以说，自由职业者的经营活动，是否构成营业，这是一个欧洲传统下的问题。对于欧洲人而言，将自由职业的经营活动，视为营业，或许存在传统上的障碍，但此障碍在中国并不存在。中国历史上本不存在西方话语下的自由职业者，如律师、会计师等。即便在改革开放以后，中国的律师事务所、会计师事务所等，也逐渐地和其他服务性企业无本质差别。按照《律师法》第 50 条，律师事务所不得“从事法律服务以外的经营活动”，从“以外的”措辞中可见，我国一直认为律师事务所是在从事法律服务的经营活动。在营改增之前，律师事务所等服务机构一直在缴纳营业税。从而，在中国并不存在将欧洲话语下的所谓自由职业阶层进行区别对待的必要。进而，如果在中国我们将自由职业者也认定为营业者，那么按照上表分类，德奥商法语境下的企业主（Unternehmer），其实就是营业的经营者了。

2、关于营业的营利性

其次，关于营业的营利性问题。在传统商法理论中，营业的要件之一是其必须以营利为目的，而是否能够真正做到盈利，则在所不问。[45]但晚近欧洲商法理论中，越来越多的学者主张营业不必以营利目的为要件，取而代之的要件是在市场上从事有偿行为。其主要理由如下：一是虽然市场主体通常都是以营利为目的，但并非必然以营利为目的。例如，相互保险机构就不以营利为目的；即便是公司，也不一定非以营利目的为必要，其可由章程规定，获利并不分配给股东而是被用于其他事业，甚或压根就不以获取利润而是以慈善为目的，亏损导致破产亦无妨，例如所谓的社会企业。[46]只因其不以营利为目的便否认此类市场主体为商法调整对象，并无正当理由。二是某主体的行为是否以营利为目的，系其纯粹的内部情事，市场上的交易对手并不一定知悉此点。[47]从而，以内部的营利目的作为决定商法特别规范适用的准则之一，并不利于交易的可预期性。三是商事特别规范的

[43] 对此仅需参见 Jürgen Treber, Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht, AcP 199 (1999) 526, 569, Fn. 334 m. v. N.

[44] MüKoHGB/Karsten Schmidt HGB, 3. Aufl., 2010, § 1 Rn. 32; Hartmut Oetker, Handelsrecht, 6. Aufl., Springer, 2010, S. 18, § 2, Rn. 13.

[45] 参见 Brox/Henssler, Handelsrecht, 21. Aufl., C. H. Beck, 2011, Rn. 28.

[46] 参见王文宇：《从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制》，《清华法学》2015 年第 6 期，第 69 页。

[47] Jürgen Treber, Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht, AcP 199 (1999) 526, 568.

目的是为市场主体创造适当的法律框架，而此法律框架的设置主要与市场主体的经营方式有关，其因持续的、专业的经营和组织的方式而导致其承担特别注意义务，或导致其有特别的需求如交易安全等；这些只要求市场主体参与市场交易，即在市场上进行有偿交易，而与其是否具有营利目的并无必然联系。[48]奥地利立法者顺应时代潮流，在 2007 年的《奥地利企业法典》中放弃了营利目的，该法第 1 条第 2 款明确规定，“企业是指任何被设定为持续[运作]的、对自主性经济活动的组织，无论其是否以营利为目的。”中国未来的立法者也应顺应时代潮流，不必要求营业必须以营利为目的，取而代之的应是在市场上进行有偿活动这个要件。[49]从而，即便是某事业单位或民办非企业单位（参见民政部 1998 年《民办非企业单位登记管理暂行条例》第 2 条），如果其在市场上以自己名义、持续从事有偿活动，也可构成营业活动，其也应被认定为经营者，并导致商事特别规范对之的适用。

3、关于小型营业（以及小型经营者）

最后是关于小型经营者。《德国商法典》第 1 条第 2 款（“商事营业是指任何营业经营，但企业按照其方式或范围不要求以商人方式从事经营的除外。”）依据营业的方式和规模，将营业区分为商事营业和小型营业。构成商事营业的经营者为商人（德商第 1 条第 1 款），其有进行商事登记的义务；但无论是否进行了商事登记，德商都对其适用。而小型营业则原则上不构成商人，从而德商对其并不适用；小型营业有进行商事登记的权利（德商第 2 条），如果其进行了登记便构成了商人。类似地，《日本商法典》第 7 条对“小商人”进行了特别规定，即小商人并不适用商事登记、商号、商业账簿等规定。就小型营业而言，这里提出的问题是，中国未来立法是否应借鉴德商和日商，将营业区分为一般营业和小型营业？此问题在中国，因涉及个体工商户和流动商贩的处理，具有很大的实践意义。对此问题，本文的观点如下：就适用于商行为的特别规范（例如商事留置、商人确认书、仓储合同、行纪合同等私法规范），并不对经营者进行区分，即这些商事特别规范适用于所有的经营者。而对于商事登记、商事账簿设置和商号等公法规范，则将经营者区分为企业经营者和非企业经营者。对于非企业经营者而言，其有权但无义务进行商事登记。如依照其自由选择进行了商事登记，那么并进而有设置商事账簿和商号的义务。

第一，将商行为的特殊规则适用到小型营业中，从立法技术上看，更加经济、合理。商行为的特殊规则，有些是可以适用于所有的经营者的，例如推定所有的经营行为均为有偿行为；有些也许对小型营业并不合适，例如德商第 348 条（违

[48] Oetker in Großkomm. HGB, 5A, § 1 Rn. 39; Hartmut Oetker, Handelsrecht, 6. Aufl., Springer, 2010, S. 19, § 2, Rn. 19.

[49] 就营利性而言，王建文教授的观点似乎也是不要求经营者具有营利目的，而只是要求其所为的行为具有有偿性。“经营者的界定，强调的是其所从事行为的营利性，至于其本身是否以营利为目的，……在所不问。”参见王建文：《我国商法引入经营者概念的理论构造》，《法学家》2014 年第 3 期，第 47 页。

约金不可酌减）。从而，在考虑是否将商行为的特殊规则适用到小型营业中，面临着做加法还是做减法的选择。所谓做加法，即如德国商法那样，原则上商行为的特殊规则并不适用于小型营业，但法律特别规定某些规则也适用于小型营业。所谓做减法，是指原则上商行为的特殊规则适用于所有营业，但法律特别规定某些规则并不适用于小型营业。从立法技术角度看，做加法还是做减法，取决于哪种作法需要配置的法律特别规定更少。就此而言，很明显是做减法更加合理。这主要是因为绝大多数的商行为特别规则，如商事有偿、商事中的特别注意义务、有名商事合同的规则等，均可以妥当地适用于小型营业。[50]例如德商明文规定[51]该法关于商行为的规定（除第 348 至 350 条外）亦适用于小型营业订立的行纪合同、货运合同、运输代理合同和仓储合同。而有名商事合同（如行纪、运输、仓储等）的规则，其实占商行为规则的大多数；最后，上文的观点，比较法上一些并不适合于小型营业的规则（例如违约金不可酌减），在未来中国立法中也未必要采纳。从而这也减少了“做减法”的数量。

第二，也正是因为绝大多数商行为的特殊规则都可以妥当地适用于小型营业，从而此种作法并不会对小型营业造成过多负担。尤其是小型营业经营模式和业务关系大多简单，即便商行为规则可以适用于它们，也未必会导致这些规则真正对它们适用。例如小型餐馆主要是商业租赁、进货等合同，对于它们，绝大多数的商事特别规则实际未必会适用。

第三，依照营业方式和规模区分商行为规则的适用，将不可避免地导致规则适用的不确定性，从而不利于交易对手的预期和交易安全。这首先是因为对于经营者的规模和方式，交易相对方常常无法清楚了解，从而也就无法确定特定的商行为特别规则对该经营者是否使用。其次，经营者的规模大小是随经营状况不同而逐渐变化的，此时规模大，彼时规模小。如果将商行为特殊规则的适用取决于经营规模，那么必然会导致规则可适用性的飘忽不定，从而有害于交易相对方的交易安全。

4、关于小型经营者的登记、账簿和商号义务

但是对于商事登记、商事账簿和设置商号的义务，这些偏向于公法属性的规范，对于小型营业者并不合适。硬性要求所有的小型营业必须进行工商登记，是国家管制体制下的残余。本文建议未来中国的立法，不仅对于小型网店原则上不要求其进行登记和设置账簿，对于所有的小型营业（在中国即目前的绝大多数个体工商户和流动商贩），均应取消其进行商事登记、设置商事账簿和商号的法定义务。只有对并非是小型营业的普通营业者（达到一定规模的合伙经营和个体经营），才设置这些法定义务（公司因创设法人格的原因，当然必然要进行登记）。原因如下。

[50] 对此亦可参见卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社 2006 年版，第 21 页。

[51] 参见德商第 383 条第 2 款、407 条第 3 款第 2 项、453 条第 3 款、467 条第 3 款。

首先，商事登记的功能是公示而不应是管制，对于小型营业，限于其经营的方式和规模，并非一定有必要通过商事登记进行公示。自然人的营业自由并不应取决于工商登记。[52]对营业自由的限制，例如登记，应受到比例原则的控制，以必要为限。

其次，强制要求其进行商事登记，增加开展小型营业的成本，不利于广大人民群众自主创业、自我就业。据中国工商行政管理总局统计，截至 2014 年 12 月底，中国个体工商户总计 4984.06 万户。庞大数量的个体工商户，吸纳了相当多的就业人群。这些个体工商户，绝大部分都属于小型营业。如果不要求它们强制登记，会节省大量的交易成本。再次，在比较法上，对于小型营业并不硬性要求登记具有普遍性。例如德国《营业法》第 1 条（营业自由）第 1 款，开宗明义地规定："任何人有权经营营业，只要本法未设置例外或准许限制。"按照该法第 14 条，自然人进行营业，如不需要其他部门特别审批的，只需要履行通知义务即可。按照该法第 15 条，通知后 3 天内政府部门应对通知出具证明。美国的个体经营数量大概为 3000 万。[53]在美国，不涉及特别审批或证书的个体经营，无需任何的登记手续。美国小型商业管理局（Small Business Administration）官方网站形象地介绍道："创设个体经营，你无需采取任何正式行动。只要你是唯一的所有者，那么从你的商业活动开始，个体经营的身份就自动产生。事实上，你可能已经不经意间拥有个体经营身份了。……"[54] 奥地利晚近的《企业法典》也并不强行要求小型营业者进行商事登记；按照该法第 8 条结合第 189 条，个体经营者和普通合伙企业原则上只有营业额达到一定程度（连续两年超过 70 万欧元或一年超过 100 万欧元）时，才有进行商事登记和设置商事账簿的义务。瑞士的作法亦类似。按照《瑞士商事登记法（Handelsregisterverordnung）》第 36 条，个体经营者只有在年营业额超过 10 万瑞士法郎时，才有登记的义务。值得提及的是，对于小型营业德奥瑞三国虽然不设置强制登记义务，但其有权利自由决定，是否进行商事登记。[55]此可资借鉴。

五、营业以及经营者概念的界定

营业还应包括如下构成要件。其一，经营者必须自主地，也即是以自己的名义从事营业，从而雇员的行为并不构成营业。其二，经营者应该持续地从事经营活动，或者至少有持续地进行经营活动的计划，但持续的时间可长可短，例如在节日市场上临时摆摊可构成营业，但在搬家期间卖出了大量的东西则不构成营业。

[52] 参见李建伟：《对我国商个人立法的分析与反思》，《政法论坛》2009 年第 5 期，第 68 页。

[53] E. Allan Farnsworth, An Introduction to the Legal System of the United States, fourth edition, Oxford University Press, 2010, p. 154.

[54] https://www.sba.gov/content/sole-proprietorship-0, 最后访问日期 2017 年 5 月 20 日。美国个体经营者的征税完全按照个人所得税的方式收取。不过如果美国的个体经营者想在另外申请个字号（DBA 即 doing business as……）的话，需要到相关政府部门申请。

[55] 参见《德国商法典》第 2 条；《奥地利企业法典》第 8 条第 2 句；《瑞士商事登记法》第 36 条第 4 款。

其三，经营者必须对外从事交易，即市场应可以识别某人在对外从事经营活动。从而证券市场上投资的散户，因其在市场上完全匿名，而不构成经营者。[56]

综上，"经营者"可被定义为：持续在市场中自主从事有偿活动的自然人、法人或其他组织。而"经营行为"，则是经营者在经营活动中所为的行为。公司或合伙企业所为的所有行为均为经营行为。而个体经营者所为的行为，则应视其是否可归属于营业，来确定是否构成经营行为。而商事规则的识别或连结方式便是：以经营者识别经营行为，经营行为适用商事特别规则。

[56] 以上可参见卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社 2006 年版，第 30-32 页；Hartmut Oetker, Handelsrecht, 6. Aufl., Springer, 2010, S. 17 ff., § 2, Rn. 9 ff.

中国大陆民法总则初探

—兼论民事法律行为之规范—

曾品杰[1]

目次

壹、中国大陆民法总则之法制特色
一、基本规定：明白揭橥节源环保义务
二、民事主体：区分营利与非营利法人
三、民事权利：知识产权专有特性入法
四、法律行为：不法代理应负连带责任
五、民事责任：自愿紧急救助者之免责
六、诉讼时效：扩大不适用时效之范围
贰、评析民法总则之民事法律行为
一、形式呈现：若干规定略嫌重复
二、实质规范：
（一）未指定特定系统接收数据电文者，改采折衷主义
（二）意思表示撤销须向法院请求为之，行使成本较高
（三）强调行为人真实意思之保护，未能兼顾交易安全
参、结论

壹、中国大陆民法总则之法制特色

1、大陆民法总则揭示基本规定、民事主体、民事权利、民事法律行为、民事责任、以及诉讼时效等重要行为准则。

中国大陆全国人民代表大会于2017年3月15日通过中华人民共和国民法总则，并自同年10月1日起施行[2]，成为规范民事主体从事民事活动之行为准则。

[1] 台湾中正大学法学院财经法律系教授，东亚法研究中心主任。本文为中正大学106年发展学院特色计划「东亚民商法研究」之部分研究成果，曾发表于2017年4月22日假台湾大学法律学院举办之第五届比较民商法与判例研究两岸学术研讨会，在此感谢与会学者之批评指正意见！

[2] 请参见中国人大网 http://www.npc.gov.cn

民法总则通过后，大陆合同法、物权法、侵权责任法等民事单行法的规定与民法总则不一致的，立法机关认为根据新法优于旧法的原则，应适用民法总则的规定。揆诸本部民法总则下有十一章，体系上可分为「基本规定」（第一章基本规定）、「民事主体」（第二章自然人、第三章法人、第四章非法人组织）、「民事权利」（第五章民事权利）、「民事法律行为」（第六章民事法律行为、第七章代理）、「民事责任」（第八章民事责任）、以及「诉讼时效」（第九章诉讼时效、第十章期间计算、第十一章附则）这六个部分，仍散发出浓厚欧陆法系之规范风格，与台湾民法总则之结构体例相去不远。

惟稽考其规范内容，诸多规定或是体现出富有中国特色之社会主义价值思路，或是与时俱进树立社会发展之当为要求，殊值瞩目！综观这部民法总则之规定，相较于台湾法而言，至少具有「明白揭橥节源环保义务」（一）、「区分营利与非营利法人」（二）、「知识产权专有特性入法」（三）、「不法代理应负连带责任」（四）、「自愿紧急救助者之免责」（五）、以及「扩大不适用时效之范围」（六）等法制特色，且待本文底下细说道来。

一、明白揭橥节源环保义务：

2、节源环保义务入法，可能影响必要或有益费用、附随义务等事项之判断。

首先，在「基本规定」方面，大陆民总第2条开宗明义的揭橥说道：「民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。」又基于私法自治原则，民总第5条有谓：「民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。」至于民事活动之界线，民总第8条记载：「民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。」关于活动方式之限制，民总第9条有云：「民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。」将节源环保之当为诫命订入民总，具有高度的教示意义，可资赞同。此一节能环保义务，可预见未来至少会影响民法上必要或有益费用之计算、附随义务之判断等事项。举其荦荦大者，例如当最便宜的处理方法乃最不利于生态环境时，债务人是否应以符合当时环保法规之方式履行债务，始得谓合乎债之本旨而为给付？似宜肯认，方符立法本旨。

二、区分营利与非营利法人

3、区分营利法人与非营利法人之重要态样，落实民法总则作为民商合一法制共通规定之旨趣。

其次，在「民事主体」方面，大陆民总规定了自然人、法人、及非法人组织三者，具有新意。在自然人部分，民总第17条固然明文十八周岁以上的自然人为成年人，但第19条与第20条修改了限制民事行为能力人和无民事行为能力人

之年龄界定标准，而依序规定为：「八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人…」、「不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人…」。在法人部分，摒弃台湾法上社团法人与财团法人之传统界分，采取营利法人、非营利法人、特别法人之分类，足堪重视。所谓「营利法人」，指以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人。营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等，民总第 76 条着有明文。与此相对的，「非营利法人」指为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等，第 87 条亦有记载。此一分类的区分实益，表现在第 86 条规定：「营利法人从事经营活动，应当遵守商业道德，维护交易安全，接受政府和社会的监督，承担社会责任」。在非法人组织部分，民总第 102 条规定：「非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等」。本文以为，大陆民总将民事主体设定为自然人、法人及非法人组织，规范完整，洵属的论！在法人部分又以营利法人与非营利法人作为重要类型，加重营利法人的社会责任，体现民法总则作为民商合一法制的共通规定，可资参佐！

三、知识产权专有特性入法

4、立法者勾勒知识产权之法律特征为专有之权利

抑且，在「民事权利」方面，可大致区分为「人格权」（民总第 109 条的人身自由与人格尊严、第 110 条的人格权、第 111 条的个人信息权、「身分权」（第 112 条的身分权、第 124 条的继承权）、以及「财产权」（第 113 条的财产权利平等保护及其以下规定）。再者，在财产权下面，又规定「物权」（民总第 114 条的物权、第 115 条物的定义、第 116 条的物权法定主义、第 117 条的公益征用应予合理补偿）、「债权」（民总第 118 条的债权、第 119 条的合同、第 120 条的侵权责任、第 121 条的无因管理、第 122 条的不当得利）、「知识产权」（第 123 条的知识产权、以及其他权益（第 125 条的投资性权利、第 126 条的权利和利益、第 127 条的数据与网络虚拟财产），合先叙明。在此，值得注意者，乃立法者在民总第 123 条第 2 款将知识产权界定为是「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。」斯项知识产权定义之明文入法，描绘出知识产权的专有之权利的法律特征，例示规定当前比较重要的知识产权态样，承载法与时转之规范功能，殆属佳构，殊值称道！

5、民事权利在体系性呈现上的可能缺失

就民事权利之体系架构而言，本文以为，既然大陆民总第 2 条指出：「民法

调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。」在整个权利关系的表述上，应考虑先规定人身关系、再规范财产关系。准此，大陆民总第 124 条的继承权宜紧接在 112 条的身分权之后，体系逻辑较为一贯。益有进者，大陆民总第 118 条第 1 款有云：「民事主体依法享有债权。」同条第 2 款则称：「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。」又第 119 条至第 122 条即依序规定合同、侵权责任、无因管理、及不当得利。基于法律体系与请求权基础思考之理由，民总第 118 条第 2 款宜调整为：「债权是因合同、无因管理、不当得利、侵权行为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。」其后条文顺序亦宜调整为合同（维持第 119 条）、无因管理（提前到第 120 条）、不当得利（提前到 121 条）、及侵权责任（后调到第 122 条）。盖对不当得利而言，无因管理系前提问题，无因管理得为一方受利益致他方受损害之法律上根据也。同理，对侵权责任而言，无因管理亦属前提问题，因适法之无因管理得阻却违法也[3]。

四、不法代理应负连带责任

6、创设恶意串通或可得而知代理举措违法者，应连带负责之规定。

在「民事法律行为」与「代理」方面，大陆从民法通则到民法总则在比较法上最有特色之处，在于代理人和相对人恶意串通、代理人或被代理人明知或可得而知代理事项/行为违法时，应负连带责任的规定，充分体察本土社会的特殊问题，采取连坐规范，令在代理三方关系上有过错者连带负责。关于前者，大陆民总第 164 条第 2 款说道：「代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任。」关于后者，第 167 条表示：「代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任。」本文认为，从第 164 条恶意串通者损害被代理人之「合法权益」，始负连带责任，以及第 167 条只要代理人或被代理人明知或可得而知「代理事项或行为违法」，而仍为之或不为反对表示者，渠等即负连带责任的作法，不啻展现大陆立法者面对不法行为及事实行为是否得成立代理的争议时[4]，采取务实遏止藉由代理机制从事不法行为的破口，使恶意串通或可得而知与代理有关违法举措之人，连带负责，俾防杜不法行为，提供法遵诱因，殆可赞同。

[3] 王泽鉴，法律思维与民法实例—请求权基础理论体系，2009 年 6 月，台北自版，第 87-90 页。

[4] 查台湾最高法院 55 年度台上字第 1054 号判例指出：「…代理仅限于意思表示范围以内，不得为意思表示以外之行为，故不法行为及事实行为不仅不得成立代理，且亦不得成立表见代理。」惟新近最高法院 100 年台简上字第 4 号判决则称：「所谓不法行为不得成立表见代理，系指不法行为之本身而言，非谓所无权代理之法律行为不得成立表见代理」。

五、自愿紧急救助者之免责

7、为鼓励见义勇为，并使救助人无后顾之忧，爰免除自愿救助人之责任。

在「民事责任」方面，十足表现大陆本土社会特殊问题者，举其荦荦大者，计有民总第 184 条与第 185 条之规定。首先，民总第 184 条规定：「因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。」查本条之立法初衷乃为矫正目前大陆社会普遍存在见死不救、怕被人反咬究责之偏差风气，爰鼓励见义勇为，保护救助人而设本规定。次查原草案系规定：「因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。但是救助人因重大过失造成受助人不应有的重大损害的，承担适当的民事责任」。后经人大法律委员会研究，建议从举证责任、是否存在重大过失等方面对救助人特殊情况下承担责任予以严格限定，拟将这一条修改为：「因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。受助人能够证明救助人有重大过失造成自己不应有的重大损害的，救助人承担适当的民事责任。」，此有草案修改稿第 184 条在案可稽[5]。惟最后审议时，鉴于草案中但书规定不能完全消除救助人的后顾之忧，对救助人的保护不够彻底，爰删除但书，仅规定「因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。」期能彻底革除大陆社会上见人之危却袖手旁观的恶风，固可理解。只是救助人因重大过失造成受助人损害者，亦属有之，完全不负责任，对于受助人似有失公允。此乃何以台湾民法第 175 条说道：「管理人为免除本人之生命、身体或财产上之急迫危险，而为事务之管理者，对于因其管理所生之损害，除有恶意或重大过失者外，不负赔偿之责」。斯项规定，似乎较能平衡兼顾救助人与受助人之利益，值得参考。

8、保护英雄烈士等死者名誉、荣誉等人格权，具有中国民族特色。

其次，民总第 185 条规定：「侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。」稽考其立法缘由，乃中国人大法律委员会经研究认为，英雄和烈士是一个国家和民族精神的体现，是引领社会风尚的标竿，加强对英烈姓名、名誉、荣誉等的法律保护，对于促进社会尊崇英烈，扬善抑恶，弘扬社会主义核心价值观意义重大。同时为避免有心人士利用歪曲事实、诽谤抹黑等方式恶意诋毁侮辱英烈的名誉、荣誉等，损害了社会公共利益，造成社会负面影响，爰对此予以规范，以正视听。[6]此一规定，实际上涉及死者人格权之保护，富有中国民族特色，宜认为英雄烈士等遗有生存近亲属者，原则上由其近亲属主张权利；倘无生存近亲属者，得由检察院出面主张权利。遇有近亲属与检察院对于行使权利与否意见不一致时，基于本条规定旨在维护社会公共利益，宜权衡言论自由与公共利益两者，于必要时始由检察院行使权利。在此，

[5] 请参见中国人大网 http://www.npc.gov.cn 第十二届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则（草案）》审议结果的报告第十点。

[6] 请参见中国人大网 http://www.npc.gov.cn 第十二届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则（草案）》审议结果的报告第十一点。

依民总第 179 条规定承担民事责任之方式，主要可能是停止侵害（第 1 项）、消除影响、恢复名誉（第 10 项）、及赔礼道歉（第 11 项），并此叙明。

六、扩大不适用时效之范围

9、三年的短期诉讼时效采取主观起算基准，二十年的长期诉讼时效则用客观起算基准。

在「诉讼时效」方面，大陆民总第 188 条第 1 款规定：「向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。」同条第 2 款则称：「诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。」准此，普通诉讼时效期间为三年，起算点为明知或可得而知的主观基准，至于最长诉讼时效期间，则采取自权利受到侵害之日起算二十年的客观基准，合先交代。

10、为保护人格权，维护人性尊严，爰规定停止侵害、排除妨碍、及消除危险之请求权无诉讼时效之适用，又基于保障生活所需金钱给付，抚养费、赡养费、及扶养费请求权亦无诉讼时效之适用。

值得留意者，系民总第 196 条扩大不适用诉讼时效之请求权范围，经查本条有谓：「下列请求权不适用诉讼时效的规定：（一）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；（二）不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；（三）请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；（四）依法不适用诉讼时效的其他请求权。」本文以为，在第 1 项之情形，例如人格权受侵害时，得请求停止侵害、排除妨碍、消除危险，以保全其人格，故无诉讼时效之适用，俾维护人性尊严[7]。在第 3 项之场合，本文认为请求支付抚养费、赡养费或者扶养费的部分，之所以不适用诉讼时效，是因为不管是父母子女之间涉及生活保持义务的扶养费[8]，或是为填补婚姻上生活保持请求权之丧失而设的赡养费[9]，渠等给付皆攸关父母子女或前婚

[7] 台湾民法第 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。」揆诸其修正理由说道：「人格尊严之维护，日趋重要，为加强人格权之保护，不但于人格权受侵害时，应许被害人请求除去其侵害，即对于未然之侵害，亦应许其请求防止，爰增订本条第一项后段规定。」

[8] 台湾最高法院 94 年度台上字第 317 号判决有谓：「按民法第一千零八十四条乃规定父母对于未成年子女之生活保持义务，因此父母对于未成年子女所负之扶养义务，必须维持未成年子女之生活程度与父母之生活程度相当。」

[9] 台湾最高法院 95 年度台上字第 855 号判决有云：「次按民法第一千零五十七条之赡养费乃为填补婚姻上生活保持请求权之丧失而设，其非赔偿请求权性质，乃基于权利人生活上之需要，为求道义上公平，使于婚姻关系消灭后，事后发生效力之一种给付，有扶养请求权之意味。而赡养费的数额，实应按权利人之需要、义务人之经济能力及身份定之，由此可知赡养费之多寡系以当事人之生活状态，包括身分地位、生活需要及经济情况等情形为基础。换言之，亦即离婚时，如婚姻继续存在，夫妻一方得向他方期待之扶养数额相同。职此之故，以定期金为给付方式，最能

姻配偶间之日常生计，为避免请求权罹于时效而陷于生活困难，爰排除适用诉讼时效之规定。

11、本诸登记制度、税捐公平、名实相符之理由，已登记之不动产不适用诉讼时效。惟将未办理登记之不动产物权的返还请求权纳入不适用诉讼时效的范围，可能过度保障违章建筑之房屋所有人，降低社会大众盖造合法房屋之诱因。

至于在大陆民总第 196 条第 2 项之情况，吾人若许已登记之不动产所有人返还请求权，得罹于时效而消灭，将使登记制度，失其效用。抑且，已登记之不动产所有权人，既列名于登记簿上，尚须依法负担税捐，显失事理之平[10]。更何况，已登记不动产所有人之除去妨害请求权，有如对于登记具有无效原因之登记名义人所发生之涂销登记请求权，若适用民法消灭时效之规定，致罹于时效而消灭，难免发生权利上名实不符之现象，真正所有人将无法确实支配其所有物，自难贯彻维护所有权之圆满行使的意旨[11]。是以，已登记之不动产物权人的请求返还财产、停止侵害、排除侵害、消除危险，均无诉讼时效之适用。立法者将之扩张及于登记之动产物权的权利人请求返还财产一事，旨在维护登记制度，促进名实相符，也可理解。

有疑义者，系立法者亦将未办理不动产登记之物权人的请求权，排除于诉讼时效之适用范围。揆诸其立法理由，系考虑到大陆目前不少农村地区之房屋尚未办理不动产登记，为更好地保护农民的房屋产权，故将不适用诉讼时效的范围扩大至所有不动产物权的返还请求权，明确不动产物权和已登记之动产物权的权利人请求返还财产不适用诉讼时效。[12]惟如此的广开大门，可能会发生让未符合建筑法令相关要求而擅自兴建之违章建物亦不适用消灭时效的结果！这是否会造成既然合法房屋与非法建物同受无消灭时效适用之保障，从而降低吾人耗增费用、遵守建筑法规的要求、盖造合法房屋之法制诱因，肇致交易市场上违建房屋增加的弊端？颇值吾人后续观察。

贰、评析民法总则之民事法律行为

12、解析民事法律行为之两大视角：形式呈现与实质权义

谨按大陆民总第六章规定「民事法律行为」，底下依序为第一节一般规定、第二节意思表示、第三节民事法律行为的效力、第四节民事法律行为的附条件和附期限。体例尚称完整，规范内容丰富，本文以下分别从「形式呈现」与「实质规范」这两个视角，评释分析大陆民总民事法律行为规范的利弊得失。

符合赡养费为婚姻关系存续中，夫之扶养义务延长。如不以定期给付方式为之，亦宜扣除期前利息。」

[10] 请参见台湾大法官释字第 107 号解释，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt

[11] 请参见台湾大法官释字第 164 号解释，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt

[12] 请参见中国人大网 http://www.npc.gov.cn 第十二届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则（草案）》审议结果的报告第十二点。

一、形式呈现：若干规定略嫌重复

13、民总第 5 条的自愿原则似得并入第 6 条规定，民总第 154 条似可删除，而民总第 148 条的相对人欺诈与第 149 条的第三人欺诈，应整并为第 148 条规定两款态样，俾收立法技术之简洁扼要。

从文字体系的形式层面来看，民总第 133 条固然正确指出：「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。」惟同样在民总第 5 条亦谓：「民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。」这两条规定均揭橥私法自治之大纛，内容重迭性稍高，似可考虑保留第 133 条，把民总第 5 条的自愿原则并入第 6 条，而将第 6 条规定如下：「民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照公平合理的方式，确定各方的权利和义务。」[13]

类似情形，似亦见诸于民总第 146 条的通谋虚伪意思表示与第 154 条的恶意串通行为。关于通谋虚伪意思表示，第 146 条说道：「行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。」关于恶意串通行为，民总第 154 条复云：「行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。」本文以为，通谋虚伪的意思表示应可包含恶意串通之行为，故后者有无独立存在必要？颇值怀疑，似可删除，亦未可知。益有进者，民总第 148 条的相对人欺诈与第 149 条的第三人欺诈，亦应整并为民总第 148 条的第 1 款和第 2 款，以示简洁扼要，方便检索查考。

交代过若干条文呈现的重复问题后[14]，接着应当探讨的是规范内容之权义关系。

二、实质权义：

14、解析民事法律行为权义状态的三个面向

综观大陆民总第六章的民事法律行为，此次通过条文变动部分较大，值得吾人注意者，在意思表示的部分，厥为于非对话方式将未指定特定系统而采用数据电文形式之意思表示的生效期间，由原本的到达主义，调整为采取相对人可得而

[13] 现行民总第 6 条规定：「民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。」

[14] 约翰逊林，中国民法总则草案民事责任规定之研究，载于氏着「民事法理与判决研究（五）」，元照出版，2007 年 12 月，第 281 页至第 311 页。其中第 287 页以下曾论及总则编之立法功能、不必要之重复规定、以及重复规定之原因与解决方法，值得参佐。

知的折衷主义。其次，在民事法律行为的效力部分，殆为原本依合同法第 52 条第 1 款、民法通则第 58 条第 3 款规定，以欺诈、胁迫的手段为法律行为、或者乘人之危使他方在违背真实意思的情况下所为之行为，应属「无效」，今透过民总第 148 条至第 151 条规定，调整为得请求人民法院或者仲裁机构予以「撤销」。惟此撤销仅得请求法院或仲裁机构为之，不得向相对人为之，可能引发哪些问题？值得研究。此外，耐人寻味的是，无论是民总第 146 条无效的虚假意思表示，或是第 147 条的重大误解、第 148 条的相对人欺诈、第 149 条的第三人欺诈、第 150 条的胁迫，第 151 条的利用危困缺能等得撤销之意思表示，均无该无效或撤销得否对抗善意第三人的规定，似属重大缺漏，有碍交易安全。本文以下拟从前揭三个面向，依序阐述评析民事法律行为之权义状态。

（一）未指定特定系统接收数据电文者，改采折衷主义。

15、对话意思表示，采取相对人了解主义；非对话意思表示，以相对人可得而知为原则。

大陆民总第 137 条针对有相对人之意思表示而作规范，第 1 款揭示对话意思表示以相对人了解时发生效力，爰规定：「以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。」至于非对话意思表示，第 2 款表明以到达相对人可支配领域为原则，故规定：「以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。」

经查在采用数据电文订约的场合，原本合同法第 16 条第 2 款系规定：「采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。」本文以为，合同法第 16 条第 2 款后段所谓「未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间」，比较适合运用在消费者对于企业经营者之数据电文订约的场合，盖企业经营者本配备经常性之人力以利营业运作，将消费者之数据电文进入企业经营者之任何系统的首次期间，视为到达时间，系属合理，对于收件人不至于产生过重之法律负荷。

然对于一般非营业的自然人而言，生病开刀、讨论公务须关手机、或出国旅游等未能及时打开电邮收件之情形，事所恒有。将数据电文进入非属企业经营者之自然人的任何收件系统的首次时间视为到达时间，洵属过苛，不啻课予收件人每天上网收信之对己义务！谨按以邮件方式寄达者，自然人尚有邮局于例假日或

国定连续假日不送信的缓冲时间，可资喘息、无庸上网。以数据电文联络，则无周休二日可言，几乎全年无休，对于非属企业经营者之自然人，殊属不利。此或为这次民总第 127 条第 2 款中段后半部规定：「未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。」的原因。

准此，吾人可归纳出大陆民总透过 137 条所树立之对话与非对话意思表示的法则：在第 1 款的对话意思表示，采取相对人知道、实际会意明白的「主观了解主义」。在第 2 款的非对话意思表示，采取相对人可得而知的「折衷主义」，盖无论是到达相对人时生效、或在指定特定系统的场合需该数据电文进入该系统时生效，均可理解为相对人「可得而知」、或处于可得而知之状态。至若在未指定特定系统的情况，由于自然人之数据系统可能有电子邮件、简讯或短信、Line、脸书等多种态样，相对人知道或者「应当知道」该数据电文进入其系统时生效，得依具体个案判断数据电文意思表示生效之时点，具有缓和客观到达主义并保护相对人之作用，应值赞同。

（二）意思表示撤销须向法院请求为之，行使成本较高。

16、大陆民法总则赋予民事法律行为更大的私法自治余裕

缘大陆民总第 143 条表示：「具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。」是以，一旦行为人具有民事行为能力、意思表示真实、且不违反法律强制性规定与公序良俗，基于私法自治与当事人意思自主原则，民事法律行为即属有效，合先叙明。值得注意的是，原先依民法通则第 58 条第 2 款关于「限制民事行为能力人依法不能独立实施的」行为无效、同条第 3 款关于「一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的」行为无效、原本依合同法第 52 条第 1 款关于「一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益」者合同亦属无效，这次立法者透过制定民法总则，分别明确化限制民事行为能力人实施有效法律行为之范围、限制民事行为能力人实施之民事法律行为效力待定时的追认权、催告权、及撤销权之规则[15]，同时将欺诈、胁迫、危困缺能之行为规定成得请求法院或仲裁机构撤销之。这不啻意味着国家管制主义的松绑，并赋予私法自治更为宽广之空间，足堪肯定。

17、将得撤销之民事法律行为，一律规定为得请求法院或仲裁机构予以撤销，

[15] 大陆民总第 145 条第 1 款规定：「限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。」第 2 款则称：「相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。」

规范模式过于僵硬，徒然增加不必要之权利行使成本，抵触私法自治精神。

观诸目前大陆民法总则内规定得撤销之事例，除民总第 148 条的相对人欺诈[16]、第 149 条的第三人欺诈[17]、第 150 条的胁迫[18]、第 151 条的利用对方危困缺能等情形致使法律行为成立时显失公平者[19]外，尚有民总第 147 条所定「基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。」之情况。相较于台湾民法第 92 条规定被诈欺或被胁迫之表意人得撤销其意思表示、第 74 条之暴利行为规定利害关系人得声请法院撤销或减轻给付、以及第 88 条规定意思表示错误之表意人得将其意思表示撤销之的规范，吾人发现大陆民总规定得撤销之民事法律行为，概指有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销而言。换言之，大陆民总所定之得撤销的法律行为，皆须以提起诉讼或提起仲裁之方式为之，一方当事人不得仅以向他方当事人为撤销之意思表示，权利行使的成本显然过高，不利于贯彻私法自治精神，是否得当，似值检讨。

诚然，针对大陆民总第 151 条关于「一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。」的情形，规定受损害方应请求法院或者仲裁机构予以撤销，尚可理解，因为私法自治系依循主观等值原则，在此一方利用对方处于危困缺能情形而为成立时显失公平之约定，自须法院从例外的客观等值标准去介入审查，并判断显失公平这个不确定的法律概念，法律规定须以诉讼或提起仲裁之方式为之，固有其理。然针对欺诈、胁迫、及重大误解之场合，法律政策上应允许违背真实意思而为意思表示之人，向民事法律行为之相对人，直接撤销其违背真意的意思表示。若当事人间可顺利处理解决，自不生问题；若当事人对于各该事例是否构成得撤销之要件有所争执，再以诉讼请求法院或仲裁机构撤销之，亦不嫌迟。似无舍此不由，将之一律规定为须请求法院或仲裁机构予以撤销之理！展望未来，吾人期待中国民法总则中关于重大误解、欺诈及胁迫之得撤销的民事法律行为，可随着人民法治素质的逐渐提升，修改为违背真实意思之一方得直接向相对人撤销其意思表示，俾消弭不必要之权利行使门坎，降低行使撤销权之法律成本，彻底落实私法自治之理念。

（三）强调行为人真实意思之保护，未能兼顾交易安全。

[16] 大陆民总第 148 条规定：「一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。」
[17] 大陆民总第 149 条规定：「第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。」
[18] 大陆民总第 150 条规定：「一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。」
[19] 大陆民总第 151 条规定：「一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。」

18、对于无效的虚假意思表示，基于重大误解、欺诈或胁迫行为而得撤销之民事法律行为，均无保护善意第三人之规定，恐怕有害交易安全。

从两岸比较民法的角度，观察大陆民总第 146 条第 1 款关于「行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效」之规定，会发现本条并无相当于台湾民法第 87 条第 1 项但书关于「但不得以其无效，对抗善意第三人」之规定。复查大陆民总第 147 条有谓：「基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。」衡诸本条之撤销要件，既无规定行为人对于重大误解有无过失、以及其过失程度是否影响撤销权之成立，亦无记载相对人明知或可得而知该重大误解情事时，是否对于行为人之撤销权或其损害赔偿范围有所影响。凡此一味强调确保行为人之意思表示真实、得基于重大误解撤销该民事法律行为的结果，对于相对人或第三人的信赖保护，显然未及顾虑，未臻周全。固然大陆民总第 157 条说道：「民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。」惟在行为人与相对人就重大误解均有过错的场合，倘行为人之过错较大，可否基于保护过错较小之相对人的理由，不允许行为人行使撤销权？如为肯定，无异于承认「比较过错」在行使撤销权一事上之适用；若为否定，过错程度较大之行为人仍得撤销民事法律行为，只是其后对于过错较小的相对人负相应之赔偿责任，如此对于相对人之保护是否足够？更何况，当行为人就重大误解有过错而相对人为善意时，此际倘继续肯认行为人得行使撤销权，形同忽略相对人之信赖保护，殊属不当，容有商榷余地。

抑且，大陆民总第 148 条与第 149 条规定一方或第三人以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。但这里的撤销可否对抗善意第三人？本条亦无相当于台湾民法第 92 条第 2 项关于「被诈欺而为之意思表示，其撤销不得以之对抗善意第三人。」之规定，未来如何兼顾交易安全？似乎欠缺整体的配套考虑。

19、立法者删除不得对抗善意第三人之规定，旨在留待物权编、合同编等分编规范，惟本文认为为维护债权、无体财产权、数据数据、虚拟财产等之交易安全，并且避免挂一漏万，仍以在民法总则内增订相关规定为上策。

经查原本民总草案系规定：「以虚假意思表示实施的民事法律行为无效，但是不得对抗善意第三人」；草案第 155 条亦规定：「因重大误解、欺诈、显失公平致民事法律行为被撤销的，不得对抗善意第三人」。但在立法过程中，有反对意见认为民事法律行为无效或者被撤销后对第三人产生的法律后果，情况比较复杂，不宜一概规定不得对抗善意第三人，宜区分情形由民法典的物权编、合同编等分

编作具体规定。法律委员会经研究，爰建议将之删除[20]。对此，有鉴于大陆民法总则在第五章的民事权利底下，将财产权分为物权、债权、知识产权、以及其他权益（例如股权或投资性权利、数据信息、网络虚拟财产等）四大类别，就常见的动产买卖契约或不动产买卖契约而言，若买卖契约因受欺诈而撤销、物权行为亦一并撤销者，如善意之第三人已从相对人处受让系争动产或不动产时，固得适用物权编关于动产或不动产善意取得之规定，自不待言。惟在债权、著作权、数据数据、虚拟财产等买卖契约因受欺诈，而撤销买卖契约及让与合意行为时，善意之第三人可否取得该债权、著作权、数据数据、或虚拟财产？通常特别法上并无明文规范，甚至学说与实务对此亦无深入探讨，易生争议，这才是立法者规范民事法律行为无效或被撤销者，不得对抗善意第三人之真正实益也！是以，本文以为，为了保障交易安全，强化对于无体财产之流转保护，同时避免挂一漏万，未来民总第 146 条第 1 款应修订如下：「行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效，**但是不得对抗善意第三人。**」同理，民总第 155 条第 1 款得维持目前规定：「无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。」但未来应增订第 2 款并规定如下：「因重大误解、欺诈、显失公平致民事法律行为被撤销的，不得对抗善意第三人」。以上建议，敬供参酌。

参、结论

20、回顾本文重要论点

本文尝试从两岸比较民法之视野，考察中国大陆新出炉的民法总则之民事法律行为，发现其整体规范尚称细密，体系清楚，多属佳构，应予肯定。在形式呈现方面，少数条文似有重复规定之虞，举其荦荦大者，可考虑将民总第 5 条的自愿原则并入第 6 条规定，并删除民总第 154 条，且将民总第 148 条的相对人欺诈与第 149 条的第三人欺诈，整并为第 148 条规定两款态样，俾收立法技术之简洁扼要。在实质权义方面，本文建议大陆民总中关于重大误解、欺诈及胁迫之得撤销的民事法律行为，未来宜修改为违背真实意思之一方得直接向相对人撤销其意思表示，不必再请求法院或仲裁机构撤销之，以降低行使撤销权之成本，落实私法自治之精神。最后，本文呼吁中国立法者应尽早在民总中增订民事法律行为无效或被撤销者，不得对抗善意第三人的相关规定，以杜实务争议，并确保交易安全。

[20] 请参见中国人大网 http://www.npc.gov.cn 第十二届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则（草案）》审议结果的报告第八点。

民事证明责任基本规则的解释方法

胡东海*

【摘要】证明责任基本规则的法律解释，旨在实现它在特定民法制度中的具体化，获得该民法制度的证明责任分配的具体规则。证明责任基本规则的具体化，可通过不同的法律解释方法来实现，即通过文义解释、历史解释、体系解释和目的解释，可有效区分特定民法制度所涉法律规范的证明责任属性，将它们划分为权利产生规范、权利阻碍规范和权利消灭规范，以此获得该民法制度的证明责任分配的具体规则。证明责任基本规则的法律解释，应当有机融入传统民法解释学的理论框架，以此消解它与民法解释学之间的理论隔阂。

关键词：证明责任基本规则；解释方法；法规范类型；民法解释学

一、证明责任基本规则的法解释任务

根据现代证明责任理论，客观证明责任指真伪不明的法律风险，证明责任规范是以分配该法律风险为内容的法律规范。我国实在法明确规定了两种证明责任规范。其一，证明责任的基本规则。[1] 这类证明责任规范包括《民事诉讼法》第 64 条第 1 款、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第 2 条第 1 款、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第 91 条。这三项规定在证明责任分配内容上是等同的。[2] 其二，证明责任的特殊规则。这类证明责任规范在实在法中随处可见。例如，《合同法》第 152 条关于买受人对标的物权利瑕疵的证明、第 374 条关于保管人对自己无重大过失的证明；《侵权责任法》是证明责任规范最多的民事单行法，[3] 如第 58 条医疗损害责任和第 81 条动物园动物损害责任中有关过错推定的证明责任规则；《证据规定》第 4、5、6 条分别有关特殊侵权责任、合同要件与合同履行、劳动争议的证明责任规则。

我们知道，适用法律就意味着解释法律，[4] 任何法律规范的适用必然伴随着对它的解释。民事证明责任规范也是如此，惟有通过法律解释，才能获知证明责任规范的具体内容，才能决定双方当事人各自承担的证明责任。两种证明责任规范具有不同的适用范围和法律解释任务。首先，证明责任的特殊规则仅适用于法律规定的特定情形。针对证明责任特殊规则，法律解释的任务主要在于，阐明该规范的证明责任分配内容，或者填补该规范的法律漏洞。例如，根据《证据规定》第 5 条第 1 款的证明责任的特殊规则，主张合同权利者，应证明合同的成立和生效。但通过法律解释可知，该条存在隐藏的法律漏洞，因为主张合同权利者，无须证明合同的生效。为填补该漏洞，应通过目的性限缩方法，将该证明责任规范解释为，主张合同权利者，仅须证明合同的成立。[5]

其次，除证明责任特殊规则的适用情形外，证明责任基本规则适用于其他所有情形。这是因为，任一民法制度均涉及证明责任分配的问题，如果在该民法制度的法律规整中不存在

* 中南财经政法大学法学院副教授，意大利罗马二大罗马法学博士，湖南大学民商法学博士。

[1] 在德国证明责任理论中，有观点否定证明责任基本规则的规范属性。关于该观点的讨论，参见[德]汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 年版，第 224-225，380-381 页。

[2] 关于这三项规定之间关系的讨论，可参见胡东海：《谁主张谁举证规则的历史变迁与现代运用》，载《法学研究》2017 年第 3 期。

[3] 参见李浩：《<民事诉讼法>修订中的举证责任问题》，载《清华法学》2011 年第 3 期，第 13 页。

[4] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 251 页。

[5] 参见胡东海：《论合同生效要件之证明责任分配》，载《法律科学》2011 年第 4 期。

证明责任特殊规则，那么它的举证问题就应当适用证明责任基本规则。由于这种原因，针对证明责任基本规则，法律解释的任务在于，围绕特定民法制度将基本规则进行具体化，以此获得该民法制度的证明责任分配的具体规则。例如，由于法律就善意取得制度没有规定证明责任特殊规则，该制度应适用证明责任基本规则。此时应通过法律解释将证明责任基本规则进行具体化，以此获得善意取得制度的证明责任分配的具体规则。

但问题是，此种法律解释的作业应当如何进行？这是本文试图解决的问题。我国证明责任理论和法律实务普遍认为，我国实在法规定的证明责任基本规则，与规范说是一致的。[6] 根据这种理论，证明责任基本规则是，每一方当事人均应证明对自己有利的法规范的适用条件：主张权利者（原告）应证明权利产生规范的要件事实；反对权利者（被告）应证明权利阻碍规范和权利消灭规范的要件事实。[7] 因此，法律解释的关键在于，以证明责任基本规则为根据，通过各种解释方法将特定民法制度（如善意取得）所涉及的法律规范，划分为权利产生、阻碍、消灭规范，以此确定该制度的证明责任分配的具体规则。不过，这种对证明责任基本规则的法律解释作业，时常引起争议，如将证明责任基本规则适用于善意取得制度，学界存在不同观点。[8] 鉴于此，下文不妨以善意取得的证明责任分配为主要论述线索，阐述对证明责任基本规则的解释方法。

二、证明责任基本规则的文义解释

根据民法解释学的基本理论，法律解释的方法主要包括文义解释、历史解释、体系解释和目的解释。[9] 文义解释，是指根据法律规范的字面含义进行解释，即依法律规范用语的语法结构和语言规则进行解释。由于对证明责任基本规则的解释任务在于，确定具体民法制度的证明责任分配的具体规则，所以，证明责任基本规则的文义解释，不是对该基本规则本身的字面含义进行解释，而是对特定民法制度所涉法律规范进行文义解释，以此辨别它们的证明责任属性（权利产生、阻碍、消灭规范），确定该民法制度的证明责任分配的具体规则。

首先，我们可通过文义解释来确定权利产生规范。根据规范说的理论，权利产生规范，是指其内容确定了某个民事权利的形成或产生的规范。例如，在借款合同案件中，对于出借人要求借款人返还特定数额的金钱的权利，《合同法》第 196 条的规定是权利产生规范；在一般侵权责任案件中，对于受害人要求行为人承担侵权责任的权利，《侵权责任法》第 6 条的规定是权利产生规范。所以，在民事法律中，任何一项赋予民事主体以民事权利的法律规范，均可成为权利产生规范。

其次，针对特定的权利产生规范，可通过文义解释确定相应的权利消灭规范。此点可体现在如下三方面：（1）民事法律的章节标题的措辞，表明该章节下的法律规范均是权利消灭规范。例如，《合同法》第六章的标题“合同权利义务的终止”，表明该章有关履行、解除、抵销、提存、免除、混同的法律规范，相对于（合同权利的）权利产生规范，均是权利消灭规范。再如，《民法总则》第七章第三节的标题“代理的终止”，表明该章节的法律规范相对于（代理权的）权利产生规范，[10] 均属于权利消灭规范。（2）法律条文的措辞，表明它是权利消灭规范。例如，由于《民法总则》第 39 条规定“有下列情形之一的，监护关系终止”，该条相对于（监护权的）权利产生规范，属于权利消灭规范。（3）法律条文的措辞虽未言明，但其含义表明它属于权利消灭规范。例如，关于善意取得的规定（《物权法》第 106 条），相对于（原所有权的）权利产生规范，就属于权利消灭规范。

最后，针对特定的权利产生规范，可通过文义解释确定相应的权利阻碍规范。此点可体现在如下三方面：（1）民事法律的章节标题的措辞，表明该章节下的法律规范均属权利阻碍规范。例如，《侵权责任法》第三章“不承担责任和减轻责任的情形”中有关不可抗力、正当防卫等法律规范，相对于受害人要求行为人承担侵权责任的权利而言，均是权利阻碍规范。（2）法律条文的措辞，表明它是权利阻碍规范。例如，根据《民法总则》第 192 条第 1 款，义务人主张时效经过，他可以不履行义务。相对于权利人的债务履行的请求权而言，该条规定是权利阻碍规范。[11] （3）法律条文的语言结构，表明它属于权利阻碍规范。例如，如果法律条文的语言结构中包括但书条款，如“但……除外”、“但……不在此限”等，那么该但书条款属于权利阻碍规范。[12] 例如，《合同法》第 302 条第 1 款规定，“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。”该条款前半句规定了旅客或其继承人的损害赔偿请求权，是权利产生规范；后半句（但书部分）规定的是该请求权不成立的情形，是权利阻碍规范。

然而，通过文义解释确定权利阻碍规范的第三种方式，经常遭受诘难。这其中的原因在于，法律条文的语言结构是人为可变的，这种方式的可靠性经常取决于立法者的表达方式。例如，《合同法》第 302 条第 1 款，完全可以变换成不同的语言表达结构，“如果旅客在运输过程中发生伤亡，且伤亡不是自身健康原因或旅客故意、重大过失造成的，那么承运人应当对此承担损害赔偿责任。”该修正条文，虽未改变法条的实质含义，但它的语言表达结构中不再包括但书条款。由于这种原因，如果对修正条文进行文义解释，那么它仅包括一项权利产生规范，而不包括由但书部分构成的权利阻碍规范。

这类问题还集中体现在，对于同一民法制度，不同立法例并未都采用这种语言结构（但书条款），以至于通过文义解释获得不同的证明责任分配的具体规则。我们以善意取得制度为例来说明。首先，德国民法典第 932 条的前半句规定，受让人依善意取得获得物的所有权，它是权利产生规范；后半句的但书条款（但受让人非善意的除外），意在阻止受让人取得所有权，它是权利阻碍规范。其次，我国《物权法》第 106 条第 1 款第 2 句仅规定，受让人依善意取得获得物的所有权，该条仅涉及权利产生规范。[13] 所以，通过法律条文的语言结构确定权利阻碍规范的可行性，取决于立法者是否采纳了特定的表达方式。

综上可知，对证明责任基本规则的文义解释意味着，借助特定民法制度所涉法律规范的

---

[6] 参见翁晓斌：《论我国民事诉讼证明责任分配的一般原则》，《现代法学》2003 年第 8 期；胡学军：《我国民事证明责任分配理论重述》，《法学》2016 年第 5 期，第 44 页。

[7] 参见[德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》，庄敬华译，中国法制出版社 2002 年版，第 104 页；[德]汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 年版，第 362-363 页。

[8] 参见徐涤宇、胡东海：《证明责任视野下善意取得之善意要件的制度设计——<物权法>第 106 条之批评》，载《比较法研究》2009 年第 4 期；郑金玉：《善意取得证明责任分配规则研究》，《现代法学》2009 年第 6 期；吴泽勇：《论善意取得制度中善意要件的证明》，载《中国法学》2012 年第 4 期；秦勤：《论善意取得制度中善意要件的证明》，载《人民检察》2013 年第 23 期；徐涤宇：《民事证明责任分配的解释基准》，载《法学研究》2016 年第 3 期。

[9] 参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 200 页以下；黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 274 页以下。

[10] 须补充说明的是，《证据规定》第 5 条第 3 款规定，“对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。”这是一项关于代理权存在的证明责任特别规则，它旨在解决代理权的权利产生或存在的证明责任分配问题。另外，代理权并非主观权利，而是一种私法权力（参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 328 页）。但即便如此，我们仍不妨从证明责任分配的角度，就作为私法权力的代理权，讨论它的它的权利产生、阻碍、消灭规范。

[11] 根据规范说的创始人罗森贝克的观点，有关时效抗辩的法律规范属于权利受制规范。罗森贝克起初将法律规范分为四类：权利产生规范、权利阻碍规范、权利受制规范和权利消灭规范，但他又将权利受制规范并入权利阻碍规范的范畴之中。参见[德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》，庄敬华译，中国法制出版社 2002 年版，第 106 页。

[12] 参见[德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》，庄敬华译，中国法制出版社 2002 年版，第 132 页；[德]汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 年版，第 390 页。

[13] 参见徐涤宇、胡东海：《证明责任视野下善意取得之善意要件的制度设计——<物权法>第 106 条之批评》，载《比较法研究》2009 年第 4 期。

字面含义，辨别它们的证明责任规范属性，将它们分别归入权利产生、阻碍、消灭规范。在民事法律中，法律规范的字面含义经常直接表明了它们各自的证明责任属性，因为法律规范的本质属性直接决定了它在特定情况下就是权利产生规范，或者阻碍规范，或者消灭规范。例如，关于提存的规定，必然是（合同权利的）权利消灭规范。但在通过法律条文的语言结构确定权利阻碍规范的情形，文义解释遇到了困难。由于立法者语言表达的偏好，文义解释不再十足的确定性。因此，不论如何，通过文义解释在大部分场合均可有效确定证明责任的分配，那种毫无保留批评不能依文义解释确定证明责任规则的观点，[14] 显得言过其实。

三、证明责任基本规则的历史解释

历史解释，是指通过立法文献的考察探知立法者的真实意思的方法。在学说史中，法律解释经历了主观解释说到客观解释说的发展。[15] 根据主观说，法律解释以探求历史中的立法者的意思为终极目标。在主观说盛行的年代，历史解释是最为重要的解释方法。然而，根据客观说，法律解释旨在探知客观法律独立的内在意思。在客观说的理论框架下，历史解释不再能终局地决定法律规范的内容，它的主要任务是，与文义解释一样，划定法律解释的范围。[16] 也就是，通过立法文献的考察，对法律规范的文义作进一步限制，并在这种加入了历史因素的文义范围内进行解释活动。

由于对证明责任基本规则的解释任务在于，确定具体民法制度的证明责任分配的具体规则，所以，证明责任基本规则的历史解释，不是探讨该规则本身在制定过程中的立法者意思，而是对特定民法制度所涉法律规范的历史解释。也就是，证明责任基本规则的历史解释，旨在探知立法者就特定民法制度所涉法律规范赋予的证明责任意义，并在此基础上辨别它们的证明责任属性（权利产生、阻碍、消灭规范），确定该民法制度的证明责任分配的具体规则。

显然，对证明责任基本规则的历史解释，必须以立法者曾赋予相关法律规范以特定证明责任意义为前提。德国民法典是这方面的代表，如立法者经常以一个简单的但书条款来分配证明责任。[17] 但其他大部分立法例均未做到这点。例如，日本学界均承认，日本民法典的立法者忽视了证明责任的分配。[18] 我国民事立法的立法者也未考虑证明责任分配的问题。[19] 对于立法例上的这种差别，我们仍以善意取得制度为例来说明。借助历史解释可知，德国民法的立法者有意识地通过但书条款，在善意取得制度中确立了一项权利阻碍规范；而我国物权法的立法者未考虑证明责任的问题，在善意取得制度中不存在关于证明责任分配的立法意思，也就无从进行所谓的历史解释了。

毫无疑问，通过但书条款确立权利阻碍规范的做法，表明了德国民法典的立法者对证明责任规则的特别关注。但上述观点显然不满足于此，它试图告诉我们，立法者在每一项民法制度中，都有意识地将与之相关的法律规范划分为权利产生、阻碍、消灭规范，并以此完成具体制度的证明责任分配的立法任务。正是由于这种原因，证明责任基本规则被立法者贯彻

[14] 例如，《日本民法典》的制定没有兼顾证明责任分配的考量，所以，日本学者均认为在分析具体制度中的证明责任分配时，不能仅倚重文义上的分析。参见[日]高桥宏志：《民事诉讼法：制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社 2003 年版，第 444 页。

[15] 魏德士指出，两种学说被称为主观说和客观说，实际上是极其错误的，因为恰恰相反，主观说旨在探求客观事实（立法者的真实意思），而依客观说，解释者借助所谓的客观目的，进行着“主观的”释义。参见[德]魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年版，第 336、345-346 页。

[16] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 277 页。

[17] 参见[德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》，庄敬华译，中国法制出版社 2002 年版，第 133 页以下；[德]拉伦茨：《德国民法通论》（上册），法律出版社 2003 年版，第 37-38 页。

[18] 参见[日]高桥宏志：《民事诉讼法：制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社 2003 年版，第 444 页；陈荣宗：《举证责任分配与民事程序法》（第二册），台湾三民书局 1979 年版，第 39 页。

[19] 参见陈刚：《证明责任论》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 275-276 页。

到每一项民法制度之中，证明责任基本规则的历史解释在德国民法典中具有广阔的运用空间。

但这种观点应该夸大了德国民法典的立法者在证明责任分配方面所做的工作。对任一民法制度所涉法律规范都赋予证明责任意义，这种立法任务对于德国民法典的立法者也不会轻松，而且在很多情形也无必要。这其中的首要原因是，法律规范的内涵经常决定了其证明责任属性，立法者在起草法律时未必具有证明责任的意识，[20] 他只需关注法律规范的内涵就足够了。例如，有关提存的法律规范的内涵是消灭债权，它从证明责任属性的角度就是权利消灭规范。在这种情形，立法者是否有意识地赋予提存以特定的证明责任分配疑义，并非决定性的。

然而，不论如何，通过文义解释获知我国民法和德国民法确立了善意取得制度的不同的证明责任分配的具体规则。对两项证明责任规则的历史解释，仅验证它们之间的区别及其产生的原因。所以，文义解释和历史解释均无法解决两种证明责任规则孰优孰劣的问题。该问题应借助其他解释方法来探讨。

四、证明责任基本规则的体系解释

体系解释，是指根据法律规范在整体法律体系中的位置和作用来探求该规范的意思的方法。从证明责任分配的角度，民法规范可划分为权利产生规范、权利阻碍规范和权利消灭规范。这三种规范之间的关系是相对的，惟有就特定权利产生争执时，这种规范分类才有意义。[21] 也就是，当诉讼双方就特定权利产生争执时，存在特定的权利产生规范，以及与之相对应的权利消灭规范和权利阻碍规范。因此，对证明责任基本规则的体系解释意味着，围绕证明责任的基本规范，在民事法律体系中针对特定民事权利，发现其权利产生、阻碍、消灭规范之间的相互对应关系，并以此确定证明责任分配的具体规则。

关于证明责任基本规则的体系解释，我们仍以善意取得制度为例来说明。首先，在无权处分的情形，如果受让人提起所有权确认之诉（《物权法》第 33 条[22]），请求确认其依善意取得所享有的所有权，那么诉讼当事人争议的对象就是受让人的所有权。其一，作为原告的受让人，应证明权利产生规范的适用条件。受让人惟有依善意取得才能从无处分权人处取得物的所有权，有关善意取得的法律规定（《物权法》第 106 条第 1 款第 2 句），就是受让人的（所有权）权利产生规范。其二，作为被告的原所有权人，应证明权利阻碍规范的适用条件。根据《物权法》第 107 条和第 114 条，占有脱离物（遗失物、漂流物、埋藏物、隐藏物）原则上不适用善意取得制度，[23] 由此受让人不能取得这类物的所有权。在这种意义上，这两条规定均属于权利阻碍规范。其三，原所有权人应证明权利消灭规范的适用条件。权利消灭规范意指，系争权利曾经产生，但如今已消灭。事实上，对于作为被告的原所有权人，此时并无所谓的权利消灭规范。这其中的原因在于，如果原所有权人提出权利消灭的抗辩，那么意味着他承认受让人依善意取得已经获得了所有权；既如此，原所有权人的权利也就当然消灭了，也就无权提出抗辩的问题了。

[20] 参见吴泽勇：《规范说与侵权责任法第 79 条的适用》，载《法学研究》2016 年第 5 期，第 60-61 页。关于该问题，围绕劳动法领域的证明责任问题，普维庭提出反对意见，他认为，“由实体法上每一个请求权形成的前提条件所决定，立法者必然地要从语言上将其表达出来，也必然地要同时对相应的证明责任分配作出表达或者暗示，这三者之间的逻辑联系是如此明显，因此人们怀疑立法者缺乏相应的意识是没有根据的。”[德]汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 年版，第 398-399 页。

[21] 参见[德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》，庄敬华译，中国法制出版社 2002 年版，第 108 页。

[22] 《物权法》第 33 条：因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。

[23] 在例外情况，占有脱离物可适用善意取得制度。如果原所有权人知道或应当知道受让人有偿受让占有脱离物时起逾两年未请求返还，受让人有权拒绝返还。在理论上可解释为，此时发生了善意取得的效果。参见崔建远：《物权法》（第三版），中国人民大学出版社 2014 年版，第 99 页。

其次，如果原所有权人提起原物返还之诉，那么诉讼当事人争议的对象就是原所有权人的原物返还请求权。其一，作为原告的原所有权人，应证明权利产生规范的适用条件。依《物权法》第 34 条[24]，权利人可以请求无权占有人返还原物。另外，我国《物权法》中第 106 条第 1 款第 1 句将无权处分情形下的原物返还请求权称为原物追回权。这两项法律规定均是权利产生规范。原所有权人应证明该规范的适用条件的满足，他应当证明自己是所有权人以及被告是物的占有人。[25] 其二，作为被告的受让人，应证明权利阻碍规范的适用条件。受让人若属有权占有，将阻碍原物返还请求权的行使。有权占有的本权所涉法律规范，就是此处的权利阻碍规范。受让人应证明这类规范的适用条件，以此证明自己为有权占有，原所有权人无权行使追回权。其三，受让人应证明权利消灭规范的适用条件。由于受让人对物的占有若符合善意取得的构成要件，他将取得物的所有权。这同时也就意味着原所有权人的权利（所有权及其追回权）将不复存在。有关善意取得的法律规定（《物权法》第 106 条第 1 款第 2 句）是权利消灭规范，[26] 受让人应证明该规范的适用条件的满足。

如果我们将上述两种诉讼进行对比会发现，在受让人提起的所有权确认之诉与原所有权人提起的返还原物之诉中，围绕受让人的所有权或原所有权人的追回权，分别存在相应的权利产生、阻碍、消灭规范。并且，在不同的诉讼中，同一项法律规范具有不同的证明责任属性，如善意取得的规定在受让人提起的所有权确认之诉中是权利产生规范，在原所有权人提起的原物返还之诉中是权利消灭规范。所以，根据证明责任基本规则的体系解释，同一法律规范的证明责任属性，取决于哪一方当事人提起诉讼以及诉讼争议的权利。另外一方面，在两种诉讼中，虽然受让人和原所有权人的诉讼地位（原告或被告）是可变的，但不变的是他们总是对相同的法律规范的要件事实承担证明责任：总是由受让人就善意取得的适用承担证明责任，由原所有权人就原物返还请求权的构成承担证明责任。所以，实体民事法律关系的当事人，在诉讼中的主体地位是可变的，但这不会导致他们各自承担证明责任的对象的变化。

最后，通过文义解释可知，与我国物权法的规定不同，德国民法典第 932 条通过但书条款“但非善意的除外”，创设了一条独立的权利阻碍规范。对此我们仍区分争议对象的不同来分别讨论。首先，在受让人提起的所有权确认之诉中，作为原告的受让人，应证明权利产生规范（善意取得）的适用条件；作为被告的原所有权人，他的权利阻碍规范还包括但书条款的规定，因为受让人的非善意将排除善意取得的适用。其次，在原所有权人提起的请求返还原物之诉中，作为原告的原所有权人，应证明权利产生规范（追回权）的适用条件；作为被告的受让人，应证明权利消灭规范（善意取得）的适用条件；对于被告的抗辩（善意取得），原告还可提出再抗辩（但书条款“受让人非善意”）。由此可知，但书条款是权利消灭规范（善意取得）的权利阻碍规范。

综上可知，通过体系解释，我们可将民事法律规范划归权利产生规范、权利阻碍规范、权利消灭规范，并分属不同当事人承担证明责任。事实上，证明责任理论对法律规范的划分，实际上在大部分情形契合于传统民法教义学的法律关系理论或请求权基础理论对法律规范的类型划分与体系建构。另外，我国民法与德国民法关于善意取得证明责任规则的差异，在体系解释中仍体现明显。这表明，两种不同证明责任规则的优劣，同样不可能通过体系解释得到答案，而必须通过目的解释来评价。

[24]《物权法》第 34 条：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”

[25] 参见王泽鉴：《民法物权》（第二版），北京大学出版社 2010 年版，第 127 页；谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社 2011 年版，第 137 页。

[26] 关于该问题，不同观点认为，有关善意取得的规定是权利阻碍规范，参见吴泽勇：《论善意取得制度中善意要件的证明》，载《中国法学》2012 年第 4 期，第 151-152 页；徐涤宇：《民事证明责任分配的解释基准》，载《法学研究》2016 年第 3 期，第 106 页。但这种观点并非准确。权利阻碍规范和权利消灭规范的区别在于，前者阻碍权利的产生，后者使已经产生的权利归于消灭。若受让人符合善意取得，将导致原所有权人早已产生的所有权及其追回权归于消灭。所以，关于善意取得的规定是权利消灭规范。

五、证明责任基本规则的目的解释

目的解释，是指以规范目的为导向探寻法律规范的含义的方法。传统证明责任学说过分依赖文义解释和体系解释来确定证明责任的分配，这种做法产生了诸多问题。例如，对于我国民法和德国民法中的善意取得制度，虽然通过文义解释和体系解释可知，它们具有不同的证明责任规则，但我们无法对此做出孰优孰劣的价值判断。鉴于此，当代证明责任理论强调，目的解释对于确定证明责任的分配具有至关重要的作用，应借助目的解释来解决证明责任分配的疑义。[27] 但问题是，证明责任基本规则的规范目的是什么？如何对证明责任基本规则进行目的解释？

首先，证明责任规范并无独立的规范目的，其规范目的从属于相关民法概念或民法制度的规范目的。[28] 其一，证明责任的特殊规则，是由证明责任概念与某一民法概念组合构成，其规范目的从属于该民法概念的规范目的。例如，《证据规定》读 5 条第 1 款第 1 句规定了两项证明责任的特殊规则：“合同成立要件的证明责任规则”与“合同生效要件的证明责任规则”。前者的规范目的，从属于“成立要件”概念的规范目的，即实现私人自治的功能。后者的规范目的，从属于“生效要件”概念的规范目的，即贯彻国家管制的功能。[29] 其二，证明责任的基本规则，在法律适用中必须围绕具体民法制度将其具体化，其规范目的也从属于相关具体民法制度。例如，围绕善意取得制度，应当以规范目的为导向，将证明责任的基本规则进行具体化。此时，证明责任基本规则的规范目的，从属于善意取得制度的规范目的。

一般认为，善意取得制度的规范目的在于保护交易安全。在无权处分的情形，由于无处分权人的财产转让行为，原所有权人和受让人中的一方必将遭受损失：要么原所有权人丧失物的所有权，要么受让人已支付价金却不能取得标的物的所有权。为平衡原所有权人与受让人的利益，法律分别为他们设置了特定的保护工具：要么原所有权人可行使追回权，要么受让人可依善意取得获得物的所有权。由此可知，追回权制度的规范目的在于，保护静态的财产归属秩序；善意取得制度的规范目的在于，保护动态的交易安全。[30] 须说明的是，有观点认为，善意取得的规范目的在于，调和信赖利益保护与所有权保护。[31] 这种观点并非正确，它只能被解释为，通过对善意取得制度的适用条件的具体限定，使得该制度在限定范围内保护交易安全。[32] 例如，物权法通过规定占有脱离物不适用善意取得，将善意取得制度保护交易安全的范围限定在占有委托物的情形。

其次，证明责任基本规则的目的解释，是指以证明责任基本规则的规范目的为导向，区分特定民法制度所涉法律规范的证明责任属性，形成证明责任分配的具体规则。既然善意取得制度的规范目的是保护交易安全，那么，证明责任基本规则的规范目的也在于此。在此基础上，我们应当以保护交易安全为导向对证明责任基本规则进行具体化。由此获得的善意取得制度的证明责任分配的具体规则，其规范目的同样也应当是保护交易安全。所以，具体民法制度的规范目的决定了证明责任基本规则的规范目的，后者又决定了证明责任分配的具体

[27] 参见[德]汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 年版，第 458 页。我国采目的解释对证明责任问题进行个案研究者，可参见胡东海：《论合同生效要件之证明责任分配》，载《法律科学》2011 年第 4 期；袁中华：《规范说之本质缺陷及其克服——以侵权责任法第 79 条为线索》，载《法学研究》2014 年第 6 期；徐涤宇：《民事证明责任分配之解释基准——以物权法第 106 条为分析文本》，载《法学研究》2016 年第 2 期。

[28] 参见胡东海：《民事证明责任分配的实质性原则》，载《中国法学》2016 年第 4 期。

[29] 参见胡东海：《论合同生效要件的证明责任分配》，载《法律科学》2011 年第 4 期。

[30] 参见王泽鉴：《民法物权》（第二版），北京大学出版社 2009 年版，第 471、475-476 页；谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社 2011 年版，第 272-273 页。

[31] 参见郑金玉：《普意取得证明责任分配规则研究》，《现代法学》2009 年第 6 期；吴泽勇：《论善意取得制度中善意要件的证明》，载《中国法学》2012 年第 4 期。

[32] 参见谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社 2011 年版，第 274 页。

规则的规范目的。[33] 惟有在这种意义上，我们才能正确理解如下观点，目的解释是指依具体民法制度的规范目的，解释其证明责任分配问题。[34] 但不论如何，证明责任基本规则的具体化过程，在形式仍是以证明责任基本规则的规范目的为导向进行目的解释，只不过该规范目的就是所涉民法制度的规范目的。

证明责任基本规则的目的解释的重要功能在于，评价不同的证明责任方案的优劣。从文义解释和体系解释的角度均可知，我国物权法与德国民法就善意取得制度中善意要件提出两种不同的证明责任分配的具体规则：依我国物权法，受让人证明自己的善意；依德国民法，原所有权人证明受让人的恶意。对于这两种不同证明责任规则的优劣，我们可通过目的解释来评价其是否符合证明责任规范和相关民法制度的规范目的。

从证明难易的角度，善意是消极事实和内心事实，善意较难证明。学说上不乏观点认为，由于善意较难证明，所以受让人不须证明善意。但问题是，恶意也属于内心事实，同样不容易证明。[35] 另外，较难证明不意味着不能证明，也不意味着根本无法实现法规范的目的。事实上，问题的关键在于，在两种证明责任规则中，那种要求受让人证明自己善意的方案，相对来说增加了受让人的举证负担，较不利于受让人。正是由于这种原因，这种证明责任方案不符合保护交易安全的目的。与之相反，那种要求原所有权人证明受让人恶意的方案，使得受让人少证明了一项要件事实，减轻了受让人的举证负担，这显然符合善意取得保护交易安全的规范目的。因此，通过目的解释可知，由原所有权人证明受让人的恶意的举证方案，更符合善意取得制度的规范目的，更符合证明责任的基本规范的规范目的。

六、结语

证明责任基本规则的法律适用，主要是实现其具体化的问题，即通过法律解释，辨别特定民法制度所涉法律规范的证明责任属性，以此确定该民法制度的证明责任分配的具体规则。在这种法律解释的作业中可知，法律规范的证明责任属性与它在传统民法解释学中的实体属性，具有相互对照的关联性。这种关联性，在证明责任基本规则的四种解释方法中，均有直接体现。根据文义解释、体系解释、历史解释和目的解释，分别从语义、体系位置、立法者的真实意思、规范目的的角度所获得的民法规范的证明责任属性，并非与它在民法解释学中的实体属性完全无关。

由于这种原因，证明责任基本规则的法律解释，不可能独立于传统的民法解释学，而应当被纳入传统民法解释学的理论框架之中。然而，当代证明责任理论时常陷入对“客观证明责任的概念问题”和“证明责任的方法论问题”的诸多争议之中。[36] 这种理论倾向未能结合民法解释学的现代发展，而给予“证明责任的分配内容问题”相应的重视，以致拉大当代证明责任理论与民法解释学之间的隔阂。证明责任基本规则的法律解释，可提供一个融合证明责任理论与民法解释学的试验场。这种融合的目的在于，两种理论应当共同致力于打造民事法律规范的证明责任属性与实体属性的相互对照的关联性。

[33] 关于该问题，学说中有观点认为，具体的证明责任分配规则决定了相应民法制度的规范目的（参见吴泽勇：《论善意取得制度中善意要件的证明》，载《中国法学》2012 年第 4 期，第 149 页）。但这显然是一种倒果为因的观点。参见徐涤宇：《民事证明责任分配之解释基准——以物权法第 106 条为分析文本》，载《法学研究》2016 年第 2 期，第 104 页。

[34] 参见徐涤宇：《民事证明责任分配之解释基准——以物权法第 106 条为分析文本》，载《法学研究》2016 年第 2 期，第 107 页。

[35] 参见吴泽勇：《论善意取得制度中善意要件的证明》，载《中国法学》2012 年第 4 期，第 157 页。

[36] 参见[德]汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 年版，第 361 页。

Interpretation methods on basic rule of civil burden of proof

Abstract: Legal interpretation on basic rule of the burden of proof aims at achieving its concretization in specific civil legal institution, and obtaining the specific rule of burden of proof for specific civil legal institution. The concretization of the basic rule of burden of proof can be realized through different legal interpretation methods, which include the literal interpretation, historical interpretation, systematic interpretation and teleological interpretation. Based on these methods, we can effectively distinguish the characteristics about burden of proof of legal norms related to the specific civil legal institution. These norms can be divided into the norm for generation of right, norm for impediment of right and norm for elimination of right, so as to obtain the specific rule of the burden of proof in the specific civil legal institution. The legal interpretation on basic rule of the burden of proof should be organically integrated into the theoretical framework of the traditional hermeneutics of civil law, in order to eliminate the theoretical estrangement between theory of burden of proof and the hermeneutics of civil law.

Key words: basic rule of burden of proof; interpretation methods; types of legal norms; hermeneutics of civil law

《民法总则》与法律行为成立之一般形式拘束力

金可可*

〔**内容摘要**：法律行为成立后、生效前之一般形式拘束力，基于自己责任之私法基本理念，在现行民法相关诸规定中多有体现，常为其隐含之基本立场。其亦具有减轻法律适用者论证负担的作用，且更能维护法之安定性。此外，其在比较法上亦不无依据。故对之应持肯认态度，《总则》第136条第2款、第119条均应解释为此种一般形式拘束力之规定。此种一般形式拘束力，亦具有体系辐射效应，在若干疑难问题之处理上可发挥积极作用。〕

〔**关键词**：法律行为，意思表示，成立，生效，拘束力〕

《民法总则》（下称《总则》）第136条第1款规定："民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。"可见，其延续《合同法》第44条之规定，仍采法律行为成立与生效相区分之模式。[1] 法律行为成立与生效之区分，其正当性基础有二：

其一，法律行为之不成立与成立但不生效，法律效果有所不同。于此，通常认为：① 法律行为若不成立，即不存在法律行为之法律事实；法律行为虽不生效但若成立，其作为法律事实已然存在。② 正因如此，法律行为之补正、认许、转换，系以成立为前提，若不成立则均不能为之。[2] ③ 此外，成立但无效之法律行为，于一定条件下，尚可在不当得利法或解除效果上继续发挥作用[3]，或作为法律上双重效力之基础。[4]

其二，法律行为成立后、生效前，亦具有独特之效力，与法律行为生效后之效力不同。

* 金可可，华东政法大学教授，博士生导师，法学博士。本文系2014年度国家社会科学基金重大项目"中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善研究"（编号14ZDC018）、国家社科基金一般项目"电子支付民事法律问题研究"（编号14BFX164）之研究成果。

本文写作过程中，本人的硕士生钟嘉儿、王吉中、孟大淇同学帮助查找了若干中文文献。本文之选题与写作，肇因并受益于与孙维飞教授、葛云松教授、薛军教授之学术交流，于此特表诚挚谢意。

[1] 此外，该款规定以"成立即生效"为基本规则，例外仅以法律另有规定或当事人另有约定为限，亦系借鉴《合同法》第44条之规定，并弥补其不足（因该条所规定的例外，仅包括法律对特别生效要件的规定，不能包括法律对一般生效要件的（负面）规定以及当事人的另有约定，此为其不足），符合私法自治之基本原理，应予肯定。

[2] Vgl. Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2016, § 28, Rn. 5.; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, Rn. 404f.; Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 6, Rn. 63, § 9, Rn. 278ff.; Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 38. Aufl., 2014, § 5, Rn.6. 不同见解则认为，法律行为纵不成立，亦无妨令其作为转换、补正之基础：如王伯琦先生即持类似见解（参见王伯琦："法律行为之无效与不成立，载王伯琦著：《王伯琦法学论著集》，中国台北三民书局2000年版，第249页）；又如就法律行为之要式，德国法上少数说认为其原则上是成立要件（Vgl. Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 22, Rn. 5, 7.），其自亦认为此时仍得适用补正、转换、认许等规定。

[3] Vgl. Leenen, a.a.O., § 6, Rn. 118, § 9, Rn. 275ff. 另参见：赵文杰："论不当得利与法定解除中的价值偿还——以<合同法>第58条和第97条后段为中心"，《中外法学》2015年第5期，第1176页以下。如《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第1款之规定，即其适例："房屋租赁合同无效，当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的，人民法院一般应予支持。"

[4] Vgl. Leenen, a.a.O., § 9, Rn. 273f. 关于法律上之双重效力，常见者如无效法律行为之可撤销性（参见王泽鉴："无效法律行为之撤销"，载王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（重排合订本），北京大学出版社2015年版，第284页以下）；德国近来判例，尚承认在契约因悖俗无效时，消费者仍得行使无理由撤回权，以令其得依解除之规定（较诸不当得利更为有利）请求返还已支付之价金（参见本注所引Leenen书）。

一般认为，法律行为之生效，系依意思表示之内容而发生法律效果，此即所谓法律行为之意定效果，本文称为法律行为之实质拘束力。[5] 但法律行为成立后、生效前，亦具有特有之效力，具体表现为：① 附停止条件或始期之行为，在条件成就或始期届至前，已可发生提前保护之效力；[6] ② 可发生审批等行为义务；[7] ③ 发生形成权，如效力待定合同之追认权、撤销权等。凡此种种，均系为生效（发生意定效果，即上称实质拘束力）作准备之预备性法定效果，本文称为成立所生之拘束力。即此有疑问者，系成立所生之拘束力，除上述内容外，是否应承认行为之成立，尚有一种普遍的形式拘束力，即除法律另有规定或当事人另有约定外，任一方均不得单方变更或消灭之？

就此，逻辑上可有两种基本立场：① 惟有基于成立后生效前各具体情形的法律规定或诚实信用原则，可知当事人不得任意变更或反悔时，方肯认其有形式拘束力，其余情形均应否定之。② 法律行为成立后，原则上即应具有一般的形式拘束力，若有例外则需另有正当的理由与说明。此两种立场，应以何者为当？此系法律行为学说上之重大基本问题，本文即拟就此作一分析，以期抛砖引玉之效。

一、我国相关法条之沿革及其理解

（一）《总则》颁布前之规定

1.《民法通则》第57条规定："民事法律行为从成立时起具有法律拘束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。"从文义上看，对行为成立之一般形式拘束力，似持肯认态度。但从该法颁布后的一些解读看，就此条仍有不同理解。一种观点认为，该条所称的法律拘束力，仅指符合第55条、第56条所称"实质条件和形式条件"而成立的法律行为，[8] 仅指生效后之效力。[9] 另一种观点则以附条件法律行为一经成立（纵未生效）即发生拘束力，为本条之说明，[10] 似将其理解为成立后之效力。但由于当时普遍区分民事法律行为与民事行为，认为唯有符合要件后发生效力的行为，方属民事法律行为，[11] 该条所称拘束力之内涵，应以第一种解读较为符合立法者之原意。

此外，当时的文献中，也多述及附停止条件的法律行为，虽未生效，但已成立，具有一

[5] 此系借鉴要约关于形式拘束力与实质拘束力之区分，以作说明。

[6] 如《民法总则》第159条、《合同法》第45条第2款所称条件成就或不成就之拟制，即为其效力之一。又如，此时享有条件或期限利益之债权人已可行使自助行为。再如，根据附停止条件或始期之法律行为性质不同，可发生债权或物权之期待权。

[7] 参见《合同法司法解释二》第8条之规定，另其第9条之规定则明确审批系合同之生效要件。另外一种解决方案，则是主张合同虽未生效，但不影响其中报批义务条款的效力，参见《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第1条第2款。

此外，在合同成立后、生效前阶段，当事人亦得负有保护义务，如《合同法》第43条所称之保密义务，但究其根源，此种保护义务系因缔约行为所生之先契约义务，在契约成立前亦有之，故非契约成立本身所致之效力。

[8] 参见中国政法大学民法教研室编：《中华人民共和国民法通则讲话》，中国政法大学出版社1986年版，李慧君执笔，第100-101页。

[9] 参见佟柔主编：《中华人民共和国民法通则简论》，中国政法大学出版社1987年版，蔡超行执笔，第127页；刘春茂主编：《民法通则基本知识》，工人出版社1987年版，刘雯执笔，第70-71页；沈关生、周强、岳志强：《民法通则与审判实践》，群众出版社1989年版，第56页。

[10] 参见唐德华、周贤奇等编写：《中华人民共和国民法通则讲话》，法律出版社1986年版，唐德华执笔，第60页。

[11] 参见顾昂然：《民法通则概论》，北京师范学院出版社1989年版，第69页；唐德华等，见前注[10]，第57、59页；沈关生等，见前注[9]，第56页。

定的拘束力，诸如不得恶意促使或阻碍条件成就；[12] 但似未将之扩展为法律行为成立后、生效前之形式拘束力命题，亦未将之置于此命题下进行讨论。

2.《合同法》第 8 条第 1 款改称“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。”，显然是将此种法律约束力理解为合同生效后之约束力，第 2 款所称“受法律保护”，也是指擅自变更或解除方应承担违约责任。[13]

（二）《总则》之规定

《总则》第 136 条第 2 款，紧接于第 1 款“成立即生效”规则之后，文义上看，是指生效后之拘束力；但立法部门的同志则认为，其既指生效后之拘束力，也涵盖成立后生效前之拘束力（比如附停止条件、以登记为特别生效要件之情形）。[14]《总则》第 119 条：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力”，则仅指成立并生效后之效力（需要履行的债务及其不履行的违约责任）。[15] 概言之，《总则》第 136 条第 2 款亦承认成立具有一般之形式拘束力。

二、法律行为成立后、生效前一般形式拘束力之证成

（一）自己责任与意思表示、法律行为之一般形式拘束力

1．基于自己责任之私法基本价值，人应为其自主行为负责。就意思表示而言，是指若无特别之规定或约定，表意人应受其意思表示之拘束，包括受其表示内容之拘束（实质拘束力），也包括不得任意变更、反悔（形式拘束力）。我国现行法上，《总则》第 141 条虽规定：“行为人可以撤回意思表示”，但为撤回规定了严格的要件：“撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人”；由此可见，仅在符合法律规定之例外要件（此处即撤回之要件）时，表意人方得不受形式之拘束，[16] 故系采意思表示具有形式拘束力之基本立场。

2．就法律行为而言，其形式拘束力之基础，依法律行为之种类而有不同。

（1）在有相对人之单方法律行为，法律行为之成立仅需一个意思表示，[17] 故在意思表示到达生效（《总则》第 137 条）从而令行为成立后，表意人仍就其意思表示受有形式拘束力（《总则》第 141 条），以此已足以令表意人就成立后、生效前之行为受有相同之拘束。故此时，行为成立本身并未发生一般形式拘束力，只是事实上因意思表示形式拘束力之继续作用，表意人（行为人）仍受有形式之拘束而已。如代理权授予行为原则上之可撤销性，实乃代理权授予意思表示之可撤销性，属于意思表示形式拘束力原则之例外规定。

（2）在无相对人之单方法律行为，因第 141 条撤回之规定仅适用于有相对人之意思表

[12] 参见[苏]诺维茨基：《法律行为·诉讼时效》，中国人民大学出版社 1956 年版，第 51-53 页。中国人民大学法律系民法教研室编：《中华人民共和国民法原理》（上册），1981 年印刷，杨大文执笔，第 64 页。中国政法大学民法教研室书，见前注[8]，第 103 页。唐德华等，见前注[10]，第 60-61 页。

[13] 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 1999 年版，第 10－11 页。

[14] 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社 2017 年版，第 426-427 页。

[15] 同上注，第 119 条，第 371 页。

[16] 又如《合同法》第 17、18 条要约之可撤回性、原则上之可撤销性，亦属形式拘束力之例外规定。此外，应注意的是，《总则》第 141 条的基本立场，似应理解为意思表示发出后，表意人即应受其拘束，如此方足以贯彻自己责任之理念。

[17] 即使单方法律行为之成立尚有特别成立要件，亦不影响此处所作分析。

示[18]，故其行为成立后之形式拘束力，不能以本条作为基础，应另有依据。即此，我国《继承法》第 20 条第 1 款规定：“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱”，[19] 据此可见，此类法律行为在成立后、生效前，亦具有一般之形式拘束力，系我国法之基本立场，否则对于遗嘱之不具形式拘束力即无须特作规定。

（3）在双方行为或共同行为情形，因行为之成立，意思表示（要约与承诺）均告消灭，[20] 第 141 条仅能说明有相对人意思表示之一般形式拘束力，于此已不敷用，[21] 行为成立所生之一般形式拘束力，亦须另有基础。决议行为情形，虽无要约、承诺之构成，但意思表示亦因行为成立而消灭，故上述分析仍得适用。笔者以为，既然有相对人之意思表示在意思表示阶段即有一般形式拘束力，而法律规定此种拘束力，无非是为法律行为之成立而作预备，故于其意思表示消融入法律行为后，表意人就其法律行为自亦应受形式之拘束力：若某要约到达就不能随意单方变更反悔，但在合同成立后、生效前，要约人反而可以随意变更反悔，显然有悖事理。[22]

综上可知，法律行为成立后、生效前之一般形式拘束力，究其根本，系源于各表意人自己之行为：在双方或共同行为，即本系各意思表示，而非法律行为之整体。但在意思表示之相关规定不再能够适用的情形（如上（2）、（3）），纯就技术而言，却只能转化为法律行为之一般形式拘束力问题。

（二）法律行为成立后、生效前具体情形之考察

1．法律行为成立后生效前之具体情形

法律行为成立但尚未生效，自系因生效要件之不具备。据此，其具体情形可分为：① 因

[18] 德国民法上，撤回之相应规定，系直接规定于非对话意思表示（详德民第 130 条）。因无相对人之意思表示，因发出而生效，对话意思表示发出与到达必然同时，均不发生此处所称之撤回问题。Vgl. Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, Rn. 293. Mansel, in: Jauernig Kommentar, 15. Aufl., 2014, § 130, Rn. 2f. 可见，《总则》第 141 条亦应作相同的理解，其在立法技术上恐不无应受指摘之处。

[19] 德国法上的相应规定，参见德民第 2253 条以下。此外，德国就悬赏广告采单方行为说（我国《合同法司法解释二》第 3 条似将其作为合同处理，多有不妥，于此不赘），故悬赏广告系无相对人之单方行为，就此，德民第 658 条亦规定在行为完成前，悬赏人可享有撤回权；其撤回虽通常针对悬赏广告生效后，但举轻明重，在悬赏广告成立后生效前自亦得撤回。

[20] 设甲向乙为要约，A、B、C 先后分别以乙之名义（均为狭义无权代理）向甲为承诺，此时若不认为要约因合意达成而消灭，就会出现甲、乙之间同时成立三个合同之古怪局面（此案型系源于葛云松教授之报告（详下注[38]），特此感谢）。

另外，于此涉及到合同成立后，撤回（或撤销）之对象为何。一种观点认为，其所撤者仍系意思表示（Vgl. Oechsler, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl., 2013, § 929, Rn. 41. Köhler, a.a.O. § 8, Rn. 35.）（笔者以为，所谓意思表示之撤销，实指意思表示效力之撤销）；按照这种观点，撤回或撤销后，法律行为系不再成立。另一种观点认为，所撤者乃合同之效力，故撤回或撤销不影响法律行为的成立（详 Vgl.Leenen, a.a.O., § 6, Rn. 144, § 7, Rn. 9f.）。笔者则认为，按照法条之不同立法目的，两种情形均有可能：① 通常情形，合意达成后，撤销系针对法律行为之效力，而非意思表示之效力。因若系后者，因撤销即导致法律行为不再成立，从而无转换、认许之余地，显不合理。② 在特定情形，因特殊之立法目的，亦得允许撤销仅针对某一意思表示。如在决议行为情形，某一股东所撤销的，只能是其意思表示之效力，而非整个决议行为（详 Vgl. Bork, a.a.O., Rn. 437f.）。此时必须认为，意思表示虽因合意达成而消灭，但仍无妨令表意人撤销融合于合意中的意思表示之效力。

[21] 比如《合同法》第 19 条所谓要约不得撤销，是指承诺到达前而言：承诺到达，要约即已消灭，若要令要约人仍然受（成立但未生效）合同之形式拘束，即无法以该条或《总则》第 141 条作为依据。同理，承诺人对合同所受之形式拘束力，亦无法以《合同法》第 27 条或《总则》第 141 条作为依据。此外，就承诺之所以仅规定撤回，而无撤销之规定，亦在于承诺到达后即转化为合同，逻辑上不再有单独撤销承诺之可能性。

[22] 即使认为合意发生后，合意中之要约、承诺仍得撤销（如前注[20] Oechsler, a.a.O., Rn. 41.所持立场），亦不影响这一结论之成立。

一般生效要件的不具备。比如因超越限制行为能力范围而发生合同效力待定。② 或因特别生效要件的不具备。包括附停止条件与始期、超越代理权、批准或登记之生效要件尚未具备、表意人死亡前之死因行为等。

就此种种情形，法律通常均设有专门之规定，司法实务亦常以司法解释作出补充，为此，颇有必要透过各具体规定，玩味立法者或司法者就成立但尚未生效的法律行为之一般形式拘束力，持何种基本立场。

2. 具体规定之分析

（1）因行为能力或代理权而效力待定之情形。即此，我国法上之规定，均侧重于表意人何时可不受拘束，比如规定法定代理人或本人可拒绝追认而不受拘束、善意相对人可不受拘束，[23] 而非规定何时要受拘束。可见，立法者系以成立后即具有一般形式拘束力为基本立场。

（2）附停止条件或始期之情形。① 附停止条件时，现行法规定不得恶意促使或阻止条件成就[24]；若当事人恶意阻止条件成就，无非是希望行为终局不发生效力，进而从中脱身；而法律之所以就此拟制条件成就，系令当事人仍受此行为之拘束。可见，立法者系认为此时行为已有形式拘束力，其规定即旨在避免此种拘束力为恶意行为所规避；反之，若立法者认为此时行为尚未发生形式拘束力，即无规定本条之余地。② 行为附始期时，比较法上常有附期限规定准用附条件法律行为效力之规定[25]，我国虽无类似规定，但附始期之行为，行为生效之确定性强于附停止条件之行为，举轻明重，当事人自亦应受形式上之拘束。

（3）以审批或登记为特别生效要件的法律行为（《合同法》第 44 条第 2 款），尚未取得审批或完成登记之情形。就此，在合同领域，司法解释通过明确当事人之行为义务，[26] 间接表明对其一般形式拘束力之肯认立场。立法部门的同志则认为，于此情形，任何法律行为均具有“不得擅自解除或者变更”之形式拘束力。[27]

（4）表意人死亡前之死因行为。① 就遗嘱，上文已说明《继承法》第 20 条第 1 款之规定，足以表明立法者就全部法律行为均持具有形式拘束力之基本立场。② 遗赠扶养协议之性质，取决于协议之内容。若协议中仅含有被扶养人遗赠之义务，未直接含有遗嘱之内容，则系完全生前行为，无涉于此处之问题。若协议中尚直接含有遗嘱，则系部分生前、部分死因行为，[28] 但亦仅就遗嘱部分发生相同之问题，于此不赘。

概言之，上述各种情形之规定，可分为两类：一类是直接规定某种行为成立后生效前不受拘束，可据此推知现行法系就全部行为均以形式拘束力为基本立场。另一类是直接规定行为成立后生效前之某种义务或其他效力（而非直接规定行为成立后之一般形式拘束力），从而间接表明其对此类行为具有一般形式拘束力之立场。

[23] 参见《总则》第 145 条第 2 款、第 171 条第 2 款，《合同法》第 47 条第 2 款、第 48 条第 2 款。
[24] 参见《合同法》第 45 条第 2 款、《总则》第 159 条。
[25] 如参见德民第 163 条。
[26] 参见前注[7]。
[27] 参见李适时，前注[14]，第 426-427 页。
[28] 许莉主编：《婚姻家庭继承法学》，北京大学出版社 2012 年第二版，第 216 页。德国法上，就此种继承契约，亦认为具有此种双重性；Vgl.Wörlen/Leinhas, Erbrecht, 2009, Rn. 208, 218.

（三）后果正当性之考量

上文立场一与立场二之区别，在于以法律行为成立后之形式拘束力为例外或原则，何种立场为正当，尚应考察其衍生之后果。

1. 法律适用者之论证负担

法律行为成立后、生效前，若就一般形式拘束力发生纠纷（自然是一方主张得任意变更或反悔，另一方则反之），因系法律问题，法律适用者须依职权作出判定。

按立场一，法律行为成立后生效前，原则上无形式拘束力，法律适用者若认为此时有形式拘束力，即须进行论证。按立场二，法律行为成立后生效前，原则上有形式拘束力，法律适用者若认为此时例外无形式拘束力，须作论证。而按照上文所列举之具体情形，恐以认定有形式拘束力者为多见，盖因其似更合乎诚实信用之要求，契合事理之当然也。故而采取立场一，法律适用者的论证负担显然更重。

兹举一例以作说明：甲、乙约定其房屋租赁契约需经备案登记方能生效，在备案登记前，该契约是否具有一般形式拘束力？此时，《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 4 条第 2 款虽规定：“当事人约定以办理登记备案手续为房屋租赁合同生效条件的，从其约定。但当事人一方已经履行主要义务，对方接受的除外。”，但自其无法径行得出该契约具有一般形式拘束力的结论，只能通过诚实信用原则，甚至如笔者上文所述结合自己责任之基本理念、考察法律体系内其他规定所隐含之立场，作长篇之论述，方能证成任一方均不得任意反悔之结论。而若采立场二，既以有形式拘束力为原则（相当于上述论证已完成，诚实信用原则亦已具体化为一条明确的规则），于此并无特殊立法目的，且显无异常情事表明此时之形式拘束力悖于诚信原则，立法者即根本无需作任何论证。

2. 法之安定性

按立场一，法律适用者常须积极论证形式拘束力之存在，为此，除考量立法目的外，往往要结合诚实信用以作论证，尤以无可资直接适用之法律规定时为然；而依法律行为内容之型构自由，无直接法律规定之情形，恐非少数（如上段所举房屋租赁案型）。按立场二，形式拘束力之存在已具体化为一般规则，仅需审查是否因特别的立法目的而不应发生形式拘束力，或发生形式拘束力是否例外悖于诚实信用，而此类情形较为罕见，故其适用诚实信用原则之几率较低。而诚实信用原则作为一般条款，易造成法律适用上之不确定性，故较诸立场一，立场二更有利于法之安定性。

综上可知，自后果正当性观之，亦以立场二为当。

（四）比较法

自比较法观之，法律行为成立后生效前之一般形式拘束力，亦不乏依据。

1. 德国民法上，似亦以法律行为之一般形式拘束力为基本立场。如《德国民法典》第 873 条第 2 款，规定不动产相关物权合意在登记前仅于特定情形方受拘束，一般认为，此乃

对原则上形式拘束力之突破；[29] 就动产物权合意，通说亦就其交付前之无拘束力，特作论证说明。[30]

2. 我国台湾地区，司法实务上之判例承认契约成立后、生效前，即具有“拘束力”，王泽鉴先生就此归纳为：“所谓契约之拘束力（受契约之拘束），系指除当事人同意或有解除原因外，不容一造任意反悔请求解约，无故撤销。易言之，即当事人之一方不能片面废止契约。”，从而区别于所谓契约之效力（即基于契约而生的权利义务）。[31] 其所称“拘束力”，即本文所称法律行为成立后生效前之一般形式拘束力，其所称“契约效力”，即本文所称法律行为之实质拘束力（意定效果）。

（五）现行规定之解释

综上所述，法律行为成立后生效前之一般形式拘束力，应受肯认。自解释论上而言，①《总则》第 136 条第 2 款，应认为系此种一般形式拘束力之表达；至于立法部门同志认为亦涵盖在内的法律行为生效后之拘束力，因系事理之当然，毫无规定之必要，不宜解释为本款之含义范围。法学方法上，此系目的性限缩。② 《总则》第 119 条之规定，固系沿袭《合同法》第 8 条第 1 款，但因《总则》不再将法律行为定义为合法行为，[32] 法律行为之事实构成不再以合法性为要素，[33] 本条所称之“依法成立”不宜再理解为“因合法而生效”，而应按文义解释为“符合成立之规定”，从而本条所称之“法律约束力”亦指行为成立后即发生之一般形式拘束力。当然，立法论上，在《总则》整合入《民法典》时，似应作文字上之相应调整，以作明确。[34]

三、一般形式拘束力之体系：例外与其消灭

既已肯认法律行为因成立，原则上即具有一般之形式拘束力，为学理体系之完整，亦须尝试归纳整理其例外及其消灭等情形。

（一）例外不具有一般形式拘束力之情形

笔者以为，法律行为之成立，不发生一般形式拘束力的情形包括：① 法律明确排除一般形式拘束力的情形。如上引《继承法》第 20 条第 1 款，即其适例。② 若法律虽未直接排除此时之一般形式拘束力，但依其情事，该行为生效后会发生撤销权、任意撤销权或任意解除权的，则在其成立后生效前，亦应排除其形式拘束力。比如依《消费者权益保护法》第 25 条消费者享有无理由退货权的，纵然合同成立但未生效，消费者亦得行使之。又如附停

[29] Vgl. MüKo/Kohler, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl., 2013, § 873, Rn. 79. 惟其作者认为，该歉系对要约拘束力相关规定之突破，笔者则认为应是对法律行为拘束力之突破。Siehe auch Oechsler, a.a.O., § 929, Rn. 41.

[30] 理由一是该条的文义要求物权合意必须是现行存续的，此前的物权合意非为已足；理由二是上述德民第 873 条第 2 款之反对解释：理由三是之所以要求交付生效，系为保护处分人以免过于草率，即此而言与要式之规定类似，故在交付前不宜令其发生拘束力。理由四是交付前之拘束力，会令处分人在丧失权利前即受到处分权之限制，有悖于不得以法律行为限制处分权之规定（德民第 137 条第 1 句）。Vgl. Berger, in: Jauernig Kommentar, 15. Aufl., 2014, § 929, Rn. 6. Oechsler, a.a.O., § 929, Rn. 41.

[31] 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2013 年第二版，第 204 页。

[32] 可对比《民法通则》第 54 条与《民法总则》第 133 条就法律行为所作之定义条款。

[33] 参见李适时，见前注[14]，第 414 页。

[34] 包括第 136 条第 2 款所称之“解除”，亦宜修改为“消灭”或“撤销”。因解除通常仅得适用于特定类型之契约，不能适用于一切法律行为类型。

止条件之合同，若其中一方当事人因错误、欺诈、胁迫等享有撤销权的，亦得在条件成就前行使之。再如赠与合同之停止条件成就前，赠与人亦得行使《合同法》第 186 条第 1 款之任意撤销权。③ 法律行为受有绝对无效之事由的，纵然停止条件尚未成就，亦直接无效，不存在行为成立后、生效前之阶段，自不发生成立之一般形式拘束力问题。法律行为受有相对无效事由的，在停止条件成就前，受其规定保护之第三人主张无效时，亦同。④ 依某一法律规定之立法目的或诚实信用，不宜发生形式拘束力之情形。如上文所述德国法上交付前之动产物权合意情形。[35] 又如警示目的之法定要式发生瑕疵之情形，若认为其不影响法律行为之成立的（详下文），亦同。⑤ 此外，如上所述，有相对人之单方法律行为在成立后生效前，其一般形式拘束力实乃意思表示形式拘束力之继续作用，严格言之，并非行为成立本身所致之效力。

（二）一般形式拘束力之消灭

笔者认为，法律行为成立所生之一般形式拘束力，得因下列事由而消灭：① 因法律行为终局不生效力而消灭。比如效力待定之法律行为，追认权人拒绝追认或善意相对人之撤销的，或需经审批的法律行为确定不再能获得审批的，[36]其一般形式拘束力自应消灭；又如附停止条件之法律行为，停止条件确定不成就的，亦无不同。② 因法律行为最终生效而消灭。比如效力待定的法律行为若已因追认或批准而生效的，其效力中已当然将“任一方不得任意变更或反悔”之形式拘束力涵盖在内，否则此种实质性的意定效果便无保障可言。③ 因协议解除而消灭。[37]

四、法律行为成立后生效前一般形式拘束力之意义：体系辐射效应

以法律行为成立后生效前之形式拘束力为原则，可进一步发生体系辐射效应，解决存疑之问题。兹举两例如下。

（一）无权代理之法律行为：不成立，或成立但效力待定？

一般认为，代理权为代理行为之特别生效要件，无权代理不影响代理行为之成立。但亦有可能的观点认为，代理的法律效果，是意思表示法律效果之归属，而非法律行为效果之归属，代理权系意思表示之生效要件，而非法律行为之生效要件，因此，无代理权系令意思表示效力待定，从而合同不成立。[38]

笔者以为，仅需试问：无权代理之合同，若系无权代理发出要约、承诺人恶意时，承诺人在本人追认前，是否应受尚未生效之合同的形式拘束，抑或可以随意反悔？显然以前者为当。此时进一步追问其所受拘束力从何而来，此时唯有以合同成立后之一般形式拘束力以作说明[39]。据此可知，无权代理仍应属代理行为之特别生效要件。

[35] 参见前注[30]。

[36] 在是否能够获得审批尚未最终确定前，其亦系效力待定之行为。

[37] 参见王泽鉴，见前注[31]，第 205 页。

[38] 此系 2016 年 10 月在华东政法大学举办的首届五校民法论坛“意思表示与法律行为理论研讨会”上，葛云松教授作《意思表示的生效要件——兼论代理的概念》报告时，以一系列案型所提出的令人兴味盎然之问题。

[39] 就此应作进一步之说明：① 此时，若称恶意相对人之受形式拘束，系从善意相对人有撤销权反推而出，

（二）法定要式瑕疵之法律后果

法定要式不具备时，法律行为系不成立，抑或成立但不生效，抑或是无效？[40]此系学说上长期争议之问题。《总则》就此未设规定；《合同法》上亦无直接规定，但其第 36 条规定法定或意定书面要式之合同得因履行而补正："法律、行政法规规定或者当事人约定采取书面形式订合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。"[41]由其因补正而"成立"之用语，似可推知书面要式之合同若未经补正，即为不成立；立法部门的同志则认为是"推定不成立"。[42]

笔者认为，若法定要式之规定，仅系证据目的，则其不具备时，当不影响法律行为之效力，故其既非成立要件，亦非生效要件。[43] 惟此种情形在法定要式中极为罕见而已。

若法定要式之规定，具有警示目的或维持法律关系清晰性与公开性之目的，在要式具备前，自不宜令其发生任何的拘束力。为此，可有三种构造模式：① 法律行为不成立。② 法律行为成立，但成立原则上并无任何拘束力（采上文立场一）。③ 法律行为成立，成立原则上具有形式拘束力，但此时因要式规定之特别立法目的，其成立例外不应发生拘束力（采上文立场二）。[44] 此时，因按上文采立场二，即仅得在模式①与③之间作一选择。[45] 即使最终选择模式③，虽貌似较为复杂，但技术构造方案上之区别，若涉及背后价值观之不同，则应以维护法律体系内价值观之一致性为上，宁为价值观之维护而采取复杂之构造，亦不能为构造之简明而破坏价值之一贯。

五、结语

综上所述，法律行为成立后生效前之一般形式拘束力，系基于自己责任之私法基本理念，于现行民法相关诸规定中似构成理所当然之基本立场，即此而言，系内部体系中"法条式之原则"。[46] 其亦具有减轻法律适用者论证负担、较好维护法之安定性的作用。此外，其在比较法上亦不无依据。故本文认为，对之应持肯认态度，《总则》第 136 条第 2 款、第 119 条均应解释为此种一般形式拘束力之规定。此种一般形式拘束力之肯认，亦具有体系辐射效应，在若干疑难问题之处理上可发挥积极之作用。惟就此问题，文献中着墨不多，笔者虽努力作论证与体系建构之尝试，但实无排除其他解释模式之完全确信，即此期待学界诸师友指正为谢。

则仅系形式逻辑上之理由，至于背后之原理则尚未得到说明。② 同理，在无权代理为承诺的情形，若合同不成立，则要约人为何要受效力待定合同之拘束，其理不明（注意要约拘束力之规则，已因合同成立而不再敷用）。③ 此时，另一种解释模式是意思表示之形式拘束力，但上文认为意思表示因合意达成而消灭（见前注[20]），故排除此种解释模式。

[40] 至于意定要式为何种要件，主要取决于当事人之意思。根据当事人意思之不同，其得为生效要件、成立要件或既非成立要件亦非生效要件。当事人明确约定法律行为符合特定要式才生效的，系以之为生效要件。当事人明确约定符合特定要式才成立的，系以之为成立要件。当事人之意思是以特定方式保存证据的，要式既非成立要件亦非生效要件。当事人仅约定特定方式但未明确其后果的，如有疑问，应推定行为不成立（可参见德民第 154 条第 2 款），但如能证明当事人仍欲令未遵守意定要式之行为生效的（比如已经履行），即不在此限。Vgl. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, B. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, § 15 III 2, S. 264ff.; Leenen, a.a.O., § 9, Rn. 156. Mansel , in:Jauernig Kommentar, 15. Aufl., 2014, § 155, Rn. 4.

[41] 《合同法》第 37 条之规定（采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立），表面上虽类似，实则具有完全不同之含义：于此情形，在签字或者盖章前，当事人之法律拘束意思通常尚未表示于外，合同本应尚未成立；但若当事人一方已经履行主要义务且对方接受的，则其系以此另行表达出了终局之法律拘束意思，故而合同成立；其具体权利、义务关系，则得以合同书所写内容作为事实上推定之依据；即此而言，本条功能上类似于《德国民法典》第 154 条第 2 款之规定。至于此时，是否应认为同时构成废止意定书面要式之默示约定，则有不同见解（Vgl. Flume, a.a.O., § 15 III 2, S. 264ff.）。

[42] 胡康生，见前注[13]，第 68 页。

[43] Vgl. Flume, a.a.O., § 15 III 3 a), S. 267f.

[44] 相当于德国法上例外认为在交付前，动产物权合意虽然成立，但无拘束力。

[45] 至于此两种模式之优劣，非本文论述之重点，且较为复杂，容另文阐述。

[46] Vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 479ff.（中文版参见（德）卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 353-355 页）。

新桃换旧符：民法总则上的恶意串通行为无效规范

李 宇*

恶意串通，为我国民法上颇具特色的规定。学术上虽有批评之声，民法总则仍予保留。第 154 条规定："行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。"本条来源于民法通则第 58 条第 1 款第 4 项、合同法第 52 条第 2 项，但将"损害国家、集体或者第三人利益"改为"损害他人合法权益"。立法技术上显有进步。国家利益，属于公共秩序内容之一。规定"恶意串通损害国家利益无效"，不免徒生疑窦：未恶意串通而损害国家利益，莫非就不会因损害国家利益而无效？集体利益本属于第三人利益范畴；集体利益，必有集体经济组织或村民委员会等特定主体享有，不存在一种抽离于特定主体之外的、纯粹抽象的集体利益。本条以他人权益称之，准确而简明。

本条既仍为现行法之规定，学术上即不能一批了之，而应着眼于其解释适用。况且某些批评意见，本身亦有商榷余地。纵观司法实务，恶意串通法律行为无效之规定，自有其不可替代的作用；而实务中误用、滥用现象之纠正，则有赖于学说上阐明相关概念之协力。民法总则赋予其更清晰的定位，名虽旧规，其命维新。本文尝试在民法总则新架构下，阐述本条规定的体系定位、规范意义，并顾及同民法总则以外其他法律中相关概念的衔接理解。

一、体系定位

（一）背俗行为之特例

恶意串通损害他人合法权益的行为，本质上属于违背善良风俗的行为，本条作出特别规定，是对此种背俗行为的特别例示规定。[1]如果说在民法通则、合同法时代，恶意串通被混杂于法律行为各项无效事由之间，从体例上尚不足以明其心、见其性，则本法将恶意串通法律行为规定于背俗行为之后，其背俗行为特例之性质，即已彰显无遗。

同时须说明的是，恶意串通法律行为本身即具有背俗性，此与受欺诈、胁迫所为法律行为以及显失公平法律行为不同。欺诈、胁迫手段本身具有违法性，且违背公序良俗，但相对人因受欺诈、胁迫而作出意思表示、进而成立法律行为，该意思表示及法律行为并无违法性、背俗性；显失公平法律行为，系一方乘机图利，其乘人之危谋取不当利益，违背善良风俗，但被其利用不利情势的相对人因此作出意思表示、进而成立法律行为，该意思表示及法律行为并无违背公序良俗的性质。概言之，欺诈、胁迫手段，与以此手段促成的意思表示或法律行为，系属两事，不可将手段的不法（或背俗），混淆于以此手段促成的意思表示或法律行为是否违法、背俗。而恶意串通法律行为则不同：双方当事

* 李宇，上海财经大学法学院讲师，法学博士。本文系上海财经大学基本科研业务费项目"中国动产和权利担保物权法律制度完善研究"（项目号 2016110057）成果。

[1] 将某种违背公序良俗的行为特别例示，立法例上早有先例。德国民法典第 138 条第 1 款规定违背善良风俗的法律行为无效，第 2 款规定暴利行为尤应无效，系将暴利行为作为违背善良风俗行为的一种特例加以规定。

人通谋实施该法律行为以损害第三人权益，该法律行为本身即为损害他人合法权益之手段，手段与行为本属一体，则手段之背俗，即行为之背俗。

（二）恶意串通法律行为与通谋虚伪表示

本条所称恶意串通行为，不同于本法第 146 条规定的通谋虚伪表示。

其一，意思表示真实与否不同。通谋虚伪表示，是双方当事人均无真实意思表示而实施法律行为。恶意串通，是指双方当事人均有实施法律行为的真实意思表示，唯此真实意思表示，是为了损害他人（第三人）的合法权益。举例说明：债务人为逃避债务，将名下不动产虚假转让于另一人，实际上仍占有、使用该财产，此为通谋虚伪表示；债务人为逃避债务，将其不动产真实转让于自己的关联企业，此为恶意串通。两种行为的区分，在法理基础上互不相同：通谋虚伪表示之所以无效，是因为不存在真实意思表示，即不具备本法第 143 条第 2 项规定的法律行为有效要件；恶意串通行为之所以无效，是因为违背善良风俗，即不具备本法第 143 条第 3 项规定的法律行为有效要件。

其二，是否涉及第三人不同。通谋虚伪表示的无效，不以涉及第三人权益为要件。虚伪表示，无论是否损害第三人权益，均为无效。恶意串通，则以损害第三人权益为要件。

其三，有无隐藏行为不同。当事人为通谋虚伪表示，可能以之隐藏其他法律行为，即发生隐藏行为的效力判断问题。恶意串通，本属真实意思表示，无所谓隐藏行为。

（三）代理人与相对人恶意串通所为法律行为

本法第 164 条第 2 款规定代理人与相对人恶意串通损害被代理人合法权益的，应负连带责任，但未规定代理人和相对人恶意串通所为法律行为的效力。其合理性在于，本法第 154 条关于恶意串通法律行为无效的规定，已可涵盖上述情形。本法第 154 条规定的是行为人与相对人恶意串通损害他人合法权益的法律行为。此所谓行为人，如为法律行为当事人自己时，当事人即行为人。如当事人自己不亲自实施法律行为，而由其代理人代为实施法律行为时，则代理人即为行为人。代理行为，亦属于此所谓行为。作为代理人的行为人，与相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，完全处于第 154 条的文义范围之内。无须扩张解释，更无须作目的性扩张（并不存在法律漏洞），即可得出代理人与相对人恶意串通法律行为无效的结论。

以上是从法律逻辑上得出的形式上之理由。就实质上之理由而言，代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的法律行为，更应当无效。代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的行为，相比于不存在代理的情况下当事人自己和相对人恶意串通损害他人合法权益的行为，前者的危害更严重，性质更恶劣。理由如下。

其一，代理人因其与被代理人之间的代理关系，而拥有以一己意思为被代理人形成或变动法律关系、而由被代理人承受后果之权力，此种特殊的法律地位，对被代理人造成了受侵害的特别可能性，此种特别可能性为一般当事人间之所无。于不存在代理的情况下，一方当事人与相对人恶意串通实施法律行为，仅对串通双方有约束力，对受侵害人（第三人）并无约束力，受侵害人并不承受该法律行为所生义务或负担，只是因该法律行为效果的实现而间接地受到侵害。与此不同，代理人和相对人恶意串通行为，如为法律行为时，所代理的法律行为当事人为被代理人和相对人，即对被代理人（受侵害人）发生约束力，受侵害人将直接承受该法律行为所生义务和负担。就此而言，代理行为中的恶

意串通，较之非代理情况下的恶意串通，对受侵害人的危害程度更为强烈。

其二，被代理人一般是基于信任、托付关系而向代理人授予代理权（在法定代理情形，可说是法律模拟被代理人的意思而将代理权托付于法定代理人），代理人背弃被代理人的信任、托付（或法律的托付），竟与相对人恶意串通损害被代理人合法权益，此种行为对公序良俗的违背程度，更甚于彼此不存在信任、托付关系者之间所为的一般恶意串通行为。

因此，即便抛开文义解释不论，依据当然解释方法（举轻以明重），结论亦无不同：一般当事人之间的恶意串通法律行为，并不对受侵害人直接发生法律约束力，尚且作为违背公序良俗的一种特例，应为无效；代理人和相对人之间恶意串通、损害被代理人合法权益的法律行为，将因代理制度而直接对受侵害人直接发生约束力、对受侵害人危害更大，且对公序良俗破坏更甚，则更应无效。

另需说明的是，不应将第 164 条第 2 款情形误认为无权代理，也无需借用代理权滥用理论判断代理人与相对人恶意串通所为法律行为的效力。

首先，第 164 条称代理人，当然是指依法律或依授权而有代理权的代理人而言。而在无权代理（包括狭义无权代理及表见代理）情形，条文均称“行为人”而非“代理人”（本法第 171 条、第 172 条），彼此显然不同。从法律效果上而言，无权代理规则的后果为被代理人有追认权，而在代理人与相对人恶意串通、损害被代理人合法权益的情形，赋予被代理人追认权，实属无稽；当然，如世事无常，代理人与相对人恶意串通，本欲损害被代理人权益，不料事与愿违，客观上反而有利于被代理人时，被代理人大可不主张恶意串通法律行为无效（恶意串通法律行为应为相对无效），则因代理人所为代理行为仍属于有权代理，而对被代理人发生效力，于被代理人丝毫无损。

其次，代理权滥用，纯属学理上概念，且代理权滥用究竟包括哪几种形态、代理权滥用效果如何、究属有权代理或无权代理，众说纷纭，莫衷一是。[2]我国民法并未使用代理权滥用概念，且结合本法第 154 条足以解决问题，自无诉诸此种纯粹学术概念之必要。[3]

二、规范实益

（一）恶意串通规定的独特意义

恶意串通法律行为无效，是我国法上较具特色之规定。实务中有不少泛泛适用恶意串通规定的判决，包括代理人与相对人恶意串通、双方代理中的恶意串通、恶意串通逃避债务、恶意串通实施无权处分、恶意串通实施共同欺诈、恶意串通规避法律等，将本应属于其他制度适用范围的案型，动辄以恶意串通规定为依据判决。故有学者认为，上述问题可依双方代理、欺诈、债权人撤销权、无权处分等制度加以解决，余下的部分问题有些属于脱法行为范畴，有些属于通谋虚伪表示范畴，法律不必规定恶意串通法律行为无效，如果实践中还有一些问题无法被上述制度涵盖，则可依据公序良俗原则处理。[4]

[2] 相关学说争议，例见［日］山本敬三：《民法讲义Ⅰ·总则》（第三版），解亘译，北京大学出版社 2012 年版，第 349—351 页。

[3]某些学说认为自己代理、双方代理也属于代理权滥用的形态。本法第 168 条对自己代理、双方代理设有明文规定，清楚明白，亦无借用代理权滥用概念加以解释说明之必要。

[4] 杨代雄：《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与通谋虚伪表示的关系为

但恶意串通法律行为无效规则，并不完全与其他制度重叠。例如，出卖人将不动产以 300 万元价格出卖于买受人之后、移转所有权之前，因房价上涨至 500 万元且有进一步上涨态势，为获得更多利益，而与第二买受人（亲友或关联公司）恶意串通，以 480 万元价格订立第二个买卖合同并移转所有权。既非无权处分，又不适用债权人撤销权，第一买受人唯有依据恶意串通法律行为无效之规定，方可主张第二买卖合同无效、进而请求强制履行第一买卖合同以取得标的物所有权。[5]《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 10 条规定，即指向此类情形。但一物数卖中的恶意串通，并不以商品房买卖为限，二手房买卖乃至商铺买卖或其他财产买卖中的类似行为，均不排除构成恶意串通行为的可能。

又如，金融不良债权处置依法应经合法、独立的评估机构评估，而评估机构与债务人之间恶意串通，低估、漏估不良债权的，债权转让合同无效（最高人民法院《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》（法发[2009]19 号）第六部分）。此种案型，亦非其他现有规范足以涵摄。

此外，恶意串通行为所侵害的权益，并不限于债权。股权与其他投资性权利，也均可成为本条保护对象。例如甲公司有优质资产，其控股股东乙与另一企业丙工厂有合作关系，甲公司在乙授意之下，与丙工厂恶意串通，将该优质资产通过收购重组等方式低价转移给丙工厂（系有权处分），侵害甲公司小股东的股东权益（并非债权人）。

未被其他制度所涵盖的恶意串通法律行为，虽不妨碍通过公序良俗规定解决，但在违背公序良俗法律行为无效规定之后，专设恶意串通法律行为无效的规定，作为违背公序良俗法律行为无效的特例，便利于法律适用，亦有实益。

（二）恶意串通和债权人撤销权的竞合

债务人和相对人恶意串通，损害债权人利益的，可同时构成诈害行为。在此情形，本条与合同法第 74 条关于债权人撤销权的规定构成竞合。债权人可以择一主张。恶意串通行为中的恶意抵押案型（实务中也称为事后抵押），尽管被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 69 条列为债务人诈害行为之一种，而赋予债权人撤销权，但并不由此排斥债权人以恶意串通为由主张恶意抵押行为无效。[6]

与债权人撤销权规定相比，本条规定有下列实益。

其一，债权人撤销权制度目的在于保全债务人的责任财产，使之能够满足债权人的债权，原则上不适用于仅特定物债权受侵害的情形。[7]如债务人将特定

视角》，载《比较法研究》2014 年第 4 期，第 106-111 页。

[5] 一物数卖，系经济生活中的常见现象。一般而言，后买受人以更高价格买取已售之物，系市场经济自由竞争之体现，不违背公序良俗。即使后买受人知道物已出售，亦不必然无效。但如后买受人与出卖人通谋实施损害先买受人利益的行为，则有悖于善良风俗。

[6] 上诉人中国农业银行股份有限公司绵竹市支行与被上诉人东方电气集团峨嵋半导体材料有限公司、东方电气集团财务有限公司债权人撤销权纠纷案，最高人民法院（2014）民二终字第 70 号民事判决书。

[7] 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2004 年版，第 403、404 页。有判决认为：《合同法》第 74 条第 1 款规定的“债务人以明显不合理低价转让财产，对债权人造成损害”，这里的“损害”应当针对全体债权人的利益而言，并非仅指提起撤销之诉的债权人个体。上诉人陈国飞与被上诉人王玉友、原审被告合肥光大国际服饰广场商业管理有限责任公司、张建军、吴建斌、原审第三人吴银华债权人撤销权纠纷案，安徽省合肥市中级人民法院(2015)合民二终字第 01154 号民事判决书。同旨参见上诉人中国长城资产管理公司合肥办事处与

物转让于第三人的行为，仅使有权请求移转该物的债权人不能取得该物，而债务人并未因该转让行为丧失清偿能力的，特定物债权人仍可转而获得损害赔偿，故债权人不得撤销。[8]但取得特定物，对债权人往往相当重要，关系到其合同目的之实现，尤其是不动产、特定财产权利等。恶意串通则无此限制。诸如商标权人恶意转移商标权以妨碍受让人依约取得该商标权，[9]以及不动产出卖人在已与买受人订立合同的情况下，恶意串通将标的物抵押给第三人[10]等案例，均可依照恶意串通规定解决。当然，在此情形，债权人仅可主张恶意串通的效果，不构成恶意串通和债权人撤销权的竞合。

其二，债权人撤销权不适用于劳务债权。第三人引诱劳务债权的债务人违约并与之另订合同（例如所谓“挖角协议”），[11]因不涉及财产处分行为，不构成合同法第 74 条所称诈害行为，债权人撤销权无用武之地。恶意串通规定则无此限制。引诱违约，第三人与违约方之间恶意串通，除侵权法上构成第三人侵害债权、第三人与违约方应对受损害方负连带赔偿责任外，第三人与违约方所订合同无效。[12]

其三，主张债权人撤销权，受除斥期间限制（合同法第 75 条）；依据恶意串通规定主张无效，则无此限制。

其四，债权人撤销权的对象为债务人的诈害行为，而诈害行为仅限于无偿处分和以明显不合理低价转让、以明显不合理高价受让之行为，有其局限性。如债务人以合理价格转让财产以逃避债务，债权人即无权撤销。例如，债务人甲对外欠债权人 1000 万元，将于 2018 年 3 月 1 日到期，为避债，遂与合作单位乙通谋，将其价值 1500 万元的不动产以市场价格出售于乙，不久之后即完成所有权移转登记，但甲乙双方约定乙支付价款的期限为 2025 年 12 月 1 日。而乙系一个仅有 10 万元资产的小公司。此种情形，债权人撤销权的要件并不具备，债权人亦无从行使代位权以代位行使甲对乙的价款债权（远未到期），更不能代位行使解除权。[13]债权人固然可以通过申请法院强制执行程序取得甲对乙的价

被上诉人安徽永顺房地产开发集团有限公司、安徽首开商贸有限公司债权人撤销权纠纷案，安徽省合肥市中级人民法院(2016)皖 01 民终 3191 号民事判决书（“合同法规定债权人撤销权制度是债权保全制度的一项内容，目的在于防止因债务人责任财产的不当减少而使债权人受到其债权不能实现的不当损害，维持债务人的责任财产以备全体债权的清偿”）；傅力阳与应龙飞债权人撤销权纠纷案，浙江省绍兴市中级人民法院（2015）浙绍商终字第 1193 号民事判决书（“债权人撤销权制度之立法目的在于保障全体债权人的合法利益”）。

[8] 此所谓特定物，不限于物，权利亦在其内。

[9] 再审申请人百安奇售货设备集团公司与被申请人常州费斯托自动售货设备有限公司、徐嘉伟、周利商标转让合同纠纷案，最高人民法院（2013）民提字第 103 号民事判决书。

[10] 上诉人陈建新、朱慧卿与被上诉人陈春香、原审被告龙游县龙游大酒店有限公司、浙江中兆实业有限公司房屋买卖合同纠纷案，浙江省衢州市中级人民法院（2013）浙衢民终字第 357 号民事判决书。

[11] 劳务债权，形态丰富多样，劳动合同、委托合同、演出合同、咨询合同以及其他各种服务合同，均属此类。第三人侵害债权之例，如演艺公司引诱已与同行签约的歌手、影视演员等恶意毁约，另订新约；原告收买被告代理人，约定代理人于开庭时承认对被告不利的事实，待被告败诉后双方分成。

[12] 在立法上未明文规定恶意串通行为无效的法域，此类契约可因违背公序良俗被宣告无效。在我国法上，则可径适用更为具体的本条规定。

[13] 我国合同法第 73 条规定的代位权，债权人所能代位行使者，仅限于债务人对次债务人的债权（合同法解释一第十三条更是毫无依据地将此不当限缩为具有金钱给付内容的债权），而不若立法例上一般规定可代位行使债务人的“权利”（包括解除权等）。在债务人将其财

款债权，但只要乙在此之前处分从甲所得的该不动产（有权处分，无偿亦可），价款债权仍不过是一纸白条而已。相反，债权人依据本条规定主张救济，则可一并将甲乙列为共同被告，诉请确认两被告的转让行为因恶意串通而无效，并申请保全涉案不动产，如此，可解其燃眉之急。

至于主观要件上，单从法条文义观之，构成恶意串通的难度似高于债权人撤销权：构成恶意串通应有双方当事人通谋，而债权人撤销权中，如为无偿转让，则不以受让人恶意为要件，如为有偿转让，仅须受让人明知债务人行为有害于债权人即可（合同法第 74 条），并不要求受让人与债务人通谋。但就实务操作而言，因完全凭借主观要素查明行为人的通谋几无可能，法院仍多结合主客观因素（内在意图和外在行为）认定恶意串通，与认定债权人撤销权情形的受让人恶意，实质上差异不大。

质言之，债权人撤销权规定是一项“规则（rule）”，恶意串通规定则近于一项“标准（standard）”。规则和标准，是法律规范最主要的两种形态。规则，有明确的构成要件和法律效果。标准，无明确的构成要件或无明确的法律效果，或两者皆无。二者各有利弊。适用规则对法官的时间和合格性的要求较低，成本低而且更可能准确，可预测性和稳定性较强；标准的好处在于可以避免规则“涵摄过度”或“涵摄不足”的问题，并保持开放性和灵活性。[14]债权人撤销权规定因对债务人诈害行为有明确限定，司法解释还尝试予以量化（合同法解释二第 19 条），虽有助于增进法律规范的明确性，但同时也使规避行为更为容易，出现“涵摄不足”之弊。恶意串通规定，其法律效果虽然明确，构成要件则不如债权人撤销权清晰，固然容易引发解释和适用上的疑问，但确有其灵活性和解决实际案例的妥当性。由此不难理解，恶意串通规定在理论和实务上的“冰火两重天”现象：学者间主张废弃恶意串通规定者不乏其人，法院裁判以恶意串通为据者则层出不穷，此种理论上“恼人”和实务上“好用”并存的局面，正说明了恶意串通自有其独特价值。并且，考虑到我国现阶段经济生活中交易信用环境不佳、逃债行为花样翻新的现实，恶意串通规定的效用更加彰显。学理上更应正视该种规定，梳理总结实务裁判经验，尝试作体系上更融贯的解释，而不应无视实际，轻率断言砍削其适用空间。[15]

三、概念区分

产以合理价格出售的情形，如受让人不能支付价款而构成违约，依此种立法例，债权人尚可代位行使债务人对受让人的解除权，进而代位请求受让人将该财产返还于债务人。在我国法上则无此可能。但既便修法允许债权人代位行使债务人对次债务人的权利，在本例中，仍无济于事。债务人和受让人只须约定较晚的付款日期，受让人又无引发不安抗辩权之事由（小本经营，业绩稳定，信用未恶化），即不发生解除权。

[14] 关于规则与标准，已有大量研究。例如 Frederick Schauer, Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decisionmaking in Law and in Life (1991); Duncan Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976); Louis Kaplow, Rules Versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L.J. 557 (1992).

[15] 有学者断言“在保护对象是一般金钱债权时，能够适用恶意串通规则的情形，实际上全部可以落入债权人撤销权的范围”（茅少伟：《论恶意串通》，载《中外法学》2017 年第 1 期，第 167 页），言过其实，显然未注意到债权人撤销权的局限性，对于实务中恶意串通损害债权人利益的行为样态也未作详细考察。

现行法上使用“恶意串通”或“串通”概念的条文不少，为恶意串通概念混乱的根源之一。为准确适用法律，避免维持恶意串通概念所可能造成的混淆，有必要厘清本条所称恶意串通和其他法律条文中相同概念之间的区别。

本条所称恶意串通法律行为，有下列关键点：其一，主体为实施法律行为的人，包括亲自为法律行为的当事人和代为法律行为的代理人；其二，行为为民事法律行为；其三，效果（后果）为民事法律行为无效。此三项要素，为本条与其他规定的区别点。凡同时具备此三项要素的其他法律规定，其性质为本条的特别规定或重复规定；非同时具备此三项要素的规定，性质与本条相异，该规定所涉事项，不属于本条规定的适用范围，应依该特别规定或依据其背后的一般规定，解释适用之。

现行法律上提及恶意串通或串通的规定，列表如下。

表　本条以外提及恶意串通的法律规定

法律	条文	内容
民法总则	第 146 条第 2 款	代理人和第三人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和第三人应当承担连带责任。
担保法	第 30 条第 1 项	有下列情形之一的，保证人不承担民事责任： （一）主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的；……
拍卖法	第 37 条	竞买人之间、竞买人与拍卖人之间不得恶意串通，损害他人利益。
	第 65 条第 1 句	违反本法第三十七条的规定，竞买人之间、竞买人与拍卖人之间恶意串通，给他人造成损害的，拍卖无效，应当依法承担赔偿责任。
企业国有资产法	第 49 条	国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司及其董事、监事、高级管理人员应当向资产评估机构如实提供有关情况和资料，不得与资产评估机构串通评估作价。
	第 71 条第 1 款	国家出资企业的董事、监事、高级管理人员与资产评估机构、会计师事务所串通出具虚假资产评估报告、审计报告，造成国有资产损失的，依法承担赔偿责任。
	第 72 条	在涉及关联方交易、国有资产转让等交易活动中，当事人恶意串通，损害国有资产权益的，该交易行为无效。
政府采购法	第 77 条	供应商与采购人、其他供应商或者采购代理机构恶意串通的，中标、成交无效。
招标投标法	第 50 条	招标代理机构与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，给他人造成损失的，依法承担赔偿责任；该串通行为影响中标结果的，中标无效。
	第 53 条	投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。
海事诉讼特别程序法	第 41 条第 1 句、第 2 句	竞买人之间恶意串通的，拍卖无效。参与恶意串通的竞买人应当承担拍卖船舶费用并赔偿有关损失。
证券法	第 77 条	禁止任何人以下列手段操纵证券市场：……（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；……。 操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。
资产评估法	第 52 条第 1 款第 3 项、第 2 款	委托人在法定评估中串通、唆使评估机构或者评估师出具虚假评估报告，造成损失的，依法承担赔偿责任。
建筑法	第 35 条第 2 款	工程监理单位与承包单位串通，为承包单位谋取非法利益，给建设单位造成损失的，应当与承包单位承担连带赔偿责任。
	第 69 条第 1 款	工程监理单位与建设单位或者建筑施工企业串通，弄虚作假、降低工程质量，造成损失的，承担连带赔偿责任。
促进科技成果转化法	第 48 条	科技服务机构及其从业人员违反本法规定，故意提供虚假的信息、实验结果或者评估意见等欺骗当事人，或者与当事人一方串通欺骗另一方当事人的，给他人造成经济损失的，依法承担民事赔偿责任。
民事诉讼法	第 112 条	当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
	第 113 条	被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的，人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

1. 串通行为人之间未实施民事法律行为

行为人之间虽恶意串通，但彼此之间未实施民事法律行为，而是与第三人实施民事法律行为，或者并未参与实施法律行为的，并非本条所称恶意串通。有学者称之为“不真正的恶意串通”。[16]

担保法第 30 条第 1 项规定，主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的，保证人不承担民事责任。该项所指行为，是指主合同当事人（债权人和债务人）串通骗取保证的行为，不是民事法律行为（保证合同）当事人恶意串通，而是民事法律行为一方当事人（债权人）和第三人（债务人）恶意串通，损害另一方当事人（保证人）的利益。主合同当事人（债权人和债务人）之间并未恶意串通订立损害第三人（保证人）利益的合同（主合同本身不损害保证人利益，并非该恶意串通合同）。

经拍卖程序成立的买卖合同，系买受人（拍定之前称竞买人）和拍卖人之间的合同，竞买人之间并未成立该合同。竞买人之间恶意串通损害他人权益，与本条所指情形并不相同，因此与本条之间并非特别规定与一般规定的关系，二者并无重叠。如竞买人和拍卖人之间恶意串通，给他人造成损害的，则与本条重叠，要件与效果均无差异。

经招投标程序成立的买卖合同、建设工程合同等，系招标人和中标人（中标之前称投标人）之间的合同，投标人之间并未成立该合同。投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，不论其行为是否损害第三人权益，均为无效。其要件与本条均不相同：投标人之间串通投标，彼此之间并不存在买卖合同、

[16] 茅少伟：《论恶意串通》，载《中外法学》2017 年第 1 期，第 144-148 页。

建设工程合同等关系，并非该合同当事人，故不属于本条所指情形；[17]投标人与招标人串通投标，属于本条所称民事法律行为，但招标投标法第 53 条对之不设客观要件，不要求损害他人权益，则有别于本条，亦有别于拍卖法上述规定。上述两类串通投标行为，之所以导致中标无效，不是因为损害特定第三人的利益，而是因为损害了（抽象的）公序良俗。招投标程序，原系为确保缔约程序公平性而设的专门制度，其与公共利益的相关性更甚于拍卖程序，[18]串通投标行为，直接侵害法律所保护的公平竞争秩序，并有害于善良风俗，故在比较法上，即使法律未特别规定其后果，此类行为也应违背公序良俗而无效。我国法律特别规定此类行为无效，法理基础亦在于其违背公序良俗的性质，故认定此类行为无效，无须考察是否损害特定第三人的利益。此类特别规定的解释和适用机理，显然不同于本条规定。[19]政府采购法第 77 条规定中的供应商与其他供应商之间、供应商与采购代理机构之间恶意串通，致中标、成交无效的，亦属此类。至于招标代理机构与招标人、投标人串通，本身并非串通投标行为，其危害程度不及串通投标行为，因此另以损害国家利益、社会公共利益或他人合法权益为无效要件，但此种串通行为并非当事人之间（招标代理机构为代理人）的民事法律行为，故与本条仍不相同。

2. 串通行为人实施侵权行为

数人之间恶意串通，损害他人合法权益的，构成侵权行为，对受害人承担连带责任。本法第 164 条第 2 款、《企业国有资产法》第 49 条、第 71 条第 1 款和第 2 款、海事诉讼特别程序法第 41 条第 2 句、促进科技成果转化法第 48 条、证券法第 77 条、建筑法第 35 条第 2 款、资产评估法第 52 条第 1 款第 3 项与第 2 款关于恶意串通或串通的规定，均属于侵权行为规范，其所称恶意串通或串通，不以串通行为人之间实施民事法律行为为要件。本法第 164 条第 2 款情形，代理人和相对人恶意串通实施法律行为，损害被代理人合法权益的，属于本条规定文义范围，该法律行为无效。

《企业国有资产法》第 72 条规定（在涉及关联方交易、国有资产转让等交易活动中，当事人恶意串通，损害国有资产权益的，该交易行为无效），文义范围较宽，未限定于当事人之间的交易（可以是国家出资企业和他人之间的交易，也可能是不以国家出资企业为当事人的交易），其客观要件中“损害国有资产权益”，并非抽象意义上的国家利益，而是指国家对企业的出资所形成的权益（《企业国有资产法》第 2 条），因此必然指向特定的国家出资企业及其中的国家出资权益（特定股东的权益）。《企业国有资产法》该条规定，可以视作民法总则本条规范和其他规范的混合体。

3. 串通行为人实施妨害诉讼行为

民事诉讼法所规定的恶意串通行为，非尽指法律行为，而多指事实行为或诉讼行为。但恶意串通订立调解协议的，则为法律行为。恶意串通制造虚假诉

[17] 投标人之间可能另有约定串通投标的协议（围标协议），此种协议因违背公序良俗而无效，既非本条适用范围，亦非招标投标法第 53 条适用范围（第 53 条仅涉及对中标所订立合同效力的影响）。

[18] 关系到社会公共利益、公众安全的项目以及使用国有资金投资的项目等，实行强制招标制度（招标投标法第 3 条），此为拍卖法之所无。

[19] 类似规定，尚有海事诉讼特别程序法第 41 条第 1 句（竞买人之间恶意串通的，拍卖无效），亦不同于拍卖法规定，无客观要件。之所以严于一般拍卖，或许是因为其性质属于司法拍卖，直接关系到司法秩序的公正性和程序正当性。

讼、仲裁，往往以恶意串通法律行为（合同）或通谋虚伪表示作为事实基础，企图利用法院判决或仲裁裁决认可恶意串通法律行为或通谋虚伪表示的效力，借以损害第三人权益。[20]

[20] 以虚伪表示作为事实基础制虚假诉讼的实例，如上诉人上海欧宝生物科技有限公司与被上诉人辽宁特莱维置业发展有限公司、一审申诉人谢涛企业借贷纠纷案，最高人民法院（2015）民二终字第 324 号民事判决书。

《民法总则》中见义勇为条款之解读

——以第 184 条为分析对象

朱奕奕*

摘要：2017 年 3 月 15 日，《中华人民共和国民法总则》（以下简称“《民法总则》”）顺利通过，2017 年 10 月 1 日将正式生效施行。其中，第 184 条规范了见义勇为，明确规定了救助人因自愿实施紧急救助行为完全免责，消除了救助人的后顾之忧，最大限度地支持见义勇为事迹。乍看之下，立法者的出发点不可谓不可，但此种完全免责的归责方式悖于见义勇为制度之本旨，亦与此前的司法实践、理论界定背道而驰，因此，第 184 条的规定将可能带来巨大的道德风险，严重冲击无因管理、侵权责任等既有法律体系中的利益平衡。在《民法总则》生效的前提下，建议对“紧急救助行为”作严格之解释，进行目的论上的限缩；在《民法典》最终形成之际，建议对第 184 条进行修改，回归至以故意或重大过失为担责事由。

关键词 见义勇为 无因管理 故意 重大过失 紧急

一、问题的提出

受害人徐某经营阳信县翟王镇立军汽车维修服务部，原告徐某某、董某某、王某某分别为徐某之父、母、妻。被告田某将其所有的车牌号为鲁 M×××××货车开至徐某处进行维修保养。2015 年 1 月 20 日，因维修需要，徐某需将车倒至修车所用地沟之上，倒车过程中，车辆右后轮从地沟滑落。徐某遂想用千斤顶将车顶起开上地沟，在此过程中，车从千斤顶上滑落，将徐某挤在地沟处。当时在场等待提车的车主田某遂启动车辆对徐某施救，车辆启动后，欲倒车，倒不动，车辆右后轮方再次下沉。徐某随后被救出送往医院，经抢救无效当日死亡。而后，原告徐某某等人遂向法院起诉要求保险公司及被告田某承担赔偿责任。[1]

在本案的审理中，焦点问题之一即为被告田某作为救助人是否应对徐某的死亡承担赔偿责任。于其中，涉及的关键问题是如何评判田某的行为。一二审法院

* 国浩律师（上海）事务所，法学博士。

[1] 参见山东省滨州市中级人民法院（2016）鲁 16 民终 210 号民事判决书。

均认为，被告田某发现险情后在紧急情况下积极寻求救助，对徐某进行了救援，是一种见义勇为的行为，值得肯定。本案现有证据不足以证实田某的救助行为存在故意或重大过失，因此对原告方交强险赔偿以外的损失不应承担赔偿责任。[2]此案即为生活中常见的乐于助人、见义勇为事迹，针对救助人的行为，《民法总则》第 184 条进行了明确规定，因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。显然，第 184 条的规定完全免除了救助人的赔偿义务，此与之前理论与实践的观点均有所不同，核心之处在于：救助人的过错是否仍应考察？此为在《民法总则》出台后，处理见义勇为所必须理清的问题。

二、第 184 条立法回顾

在本次立法中，关于“见义勇为”的规定具有重大意义，亦承载着巨大的历史使命，诚如李建国副委员长在“关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明”中指出：“……为匡正社会风气，鼓励见义勇为的行为，草案规定，因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任（草案第 187 条）。”缘于此，无论是从草案的第 187 条还是正式文本的第 184 条，所涉内容均受到立法者广泛的关注与讨论，其中核心者无外乎救助人的责任问题——救助人是否应对因救助行为所致受助人损害承担赔偿责任？

立法进程	《中华人民共和国民法总则（草案）》（三次审议稿）	《中华人民共和国民法总则（草案）》	《中华人民共和国民法总则（草案修改稿）》	《中华人民共和国民法总则》
时间	2016 年 12 月 27 日	2017 年 3 月 12 日	2017 年 3 月 14 日	2017 年 3 月 15 日
条文内容	第 187 条：“实施紧急救助行为造成受助人损害的，除有重大过失外，救助人不承担民事责任。”	第 187 条：“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。但是救助人因重大过失造成受助人不应有的重大损失的，承担适当的民事责任。”	第 184 条：“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。受助人能够证明救助人有重大过失造成自己不应有的重大损	第 184 条：“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。”

[2] 参见山东省滨州市中级人民法院（2016）鲁 16 民终 210 号民事判决书。

			害的，救助人应承担适当的民事责任。”	
审议说明		一些代表提出，这一条规定具有针对性，对鼓励见义勇为，保护救助人有积极意义。但草案中“但书”的规定不能完全消除救助人的后顾之忧，对救助人的保护不够彻底，建议修改。法律委员会经研究，建议从举证责任、是否存在重大过失等方面对救助人特殊情况下承担责任予以严格限定，将这一条修改为：因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。受助人能够证明救助人有重大过失造成自己不应有的重大损害的，救助人应承担适当的民事责任。	一些代表提出，草案修改稿的后一句规定较草案规定虽作了进一步严格限定，针对的是在实践中可能出现的特殊情况，但仍难以免除见义勇为者的后顾之忧，不利于倡导培育见义勇为、乐于助人的良好社会风尚，建议删除。法律委员会经研究，赞成这一意见，建议删除这一内容。	

由上可知，针对在见义勇为中救助人是否承担赔偿责任的问题，立法机构经历了从最初的“但书”除外规定到“举证责任”分配的限定再到救助人责任完全免除的立法进程，于此清晰地展示了立法机构当时的立法考量及立法评判，法律规则的逐步确立蕴含了参与立法之人的规定意向、其价值追求以及其对于事物的

考量。[3]因此，针对此项规范的适用或解释，不仅受法律文字的拘束，亦包含立法者之评价及意向的拘束。[4]

三、见义勇为的构成要件及法律适用

（一）构成要件

见义勇为者，如条文所述乃“自愿实施紧急救助行为”，从汉语文义上理解系“看到正义的事情奋勇地去做”[5]，从法律上解释系指“行为人没有法定和约定的义务，为了使国家利益、社会公共利益或者他人合法权益免受损失，而实施的制止、防止损害发生的行为。”[6]结合第 184 条的规定，于此归纳见义勇为的核心构成要件如下：

第一，自愿性。救助人实施救助行为须无法定的或约定的救助义务，此乃构成见义勇为的前提，第 184 条的“自愿实施”正是此意。如宁波中院在“冯强与乐国富、胡梅娣见义勇为人受害责任纠纷”案中审判认定：“冯强在没有法定或约定义务的情况下，为保护乐国富、胡梅娣的利益及防止失控的牛对他人造成危险，积极围堵失控的牛，冯强的行为构成见义勇为。”[7]倘救助人具法定或约定的救助义务则不仅不构成见义勇为，且有可能构成不作为侵权，如警察、船长等。

第二，利他性。救助人实施救助行为乃出于维护国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，此乃见义勇为“义”字的核心体现，亦是第 184 条历经审议修改的直接原因及立法政策考量的落脚点；同时，正是救助人的主观利他性阻却了侵权行为的成立。倘救助人仅利己，则毫无疑问难谓构成见义勇为；倘救助人既利人亦利己，则亦非构成见义勇为，此种情形属于无因管理中管理人可兼为自己利益而为的管理，应依无因管理规范进行调整。[8]

见义勇为的利他属性符合中华民族的传统美德，亦为国家与社会广泛提倡，如在“程坤与姚金波等见义勇为人受害责任纠纷案”中，北京市第一中级人民法院在判决书中作出“特别说明”：“本院特别说明，见义勇为的救助者在危难关头挺身而出的救助行为，体现了中华民族的传统美德，见义勇为的行为值得褒奖与

[3] 参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 198 页。
[4] 参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 198 页。
[5] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第五版），商务印书馆 2005 年版，第 670 页。
[6] 河北省襄阳市中级人民法院（2016）鄂 06 民终 361 号民事判决书。同时可参见 2012 年 7 月 19 日《国务院办公厅转发民政部等部门关于加强见义勇为人员权益保护的意见的通知》；2017 年 3 月 17 日公安部颁布的《见义勇为人员奖励和保障条例（草案公开征求意见稿）》。
[7] 浙江省宁波市中级人民法院（2015）浙甬民一终字第 1134 号民事判决书。
[8] 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 263 页。

弘扬。”[9]基于此，本次《民法总则》立法专门予以规定，第 184 条完全免除救助人可能承担赔偿责任的后顾之忧，充分彰显了国家立法意志。与此同时，“义”字当头，在现行法下，法律并未赋予救助人直接的报酬请求权，[10]至于救助人在救助行为中所遭受的损失，在司法实践中，有法院明确表示：“对于见义勇为的救助者自身受害的损失，应最终通过构建多元化的社会救助机制加以填平。作为受益人仅应依据公平原则，承担适当的补偿责任，否则无意于加重无过错受益人的负担，将社会应承担责任附加给了受益人。”[11]对此，可资赞同。[12]

第三，紧急性。救助人实施救助行为乃出于紧急情形，客观上具一定的危险性，第 184 条“实施紧急救助行为”实乃契合见义勇为“勇”之核心，正如前述“在危难关头挺身而出的救助行为”。紧急性是见义勇为区别通常“好人好事”、“乐于助人”的特征，典型者即为通常形态的无因管理与无偿帮工行为，当然，紧急性乃不确定之法律概念，应由司法机关在个案中依具体情形而认定。

通常而言，判断某人的行为是否构成见义勇为，上述三要件不可或缺。当然，在个案判断中，尚有其他一些特征呈现，如主体上的要求，法人因其特殊属性，一般难以成为见义勇为的主体，至于民事行为能力不完全者（如未成年人），客观上亦可实施救助行为，对此，法律并未明文限制，反而应予以积极保护。司法实践中尚有法院认为，救助人具有“不顾个人安危的情节”及“实施了同违法犯罪行为做斗争或抢险、救灾、救人的行为”亦属于见义勇为之构成要件，并以此区别通常的无因管理形态。[13]笔者认为，上述要求均属于见义勇为的具体行为表现，情况不同，救助行为的表现亦非一致，且紧急性要件客观上已将上述要求涵盖在内，毋需重复罗列。至于“实施了同违法犯罪行为做斗争或抢险、救灾、救人的行为”之要求，更符合见义勇为分类之标准，一般言之，见义勇为分为侵害制止型及抢险救灾型。[14]

（二）法律适用

回至文首处所引之案例，核心点在于被告田某作为救助人是否应对徐某的死亡承担赔偿责任。在《民法总则》之前，法院评判田某是否应承担赔偿责任，一方面须认定田某的行为是否构成见义勇为，另一方面须判断田某的行为是否具重

[9] 北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民终 121 号民事判决书。
[10] 亦有学者肯定救助人的报酬请求权，参见周辉《见义勇为行为的民法思考》，载《人民法院报》，2000 年 5 月 27 日；但结合见义勇为的性质，在现行法下，报酬请求权并未得到认可。具体可参见王雷：《见义勇为行为中的民法学问题研究》，载《法学家》2012 年第 5 期。
[11] 北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民终 121 号民事判决书。
[12] 北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民终 121 号民事判决书。
[13] 参见湖南省邵阳县人民法院（2016）湘 0523 民初字 5 号民事判决书。
[14] 参见北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民终 121 号民事判决书；亦可参见王雷：《见义勇为行为中的民法学问题研究》，载《法学家》2012 年第 5 期。

大过失（或故意），惟有否定重大过失（或故意）时，田某才能免于承担赔偿责任。然在《民法总则》的规范下，只要田某的救助行为构成见义勇为，则无论田某是否具有重大过失，其均毋需承担赔偿责任。之所以如此，乃因《民法总则》第 184 条的出现。如上文所述，第 184 条规定的背后是立法政策的考量，其倡导的是以此推动乐于助人，积极行善的社会风气，彰显的是社会主义核心价值观。然值得注意的是，此项规范改变了此前无论是基于法理抑或司法实践所形成的观点，具有浓重的价值观导向色彩。于此，关于救助人是否应对重大过失（或故意）所致损害承担责任将成为法律实践者无法回避的问题，第 184 条的出现在一定程度上对先前关于见义勇为的法律适用构成断裂，如何弥补，则成为法律实践者的当务之急。

依传统见解，见义勇为完全符合无因管理的特征，在法律适用上一直纳入无因管理的调整范围，[15]惟仅紧急性、危险性的要求将见义勇为非同于无因管理的通常形态，称为高层次的无因管理行为者有之，[16]紧急无因管理行为者有之，[17]特殊无因管理者亦有之。[18]但无论如何称呼，属于无因管理的性质未变，适用无因管理的法律规定。如在“郭金梅与杞明芝、孙晓丽、孙晓玲、李新菊、孙福有、何景学、张玉强、朱家英、李会芝、张光学生命权纠纷案”中，法院审理认为：“从我国现有民事法律法规层面评议，见义勇为并非单独法律概念，其性质上是一种道德义务，是一种事实行为，而在法律上却含于法律规定的无因管理之中，适用无因管理的相关规定处理，且政府或社会的评定行为（如对见义勇为称号的认定），并不能改变民事法律关系的认定及法律责任的承担。”[19]再者在“广西梧州港航集团有限公司与吴胜叫梁家铭到其租赁的船打工、吴胜与被告港航集团之间的租赁合同系光船租赁人身损害赔偿纠纷案”中，法院审理认为：“……属于见义勇为的高尚行为，在法律性质上属于没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的行为，即属于《中华人民共和国民法通则》第 93 条规定的无因管理的行为。”[20]但亦有个别审判观点认为，见义勇为与无因管理应做区分，盖两者请求权基础与构成要件均非一致。如在“郭云其与刘书衡、刘旭乐、刘祥生无因管理纠纷案”中，法院审理认为，首先，从法律条文上来看，

[15] 在比较法上，见义勇为亦被明确纳入无因管理。具体可参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 257、262 页；[日]我妻荣：《民法讲义一——债权各论》（下卷一），冷罗生等译，中国法制出版社 2008 年版，第 13 页。
[16] 参见周辉《见义勇为行为的民法思考》，载《人民法院报》，2000 年 5 月 27 日。
[17] 参见王雷：《见义勇为行为中的民法学问题研究》，载《法学家》2012 年第 5 期。
[18] 参见江苏省苏州市中级人民法院（2016）苏 05 民终 5488 号民事判决书；湖南省桂东县人民法院（2013）桂民一初字第 151 号民事判决书。
[19] 参见云南省普洱市中级人民法院（2015）普中民终字第 117 号民事判决书。
[20] 参见广西壮族自治区高级人民法院（2006）桂民四终字第 1 号民事判决书。

《民法通则》第 93 条规定，没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用，此为无因管理。《侵权责任法》第 23 条规定，因防止、制止他人民事权益被侵害而使自己受到损害的，由侵权人承担责任。侵权人逃逸或者无力承担责任，被侵权人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿，此为见义勇为。其次，从构成要件来看，成立无因管理须有：（1）管理他人事务；（2）具有管理意思；（3）就事务的管理，管理人无法定义务或约定义务；（4）事务的管理，客观上有利于本人，并且不违反本人明示或可推知的意思。成立见义勇为须有：（1）受害人没有法定职责或约定的义务；（2）以保护国家、集体、利益或他人人身、财产安全为目的；（3）具有不顾个人安危的情节；（4）实施了同违法犯罪行为做斗争或抢险、救灾、救人的行为。[21]固然，两者并非相等，在构成要件上认定亦非一致，此无需赘言，但在上述案件的审理判决中，法院均认可了救助人（或管理人）非依约或依法具义务，且行为需具合理的注意义务，此乃见义勇为与无因管理的想通性，亦是将见义勇为纳入无因管理的直接原因。

准此以言，依无因管理之规定，由于管理人无法律上义务而干预他人事务，依其事件特性，原则上应负善良管理人之注意义务，若未尽此注意义务而致本人遭受损害时，则应负损害赔偿责任；但若为免除本人之生命、身体或财产上之危急紧迫而为时，则对因管理所生之损害，除有故意或重大过失外，不负赔偿责任。[22]显然，在无因管理中，基于管理行为的特性，规制了管理人合理的注意义务，此项义务是管理人向本人承担责任之核心考量。见义勇为既属于无因管理，则在救助活动中，救助人亦应负有此项义务，惟见义勇为通常乃紧急危险形势，故救助人仅于故意或重大过失方才承担赔偿责任，此时减轻注意程度之规定，合乎情理，深值赞同。此项思想在 2017 年 3 月 12 日第十二届全国人民代表大会第五次会议主席团第二次会议通过的《中华人民共和国民法总则（草案）》审议说明中得到充分的展现。

在司法实践中，以故意或重大过失为限要求救助人承担赔偿责任乃通论，如在“徐某、董某等与中国人民财产保险股份有限公司阳信支公司、田某生命权、健康权、身体权纠纷案”中，一二审法院均认为，现有证据不足以证实田某的救助行为存在故意或重大过失，因此对原告方交强险赔偿以外的损失不应承担赔偿责任。[23]在“吴 xx、赵 xx、张 xx 与 xx 航空有限公司航空旅客运输合同纠纷案”

[21] 参见湖南省邵阳县人民法院（2016）湘 0523 民初字 5 号民事判决书。
[22] 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 270 页。
[23] 参见山东省滨州市中级人民法院（2016）鲁 16 民终 210 号民事判决书。

中，法院审理认为，在案证据并不能证明热心乘客的参与救助行为延误了救助时机，要求被告因此承担法律责任，过于苛求，更是对见义勇为精神的否定，不利于社会正气的弘扬。[24]

在《民法总则》出台后，第 184 条的规定否定了救助人承担赔偿责任的可能，故意或重大过失亦不例外。在上文的立法回顾中，我们可以清晰地看到，关于救助人的责任承担问题，故意或重大过失一直是担责的情形（亦明确规定举证责任由受助人承担），只是在立法表决的最后时刻，由于立法代表的“固持”——为充分彰显鼓舞见义勇为行为的立法宗旨，故完全排除了救助人的任何顾虑。现观之，此项规定立法导向鲜明，目的明确，但能否达至预期，有待观察；同时，可以肯定的是，完全排除救助人的任何责任，有悖法理，且对既有的法秩序形成强烈的挑战。其不得不面对的现实问题是：倘救助人具显著过错，救助不当或故意致害式的救助，如何评判？鉴于此，第 184 条的规定更多地是立法者的“纯粹构想”或“美好愿望”，但是否如此规定即可推动社会风险的带动不得不令人怀疑；反而，如此规定悖于既往的司法实践，悖于传统的理论界定，建议恢复救助人以“故意或重大过失”为限承担责任，为进一步减轻救助人责任，针对“故意或重大过失”的举证责任可规定由被救助人承担，若此，则不仅鼓励见义勇为的事迹（一般情况下均毋需承担责任），而且维护了司法实践与理论学说所共同形成的法律使用秩序。倘若仍对第 184 条规定的不妥性恕置不顾，则将带来巨大的道德风险，严重冲击无因管理、侵权责任等既有法律体系中的利益平衡。

退而言之，在《民法总则》即将生效的背景下，为规制第 184 条的适用，则需寻求法律解释的帮助。一般而言，法律解释途径有二：主观论与客观论。主观论者，以探究历史上立法者的心理意愿为解释目的也；客观论者，以解析法律内存的意义为解释目标也。[25]两者均具道理，但不可偏颇采之，故真正的法律解释必须融汇两者之真理部分，切实作出最准确之解释。基于此，笔者认为，关于见义勇为的法律适用既要考虑见义勇为的法律定性及此前的司法惯例，亦要把握本次立法的主观意旨，于此，在第 184 条的规范下，对于“紧急救助行为”应作严格之解释，进行目的论上的限缩，将“紧急救助行为”的实施限定于涉及诸如生命、身体健康等出现重大紧急迫切之情形，而对于一般的救助行为，仍应依据无因管理之规定进行调整。唯有如此，一方面受助人在出现诸如生命、身体健康等重大紧急迫切情形亟需救助时，对于救助人完全免责，可以促使救助人大胆及时勇敢施救，以使受助人能够及时挽回生命；另一方面对于一般待救助之情势，仍

[24] 参见上海市浦东新区人民法院（2012）浦民一(民)初字第 32914 号民事判决书。
[25] 参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 197 页。

依遵循法理及司法惯例，在鼓励救助人勇伸救援之手的同时，应负基本之注意义务，倘具故意或重大过失时，则应对救助人之损害承担赔偿责任。

四、代结语

法律是立法者或立法机构意志的具体化，此中既有“主观的”想法及意志目标，亦含有立法者当时不能全部认识之客观目标及事物必然的要求。[26]尽管法律一直参与时间之流，但它仍然与源头——立法者最初之立法意志——结合在一起，法律解释者都希望在法律中寻获其时代问题的答案。法律解释的最终目标——探求法律在今日法秩序的标准意义（其于今日之规范性意义），此意义探寻实则是一种思考的开展，于此过程中，所有因素不论是“主观的”或“客观的”均应列入考量，且这个过程原则上没有终点。[27]

[26] 参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 199 页。
[27] 参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 199 页。

诉讼时效制度的价值基础与规范表达

——《民法总则》第九章评释

朱晓喆 *

（本文尚未发表，请切勿流传和使用，感谢理解）

【论文摘要】

本文通过分析我国《民法总则》诉讼时效制度的价值理由和相应的法律规范，评估《民法总则》第九章的立法技术。我国诉讼时效制度具有督促权利人行使权利、保护债务人免于举证困难、避免无益的诉讼和节约司法成本的价值基础。首先，诉讼时效的期间和起算，兼顾权利人的保护与债务人的举证困难。其次，基于不同基础关系而发生的请求权，值得保护的程度不尽相同，在诉讼时效方面应体现其差异。再次，诉讼时效障碍事由及其后果，反映法律对于权利人与义务人之间在时效利益方面的分配状况。我国现行法对于诉讼时效障碍事由的认定宽松。最后，诉讼时效届满后的法律效果采“抗辩权发生说”，体现权利人与义务人之间的利益动态平衡。

【关键词】民法总则、诉讼时效、价值理由、法律规范、立法技术

The Value of the Statute of Limitation of Action and Its Legal Regulations
---- Analysis on Chapter 9 of General Part of the Civil Code of the PRC

Abstract:

This article, based on the analysis of value basis and the respondent legal rules of limitation of action in General Part of the Civil Code of the PRC, evaluates the legislative techniques of Chapter 9 of General Part of Civil Code. The system of limitation of action has the value basis to urge the obligee to exercise their rights，protect the debtor from quote difficultly，avoid excessive litigation and save the cost of justice. Firstly, the duration and commencement of limitation of action, taking into account both the protection of obligee and quote difficulty of debtor. Secondly, The degree of protection of different claims, which based on different basic relations, is not the same. So the limitation of action should reflect the differences. Again, the obstacle for limitation of action and it's consequence should reflect the distribution situation between obligee and debtor. Finally, the legal effect of expiration of limitation takes the theory of 'occur of the right to refuse', which embodies the dynamic benefit balance between obligee and obligor.

Key words: General Part of Civil Code Limitation of Action valuable justification Legal Regulations Legislative Techniques

* 朱晓喆，上海财经大学法学院教授，博士生导师，民商法学科带头人，比较民法与判例研究所所长，联系方式 zhuxiaozhe1027@163.com。

目录

一、问题设定与研究方法
二、诉讼时效制度的价值理由及其重心演变
三、诉讼时效的期间与起算标准
1、诉讼时效期间与主观或客观起算标准
2、诉讼时效的特殊起算标准
3、小结
四、请求权的价值权重与诉讼时效的规则设计
1、不适用诉讼时效的请求权
2、特别的诉讼时效期间
3、执行时效期间与诉讼时效
4、小结
五、诉讼时效障碍事由及法律效果的再认识
1、诉讼时效障碍之体系
2、《民法总则》第194条：中止抑或延期届满？
3、《民法总则》第195条：重新起算诉讼时效期间
4、小结
六、诉讼时效届满法律效果的体系构成
1、诉讼时效的限制对象
2、诉讼时效届满的法律效果
3、诉讼时效届满后的履行和承认
4、诉讼时效届满后的抵销权和抗辩权
5、小结
七、结语

一、问题设定与研究方法

2017年3月15日中华人民共和国全国人民代表大会通过了《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）。其中，第九章“诉讼时效”有12个条文规定，内容涉及诉讼时效的期间和起算（第188—191条）、诉讼时效届满的法律效果（第192—193条）、诉讼时效的中止和中断（第194—195条）、不适用诉讼时效的请求权（第196条）、禁止诉讼时效约定（第197条）、仲裁时效和除斥期间（第198—199条）。

尽管《民法总则》诉讼时效的规范内容较1986年的《民法通则》第七章有较大的变化，但远远涵盖不了中国民法实质意义上的诉讼时效制度。《民法通则》生效迄今已逾30年，关于诉讼时效的民法理论研究和司法部门实践，已经积累

了大量的学理阐述和经验规则。单就《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称《诉讼时效制度若干规定》）就有24条之多。此外，自1980年代以来，最高人民法院发布各种关于诉讼时效具体适用的司法解释、批复、意见、通知、会议纪要等构成实质意义上的诉讼时效规则，计有百件之多。而且，三十多年来中国民法学在诉讼时效的基础理论和比较法研究方面也取得丰硕成果，足供立法参考借鉴。然而遗憾的是，《民法总则》的制定对于上述的资源未能有效地消化和吸收，以致于形成眼下略显单薄的12条规定。但如果乐观地预测，《民法总则》的颁布正是新诉讼时效制度的理解与适用的新起点，或许也是中国民法诉讼时效学理的新生长点。因此，民法教义学应担当起对于实在法的阐释与解读的任务，以便使之更合理地运用于司法实践。因此，本文将围绕《民法总则》诉讼时效规定，探讨如何合乎逻辑且价值一贯地理解新法规则。

自法学方法论言之，民法是由一系列目的性的概念—规则以及价值判断构成的体系。一方面，民法将调整的客体通过抽象概念，表达为构成要件和法律效果，并基于形式逻辑的编排，形成一个有序的整体，即概念—规则的体系，又称为外部体系（äußere System）。[1]外部体系通常反映为制定法的编纂体例，其作用是尽可能清晰而概括地表达法律的结构和层次，对于法律的概览性、实用性以及裁判的可预见性都具有重要意义。[2]另一方面，除了纯粹的技术性规则，立法者制定民法规范一般基于某种规范目的考量，隐含着相应的价值理由，并尽可能避免发生各种价值判断之间的冲突。因此，民法也是一种价值秩序的安排，构成一种“无矛盾的意义整体”，又称“内部体系”（innere System）。[3]

基于上述方法论视角，本文就所讨论的主题——《民法总则》诉讼时效制度，提出检验其制度设计是否成功的两项标准：（1）立法者设定诉讼时效制度及具体规范所欲追求的目的或价值是否正当；以及如果存在多元的价值，这些价值理由的序列安排是否合理；（2）立法者所采用的诉讼时效立法技术和手段，包括概念—规则的规范表达和体系安排，是否能够实现其设定的价值追求，或是否与之相匹配，以及是否存在其他更好的制度模式。

概括本文研究思路，就是在分析检讨《民法总则》诉讼时效各项制度的价值正当性以及立法技术合理性基础上，提出准确而融贯的相应法律规范之解释理论。

二、诉讼时效制度的价值理由及其重心演变

诉讼时效的制度价值，因每一社会状况和每一历史阶段的不同，而有不同的认识；这些价值判断也会随着时代的变化而发生重心的迁移。

我国建国以来，受苏联法学影响较重，诉讼时效制度亦然。例如，1956年中国人民大学出版的前苏联法学家诺维茨基《法律行为·诉讼时效》一书认为诉讼

[1] Karl Larenz, Mehtodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer Verlag 1991, S. 439 ff.
[2] Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Duncker Humblot 1969, S. 19.
[3] Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 4. Aufl., C. H. Beck 2008, S. 455.

时效的首要意义是“巩固经济核算制的一种重要手段。”因为“采用诉讼时效制度，可以鼓励尽快地提起诉讼，从而也就会加速流动资金的周转率，帮助扩大社会主义再生产和增加工业内部积累。”[4]其次，诉讼时效制度还可以巩固已形成的法律关系，防止任意兴讼。因为“在有些案件中，案件事实情况的发生距离起诉的时间过久，因而无法仔细检查，这时，诉讼时效的规定就可以便利法院不必审查事实情况的全部细节，从而也就减轻了法院的负担；多余的、往往还是无法解决的争议，可以因此而减少。”[5]再次，诉讼时效可以防止债务人举证的困难，因为如果诉讼不受时间限制的话，会使多年后再来应诉的人陷于困境，“经过了多年之后，文书可能已经遗失，证人可能已经死去或他住，而被传唤作为被告的人，手中可能已经没有任何证据来证明自己是正当的。这样一来，原告如果想出办法来确认权利产生的事实，那末即使他所提出的是毫无根据的诉讼，也就会得到胜诉。”[6]最后，诉讼时效符合生活经验，因为“真正享有权利的利害关系当事人，在绝大多数情况下，都不会长时间不提起诉讼。”[7]归纳而言，诉讼时效的价值有四：巩固社会主义经济秩序、避免法院处理时间久远的纠纷、防止债务人举证困难、符合权利的真实状态。

前苏联的民法理论奠定了此后数十年来中国民法诉讼时效制度的理论基础。例如 1958 年中央政法干部学校编著的《中华人民共和国民法基本问题》书中认为时效的作用：（1）稳定社会经济秩序，巩固社会主义的经济核算制，合理及时利用社会财富，以利于社会主义建设；（2）使法院解决民事争执便于调查证据，易于发现客观真实；（3）避免对于年代久远的债务兴讼。[8]

1986 年后，随着《民法通则》的颁布，关于诉讼时效制度价值的权利人视角得到重视。在上述论点的基础上，学界增加列举了诉讼时效有助于督促权利人及时行使权利的意义。但从重要性的排列上，稳定社会主义经济秩序仍为诉讼时效的首要价值。[9]此外，这一时期的学理阐述，普遍遗漏了诉讼时效保护债务人举证困难的价值。而将调查证据的困难，并入司法机关避免处理年代久远的案件、及时高效处理民事纠纷之理由，[10]影响迄今。

及至近年，我国民法理论界和实务界对于诉讼时效的制度价值的认识悄然之间发生位序的转变。王利明教授在其最新的《民法总论》中认为诉讼时效的制度功能在于：（1）督促权利人及时行使权利；（2）维护既定的法律秩序的稳定；（3）

[4] [前苏联]诺维茨基：《法律行为·诉讼时效》，康宝田译，中国人民大学出版社 1956 年版，第 161—162 页。
[5] [前苏联]诺维茨基：《法律行为·诉讼时效》，康宝田译，中国人民大学出版社 1956 年版，第 166 页。
[6] [前苏联]诺维茨基：《法律行为·诉讼时效》，康宝田译，中国人民大学出版社 1956 年版，第 166 页。
[7] [前苏联]诺维茨基：《法律行为·诉讼时效》，康宝田译，中国人民大学出版社 1956 年版，第 168 页。
[8] 中央政法干部学校编著：《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社 1958 年版，第 103 页。
[9] 谢怀栻：《时效》，载最高人民法院《民法通则》培训班编辑组：《民法通则讲座》，北京市文化局出版处 1986 年版，第 281 页。李由义主编：《民法学》，北京大学出版社 1988 年版，第 154 页。王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》上册，中国政法大学出版社 1988 年版，第 555—557 页。佟柔主编：《民法总则》，中国公安大学出版社 1990 年版，第 314 页。梁慧星：《民法》，四川人民出版社 1988 年版，第 174 页。
[10] 佟柔主编：《民法总则》，中国公安大学出版社 1990 年版，第 314 页。王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》上册，中国政法大学出版社 1988 年版，第 557 页。

有利于证据的收集和判断，及时解决纠纷。[11]最高人民法院有关负责人关于《诉讼时效制度若干规定》的解读也认为：诉讼时效制度的立法目的有四：“一是督促权利人行使权利，因在权利上睡眠者不值保护。二是由于持续性事实被认为在盖然性上较能正确地反映真实，因此基于盖然性原则，诉讼时效期间届满，推定义务人不负有义务。三是避免举证困难，减轻法院负担。四是保护交易安全，尊重现存社会秩序，维护社会公共利益。”[12]由此可见，督促权利人行使权利的功能，取代稳定社会经济秩序的功能成为诉讼时效的首要价值。

近年来，还有部分学者借鉴德国民法学理，突出诉讼时效保护债务人和督促权利人两方面的意义。[13]《德国民法典》立法理由书指出“请求权消灭时效之原因与宗旨，乃使人勿去纠缠于陈年旧帐之请求权。……消灭时效之要旨，并非在于侵夺权利人之权利，而是在于给予义务人一保护手段，使其毋须详察事物时即得对抗不成立之请求权。……若消灭时效于实体公正有损，即若权利人因消灭时效届满失却其本无瑕疵之请求权，此亦属关系人须向公共利益付出之代价。”[14]德国民法学理通说也是从债务人保护与督促权利人的两个视角认识诉讼时效的立法目的。[15]朱庆育教授在其《民法总论》论及诉讼时效之功能时亦指出：请求权久悬不决的状态，持续时间越长，义务人的包袱越是沉重。让罹于时效的请求权人承受不利益，起到促其及时行使权利的作用。[16]

此外，王轶教授提出诉讼时效对于权利限制的正当理由主要在于保护不特定第三人对当事人间呈现的权利不存在状态的信赖，即通过保护第三人的利益，保护了交易安全，有助于维持既定社会秩序的稳定，维护了社会公共利益。[17]朱虎教授也从降低第三人交易成本论证保护第三人信赖的理由。[18]

2016 年 7 月 10 日全国人大法工委发布《关于＜中华人民共和国民法总则（草案）＞的说明》指出“诉讼时效是权利人在法定期间内不行使权利，该期间届满后，权利不受保护的法律制度。该制度有利于促使权利人及时行使权利，维护交易秩序和安全。……强调了诉讼时效的法定性。诉讼时效制度关系法律秩序的清晰稳定，权利人和义务人不可以自行约定。”

由上可见，我国民法上的诉讼时效制度存在多元的价值基础，且随着时代的变化而各种价值的重要性发生转移。[19]观察其演变的趋势可见，原先被认为较重要的诉讼时效稳定社会经济秩序、使法院避免审理年代久远的纠纷的公共利益价值，逐渐让位于督促权利人行使权利和保护债务人或第三人的信赖利益等私人利

[11] 王利明：《民法总论》第二版，中国人民大学出版社 2015 年版，第 333 页。
[12] 宋晓明、刘竹梅、张雪楳：《<关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定>的理解与适用》，《人民司法》2008 年第 21 期。
[13] 龙卫球：《民法总论》第二版，中国法制出版社 2002 年版，第 613 页。
[14] 穆格丹编：《德国民法典资料总汇》，1899/1900，第一卷，第 512 页。转引自[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 91—92 页。
[15] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., C.H. Beck 2004, S. 297 ff.
[16] 朱庆育：《民法总论》第二版，北京大学出版社 2016 年版，第 535 页。
[17] 王轶：《物权请求权与诉讼时效制度的适用》，《当代法学》2006 年第 1 期。
[18] 朱虎：《返还原物请求权适用诉讼时效问题研究》，《法商研究》2012 年第 6 期。
[19] 拉伦茨指出，法律价值原则具有可演变性，生活关系的变化会导致法律原则的重点和协作发生转移。Karl Larenz, Mehtodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer Verlag 1991, S. 487.

益价值。发展至中国民法典《民法总则》制定过程中，立法机关突出“督促权利人行使权利”、“维护交易秩序和安全”、“稳定法律秩序”，作为诉讼时效最重要的立法目的。

本文基本赞同《民法总则》立法机关所举诉讼时效的立法目的。但对于“维护交易秩序和安全”颇感困惑。如认为其泛指一般意义上的交易秩序和安全，类似稳定社会秩序的理由，差强可以理解。[20]但如认为其含义是第三人信赖保护，笔者持保留意见。因为所谓第三人对于权利人和义务人之间权利状态的信赖，绝大部分情形通过民法上各个具体的善意信赖保护法则已经实现，毋须假道诉讼时效。

此外，前苏联和我国早期民法理论上认为诉讼时效保护债务人的理由，在1986 年之后几乎销声匿迹。从比较法上看，避免债务人在时间长久流逝之后对抗债权人诉讼的举证困难，是英美法系和大陆法系普遍认可的首要立法政策理由。[21]尽管全国人大立法机关在制定《民法总则》的说明中，未论及此点，但客观解释，保护债务人也是诉讼时效制度应有之价值。

最后，诉讼时效制度正面价值固然在于督促权利人及时行使权利等。但从现实的民商事交往看，尽管当事人一方确实享有权利，但如果诉讼时效期间设置过短，或时效障碍事由构成过难，因而权利人动辄采取催告、要求对方承认、甚至起诉等方式以保存其权利，将使交易过程窒碍难行，而且诉讼的司法成本也较高昂。因此，从消极方面考虑，诉讼时效制度的价值追求还应包括适度克制权利人主张权利的行为，或不应过分催促权利人及早行使权利。诚如齐默尔曼所言：“时效法律制度应尽力阻止诉讼的发生，而不是鼓励甚至制造诉讼。”[22]

综上，我国诉讼时效制度须考虑的价值基础可概括为：（1）督促权利人行使权利；（2）保护债务人免于举证困难；（3）尽量避免无益的诉讼；（4）稳定法律和社会秩序，节约司法资源成本。诉讼时效制度设计和解释运用须在权衡上述价值的基础上，体现权利人与义务人之间、私人利益与公共利益之间的适度平衡。

三、诉讼时效的期间与起算标准

1、诉讼时效期间与主观或客观起算标准

《民法总则》第 188 条第 1 款规定“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。”根据立法机关《关于＜中华人民共和国民法总则（草案）＞的说明》，该规定的目的是将原先普通诉讼时效二

[20] 如最高人民法院《诉讼时效制度若干规定》解释者将“保护交易安全”，与“尊重现存社会秩序，维护社会公共利益”并列为诉讼时效的第四点理由。参见宋晓明、刘竹梅、张雪楳：《<关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定>的理解与适用》，《人民司法》2008 年第 21 期。
[21] Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2003, pp.63-64.
[22] Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2003, p.114.

年延长为三年。其理由是“近年来，社会生活发生深刻变化，交易方式与类型也不断创新，权利义务关系更趋复杂，要求权利人在二年诉讼时效期间内行使权利显得过短，有必要适当延长。”

延长普通诉讼时效的期间，是我国民法理论界和实务界多年来的普遍呼声。据称《民法通则》施行以来，银行及金融系统因诉讼时效而损失超过 3000 亿元。[23]在制定《民法总则》的过程中，延长普通诉讼时效期间也是各界共识。[24]2015 年 8 月 28 日人大法工委民法室内部讨论的“《民法总则》室内稿”第 146 条第 1 款规定“诉讼时效期间为五年（另一方案：三年）。”此后，2016 年 6 月第十二届全国人大常委会第二十一次会议初次审议的《中华人民共和国民法总则（草案）》（以下简称“一审稿”）开始确定诉讼时效期间为“三年”。[25]

普通诉讼时效期间的起算，根据《民法总则》第 188 条第 2 款第 1 句，“自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。”由此可见，权利人“知道或应当知道”表明我国普通诉讼时效期间起算采“主观主义”标准。实际上“《民法总则》室内稿”第 146 条第 2 款，即已采纳《民法通则》第 137 条第 1 句的类似规定。据此，尽管诉讼时效是以时间因素限制权利人的请求权，保护债务人免于举证困难，但对于不知道也不应知道权利受害的当事人，该限制不应发生作用，即诉讼时效不起算。由此显示法律对权利人与义务人之间利益状况的平衡。

《民法总则》第 188 条第 2 款第 3 句规定“自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。”这也是延续《民法通则》第 137 条第 2 句、第 3 句之规定。关于此处 20 年期间的性质，我国民法理论上一向存在除斥期间说[26]、最长权利保护期间说[27]、起算的最长期间限制说[28]、最长诉讼时效期间说[29]的争议。[30]结合 20 年期间的起算点考虑，其以“权利受侵害/损害”发生之日起算，而不论权利人是否明知或应知的主观状况，构成“客观起算标准。”梁慧星研究员指出，20 年是最长诉讼时效期间，与主观起算的 2 年诉讼时效期间属并行之规定。如果权利人不知道或不

[23] 梁慧星：《民法总则立法的若干理论问题》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2016 年第 1 期。
[24] 崔建远：《关于制定<民法总则>的建议》，《财经法学》2015 年第 4 期。高圣平：《诉讼时效立法中的几个问题》，《法学论坛》2015 年第 3 期。房绍坤：《我国民法典编纂中时效立法的三个问题》，《法学杂志》2015 年第 9 期。梁慧星：《民法总则立法的若干理论问题》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2016 年第 1 期。
[25] 《民法总则》审议过程中，梁慧星研究员仍呼吁应将普通诉讼时效期间确定为五年。梁慧星：《<中华人民共和国民法总则（草案）>：解读、评论和修改建议》，《华东政法大学学报》2016 年第 5 期。比较法上看，近期流行的趋势也是将普通诉讼时效确定为三年，并以权利人知道或应知为起算点。Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2003, p.96.
[26] 佟柔主编：《民法总则》，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 321 页。
[27] 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 134 页。
[28] 龙卫球：《民法总论》第二版，中国法制出版社 2002 年版，第 622 页。
[29] 梁慧星：《民法总论》第四版，法律出版社 2011 年版，第 255 页。王利明：《民法总论》第二版，中国人民大学出版社 2015 年版，第 346 页。朱庆育：《民法总论》第二版，北京大学出版社 2016 年版，第 551 页。
[30] 以上学说评述参见霍海红：《“20 年期间”定性之争鸣与选择——以<民法通则>第 137 条为中心》，《华东政法大学学报》2010 年第 3 期。

应知道权利受侵害，但自权利受害之日已超过 20 年，也丧失诉权。[31]本文赞同梁慧星研究员的最长诉讼时效期间说，但须补充指出，该 20 年期间经过的法律效果与普通诉讼时效期间无异，仅赋予义务人以抗辩权，法院不得主动适用，而且法院也不得直接认定权利人失去“诉权”，仍应予以审理。

从比较法角度看，立法者确定诉讼时效期间的长短，应紧密联系时效的其他制度一并考虑，才能获致权利人与义务人之间的利益平衡。齐默尔曼指出，一个对于债务人有利的短期诉讼时效，在时效的起算、中止和中断事由上就要略偏向于债权人，不能孤立地看待诉讼时效制度的某一方面。[32]例如，《德国民法典》在 2002 年修订之前，采用 30 年的普通消灭时效期间，自请求权产生之日起客观地起算。但由于旧德国民法上同时存在大量的短期消灭时效，因此长期的普通时效期间被批评为缺乏实践意义，在构成要件上仅具有初始意义。[33]2002 年德国债法现代化，将普通消灭时效期间骤降为三年，并且把时效的起算点确定为“知道或应当知道请求权产生及其产生事由和债务人之年度结束之时”（《德国民法典》第 199 条第 1 款）。评论者指出，新债法缩短消灭时效期间为三年，结合主观起算标准考虑，这种缩短对于债权人利益之影响后果就显得没那么严重。[34]与此同时，《德国民法典》第 199 条第 2 款至第 4 款规定 10 年或 30 年最长诉讼时效期间。其目的在于，如果债权人很晚才知道或应知道请求权已产生及对应的债务人，则会导致不合理过长的期间。为保护债务人，有利于法律上安定和平，又规定自请求权发生之日客观起算的最长消灭时效期间。[35]

由上可见，我国《民法总则》第 188 条诉讼时效期间和起算点的设计与德国新债法的思路具有相似之处：普通诉讼期间/主观起算与最长诉讼时效期间/客观起算的“混合的双轨制”。客观起算的最长诉讼时效是对于主观起算的普通诉讼时效的补充。[36]于此再次显示立法者一方面小心翼翼限制权利人之请求权，避免不知或不应知的债权人受诉讼时效制度的限制（主观起算），另一方面又考虑因债权人不知或不应知而未起算诉讼时效，导致权利不稳定的状况持续太久，从而采取最长诉讼时效期间的限制（客观起算）。

《欧洲示范民法典草案》并未将权利人主观上的明知或应知作为诉讼时效起算的标准，而是采取“中止”的方式，达到同样的效果。根据《欧洲示范民法典草案》第 III-7:301 条，债权人不知道或不可合理期待其知道（a）债务人；（b）权利产生的事实，则时效期间中止。据此，债权人在知道或应当知道权利之前，时效期间“自始”中止。由此照顾到因不知或不应知而不能行使权利的债权人，反映了“时效于无法行动者不得经过”的深邃思想。[37]相比而言，中止的立法技

[31] 梁慧星：《民法总论》第四版，法律出版社 2011 年版，第 255 页。
[32] Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2003, p.76.
[33] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 195, Rn. 1.
[34] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 199, Rn. 2.
[35] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 199, Rn. 44.
[36] Staudinger Kommentar zum BGB/Peters/Jacoby, 2009, § 199, Rn. 91.
[37] 《欧洲示范民法典草案》第 III-7:301 条注释，欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编：《欧洲示范民法典草案（第一、二、三卷）》，法律出版社 2014 年版，第 1018 页。

术有两个优点：（1）中止适用于债权人不知的情形包括更多，例如债权人或债务人死亡时，新的债权人不知道已继承债权，或原债权人不知道新债务人是谁。（2）将债权人的不知与时效起算点联系起来，债务人要负担举证责任，证明债权人已经明知或应知权利的事实状况，[38]然而这些情况大多在债务人的觉察范围之外，属于债权人控制的领域。如将债权人的明知或应知规定为中止，原则上就由债权人举证证明诉讼时效的中止事由。[39]

因此，权利人不知或不应知的主观状态，是阻碍诉讼时效的起算，抑或进行（中止），存在不同的法律构想和体系安排。我国《民法总则》第 188 条采取前者模式，虽称不上什么超前的立法，但也中规中矩，合理地搭配诉讼时效期间与起算点。

2、诉讼时效的特殊起算标准

《民法总则》第 189 条至第 191 条规定了三种特殊的诉讼时效起算标准，分别为“同一债务分期履行的请求权”、“对于法定代理人的请求权”、“未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权”。《民法通则》并未规定诉讼时效特殊的起算标准，《诉讼时效制度若干规定》第 5 条至第 9 条有规定，但《民法总则》未完全采纳，而只规定三种情形。

根据《民法总则》第 189 条，同一债务分期履行，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。本条完全照搬《诉讼时效制度若干规定》第 5 条，因此可借鉴其立法目的予以解读。根据最高人民法院的解释，所谓“同一债务分期履行”是指在同一合同项下约定分期履行的“同一笔债务”，债务的内容和范围在合同订立时已确定，不随时间经过而变化，时间因素只是影响履行方式，典型情形包括约定分期还款的借款合同、分期交货的买卖合同。[40]可见，同一债务分期履行，仍然是一个债务，诉讼时效应该自最后一期履行届满之日起算较为合理。最高人民法院指出，此处立法目的主要是：权利人有证据证明其权利存在的情况下，在诉讼时效的认定上，应倾向于作有利于债权人的规定，关于诉讼时效的起算点也不例外。而且，权利人没有在每一期履行期限届满后就主张权利，并非怠于行使权利，而系基于债务整体性的合理信赖，为促进双方友好合作关系、而不愿或不想在部分债权受侵害后立刻就主张权利。[41]

同一债务分期履行，应与定期的重复给付（regelmäßig wiederkehrende

[38] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 199, Rn. 42.
[39] 《欧洲示范民法典草案》第 III-7:301 条注释，欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编：《欧洲示范民法典草案（第一、二、三卷）》，法律出版社 2014 年版，第 1018 页。另参见[德]齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 202 页。Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2003, p.76.
[40] 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与运用》，人民法院出版社 2008 年版，第 111 页。司法实践中早已确立了上述规则，例如《最高人民法院关于借款合同中约定借款分期偿还应如何计算诉讼时效期间的答复》（法经[2000]244 号）规定“在借款、买卖合同中，当事人约定分期履行合同债务的，诉讼时效应当从最后一笔债务履行期届满之次日开始计算。”
[41] 对此详细的规范目的阐述参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与运用》，人民法院出版社 2008 年版，第 109 页。

Leistungen）债务区别开来。后者是指基于同一债权原因，经常重复发生给付之债务，例如租金、利息、水电热力煤气费、物业费等，每一期的债权又称“分支债权”。同一债务分期履行，其本质上是一项债务在时间上延展开来，分期给付；而定期给付债务的每一期给付构成分别独立的请求权，因此应独立地计算消灭时效。[42]上述二者概念上区分明显，但由于《诉讼时效制度若干规定》第 5 条仅规定同一债务分期履行，导致实践中往往将定期的重复给付（如租金、利息）也认定为前者，从而按最后一期届至时起算诉讼时效。[43]例如，“秦皇岛华侨大酒店与秦皇岛市海港区工商行政管理局租赁合同纠纷案”中，最高人民法院认为“如果租赁合同双方当事人约定分期支付租金的，那么各期租金的支付具备一定的独立性，但该独立性不足以否认租金债务的整体性。如果诉讼时效从每一期租金债务履行期限届满之日分别计算，将会割裂同一租赁合同的整体性，还将导致债权人频繁地主张权利，动摇双方之间的互信。因此，为充分保护债权人，维护双方之间的互信，存在长期房屋租赁合同关系的双方当事人因租金支付发生纠纷的，诉讼时效应从最后一期租金履行期限届满之日起开始计算。”[44]还有，当事人明确约定按月支付的投资收益款也被认为是最后一期届至时起算诉讼时效。[45]总之，同一债务分期履行的诉讼时效起算规则有扩大化趋势，甚至排挤了定期重复给付债务按各个请求权的届期分别计算诉讼时效起算的规则。

从法律评价的观点看，同一债务分期履行时效起算规则，具有强烈的保护债权人的立法政策倾向，但定期重复给付债务各期分别计算诉讼时效也有其价值理由：一者，如果定期重复给付不受时效限制，则长期积累的给付数额对于债务人会构成沉重的负担；[46]再者，债务人要证明在数十年内对这些重复给付请求权的履行状况也非常困难。[47]《民法总则》立法机关或许只关注到司法解释中的前者，而忽略了后者，未能抓住时机澄清上述概念区分，确立重复定期给付的诉讼时效起算规则，令人颇感遗憾。

《民法总则》第 190 条规定，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人（《民法总则》第 23 条），因此法定代理人与被代理人之间一般存在近亲属关系。由此可以理解，《民法总则》第 190 条特殊的诉讼时效起算规则，乃是基于法定代理人与被代理人之间存在亲密的近亲属关系，在法定代理关系存续期间，即使法定代理人侵害被代理人的权益，但为了维持当事人之间的家庭生活和睦，[48]以及考虑到被代理人不

[42] Staudinger Kommentar zum BGB/Peters/Jacoby, 2009, § 197, Rn. 66. 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年，第 642 页。
[43] 理论上支持者参见梁慧星：《民法总论》第四版，法律出版社 2011 年版，第 256 页。
[44] 最高人民法院（2011）民提字第 304 号民事判决书。类似裁判参见最高人民法院（2014）民申字第 2179 号再审民事裁定书。湖南省高级人民法院（2015）湘高法民一终字第 344 号民事判决书。
[45] 最高人民法院（2016）最高法民终 306 号民事判决书。
[46] Staudinger Kommentar zum BGB/Peters/Jacoby, 2009, § 197, Rn. 63.
[47] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 197, Rn. 4.
[48] 于此可参考《德国民法典》第 207 条立法目的：如果诉讼时效不中止的话，夫妻、亲子、监护人与被监护人等家庭成员之间可能会为了避免其针对对方的请求权罹于时效而采取起诉等中断时效的措施，从而破坏家庭生活和睦（Familienfrieden）。Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 207, Rn. 1.

便对法定代理人主张权利，从而不起算诉讼时效。但《民法总则》第 190 条的规则设计与其所追求的目的之间存在一定差距。

首先，自比较法考察，法定代理关系或近亲属关系（如夫妻关系）并非导致诉讼时效期间不起算，而是作为诉讼时效中止或延期届满的事由。例如，《德国民法典》第 207 条、《瑞士债法典》第 134 条、《法国民法典》第 2235 条和第 2236 条、《日本民法典》第 158 条第 2 项和第 159 条、《欧洲示范民法典草案》第 III-7:305 条第 2 款。将法定代理关系设计为诉讼时效期间不起算，设想的原型是被代理人与代理人之间自始存在法定代理关系（如亲子），假如父母与未成年子女之间产生请求权，则规定诉讼时效不起算，或者（自始）中止，均是可行的规则。但如果父母之外的其他监护人与被监护人之间形成法定代理关系，则可能在法定代理关系产生之前，双方已经发生请求权（无论合同或非合同的请求权），如果请求权已经届期，不能说诉讼时效不起算。只是在时效起算后，双方建立起法定代理关系，基于家庭关系和睦的理由，发生诉讼时效中止。由此观之，《民法总则》第 190 条的特殊起算规则并不能涵盖其规范目的范围内的所有情形。

事实上，最高人民法院《诉讼时效制度若干规定》第 20 条规定：“有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百三十九条规定的‘其他障碍’，诉讼时效中止：……（三）权利人被义务人或者其他人控制无法主张权利”。根据最高人民法院的解释，义务人与权利人之间存在监护与被监护的关系，权利人的意志被义务人控制而无法主张权利的，应适用此处诉讼时效中止的规定。也即属于《民法通则》第 139 条规定的“其他障碍”。[49]可见，我国司法实务早已认可监护关系构成诉讼时效进行的中止障碍。学者也在《民法总则》立法过程中提出过改进方案，但立法机关似乎并未注意此类合理建议。[50]

其次，根据文义，《民法总则》第 190 条的规则仅适用于被代理人“对其”法定代理人发生的请求权。2016 年 6 月“一审稿”第 172 规定“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人与其法定代理人之间的请求权的诉讼时效，自该法定代理关系终止之日起开始计算。”此处的“与其”说明无民事行为能力人或者限制民事行为能力人与法定代理人相互之间都有可能发生请求权。而 2016 年 11 月《民法总则（草案）》二审稿（以下简称“二审稿”）第 183 条改为“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权”，一直延续至《民法总则》第 190 条。由此可见，立法者只是考虑无民事行为能力人或者限制民事行为能力人针对法定代理人的请求权给予时效期间起算上的优待，而未考虑到法定代理人可能对被代理人的请求权。自比较法上考察，大陆法系消灭时效法上一般对于法定代理人和被代理人之间采取双向保护方式，即他们之间相互发生的请求权均适用时效中止或延期届满。而仅仅规定被代理人针对法定代理人的请求权因法定代理关系中止（单向保护模式），是较少见的立法例（如《日本民法典》第

[49] 奚晓明编：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2008 年版，第 344 页。
[50] 参见朱晓喆：《诉讼时效制度的立法评论》，《东方法学》2016 年第 5 期。

158 条第 2 项、《德国民法典》第 207 条第 1 款第 2 句[51]）。如果从维系家庭和睦关系的价值考量出发，应该说《民法总则》“一审稿”通过“与其”二字表达出来的双向保护模式更为可取。

总之，《民法总则》第 190 条法定代理关系的诉讼时效不起算规则，不能充分表达法定代理关系对于诉讼时效进程的影响。

《民法总则》第 191 条规定未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日起计算，是从“二审稿”开始增加的规则。全国人大法工委在“全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则(草案)》修改情况的汇报”中提到，“受社会传统观念影响，不少遭受性侵害的未成年人及其监护人往往不愿、不敢公开寻求法律保护。受害人成年之后自己寻求法律救济，却往往已超过诉讼时效期间。为了更好地保护受性侵害的未成年人的利益，建议规定诉讼时效起算的特别规则。”

第 191 条关于未成年人受性侵害特殊保护的立法政策值得肯定，但从年满十八周岁起算三年的普通诉讼时效期间，给予受害人的保护力度仍然不够，因为性侵害的受害人可能因为精神上或心理上的原因，即使在成年后仍不愿或不敢寻求法律保护。进一步设想，如果受害人在成年后仍与加害人处于同一家庭生活关系中，指望其主张损害赔偿请求权的可能性更渺茫。[52]因此，对未成年人性侵害的诉讼时效，各国有采 20 年长期诉讼时效期间（如《法国民法典》第 2226 条第 2 款，包括对未成年人暴力虐待等行为），有采诉讼时效中止并规定如果与加害人处于家庭共同生活中，直至家庭共同生活结束时，消灭时效中止（如《德国民法典》第 208 条）。由此可见，要贯彻保护未成年人的立法宗旨，《民法总则》第 191 条的立法技术上还有提升的空间。[53]

3、小结

《民法总则》采取普通时效期间+主观起算、最长时效期间+客观起算的混合模式，总体而言，期间设置与时效起算点的配合比较合理。适当延长普通时效期间（3 年），反映当下我国社会对于权利保护的价值诉求，缓和时效制度对于权利限制的副作用。

《民法总则》第 189 条至第 191 条基于三类特殊的法律关系考虑，设置延迟的时效起算点规则，体现对于部分权利人的特别保护，值得赞同。但如细究其理，

[51] 该句规定未成年人与辅助机关（如少年局）存在辅佐关系，只有孩子对辅助机关的请求权诉讼时效因辅佐关系而中止，而辅助机关对孩子的请求权则不适用中止。Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 207, Rn. 9.

[52] [德]齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 220 页。《德国民法典》第 208 条的立法目的就考虑到，共同的家庭生活关系可能会对受害人的自主决定产生干扰，因此直至家庭生活关系结束而消灭时效中止，Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 208, Rn. 3.

[53] 《民法总则》草案审议过程中，民法学界建议将未成年人受性侵害的请求权规定为“受害人与加害人处在家庭共同生活关系中的，其诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁并且脱离家庭共同生活关系之日开始计算”。梁慧星：《<中华人民共和国民法总则（草案）>：解读、评论和修改建议》，《华东政法大学学报》2016 年第 5 期。但立法中未见采纳。

为实现上述法律价值目的，立法上规则设计或可更为完善，包括：应明确定期重复给付的时效起算规则、法定代理关系更适合作为时效中止事由并采取双向保护模式、受性侵害的未成年人在时效利益方面的保护应更彻底。

四、请求权的价值权重与诉讼时效的规则设计

诉讼时效限制的对象是请求权。请求权在实体法上是指要求他人为或不为一定行为（Tun oder Unterlassen）之权利，独立的请求权（如债权）表达了某种经济价值的归属，非独立的请求权则具有实现和保护其他权利（尤其是绝对权）的功能。[54]民法上的请求权所赖以产生的基础法律关系不同，法律上保护必要性和程度也不尽相同，因此作为权利保护手段的请求权，诉讼时效的限制也有差异，并反映在各种请求权是否适用诉讼时效以及时效期间长短方面。换言之，一个国家民法对于不同的请求权及其所保护的本体法律关系的重视和保护程度，在诉讼时效立法政策上，就体现为区分对待各种价值权重不同的请求权。

1、不适用诉讼时效的请求权

《民法通则》未明确规定不适用诉讼时效的请求权，由此引发多年来我国民法上物权请求权之类究竟是否适用诉讼时效的争议问题。[55]尽管《诉讼时效制度若干规定》第 1 条列举不适用诉讼时效的请求权四种情形，但也仅针对债权请求权，司法解释的起草者倾向认为物权请求权不适用诉讼时效，但因观点争议而暂未作规定。[56]《民法总则》第 196 条列举四类不适用诉讼时效的请求权，弥补这一缺漏，明确了排除妨碍、返还原物等物权性请求权、基于身份关系所生之请求权不适用诉讼时效。

诉讼时效作为请求权的时间限制，除非有特别规定，原则上适用于一切请求权。[57]不适用诉讼时效的请求权，须具备充分合理的理由。

首先，《民法总则》第 196 条第 1 项规定的停止侵害、排除妨碍、消除危险请求权，在性质上不宜适用诉讼时效。自民法原理言之，停止侵害、排除妨碍、消除危险原先作为物权人恢复圆满支配状态的请求权，其功能在于对抗侵害人以侵夺占有以外之方式，对物权发生妨碍（Ströung）或可能之妨碍，又称为“防御性请求权”（Abwehransprüche）。[58]这种请求权与原物返还请求权、损害赔偿请求权有重大区别。原物返还请求权针对侵占或夺取占有的侵害行为，而损害赔偿请

[54] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., C.H. Beck 2004, S. 265.

[55] 梁慧星主编：《中国物权法研究》（上），法律出版社 1998 年版，第 100 页以下。傅鼎生：《物上请求权的时效性》，《法学》2007 年第 6 期。张驰、黄鑫：《物上请求权与诉讼时效关系论》，《法学》2006 年第 9 期。王轶：《物权请求权与诉讼时效制度的适用》，《当代法学》2006 年第 1 期。朱虎：《返还原物请求权适用诉讼时效问题研究》，《法商研究》2012 年第 6 期。

[56] 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与运用》，人民法院出版社 2008 年版，第 53 页以下。

[57] Staudinger Kommentar zum BGB/Peters/Jacoby, 2009, Vorbemerkung zu §§ 194-225, Rn. 38.

[58] Prütting, Sachenrecht, 33.Auf., C.H.Beck, 2008, S. 242.

求权针对已经发生物之毁坏而失去利益的行为。防御性请求权针对的是对物之持续性的侵扰或影响，以及将来可能发生的这种侵害。而且，防御性请求权本质上是排除他人对物权人支配领域的干涉，其法律思想可转用于其他的支配权，包括人格权、知识产权，以及侵权法所保护的其他法益，如一般营业权、配偶关系等。[59]我国《物权法》第 35 条、《侵权责任法》第 15 条、以及《民法总则》第 179 条第 1 款一般性地规定了停止侵害、排除妨碍、消除危险。此外，防御性请求权还散见于相邻关系、占有保护、人格权保护，以及《著作权法》（第 47 条、第 48 条）、《专利法》（第 60 条）、《商标法》（第 60 条、第 65 条）等规定。

防御性请求权以妨碍或可能之妨碍持续存在为前提，[60]倘若妨碍或危险消除，则无主张请求权之必要。由此可以明确，停止侵害、消除危险的请求权，因为该请求权是预防将来的妨碍，所以根本不考虑适用诉讼时效。[61]至于排除妨碍请求权，是否适用诉讼时效存有争议。德国民法的观点是，排除妨碍请求权原则上适用消灭时效，[62]但由于存在特别规定（如登记的不动产物权所生之请求权都不适用消灭时效）和因为妨碍的持续状况，排除妨碍请求权适用消灭时效反而成为例外。[63]我国民法上的通说则认为妨碍因其持续性质，以及起算点难以确定，故不适用诉讼时效。[64]且我国司法实践中，法院判决一般也根据妨碍持续性的特点，认定排除妨碍请求权不适用诉讼时效。[65]可见，《民法总则》第 196 条第 1 项反映了我国学说和司法实务现状。

其次，基于物权的原物返还请求权，是否适用诉讼时效也存在争议。我国民法理论界比较一致的是，登记的不动产物权返还请求权不适用诉讼时效。其理由概括为：登记的不动产物权返还请求权如适用诉讼时效，将动摇不动产登记制度的公信力；[66]登记簿上显示的不动产权属状况，排除向不特定第三人呈现权利不存在状态的可能，不会发生第三人因登记以外的事实产生外观信赖，或就某人长期占有登记在他人名下不动产的信赖。[67]这一结论在《德国民法典》第 902 条第

[59] 王洪亮：《物上请求权的功能与理论基础》，北京大学出版社 2011 年版，第 159 页以下。Staudinger Kommentar zum BGB/Gursky, 2012, § 1004, Rn. 14 ff.

[60] Prütting, Sachenrecht, 33.Auf., C.H.Beck, 2008, S. 247. 王洪亮：《物上请求权的功能与理论基础》，北京大学出版社 2011 年版，第 168 页。

[61] Staudinger Kommentar zum BGB/Gursky, 2012, § 1004, Rn. 226.

[62] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 195, Rn. 5. Prütting, Sachenrecht, 33.Auf., C.H.Beck, 2008, S. 250.

[63] Staudinger Kommentar zum BGB/Gursky, 2012, § 1004, Rn. 203 ff.

[64] 梁慧星：《民法总论》第四版，法律出版社 2011 年版，第 253 页。王利明：《民法总论》第二版，中国人民大学出版社 2015 年版，第 341 页。魏振瀛主编：《民法》第六版，北京大学出版社/高等教育出版社 2016 年版，第 198 页。傅鼎生：《物上请求权的时效性》，《法学》2007 年第 6 期。

[65] 例如，重庆市高级人民法院（2015）渝高法民提字第 00144 号民事判决书指出："关于诉讼时效问题，因本案涉讼弃土至今仍在妨害梁平县土地整治储备中心对涉案土地进行管理、占有，其侵权行为持续至今，梁平县土地整治储备中心于 2013 年 9 月起诉主张排除妨害，并未超过诉讼时效。"上海市第一中级人民法院（2010）沪一中民二（民）终字第 1338 号民事判决书指出："因本案中郦禄宜行使的是排除妨碍请求权，该权利指向现实存在的妨害和危险，只要这种现实的妨害和危险存在，物权人就可以主张排除妨害请求权而不适用诉讼时效制度。"此外，《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》（2016 年 11 月）第 24 条也认为"权利人请求排除妨害、消除危险，对方当事人以超过诉讼时效期间抗辩的，均应不予支持。"

[66] 梁慧星：《民法总论》第四版，法律出版社 2011 年版，第 253 页。魏振瀛主编：《民法》第六版，北京大学出版社/高等教育出版社 2016 年版，第 199 页。

[67] 傅鼎生：《物上请求权的时效性》，《法学》2007 年第 6 期。张驰、黄鑫：《物上请求权与诉讼时效关系

1 款第 1 句（基于已登记的权利而发生的请求权，不受消灭时效的限制）也得到印证，其立法目的在于：一者确保登记的权利保持长久，避免因消灭时效而出现权利真空（Rechtshülle）状态；二者消灭时效制度因债务人举证困难的理由，在登记权利方面不会发生。[68]

2015 年 8 月 28 日"《民法总则》室内稿"第 152 条曾规定"登记的物权人请求返还财产"不适用诉讼时效，从文义看，包括不动产和动产。直至"三审稿"一直采取上述规定。但据 2017 年 3 月 12 日全国人大法律委员会审议报告称"有的代表提出，目前，不少农村地区的房屋尚未办理不动产登记，为更好地保护农民的房屋产权，建议将不适用诉讼时效的范围扩大至所有不动产物权的返还请求权。"全国人大法律委员会接受这一建议，进行修改，最终形成《民法总则》第 196 条第 2 项之规定。立法机关根据我国农村不动产物权登记制度不健全现状作出的规定，尽管具有时下的正当性，但显然超过上述原物返还请求权不适用诉讼时效的价值考量范围。

再次，《民法总则》第 196 条第 3 项规定基于身份关系所生之财产性请求权不适用诉讼时效。抚养费、赡养费或扶养费通常产生于近亲属之间，为维护家庭关系，保障老幼弱者的生存权，法律赋予此类请求权特别保护，在价值判断自有合理性。正如梁慧星研究员组织起草的《中国民法典草案建议稿·总则编》相关立法理由指出："抚养费、扶养费、赡养费请求权不适用诉讼时效。因为受抚养、扶养或受赡养者一般是年幼、年老或其他缺乏劳动能力的人，抚养费、扶养费、赡养费是这些人生活的来源，若无此等费用，将严重影响他们的生活，甚至生存。"[69]但参考比较法和民法学理，《民法总则》第 196 条第 3 项存在范围过宽和过窄的两方面问题。

一方面，第 196 条第 3 项规定的抚养费等请求权，没有请求权发生时间或受抚养人是否具备抚养条件的限制，可能导致受抚养人在成年并有独立生活能力很久以后，仍可主张抚养费请求权。但我国司法实践中的观点是，未成年人满 18 周岁后，要求 18 周岁之前的抚养费，应适用诉讼时效。该诉讼时效期间从不具备抚养条件之日起算。[70]从比较法上看，《德国民法典》第 194 条第 2 款规定基于身份关系所生之请求权，仅限于指向将来维续亲属关系之请求权不适用消灭时效，例如夫妻共同生活关系、对第三人要求交还子女、亲属之间未来的抚养费。但亲属之间过去的抚养费则适用普通消灭时效。[71]台湾地区民法典虽未有明确规定，但学说和判例中都认可非纯粹身份关系、财产性的请求权，如夫妻间的损害赔偿请求权、赡养费各期给付请求权等，适用消灭时效。[72]从立法政策而言，近

论》，《法学》2006 年第 9 期。王轶：《物权请求权与诉讼时效制度的适用》，《当代法学》2006 年第 1 期。朱虎：《返还原物请求权适用诉讼时效问题研究》，《法商研究》2012 年第 6 期。

[68] Münchener Kommentar zum BGB/ Kohler, 6.Aufl., 2012, § 902, Rn. 1.

[69] 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由·总则编》，法律出版社 2013 年版，第 383 页。

[70] 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2008 年版，第 53 页。采纳此观点的判决参见：辽宁省大连市中级人民法院（2015）大民一终字第 246 号民事判决书；安徽省霍邱县人民法院（2015）霍民一初字第 01032 号民事判决书。

[71] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 194, Rn. 7 f.

[72] 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 633 页；王泽鉴：《民法总则》，北京大学出

亲属之间的抚养请求权以抚养或赡养必要为原则，如无期限限制，则容易使原先有抚养或赡养关系的家庭成员之间，纠结于陈年往事而在事件很久以后仍提出请求，滋生家庭矛盾。[73]

另一方面，第 196 条第 3 项仅规定身份关系所生之财产性请求权不适用诉讼时效，而未规定纯粹身份性的请求权，失之过窄。例如，请求履行夫妻共同生活关系、父母对第三人请求交还子女，不应适用诉讼时效。[74]笔者认为，基于举轻明重的规则，既然基于身份关系的（符合抚养条件下）财产性请求权都不适用诉讼时效，那么比财产更重要的身份性请求权，更不应适用诉讼时效。[75]民法学者在《民法总则》立法过程中，曾建议增设此规定，[76]可惜立法机关未见采纳。

最后，第 196 条第 4 项是一项兜底性的规则，给其他法律规定不适用诉讼时效留下空间。《民法总则》生效，并不自动废止既有的民法规则，我国现行法中关于不适用诉讼时效的规定，仍继续保持其效力。例如《诉讼时效制度若干规定》第 1 条、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（三）》第 19 条、最高人民法院指导案例第 65 号[77]等。此类规则的具体理由不再赘述。

2、特别的诉讼时效期间

法律上设置特别的长期或短期的诉讼时效期间，各有其规范目的，也反映立法者对于各该请求权价值地位的认识。

《民法通则》第 136 条规定了一年的短期诉讼时效期间，包括人身伤害、出售质量不合格产品未声明、延付或拒付租金、寄存财物丢失或毁损四种情形。其立法目的在于这些事实证据容易消失，需及时解决纠纷，尽快了结民事法律关系。[78]但《民法总则》第九章并无类似的短期时效规定。查自 2015 年 8 月的“《民法总则》室内稿”以来，历次草案均无短期时效。因此，《民法通则》第 136 条在《民法总则》生效以后的去留便成为一个谜题。笔者认为，对此应分别对待：（1）人身伤害的损害赔偿请求权，是对于人身利益的救济，比一般财产损害更值得保护，根本不应适用短期时效，新的《民法总则》没有规定，宜解释为不予适用。（2）因出售产品不合格所生之请求权，如属于产品缺陷，根据《产品质量法》

版社 2014 年版，第 498 页。

[73] 此外，《民法总则》第 190 条规定，法定代理关系结束时诉讼时效起算，意味着近亲属之间的侵权损害赔偿请求权，还是适用诉讼时效。而第 196 条第 3 项的抚养请求权不适用诉讼时效。从请求权人视角看，侵权行为比不支付抚养费似乎更为严重，前者尚且适用诉讼时效，而后者不适用，在价值判断上有失轻重。

[74] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 194, Rn. 7. 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2014 年版，第 498 页。

[75] 这一结论符合我国民法学理通说，参见梁慧星：《民法总论》第四版，法律出版社 2011 年版，第 253 页。王利明：《民法总论》第二版，中国人民大学出版社 2015 年版，第 343 页。

[76] 朱晓喆：《诉讼时效制度的立法评论》，《东方法学》2016 年第 5 期。

[77] “上海市虹口区久乐大厦小区业主大会诉上海环亚实业总公司业主共有权纠纷案”，上海市第二中级人民法院（2011）沪二中民二（民）终字第 1908 号民事判决。

[78] 谢怀栻：《时效》，载最高人民法院《民法通则》培训班编辑组：《民法通则讲座》，北京市文化局出版处 1986 年版，第 283 页。李由义主编：《民法学》，北京大学出版社 1988 年版，第 160 页。佟柔主编：《民法总则》，中国公安大学出版社 1990 年版，第 320 页。

第 45 条第 1 款应适用二年诉讼时效；如属于产品瑕疵，根据《最高人民法院关于购销合同标的物掺杂使假引起的诉讼如何确定诉讼时效的复函》，也是二年诉讼时效期间。（3）租金和保管物的毁损，是特别合同法上的请求权问题，不具有一般性，可于合同分则中具体规定。综上，《民法通则》第 136 条的短期诉讼时效期间，合理性和普遍性存在疑问，故未在《民法总则》中予以规定，值得赞同。

短期诉讼时效期间缩短权利人主张请求权的时限，强烈体现各该法律的规范目的。例如，《海商法》第 257 条第 1 款、第 260 条、第 263 条关于货物毁损、海上拖航、共同海损分担等请求权规定一年诉讼时效期间，显然倾向于保护海上货物运输承运人的利益。类似还有《水路货物运输合同实施细则》第 31 条第 1 款、《铁路货物运输合同实施细则》第 22 条第 1 款短期的 180 天和 60 天的诉讼时效期间，也是有利于承运人。《拍卖法》第 61 条第 1 款拍卖标的存在瑕疵未声明的，请求赔偿的诉讼时效期间为一年，属于瑕疵担保责任特别的短期诉讼时效期间。因此，短期诉讼时效的各种规范目的存在差异，应由特别法予以规定，不宜于总则中作统一规定。[79]

除特别的短期诉讼时效期间之外，民法上还有特别的长期诉讼时效期，以保护某些特殊法律关系当事人的权利。例如，《德国民法典》第 196 条基于土地交易所生之请求权以及对待给付请求权，经过 10 年而完成消灭时效。其规范目的是：由于土地交易涉及登记，登记机关的工作可能存在手续拖延，故而基于保护债权人的思想，以转移土地权利为内容请求权及对待给付请求权适用 10 年诉讼时效期间。[80]第 197 条规定基于物权的返还请求权、司法判决认定之请求权、或执行程序及支付不能程序中确认的请求权等，经过 30 年而完成消灭时效。其立法思想或基于保护物权的本权，或基于司法机关确认的请求权可避免事实不清等理由。[81]但以上长期诉讼时效期间，根据《德国民法典》第 200 条，均自请求权发生之时起算，即客观起算时效期间。《法国民法典》第 2226 条规定了身体伤害的诉讼时效期间为 10 年，未成年人受侵害的诉讼时效期间为 20 年，自损害确定之日起算；第 2227 条规定针对不动产物权的诉讼时效期间为 30 年，自权利人知道或应当知道可以行使权利的事实之日起算。

《民法总则》第九章未规定特别的长期诉讼时效期间。从“《民法总则》室内稿”以来，特别的长期诉讼时效未进入立法机关的规划范围。但中国社会科学院孙宪忠研究员组织起草的《民法总则（建议稿）》第 234 条以及梁慧星研究员负责的《中国民法典草案建议稿·总则编》第 201 条，均有十年长期诉讼时效期间的规定，并大致集中在如下几类请求权：因人身伤害所生之损害赔偿请求权、动产的原物返还请求权、劳动合同所生之报酬请求权、因不动产物权的交易所生之请求权和对待给付请求权、生效司法文书（裁判书、调解书、公证书等）确定之

[79] 从比较法上看，《法国民法典》第 2224 条以下、《德国民法典》第 194 条以下，《欧洲示范民法典草案》第 III-7:101 条以下，均未规定短期诉讼时效期间，而仅规定特别的长期诉讼时效期间（10 年、20 年或 30 年）。高圣平教授也认为，《民法总则》根本就不应该规定短期诉讼时效，参见高圣平：《诉讼时效立法中的几个问题》，《法学论坛》2015 年第 3 期。

[80] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 196, Rn. 1.

[81] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 197, Rn. 2.

请求权、破产程序中确认的请求权、继承人回复遗产之请求权等。在立法过程中，学者也曾建议就人身损害赔偿请求权等设置长期时效期间，[82]但未能引起立法机关的重视。

权利行使的期间，是一种法定的权利限制，原则上须以法律明定才具有正当性，因此，长期时效期间不可通过法律解释或续造予以解决，这一缺憾暂时无法通过司法进行弥补。

3、执行时效期间与诉讼时效

权利人如果通过法院或仲裁机构获得胜诉的判决或裁定，取得执行名义，其实体法上的请求权即为司法裁判所确认。对于该请求权，是否应适用诉讼时效及时效期间，有不同的立法模式。

自比较法上看，经司法裁判确认之请求权，欧洲各国一般规定在实体法的消灭时效制度中，并适用长期时效期间。例如，《德国民法典》第 197 条第 1 款第 3 项规定，有既判力确定之请求权为长期的 30 年消灭时效期间；根据第 201 条，该请求权的时效起算点为自判决具有既判力之时。其理由在于：普通消灭时效期间较短，为追求尽快清理法律关系和避免案件事实模糊不清之目的，而有既判力之请求权以及可强制执行之请求权，不存在此种问题，因此规定 30 年长期消灭时效期间。[83]《瑞士债务法》第 137 条第 2 款规定经法院判决确定的请求权消灭时效期间为 10 年。苏格兰 1973 年的《时效与期限法》（Prescription and Limitation Act）第 7 条规定为 20 年。《欧洲示范民法典草案》第 III-7:202 条规定该类请求权的时效期间为 10 年，其理由如下：（1）经判决确认的权利已最大可能地确定、稳固且不受“时间的混淆力”之影响；（2）债权人通过司法程序主张权利是严肃认真的，债务人也知道须提供给付；（3）当事人之间的法律纠纷已终局地得到解决，不会发生（法律关系状态的）不确定性；（4）相反，如规定短期时效则迫使债权人每隔一段时间就不得不作出主张权利的行为，产生不必要的费用。[84]

我国民法上则将法院裁判文书确认的请求权，规定为强制执行法上申请执行期间。1982 年《民事诉讼法（试行）》第 169 条和 1991 年《民事诉讼法》第 219 条均规定当事人申请执行的期限为 6 个月。按早期的民事诉讼法理论，执行期间是公法上申请强制执行的期限，是申请执行的必要条件，须由司法机关立案时主动审查，一旦超过该期限，应裁定不予受理。[85]这种立法模式受前苏联民事诉讼法典和理论的影响。[86]但晚近的民事诉讼法理论将“强制执行请求权”与民事实体法上请求权区别开来，前者是债权人基于执行名义所享有的可请求法院行使强制执行权、以实现执行名义所载权利的公法上的请求权；而后者则是执行名义中载明的私法上请求权。基于此种区分，公法上的强制执行请求权是一种司法救济保障，不应受期间限制；[87]执行期间本质上是对于私法上请求权的消灭时效限制。[88]

2007 年《民事诉讼法》第 215 条以及现行《民事诉讼法》（2012 年）第 239 条第 1 款规定，申请执行的期间为二年，且适用有关诉讼时效中止、中断的规定。因该申请执行期间适用诉讼时效有关规定，又称为执行时效期间。根据最高人民法院《民事诉讼法司法解释》第 483 条第 1 款，申请执行人超过申请执行时效期间向人民法院申请强制执行的，人民法院应予受理。被执行人对申请执行时效期间提出异议，人民法院经审查异议成立的，裁定不予执行。由此可见，申请执行如超过执行时效期间，应由被执行人提出异议，法院不得主动审查适用。由此可见，执行时效期间与诉讼时效“抗辩权”的法律效果高度一致。基于此，民事诉讼法学者提出应彻底废除程序法上规定强制执行的期限限制，但在立法改变之前，应将《民事诉讼法》第 239 条的执行时效理解为诉讼时效。[89]

尽管法律解释和运用上可将执行时效作为诉讼时效，但仍存在无法化解的问题。例如，《合同法》第 129 条规定涉外合同 4 年长期诉讼时效，《保险法》第 26 条第 2 款规定人寿保险金赔付请求权 5 年长期诉讼时效，《海商法》第 265 条规定船舶油污损害赔偿请求权 6 年长期诉讼时效等，这些请求权本来的诉讼时效期间较长，但如经司法审理确认后，却统统适用 2 年的执行时效期间，从而权利人本来享有的长期时效利益却因司法裁判而缩短，形成法律评价上的矛盾。[90]

因此，要彻底地解决问题，应将执行时效回归到民事实体法上经司法裁判确认的请求权诉讼时效，并规定特别的长期时效期间。在《民法总则》立法过程中，笔者曾提出修改建议，[91]惜乎立法机关未予重视。

4、小结

作为诉讼时效限制对象的请求权，按照时效对其限制的程度，可以整理出如下序列：完全不适用时效——长期的特别时效期间——普通的时效期间——短期的特别时效期间。这一序列大体反映了我国民法上各类请求权在诉讼时效制度中的重要性及受保护的程度。完全不适用时效的请求权，或基于侵害行为性质、或基于登记系统的公信力和证据明确、以及身份关系特殊性考虑。特别的短期时效期间对应的请求权，其法律关系较为简单，时间长久容易模糊事实，或反映义务人特殊群体（如海上货物承运人）的利益诉求。

---

[82] 参见朱晓喆：《诉讼时效制度的立法评论》，《东方法学》2016 年第 5 期。解亘：《<民法总则（草案）>中时效制度的不足》，《交大法学》2016 年第 4 期。

[83] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 197, Rn. 2.

[84] 《欧洲示范民法典草案》第 III-7:202 条注释，欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编：《欧洲示范民法典草案（第一、二、三卷）》，法律出版社 2014 年版，第 1007 页。

[85] 1998 年最高人民法院颁布的《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 18 条第 1 款，将执行期间作为受理执行案件的条件之一。

[86] 刘学在：《论执行时效制度之理解误区及其矫正》，《北方法学》2014 年第 4 期。

[87] 占善刚：《对我国民事申请执行期间制度的初步检讨》，《南京师大学报（社会科学版）》2011 年第 1 期。

[88] 刘学在：《论执行时效制度之理解误区及其矫正》，《北方法学》2014 年第 4 期。

[89] 刘学在：《论执行时效制度之理解误区及其矫正》，《北方法学》2014 年第 4 期。乔宇：《论申请执行时效的适用程序——兼谈权力分工语境下的审执分立》，《法律适用》2013 年第 4 期。杨巍：《民法时效制度的理论反思与案例研究》，北京大学出版社 2015 年版，第 79 页。

[90] 相同观点参见杨巍：《民法时效制度的理论反思与案例研究》，北京大学出版社 2015 年版，第 82 页。

[91] 朱晓喆：《诉讼时效制度的立法评论》，《东方法学》2016 年第 5 期。

特别的长期时效期间针对的请求权并非不适用时效，而是因其所保护的法益较为重要，或证据较为清楚，或法律关系的纠纷处理较为复杂。而且，设置长期时效期间可以避免权利人因担心时效过短而更轻易采取法律措施（如起诉），从而影响民商事顺畅交往，节约司法成本。经司法确认的请求权，各国多采用实体法上的长期诉讼时效期间制度。但我国长期以来采取民事诉讼法上的执行时效期间。该制度存在多处弊端，理论界早已有立法改革建议，本应借《民法总则》立法时机，给此类请求权设置长期诉讼时效期间。总之，《民法总则》未规定特殊的长期诉讼时效期间是一个重大立法缺憾。

五、诉讼时效障碍事由及法律效果的再认识

1、诉讼时效障碍之体系

诉讼时效的障碍是时效进行过程中，因各种事由而停止进行、延期届满或重新开始的状态。综观大陆法系各国立法，时效障碍的后果包括如下三类：

其一，诉讼时效的中止或停止（Hemmung, suspension），即时效进行中，发生法定障碍事由（一般是阻碍权利人行使权利的情事），停止计算时效，待时效障碍事由消除后，继续计算余下的时效期间。[92]换言之，时效期间因中止事由而停下（Stillstand），自中止事由消除时再继续计算，停止的时间不计入时效期间。[93]《德国民法典》第 203 条至 208 条规定因磋商谈判、法律追诉程序、发生给付拒绝权、不可抗力、家庭关系、侵害性自主权利，而消灭时效中止。第 209 条规定中止的效果是“消灭时效中止的时间，不计入消灭时效期间。”《法国民法典》第 2233 至 2237 条也有类似规定。我国《民法通则》第 139 条第 2 句规定“从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。”

其二，诉讼时效的不完成或时效的延期届满（Ablaufhemmung, delay of completion of prescription），即发生法定障碍事由时，时效期间继续计算，但是在特定额外的期间届满后，时效期间才能完成。[94]因为它是不顾已经发生的时效期间经过，而阻止时效的完成，被称为“标准的”障碍。[95]从比较法来看，诉讼时效不完成的事由通常包括：因当事人之间磋商谈判、权利人或义务人的行为能力欠缺而无法定代理人、遗产发生继承。就术语而言，《德国民法典》第 210 条和第 211 条规定为“不完成”。《日本民法典》第 158 条至第 161 条规定名为“时效的停止”，实为时效的不完成。我国台湾民法第 139 条至第 143 条规定为“时

[92] Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2003, p. 124.
[93] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 203, Rn. 1.
[94][德]齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 215 页。史尚宽指出，“时效不完成，则系于时效将完成之际，因有一定事由之发生，于其事由存在之期间及其事由消灭后一定之期间，阻止其完成。从而时效不完成事由并不停止时效之进行，然其期间虽满了，非于其事由消灭后经过一定之期间，时效仍不完成。”史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 688 页。
[95] Staudinger Kommentar zum BGB (2009) , Peters / Jacoby, § 209, Rn. 8.

效的不完成”。《欧洲示范民法典草案》第 III-7:304 条至第 III-7:306 条称为“延期届满”。比较各国使用的术语，德国和台湾民法上的“时效不完成”，不能直观表达障碍事由消除后权利人仍得在一定期间内行使权利的涵义。日本民法的“停止”与一般时效中止容易混淆，因此日本学者建议应将日本民法的时效停止改为“时效期间届满的延期”或“时效完成的延缓”。[96]相比而言，《欧洲示范民法典草案》所使用的“延期届满”更为准确、直观。我国《民法总则》第 194 条第 1 款称“中止”，但第 2 款给权利人在障碍事由消除后补充 6 个月的权利行使期间，实际上是“延期届满”，下文详述。

其三，诉讼时效的中断（Unterbrechung，interruption）或重新开始（Neubeginn，renewal），是指已经经过的时效期间因特定情事的发生而全部忽略，时效期间重新起算。[97]通常导致中断的事由包括：债务人的承认、权利人的请求、起诉及与起诉有类似效力之事项。因“中断”一词语义含糊，德国新债法和《欧洲示范民法典草案》均改称为“重新开始”。我国《民法通则》第 140 条第 2 句规定“从中断时起，诉讼时效期间重新计算。”《民法总则》第 195 条规定“从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算”。其语义明确，“重新计算”的法律效果清晰。

综观各国关于诉讼时效障碍之事由及法律效果的规则，并非一成不变或完全统一。例如，同为起诉等司法追诉程序事由，《法国民法典》第 2245 条和我国《民法总则》第 195 条规定为中断，而《德国民法典》第 204 条和《欧洲示范民法典草案》第 III-7:302 条规定为中止。再例如，因处于亲权或监护之下，或法定代理人欠缺，《法国民法典》第 2236 条规定为时效中止，而《德国民法典》第 210 条和《欧洲示范民法典草案》第 III-7:305 条规定为时效延期届满。由此可见，诉讼时效障碍之事由和效果并不存在非此即彼的界限。此外，某些事由在一国民法上被列为时效障碍，但另一国可能并不被认为是障碍事由。同一法典中，可同时采用“时效中止、延期届满＋中断”（如德国、《欧洲示范民法典草案》），也有采用“中止或延期届满＋中断”（如中国、日本和台湾）。

总之，在设计和理解诉讼时效障碍规则时，其规范理由是多元而复杂的，主要考虑的因素是各该障碍事由的性质、法律进行干预和影响诉讼时效进程的强弱程度、以及立法者对于时效障碍的认识水平等。以下结合我国《民法总则》第 194 条和第 195 条中止和中断的规定进行阐述。

2、《民法总则》第 194 条：中止抑或延期届满？

罗马法谚有云：“无法追诉者，时效止步不前”（Agere non valenti non currit praescriptio）。[98]民法典设置诉讼时效中止事由及后果应基于权利人无法行使权利

[96] [日]山本敬三：《民法讲义 I：总则（第三版）》，解亘译，北京大学出版社 2012 年版，第 473 页。
[97] Staudinger Kommentar zum BGB (2009) , Peters / Jacoby, § 212, Rn. 1. Mansel, Verjährung, in Dauner-Lieb / Heidel / Ring (hrsg.), Das Neue Schuldrecht, S. 59.
[98] Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2003, p. 132.

的各种原因进行考量。相比《民法通则》第 139 条，《民法总则》第 194 条较为完整地统一归纳我国民法上的诉讼时效中止事由。

《民法通则》第 139 条仅规定不可抗力，《民法通则若干意见》第 172 条增加了无行为能力人或限制行为能力人的法定代理人缺失作为时效中止事由。《诉讼时效制度若干规定》第 20 条继续增加继承开始后未确定继承人和遗产管理人、权利人被义务人或其他人控制、以及“其他导致权利人不能主张权利的客观情形”等中止事由。可见，《民法总则》第 194 条规定的五项均为我国以往立法和司法实践中认可的中止事由。值得注意的是，《民法总则》第 194 条第 5 项的用语改变为“其他导致权利人不能行使请求权的障碍”，这一变化一方面使得“请求权行使障碍”的规则表述更为清晰流畅，另一方面其包容性更强，不限于“客观情形”。参考《欧洲示范民法典草案》第 III-7:303 条第 4 款可知，权利人不可控制的障碍导致时效中止，包括心理障碍，尤其是那些受性侵害或虐待的儿童。[99]尽管我国《民法总则》第 191 条部分解决了未成年人受性侵害的时效起算问题，但不包含其他遭受侵害或虐待以及受害人因心理原因而不能行使权利的情形。因此“其他导致权利人不能行使请求权的障碍”可容纳更多的中止事由。[100]

《民法总则》诉讼时效中止制度最大的变化是第 194 条第 2 款规定：时效中止的原因消除之日起满 6 个月，诉讼时效期间届满。换言之，《民法总则》第 194 条将《民法通则》第 139 条第 2 句的时效“中止”并继续计算余下时效期间，变革为中止事由消除后 6 个月“延期届满”。这一制度改进后，凡是诉讼时效最后 6 个月内发生中止事由而剩余期间不足 6 个月，一律补足为 6 个月的权利行使期间。这一规则显然有利于权利人，为解其故，须明辨其理由。

在《民法总则》颁布之前，我国有学者指出，其他国家规定的时效中止事由消除后延长 6 个月的期间，与其中断事由要求严格有关，通常限于债务人承认和起诉或类似起诉事由，而起诉需要较长的准备时间。我国《民法通则》规定只要诉讼外提出请求也导致时效中断，因而在中止事由消除后计算余下期间对于债务人而言，并非不近情理。[101]但佟柔教授认为，我国普通诉讼时效期间较短，从保护权利人、充分给予其机会行使权利的立场出发，应采用中止后延长 6 个月的立法模式。[102]而梁慧星研究员更激进认为，应直接将《民法通则》的时效中止规定解释为中止事由消除后延长 6 个月。[103]另有学者也指出，统一规定中止事由消除后 6 个月时效届满，可以避免当事人举证和计算剩余期间的麻烦。[104]但以上争论未能形成立法意见。

99 《欧洲示范民法典草案》第 III-7:303 条评论，欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编：《欧洲示范民法典草案（第一、二、三卷）》，法律出版社 2014 年版，第 1028 页。

100 例如，交通事故受害人因司法鉴定机构鉴定为一级伤残，法院认定有其他障碍不能行使请求权，参见内蒙古兴安盟（2015）兴民终字第 735 号民事判决。再例如，权利人在服刑期间，人身自由受到限制，无法正常行使诉讼权利，也导致时效中止，参见辽宁省沈阳市中级人民法院（2015）沈中民三终字第 00902 号民事判决。

101 张驰：《诉讼时效中止事由范围及其效力》，《法学》1997 年第 6 期。

102 佟柔主编：《民法总则》，中国公安大学出版社 1990 年版，第 324 页。

103 梁慧星：《民法总论》第四版，法律出版社 2011 年版，第 258 页。

104 杨巍：《民法时效制度的理论反思与案例研究》，北京大学出版社 2015 年，第 361 页。

在制定我国《民法总则》的过程中，学者建议草案大多支持采用延期届满的立法技术。例如，梁慧星研究员组织起草的《中国民法典草案建议稿·总则编》第 211 条以下关于诉讼时效中止，大量采用延期 6 个月届满的模式。孙宪忠研究员领衔起草的《民法总则（建议稿）》第 237 条以下的规定，亦是如此。中国法学会和中国民法学研究会组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》第 187 条和第 188 条也采用延期 6 个月届满。与此同时，学界也有支持的观点。[105]

2015 年 8 月“《民法总则》室内稿”第 148 条关于时效中止的一般规定仍沿用《民法通则》第 139 条，但第 149 条规定法定代理人欠缺时延期 6 个月届满。自《民法总则（草案）》“一审稿”第 171 条开始，统一规定了五项诉讼时效的中止事由，并采用延期 6 个月届满的模式。

总体而言，《民法总则》第 194 条将诉讼时效中止事由统一化、法律效果明晰化。可以预期这种延期届满制度的实施效果，较之前的法律更为合理。但令人遗憾的是，仍有若干重要的时效中止或延期届满的事由值得立法考虑，未纳入《民法总则》的立法规划。例如，从比较法上看，当事人之间就争议的权利义务进行磋商谈判是一种非常重要的时效中止事由（《德国民法典》第 203 条、《欧洲示范民法典草案》第 III-7:304 条）。在商业交往中，磋商谈判是交易者极为常见争取自身权益、但又避免诉讼伤及感情的手段。再者，法律不能让协商谈判成为债权人（权利罹于时效）的陷阱。[106]此外，《民法总则》第 190 条仅规定被代理人对其法定代理人的请求权自法定代理关系终止时起算，但不能涵盖其他的近亲属之间（尤其是配偶之间）相互具有请求权的情形，而许多国家对此也规定为时效中止或延期届满。[107]在《民法总则》制定过程中，梁慧星研究员组织起草的《中国民法典草案建议稿总则编》第 211 条和第 215 条曾有上述立法建议。但是在《民法总则》立法过程中未见立法机关任何的资料和观点反映。

3、《民法总则》第 195 条：重新起算诉讼时效期间

诉讼时效的制度价值主要在于督促权利人行使权利、避免义务人的举证困难，倘若权利人已经主张或行使权利，或义务人作出承认，则上述目的已然实现，从而请求权的诉讼时效应重新起算。相比于诉讼时效中止，诉讼时效中断是更强烈的法律干预，因此，立法上对于中断的事由应采尽量克制的态度。齐默尔曼认为

105 房绍坤：《诉讼时效停止制度的立法选择》，《广东社会科学》2016 年第 1 期。

106 [德]齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 213 页。

107 我国民法学者建议将婚姻关系作为诉讼时效障碍事由。参见张力、郑志峰：《中止抑或不完成：诉讼时效完成障碍之婚姻关系》，《河北法学》2015 年第 5 期。当然，近亲属关系作为诉讼时效中止事由在立法政策上有商榷之余地。有批评意见指出，在夫妻关系方面，如果配偶一方死亡，另一方可能利用时效中止的规定，主张多年前的权利，向他（她）不喜欢的继承人突然发动攻击。而且，这一制度使得离婚成为解决宿怨旧仇的开端，而与婚姻本来就有宽恕对方债务的功能相抵触。参见 Staudinger Kommentar zum BGB (2009), Peters / Jacoby, § 207, Rn. 2. 《欧洲示范民法典草案》第 III-7:305 条评论，欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编：《欧洲示范民法典草案》，法律出版社 2014 年版，第 1034 页。[德]齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 217 页。

仅有申请强制执行和债务人承认可导致时效中断。[108]从晚近的立法趋势看，如德国新债法改革，大量压缩时效中断事由，仅保留债务人承认和申请强制执行两项中断事由。《欧洲示范民法典草案》第 III-7:401 条、第 III-7:402 条亦同。

但我国民事立法和司法实践中对于诉讼时效的中断事由，一向认定较为宽松。兹举如下数例为证：（1）在其他法域，一般不认可诉讼外请求导致时效中断，[109]而《民法通则》第 140 条将当事人一方提出要求列为时效中断事由。（2）根据《诉讼时效制度若干规定》第 10 条对于诉讼外请求作出宽泛解释，甚至包括向不特定人发布公告主张权利。（3）《诉讼时效若干问题规定》第 14 条、第 15 条将权利人向人民调解委员会等纠纷解决部门提出保护要求、向司法机关报案或控告等均列为时效中断。（4）义务人同意履行债务的认定较容易，根据《诉讼时效制度若干规定》第 16 条，义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为，均认为“同意履行义务”。（6）《诉讼时效制度若干规定》第 17 条对于连带债权人或连带债务人一人发生中断的效力，及于其他连带债权人和连带债务人。（7）当事人起诉之后自行撤诉，发生中断时效的效果。[110]以上种种诉讼时效中断事由，看似偏离其他国家的规则较远，过于偏袒保护债权人，但将其置于我国普通诉讼时效期间较短、信用环境不佳、诚信缺失、以及民众普遍厌讼的社会文化背景下，如此宽松的时效中断规则或可得到理解。[111]《民法总则》第 195 条继承以往的成果，归纳总结四项诉讼时效中断的事由。围绕这四项事由展开的宽泛司法解释和实践规则，仍然会在新法生效后维续其顽强的生命力。

诉讼时效中断后，何时重新起算是中断规则的难点。对比《民法通则》第 140 条和《民法总则》第 195 条，后者在用语上出现细微变化。前者规定“从中断时起，诉讼时效期间重新计算”，而后者规定“从中断、有关程序终结时起，诉讼

[108] Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2003, p. 125.

[109] 即使日本、台湾认可诉讼外请求导致时效中断，但也须于 6 个月内起诉或通过司法程序主张权利，否则视为不中断。参见《日本民法典》第 153 条、台湾民法第 130 条。

[110] 参见《最高人民法院关于四川高院请示长沙铁路天群实业公司贸易部与四川鑫达视野有限公司返还代收货款一案如何适用法（民）[1990]3 号批复中“诉讼时效期间”问题的复函》。另有判决指出，起诉状副本送达对方当事人，可认定起诉后又撤诉导致诉讼时效中断。参见“广西融海房地产开发有限公司与广西壮族自治区德保县糖厂借款担保合同纠纷再审案”，最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（总第 47 辑，2011 年第 3 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 192—208 页。如原告未交诉讼费，法院按撤诉处理，起诉状未送达对方当事人，则并不导致诉讼时效中断。参见王毓莹：《经催告当事人仍未交纳诉讼费法院裁定按撤诉处理诉讼时效是否中断》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（总第 34 辑，2008 年第 2 辑），法律出版社 2008 年版，第 108—113 页。但《海商法》第 267 条第 1 款第 2 句明确规定“请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的，时效不中断。”理论上分析参见霍海红：《撤诉的诉讼时效后果》，《法律科学》2014 年第 5 期。曹志勋：《起诉中断诉讼时效规则的理论展开》，《当代法学》2014 年第 6 期。许可：《民事诉讼中当事人撤诉与诉讼时效中断》，张卫平主编：《民事程序法研究》（第二辑），厦门大学出版社 2006 年版，第 78—87 页。

[111] 对此参见杨巍：《民法时效制度的理论反思与案例研究》，北京大学出版社 2015 年，第 420—423 页。

时效期间重新计算”。[112]由此可见，根据《民法总则》第 195 条，时效中断后重新起算的时点有两种情形：（1）不涉及司法程序的“提出履行请求”和“同意履行义务”自发生中断事由时，重新起算时效期间；（2）涉及起诉等司法程序者，须“有关程序终结时”，重新起算时效期间。

首先，《民法总则》第 195 条第 1 项“提出履行请求”，在民法学理上界定为“催告”，性质上属意思通知。[113]第 2 项“同意履行义务”，可理解为义务人承认并愿意履行债务的意思表示；[114]也可理解为对于债务存在事实之认可，即承认导致时效中断，性质上属观念通知。[115]我国司法实践中认为，同意履行义务的意思表示要求程度较高，一般只需要债务人承认即可导致时效中断。[116]以上二者（提出请求和同意履行）均为法律行为或准法律行为，原则上按法律行为规则判断其何时发生效力。根据《民法总则》第 137 条，须受领的意思表示，以对话方式作出，相对方知道时才生效（了解主义）；以非对话方式作出，到达时生效（到达主义）；数据电文形式的意思表示，则要进入对方指定接受系统，或对方知道或应知进入其接受系统时生效。据此，第 195 条第 1 项之权利人提出履行请求，须以义务人了解或达到义务人时生效，发生时效中断的后果。但以公告方式主张权利的情形（《诉讼时效制度若干规定》第 10 条第 4 项）例外，不以实际到达相对人为必要，公告作出时即发生时效中断。[117]但是，第 195 条第 2 项之同意履行债务何时生效，存在争议。史尚宽认为，承认对于特定人为之者，因了解或到达而生效；承认对于不特定人为之者，作出时即生效。[118]我国司法实践采到达主义，以同意履行的意思表示到达对方时发生时效中断效力。[119]也有不同观点认为，同

[112] 2015 年 8 月全国人大法工委《民法总则》“室内稿”第 151 条仍沿袭《民法通则》140 条规定自中断时重新起算诉讼时效。但 2016 年 6 月“一审稿”第 173 条改为“从中断或者有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算。”

[113] 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年，第 650 页。王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2014 年版，第 239 页。

[114] 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与运用》，人民法院出版社 2008 年版，第 287 页。

[115] Staudinger Kommentar zum BGB/Peters/Jacoby, 2009, § 212, Rn. 8.史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年，第 670 页。王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2014 年版，第 508 页。

[116] 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与运用》，人民法院出版社 2008 年版，第 288 页。

[117] 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与运用》，人民法院出版社 2008 年版，第 180 页。例如，《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》（法释[2001]12 号）第 10 条“原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布的债权转让公告或通知中，有催收债务内容的，该公告或通知可以作为诉讼时效中断证据。”

[118] 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年，第 674 页。

[119] 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与运用》，人民法院出版社 2008 年版，第 288 页。例如，《最高人民法院关于债务人在约定的期限届满后未履行债务而出具没有还款日期的欠款条诉讼时效期间应从何时开始计算问题的批复》（法复[1994]3 号）称：“如果供方在诉讼时效中断后一直未主张权利，诉讼时效期间则应从供方收到需方所写欠款条之日的第二天开始重新计算。”显然采用到达主义。

意的通知到达对方后，溯及作出同意通知时重新起算诉讼时效。[120]笔者认为，自《民法总则》第 195 条第 2 项文义而言，仅将时效中断的法律效果系于同意履行的行为本身，并不取决于同意的意思表示何时生效。因此，可认为非对话方式的同意或承认，在作出该表示时，即导致诉讼时效重新起算。[121]

因起诉、申请仲裁等司法程序导致诉讼时效的障碍情况更为复杂。《民法通则》第 140 条规定起诉导致诉讼时效中断，《诉讼时效制度若干规定》第 13 条进一步明确申请仲裁、申请支付令、申请破产、申请强制执行、申请诉前财产保全等司法程序事项与起诉具有相同效力。若从上述每一司法程序的具体运作考察，这些程序实施终结的后果存在多种可能性且差异较大，并非都适宜作为时效中断的事由。[122]

以提起诉讼为重点考察，当事人起诉以后可能发生的结果是：（1）如果诉讼程序终结，权利人获得胜诉判决或法院调解结案，则权利人的请求权就是经过司法裁判确认的请求权，很多国家民法规定该请求权适用长期诉讼时效，[123]我国《民事诉讼法》第 239 条规定 2 年执行时效期间，并参照适用诉讼时效的相关规定。于此，根本毋须考虑原请求权的中止或中断。（2）如果诉讼程序终结，原告的诉请因实体原因而被驳回，意味着法院不保护该请求权，因此没有诉讼时效发生障碍的必要。（3）如果诉讼程序终结，原告的诉请因程序原因而被驳回或撤诉，但原告起诉本身已说明其通过诉讼主张请求权，应该给予时效利益上的保护。可见，只有最后一种情形，才适合作为诉讼时效的障碍事由。[124]

从比较法视角看，晚近的世界立法趋势是将诉讼等程序事项由时效中断，逐渐改革为时效中止或延期届满。典型代表是《欧洲示范民法典草案》第 III—7:302 条。根据该规定，司法程序进行期间时效中止，直至程序结束；司法程序在时效期间最后 6 个月内结束，但未有实体权利裁决结果的，在程序结束后，再给权利人 6 个月的时效期间行使权利（延期届满）。[125]2002 年德国新债法改革，于《德国民法典》第 204 条规定起诉等程序事项为消灭时效中止，其理由与上述《欧洲示范民法典草案》类似。[126]近期的日本债法改革方针中也提出将诉讼等程序事项

[120] 梁展欣：《诉讼时效司法实务精义》，人民法院出版社 2010 年版，第 120 页。
[121] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 212, Rn. 7.
[122] 参见戴孟勇：《论因起诉及与起诉类似的事项导致诉讼时效中断的效力》，《交大法学》2016 年第 4 期。
[123] Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2003, p. 112.
[124] 朱晓喆：《诉讼时效制度的立法评论》，《东方法学》2016 年第 5 期。
[125] 《欧洲示范民法典草案》第 III-7:302 条评论指出：如果原告的权利得到司法确认，则适用经司法确认之权利（特别）的消灭时效期间；如果诉讼因实体原因被驳回，则不存在实体权利；如果诉讼因程序性错误被驳回或撤诉，权利人可以在剩余的时效期间内提起新的诉讼；如果在时效进行的最后 6 个月内发生上述情况，则额外补充 6 个月，以便权利人行使权利。参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编：《欧洲示范民法典草案（第一、二、三卷）》，法律出版社 2014 年版，第 1024 页。
[126] Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 6.Aufl., 2012, § 204, Rn. 2.

改为“时效期间进行的停止”。[127]国际统一私法协会的《国际商事合同通则 2010》第 10.5 条也将起诉等司法程序作为时效中止事由。[128]实际上，我国民法学界早有建议改革司法程序事项为时效中止或延期届满事由，[129]但立法机关未予重视。

既然《民法总则》立法者未能突破旧观念，法律解释适用仍需在《民法总则》第 195 条的前提下进行。《民法通则》第 140 条第 2 句规定从中断时起，诉讼时效期间重新计算。《诉讼时效制度若干规定》第 12 条规定诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。结合二者可知，在起诉等司法程序启动时，即重新计算诉讼时效期间。但问题是，诉讼、仲裁等程序是持续性的过程，权利人坚持参加司法程序体现其行使权利的愿望和决心，如果程序启动立即重新起算诉讼时效期间，并不能体现这种状态应有的法律评价。如再加上考虑（上文已述）各种司法程序诸多可能的结果，程序启动即重新起算时效期间的规则，显然不敷适用。当然，如要彻底解决问题，最好是改革起诉导致中断为中止或延期届满，但这一方案已不现实。

为解决上述问题，我国民法学者曾提出如下学说：（1）“持续中断说”。张驰教授认为，对于诉讼等司法程序可认为“自起诉至审结时具有持续中断时效的效力”。[130]“持续中断”固然表达出程序进行中诉讼时效不应重新起算，但中断一词描述的是某一时点上的现象，“持续”“中断”的说法自身矛盾。（2）“中断事由消失说”。崔建远教授建议将《民法通则》第 140 条统一理解为“中断事由消失后”，诉讼时效重新计算。据此，在诉讼或仲裁的情况下，判决书、裁决书生效或以其他方式终结程序时，中断事由消失。[131]但他同时将请求、承认等准法律行为事由，以及报案、控告等事由，都按照“中断事由消失后”重新起算时效，略显牵强。（3）“程序终结起算说”。梁慧星研究员指出，因诉讼、仲裁等事项导致时效中断，应从判决、裁定、裁决或调解协议生效或有关机关作出决定之时起，重新计算时效期间。[132]

本文认为，程序终结起算说比较合理地说明了司法程序对于诉讼时效进程的障碍影响，并得到现有司法实践上的印证。例如，根据《民法通则若干意见》第 174 条、《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第 9 条，权利人请求调解组织、司法部门保护其权利的，应自有关部门

[127] [日]山本敬三：《民法讲义 I：总则》（第三版），解亘译，北京大学出版社 2012 年，第 473 页。
[128] 张玉卿主编：《国际商事合同通则 2010（英汉对照）》，中国商务出版社 2012 年版，第 761 页。
[129] 李永锋：《起诉对诉讼时效的影响》，《环球法律评论》2007 年第 5 期。朱晓喆：《诉讼时效制度的立法评论》，《东方法学》2016 年第 5 期。
[130] 张驰：《诉讼时效重新计算及其相关问题》，《法学》1995 年第 1 期。类似表述参见梁慧星研究员主编《中国民法典草案建议稿•总则编》第 219 条，因起诉或仲裁而中断诉讼时效，在裁判确定或其他方式终结以前，“继续中断”。梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由•总则编》，法律出版社 2013 年版，第 432 页。
[131] 崔建远等：《民法总论》，清华大学出版社 2010 年版，第 210 页。
[132] 梁慧星：《民法总论》第四版，法律出版社 2011 年版，第 259 页。

作出处理结果时重新起算诉讼时效。更进一步，《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第16条、《诉讼时效制度若干规定》第15条，以权利人知道或应当知道执法机关或司法机关作出有关的判决或决定、不立案、撤销案件、不起诉或终止调查等结果时，重新起算诉讼时效。这主要是考虑到权利人有时难以查知案件查处进展情况，甚至司法机关无须通知权利人（被害人）处理结果，导致权利人不知道程序已经终结。[133]

自比较法言之，程序终结起算说，也有立法例的支持。台湾民法第137条第2项规定“因起诉而中断之时效，自受确定判决，或因其它方法诉讼终结时，重行起算。”《日本民法典》第157条第2款，《瑞士债务法》第138条第1款亦有类似规定。

综上所述，《民法总则》第195条比《民法通则》第140条增加规定“有关程序终结时起”重新计算时效期间，反映了我国以往民法学说与司法实务发展的成就。在起诉等司法程序作为中断事由的前提下，首先应根据各种具体程序的处理后果，确定是否有必要中断诉讼时效；如果适用中断，应自程序终结时重新起算时效期间。这或许是现行法下最优化的规则。

4、小结

诉讼时效是对权利的限制，而诉讼时效障碍制度则是权利人用以对抗义务人主张时效抗辩权的法律措施。诉讼时效制度固然督促权利人尽快行使权利，但若因无法行使权利的障碍导致权利人不能行使权利，或权利人已经主张或行使权利，时效即不应对其发生不利影响。诉讼时效障碍事由及后果设计，反映着法律对于权利人与义务人之间的利益分配状况。例如，民法上对于障碍事由认定的宽松，则权利罹于时效的机率较低；对于某一障碍事由，采取中断而重新起算时效期间，则权利行使的期间就越长，而中止或延期届满的权利行使期间则相对较短。

综观我国《民法总则》第194条和第195条，结合现行生效的各类司法解释，可知我国民法对于诉讼时效障碍事由显得较为宽松，较为偏袒权利人保护。这或许与我国民众对于诉讼时效的心理接受程度、社会信用环境不足、以及厌讼文化有关。

从近期诉讼时效障碍制度发展趋势看，晚近的立法倾向于采取中止或延期届满这种较弱干预模式，而尽量压缩中断或重新起算事由。尤其是起诉等司法程序，依其性质和运作后果，根本不宜作为时效中断事由。《民法总则》立法机关未能接受改革建议，也是一大遗憾。或许只能寄望于学说和司法实务的发展，能将司法程序作为中断事由的副作用降低到最小。

[133] 张雪楳：《诉讼时效前沿问题审判实务》，中国法制出版社2014年版，第295页。

六、诉讼时效届满法律效果的体系构成

1、诉讼时效的限制对象

《民法总则》第188条第1款第1句沿用《民法通则》第135条的表述方式，规定“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。”梁慧星研究员认为《民法通则》第135条的“请求人民法院保护民事权利的权利，当然为诉权无疑”，我国民法上诉讼时效的法律效果为“诉权消灭主义”。[134]将诉讼时效与诉权联系起来的观念，始于20世纪50年代我国继受前苏联民法时期。前苏联的民法学说将诉权分为起诉权和胜诉权，前者是程序意义上的诉权，是指当事人请求法院审判民事案件的权利；后者是实质意义上的诉权，是指权利人能够对义务人强制实现其民事权利，即获得审判保护的权利。诉讼时效消灭的客体是胜诉权。[135]胜诉权学说影响了我国民法上诉讼时效理论，[136]及至《民法通则》制定前后。[137]

20世纪90年代以来，随着我国民法和民事诉讼法理论界对于诉权和胜诉权的批判，诉讼时效与诉权的联系逐渐被消解，胜诉权消灭说也失去合理性。[138]2008年最高人民法院制定的《诉讼时效制度若干规定》第3条规定“当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判”，标志着我国司法实务上正式采纳抗辩权发生说，[139]理论界也多表示支持。[140]

抗辩权是针对请求权对抗的权利（Gegenrecht），它并非彻底否认请求权的存在，而是赋予义务人拒绝给付的权利。[141]因此，诉讼时效抗辩权限制的对象也是请求权。[142]正如《德国民法典》第194条第1款规定“请求他人作为或不作为的权利（请求权）受消灭时效的限制。”以及第214条第一款规定：“消灭时效完成后，义务人有权拒绝给付”。尽管《民法总则》第188条第1款第1句采用“向人民法院请求保护民事权利……”的表达方式，但根据上文所述我国民法抗辩权

[134] 梁慧星：《民法总论》第四版，法律出版社2011年版，第249页。
[135] [前苏联]顾尔维奇：《诉权》，康宝田、沈其昌译，中国人民大学出版社1958年版，第47页、第153—154页。[前苏联]诺维茨基：《法律行为、诉讼时效》，康宝田译，中国人民大学出版社1956年版，第155页。
[136] 中央政法干部学校民法教研室编著：《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社1958年版，第103页。
[137] 参见佟柔、赵中孚、郑立主编：《民法概论》，中国人民大学出版社1982年版，第78页。佟柔主编：《民法原理》，法律出版社1983年版，第110页。江平、张佩林编著：《民法教程》，中国政法大学出版社1986年版，第144页。佟柔主编：《中华人民共和国民法通则简论》，中国政法大学出版社1987年版，第273页。唐德华、王利明主编：《民法教程》，法律出版社1987年版，第118页。梁慧星：《民法》，四川人民出版社1988年版，第177页。王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论上》，中国政法大学出版社1988年版，第577页。
[138] 参见朱晓喆：《诉讼时效完成后债权效力的体系重构》，《中国法学》2010年第6期。
[139] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与运用》，人民法院出版社2008年版，第69—84页。
[140] 朱晓喆：《诉讼时效完成后债权效力的体系重构》，《中国法学》2010年第6期。王利明：《民法总论》第二版，中国人民大学出版社2015年版，第360页。
[141] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., C.H. Beck 2004, S. 329.
[142] 参见汪渊智：《我国民法诉讼时效制度之构想》，《法学研究》2003年第3期。

发生说的理论内涵可知，《民法总则》诉讼时效限制的对象应是请求权，而非诉权。况且，《民法总则》第 191 条“损害赔偿请求权”、第 194 条“诉讼时效中止的请求权”、第 196 条“不适用诉讼时效的请求权”，以体系思维考察，均以请求权为诉讼时效制度的规范对象。

2、诉讼时效届满的法律效果

自最高人民法院《诉讼时效制度若干规定》第 3 条规定以后，诉讼时效的抗辩权发生说成为我国民法理论界和实务界的通说。《民法总则》第 192 条第 1 款巩固这一认识，规定“诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。”第 193 条又重申“人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。”[143]相较于《诉讼时效制度若干规定》第 3 条，更明确赋予义务人“不履行义务的抗辩”之权利。据此分析，诉讼时效完成后，产生的直接效果如下：

首先，诉讼时效届满后，并不直接导致权利人的请求权消灭，而仅使义务人取得抗辩权。自权利人角度而言，诉讼时效届满后，只是请求权的效力受到“减弱”（schwächt），并非消灭，因为如果债务人在诉讼中没有援引，则仍可能作出支持请求权的判决。[144]民法原理上，抗辩（Einwendung）和抗辩权（Einrede）区别在于：前者不待被告提出法院即可主动适用；而后者仅得由被告自由行使。[145]尽管《民法总则》第 192 条第 1 款表述为“抗辩”，但依学理通说应将其理解为“抗辩权”。

其次，诉讼时效抗辩权性质上为“永久性抗辩权”（dauernde Einrede），一旦主张即导致请求权不能以诉讼方式实现。[146]至于诉讼时效抗辩权的行使方式，可于诉讼中或诉讼外进行，且不必采用诉讼时效完成的字样，亦不必引用诉讼时效的法条，只要其拒绝给付系以请求权因时效经过而不得再行使为理由，即属行使时效抗辩权。[147]

再次，《民法总则》第 192 条第 1 款规定可以提出时效抗辩权的是“义务人”。此处义务人可作广义理解，包括义务的继受人和保证人。例如，根据《担保法》第 20 条第 1 款，保证人享有债务人的抗辩权，即使债务人放弃抗辩权，保证人仍有权抗辩（另见《诉讼时效制度若干规定》第 21 条）。据此，保证人也可援引主债务人的诉讼时效抗辩权。至于一般的连带债务人，对于其中一人之诉讼时效完成，是否及于其他连带债务人，各国立法和理论上存在争议。[148]我国《诉讼时

[143] 笔者曾经撰文指出《民法总则》一审稿规定诉讼时效产生抗辩权，则“人民法院不得主动适用诉讼时效的规定”属于抗辩权的应有之义，纯粹多余。（参见朱晓喆：《诉讼时效制度的立法评论》，《东方法学》2016 年第 5 期。）但进一步考虑，《民法总则》第 193 条不仅有限制法官主动适用诉讼时效抗辩权的作用，而且也限制法官主动适用反驳诉讼时效抗辩权的规定，例如中止和中断（《民法总则》第 194 条、第 195 条）。因此，该条尽管有重复之嫌，但也算是有益无害的条款。

[144] Staudinger Kommentar zum BGB/Peters/Jacoby, 2009, § 214, Rn. 1.

[145] Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl., C.F.Müller 2010, S. 46 f.

[146] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., C.H. Beck 2004, S. 329. 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2014 年版，第 105 页。

[147] 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2014 年版，第 515 页。

[148] 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 655—656 页。

效制度若干规定》第 17 条规定对于连带债权人或连带债务人之一人发生的诉讼时效中断事由，效力及于其他债权人或债务人。由此似可认为，在诉讼时效方面，司法实践倾向于放宽认定诉讼时效的涉他效力，且较倾向于保护连带之债关系中的债权人。再者，连带债务人之间若不可相互援引对于其中一人之诉讼时效完成的效果，由于连带债务人之间的相互追偿，最终致使对于连带债务人之一发生的诉讼时效完成的效果落空。[149]因此，宜认定连带债务人得相互主张其他债务人的诉讼时效抗辩权。

最后，诉讼时效完成后的法律效果对于担保物权的影响。自债权与担保物权之关系而言，二者构成主从法律关系。按诉讼时效法的原理，主债权的诉讼时效届满，其效果应及于从权利。但对于担保物权，大陆法系各国立法常设有特别规定。例如，《德国民法典》第 216 条规定请求权罹于消灭时效，但不影响债权人就抵押物或质押物求偿。类似规定可见于台湾民法第 145 条第 1 项，只不过后者第 880 条另规定抵押权于消灭时效完成后五年间不实行而消灭。[150]我国《担保法司法解释》第 12 条曾有规定，“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。”但此后《物权法》第 202 条又规定“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。”立法机关意欲通过本条促使抵押权人尽快行使权利，加速市场快速运转，促进经济发展。[151]但这种罔顾抵押权人的利益，无视抵押登记公示的做法，引起强烈质疑。在司法实践中，已经出现法院根据《物权法》第 202 条认定主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人的抵押权直接消灭的判决，其结果并不合理。[152]民法理论界曾提出立法建议，诉讼时效原则上不影响担保物权（抵押权、质权和留置权），但基于抵押物流通需要和债权人长时间不行使抵押权而给债务人带来不确定性，可以适当对抵押权设置除斥期间。[153]在《民法总则》制定过程中，中国社会科学院孙宪忠研究员组织起草的《民法总则（建议稿）》第 248 条建议规定担保物权仍得在诉讼时效期间届满后行使，可惜立法机关并未予以关注和采纳。

[149] 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 656 页。

[150] 通说认为台湾民法第 880 条的五年期间并非消灭时效，而系除斥期间。参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2014 年版，第 516 页。

[151] 全国人大委员会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2007 年版，第 366 页。

[152] 北京市第三中级人民法院（2016）京 03 民终 8680 号民事判决书。该案判决的主要理由有：（1）如果抵押权的期限不进行限制，将使抵押财产的归属长期处于不稳定状态，不仅不利于保护当事人的合法权益，亦不利于物之使用和流通效能的发挥。（2）如果主债权经过诉讼时效，债权人从抵押人处获得利益，抵押人将长期处于一种不利益的状态，其义务也具有不确定性，对于抵押人来说未免过于苛刻亦有失公允。（3）主债权与抵押权构成主从关系，主权利已经丧失国家强制力保护，抵押物上所负担的抵押权也应消灭。笔者认为上述三点理由均不成立，其一，抵押权可以设置期间限制，但该期限不能等同于诉讼时效期间；其二，抵押人提供抵押物，即已预期将来可能以抵押物清偿债权人的结果，不能算是苛刻；其三，诉讼时效完成后，仅限制债权的请求权，债权人的受领权及其他权能（如抵销、抗辩）不受限制，不能简单套用主权利消灭导致从权利也消灭的原理。类似判决参见：江苏省常州市中级人民法院（2015）常商终字第 0404 号民事判决书。

[153] 戴永盛：《论债权之罹于时效与担保物权之存续》，《法律科学》2014 年第 3 期。徐洁：《担保物权与时效的关联性研究》，《法学研究》2012 年第 5 期。

3、诉讼时效届满后的履行和承认

《民法总则》第 192 条第 2 款规定“诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；义务人已自愿履行的，不得请求返还。”比较《民法通则》第 138 条以及《民法通则若干意见》第 171 条仅规定诉讼时效完成后债务人的自愿履行，《民法总则》第 192 条第 2 款显然区分了诉讼时效完成后，义务人的两种不同的行为状态（构成要件）和法律效果：前句是债务承认，构成诉讼时效抗辩权之抛弃，故而承认后不得再以诉讼时效为由抗辩权；后句是自愿履行，乃诉讼时效完成后之给付，给付后即不得请求返还。实际上，早在 2008 年《诉讼时效制度若干规定》第 22 条已经明确规定上述两种情形，但遗憾的是，司法解释的制定者将“同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务”等同对待，统一规定其效果为“以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。”由此反映，认识诉讼时效完成后的上述两种情形的区分，还是颇为艰难。[154]

在《民法总则》立法过程中，立法机关对于时效完成后的债务承认和自愿给付也是反复调整。2016 年 6 月“一审稿”第 169 条第 2 款表述“诉讼时效期间届满后，义务人自愿履行的，不受诉讼时效限制；义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩。”2016 年 10 月“二审稿”第 185 条改为“诉讼时效期间届满后，义务人自愿履行的，不受诉讼时效限制。”删除义务人同意履行的规则。2016 年 12 月“三审稿”第 195 条第二款规定“诉讼时效期间届满后，义务人自愿履行的，不得请求返还。”所幸在立法的最后阶段，修改为《民法总则》第 192 条第 2 款。

诉讼时效期间届满后义务人同意履行，是一种诉讼时效抗辩权之抛弃方式。时效抗辩权之抛弃，属于有相对人的意思表示，在性质上是单方法律行为，且为处分行为，要求行为人有处分能力和处分权限。[155]如果双方以约定方式放弃时效抗辩权亦无不可。[156]但根据《民法总则》第 197 条第 2 款，当事人预先抛弃时效利益的约定无效。时效完成后抛弃抗辩权的法律效果，自债务人方面言之，不得再以时效完成为由而拒绝给付。自债权人方面言之，罹于诉讼时效的债权，又恢复了请求力，得诉请法院强制履行。从诉讼时效期间来看，从抛弃的时点开始重新起算的新的时效期间。[157]

诉讼时效期间届满后义务人自愿履行，是指义务人已经作出了给付。原本诉讼时效抗辩权为永久性抗辩权，按不当得利法一般原理，对于附有永久性抗辩权的债务进行给付，可以不当得利为由要求返还。《德国民法典》第 813 条第 1 款

[154] 关于二者之区分参见朱晓喆：《诉讼时效完成后债权效力的体系重构》，《中国法学》2010 年第 6 期。
[155] [日]我妻荣：《新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社 2008 年版，第 422—423 页。[日]山本敬三：《民法讲义 I：总则》（第三版），解亘译，北京大学出版社 2012 年，第 485 页。
[156] Staudinger Kommentar zum BGB/Peters/Jacoby, 2009, § 214, Rn. 31. 我国最高人民法院法复[1997]4 号《关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复》规定：“对超过诉讼时效期间，当事人双方就原债务达成还款协议的，应当依法予以保护。”此处还款协议可理解为双方达成抛弃时效抗辩权的约定。
[157] [日]山本敬三：《民法讲义 I：总则》（第三版），解亘译，北京大学出版社 2012 年，第 485 页。

第 1 句规定“以债务履行为目的所进行的给付，如果存在永久排除主张请求权的抗辩对抗请求权时，可以请求返还”。但又根据该法典第 813 条第 1 款第 2 句和第 214 条第 2 款，债务人对附有时效抗辩权的债权进行给付，不得以不当得利为由请求返还。若可请求返还，将与消灭时效的（维持）和平目的相违背。[158]我国民法理论和实务上认为，诉讼时效届满后只是减弱债权的请求力和强制执行力，但债权的受领保持力仍然存在，债权人以之作为受领给付之根据，因而不构成不当得利。[159]

总之，《民法总则》第 192 条第 2 款区分诉讼时效完成后的抗辩权抛弃和自愿给付，赋予其不同的法律效果，较以往的民法规定更为清晰合理。

4、诉讼时效届满后的抵销权和抗辩权

诉讼时效限制的是民事法律关系中的请求权。除请求权之外，当事人之间的债务关系产生的抵销权和抗辩权等其他权利，并不受诉讼时效届满的影响。《德国民法典》第 215 条规定“请求权在首次可以抵销或可被拒绝给付之时，尚未罹于消灭时效，则消灭时效的完成并不排除抵销和主张留置权（Zurückbehaltungsrecht）。”[160]台湾民法第 377 条亦有类似之规定。究其立法目的在于，如果债权人的请求权在其消灭时效届满之前，本已构成抵销适状，则该债权的抵销可能性并不因时间之经过而被排除。[161]理解该规则时应予注意，此处可主张抵销的主动债权，虽然已经罹于消灭时效，但在时效完成之前的任何一段时期内已届期且可执行。[162]据此推论，如果债权人在诉讼时效完成后，再对于债务人承担一笔债务，则不可主动抵销。否则，债务人就诉讼时效届满后所取得的时效利益就会丧失。

我国民法上没有诉讼时效届满后债权抵销方面的规则。但司法实务中一再发生此类案件，法院的裁判结果大抵与上述德国民法规则一致。例如，我国有法院裁判理由认为：诉讼时效期间届满的债权是否可行使法定抵销权，如果债权在诉讼时效期间届满前，已经可与相对债权进行抵销，则法定抵销权已经产生，并不因在行使时已经超过诉讼时效期间而不能抵销；反之，如其债权在诉讼时效期间届满后，才发生相对的债权，则不能产生法定抵销权。[163]而在抵销的主动债权的

[158] Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl., C.F.Müller 2010, S. 56.
[159] 王利明：《民法总论》第二版，中国人民大学出版社 2015 年版，第 364 页。朱晓喆：《诉讼时效完成后债权效力的体系重构》，《中国法学》2010 年第 6 期。最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与运用》，人民法院出版社 2008 年版，第 373 页。
[160] 《德国民法典》第 215 条中的留置权（Zurückbehaltungsrecht）是指第 273 条和第 320 条的抗辩权。Vgl. Staudinger Kommentar zum BGB/Peters/Jacoby, 2009, § 215, Rn. 13.此二处的 Zurückbehaltungsrecht 虽翻译为留置权，但并非担保物权，本质上是抗辩权。第 273 条是一般性的抗辩权，即债务人基于与发生自己债务的同一法律关系，对于债权人享有到期的请求权，直至自己应得的给付被履行之前，可以拒绝给付。第 320 条是双务合同中当事人就给付与对待给付发生的同时履行抗辩权。Vgl. Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10.Aufl., 2012, S. 334 ff.
[161] Erman BGB Kommentar/J. Schmidt-Räntsch,§ 215, Rn. 1.
[162] Staudinger Kommentar zum BGB/Peters/Jacoby, 2009, § 215, Rn. 5.
[163] 四川省成都市（2011）高新民初字第 128 号民事判决书。该案评析参见张媛媛：《诉讼时效期间届满的债权被抗辩时不可用于依法抵销》，《人民司法》2012 年第 22 期。

诉讼时效期间届满之前，已经对于被动债权发生抵销适状，则在时效期间届满后，仍得主张抵销权。[164]

诉讼时效完成之前，当事人之间如已发生抗辩权，也不因时效期间届满而受影响。例如，甲、乙双方互负债务，并已形成抗辩关系，若甲方之请求权已罹于诉讼时效，但此时若乙方向甲方主张请求权，甲方仍得以时效届满之前的抗辩权对抗乙方。其原理与诉讼时效完成后的抵销权的状况相同。

在《民法总则》立法建议过程中，中国社会科学院孙宪忠研究员组织起草的《民法总则（建议稿）》第 248 条曾建议明确规定诉讼时效完成后对于抵销权和抗辩权的效力，也有民法学者提出立法建议，[165]但均未引起立法机关的重视。

5、小结

诉讼时效完成后的法律效果是诉讼时效制度的核心。我国立法、司法和学说共同推进，历经数十年来的发展，终于确立抗辩权发生说的地位，并反映在《民法总则》第 192 条、第 193 条。诉讼时效届满后，只是减弱了请求权的效力，但并非不可实现，其最终效果系于义务人在时效届满后究竟会做什么。《民法总则》第 192 条就时效届满后义务人提出抗辩、同意履行（承认债务）、实际履行分别赋予其不同法律效果，动态地把握时效届满的法律效果体系，体现权利人与义务人的利益平衡，值得肯定。

诉讼时效完成后，附着于同一法律关系上的抵销权和抗辩权，不应受诉讼时效的影响，大陆法系各国民法典一般都有规定。我国司法实践中也一再出现此类难题，亟需立法上予以明确。《民法总则》未能作出回应，在诉讼时效届满的法律效果体系上欠缺一环，令人颇感遗憾。

七、结语

一部良好的民法典须兼顾价值理由和概念体系的合理安排，尤其是立法者设定的价值目标与规范表达之间，应形成恰当的配合。二者之间适度的配比协调，可作为检验《民法总则》诉讼时效制度的立法成就指标之一。本文从这一视角透视《民法总则》第九章各项制度，评估的结果可谓差强人意，有得有失。

历史地看，诉讼时效制度基础存在多元的价值格局，且在不同的社会发展阶段，会发生价值重心的迁移。这也是诉讼时效制度难以把握的根本所在。总体而言，《民法总则》第九章诉讼时效的多项制度设计，努力贯彻多重的价值追求，适当平衡权利人与义务人之间的利益状况，值得肯定。

[164] 福建省福州市中级人民法院（2007）榕民初字第 575 号民事判决书。该案评析参见黄勤武：《超过诉讼时效的债权可以行使抵销权》，《人民司法》2011 年第 4 期。类似判决结论参见江苏省张家港市人民法院（2013）张商初字第 1085 号民事判决书。广东省广州市海事法院（2007）广海法初字第 129 号民事判决书。

[165] 朱晓喆：《诉讼时效制度的立法评论》，《东方法学》2016 年第 5 期。

但是瑜不掩瑕，在具体深入每一规则细节时，《民法总则》第九章部分规定所欲追求之规范目的与表达出来的条文之间，仍然存在不少距离。甚至在个别问题上，存在整块制度缺失的尴尬。如果立法机关认真总结相关民法学说、立法和司法实践经验，本可以避免一些立法缺憾。而弥补的任务，就只能交给此后的学术研究与司法实务了。

总之，21 世纪中国民法典的制定，应参酌成熟的理论和比较法上的先进模式，总结归纳实务经验，在立法技术上精益求精。本文通过检讨《民法总则》诉讼时效制度的立法得失，得到的经验与教训，希望能够在民法典分则立法上被吸收和借鉴。

（本文尚未发表，请切勿流传和使用，感谢理解）

以公告作出的意思表示

——《民法总则》第139条之检讨

朱晓喆 *

《民法总则》第一百三十九条规定“以公告方式作出的意思表示，公告发布时生效。”根据立法机关的解释，本条规范内容是以公告方式作出意思表示的生效时间。[1]但从其法条文义及立法过程考察，其规范设计仍有商榷之处。

一、我国民法上“公告”

我国民法上，关于“公告”的运用大致有如下几类：

（1）民事主体的变动事项公告。《民法通则》第44条、第46条规定，企业法人分立、合并或者重要事项变更，以及终止，应当向登记机关办理登记并公告。《合伙企业法》第58条规定，合伙企业解散后应当进行清算，并通知和公告债权人。《公司法》第174条、第176条、第178条、第188条涉及公司重要事项变动或清算终止的公告。

（2）与意思表示有关的公告。《合同法》第15条规定，拍卖公告、招标公告、招股说明书等为要约邀请。《公司法》第86条规定，发起人向社会公开募集股份，必须公告招股说明书。第155条第1款规定，发行公司债券应当公告公司债券募集办法。但以上公告均为要约邀请，并非要约（意思表示）。最高人民法院《诉讼时效若干规定》第10条规定“当事人一方提出要求”产生诉讼时效中断的效力，其中包括“（四）当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告”。该公告其实是催告债务人履行债务，性质上属于准法律行为。

（3）与权利变动有关的公告。例如《专利法实施细则》第90条规定国务院专利行政部门定期出版专利公报，公布或公告有关专利权的授予、驳回、撤回、无效、转让、终止、质押、强制许可等各类事项。《商标法》第42条第4款规定，转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

（4）财产招领公告。《物权法》第110条的规定，有关部门收到遗失物，不知道权利人的，应当及时发布招领公告。《民事诉讼法》第192条规定在无主财

* 朱晓喆，上海财经大学法学院教授，博士生导师，民商法学科带头人，比较民法与判例研究所所长，联系方式 zhuxiaozhe1027@163.com，电话 17721341726。

[1] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第333页。

产认定案件中，人民法院应当发出财产认领公告。公告满一年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有。

（5）民事诉讼程序中，公告作为程序事项。例如《民法通则若干意见》第34条、《民事诉讼法》第185条规定，宣告失踪案件中人民法院应当发出寻找失踪人的公告，公告期间届满，人民法院作出宣告失踪的判决。《民事诉讼法》第92条规定，受送达人下落不明，或其他方式无法送达的，公告送达。自发出公告之日起，经过六十日，即视为送达。第219条规定公示催告程序中公告催促利害关系人主张权利。

由上可见，我国民法上“公告”是广泛应用的方式，与意思表示有关的情形，仅限于公告催告履行债务，而且还是观念通知，属于准法律行为。但作为典型的意思表示方式，《民法总则》第139条是首创。

二、《民法总则》立法过程中的建议及比较法参考

在我国民法典制定过程中，中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》第123条规定“以公告送达方式作出的意思表示”；孙宪忠研究员领衔的中国社会科学院民法典总则课题组起草的《民法总则》建议稿第158条规定“以新闻媒体或者其他公告的方式所为的意思表示”；梁慧星研究员组织编写的民法典草案建议稿《民法总则》第127条规定“新闻媒体及其他公告方式的意思表示的生效”。由上可见，将公告作为一种意思表示的方式，在立法过程中得到普遍认可。自2015年8月全国人大法工委的《民法总则》草案“室内稿”第97条第3款确立本规则后，历经数次审议，本条款均保留原貌。

从德国法系的源头看，《德国民法典》第132条（以送达取代到达）第1款规定意思表示可由法院传达的方式送达，送达依《民事诉讼法》进行；第2款规定表意人非因过失而不知相对人，或相对人居所不明的，可依民事诉讼法进行公示送达（öffentliche Zustellung）。其规范功能有二：其一，如果受领人阻止意思表示的到达，例如不去邮局收取邮件，可以法院送达代替意思表示到达（第1款）；其二，如果表意人无过失而不知相对人或相对人地址不明，可以公告代替意思表示的到达（第2款）。[2]

受德国民法影响的民法典，例如《日本民法典》在1938年增加第97条之2（现第98条）规定：在不能确定相对人或无法知晓相对人的所在，不能使意思表达到达时，可以通过民事诉讼公示送达的方法，作出意思表示。[3]我国台湾地区民法第97条（公示送达）规定“表意人非因自己之过失，不知相对人之姓名、居所者，得依民事诉讼法公示送达之规定，以公示送达为意思表示之通知。”综上可知，德国法系的民法典中，法院的公示送达可以作为代替意思表示到达的一

[2] Staudinger Kommentar zum BGB/ Reinhard Singer, 2011,§ 132, Rn. 3.

[3] [日]近江幸治：《民法讲义 I：民法总则》，渠涛等译，北京大学出版社2015年版，第212页。

种方法，但须依民事诉讼程序进行。我国《民法总则》的各个建议稿和立法文本，可能参考德国法系的做法。但遗憾是未明确应以民事程序方法进行。

二、《民法总则》第 139 条的规范目的和规范含义

非对话的意思表示虽以到达为原则，但如果相对人下落不明或表意人不知确切的相对人，可以通过本条规定的公告送达代替意思表示的到达。

因我国民事实体法上历来未有“公告方式”的意思表示，参酌立法过程和比较法上的经验，可知其应是德国法系民法典中意思表示的“公示送达”之意。[4]

公告送达或公示送达本是民事程序中诉讼法律文书的送达方式。考察德国、日本、台湾的民法典规定公示送达意思表示，均须依民事程序进行。如自行进行公告意思表示，并不发生相应效力。例如，台湾民国四十一年台上字第 490 号判决曾指出，租赁合同中租金之催告，应准用意思表示的规则，而当事人仅将催告启示标贴已被查封误认居住之某商号门首，自无催告效力可言。[5]

我国《民法总则》第 139 条并未明确“公告”究竟是实体法抑或程序法上的方式，据前述对我国民事法律的整理，“公告”在实体法上缺少意思表示的规则，再结合比较法的考察，国外民法典中“公示送达意思表示”均依民事诉讼程序进行，因此，可以认定第 139 条的“公告方式意思表示”是以民事程序中的公告送达方式进行。

公告方式意思表达的生效时点，如从比较法上考察，《德国民法典》第 132 条第 2 款的公示送达，明确依据民事诉讼法进行，而依据《德国民事诉讼法》第 188 条，公告张贴至少一个月后才发生送达的效力。[6]而《日本民法典》第 98 条第 3 款，公示必须自官报或报纸上最后一次登载之日起，或代替登载的揭示之日起，经过两周，视为到达相对人。我国《民事诉讼法》第 92 条第 1 款也规定“受送达人下落不明，或者用本节规定的其他方式无法送达的，公告送达。自发出公告之日起，经过六十日，即视为送达”。但是目前的《民法总则》第 139 条却规定意思表示“公告发布时生效”，按立法机关理解“表意人一旦发出公告能够为社会公众所知道，就认为意思表示已经到达，即发生效力”。[7]如此一来，实体法与程序法之间发生抵牾。

《民法总则》第 139 条是否还存在另一种理解与适用的可能性呢？即与公告送达民事诉讼程序无关的、一种独立的意思表示，例如悬赏广告的公告。在孙宪忠研究员领衔起草的《民法总则》建议稿第 158 条规定“以新闻媒体或者其他公告方式所为的意思表示，自媒体或者公告播放该意思表示时，对表意人发生拘束力。”梁慧星研究员组织编写的民法典草案建议稿《民法总则》第 127 条规定“以电视、广播、报刊及其他公告方式为意思表示的，于电视台、电台播放时，或者报刊出版、公告发布时发生效力。”由其文义可见，在新闻媒体上发布公告，属于私人行为，并非民事诉讼程序中的公告。较为常见的就是悬赏广告。由此推论，如果《民法总则》第 139 条规定的仅是悬赏广告之类的公告，因其并无确定的相对人，自发布之日起生效，亦无不可。但问题是，如果悬赏广告采单方行为说，《民法总则》第 138 条已经规定“无相对人的意思表示自完成时生效”；如果悬赏广告采契约说，则适用第 137 条有相对人的意思表示规则。因此，如果第 139 条再次规范悬赏广告之类的意思表示到达，全无意义。

而中国法学会和中国民法学研究会组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》第 123 条（以公告送达方式作出的意思表示）规定：“行为人非因自己的过失不知道相对人姓名、名称、住所的，可以参照民事诉讼法中关于公告送达的规定作出意思表示。”完全参照《德国民法典》第 132 条第 2 款，且将民事诉讼程序纳入考量范围，值得赞同。

因此，笔者认为，《民法总则》第 139 条是立法机关断章取义外国法或各个草案建议稿所致，是法律移植借鉴中的一个败笔。它既未能完全尊重和参考该制度原初的本意，也未能创造在逻辑上能够自恰的本土性规范。其遗留的问题，只能有待我国民法学说与司法实务的发展来解决。

[4] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 333 页。
[5] 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年，第 453 页。
[6] [德]罗森贝克/施瓦布/戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》上，李大雪译，中国法制出版社 2007 年版，第 514 页。
[7] 石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2017 年版，第 333 页。

电子商务合同的要物化现象

（本文尚未发表，请勿引用）

班天可 *

一、问题的提出

电子商务，是指通过互联网等信息网络进行商品或服务交易的经营活动。以网购为代表的电子商务合同已成为当下重要的交易形式，其安全性和便捷性应当得到充分的法律保障。然而，由于电子商务交易中普遍存在的要物化现象，使电子商务合同的安全性和便捷性打了折扣。

所谓“要物化”，指相当一部分电子商务平台的提供商为规避风险，在服务协议中与消费者约定了“卖家不发货合同就不成立”的格式条款，将合同的成立时点推迟至或逼近于合同的履行时点，使买卖合同成为事实上的要物合同。各大电商中，除淘宝（包括天猫）外，亚马逊、京东商城、当当网、苏宁易购、国美在线的服务协议中都包含了类似的格式条款。[1] 以亚马逊和京东商城为例：

亚马逊《使用条件》：“如果您通过本网站订购商品，本网站上展示的商品和价格等信息仅仅是要约邀请，您的订单将成为订购商品的要约。收到您的订单后，我们将向您发送一电子邮件或短信确认我们已收到您的订单，其中载明订单的细节，但该确认不代表我们接受您的订单。只有当我们向您发出发货确认的电子邮件或短信，通知您我们已将您订购的商品发出时，才构成我们对您的订单的接受，我们和您之间的订购合同才成立。如果您在一份订单里订购了多种商品，而我们只向您发出了其中部分商品的发货确认电子邮件或短信，那么我们和您之间的订购合同仅就该部分商品成立。”

《京东用户注册协议》第 6.2 条：除法律另有强制性规定外，双方约定如下：本站上销售方展示的商品和价格等信息仅仅是交易信息的发布，您下单时须填写您希望购买的商品数量、价款及支付方式、收货人、联系方式、收货地址等内容；系统生成的订单信息是计算机信息系统根据您填写的内容自动生成的数据，仅是您向销售方发出的交易诉求；销售方收到您的订单信息后，只有在销售方将您在订单中订购的商品从仓库实际直接向您发出时（以商品出库为标志），方视为您与销售方之间就实际直接向您发出的商品建立了交易关系；如果您在一份订单里订购了多种商品并且销售方只给您发出了部分商品时，您与销售方之间仅就实际直接向您发出的商品建立了交易关系；只有在销售方实际直接向您发出了订单中订购的其他商品时，您和销售方之间就订单中该其他已实际直接向您发出的商品才成立交易关系。

本来，买卖合同是典型的诺成性合同，但上述格式条款的存在使合同的成立时点推迟至合同的履行。买家即便提交订单甚至完成付款，只要卖家未发货，卖家就可以任意地取消合同。这样，电子商务合同退变为事实上的要物合同，这是理论上始料未及的大变局。

近代法上，合意与附着其上的形式相剥离，诺成性成为合同的大原则。要物合同只存在于保管、借款、赠与、代物清偿等寥寥数种之上，这些合同被界定为要物契约的原因在于，一是无偿性，二是返还义务的发生以物的交付为前提的观念。此后，上述要物合同也不断被诺成化，例如赠与和仓储（商事保管）。近期，司法解释承认了部分借款合同（如个人和银行间的借款）的诺成性。[2] 此外，有学者指出代物清偿不应当被认为是要物契约，[3] 也有学者建议将要物契约限制在无偿合同之上，[4] 甚至有学者认为当应清除掉要物合同这一“历史尘埃”。[5]

无论要物合同在何种范围内得以留存，其衰落已是无可挽回。合同缔结的简约化已是数百年来的潮流，而且合同在功能上不仅仅是为权利的取得提供“法律

---

* 复旦大学法学院讲师。本文系上海市法学会理论法学研究课题“电子商务中的意思表示瑕疵问题研究”的阶段性成果。

1 淘宝网没有将合同成立时点延迟到发货。《淘宝规则》第 18 条规定，“成交，指买家在淘宝上拍下商品并成功付款到支付宝。货到付款交易中买家拍下商品即视为成交。”

2 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 10 条规定，“除自然人之间的借款合同外，当事人主张民间借贷合同自合同成立时生效的，人民法院应予支持，但当事人另有约定或者法律、行政法规另有规定的除外。”

3 刘颖：《论要物合同的衰落》，浙江社会科学 2013 年第 7 期。

4 刘家安：《‘要物合同’概念之探究》，比较法研究 2011 年第 4 期、张金海：《论要物合同的废止与改造》，中外法学 2014 年第 4 期。

5 王洪：《要物合同的存与废——兼论我国<民法典>的历史抉择》，上海师范大学学报（哲学社会科学版）2007 年第 4 期。

上的原因”，而且担负着事先锁定未来利益的功能。然而如今，本应成为简便、安全、迅捷的现代交易的典型代表的电子商务交易中，要物合同却卷土重来，实在令人错愕。

二、要物化的成因

各大电商纷纷采用“不发货合同就不成立”的格式条款，是为了规避电子商务交易的固有风险。电子商务合同因其（1）交易的非对面性、（2）信息的海量性、（3）数据传递的电子化等特征，成为消费者误点击、经营者的库存量错误和标价错误的多发区。消费者方面的风险可以通过“冷静期”等制度得到缓解，但经营者方面的风险却始终积郁。现行的法律行为制度未能就此做出有针对性的调整，难以分散其中的风险，迫使电商逃往格式条款。[6] 以下就电子商务合同的成立时点和意思表示错误两个方面，阐述电子商务合同要物化的成因。

（一）电子商务合同的成立时点

在不存在格式条款的情况下，电子商务合同究竟在哪一个时点成立，颇有争议。争议大分为两个层次：一、网页上的商品展示是要约还是要约邀请？二、倘若商品展示不构成要约，只是要约邀请，那么买家提交订单就是要约，此时来自CGI系统的确认回复是否构成承诺？

1、商品展示的性质

关于商品展示是要约还是要约邀请，视《合同法》第14、15条的解释而定。最近公布的《电子商务法（草案）》也表达了同样的思路，第28条规定，“电子商务经营主体发布的商品或者服务信息符合要约条件的，当事人选择该商品或者服务并提交订单，合同成立。当事人另有约定的，从其约定。”

根据《合同法》第14条，当要约人的意思表示内容确定，且要约人表明受

[6] 以当当网为例，继2011年7月28日“一元阿迪鞋”事件和2011年8月3日“110元三星手机”事件发生后，2011年8月9日又遭遇“儿童图书促销案”，十几天之内三次陷入标价错误。《当当交易条款》第2条规定，“当当站上的商品图片展示、说明和价格并不构成要约。如果您通过我们网站订购产品，您的订单就成为一种购买产品的申请或要约。我们将发送给您一封确认收到订单的电子邮件，其中载明订单的细节。但是只有当我们向您发出送货确认的电子邮件通知您我们已将产品发出时，我们对您合同申请的批准与接受才成立。”这一条款就是在“一元阿迪鞋”事件后修改的。

意思表示约束之时，即可认定为要约。至于何种商品展示符合要约条件，学界的探讨非常繁荣。通行观点认为，应根据具体交易情况来判断，一般情况下，商品展示应认定为要约邀请；但如果商家标明价格，并通过订购系统指名存货的数量，则应当认定为要约。[7] 这么处理的核心考量，就是对卖家的库存管理失误的担忧。由于电子商务的特点之一就是网络的开放性，卖家面临的是不特定多数买家，一旦搞错了库存量，瞬间就可能被成百上千人下单，远远超过其履行能力。所以原则上将商品展示认定为要约邀请，即便商品展示可能已经很清晰了。[8]

对上述立场有尖锐的批评意见。有学者指出，经营者之所以选择网络销售模式，一个重要原因就是可以借助网络平台进行大范围的营销活动，接获大量订单，获得巨大利润，鲜有卖家以库存量不足为由，不积极调货或进货，拒绝向买家出货的情形，以此为由将商品销售网页定性为要约邀请与经营者的行销思维背道而驰，而且忽略了卖家可以借由电脑系统预先设置订购安全值，来事先防范承担债务不履行的违约风险。[9]

2、确认回复的性质

当然，如果认为卖家的库存量错误的风险应予考虑，那么商品展示原则上应认定为要约邀请，而买家提交订单则是要约。这里问题就是，卖家怎样的表示可以认定为承诺？一般来说，买家提交订单后，会收到来自卖家的确认回复。这个确认回复是否构成承诺，众说纷纭。有意见认为卖家的确认订单的回复邮件是承

[7] 王云霞：《网络交易中意思表示错误的法律问题研究》，中州学刊2014年第4期，第59页；周洪政：《网络时代电子要约和承诺的特殊法律问题研究》，清华法学2012年第4期，第166-167页。除订购系统标名存货数量的情况外，周文还提到，如果卖家保证“款到必发货”或卖家经营的是数字产品时，亦应认定为要约，盖保证“款到必发货”等于卖家自愿承担无库存的风险，而数字产品则完全无库存短缺之虞。

[8] 从比较法上看，日本的判例就是这样认定的（参见东京地裁2005年9月2日判决，判例时报1922号第105页），我国台湾地区争议迭起的“戴尔案”，法院也是如是判决（台北地方法院99年度诉字第559号判决）。

[9] 曾品杰：“从当事人属性看法律行为之规范——以网购业者标错价事件为例”，《国立中正大学法学集刊》，2011年1月，第26页。

诺。[10] 相反意见认为，确认回复上往往载明其仅确认收到订单，只有发货通知发出时合同才成立，除非消费者已经付款。[11]

实际上，无论确认回复上是否载明“本邮件仅确认收到订单，只有发货通知发出时合同才成立”，将确认回复定性为承诺都是奇怪的。因为电子商务交易中，商家的确认回复都是通过 CGI 系统自动回复的，只要买家提交订单，必然收到确认回复。从风险规避的角度看，由于回复是自动的，将商品展示定性为要约邀请，和将商品展示定性为要约在效果上并无显著区别，库存量错误的风险也没有被分散掉，除非认为承诺是自动回复之后的其他时点，如发货通知。当然，这等于将“不发货合同就不成立”的格式条款作为默认规则，把库存不足的风险全部推给了消费者。

可见，在电子商务合同的成立阶段，库存风险的分配非此即彼，无“分散”可言。只有使合同先成立，在意思表示瑕疵的救济的层面，才有可能求得缓冲地带。然而，实际上，对于卖家的库存管理失误，意思表示瑕疵的诸制度也没有提供合适的分散风险的工具，错误制度天生排斥对履行能力的错误的救济，认为这就是普通的债务不履行。

（二）意思表示的错误

电子商务合同中的意思表示错误问题，主要集中在卖家的标价错误上。当当网的“一元阿迪鞋案”、“110 元三星手机案”和“儿童图书促销案”、以及国美的“550-IX-DIRVE 型宝马汽车案”，都是标价错误引起的。与存货量错误不同，商家的标价错误的风险理论上可能通过意思表示错误制度消化。

1、作为表示错误的标价错误

一般交易中，如果标价错误系表示错误，则获得救济的可能性很大。但鉴于电子商务合同的特殊性，错误的主张会遇到重大性难以认定的问题。

根据《民通意见》第 71 条对“重大误解”的解释，重大性指表意人利益的重大损失，申言之，即标价与市场价格之差额。此外，也有学者主张，重大性的

[10] 雷球玉、苏倪：《论网络购物合同的成立及标价错误》，昆明理工大学学报（社会科学版）第 14 卷第 1 期（2014 年），第 48 页。

[11] 王云霞：《网络交易中意思表示错误的法律问题研究》，中州学刊 2014 年第 4 期，第 59-60 页。

本质就是错误和缔约之间的因果关系，即如果没有发生错误，就不会做出这种意思表示，以此反映错误之重大。[12] 无论何种理解，都难以处理电子商务中经常出现的经营现象——促销。如果促销活动中的标价错误，重大性几乎无法认定。因为，促销活动中的价格本来就远低于市场均价，如果说重大性在于损失的多寡，商家本来就是损失的；如果说重大性在于因果关系，商家即便没有陷入错误，也未必不会设远低于市场价的价格，因为网购中促销是家常便饭。“当当网图书促销案”中，法官就认为，从电子商务促销的常态来看，不能仅以成本来衡量低标价是否构成重大误解，据此否定了表意人的撤销请求。[13]

[12] 朱庆育著：《民法总论》（第二版），北京大学出版社 2016 年，第 276 页。

[13] 在“当当网图书促销案”中，被告当当网推出“好书好礼 72 小时抢购”，引起众多网友抢购。原告钱女士先后提交了三个订单，分别支付 45 元、50 元和 55 元，购买 3 套总计 66 册图书，共计 150 元。但是，数小时后，当当网以缺货为由取消了两笔订单，并将已确认发货的另一笔订单中途拦截，标注为交易未成功。原告认为，下单后被告发出“订单审核通过”的通知，此时合同已经成立，而被告拒绝发货构成违约。被告辩称，原告在注册当当网用户时已点选同意《当当网交易条款》，而该交易条款对合同成立有明确规定：“消费者所下订单是向当当网发出的要约，只有在当当网向消费者发出送货确认的邮件通知已将产品发出时，合同始成立。”因此，被告取消其中两笔订单时，合同尚未成立，无违约可言。另外，对于标注未成功的第三笔订单，原告已收到发出的送货通知邮件，被告认可该合同成立，但是经过工商管理机关调查，本案中错误标价系人工误将折扣标成定价，符合可撤销合同的重大误解事由，因此该合同应被撤销而归于无效。

首先，法院认可了《当当网交易条款》作为格式条款的效力，并根据该交易条款，认定原告所下的部分订单仅仅收到“订单审核通过”的通知，未收到送货通知，该批订单所欲达成的合同并未成立。另一部分订单，消费者在收到“订单审核通过”的邮件后又收到了送货通知，合同已经成立。其次，就被告所主张的该批已成立的合同应因重大误解被撤销，法院认为被告仅以经单方调查做出的《行政告诫书》来证明其存在标价错误的失误，理由不充分。另外，从电子商务促销的常态来看，也并不能仅以成本来衡量低标价是否构成重大误解。法院认为，被告要求以重大误解为由撤销合同，没有事实和法律依据。据此，法院判决，被告应履行已经成立的合同，依照标价交付书籍，并赔偿消费者因诉讼支出的公证费用，关于未成立合同的诉讼请求予以驳回。

对于一审判决，双方都不满意。原告认为不应以《当当网交易条款》作为判决依据，而被告则坚持认为，已经成立的合同应当因重大误解予以撤销。当事人双方各自提起上诉，北京市第二中级人民法院在开庭审理后判决驳回上诉，维持原判。

2、作为动机错误的标价错误

首先必须指出的是，并非所有的标价错误都是表示错误。从标价错误的肇因看，至少有以下四种可能：（1）输入错误，如表意人将 170 万的宝马输成 17 万。这是最常见的标价错误；（2）系统读取错误，如明明输入的价格是 1000 元，但表意人的电脑系统读取的结果是 10.00 元；（3）传输错误，如网络提供商的设备出了故障，将 1000 元传输成 10.00 元；（4）原始资料错误，如商家的雇员将 45 折的折扣率当作价格输进了系统。从教义学上看，只有第一种才是真正的表示错误，第二种是计算错误，第三种是传达错误，第四种是动机错误。传统上，传达错误准用表示错误的规定；计算错误在“扩大的内容错误”的理论下被纳入内容错误的范围，也适用表示错误的规定。相反，动机错误能否像内容错误那样获得救济，尚有争议。

传统的意思主义立场认为，动机错误的情况，内心效果意思和外部表示一致，只不过是意思形成过程出现了认识错误，不影响法律行为的效力。但是，从比较法上看，简单地将动机错误排除出意思表示错误的救济范围，也不是好的解决方案。动机错误中也存在应予保护的部分，例如当动机被表示出来之时（动机表示构成），或相对人对错误有认识可能性或相对人的行为诱发了错误之时（认识可能性说），或动机作为保证或条件构成合意内容之时（新二元论）等。像折扣率被当作价格标出的情形，动机从未对外展示过，而且由于是促销活动，相对人不可能有认识可能性，因此从任何理论角度看都难以获得救济。

综上可见，标价错误在理论上可能通过意思表示错误制度获得救济，但困难重重。如果是单纯的输入错误，导致商家较大经济损失的，撤销是可能的，但要面临舆论压力。[14] 而且由于促销活动的日常化，超低价销售也不会引发消费者的怀疑，即便是单纯的输入错误，也可能被否认重大性。如果是“当当网图书促销案”这种原始资料错误，由于属于动机错误，更是无法得到救济。

电子商务合同具有天然的非对面性，在追求便捷的同时，动机的交流途径并

[14] 我国网络上存在一批专门挑网站标价错误的“捡漏族”，他们利用人多的优势，撒网式地监视商家的定价，一旦发现标价错误 的情况，立刻通过 QQ 群等即时通信工具信息共享，一窝蜂地下单。如果商家取消订单，他们会联合起来声讨，催促发货，否则对商家进行过投诉。依赖商家的标价错误，“捡漏族”等坐获可观的收入。详见“网店经营要小心 捡漏族来了”，来源：开淘网，http://www.kaitao.cn/article/201306010846580629.htm。

不像传统交易那么通畅。如果意思表示错误的解释论最终采用了区分表示错误和动机错误的二元理论框架，电子商务合同的动机错误难免成为一个暗区，因为商家不可能像传统交易那样，通过动机的交流分散错误的风险。这种情况下，电商不惜采用最极端的手段——通过格式条款把买卖合同的成立时点推迟到发货——以规避风险。

三、要物化的对策

通过格式条款使电子商务合同要物化，决不是个别电商的行为，而是群体性的选择。一旦要物化之后，卖家在交货之前不负任何义务。买家即便提交订单甚至付款成功，卖家也可以任意地取消合同。这样的格式条款侵蚀着合同自由的基磐，使交易环境恶化：（1）合同制度本来担负着通过自由的合意预先锁定未来利益的功能，倘若合同义务必须等到交货的那一刻才发生的话，合同制度将黯然失色，因为合同已无法为预期提供安全。（2）格式条款也降低了卖家着手准备履行的紧张度，引发对确认存货和检查网页内容的懈怠，甚至会诱发展示并不存在的商品以吸引消费者的不当营销手段。（3）格式条款还给了卖家一个机会主义的空间，使其可以依市场情况变动决定是否发货、何时发货，买家付款后的等待期也随之拉长，变得不确定。更重要的是，在这一等待期间内，买家无法及时获得商品，但资金却被占用了。如果法律上默许这种条款的存在，会在整体上降低交易的效率和商品展示的真实度，不利于安全、便捷的交易的展开，成为电子商务健康发展的隐患。

（一）法律行为成立要件的强行规范性

如果关于合同成立时点的规范属于强行规范，那么使电子商务合同要物化的格式条款根本无需等到格式条款规制就因与强行规范抵触而无效了。这一点很少被意识到。从比较法上看，关于法律行为的成立要件的规范应为强行规范，原因在于，法律行为的成立要件是私法自治的基础性的规范，如果当事人能够约定“即便意思表示合致合同也不成立”或者“即便意思表示不合致合同也成立”，那么私法自治就无法正常运行了。以日本法为例，法律行为的成立要件和效力要件是强行规范这一点已是理论共识。能见善久认为，①维护基本社会秩序的规定（婚姻关系、继承关系、物权关系等）、②奠定私法自治的前提和框架的规定（法人

人格、行为能力、意思表示和法律行为等）、③保障基本自由的规定（退伙）、④保护交易安全的规定（善意取得、表见代理等）、⑤保护经济上弱势群体的规定（利息限制）等为强行规范。[15] 佐久间毅认为，①允许当事人通过意思自治形成法律关系的基础性前提规范（权利能力、行为能力和意思表示瑕疵等）、②关系第三人权利义务的规范（物权关系、表见代理等）、③弱势群体保护规定（借地借家法、利息限制法、消费者合同法等）、④关系社会秩序的基本规范（婚姻、继承）等为强行规范。[16] 山本敬三认为，强行规范可以大致分为两种：①构成契约制度本身的规则，其中包括两类，一是有关合同成立要件的规则，如"契约因要约和承诺而成立"，二是有关合同拘束力范围的规则，如"契约仅约束当事人"；②有关契约内容的规则，其中也包括两类，一是维系国家基本制度的规范，二是保护弱者的规范。[17]

可见，各学者都提到了同一类型的强行规范——维系私法自治的基础性规范，即有关法律行为的成立要件和效力要件规范。例如，"契约因要约和承诺而成立"的原则不允许当事人随意改变，同样双方当事人也不能协议约定，一方即便被欺诈也不得主张撤销。至于合同成立时点的规范，一般认为是法律行为的成立要件的组成部分，属于强行规范，当事人不得任意排除。[18] 如果当事人将合同成立的时点设定为标的物的交付之时，则会使合同的成立方式由诺成性变为要物性，使合同仅提供给付保持力。正如小野秀诚指出的那样，一个合同若伴随着外部表征，则必然延后合同的成立时点，[19] 而从合同法的整个发展脉络看，从要物性合同走向诺成性合同是历史的发展方向，是契约自由的要求。[20]

以上归根结底是理论上的主张。日本的判例显示，在2005年到2011年之间，

[15] 四宮和夫=能见善久《民法総則》（第8版），弘文堂2010年，第261页。

[16] 佐久间毅《民法の基礎I総則》（第3版），有斐阁2008年，第188页。

[17] 山本敬三《民法讲义I·总则》(第3版)，解亘译，北京大学出版社2012年，第204页。

[18] 吉田光硕《到達を効力要件とする承諾》，载椿寿夫主编：《強行法·任意法でみる民法》，日本评论社2013年，第191页。

[19] 谷口知平=五十嵐清编《新版注釈民法（13）契約総則 §§ 521~548》，谷口知平=小野秀诚执笔，有斐阁1996年，第317页以下。

[20] 小野秀诚《契約の自由と当事者の地位：契約と基本権》，载《一橋法学》第7卷1号，第12页以下（2008年）。

电子商务合同中开始大量使用推迟合同成立时点的格式条款。[21] 但是，法院并没有提到"法律行为的成立要件是强行规范"，甚至并没有积极审查格式条款的有效性。我国《电子商务法（草案）》也是同样的情况，第28条规定"电子商务经营主体发布的商品或者服务信息符合要约条件的，当事人选择该商品或者服务并提交订单，合同成立。当事人另有约定的，从其约定。"默许了当事人对合同成立时点的约定的有效性。

（二）格式条款规制的可能性

我国《合同法》第40条规定，"格式条款具有本法第五十二条和五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。"此外，根据《合同法解释二》第10条对《合同法》第40条的解释，（1）当制定格式条款的一方免除责任，（2）免除责任违反公平原则，且（3）未采取合理方式提请消费者注意的，格式条款无效。

首先，推迟合同成立时点的格式条款，逃避了本应成立的违约责任（错误不被认可的情形）和信赖利益赔偿责任（错误被认可的情形），要件（1）是满足的。其次，交易现实中，这些格式条款往往都是黑体字标注，要件（3）也是满足的。现在问题是，推迟合同成立时点的格式条款，是否违反公平原则呢？学界对此研究并不多。笔者查到的资料中，能看到两种意见：一是"在对网络交易合同这一类消费合同的条款进行解释时，应当遵循'消费者倾斜保护'的解释标准"；[22] 二是认为"这一格式条款看似没有涉及双方利益，只是商家对承诺的保留，推迟了合同的成立时间而已，但实质上是为了规避自身错误带来的风险。它明明不公平，但又不是难以承受。"[23]

在我国司法实践中，法院对这类格式条款采取了容许的态度。例如，在2011年的"当当网图书促销案"中，法院认可了《当当网交易条款》作为格式条款的

[21] 东京地裁平成17年9月2日判决，判例时报1922号第105页、东京地裁平成23年12月1日判决，判例时报2146号第69页。如果浏览日本律师事务所的网页，如https://www.clairlaw.jp/qa/it/ec/post-53.html能够发现有些律师事务所正在建议商家客户直接在"使用协议"中做好防范措施，尽量推后合同的成立时点。

[22] 王云霞：《网络交易中意思表示错误的法律问题研究》，中州学刊2014年第4期，第60页。

[23] 朱兴业：《网络购物标价错误的法律救济》，西南政法大学2014年硕士论文，第16页。

效力，并根据该交易条款，认定原告（买家）所下的部分订单仅收到“订单审核通过”的通知，未收到送货通知，合同未成立。而另一部分订单，买家在收到“订单审核通过”的邮件后又收到了送货通知，合同已成立。在该案中，推迟合同成立时点的格式条款甚至是在买家注册后才加进《当当网交易条款》的。

这里，本文对日本法的动态做简要的介绍。上文也提到了，在 2005 年到 2011 年之间，电子商务合同中开始大量使用推迟合同成立时点的格式条款，但法院并没有积极审查格式条款的有效性，而是默许了该条款的效力。根据 2013 年日本内阁府消费者委员会第 112 次会议的议事记录，尚有一些认为商家的确认邮件不构成承诺的判决并没有刊登出来。[24] 在这次会议上，内阁府消费者委员会的委托调查员山田茂树律师向委员会主席河上正二教授提出建议，要求消费者委员会审查上述格式条款的有效性。

此外，在经济产业省方面，《关于电子商务及信息交易等的准则》（2015 年版）II-2-2 给出了如下意见：“网站的使用协议中有时会规定，‘顾客的订购为要约。但是，订购之后收到的确认邮件并非承诺。载明订购商品已发送的邮件向顾客发送之时承诺生效。’这样的情形，网站的使用协议是否对当事人具有拘束力都有问题。如果网络交易时，该使用协议明被明确地表示，而且作为实施交易的条件购买者已点击同意，那么就构成合同内容；如果使用协议只是放在不显著的地方，并未要求购买者点击同意，那么就不具有约束力。……一般而言，合同的成立时点的判断并不受这样的使用协议的约束，而是看构成买卖合同的要约和承诺是否合致来进行合理判断。但是，使用协议对合同成立时点的指定通常会影响购买者的效果意思，因为购买者是在同意了使用协议的基础上参与交易的，那么在参与交易时往往会抱有遵从使用协议对成立时点的指定来进行交易的意思。”可见，经济产业省已经明确意识到这个问题，而且知道推迟合同成立时点的格式条款的有效性在理论上站不住脚，但是试图通过“使用协议不约束购买者，却可以影响购买者的效果意思”的意思拟制来说明其现实的合理性。

[24] 参见 http://www.cao.go.jp/consumer/iinkai/2013/112/giji roku/index.html，其中的【資料 4】《インターネット取引における消費者契約の現状ＩＩ～規約の成立要件と有効要件（不当条項）》。

四、结语

要物合同是前近代法的遗存，是一种不重视当事人合意且欠缺效率的现象。逐步减少并最终废弃要物合同已是历史潮流。然而，在当下最现代的交易形式——电子商务合同——之中，普遍存在着“不发货合同就不成立”的格式条款，这等于把历经数百年终于诺成化的买卖合同重新拉回要物时代，是严重的倒退，应当予以关注并探讨规制的方式。《电子商务法（草案）》第 28 条规定的“当事人另有约定的，从其约定”，仅说明关于合同成立时点的《合同法》的规定未必是强行规范，而不能作为排除格式条款规制的依据。

在对上述格式条款进行规制的同时，我们也必须注意到，这类条款的出现是电商为规避库存量错误、标价错误等风险的无奈之举。如果说格式条款无效，那么相应的，刺激电商平台做出这种选择的风险必须有纾解之道。对于交易风险不是堵，而应当疏导。[25] 本文主张的“疏导”，指的是在禁止上述格式条款的同时，不是强求商家自己扑灭这些风险，而是让意思表示错误的问题回归到意思表示错误的框架下处理。如果卖家确有意思表示错误，那就赔偿信赖利益，而不是让卖家履行合同。

最后必须阐明的是，电商的意思表示瑕疵风险的纾解，不能以牺牲消费者的利益为代价。在重大误解制度下，电商可以不履行合同，但要赔偿消费者的信赖利益损失。这里的信赖利益损失往往体现在寻找替代给付的时间投入上，这一损失的数额在我国现行法律框架下无法计算出来，允许卖家主张重大误解则意味着让消费者吃哑巴亏。对此，本文的建议是，在《电子商务法》中设置一个商家因意思表示瑕疵而不能履约时的小额或定额赔付制度，以无过错为归责原则，赔付金额设定在合同价款的 5%左右，同时再规定一个最高赔偿额。就小额赔付制度，淘宝网的经验值得借鉴。《淘宝平台服务协议》没有像其他电商那样规定推迟合

[25] 以北京市《电子商务监督管理暂行办法》为例，其中第 12 条规定，“经营者应当以网上承诺的价格出售商品，不得以操作失误或系统故障为由拒绝以该价格出售商品。”这种行政规定就是“堵”的典型。先不说这样规定可能违反《立法法》第 8 条 8 项，阻碍经营者行使《民法通则》和《合同法》赋予的合法的、基于重大误解的撤销权。即便地方行政法规有权做这样的规定，现实中也起不到效果。电商只要在格式条款里规定发货通知发出时合同才成立，那么经营者就无需再主张“操作失误或系统故障”，直接主张“合同不成立”就规避掉了。

同成立时点的格式条款，而是规定买家付款成功时合同成交。当卖家缺货或标价有误时，也不强求卖家履行合同，而在《淘宝规则》第 63 条 3 项规定了折中的处理方式："卖家违背以下任一承诺的，需向买家支付该商品实际成交金额的 5% 作为违约金，且赔付金额最高不超过 30 元，最低不少于 5 元，特定类目商品最低不少于 1 元；买家发起投诉后卖家在淘宝网人工介入且判定投诉成立前主动支付违约金的，主动支付违约金达第三次及三次的倍数时扣 3 分（三天内累计扣分不超过 12 分）；买家发起投诉后卖家未在淘宝网人工介入且判定投诉成立前主动支付该违约金的，除须赔偿违约金外，每次扣 3 分。"这种小额赔付制度就如同库存量错误和标价错误的保险，既能够弥补消费者另寻替代给付的信赖利益损失，同时也能够使经营者的风险得到分散和控制，而且还敦促商家进行更有效无误的页面检查和库存管理，使我国的电子商务交易更加规范化。