

《民法典》總則評論:保障民事自由

黃清華

摘要：從科學精神看《民法典》總則編，認為自由精神是科學精神在民法上的集中體現，這意味着民事立法和民事司法，應以最大限度地實現民事主體的民事自由為己任。以此為標準評價《民法典》總則篇，該篇在《民法典》調整範圍、私法自治與政府干預的關係、承擔民事責任的方式和民法方法論等問題上仍有一定的改進完善空間。《民法典》調整範圍應當包括經營關係，不合理的司法干預和行政干預仍然對私法自治構成一定的威脅。對於承擔民事責任的方式，總則應當如何規定需要深入研究。“勿小事法治大事人治”等民法方法論問題很值得關注。這些問題的共同本質，是對如何尊重和保障民事自由認識不足。文章從法理學和比較法學的角度對這些問題進行了分析，並對《民法典》提出了修改或完善建議。

關鍵詞：《民法典》總則 民事自由 調整範圍 私法自治 民法方法論

Comments on the General Principles of the *Civil Code of PRC*: Protection of Civil Freedom

HUANG Qinghua

(Tongji University, Medical law and IP Research Center)

Abstract: Comments on the General Principles of the *Civil Code of PRC* from the perspective of scientific spirit, it holds that the spirit of freedom is the concentrated embodiment of the scientific spirit in civil law, which means that the end or responsibility of civil legislation and civil justice should be the maximum realization of civil freedom of civil subjects. To evaluate the General Provision of the *Civil Code of PRC* according to this standard, there is still room for improvement in the adjustment scope of the *Civil Code of PRC*, the relationship between the autonomy of private law and government intervention, the way of bearing civil liability and the methodologies of civil law. The adjustment scope of the *Civil Code of PRC* should include business relationship. Unreasonable judicial intervention and administrative intervention still pose a threat to the autonomy of private law. How to stipulate the way of bearing civil liability in the general provisions needs to be studied deeply. The problems of methodology of the *Civil Code of PRC*, such as “emphasizing the rule of law in trifle and the rule of man in big event” and so on, should be paid attention to. The common essence of these problems is the lack of understanding of how to respect and protect civil freedom. This paper analyzes these problems from the perspective of jurisprudence and comparative law, and puts forward some suggestions for the amendment or perfection of the *Civil Code of PRC*.

Keywords: general principles of the *Civil Code of PRC*, civil freedom, adjustment scope, autonomy of private law, methodology of civil law

收稿日期：2021年4月26日

作者簡介：黃清華，法學博士，同濟大學上海國際知識產權學院研究員，中國（深圳）綜合開發研究院特聘研究員

一、保障民事自由：《民法典》的根本任務

民法是“商品社會的世界性法律”（恩格斯語），這為以科學精神研究、評價《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《民法典》）提供了事實基礎和判斷標準。科學精神體現在民法上，集中表現為自由精神，即民事立法和司法應以最大限度地尊重和保障人們的民事自由為己任，而尤以經營自由為甚。這種經營自由，可以小到個人偶然售賣自己多餘的物品或提供自己擅長的服務，大到跨國公司從事國際化生產經營。正是民事自由（civil freedom或civil liberties），為市民社會創造了無窮的活力。政治國家對市民社會的干預，無論是核心價值觀方面的還是法律或行政的措施，歸根結底，應當是為了實現所有民事主體的民事自由，而非民事法律關係中強勢一方的為所欲為。這是本文對中國民法本質屬性應然狀態的理解。

民事自由的重要性，已為商品社會形成和市場經濟發展的歷史所證實，即民法或私法，為民事自由尤其民事主體的經營自由提供保障，自由得到普及，從而為談論一種普遍公民資格（universal citizenship）提供可能。¹ 中國改革開放與經濟騰飛的事實也證明，經營自由、創作自由、交易自由和生活（方式的）自由，所有這些民事自由，是人的自由的基礎，而民事自由“每增加一點，生產力就提高一些”。² 中國人在改革開放中經過親身實踐形成的這些彌足珍貴的認識，是作者評論《民法典》（尤其是總則篇）的重要的思想基礎和實證依據。

實現民事自由，必須強調民事法律關係公平合理，因為惟有公平合理的民事法律關係，可促進並保證民事主體實現其自由目標，從而保障經濟的持續發展、社會的和諧穩定。這種公平合理不僅應當體現在民法或民法典的調整範圍上，更應當從公平合理的基本要求出發，在民事立法和司法上處理好私法自治與政府干預的關係；而實現民事法律關係的公平合理，完善承擔民事責任的方式和科學的民法方法論同樣必不可少。這是本文評論《民法典》總則篇的基本認知，也是本文的研究思路。在研究方法上，本文主要採用法理學和比較法學的方法。

二、《民法典》調整範圍問題

民法調整範圍決定民事立法、民事司法的範圍，決定法院民事案件受理範圍和民事司法政策調整的範圍，與保障（民事）自由關係密切。故再論其調整範圍仍然必要。³ 《民法典》第2條規定“民法調整平等主體的自然人、法人和非法人組織之間的人身關係和財產關係”係民法調整範圍的“經典表述”⁴，故孤立地看，該條似乎“言簡意賅”，很難“挑剔”。

但如果與《民法典》第3條聯繫起來理解，就可發現這個“調整範圍”實際上界定窄了。第3條規定，“民事主體的人身權利、財產權利以及其他合法權益受法律保護，任何組織或者個人不得侵犯。”顯然，經對比第2、3條可知：人身權利對應人身關係，財產權利對應財產關係，那麼，“其

¹ Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class and Other Essays*, New York: Cambridge University Press, 1950, p. 2.

² 馮學榮：《原來如此》，北京：中國文史出版社，2014年，第26頁。

³ 作者曾討論過民法調整範圍，見黃清華：《科學精神與現代民商法的實踐》，陳小君主編：《私法研究》，北京：法律出版社，2015年，第48、55-56頁。

⁴ 佟柔主編：《民法學》，北京：法律出版社，1984年，第12-13頁。

他合法權益”對應甚麼關係？民事主體間是否存在既不對應人身關係，也不對應財產關係的其他合法權利？或者說，民事主體間是否存在人身關係和財產關係之外的其他社會關係？《民法典》第2條對此無解，形成令人遺憾的邏輯漏洞，並可能對需要民法調整的社會關係造成民事保護上的不足，從而影響甚至損害《民法典》作為法治社會基本法和民事自由法的崇高地位。

從比較法的角度來看，除了人身關係和財產關係，民事主體間應當還存在其他社會關係。根據《德國民法典》第823條第1款的規定，“如果因不法行為或過失行為造成的損害，侵犯了受害人所享有的、在該條款中明文列舉的合法權益之一，即產生了損害賠償責任。這些合法權益包括生命、身體、健康、自由、所有權，以及任何‘其他’權利。”⁵此所謂“其他權利”，包括“對既定的並正在經營的業務的權利”，而“要構成對該權利的侵害，被告的行為必須以某種方式‘與業務有關’，也就是說，這種行為必須是‘以某種方式侵害了業務本身……而不能僅僅是損害了可與業務相分離的、作為職能單位的權利和利益’”⁶典型的例子有，“如被告號召對原告的業務進行抵制，或被告在未得到允許的情況下，披露了某些雖然真實但對原告企業具有致命影響的事實，而被告這樣做卻沒有一種真正的緊迫的利益上的正當理由”。⁷顯然，在這種案例中，被告的行為侵害的就是原告的經營權，損害的是合法的經營關係。

更深入地思考，如何理解第2條中的“平等主體”？台灣地區《民法典》、英國侵權法，均把行政侵權行為納入侵權法調整範圍，應作何解釋？⁸具體而言，台灣地區《民法典》第二篇債第一章通則第一節債之發生第五款侵權行為第186條第1項規定，“公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人受損害者，負賠償責任。其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。”⁹本條款說明該民法典的調整範圍並非限於“平等主體的自然、法人和非法人組織之間的人身關係和財產關係”，而是將公務員執行職務造成的損害也納入調整範圍，進行民法“兜底”，彰顯民法或民法典作為法治社會基本法的品格。相比之下，《民法典》並不調整這一類行政侵權行為，而是將其完全交由《國家賠償法》調整。對此，本文理解有二：其一，這有損《民法典》在中國（大陸）法律體系中的基礎性和權威性；其二，公務員執行職務的行為應當由行政法調整，但其違法侵權行為造成的損害賠償問題，已使行政管理關係轉化為損害賠償法律關係，而在後一種社會關係中，為了保障賠償的公平合理，雙方的法律地位必須是平等的。基於這樣的理解，《民法典》第2條規定的調整範圍有擴大的必要。

為了捍衛民事自由，鞏固《民法典》在中國（大陸）法律體系中的基礎性，增強其權威性，建議將本條修改為：“民法調整民事活動，保護民事自由。”或者修改為：“民法調整平等主體的自

⁵ [德] 羅伯特·霍恩等：《德國民商法導論》，楚建譯，北京：中國大百科全書出版社，1996年，第161頁。

⁶ 《聯邦最高法院民事判決匯編》第29卷，第65頁，轉引自 [德] 羅伯特·霍恩等：《德國民商法導論》，第164-165頁。

⁷ 聯邦最高法院判決，見《新法學週報》1963年卷，第484頁，轉引自 [德] 羅伯特·霍恩等：《德國民商法導論》，第165-166頁。

⁸ 英國侵權責任法在此問題上的案例及其理解，見黃清華：《科學精神與現代民商法的實踐》，第48頁。

⁹ 本條第二部分“其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任”，是指依台灣地區《賠償法》等法律規定的方法獲得賠償。

然人、法人和非法人組織之間的人身關係、財產關係和經營關係。”本文傾向於前一種修改。

三、私法自治與政府干預關係問題

私法自治與政府干預的關係，本質上是民事自由與公共利益的關係。民事自由是經濟活力、社會活力和科技創新活力的基礎，“自由每增加一點，生產力就提高一些。”¹⁰ 因此，政府干預行為只有符合並滿足公共利益的需要，才具有正當性和必要性，而政府干預作為社會行為之一種，最終目的同樣應是“確保一切人的行為完全獨立和自由”。¹¹ 民法或民法典框架下民事自由之保障，至少需要滿足這兩個條件：一是處理好與民事司法的關係，明確民事司法的目標是維護公平合理的民事關係，保障民事自由；二是處理好與行政行為的關係，明確行政行為對於民事的干預必須有法律、法令依據，在依法律、行政法規維護公共利益的前提下，最大限度地保障民事自由。質言之，對於民事，政府干預——包括政府對於民事權利的保護，必須依法即依立法機關制定的規範性文件（法律、法令）進行。這是現代民事法治的一般原理。從這兩個方面來看，《民法典》有很大的改善空間，分述之。

（一）不合理的司法干預

《民法典》總則第147-150條分別規定，因重大誤解、一方欺詐、第三方欺詐、脅迫而實施的民事法律行為，受損害方、受欺詐方或受脅迫的當事人“有權請求人民法院或者仲裁機構予以撤銷。”有關條文集中表現為，將“撤銷權”規定成“（撤銷）請求權”，即這些條文規定“撤銷權”，但是操作起來卻變成“請求權”，最終是否能夠撤銷這類已實施的民事法律行為，當事人一方的主張，並不具有決定性，而需要受損害方、受欺詐方或受脅迫方行使“請求權”。但是，根據民事行為意思表示之法理以及法律通例，例如，英國法¹²、德國法¹³或台灣地區《民法典》的規定，因重大誤解、一方欺詐、第三方欺詐、脅迫而實施的民事法律行為，當事人可行使的是撤銷權而非（撤銷）請求權，即無須請求人民法院或者仲裁機構予以撤銷即可自行撤銷，只要在規定的時效內行使此項權利。例如，台灣地區《民法典》第92條第1款規定，“因被欺詐或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但欺詐係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。”這意味着，撤銷權的本質是為了保護民事活動中受損害方、受欺詐方或受脅迫方的利益，以實現民事法律關係的公平合理進而保障雙方的民事自由。然而，《民法典》第147-150條的規定，卻將受損害方、受欺詐方或受脅迫方推向了“請求”式維權的不利境地。合理做法應當是，相對方（即實施欺詐、脅迫行為方）如果不同意受欺詐方或受脅迫方撤銷其意思表示，得請求法院或仲裁機構強制履行；於此情形，受損害方、受欺詐方或受脅迫方再作相應的抗辯，使因受欺詐、脅迫而為的意思表示歸於無效。而“在基於錯誤而撤銷意思表示的情況下，期望該意思表示繼續有效的當事人，享有要求賠償其預期利益落空的請求權”¹⁴ 這樣的制度安排，既有利於保護受損

¹⁰ 馮學榮：《原來如此》，第26頁。

¹¹ [英]約翰·斯圖亞特·穆勒：《論自由》，嚴復譯，北京：商務印書館，1959年，第58頁。

¹² 英國合同法相關情況見Turner, C., *Contract Law (2nd Edition)*, London: Hodder Arnold, 2005, pp. 68-75.

¹³ 《德國民法典》相關情況，見[德]羅伯特·霍恩等：《德國商法導論》，第89頁。

¹⁴ 《德國民法典》第122條。

害方、受欺詐方或受脅迫方的民事權益，也有利於實現公平合理的民事關係，進而實現民事法律關係雙方的自由。

從民法理論看撤銷權的法律屬性，依法學主流觀點是形成權（變動權之一種）而非請求權¹⁵，即只要在規定的時限內行使此項權利，已作出的意思表示便沒有約束力。“撤銷通過向契約相對人或意思表示的初始相對人為單方表示而發生效力，如同通知或取消某事一樣，它屬於一種形成宣告，可以單方改變某種法律關係。撤銷宣告不得撤回，而且不得附加任何條件。”¹⁶ 因此，《民法典》第147-150條“有權請求人民法院或者仲裁機構予以撤銷”的規定，名為“撤銷權”之制度安排¹⁷，實為（撤銷）“請求權”之規定，不公平、不合理，與民法的科學精神相悖，不利於實現公平合理的民事關係，難以保障民事自由。

（二）不合理的行政干預

民法以保護每一個民事個體的人身權利、財產權利和經營權利實現法律框架下的民事自由為宗旨。這些權利時刻可能受到政府權力尤其是行政權力的干擾甚至侵害，特別是在集權國家。因此，評價《民法典》十分關鍵的一點就是看其立法和法律實施能否在相關方面有效地制約行政權力，從而保障民事自由。從《民法典》總則條文來看，這種觀察視角是必要的，也是有根據的。

以第三章法人和第四章非法人組織為例，第58條關於“法人成立的具體條件和程序，依照法律、行政法規的規定”的制度安排，關於“設立法人，法律、行政法規規定須經有關機關批准的，依照其規定”的制度安排；第68條關於“法人終止，法律、行政法規規定須經有關機關批准的，依照其規定”的制度安排；第103條關於“設立非法人組織，法律、行政法規規定須經有關機關批准的，依照其規定”的制度安排。諸如此類的規定，《民法典》總則篇還有不少（例如第99條、第100條）。這些條文預示着，國家最高權力機關大量授權最高行政機關可制定和實行政法規，隨時干預經濟、社會生活或者科技活動，且干預的力度很大，涉及法人、非法人組織的設立、變更、清算和終止。更有甚者，所依之“法”還包括暫行行政法規，例如，1998年10月25日發佈的《民辦非企業單位登記管理暫行條例》（國務院令第251號）實施至今。

不僅如此，《民法典》第58條規定“法人應當依法成立”，第107條規定“非法人組織解散的，應當依法進行清算。”由於這些條文中“依法”的含義不明確，民事主體難以將其與人們日常通稱的“依法辦事”“依法行政”中的“依法”區別開來，給慣於“鑽空子”的執法人員留下“灰色地帶”，導致部門規章可能成為“法律”依據，進而造成這種“依法”干預的不確定性，使民事權利容易受到來自行政權力的干擾甚至侵害，民事自由難以得到保障。對比台灣地區《民法典》可知，法人之設立（第25條）、法人設立登記（第30條）、設立許可之條件及法人業務監督（第32條），

¹⁵ 鄭玉波：《民法總則》，台北：三民書局，1998年修訂11版，第48頁。

¹⁶ [德]羅伯特·霍恩等：《德國商法導論》，第89頁。

¹⁷ 《民法典》第152條第1款：“有下列情形之一的，撤銷權消滅：（1）當事人自知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內、重大誤解的當事人自知道或者應當知道撤銷事由之日起九十日內沒有行使撤銷權；（2）當事人受脅迫，自脅迫行為終止之日起一年內沒有行使撤銷權；（3）當事人知道撤銷事由後明確表示或者以自己的行為表明放棄撤銷權。”本條規定的“撤銷權”，孤立地看，符合撤銷權消滅之法理。但如果結合第147-151條的規定分析，可知第152條第1款規定的撤銷權，實為（撤銷）請求權。總之，《民法典》不恰當地擴大了請求權使用範圍。

在台灣地區只“依本法或其他法律之規定”，行政行為受到法律約束。例如，關於法人成立，台灣地區《民法典》第25條規定，“法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。”《日本民法典》、《泰國民法典》的規定都與之完全相同。¹⁸

因此，從保障民事自由的角度來看，就《民法典》第一編第三、四章而言，正確的做法是，非必要應盡可能限制對行政法規的委任立法，而且從立法上杜絕暫行條例、暫行規定等暫行行政法規之適用，明確“依法”僅僅指依據法律和法規；並且明確行政法規除規定法人或非法人組織的成立條件外，應當重點規定行政權力行使的程序，防止權力濫用，從而盡可能限制行政權力對於民事活動、對經濟與社會生活的不合理干預。

（三）怎麼看“依法”享有權利

《民法典》總則編不少“依法享有權利”的規定，例如第124條第1款：“自然人依法享有繼承權。”第123條第1款：“民事主體依法享有知識產權。”對此，法理上應當怎麼看？

第124條第1款涉及繼承權來源問題，而其規定卻令人費解：自然人享有繼承權必須“依法”嗎？（如果）沒有“法”是否意味着自然人就不享有繼承權？顯然不是。繼承權產生於婚姻家庭關係這一基本事實。因此，正確的表述應是：“自然人享有繼承權，國家依法保護自然人享有的繼承權”，如此規定，可與第1123條“繼承開始後，按照法定繼承辦理；有遺囑的，按照遺囑繼承或者遺贈辦理；有遺贈扶養協定的，按照協定辦理”保持一致。¹⁹而第123條第1款規定的“民事主體依法享有知識產權”在知識產權（台灣地區稱“智慧財產權”）各種具體制度（基本）健全的情況下，這樣表述可接受。倘若從權利起源的角度來看，本條款似乎有些大而化之，似是而不全是。有些種類的知識產權，例如專利權、註冊商標專用權，民事主體確實只有“依法”才能享有，確實是靠法律保障民事主體“專享其利”。而商業秘密、著作權，甚至非註冊商標，民事主體難道是“依法”才享有的嗎？如何解釋千年“祖傳秘方”專用權的保護實踐？沒有《著作權法》之前，文字作品創造者對自己的作品，難道不享有署名權、發表權和獲得報酬權嗎？沒有《商標法》之前，人們不也在用商標維護其商譽嗎？

從這個角度來看，《民法典》第129條的規定科學合理，殊值讚賞：民事權利可以依據民事法律行為、事實行為、法律規定的事件或者法律規定的其他方式取得。這意味着調整民事活動的行為規範，除了法律和必不可少的行政法規，商業習俗、交易習慣等公認的社會習俗規則，也應當受到尊重，得到傳承。²⁰

《民法典》不少條文強調“依法享有”而忽略許多民事權利的本質是自然權利，奉行“意思自治”——權利人依其意願行使民事權利；國家若欲干預，應是國家“依法”干預。哈耶克說：“法

¹⁸ 《日本民法典》第33條和《泰國民法典》第78條均規定“法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。”

¹⁹ 《民法典》第1163條規定，“既有法定繼承又有遺囑繼承、遺贈的，由法定繼承人清償被繼承人依法應當繳納的稅款和債務；超過法定繼承遺產實際價值部分，由遺囑繼承人和受遺贈人按比例以所得遺產清償。”

²⁰ 對此，台灣地區《民法典》規定，“民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。”（第1條，法源）；“民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。”（第2條，適用習慣之限制），值得重視。

治的含義不是政府以法律來治理社會，而首先是政府的行為在法律約束之下。”²¹ 因此，“依法”重點強調的是國家的行為規範，首先約束的是政府行為。此乃“法治”精髓。一句話，法治的重點是依法治官，而非依法治民。這是維護民事自由的必要條件。

對於民事，凡事過於強調“依法”，表面上是重法治，本質上卻是國家主義盛行，既不（完全）符合事實，又可能導致不必要的國家干預，增加交易成本，甚至妨礙交易安全，損害民事自由，須給予必要警惕。從這個角度來講，《民法典》同樣需要將政府對於民事的干預行為控制在法律約束之下。

（四）如何看“依法”行使權利

第130條規定，“民事主體按照自己的意願依法行使民事權利，不受干涉。”本條立意較好，既強調民事主體的意願和約定（意思自治），又不忽略必要的國家干預的價值。其不足者須對所依之“法”作必要限定，解決何謂“法”、依何“法”這一基本問題，否則部委規章、地方行政管理部門的通知，甚至某個領導的講話，“言出法隨”，均以“法”的名義要求執行，民事主體必不勝其擾。

建議《民法典》界定清楚“依法”的具體含義。從《民法典》的立法目的和本條的立意來看，此所謂“依法”，應是指依據法律和行政法規的規定。為何不直接明確下來？這個問題必須解決，因為《民法典》太多包含“依法”的條文，例如，第125條規定“民事主體依法享有股權和其他投資性權利。”本條若不嚴格界定清楚“依法”的含義，民事主體的股權等投資性權利，極易缺乏必要的安定性。

總之，在處理私法自治與政府干預關係的問題上，可以明確如果不能有效制約公權力，民事自由即無保障，《民法典》便失敗了。鑑於《民法典》中有大量“依法做某事”的條文，建議在“附則”篇中，明確本法典所稱“依法”的具體含義。

四、承擔民事責任的方式問題

何謂承擔民事責任的方式？承擔民事責任的方式究竟應當有哪些？《民法典》總則編究竟應當如何規定承擔民事責任的方式？這些問題事關民事法律關係公平合理和民事自由的程度，屬於民法基本問題範疇。

（一）問題的提出

第179條第1款規定，“承擔民事責任的方式主要有：（1）停止侵害；（2）排除妨礙；（3）消除危險；（4）返還財產；（5）恢復原狀；（6）修理、重作、更換；（7）繼續履行；（8）賠償損失；（9）支付違約金；（10）消除影響、恢復名譽；（11）賠禮道歉。”民法中文教科書對“承擔民事責任的方式”少有提及²²，故本條款值得深入研究。法理上民事責任是違反民事義務的法律

²¹ [英]哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等譯，北京：中國社會科學出版社，1997年，第78頁。

²² 例如，佟柔主編：《民法原理》，北京：法律出版社，1985年，目錄頁；王衛國主編：《民法》，北京：中國政法大學出版社，2007年，目錄頁；鄭玉波：《民法總則》，目錄頁；梁慧星：《民法總論》，北京：法律出版社，2000年，目錄頁。

後果，承擔民事責任的方式應當取決於民事責任的具體內容，而後者本質上僅受制於私法自治。因此，承擔民事責任的方式須根據保護民事權利、保障民事自由的需要設定。就此而言，本條款下列問題值得討論：

(1) 本條款所列11種“承擔民事責任的方式”是否能夠滿足保護民事權利、制裁民事違法行為、保障民事自由的需要？對於違反《民法典》物權編、合同編、婚姻家庭編、繼承編、人格權編和侵權責任編的行為，以及對於違反知識產權、金融保險等民事單行法的行為，依本條款所列的承擔民事責任的方式，是否足夠給予合理可行的民事救濟？

(2) 停止侵害究竟是民事義務還是承擔民事責任的方式？請求法院責令停止侵害，究竟是民事強制措施還是承擔民事責任的方式，弄清這個問題對於處理侵權責任，尤其處理專利侵權案件，具有重要意義。責令“停止侵害”之類的民事強制措施，《民法典》應如何安排？是否應將其置於《民事訴訟法》相關章節調整？²³

(3) 給他人的正當權利和利益造成妨礙或帶來危險，難道不是侵害的具體形式嗎？如果是將排除妨礙、消除危害列為“承擔民事責任的方式”是否妥當？同理，有履行義務者“繼續履行”義務，也非民事責任調整範疇，而（應）是民事義務本身。這些認識是否成立？

(4) 對他人人格、名譽已經造成不良影響的，這種影響能（徹底）消除嗎？受損的名譽能恢復嗎？如果不能，甚麼是對侵犯名譽性人格權最好最合理的救濟方式？消除影響、恢復名譽與賠禮道歉之間有何關係？它們之間的適用範圍是甚麼？

如果以上學術質疑合理，那麼本條款究竟應規定哪些承擔民事責任的方式？《民法典》總則編是否應當對承擔民事責任的方式作出概括性規定？對這一問題的回答如果是肯定的，那麼立法上究竟怎樣規定最為合理可行？

（二）分類考察

為了回答上述問題，這一部分從比較法視角，分別查明中外主要國家或地區相關法律對於違反物權法（財產法）義務、知識產權法義務、合同法義務、侵權責任法義務、人格權法義務、婚姻家庭法義務和繼承法義務，所規定或適用的承擔民事責任的方式。

對於違反物權法（或財產法）義務的行為，根據《德國民法典》規定，權利人根據權利受損情況有權要求：（1）返還財產（第986條）——“只適用於特定的財產，而不適用於替代物或代位物”²⁴；（2）返回收益（第987、988條）；（3）停止侵害（第1004條）；（4）排除妨礙（第906條）；（5）恢復原狀（第859條）；除此之外，權利人可“要求頒發禁止令”。²⁵ 而台灣地區《民法典》有要求返還（第767條）、排除妨礙（第767條）、（所有權）妨礙預防請求權（第767條）。

²³ 對此有觀點認為：“停止侵害請求權，其立法目的在於及時制止那些剛發生的、進行中的侵權行為，以避免造成嚴重損害後果，顯然不能適用一審普通程序，而要求創設一種類似於英美法申請禁止令那樣的新程序。在立法機關修改民事訴訟法創設類似禁止令程序（FP）前，按照最高人民法院關於民法通則的解釋意見第162條，人民法院可以根據受害人的申請先行作出停止侵害的裁定。”見趙東：《停止侵害禁令及其請求權基礎》，《西南民族大學學報（人文社科版）》2010年第5期，第122-123頁。

²⁴ 〔德〕羅伯特·霍恩等：《德國民商法導論》，第191頁。

²⁵ 〔德〕羅伯特·霍恩等：《德國民商法導論》，第192頁。

後者指“有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。”²⁶ 根據該條，“不但所有人對於已然之侵害，得請求除去，而對未然之侵害，尚可請求預防，法律對於所有權可謂極盡保護之能事”。²⁷ 由此可知，妨礙預防和返回收益是《民法典》沒有規定而確屬有必要設立的承擔民事責任的方式。

對於違反知識產權法義務的行為，《美國知識產權法》對於專利侵權的民事救濟包括禁令救濟、損害賠償、律師費（attorneys' fees，《美國專利法》第285條²⁸）、成本（costs）²⁹；對於商標侵權的民事救濟包括禁令救濟、對利潤的核算（an accounting for profits）、損害賠償、特殊情況下的律師費（attorneys' fees in “exceptional cases”）、成本的核算（costs）³⁰，對於著作權侵權的民事救濟，包括禁令救濟、損害賠償和利潤、扣押（impoundment）³¹、律師費和成本。³² 由此可知，這其中的某些民事救濟措施，例如律師費和扣押，是《民法典》第179條第1款所沒有的。

對於違反合同法義務的行為，根據英國合同法，標準的補救措施（the standard remedies）是終止合同（termination）、損害賠償（damages）、具體履行（specific performance）和禁令（injunction 或injunctive relief）³³——法院下達的做或不做某事的命令。在合同爭議中，禁令主要用於當合同中有承諾不做某事的條款時，原告通常尋求禁令。例如，如果一個企業的賣方同意不開一個競爭性的公司，而這是一個有效的協議，那麼如果賣方違背了他的承諾，買方的自然補救辦法就是申請發出禁令來約束他。³⁴

對於違反侵權法義務的行為，英國侵權法，損害賠償（damages）是主要的補救措施，用於賠償已造成的損害。禁令（injunction）用於防止未來的損害。³⁵ 英美私法上的“禁令”，比《民法典》規定的（責令）“停止侵害”在適用範圍上更廣泛，適用程序上更靈活，適用條件上也有嚴格要

²⁶ 鄭玉波：《民法物權》，台北：三民書局，1999年，第60-63頁。

²⁷ 鄭玉波：《民法物權》，第63頁。

²⁸ 該條規定，“在特殊情況下，法院可以要求敗訴方賠償勝訴方合理的律師費。”此所謂“特殊情況”，包括“嚴重的不正當的訴訟行為”或者“客觀上無根據”或“主觀上惡意”的訴訟，這類訴訟的本質特徵是“沒有合理的基礎”。見陳維國：《應對美國專利訴訟的新策略——中國企業在美國之專利篇》，《中國知識產權報》2016年1月16日，第2版。

²⁹ Mille, A. R. & Davis, M. H., *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright (3rd Edition)*, West Nutshell Series, 2000, pp. 146-147.

³⁰ Mille, A. R. & Davis, M. H., *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright (3rd Edition)*, p. 280.

³¹ “美國《版權法》第503條規定，扣押和最終處置侵權複製品和用於製作這些複製品的設備，包括可能的銷毀。第（a）節規定了在最終判決前的扣押；第（b）小節規定了永久處置，包括在最終判決後可能的破壞。在版權糾紛中，最終銷毀或至少沒收侵權材料，可能是原告作為最終補救措施目標的重要組成部分。” Mille, A. R. & Davis, M. H., *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright (3rd Edition)*, pp. 411-412.

³² “美國《版權法》第505條規定，除針對政府的民事侵權訴訟外，任何民事侵權訴訟均應判給費用。此外，法院有權決定是否向勝訴方支付‘合理的’律師費。” Mille, A. R. & Davis, M. H., *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright (3rd edition)*, p. 413.

³³ [法]勒內·達維：《英國法與法國法：一種實質性比較》，高鴻鈞、賀衛方譯，北京：清華大學出版社，2002年，第151頁。

³⁴ Dugdale, A. M., Bermingham, V. M. & Furmston, M. P. et. al., *'A' Level Law (4th Edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 543, 560.

³⁵ Jones, M. A., *Textbook on Torts (8th edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 658.

求。³⁶ 質言之，不應將“禁令”等同於“停止侵害”。

對於違反名譽權等人格權法義務的行為，英國侵權法通常有三種救濟措施：命令被告對其行為給予適當的糾正，命令被告對原告賠禮道歉，裁定被告支付原告損害賠償金。³⁷ 在第三種救濟措施中，如果法官認為，被告在發表誹謗性言論之前就已經預計到其通過發表該誹謗性言論所獲得的收入多於日後可能被判處的損害賠償金，那麼法官可以作出懲罰性損害賠償金的裁定，以此起到懲罰被告和警示他人的作用。³⁸ 另外，如果在誹謗性言論發表之前，原告可以提供證據證明該言論具備誹謗之訴的構成要件，那麼原告可以申請法院作出禁令，禁止被告發表該誹謗性言論。³⁹ 也就是說，對於（可能）侵犯人格權的救濟措施，英國侵權法實際包括責令糾正、賠禮道歉、賠償損失、懲罰性損害和預防性禁命⁴⁰五種救濟措施。

對於違反婚姻家庭法義務的行為，《民法典》規定了（請求）撤銷婚姻（第1052、1053條）、（請求）分配財產（1054條）⁴¹、損害賠償（第1054、1091條）、（請求）確認共同財產（第1062條）、（請求）分割共同財產（第1066條、）、（請求）確認或者否認親子關係（1073條）、（請求）確認收養關係（1075條），（請求）解除收養關係（第1114、1115條）……。

對於違反繼承法義務的行為，《民法典》規定了（請求）確認喪失繼承權、喪失受遺贈權（第1125條）、（請求）確認遺囑無效（第1143條）……。

綜合以上中外各國（地區）承擔民事責任的方式，可以明確兩點：其一，發達國家的民事救濟措施是靈活的，範圍相當廣泛，包括而不限於禁令、賠償律師費、成本核算、扣押，這些《民法典》第179條第1款所未規定的承擔民事責任的方式，其目的是為了保障公平合理的民事法律關係，保護民事自由；其二，《民法典》總則編第179條第1款並沒有概括出該法典其他各篇規定的所有承擔民事責任的方式。因此，該條1款確實需要完善。

（三）法理評論

自由必須有法律責任的支撐，民事自由離不開民事責任的支持。法諺：“自由意味着責任。”“正義和自由互為表裏，一旦分割，兩者都會失去。”這意味着對於承擔民事責任的方式的理解，以及相關具體制度的安排，同樣應當從有效維護自由，合理限制濫用自由的角度來理解。為此，《民法典》總則關於民事救濟措施種類（承擔民事責任的方式）的設置，應當有“分配正義、威懾正義和矯正正義”⁴²的考量，如此可使民事救濟措施適應經濟社會科技發展的需要。

從上述各種救濟措施可以看出，無論德國法還是美國法，對於作為“絕對權利”的所有權（財

³⁶ 楊良宜、楊大明：《禁令》，北京：中國政法大學出版社，2000年，第87-89頁。

³⁷ 王軍、王軒：《英國法上的名譽權保護——以誹謗之訴為考察對象》，《法學雜誌》2008年第2期，第113-114頁。

³⁸ 楊良宜、楊大明：《禁令》，第87-89頁。

³⁹ 楊良宜、楊大明：《禁令》，第87-89頁。

⁴⁰ 台灣地區的法律救濟措施也包括預防性禁命。例如，台灣地區《民法典》第18條規定，“人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受義侵害之虞時，得請求防止之。”

⁴¹ 《民法典》第1054條規定“同居期間所得的財產，由當事人協議處理；協定不成的，由人民法院根據照顧無過錯方的原則判決。”

⁴² *McFarlane v. Tayside Health Board* (1999) 3 WLR 1301.

產權和知識產權)給予充分的保護。禁令“為所有的絕對權提供了保護,並得到法院十分廣泛的適用。所有權人在出現侵害的最初徵兆時即可提起訴訟”,且“並不需要證明過失的存在。”⁴³ 賠償律師費適用於特定類型或情況的案件以滿足分配正義和矯正正義的需要,扣押適用於侵權物品以滿足威懾正義的需要,而成本核算適用於美國專利法、商標法和著作權法⁴⁴,同樣是為了滿足分配正義和矯正正義的需要。

從法理上來看,對於涉及財產權(物權、知識產權)侵權問題,《德國民法典》詳細規定了所有權人和不法佔有人之間的關係問題,包括損失和損害的風險分擔,以及對收益的權利和對費用的責任等。⁴⁵ 例如,假定G向K出賣並交付了一輛汽車,但由於G是無表面症狀的精神病患者,因此這兩項法律行為均為無效。這時G與K之間即產生了一種所有權人與佔有人之間的關係。G可根據《德國民法典》第985條請求返還這輛汽車。如果K因過失而使汽車受到損害,那麼他將在知道自己權利有瑕疵的條件下承擔賠償責任(《德國民法典》第989、990條)。K還必須返還其使用汽車而獲得的所有收益(《德國民法典》第987、988條);但如果他用新輪胎更換了汽車上原有的舊輪胎,他可要求償還有關費用(《德國民法典》994條)。⁴⁶ 顯然,如此周密的承擔民事責任的方式的制度安排,為的是滿足分配正義、威懾正義和矯正正義的內在要求。

從中國現行相關制度安排來看,“我國民事法上及司法實踐中有關禁令及預防性責任方式的規定,存在諸多缺陷。侵權責任法“應將停止侵害、排除妨礙和消除危險三種侵權責任方式,整合為停止侵害禁令”。根據是停止侵害、排除妨礙和消除危險,實質上即不侵害、妨礙和不危及他人權利的民事義務的延伸,制度上這樣處理,“不僅具有相當的正當性依據,而且具有請求權基礎上的妥當性。”“停止侵害禁令的請求權基礎為不作為請求權,分別為停止侵害請求權,排除妨害請求權和消除危險請求權等。”⁴⁷ 此外,隨着經濟與社會的發展和科技的進步,完全可能出現新的民事活動、新的民事權利和義務關係,相應地完全有可能出現新的承擔民事責任的方式。因此,《民法典》總則編沒有必要也不可能窮盡承擔民事責任的方式。

建議將本條修改為:承擔民事責任的方式,由《民法典》各編和民事單行法根據保護民事自由的原則作出具體規定。

五、民法方法論問題

《民法典》總則編涉及大量民法方法論問題。民法方法論包括民事立法方法論、民法規範的邏輯結構與邏輯方法、民法的體系化方法與民法典編纂方法、民事立法的語言風格、民法推理方法、民法的解釋方法、民法漏洞的彌補方法、超越制定法的民法探索方法,以及民法實務方法論等。⁴⁸ 下文主要從民法方法論的角度,探討《民法典》總則編一些可完善的問題。

⁴³ [德]羅伯特·霍恩等:《德國商法導論》,第192頁。

⁴⁴ Mille, A. R. & Davis, M. H., *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright (3rd Edition)*, pp. 146-147.

⁴⁵ [德]羅伯特·霍恩等:《德國商法導論》,第191-192頁。

⁴⁶ [德]羅伯特·霍恩等:《德國商法導論》,第192頁。

⁴⁷ 趙東:《停止侵害禁令及其請求權基礎》,第122-125頁。

⁴⁸ 任印成:《民法方法論》,北京:中國檢察出版社,2005年,目錄頁。

(一)“公序良俗”用語太過專業

《民法典》第8條規定，“民事主體從事民事活動，不得違反法律，不得違背公序良俗。”公序良俗包括公共秩序和善良風俗兩個方面。（民事）自由與公序良俗關係十分密切。法國法諺：“秩序，只有秩序才能產生自由。”“道德是自由的保衛者。”德國著名思想家、作家、科學家歌德認為：“一個人只要宣稱自己是自由的，就會同時感到他是受限制的。如果你敢於宣稱自己是受限制的，你就會感到自己是自由的。”⁴⁹這裏的“受限制”在民法上主要來自於公共秩序和善良風俗兩個方面。

公序良俗作為對民事自由的一種合理限制，是現代民法的一項重要制度，“是個人利益服從於社會公共利益的體現”，“在現代市場經濟社會，其主要功能在於維護國家社會一般利益及一般道德觀念”⁵⁰，對構築現代社會文明具有基礎作用，故本條十分重要，體現在《民法典》第10條的規定，“處理民事糾紛，應當依照法律；法律沒有規定的，可以適用習慣，但是不得違背公序良俗。”第143條規定，“違背公序良俗的民事法律行為無效。”

在法理上，公共秩序（public order）通常也稱“社會秩序”，是指為維護社會公共生活所必需的秩序，具體包括社會管理秩序、生產秩序、工作秩序、交通秩序和公共場所秩序等，是“國家社會的一般利益”。遵守公共秩序是《中華人民共和國憲法》規定的中國公民的基本義務之一。民事活動，當然應當遵守公共秩序的要求。善良風俗“係指為社會、國家的存在和發展所必要的一般道德，是特定社會所尊重的起碼的倫理要求。”⁵¹違反善良風俗的行為，法理上通常是指⁵²：（1）設定過度擔保的行為；（2）危害其他債權人的行為；（3）束縛債務人的行為；（4）違反職業道德的行為；（5）通過法律行為設立性交義務的行為；（6）違約誘導行為；（7）暴利行為；（8）助逃合同；（9）設計環境侵害的合同；（10）誘使他人違約的行為；（11）夫妻間訂立的附條件合同；（12）借腹生子行為；（13）無效的保證行為；（14）其他。

從公共秩序與善良風俗的關係來看，依史尚寬的觀點：一方面，“公共秩序與善良風俗大部分同其範圍，而且有時明為區別，亦甚困難。惟一者自外部的社會秩序方面言之，一者自內部的道德觀念言之，同係以社會國家健全的發展為目標，而使障害此發展之一切法律行為悉為無效”；另一方面，“善良風俗與公共秩序亦非完全一致，有不違反善良風俗而違反公共秩序者，亦有不違反公共秩序而違背善良風俗者。”⁵³

從民事立法的語言風格來看，“公序良俗”過於專業，而過於專業化的條文只適合專業人士閱讀理解。建議借鑑台灣地區《民法典》總則的相關條文，將本條“公序良俗”還原為“公共秩序和善良風俗”。此外，在《民法典》附則中明確公共秩序和善良風俗的基本定義，以便統一認識，方便非專業人士閱讀理解《民法典》。

⁴⁹ [德]歌德：《浮士德》，董問樵譯，上海：復旦大學出版社，1982年，第6-7頁。

⁵⁰ 趙萬一、吳曉鋒：《契約自由與公序良俗》，《現代法學》2003年第3期，第53-54頁。

⁵¹ 趙萬一、吳曉鋒：《契約自由與公序良俗》，第53-54頁。

⁵² [德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，北京：法律出版社，2000年，第98頁。

⁵³ 史尚寬：《民法總論》，北京：中國政法大學出版社，2000年，第45頁。

(二)“勿小事法治大事人治”

法的生命在於實施。《民法典》總則編第8、10、143、153條從不同的角度規定了“公序良俗”（公共秩序和善良風俗），其本質是強調維護公共利益或國家社會一般利益的重要性。除此之外，總則編還有不少條文規定了“公共利益”、“國家利益”或者“社會公共利益”，對這些術語的理解直接影響《民法典》的實施，與保障民事自由關係密切。以下就相關條文試舉幾例：

第117條規定，“為了公共利益的需要，依照法律規定的權限和程序徵收、徵用不動產或者動產的，應當給予公平、合理的補償。”第132條規定，“民事主體不得濫用民事權利損害國家利益、社會公共利益或者他人合法權益。”第185條規定，“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名譽、榮譽，損害社會公共利益的，應當承擔民事責任。”⁵⁴ 對此，法典附則似應對這些基本概念有一個基本界定，以保障民事法律關係的可預見性和安定性。

“清晰的民法概念是民法規範的邏輯結構與邏輯方法的必要條件和基本要求”⁵⁵，對於保障《民法典》實施的合目的性具有基礎意義。總則篇“公序良俗”、“國家利益”、“公共利益”、“社會公共利益”這些密切相關的概念，它們各自的內涵與外延是甚麼？它們之間的內在聯繫是甚麼？為甚麼需要使用這麼多模糊概念？可不可以、能不能夠不使用這麼多模糊概念？對這些問題，中國民法學似乎並沒有研究透徹。例如，有的研究認為，“公共利益包括國家利益和社會公共利益”，而“國家利益是指國家在整體上具有的政治、經濟和安全利益。在法治社會中，對國家利益進行最終具體的認定需要借助立法機關和司法機關，由它們遵循法律認可的表決程序和表決規則去作出決斷。”⁵⁶ 從法治的要求來看，不從法律上合乎法理地界定清楚這些基本概念，其本質是無關緊要的事搞法治，至關重要的事搞人治，實不可取。

從比較法的角度來看，台灣地區《民法典》總則152個條文，除了在第148條使用了“公共利益”⁵⁷，並在第2、17、36、72條使用“公共秩序”、“善良風俗”這兩個比較明確且可能涉及“公共利益”、“國家利益”或“社會公共利益”的概念外，並沒有另外專門使用“國家利益”、“社會公共利益”的概念。究其原因，公共秩序或公共利益已涵蓋國家利益，而“善良風俗”包含“社會公共利益”，自然沒有必要在法律條文中使用太多語義模糊的概念。《日本民法典》第1條第1款規定，“私權應遵依公共福祉。”其中“公共福祉”與“公共利益”幾乎同義。⁵⁸

從英國法角度來看，英國合同法和侵權法僅僅使用了“公共政策”（public policy）一詞⁵⁹來駕馭“公共秩序”、“善良風俗”、“公共利益”、“國家利益”這些模糊的概念，並由法官通過對具體案件的裁判以明確某些民事法律行為是否違背了公共利益、公共秩序和國家利益。例如，在契

⁵⁴ 另外，《民法典》總則編第三章法人第三節非營利法人多處使用“公益目的”（第87、90、92、95條），而何謂“公益目的”並無界定。

⁵⁵ 任印成：《民法方法論》，第8頁。

⁵⁶ 王軼、董文軍：《論國家利益——兼論我國民法典中民事權利的邊界》，《吉林大學社會科學學報》2008年第3期，第68-76頁。

⁵⁷ 該條第1款規定，“權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。”

⁵⁸ 參見鄭玉波：《民法總則》，第400頁。

⁵⁹ Pollock, F., *Principles of The Law of Contract (8th Edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 261.

約法上，其主要目的是為了討論契約的不法性（illegality），18世紀後半期，以公序良俗（或與之相當的概念）為理由而否定契約上的救濟的判例大量出現，其基本的表述是“不法的約定”、“對法的一般原則的違反”“對善良風俗的違反”（*contra bonos mores*）等，存在這些問題的契約不具有法律效力。⁶⁰ “這些判例表明，雖然契約自由原則應當維持，但當契約的內容有損於社會共同利益時，該種契約不能為社會所肯定。”⁶¹

從以上比較可知，台灣地區《民法典》《日本民法典》和英國合同法、侵權法均未使用“國家利益”、“社會公共利益”之用語。而台灣地區《民法典》總則第148條惟一一次使用的“公共利益”一詞，代以“公序良俗”亦成立。

台灣地區《民法典》總則第148條“權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。”本條之所以被表述為“不得違反公共利益”而非“不得違反公序良俗”，本文理解是因為本條是從民法所保護的“利益”，這一角度進行制度安排的，要求行使權利，既“不得違反公共利益”，也不得“以損害他人（利益）為主要目的。”就此而言，在台灣地區《民法典》總則，“公序良俗”與“公共利益”同義，只是在不同場合表述角度不同而已。

從方法論而言，若跳出《民法典》總則編的範圍，從整部《民法典》的角度觀察、分析“公共利益”，可知其在各編可有不同內涵：總則編是普適性的規定，是對民事活動與民事自由的一般限定，故“公共利益”指涉的範圍較廣。物權編涉及到的“公共利益”，主要與公權力聯繫在一起，故既可能涉及“國家利益”，也可能涉及社會公共利益。合同篇規定的“公共利益”，“主要是在雙方當事人進行民事活動時涉及到公共利益”，同樣可能涉及“國家利益”或“社會公共利益”。⁶² 在人格權編，“公共利益”主要涉及與人格利益相關的“社會公共利益”；而在侵權責任編，“公共利益”可能指向侵權責任法所保護的國家利益、集體利益或（和）社會公共利益。然而，在具體的法律關係中，為了避免有人以“國家利益”、“社會公共利益”之名行私利，《民法典》顯然應當清楚界定“國家利益”與“社會公共利益”。⁶³

由此可知，具體到物權法律關係、合同法律關係、婚姻家庭法律關係、繼承法律關係、人格法律關係或侵權法律關係時，所涉“公共利益”很可能是不同的。根據不同類型的法律關係，應當對公共利益進行具體的影響因素分析。⁶⁴ 因此，建議在《民法典》總則框架下，在各分編分別明確該編“公共利益”的含義。

（三）建立營利法人履行社會責任評估制度

《民法典》第86條規定，“營利法人從事經營活動，應當遵守商業道德，維護交易安全，接受政府和社會的監督，承擔社會責任。”本條的核心是企業社會責任入《民法典》，關鍵點是如何指

⁶⁰ Girard v Richardson (1793) 1 Esp13. Lowe v Peers (1768) 4 Burr 2225, at 2233.

⁶¹ 趙萬一、吳曉鋒：《契約自由與公序良俗》，《現代法學》2003年第3期，第56頁。

⁶² 宋妍如：《解析民法上的公共利益》，《法制與經濟》2011年第7期，第54-55頁。

⁶³ 參見江平、王軼、陳華彬等：《國家利益不能無限制使用》，《新京報》2005年6月26日，第2版。

⁶⁴ 例如，法官對於侵權法律關係所涉“公共利益”進行分析時，考慮的“公共”因素可能包括：管理因素、優位價值因素、環境因素、法典內在平衡的因素、保險因素等。見張民安：《公共政策在侵權法中的地位》，2017年3月28日，http://www.360doc.com/content/17/03/28/22/39194308_640953043.shtml。

引企業承擔社會責任。企業社會責任（corporate social responsibility, CSR），包括企業對社區的責任、對資源環境和可持續發展的責任、對消費者的責任、對員工的責任、對股東的責任、對政府的責任。作為企業的倫理義務，CSR指向⁶⁵：（1）辦好企業，把企業做強、做大、做長久；（2）企業一切經營管理行為應符合倫理規範；（3）必要的社區福利投資；（4）參與社會慈善事業；（5）自覺節約資源，保護自然環境。由此可知，督促營利法人踐行企業社會責任，合理可行的辦法是實行法治框架下的社會輿論監督。建議本條另設一款：社會組織依照本法和其他法律建立企業社會責任履行情況評價報告制度。

從方法論的角度來看，以上對本條另設一款的建議，是否屬於“超越制定法的民法發現”？⁶⁶這種民法方法，對於克服制定法本身的局限性、促進法律的發展更新、追求正義與靈活具有重要意義。超越制定法發現民法的界限及具體方法有：（1）“依事物本性發現民法的方法”；（2）“依正義理念發現民法的方法”；（3）“依比較法發現民法的方法”。⁶⁷對於本條的評論和完善意見，運用了依事物本性發現民法的方法，這是因為企業社會責任的“本性”是倫理義務而非法律義務，即本條所言“商業道德”，而社會組織依照本法和其他法律建立企業社會責任履行情況評價報告制度，是督促營利法人“承擔社會責任”踐行“商業道德”的最佳方法。

（四）《民法典》實施應少依賴司法解釋

中國《民法通則》《民法總則》《合同法》《物權法》和《侵權責任法》的實施，大量依賴司法解釋，其本質是立法權對司法權的部分渡讓，不僅易導致立法與司法不分，司法曲解立法，而且不利於民事主體和社群公眾對於法律的理解、適用與遵循。對此，王澤鑑教授在“我看大陸法學研究”訪談中指出：“大陸法律的實施，不得不用最高法院的（司法）解釋。因為法典不完備，問題沒有得到解決，就不能不靠法院造法，實際上是製造法律，最高法院的司法解釋也就成為了一個中國特色。”⁶⁸

這種狀況，如果說在中國民事法律體系建設早期，有其必然性和必要性，那麼《民法典》的立法和實施，應當也有條件考慮盡可能少地依賴司法解釋。然而，這個問題並沒有隨着《民法典》的頒佈得到解決，《民法典》的實施仍然離不開最高法院的大量司法解釋。

例如，《民法典》第147條規定，“基於重大誤解實施的民事法律行為，行為人有權請求人民法院或者仲裁機構予以撤銷。”本條中的“重大誤解”應另設一款定義清楚，而不應再交由最高法院作司法解釋。對於“重大誤解”，最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第71條解釋為：“行為人因為對行為的性質、對方當事人、標的物的品種、質量、規格和數量等的錯誤認識，使行為的後果與自己的意思相悖，並造成較大損失的，可以認定為重大誤解。”這一司法解釋在長期實踐中得到了廣泛認可，何不直接在《民法典》第147條另設一款，對“重大誤解”作出界定呢？

⁶⁵ 朱文忠：《商業銀行企業社會責任標準與機制研究》，北京：經濟管理出版社，2009年，第45頁。

⁶⁶ 任印成：《民法方法論》，第7頁。

⁶⁷ 任印成：《民法方法論》，第7頁。

⁶⁸ 王澤鑑：《我看大陸法學研究》，何勤華、黃源盛主編：《中華法學家訪談錄》，北京：法律出版社，2018年，第89頁。

又如，《民法典》第84條規定，“營利法人的控股出資人、實際控制人、董事、監事、高級管理人員不得利用其關聯關係損害法人的利益；利用關聯關係造成法人損失的，應當承擔賠償責任。”利用關聯關係進行關聯交易是常見的易於發生不公平結果的交易，不僅可能損害企業法人利益，也可能侵犯股東或部分股東權益，並易導致債權人利益受到損害。但從《民法典》立法體例來說，本條專門討論利用關聯關係對營利法人利益的損害問題，並無不妥。而理解本條的關鍵點，是清晰界定“關聯關係”。由於該術語非《民法典》基礎性通用術語，建議在本條另設一款：前款所稱關聯關係，是指營利法人控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員與其直接或者間接控制的企業之間的關係，以及可能導致法人利益轉移的其他關係。但是，國家控股的企業之間不應因為同受國家控股而具有關聯關係。

《民法典》如果沒有大量司法解釋的配套，基本上難以正確實施。反觀台灣地區《民法典》總則篇，可以明確確保該法典實施不依賴司法解釋的法律方法主要有：（1）民法典條文清晰、詳細、可操作性強；（2）立法機關制定法律施行法；（3）立法機關針對具體問題處理作立法解釋；（4）相關法規；（5）司法判例；（6）可供參考的裁判。⁶⁹

（五）其他問題

1. 第146條第2款是否存在漏洞？

第146條第2款規定，“以虛假的意思表示隱藏的民事法律行為的效力，依照有關法律規定處理。”該條款高度抽象，含義表述頗晦澀難懂。經查，該法條出自《民法總則》第146條第2款：“以虛假的意思表示隱藏的民事法律行為的效力，依照有關法律規定處理。”而在《民法總則》的立法背景和法律框架下，“行為人與相對人以虛假的意思表示隱藏的民事法律行為無效”，該條款中的“依照有關法律規定處理”（主要）是指依照《民法通則》和《合同法》的有關規定處理，如依照《合同法》第52、58條的規定處理⁷⁰，含義（基本上）是明確的。然而，《民法典》生效後，《民法總則》《民法通則》《合同法》《物權法》等都隨之廢止，該條款中的“依照有關法律規定處理”，究竟是依照哪些法律？如果是依《民法典》似乎不甚明瞭，形成完全不該有的法律漏洞。填補這個法律漏洞的最佳方法是，借鑑台灣地區《民法典》總則編第87條虛偽意思表示之規定。

2. 第112條令人費解

第112條規定，“自然人因婚姻家庭關係等產生的人身權利受法律保護。”該條意在宣示法律保護自然人因婚姻家庭關係產生的人身權利。費解之處，該條中的“等”所指為何，專業人士也難理解。從本條調整範圍和立法本意來看，應當是指非婚生父母子女，以及同性之間婚姻家庭關係之類產生的人身權利。建議將該條修改為兩款：第1款“自然人因婚姻家庭關係產生的人身權利受法律保護。”第2款“自然人因非婚生父母子女關係產生的人身權利受法律保護。”增加第2款，既可保護

⁶⁹ 台灣地區《民法典》（2012年修正）第一編：總則，<https://www.doc88.com/p-4015132504927.html>，2021年1月2日訪問。

⁷⁰ 《合同法》第52條：“有下列情形之一的，合同無效：（一）一方以欺詐、脅迫的手段訂立合同，損害國家利益；（二）惡意串通，損害國家、集體或者第三人利益；（三）以合法形式掩蓋非法目的；（四）損害社會公共利益；（五）違反法律、行政法規的強制性規定。”第58條：“合同無效或者被撤銷後，因該合同取得的財產，應當予以返還；不能返還或者沒有必要返還的，應當折價補償。有過錯的一方應當賠償對方因此所受到的損失，雙方都有過錯的，應當各自承擔相應的責任。”

非婚生子女的合法權利，又可適應中國非婚生子女日益增多而人口形勢日趨嚴峻的需要。

3. 個別條文在法典中的位置需調整

第117條規定，“為了公共利益的需要，依照法律規定的權限和程序徵收、徵用不動產或者動產的，應當給予公平、合理的補償。”而第119條規定，“依法成立的合同，對當事人具有法律約束力。”這兩條置於《民法典》第一編總則第五章民事權利之中，雖可體現法典起草者分別強調物權和合同債權之用心，但從整個法典的立法體例來看，根據民法的體系化方法與民法典編纂方法的要求，將這兩條分別置於第二編物權和第三編合同之中，邏輯上更連貫、更易理解。具體而言，將第117條置於第二編第三章物權的保護，並將第119條置於第三編第一分編第三章合同的效力，可能更有利於人們理解和遵循相關條文，進而實現《民法典》“管用”與“好看”的統一。

六、結語

《民法典》總則編立法上存在的主要問題，民法調整範圍、私法自治與政府干預的關係、承擔民事責任的方式，以及“小事法治大事人治”，凡此種種都與如何理解民法最本質的屬性有關。

民法最本質的屬性是民事自由保障法。對於《民法典》總則編的理解和立法檢討，對其實施情況的觀察和評價，應當有尊重和保障（民事）自由的高度。這是因為對民法或私法而言，“自由是一種教義，一種公理”（法諺），“自由不得拋棄”，是一項世界公認的民法基本原則，也是民法的靈魂。這一基本原則於民事主體而言，意味着“自主與自律”。而民法首先是人法。人，沒了靈魂，只能是行屍走肉。

從法學上看，自由可分為民事自由、社會（保障）自由和政治自由。其中，民事自由是個人自由的基礎、經濟自由的源泉、社會活力的動能。由於民事自由的基礎性，《民法典》的質量，取決於對民事自由的保障程度，故而取決於立法參與者對民事自由的理解深度。《民法典》總則篇應當把保障民事自由作為核心價值，並將其貫徹於總則篇各章節和《民法典》其他各篇章之中。為此，建議深入研究民事自由，補足中國（大陸）民法學對這一核心基礎理論研究不足的短板。對於本文討論的《民法典》總則編立法上存在的問題，如果能夠從尊重和保障（民事）自由的角度深化理解，疑慮可迎刃而解。正如喬治·華盛頓說：“自由一旦紮根，就會像植物一樣迅速生長。”⁷¹《民法典》實施需要深厚的自由文化基礎。因此，中國尤其需要自由文化。

參考文獻 References:

王軼、董文軍：《論國家利益——兼論我國民法典中民事權利的邊界》，《吉林大學社會科學學報》，2008年第3期，第68-76頁。Wang, Y., & Dong, W., “On National Interests - The Boundaries of Civil Rights in China’s Civil Code,” *Jilin University Journal (Social Sciences Edition)*, no. 3, 2008, pp. 68-76.

⁷¹ [美] 約瑟夫·J·艾理斯 (Joseph J. Ellis)：《華盛頓傳》，陳繼靜譯，西安：陝西師範大學出版社，2006年，第104頁。

- 王衛國主編：《民法》，北京：中國政法大學出版社，2007年。Wang, W. (ed.), *Civil Law*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2007.
- 史尚寬：《民法總論》，北京：中國政法大學出版社，2000年。Shi, S., *General Theory of Civil Law*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2000.
- 任印成：《民法方法論》，北京：中國檢察出版社，2005年。Ren, Y., *Methodology of Civil Law*, Beijing: China Procuratorial Press, 2005.
- 朱文忠：《商業銀行企業社會責任標準與機制研究》，北京：經濟管理出版社，2009年。Zhu, W., *Research on the Standard and Mechanism of Corporate Social Responsibility of Commercial Banks*, Beijing: Economy & Management Publishing House, 2009.
- 佟柔主編：《民法學》，北京：法律出版社，1984年。Tong, R. (ed.), *Civil Law*, Beijing: Law Press, 1984.
- 〔英〕哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等譯，北京：中國社會科學出版社，1997年。Hayek, F. A., *The Road to Serfdom*, Chicago: University of Chicago Press, 1944.
- 〔英〕約翰·斯圖亞特·穆勒：《論自由》，嚴復譯，北京：商務印書館，1959年。Mill, J. S., *On Liberty*, London: John W. Parker & Son, 1859.
- 〔德〕迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，北京：法律出版社，2000年。Medicus, D., *Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart*, translated by Shao, J., Beijing: Law Press, 2000.
- 〔法〕勒內·達維：《英國法與法國法：一種實質性比較》，高鴻鈞、賀衛方譯，北京：清華大學出版社，2002年。Davey, R., *British Law and French Law: A Comparison in Substance*, London: Stevens and Sons; Calcutta: Eastern Law House, 1980.
- 張知本編、林紀東續編：《最新六法全書》，台北：大中國圖書公司，2000年。Zhang, Z., & Lin, J., *The Latest Complete Book of Six Laws*, Taipei: Greater China Book Company, 2000.
- 梁慧星：《民法總論》，北京：法律出版社，2000年。Liang, H., *General Theory of Civil Law*, Beijing: Law Press, 2000.
- 楊良宜、楊大明：《禁令》，北京：中國政法大學出版社，2000年。Yang, L. & Yang, D., *Prohibition*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2000.
- 趙東：《停止侵害禁令及其請求權基礎》，《西南民族大學學報（人文社科版）》2010年第5期，第122-125頁。Zhao, D., "Stop Infringement Injunction and the Basis of Claim Right," *Journal of Southwest Minzu University (Humanities and Social Science)*, no. 5, 2010, pp. 122-125.
- 趙萬一、吳曉鋒：《契約自由與公序良俗》，《現代法學》2003年第3期，第53-59頁。Zhao, W. & Wu, X., "Freedom of Contract and Public Order and Kind Custom," *Modern Law Science*, no. 3, 2003, pp. 53-59.
- 鄭玉波：《民法物權》，台北：三民書局，1999年。Zheng, Y., *Property Rights in Civil Law*, Taipei: San

Min Book Co. Ltd, 1999.

鄭玉波：《民法總則》，台北：三民書局，1998年修訂11版。Zheng, Y., *General Principles of Civil Law (11th Edition)*, Taipei: San Min Book Co. Ltd, 1998.

〔德〕羅伯特·霍恩等：《德國民商法導論》，楚建譯，北京：中國大百科全書出版社，1996年。Horne, R. et al., *German Private and Commercial Law: An Introduction*, Oxford: Clarendon Press, 1982.

Dugdale, A. M., Bermingham, V. M. & Furmston, M. P. et. al., *'A' Level Law (4th Edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

Jones, M. A., *Textbook on Torts (8th edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class and Other Essays*, New York: Cambridge University Press, 1950.

Mille, A. R. & Davis, M. H., *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright (3rd Edition)*, West Nutshell Series, 2000, pp. 146-147.

Pollock, F., *Principles of The Law of Contract (8th Edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

Turner, C., *Contract Law (2nd Edition)*, London: Hodder Arnold, 2005.