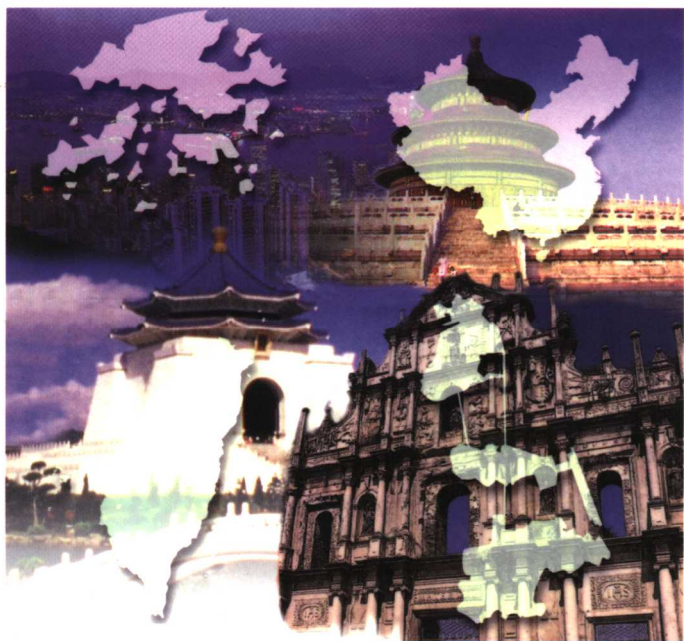


中國大陸與港、澳、台地區法律比較叢書

Estudos de Direito Comparado entre a RPC, Macau, Hong Kong e Taiwan



債法比較研究

Direito de Obrigações

趙炳霖 樂嘉慶 著



澳門基金會

顧肖榮 吳志良 費成康 主編

中國大陸與港、澳、台地區法律比較叢書

債法比較研究

趙炳霖 樂嘉慶 著

澳門基金會出版

顧肖榮、吳志良、費成康主編

中國大陸與港、澳、台地區法律比較叢書

債法比較研究

作 者：趙炳霖 樂嘉慶

封面設計：譚頌華

出 版：澳門基金會（澳門郵政信箱 3052 號）

E-mail: fmac@macau.ctm.net

版 次：1997 出 6 月第一版

印 數：1, 500 本

排 版：新藝電腦植字排版公司

印 刷：華輝印刷有限公司

發 行：澳門文化廣場有限公司

定 價：澳門幣 60 元

ISBN 972 - 658 - 018 - 8

© 版權所有，翻印必究

¥ 60 . 00

總 序

中國內地與香港、澳門、台灣地區都有各自的法律制度。即使在1997年、1999年香港、澳門分別回歸中國後,這兩個特區仍將保持各自特殊的法律制度。其中香港的法律屬英美法系、澳門的法律屬大陸法系。因此,中國一國之內將長期並存英美法系、大陸法系與社會主義法系三大法系和四種法律制度。

這些法律制度雖有很多共通之處,但彼此也有不少差異。近年來,隨著各種交往的日益發展,法律差異所導致的區際法律衝突逐漸增多。有些行為在內地是合法的,在香港卻是非法的;另一些行為在澳門是合法的,在台灣則是非法的。因此,甲處某個守法的居民會因不知乙處法律的特殊規定,而誤犯了乙處的法律;或者是因而未能有效地維護自己的合法權益,造成在財產、名譽或其他方面不應有的損失。

鑒於上述情況,開展對這四種法律制度的比較研究是意義深長的。這一研究將指明中國內地與港澳台常用法律的主要差異。這對普通公民和法律工作者有著十分積極的意義。同時,研究者也可利用這些研究成果,向有關的立法機構提出建議,以便這些機構在修訂舊法、訂立新法之際注意這些法律之間存在的差異,並探索解決這些法律衝突的有效途徑。

內地與台灣地區都用中文立法,香港地區則用眾多中國學者都能研讀的英文。同時,這些法律都已結集出版,

11-12-2014

研究者對它們都較為熟悉,並已作過相當的研究。澳門法律包括葡萄牙的法律與澳門本地的法律兩部分。它們數量眾多,系統整理以及法律本地化工作尚在進行中。特別是它們均用葡文書寫,有些尚無中文譯本,致使內地及台灣、香港地區都鮮有能夠全面原文研讀澳門法律的學者。因此,澳門法律與其他法律的比較,是本項目的難點,也是本項目的重點。

上海社會科學院法學研究所與澳門基金會在1994年開始醞釀有關合作,進行法律比較研究。1995年初,合作課題正式啓動。在開展此項研究的過程中,我們得到了國務院港澳事務辦公室、新華社澳門分社、澳門立法事務辦公室、澳門法律翻譯辦公室、澳門大學、香港大學、香港城市大學等機構和眾多法律界同行的大力支持,致使我們能克服各種困難,順利地推進這一研究。在這一研究的成果——“中國大陸與港、澳、台地區法律比較叢書”陸續出版之際,我們向所有支持、幫助過我們的人們表示由衷的感謝。

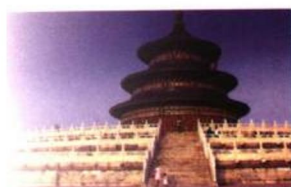
在確定這套叢書的選題時,我們優先選擇了貼近民眾日常生活、實用性較強的法律。日後我們還將逐步擴大選題的範圍。由於內地與香港、澳門、台灣地區的法律差異和衝突不會在短期內消失,本叢書的出版,只是有關研究的開端。我們希望這套叢書能起到拋磚引玉的作用,吸引更多的學者來研究這一時代賦予當代法律學工作者的重大課題。

顧肖榮 吳志良 費成康

1997年5月



顧肖榮
吳志良
費成康 主編



中國大陸與港、澳、台地區 法律比較叢書

刑法比較研究
金融法比較研究
家庭婚姻法比較研究
旅遊法比較研究
勞動法比較研究
稅法比較研究
債法比較研究
繼承法比較研究
刑事訴訟法比較研究



目 錄

第一章 中國大陸與澳門、香港、台灣債法體系	
原則及其歷史比較	1
1.1 債法法律體系與結構比較	1
1.2 債法基本理論原則比較.....	12
1.3 債法之歷史比較.....	15
1.4 中國大陸債法歷史沿革.....	18
1.5 澳門債法歷史及其變化發展.....	31
1.6 香港、台灣債法歷史概述	36
第二章 債之內容與種類比較	43
2.1 債之內容.....	43
2.2 自然債務.....	46
2.3 債的分類.....	50
2.4 按債的要素進行分類.....	58
第三章 債之變更與移轉比較	78
3.1 債權之讓與.....	78
3.2 債務之移轉.....	84
3.3 債之變更.....	86
第四章 債之擔保比較	92
4.1 債之擔保一般比較.....	92

4.2	保證	103
4.3	抵押	111
4.4	質權	120
4.5	留置權	126
4.6	中國大陸和澳門債法中各自特有的擔保方式	133
第五章	債之履行與不履行比較.....	148
5.1	債之履行與不履行一般理論比較	148
5.2	債之履行——給付義務	149
5.3	債之不履行	155
5.4	債之消滅	163
第六章	合同之債比較.....	172
6.1	合同之債的概念與種類	172
6.2	合同之債的發生	174
6.3	合同之債的責任	178
6.4	合同的解除和違約的免責條件	184
6.5	合同法制與合同法規比較	187
第七章	侵權行為之債比較.....	191
7.1	侵權行為是債的重要發生原因	191
7.2	一般侵權行為	193
7.3	特殊侵權行為	198
後記.....		212
本書主要參考文獻.....		213
中國大陸、香港、澳門、台灣債法部分主要法律條文摘錄		215

第一章 中國大陸與澳門、香港、台灣 債法體系原則及其歷史比較

債法為民法的一個重要組成部份，維護和促進財產之流轉，對社會之發展十分重要。在中國大陸與澳門、香港、台灣之間社會和經濟交流日趨發展之情況下，就中國大陸與澳門、香港、台灣債法進行比較研究，無論是在當前進行交流或在以後實施“一國兩制”都是十分重要之課題。

1.1 債法法律體系與結構比較

就中國大陸與澳門、香港、台灣之債法進行比較研究，首先遇到的一個問題，就是債法在立法編制體系、結構不同而產生立法體例上之差異。

債法體系—結構之差異：

在立法體例上，中國大陸與澳門、香港、台灣債法可歸納為三種不同情況：一是中國大陸債法立法體例，即在民事基本法律《中華人民共和國民法通則》之《民事權利》一章中專節規定債權之概念、種類、履行、擔保、轉讓以及不當得利、無因管理等；又在《民事責任》一章中規定了侵權的民事責任及責任之方式等，構成中國大陸債法之基本法律^①。二是澳門、台灣債法立法體例，即以債法作為民法典中之獨立一編，規範債權債務關係，構成澳門、台灣債法之基本法律^②。三是香港立法體例，在其法律體系和結構中，既沒有民法、商法、行政法等體系的分類，也沒有債法作為一個獨立的法律部門之分類，沒有債這一基本法律範疇之概括。在香港法律中，我們卻看到合同法、侵權行為法、財產法等法律分類。

上述中國大陸與香港、澳門、台灣債法體系之三種情形，實際上可概括分為兩大類，即中國大陸、澳門、台灣法律體系中，債法作為一個重要的法律部門，與物權法共同構成民法的主要內容，債是一個基本法律範疇，它調整人們動態之經濟關係（物權則調整靜態經濟關係），涉及到社會經濟關係諸多方面。香港法律體系則與此相反，不存在債法這一基本範疇，而祇存在具體的合同法，侵權行為法和財產法中的租賃、買賣、抵押等。因此，中國大陸與香港、澳門、台灣在債法體系上之差異，主要表現為是否將債法作為一個獨立的法律部門和基本範疇而有所不同。而這一債法體系上的主要差異，實際上是大陸法系（或稱羅馬日耳曼法系或民法法系）與普通法系（或稱英美法系）差異之反映。

當代著名的比較法學家、法國的勒內·達維德教授在闡述法律分類時尖銳地指出，大陸法系各國法的學說以羅馬法為基礎創立了債法，成為民法的中心部份，而民法則是法學研究的主要對象。但在普通法系的各國法中竟沒有債法這一範疇，債在大陸法系各國認為是起碼的概念，竟然在英國的法律語言中沒有一個與債相對應之詞，令人“驚得目瞪口呆”^③。

香港、澳門和台灣自古以來就是中國固有之領土，但近百多年以來由於歷史之原因，香港實施英國法律成為普通法系地區，而澳門是實施被延伸的葡萄牙法律，屬於大陸法系地區。台灣實施的則是以日本民法為藍本的民法，受大陸法系影響很深。中國大陸重視成文法之制訂，與大陸法系之體系十分接近。因此，中國大陸與香港、澳門、台灣債法體系和結構之不同，實際上即是大陸法系與普通法系在法律之分類、體系等法的結構和淵源之差異。

上述大陸法系與普通法系在債法體系和結構形成差異之原因，是研究比較法的一個重要課題。如果就世界兩大法系形成的過程來進行分析，我們可以發現，一個法系的形成，是某幾個國家或地區在法律特點和歷史傳統形成了共同性或同一性，因而構成

一個法系，而共同的法律特點和歷史傳統，是由這幾個國家或地區歷史發展所確定的。

大陸法系又稱民法法系，是歐洲大陸大部份國家從 19 世紀初以來所形成的共同法律特點和歷史傳統，以 1804 年的《法國民法典》和 1900 年的《德國民法典》為代表的法律制度。大陸法系的形成是以羅馬法為基礎而經歷了一個長期發展的歷史過程^④。歐洲的意大利、葡萄牙等國均屬大陸法系，葡萄牙 1867 年之民法典以《法國民法典》為藍本，而 1966 年《葡萄牙民法典》則受《意大利民法典》和《德國民法典》之影響很深，台灣之民法典則參照或仿效了《日本民法典》和《德國民法典》。大陸法系的基本特點是：以羅馬法為基礎，注重法典化，法律規範與制度的概括化。上述特點在債法方面的表現尤為突出。以下我們就這一問題作一概括性之分析和闡述。

大陸法系各國和地區的債法，均以羅馬法為基礎，吸收和發展了羅馬法的許多原則和制度。首先，從法律概念、術語直到體系，結構和規範分類等範疇，都沿用和接受了羅馬法之原則和制度，不僅接受了羅馬法對法律劃分為公法和私法，而且由《法學階梯》所建立的“人法、物法、債法”結構體系，均被歐洲大陸各國的民法典所採納並有所發展，1804 年的《法國民法典》即以《法學階梯》為藍本建立了人、財產和取得財產之方法的三編制民法典模式，而 1900 年的《德國民法典》則是仿效《查士丁尼學說匯纂》建立了總則、物法、債法、親屬法、繼承法五編制的民法典模式，其影響更大，現行澳門民法典及台灣民法典均採用了這一體系和結構。其次，物權、繼承和債是羅馬私法之主體和羅馬實體法之核心，特別是將財產權劃分為物權和債權以及對債所概括之概念，均為歐洲大陸各國債法之建立和發展提供了堅實基礎。羅馬法之《查士丁尼法典》對債所下之定義認為：“債是依國法得使他人為一定給付的法鎖”^⑤，此一羅馬法對債所概括之定義，對各國債法之影響十分深

遠，現行各國債法對債之表述雖各有側重，但均圍繞羅馬法債之定義提出的債是權利義務關係，債之標的為給付和債受法律保護之含義而進行規範化的。上述羅馬法對債之定義，其表述是揭示了債乃是作為有權請求他人為一定給付的債權人和有義務為一定給付的債務人之間的權利義務關係，而這種關係受到國家法律的保護，在法律上有拘束力。上述羅馬法對債之法律實質之論述，目前世界各國債法大體都遵循這一論斷。目前實施於澳門的《葡萄牙民法典》第二卷《債法》對債之概念即規定：“債為拘束一人據以實現對他人給付之法鎖”^⑥。澳門債法對債之定義其規範之內容是直接來源於羅馬法債之概念，而且在法律用語上也是沿用了羅馬法之“法鎖”這一說法。

羅馬法把債的法律實質和定義概括為“法鎖”是十分形象和科學的。法鎖在拉丁語 *iuris vinculum* 可直譯為法律上的鎖鏈、連接或繩索。羅馬法把債看成是依據法律在債權人和債務人之間應為一定給付的法鎖，就是說在債的關係成立之前，人們的行為是自由的，一旦債的關係成立之後，人們就像帶了鎖鏈一樣，其行為就受到限制而不是自由的，因為他受到了法律上的約束。羅馬法上的“法鎖”觀念，在早期的古羅馬社會的習慣和市民法中均有反映，債權人可以根據法鎖的效力對債務人的人身具有管束權，《十二表法》就明文規定無支付能力的債務人得被債權人實行人身拘束而實現其執行。以後隨着羅馬社會的發展，法鎖逐漸發展為一種法律上的抽象概念，由財產上的責任取代了人身上的管束，也就是說，這種鎖鏈關係僅及於財產上的關係，債務人僅負擔財產上之義務，當債務人不履行債務時，不得害及於債務人的人身自由而加以拘禁關押甚至殺害，這種廢止對人的強制執行而轉變為對物（財產）的強制執行制度，是羅馬法中關於債法的理論和規範的一大進步。因此，根據羅馬法理論，債作為法鎖的約束關係的基礎，是根據債權人和債務人雙方自願而不是強制的，是由於法律的規定而

受到約束，以保證約定的給付能夠實現。

不僅澳門債法對債之概念直接來源於羅馬法，在台灣債法中對債之定義概括雖有所不同，但仍以羅馬法之含義為中心。台灣債法認為，債是就債權債務綜合而言之法律關係，即債權人所得為請求及債務人所應實行之給付^⑦，其所表述的債乃是以債務人給付為內容之權利義務關係，仍然是以羅馬法之對債之法律實質之論述為依據。而在中國大陸債法中，法律規定：“債是按照合同的約定或者依照法律的規定，有當事人之間產生的特定的權利和義務關係”^⑧，中國大陸債法從債是特定人之間得請求為特定行為的法律關係，這一債之特定化特徵規範出發，其實質是強調了債這種法律關係是由當事人約定或法律規定而發生，其內容是特定的，這和羅馬法所揭示債是為一定給付即特定化是完全一致的。

大陸法系各國和地區債法不僅在債法的結構體系和債之概念方面接受了羅馬法，而且在債的許多原則和制度方面也都受羅馬法的影響很深，例如在羅馬法中所形成的侵權行為、不當得利等原則均為當今世界各國債法所採用；尤其是羅馬法中的契約制度，甚至被沒有債法體系的英美各國也不同程度地加以吸收。作為債法重要組成部份的契約制度在羅馬法中是逐發展起來的。羅馬法中的契約是由財產讓與（初期是金錢借貸）中逐步演變而來，大體經濟歷了口頭約定與口頭契約、文書契約、要物契約、諾成契約這幾個階段。經過上述幾個階段的發展，晚期的羅馬法把契約界定為兩個或兩個以上的人就契約規定的作為導致同一效果達成意思合致的協議。羅馬法中關於契約的制度和理論對當今世界各國的債法理論影響最深，這是由於羅馬法中關於債的理論十分成熟，債的法律制度頗為完備，完全反映和滿足了商品交換的種種需要。羅馬法中關於契約是當事人意思表示合致的協議，這一論斷，在中國大陸和港、澳、台債法中均加以採用。中國大陸債法規定，合同是“當事人之間設立、變更、終止民事關係的協議”^⑨；澳門債法規定，

合同是當事人之間爲了相互利益達成的約定^⑧；台灣債法規定，合同是“當事人互相表示意思一致”^⑨。而在英美法和香港法中，從根本看，合同就是協議，即兩個或兩個以上的人達成某項安排，一方爲了對方利益而願承擔某項義務，法律承認這種協議，也就是該項承諾具有法律上之拘束力^⑩。因此，中國大陸與港、澳、台債法對契約之界定均淵源於羅馬關於債是當事人之間的協議（即意思表示一致）這個論斷，不過在英美法和香港法中，則將契約與合意加以區別，以發生債之關係的合意爲契約，而其他之合意或協議則祇產生道義上而不是法律上的責任。香港 1919 年一個家庭內部安排的判例即說明這種合意並不是債法上之協議：在 1919 年的巴爾弗太太訴她丈夫巴爾弗一案中，丈夫和妻子之間有下述協議，即當丈夫在錫蘭工作期間，丈夫每月要付給妻子 30 英鎊生活費，因她健康狀況不好而不能隨她丈夫去錫蘭。後來丈夫並未照協議付給生活費，妻子遂以其丈夫違背協議爲由控告至法庭。法庭審理後認爲，妻子的訴求不能成立，因爲沒有證據說明他們之間曾有要產生某種法律關係的意願^⑪。因此，在香港法律中，應根據人們每項行動來判斷合意各方之真實意願是否產生法律上的責任，香港法中的契約是一方對另一方的承諾，是具有法律約束力的協議，即是以發生債的關係爲目的之合意，法律通常承認這種協議，一方不履行時另一方可請求法院強制執行。故而協議之所以成爲契約，就必須使協議具有法律約束力，也就是協議有明顯的建立權利義務之法律關係的意願^⑫。

大陸法系各國和地區包括澳門、台灣在上述債法體系結構和原則制度所呈顯出的特點，一般不承認判例法而注重法典化，以成文法爲主要法律淵源，形成這些特點之原因，除了社會政治、經濟等條件外，這是和大陸法系各國和地區所形成的歷史法律傳統分不開的。

羅馬法經過長期的發展，形成了相當的歷史法律傳統，在法律

制度、立法技術和法律術語等方面，成為世界重要的文化遺產。法律規範高度概括性和抽象化，是羅馬法的法律傳統的主要表現。在羅馬法時崇尚成文法典化，要求法律應具有完整系統，邏輯嚴謹，確切明瞭。因此，在編纂法典時，對法律之體系、原則、制度、概念等都嚴謹斟酌，特別注重法律規範的概括性和抽象化。在債法方面，自羅馬法以來的大陸法系各國和地區，在立法體系上不僅債法單獨成編，而且債法又分為債法總則和債法分則，債法總則是適用於各種之債的共同原則，而分則則在各種不同之債中之每一種債之共同規範。法律規範高度概括性和抽象化，使法律規範能適用於某一類情況。法國的比較法學家勒內·達維德在分析大陸法系各國的法律規範特點時認為，大陸法系各國之法律規範，一方面是對爭議的解決成為規範的具體運用，另一方面是具有更大的概括性原則，即“需有足夠的概括性，以針對一定類型的情況，而不是如同法官的判決那樣，僅僅適用於特殊情況……較大程度的概括化也可能顯得適當”^⑨。勒內·達維德教授所指出的大陸法系各國“規範的最佳概括性”即是羅馬法律的歷史傳統。在古羅馬，法學家均係僧侶貴族，負擔着法律編纂和法學研究教學之雙重任務，他們在法典編纂中注意法律規範的系統化，在同一類事例中抽象出概括性之原則而形成一種法律制度，例如債的制度之形成；而且法典編纂與法律教育結合，法學家的法學解答與法學著作，也與法律構成一個整體，作為羅馬法大全的《國法大全》就是由羅馬皇帝敕令、法學家著作和法律等部份組成的，流傳至今的這部羅馬法律大典，對各國立法影響很深。

債法體系、結構差異形成之原因：

當我們概括分析了大陸法系各國和地區的法律和債法的特點後，我們再來分析普通法系國家和地區法律形成之特點，就不難看到中國大陸、澳門、台灣與香港在債法體系、結構差異之由來。

普通法系又稱英美法系，它由英國從十一世紀以來的普通法

逐步發展而形成的。公元前五世紀不列顛曾受制於羅馬帝國，隨着羅馬帝國衰敗，羅馬法在不列顛的影響也逐步消失殆盡。隨着十一世紀諾曼人征服英國，建立了封建土地分封制和中央集權制，促進司法統一，建立王室法院，實行巡回審判和陪審制度。普通法就是十一世紀以後的英格蘭皇家法院所創立並逐步發展的判例，爲了與立法機關之制定法相區別而稱之爲判例法。在王室法院巡回審判中，主要依據當地的一些習慣加以裁決，並逐步將這些習慣統一規定施行於全國，故普通法又稱習慣法。英國從十一世紀以來所形成的普通法是按刻板的訴訟程序處理案件，無起訴令就無從起訴，在債事糾紛中，普通法祇能解決損害賠償而不能作按約履行的判決，利益得不到保護，在此情況下，當事人祇好向國王申訴請求救濟，國王委託大法官處理，不受普通法訴訟程序限制，不要令狀，不設陪審，大法官往往根據羅馬法和教會法之原則作出判斷，以體現“公平正義”，這種根據大法官司法實踐活動形成的法律成爲與普通法並存的衡平法。在英國法的歷史發展進程中，衡平法是爲了克服法律正義與自然正義之矛盾而產生的，受到羅馬法之影響，諸如財產中的信託制，契約法中的特定履行，尊重當事人意志，以及抵押、侵權行爲法中的欺詐等等債法中之原則和制度，都是英國法受羅馬法影響的反映。但是，由於普通法院和議會聯合起來反對衡平法院大法官的一場衝突，最終達成妥協，使英國法保留普通法、衡平法並存的法律雙重結構更今，以致英國法不致納入羅馬法體系^⑧。

在英國法中，無論是普通法或衡平法，均是以處理某個具體案件之實踐作爲基礎，遵循先例原則，都是判例法體系。但是，英國法中仍然有制定法，初期的王室立法包括憲章、規則和條例數量不多，祇是當十七世紀英國資產階級革命後確立君主立憲、分權原則和國會是唯一立法機關後，制定法始逐步發展起來，特別是進入二十世紀後，英國制定法得到更大發展。