

論保持多樣性的私法統一

——基於《澳門民法典》兩個特殊制度對兩岸四地私法統一的思考

婁愛華*

國內學界對《澳門民法典》的關注，多集中於澳門法整體的評價與考察，對具體制度較少涉獵。這可以歸因於問題的緊迫性，澳門法制至今最為迫切的問題仍然是：作為被強制移植的澳門法，其本土化工作至今仍未完成，中文及以中文作為載體的本土法律文化至今尚未形成。¹ 但從比較法的角度看，《澳門民法典》是通往學界不那麼熟悉的拉丁法族的一扇大門，對於豐富比較法的認識頗多助益。此外，在可以預見的未來，兩岸四地私法的統一乃是大勢所趨，採取何種統一的方法也是理論界需要前瞻考慮的。本文旨在從具體制度入手，集中考察《澳門民法典》中的兩個極其特殊的制度，論證這兩個制度與台灣及大陸地區的制度並無本質上的差別，進而主張一種有別於制定法單一化的統一私法觀。

一、統一不等於單一

澳門於 1999 年 12 月基於鄧小平“一國兩制”方針回歸祖國，其法律制度，尤其是私法制度仍承襲舊制。由於澳門的特殊歷史，其私法制度與葡萄牙有着緊密的聯繫，無論從體系上還是內容上，作為私法之龍頭的《澳門民法典》與《葡萄牙民法典》都有着千絲萬縷的聯繫，二者不僅體系編制相同，《澳門民法典》中的很多條文甚至是照搬《葡萄牙民法典》的規定。《葡萄牙民法典》雖採《德國民法典》的五編制體例，即將民法典分為總則、債法、物權法、親屬法、繼承法五個部分，但在內容上，仍對以《法國民法典》與《意大利民法典》為代表的拉丁法族多有繼承。²

因與拉丁法族的特殊聯繫，《澳門民法典》在中國兩岸四地的私法中，具有非常特殊的地位。眾所周知，中國台灣地區民法典以德國為師，是一部典型的德國

法系的民法典，對於被認為屬於德意志法系之典型特徵的物權行為理論，也照單全收。中國大陸地區的私法，亦受德國法的影響最深，這也是學界的共識³，在《物權法》頒佈前後，對物權行為理論的迷戀與執着⁴，即可見德國法對大陸地區私法影響之深遠。物以稀為貴，《澳門民法典》具有的拉丁法族因素，對於豐富學界對於私法的認識，對於比較法學的發展，都有着極為重要的作用。若干年前，葡萄牙學者平托教授的《民法總論》⁵在大陸出版後，好評如潮、洛陽紙貴，即是其價值的體現之一。在德國法族在中國學界佔有統治地位的今天，尤有必要通過對《澳門民法典》的研究開闊我們的視野。

在歐盟着手統一其私法之時，中國也須面對兩岸四地的私法統一問題。⁶ 中國香港地區由於歷史原因，在私法領域一直承襲英美法，與中國其他地域皆有不同。從法域(jurisdiction)的角度看，中國私法統一的對象，與歐盟的私法統一具有某種同一性。歐盟所要統一的，大的區分是英美法與大陸法，繼續細化則可將大陸法化為以德國為代表的德國法族，及以法國為代表的拉丁法族。中國兩岸四地的私法統一對象，也包括了英美法、德國法族和拉丁法族的因子。眾所周知，歐盟範圍內已經出現了若干制定法的草案，統一制定法儼然已成為私法統一的主流。但主流之外並非不存在不同的主張，已故羅馬法大師塔拉曼卡教授即主張，在歐洲私法的統一過程中，應當鄙棄法律形式主義以及法律(law)的單一性(uniformity)，追求法學(jurisprudence)作為法統一(unification)的基本要素。⁷

塔拉曼卡之主張與其羅馬法的深厚學養分不開，甚至可以說他的主張就是某種程度上的回到羅馬法。羅馬法中有着法律(Lex)與法(iura)的區分，法律源自公權，法可以是法學家的意見⁸，也因此必然呈現出多樣多的特點。法律與法的區分，在民族國家興起及實證

* 廈門大學法學院博士研究生

主義法學興起後，尤其勢弱，自然法學派由於受到近代理性主義的影響，即使反實證主義，也不再追求法的多樣性，反而往往追求終極性的惟一規則。塔拉曼卡的主張，可以說是法學界又一次文藝復興式的呼喚，他通過強調法的多樣性，強調了通往正義的大道可以有多條。⁹

塔拉曼卡的主張在歐洲並非主流意見，只要看看如火如荼的歐洲統一私法的各項活動便可想見。但少數派的見解不見得錯誤，更非沒有價值。在我看來，由於塔拉曼卡的主張觸及了甚麼是法這一根本命題，不僅對於歐盟主導下的歐洲統一私法運動有意義，對於中國兩岸四地私法統一也深具啟發意義。中國歷史即是數千年的大一統歷史，追求多樣性，正是中國文化所缺的。且中國近代重開國門學習西方之時，適逢法律實證主義及理性主義自然法勃興之時，對法的多樣性缺乏瞭解，也缺乏“法可多樣”的觀念，重溫法的多樣性的觀念，同時也是對西方文明深處的一次探索之旅。兩岸四地私法不統一的現實，是一段並不愉快的歷史的結果，但未必不是一個契機，一個重新審視自我和作出選擇的契機。

塔拉曼卡強調法的多樣性，進而主張以法學的統一代替制定法的單一化。在我看來，這一主張的實質，即是以對正義之結果的追求，代替對正義實現模式的糾結。法學是正義之學，但達致正義的路徑並非惟一。上個世紀 80 年代，蜚聲國際的比較法大師薩科在其名文中即已證明，包括英美法在內的諸多不同立法模式，均可達成相似的利益分配之結果。¹⁰ 法學的任務，與其說是找到惟一的解決模式，毋寧說是認清各個模式的機理，得以融匯貫通，最終實現正義的結果。強求對某一模式的遵循，但未能理解其根本的機理，反而會捨本逐末，忘記了模式相對於正義之目的，僅僅是手段而已。塔拉曼卡所說法學的統一，即是對不同模式的認知具有共同的話語體系及共識性認知，基於對其機理的準確把握，得以順利實現正義之目的。

具體到兩岸四地的比較法現實，保持多樣性的法統一即是在尊重多樣性的前提下，維持兩岸四地的歷史現狀，基於法學的共識，鄙棄制定單一法的企圖，保留法的多樣性，以加強法學交流與研討替代制定惟一法制的企圖。這種意義上的法統一，也就是塔拉曼卡所說法學的統一。法的多樣性，是實現正義之手段的多元化，法的統一，是對最終正義之結果的共識。

《澳門民法典》中有兩處規定具有特別的價值，一處是其第 869 條規定的意思主義的所有權變動模式，一處是圍繞其第 882 條展開的對善意取得制度的

不予承認。在中國兩岸四地的私法制度中，撇開香港施行的英美法制度不談，台灣地區民法典並不承認意思主義的變動模式，大陸地區在制定《物權法》前後，也鮮見學者主張意思主義的所有權變動模式，爭議主要集中在選“債權形式主義”的物權變動模式，還是選“物權行為理論”的物權變動模式上。因此，《澳門民法典》第 869 條規定的意思主義的變動模式，可以說在大中華範圍內煢煢孑立。此外，不論台灣地區還是大陸地區，對善意取得制度皆有明文規定，且學界呈眾口一詞地贊許狀態，但《澳門民法典》沿襲《葡萄牙民法典》的做法，對這一制度偏偏不予認可，也是一個很不合群的態度。

本文擬以《澳門民法典》這兩個特立獨行的制度為例，證明即使對於這樣特殊的制度，也全無廢除並以單一規則取代之的必要。物權變動模式雖然不同，但最終的利益分配是類似的；即使不承認善意取得制度，《澳門民法典》對善意受讓人的保護也並不遜於承認了善意取得的法典。

要之，即使《澳門民法典》中最為特別的制度，最終也可達成正義之結果。既然法的多樣性並不妨礙最終正義的達致，我們何不追求一種保有多樣性的法的統一呢？

二、以《澳門民法典》中的意思主義變動模式為例的說明

《澳門民法典》第 869 條規定：“買賣之基本效力如下：a)將物之所有權或權利之擁有權轉移；b)物之交付義務；c)價金之支付義務。”¹¹

這一條文明顯來自於《法國民法典》的相關規定：“稱買賣者，謂當事人約定一方將物交付於他方、他方支付價金的契約”（《法國民法典》第 1582 條）；“當事人就標的物及其價金相互同意時，即使標的物尚未交付、價金尚未支付，買賣即告成立，而標的物的所有權亦於此時在法律上由出賣人移轉於買受人”（《法國民法典》第 1583 條）。¹²

《澳門民法典》與《法國民法典》對於所有權變動模式的規定，在學說上被稱為“意思主義”，係《法國民法典》的創造。意思主義下所有權的變動，僅僅因當事人間達成的買賣合同即告完成。基於買賣合同，產生出賣人的轉移標的物的義務及買受人的付款義務，以及所有權的即時變動。

在學說史上，以《法國民法典》為代表的意思主

義，與德國法上的物權行為理論，《奧地利民法典》中的“名義(titulus)”加“模式(modus)”的二分模式，共同構成歐洲私法中的三大物權變動模式。其中，《奧地利民法典》的模式被認為承襲自中世紀法¹³，《德國民法典》的模式被認為是胡果及薩維尼學說的產物¹⁴，《法國民法典》的模式在結果上可被認為是自然法學派的產物。¹⁵

對於上述三種模式的比較研究，一向是比較法學中的重頭戲。作為法律植入國家，中國究竟採用何種物權變動模式的爭論，算得上是法學界最為激烈的爭論之一了。站在最終的利益分配的視角來看，三種模式的差別在爭論中被過分誇大了。不論意思主義、債權形式主義(名義加方式的二分法)，還是物權行為理論，其最終的利益分配都是近似的。中國大陸地區學說一度曾主張債權形式主義、台灣地區則奉行物權行為理論久矣，《澳門民法典》規定的合意主義，與這兩種模式在最終利益分配上並沒有大的區別。

依學界慣常所說的債權形式主義，所有權的變動須有效的合同，再加上交付或登記的事實行為。合同無效或未完成交付，所有權均不發生變動。依物權行為理論，所有權的轉讓僅需物權合意即可，債權合同的無效不影響所有權的變動，僅僅發生不當得利返還請求權。依意思主義理論，合同有效則所有權變動，合同無效則所有權不變動，同債權形式主義一樣，並不區分債權合同或物權合同。

考察《澳門民法典》第 869 條的規定，實際上就是考察拉丁法族意思主義的所有權變動模式。其基本原理為，所有權的變動與利益的變動合一¹⁶，均因當事人的意思表示發生變動，當事人意思表示有瑕疵導致合同無效時，所有權即不發生變動，可以基於合同的無效主張物權性的請求權。其體系上的結果為給付型不當得利變得不必要，成為虛設，因為非債清償時合同無效，因而可依物權性的請求權直接主張返還原物，無需債權性的不當得利請求權多此一舉。這與債權形式主義下沒必要規定給付型不當得利的原理是一樣的。

按照債權形式主義，所有權的變動需有效合同和有效公示方式，合同無效則所有權不發生變動，其基本原理也是所有權的變動與利益的變動合一，意思表示有瑕疵而無效時，所有權不發生變動，也可以基於合同無效主張物權性的請求權，給付型的不當得利也就沒有必要。

物權行為理論由於在制度上整體繼承了羅馬法上的返還訴(condictio)制度¹⁷，當事人的意思表示因物權

行為理論的建構得以獨立於債權性的意思表示，並可以移轉所有權，但如果缺乏正當的原因(如債權合同無效)，則會導致不當得利的債法上的後果，以返還相應的利益。物權行為的適用後果，導致所有權移轉並不等於利益的轉移，這在根本上區別於債權形式主義與意思主義，法律雖然承認物權合意就可以轉讓所有權，但並不認為物權合意就可以導致利益的正當變動，利益的正當變動還是需要債權性的合意予以證成。正因所有權變動與利益分配的不一致，德國法中的不當得利制度才異常發達。

從制度適用及權利變動的角度看，三種物權變動模式間的確有很大的差別。物權行為理論下，所有權的轉移由物權行為理論調整，而利益最終分配是否得當則由不當得利制度調整，而債權形式主義及意思主義下，所有權的變動與利益變動同一，二者均無涉及不當得利制度的必要。但我們如果採取一種結果論的觀察視角，並同意所有權的變動只是利益變動的一種形式，那麼就必須承認，三種物權變動模式間並沒有那麼大的差異。從最終的利益分配角度看，三者是一致的，即只有基於有效合同(採物權行為理論時的債權合同)的利益變動，才為法律所認可。

《澳門民法典》採意思主義的物權變動模式，原則上並不需要給付型不當得利制度的補充。¹⁸ 但《澳門民法典》恰恰規定了這一問題，且以區別於《德國民法典》的模式，將不當得利制度變為物權性的返還請求權的補充制度，這也可以說是《澳門民法典》的一個創新。在《澳門民法典》第 467 條規定了對應於《德國民法典》第 812 條的不當得利之一般原則後，《澳門民法典》第 468 條馬上規定了不當得利制度最為最後一道防線的性質：“如法律給予受損人其他獲得損害賠償或返還之途徑、法律否定返還請求權，又或法律對得利定出其他效果者，不得已不當得利要求返還。”¹⁹

這一規定在《德國民法典》中是沒有的，因為《德國民法典》中對給付不當得利的救濟具有惟一性。《德國民法典》則區別處分行為與負擔行為，即使作為負擔行為的買賣無效，因抽象原則，處分行為已經導致了物權的變動，不能基於買賣的無效主張原物返還，只能依不當得利主張債權性的返還。不存在債權形式主義或合意主義時的物權性的返還請求權，債權當事人並無別的救濟手段，也就沒有必要規定哪一個救濟措施為主哪一個為輔的問題。《澳門民法典》由於其意思主義的物權變動模式，買賣無效時可以主張物權性的原物返還。《澳門民法典》同時對不當得利制度做了

一般規定，如《澳門民法典》第 470 條規定的非債清償情形的不當得利返還請求權，因此還可以主張不當得利的債權性的返還請求權。正因為兼有了物權性的返還請求權和債權性的返還請求權，才有辯明使用之前後序列的問題，也就有了上述《澳門民法典》第 468 條的規定。

總之，三種物權變動模式下的利益變動規則是一致的，法律均只認可基於有效合同的利益變動，儘管物權行為理論下的所有權變動與利益變動存在區分，但並不影響以不當得利制度作為補充的最終的利益分配。包括澳門和台灣在內的兩岸四地，可以基於利益分配一致性保留各自的物權變動模式。

三、以《澳門民法典》對善意受讓人的保護為例的說明

《澳門民法典》第 882 條規定：“如出賣人不具出賣他人財產之正當性，則買賣無效；但出賣人不得以無效對抗善意買受人，而存有欺詐之買受人亦不得以無效對抗善意買受人。”²⁰

這一條文同樣以《法國民法典》為最終淵源：“就他人之物所成立的買賣，無效；在買受人不知標的物屬於他人的情形，出賣人負損害賠償之責”（《法國民法典》第 1599 條）。²¹

這一條文是意思主義所有權變動模式的當然延伸，既然買賣得以移轉所有權，那麼就必須存在可以被轉讓的所有權，因而買賣他人之物的合同當然無效，這也是羅馬法上的一貫原則。但與《法國民法典》不同的是，《澳門民法典》與《葡萄牙民法典》一樣，並不承認善意取得制度，也就是沒有像法國法那樣突破羅馬法的原則，承認買賣他人之物時的善意受讓人可以獲得物的所有權。《法國民法典》在其第 2279 條中，借助取得時效的基本原理，確立了善意取得制度，承認在買賣他人之物時，取得佔有的善意買受人得以獲得物的所有權。《澳門民法典》並無相似的規定，只是在第 888 條規定了出賣人有取得物之所有權的義務，第 889 條、第 890 條及第 891 條規定了損害賠償的問題，即圍繞着買賣無效及善意買受人不能獲得物的所有權構建了一系列的補救措施。

《澳門民法典》的規定來自《葡萄牙民法典》的相關規定，而《葡萄牙民法典》不承認善意取得制度的態度，被認為是歐陸民法典中最側重保護原所有權人的制度，也就是最接近羅馬法的制度。²² 不論大陸

學界還是台灣學界，對善意取得制度儘管多有爭論，但基本認可善意佔有人可以取得所有權，《澳門民法典》不承認善意取得的態度，使其顯得與眾不同。但考察《澳門民法典》對善意買受人的保護，即第 889 條及第 890 條及第 891 條的規定，可以看到，即使不承認買受人善意取得物的所有權，《澳門民法典》對善意買受人的保護也已非常詳盡：“一方立約人所為屬善意，而他方存有欺詐時，善意之一方有權按一般規定獲得損害賠償；在合同之無效獲得補正之情況下，賠償範圍包括如自始有效即不遭受之全部損失，而在無效不獲得補正之情況下，則包括如合同未經訂立即不遭受之全部損失”（《澳門民法典》第 889 條）；“出賣人之行為即使無欺詐、或甚至無過錯，仍有義務向善意買受人作損害賠償；然而，在上述任一情況下，賠償之範圍只包括非因奢侈開支而生之損害”（《澳門民法典》第 890 條）；“一、如出賣人須就不履行因買賣無效而生之補正義務或遲延履行該義務承擔責任，則應在有關損害賠償上附加以上各條規定之損害賠償中非涉及同一損失之部分。二、然而，如屬第 889 條所指之情況，則買受人為收取所失利益之損害賠償，應在因訂立無效合同而所失之利益與因未使合同有效或遲延履行此義務而所失之利益中做出選擇”（《澳門民法典》第 891 條）。²³

《澳門民法典》上述有關買賣他人之物的損害賠償之規定比較複雜。第 889 條規定了一方欺詐時，另一方有權獲得損害賠償，損害賠償之判斷標準因買賣合同效力是否得到補正而有區別。第 890 條規定了在無欺詐的情形，第 889 條規定的各項損害賠償依然存在，但以非奢侈開支為限。第 891 條的兩款規定之根本目的在於限制出賣人之責任數額，第 1 款規定了作為損害賠償之基礎的損失不得重複計算，第 2 款規定了善意買受人應在實際利益之損失與預期利益之損失間作出選擇，由惡意出賣人予以賠償。

按照善意取得制度的一般原理，在構成善意取得後，善意受讓人得以取得物的所有權，買賣他人之物的“合同”也應公示公信原則變為有權處分，因而產生拘束力。此時所依據的合同，因採債權形式主義或物權行為理論而有所不同。按照大陸地區的債權形式主義，“合同”應為債權合同，按照台灣地區的物權行為理論，“合同”應為物權合同。善意取得制度，就是讓善意買受人如出讓人有所有權那樣獲得預期的所有權，並產生基於無權買賣合同的各項權利義務關係。按照合同法中對實際利益、預期利益及信賴利益的劃分。²⁴ 善意取得制度所要保護的是善意受讓人的

預期利益。

不承認善意取得制度的《澳門民法典》則區分了各種情況，選擇性地保護善意買受人的實際利益和預

期利益。由於《澳門民法典》的逐項規定過分繁複，特以下表說明其規定的具體應用：

表1 對善意受讓人保護示意

出賣他人之物		《澳門民法典》(不承認善意取得)		善意取得
出賣人 惡意,受 讓人善 意	出賣人補 正買賣之 效力	買受人自己處 分買受物	買賣有效, 善意買受人 可以就締結 無效合同的 實際利益損 失與合同若 有效之預期 利益損失之 一主張損害 賠償	善意受讓人取得物的所有權,基於有效合同 提出包括因遲延履行在內的其他主張 善意受讓人先取得物的所有權,善意第三人 後取得物的所有權,買受人承擔善意第三人 因遲延履行遭受的損失(基於有效合同),買 受人承擔的此等損失由出賣人補償
		買受人與善意 第三人簽訂買 賣合同		
		買受人與惡意 第三人簽訂買 賣合同		善意受讓人取得物的所有權,善意受讓人對 惡意第三人有主張損害賠償之權利
	出賣人未 補正買賣 之效力	買受人自己處 分買受物	買賣無效, 善意買受人 可以就締結 無效合同的 實際利益損 失與合同若 有效之預期 利益損失之 一主張損害 賠償	善意受讓人不能取得物的所有權,善意買受 人的實際利益損失由出賣人承擔
		買受人與善意 第三人簽訂買 賣合同		善意買受人與善意第三人均不能取得物的 所有權,善意第三人僅可向善意買受人主張 實際利益損失的補償,善意買受人補償第三 人後向出賣人追償,善意買受人本人的實際 利益損失也由出賣人承擔
		買受人與惡意 第三人簽訂買 賣合同		善意買受人與善意第三人均不能取得物的 所有權,惡意第三人無任何請求權,善意買 受人承擔的實際利益損失由出賣人承擔
出賣人 善意,受 讓人善 意	出賣人補 正買賣之 效力	買受人自己處 分買受物	買賣有效, 善意買受人 僅可主張實 際利益損失 之損害賠償 (僅限於合理 損失)	善意受讓人取得物的所有權,基於有效合同 提出包括遲延履行在內的其他主張 善意受讓人先取得物的所有權,善意第三人 之後取得物的所有權,買受人承擔善意第三 人因遲延履行遭受的損失(基於有效合同), 買受人承擔的損失由出賣人補償
		買受人與善意 第三人簽訂買 賣合同		善意受讓人取得物的所有權,惡意第三人無 法定請求權,二者間的買賣合同效力由合同 法一般規定調整
		買受人與惡意 第三人簽訂買 賣合同		
	出賣人未 補正買賣 之效力	買受人自己處 分買受物	買賣無效, 善意買受人 僅可主張實 際利益損失 之損害賠償 (僅限於合理 損失)	善意受讓人不能取得物的所有權
		買受人與善意 第三人簽訂買 賣合同		善意買受人與善意第三人均不能取得物的 所有權,善意第三人僅可向善意買受人主張 實際利益損失的補償,善意買受人補償第三 人後向出賣人追償,善意買受人本人的實際 利益損失也由出賣人承擔
		買受人與惡意 第三人簽訂買 賣合同		善意買受人與善意第三人均不能取得物的 所有權,善意受讓人對惡意第三人有主張損 害賠償之權利

善意受讓人取得物的所有權,並可依善意取得合同主張各合同權利,善意受讓人與第三人之關係受合同法一般規則調整

上表的內容來自對《澳門民法典》相關條文應用於不同情境的解讀。其基本宗旨可以概括為：出賣人與受讓人皆為善意時，保證善意受讓人的實際利益不受損失，同時出賣人的損害賠償以受讓人的實際利益損失為限；出賣人為惡意時，善意受讓人可以選擇主張其實際利益損失，也可以主張其預期利益的損失。因為善意受讓人的實際利益損失未必少於其預期利益

的損失，《澳門民法典》的相關規定對善意受讓人的保護可以說比善意取得制度更為全面，後者僅保障了以所有權為表現形式的預期利益。

與善意取得制度相比，《澳門民法典》的相關措施可謂過分複雜，遠不如善意取得制度那樣簡單明瞭，但二者對善意受讓人的保護的立場是根本一致的，只是方法不同。善意取得制度通過物權性的所有權變

動，保障了善意受讓人預期利益的實現，《澳門民法典》的相關措施，則主要以各中債權請求權對善意受讓人的利益予以了保護，且提供了較善意取得制度而言更多的保護措施。

四、結語

《澳門民法典》有關物權變動模式及善意取得的規定，與大陸地區及台灣地區的相關規定確實有着天壤之別。但基本的價值取向是一致的，即在物權變動中保證利益變動的正当性，在買賣他人之物的合同中保證對善意受讓人的周延保護。這種根本性的一致，保證了正義在不同法制度下的貫徹。

儘管對於各種制度的優劣，學者有着自己的判斷，但法律制度不僅僅是學者研究甄別的對象，也是各個地域文化之一部分，甚至是傳統的一部分。不能僅僅出於學者的偏好就將之改變，更不能採納強取一種模式的統一方法。私法的統一往往也被認為是“統一市場”的需要，但這種需要完全可以通過律師的介入及對選擇所使用的法而完成，更何況中國的情況與歐洲相較要簡單許多，不過兩岸四地而已。

保留四地各自的私法制度，讓相關的人得以選擇究竟適用那種模式進行民事商事活動，讓被選擇的各項制度處在一種平等競爭的環境中，讓人民認可之法成為通行的法例，無疑是一種更好的選擇。對於習慣於大一統的中華文化，也是一種有益且具體的矯正。

羅馬法之所以博大精深，並不在於羅馬頒佈了一部多麼嚴謹的法律，而是眾多的羅馬法學家發掘了諸多不同的達致正義的方式，在彼此的爭鳴中，使得正義之學越來越昌明發達。兩岸四地，在可以預見的將來，在統一私法時，也應加強交流與溝通，使得各自的模式在比較中變得清晰，更可以之為契機，促進對法學的精研，而不只是對大一統的制定法的盲目膜拜。

從方法論的角度講，基於《澳門民法典》中兩個特殊制度論證“保持多樣性的私法統一”觀，旨在證明如此特殊的制度尚且可以與大陸及台灣地區法制並行不悖，遑論其他，這種論證方法並非無懈可擊，畢竟沒有逐一論證各個制度均與上述兩個制度一樣，具有“異曲同工”之妙。逐個考察制度，如歐洲統一私法過程中那樣出現的各色各樣從立法到判例的細緻入微的比較法調查，與本文的觀點也並不相悖。但這種比較法調查可用於兩個截然相反的目的，一是制定統一法，而是建立具有共同話語基礎的法學。歐洲正在走前一條路，本文則主張後一種路徑。

前一種路徑是說制定統一法是好的有效率的符合統一市場需求的，因而當如此做，而本文所論證的後一種做法，理由則在於保持多樣性的私法，搭建具有共同話語基礎的法學，由此在非制定法的意義上統一私法，也沒有甚麼不好。本文並不否認統一制定法能夠帶來高效率的民商事交易，但認為在保持現狀的基礎上加強法學研究也差不到哪裏去。儘管本文的論點，除了多樣性對中華傳統文化之稀有的觀點外，均顯得保守。但我們做一假設，如果我們選擇了歐洲統一法的路徑，選擇了某種範式私法作為兩岸四地私法統一的樣本，比如說以台灣地區民法典作為私法之範本，那麼比較法學必然會有某種程度的衰落，法學領域除德國法之外的優秀成果，如對英美法與法國法的研究也必將部分式微。即使我們選擇的作為範式的民法典，是一部如《法國民法典》般優秀的民法典，我們也自動杜絕了出現一部《德國民法典》的可能。從這個角度看，保守與創新未必是不相容的，對多樣性持保護的態度，恰為未來的繁榮保留了某種可能性。遑論，中華繼受西方法律不過百餘年的歷史，對西方法律未必已然得其精髓，多保留幾個研究與參照的對象，對深入體認中華的法制現代化之路，顯然是有所助益的。

註釋：

- ¹ 米健：《從中西法律文化的衝突與交融看澳門法律制度的未來》，載於《法學家》，第5期，1994年；謝耿亮：《法律移植、法律文化與法律發展——澳門法現狀的批判》，載於《比較法研究》，第5期，2009年。
- ² 《〈葡萄牙民法典〉簡介》，載於唐曉晴等譯：《葡萄牙民法典》，北京：北京大學出版社，2009年。
- ³ 孫憲忠：《中國民法繼受潘德克頓法學：引進、衰落和復興》，載於《中國法學》，第2期，2008年。
- ⁴ 在《物權法》頒佈前，學界對於物權變動模式的爭論已然異常激烈，一般認為在立法論的層面，《物權法》採納了債權

形式主義。在《物權法》頒佈後，若干學者從解釋論的角度，認為基於中國《物權法》的相關規定，完全可以解釋出中國物權法規定了物權行為理論的結論。相關問題可以參看參見葛雲松：《物權行為：傳說中的不死鳥》，載於《華東政法大學學報》，第6期，2007年；田士永：《〈物權法〉中物權行為理論之辨析》，載於《法學》，第12期，2008年。

⁵ [葡]平托：《民法總論》，澳門：法律翻譯辦公室、澳門大學法學院，1999年。

⁶ 柳經緯教授已經在這方面有了前瞻性的考慮，參見柳經緯：《“一國兩制”原則下“兩岸四地”的私法統一問題》，載於《比較法研究》，第1期，2010年。但柳教授的基本立場與本文不同，他期待的是一種歐盟統一私法式的制定法單一化的統一。

⁷ 參見塔拉曼卡在西班牙納瓦拉大學2004年3月29日的講座內容。

⁸ I.1,2,3及I.1,2,4，譯文參見：[古羅馬]優士丁尼著，徐國棟譯：《法學階梯》，北京：中國政法大學出版社，2005年，第15-17頁。

⁹ 塔拉曼卡的觀點應被視為其在羅馬法研究成果的自然延伸，即論辯法(ius controversum)的觀點，相關中文著作參看：薛軍：《羅馬學派與羅馬法研究範式的轉變》，載於趙海峰、金邦貴主編：《歐洲法通訊》(第四輯)，北京：法律出版社，2003年，第321-333頁。

¹⁰ Sacco, R. (1991). Legal Formants. *The American Journal of Comparative Law*. 39(1).

¹¹ 趙秉志主編：《澳門民法典》，北京：中國人民大學出版社，1999年，第211頁。

¹² 李浩培等譯：《法國民法典》，北京：商務印書館，1997年，第223頁。

¹³ Wieacker, F. (1995). *A History of Private Law in Europe*. Translated by T. Weir. Oxford: Clarendon Press. 187.

¹⁴ [德]霍爾斯特·海因里希·雅科布斯著，王娜譯：《十九世紀德國民法科學與立法》，北京：法律出版社，2003年，第174頁。

¹⁵ Ugo Petronio (1991), Codificazioni Giusnaturalistiche, in *Vendita e Trasferimento della Proprietà nella Prospettiva Storico-Coomparatistica*, a cura di Letizia Vacca, Tomo I, Giuffrè. 172-176.

¹⁶ Carlo Augusto Cannata, Traditio, Causale e Astratta., in *Sritti in Onore di Rudolf Sacco*, Tomo I, Milano, Giuffrè. 163.

¹⁷ Gallo, P. (1992). Unjust Enrichment: A Comparative Analysis. *The American Journal of Comparative Law*. 40(2). 441.

¹⁸ Berthold Kupish (1991), Causalità e astrattezza, in *Vendita e Trasferimento della Proprietà nella Prospettiva Storico-Coomparatistica*, a cura di Letizia Vacca, Tomo II, Giuffrè. 441.

¹⁹ 同註11，第168頁。

²⁰ 同上註，第213頁。這三個條文實際上也是對《葡萄牙民法典》的照搬。

²¹ 同註12，第225頁。

²² Salomons, S. F. (2007). How to Draft New Rules on the Bona Fide Acquisition of Movables for Europe? Some Remarks on Method and Content. *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No.2007/02*. In the website of Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=979458>.

²³ 同註11，第215頁。

²⁴ [美]L·L·富勒、小威廉·R·帕迪尤著，韓世遠譯：《合同損害賠償中的信賴利益》，載於梁慧星主編：《為權利而鬥爭》，北京：中國法制出版社，2000年，第516頁。