

中國法制比較研究論文集

Essays on Comparative Studies of
Chinese Legal Systems

二〇一〇年（第八屆）海峽兩岸民法典學術研討會

楊奕華・林三欽 主編

東吳大學法學院

主辦



東吳大學法學院

Soochow University School of Law



ISBN 978-986-6568-



9 789866 568251

中國法制比較

研究論文集：\$800

中國法制比較研究論文集

二〇一〇年（第八屆）海峽兩岸民法典學術研討會

二〇一〇年十月十九日至二十日於台北

東吳大學法學院主辦

楊奕華・林三欽 主編

ESSAYS ON COMPARATIVE STUDIES OF CHINESE LEGAL SYSTEMS

Proceedings of the Cross-Strait Conference on Civil Law Studies
October 19-20, 2010, Taipei

Edited by
Ivor Y.H. Yang • San-Chin Lin

端木鑄秋法學研究基金獎助

東吳大學法學院
Soochow University School of Law

國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

中國法制比較研究論文集：海峽兩岸民法典學術研討會．

二〇一〇年（第八屆）／楊奕華，林三欽 主編．

-- 初版．-- 臺北市：東吳，2011.12

面； 公分

ISBN 978-986-6568-25-1（精裝）

1.比較民法 2.中華民國 3.中國

584.92

100025362

中國法制比較研究論文集

二〇一〇年（第八屆）海峽兩岸民法典學術研討會

發行者：東吳大學

出版者：東吳大學

主編：楊奕華・林三欽

助理編輯：栗加真

校對：栗加真

出版地址：臺北市貴陽街一段 56 號

電話：(02) 2311-1531

出版日期：二〇一一年十二月 初版一刷

印刷者：瑞明印刷有限公司

定價：新台幣 800 元

版權所有・翻印必究

新學
社
PDG

序文一

「海峽兩岸大陸民法典學術研討會」自2003年起於山東煙台舉行第1屆，第2屆於台北舉辦，2005年在揚州續辦第3屆，2006年第4屆再度由本院舉辦，2007年第5屆由安徽大學在黃山主辦，2008年第6屆在台北登場，2009年第7屆於四川九寨溝舉行，2010年第8屆則再輪由東吳法學院辦理。

第8屆民法典研討會於2010年10月19日及20日在東吳城中校區舉行，前一日中國人民大學王利明副校長率領22位大陸學者專家風塵僕僕抵台親臨蒞會。二天研討會分成二個場地進行，與會者專家共發表近25篇有關「侵權責任法」、「侵權行為損害賠償」、「物權法」及「涉外法律」等主題之適用與解釋的學術論文，內容紮實，討論過程精彩，王副校長於開幕典禮中倡議，為增進兩岸民法領域的討論深度及廣度，自本屆起，以「海峽兩岸民法論壇」為名，以拓展民法領域的研討範疇。本項會議兩岸學者專家藉由充分的研討，已為兩岸民法典的發展撞擊出新的火花。

本項研討會舉辦多年，來台參訪行程多安排為日月潭、阿里山及花東等觀光景點，本次我們特別安排大陸師長們前往金門一遊，由於行程安排頗為難得，大陸師長們也特別高興，不過可能是老天想讓大陸師長們玩的更深入些，原預訂10月23日返回台灣，竟碰上梅姬颱風攪局，飛機停飛之下，行程只得延後一日，所幸滯留金門期間李沃士縣長親自接待，各項參訪行程多能依計

畫完成，總算未留下任何遺憾，所有大陸師長也對金門的迷人風光，以及濃郁的人情味留下深刻又美好的印象。

東吳大學法學院長期以來，推動兩岸法學學術交流合作不遺餘力，尤其是本項研討會的舉辦，穩固的建立了國內民法學者與大陸學者就大陸民法典修正部分的討論平台，除增進兩岸法律之相互比較及瞭解外，並持續將國內及本院法學教育之經驗提供彼岸參考借鏡，所收互補之效至為顯著。再者，前7次研討會所發表之論文已出版7冊論文集，數百篇精闢的學術專題論文，不僅紀錄7年來兩岸民法學者就大陸民法典各個面向深入探討之過程及成果，對大陸制法當局也已產生實質且具體之影響力，實屬難能可貴。

這本論文集總共除了收錄13篇兩岸學者的大作，本次活動要特別感謝陸委會及章孝慈先生學術基金會捐款補助；端木鑄秋法學基金會補助本論文集印製費；鄭冠宇主任、潘維大教授積極協助、玉梅祕書及加真助教勞心勞力，才能成就這第八本論文集，回想我初接院長以來，能和這麼多的兩岸法學先進前輩共同努力，為兩岸法學略盡綿薄，深感何其有幸！對於所有為第八屆民法典學術研討會奉獻過的所有教師及同仁，我也要獻上最高的敬意與謝意！

東吳大學法學院 院長

楊奕華

謹誌

2011.09.20

序文二

這本論文集收錄了第八屆海峽兩岸民法典研討會中所發表的13篇論文。一如往年般，侵權法與物權法仍是最受關注的領域，這反映了兩岸民法典之立法與實務探討的焦點。

這場研討會係於2010年10月19日、20日在東吳大學法學院舉行，在此刻準備論文集出版之際（2011年9月），第9屆民法典研討會也已於今年6月在貴州順利舉行。此一研討會似已成為兩岸民法學研究的最重要對話平台，東吳大學法學院能持續扮演台灣方面的主導者，深感榮幸。明年（2012年）將輪由東吳大學法學院主辦第十屆的兩岸民法典研討會，這必將成為兩岸法學交流的重要里程碑。

東吳大學法學院以極為有限的人力物力扮演兩岸民法學交流的窗口，背後有許多大力付出心血者的無私奉獻。不論是參與籌備聯繫、提出論文發表、參與討論或提供資源等，這些都是本研討會能夠長期維繫所不可或缺的。對於這些付出，三欽在此致上最高的敬意。三欽甫於8月1日就任法律學系主任，這場研討會係於鄭前主任冠宇教授任內所籌辦。由於鄭主任的盡力籌備，使得本次研討會能夠圓滿成功。

海峽兩岸民法典研討會自2003年舉辦第一屆以來，其議題緊扣二岸民法學的發展，其間兩岸的民法也都歷經了立法或修法的更新。回首來時路，我們可以察覺到本研討會在兩岸民法學的精進過程中散發了動能，這是本研討會最可貴之處。最後，感謝

所有發起、促成、參與、支持或關心本研討會的各界先進與同仁，
謝謝你們成就了這麼一樁人間美事。

東吳大學法律學系主任  謹誌



序文三

兩岸民法典學術研討會已經邁入了第8屆，從當初成立以大陸物權法之制定，以及台灣民法物權編之修正為主要討論內容，到2010年大陸侵權責任法的施行，兩岸民法典學術研討會長期提供了兩岸學者共同的研究平台與交流的機會，使得近些年兩岸的民法研究，不但蓬勃發展，而且人才輩出，兩岸學者共同為民法學的發展所做出的努力，可謂有目共睹。然而，民法的研究，當不應僅以民法典為滿足，民法的發展在兩岸的法制化過程中，更不應如此狹隘的自我設限，而應在此最初的基礎上擴展與延伸，使得民事法學的研究在社會進步的過程中更能與時俱增。本次論壇的一大成果，即在於兩岸學者均能共同一致意識到此一重責大任，並願意在未來的日子裏，共同為民法典學術研討會能夠轉型成為海峽兩岸民法論壇而努力。

提供兩岸法學研究與交流平台，向來是東吳大學法學院、中國人民大學法學院以及中國法學會民事法學會努力不懈的目標，但此一成果更要感謝兩岸學者數年來共同的參與及貢獻。本次在東吳大學的會議成果相當豐碩，學者所提出的論文，篇篇均為上乘之作，實在難以割捨，但礙於出版的經費以及篇幅的限制，僅得收集共13篇較具代表性的兩岸學者論文，內容除侵權責任法及物權法外，尤其還包括了涉外法律適用法，對本次會議，可謂增添了研討的主題，更提供了未來會議的繼續的方向與動力。期待兩岸學者未來能繼續在民事法學研究上共同努力，與會學者下

一次再見時，身體健康，萬事如意。

東吳大學法律學系前主任

鄭冠宇

謹誌

2011.09.14 於北京



目錄

院長序	I
主任序	II
前主任序	V

◎論文

1	侵權行為法上之違法性	王千維	1
2	論歸責原則與侵權責任方式的關係	崔建遠	59
3	法人團體之侵權責任	陳聰富	91
4	論連帶責任性質	李永軍	139
5	中國《侵權責任法》推定制度若干問題的 理論思考	陳界融	167
6	論私法上財產的定價—以交易中估值機制 為中心	許德風	193
7	資訊不對稱與不動產物權制度之設計— 民法物權編修正之省思	楊松齡	223
8	政府經營土地的法律關係分析	孫憲忠	249
9	大陸關於土地與建築物間法律關係之探討	吳珮君	265
10	論商鋪業主經營權與建築物區分所有權衝 突的物權法適用	李建華	305
11	留置權之優先效力	劉春堂	321

- | | | | |
|----|---------------------------------------|-----|-----|
| 12 | 論共同擔保關係人之權利義務—以抵押權
及保證契約之共同擔保為探討中心 | 朱柏松 | 345 |
| 13 | 台灣涉外債權債務關係準據法新修正之評
析 | 廖蕙玟 | 385 |

新學
社
PDG

侵權行為法上的違法性*

王千維*

目次

壹、由最高法院幾則判例談起

- 一、二十八年上字第四五號判例
- 二、二十八年滬上字第二〇六號判例
- 三、四十二年臺上字第三一九號判例
- 四、五十五年臺上字第二〇五三號判例
- 五、八十三年臺上字第二一九七號判例
- 六、小結

貳、民法上反映行為義務的構成要件

- 一、基本原則
- 二、債務不履行責任構成要件下之行為義務
- 三、侵權行為責任構成要件下之行為義務
 - (一) 民法第一百八十四條第二項
 - (二) 民法第一百八十四條第一項第一句
 - (三) 民法第一百八十四條第一項第二句
 - (四) 特殊侵權行為之構成要件對於行為義務的規定
 - (五) 違法性與因果關係之關係 — 「相對化的違法性」

參、結論

* 本文乃係以「民事損害賠償責任法上『違法性』問題初探」(政大法學評論 第六十六期, 頁 1-66; 第六十七期, 頁 143-226) 以及「民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之

壹、由最高法院幾則判例談起

一、二十八年上字第四五號判例

二十八年上字第四五號判例要旨：「債權人在無權受理民事訴訟之公安局，請求將債務人之姪拘押，本非適法行為，第三人將其保釋不得謂為侵害債權人之債權。」

自本判例要旨觀之，乃謂債權人為實現其債權，法律並未賦予其請求公安局將債務人之姪拘押之權，惟債權人仍逕向公安局為請求，此等行為即非適法行為。亦即債權人若無法律賦予之請求權而逕為請求者，即不符合法律之規定，因而構成違法（非適法）行為。至此，似乎意味著，行為是否違法，乃取決於該行為是否符合法律之規定而定。

二、二十八年滬上字第二〇六號判例

二十八年滬上字第二〇六號判例要旨：「質權人於質權存續中，將質物轉質於第三人後，受破產之宣告，出質人清償質權所擔保之債權，請求返還質物時，破產管理人自應向第三人清償債務取回質物，以之返還出質人，不得謂出質人與破產管理人不法侵害破產債權人之權利。」

關係」（中原財經法學 第八期，頁 7-64）等兩篇論文為基礎，再新增相關最高法院判例之討論而成。

政治大學法學院教授

細繹本判例要旨，乃謂質權所擔保之債權既已消滅，依據民法第三百零七條之規定，質權亦隨同消滅。同時，依據民法第八百九十六條之規定，質權人應將質物返還於有受領權之人。然而在本案中，質權人卻已受破產宣告，依據破產法第七十五條之規定，即喪失管理及處分權，從而，即應由破產管理人將質物返還於有受領權之人（亦即出質人）。換句話說，破產管理人將質物返還於出質人係完全符合法律規定，並無不法之可言。此一判例之結論乃呼應前開二十八年上字第四五號判例之見解，亦即行為是否違法乃取決於該行為是否符合法律之規定而定。

三、四十二年臺上字第三一九號判例

四十二年臺上字第三一九號判例要旨：「與已成年未結婚之女子通姦，如係得該女子之自由承諾而為之，則其行為阻卻違法性，不成立侵權行為，自無損害賠償責任可言。」

此處所謂「通姦」，係指合意性交而言（請參閱民法第一千零五十二條第一項第二款）。若自本判例之判決理由全文觀之，最高法院似乎認為，已成年且未結婚之男女二人合意性交係屬男方侵害女方權利之行為，因而男方之行為即構成違法行為，僅因女方之自由承諾，從而阻卻男方行為之違法性。此等見解尚待商榷者有二：

（一）首先，乃係已成年且未結婚之男女合意性交，男方究係侵害女何方種權利？

(二) 其次，所謂合意性交，當然係出於女方之自由承諾，蓋合意性交下之合意，乃屬高度屬人性質之行為，並無法效意思或契約拘束力之可言，而係好意施惠關係，¹然而已成年且未結婚之男女合意性交縱係好意施惠關係，惟並非違法行為，在此，任何一方當事人若有意思不自由之情形者，因無法律意義下之意思表示存在，自無民法第九十二條之適用，若一方當事人意思不自由，應逕認為雙方當事人並無合意。令人費解的是，為何最高法院認為已成年且未結婚之男女合意性交係屬違法行為，同時卻又以女方之自由承諾而阻卻違法？至此，在此一判例下，最高法院所認定之違法性之本質究竟為何？是否如先前之最高法院判例所採，以是否符合法律規定作為判斷有無違法性之標準？即生疑義。

四、五十五年臺上字第二〇五三號判例

五十五年臺上字第二〇五三號判例要旨：「民法第一百八十四條第一項前段規定，以權利之侵害為侵權行為要件之一，故有謂非侵害既存法律體系所明認之權利，不構成侵權行為。惟同法條後段規定，故意以背於善良風俗之方法加害於他人者，亦同。則侵權行為係指違法以及不當加損害於他人之行為而言，至於侵害係何權利，要非所問。而所謂違法以及不當，不僅限於侵害法

¹ Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl., 1999, S. 260；請參閱 王澤鑑，債法原理(I)：基本理論，債之發生，頁 22728，增訂版，1999 年。

律明定之權利，即違反保護個人法益之法規，或廣泛悖反規律社會生活之根本原理的公序良俗者，亦同。通姦之足以破壞夫妻間之共同生活而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言，不問所侵害係何權利，對於配偶之他方應構成共同侵權行為。婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿安全及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即為違反因婚姻契約之義務而侵害他方之權利。」

在此，若將本判例要旨中所謂「違法及不當」二者皆認為屬於廣義違法性之範疇者，則本判例要旨即明確揭櫫：1.侵害他人權利；2.違反保護他人法律以及3.背於公序良俗等三種行為皆構成違法行為。同時，本判例要旨更進一步指出違反婚姻契約義務即屬於違法行為，似乎業已透露，行為之所以違法，乃歸因於其違反行為義務。

五、八十三年臺上字第二一九七號判例

八十三年臺上字第二一九七號判例要旨：「土地所有人經營工業及行使其他之權利，應注意防免鄰地之損害，民法第七百七十四條定有明文。而空氣污染防治法係行政法，其立法目的，僅在維護國民健康、生活環境，以提高生活品質，此觀該法第一條之規定自明。故工廠排放空氣污染物雖未超過主管機關依空氣污