

民事法律與基礎法學(一)

王冠璽 著

學術論文集

民事法律與基礎法學(一)



王冠璽 著

元照出版公司

民事法律與基礎法學／王冠璽著．-- 初版．
-- 臺北市：王冠璽出版：元照總經銷，2013.5
面：公分
ISBN 978-957-41-9551-0（第1冊：精裝）
1. 法律 2. 文集
580.7 101019940

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

民事法律與基礎法學(一) 5D210GA

2013年5月 初版第1刷

作 者 王冠璽
出 版 者 王冠璽
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
定 價 新臺幣 500 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號 ISBN 978-957-41-9551-0

序

我在2000年8月31號這一天，從臺北經香港轉機飛抵北京；一晃眼，12年飛逝而去。這本書匯集了我在大陸多年的法律學習與生活體驗的片段總結，也代表著我對許多大陸當代重要法律議題的基本看法。大陸與臺灣雖然共同承襲著中華文化，使用著相同的語言與相通的文字；但是從清朝末年開始算起，兩岸實際上已經分治了一百多年。因此，兩岸間文化上的差異是處處可見的。臺灣所乘載的歷史文化極為多元豐富，很顯然的，從社會科學研究這個角度來說，一位臺灣學者所能夠縱橫捭闔的文化地理空間，遠超過臺灣的實際面積。大陸正面臨著政治文化必須轉型的嚴峻挑戰，我也期待自己日後能從法律的內在邏輯與外部進入這兩方面，對兩岸的法律與文化進行更深刻的研究。

王冠璽

2013年1月1日

杭山之江月輪山

作者簡介

王冠璽

現 職

浙江大學光華法學院教授、博士生導師、副院長
中國民法學研究會理事

學 歷

東吳大學法學士
臺灣大學法學碩士
北京大學法學博士

目 錄

序

作者簡介

第一章 法學發展的「十字現象」

——以物權行為制度與《合同法》第51條 為說明主體

一、引 言	6
二、不採物權行為制度的主要見解與本文對其之評釋	8
三、是否採物權行為制度之案例比較分析，兼論 《合同法》第51條規定之不當	18
四、意思主義下的物權變動模式學說探討	30
五、以法律經濟分析法，探究是否應採用物權行為 制度與《合同法》第51條規定之交易成本辨析	41
六、結 論	45

第二章 法人得否主張精神損害賠償的再探索

——比較法上的觀察

一、大陸與臺灣有關法人不得主張精神損害賠償之司法 解釋與學說爭議	53
二、精神損害賠償本質的辯析	58

三、精神損害賠償、非財產上損害與慰撫金的概念區辨 及制度選擇	70
四、結 論	78

第三章 中國大陸法人的基本權利探索 ——法人得否主張精神損害賠償的 憲法上論證

一、引 言	84
二、法人是否具有基本權利的比較法研究	85
三、法人基本權利的內容及法人得以主張精神損害賠償 的憲法理論基礎	91
四、基本權利保障在私（民）法上的應用	100
五、結 論	107

第四章 《侵權責任法》第二條的立法模式 檢討

——從比較法的觀點出發

一、中國大陸侵權行為一般條款的基本問題 ——權利與利益的辨析	114
二、侵權行為法一般條款立法模式的功能 ——比較法研究	118
三、結 論	137

第五章 從法律視角談中國大陸農村土地融資 的相關問題與建議

一、前 言	142
二、農民融資難的具體解決途徑	142

三、以農村土地融資的社會實踐現況與相關法令的完善建議.....	150
四、縣一級地方政府對推展農村土地融資應有的具體政策考慮.....	154
五、結 論.....	155

第六章 土地承包經營權抵押範圍的再探索

一、引 言.....	161
二、海南嶺南農業開發有限公司與海口新華典當有限責任公司抵押借款合同糾紛再審案.....	162
三、限制土地承包經營權得抵押範圍之法規檢討.....	165
四、承包經營權抵押範圍擴大之可行性分析.....	172
五、結 論.....	181

第七章 中國大陸農村土地、林木、農作物與相關權利主體的辨析 ——兼論中國大陸民事法律體系建構的反思

一、前 言.....	188
二、相關民事權利主體所涉若干概念問題分析.....	190
三、相關民事權利客體問題所涉若干概念問題分析.....	199
四、中國大陸民事法律體系建構的反思——代結語.....	222

第八章 中國大陸知識產權法律與國家發展政策的整合研究

一、前 言.....	232
二、知識產權保護的前瞻與界限.....	233

三、知識產權法律效力與基本權保障的辯證關係及解決方式.....	243
四、結論——中國大陸知識產權法制與政策的因應之道與展望.....	254

第九章 兩岸民事判決的認可與執行問題研究

一、前言.....	264
二、法律規定與實務現狀.....	265
三、問題焦點與分歧探討.....	269
四、期待模式與未來展望.....	300

第十章 清代涉台官式文書析要

一、序言.....	307
二、清代官式文書之源流及其釋義.....	307
三、清初三朝奏摺選錄.....	314
四、結論.....	326

第十一章 再論中國法學發展的「十字現象」 ——從現代化法律的繼受中反思「中國特色」

一、前言——中國法學發展的十字現象.....	335
二、中國大陸法學發展偏斜的原因與檢討.....	339
三、「中國特色」的探索與繼受現代化法律間衝突的分析與檢討.....	409
四、結論——文化的繼受與創新：中國大陸（法律）學者應有的反思.....	417

第一章



法學發展的「十字現象」

——以物權行為制度與《合同法》 第51條為說明主體

一、引言

二、不採物權行為制度的主要見解與本文對其之 評釋

(一)不採物權行為制度的主要見解

(二)本文對不採物權行為制度主要見解的評釋

三、是否採物權行為制度之案例比較分析，兼論 《合同法》第51條規定之不當

例一：拋棄動產

例二：出賣他人之物

例三：夫妻之一方出賣共有物

例四：一物二賣

例五：買賣契約有意思表示得撤銷之法律原因
時，出賣依該買賣契約所取得之物

(一)採《合同法》第51條之規定

(二)不採《合同法》第51條之規定

四、意思主義下的物權變動模式學說探討

(一)法國民法意思主義下的物權變動模式

(二)日本民法意思主義下的物權變動模式

(三)中國大陸學者所創設的物權變動模式

(四)小 結

五、以法律經濟分析法，探究是否應採用物權行為 制度與《合同法》第51條規定之交易成本辨析

六、結 論

摘 要

由於中國大陸法學發展忽略「十字現象」，民法典不採物權行為制度似已成定論，並決定採用意思主義輔之以交付、登記制度；惟此一制度確有窒礙難行之處，是否即應採用，茲事體大，仍值再予辯證。本文論述不限於理論，並提出數例說明；此外《合同法》第51條規定之誤，亦一併敘之。文中分別介紹不採物權行為制度的主要見解，及本文對其之評釋；並分舉數例以說明不同制度的優劣；同時探討意思主義下的物權變動模式，其內容涉及法國民法模式、日本民法模式，與中國大陸學者所創設的模式；最後並以法律經濟分析法，探究是否應採用物權行為制度與《合同法》第51條規定的交易成本辨析，以為中國大陸民法典立法應採用物權行為制度之佐證。

關鍵字： 物權行為、意思主義、債權形式主義、無權處分、善意取得、法律經濟分析、《合同法》第51條

Abstract

Since the academic community neglects the *cross phenomenon* of law development, it seems that the *dingliches Rechtsgeschäft* Principle will not be adopted by the Civil Code; instead, the principle under which the French model regarding transfer of property rights serves as the primary means, with delivery of property and registration of transfer serving as back-up requirements would be opted for. However, such framework would hardly be an ideal one, and since this issue is of the utmost importance, it would be advisable for all to discuss it more thoroughly before any decision whether to adopt it or not is made. In addition to many theories and representative cases, the author will also provide some of his own comments on Article 51 of the Contract Law. Furthermore, through the introduction of the reader to various academic views against *dingliches Rechtsgeschäft* as well as comments thereon, the author would like to come up with some typical examples regarding the comparison as to exactly which system would be the most preferable. At the same time, the author would also like to elaborate on how property title changes hands under several systems, including the French model, the Japanese model and some innovative ideas of scholars from China. Last but not least, the author will, by means of the

methodology of economic analysis, highlight the potential transaction costs of both adopting the *dingliches Rechtsgeschäft* and not adopting it, as well as the transaction cost of putting Article 51 of the Contract Law into practice, which may well serve as one of the main justifications, as the author argues, for the introduction of the *dingliches Rechtsgeschäft* into China's Civil Code.

Key Words: Dingliches Rechtsgeschäft, Verfügungsgewalt, Nichtberechtigten, Economy Analysis of Law, Article 51 of the Contract Law

一、引言

各國法學界均面臨著不斷地完善該國法律的挑戰，此乃法律進步的一種縱向發展過程。在中國大陸由於未具法律內涵的既存制度，已盤根錯節的與社會緊密結合，所以在制訂新法律時，應使中國大陸的新法律能夠縱向的符合社會進步的要求；爲了儘量地降低新法律實施後所帶來的各式交易成本，還必須慮及要使大量的既存制度能爲新法律所包容，以符合新法律所欲達到的涵攝（Subsumtion）目的。因此中國大陸法學界所面臨的問題，不僅是縱向的，還是橫向的。此一縱橫交錯的特殊狀態，乃爲法學發展中國家的共通特色，我們不妨稱其爲法學發展的「十字現象」。

研究中國大陸的法學問題，如果不能掌握此一現象，就無法正確地繼受西方理論，亦自遑論提出新的發明。本文所討論之命題其既有的主流見解似未真正意識到「十字現象」與本命題之間的關係，在繼受西方理論與自我發明的過程中亦未臻嚴謹；值此物權法即將公佈之際，因影響重大，故有再爲論證的必要。

依據《中國物權法草案建議稿》中說明，在強調物權變動必須遵守公示原則的情況下，物權的變動只能在公示之後生效，而非僅依當事人之意思表示，物權變動和債權變動之界限劃清；此即物權變動與其原因行爲的區分原則。¹此原則不採法國民法的意思主義，及日本《民法典》第176條的意思主義、第177條的登記對抗主義；亦不採德國法上的物權行爲理論。故此中國大陸民法理論上雖

¹ 《中國物權法草案建議稿》，第94頁。轉引自王澤鑑：《物權法上的自由與限制》，孫憲忠主編：《制定科學的民法典——中德民法典立法研討會文集2002》，法律出版社2003年版，第242頁。

有民事行為²或法律行為之概念，但卻無「物權行為」制度。³

中國大陸部分學者認為關於物權之變動，宜採意思主義與登記或交付制度之結合，並且採擊債權行為與物權行為區分說之不當。學者引經據典，提出諸多學說予以論證，以裨益其確立物權法草案所採制度之立論基礎。惟此一制度雖有可取之處，在中國大陸內外仍不乏持表保留態度者，管見亦以為此一制度在許多情形之下，確有窒礙難行之處；惟純粹的理論辯難，有時候反而會失去問題的焦點，因此筆者之論述並不僅限於理論部分，文中並就此一制度實際運作時將遭遇的種種困難，不揣淺陋地提出數例說明。此外涉及一問題之時，《合同法》第51條規定之誤，亦將一併敘之。惟在論述之前必須先指出，此一命題所涉及的深層問題爭議，實係肇因於理論架構與價值取向的選取不同。⁴

² 由於中國大陸民法之立法一直受到前蘇聯法律概念之影響，因此只有「民事法律行為」之概念，並無「法律行為」之概念。法律行為之精髓在於透過意思表示將私法自治發揮到極限；前蘇聯民法將意思表示制度、法律行為制度極度簡化，其目的乃在於儘量壓縮社會大眾意思自治的機會。引自孫憲忠：《制定民法典的主要難題》，《法學》2003年第5期，第45頁。

³ 王澤鑑，同註1，第242-243頁。

⁴ 如學者所言：「在具體分析、評論這幾種存在嚴重分歧的觀點以前，必須首先指出一個前提性的問題，這就是：從表面上看，這幾種觀點僅僅是對無權處分行為的效力認定有差異，但在更深層面上，它們的邏輯前提已然不同。它們代表著論者對我國物權變動模式的立法選擇在認識上的差異。」引自王軼：《論物權處分行為的效力——以物權變動模式的立法選擇為背景》，王利明主編：《民商法理論爭議問題——無權處分》，中國人民大學出版社2003年版，第129頁。

二、不採物權行為制度的主要見解與 本文對其之評釋

(一)不採物權行為制度的主要見解

中國大陸目前反對民法典應採用物權行為制度，以及對《合同法》第51條規定抱持肯定態度的主流見解，大致可以歸納為以下數點：

1. 物權行為獨立性和無因性理論違背交易之實態和人們的認識，使法律關係複雜化；對出賣人顯失公平；其保護交易安全的作用已經被善意取得制度所取代；⁵……虛構物權變動中「物權的合意」這一概念，並使之具有獨立性與無因性，結果不獨使物權變動之際的法律關係徒增紊亂，同時也與社會生活的實際理念不符；⁶……中國大陸立法要求物權之變動，除債權意思表示外，還需以登記或交付為要件⁷……從實際情況來看，採取此種模式較之於採物權行為模式，其優越性明顯的表現在：一方面，它符合中國大陸的立法傳統，另一方面它易於被執法者理解和掌握。⁸

⁵ 梁慧星：《物權變動與無權處分》，王利明主編：《民商法理論爭議問題——無權處分》，中國人民大學出版社2003年版，第45頁。

⁶ 陳華彬：《第六章：物權的變動》，梁慧星主編：《中國物權法研究》，法律出版社1998年版，第185頁；王利明：《無權處分的若干問題》，王利明主編：《民商法理論爭議問題——無權處分》，中國人民大學出版社2003年版，第65頁。

⁷ 劉得寬：《民法諸問題與新展望》，臺灣三民書局1979年版，第466頁。轉引自王利明，同註6，第65頁。

⁸ 王利明，同註6，第65頁。有關中國大陸基層法院法官素質之評論，可參見賀衛方：《複轉軍人進法院》，《南方周末》1998年1月2日；蘇力：