

孫森焱教授七十華誕祝壽論文集編輯委員會

邁入廿一世紀的兩岸私法

孫森焱教授七十華誕祝壽論文集

學術論文集



元照出版

邁入廿一世紀的兩岸私法

孫森焱教授七十華誕祝壽論文集



孫森焱教授七十華誕祝壽論文集編輯委員會 編輯

元照出版公司

邁入廿一世紀的兩岸私法：孫森焱教授七十華
誕祝壽論文集／孫森焱教授七十華誕祝壽論
文集編輯委員會作． -- 初版． -- 臺北市：
孫森焱論文集編委會出版：元照總經銷，
2004 [民 93]
面：公分

ISBN 957-41-1733-2（精裝）

1. 民法－論文,講詞等

584.07

93005118

邁入廿一世紀的兩岸私法 －孫森焱教授七十華誕祝壽論文集

5D49GA

2004 年 6 月 初版第 1 刷

作 者	孫森焱教授七十華誕祝壽論文集編輯委員會
出 版 者	孫森焱教授七十華誕祝壽論文集編輯委員會
總 經 銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 650 元
訂購專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂購傳真	(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 957-41-1733-2

緣 起

去年十一月十日及十一日，山東煙台大學舉行了「海峽兩岸民法典理論研討會」，本次研討會主辦單位分別為「中國人民大學民商事法律科學研究中心」、「山東省國際法暨台灣法律問題研究會」、「煙台大學法學院」以及「東吳大學法學院」，與會人士除了大陸內地各大學法學院近百人受邀與會之外，台灣方面共有十五位教師及同仁與會，全團由孫森焱老師領隊，團員除了我本人之外，還有謝哲勝老師、陳榮隆老師、林誠二老師、成永裕老師、黃陽壽老師、鄭冠宇老師、蘇惠卿老師、王寶蒞老師、尹章華老師、姜志俊老師、洪英花法官以及王玉梅祕書、許雅惠助教二位行政同仁。二天的研討會在煙台國賓級的山東賓館會議廳舉行，共有三十篇有關大陸民法典草案的學術論文發表，不僅場面隆重，討論更是熱烈，堪稱是一場十分成功的研討會。

研討會閉幕之後，煙台大學法學院安排了精緻的旅遊，包含遊覽曲阜、泰山和青島。十一月十三日我們遊覽泰山之後，泰安的科技大學法學院設宴款待。當天在晚宴上，我們才發現原來孫老師今年十一月初剛剛度過七十歲的生日，當場林誠二老師及鄭冠宇老師就建議將這次研討會的論文集結成冊，作為獻給孫老師七十華誕的祝壽論文集，此議一出，一呼百諾，經徵求在場老師的意見，當場無論是大陸或是台灣的老師們，都異口同聲的表示這是一件極有意義的事而表贊同。雖然孫老師極力謙辭，再三表示不願大張旗鼓，勞師動眾；但是，所有的老師們都認為，孫老師不僅學養精深，為人謙和，更在東吳法學院春風化雨卅多年，從未間斷，作育英才無數，一直以來，深受東吳法學院全院師生愛戴，再加上，這一趟山東行，是孫森焱老師卸下公職後，第一次前往大陸，而且，在這次

研討會上發表論文的老師，又大多為孫老師的學生，能為孫老師的七十華誕奉獻心力，大家都覺得與有榮焉，在這種種的特殊的原因及情境下，最後，孫老師終於盛情難卻，勉為其難的接受大家的好意，也為這本論文集開展了籌備的始頁。

回台北之後，各項相關聯繫作業隨即進行，包括接洽出版公司。在此，要特別感謝元照出版公司的大力支持與協助，讓這本別具意義的祝壽論文集順利出版，當然每位與會教師用心的研究發表，更是成就這本論文集最重要的關鍵。另外，二位行政同仁，玉梅祕書和雅惠助教從台北的會前會，到山東煙台正式的研討會，再到這本論文集的出版事宜，備極辛苦。雅惠助教離職在即，仍負責完成所有作業，令人感動；玉梅祕書文采動人，一路作詩，分享眾人，更豐富了這趟旅程。

這是孫老師第一次去大陸，我衷心希望以後東吳法學院每一次兩岸交流的活動，「道德文章，五嶽獨尊」的孫老師都能參加。在此，讓我們誠心祝福，恭祝孫森焱老師七十華誕「福如東海，壽比泰山」！

謹誌

二〇〇四年五月

感謝詞

中華民國九十二年十一月十日暨十一日，東吳大學法學院、煙台大學、中國人民大學民商事法律科學研究中心、山東省國際法暨台灣法律問題研究會，共同主辦「海峽兩岸民法典理論研討會」，在煙台大學召開。森焱自六十四年夏即在東吳大學法學院擔任債編總論講席，迄未間斷。因為研討會主題是「中華人民共和國民法草案」的研究，與森焱所學民法的範疇相關，茲東吳有事，森焱理應積極參與，自動請纓，著文發表方是。乃因過去對大陸法制未深入研究，其民法之基本原則為何，大陸社會對事務之價值判斷如何，均欠明瞭，殊無從下筆為文。因此，法學院潘院長維大兄自當年年初起，慫恿森焱應撰寫相關論文在研究會發表，即一再推辭，終因潘院長懇切說服，激起森焱對東吳的責任感，不顧年邁，歡喜應允，遂有緣隨同各位教授參訪大陸。

會後，懷著輕鬆心情，承煙台大學法學院院長房紹坤先生引導，於十一月十三日下午，登五嶽之泰山。回程，自玉皇頂徒步下山，至中天門。途中欣賞雄偉壯麗的山岳景觀，時屆初冬，一歇息即有冷風自領口沁入，是際鄭冠宇老師照應，關心森焱卸任大法官是退休或優遇，答以年滿七十以前辦理退休，因而甫過耆年之事為鄭老師所悉。如此這般，承各位教授盛意，為森焱出版祝壽論文集，內心感激，非言可喻。

憶自兼任東吳法學院教職以來，已逾二十八載，自數年以前，學生於過年時寄來賀卡即有稱呼「孫爺爺」者，屈指一算，年齡並不及此，然仍當體會同學對自己的觀感，允宜胸懷關愛，盡心教學。實則俗稱「教學、教學，一邊教、一邊學」，與年輕學子共聚一堂，研究學問，可增進彼此間之瞭解，期待形成對這社會的共識。森焱自司法官職務退休後，猶能專心教學，深覺有此機遇，乃東

吳給與，實深感念。茲承各位教授厚愛，將「海峽兩岸民法典理論研討會」發表之論文，編輯專書，為森焱七十賤辰賀，感荷隆情，至為榮幸。本書出版之初議，始於潘院長和各位教授登泰山之際，復承大陸民法學者呼應賜稿，增益光彩，敬表謝忱。王玉梅秘書、許雅惠助教對本書的出版，費心盡力，熱誠感人，用特致意道謝。

應附言者，自泰山頂回程，由於石階有多處陡峭，行至後段，膝蓋關節開始刺痛酸軟，下階步步維艱，再加下午六時過後，天色已暗，唯有憑遠方微弱燈源反射於石階，摸黑踩階而下。沿途幸有姜志俊老師陪伴，口數「一、二、三」，頓節以調整步伐，終能平安到達目的地，併此申謝。

二〇〇四年五月

目 錄

緣 起——潘序

感謝詞——孫序

- 中華人民共和國民法草案立法
編制初探 孫森焱... 1
- 關於我國民法典的體系的再思考 王利明... 15
- 民法典的時代意義——對中國大陸
民法典草案的大方向提幾點看法 蘇永欽... 57
- 中國民法理論研究熱點問題探索與意見
——中國人民大學民商事法律科學研究
中心海南民法理論研討會觀點綜述 楊立新... 91
- 制定民法典需解決的兩個基本問題 柳經緯... 125
- 民法基礎理論體系與立法——評大陸
（中華人民共和國）民法草案 謝哲勝... 147
- 民法典中國化的時代意義 尹章華... 183
- 民法總則編立法若干問題之建議 黃陽壽... 199
- 我國合同法上「交易習慣」之研究
..... 房紹坤、王洪平... 203
- 關於訴訟時效的修正意見 劉清景、洪英花... 241

• 對於大陸民法典草案「合同法」編 「總則」的若干看法	成永裕 ... 257
• 中華人民共和國民法第三編合同法分則 第十六章「建設工程合同」建議修正 草案條文對照表	黃陽壽、余文恭 ... 269
• 關於契約解除權立法之變革	蘇惠卿 ... 283
• 第三人精神上損害之研究	潘維大 ... 301
• 懲罰性賠償納入我國民法典立法的思考	金福海 ... 323
• 論兩岸產品責任法制	林誠二 ... 345
• 對侵權責任法中產品責任章的幾點意見 ——以台灣相關立法為參考	姜志俊 ... 365
• 大陸物權法草案關於總則一般規定之淺評 ..	鄭冠宇 ... 375
• 試論中國民法典立法應採用物權行為制度 ..	王冠璽 ... 389
• 不動產物權變動公示方法的歷史發展與現實 存在的考察和分析——以基於合同的不動產 所有權變動的公示方法研究為中心	吳春岐 ... 429
• 善意取得制度的評析與完善	李光祿、王慧芳 ... 471
• 兩岸擔保物權法之比較	陳榮隆 ... 489
• 成員權和佃權的矛盾與突破——中國大陸 民法典草案有關土地承包經營權試評	王寶蒞 ... 585
孫森焱學經歷簡介	599
孫森焱個人著作	601

中華人民共和國民法草案 立法編制初探

孫森焱

目 次

壹、前 言	參、關於代理制度的立法體例
貳、關於民法債編的編排	一、代理權的意義
一、債編宜設通論	二、代理權的發生
二、關於人格權保護之規定	三、授權行為的性質
三、關於損害賠償之債	四、契約行為的代理
四、債之關係不限於合同及侵權行為	五、代理權之限制及撤回對第三人之效力
五、得讓與之債權不限於因契約而發生者	肆、代結論
六、關於涉外民事關係的法律適用法之規定	

壹、前 言

中華人民共和國民法草案（簡稱本草案）據稱於二〇〇二年十二月十七日經人大常委會一讀會通過，其體系為第一編總則、第二編物權法、第三編合同法（即契約法）、第四編人格權法、第五編婚姻法、第六編收養法、第七編繼承法、第八編侵權責任法、第九

* 現任東吳大學法律系兼任教授。

編涉外民事關係的法律適用法。其中有關「債」的規定，為第三編合同法及第八編侵權責任法，與德、法、日、瑞士債務法之立法例不同；於民法的末編規定涉外民事關係的法律適用法，亦為特色。因民法所涉範圍浩瀚，以下僅就有關民法債編的編排及代理權之規定敘述私見，就教於大方。

貳、關於民法債編的編排

一、債編宜設通論

債編通論係規定適用於債之關係的一般原則，債編各論則規定各種之債，主要是各種契約類型。就日本民法所採體例而言，債權編第一編第一章「債權總則」設債權之目的（即標的）、債權之效力、多數債權人之債權、債權之讓與、債權之消滅，共五節；第二章設「契約」，下分總則、贈與、買賣、互易、消費借貸等典型契約；第三章規定「無因管理」；第四章規定「不當得利」；第五章為「侵權行為」。德國民法的體例係於第二編設「債法」，第一章為「債之內容」；第二章為「基於契約而生之債」；第三章為「債之消滅」；第四章設「債權之移轉」；第五章是「債務之承擔」；第六章為「多數債務人及債權人」；第七章始規定「各種之債」。值得注意者，德國民法於「各種之債」第二十四節設「不當得利」、第二十五節規定「侵權行為」。關於債之發生原因，即契約、無因管理、不當得利及侵權行為，各該立法例均設有詳細規定。就債之標的而言，日本民法於第三百九十九條至第四百十一條、德國民法於第二百四十一條至第二百六十五條分別設有明文。本草案就債之關係，於第八十七條及第八十八條僅就無因管理及不當得利為原則性規定，再於第三編及第八編就合同法、侵權行為法設詳細規定。關於債之標的、債之效力、多數債之關係、債之移轉及債之消滅未見專章或節之規定。

二、關於人格權保護之規定

本草案對於人格權的保護，設有第四編人格權法，可謂周全。惟同編第一條第二項（大陸稱款，下同）、第三項規定與第一編總則、第九十條重複，文字有待修正。第六條規定自然人死亡者，其人格權應受保護，符合中國人倫理觀念，惟此條文的文字可考慮修正得更嚴謹。依第三條規定，自然人的人格權不得繼承，然被害人之人格權如係生前受侵害，其請求權是否得為繼承之標的，台灣民法第一百九十五條第二項設有得繼承之要件，可供參考。又對故世者之人生為評論，往往是學術自由的範疇，此項規定如未妥適設定其構成要件，將引起寒蟬作用，妨礙學術研究。因此，侵害死者之人格權與學術自由如何定其分際，甚為重要。台灣有學者在一九七五年十月十日出版之「潮州文獻」發表文章，謂唐朝文學家韓愈因染風流病，誤信方士之言，服硫磺鉛下補劑致死，遭韓愈後代以該學者涉嫌誹謗，向法院提起自訴，是為喧騰一時之「誹韓案」，引起妨害學術自由之爭議，令人印象深刻。本草案第六條規定自然人死後，其人格權受侵害者，受害者之配偶、父母、子女得請求損害賠償，固不發生幾十代後代亦得出面控告之問題，然請求人是否應共同為之，抑或得各自請求？有待規定清楚。又人格權法第十條規定自然人的遺體、骨灰受法律保護，不得污辱、損害遺體、骨灰。然自然人死亡後，其遺體、骨灰之權利歸屬如何，有待明定。此與由何人出面主張權利攸關，為堵糾紛，有必要以法律定其規範。再第六條分別明示祖父母、外祖父母、孫子女、外孫子女，與第五編第二十八條、第七編第十條規定有關，然在法律上此項分類有何實益？與男女平等原則是否有違？不無疑義。

第四編人格權法自第二章至第七章列舉各項人格權之保護，就自由權與身體權則未設規定，其故安在，亦茲疑義。

三、關於損害賠償之債

第一編總則、第九十二條規定自然人、法人違反合同或者不履行其他義務的，應承擔民事責任。第九十三條第一項則規定承擔民事責任的方式，主要有：(一)停止侵害；(二)排除妨礙；(三)消除危險；(四)返還財產；(五)恢復原狀；(六)修理、重作、更換；(七)賠償損失；(八)支付違約金；(九)消除影響、恢復名譽；(十)賠禮道歉。上開規定與第八編侵權行為法、第四條第一項規定，承擔侵權責任的方式，相互比較，前者為債務不履行的損害賠償責任；後者為侵權行為責任。其中僅前者(八)支付違約金為第八編侵權行為法第四條第一項規定所無。關於違約金之支付，第三編合同法第十二條第一項第一款規定合同的內容得約定違約責任。第一百十一條復就違約金的意義、效力為規定。是債務人違反契約而不履行債務時，依照違約金為給付不能、遲延給付或不完全給付而約定，於符合該約定之事實發生時，債權人得依約請求履行，不待法律另為特別規定。是債務不履行之損害賠償責任與侵權行為之損害賠償責任二者之標的，有必要於損害賠償之債為綜合規定。有關絕對權或支配權的功能，有返還請求權、排除侵害請求權及防止侵害請求權。損害賠償債權為相對權，以債權人因債務人之不履行債務或侵權行為而發生損害為構成要件。「停止侵害」或「排除妨礙」為排除侵害請求權之性質，就債權之不可侵性立論，或可承認債權人有此權利；就「消除危險」言，以防止侵害之發生為目的，如於損害賠償債權亦承認有此權利，係在損害尚未發生前約束行為人，無異視債權為支配權。此與債權人基於所有權或其他物權，行使物上請求權，不可相提並論。再言「返還財產」、「恢復原狀」、「修理」或「賠償損失」，不外以回復原狀或以金錢賠償為損害賠償的方法；至「消除影響、恢復名譽」是專就名譽的回復而言，於人格權法設相關規定即可。債務人於債務不履行時，是否有「修理」、「重作」或「更換」之義務，更是契約責任問題，為第三編合同法、第一百零七條規定違約

責任的解釋範圍。債務人是否有「修理」、「重作」的義務，亦因買賣或承攬而不同，並非損害賠償方法的一般原則。又「賠禮道歉」須債務人內心確有此意思而表達於外，始具意義，故若基於兩造和解，債務人願意為此，固無不合；倘債務人毫無賠禮道歉之意，乃由法院強制其表達，於被害人精神上痛苦之彌平，似無何裨益。此與侵害他人名譽者，應為回復名譽之適當處分，情形不同。

四、債之關係不限於合同及侵權行為

依瑞士債務法之立法例，其第一編總則、第一章債之發生列有「因契約而發生」、「侵權行為之成立」及「不當得利之發生」三節。另於第二編各種契約關係之第十四章規定「無因管理」。蓋認無因管理亦為契約之一種。本草案於第一編總則、第八十六條第二項規定：「因合同、侵權行為、無因管理、不當得利及法律的其他規定，在當事人之間產生的特定的權利義務關係，為債權債務關係。享有權利的人是債權人，負有義務的人是債務人。」關此，除合同法及侵權責任法設有詳細規定外，無因管理及不當得利的意義、要件，僅於第八十七條及第八十八條設原則性規定，其詳細效果如何，則未見明文規定。按無因管理的構成要件，德、法、日立法例不盡相同。又不當得利涉及的問題亦甚複雜，均有待立法為之釐清。再查上開第八十六條第二項規定「法律的其他規定」，是否指基於物權、婚姻、收養或繼承所生請求權而言，尚欠明瞭。如屬肯定，與債的關係發生混淆；如係別有所指，其內容則難懸揣。特建議於立法草案附以立法理由，說明清楚，以備適用時查考。

五、得讓與之債權不限於因契約而發生者

得讓與之債權不限於因契約而發生者，例如因侵權行為而發生之損害賠償債權，被害客體為財產權者，固不待言，即如人身權被害所生非財產上之損害而以金錢賠償之請求權，已依契約承諾，或

已起訴者，亦非不得讓與〔參看施行於台灣之中華民國民法（簡稱台灣民法）第一百九十五條第三項〕。因無因管理或不當得利發生之債權亦同。本草案第三編合同法第七十九條特就因契約所生債權得讓與第三人為明文規定，至其餘類型之債權，是否亦在準用之列，立法意旨不明。

六、關於涉外民事關係的法律適用法之規定

於民法設「涉外民事關係的法律適用法」規定之立法例似不多見。¹台灣有關國際私法事項之規定係以「涉外民事法律適用法」為名，於一九五三年單獨立法，惟全文僅三十一條，內容係有關民事實體事項，與本民法草案第九編規定達九十四條者詳略不同。本草案包括本國人間發生爭執之私法上關係或該民事關係所涉標的物所在地或債務履行地在國家領域外之情形（第一條第二款）、互惠原則之採擇、訴訟程序之踐行等事項，包括民事實體及程序問題，鉅細靡遺，體系完整。其內容當否，因非本人專精，未便置喙，惟私見認為涉外民事法律之適用，屬特殊民事事件之事項，允宜單獨立法，在學術上以國際私法之名，與國際公法分庭抗禮，嗣後如為適應國際情勢之變更，有修正必要時，亦可專對此特別法為之，避免動及民法。

參、關於代理制度的立法體例

一、代理權的意義

代理為代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示或所受之意思表示直接對本人發生效力之行為（參看台灣民法第一百零

¹ 藍瀛芳，國際私法的立法趨勢，輔仁法學，第10期。又日本於明治31年（1898年）7月16日施行「法例」，規定涉外民事關係的法律。

三條第一項），代理人所為代理行為之效果直接對本人發生效力，乃因代理人與本人之間有代理關係存在。代理人本此，得依自己之意思表示，積極以本人名義為法律行為；或為本人消極受意思表示，使其法律效果直接歸屬於本人。代理人得為代理行為的法律上地位，或資格，稱代理權。本草案第一編總論、第七十六條前段係規定顯名代理，即上述代理行為之效果；同條後段則規定所謂隱名代理。二者的法律關係，原屬南轅北轍。前者為典型的代理行為；後者之適例如台灣民法第五百七十六條行紀之規定，本草案合同法編第四百十四條亦有相同規定。因隱名代理發生於各種之債，有關當事人間發生之權利義務如何，不難以其所由發生之基礎法律關係判斷，詳下述二，是草案總則編所設第五章有關代理權之規定，宜專就顯名代理為之。

二、代理權的發生

就典型代理行為言，代理權的發生原因，通常有二：一為基於法律規定而發生者；一為以法律行為授與者。前者稱法定代理、後者為意定代理。惟本草案第一編總則第七十七條第一項規定分代理為三類型：即委託代理（本草案謂委托代理）、法定代理和指定代理。委託代理為以法律行為授與代理權；法定代理和指定代理則均基於法律規定而發生代理權。然有關代理的規定，於總則編設第五章第七十五條至第八十四條；另於第三編合同法、總則、第三章合同的效力、第四十八條設無權代理、第四十九條規定表見代理，似均適用於所謂委託代理。至於法定代理，就自然人言，宜於總則編第二章第二節「監護」明定之；於法人，則於同編第三章法人第五十三條設有「法定代表人」之規定，為避免「法定代表人」與「法定代理人」發生混淆，同編第七十七條第一項規定無特別列舉法定代理之必要。又指定代理為民事訴訟法或非訟事件法規範事項，本條宜作適宜修正。

其次，代理行爲既爲代理人以本人名義所爲之意思表示或所受之意思表示直接對本人發生效力之行爲，若代理人非以本人名義爲法律行爲，而以自己名義爲之，是爲隱名代理。該法律行爲的當事人爲相對人及行爲人自己，行爲人並未爲代理行爲，即不發生代理的法律效果，該法律行爲發生之權利義務關係，當然繫屬於相對人及行爲人之間，與本人無關。第一編總則第七十六條後段規定：「以自己名義實施的民事法律行爲，由代理人承擔民事責任」，既云以自己名義爲法律行爲，則不得稱爲代理人，所謂代理人係行爲人之意。此項法律行爲應由行爲人自負其責，毋乃自明之理。問題所在厥爲此際行爲人與本人之間，應如何計算之問題。委託或行紀就此應有明文規定（參看本草案合同法編第二十一章委托合同第四百零一條、第四百零四條、第二十二章行紀合同第四百二十一條等，又台灣民法第五百四十條至第五百四十二條、第五百七十八條等），因此，於總則編設第七十六條後段規定，要無必要。

再就法定代理與意定代理（即委託代理）的共同法則言，於台灣民法第一百零三條至第一百十條設有代理人的行爲能力、代理人意思表示的瑕疵、雙方代理的禁止、代理權的限制及撤回、代理權的消滅、無權代理人的責任等規定，本草案於總則編第七十六條規定委託代理、法定代理和指定代理，倘確有必要，其共同法則如何，亦應有所交代。就本草案的立法形式言，自第七十八條至第八十三條規定係適用於委託代理；得適用於法定代理和指定代理者，僅有第八十四條規定，嫌有未足。

就第三章合同的效力所規定無權代理及表見代理言，不惟於契約（即合同）發生，於單獨行爲亦有適用，似於總則編第五章一併規定爲宜，以免割裂。對於表見代理，亦可考慮更爲詳盡的規定。

三、授權行爲的性質

授權行爲的性質素有契約行爲及單獨行爲之分。台灣民法第一