

國立政治大學法學叢書 75

跨世紀民事法理 之新思維

政治大學法學院民事法學中心
王千維 編

跨世紀民事法理之新思維

政治大學法學院民事法學中心

王千維 編

崔建遠、易繼明、蔡立東

徐婉寧、吉田邦彥、李玉璽

龍衛球、王冠璽、王千維

陳永強、吳瑾瑜

合 著

（依文章發表順序排列）

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

跨世紀民事法理之新思維／崔建遠等合著；

王千維編，-- 初版.-- 臺北市：

政大民事法學中心， 2012.11

面； 公分

ISBN 978-986-03-3902-4（平裝）

1.民事法 2.論述分析 3.文集

584.07

101020294

跨世紀民事法理之新思維

5D247PA

2012年11月 初版第1刷

編 者 王千維

作 者 崔建遠、易繼明、蔡立東、徐婉寧

吉田邦彥、李玉璽、龍衛球、王冠璽

王千維、陳永強、吳瑾瑜（依文章發表順序排列）

出 版 者 政治大學法學院民事法學中心

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 450 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 p

登記證號：局版臺業字

ISBN 978-986-03-3902-4

感謝 光華文教基金會 贊助

尋找東亞模式的民法

政大法學院民法中心在2012年4月邀請海峽兩岸和日本的學者，就民法的幾個重要問題，在臺北進行了兩天的研討，激出不小的火花，與會學者決定把修好的論文集結成冊，讓更多人分享，乃至接續討論。我除了看到文章的精妙處一再拍案外，也看到這場盛會背後的深刻意義。

以羅馬法的整理研究為基礎，19世紀的歐洲陸續出現幾部偉大的民法典，接著半個世紀，我們看到這些民法典被整套或者混搭的移植到中東歐、中南美洲，也繞過半個地球到了東亞。這些有典範地位的法典，在二次大戰後面對急遽變遷的社會，開始受到各種觀點的質疑，解法典化的理論興起，再法典化的動力也跟著凝聚。移植國家則是在移植一段時間後，很自然的湧現本土化的訴求，前社會主義國家更以法典作為重要的轉型工具，因此，到了20世紀的最後20年，一個接一個的，許多國家又把法典化或再法典化推上議程。東亞各國並不能免於這樣的律動，臺灣、日本、韓國先後開始進行再法典化的工程，中國大陸則在加入世貿組織後，也決定以十年為期，訂定一部有中國特色的民法典。

20世紀末葉歐洲國家民法的再法典化，面對的是全球化的大環境，以及回應全球化而加速的區域化發展，因此，歐洲民法學者參與再法典化的工作，幾乎都同步的參與跨國的民法共同原則研究，整個歐洲重現14世紀繼受羅馬法時期的盛況，德國學者Reinhard Zimmermann緬懷六、七百年前的歐洲有一段非常生動的描述：「法律人在這個國家完成教育，可能在另一個國家得到教席。比如偉大的法國學者Donellus就在今天屬於德國的海德堡、荷蘭的萊登和瑞士的阿特朵夫任教；義大利大儒Alberico

Gentili受聘於牛津；德國的自然法大師Samuel Pufendorf叱吒於瑞典的倫德；西班牙的大學者Antonius Perezus則活躍於比利時的魯汶……，法律不被當成只為一地制定且只在一地適用的規範，而毋寧要得到普遍的認同和適用」（Zimmermann, Towards a European civil code, 2011），今天的歐洲不止學者頻密的交流，受到更大鼓勵的是學生的遊學，波隆納宣言打破了不同高教制度形成的跨國就學障礙，這使得歐洲在新世紀展開的民法再法典化，更能植基於豐厚的知識和經驗基礎上。

有趣的是，儘管在很多領域已經走在世界的前端，東亞國家進行的再法典化，仍和一百年前一樣把眼光投向遠方的歐洲，像個永遠無法長大的孩子。沒有區域化的強大動力吸引它們對鄰國的發展付出多一點的關注，固然可以理解。但高度共同、乃至糾纏的人文歷史背景，特別是法律移植過程的深度參照，東亞國家的法律學家其實有充分的理由坐在一起，回顧整理各自的記憶，分享彼此的發展經驗和心得，一起尋找21世紀的新民法典範，日本慶應義塾大學首先提出的PACL（Principles of Asian Civil/Commercial Law）構想，便是很好的起步。從這個角度來看這本論文集，連同近幾年的多項兩岸和東亞學術交流活動，從研討會、教授的短期客座到招引學生交流的夏日學院，我們看到政大法學院的深刻用心。我衷心期盼這樣的努力可以不斷深化，透過更多面的鏡子為我們的法學提供更豐富的養分，也許就在這個世紀，東亞國家也可以在法律制度上為世界文明回饋一些東西。

司法院副院長暨政治大學法學院講座教授

蘇永欽

作者簡介

(依文章發表順序排列)

崔建遠

- 北京清華大學法學院教授兼法學院民事法研究中心主任
- 吉林大學民法學碩士

易繼明

- 北京大學法學院教授
- 北京大學法學博士

蔡立東

- 吉林大學法學院教授兼法學院副院長
- 吉林大學法學理論專業博士

徐婉寧

- 政治大學法學院助理教授
- 日本東京大學法學博士

吉田邦彥

- 日本北海道大學法學部教授
- 日本東京大學法學博士

李玉璽

- 虎尾科技大學通識教育中心助理教授
- 日本北海道大學法學博士

龍衛球

- 北京航空航天大學法學院教授兼院長、民法中心主任暨航空法名譽所長
- 中國政法大學法學博士

王冠璽

- 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
- 北京大學法學博士

王千維

- 政治大學法學院教授
- 德國杜賓根大學法學博士

陳永強

- 杭州師範大學法學院副教授兼民商法研究所副所長暨法學院智慧財產權系副主任
- 復旦大學民商法學博士

吳瑾瑜

- 政治大學法學院副教授
- 德國西柏林自由大學法學博士

目 錄

尋找東亞模式的民法

蘇永欽

作者簡介

第一編 契約法

- ◆解除效果折衷說之評論 崔建遠 3
- ◆財產權的三維價值
——論財產之於人生的幸福 易繼明 51
- ◆行政審批與權利轉讓合同的效力 蔡立東 79
- ◆僱用人保護照顧義務之具體內容
——與勞工安全衛生法的關係之比較法觀察 徐婉寧 107
- ◆日台民法學比較と近時の改正論議の問題
狀況 吉田邦彦 137
- ◆日台民法學比較及近期修法
動向 吉田邦彦著、李玉璽譯 161

第二編 侵權行爲法

- ◆中國大陸當代侵權法制的變遷與發展
——以2010年《侵權責任法》重點解讀
為契機 龍衛球 187

- ◆中國大陸精神損害賠償概念的論證
——從法人的精神損害賠償角度談起.....王冠璽243
- ◆民法上之慰撫金與名譽權之侵害王千維269

第三編 物權法

- ◆三階段物權變動論
——以不動產買賣為中心.....陳永強343
- ◆公寓大廈共用部分修繕費用分擔問題之初探吳瑾瑜367

第一編



契約法

- ◆解除效果折衷說之評論
- ◆財產權的三維價值——論財產之於人生的幸福
- ◆行政審批與權利轉讓合同的效力
- ◆僱用人保護照顧義務之具體內容——與勞工安全衛生法的關係之比較法觀察
- ◆日台民法學比較と近時の改正論議の問題状況
- ◆日台民法學比較及近期修法動向

解除效果折衷說之評論

崔建遠*

目 次

一、折衷說不符合《合同法》第97條規定的文義和規範意旨

(一)引 言

(二)折衷說與《合同法》第97條前段的規定不盡一致

(三)折衷說不符合《合同法》第97條後段的規定

二、折衷說關於解除不消滅合同及其關係之說不成立

(一)折衷說關於解除不消滅合同關係之說不符合事實與法理

(二)對折衷說關於解除不消滅合同（法律行為）之說的剖析

三、折衷說關於恢復原狀關係之說存在著難以克服的缺點

(一)不合《合同法》的文義和規範意旨，存在邏輯矛盾

(二)不合民事責任的規格

(三)性質不一，效力有異，處理的結果不當

(四)如何理解作為不當得利構成要件的「沒有合法根據」？

四、折衷說解讀《合同法》第98條的規定時存在著誤區

(一)折衷說的解讀及思路之一

(二)折衷說解讀及思路之一的邏輯缺陷

(三)折衷說也在擬制

(四)折衷說的解讀及思路之二

(五)折衷說解讀及思路之二的缺陷

(六)筆者對《合同法》第98條規定的解讀

(七)筆者理解可取性的佐證

五、折衷說機械地理解了合同與違約損害賠償之間的依存關係

(一)德國早期直接效果說的機械性

(二)韓世遠教授的歸謬

(三)對韓世遠教授歸謬的反駁

(四)合同被溯及既往地解除時，違約損害賠償存在的根據

* 北京清華大學法學院教授兼法學院民事法研究中心主任，吉林大學民法學碩士。

4 跨世紀民事法理之新思維

六、折衷說誤判了法律評價的重心

七、從利益衡量方面看折衷說的劣勢

八、折衷說關於解除權行使的行為引起物權變動之說不成立

(一)韓世遠教授的主張

(二)筆者的反駁

《中華人民共和國合同法》（以下簡稱爲《合同法》）規定的違約解除，其法律後果原則上是按照直接效果說設計的？還是符合折衷說的界定？韓世遠教授力主後者¹，筆者認爲是前者²。這種分歧不是單純的名分之爭，而是事關一系列民法制度及理論（如：物權請求權、不當得利返還請求權或恢復原狀義務、債的同一性、債的擔保等）的構成和銜接，涉及當事人之間的利益分配，甚至反映著學者對法律及其發展演變的理念；加之韓世遠教授對筆者所作《解除權問題的疑問與釋答》³有頗多商榷意見，有必要對折衷說予以剖析，從而知曉可否依據折衷說解釋中國大陸現行法。

一、折衷說不符合《合同法》第97條規定的文義和規範意旨

（一）引言

爲了使論爭有交鋒之點，免得各說各話，首先明確直接效果說和折衷說各自的涵義。直接效果說的要義爲，合同因解除而溯及地歸於消滅，尚未履行的債務免於履行，已經履行的部分發生返還請求權。⁴折衷說的要義爲，對於尚未履行的債務自解除時歸於消滅（與直接效果說相同），對於已經履行的債務並不消滅，而是發生

¹ 韓世遠：《合同法總論》，617-618頁，北京，法律出版社，2004。

² 崔建遠主編：《合同法》，3版，崔建遠執筆，198頁，北京，法律出版社，2003。

³ 崔建遠：《解除權問題的疑問與釋答》，載《政治與法律》，2005（4、5）。

⁴ Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, S.38/II; Oertmann, 2a vor S.346. 轉引自黃立：《民法債編總論》，529頁，北京，中國政法大學出版社，2002；[日]我妻榮：《債權各論》，上卷，190頁，東京，岩波書店，1954；[日]星野英一：《民法概論IV（契約）》，94頁，東京，良書普及會，1986；[日]柚木馨：《債權各論（契約總論）》，320頁以下，東京，青林書院，1956。

新的返還債務（與間接效果說相同）。⁵或曰「解除面向將來消滅債權關係（非溯及）。因此，未履行的債務當然消滅，至於已經履行的債務則產生新的返還請求權。」⁶

到底是折衷說還是直接效果說符合《合同法》第97條關於「合同解除後，尚未履行的，終止履行；已經履行的，根據履行情況和合同性質，當事人可以要求恢復原狀、採取其他補救措施，並有權要求賠償損失」的規定呢？不得不辨。

（二）折衷說與《合同法》第97條前段的規定不盡一致

折衷說一方面贊同《合同法》第97條前段關於「合同解除後，尚未履行的，終止履行」的規定，另一方面主張合同解除產生恢復原狀的債權關係，包括風險負擔的內容。風險負擔的內容，含有原物返還不可能的場合，原則上應負價格返還義務（不過，造成原物返還不能的原因可能是多種多樣的，是否應當統一地按照價格返還義務來處理，值得探討）。⁷此處所謂價格返還義務，筆者認為不太確切，因為受領人未獲價款，他本來就不享有取得價款的債權，恰恰相反，而是承擔支付價款的義務。更為要害的是，該價格確定的依據是什麼？是按照返還時的市場中間價格確定，還是由裁判者拍腦袋，抑或依據原合同約定的貨物價格確定？恐怕絕大多數情況下是後者。如此，依風險負擔規則，由受領人承擔風險時，受領人不是賠償給付人因給付物毀損滅失所受到的損失，而是承擔給付物的價款支付義務。該種價款支付義務，在依據原合同約定的貨物價

⁵ [日]我妻榮：《債權各論》上卷，190頁，東京，岩波書店，1954；[日]星野英一：《民法概論・IV・契約》，94頁，東京，良書普及會，1986。轉引自韓世遠：《合同法》，616-617頁，北京，法律出版社，2004。

⁶ [日]谷口知平、五十嵐清編集：《新版注釋民法13》，東京，有斐閣，1996年版，847頁。

⁷ 韓世遠：《合同法總論》，3版，536-537頁，北京，法律出版社，2011。

格確定的情況下，是原合同價款支付義務的復活，也可以說就是原合同約定的價款支付義務。既然是原合同的價款支付義務，就表明合同解除場合並未終止尚未履行的債務。這顯然不符合《合同法》第97條前段規定的「合同解除後，尚未履行的，終止履行。」

與此不同，按照直接效果說，合同若溯及既往地解除，可能產生生物的返還請求權、不當得利返還請求權。這兩種請求權均非原合同債務的復活。這就與《合同法》第97條前段關於「合同解除後，尚未履行的，終止履行」的規定不矛盾。

(三)折衷說不符合《合同法》第97條後段的規定

《合同法》第97條後段關於「已經履行的，根據履行情況和合同性質，當事人可以要求恢復原狀、採取其他補救措施，並有權要求賠償損失」的規定，不符合折衷說的規格要求，卻與直接效果說相一致。

之所以如此斷言，是因為該條後段並列規定了「恢復原狀」、「採取其他補救措施」、「賠償損失」三種解除的效果。依據折衷說，已經履行的債務轉變為返還債務，發生返還請求權。遵循折衷說的邏輯，該債務是同一項返還債務，韓世遠教授稱為恢復原狀義務，邏輯上不會並存著「恢復原狀」的債務和「其他補救措施」的債務。該請求權，性質和類型是同一的，而非兩種以上的權利，甚至在量的（請求返還的數額）計算上也遵循同一的規則，體系上不應當是並列的恢復原狀請求權和採取其他補救措施請求權。假如不使用「返還債務」、「返還請求權」的術語，一定要採用其他表述，那麼，一個「恢復原狀」或「返還財產」或「不當得利返還」就足夠了，添加「採取其他補救措施」完全是畫蛇添足，人為地製造混亂。如此，問題便成為，只要我們不認為立法者犯有邏輯錯誤，就應當另闢解釋的蹊徑。從《中華人民共和國合同法（建議草