

9

月旦民商法研究丛书



月旦民商法研究

侵权行为法之立法趋势

侵权

清华大学出版社

9

月旦民商法研究丛书

月旦民商法研究

侵权行为法之立法趋势

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

自中国大陆“民法通则”第106条订立“民事侵权行为”的一般性规定以来，中国在民事侵权行为议题上累积了丰富的实务经验。世界各国对于民事侵权法律规范之理论精髓和立法体系布局、侵权行为法安排在债法中的合理性规范等议题，都将继物权法后，成为我国两岸民法学者关注的焦点。本期“主题研讨”特邀约詹森林、陈聪富、米健等三位教授就侵权行为法的议题撰文讨论，以期抛砖引玉。

元照出版有限公司授权出版发行

北京市版权局著作权合同登记号 图字：01-2005-5315

版权所有，翻印必究。举报电话：010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目（CIP）数据

侵权行为法之立法趋势/王文杰主编. —北京：清华大学出版社，2006.1
（月旦民商法研究丛书：9）

ISBN 7-302-12294-6

I. 侵… II. 王… III. 侵权行为—民法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2005）第 159337 号

出 版 者：清华大学出版社 地 址：北京清华大学学研大厦
http://www.tup.com.cn 邮 编：100084
社 总 机：010-62770175 客 户 服 务：010-62776969

组稿编辑：方 洁

文稿编辑：宋丹青

印 装 者：北京国马印刷厂

发 行 者：新华书店总店北京发行所

开 本：155×230 印张：14 字数：218 千字

版 次：2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 7-302-12294-6/D·200

印 数：1~4000

定 价：24.00 元

月旦民商法研究

Cross-Strait Law Review

编辑顾问 (中国大陆)

王利明 王保树 方流芳
江 平 朱苏力 吴汉东
梁慧星 贺卫方

编辑顾问 (台湾地区)

王文宇 江朝国 林秀雄
林国全 陈自强 詹森林
刘连煜 苏永钦

主编

王文杰

副主编

申卫星 朱德芳



本书简介

随着市场经济的发展与深化，法学研究与对所处社会之关怀互动更为密切，新兴的法律议题与运用亦呈现多元之趋势，期许法学研究更为周延与可操作性已成为法学界的使命。

月旦民商法研究尝试建立一个交流的平台，提供法学界一个激荡的园地，以期开启法学研究的新视野。虽曰民商法研究，广义的私法议题都是本丛书所期待的。

前 言

在中国大陆物权法即将立法之际，如何定位侵权行为法和其在中国民事法律体系中的安排和立法讨论，将是两岸法学界下一阶段之焦点。本期“立题研讨”栏目得到台湾大学詹森林和陈聪富两位教授的支持，以客观的视野，对于中国侵权责任法草案和民法总则草案中关于民事责任之规定进行深入分析。中国政法大学米健教授亦以宏观的角度，针对大陆侵权行为规则的立法示范作出了评价。

科技发展与法律之间的交错与因应成为智能财产权法制的核心课题，政治大学冯震宇教授的《台湾智能财产权法制之发展与重要争议问题》一文，勾勒出现行台湾在此一领域发展中的争议和解决之道；公司治理的重要性已不亚于国家治理，晚近各国公司法纷纷想方设法调整既有公司法制的规范，陈彦良教授介绍了德国公司治理的最新发展，为在立法之初深受德国公司法影响的两岸公司法提供另一角度的对照；褚宸舸教授对中国劳动法中的劳动仲裁争议时效起算点有精辟的阐释。这三篇论文使“法学论述”栏目更加精彩。

本期的“两岸案例评析”，特请谢哲胜教授与关涛教授，针对高层建筑坠落物致人损害的法律責任作出分析，对于公寓或大楼集体归责的法律问题提出了精彩的剖析。

月旦民商法杂志在元照出版公司万总经理鼎力支持下，创刊已届2年，作为以开创法学研究视野、建立两岸交流平台为诉求的专业刊物，一直得到两岸诸多学者、专家的支持与鼓励。在创刊2周年之际，我们特别专访苏永钦与王利明两位教授，分享他们在民事法律研究上的心路历程。

目 录

主题研讨 侵权行为法之立法趋势

- 中国大陆民法总则草案民事责任规定之研究 詹森林/1
中国大陆侵权责任法草案之检讨 陈聪富/22
论侵权行为归责原则的两元制定式
——从罗马法到现代法的历史考察 米 健/50

法学论述

- 台湾智能财产权法制之发展与重要争议问题探讨 冯震宇/77
德国公司治理概论
——德国公司治理法典导论及内容 陈彦良/111
试评中国大陆劳动争议仲裁时效“起算点”的法律文本及其
诠释 褚宸舸/141

两岸案例评析

- 对高层建筑坠落物致害案件中集体归责问题的研究 ... 关 涛/154
高层建筑坠落物致人损害的责任 谢哲胜/168

学者专访

- 超越注释进入立论
——专访政治大学法律学系苏永钦教授 编辑部/181
许民法学一个宏观的未来
——专访中国人民大学法学院王利明教授 编辑部/188

会议综述

- “民法法典化与反法典化国际研讨会”会议综述
..... 张礼洪 韩 强/194

Contents

Special Feature The Study of Chinese Tort Liability Code

- Civil Liability under the Draft of General Principles
of the Chinese Civil Code *Sheng-Lin Jan*/1
- A Comment on the Draft of Chinese Tort
Liability Code *Tsung-Fu Chen*/22
- On the Dualism Criterion of Tort Liability:
A Historical Study from the Roman Laws to
the Modern Laws *Jian Mi*/50

Articles

- Fundamental Development & Major Outstanding
Issues of Taiwan's Intellectual Property
Laws *Jerry G. Fong*/77
- A Compendium of the German Corporate
Governance *Yen-Liang Chen*/111
- Comment on Text and Interpretation of Starting-point
in Labour Dispute Arbitration Limitation of Time
in Mainland China *Chen-Ge Chu*/141

Case Comments

- Case Comments Concerning Collective
Liability Resulting from Falling Objects
from High Buildings *Tao Guan & Jer-Sheng Shieh*/154

Interview with Masters

- Interview with Prof *Yeong-Cin Su & Li-Ming Wang*/181

Conference Review

Conference Summary on the “International Symposium on Codification and De-codification of Civil Law”	<i>Li-Hong Zhang & Han Chiang</i> /194
--	--

中国大陆民法总则草案民事责任规定之研究

詹森林 台湾大学法律学院科际整合法律研究所教授

目次

- 壹、前言
- 貳、“民事责任”草案要旨
- 叁、不必要的重复规定
 - 一、总则编的立法功能
 - 二、重复的条文
 - 三、重复规定的原因与解决方法
- 肆、民事责任请求权基础——民法草案总则编第 92 至 94 条的分析检讨
 - 一、违约责任——民法草案的违约责任请求权基础
 - 二、侵权责任
 - 三、总则编草案第 92 至 94 条的适用疑义与存在价值
- 伍、违约责任与侵权责任的竞合关系——民法草案总则编第 95 条的分析检讨
- 陆、民事责任的独立性、优先性与强制执行——民法草案总则编第 96 至 98 条的分析检讨
 - 一、草案内容
 - 二、民事责任独立性
 - 三、民事赔偿责任优先性
 - 四、民事责任的强制执行
- 柒、结语

壹、前言

民法，乃私人相互间身份及财产权利义务关系的规范，并以当事人的平等地位与自主性格为特征。由于民法系适用于所有私人，并规定债、物权、亲属、继承等一切私法关系，又系无特别规定时即应适用的法规，故民法乃私法之基本法（das privatrechtliche Basisgesetz/Grundgesetz des Privatrechts）^{〔1〕}。

中国大陆在 1979 年实施改革开放政策以后，积极从事各项立法，其中与私法有关而最重要的民事基本法典，乃 1986 年 4 月 12 日公布，1987 年 1 月 1 日施行的民法通则，及 1999 年 3 月 15 日公布，同年 10 月 1 日施行的合同法。

民法通则及合同法的施行，建立了中国大陆现代民事法的基础，不但在国内法上，意义深远，在比较法上，亦广受瞩目^{〔2〕}。

民法通则内容非常简要，以民事权利和民事法律行为为核心概念^{〔3〕}，相较于其他国家之民法典，最具特色者，在于民法通则以第六章就“民事责任”设专门规定，又分为“一般规定”、“违反合同的民事责任”、“侵权的民事责任”、“承担民事责任的方式”等四节^{〔4〕}。

2002 年 12 月 17 日的中国大陆民法草案中，就前述民法通则第六章“民事责任”之规定，经整理归类后，分别予以纳入第一编总则之第七章“民事责任”、第三编合同法之第七章“违约责任”及第八编侵权责任法各章之中。

本文以 2002 年 12 月 17 日之民法草案总则编第七章“民事责任”及

〔1〕 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 1, Rn. 47 ff.

〔2〕 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, § 20 III, S. 287 (English version translated by Weir, Introduction to Comparative Law, 3rd ed, 1998, V 20, 293); Epstein, The Evaluation of China's General Principles of Civil Law, 34 AM J. COMP. L. 705 (1986)。

〔3〕 王泽鉴，中共民法通则之侵权责任：比较法之分析，民法学说与判例研究（六），1992 年，285 页。

〔4〕 德国民法并无“民事责任”之明文规定。此外，同样属于大陆法系，并且也深受德国民法立法、学说或实务影响的日本、瑞士、奥地利等国家及中国台湾的民法，亦无专门的“民事责任”条文。

其相关规定为范围，综合说明，并尝试提出修正建议，以供各界参考。

贰、“民事责任”草案要旨

中国大陆民法总则草案第七章民事责任共有 7 个条文，其内容要旨分别为：

(1) 第 92 条揭示自然人及法人就其违反合同义务或者不履行其他义务之行为，应当承担民事责任（相当于民法通则第 106 条第 1 款）。

(2) 第 93 条规定承担民事责任的 10 种方式（相当于民法通则第 134 条第 1、2 款）。

(3) 第 94 条规定不可抗力原则上可以作为不承担民事责任的免责事由（相当于民法通则第 107 条）。

(4) 第 95 条规定违约责任与侵权责任的竞合关系（民法通则中，并无相当的条文，但合同法第 122 条有类似规定）。

(5) 第 96 条规定同一行为应承担刑事、行政责任者，不影响民事责任的承担（相当于民法通则第 110 条）。

(6) 第 97 条规定同一行为同时发生民事赔偿、行政罚款及刑事罚金责任，而行为人财产不足支付全部金额时，民事赔偿责任优先其他两项责任（民法通则与合同法，均无相当的条文）。

(7) 第 98 条规定民事责任人有抽逃资金等情形逃避民事责任者，人民法院得依权利人申请，将其情形予以公告，并得采取限制其高消费的必要措施（民法通则与合同法，均无相当的条文）。

叁、不必要的重复规定

一、总则编的立法功能

立法技术上，总则编之主要功能，在于就其他各编所牵涉之共通事项，归纳其法理后，于总则编中予以明文，从而不再就该共通事项，于其他各编规定，以免重复〔5〕。

〔5〕 王泽鉴，民法总则，2000 年 9 月，28 页；MünchKomm-Säcker, 4. Aufl., 2001, Einl. Rn. 21.

例如：买卖、租赁、移转所有权、设定抵押权、订婚、结婚等双方当事人所缔结之契约，及免除债务、抛弃继承等一方当事人所为之单独行为，皆属于所谓“法律行为”，其当事人都需有权利能力与行为能力，且均以健全之意思表示为要素，并都不得违反强行法规及公序良俗。

因此，立法者遂就权利能力、行为能力、意思表示、法律行为之合法及妥当等共通事项，在总则编中以“法律行为”加以明文规定，而在债编之买卖、租赁及免除债务，物权编之移转所有权及设定抵押权，亲属编之订婚及结婚，继承编之抛弃继承中，即无须就前述事项，于各该契约或单独行为，又逐一重复规定。台湾“民法”总则编第二章（人）第一节（自然人）之第6至15条，及第四章（法律行为）第一节（通则）、第二节（行为能力）、第三节（意思表示）之第71至98条，即为如此。中国大陆民法草案总则编第二章（自然人）第一节（民事权利能力和民事行为能力）第10至16条，及第四章（法律行为）第一节（一般规定）、第二节（意思表示）、第三节（民事法律行为之效力），亦无不同。

换言之，总则编具有提纲挈领的立法功能，故立法技术上，应注意者为：

- （1）总则编之规定，应属可以适用于其余各编所规范之事项。
- （2）总则编规定与其余各编规定相互之间，应避免重复。

二、重复的条文

2002年12月17日之民法总则草案第七章民事责任规定，有些条文与同一草案合同法编及侵权责任法编的规定，几乎完全相同，显然重复。

例如：

- （1）民法总则编草案第92条规定：“自然人、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。”然而，同草案第三编合同法第七章“违约责任”第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”；此外，同草案第八编“侵权责任法”第一章第1条第1款规定：“由于过错侵害他人人身、财产的，应当承担侵权责任。”比较前述三个条文，明显可见，总则编第92条规定，系属重复。

(2) 民法总则编草案第 93 条规定：“承担民事责任的方式主要有：①停止侵害；②排除妨碍；③消除危险；④返还财产；⑤恢复原状；⑥修理、重作、更换；⑦赔偿损失；⑧支付违约金；⑨消除影响、恢复名誉；⑩赔礼道歉。以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”然而，同草案第八编侵权责任法第 4 条第 1、2 款关于承担侵权责任方式的规定，与上述总则编草案第 93 条，毫无两样。而且，民法草案第四编人格权法第 5 条又有类似规定。

(3) 民法总则编草案第 94 条规定：“因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，但法律另有规定的除外。”惟同草案第三编合同法第 117 条第 1 款前段规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。”总则编草案第 94 条规定，相较于合同法草案，文义上固有些微差异，实质上则无任何不同。另外，第八编侵权责任法第 2 条亦规定“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担侵权责任”，本条规定与总则编草案第 94 条应如何调和，亦有疑义。

(4) 民法草案总则编第 95 条规定：“当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受害人可以选择要求违约方承担违约责任或者侵权责任”，而同草案第三编合同法第七章“违约责任”第 122 条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”以上二者，显然亦为重复之规定。

三、重复规定的原因与解决方法

前述重复规定的发生，肇因于民法草案总则编主要参考民法通则，而民法草案合同法编则更全部来自“合同法”。

民法通则制定时，有意在该“通则”中规范一切民事法律关系事项^{〔6〕}，而违约责任与侵权责任乃民事责任两大体系，当然应同时纳入民法通则之中；故民法通则第六章之民事责任条文，遂既有违约责任，亦有侵权责任的规定。

合同法制定时，关于违约责任部分，该法系在民法通则，及经济合

〔6〕 Zheng, *China's New Civil Law*, 34 AM. J. COMP. L. 669, 670 (1986) .

同法〔7〕、涉外经济合同法〔8〕、技术合同法〔9〕(合称“合同三法”)规定的基础上,进一步完善违约责任制度〔10〕,乃在该法第七章详尽规定违约责任一切事项。合同法于1999年10月1日施行后,依该法第428条规定,前述经济合同法、涉外经济合同法及技术合同法,固然同时废止,但民法通则仍然继续有效,故合同法中之“违约责任”规定,与民法通则中之“民事责任”规定,不免出现内容重复情形。

如今,民法通则规定成为民法草案总则编的立法蓝本,而合同法规定又全部成为民法草案合同法编的内容,则前述“民事责任”重复规定的现象,当然持续存在。

如前所述,立法技术上,总则编规定与其余各编规定相互之间,应避免重复。因此,民法草案各编之间,就“民事责任”的重复规定情形,应予检讨,并为调整。

肆、民事责任请求权基础——民法草案总则编

第92至94条的分析检讨

2002年12月17日的民法草案总则编第92条规定:“自然人、法人违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任”,第94条规定:“因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的,不承担民事责任,但法律另有规定的除外”,第93条则规定10种承担民事责任的方式。

单就此三条文而言,似乎显示,民法草案规定的民事责任,系采“无过错责任原则”,亦即自然人或法人违反合同或不履行其他义务者,不论其有无过错,都应该承担民事责任(第92条);仅在不能履行合同或造成他人损害,系因不可抗力所致之情形,行为人始能免除民事责任(第94条)。行为人不能免责者,即应承担单独或并用的民事责任(第93条)。

然而,民法草案第92至94条的规范功能,应从其得否作为请求权

〔7〕 1981年12月13日公布,次年7月1日施行。

〔8〕 1985年3月21日公布,同年7月1日施行。

〔9〕 1987年6月23日公布,同年11月1日施行。

〔10〕 胡康生,《中华人民共和国合同法草案的说明》,《中华人民共和国合同法立法资料选》,法律出版社,1999年,6页;崔建远,《合同法》,法律出版社,1999年,9—13页。

基础观察。以下分从违约责任与侵权责任,进一步说明之。

一、违约责任——民法草案的违约责任请求权基础

民法草案以第三编合同法共 454 个条文,规范合同相关权利义务。

民法草案的合同法,全部内容系由 1999 年 10 月 1 日施行的合同法共二十三章规定^[11],以及另再增订的第二十四章“保证合同”,一起组成。

民法草案合同法编第 123、124 条分别规定:“其他法律对合同另有规定的,依照其规定”、“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定”。依照前述规定,可以得知,关于合同的权利义务关系,其法规适用顺序如下:

(1) 最优先者为其他法律规定,例如海商法第 51 至 53 条、保险法第 27、36、45 条及第 64 至 66 条、民用航空法第 125、126 条、产品质量法第 41 条等关于免责事由的规定^[12]。

(2) 次优先者为民法草案第三编合同法分则各章。

(3) 最后应适用者为民法草案第三编合同法总则条文。

因此,凡欲主张民法草案的违约责任者,应先就其他法律或合同法草案分则共 24 章规定中,寻找有无具体可用的特别规定;无此具体特别规定时,则应适用该合同法草案总则的一般规定。

所谓民法草案违约责任的特别规定,例如:在买卖合同,如于交付前,已经可以确定标的物质量不符合质量要求,致使不能实现合同目的者,应优先适用合同法草案第九章“买卖合同”第 148 条,故买受人可以依该条前段规定,拒绝接受标的物或解除合同。如出卖人交付标的物后,发现该物不符合质量要求,则应优先适用民法草案合同法编第九章“买卖合同”第 155 条,故买受人得依照同法第 111 条规定,要

[11] 惟合同法第 428 条关于该法施行日期与废止《经济合同法》、《涉外经济合同法》及《技术合同法》的规定,因对于民法草案并无意义,故于民法草案第 3 编合同法中,并不予纳入。

[12] 参见厦门大学法学院民商法教研室,民法典草案修改意见稿(上),2003 年 6 月 27 日,311 页。

求出卖人承担违约责任；亦即要求出卖人依双方约定方式承担违约责任，无约定、或约定不明确又不能依同法第 61 条确定者，则买受人得合理选择要求出卖人承担修理、更换、重作、退货、减少价款等违约责任^[13]。

至于民法草案违约责任的一般规定，则系指民法草案合同法编第 107 条而言。该条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”。但应同时注意者，依合同法草案第 117 条规定，不可抗力可以作为免责事由。此外，合同法草案分则各章，亦定有其他免责事由，例如：客运运输合同上的旅客自身健康原因或旅客故意、重大过失行为（合同法草案第 302 条第 1 款但书）、货物运输合同上的货物本身自然性质或合理损耗，及托运人、收货人的过错（合同法草案第 311 条但书）、仓储合同上仓储物性质、包装不符约定或超过储存期（合同法草案第 394 条第 2 款）等。

因此，依据合同法草案第 107 条及该草案免责事由的规定，只要债务人客观上有不履行其合同义务或履行合同义务不符合约定的情形，而又无免责事由存在时，即应对债权人承担违约责任，至于债务人主观上就其不履行义务或履行不符合约定，是否有故意或过失，则无关紧要。一般因而认为^[14]，中国大陆合同法的违约责任，原则上系采用英美法及 1980 年联合国统一买卖法第 45、第 61 及第 79 条^[15]的严格责任，而非

[13] 在台湾，出卖人交付之标的物有瑕疵时，依“民法”第 359 条规定，不论出卖人就该瑕疵之发生有无故意或过失等可归责事由，买受人均得解除契约或减少价金；另依“最高法院”1988 年第 7 次民事庭会议决议，如该瑕疵系于买卖契约订立后发生，且可归责于出卖人者，则买受人得依债务不履行规定，拒绝受领标的物，并主张买卖价金的同时履行抗辩。

[14] 梁慧星，从过错责任到严格责任，民商法论丛，8 卷，法律出版社，1997 年，1 页；崔建远，合同法，法律出版社，2000 年，252 页；王利明，我国合同法中违约责任的归责原则，民商法研究，5 辑，法律出版社，2001 年，451、466 页；张玉卿、葛毅主编，中国合同法比较法案例分析，中国商务出版社，2003 年，52 页。

[15] 联合国统一买卖法（CISG）第 45、61 条分别规定出卖人及买受人不履行该法所定之义务时，买受人及出卖人得主张该法所定违约救济的权利。该法第 79 条则规定，有该条所定之免责事由者，当事人不负违约责任。参见：Enderlein/Maskow, INTERNATIONAL SALES LAW 173, 233, 319 (1992); Schlechtriem/ Huber (Translated by Thomas), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 1998, Art. 45 Rn. 10; Failure to perform not dependent on fault or circumstances within the seller's control.