

# 民法学说 与判例研究

第四册

王泽鉴 著

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-3925

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究·第四册/王泽鉴著. —北京:北京大学出版社, 2009.12

(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-15800-5

I. 民… II. 王… III. ①民法-法的理论-研究 ②民法-审判-案例-研究  
IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第167438号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

民法学说与判例研究·第四册,王泽鉴著

2005年1月版

书 名:民法学说与判例研究·第四册

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:侯春杰

标准书号:ISBN 978-7-301-15800-5/D·2410

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者:三河市欣欣印刷有限公司

经销者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 16.5印张 257千字

2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷

定 价:30.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

# 总 序

拙著民法研究系列丛书包括《民法学说与判例研究》(八册)、《民法思维:请求权基础理论体系》、《民法概要》、《民法总则》、《债法原理》、《不当得利》、《侵权行为》及《民法物权》,自2004年起曾在大陆发行简体字版,兹再配合法律发展增补资料,刊行新版,谨对读者的鼓励和支持,表示诚挚的谢意。

《民法学说与判例研究》的写作期间长达二十年,旨在论述1945年以来台湾民法实务及理论的演变,并在一定程度上参与、促进台湾民法的发展。《民法思维:请求权基础理论体系》乃在建构请求权基础体系,作为学习、研究民法,处理案例的思考及论证方法。其他各书系运用法释法学、案例研究及比较法阐述民法各编(尤其是总则、债权及物权)的基本原理、体系构造及解释适用的问题。现行台湾“民法”系于1929年制定于大陆,自1945年起适用于台湾,长达六十四年,乃传统民法的延续与发展,超过半个世纪的运作及多次的立法修正,累积了相当丰富的实务案例、学说见解及规范模式,对大陆民法的制定、解释适用,应有一定的参考价值,希望拙著的出版能有助于增进两岸法学交流,共为民法学的繁荣与进步而努力。

作者多年来致力于民法的教学研究,得到两岸许多法学界同仁的指教和勉励,元照出版公司与北京大学出版社协助、出版发行新版,认真负责,谨再致衷心的感谢。最要感谢的是,蒙神的恩典,得在喜乐平安中从事卑微的工作,愿民法所体现的自由、平等、人格尊严的价值理念得获更大的实践与发展。

王泽鉴

二〇〇九年八月一日

# 目 录

法学上之发现 .....	(1)
无效法律行为之撤销 .....	(18)
纯获法律上之利益 .....	(27)
“民法”第 113 条规范功能之再检讨 .....	(41)
土地重划完毕,所有权状换发后出卖人应即办理所有权移转 登记 .....	(57)
债之关系的结构分析 .....	(62)
出卖他人之物与无权处分 .....	(96)
再论“出卖他人之物与无权处分” .....	(106)
二重买卖 .....	(114)
为被害人支出医药费、无因管理及代位 .....	(127)
法定扶养义务人为被害人支出医药费之求偿关系 .....	(133)
互开支票利用未能兑现与不当得利 .....	(145)
出租他人之物、转租与不当得利 .....	(154)
添附与不当得利 .....	(163)
对未出生者之保护 .....	(179)
侵害生命权之损害赔偿 .....	(205)
因侵权行为负债务者之拒绝履行权及不当得利请求权 .....	(221)
抛弃继承与诈害债权 .....	(233)
税捐、工资与抵押权 .....	(243)



# 法学上之发现\*

此为 Hans Dölle 教授在第 42 届(1958 年)德国法学家年会的专题演讲。原文为 Juristische Entdeckungen, 旨在说明法学上发现的意义, 并就代理权授予、缔约上过失、形成权、法律上双重效果、积极侵害债权、国际私法上法律关系本据说及定性等问题, 作个案的阐释。原文用词优美, 颇富哲理性, 流传甚广, 备受赞誉, 特予译出, 以供学者参考。惜余欠文学修养, 译文不雅, 希读者原谅。Dölle 教授再三肯定法学理论的人文卓越贡献, 吾人固深受鼓舞及激励, 但 Dölle 教授又感伤地谈到每一位法学者所遭遇的命运: “他的创见于开始之际, 被讥为异端邪说, 最后则被贬为陈腔滥调, 他所享有的, 只是在此两极之间短暂胜利的喝彩。”伟大法学上的发现, 尚且如此, 吾人所从事之法解释学上零碎的研究, 终必掩盖尘埃, 成为废纸, 企望片刻的拍手, 亦不可得, 其可自我慰藉者, 乃是尽其些微心力, 共同参与追求真理的漫长行列而已!

## 一、概 说

在德国法学家年会中, 宣布将以“法学上的发现”作为专题演讲的题目, 必然会引起一些诧异和陌生的感觉, 这是可以理解的。因为“法学上的发现”这个概念, 究何所指, 与法律具有何种关系, 初视之下, 诚难了解。谈到“发现”, 大家通常都会想到自然科学的领域。如所周知, 自然科学上的发现, 在于找出自然领域中尚未为人所知的现象或法则。放射线及原子分裂的发现, 就是最显著的例子。然而, 对我们所研究的法学而言, 所谓“发现”, 究竟具有何种意义?

---

\* 本书中法律条文如无特别注明, 皆为台湾地区现行“民法”之规定。——编者注

我个人深信,法学界亦有真正的发现,并且认为从此项观点去了解那具有持续性认识作用的法学上高度成就,实在深具意义。关于此点,在我对自然科学上的发现与法学上发现的本质加以比较之后,将益臻明显。

关于自然科学的发现,必须区别基于观察而为之发现,以及基于认识(Erkennen)而为之发现。一个动物学家找到了某种不为人知的动物时,无疑,有了一个发现,因为他观察到以前未曾见过、一般被认为不存在的事物。我们称之为观察行为(Akt des Wahrnehmens),绝无贬低其价值的意义。要从事观察,必须具备专门的知识、敏锐的思考及综合判断的能力。自然科学如此,社会科学亦不例外。Niebuhr于1816年在意大利Verona城的一个图书馆,发现了罗马古典时期大法学家盖尤斯的巨著《法学阶梯》时,也有了一个真正的发现,为我们的科学,尤其是法制史及法学理论上的认识,发掘到一些基本而一直为人所不知的材料,这确实是一项具有重大价值、辉煌成就的观察行为。但是,这种性质的发现并不是法学上固有意义的发现,它只是支持我们对于法学的认识,其本身并未直接产生作用。关于这类发现,在此不拟详加论述。

我所要说明的是,那些基于思辨行为(spekulative Akte)的发现。这类发现使我们能够认识到迄至目前尚未被人知悉的特定规则上的关联。对自然科学而言,此种研究性的思辨,究竟利用实验或其他方法以得到其结果,并无不同;它的成果在于使某种自然现象的本质获得解释,可以依据一个基本命题(或假设),将所有现象组成一个没有矛盾的概念世界,我们称之为自然法则。在法律学方面,是否亦可发现相类似的规则?其答案应属肯定!

法律人处理问题时,善用类推适用。所谓类推适用,系指某法律规定的构成要件与需要判断的事实,基本上相类似时,应将前者的法律效果适用于后者,以达到合乎法律规范意旨的妥适结果。关于我们所讨论的问题,也可以采用这种方法加以处理。因此,所应探讨的是,什么是发现的本质?

显然,发现的本质不在于其客体,也不在于对那隐藏于特定领域中规则的发掘。发现的本质在于发现行为本身,也就是在于那阐释迄至目前为止在人文精神上仍属幽暗不明的洞烛力。假设此一见解无误,则亦有

法学上的发现,殆无疑问<sup>①</sup>,若干具有创设性法学上的成就,指引着我们去认识法律现象上特定的关联及本质规则。诚然,法律现象与自然事态不同,全属规范性质,整个法律领域,乃是人类意志和当为(Sollen)的产物,为文化的一个部门。因此,法律领域内的发现与自然科学的发现不同,系属当然,但此实无害于发现的本质,二者均属于一种创造性的认识行为。所谓发现,必须具备两个构成因素:第一,须有某种程度的自发性,可以使我们了解发现者的具体成就系属一种具有独立性、足以促进认识的行为;第二,须具有某种程度的作用,可以使我们基于此种新的认识将我们的思考置于新的基础之上,而指示其新的发展途径。此二项要求,对自然科学的发现与人文科学的发现,均有适用余地。惟必须承认的是,“发现”与那些不具充分自发性或效果的认识,有时难以划分界限。此种情形绝难避免,只能由个人去判断,但是众所公认具有发现性质的事例甚多,以下拟就我所熟悉的民法和国际私法的领域中,举出实例数则加以说明。

## 二、Laband 关于代理权授予及其基础关系之理论

关于我所要说明的第一个事例,是否确实可以称为法学上的发现,或许值得怀疑,因为它所涉及的,并不是对向来完全隐藏的法学上的规则作了一个全属自发性的、崭新的、令人惊奇的阐释,而是一个长期以来早已飘浮于空中的理论,如今终于经由一位学者的说服力及其敏锐的表达方式,而使我们对它有所认识,不再怀疑其提出命题的正确性。我所指的是 Laband 于 1866 年在《商事法杂志》(Zeitschrift für Handelsrecht)上发表的论文中所论述的“代理权授予及其基础关系之区别”(Unterscheidung der Vollmacht von dem ihr zugrunde liegenden Verhältnis)。简言之,也就是代理权授予及委任(Auftrag)的区别。<sup>②</sup> 如所周知,罗马法学家始终未能提

<sup>①</sup> Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II 2. 6./7. Aufl. (1923), S. 370, 曾将那具形成性的法学理论构成称为发明(Erfindung),并认为其任务在于适当地形成法律上之各种制度。

<sup>②</sup> Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Zeitschrift für Handelsrecht 10(1866), S. 183ff. 译者附注:关于代理权授予独立性之基本问题,参见梅仲协:《民法要义》,第 103 页。

出一个关于代理权授予的抽象概念。<sup>①</sup> 对于罗马人的法律生活而言,代理的思想,虽非全属陌生,但是在私法交易上最重要的领域——债之契约,迄未建立直接代理制度。“代理”的概念既属欠缺,代理权授予的理论,自然无从发展。在德国普通法上,于19世纪之后,代理制度虽然已为习惯法所承认,惟当时学说认为代理系其基础法律关系的外部层面,应受规范此一基础关系规定的支配。依此见解,代理权授予及内部执行职务权限乃同其范围,同其期间。意定代理通常亦被认为是委任关系的外部行为。<sup>②</sup> 因此,依昔日的学说,代理、代理权授予及委任契约殆属同一意义,认为代理权的授予恒以委任契约为其基础,与之同时成立或消灭,普鲁士邦法、奥地利民法及法国民法都采此传统的见解。<sup>③</sup>

Rudolf von Jhering 首先强调委任与代理的并存在其本质上纯属偶然,受任人无代理权者有之,代理人未受委任者亦有之。<sup>④</sup> Jhering 虽然有此认识,但仍认为委任是意定代理唯一可想象的发生原因,迄未能摆脱代理权授予和委任是一物两面的传统观念。<sup>⑤</sup>

在德国商法典(Das Deutsche Allgemeine Handelsgesetzbuch)制定之后,德国学者才开始认识到,代理权的授予,就其发生、范围及存续期间而言,实在可以从构成其基础之事务执行关系中脱离出来,因此也感到传统见解未尽妥适,必须放弃将代理权与基础关系视为“一体”的理论。Laband 是当时倡导此项新学说的发言人。他阐释了当时已被感觉到、多少已有认识,但是迄未为众人所确认的基本论点。假如没有德国商法典的规定以及此一法典立法者的准备资料,Laband 必然无法提出委任与代理权应予区分的证据。Laband 亦利用此机会澄清了长期以来为人所误认的关于无因管理及无权代理的差异。<sup>⑥</sup> 惟应注意的是,Laband 认为代理

① Hupka, Die Vollmacht(1900)S. 7f.

② Glück, Pandekten xv(1813), S. 239ff; Puchta, Pandekten, 12. Aufl. (1877), § 32.

③ Preußisches Allgemeines Landrecht(普鲁士邦法)113 § 6: “Die Willenserklärung, wodurch einer dem anderen das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt”(授予他人有为其执行事务权利之意思表示,称为委任或代理权)。《奥地利民法》(Österreichisches. AGBG) § 1002 及《法国民法》(Französischer Code Civil)第1984条均设有类似规定。

④ JheringsJahrb. I (1857)S. 312.

⑤ Hupka, S. 12.

⑥ Laband, S. 207, 229ff.

權的授予不是基於單獨行為，而是基於一個應與基礎關係區別的代理權授予契約（Bevollmächtigungsvertrag）<sup>①</sup>，顯然的，在此種見解中尚殘存著傳統“代理權與委任一體性”的看法，由此可知，要克服根深蒂固的觀念，是如何的困難！

當我們從在此所討論“發現”的觀點去省察此項法律理論發展史的過程時，一方面認為它欠缺必要的自然性，一方面或會提出如下的疑問：代理權與基礎關係的分离，係以一項確信作為前提條件，即此二者所涉及的，是兩種不同的法律現象，其經由新的認識所修正的，僅是其彼此間的相互結合關係，或是此項結合的本質必要性而已。此項論點雖屬正確，但問題並非如此簡單。顯然，我們必須認為真理的發現是一個漸進的精神過程，許多人參與其間，首先是對代理權與其基礎關係相互關聯性產生懷疑，最後終於獲得了一項認識，即：前者係法律上之能權（das rechtliche Können），在一定的條件下，得直接對另一法律主體產生一定的法律效果；後者（基礎關係或內部關係）則在決定某人得以直接效力為他人計算而行為，使該他人因此對行為人取得權利或負擔義務。我們可以這樣說，Jhering 首先闡明代理權與委任的區別，Laband 則強調此兩個法律現象彼此間的獨立性。<sup>②</sup> 誠然，丹麥法學家 Örstedt 對代理權授予與委任間的關係，曾提出一個較當時學說為精確的區別。<sup>③</sup> 但是也只有等到 Laband 的論文發表之後，北歐傳統的委任說（Mandatsstheorie）始被克服。此種新的認識影響深遠，遍及全球。瑞士民法及德國民法<sup>④</sup>固不必論，日本、瑞典、丹麥、挪威、芬蘭、波蘭、意大利、希臘、捷克等國或地區的民法和台灣地區現行“民法”亦均採取新的理論。<sup>⑤</sup> 英國法及美國法雖然也區別代理權授

① Laband, S. 208. 譯者附注：關於代理權授予的各種理論，尤其是代理權授予契約說，參見洪遜欣：《民法總則》（1967年修訂初版），第451頁。

② 參見 Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955), S. 2 Anm. 7, 8.

③ Örstedt, Handbuch über die dänische und norwegische Gesetzeskunde VI (1835), S. 1ff.

④ 參見《德國民法》第164條以下，《瑞士債務法》第32條以下。

⑤ 參見 Müller-Freienfels, S. 2-3 Anm. 13-22 所附之資料。譯者附注：現行“民法”關於代理權之規定計有第103條至第110條，第167條以下。第167條規定：“代理權係以法律行為授予者，其授予應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。”立法理由略謂：“查民律草案第221條理由謂授予意定代理權之行為，是有相對人之單獨行為，非委任，亦非他種契約也。”由此可知，現行“民法”已嚴格區別委任與代理權授予，並明定代理權之授予系屬單獨行為。詳見胡長清：《中國民法債編總論》，第66、67頁。

予及其基础关系<sup>①</sup>，但是尚未能贯彻 Laband 所提出的代理权授予无因性理论。大陆法系国家和地区，例如法国及奥地利<sup>②</sup>，在立法上虽受传统“一体说”的影响，但判例及学说均致力于扬弃传统见解，采取于法典实施后新创设在法律上并无拘束力的理论。<sup>③</sup>

基上所述，可知关于代理权的真正本质及其与基础行为间正确关系的发现，最初虽遭到强烈的异议<sup>④</sup>，今天则已征服了全世界。所应注意的是，此项领域的发展，并非停滞不进，对表面上稳定的理论，仍须经常加以检讨，尤其是关于中性行为之理论。<sup>⑤</sup> Müller-Freienfels 曾致力于证明在代理权授予及以其为基础由代理人所缔结之法律行为间存在着某种特殊的、法律判断上极具重要性之关联。<sup>⑥</sup> 我们必须要以将来获得的新认识来修正目前的论点，这就是科学本质的所在。然而不能不特别强调的是，假若没有代理权本质的“发现”，其后的发展，殆难想象。

### 三、Jhering 关于缔约上过失的理论

现在我所要讨论的第二个法学上的发现，是关于 Jhering 的“缔约上过失”（*culpa in contrahedo*）。此所涉及的问题是，一个法学家秉其分析天才，受其正义感的驱使与强烈社会认知能力的指引，对特定生活事实的法律判断获得一个崭新的理论，因而使我们能对那看来正被根深蒂固的观念及实定法的规定所排除的，给予公平合理的结果。Franz Wieacker 在论及 Jhering 的伟大法学理论上的发现时，亦将“缔约上过失”列为其中之一。<sup>⑦</sup> 关于“缔约上过失”，每一个德国读法律的人皆耳熟能详，在此仅作简单的说明。

① 参见 Müller-Freienfels, S. 3 Anm. 23。

② 参见本书第 4 页注③。

③ Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil français* VI (1930), Nr. 55; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil* I (1953), Nr. 104; Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 2. Aufl. (1951) II S. 271; Klang(-Swoboda), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* II 2(1934), Anm. IV zu § 1002.

④ 参见 Hupka, S. 13ff.

⑤ Dölle, *Neutrales Handeln im Privatrecht; Festschrift für Fritz Schulz* II (1951), S. 268ff.

⑥ 参见 Müller-Freienfels, S. 8。

⑦ Wieacker, *Rudolf v. Jhering, Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage*(1942), S. 19. 20.

从现代(法典化)法律的观点而言,应该承认如下的原则,即:于缔约之际,尤其是在缔约谈判过程中,一方当事人因可非难的行为侵害他方当事人时,应依契约法原则(而非依侵权行为规定)负责,至于契约是否成立,此一可非难的行为与契约内容是否有关,均所不问。此点于因使用人或代理人肇致损害的赔偿、消灭时效、举证责任、责任标准以及履行利益或信赖利益的赔偿,关系重大。在 Jhering 于 1861 年发表其有关缔约上过失(契约无效或不成立之损害赔偿)的论文以前<sup>①</sup>,虽已有学者对此问题迭加注意,若干德意志邦法典亦设有关于当事人于缔约时因其行为所生法律效果的规定<sup>②</sup>,但一直到 Jhering,才开始将它当作一个基本问题加以研究,而且从历史及理论的观点详加论述,强调基于缔约行为在当事人间产生了一种法律关系,可以由之而导出必要的推论,而获得合理的结果。有学者认为,Jhering 的推论专凭己意,解释资料不是依其客观的内容,而是依其主观所欲达成的意欲。<sup>③</sup> 此项批评,自有所据,惟依吾人之所信,此非问题关键之所在,重要的是,Jhering 发现了一项规则,即:于契约成立以前,在特定要件下缔约当事人已进入一个具体的而且可以产生权利义务之债的关系,其责任标准应依当事人所订立或所欲订立的契约决定之。如所周知,德国判例学说曾致力于为此种债之关系的成立,寻求一个令人满意的理论依据。最初偏向于拟制当事人意思表示,今则终于肯定当事人因其缔约行为而产生了一个类似契约的信赖关系,并属于法定债之关系。<sup>④</sup> Jhering 阐释了一个极为重要的观念,即侵权行为法仅适用于尚未因频繁社会接触而结合之当事人间所生的摩擦冲突;倘若当事人因其社会接触,自置于一个具体的生活关系中,并负有互相照顾的具体义务时,则法律应使此种生活关系成为法律关系,使当事人互负具体的

① Jhering, *Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträge*, *JheringsJahrb.* 4(1861), S. 1ff. 译者附注:关于“缔约上过失”之基本理论及发展趋势,请参见拙著:《缔约上之过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

② 参见 Jhering, S. 45ff.

③ Mommsen, *Die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen (Erörterungen aus dem Obligationenrecht II, 1879)*, S. 33ff.; Brock, *Das negative Vertragsinteresse* (1902), S. 20ff.

④ 参见 Enneccerus/Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14. Aufl. (1954), S. 183; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts I* (1957), S. 66.

债务。违反此项债务时,其所侵害的,不是一般人所应注意的命令或禁止规定,而应依侵权行为的规定负其责任;其所侵害的是特定当事人的具体债权,因此关于使用人行为、举证责任、时效期间及责任标准等问题,均应适用契约法原则加以处理。当然,对足以建立债之关系的社会接触而言,进入缔约过程固然是一个特别具有代表性的实例,但亦仅为一个实例而已。德国判例学说步 Jhering 的足迹,更进一步贯彻他的理论,认为纵无缔约行为及契约上之意思,亦得直接由客观的社会关联产生法律关系及债之关系<sup>①</sup>,我们对于此种关系必须在法律上予以承认,否则势必适用侵权行为法规定,其结果实不合当事人利益,显非妥适。Jhering 关于“缔约上过失”的发现,为如何合理规范社会生活开拓了一条途径。值得注意的是,比较法上的研究已证实 Jhering 的理论对外国法的形成深具贡献。<sup>②</sup>学说继受此一理论者有之,判例采之者有之,立法明定者亦有之,新的《希腊民法》及《意大利民法》为其著例<sup>③</sup>,在其他国家至少亦对缔约前阶段当事人予以较强的保护。<sup>④</sup>简言之,Jhering 理论的发展遍及全球,影响深远。

#### 四、Seckel 关于形成权的理论

这里所要介绍的是,Emil Seckel 关于形成权(Gestaltungsrecht)的理论,其影响的范围可能较小,但仍具有高度的认识价值。

权利的本质如何,对某项权利的承认,其标准何在?对此问题,法学上之研究孜孜不息,迄未中止,可能是一项永恒的课题。惟积长年勤奋研究的结果,已发展出一个权利体系,学者致力于将所有可以称为权利的现象组成一个广泛的整体,而且将此整体的现象,依其特性分为各种类型与范畴。这个权利体系在复杂的法律现象世界中,具有指引的功能及重大的认识价值,众所周知,无待庸言。长期以来,法学者已习惯于将法律上

<sup>①</sup> Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse; Festschrift für Siber II (1943) 1-37; Dölle, Außergesetzliche Schuldspflichten; Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 103 (1943), S. 67ff; Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse (1957); BGHZ 21, 319 (333); 23, 175 (177).

<sup>②</sup> Nirk, Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 18 (1953), S. 310ff.

<sup>③</sup> 《希腊民法》第 197 条及第 198 条[译者附注,参见《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版];《意大利民法》第 1337 条。

<sup>④</sup> 参见 Nirk, S. 310. 前揭书。



所承认赋予各个权利主体的权能,定性为支配权与请求权,并且依照此种分类原则决定其结构,其绝对性或相对性,其所包含的“能为”与“得为”(Können und Dürfen),其行使或主张的效果、限界及其他问题。

现在所强调的是,形成权的提出,扩张了权利的范畴,实在是一个重要的发现。倘我所见无误,此一发现的基础系由 Enneccerus 所奠定。Enneccerus 在其关于法律行为的著作中讨论到所谓“取得之权能”(Erwerbshberechtigungen),并尝试探究此项难以纳入权利体系中之“权利”的发生及本质。<sup>①</sup> 其后 Zitelmann 在其关于国际私法的著作中,以贯彻新认识所须具备的明确、精细与一般化的能力,铸造了法律上“能为之权利”(Rechte des rechtlichen Könnens)——权能(Kannrecht)——的概念<sup>②</sup>, Hellwig 对之深表赞同<sup>③</sup>,最后由 Emil Seckel 在其属于德国民法学上最卓越的论文中,以创造性的文字,妥当简要地称之为“形成权”(Gestaltungsrecht),并对之作严密的分类,标明其本质,探讨其发生、变更、让与、消灭等问题。<sup>④</sup> Seckel 更由之而证明,纵使此等权能在个别现象之间存有差异,但仍实足构成一个新的权利类型,基本上应适用同一的原则。这实在是一个真正的发现!对此新的理论,有人持反对意见,有人认为此一理论之有无,无关宏旨,但此均不足影响此项发现的意义。问题的关键在于此种将特定法律现象,以清晰可识方式描绘出来的新构想形态(Vorstellungsbild),是否适于增进我们对此等法律现象的认识。关于此点,应予肯定,实毋庸置疑。当法律赋权利主体以法律上能有所为的权能,使其得依单方的行为产生特定的法律效果时,就从这一个时刻起,对我而言,即产生了关于如何处理此等法律现象的重要问题提出,倘无前述的基本观点,必将难以解决,例如关于行为能力、让与、设质及行使的效果等。当然,原则上的问题仍然存在,尤其是关于体系的问题:此等形成权的本质究在于得依单方意思而行使之,抑或我们必须采取 Enneccerus 的见解<sup>⑤</sup>,

① Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin(1889), S. 600ff.

② Zitelmann, Internationales Privatrecht III(1912), S. 32ff.

③ Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts I(1903), S. 215f, 232ff.

④ Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts: Festschrift für Koch(1903), S. 205.

⑤ Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts(14 Aufl. 1952), § 73 I 3(S. 280f.). 译者附注:关于期待权(Warterecht或Anwartschaftsrecht),其详情请参见拙著:《附条件买卖中买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版。

接受“变动权”这个类型(Kategorie von Rechten auf Rechtsänderung),认为权利变更无需意思的协力亦可发生。我个人不采取此说。我认为,此种类型之期待权(Warterechte),原则上应与形成权加以区别。所谓期待权,系指以取得业已现实存在将来可发生之完全权利(Vollrecht)为目的,而受法律保护的地位;期待权本身并不是一种具有特别性质的独立权利,仅系权利之先行阶段。反之,形成权系属一种辅助的权能,权利主体享有法律上之权力,得依其单方的意思行为使法律关系发生变更或消灭。再就个别问题说明之:抗辩权(Einrede)是否为形成权?关于此点,Seckel氏采否定说<sup>①</sup>,依吾人所信,诚属正确。我个人认为,我们必须提出如下的问题:一个抗辩权的主张,是否使其所欲对抗的主权利就此永远失其效力;抑或仅此一次使该权利失其效力,而于主权利重为行使时,必须再行主张之。仅在前种情形,抗辩权具有终局形成的结果,始得称为一种形成权。如果抗辩权的权能仅得对主权利之每次行使提出异议,则抗辩权仅具一时的效用,应与形成权严加区别。诉讼法上的考虑亦可资支持此项论点,即:为对抗请求权之行使,抗辩权须每次主张之,始具效力。惟无论如何,形成权此一类型的发现,确实增进我们对法律现象的认识,并使权利系谱更为完整,使我们能够借助更完整体系上的认识及正确理论上的问题提出,更妥适地规范社会生活。

## 五、Kipp 关于法律上双重效果的理论

基于一个特定原因事实所生的法律效果,并不妨害基于另一个原因事实所生的效果。此项认识,依我个人所信,亦属于一个真正法学上的发现。此种法律上双重效果(Doppelwirkungen im Recht)的现象,最先是由Theodor Kipp在其发表于Martitz纪念文集上一篇有名的论文中所提出<sup>②</sup>,使我们对此问题有所认识。以下容我简单介绍Kipp的基本思想。

我们的语言,特别是法律语言,不能避免使用形象(Bilder),尤其是在处理抽象的事物、纯粹思维上客体之际,常须利用我们周围物质世界的过

<sup>①</sup> Seckel, S. 216.

<sup>②</sup> Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für Martitz(1911), S. 211ff.

程,來闡釋那屬於精神的、思維上的、存在模式不同的法律現象,例如權利的“喪失”、請求權的“消滅”、債權的“移轉”或契約的“承擔”等。當我們習慣於這種表達方式時,不免產生一項危險,即:逐漸忘記這些用語僅是比喻性質,而徑由物質世界的觀察導出與法律效果不相當的結論。學者時有認為,一個無效的法律行為不能再行撤銷,其主要理由為法律行為既係無效,不復存在,何從再行撤銷,予以消滅。此項論點,將法律世界與物質世界作了虛像邏輯的混淆,勢必導致極為不當的結果,實具危險性。為此,Kipp 特在其論文中提出異議,排斥偏見,並列舉若干實例加以闡釋,認為必須對法律效果所具有之規範的意義有透徹的認識,始能保障其合理的結果,並符合一個真正的以正確前提作為出發點的法律思維邏輯。茲就一個典型的案例加以說明:E 受 A 的惡意詐欺,移轉某動產所有權。E 於行為時,精神固已恢復正常,但因受禁治產宣告仍為無行為能力人。於此情形,因 E 為無行為能力人,A 未能取得該動產的所有權。<sup>①</sup> 倘 B 於受讓該物之所有權時,明知 E 受 A 惡意詐欺,但非因重大過失而不知 E 之欠缺行為能力,則 B 最初仍能取得其所有權。假設我們認為無效的法律行為不能再行撤銷,即無適用《德國民法》第 142 條第 2 項規定之余地,即:“明知或可得而知法律行為之可得撤銷者,於其撤銷時,視為明知或可得而知其無效。”易言之,B 雖明知其前手之取得具有疑義,仍能取得其物之所有權。所應注意的是,倘我們認為對該因無行為能力而罹於無效之法律行為,仍得因惡意詐欺再行撤銷時,則其法律效果,即完全不同。此種撤銷所生的法律效果,具有重大利益,實甚顯然,法律應許 E 主張此種法律效果,應無疑問。

問題的重點在於法律效果,而非在於法律所借以引起特定法律效果之技術,因為技術通常只是獲得合理結果的手段而已。如果一個應受保護的所有權人的所有物返還請求權,因已有某項救濟方法(無效),而不能再行使其他救濟方法(撤銷),致不能有所主張,實屬怪誕可笑,無人敢於贊成此種結果! 為獲致合理的結果,雖有學者建議採取舉輕明重及其他處理方法,但是最正確的理由構成乃是由 Kipp 所倡導的認識,認為法律效果屬於規範世界,旨在合理規範社會共同生活,不能以物質世界的觀

<sup>①</sup> 於本案,所有人 E 精神正常,但因受禁治產宣告,而無行為能力,其將動產讓與 A,並不構成違背其意思而喪失其物。通說認為讓與之喪失是否基於自由之意思,應以所有人事實上之意思為準。BGHZ 4, 10(34ff.) 參見 RGZ 101, 224(225); RGR-Kommentar(10. Aufl. 1954), Anm. 4 zu § 935。

点视之。在规范世界里,法律为达到其妥适的规范目的,对于先后发生的不同社会生活事实赋予同一的法律效果,实不足惊奇。又应说明的是,承认法律上双重效果,在证据方面亦深具意义,例如法律行为之无效不能释明或其释明有困难时,应该允许当事人主张撤销权。关于 Theodor Kipp 的思想,学者论述甚多<sup>①</sup>,在国际私法及其他方面亦被应用,著有成绩。<sup>②</sup>反对双重效果说者,自始有之,坚持古老思维习惯者,今日亦不乏其人<sup>③</sup>,然而,可以确信无疑的是,Kipp 的发现,启迪了许多有价值的思考,而且帮助我们对法律行为的本质,更进一步获得原则性的认识。

## 六、Staub 关于积极侵害债权的理论

再多举民法上发现的实例,并非难事。可想到有法律行为基础之丧失(Wegfall der Geschäftsgrundlage),或积极侵害债权(契约)(positive Vertragsverletzung)。关于积极侵害债权,或许有人会持异议,认为 Staub 的发现并不具有基本的认识价值,仅是提醒吾人注意到现行“民法”规定的漏洞而已。我个人确信,此种论点,低估了 Staub 的贡献。由后来判例及学说的发展可知,《德国民法》关于侵害债权的明文规定——给付不能及给付迟延——实不足圆满包括所有违反债之关系上义务的情事。综观 20 世纪以来公布实施的外国民法典、学说及判例的成长,英美法以及国际商品买卖统一法草案<sup>④</sup>,我们可以清楚地看到正沿着 Staub 所开拓的方向发

<sup>①</sup> 赞成此说者有:Peter, Arch. civ, Pr. 132(1930), S. 1ff.; Hubernagel, Arch. civ. Pr. 137(1933), S. 205ff, 138(1934) S. 224ff., Enneccerus/Nipperday, II (14 Aufl. 1955), § 203 III 7; Staundinger/Coing, BGB I (11. Aufl. 1957), Anm. 15ff. zu § 1230. 采反对说者有:v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts III (1914), S. 299f.; Soergel/Lindenmaier, BGB (8 Aufl. 1952), Anm VI zu § 123. 译者附注:关于此项问题,请参见拙著:《无效法律行为之撤销》,载本书。

<sup>②</sup> Serick, Parallelwirkungen im internationalen Privatrecht, ein Beitrag zu der Lehre von den Doppelwirkungen, Rabels Z 21 (1956), S. 207.

<sup>③</sup> 参见:Zepos, Die Unmöglichkeit von Doppelwirkungen im Recht; Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie 27(1934), S. 480ff; Husserl, Bemerkungen zur Lehre von den Doppelwirkungen im Recht, Archeion Idiotikon Dikaion I (1934), S. 690ff.

<sup>④</sup> 《国际商品(动产)买卖统一法草案》第 40 条:RabelsZ22(1597), S. 724ff. 译者附注:关于本统一法之基本内容,请参见拙著:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。又关于 Staub 所倡导之积极侵害债权,请参见拙著:《不完全给付之基本理论》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社 2009 年版。

展。旧的范畴显然不足适应,给付障碍的态样繁多,以简单历史传统上的构架予以规范,势所难能,因此必须建立一个分割债权的上位概念,以不同的前提条件及制裁处理各色各样的给付障碍。这就是 Staub 为德国民法所开的药方。

## 七、Savigny 关于国际私法上法律关系本据说的理论

最后让我们再从国际私法的领域中,举出两则发现的实例。首先应该说明的是,Savigny 以 70 岁的高龄,在其 1849 年出版的《现代罗马法体系》第八册,倡导有名的“法律关系本据说”(Lehre von der Maßgeblichkeit des Sittes des Rechtsverhältnisses),给国际私法带来了有如哥白尼发现地球自转一样的革命性转变。<sup>①</sup> 早期中古时代所发展的所谓“法则区别说”(Stautentheorie),支配国际私法的理论及判例达 500 年之久。其所提出的基本论点是:法则(或习惯,德国特别邦法),应以物或行为为其对象,据此而限定个别法则的适用范围,并依此标准区别为人法、物法及混合法;物之法则所规范的,是置于该法则支配领域内的不动产,人之法则所规范的,是在该法则支配领域出生或有其住所之人,混合法则所支配的,是在该法则支配领域内从事之行为。从 Bartolus 至 19 世纪的学者,他们所主张的论点固有差异,但所共同者有二:(1) 依照法则的主要规范对象决定应予适用的法则。(2) 建立超越国家而适用的原则。若干立法例采法则区别说,并再加发展。直至 19 世纪,国际私法学者始认识到法则区别说穿着自然法的外衣,试图以最少的原则涵盖法律规范的适用,实不能胜任其任务。最后终于由 Savigny 提出新的方法论上的观点而取代之。

Savigny 所提出的问题,与法则区别说不同,并不在于探究个别法规的性质及其所规范者究为人、物或行为;Savigny 是从另一种角度处理法律冲突的问题。他所要探究的是个别法律关系的性质。<sup>②</sup> 他所要分类的,不是法律规范,而是法律关系。<sup>③</sup> Savigny 教示我们,在每一个法律关

① 参见 Neuhaus, Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache: RabelsZ 15 (1949-50), S. 384ff., 366。

② Von Savigny, System des heutigen römischen Rechts VIII (1949), Neudruck (1956), 108, 120ff. 译者附注:关于 Savigny 的基本理论,参见马汉宝:《国际私法总论》,第 241 页以下。

③ Neuhaus, 384f.

系中,所要探寻的是依其固有的性质所应归属或所应受支配的领域<sup>①</sup>,对每一类型的法律关系,则应探讨其本据(Sitz)。<sup>②</sup>此一著名的“法律关系本据说”,为国际私法的理论与实务提供了一个方法论的方向,因而促进国际私法的发展。法则区别说旨在以少数的一般原则演绎地、体系地去确定法规的适用范围;反之,Savigny所提倡的,乃是对所欲规范的生活关系应该予以个别化的方法。后者终于取代前者,至今仍为通说。以一种崭新的方法,去观察问题,取代了支配达数百年的传统见解,并以全然不同的指导原则更替了向来适用的理论,这需要多大的独立思考能力及创造精神!

如同大多数的发现一样,Savigny并非前无古人,亦非没有反对者。在其之前,Carl Georg v. Wächter曾针对法则区别说的缺点,严加批评,予以致命的打击。<sup>③</sup>美国大法学家Joseph Story在其于1843年发表的“国际法诠释”(Commentaries on International Law)曾特别强调,应该对法院的判决,从事整理分析,依据经验将之归纳为可资适用的法律。这些先驱者的研究结果,并不能减少Savigny的贡献,Savigny所采用的观点与Story氏完全不同,而且超越Wächter所主张的狭隘理论。有人批评Savigny使用一些笼统的形象,足以导致法学上的印象主义(juristisches Impressionsismus)。<sup>④</sup>然而所应知道的是,“形象”在法学用语及法律概念之形成上具有一定的作用,我们实在无法完全避免使用这些形象的功能。Savigny以法律关系本据(Sitz des Rechtsverhältnisses)的形象、Gierke提议应以“重点”(Schwerpunkt)代替之<sup>⑤</sup>,指出方法论上重要的指导原则,强调对于具体的、需要判断的涉外生活关系,应适用与其最具密切关系的法律。依吾人所信,实在找不到更精确的方法来取代此项处理国际私法之准据原则。关于Savigny对世界的真正贡献,众所周知,无待赘言。他的理论已变成德国普通法,使德国各邦的法律必须重新再为解释,他的理论对该国法律

① Savigny, S. 120ff.

② Savigny, S. 28, 10.

③ Savigny, S. 120.

④ Von Wächter, Über die Collision der Privatrechtsgesetze: Arch. civ. Pr. 24(1841), 230ff., 25(1842), 1ff, 162ff., 361. 译者附注:参见马汉宝,前揭书,第241页。

⑤ Von Bar, Theorie und Praxis des IPR I (1889)77; Niboyet, Précis élémentaire de droit international privé(1928), S. 143.

的發展亦有深遠的影響，法國人敬愛他，想把他當作法國人<sup>①</sup>，在英美法判例上，Savigny 享有和 Story 相同的權威地位。<sup>②</sup> Savigny 是一位德國偉大的法律思想家，對法學上的重大發現，卓著貢獻，舉世同欽！

## 八、Kahn 與 Bartin 關於國際私法上定性問題的理論

關於國際私法上“定性”(Qualifikation)問題的認識，也是一項真正的發現。Batiffol 在他的《國際私法導論》一書中討論到定性時，特別表示這是法國國際私法上最重要的基本問題。<sup>③</sup> 在自然科學的發現，常有两个不同國籍的學者，彼此並未互相依賴，幾乎同時遭遇到同樣的問題，乃致力於以差不多相同的方法去加以解決。

Franz Kahn 於 1891 年發現定性的問題，稱之為隱藏的法律衝突 (latente Konflikte)，使德國學者開始注意此問題。<sup>④</sup> Bartin 於 1897 年在 *Clunet* 雜誌上，發表了“定性問題”(Le problème des qualifications) 的卓越論文。<sup>⑤</sup> 定性問題的討論因此傳遍全球，迄今猶未停止。當然，就我們所知，在 Kahn 和 Bartin 之前，定性的問題早已存在，只是沒有這樣地被認識而已。今天我們對此存在已久終於能夠有一個明確清晰的認識，實在應該感謝 Kahn 和 Bartin 的發現。

何謂定性？對此問題，我膽敢就所知的略加說明：當一個法律對其所要規範的法律關係賦予特定的法律性質時，就是對此法律關係加以定性。例如：婚姻解除時，妻的財產權，究屬夫妻財產制上的問題，抑或繼承法上的問題；關於時效，究應適用私法，抑或適用訴訟法；婚姻公告或親屬的同

① O. Gierke, *Deutsches Privatrecht I* (1895), S. 217.

② 參見 Martin Wolff, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands* (3 Aufl. 1954), S. 22 Anm. 7.

③ 參見 Martin Wolff, *Private International Law* (2. Aufl. 1950), S. 37; Gutz Willer, *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des internationalen Privatrechts* (*Collectanea Friburgensia*, n. F. 19. 1923) 109ff.

④ Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé* (2 Aufl. 1955) S. 340. 譯者附注：Batiffol 氏系法國權威國際私法學者，其所著《國際私法各論》(第 5 版)，有曾陳明汝教授譯述之中文版(正中書局)。又關於定性之基本問題，參見馬漢寶：前揭書，第 207 頁以下。

⑤ Kahn, *Gesetzeskollision, ein Beitrag zur Lehre des Internationales Privatrechts*, *Iherings Jahrb.* 30 (1891) 1ff. (107ff.) = *Abhandlungen zum Internationales Privatrecht* (1928), S. 1ff. (92ff.)

意,究为婚姻的实质条件,抑或缔结婚约方式之一部分;违反婚约,究为债务不履行,抑或为侵权行为。由于定性之内含有法律的命令,使依特定方式而定其性质的法律关系,发生特定的法律效果,因此定性不仅具有体系的意义,通常也具实质的规范功能。假如我们将婚姻消灭时的财产权定性为夫妻财产上的关系(而非继承法上的关系)时,其间实含有一项命令,即当事人关于妻之财产权所缔结的契约,应以婚姻契约而非以继承契约加以处理,遗产的债权人不得扣押妻的权利。因此乃发生一个有趣的问题:当甲国的国际私法为使特定的生活关系受特定法律的规范,依照采自本国法律的集合概念(Sammelbegriff)予以简略地定性后,于适用准据法时,却遇到乙国对此作有不同的定性。兹举乙例说明之:一个荷兰人在德国立了一个自书遗嘱,于其死亡后,在德国法学界产生了一个争论的难题,此一自书遗嘱是否有效?依《荷兰民法》第992条规定,荷兰人不能自书遗嘱,纵使在外国亦然。德国法院究应如何处理此事?表面看来,对此问题,德国国际私法有三个条文可资适用:①依《民法施行法》第7条规定,行为能力(遗嘱能力),依行为人之本国法。②依《民法施行法》第11条规定,法律行为之方式,遵守行为地法即为已足。③依《民法施行法》第24、25条规定,继承依被继承人死亡时之本国法。由上述可知,本案如何判决,端视对此法律关系如何定性而定。一个荷兰人在德国自书遗嘱时,究应依其方式,抑或依其本国法所定之能力,抑或可径认为此仍属于继承事件?对此问题,夙有争议,迄无定说,在此不必详论。不过,必须要强调的是,我们应该感谢 Franz Kahn 和 Bartin 等学者。他们使我们认识问题的所在,使我们能够接近问题的本身和解决问题的方法,亦使我们警觉到许多表面上争议的案例,实际上并未包括真正的问题。Kahn 及 Bartin 二人所主张的“定性应优先依法院地法”的理论,今日仍为通说。应注意的,Ernst Rabel 认为“定性依法院地法”的争论,仍有修正的必要,期能顾及国际私法的自主及特殊功能。<sup>①</sup> 此项新的见解,长期言之,必获接受,殆可断言。

---

<sup>①</sup> Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois; Clunet 1897, S. 225ff, 466ff., 720ff. 译者附注:关于 Kahn 及 Bartin 对国际私法上定性理论的贡献,参见马汉宝,前掲书,第 211 页。



## 九、结 论

我想我已举出足够的例子了。今天能在德国法学家年会报告有关法学上发现的问题,并借此宣告法学家的伟大贡献,深感荣幸。这些贡献,就它的性质及影响而言,与自然科学的卓越成就相较,毫不逊色。我个人深信,自然科学与人文科学上之认识,在客观上加以判断,并无优劣之别,论其成就,亦无分轩輊。自然科学的发现,从长期来看,对人类文化产生重大的影响,对于那些对自然科学基础陌生的人,更是印象深刻。划时代自然科学的发现足以改观世界的形象,实不容否认。反之,人文科学的新认识,其处境较为艰难,至少在开始的时候,不为众人所知,必须经过相当长的时间,始能贯彻其说而被接受。纵使这种新的认识,产生广泛深远的影响,或许就因为这个缘故,亦不会被认为是一个新创的人文见识,必须等到一个历史学家能够综观全部发现过程,对之加以整理分析,才能对此种纯粹人文理念成就的意义,给予正确的评价。此种情形,在法学认识的领域,特为显著。法律学日趋技术化及概念化,除专业人员外,其他之人甚难参与其发展。只有在长期之后,此项成就在经济上或世事上发生显著的效果时,始会唤起大家的注意,但其所关心的,并不是它的基本构想,而是那些易于捉摸的前面景观。然而无论如何,法学家有权参加追求放诸四海皆准之真理的行列,法学家必须主张此种权利。法学家们确信他们关于正义和目的性之新的认识,迟早一定会到达其所预定到达之人。诚如叔本华(Schopenhauer)所云<sup>①</sup>,每一个法学家必须顺其自然,他的工作必将面临每一种认识、每一种真理所遭遇的命运:开始之际,被讥为异端邪说,最后则被贬为陈腔滥调,他所享有的,只是在此两极之间短暂胜利的喝彩!<sup>②</sup>

---

<sup>①</sup> Rabel, Das Problem der Qualifikation; Rabels Z 5(1931), S. 241ff.

<sup>②</sup> Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung; Vorrede zur ersten Auflage, Dresden, 1818.

# 无效法律行为之撤销

## 一、问题之提出

“无效法律行为之撤销”，此一问题，对于法律人多少会引起一些学问上之趣味。如所周知，无效者，乃指自始无效、当然无效及确定无效而言。例如，禁治产人甲出卖某屋给乙，因系无行为能力（第 15 条），其买卖契约自始、当然、确定无效（第 75 条），故不负交付其屋及移转其所有权之义务。又法律行为经撤销者，依第 114 条第 1 项规定，视为自始无效。例如，甲受乙之胁迫出卖某屋，甲撤销其受胁迫之意思表示时（第 92 条），买卖契约视为自始无效，亦不负交付其屋及移转其所有权之义务。由上述二例可知法律行为之无效与法律行为之撤销，就其不发生法律行为上之效果之点而言，殆无不同。因此倘禁治产人某甲受乙之胁迫出卖某屋时，某买卖契约系属无效，然则，禁治产人甲可否（经由其法定代理人）再以受胁迫为理由，撤销该因欠缺行为能力本属无效之法律行为？

兹再举一例说明之：甲出售画给乙，即以意思表示错误而撤销之（第 88 条、第 91 条），买卖契约视为自始无效，甲对于乙因信其意思表示为有效而受之损害（信赖利益），负赔偿责任（第 91 条）。倘甲其后发现系受乙之诈欺而出卖其画时，可否再撤销该已因错误而被撤销视为自始无效之法律行为？

关于无效法律行为之撤销性 (Anfechtbarkeit eines nichtigen Rechtsgeschäfts)<sup>①</sup>,应检讨之基本问题有二:

- (1) 无效法律行为之撤销,在法律概念上是否可能?
- (2) 无效法律行为之撤销,是否具有实益?

## 二、无效法律行为之撤销——法律概念上不可能?

首应检讨者,系无效法律行为之再行撤销,在法律理论上是否可能。关于此点,1961年台上字第547号判例谓:“虚伪买卖乃双方通谋而为虚伪意思表示,依第87条第1项规定,其买卖当然无效,与得撤销之法律行为经撤销始视为自始无效者有别,故虚伪买卖虽属意图避免强制执行,但非第244条所谓债权人得声请法院撤销之债务人行为。”又1963年台上字第722号判例谓:“虚伪设定抵押权,乃双方通谋而为虚伪意思表示,依第87条第1项规定,其设定抵押权当然无效,与得撤销后始视为无效者有别,故虚伪设定抵押权虽属意图避免强制执行,但非第244条所谓债权人得声请法院撤销之债务行为。”亦持同一见解。细察此二则判例要旨,似认为虚伪买卖所以不得依第244条声请撤销,因其已属无效,而第244条所谓债权人得声请法院撤销之债务人行为须以有效之法律行为为前提。“最高法院”对于此项“结论”,视为“当然”,未详述理由,虽其来有自,惟是否妥适,仍有推究余地。

按无效法律行为不得撤销之命题,究其根源,乃是建立在所谓“法律上因果关系”(Theorie der juristischen Kausalität)基本理论之上。一个完全性法条,系由“构成要件”(Tatbestand)及“法律效果”(Rechtsfolge)组成之。例如,第87条第1项前段规定:“表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示者,其意思表示无效。”所谓“表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示

<sup>①</sup> 关于无效法律行为之撤销及其所涉之所谓“法律上双重效力”(Doppelwirkungen im Recht),德国学者论著甚多,其主要者有:Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für Martitz(1911), S. 211ff.; Peter, Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen, AcP 132, 1; Hubernagel, Doppelwirkungen und Konkurrenzen, AcP 137, 205; Zepos, Die Unmöglichkeit von Doppelwirkungen im Recht, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 27(1934), S. 480; Husserl, Bemerkungen zur Lehre von den sogenannten Doppelwirkungen im Recht, Archeion Idiotikon Dikaion I (1934), S. 690; Oellers, Doppelwirkungen im Recht, AcP 169, 67。

示者”系构成要件,“其意思表示无效”,则属法律效果。又第 244 条第 1 项规定:“债务人所为之无偿行为,有害及债权人者,债权人得声请法院撤销之。”所谓“债务人之无偿行为,有害及债权人”系构成要件,“债权人得声请法院撤销之”,则属法律效果。关于此种法律构成要件与法律效果间之关系,德国 19 世纪之伟大法学家 Zitelmann 在其名著《错误与法律行为》(Irrtum und Rechtsgeschäft)一书中曾谓:“在构成要件与法律效果之间存在一种特有的,由立法者所创设之必然性关系,可类推自然因果关系而理解之。”易言之,“此乃类推自然因果关系,由人类自创之法律上因果关系。”<sup>①</sup>其后,卓著声誉的民法学者 v. Tuhr 亦采此说,强调法律世界与自然事物同,均受充足律之支配。在构成要件与法律效果之间存在着一种不是基于自然秩序,而是基于法律意思之因果关系。此种法律上之因果关系与自然事物之因果关系,终局言之,均系建立在人类思维方式的性质之上。权利之变更,只有在构成要件悉告具备时,始行发生。符合法律之构成要件一旦具备,则无可避免的,几乎是自动的,就在同一时刻,法律效果因而发生。在法律上之原因及作用之间,并无任何可以测量之时间存在。法律上因果关系(即由特定事实产生特定法律作用),乃是基于法律之规定,可由法律任意形成之,法律可以任意对于某种事实赋予任何效果。<sup>②</sup>

有学者认为,从此种法律上因果关系之概念,可以导出一个实际之推论,即一个法律效果不可能两次发生,或两次消灭之。易言之,即无所谓之法律上双重效果(Doppelwirkungen im Recht)。例如,某人已因法律行为而取得某物之所有权时,则不能再依其他构成要件(如取得时效)再取得之;某一法律行为已基于某一法律构成要件(如无行为能力)罹于无效时,则不得再依其他构成要件(如诈欺)撤销之。v. Tuhr 谓:“一个已经发生之权利,不能再度发生,一个不发生或已经消灭之权利,不能再为废弃。”易言之,无效之法律行为不能再行撤销。<sup>③</sup>

① Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1979: “Zwischen Tatbestand und Rechtsfolge besteht ein eigentümliches, erst vom Gesetzgeber geschaffenes Band der Notwendigkeit, das wir nicht anders als analog der natürlichen Kausalität aufzufassen vermögen” (S. 216); “Es handelt sich hier um eine von den Menschen ganz nach Analogie der natürlichen geschaffene eigene juristische Kausalität” (S. 221).

② von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Recht, Bd. II, 1914, S. 5f.

③ von Tuhr, S. 6.

此种见解,是否正确,颇值怀疑。<sup>①</sup> 法律对于特定事实(构成要件)赋予特定之效果,引起权利之得丧变更,乃是基于事实上之考虑。所谓权利作用或权利绝对消灭,纯属形象语言(Bildsprache),倘由之而将自然界的因果关系,移置于本属利益衡量或价值判断之法律适用上,则诚如 Engisch 教授所云,将误导至“概念法学”(Begriffsjurisprudenz)之结论,实在是一种罪恶(Sünde),与现代法学精神,显有违背。<sup>②</sup>

法律将特定法律效果附着于特定构成要件时,其所表现的形态是一种假设条件式(hypothetische Kondition),即:“因……者,应……”例如,因故意或过失不法侵害他人权利者,应负损害赔偿责任(第184条第1项前段);因可归责于债务人事由致给付不能者,应负损害赔偿责任(第226条第1项)。此种将特定之法律效果归属(Zuordnung)于特定构成要件,其意义如何,系法律哲学上极具争论之问题,在此不拟详论。<sup>③</sup> 所应强调者,依 Larenz 教授之见解,此种将特定法律效果归属于特定构成要件乃是一种“适用命令”(Geltungsordnung)。当立法者制定某项法律,规定:“通谋虚伪而为意思表示者,其意思表示无效”,即在于命令此项法律效果应予适用。此种适用,不是一种事实的主张,而是命令,因此不发生“对”或“错”之问题,其衡量之标准不是真理,而是法律秩序的正当性:正义!<sup>④</sup> 法律之适用既然属于规范世界,则法律效果之归属,不能以自然因果关系理解之,应无疑问。设某人遭遇车祸死亡,在医学上固不能使之再度死亡。惟法律行为无效时,在法律上则仍可再行撤销之,因为无效云者,并不是在消灭某种已存在之事物,而是在产生某种法律效果;撤销云者,亦不是在毁灭某已既有之事物,而是在产生某种法律效果。同一法律事实,具备两个构成要件,同时产生无效之法律效果时,例如禁治产人甲向乙购买某屋,该屋于订约前已焚于火时,则其买卖契约,一则因甲为无行为能力人而罹于无效,一则因标的自始客观不能而无效(第246条),此际,甲得任择其一主张之。其于主张前者之后,亦得再主张后者,以请求有过失之乙赔偿其于订约时非因过失而信契约为有效致受之损害(第247条)。准此以言,倘同一法律事实具备二个构成要件,一为无效(通谋虚伪意思

① 参见 Peter, AcP 132, 1f; Binder, Philosophie des Rechts, 1925, S. 902f.

② Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1977, 7. Aufl. S. 38.

③ 参见 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1978, 3. Aufl., S. 232f.

④ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 238.

表示),一为得撤销(诈害债权),纵其撤销后所生之法律效果完全相同,最多亦仅能认为其撤销在实际上无必要,而不能认为其撤销在概念上不可能。<sup>①</sup>

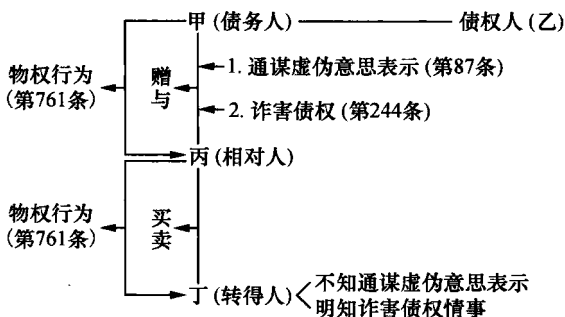
### 三、无效法律行为之撤销——具有实益案例之分析

其次应再检讨者,系无效法律行为之撤销,是否具有实益,倘无实益,则其争论仅具理论上之趣味而已。“最高法院”常以无实益为理由,而认为无撤销之必要。例如,1937年上字第609号判例谓:“第244条所称债务人所为之无偿行为或有偿行为,均系真正成立之行为,不过因其行为有害于债权人之权利,许债权人于具备同条所定要件时声请法院撤销,若债务人与他人通谋虚伪而为意思表示者,依第87条第1项之规定,其意思表示当然无效。此种行为有害于债权人之权利者,债权人只须主张其无效,以保全自己之权利,无声请撤销之必要。”<sup>②</sup>因此无效法律行为之撤销是否具有实益,自值研究。

法律行为之撤销,与法律行为之无效同,均不发生法律行为上之效果。故一般言之,法律行为已罹于无效时,多无再行撤销之实益。惟具有重大实益者,亦属有之,尤以涉及第三人时为然。兹先举通谋虚伪而为意思表示,诈害债权之例说明之。设有债务人甲为避免债权人乙之强制执行,将其所藏名画之所有权虚伪赠与丙,再擅自将该画让售予丁,并即交付之。丁不知甲与丙间之通谋虚伪意思表示,但明知其诈害债权之情事,如下图所示。

<sup>①</sup> 参见 Staudinger/Dilcher, Vorbem. 80 zu § 104 (附有详细资料); BGH JZ 1955, 500; OLG München NJW 1950, 424。

<sup>②</sup> “最高法院”否认通谋虚伪意思表示之撤销性多从概念及实益两方面立论。1980年台上字第3920号判决谓:“第按表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示者,依第87条第1项规定,其意思表示无效,此种行为有害于债权人之权利时,债权人只须主张其无效,以保全自己之权利,因非第244条所谓债权人得声请法院撤销之债务人行为,故无声请法院撤销之必要。”(《刑事裁判选辑》第1卷第4期,第29页)



于此情形,当事人间之法律关系,视乙得否依第 244 条之规定声请法院撤销诈害行为而不同:

#### 1. 乙未依第 244 条规定撤销诈害行为时之法律关系

甲与丙通谋虚伪赠与某画之所有权,依第 87 条规定,其意思表示无效,因此甲与丙间之赠与契约(债权行为)及移转该画之物权行为(第 761 条)均属无效。故丙仍未取得该画之所有权,从而丙擅将该画出卖于丁之债权行为,虽属有效,但交付其物以移转其所有权之物权行为则属无权处分(参阅第 118 条),本不发生所有权移转之效果,惟因通谋虚伪意思之无效,不得对抗善意第三人(第 87 条第 1 项但书,并参阅第 801 条及第 948 条)。故丁得主张对其而言,甲与丙间之处分行为系属有效,故其仍能取得该画之所有权<sup>①</sup>,甲或乙均不得对其主张任何权利。

#### 2. 乙依第 244 条规定撤销诈害行为时之法律关系

设乙依第 244 条第 1 项规定声请撤销时,首先其得撤销甲(债务人)与丙(受益人)间诈害其债权之行为,包括债权行为(赠与)及物权行为在内。<sup>②</sup>有疑问者,系此项撤销对于丁(转得人)之效力。现行民法对此未设明文,学者见解不一:有认为撤销权之效力,原则上仅及于债权人(乙)与受益人(丙)间,转得人(丁)与受益人(丙)间之行为,不受其影响,但转得人亦为无偿受益人或有偿而恶意时,则债权人得以其为共同被告,其效

<sup>①</sup> 关于通谋虚伪意思表示不得对抗善意第三人之基本问题,参见洪逊欣:《民法总则》,1976 年修订初版,第 373 页。

<sup>②</sup> 1959 年台上字第 1750 号判例谓:“债务人所有之财产除对于特定债权人设有担保物权外,应为一切债务之总担保,故债务人明知其财产不足清偿一切债务,而竟将财产出卖于人,及受益人于受益时亦知其情事者,债权人即得依第 244 条第 2 项之规定,声请法院撤销。此项撤销权之效力,不特及于债权行为,即物权行为亦无例外。”

力当可及之<sup>①</sup>；有认为债权人所撤销者虽仅限于债务人与最初受益人间之行为，而最初受益人与转得人间之行为不在撤销之列。但因此项撤销对转得人之影响，应视被撤销之行为系无偿抑或有偿而不同。在无偿行为，一经撤销，视为自始无效，则最初受益人亦视为自始未取得权利，因而转得人系自无权利人受让权利。若系善意，则可取得其权利（参照第 801 条）；若为恶意，则不能取得其权利，应负返还义务。在有偿行为之撤销，转得人无不为恶意者（因转得人若为善意，则根本不能撤销），故均视为未能取得权利，使负返还义务<sup>②</sup>；有认为转得人可解为广义之受益人，自应受撤销权规定之适用，因此在债务人之行为为无偿行为时，倘转得人亦为无偿行为，不问受益人或转得人是否为恶意，均得撤销之；反之，在债务人之行为为有偿行为时，则须受益人与转得人均恶意时，始得撤销之。<sup>③</sup>各家见解虽有不同<sup>④</sup>，惟就上举案例而言，债务人（甲）与受益人（丙）通谋虚伪赠与其画，转得人（丁）既明知诈害债权情事而买受该画并受让其所有权，则无论采取何说，均为债权人（乙）撤销效力之所及，从而丁亦未能取得该画之所有权，该画既仍属甲所有，则乙于甲怠于行使其所有物返还请求权时，因保全债权，得以自己名义，行使其权利（第 242 条），或依强制执行法之规定实现其债权。

兹更举一例说明之：18 岁之甲让售其小提琴予乙，乙即将该琴出卖于丙，并即交付之。甲之法定代理人丁对甲所订立之买卖合同拒不承认，其后发现甲系受乙之胁迫而让售其琴，丙明知甲受胁迫之事，但不知其为限制行为能力人。<sup>⑤</sup>于此案例，甲系限制行为能力人，依第 79 条规定，其未得法定代理人允许所订立之买卖合同，须经法定代理人之承认，始生效力。今甲与乙间之买卖合同，及移转该琴所有权之物权行为（第 761 条），未经法定代理人承认，均确定不生效力。因此乙虽受让其琴，仍未能取得

① 参见王伯琦：《民法债编总论》，第 193 页。

② 参见郑玉波：《民法债编总论》，第 328 页。

③ 参见胡长清：《中国民法债编总论》，第 350 页；史尚宽：《债法总论》，第 474 页；孙森焱：《民法债编总论》，第 470 页。

④ 日本法上对此问题，亦有争论。参见〔日〕胜本正晃：《债权总论》，第 341 页以下；〔日〕我妻荣：《新订债权总论》，第 177 页；关于日本判例学说之简明整理，参见筱原弘志：《民法の基础知识》，（昭和 48 年，初版 12 刷，有斐阁），第 100 页以下。

⑤ 此为 Kipp 氏在其有名之论文“Über Doppelwirkungen im Recht”，Festschrift für Martitz（1911），S. 211f. 所举之例，但略有变更。参见 Larenz, Methodenlehre, 2 Aufl. 1969. S. 190。



该琴之所有权。乙将该琴出卖于丙,其买卖契约虽属有效,但其移转该琴之物权行为则属无权处分(第 118 条),故丙是否取得该琴之所有权,端视其是否善意受让该动产之占有而定。丙不知甲为限制行为能力人,对于乙未依有效之物权行为取得该琴之所有权,系属善意,故乙虽无让与该琴之权利,丙仍能取得其所有权(第 801 条、第 948 条)。惟所应注意的是,设甲依第 92 条规定,撤销其受胁迫而为之意思表示(买卖契约及物权行为)时,乙自始不能取得该琴之所有权,丙因明知甲受胁迫之情事,即无主张善意取得之余地,故甲仍得依第 767 条之规定,请求返还其琴。

由上述二例可知,无效法律行为之撤销,对于撤销权人而言,具有重大利益,因此允许债权人(于通谋虚伪意思表示之情形)或未成年人(于未得法定代理人同意让售其琴之情形),声请法院撤销诈害行为,或撤销其受胁迫之意思表示,以维护其正当权益,自有必要。Dölle 教授曾特别强调无人胆敢于此等情形否认无效法律行为之撤销性。<sup>①</sup>

#### 四、结 论

同一社会生活事实符合两个法律构成要件,一个所生之效果为无效,一个得为撤销时,虽有学者类推自然因果关系,采取所谓之法律上因果关系论,认为对于无效之法律行为再行撤销,乃属逻辑上不能之事(logische Unmöglichkeit),但此项见解忽视法律之规范性,应予扬弃,已详如上述。于具体案件,无效法律行为再行撤销,有不具实益者,于此情形,固可采 1937 年上字第 350 号之见解,认为:“据被上诉人所述起诉原因之事实,上诉人与甲订立之契约,为双方通谋而为之虚伪意思表示,其主张如果属实,依第 87 条第 1 项之规定本属当然无效,被上诉人虽援用第 244 条之规定声请将该契约撤销,依第 244 条之规定,撤销契约亦使契约自始无效。法院就原告所主张起诉原因事实判断其法律上之效果,不受原告所述法律上见解之拘束,原审确认该契约为无效,与被上诉人声明之本旨并无不符,不得谓为就当事人未声明之事项为判决。”惟依上所述,于此情形,法院仍得据原告之主张,依第 244 条规定,撤销该通谋虚伪诈害债权

<sup>①</sup> Hans Dölle, Juristische Entdeckungen, 1958 (Verhandlungen des 42 deutschen Juristentages), 参见本书第 1 页。

之契约;倘其撤销具有法律上之实益时,更应予肯定。因此甲于撤销其错误之意思表示后,发现受乙之诈欺时,得再行撤销其受诈欺而为之意思表示,以避免发生信赖利益赔偿责任,自不待言。<sup>①</sup>

法律的生命不是逻辑,而是经验(The life of the law has not been logic; it has been experience)。<sup>②</sup>所谓经验,就是社会的需要。在某种意义上,一部法律发展史,可以说是“经验”克服所谓“逻辑上不可能之事”的记录。<sup>③</sup>昔时曾以债权系特定人间请求特定行为之权利(债权之相对性)而否定债权得为让与,但因交易上需要,债权之让与性终获肯定(第294条)。<sup>④</sup>所有人抵押,亦曾一度被认为逻辑上为不可能,今则已为立法例上之原则。<sup>⑤</sup>交错要约是否得成立契约,夙有争议,但已为通说所接受。<sup>⑥</sup>无效法律行为之撤销性,虽迭遭怀疑,但应予肯定。以经验克服所谓逻辑上不可能之事,系一种长期的奋斗过程,法律规范生命因此种长期奋斗而益臻坚韧,益臻充实。

---

① 此为德国之通说, Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 7. Aufl. 1975, S. 566; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aubf. 1980, S. 370.

② 此为美国伟大法官及法学者 Oliver W. Holmes 之名言,引自氏著 The Common Law (Boston, 1923) p. 1. 其整句全文为:“The life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, institutions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellowmen, have had a good dealt more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a mathematics book.”颇具哲理,深值玩味。

③ 参见 Peter, Acp 132, 1f.

④ 关于债权让与性及其沿革,参见胡长清,前掲书,第481页,论述甚详,可供参考。

⑤ 参见《德国民法》第1191条以下。在现行“民法”,与此同时(第762条)亦可成立所有人抵押。参见史尚宽:《物权法论》,第294页。

⑥ 参见史尚宽:《债法总论》,第29页。

# 纯获法律上之利益\*

## 一、概 说

行为能力制度旨在保护智虑不周之人,并兼顾交易安全,系民法上基本重要制度。民法以年龄为基准,辅以禁治产宣告及所谓“结婚取得行为能力”之规定(第13条第3项),建立了所谓之阶段主义,即:① 未满7岁之未成年人及禁治产人皆无行为能力,由法定代理人代为意思表示并代受意思表示(第75、76条)。② 成年人(满20岁)及未成年人已结婚者,均有行为能力,其意思表示有效(由第75条及第77条反面推论)。③ 满7岁之未成年人,为限制行为能力(第13条第2项)。

关于限制行为能力人,一方面既尚须加以保护,另一方面又须促成其参与社会经济活动,因此其所为意思表示(法律行为)之效力,应如何适当加以规范,实费斟酌。现行“民法”系采法定代理人允许(事先同意)原则,即限制行为能力人为意思表示及受意思表示,应得法定代理人之允许(第77条本文)。惟对此原则,复设两项例外,即:“但纯获法律上之利益或依其年龄及身份,日常生活所必需者,不在此限”(第77条但书)。除此两种例外情形外,限制行为能力人未得法定代理人之允许,所为之单独行为(如撤销、抵消、解除契约)无效(第78条);所订立之契约(无论为债权契约或物权契约)不生效力(第79条)。

所谓依其年龄及身份日常生活所必需者,基本上系属事实认定问题。理发、购买零食、学生购买文具用品、少女购买脂粉等均属之,固不待言;就现代社会生活而言,尚应包括看电影、适当玩电动玩具,儿童乐园坐云

---

\* 本文原载《台大法学论丛》(洪逊欣教授纪念特刊)第11卷第2期,1982年6月,第67页。

霄飞车等在内。诚如洪逊欣先生所云:何种行为属日常生活所必需,实际上往往难以认定,且其认定之正确与否,对于调节行为能力人之自由生活及其财产逸散之防止,关系甚巨,故具体适用时,须慎重斟酌事宜定之。惟应注意者,于不违反限制行为能力制度目的之范围内,宜从宽解释,使限制行为能力人能扩大其合理的自由生活之范围,以谋个性之自由发展。<sup>①</sup>

至于所谓“纯获法律上之利益”,牵连较广,与民法上若干基本制度,具有密切关系,法理上颇饶趣味。近年来,未成年人参与社会经济活动,日益活泼,受赠不动产,尤为普遍,交易上极具重要性,一般民法总则教科书对此民法上之重要概念虽有说明,但未臻详尽<sup>②</sup>,实有作进一步论述之必要。

## 二、判断标准及案例类型

### (一) 实质判断标准及形式判断标准

以“利益”之有无,作为决定限制行为能力人(未成年人<sup>③</sup>)法律行为之效力者,有法、英、奥、瑞、德、日等国。惟其所采之判断标准不同,有采实质判断标准(materiale Kriterien)者,有采形式判断标准(formale Kriterien)者,兹分述之。

所谓实质判断标准者,系指就个案,依经济之观点,判断限制行为能力人所为之法律行为是否具有利益,以决定其效力。采此立法例者,有《法国民法》。依《法国民法》第1305条规定,未成年人所订立之契约是否有效,应视其是否有“lésion simple”(不利益)而定,而此须就个案认定之;其所应考虑者,不仅是给付及对待给付之等值性,尚应包括未成年人个人情事在内。<sup>④</sup>又依英国普通法(common law),关于未成年人所订立

① 参见洪逊欣:《民法总则》,1976年修订初版,第278页。

② 其最详尽者为史尚宽:《民法总论》,第332页。

③ 关于行为能力制度,各个国家和地区虽均以年龄为标准,但其所区分之阶段不同。有分无行为能力人为绝对无行为能力人与限制行为能力人者;又有不分缺乏行为能力之程度如何,一律仅设限制行为能力人者。现行“民法”与德国、瑞士等国,系采前一种体制。反之,法国、日本等国民法则采后一种体制(参见洪逊欣,前掲书,第83页)。就后一种体制而言,未成年人均属限制行为能力人也。

④ 关于法国法上未成年人所订立契约之效力及“lésion”之意义,参见 Lawson/Anton/Brown, Introduction to French Law, 1967, pp.45, 46, 161f.; Ferid, Das französische Zivilrecht, Bd. I, 1971, S.168。

之劳动契约及其他类似契约(如徒弟契约),亦系就其内容全部,判断是否有利于未成年人,以决定其效力(A minor is bound by a contract of service, or a contract analogous thereto, provided that it was, as a whole, for his benefit at the time when it was made)。<sup>①</sup>

所谓形式判断标准者,乃指不就具体案件,依经济观点,审究是否有利于未成年人,而是纯从法律上效果判断之。采此主义者有《奥地利民法》,其第85条规定,未成年人对于纯为其利益之要约(ein bloß zum ihren Vorteile gemachtes Versprechen)得为承诺,但倘其因此须承受负担或自己亦须受有拘束者,则须得法定代理人之同意,其契约始生效力。《瑞士债务法》第19条第2项规定,有判断能力之未成年人取得无偿之利益(Vorteile zuerlangen, die unentgeltlich sind)者,无须得法定代理人之允许。<sup>②</sup> 其采形式判断主义最称典型者,为《德国民法》,其第107条规定:“未成年人之意思表示,除纯获法律上利益者外,应得法定代理人之允许”(Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters)。<sup>③</sup> 《日本民法》第4条第1项规定:“未成年人为法律行为,应得法定代理人之允许,但纯获权利或免义务之行为,不在此限。”基本上亦采此一原则。<sup>④</sup>

## (二) 现行“民法”系采“形式判断标准”

第77条但书所称“纯获法律上利益”,系仿自《德国民法》第107条,同采形式判断标准,亦系就其法律上之效果观察之。因此,限制行为能力人因其法律行为受有法律效果上之不利益时,无论其为丧失权利,或负担义务,纵使其在经济上获有巨利,亦非属纯获法律上之利益。例如,某外侨返乡,贱卖其车,19岁之B购买之,虽有经济上利益,但因其负有支付价金之义务,仍非属纯获法律上之利益,所订之契约须经法定代理人之承

① 参见 Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract*, 7th Edition, 1969, p. 371f.; Sutton and Shannon on Contracts, 7th Edition, 1970, p. 216. 及所引之判决。

② 参见 Stürner, *Der lediglich rechtlicher Vorteil*, AcP 173, 415。

③ 参见 Staudinger/Dilcher § 107 Rz. 10f.; Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* Bd. II, *Das Rechtsgeschäft*, 2. Aufl., 1975, S. 191f.

④ 参见〔日〕我妻荣:《新订民法总则》,“民法讲义”(1),昭和42年,第69页。

认,始生效力。

对于此种判断标准,学者咸表赞同,可谓系一致之见解。<sup>①</sup> 归纳言之,理由有三:

(1) 此种判断标准合于法律规定文义。

(2) 有助于维护交易上安全(法律关系透明性),因为经济上是否有利,难于判断,易滋疑义。

(3) 实际上不致违反保护限制行为能力人之基本目的,因为倘该法律行为“经济上”确属有利,就契约而言,法定代理人多会承认,使生效力(第79条);就单独行为而言,法定代理人亦会允许限制行为能力人自行为之也。

将法律行为之效力,系于“利益”之存否,除第77条但书外,尚有第1088条,即:“子女之特有财产由父母管理,父母对于子女之特有财产有使用、收益之权,但非为子女之利益,不得处分。”本条所谓“利益”,系就个案依经济或社会观点判断之,因此子女之股票有长期继续跌价之虞时,父母得出卖之;未成年子女患重病时,父母得出售其屋延医治疗。<sup>②</sup> 要言之,第77条所称“纯获法律上之利益”,与第1088条所称之“非为子女利益”,其规范目的不同,判断标准有别,两相比较之,更可认识第77条所称“纯获法律上之利益”之意义。

### (三) 案例类型

#### 1. 单独行为

由限制行为能力人所为单独行为,其纯获法律上之利益者,主要有:  
① 单纯遗赠之承认;② 赠与之撤销;③ 贷与人对于无利息消费借贷之终止;④ 利他契约上享受利益之表示(第269条)。惟大部分之单独行为,均非属纯获法律上之利益,例如终止租赁契约,终止附利息之消费借贷,抵消、撤销、解除契约等。悬赏广告,因广告人负有给付报酬之义务,亦非

<sup>①</sup> 史尚宽:《民法总论》,第332页。惟应注意的是,施启扬、于其新所著《民法总则》(第227页)认为:“本条系为限制行为能力人的利益而规定,对于‘纯获法律上利益’不宜作过分严格而不合理之解释,否则反而失去保护的目。例如出卖人以象征性价格100元出售机车乙辆,似宜解为纯获利益,或参酌第87条第2项隐藏行为的规定,解为赠与,使其行为有效。”

<sup>②</sup> 关于第1088条解释适用之基本问题,参见拙著:《父母非为未成年子女利益处分其财产之效力》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

纯属法律上之利益。所有权之抛弃,乃处分其财产,致其绝对消灭,非属纯获法律上之利益,更不待言。

## 2. 契约

### (1) 债权契约

① 单务契约。对限制行为能力人而为之单务契约,原则上均属纯获法律上之利益,单纯赠与为其典型之例。惟赠与附有负担,发生税捐,或赠与物上设有抵押者,是否纯获法律上之利益,尚有争论,俟于后文讨论之。

② 双务契约。于双务契约,例如买卖、租赁、互易、雇佣等,因限制行为能力人负有对待给付之义务,均非属纯获法律上之利益。

③ 不完全之双务契约。于不完全之双务契约(*unvollkommene gegenseitige Verträge*),例如使用借贷,因借用人仍负有保管、支出费用或损害赔偿之义务(第468条以下),亦非纯获法律上之利益。

### (2) 物权契约

因物权契约而取得所有权,或债权让与(准物权行为),原则上应构成纯获法律上之利益,限制行为能力人得单独为之,因具有特殊性,俟于后文详论之。

## 三、附负担、税捐及抵押之赠与

### (一) 负担

赠与系属单务契约,仅赠与人负有义务,故对限制行为能力人为无偿给予财产之意思表示者,限制行为能力人得径允受之(第406条),固不待言。惟赠与附有负担者,因使受赠人负一定给付义务,则非属纯获法律上之利益。例如,甲赠与19岁之乙某栋房屋,但约定须扶养丙时,纵使该赠与房屋之价值超过扶养费用,经济上具有利益,仍非纯获法律上利益,须经法定代理人承认,始生效力。

### (二) 税捐

在现行法上,受赠人应负担税捐者,其例甚多。主要者有:①“遗产及赠与税法”第7条规定,赠与税之纳税义务人为赠与人,但赠与人有下

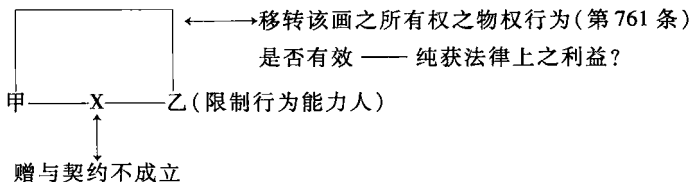
列情形之一者,受赠人为纳税义务人: I 行踪不明者。II 逾本法规定缴纳期限尚未缴纳,且在台湾省界内无财产可供执行者。②“土地税法”第5条规定,土地为无偿移转者,取得所有权者(受赠人)为土地增值税之纳税义务人。③“契税法”第16条规定,不动产之受赠人负有申报缴纳赠与契税之义务。于诸此情形,税捐之负担,是否构成法律上之不利益,不无疑问。④依本文见解,在解释上应采否定说,盖税捐之发生乃是基于法律之规定,不是直接基于当事人所作成法律行为本身也。⑤

### (三) 物上负担(抵押权之设定)

设有某甲赠与不动产于17岁之乙,惟于该不动产已设有抵押权者,在解释上仍应认为系纯获法律上之利益,盖受赠人虽应容忍债权人对抵押物为强制执行,但并不因此而负任何法律上之义务,受有法律上之不利益也。⑥

### (四) 物权行为无因性与纯获法律上之利益

设有画家甲赠某名画于18岁之乙,并即交付之。乙对此项无偿予以某画之意思表示之允受(赠与契约,第406条)及受让该画所有权之合意(物权行为,第761条),均系纯获法律上之利益,虽未得法定代理人之允许,仍得有效为之。有疑问者,系倘甲与乙间之赠与契约不成立时,乙是否取得该画之所有权?



为使问题之提出更为明确,兹再举一例说明之:设有18岁之某乙未得其父同意,擅以名牌打字机与某甲之机车互易,并即为交付,乙父拒不

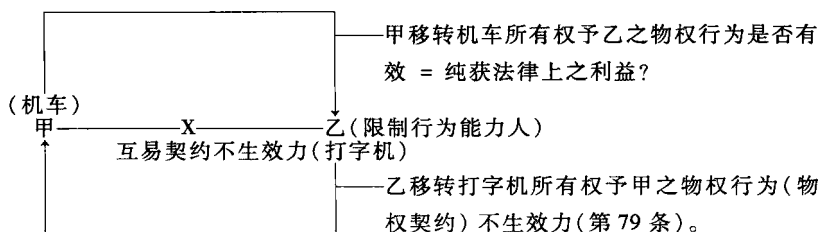
① 此为德国民法上之争论问题,参见 Stürner, AcP 173, 402。

② 参见 Lange/Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 1980, S. 320; Medicus, Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 1979. Rdn. 172。

③ Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 1979. Rdn. 239。



承认。于此情形,乙虽基于互易契约(债权行为)得对甲请求交付机车并移转其所有权(第 398 条准用第 348 条),但因其本身亦负有给付打字机之义务,故非纯获法律上之利益,其法定代理人不予承认,该互易契约(债权行为)不生效力。又乙将打字机交付予甲,以移转其所有权,系属物权行为(第 761 条),因非纯获法律上之利益,未得法定代理人承认,亦不生效力,故甲虽已占有该打字机,仍未取得其所有权,乙得依第 767 条规定请求返还该打字机,固不待言。有疑问的是,乙是否取得甲所交付机车之所有权?



于上开二则案例,乙是否取得标的物(画或机车)之所有权,端视其物权行为是否有效,而此又须视其是否纯获法律上之利益而定。

如所周知,民法系采物权行为独立性及无因性原则。<sup>①</sup>所谓物权行为为独立性者,谓当事人基于债权行为(例如买卖、互易、赠与)负有移转标的物所有权之义务者,关于该物所有权之移转,尚须作成一独立于债权行为以外之法律行为(参阅第 758 条及第 761 条)。此项法律行为系以物权之变动为内容,故又称物权行为。所谓物权行为无因性者,谓物权行为是否成立或生效,应就其本身判断之,不受债权行为之影响。在上举二例,乙是否取得甲所交付之画或机车之所有权,应依上述基本原则处理之。

就赠与某画之例而言,赠与契约虽因当事人意思不合致而不成立,但其移转该画所有权之物权行为不因此而受影响。此项甲将该画所有权移转于乙之物权行为(第 761 条),对乙而言,系属纯获法律上之利益,乙虽为限制行为能力人,仍得单独有效为之,而取得该画之所有权。惟赠与契约既不存在,乙系无法律上之原因受有利益,致甲受损害,应依不当得利

<sup>①</sup> 关于物权行为之独立性及无因性,参见史尚宽:《物权法论》,第 19 页以下;参见拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

之规定,负返还该画所有权于甲之义务(第179条)。

又就机车与打字机互易之例而言,互易契约虽因乙之法定代理人未为同意,不生效力,但甲移转机车所有权之物权行为不因此而受影响。此项甲将机车所有权移转于乙之物权行为,对乙而言,亦属纯获法律上之利益,乙虽为限制行为能力人,仍得单独有效为之,而取得该机车之所有权。惟互易契约既不存在,乙受领机车所有权欠缺法律上之原因,应成立不当得利。

综据上述,可获得一项基本原则,即:因赠与、买卖、互易(债权行为),而移转标的物之所有权(物权行为)者,该物权行为对限制行为能力人而言,系属纯获法律上之利益,不必经法定代理人之允许,得单独有效为之,惟倘赠与、买卖、互易等基础行为不存在时,则应依不当得利之规定,负返还之义务。<sup>①</sup>

#### 四、对限制行为能力人之清偿

在理论上特值重视者,系对限制行为能力人为清偿之效力。<sup>②</sup>设有某A向B订购名贵手表,A死,B径将该表交付予A之独子11岁之C,此际发生两个问题:①清偿是否有效;②C是否取得该表之所有权。又例如B欠A2万元,A死,B径将该款交付予A之独子12岁之C,C突得巨款,招待同学看电影及玩电动玩具,耗费殆尽。于此情形,C之监护人(法定代理人)可否主张此项清偿不生效力,B仍有给付之义务?

为处理此等问题,首须阐明清偿之法律性质。此为民法上重大问题,素有争议,于此不拟详论。<sup>③</sup>所应说明者,系德国普通法时代曾盛行所谓之法律行为说,尤其是契约说(Vertragstheorie)认为,清偿系当事人对于以给付为清偿特定债权之合意。此项理论与台湾地区现行“民法”之文义(第

① 此为德国判例学说之一致见解,参见Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, S. 93。

② 参见Hader, Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen-lediglich ein rechtlicher Vorteil, JuS 1977, 149。

③ 关于“清偿”法律性质之争论,参见胡长清:《中国民法债编总论》,第523页;郑玉波:《民法债编总论》,第504页;Kretschmar, Die Erfüllung I, 1966,及Beiträge zur Erfüllungslehre, JherJb. 85(1935), 184f; 86(1936 137)145ff.; Larenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. S. 191f。

309条)显有不符,而且不足说明清偿得依债务人指定之规定(第321条),不宜采取,自不待言。<sup>①</sup>依目前通说,清偿系属非法律行为,乃指依债务人之行为客观地适合债务之内容,足以引起给付效果,实现债务之内容而言,学说上称为“给付效果说”(Theorie der realen Leistungsbewirkung)。<sup>②</sup>准此见解,因清偿而为之给付行为为事实行为时,如清扫房间、装订书籍、替人画像等,则于完成该行为时,即生清偿之效力;倘清偿须移转物之所有权时,则当事人尚须作成物权行为(第758条、第761条)。于此情形,清偿与因清偿行为所为之给付行为即应严予区别。<sup>③</sup>在此基本理论之下,关于对限制行为能力人所为清偿之效力,学者见解不一,计有三说:

#### 1. 清偿有效,限制行为能力人并取得给付标的物之所有权

采此说者,有胡长清先生,认为给付行为为法律行为时,须债权人有为行为能力,但在限制行为能力人受领清偿,则属纯获法律上利益之行为。依第77条,得不经法定代理人之允许为之,是为例外。<sup>④</sup>

#### 2. 清偿不生效力,限制行为能力人亦未取得标的物所有权

关于限制行为能力人得否单独受偿,史尚宽先生认为,清偿非法律行为,故在债权人方面,不以具备行为能力为必要。惟给付行为为法律行为时,则给付行为之成立,亦应有行为能力。例如,未成年人非经法定代理人之同意,不得受物权之移转。<sup>⑤</sup>郑玉波先生亦认为债务人因清偿所为之给付行为系法律行为,而债权人亦须为法律行为时如物权行为,则无行为能力或限制行为能力之债权人,亦不得单独为有效之受偿。<sup>⑥</sup>据上所述,可知史尚宽及郑玉波两位先生均认为对于限制行为能力人清偿不生效力,但对限制行为能力人是否因给付行为取得标的物所有权,则未为说明,惟就其文义观之,似采否定说,此于史氏尤为显然。

① 参见胡长清,前掲书,第523页。

② Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, S. 193f. 此为德国目前之通说。

③ 参见郑玉波,前掲书,第505页。

④ 参见胡长清,前掲书,第531页。

⑤ 参见史尚宽:《债法总论》,第732页;并请参见氏著:《民法总论》,第332页。

⑥ 参见郑玉波,前掲书,第507页。

3. 清偿不生效力,限制行为能力人仍可取得标的物所有权,但应依不当得利之规定负返还之义务

采此说者,有梅仲协先生,认为债权人系限制行为能力人时,亦仅于其法定代理人之同意,始得受领债务人之给付。盖清偿之效力,足以消灭债务,债权人并不因此纯获法律上之利益也。在法定代理人未为清偿同意时,即使债务人以清偿之目的,将给付标的物之所有权,移转于债权人,其债务仍不能因此而消灭。此际只能依不当得利之原则,请求给付之返还。<sup>①</sup>

以上三说,各有所据,固不待言。惟胡长清先生将清偿与因清偿而为之给付行为合并观察,视为一体,认为限制行为能力人纯获法律上之利益,与清偿及因清偿而为之给付行为应予区别之理论,似有未符,而且不足保护未成年人之利益,似难赞同。史尚宽先生未肯定限制行为能力人因给付行为(物权行为)而纯获法律上之利益,与其所强调物权行为无因性理论<sup>②</sup>是否符合,容有疑问。比较言之,似以第三说较为可采。盖清偿系属非法律行为,清偿与因清偿而为之给付行为(物权行为),既应严格区别,则债务人径对限制行为能力人交付标的物,以为清偿,其效力应分两个层次观察之:就清偿而言,因非属纯获法律上之利益,债权人系限制行为能力人时,因欠缺受领权限(Empfangszuständigkeit),应准用无权处分之规定,非得法定代理人之承认,不生效力<sup>③</sup>;就移转标的物所有权之物权行为而言,债权人虽系限制行为能力人,但因此项给付而纯获法律上之利益,无须得法定代理人之允许,得单独有效为之,惟此项给付既不生清偿效力,故限制行为能力人系无法律上之原因而受利益,应依不当得利之规定负返还义务。<sup>④</sup>

据上所述,限制行为能力人未得法定代理人同意受领清偿时,其债务不消灭,仅须依不当得利之规定返还其所受领之标的物,倘其所受领之利益不存在时,原则上免负返还之责任(第182条),对未成年人较属有

① 参见梅仲协:《民法要义》,第222页。

② 参见史尚宽:《物权法论》,第19页以下;李宜琛亦同此见解(《民法总则》第237页)。

③ 参见Larenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, S. 195。

④ 参见Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 93f。

利。<sup>①</sup> 此实为古典时期罗马法学者之基本立场。伟大的法学家 Gaius 在《法学提要》(Institutio II 84)一书中曾谓:债务人对未成年人清偿债务,虽然未成年人因此取得金钱所有权,但其债务不消灭,因未成年人未得监护人之同意不得使债务消灭也。晚期古罗马法学者亦采此观点。<sup>②</sup> 1874 年之《普鲁士民法》(第一篇,第十六章,第 36 条),1804 年之《法国民法》(第 1241 条),1863 年之《萨克森民法》(第 693 条),均有类似规定。<sup>③</sup> 由是可知,对限制行为能力人之清偿,不生清偿效力,乃是典型的、超越时空的利益价值判断,着重于对未成年人之保护,强调未成年人利益应优于交易安全之考虑。<sup>④</sup> 此亦为现行“民法”所采取之基本原则。

## 五、中性行为

买卖契约,对限制行为能力人而言,非纯获法律上之利益;而单纯之赠与,则为纯获法律上之利益,均已详述。惟应注意的是,法律行为对限制行为能力人既非有利,又非不利者,亦属有之,学者多称之为中性行为(Neutrale Geschäfte)。<sup>⑤</sup> 兹举数例说明之:

(1) 代理。乙授予代理权予 18 岁之甲,以其名义,租赁房屋。

(2) 得权利人同意而为之处分。18 岁之甲擅将乙之书出卖予丙(买卖契约),其后得乙之允许而将该书交付予丙,并移转其所有权(第 761 条、第 118 条)。

(3) 无权处分他人之物之善意取得。18 岁之甲,擅将乙寄托之小型家用电脑,出卖予善意之丙,并即交付以移转其所有权(第 761 条、第 118 条、第 801 条第 1 项、第 948 条)。

(4) 给付指定权。买卖契约当事人乙与丙约定,由 18 岁之甲对于数宗给付中选定其一(选择之债),甲行使其选择权(第 209 条第 2 项)。

① 关于未成年人之不当得利返还义务之基本问题,参见 Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrecht, 1975, S. 122。

② Paulus, Dig 44, 1, 4; Marcianus, Dig 46, 3, 47, 1。

③ 以上参见 Wacke, Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen-lediglich ein rechtlicher Vorteil, JuS 1978, 80f。

④ Wacke, S. 81。

⑤ 台湾学者对此一问题之讨论,参见施启扬:《民法总则》,1982 年初版,第 227 页,称之为“无损益法律行为”(indifferente Rechtsgeschäfte)。

限制行为能力人为上开“中性行为”时,是否须得法定代理人之允许,始生效力,民法未设一般原则,仅第 104 条明定:“代理人所为或所受意思表示之效力,不因其为限制行为能力人而受影响。”依本文见解,于其他情形,亦应采肯定说。盖限制行为能力人为意思表示或受意思表示之应得其法定代理人之允许者,旨在保护其利益,中性行为既毫无损害之虞,应无庸得其法定代理人允许也。故就上述诸例而言,限制行为能力人甲之处分行为及选择权之行使,均属有效。<sup>①</sup> 惟在处分之案例,倘买卖契约因法定代理人未予承认不生效力时,受让人应依不当得利之规定,负返还责任,自不待言。

## 六、无行为能力人“纯获法律上利益” 与法定代理人“自己代理”之效力

限制行为能力人纯获法律上之利益者,无待法定代理人之允许,得独立为意思表示或受意思表示,已详如上述。至于无行为能力人,虽纯获法律上利益时,仍不得单独为法律行为,应由法定代理人代为意思表示或受意思表示。例如,A 赠与 6 岁之 B 一件名贵电动玩具,B 不得自为承诺,应由其父母代理为之。一般言之,此项规定对无行为能力人并无重大不利,盖既属纯获法律上之利益,法定代理人通常均不会拒绝受此利益也。

有疑问者,乃父母对其未满 7 岁之子女为赠与时,应如何处理。此在社会上甚为普遍,尤以不动产之赠与为然,甚值重视。于此情形,就现行法而言,必须利用自己代理制度,即父母一方面为赠与人,他方面又是受赠人(未满 7 岁子女)之代理人。惟第 106 条规定:“代理人,非经本人之许诺,不得为本人与自己之法律行为……但其法律行为,系专履行债务者,不在此限。”依此规定,父母对无行为能力子女赠与不动产之自己代理

<sup>①</sup> 此为德国判例学者之通说,参见 MünchKomm/Gitter, § 107 Rdn. 5. 台湾学者施启扬(前揭书,第 228 页),基本上亦同此见解,认为:“此类行为固未给与限制行为能力人利益,也未使其蒙受不利益,与限制行为能力人的财产状况无关,故宜解为无需得其法定代理人的同意。此类行为主要有限制行为能力人以代理人身份所为之行为,以及经有权利人同意而处分的行为(尚有争论),因为未成年人所为法律行为的效力归属于第三人(本人或有处分权人),对未成年人无损益可言。”

是否有效, 诚信研究。

按第 106 条所以禁止“自己代理”, 旨在避免利益冲突 (Interessenkonflikt)。<sup>①</sup> 依通说之见解, 本条系属“形式之秩序规定” (formale Ordnungsvorschrift), 即为维护法律安定及交易安全, 自己代理除法律规定两种例外情形 (得本人许诺及专为履行债务) 外, 均在禁止之列, 纵其结果在经济上对本人有利, 亦然。例如, 甲委乙出卖其屋, 乙自以高价买之, 虽对甲有利, 其买卖契约仍须经甲之承认, 始生效力。

依第 106 条禁止自己代理之规定, 父母以财产赠与未满 7 岁之子女, 实有困难。未满 7 岁之子女, 无行为能力, 无从对父母之自己代理为许诺, 而赠与财产通常又非可解为系专履行法定扶养义务。因此为保护无行为能力人之利益, 不能不设法以求突破, 其在方法论上最宜采取者, 系对第 106 条规定作所谓之“目的性限缩”。<sup>②</sup>

目的性限缩 (teleologische Reduktion) 者, 指对于某条规定, 依其规范目的, 就其适用范围予以缩小, 设以例外, 以贯彻立法意旨。就第 106 条而言, 即应于法定两种例外类型 (得本人之许诺及专为履行债务) 外, 更承认“纯获法律上之利益者”亦“不在此限”。<sup>③</sup> 此项对“自己代理”禁止原则第三例外类型之创设, 对于促进法律进步, 深具意义, 兹分两点言之:

(1) 维护无行为能力人之利益。纯获法律上利益之法律行为, 限制行为能力人既得单独为之, 倘无行为能力人就其法定代理人所为之赠与, 无从依其法定代理人之“自己代理”而取得, 利益衡量显失平衡, 未克达成无行为能力制度之保护目的。

(2) 此项例外, 非系就个别案例为具体认定, 而是针对根本无利益冲突之特定案例类型—纯获法律上之利益—而创设, 对于法律适用之安定及交易安全并无影响。易言之, 此项例外类型之创造, 乃在贯彻立法者之价值判断。洪逊欣先生认为, 亲权人对其子女之赠与契约不引起新利害关系之冲突时, 得为自己代理, 亦同此观点。<sup>④</sup>

① 参见洪逊欣, 前揭书, 第 457 页; Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, 1977。

② 参见 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 378; 拙著:《基础理论》, 载《民法实例研习丛书》第 1 册, 第 172 页以下。

③ 洪逊欣, 前揭书, 第 457、459 页。

④ 洪逊欣, 前揭书, 第 89 页。

## 七、结 论

诚如洪逊欣先生所言,第 77 条但书关于纯获法律上利益之规定,旨在缓和未成年制度,使限制行为能力人无须法定代理人之允许,得依其自己之意思积极参与社会经济活动。<sup>①</sup> 因此,“纯获法律上之利益”,不仅是一个技术性之规定,而且具有高度之法律文化意义。对此民法上重要基本概念之解释,应秉持洪师所再三强调的,适用民事法时,应顾及民事法之伦理价值,尤其是技术的伦理价值,合理地探究其正当之内容,以冀实现民法协助未成年人从事法律生活之理念,自不待言。

---

<sup>①</sup> 参见洪逊欣,前揭书,第 34 页。



# “民法”第 113 条规范功能之再检讨\*

## 一、绪 说

第 113 条规定：“无效法律行为之当事人，于行为当时，知其无效或可得而知者，应负恢复原状或损害赔偿之责任。”又依第 114 条第 2 项规定：“当事人知其得撤销或可得而知者，其法律行为撤销时，准用前条之规定。”关于此二条（项）规定之规范目的及存在价值，夙有争论。多数学者认为系属赘文<sup>①</sup>，惟“最高法院”数著判例（判决），明白肯定其适用性。此次总则修正，仍保留此两个条文，未加变动，似亦承认其存在意义。<sup>②</sup>

法律行为之无效或撤销，系民法上之基本制度，其所生非法律行为上之效果如何，关系当事人利益至巨，判例学说见解不一，“最高法院”未斟酌学者之论点，学者对实务上之立场亦未重视。<sup>③</sup>此种在法学研究上常见之“各说各话”，对法律之发展与进步，甚有妨害，似有检讨、反省之必要。

---

\* 本文原载《法学丛刊》第 108 期（1982 年 12 月），第 1 页。

① 参见胡长清：《民法总论》，第 374 页；李宜琛：《民法总则》，第 336 页；王伯琦：《民法总则》，第 202 页；李模：《民法总则之理论与实用》，第 237 页；洪逊欣于其《民法总则》（1976 年修订初版）第 523 页谓：“第 113 条规定并无适用之余地，立法论上宜予废止。”认为有适用余地者有：史尚宽：《民法总论》，第 523 页；郑玉波：《民法总则》（1982 年修订初版），第 327 页；施旭扬：《民法总则》（1982 年 9 月初版），第 319 页。

② 作者曾参加民法研究修正委员会总则之修正工作，与会人士对此条文并未作详细讨论，即决定维持不变。

③ 第 113 条，系属赘文，系学者通说。“最高法院”在其所有判决中，均未对此表示意见，亦未强调所以独排众议仍适用本条规定之理由。总则教科书论及第 113 条时，均未征引“最高法院”判决，加以整理分析及检讨。实务与学说未能交流沟通，实属憾事，此为法学进步之重大妨碍，诚值重视。

关于第 113 条之解释适用<sup>①</sup>,首须阐明者,系其所谓“恢复原状或损害赔偿”究指何而言,此直接涉及本条之性质及规范功能,应先行说明。

按“民法”规定称“恢复原状”者,有第 259 条,即解除契约时,当事人双方负恢复原状之义务;应返还之物有毁损灭失,或因其他事由,致不能返还者,应偿还其价额。至于“损害赔偿”,旨在填补因某种原因事实(例如债务不履行或侵权行为),于其他之财产或其他之法益所生之不利,并以恢复原状为原则(第 213 条)。在现行“民法”上,以“恢复原状或损害赔偿”平行并称者,除第 113 条外,似无其例。故其意义如何,殊不明确,可有三种解释:

(1) 恢复原状或损害赔偿,各有所指,其对象不同。

(2) 恢复原状系属原则,其不能恢复原状者,应负损害赔偿责任。

(3) 所谓“恢复原状”或“损害赔偿”,均系指损害赔偿而言,恢复原状无非是损害赔偿之方法而已。

以下拟就“最高法院”历年判例及判决,分析检讨第 113 条所谓“恢复原状”或“损害赔偿”之意义及规范功能。以下所征引之判例及判决多录全文,虽增篇幅,但可免查稽之劳,便于说明也。

## 二、恢复原状:所为给付之返还

### (一) 判决

1. 1960 年台上字第 1597 号判例:第 113 条(恢复原状)与解除契约性质之不同

(1) 判决理由。本件原审以被上诉人于 1956 年 6 月 16 日,就其所有坐落台北县万里乡崑顶脚村矿区市旧中层斜坑一脚塔尾之一部分矿区,与诉外人吴元订立采矿权契约,至 1957 年 10 月 28 日,吴元将该契约上之采矿权让与上诉人,经被上诉人同意,仍按原约就所产生煤炭照售价 13% 抽成给付被上诉人,因认被上诉人既享受抽成之利益,即系私将矿业权出租,依“矿业法”第 109 条第 1 款规定,其契约无效,对于被上诉人所

<sup>①</sup> 为行文方便,本文以第 113 条(法律行为之无效)作为讨论对象,第 114 条第 2 项(法律行为之撤销),多省略之。

主张第 109 条第 1 款系指整个矿业权而言,上诉人受让之部分开采工作契约并无整个矿业权出租之记载,于法即无违背云云,不予采取。但又谓被上诉人以上诉人有违原约第 2、3、10、11 各条,已与之解除契约,诉求确认契约不存在,其真意即主张契约所订采矿权不存在,并请求上诉人将矿区内所有机械设备拆迁,停止一切开采工作,自属有理等语。是原审既然认本件契约为无效,而又谓被上诉人基于契约解除所为之请求为有理,显系以契约无效与契约解除为同一法律关系。

“最高法院”谓:“按契约无效乃法律上当然且确定的不生效力,其当事人于行为当时知其无效或可得而知者,应负恢复原状或损害赔偿之责任。至契约之解除乃就现已存在之契约关系而以溯及的除去契约为目的,于契约解除当事人双方均有恢复原状之义务,故契约无效与契约解除性质上并不相同”,并以此为理由,认为原审“将第一审判决废弃,变更为确认上诉人就被上诉人所有前开一部分矿区之采矿权不存在,被上诉人应拆迁设备,停止工作之判决,自难遽予维持。上诉讼旨声明废弃原判决,不得谓为无理由。”

(2) 分析检讨。契约无效与契约解除,其法律性质不同,事属显然,无待详论。问题之关键在于第 113 条所称恢复原状之法律性质,尤其是不能恢复原状时应如何处理,究应损害赔偿(参阅第 213 条以下),抑或偿还价额(参阅第 259 条第 6 款)。关于此点,本判决并未阐释,尚有疑义,学者见解分歧,尚无定论。<sup>①</sup>

## 2. 1970 年台上字第 771 号判决:恢复原状系指所为给付之返还

(1) 判决理由。在 1970 年台上字第 771 号判决一案,上诉人主张,坐落台中县清水镇田寮段下滴 162 号田地 1.436 公顷,持分 1240 分之 450 为被上诉人林殿世所有,同所 353 之 1 号 150 坪为被上诉人王天珪所有,于 1968 年间分别由诉外人张瑞铿之介绍,卖与上诉人,林殿世收取定金 1 万元(新台币,下同),王天珪收取定金 3000 元。迨收取定金后,土地涨价,被上诉人遽尔食言悔约,依第 249 条第 4 款之规定,对被上诉人为

<sup>①</sup> 史尚宽先生认为,不能恢复原状时,则变为损害赔偿之义务(《民法总论》第 523 页),惟似又认为应适用第 259 条第 6 款关于解除契约时应返还之物有毁损灭失,或因其他事由,致不能返还者,应偿还其价额之规定(第 524 页第 4 行),前后论点似有不协调之处。胡长清先生认为,如不能恢复原状或恢复原状显有重大困难,应类推适用第 215 条之规定,似认为,所谓“损害赔偿”,非当然径指第 213 条以下所称之损害赔偿,实值注意(前揭书第 373 页)。

加倍返还定金之请求。原审废弃第一审判决,改判驳回上诉人之诉,系以依“土地法”第30条规定,私有农地所有权之移转,其承受人以承受后能自耕者为限。上诉人之夫任清水货运主任,与夫同户居住,自操家庭管理,且买受上开土地为建筑房屋之用,为上诉人所自认,其买受后即不能自任耕作,违反该条禁止之规定,依法应属无效,上诉人自不得本于买卖契约而为加倍返还定金之请求为论据。“最高法院”认为:“惟查上诉人不能自任耕作,其承受农地之买卖,固属当然无效,虽不得本于该契约而请求加倍返还定金,但法院可不受当事人法律上主张之拘束,如当事人于行为时明知或可得而知有此项无效之原因,应适用第113条之规定,应负返还定金恢复原状之义务。原审未予查明,遽行判决,尚嫌欠洽,上诉人之上诉,非无理由。”

(2) 分析检讨。此项判决涉及实务上重要之农地买卖问题。本判决所采“违反禁止规定无效”之论点,已有变更,最近之见解认为:“土地法”第30条系对私有农地所有权移转之物权行为所作之强制规定,关于约定负担移转该项土地所有权之债务之债权行为(如买卖、互易、赠与等契约),并不在限制之列,故约定出售私有农地于无自耕能力之人者,其所定之农地买卖契约(债权契约),尚不能认系违反强制规定,依第71条前段应属无效。惟此项买卖契约所约定之给付,既为移转私有农地之所有权于无自耕能力之人,属于违反强制规定之行为,即属法律上给付不能,亦即客观不能(自始不能),依第246条第1项规定以不能给付为契约标的者,其契约为无效,除有第246条第1项但书及第2项情形外,其契约应属无效(1976年12月7日民庭庭推总会决议)。自理论构成及当事人利益而言,此项见解,较为可采。<sup>①</sup>所应注意的是,无论农地买卖契约无效理由为何,依“最高法院”之见解,关于所为给付之返还,均应适用第113条之规定,即当事人于行为时明知其法律行为无效或可得而知者,应负“恢复原状”之义务,所谓“恢复原状”,系专对“所为给付之返还”而言。

---

<sup>①</sup> 1981年台上字第1688号判决谓:“私有农地出售与无自耕能力之人者,其买卖契约原则上固因有客观上之给付不能而无效,惟如同时约定可登记与买受人所指定有自耕能力之人者,此约定亦为法律所不禁,即难谓系以不能之给付为标的,而认其契约自始无效。”本判决认为第246条所称之给付不能系指客观上给付不能,系“最高法院”判决第一次(?)作此明确表示,实具意义。参见拙著:《自始主观给付不能》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

### 3. 1980年台上字第3293号判决：撤销赠与时所受给付之返还

(1) 判决理由。本件上诉人起诉主张：伊于1970年6月30日、1973年11月13日及1976年8月25日，分别将坐落彰化市阿夷段柴坑子小段712号、713号、714号土地所有权全部，同段326号、324号、324之1号及324之2号土地应有部分各1/2（以下简称系争土地）赠与被上诉人，并已办理所有权移转登记完毕。启料被上诉人竟于1979年3月23日下午2时30分，聚集其友张涂生及工人王胜雄等人，将上诉人现占有收益中之同段821号田0.1416公顷之观光鱼池（以下简称观光鱼池）强行以木桩、铁丝围绕，妨害上诉人行使权利，以致鱼池内之鱼遭到毁损，并恐吓上诉人，自应负妨害自由及恐吓之刑事责任。上诉人乃于1979年9月13日以存证信函向被上诉人为撤销赠与之意思表示，并依不当得利之法律关系，请求被上诉人将系争土地之所有权移转登记及交还于上诉人等情。被上诉人则以：上诉人自1979年5月7日起，始代诉外人黄灯玉管理观光鱼池，被上诉人为防范学童跌落鱼池，故嘱工人以铁丝网围绕鱼池，且被上诉人并无故意侵害上诉人权利之行为等语，资为抗辩。

“最高法院”认为：按法律行为经撤销者，视为自始无效，第114条定有明文。依此规定，法律行为经撤销后，应溯及法律行为成立时失其效力。如当事人双方于法律行为成立后，曾互为给付，在撤销后，应互负恢复原状之义务。本件上诉人主张其将系争土地赠与被上诉人，已办理所有权移转登记完毕，上诉人已依法将该赠与与契约撤销。如认上诉人有撤销该项赠与与契约权利，在该项赠与与契约经撤销后，上诉人自得请求被上诉人涂消以该赠与为原因之所有权移转登记，以恢复赠与契约成立前之原状，乃竟请求被上诉人就系争土地为所有权移转登记，自为法所不许。前述以赠与为原因之所有权移转登记，未经涂消前，系争土地仍属被上诉人所有，被上诉人对之有占有使用之权利，上诉人于涂消此项登记恢复其所有权以前，径行请求被上诉人交还系争土地，亦非正当。原审废弃第一审所为被上诉人败诉之判决，改判驳回上诉人之诉，虽未以此为理由，然与上诉人应受败诉之结果并无二致，仍应认本件上诉为无理由。

(2) 分析检讨。本案上诉人赠与被上诉人土地，已办妥登记，其后以被上诉人故意侵害其权利，而撤销其赠与，应系以第416条第1项为依据，即受赠人对于赠与人或其最近亲属，有故意侵害之行为，依刑法有处罚之明文者，赠与人得撤销其赠与。关于此项赠与撤销后之法律效果，第

419 条第 2 项设有规定,即赠与撤销后,赠与人得依关于不当得利之规定请求返还赠与物。<sup>①</sup>“最高法院”舍此特别规定,而适用第 113 条(第 114 条第 2 项),其道理何在,不得而知,对此法律适用上之重要问题,在其判决理由实负有详细说明之义务。<sup>②</sup>

再就构成要件而言,于本案适用第 113 条(第 114 条第 2 项),亦值商榷。盖撤销赠与之原因(对于赠与人有故意侵害行为,依刑法有处罚之明文者),系发生于赠与行为之后,受赠人于为法律行为当时,并不知其得撤销或可得而知也。

## (二) 本文之见解

### 1. 适用第 113 条之疑义

综据上述,“最高法院”历年判例及判决,基本上系认为第 113 条所称之“恢复原状”与解除契约时双方当事人所负“恢复原状”义务之意义不同;又此项恢复原状,依其文义及功能,系指关于当事人所为给付之返还。在 1980 年台上字第 3293 号判决,更扩大其适用范围,排除“民法”之特别规定(第 419 条第 2 项)。此项以第 113 条规定处理无效(或撤销)法律行为当事人所为给付返还问题之基本见解,是否妥适,实有疑问,兹分三点言之:

(1) 受领给付之一方当事人无过失时,如何处理。依第 113 条之构成要件,受领给付之一方当事人所以应负恢复原状之义务,须以行为当时明知或可得而知法律行为无效为要件。因此发生一项疑问:倘受领给付之一方当事人不知法律行为之无效或非因过失而不知者,是否负有返还之义务?例如就前开 1970 年台上字第 771 号判决农地买卖一案而言,倘被上诉人不知或非因过失而不知耕地买卖契约为无效时,是否仍有返还其所受领定金之义务。自第 113 条规定反面推论之,似应采否定说,但此实违反当事人利益。“最高法院”不致采此见解,殆可确信。故于此情形,势不能不适用第 179 条之规定,使受领者依不当得利之规定负返还其所领定金之义务。盖定金者,乃当事人之一方在契约着手履行前对于他

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《债法各论》,第 126 页。

<sup>②</sup> 关于法院判决理由构成之诚实性,参见 Brecher, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, Festschrift für A. Nikisch, 1958。

方所交付之金钱或其他之物；定金契约为从契约，以主契约（买卖契约）之有效成立为前提，今买卖契约既因违反法律强行规定而无效，定金契约自亦随之失其效力，其受领定金系属无法律上之原因而受利益，应予返还也。由是观之，受领给付物之返还，将因受领者是否明知或可得而知其法律行为之无效而异其法律效果，或恢复原状，或依不当得利之规定负返还之义务。此项区别有无合理实质依据，容有疑问。此点于债权行为与物权行为均属无效时，特为明确。假如有某禁治产人甲于精神恢复正常期间，以其古瓶与 19 岁乙之古瓷互易，并即交付之，此项互易契约因甲系禁治产人而无效，倘适用第 113 条，势将发生如下四种法律状态：

① 甲与乙均明知或因过失而不知其互易契约为无效时，应依第 113 条互负恢复原状之义务。

② 甲与乙均不知或非因过失而不知其互易契约为无效时，均不得主张第 113 条所规定之恢复原状请求权，但各得依第 767 条之规定主张所有物返还请求权。

③ 仅甲明知或因过失而不知其互易契约为无效时，乙得依第 113 条之规定，向甲请求恢复原状（债权上之请求权），甲得依第 767 条向乙主张所有物返还请求权（物上请求权）。

④ 仅乙明知或因过失而不知其互易契约为无效时，甲得依第 113 条之规定，向乙请求恢复原状，乙得依第 767 条之规定向甲主张所有物返还请求权。

此种法律状态于古瓶或古瓷毁损灭失或因其他事由致不能返还时，将造成极为复杂、矛盾之法律关系。倘更认为，第 113 条之规定恢复原状之请求权与所有物返还请求权或不当得利请求权得为并存时，则其性质将更难究明，法律适用将益趋分歧。

(2) 适用第 113 条，不足保护当事人之利益。

法律行为无效（或撤销）时，适用第 113 条规定，是否足以保护当事人之利益，亦值研究。关于此点，1970 年台上字第 2556 号判例一案，可作为讨论之资料。本件被上诉人以上诉人为伊之债务人，于将受强制执行之际，竟意图损害伊之债权，与上诉人林禄勋及破产人梁林月英通谋而为虚伪意思表示，就其屏东县万峦乡五沟水段 180 之 67 号土地及同所 128 号土地与林禄勋及梁林月英设定抵押权及买卖行为，并办理登记完毕，嗣后伊诉由刑事法院处钟日水毁损债权罪在案。“最高法院”认为：“上诉

人间之设定抵押权及买卖土地行为,如确属无效,被上诉人原非不得依据第 242 条及第 113 条之规定,代位行使上诉人钟日水之恢复原状请求权。”关于本案,首须检讨者,系其所谓“恢复原状”之法律性质。“最高法院”对此虽未说明,但在理论上应解为仅有债权上之性质,不具物权性,因此亦不具有所谓之“优先效力”。易言之,即受领给付之他方当事人已取得给付物之所有权,仅负债权法上之返还义务。依第 87 条规定,通谋虚伪而为意思表示之无效,兼括债权行为及物权行为在内。在本案,债务人为避免强制执行,将土地通谋虚伪出卖于他人,并已办理登记完毕,其买卖契约(债权行为)及物权行为(第 758 条),均属无效,不发生土地所有权移转之法律效果,其所有权仍属债务人,得请求涂消登记,“最高法院”认为被上诉人所得代位行使者,系第 113 条规定之债权上之恢复原状请求权,应非的论。

兹再举一例说明之:设有某甲受乙胁迫,贱卖其画,并即为交付,乙即将之转售于恶意之丙。其后甲撤销其意思表示(债权行为及物权行为)时,依吾人见解,甲得依第 767 条之规定向丙请求返还其画。<sup>①</sup>依上开见解,甲似仅得依第 113 条之规定向乙请求恢复原状,因仅具债权之效力,不得向丙主张返还其画,不足保护其利益,甚为显然。

(3) 适用第 113 条,违反法律之规范目的。直接适用第 113 条规定,于若干情形,更不免发生违反法律规范目的之情事。例如,甲出卖鸦片给乙,价金 10 万元,银货两讫。此际,鸦片之买卖契约,违反法律强制规定,应属无效(第 71 条)。倘适用第 113 条,则因甲与乙于为法律行为时,均明知其法律行为无效,应互负恢复原状之义务,似将各得请求返还其所为之给付矣。“最高法院”不致采此见解,应毋庸置疑。于此情形,应径适用不当得利之规定,即鸦片买卖契约因违反强制规定无效,双方当事人所为之给付,系无法律上原因受有利益,致他人受损害,应依不当得利之规定,负返还之义务(第 179 条)。惟因其给付具有不法之目的,依第 108 条

---

<sup>①</sup> 参见拙著:《受诈欺或胁迫而为意思表示之效力在实例之分析》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社 2009 年版。



第 4 款规定,不得请求返还。<sup>①</sup>

## 2. 关于不当得利或物上请求权规定之适用

关于因无效或得撤销法律行为所为给付之处理,适用第 113 条,非属妥适,已详上述。依吾人所信,应视无效或被撤销者究为债权行为抑或物权行为,而分别适用不当得利或物上请求权(尤其是所有物返还请求权)之规定,受领者是否明知或因过失而不知其法律行为之无效或得撤销之事实,则就各该请求权斟酌之。例如,甲误以 A 狗为 B 狗赠与乙,而撤销其赠与契约时,乙应依不当得利之规定,负返还义务。设该狗死亡者,倘乙于受领时,不知无法律上之原因(即不知甲意思表示内容有错误者),免负返还或偿还价额之责任;倘乙知其无法律上之原因时,应偿还其价额,如有损害,并应赔偿(第 182 条)。又在甲受乙胁迫贱卖其画之例,倘甲为撤销时,乙即自始不能取得其画之所有权,乙系恶意占有人,因可归责于自己之事由,致占有物灭失或毁损者,对于恢复请求权人甲,应负损害赔偿之责,其因保存占有物所支出之必要费用,仅得依无因管理之规定请求偿还(第 956 条以下规定)。由是观之,关于所为给付之返还,法律已分别情形,设有符合当事人利益之规定,适用第 113 条之规定,应无必要。

史尚宽先生认为于给付行为亦为无效之情形,适用所有物返还请求权,未尽妥适。盖第 956 条所定恶意占有人之责任,以因可归责于自己之事由致占有物之灭失或毁损者为限。反之,依第 113 条规定,则不论其就毁损灭失有无过失,均应负责,故本条仍有其适用余地。<sup>②</sup> 对于此点,洪逊欣先生采反对见解,认为:物权编第 956 条既规定恶意人对其占有物之灭失毁损所应负之赔偿责任,则关于此事项,应专依该条决定其法律关

<sup>①</sup> 1963 年 3 月份司法座谈会曾提出如下之法律问题:甲觊觎乙之房屋,乃以高价向乙购买,契约订明系供开设私娼馆之用,甲付款 1/10 后,乙即把房屋所有权移转登记于甲,甲置之不理。此项契约既经订明以该房屋系供开设娼馆所用,依第 72 条规定为当然无效,而依第 180 条第 4 款前项规定,乙又不得主张不当得利,但此种法律行为究有背公平正义并奖励犯罪之嫌,有无救济方法? 讨论意见多数说认为,不得主张不当得利,亦无救济方法,因所有权移转登记系无因行为,乙欲请求返还房屋必主张契约无效而举出其不法行为。此项行为既合于第 180 条第 4 款前项规定,即不得请求返还出卖之房屋,又不得请求其余价金之给付。“司法行政部”研究室(改制前)审核结果认为:“该项买卖因目的违法而无效,其移转所有权及价金均基于不法原因所为给付,且因不法原因构成,双方具有责任,依第 180 条第 4 款乃不得返还,亦别无救济途径,第 113 条所定恢复原状责任,本质上仍为不当得利,并无排除第 180 条之效果,于本题并无适用。”可供参考。

<sup>②</sup> 参见史尚宽,前掲书,第 524 页。

系。又就恶意占有之实质言,恶意占有人之责任,无庸分别其占有标的物,是否由于无效行为之履行,而使有差异。<sup>①</sup> 此项论点,具有说服力,应值赞同。

### 三、损害赔偿

#### (一) 规范意义之探求

##### 1. 1971年台上字第3051号判例

关于第113条所谓“或损害赔偿”,究指何而言,判例学说上亦甚有争论。1971年台上字第3051号判例谓:“损害赔偿之方法,以恢复原状为原则,金钱赔偿为例外,故损害发生之后,如有恢复原状之可能,受害人请求加害人赔偿,应先请求为原状之回复,倘非法律另有规定或契约另有订定外,不得径行请求金钱赔偿。”此则判例系经选录列入关于第113条判例要旨之内。其判决理由全文为:“按损害赔偿之方法,以恢复原状为原则,金钱赔偿为例外,故损害发生后,如有恢复原状之可能,受害人请求加害人赔偿,即应先请求为原状之恢复,倘非法律另有规定或契约另有订定,不得径行请求金钱赔偿。本件坐落桃园镇中路段16777号面积0.1521公顷,即桃园市育乐街道路,其土地所有权虽属上诉人所有,但被上诉人既仅在其路边水沟铺盖水泥板,及以砂石填方路面,并未将其土地作为公有,况此道路又系土地前业主李满前为达请准建筑房屋之目的所开辟,则其恢复未开辟道路前之原状,并无任何困难,事实即无疑义。乃上诉人不向被上诉人请求恢复原状,而竟请求金钱赔偿,揆诸首揭说明,要属无从准许,原审本此见解,将第一审所为命被上诉人赔偿上诉人金钱之判决,废弃改判,驳回上诉人之请求,于法洵无违背,上诉讼旨,指摘原判决不当,声明废弃原判决,不能谓有理由。”

此则判例之事实,似系关于侵权行为损害赔偿,与法律行为之无效,并无关联,“最高法院”所以将之列为关于第113条之判例,或系欲借此表示第113条乃属关于损害赔偿之规定。惟此势将根本推翻历年判例判决之基本见解,其真意如何,不得而知。第113条规定,系将“恢复原状”或

<sup>①</sup> 参见洪逊欣,前揭书,第525页;并参见王伯琦,前揭书,第202页。

“损害赔偿”平行并例,因此将恢复原状解为系“损害赔偿”之方法,与法律文义及法律逻辑是否符合,尚有商榷余地。又倘将本条解为系损害赔偿之规定,则“所为之给付”是否可认为系属“损害”,得请求“恢复原状”,亦有疑问。

## 2. 学说

关于第 113 条所称之“或损害赔偿”,学者有两种不同见解:① 不能恢复原状时之金钱赔偿。胡长清先生认为:“……如不能恢复原状或恢复显有重大困难,应类推适用第 215 条之规定,以金钱赔偿其损害,是为当然,本条所谓‘或损害赔偿’云云,即指此情形而言。”② 施启扬先生在其新著《民法总则》亦从此说,认为如某甲明知自己收藏之古画早已遗失而仍与某乙之古画交换并已取得古画,某甲应返还某乙之古画,如有毁损应以金钱赔偿。③ ② 独立损害赔偿责任说。郑玉波先生认为,无效行为虽不发生法律上之效力,但其他效力则不妨发生。盖无效法律行为之当事人,因之而为给付者有之,因之而受损害者亦有之,此种情形,自不能不有适当之处理,以免一方独蒙不利,而失公平,第 113 条之用意即在于此④;易言之,即所谓损害赔偿,非指所为给付不能返还之金钱赔偿,而是指其他损害而言。此一见解,实具启示性,应值重视。

## 3. 结语

第 113 条关于所谓“恢复原状”之规定(所为给付之返还),不宜适用,已详前述,准此而言,将“或损害赔偿”解为系所为给付不能返还时之金钱赔偿,即失其客体,失其意义,自不待言。因此所应进一步检讨者,系倘将“或损害赔偿”解为系“所为给付”以外“其他损害”之赔偿时,则究何所指,此为本文研究之重点。

## (二) 信赖利益之赔偿

### 1. 概说

按关于法律行为上之损害赔偿,可分为履行利益之损害赔偿及消极利益之损害赔偿。履行利益者,指法律行为有效成立,因债务人不为履行

① 参见胡长清,前掲书,第 373 页。

② 参见施启扬,前掲书,第 319 页。

③ 参见郑玉波,前掲书,第 327 页。

所受之损害(Erfüllungsinteresse)。消极利益者,指法律行为无效或被撤销时,当事人之一方因信其为有效成立所受之损害,亦称为信赖利益(Vertrauensinteresse)。<sup>①</sup>准此以言,第113条所称之损害赔偿,非指履行利益之损害赔偿,自不待言。所应提出检讨者,乃第113条是否堪为请求信赖利益损害赔偿之法律依据。

## 2. 现行“民法”关于信赖利益损害赔偿之二项特别规定

关于法律行为无效(或撤销)所生信赖利益之损害赔偿,“民法”设有两条规定:

(1) 依第246条规定,以不能之给付为契约标的者,其契约为无效。于此情形,当事人于订约时知其不能或可得而知者,对于非因过失而信契约为有效致受损害之他方当事人,负赔偿责任。例如,甲于3月1日下午出卖某屋给乙,该屋于当日上午因火毁灭者,其买卖契约无效,倘甲因过失不知其屋于订约前已灭失者,对于乙因订约所支付之代书或其他费用,应负损害赔偿责任,学说上称为缔约上过失(culpa in contrahendo)。<sup>②</sup>易言之,即当事人于订约之际,对于标的给付之可能,应尽其交易上必要之注意,今因其过失而不知,仍以不能之给付为契约标的,自应赔偿相对人因信赖契约为有效所受之损害。

(2) 依第91条之规定,表意人因意思表示错误或传达错误,撤销其意思表示时(第88条、第89条),对于信其意思表示为有效而受损害之相对人或第三人,应负赔偿责任,但其撤销之原因,受害人明知或可得而知者,不在此限。例如,甲误以A狗为B狗赠与乙,于撤销其意思表示时,对于乙为该狗支出之运费及饲料,均应予以赔偿。

第247条与第91条虽同为信赖利益损害赔偿之规定,但构成要件不同,即前者系以赔偿义务人有过失为前提,后者则不以赔偿义务人有过失为要件。盖依第88条之规定,错误意思表示之撤销,以其错误或不知,非由表意人之过失者为限,表意人有过失者,根本无撤销之余地也。

<sup>①</sup> 关于信赖利益之意义及计算,参见梅仲协:《民法要义》,第82页;Hermann Lange, Schadensersatz, 1979. S.44f.

<sup>②</sup> 关于缔约上过失之一般理论,参见拙著:《民法学说与判例研究》(第一册)。

### (三) 以第 113 条为请求信赖利益损害赔偿之一般原则

#### 1. 概说

关于契约因标的不能(自始客观不能)之无效及错误意思表示之撤销,民法设有信赖利益损害赔偿之规定,已如上述。然而,法律行为之无效或撤销,除上开两种情形外,其例尚多,因此在法学思考(juristisches Denken)上,即发生两项疑问:

(1) 于此等法律行为无效或撤销之情形,是否会发生信赖利益损害赔偿问题?

(2) 倘采肯定说,则其请求权基础(Anspruchsgrundlage)为何?<sup>①</sup>

#### 2. 构成要件及案例检讨

关于信赖利益之损害赔偿,参照第 247 条(缔约上过失)之规定,其基本构成要件,可分两方面言之:就赔偿义务人言,须明知或可得而知其法律行为之无效或得撤销;就请求权人言,须非因过失而信其契约为有效。以下拟分别就民法上主要无效或撤销之类型,检讨其是否符合此二项基本要件:

(1) 行为能力之欠缺。第 75 条规定,无行为能力人之意思表示无效。依第 78 条规定,限制行为能力人未得法定代理人之允许,所为之单独行为无效。又依第 79 条规定,限制行为能力人未得法定代理人之允许,所订立之契约不生效力。于诸此情形,相对人纵信其法律行为为有效而受有损害,亦不得请求赔偿,盖未成年人之保护,优先于交易之安全及相对人之信赖,乃民法之基本原则也。<sup>②</sup>

(2) 意思不健全。依第 86 条规定,表意人无欲为其意思表示所拘束,而为意思表示,其情形为相对人所明知者,无效。又依第 87 条规定,表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示者,其意思表示无效。于诸此情形,当事人均明知其法律行为无效,应不发生信赖利益损害赔偿之问题。

(3) 诈欺、胁迫。依第 92 条规定,因诈欺、胁迫而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示。于此情形,受诈欺或胁迫而为意思表示者,或明

---

<sup>①</sup> 关于请求权基础(Anspruchsgrundlage)之意义及作用,参见拙著:《基础理论》,载《民法实例研习丛书》第 1 册,第 34 页。

<sup>②</sup> Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, S. 92f.

知其事实,或因过失而不知,实际上多不发生信其法律行为有效而受损害情事,仅能依侵权行为之规定请求损害赔偿,但此与信赖利益系属二事。

(4) 违反强行规定。依第 71 条规定,法律行为违反强制或禁止规定者,无效。于此情形,可能发生一方当事人非因过失信其法律行为为有效而受损害,而他方当事人明知或可得而知其无效之情事。就上开 1970 年台上字第 771 号判决所涉及之农地买卖案例而言,倘依该判决所采之见解,认为买受人无自耕能力,其买卖契约系违反法律强制规定无效时,则善意之买受人就其信赖买卖契约为有效而支出之订约或登记费用,应得向知情之出卖人请求赔偿。<sup>①</sup>

(5) 违反公序良俗。依第 72 条规定,法律行为有悖于公共秩序或善良风俗者,无效。自理论以言,似亦可发生信赖利益赔偿,惟实际上甚少可能。盖当事人从事违反人伦、违反正义观念、剥夺或极端限制个人自由之侥幸行为时,殆无不认识其行为之反社会性也。<sup>②</sup>

### 3. 以第 113 条作为请求权基础

如上所述,关于法律行为无效或撤销所生之信赖利益赔偿问题,除第 91 条及第 247 条所明定者,尚有其他情形(尤其是法律行为违反法律强制或禁止明定),可否以第 113 条关于无效法律行为之当事人于行为时知其无效或可得而知者应负损害赔偿之规定,为请求权基础(Anspruchsgrundlage),在法学方法论上,实在是一个极为困难、不易决定之问题。学者对于第 113 条关于损害赔偿规定之适用性,固有采肯定说者,但未就具体案例详加论述,其观点如何,不得而知。<sup>③</sup>依吾人所信,支持以第 113 条作为请求信赖利益损害赔偿规范基础之主要理由有二:

(1) 使信赖利益之请求有直接之法律依据。

(2) 使第 113 条此项具有争议性之规定,有其积极之规范功能,不致成为赘文。

<sup>①</sup> 法律行为因违反强行规定而无效时,明知或可得而知一方当事人,应对非因过失信其有效而受损害之他方当事人,负赔偿责任。《德国民法》第 309 条设有明文,可资参考。详见 MünchKomm/Söllner. § 309。

<sup>②</sup> 关于法律行为因违反公序良俗无效时,是否发生信赖利益赔偿问题,尚有争论,参见 Mot. II, S. 180(德国民法立法理由书第 2 卷,第 180 页);Palandt/Heinrich's § 309,采否定说。

<sup>③</sup> 郑玉波先生肯定第 113 条所谓“或损害赔偿”,系指所为给付以外之损害,惟是否即指信赖利益之赔偿而言,未臻明确(氏著前揭书,第 327 页)。

以上论点,确有相当依据,固不待言,惟所应提出之疑义,计有四点:

(1) 第113条之文义并未明确表示其为关于信赖利益损害赔偿之规定,此与第247条比较观之,益为明显。

(2) 关于信赖利益之赔偿,第247条(及第91条)设有明文,倘将第113条解为系一般规定,立法体例似有未洽。

(3) 第113条关于恢复原状之规定,无适用余地,已如上述,倘保留其关于“损害赔偿”部分,势必割裂条文。其可考虑者,乃采一项革命性之见解,将第113条整个条文解释为系关于信赖利益之规定,但此与法律文义是否吻合,亦有疑义。“最高法院”之多数判决及学者亦均不采此种解释,可资参证。

(4) 无效法律行为之当事人,于行为当时,知其无效或可得而知者,并非均应负损害赔偿赔偿责任。例如,禁治产人甲向乙以电话购买家具者,其买卖契约虽属无效,但基于保护无行为能力人之基本原则,甲虽明知其无效,或因过失不知者,对乙因信其契约为有效而受之损害(如运送费),仍不负赔偿责任(关于侵权责任,参阅第187条)。倘认为第113条关于信赖利益之一般规定,势须依目的性限缩(teleologische Reduktion)之理论<sup>①</sup>,对于此类案例再作例外,排除其适用,不免使法律适用辗转曲折,似非妥适。

#### (四) 第247条之类推适用

以第113条作为信赖利益损害赔偿之一般规定,既不无疑问,则自法学方法论以言,似宜类推适用第247条规定,就各个案例类型,检讨其适用性。第247条依其文义,虽仅限于契约因标的不能而无效之情形,但深究之,实蕴含着法律行为当事人一方明知或因过失而不知其为无效(撤销亦视为自始无效)时,应对他方当事人因信该法律行为为有效而受之损害负损害赔偿赔偿责任之一般原则。判例及学说之基本任务,即在于发现此项原则,而将之类推适用于该当此项原则之案例类型。

<sup>①</sup> 关于“目的性限缩”在法学方法论上之说明,参见拙著:《基础理论》,载《民法实例研习丛书》第1册,第172页以下。

## 四、结 论

综据上述,关于第 113 条之规范功能,可分两点言之:

(1) 关于无效或得撤销法律行为当事人所为给付之返还,适用第 113 条所称“恢复原状”之规定,不但不能涵盖所有情况,而且会导致违反当事人利益及法律规范目的之结果。依吾人见解,应视无效或撤销之法律行为,究为债权行为抑或为物权行为,分别适用不当得利或所有物返还请求权之规定,以决定返还之标的物及其范围。第 113 条之规定,不仅是赘文,无其必要,自立法政策言,亦有疑问;“最高法院”再三适用之,似非妥适,尚有检讨之必要。1980 年台上字第 3293 号判决排除第 419 条第 2 项规定之适用,尤值商榷。

(2) 法律行为无效或撤销时,一方当事人非因过失信其为有效所受之损害(信赖利益),除法律明定者(第 247 条、第 91 条)外,被害人于何种情形、得依何项规定请求赔偿,“最高法院”未著判决。究以第 113 条为请求信赖利益一般规定,抑或类推适用第 247 条,颇费斟酌,作者于撰写本文之际,数度徘徊二说之间,颇有取舍为难之感;终采后说者,乃以其在法学方法论上较为妥稳也。

台湾地区现行“民法”系仿德、瑞立法例,集其大成,时有创见,体例严谨,堪称为现代民法典之杰作,解释适用之际,对每一个条文均应秉持敬畏之心以待之,不宜轻易认为其系属赘文。准此以言,认定第 113 条可置而不用,当属“大胆假定”,因此,不能以立法例并无此项规定作为理由,必须从其文义、体系、规范功能,“小心求证”之。此为本文之重点。所提出之证据,是否完备,所使用之方法,是否周全,敬请贤者教正,以阐明民法上此一极具争议性条文之规范意义,裨益法律适用,当非浅显。



# 土地重划完毕,所有权状换发后 出卖人应即办理所有权移转登记\*

## 一、1980年台上字第713号判决

本件被上诉人起诉主张,伊于1970年3月10日,向上诉人购买坐落于高雄县大寮段245号早0.6317公顷所有权比率1/3,价款新台币(下同)75985元,约定俟重划分割完毕,所有权状换发后,即可办理所有权移转登记,除尾款5000元,依约应俟办理所有权移转登记时付清外,其余价款均已付予上诉人。系争土地亦经重划分割完毕,乃上诉人拒不办理所有权移转登记。为此求为命上诉人将系争土地(面积减缩为0.6249公顷)所有权比率1/3移转登记与被上诉人之判决。

上诉人则以被上诉人未依约于1970年3月24日同往清偿农会贷款2.5万元,已没收既付价金,契约自然解除。且事逾5年,本件请求权已罹于时效而消灭。再被上诉人未付尾款5000元,上诉人亦无移转登记之义务等情置辩。

原审以被上诉人主张之起诉事实,业据提出买卖契约书,土地登记簿誊本等为证,且为上诉人所不争,自堪信为真正。上诉人所辩被上诉人未依约同往清偿农会贷款,契约已解除,既付价金已没收云云。依两造所订契约第14条,固约定上诉人向农会所贷款2.5万元,由两造共同前往清偿,并于第二次款扣除,虽被上诉人未依上开约定与上诉人同往清偿上开贷款,但被上诉人已将第二次款交付上诉人,业据证人施春芳结证在卷,

---

\* 本稿原载《法学丛刊》第104期(1981年12月),第84页。

并有经上诉人签收之土地买卖契约书可稽。上诉人亦自认被上诉人仅尾款 5000 元未付,则被上诉人虽未与上诉人同往农会清偿上诉人之贷款,但既已将该款交付与上诉人,自难认为违约。况上诉人亦迄未通知被上诉人解除该买卖契约。上诉人上项抗辩显无足取。至所有权移转登记请求权,依第 125 条规定,因 15 年间不行使而消灭,上诉人谓已逾 5 年即罹于时效而消灭,显属误会,自非可采。至上诉人所举证人林兆麒,仅证明上诉人在农会之贷款,由伊清偿后,再由上诉人偿还,惟该款既已交付上诉人,则该项证言,自亦不足为上诉人有利之认定。再两造买卖系争土地,虽约定上诉人于重划分割完毕,所有权状换发后,即日办理移转登记。兹系争土地已重划分割完毕,为不争之事实,而上诉人竟迟不办理换领所有权状,显系以不正当之行为,阻止该条件之成就,依第 101 条第 1 项规定,视为条件已成就,应认上诉人办理系争土地所有权移转登记之义务业已届至。从而被上诉人依据原买卖契约为本件之请求,洵属正当。上诉人以尾款 5000 元未付为同时履行之抗辩,第一审并为对待给付之裁判,委无不合,因而将第一审所为有利于被上诉人之判决,判予维持。经核尚无违误。上诉讼旨,声明废弃原判决,非有理由。

## 二、分析检讨

### (一) 问题之提出

本案之事实为:甲向乙购买坐落某处之土地,已支付大部分价款,约定于重划分割完毕,所有权状换发后,出卖人应即办理所有权移转登记。兹系争土地已重划分割完毕,出卖人迟未换领所有权状,办理所有权移转登记。

1980 年台上字第 713 号判决认为:“兹系争土地已重划分割完毕,为不争之事实,而上诉人竟迟不办理换领所有权状,显系以不正当之方法,阻止该条件之成就,依第 101 条第 1 项规定,视为条件已成就,应认上诉人办理系争土地所有权移转登记之义务,业已届至,从而被上诉人依据原买卖契约为本件之请求,洵属正当。”

据上开事实及判决理由观之,可提出之基本问题有二:

(1) 当事人所约定者,是否确为附条件之法律行为?

(2) 当事人所约定者,倘非附条件之法律行为,则本案应如何处理?

## (二) 附停止条件之法律行为

“最高法院”于本案适用第 101 条第 1 项规定,即因条件成就而受不利益之当事人,如以不正当行为阻止条件之成就者,视为条件已成就,显系认定当事人之间有法律行为,而且该法律行为系附有停止条件。问题在于何种法律行为附有条件,其内容如何?

甲向乙买地,约定于土地重划完毕,所有权状换发后,即办理所有权移转登记者,甲与乙间有买卖契约(债权行为),而此买卖契约并未附以条件,至为显然,无待详论。

关于土地所有权之移转,在民法上尚须一个独立于债权行为以外之法律行为(物权行为、物权契约)及公示方法;易言之,即双方当事人须有让与土地所有权之合意及登记(第 758 条)。<sup>①</sup> 买卖契约何时作成,较易确定,物权上之意思合致何时作成,不易判断。当事人有明示或默示表示者,应依其意思表示;当事人间未有表示时,原则上应认为于交付动产时,或于声请办理不动产所有权移转登记时,有让与合意,盖此项时刻较易认定,通常亦符合当事人意思及交易惯例。

于本案应检讨者,系当事人约定“于土地重划完毕,换发所有权状后,出卖人应即办理所有权移转登记”,是否为就物权行为附以条件。关于此点,在解释上,应采否定说。盖当事人所约定者,系出卖人应于何时办理所有权移转登记,而非当事人已有让与土地所有权之合意,而以换发所有权状为其停止条件也。

据上所述,本案之买卖契约及物权行为均未附以条件。然则,“最高法院”所称附条件之法律行为,究何所指? 据其判决理由观之,似认为当事人所约定之法律行为,系以办理所有权移转登记为内容,并以土地重划后换发所有权状为其停止条件。此项论点,是否妥适,甚有疑义,兹分两

---

<sup>①</sup> 第 758 条规定:“不动产物权,依法律行为而取得、设定、变更及丧失者,非经登记,不生效力。”本条所称法律行为,系指物权行为(尤其物权契约)而言。参见史尚宽:《物权法论》,第 17 页。1941 年上字第 441 号判例谓:“不动产之出卖人于买卖契约成立后,本有使物权契约合法成立之义务,系争之买卖契约苟已合法成立,纵令移转物权契约未经某甲签名,欠缺法定方式,但被上诉人之为某甲之概括继承人,负有补正法定方式使物权契约合法成立之义务,自不得借口该物权契约尚未合法成立,即请求确认买卖契约为不存在。”可资参考。

点言之：

(1) 办理土地所有权移转登记,系买卖契约有效成立后,出卖人所应履行之义务(参阅第348条),买受人应不致就此义务再为约定,使之成为另一个法律行为之客体,并以“换发所有权状”为其停止条件。

(2) 条件须以将来不确定之事实作为内容,土地重划完毕,换发所有权状,系法律规定事项。依“土地重划办法”第26条规定:“已依法办理地籍整理之重划地区重划后,如土地标示有变更或土地权利有移转时,应由主管地政机关依法办理土地登记,换发土地权利书状……”此并非将来发生与否不确定之事实,得否作为条件之内容,似值商榷。

### (三) 履行期之约定

本案当事人订立买卖契约,约定于土地重划完毕,土地所有权状换发后,出卖人应即办理土地所有权移转登记,依吾人解释,当事人所约定者,不是附条件的法律行为,而是出卖人所应履行其基于买卖契约而生义务之时期(第315条)。此项约定,论其性质,与当事人订定“出卖人应于×年×月×日办理土地所有权移转登记”,基本上殆无差异。其主要不同在于后者履行期业已确定,而于前者,履行期须俟土地重划完毕始行届至而已。

### (四) 结语

本案之基本问题,在于契约之解释。解释契约,应从契约之文义,综观契约全文,磋商谈判资料及契约之目的,探求当事人之真意,参酌交易惯例,并依诚实信用原则以决定契约之内容。准此以言,买卖契约一旦有效成立,出卖人原即有办理土地所有权移转登记之义务,当事人应不致再约定“土地重划完毕,所有权状换发后,出卖人负有办理土地所有权移转登记之义务”。“最高法院”对于出卖人所应履行之义务,采取“附停止条件法律行为”说,违反常情,不合交易惯例,忽视当事人之真意,应难赞同。依本文见解,当事人所约定者,系出卖人应履行其移转土地所有权义务之时期,即土地重划完毕,可换发所有权状时,出卖人应即换领所有权状,办理土地所有权移转登记。出卖人迟不办理换领所有权状,乃违反其契约上之义务,买受人得诉请履行,依其情形,并得主张因债务人给付迟延而

生之权利,或请求损害赔偿或解除契约(第 229 条以下,第 254 条以下)。①

---

① 意思表示之解释及契约之解释方法论之问题,学者论著尚少,实务上亦未曾见有判决作缜密之说明,有待加强研究。“最高法院”历年对解释契约所持之立场及方法上之论点,参见黄茂荣:《民法判解之理论体系(民法总则)》,增订版(1982),第 804 页以下。外文资料参见:Henckel, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159, 1060; Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, Neudruck 1966; Larenz Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 63, 737; Lüderitz, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966。

# 债之关系的结构分析

## 一、绪 说

台湾地区现行“民法”系采德意志式之编制体例,分为五编,第一编民法总则,第二编债,第三编物权,第四编亲属,第五编继承。债编又分为通则(第153条至第344条)及各种之债(分则)(第345条至第756条),共计604个条文,约占全部条文40%余,分量重,富于交易性,可谓是私法之核心,在近代法上居于优越之地位。

债编所规范之法律事实,有为商品买卖,有为受雇他人提供劳务,有为收容迷途之孩童,有为误偿他人之债,有为制造假酒伤害人体,至为繁杂。因此,每一个人在研读债编之前,必须自行提出一个基本问题深刻思考之:立法者究竟基于何种因素将各种不同之社会事实归纳一起,建立所谓“债之关系”(Schuldverhältnis)的概念,设统一之规定?为此,吾人须对“债之关系”从事结构分析(Strukturanalyse)<sup>①</sup>,以认识债之关系的构成要素及其内在逻辑,并由此而掌握债法的发展趋势。倘若欠缺此项认识,则对个别问题之了解,终属零碎之知识,不能构成完整之体系,实不足妥适处理变化无穷、复杂万端的债之关系。

---

<sup>①</sup> 本文之基本论点,多采自Larenz教授之名著Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1976(现有12 Aufl. 1979)。本书为德国权威债法教科书,流传甚广,被公认为系民法学经典之作。本文旨在说明债之关系之基本结构,细节问题多略而不论,请参阅注释内所引述之参考资料。

## 二、债之关系之构成

“民法”各编之构成,均有其特定原则。亲属编及继承编系基于所谓“构成要件之相同性”(Gleichheit der Tatbestände),即亲属编所规定者,系因婚姻及亲属关系而生之法律效果,而继承编所规定者,系因人之死亡而生之法律效果。<sup>①</sup> 物权编系以财产权之具有绝对性为其规范对象。然则,债编之构成原则为何? 易言之,即债之关系究竟基于何种共同因素而构成?

关于债之关系的构成,为便于说明,试举一例如下:甲向乙购买机车,价金5万元,甲不知其妻已付款,复开具即期支票予乙之会计。甲驾车回家途中不慎撞伤丙而逃逸,路人丁送丙赴医救治,支出医药费5000元。就本案分析之,共有4个法律关系:

(1) 甲向乙购买机车,成立买卖契约(第345条)。买受人甲得向出卖人乙请求交付该机车,并移转其所有权(第348条);出卖人乙得向买受人甲请求支付价金及受领标的物(第367条)。

(2) 甲不知其妻已付价款,复开支票予乙之会计,乙系无法律上原因而受利益,致甲受损害,应成立不当得利(第179条)。甲得向乙请求返还其所受之利益(第181条)。

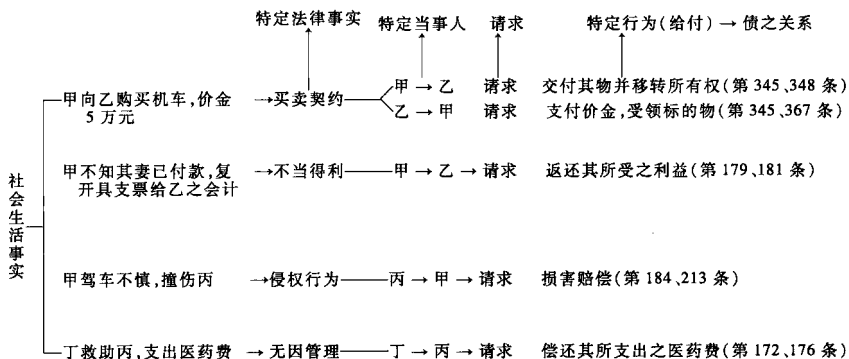
(3) 甲驾车不慎撞伤丙,系因过失不法侵害他人之权利,应成立侵权行为(第184条第1项前段)。丙得向甲请求损害赔偿(参阅第213条以下、第193条、第195条)。

(4) 丁救治丙,系无法律上之义务而为他人管理事务,应成立无因管理(第172条)。丁得向丙请求偿还其所支出之医药费5000元(第176条)。

应研究者,系上述四种情形究竟具有何种共同因素,得构成债之关系的概念。如所周知,债权契约因当事人互相意思表示一致而成立,旨在实践私法自治之理念,其所保护者,乃当事人间之信赖及期待。无因管理旨在适当界限“禁止干预他人事物”与“奖励互助义行”两项原则,使无法律

<sup>①</sup> 参见 Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 1981, S. 14.

上义务而成为他人管理事务者,在一定要件下享有权利,负有义务。<sup>①</sup> 不当得利旨在调整欠缺法律依据之损益变动,使无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,负返还其利益之义务。侵权行为旨在填补因故意或过失不法侵害他人权利所生之损害,期能兼顾加害人之活动自由及被害人保护之需要。由是可知,契约、无因管理、不当得利及侵权行为之构成要件,指导原则及社会功能各有不同,不足作为债之关系之构成因素。其所以构成债之关系的内在统一性者,乃其法律效果之形式相同性,易言之,即上述各种法律事实,在形式上均产生相同之法律效果:一方当事人得向他方当事人请求特定行为(给付)。此种特定人间得请求特定行为之法律关系,即属债之关系(Schuldverhältnis)。为使读者对于此项“民法”上重要法律基本概念之构成有较清楚之认识,图示如下:



契约、无因管理、不当得利及侵权行为个别制度之形成,由来已久,在英美法上分别称之为 contract, negotiorum gestio, resitution(unjust enrichment), torts,但迄未在法律体系上形成债之关系的上位抽象概念<sup>②</sup>,故亦无债法之教科书或债法之课程。在大陆法系,尤其是在素重体系化抽象化之德国法,历经长期的发展,终于获致此项私法上之基本概念,实为法

① 参见拙著:《无因管理制度基本体系之再构成》,载《民法学说与判例研究》(第二册)。

② 关于英美法之发展及思维方式,其论述比较为简明者,参见 Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung I, 1971, S. 227f.; 英国剑桥大学教授 Tony Weir 之英译本: An Introduction to Comparative Law, Volume I, The Framework 1977, p. 189f.; 又本书亦有日译本(大木雅夫译:《比较法概论》,东京大学出版社),可供参考。



学之高度成就。<sup>①</sup>

### 三、债之关系的意义及结合关系

#### (一) 狭义债之关系及广义债之关系

债之关系,简称为债,有狭义及广义之别。<sup>②</sup>

狭义债之关系,系指个别之给付关系。自得请求给付之一方当事人观之,是为债权;自负有给付义务之一方当事人观之,则为债务。例如,物之出卖人负有交付其物于买受人,并使其取得该物所有权之义务(第348条第1项)。第199条所称债权人基于债之关系得向债务人请求给付,系指狭义之债之关系。第309条所谓依债务本旨,向债权人或其他有受领权人为清偿,经其受领者,债之关系消灭,亦系指狭义者而言。

广义债之关系,系指包括多数债权、债务之法律关系。“民法”第二编第二章所称各种之“债”,即指此而言,买卖契约属之。除上开出卖人所负交付其物并移转其所有权之义务(狭义债之关系)外,尚会发生买受人支付约定价金及受领标的物(第367条)及支出费用偿还(第375条)等义务。买受人依债之本质支付价金时,其债之关系(狭义)虽归于消灭(第309条),但买卖契约(广义债之关系)仍继续存在,须俟各当事人均已履行基于买卖契约而生之一切义务时,此种广义债之关系,始归于消灭。

民法所称债之关系,究属狭义或广义,应就各个条文,依其规范功能决定之,自不待言。

#### (二) 债之关系乃法律上之特别结合关系

在债之关系上,有二人或二人以上之当事人,其得享受给付之利益者,为债权人,其负有给付义务者,为债务人。又在债之关系上,有仅一方当事人负有给付义务、而他方当事人享受权利者,例如赠与、侵权行为;有双方当事人互有债权、互负债务者,就自己之给付而言,是为债务人,就他

<sup>①</sup> 关于民法五编制体系之发展过程,参见 Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandekten-systems, 现收集于 Rechtsgeschichte und Gegenwart, 1960, S. 1f.

<sup>②</sup> 关于此项区别,参见 Emmerich, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Athenäum-Zivilrecht I, 1972, S. 293; Medicus, Schuldrecht I, S. 3.

方之给付而言,则为债权人,例如买卖、租赁及雇佣等双务契约。其主要特色在于一方当事人所以对他方当事人负有给付义务,旨在从他方当事人取得对待给付。然而,所应特别强调的是,不论负给付义务者为一方当事人或双方当事人,此种存在于特定人间之给付关系,构成了法律上之特别结合关系(Sonderverbindungen)。<sup>①</sup>在所谓之一时契约,如现物买卖、赠与等,给付之提出或债务之履行,一次即可完成,结合程度较弱。其结合程度较强者,乃所谓继续性债之关系(Dauerschuldverhältnis),有略加说明之必要。<sup>②</sup>继续性债之关系者,指当事人所提出之给付不是一次即为完结,而是继续的实现,雇佣、租赁、合伙、电力(瓦斯、啤酒或土鸡)之供应契约(Bezugsverträge)均属之。此类契约之特色,在于其总给付之范围系于应为给付时间之长度,例如甲雇用乙担任工厂技师,乙在受雇用期间,继续提供劳务,甲继续支付工资,债之内容随着时间之经过而增加。因此给付总额自始确定(如出售千斤之米),分次于不同时间支付,或特定金钱(如购千斤之米的价金)分期付款者,因仅涉及给付之方式,时间之因素对于给付之内容及范围,并无影响,非属所谓继续性债之关系。

在继续性债之关系,当事人一方或双方之给付范围,既系依时间而定,则在时间上自须有所限界,一个在时间上不可解消之继续性结合关系,势将过分限制当事人之意思及参与交易者之活动自由。继续性债之关系的存续期间,有自始约定者,有于经过一段期间后,当事人合意使之消灭者,但其最值重视者,乃终止契约,即由当事人行使终止权(Kündigung),使继续性契约关系向将来消灭。此种具有形成权性质之终止权,多基于法律特别规定,其中以民法就各种契约而设之终止权(第424条、第472条、第484条第2项、第485条、第489条第1项等)、劳工法规及土地法为保护经济上弱者而设之特别规定(“工厂法”第26条以下、“土地法”第100条),最值注意。<sup>③</sup>

① 参见Larenz, Schuldrecht I, S. 6.

② 关于继续性债之关系,参见史尚宽:《债法总论》,第334、548页;郑玉波:《民法债编总论》,第34页;德国文献至为丰富,主要有:Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948; O. v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, IherJb. 64 (1914), 355ff.; A. Hueck, Der Sukzessivlieferungsvertrag, 1918; Wiese, Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen, FS Nipperdey I, 1965, S. 837ff. 此为一项值得从事专题研究之债法上重要问题。

③ 参见史尚宽,前揭书,第548页;郑玉波,前揭书,第370页。

租赁、雇佣、合伙等契约,基于其继续性之结合关系,特别强调信赖基础,要求当事人各尽其力实现债之目的,除给付义务外,尚发生各种附随义务,以维护当事人之利益,信赖基础一旦丧失,或因其他特殊事由难以期望当事人继续维持此种结合关系时,法律自宜允许一方当事人终止契约。例如在雇佣契约,当事人之一方遇有重大事由,其雇佣契约,纵订有期限,仍得于期限届满前终止之(第 489 条第 1 项);合伙纵定有存续期间,如合伙人有非可归责于自己之重大事由,仍得声明退伙(第 686 条)。德国最高法院判例更从此类基于重大事由得终止契约之特别规定(《德国民法》第 626 条、第 601 条第 2 项及第 3 项、第 723 条第 1 项第 2 款、第 3 款),导出了一般法律原则(Allgemeiner Rechtsgedanke),认为于长期继续性之法律关系,其须当事人之协力及善意者,于具有重大事由时,均得随时终止契约(Kündigung aus wichtigem Grund)<sup>①</sup>,实值参考。

## 四、债之关系上之义务群

### (一) 给付义务

债权人基于债之关系,得向债务人请求给付(第 199 条第 1 项)。给付有为作为,例如支付价金、偿还费用、返还所受之利益或损害赔偿。不作为亦得为给付(第 199 条第 3 项),例如夜晚不弹奏钢琴或不为特定营业之竞争;又当事人为眺望计,约定不于特定地点建筑者亦属之,此种不作为义务,更得设定地役权而强化之(第 851 条以下规定)。价金之支付,物之使用及劳务之提供,在交易过程上均有一定之价格,故给付在原则上多具有财产价值,惟不以有财产价格者为限(第 199 条第 2 项)。当事人约定应向他方“公开道歉”者,虽不具财产利益,在债法上仍属有效。又给付须属确定,或可得确定,适于在法律上以诉主张,于必要时,尚得依强制手段实现之。因此约定赠与“某物”,或单纯内心之意望,均不适宜作为给付义务及债之关系之客体。

给付具有双重意义,有时指给付行为(Leistungsverhalten)而言,有时

<sup>①</sup> RGZ 78, 389; 128, 16; 150, 199; BGH NJW 51, 836; BGHZ 9, 157, 161ff.; 26, 171; 41, 104, 108; 50, 312, 314f.; Larenz, Schuldrecht I, S. 29.

指给付效果(Leistungserfolg)而言。<sup>①</sup>于雇佣契约,受雇人所负担者,为劳务之提供,是否因此使雇主事实上获有财产利益,在所不问。因此甲受雇于乙,筑造河堤,只要尽其行为上之义务,即属履行其给付义务,纵所筑之河堤于完成前被水冲毁,仍有报酬请求权。反之,承揽人必须完成约定之工作,始属履行其给付义务,盖既曰“承揽”,债务人自须能掌握其工作范畴,理应承担不能达成给付效果之危险性也。他如买卖(或租赁等)均以给付效果为内容,故于赴偿之债,出卖人于寄送标的物时,虽已完成其给付行为,但该物于途中因意外事故灭失时,因未发生给付效果,出卖人仍未依债之本质,清偿其债务,仅因不可归责之事由,致给付不能,免给付义务,但亦因此丧失对待给付请求权(第225条第1项、第266条)。至于何种行为及效果构成给付之内容,应就各个债之关系,依其所欲达成之目的决定之,自不待言。<sup>②</sup>

给付义务可分为主给付义务及从给付义务。现行“民法”债之关系乃建立在主给付义务(Hauptleistungspflicht)之上。<sup>③</sup>所谓主给付义务,系指债之关系所固有、必备,并能决定债之关系(尤其是契约)类型之基本义务。例如于买卖契约,出卖人应交付其物及移转其所有权,买受人应支付价金之义务;于租赁契约,出租人应交付租赁物于承租人供使用收益,承租人应支付租金之义务;于雇佣契约,受雇人应于一定或不定之期限内为他方服劳务,雇用人应给付报酬之义务,均属所谓之主给付义务。就双务契约而言,此类主给付义务,原则上均构成所谓之对待给付义务(synallagmatische Pflicht),因此于他方当事人未为对待给付前,得拒绝自己之给付(第264条第1项本文、第265条),因可归责于当事人之事由,致一方之给付一部或全部不能者,他方亦免为对待给付之义务(第266条)。

从给付义务(Nebenleistungspflicht)云者,系指主给付义务以外,债权人可独立诉请履行,以完全满足给付上利益之义务而言。从给付义务之发生基础有三:<sup>①</sup>基于法律上之明文规定,例如债权让与人应将证明债

<sup>①</sup> 参见 Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift für Nipperdey I, 1965, S. 753; MünchKomm/Kramer, § 241 Rdnr. 6, 有简要之说明,可供参考。

<sup>②</sup> Esser-Schmidt I, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband I, 1976, S. 35.

<sup>③</sup> 关于此项分类,参见 Esser-Schmidt, Schuldrecht I, S. 39; MünchKomm/Kramer, § 241 RdNr. 17.

权之文件交付受让人,并告以关于主张该债权所必要之一切情形(第 296 条,告知义务 *Auskunftspflicht*);受托人应将委任事务进行之状况报告委任人,委任关系终止时,应明确报告其颠末(第 540 条,报告义务),受托人因处理委任事务,所收取之金钱、物品及孳息,应交付于委任人,受托人以自己名义为委任人取得之权利应移转于委任人(第 541 条,计算义务 *Rechnungspflicht*)。② 基于当事人之约定,例如甲出卖其经营之企业予乙,约定甲应提供全省经销商之名单。③ 基于诚实信用原则及补充之契约解释,以维护当事人之利益,例如名犬之出卖人应交付其血统证明书<sup>①</sup>;提供土地与他人合建者,应交付必要文件,以办理建筑执照(协力义务 *Mitwirkungspflicht*)等是。

上述之给付义务(主给付义务或从给付义务),更可分为原给付义务(第一次义务)及次给付义务(第二次义务)。② 原给付义务(*primäre Leistungspflicht*)者,指契约原定履行之义务。例如名犬之出卖人所负交付其狗并移转其所有权之义务(主给付义务)及交付该狗血统证书之义务(从给付义务)。所谓次给付义务者(*sekundäre Leistungspflicht*),指原给付义务于履行过程中因特殊事由演变而生之义务,其主要情形有二:① 因原给付义务之给付不能,给付迟延或不完全给付而生之损害赔偿义务。此种损害赔偿义务有替代原给付义务者(如给付不能,第 226 条),亦有与原给付义务并存者(如给付迟延,第 231 条)。② 契约解除之后所生恢复原状之义务(参阅第 259 条)。依目前学者通说,次给付义务亦系根基于原来债之关系,债之关系的内容虽因之而改变或扩张,但其同一性(*Identität*)仍维持不变。③

## (二) 附随义务

债之关系在其发展的过程中,基于诚实信用原则,依其情事,尚会发

① *Esser/Schmidt, Schuldrecht I, S. 39.*

② 关于此项分类,参见 *Larenz, Schuldrecht I, S. 7; Emmerich, S. 305.* 关于第一次义务及第二次义务,洪逊欣先生作有如下之说明:“依义务之相互关系而区别时,义务复可分为第一次的义务与第二次的义务两种。前者系原已存在,非待义务人之不履行而后始发生之义务。后者,系因第一次的义务不履行而发生之义务。例如原有义务,系第一次的义务;因债务不履行而发生之损害赔偿义务,乃第二次的义务”。(《民法总则》,第 65 页)

③ *Larenz, Schuldrecht I, S. 7. 24.*

生各种义务。例如,甲出租 A 屋给乙经营面包店时,不应再将相邻之 B 屋租给他人,从事同一营业;电热器之出卖人应正确告知其使用上之安全事项。关于此类义务,德国学者有称之为 Schutzpflicht<sup>①</sup>,有称之为 Nebenpflicht<sup>②</sup>,有称之为 weitere Verhaltenspflicht。<sup>③</sup> 台湾学者,有称之为附从义务<sup>④</sup>,有称之为附随义务<sup>⑤</sup>,均属 Nebenpflicht 之译,后者较能表现其特征。本文采之,盖此类义务,并非如给付义务之自始确定,而系随着债之关系的发展,于个别情况要求当事人之一方有所作为或不作为,以维护相对人之利益,于任何债之关系(尤其是契约)均可发生,固不受特定债之关系类型之限制也。<sup>⑥</sup>

关于附随义务,以其是否得独立诉请履行为标准,可分为独立之附随义务 (selbständige Nebenpflicht) 及非独立之附随义务 (unselbständige Nebenpflicht)。<sup>⑦</sup> 所谓独立之附随义务,系指前述之从给付义务。<sup>⑧</sup> 关于非独立之附随义务,依其功能而言,可分别为两类:

(1) 辅助实现债权人之给付利益。如瓷器之出卖人应妥为包装,使买受人得安全携回或寄送他处(对给付标的之照顾义务, Obhuts-und Fürsorgepflicht),土地之出卖人应告知买受人关于政府最近对该地使用期限之新规定(说明义务, Aufklärungspflicht),受雇用设计电脑之工程师不得泄露开发中机件之秘密(忠实义务, Treupflicht),牛肉面店之出租人不得于对街再行开店从事营业竞争(不作为义务, Unterlassungspflicht)等。

(2) 避免侵害债权人之人身或财产上利益(所谓之保持利益, Erhaltungszinteresse)。如油漆工人应注意不要污损定作人之地毯,裁缝师于为

① Hans Stoll, Die Lehre von Leistungsstörungen, 1936, S. 25f. S. 29f; Esser-Schmidt, Schuldrecht I, S. 38.

② 参见 Fikentscher, Schuldrecht, 6. Aufl. 1976, S. 28ff., 110f., 234ff.

③ Larenz, Schuldrecht I, S. 8.

④ 参见蔡章麟:《私法上诚实信用原则及其运用》,载《社会科学论丛》第3辑,第12页。

⑤ 参见史尚宽:《债法总论》,第329、335页。

⑥ 采用附随义务之另一理由,系避免附随义务与从义务发生混淆。依洪逊欣先生之说明,义务可分为主义务及从义务两种。前者系独立存在之义务,后者则系从属于主义务而存在之义务。例如普通债务为主义务,保证债务为从义务。从义务,因从属于主义务而存在,故原则上与主义务并存共灭。(《民法总则》第65页)

⑦ 关于附随义务之分类,参见史尚宽:《债法总论》,第329页;Soergel/Siebert-Knopp, § 242 Rdnr. 100f.

⑧ 关于 selbständige Nebenpflicht 与 Nebenleistungspflicht 之意义,参见 Erman/Sirp § 242. Nr. 53f.

顾客试穿衣服之际应避免以不洁之针头触及顾客手术伤口,医师于阑尾炎手术后应避免遗留手术刀于病者之体内。此类义务,德国学者统称为 *Schutzpflicht* (保护义务),论其性质,实与侵权行为法上之交易安全义务 (*Verkehrssicherungspflicht*) 同其性质,与给付义务之关联较为疏远。惟债之关系系属一种法律上之特别结合关系,已如上述,当事人因社会接触 (*sozialer Kontakt*) 而进入彼此可影响之范围,依诚实信用原则,自应善尽交易上之必要注意,以保护相对人人身及财产上之利益。

债之关系为一种发展性之过程,故前述之附随义务(尤其是保护义务)于各个阶段均可发生。其于缔约过程中发生者,学说上称为先契约义务 (*vorvertragliche Pflicht*),违反此项义务时,应成立缔约上过失 (*culpa in contrahendo*)。<sup>①</sup> 第 247 条所谓“契约因以不能之给付为标的而无效者,当事人于缔约时知其不能或可得而知者,对于非因过失而信契约为有效致受损害之他方当事人,负赔偿责任。”此系现行“民法”关于缔约上过失之基本规定。例如,甲因过失而不知其出卖予乙之房屋。于订约前已毁于火时,对乙所支出之代书或登记费用,应负赔偿责任。梅仲协先生更进一步认为:当事人所欲订立之契约,其必要之点不合意时,契约固属不能成立,但当事人一方,因可归责于自己之事由,使事实不克臻于明了,致引起他方当事人之误解,酿成不合意者,则应负契约过失 (*culpa in contrahendo*) 之责任,该他方当事人因契约不成立而蒙受损害时,得请求相对人赔偿其消极利益。<sup>②</sup> 关于缔约上过失,立法例有设明文者<sup>③</sup>,德国之判例学说历一百余年之发展已形成庞杂之制度<sup>④</sup>,如何建立较完整之理论体系,厘定其适用范围,系民法学一项重要研究课题。

在契约成立后之履行期间,当事人之接触益为密切,更须尽其注意,避免侵害相对人之人身或财产上利益。违反此项义务时,应成立所谓之不完全给付(积极侵害债权, *positive Forderungsverletzung*)。上开医生开刀后遗留手术刀于病者体内,裁缝师试穿衣服之际以不洁之针头触及顾

① 参见拙著:《缔约上之过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

② 参见梅仲协:《民法要义》,第 93 页;并请参见史尚宽:《债法总论》,第 335 页。

③ 《希腊民法》第 197 条,其全文及说明参见拙著:《缔约上之过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

④ Larenz, Schuldrecht I, S. 92f., 94f.

客手术伤口,均属之。其他如书籍返还人未告知贷与人以其书曾经患腥红热病者之手、致贷与人感染其疾,机器之出卖人误告买受人以使用方法、致发生爆破。<sup>①</sup>于诸此情形,债务人应依债务不履行之规定负赔偿责任(第227条)。<sup>②</sup>应附带说明的是,德国之判例学说已更进而将此种附随性之保护义务扩张及于债权人对其祸福具有利害关系之第三人,而创设了所谓之“附保护第三人作用之契约”(Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)。例如房屋之出租人未告知其洗衣机严重漏电者,承租人之父母、子女或佣人之身体因触电遭受损害者,亦得依债务不履行之规定请求损害赔偿。<sup>③</sup>

又在契约关系消灭后,当事人亦负有某种作为或不作为义务,德国学说上称为后契约义务(nachvertragliche Pflicht)。<sup>④</sup>例如,离职后之受雇人得请求雇主开具服务证明书,受雇人于离职后仍不得泄露任职期间所得之营业机密,房屋之出租人于租赁关系消灭后应容许承租人于门前适当地方悬挂迁移启事。违反此等义务时,得成立所谓之 culpa post pactum perfitum(暂译为契约终了后过失),应依债务不履行之规定,负损害赔偿责任。<sup>⑤</sup>

上述于缔约过程中、履行期间及契约终了后所生之保护义务,旨在维护相对人之入身或财产上利益,系脱离契约而独立,不以契约之存在为前提(Vertragsunabhängigkeit der Schutzpflichten)。依德国之通说,积极侵害债权(不完全给付)之责任,不因契约无效或撤销而受影响,例如,甲出卖某书给乙,未告知该书曾经患腥红热病者之手者,乙因受诈欺而撤销该买卖契约时,就其感染该疾所受身体或健康之损害,仍得依债务不履行之规定,请求损害赔偿。<sup>⑥</sup>缔约上过失、不完全给付、附保护第三人作用契约

① 此二例采自史尚宽:《债法总论》,第400页。

② 参见拙著:《不完全给付之基本理论》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

③ 参见拙著:《契约关系对第三人之保护效力》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。

④ Esser/Schmidt, Schuldrecht I, S. 41; Larenz, Schuldrecht I, S. 118f., 220f.

⑤ 最近德国学者对于此种所谓后契约义务之论述甚多。参见 Strätz, Über sogenannte Nachwirkungen des Schuldverhältnisses, Festschrift für Bosch, 1976, S. 999; von Bar, “Nachwirkende” Vertragspflichten, AcP 179, 452.

⑥ 参见 Canaris, Ansprüche wegen “Positiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475.



等,均系以保护义务为内容,构成了所谓“无原给付义务之法定债之关系”(gesetzliche Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflicht)<sup>①</sup>,在德国法上已具有习惯法上之效力。最近学者更致力于为此等独立于契约之外,结构上相同,以诚实信用原则为其实体法依据之三种制度,探寻共同之理论基础,建立统一之法定债之关系(ein einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis),在比较法学研究上实值重视。<sup>②</sup>

### (三) 不真正义务

债之关系除给付义务及附随义务外,尚有所谓之 Obliegenheiten(暂译为不真正义务)。Obliegenheiten 为一种强度较弱之义务(Pflichte geringerer Intensität),其主要特征在于相对人通常不得请求履行,而其违反亦不发生损害赔偿赔偿责任,仅使负担此义务者遭受权利减损或丧失不利益而已。<sup>③</sup>此种不真正义务,在保险法上最为常见,民法上亦有之,兹举二例说明之:

第 217 条规定:“损害之发生或扩大,被害人与有过失者,法院得减轻赔偿金额,或免除之,重大之损害原因,为债务人所不及知,而被害人不予促其注意或怠于避免或减少损害者,为与有过失。”被害人所违反者,系对自己利益之维护照顾义务(不真正义务),成立所谓对自己之过失(Verschulden gegen sich selbst)。1981 年台上字第 375 号判决谓:“第 217 条所谓损害之发生或扩大,被害人与有过失云者,系指被害人苟能尽善良管理人之注意,即得避免损害之发生或扩大,乃竟不注意,致有损害之发生或扩大之情形而言,是与固有意义之过失,以违反法律上注意义务为要件者,尚属有间。”亦同此见解,盖被害人在法律上虽未负有不损害自己权益之义务,但既因自己之疏懈造成损害之发生或扩大,与有责任,依公平原则,自应依其程度忍受减免赔偿额之不利益也。<sup>④</sup>

① Larenz, Schuldrecht I, S. 93f.

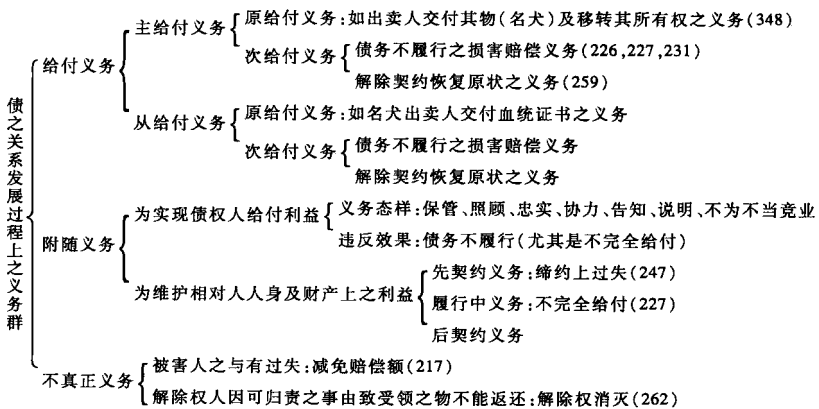
② 参见 MünchKomm/Kramer, Einleitung RdNr. 73f.; Franziska/Sophie Evans-von Krebek, Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens-oder Sorgfaltspflichtverletzungen, AcP 179, 85。

③ 参见 Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953; Larenz, Schuldrecht I, S. 316, 326, 430f.

④ 关于与有过失之基本理论,详见黄金明:《与有过失之研究》,台大法律学研究所 1972 年硕士论文。

又依第 262 条规定,有解除权人因可归责于自己之事由,致其所受领之给付物有毁损灭失,或其他情形不能返还者,解除权消灭。本条所谓可归责之事由(故意或过失),亦属违反不真正义务。盖解除权人于因故意或过失致其所领之给付物不能返还时,解除权或尚未发生,或虽已发生但无从知之,难以计及法律上返还义务之存在也。惟解除契约之基本目的在于恢复原状,今解除权人本身既不能返还其所受领之给付,理应承受解除权消灭之不利利益。

据上所述,可知当事人为缔结契约而接触,在履行给付义务过程中,甚至于契约关系终了后,得发生各种义务,组成了义务体系(Pflichtsystem),以主给付义务为核心,由近而远,渐次发展产生从给付义务以及以保全给付利益为目的及维护相对人人身及财产为目的之附随义务。现行“民法”系以主给付义务为规范对象,其他义务之形成,多赖判例学说,发展过程至为漫长曲折,名称犹未统一,界限难定(如从给付义务与附属义务)<sup>①</sup>,尤其是何种附随义务具有独立诉请履行性(Klagbarkeit),仍未获澄清。<sup>②</sup> 本文之论述仅可视为纲要,仍待补充。为便于观察,试为初步归类如下,以供参考:



① Fikentscher, Schuldrecht I, S. 28.

② Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649.

## 五、债权之本质与债之关系的相对性

### (一) 债权之本质

基于广义债之关系得产生一个或数个个别给付关系(狭义债之关系),此种个别给付关系,自得请求特定给付行为之当事人观之,是为债权,前已论及,例如买受人得向出卖人请求交付其物并移转该物之所有权(第348条第1项)。此种债权之本质何在,系债之关系结构分析的重要课题。

首应说明者,系债权非属支配权(Herrschaftsrecht)。所谓支配权者,指得直接对其客体予以作用,并排除他人干涉之权利。故支配权之赋予具有双重性:①将某特定客体归于权利人支配,以其意思作为支配该客体之准据;②因此种支配所具有之排他性。物权(尤其是所有权)为典型之支配权,所有人于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉(第765条)。债权所赋予者,非属直接之支配,不是对债务人人身之支配,不是对债务人行为(给付行为)之支配,也不是对债务人应为给付客体之支配。兹分述之:

债权不是对债务人人身支配之权利,否则将违反作为债法基础之自由与平等原则。债务人固负有给付之义务,基此“当为”而受有拘束,但绝不因此成为相对人支配之客体,债权人不得直接强制债务人提出其给付。在法院判决之后,债权人虽得依强制执行法之规定,使债务人满足其给付上利益,但此项法律上强制,系债务人不履行之结果,债务人乃是处于法律之力之下,并非受制于债权人之直接支配及恣意。

又债权亦未赋予债权人对债务人给付行为之支配。德国法学家萨维尼曾认为债权系存在于债务人人身之支配,但其所支配者,不是债务人人身全部,而是存在于个别给付行为,并强调此种个别行为得由人格者分离,而使之屈服于他人意思之下。目前采此见解者,尚有其人。惟依吾人所信,行为是人格之直接表现,不是人格之产物,不能将之由人格本身分离,予以物体化,使之成为他人直接支配之客体。诚然,债权人得告知债务人其负有债务,唤醒其履行债务之意识,并使其明了不履行之结果,债权人仅得经由此种方法对债务人之意思加以影响。人之行为系以自由为其存

在基础,自由实不可能成为他人支配之客体。<sup>①</sup>

给付之标的,有为物之交付者,此际债权人对于该给付标的,亦无支配权可言。例如,甲出卖某家用电脑与乙,尚未依物权法之规定移转其所有权时(参阅第761条),债权人乙尚非该电脑之所有人,不得直接支配该物,排除第三人之干涉。

债权非属支配权,已如前述,然则,其本质果何在乎?依吾人之见解,债权系属债权人对债务人之“当为要求”(Sollenaufforderung),易言之,即债权人得向债务人请求给付并保有债务人所为给付之权利。权利之基本思想,在于将某种利益在法律上归属某人,所有权者,乃以对物之支配归属于某权利主体,使其于法令限制之范围内得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉。债权人,乃将债务人之给付归属于债权人,使其得受领债务人之给付,因此债权人亦得向债务人请求给付。<sup>②</sup>诚如洪逊欣先生所云,债权之本质的内容,乃有效地受领债务人之给付,债权人得向债务人请求其给付,仅系其受领权之附随的作用而已。<sup>③</sup>

## (二) 债权之相对性

如上所述,债权人得向债务人请求给付,债务人之给付义务及债权人之权利,乃同一法律上给付关系之两面。此种仅特定债权人得向特定债务人请求给付之法律关系,学说上称为债权之相对性(Relativität des Forderungsrechts),与物权所具有得对抗一般不特定人之绝对性(Absolutheit)不同。债权之相对性及物权之绝对性,系民法上基本概念<sup>④</sup>,应予明辨,兹举二例说明之:

(1) 甲有某名贵兰花,出卖予乙,于约定交付期日前夕,因照顾失周被丙所盗,数日后乙于丙处发现之。

于此案例,当事人间法律关系,可分三点言之:① 甲将兰花出卖予乙,因迄未依物权法之规定移转其所有权(第761条),甲仍为该兰花之所有人,今被丙所盗,仍得本于其所有权向无权占有人丙请求返还其物(第

① 以上参见 Larenz, Schuldrecht I, S. 12。

② Larenz, Schuldrecht I, S. 16。

③ 参见洪逊欣:《民法总则》,第55页。

④ 参见洪逊欣,前揭书,第61页;Esser/Schmidt, Schuldrecht I, S. 34; Medicus, Schuldrecht I, S. 12; MünchKomm/Kramer, Einleitung Rdnr. 14f。

767条)。②甲将兰花出卖予乙,负有交付该物及移转其所有权之义务(第348条),今该兰花于约定交付期日前夕因照顾失周被盗,系因可归责于债务人之事由,至于期限届至时未能给付,应负迟延责任,债权人乙得请求赔偿因迟延而生之损害(第231条、第254条)。③应特别讨论者,系乙对丙得主张之权利。如前所述,乙基于债之关系,仅得向甲请求交付兰花及移转其所有权,但对于该给付标的(兰花)并无支配之权利,不具有对抗一般人之效力,故乙不得对丙主张返还其物。惟所应注意的是,设甲怠于行使其对丙之所有物返还请求权时,乙为保全债权,得以自己之名义,行使其权利(第242条)。

(2)甲有某地,出卖予乙,其后复以高价出卖于知情之丙,并即办理所有权移转登记(第758条)。

于此案例,前买受人乙对于给付标的物(土地)无支配之权利,故不得向后买受人丙请求返还其物,仅能依债务不履行之规定向甲请求损害赔偿(参阅第226条)。①不动产所有权(或其他不动产权利)之买受人为避免发生此项结果,以维护自己之权益,得于土地登记簿为预告登记。此项预告登记未涂消前,登记名义人就其土地所为之处分,对于其所登记之请求权有妨碍者无效(“土地法”第79条之一),故债权得因此项预告登记而获得保全。又应注意的是,第415条规定:“出租人于租赁物交付后,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约对于受让人仍继续存在。”按租赁契约系债权关系,仅有对人之关系,存在于承租人与出租人之间,今依上开规定,租赁权(债权)对于第三人亦生效力(所谓租赁权之物权化)②,乃为保护承租人而创设。由是亦知,债权相对性系民法之基本原则,非法有明文,特设例外,原不具对抗一般第三人之效力也。

### (三) 第三人对债权之侵害

于上述两例,丙偷甲之兰花,甲因而给付迟延,致其债权人乙受有损害,丙受让甲屋之所有权,甲因而给付不能,亦致其债权人乙受有损害,因此乃发生一项民法上之基本问题,即乙得否以其债权受有侵害,依侵权行为

① 关于此所涉及之问题,参见拙著:《二重买卖》,载于本书。

② 参见史尚宽:《债法各论》,第209页;郑玉波:《民法债编各论》,第199页。又关于债权物权法之基本理论及各种可能类型,参见Dulckeit, Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951; Canaris, Verdinglichung obligatorischer Rechte, Festschrift für Flume, 1978, S. 371。

为法之规定,向丙请求损害赔偿。<sup>①</sup>

对此问题,首应检讨者,系第184条第1项前段所称:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任”,其所称权利,除绝对权(如物权、人格权)外,是否尚包括债权。关于此点,虽学者有采肯定说,认为任何权利,既受法律之保护,当不容任何人侵害,物权当然,债权又何独不然,故债权亦得为侵权行为之客体。<sup>②</sup>惟依吾人所信,应以否定说为是。盖如前所述,债权云者,系指特定人得向特定人请求特定行为之权利,既不具对抗一般第三人之效力,第三人对其并不负义务,自无侵害之可能也。于此项理论中,实寓有一项基本价值判断,旨在适当维护第三人活动之自由,不致因故意或过失侵害债务人或给付标的,即应对债权人负损害赔偿责任。例如A驾车不慎,撞伤某正受雇于B歌厅作个人秀之歌星C时,对C身体健康所受之损害(财产上损害或非财产上损害),固应负赔偿责任(第184条第1项前段、第213条以下、第193条、第195条),但对B歌厅因辍演所受之损失,则不必负赔偿责任,否则A之责任范围,将漫无边际,诚非妥适。准此以言,在上举丙偷甲之已出售予乙兰花之例,乙不得依第184条第1项前段规定向丙请求损害赔偿,仅能向其债务人甲主张给付迟延之权利,或依第242条之规定,行使代位权。又在二重买卖之例,前买受人亦不得依第184条第1项前段规定向受让该屋所有权之后买受人请求损害赔偿,仅能向出卖人主张给付不能之权利。

否定债权系属第184条第1项前段所称之“权利”,并非表示债权根本不受侵权行为法之保护。第184条第1项后段规定,故意以悖于善良风俗之方法,加损害于他人者,亦负损害赔偿责任。其所谓加损害于“他人”,泛指一切权益,债权亦包括在内,自可依此规定,受到必要适当的救济。<sup>③</sup>准此以言,丙盗甲出卖予乙之兰花,致乙不能如期受领给付,倘出

① 关于此项问题之基本文献,参见庄春山:《侵害他人债权之研究》,台大法律学研究所1976年硕士论文。

② 参见王伯琦,前揭书,第73页;洪文澜:《民法债编通则释义》,第127页。

③ 参见梅仲协,前揭书,第139页,并请参见史尚宽:《债法总论》,第138页。依德国通说,侵害他人债权,原则上亦应适用《德国民法》第826条(相当现行“民法”第184条第1项后段)。参见Esser/Schmidt, Schuldrecht I, S. 35; Fikentscher, Schuldrecht I, S. 633; Larenz, Schuldrecht I, S. 15; Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter 1971; H. C. Ficker, Interference with contractual relations und deliktsrechtlicher Schutz der Forderung, in: Festschrift für H. G. Ficker, 1967, S. 152; Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, 1967。

于同业竞争,意图破坏乙预定之展览计划,或后买受人明知土地已出卖他人,乃出高价引诱出卖人违约,以妨碍前买受人建厂生产者,均应依第184条第1项后段规定负赔偿责任。如此处理侵害他人债权之问题,可兼顾加害人交易活动之自由及被害人债权上之利益,并维护营业竞争秩序,似较妥适。

关于侵害他人债权之侵权责任问题,实务上亦数著判决。于二重买卖之情形,1942年上字第891号判例谓:“不动产登记条例施行后,就同一不动产重为所有权移转契约时,如先之移转尚未登记,而后之移转已登记,依该条例第5条之规定,先受移转之人,不得以其先受之移转对抗后受移转之人,法律上既许后受移转之人否认在先未经登记之移转,则于其行使否认权后,自无从更以在先已有未经登记之移转为理由,认后之移转为无效。本件据原审认定事实,被上诉人甲虽于1938年2月间,已将讼争之稻田二亩二分卖予被上诉人乙,至同年12月间始重卖与上诉人,然如被上诉人乙所受所有权之移转未经登记,而上上诉人所受之移转已经登记,则依上开说明,自不得以被上诉人乙受移转在先,遂认上诉人所受之移转无效。乃原判决竟谓上诉人纵令曾经合法登记,其所受之移转亦属无效,于法殊有未合。至上诉人如果明知被上诉人乙已受所有权之移转,乘其未经登记唆使被上诉人甲更行移转于自己而为登记,致被上诉人乙受其损害,诚系故意以背于善良风俗之方法加损害于他人,依第184条第1项后段之规定,应负赔偿责任。然此系另一问题,究不得因此遂认上诉人所受之移转为无效,原审以上上诉人之买卖不正当为其判决理由,亦非有据。”此项判例最值重视者,系明白适用第184条第1项后段规定。其他相关判决有1929年上字第2633号判例:“债权之行使通常虽应对特定之债务人为之,但第三人如教唆债务人,合谋使债务之全部或一部陷于不能履行时,则债权人因此所受之损害,得依侵权行为之法例,向该第三人请求赔偿。”1964年台上字第1540号判决谓:“债务人于破产前与丙通谋捏造债权,并虚伪设定抵押权,由丙声请拍卖抵押物,并领去拍卖价金,致破产财团受损害,破产管理人得依侵权行为之规定,请求赔偿损害,即丙受领之金额。”其论述最详者系1968年台上字第3057号判决,认为:“按因故意或过失而侵害他人债权者,虽不能免侵权行为上之责任,但此系以第三人之行为,对债权人之存续或其法律上之效力,有直接影响者为限,例如第三人以侵害他人债权之意思而毁灭其特定之标的物,或故意对债务

人之身体,加以拘束,而使其不能为债权之目的之特定给付等是,本件上诉人向债务人黄安心承买经假扣押之生蛋鸭,并将该鸭转让与他人,亦不过使被上诉人之债权,不能就该鸭卖得价金满足之清偿而已,尚难谓为第三人之债权侵权行为。”前二则判决,仅称“得依侵权行为之法则,向第三人请求赔偿”,未具体指明究为第 184 条第 1 项前段或后段之适用,最后一则判决虽未指明适用之条文,但就其所谓“因故意或过失而侵害他人之债权人”之语观之,似系指第 184 条第 1 项前段。惟所应注意的是,此三则判决均以第三人具有故意侵害他人债权之意思为要件,并不承认第三人得因过失而侵害他人之债权。因此就法律适用之观点言,实非第 184 条第 1 项前段所能涵盖,应属第 184 条第 1 项后段之规范范围也。

#### (四) 债之关系上之第三人

债之关系乃债权人与债务人之间之特别结合关系,但此并不表示第三人在债之关系并不居于任何地位。第三人可受让债权(第 294 条),第三人可承担债务(第 300 条以下),第三人亦可承担契约,但此仅属债之主体之变更,尚非所谓债之关系两极性原则(Grundsatz der Bipolarität des Schuldverhältnisses)之真正例外。其属真正例外者,乃利益第三人契约(Vertrag zugunsten Dritte),即当事人得约定使第三人直接对于当事人一方取得债权(第 269 条)。此项涉他契约突破了罗马法上 *alteri stipulari nemo potest*(不得为他人订约)之格言,使契约当事人以外之第三人,亦受契约效力之所及(Drittebeziehungen im Schuldverhältnis)。<sup>①</sup> 又应注意的是,债之清偿得由第三人为之(第 311 条第 1 项),其对第三人清偿,或基于债权人之同意,或基于信赖保护,亦可发生清偿债务之效力(第 310 条),均可见第三人之介入债之关系也。<sup>②</sup>

## 六、债权之实现、不完全债权及所谓之自然债务

### (一) 债权之实现

第 199 条规定,债权人基于债之关系,得向债务人请求给付。此项规

<sup>①</sup> MünchKomm/Krammer, Einleitung Rdnr. 24f.

<sup>②</sup> 参见 Spielbüchler, Der Dritte im Schuldverhältnis, 1973。



定课债务人以给付义务,并赋予债权人以请求给付之权利。债务人怠于履行其义务时,法律并不主动采取行动,而是让由债权人自行决定是否实现其权利,债权人一旦决定行使其权利时,法律则提供其权威及力量,使债权人得诉请履行,必要时并得强制执行,于特殊情形更容许债权人自力实现债权。又债权之处分,亦蕴涵实现债权之机能。债权通常兼具此等诉请履行力、强制执行力、依法自力实现力及具有处分权能,兹分述之:

### 1. 诉请履行(请求力)

债之关系,系一种以信赖为基础之法律上特别结合关系,债务人之善意固属重要,但不可完全依赖之,债务人未依债之本旨提出给付时,债权人得向法院诉请履行之(债权之请求力)。第199条亦寓于此项意义。<sup>①</sup>债权人所提出者,通常为给付之诉,其所请求者,为给付本身之履行,而非金钱赔偿,斯应注意。

### 2. 强制执行(执行力)

债权人于依其给付之诉取得确定判决后,得依强制执行法之规定对债务人为强制执行(债权人之执行力)。关于强制执行之方法,现行“强制执行法”分别动产、不动产,其他财产权,物之交付请求权,行为及不行为请求权及假扣押假处分之执行,设有详细规定,请参阅,兹不赘述。<sup>②</sup>

### 3. 私力实现

债权人依诉请求债务人履行给付或声请法院强制执行,均借助公权力,乃公力救济,为实现债权之基本途径,旨在维护法律社会之平和。惟于例外情形,法律亦容许私力实现,此即第151条“为保护自己权利,对于他人之自由或财产施以拘束、押收或毁损者,不负损害赔偿之责。但以不及受法院或其他有关机关援助,并非于其时为之,则请求权不得实行或其实行显有困难者为限”之规定。例如,某甲出卖某名画给乙,于交付前数日,正图变卖财产,并携带该画潜逃外国,时机紧迫,不及受法院或其他机关援助时,乙即得自行救助,押收其画。惟债权人怠于及时向有关机关声请援助,或其声请被驳回者,不论有无过失,均应负损害赔偿之责(第152条)。<sup>③</sup>现行民法明定之自助行为,尚有出租人得不声请法院,径行阻止

① 参见郑玉波:《论债之效力及一般担保》,载《法学丛刊》第26卷第4期(第104期),1981年12月,第6页。

② 参见杨与龄:《强制执行法》。

③ 参见施启扬:《民法总则》,第402页以下。

承租人取去留置物(第 447 条),饮食店主人得留置客人行李及其物品(第 612 条)等。此等特别自助行为不必具备第 151 条之构成要件,债权人亦不负无过失责任,应予注意。

债权人之抵消,亦可谓系属于此种无待乎起诉及强制执行之债权实现方法。第 334 条规定,二人互负债务,而其给付种类相同,并均届清偿期者,各得以其债务,与他方之债务,互相抵消。例如,甲有屋出租予乙,经营家具行,甲向乙购买家具,则甲及乙各得以租金及价金互相抵消,双方债务之履行及债权之实现依当事人单方之意思表示,一举完成之,从为抵消之债权人立场观察之,实不失为自助满足之方法,即债权人为满足自己之债权,而依抵消处分他人之债权。<sup>①</sup> 抵消足以节省给付之交换,确保债权之效力,虽属自我满足,但未涉及“实力”,无害于法律秩序之平和,故法律原则上均允许之(第 338 条、第 339 条、第 340 条)。

#### 4. 处分权能

债权实现,广义言之,亦包括对债权处分权能在内。除前述抵消外,其主要者有:免除(第 343 条)、债权之让与(第 294 条)及权利质权之设定(第 900 条)等。

#### 5. 保有给付之法律上原因(保持力)

债务人自动或受法律之强制而提出给付时,债权人得保有此项给付,此际,债权乃成为保持此项给付之法律上之原因,故债权人虽因债之清偿而受利益,致他人受损害,亦不发生不当得利返还之问题(第 179 条)。

## (二) 不完全债权

债权,一般言之,均具有上开效力,惟于例外情形,债权欠缺某项效力者,亦属有之,学说上称为不完全债权(unvollständige Forderung)<sup>②</sup>,或不完全债务(unvollkommene Verbindlichkeiten)<sup>③</sup>,兹分述之:

### 1. 请求力之排除

债权不具请求力者,以婚约最称典型。第 975 条规定,婚约不得请求强迫履行。1938 年上字第 695 号判例认为,所谓婚约不得请求强迫履

<sup>①</sup> 参见胡长清:《中国民法债编总论》,第 578 页。

<sup>②</sup> Medicus, Schuldrecht I, S. 10.

<sup>③</sup> Fikentscher, Schuldrecht I, S. 47.

行,系指不得提起履行婚约之诉而言,盖结婚须由当事人以绝对的自由意思予以决定,义务人若甘受违反婚约之制裁,则其履行与否,法律不应强制也。<sup>①</sup>

债权罹于消灭时效后,债务人得拒绝履行(第144条第1项)。债务人可以永久行使此项消灭时效抗辩权,债权之请求力因而减损,难以依诉之方法强制实现之。惟此种债权仍得受清偿,故债务人不知时效而为履行之给付者,仍不得请求返还,其以契约承认该债务或提出担保者亦同(第144条第2项)。又债权人对于上项完成时效债权之处分权能,原则上并不受影响,仍得将之让与他人,与他人之债权互相抵消(参阅第337条),或设定权利质权。

### 2. 强制力之排除

债权欠缺请求力者,固无执行力,惟债权有请求力,但欠缺执行力者亦有之,其情形有二:①根本无执行力者,例如关于夫妻履行同居义务之判决,1938年抗字第63号判例谓:“命夫妻一方同居之判决,既不得拘束身体之自由而为直接之强制执行,‘民事诉讼执行规则’第88条第1项所定间接强制之执行方法,于同条第2项之规定又属不能适用,此种判决自不得为强制执行。”②不得就应履行之给付为强制执行,例如,甲约定为乙绘像,不为履行时,仍不能强制使其为绘像之行为,其行为可代替者,执行法院得以债务人之费用,命第三人代替履行(“强制执行法”第127条),其行为不可代替者,则仅能使其负不履行之损害赔偿(“强制执行法”第128条)。

### 3. 处分权能之排除

破产人因破产之宣告,对于应属破产财团之财产,丧失其管理及处分权(“破产法”第75条),故破产人对于债权亦丧失处分权能。<sup>②</sup>当事人约定债权不得让与者,其处分权亦受限制,惟不得对抗善意第三人(第294条)。

## (三) 所谓之自然债务

据上所述,可知债权欠缺请求力(诉请履行)者有之,欠缺执行力者

① 参见戴炎辉:《亲属法》,第50页;陈棋炎:《民法亲属》,第67页。

② 关于破产宣告对于破产人在财产上之效力之基本问题,参见陈荣宗:《破产法》,第137页以下。

有之,关于此等债权,学者有称为不完全债权或不完全债务,已如上述。应特别加以说明者,系所谓之自然债务(Naturalobligation, natürliche Verbindlichkeit)。<sup>①</sup> 此项源自罗马法之概念,究何所指,尚无定论,兹以婚约居间约定报酬及赌债二例说明之:

第 573 条规定,因婚姻居间而约定报酬者,其约定无效。准此规定,当事人间根本不发生报酬请求权(债权),无从诉请履行,设定担保或处分。倘已受领报酬者,应属无法律上原因而受利益,致他人受损害,应成立不当得利,负返还责任。惟婚姻既成,当事人致送报酬,乃属人情之常,宜认为系属履行道德上之义务之给付,而不得请求返还(第 180 条第 1 款)。至于此是否为自然债务,系属定义问题,惟倘吾人认为所谓自然债务者,系指债权人有权而请求权已不完整<sup>②</sup>,则因婚姻居间而约定报酬,应非属自然债务,盖约定报酬既属无效,根本不发生债权,实无请求权不完整之可言也。

又关于赌债,1955 年台上字第 421 号判例认为,赌博系法令禁止之行为,其因该行为所生债之关系,原无请求权之可言。1965 年台上字第 404 号判决认为,清偿赌债系不法之原因而为给付,不得请求返还不当得利。1954 年台上字第 225 号判决认为,给付赌博输款,为不法原因,系属自然债务,依法无请求返还之余地。<sup>③</sup> 此三则判决所采基本观念,似有未尽协调之处。赌博既属法令禁止(或违反公序良俗)之行为,应属无效(第 71 条、第 72 条),根本不生债之关系。1955 年台上字第 421 号判例谓:“其因该行为所生债之关系,原无请求权”,似有误会。又不法原因给付所以不得请求返还,并非系债权人本于权利而受领,不成立不当得利,而是受领“赌债”之给付,虽属不当得利,但因属不法原因,故不得请求返还(第 180 条第 4 款)。<sup>④</sup>

据上所述,关于自然债务,有时用于不能依诉请求之给付义务(如消

① 关于自然债务之一般问题,参见王伯琦:《论自然债务——民法上自然债务体系之试拟》,载《法学丛刊》第 7 期。

② 王伯琦先生认为,自然债务者,系指债权人有权而请求权已不完整(《民法债编总论》,第 5 页)。

③ 关于此三则判决,参阅拙著:《赌债与不法原因给付》,载《民法学说与判例研究》(第二册)。

④ 参见拙著:《民法学说与判例研究》(第二册)。

灭时效之债务),有时用于指基于道德上义务之“债务”,有时指因不法原因而生之“债务”,有时更不加区别,兼指诸此各种情形而言<sup>①</sup>,用语分歧,殊失原义,实不宜再为使用。<sup>②</sup> 倘必予使用,亦须明辨其究指某种情形而言,尤应避免由之而导出不合事理之结论。

关于债权之实现之基本问题,因涉及若干易于混淆之观点,为使读者易于明辨,兹综据上述,归纳如下:

(1) 甲向乙购买其新型家用电脑,价金5万元,当事人就标的物及其价金互相同意,买卖契约即为成立。甲得向乙请求交付其物,并移转其所有权(第348条),乙得向甲请求交付约定价金(第367条),关于其债权,甲及乙均有请求力、执行力、保持力,并得为其提供担保,亦享有处分权能。

(2) 于上举之例,设乙之价金债权已罹于消灭时效时,甲取得抗辩权,得拒绝给付,乙之债权的请求力及执行力已不完全,但仍有保持力,亦得为其提供担保,处分权能原则上仍不受影响。

(3) 甲为乙居间婚姻,约定报酬者,其约定无效,不发生报酬请求权(债权),因此根本无请求力、执行力,无从为其提供担保或对之为处分。甲受领乙给付之报酬时,因欠缺债权上之保持力,应成立不当得利,惟此项给付系履行道德上之义务,乙不得请求返还。

(4) 甲与乙赌博,赢得10万元,因赌博行为违反法律强行规定(或公序良俗)无效,根本不发生“赌债”请求权(债权),故无请求力及执行力,亦无从为其提供担保,或对之为处分。乙偿还赌债时,甲并无债权上保持力,应成立不当得利,但因此项给付系不法原因给付,乙仍不得请求返还。

<sup>①</sup> 王伯琦先生谓:消灭时效完成之债务(第144条第2项),因不法原因而生之债务或基于道德上义务之债务(第180条),此种债务,学上说称为自然债务。即债权人有权而请求权已不完整。债权人请求给付时,债务人得拒绝给付,但如债务人为给付,债权人得本于权利之受领,并非不当得利,债务人不得请求返还(《民法债编总论》第5页)。此项论点,似有商榷余地。于消灭时效完成之债务,债权人有权而请求权已不完整,固属无误,但于因不法原因而生债务(如赌债)及基于道德义务上之债务(如婚姻居间约定报酬)两种情形,均难认为有债权存在,故给付之受领仍应成立不当得利,只是法律禁止其请求返还而已(第180条)。依吾人所信,“并非不当得利”与“虽属不当得利,但不得请求返还”,在概念上应予以区别。

<sup>②</sup> Larenz, Schuldrecht I, S. 18; Fikentscher 教授认为自然债务(Naturalobligation)之用语已属过时(veraltet),应弃置不用,改以不完全债务称之,并分别其类型而观察(Schuldrecht, 6. Aufl. 1976, S. 48)。

## 七、债务与责任

### (一) 基本概念与制度之发展

所谓债务,系指应为一定给付之义务。所谓责任(Haftung),乃指强制实现此项义务之手段,亦即履行此项义务之担保。<sup>①</sup> 惟应注意的是,“责任”一词,具多种意义。如第184条第1项前段规定,因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿“责任”(过失责任);第91条规定,表意人于依撤销意思表示时,对于信其意思表示为有效而受损害之相对人或第三人应负赔偿“责任”(无过失责任),均指应就其行为所生之结果“负责”,亦即应对其行为所生之损害予以赔偿。对于此项损害赔偿义务(债务)、债务人应以全部财产为其担保、债权人得强制执行之,即属吾人于此所谓之“责任”。

债务人就其债务,原则上应以全部财产对其债权人负其责任,今日视之,似为当然自明之理,实则不然。在罗马法及日耳曼法上,债务人系以其人身负责,债务人不履行其债务时,债权人得径为直接强制,拘束其人身,贩卖为奴。由于社会进步,基督教义之传播及公权力之日臻完备,对债务人直接强制,使其屈服于债权人之意思及实力之因素,渐次消逝,当为给付(Leistensollen)之伦理因素,渐次增强,历经长期之发展,终于演变成纯粹财产责任。此项财产责任,与债权相结合,一般言之,并属无限财产责任,就现行法制而言,负有债务者,于不履行时,即应以其全部财产负其责任,有债务即有责任。诚然债务与责任在概念上应予区别,无责任之债务(如罹于时效之债务),及无债务之责任(如物上保证人之责任),亦属有之,但终属罕见之例外。债务与责任原则上系相伴而生,如影随身,难以分开,负债务者,不仅在法律伦理上负有当为义务,而且也承担其财产之一部或全部将因强制执行而丧失之危险性,盖非如此,不能保障债权之实现也。

<sup>①</sup> 关于债务与责任,系19世纪德国民法学上一项最具争论之问题,参见Binder, Zur Lehre von Schuld und Haftung, JherJb. 77(1927)75ff.; O. von Gierke, Schuld und Haftung, 1910; Schreibe, Schuld und Haftung, 1914。

## （二）责任之类型

债务人应以其财产对其债务负其责任之形态,可别为两类:无限责任和有限责任。债务人原则上应负无限责任,即应以财产之全部——除不得查封之物品或强制执行权利外——供债权人得依“强制执行法”之规定满足其债权之担保。所谓不得查封之物品,系指债务人及其家属所必需之衣服、寝具、餐具及职业上或教育上所必需之器具物品;遗像、牌位、墓碑及其他祭祀、礼拜所用之物(“强制执行法”第53条)。所谓不得强制执行之权利,系指债务人对于第三人之债权,为维持债务人及其家属生活所必需者而言(“强制执行法”第122条)。

有限责任系指债务人以特定财产为限度负其责任(物的有限责任)。债权人仅得就该特定财产执行,纵其债权未因此而全部获偿,对于其他财产,亦不得再为执行。关于此种有限责任,当事人得自为约定,但实际上甚属少见。法律所明定者,以限定继承最为重要,即继承人得依一定之程序,将遗产继承人其他财产分开,限定以因继承所得之遗产,偿还被继承人债务(第1154条以下),遗产债权人仅得就遗产为强制执行,继承人其他财产则不负责任。

应特别说明者,系所谓之“量的有限责任”,即以一定之数额为限度,负清偿之责任,例如股份有限公司股东就其所认股份,对公司负其责任(“公司法”第2条第1项第4款)。此项计算上有限责任,非属真正的责任限制,而是关于债务内容之限制,对于此种约定或法定“定额有限责任”,债务人仍须以全部财产负其责任。

## （三）保全与担保制度

债务人就其债务,应以其财产之全部或一部负其责任,此项财产学说称之为责任财产。责任财产既为债权之一般担保,则其增减,关系债权人利害至巨。责任财产之减少,有为债务人消极地听任其减少,例如对第三人所有物返还请求权而怠于行使,有为债务人积极地减少其财产之行为,例如将其房屋赠与他人,或贱卖名画。于此两种情形,民法为确保债权之获偿,特赋予债权人两种权利,以资救济:①代位权,即债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,得以自己之名义行使其权利(第242条本文),以维持债务人财产。②撤销权,即债权人对于债务人所为之

有害债权之行为,得声请法院撤销之,以回复债务人之财产(第244条)。此两种保全债权之手段,在实务上至为重要,殊值重视。<sup>①</sup>

债权人之代位权及撤销权,对维护债务人之责任财产,虽裨益至巨,但尚不足确保债权之获偿,其主要理由有三:①构成债务人责任客体之财产,变化不定,景气无常,财产之散逸非债权人所能预见或控制。②债权不论其发生先后,均居于平等地位,债权重叠又为现代交易之通常现象,责任财产纵能维持不减,众人参与分配,亦难期全获清偿。③法律为财政之目的,业已创设税捐之优先权<sup>②</sup>,为保护劳工,工资优先受偿权亦渐获重视,终必能建立完善之制度。<sup>③</sup>处此情势,债权人不能不为其债权之实现而奋斗(Kampf um die Sicherheit)。为适应此种交易上之需要,法律乃提供人之保证及物之担保两种特别担保制度,供债权人采择使用。<sup>④</sup>所谓人之保证,系指第739条以下所规定之保证而言。保证人得与债权人约定,于主债务人不履行债务时,由其代负履行责任。保证人原则上系以全部财产供履行债务之担保,如此,债权人于主债务人外,更有保证人之全部财产供其债权之担保,债权之实现,至为可靠。至于物之担保,系指担保物权而言,就其广义而言,有民法所规定之抵押权(不动产抵押及权利抵押)、质权(动产质权及权利质权)及“动产担保交易法”之动产抵押权、保留所有权(附条件买卖)、信托占有。担保物权系就债务人或第三人所提供之特定不动产、动产或权利而设定,不受人的因素之影响,且具有优先、排他及追及等效力,其担保性尤胜于人之保证。

综据上述,可知债务人原则上应以其全部财产供履行债务之担保,为维持此项责任财产,民法赋予债权人以代位权及撤销权,以保全债权得获清偿,又为使债权之实现更臻巩固,复设人保及物保两种制度,俾供使用。为观察方便,图示如下:

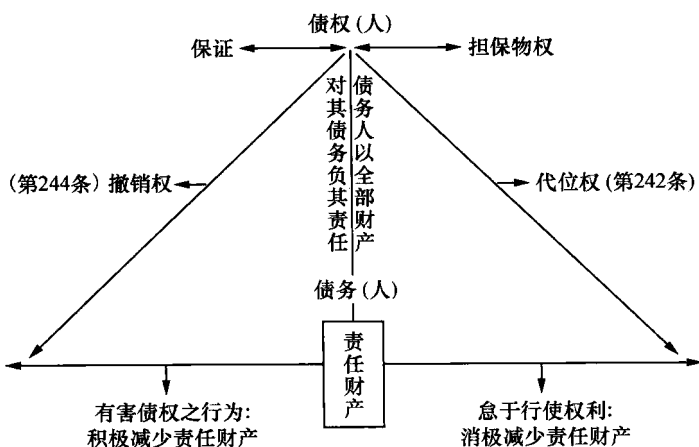
① 关于债权人之撤销权,参见翁如玲:《债权人撤销权之研究》,政大1980年度硕士论文。

② “税捐稽征法”第6条第1项规定:“土地增值税之征收,就土地之自然涨价部分,优先于一切债权及抵押权。”“关税法”第55条第3项规定:“第1项应缴或应补缴之关税,应较普通债权优先清偿。”“营业税法”第39条规定:“营利事业欠缴之税款、利息及改组、合并、清偿时,依法应征而尚未开征或在纳税截止期限前应纳之税款,应较普通债权优先受偿。”

③ 参见拙著:《税捐、工资与抵押权》,载于本书。

④ 参见拙著:《附条件买卖中买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版。





关于债权之清偿,法律规定备极周详,债权之变现性大为增强,实具有财产上价值,常成为交易之客体,得为让与(第 294 条),设定动产质权(第 900 条),并得为强制执行之标的(“强制执行法”第 115 条)。

## 八、债之关系之有机体性、程序性与民法债编之体系

### (一) 债之关系之有机体性及程序性

诚如前述,债之关系的内容系由给付义务、附随义务及不真正义务所构成,债权之本质在于受领给付而保有之,并得依法律途径强制实现之,债务人原则上应以全部财产对其债务之履行负其责任。广义债之关系,除上述各种义务外,尚包括其他权利(如选择权、解除权、终止权等)及法律地位(如受领相对人解除或终止契约之权限)。诸此债之关系上的要素,并非个别单独存在,毫不相关,而是为满足债权人之给付利益,尤其是双务契约上之交换目的而互相结合,组成了一个超越各个要素而存在之整体性。德国学者曾从各种角度加以观察。Siber 认为,债之关系系属一种有机体(Schuldverhältnis als Organismus)<sup>①</sup>,Herzholz 认为,债之关系系

<sup>①</sup> Siber, Schuldrecht, 1931, S. 1.

属一种“恒常之范畴关系”(konstante Rahmenbeziehung)<sup>①</sup>, Esser-Schmidt 认为,债之关系系属一种计划(Plan)<sup>②</sup>, Larenz 教授采哲学家 Nicolai Hartmann 在其《真实世界之建立》(Aufbau der realen Welt)一书中所创立之概念,称之为 sinnhaftes Gefüge(暂译为具有意义之结构组合)<sup>③</sup>。各家用语虽有差异,但其实质内容殆无不同,即均强调债之关系在其发展过程中得产生各种义务,个别之给付义务得因清偿而消灭,形成权得因其行使或不行使而失其效能,债之客体得因当事人之约定或法律之规定而变更(如给付特定物之债,因可归责于债务人事由致给付不能,变为损害赔偿之债),债之主体亦得因法律行为(如债权让与、债务承担)或法律规定而更易,整个债之关系更可因契约承担(Vertragsübernahme)<sup>④</sup>而移转。于诸此情形,债之关系之要素虽有变更,但债之关系仍继续存在,其同一性并不因此而受影响。关于此种债之关系之同一性,王伯琦先生认为,因可归责于债务人事由而致给付不能所生之损害赔偿请求权,与原债权之性质,原属相同,故此之损害赔偿请求权,应认为原债权之继续,惟在形态上有所变更而已,从而消灭时效继续计算,其从权利亦不消灭。<sup>⑤</sup> 郑玉波先生于论及债之移转之意义时,亦谓:“债之移转者,债之关系不失其同一性而其主体变更之谓也。所谓债之关系不失其同一性者,即债之效力依旧不变,不仅其原有之利益(如时效利益)及瑕疵(如各种抗辩)均不受移转之影响,即其从属之权利(如担保)原则上仍继续存在”<sup>⑥</sup>,可资参照,兹

① Herzholz, AcP 130, 257f.

② Esser-Schmidt, Schuldrecht I, S. 29.

③ Larenz, Schuldrecht I, S. 24.

④ 现行“民法”关于债之移转,仅就债权让与及债务承担设有规定,此仍属个别债权债务之移转。所谓契约承担者,乃以承受契约当事人地位为标的之契约,将由契约关系所发生之债权、债务及其他附随的权利义务一并移转。关于契约的承担,虽法无明文,但基于契约自由原则,当事人得合意为之,自不待言(参见郑玉波,前揭书,第495页)。有关于契约承担之基本理论,参见 Demelius, Vertragsübernahme, JherJb 72, 241; Strohal, Schuldübernahme, JherJb 57, 231; Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, 1963。

⑤ 参见王伯琦,前揭书,第162页。

⑥ 郑玉波,前揭书,第461页。

不赘述。<sup>①</sup>

债之关系自始即以完全满足债权人给付利益为目的。法律哲学家 Radbruch 曾谓：“债权系法律世界中之动态因素，含有死亡之基因，目的已达，即归消灭。”<sup>②</sup>由是观之，债之关系可谓系存在于时间过程上之一种程序(ein in der Zeit verlaufender Prozess)，始自给付义务之发生，历经主体之更易，客体之变动，惟无论其发展过程如何辗转曲折，乃以充分实现债权人之给付利益为终极目标。<sup>③</sup>债之发生及消灭反映着形形色色之经济交易活动，个人利益及社会需要皆因此而得到满足。

当事人之给付义务均已履行时，债之关系固归于消灭，但在法律规范世界中，并非消逝无踪，仍继续以给付变动之原因而存在。例如，甲以其版画与乙之善本书互易，双方均已交付其物并移转其所有权时，互易契约虽因而消灭，但仍继续作为甲占有乙之善本书并取得其所有权、乙占有甲之版画及取得所有权之法律上原因，成为受领相对人给付之依据，此即为债法与物权法发生关联之所在：当事人依物权法之规定取得物权时（第 758 条、第 761 条），法律上所赋予者为形式之依据，债之关系则为其得终

① 关于解除契约而生恢复原状与原契约之关系，台湾通说系采德国之旧说（参见 Ennecerus/Lehmann, Schuldrecht, 15. Aufl. 1958, § 38, S. 164f），认为契约一经解除，契约之效力即溯及地消灭，未履行之债务当然免除，已履行者，因无法律上原因，而生不当得利返还之问题，惟其返还范围，不以现存利益为限，须负原状回复义务。因解除而发生之原状恢复义务，既有不当得利返还义务之性质，自成为各别债务，因而：① 原来契约上债务上之担保，无论物之担保、人之担保，除保证契约另有约定外，其效力均不及于原状恢复义务。② 原状恢复请求权之消灭时效，自解除时效进行（郑玉波：《民法债编总论》，第 361 页）。惟所应注意者，德国目前通说已扬弃上述之直接效果说，强制解除契约时并未溯及消灭原契约，而是在内容上将其转变成为一种结算关系（Abwicklungsverhältnis），未履行之给付义务因而废除（Aufhebung），已给付者，则发生返还义务（Begründung der Rückgewährpflicht），原契约关系之整体仍继续存在，仅其内容因解除而有所变更而已（参见 Larenz, S. 328f; Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153, 97）。依此理论，恢复原状请求权之消灭时效仍自解除时进行。关于原契约上债务之担保（人保或物保），认为消灭者有之（BGHZ 51, 69, 73 = NJW 1969, 691f.; Soergel-R. Schmidt § 346 RdNr. 4）；认为不消灭者亦有之（Wolf, AcP 153, 97ff.; Palandt/Heinrichs vor § 346 Anm. 1b; Staudinger/Kaduk vor § 346 RdNr. 29），甚有争论。依吾人见解，关于此一问题，首应视当事人之担保约定，倘其所担保者，系给付应依债之本质履行时，其担保应予免除，不应为担保恢复原状义务而复活（其详参见 Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 164, 此为德国法上关于解除契约最权威之著作）。此项德国目前通说之基本贡献，在于使契约解除时，债权人仍得主张债务不履行（尤其是不完全给付）之损害赔偿，获得圆满之理论基础（第 260 条），此问题涉及甚广，请参见 Leser, 前揭书，兹不赘述。

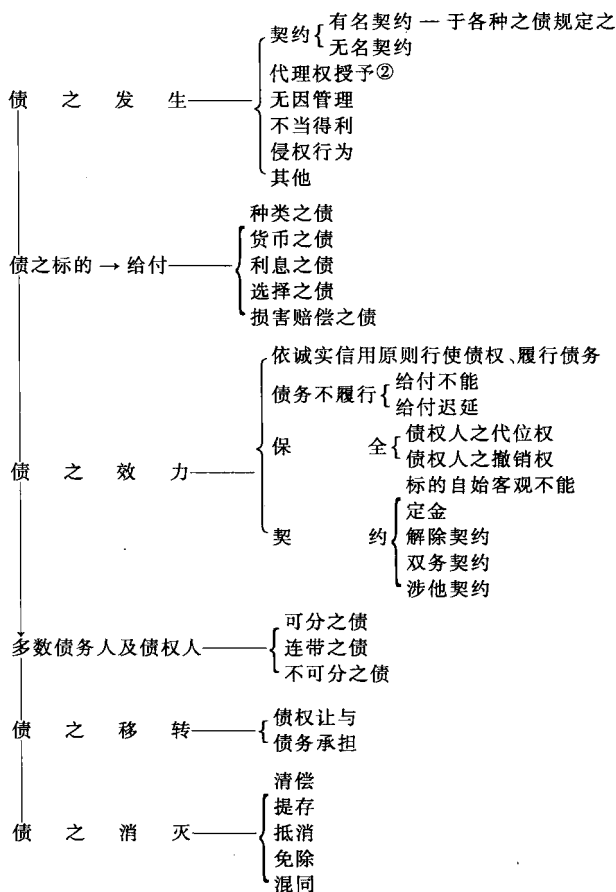
② Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 243: Das Forderungsrecht trägt den Keim seines Todes in sich: es geht unter, wenn es in der Erfüllung sein Ziel erreicht.

③ Larenz, Schuldrecht I, S. 25.

局保有此项物权之实质基础。<sup>①</sup>

## (二) 债编之体系

债编之体系乃建立在上述债之关系之有机体性及程序性认识之上，分为通则及各种之债，通则又分为六节，即债之发生、债之标的、债之效力、多数债务人及债权人、债之移转以及债之消灭，图示如下：



<sup>①</sup> Larenz, Schuldrecht I, S. 26.

<sup>②</sup> 代理权之授予在形式上虽列于债编通则第一节之内(第166条至第171条),但通说否认其系债之发生原因。参见梅仲协,前掲书,第102页;洪文澜,前掲书,第51页;胡长清,前掲书,第64页;王伯琦,前掲书,第37页。

此种债之关系在实体法上之体系构成,对于法律思考及实例处理,深具助益。兹举一例说明之:甲向进口商乙购买某新型机器,价金 200 万元,甲于受领乙交付之机器时,先支付 50 万元,余款约定于 3 个月内付清,乙即将此项价金债权 150 万元出卖于丙,并即让与之。因乙所提供之资料未臻完备,致机器于启用后即发生故障,甲工厂停工 3 日,损失 2 万元,甲急于防止损害之扩大,而有 50% 之过失。又乙屡经催告,未能提供必要资料,甲向乙为解除契约之表示,并即返还受领之机器。经查甲前向乙贷款 30 万元,已届清偿期。

在本案例,甲向乙购买某新型机器,价金 200 万元,当事人就标的物及其价金互相同意,买卖合同即为成立(第 345 条),债之关系因而发生,乙负有交付机器于甲并移转其所有权之义务(乙之主给付义务,相对而言,即为甲之债权,狭义债之关系,参阅第 199 条第 1 项),甲负有支付约定价金及受领标的物之义务(甲之主给付义务,相对而言,即为乙之债权,狭义债之关系)。乙交付出卖之机器与甲,乃履行其(主)给付义务,惟新型机器之出卖人,依契约目的、交易惯例及参酌诚实信用原则,负有告知机器使用方法及提供必要资料之义务(独立性之附随义务,从给付义务),今乙未为适当履行此项义务,致机器发生故障,工厂停工 3 日,损失 2 万元,甲得依债务不履行(不完全给付)之规定(第 227 条),请求损害赔偿,惟被害人甲违反其防止损害扩大之义务(所谓之不真正义务),与有 50% 之过失,应减少损害赔偿金额 1 万元。

关于买受人受领标的物义务之性质,尚有争论,原则上应解为系一种主给付义务<sup>①</sup>,甲受领乙交付之机器(第 761 条),已履行其债务。关于 200 万元价金,甲仅支付 50 万元(第 761 条),乙对甲尚有 150 万元价金债权。债权系属财产权,乙自得将之出卖予丙(第 345 条第 1 项),并负有

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《债法各论》第 57 页谓:“买受人之受取义务,非买卖之要素,得依当事人之合意或依占有改定或返还请求权之让与,以代交付而排除之。受取义务通常为从义务(Nebenverpflichtung),然得依契约明示的或默示的使成为主义务,例如大量货物之买卖,出卖人对于买卖标的物由仓库之出清,有重大利益,而于契约订立时为买受人所明知……其取去为买卖之主义务。”梅仲协先生则完全肯定其为主要义务(《民法要义》,第 242 页)。买受人之受领义务虽属主给付义务,但是否亦属双务契约上之对待给付,以及买受人违反此项义务时,出卖人是否即得解除契约,仍有争论。参见 Medicus Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 1978, RdNr. 206f; Staudinger/H. P. Westermann, § 433 RdNr. 75f.; 梅仲协,前揭书,第 243 页;史尚宽,前揭书,第 58 页。

使丙取得其权利之义务(第348条第2项)。债权之让与,依让与人(原债权人)与受让人(新债权人)之合意而成立(学说上称之为准物权契约,处分行为),今乙将其对甲之150万元价金债权让与予丙(第294条),使债权之主体更易,由丙代替乙取得对甲之债权,乃履行其基于此项债权买卖合同所生之给付义务。

嗣因出卖人乙屡受催告,未能提供有关该机器使用运作之必要资料,构成债务不履行,甲得解除契约。契约解除后,双方当事人互负恢复原状之义务(第259条,所谓之次给付义务或第二次义务),甲于解除契约后即返还其受领之机器(第761条),其所负之债务因清偿而消灭(第309条第1项)。甲对乙有两项债权:①请求返还其所受领之价金50万元并附加自受领时起之利息;②因债务不履行之损害赔偿1万元(第260条)。惟经查甲曾向乙贷款30万元已届清偿期,于此情形,甲得以上开两项金钱债权与乙之金钱债权互相抵消(第334条),不足部分仍得向乙请求之。

又甲既已解除与乙之买卖合同,其未履行之价金150万元,当然免除,该债权之买受人丙无从向甲主张,仅得依债务不履行之规定向出卖人乙行使其权利(第225条、第226条)。

## 九、结 论

债之关系为现代社会最复杂之关系,债编设有严密之规定,为债之关系之一般原则,适用于任何债之关系,具有模式性(Modelcharakter)。①台湾地区一般教科书论述虽详,但多未能就其结构作全盘之观察。为此特著本文,先行分析债之关系之要素,再进而透视债之关系之整体性,并特别强调债之关系乃属一种由个别给付关系结合组成之有机体(计划、组成结构),存在于时间过程中,以完全满足债权人之给付利益为目的。法学之基本任务在于检讨传统的概念及思考方式,加以补充、形成及改变,以适应社会的需要。上述关于债之关系之再认识,使吾人能够区辨债之关系上之给付义务与附随义务,能够更明了债权之本质及实现之途径,能够确实了解债之关系之主体或客体虽迭遭变更,但其同一性仍维持不变,不

① Esser/Schmidt, Schuldrecht I, S. 8.

但有助于现行规定之解释适用,而且也可为新制度之创立(如缔约上过失、不完全给付、继续性债之关系之终止及债之关系之承担)提供必要之理论架构,使债法更能达成其合理规范社会交易活动之功能。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> Larenz, Entwicklungstendenz der heutigen Zivilrechtsdogmatik, JZ 1962, 105.

# 出卖他人之物与无权处分\*

## 一、问题之说明

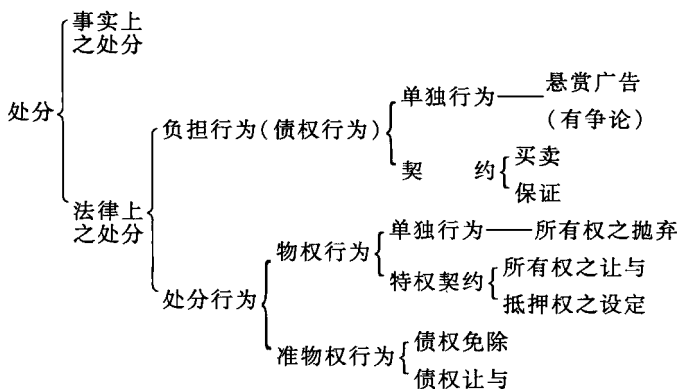
### (一) 处分之概念

处分,是民法常用之基本概念,其意义有广狭之别:①最广义之处分,包括事实上及法律上之处分。所谓事实上之处分,乃就原物体加以物质的变形、改造或毁损之行为而言,例如拆屋重建、改平装书为精装书是。所谓法律上之处分,除负担行为(债权行为,例如悬赏、广告、买卖、保证)外,尚包括处分行为,例如所有权之移转、抵押权之设定、所有权之抛弃(物权行为)、债权让与及债务免除(准物权行为)。第765条规定:“所有人,于法令限制之范围内,得自由使用收益处分其所有物,并排除他人干涉。”其所谓之处分,即属此种最广义之处分。②广义之处分,仅指法律上之处分而言,事实上之处分不包括在内。第84条规定:“法定代理人,允许限制行为能力人处分之财产,限制行为能力人,就该财产有处分之能力。”其所谓之处分,即属此种广义之处分。③狭义之处分,系指“处分行为”而言。第759条规定:“因继承、强制执行、公用征收或法院之判决,于登记前已取得不动产物权者,非经登记,不得处分其物权。”其所谓之处分,即属此种狭义之处分。由是可知,民法所称“处分”之意义,不可一概而论,应斟酌其文义、法律体系及法律规范目的,审慎认定之。为观察之方便,兹将上述图示如下:

---

\* 本文原载《法学丛刊》第104期(1981年12月),第22页。



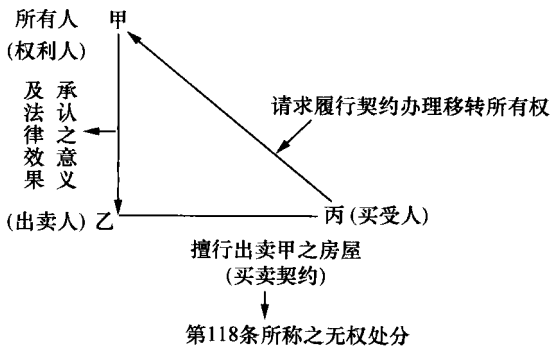


## (二) 第 118 条所称“处分”之意义

此项多义性“处分”之概念,在解释上甚滋疑义。<sup>①</sup> 实务上最值注意者,系第 118 条之适用。第 118 条规定:“Ⅰ 无权利人就权利标的物为之处分,经有权利人之承认始生效力。Ⅱ 无权利人就权利标的物为处分后,取得其权利者,其处分自始有效。Ⅲ 前项情形,若数处分相抵触时,以其最初之处分为有效。”其基本疑义在于本条所谓之无权“处分”,除处分行为(物权行为)外,是否包括负担行为(债权行为)在内?例如,甲借某画给乙,乙擅自将之出卖给丙,并为交付以移转其所有权者,则在乙与丙间有两个法律行为:① 买卖契约(债权行为,负担行为);② 处分行为(物权行为,第 761 条)。于此情形,甲只须对乙之无权处分行为予以承认,使生效力,即可使买受人丙取得该画之所有权,实务上通常不发生对买卖契约承认之问题。惟在出卖他人不动产(乙擅行出卖甲之房屋给

<sup>①</sup> 关于“处分”一词所生之疑义,甚为常见。例如第 819 条第 1 项规定:“各共有人,得自由处分其应有部分。”依此规定,共有人得否就其应有部分设定抵押权?“司法院”第 1516 号解释认为,应有部分不得为抵押权之标的物,其主要理由在于,第 819 条第 2 项规定:“共有物之处分、变更及设定负担,应得共有人之同意。”系将“处分”、“变更”及“设定负担”三者并举,同条第 1 项仅列处分,与该第 2 项比较,并不包括设定负担在内,于是各共有人自亦不得以其应有部分设定抵押权。此项见解,显值商榷。盖共有人既得自由让与其应有部分,自无不许其设定负担之理,何况设定负担无损于其他共有人利益,裨益资金融通至巨,实无禁止之必要。为此,大法官会议第 141 号解释乃认为:“共有物,如非基于共同关系而共有,则各共有人自得就其应有部分设定抵押权。”自值赞同。参见郑玉波:《应有部分与抵押权》,载《民商法问题研究》(一),又载《台大法学丛书》(三),第 363 页。

丙)之情形,在当事人间通常仅有买卖契约,迄未办理登记,合意移转其所有权(物权行为,第758条),因此,乃产生一项疑义,即倘不动产所有人对此出卖其物之买卖契约加以承认时,买受人是否因此得向权利人请求履行契约办理所有权移转登记?如下图所示:



此项问题,在理论上及实务上均极重要,“最高法院”数著判决,殊值注意,实有分析检讨之必要。

## 二、“最高法院”之见解

### (一) 三则判例(判决)

#### 1. 1950年台上字第105号判例

首先应提出者,系1950年台上字第105号判例<sup>①</sup>:本件上诉人之母崔梁氏于1942年立契出卖被上诉人之广州市河南永祥坊第10号房屋一间,原属于上诉人自行购置之产,以及崔梁氏已于1945年7月间在上诉人提起本件诉讼之前死亡,均为不争之事实。“最高法院”认为:“是此项房屋纵使如上诉人之所主张,系因上诉人前往加拿大经商,仅交由崔梁氏保管,自行收益以资赡养,并未授予处分权限,但上诉人既为崔梁氏之概括继承人,对于崔梁氏之债务原负无限责任,以第118条第2项之规定类推解释,应认崔梁氏就该房屋与被上诉人订立买卖契约为有效,仍负有使被上诉人取得该房屋所有权之义务,自不得借口崔梁氏无权处分,请求确

<sup>①</sup> 本判例原文与判例要旨不尽相合,应请注意。

认该房屋所有权仍属于己,并命被上诉人恢复原状。原审为驳回上诉人之诉之判决虽未以此为理由,而结果要无不合。上诉讼旨犹执其主张之前开情词为声明不服之论据,不能谓为有理由。”据此判决理由观之,似认为崔梁氏擅自出卖其子房屋之行为(买卖合同),系属第118条第1项所称之“无权处分”,在类推适用同条第2项前,尚不发生效力。<sup>①</sup>

## 2. 1980年台上字第3037号判决

在本案,上诉人主张被上诉人系坐落台北市中坡段某地号土地之所有人,于1974年间推举曾本为代理人,委托案外人黄钦在该土地上建筑房屋14栋。被上诉人分得之部分经其代理人黄钦分别出卖于上诉人陈朱美、林宝、黄旅、赵承发及徐李炳德,应负履行契约之责任。被上诉人则以曾本未授权黄钦分卖房地于上诉人,系黄钦擅自将房地盗卖于上诉人,曾本发觉后,黄钦骗称愿将出售之价金给付而要求不予追究,曾本乃于1975年10月18日与黄钦订立协议书。嗣因黄钦拒绝告知出售者为何栋房屋,而声明该协议书作废。黄钦以后之盗卖于赵承发及徐李炳德,经登报声明不承认。旋经黄钦苦苦要求,曾本爰于1976年7月23日与黄钦协议,只要黄钦将全部价金交付曾本,即追认其盗卖行为,如不交付价金,协议为无效。兹黄钦迄未交付价金,该协议当然归于无效。又无权处分之追认,只适用于物权行为,而不适用于债权行为,为抗辩。原审斟酌卷附不动产买卖契约之记载,认上开不动产系由黄钦以其自己名义出卖于上诉人,黄钦与陈朱美、林宝及黄旅三人于曾本与黄钦1975年10月18日订立协议书前之买卖,对被上诉人言,根本不发生有无代理权之问题;黄钦与赵承发及徐李炳德二人于上开协议书订立后之买卖,亦不生隐名代理问题。不因曾本事后承认或先立协议书而对曾本发生代理效力。又第118条第1项之规定,系指物权行为而言,不包括债权契约在内,上诉人仍不能据以受有利之判决,伊等为本件请求为不成立。因将第一审所为上诉人败诉判决予以维持。判决理由认为:“查第118条第1项规定权利人得承认无权利人就权利标的物所为之处分,不以物权行为及准物权行为为限,买卖合同亦包括在内(参阅1950年台上字第105号判例)。再

<sup>①</sup> 1940年上字第1405号判例谓:“无权利人就权利标的物为处分后,因继承或其他原因取得权利者,其处分为有效,第118条第2项定有明文。无权利人就权利标的物为处分后,权利人继承无权利人者,其处分是否有效,虽无明文规定,然在继承人就被继承人之债务负无限责任时,实具有同一之法律理由,自应由此类推解释,认其处分为有效。”

就该条规定之精神言,无权利人事前经权利人允许所为之处分,亦为有效。从而曾本与黄钦订立之协议书,是否为承认及允许黄钦处分该不动产,应予认定,原审竟以上开法条不包括债权行为而不为认定,即判决上诉人败诉。上诉讼旨,声明废弃原判决,为有理由。”

### 3. 1980年台上字第558号判决

在本案,被上诉人主张:伊于1964年间,以稻谷185包,折价新台币(以下同)5万元,向上诉人之姐张秀玉购买系争台东县成功镇都历段丰田小段193之2号土地面积0.358公顷,价金已付清。该土地之登记名义人即上诉人,对于张秀玉之处分系争土地,事后已默示承认,上诉人即有将该土地所有权移转登记与伊之义务,求为命上诉人将系争土地之所有权移转登记为伊所有之判决。上诉人则以:被上诉人向未经伊授权之张秀玉买受系争土地,且未订立书面契约,依法不生效力。又伊于1964年间赴远洋捕鱼,对张秀玉处分系争土地并不知情,殊无事后承认情事,因此请求驳回被上诉人之诉。原审斟酌上诉讼旨及调查证据之结果,以被上诉人主张之右开事实,业经证人冯武雄、林德陈、林春妹结证属实,且经张秀玉将系争土地之所有权状交予被上诉人收执,并将该地交付被上诉人耕作,则双方就系争土地有买卖行为,堪予认定。虽张秀玉出卖系争土地之行为因未经上诉人之同意或授权,属无权处分,惟上诉人既自认伊于1964年至1972年间与其胞姐张秀玉共同生活,其间虽出海捕鱼,但每两年返家一次,于1972年间即知系争土地为被上诉人占有耕作,所有权状亦在被上诉人手中,则上诉人应即提出异议并主张自己之权利,方合情理,乃竟置之不问,并助被上诉人插秧,已足认其有默示之承认。抑有进者,1972年8月间,被上诉人之岳母林龙妹向台湾土地银行成功办事处抵押借款时,上诉人予以同意而在设定抵押权之文件上签章,且系争土地自1964年以后,其田赋由被上诉人缴纳,愈见上诉人对张秀玉处分其所有之系争土地,已予默示承认,依第118条第1项规定,张秀玉之处分行为对于上诉人即难谓不发生效力。次按:不动产物权之移转,未以书面为之者,固不生效力,惟关于买卖不动产之债权契约,并非要式行为,若双方就其移转之不动产及价金,业已互相同意,则其买卖契约即为成立,出卖人即负有订立移转物权之书面契约,使买受人取得该不动产物权之义务。买受人若取得出卖人协办所有权移转登记之确定判决,则移转不动产物权书面契约之欠缺,即因之而补正。上诉人以系争土地之买卖,未订书面

契约,不生物权移转之效力为抗辩,亦无可采云云,为得心证之理由,爰将第一审所为上诉人败诉之判决判予维持。判决理由认为:原审判决于法洵无不合。上诉讼旨,徒就原审取舍证据认定事实之职权行使任意指摘,声明废弃原判决,非有理由。

## (二) 三项基本论点

综据上开三则判决,可知关于出卖他人之物(尤其是不动产)之买卖契约,“最高法院”数十年来所采之见解,可归纳为三点:

(1) 出卖他人之物之买卖契约,系属第 118 条第 1 项所称之“处分”(无权处分)。

(2) 出卖他人之物之买卖契约,须经权利人(所有人)之承认,始生效力。

(3) 权利人就他人出卖其物之买卖契约为承认时,买受人得向权利人请求履行契约。

## 三、分析检讨

### (一) 从债权行为与物权行为之区别论第 118 条之规范功能及“无权处分”之意义

欲了解第 118 条所称“处分”之意义,首须认识负担行为(Verpflichtungsgeschäfte)与处分行为(Verfügungsgeschäfte)之区别。负担行为者,系指发生债务关系(给付义务)之法律行为,又称为债权行为,例如买卖契约,出卖人负有交付其物并移转其所有权之义务(第 348 条),而买受人负有给付价金及受领标的物之义务(第 367 条)。处分行为者,系指直接使标的物权利发生得丧变更之法律行为,例如出卖人以移转所有权之意思(物权之意思表示),将动产交付于买受人(第 761 条)或办理不动产所有权移转登记(第 758 条)。负担行为与处分行为之法律效果既有不同,故其生效要件亦有差异:为负担行为之人不必有处分权,但为处分行为之人对于处分之标的物,则须有处分权,而处分权原则上属于标的物所有人。为处分行为之人,对于标的物无处分权时,其处分行为在理论上原应归无效,但如此处理,交易上多所不便,故特于第 118 条规定,若权利

人对无权处分标的物之行为予以承认者,乃使其发生效力。<sup>①</sup> 易言之,第118条,依其规范目的,系专为“无权之处分行为”而设之规定,与负担行为(买卖契约)无关,负担行为自不包括在内。<sup>②</sup>

第118条系仿自《德国民法》第185条,其所称“无权利人之处分行为”(Verfügung eines Nichtberechtigten),依德国判例学说之一致见解,系仅指“处分行为”而言,负担行为不包括在内,向无疑义。盖依德国民法用语,所谓“Verfügung”,系指处分行为而言,所谓“Verpflichtungsgeschäft”,系指负担行为而言。<sup>③</sup> 准此,第118条所称处分,应译为“处分行为”,始符原意,并可避免解释上之疑义。

## (二) 出卖他人之物买卖契约之效力

“最高法院”认为出卖他人之物之买卖契约,系属第118条所称之无权处分,已如上述。在此理论下,出卖他人之物之买卖契约,在经权利人承认前,应属效力未定,事实上“最高法院”亦采此见解。此项论点,实令人惊奇,应难赞同,可分两点言之:

(1) 自理论以言,出卖他人之物之买卖契约,系负担行为,仅发生债权债务关系,买受人仅得向出卖人请求交付其物,并移转其所有权,并不直接引起标的物权利之变动,与标的物之所有人无涉,自不以出卖人有处

<sup>①</sup> 第118条规定系仿自《大清民律草案》第265条规定:“无权利人就权利标的物所为之处置,经有权利人之同意或追认而生效力。无权利人就权利标的物处置后,若为处置行为人取得权利,或有权利人为处置行为人之继承人者,其处置有效力。”其立法理由略谓:“谨按:处置权利须有为其处置之权能,故无权利人就其权利而为之处置,当然不生效力。此种处置,虽经权利人事前或事后表同意,在理论上,并应使之无效。然如此办理,于实际上颇多不便,故无权利人为自己而处置他人之权利,若其权利人事前为同意,或事后为追认者,其行为溯及既往而生效力。又无权利人为自己而处置他人权利之后,依一般继承,或特别继承成为权利人,或该权利人即为处置行为人之单纯承认继承人时,其处置从成为权利人或成为继承人时起发生效力,于实际上颇为便利,且无害于事实也。”此可供参考。

<sup>②</sup> 此为学者之通说。参见梅仲协:《民法要义》,第66页;洪逊欣:《民法总则》,1976年1月修订出版,第288页;史尚宽:《民法总论》,第544页;王伯琦:《民法总则》,第207页;郑玉波:《民法总则》,第333页(1982年新版第337页);李宜琛:《民法总则》,第348页。

<sup>③</sup> 参见 MünchKomm/Thiele, § 185 Rdnr. 5-22 (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I. Allgemeiner Teil, 1978)。

分权为必要,出卖人对标的物虽无处分权,其买卖合同仍属有效。<sup>①</sup>

(2) 就交易安全而言,出卖他人之物之买卖合同,倘须待所有人之承认始生效力,则所有人不为承认时,买卖合同即不生效力,买受人根本无从向出卖人请求履行契约上之义务。如此,出卖他人之物者,殆可不必负契约上之责任,显然违背民法之基本原则,不合买受人之利益,以及严重妨害交易之安全。

### (三) 权利人承认之效果

“最高法院”所以认为出卖他人之物之买卖合同为“无权处分”,须经权利人承认,始生效力者,其主要目的在于使买受人得因权利人之承认而径向权利人请求履行契约。此项见解,亦难赞同,其为特定目的而采取之手段,在法学方法论上,尤值商榷。

依第 118 条第 1 项规定,权利人对无权利人所为之处分,予以承认,系第三人(权利人)对他人所为“无权处分行为”之完补(Konvaleszenz),使其生效。权利人原非“无权处分行为”之当事人,自不因其承认而成为此项处分行为之当事人,事理至明,无待赘言。纵依“最高法院”见解,认为第 118 条所称之处分,亦包括负担行为(买卖合同)在内,权利人之承认,亦不致使其因此成为买卖合同之当事人(债务人),应负履行契约之责任。例如乙擅行出卖甲所有之房屋给丙,纵认为须甲对乙所为之“无权买卖合同”予以承认,始生效力,亦不能因此使所有人(甲)取代原出卖人乙之地位,使买受人丙得径向其请求移转所有权登记。<sup>②</sup> 权利人承认,系单方之意思表示,仅具补助行为之性质,其目的无非在于使“无权出卖他人之物之买卖合同”确定发生效力,何以能导致“债之主体”之变更,法理上难以索解,至盼能作更进一步之说明,以释疑义。

<sup>①</sup> 参见郑玉波:《民法债编各论》,第 7 页;黄茂荣:《买卖法》,载《植根法学丛书》,第 81 页。1948 年上字第 7645 号判例谓:“买卖合同与移转所有权之契约不同,出卖人对于出卖之标的物,不以有处分权为必要。”可资参考。

<sup>②</sup> 倘乙未经甲之授权,擅以甲之名义,出卖其屋时,系属无权代理,甲得对此项无权代理予以承认,自不待言。

## 四、结 论

关于出卖他人之物之买卖契约，“最高法院”采取三个基本见解：① 此项买卖契约，为第 118 条第 1 项所称之处分（无权处分）；② 在权利人（物之所有人）承认前，此项买卖契约效力未定；③ 权利人承认后，买受人得径向权利人请求办理移转所有权登记。依吾人所信，此三项见解，违背现行民法之基本概念及基本法理，均难苟同。依本文之见解：

（1）出卖他人之物之买卖契约，非属于第 118 条第 1 项所称之处分（无权处分）。

（2）出卖人对标的物，纵无处分权，其买卖契约仍属有效，无须标的物权利人之承认。出卖人仍负有交付其物并移转其所有权之义务，出卖人不能履行此项义务时，应负债务不履行责任，买受人得请求损害赔偿或解除契约（第 226 条、第 256 条）。

（3）权利人之承认，不能产生使买受人因而取得向权利人请求履行契约之权利。当事人欲发生此种效果，得依债务承担之方式为之，即由权利人与债权人（买受人）订立契约，承担债务人（出卖人）之债务，或由所有人与债务人（出卖人）订立契约，承担其债务，但须经债权人之承认始生效力（第 301 条）。权利人与出卖人达成协议，承认出卖其物之买卖契约，在解释上或可认为有承担债务之合意，惟应就具体案件判断之，自不待言。

上开三则判决所采之见解，似基于如下之目的性考虑：权利人既已承认他人出卖其物之买卖契约，则适用第 118 条第 1 项规定，使买受人得径向其请求履行契约，岂不方便！然而应注意的是，为图一时之“方便”，“最高法院”在法学理论上及交易安全上付出了重大之代价，必须认为第 118 条第 1 项所称处分系包括负担行为（出卖他人之物买卖契约）在内，而此项买卖契约在所有人承认前，又属效力未定，不但不足保护买受人之利益，而且使法律基本概念例如负担行为（债权行为）、处分行为（物权行为）陷于混乱，使各个法律基本制度之适用（例如买卖契约、无权处分、无



权代理、债务承担),失其分际,影响法律安定,至深且巨,实值警惕。<sup>①</sup>

王伯琦先生在其1957年初版之《民法总则》一书中曾谓:“1929年至1931年间新民法陆续公布施行,法学著述,始见端绪,迄今二十余年,民法中许多基本概念之阐释,仍有待于努力也。”又王伯琦先生在1960年于其深具哲理性之“论概念法学”论文中亦谓:“我可不赧地说,我们现阶段的执法者,无论其为司法官或行政官,不患其不能自由,惟恐其不知科学,不患其拘泥逻辑,惟恐其没有概念。”<sup>②</sup>实值深思。现行“民法”实施迄至今日,已历50年,“最高法院”犹再三认为“出卖他人之物”之买卖契约,系属无权处分,非经权利人承认,不生效力,而权利人之承认,又可发生使买受人得径向其主张买卖契约上权利之效力,似乎已经到了不顾法律基本体系、随意使用法律基本概念之程度,不能不令人感到遗憾、困惑及忧虑!诚如王伯琦先生所云,民法上许多基本概念之阐释,仍有待于努力也。<sup>③</sup>

---

① 关于“最高法院”判决在法学方法论上之检讨,请参见拙著:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

② 王伯琦:《论概念法学》,载《社会科学论丛》,1960年7月,第1页(尤其是第20页以下)。此篇论文具有高度可读性及启示性,务请参阅。

③ 参见王伯琦:《民法总则》,第9页。

# 再论“出卖他人之物与无权处分”<sup>\*</sup>

## 一、绪 说

出卖他人之物,在实务上甚为常见,其效力如何,甚值研究。“最高法院”判例及若干判决认为,出卖他人之物,系属第 118 条所称之“无权”处分,于权利人承认前,效力未定;于权利人承认后,买卖合同始生效力,买受人并得径向为承认之权利人请求履行(参阅 1950 年台上字第 105 号判例,1980 年台上字第 558 号判决,1980 年台上字第 3037 号判决)。<sup>①</sup> 诸此论点,是否妥当,诚有疑问,作者曾于《法学丛刊》撰文检讨之,强调出卖他人之物,系属债权行为,非属第 118 条所称之“处分”,本属有效,无须得权利人(标的物所有人)之承认。<sup>②</sup> 最近二则判决,涉及此项问题,其见解与上开判例判决不同,特再著本文论述之。

## 二、1981 年台上字第 1536 号判决

### (一) 判决理由

本件原审将第一审所为驳回上诉人之诉之判决,判予维持,系以上诉人主张,讼争台北市木栅区坡内坑段新兴小段 358 之 1 号土地,原为诉外人郑有仁所有,郑有仁于 1955 年间死亡后,由被上诉人共同继承,伊于

---

<sup>\*</sup> 本文原载《法令月刊》第 34 卷,第 1 期(1983 年 1 月),第 9 页。

<sup>①</sup> 此三则判决全文,参见拙著:《出卖他人之物与无权处分》,载《法学丛刊》第 104 期(1981 年 12 月),第 22 页。

<sup>②</sup> 参见拙著,前揭文,载于本书。

1973年4月21日,以价金新台币(下同)2万元,向被上诉人郑甲丙、郑明哲及郑飞鹏等3人(下称郑甲丙等3人)买受该土地,并已付定金1000元,岂料被上诉人郑甲丙等3人竟拒办所有权移转登记。目前该土地持分3/4公告现值为66420元,伊愿按此计付价金,请求被上诉人郑甲丙等3人并代位请求被上诉人高淑就讼争土地办理继承登记,并分割为持分各1/4及登记后,被上诉人郑甲丙等3人于伊给付65420元同时,将其持分各1/4移转登记及交付土地予伊,虽据提出不动产买卖契约书及土地登记簿誊本等件为证,但查讼争土地由被上诉人共同继承后,迄未办理继承登记,为两造所不争,并有上开登记簿誊本可稽,依第1151条规定,该土地属于被上诉人共同共有。而共同共有物之处分,应得共同共有人全体之同意,第828条第2项复定有明文。本件上诉人既不能证明被上诉人高淑已同意被上诉人郑甲丙等3人出卖讼争土地,被上诉人郑甲丙等3人与上诉人就该土地所订买卖契约,依法自属无效。上诉人依此项无效之买卖契约,向被上诉人提起本件诉讼,显非有据云云,为其判断之基础。

第查共同共有人中之一人或数人,以共同共有物所有权之移转为买卖契约之标的,其移转所有权之处分行为,虽因未经其他共同共有人之承认,不能发生效力,但其关于买卖债权契约则非无效(参阅1944年上字第2489号判例)。本件讼争土地之买卖契约,固仅系被上诉人郑甲丙等3人与上诉人所订立,惟依上开说明,此项买卖契约尚非无效。原审谓该买卖契约依法无效,并基此而谓上诉人为本件请求全属无据,而为上诉人不利之判决,自欠允洽。上诉讼旨,指摘原判决不当,声明废弃,非无理由。

## (二) 分析检讨

### 1. 事实及问题

关于本案,首先应确定者,系案例事实。就判决理由观之,郑甲丙等3人所出卖者,不是所谓之“持分”(应有部分)<sup>①</sup>,而是共同共有物。又郑甲丙等3人,系以自己名义出卖共同共有物。基此前提事实之认定,所应研究者,系郑甲丙等3人与江石泉所订立买卖契约之效力。

<sup>①</sup> 通说认为,在共同共有无所谓之应有部分(参见史尚宽:《物权法论》,第159页);惟学者亦有认为,在共同共有,应承认有隐藏之应有部分(参见姚瑞光:《民法物权论》,第139页)。

## 2. 第 828 条第 2 项所称处分之意义

原审法院认为,共同共有人中之一人或数人未得其他共有人之“同意”,出卖共同共有物时,其买卖合同“依法自属无效”。其所依之法,系第 828 条第 2 项规定,即:“除法律或契约另有规定外,共同共有物之处分,及其他权利之行使,应得共同共有人全体之同意。”本条项所称处分,究何所指,应先说明。

关于此项“处分”之意义,学者通说认为应包括法律上之处分及事实上之处分。<sup>①</sup>实务上对此虽未详予解释,惟 1929 年上字第 172 号判例谓:“莹地为共有性质,非遇有必要情形经派下各房全体同意,或有确定判决后,不得分析、让与。”又 1929 年上字第 196 号判例谓:“共同共有人未得共有人全体同意,虽无擅自处分共有物之权。然一共有人若系他共有人之家长,事实上确系以家长资格代表共有人全体所为之法律行为,则不能概谓为无效。”亦肯定应包括一切法律行为在内,对债权行为(买卖)及物权行为(让与所有权或设定负担),均有适用余地。

3. 未得共同共有人全体同意时其买卖合同对全体共同共有人之效力  
第 828 条第 2 项所称之处分,应从广义解释,包括买卖合同在内,已如上述。首应检讨者,系共同共有人中之一人或数人出卖共同共有物时,其买卖合同对全体共同共有人之效力。关于此点,应适用第 828 条第 2 项规定,否认其效力。史尚宽先生谓:“每一共同共有人对于全体财产之全部权利(包括使用、收益、管理)让与或设定负担,不生效力。”<sup>②</sup>又 1929 年上字第 676 号判例谓:“共有财产非经共有人全体之同意,不得由共有人之一人或数人自由处分,若无共有人之同意,其与他人缔结买卖财产之契约者,则该契约自不得认为有效。”此虽系针对分别共有而言(第 819 条第 2 项),亦采同样见解。准此以言,买受人不得向共同共有人全体请求给付,自无庸疑。<sup>③</sup>

## 4. 对出卖共同共有物之共同所有人而言

有疑问者,系此项未得全体共同共有人同意,出卖共有物之契约,对

① 参见史尚宽:前掲书,第 161 页;李肇伟:《民法物权》,第 237 页;曹杰:《民法物权论》,第 102 页、第 116 页;倪江表:《民法物权论》,第 124 页、第 138 页;郑玉波:《民法物权》,第 129 页。

② 史尚宽,前掲书,第 161 页。

③ 倘出卖人将共同共有物(动产)交付与买受人,以移转其所有权者(第 761 条),则构成无权处分(第 118 条),设受让人为善意者,得依第 801 条及第 948 条以下规定,取得该动产之所有权。

出卖该共有物之共同共有人而言,是否有效。关于此点,原审法院采否定说,认为本件上诉人既不能证明被上诉人高淑已同意被上诉人郑甲丙等3人出卖讼争土地,被上诉人与上诉人就该土地所订买卖合同,依法自属无效。上诉人以此项买卖合同,向被上诉人提起本件诉讼,显非有据。此项见解,显难赞同,第828条第2项所称之处分,亦难兼括买卖合同在内,前已论及,但系指对共同共有人全体而言,因此,不得据此规定径认为买卖合同对出卖人(即共同共有人中之一人或数人)而言,亦“自属无效”也。

原则上可资赞成者,系“最高法院”于其判决理由中所谓:“第查共同共有人中之一人或数人,以共同共有物所有权之移转为买卖合同之标的,以移转所有权之处分行为,虽因未经其他共同共有人之承认,不能发生效力,但关于买卖合同则非无效(参阅本院1944年上字第2489号判例)。”应特别说明者,系此项买卖合同,何以“则非无效”之理由。兹分二点言之:

(1) 共同共有人之一人或数人,擅行出卖共同共有物,系属债权行为,而债权行为乃负担行为,出卖人仅负有交付其物并移转其所有权之义务,并不因此引起买卖合同标的物所有权之变动,故不以出卖人对标的物有处分权为必要,其情形与“出卖他人之物”,殆无不同。<sup>①</sup>

(2) 诚如1944年上字第2489号判例所云:“共同共有人中之一人,以共同共有权移转为买卖合同之标的,并非所谓:以不能之给付为契约标的,其移转所有权之处分行为,虽因未经其他共有人之承认不能发生效力,而其关于买卖债权契约,则非无效。”依第246条规定:“以不能之给付为契约之标的者,其契约无效。”本条所称不能,系指自始客观不能而言。例如,甲出卖其屋予乙,该屋于订约之际,已遭火焚毁时,其买卖合同无效。在出卖共同共有物之情形,因出卖人或仍可从其他共同共有人取得所有权,再对买受人给付,或可使其他共同共有人径对买受人交付标的物,并移转其所有权,尚不构成客观上之给付不能,自无适用第246条之余地,故此项买卖合同应仍属有效。惟倘出卖人不能履行其给付义务时,应依债务不履行之规定,负损害赔偿责任,自不待言。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 参见洪逊欣:《民法总则》,1976年修订初版,第287页以下。

<sup>②</sup> 参见拙著:《自始主观给付不能》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

### 三、1981年台上字第2160号判决

#### (一) 判决理由

本件上诉人起诉主张：被上诉人均系坐落台北市中坡段201之1号、202之1号、203之1号土地三笔之所有人。于1974年间，推举曾本为代理人，委由诉外人黄钦（现已死亡）在该地上建筑房屋14栋，每栋四层，约定各取得一半，且各就取得部分自行出名申请建筑执照。讼争如起诉状附图所示(A)(7)第一层、(A)(6)第一层、(A)(7)第四层、(A)(6)第四层及(A)(7)第三层之房屋为被上诉人分得之一部分，上诉人陈朱美、林宝、黄旅、赵承发、徐李炳南先后就各该房屋于1975年9月9日、9月16日、10月15日、11月1日及1976年5月5日分别与建筑商即黄钦订有买卖契约书。曾阿款房屋部分，并经林宝约明应于1976年3月30日点交，逾期1日，照买卖总价1‰算付违约金。按黄钦原已受被上诉人代理人曾本之口头委任出卖房屋。黄钦于订约之时，并又曾表示讼争房屋系地主之保留户，已受委任代理出售云云。其后曾本更与黄钦订有委托出售房地协议书，是黄钦之出卖讼争各房屋，既自始非无代理权，纵于订立之买卖契约书上未载明其代理之旨，该项买卖契约，仍应认其系“隐名代理”，而对被上诉人发生效力。又就令被上诉人初未授予黄钦以代理权，亦因上开协议书之订立或发生确认代理权或追认代理权或成立表见代理或追认或允许无权处分之效果，上诉人非不得据以对被上诉人为请求等情，求为命：①曾阿款将上开(A)(6)栋一层、三层及四层为第一次登记后，分别移转登记并交付林宝、徐李炳南、赵承发；②曾祝将上开(A)(7)栋一层及四层为第一次登记后分别移转登记，并交付陈朱美、黄旅；③被上诉人将上开202之1号及203之1号土地如前列房屋按其基地应有部分面积办理分割后，分别移转与上诉人；④曾阿款应自1976年4月1日起至对林宝完成移转登记并交付房屋之日止，按月以新台幣635500元之1‰计算违约金，给付与林宝之判决。被上诉人则否认曾委任黄钦代理出卖上开土地房屋，并谓与黄钦订立之协议书，亦已作废而失效云云。本院按代理云者，代理人于其代理权限内，以本人名义与第三人为法律行为之谓。是故，纵有代理权，而与第三人为法律行为时，非以本

人名义为之者，亦不成立代理。又虽与第三人为法律行为时，未明示其为代理人；而如相对人按其情形，应可推知系以本人名义为之者，固难谓不发生代理之效果，即所谓之“隐名代理”。惟如代理人当时系以自己之名义而为，即非以代理人之资格而为，甚明显者，仍不能认其为代理他人而为。再无权代理或表见代理，除欠缺代理权外，非具备代理其他之要件，不能成立。故无代理权，又非以他人名义而与第三人为法律行为者，当不发生无权代理因本人承认而对本人发生效力，或使本人负表见代理授权人责任之问题。至无权利人就权利标的物，以自己名义与第三人成立买卖后，纵经有权利人之“承认”，尚难因此而谓有权利人已变为该买卖契约之订约当事人（但负有使出卖人履行出卖人义务之义务），相对人仍不得径行对之为履行请求。本件原审既依上诉人之陈述，并斟酌黄钦与上诉人订立之买卖契约书，而认定黄钦系以自己之名义与上诉人订约，而非以代理人资格而为，亦不能证明黄钦于当时曾表示已受委任代理出售之事，是则征之前开说明，既难谓黄钦就讼争房屋与上诉人订约，系代理被上诉人而为，或应成立“隐名代理”，更不发生无权代理因被上诉人承认而对上诉人发生效力或使被上诉人负表见代理授权人责任，或因被上诉人已“承认”该项买卖契约，而变为该买卖契约订约之当事人。以此，原审认上诉人前开各项之请求，均非正当。爰维持第一审所为驳回上诉人之诉之判决，于法洵无不当。上诉讼旨，仍执陈词，指摘原判决违法，求为废弃，非有理由。

## （二）分析检讨

### 1. 出卖他人之物买卖契约效力

关于本案事实，“最高法院”曾于1980年台上字第3037号作有判决，其判决理由谓：“查第118条第1项规定权利人得承认无权利人就权利标的物所为之处分，不以物权行为及准物权行为为限，买卖契约亦包括在内（参阅1950年台上字第105号判例）。再就该条规定之精神言，无权利人事前经权利人之允许，所为之处分，亦为有效。从而曾本与黄钦订立之协议书，是否为承认及允许黄钦处分该不动产，应予认定，原审竟以上开法条不包括债权行为而不为认定，即判决上诉人败诉。上诉讼旨，声明废弃原判决，为有理由。”1981年台上字第2160号判决认为：“至无权利人就标的物，以自己名义与第三人成立买卖后，纵经有权利人之承认，尚难因

此而谓有权利人已变为该买卖契约之订约当事人(但负有使出卖人履行出卖人义务之义务),相对人仍不得径行对之为履行请求。”此一判决理由未再引述第 118 条关于无权处分之规定,认为其亦包括债权行为在内,虽值注意,但对出卖他人之物买卖债权契约之效力,仍未能表示明确立场,理由构成,仍未臻周全。<sup>①</sup>

2. 权利人之“承认”,不使权利人“变”为买卖契约之当事人,相对人不得径行对之为履行请求

1980 年台上字第 3037 号及 1980 年台上字第 558 号判决,先认定出卖他人之物买卖契约,须经权利人承认,始生效力;再进而强调,权利人之承认,可因此使买受人径向权利人主张买卖契约上之请求权。此项见解,法理上显欠依据,难以赞同。1981 年台上字第 2160 号判决放弃此项论点,明确表示:纵经有权利人之“承认”,尚难因此而谓有权利人已“变”为该买卖契约之订约当事人,相对人仍不得径行对之为履行之请求,可谓是一项较为进步之见解。

3. 权利人因其承认,“负有使出卖人履行出卖人义务之义务”

应特别注意的是,1981 年台上字第 2160 号判决,虽否认权利人之承认得使其变为该买卖契约之订约当事人,但却肯定此项承认可使权利人“负有使出卖人履行出卖人义务之义务”。此点虽属傍论(*obiter dicta*),但仍具有重要性,其法理依据何在,实值检讨。

按承认者,乃同意权人使效力未定之法律行为确定发生法律效力之补助的法律行为。此项法律行为,依一方的意思表示,即可成立,系属有相对人之单独行为。<sup>②</sup>自概念以言,承认权之行使,以有须得第三人同意之法律行为之存在为前提。然如前所述,出卖他人之物之买卖契约本属有效,无须得权利人(物之所有人)之同意,因此,权利人之承认对该买卖契约之效力,并无意义。又法律上义务之发生,或基于法律之规定,或基于法律行为(契约),因此,此种无其客体、失其意义之辅助性单方意思表示,

<sup>①</sup> 应特别提出者,系 1981 年台上字第 2160 号判决曾彻底分析上诉人各种请求权基础(*Anspruchgrundlage*)(关于此一概念,参见拙著:《基础理论》,《民法实例研习丛书》第 1 册,若干论点,甚为精致,实堪赞佩)。

<sup>②</sup> 关于承认之法律性质及功能,参见洪逊欣:《民法总则》,1976 年 1 月修订初版,第 538 页以下。



何以会产生使权利人“负有使出卖人履行出卖人义务之义务”，实难索解。<sup>①</sup> 此项论点，似属“大胆假设”，“最高法院”既为终审裁判机关，具有权威性，应负有“小心求证”之义务。此类仅有“论断”、未附“理由”之判决，实难令人信服。<sup>②</sup>

#### 四、结 论

“出卖他人之物”可谓是法学上之精灵，困扰实务界数十年。为期驯服，非彻底究明其“本性”，不克济事。吾人曾再三强调，出卖他人之物非属第 118 条所称之处分，本属有效<sup>③</sup>，无须得权利人之承认，权利人之承认与此项买卖债权债务之效力无关；又此项“承认”本身，依其法律性质，既不能使权利人“变”为该买卖契约之订约当事人，亦不足作为使权利人“负有使出卖人履行出卖人义务之义务”之法律依据。除非“最高法院”能够毅然放弃“出卖他人之物”系属“无权处分”之基本见解，否则此一精灵将继续作祟，殆可断言。所幸 1981 年台上字第 1536 号判决认为：“共同共有人中之一人或数人，以共同共有物所有权之移转为买卖契约之标的，其移转所有权之处分行为，虽因未经其他共同共有人之承认，不能发生效力，但其关于买卖债权债务则非无效”<sup>④</sup>，明确区别“处分行为”及“买卖债权债务”之性质，不以后者为“无权处分”，而适用第 118 条之规定，使吾人确信，“最高法院”终必能制服“出卖他人之物”之精灵，得其本性，复其原貌。

① 当然，吾人对于权利人之“承认”，可舍其固有意义，另行解释，作为使权利人“负有使出卖人履行出卖人义务之义务”之理论依据。惟此须究明当事人意思，“最高法院”并未说明，自无论述之必要。

② 参见拙著：“最高法院”判决在法学方法论上之检讨，载《民法学说与判例研究》（第一册），北京大学出版社 2009 年版。

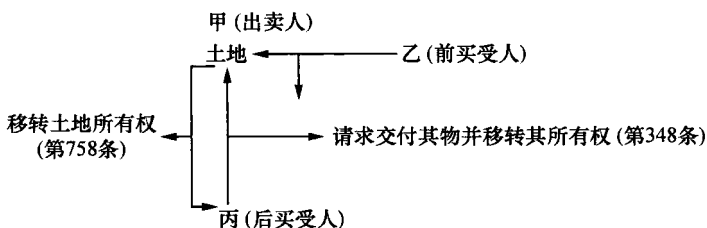
③ 最近学者之见解，参见施启扬：《民法总则》，1982 年 9 月初版，第 317 页。

④ 关于共同共有人中之一人或数人出卖共有物所涉及之问题，1980 年台上字第 3808 号判决著有详细论述，可供参考。略谓：“第 819 条第 2 项固规定共有物之处分，应得共有人全体之同意，但共有人中之一人与他人订立出卖共有物内特定部分之债权债务，并非法所不许，债权债务成立后，该共有人得以请求分割共有物方式取得该特定部分之单独所有权，亦得按该部分计算之应有部分，移转登记与买受人，使买受人与他共有人继续共有关系（参见 1961 年台上字第 3267 号判例），以履行其出卖人之义务。是以出卖共有物内特定部分之债权债务，尚不得谓系以不能给付为契约之标的。其契约应属有效。”

## 二重买卖\*

### 一、问题之说明

买卖是人类最早、最基本之交易行为。一物数卖，自古有之，在物价波动之际，最为常见，而此实多出于出卖人罔顾信用，图谋私利。例如某甲在台北市郊有土地数千坪，于1980年7月1日将某笔土地1000坪，以每坪1万元之价额出卖予乙，已受领200万元，并约定于9月1日前办妥土地所有权移转登记。同年8月初，市政府决定在该地附近开辟道路，增设公共设施，致地价立时暴涨。丙出价每坪2万元，使甲将该笔业已出卖予乙之土地出售予己，并于8月中旬办妥土地所有权移转登记。兹为便于观察，将上述法律关系图示如下：



于上举案例，前买受人乙对出卖人甲或后买受人丙得主张何种权利，殊值研究，其主要问题为：

(1) 乙得否主张甲与丙间之买卖契约无效？

(2) 乙得否主张甲与丙间之物权契约无效，丙不能取得其物之所有权？

\* 本文原载《法学丛刊》第101期(1981年3月)，第15页。

(3) 乙得否以其债权受侵害为理由,依侵权行为之规定向甲或丙请求损害赔偿?

(4) 乙得否以甲与丙之行为害及其债权,声请法院撤销之?

(5) 乙依债务不履行之规定向甲请求损害赔偿时,其得请求赔偿之范围如何?甲将其地让售予丙所得之价金,是否亦在请求之列?

上述问题,涉及民法上之若干基本制度,“最高法院”著有判例、判决,兹综合整理、分析、检讨之。<sup>①</sup>

## 二、债权与物权关系

### (一) 二重债权

在上举案例,关于出卖人甲与后买受人丙之买卖契约是否有效,又后买受人丙是否取得土地之所有权,涉及债权及物权之基本概念,特合并加以说明。

甲将其地出卖予乙,价金 1000 万元,双方当事人意思合致,买卖契约即告成立。买卖系属债权行为,买受人有请求移转买卖标的物所有权及交付其物之占有之权利(债权)(第 348 条第 1 项)。在甲将买卖标的物所有权,依照一个独立于债权行为(买卖)之外之物权契约(第 758 条)移转予乙之前,复将该地出卖予丙时,此一买卖契约亦能有效成立,丙亦对甲取得请求让与其地所有权及交付其地占有之权利(债权)。第二个买卖契约所以有效成立,不是因为甲为其地之所有人,亦不是因为前之买主尚未取得其地之所有权,而是基于买卖契约为债权行为之性质。此种以负担债务为内容之法律行为(负担行为),除其标的目的自始客观不能、无从确定、违反法律强行规定、违反公序良俗及其他法律特别规定外,均为有效,出卖人是否有处分权,在所不问。<sup>②</sup> 基于先后买卖契约而生之此二重债权,系处于平等地位,并无位序关系,不因先后而异其效力。因此,前买受人及后买受人均得随时向出卖人请求履行债务。出卖人破产时,前买受人及后买受人均以同等地位参与分配。

<sup>①</sup> 关于二重买卖之资料,参见史尚宽:《债法各论》,第 48 页;黄茂荣:《买卖法》,载《植根法学丛书》,1980 年,第 66 页以下。

<sup>②</sup> 参见洪逊欣:《民法总则》,1976 年 1 月修订初版,第 288 页。

## (二) 后之买主取得所有权

出卖人将其买卖标的物之所有权移转给前买受人时,后买受人得依债务不履行之规定向出卖人请求损害赔偿,无待详论。倘出卖人将其地之所有权移转予后买受人时,乃产生一项疑问,即:前买受人得否以其债权发生在先,而主张出卖人与后买受人间之物权契约(第758条)无效、后买受人不能取得其物之所有权?1935年上字第935号判决谓:“买卖不动产,虽已书立定约,交付定金,亦不过出卖人与买受人间发生债之关系,若出卖人于未订立移转物权之契据前,将该不动产之所有权订立契据,移转于第三人,第三人亦取得该不动产之所有权,最初之买受人,只能向出卖人主张债法之权利,不得主张出卖人与第三人之间之物权移转契约为无效。”此项见解,可资赞同。盖前之买受人所取得者,系属债权,与后之买受人所取得者,系属物权(所有权),性质不同,前者系一种对于出卖人请求给付、尤其是受领其给付之权利,对于买卖标的物本身既无直接支配及排他之效力,自无从否认后买受人得依有效之物权契约而取得其物之所有权也。<sup>①</sup>

出卖人于办理所有权移转登记给后买受人前,已将其物交付由前买受人占有时,后买受人仍能取得该地所有权。盖不动产所有权之让与,以登记为要件,不以移转占有为必要也(第758条)。于此情形,后买受人得否依第767条之规定,向前买受人请求返还其物,殊值研究。所有物返还请求权之发生,系以无权占有为要件,前买受人受让不动产之占有系基于其与出卖人(即原所有人)间之买卖契约,对于出卖人而言,系属有权占有,固无疑问,惟该不动产之所有权一旦移转予后买受人,前买受人对该物之占有即失其法律上之基础,对后买受人而言,乃构成无权占有,应负返还之义务,自不待言。

<sup>①</sup> 学者多称之为物权对债权之优先权利。李肇伟先生谓:“如甲以其某房屋先订约卖乙,因未登记,乙对该屋之权利仅为债权;后登记卖予丙,丙对该屋之权利则为物权(参见第758条)。此等情形,即为物权对债权之优先也”(《民法物权》,1979年5版,第35页);并请参见郑玉波:《民法物权》,1977年修订7版,第23页。

### (三) 出卖人于移转不动产所有权予前买受人后,再将该物出卖予他人之效力

应特别提出讨论者,系甲先将土地出卖给乙,并于移转其所有权之前,再将该地出卖给丙时,甲与丙间之买卖契约是否有效。台湾高等法院1968年第二次法律座谈会之决议,涉及此项问题。提出讨论之法律问题为:不动产双重买卖之前买受人,可否以后买受人明知已另有买卖契约在先,所订在后之买卖契约构成诈欺行为,损害伊所有权移转登记之权利,而依第244条规定,诉求撤销订立在后之买卖行为?讨论意见之甲说认为:“订立买卖契约,仅成立债权债务关系,纵卖主另卖予第三人,前之买受人既不能对于第三人主张已成立之买卖契约为无效(参阅1934年上字第1500号及1930号、上字第2362号判例),且诉求撤销订立在后之买卖行为,目的在维持对于债务人所有权移转登记请求权之直接履行,并非以债务人之行为有害于一般债权之共同担保为原因,既与第244条之立法本旨有异(1967年台上字第3086号判决),故采否定说。”乙说认为:依1930年上字第138号判例所谓“卖主就同一标的物为二重买卖,如前买约仅生债权关系,而后买约已发生物权关系时,前之买主,不得主张后买约为无效”之反面解释,如后买约尚未发生物权关系,难谓前约之买主,不得主张后买约为无效,但纵其不主张后之买约无效,苟订立在后之买卖契约,构成诈害行为,损害前约买主,非不得依第244条第2项诉求撤销订立在后之买卖行为(参阅1967年台上字第656号判决理由后段,载《“司法院”公报》9卷6期。)结论:采乙说(参阅1956年台上字第1316号判例)。研究结果:同意。座谈机关:台高院1968年第二次法律座谈会。<sup>①</sup>

上开法律座谈会之决议内容虽以前买受人之撤销权为主,但亦涉及后之买约是否有效之问题。其关键在于1930年上字第138号判例可否作如此反面解释。就此判例之文义而言,或可为两种反面解释:①前买受人已取得买卖标的物之所有权时,得主张后之买约无效。②前买受人纵未取得其物之所有权,但在后买受人取得所有权之前,仍得主张后之买约无效。上开法律座谈会所谓“依1930年上字第138号判例所谓‘卖主

<sup>①</sup> 引自黄茂荣、吕荣海:《争取融资与确保债权》(下),载《植根法学丛书》,1979年,第1376页。

就同一标的物为二重买卖,如前买约仅生债权关系,而后买约已发生物权关系时,前之买主,不得主张后买约为无效’之反面解释,如后买约尚未发生物权关系,难谓前约之买主,不得主张后买约为无效”,究系采取何种解释,虽不得确知,惟依吾人所信,无论采取何种解释,与现行民法之基本原则均有违背,实难赞同。

就第一种反面解释言,实违反买卖契约之基本性质。出卖人于移转买卖标的物所有权予买受人后,再将同一标的物出卖予他人者,论其行为性质,与出卖他人之物无异,既非属给付自始客观不能(第246条),买卖契约自始有效,惟出卖人应负权利瑕疵担保责任而已(第348条、第353条)。此为学者之通说<sup>①</sup>,实务上亦采此观点。大理院上字第45号判例谓:“他人所有物之买卖,在债权法上仍属有效。”1969年台上字第3141号判决谓:“出卖人对出卖之标的物不以有处分权为必要,亦即就无处分权之物,非不能成立买卖合同。纵出卖人甲就所约出卖之土地未取得所有权为买受人乙明知,但公证契约既订明甲负责保证确系完全所有物并无瑕疵,则在甲最后不能履行移转所有权之情形下,对乙应负违约责任。”可供参考。

就第二种反面解释言,与债权并存平等原则亦有违背。又其认为前买受人得否主张后之买约无效,视后之买约是否业已发生物权关系而定,混淆债权行为与物权行为之本质,在法理上显欠圆通,无待赘言。

综据前述,1930年上字第138号判例之文字失诸精确,“高等法院”径采反面解释,认为如后买约尚未发生物权关系,难谓前约之买主不得主张后买约为无效,忽视了民法之基本原则,实难赞同。由是可知,判决书之作成,其文义应力求严谨,而对判决之解释,尤须慎重,以免发生误会。依吾人见解,出卖人甲出卖其物予乙之后,复将该地出卖予丙时,不论后之买约是否业已发生物权关系,前之买受人均不得主张后之买约无效。纵出卖人甲于移转土地予前买受人乙之后,再将该物出卖予丙时,甲与丙之买卖合同仍属有效。

<sup>①</sup> 参见史尚宽,前揭书,第49页;郑玉波:《民法债编各论》(上),第4页。

### 三、侵害债权之损害赔偿请求权

#### (一) 对出卖人

出卖人将买卖标的物之所有权移转于后买受人时,前买受人不得主张此项所有权移转契约无效,已如上述。于此情形,出卖人对前买受人给付不能,前买受人得否向其请求损害赔偿?申言之,即债务不履行本身是否亦构成侵权行为。关于此点,“最高法院”著有判决,采否定说,认为:“侵权行为即不法侵害他人之行为,属于所谓违法行为之一种,债务不履行为债务人侵害债权之行为,性质上虽亦属侵权行为,但法律另有关于债务不履行之规定,故关于侵权行为之规定,于债务不履行不适用之。”此项见解,基本上可资赞同。惟债务不履行本身(尤其是不完全给付)致债权人之人身或其他财产权益遭受侵害者(例如出卖之鸡有病,致买受人食而中毒),债权人得另依侵权行为规定请求损害赔偿,自不待言。

#### (二) 对后买受人

前买受人不得以给付不能为理由,依侵权行为之规定向出卖人请求救济,虽为判例学说之一致见解,惟后买受人应否负侵害债权之损害赔偿赔偿责任,涉及侵害他人债权可否构成侵权行为之问题,系民法上一项尚未解决之争论难题。有以为债权系相对权,只得对抗债务人,第三人对之并不负义务,纵使债权人受有损害,亦仅属债务人应否负债务不履行之问题;有以为任何权利,既受法律之保护,当不容任何人侵犯。物权为然,债权又何独不然,故债权亦得为侵权行为之客体。<sup>①</sup>

债权应受侵权行为法之保护,应无疑问。就现行民法而言,其关键在于法律之适用,而此又涉及侵权行为法之体系结构。易言之,倘债权为第184条第1项前段所称之“权利”,则于受他人故意或过失不法侵害时,即得请求损害赔偿;反之,倘债权非属第184条第1项前段所称之“权利”,则须他人故意以背于善良风俗之方法加以侵害时,被害人始得依第184条第1项后段之规定请求赔偿。此项法律适用之疑义,不仅是债权

<sup>①</sup> 参见王伯琦:《民法债编总论》,第73页。

性质之争议(绝对权或相对权),更是利益衡量之问题,即债权遭受他人不法侵害时,在何种情形下予以保护,使加害人负赔偿责任,始符合当事人之利益及侵权行为法之基本思想。

侵害他人债权之侵权责任,涉及甚广,在此不拟详论。<sup>①</sup>就二重买卖言,1942年上字第891号判例谓:“不动产登记条例施行后,就同一不动产重为所有权移转契约时,如先之移转尚未登记,而后之移转已登记,依该条例第5条之规定,先受移转之人,不得以其先受之移转对抗后受移转之人,法律上既许后受移转之人否认在先未经登记之移转,则于其行使否认权后,自无从更以在先已有未经登记之移转为理由,认后之移转为无效。本件据原审认定事实,被上诉人甲虽于1938年2月间,已将讼争之稻田2亩2分卖予被上诉人乙,至同年12月间始重卖予上诉人,然如被上诉人乙所受所有权之移转未经登记,而上上诉人所受之移转已经登记,则依上开说明,自不得以被上诉人乙受移转在先,遂认上诉人所受之移转为无效。乃原判决竟谓上诉人纵令曾经合法登记,其所受之移转亦属无效,于法殊有未合。至上诉人如果明知被上诉人乙已受所有权之移转,乘其未经登记,唆使被上诉人甲更行移转于自己而为登记,致被上诉人乙受其损害,诚系故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人,依第184条第1项后段之规定,应负赔偿责任。然此系另一问题,究不得因此遽认上诉人所受之移转为无效。原审以上诉人之买卖不正当为其判决之理由,亦非有据。”

1942年上字第891号判决适用第184条第1项后段,以保护前买受人在债权上请求给付之利益,最能调和当事人利益及兼顾自由经济体系下之竞争秩序。所谓“故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人”系一项概括条款,应斟酌商业道德及自由竞争原则及其他情事,就个案予以具体化(Konkretisierung)。准此以言,后买受人知悉某笔土地业已出卖他人之事实,与善良风俗,似尚未违。后买受人出高价购买,是否即有违法性,仍有争论<sup>②</sup>,惟倘有其他特别情事存在,例如后买受人明知前买人正投资规划其所购买之土地,准备兴建住宅出售,而故意引诱出卖人违约,以打击

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《债法总论》,第138页;庄春山:《侵害他人债权之研究》(1976年台大硕士论文);Larenz, Schuldrecht. I, 1976, 11. Aufl. S. 15f.; Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, 1967; Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriff Dritte, 1971.

<sup>②</sup> 参见 Medicus, Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 1978, Rdnr. 624f.



前买受人之商誉或使其遭受重大损失者,即成立以故意违背善良风俗之方法加损害于他人,应负损害赔偿责任,则无疑义。

后买受人应依第 184 条第 1 项后段规定,负损害赔偿责任时,被害人(前买受人)得否直接请求返还其物(即让与其物之所有权),甚有争论。“最高法院”似未著有判决。依本文见解,须采肯定说,始足贯彻负损害赔偿义务者,应恢复他方损害发生前原状之基本原则(第 213 条第 1 项)。<sup>①</sup>

## 四、前买受人之撤销权

### (一) 成立要件

甲将土地出卖予乙之后,复将该地赠与丙(参阅第 406 条及第 407 条),倘甲别无其他资产可清偿其对乙之债务时,其所为之无偿行为,有害及债权,债权人乙得声请法院撤销之(第 244 条第 1 项)。倘甲将其出卖给乙之土地,以极不相当之低价让售予丙,而丙亦明知甲之资力不足清偿对乙之债务(给付不能之损害赔偿)时,于此情形,甲所为之有偿行为,于行为时,明知有损害于债权人之权利,而受益人于受益时,亦知其情事,债权人乙亦得声请法院撤销之(第 244 条第 2 项),应无疑问;有争论者,乃出卖人甲(债务人)尚有资力足以清偿其对乙应履行之债务时,前之买受人乙(债权人)得否声请法院撤销甲与丙之行为。

关于上述问题,判例素采肯定说。1956 年台上字第 1316 号判例谓:“债权人之债权,因债务人之行为,致有履行不能或困难之情形者,即应认为有损害于债权人之权利。故在特定债权,倘债务人所为之有偿行为,于行为时明知有损害于债权人之权利,而受益人于受益时,亦明知其事者,债权人即得行使第 244 条第 2 项之撤销权以保全其债权,并不以债务人因其行为陷于无资力者为限。”依此见解,则在前举甲二重出卖市郊土地之例,甲虽富有资财,足以清偿其对乙所负之债务,前买受人仍得声请法院撤销甲与乙间之买卖行为。

---

<sup>①</sup> 此为德国之通说, RGZ 108, 59. 惟学者亦有认为前买受人仅得请求后买受人将买卖标的物移转予出卖人,再由其向出卖人主张之。参见 Dubischar, Doppelverkauf und ius ad rem, JuS 1970, 6ff.

上开之判例认为,以特定标的物为内容之债权,其撤销权不以债务人之为行为足使债务人成为无资力为要件,此项论点,尚值研究。<sup>①</sup>按第244条所谓债务人之为行为害及债权人者,系指债务人所为减少其财产之行为,有害于一般债权之共同担保者而言,并以其是否有清偿资力作为判断标准。债权人撤销之目的非在于维持特定债权之直接履行,债务人之为行为虽致财产减少,但仍有资力清偿其债务时,于债权即无损害,债权人应无撤销权之可言。再者,依“最高法院”见解,前买受人得随时径即诉求撤销订立在后之买卖契约及所有权移转契约,实无异承认前买受人之债权具有类似物权之效力,使债权与物权之区别趋于混淆,是否妥适,诚值检讨。<sup>②</sup>

## (二) 撤销权之客体

债务人之为行为有害及债权人者,债权人得声请法院撤销之,已如上述。就二重买卖言,前之买受人所得撤销者,为出卖人与买受人间之行为。此项行为通常包括两个层次之法律行为,① 买卖契约(债权契约);② 让与所有权之契约(物权行为)。倘后买受人已因物权行为之完成取得其物之所有权时(第758条),出卖人对前买受人应负给付不能(债务不履行)之责任,前之买受人得诉求撤销,自不待言。

所可讨论者,系在出卖人与后买受人间仅有买卖契约,尚未完成物权契约时,前买受人是否得声请法院撤销该买卖契约。关于此点,应视该项买卖契约有无损害前买受人之债权而定。于此情形,出卖人尚非给付不能,前买受人仍得请求履行契约,但不能因此而认为前买受人之债权未受损害。出卖人将买卖标的物以不当之低价出卖给第三人时,倘其总财产因此减少,不能完全清偿其债务,即有害于一般债权之共同担保。例如 A

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《债法总论》,第469、470页;王伯琦,前掲书,第188页;刘春堂:《特定物债权与撤销权》,载《辅仁法鼎》第7期,第145页;翁如玲:《债权人撤销权之研究》,(1980年政大硕士论文),第56页以下;参见胡长清:《中国民法债编总论》,第343页。关于二重买卖与 ius ad rem(直接对物之权利),参见 Dubischar, Jus 1970, S. 6f.

<sup>②</sup> 关于1956年台上字第1316号判例,“最高法院”采不同论点,可见本判例在“最高法院”本身尚未产生统一性之见解。1955年台上字第1343号判决谓:“以交付特定物为目的之债权,若债务人因二重让与行为致无资力,即与总债权有害,其债权人自得行使撤销权”。1963年台上字第3873号判决谓:“按第244条,所谓债务人之为行为害及债权人者,系指债务人所为减少其财产之行为,有害于一般债权之共同担保者而言,债权人不得以维持特定债权之直接履行为原因,而行使该条之撤销权。”1966年台上字第308号判决亦同此旨趣,可供参考。

有房屋,价值100万元,别无资产,对B负有90万元之债务,A将该屋以100万元出卖予C,对于B之债权并无损害,固不发生撤销权,惟倘A复以60万元之价金将该屋出卖予知情之D时,A之资力即不足清偿其对B与C之债务,有害于B与C债权之共同担保,B与C均得诉请撤销A与D间之买卖契约,不必等到A完成其将房屋所有权移转予D之行为时,再声请法院撤销之。

### (三) 行使撤销权之效果

出卖人(债务人)诈害债权之行为被撤销时,视为自始无效(第114条第1项)。诈害行为仅为债权行为者,其债权关系因撤销而消灭,若已有物权之移转者,则因撤销之结果,其债权行为与物权行为均自始无效,后之买受人自始即未取得其物之所有权,出卖人得向后之买受人请求给付物之返还。行使撤销权之前买受人(债权人)对于后买受人得请求返还其物之占有予出卖人,亦得请求直接交付予己(1970年台上字第4045号判例),但于此情形,前买受人欲取得其所有权者,在动产,须有出卖人之让与合意,在不动产者,尚须登记(第758条、第761条),自不待言。

## 五、债务不履行之损害赔偿

### (一) 给付不能

出卖人移转买卖标的物所有权予后买受人时,对前买受人言,原则上即构成给付不能。此项给付不能,系可归责于出卖人,故前买受人得依债务不履行之规定请求损害赔偿(第226条),或解除契约(第256条)。债权人解除契约者,不影响其损害赔偿请求权,而此所谓损害赔偿请求权,通说认为系指债务不履行之损害赔偿。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 1966年台上字第2727号判例谓:“第260条规定解除权之行使,不妨碍损害赔偿之请求,并非积极地认有新赔偿请求权发生,不过规定因其他原因已发生之赔偿请求权,不因解除权之行使而受妨碍。故因契约消灭所生之损害,并不包括在内,因此该条所规定之损害赔偿请求权,系专指债务不履行之损害赔偿而言。”

## (二) 赔偿范围

于二重买卖,关于债务不履行之损害赔偿,最值注意者,系前之买受人得否向出卖人请求相当于其再出售买卖标的物所获得价金之损害赔偿。就前举甲出卖其在台北市郊土地之例而言,即乙得否向甲请求 2000 万元之赔偿。关于此点,最近之判决可供参考。

在 1980 年台上字第 352 号判决一案,被上诉人主张,上诉人于 1977 年 11 月 29 日,就坐落台南市二段二小段 159 号建地、同段 162 号建地连同地上建物、即台南市民权路 105 号砖造楼房,与被上诉人成立买卖契约后,竟将系争房地以高价另行出售予华侨商业银行,并办毕所有权移转登记,被上诉人因上诉人不为给付并已给付不能,依法解除契约,上诉人应赔偿被上诉人因不履行债务所受之损害,求为命上诉人赔偿 120 万元(新台币,下同)及其利息之判决。上诉人则以两造间之买卖契约并未成立、被上诉人亦无损害云云为抗辩。

“最高法院”认为,原审依调查证据为辩论结果,以两造于 1977 年 11 月 29 日议价以 2370 万元将系争土地房屋出卖与被上诉人,上诉人业已同意之事实,有议价记录及参与议价机关之函件在卷可稽,上诉人对议价记录之真正既不争执,依该记录及前述函件内容,均经载明土地之地号面积及地上建物之门牌面积等,并按上项底价决标,足见两造就买卖标的物及价金已互相合意,买卖契约即已成立。按买卖契约为诺成契约而非要式行为<sup>①</sup>,只须意思表示一致即可成立,不动产之移转固应以书面为之,然纵未订立书面,物权契约尚未成立,仍不影响债权契约之成立,又依当时参与议价之证人欧正雄、李枫村、张德辉等之证言,两造对付款方式亦已一致,其他住户迁移问题等非必要之点虽未表示意思,但就价金及标的物等必要之点意思一致,契约仍推定为成立。至本件买卖标的物,其中一部分土地为案外人李传锦静所有,固属实在,亦非不可消除之障碍,契约并非当然无效,上诉人以两造间就系争土地房屋之买卖契约尚未成立为抗辩,殊无可采。

<sup>①</sup> 债权行为,可依不同之观点,加以分类:依其意思表示须否依一定方式为之为标准,可分为要式行为与非要式行为;依除意思表示外,以是否须有现物给付始能成立为标准,可分为要物行为与诺成行为。诺成契约之对称非要物契约,不是非要式行为,易滋误会,应请注意。

其进一步认为,上诉人于契约成立后,复于1977年12月间将系争土地房屋另行以24760514元之高价出卖予案外人华侨商业银行,并于同月30日办毕所有权移转登记,案外人李传锦静部分亦同,此为上诉人所不争之事实,对于被上诉人即属给付不能,被上诉人依法解除契约,其因而所受损害,请求上诉人赔偿,于法并非无据。而第216条第1项所谓“所受损害”,系指现存财产因损害事实之发生而致减少而言,属于积极损害,所谓“所失利益”,乃指新财产之取得,因损害事实之发生而受妨害而言,属于消极之损害。本件两造就系争土地及房屋既以2370万元成交,被上诉人得以此价格取得该土地房屋,嗣后土地房屋价格之上涨,即系被上诉人资产价值之增加,该增加部分即为其所得之利益,此项利益之取得,并不因被上诉人有无转售计划而有不同。关于土地房屋之涨价,依最近之成交价格计,上诉人于1977年12月间以24760514元出卖予华侨商业银行,为两造所不争,并经原审调该不动产所有权移转契约书核对查明,被上诉人别无超过此项价格之证据,则系争土地房屋之涨价,应认为1060514元,依据前开说明,即属被上诉人可得之预期利益。惟损害赔偿,除法律另有规定或契约另有订定外,应以填补债权人所受损害及所失利益为限,惟其因此同一原因事实受有利益时,依损益相抵之原则,应自所受损害额中扣除所得利益,以核定上诉人应付损害赔偿之金额,从而被上诉人解除本件买卖契约,因此免予支出下列各费用:① 纷争建筑物应纳契税(连同教育捐)23349元;② 应纳印花税23700元;③ 规费150元,以上合计47199元,自应于原生预期利益内扣除后,即属被上诉人实际所受之损害,因维持第一审命上诉人赔偿被上诉人1013315元及自诉状缮本送达翌日起按法定利率计付利息之判决,驳回上诉人之上诉,于法核无违误,上诉意旨仍执陈词指摘原判决不当,求为废弃,非有理由。

上开判决适用第216条规定,使前买受人以“所失利益”为理由,向出卖人请求损害赔偿,理由构成,颇称详尽,在实务上甚具重要性,特征引于上,以供参考。其应特别提出者,系“最高法院”认为:“本件两造就系争土地及房屋既以2370万元成交,被上诉人得以此价格取得该土地房屋,嗣后土地房屋价格之上涨,即系被上诉人资产价值之增加,该增加部分即为其所得之利益,此项利益之取得,并不因上诉人有无转售计划而有不同。”此种依前买约之价额与通常交易价格之差额以定所失利益之范围,在学上有称为抽象一类型之计算(abstrakt-typisierende Berechnung)。

惟债权人(前买受人)得另主张所谓之具体损害计算(konkrete Schadensberechnung),证明其业已将买卖标的物以高于市价之价额出卖予他人,而请求因债务人(出卖人)不履行债务,致不能取得该项价额而失之利益。<sup>①</sup>

## 六、结 论

二重买卖于实务上颇为常见,在理论上对于了解债权与物权之本质,甚有助益。“最高法院”数著判决,基本见解多属正确,对于促进交易安全,贡献甚巨。综合言之,可得如下之结论:

(1) 出卖人与后买受人间所订立之买卖契约仍有效成立,不因前买约而受影响。出卖人于将买卖标的物之所有权移转予前买受人后,再与后买受人订立买卖契约者,亦同。

(2) 前买受人不得以其债权发生在先为理由,而主张出卖人与后买受人间移转所有权之物权契约无效。后买受人取得其物之所有权,不受前买约之影响。

(3) 后买受人与出卖人订立买卖契约,受让标的物之所有权,系出于故意以悖于善良风俗之方法加损害于前买受人者,应负侵权行为损害赔偿(第184条第1项后段)。于此情形,前买受人得请求后买受人直接移转该买卖标的物所有权予己,以恢复损害发生前之原状。

(4) 前买受人依第244条第2项规定,声请法院撤销出卖人与后买受人间之行为时,是否应以出卖人因其行为陷于无资力者为要件,“最高法院”采否定说,认为倘后买受人于行为时,明知该买卖标的物已出卖他人之事实者,前买受人即得诉求撤销。此项见解旨在保护前买受人,固有所据,但是否符合债权人撤销权之本旨,尚有审究余地。学者通说认为,前买受人行使撤销权,应以出卖人因其行为陷于无资力为要件,似较可采。

(5) 前买受人就出卖人将标的物让与他人而生之给付不能,得请求债务不履行之损害赔偿,或解除契约。解除权之行使,不妨害损害赔偿(债务不履行之损害赔偿)之请求。买卖标的物之涨价部分,系前买受人通常可期待之利益,应视为所失利益,列入赔偿范围之内。

<sup>①</sup> 参见 Hermann Lange, Schadensersatz, 1979, S. 211f.

# 为被害人支出医药费、无因管理及代位

## 一、问题之说明

在损害赔偿案例中,第三人介入其间,对侵权行为之被害人有所给付者,甚为常见。例如,劳工保险局对被害人为伤害给付,雇主对遭受他人不法侵害之受雇人继续支付工资等,均是造成复杂之法律关系。<sup>①</sup> 本文所拟提出研究者,系于人身伤害事故中,第三人为被害人支出医药费时之求偿问题。例如,甲驾车不慎撞伤乙,丙送乙赴医救治,支出医药费 5000 元。于此情形,发生三项问题:

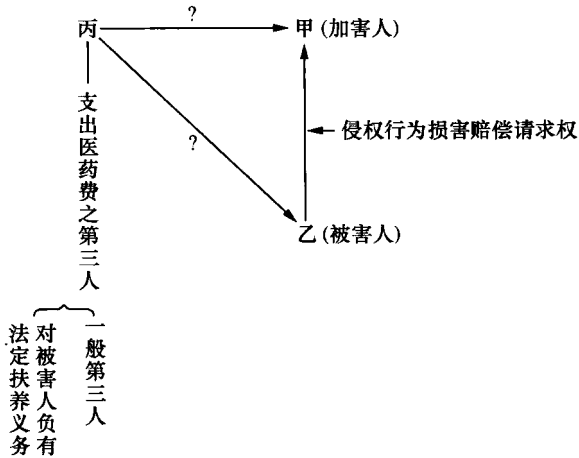
(1) 第三人(丙)对被害人(乙)得主张何种权利?

(2) 被害人(乙)对加害人(甲)之侵权行为损害赔偿请求权,是否因第三人之支出医药费而受影响?

(3) 第三人(丙)对加害人(甲)得主张何种权利? 如下图所示:

---

<sup>①</sup> 参见拙著:《劳灾补偿与侵权行为损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社 2009 年版。外文资料参见 Larenz, Schuldrecht, I, 11. Aufl. 1976, S. 437f.; Marschall v. Bieberstein, Reflexschäden und Regressrechte, 1967; Selb, Schadensbegriff und Regressmethoden, 1963; John Fleming, Collateral Benefits, Chapter 11. Vol. XI. International Encyclopedia of Comparative Law, 1975.



此为实务上多年来困扰之问题,最近民庭庭推会议作有决议,实值重视,特著本文分析、检讨之。

## 二、“最高法院”之见解

关于第三人为侵权行为之被害人支出医药费所生之求偿问题,似未著有判例,惟1978年12月5日、1978年度第14次民庭庭推会议著有决议,其全文谓:

“被害人因伤致死,其生前因伤害所支出之医药费,被害人之继承人得依继承关系主张继承被害人之损害赔偿请求权,由全体继承人向加害人请求赔偿。其由无继承权之第三人支出者,对于被害人得依无因管理或其他法律关系主张有偿还请求权,并得代位债务人(被害人之继承人)向加害人请求赔偿。”

此项民庭庭推会议决议,可认为系“最高法院”最近之见解。

## 三、分析检讨

### (一) 支出医药费之人——三个基本类型

甲驾车不慎撞伤乙,其支出医药费之人,可分为三类:①被害人自己



支出医药费。②一般第三人(如路人)为被害人支出医药费。③被害人之继承人或扶养义务人为被害人支出医药费。上开1978年第14次民庭庭推会议决议之第一部分系涉及被害人生前支出医药费之问题。“最高法院”认为,被害人之继承人得依继承关系主张被害人之损害赔偿请求权,自值赞同,无待详论。本决议之重点在于解决继承人或法定扶养义务人以外之第三人,为被害人支出医药费时之求偿问题。至于继承人(尤其是法定扶养义务人)为被害人支出医药费者,例如,在上举甲驾车撞伤乙之例,乙之夫或其父或其子为被害人支出医药费时,其法律关系如何,并未论及。就上开民庭庭推决议之文义观之,似认为为被害人支出医药费者,倘为被害人之继承人时,其法律效果应有不同,惟未作进一步之说明。“最高法院”对于此点持保留审慎之态度,自亦有据。盖此事涉及甚广,法院争论甚烈,意见分歧,非在学理上作深入彻底之研究,实难遽下定论也。①

## (二) 一般第三人对被害人无因管理上之请求权

被害人之身体健康遭受他人不法侵害,一般第三人送医救治者,系未受委任,并无义务而为他人管理事务,应成立无因管理(第172条)。又此项事务之管理利于本人,合于本人可得推知之意思,属于所谓之“适法无因管理”,故管理人(第三人)得向本人(被害人)请求其所支出之医药费用(第176条)。倘本人死亡时,管理人得向其继承人主张之。“最高法院”亦采此见解,自可赞同。

## (三) 被害人对加害人之侵权行为损害赔偿请求权

被害人之身体健康遭受他人不法侵害时,得依侵权行为之规定请求损害赔偿(第184条第1项前段),或请求恢复原状,或请求已支出之医药费。设有第三人对被害人施以救治,或为其支出医药费,则加害人可否据而主张被害人已无“损害”,得不负损害赔偿责任,不无疑问。此点涉及损益相抵之问题,有略加说明之必要。

按损害赔偿之目的,虽在于排除损害,回复损害发生前之同一状态,

① 参见台北地方法院1971年7月份司法座谈会《民事法律问题汇编》(民事部分)第1册(1978年5月),第108页;台湾高等法院1975年度法律座谈会前揭书第1册,第561页。

然非使被害人因而受不当之利益,故如被害人因发生损害赔偿义务之原因事实,受有损害,同时受有利益时,即应由损害额中扣除利益额,以其余额为赔偿额,是为损益相抵。<sup>①</sup>例如,甲伤害乙,乙住院医治,其因而节省之家中水电开支,或甲不慎烧毁乙所有被列为古迹之老房,致乙得以高价出售其地之利益,均应由其所受损害中扣除,以定赔偿范围。惟依通说,此等应纳入损害额中计算扣除之利益,须与肇致损害赔偿之原因事实具有相当因果关系。第三人对被害人之救助或为其支出医药费,被害人虽受有利益,但此项利益乃基于第三人之行为,非基于同一损害事实而发生,故不得由被害人所受损害中扣除之,被害人对于加害人之损害赔偿请求权自不因此而受影响。

#### (四) 第三人对加害人之请求权

关于第三人对加害人得主张之请求权,其可能成立者,系无因管理。在前举案例,甲驾车不慎撞伤乙,丙送乙赴医救治。于此情形,丙对乙构成无因管理,前已论及,问题在于此项行为是否可同时构成丙对甲之无因管理。自理论以言,无因管理之本人不限于一人,其同时为数人管理事务者,对该数人均可成立无因管理。<sup>②</sup>例如,A宅与B宅失火,C购灭火器参与救火,对A与B均可成立无因管理。准此以言,第三人救助被害人,有同时为加害人管理事务之意思者(即履行加害人对被害人所负之损害赔偿义务),自亦可成立无因管理,而向加害人请求返还其所支出医治被害人之费用。第三人有无此项为加害人管理事务之意思,应就个案判断之,自不待言。惟就通常情形言之,第三人有此意思者,殆属少见。

#### (五) 所谓“代位请求损害赔偿”

(1) 疑问。上开民庭庭推会议决议,最值注意者,系下列部分,即:被害人因伤致死,其生前因伤害所支出之医药费,“由无继承权之第三人支出者,对于被害人得依无因管理或其他法律关系主张有偿还请求权,并得

<sup>①</sup> 参见胡长清:《中国民法债编总论》,第266页。关于损益相抵之理论,最近德国学者论述甚多。参见Hermann Lange, *Schadenersatz*, 1979, S. 268f.

<sup>②</sup> 参见Enneccerus/Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Aufl. 1958, S. 699; 拙著:《无因管理制度基本体系之再构成》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。

代位债务人(被害人之继承人)向加害人请求赔偿。”关于所谓“代位债务人向加害人请求损害赔偿”,“最高法院”未引用适用之法条,亦未说明法理依据,究何所指,尚有疑问,事关法律适用及当事人利益,实有彻底澄清之必要。

(2) 求偿代位。上开所谓“代位债务人向加害人请求损害赔偿”,是否指求偿代位?按所谓求偿代位者,系指甲因清偿他人债务或其他免责事由,对乙有求偿权时,为保护其求偿权,法律明定由甲代替乙,取得乙之权利也。关于此种求偿代位,民法设有规定,其主要类型有四:① 代位清偿(第 312 条)。② 免责求偿之代位(第 281 条)。③ 保证人之代位(第 749 条)。④ 物上保证之代位(第 879 条)。① 上开民庭庭推会议决议所谓之“代位”,不符合上述各类法定当然代位之构成要件,非为此等代位,当无疑问。

(3) 保全代位。“最高法院”所谓之“代位”,是否为第 242 条所规定之保全代位,即:“债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,得以自己之名义,行使其权利,但专属于债务人本身者,不在此限。”此属最为可能之解释<sup>②</sup>,但亦属最不可能之解释。何也?盖此种代位之目的在于保全债务人之一般财产,以为将来强制执行之准备,任何债权人,其具备法定构成要件者,均可为之,为被害人支出医药费之第三人,亦不例外。准此以言,“最高法院”于上开决议所谓之“代位”,倘属于此种保全代位,则无实质意义之可言。盖法有明文,事属当然,无待乎特别召开民庭庭推会议作此郑重决议也。

## (六) 法律之创造

或有认为上开民庭庭推会议决议所谓之“代位”,系“最高法院”创设之一种制度,旨在使救助被害人之第三人得代替被害人,径向加害人请求损害赔偿,以简化当事人间之法律关系,并保障第三人之利益。此说虽有所据,惟诚如前述,第三人既可依无因管理之规定向被害人请求偿还其所支出之费用,而被害人对加害人之损害赔偿请求权不因第三人为其支出

① 参见郑玉波:《代位之研究》,载《民商法问题研究》(一),第 181 页。

② 《民刑事庭会议决议录类编》(第 19 页)将此项决定,置于第 242 条项目之下,或系采此见解。

医药费而受影响,则当事人间各有适当之救济途径,权义关系明确,另创“代位”制度,使第三人径即取得被害人对于加害人之损害赔偿请求权,应无必要。

#### 四、结 论

综据上述,可知甲驾车不慎撞伤乙,路人丙送乙赴医救治,为其支出医药费者,丙对乙可依无因管理之规定请求所支出之费用,乙得向甲请求侵权行为损害赔偿。1978年度第14次民庭庭推会议决议认为丙得代位乙向甲请求损害赔偿,在解释上甚滋疑义。此项“代位”非属法定当然代位(求偿代位),盖其不符合法定类型之构成要件也。此项代位,解为系第242条之保全代位,纵属有据,亦无实质意义,盖任何债权人均为保全债权,均有此项代位权,特别列出,似嫌蛇足,语义不明,易滋疑义,自非妥适。

在理论上最饶趣味、而实务上最感困惑者,系扶养义务人为被害人支出医药费之求偿关系。上开决议似有意避开此项问题。至盼“最高法院”能在适当机会,以“坚强稳妥之理由构成”,表示明确之法律见解,对于促进法律发展,必有助益。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 关于此项问题,参见拙著:《法定扶养义务人为被害人支出医药费之求偿关系》,载于本书。

# 法定扶养义务人为被害人 支出医药费之求偿关系\*

## 一、问题之说明

甲驾车不慎,撞伤乙,路人丙送乙赴医救治时,其所生之法律关系,可归纳为两点:① 丙得依无因管理之规定向乙请求其所支出之医药费(第172条、第176条)。② 乙得对甲主张侵权行为损害赔偿,此项损害赔偿请求权不因丙支出医药费而受影响;设乙不治死亡时,丙得向乙之继承人主张其费用偿还请求权,乙之继承人则得继承乙对甲之损害赔偿请求权,其为被害人(乙)支出医药费之第三人(丙),并无直接向加害人(甲)请求之权利。关于此点,1978年第14次民庭庭推会议决议基本上亦采相同见解,认为:“被害人因伤致死,其生前因伤害支出之医药费,被害人之继承人得依继承关系,主张被害人之损害赔偿请求权,由全体继承人向加害人请求赔偿。其由无继承权之第三人支出者,对于被害人得依无因管理或其他法律关系主张有偿还请求权,并得代位债务人(被害人之继承人)向加害人请求赔偿。”<sup>①</sup>

倘为被害人支出医药费之第三人,系被害人之特定亲属,尤其是法定扶养义务人,例如,被害人之父、之子、之夫或其他亲属时,则当事人间之法律关系如何?与上述之解决模式有何不同?实务上极有争论。上开庭庭推会议决议未作明确之说明,学者论述亦少。此项问题关系当事人及其债权人之利益至巨,在损害赔偿法理论上亦极为重要,实有详加分析

\* 本稿原载《法令月刊》第33卷,第5期(1982年5月),第10页。

① 拙著:《为被害人支出医药费、无因管理及代位》,载于本书。

检讨之必要。

## 二、实务上见解

关于特定范围之亲属(尤其是法定扶养义务人),为被害人支出医药费之求偿问题,各法院座谈会时常论及,兹举三则实例如下:

### (一) 基隆地方法院 1967 年 6 月份司法座谈会<sup>①</sup>

#### 1. 法律问题

某甲之妻,被乙殴伤,甲妻因疗伤所支出之医药费,依法自可向乙诉请赔偿,惟该医药费系医疗机构函请某甲之服务单位代扣某甲之薪金,而非某甲之妻本身所支出,某甲之薪金被扣后,亦未向其妻要求偿还,某甲之妻可否以自己名义诉请某乙赔偿医药费用?

#### 2. 讨论意见

甲说:夫妻应互负扶养之义务,纵医药费系某甲所支出,应视为其妻本身所支出,甲妻自可据此向乙诉请赔偿。

乙说:查损害赔偿应以填补被害人实际损害为原则,夫妻财产制中,依第 1005 条之规定,除另有规定外,应以法定财产制为夫妻财产制,法定财产制中,夫妻所有均属于联合财产,依第 1017 条第 2 项之规定,属于夫所有,是甲妻既未支出费用,即无损害之可言,自不得诉请某乙赔偿。

结论:以甲说为多数说。

#### 3. “司法行政部”研究结果

以乙说为当。

### (二) 台北地方法院 1971 年 7 月份司法座谈会<sup>②</sup>

#### 1. 法律问题

甲驾车撞伤乙,乙数日后不治死亡,乙之父丙为乙支出医药费新台币 1 万元,丙可否依侵权行为之法律关系,请求甲赔偿该医药费?

<sup>①</sup> 参见《法律问题汇编》(民事部分)第 1 册,1978 年 5 月,第 472 页。

<sup>②</sup> 参见《法律问题汇编》(民事部分)第 1 册,第 108 页。

## 2. 讨论意见

甲说：丙系侵权行为被害人以外之人，仅得依第 192 条及第 194 条规定，请求甲赔偿支出之殡葬费、扶养利益之损害及非财产上之损害，其请求赔偿之医药费，于法无据。

乙说：丙系乙之父，乙受伤时，丙为之治疗，乃理所当然，则丙支出之医药费，与甲之加害行为间，有相当因果关系，丙得依第 184 条第 1 项有关侵权行为之一般规定，请求甲赔偿医药费。

结论：多数赞成甲说。

## 3. “司法行政部”研究结果

乙生前因伤所支出之医药费，依第 184 条第 1 项规定，其本人得请求甲赔偿，故丙如系乙之继承人，此项财产上之赔偿请求权，因乙之死亡，依第 1148 条规定，由丙承受，丙自得请求甲赔偿该医药费。丙如非乙之继承人，其所支出之医药费，可向乙之继承人求偿，依第 242 条规定，自得代位行使乙之继承人对于甲之赔偿请求权，此项代位权，如丙不知行使，或行使与否意思不明时，事实审法院审判长有行使阐明权之职责。<sup>①</sup>

## (三) 台湾高等法院 1975 年法律座谈会<sup>②</sup>

### 1. 法律问题

甲因过失不慎将乙撞伤，送医不治身死，乙之子丙为父乙送医诊治所支出之医药费，得否向甲请求损害赔偿？

### 2. 讨论意见

甲说：按第 184 条规定，“因故意或过失不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任”，此系就加害人之赔偿义务而为规定，加害人之赔偿义务，初不因被害人之死亡而消灭，则被害人受赔偿之地位，当然由其继承人继承，况本件被害人乙未死亡前其子丙为其送医所支付之医药费，业已取得请求权，此项请求权自得由其子丙继承据以向甲请求损害赔偿。<sup>③</sup>

乙说：按侵权行为所定之损害赔偿，在民法侵权行为款内采列举规定，

<sup>①</sup> 此项“研究结果”，与座谈会所提出之“法律问题”似未尽符合。法律座谈会所提出之问题，系被害人(死者)之父(继承人)为被害人支出医药费者之求偿问题，“司法行政部”却以“被害人自己支出医药费”及“非继承人”为被害人支出医药费时如何处理，表示意见。

<sup>②</sup> 参见《法律问题汇编》(民事部分)第 1 册，第 561 页。

<sup>③</sup> 参见史尚宽：《民法债编总论》第 141 页关于第 195 条之反面解释。

规定何者始得请求赔偿,如第 192、194 条。民法既无为被害人支出医药费的请求赔偿之规定,为被害人支付之医药费,自不得请求。本件乙之子丙为乙诊治所支出之医药费,即乏向甲请求之依据(参阅 1975 年台上字第 585 号判例)。且本件被害人生前支出之医药费,既不及请求而死亡,则其请求权已随主体死亡而消灭,乙之子丙亦无由继承乙之权利向甲请求损害赔偿。

结论:乙之子丙起诉以自己为被害人请求赔偿支出之医药费时,采乙说。惟乙之子丙起诉时,表明行使继承乙之医药费损害赔偿请求权之法律关系为诉讼标的,采甲说为宜。

### 3. “司法行政部”研究结果

本案审理法院应行使阐明权,究明下列之点,分别予以论定:

(1) 乙之子丙起诉,如系以自己为被害人请求赔偿支出之医药费时,应认其请求权不成立。

(2) 乙之子丙起诉,如系表明行使继承乙之医药费损害赔偿请求权之法律关系为诉讼标的,应认其请求权成立。

综据上开三则法律座谈会之讨论,可知被害人之父、之子或之夫,为被害人支出医药费时,其所生之法律关系应如何处理,应注意者有二:

(1) 关于何人得向加害人请求赔偿,有两种不同之见解。有认为仅被害人对加害人有侵权行为损害赔偿请求权;有认为支出医药费用之第三人对加害人有损害赔偿请求权,尚无定论。

(2) 关于支出医药费用之第三人对被害人有无返还费用请求权,未曾论及。<sup>①</sup>

## 三、解决途径之探寻

### (一) 关键问题及处理原则

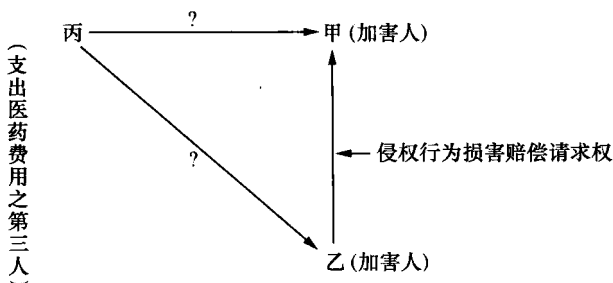
被害人之父、之子或之夫为被害人支出医药费时,应由何人向加害人

---

<sup>①</sup> 此项问题,系各民法面临之共同问题,判例学说见解甚为分歧。参见 Selb, Schadensbegriff und Regressmethoden 1963; Marschall von Bieberstein, Reflexschaden und Regressrechte (偏重比较法上之研究) 1967; Munchbach, Regresskonstruktion in Schadensfallen, 1976, S. 121ff; Hermann Lange, Schadensersatz 1979, S. 462f.; Fleming, Collateral Benefits, Ch. 11, Torts, Vol. 11, International Encyclopedia of Comparative Law, pp. 36f. (比较法研究); [日]加藤一郎:《不法行为》(增补版),《法律学全集》(22-II),昭和 52 年,第 235 页。



请求损害赔偿,所以会发生争论,其主要原因在于此类案例涉及加害人、被害人及支出医药费用之第三人的三面关系,故其解决方式必须能够兼顾各个当事人之利益,始称圆满。上开法院座谈会仅提到被害人(甲)与加害人(乙)间和支出医药费之第三人(丙)与加害人之间之关系,惟未论及支出医药费之第三人得否对被害人请求返还其所支出之医药费。此为关键问题之所在,首应澄清,如下图所示:



支出医药费之第三人,得对被害人请求返还其所支出费用之可能法律依据为无因管理。无因管理能否成立,端视第三人为被害人支出医药费用是否“未受委任,并无义务,而为他人管理事务”(第172条)。就吾人所研究之案例而言,其基本问题在于第三人之支出医药费用,是否为对被害人尽法定扶养义务。关于此点,第1114条以下设有规定,即被害人系未成年人时,其父有抚养义务,被害人不能维持生活者,其子有抚养义务。夫妻间是否互负扶养义务,法无明文,惟在解释上应采肯定说。<sup>①</sup>所谓扶养义务,应包括支出必要之医药费,自不待言。因此,为被害人支出医药费之第三人,无扶养义务者,应成立无因管理,得向被害人请求返还其所支出之费用,而被害人得依侵权行为之规定向加害人请求损害赔偿,当事人间之三面关系获得平衡,不生任何问题。其有问题者,系支出医药费之第三人对被害人负有法定扶养义务,不成立无因管理时,当事人间之法律关系,究应如何处理?于此情形,即发生上开法律座谈会所面临之难题:

(1) 应否使支出医药费之扶养义务人对加害人有直接请求权? 倘采

<sup>①</sup> 参见赵凤喈:《民法亲属编》,第222页;戴炎辉:《亲属法》,第122页;陈棋炎:《民法亲属》,第121页。

肯定说,则加害人对被害人之侵权行为损害赔偿义务是否尚存在,其法律依据何在?

(2) 倘认为被害人一方面对加害人之损害赔偿请求权不因扶养义务人支出医药费而受影响,另一方面就扶养义务人支出医药费又不必依无因管理之规定负返还义务,则应如何避免被害人就同一损害获得双重赔偿,以维护损害赔偿法上“禁止得利”之基本原则?<sup>①</sup>

实务上处理此类案例,多属两面关系,即被害人对加害人得主张之权利,或支出医药费之第三人得主张之权利,忽略了支出医药费之扶养义务人对被害人得主张之权利,致不能窥其全貌,惟在学术研究上,必须综观三面关系,顾全各个当事人间之利益,始能作圆满解决。易言之,处理此类案例,必须顾及损害赔偿法上两项原则:

(1) 加害人不能因第三人为被害人支出医药费而免责,但亦不能就同一损害,分别对被害人及为被害人支出医药费之第三人,各负赔偿责任。

(2) 被害人不能就同一损害,获得双重赔偿。

现行民法之各项制度,是否能够合理圆满解决此项问题?此为本文研究之重点。

## (二) 支出医药费之扶养义务人对加害人直接请求权

### 1. 侵权行为

在上开法律座谈会,有学者认为,支出医药费之第三人得依侵权行为之规定向加害人请求损害赔偿。其可能支持此项见解之论点为:加害人因故意或过失不法侵害被害人,致第三人须对被害人支出医药费,以尽其法定扶养义务,受有损害,故应成立侵权行为。惟所应注意的是,于此情形,第三人所受之损害,系一般财产上之支出,并非特定权利遭受侵害,与第184条第1项前段规定,尚有未符,能否成立侵权行为,实有疑问。<sup>②</sup>其次,倘认为第三人就其所支出之医药费用对于加害人有侵权行为损害赔偿请求权,则加害人对被害人之损害赔偿义务是否消灭,在理论上如何为

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《债法总论》,第290页、第298页;Larenz, Schuldrecht I, 12. Aufl. S. 42f.

<sup>②</sup> Selb, S. 71f.

圆满之说明？若不消灭，则加害人有双重赔偿之虞，自非妥当。

## 2. 无因管理

使第三人得依无因管理之规定，向加害人请求返还其所支出之费用，在理论上极具吸引力，赞成者颇有其人。<sup>①</sup> 盖依此见解，第三人系为加害人管理事务（医治被害人），加害人对被害人损害赔偿义务因而消灭，三面关系可以获得圆满解决也。惟所应注意的是，扶养义务人为被害人支出医药费，乃在履行其法定扶养义务，对于被害人不成立无因管理，固不待言，对加害人亦然，盖其并无为加害人管理事务之意思也。<sup>②</sup>

## 3. 不当得利

孙森焱先生曾特别注意此项损害赔偿法上之重要问题，并提出不当得利请求权之理论以资处理，实值赞赏。孙森焱氏认为，倘该第三人系对于被害人负有扶养义务者，例如父母见子被害，当不能见死不救，经迅速为之送医治疗，则诊医契约系父母为履行法定扶养义务而直接与医院之间订立，既不能认为无因管理，亦不能认为代理其子支付医药费用。此际惟有认为父母系因负担扶养义务而支付此项费用，为因行为人之加害行为而增加之义务，仍属受损害。按行为人对于被害人增加生活上之需要，原应负责赔偿，兹因被害人有父母为其尽扶养义务，乃得免付医药费用，行为人对于被害人之身体或健康为不法之侵害，因而增加其生活上之需要，竟免为赔偿，是为无法律上之原因而受利益，依不当得利之法理，亦应负责返还其利益于被害人之父母。<sup>③</sup>

使第三人得依不当得利之规定，向加害人请求返还其所支出之费用，亦具有高度吸引力。因为倘认为第三人对被害人支出医药费，足使加害人对被害人之债务因而消灭，致加害人无法律上原因受有“免除债务”之利益，则当事人间之三面关系，可一举而获得解决，自属妥当。惟所应注意的是，第三人为被害人支出医药费，系在履行其法定义务，如何得同时发生使加害人对被害人之损害赔偿义务因而消灭之法律效果，在理论上

<sup>①</sup> 参见 Staudinger/Schaffer, § 843 Rdnr. 75ff.; RGRK/Kreft, 11. Aufl. § 843 Anm. 16; Palandt/Thomas, § 843 Anm. 17.

<sup>②</sup> Selb, S. 76; Hermann Lange, S. 463. 关于无因管理之基本理论，参见拙著：《无因管理制度基本体系之再构成》，载《民法学说与判例研究》（第二册），北京大学出版社 2009 年版。

<sup>③</sup> 参见孙森焱：《民法债编总论》，第 246 页。德国学者采同样见解，参见 Esser MDR S. 22ff.; Frotz 1964, 665ff.; 关于对 Esser 教授见解之批评，参见 Selb, S. 75 Fn. 85.

诚难说明。

第三人基于法定或契约上之义务,对被害人有所给付(如劳保给付、继续支付工资),被害人虽有利益,但非基于同一原因事实,不能纳入损害中计算,予以扣除,加害人之赔偿义务不因此而减少。此可谓民法上之基本原则。第三人为被害人支出医药费者,亦然。一般第三人为被害人支出医药费者,仅能依无因管理之规定向被害人请求返还其支出之医药费,而不能依不当得利之规定向加害人请求因免除债务而受利益,系判例学说之一致见解。支出医药费之第三人系扶养义务人时,对被害人虽不成立无因管理,但亦不能因此使加害人无法律上原因而受有“免除债务”之利益。盖如前所述,于此情形,不适用损益相抵之原则,被害人对加害人之损害赔偿请求权仍未消灭也。其合理解决之途径,乃应求诸于支出医药费之第三人与被害人之间之关系。

### (三) 连带债务之理论

据上所述,可知为被害人支出医药费用之扶养义务人,在现行法上尚无直接向加害人请求其所支出医药费之法律基础,侵权行为、无因管理或不当得利请求权均难成立。因此学者乃提出一项“连带债务”之理论,作为第三人向加害人请求其所支出医药费用之依据。<sup>①</sup> 此项学说之基本论点为:加害人因故意或过失不法侵害被害人,肇致损害,并因而使第三人对被害人应负扶养义务(支出医药费),加害人与该扶养义务人对于被害人应成立连带债务(或不真正连带债务),惟在内部关系,应由加害人单独负责,故扶养义务人于支出医药费后,得向加害人求偿。<sup>②</sup>

此项见解构思巧妙,自不待言。惟所应注意的是,依第 272 条规定:“数人负同一债务,明示对于债权人各负全部给付之责任者,为连带债务。无前项明示时,连带债务之成立,以法律有规定者为限。”准此以言,加害人与扶养义务人得否成立连带债务,似有疑问。再者,加害人对被害人所负之债务,为损害赔偿义务,而第三人所负之债务为扶养义务,非属以同

<sup>①</sup> 参见 Selb, S. 75; Hermann Lange, S. 463.

<sup>②</sup> Rud. Schmidt, Jher Jb. 72(1922)1ff, 77ff.; Ders. AcP 163, 530ff.; 532f.; 并参见 Huffer, Der Rückgriff gegen den deliktisch handelnden Schädiger bei Entschädigungsleistungen Dritter, 1971, S. 11 Fn. 10.

一给付为标的,似难成立连带债务(或不真正连带债务)。<sup>①</sup>

#### (四) 代位

连带债务之理论,倘难成立,则在现行法上尚值得考虑者,系代位制度。首先应说明者,系保全代位,即“债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,得以自己之名义,行使其权利。”(参阅1978年度第14次民庭庭推会议决议)。惟行使代位权者须为债权人,在本文所讨论之案例,支出医药费用之扶养义务人对于被害人既乏无因管理请求权或其他债权,自无代位行使被害人对于加害人损害赔偿请求权之可言。

其次可考虑者,系第228条所规定之“让与请求权”,即关于物或权利之丧失或损害负赔偿责任之人,得向损害赔偿请求权人请求让与基于其物之所有权或基于其权利对第三人之请求权。<sup>②</sup>惟就本文所论述之案例而言,本条适用之要件尚不具备。<sup>①</sup>为被害人支出医药费之第三人,并非损害赔偿请求权之债务人。<sup>②</sup>被害人所得让与者,并非基于其物之所有权或基于其权利对于第三人之请求权也。<sup>③</sup>

## 四、本文之见解

### (一) 被害人对加害人之损害赔偿请求权

扶养义务人为被害人支出医药费者,不成立无因管理,无从请求返还其所支出之费用。此为问题根本之所在。为使实际支出医药费之第三人获得救济,综观各国判例学说,其解决途径有三:<sup>①</sup>使支出医药费者对加害人有侵权行为、无因管理或不当得利请求权。<sup>②</sup>使支出医药费者得依连带债务(或不真正连带债务)之原则向加害人求偿。<sup>③</sup>使支出医药费者得代替被害人(代位)向加害人请求损害赔偿惟据上述各项解决方法在现行法均难有适当之法律依据。此实不足惊异,盖现行民法系以两个

<sup>①</sup> 参见 Larenz, Schuldrecht I, S. 441; Ehmann, Die Gesamtschuld, 1972, 关于不真正连带债务, 参见郑玉波:《民法债编总论》,第456页。

<sup>②</sup> Selb, S. 77; Sorgel/Zeuner § 843 Rdnr. 24; v. Caemerer, Wandlungen des Deliktsrechts, 1960, S. 69f. 关于第228条之解释适用, 参见拙著:《让与请求权》, 载《民法学说与判例研究》(第三册)。

<sup>③</sup> Lange Lange, S. 464.

特定当事人间之法律关系为其调整对象,对于本文所讨论之三人关系,原难圆满适用也。

基此认识,吾人认为在原则上首应肯定仅被害人得对加害人请求损害赔偿。此为最自然、最合理之出发点,而且最能兼顾当事人之利益。例如被害人对于损害之发生或扩大与有过失者,倘承认实际支出医药费之第三人有侵权行为、无因管理或不当得利等独立请求权,将难予处理。关于被害人对加害人侵权行为之损害赔偿请求权,其应特别提出讨论者,系被害人损害赔偿请求权之内容。被害人自己支出医药费者,实务上认为系侵权行为所生财产上之损害,被害人得为请求,固不待言(参阅1950年台上字第987号判例、1954年台上字第636号及1955年台上字第371号判决)。被害人因负伤欠医院之医药费,虽未现实支出,因属消极减少财产,将来亦有支付之义务,故以必要者为限,亦得请求。<sup>①</sup>在吾人于此所讨论之案例,被害人虽未实际支出医药费,通常亦未负欠医院医药费,尤其是在法定代理人与医院订立利益第三人(被害人)契约之情形,对支出医药费之人并无依无因管理之规定负返还之义务,惟解释上仍应“视为”被害人受有必要医药费之损害,得向加害人请求赔偿。<sup>②</sup>又加害人不能主张被害人因第三人为其支出医药费,应适用损益相抵原则认为未受损害,不得请求赔偿,盖如前所述,医药费之支出,系基于第三人意思决定之给付,被害人虽受有利益,但非基于同一赔偿原因事实,不能纳入损害中计算,予以扣除也。准此而言,被害人之损害赔偿请求权,并不因第三人

<sup>①</sup> 参见1973年《法律座谈会汇编》,第18页。

<sup>②</sup> 关于人身遭受侵害,在采金钱赔偿主义之立法例(《日本民法》第417条),被害人得径请求必要之医药费。在采恢复原状主义之立法例,亦设有特别规定。《德国民法》第249条规定,负损害赔偿之义务者,应恢复其发生赔偿义务之事情未发生前存在之状态。对身体之伤害或物之毁损,应为损害赔偿者,债权人得请求代替恢复原状之必要金额。又《瑞士债务法》第40条第1项规定,伤害身体者,被害人得请求赔偿费用,其所谓费用亦包括医药费在内。台湾地区现行“民法”关于医药费之请求,未设规定,其法律依据何在,不无疑问。实务上认为被害人对已支出之医药费用,系侵权行为所生之损害,得为请求。学者有认为应以第193条为请求之依据(参见郑玉波:《民法债编总论》,第200页;孙森焱:《民法债编总论》,第245页)。有疑问者,系被害人得否径行请求恢复原状所需之医药费。例如,甲驾车不慎撞伤乙,乙请求甲送医治疗(恢复原状),甲逾期不为时,乙得请求甲支付恢复原状所需费用(参阅第214条),固不待言。有疑问者,系乙得否不经催告,甚至拒绝甲之恢复原状,径即请求恢复原状所需之费用。此在德、日等国法有明文,但在台湾地区现行“民法”上似无直接依据,有待解释。身体健康关系人格利益,被害人通常多愿自行寻找可信赖之医院治疗,而不拟让由加害人恢复原状,因此在立法论上宜仿德国民法立法例规定,明定被害人就人身侵害,得径请求恢复原状所必要之金额,较为妥当。

之支出医药费而受影响。

## (二) 扶养义务人得请求被害人让与其对加害人之损害赔偿请求权

在现行法之解释上,应认为仅被害人对加害人有损害赔偿请求权,既如上述。则为避免被害人就同一损害获得双重赔偿,并使为其支出医药费之扶养义务人有所救济,其合理解决途径乃在于肯定扶养义务人在其支出医药费之范围内,得请求被害人让与其对加害人之损害赔偿请求权。第 228 条让与请求权之规定,依其构成要件既难适用,则似仅能依法理(第 1 条)解决之,认为基于扶养权利人(被害人)与扶养义务人间之特别关系,扶养义务人既已支出医药费,扶养权利人之扶养需要已获满足,应将其对加害人之损害赔偿请求权让与扶养义务人,以平衡当事人之利益。准此以言,被害人有行为能力时,支出医药费之第三人,得径向其请求让与,被害人为未成年人时,支出医药费之法定代理人,得以“自己代理”之方式,使未成年人对加害人之损害赔偿请求权让与于自己,此系专为履行债务,为第 106 条但书所许。倘被害人于让与其对加害人之请求权前死亡时,应依继承原则处理之,自不待言。<sup>①</sup>

## 五、结 论

为被害人支出医药费之第三人,可分为两类,即一般第三人及法定扶养义务人。前者,支出医药费用之人得依无因管理之规定向被害人请求返还其所支出之费用,而被害人得依侵权行为之规定向加害人请求损害赔偿,当事人间之利益,获得圆满之解决。后者,支出医药费之人,系为履行法定扶养义务,无从依无因管理之规定,向被害人请求返还其所支出之费用。于此情形,实务上及学者之见解,有认为应适用无因管理、不当得利或侵权行为之规定,由支出医药费之法定扶养义务人,向加害人请求损害赔偿,以简化法律关系及避免于特定亲属间发生法律上之求偿关系。此项观点,固亦有据,其致力于寻求实体法上依据之努力,自值重视。惟

---

<sup>①</sup> 参见 Hermann Lange, S. 464。设加害人已被被害人支付医药费,扶养义务人之扶养债务即归消灭。扶养义务人不知其事,仍对被害人有所给付者,得依不当得利之规定请求返还,自不待言。

诚如前述,在现行“民法”上既然欠缺一个可供法定扶养义务人直接向加害人请求赔偿(或返还)其所支出医药费之法律规范基础(Anspruchsbegründung),为平衡当事人间之利益,应认为扶养权利人(被害人),依其与法定扶养义务人间之关系,负有让与其对加害人之损害赔偿请求权之义务。此类案例,具有特殊性,非立法者所能预见,与其勉强辗转曲折解释适用现行法之各项制度,“削足适履”,不如坦然承认“法律”有时而穷,须借助“法理”解决之,此实为第1条之所由设也。

上述两种类型之处理,在法律技术上容有不同,即:①由支出医药费之一般第三人依无因管理之规定,向被害人请求返还其所支出之费用;②由支出医药费之法定扶养义务人,向被害人请求让与其对加害人之损害赔偿请求权。惟就结果而言,则殊途同归,均在于合理圆满调和当事人间之利益,期能实践公平正义之原则。

---

本文发表后,孙森焱先生曾于《法令月刊》第33卷第6期(1971年6月)第9页发表“医药费之损害赔偿”一文,提出更详细的理由支持其“不当得利请求权说”,深具参考价值,务请参阅。孙氏之基本立场与吾人之见解极为接近,即原则上均认为:①加害人不能因法定扶养义务人对被害人支出医药费而免责。②被害人不能获得双重赔偿。为达此一目的,究应使支出医药费用之法定扶养义务人对加害人有直接请求权(不当得利请求权,无因管理或侵权行为),抑或使其仅得请求被害人让与其对加害人之损害赔偿请求权,确不易决定,在某种意义上可谓是为达同一目的在法律技术上不同手段之抉择。惟如本文所述,此三面关系所涉及之基本问题在于法定扶养义务人对于被害人不能成立无因管理,因此解决之道,原则上仍应求诸法定扶养义务人与被害人间之关系,以承认法定扶养义务人得对被害人请求让与其对加害人之损害赔偿请求权,较为自然,且能兼顾当事人利益,方法论上较为稳妥也。



# 互开支票利用未能兑现与不当得利\*

## 一、绪 说

不当得利请求权,虽然是以公平正义为其基础,但在现行“民法”上,则已发展成为一个成熟明确之法律制度,有其特定之构成要件及适用范围,绝不能再视之为系一个驾临其他法律制度(尤其是契约)之上、具有衡平性之超级规范。<sup>①</sup>因此,法院于具体案件,应审慎认定不当得利之构成要件,不可借用(或滥用)不当得利制度,来调整主观上认为“不公平”之财产损益变动。本文拟依此观点,对1960年台上字第851号判例,试作更进一步之分析检讨。<sup>②</sup>

## 二、1960年台上字第851号判例

### (一) 判决理由

于本案,上诉人曾向被上诉人购买登陆艇,价款33万元(新台币,以下同),因系由诉外人郭金来、郭炳煌为连带保证人,乃由郭炳煌签发同额之支票三纸交予被上诉人作为给付价款之用,而上诉人则签发同额之支

---

\* 本稿原载《法学丛刊》第102期(1981年6月),第10页。

① 不当得利制度,系以公平正义为基础,但任何法律制度,均属如此,因此不得认为不当得利系正义之化身,于任何不当损益变动皆可介入而干预之。参见Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1934, S. 18f.; von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS Rable, 1954, S. 339; “Das Bereicherungsrecht ist keine höherer Ordnung.”

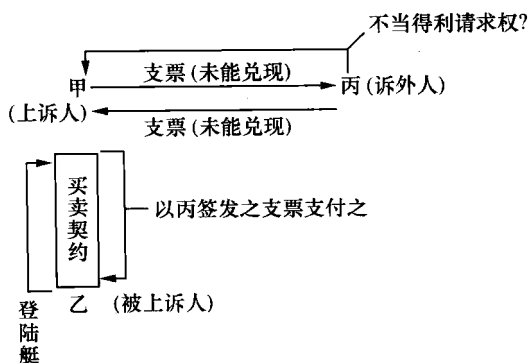
② 关于1960年台上字第851号判例,著者前曾略有论及[《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版],未臻详密,特撰本文补充之。

票四纸与郭炳煌作为清偿价款之担保。嗣郭炳煌因其所签发之支票届期不能兑现,经另案判决命其清偿票款与被上诉人复告确定,乃将其对上诉人之债权33万元让与被上诉人,除已通知上诉人外,并由被上诉人本于受让对上诉人起诉为给付该款本息之请求。上诉人以系争支票乃交与郭炳煌作为清偿价款之担保,既因逾期作废,该郭炳煌何得以之让与他人。且上诉人曾与郭炳煌约定于郭代为履行保证责任后,始由上诉人补偿。今既未为代还,更不得以未到期之债权充让与之标的等语为辩。

“最高法院”认为:殊不知当事人间为经济周转上所必需,约定互开支票以利使用,事所恒有。惟此种情形除有特别意思表示外,未有不使双方因此互负支付对价之义务者,故如一方因他方之票据受有财产上之利益,而一方票据反因存底匮乏未能兑现时,其受此利益之法律上原因即已失其存在。依第179条之规定,自应将其所受利益返还他方。上诉人既利用诉外人郭炳煌所签发票面金额计33万元之支票而购得被上诉人所有价值同额之登陆艇,且其为换取上开支票开与郭炳煌之同额支票四纸复早经逾期无从兑现。依上说明,郭炳煌自得请求上诉人偿还所受相当于登陆艇价款之利得,而其资以让与被上诉人者即为此项不当得利偿还请求权,殊与票据上之债权或保证人之求偿权无涉,奚容上诉人任意砌词拒绝。原审认被上诉人本于债权让与诉请上诉人清偿该项利得本息,为非无据,因而维持第一审所为给付判决,于法洵无违背。上诉讼旨,仍执前情,斤斤指摘,不能谓有理由。

## (二) 问题点

上开判例所涉及之基本问题,在于诉外人郭炳煌(丙)对于上诉人(甲)是否有不当得利请求权。倘丙对甲有不当得利请求权,自可将之让与被上诉人(乙),由乙对甲主张之(第294条)。反之,倘丙对甲无不当得利请求权,则乙纵属善意,亦无从受让此项本不存在之不当得利请求权,而向甲主张之。因此,本文以下讨论重点,在于检讨丙对于甲有无不当得利请求权,而其首应确定者,乃丙与甲间之基本法律关系,此为关键问题,为观察之方便,兹将当事人间之法律关系,图示如下:



### 三、分析检讨

#### (一) “消费借贷契约”理论下之法律关系

##### 1. 概说

据上开 1960 年台上字第 851 号判例所认定之事实,甲向乙购买登陆艇,买卖合同成立后,甲有支付价金之义务,由丙为连带保证人。<sup>①</sup> 丙签发支票给甲,作为支付价金之用,甲签发同额支票给丙作为清偿价款之担保。准此事实,自通常交易观点以言,似应认为丙签发支票给甲,旨在成立消费借贷。消费借贷云者,指当事人一方(贷与人)约定移转金钱或其他代替物之所有权于他方(借用人),而他方以种类、品质、数量相同之物返还之契约(第 474 条)。金钱消费借贷契约之有效成立,不以货币之支付为必要,其交付者在经济上与货币有同等价值时,即为已足,故支票之交付,亦可成立金钱之消费借贷。<sup>②</sup> 又依通说见解,除当事人有反对约定外,于借用人将票据贴现或交换,现实地取得金钱时,此项消费借贷始告成立。<sup>③</sup> 至于借用人(甲)所签发给丙之支票,系为履行基于此项消费借贷契约而生之返还义务(第 478 条)。

<sup>①</sup> 在本案,诉外人(丙)虽为连带保证人,但其签发支票给上诉人(甲),非在于履行连带保证责任,其所生之法律关系略而不论。

<sup>②</sup> 参见史尚宽:《债法各论》,第 267 页。

<sup>③</sup> 参见史尚宽,前揭书,第 267 页。

## 2. 丙及甲所签发之支票均获兑现

丙签发支票给甲,甲以之支付对乙购买登陆艇乙之价金,倘当事人无使价金债权归于消灭之意思,原则上应认为系甲对之新债清偿(间接给付)<sup>①</sup>,乙虽受领支票,但对甲之价金债权并未消灭。惟丙之支票一旦兑现,即发生两种法律效果:①丙与甲间之消费借贷契约有效成立。②乙对甲之价金债权归于消灭。倘甲所签发给丙之支票,亦获兑现时,则已履行上述消费借贷契约之返还义务。甲、乙与丙间之法律关系,各获圆满解决,无待详论。

## 3. 丙签发之支票不能兑现

丙签发之支票不能兑现时,则乙除仍得对甲主张价金债权外,并得对丙行使票据上之权利。倘丙对乙清偿票款时,则在解释上似应认为其所签发之支票已获“兑现”,丙与甲间之金钱消费借贷契约有效成立。甲负有偿还丙所贷与金钱之义务。反之,倘丙清偿对乙之票据债务时,甲与丙间之消费借贷契约未有效成立,不发生甲返还贷与金钱之义务,甲自得依不当得利之规定,向丙请求返还其所签发之支票(或已兑现之同额金钱)。

## 4. 甲签发之支票不能兑现

丙签发之支票已获兑现时,丙与甲之金钱消费借贷契约有效成立,已如上述,甲负有返还丙所贷与金钱之义务,因此甲于其签发之支票未能兑现时,应负债务不履行及票据上之责任,自不待言。

## 5. 丙及甲签发之支票均未能兑现

丙及甲所签发之支票均不能兑现时,乙得对丙主张票据上之权利,对甲请求购买登陆艇之价金。倘丙清偿对乙之票款时,则如上所述,应解释为丙所签发之支票已获兑现,丙与甲之消费借贷契约有效成立,甲负有返

<sup>①</sup> 新债清偿(或称新债抵旧),乃因清偿旧债务,而负担新债务,并因新债务之履行,而使旧债务消灭之契约(参见第320条),发交支票,除当事人另有意思表示外,原则上应属新债清偿,系通说之见解。参见王伯琦:《民法债编总论》,第280页;郑玉波:《民法债编总论》,第526页;1957年台上字第2018号判例谓:“上诉人以诉外人某甲所签发之支票二纸交与被上诉人,为其清偿租金之方法,并非该诉外人与债权人或债务人有何订立承揽债务之契约,上开支票既不能兑现,则其租金债务,自难谓已消灭。”又1959年台上字第1208号判例亦采相同见解,谓:“上诉人将第三人所签发之支票依背书交付与被上诉人,并未将被上诉人持有之借据收回或涂消,显系以负担票据债务为使被上诉人受清偿之方法,票据债务既未因履行而消灭,则两造间原有之消费借贷债务,自仍属存在。”

还丙所贷与金钱之义务。设甲签发之支票不能兑现时,则丙得对甲主张债务不履行或票据上之权利。倘甲因丙签发之支票未获兑现而对乙清偿价金时,则甲与丙之消费借贷未能成立,甲得依不当得利之规定,向丙请求返还其所签发而未获兑现之支票。盖支票虽未兑现,其本身仍具有财产上价值,无法律上之原因而持有之者,仍应负返还之义务也。<sup>①</sup>

## (二) 在所谓“互开支票利用,互负支付对价义务”双务契约理论下之法律关系

### 1. 概说

关于上开 1960 年台上字第 851 号判例所认定之事实,“最高法院”不采上述消费借贷契约之理论,而作如下之认定,即:“当事人间为经济周转上所必需,约定互开支票以利使用,事所恒有。惟此种情形除有特别意思表示外,未有不使双方因此互负支付对价之义务者。”据此判决理由观之,似认为丙与甲间存在有一种双务契约(第 266 条),至于此种双务契约究该当于民法上何种类型之有名契约,抑或是一种特殊之无名契约,未曾言明,不便忖测,以下姑称之为“互开支票利用,互负支付对价义务之双务契约”而分析检讨之。

### 2. 契约上之请求权

在此种所谓互开支票利用,互负支付对价之双务契约,倘双方当事人所签发之支票均获得兑现时,则各已履行其义务,自不生任何问题。倘一方当事人(丙或甲)或双方当事人所开之支票未获兑现时,其所生之法律关系,应依双务契约之一般原则处理之,自不待言。

### 3. 不当得利请求权

(1) 丙签发之支票兑现而甲签发之支票未能兑现。倘丙签发之支票获得兑现,而甲所签发之支票不能兑现时,则甲是否无法律上之原因而受利益,致丙受损害,不无疑问。于此情形,首须确定者,系甲所受之利益。关于此点,应视情形而定:设甲持有丙签发之支票而获兑现时,则甲所受之利益,为该支票兑现时所得之金钱利益本身,惟倘甲以该支票支付对乙之价款而由乙兑现者,甲所受之利益,为对乙债务之免除。惟无论如何,

<sup>①</sup> 占有他人签发支票本身亦属于一种利益,其欠缺法律上之原因时,即构成不当得利,应负返还义务,惟仅于消费借贷契约未有效成立时,始发生此项问题,因非本文讨论重点,从略而不论。

甲之受有利益,系由于丙之给付,而且以有效成立之“互开支票利用,互负支付对价义务之双务契约”为其法律基础,具有法律上原因,实毋庸置疑,故丙仅能依此“互开支票利用,互负支付对价义务”之双务契约,请求甲履行其义务,要不能认为甲依此双务契约所受领之对待给付,系无法律上之原因而受利益,应依不当得利之规定,负返还之义务。

在双务契约,债权人因债务人给付不能,欲请求返还其所为之给付,厥有二途:①因可归责于债务人之事由,而致给付不能者,债权人得于解除契约后,请求债务人返还其所受领之给付(第259条),惟此项恢复原状请求权,与不当得利请求权性质不同,应予注意。②因不可归责于双方当事人之事由而致给付不能,债务人免为对待给付而债权人已为对待给付时,得依关于不当得利之规定请求返还其所为之给付(第266条第2项)。惟第266条第2项所谓“依不当得利规定”,系指法律效果之准用(Rechtsfolgenverweisung),而不是法律构成要件之准用(Tatbestandsverweisung)。易言之,即债务人受领债权人之对待给付,虽有法律上之原因,但仍应依不当得利之规定返还之。①

(2)丙与甲所签发之支票均未获兑现。丙签发支票给甲,供甲支付对乙购买登陆艇之价款之据保,倘丙及甲所签发之支票均未获兑现时,则甲是否无法律上之原因而受利益,致丙受损害,是否应成立不当得利?关于此点,“最高法院”采肯定说,略谓:“殊不知当事人间为经济周转上所必需,约定互开支票以利使用,事所恒有。惟此种情形,除有特别意思表示外,未有不使双方因此互负支付对价之义务者,故如一方因他方之票据受有财产上之利益,而一方票据反因存底匮乏未能兑现时,其受此利益之法律上原因,即已失其存在,依第179条之规定,自应将所受利益返还给他方。上诉人(甲)既利用诉外人郭炳煌(丙)所签发面额计33万元之支

① 关于“得依不当得利之规定,请求返还……”之规定,计有第197条第2项规定:“损害赔偿之义务人,因侵权行为受利益,致被害人受损害者,于前项时效完成后,仍应依关于不当得利之规定,返还其所受之利益于被害人。”第266条第2项规定:“前项情形,已为全部或一部之对待给付者,得依关于不当得利之规定,请求返还。”第419条第2项规定:“赠与撤销后,赠与人得依关于不当得利之规定,请求返还赠与物。”第816条规定:“因前5条之规定,丧失权利而受损害者,得依关于不当得利之规定,请求价金。”上述规定中何者系法律构成要件之准用,何者系法律效果之准用,颇滋疑义。其可确定无疑者,系第266条第2项系法律效果之准用,盖债务人受领全部或一部之对待给付,系基于双务契约而生之债权,原具有法律上之原因也。参见 Staudinger/Lorenz, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1979, Vorbem 16-19 zu § 812。

票,而购得被上诉人(乙)所有价值同额之登陆艇,而其为换取上开支票,开与郭炳煌(丙)之同额支票四纸,复早经逾期无从兑现。依上说明,郭炳煌(丙)自得请求上诉人偿还所受相当于登陆艇价款之利得,而其资以让与被上诉人者即为此种不当得利偿还请求权。”

所应检讨之关键问题,乃丙(诉外人)所签发之支票未能兑现时,甲(上诉人)是否受有利益;倘受有利益,则甲所受者,究属何种利益?

就上开判决理由观之,肯定甲受有利益,甚为显然;至于甲所受之利益,究为甲以丙之支票向乙购买之“登陆艇”,抑或为“相当于登陆艇之价款”,则未臻明确。

依吾人所信,甲所受之利益,应非系其以丙所签发之支票向乙购买之登陆艇(即登陆艇之所有权),盖甲之取得登陆艇,系基于其与乙之买卖契约,乙之给付登陆艇与甲,系为履行其基于买卖契约而生之义务(第348条),甲受领登陆艇具有法律上之原因,与丙签发之支票无关,不可混为一谈。又所谓“相当于登陆艇价款之利得”,究何所指,殊难索解。或有认为所谓“相当于登陆艇之价款”,系指“相当于购买登陆艇之价款”,惟如上所述,甲以丙签发支票支付对乙之价款,系属新债清偿,丙签发之支票,既未兑现,甲对乙所负支付价金之义务并未消灭,甲并未受有所谓之“相当于购买登陆艇价款”之利益。甲对乙之价金债务,既因丙签发之支票未获兑现而未消灭,并未受有利益,自无不当得利之可言。退一万步言,纵使认为甲以丙签发支票,支付对乙购买登陆艇之价金,致其债务消灭,受有利益,但此乃是基于丙之给付,并以甲与丙间“互开支票利用,互负支付对价义务之双务契约”为其基础,具有法律上原因,仍不成立不当得利。

#### 四、结 论

互开支票利用,甚属常见,就交易通常情形以言,其基础关系应属金钱消费借贷,即丙以签发支票方式贷款金钱,而甲所签发之支票,则在清偿丙之贷与。于此情形,倘甲以丙之支票支付对乙之价金未获兑现时,甲对乙之价金债务,既未消灭,自无得利之可言,应不成立不当得利。倘丙签之支票获得兑现时(或虽未兑现,但丙已清偿票款),甲虽因此受有利益,但因消费借贷契约有效成立,具有法律上原因,仍不构成不当得利。

就“最高法院”所认定之所谓“互开支票利用,互负支付对价义务双务契约”而言,在甲以丙签发之支票支付对乙购买登陆艇之价款,而未获兑现时,甲对乙所负之价金债务,仍未消灭,甲未因此而受有利益,应不成立不当得利。丙签发之支票若获兑现,甲虽因此而受有利益,但因有契约关系存在,具有法律上之原因,仍不成立不当得利。又甲自乙处取得登陆艇,系基于甲与乙间之买卖契约,与丙签发之支票无涉,更无成立不当得利之余地。

认为甲受有所谓“相当于登陆艇价款之利益”,究何所指,殊难理解。其所以创设此项“虚无缥缈”之得利观念,查其目的,无非在于肯定丙对甲有不当得利之请求权,俾便资于让与给乙,使乙得向甲主张之。“最高法院”或许认为此项解决方法,简便可行,综合观之,并无不妥,盖丙之支票既未获兑现,甲仍有支付价金之义务,由乙向甲主张“相当于登陆艇价款之利得”,自结果以言,似尚符合公平正义之原则也。表面观之,固似如此,但详察之,则又不然,可分两方面言之:

(1) 就甲之方面言,承认丙对甲之不当得利请求权,则甲一方面对乙支付价金之义务仍未消灭,另一方面又须对丙负返还“相当于登陆艇价款”,殊失事理之平。

(2) 就丙之方面言,其本身签发给甲之支票未获兑现,致甲遭受不利益(因甲对乙之价金债务仍未消灭),却仍得向甲依不当得利之规定请求返还所谓之“相当于登陆艇之价款”,诚非妥当。

依本文见解,丙签发之支票未获兑现,乙得向甲请求价金债权,亦得向丙行使票据上之权利。就甲与乙间之关系,得依“最高法院”所谓之“互开支票利用,互负支付对价义务之双务契约”解决之,不发生不当得利之问题。倘丙对乙清偿票款时,其与甲之关系亦应依此契约解决之,亦不发生不当得利之问题。1960年台上字第851号判例,忽略了甲与乙间及甲与丙间各有其独立契约关系,特别创设所谓“相当于登陆艇价款利得”之模糊抽象概念,使丙对甲有不当得利请求权,以资让与给乙,而向甲主张之,试图一举圆满解决甲、乙、丙间之权义关系,立意虽佳,终嫌迂回,



并有滥用不当得利制度之虞。<sup>①</sup> 法律之道,贵在正直,取捷径而行之,纵属权宜,但在其他辗转曲折之处,势必失落法之公正与安定,可不慎哉!

---

<sup>①</sup> 1980年台上字第677号判决谓:“按第179条规定所谓无法律上之原因,而受利益,就受损害人之给付情形而言,对给付原因之欠缺,目的之不能达到,亦属给付原因欠缺形态之一种,即给付原因初固有效存在,然因其他障碍不能达到目的地者是,本件上诉人就其出卖之房屋,固应负瑕疵担保责任,但上诉人主张被上诉人交付房屋坪数短少,而有溢收价金之情形,如果属实,被上诉人对于溢收之房屋价金,是否不能成立不当得利,尚有疑问。又上诉人之不当得利返还请求权与其瑕疵担保请求权如有并存竞合之情形,上诉人择一请求似非法所不许。”此项判决亦属不当得利制度之滥用。参见拙著:《物之瑕疵与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第三册)。

# 出租他人之物、转租与不当得利\*

## 一、绪 说

近几年来,社会经济发展迅速,都市人口拥挤,房地价昂,购置匪易,凭屋而居者,甚为普遍。利之所在,不法随之。因此,擅自出租他人房屋者有之;承租人违法转租者有之;承租人于租赁关系消灭后,拒不交还房屋,继续占有使用,甚或再出租他人者,亦有之,造成复杂之法律问题。于此所拟研究者,系于上述情形,不法出租或违法转租他人,因出租或转租而受取之租金(或租金请求权),是否“无法律上之原因而受利益,致他人受损害”,应依不当得利之规定负返还责任(第 179 条),关于此项问题,实务上甚属常见,“最高法院”数著判决,殊有分析检讨之价值。

## 二、出租他人之物与不当得利

不法擅自出租他人之物者,例如某甲赴外国进修 1 年,留有房屋无人居住,乃将钥匙交其邻居乙保管,以便处理紧急事务。乙为图谋私利,伪称该屋为其所有,出租于丙,每月收取租金 5000 元,为期 10 个月。于此情形,乙与丙之租赁契约,仍为有效,因为出租他人之物,系属债权行为(负担行为),非属处分行为,不以出租人有处分权为必要。<sup>①</sup> 甲于返回后

\* 本文原载《法学丛刊》第 102 期(1981 年 6 月),第 78 页。

① 出卖他人之物者,其买卖契约有效,出租他人之物,其租赁契约亦属有效。盖此二者,均属债权行为(负担行为),不以当事人有处分权为必要。惟在出卖他人之物之情形,出卖人将买卖标的物(动产)以移转所有权之意思将标的物交付于买受人者(第 761 条),系属处分行为,出卖人无权处分者,构成无权处分(第 118 条、第 801 条、第 948 条)。出租人将租赁物交付承租人者,则旨在履行租赁契约之义务,非属处分行为,斯应注意。

查知其事,若丙仍占有其屋时,除请求返还外(第767条),并得依侵权行为之规定向乙请求损害赔偿。盖乙擅自出租甲屋,系故意不法侵害甲之所有权也(第184条第1项前段)。所谓损害,系指甲因乙擅自出租其屋所受之不利益,例如房屋及家具之毁损,甲向丙请求返还其物所生之费用。至于乙擅自出租甲屋所受利益(租金),因甲外出期间并无出租之计划,原则上不得认系其所失利益,应不在请求之列。所应研究者,系甲是否可依不当得利之规定,向乙请求返还出租其屋而受之利益。

按不当得利请求权之成立,须具备三项基本要件:①受有利益。②无法律上之原因。③致他人受损害。就上举案例而言,乙擅自出租甲屋,取得租金,受有利益。乙并无任何可以受取此项租金之权利或法律依据,应属无法律上之原因受有利益。又出租房屋而生之利益,就权利归属内容而言,应归由物之所有人取得,故乙之收取租金系致甲受损害。准此以言,乙擅自出租甲屋,收取租金,应构成不当得利,负有返还之义务。又应注意的是,当事人之一方基于特定法律关系占有使用某物,于此项法律关系消灭后,擅将其无权占有之物出租他人者,亦成立不当得利。1963年台上字第2974号判决谓:“系争房屋共同经营炼瓦业而由被上诉人提供使用,上诉人擅将此项房屋转租图利之时,自应认其合伙之目的事业已经完成,依第692条第1、3两款之规定,应视为当然解散。被上诉人自得向上上诉人请求返还自其转租之日起之不当得利。”可供参考。

出租他人之物时,其无法律上原因而受之利益,系已受取之租金(或租金请求权),受领人所收取之租金相当于交易上通常租金时,应返还此项租金,固无问题。倘收取之租金低于通常租金时,亦只须返还此项收取之租金,不必另为补足。盖不当得利受领人所应返还者,系其所受之利益也。倘收取之租金高于通常租金时,受领人仅须返还通常之租金即可,否则权利人将反成不当得利者。权利人欲请求此项超过通常租金之部分时,得类推适用无因管理而主张之。①

---

① 于无权让售他人之物之情形,无权处分者所取得之价金,系属不当得利,其超过市价部分,不在不当得利返还范围,系学说之一致见解,惟通说认为因而丧失物之所有权之人得依无因管理规定主张此项超过市价之部分。其详请参见拙著:《无权处分与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。

### 三、转租与不当得利

#### (一) 合法转租

承租人之转租,可分为合法转租与违法转租。合法转租之情形有二:  
① 得出租人之承诺(第 443 条第 1 项前段),此际租赁之客体究属何物,动产抑或不动产,土地抑或房屋,均所不问。② 房屋承租人将房屋一部分转租予他人,但有反对之约定者,不在此限(第 443 条第 1 项后段)。除上述两种合法转租之情形外,其他转租均属违法。

承租人合法转租者,例如甲出租房屋给乙,租金每月 5000 元,当事人未有相反之约定,乙将租赁房屋之一半转租给丙,租金 3000 元。于此情形,乙虽受有利益,但此乃是基于“合法转租”,申言之,即基于出租人之承诺或法律之规定,具有法律上之原因,不成立不当得利,自不待言。

#### (二) 违法转租

##### 1. 概说

承租人违法转租者,例如在上举案例,承租人乙不顾相反之约定,仍将房屋出租一半给丙。于此情形,乙与丙(次承租人)之租赁契约仍为有效。惟出租人甲得以乙违反契约上之义务(积极侵害债权,不完全给付)而终止契约(第 443 条第 2 项),并向丙请求返还租赁物(第 767 条)。① 又不论甲是否终止其与乙之租赁契约,均得依债务不履行之规定向乙请求损害赔偿(第 263 条、第 260 条)。

违法转租,是否构成侵权行为,亦值研究。问题之重点在于乙之转租是否侵害甲之所有权。关于此点,应采肯定说。乙违法转租,使他人占有租赁物,或是延长了占有连锁,造成了多层次之占有关系(如乙将全部房屋转租给他人),或是造成了多数人之占有关系(如乙将房屋一部转租他人),致增加甲请求返还其物之困难,或租赁物毁损之程度,自系对所有权之侵害,故甲得依侵权行为之规定,请求损害赔偿,惟甲不得据此向乙请求其违法转租所得之租金,盖此非属甲所受损害及所失利益也(第 216

① 关于违法转租之基本问题,参见史尚宽:《债法各论》,第 177 页以下。

条)。

## 2. 不当得利请求权

承租人违法转租时,其所受之利益(租金),是否构成不当得利,其返还范围如何,台湾地区实务上究采取何种立场,因缺乏资料可供查稽,不得而知。在德国法上,多数说采肯定之见解,认为违法转租而受有利益,系侵害租赁物所有人(出租人)之排他性权利,其致出租人之损害,系倘承租人欲为转租时,出租人势将提高其租金,今承租人未先请求出租人为转租之承诺,致其未能获得租金之提高,至于出租人对于租赁物得否使用收益,在所不问,盖不当得利请求权之基本功能不在于填补损害,而在于使受领人返还其无法律上原因所受之利益也。<sup>①</sup>关于返还之范围,有学者认为,系转租租金之全部;有学者认为,系转租租金超过承租人对出租人应付租金之部分;有学者认为,倘承租人请求出租人承诺转租时,出租人通常可能要求超过原定租金之数额;亦有学者认为,于房屋一部分转租之情形,其转租租金应于出租人与承租人间适当分配之。盖承租人因部分转租忍受不便,而出租人亦因他人使用租赁物,增加其磨损也。学者见解,至为分歧,尚无定论。<sup>②</sup>

肯定说之论点,具有相当之说服力,固不待言。惟依本文见解,则以采否定说为宜。无权让售(处分)他人之物,致受让人取得其物之所有权时,无权处分人就其所取得之价金,系无法律上原因而受利益,致他人受损害,应依不当得利之规定,负返还之责任,固为通说承认之基本原则,但承租人违法转租,非属无权处分行为,上述原则自无适用之余地。又出租人与承租人有租赁契约关系存在,承租人支付对价而为使用收益,出租人对租赁物已无使用收益之权能,故承租人之违法转租,是否致出租人受损害,亦值研究。抑有进者,承租人得否转租,应视是否得出租人之承诺,或当事人未有相反之约定,因此转租问题,不是“财货权益归属”之问题,而

<sup>①</sup> RGZ 105, 408, 409; Neumann/Duseberg, BB. 1965, 729, 730 ff.; Staudinger/Seufert, § 816 Rdz. 3b(以上学说判例系采所谓侵害他人权利不当得利请求权之理论, Theorie der Eingriffskondition); Diederischen(NJW 1964 2296f.)结论虽同,惟在理论上认为出租他人之物系无权处分,故应直接适用《德国民法》第 816 条之规定,即所谓处分说(Verfügungstheorie)。又有认为应类推适用《德国民法》第 816 条者,是为类推适用说(Analogietheorie)。参见 von Caemmerer, FS Rabel, 1954, S. 358; Enneccerus/Lehmann, 15. Aufl. 1958, S. 902; Weimar, MDR 1964, 383。

<sup>②</sup> 参见 Neumann/Duseberg, BB. 1965, 729f.

是租赁契约之问题,从而违法转租,原则上应在租赁契约上求其解决,出租人得终止契约或请求债务不履行之损害赔偿,无须借助于不当得利请求权,以资救济。<sup>①</sup>

#### 四、租赁关系消灭后继续占有使用租赁物与不当得利

承租人于租赁关系存续中,对租赁物之使用收益,是否构成无法律上之原因而受利益,曾生争议。“最高法院”曾著有判决,予以澄清。在1957年台上字第1431号判决一案,讼争基地75笔原为林本源维记兴业会社所有,分别出租与日人建筑房屋。上诉人等10人为该会社全体股东,故于台湾光复后,将讼争基地登记为其10人共同共有,地上所建日产房屋则由政府接收,由被上诉人管理,此为不争之事实。上诉人虽以此项日产房屋经政府接收以来,始终未与成立租赁关系。迄1953年以后,始将此项房屋开始处分,主张被上诉人在此期间占有讼争基地使用为无法律上之原因,而为应将其自1946年起至1952年止,7年间按地价总值年息10%计算之利益,共新台币213 160.08元,依不当得利返还之请求。其在判决理由中谓:“第查讼争基地原由日人承租建筑房屋,此项房屋即经被上诉人依法接收管理,则其对于讼争基地自应继该日人居于承租人地位。嗣两造间又未经依法终止租赁契约,其租赁关系仍属存在,业经原审斟酌全辩论意旨及调查证据之结果为适法之认定,爰以被上诉人主张其有租赁关系存在,只应向之求偿租金,拒绝不当得利之返还为非无据,维持第一审驳回上诉人之诉之判决,于法尚非有违。兹上诉人援引与本件情形不同之院解字第3391号解释,主张被上诉人不能因而取得其租赁权,并肆空言,就原审合法认定之事实任意指摘,不能认为有理由。”此项见解,可资赞同,自不待言。

租赁关系消灭后,承租人未返还租赁物,仍继续占有使用时,是否无法律上原因而受利益,构成不当得利?关于此点,1969年台上字第3717号判决理由中明确表示:“第查承租人于租赁关系终止后,应返还租赁物,第455条定有明文,此所谓租赁关系终止,实系指租赁关系消灭而言,故

<sup>①</sup> 参见BGH HJW 1964, 1853; Larenz, Schuldrecht II, 11. Aufl. 1977, S. 179; Medicus, Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 1978, Rdnr. 707; Söllen, JuS 1967, 449f.

因终止契约以外其他原因,而租赁关系消灭者,承租人均亦负有返还租赁物之义务。租赁之成立,非以出租人为租赁物之所有人为必要,同时因租赁关系之消灭所生之返还义务,亦非以出租人继续系有其所有权为前提,不外仅基于租赁关系消灭之事实,而法律上当然赋予出租人以请求权而已,又租赁关系消灭后,承租人为租赁物之使用收益者,解为‘无法律上之原因而受利益致他人受损害’之不当得利,或解为‘因故意或过失不法侵害他人权利’之侵权行为,均无不可。”

此项判决,基本上可资赞同。其可提出讨论者,系承租人于租赁关系消灭后,继续占有使用租赁物,其无法律上原因所受者,究属何种利益。“最高法院”谓:“故出租人得对之为不当得利之返还请求……其得利之款,如无反证,可以出租人所可得之租金款定之。”就此判决理由观之,似认为承租人所受之利益,系以出租人所可得之租金而计算之款,或可解释为系占有使用他人之物通常所应支出之代价。此项以节省之费用作为得利之客体,亦有所据,自不待言。惟依本文见解,无法律上之原因而受之利益,系指就损益变动过程直接所受之利益而言,故无权占有使用他人之物者,其无法律上之原因所受之利益,系“物之使用本身”(第179条)。惟此项利益依其性质不能返还,故应返还其价额(第181条),此项价额应依对于此种物之使用通常所须支付之对价(租金)计算之。<sup>①</sup>

## 五、租赁关系消灭后承租人擅为“转租”与不当得利

### (一) 1959年台上字第1555号判决

租赁关系消灭后,承租人未交还租赁房屋,擅自出租他人,收取租金者,是否构成不当得利,“最高法院”著有判决。在1959年台上字第1555号判决一案,被上诉人向上诉人承租系争台北市中华路82号内临街房屋一大间,应予交还,并自1954年11月3日起至执行終了之日止,按每月100元(新台币下同)计算,赔偿上诉人之损害,业经另案判决确定执行在案,为不争之事实。上诉人主张被上诉人于租赁关系消灭后,将讼争房屋

<sup>①</sup> 参见拙著:《使用他人物品之不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

转租他人,每月收取租金至少在500元以上,而向伊所支付之租金每月仅为100元,其因转租所获超过此数额之租金,即为不当得利,而为共应返还15200元之请求。经查被上诉人有转租之事实,曾据系争房屋之现住人杨旺麟等于另案执行中承认,有与被上诉人订立租约迁入住居,并据提出租赁契约可凭,经原审调阅该另案执行卷宗查明属实。惟其系因上诉人不返还其所交押租金14000元拒不交房,据陈明在卷,而上诉人对此亦无争执。其在判决理由中谓:“按无法律上之原因而受利益致他人受损害者,应返还其利益,则为第179条所明定,但所谓受利益致他人受损害,必须受利益与受损害之间有因果关系存在,其间有无因果关系,应视受利益之原因事实与受损害之原因事实是否同一事实为断,如非同一事实,纵令两事实之间有所牵连,亦无因果关系,自与上开规定不当得利之要件不合。本件两造间因另案请求交还房屋等事件,业经判命被上诉人所受按每月100元计算赔偿上诉人所受之损害,确定执行在案,是上诉人所受损害已获得赔偿,而被上诉人系因上诉人不返还押租金,拒不交房并转租取得相当租金之利益又如前述。其受利益之原因事实与受损害之原因事实,并非同一,其间虽有牵连,仍不能谓有因果关系,依照上开说明,既与不当得利之要件不合,上诉人主张超过其租金100元之利益为不当得利,据为返还之请求,为非正当,业经原审予以认定,并于原判决阐明其理由,爰予维持第一审驳回其诉之判决,于法尚非有违。上诉讼旨,徒肆空言指摘,不能认为有理由。”

## (二) 分析检讨

1959年台上字第1555号判决,具有相当之重要性,因为在此项判决中提出了一个不当得利法上之基本原则,即“无法律上之原因而受利益致他人受损害者,应返还其利益,则为第179条所明定,但所谓受利益致他人受损害,必须受利益与受损害之间有因果关系存在,其间有无因果关系,应视受利益之原因事实与受损害之原因事实,是否同一事实为断,如非同一事实,纵令两事实之间有所牵连,亦无因果关系,自与上开规定不当得利之要件不合。”此项“基于同一原因事实之直接因果关系说”,系通说之见解,其理论本身是否妥适,能否适当达成其确定不当得利当事人范围之功能,可暂置不论。所应检讨者,乃此项原则在本案具体适用之妥当性。



首先应确定者,系被上诉人(承租人)每月支付100元之法律性质。判决理由认为是“赔偿上诉人(出租人)之损害”,解释上似应认为系侵权行为之损害赔偿。盖诚如前述,租赁关系消灭后,承租人不交还租赁物而继续使用收益者,应构成侵权行为,负损害赔偿责任也。

被上诉人所支付每月100元,系属侵权行为之损害赔偿,已如上述。在此认定下,所谓“是上诉人所受损害已获得赔偿,而被上诉人系因上诉人不返还押金,拒不交屋并转租取得相当租金之利益,又如上述。其所受利益之原因事实与受损害之原因事实,并非同一,其间虽有牵连,仍不能谓有因果关系……”殊令人不解!被上诉人(承租人)转租所得之利益每月租金500元,与上诉人(出租人)所受损害(每月以100元计算),系属二事;前者系基于“转租”而受之利益,后者系侵权行为所生之“损害”,非基于同一原因事实,系属当然,不辩自明,无待申论也。就不当得利请求权而言,问题之重点在于被上诉人(承租人)因转租所取得之利益(每月租金500元)本身,是否无法律上原因“致”他人受损害。关于此点,应采肯定说,殆无疑问。盖租赁关系消灭后,承租人将租赁物“转租”他人,与前述擅自出租他人之物之情形基本上并无不同。从权益归属之观点以言,出租之所得,应归于物之所有人,不法出租者受其利益,自属无法律上之原因,“致”他人受损害也。

综据上述,租赁关系消灭后,承租人不交还租赁物,仍继续占有使用或“转租”者,系侵害出租人之所有权,应负侵权行为损害赔偿。又承租人因此而受有利益者,系无法律上原因致他人受损害,应负返还之责任,从而得发生侵权行为请求权与不当得利请求权竞合之情事。<sup>①</sup>当事人因行使一种请求权而获得满足时,其他请求权在此满足范围内,应归于消灭。1959年台上字第1555号判决认为不法出租他人之物而受之利益(租金),与因侵权行为致他人受有损害,非属同一原因事实;而认为不法“转租”者不必依不当得利之规定,负返还责任,不但误认不当得利请求权之基本构成要件,而且使请求权竞合之理论,趋于混乱,与当事人利益尚有不符,似有检讨余地。

---

<sup>①</sup> 参见刘春堂:《不当得利请求权与其他请求权之竞合》,载《法学丛刊》第94期,第109页。

## 六、结 论

关于出租他人之物,其形态可分为三类:①自始无租赁关系而擅行出租他人之物。②在租赁关系存续中,承租人将租赁物出租他人,或为合法转租,或为违法转租。③租赁关系消灭后,承租人未交还租赁物,擅自将之出租于他人。于第一种类型,擅行出租他人之物者,除应负侵权行为损害赔偿外,应依不当得利规定返还其所受有利益(租金)。在第二种类型,承租人合法转租者,虽受有利益,但因有法律上之原因,不构成不当得利。承租人违法转租者,是否成立不当得利,殊有争论。依本文见解,以否定说较为可采。盖当事人间既有租赁契约,租赁物之使用收益已归于承租人,出租人既无使用收益权能,承租人虽因转租而受利益,但未致出租人受损害也。惟出租人得依债务不履行之规定向承租人请求损害赔偿,自不待言。于第三种类型,承租人应负侵权责任及不当得利返还义务,惟1959年台上字第1555号判决认为擅自“转租”之承租人虽无法律上之原因而受有利益,但因出租人已获得侵权行为之损害赔偿,“未”致他人受损害,故不成立不当得利,对于“基于同一原因事实之直接因果关系说”之适用,似有误会,实有澄清之必要。

# 添附与不当得利\*

## 一、问题之说明

添附者,乃附合、混合及加工三者之总称。附合可分为不动产附合及动产附合两种:前者指动产附合于不动产而成为其重要成分之事实,例如,甲取乙之建材,修建自己之房屋;后者指动产与动产附合,非毁损不能分离,或分离需费过巨之事实,例如,甲取乙之纸糊于自己之门窗。混合者,乃物主各异之动产,互相混合后,不能识别,或识别需费过巨之事实,例如,甲取乙之味精加于自己之香菇排骨汤之内。加工者,系指就他人之动产,加以制作或改造,使成新物之事实,例如,甲误取乙之宣纸绘成名画。于诸此情形,关于其所有权归属之处理,现行“民法”兼采以下两种办法:

(1) 维持现状,使各物主形成共有关系,例如动产附合而成之物(合成物),应由各物主共有(第 812 条第 1 项),动产混合而成之物(混合物),由各物主共有(第 813 条)。

(2) 维持现状,使专归某人单独取得,此为民法所采之基本原则,即:  
① 于不动产附合,由不动产所有人取得动产所有权,例如甲取乙之建材修建自己之房屋时,由甲取得乙之建材之所有权(第 811 条)。② 于动产附合,有可视为主物者,由主物所有人取得合成物之所有权,例如甲取乙之纸糊于自己之门窗时,由甲取得合成物(糊纸之门窗)之所有权(第 812 条第 2 项)。③ 于动产之混合,有可视为主物者,由主物所有人取得混合物之所有权,例如甲取乙之味精,加于香菇排骨汤之内时,由甲取得混合

---

\* 本文原载《法学丛刊》第 105 期(1982 年 3 月),第 28 页。

物(加味精之香菇排骨汤)之所有权(第813条)。<sup>④</sup>于加工之情形,加工物之所有权,原则上属于材料所有人,但因加工所增之价值显逾材料之价值者,其加工物之所有权属于加工人(第814条),例如甲取乙之宣纸,绘成名画时,由甲取得该画之所有权。

法律因添附而重定物之所有权之归属,规定由某人单独取得时,他人之动产所有权及该动产上之其他权利,均归消灭(第815条)。为平衡此项物权变动,“民法”特采取债权上之救济方法,于第816条规定:“因前五条之规定,丧失权利而受损害者,得依关于不当得利之规定,请求偿金。”然则,本条所谓“依关于不当得利之规定,请求偿金。”之规范意义何在?在解释适用上具有何种特色?诸此问题,在理论上及实务上殊值重视,似有深入研究之必要。<sup>①</sup>

## 二、第816条之规范目的

### (一) 概说

第816条解释适用上之关键问题,在于所谓“依关于不当得利之规定,请求偿金”之规范意义。为阐释此点,拟提出两个问题:

(1) 基于法律规定而生之动产所有权变动,除添附外,尚有善意取得(第801条、第948条)、遗失物之拾得(第807条)及动产之时效取得(第768条)。然则,民法何以仅就添附规定丧失权利受有损害者,得依不当得利之规定,请求偿金?

(2) 倘立法者未设第816条之规定时,因添附丧失权利,受有损害者,是否仍得依不当得利之规定,请求偿金?

<sup>①</sup> 关于此项问题之讨论,最称详尽者,系史尚宽:《物权法论》,第136页。第816条之规定,系仿自《德国民法》第951条第1项:“因民法第946条至第950条之规定而丧失其权利者,得向因权利之变动而受益之人,依不当得利之规定,请求以金钱而为补偿。但不得请求恢复原状。”德国学者论著甚多,参见 Berg, Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951. Abs. I BGB, AcP 160, 515; Götz, Vergütungsanspruch gemäß. 951 I. 1 BGB. 1975; Rothoef, AcP 163, 215; Scheyhing, Zum Bereicherungsanspruch nach § 951 BGB, JZ 1956, 14; Sturm, Zum Bereicherungsanspruch nach § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB, JZ 1956, 361,可资参考。《日本民法》第248条亦设有类似规定,参见〔日〕川岛武宣主编:《物权》(二),载《注释民法》(七)。

## (二) 阐释性之规范功能

关于动产善意取得,通说认为系属原始取得,并具有法律上之原因,不成立不当得利。盖于此情形,立法目的在于维护交易安全,旨在使受益人终局实质地保有所受之利益,立法者不可能一方面使善意受让人取得动产所有权,一方面又令其应依不当得利之规定,负返还所受利益之义务也。反之,于添附之情形,法律所以重定动产之所有权,专归某人单独取得,纯是为了避免形成共有关系或恢复原状,以减少纠纷,维护物之社会经济价值。准此以言,民法规定某人单独取得添附物之所有权,纯系基于法律技术上之便宜措施,形式上使某物归属于某人,但实质上并不在使其终局取得其利益。<sup>①</sup>为此,第816条乃明定,受有利益者,应依关于不当得利之规定,负返还偿金之义务。

纵使立法者未设第816条规定,准据上述法规目的,在解释上仍应肯定丧失动产所有权之一方,依第179条之规定,仍有不当得利返还请求权。或有认为,因添附而取得他人动产之所有权,既系直接基于法律之规定,倘无“依关于不当得利之规定,请求偿金”之明文,则应与善意取得采同一解释,认为受有利益,具有法律上原因,不成立不当得利。此项观点,纯从形式立论,未能区辨因善意取得与因添附取得他人动产所有权立法趣旨之不同,应难赞同,自不待言。

综据上述;依吾人所信,第816条之规定,系属于阐释性之条文(阐明说 *Klarstellungstheorie*)<sup>②</sup>,旨在表示依第811条至第815条规定取得他人之动产所有权,虽基于法律之规定,仍无法律上之原因,应依不当得利之规定,返还偿金,论其性质,与第197条第2项所规定:“损害赔偿之义务人,因侵权行为受利益,致被害人受损害者,于前项时效完成后,仍应依不当得利之规定,返还其所受之利益于被害人”,基本上并无不同。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《债法总论》,第79页。

<sup>②</sup> 此为德国判例学说之一致见解,资料甚多。参见 *Koppensteiner/Krammer, Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1975, S. 212; *Staudinger/Lorenz, Vorbem. 17 zu § § 812; M. Wolf, Sachenrecht*, 2. Aufl. 1978, S. 163; *BGHZ* 40, 280ff.; 41, 159; 55, 176; *BGH NJW* 1971, 613; *BGH BB*, 1973, 817f.

<sup>③</sup> 参见拙著:《因侵权行为为负债务者之拒绝履行权及不当得利请求权》,载于本书。

### (三) 法律构成要件之准用

第 816 条规定,就其结构形式而言,系属于准用性之法条(verweisende Rechtssätze)。此类法条,可分为两种形态:总体准用(Gesamtverweisung,或称为法律构成要件之准用 Tatbestandsverweisung)和法律效果之准用(Rechtsfolgenverweisung)。<sup>①</sup> 第 816 条之规定,究属何者,殊值研究。或有认为因添附而取得他人动产之所有权,系基于法律之规定,本有法律上之原因,不成立不当得利,但为期公允,特设第 816 条规定,使其发生不当得利之法律效果,故应解为系属法律效果之准用,属于所谓之“特殊不当得利请求权”。<sup>②</sup> 依吾人所信,此说实难赞同。盖如前所述,基于法律规定受有利益,是否有法律上原因,不可一概而论,应视立法趣旨而定。于添附之情形,一方之受有利益,纯系基于法律技术之权宜措施,并无使其实质终局取得之趣旨,应属“无法律上之原因”而受利益。准此以言,第 816 条规定,应属法律构成要件之准用,殆无疑问。

1942 年上字第 453 号判例谓:“上诉人在两造因确认卖约无效案判决确定后,仍将纷争地强行耕种……被上诉人就上诉人耕种所获之农产品,如已收取,显系无法律上之原因而受利益,致他人受有损害,则上诉人所施用之籽种、肥料、牛工、人工等项,依不当得利法则,尚非无请求返还之权。”又在 1962 年台上字第 2641 号判例一案,甲乙共有之耕地经法院为侵害共有物判决确定后,乙仍占耕甲分得之部分,甲诉请乙交还,获胜诉判决,甲声请为强制执行时,乙尚未收割。“最高法院”所谓“甲对此稻谷,不施人工、肥料、种子等成分而获收成。就乙所施人工、肥料、种子,既非有可以受利益之权利,自不能谓有法律上原因,不负返还之责”,亦采法律构成要件准用说。在学说方面,虽未特别强调此点,惟王伯琦先生谓:“受益人系由于法律规定者,应以法律上之理由,是否在使受益人取得利益为断,附合、混合、加工为否,故为不当得利……”似亦采此见解。<sup>③</sup> 又查“民律草案”第 929 条规定:“无法律上之原因,因他人之给付,或其他

<sup>①</sup> 参见 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 243.

<sup>②</sup> 关于第 816 条所谓“依关于不当得利之规定,请求返还偿金”,究属法律构成要件之准用,抑或为法律效果之准用,学者未曾详予讨论,似无人主张法律效果准用说。参见黄右昌:《民法论解》物权编,上册,第 187 页;曹杰:《民法物权论》,第 96 页。

<sup>③</sup> 王伯琦:《民法债编总论》,第 57 页;李肇伟似亦采同样见解(《民法物权》,第 211 页)。

方法受利益,致他人受损害者,负归还其利益之义务。”其立法理由书谓:“谨按凡无法律上之原因,而因他人之给付(如财产上之给付或劳务之给付),或其他方法(如加工混合是),受利益,致他人受损害者,不可不返还其利益于他人,否则,于事理不合”,亦明白确认因添附而受利益,系无法律上之原因,应成立不当得利,并属于基于给付以外事由而受利益之类型。

### 三、不当得利请求权之成立

第 816 条所谓“依关于不当得利之规定,请求偿金”,系指法律构成要件之准用,既如上述,则此项不当得利请求权之成立,自须具备如下之基本要件:① 须受有利益。② 须系基于添附。③ 须无法律上之原因。④ 须致他人受损害。兹分述之:

#### (一) 受有利益

不当得利请求权成立,以受有利益为基本要件。就添附而言,一方所受之利益,为他方之动产之所有权。例如,甲以乙之水泥修建自己房屋时,甲所受之利益,为乙之水泥所有权;甲以钻石嵌入乙之金环,甲所受之利益,为乙之金环所有权;甲之金与乙之银熔为一体者,甲所受之利益,为乙之银之所有权;甲将乙之大理石雕刻成为艺术品,甲所受之利益,为乙之大理石所有权。

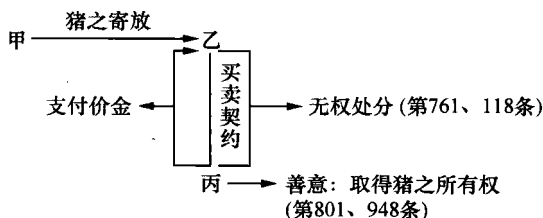
于加工之情形,倘加工物所有权归于材料所有人取得,例如,甲误以乙之玉石为己有而琢磨之,其加工所增加之价值未显逾材料之价值时,则加工人甲所受之损害,例如,劳务之提供及费用之支出,是否亦得请求偿金,不无疑问。郑玉波先生认为法无明文,但解释上应作肯定。<sup>①</sup> 本文赞同此项结论,惟认为于此情形,应径适用第 179 条之规定,即乙无法律上之原因而受利益(甲对乙物加工所提供之劳务不支出之费用),致甲受损害,应依不当得利之规定返还之,惟此项利益,依其性质,不能返还者,应偿还其价额(第 181 条)。

#### (二) 基于添附

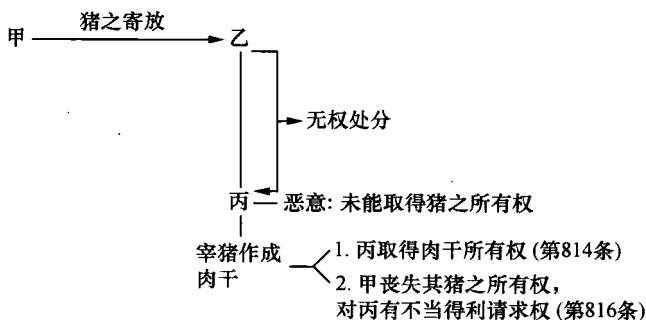
第 816 条之适用,须以一方受有利益(取得他人动产所有权),系基于

<sup>①</sup> 参见郑玉波:《民法物权》,第 113 页。

添附为要件,其非基于添附者,自无适用本条之余地。例如,甲寄养某猪于乙处,乙擅行将之让售于善意取得之丙(无权处分,第761条、第118条),丙即宰猪作成肉干。此情形,丙之取得该猪之所有权,系基于善意取得之规定(第801条、第948条以下)。于宰猪作成肉干时,因丙已取得该猪之所有权,非属“加工”于“他人”之动产,故无第814条之适用,甲自不得依关于不当得利之规定,向丙请求偿金。此际,甲仅能以乙无权处分其猪之所有权,由丙善意取得,致其丧失其物之所有权,受有损害,而乙因此自丙取得价金(或价金请求权),并无法律上原因,应依不当得利之规定返还其所受之利益<sup>①</sup>,如下图所示:



在上举乙擅行让售甲寄养之猪之例,倘丙为恶意时,则丙不能依善意取得之规定,取得该猪之所有权。丙宰猪作成肉干,系加工于甲之动产,而其加工所增之价值,显逾材料之价值,故其肉干(加工物)之所有权属于丙。于此情形,丙之受有利益(取得猪肉之所有权),系基于加工,应依关于不当得利之规定,返还偿金。



<sup>①</sup> 参见拙著:《无权处分与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。



因添附而生不当得利请求权之案利,在实务上常见者,系于他人土地施肥、播种(参阅1942年上字第453号判例、1962年台上字第2641号判例)。又1959年6月9日民刑庭总会认为:“某甲有房屋一栋,出租予某乙使用,嗣该房屋经台风摧毁,某乙未得甲之同意,出资就原有房屋一部分旧材料重新建筑房屋一栋,原有房屋既经台风摧毁后,不复存在,某甲就原有房屋所有权随即丧失,嗣后某乙出资重新建筑房屋,该新建房屋,即应由乙原始取得,某甲不得就新建房屋主张所有权,虽新建房屋中一部分材料系取自某甲原出租房屋,然某甲仅得就丧失材料部分向某乙请求赔偿损害或返还不当得利。”按甲对乙所以得主张不当得利,乃因为其材料附合于乙新建之房屋,成为其重要成分,由乙取得其所有权,乙应依关于不当得利之规定,返还偿金(第816条)。

### (三) 无法律上之原因

#### 1. 基本原则

损益变动是否具有法律上原因,依非统一说之见解,应视受领利益究系基于给付抑或基于给付以外之事由而判断之。<sup>①</sup>于基于给付受利益之情形,例如甲基于买卖合同向乙支付价金,甲之给付,具有特定目的,旨在清偿债务,故乙之受领利益,具有法律上之原因。反之,倘给付目的不能实现时,则他方之受利益,即无法律上之原因,例如在上举买卖合同之例,倘甲与乙间之买卖自始不成立,则甲之支付价金,自始欠缺给付目的,乙系无法律上之原因而受利益。

在基于给付以外事由而受益之情形,是否有法律上之原因,通常虽以受领人是否有取得此项利益之权利为断,惟受益系直接基于法律之规定者,则应以法律是否有使受益人实质终局地取得该利益为判断标准。就添附而言,例如乙盗甲之棉纱出售给恶意之丙,丙织纱成布时,即因加工而取得棉纱之所有权,因法律并无实质终局使加工人取得该项利益之趣旨,丙之受有利益虽出于法律之规定,仍无法律上之原因,应依不当得利之规定返还偿金。关于此点,前已再三论及,兹不赘。

---

<sup>①</sup> 关于统一说与非统一说之争论及“最高法院”之见解,参见拙著:《无法律上原因之财产损益变动》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

## 2. 基于给付关系而生之添附

其应特别提出讨论者,系基于给付关系而生之添附是否具有法律上之原因。此以承揽最称典型,在理论及实务上最值重视<sup>①</sup>,兹分四种情形说明之:

(1) 承揽人以自己之材料为定作人修缮房屋。设甲有房屋,屋顶遭地震震裂,招营造商乙修缮之。乙使用钢筋1吨,水泥10包。于此情形,定作人甲提供工作基底之不动产,承揽人乙以自己之材料施工,此应属动产(钢筋水泥)附合于不动产(房屋),而由定作人甲取得动产(钢筋水泥)之所有权。此时,甲虽基于添附而取得乙之动产所有权,但仍无须依关于不当得利之规定,返还偿金。盖甲之受有利益,系基于有效成立之承揽契约,具有法律上之原因,不构成不当得利也。<sup>②</sup> 由此可知,当给付关系与添附(非给付关系)并存时,应以给付关系为优先,添附关系,居于从属地位,盖非如此,不足以维护当事人间基于给付关系所生之权益也。<sup>③</sup>

(2) 承揽人基于不成立之承揽契约以自己之材料为定作人修缮房屋。在上举甲招乙修缮屋顶之例,倘甲与乙间之承揽契约不成立时,则甲系无法律上之原因,因乙之给付而受有利益,应依第179条之规定,负返还其所受利益之义务。

(3) 承揽人使用他人保留所有权之材料为定作人修缮房屋。在上举甲招乙修缮屋顶之例,倘乙所用以修缮甲屋顶之建材,系购自于丙,而丙仍保留其所有权者,定作人甲仍因添附而取得丙之建材之所有权,出卖人所保留之建材所有权因而消灭。此时,丙得否依不当得利之规定,向甲请求返还偿金,甚有争论。<sup>④</sup> 依本文见解,于此情形,丙与乙之间有买卖契约,而甲与乙间又有承揽契约,为维护个别契约关系(给付关系)当事人间之信赖及利益,宜认为丙因添附丧失其建材所有权,受有损害,应向其买卖契约相对人乙,请求损害赔偿。定作人甲受有利益,系承揽人乙为完

<sup>①</sup> 参见 Bauer, Sachenrecht, 11 Aufl. 1980, S. 496f.

<sup>②</sup> 此为德国判例学者之通说。Bauer, Sachenrecht, S. 449; BGHZ 56, 228, 239; BGH NJW 1954, 793.

<sup>③</sup> 关于基于给付关系与非给付关系不当得利请求权之问题,参见 Koppensteiner/Krammer, S. 114ff.; Medicus, Bürgerliches Recht, 1978, 8. Aufl. Rn. 727 (S. 339); Esser/Weyers, Schuldrecht, Besonderer Teil. Teilband 2, 5. Aufl. 1980, S. 86f.

<sup>④</sup> 参见 Bauer, Sachenrecht, S. 500.

成一定工作而为之给付,具有法律上之原因,不成立不当得利,不负返还之义务。倘甲与乙间之承揽契约不成立时,亦仅乙得依不当得利之一般规定向甲请求返还其无法律上之原因所受之利益,丙对甲仍不得依关于不当得利之规定向甲请求偿金。<sup>①</sup>

· (4) 承揽人盗用他人材料为定作人修缮房屋。又在上举甲招乙修缮房屋之例,倘乙所施工之建材,系盗自于丁时,则如上所述,定作人甲亦因添附取得其所有权。于此情形,丁与乙之间并无给付关系,故应认为,被害人丁对于定作人甲,得依关于不当得利之规定,请求偿金(第 816 条)。<sup>②</sup> 此项结果,原则上亦符合现行民法之价值判断。盖承揽人所施工于甲之房屋之建材,系属盗赃,纵甲为善意受让人,该建材之所有人于两年之内亦得请求恢复其物,受让人并不当然取得其所有权(第 949 条)。

#### (四) 致他人受损害

不当得利请求权之成立,须以一方无法律上之原因受有利益、“致”他方受损害为要件。又依通说之见解,须受损害与受利益间具有基于同一原因事实之直接因果关系。<sup>③</sup> 关于此项不当得利法上基本理论之适用,王伯琦先生作有如下之说明:“甲以乙之肥料,施于丙之土地,丙受益虽与乙之受损有关,但乙之受损系由甲对乙之行为,丙之受益系由于甲对丙之行为,既非由于同一之原因事实,不得谓有因果关系,盖以每一法律事实,即应构成一个法律关系,每一法律关系,有其特定之主体,其间不容有所混淆也。”<sup>④</sup>

就王伯琦先生所举之例而言,首应确定者,系丙究系基于何种原因事

① 此为德国判例学者之通说, BGHZ 56, 228, 240f.; Bauer, Sachenrecht, S. 500; von Caemmerer, Festschr. Rabehl I, 372f.; Larenz, Schuldrecht. II, Besonderer Teil, 12. Aufl, 1981, S. 535; M. Wolf, S. 166; 不同意见, 参见 Flume, JZ 1962, 281.

② 此为德国判例学说之一致见解。BGH, NJW 71; 612, Larenz, Schuldrecht II, S. 546; M. Wolf, Sachenrecht, S. 166; H. P. Westermann, JuS 72, 18.

③ 参见胡长清:《中国民法债编总论》,第 99 页。实务上一向采取此见解。1964 年台上字第 2661 号判例谓:“执行法院拍卖查封之不动产,以其价金分配于各债权人者,纵该不动产嗣后经确定判决,认为不属于债务人所有,不能移转于买受人,而买受人因而所受价金之损害,亦只能向直接受其利益之债务人请求偿还,各债权人所受清偿之利益,系另一原因事实,除有恶意外,不能认与买受人所受损害有直接因果关系,自不负返还其利益之责任。”可资参考。关于此一判例之检讨,参见拙著:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

④ 王伯琦,前掲书,第 55 页。

实受有利益。关于此点,原则上应认为系基于不动产之附合,易言之,即乙之肥料附合于丙之土地上成为其重要成分,由土地所有人取得肥料之所有权(参阅1942年上字第453号判例及1962年台上字第2661号判例)。甲取乙之肥料,构成侵权行为,但于此时,肥料之所有权尚属于乙,乙之丧失该肥料之所有权,系由于甲将之附合于丙之土地。由是观之,丙之受益(取得肥料之所有权)与乙之受损(丧失肥料之所有权),乃是基于同一原因事实(动产附合于不动产而成为其重要成分),具有直接因果关系。至于引起此项损益变动事实,究系由于单纯之事件(如乙之肥料库靠近丙之土地,肥料库破裂致肥料流入丙地),或系基于人之行为(不论受益人、受损人或第三人),均所不问。

又例如乙偷甲之树苗,一部分植于乙地,一部分误植于丙地,一部分置于路旁,靠近丁地,丁误以为乙所赠,而植于自己之庭院。于此情形,乙、丙及丁均取得树苗之所有权,并系基于“动产附合于不动产而成为其重要成分”之法律事实,植苗之人虽有不同,但引起损益变动原因事实则一,均应成立不当得利,应无庸疑。

#### 四、不当得利请求权之内容

##### (一) 返还之标的

不当得利请求权一旦成立,受领人应返还其无法律上之原因而受之利益。例如,出卖人基于不成立之买卖合同交付其画并移转其所有权于买受人时,得请求返还其画之所有权,买受人不能返还其画之所有权时(例如画已灭失,或让售于他人),则应偿还其价额(第181条)。于添附之情形,受益人所受之利益为动产所有权,依不当得利之一般原则,受益人原应返还该动产之所有权,但此与法律为维持添附物原状,使某人单独取得其所有权之立法趣旨不合,故第816条特明定,受损人仅得依关于不当得利之规定请求“偿金”,不得请求恢复原状。<sup>①</sup> 此为第816条之特色,亦为其不同于一般不当得利请求权之点,应予注意。

不当得利受领人所受领之利益,依其性质(如劳务、债务之免除、使用

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《民法物权》,第137页。

他人物品),或其他情形,不能返还原物者,应偿还其价额。通说认为此项价额应依客观情形定之,并以受利益之时为其准据时点。关于第 816 条所谓之偿金,原则上应采同一解释,以受损人因添附丧失其所有权时,该动产之客观价值计算之。<sup>①</sup>

## (二) 返还之范围

### 1. 善意受领人

依第 182 条第 1 项规定,不当得利之受领人不知无法律上之原因,而其所受利益已不存在者,免负返还或偿还价额之责任,本项规定,对于基于添附所生之不当得利请求权,亦有适用余地。所谓善意,即不知其因添附而取得之动产非属其所有而言,例如甲误以乙所有之建材为已有而修建房屋。又添附系出于单纯之事件,第三人之行为或受损人之行为,均应从宽解释为受益人系属善意,仍得适用本项规定。

所谓所受利益已不存在者,例如,甲误以乙所有之大理石为已有而雕刻之艺术品业已毁灭时,甲无须偿还偿金。惟倘甲将该大理石雕刻艺术品让售他人,获有对价时,则甲仍有偿还偿金之义务。盖第 182 条第 1 项所谓其所受之利益已不存在,非指所受利益之原形不存在者而言,原形虽不存在,而实际上所获财产总额之增加现尚存在时,不得谓利益已不存在(1952 年台上字第 637 号判例)。倘甲将该大理石艺术品赠与丙时,则甲所受之利益已不存在,免负返还偿金之责任,但乙仍得对丙请求返还偿金。盖依第 183 条规定,不当得利之受领人(甲),以其所受者,无偿让与第三人(丙),而受领人因此免返还义务者,第三人于其所免返还义务之限度内,仍应负返还责任也。

所受之标的物本身业已灭失,或赠与第三人,固为所受利益之不存在。依通说之见解,受领人对于与取得利益具有因果关系之损失,例如对受领物所增加之费用,或其他因信赖受领利益具有法律上原因而所受之不利,均应自所须返还之利益中扣除之。<sup>②</sup> 此项原则对于基于添附所生之不当得利请求权,原则上亦有适用余地。其应特别提出讨论者,系受

<sup>①</sup> 参见 M. Wolf, Sachenrecht, S. 164; Bauer, Sachenrecht, S. 502.

<sup>②</sup> 参见郑玉波:《民法债编总论》,第 123 页;许惠佑:《不当得利法上所受利益之不存在》,政大硕士论文。

领人因买受动产而支出对价可否扣除。例如乙盗甲之棉纱出卖于恶意之丙,丙支出价金 10 万元,丙织纱成布时,即因加工取得其所有权,甲得依关于不当得利之规定,向丙请求返还偿金。于此情形,丙得否主张应扣除其支付予乙之价金 10 万元?关于此点,应采否定说。盖丙之受益,系基于加工,支出价款,乃基于买卖,原因事实不同,非因信赖受领利益具有法律上之原因而支出,自不在扣除之列。<sup>①</sup>

## 2. 恶意受领人

依第 182 条第 2 项规定,受领人于受领时知无法律上之原因或其后知之者,应将受领时所得之利益,或知无法律上之原因时所现存之利益,附加利息,一并偿还,如有损害,并应赔偿。此项规定,对于基于添附所生之不当得利请求权,亦有适用余地。例如,甲窃取乙之大理石雕刻成艺术品,而取得大理石所有权,其后该大理石艺术品灭失或转赠他人时,甲仍应对乙支付偿金,并附加利息,一并偿还。

# 五、侵权行为人不当得利请求权之排除

## (一) 概说

因添附而使他人受有利益,有出于受损人之侵权行为者,例如甲擅自于乙之屋顶修建沟渠,排泄雨水;甲盗用乙车,涂以油漆。于诸此情形,就其构成要件,甲得依不当得利之规定,向乙请求返还偿金。惟乙之受益,系由于甲之侵权行为,可谓系“被迫得利”(aufgedrängte Bereicherung),因此在法律上如何限制甲之不当得利请求权<sup>②</sup>,以保护乙之权益,实值研究。

## (二) 实务上之见解

关于此项在法理上具有趣味之问题,高雄地方法院 1957 年 10 月司法座谈会曾作有深入之探讨,其所提出之问题为:“某甲侵占某乙之土地,某乙向某甲提起请求返还土地之损害赔偿之诉,某甲对该土地因加工开

<sup>①</sup> 此为德国判例学说之一致见解。BGH 29, 335; 55, 176; Bauer, S. 502.

<sup>②</sup> 关于 aufgedrängte Bereicherung 的基本问题,参见 Larenz, Schuldrecht II, S. 578; Klausser, NJW 1965, 816; M. Wolf, JZ 1966, 467; Jakobs, AcP 167, 350.

垦所增价值,可否反诉某乙请求不当得利?”讨论意见及审核结果认为:“某甲之开垦行为,本身即是实施侵权行为,依第180条第4款之规定,因不法之原因而为给付者,不得请求返还。某甲所出之劳力等,系属不法,同时依据恶意当事人不受法律保护之原则,某甲不得请求不当得利,再依据损害赔偿原则,应恢复损害发生前之原状,则本件某乙得对某甲之侵权行为请求恢复原状,而某甲何得再请求不当得利?”<sup>①</sup>诸此论点,甚具意义,有进一步加以分析检讨之必要。

### (三) 不法原因给付

依第180条第4款规定,因不法原因而为给付者,不得请求返还,但不法原因仅于受领人一方存在时,不在此限。实务上对于“不法”原因之“给付”,向采广义之解释。惟依本文见解,甲强行耕作乙土地施肥播种,甲于乙之屋顶装设排水设施,甲窃占乙车油漆车身,虽均构成侵权行为,具有“违法性”,但因“添附”而生之损益变动,纯系基于法律技术之规定,是否违反公序良俗或强行规定,仍有疑问。又所谓给付,系指具有目的性(如清偿债务)之增益他人财产,于上述诸例,甲对于乙物有所添附,纯为利己,并无增益乙之财产之意,可否构成“给付”,似尚有商榷余地。

### (四) 恶意当事人不受保护原则

恶意当事人不受保护,系法律之基本原则,虽无疑问,但其具体适用,民法多设有明文(第182条第2项、第770条),因此概括地以“恶意当事人不受保护”为理由,否定侵权行为人之不当得利请求权,实体法上之基础,似嫌薄弱。依本文见解,此时似可援用基于第148条第2项(第219条)规定之诚实信用原则而建立之恶意抗辩权为依据。惟此项恶意抗辩权之行使,有其特定之构成要件,应就个案认定之,自不待言。

### (五) 损害赔偿恢复原状请求权

侵权行为之被害人,得向加害人请求损害赔偿,而损害赔偿又以恢复原状为原则(第213条第1项)。故就添附而言,被害人得请求加害人除

---

<sup>①</sup> 参见周叔厚、段绍镛编:《法律实务问题汇编》(民事法部分),三民书局1975年4版,第28页。

去添附之物,被害人因此未受有利益,即可不负返还偿金之义务。惟应注意的,被害人依侵权行为之规定请求恢复原状之权利,亦受有限制:① 须受有损害;② 须恢复原状为可能或未显有重大困难(第 215 条)。例如,甲占住乙之房屋,适台风过境,乙屋有倾倒之处,甲购栋梁支柱之。于此情形,使用栋梁支柱危屋,似不得谓系甲因侵权行为而致乙受有损害;其恢复原状,亦显有困难,因此乙得否以请求恢复原状为理由,排除甲之不当得利请求权,尚值研究。

#### (六) 所受利益之主观化或利益不存在之理论

最后应说明者,系德国学者为克服“强迫得利”(aufgedrängte Bereicherung)而提出之“所受利益主观化”之理论,认为侵权行为人因添附而使他人受益,客观言之,虽亦增加其财产,惟违反其意思,就受益人而言,倘无利益可言时,例如在上举甲以栋梁支柱其所无权占有乙之危屋,乙原已预定拆除重建该屋时,则对乙而言,取得该栋梁之所有权殊无意义,故应认为乙未受有利益,不负返还偿金之义务。<sup>①</sup> 惟亦有学者认为,在不当得利法上,受领人是否有利益及其所应返还之价额(或偿金),应依客观情事认定之。因此于上举案例,应认为房屋所有人乙仍受有利益,惟乙系属善意,可主张所受利益不存在,不负返还责任。<sup>②</sup>

## 六、与其他请求权之竞合

### (一) 侵权行为损害赔偿请求权

受损人因添附而丧失其动产所有权,得依关于不当得利之规定,向受益人请求返还偿金,已详如上述。倘添附之发生,系由于受益人故意或过失时,例如甲盗取乙之朽木,雕刻成器,则构成不法侵害他人权利,受损人乙得依侵权行为之规定向甲请求损害赔偿,因而成立不当得利请求权与侵权行为之损害赔偿请求权之竞合。<sup>③</sup> 倘添附系由于第三人故意或过失

① 参见 Koppensteiner/Krammer, S. 159f., 172f.

② Larenz, Zur Bedeutung des Wertersatzes im Bereicherungsrecht, Festschrift für v. Caemmerer, 1978, 209f.

③ 参见史尚宽:《民法物权》,第 137 页。



之行为时,例如甲盗乙之水泥,误以丙之房屋为已有而修缮之,则乙对甲得主张侵权行为损害赔偿请求权,对丙得依关于不当得利之规定,请求偿金,更不待言。

## (二) 无权占有之支出费用偿还请求权

甲无权占有乙之房屋居住,添置新式卫生设备,该动产附合于乙房屋成为其重要成分,乙因而取得其所有权。当乙向甲请求返还其屋时(第 767 条),则甲得依不当得利之规定,请求偿金。惟其应注意者,于此情形,尚可发生无权占有之支出费用返还请求权。依第 955 条规定:善意占有人,因改良占有物所支出之有益费用,于其占有物现存之增加价值限度内,得向恢复请求人请求偿还。又依第 957 条规定,恶意占有人,因保存占有物所支出之必要费用,对于恢复请求人,得依关于无因管理之规定,请求偿还。因此产生一项疑义,即第 816 条规定之不当得利请求权与无权占有之支出费用偿还请求权可否并存竞合,此为现行法上一项重大疑义问题,在此难以详论。惟依本文见解,原则上似宜认为第 955 条及第 957 条依其规范意旨,系属特别规定,应排除第 816 条之适用。<sup>①</sup>就上举之例言,甲无权占有乙之房屋,添置新式卫生设备,系改良占有物而支出有益费用,并非因保存占有而支出必要之费用,甲为善意占有人时,固得依第 955 条规定请求现存增加利益之返还,倘甲为恶意占有人则不得请求偿还,无适用不当得利规定之余地。

## 七、结 论

第 816 条规定,因添附而丧失权利,受有损害者,得依关于不当得利之规定,请求偿金。关于本条规定之规范意义及解释适用,综据前述,归纳其要点如下:

第 816 条系属阐释性之规定,旨在澄清因添附而取得他人动产所有权,虽系直接基于法律之规定,但纯为法律技术上之便宜措施,立法趣旨不在于使受益人实质终局地保有利益,故其受有利益,系无法律上之原

<sup>①</sup> 此为德国之通说。BGHZ 41, 157, 159; Bauer, Sachenrecht, S. 96; M. Wolf AcP 166, 199ff.; Haas, AcP 176, 16ff. 并请参见 Larenz, Schuldrecht II, S. 579.

因,应依不当得利之规定,负返还之义务。准此以言,本条所谓依关于不当得利之规定,请求返还偿金,系法律构成要件之准用,须具备不当得利之一般构成要件,始有适用余地。

基于给付关系而生添附,应如何处理,最值注意。承揽人以自己之建材施于定作人所提供之不动产工作基底,定作人因添附而取得建材之所有权者,当事人间既有承揽契约存在,承揽人之施工,乃为履行其承揽契约上义务而为之给付,定作人受有利益,具有法律上之原因,自不成立不当得利。倘承揽契约不成立时,则承揽人之给付,自始欠缺目的,定作人无法律上之原因受有利益,应负返还之义务。设承揽人施工所用之建材,系属第三人所有,而承揽人与该第三人有契约关系(给付关系)时,例如第三人出卖该建材于承揽人,而保留其所有权,则无论此项买卖契约是否有效成立,该第三人(出卖人)仅能依买卖契约(给付关系)向买受人(承揽人)行使其权利,不能主张适用第 816 条,依关于不当得利之规定,向定作人请求返还偿金。易言之,给付关系具有优先性,应排除第 816 条之适用,以维护当事人间之信赖及权益。

依第 816 条之规定,受损人仅能请求返还偿金,不能请求原物返还。此项偿金,应依受损人之动产所有权因添附而消灭时之客观价值计算之。关于其返还范围,应适用第 182 条及第 183 条之规定,因此甲误以乙之大理石为己有,雕刻成艺术品而取得其所有权之后,赠送给丙时,甲不知无法律上之原因,而其所受利益已不存在,免负返还偿金之责任,惟丙系无偿受让甲所受之利益,对于受损人乙仍负有返还偿金之义务。

一方因添附而受损害,系因他方之侵权行为时,例如甲窃取乙纸,印书成册,受损人除不当得利请求权外,尚有侵权行为损害赔偿请求权。唯一方因添附而受益,系因他方之侵权行为时,例如甲强行开垦乙地种植果树,或甲占住乙房敷设地砖,对于此种违反其意思之得利,受益人得为如下之主张:① 请求权人(加害人)应依侵权行为之规定负损害赔偿责任,恢复损害发生前之原状。② 第 955 条及第 957 条关于无权占有人支出费用偿还请求权之规定,系属特别规定,排除第 816 条不当得利请求权之适用。③ 所受利益对受益人失其意义者(例如油漆预定拆除重建之房屋),应认为所受利益不存在,免负返还偿金责任。④ 请求权人行使不当得利请求权,违反诚实信用原则者,得成立恶意抗辩权。

# 对未出生者之保护\*

## 一、绪 说

20 世纪 50 年代以来,在德、美、英等国陆续发生若干史无前例之诉讼案件,如原告主张其于出生前遭受不法侵害(prenatal injury),而向加害人(尤其是自己之生父),请求损害赔偿。此类案件在国际法学界甚受重视,引起热烈讨论,殊值注意。<sup>①</sup>

人于出生前,遭受不法侵害,其形态繁杂,归纳言之,可得四类:

(1) 侵害主体。有为被害人之父母,有为其他第三人。

(2) 侵害事由。其主要者有:输血不当、误服药物、不洁性交、照射 X 光、车祸等。

(3) 侵害行为发生时间。由于被害人受胎前即已存在,有于受胎同时发生,惟通常以受胎后遭受侵害,最为常见。

(4) 侵害结果。被害者之身体健康受损者有之,残障者亦有之。

出生前之侵害,自古有之,最近所以备受关切,其主要原因有三:  
① 工业社会之意外事故,层出不穷,胎儿虽在母体之内,遭受侵害之机会较前大增。② 医学进步,有助于确定出生前侵害事由与损害之间的因果关系。③ 以前,“生命”被认为是上天或父母之赐予,纵有残障,亦属命中注定,无可奈何。今者,社会价值观念丕变,强调生育是一个具有责任之

---

\* 1977 年在剑桥大学研究期间,正值英国各界热烈讨论对未出生者保护问题,甚感兴趣,乃利用 Squire Law Library 之资料,撰成本文。前日翻阅旧稿,觉得尚属可用,可增添若干资料,在此发表。本稿原载《法学丛刊》第 107 期(1982 年 9 月),第 8 页。

① 关于出生前侵害之医学背景(medical background), Report on Injuries to Unborn Children, The Law Commission, No. 60, (1974) Cmnd. 5709. para 18-31 论述甚详,可供参考(本书以下简称 Report)。

行为,父母亦须负责。昔日可以逆来顺受者,如今则须有适当之救济。<sup>①</sup>

出生前之受侵害,基本上是一个侵权行为损害赔偿问题,在实务上甚具重要性。数年前发生孕妇服用一种名叫“沙利窦迈度”(Thalidomide)之镇静剂,产生畸形胎儿之事件,受害者遍及全球,最称显著。<sup>②</sup>又此项问题亦与亲属制度具有密切关系,其涉及要点有二:①父、母之侵害行为于何种情事成立侵权行为。②父母对损害之发生或扩大与有过失,或与加害人订有免责条款时,被害人应否承担?由是观之,此项问题之研究在法理亦深饶趣味,特征引各判例学说,撰述本文,试作综合分析检讨,以供参考。

## 二、侵权行为之成立

### (一) 概说

出生前之侵害,在何种情形得成立侵权行为,各国侵权行为法体例不同,处理方法未尽一致。以下拟依序介绍德、美、英三国之判例、学说及立法例。美国继受英国法,属于同一法系,依比较法研究之成例,通常系后于英国法讨论,本文所以先行讨论美国法,乃是因为关于此项特殊问题,美国法上案例较多,向有争论,对最近英国法制之发展,反而产生重大影响。

### (二) 比较法上之观察

#### 1. 德国法

关于出生前侵害之损害赔偿,在20世纪50年代以前,德国实务上尚乏其例,学者论著亦少。据Stoll之说明,此乃系由于因故意或过失不法侵害孕妇,致胎儿于出生后受有损害者,应负赔偿责任,事属当然,“无待

<sup>①</sup> 参见 G. Tedeschi, On Tort Liability For “Wrongful Life” (1966), I. S. L. R. 513. 本文系登载于《以色列法律评论》,承吴东升君于哈佛大学法学院代为影印,谨致谢意。

<sup>②</sup> 关于“沙利窦迈度”镇静剂所涉及之药物制造问题,请参见 Henning Sjostrom and Robert Nilsson, Thalidomide and the Power of the Drug Campanines, Penguin Special, Penguin Books Ltd. (1972); 李圣隆:《沙利窦迈度药物公害国际求偿案件始末纪要》(自刊本)。

详论”。<sup>①</sup> 20 世纪 50 年代发生争论之案例,具有两项特色:① 加害者为被害人之生父;② 侵害行为发生时,被害人尚未受胎。依《德国民法》第 1 条规定:“人之权利能力,始于出生。”关于胎儿之权利能力未设相当于台湾地区现行“民法”第 7 条之明文,因此胎儿是否具有权利能力(Rechtsfähigkeit)、被侵害能力(Verletzungsfähigkeit),得否为“侵害客体”,乃成为争论之重点。

〔案例一〕 OLG Schleswig(NJW 1950, 388):生父传染梅毒于子之案件

(1) 案例事实及判决理由。在 20 世纪 50 年代,第一个引起讨论之判决,系生父传染梅毒于子之案例。有某 A 明知患有梅毒,仍与其妻 B 性交,致出生之子 C 感染梅毒。B 以其子 C 之名义,提起诉讼,向 A 请求损害赔偿。

地方法院认为,被告为侵害行为之际(即性交之时),原告尚未出生,不具权利能力,不符合《德国民法》第 823 条第 1 项规定,不法侵害“他人”生命、身体、健康、自由之要件,不成立侵权行为。Schleswig 高等法院不采此项见解,明白肯定原告之损害赔偿请求权,特别强调“侵害行为”与“损害”在时间上无须同时发生;加害人所侵害者,不是胎儿之权利,而是其后出生者之权利;被告与被害人之母性交之时,侵害行为既已存在,损害虽在被害人出生后始行发生,并不影响侵权行为之成立。例如具有瑕疵之房屋于建造之时,被害人尚未受胎,被害人出生后,因该房屋倒塌而受有损害时,仍得请求损害赔偿,其法理殆属相同。德国最高法院(Bundesgerichtshof,简称BGH)废弃 Schleswig 高等法院此项判决,认为侵权行为之成立,须以侵害行为发生时一个具有权利能力被害人之存在为要件。<sup>②</sup>

(2) 学者见解。对于 Schleswig 高等法院之判决,Geigel 著有短评,表示赞同。<sup>③</sup> Rudolf Schmidt 在其“Der Schutz der Leibesfrucht gegen Unerlaubte Handlung”(对胎儿在侵权行为之保护)一文中,强调《德国民法》第 823 条第 1 项所称“不法侵害他人健康”,须以侵害前有一个未受侵害

<sup>①</sup> Stoll, Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschäden, Festschrift für Nipperdey I (1965), S. 751f.

<sup>②</sup> BGH JZ 1951, 758.

<sup>③</sup> Geigel, JZ 1950, 388.

状态之存在为其要件(Die Gesundheitsverletzung nach § 823 I BGB setzt voraus, dass vor der Verletzung einmal ein unverletzter Zustand vorhanden war)。在本案,被害人于出生之际,已感染梅毒,并非未受侵害,故无适用本条项之余地。惟被告明知有梅毒,仍与其妻性交,触犯德国《性病防治法》第5条规定,违反保护他人之法律,应依《德国民法》第823条第2项规定负损害赔偿责任。基此论点, Schmidt 认为 Schleswig 高等法院判决理由虽有疑问,但结论可资赞同,最高法院所采之否定说,则不值采取(JZ 1952, 167)。<sup>①</sup>

〔案例二〕 BG HZ 8, 243: 医院输血案件

(1) 案例事实及判决理由。原告之母亲于1946年8月29日因生产住进被告医院。9月9日离院当日,由被告医院所雇用之女助理医师A为其输血,因疏于采取必要检查措施,致未发现所输之血中含有病毒。直至1948年1月间始发现此事,并确定原告之母亲已因1946年9月9日之输血感染梅毒;1947年10月23日出生之原告,亦因此遭受传染,原告请求损害赔偿。

本案历经三审,均获胜诉。判决理由,甚为突出,广受重视,殊值参考,特摘录如下:

被告之侵权行为,在于其对原告之母亲于怀孕原告之前所作的输血,未善尽注意,违反其应负之义务。此项行为首先直接侵害母亲之健康,其后亦使1947年10月23日出生之原告遭受损害。被告在其上訴理由指称,此种情形系属一种间接损害(mittelbarer Schaden),不负赔偿责任。本庭认为此项见解,不值采纳。就损害赔偿请求权之发生而言,仅须加害行为直接或间接侵害《德国民法》第823条第1项所称之生命、身体、健康、自由或所有权等绝对权,而在侵害行为与法益受损害之间具有相当因果关系时,即为已足,本案实堪如此认定,盖已婚妇女若染患梅毒,会将此项疾病传染给其所生之子女,与生活经验之常则,实相符合也。

被告之上訴理由又谓:自概念以言,《德国民法》第823条第1项规定,于本案应无适用余地,盖于侵害行为发生之际,原告尚未受胎或出生,

<sup>①</sup> 《德国民法》第823条全文为:“I 因故意或过失侵害他人之生命、身体、健康、自由、所有权及其他之权利者,对他人负赔偿因此所生损害之义务。II 违反以保护他人之目的之法律者,亦负同一责任。依其法律之内容无过失得违反者,仅于有过失时生赔偿义务。”请与台湾地区现行“民法”第184条规定比较之。

并未有一个得受侵害之未受损害状态的存在；依《德国民法》第 823 条第 1 项规定，在思维上应认为仅未曾遭受损害之人，遭受侵害时，始得请求损害赔偿；本案情形，并非如此，因为卵或胎儿于母体之内，自怀孕之时，即已患有疾病，对其后出生之原告言，当不发生损害健康之情事。本院第三庭在某一判决中（参阅 1952 年 *Juristenzeitung* 第 167 页），曾一度采此观点，惟经询问后，该庭业已表示不再坚持此项法律见解，故本庭不受前开判决之拘束。

本庭认为前述被告之见解，纯系以“客体观察”为基础，实难赞同。按此种“客体观察”系以《德国民法》第 823 条第 1 项所称权利，即所有权及其他绝对权为出发点，与该条前段所称生命法益（*Lebensgüte*）之特殊本质，实有未符。此项生命法益与所有权等其他绝对权之区别，帝国法院早于 1902 年一项判决中（*RGZ* 51, 372），采 *Planck* 之论点，详予说明，即此等生命法益本身并非权利，吾人仅可谓任何人对此等法益享有权利。《波昂基本法》第 2 条第 2 项第 1 款规定：“任何人对生命及身体之完整，皆享有权利。”其意义殆属相同。对于绝对权，法律设有明确之界限，因此若谓所有权发生前，所有权已遭受损害，在概念上诚属不可能。倘吾人将用以区别侵害绝对权与侵害其他财产权之原则，移而运用于第 823 条第 1 项所保护之生命法益，实为一项重大之法律错误，违反生命法益之特殊本质，甚为显然。生命法益系先于法律而存在，系人性之表现与自然创造的一部分。生命所表现者，系生物自体之本质，生物自体因此而获取其内容，任何人对生命法益均享有权利，故得主张不受任何妨害或阻碍。任何对人类自然成长之妨碍或剥夺，皆构成对生命法益之侵害，所谓对健康之侵害，即系对生命发展过程之妨碍。再者，当孩童生而健康受损，例如本案之原告，吾人多称之为“病童”，即认为其内部生命过程受到阻碍，并未接受自然（*Natur*）及创造（*Schöpfung*）所赋予之生命有机体的健康。法律在此方面应受自然现象之拘束，不容忽视。职是之故，何谓健康受损害，不能纯依法律技术之逻辑概念而决定。健康法益本身既系来自创造，为自然所赋予，则当法律加以规范并赋予一定法律效果时，自应承认此种自然的效力。

又被告主张《德国民法》第 823 条第 1 项系以自然人存在为前提，损害行为发生之际，原告既然尚未受胎，该条第 1 项所称“他人”，并未存在，该项规定自无适用余地。此项观点，亦难赞同。依二审法院无法律错

误之事实认定,原告系在患有梅毒之母体内受孕,遭受感染,并发展成为有梅毒病质之人。倘无被告之侵害行为,原告将不会成为一个患有病毒之人,争讼之问题,不是一个胎儿或未受胎者之损害,而是一个患有疾病,染有梅毒出生之人所遭受之损害。原告之损害与被告使原告之母亲感染梅毒之加害行为具有相当因果关系,已如前述。对原告而言,此种损害因出生之完成而发生,而其所表现者,则为对其健康之侵害,第 823 条之要件,悉其具备……

(2) 学者之见解。上开 BGHZ 8,243 一案判决,曾引起广泛争论。对其结论,学者咸表赞同,对其理由构成,则意见分歧。著名的法理学及刑法学者 Welzel 认为,此一判决代表“自然法之复兴”(Erneuerung des Naturrechts),赞誉备至。<sup>①</sup> 若干学者认为,判决理由诉诸“自然”(Natur)与创造(Schöpfung),未臻严谨,因而致力于寻找实体法上之依据,其主要方向,在于证明“胎儿”具有权利能力,故侵害胎儿者,乃属侵害“他人”,应依《德国民法》第 823 条第 1 项前段之规定,负损害赔偿责任。Wolf 系从医学、神学及伦理学之立场,肯定胎儿具有权利能力,得为侵权行为之客体。<sup>②</sup> Deynet 及 Heldrich 系从《西德基本法》第 1 条第 1 项及第 2 项规定,认定胎儿具有权利能力。<sup>③</sup> Stoll 则更从比较法之观点立论。然而,所应注意的是,Selb 于 1966 年在《民法文库》(Archiv für Zivilistische Praxis),发表了一篇长文“Schädigung des Menschen vor Geburt—ein Problem der Rechtsfähigkeit?”(出生前之侵害—权利能力之问题)<sup>④</sup>,彻底全面检讨向来之判例学说,强调关于出生前侵害能否请求损害赔偿之问题,不是胎儿有无权利能力之问题,而是侵害(Verletzung)之问题,备受重视。

### 〔案例三〕 BGHZ 58,48:车祸侵害胎儿之案例

(1) 案例事实及判决理由。在本案,被告驾车不慎撞倒原告 A 所驾驶之车,致其妻原告 B 身受重伤,右胫骨及肋骨破裂,并有严重震荡,在医院昏迷多日,始告清醒。原告 B 当时已怀胎 6 个月,其子原告 C 出生时

① Welzel, Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1962, S. 226.

② Wolf-Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955.

③ Deynet, Die Rechtsstellung des nasciturus und der noch nicht erzeugten Person im deutschen, französischen, englischen und schottischen bürgerlichen Recht, 1960; Heldrich, Der Deliktsschutz des Ungeborenen, JZ 1965, 593ff.

④ Selb, AcP 166, 76.



患有麻痹,脑部受伤,乃诉请损害赔偿,三审均获胜诉。

原审法院认为,原告C于被告为侵权行为时虽尚未出生,但就其健康所受损害仍得请求赔偿,基本上系以BGHZ 8,243一案判决为依据。最高法院亦赞同此项见解,认为原告C系属《德国民法》第823条第1项所称身体健康遭受不法侵害之“他人”。最高法院特别指出,《德国民法》第823条旨在保护出生者身体之完整及健康。在本案无须检讨胎儿是否受有侵害,何时受有侵害,亦无须检讨是否应承认胎儿享有不受侵害及健康之权利。盖本案所涉及者,不是胎儿所受损害之赔偿,而是一个生而患有疾病之人所受损害之赔偿。侵害行为发生于“人”之存在及取得权利能力之前,并不影响《德国民法》第823条之适用。加害人故意伤害孕妇,妇科医师或助产士因医疗失误致胎儿于出生过程中遭受伤害者,均有本条规定之适用。胎儿终必出生为人,胎儿与其后出生者系属同一人。此种自然事实,侵权责任法(Haftungsrecht)亦须顾及,故侵害胎儿者,于该胎儿出生时,即构成对人健康之侵害,被害人得依《德国民法》第823条规定,请求损害赔偿。

(2) 学者见解。本案判决系德国实务上关于出生前侵害所采之最近见解。30年来之争论,因本案判决而终告结束,学者议论亦趋于平静。权威民法学者Larenz先生对30年德国判例与学说之发展,作有如下之结论:

关于一个出生之人,就其于出生前阶段,或在于受胎之际,或在于受胎之前,因第三人或其父母之行为所加之损害,得否请求损害赔偿,最近议论甚多。最高法院于BGHZ 8,243及BGHZ 58,48二案判决均采肯定说,若干学者认为被害者此项请求权,须以其于遭受侵害时已具有权利能力为要件,易言之,即认为《德国民法》第823条第1项所规定者,系侵害他人之权益,因此在概念上须以有一权利主体之存在,作为被害人。Pawloiski主张应类推适用《德国民法》第1923条第2项及第844条第2项第2款之规定,承认胎儿就其于出生之前所受之损害之赔偿请求权,具有部分权利能力(Teilrechtsfähigkeit)。然而,依吾人所信,应以Selb之见解,较为可采,即未出生者之被侵害性与其权利能力无关。纵使吾人认为人因其出生而取得权利能力,法律意义上之人格者因出生而存在,但此并不足改变人于出生前在生物体上存在之事实。人之生命(menschliches Leben)何时开始,自何时起应受法律保护,与其自何时起始得以一个具有个

体之人而存在,而享有权利能力,系属二事,不可混淆。一个生物有机体于出生前所受之侵害,对此发展中生物体之形成及功能所生不利之影响,于其出生后,仍会继续。于此情形实可认为,一个人因受出生前不利影响之作用,致其健康遭受侵害。《德国民法》第1条仅规定,人之权利能力始于出生,并未规定其作为生物体之存在,亦始于出生。关于此种对人之生命于出生前阶段所为自然侵害(natürliche Verletzung)而生之损害赔偿请求权,须有一个因出生而取得权利能力、权利主体之存在,固不待言。于一般情形,损害赔偿请求权于有加害事由时,即行发生。于出生前侵害之情形,其损害赔偿请求权非于肇致损害之际成立不可,否则将权利能力之取得提前至出生之前,实无必要。<sup>①</sup>

## 2. 美国法

(1) 出生前侵权责任之一般原则。19世纪后叶以来,在美国法上关于出生前侵害(prenatal injuries)案例甚多,第一个案件(Dieterich v. Northampton)发生于1884年。<sup>②</sup>在本案,某怀孕5个月之妇女,在被告保管失周之道路上跌倒,因受惊吓而致流产,胎儿发育未全,大约10分钟至15分钟,即告死亡。马萨诸塞州最高法院法官Oliver Wendell Holmes<sup>③</sup>,遍查国内外资料,并未发现可供支持胎儿及其后出生死亡者主张侵权行为损害赔偿之先例,乃以胎儿系属身体之一部分,非属马州法律所称之“人”(person)为理由,判决原告败诉。又在1900年Allaire v. St. Luke's Hospital一案<sup>④</sup>,原告之母因生产住院,在电梯中遭受伤害,致原告出生患有残疾,伊利诺伊州最高法院亦否定原告之损害赔偿请求权,除以上开Dieterich v. Northampton判决为依据外,并认为倘采肯定说,则生母于怀孕期间不慎伤及胎儿时,亦将负损害赔偿责任,不合情理。其他各州法院

<sup>①</sup> Larenz, Lehrbuch des Allgemeinen Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, S. 81.

<sup>②</sup> Dieterich v. Northampton, 138 Mass. 14-52 Am Rep. 242(Supreme Judicial Court of Massachusetts 1884).

<sup>③</sup> Oliver Wendell Holmes(1841—1935)系美国最卓越之法官之一,曾任最高法院法官(1902—1932),经常秉其良知,提出反对意见(dissenting opinion),故又誉为“伟大之异议者”(The Great Dissenter)。其所作之有名判决,曾由Schriver编集为“The Judicial Opinions of Mr. Justice Holmes”(1940)。著有“The Common Law”(1881),系英美法之名著。Holmes学识渊博,在本案判决中甚至引用德国法学家Savigny, System des heutigen römischen Rechts(现代罗马法体系)之著作(138 Mass. 17)。

<sup>④</sup> Allaire v. St. Luke's Hospital(Supreme Court of Illinois 1900), 56 N. E. 638.

基本上均采相同见解,主要论点有二:① 胎儿为母体之一部分,非属法律上之“人”,被告对于其行为时尚未存在之人,无注意之义务。② 加害人之过失与损害之间是否具有因果关系,实难断定,不免发生虚伪诉讼之虞。①

对此实务上保守之见解,美国学者批评甚烈。1946年哥伦比亚特区法院于 *Bonbrest v. Kotz* 一案②,乃改采肯定说,绝大多数州亦陆续废弃其先例,认为胎儿出生为活产者,就其出生前所受侵害而生之结果,得请求损害赔偿;因出生前所受侵害而死亡者,得提出不法致人死亡之诉(*Action For Wrongful Death*)。在 *Smith v. Brennan* 一案③,新泽西州最高法院法官 *Proctor* 曾谓:“正义要求吾人承认一项原则,即每一个孩童,均应享有得以健康身心开始其生命之权利。”(*Justice requires that the principle be recognized that a child has a legal right to begin with a sound mind and body*)。美国权威侵权行为法学者 *Prosser* 谓:“如此断然推翻一个确立之原则,在侵权行为法史上实属罕见。”④

(2) *Zepda v. Zepda*. 关于出生前侵害之损害赔偿,美国法上历数十年之发展已采肯定说,前已论及。最近 *Zepda v. Zepda* 一案⑤,被告依“不法使人出生”(wrongful life)为理由,向生父请求损害赔偿,产生新的争议。本案被告 *Louis Zepda* 系波多黎各之黑人,虽已结婚,仍自称未娶,而向某白女求婚,并同居。该女怀孕之后,发现受骗,拒不结婚,所生之子名叫 *Zepda* 者,认为生而为私生子,且为杂种,乃对其父提起诉讼,请求损害赔偿。此为西洋法制史上从未有之案例,辩护律师 *Hugh Matchet* 系虔诚之基督徒。被告毫无资产,未聘律师,据称诉讼之目的在于确立一项新的法律原则,期能“惩治不负责任之父亲”,重振社会善良风俗。

芝加哥地方法院驳回原告之诉,第二审亦判决原告败诉,伊利诺伊州最高法院亦维持原判决。综观各级法院判决,其所以拒绝承认此种“不法使人出生”系属一种侵权行为,有基于事实之考虑,有基于法律上之理由,

① 参见 *Prosser, Law of Torts, 3rd Edition, 1964. p. 354f.* (本书有新版)

② *Bonbrest v. Kotz* (District Court of The United States, D. C. 1946), 65, F. Supp, 138.

③ *Smith v. Brennan* (Supreme Court of New Jersey 1960), 157A. 2d 497(503).

④ *Prosser, Law of Torts, p. 356* "... the most spectacular abrupt reversal of a well settled rule in the whole history of the law of torts".

⑤ *Zepda v. Zepda, 1963, 41 I 11, 1pp. 2d 240, 190 N. E. 2d 849.*

可归为四点言之：

① 在1960年美国之非婚生子女多达224330人，在伊利诺伊州有14262人，其中10112人住在芝加哥。假若确认使人以非婚生子女地位出生，系构成侵权行为，则诉讼群起，势必造成社会问题。

② 此种新的侵权行为一旦被创设，则不满意自己肤色、患有遗传病或羞于父母之声名者，亦将主张损害赔偿，甚至不免有人会以“未经同意被出生，致在人间受苦”为理由提起诉讼，请求之依据将无限制扩大，漫无边际。

③ 社会变迁及科学进步，使法院面临新的问题，必须改革旧法，补充或创造新的制度，期能适应变动多端的时代。然就本案而言，法院无立即采取措施之必要。盖其所涉之法律论点虽属新奇，但问题本身及社会背景，与人类历史同样古老，不必急于创设新的侵权类型，速求解决。盖改善非婚生子女之处境，使与婚生子女享有平等之地位，系立法、行政之责任，近年来已有显著成就。

④ 从损害赔偿之观点言，所谓损害系指减损被害人之权益而言。在本案之情形，原告于出生前，本不存在，被告使其出生，由无变有，纵原告对于自己出生之状况不满意，从法律观点言，亦难谓受有损害。<sup>①</sup>

(3) *William v. State of New York*<sup>②</sup>. 在本案，有某妇女因精神衰弱住进纽约市立精神医院治疗。因医院监督疏懈，致遭强暴，因而生产一子，名叫 William，原告认为，医院未尽适当监督义务，使其母遭人污辱，致其出生，未能获得一种正常孩童应有之家庭生活、父母之扶养及照顾，财产权益均被剥夺，并蒙受私生子之污名的讥笑及其他不利益，主张纽约州应以医院所有人之地位，对其所受之损害，负损害赔偿责任。

纽约州地方法院判决原告胜诉，认为被告强暴原告之母时，原告尚未出生或受孕，对于侵权行为之成立，不生影响。法院于判决理由特别强调：“普通法 (common law) 是能够发展的，而且必须要能发展，否则将如

<sup>①</sup> 参见拙著：《民法学说与判例研究》（第一册），北京大学出版社2009年版。关于此一判决之诉讼上之经过及争论问题，参见 Max Rheinstein, *Rechtswidrige Erzeugung menschlichen Lebens*, *Festschrift für Fritz von Hippel*, 1967, S. 373; Laufs, *NJW* 1965, 1053; Heldrich, *Der Deliktsschutz des Ungeborenen*. *JZ* 1965, 593.

<sup>②</sup> *William v. State of New York*, 34 U. S. Law Weeks, 1965 260 N. Y. S. 2d 953. 关于本案判决经过及争论问题，参见 Max. Rheinstein, S. 384.

Winfield 教授所云,仍将停滞于 Plantagenetse 时代”外,并表示肯定此项请求权,不致产生严重后果,无须顾虑。

二审法院废弃此项判决,Gibson 法官在其简短之判决理由中谓:“承认此种请求权,使对一个人之出生负责赔偿一项难以确定之损害,自立法政策言,实属不妥,欠缺合理依据。”1966 年 12 月 29 日纽约州最高法院之判决同意此项观点,认为原告所主张之请求权,固然具有新奇性,惟本案情形特殊,影响深远,宜审慎考虑;再则,就法律构成要件而言,使某人在此种情形出生,而不在他种情形出生,实难认为系不法致他人受有损害,构成侵权行为。

### 3. 英国法

就出生前侵害,被害人得否请求损害赔偿,英国法(英格兰及苏格兰)未著有判例。<sup>①</sup>在沙利窦迈度事件之后,关于未出生者之保护,在英国国会及社会引起深切的关心。为此,于 1972 年 12 月 29 日,司法大臣依法制委员会法(Law Commission Act 1965)之规定,要求法制委员会(Law Commission)对出生前侵害之民事责任问题,提出研究报告及立法建议案。该委员会先于 1972 年发表所谓之“资料文件”(working paper),提出基本构想,征询各界人士意见<sup>②</sup>,而于 1974 年 8 月完成:“关于对未出生孩童侵害之报告”(Report on Injuries to Unborn Children)<sup>③</sup>;其所建议制定之《生而残障民事责任法》[Congenital Disabilities (Civil Liability) Bill],已于 1976 年经英国国会通过施行。

《生而残障民事责任法》共设有 5 条规定。第 1 条规定,对生而患有残障之儿童的民事责任(civil liability to child born disabled);第 2 条规定,怀孕妇女驾驶时对胎儿所生侵害之责任(liability of women driving when pregnant);第 3 条为补充规定(supplementary provisions);第 4 条为解释规定(interpretation);第 5 条为简称及适用范围(citation and extent)。本法

① 在 1939 年于利物浦(Liverpool Assizes)曾发生一案,有一梯子因被告之过失掉落到一孕妇身上,致胎儿于次日出生,仅生存一日即死亡,于诉讼之际,被告支付 100 镑而和解之。参见 Winfield, "The Unborn Child", (1942)4 University of Toronto Law Journal, 278; reprinted in (1942) 8 Cambridge Law Journal (at p. 83).

② Working Paper No. 47, Injuries to Unborn Children, The Law Commission, 1973.

③ Report on Injuries to Unborn Children, The Law Commission No. 60, (1974) Cmnd. 57090. 本报告共 61 页,内容详尽,甚具参考价值。

系目前世界各国关于出生前侵害民事责任之唯一立法例,实值重视。

关于英国法上此项出生前侵害民事责任之基本要件,应说明者有四:

(1) 得主张此项民事赔偿权利者,系出生之人(a living person),胎儿不享有此种权利。

(2) 任何对被害人之父、母的侵权行为(tort in common law),肇致被害人于出生前受有侵害者,不论其为故意、过失或违反法定义务,加害人均应负损害赔偿责任,纵被害人之父、母未受有可请求赔偿之损害(actionable injury),亦然。

(3) 此项侵害行为,究发生于被害人受胎之前(matters arising before conception),或于其母怀孕期间及实际生产过程中(matters arising when the child's mother is pregnant or during the actual process of childbirth),均非所问。

(4) 被害人非生存达48小时者,不得依本法请求关于生命期待丧失(loss of expectation of life)之损害赔偿。

### (三) 台湾地区现行“民法”之解释适用

“民法”关于出生前侵害之损害赔偿问题,未设特别规定,原则上应适用第184条第1项前段之规定:“因故意或过失不法侵害他人权利者,应负损害赔偿责任。”依此规定,侵权行为之成立,须具备之基本要件有六:①须有侵害行为。②须侵害他人权益。③须造成损害。④须侵害行为与损害之间具有相当因果关系。⑤须有违法性。⑥须有故意或过失。兹参酌前述德、美、英各国判例学说及立法例,逐项讨论之。

#### 1. 侵害行为

肇致出生前侵害之行为,或为输血,或为不洁性交,或为车祸;于受胎前、怀孕期间或生产过程中均可发生,前已论及。此项侵害行为通常先发生于父、母(尤其是母亲)身上,再转而作用于胎儿或出生者之身上。因此,同一侵害行为得构成两个侵权行为,一为对被害人之母亲,一为对未出生者(胎儿)。惟所应注意的是,加害行为对被害者之父、母是否成立侵权行为,非属对未出生者成立侵权行为之前提要件。例如孕妇服用药物,本身虽无损害,但胎儿因此而受伤害者,仍可成立侵权行为,盖父母与子女家属不同之主体,是否成立侵权行为,应个别判断也。

## 2. 侵害他人之权益

(1) 对胎儿之侵害。此为各国法制上最具争论之问题。第 184 条所称“他人”，系指享有权利能力者而言。人之权利能力始于出生（第 6 条），惟依第 7 条规定：“胎儿以将来非死产者为限，关于其个人利益之保护，视为既已出生。”关于胎儿之权利能力之性质，计有二说：① 附解除条件说，认为胎儿出生前既已取得权利能力，但将来如系死产时，则溯及丧失其权利能力。② 附停止条件说，认为胎儿须待出生后，始溯及出生前取得权利能力。学者多采前说。<sup>①</sup> 1955 年台上字第 943 号判决谓：“黄瑞耀于和解时尚未出生，而胎儿以将来非死产者为限，关于其个人利益之保护视为既已出生，此为第 7 条所明定，黄瑞耀在和解时既系胎儿，将来是否死产无从悬揣，是黄林敏亦无从代理而为和解”，似采后说。

依吾人见解，附解除条件说对胎儿之保护，较为周到，似较可采，故胎儿虽未出生，已享有权利能力。准此而言，胎儿因他人故意或过失之不法行为而遭受损害者，即得由胎儿之父母以法定代理人之地位<sup>②</sup>，请求损害赔偿或与加害人和解之。惟倘胎儿死产者，其父母应依不当得利之规定，返还其以胎儿名义所受领之损害赔偿，自不待言。

(2) 侵害行为发生于受胎之前。侵害行为发生时，胎儿已存在，固可适用第 7 条规定，使胎儿得径请求损害赔偿，倘侵害行为发生时被害者尚未受胎，如何处理，不无疑问。德国部分判例及学说有认为侵权行为之成立须以侵害行为发生时，被害主体业已存在为要件。此种见解，似难赞同。依吾人所信，侵权行为与损害在时间上不必同时发生，德国通说亦同此观点。英国法制委员会（Law Commission）在前开研究报告中认为，倘有某制造商生产一个具有瑕疵婴儿车（pram），则不得以被害人于该车制造时尚未受胎，作为其不负赔偿责任之抗辩，基本上亦采此见解。<sup>③</sup> 由是观之，侵害行为与损害在时间上纵有间隔，不足妨害侵权行为之成立，可

① 参见洪逊欣：《民法总则》，1976 年新版，第 73 页；郑玉波：《民法总则》，1982 年修订初版，第 76 页；施启扬：《民法总则》1982 年 9 月初版，第 68 页。

② 关于胎儿之法定代理人，“民法”未设明文。惟第 1166 条第 2 项规定：“胎儿关于遗产之分割，以其母为代理人。”学者认为，应类推适用此项规定，关于胎儿利益之保护，应以其父母为法定代理人，参见洪逊欣：《民法总则》，第 73 页。

③ Report, para 76: “If a manufacturer negligently manufactures and markets a pram, it is no answer to the claim of the child under whom it collapses that he was not alive at the date of its manufacture.”

谓是各国法制之一致见解。

### 3. 损害

出生前因遭受不法侵害而受到之损害,主要为身体健康,尤以感染梅毒,致生畸形、残废,最称严重。胎儿于出生前死亡者,其权利能力溯及消灭,不成立侵权行为,惟其母亲本身健康因此受有侵害者,得依侵权行为之规定请求损害赔偿,自不待言。

### 4. 因果关系

关于出生前侵害是否构成侵权行为,德国判例学说上所争论的两个概念,在台湾地区现行“民法”上亦有澄清之必要:间接损害(mittelbarer Schaden)与间接肇致损害原因(mittelbare Verursachung)。<sup>①</sup>

损害可分为直接损害及间接损害,例如甲驾车不慎撞伤受雇于丙之工程师乙,则乙所受之损害为直接损害(unmittelbarer Schaden),丙因此而受财产上损害(如工厂不能如期开工、生产减少)为间接损害。此种间接损害除法有明文规定者外,原则上不在赔偿之列。所谓法有明文规定,系指不法致人于死之情形而言(第192条、第194条)。

至于肇致损害原因,无论其为直接或间接,只要与所生之损害具有关系,均可成立侵权行为。就BGHZ 8,243一案之事实而言,在台湾现行“民法”上亦应作相同之认定,即甲医生为乙妇输血,因疏于检查未发现所输之血含有病毒,致胎儿丙因此感染而受有损害时,肇致损害之原因虽先在母体发生,再传染于胎儿,仍无碍于其因果关系之成立也。

### 5. 违法性

关于违法性之问题,应讨论者有二:①父母之侵害行为的违法性,此点另于次项讨论之;②父母之允诺,可否阻却违法。例如有孕妇某甲,参观正在台北举行之第5届世界女垒比赛,为乙击出之快速球击中腹部,跌倒于地,致胎儿早产,脑部受伤,于此情形,甲妇就其本身之伤害,不得依侵权行为之规定向乙(或主办单位)请求损害赔偿,盖通说认为,参观球赛,应解为具有容忍比赛过程中通常可预期发生意外事故之意思,可以阻却违法。<sup>②</sup>此项“允诺阻却违法”之原则,对于“胎儿”如何适用,不无疑

① 关于此项概念,参见 Herman Lange, Schadensersatz, 1979, S. 41f; Medicus, Unmittelbarer Schaden und mittelbarer Schaden, 1977.

② 参见史尚宽:《债法总论》,第124页。



问。又例如孕妇因病住院医疗或生产,而与医院订有免责条款时,对于胎儿是否亦有效力,亦值研究。

对此问题,英国法制委员会在其最初发表之资料文件(working paper)中,认为父母与子女为独立之人格者,父母之允诺或自甘冒险(assumption of risk),不能阻却对未出生者侵害行为之违法性。<sup>①</sup> 此项观点,甚受批评。律师协会(The Bar Council)提出反对意见,略谓:“关于父母以契约排除或限制责任,以及得允诺者非不法(volenti non fit injuria)之问题,吾人认为实难忽视生母与胎儿形体上之一体性。设有两个妇女作摔跤游戏,以娱电视观众,其中一个妇女已怀孕,则其所生之子女得否就因此所生之损害,向另一妇女以身体伤害为理由,请求损害赔偿?倘妇女无从以契约限制对胎儿之责任,则或许将被拒绝乘坐汽车或轮船,或受雇于特种行业。吾人认为,在与他人之契约关系上,将母亲或胎儿作为一体看待,自社会观点以言,应可接受,实有必要。”<sup>②</sup> 英国法制委员会接受此项意见,认为母亲得依契约排除限制加害人对自己或对胎儿之责任,而于1976年通过施行之《生而残障民事责任法》第1条第6款设其规定。

关于此项问题,就台湾地区现行“民法”而言,父母与子女(或胎儿)系个别权利义务之主体,因此父母所为允诺或免责条款,不当然对其子女(或胎儿)有拘束力,固不待言。惟依法定代理原则,父母得代胎儿为允诺,以阻却加害行为之违法,或订立免责条款,以限制加害人之责任。准此以言,现行“民法”之解释,与上开英国法之规定,结论应属相同,依吾人所信,此在“立法政策”上,实为合理而必要。

#### 6. 故意或过失

关于故意或过失,应依一般原则判断之,无待详论。例如,甲明知患有梅毒,仍与其妻性交,可预见将使胎儿感染,具有故意(未必故意);驾车不慎撞伤孕妇,致胎儿早产,健康受损,亦有过失。应特别说明者,系在受胎前侵害(pre-conception injury)之案例,有过失之侵害行为与胎儿之出生,可能经历相当之期间,其因放射线所引起之基因变化(gene mutations),或许在数代之后,始会显现出来。<sup>③</sup> 就理论以言,时间之距离,并

① Working Paper No.47, para, 26 and 34.

② Report, para 66.

③ Report, para 80.

不影响侵权行为之成立,已如上述,实际则易滋困扰。为此英国法制委员会特建议仅第一代得请求出生前侵害之损害赔偿(There should be no claim for prenatal injury otherwise than at the suit of the first generation),而于《生而残障民事责任法》第4条第3款规定之,实具参考价值。

### 三、父母之侵权责任

#### (一) 概说

子女出生后,父母因故意或过失不法侵害其身体健康者,应依侵权行为规定,负损害赔偿责任,系民法之基本原则。倘父母之侵害行为系发生于子女出生之前时,在何种情形,应负侵权责任,不无疑问。例如,酗酒母亲驾车不慎发生车祸,致胎儿早产,脑部严重受损,应否负损害赔偿责任?一般言之,此类诉讼,殊少发生,惟在父母失和或其他特殊情形,亦不无可能。其主要问题在于父母之侵害行为是否具有违法性,如何判断,事涉亲子关系,堪称微妙,特详为论述。

#### (二) 比较法上之观察

##### 1. 德国法

在父以梅毒传染其子之案例,德国 Schleswig 高等法院肯定生父应负侵权责任,最高法院则以侵害行为时,被告尚无权利能力而否定之,惟均未提及父母之侵害行为本身是否具有违法性之问题。在医院输血一案(BGHZ 8, 243),最高法院谓:“至于父亲或母亲于怀孕之际,因患有一时或先天疾病,而将此疾病传染于受胎之子女,致其健康自出生时起即遭受损害时,是否构成对健康之损害,抑或在此情形根本不发生损害赔偿,盖倘无父亲或母亲可非难之行为,则该孩童根本不能出生,因本案原告健康之受损害,系因可归责于被告医院之行为所致,故本庭无须作出判决。”由是可知,德国实务上早已认识到问题之存在,惟迄未采取明确之立场。

在学说方面,Stoll 认为,对胎儿健康之侵害,除故意者外,合法与不法之界限,殊难断定。胎儿之生命权与母亲之人格权互相对立,强制孕妇从事维护胎儿之生活方式,对民法而言,实在是一种奢望,对母亲生活方式

的控制,既违反其利益,实际上亦无法实施。<sup>①</sup> Selb 亦强调,因德国民法对此问题未设明文,父母侵权责任之界限,实难划定,仅能参酌整个法律秩序之基本原则,以漏洞填补之方法解决之。基此认识, Selb 认为,单纯因受胎怀孕,致其子女受损害者(例如遗传病),父母不负责任。至于父母因故意或过失,以外在原因致其子女于出生前遭受损害时,则须负责。<sup>②</sup>

## 2. 美国法

在美国法上,子女得以出生前因受父母之侵害而请求损害赔偿者,尚无其例。在 *Zepda v. Zepda* 一案,伊利诺伊州最高法院曾明白表示,使人出生本身并不构成侵权行为,前已详述,兹不赘。

## 3. 英国法

最值得注意的是英国最近法制之发展。英国法制委员会在其“出生前侵害之损害赔偿”之资料文件(working paper)中,曾初步认为,依英国普通法(common law),父母于其子女出生之前加以侵害者,仍应负侵权责任,此项原则应维持不变。<sup>③</sup> 对于此点,各界人士见解不一,赞成者有之,反对者有之,意见甚为分歧。惟多数意见倾向认为,子女对其生母应无损害赔偿请求权,始称妥适。律师协会(The Bar Council)提出如下之备忘录:“吾人承认就逻辑及原则而言,生母怀孕期间或怀孕之前,因其过失之作为或不作为致胎儿受有损害,对其所生之子女应负损害赔偿赔偿责任。然而,在任何法律体系,于若干领域,逻辑及原则应对社会之可接受性及自然感情让步。此项特殊责任,即属此种领域。”<sup>④</sup>

英国法制委员会在其正式报告中,建议采取折中立场,即生母无须负责,但生父仍不免其责任,而于《生而残障民事责任法》第 1 条第 1 项设其

① Stoll, S. 758.

② Selb, AcP 166, 115f.

③ Working Paper No. 47, para. 26, “If a child is born with a disability due to his mother’s negligent act or omission during pregnancy it seems that at first sight socially unacceptable that he should have a cause of action for damages against her”.

④ Reprot para 55: “we recognize that logic and principle dictate that if a mother’s negligent act or omission during or before pregnancy causes injury to a foetus, she should be liable to her child when born for the wrong done. But we have no doubt at all that in any system of law there are areas in which logic and principle ought to yield to social acceptability and natural sentiment and that this particular liability lies in such an area”.

规定。其所以认为生母无须负责者,旨在顾全亲子关系,避免作为父母婚姻上之攻击手段,以及过分限制生母之社会生活;其所以认为生父不免其责任者,主要理由为上述顾虑并不存在,再者,生父与胎儿非属同体,肇致损害机会较少,而且生父并不当然为生母之“夫”,故原则上应适用普通法之一般原则,使生父就其所加于子女之损害,负损害赔偿赔偿责任。

惟应注意的是,于1973年设立之“人身伤害之民事责任及赔偿委员会”(Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury)<sup>①</sup>,于1980年3月发表其三巨册之报告,对出生前侵害(ante-natal injury),亦作有深入研究,认为前开《生而残障民事责任法》仅排除生母之责任,实有不妥,应予修正,强调自社会政策而言,子女对其父或母于其出生前所加之损害,均不得主张损害赔偿请求权,始足维护亲子关系及家庭和睦。<sup>②</sup> 数年之间,英国立法例及立法建议案三易其见解,可见此项问题牵涉甚广,处理之不易。

### (三) 台湾地区现行“民法”之解释适用

#### 1. 概说

由上述比较法上之观察,可知父母就其所加于未出生子女之侵害行为,应否负侵权责任,是个复杂之问题。就民法基本原则而言,父母与子女系个别的人格,父母侵害已出生子女时,应依侵权行为之规定,负损害赔偿赔偿责任。自逻辑以言,此项原则对于出生前所为之侵害行为应有适用余地。其所应注意的是,亲情及社会政策应如何斟酌。论者有谓:①承

① 1973年,英国首相 Mr. Heath 鉴于英国社会对于“沙利窦迈度”事件之关心,于1972年12月19日宣布设立 Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury,由 Lord Perrson 担任主席,检讨研究英国人身损害赔偿制度,历时5年,曾派员至英、美、德、瑞士、荷兰、瑞典、奥地利、新西兰、新加坡等国考察。在英国本土曾举行225次会议,共支出1337446英镑,于1978年3月完成报告,共三大册,内容详细,具高度参考价值,俟于他日再著文介绍。由此事可知,大英帝国虽已崩溃,但英国人重视法制之精神,仍然存在。一个尊重法律、尊重人民权利之民族,将永不没落。

② Report, volume 1 (1978), Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, Cmnd. 7054-1, paras 1470, 71: “It can be argued that, as a child retains full right of action against its parents in respect of any injury inflicted after birth, he should be able to suit her or both parents in respect of ante-natal injury. We believe, however, that the social argument which has impressed so many of our witness should prevail. The argument is particularly strong in the case of the mother, but the danger of disrupting family life applies also to the father. We recommend that a child should not have a right of action for damages against either parent for ante-natal injury”.

认子女就其出生前之侵害,对父母有损害赔偿请求权,将使亲子关系处于一种紧张不和谐之状态。② 父母生下残废子女,一般言之,会付出更大之爱心加以照顾,不是损害赔偿请求权所能取代。③ 夫妇关系失调之际,一方配偶(尤其是夫),不免以子女名义,提起诉讼,此项请求权将成为婚姻上之攻击武器。诸此论点,甚值重视,自不待言,惟此等顾虑于父、母侵害已出生子女之情形,亦属存在。现行“民法”关于父、母侵害未出生之子女侵权责任,未设特别规定,原则上仍应适用侵权行为之规定,亲子关系及侵害行为之特殊性,则在构成要件上斟酌之。

### 2. 父母不负侵权责任之情形

(1) 所谓“不法使人出生”。首应特别提出讨论者,系所谓美国法上“不法使人出生”(wrongful life)之案例。在 Zepda v. Zepda 及 William v. State of New York 两案均采否定说,英国法制委员会曾详尽讨论此一问题,亦持同一见解,主要理由有二:① 自立法政策言,此事影响深远,应持审慎。② 自法律技术言,使人出生本身,并未使出生者因此受有损害。在台湾地区现行“民法”上虽未曾有此类案例,但应作相同之解释。准此以言,某甲强暴乙女,或以结婚为饵诱乙女同居者,其因此所生之子女丙,不得以受有“损害”,依侵权行为之规定,向生父请求损害赔偿。

(2) 遗传性疾病。父母因受胎而将遗传性疾病,传染于子女者,虽构成出生前之加害行为,胎儿(或出生之人)亦受损害,惟就现行法律秩序而言,生育行为本身系一项应受尊重之基本价值,亦是人格之表现,父母纵有遗传性疾病,亦不因此而使其生育行为具有法律上之非难性,成立侵权行为。

### 3. 父母应负侵权责任之情形

除上述“使人出生”及“遗传性疾病”外,父、母原则上应对其所加于未出生者之侵害行为负责。例如生母将梅毒传染予其子,生母堕胎未成致胎儿遭受伤害,父、母驾车肇致车祸等。其所应注意的是,于通常情形加害人是否具有过失,应视其是否已尽交易上必要注意而定(抽象过失)。惟在父母侵害其未出生子女之情形,鉴于其亲子关系,尤其为避免孕妇于其日常生活受到过分之限制,应仅使其负与处理自己事务为同一之注意(具体过失)。

## 四、损害赔偿之范围——父、母与有过失之承担

### (一) 概说

被害人就其出生前所受侵害,得依一般规定请求损害赔偿(第 213 条以下、第 193 条),无待详论。其应注意的是,被害人于遭受他人不法侵害时,尚在母体之内,与母体合为一体,损害之发生或扩大,父、母(尤其是母亲)与有过失者,甚属常见。例如,甲驾车不慎,撞伤孕妇乙,致胎儿丙受有伤害,而乙对车祸之发生具有过失;A 医生为 B 妇输入含有病毒之血, B 怠于为必要之检查,致丙于受胎后感染梅毒,生而残废。于诸此情形,均发生一项问题,即被害人向加害人请求损害赔偿时,应否承担其生母(法定代理人)之与有过失,受减免损害赔偿数额之不利利益。

### (二) 比较法上之观察

#### 1. 德国法

在德国法上,关于子女于何种情形应承担父母之与有过失,向有争论。《德国民法》第 254 条设有被害人与有过失之规定(相当于第 217 条),而该条第 2 项第 2 款谓:“于此情形,准用第 278 条之规定”(台湾地区现行“民法”无此款规定,《德国民法》第 278 条相当于台湾地区“民法”第 224 条)。基此规定,德国通说认为关于子女应否承担父、母(法定代理人)之过失,应分两种情形决定之:①被害人与加害人有债之关系时,关于其法定代理人之故意或过失,被害人应与自己之故意或过失,负同一责任。②被害人与加害人无债之关系时,无类推适用《德国民法》第 278 条规定之余地,子女不必承担其法定代理人之与有过失。①

关于出生前之侵害,是否适用此项原则,德国判例及学说多未特别论及,仅 Selb 对此作有简单说明,认为被害人虽尚未出生,但应以其母为其法定代理人。至于在何种情形,被害者与第三人之间有债之关系存在, Selb 未详为论述,仅认为形成中及未来之生命(das werdende und künftige Leb-

① 参见 Larenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1976, S. 424ff.

en) 得为德国法上所谓“附保护第三人作用契约”所保护之对象<sup>①</sup>, 例如租赁房屋之楼梯具有瑕疵, 孕妇因而坠落受伤者, 胎儿于出生后就其所受之损害, 亦得依其母亲与出租人间之租赁契约, 向出租人请求损害赔偿, 惟应承担其生母之与有过失。<sup>②</sup>

## 2. 美国法

在美国法上, 关于子女应否承担父母之与有过失, 侵权行为法权威教授 Prosser 于其著名之《侵权行为法》(Law of Torts) 一书中作有如下简洁之说明: 父、母之过失归由其子女负担, 系一项极属不当之古老原则, 子女与其父母并不具有法律上之同一性。在 1829 年纽约州有一则判决, 认为某 2 岁孩童与被告同乘雪橇, 因被告之过失而遭受侵害时, 因其父照顾失周, 不得请求损害赔偿, 此为使吾人之法律“黯然失色”之判决之一。在英国此项错误亦再重复, 惟其后已遭废弃。此项野蛮之原则, 使无辜之被害人难获赔偿, 并将其父之罪过加诸子女身上, 曾为美国各州所接受, 一度几成通说, 如今已遭制定法或判决法所废弃, 缅因州为唯一之例外, 但势难长期维持。所谓父母负有照顾子女之“代理职务”, 诚无意义。父母将因其过失而获利之顾虑, 已不存在, 盖法院得命令将赔偿金额为子女设立信托也。<sup>③</sup>

## 3. 英国法

在英国普通法, 关于子女应否承担父母之与有过失, 权威之侵权行为法教科书 Winfield and Jolowicz on Tort, 亦作有如下之说明: 损害之发生纵由于照顾孩童之父、母或监护人之过失, 除此项过失为意外事故之唯一原因外, 被害人仍得请求损害赔偿。长期以来, 此已被认为系属正确之见解, 以前曾一度认为, 子女应与其监护人之过失认同, 并无诉权。此项将父、母之罪过加诸于子女之身上, 于 1888 年一项判决, 遭受致命之打击, 1933 年 Oliver v. Birmingham etc, Omnibus Co. Ltd 一案更将之钉入棺材。在本案, 某 4 岁之孩童 A, 由其祖父 B 照顾通过马路, 在马路中间, 被告所驾驶公车驶近, 未予警告, 致 B 受惊吓, 松 A 之手, 致 A 被撞受伤。B 虽

① 关于德国法上“附保护第三人作用之契约”(Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte), 参见拙著:《民法学说与判例研究》(第二册), 北京大学出版社 2009 年版。

② Selb, AcP 166, 120.

③ Prosser, Law of Torts, p. 504.

有过失,被告仍应负损害赔偿之责。<sup>①②</sup>

关于出生前侵害,英国法制委员会(Law Commission)在其所提出之“资料文件”中,采取上开英国普通法之基本原则,认为父、母之与有过失,不能影响其子女之损害赔偿请求权。<sup>③</sup> 各界人士对此反应不一,有认为此项原则在一个以过失为体系之侵权行为制度,对加害人有失公平,基于生母与胎儿在身体上之一体性,生母之与有过失应可减免加害人之赔偿金额;孕妇之医疗,须要其合作及自我照顾,因此对胎儿之侵害,孕妇应负连带责任之可能性,实难忽视;医师、药师或药物制造人仅有轻微过失时,应对被害人负全部损害赔偿责任,显属不当。法制委员会斟酌此项意见,决定放弃原来观点,认为子女就其出生前侵害,请求损害赔偿时,须承担其生母之过失<sup>④</sup>,而于《生而残障民事责任法》第1条第7项明定,法院得斟酌情事,秉公正及衡平(just and equitable)之原则,依可归责于生母责任之程度,减少损害赔偿金额。

然而,所应注意的是,1978年公布之“人身伤害之民事责任及补偿委员会”报告,却又建议废止上开1976年《生而残障民事责任法》第1条第7项之规定,其主要理由为:被告得以被害人父、母之与有过失作为减免责任之抗辩(defence)时,则生母在怀孕期间之行为,包括抽烟、食用药物,均须调查,生育行为之隐私事项,例如生父(并非当然为生母之夫)是否感染梅毒,父母是否曾被医生警告有生产缺陷子女之危险性等,必须公开于外,不但有损父母之人格,而且造成子女长大后对父母之怨愤以及家庭之失和。<sup>⑤</sup>

### (三) 台湾地区现行“民法”之解释适用

关于子女应否承担父、母之与有过失,现行“民法”未设明文,多数学

① Winfield and Jolowicz on Tort, Tenth edition, 1975, p. 112.

② 英美法学者对于将父、母之过失归由子女负担(imputed negligence)所以如此深恶痛绝,亦有其制度上之理由,因依英国普通法(common law)之一般原则,被害人对损害之发生与有过失者(contributory negligence),根本不得请求损害赔偿,实嫌苛刻。在英国此项原则于1945年由The Law Reform(contributory negligence) Act, 1945变更,改采过失分配原则。参见 Hepple & Matthews, Tort, Cases and Materials, 1974, p. 292f.

③ Working Paper No. 47, paras. 26 and 34.

④ Report, paras 65 and 66.

⑤ Report, Volume I, Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, paras. 1473-1477.



者采肯定说,惟未提出法律依据,论述未详。“最高法院”对此问题亦表重视,于1979年第3次民事庭庭推总会(1979年3月21日)作出两项决议:

(1)第224条所指之代理人,是否包括法定代理人在内,有甲乙两说。甲说:第224条所谓代理人,包括意定代理人及法定代理人而言。乙说:本条所谓代理人,指意定代理人而言,法定代理人则不包括在内。以上两说,应以何者为是,提请公决。决议:采甲说。

(2)第224条是否可类推适用于第217条关于被害人与有过失之规定,亦即在适用第217条之场合,损害赔偿权利人之代理人或使用人之过失,是否可视同损害赔偿权利人之过失,适用过失相抵之原则,有甲乙两说。甲说:第224条可类推适用于第217条被害人与有过失之规定,亦即在适用第217条之场合,损害赔偿权利人之代理人或使用人之过失,可视同损害赔偿权利人之过失,适用过失相抵之法则。乙说:侵权行为之被害人之法定代理人不能类推适用,其余同甲说。以上二说,应以何者为当,提请公决。决议:采甲说。

依第224条,债务人代理人或使用人关于债之履行有故意或过失时,债务人应与自己之故意或过失负同一责任。本条之适用,须以当事人间有债之关系作为前提条件,上开1979年度第3次民事庭庭推总会决议认为第224条可类推适用于第217条被害人与有过失之规定,是否以“当事人间有债之关系”为要件,由于决议中未附理由,不得确知。惟似以肯定说较为可采;易言之,第224条系以当事人间有债之关系为其规范基础,其所类推适用者,乃“债权人”(被害人)应就其代理人或使用人关于损害发生或扩大之故意或过失,负同一责任,似仍须以债之关系之存在为其前提条件。

准据上述,关于未成年子女应否承担父母之与有过失,原则上应与德国民法采同一解释,即被害人与加害人无债之关系时,无须承担法定代理人之过失。关于出生前侵害亦应适用此项原则,就其结论而言,与英美法之基本立场,亦无不同。依吾人所信,此实为合理而公正,盖子女与父母为个别权利主体,原则上应无须承担他人之过失。法定代理制度系为子女利益而设,非如使用人之由雇用人基于其利益而选任监督,不宜相提并论。未成年人遭受他人不法侵害时,须承担父母之过失,与法定代理制度之规范目的,实有未符。例如有8岁之学童甲,在马路上遭乙驾车违规超

速所撞伤,肇致严重脑震荡,送医救治,应支付医药费用 20 万元,经查其父丙对损害之发生具有 50% 过失。于此情形,依吾人见解,被害人甲得径向乙请求全部之损害赔偿,而乙于为赔偿后,得另依共同侵权行为之规定,向丙求偿。依被害人应承担法定代理人过失之见解,甲仅能向乙请求 10 万元。或有以为甲与丙系属“一家人”,无论采何说,其结果并无不同。实则不然,此在法定代理人无资力时,尤为显著。在上举之例,倘甲之法定代理人丙无支付一半医药费之能力时,而被害人须承担其父之过失时,则其所受之损害,势难获得全部补偿,不足保护未成年人之利益,甚为显然。

## 五、结 论

由于科技进步,社会生活日趋繁杂,意外事故层出不穷,人于出生前即已遭受不法侵害,致其健康遭受损害者,日益严重,殊值关切。英国法制委员会于 1974 年发表“出生前侵害”之研究报告,国会于 1976 年制定《生而残障民事责任法》,1978 年公布之“人身损害之民事责任及补偿委员会”对于本法又提出修正建议,可见其受重视之程度。此项问题在德国及美国之判例学说,亦甚有争论。这些比较法上之资料及案例,可增进吾人对基本问题之认识,并作为解释适用台湾地区现行“民法”之参考,兹分四点言之:

(1) 第 7 条规定,胎儿以将来非死产者为限,关于其个人利益之保护,视为既已出生。故胎儿因他人故意或过失不法侵害其身体或健康者,其未来之父、母即得以法定代理人之地位,依第 184 条第 1 项之规定请求损害赔偿,至于侵害行为究发生于受胎之前、受胎之后或与受胎同时发生,均所不问。依德、英、美三国立法例及判例学说,须俟被害人出生后始得请求,似以台湾地区现行“民法”之规定较为周全。

(2) 关于父、母之加害行为,原则上仍应适用一般规定。因此生父患有梅毒,传染于胎儿,母服药物堕胎未成致胎儿遭受损害者,均应负侵权责任。惟在下列两种情形,不成立侵权行为:① 所谓“不法使人出生”(wrongful life),例如甲以结婚为饵诱乙女同居,其所生之非婚生子丙不得依侵权行为之规定,向甲请求损害赔偿,盖“非为婚生”非属损害也。② 遗传性疾病之传染,盖生育行为乃“现行法律秩序”所承认之基本价

值,不具违法性也。

(3) 父母(尤其是母亲)关于阻却违法之允诺,所订立之免责条款,基于父母之法定代理权,应解为对于胎儿亦生效力。

(4) 父母对出生前损害之发生或扩大与有过失者,被害人应否承担,尚有争论。英美法原采肯定说,但被视为足以使法律蒙羞(to mar the face of the law)之野蛮规定,业遭废弃。德国判例学说依《德国民法》第254条第2项第2款准用《德国民法》第278条之规定,认为被害人与加害人无债之关系时,无须承担父母之过失。台湾地区“民法”第217条系仿自《德国民法》第254条,惟未设有准用第224条之规定。1979年度第3次民事庭庭推总会决议认为应类推第224条规定(相当于《德国民法》第278条)。惟是否须以当事人间有“债之关系”为前条要件,“最高法院”未详为说明,依吾人所信,应采肯定说,始符合现行“民法”之价值判断与法定代理制度之规范功能,以保护未成年子女之利益。

在本文发表之后,于“最高法院”民刑事裁判选辑(第1卷第4期第112页)发现一则关于子女应否承担父母之与有过失,可供参考。在1980年台上字第3558号判决一案,被上诉人以灌制香肠为业,1979年12月19日19时40分许,在上诉人住宅后庭院灌制香肠。上诉人之法定代理人在场帮忙绑香肠,被上诉人疏未注意将绞肉机之电源线拔掉或置之于小孩所不能碰及之处所,致1975年4月16日出生之上诉人,玩弄绞肉机时,上诉人年甫7岁之姊陈碧珠开电源开关,绞肉机将上诉人之左手前端压碎。被上诉人固难免其过失责任,上诉人之法定代理人在场疏未阻止小孩玩弄绞肉机,就此结果之发生亦属与有过失。此为原审依据被上诉人之抗辩及上诉人之法定代理人在检察官侦查中之陈述,合法确定之事实。原审因认被上诉人应负50%之赔偿责任,并在上诉人之起诉请求范围内,就医药费部分核定为新台币(下同)24528元,就装置义肢电子手3套(6年一换)部分,核定依霍夫曼式扣除中间利息后为132883元(4舍5入);就精神慰藉金部分,核定为8万元。总共237411元,其半额为118706元(4舍5入)。命被上诉人如数赔偿,并加给法定利息,而将上诉人超过此范围之请求驳回。在判决内逐一说明其理由,于法核无违误。查被害人之法定代理人就损害之发生如有过失,亦属第217条所定之“被

害人与有过失”，而有过失相抵原则之适用。至认定被害人之法定代理人有过失，及减轻加害人赔偿金额之程度，则均属事实审法院认事职权之正当行使，不得任意指为违法。慰藉金金额之核定，尤不容争论多寡。超过义肢电子手3套之赔偿请求权，倘别无消灭之原因，非不可另循合法途径解决。上诉讼旨，就此各点，均有误会。据此而求就原判决对其不利部分废弃，非有理由。

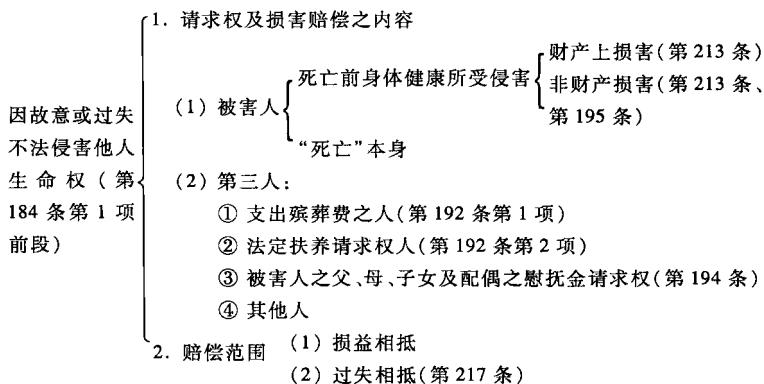
此项判决肯定于“债之关系”外，未成年人亦应承担法定代理人之与有过失，殊值重视。关于此项问题，法无明文，事涉亲子关系及第三人利益之衡量，见仁见智，见解不同，实不足惊奇。惟所应说明者，系本案判决理由仅一句话：“查被害人之法定代理人就损害之发生如有过失，亦属第217条所定之‘被害人与有过失’，而有过失相抵原则之适用。”对于法定代理人之过失（第三人之过失）何以得径认为系被害人（请求权人）之过失，并未指出其法律依据或推理过程，理由构成颇嫌粗糙，判决之结果，纵可资赞同，此种只有断论而无理由之判决，亦值商榷。故如何加强判决之理由构成（Begründung），实值重视。

# 侵害生命权之损害赔偿

## 一、绪 说

意外事故死亡系台湾地区十大死亡原因之一,其中因车祸死亡者,就1981年度而言,即多达4054人。在死亡事故中,因他人之侵权行为而发生者,虽无统计资料可供查稽,但为数不少,殆可断言,此可由诉讼案例窥见之。此种因侵害生命权而生之损害赔偿,系各法院民事审判实务上之重要问题,自值重视,特搜集“最高法院”历年判例及判决,试作综合性之整理、分析、检讨,以供参考。

关于不法侵害他人致死之损害赔偿,涉及甚广,其主要问题有三:①请求权基础(基本构成要件)。②请求权人及损害赔偿之内容。③损害赔偿之范围(损益相抵及与有过失)。为期明了,兹将其重点先行图示如下,再详论:①



① 关于侵害他人生命权所生之损害赔偿在比较法上之研究,参见 International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI Torts, Chapter 9, Personal Injury and Death, by Harvey Mc Gregor, 1975.

## 二、请求权基础

关于不法侵害他人致死之损害赔偿,第192条及第194条虽设有规定,但此等条文本身仍不足作为请求权依据,尚须结合(in Verbindung mit)第184条以下关于侵权行为成立之规定,始足构成请求权基础(Anspruchsgrundlage)。易言之,即须以加害人对于死者成立侵权行为为前提。其应特别说明者有二:①加害人须有故意或过失;②侵害行为与死亡之间须具有相当因果关系。兹分述之:

### (一) 加害人之过失

不法侵害他人致死,应负损害赔偿责任者,以加害人有故意或过失为要件。1953年台上字第865号判例明白指出此点,并对所谓过失作详尽之说明,认为:因过失不法侵害他人致死者,固应负第192条、第194条所定之损害赔偿责任,惟过失为注意之欠缺,民法上所谓过失,以其欠缺注意之程度为标准,可分为抽象的过失、具体的过失及重大过失三种。应尽善良管理人之注意(即依交易上一般观念认为有相当知识经验及诚意之人应尽之注意)而欠缺者,为抽象的过失;应与处理自己事务为同一注意义务而欠缺者,为具体的过失;显然缺乏普通人之注意者,为重大过失。故过失之有无,在抽象的过失,则以是否欠缺应尽善良管理人之注意定之;在具体的过失,则以是否欠缺普通人之注意定之;在重大过失,则以是否显然欠缺普通人之注意定之,苟非欠缺其注意,即不得谓之有过失。就侵权行为而言,其过失之有无,原则上应以是否怠于善良管理人之注意为断(抽象过失),苟非怠于此种注意,即不得谓之有过失(参阅1930年上字第2746号判例)。

### (二) 加害人之侵害行为与被害人之死亡须具有相当因果关系

关于此点,1934年上字第107号判例曾特别强调,认为甲之行为与乙之死亡间,纵有如无甲之行为、乙即不致死亡之关系,而此种行为按诸一般情形,不适于发生该项结果者,即无相当因果关系,自不得谓乙系被甲侵害致死。兹再举实例两则,以供参考:

(1) 1944年上字第769号判例谓:上诉人于1938年6月间,将其与

某甲共同贩卖之炸药寄放于某乙开设之洗染店楼上,至1940年8月13日夜,因该洗染店屋内设置之电线走电引燃该项炸药,致将住宿于该店之被上诉人胞兄某丙炸死,虽为原审斟酌上诉人等公共危险案件之刑事确定判决,及被上诉人对于某甲等请求赔偿殡葬费、扶养费之民事确定判决所确定之事实,然上诉人寄放之炸药,系因走电引燃,以致爆炸,上诉人于走电引燃,原审既未认定其有何过失,对于某丙之被炸身死既无何等责任,纵令上诉人如无寄放炸药之行为,某丙不致被炸身死,然寄放之炸药,非自行爆炸者,其单纯之寄放行为,按诸一般情形,实不适于发生炸死他人之结果,是上诉人之寄放炸药,与丙之被炸身死,不得谓有相当之因果关系。被上诉人对于上诉人为赔偿殡葬费、扶养费之请求,无从认为有理由。原判决乃以某丙非因炸药爆炸,即不致发生死亡之结果,遂维持第一审命上诉人赔偿殡葬费66.7元,扶养费1000元于被上诉人之判决,于法殊有未合。

(2) 在1956年台上字第520号判决一案,上诉人之子或夫或父即死者某甲于1954年3月13日遭被上诉人因细故殴打成伤,至同年4月15日自缢身死。上诉人以死者受伤无钱医治羞愤自缢,其死亡与伤害有因果关系,对被上诉人提起赔偿慰藉金8000元(4人每人2000元)之诉,第一审及原审法院均认为诊断书所载某甲前胸部受殴打成伤,治疗期间为10日,并无足以致死之情形,而自缢身死系在经过治疗10日以后,难认与伤害有何因果关系之存在。“最高法院”亦采此见解,明确表示:“不法侵害他人致死者,被害人之父母、子女及配偶虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额,惟此项请求权须有损害之发生及有责任原因之事实外,并以两者之间有相当因果关系为其成立要件”,否定上诉人赔偿慰藉金之请求权。

### 三、被害人之请求权及其继承

#### 死亡前身体健康所受损害之赔偿

##### 1. 被害人得请求之损害赔偿

因故意或过失不法侵害他人者,被害人当场即告死亡者有之,但于通常情形,侵害与死亡之间,多有一段时间距离。于此期间,被害人就其身

体、健康所受之损害,仍得依法请求损害赔偿。兹分财产上损害及非财产上损害两种情形言之:

(1) 财产上损害之赔偿。关于财产上损害,最为重要者,厥为医药费之支出(参阅1950年台上字第987号判例),并应包括检验及诊断费(1958年台上字第1799号判决)。被害人欠医院之医药费,虽未现实支出,因属消极减少财产,将来亦有支付之义务,故以必要者为限,亦得请求。<sup>①</sup>又在住院医疗期间不能工作所损失之薪水、工资及生活上所需之费用亦均得请求之(第216条、第193条)。

(2) 非财产上损害之赔偿。被害人就其死亡前身体健康所受之非财产上损害(精神及肉体之痛苦),亦得请求赔偿相当之金额(慰藉金)(第195条第1项)。<sup>②</sup>

### 2. 被害人请求权之继承

被害人不治死亡时,继承因而开始,继承人自继承开始时,承受被继承人财产上之一切权利义务,但权利义务专属于被继承人本身者,不在此限(第1148条)。准此规定,继承人得承受死者(被继承人)对加害人之财产上损害赔偿请求权,固不待言。惟关于非财产上损害之金钱赔偿(慰藉金),除已依契约承诺或已起诉者外,不得继承(第195条第2项)。慰藉金不得继承之原则,旨在避免违反被继承人意思,因其痛苦而受利,固有所据,惟在不法侵害致人于死之情形,身体健康受侵害与死亡之间,时间短暂,或因加害人逃逸,或因忙于医治,被害人纵欲起诉,亦有困难,欲得加害人承诺,实际上殆不可能,因此慰藉金之“不继承性”(Unvererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs),立法论上是否妥当,不无疑问。最近德国学者主张修正此项原则,备受重视,自值参考。<sup>③</sup>

### 3. 第三人为被害人支出医药费之请求权

在实务上引起争论者,系第三人为救治被害人支出医药费时,应如何处理。例如,甲驾车不慎,撞伤乙,昏迷于途,丙送乙赴医救治,支出医药费用5000元,乙仍不治死亡,其子丁继承之。关于此点,1978年度第14次民事庭会议作有决议,认为:“被害人因伤致死,其生前因伤害所支出之

<sup>①</sup> 参见1973年《法律座谈会汇编》,第18页。

<sup>②</sup> 关于“慰藉金”之问题,参见拙著:《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。

<sup>③</sup> Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 1981, S. 269.



医药费,被害人之继承人得依继承关系,主张继承人之损害赔偿请求权,由全体继承人向加害人请求赔偿。其由无继承权之第三人支出者,对于被害人得依无因管理或其他法律关系主张有偿还请求权,并得代位债务人(被害人之继承人)向加害人请求赔偿。”此项决议文中所谓“代位债务人(被害人之继承人)向加害人请求赔偿”,语意简略,尚有分析检讨之余地。

首先所应予说明者,系第三人丙得依无因管理之规定向被害人乙(或其继承人),请求偿还其所支出之医药费用(第176条)。其次被害人乙得依侵权行为之规定向加害人甲请求损害赔偿。又应确定者,系第三人丙对于加害人甲并无任何直接请求权。“最高法院”基本上亦采此见解,惟其所谓“代位债务人(被害人之继承人)向加害人请求赔偿”,若系指移转代位,则于法无据;若系指第242条所规定之债权人代位权,则债务人怠于行使其权利时,债权人因保全债权,得以自己之名义,行使其权利,法有明文,并有特定之构成要件,事属当然,列入决议文,似属赘词,语焉不详,易滋疑义,应非妥适。<sup>①</sup>

#### 4. 关于“死亡”本身之损害赔偿

应特别讨论者,系被害人就其遭受他人不法侵害致“死”本身,是否有损害赔偿请求权。关于此点,“最高法院”著有判例,采否定说(参阅下文)。盖以被害人既已“死亡”,权利能力因而消灭,就其死亡,应无请求损害赔偿之余地。<sup>②</sup>实务上引起争论者,系死者之继承人得否就被害人如尚生存时所应得之利益,请求加害人赔偿。

在1965年台上字第951号判例一案,上诉人均系上诉人赵世读独资经营之高美海水浴场救生员,负有于海滩巡逻制止泳客游越红旗警戒线,并救护游客游泳失事之义务。1962年8月2日下午4时许,被上诉人夫妇之次男詹益智,偕友数人,于该场开放时间,购票入场游泳时,上诉人竟怠忽职守,未携带救生设备入海防护,致詹益智于同日下午5时许为海水吞没,尸体流失。“最高法院”认为:“不法侵害他人致死者,其继承人得否就被害人如尚生存时所应得之利益,请求加害人赔偿,学者间立说不一。要之,被害人之生命因受伤而消灭时,其为权利主体之能力,既已失

<sup>①</sup> 参见拙著:《为被害人支出医药费、无因管理及代位》,载于本书。

<sup>②</sup> 此为德国之通说,参见 Medicus, S. 268.

去,损害赔偿请求权亦无理由成立,则为一般通说所同认,参以民法就不法侵害他人致死者,特于第 192 条及第 194 条定其请求范围,尤应解为被害人如尚生存所应得之利益,并非被害人以外之人所得请求赔偿”。此项见解,可资赞同,自不待言。

## 四、第三人之损害赔偿请求权

### (一) 概说

因故意或过失不法侵害他人致死者,被害人就其“死亡”本身,并无损害赔偿请求权,已如上述。应注意的是,第三人因被害人死亡,受有损害者,其情形甚多:支出殡葬费者有之,丧失扶养请求权者有之,精神痛苦者有之,工厂因而停工者有之(如技师死亡)。于诸此情形,第三人就其所遭受之损害,得否向加害人请求损害赔偿,殊值研究。

就原则以言,第三人就其因被害人死亡而受之损害,欲向加害人请求损害赔偿时,须依第 184 条关于侵权行为之一般规定。惟此等损害多属财产上之损失,而非特定权利遭受侵害,并多系间接,是否符合一般侵权行为之构成要件,容有疑问。为此,民法乃特设明文,规定特定范围之人就特定类型之损害,得径向加害人请求损害赔偿;是否符合一般侵权行为之构成要件,在所不问。兹分殡葬费、扶养费、慰藉金及其他情形论述之。

### (二) 支出殡葬费者之请求权

第 192 条第 1 项规定:“不法侵害他人致死者,对于支出医疗及增加生活上需要之费用或殡葬费之人,亦应负损害赔偿责任。”据此规定,应说明者有四:

(1) 请求权人,为任何实际支出殡葬费之人,是否为被害人之继承人,在所不问。

(2) 所得请求之殡葬费,限于实际支出者。在 1953 年台上字第 864 号判决一案,有某立法委员因淡水英专礼堂倒塌受伤死亡,其家属以无力负担其丧葬费,请求“立法院”动支预备金。“最高法院”认为,于此情形该立法委员之妻因未支出丧葬费,自不得请求。又在本案,“最高法院”亦明确表示,预计将来因运送骨灰回大陆原籍安葬之费用,因未实际支

出,亦不得请求赔偿。

(3) 所实际支出之殡葬费,并非均可请求,实务上区别可请求之项目及不可请求之项目如下:

可请求之项目:① 寿具费(棺木费)。② 运棺、运尸及灵柩车费。③ 寿衣费(包括细布、毛布及麻鞋)。④ 丧祭用品费。⑤ 造墓及埋葬费。⑥ 遗像及镜框费。⑦ 诵经或祭典费。①

不可请求之项目:① 祭献牲礼费(如鸡鸭菜肉及烟酒)。② 丧宴费用。③ 乐队费用。④ 安置禄位及奉祀之费用。②

(4) 可请求项目实际支出殡葬费之数额,应衡量死者之身份、地位、经济情况及实际上必要性而定之。③ 1962年台上字第3671号判决认为殡葬所支出之数额,未能确切证明,法院得斟酌台北市极乐殡仪馆经理(处理)埋葬乙级费用为准予赔偿之依据,可供参考。

### (三) 扶养费之请求权

第192条第2项规定:“被害人对于第三人负有法定扶养义务者,加害人对于该第三人亦应负损害赔偿责任。”准此规定,应说明者有三:

#### 1. 请求权人

何人得依本条规定请求扶养费,应依第1114条以下关于法定扶养义务之规定定之,敬请参阅,兹不赘。仅就实务上常见之特别问题论述之:

(1) 配偶之请求权。关于配偶间扶养请求权,民法未设明文,学者肯定之④,实务上亦然。1954年台上字第787号判例谓:“夫妻间扶养义务之发生原因,与一般亲属之扶养固异其趣,故在立法例及学说,多不以一方之生计困难为其要件。民法关于夫妻扶养义务未设明文,依第1114条及第1117条解为受扶养权利者,仍须以不能维持生活而无谋生能力者为限,自非毫无根据。”因此,配偶为小学教员,有固定职业以维持生活,并有

① 参见1956年台上字第420号判决;1957年台上字第942号判决;1959年台上字第798号判决;1961年台上字第1464号判例;1965年台上字第3190号判决;1966年台上字第646号判决;1974年台上字第1347号判决;1976年台上字第3231号判决。参见戴森雄:前揭书,第392页。

② 参见1960年台上字第952号判决;1961年台上字第1464号判例;1966年台上字第646号判决。

③ 参见1956年台上字第420号判决。

④ 参见史尚宽:《亲属法论》,第685页。

谋生能力时,不能请求扶养。<sup>①</sup> 1974年台上字第1347号判决更作有具体之说明,即:原审以吴某对其有扶养义务,固非无据,然查吴妇年事尚轻,如非体弱多病,不胜繁劳,通常不能谓无谋生能力,虽云子女年幼需亲自照顾,分身求职势所难能,则俟子女年长,起居饮食均可自理时,吴妇当非不可自食其力。而俟子女长大成年,对于其母即吴妇应各负扶养义务,又为法所当然。原审就此未予审究,竟按吴妇生存余龄38年计算,统命上诉人连带赔偿其全部之扶养费,未予递减,尚嫌疏略。

(2) 被害人死亡前尚无赡养能力时其法定扶养请求权人得否请求扶养费。设甲驾车不慎,撞死8岁之乙,乙之父及母均40余岁,颇能自足,得否向加害人请求扶养费?关于此点,应采肯定说。盖依1929年上字第2041号判例之见解,被害人虽尚无赡养其父母之能力,但侵害被害人将来应有之赡养能力,即与侵害其父母将来应受赡养之权利无异,其父母得因此诉请赔偿。至赡养数额,应以被害人将来供给赡养能力为准,不应以父母此时需要赡养之生活状况为准。

(3) 扶养义务人如有数人时权利人应如何请求。设甲驾车不慎,撞死乙,乙有父母年老不能维持生活,惟乙有弟丙、丁二人,经济能力相当。于此情形,乙丙丁均为扶养义务人(第1115条第1款),应各依其经济能力分担扶养义务(第1115条第3款),因此乙之父母仅能向甲请求1/3扶养费用之赔偿。

## 2. 扶养费数额之计算及支付方式

扶养费赔偿数额,应依下列方式计算之:

- (1) 请求权人受扶养期间之认定。为认定请求权人受扶养期间,① 须认定被害人可能扶养期间,即其有谋生能力之年限。一般认为成年为达到劳动适格之年龄,有扶养能力<sup>②</sup>;如为学生,则可预期学业完成后,即有扶养能力。<sup>③</sup> ② 在此被害人可能扶养期间内,再认定请求权人得受

① 参见1954年台上字第787号判例;1974年第6次民庭庭推总会决议谓:“配偶为终身共同生活之亲属,较之家长家属关系尤为密切,故夫妻间互负扶养之义务,应无疑问,现行法以其系自明之理,不特设夫妻互负扶养义务之明文规定,1954年台上字第787号判例,亦不否认夫妻间有扶养义务,惟须以不能维持生活而无谋生能力者为限,故夫妻之一方被第三人不法侵害致死者,他方如原不能维持生活且无谋生能力,而受另一方之扶养,得依第192条第2项请求加害人为损害赔偿。”

② 参见1966年台上字第3187号判决。

③ 参见1965年台上字第3190号判决。

扶养之期间；扶养请求权人如未成年，原则上算至成年前一日<sup>①</sup>；如已成年，则参照统计上资料（例如保险业寿命统计表），算定其残余生命。<sup>②</sup> 兹举一例说明之：甲驾车不慎，撞死45岁之劳工乙，乙遗有65岁之母丙及3岁之幼子丁。设乙通常于60岁退休（参阅“劳工保险条例”第58条），则其可能扶养期间为15年。又设丙之可能生存期间为5年，则其受扶养期间为5年。丁届成年虽尚有17年，但因乙可能扶养期间仅15年，则其受扶养期间亦为15年。

（2）于依上述认定之请求权人受扶养期间内，参酌被害人与扶养请求权人之关系，被害人将来应得之收入，扶养请求权人之需要，并加害人之经济能力及身份，以定加害人应支付之扶养费。被害人将来应得之收入，应按其职业、地位、能力算定之，但须扣除被害人之生活费。被害人年幼而无职业时，应按其家境、资力、性格、年龄及其他情事算定，其达到劳动适格年龄后，所应得之收入，并应扣除教养所需费用。<sup>③</sup>

关于扶养费之支付方式，“民法”未设规定，一次支付或以“年金”支付，均无限则。惟实务上多采一次支付（即每年一期，依次计算，求其总和）。关于此点，“最高法院”于1958年4月20日民刑庭总会决议论述甚详，认为：甲以其子被丙故意杀害致死，业经判处丙杀人罪刑确定在案，嗣依第192条之规定，提起请求，命丙赔偿扶养费若干年及若干元之诉，经该管法院判令丙按每月给付甲新台币600元，并依台湾银行核定放款日拆1/2为标准扣除中间利息（即为霍夫曼方法计算）而为一次赔偿。而究其实，此种命加害人一次赔偿扶养费用，关于扣除历年之中间利息，宜依第203条之规定，以5%为扣除期前利息之准据，否则无确定之计算方法。<sup>④</sup>

### 3. 扶养费请求权之继承性

扶养请求权人死亡时，其继承人得否主张继承其权利，向加害人请求

① 参见1963年台上字第3400号判决。

② 参见马元枢：《侵权行为及债务不履行之损害赔偿范围》，载《法令月刊》第25卷第11期，第7页。

③ 参见1970年台上字第1609号判决；参见马元枢，前揭文。

④ 关于扶养费之各种计算方式，尤其是所谓之霍夫曼方法，参见孙森焱：《民法债编总论》，第244页；具体案例之适用及其演算，参见法务通讯社印行之《侵权行为损害赔偿案例选辑》，1981年8月再版，第113页以下。

赔偿?关于此点,应采否定说,殆无疑问。盖诚如1960年台上字第625号判例所云,因扶养请求权被侵害而生之损害赔偿请求权,以扶养请求权存在为前提,而扶养之请求乃请求权人身份法上专属之权利。该权利因请求权人死亡而消灭,其继承人不得继承其身份关系对加害人请求赔偿死亡后之扶养费用。

#### (四) 被害人之父母、子女及配偶之慰藉金请求权

第194条规定,不法侵害他人致死者,被害人之父母、子女及配偶,虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额。此项规定,在实务上甚具重要性,兹分三点讨论之:

##### 1. 请求权人

请求权人限于被害人之父母、子女、配偶。所谓子女,应从广义解释,包括非婚生子女在内。<sup>①</sup>又依第7条规定,胎儿以非死产者为限,关于其个人利益之保护,视为既已出生,亦得请求,自不待言。

##### 2. 慰藉金数额之计算

非财产上损害之金钱赔偿,如何始属“相当”,应斟酌加害行为,加害人之身份、地位、家庭经济状况或能力,请求权人所受痛苦之程度,以及其与死者之关系及其他一切情事而定之。<sup>②</sup>兹以最近案例说明之。在1980年台上字第3423号判决一案,未成年人某甲于1979年9月24日晚在安定乡中沙村新东酒家杀死某乙,应由某甲之法定代理人负连带赔偿责任。乙之父丙因其子被杀,精神痛苦,请求赔偿慰藉金20万元。乙之妻丁年轻丧偶,精神备受痛苦,请求赔偿20万元。原审法院认为丙因其子被杀身死,精神自属痛苦,其慰藉金之请求,斟酌两造身份地位,经济状况,认以4万元之赔偿为相当……丁年轻丧偶,精神备受痛苦,其请求赔偿慰藉金,固非无据,斟酌两造社会地位,经济情况,以6万元为相当。“最高法院”以原审认定之金额,于法并无不合,而维持之。按本案被害人遭人故意杀死,其父、其妻所得请求慰抚金之数额,是否相当,固应斟酌一切情事

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《债法总论》,第204页。

<sup>②</sup> 参见1958年台上字第1416号判决;1959年台上字第797号判决;1974年台上字第2571号判决。

而定之,但4万元及6万元是否偏低,仍有研究余地。<sup>①</sup>

### 3. 胎儿得请求之慰抚金

应特别提出讨论者,系胎儿就其生父死亡所得请求之慰抚金。在1977年台上字第2759号判决一案,上诉人赵建得、赵吴克兰、赵孝义、赵孝翰、赵王锦莲(简称赵建德等5人),主张:赵海龙系赵建德、赵吴克兰之子,赵王锦莲之夫,赵孝义、赵孝翰之父,原为交通处铁路局机车助理员,于1976年3月22日晚7时许,奉派担任自八堵开往苏澳之宜兰线第721次货车助理司机,该次列车由瑞芳开出经过金山平交道时,适有上诉人交通处公路局(简称公路局)所属客车司机王培安驾驶客车至该地,王培安明知有火车经过平交道而不予注意,且不待已下车观察火车动态之车掌詹丽香引导,即自行加速硬闯穿越,致撞上该次火车,使赵海龙胸出血死亡,依第188条第1项之规定,公路局应与王培安(亦当场死亡)负连带赔偿之责等情,求为命公路局赔偿赵建德等5人,每人慰藉金新台币(下同)15万元。原审法院斟酌赵建德、赵吴克兰、赵王锦莲分别为赵海龙之父母、配偶及其他一切情事,命公路局赔偿该3人每人10万元。赵孝义于车祸发生时仅2岁半,感受痛苦淡薄,准由公路局赔偿5万元,赵孝翰为遗腹子,于车祸发生时不知痛苦,毋庸予以赔偿。

原审法院以胎儿不知痛苦,而否认其慰抚金请求权,实令人惊奇!所幸“最高法院”废弃此项不当见解,认为不法侵害他人致死者,被害人之子女得请求赔偿相当数额之慰藉金,又胎儿以将来非死产者为限,关于其个人利益之保护,视为既已出生,第194条第7条定有明文,如何为相当,应酌量一切情形定之,但不得以子女为胎儿或年幼少知为不予赔偿或减低赔偿之依据。此项判决,立论正确,实值赞同。

### (五) 其他第三人之请求权

关于不法侵害他人致死,得请求损害赔偿之人及其得请求之损害,于第192条及第194条设有规定,已详如上述。其他之人纵因被害人死亡受有损害,除具备侵权行为一般构成要件外,均不得请求赔偿。在实务上

<sup>①</sup> 关于“慰藉金”数额之统计,参见拙著:《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版;吴忠钦:《交通事故民事责任之研究》,1981年初版,第166页,本书内容丰富,甚具参考价值。

常见者,系死者之父母请求受胎后医药营养及生前养育死者之费用。此项请求权所以不能成立,一则由于民法对此未设规定,二则由于此项费用在侵害行为发生前既已支出,非属因侵害行为而生之损害,不符合第184条规定之构成要件。<sup>①</sup>又设有某甲受雇于乙之工厂,担任高级技师,负责某一生产部门,上班途中,被丙驾车超速所撞死,乙之工厂因而停工半月,受有损失。于此情形,乙之停工受有损失,虽系因被害人之死亡所引起,但其所受侵害者,非属权利,且系间接,故亦不得依第184条请求赔偿。此项结果衡诸侵权行为之基本原则,实属合理,否则加害人之责任将漫无边际,难以负荷也。惟所应注意的是,倘丙驾车撞死甲,旨在使乙因而停工,受有损失时,则应属故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人,应依第184条第1项后段之规定负损害赔偿赔偿责任,自不待言。

又须特别提出说明者,系因“他人之死亡”而直接受有损害之案例。设有某6岁之甲,上学途中,为乙驾车违规超速碾毙,其母丙目睹其事,精神崩溃,健康受损,住院治疗。于此情形,丙得主张因其子甲死亡,法律所明定得请求赔偿之殡葬费、扶养费及慰藉金,固不待言。问题在于丙得否请求其本身健康所受之损害。此项请求权能否成立,端视是否符合第184条第1项前段之规定,而其关键之点,又在于乙之侵害行为与丙之遭受侵害(损害)之间,是否具有相当因果关系。关于此点,应采肯定说。盖目睹子女遭他人不法侵害致死,依通常情形,多会肇致健康之受损也。<sup>②</sup>

## 五、损害赔偿之范围

### (一) 损益相抵

因他人遭受不法侵害死亡,依法得请求损害赔偿之人,因此项死亡而受有利益者,亦属有之。于此情形应否适用损益相抵原则,自其所得请求之赔偿额中扣除此项利益,亦值研究,兹分项说明之:

#### 1. 奠仪及慰问金

对死者之家属致送奠仪,系传统习俗。被害人情况特殊(如遭遇矿场

<sup>①</sup> 参见1951年台上字第1388号判决;1952年台上字第1067号判决;1954年台上字第920号判决。

<sup>②</sup> 参见拙著:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。



灾害或执行职务),各界人士亦常赠送慰问金。于此等情形均不适用“损益相抵”之原则,加害人不得主张自赔偿额中扣减之。盖此等第三人给付之目的,在于使受赠人获得终局利益,而非在于减免赔偿义务人之责任也。<sup>①</sup>

## 2. 社会安全制度上之给付

(1) 劳工保险条例上之给付。劳工死亡时,在劳工保险条例上发生两种给付:遗族津贴(参阅第63条)和丧葬费(按其平均月投保薪资一次发给5个月,参阅第64条)。1959年台上字第257号判决谓:“劳工保险为一种社会安全制度,遗族纵已受领劳工保险之利益,与上诉人不法侵害他人致死所生损害赔偿无关,不得因此而谓可免除上诉人损害赔偿责任。”又在1979年台上字第248号判决一案,某甲遭遇车祸重伤不治死亡,甲之父、之子向加害人乙请求扶养费,乙以请求权人已向劳工保险局领取保险金不得请求为抗辩。又“最高法院”谓:“按保险制度,旨在保护被保险人,非为减轻损害事故加害人之责任。保险给付请求权之发生,系以定有支付保险费之保险契约为基础,与因侵权行为所生之损害赔偿请求权,并非出于同一原因。后之损害赔偿请求权,殊不因受领前者之保险给付而丧失。两者除有‘保险法’第53条关于代位行使之适用外,并不生损益相抵问题”,可资参考。<sup>②</sup>

(2) “工厂法”上之补助费或抚恤费。“工厂法”第45条规定,凡依法未能参加劳工保险之工人,因执行职务而致伤病残废死亡者,工厂应参照劳工保险条例有关规定,给予补助费或抚恤费。1960年台上字第406号判例谓:“‘工厂法’第45条对于工人之伤病或死亡所定抚恤之标准,惟于工人因执行职务而发生时有其适用,至工厂主人因故意或过失发生侵权行为所负之损害赔偿责任,并不因此给恤标准而免除。”此项判例之结论,可资赞同。盖此项抚恤亦系基于社会安全制度对劳工遗族之给付,而非在于减免加害人之赔偿责任也。

<sup>①</sup> 关于第三人对被害人有所给付而生损益相抵之问题,参见Larenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1980, S. 416f.

<sup>②</sup> 参见法务通讯社印行之《侵权行为损害赔偿案例选辑》,第180页。有疑问者,系死者之遗族能否兼得劳工保险法上之给付及第192条损害赔偿(即所谓之双重补偿, double recovery),参见拙著:《劳灾补偿与侵权行为损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

(3) “公务员抚恤法”上之抚恤金。依“公务员抚恤法”规定,公务人员遭遇意外死亡,给与一定标准抚恤金(参阅该法第3条以下)。依1974年台上字第2520号判例之见解,此项抚恤金系依公法之规定而受领之给予,其性质与依民法规定对于加害人请求赔偿之抚养费全异其趣,亦不得于依民法应赔偿抚养费金额中予以扣除。

### 3. 遗产上之利益

应特别提出讨论者,系继承人因被继承人遭受不法侵害致死而取得之遗产,应否列入抚养费赔偿金额内扣除之。例如,甲驾车不慎,撞死某乙,其无谋生能力之妻丙继承其价值500万元房屋。丙依第192条第2项规定请求抚养费时,甲得否主张应扣除此项遗产上之利益? 此项问题在德国法上曾引起长期之争论,通说认为应区别遗产本体(Stamm)及收益(Ertrag),前者原则上不予扣减,后者倘系因损害事由而提前取得者,则应扣减之。<sup>①</sup> 台湾地区实务上对此问题未有判决,应系采否定说,不问遗产本体(例如房屋)或其收益(租金),均无适用损益相抵之余地。此项见解较值赞同。盖被继承人对财产之累积或维持付出心血,旨在照顾其遗族,加害人不能由之获利,而减免其赔偿责任也。<sup>②</sup>

## (二) 过失相抵

### 1. 被害人(直接被害人)之与有过失

被害人于死亡前就其身体健康所受之损害得请求损害赔偿,已详前述。损害之发生或扩大,被害人与有过失者,法院得减轻赔偿金额或免除之(第217条),自不待言。

在实务上引起争论者,系互殴致人于死,可否成立过失相抵。于1981年台上字第2905号判决一案,某甲与某乙在大溪地外海作业,因分饭菜不均起争执,甲以刀刺伤乙,乙举刀刺死甲,甲之父母向加害人乙及雇用人星宏渔业股份有限公司,请求连带赔偿抚养费及慰藉金。关于慰藉金部分,原审法院以被害人甲与有过失而驳回甲之父母各超过6万元部分之请求。“最高法院”认为,甲与乙举刀互刺,乃双方互为侵权行为,此

<sup>①</sup> 参见 Hermann Lange, *Schadensersatz*, 1979, S. 312f.; MünchKomm/Grünsky, vor § 249 Rdnr. 109f.

<sup>②</sup> 参见 Staudinger/Medicus, § 249 Rz. 163.

与双方行为发生损害之共同原因有别,无第 217 条过失相抵原则之适用。

## 2. 直接被害人与有过失之承担

有疑问者,系第三人(间接被害人)依第 192 条及第 194 条请求殡葬费、扶养费或慰藉金时,应否承担死者(直接被害人)就其死亡之与有过失。关于此点,民法未设明文,但在解释上应采肯定说。盖第三人之损害赔偿请求权性质上虽系独立请求权,但乃系基于被害人死亡之同一事实而发生,衡诸情理,自应承担其过失,而受减免赔偿金额之不利益,否则将使加害人负全部赔偿责任,显失公平。<sup>①</sup> 实务上亦采此见解。兹举数例说明之:

(1) 于 1959 年台上字第 257 号判决一案,甲煤矿之钩车夫乙因疏忽致所钩上行之轻车(即空车)脱钩,沿轨道滑下,致将正在铁轨转弯处行走之拣煤工人丙撞死。被害人之子女向甲煤矿请求扶养费时,法院认为丙不走人行道,竟在轨道上行走,亦与有过失,而减轻赔偿金额。

(2) 于 1960 年台上字第 953 号判决一案,甲男与乙女连续通奸,女以珠胎暗结,误闻氰酸钾可为堕胎之用,嘱男代购,男年轻识浅,竟购交女服用,致中毒死亡,女之父母请求殡葬费、扶养费及慰藉金。“最高法院”认为应适用第 217 条之规定减轻赔偿金额,略谓:“第 217 条之规定,凡因被害人与有过失而生之赔偿均可适用,第 192 条之赔偿亦不能例外,原判关于第 192 条第 1 项之赔偿认有该条之适用,而关于同条第 2 项之赔偿则未予援用,而又未说明其不予援用之理由,于法自难谓合”。

(3) 于 1965 年台上字第 1390 号判决一案,甲未经领得入山许可证擅行逃入山地,由山地回程中搭乘禁止载客之倾卸车,因司机乙驾驶不慎,致车覆翻入山谷,甲遂被压伤毙命。甲之妻及子女三人请求乙之雇用人(台湾大雪山林业股份有限公司)赔偿扶养费及慰藉金。“最高法院”认为被害人未经领得许可证擅行逃入山地,回程时登搭禁止载客之卡车,以致发生不测,实属与有过失,应减轻加害人之赔偿金额。

(4) 于 1968 年台上字第 456 号判决一案,铁路局雇用之平交道栏栅工人甲,疏于注意,于列车行经该平交道时,未将栏栅放下,致驾驶机车抢越平交道之乙为该列车撞伤致死。“最高法院”认为被害人乙亦与有过失,应减轻铁路局之赔偿金额。

<sup>①</sup> 参见拙著:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

### 3. 请求权人(间接被害人)之与有过失

被害人遭遇不法侵害死亡时,特定范围之第三人就特定类型之损害,得依法请求损害赔偿,第192条及第194条设有明文,已详前述。此种第三人损害赔偿请求权系属法定独立之权利,因此请求权人于损害之发生或扩大与有过失时,法院亦得依第217条规定减轻赔偿金额或免除之。在1970年台上字第1623号判决一案,甲妇在交叉路旁,以煤球烧半锅沸油炸鱼时,疏于注意,一面炸鱼,一面背转身听人谈话,致2岁之乙行至该处,碰斜其油锅,烫伤不治身死。乙之母丙请求赔偿抚养费时,“最高法院”认为请求权人丙看顾小孩疏懈,亦属与有过失,乃依第217条规定减半赔偿金额。

## 六、结 论

本文旨在对侵害生命权所生之损害赔偿在实务上之基本问题,试作初步之整理、分析及检讨。此项1929年至1981年间数十则判例判决之整理,实系建立在他人努力之上,除“最高法院”所公布之判例要旨及其全文外,尚有台大与政大所编辑之裁判类编(民事法)。最近“最高法院”每3个月发行1卷之民刑事判决选辑,更提供最新资讯;此一选辑若能“持之以恒”,长期刊行,必可留下“最高法院”依法律实现正义之记录,将具有深远之历史意义。又近年来若干学者致力编纂法律资料文献,甚著业绩,与本文直接有关者,有戴森雄先生之《民法案例实务》(第1册);其他如施文森先生之《保险法判决之研究》(上、下),叶永芳先生之《海商贸易判决资料汇编》(第1、2辑),以及黄茂荣先生所主编之“植根法学丛书”等。裁判资料之“分类编次并评鹭刊行”,不仅“展卷厘然,钩稽称便”<sup>①</sup>,对于促进司法公开,建设法律文化,亦卓著贡献,实令人钦佩。就本文所讨论之“侵害生命权之损害赔偿”等题而言,所征引之实务上数十则判例及判决,个别视之,不免琐细之感(例如关于可否请求殡葬费之项目),惟综合省察之,可见其内容丰富,法律之基本原理原则显现其间,灿然可观,沉淀着“最高法院”数十年来适用法律,阐释疑义,填补缺漏,为充实法律生命而惨淡经营之结晶。

<sup>①</sup> 摘自《民刑事裁判选辑》第1卷和第1期之发刊辞。

# 因侵权行为负债务者之拒绝履行权及不当得利请求权

## 一、绪 说

侵权行为,就其所生之结果言,可分为两类:一为被害人受有损害,但加害人并未因此获有财产上之利益(损人不利己型),驾车超速撞伤行人即属其例。一为被害人受有损害,而加害人亦因此而获有财产上之利益(损人利己型)。加害人所获之利益,又可分为两类:① 债权,例如甲胁迫乙贱卖某画,乙允诺之,甲因而对乙取得交付其画及移转其所有权之请求权。② 一般财产上之利益,例如,甲窃取乙之建材修缮自己之房屋,使动产(建材)附合成为不动产(房屋)之重要成分,因而取得动产所有权(第811条)。于诸此情形,被害人均得向加害人请求损害赔偿(参阅第213条)。惟依第197条第1项规定:“因侵权行为所生之损害赔偿请求权,自请求权人知有损害及赔偿义务人时起,二年间不行使而消灭,自有侵权行为时起,逾十年者亦同。”在“损人不利己”之侵权行为类型,被害人之损害赔偿请求权于完成时效后,即归消灭,自不待言。于“损人利己”之侵权行为类型,则发生两个问题:

(1) 加害人向被害人请求履行其因侵权行为而取得之债权时,如何处理?

(2) 加害人是否仍得保有其因侵权行为而取得之利益?

为解决第一个问题,第198条规定:“因侵权行为对被害人取得债权人,被害人对该债权人之废止请求权,虽因时效而消灭,仍得拒绝履行。”为解决第二个问题,第197条第2项规定:“损害之赔偿义务人,因侵权行为为受利益,致被害人受损害者,于前项时效完成后,仍应依关于不当得利

之规定,返还其所受之利益于被害人。”

关于第 198 条及第 197 条第 2 项规定,在理论上及实务上仍有若干重要疑义,尚须进一步加以澄清。<sup>①</sup> 为便于讨论,试举一例说明之:某甲于 1978 年 2 月 1 日向乙出版社订购《诺贝尔文学奖全集》30 册,价金 3 万元。甲先付款 1 万元,取书 10 册,约定 3 个月内,出齐全书,再付余款。甲于同年 4 月 1 日发现该全集品质恶劣,且逾期未出书,经确定受乙詐欺,碍于情面,未为撤销。1980 年 5 月 1 日,乙向甲表示,《诺贝尔文学奖全集》已出齐,请求支付 2 万元取书。试问:

(1) 甲得否依第 198 条之规定拒绝乙之请求? 倘乙于 1979 年 5 月 1 日即通知甲付款取书时,乙得否拒绝履行?

(2) 甲得否依第 197 条第 2 项之规定,向乙请求返还其已支付之价金?

## 二、被害人拒绝履行之权利

### (一) 撤销权因除斥期间经过而消灭

在上举《诺贝尔文学奖全集》之例,甲与乙 1978 年 2 月 1 日所订立之买卖合同系有效成立。出卖人乙负有交付其书并使买受人甲取得其所有权之义务(第 348 条),买受人甲负有受领买卖标的物及支付价金之义务(第 369 条)。据上开案例之认定事实,甲订立买卖合同,系受乙之詐欺,此虽尚不影响买卖合同之效力,惟因被詐欺而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示(第 91 条)。意思表示之詐欺应于发现詐欺情事 1 年内为之,但自意思表示后经过 10 年,不得撤销(第 92 条)。法律行为经撤销者,视为自始无效(第 114 条第 1 项),债权人之债权因而消灭,债务人自始无给付之义务,债权人不得请求,自不待言。惟在上开案例,买受人甲于 1978 年 4 月 1 日明知受詐欺之情事,碍于情面,经过 1 年未为撤销,其

<sup>①</sup> 关于第 198 条及第 197 条第 2 项规定,目前一般教科书多有论及,惟尚无较详密之讨论。参见胡长清:《中国民法债编总论》,第 194 页;戴修瓚:《民法债编总论》,第 229 页;洪文澜:《民法债编通则释义》,第 165 页;梅仲协:《民法要义》,第 150 页;史尚宽:《债法总论》,第 217 页;王伯琦:《民法债编总论》,第 109 页;郑玉波:《民法债编总论》,第 205 页;孙森焱:《民法债编总论》,第 252 页。德国文献,请参见 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 12. Aufl. 1981, S. 686; v. Caemmerer, Festschrift für Rabel I, 394f.; Seifert, NJW 72, 1939.

撤销权因除斥期间经过而消灭,故乙基于买卖合同对甲所取得之价金债权,依然存在。

## (二) 侵权行为损害赔偿请求权因时效完成而消灭

以诈术使人陷于错误而为意思表示,系不法侵害他人之自由(人格权),应构成侵权行为(第184条第1项前段,亦可认为系故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人,第184条第1项后段),被害人得请求损害赔偿。<sup>①</sup> 在上举《诺贝尔文学奖全集》之例,甲于1978年4月1日知有损害及赔偿义务人时起,至1980年5月1日,其损害赔偿请求权因2年间不行使而消灭(第197条第1项)。

## (三) 拒绝履行之权利

乙因其侵权行为(诈欺),对甲取得了价金债权。甲之撤销权因除斥期间经过而消灭,侵权行为之损害赔偿请求权亦因时效而消灭。准此以言,尚无特别规定,甲势须履行其债务,乙得强制实现其因侵权行为而取得之债权。此项结果,衡诸法理,实欠妥适。为此,第197条特明定,因侵权行为对于被害人取得债权人,被害人对该债权之废止请求权,虽因时效而消灭,仍得拒绝履行,已如上述。本条所谓债权之废止请求权,究指何而言,甚有争论:<sup>①</sup> 有认为系指因侵权行为而生之损害赔偿请求权。<sup>②</sup> <sup>②</sup> 有认为本条所谓因侵权行为对于被害人取得债权人,如诈欺或胁迫被害人,因而取得债权是;而所谓废止请求权系指被害人受诈欺或胁迫而生之撤销权。<sup>③</sup> <sup>③</sup> 有认为应作广义解释,即不但消灭时效之完成有其适用,即其他废止权利,因除斥期间经过消灭者亦同(第74条、第92条、第

<sup>①</sup> 关于诈欺之损害赔偿问题,“最高法院”数著判决。最近1978年度第13次民事庭会议决定:1974年4月9日本院1974年度第2次民事庭庭推总会会议议案(二)之决议所谓“因受诈欺而为之买卖,在经依法撤销前,并非无效之法律行为,出卖人交付货物而获有请求给付价金之债权,如其财产总额并未因此而减少,即无受损害之可言,即不能主张买受人成立侵权行为而对之请求损害赔偿……”旨在阐明侵权行为以实际受有损害为其成立要件。非谓类此事件,在经依法撤销前,当事人纵已受有实际损害,亦不得依侵权行为法则请求损害赔偿。参见拙著:《受诈欺或胁迫而为意思表示之效力在实例之分析》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

<sup>②</sup> 参见洪文澜,前揭书,第165页;王伯琦,前揭书,第109页。

<sup>③</sup> 参见戴修瓚,前揭书,第229页。

93条)。①

此项争论,关系到被害人得拒绝履行之“时点”,具有实质意义,自值重视。依本文见解,第198条所谓之债权废止请求权,应系指因侵权行为而生损害赔偿请求权而言。盖侵权行为损害赔偿请求权之内容,在于恢复被害人损害发生前之原状(第213条),故被害人得要求加害人免除其债务,以废止其债权也。此亦为学者之通说,实务上亦采此见解②,可资赞同。

应特别提出讨论者,系于侵权行为损害赔偿请求权之消灭时效完成前,撤销权业已因除斥期间之经过而消灭时,被害人是否即已取得拒绝履行之权利。③

关于此点,学者多采肯定说,惟其理由不同。胡长清先生认为,第198条所谓之债权废止请求权,应作广义解释,包括撤销权在内;④王伯琦先生认为,在现行“民法”上时效之存续时间多较除斥期间为长,除斥期间经过后,每仍得请求赔偿。损害赔偿请求权之消灭时效完成后仍得拒绝履行,则除斥期间经过后,当然得拒绝履行。⑤

至就实务而言,1957年台上字第1228号判例略谓:“因被诈欺而为负担债务之意思表示,即为侵权行为之被害人,该被害人固得于第93条所定之期间内撤销其负担债务之意思表示,使其债务归于消灭,或于第197条第1项所定之时效未完成前,本于侵权行为之损害赔偿请求权,请求废止加害人之债权,但被害人于其撤销权因经过除斥期间而消灭,并对于债权之废止请求权消灭时效业已完成时,依第198条之规定仍得拒绝履行。”据此判决理由观之,“最高法院”一方面认为,所谓债权废止请求权系指侵权行为损害赔偿请求权;而在另一方面似亦认为,撤销权因除斥期间经过而消灭时,被害人尚不得拒绝履行,须俟债权之废止请求权罹于消灭时,始得主张之。

① 参见胡长清,前掲书,第194页。

② 参见1957年台上字第1238号判例。

③ 在诈欺或胁迫之情形,被害人撤销权之除斥期间于发现诈欺或胁迫后为1年,自意思表示后为10年。10年之除斥期间,与侵权行为损害赔偿请求权之长期时效相当,1年之除斥期间较短期时效(2年)为短。时效有中断或未完成之情形,除斥期间则否,故时效之存续时间多较除斥期间为长,因此,实际上被害人之撤销权恒先于侵权行为损害赔偿请求权而消灭。

④ 参见胡长清,前掲书,第194页。

⑤ 参见王伯琦,前掲书,第110页。



就第 198 条规定之文义以言,系以被害人之损害赔偿请求权业已罹于时效消灭为其规范对象,立法目的在于赋予被害人对加害人不当行使其因侵权行为而取得债权之抗辩。被害人撤销权在实质上亦具有废止债权之作用,其行使可溯及使加害人因侵权行为而取得之债权消灭。因此,为贯彻第 198 条保护被害人之规范意旨,自应肯定被害人于其撤销权因除斥期间经过而消灭时,即得为拒绝履行,无须等到损害赔偿请求权已罹于消灭时效,再行主张。胡长清先生认为,此系对“债权废止请求权”之广义解释,王伯琦先生认为系当然解释。此两种见解与法律文义,似有未符。自法学方法论而言,以认为系第 198 条规定对于因诈欺或胁迫所生撤销权之类推适用,较为妥适。<sup>①</sup>

综据上述,就上举《诺贝尔文学奖全集》之例而方,买受人甲之撤销权于 1978 年 4 月 1 日知悉被诈欺情事起,至 1979 年 3 月 31 日止经过 1 年未行使而消灭。此际即应类推适用第 198 条之规定,认为甲已取得拒绝履行之权利,对加害人之请求,即得拒绝之。

### 三、被害人之不当得利请求权

#### (一) 问题之提出

不当得利请求权与侵权行为损害赔偿请求权得发生竞合关系,系众所公认之民法基本理论。例如,甲窃取乙之建材修缮自己之房屋,使动产附合成为不动产之重要成分,因而取得其所有权者,除须负侵权责任外,并应依不当得利之规定,返还其价金(第 816 条)。<sup>②</sup> 又例如, A 借时值 2 万元之录影机给 B, B 擅以 1.5 万元让售予善意之 C 时, B 系无权处分 A 之录影机,致 C 善意取得其物之所有权(第 801 条、第 948 条),侵害 A 之

<sup>①</sup> 此亦为德国判例学说关于《德国民法》第 853 条(相当于第 198 条)所采之通说。RG JW 28, 2972; RG 79, 194(197); Erman/Drees, § 953 BGB.

<sup>②</sup> 关于此项问题,1959 年 6 月 9 日民刑庭总会决议谓:“某甲有房屋 1 栋,出租予某乙使用,嗣该房屋经台风摧毁,某乙未得甲之同意,出资就原有房屋一部分旧材料重新建筑房屋 1 栋,原有房屋既经台风摧毁后,不复存在,某甲就原有房屋所有权即随之丧失,嗣后某乙出资重新建筑房屋,该新建房屋,即应由乙原始取得,某甲不得就新建房屋主张所有权,虽新建房屋中一部分材料系取自某甲原出租之房屋,然某甲仅得就丧失材料部分向某乙请求赔偿损害或返还不当得利。”此可供参考。

所有权,应构成侵权行为。B 获得价金,是无法律上之原因而受利益,致 A 受损害,构成不当得利。被害人 A 对加害人 B 除侵权行为损害赔偿请求权外,尚有不当得利请求权。

侵权行为之损害赔偿,旨在填补损害,加害人须有故意或过失,始应负责;反之,不当得利制度,旨在使受领人返还其无法律上原因所受领之利益,受领人对于无法律上之原因损益变动之发生,是否具有故意或过失,在所不问。试就前举录影机之例言之,设借用人 B 死亡后,其子 D 非因过失不知录影机非为其父所有而将之让售予 C 时,虽不构成侵权行为,但仍应依不当得利之规定,返还其所受之利益(价金)。由于侵权行为与不当得利制度基本规范目的之不同,致其法律效果亦生差异,其主要者有二:① 于侵权行为,加害人应填补被害人之损害(如录影机之例,B 应赔偿 2 万元);反之,于不当得利,受益人仅须返还其所受之利益(在录影机之例,B 应返还 1.5 万元),受益人不知其受领之利益系无法律上之原因者,更得主张利益不存在而免负返还责任(第 182 条第 2 项)。② 就权利行使期间而言,因侵权行为所生之损害赔偿请求权,自请求权人知有损害及赔偿义务人时起,2 年间不行使而消灭,自有侵权行为时起,逾 10 年者亦同(第 197 条第 2 项)②;反之,不当得利请求权,原则上应适用消灭时效之一般规定,即不当得利请求权因 15 年间不行使而消灭。

侵权行为损害赔偿请求权与不当得利请求权,其构成要件及法律效果不同,已如上述。被害人主张何者,较为有利,应就具体案例判断之,自不待言。惟不当得利请求权之时效期间较长,故于侵权行为损害赔偿请求权消灭后,被害人仍得行使不当得利请求权,自请求权竞合理论而言,实属当然。1959 年台上字第 1179 号判例谓:“主债务人因窃取债权人之财物,债权人对之既得基于损害赔偿之法律关系请求恢复原状,同时又得基于不当得利之法律关系请求返还其所受之利益,此即学说上所谓请求权之并存或竞合。有请求权之债权人得就二者选择行使,其一请求权之行使以达目的者,其他请求权即行消灭,如未达目的者,仍得行使其他请求权。”亦明白肯定此项传统见解。

① 关于不当得利之利益不存在(Wegfall der Bereicherung),参见许惠祐:《不当得利法上利益不存在之研究》(1979 年政大硕士论文),论述甚详,甚有参考价值。

② 关于第 197 条第 1 项规定损害赔偿请求权时效之性质,参见王伯琦,前揭书,第 107 页。

在请求权竞合之基本理论下,第197条第2项规定:“损害赔偿之义务人,因侵权行为受利益,致被害人受损害者,于前项时效完成后,仍应依关于不当得利之规定,返还其所受之利益于被害人。”其规范意旨何在,究系仅在重申上述不当得利请求权与侵权行为损害赔偿请求权竞合之基本理论而已,抑或有意创造一种所谓因侵权行为而获利(Bereicherung durch unerlaubte Handlung)之特殊不当得利类型<sup>①</sup>,就文义而言,殊难断言。易言之,第197条第2项所谓“依关于不当得利之规定”,究系指依整个不当得利之规定而言,包括其构成要件及法律效果(构成要件之准用 Tatbestandsverweisung),抑或仅指依不当得利之法律效果而已(法律效果之准用 Rechtsfolgenverweisung),尚有争论,实有究明之必要。

## (二) 法律构成要件准用说(阐明说)

所谓法律构成要件准用说<sup>②</sup>认为,第197条第2项所谓“依关于不当得利之规定”,系指被害人于侵权行为损害赔偿请求权完成时效后,请求加害人返还其所受利益时,仍须具备不当得利请求权之基本要件。易言之,须加害人系无法律上之原因而受利益,致被害人受损害(第179条)。依此见解,第197条第2项所谓“依关于不当得利之规定”,仅在阐明不当得利请求权得与侵权行为请求权之竞合性而已,故又称为阐明说(Klarstellungstheorie)。

德国学者多采此说。<sup>③</sup> 台湾学者采此说者<sup>④</sup>,以胡长清先生之论述最称简明,认为赔偿义务人曾因侵权行为受有利益,则生损害赔偿请求权与

<sup>①</sup> v. Cammerer, S. 394f.

<sup>②</sup> 民法上之法条(Rechtssätze),可分为两类:(1)完整性法条(vollständige Rechtssätze),包括有法律构成要件及法律效果之法条(第184条第1项前段)。(2)不完整法条(unvollständige Rechtssätze)。后者又可分为四种:①即解释性法条(erläuternde Rechtssätze),例如第66条第1项;②限制性法条(einschränkende Rechtssätze),例如第950条;③法律之拟制(gesetzliche Fiktionen),例如第798条;④准用性法条(verweisende Rechtssätze),其用语不一,或为“准用……规定”(第261条),或为“亦同”(第262条),或为“比照……规定”(第89条),或为“依……规定”(第816条)。第197条第2项亦属于此类“verweisende Rechtssätze”。关于法条之类型及其结构,参见Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 232f; 黄茂荣:《论法条之存在上及法律适用上逻辑结构》,载《固有法律与现代法学》(戴炎辉先生七秩华诞祝贺论文集),1978年,第11页。

<sup>③</sup> Larenz, Schuldrecht II, S. 686.

<sup>④</sup> 参见史尚宽,前掲书,第217页;郑玉波,前掲书,第205页。

不当得利请求权竞合之问题,民法为解决此问题起见,特设第197条第2项规定。依据请求权竞合之法理,如有一请求权已因达到目的而消灭,其他之请求权固应失其存在。然如一请求权因达到目的以外之原因而消灭,则于其他请求权之存在,仍属无碍,法律是认请求权竞合之实益,即在于此,本项之设,不外一种解释之规定。<sup>①</sup>实务上似亦采此见解。1962年台上字第2881号判例谓:“因时效而免负义务,虽得认为利益,但法律规定时效制度,其目的即在使受益人取得其利益,故除另有不当得利请求权与之竞合之情形外,不能谓无法律上之原因而受利益。本件上诉人受被上诉人殴打当时,对于被上诉人仅有侵权行为之损害赔偿请求权,并无不当得利返还请求权与之竞合可得选择行使之情形存在,则于侵权行为之损害赔偿请求权罹于时效后,即无行使不当得利返还请求权之可言。”又1967年台上字第3064号判例谓:“不当得利返还请求权与损害赔偿请求权,法律上之性质虽有不同,但二者诉讼上所据之事实如属同一,则原告起诉时,虽系基于侵权行为之法律关系,然在诉讼进行中于他造为时效之抗辩后,亦不妨再基于不当得利之请求权而为主张。”

### (三) 法律效果准用说(特殊不当得利类型说)

法律效果准用说认为第179条第2项所谓“依不当得利之规定”,系指法律效果之准用,加害人因侵权行为受有利益,纵不具备不当得利之构成要件,仍应依“不当得利之规定”负返还之义务。王伯琦先生采此见解认为:“第197条仅就因侵权行为受利益致被害人受损害者而言,其受利益是否另有法律上原因,并非所问。该条项之规定应解为不当得利适用之特例。故依余所见,被害人如已履行,纵使废止请求权之时效,业已完成,仍得依不当得利之规定请求返还”。<sup>②③</sup>

第197条第2项系仿自《德国民法》第852条第3项。德国实务上一向认为,《德国民法》第852条第3项所谓“损害赔偿义务人因侵权行为致被害人受损害而取得利益者,虽于时效消灭完成后,仍应依关于不当得利之规定,负返还之义务”(Hat der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte

① 参见胡长清,前揭书,第194页。

② 王伯琦,前揭书,第110页。

③ 孙森焱,前揭书,第253页,亦赞成此说。

Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach der Vollendung der Verjährung außer Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet),系指法律效果之准用而言。<sup>①</sup> 此项见解,屡受学者批评<sup>②</sup>,惟德国最高法院最近于1978年2月14日一项重要判决中,明白表示继续维持原来之见解,再度强调侵权行为损害赔偿请求权罹于消灭时效时,加害人虽然因此取得时效抗辩,但是此种罹于时效之损害赔偿请求权本身仍然存在,仅其范围限于因侵权行为而取得之利益而已,《德国民法》第852条第3项所规定者,系侵权行为损害赔偿请求权罹于消灭时效时其过失侵权责任之范围。因此被害人依此规定向加害人请求因侵权行为所取得之利益时,无须具备不当得利请求权之要件。不当得利请求权之要件,对于《德国民法》第852条第3项并无适用之余地。<sup>③</sup> 诸此论点具相当说服力,实值重视。

#### (四) 本文之见解

关于第197条第2项规定所谓“依关于不当得利之规定……”究系法律构成要件之准用抑或法律效果之准用,就法律文义而言,诚有疑问,已如上述。惟自法律规范目的而言,似应以前说为是,即本项规定旨在阐释依其构成要件而成立不当得利请求权,不因侵权行为请求权罹于消灭时效而受影响。就基于给付而生之不当得利请求权而言,通常涉及诈欺与胁迫之案例,倘采法律效果准用说,被害人于除斥期间经过后,仍得依不当得利请求返还加害人所受之利益,其与行使撤销权,殆无不同,则第92条所规定之除斥期间,将失其规范意义。就基于给付以外事由而生之不当得利请求权(尤其是侵害他人权利之不当得利, Eingriffskondiktion)而言,倘因侵权行为而取得利益本身就可独立构成不当得利请求权,势必扩大不当得利请求权之适用范围,与“立法目的”,似有不符,自“立法政策”而言,亦有未妥。<sup>④</sup>

准据上述,无权让售(处分)他人借用之录影机,致第三人善意取得

① RG JW 35, 512.

② Larenz, Schuldrecht II, S. 686; Seifert, NJW 72, 1939.

③ BGHZ 71, 86, 98ff.

④ 参见 Staudinger/Lorenz, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 1979, 17 zu § § 812-822. 此为德国目前学者通说, Larenz, Schuldrecht II, S. 686.

其所有权时,被害人之侵权行为损害赔偿请求权虽因完成时效而消灭时,无论采取何说,均得依不当得利之规定向加害人请求返还其所受之利益(价金)。盖加害人系无法律上之原因而受利益,致他人受损害,具备不当得利请求权之构成要件也。反之,在前举《诺贝尔文学奖全集》之例,依王伯琦先生及德国实务所采之法律效果准用说,加害人(出卖人)因诈欺(侵权行为)受有利益(价金),虽有法律上之原因,仍应依关于不当得利之规定负返还之义务。依本文所赞同之法律构成要件准用说,被害人不得依关于不当得利之规定向加害人请求返还其所受领之利益。盖买卖合同既已有效成立,买受人之撤销权因除斥期间经过而消灭,买卖合同未受影响,出卖人受领价金,乃是基于有效成立买卖合同所生之债权,具有法律上之原因,不成立不当得利也。

最后应附带提出讨论者,系窃取(或抢夺)他人之物与第197条第2项之适用。1959年台上字第1179号判例谓:“主债务人因窃取债权人之财物,债权人对之既得基于损害赔偿之法律关系请求恢复原状,同时又得基于不当得利之法律关系请求返还其所受之利益。”梅仲协先生认为:“损害赔偿之义务人,因侵权行为受利益(如窃取他人之物),致被害人受损害者,被害人之赔偿请求权,虽罹于时效,但仍得依不当得利之规定,于可以行使返还请求权时起,15年内请求加害人返还其所受之利益。”<sup>①</sup>窃取(或抢夺)他人之物,系不法侵害他人所有权,应成立侵权行为,自不待言。至于不当得利请求权,其关键问题在于加害人究竟受有何种利益,请求返还之标的如何,判例学说多未详论。依本文见解,于此情形,加害人无法律上之原因所受领之利益,系“占有他人之物”,盖占有亦属财产上之利益,得为不当得利之标的也。准此以言,上开判例学说所谓被害人得依关于不当得利规定请求者,乃是“物之占有”,而不是“物之所有权”,因

---

<sup>①</sup> 梅仲协,前掲书,第150页;又孙森焱亦谓,抢人钱财,则被害人之损害赔偿请求权,因罹于时效而消灭,由于赔偿义务人因侵权行为而受利益,虽于侵权行为之消灭时效完成后,仍应返还其所受利益于被害人(氏著前掲书,第252页)。

此被害人主张此种不当得利请求权,殆无实益可言,实际当不会作此主张<sup>①</sup>,通常须向无权占有其物者,主张所有物返还请求权(第 767 条),始能维护其利益,斯应注意。由是可知,侵权行为损害赔偿请求权、不当得利返还请求权及所有物返还请求权可竞合并存也。

#### 四、结 论

本文之主要目的,在于澄清第 198 条及第 197 条第 2 项之规范功能及其在适用上之两项重要疑义:

(1) 关于第 198 条所谓之废止请求权,在解释上应认为系指侵权行为损害赔偿请求权,但对于因除斥期间经过而消灭之撤销权亦应类推适用,故被害人于其撤销权消灭时,即可类推第 198 条规定,拒绝履行。

(2) 关于第 197 条第 2 项所谓“依关于不当得利之规定,返还其所受之利益予被害人”,究为法律构成要件之准用,抑或为法律效果之准用,系一项重要疑难问题,究以何说为是,殊难断言。惟比较言之,解释上应以前说为是,即第 197 条第 2 项旨在阐释不当得利请求权不因侵权行为请求权罹于时效而受影响。因此,被害人因受诈欺或胁迫而订立买卖契约,支付价金者,于其撤销权因除斥期间经过消灭后,即不得再依本条项规定,请求加害人返还其因侵权行为而受之利益,盖加害人受领给付具有法律上之原因,不构成不当得利也。依法律效果准用说,被害人于此情形仍得依不当得利之规定请求返还其所为之给付,旨在保护被害人,亦具有坚强之理由,亦属可采,自不待言,惟民法关于撤销权除斥期间之规定,将因

---

<sup>①</sup> 上开 1959 年台上字第 1179 号判例所确定之事实,为被上诉人甲为诉外人乙之连带保证人,保证乙在丙所属路竹储运处充当工人,乙伙同他人窃取该储运处第三仓库食盐 104 包,计价新台币 12047 元,除追回部分外,尚短欠 9102 元。于此情形,丙得向乙(及连带保证人甲)请求侵权行为损害赔偿。关于不当得利请求权而言,则应分别情形论之。如乙窃取之食盐,尚未处分时,则丙得请求返还“占有食盐”之不当得利请求权,或所有物返还请求权;如乙将窃取之食盐让售给第三人时,则构成无权处分。其让与之标的物系属盗赃或遗失物,故仅在善意第三人取得其所有权时(第 948 条以下规定),始发生被害人(丙)请求无权处分人(乙)返还其无法律上原因所得利益(价金)之问题。倘第三人未能取得无权处分标的物之所有权时,被害人(丙)应对该第三人主张所有物返还请求权或其他权利,对于窃盗者原则上并无依不当得利规定,请求返还其自第三人所受领之价金之余地。1959 年台上字第 1179 号判例未能详述理由,基本见解如何,不得而知。关于无权处分与不当得利之一般问题,参见拙著:《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社 2009 年版。

此失其规范意义,似不宜赞同。

~~~~~

本文发表后,郑玉波先生对此问题亦有论述。其所提出之问题为:设甲以胁迫之方法,使乙书立负债之据交甲收执,写明欠甲100万元,某日还清,若乙业已履行时,而其废止请求权又已因时效而消灭时,乙仍得依关于不当得利之规定请求甲返还其利益否?郑玉波先生谓:“按此时甲所取得之债权既未被废止,仍属存在,不当然适用第197条第2项不当得利返还之规定;但解释上未履行时既得拒绝履行,则已履行时自得请求返还,以期均衡,因法律上不应使侵权行为人享有其非法取得也。”(《论抗辩权》,载《台大法学论丛》第11卷第2期,第59页)。

由上述可知,郑玉波先生基本上亦认为第197条第2项不当得利返还之规定,系指法律构成要件之准用,而非法律效果之准用,仍须具备不当得利之一般构成要件,故甲所取得之债权既未被废止,仍属存在,乙不得依不当得利之规定请求返还其因侵权行为所取得之利益。所应注意的是,郑玉波先生在结论上认为,乙仍得请求返还之理由亦甚具说服力。有疑问者,系乙得请求返还之法律上依据(请求权基础 *Anspruchsgrundlage*)?第197条第2项不当得利返还之规定,既不当然适用,可否类推适用之?又所谓“法律上不应使侵权行为人享有其非法取得”,可否径作为请求权基础,亦值研究。依吾人所信,如在结论上拟肯定侵权行为人之返还责任,则自方法论而言,似宜认为第197条第2项规定系采法律效果准用说。最近德国最高法院坚持采此见解(BGHZ 71, 86, 98ff.),德国学者从之者日增(参见 Jauernig/Teichmann, 4 zu § 852BGB, MünchKomm/Mertens § 852BGB, RdNr. 66; Erman/Drees, 18 zu § 852BGB),实值重视。



# 抛弃继承与诈害债权

## 一、问题之提出

债务人应以全部财产对其债务之履行负其责任,故债务人因其行为减少责任财产,致害及债权人者,债权人保全债权,得声请法院撤销之。关于债权人行使撤销权之要件,因债务人所为之行为有偿与否而有不同:债务人所为之无偿行为(如赠与),有害及债权(即因而使债务人成为无资力)者,债权人得声请法院撤销之(第244条第1项);反之,债务人所为者,系有偿行为(如买卖)时,须其于行为时明知有损害于债权人,而受益人于受益时亦知其情事者,债权人始得声请法院撤销之(第244条第2项)。<sup>①</sup>

债权人之撤销权,在实务上至为重要,争论问题亦多。例如,以给付特定物为内容之债权,其债权人行使撤销权时,是否不以债务人因其行为陷于无资力为要件<sup>②</sup>;抵押权之设定,究为无偿行为或有偿行为之认定。<sup>③</sup>

---

① 关于债权人撤销权制度,参见翁如玲:《债权人撤销权之研究》(1980年度政大硕士论文);Bohle/Stamschröder/Kilger, Anfechtungsgesetz, 5. Aufl. 1979; Gerhardt, Die Systematische Einarbeitung der Gläubigeranfechtung, 1969;松坂佐一:《债权人取消权の研究》,有斐阁,昭和51年。

② 1956年台上字第1316号判例谓:“债权人之债权,因债务人行为,致有履行不能或困难之情形者,即应认为有损于债权人权利。故在特定债权,倘债务人行为之有偿行为,于行为时,明知有损害于债权人权利,而受益人于受益时,亦知其情事者,债权人即得行使第244条第2项之撤销权以保全其债权,并不以债务人因其行为陷于无资力为限。”并请参见1980年台上字第1302号判决。关于此项问题之详细讨论,参见刘春堂:《特定物债权与撤销权》,载《辅仁法鼎》第7期,第145页。

③ 1962年台上字第3528号判例谓:“债务人以其所有之不动产设定抵押权,同时向他人借贷款项。其设定抵押权之行为,固属有偿行为,若先有债权之存在而于事后为之设定抵押权者,如无对价关系,即属无偿行为,倘有害及债权人者,则债权人自得依第244条第1项之规定撤销之。”此可供参考。

惟最值重视者,乃继承之抛弃是否属于债权人得为撤销之标的。此本为古老之问题,争论未已。1980年度著有两则判决,见解对立,在法理上饶富趣味,特著本文分析检讨之。

## 二、肯定说:1980年台上字第847号判决

本件上诉人主张:被上诉人萧滋茂欠伊新台币113.5万元迄未清偿,而其亡父萧嘉源所遗财产甚丰,被上诉人等均为萧嘉源之继承人。岂料被上诉人等意图诈害伊之债权,竟于协议分割遗产时,故意将毫无价值之道路及停车场用地等两笔,分归萧滋茂,而坐落社头市内钻石地带之店铺建地多笔,则分归其余5人所有,此种有害伊之债权之无偿行为,自得诉请撤销。纵属有偿行为,亦因萧汪槟等5人系属明知有害伊之债权而得诉请撤销,并求涂消其遗产之分割登记。又被上诉人间之分割遗产,系属通谋而为之虚伪意思表示,应属无效,从而伊亦得请求涂消其登记等情。先位声明求为撤销如其诉状附表所示被上诉人间协议分割萧嘉源遗产之行为,并求涂消继承及分割登记。备位声明求为命被上诉人涂消继承及分割登记之判决。

被上诉人萧滋茂则以:伊在萧嘉源生前花费其钱财甚多,故于萧嘉源死亡后,写具抛弃继承书。其余被上诉人亦以继承系属身份行为而非财产行为,继承与否委诸继承人之自由意思,萧滋茂纵未因遗产之分割而受利益,亦属一种拒绝取得利益之行为,其结果并未影响萧滋茂之原有资力,即与第244条行使撤销诉权要件不合,且由各继承人之意思表示一致而成立之分割遗产契约,并无虚伪可言云云,因此请求驳回上诉人之诉。原审维持第一审所为不利于上诉人之判决,系以萧嘉源于1977年9月5日死亡,被上诉人萧滋茂则系于同年10月3日抛弃继承,此有抛弃继承书影本附卷可稽,被上诉人于被控伪造文书一案侦查中,一致供称萧滋茂当时吵着要分家,但因其于萧嘉源死前花了很多钱,所以抛弃继承,仅分给30万现款及给其子女两笔土地云云。萧滋茂就其亡父之遗产既经抛弃继承,即行丧失继承遗产之权利,殊无诈害行为或通谋而为虚伪意思表示之可言等词,为其判断基础。

判决理由认为:第查上诉人主张被上诉人间协议分割萧嘉源遗产之事实,业据被上诉人萧汪槟、萧月华、萧月清、萧辅益、萧辅国先后提出答

辩状予以自认(参阅第一审卷宗第31页及原审1978年度上字第1105号卷宗第51页),并陈明萧滋茂于遗产分割时除取得上述土地外,并另外分配现款,此有其具领之字条可稽等情(参阅第一审卷宗第45页)。被上诉人萧滋茂仅谓抛弃继承书为其所写(参阅同卷第62页),但其抛弃是否符合第1174条第2项所定要件?以及何以一面抛弃继承,一面又参与遗产之分割?事实殊欠明了。原审置上诉人之主张并经被上诉人自认之事实于不顾,遽行认定萧滋茂业经合法抛弃继承权,自属于法有违。且按民法业已废止之宗祧继承,改为财产继承制度,此就第1148条规定“继承人自继承开始时,承受被继承人财产上之一切权利义务”观之自明。故如继承开始后抛弃继承而受不利益时,即属处分原已取得之财产上权利,倘因而害及债权人,债权人自得依照第244条行使其撤销权。至于债务人将继承所得财产上之共同共有权,与他继承人为不利于己之分割协议,债权人可得诉求撤销,尤不待言。原审认为抛弃继承即无诈害行为可言云云,进而为上诉人不利之判断,其法律上之见解,亦有可议。上诉讼旨,执是指摘原判决违法,声明废弃,难谓无理由。

### 三、否定说:1980年台上字第1271号判决

本件上诉人起诉主张,被上诉人沈介智于1975年4月2日因车祸致上诉人吕素姬、吕账斌之父、上诉人吕叶金鹤之夫吕诸善死亡,经刑庭判罪,民庭判令赔偿吕诸善之遗族共新台币(下同)113678元,并准予假执行确定。未料被上诉人等竟于将受强制执行之际,共谋诈害债权,先由被上诉人沈介智对其父沈浔之遗产于1976年5月1日向被上诉人沈怀四、沈介人、沈介和抛弃继承,由沈怀四、沈介人、沈介和于同年6月22日办理继承登记,而后将继承之台南县新营镇新营段第1034号土地及房屋应属于沈介智之1/4持分,于1977年4月7日赠与沈介智之长子被上诉人沈国全,并于同年5月3日办妥赠与登记,使上诉人无法为强制执行。案经原法院以1978年度上易字第1410号刑事判决被上诉人毁损债权有罪在案,则被上诉人沈介智抛弃继承之诈害行为依法应予撤销(撤销权之行使)。(下略)

被上诉人兼沈国全法定代理人沈介智则以伊并非为了避免强制执行而抛弃继承,乃因父亲死亡需钱,将土地让给被上诉人沈怀四等3人。被

上诉人沈怀四等3人则以因沈介智太太要带其小孩出走,伊等基于同情,乃将土地赠与他的儿子沈国全等各情置辩。

“最高法院”基本上采原审之见解,认为债权人得依第244条规定行使撤销权者,以债务人所为非以其人格上之法益为基础之财产上之行为为限,若单纯系财产利益之拒绝,如赠与要约之拒绝,第三人承担债务之拒绝,继承或遗赠之抛弃,自不许债权人撤销之。本件被上诉人沈介智于1976年5月1日就其父沈浔亡故后,所遗留系争财产而为继承权之抛弃,不问其抛弃动机如何,依第1174条第1项规定,纯属其个人基于法律上规定之权利行使行为,非第三人所得干涉,亦即上诉人不得撤销之,兹上诉人诉求撤销被上诉人沈介智所为继承权之抛弃行为,无从准许。

## 四、分析检讨

### (一) 债权人得为撤销之诈害行为

按债权人得为撤销之行为,各国(地区)立法规定不一。《德国债权人撤销法》(Anfechtungsgesetz)第1条所规定者,系法律上之行为(Rechtshandlung)。<sup>①</sup>《日本民法》第424条明定为债务人所为之法律行为。<sup>②</sup>现行“民法”第244条规定,债权人得撤销者,为债务人所为之无偿行为或有偿行为。1953年台上字第323号判例认为以法律行为为限<sup>③</sup>,通说则采广义解释,认为除法律行为(单独行为、契约行为及合同行为)外,尚包括

<sup>①</sup> 所谓 Rechtshandlung(法律上之行为),德国通说认为包括法律行为(Rechtsgeschäft),准法律行为(geschäftsähnliche Handlungen),及诉讼法上之行为(Prozesshandlung)等。参见 Böhle-Stamschräder/Kilger, Bem. 1. zu § 1(S. 10f)。

<sup>②</sup> 关于《日本民法》第424条所称债务人所为之“法律行为”,多数学者认为视同法律行为之不作为,诉讼行为同时为法律行为及准法律行为者,均得准用债权人撤销权之规定。参见〔日〕保不二雄:《债权总论》(新版),昭和54年,第181页。

<sup>③</sup> 1953年台上字第323号判例谓:“债权人依第244条规定,撤销债务人所为之有偿或无偿行为者,只须具备下列要件:①为债务人所为之法律行为。②其法律行为有害于债权人。③法律行为系以财产为标的。④如有有偿之法律行为,债务人于行为时明知其行为有害于债权人,受益人于受领时,亦明知其事情。至于债务人之法律行为除有特别规定外,无论为债权行为抑为物权行为,均非所问。”

准法律行为在内,即诉讼上之和解、撤销等亦在得撤销之列。<sup>①</sup>依吾人所信,应以通说为是,盖非如此,不足贯彻债权人撤销权制度之功能也。

又依第244条第3项规定:“债务人之为行为,非以财产为标的者,不适用前两项之规定。”故债权人所得撤销者,限于以财产为标的之行为,例如买卖、赠与、抵押权之设定等。此为当然自明之理。因为债权人撤销制度之目的,在于保全债权,而债务人系以其一般财产,就其债务之履行,负其责任,故债权人撤销权之标的自应限于以财产为标的之行为,否则不但无以达其目的,抑且不免侵害债务人行使权利之自由。依第244条规定之文义,债务人以财产为标的之行为,均属债权人得为撤销之标的,惟通说斟酌债权人撤销权制度之目的,认为若干类型之债务人行为,不在撤销之列,其主要者计有四类:①以禁止扣押之物或债权为标的之行为,盖以撤销权人虽撤销其行为,亦不得强制执行也。②不作为,盖以撤销权乃使债务人所为行为,视为自始无效,积极行为,固可将有作无,而消极行为,则无由为之也。③无效之行为,例如通谋虚伪意思,盖以原本无效,毋庸撤销也。④拒绝利益取得之行为。<sup>②</sup>

准据上述,关于继承权之抛弃得否为撤销权之标的,涉及两个基本问题:

- (1) 抛弃继承是否为“以财产”为标的之行为?
- (2) 抛弃继承是否为拒绝利益取得之行为?

## (二) 抛弃继承虽系以“财产为标的”,但具有身份行为之性质

关于抛弃继承是否属于债权人得为撤销之行为,首应了解抛弃继承制度。如所周知,现行“民法”系采当然继承主义,即因继承之开始,被继承人财产上之一切权利义务,除专属于被继承人者外,当然地、概括地移转于继承人,毋庸继承人意思表示(第1147条、第1148条)。由是可知,现行“民法”仅承认财产之继承,业已废除旧制之宗祧继承。在此种

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《债法总论》,第463页。孙森焱采“最高法院”之见解认为:“第244条所称之债务人所为之行为系指法律行为而言,此观第244条分别有偿行为与无偿行为而为不同之规定自明。……虽非法律上行为苟属法律上之适法行为,亦可类推适用,例如债务承担之承认是”(参见氏著《民法债编总论》第460页以下),可供参考。

<sup>②</sup> 参见戴修瓚:《民法债编总论》,第192页;胡长清:《中国民法债编总论》,第346页;史尚宽:《债法总论》,第464页。

财产当然继承主义下,继承之抛弃系继承人消灭继承效力之法律行为,因继承人之一方的意思表示而生效力(单独行为),而且具有溯及效力,视为自始不为继承人(第1174条以下)。<sup>①</sup>

继承之抛弃,为法律行为,且属无偿行为,并以财产为标的,已如上述。因此1980年台上字第847号判决认为:“民法业已废止宗祧继承改为财产继承制度,此就第1148条规定,继承人自继承开始时,承受被继承人财产上之一切权利义务观之自明,故如继承开始后抛弃继承而受不利益时,即属处分原已取得之财产上权利,倘因而害及债权,债权人自得依照第244条行使其撤销权。”此项判决具有相当依据,自不待言,学者采此见解者,亦颇有其人。<sup>②</sup>惟所应注意的是,继承之抛弃虽系以财产为标的,但究与买卖、赠与等不同,因为继承之取得,乃是基于特定之身份关系,故继承之抛弃实具有身份之性质。史尚宽及郑玉波二氏均认为,继承之抛弃与结婚、离婚、子女收养或非婚生子女之认领同,系属身份行为,纵因此间接地对于债务人财产发生不利益之影响,债务人亦不得撤销之<sup>③</sup>,实值赞同。

### (三) 抛弃继承系属拒绝利益取得之行为

关于拒绝利益取得之行为,本身是否属不得为撤销权之标的,学者通说系采肯定之见解,前已论及。其主要理由为撤销权之目的,仅在保全债务人原有之债权清偿力,并非在于增加其清偿力,故债务人拒绝利益取得之行为,例如赠与之拒绝、第三人承担债务之拒绝等行为,债权人均不得撤销之。<sup>④</sup>易言之,即撤销权之行使,在于以恢复债务人已脱离之财产为目的,而取得利益之拒绝,则非债权人脱离其财产之一部分,故不得撤销也。

关于继承之抛弃是否属于拒绝利益取得之行为,学者采肯定说者,有史尚宽先生。1980年台上字第1271号判决亦同此见解。但部分学者持

① 关于当然继承主义及抛弃继承,参见戴炎辉:《继承法》,第140页以下;史尚宽:《继承法论》,第299页。

② 参见戴修瓚,前揭书,第192页;王伯琦:《民法债编总论》,第191页;孙森焱,前揭书,第462页。

③ 参见史尚宽,前揭书,第464页;郑玉波:《民法债编总论》,第322页。

④ 参见戴修瓚,前揭书,第192页。

相反之立场,强调债务人因继承之开始,当然承受其权利,故其抛弃,乃处分其已取得之权利,非拒绝利益之取得,应属债权人得为撤销之行为。<sup>①</sup>依吾人见解,应以肯定说为是。盖现行“民法”系采当然继承主义,已如上述,诚如戴炎辉先生所云,继承之抛弃,在当然继承主义之下,系继承人消灭继承效力之单独行为,恢复其不为继承标的财产主体状态之意思表示<sup>②</sup>,论其实质乃在于拒绝取得继承财产,应属拒绝受有利益,殆无疑问。

#### (四) 抛弃继承制度之规范意义

部分判决及学说所以认为抛弃继承属债权人得为撤销权之标的,其主要理由在于,债务人因继承之开始,当然承受其权利,故其抛弃,乃处分已取得之权利,非拒绝利益之取得,债权人自得撤销之。依吾人所信,此项论点过分强调债务人因当然继承主义而取得权利之处分,完全忽视抛弃继承制度本身之存在意义及功能,似值商榷。

依现行“民法”所采之“当然继承主义”,遗产之继承系基于法律之规定,继承人意思如何,在所不问。抛弃继承制度,旨在使继承人得依其自由意思之决定,溯及地不取得此项财产上之权义。现行“民法”上之继承虽属财产之继承,但亦直接涉及继承人人格之自由及尊严。继承人不抛弃继承之决定,他人固不得干预<sup>③</sup>,继承人决定抛弃继承,对于单方面给予财产利益加以拒绝,更是一种人格自由之表现。申言之,“抛弃继承制度”,系“当然继承主义”产物,具有补助之功能,而其所欲实践者,乃是一个现行民法上之基本法律原则,即任何人不得违背其意思而强制赋予利益。准此以言,抛弃继承制度本身具有特定之目的及功能,纵于其行使之际,使继承人债权人受有不利益,亦不能因此而成为债权人撤销权之标的。抛弃继承与债权人撤销权是两个独立平行之制度,二者发生冲突之际,宜权衡各个制度之目的及功能,以定其适用关系。继承之抛弃,系

① 参见本书第238页注②。

② 戴炎辉,前揭书,第143页。

③ 债权之保全,除债权人撤销权外,尚有债权人代位权,即债务人怠于行使其权利时,债权人得以自己之名义行使之。继承人抛弃(或承认)继承权,应任其自由行使,其债权人不得代位行使。参见戴炎辉,前揭书,第145页;戴修瓚,前揭书,第182页;史尚宽,前揭书,第451页;胡长清,前揭书,第331页;王伯琦,前揭书,第182页(仅明白认为继承之承认,不属于代位权之标的,未论及继承之抛弃)。以上可谓学者之通说。

法定之权利,以人格为基础,旨在拒绝单方面赋予之财产利益,债权人虽因债务人抛弃继承之意思决定,“得而复失”,受有“损害”,亦属间接、反射之结果。因此在解释上应认为抛弃继承具有身份性质,并属拒绝受领利益之行为,非债权人所得撤销。

诚然,债务人抛弃继承,以诈害债权为主要目的者,亦属有之,惟不能以此为理由而肯定债权人之撤销权。事理至明,无待赘言。于此情形,债权人仅能依其他途径谋求救济。例如,继承之抛弃系属通谋虚伪意思表示者,无效(第87条第1项),债权人自得主张之。又1970年台上字第3952号判决谓:“被继承人之退休金已为被上诉人所领取,则其已承受被继承人之遗产取得权利在前,纵事后再为抛弃继承之表示,此项一面行使权利,一面抛弃继承免除义务之情形,不惟与民法所定原则、为包括的承受被继承人财产上之一切权利义务本质不合,且有碍债权人之利益,并使权利状态有不确定之虞,其抛弃能否发生效力,尚非无斟酌余地(参阅1963年台上字第451号判例)。”此可供参考。

## 五、结 论

抛弃继承得否为债权人撤销权之标的,是一个古老之争议问题。<sup>①</sup>1980年度先后两则判决,采完全对立之见解,自不值惊异。惟所应注意者,系1980年台上字第847号判决采肯定说,1980年台上字第1271号判决,采否定说。“最高法院”先后公布此两则见解不同之判决,是否欲借此表示将以“后之判决”废弃“前之判决”,虽不得而知,惟无论如何,可促使吾人对此古老争议问题,再行检讨,实具意义。债权在近代法上固居于优越之地位,惟抛弃继承系“当然继承主义”之辅助制度,有其固有之目的及功能,其所蕴含之人格自由之理念,自价值权衡以言,仍应居于优先

<sup>①</sup> 德国通说认为,继承之抛弃不得为债权人撤销权之标的。参见JW34, 3018; Böhle/Stamschräder/Kilger, Bem. III. zu §1(S.13)。在日本法上,继承之抛弃(相续の放弃),债权人得否撤销,亦有争论,但多数说认为继承之抛弃,虽使债务人财产恶化,亦不构成诈害行为。我妻荣教授谓:“婚姻、缘组,相续の承认,放弃などは、たとい債務者の財産を悪化する場合でも、詐害行為とはならない”[《债权总论》(新订),昭和50年,第177页]。於保不二雄教授基本上亦采同一见解,略谓:“相续の承认,放弃は債権者に影響するところか大であり、かつ財産的性格が強いので、異論もあるが[胜本债总中(3)第315页],一般には詐害行為とはならないと解されている(氏著:《债权总论》新版,第183页及第184页)。”可供参考。



之地位,应无庸疑。易言之,即债权人之利益固应保护,但债务人之人格自由,尤须尊重也。

由上开 1980 年两则判决,可见“最高法院”正处于困境,在抛弃继承制度之维护及债权人保全必要性之间,颇有左右为难之势。此种不确定之法律状态影响当事人利益至巨,至望能尽速在适当之机会,以具有高度说服力之判决理由,明确表示其“最近之见解”,则无论采取何种立场,对于促进法律适用之安定,具有助益,殆可断言。<sup>①</sup>

本文发表后,戴东雄先生亦对此问题著有专文,原则上肯定抛弃继承得成立诈害债权,故可为债权人撤销权之标的,论述甚详,甚具参考价值[《继承法实例解说》(一),《台大法学丛书》(31),第 176 页]。实务上亦再度检讨此一问题。基隆地方法院法律座谈会提出之法律问题:继承人抛弃继承,继承人之债权人可否依照第 244 条规定行使撤销权撤销之?讨论意见之甲说:债权人得依第 244 条规定行使撤销权者,以债务人所为非以其人格上之法益为基础之财产上之行为为限。继承之抛弃单纯系财产利益之拒绝,自不许债权人撤销之(参阅 1980 年台上字第 1271 号判决)。讨论意见之乙说:民法业已废止宗祧继承,改为财产继承制度,继承人自继承开始时,承受被继承人财产上之一切权利义务,故如继承开始后抛弃继承而受不利益时,即属处分原已取得之财产上权利,倘因而害及债权人,债权人自得依照第 244 条行使其撤销权(参阅 1980 年台上字第 847 号判决)。结论:多数采甲说。“司法院”第一厅研究意见:采甲说。

#### 1984 年 2 月 28 日、1984 年度第 2 次民事庭会议决议

<sup>①</sup> 关于同一法律问题,数著判决,见解前后不一致,甚为常见。查其原因计有二端:① 历来判决未能有系统地整理公布,致各庭于判决之际,不知已有其他判决之存在。② “最高法院”欲以“后之判决”,变更“前之判决”。前者涉及判决之整理、公布、分类及利用之问题。“最高法院”资料室正积极从事此一方面之工作。又“最高法院”刑事裁判选辑,以负责任之态度公开刊行判决,亦将产生重大深远之影响。关于后者,涉及判决(判例)变更制度。近几年来,“最高法院”在其判决中,曾就重要争论问题,采取立场,并明确表示此为本院最近见解,对于促进法律适用之安定,具有重大助益,自不待言。1980 年台上字第 306 号判决谓:“查被诈欺而成立之买卖合同,纵未撤销,如出卖人实际受有损害亦非不得请求赔偿,此为本院最近所持之见解。”可供参考。关于诈欺与损害赔偿之问题,参见拙著:《受诈欺或胁迫而为意思表示之效力在实例之分析》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社 2009 年版。

院长提议：继承人抛弃继承，其债权人可否依第 244 条规定行使撤销权，而撤销之？兹有甲、乙二说（本院判决有不同之见解）。

甲说：债权人得依第 244 条规定行使撤销权者，以债务人所为非以其人格上之法益为基础之财产上之行为为限，继承权系以人格上之法益为基础，且抛弃之效果，不特不承受被继承人财产上权利，亦不承受被继承人财产上之义务，故继承权之抛弃，纵有害及债权，仍不许债权人撤销之。

乙说：现行“民法”已废止宗祧继承，改为财产继承制度，此就第 1148 条规定“继承人自继承开始时，承受被继承人财产上之一切权利义务”观之自明，故如继承开始后抛弃继承而受不利益时，即属处分原已取得之财产上权利，倘因而害及债权人之债权者，其债权人自得依第 244 条行使撤销权。

以上二说，应以何说为当，提请公决。决议：采甲说。

# 税捐、工资与抵押权\*

## 一、绪 说

由于经济发展迅速,交易关系复杂,同一债务人对数人负有债务,甚属常见。为确保债权之满足,法律设有抵押权、质权及留置权等担保制度。惟工资债权,因性质特殊,不易设定担保物权,一般多特设规定,承认工资优先受偿权,以贯彻保护劳工之社会原则。又税捐为主要公共收入,除财政目的外,尚有社会政治功能,因此如何建立税捐优先权制度,亦属重要。

抵押权(或其他担保物权)、税捐及工资发生竞合时,其优先受偿位序如何,关系当事人利益甚巨,实务上至为重要。“最高法院”著有若干判决,可资研究。为讨论之方便,设一例说明之:A经营电子公司,为扩大设备,先向其亲友B贷款200万元,复向C银行贷款600万元,并以土地设定抵押权。因能源危机,外国订单减少,财务陷于困难,C之债权届期未获清偿,乃声请法院拍卖A之土地及某套精密机器,各获得价金580万元及100万元。经查A应缴土地增值税(D)40万元,积欠营业税20万元(E),营利事业所得税10万元(F),工资100万元(G)。又该被拍卖之机器应缴关税60万元(H)。试问各项债权受偿之顺序如何?

---

\* 本文原载《军法专刊》第27卷第8期(1981年8月),第8页。



## 二、税捐之优先受偿权

### (一) 土地增值税

“税捐稽征法”第6条规定：“土地增值税之征收，就土地之自然涨价部分，优先于一切债权及抵押权。经法院执行拍卖或交债权人承受之土地，其拍定或承受价额为该土地之移转现值，执行法院应于拍定或承受后5日内，将拍定或承受价额，通知当地主管机关核课土地增值税，并由执行法院代为扣缴。”由是可知，土地增值税，属于最优先受偿之地位。

“税捐稽征法”何以设此规定？背景何在？尚有说明之必要。按修正前“实施都市平均地权条例”原第32条规定：“经法院执行拍卖之土地，以其拍定价格视为该土地之移转现值。执行法院应于拍定后5日内，通知当地主管机关，据以核计土地增值税，并由法院于买受人所缴价款内，除法律另有规定外，优先于一般债权代为扣缴。”本条所谓“一般债权”，是否包括抵押权在内，不无疑义，因而发生土地增值税与抵押权孰先受偿之问题。1968年台上字第1974号判决认为：“土地之自然涨价非一己或少数人之力，应归人民共享，故修正‘实施都市平均地权条例’第32条有土地增值税优先于一般债权之规定。抵押债权既无优先于土地增值税受偿之特别规定，土地增值税自得较抵押债权优先受分配。”1969年台上字第1415号判决又认为：“土地增值税，系以都市土地之自然涨价为标

的,换言之,乃对于不依受益者之劳力费用所生土地增值税课税,关于都市土地之自然涨价,依照‘实施都市平均地权条例’规定,应归公有,征收土地增值税,无非求达收归公有之目的而已(同条例第30条及第31条)。修正前‘实施都市平均地权条例’第28条及修正后同条例第32条所以皆用‘代为扣缴’字样,即本此旨。虽后者‘代为扣缴’之上,另有‘优先于一般债权’一语,但此所谓一般债权,无非以别土地增值税而已,殊无从认其已将抵押权除外”。此项见解,旨在贯彻平均地权之基本政策(“宪法”第143条),确能适应社会需要,自法律政策言,固值赞同,但亦有认为其与法律文义及立法者意思,尚有未符,致生争议。<sup>①</sup>为此特再度修正“实施都市平均地权条例”第32条,明定土地增值税,应优先于一切债权及抵押权扣缴,以杜疑义。“税捐稽征法”亦采此原则。

## (二) 营业税

“营业税法”第55条规定:“营利事业欠缴之税款、利息及改组、合并、歇业、清算时,依法应征而尚未开征或在纳税截止日期前应纳之税款,应较普通债权优先受偿。”由此规定可推知两点:①抵押权、质权等担保物权较营业税优先受偿。②营业税优先于普通债权。

## (三) 关税

“关税法”第55条第1项规定:“依本法规定应缴或应补缴之关税、滞纳金或罚鍰,不予缴纳者,移送法院强制执行。”第3项规定:“第1项应缴或应补缴之关税,应较普通债权优先清缴。”关于本条之解释适用,最近在实务上发生两项争论:①关税优先受偿权究仅限于应税之进口货物,抑或及于缴税义务人之其他财产?②关税优先权是否优先于就应税进口货物而发生之质权、动产抵押权或留置权?

### 1. 关税优先受偿权之客体

关于关税优先受偿权是否及于应税进口货物以外之财产,1979年台上字第606号判决著有解释。本件被上诉人(“财政部台北关”)起诉主

<sup>①</sup> 张俊:《论土地增值税应否优先于抵押债权代为扣缴》,载《法令月刊》第21卷第3期,第10页;叶剑锋:《论土地增值税优先扣缴问题》;刘鸿坤:《再论增值税应优先于抵押债权扣缴》,载《司法通讯》第527期(1971年12月10日)。

张：台湾桃园地方法院（以下简称“执行法院”）1978年度执字第177号对于债务人明州实业股份有限公司（以下简称“明州公司”）之强制执行事件，业经执行法院制成分配表，定于1978年6月7日分配，被上诉人对明州公司享有关税债权3750689元（新台币下同），依“关税法”第55条第3项规定，应优先于普通债权而受分配，岂料执行法院竟将被上诉人之关税债权列为普通债权，与上诉人之债权平均分配，显有未合，爰依“强制执行法”第41条提起分配表异议之诉等情，求为将被上诉人之关税债权在分配表内列为优先于上诉人之债权而为分配之判决。

“最高法院”采取原审法院之见解，认为关税优先受偿权及于应税进口货物以外纳税义务人之其他财产，其理由有三：

（1）“关税法”第55条第3项规定，应缴或应补缴之关税，应较普通债权优先清偿，其优先受偿之范围，既未明定以应税之特定物品为限，当然包含纳税义务人之其他一切财产在内。

（2）“政府”为发展经济奖励生产事业，设有缓征等优待之规定，进口物资经纳税义务人提取后，嗣后不依法缴纳关税，当发生追缴处罚情事，其时应税物资已经纳税义务人处分，如谓关税不得就纳税义务人之其他财产优先受偿，则“关税法”第55条第3项所定“应较普通债权优先清偿”，岂非形同虚设。

（3）“海商法”所定之优先权，“民法”所定之抵押权、质权及“税捐稽征法”所定之土地增值税，其优先受偿之范围，均明定限于各该规定之特定物，与“关税法”第55条第3项未限定以应税物品之情形截然不同，上诉人不得执此主张关税就纳税义务人应税物品以外之财产，无优先受偿之权利。

1979年台上字第606号判决认为“关税法”第55条第3项规定之关税优先受偿权，其客体之范围，不以应税之进口货物为限，观点正确，判决理由深具说服力，实值赞同。按具有优先性之权利，有以特定物为标的者，例如抵押权、质权是；有以债务人之特定财产为标的者，例如“海商法”上之优先权是；有以债务人一般财产为标的者，例如“工会法”第38条及“劳动契约法”（尚未实施）第29条所规定之优先权是。关税优先受偿权亦属于此种存在于债务人一般财产之优先权。准此以言，就进口货物以外之债务人其他财产，关税应较普通债权优先受偿，惟其次序仍在抵押权、质权等担保物权之后。

## 2. 关于应税进口货物本身之关税优先受偿权

关于应税进口货物本身,依“关税法”第55条第3项规定,关税亦应较普通债权优先受偿。有疑问者,系于此情形,关税优先受偿权是否优先于质权、动产抵押权或留置权。对此问题,1968年台抗字第27号裁定作有解释认为:“倘认尚未报关完税之进口货物,得准查封、拍卖而由所谓质权人优先受偿,不啻承认外国货物得不经报关完税手续,而在境内自由流通,所谓进口税可作普通债权参与分配云云,实行结果,未免有名无实,甚至一文难获分配,徒为习于闯关逃税者辟一便捷而安全之途径,同时所有关税之财政目的及经济目的均受影响,难期实现。基此观点,应认尚未报关完税之进口货物,尚非正式进口得在境内流通之货物,并从私法上根本否认其融通性及让与性。”

“最高法院”此项裁定在实体法上依据何在,尚值研究。<sup>①</sup>又此项裁定之目的在于确保关税,固属正当,但其所采取之方法系从私法上根本否认应税进口货物之融通性及让与性,目的与手段是否相当,似有商榷余地。例如某甲自境外进口机器,时值100万元,应补缴关税30万元,甲以该机器为乙设定质权、动产抵押权,或第三人因修缮费用而取得留置权者,依“最高法院”之见解,均属无效,其所采之“手段”,显然超过了其所要达成之“目的”,使动产担保制度失其机能。依吾人之见解,只要承认关税就该应税货物本身具有较担保物权优先之受偿性,即足以达到保障关税之目的,似无根本否认就该应税进口货物设定担保物权效力之必要。在现行“关税法”上是否可作如此解释,尚值研究,其根本解除之道,应于“关税法”第55条增设条文,明白规定应缴或应补缴之关税,就进口货物本身优先于一切债权及担保物权受偿,以杜争议,并保护相对人之利益及交易安全。

## 3. 关税与营业税之位序关系

关税及营业税均具有优先于普通债权受偿之地位,已如前述。其位序如何,不无疑问。最近,台湾高等法院台中分院举行法律座谈会,曾提

<sup>①</sup> “关税法”第31条第2项规定:“分期缴税或税款记账之进口货物,于关税未缴清前,除强制执行或经海关专案核准者外,不得转让。”其第3项规定:“依前项规定经强制执行或专案核准者,准由受让人继续分期缴税或记账。”本条规定系1979年7月18日修正“关税法”所增列(“关税法”系于1967年8月8日公布施行)。其所谓“不得转让”之法律性质如何?违反此项规定而为转让者,其效力如何?又所谓不得转让是否包括不得设定担保物权?在解释上均有疑问。

出如下之法律问题：“‘营业税法’第55条规定税款及利息应较普通债权优先受偿。又‘关税法’第53条第3项规定应缴或应补缴之关税应较普通债权优先受偿，如营业税与关税竞合时，究以何者为优先？”讨论意见计有三说。甲说：以关税为优先，因关税法为税法中之特别法，以特别法优先于普通法之法理，自应以关税为优先。乙说：以发生时间先后，定其优先顺序，发生在前者优先于发生在后者。丙说：比例受偿，同为优先债权，应不分时间等因素，依公平原则、比例受偿。结论：似以丙说为是。但关税如系执行标的之进口货物本身，似应为最优先，因未缴关税，原不得办理进关手续故也。

第一厅研究意见认为：“①‘营业税法’第39条规定营利事业欠缴之税款、利息，应较普通债权优先受偿，‘关税法’第55条第3项规定，应缴或应补缴之关税，应较普通债权优先清缴，原提案引用‘营业税法’第55条及‘关税法’第53条第3项系修正前条文，先予说明。②欠税人同时欠缴营业税及关税时，何者应优先受偿，‘税法’并无明文规定。依法理而言，如执行标的物系尚未报关完税之特定进口货物，则因该货物原应先行缴清关税，始得进口营业，关税发生在前，自应优先于营业税而受清偿。如执行标的物系欠税人之其他财产，则两者同属优先权，并无先后之分，自应依债权比例受偿。座谈会结论，尚无不合。”

依司法实务上此项见解，关于各项税捐之受偿关系，应适用下列原则决定之：

(1) 土地增值税优先于一切债权及抵押权，法有明文，故其位序亦应优先于一切税捐。

(2) 关于进口货物本身，关税优先于一切税捐；关于纳税义务人之其他财产，关税与营业税立于同等地位，依债权额比例受偿。

(3) 关税与营业税优先于其他税捐受偿。

(4) 其他各种税捐立于平等地位，依债权额比例受偿。<sup>①</sup>

#### (四) 其他税捐

关于土地增值税、营业税及关税以外税捐之优先受偿权，现行“税

<sup>①</sup> 关于税捐相互间之优先受偿顺序应予以明确规定之问题，参见刘春堂：《租税优先权研究》，租税研究会出版，1981年1月，第81页以下。



法”未设规定，自应解释为仅具“普通债权”之性质，因此：① 抵押权、质权等担保物权应优先受偿。② 与其他普通债权立于平等地位，依债权比例受偿。

惟应注意者，诸此无优先受偿权之税捐，亦各有其保全之道。依“遗产及赠与税法”第 42 条规定：“地政机关及其他‘政府’机关，或公私事业办理遗产或赠与财产之产权移转登记时，应通知当事人检附稽征机关核发之税款缴清证明书，或核定免税证明书，或不计入遗产总额证明书，或不计入赠与总额证明书，或同意移转证明书之副本；其不能缴附者，不得径为移转登记。”“土地税法”第 51 条规定：“欠缴土地税之土地，应于所有权移转登记或设定典权时，将所欠税款缴清。”又同法第 52 条规定：“经征收或收买之土地，该管直辖市、县（市）地政机关或收买机关，应检附土地清册及补偿清册，通知主管稽征机关，核算土地增值税及应纳未纳之地价税或田赋；稽征机关应于收到通知后 15 日内，造具代扣税款证明册，送由征收或收买机关，于发放价款或补偿费时代为扣缴。”依“房屋税条例”第 22 条规定：“房屋之典卖、移转承受人应查明前业主应缴未缴全部房屋税税额，在典价或买价内照数扣留，并于扣留后 7 日内申报主管稽查机关发单完税。承受人不依前项规定扣缴者，应负补缴责任，逾期不补缴者，除责令补缴外，并处以税额 10% 以下之罚款。承受人依第 1 项规定扣缴后，逾期不报缴者，除责令补缴外，并处以税额 1 倍以下之罚款。”诸此规定，在某种程度，亦具保全税捐清偿之功能，虽无优先受偿权，亦无大碍。<sup>①</sup>

### 三、工资之优先受偿权

#### （一）船员工资

依“海商法”第 24 条第 1 项第 2 款及第 2 项之规定，船长、海员及其他服务船舶人员，本于雇佣契约所生债权，其期间未满一年者，有优先受偿之权，其位序并在船舶抵押权之前。船员工资系基于雇佣契约所生，其

<sup>①</sup> 关于税捐稽征之一般理论及现行法之解释适用，参见张昌邦：《税捐稽征法论》，文笙书局 1979 年 6 月初版。

次序自亦优于船舶抵押权。此项“海商法”上之优先受偿权限于特定范围之标的物(“海商法”第 25 条),对债务人之其他财产仅具有普通债权之效力,自不待言。

## (二) 矿工工资

“矿场法”第 15 条规定:“矿业权者于歇业或破产时,应尽先清偿所欠矿工工资”。此项矿工工资优先受偿权,应优先于普通债权,虽无疑问,但是否优先于抵押权,殊有争论。1967 年台上字第 2043 号判决采否定说。在本案,振山实业股份有限公司所属煤矿及积欠矿工工资新台币 90 余万元。1963 年 2 月停工歇业时,该公司煤矿工人,依“矿场法”第 15 条“矿业权者于歇业或破产时,应尽先清偿所欠矿工工资”之规定,主张优先受偿。“最高法院”在本案解释“矿场法”第 15 条规定时,认为矿工工资虽优先于一般债权,但其效力仍在抵押权等担保物权之后,理由有二:① 矿工工资系属债权优先权,非物权优先权,除“法律”如“海商法”第 24 条明定其效力在抵押权之前外,则效力仍应解为在担保物权之后。② 担保债务之成立,并不一定损害于劳工。反之担保债务之成立,恒使濒于困境矿场之财产有所增加,因而有利于该矿场的劳工。若认工资优先于担保物权,谁复愿意扶持濒于困境之矿场而提供资金?而操调节金融任务之银行,因不能预知矿业者何时可能破产或歇业,势将不敢从事对于矿业者之贷款业务,于是矿业者将多因周转不灵而倒闭,其影响之巨,可想而知。

此项判决使劳工之血汗屈服于银行之资本,是否妥适,暂不具论。<sup>①</sup>所应说明者,系此项仅具债权优先性之矿工工资与税捐之关系:① 土地增值税优先于矿工工资。② 关于应税进口货物本身,解释上应认为关税优先于矿工工资(参阅 1968 年台抗字第 27 号裁定)。关于债务人之其他财产,矿工工资,关税及营业税属于平等地位,依债权比例受偿(参阅上开法律座谈会决议)。③ 矿工工资优先于其他税捐。

<sup>①</sup> 参见拙著:《矿工工资优先受偿权》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

### (三) 其他工资

船员工资、矿工工资以外之其他工资,均属普通债权,其清偿位序在抵押权、质权及留置权等担保物权,土地增值税、营业税及关税之后,而其他普通债权居于同等之地位。

## 四、抵押权之让步

抵押权、质权等担保物权,具有优先于一般债权受偿之效力。惟债权之中,有两类债权具有特殊性质,税捐和工资。前者为主要财政收入,因此确保税捐之清偿,即在于维护社会公益;后者系劳动者血汗及生活所赖,因此确保工资之清偿,即在于维护社会正义。现行法上关于税捐、工资与抵押权(或其他担保物权)之关系,已详上述。以下拟试从立法政策之立场,略加论述。

### (一) 抵押权对税捐之让步:财政目的

在现行法上,税捐优先于抵押权受偿,有明文规定者,仅土地增值税而已(“税捐稽征法”第6条)。依“最高法院”见解,就应税进口货物本身,关税亦优先于质权(参阅1968年台抗字第27号裁定)。其余各税均在抵押权、质权等担保物权之后。自立法论而言,抵押权应否对其他税捐之全部或一部再行让步,甚有争论。“税捐稽征法”立法之际,于草案中对税捐之优先权,设有规定。其第6条谓:“土地税之征收,就土地或房屋售得之价金内,优先于一切债权及抵押权;其他各项税捐之征收,除下列债权外,优先于其他债权:①有抵押权、质权、留置权等物权作担保之债权,其担保物权设定于税捐开征或逃漏税捐案件查征之前者。②依法优先于担保物权之债权。”其理由谓:“债权依其受偿之先后,可分为普通债权、担保债权及优先债权,以往纳税义务人滞欠税捐,不能优先于普通债权而为征收,使‘政府’损失税收,为补救计,爰规定税捐之征收应优先于普通债权。其优先地位,除土地税及房屋税等不动产课征之税捐应优先于一切债权外,其余与有抵押权、质权、留置权等物权作担保之债权同,其受偿之顺序,则以设定或发生之先后为准。”“立法院”于审议时,认为该

条对金融界影响甚大,仅保留土地增值税优先受偿之规定。<sup>①</sup>

税捐与抵押权之受偿位序,孰先孰后,涉及“财政需要”与“资金融通及交易安全”两种利益之冲突、权衡及调和之问题。主张税捐优先论者,其主要理由有二:① 税捐征收在适应财政公益上之需要。② 税捐之征收,悉依法律规定(租税法律主义),稽征单位无从要求纳税义务人设定担保物权,以确保税捐之清偿,倘不明定税捐具有优先权,则纳税义务人难免虚伪设定抵押权,逃漏税捐。

主张抵押权优先论者,其主要理由亦有二:① 抵押权具有促进资金融通及创造信用之功能,关系社会经济发展至巨,亦具有公益性。② 税捐之多寡,何时开征,何时查征,贷与信用者,难以查知,势必遭受不测之损害,影响交易之安全。

以上两说在理论上均有所据。依本文见解,税捐应否优先于抵押权,应先作实证之研究。申言之,即税捐因抵押权(或其他担保物权)之存在,而不能受偿者,其数额究有多少?现行制度是否可以有效确保税捐之清偿(“遗产及赠与税法”第42条,“土地税法”第51条、第52条,“房屋税条例”第22条)。倘若税捐因抵押权之存在,致不能受偿之数额“甚多”,影响财政收入,而其他方法又不能充分确保税捐之清缴时,则自有建立税捐优先权制度之必要,抵押权应该让步,自不待言也。<sup>②</sup>

## (二) 抵押权对劳工工资之让步:社会正义

在现行法上,工资优于抵押权者,仅船员之工资而已。依1967年台上字第2043号判决,矿工工资仅具债权优先权之性质,其位序仍在抵押权之后。抵押权对工资(尤其是劳工工资)之优越性,在某种意义上,可谓是“资本”对“劳力”之优越性,是资本主义法制之特色。惟所应注意者,工资是劳力之对价,是劳工生活唯一之依赖,不具优先于抵押权之效力,实不足保护劳动者生存之基本权利(“宪法”第153条)。此项问题,数十年来,未受重视,实属憾事。拟议中之“劳动基准法”草案,是否应设明文,规定一定期间内未获清偿之劳工工资优先于一切债权及抵押权受偿,涉及劳资双方利益之权衡、妥协及社会经济发展,事关重大,争论未

① 参见刘春堂,前揭书,第78页;张昌邦,前揭书,第17页以下论述甚详,可供参考。

② 关于税捐优先权之建议,参见刘春堂,前揭书,第78页以下;张昌邦,前揭书,第116页。

已。惟吾人深信立法过程无论如何曲折,工资之优先受偿性,终必获得肯定,否则将无以保障劳工之生存权及社会安定。

## 五、结 论

据上所述,在现行法上关于税捐、工资及抵押权之关系,可归纳为八点言之:

- (1) 土地增值税优先于一切债权与抵押权。
- (2) 关税,就应税进口货物本身,优先于一切债权与质权等担保物权;就纳税义务人之其他财产,则仅优先于普通债权。
- (3) 营业税优先于普通债权。
- (4) 其他税捐与普通债权属于同等地位,依债权比例受偿。
- (5) 在租税之间,关于土地自然涨价部分,以土地增值税最为优先。关于应税进口货物本身,以关税最为优先,就纳税义务人之其他财产,关税与营业税属于同等地位,依债权比例受偿,又二者均优先于其他税捐。其他税捐则均属于同等地位。
- (6) 船员工资优先于船舶抵押权。
- (7) 矿工工资优先于普通债权。
- (8) 其他工资均属普通债权。

准据上述各项原则,就前开 A 经营电子公司负债欠税之案例而言,土地拍卖价金 580 万元及机器拍卖价金 100 万元,应作如下分配:

- (1) 土地增值税 40 万元(D),应先就拍卖土地所得价 580 万元中扣缴之。
- (2) 关税 60 万元(H)应先就拍卖机器所得价金 100 万元中清缴之。
- (3) 银行 C 就其以土地抵押权担保之 600 万元债权,于拍卖土地价金(580 万元)扣缴土地增值税(40 万元)后剩余之 540 万元,优先受偿之,其余未受清偿之 60 万元属于普通债权。
- (4) 营业税 20 万元(E)就拍卖机器所得价金(100 万元)清缴关税(60 万之)后剩余之 40 万元,优先于普通债权受偿之。
- (5) 银行 C 未受清偿之 60 万元,B 之贷款 200 万元,营利事业所得税 10 万元(F)及工资 100 万元(G),就拍卖机器所得价金(100 万元)清偿关税(60 万元)及营业税(20 万元)后所剩余之 20 万元,依债权额比例

分配之。

其所应注意的是,倘劳工工资优先于一切债权及抵押权之原则完成立法程序之后,则100万元工资将可获得完全清偿,其所引起之各债权分配关系,请参照本文说明,兹不赘。

---

1984年7月30日公布施行之“劳动基准法”第28条规定:

雇主因歇业、清算或宣告破产,本于劳动契约所积欠之工资未满6个月部分,有最优先受清偿之权。

雇主应按其当月雇用劳工投保薪资总额及规定之费率,缴纳一定数额之积欠工资垫偿基金,作为垫偿前项积欠工资之用。积欠工资垫偿基金。累积至规定金额后,应降低费率或暂停收缴。

前项费率,由“中央”主管机关于万分之十范围内拟订,报请“行政院”核定之。

雇主积欠之工资,经劳工请求未获清偿者,由积欠工资垫偿基金垫偿之;雇主应于规定期限内,将垫款偿还积欠工资垫偿基金。

积欠工资垫偿基金,由“中央”主管机关设管理委员会管理之。基金之收缴有关业务,得由“中央”主管机关,委托劳工保险机构办理之。第二项之规定金额、基金垫偿程序、收缴与管理办法及管理委员会组织规程,由“中央”主管机关定之。

本条第一项所称“最优先受清偿之权”,系指优先于债权而言,故抵押权乃优先于工资受偿。于此情形,各债权如何分配,请参照本文,不另作说明,敬请见谅。