

民法思维

请求权基础理论体系

王泽鉴 著

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-3931

图书在版编目(CIP)数据

民法思维:请求权基础理论体系/王泽鉴著. —北京:北京大学出版社, 2009.12

(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-15912-5

I. 民… II. 王… III. 民法-研究 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第173719号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

民法思维:请求权基础理论体系,王泽鉴著

2009年7月版

书 名:民法思维:请求权基础理论体系

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:侯春杰

标准书号:ISBN 978-7-301-15912-5/D·2430

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:北京山润国际印务有限公司

经 销 者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 21.5印张 335千字

2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷

定 价:38.00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义学、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

序 言

拙著《民法实例研习基础理论》刊行于一九八二年,多次再刷,谨对读者表示敬意。趁此次修订,更名为《法律思维与民法实例》,并调整章节,增补内容及斟酌最近立法、判例、学说的发展,期能更进一步建立请求权基础(Anspruchsgrundlage)的理论体系,作为学习民法的一种方法,强化法律人处理实例的能力,提升民法教学研究的效能。陈忠五教授审阅初稿,提供改进意见,林清贤君热心负责校阅全书,程明仁、林圣哲与洪西东君协助校对,备极辛劳,谨致谢忱。

王泽鉴

一九九九年四月一日

埃及西奈山优士丁尼大帝

勒建圣凯瑟琳修道院



目 录

第一章 绪说	(1)
第一节 法律人的能力	(1)
第二节 法学教育及官方考试	(2)
第三节 议论题:法律概念的掌握	(6)
第四节 实例研习的功用	(12)
第五节 本书之目的、内容及学习的方法	(18)
第二章 案例事实、问题及解答	(20)
第一节 案例事实	(20)
第二节 问题及解答	(27)
第三章 历史方法与请求权方法	(33)
第一节 历史方法	(33)
第二节 请求权方法	(35)
第三节 请求权方法与历史方法的比较	(36)
第四节 实例解说	(38)
第四章 请求权基础	(41)
第一节 请求权基础的理论	(41)
第二节 请求权基础体系	(55)
第三节 各种请求权基础	(61)
第四节 请求权竞合	(130)
第五章 请求权与抗辩、抗辩权	(135)
第一节 抗辩及抗辩权	(135)
第二节 “请求权”与“抗辩”的对立性	(137)
第六章 法律的适用	(148)
第一节 法之发现	(148)

2 民法思维:请求权基础理论体系

第二节	法律适用的逻辑、评价与论证	(157)
第三节	法律的解释	(166)
第四节	法律漏洞	(196)
第五节	慰抚金、不完全给付与法之发现	(211)
第七章	解题的体裁、结构与风格	(228)
第一节	解题的体裁	(228)
第二节	解题结构	(230)
第三节	请求权基础检讨的取舍	(233)
第四节	多数当事人法律关系处理次序	(234)
第五节	风格	(234)
第八章	实例解说	(239)
附录	司法官、律师考试民法试题	(303)



第一章 绪 说

第一节 法律人的能力

最近数年来,学习法律的人,常自称为“法律人”(Lawyer, Jurist),带有几分自傲!几分期许!然则,法律人与所谓的外行人(非法律人),究竟有何不同?在一个法治社会,法律人常自负地认为,大者能经国济世,小者能保障人权,将正义带给平民。法律人为什么会有此理想,有此自信?

这个问题,不难答复:因为一个人经由学习法律,通常可以获得以下能力:

(1) 法律知识。明了现行法制的体系、基本法律的内容、各种权利义务关系及救济程序。

(2) 法律思维。依循法律逻辑,以价值取向的思考、合理的论证,解释适用法律。

(3) 解决争议。依法律规定,作合乎事理规划,预防争议发生于先,处理已发生的争议于后,协助建立、维护一个公平和谐的社会秩序。此之所谓“争议”,系从广义,除个案的争讼外,尚包括契约、章程的订定,法令规章的制定等。

上述三种能力,使一个法律人能够依法律实现正义(Justice According to Law),担负起作为立法者(如立法委员、县市议员、乡镇代表)、行政者(如部会首长、公园管理员、税局科员)、司法者(如法官、检察官、“诉愿审议委员会”委员)或公私企业法律事务工作者等的任务。一个社会所贵

• 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

于法律人者,即在于其具备此等能力!^①

第二节 法学教育及官方考试

法学教育的基本目的,在使法律人能够认识法律,具有法律思维、解决争议的能力。考试之目的,乃在于测验一个法律人是否具备此等能力。传统的法学教育及考试方法,是否能够达成此项任务,殊值研究,兹分别说明如下:

一、法学教育

(一) 传统法学教育

台湾地区传统法学教育具有四项特色:

(1) 课堂讲义。教授在课堂上讲授各种法律的社会功能、体系、基本概念、构成要件及法律效果。学生听课,甚少发问,通常亦无课外作业。

(2) 教科书。为配合课堂讲义式教学的需要,教科书乃成为法学著作的主流。胡长清先生于1935年在其所著《中国民法总论》一书的弁言中曾谓:“关于民法著作,大陆诸国及日本多已由教科书的民法书时代,进入特殊问题研究之时代,我国因民法法典颁行未久,即教科书的民法书,求其内容充实能适合于法典精神者,亦不多见……”^②民法学的研究,因胡长清大著《中国民法总论》、《中国民法债编总论》的刊行,而升进到一个新的境界,其后随着梅仲协、史尚宽、王伯琦、戴炎辉、洪逊欣、郑玉波、孙森焱诸氏教科书的陆续问世,而奠定根基。近数年来,特殊问题的研究和判例评释,渐受重视,业已更向前迈进一大步。^③

(3) 考试题目偏重议论题。笔者前在台大法律学系肄业期间,民法考试题目多属议论题,例如,社团与财团有何不同;何谓消灭时效,其存在

^① Roscoe Pound, *Justice According to Law*, 1928. 美国法学家庞德在此书中阐释依法律实现正义的理念,至为详尽,可供参考。

^② 胡长清:《中国民法总论》,弁言第1页;《中国民法债编总论》,弁言第1页。

^③ 作者在台大法律学系担任行政工作期间(1970—1976年),曾筹办:《台大法学论丛》和《台大法学丛书》,前者已发行28期(每期2卷,近改为4卷),后者已出版115册,具体展现法学研究的成果。最近一册重要著作作为詹森林:《民事法理与判决研究》,载《台大法学丛书》第113册。

依据何在,期间长短如何;债务人给付迟延的构成要件及法律效果等。

(4) 考卷评阅。任课教师于考试后甚少解说试题的内容,综合分析考生在法律思考的“形式”和“实质”^①上常犯的错误或缺点。教授评阅试卷后,发给学生,指明应予改正之处的,更属罕见。学生“意外”得高分而惊喜者有之,因分数不如预期而“错愕”者,亦甚常见。

(二) 改进途径

传统法学教育实有改进的余地,除课堂讲义外,须增设研讨会(Seminar),并给学生课外作业。教授应讲解试题的内容,分析学生易犯的错误。教科书的体裁应予多元化,有为初学者入门的教材,有供综合复习的参考用书,有为理论体系的著作等。专题研究或判决评释应更受重视,期能结合理论和实务。须有论文和判决研究作为基础,教科书始能推陈出新!法学著作(教科书、论文或判决研究)须更重视法学方法,使法学得以植根、生长、茁壮!

法学教育改革的一项关键重点,在于积极推展“实例研习”(德文称为 Ubung,在日本称为演习)的教学方法。易言之,即学生除上课听讲外,就每一门基本法律科目,尚须研习若干的实例,考试亦应以实例为原则,期能加强增进学生处理问题的能力。

二、官方^②考试

官方考试,主要指司法官考试及律师考试而言。此两种考试旨在选择适当的法律人,从事“本行”的工作,具有特定目的,同时由于考试领导教学,因此官方考试的出题方式及内容,应受重视,自有分析检讨的必要。

(一) 民法试题

为便于分析讨论官方考试的民法试题,先摘录 1961 年律师、司法官及 1997 年司法官试题如下:

① 一个社会的法律文化或风格是由法律制度和法律思考的“形式”(Form)和内容(Substance)所构成,而法律教育具有关键的重要机能,参见 P. S. Atiyah and R. S. Summers, Form and Substance in Anglo-American law(pp. 384—407, Oxford, 1991)。

② 此称谓系编者对原书所谓的改动。

1. 1961 年律师、司法官民法试题

(1) 何项权利得为消灭时效之客体？何项权利不得为消灭时效之客体？试列举之，并附理由。

(2) 试述留置权之性质及其与同时履行抗辩之异同。

(3) 甲售与乙货物一批，托丙运交与乙收受。迨货物运到乙之处所，乙已他迁，丙复将货物继续运往乙之新迁处所，该货物于途中因丙车与丁车相撞而毁灭。肇事原因双方均有过失。问：① 乙方可否请求丙赔偿其货物灭失之损失？② 乙可否请求甲赔偿其给付不能所致之损失？③ 乙可否请求丁赔偿其货物灭失之损失？④ 甲可否请求丙赔偿其所受之损失？⑤ 甲与丙可否请求丁赔偿其各受之损失？

2. 1997 年司法官试题

(1) 简述民法上除斥期间与消灭时效之法理，并附理由说明下列权利之行使之限制究为除斥期间或为消灭时效期间？

① 以抵押权担保之债权于消灭时效完成后 5 年间应实行其抵押权，在其期间行使之限制。

② 买受人因物有瑕疵得向出卖人请求减少价金之请求权，应于物之交付后 6 个月期间内行使之限制。

③ 承揽人对定作人之损害赔偿请求权，因其原因发生后 1 年间应行使之期间限制。

④ 不动产共有人协议分割共有物之共有物分割登记请求权。

(2) 某日，甲在乙百货公司选购了 A 牌洗碗机 1 台，价新台币 3 万元，货款付清后，店员丙告以可代客送货，甲乃于包装好之所购洗碗机箱上书明姓名、地址，请求丙代为送达。丙于当天下午交由与乙公司有送货特约之丁货运行送货，不意运送途中，丁货运行之司机戊，驾车不慎，与己所驾之自用车相撞，戊、己均有过失，洗碗机因撞车而损坏。则：

① 该洗碗机之所有权究谁属？

② 甲可依何种法律关系向乙主张权利？

③ 甲可否向丁、戊、己请求损害赔偿？

④ 乙可否向丁、戊请求损害赔偿？

(3) 甲以其所有之房屋设定抵押权予银行,向银行借款,并以该房屋为标的物投保火灾保险,指定甲为被保险人。某日,因邻居乙之过失,该甲所有之房屋化为灰烬。请问:

① 银行之债权是否还有担保物权?

② 保险人、乙应如何清偿?

(4) 何谓遗赠? 何谓死因赠与? 二者有何不同,试说明之。

(二) 分析讨论

司法官或律师考试的题目甚值研究,惜未受到应有的重视,兹参照上揭两则试题,分五点加以说明:

(1) 试题内容应在测验考生能否掌握案例事实,适用相关规范,把握法律概念,解释法律及补充法律漏洞(尤其是类推适用)的能力,故应以此作为设计试题的准则,并据此判断试题内容的适当性。

(2) 民法试题早期多为3题,近年来增为4题,通常其中1题为民法总则,1题为债编,1题为物权,1题为亲属、继承,分由不同之人命题,而命题者间并不互相讨论题目内容。此种命题方式的优点在于其内容遍及民法全部,其缺点则在于难以贯穿民法各编,不易测试考生是否确实了解民法五编制“由一般到特殊,由抽象到具体”的体系构成及其解释适用关系。

(3) 法律考试题目的比较研究,可供探究不同国家及地区的法律教育和法律文化。^① 台湾地区“民法”继受德国民法,但教学方法及考题设计不同于德国。就教学方法言,德国重视实例研习及研讨会;在台则偏重课堂讲义,前已论及。就试题设计言,在德国的司法考试,民法通常只有“1个”实例题,答题时间为“5个小时”,可以参考法典,考题内容涵盖民法各编(尤其是民法总则、债编及物权编),无突袭性的特殊问题,而是将基本概念和法律的解释适用纳入案例之中,题目人人皆懂,能否正确或适当解题,厥赖长期有系统的学习和训练。

(4) 就1961年与1997年度试题,加以对照,可见前者的第一题与后者的第一题,均涉及消灭时效与除斥期间;前者的第三题与后者的第二题,涉及给付不能债务不履行。综观历年试题^②,题目内容重复雷同或相

① 期盼有学者从事此项研究,比较分析德国、日本考试的题目。

② 参见本书附录。

近的所占比例甚高,如何推陈出新,使试题内容反映民法学说与判例的发展,实值关切。

(5) 民法试题,分为两类。第一类试题是议论题,例如:留置权与同时履行抗辩之异同;何谓遗赠,何谓死因赠与,二者有何不同,试说明之。法律概念或制度异同的比较是官方考试(包括“民法”以外其他科目)的特色。第二类试题则为实例,如1961年律师及司法官考试第三题,1997年司法官试题第二题及第三题。此两类试题的功能,值得作较深入的说明。

第三节 议论题:法律概念的掌握

一、议论题的类型

如前所述,台湾地区法学教育和官方考试重视议论题,其理由有二:①此为传统科举的考试方法。②此类题目有助于训练或测试考生对法律理论的了解,以及区辨法律概念的能力。兹举若干典型试题如下:

(1) 民法规定权利之行使有何限制,试述之(1984年司)。

(2) 何谓代理权之授予行为的无因性,其与代理权之消灭依其所由授予之法律关系定之(第108条第1项)之规定间有无矛盾(1995年司)。

(3) 买卖不动产之契约,是否应以书面为之(1981年律)。

在议论题中最为常见的则是“法律概念异同的比较”,例如:

(1) 捐助行为、赠与行为与遗嘱(1969年司)。

(2) 负担行为与处分行为(1995年司)。

(3) 无权代理与无权处分(1995年律)。

(4) 除斥期间与消灭时效(1997年司)。

(5) 解除权与撤销权(1966年律司)。

(6) 解除契约与终止契约(1978年司)。

(7) 结果责任、过失责任、无过失责任各有何不同?又民法有关特殊侵权行为之规定中,更有所谓中间责任与衡平责任之规定,其间又有何差异,试分别说明之(1997年律)。

(8) 分别共有与共同共有(1967年司)。

(9) 动产质权与动产抵押权(1991年司)。

二、掌握法律概念的重要

议论题有助于测试考生的“法律知识”，但较难培养“法律思维”及“解决争议”的能力。早期官方考试题目偏重此类问题，今日仍然有之，例如：何谓权利能力？自然人之权利能力的始终如何？胎儿有无权利能力？失踪人有无权利能力？经死亡宣告之自然人实际尚生存者有无权利能力(1996年司)。遗嘱可否撤回？如何撤回？(1995年司)，可见此类题目的功能，仍受重视。就“遗嘱可否撤回，如何撤回”题目言，由“如何撤回”，可以推知遗嘱“可以撤回”。关于遗嘱撤回，第1219条至第1222条设有明文。本题占民法一科“25分”，考生若不知“遗嘱如何撤回”将有落榜之虞，从而“遗嘱的撤回性”将决定一个法律人的生涯规划。

关于法律概念，王伯琦先生于其1957年所著的《民法总则》一书中曾谓：“在清末以前，以现代目光观之，几无法学之可言。清末开始变法，即致力于采纳欧西之法典，故法制之建立，曾未求助于学说，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。”^①足见阐释法律概念的重要。

“民法”第1条规定：“民事，法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理。”然则何谓民事？何谓法律？何谓习惯？何谓法理？皆属基本概念，均有待阐释。如果将学习法律譬如“练功”，则法律概念，犹如练功的基本动作，必须按部就班，稳扎稳打，确实掌握。一个练功者未有踏实的基本动作，临阵之际，破绽百出，暴露死角，必遭败绩。一个学习法律的人，如果不能区辨“债权行为”与“物权行为”、“无权处分”与“无权代理”、“消灭时效”与“除斥期间”，则难正确地适用法律。在某次考试中，有考生将“简易交付”解释为：“以简单之方式交付其物，不必订立书面或登记。”(参阅第761条第1项但书)；将“从物”解释为：“非主物之成分，常助主物之效用，而同属一人者，例如耳朵。”又“最高法院”曾数著判决认为，第118条所称之无权处分，除物权行为外，尚包括债权行为在内，从

^① 王伯琦：《民法总则》，第9页。

而“出卖他人之物”的买卖合同，例如乙擅自出卖甲所有的房屋给丙，系属无权处分，非经权利人甲的承认，不生效力，而权利人甲的承认，又可发生使买受人丙得径向其请求办理移转所有权登记的效力。此项见解，显有疑问，其主要原因在于未能明辨债权行为与处分行为。^①王伯琦先生在其深具哲理性的“论概念法学”论文中谓：“我可不韪的说，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，唯恐其不知科学，不患其拘泥逻辑，唯恐其没有概念。”^②由此可知，对于一个法律人，确实掌握法律基本概念，是如何的重要！如何的不易！准此以言，司法官及律师考试重视法律概念，深具意义，自不待言。

三、掌握法律概念的方法

掌握法律概念是学习法律的人门功课，提出四点学习方法以供参考：

（一）学说见解的整理

教科书的主要功能在于阐释法律基本概念，因此整理教科书的见解，甚有助益，兹举“物”的概念为例加以说明。何谓“物”，民法未设明文，学者所下定义如下：

黄右昌：物者，除人体外，谓有体物及物质上能受法律支配之天然力。^③

胡长清：在吾人可能支配之范围内，除去人类之身体，而能独立为一体之有体物。^④

李宜琛：物者，存于吾人身体外部，能满足吾人社会生活之需要，且有支配之可能者。^⑤

王伯琦：人力所能支配而独立成为一体之有体物。^⑥

洪逊欣：除人之身体外，凡能为人类排他的支配之对象，且独立能使人类满足其社会生活上之需要者，不论其系有体物与无体物，皆为法律上

^① 参见拙著：《出卖他人之物与无权处分》，载《民法学说与判例研究》（第四册），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》（台湾大学印行），1960年7月，第1页（尤其是第20页以下）。

^③ 参见黄右昌：《民法总则论解》，第187页。

^④ 参见胡长清：《中国民法总论》，第171页。

^⑤ 参见李宜琛：《民法总则》，第173页。

^⑥ 参见王伯琦：《民法总则》，第104页。

之物。^①

史尚宽：物者，谓有体物及物质上法律上俱能支配之自然力。^②

就各家对物所下的定义加以比较，除其用语繁简有别外，范围亦有不同，有强调不包括身体，有未提及者；有认为应包括有体物及无体物；有认为仅限于有体物，有特别提出自然力，有未提及者。初视之下，似颇有差异，实则此仅为用语或强调的不同，关于其实质内容，殆属一致，可分四点言之^③：

(1) 物不包括人的身体，盖人身为人格所附，不能为物。

(2) 物须为吾人所能支配(支配可能性)，其不能由吾人为支配而由此取得某种利益的，例如日、月、星辰，不足作为权利客体。

(3) 物必须独立为一体，能满足吾人社会生活的需要，如一滴油、一粒米，在交易上不能认为系能独立为人类的生活资料，非法律上之物(独立性)。

(4) 有疑问的，是有体物或无体物及自然力的问题。胡长清、王伯琦、史尚宽诸氏所以特别强调有体物，乃认为权利系属无体物，应不包括于物的概念之内。至于固体、液体及气体，他如电气及其他的自然力，能为吾人所控制，而足为吾人生活资料的，则可称之为物。洪逊欣先生所谓无体物，并非指“权利”而言，而系指电、光、热等，凡人类能予支配之自然力，虽无一定形体，亦与有体物同，皆属法律上之物。^④

在分析学者对法律基本概念所下的定义之后，应自己整理，确实了解，而“记忆”之(!)。法律诚非背诵之学，但经由理解而“记忆”，确实把握基本概念则属必要，任何学科皆属如此，殆无例外。

概念是“抽象”的，须具体化于个别事物之上，因此“举例”阐释法律基本概念至为重要，故考试题目常有：“试举例说明之”，盖可由所举之例判断其理解的程度。因此“概念的理解”与“举例说明”，应同时学习之，始不致发生“人之耳朵为从物”的误会！

① 参见洪逊欣：《中国民法总则》，第202页。

② 参见史尚宽：《民法总论》，第221页。

③ 参见拙著：《民法总则》，北京大学出版社2009年版。

④ 请读者自行研究说明“尸体”是否为物？甲因过失误认为遭遇车祸脑死亡之乙为其子，而将其器官捐赠他人，并将尸体火化，存放其骨灰于某灵骨塔，试问乙之继承人丙得对甲主张何种权利？

(二) 法律概念的分解

要确实把握法律概念,须善加运用分解方法,解析其构成因素。^①第92条规定:“因被诈欺或被胁迫,而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示。但诈欺系由第三人所为者,以相对人明知其事实或可得而知者为限,始得撤销之。被诈欺而为之意思表示,其撤销不得以之对抗善意第三人。”在此规定出现三个重要概念,即意思表示、诈欺及胁迫:

1. 意思表示

意思表示是法律行为的核心概念,指将企图发生一定私法上效果的意思,表示于外部的法律事实。意思表示可“分解”为客观要件及主观要件。^②客观要件指外部表示行为,包括明示或默示。主观要件须具行为意思、表示意思及效果意思。举例言之,如甲致函于乙表示愿购买乙所有的某车,其中甲致函于乙为外部表示行为。此项行为系出于甲的意思,甲认识其具有某种法律上意义,并欲依此表示发生特定法律效果意思,构成甲欲与乙订立买卖的要约。

2. 诈欺

诈欺系故意欺罔他人,使其陷于错误而为意思表示的行为。“分解”之,其要素有五:①须有诈欺人的故意。②须有欺罔行为。③须相对人因欺罔行为而陷于错误。④须相对人因错误而为意思表示。⑤须其诈欺为违法。^③举例言之,如甲伪造鉴定书,对乙诈称其某瓷瓶系家传古董,致乙陷于错误而以高价购买之。

3. 胁迫

胁迫系故意表示加害,使他人发生恐怖而为意思表示的行为。^④“分解”之,其要素有五:①须有胁迫人的故意。②须有胁迫行为。③须相对人因胁迫而发生恐怖。④须相对人因恐怖而为意思表示。⑤须其胁迫为违法。举例言之,如甲对乙表示若不赠与某古瓶,将揭露其隐私,乙发生恐怖而赠与之。

分解法律概念,而明确其构成因素,是法律人必须培养的一种能力!

① 参见 Diederischen, Die Zwischenprüfung im Bürgerlichen Recht, 1895, R1, 称为 Zergliederung。

② 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

③ 参见洪逊欣:《中国民法总则》(修订版),第 404 页;拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

④ 参见洪逊欣:《中国民法总则》(修订版),第 409 页。

(三) 异同的比较

比较相关的法律概念,不但可更进一步了解其内容,使思考更为敏锐,而且有助于法律体系的构成。如正当防卫、紧急避难及自助行为同为违法阻却事由,其法律性质、构成要件(受保护的权利、侵害方式及救济方法)及法律效果的异同显示立法上的权益衡量^①,比较分析之,有助于培养审思明辨的思考能力。郑玉波先生是著名民法学者,最善于教导学生学习此种方法。^②留置权、动产质权,同时履行抗辩权及抵消权功能上颇为类似,易令人混淆,为区别其异同起见,郑玉波教授曾综合整理列表如下,特为摘录,以供观摩。^③

权利别 比较	留置权	动产质权	同时履行 抗辩权	抵消权
性质	物权	物权	债权	债权
标的物	以动产为限	以动产为限	不以动产 为限	不以动产 为限
成立	基于法定	基于设定	基于双务契约 之当然结果	基于双方债务 之抵消适状
目的	债权担保	债权担保	促使双方 交换履行	避免交换给 付之劳费
效力	他方如不清偿得 就标的物受偿	他方如不清偿得 就标的物受偿	暂时拒绝他方 之请求	使双方债务依 抵消额而消灭
消灭	因他方另提 担保而消灭	不因他方另提 担保而消灭	不因他方另提 担保而消灭	不因他方另提 担保而消灭
备注	瑞士民法称 为法定质权		参照 第 264 条	参照 第 334 条

(四) 借着实例去理解法律概念

概念是法律的构成部分,处理问题的思考工具,因此必须借着实例的演练去理解应用。负担行为及处分行为,无权处分及无权代理是民法重要的概念,前已再三提及,官方考试中常见如下的题目:(1)何谓负担行为?何谓处分行为?二者之主要不同点何在(1992年司)?(2)无权处

① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

② 郑玉波善用列表方式比较基本概念,参见氏著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版。

③ 参见郑玉波:《民法物权》,第344页。

分与无权代理之区别何在?试就其性质或要件与效力言之(1966年律司)。实则借着一则简单的实例题,更能深刻地测试考生的理解程度及应用能力^①:

甲寄存 A、B 两画于乙处,乙擅以之作为已有出售予善意之丙,并交付之。试问:

(1) 甲与乙间,乙与丙间共有多少法律行为,何种法律行为?

(2) 甲、乙、丙间的法律关系?

(3) 设乙系径以甲的名义让售 A、B 两画于丙时,其法律关系有何不同?

第四节 实例研习的功用

一、法律人能力的培养

实例最能训练、测试法律人的思考方法及能力,兹以某次考试所出两个简单实例为例加以说明:

第一个试题是:“18岁已婚之某甲,赠与8岁之乙1个名贵电动玩具,乙即将之转赠给7岁之丙,并即依让与合意交付之。试问乙父丁要乙向丙请求返还该玩具时,当事人间之法律关系如何?”

在200余份的试卷中,有如下的发现:

(1) 大多数考生在结论上均能肯定甲有行为能力,但其理由构成,甚不一致:有认为未成年人已结婚者,视为成年,故有行为能力;有认为未成年人已结婚者,依结婚成年制度,为成年人,故有行为能力。此两种说明均有误会,第13条第3项规定:“未成年人已结婚者,有行为能力。”故未成年人虽因结婚而有行为能力,但不因结婚而成年或视为成年(第1006条、第1049条)。

(2) 考生多能认为,18岁已婚的甲有行为能力,8岁的乙为限制行为能力人,甲赠与乙玩具,乙系纯获法律上之利益(第77条但书),故甲与乙间的赠与契约有效。唯有部分考生认为8岁之乙将该玩具转赠给7岁

^① 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版。

之丙,系属单独行为,未得法定代理人之允许,应属无效(第78条),对于“单独行为”与“单务契约”两个概念,显欠了解,有所混淆。

(3) 多数的考生未能认识“债权行为”与“物权行为”的区别,认为甲与乙间的赠与契约有效成立,乙因而取得该玩具的所有权。实则,乙之取得玩具的所有权,乃基于甲与乙间的让与合意与交付(物权行为,第761条),赠与契约系其取得该电动玩具所有权的法律上原因。

(4) 大多数考生在处理乙与丙间的法律关系时,常不知“从何说起”,不知所谓历史方法、请求权基础方法,何谓鉴定体裁或判决体裁。^①

第二个试题为:“甲受乙之胁迫,将其画赠送给善意之丙,并即让与合意交付之。乙遭扫黑送绿岛管训后,甲即说明事由,并向丙请求返还该画,有无理由?”^②

大部分考生均能肯定甲得依侵权行为规定对乙请求损害赔偿,但未能叙明究应第184条第1项前段或后段。于论及甲撤销因受乙胁迫而为的意思表示时,大部分的考生虽均能提到第92条规定,但关于本条规定在此具体案例的适用,意见分歧,有如下述:

(1) 有人认为,甲得向乙及丙撤销其意思表示;有人认为,甲得向乙或向丙撤销其意思表示。仅有少数认为系甲得对丙撤销其意思表示。

(2) 有相当多的考生认为,甲得向法院声请撤销其受胁迫而为的意思表示,显然未能区别须声请法院(第74条)及不须声请法院(以意思表示为之即可)的撤销。

(3) 有人认为,受胁迫而为的意思表示,无效;有人认为,受胁迫而为的意思表示,视为无效;有人认为,受胁迫而为的意思表示得撤销,故属无效。仅有约半数考生明确认为受胁迫而为的意思表示,表意人得撤销之,其法律行为经撤销者,视为自始无效(第114条第1项)。

(4) 大部分考生未能说明其所撤销的,究为债权行为(赠与契约),抑或物权行为,从而无从判断甲得向丙主张的,究为所有物返还请求权(第767条),或不当得利请求权(第179条)。

(5) 多数考生不能在此具体案例中,依序论述撤销的构成要件、撤销

^① 参见本书第三章。

^② 拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版。

权的主体及相对人、撤销的客体、除斥期间、撤销权的行使及撤销的法律效果。

综据上开两个简单实例的解答,可见一般学生普遍欠缺理解条文的能力,未能彻底掌握法律概念,不能逻辑地思考问题、处理问题。倘若将上开两个实例题,改为议论题,即:

(1) 何谓行为能力? 限制行为能力人所为法律行为的效力如何?

(2) 何谓因胁迫而为意思表示,其效力如何? 则“用功”的学生可以背诵条文、教科书而得高分,但是在其洋洋大观的抽象理论论述中,隐藏着多少法律思维上的瑕疵,没有彻底了解的条文,不正确的法律概念! 这些缺点,只有在实例的测验中,才能显露出来,也因此才能被改正,被根除!

学习法律的最佳方法是,先读一本简明的教科书,期能通盘初步了解该法律(如《民法总则》)的体系结构及基本概念。其后再以实例作为出发点,研读各家教科书、专题研究、论文及判例评释等,作成解题的报告。在图书馆,经常可以看到同学们抱着一本厚重的教科书,反复阅读,口中念念有词,或画红线,或画蓝线,书面上琳琅满目。此种学习法律的效果,甚属有限,因为缺少一个具体的问题,引导着你去分析法律的规定,去整理判例学说,去触发思考,去创造灵感!

实例研习对于训练培养法律人的能力,具有重大功能,但有两点应予注意:

(1) 实例多偏重特殊或个别问题,为避免“仅见树木,不见森林”,实例研习应与传统法学教育方法密切配合,俾能彻底了然于法律的体系、精神及基本原则。易言之,就现代法学教育而言,实例研习、课堂讲义及研讨会应鼎足而立,不宜偏废。

(2) 初学者对于实例,常不求甚解,偏重记忆,故在考试时不免凭借记忆,搜索曾经做过、听过的题目,有意识或无意识地,企图以此作为解答的样本。应强调的是,具体的案例事实,殊少雷同之处,差之毫厘,失之千里,务必审思明辨。法律上实例,犹如数学演算题,不可徒事记忆,非彻底了解其基本法则及推理过程,实不足应付层出不穷的案例。实例研习的目的乃在于培养思考方法,去面对处理“未曾遇见”的法律问题。

二、实例研习与法院实务

实例研习乃在培养处理案例的能力,可以说是为将来从事实务工作而准备,故法学教育或官方考试的题目应多参考各级法院判决而设计之,其功用有三:①以实例反映社会生活。②结合理论与实务。③法院的判决理由,当事人的主张及判决评释,可以提供各种不同的法律论证资料。

在德国,民法实例题多取材于法院判决,因此研读判决及评释,乃成为学习重点。在台湾,官方民法考题,亦有以实务见解为内容的,分两点说明之:

(1) 1980年律师考试有一试题谓:“‘司法院’释字第107号解释:‘已登记不动产所有人之回复请求权,无第125条消灭时效规定之适用。’又同院释字第164号解释:‘已登记不动产所有人之除去妨害请求权,不在本院释字第107号解释范围之内,但依其性质,亦无第125条消灭时效规定之适用。’试就此两号解释加以评释。”要深入了解此项题目的争点,必须阅“大法官解释”的理由书,尤其是协同意见书及不同意见书。

(2) 1980年司法官考试有一个题目谓:“甲赴日本经商,将其所有房屋一栋交其母乙保管,嗣乙因需款应急,擅将该房屋卖予丙,收清价款,并交与丙使用,旋乙死亡(甲为乙之概括继承人)。甲回来后,以其母无权处分其房屋,诉请丙恢复原状,丙则诉请甲办理所有权移转登记。应如何予以判断,并说明其理由。”(母出卖子委托保养的房屋)1991年律师考试亦有一则考题谓:“1950年台上字第105号判例谓:‘系争房屋就令如上诉人所称系因上诉人前往加拿大经商,故仅交其母某氏保管自行收益以资养赡,并未授予处分权,但某氏既在上诉人提起本诉讼之前死亡,上诉人又为某氏之概括继承人,对于某氏之债务原负无限责任,以第118条第2项之规定类推解释,应认某氏就该房屋与被上诉人订立之买卖契约为有效,上诉人仍负使被上诉人取得该房屋所有权之义务,自不得借口某氏无权处分,请求确认该房屋所有权乃属于己,并命被上诉人恢复原状。’试就上开判例要旨分析讨论下列问题:①某氏与被上诉人所订买卖契约之效力。②设上诉人先于某氏死亡,而某氏又为上诉之概括继承人时,其法律关系如何?③设某氏与上诉人为该房屋之共有人时,其法律关系如何?”

实务上的案例可以提供实例研习(或考试题目)丰富的材料,兹再举深具启示性的重要判决加以说明。

在1996年台上字第2957号判决,被上诉人在上诉人所开设之妇产科医院产下一婴,因上诉人雇用的看护疏于注意,致被不知名者将该婴儿抱走,仍未寻获。被上诉人失子心碎,精神痛苦,乃向上诉人请求赔偿慰抚金及刊登寻子悬赏广告的费用。原审判决上诉人胜诉,关于慰抚金部分,原审谓按以故意或过失不法行为致他人受精神系统之痛苦,亦属健康权之侵害,被害人得依第195条规定请求之。判决则认为:“按身份权与人格权同为人身权之一种,性质上均属于非财产法益。人之身份权如被不法侵害,而受有精神上之痛苦,应与人格权受侵害同视,被害人自非不得请求赔偿非财产上之损害。故父母基于与未成年子女间之亲密身份关系,因受他人故意或过失不法之侵害,而导致骨肉分离者,其情节自属重大,苟因此确实有财产上或非财产上之损害,即非不得依第184条第1项前段,并类推适用第195条第1项之规定,向加害人请求赔偿。”此一医院中婴儿被盗案件,可以转换为以下实例题:

甲妇在乙医院产下男婴,因医院看护疏于注意,致被他人抱走。甲刊登寻找悬赏广告支出调查费用而无结果,因失子精神痛苦,而诉请乙医院赔偿其支出费用及慰抚金。试就契约及侵权行为请求权说明之。

此一题目有助于训练或测试请求权基础的思考方法,人格权与身份权的保护契约及侵权行为的规范功能、“最高法院”历年相关见解的变迁及法律漏洞及类推适用问题等。^①

三、实例研习与法学方法

法律人从事的工作在于将抽象的法律适用于具体个案,涉及法律的解释、漏洞的补充或法律续造等法学方法的问题,而此实为法学教育及官方考试的重点。兹再就前揭“母出售子托保管房屋案件”及“医院中婴儿被他人抱走案件”言,前者涉及第114条“处分”的解释,负担行为与处分行为的区别。后者涉及契约债务不履行、侵权行为、身份权的保护,慰抚

^① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

金的请求权基础,以及第 195 条规定的解释及类推适用,涵盖许多重要法律规定的解释适用的基本问题。

四、实例题的设计与评分标准

(一) 实例题的设计

官方考试的民法实例都是命题者精心设计,简明者有之,复杂者有之,具有不同的风格。实例设计,是一种技术,也是一种艺术,在某种程度上亦显示出题者对法律的“认知”。兹举四点言之:

(1) 综观历年民法试题,内容雷同重复的,为数不少^①,如何推陈出新,设计具有创意的题目,应值得重视。

(2) 题目设计应着眼于测试对法律基本概念、法律原则的了解,解释适用及法学上论证的能力。应避免细节、特殊、记忆性的问题。

(3) 题目内容应涵盖民法各编,以测验考生对“民法”五编制体系构成的认识及综合运用的能力。

(4) 出题时应广泛收集阅读相关的论著及判例、判决,彻底了解题目所涉及的问题及不同的见解。出题者应抗拒引诱,以个人专精的创见作为试题内容。

(二) 评分标准

综观历年官方考试题目,其内容具有一项特色,即答案力求明确,在法律上有明文规定,实务上著有判例可稽,或学说上有定论。其目的乃在确保评分标准的客观性,固值赞同,应说明者有三:

(1) 评分不应以答案“正确”为唯一标准,须重视其论证过程。

(2) 题目的设计应包括“众说纷纭,莫衷一是”的争点,以测试考查对法学理论了解及分析的能力,其答案不必同于通说,但须有可支持其见解的理由构成。

(3) 如前所述,命题者彻底了解其题目所涉及的实务见解及各家学说,以确保评分的客观性,不应以自己预设的答案为唯一标准,“逆我者零

^① 参见本书附录。

分”,乃事理的当然,自不待言。^①

第五节 本书之目的、内容及学习的方法

关于实例解题的方法,学校多未讲授,亦无专书可供参考。法律系学生经多年揣摩,累积经验,亦难完全掌握。其他科系选修法律课程的学生或社会有志法学人士,则几无训练机会,若无入门之道。为使读者自我测试,试举两则“简单”实例,请自行解答:

1. 甲于3月1日出卖某地予丙,于4月1日交付该地予丙,并办理所有权移转登记。试问:

(1) 甲已于2月1日受禁治产宣告时,其法律关系如何?

(2) 设甲于3月15日受禁治产宣告时,其法律关系有何不同?

2. 甲经营成衣外销,因受亚洲金融风暴影响。订单锐减,财务发生困难,乃将其对乙债权100万元,以90万元出卖予丙,即为让与,并交付债权凭证,丙同时履行之。试就下列三种情形,说明当事人间的法律关系:

(1) 甲与丙间的债权买卖契约不成立。

(2) 乙于债权让与通知前,对甲清偿。

(3) 乙于甲将其债权让与丙之前,业已对甲清偿,甲对丙隐瞒其事。

本书主要内容分三部分:①说明实例解题的方法,建立实例解题的理论体系(第二章至第五章)。②法的发现与法律解释适用(第六章)。③实例解说,选择若干实例题,试作解答(第八章)。法律的实例题,犹如数学上的演算题,不是供阅读或背诵记忆之用,读者须自己先行彻底深刻思考,作成解答,再与本书解说加以比较。读者若能善用本书,把握解题方法的要点,自行演练,深信必能获得处理实例的要领,培养法律人所以为法律人的能力。鉴于大学法律系多未开设实例课程,特建议有心学习

^① 在德国,国家考试的评分与任职就业具有重大关系,出题极为慎重。教授拟定题目,必搜集整理分析相关判例学说,并交由其助教数人(多具博士学位)解答,再行比较,发现争点及不同的解答方法。其后再修正题目内容,整理问题争点及各种可能不同的见解,而决定评分的标准。

的同学采取如下的“自力救济”措施：

邀约五六位同学组成一个“民法学习会”，至少每个月聚会一次，配合课程，轮流由一位同学提供实例题，在1个小时内（或半个小时内）作成解答，并影印共同讨论后，再自己整理一份答案。由同学轮流出题有助于广泛深入阅读资料（教科书、专题论文、判例、判决及考古题等），发现争点，构思问题。体认发现问题的思考过程。共同讨论可以互相观摩，取长补短，养成论辩的风度及能力。实例非供阅读或背诵，而在于“研究实习”，必须反复演练，改正错误，精益求精，始能成为一种思考的方法。



第二章 案例事实、问题及解答

第一节 案例事实

一、实例题中案例事实的特色

实例题的案例事实是出题者深思熟虑,为学习或测验之目的而设计的。法院实务上最主要、最困难的工作,在于认定事实,以适用法律。因此法院必须调查证据,发现事实真相,并判断何者与法律的适用有关,何者无关。实例上的事实,则被假设为真实,无争论性,并以简要的文字加以表示,例如:甲男、乙女公证结婚后,未办理结婚登记,其后两人协议离婚,亦未办理离婚登记。乙女于离婚协议书作成3个月之后,与丙男结婚,并于1年后生一子丁。丙男于婚后与戊女发生奸情,致戊女怀孕,丙男以书面表示愿负担该子女出生后之一切养育费用。乙女知悉此事后,与丙男争吵,竟持刀将丙男杀死。问丙男之遗产应由何人继承?(1997年律)。本件事实,诚属罕见,唯考生应径认定其为真实而作答。

应注意的是,实例中亦可能含有与解题无关的事实,此或由于出题的方便,或由于有意测试考生是否能够认定与法律适用有关的事实。1973年司法官考试有一题目略谓:“甲、乙为兄弟关系,父母早亡,另无兄弟姊妹,甲与乙均未结婚,甲到他地经营商业,将其所有房屋一所托乙管理,岂料乙竟以自己名义将该房屋出卖予丙。嗣乙因病死亡,该项买卖契约之效力如何?设如死亡者为甲,其法律上之效果有何不同?”^①在此题目中,“甲到他地经营商业”纯为出题的方便,与解题无关。“甲乙父母早亡,另

^① 关于本题,参见拙著:《出卖他人之物与无权处分》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版。

无兄弟姐妹,均未结婚”,则与解题有关,盖于此情形,甲或乙死亡时,发生单独继承,问题的解答与此具有密切的关系。

二、案例事实的彻底了解与把握

实例解题,乃将抽象的法律规范,适用于具体案件,以确定当事人间的权利义务关系。因此实例解题的第一个步骤,就在彻底了解案情,把握事实。为此,必须确实研读案例,尤其是从法律观点,去分析判断整个事实过程,并将日常生活的用语转变为法律概念。切勿速读,必须逐字、逐句了解其意义,不仅要用眼睛看,更要用心读之。案例事实每一个字句,都具有意义,不可忽视。必须设想自置于案例事实之中,以当事人的处境及利害关系去探究当事人间的权利义务关系。

实例中的法律概念,未臻精确的,亦属有之。1964年司法官及律师考试有一则题目:“甲有古瓶1只,寄存于乙处,乙未得甲之同意质押于丙借款1万元。乙旋复向丙伪称有人欲购之,请求丙准予取去一观,丙不生疑而与之。乙竟以之出质于不知情之丁,借款2万元,事后为丙获悉。丙乃向丁索还其质物,丁不允。嗣经双方议定以诉讼决定其占有谁属,古瓶则交由第三人戊保管,胜诉者取得之。1年后,甲返回,得悉其瓶已为乙出质于丙、丁,而由戊保管,斯时丙、丁之诉讼尚未终结。甲遂径向戊请求返还其所有物。问:

- (1) 丙可否诉请法院撤销乙、丁之质押行为?
- (2) 在诉讼中,古瓶之占有,应属何人所有?
- (3) 甲可否请求戊返还其古瓶?
- (4) 除请求戊返还其所有物外,甲有无其他救济方法。”

此一试题构思巧妙严谨,令人赞赏,唯有两处用语,应予注意:

(1) 所谓“质押”,民法无此用语,系银行业者对设定质权及抵押权的统称,本题则仅涉及动产质权的设定。

(2) 所谓“古瓶之占有,应属何人所有”,混淆了“占有”与“所有”两个概念,盖就现行“民法”而言,在“占有”之上,别无“所有”,二者应严予分别。要之,不论出题者真意如何,解题者仍应使用精确的法律概念,解答问题。出题者或有意测验考生能否明辨法律概念,亦未可知也。

三、当事人、时间及地点

关于案例事实的掌握,除法律事实(如契约、侵权行为等)及标的(尤其是动产与不动产、种类之债)外,以当事人、时间及地点最为重要,分述如下:

(一) 当事人

关于当事人,最需注意的是年龄,此涉及行为能力、订婚能力、结婚能力及遗嘱能力等重要制度。当事人系未成年人,或其特别能力有欠缺时,案例事实均会表示出来。倘案例事实未特别提出时,可径认定当事人为成年人,有行为能力,兹举三例,以供参考:

(1) 1978年司法官考试有一则题目谓:“甲尚未成年,擅将所有房屋出卖予乙,甲即收清价款,交付房屋,并经地政机关误为所有权移转登记。问:① 买卖契约之效力如何? ② 房屋所有权究为何人所有?”按未成年人有为限制行为能力人(满7岁的未成年人),有为无行为能力人(未满7岁的未成年人)。慎审的考生或许会区别“限制行为能力人”及“无行为能力人”两种情形而为论述。在本题,所谓“甲尚未成年”,应认系指限制行为能力人而言,盖于通常情形,未满7岁者不会作此法律行为。又本题涉及两个法律行为,一为买卖契约;一为物权行为(第758条),均有行为能力制度的适用。

(2) 1972年律师考试有一题目谓:“甲女尚未成年,其父代为与乙男订定婚约,甲女不愿,乘其父母外出期间,与丙男结婚,乙男知悉后,向法院请求撤销甲丙之婚姻,应如何适用‘民法’之规定。”本题涉及两个问题:① 父为未成年子女代订婚约的效力。② 未成年人未得法定代理人同意而结婚的效力。准此以言,似可径认甲女已满16岁,有结婚能力(第980条),而不区别甲女是否满16岁与否而为论述。

(3) 1980年司法官考试有一则题目谓:“甲之子乙于1976年满18岁,未得甲之同意,于1977年元旦娶丙为妻,甲知悉后,于同年5月10日诉请法院撤销,丙则于同年10月20日生子丁,甲、乙复于同月23日同乘飞机外出遇难。问:① 甲对于乙丙间之婚姻有无撤销权? ② 甲乙二人间有无继承问题? ③ 丙对甲之遗产有无代位继承权? ④ 丁对甲之遗产有无代位继承权?”本题提出许多不同的日期在法律上究具有何种意义?

(二) 时间

在法律上“时间”至为重要,主要涉及消灭时效及除斥期间、要约及承诺期间、自始给付不能及嗣后给付不能,及清偿期等,举三例如下,请读者自行研究:

(1) 甲于1971年1月5日向乙借款新台币50万元,作为购屋之用,约定两年为期,按月支付利息,并以该购得之房屋及其基地设定抵押权。乙未予催讨,自1976年2月起,甲未再支付利息,乙至1990年10月始向甲催讨,甲以消灭时效完成为由拒绝返还。问:① 原本清偿请求权之消灭时效是否业已完成? ② 利息清偿请求权之消灭时效是否业已完成? ③ 乙于1992年底声请拍卖抵押物,甲以时效完成为由,主张乙无权拍卖,是否有理?(1993年司考)

(2) 甲将特定名牌钢琴1架,出售予乙,价金20万元,乙先交付定金1万元。① 若该琴已于契约成立前焚毁时,则甲、乙间之法律关系如何? ② 若该琴于契约成立后交付前,因不可归责于双方当事人之事由而焚毁时,则甲、乙间之法律关系如何?(1976年律考)

(3) 甲于1991年1月1日借给乙100万元,依约应于1991年12月31日返还,月息1分。乙未经甲之同意,竟与丙约定由丙承受其对甲之债务;甲虽承诺不将债权让渡他人,却瞒着乙于1991年6月30日将债权让售予丁,得款应急。问:① 案例中当事人间法律关系如何? ② 丙依乙、丙间约定于1991年12月31日向甲清偿本息,甲起初以丙非债务人为由拒绝受偿,迟至1992年1月31日始受领之,问当事人间法律关系有何变动? ③ 丁于1991年12月31日将甲之让渡书出示与丙,请求付款时,始知丙已于12月初陷于支付不能,问丁可否请求甲赔偿损害?(1994年律考)

(三) 地点

案例事实提到地点时,多属清偿地(第314条),多涉及给付不能及危险负担等问题(第373条)。此为常见的考题:“某日,甲在乙百货公司选购了A牌洗碗机1台,价金新台币3万元,货款付清后,店员丙告以可代客送货,甲乃于包装好之所购洗碗机箱上写明姓名、地址,请求丙代为送达。丙于当天下午交由与乙公司有送货特约之丁货运行送货,不意运送途中,丁货运行之司机戊,驾车不慎,与己所驾之自用车相撞,戊、己均有过失,洗碗机因撞车而损坏。则:① 该洗碗机之所有权究谁属? ② 甲可

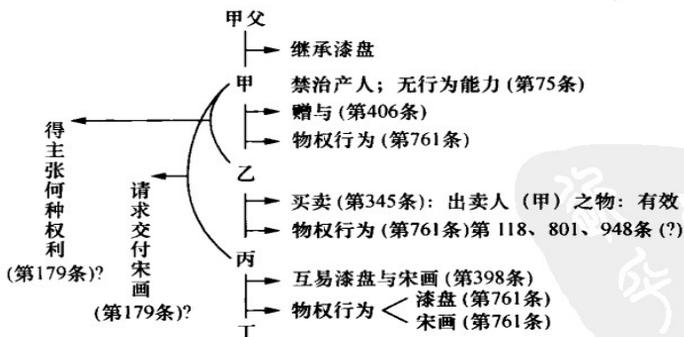
依何种法律关系向乙主张权利? ③ 甲可否向丁、戊、己请求损害赔偿?
④ 乙可否向丁、戊请求损害赔偿?”(1997年司考)

四、法律关系的图示

简明的图示,是掌握复杂案例事实的最佳方法,其主要优点在于能够清楚地显示当事人间的权利义务关系,有助于思考,不致发生重大遗漏。此类图示不应写在试卷纸上,而宜画在试题纸上,图示仅系供自己参考使用。解题者应以简洁的文字、分明的标题、严谨的结构来解答问题,图示仅是辅助的工具,绝不能以图示代替解答,应予注意。

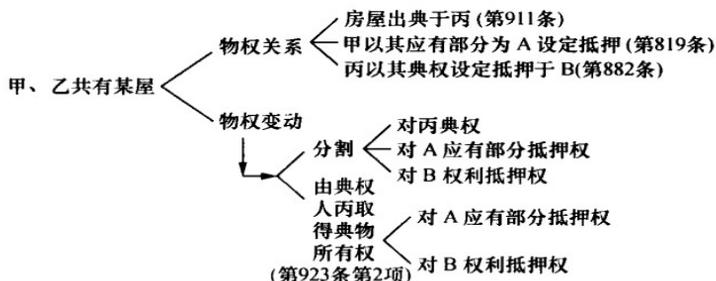
当事人超过3人以上时,使用图示最具效用。图示中应注明当事人、日期、地点、法律关系及相关条文。鉴于图示对于处理实例的重大辅助作用,举三例说明如下:

(1) 甲在其父遗产中发现时值8万元之清代漆盘1件,赠予乙。乙以9万元让售予丙。丙复以之与丁所有价值相当之宋画1幅互易,并同时互相交付之。经查甲系禁治产人,丙、丁知其情事。试问:① 甲与乙间之赠与契约,乙与丙间之买卖契约,丙与丁间之互易契约是否有效? ② 甲向丙请求交付宋画,有无理由? ③ 甲得向乙主张何种权利?(1975年司考)本题涉及债权行为(负担行为)、物权行为(处分行为)、无权处分、善意取得及不当得利等民法基本问题,图示如下(阿拉伯数字为“民法”条文):

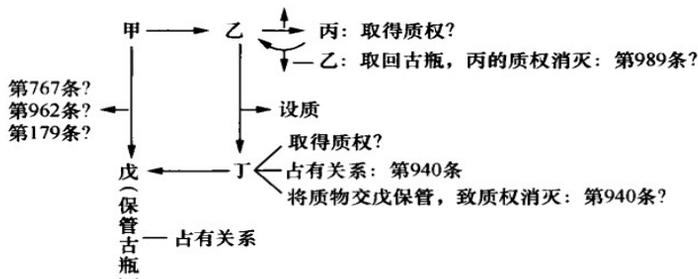


(2) 甲、乙两人共有一幢房屋,出典予丙后,甲乃以其应有部分为A设定抵押权,其后丙以其“典权”为标的,设定抵押权于B:① 甲、乙两人

为共有物之分割后,对于丙之典权、A及B之抵押权,各有若何之影响。
 ② 若甲、乙并未分割共有物,亦未回赎,而丙依法取得典物之所有权时,则对于A、B之抵押权,各有若何之影响?(1976年律考)。本题构造严谨,深具意义,可简要图示如下:



(3) 1964年司法官律师考试有一则设定质权的题目,构造严谨,前已提及(第30页),图示如下,以供参照:



五、面对案例事实

(一) 不可改变之案例事实

实例的案例事实,是解题所要处理的全部事实,应“面对事实”,不可闪避或变更。所以要闪避或变更事实,主要原因在于逃避自己没有确实把握的问题,企图转移阵地,选择一个自己曾经听过、背过或费心准备过的题目。闪避或变更案例事实而作成的解答,纵其内容精辟,亦属“文不对题”。

(二) 案例事实的解释

案例事实虽不能变更,但可作合理的推论及解释。在“甲开电器行,从事电器之修理与出售,今有乙购买1台冷气机,物已交付,但价金有一部分尚未付清,嗣后因乙自己不注意使用,致冷气机故障,乙乃嘱甲取回修理,甲修好后,主张乙有部分价金尚未付清,拒绝交回冷气机而加以留置,问甲是否合法”的题目(1975年律考),依第761条规定,关于动产所有权之移转,除“交付其物”外,当事人尚须有移转其所有权的物权意思表示合意(让与合意)。在本题可由“物已交付”及“加以留置”,行使留置权(第928条),推论当事人有移转该冷气机所有权的让与合意,由乙取得该冷气机所有权。^①

应注意的是,法律所规定的“事实推定”。第944条规定:“I占有人,推定其为以所有之意思,善意、和平及公然占有者。II经证明前后两时为占有者,推定前后两时之间,继续占有。”占有人(受让人)善意与否,题目中多会说明,如:“乙窃得甲之手表1只,伪称系自己之手表,出售予不知情之丙,事越半载,甲发现丙手戴该表,即径向丙索还。问丙应否将该手表返还予甲?如该手表被甲索还,乙对丙应负如何之责?”(1972年司考)若本题关于丙是否不知情未加说明,仍应径认定丙系不知情(善意),而以此为基础讨论当事人间的权利义务关系,不必区别丙为善意或恶意而分别说明。

(三) 假设性的解题

案例事实可以作合理的解释及推论,已如上述。倘不能由此而认定事实时,得采取所谓假设性(替代性)解答(Alternativlösung),即假定某项事实存在时,当事人间法律关系如何;倘某项事实不存在时,则当事人间的法律关系又如何。如甲于3月1日出卖某画给乙,价金2万元,约定3月5日交付,乙于3月2日将该画以3万元出卖予丙,约定3月6日交付,甲于3月4日发现该画焚毁,不能给付。试问乙得向甲主张何种权利。本题的核心问题在于买卖标的物何时焚毁,由于案例事实未臻明确,

^① 参见1973年台上字第1186号判例:本件上诉人既将出卖之冷气机交付被上诉人,依第761条第1项规定,其所有权已移转于被上诉人处。嗣后冷气机因须修护而由上诉人卸回占有,其与有牵连关系之债权,唯为修护费用。兹上诉人所主张者为原买卖契约之价金债权,与其占有之冷气机,即难认为有牵连关系存在。上诉人主张基于价金债权,而将被上诉人交付修护之冷气机予以留置不还,自非正当。

须分别该画焚毁时间系在订约之前(自始不能),抑在订约之后(嗣后不能)两种情形加以说明,并进一步就出卖人甲有无可归责事由,论述其法律关系。此类须待假设某项事实存在或不存在,始能解题的情形,实际上并不多见。

在“甲为未成年人,未得法定代理人同意,出卖其所有房屋于乙时,其效力如何”的题目,可由题旨径认定甲为限制行为能力人,无须分别甲为限制行为人或无行为能力人两种情形而为解答,更不必论及甲是否结婚,或结婚后是否离婚。

第二节 问题及解答

一、问题的模式

(一) 非以请求权关系为内容的出题模式

实例所提出的问题,大体上可分为两类,一为非以请求权关系为其内容;一为以请求权关系为其内容。关于非以请求权关系为内容的出题,其基本模式如下:

1. 买卖契约(或其他契约)是否有效成立

例如:某甲与其未成年之子某乙(未结婚)通谋,将其所有之房屋一幢,虚伪意思表示卖予某乙,并办妥所有权移转登记。不久某乙拟将该屋出卖,由某甲代理某乙登报愿以新台币 100 万元出售,某丙见报后,将代理权授予年 18 之某丁(亦未婚),某丁乃代理某丙以信函向某乙表示愿照价买受,该信函送达于某乙。问某甲与某乙所为买卖契约及所有权移转登记之效力如何?某乙与某丙间之买卖行为,是否有效成立?(1977 年司考)

2. 权利(尤其是所有权、抵押权、留置权或撤销权)的得丧变更

例如:(1)甲于乙所有之土地上种植果树。问:所产果实属于何人所有?如果果实落入邻地,其所有权属于何人?(1990 年司考)

(2)甲将其耕地及耕地上之农舍设定典权于乙,试问:乙在该耕地上所播之种子,其所有权谁属?所播之种子已发芽时则又如何?在乙未耕作之情形下,丙擅自在该耕地上种植蔬菜,则该蔬菜之所有权谁属?乙就该农舍因使用空间不足,而增建一房,则该增建部分之所有权谁属?若系

另行加盖一独立之建物时则又如何(1996年司考)?

(3) 某甲19岁,未得其法定代理人同意,受雇于乙公司为职员。旋奉公司派为代理人,与丙接洽并签订一项交易契约。其后乙公司发现如依约履行将无利可图。乃以甲乙间之雇佣契约,未经甲之法定代理人同意,应不生效力。故其授与代理权为错误。且甲年轻,无商业经验等理由,请求法院撤销该契约,法院应否准许?请依“民法”规定析论之。(1988律考)

3. 婚姻关系、遗嘱效力、财产由何人继承,应继份若干

例如:“甲收养乙女所生之女丙后,再与乙女结婚,嗣生女丁,前年某日晨,甲、乙于门前共同将被遗弃之男婴戊抱入家中抚养,依俗视同己出,乙于本年死亡,立有遗嘱,其全部财产由戊继承。问:乙与丙、乙与戊为何种关系?乙之遗嘱之效力如何?乙之遗产应由何人继承?其应继份各为若干?”(1988年司考)

(二) 以请求权关系为内容的出题模式

关于以请求权法律关系为内容之题目,其基本模式为:

1. 谁(诉讼上原告)?

2. 得向谁(诉讼上被告)?

(1) 得否请求损害赔偿?

(2) 可否求偿?

(3) 请求返还其物,是否有理由(有无法律上依据,法院应如何处理)?

(4) 有何救济方法?

(5) 当事人间之法律关系如何?

德国国家考试的民法试题几均采此模式。台湾司法官、律师及其他法律科目,亦多采此类试题,并常与其他问题并用之:

1. 与契约成立与否的问题结合

例如:乙积欠甲新台币(下同)500万元,迭经催讨,乙均借词拖延,甲不胜其烦。乃于某日经丙同意,以400万元价格出售予丙。当晚,因丁出价450万元,再度出售予丁,并由甲即时通知于乙,适乙收得巨额货款,当即如数清偿于丁。越数日,丙请求乙清偿债款。问:①甲丁间之债权买卖、债权让与,效力各为如何?②乙主张业已清偿于丁,拒付债款于丙,有无理由?③丙有何权利可以主张?(1994年司考)

2. 与契约撤销的问题结合

例如：甲明知其收藏之唐伯虎字画，并非真迹，唯其鉴定极为困难，竟冒充真迹，以新台幣（下同）200 万元之价格出售予乙（实则仅价值 5 万元而已），乙一时亦未能鉴得真相。越 3 年，适有唐氏字画鉴定专家来台，告知实情予乙，乙愤而对甲主张撤销买卖。问：① 乙请求甲返还所得价款，其范围为多少？② 乙未撤销买卖，但请求甲赔偿 195 万元及自交付时起之利息，有无依据？③ 乙撤销买卖，甲返还价款给乙后，请求乙返还字画，乙拒绝返还，结果如何？（1994 年律考）

3. 与物权变动的问题结合

例如：甲将机器一部卖予乙，双方订有买卖契约。嗣乙因厂房整建尚未完竣，乃与甲订立寄托契约，将该机器暂置甲处。某日，该机器为丙所窃，卖予善意第三人丁，并已为交付。请问：① 该机器属于何人所有？② 甲、乙各对丁得行使何种请求权？（1997 年律考）

二、问题的解答

（一）针对问题而作答

解题必须针对问题作答，此为解题的基本原则，包括两项要点：

（1）对所有提出的问题，均应解答。

（2）未提出的问题，不必解答，解题者纵认尚有其他一并处理的重要争点，亦不应提出作答，此种“题外作答”，犹如“诉外裁判”，系属多余，且为错误，纵其见解正确，评分时应不予斟酌。

（二）案例问题的具体化

实例所提出的多为具体问题，如“甲得否依不当得利规定请求乙返还 A 书？”；“甲依无因管理规定向乙请求返还其支出的费用，有无理由？”；“甲得否依侵权行为规定向乙请求损害赔偿？”在此情形，应对所提出的问题作答，乃属当然。

需注意的是，所提出的问题有为“概括”的，如“甲与乙间的法律关系如何？”“当事人间的法律关系如何？”此类实例具有重要功能，即在训练或测验考生“就案例事实，将问题予以具体化”的能力。兹举一例说明之：

甲受乙胁迫，赠 A 画于不知情的丙，半年后，甲向丙说明受乙胁

迫事由,请求返还 A 画,丙表示已将 A 画与丁的 B 画互易,并已交付。

在此实例题,有多种问题提出方法:

- (1) 甲得否向丁请求返还 A 画?
- (2) 甲得否向丙请求交付 B 画?
- (3) 当事人间的法律关系如何?

在(1)的情形,应检查“甲”对“丁”请求返还 A 画的法律基础,就案例事实而言,其可能的请求权基础为所有物返还请求权(第 767 条)或不当得利(第 179 条)。在(2)的情形,应检查甲得否依第 179 条规定向丙请求返还 B 画。在(3)的情形,应就案例事实,而将问题加以具体化:

(1) 甲对乙得否主张侵权行为损害赔偿请求权?

(2) 甲对丁得否依不当得利规定请求返还 A 画? 主张侵权行为损害赔偿请求权?

(3) 甲对丙得否依不当得利规定请求交付 B 画?

三、“案例事实”与“法律规范”

实例解题,系依循法律处理具体案例中当事人间的权利义务。为发现可适用于案例事实的法律,一方面须依案例事实去探寻法律规范,另一方面须将法律规范适用于案例事实,因而产生 Engisch 教授所谓“上位规范与生活事实间来回穿梭观察”^①,或 Scheurele 所谓:“事实认定行为与其法律定性之间相互渗透。”^②此所涉及的,乃是一种相互阐明的思考过程^③,将据以判断案例事实的法律规范,于经认定的事实上予以具体化。此在法学方法论上甚为重要,兹举一例加以说明:

甲以司机为业,生性粗俗曾有车祸记录,乙因其所索工资较低而雇其充当汽车司机。某日甲私自驾驶乙之汽车外出访其女友,经过某街,适有 4 岁幼童丙,因天气炎热,其母丁令其在街中游玩,甲驾驶

^① Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1942, 2. Aufl. 1960, S. 15: “Hin und Her Wanderung des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt”.

^② Scheurle, Rechtsanwendung, 1952, S. 23: “Wechselseitiges Durchdringen zwischen Akten der Tatsachenfeststellung und denen der rechtlichen Qualifizierung”.

^③ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, 3. Aufl. S. 101f.; Hruschka, Die Konstitution des Rechtsfalles.

到来,远距离即发现丙在街中心,遂按喇叭示警,但既未减速慢行,亦未停车或避让致将丙撞伤。问乙应否与甲负连带损害赔偿赔偿责任?能否减轻赔偿?乙如履行赔偿义务,能否向甲求偿?甲如履行赔偿义务,能否向乙求偿?(1973年律考)

本题涉及雇用人的侵权责任。第188条规定:①受雇人因执行职务,不法侵害他人之权利者,由雇用人与行为人连带负损害赔偿赔偿责任。但选任受雇人及监督其职务之执行已尽相当之注意或纵加以相当之注意而仍不免发生损害者,雇用人不负赔偿责任。②如被害人依前项但书之规定,不能受损害赔偿时,法院因其声请,得斟酌雇用人与被害人之经济状况,令雇用人为全部或一部之损害赔偿。③雇用人赔偿损害时,对于为侵权行为之受雇人,有求偿权。

兹试穿梭来回于“案例事实”与“法律规范”之间,使二者发生互相关联,认定事实,并为法律的定性:

(一) 甲、乙的连带损害赔偿赔偿责任

1. 连带责任的成立

(1) 甲充当乙的汽车司机,是否为乙的受雇人?

(2) 甲的行为是否具备一般侵权行为要件,成立侵权行为?其关键问题在于甲是否有过失?此应就甲驾车到来,远距离即发现丙在街中心,虽按喇叭示警,但既未减速慢行,亦未停车或避让致将丙撞伤,而认定之。

(3) 甲是否因执行职务而为侵权行为?此为“某日甲私自驾乙之汽车外出访其女友”的法律定性。

(4) 倘甲系乙之受雇人,因执行职务不法侵害丙之权利,甲得否举证免责?关于此点,应斟酌“甲生性粗俗,曾有车祸记录,乙因其所索工资较低,而雇其充当汽车司机”的事实判定之。

2. 损害赔偿范围

其核心问题在于被害人丙的与有过失。此更应细分两点加以检讨:

(1) 被害人在街中游玩,是否“对损害之发生或扩大”与有过失?被害人系4岁幼童,无行为能力人,倘无识别能力,能否成立与有过失?

(2) 被害人所以在街中游玩,系因天气炎热,奉其母丁之命。其母丁对“损害之发生或扩大”是否与有责任?被害人应否承担法定代理人之

“与有过失”?^①

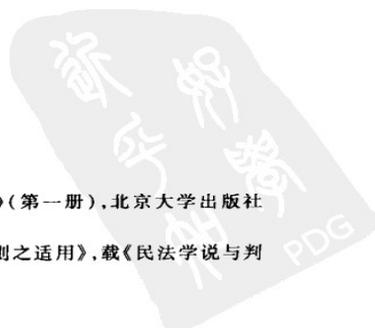
(二) 甲与乙间的求偿关系

此须以雇用人应负连带损害赔偿 responsibility 为前提,原则上应适用第 188 条第 3 项的规定,并有第 217 条的类推适用。^②

此种“案例事实”与“法律规范”之间的来回穿梭思考,彼此渗透,相互阐明是实例解题的起点,为法律思考解释适用核心问题,请读者多加揣摩体会。

^① 参见拙著:《第三人与有过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

^② 参见拙著:《连带侵权债务人内部求偿关系与过失相抵原则之适用》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。



第三章 历史方法与请求权方法

处理实例题的主要方法有历史方法(historische Methode)和请求权方法(Anspruchsmethode),分述如下:

第一节 历史方法

历史方法,指就案例事实发生的过程,依序检讨其法律关系。兹举两例说明之:

一、例 1

甲于3月1日致函于乙,略谓:“愿出售某画,价金100万元,须于3月10日前函复。”该信于3月3日到达乙。乙于3月7日函复,决定购买该画,于3月9日到达甲。甲于3月4日获知丙愿以120万元购买,当即致函于乙,表示撤回前函,于3月6日到达。问甲与乙间之买卖契约是否成立。

依历史方法,本题处理的步骤如下:

(1) 甲于3月1日致函于乙,表示出卖某画,视为要约。

(2) 甲的信函于3月3日到达乙,要约生效(第95条第1项),使受领人乙处于得予承诺的地位(要约实质拘束力)。

(3) 甲于3月4日再致函于乙,表示撤回前函,于3月6日到达。依第95条第1项但书规定,要约之撤回须同时或先时到达,始生效力,甲的撤回系在要约生效之后,始行到达,故不发生撤回之效力。又第154条第1项规定契约之要约人因要约而受拘束。所谓因要约而受拘束,指要约之不可撤销性(或称为不可撤回性),即要约生效后,要约人不得撤销或变更其要约(要约形式拘束力)。准此以言,甲的“撤回前函”,纵解释为

“撤销要约”,因甲未预先声明不受拘束,依其情形或事件之性质,亦不足认当事人无受其拘束之意思(第154条第1项但书),故甲要约的效力,仍不因此而受影响。

(4) 乙于3月7日函复决定购买该画,是为承诺。

(5) 乙之承诺,于3月9日到达而生效,并于承诺期间内到达相对人。

(6) 结论:甲以100万元出卖某画之要约,与乙之承诺内容一致,其买卖契约成立(第345条、第153条)。

需说明的是,在上揭例题,倘所提出的问题为:乙是否得向甲请求交付其画,并移转其所有权时,依历史方法,其解题步骤仍如上述,只是在结论上有所不同而已,即:甲与乙就标的物及其价金互相同意,买卖契约成立,故乙得依第348条第1项规定,向甲请求交付其画,并移转其所有权。

二、例2

A于4月1日借某名贵照相机给B,B于4月3日擅行让售该照相机于善意的C,C再将之让售予恶意的D,并即交付之。问D是否可以取得该照相机的所有权。

依历史方法,本题的处理步骤如下:

(1) A于4月1日借某照相机给B,在A与B间成立使用借贷契约,B为直接占有人,A为间接占有人。A仍为该照相机之所有人。

(2) B于4月3日擅行让售该照相机于C,B与C间之买卖契约虽属有效,但关于该照相机所有权之移转,系属无权处分,效力未定(第118条第1项)。唯C系以该照相机所有权之移转为目的,而善意受让该照相机之占有,纵B无让与之权利,C之占有仍受法律之保护,而取得该照相机之所有权(第801条、第948条)。

(3) C因善意取得该照相机的所有权,已如上述,故其让与该照相机所有权给D,系属有权处分,D虽明知B无权处分之情事,仍能取得其所有权。

(4) 结论:B无权处分A所有之照相机,C善意取得其所有权,将之让与给D,系属有权处分,D虽属恶意,仍取得其所有权。

需注意的是,在上揭例题,倘所提出的问题为:A得否向D请求返还其照相机时,依历史方法,其解题步骤仍如上述,只是在结论上有所不同

而已,即,B无权处分A所有的照相机,由C善意取得之,A既丧失该照相机之所有权,不得依第767条规定,向D请求返还。

第二节 请求权方法

请求权方法,系指处理实例应以请求权基础(Anspruchsgrundlage,或称为请求权规范基础,Anspruchsnormengrundlage)为出发点。此说认为关于非以请求权关系为内容的实例题,虽可采取历史方法,但关于“以请求权关系为内容”的实例,则应采用请求权方法,兹以上举两例加以说明,裨益对照:

1. 在上揭甲出卖某画给乙之例,倘所提出的问题为:乙得向甲主张何种权利时,依请求权方法,首应探寻得支持乙向甲主张其请求权的法律规范(请求权基础),其解题步骤如下:

(1) 依第348条规定,买受人得向出卖人请求交付其物,并移转其所有权。乙依此规定向甲请求时,须以甲与乙间的买卖契约成立为前提。应检讨的是,当事人是否就标的物及其价金已互相表示一致。

① 甲之要约。甲于3月1日致函于乙,表示出卖某画,视为要约,于3月3日到达乙因而生效(第95条第1项)。甲于3月4日再致函于乙,表示撤回前函,于3月6日到达,依第95条第1项但书之规定,要约之撤回须同时或先期到达,始生效力。甲之撤回系在要约生效之后,始行到达,故不发生撤回之效力。又第154条第1项规定契约之要约人因要约而受拘束。所谓因要约而受拘束,系指要约之不可撤销性(或称为不可撤回性),即要约生效后,要约人不得撤销或变更其要约(要约之形式拘束力)。准此言,甲之“撤回前函”,纵解释为“撤销要约”,因甲未预先声明不受拘束,依其情形或事件之性质,亦不足认当事人无受其拘束之意思(第154条第1项但书),故甲要约之效力,仍不受其影响。

② 乙之承诺。乙于3月7日函复决定购买该画,是为承诺,于3月9日到达而生效,并于承诺期间内到达相对人。

(2) 甲以100万元出卖某画之要约,与乙之承诺内容一致,其买卖契约有效成立,故乙得依第384条之规定,向甲请求交付其画,并移转其所有权。

2. 在上揭B擅行让售A借贷的照相机于善意的C,而C转售予知情

的 D 之例,倘所提出的问题为:A 得否向 D 请求返还其物时,依请求权方法,其解题步骤如下:

(1) A 得依第 767 条规定向 D 请求返还其照相机,此须 A 为该照相机之所有人,D 为无权占有。

① A 是否为该照相机的所有权人? A 于 4 月 1 日借某照相机给 B,在 A 与 B 间成立使用借贷契约,B 为直接占有人,A 为间接占有人,A 仍为该照相机之所有人。B 于 4 月 3 日擅行让售该照相机于 C,B 与 C 间之买卖契约虽属有效,但关于该照相机所有权之移转,系属无权处分,效力未定(第 118 条第 1 项)。唯 C 系以该照相机所有权之移转为目的,而受让该照相机之占有,纵 B 无让与之权利,C 之占有仍受法律之保护,而取得该照相机之所有权(第 801 条、第 948 条)。A 对该照相机的所有权因而消灭。

② D 是否无权占有? C 因善意受让而取得该照相机之所有权,已如上述,其后 C 将该照相机之所有权让与 D,系属有权处分,D 虽知 B 无权处分 A 照相机之情事,仍能取得其所有权,其占有该照相机,为有权占有。

(2) A 因 B 无权处分其照相机所有权,由 C 善意取得,而失其照相机所有权。D 自 C 取得该照相机之所有权,非属无权占有,A 不得依第 767 条之规定向 D 请求返还该照相机。

第三节 请求权方法与历史方法的比较

一、解题方法的比较

关于以请求权关系为内容的实例,究应采用历史方法或请求权方法,曾有争论。此项争论,不是“对”、“错”的问题,而是何者较合目的性。准此以言,应以请求权方法较为可采,试举一例加以说明:

甲的电视机发生故障,于 5 月 1 日晚以电话请经营电器行的乙前来修理,乙即允之,并于 5 月 2 日晨派技工丙前往。丙修理完毕,离去之际,发现客厅桌上有 1 只钻戒,趁无人注意而窃之。问甲对乙得否请求损害赔偿?

依历史方法,本题处理的步骤为:

(1) 甲于5月1日晚,以电话请经营电器行之乙前来修缮故障电视机,系属要约,因乙之了解而发生效力(第94条)。

(2) 乙对甲之要约即为允之,系属承诺,因甲之了解而生效力,甲与乙间承揽契约有效成立(第490条、第153条)。

(3) 乙于5月2日晨派丙前往修缮,系以丙为使用人履行其债务。

(4) 丙修理电视机完毕,离去之际,窃取甲之钻戒,系故意不法侵害甲之所有权,甲得向丙请求损害赔偿(第184条第1项前段)。

(5) 甲得否向乙请求损害赔偿,应视其受雇人丙是否因“执行职务”,不法侵害甲之权利(第188条第1项)。丙系奉派前往甲处修缮故障之电视机,其窃取甲之钻戒与其修理电视机,客观上并无内在之关联,非属执行职务之行为,因不符合第188条第1项之要件,故乙对丙不法侵害甲的权利,不负连带损害赔偿之责任。

(6) 甲对乙无损害赔偿请求权。此项依“历史方法”所为检讨而获得的结论,系甲对乙并无损害赔偿请求权。就案例事实而言,甲得向乙请求损害赔偿之请求权基础为第188条规定,而其关键在于丙窃取甲之钻戒,是否为执行职务之行为。关于此点,应采否定说,盖窃取物品与修理故障电视机客观上并无任何关联。乙无须与其受雇人丙连带负损害赔偿之责任。由是可知,本题的处理,采“历史方法”从头依时间的顺序,于1至3阶段检讨承揽契约是否成立实无必要,因其与乙或丙应否负损害赔偿之责任无关。倘采“请求权方法”,则可直接针对所提出的问题作答,而省略1至3阶段的论述。

二、请求权方法的目的性

据上所述,实例解题采“请求权方法”,较合目的性,其理由有三^①:

(1) 适合实务需要:在诉讼上所争执的,多属一方当事人有无某种作为或不作为的义务,请求权方法适合实务的需要。

(2) 经济原则:请求权方法有助于针对问题作答,集中于检讨各种可能成立请求权基础的要件。

^① 参见 Medicus, Bürgerliches Recht, 17. Aufl. 1996. 关于此种方法的争论,参见 Grossfeld, JZ 1992, 22ff.; Schapp, JuS 1992, 537. Meincke, JZ 1988, 1095.

(3) 保障解题内容的妥当性：可从法律的立场去思考问题，避免个人主观的价值判断及未受节制的衡平思想。

三、请求权方法与历史方法的并用

请求权方法并不排除历史方法。在请求权方法的架构上，历史方法亦有应用的余地，尤其是在需要认定契约是否成立、所有权是否变动的情形。如在前举甲出卖某画给乙，B 擅行无权处分 A 借与的照相机的两则实例，为检讨甲得否向乙请求交付其物并移转其所有权，须依历史方法认定买卖合同是否成立；为检讨 A 得否对 D 请求返还其物，亦须依历史方法认定该照相机所有权的归属。

最后，须注意的是，解答时不应讨论解题的方法，表明所采的方法，方法自在其中，不必另为说明。

第四节 实例解说

一、问题的具体化

关于请求权方法与历史方法的应用，下列试题作进一步的阐释：

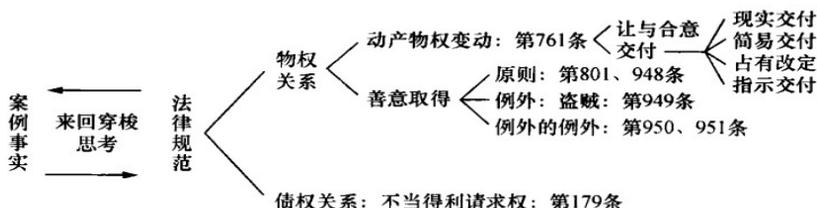
甲将机器 1 部卖予乙，双方订有买卖合同。嗣乙因厂房整建尚未完竣，乃与甲订立寄托契约，将该机器暂置甲处。某日，该机器为丙所窃，卖予善意第三人丁，并已为交付。请问：

- (1) 该机器属于何人所有？
- (2) 甲、乙各对丁得行使何种请求权？（1997 年律考）^①

为了解问题的争点，须善用前曾强调的来回穿梭于“案例事实”与“法律规范”之间的思考过程。为此，须对现行法上关于动产物权变动，尤其是善意取得制度有所认识。

由此“案例事实”与“法律规范”间的相互阐明，可知“机器所有权”的归属，涉及占有改定及盗赃物的善意取得。甲、乙各得对丁主张何种权利，则涉及第 949 条的恢复请求权及第 179 条的不当得利请求权。

^① 在本题，设丁修缮该件具有瑕疵的机器，而返还于甲时，丁得对丙或甲主张何种权利？



二、机器所有权的归属:历史方法

(1) 甲将机器1部卖予乙,双方订有买卖契约。基此有效成立的买卖合同,甲得向乙请求交付其物,并移转其所有权(第384条)。

(2) 嗣乙因厂房整建尚未完竣,乃与甲订立寄托契约,将该机器暂置甲处。此乃甲将机器所有权让与于乙,而与乙订立寄托契约,使受让人乙因此取得间接占有,以代交付(第761条第2项)。

(3) 某日,该机器为丙所盗,卖予善意第三人丁,并己为交付。丙盗乙所有的机器出卖予丁,其出卖他人之物的买卖合同固属有效。其所为交付,应认系基于让与合意,此乃无权处分,效力未定(第118条第1项)。以动产所有权之移转为目的而善意受让该动产占有者,纵其让与人无让与之权利,受让人仍取得其所有权(第801条、第948条)。唯民法对盗赃物的善意受让,设有例外,规定其被害人自被盗之时起2年之内,得向占有人请求恢复其物之占有。

在此2年以内,盗赃物所有权的归属,甚有争论。有采原所有人归属说,有采善意受让人取得说,此为“最高法院”及通说的见解^①,可资赞同。盖就文义言,所谓请求“恢复”其物,顾名思义,系以其物归属于受让人为前提。就体系言,第949条乃例外规定,旨在使原所有人恢复其所有权。再就善意取得制度言,所有权归属于受让人,始足贯彻保护交易安全之目的,使善意受让人于此2年期间仍可受到物权法上的保护。^②

(4) 该机器所有权属丁所有。

^① 参见1988年台上字第2422号判决;姚瑞光:《民法物权论》,第409页;谢在全:《民法物权论(下)》,第518页;杨与龄:《盗赃之善意取得与回复》,载《法令月刊》第32卷第6期,第3页;郭瑞兰:《动产善意取得之研究》,第203页。

^② 参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社2009年版。

三、当事人间法律关系:请求权方法

1. 第 949 条恢复请求权

(1) 甲、乙得依第 949 条规定向丁请求恢复其物。本条所谓被害人,包括原所有人及有权占有人。丁系盗赃物善意受让的现占有人。关于是否已逾 2 年恢复期间,题旨未为指明,应认恢复请求权并未因除斥期间经过而消灭。

(2) 甲、乙得对丁行使第 949 条的恢复请求权,以复活机器被盗前的权利,具形成权的性质。丁取得的所有权,因此项恢复请求权的行使,而归于消灭,丁应将标的物交付于甲或乙,甲与乙之间则恢复原寄托关系。

2. 不当得利请求权^①

应再检讨的是,甲得否向丁行使不当得利请求权(第 179 条)。在善意受让的情形,受让人取得动产所有权,系受有利益,致他人受损害,但此乃基于法律规定,立法意旨在使善意受让人终局保有其权利,具有法律上原因,故不成立不当得利。但于占有物为盗赃物时,第 949 条规定被害人自被盗时起 2 年之内,得向占有人请求恢复其物,既无使受让人终局保有其权利的立法意旨,欠缺法律上原因,故在 2 年期间以内,甲得依第 179 条规定向丁请求返还机器的占有,甲与乙间则恢复寄托关系所有权或占有。^②

^① 此一问题,甚少讨论,难免争论,特予提出,以供参考。

^② 需补充说明的是,实例解答可兼采请求权方法及历史方法,解题时方法自在其中,不应特别标明。



第四章 请求权基础

第一节 请求权基础的理论

一、请求权基础的意义及功能

(一) 请求权基础与法学教育

典型的实例题的构造为：“谁得向谁，依据何种法律规范，主张何种权利。”解题的主要工作，在于探寻得支持一方当事人，向他方当事人有所主张的法律规范。此种可供支持一方当事人得向他方当事人有所主张的法律规范，即为请求权规范基础（Anspruchsnormengrundlage），简称请求权基础（Anspruchsgrundlage）。

请求权基础的寻找，是处理实例题的核心工作。在某种意义上，甚至可以说，实例解答，就在于寻找请求权基础。请求权基础是每一个学习法律的人必须彻底了解、确实掌握的基本概念及思考方法。作者早年留学德国慕尼黑大学时，曾参加 Larenz 教授的民法研讨会，有某学生报告时说：“甲得依不当得利法则向乙请求返还某车”，当场被质问：“请明确言之，依何规定。”学生思考后答曰：“依《德国民法》第 816 条。”Larenz 教授高声谓：“不是某车，而是某车的所有权，其请求权基础 **Anspruchsgrundlage** 是《德国民法》第 816 条第 2 项前段。请说明为何是第 2 项前段，而非后段。”这是我第一次听到 **Anspruchsgrundlage**。此后在上课，在法学院走廊，在学校餐厅，在附近清丽的英国公园的小溪旁（可供日光浴），一再听到 **Anspruchsgrundlage**，使我认识到请求权基础实蕴涵着法律思考的精义，而启发了撰写本书的动机。

(二) 请求权基础与法院实务

台湾地区实务上曾以“法则”作为论断当事人权利义务关系的依据，

如 1978 年第 5 次民事庭会议决议:“债务人欲免其财产被强制执行,与第三人通谋而为虚伪意思表示,将其所有不动产为第三人设定抵押权,债权人可依侵权行为之法则,请求第三人涂消登记,亦可行使代位权,请求涂消登记,两者任其选择行使之。”“最高法院”使用“侵权行为之法则”,或出于行文方面,或有意模糊,惟失诸笼统。若指第 184 条规定,则究为第 1 项前段或后段,抑为第 2 项,应明确指明,盖此涉及侵权行为法的基本体系架构及不同的规范功能,具有重大意义。

值得注意的是,在 1988 年第 19 次民事庭会议上,院长提议:A 银行征信科员甲违背职务,故意勾结无资力之乙高估其信用而非法超贷巨款,致 A 银行受损害(经对乙实行强制执行而无效果),A 银行是否得本侵权行为法则,诉请甲为损害赔偿。决议认为:“台湾地区判例究采法条竞合说或请求权竞合说,尚未尽一致。唯就提案意旨言,甲对 A 银行除负债务不履行责任外,因不法侵害 A 银行之金钱,致放款债权未获清偿而受损害,与第 184 条第 1 项前段所定侵权行为之要件相符。A 银行自亦得本于侵权行为之法则请求损害赔偿。”^①

在本件决议明确以第 184 条第 1 项前段规定作为请求权基础,实值重视。倘仍以“侵权行为之法则”作为依据,将无从了解“最高法院”的真意,只能付诸猜测,或假设各种情形而为分析,欠缺问题焦点,而流于各说各话的无益论辩。在明确的请求权基础上,当事人始能知悉其权利义务关系,律师始能判断法院见解是否妥当,法律学者始能探讨适用第 184 条第 1 项前段究具有何种规范功能。

关于第 184 条第 1 项“前段”与“后段”的适用关系,1997 年台上字第 3760 号判决谓:“按因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任,故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人者亦同,第 184 条第 1 项定有明文。本项规定前后两段为相异之侵权行为类型。关于保护之法益,前段为权利,后段为一般法益。关于主观责任,前者以故意过失为已足,后者则限制须故意以背于善良风俗之方法加损害于他人,两者要件有别,请求权基础相异,诉讼标的自属不同。”^②所谓请求权基础相异,诉讼标的

^① 参见拙著:《银行征信科员评估信用不实致银行因超额贷款受有损害的民事责任》,载《民法学说与判例研究》(第八册),北京大学出版社 2009 年版。

^② 载《“司法院”公报》,第 40 卷,第 7 期,第 93 页。

自属不同,乃指第 184 条第 1 项前段与后段系两个独立的侵权行为。此判判决明确指明请求权基础,有助于阐释第 184 条的体系结构及规范目的,实具方法上的意义。

从“侵权行为之法则”,经“第 184 条第 1 项前段”,到“第 184 条第 1 项前段与后段,请求权基础相异”的发展过程,我们看到了实务见解的日益精致!实则,近年来的主要决议或判决都涉及请求权基础,将于本书加以论述,其主要的如:

(1) 第 227 条是否为不完全给付的规定?^①

(2) 甲出卖某地给乙,并交付之,但于办理移转登记前被政府征收时,乙得否向甲请求交付其所受领的补偿费?^②

(3) 土地的承租人得否向邻地的借用人主张邻地通行权?^③

(4) 甲越界在乙所有土地上建筑高层大厦,乙因受“权利不得滥用原则”的限制,不得请求甲移去或变更其建筑物时,乙得否请求甲以相当之价额,购买越界部分之土地?^④

(三) 请求权基础与实例研习

1. 明确具体的请求权基础

实例研习的主要目的就在训练请求权基础的思考。请求权基础的探寻诚非易事。此常须解释法律,以类推适用填补法律漏洞,甚至创造法律。关于此点,俟于第六章再行详论。于此应特别强调的是,实例解题须寻找到支持一定请求权的法律规范(或确信无任何请求权基础存在)时,始能作答。解题之际,必须明确具体地指出该项请求权基础,不能概括笼统地说:“依‘民法’规定,某甲得向某乙请求损害赔偿”;不能谓:“依‘民法’关于买卖之规定,买受人丙得向出卖人丁请求减少价金”;亦不能谓:“某戊得依无因管理法则,向某庚请求返还其所支出之费用”;更不能谓:“依公平诚实信用原则及衡量当事人利益及公序良俗之观点,某甲得向某乙请求返还其物。”解题时必须明确指出,某甲得依第 184 条第 1 项后段

① 参见本书相关内容。

② 参见拙著:《土地征收补偿金交付请求权与第 225 条第 2 项规定之适用或类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社 2009 年版。

③ 参见本书相关内容。

④ 参见拙著:《举重明轻、衡平原则与类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第八册),北京大学出版社 2009 年版。

规定,向某乙请求损害赔偿;某丙得依第 176 条第 1 项规定,向某丁请求返还其所支出之费用;某戊得依第 767 条规定,向某庚请求返还其机车。

应再强调的是,每一个学习法律的人,自始即应确实培养探寻请求权基础的能力。解题之际,须明确指出支持某项请求权之法律规范。在未寻获请求权基础前,尚不能开始解答。绝不能以概括笼统用语(如依之规定、依侵权行为法则),来掩饰不清楚法律思维过程。唯有如此,始能养成严谨细密的法律思维方法,亦唯有如此,始能维护法律适用的合理性、可预见性和安定性。

2. 实例分析

鉴于请求权基础的重要性,特举数例简要加以说明:

(1) 甲遗失时值 20 万元的名犬 1 只,广告悬赏 10 万元。乙拾得该狗,交警局招领,甲认领后,以乙不知有广告为理由,拒给 10 万元,仅愿支付其物价值之 3/10 的报酬。乙请求 10 万元,有无依据?

乙得向甲请求悬赏 10 万元的请求权基础为第 164 条第 1 项规定,即以广告声明对完成一定行为之人给与报酬者,对于完成该行为之人,负给付报酬之义务,对于不知有广告而完成该行为之人亦同。^①

(2) 甲有寡母贫病交迫,甲遗弃不顾。乙为甲扶养,支出费用 2 万元。问乙得否对甲请求返还其所支出费用?

乙向甲主张返还所支出之费用,其请求权基础为第 176 条第 2 项规定:管理人管理事务,系为本人尽公益上之义务或为其履行法定扶养义务者,虽违反本人之意思,管理人仍有第 176 条第 1 项请求返还所支出费用的权利。^②

(3) 甲赠某画给乙,乙转赠给丙,并即交付之。其后发现甲与乙间赠与契约不成立,而乙于受领该画时,不知无法律上之原因。问当事人间之法律关系如何?

乙因甲之给付,受有某画所有权之利益。唯赠与契约不成立,欠缺法律上原因,应成立不当得利(第 179 条)。乙将该画转赠与丙,其所受之利

^① 参见拙著:《民法债编总论(一)》,第 84 页。

^② 同上注,第 252 页。

益已不存在,乙系不知无法律上之原因,免负返还之责任(第182条第1项)。

甲得对丙请求返还该画所有权,其请求权基础为第183条之规定:不当得利之受领人,以其所受者,无偿让与第三人,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负返还责任。^①

(4) 甲驾车不慎与乙所驾驶汽车超速相撞,致路人丙受伤,支出医药费5万元,经查甲与乙各有50%之过失。问丙得向甲、乙主张何种权利?

丙得向甲及乙请求就其所受损害,连带负赔偿责任,其请求权基础为第185条第1项前段规定:数人共同不法侵害他人之权利者,连带负损害赔偿责任。依“司法院”例变字第1号,民事上之共同侵权行为与刑事上之共同正犯,其构成要件并不完全相同,共同侵权行为人间不以有意思联络为必要,数人因过失不法侵害他人之权利,苟各行为人之过失行为均为其所生损害之共同原因,即所谓行为关联共同,亦足成立共同侵权行为。

(5) 甲出卖某时值1万元之花瓶给乙,虽妥为保管,交付前夕仍为丙不慎毁损,丙赔以时值12000元之花瓶。问乙得否向甲请求交付该花瓶?

乙得向甲请求交付该花瓶,其请求权基础为第225条第2项规定:债务人因不可归责于己之事由,致给付不能,免给付义务者,因此项给付不能之事由,对第三人有害损害赔偿请求权者,债权人得向债务人请求让与其损害赔偿请求权或交付其所受领之赔偿物。

为使读者能自行探寻请求权基础,特提出下列案例,以供研习:

某甲与某著名雕刻家同姓同名,相貌亦相似,有搜集雕刻的雅好。甲获知某乙经营的画廊珍藏某件名贵古玉精品,即向乙表示其为雕刻家某人,即将到世界博览会上参展,拟以信用卡购买该件玉器,乙素仰慕“该著名雕刻家”,同意以半价出售,并即交付之。3个月后,乙获知事实真相,乃请其就读某大学法律系3年级的女儿,说明得向某甲行使的权利。

^① 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版。

二、请求权基础的结构分析

（一）法条的类型^①

请求权基础，指得支持一方当事人向他方当事人有所主张的法律规范，前已再三言之。为对请求权基础有进一步的认识，兹就其结构形态，尤其是完全性法条、不完全性法条、及准用、拟制性规定，说明如下：

1. 完全性法条：请求权规范

完全性法条，指一个具有构成要件及法律效果的规定而言。第 179 条规定：“无法律上之原因而受利益，致他人受损害者，应返还其利益。”系属完全性法条，“无法律上之原因而受利益，致他人受损害”，为构成要件，“应返还其利益”，为法律效果。就第 184 条第 1 项前段规定言，“因故意或过失，不法侵害他人之权利”，为构成要件，“应负损害赔偿责任”，为法律效果。此种完全性的法条即系所谓的请求权基础。

关于请求权基础的结构，值得提出讨论的是，第 28 条规定：“法人对于其董事或其他有代表权之人因执行职务所加于他人之损害，与该行为人连带负赔偿之责任。”本条旨在规范法人的侵权行为，1991 年台上字第 344 号判决谓：“按第 184 条第 1 项规定侵权行为之两种类型，均适用于自然人之侵权行为，上诉人为法人，尚无适用上述规定之余地。”^②法人侵权责任的成立，须其董事或其他有代表权之人因执行职务所加于他人损害的行为具备第 184 条规定的要件，并有区别同条第 1 项前段后段及第 2 项规定的必要。

1975 年台上字第 2263 号判决谓：“查第 28 条所谓‘因执行职务所加于他人之损害’，并不以因积极执行职务行为而生之损害为限，如依法律规定，董监事负执行该职务之义务，而怠于执行时所加于他人之损害，亦包括在内。又公司之职员，合于“劳工保险条例”第 8 条规定时，该公司应为之负责办理加入劳工保险手续，如有违背，应受罚鍰处分（“劳工保险条例”第 12 条，第 83 条）。从而被上诉人如有义务为黄维乾办理加入劳保手续而怠于办理，致生损害于上诉人时，依上说明，尚难谓不应负

^① 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，1982 年增订再版（本书甚具价值，请读之），第 144 页。Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 71f.

^② 《民事裁判文书汇编》，第 3 期，第 93 页。

责。”本件判决径适用第 28 条,并未提及第 184 条,就其请求权基础言,似未周全。在本件不能适用第 184 条第 1 项前段规定,公司职员因未加入劳工保险所受侵害的,不是权利,而是纯粹财产上损害(纯粹经济损失)。其得适用者,乃第 184 条第 2 项规定,即认“劳工保险条例”系属所谓保护他人之法律。^①

需注意的是,第 224 条规定:“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。但当事人另有订定者,不在此限。”乃在规定债务人归责事由,非属请求权基础。如甲出卖钢琴给乙,因送货员丙疏误,迟未于约定期日交付,致乙被迫取消演奏会,乙向甲主张损害赔偿的请求权基础为第 231 条第 1 项规定。甲使用丙履行其债务,关于丙之过失,甲应负同一责任,故有可归责之事由,乙得请求其赔偿因迟延而生之损害。

2. 不完全性法条

不完全性法条有两个类型,一为定义性法条;一为补充性法条,分述如下:

(1) 定义性法条。此类法条的功能在于对其他法条(尤其是完全性法条)构成要件上所使用的概念,加以界限或阐释。如第 66 条第 1 项规定:“称不动产者,谓土地及其定着物。”第 67 条规定:“称动产者,为前条所称不动产以外之物”,均属此类法条。第 220 条至第 224 条规定,亦属定义性规定,旨在阐释第 225 条、第 226 条及第 266 条等规定所谓“可归责于债务人之事由”或“不可归责于债务人之事由。”

债编分则关于各种典型契约(有名契约)的规定,亦属定义性规定,如第 345 条规定:“称买卖者,谓当事人约定一方移转财产权于他方,他方支付价金之契约。”第 739 条规定:“称保证者,谓当事人约定,一方于他方之债务人不履行债务时,由其代负履行责任之契约。”

^① 参见拙著:《雇主未为受雇人办理加入劳工保险之民事责任》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社 2009 年版。1997 年台上字第 3746 号判决谓:“劳工保险为强制保险,雇主如未为劳工办理劳工保险或将其退保,致劳工于退休时未能领取老年给付者,自属侵害劳工之权利,应负损害赔偿赔偿责任。又该老年给付之请求权,于劳工退休时始发生,其消灭时效应自斯时起算。”(《民事裁判书汇编》,第 30 期,第 131 页。)在本件情形,其被侵害者,非劳工之“权利”,而是“财产上利益”,应适用第 184 条第 2 项规定。参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

(2) 补充性法条。此类法条的功能在对于一个不确定法律概念,尤其是其他法条(完全性法条)所定的法律效果,予以明确化,加以补充。第 213 条至第 218 条关于损害赔偿规定,系就其他法条(如第 184 条、第 226 条第 1 项)所规定:“应负损害赔偿责任”而设的补充规定,以确定损害赔偿的方法及赔偿范围。第 153 条以下关于契约成立之规定,亦属契约上请求权的补充规定。

3. 准用(引用)、拟制性规定

(1) 准用性规定。准用性(引用性)法条,如第 41 条规定,法人“清算之程序除本通则之规定外,准用股份有限公司清算之规定”;第 173 条第 2 项规定:“第 540 条至第 542 条关于委任之规定,于无因管理准用之。”所谓“比照……规定”的法条(如第 89 条)、“依……之规定定之”(第 221 条)^①、“亦同”(如第 184 条第 1 项后段),均具准用的性质。^②

此类法条的主要功能在于简化条文,避免重复。关于准用的范围,第 347 条规定:“本节规定,于买卖契约以外之有偿契约准用之。但为其契约性质所不许者,不在此限。”^③于其他情形,应依法律规定之目的定其“相当”的准用范围。

关于不当得利,准用性条文甚多(第 197 条第 2 项、第 266 条第 2 项、第 419 条第 2 项、第 816 条),究为构成要件准用(须具备不当得利要件),抑仅法律效果准用,甚有争论。^④

(2) 拟制性规定。法律上的拟制,如第 88 条第 2 项规定:“当事人之资格,或物之性质,若交易上认为重要者,其错误,视为意思表示内容之错误。”系将关于某构成要件所设定规定,适用于其他构成要件,其功能同于准用性规定,亦在简化条文。^⑤第 114 条规定:“法律行为经撤销者,视为自始无效。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。”同一条文兼用“视为”与“准用”,立法技术实堪赞叹!

① 参见郑玉波:《民法债编总论》,第 269 页。

② 请查阅民法上准用性条文,确实研读,综合分析之。

③ 关于买卖规定在互易的准用,史尚宽:《债法各论》,第 101 页。

④ 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

⑤ 请读者查阅民法上所有“视为”之规定,确实研读,综合分析之。关于法律上拟制的重要著作,参见 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion, 1940.

(二) 实例解说

实例(或法院实务)系以请求权基础为核心,从而应有系统地整理重要的请求权,如第348条(契约)、第176条(无因管理)、第179条(不当得利)、第184条(侵权行为)、第226条、第227条、第231条(债务不履行)、第767条(所有人物上请求权)、第962条(占有物上请求权)等。民法上请求权基础规定尚属不多,应用心研读,其占多数的,系不完全条文,尤其是补充性法条。

需再强调的是,分解请求权基础的构成要件及法律效果,系法律人的基本能力,涉及法律上的利益衡量及价值判断,不能徒事记忆,需要理解,始能于具体案件加以适用,特举数例加以图解,以凸显请求权基础的结构:

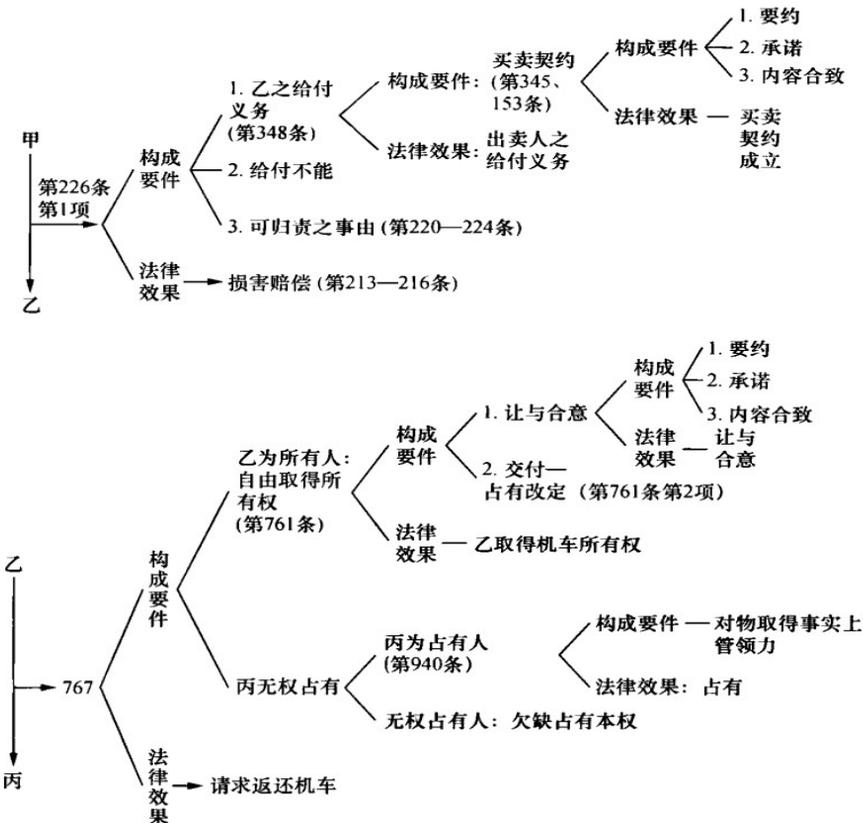
(1) 甲于6月1日向乙购买某名贵花瓶,价金10万元,约定于6月4日交付。甲于6月3日,将该花瓶出卖给丙,价金12万元,约定于6月5日交付。乙于6月4日嘱其店员丁将该花瓶送往甲处,丁驾车超速,发生车祸致花瓶灭失。问甲得否向乙请求转售所得的利益2万元。

甲得向乙请求损害赔偿的规范基础,为第226条第1项规定:“因可归责于债务人之事由,致给付不能者,债权人得请求赔偿损害。”兹将此请求权基础的结构图示如下。

(2) 甲于7月1日出卖某机车给乙,价金3万元,约定于7月3日交付。届期乙先付款,甲则表示拟借用3天,乙欣然允之。该车于7月6日凌晨被丙所盗,问乙得否对丙请求返还机车。

乙得向丙请求返还其机车的规范基础,为第767条规定:“所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。”此项请求基础的结构可图示如下^①:

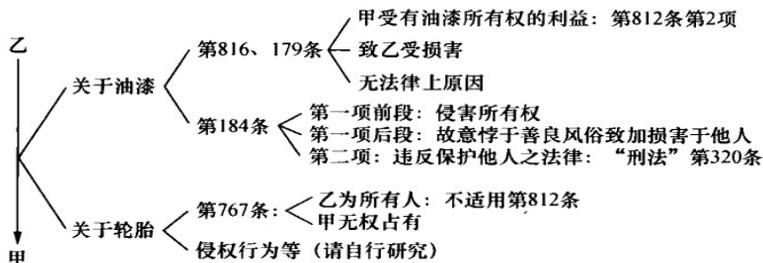
^① 请读者说明此案例中的请求权基础(完全性法条),不完全法条中的定义性规定、补充性规定。



(3) 甲所有的汽车因事故受损,乃窃取乙的油漆漆其车身,乙的轮胎装于其车。试问乙对甲得主张何种权利。

就油漆言,乙得基于第816条,依不当得利规定向甲请求偿金。所谓依不当得利规定,指构成要件的准用,即须具备第179条不当得利的成立要件。此外,乙并得依第184条第1项前段、后段或第2项规定请求损害赔偿。就轮胎言,乙得依第767条向甲请求返还其物。(其他得并存的请

求权请读者自行研究)。兹将其请求权基础的结构图示如下：^①



三、民法体系结构与请求权基础思考方法

（一）“民法”五编制的体制

请求权基础思考方法与台湾地区现行“民法”的体系结构具有密切关系。如所周知，现行“民法”系采所谓的五编制体例，即第一编为总则，第二编为债，第三编为物权，第四编为亲属，第五编为继承。其中债编分为通则及分则，而债编分则规定买卖及保证等 24 种债之关系。就技术言，系采由抽象到具体，由一般到特殊之方式，尽可能的将共通的事项，加以归纳，作为通则。此种立法技术固然使民法成为一个层次分明，构造严谨的法典，但亦使法律的适用趋于复杂化及技术化，须对于民法各编的内容及其体系关联，有通盘彻底之了解，始能妥适解释适用法律，处理具体案件。

（二）权利体系与请求权

需特别指出的是，五编制是“民法”之形式架构，贯穿其间而作为其核心概念的，系权利及法律行为。

权利指享受特定利益，法律所赋予之力。权利依其所享受的特定利益为内容，可分为人格权、财产权（债权、物权）、身份权。此等权利，为满足其利益，或为维护其圆满之状态，均具有或可发生一定的请求权（Anspruch），得请求他人为一定的行为（作为或不作为）。如：

（1）人格权受侵害时，得请求法院除去其侵害，并得依法律之规定，

^① 试问：第 761 条规定的“让与合意”其法律性质如何？应否“适用”或“类推适用”第 153 条以下关于契约成立的规定？

请求损害赔偿或慰抚金(第18条)。

(2) 债权人基于债之关系,得向债务人请求给付,如承租人得请求出租人应以合于所约定使用收益之租赁物交付予承租人,并应于租赁关系存续中,保持其合于约定使用收益之状态(第423条),出租人得请求承租人依约定日期支付租金(第439条)。

(3) 所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之,对于妨害其所有权者,得请求除去之。有妨害其所有权之虞者,得请求防止之(第767条)。

(4) 父母基于对未成年子女保护及教养之权利(第1084条),得对拐诱其未成年子女离家者,请求交还其子女。

据上观之,请求权可谓是权利作用的枢纽。债权的主要作用在于请求债务人为一定之行为,固不必论。支配权、人格权、身份权、物权等债权受不法侵害时,亦以请求权为其救济方法(如物上请求权、侵权行为损害赔偿请求权)。形成权(如法定代理人的承认权、选择权、撤销权、解除权)亦与请求权具有密切关系,可谓是请求权发生的前提。如:

(1) 18岁之甲向乙购买电脑,法定代理人之承认使买卖合同生效(第79条),甲因而得向乙请求交付其物并移转其所有权(第348条)。

(2) 甲向乙购犬,A犬或B犬未定,甲选择A犬时(第208条),即由选择之债变为单纯之债,而得请求给付。

(3) 甲受乙之胁迫让售某名贵兰花,甲撤销其受胁迫的买卖合同(债权行为)及物权行为时(第92条),即得请求返还其物(第767条)。

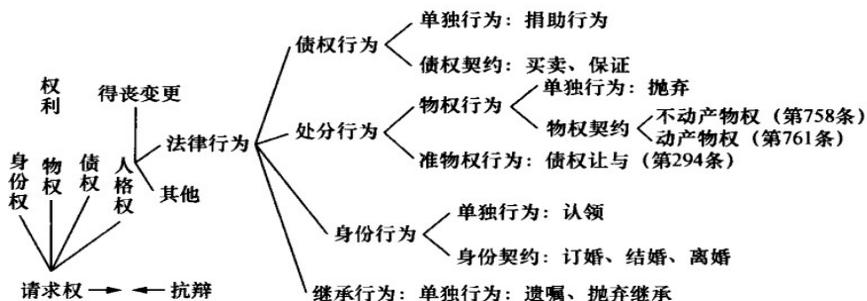
(4) 甲出卖某钻石名表给乙,业已交付,乙迟未付款,甲解除契约时(第254条),即得请求乙返还其所受领之给付物(第259条第1款)。

(三) 法律行为

法律行为,系以欲发生私法上效果(主要为权利变动)之意思表示为要素的一种法律事实。就民法各编的内容言,总则规定法律行为(意思表示)的基本原则(第71条以下规定)。债编通则规定债之关系,尤其是债权行为(契约及单独行为)的成立、标的、效力等(第294条规定的债权让与,性质上属处分行为,准物权行为);债编分则规定各种债权契约。物权编规定物权行为。亲属编规定身份亲属上行为(如订婚、结婚、离婚、收养、认领)。继承编规定继承行为(如抛弃继承、遗嘱)。

(四) 体系构成

兹将权利及法律行为,简要图示如下:



就上揭图表观之,权利及法律行为的体系构成有如金字塔,愈接近上层部分,愈为抽象,适用范围愈广;愈接近下层部分,愈为具体,适用范围愈狭。民法的规定虽由抽象到具体,但处理具体案例时,须反其道而行之,由具体到抽象。在此体系中,区别债权及物权,债权行为与物权行为(处分行为),最属重要。兹举一例言之:“甲向乙借款,以口头约定以其土地设定抵押权担保债权。其后甲拒不办理抵押权之设定,问乙得主张何种权利?”1981年度台上字第453号判例谓:“不动产抵押权之设定,固应以书面为之。但当事人约定设定不动产抵押权之债权契约,并非要式行为。若双方就其设定已互相同意,则同意设定抵押权之一方,自应负使他方取得该抵押权之义务。”可资参照。本件判例区别“约定设定不动产抵押权之债权契约”及“设定不动产抵押权之物权行为(物权契约)”。明辨债权行为与物权行为,实值肯定。负担行为与处分行为是民法上的任督二脉,必须打通,始能登入民法殿堂。^①

兹再举一例说明如下:

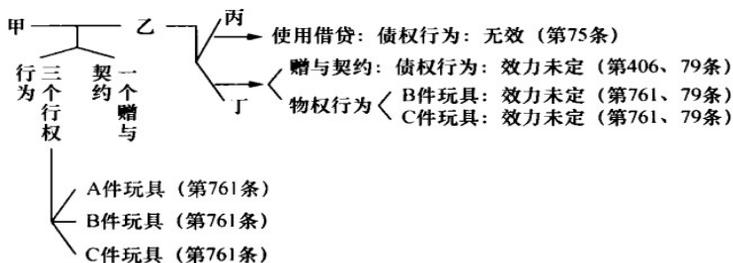
甲赠与10岁的乙A、B、C3件玩具,乙自将A件玩具借与6岁的丙,将B、C两件玩具赠与8岁的丁。试问其法律关系如何?^②

在本题,首须明辨的是债权行为与物权行为。甲赠与乙A、B、C3件

^① 关于负担行为与处分行为的意义及区别,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版。

^② 在阅读下文前,请先自行思考解答。

玩具,系属债权契约,其标的虽属多数之物,但赠与契约乃为一个,易言之,债权契约(如赠与、买卖)得以多数之物为其内容。甲将 A、B、C 3 件交付于乙,依让与合意移转其所有权,则系作成三个动产所有权让与的物权行为,盖一个所有权,仅能存在于个别之物,而不能存在于多数之物。^①准此以言,乙将 A 件玩具借与丙,仅有债权行为(使用借贷),将 B、C 两件玩具赠与于丁,并为交付,则有一个赠与契约,两个物权行为。为便于观察,图示如下:



关于当事人间的法律关系,应先予认定的是,当事人间法律行为的效力。乙系限制行为能力人,但因赠与及受让所有权系纯获法律上利益(第 77 条但书),其赠与契约及 3 个物权行为均属有效,乙取得 A、B、C 3 件玩具所有权。乙将 A 件玩具借与 6 岁之丙,丙系无行为能力人,其使用借贷契约无效(第 75 条)。又在乙与丁之间,丁系限制行为能力人,对丁而言,关于 B、C 两件玩具的赠与及所有权的移转,虽系纯获法律上利益,但乙为限制行为能力人,其法律行为效力未定。

就请求权基础言,在乙与丙间,因使用借贷契约无效,乙得主张所有物返还请求权(第 767 条),或不当得利返还请求权(第 179 条)。在乙与丁间,乙的法定代理人承认乙的法律行为时,确定发生效力,丁基于有效的物权行为取得 B、C 两件玩具所有权,并以赠与为其法律上之原因。设乙的法定代理人拒予承认时,其法律行为确定不生效力,乙系所有人,丁为无权占有人,乙得依第 767 条规定,请求返还 B、C 两件玩具。又丁占有 B、C 两件玩具,受有利益,致乙受损害,无法律上之原因,亦应依第 179 条规定负返还的责任。

^① 关于所谓物权标的物特定主义,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

第二节 请求权基础体系

一、请求权基础的类型

请求权关系之基本模式为“谁得向谁,依据何种法律规范,有所主张。”当事人得主张的请求权,依其内容,可归为六类:① 契约上给付请求权。② 返还请求权。③ 损害赔偿请求权。④ 补偿及求偿请求权。⑤ 支出费用偿还请求权。⑥ 不作为请求权等。分述如下:

(一) 契约上给付请求权

此为基于一定契约而生请求某种给付的权利,如基于买卖契约,买受人得请求出卖人交付其物,并移转其所有权(第 348 条),出卖人得请求买受人交付约定价金及受领标的物(第 367 条);基于承揽契约,定作人得请求承揽人完成一定之工作,承揽人得请求定作人给付报酬(第 490 条)。

(二) 返还请求权

物之返还请求权

(1) 物权上请求权。① 所有物返还请求权(第 767 条)。② 盗赃或遗失物恢复请求权(第 949 条以下)。③ 占有物返还请求权(第 962 条)等。

(2) 债权请求权。① 借用物返还请求权(第 470 条)。② 租赁消灭后租赁物返还请求权(第 455 条)。③ 契约解除后给付物返还请求权(第 259 条)。④ 占有之不当得利返还请求权(第 179 条)。⑤ 所有权的不当得利返还请求权(第 179 条)等。

(3) 用益的返还。所谓用益,除孳息外,尚包括因物的使用或权利的行使而取得的一切利益在内。其主要者有:① 不当得利受领人除返还其所受利益外,如本于该利益更有所取得者,并应返还。所谓更有所取得,兼括用益在内(第 181 条)。② 恶意占有人偿还孳息之义务(第 958 条)。

(三) 损害赔偿请求权

损害赔偿请求权,散见“民法”各编,在实务上最为重要,将于下文加以说明。

(四) 补偿及求偿请求权

(1) 代偿请求权(第 225 条)

(2) 让与请求权(第 228 条)

(3) 不当得利上之代偿请求权:不当得利之受领人,除偿还其所受利益外,如本于该利益,更有所取得,并应返还(第 181 条),所谓“更有所取得”,包括原物之代偿,如甲无法律上原因受领乙给付的机车所有权,倘该机车为丙所毁损而赔以他车时,则乙对该赔偿物亦有返还请求权。但不包括依法律行为所取得的对价,如在上例,倘甲将该机车与丙的电脑互易时,乙对该电脑无返还请求权。^①

(4) 连带债务人之求偿权(第 280 条、第 188 条第 3 项)。

(五) 支出费用偿还请求权

(1) 受任人处理委任事务所支出必要费用之偿还请求权(第 546 条)。

(2) 受寄人因保管寄托物而支出必要费用之偿还请求权(第 595 条)。

(3) 债权人受领迟延者,债务人得请求其赔偿提出及保管给付物之必要费用(第 240 条)。

(4) 无因管理人之支出费用偿还请求权(第 176 条)。

(5) 善意占有人,因保存占有物所支出之必要费用,得向恢复请求人请求偿还,但已就占有物取得孳息者,不得请求偿还(第 954 条)。其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(第 955 条)。

(6) 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(第 957 条)。

(六) 不作为请求权

(1) 债权请求权。不作为亦得为给付(第 199 条第 3 项),故当事人以不作为为契约之标的,例如不参加拍卖之竞买,夜间不弹奏钢琴者,债权人即有不作为之请求权。^②

^① 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

^② 参见拙著:《契约上的不作为义务》,载《民法学说与判例研究》(第八册),北京大学出版社 2009 年版。

(2) 物上请求权。所有人对于有妨害其所有权之虞者,得请求防止之(第 767 条)。此项规定于地役权准用之(第 858 条)。又占有人于其占有被妨害之虞者,亦得请求防止之(第 962 条)。

在上揭各种请求权基础,以损害赔偿请求权在实务上最属常见。^①为掌握了解,请读者查阅“民法”全部条文,找出所有关于损害赔偿的规定,依一定的观点(如过失责任或无过失责任),加以整理、分析、归类,组成体系。关于损害赔偿等请求权基础的检查,得依契约、无权代理等类似契约关系、物权关系、无因管理、不当得利、侵权行为等次序为之:

损害赔偿 (第 213—218 条)	}	履行请求权(如保险契约)
		债务不履行:第 226、231 条等
		无权代理(第 110 条)、缔约上过失(第 247 条)
		物权关系:第 782、953、956 条等
		无因管理:第 174、175 条
		不当得利:第 182 条第 2 项
		侵权行为:第 184—198 条
		身份关系等:第 978、979、1056、1109 条

二、请求权基础的检查

(一) 请求权基础的探寻

某甲有时值 2 万元之玉石,寄存乙处,乙擅行作为己有,以 12 万元让售予知情之丙,丙雕刻成精致玉壶,以 30 万元,让售予恶意之丁。

本案例涉及“多数”当事人,并蕴涵“多数”请求权基础,在解题方法上具有意义。其问题的提出有“多种”方法:

- (1) 甲得否向乙请求损害赔偿;请求交付 20 万元或甲得对乙行使何种权利?
- (2) 甲得否向丙请求交付 30 万元,或甲得对丙行使何种权利?
- (3) 甲得否向丁请求交付玉壶?
- (4) 当事人间法律关系如何?

^① 请参见《民事裁判文书汇编》第 1 期的目录。

问题提出的模式虽有不同,解题思考上均在探寻一个可以支持“谁得向谁”,“有所请求”(损害赔偿、交付价金、返还茶壶)的法律规范。此种请求权基础,原则上应依下列次序加以检查^①:

- (1) 契约上请求权。
- (2) 无权代理等类似契约关系上请求权。
- (3) 无因管理上请求权。
- (4) 物权关系上请求权。
- (5) 不当得利请求权。
- (6) 侵权行为损害赔偿请求权。
- (7) 其他请求权。

请求权基础的探寻及检查,何以要依上揭次序?

此系基于目的性的考虑,即尽量避免于检讨某特定请求权基础时,须以其他请求权基础作为前提问题。易言之,即尽量避免于检讨某特定请求权基础时,受到前提问题的影响。兹举一例以明之:“甲将某花瓶交乙无偿保管,因乙未尽善良管理人之注意而灭失,问甲得否向乙请求损害赔偿。”倘先以第 184 条第 1 项前段规定为请求权基础而检讨时,势必遇到一个前提问题,即无偿受寄人是否对任何过失均须负责,因此契约责任乃成为侵权责任的前提问题。依第 590 条规定:“受寄人保管寄托物,应与处理自己事务为同一之注意。其受有报酬者,应以善良管理人之注意为之。”此项无偿受寄人仅就具体过失负责的规定,对于侵权行为的成立亦有影响,即无偿受寄人亦仅于未尽与处理自己事务为同一注意,始须依侵权行为规定,负损害赔偿责任。因此倘先检讨侵权行为损害赔偿请求权基础时,势须同时检讨寄托契约是否成立,受寄人的注意程度等问题,不免造成重复。反之,倘先检讨契约上请求权基础,即可避免此项困扰。^②

^① 请求权基础的检查次序不是“对”“错”的问题。另一种合乎目的性的次序,是先检查物权关系,尤其是所有权的变动,此须视具体案例而定。

^② 第 434 条规定:“租赁物因承租人之重大过失,致失火而毁损、灭失者,承租人对于出租人负损害赔偿责任。”1933 年上字第 1311 号判例谓:“租赁物因承租人失火而毁损灭失者,以承租人有重大过失为限,始对出租人负损害赔偿责任,第 434 条已有特别规定。承租人之失火,仅为轻过失时,出租人自不得以侵权行为为理由,依第 184 条第 1 项之规定,请求损害赔偿。”关于本件判例评释,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

(二) 请求权基础的检查次序

1. 契约上请求权

据上所述,之所以要先检讨契约上的请求权,因契约关系的存在对其他请求权有所影响:

(1) 对无因管理言,契约系属前提问题。无因管理指未受委任,并无义务,而为他人管理事务。倘当事人间有委任、雇佣或其他契约存在时,即无成立无因管理的余地。

(2) 对第 767 条所规定所有物返还请求权言,契约亦属前提问题。倘当事人间基于契约关系而占有某物,则属有权占有,所有人即不得请求返还其物。如甲出租某屋给乙,乙违约转租给丙,在甲终止其与乙的租赁契约前,不得向丙请求返还其物,盖丙的占有该屋系基于其与乙的租赁契约,而乙与甲又有租赁契约,不构成无权占有。

(3) 对不当得利请求权言,契约亦属前提问题。不当得利乃无法律上原因而受利益,致他人受损害。倘当事人间有契约关系存在,则一方因他方之给付受有利益,有法律上之原因,自不成立不当得利。

(4) 对侵权行为损害赔偿请求权言,契约亦属前提问题。关于此点,前已论及,兹再举一例以明之:甲赠与乙汽车一部,刹车失灵,甲疏于注意未能发现,乙遭受车祸,身受重伤。依第 411 条规定:“赠与之物或权利如有瑕疵,赠与人不承担保证责任,但赠与人故意不告知其瑕疵或保证其无瑕疵者,对于受赠人因瑕疵所生之损害,负赔偿之义务。”此项减轻赠与人责任的规定,对于侵权行为的成立,亦有影响。易言之,即受赠人须证明赠与入系故意不告知其瑕疵或保证其无瑕疵时,始能请求损害赔偿。

2. 无权代理等类似契约关系上请求权

应检讨的是所谓“类似契约关系上之请求权”(Anspruch aus vertragsähnlichen Verhältnissen)。此类请求权的主要发生事由有三:

(1) 无权代理(第 110 条)。

(2) 表意人撤销其因错误而为之意思表示(第 91 条)。

(3) 契约以不能之给付为标的而无效(第 246 条、第 247 条)。此类请求权因与缔约有关,故在学说上称为类似契约关系之请求权。在解题时应以第 110 条、第 91 条等为请求权基础,乃属当然。

3. 无因管理上请求权

应再检讨的是无因管理上请求权。

(1) 对不当得利而言,无因管理系前提问题。如甲未受委任,并无义务,为乙代缴逾期不缴的税捐2万元,乙虽受有利益,仍不成立不当得利,盖甲的无因管理,为乙受有利益的法律上原因。于此情形,甲仅能依第176条第1项规定,向乙请求返还因代缴税捐而支出的费用。

(2) 对侵权行为而言,无因管理亦属前提问题,因适法之无因管理得阻却违法。如甲的邻人乙以贩鱼为业,每晨必担鱼赴市。某晨,乙将房屋锁好,置一担鱼于门前,而人不知去向,久未归来,时烈日当空,鱼有腐烂之虞,则甲即将鱼携往市集出售。于此情形,甲虽故意侵害乙的所有权,但不具违法性,仍不成立侵权责任,盖甲贩售乙之鱼,其管理事务利于本人,并不违反本人明示或可得推知之意思,可阻却违法。

4. 物权关系上请求权

物权关系上请求权,尤其物上请求权(特别是所有物返还请求权),应先于不当得利或侵权行为损害赔偿请求权加以检讨,其主要理由系此项请求权均与物权(尤其是所有权)的变动,具有密切关系。如甲于5月1日出卖某电子琴给乙,价金3万元,约定于5月3日交付,届期乙已付款,但甲表示拟借用3日,乙允之。甲于5月6日擅将该琴让售予丙。于此情形,乙得否向甲主张不当得利或侵权行为损害赔偿请求权,端视乙是否取得所有权而定。

5. 不当得利请求权

不当得利请求权所以应在契约、无因管理之后加以检讨,乃是因为此二者均为其前提问题。其所以应在物权关系上请求权之后检讨,乃是因其与物权变动具有密切关系。如甲有棉纱被乙所盗,出卖与恶意之丙,丙纺纱成布。于此情形,甲对于乙出售棉纱所得的价金,并无不当得利请求权,因甲并未因乙之无权处分而丧失其棉纱之所有权,乙虽受有利益,并未“致”甲受损害,故不成立不当得利。唯甲得依不当得利之规定向丙请求偿还价金,因为丙因加工而取得棉纱的所有权,系无法律上之原因而受利益,致甲受损害(第816条)。

6. 侵权行为损害赔偿请求权

侵权行为损害赔偿请求权所以列后检讨,因其不为其他请求权的前提问题。因此侵权行为损害赔偿请求权,得与契约上请求权(尤其是债务不履行之损害赔偿请求权)、物权关系上请求权及不当得利请求权竞合并存。

7. 其他请求权

民法上的请求权,除上述6种外,尚有遗失物拾得人之费用、报酬请求权(第805条);邻地所有人对逾越建筑的土地所有人请求以相当之价额购买越界部分之土地(第796条)等。

(三) 请求权基础通盘依序检查的必要

“民法”上主要请求权基础检查的次序,已详如前述。除所提出的问题指明特定请求权(如甲得否向乙依不当得利之规定请求返还其所受利益)外,原则应依上列次序,通盘检讨各项请求权基础,切勿专凭直觉任意寻找一个请求权基础而作答之,其主要理由有三:

(1) 可以借此养成缜密深刻的思考。

(2) 可以避免遗漏。^①

(3) 可以确实维护当事人之利益,因为各个请求权的构成要件、时效,举证责任及法律效果,多有不同,主张何者,关系至巨。如甲有某古玉交乙鉴定,乙死,其子丙将该古玉让售予善意之丁,得价金20万元。甲欲依侵权行为之规定向丙请求损害赔偿时,须证明丙系因“故意或过失”不法侵害其所有权,不无困难。倘甲依不当得利之规定,向丙请求返还其所受之利益(价金20万元)时,即无须证明丙之故意或过失,因不当得利请求权的成立,不以受益人有故意或过失为要件。

第三节 各种请求权基础

一、契约上的请求权

(一) 概说

基于债权契约而生的请求权(契约上请求权),可分为两个基本类型:①履行请求权(或称主契约请求权,primäre Vertragsansprüche);②次

^① “立法院”于1999年4月2日通过“民法”债编部分条文修正,其245条之一规定:“契约未成立时,当事人为准备或商议订立契约而有左列情形之一者,对于非因过失而信契约能成立致受损害之他方当事人,负赔偿责任:(1)就订约有重要关系之事项,对他方之询问,恶意隐匿或为不实之说明者。(2)知悉或持有他方之秘密,经他方明示应予保密,而因故意或重大过失泄露之者。(3)其他显然违反诚实及信用方法者。前项损害赔偿请求权,因2年间不行使而消灭。”关于此项缔约上过失制度,于拙著《债权法》详为论述。

契约请求权(sekundäre Vertragsansprüche)。①前者如买受人得请求出卖人交付其物并移转其所有权(第348条);后者如出卖人因有可归责于事由致给付不能者,买受人得请求损害赔偿(第226条)。

契约上请求权系基于一定契约而发生,通常应先认定该契约的类型,究为何种有名契约、无名契约或混合契约,因其与契约的成立、效力(如方式)、强制规定或任意规定的适用有关。请求权基础的探寻,与契约类型的认定,在思考上常同时进行。如甲受雇于乙,为乙补习英文1个月,报酬5000元,乙因病不能上课时,甲得否请求报酬?其请求权基础为第487条规定:“雇用人受领劳务迟延者,受雇人无补服劳务之义务,仍得请求报酬。但受雇人因不服劳务所减省之费用,或转向他处服劳务所取得或故意怠于取得之利益,雇用人得由报酬额内扣除之。”在检讨甲的请求权时,须同时认定当事人所订立的,是雇佣契约。倘甲系为乙作人身的画像,乙因病不能受领时,无第487条规定的适用,盖甲与乙所订立的契约,系属承揽,而非雇用。

(二) 契约履行请求权

1. 履行请求权的意义

契约履行请求权系“主给付请求权”,应先于损害赔偿等“次给付请求权”而检查之。第199条第1项规定:“债权人基于债之关系,得向债务人请求给付。”就契约言,乃指此种履行请求权而言。在双务契约,双方当事人各有其给付请求权,如在雇佣契约,受雇人有服劳务义务,雇用人有给付报酬的义务(第482条)。在单务契约,则仅一方当事人有给付请求权,如在赠与,仅受赠人得向赠与人请求移转其赠与之财产(第406条)。履行请求权种类甚多,在此无法一一列出,倘读者能就“民法”债编分则所规定的各种契约上的请求权,自行加以分析整理,则必能获得较有体系、较为完整的了解。

2. 履行请求权的要件

契约履行请求权应具备如下要件:

(1) 契约成立:须有要约与承诺的合致。

(2) 契约有效:须具备有效要件,如当事人有行为能力、标的系可能、确定、合法妥当及意思表示健全。

① Medicus, Grundwissen der Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1995.

(3) 契约存在:指契约本身未因撤销、解除、终止等事由而消灭。

(4) 所主张的请求权并未因清偿、代物清偿、抵消、给付不能(第 225 条第 1 项,第 266 条)而消灭。

(5) 对履行请求权,无得拒绝给付的抗辩权。^①

兹举一例加以说明:

甲向乙购物,价金 10 万元,届期未付,甲乃将其对丙的 15 万债权让与乙,以代原定价金债务。乙向丙请求给付时,丙表示该项债权请求权早已罹于时效。乙即向甲表示撤销该项债权让与,并向甲请求支付 10 万元,有无理由?^②

乙基于买卖契约,对甲有价金给付请求权(第 367 条),问题在于此项请求权是否消灭。甲将其对丙的债权让与于乙,以代原定价金债务,系代物清偿,依第 319 条规定:“债权人受领他种给付以代原定之给付者,其债之关系消灭。”^③唯此项债权让与被撤销时,其原债之关系即为恢复。第 299 条第 1 项规定:“债务人于受通知时,所得对抗让与人之事由,皆得以之对抗受让人。”丙的消灭时效抗辩属于此种得对抗之事由。债权让与系处分债权的契约(准物权行为),因要约与承诺而成立。第 88 条第 2 项规定当事人之资格,或物之性质,若交易上认为重要者,其错误视为意思表示内容之错误,所谓物之性质,应类推适用于权利,让与的债权罹于时效,减损其效力,对于受让人乙言,在交易上应属重要,表意人得撤销其意思表示(第 88 条第 1 项)。债权让与契约因乙的撤销而视为自始无效(第 114 条第 1 项),其依第 319 条所生清偿效力随之丧失,乙对甲的原价金债权因而恢复,故乙对甲请求支付价金,具有理由。

① 关于请求权与抗辩,参见本书相关内容。

② 此题较复杂,初学者可省略之,但颇具启发性,足供参考。

③ 所谓代物清偿,乃债权人受领他种给付,以代原定给付,而债之关系消灭的契约。代物清偿须债务人现实为他种给付,以代原定给付,始能成立,性质上为要物契约,其成立,须具备下列要件:(1) 须当事人间的合意;(2) 须有债权存在;(3) 须为异于原定给付的他种给付;(4) 他种给付须代原定给付而为之;(5) 须经债权人受领。应与代物清偿区别的是,“新债抵旧”(新债清偿、间接给付),此指因清偿旧债务,而负担新债务,并因新债务的履行,而使旧债务消灭的契约。申言之,在新债务履行以前,与旧债务两相并存,债权人不能择一请求,而必须先就新债务请求履行,倘新债务不能履行,或无效或撤销时,始能就旧债务请求履行。

3. 契约成立

契约履行请求权须以契约成立为要件。关于契约缔结,应说明的有三:

(1) 个别契约与定型化契约。个别契约,指经由当事人的磋商,讨价还价而订立的契约,如甲请乙绘画人像,丙向丁购买某中古车。定型化契约,指依契约一方当事人预先拟定的一般条款而订定的契约。为合理控制定型化契约的条款,有第72条可资适用,“消费者保护法”(以下简称“消保法”)另设规定(第11条至17条)。又1999年4月2日公布(2000年5月5日施行)的“民法”债编部分条文修正于第247条之一,增设规定:“依照当事人一方预定用于同类契约之条款而订定之契约,为下列各款之约定,按其情形显失公平者,该部分约定无效:① 免除或减轻预定契约条款之当事人之责任者。② 加重他方当事人之责任者。③ 使他方当事人抛弃权利或限制其行使权利者。④ 其他于他方当事人有重大不利者。”(“消保法”第11条以下,“消保法细则”第14条)。其主要特色在于将控制的手段由“违反公序良俗”,移向“诚信原则”,期能更妥适地分配契约上的危险,维护契约正义。关于定型化契约的控制,应依下述次序为之:^①

① 定型化契约条款(一般条款)的认定:此指企业经营者为与不特定多数人订立契约之用,而单方预先拟定的契约条款,不限于书面,其以放映字幕、张贴、牌示或其他方法表示者,均属之(“消保法细则”第9条,以下简称“细则”)。

② 一般条款须纳入定型化契约,而构成其内容:此应依要约与承诺的方式为之。鉴于定型化契约的特色及为保护相对人利益,“消保法”对所谓异常条款(不寻常条款),设有特别规定,于第13条规定:“契约之一般条款未经记载于定型化契约中者,企业经营者应向消费者明示其内容;明示其内容显有困难者,应以显著之方式,公告其内容,并经消费者同意受其拘束者,该条款即为契约之内容。前项情形,企业经营者经消费者请求,应给与契约一般条款之影本或将该影本附为该契约之附件。”

^① 以下论述系以“消保法”规定为对象,关于债编增修条文的解释适用,暂置事论,实务上重要案例,参见消费者保护委员会编印:《“消费者保护法”判决函释汇编(一)》,1987年,第46页以下。

契约之一般条款未经记载于定型化契约中而依正常情形显非消费者所得预见者,该条款不构成契约之内容(“消保法”第14条)。契约之一般条款不论是否记载于定型化契约,如因字体、印刷或其他情事,致难以注意其存在或辨识者,该条款不构成契约之内容。但消费者得主张该条款仍构成契约之内容(“细则”第12条)。企业经营者与消费者订立定型化契约前,应有30日以内之合理期间,供消费者审阅全部条款内容。违反前项规定者,该条款不构成契约之内容。但消费者得主张该条款仍构成契约之内容(“细则”第11条)。

③ 定型化契约条款如有疑问时,应为有利于消费者的解释(“消保法”第11条第2项)。

④ 一般条款的无效:其事由有三:

一为违反公序良俗(第72条)。

二为定型化契约中之条款违反诚信原则,对消费者显失公平。定型化契约中之条款有下列情形之一者,推定其显失公平:A. 违反平等互惠原则者。B. 条款与其所排除不予适用之任意规定之立法意旨显相矛盾者。C. 契约之主要权利或义务,因受条款之限制,致契约之目的难以达成者(“消保法”第12条)。定型化契约条款是否违反诚信原则,对消费者显失公平,应斟酌契约之性质、缔约目的、全部条款内容、交易习惯及其他情事判断之(“细则”第13条)。

定型化契约条款,有下列情事之一者,为违反平等互惠原则:A. 当事人间之给付与对待给付显不相当者。B. 消费者应负担非其所能控制之危险者。C. 消费者违约时,应负担显不相当之赔偿责任者。D. 其他显不利于消费者之情形者(修正第247条之一,“消保法细则”第14条)。

三为定型化契约中之一般条款抵触非一般条款之约定者(“消保法”第15条)。

⑤ 定型化契约效力:定型化契约中之一般条款,全部或一部无效或不构成契约内容之一部者,除去该部分,契约亦可成立者,该契约之其他部分,仍为有效。但对当事人之一方显失公平者,该契约全部无效(“消保法”第16条)。

兹举一例综合加以说明:甲经营商店,在入口处张贴“货物出门,概不退换”的告示。乙购某茶壶后,发现有破洞时,得否请求解除契约,视物之瑕疵担保请求权是否因上揭“张贴”而被排除。兹依前述次序加以检查:

① 甲经营企业,在商店入口处张贴“货物出门,概不退换”,旨在与不特定多数人订契约,属于定型化条款(一般条款)。

② 甲将该条款张贴于入口处,系以显著之方式,加以公告,乙未为异议,应认同意受其拘束,该条款因纳入定型化契约,而成为其内容。

③ “货物出门,概不退换”的条款是否完全排除买受人物之瑕疵担保请求权(第354条以下),尤其价金减少请求权,尚有疑义。在本例若乙欲主张请求减少价金时,可作有利于消费者之解释,而肯定之。

④ “货物出门,概不退货”,纵可作有利于消费者的解释,但其排除买受人得解除契约或另行交付无瑕疵之物的权利,应认系违反“买受人支付价金”与“标的物无瑕疵”间的“对价上平等”,并剥夺买卖契约上的主要权利或义务,致契约目的难以达成,显失公平,依第247条之一第2款规定(增修条文)、“消保法”第12条第2项第1款及第3款规定,应属无效。

⑤ “货物出门,概不退换”的条款无效,除去此部分,契约亦可成立,买卖契约之其他部分,仍为有效,关于此无效部分,应适用“民法”关于物之瑕疵担保责任规定,故买受人仍得解除契约。^①

(2) 要约、承诺及对“草约的同意”^②。在通常情形,契约因要约与承诺内容的合致而成立(第154条以下)。在交易上常由当事人所委托之人或第三人拟定契约草约。于此情形,当事人系同时对草约为同意,非采“先行”的要约与其后为“承诺”的缔约方式,改变了传统的缔约模式。

(3) 当事人自己缔约与经由辅助人缔约。契约通常多由当事人自行缔结,如甲请乙绘画人像,唯在分工的经济活动,利用他人参与缔约过程,实有必要。所谓他人,有为使者,有为代理人。前者系传达他人的意思表示,后者系在代理权限内,以本人名义代为意思表示,或代受意思表示,而对本人发生效力(第103条)。^③ 举一例说明之。甲嘱其14岁之子乙,向在楼下经营便利商店丙的店员丁,告知欲购买A酒。在此情形,乙为甲的使者,丁为丙的代理人。设乙误告丁欲购B酒时,其传达甲之意思表示不实,甲得撤销之(第89条),此项撤销的意思,亦得由乙传达,而对丙的

① 甲自助商店悬挂告示:“窃盗商品者应赔偿该商品10倍价金及本店悬赏奖金1万元等损害”,其效力如何?

② Leenen, AcP 188 (1988), 381f; Medicus, Grurwissen zum Bürgerlichen Recht, 2. Aufl. 1997, S. 37.

③ 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版。

代理人丁为之。设乙告诉丁其父甲欲购 A 酒,而丁误交 B 酒于乙时,其移转标的物所有权的意思表示(物权的意思表示,第 761 条第 1 项)发生错误,致其效力受影响,丁得撤销其意思表示(第 105 条、第 88 条第 1 项)。

4. 契约的有效要件

契约上履行请求权的发生,除契约成立外,尚须该契约完全有效,即当事人有行为能力,标的系可能、确定、适法及妥当,及要约与承诺的意思表示为健全(一般有效要件),并具备个别契约的特别生效要件(如第 407 条)。契约不具一般生效要件时,其效力如何,立法者衡量私法自治原则、社会公益、当事人利益等因素,设相当复杂的规定,在此难以详述,为便于观察,图示如下^①:

		完全有效: 具备生效要件				
契约(法律行为)有效要件及效果	不完全有效	效果	行为能力之欠缺	标的之不适当	意思表示之不健全	
		效果	(1) 无行为能力人之行为(第75条) (2) 限制行为能力人未得允许之单独行为(第78条)	(1) 违反强行法规之行为(第71条) (2) 违背公序良俗之行为(第72条)		
		得撤销		(1) 暴得行为(第74条)	(1) 错误及误传(第88、89条) (2) 被诈欺、胁迫(第92条)	
效力未定	(1) 限制行为能力人未得允许之契约(第79条) (2) 无权处分之行为及无代理权人之代理行为(第118、170条)					

^① 参见郑玉波:《民法总则》,第 314 页。

举例言之,如卖女为娼,其买卖契约无效(第72条)。18岁的学生未得法定代理人允许承租豪宅,效力未定(第79条)。出借A画误说B画,得为撤销(第88条)。契约有效要件及其效果系法律行为的核心问题,须彻底了解思考为何有的法律行为(契约)无效,有的为得撤销,有的为效力未定。关于限制行为能力人未得法定代理人允许的契约,“民法”规定“效力未定”,宜否改为“得撤销”?关于受胁迫的意思表示,“民法”规定为“得撤销”,宜否改为“无效”或“效力未定”?此种利益衡量的思考,对学习法律至为重要,务请留意。

5. 契约不成立、无效、被撤销或不生效力的法律效果

契约不成立、无效、被撤销或不生效力时,虽不发生契约上履行请求权,但得产生其他效果:

(1) 损害赔偿,如第91条、第247条

(2) 给付的返还请求权。当事人已为给付时,关于返还请求权,分三点言之:

① 对雇佣契约等所为的劳务给付,得依不当得利规定请求返还。此项所受利益,依其性质不能返还,应偿还其价额(第179条、第181条)。

② 对基于租赁、使用借贷契约所为“物之交付”,得依第179条、第767条规定请求返还其物。

③ 基于买卖、互易、赠与等契约而让与标的物的所有权时,涉及债权契约(负担行为、原因行为)与物权行为(处分行为)的适用关系。在物权行为独立性及无因性的理论下^①,其法律效果应区别两种情形定之:

一为仅买卖契约等原因行为不成立、无效、被撤销时,其因有效物权行为(第758条、第761条)而受所有权的利益,欠缺无法律上原因,应依不当得利规定负返还义务。

二为在债权契约与物权行为同为不成立,无效或被撤销时(共同瑕疵),受让人未取得标的物所有权,让与人等得行使第767条的权利。^②

(三) 次契约上请求权

次契约上的给付请求权,指在主给付义务的履行过程中因债务人违

^① 关于物权行为无因性理论,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。

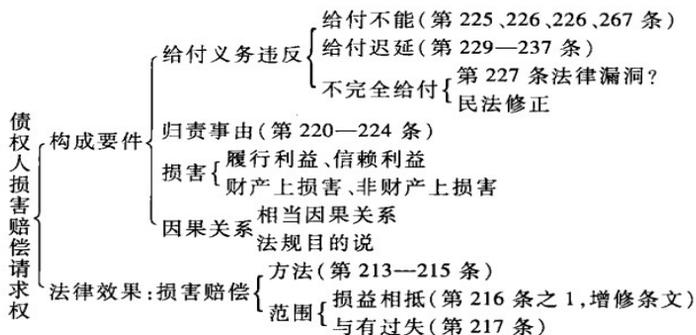
^② 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版;《不当得利》,北京大学出版社2009年版。

反主给付义务,或因解除契约而发生替代主契约履行请求权,或与之并存的请求权,其主要类型有三:

- (1) 契约债务不履行的损害赔偿请求权。
- (2) 因契约解除而发生的恢复原状请求权。
- (3) 买卖、租赁及承揽等契约上的瑕疵担保请求权。

1. 债务不履行损害赔偿请求权

(1) 思考模式的构成。债权契约有效成立后,债务人应依债的本旨实现其内容。债务人因可归责之事由,未依债的本旨而为给付时,即属债务不履行,而发生损害赔偿义务。其构成要件有四:① 须债务人违反给付义务,分为给付不能、给付迟延及不完全给付三种形态。② 须有可归责于债务人的事由。③ 须因之致债权人受有损害。④ 义务的违反与损害之间须有因果关系。为便于观察,先提出如下思考模式:



(2) 契约上给付义务之违反(一): 给付不能。给付不能,指债务人不能依债之本旨而履行债务。此之不能,指嗣后不能,包括客观不能(如标的物灭失)与主观不能(如标的物被盗,移转其所有权于他人)。① 分就单务契约,双务契约及种类之债说明之:

① 单务契约

A. 不可归责于债务人。第 225 条第 1 项规定:“因不可归责于债务人之事由,致给付不能者,债务人免给付义务。”又依第 225 条第 2 项规

① 金钱给付无给付不能的概念,即有不可抗力等危险,仍应由债务人负担。参见 1931 年上字第 232 号、1933 年上字第 3180 号及 1940 年上字第 205 号判例(阅读之)。比较法上深入的讨论, C. H. Treitel, Remedies for Breach of Contract, (Oxford, 1988), p. 14f.

定：“债务人因前项给付不能之事由，对第三人有损害赔偿请求权者，债权人得向债务人请求让与其损害赔偿请求权或交付其受领之赔偿物。”是为代偿请求权。如甲赠乙 A 瓶，交付前夕，丙毁损 A 瓶而赔以 B 瓶时，乙得向甲请求交付 B 瓶。

B. 可归责于债务人。第 226 条第 1 项规定：“因可归责于债务人之事由，致给付不能者，债权人得请求损害赔偿。”第 226 条第 2 项规定：“前项情形，给付一部不能者，若其他部分之履行，于债权人无利益时，债权人得拒绝该部分之给付，请求全部不履行之损害赔偿。”有争论的是，在此情形，有无第 225 条第 2 项关于代偿请求权规定的类推适用。^①

② 双务契约

双务契约上的给付不能，涉及对待给付及危险负担问题，较为复杂，分四种情形言之：

A. 不可归责于双方当事人。在此情形，依第 225 条第 1 项规定，债务人免给付义务。又依第 266 条第 1 项规定：“因不可归责于双方当事人之事由，致一方之给付全部不能者，他方免为对待给付之义务，如仅一部不能者，应按其比例减少对待给付。”第 226 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。”债权人依第 225 条第 2 项规定主张代偿请求权时，自不能免于为对待给付。

B. 可归责于债务人。在此情形，债权人得依第 226 条规定请求损害赔偿。关于此项损害赔偿请求权与债权人的对待给付请求权间的关系，有交换说及差额说两种见解。前说认为债务人的损害赔偿债务乃原债务的延长，与相对人的对待给付义务处于对立的关系，故应彼此交换。后说认为债权人仅得请求自己对待给付与损害赔偿的差额。^② 台湾地区学者多采交换说，如甲以价值 4 万元的 A 瓶与乙价值 5 万元的 B 画互易，因乙的过失致 B 画灭失时，甲须交付 A 瓶始能请求 5 万元的损害赔偿。在买卖的情形，甲以 9000 元出售市值 1 万元的花瓶予乙，因甲的过失，致花瓶灭失时，依差额说，乙得向甲请求 1000 元的损害赔偿。依交换说，乙须交付 9000 元，始得请求 10000 元，因抵消的结果，乙得向甲请求 1000 元。

^① 参见王伯琦：《民法债编总论》，第 162 页。

^② 参见郑玉波：《民法债编总论》，第 387 页。德国法上有采交换说（Surrogationstheorie），有采差额说（Differenztheorie），有认债权人得为选择，通说认债权人未为对待给付时，采差额说，参见 Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1993, S. 341.

C. 仅可归责于债权人。第 267 条规定：“当事人之一方因可归责于他方之事由，致给付不能者，得请求对待给付，但其因免给付义务所得之利益或应得之利益，均应由其所得请求之对待给付中扣除之。”所谓“当事人之一方，因可归责于他方之事由，致给付不能”指可归责于债权人之事由而言。如甲出卖某水晶挂灯给乙，交付前夕争执装运方式，乙怒而毁损该灯。值得特别提出的是，债权人受领迟延中，因不可归于双方当事人之事由而致给付不能时，应认系可归责于债权人事由之给付不能。^① 所谓免给付义务所得利益或应得利益，就上举买卖水晶灯之例言，如甲节省负担运送的费用。

D. 可归责于双方当事人。如出卖人交付某瓷瓶与买受人时，因双方疏误，致该瓶落地灭失。对此情形，民法未设明文，究应类推适用不可归责于双方当事人，可归责于债务人，或可归责于债权人事由之规定而为处理，尚有争论。为期公平合理，应先认系可归责于债务人，应负损害赔偿赔偿责任。但对此给付不能，债权人与有过失，法院得依第 217 条规定，视双方过失之轻重，以定其损害赔偿的数额。

③ 种类之债

关于给付不能，种类之债甚属重要。种类之债，指以种类中一定数量指示给付之债，如甲向乙购买陈年绍兴酒 5 瓶，或梨山某向阳地区的苹果若干斤（限制种类之债）。给付物仅以种类指示者，依法律行为之性质或当事人之意思不能定其品质时，债务人应给以中等品质之物（第 200 条第 1 项）。种类之债，于履行之际，必须具体明确，是为种类之债的特定或集中。依第 200 条第 2 项规定，债务人交付其物之必要行为完结后，或经债权人之同意指定其应交付之物时，其物即为特定给付物。给付物一经特定后，契约之关系仅存在于该特定之物，因该物灭失时，即发生给付不能的问题。如甲向乙购买陈年绍兴酒 5 瓶，乙选定后送至甲处的住所地（赴偿之债）途中，非因乙的过失而灭失时，因乙未完结交付其物之必要行为，给付物未经特定，不生给付不能问题，故乙仍有给付义务。甲向乙购买梨山某地区的苹果，因遭台风全部灭失时，该限制的种类物全部灭失，构成

^① 参见郑玉波：《民法债编总论》，第 385 页；孙森焱：《民法债编总论》，第 595 页。德国法上较深入的论述，Honsell, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im gegenseitigen Vertrag, JuS 1979, 81.

不可归责于双方当事人事由的给付不能(第 225 条第 1 项,第 266 条)。

④ 体系构成及实例研习。给付不能是债务不履行的核心制度,甚为复杂。试举下例:

甲以价值 4 万元 A 画与乙价值 5 万元的 B 画交易。就不可归责于甲、乙,可归责于乙,可归责于甲,可归责于甲、乙之事由,致 A 画灭失的四种情形,说明当事人间的法律关系。

参照下图,自行研究(写成书面):

归责性	给付义务	对待给付
不可归责于双方当事人	免给付义务:第 225 条之 1 代偿请求权:第 225 条之 2	第 226 条(免对待给付) 对待给付
可归责于债务人	损害赔偿:第 226 条	交换说 差额说
可归责于债权人	免给付义务:第 225 条之 1	对待给付第 267 条
可归责于双方当事人	1. 法未规定 2. 类推适用可归责于债务人事由 3. 适用第 217 条(过失相抵)	

给付不能
→

(3) 契约上给付义务之违反(二):给付迟延(兼论债权人受领迟延)

① 给付迟延

A. 构成要件。给付迟延,指给付可能,债务已届清偿期,因可归责于债务人之事由而未为给付。此种债务不履行形态,在交易上最为常见。其构成要件为:给付须可能;债务已届清偿期而未为给付;须因可归责于债务人之事由。分述如下:

a. 给付须可能。给付迟延与给付不能在概念上互相排斥,既属给付不能,即不得再为给付迟延;既属给付迟延,即不能同时为给付不能。给付迟延后,发生给付不能时,自斯时起应以给付不能处理之。

b. 债务已届清偿期而未为给付。给付迟延须以债务已届清偿期为必要。给付有确定期限者,债务人自期限届满时起,负迟延责任(第 229 条第 1 项)。所谓确定期限,如约定 1994 年 9 月 2 日前交付某物,农历新年后两周内付清价金。

给付无确定期限者,债务人于债权人得请求给付时,经其催告而未为给付,自受催告时起,负迟延责任(第 229 条第 2 项)。所谓无确定期限,

包括未定期限及定有不确定期限(如标的物交付后两周支付价金)两种情形。在前者,债权人原则上得随时请求给付(第315条);在后者,须其期限到来时,始得请求。催告,乃债权人向债务人请求给付的意思通知,得为书面或口头,其方法并无限制。第一次账单的寄送,非属催告,但第二次账单催收款项,则属催告。以对话为催告时,于相对人了解时发生效力,以非对话为之时,于到达相对人时发生效力(第94条、第95条)。其经当事人起诉或依督促程序送达支付命令者,与催告有同一之效力(第229条第2项)。债权人所为催告定有期限者,债务人自期限届满时起负迟延履行责任(第229条第3项)。

在所谓的往取债务,即以债务人之住所地为清偿地之债务,须债权人于清偿期届后至债务人住所地收取,而债务人拒绝清偿时,始负给付迟延之责任。^①

c. 须有可归责于债务人之事由。第230条规定:“因不可归责于债务人之事由,致未为给付者,债务人不负迟延履行责任。”此项规定含有举证责任分配的意旨,即不可归责于债务人之事由,应由债务人负举证责任。^②

B. 法律效果。债务人迟延者,债权人得请求其赔偿因迟延而生之损害。债务人在迟延中,对于因不可抗力而生之损害,亦应负责,但债务人证明纵不迟延给付,而仍不免发生损害者,不在此限(第231条)。给付迟延之损害,如承租人因承租房屋迟未交付,须租屋居住而支付的租金;买受的古董迟未交付致丧失转售利益。给付迟延后“催告履行”的费用,亦属之,唯第229条第2项所定催告的费用,则应由债权人自行承担。应注意的是,此项“次契约请求权”得与“给付履行请求权”并存,而发生请求权竞合。迟延后之给付,于债务人无利益者,债权人得拒绝其给付,并得请求赔偿因不履行而生之损害(第232条)。

迟延之债务,以支付金钱为标的者,债权人得请求依法定利率计算之迟延利息。但约定利率较高者,仍从其约定利率。对于利息,无须支付迟延利息。前两项情形,债权人证明有其他损害者,并得请求赔偿(第233条)。

^① 参见1980年台上字第1280号判例。

^② 参见1932年上字第1956号判例。

② 债权人受领迟延

A. 构成要件。债务履行的障碍,除债务不履行外,尚有债权人受领迟延,指对于履行上需要债权人受领之债务,债务人已为合法的提出,而债权人未予受领的事实,其构成要件有两个:债务人合法提出给付和债权人拒绝受领或不能受领(第234条)。所谓合法提出给付,指依债务本旨,于适当处所、适当时期,以适当方式实行提出给付而言,否则不生提出的效力。但债权人预示拒绝受领之意思,或给付兼需债权人之行为者,债务人得以准备给付之事情,通知债权人,以代提出(第235条)。给付无确定期限,或债务人于清偿期前得为给付者,债权人就一时不能受领之情事,不负迟延责任。但其提出给付,由于债权人之催告,或债务人已于相当期间前预告债权人者,不在此限(第236条)。

B. 法律效果。债权人迟延,乃权利不行使,债务人之债务,并不消灭,不过债务人之责任得因此减轻或免责,即在债权人迟延中,债务人仅就故意或重大过失,负其责任(第237条)。在债权人迟延中,债务人无须支付利息(第238条)。债务人应返还由标的物所生之孳息或偿还其价金者,在债权人迟延中,以已收取之孳息为限,负返还责任(第239条)。债权人迟延者,债务人得请求其赔偿提出及保管给付物之必要费用(第240条)。有交付不动产义务之债务人,于债权人迟延后,得抛弃其占有。前项抛弃,应预先通知债权人。但不能通知者,不在此限(第241条)。

关于债权人受领迟延,应特别说明的有两点:a. 债权人受领迟延责任的成立,不以债权人可有归责的事由为要件,有无过失在所不问。如甲约定某日至乙的住所为乙绘画人像,乙因意外遭遇车祸住院,不能受领甲的给付时,仍构成受领迟延。b. 通说认为于债权人受领迟延中,因不可归责于债务人之事由致给付不能者,应解为系可归责于债权人之事由致给付不能,而有第267条规定的适用,故债务人不仅可免给付义务(第225条第1项),更可向债权人请求对待给付(第267条)。

③ 实例解说

甲有A壶(价值9万元),乙有B壶(价值11万元),均属名家作品,造型奇特,约定互易,于某时、某地履行之。甲于约定时日、地点提出A壶给付,乙因故未能到达。而B壶因不可归责于乙的事由,而破碎时,设A壶因甲的轻过失而毁灭,当事人间法律关系如何?

甲、乙互易 A、B 二壶，互负交付其物，并移转其所有权，及受领标的物的义务（第 398 条、第 348 条、第 367 条）。标的物的受领，亦属一种给付义务，当事人一方不予受领或不能受领时，亦发生给付迟延的效果。又受领亦不失为一种权利，并发生受领迟延的效果。^① 准此以言，乙未能于确定期间将提出 B 壶的给付，应负给付迟延责任（第 229 条），在此迟延中，除能证明纵不迟延而仍不免发生损害者外，对于因不可抗力而生之损害，亦应负责（第 231 条），故就 B 壶的灭失，乙应负损害赔偿责任。又乙未能于确定期间受领甲之给付，构成受领迟延在债权人受领迟延中，债务人仅就故意或重大过失而负责（第 237 条），A 壶因甲的轻过失而毁灭，乃不可归责于双方当事人之事由，其给付不能，发生于债权人乙受领迟延中应认系可归责于债权人乙的事由而发生。故甲免给付 A 壶的义务，并得对乙请求交付 11 万元的损害赔偿，但应扣除其免给付义务所得之利益或应得之利益。

（4）**契约上义务之违反（三）：不完全给付。**不完全给付，指给付不能及给付迟延外，未依债之本旨而为的给付，如出卖人交付有毒的饲料，致买受人的家畜食后死亡；出租的汽车刹车机件故障，发生车祸，致承租人受伤；承揽人粉刷墙壁，污染定作人的名贵地毯等。此种债务不履行形态，涉及两个问题：民法是否设有规定和不完全给付的适用范围，尤其是与瑕疵担保责任的竞合关系。此于“民法”施行后即发生争议，直至 1988 年度第 7 次民事庭会议始明确表示其法律见解，认系法律漏洞，应类推适用关于给付不能、给付迟延的规定。

“民法”债编部分条文修正为使不完全给付有明确的依据，特将第 227 条修正为：“因可归责于债务人事由，致为不完全给付者，债权人得依关于给付迟延或给付不能之规定，行使其权利。因不完全给付而生前项以外之损害者，债权人并得请求赔偿。”涉及法律解释、类推适用及法院造法等问题，具有法学方法上的意义，俟于本书第八章相关部分作详细的说明。

（5）**可归责事由。**给付不能、给付迟延或不完全给付债务不履行责

^① 1975 年台上字第 2367 号判例：“买受人对于出卖人有受领标的物之义务，为第 367 条所明定，故出卖人已有给付之合法提出而买受人不履行其受领义务时，买受人非但陷于受领迟延，并陷于给付迟延，出卖人非不得依第 254 条规定据以解除契约。”

任的成立,均须以有可归责于债务人之事由(归责事由)为要件。第220条规定:“债务人就其故意或过失之行为,应负责任。过失之责任,依事件之特性而有轻重,如其事件非予债务人以利益者,应从轻酌定。”此项故意或过失的成立,须债务人有责任能力为前提,债务人为无行为能力人或限制行为能力人者,其责任依第187条之规定定之(第221条),即以行为时有识别能力为要件。

关于过失责任的酌定,“民法”就各种契约设不同的规定:有就故意或重大负责(第410条、第434条);有就具体轻过失负责(第535条中段,第672条);有就抽象轻过失负责(第432条第1项);亦有就事变负责,即债务人虽无故意或过失,仍不免于就通常事变(第606条)或不可抗力(第231条第2项),负债务不履行责任。

由诸此规定可知,债务不履行的归责事由不同于侵权行为的故意过失。关于某种契约的债务不履行的归责事由,法律未设特别规定时,应依第220条规定定之,如就买卖言,出卖人应就抽象轻过失负责。

值得注意的是,基于契约自由原则,当事人就归责事由得为不同于法律规定的约定,但故意或重大过失之责任不得预先免除。又应与处理自己事务为同一注意者(具体轻过失),不论系基于法律规定或当事人约定,如有重大过失,仍应负责(第223条)。

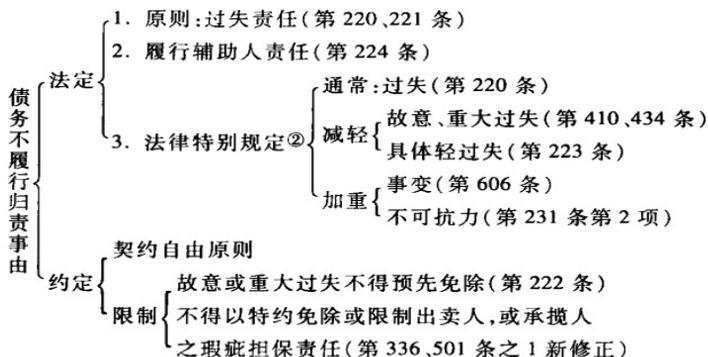
第224条规定:“债务人代理人或使用人,关于债之履行有故意或过失时,债务人应与自己之故意或过失,负同一责任,但当事人另有订定者,不在此限。”此项规定扩大了债务人的“自己过失责任”的范围。履行辅助人的行为是否有故意或过失,应与债务人的行为采同一的标准,如甲承揽为乙粉刷墙壁,不能因其使用人丙刚出道,技艺不精,污染乙的地毯而不负责。

最后尚需说明的是,关于债务不履行归责事由,应由债务人负举证责任,因造成给付障碍的情事多存在于债务人方面,应由其负担不能澄清的



危险。^①

债务不履行的归责事由颇为复杂,为便于观察,图示如下:



(6) 损害

① 财产上损害与非财产上损害。债务不履行损害赔偿请求权的成立,除义务违反及归责事由外,尚须债权人受有损害。损害分为财产上损害及非财产上损害。前者得以金钱计算,后者指精神痛苦。债务人对此两种损害,皆应使之恢复原状,如毁损名画时,应予修复,伤人身体者,应予医治(第 213 条)。其不能恢复原状时,在财产上损害,须以金钱赔偿之(第 214 条、第 215 条)。

关于非财产上损害,在侵权行为,第 194 条及第 195 条设有慰抚金请求权的规定。关于债务不履行原无明文,“民法”债编部分条文修正第 227 条之一规定:“债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害者,准

① 参见 1993 年台上字第 267 号判决:“第 184 条第 1 项前段规定侵权行为以故意或过失不法侵害他人之权利为成立要件,故主张对造应负侵权行为责任者,应就对造之故意或过失负举证责任(参见 1969 年台上字第 1421 号判例)。又在债务不履行,债务人所以应负损害赔偿责任,系以有可归责之事由存在为要件。故债权人苟证明债之关系存在,债权人因债务人不履行债务(给付不能、给付迟延或不完全给付)而受损害,即得请求债务人负债务不履行责任,如债务人抗辩损害之发生为不可归责于债务人事由所致,即应由其负举证责任,如未能举证证明,自不能免责(参照 1940 年上字第 1139 号判例意旨)。二者关于举证责任分配之原则有间。”

② 参见“民法”全部相关条文,整理分析,并探究法律的规范意旨,对于了解债务不履行,颇具助益。

用第 192 条至第 195 条及第 197 条之规定,负损害赔偿责任。”^①举二例说明之:A. 甲承揽修缮乙的古董,因过失加以毁损时,应负不完全给付债务不履行及侵权行为损害赔偿,发生竞合关系,但乙就其所受精神痛苦,不得请求慰抚金。B. 甲医生因过失诊疗不当,致侵害病患乙身体健康时,乙得依修正第 227 条之一准用第 195 条规定,请求慰抚金。

② 履行利益与信赖利益。因契约债务不履行而生“损害”赔偿,指履行利益而言,此系以契约有效成立为前提,于债务人履行契约债务时,债权人可获得之利益,如标的物转售的差价。应予区别的是信赖利益,此指因信赖契约为有效而受之损害,若不订定契约,即可免受损害的利益,如订约的费用等(第 91 条、第 247 条)。^②

需特别注意的是,无论是履行利益或信赖利益的“损害”赔偿,均包括所受损害(积极损害)及所失利益(消极损害)(第 216 条第 1 项)。前者指既存财产减少发生的损害,如因身体受伤而支出医药费,后者指现存财产应增加而未增加,如因身体受伤半月不能工作而丧失的工资。所失利益的范围颇难确定,第 216 条第 2 项特明定依通常情形或依已定之计划、设备或其他特别情事,可得预期的利益,视为所失利益。

(7) 因果关系。债权人所受损害与债务不履行的行为之间,须有因果关系。此种因果关系可分为责任成立及责任范围因果关系,均应依相当因果关系认定之。^③如甲以购自乙的有毒饲料喂养狼犬,致狼犬生病(责任成立因果关系),乙就其支出的医药费(责任范围因果关系),得依不完全给付债务不履行规定向甲请求损害赔偿。至于狼犬生病期间,乙家中遭窃所受损失,则不得请求损害,盖就因果关系言,不具相当性,就法

① 立法理由谓:“债权人因债务不履行致其财产权受侵害者,固得依债务不履行之有关规定求偿。唯如同时侵害债权人之人格权致其受有非财产上之损害者,依现行规定,仅得依据侵权行为之规定求偿。是同一事件所发生之损害竟应分别适用不同之规定解决,理论上尚有未妥,且因侵权行为之要件较之债务不履行规定严苛,如故意、过失等要件举证困难,对债权人之保护亦嫌未周。为免法律割裂适田,并充分保障债权人之权益,爰增订本条规定,俾求公允。”

② 关于履行利益与信赖利益的区别,参见 1959 年台上字第 1934 号判例:“第 216 条第 1 项所谓所受损害,即现存财产因损害事实之发生而被减少,属于积极的损害。所谓所失利益,即新财产之取得,因损害事实之发生而受妨害,属于消极的损害。本件被上诉人以上诉人承揽之工程违约未予完成,应另行标建,须多支付如其声明之酬金,并非谓房屋如已完成可获转售之预期利益,因上诉人违约而受损失,是其请求赔偿者,显属一种积极损害,而非消极损害。”

③ 关于此两种因果关系的区别,相当因果关系说及法规目的说,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

规目的说言,此项损害非在买卖饲料契约所要保护的范围内。

2. 解除契约恢复原状请求权^①

(1) 契约解除权的发生及行使。契约之解除,台湾地区通说认为,系指当事人一方行使解除权,使契约的效力溯及地消灭,发生恢复原状的请求权。解除权的发生原因有两种:A. 约定解除权,即由契约当事人于订约的同时或其后,约定保留当事人一方或双方有解除契约的权利。B. 法定解除权其发生原因为债务不履行,“民法”给付迟延、给付不能及瑕疵担保责任,设有规定(第 254 条、第 255 条、第 256 条、第 359 条、第 494 条)^②;关于不完全给付“民法”虽无明文,但应肯定之。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。因加工或改造将所受领之给付物变其种类者,亦同(第 262 条)。

解除权之行使,未定有期间者,当事人得定相当期间,催告解除权人于期限内确答是否解除,如逾期未受解除之通知,解除权即消灭(第 257 条)。解除权之行使,应向他方当事人以意思表示为之(第 258 条第 1 项)。此项意思表示亦得于诉状为之,于诉状送达他方时发生效力。^③ 契约当事人之一方有数人时,解除契约的意思表示应由其全体或向其全体为之(第 258 条第 2 项)。如甲、乙共同向丙购买某屋,丙解除契约的意思表示应向甲、乙为之,而甲、乙解除契约,亦应全体向丙为之。^④

(2) 恢复原状请求权的内容及效力。契约的解除具双面性:一方面使迄未履行给付义务归于消灭;另一方面使已履行的给付发生恢复原状

^① 契约解除与契约终止、契约附解除条件的区别,至为重要,请参见教科书(尤其是郑玉波:《民法债编总论》,第 348 页、第 370 页)自行整理之。

^② 关于迟延给付的解除契约,第 255 条规定:“依契约之性质或当事人之意思表示,非于一定时期为给付不能达其契约之目的,而契约当事人之一方不按照时期给付者,他方当事人得不为前条之催告,解除其契约。”1975 年台上字第 177 号判例谓:“第 255 条所谓依契约之性质,非于一定时期为给付不能达其契约之目的者。系指就契约本身,自客观上观察,即可认识非于一定时期为给付不能达其契约目的之情形而言,如定制庆祝节日牌坊是。又所谓依当事人之意思表示,非于一定时期为给付不能达其契约之目的者,必须契约当事人间有严守履行期间之合意,并对此期间之重要(契约之目的所在)有所认识,如定制手工艺品 1 套,并告以系为本月 5 日外出赠送亲友之用。必须于本月 4 日交付。本件再审原告应为之给付,系买卖价金,自客观上观察殊无非于一定时期为给付不能达其契约目的之情形,而两造间又无从证明有严守 6 个月履行期限之合意,并对此期限之重要已有所认识,自无第 255 条之适用。”

^③ 参见 1943 年上字第 2180 号判例。

^④ 参见 1974 年台上字第 2139 号判例(关于第 258 条对于终止契约的类推适用)。

请求权。第 259 条规定:“契约解除时,当事人双方恢复原状之义务,除法律另有规定或契约另有订定外,依下列之规定:① 由他方所受领之给付物,应返还之。② 受领之给付为金钱者,应附加自受领时起之利息偿还之。③ 受领之给付为劳务或为物之使用者,应照受领时之价额,以金钱偿还之。④ 受领之给付物生有孳息者,应返还之。⑤ 就返还之物,已支出必要或有益之费用,得于他方受返还时所得利益之限度内,请求其返还。⑥ 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。”

由第 259 条规定内容,可知契约的解除仅具债权效力。如甲出卖某车给乙,并让与其所有权,共作成两个法律行为(契约),一为买卖契约(债权契约),一为物权契约(第 761 条)。甲因乙迟不支付价金而依法解除契约时,其所解除的仅是债权契约,而不及于物权契约。1939 年台上字第 2113 号判例谓:“第 254 条所谓解除契约,固指解除债权契约而言,但本于债权契约而成立物权移转契约后,如有解除契约之原因,仍得将该债权契约解除。债权契约解除时,物权契约之效力虽仍存在,而依第 259 条之规定,受物权移转之一方,负有将该物权移转于他方以恢复原状之义务,不得谓物权契约一经成立,债权契约即不得解除。”又 1973 年台上字第 1045 号判例谓:“出卖人解除已经履行之买卖契约,该买卖标的物(机器),倘现在由第三人占有,买受人不过负向第三人取回该物返还于出卖人之义务(第 259 条第 1 款),非谓买卖契约一经解除,该物即当然复归于出卖人所有,出卖人自不得本于所有权,向第三人主张权利。”可资参照。契约的解除既仅发生债权效力,物权变动不因此而受影响,在不动产买卖的情形,出卖人仅能请求买受人办理所有权移转,而不能请求涂销买受人所有权登记。^①

(3) 恢复请求权与不当得利请求权。解除契约后的恢复原状请求权与不当得利请求权的关系,涉及契约解除效力,甚有争议。

按关于契约解除的效力,台湾地区判例及学说系采所谓的直接效果说,认契约之效力因解除而溯及的消灭,未履行之债务当然免除,已履行者,应负恢复原状。^② 学者乃据此而认为“债权契约解除时,物权契约依

^① 《民刑事裁判选辑》,第 2 卷,第 4 期,第 101 页。

^② 参见 1962 年台上字第 2829 号判例,郑玉波:《民法债编总论》,第 360 页;孙森焱:《民法债编总论》,第 539 页。

然存在,其结果发生不当得利之义务,然不当得利之范围,不依第 181 条以下规定,而依第 259 条之规定。”^①

台湾地区判例学说所采的直接效果说,原属德国的通说,但在德国已遭放弃,而改采一种新的理论,认为解除权的行使,并不使契约溯及的消灭,而是发生一种恢复原状的清算了结关系(Abwicklungsverhältnis),原契约的基础仍然存在,债之同一性不因而受影响,不生不当得利返还的问题。^②

(4) 解除契约与保证人责任。解除契约与保证人责任间的关系,颇有争议,分两种情形说明之^③:

① 损害赔偿义务与保证人责任。损害赔偿之请求不因解除权的行使而受妨碍(第 260 条)。此项债务不履行的损害赔偿,乃原债务的延长或变更,应为保证契约的效力之所及。如甲出卖某车给乙,丙保证其品质安全时,乙因该车具有瑕疵于车祸受伤,而解除契约时,保证人仍应负损害赔偿的保证责任。

② 恢复原状义务与保证人责任。甲出卖某车给乙,由丙负履行的保证责任,因甲给付迟延,而乙解除契约时,关于甲受领价金的偿还,丙应否负保证责任? 保证责任是否及于恢复原状义务,应就保证契约当事人的意思作合理客观的解释,就上举之例言,应采肯定说,盖其符合通常当事人的意思,及债权人与保证人间的利益衡量。

(5) 解除契约与损害赔偿。解除权的行使不妨碍损害赔偿之请求(第 260 条)。此项规定并非积极的认有新赔偿请求权发生,系规定因其他原因已发生的赔偿请求权,不因解除权的行使而受妨碍,乃专指因债务不履行的损害赔偿而言,不包括因契约消灭所生的损害。^④ 在契约前已发生之违约罚性质的违约金请求权,亦不因解除契约而失其存在。^⑤

(6) 解除契约与合意解除。第 259 条规定对法定解除权及约定解除

① 史尚宽:《债法总论》,第 512 页;孙森焱:《民法债编总论》,第 540 页:“恢复原状之义务,可谓不当得利返还义务之特殊形态”。

② Larenz, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, 14. Aufl. 1987. S. 404.

③ 较详细的论述,刘春堂:《契约解除与保证人责任》,载《法学丛刊》第 87 期,第 67 页、第 70 页。

④ 参见 1966 年台上字第 2727 号判例。

⑤ 参见 1973 年第 5 次民庭庭推总会决议。

权两种情形,均得适用,但对所谓“合意解除”则不适用之。所谓合意解除,指当事人以第二次契约解除第一次契约,其契约已全部或一部履行者,除有特别约定外,并不当然适用第 259 条关于恢复原状之规定,仅得依不当得利之规定,请求返还其利益。^①

(7) 实例分析

甲出卖某中古车给乙,价金 20 万元,丙与乙订约保证该车的履行及品质安全。双方履行后,因该车具有瑕疵,发生车祸,车毁损,人受伤。乙乃起诉请求甲偿还价金,赔偿其所受损害,并请求丙负保证责任,试说明当事人间的法律关系。

本题所涉及的基本问题,请参阅以下解题结构自行研究(写成书面):



3. 瑕疵担保请求权

(1) 瑕疵担保的类型及救济。次契约请求权的第三种类型是“瑕疵担保请求权”。“民法”对买卖、租赁与承揽设有规定^②,分别说明如下:

① 出卖人之物之瑕疵担保责任。物之出卖人就其物的瑕疵负担保责任,应担保其物依第 373 条之规定危险移转于买受人时,无灭失或减少其价值之瑕疵,亦无灭失或减少其通常效用,或契约预定效用之瑕疵。但减少之程度无关重要者,不得视为瑕疵。出卖人并应担保其物于危险移转时,具有其所保证之品质(第 354 条)。买卖因物有瑕疵,而出卖人依第

^① 参见 1970 年台上字第 4297 号、1974 年台上字第 1989 号判例。

^② 请比较此三者要在要件、效果(救济方法)及行使权利的期间的不同,并探究其差异的理由。

354条至第358条之规定(阅读之),应负担担保之责者,买受人得解除其契约,或请求减少其价金。但依情形,解除契约显失公平者,买受人仅得请求减少价金(第359条)。买卖之物,缺少出卖人所保证之品质者,买受人得不解除契约或请求减少价金,而请求不履行之损害赔偿。出卖人故意不告知物之瑕疵者,亦同(第360条)。买受人因物有瑕疵,而得解除契约或请求减少价金者,第365条原规定:“其解除权或请求权,于物之交付后6个月间,不行使而消灭。前项规定,于出卖人故意不告知瑕疵者,不适用之。”关于此项6个月期间,究为除斥期间或消灭时效,颇有争议,判例认系除斥期间。债编部分条文修正认定于物交付后6个月期间过短,为更周密保障买受人权利,而修正为:“I 买受人因物有瑕疵,而得解除契约或请求减少价金者,其解除权或请求权,于买受人依第356条规定为通知后6个月间不行使或自物之交付时起经过5年而消灭。II 前项关于6个月期间之规定,于出卖人故意不告知瑕疵者,不适用之。”

② 出租人之物之瑕疵担保责任。租赁物有瑕疵时,出租人应负担担保责任,“民法”关于买卖的规定,亦有准用余地(第347条)。关于出租人的瑕疵担保责任,第435条规定:“I 租赁关系存续中,因不可归责于承租人之事由,致租赁物之一部灭失者,承租人得按灭失之部分,请求减少租金。II 前项情形,承租人就其存余部分不能达租赁之目的者,得终止契约。”租赁系继续性债之关系,故其瑕疵不须限于交付前已存在,对租赁关系中发生的瑕疵,出租人亦应负责。依第424条规定:“租赁物为房屋或其他供居住之处所者,如有瑕疵,危及承租人或同居人之安全或健康时,承租人虽于订约时已知其瑕疵,或已抛弃其终止契约之权利,仍得终止契约。”此亦基于租赁协议的继续性,特别重视人的安全与健康。承租人的终止契约权并无除斥期间的限制。又关于租赁物的瑕疵,出租人负有修缮义务(第429条),如租用房屋的屋顶漏雨时,应为必要修缮。

③ 承揽人之瑕疵担保责任。承揽人对于完成之工作应担保其无瑕疵。承揽工作物瑕疵,除材料外,多由于工作方法及过程而发生,故民法特规定承揽人的修补义务。申言之,即承揽人完成工作应使其具备约定之品质,及无减少或灭失价值,或不适于通常或约定使用之瑕疵(第492条)。工作有瑕疵者,定作人得定相当期限,请求承揽人修补之。承揽人不于前项期限内修补者,定作人得自行修补,并得向承揽人请求偿还修补必要之费用。如修补所需费用过巨者,承揽人得拒绝修补。前项规定,不

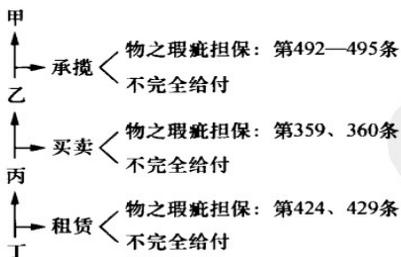
适用之(第493条)。承揽人不于第493条第1项所定期限内修补瑕疵,或依同条第3项之规定,拒绝修补或其瑕疵不能修补者,定作人得解除契约或请求减少报酬。但瑕疵非重要,或所承揽之工作为建筑物或其他土地上之工作物者,定作人不得解除契约(第494条)。

值得注意的是,第495条第1项规定:“因可归责于承揽人之事由,致工作发生瑕疵者,定作人除依前二条之规定,请求修补或解除契约,或请求减少报酬外,并得请求损害赔偿。”又依第514条第1项规定:“定作人之瑕疵修补请求权、修补费用偿还请求权、减少报酬请求权、损害赔偿请求权或契约解除权,均因瑕疵发生后1年间不行使而消灭。”通说认为此1年期间,为除斥期间而非消灭时效。

(2) 瑕疵担保与不完全给付。出卖人、出租人及承揽人的瑕疵担保责任与不完全给付的适用关系,是民法理论及实务上最具重要性的争议问题,具有方法上的意义,俟后再为论述。兹设下例,以供研习:

① 甲承揽制造乙所定作的汽锅,乙受领后即让售于丙,丙出租于丁,丁发现该汽锅具有瑕疵。试问:A. 丁得否请求丙为必要的修缮? 丙得否请求乙修缮? 乙得否请求甲修补? B. 若为肯定,试说明其行使其权利的期间。C. 债务人不为必要的修缮时,债权人得行使何种权利?

② 在上举之例,设该汽锅因瑕疵而爆炸,致丁受伤,厂房毁损,而经查甲对瑕疵的发生有可归责的事由,乙对丙保证该汽锅的品质,或丙因过失未发现该汽锅的瑕疵时,当事人间的法律关系如何?



(四) 契约上请求权与第三人

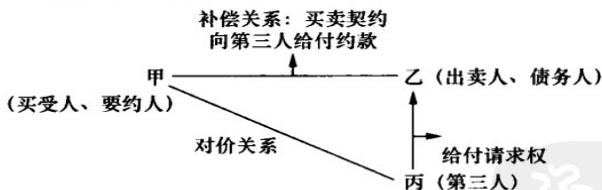
契约上的请求权通常系发生于契约当事人间,如买受人得向出卖人请求交付其物,并移转其所有权,出卖人得向买受人请求支付价金并受领

标的物(第348条、第367条)。交付之标的物具有瑕疵,致买受人的人身或其他财产受有损害时,买受人得以不完全给付债务不履行向出卖人请求损害赔偿。唯须注意的是,契约外的第三人,亦得原始取得契约请求权,受让契约请求权或承担契约上权利或义务。兹分第三人利益契约、债权让与,及债务承担三种情形作简要的说明。

1. 第三人利益契约

(1) 意义及性质。甲与乙约定,使丙出售某车给乙时,丙不因此负有给付义务。于此种所谓“使第三人给付契约”、丙不为给付时,甲应对乙负损害赔偿(第268条)。

甲向乙购买某车,约定丙对乙有请求给付的权利时,其约定是否有效,各国法律规定不同^①,台湾地区肯定之,于第269条第1项规定:“以契约订定向第三人为给付者,要约人得请求债务人向第三人为给付,其第三人对于债务人,亦有直接请求给付之权。”此种使第三人直接取得债权的契约,称为第三人利益契约(利他契约),通常系于作成基本行为(买卖契约)之际同时为之,称为第三人约款。在利他契约当事人间有其原因关系,分为补偿关系与对价关系。就前举购车之例言,甲与乙间买卖契约(基本行为)为补偿关系,乙所以愿对第三人(丙)给付,系因其可自甲请求支付价金,以为补偿之故。甲与丙间的关系,称为对价关系^②,甲所以愿使丙对乙取得债权,乃因其得自丙取得对价(如将该车出卖与丙时之价金请求权)。^③ 为便于观察,图示如下:



① 最近重要著作, Walter Bayer, *Der Vertrag Zugunsten Dritter: Neure Dogmengeschichte, Anwendungsbereich, Dogmatische Strukturen*, 1995.

② 1969年台上字第3545号判例谓:“以使第三人取得给付请求权为标的之契约(利他契约),乃要约人与债务人之间之契约,在要约人与第三人之间,固常有其原因关系(对价关系)之存在,然此原因关系,与利他契约之成立,并不生影响,第三人无须证明其原因关系之存在。”

③ 关于补偿关系,或对价关系不成立、无效或被撤销所生不当得利关系,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版。

(2) 主契约请求权。因利他契约的订立,第三人直接取得“主给付请求权”。如建筑公司与地主订立契约,约定建筑公司得任意指定第三人为土地登记名义人时,地主即有移转登记与该指定人的义务,故订户于建筑公司通知地主将土地所有权移转登记与某订户后,即可依第 269 条规定直接请求地主办理移转登记。第三人对于此项利他契约,未表示享受其利益之意思前,当事人得变更其契约或撤销之。第三人对于当事人之一方表示不欲享受其契约之利益者,视为自始未取得其权利(第 269 条第 2 项、第 3 项)。

值得注意的是,债务人得以由契约所生之一切抗辩对抗受益之第三人。在上举购车之例,于丙向乙请求交付该车并移转所有权时,乙得主张其对丙之给付与甲之支付价金应同时履行之(第 264 条)。^①又在利他契约,第三人仅为债权人,究非契约当事人,债务人自不得对其请求履行要约人应为之对待给付。^②

(3) 次给付请求权。第三人基于利他契约,对债务人取得给付履行请求权,债务人债务不履行时,第三人得请求损害赔偿,如在前举售车之例,设乙交付之车具有瑕疵,发生车祸,致丙受伤时,丙得依不完全给付债务不履行向乙请求损害赔偿。^③债权人因债务人不向第三人为给付,致受有损害时(如债权人与第三人约定,债务人不履行时,应对第三人支付违约金),得请求债务人赔偿。^④

(4) 实例分析

甲向乙承购房屋 1 幢,双方约定由乙直接登记与甲之好友丙,并经丙表示受领之意思,唯在移转登记未办妥之前,甲丙感情交恶,无意赠与,且因乙给付迟延,经限期催告其履行,又置不理,因而未经丙之同意解除系争房屋之买卖契约,经丙提出异议,并诉请乙履行契

① 由第三人利益契约所生之一切抗辩,债务人均可对抗受益之第三人,依甲、乙间之契约,价金与移转所有权既应同时履行,即于甲未履行给付价金前,乙本无履行之义务,设乙于诉讼中提出抗辩,虽甲表示愿意给付价金,但未于辩论终结前给付,而甲又非诉讼当事人不得判令乙为给付,应将丙之诉驳回。

② 参见 1982 年台上字第 1498 号判例。

③ 参见陈彦希:《利他契约中之不完全给付》,载《台大法律学研究所硕士论文》(1983 年)。

④ 参见 1977 年台上字第 1204 号判例。

约,办理系争房屋之移转登记,其诉有无理由?^①

关于以契约订定向第三人为给付,并经第三人表示享受其利益之意思,要约人于有第 254 条至第 256 条之情形时,未经第三人之同意,是否得解除契约,学者间见解不一。唯利他契约,第三人已表示享受其利益之意思,当事人即不得就其契约变更或撤销(1929 年上字第 298 号判例)。其不履行给付之损害赔偿请求权,亦随同属第三人(1977 年台上字第 1204 号判例)。利他契约,一经第三人表示享受其利益之意思,其权利即归确定,若许要约人得行使法定解除权,则第三人之损害赔偿请求权将无由发生,应认为以采否定说为当。

利他契约,乃要约人与债务人之间之契约(补偿关系),与要约人与第三人之间原因关系(对价关系)之存在不生影响(1969 年台上字第 3545 号判例),如对价关系之原因不存在,亦仅得由要约人向第三人请求返还不当得利,不影响于利他契约之存在。本件甲向乙购屋赠与丙,既经丙表示受领之意思,甲在未取得丙之同意前不得解除契约,丙自得诉请乙办理房屋之所有权移转登记。至甲丙间赠与,如有无效之原因,亦仅得由甲诉请丙不当得利之返还,与利他契约之成立无关。

2. 债权让与

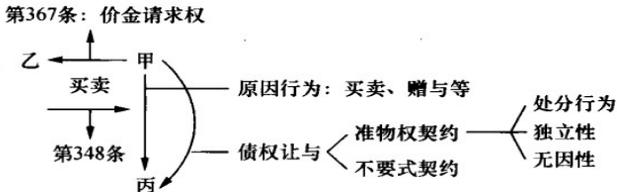
(1) 依法律行为而为债权让与(意定债权让与)

① 法律性质。第 294 条规定:“债权人得将债权让与于第三人。但下列债权不在此限:A. 依债权之性质,不得让与者。B. 依当事人之特约,不得让与者。C. 债权禁止扣押者。前项第 2 款不得让与之特约,不得以之对抗善意第三人。”所称债权包括一切债权(如侵权行为损害赔偿请求权),但实务上以契约债权最为常见。如甲出卖某画给乙,价金 10 万元。甲将其对乙的价金请求权(第 367 条),“赠与”丙,并为“让与”,丙因而取得对乙的债权。

债权让与系以移转债权为标的的准物权契约,属处分行为,不以践行一定方式为必要,乃不要式行为。债权人之为债权的让与,多在履行基于原因行为(如买卖、赠与、清偿债务、信托)而生的义务。债权让与与其原因关系分离,具独立性及无因性,原因行为纵不成立、无效被撤销等,债权

① 本件采自《民事法律问题研究汇编》(实体法),1988 年 5 月第 82 则(第 250 页)。

让与契约仍不因之而受影响,仅发生不当得利的返还问题。又债权让与既为处分行为,自亦有标的特定原则的适用。为便于观察,图示如下:



② 债权让与的内部效力。让与债权时,该债权的担保(包括物的担保及保证)及其他从属的权利(如损害赔偿请求权,违约金请求权),随同移转于受让人。但与让与人有不可分离之关系者(如契约的解除权、终止权等),不在此限。未支付之利息,推定其随同原本移转于受让人(第295条第2项)。让与人应将证明债权之文件(如债权证书、保证书),交付受让人,并应告以关于主张该债权所必要之一切情形(第296条)。

③ 债务人的保护。债权让与不必得债务人的同意,为保护债务人利益,“民法”设有三个重要制度:

A. 债权之让与,非经让与人或受让人通知债务人,对于债务人不生效力。但法律另有规定者,不在此限(如依“票据法”,无记名票据债权依交付而转让)。受让人将让与人所立之让与字据提示于债务人者,与通知有同一之效力(第297条第2项)。法律设此规定之意旨,在使债务人知有债权让与之事实,受让人对于债务人主张受让事实,行使债权时,既足使债务人知有债权让与之事实,即应认为兼有通知之效力。又依第298条规定,让与人已将债权之让与通知债务人者,纵未为让与或让与无效,债务人仍得以其对抗受让人之事由,对抗让与人。(学说上称为表见让与)。

B. 抗辩之援用,即债务人于受通知时,所得对抗让与人之事由,皆得以之对抗受让人(第299条第1项)。所谓得对抗之事由,不以狭义之抗辩权为限,凡足以阻止或排斥债权之成立、存续或行使之事由在内,盖债权之让与,在债务人既不得拒绝,自不宜因债权让与之结果,而使债务人陷于不利之地位。

C. 抵消之主张:即债务人于受通知时,对于让与人有债权者,如其债权之清偿期,先于所让与之债权,或同时届至者,债务人得对于受让人,主

张抵消(第 299 条第 2 项)。

④ 实例分析:债权二重让与^①

甲向乙购买某版画,价金若干,甲为清偿对丙的债务,于 3 月 1 日让与其对乙的债权。4 月 1 日甲复将其对乙的债权出卖于丁,并即为让与,试问:

- A. 乙于债权让与通知前对甲清偿时,其法律关系如何?
- B. 丙将其受让债权通知乙,而乙仍向甲为清偿时,其法律关系如何?
- C. 甲通知乙已将债权让与于丁,乙向丁为清偿时,其法律关系如何?
- D. 丙、丁分别将债权让与通知乙,而丁的通知先行到达时,乙应向何人清偿?

a. 甲将债权让与于丙,未通知债务人乙,对乙不发生效力,故乙仍得向原债权人(让与人)甲为清偿。至丙、丁两人受让债权,何者有效,应依债权让与契约成立先后定之,故由丙取得债权。债务人乙既因向甲清偿而免其责任,丙唯有向甲请求不当得利(版画所有权)之返还(第 179 条)。甲明知已将债权让与丙,仍自乙受领给付,系出于故意以悖于善良风俗加害于丙,并依第 184 条第 1 项后段负损害赔偿赔偿责任。

又甲既将其债权让与丙,复将之出卖于丁,并为让与,依一般原则,其原因行为唯让与契约应属无效,买卖契约出卖人应依第 350 条规定,负权利瑕疵担保责任。

b. 丙将其受让债权通知债务人乙时,对乙发生效力,乙只得向丙清偿,乙向甲清偿,不能免其对丙的责任。甲无债权而受领乙的给付,应构成不当得利。乙不能自甲请求返还该版画所有权,而对丙为清偿时,应负给付不能的债务不履行责任(第 226 条第 1 项)。

c. 甲通知乙已将债权让与丁,对乙发生效力,乙向丁所为清偿,自属有效。因受让在先而取得债权的丙,得依不当得利规定向丁请求返还该版画所有权(第 179 条)。

^① 债权二重让与,实务上颇为常见,理论上甚具趣味,有助于深入了解债权让与的基本问题,并训练法律思考方法。参见郑玉波:《民法债编总论》,第 478 页;孙森焱:《民法债编总论》,第 710 页;邱聪智:《民法债编总论》,第 466 页。

d. 二重债权让与均已通知乙,而丁让与通知先于丙的让与通知时,乙得依其选择向第二受让人清偿(基于第 298 条表见让与规定),或向第一受让人丙清偿(因丙有效取得债权)。在乙向丁清偿时,其清偿固属有效,但丁无债权而受有清偿的利益(取得版画所有权),应依不当得利规定返还予丙(第 179 条)。

据上所述,债权二重让与的问题似颇复杂,以简驭繁,必须把握两个原则:首先,债权让与的效力依契约成立先后定之,第一受让人有效取得债权,第二受让人纵属善意亦不能取得债权,无论已否通知债务人,或通知之孰先孰后,对此均不生影响。其次,若第一受让人未对债务人为通知或通知在后,而债务人已向第二受让人清偿时,对债务人言,免其责任,对第二受让人言,系无法律上原因取得版画所有权,应依不当得利规定负返还于第一受让人之义务。^①

(2) 法定债权移转。债权的移转,除依法律行为外,尚因法律规定而发生,代位权为其著例,包括连带债务求偿权人的代位权(第 281 条第 2 项)、利害关系第三人清偿之代位权(第 312 条)、保证人之代位权(第 749 条)等。第 313 条规定,第 297 条及第 299 条规定于第 312 条规定之代位行使权利准用之,为保护债务人,第 297 条及第 299 条规定,于其他代位权亦应有类推适用余地。^②

3. 债务承担^③

甲自乙购买某版画,价金 10 万元,甲得将其对乙的债权让与丙(债权让与),前已论及。值得注意的是,甲对乙所负价金债务亦得由第三人丁承担之。^④ 丁所以愿意承担,系基于赠与、贷与信用、抵偿原欠债务等原因关系。债务承担,乃以移转债务为标的之准物权契约,性质上亦属不要

① 参见郑玉波:《民法债编总论》,第 479 页。

② 关于法定债权移转的实例,参见本书相关内容。

③ 详细的论述,参见郑玉波:《民法债编总论》,第 480 页以下;孙森森:《民法债编总论》,第 716 页。关于免责债务承担,并存债务承担;债务承担与履行承担、契约承担、契约加入、保证债务等概念的区别,请参见前揭书,特为留意。

④ 关于债权移转及债务承担,民间合会最值重视。诚如 1978 年台上字第 3008 号判例所谓:“一般民间合会,系会首与会员间之债权、债务契约。会员除向会首领取得标金外,在得标前须按期缴纳活会会款,得标后须按期缴纳死会会款。会员将其会份让与第三人,如为活会转让,则系债权、债务之移转,并非单纯之债权让与。如系死会转让,则纯系债务之承担。故无论为活会、死会之转让,均非得会首之同意,不生效力。”

式契约,及无因性的处分行为(参照关于债权让与的说明)。①

关于免责的债务承担,现行“民法”规定两种方式:① 承担人与债权人之间之契约;② 承担人与债务人(原债务人)之间之契约。关于前者,第300条规定:“第三人与债权人订立契约承担债务人之债务者,其债务于契约成立时,移转于该第三人。”关于后者,第301条规定:“第三人与债务人订立契约承担其债务者,非经债权人承认,对于债权人,不生效力。”又依第302条规定:“前条债务人或承担人,得定相当期限,催告债权人于该期限内确答是否承认,如逾期不为确答者,视为拒绝承认。债权人拒绝承认时,债务人或承担人得撤销其承担之契约。”需注意的是,在免责的债务承担,无论依何种方式为之,债务的同一性不因此而失去,债务本身有关事项,一仍其旧,故第303条规定:“债务人因其法律关系所得对抗债权人之事由,承担人亦得以之对抗债权人。但不得以属于债务人之债权为抵消。承担人因其承担债务之法律关系所得对抗债务人之事由,不得以之对抗债权人。”②又第304条规定:“从属于债权之权利,不因债务之承担而妨碍其存在。但与债务人有不可分离之关系者,不在此限。由第三人就债权所为之担保,除该第三人对于债务之承担已为承认外,因债务之承担而消灭。”

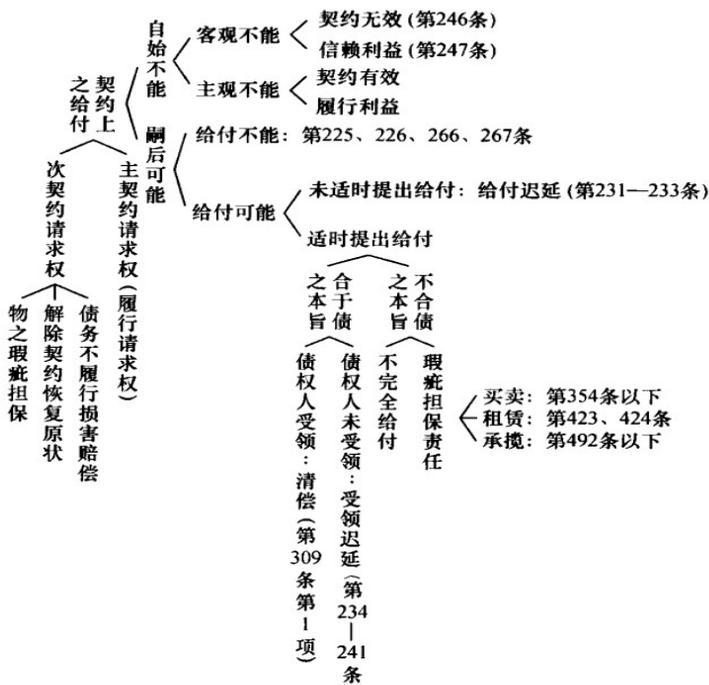
(五) 契约请求权及给付障碍的体系构成③

如前所述,契约上的请求权,可分为“主契约请求权”(履行请求权)及次契约请求权,后者更可分为债务不履行损害赔偿请求权、解除契约恢复原状请求权及瑕疵担保请求权等。契约上请求权(债权)亦得因利他契约而由第三人取得,依债权让与或债务承担而移转之。给付障碍在契约关系上居于核心关键地位,图示如下,以供参考。

① 1998年台上字第258号判决:“按债务承担契约,谓以债务之承担为标的之契约,于契约成立时,新债务人(承担人)即负担原有之债务,债务因而现实的移转,为准物权契约。故债务承担契约,以债务人之债务,于当事人约定承担时存在为前提,此观诸第300条:‘第三人与债权人订立契约承担债务人之债务者……’第301条:‘第三人与债务人订立契约承担其债务者……’之规定自明。”可资参照。

② 基此理由,关于承担债务之消灭时效,应自该债务原来请求权可得行使起算[1978年第3次民事庭庭推总会决议(1)]。

③ 参见 Musilak, Grundkurs BGB, 5. Aufl. 1997, S. 235。须注意的是,所谓债务不履行,除契约外,尚包括因无因管理、不当得利、侵权行为而生的给付义务,如甲收留迷失的乙童,未依其明示或可得推知意思,有利于乙的方法而为“管理”(照顾),致其身体健康受损时,应构成不完全给付债务不履行责任。



二、类似契约请求权

前款所述契约请求权,无论其为主契约请求权或次契约请求权,皆以契约有效成立为前提。本款所要说明的请求权,则是基于法律规定而发生,因其与契约有关,学说上称为“类似契约请求权”(vertragsähnliche Ansprüche 或 vertragsnahe Ansprüche),其主要特色系关于第三人的行为应适用第224条规定。此类请求权有表意人撤销错误意思表示的损害赔偿(第91条),无权代理人责任(第110条)以及自始客观给付不能的损害赔偿(第247条)。分述如下^①:

^① 参见拙著:《信赖利益之损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》(第五册),北京大学出版社2009年版。

(一) 表意人撤销错误意思表示之赔偿责任

第 91 条规定：“依第 88 条及第 89 条之规定撤销意思表示时，表意人对于信其意思表示为有效而受损害之相对人或第三人^①，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。”如甲致函于乙表示购买 A 狗，于受领后，发现其原欲购 B 狗，误书为 A 狗，而向乙请求返还其所支付价金。在此情形，甲系以表示行为错误为理由，依第 88 条第 1 项规定撤销其意思表示（买卖合同），乙因信其意思表示为有效而受损害，得向甲请求损害赔偿，但须以乙不知或不得而知其撤销之原因为要件。此种因信赖意思表示为有效而受损害，乃所谓的信赖利益，其范围包括所受损害及所失利益（第 216 条），如为缔约或履行契约所支出的费用等。于甲撤销买卖合同后，乙得依不当得利规定请求返还 A 狗。A 狗灭失时，所受利益不存在，甲免负返还义务（第 179 条、第 182 条）。为保护相对人，应认为乙将 A 狗所有权移转于甲，亦属所谓“信赖利益”的损害^②，甲应亦负损害赔偿而恢复原状，返还 A 狗予乙；A 狗灭失时，甲应赔偿其价额。^③

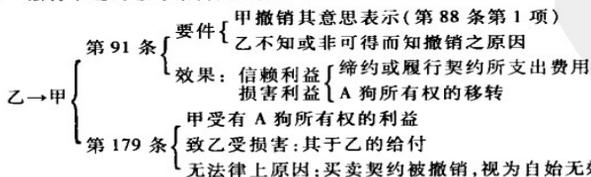
(二) 无权代理人损害赔偿之责任^④

第 110 条规定：“无代理人，以他人之代理人名义所为之法律行为，对于善意之相对人，负损害赔偿之责。”无权代理人之责任，系直接基于民法规定而发生之特别责任，并不以无权代理人有故意或过失为其要件，系属于所谓原因责任、结果责任或无过失责任之一种，而非基于侵权行为之损害赔偿。故无权代理人纵使证明其无故意或过失，亦无从免责，是项请求权之消灭时效，在“民法”既无特别规定，则以第 125 条所定 15 年期间

① 第 91 条所称相对人或“第三人”，究指何人而言？

② 参见拙著：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版。

③ 兹将本题的思考结构图示如下：



④ 参见拙著：《无权代理人之责任》，载《民法学说与判例研究》（第六册），北京大学出版社 2009 年版。

内应得行使，要无第 197 条第 1 项短期时效之适用。^① 又此之损害赔偿，指履行利益而言，如甲委任乙出售某地，而授予代理权，委任关系消灭后，乙已无代理权限，仍以甲之名义与善意之丙订立买卖合同，甲拒绝承认时，丙就转售该地预期利益的损失，得向乙请求损害赔偿。

（三）自始客观给付不能之损害赔偿责任

第 246 条规定：“Ⅰ以不能之给付为契约标的者，其契约为无效。但其不能情形可以除去，而当事人订约时并预期于不能之情形除去后为给付者，其契约仍为有效。Ⅱ附停止条件或始期之契约，于条件成就或期限届至前，不能之情形已除去者，其契约为有效。”所谓给付不能，指自始客观不能而言^②，即于订约之际，对任何人言，给付均属不能，如订约时出卖的机车，已遭焚毁。

第 247 条规定：“Ⅰ契约因以不能之给付为标的而无效者，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。Ⅱ给付一部不能，而契约就其他部分仍为有效者，或依选择而定之数宗给付中有一宗给付不能者，准用前项之规定。”应注意的是，债编部分条文修正于本条增列第 3 项规定：“Ⅲ前二项损害赔偿请求权，因二年间不行使而消灭。”本条系关于缔约上过失的规定，其应赔偿的，乃“信赖利益”，如订约费用、准备履行所需费用或另失订约机会之损害等是。至于积极的契约利益，即因契约履行所得之利益，尚不在得为请求赔偿之列。

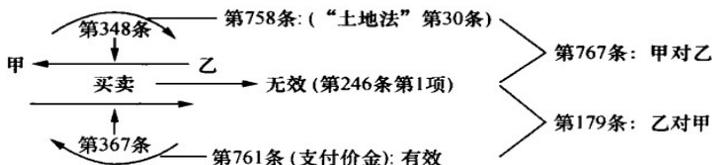
第 246 条及第 247 条的适用，实务上最重要案例为农地买卖。“土地法”第 30 条规定：“私有农地所有权之移转，其承受人以能自耕者为限，并不得移转为共有。但因继承而移转者，得为共有。违反前项规定者，其所有权之移转无效。”“最高法院”认为：“‘土地法’第 30 条系就私有农地所有权移转之物权行为所作之强制规定，关于约定负担移转该项土地所有权之债务之债权行为（如买卖、互易、赠与等契约），并不在限制之列，故约定出售私有农地于无自耕能力之人者，其所定之农地买卖契约（债权契约），尚不能认系违反强制规定，依第 71 条前段应属无效。唯此项买卖契约所定之给付，既为移转私有农地之所有权于无自耕能力之人，属于违

^① 参见 1967 年台上字第 305 号判例。

^② 关于给付自始主观不能，参见本书相关内容。

反强制规定之行为,即属法律上之给付不能,亦即客观的给付不能(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。因之,此项约定出售私有农地于无自耕能力之人之买卖合同,除有第 246 条第 1 项但书及第 2 项之情形外,其契约应属无效。”^①

上开判例涉及债权契约及物权行为,深具启示性。如甲出卖私有农地于乙,办理登记,付清价金后,发现乙无自耕能力时,甲得依第 767 条规定请求涂消土地登记,乙得依不当得利规定请求返还其所支付的价金。^②其基本法律关系可以下图表示之:



三、无因管理上之请求权

1. 管理管理(真正无因管理)

(1) 构成要件及类型。未受委任,并无义务,而为他人管理事务者,在日常生活上极为常见,唯诉讼案例甚少,盖无因管理多出于急难相助的义行,其甘冒生命危险救助溺水者,不至于因衣服毁损等损失而诉请损害赔偿。无因管理诉讼上的案件,虽属少见,但无因管理制度旨在调和“禁止任意干预他人事务”及“奖励人类互助之美德”两项原则,介乎道德与法律之间,在理论上甚饶趣味,亦值重视。

“民法”关于无因管理共设 7 条规定(第 172 条至第 178 条),其体系构成颇嫌零乱,争论甚多。^③ 处理之际,应特别注意其思考层次。于检讨无因管理上的请求权时,原则上应依下述步骤为之:

① 是否成立无因管理。A. 须管理他人事务。B. 须有为他人管理

^① 1976 年第 9 次民庭庭推总会议决议(2)。所谓第 246 条第 1 项但书,指关于耕地之买卖,买受人虽系无自耕能力之人,唯如约定由买受人指定登记与任何有自耕能力之第三人,或具体约定登记与有自耕能力之特定第三人而言。

^② 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

^③ 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。

事务之意思。C. 须未受委任,并无义务。

② 于肯定成立无因管理时,应再检讨其究属何种类型无因管理(适法之无因管理,不适法之无因管理),而探讨其法律效果。^①

(2) 正当的无因管理

正当的无因管理,指管理事务利于本人并不违反本人明示或可得推知之意思。于此情形,管理人为本人支出必要费用或有益费用,或负担债务,或受损害时,得请求本人偿还其费用及自支出时起之利息,或清偿其所负担之债务,或赔偿其损害(第 176 条第 1 项)。管理人管理事务虽违反本人之意思,如其管理系为本人尽公益上之义务,或为其履行法定扶养义务者,管理人仍有此项请求权(第 176 条第 2 项)。兹举两例加以说明:

第 1 例:甲与乙相邻而居,隔一小巷,素不睦,乙宅失火,甲始则以事不关己,坐视不救。其后见火势迫近,乃速购两只灭火器,共支出 1000 元,参与救火,使用 1 只灭火器后,火即熄,甲的衣服被火烧毁。又甲不慎撞毁乙的花瓶。问当事人间之法律关系如何?

① 甲对乙的请求权。甲购灭火器参加乙宅救火,系未受委任,并无义务。问题在于甲是否有为乙管理事务之意思。关于此点,应采肯定说,盖甲参与救火固为自己免去危险,但亦有为乙扑灭火势的意思,为他人的意思与为自己的意思不妨并存,故甲对乙仍可成立无因管理。甲购灭火器参与救火,有利于乙,并不违反乙的意思,故甲得向乙请求返还其购买两支灭火器所支出的 1000 元,及自支出时的利息,并赔偿其衣服遭火烧毁的损害。

② 乙对甲之请求权。乙得向甲请求,将其以自己名义为乙取得,尚未使用之一支灭火器的所有权,移转于自己(第 173 条第 2 项、准用第 541 条)。关于甲不慎毁损乙的花瓶,则不得请求损害赔偿,盖依第 175 条规定,管理人为免除本人之生命、身体或财产上之急迫危险而为事务之管理者,对于因其管理所生之损害,须有恶意或重大过失,始负赔偿责任。

第 2 例:7 岁之某甲于赴幼稚园上学途中,为某乙驾车不慎撞伤,乙逃逸,路人丙送甲赴医救治,支出医药费用 2000 元,甲之父丁支出住院及其他费用 2 万元。问:(1) 丙得对何人主张无因管理?(2) 丁得对何人主张无因管理?

^① 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社 2009 年版。

A. 丙对何人得主张无因管理。丙救助于车祸受伤的未成年人甲,系为其管理事务,未受委任,并无义务,应成立无因管理。又丁系甲的法定代理人,负有扶养义务,丙救助甲,亦属为丁管理事务,应同时成立无因管理。至于丙对乙则不成立无因管理,盖于此情形,救助之人通常并无为车祸肇事者管理事务的意思。

B. 丁得向何人主张无因管理。丁系甲之法定扶养义务人,疾病伤害之医治亦包括在扶养义务之范围,丁医治甲,乃尽其法定义务,对甲不成立无因管理。又丁之医治甲,既系尽其法定扶养义务,自无为乙管理事务之意思,故对乙而言,亦不成立无因管理。^①

(3) 不当无因管理(不适法的无因管理)

不当的无因管理,指管理事务不利于本人,或违反本人明示或可得推知之意思。于此情形,本人仍得享有因管理所得之利益,而本人所负第176条第1项对于管理人义务,以其所得之利益为限(第177条)。兹举两则实例加以说明:

第1例:甲外出观光,委乙处理信件,有某丙来函表示出售某稀有邮票,价金10万元。乙知甲素好集邮,以为机不可失,乃以自己名义向丙购买之。甲回来后,始发现甲不喜该枚邮票,已数度拒绝丙之要约。问甲与乙间之法律关系如何?

乙为甲购置邮票,系非属处理信件之范畴,故乙系未受委任、并无义务而为甲管理事务,应成立无因管理。管理事务是否利于本人,应依客观情事定之,甲不喜丙所欲出售的邮票,已数度加以拒绝,故乙为甲购买邮票,系不利于本人。于此情形,甲仍得主张享有因管理所得利益(第177条),请求乙移转该邮票的所有权(第173条第2项、准用第541条第2项),但应以其所得利益(邮票价值),返还乙为购买该邮票所支出之费用,及支出时起之利息(第177条、准用第176条第1项)。倘甲不主张享有无因管理所得之利益时,则无偿还乙所支出费用的义务。

第2例:甲与乙相邻而居,素睦,危难之际,时相济助。某夏,甲病住院,适逢台风过境,甲屋颇有毁损,乙鸠工修缮支出3万元。其后发现甲于住院前夕,已将其屋让售予丙,丙预定于台风之后,拆屋

^① 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《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版。

修建大厦。问乙得对甲及丙主张何种权利?

乙修缮该遭台风损害之房屋,系未受委任,并无义务而为他人管理事务。问题在于谁为“他人”。依乙之主观意思,系为甲管理事务,但客观上该屋既属丙所有,管理人虽有误认,但仍应就真实之本人为准,故乙对于甲虽不能成立无因管理,但对于丙则可成立。

丙预定于台风过境后拆屋重建,乙不知而修缮之,其管理事务不利于本人,并违反其可推知之意思。倘丙不主张享有因管理事务所得之利益时(第177条),乙得依不当得利之规定,向丙请求返还其所受之利益(第179条)。唯丙因已预定拆屋重建,乙之修缮,失其意义,故丙得主张所受利益已不存在,免负返还之义务(第182条第1项)。^①

2. 不法的管理(不真正无因管理、准无因管理)

上述正当的无因管理及不当无因管理,均属真正无因管理,因其兼具无因管理的客观要件(管理他人事务)及主观要件(为他人之意思)。然管理他人事务而不具“为他人之意思”的,亦多有之,学说上称为不真正无因管理(或准无因管理),属之者,如所谓的“不法的管理”。此指明知为他人之事务,仍作为自己之事务而为管理,如将他人寄托的古玉作为己物,以高价出卖;将他人的别墅,作为己有,出租于第三人,收取高额的租金。此等情形,本属侵权行为与不当得利的问题。然本人基于侵权行为向管理人请求损害赔偿时,只能请求赔偿所受损害及所失利益,且证明加害人的故意,不仅困难,其损害赔偿请求权又受短期消灭时效的限制(第197条第1项)。若基于不当得利而请求返还时,亦只能以所受损害为最高限度,对于本人的保护,均欠周到。因而《德国民法》第687条第2项乃规定,对于上述情形,使该管理人与无因管理人负同一义务,俾本人得对其请求返还全部利益,以资保护。台湾有学者认为,第177条规定亦寓有同样之意义,在方法上则应类推适用之。债编修正第277条,特于第2项增订:“前项规定于管理人明知为他人之事务,而为自己之利益管理之者,准用之。”例如甲寄托某件古琴(时值10万元)于乙处,乙擅以之作为己有,以15万元出售于丙,甲知其事,2年后始决定向乙行使其权利。就不当得利请求权言,甲仅得请求返还10万元;就侵权行为损害赔偿请求权言,已罹于消灭时效,乙得拒绝给付。因此肯定第177条规定的类推适

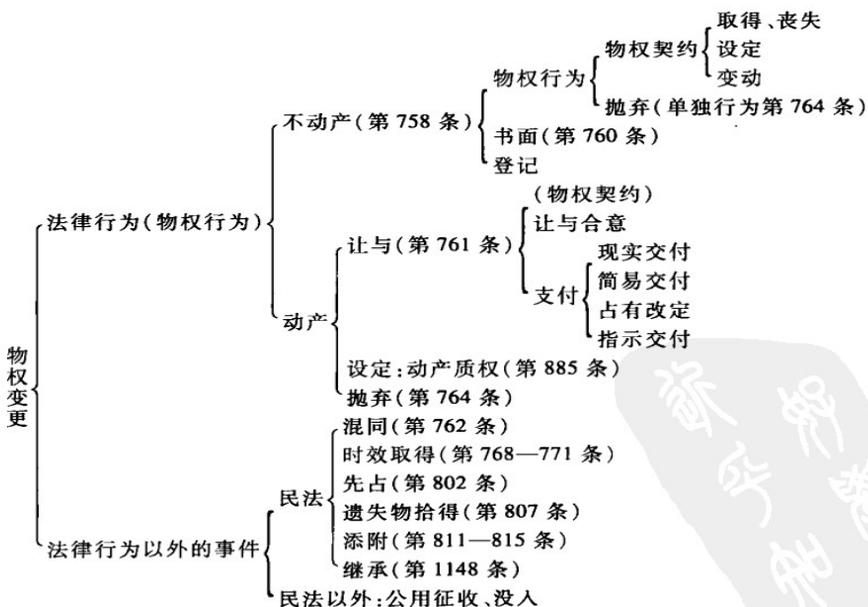
^① 参见拙著:《民法债编总论(一)》,第264页。

用,使甲得向乙请求交付管理事务所得利益 15 万元,具有实益。

四、物上请求权

物上请求权所以列在不当得利及侵权行为之前加以检讨,系因物权变动常为前提问题。如甲偷乙的轮胎装配其车,擅以丙的油漆漆其车时,当事人间的法律关系,视轮胎及油漆的所有权归属而定。就乙的轮胎言,其被装配于甲车时,并未因附合而成为甲车的重要成分,其所有权仍属于乙,故乙得行使第 767 条、第 962 条或第 184 条第 1 项前、后段规定的权利。反之,丙的油漆于其被漆于甲车时,即因附合成为该车的重要成分,而由甲取得其所有权,故丙仅得依不当得利规定向甲请求偿金(第 816 条)或依第 184 条第 1 项前段规定请求损害赔偿。

现行“民法”上的物权,除所有权外,尚有地上权、永佃权、地役权、典权(用益物权)及抵押权、质权及留置权(担保物权)。至于物权变动的原因,有基于当事人的法律行为(物权行为),有为法律行为以外的事件,为便于了解,整理如下:



(一) 所有人之物上请求权

1. 第 767 条的解释适用

(1) 所有物返还请求权

所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之(第 767 条)。所有物返还请求权的要件有二:① 请求权人须为所有人。② 被请求人,须为无权占有,或反于所有人的意思而取得其物之占有。被请求人占有其物,是否基于故意或过失,在所不问。兹举实务上重要案例加以说明:

第 1 例:基于买卖契约的占有不构成无权占有

甲向乙购买土地并已付清价款,乙亦将土地交付于甲,唯未办理所有权移转登记,嗣乙死亡,由其继承人丙、丁办妥继承登记。甲之所有权移转登记请求权,消灭时效完成后,丙、丁能否诉请甲交还占有之土地?

甲占有之土地,系乙本于买卖之法律关系所交付,具有正当权源,所有人丙、丁(乙之继承人)不得依第 767 条规定请求返还土地。何况时效完成后,债务人仅得拒绝给付,而甲、乙间之买卖关系依然存在,丙、丁亦不得请求返还土地。①

第 2 例:共有人内部间的无权占有

甲系某大楼顶楼所有人,其未得大楼各层所有人之同意,擅在顶楼平台加盖砖造钢架盖石棉瓦,并设有铁门之房屋一间,他层所有人乙不满甲独占使用屋顶平台,遂本于所有权作用,诉请拆除屋顶建物,返还占有部分,法院可否准许?

大楼顶楼之屋顶平台,依第 799 条规定,应推定为该大楼各层所有人之共有。各共有人按其应有部分,对于共有物之全部虽有使用收益之权。唯未经共有人协议分管之共有物,共有人对共有物之特定部分占用收益,仍须征得他共有人全体之同意。其未经他共有人同意而就共有物之全部或一部任意占用收益,即属侵害他共有人之权利,他共有人得本于所有权依第 767 条规定请求除去其妨害,或请求向全体共有人返还占用部分。②

① 参见 1980 年第 4 次民事庭会议决议。

② 参见 1974 年台上字第 1803 号判例,1992 年台上字第 1818 号判决。

第3例:共有物分割与无权占有

甲、乙就共有之土地一笔,达成协议分割,并办理分割登记完毕。嗣后乙不愿将甲分得部分中之一小部分土地交付甲(其上早已盖有乙之房屋),甲乃以乙无权占有诉请乙交付土地,甲之诉有无理由?

1962年台上字第2641号判例谓:“共有物之分割,经分割形成判决确定者,即生共有关系终止及各自取得分得部分所有权之效力。共有人对于他共有人分得之部分,既丧失共有权利,则其占有,除另有约定外,即难谓有何法律上之原因。”甲、乙共有之土地,经协议分割并办理分割登记完毕后,甲分得之土地原由乙占有,乙不愿交付甲时,甲得依第767条规定请求乙交还土地。^①

第4例:时效取得地上权与无权占有

甲因时效取得地上权登记请求权,在未登记前,其占有该地,有无正当权源?

1980年第5次民事庭会议原认为,因地上权取得时效完成而主张时效利益之人,依第772条、第769条、第770条,只是“得请求登记为地上权人”,并非取得地上权,在其未依法登记为地上权人之前,要无地上权之取得,自不能本于地上权之法律关系,向土地所有人主张其非无权占有。值得注意的是,1991年第2次民事庭会议决议认为:“占有人因时效而取得地上权登记请求权者,以已具备时效取得地上权之要件,向该地政机关声请为地上权登记,如经地政机关受理,则受诉法院即应就占有人是否具备时效取得地上权之要件,为实体上裁判。本院1980年第5次民事庭会议决议应予补充”。

第5例:在他人土地种植树木与无权占有

甲无权占有乙之土地种植梧桐,经乙多次促甲铲除地上物,均不置理,乙乃以甲无权占有及梧桐为土地之成分为由,起诉甲应将所占用地之土地连同地上物(梧桐)一并返还予乙,有理由否?

不动产之出产物尚未分离者,为该不动产之部分,第66条第2项定有明文,本件梧桐既尚未砍伐,则依前揭规定,系属该土地之重要成分,而

^① 参见1991年第1次民事庭会议(1)。

仍属乙所有，甲无正当权源占有乙之土地种植梧桐，乙自得本于无权占有之法律关系，请求甲将占有土地连同梧桐一并返还之。^①

第6例：所有物返还请求权的相对人

甲将其屋借乙使用，乙复出租予丙，嗣后期限届满，甲乃本于无权占有之法律关系请求乙、丙交还房屋，法院应如何判决？

请求返还所有物之诉，应以现在占有该物之人为被告，如非现在占有该物之人，纵令所有物之占有系因其人之行为而丧失，所有人亦仅于此项行为具备侵权行为之要件时，得向其人请求赔偿损害，要不得本于物上请求权，对之请求返还所有物。依第941条规定，承租人因租赁关系占有租赁房屋者，出租房屋之所有人为间接占有人，而承租人即为直接占有人，第767条规定所称“占有”除直接占有外，应包括间接占有在内，是基于无权占有请求返还所有物，固应向现在占有人为之，唯“现在占有人”亦包括“间接占有人”在内。题示情形，甲借屋予乙使用，乙复出租与丙，乙为间接占有人，丙即为直接占有人，均应负交还房屋之责。甲于期限届满后，本于无权占有之法律关系，请求乙、丙交还房屋，为有理由。

(2) 所有权妨害除去请求权。所有人对于妨害其所有权者，得请求除去之。应注意者有二：① 妨害事由的发生，相对人是否有故意或过失，在所不问。如甲之围墙因地震倒塌，落入乙地，虽基于自然力，仍负有除去之义务。② 对所有权的侵害，须具有不法性，从而所有权的内容因法令受有限制，或因当事人的约定负有容忍义务时，不发生此种请求权。如土地所有人，因邻地所有人在其疆界或近旁营造或修缮建筑物，因必要而使用其土地时，所有人无妨害除去请求权，但因而受有损害者，得请求偿金，以资救济(第792条)。③ 不动产被误登记为他人所有时，原所有人为除去所受侵害，得请求涂消其登记。

(3) 所有权妨害防止请求权。所有人对于有妨害其所有权之虞者，得请求防止之。此项请求权旨在防患于未然，亦不以被请求人有故意或过失为要件。如土地所有人发现其邻居动工修建大厦，依其建筑图样，显逾越疆界时，得即请求中止建筑，不必俟其已为动工逾界，再行请求除去其侵害。

^① 参见《民事法律问题(民事实体法)》，1988年，第499页。

上述三种基于所有权而生的物上请求权,为三种个别的请求权,得竞合并存,以发挥其保护所有权的功能。如某甲于近郊风景区有一间别墅,乙丙等人占住之,并于其草坪上搭建烤肉设施。甲得请求乙丙等人返还其房屋,除去其烤肉设施。倘乙丙等人徘徊附近,意图伺机再行侵占其屋时,则甲更得请求其离去,以防止其妨害。

2. 第 767 条的准用及类推适用

第 858 条规定第 767 条之规定于地役权准用之。对于其他物权则无明文。1963 年台上字第 904 号判例谓:“物上请求权,除法律另有规定外,以所有人或占有人始得行使之,此观第 767 条及第 962 条之规定自明。地上权人既无准用第 767 条规定之明文,则其行使物上请求权,自以设定地上权之土地,已移转地上权人占有为前提。”此项见解是否妥适,颇有争论。为保护地上权人,第 767 条应有类推适用之余地。^①

(二) 占有人之物上请求权

1. 占有人之物上请求权

(1) 第 962 条的解释适用。第 962 条规定:“占有人,其占有被侵夺者,得请求返还其占有物。占有被妨害者,得请求除去其妨害。占有有被妨害之虞者,得请求防止其妨害。”实务上以占有物返还请求权最为常见,此须以其占有之丧失,系被侵夺为要件,若系由占有人交付时,纵系因被诈欺恐吓所致者,亦不包括在内。

前述所有人物上请求权,旨在终局地实践对所有权的保护,而占有人之物上请求权,则仅在暂时维护法秩序的和平,因此直接占有人及间接占有人均可主张之,无权占有亦然。唯占有辅助人非属占有人,自不得行使此项权利。1954 年台上字第 176 号判例谓:“租赁物交付后,承租人于租赁关系存续中,有继续占有其物而为使用收益之权利,故其占有被侵夺时,承租人自得对于无权占有之他人,行使其占有物返还请求权,此就第 423 条、第 941 条及第 962 条等规定观之甚明。”可资参照。租赁关系消灭后,承租人虽无继续占有物而为使用收益的权利,其占有被侵夺时,承租人仍得对于侵夺其占有者行使占有物返还请求权。

占有物返还请求权的相对人,为侵夺占有之人。侵夺占有之人,将占

^① 参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社 2009 年版。

有物出租,而由直接占有人变为间接占有人时,其为侵夺人的地位,尚属存在,占有人仍得向其请求返还占有物,或让与其对直接占有人的返还请求权。侵夺他人占有的瑕疵,应由概括承继人(如继承人),或恶意的特定承继人(如承租人、窃盗)承担之,无论其为直接占有人或间接占有人,均得为请求占有物返还的对象。^①

(2) 实例分析

第1例:甲有汽车1部,出借给乙,被丙所盗,丙出租于知情之丁。试说明当事人间的物上请求权。

甲将汽车出借给乙,乙是直接占有人,甲是间接占有人。丙自乙盗车出租于知情之丁,丁是直接占有人,丙是间接占有人,甲、乙的占有归于消灭。甲系汽车所有人得依第767条规定向无权占有其物之现占有人(直接占有人丁、间接占有人丙),请求返还其物。物之原占有人(直接占有人乙、间接占有人甲),则得依第962条规定向侵夺其物之人,或恶意的承租人丁请求返还占有物(参阅下列图示):



第2例:联全企业股份有限公司出租某地与麻豆货运行。租赁期间届满后,麻豆货运行拒绝返还租赁物。联全公司依第962条及第184条第1项所定之侵权行为法律关系,请求麻豆货运行赔偿损害,有无理由?

“最高法院”认为:“麻豆货运行之占有系争土地,原系联全公司本于租赁关系而交付,麻豆货运行既未侵夺联全公司之占有,亦无妨害其占有可言,与第962条规定,殊无关涉。又联全公司纵得依第455条规定,请

^① 参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社2009年版。

求麻豆货运行返还租赁物,并依债务不履行规定请求损害赔偿。在麻豆货运行交还租赁物前,联全公司对于系争土地为间接占有人,其与直接占有人麻豆货运行之间既得本于租赁关系请求债务不履行之损害赔偿,即不得对直接占有人,以占有受侵害为由,依据侵权行为之规定请求赔偿损害。盖占有为对于物支配之事实,唯有依其相互间之法律关系定之,尚不发生占有被侵害之侵权行为问题,此与主张占有受第三人侵害之情形,固不相同;与主张所有权或其他为占有之本权受侵害,得并请求侵权行为损害赔偿之情形,亦不得相提并论。”^①本件判决阐释占有关系,甚属正确,足供参照。

2. 盗赃或遗失物恢复请求权

第948条规定,以动产所有权,或其他物权之移转或设定为目的,而善意受让该动产之占有者,纵其让与人无让与之权利,其占有仍受法律之保护,而取得所有权或其他物权(第801条)。对此善意受让的原则,“民法”设有例外,于第949条规定:“占有物如系盗赃或遗失物,其被害人或遗失人,自被盗或遗失之时起,二年以内,得向占有人请求恢复其物。”又依第950条规定:“盗赃或遗失物,如占有人由拍卖或公共市场,或由贩卖与其物同种之物之商人,以善意买得者,非偿还其支出之价金,不得恢复其物。”

关于盗赃、遗失物恢复请求权的法律性质,甚有争论。关键问题在于被害人或遗失人未为恢复以前,其物之所有权,究属何人?有认为属于原所有人,但因2年期间之经过而丧失其所有权。亦有认为属于善意受让人,但被害人请求恢复时,则其权利溯及其取得之时消灭。依前说,盗赃或遗失物之恢复请求权,基本上可认系所有物返还请求权,或占有物返还请求权,唯因2年期间经过不行使而消灭。依后说,被害人或遗失人的恢复请求权在于复活被盗或遗失前之法律关系,具有形成权的性质,善意受让人取得的所有权,因此项恢复请求权的行使,而归于消灭,负返还之义务。比较言之以善意受让人取得说较为可采^②,其理由为:(1)就文义言:所谓请求“恢复”其物,顾名思义,以其物归属于受让人为前提,若仍

^① 《刑事裁判选辑》第10卷,第1期,第245页。此件判决理由殊值赞同,特为引述。判决评释,参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社2009年版。

^② 对此问题,“最高法院”迄未明确表示其法律见解,作成判例,但1988年台上字第2422号判决采之。参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社2009年版。

属原权利人所有时,应规定为请求“返还”其物。(2)就体系言:善意受让人系依第948条规定取得动产所有权。第949条乃例外规定,在于使原所有人恢复其所有权。(3)就善意取得制度言:所有权归属于受让人始足贯彻保护交易安全之目的,使善意受让人于此2年期间仍可受到物权法上的保护,如其占有物被侵夺时,善意受让人得主张所有物返还请求权(第767条)。

盗赃或遗失物恢复请求权,在实务上甚属常见,为更进一步了解2年恢复期间所有权归属的争论,兹举一则实例比较说明之:

A有名画一幅,设质于B,被C所盗,让售于善意之D,D转售于善意之E,并交付之。问A及B于被盗之时起2年之内向E请求恢复时,其法律关系如何?

①原权利人归属说。D系善意受让人,于其尚未将该画让售于E时,所有人A得向D请求恢复其物,质权人亦得向D请求恢复其占有。在2年期间经过前,A仍为该画之所有人,故D将该画让售于E,系属无权处分,E善意取得其所有权。此际该画是否仍为盗赃,不无疑问。唯应采肯定说,盖该画本系以反于占有人(A为间接占有人、B为直接占有人)的意思而被侵夺,原属盗赃,不因经过D之占有而变更其性质。故A或B仍得依第949条之规定,向E请求恢复其物。其2年期间应自该画被C所盗之时起算。

②善意受让人取得说。在2年期间过前,D已因受让而取得该画所有权,唯A或B得请求恢复其物。D将该画让售于E,属有权处分,E纵为恶意,亦能取得其所有权。然为贯彻第949条意旨,应认A或B向D请求恢复其物时,溯及的使D善意取得的权利归于消灭。于此情形若E为恶意时,不能取得该画所有权,有第767条的适用。设E为善意时,虽能取得该画所有权,但仍有第949条的适用,A或B得于该画被盗之时起2年内,向E请求恢复其物。

据上所述,关于第949条规定2年恢复期间内,善意受让标的物所有权的归属,理论上虽有争论,但对原权利人的保护言,尚无不同。

3. 占有人与恢复请求权人之间关系^①

恢复请求人,向无权占有人请求返还占有物时,关于孳息的处理,占有物灭失或毁损无法返还时的赔偿责任,以及占有人为占有物支出费用的偿还问题,“民法”以占有人是否善意为准,设有规定,分述如下^②:

(1) 善意占有人。善意占有人,依推定其为适法所有之权利,得为占有物之使用及收益(第952条)。因可归责于自己之事由,致占有物灭失或毁损者,对于恢复请求人,仅以因灭失或毁损所受之利益为限,负赔偿之责(第953条)。因保存占有物所支出之必要费用,得向恢复请求人请求偿还,但已就占有物取得孳息者,不得请求偿还(第954条)。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(第955条)。

甲有优良血统名贵母犬,时值10万元,为乙所盗,出售予善意之丙,丙支出饲养费用5000元,生小犬2只,赠送友人,又为该母犬整容,支出8000元,其后疏于注意,该母犬遭丁驾车不慎轧死,因丙与有过失,丁赔以5万元。在此情形,于甲依第949条之规定请求返还其物时,丙应赔以自丁受领之5万元。丙已收取孳息,不得向甲请求支出之饲养费。整容费用,虽为改良占有物而支出,但母犬已死,无现存利益,不得请求偿还。

(2) 恶意占有人。恶意占有人,或无所有意思之占有人,因可归责于自己之事由,致占有物灭失或毁损者,对于恢复请求人,负损害赔偿之责(第956条)。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(第957条)。恶意占有人负返还孳息之义务,其孳息如已消费,或因其过失而毁损,或怠于收取者,负偿还其孳息价金之义务(第958条)。

就上举乙盗甲之母犬让售于丙之例而言,恶意之丙就母犬的死亡,应负赔偿责任,就两只小犬之不能返还,应偿还其价金。甲所支出之饲养费用,系利于甲,并不违反其可推知之意思,得依第176条之规定请求偿还;至于整容费用,纵属有益,亦不得请求偿还。学者有认为恶意占有人就其所支出的有益费用,得依不当得利之规定,请求返还。纵采此说,母犬已

^① 关于占有人与恢复请求权与不当得利、侵权行为的竞合,参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社2009年版。

^② 参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社2009年版。

死,所受利益不存在,甲免负返还之义务。

五、不当得利请求权

(一) 体系构成及思考方法

1. 构成要件及思考层次

关于不当得利请求权,第 179 条以下设有 5 条规定:① 不当得利的要件及其效果(第 179 条)。② 不当得利请求权的排除(第 180 条)。③ 不当得利返还的标的(第 181 条)。④ 受领人的返还范围(第 182 条)。⑤ 无偿受让人的返还义务(第 183 条)。处理不当得利请求权,应依循此项次序,兹举下例以明之:

某甲有 6 岁之子与某乙 7 岁之子同在丙家游玩,乙之子不慎毁灭丙时值 1 万元的录音机,甲误认为系其子所为,即对丙赔以同类型等值的录音机,丙不知而受领之,并即将该录音机以 1.1 万元让售予丁。试说明当事人间的不当得利请求权。倘丙将该录音机赠与丁时如何?

(1) 不当得利请求权的成立。第 179 条规定:“无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益。虽有法律上之原因,而其后已不存在者,亦同。”不当得利请求权的成立,须具备三项要件:① 受有利益,如取得权利(物权、债权等)、物之占有、债务之免除、使用消费他人之物。② 致他人受损害。依通说见解,一方之受益与他方的受损,须具有基于同一之原因事实的直接因果关系。③ 无法律上之原因。不当得利制度旨在于使受领人返还其无法律上原因所受的“利益”,“利益”乃成为不当得利的核心概念,所受的利益为何,应详予究明。如 A 让售某车给 B,倘其买卖契约不成立时,则 B 无法律上之原因所受的利益,不是“车”,而是“车的所有权”,应予注意。

在本题,谁为不当得利请求权的当事人,应依上述要件加以认定。乙之子不慎毁损丙的录音机,则乙应与其子对丙连带负损害赔偿责任(第 187 条)。甲误己为债务人而对丙赔偿等值的录音机,关键在于丙对乙(或其子)的损害赔偿请求权,是否因甲的赔偿而消灭。关于此点,应采否定说,盖甲乃误信自己为债务人而赔偿,并无为乙清偿债务的意思,不发生第三人清偿的效力(第 311 条),丙对乙的债权仍然存在,并未消

灭。乙对丙的债务既未获免除。丙因甲的清偿,取得录音机所有权,致甲受损害,无法律上之原因,应成立不当得利。^①

(2) 不当得利请求权的排除。依第 180 条规定,给付有下列情形之一者,不得请求返还:① 给付系履行道德上之义务者。② 债务人于未到期之债务,因清偿而为给付者。③ 因清偿债务而为给付,于给付时明知无给付之义务者。④ 因不法之原因而为给付者,但不法之原因仅于受领人一方存在时,不在此限。在本题,甲系误偿他人之债,不属上述情形,故甲对丙的不当得利请求权未被排除,仍然存在。

(3) 返还的标的。依第 181 条规定,不当得利之受领人,除返还其所受之利益外,如本于该利益更有所取得者,并应返还。但依其利益之性质或其他情形不能返还者,应偿还其价额。丙所受之利益为录音机的所有权,故其应返还者为该录音机的所有权。丙应以移转所有权的意思,将该录音机交付于甲(第 761 条)。唯丙已将该录音机让售(或赠与)他人,不能返还原物,应偿还其价额。此项价额应依受领给付时客观情形定之,故丙应返还该录音机的价额 1 万元。

(4) 返还范围。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,而其所受之利益,已不存在者,免负返还或偿还价额之责任。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。丙系善意受领人,应适用第 181 条第 1 项规定,其受领的录音机所有权,已售让他人,不能返还,应偿还其价额 1 万元,已如上述。丙将该录音机让售予丁,获得 11000 元的利益,其所受的利益仍属存在,盖第 182 条所谓利益已不存在者,非指所受利益之原形不存在而言。原形虽不存在,而实际上受领人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)。准以此言,丙仍负有偿还 1 万元的义务。唯倘丙将该录音机赠与他人时,则所受利益已不存在,丙免负偿还之责任。

(5) 无偿受让第三人之返还义务。第 183 条规定,不当得利之受领人,以其所受者,无偿让与第三人,而受领人因此免返还义务者,第三人于

^① 本例涉及“误偿他人之债”,系不当得利法上有名的争论问题,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

其所免返还义务之限度内,负返还责任。设丙将其受领录音机让售予丁时,不免偿还价额之责任,甲不得对丁主张任何权利。唯倘丙将其受领的录音机赠与丁,而免负返还该录音机所有权的义务时,甲即得向丁请求返还之。

2. 不当得利规定的“准用”

关于不当得利请求权,除第 179 条以下设有详细规定外,其他条文亦有:“依关于不当得利规定,请求返还”之规定,如第 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,返还其所受之利益予被害人。”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。”又第 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,请求偿金。”

此等“准用性”条文,可归为两类,法律构成要件之准用(Tatbestandsverweisung, 总体准用 Gesamtverweisung)和法律效果准用(Rechtsfolgenverweisung)。第 419 条第 2 项及第 816 条,系法律要件之准用,即须具备不当得利的构成要件,始有适用余地。第 266 条第 2 项规定,则为法律效果之准用,即虽不具备不当得利之要件,仍得主张不当得利之法律效果,请求返还之。

兹以第 197 条第 2 项之规定究为法律构成要件准用,抑为法律效果准用,甚有争论^①,试举一例说明之:

某甲向乙购买“不当得利法学全书”,付款后,发现受乙诈欺,经过 2 年,其撤销权因除斥期间经过而消灭(第 93 条),其侵权行为损害赔偿请求权亦罹于时效(第 197 条第 1 项)。

关于第 197 条第 2 项规定,依法律要件准用说,被害人不得请求返还,盖乙受领价款系基于买卖契约,此项契约既未经撤销,其受有利益,有法律上之原因,不成立不当得利。反之,依法律效果准用说,就体系言,其所规范者,乃侵权行为的损害赔偿,仅其范围限于不当得利而已,故买卖

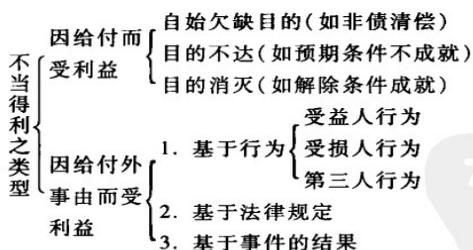
^① 参见拙著:《因侵权行为负债务者之拒绝履行权与不当得利请求权》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社 2009 年版。

契约纵未撤销,被害人仍得请求乙返还受领的价金。^①

3. 不当得利的类型化^②

第 179 条明定:“无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益。虽有法律上之原因,而其后已不存在者,亦同。”对不当得利固设统一的规定,但法律适用上应采非统一说,建立“基于给付受利益”及“基于给付以外事由而受利益”的两个类型。此项类型化有其内在的依据。给付不当得利旨在调整欠缺给付目的之财产变动,凡依当事人意思而增益他人财产者,均有一定之目的,倘其给付目的自始不存在、目的不达或目的消灭时,财产变动即失其法律上原因,受领人应负返还义务。至于给付外事由之不当得利,有基于行为,有基于法律规定,有基于特定事件,受利益有无法律上原因,应该依其事由分别判断受益人得否保有所受利益。

基于给付而生的不当得利,以非债清偿为典型,如甲不知买卖合同不成立,而支付价金于乙,乙受领价金自始欠缺给付目的,系无法律上原因而受利益,乙因受领甲的给付,无法律上原因。基于给付外事由而生之不当得利,以侵害他人权益为典型,如甲擅将乙寄托之稀有邮票出售获利,或甲擅在乙的墙壁悬挂广告,于此情形甲之受益所以不具法律上原因,乃因其取得了依权益内容应归属于乙之利益。由此可知,基于给付而生的不当得利,与基于给付外事由而生之不当得利,法律所以使之成立不当得利,实有其不同的理由,应区别加以判断。兹将不当得利的基本类型,图示如下:



^① 第 197 条第 2 项规定,仿自《德国民法》第 852 条第 2 项,德国学者多采要件准用说(Soergel/Mühl, BGB, Vor § 812 Rdn. 8)。德国联邦法院则采效果准用说(BGHZ71, 98ff.),为 Larenz/Canaris 所赞同(Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 594)。

^② 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

不当得利的类型,不是闭锁,固定不变的。它是开放的,可以根据现行法规定、判例学说,参酌外国立法例,随时加以调整,容纳新的不当得利类型。不当得利类型化,可以使我们更清楚地认识各种不当得利的功能与其成立要件,尤其是最具争论性的直接损益变动关系,对于不当得利制度的解释适用,具有助益。

(二) 给付不当得利请求权

1. 两种不同思考方法

第 179 条规定:“无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益。虽有法律上原因,而其后已不存在者,亦同。”采统一说的学者认为不当得利请求权之要件为:① 受有利益。② 致他人受损害。③ 无法律上之原因。

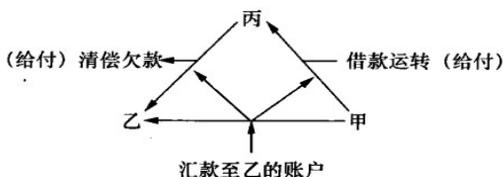
至于在不当得利类型上的“给付不当得利”,其要件则为:① 基于给付而受利益。② 当事人间具有给付关系。③ 给付欠缺目的。兹举一则实例说明此两种不同的思考方法:

1996 年台上字第 2656 号判决谓:“第 179 条规定不当得利之成立要件,必须无法律上之原因而受利益,致他人受损害,且该受利益与受损害之间应有因果关系存在。本件上诉人(甲)汇系争 90 万元至被上诉人(乙)之账户内,系因鲍国亮(丙)以借款运转为由所为之指示。而被上诉人取得系争 90 万元,则系因鲍国亮清偿被上诉人之欠款,两者显非属同一原因事实。上诉人因鲍国亮之行为受有 90 万元之损失,仅能向鲍国亮直接求偿,被上诉人所受清偿之利益,系另一原因事实。上诉人既无法证明被上诉人有恶意情事,自难以系争 90 万元汇入在被上诉人之上开账户内,鲍国亮并未领走,而认其所受之损害与被上诉人之受益有因果关系存在,被上诉人抗辩称伊不负返还其利益之责任云云,于法并无不合。”^①

本件判决理由系采传统的见解。依“给付不当得利类型”的思考方法,不当得利请求权的成立,应视“谁”向“谁”为给付而定。在本件甲因丙借款运转,基于丙的指示,由甲汇 90 万元至乙的账户,其目的在于缩短

^① 《民事裁判书汇编》,第 26 期,第 208 页。本件判决中,甲、乙、丙系为行文方便由作者加注。

给付的过程,实际上则发生两个给付关系^①:① 丙对乙为给付,以清偿债务;② 甲依丙指示汇款至乙的账户,而对丙为给付。于此情形甲所以不得向乙主张不当得利请求权,其理由为甲汇款至乙的账户,系对丙为给付,乙未因甲的给付而受利益,对甲自不生不当得利问题(参阅下图):



2. 三人关系的不当得利

在给付不当得利类型,谁为不当得利请求权的当事人,应依给付关系定之,即由给付者,对给付受领者,请求返还欠缺给付目的而受领的给付。此在二人关系较易判断,在三人关系,究竟谁对谁为给付,难免发生争议,但此并不影响以给付关系作为判断标准的功能。以“给付关系”来认定不当得利的当事人,绝不是概念法学的推论,而是一种利益衡量,旨在维护给付关系当事人间的抗辩。就上开 1996 年台上字第 2656 号判决言,设甲与丙间的消费借贷契约不成立或无效时,则丙系因甲之给付(汇款至乙的账户)而受利益,应成立不当得利。反之,丙对乙的欠款(债务)不存在时,乙因丙的清偿(甲汇款至乙处)而受有利益,欠缺给付目的,应依不当得利规定负返还于丙的责任。

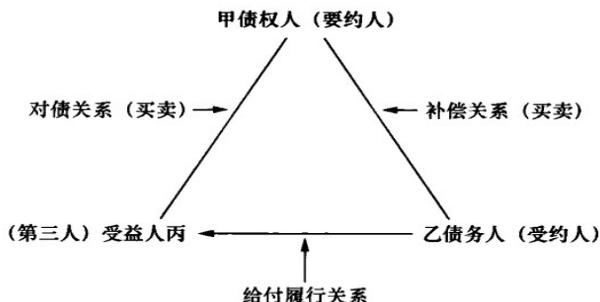
关于三人关系的不当得利系不当得利法的核心问题,兹再以第三人利益契约作进一步的说明^②:

甲向乙购车,转售于丙,其后约定,丙得向乙直接请求给付时,甲与乙间的买卖为补偿关系,甲与丙间之买卖为对价关系,此种类型的第三人利益契约,具有缩短给付的功能,即在通常情形系由乙对甲为给付,再由甲对丙为给付,当事人利用第三人利益契约,缩短其给付过程(参阅

^① 关于三人关系不当得利缩短给付的问题,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版;陈自强:《委托银行付款之三角关系不当得利》,载《政大法律评论》,第 56 期,第 1 项。此为精致的论文,足供参照。

^② 关于利益第三人契约的法律结构及当事人间的关系(补偿关系及对价关系,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

下图)。



(1) 补偿关系不存在(如甲、乙间买卖契约不成立、无效或被撤销)时,乙应向甲请求不当得利,而不得径向丙主张之,其理由为:① 债务人乙向第三人丙为给付,旨在清偿要约人(甲)对第三人之债务,或使要约人对第三人取得债权,故债务人仅能向要约人请求返还其无法律上原因所受之利益。甲与乙约定,丙对乙有直接请求权,其目的乃在缩短给付过程,当事人间的利益状态并未改变。② 债务人基于补偿关系对要约人所负的给付义务为基本的给付义务,对第三人的给付系属次要。③ 甲与乙约定丙对乙有直接请求权,其目的乃在强化丙的地位,丙不应因此反而受到不利益,须对乙返还其本于对价关系所受的利益,致丧失基于对价关系所生的抗辩。

(2) 对价关系不存在(如甲、丙间买卖不成立、无效或被撤销)时,应由甲对丙主张不当得利请求权。盖甲系经由乙对丙为给付,买卖契约不存在时,欠缺给付目的,丙系无法律上之原因而受利益,应对甲负返还的义务。

(3) 补偿关系与对价关系均不存在时,构成双重瑕疵,应分别由债务人(乙)对要约人(甲),要约人(甲)对受益人(丙)主张不当得利请求权,受约人对受益人并无直接不当得利请求权,以维护当事人间基于补偿关系与对价关系所生的抗辩。^①

^① 较深入的讨论,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版。

(三) 非给付不当得利^①

1. 类型构成

非给付不当得利请求权,系指受益非本于受损者的给付而发生的
不当得利请求权,其发生原因有三种:① 由于行为。② 由于法律规定。
③ 由于自然事件。基于行为而生的不当得利,可再分为受益人的行为、
受损人的行为及第三人的行为,其中以出于受益人的行为最为重要。此
等非给付不当得利请求权可归纳为三个类型:

(1) 侵害他人权益的不当得利:此一类型的不当得利,除因受益人的
行为(事实行为或法律行为)而受益外,亦包括以下情形:基于第三人行
为(如甲以乙的饲料喂养丙之牛)、基于法律规定(添附,如加工于他人动
产,而取得其所有权(第 814 条)、基于自然事件(如甲牛误食乙的稻草)。
在此类型,法律上原因之有无,应依权益归属内容而为判断。所谓无法律
上原因,系指违反权益归属秩序而言。所谓致他人受损害,不以发生财产
移转为必要,如在他人屋顶悬挂广告招牌,系取得应归属于他人之利益,
虽无财产的移转,仍可成立不当得利。

(2) 费用支出不当得利请求权:此系发生于受损人非以给付的意思,
于他人之物支出费用,如误他人之犬为己有而为饲养;无权占有他人房
屋,支出整修费用。受损人既无给付的意思,受益人欠缺受益的权利,自
应负不当得利返还义务。

(3) 求偿不当得利请求权:此系发生于清偿他人债务,而不具备委
任、无因管理或其他法定求偿要件等情形。其适用范围甚狭,属之者,如
1985 年台上字第 1367 号判决谓:“因遗产而生之税捐及费用,应由继承
人按其应继分负担之,此为继承人之间之内部关系,从而继承人之一代他
继承人垫支上开捐税及费用者,该垫支人得依不当得利规定向他继承人请
求返还其应负担部分。”

2. 无权处分

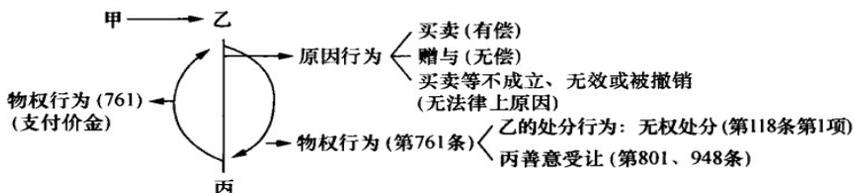
在因受益人行为而生的非给付不当得利中,以无权处分最称典型,值
得特别提出讨论,试举一例说明之:

甲有某件 18 世纪古董名表寄托乙处,乙以之作为己有出卖于善

^① 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

意之丙,价金若干,双方同时履行之。试问:① 甲得向乙、丙主张何种权利? ② 设乙系将该表赠与于丙时,其法律关系如何? ③ 设乙与丙间的买卖合同不成立,或因错误被撤销时,其法律关系如何?

要处理此类案例,首先要认识到在乙、丙间共有三个法律行为:① 买卖合同(债权行为)。② 乙移转名表所有权于丙的行为(物权行为、处分行为)。③ 丙支付价金的行为(物权行为、处分行为)。乙、丙间的买卖合同,虽系以他人之物为标的,仍属有效。丙支付价金的处分行为,亦属有效。唯乙擅自让与甲的名表所有权于丙,则属无权处分行为。无权处分行为,指无权利人,以自己名义,就标的物而为之处分行为。无权处分,除经有权利人的承认外,不生法律行为上的效力,但为维护交易安全,法律设有善意取得制度,即以动产物权之移转或设定为目的,而善意受让动产之交付者,除法律另有规定外,纵为移转或设定之人,无移转或设定之权利,受移转或设定之人,仍取得其权利(第 801 条、948 条)。就上举乙无权处分甲的名表之例言,丙因系善意而取得该表所有权。至于不当得利关系,兹分就有偿无权处分、无偿无权处分及无法律上原因无权处分三种情形^①,简述如下(参阅下图):



(1) 有偿的无权处分。有偿的无权处分,指无权处分系基于有偿的原因行为,如乙擅将甲寄托的名表出卖于丙,并让与其所有权(第 761 条)。丙因善意受让而取得该表的所有权(第 801 条、第 948 条),系基于法律规定,具有法律上原因。乙自丙受有价金(或价金请求权)的利益,乃违反权益归属内容,致甲受损害,无法律上之原因,应成立不当得利。

(2) 无偿的无权处分。无偿的无权处分,指无权处分系基于无偿的原因行为,如乙将甲的名表赠与丙,而移转其所有权。在此情形,丙善意取得名表所有权,虽具有法律上原因,但为保护所有权人,并鉴于丙系无

^① 较深入的分析,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

偿取得,应类推适用第 183 条规定使无偿善意受让人负返还责任。^①

(3) 无法律上原因的无权处分。无法律上原因的无权处分,如乙擅自将甲寄托的手表出售于善意之丙,并依让与合意交付之。其后发现乙与丙间的买卖契约不成立(无效或被撤销)。在此情形,善意之丙仍取得该表的所有权。^②至于谁(甲或乙)得向丙行使不当得利请求权,甚有争议,其主要问题在于甲系受有丧失所有权的不利益,而在乙与丙间却有给付关系。学说上有两种见解:

① 直接请求权说(Einheitskondiktionslehre),认为丙的受利益,系基于乙的无权处分,并因此致甲丧失所有权,故应由原权利人(甲)直接对取得人(丙)行使不当得利请求权。此说的主要缺点,系忽略了丙与乙间的给付关系,致丙不能对乙行使基于此项给付关系而生的抗辩(如同时履行抗辩权等)。

② 双重不当得利请求权说(Doppelkondiktionstheorie),认为顾及丙与乙间的给付关系及其所由发生的抗辩,应由给付人乙(无权处分人)对受领人丙行使不当得利请求权,原权利人(甲)则得依不当得利规定,请求乙让与其对丙之不当得利请求权。须注意的是,丙系自乙受让占有,而丧失标的物所有权则为甲,因此如何决定乙对丙不当得利请求权的内容,不无疑问。由乙对丙请求返还标的物所有权,显然超出其因给付而受的损害,不利于原权利人。就利益衡量言,应恢复乙为无权处分前的状态,故乙对丙得请求返还的,系将占有移转于自己,而将其所有权移转于甲,而于丙将标的物交付于乙时,其所有权亦重归于甲。此项见解符合不当得利之基本的原则,兼顾当事人利益,似较可采。^③

① 孙森焱亦采肯定说,并明确指出其请求权基础为第 183 条,略谓:“为保护善意第三人及贯彻占有之公示原则,凡自占有人善意受让权利者,应即受法律之保护,原权利人即不得对之主张不当得利返还请求权。尤其是善意受让人如系有偿取得其利益,即无受益之可言,即如无偿而受益者,其与无权处分人之间亦不发生不当得利问题。盖其受利益,与无权处分人间有无偿行为之法律上原则存在,唯若贯彻此原则,倘无权处分人亦因善意而对受领人免负返还义务,则受领人之受害与善意受益人间之受益,不能求得平衡,第 183 条乃规定,善意受让人于无权处分人所免返还义务之限度内负返还责任。”(民法债编总论,第 114 页)。此项结论可资赞同,但应说明的是,此所涉及的不是第 183 条的适用,而是类推适用。关于第 183 条的适用及类推适用,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

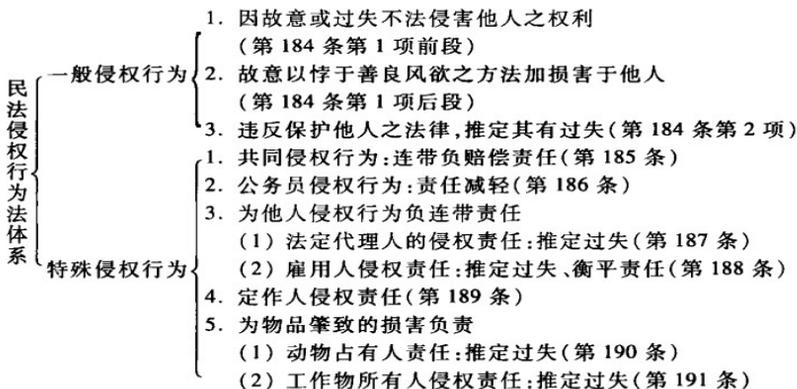
② 学说上的争论,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版;史尚宽:《物权法论》,第 205 页。

③ 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

六、侵权行为损害赔偿请求权

(一) 侵权行为法的体系构成

侵权行为法旨在合理分配危害事故所生的各种损失,以填补被害人所受之损害,并具预防危害发生的功能。为因应各种意外事故及社会变迁,“民法”设有不同类型的侵权行为。^①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。故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人者,亦同。”第2项规定:“违反保护他人之法律者,推定其有过失。”在立法原则上系采过失责任原则。就立法技术言,则折中于列举主义及概括主义,创设三个类型的侵权行为。^②除此一般侵权行为外,民法尚设有若干特殊侵权行为(第185条至第191条),在此难以详述,为便于观察(参阅下图):



^① 本书以讨论民法一般侵权行为为内容,特别侵权行为,尤其是“消费者保护法”上的商品责任及服务责任,暂不论。

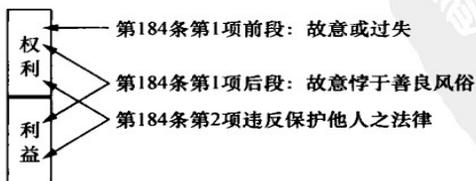
^② 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,关于区别性的权益保护思考方法(differenzierender Rechtsguterschutz),参见Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 11/2, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 356.

(二) 一般侵权行为(第184条)^①

1. 三个独立类型的一般侵权行为

第184条是台湾地区“侵权行为法”的一般规定,一方面宣示过失责任原则,一方面规定三个独立的侵权行为类型:①故意或过失不法侵害他人之权利(第184条第1项前段)。②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)。③违反保护他人之法律(第184条第2项)。“民法”所以如此规定,旨在调和“行为自由”和“权益保护”两个基本利益,区别不同的权益,异其要件,而构成侵权行为责任体系。他人之“权利”被侵害时,只要加害人具有故意或过失,即应依第184条第1项前段负损害赔偿赔偿责任。其被侵害的,非属“权利”,而为“利益”时,须加害行为系出于故意悖于善良风俗之方法(第184条第1项后段),或违反保护他人之法律(第184条第2项)时,被害人始得请求损害赔偿。易言之,第184条第1项前段所保护的,限于权利,不及于一般财产上损害(纯粹财产上损害、纯粹经济上损失)等利益。一般财产上利益仅能依第184条第1项后段规定或第2项受到保护。如甲挖断乙的电缆,致丙证券公司不能营业受到损害时,乙的所有权受到侵害,得依第184条第1项前段向甲请求损害赔偿;丙所受的是纯粹财产上不利益,须证明甲系故意以悖于善良风俗的方法致加损害,始得依第184条第1项后段规定请求损害赔偿。立法者所以作此“区别性的权益保护”,系鉴于一般财产损害范围广泛,难以预估,为避免责任泛滥,特严格其构成要件,期能兼顾个人的行为自由。^②

^① 第184条第1项系明定两个独立的侵权行为类型。第2项所规定的,是否为独立的侵权行为,虽有争议,但应采肯定说,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,图示如下:



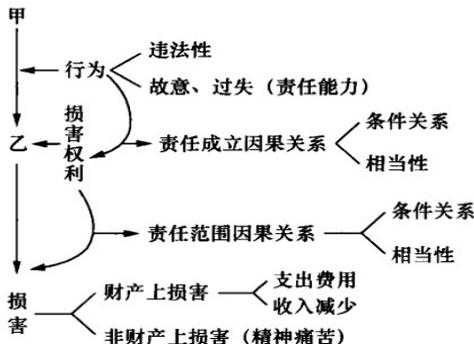
^② 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

2. 第 184 条第 1 项前段规定(权利侵害类型)

(1) 构成要件

第 184 条规定三个独立侵权行为,作为被害人得据以向加害人请求损害赔偿的规范基础(请求权基础),得发生竞合关系。三者的构成要件不同,因此在处理具体案例时,应分别检查各个请求权基础而认定之。兹先就第 184 条第 1 项前段规定加以说明。

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。”此为民法上重要的请求权基础,就条文文义观之,其要件不甚明确,学说上将之分为六项:① 须有加害行为。② 行为须不法。③ 须侵害他人之权利。④ 须致生损害。⑤ 须有责任能力。⑥ 须有故意或过失。前四者为该行为的状态及其所造成结果的问题,属客观要件;后二者乃行为人本身主观方面的问题,属主观要件。^① 此等要件在体系结构上可归纳为构成要件(Tatbestand)、违法性(Rechtswidrigkeit)及故意或过失(Verschulden),是为侵权行为的三层结构。(参阅下列图示)^②:



试举一例加以说明:

甲驾驶小客车,因违规超速擦撞前车,引起连环追撞,并因起火燃烧,相继波及某大客车,该客车旅客乙等下车后,又见火势猛烈,唯恐车身爆炸,将桥缝误为安全岛纷纷跳下,有人受重伤,送医救治,支出费用若干,减少工资收入若干。又住院期间,家中财物被盗,兰花

① 参见郑玉波:《民法债编总论》,第143页。

② 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

因无人照顾而枯死。^①

兹依第 184 条第 1 项前段规定的要件分析之：

- ① 甲驾驶小客车肇致车祸,系加害“行为”。
- ② 甲的“行为”与乙身体健康之间具有“条件”及“相当性”的因果关系(责任成立因果关系)。
- ③ 甲具有识别能力(过失能力)。
- ④ 甲有过失。
- ⑤ 甲侵害乙的身体健康,无违法阻却事由存在,具不法性。
- ⑥ 乙支出医疗费用及减少的收入,系因其身体健康被侵害通常所生的损害,具有相当因果关系(责任范围因果关系)。至于乙住院期间,家中遭盗,兰花枯死,按诸一般情形,因车祸受伤通常不适于发生此种结果,无相当因果关系。

结论:乙得依第 184 条第 1 项前项规定,请求甲赔偿其身体健康受侵害而支出医疗费及收入减少的损害。

(2) 第 184 条第 1 项后段(故意悖于善良风俗):“权利”与“纯粹经济上损失”^②

第 184 条第 1 项前段与后段规定的适用,涉及侵权行为法一个核心问题:如何认定“权利”被侵害,尤其区别“所有权被侵害”与“纯粹经济上损失”。

在 1988 年第 19 次民事庭会议上,院长提议:A 银行征信科员甲违背职务,故意勾结无资力之乙高估其信用而非法超贷巨款,致 A 银行受损害(经对乙实行强制执行而无效果),A 银行是否得依本侵权行为法则,

^① 此例参见 1987 年台上字第 158 号判决:“侵权行为之债,固须损害之发生与侵权行为间有相当因果关系始能成立,唯所谓相当因果关系,系以行为人之行为所造成的客观存在事实,为观察的基础,并就此客观存在事实,依吾人智识经验判断,通常均有发生同样损害结果之可能者,该行为人之行为与损害之间,即有因果关系。原审既认定陈荣辉驾驶之 7612102 号小客车,擦撞前车后,引起连环追撞,并因起火燃烧,相继波及 3212787 号、1711629 号、7018655 号(中兴号大客车)三车,中兴号大客车旅客下车后,又见火势猛烈,唯恐车身爆炸,遂将桥缝误为安全岛纷纷跳下而造成伤亡。则依此项客观存在之事实观察,如车身爆炸而不及走避,其造成之伤亡将更为惨重,且当时又系夜晚,更易引起慌乱,在此紧急情况之下,欲求旅客保持冷静,安然离开现场,殆无可能,故依吾人一般知识经验,上述旅客在慌乱中跳落桥下伤亡,是否与陈荣辉驾车追撞而造成之上开车祸,无相当因果关系,非无研究余地。”参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

^② 详细的讨论,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

诉请甲为损害赔偿。决议认为：“台湾地区判例究采法条竞合说或请求权竞合说，尚未尽一致。唯就提案意旨言，甲对 A 银行除负债务不履行责任外，因不法侵害 A 银行之金钱，致放款债权未获清偿而受损害，与第 184 条第 1 项前段所定侵权行为之要件相符。A 银行自亦得本于侵权行为之法则请求损害赔偿。”

本件决议旨在肯定侵权责任与契约责任的竞合，在发展上，具有重要意义。所谓“不法侵害 A 银行之金钱”，究系何种“权利”，“最高法院”未明确表示，可能的解释是不法侵害银行的“金钱所有权”。所谓金钱所有权，指货币所有权而言。货币系为物，属于动产，其被侵害主要情形有：① 抢夺、窃盗他人货币。② 使货币灭失，如烧毁他人货币。③ 无权处分他人货币，致被善意取得。银行因其职员高估顾客信用，而贷与巨款，系银行依自己的意思，移转货币所有权于顾客，不能认系其货币所有权被侵害，其情形犹如银行因职员低估银行所有的某笔土地价值而出售，致受损失时，不能认为该职员系不法侵害银行的土地所有权。在本件，银行因贷款于不具信用的顾客而受纯粹财产上不利益（纯粹经济上损失）。就侵权行为言，得适用第 184 条第 1 项后段（故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人）；就契约言，银行得依不完全给付的债务不履行规定，向其职员（受雇人）请求损害赔偿。

在实务上有争论的是，侵害他人债权，如债务人甲为避免债权人乙的强制执行，与第三人丙通谋虚伪设定抵押权时，乙得对丙或甲主张何种权利？

1978 年第 5 次民庭会议决议（2）谓：“债务人欲免其财产被强制执行，与第三人通谋而为虚伪意思表示，将其所有不动产为第三人设定抵押权，债权人可依侵权行为之法则，请求第三人涂消登记……”本件决议作成后，在 1978 年 6 月 6 日第 6 次民庭庭推总会，又有提案谓：“关于第三人侵害他人债权问题，决议认为债权人可依侵权行为之法则，请求第三人涂消登记，但未确定第三人侵权行为，属于权利之侵害（第 184 条第 1 项前段），抑利益之侵害（第 184 条项后段），观念未臻明确，亦请复议，加以补充说明。”对此提案，该次总会会议未特别加以补充。但 1978 年台上字第 1654 号判决谓：“债务人之财产，为债权人之总担保，如第三人有唆使或帮助债务人将其所有之不动产，对该第三人办理虚伪之抵押权设定登记，而使债权人受偿困难时，应认为第三人有以悖于善良风俗之方法加损

害于他人,业已构成侵权行为,债权人为排除其侵害,不能谓无涂消该抵押权登记,以恢复其原利益状态之请求权。”本件判决舍弃笼统的“侵权行为之法则”,明确地以第184条第1项后段规定为请求权基础,实值赞同。

与第三人通谋虚伪移转不动产所有权(或设定抵押权)的债务人,对债权人应否负侵权责任?“最高法院”采否定说,其理由为债务人与第三人通谋移转其财产,其目的虽在使债权无法实现,而应负债务不履行之责任,但将自己之财产予以处分,原可自由为之,究难谓系故意不法侵害债权人之权利,故与侵害债权之该第三人不能构成共同侵权行为。债权人如本于侵权行为诉请涂消登记时,仅得向该第三人为之,债务人既非共同侵权行为人,自不得对其一并为此请求。^①

3. 第184条第2项(违背保护他人之法律)^②

第184条第2项规定:“违反保护他人之法律者,推定其有过失。”有认此系举证责任倒置之规定,唯通说为完善台湾地区侵权行为法体系,及强化对被害人的保护,肯定其为第三种的侵权行为类型。为避免争议,债编部分条文修正草案将第184条第2项修正为:“违反保护他人之法律,致生损害于他人者,负赔偿责任。但能证明其行为无过失者,不在此限。”

关于违反保护他人法律之应负损害赔偿责任,在方法上应分三个阶段加以认定:①其所违反的,是否为保护他人之法律。②被害人是否属于受保护之人的范围。③被害人所请求的,是否为该法律所要保护的利益(物之保护范围)。

所谓保护他人的“法律”,指法规范而言,除狭义的法律(公法或私法)外,尚包括习惯法、命令、规章等,而以其是否保护个人的权益为判断标准。此项个人权益的保护得与一般公益并存,但专以维护社会秩序的法律,则不属之。其属之者,如第960条、第961条、第962条关于占有保护的规定。至于限制计程车出租,或以其他方式交与他人驾驶营业之规定,则纯系基于对于计程车业者行政上管理的考虑,而非着眼于乘客安全的保障,非第184条第2项所谓保护他人之法律。^③

① 1980年4月1日第7次民庭会议决议(3)。

② 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

③ 参见《民刑事裁判选辑》,第9卷,第3期,第29页。

关于人的保护范围,如第794条:“土地所有人开掘土地或为建筑时,不得因此使邻地之地基动摇或发生危险,或使邻地之工作物受其损害。”其所要保护的,是邻地所有人,而非邻地的买受人或承租人,从而土地所有人开掘土地或建筑,使邻地地基动摇或发生危险时,邻地买受人或承租人不得依第184条第2项规定请求损害赔偿。关于物的保护范畴,如现行“公司法”第211条第2项既在“预防损害之发生”,系属保护他人之法律,其保护范围,应解为包括声请宣告破产时对公司既有债权人(旧债权人),及其后与该公司从事交易之新的债权人。债权人所得请求赔偿的,不限于因延迟声请宣告破产而减少的破产分配额,应包括因与无支付能力公司所定契约而生的全部损害。^①

(三) 民法上特殊侵权行为

关于民法上的特殊侵权行为的发展,应特别提出的有三点:①“共同”侵权行为的客观化;②雇用人侵权责任的严格化;③连带侵权责任扩张的问题,分述如下:

1. 共同侵权行为的客观化

第185条第1项前段规定:“数人共同不法侵害他人之权利者,连带负损害赔偿责任。”“最高法院”对于所谓“共同”原采主观说,以数人有意思联络为必要。易言之,数人因行为之共同造成同一损害,但无意思联络者,仍不构成共同侵权行为,加害部分可确定时,就其加害部分负责(1931年上字第1960号判例),加害部分不能确定者,则依过失轻重定其责任(1966年台上字第1798号判例)。“司法院”于1977年6月1日院台参字第0578号令例变字第1号变更此项判例,兼采客观说,略谓:“民事上之共同侵权行为(狭义的共同侵权行为,即共同加害行为,下同)与刑事上之共同正犯,其构成要件并不完全相同,共同侵权行为人间不以有意思联络为必要,数人因过失不法侵害他人之权利,苟各行为人之过失行为均为其所生损害之共同原因,即所谓行为关联共同,亦足成立共同侵权行为,1966年台上字第1798号判例,应予变更……”^②准此以言,数人有意思联络者,固得成立共同侵权行为,行为关联共同者,亦应连带负损害赔偿

^① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

^② 参见拙著:《“司法院”例变字第1号之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

偿责任。如甲、乙、丙共谋绑架丁,甲策划,乙执行绑架,丙勒索金钱,均应负共同侵权行为责任。又甲、乙、丙三人驾车违规超速撞伤丁时,亦应成立共同侵权行为,连带负损害赔偿 responsibility,不得依各加害人过失的轻重,定其赔偿责任。^①

值得注意的是,于下列三种情形,法院认为不成立共同侵权行为:

(1) 盗赃之牙保,系在他人犯罪完成后所为之行为,性质上难认为与该他人共同侵害被害人之权利,牙保之人与实施窃盗之人,固不构成共同侵权行为。唯盗赃之牙保,既足使被害人难以追回原物,因而发生损害,仍难谓非对于被害人为另一侵权行为,倘被害人因而受有损害,尚非不得依一般侵权行为之法则,请求牙保之人赔偿其损害。^②

(2) 债务人与第三人通谋转移其财产,其目的虽在使债权无法实现,而应负债务不履行之责任,但将自己之财产予以处分,原可自由为之,究难谓系故意不法侵害债权人之权利,故与侵害债权之该第三人不能构成共同侵权行为,债权人如本于侵权行为诉请涂销登记时,仅得向该第三人为之,债务人既非共同侵权行为人,自不得对其一并为此请求。^③

(3) 在例变字第 1 号之后,关于如何认定“各行为人之过失行为均为其所生损害之共同原因,即所谓行为关联共同,亦足成立共同侵权行为。”发生疑义。1993 年台上字第 2707 号判决谓:“被上诉人不得将密码泄露于第三人知悉而泄露,是为违反不作为义务;知第三人将自己之密码公开泄露而未予变更,以防止损害之发生,是又违反作为义务,如有过失,则其过失行为与黄淑玲之故意行为相结合而侵害上诉人之权利,即不能谓非不法。”^④值得注意的是,在另一个类似的案例,1995 年台上字第 2263 号判决谓:“按共同侵权行为必共同行为人均已具备侵权行为之要件,且以各行为人故意或过失不法之行为,均系所生损害之共同原因(即所谓行为关联共同)始克成立。本件邮局定期存款,被上诉人若先挂失止付,故可

① 参见 1977 年台上字第 2115 号判例:“数人因共同过失不法侵害他人之权利者,依法应负连带赔偿责任,苟各行为人之过失均为其所生损害之共同原因,即所谓行为关联共同,亦足成立共同侵权行为。本件加害人某甲之过失责任,纵较加害人某乙为轻,然对于被害人之赔偿,则应与某乙负连带责任,原判决仅按 3/10 给付,尚有未合。”

② 参见 1975 年台上字第 1364 号判例。

③ 参见 1980 年第 7 次民事庭会议决议(3)。

④ 参见《民事裁判文书汇编》,第 14 期,第 83 页。

避免遭人冒领。但被上诉人存款为第三人冒领,上诉人受有损害,乃系该冒领者以故意不法之行为侵害上诉人权利,并因上诉人承办员未尽善良管理人注意义务详核身份证件所致。被上诉人未挂失止付之行为,究非属不法行为,且不能认与该冒领者之故意不法行为相结合,而为上诉人所生损害之共同原因。故上诉人于原审主张被上诉人应与冒领者负共同侵权行为之损害赔偿责任而伊得为抵消之抗辩,自不足取。”^①此项见解,可资赞同。^②

2. 雇用人责任的“严格化”

第 188 条规定:“受雇人因执行职务,不法侵害他人之权利者,由雇用人与行为人连带负损害赔偿责任。但选任受雇人及监督其职务之执行,已尽相当之注意或纵加以相当之注意而仍不免发生损害者,雇用人不负赔偿责任。如被害人依前项但书之规定,不能受损害赔偿时,法院因其声请,得斟酌雇用人与被害人之经济状况,令雇用人为全部或一部之损害赔偿。雇用人赔偿损害时,对于为侵权行为之受雇人,有求偿权。”本条规定实务上至属重要,“最高法院”一方面对“执行职务”作客观上的认定^③,对雇用人的举证免责,更采高密度的审查标准^④,雇用人能够举证免责的,颇为罕见,而使雇用人责任严格化。^⑤

3. 连带侵权责任的扩张与求偿关系

“民法”于第 185 条、第 187 条及第 188 条设有连带责任的明文,应否扩张(类推适用)及于其他情形,尤其数未成年人,或受雇人与未成年人不法侵害他人权利时,数雇用人或法定代理人应否负连带侵权责任,而有

① 参见《民事判决书汇编》,第 24 期,第 129 页。

② 关于第 185 条规定的共同侵权行为,将于拙著:《侵权行为》,作较深的论述。

③ 1956 年台上字第 1599 号判例:“第 188 条所称之受雇人,系以事实上之雇佣关系为标准,雇用人与受雇人间已否成立书面契约,在所不问。”“并非仅限于雇佣契约所称之受雇人,凡客观上被他人使用为之服劳务而受其监督者均系受雇人。”(1968 年台上字第 1663 号判例)

④ 参见 1953 年台上字第 1224 号判例:“第 188 条第 1 项所谓受雇人因执行职务不法侵害他人之权利,不仅指受雇人因执行其所受命令,或委托之职务自体,或执行该职务所必要之行为,而不法侵害他人之权利者而言,即受雇人之行为,在客观上足认为与其执行职务有关,而不法侵害他人之权利者,就令其为自己利益所为亦应包括在内。”1931 年上字第 568 号判例:“法律上所谓雇用主必须注意之趣旨,系预防受雇人执行业务发生危害之意,故注意范围,除受雇人之技术是否纯熟而外,尚须就其人之性格是否谨慎精细亦加注意,盖性格狂放或粗疏之人执此业务,易生危害乃意中之事。”

⑤ 参见拙著:《雇用人无过失侵权责任的建立》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

内部求偿关系？此为实务上重要问题，实值研究。

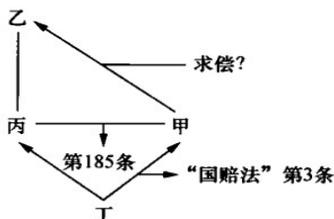
关于此一问题，在 1996 年台上字第 975 号判决一案^①，甲公司的司机乙与丙公司雇用的司机丁分别驾驶大客车，因过失的侵权行为致诉外人戊受伤。在此情形甲公司与其司机乙应对戊负连带损害赔偿（第 188 条），丙公司与其丁司机亦同（第 188 条），乙司机与丁司机则构成共同侵权行为，应负连带赔偿责任（第 185 条）。问题在于甲对戊为损害赔偿后得否向丙公司请求依其丁司机过失（50%）应分担的部分。对此问题，“最高法院”采否定说，其主要理由是甲公司与丙公司对戊并不负连带责任，仅成立所谓的不真正连带债务，略谓：“不真正连带债务因只有单一之目的，各债务人无主观之关联，而连带债务则有共同之目的，债务人发生主观的关联，二者不同，故连带债务之有关规定，于不真正连带债务，并不当然适用。就不真正连带债务人与债权人之间外部关系而言，债权人对于不真正连带债务人之一人或数人或全体，得同时或先后为全部或一部之请求。不真正连带债务人中之一人为清偿，满足债权之给付，同时满足不真正连带债务之客观上单一目的时，发生绝对效力。就不真正连带债务相互间之内部关系而言，不真正连带债务人之间互无分担部分，因而亦无求偿关系。”^②

值得注意的是，在 1998 年台上字第 1224 号判决一案，高雄县政府（甲）所架设的限架高度不合核准标准，冠岱企业有限公司（乙）的司机（丙）违反规定驾驶超过高度限制的货柜车，撞及该限高架，致限高架倒塌，压及驾驶机车途经该处之李某（丁），经李某之父、母依“国家赔偿法”第 3 条第 1 项规定诉请高雄县政府损害赔偿。原审及“最高法院”均认高雄县政府与冠岱企业公司与其司机应依第 188 条第 1 项规定负连带损害赔偿。问题在于高雄县政府对被害人为损害赔偿后，得否向冠岱公司请

^① 参见《民事裁判文书汇编》，第 24 期，第 199 页。

^② 法律问题：某甲与某乙共同伤害原告之身体，某丙为某甲之法定代理人，某丁为某乙之法定代理人，法院是否得命某丙与某丁连带赔偿原告之损害？研究意见：连带债务须以契约明示或有法律规定者为限。（第 272 条）依题意所示，某甲与其法定代理某丙、某乙与其法定代理人某丁依第 187 条第 1 项规定，固应连带赔偿原告所受伤害。至于某丙与某丁间，对于原告虽负同一给付，但其发生之原因各别，即丙因甲之侵权行为而负责，丁因乙之侵权行为而负责，丙与丁则无负连带赔偿责任之规定，核其性质为不真正连带债务，而不真正连带债务，与连带债务在性质上并不相同，因此法院不得命某丙与某丁连带赔偿原告所受之损害，即以甲说为当〔（1987）厅民 1 字第 2991 号函复台“高院”〕。

求偿还依其司机过失而定的分担部分(参阅下图)：



对此问题，“最高法院”采肯定说，其判决理由谓：“政府机关因公有公共设施设置或管理有欠缺，致人民生命、身体或财产受损害，而为赔偿者，若就损害原因有应负责之人时，赔偿机关对之有求偿权，此观‘国家赔偿法’第3条之规定自明。倘有他人须与该应负责之人连带赔偿者，赔偿机关自得请求其为连带赔偿。若政府机关依民法规定，须与该应负责之人负连带赔偿责任，而政府机关已为赔偿，致该应负责之人同免责任者，赔偿机关自得依“民法”第281条第1项规定，请求该应负责之人，偿还其应分担之部分。此时若有他人应与该应负责之人负连带赔偿责任者，赔偿机关亦非不得请求其连带偿还应分担之部分。”^①

上开两则判决见解不同，前者以当事人间的关系为非属真正连带债务，而采否定说。后者未论及此点，然既采肯定说，当系肯定其有连带债务存在，唯其理由构成未臻明确，有待补充，限于篇幅，留待他日再行详论。^②

七、其他请求权

民法上的请求权，除前述六种请求权外，尚有多类，兹举其重要者，简述如下：

(1) 遗失物拾得人之费用、报酬请求权。遗失物拾得后6个月内所有人认领者，拾得人对于揭示或保管费有偿还请求权，并得请求其物价值3/10报酬(第805条)。适用上易生疑义的有两点：^①拾得人的认定。公务员执行职务时应认其所属机关为拾得人，经6个月无人认领时，应将其

^① 《“司法院”公报》第40卷，第12期，第116页。

^② 参见杨淑文：《损害赔偿法上的求偿关系》(1983年台大法研所硕士论文)，甚具学术价值，足供参照。

物或其拍卖所得之价金归公(参照“司法院”院字第1432号解释)。^②其物价值之认定,如拾得邮局储金簿及私章时,应如何定其价值?^①

(2) 邻地所有人之偿金或损害赔偿请求权。土地所有人非通过他人之土地,不能安设电线、水管、煤气管或其他简管,或虽能安设而需费过巨者,得通过他人土地之上下而安设之,邻地所有人有偿金请求权(第786条第1项)。又土地所有人遇他人之物品或动物偶至其地内者,应许该物品或动物之占有人或所有人入其地内,寻查取回,但受有损害者,得请求赔偿(第791条)。此项邻地所有人之偿金或损害赔偿请求权,法律规定甚多,均不以赔偿义务人有故意或过失为要件(第779条第2项、第785条第1项、第787条第1项、第792条)。

(3) 越界建筑而生的请求权。第796条规定:“土地所有人建筑房屋逾越疆界者,邻地所有人如知其越界而不即提出异议,不得请求移去或变更其建筑物。但得请求土地所有人,以相当之价额,购买越界部分之土地,如有损害,并得请求赔偿。”^②

(4) 共有人的请求权。共有人中之一人,就共有物之管理费,及其他负担为支付,而逾其应分担之部分者,对于其他共有人,得按其各应分担之部分,请求偿还(第822条)。

(5) 基于亲属继承关系而生的请求权。基于亲属继承关系而生的请求权,其主要者,如扶养请求权(第1114条以下规定);受监护人之财产返还请求权(第1107条)或损害赔偿请求权(第1103条之一);继承恢复请求权(第1146条)。^③

^① “法务部”1990、1921、1933法1990律字第1533号函释:“来函所询有关储金簿及私章拾得人之请求权问题,须视实际具体情事而定,申述如下:(1)关于储金簿及私章之本体部分:如该储金簿与私章二者本身,具有一定之价值,此时拾得人得依第805条第2项请求其物价值3/10之报酬。(2)关于储金簿内所载金额部分:按第505条第2项所称‘其物价值’,除储金簿外,是否包括其中所载金额在内,似有肯定与否定两种不同之见解。经研究结果,宜视储金簿遗失,致遗失人将就该存款金额受损害之危险程度定;例如储金簿因已挂失止付,变更印鉴或另设有安全密码等,而无可能被提领者,则储金簿内所载金额非属于遗失物之范围。反之,如有处于可被领取之金额者,拾得人得依上述将受损害之危险程度等为准请求报酬。至如何依危险程度定其价值?因无法明文,宜由当事人议定之,如已涉讼者,由法院认定之。又如遗失人抛弃其物,拾得人自无可请求之报酬。”

^② 关于越界建筑的请求权与权利滥用,参见拙著:《举重明轻、衡平原则与类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第八册),北京大学出版社2009年版。

^③ 关于继承恢复请求权,参见大法官释字第437号解释。

第四节 请求权竞合

一、法律规范的竞合

实例所提出的问题,是特定的请求权(如侵权行为损害赔偿请求权)时,仅须就此请求权加以检讨即可。倘所提出的,是概括性的问题,如当事人间的法律关系如何,或一方当事人得向他方当事人主张何种权利时,则所有可得主张的请求权均须加以检讨。此涉及多数请求权的竞合关系。同一事实具备不同法律规范的要件时,得发生数个请求权,可归为四类:

(一) 法条竞合

法条竞合(*Gesetzkonkurrenz*),指某项请求权因具有特别性,而排除其他请求权规范的适用。如第186条关于公务员侵权行为的规定,就其优遇公务员规范目的而言,亦排除第184条规定的适用。

(二) 选择性竞合

选择性竞合(择一竞合)(*alternative Konkurrenz*),指就两个以上的请求权(请求权和形成权),当事人得选择其一行使之,倘已行使其一时,即不得再主张其他的请求权。如出卖人故意不告知物的瑕疵者,买受人得请求减少价金,解除契约,或请求债务不履行之损害赔偿(第359条、第360条)。

(三) 请求权的聚合

请求权聚合(*Anspruchshäufung*),指当事人对于数种以不同的给付为内容的请求权,得同时并为主张。如身体或健康受不法侵害者,得同时主张财产上的损害赔偿(第193条)及慰抚金(第195条);救助落水之人者,得请求偿还其所支出之医药费,赔偿其衣物所受之损害,及清偿其所负担之债务(第176条第1项)。甲侵占乙的果园时,乙得请求返还果园(第767条),及已收取之果实(第958条)。于诸此情形,请求权人对数个请求权,得同时或先后,就全部或个别主张之。每一个诉请履行的请求

权,构成一个诉讼标的。^①

(四) 请求权竞合

请求权竞合 (Anspruchskonkurrenz),指以同一给付目的的数个请求权并存,当事人得选择行使之,其中一个请求权因目的达到而消灭时,其他请求权亦因目的达到而消灭;反之,就一个请求权因目的达到以外之原因而消灭(如罹于时效)时,则仍得行使其他请求权。如计程车司机驾驶不慎,发生车祸,致乘客受伤时,乘客有不完全给付债务不履行之损害赔偿请求权及侵权行为损害赔偿请求权,得择一行使之。被害人得同时或先后依债务不履行之规定请求财产上损害赔偿时,得再依侵权行为之规定请求慰抚金(第 195 条)。其依侵权行为规定请求财产上损害,已达其目的时,自不得依债务不履行之规定再为请求。于侵权行为损害赔偿请求权因罹于时效而消灭时,被害人仍得主张债务不履行之损害赔偿请求权。^②

二、实例分析

第 1 例:甲有名贵狼犬一只,被乙所盗,问甲对乙有何种请求权?关于甲对乙可得主张的请求权,不详说明,其结论如下:

- (1) 所有物返还请求权(第 767 条)。
- (2) 占有物返还请求权(第 962 条)。
- (3) “占有”之不当得利返还请求权(第 179 条)。
- (4) 侵权行为损害赔偿请求权(第 184 条第 1 项前段、后段、第 2 项)。此等请求权竞合,分类观察之,计有三种:
 - (1) 所有物返还请求权与占有返还物请求权的竞合。

^① 第 495 条第 1 项规定:“因可归责于承揽人之事由,致工作发生瑕疵者,定作人除依前两条之规定,请求修补或解除契约,或请求减少报酬外,并得请求损害赔偿。”试说明各请求权的关系。

^② 关于契约责任与侵权责任之竞合,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

(2) 债权请求权与债权请求权的竞合。^①

(3) 物上请求权与债权请求权的竞合。^②

关于所有物返还请求权与“占有”不当得利返还请求权可否并存，尚有争论。采否定说者认为不当得利返还请求权具有从属性，请求权人既对所有物返还请求权，自无主张不当得利的余地。并存说较值赞同，盖占有亦为一种法益，占有他人之物亦属取得利益，得为不当得利请求权的客体。

第2例：甲有某时值90万元的名画，于1982年2月1日借乙观赏，借期半年，乙于1982年3月1日擅将该画作为己有让售予善意之丙，得价100万元，甲于1982年4月1日获知其事，唯于1984年5月1日始向乙主张时，得行使何种权利。

甲对乙得主张的请求权有：

- (1) 债务不履行的损害赔偿请求权(第470、226条)。
- (2) 不当得利返还请求权(第179条)。
- (3) 侵权行为损害赔偿请求权(第184条第1项前段、后段)。
- (4) 类推适用第176条关于无因管理的规定。

乙系名画的借用人，擅将之作为己有让售于善意之丙，由丙取得其所有权时，乙于契约所定期限届满时，不能返还借用物，应构成给付不能，负债务不履行责任(第470条、第226条)。依第197条第2项之规定，因侵

① 1959年台上字第1179号判例：“主债务人因窃取债权人财物，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竞合，有请求权人之债权人，得就二者选择行使其一，请求权之行使已达目的者，其他请求权即行消灭，如未达目的者，仍得行使其他请求权。”1966年台上字第228号判例：“无因管理成立后，管理人因故意或过失不法侵害本人之权利者，侵权行为仍可成立，非谓成立无因管理后，即可排斥侵权行为之成立。”

② 1958年台上字第101号判例：“物之所有人本于所有权之效力，对于无权占有其所有物者请求返还所有物，与物之贷与人基于使用借贷关系，对于借用其物者请求返还借用物之诉，二者之法律关系亦即诉讼标的并非同一，不得谓同一之诉。”1992年台上字第1818号判决：“各共有人按其应有部分，对于共有物之全部虽有使用收益之权。唯未经共有人协议分管之共有物，共有人对共有物之特定部分占用收益，仍须征得他共有人全体之同意。其未经他共有人同意而就共有物之全部或一部分任意占用收益，即属侵害他共有人之权利，他共有人得本于所有权请求除去其妨害或请求向全体共有人返还占用部分，并得依侵权行为之规定，行使其损害赔偿请求权。上诉人谓伊已取得系争土地之共有权，对该土地不可能发生无权占有或侵夺之问题云云，自属误解。”

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。准此以言,甲对乙的侵权行为损害赔偿请求权已因时效而消灭,唯尚得主张债务不履行损害赔偿请求权及不当得利返还请求权。^①需注意的是,甲依债务不履行,不当得利或侵权行为之规定向乙请求损害赔偿或返还所受利益时,均以90万元为限度,盖此为该画的客观价值。甲向乙主张交付其让售该画所得100万元的利益时,其请求权基础为第176条规定的类推适用。^②

第3例:乙出卖某机车给甲,价金2万元,该车刹车具有严重瑕疵,乙疏于注意,未予发现,甲因而发生车祸,身受重伤。经查该机车因其瑕疵,实值17000元,发生车祸后,仅值1万元。问甲对乙得主张何种权利?

甲对乙得主张的请求权有:

(1) 物之瑕疵担保请求权:请求减少价金或解除契约(第359条)。

(2) 关于身体健康所受损害,得主张不完全给付债务不履行之损害赔偿请求权,或侵权行为损害赔偿请求权(第184条第1项前段)。

甲欲保有该机车时,得行使减少价金请求权。甲行使减少价金请求权或解除契约时,其债务不履行之损害赔偿请求权(第260条),或侵权行为损害赔偿请求权不因此而受影响。

(3) 关于机车因具瑕疵而减损的价值或其后因遭车祸所减少的价值,非属所有权遭受侵害,不得依第184条规定,请求损害赔偿。^③

值得提出的是,乙于其减少价金请求权或解除契约权,于物之交付后6个月间不行使而消灭时(第365条),得否以“物之瑕疵致机车价值减少3000元”为理由,主张出卖人受有3000元价金的不当得利?

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

^① 1967年台上字第3064号判例:“不当得利返还请求权与损害赔偿请求权,法律上之性质虽有未同,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。”

^② 参见本书相关内容。

^③ 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

其他障碍不能达到目的者是。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，原审未予斟酌，遽为不利于上诉人之判决，尚不足以昭信服……”^①据此判决理由观之，乙似有不当得利请求权。

上开见解，是否妥适，不无疑问。买受人支付价金系为履行其基于买卖契约而生之义务，其给付具有目的，出卖人受领价金，具有法律上之原因。买卖标的物具有瑕疵，对于买受人给付义务不生影响，给付原因依然存在，应不成立不当得利。买受人仅得主张物之瑕疵担保责任。由是观之，“最高法院”认为物之瑕疵担保请求权，得与不当得利请求权并存竞合，实仍有检讨之必要。

请求权的竞合的问题，对债权人及债务人均具有重要意义，因其涉及不同的要件、举证责任及消灭时效抗辩等。每一个从事法律工作的人必须掌握每一个得竞合的请求权，始能在诉讼上或诉讼外作适时必要的主张或抗辩。实例研究是为实务而准备，故在解题时“切勿”任意选择一个请求权基础而作答，必须通盘检讨所有可能成立的请求权基础。此所涉及的不仅是当事人的利益，也是严谨法律思考的训练。

^① 拙著：《出卖之物数量不足、物之瑕疵、自始部分不能与不当得利》，载《民法学说与判例研究》（第八册），北京大学出版社2009年版。



第五章 请求权与抗辩、抗辩权

第一节 抗辩及抗辩权^①

一、抗辩及抗辩权的意义及区别

当事人一方行使请求权,而相对人拒绝给付时,常在诉讼外或诉讼进行中,提出各种抗辩,归纳言之,可分为三种:

(1) 权利障碍的抗辩(rechtsverhindernde Einwendung),即主张对造的请求权,因一定的事由(如契约当事人无行为能力),自始不发生。

(2) 权利毁灭的抗辩(rechtsvernichtende Einwendung),即主张对造的请求权虽曾一度发生,唯其后因一定的事由(如清偿),已归于消灭。

(3) 抗辩权(Einrede、Einrederecht),即义务人对权利人行使权利,得拒绝给付的权利,如请求权已罹于时效,而权利人仍为主张时,义务人得行使其消灭时效抗辩权。

前两者为诉讼上的抗辩,后者为实体法上的抗辩权。其主要的不同,在于诉讼上抗辩的效力,既足以使请求权归于消灭,故在诉讼进行中当事人纵未提出,法院亦应审查事实,如认为有抗辩事由的存在,为当事人利益,须依职权作有利的裁判。反之,于抗辩权,其效力不过对已存在的请求权,发生一种对抗的权利而已,义务人是否主张,有其自由。义务人放弃抗辩的权利时,法院不得予以审究,唯他方在诉讼上主张时,法院即有

^① 参见郑玉波:《论抗辩权》,载《台大法学论丛》,第11卷,第2期,第53页;梅仲协:《民法要义》,第29页;洪逊欣:《中国民法总则》,1976年修订新版,第57页;Jahr, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts JuS 1964, 125, 218, 293。最近重要著作 Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, 1998.

审究的义务。

二、权利障碍的抗辩

权利障碍的抗辩,在于主张请求权根本不发生。关于构成权利障碍抗辩的事由,“民法”设有规定,其主要者有:① 契约不成立。② 法律行为的当事人为无行为能力人(第 75 条),限制行为能力人订立契约未得法定代理人之同意(第 79 条)。③ 法律行为,违反强制或禁止之规定(第 71 条)。④ 法律行为有悖于公共秩序或善良风俗(第 72 条)。⑤ 法律行为不依法定之方式(第 73 条)。⑥ 自始客观给付不能(第 246 条第 1 项)。⑦ 无权代理未得本人之承认(第 170 条)等。

例如 18 岁的某甲向乙购买机车,价金 2 万元,甲之父不予承认。在此情形,于乙向甲请求支付约定的价金时,甲得以其所订立的买卖合同,未得法定代理人的承认,不生效力,而提出权利障碍的抗辩,主张乙的价金请求权根本不发生,其无给付的义务。在诉讼进行中,甲纵未为此项主张,法院亦应依职权加以审究。

三、权利毁灭之抗辩

权利毁灭的抗辩,在于主张请求权虽曾一度发生,惟嗣后已归于消灭。其足以构成权利毁灭抗辩的主要事由如:① 清偿、代物清偿(第 309 条、第 319 条)。② 提存(第 326 条)。③ 抵消(第 334 条)。④ 免除(第 343 条)。⑤ 混同(第 344 条)。⑥ 不可归责于债务人或双方当事人事由的给付不能(第 225 条第 1 项、第 266 条)。⑦ 撤销权之行使(第 88 条、第 89 条、第 92 条)。⑧ 权利不当行使,如权利失效(Verwirkung)。①

例如甲向乙购买进口名贵波斯地毯一件,价金 20 万元,交付前夕,乙店失火,该波斯地毯灭失。于此情形,甲向乙请求给付该波斯地毯时,乙得主张因不可归责之事由,致给付不能,免给付义务(第 225 条第 1 项)。乙向甲请求支付约定之价金时,甲亦得主张因不可归责于双方当事人之事由,致乙之给付全部不能,其亦免对待给付义务(第 266 条第 1 项)。在诉讼中,甲纵未为此项主张,法院亦应依职权加以审究。

① 关于“权利失效”,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。

四、抗辩权

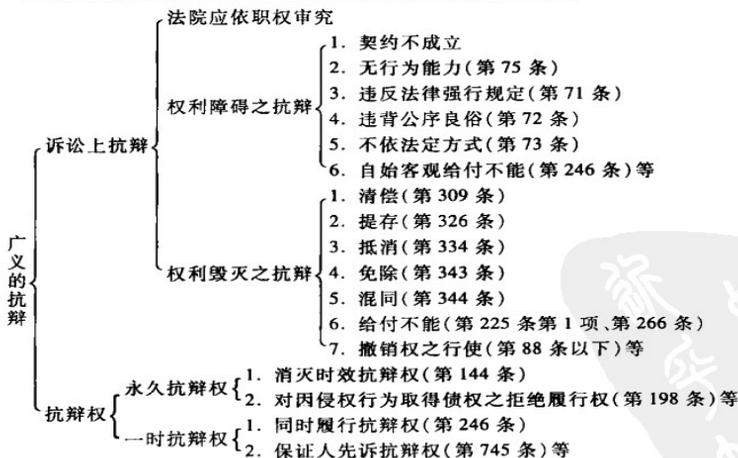
抗辩权可分为永久(灭却)的抗辩权与一时(延期)的抗辩权。前者可使请求权的行使,永被排除,在诉讼上可使原告受驳回的判决,如消灭时效抗辩权(第144条),及对侵权行为取得债权之拒绝履行权(第198条)。后者,非永久拒绝相对人的请求,仅能使请求权一时不能行使而已,如同时履行抗辩权(第264条)^①,及保证人之先诉抗辩权(第745条)^②。

第二节 “请求权”与“抗辩”的对立性^③

一方当事人行使请求权,要求相对人为特定的作为或不作为时,相对人得提出各种抗辩,因而形成了“请求权”与“抗辩”的对立。此种“对立性”的思考,是每一个学习法律人所必须确实掌握的。不仅有助于辩证的思考方法,实务上亦甚重要,特设三例加以说明。

① 参见拙著:《同时履行抗辩:第264条规定之适用、准用及类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社2009年版。

② 抗辩及抗辩权在实务上甚为重要,为便于观察,综合整理如下:



③ Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer Zivilistische Lehrmethode, AcP 174, 313.
此之所谓抗辩系从广义,包括抗辩权。

一、对因侵权行为取得债权的拒绝履行权(第198条)

19岁离婚的某乙,于1980年3月1日,接获古董商甲所寄送明清瓷器价目表,即选购大清雍正年制花瓶一件,价金5万元,于3月4日函复,表示购买,并约定应于3月15日于其宅交付,于3月6日到达甲处。乙于3月5日改变心意,致函于甲表示撤回前函,于3月8日到达。甲于3月7日为承诺的表示,于3月9日到达乙。乙于3月12日自友人处,获知甲所售之瓷器系属精制仿制品,足以乱真,经确定系受诈欺,唯碍于情面,未即对甲为任何之表示。甲于3月15日送乙所选定之花瓶至乙宅时,发现乙已于3月14日迁往南部,未能交付。甲回程途中,遭遇车祸,致该花瓶灭失。1982年4月1日,甲于偶然机会获知乙之住处,即向其请求支付价金5万元。问乙有无付款之义务。

为使读者能够深入了解“请求权”与“抗辩”对立性的思考,特采对话体的方式,说明如下^①:

甲:兹依第367条规定,请求支付约定的价金5万元。

乙:吾虽于3月4日为要约,但已于3月5日撤回之。买卖合同并未成立,无支付价金之义务。

甲:汝之要约于3月6日到达而生效,撤回的通知于3月8日始行到达,不发生撤回之效力(第95条第1项但书)。

乙:要约纵未能撤回,但系在汝为承诺之前到达,亦发生“撤销”之效果。解释意思表示应探求当事人之真意(第98条),3月8日到达之通知,应解释为撤销要约。

甲:契约之要约人,因要约而受拘束,要约一经达到于相对人,要约人不得反悔,再为撤销或变更(要约形式效力,第154条第1项本文)。

乙:订约之际,吾仅19岁,为限制行为能力人(第13条第2项),未得法定代理人之允许,所订立之契约,须经法定代理人之承认,始生效力(第79条)。此项买卖合同未经法定代理人承认,不生效力。

甲:未成年人已结婚者,有行为能力(第13条第3项),汝所为意思表示

^① 因读柏拉图(Plato)的The Laws一书,获得灵感,而采此对话体。

示有效,无须法定代理人之同意。

乙:此项因结婚而取得之行为能力,已因离婚而丧失。

甲:适婚年龄者因结婚而取得行为能力,不因离婚而丧失,系判例学说之一致见解。

乙:汝明知瓷器花瓶,系属仿造品而出售,系故意欺罔他人使陷于错误而为意思表示。吾今撤销此项受诈欺而为之意思表示(第 92 条)。买卖契约经撤销者,视为自始无效(第 114 条第 1 项),吾仍无支付价金之义务。

甲:因被诈欺而为意思表示之撤销,应于发现诈欺后 1 年内为之。汝于 1980 年 3 月 12 日知悉诈欺之事,已逾 1 年,撤销权因除斥期间经过而消灭(第 93 条)。

乙:因不可归责于双方当事人之事由,致一方之给付全部不能者,他方免为对待之给付。汝应为给付之瓷器花瓶既已于车祸灭失,汝因不归责之事由,免给付之义务,吾亦不必为对待给付(第 266 条)。

甲:吾于约定之日期(3 月 15 日),至汝宅提出给付,汝不能受领,应负受领迟延责任(第 234 条)。通说认为在债权人受领迟延中,因不可归责于双方当事人之事由,致给付不能者,应解为系可归责债权人之事由致给付不能,债务人仍得请求对待给付(第 267 条),故汝仍有支付约定价金之义务。

乙:汝以仿造品伪称真品出售,故意欺罔他人,系故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人,构成侵权行为(第 184 条第 1 项后段),应负恢复损害发生前原状之义务(第 213 条)。吾今即请求废止汝因诈欺而取得之债权。

甲: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(第 197 条第 1 项)。汝于 1980 年 3 月 12 日知悉受诈欺之事,已逾 2 年,损害赔偿请求权已罹时效,归于消灭。

乙:依第 198 条规定,因侵权行为对于被害人取得债权者,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。吾之废止债权请

求权,虽因时效而消灭,仍得主张此项拒绝履行之权利。^① 综据上述,甲得依第 367 条之规定,请求乙支付价金 5 万元。乙得依第 198 条之规定拒绝履行。^②

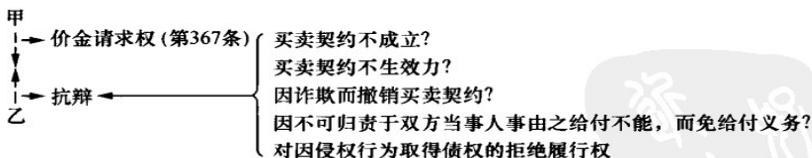
二、消灭时效

(一) 消灭时效与除斥期间

甲向乙购买某汽车,交付后第五个月发现该车的刹车机件及冷气系统具有缺陷,通知乙,请求修缮,乙置之不理。于 2 个月后甲向乙请求减少价金,乙主张甲的请求权依第 365 条规定,已因 6 个月除斥期间经过而消灭。甲则主张该条所定 6 个月系属时效期间,因请求而中断。试问应如何处理?

本题涉及消灭时效与除斥期间的区别及判断标准。消灭时效,指因权利不行使所造成的无权利状态,继续达一定的期间,致其请求权消灭,使对方发生拒绝履行的抗辩权。除斥期间乃权利预定存续的期间,故亦称预定期间。其主要区别实益之一,在于除斥期间无所谓中断或不完成。二者如何判断,常滋疑义。通常法律规定有请求权因若干年“不行使而消灭”或“因时效而消灭”的字样时(如第 197 条第 1 项),属于消灭时效,仅有“经过若干年而消灭”的字样时,则为除斥期间(如第 90 条)。第 365 条第 1 项规定:“买受人因物有瑕疵,而得解除契约或请求减少价金者,其解除权或请求权,于物之交付后 6 个月间不行使而消灭。”(参阅新修正

① 为便于观察问题争点,兹将甲的请求权与乙的抗辩,以下列结构表示之:



② 第 198 条立法理由书谓:“查‘民律草案’第 977 条理由谓因侵权行为,对于被害人取得债权,例如因诈欺而对于被害人使为债务约束时,被害人对于加害人,有债权废止之请求权。然在请求权有因时效而消灭者,以原则论,既已消灭,则被害人不能据此请求权提出抗辩,以排斥债权人履行之请求。然以此办理,不足以保护被害人,故本条特设例外之规定,使被害人于债权废止之请求权因时效消灭后,仍得拒绝债务之履行也。”可资参照。

规定,本书第106页)“最高法院”判例及多数学者认为契约解除权为形成权之一种,其6个月期间为除斥期间^①,减少价金请求权,亦同。由此可知,消灭时效或除斥期间的认定,除法条字样外,仍须斟酌其立法意旨以断之。准此以言,在本题,甲对乙的减少价金请求权已因除斥期间经过而消灭,乙得为权利消灭的抗辩。

(二) 所有人物上请求权与消灭时效

甲在其所有的山坡地,建筑小别墅,未办理登记,别墅中置有冰箱等。甲生病,乙无权占用达15年。甲病故,其继承人丙自外地回来,向乙请求返还,乙以丙的请求权已罹于时效而为抗辩,有无理由?

“民法”第125条规定,请求权因15年间不行使而消灭,但法律所定期间较短者,依其规定。本条所称请求权包括一切债权请求权,是否包括基于所有权而生的请求权(第767条)，“最高法院”向采肯定说,1953年台上字第786号判例谓：“第125条所称之请求权,包括所有物返还请求权在内,此项请求权之消灭时效完成后,虽占有人之取得时效尚未完成,占有人亦得拒绝返还,该条只规定请求权因15年间不行使而消灭,对于所有物返还请求权既无特别规定,则不动产所有物返还请求权之消灭时效,自不以该不动产未经登记为其适用要件……”唯大法官释字第107号解释谓：“已登记不动产所有人之恢复请求权,无第125条消灭时效规定之适用。”又依释字第164号解释：“已登记不动产所有人之除去妨害请求权,不在本院释字第107号解释范围之内,但依其性质,亦无第125条消灭时效规定之适用。”准此,关于本件所有物返还请求权的消灭时效,分三种情形言之：

(1) 关于冰箱的返还请求权,适用第125条规定。

(2) 关于已登记的土地的恢复请求权,不适用第125条规定。

(3) 关于未登记小别墅的返还请求权,仍应适用第125条,因15年间不行使而消灭,唯甲占用小别墅,同时构成对土地的无权占有,丙为恢

^① 1933年上字第716号判例：“‘民法’所定之消灭时效,仅以请求权为其客体,故就形成权所定之存续期间,并无时效之性质。契约解除权为形成权之一种,第365条第1项所定6个月之解除权存续期间,自属无时效性质之法定期间。”郑玉波：《民法债编总论》，第54页。梅仲协先生认为系消灭时效（《民法要义》，第155页）。参见本书相关内容。

复其地,得请求乙搬离小别墅。^①

(三) 消灭时效的起算与中断

会计师某甲于1979年2月5日为乙处理税务案件,应收报酬15万元。于1981年1月5日查账时发现尚有余款5万元未收,即于1981年1月10日致函于乙催收。乙于1981年2月2日函复表示因一时周转困难,请求延期。甲于1981年12月30日起诉,请求乙付款。乙主张甲的报酬请求权,已因时效而消灭,有无理由?

会计师甲请求处理委任事务报酬的法律基础为第547条。依第127条第5款规定,会计师的报酬请求权因2年间不行使而消灭,并自其可行使时起算(第128条)。^②依此,甲的报酬请求权应于1981年2月5日罹于时效。唯消灭时效得因特定事由而中断(第129条)。时效中断者,自中断之事由终止时起,重行起算(第137条)。甲于1981年1月10日催收款项,其报酬请求权虽因此项请求而中断(第129条第1项第1款),但时效因请求而中断者,若于请求后6个月内不起诉,视为不中断(第130条)。甲于1981年12月30日始起诉,已逾6个月,不生中断时效的效果。唯消灭时效亦可因义务人之承认而中断(第129条第1项第2款)。乙于1981年2月2日请求延期,系承认甲的报酬请求权。承认不须再行起诉,可绝对的发生中断效力,其时效应自承认时重行起算,故甲的请求权须至1983年2月2日始因其不行使而消灭。甲于1981年12月30日诉请支付报酬,其请求权仍未因时效而消灭。乙主张消灭时效抗辩权为无理由。

^① 1994年第7次民事庭会议,院长提议:某甲为土地及地上未办理所有权第一次登记之建物所有人,因该建物前经某乙无权占有逾15年以上,致甲对该建物之恢复请求权已罹于时效而消灭后,甲得否以乙系无权占有其已登记“基地”之法律关系,请求乙自所占有“建物”之“基地”迁出,将“基地”交还?决议采肯定说:乙原系无权占有基地上之建物,自亦无权占有建物之基地。基地所有人即甲对该建物之恢复请求权纵罹于时效而消灭,然乙亦仅取得拒绝交还建物之抗辩权,非谓其对基地之无权占有,即变为合法占有。其占有建物之时效利益不能扩及于基地之占有,进而拒绝交还基地。

^② 第128条规定:“消灭时效,自请求权可行使时起算,以不行为为目的之请求权,自为行为时起算。”在附有停止条件的请求权,应自条件成就时起算(第99条第1项)(1931年上字第617号判例)。在未定清偿期限的债权因债权人得随时请求清偿(第315条),其消灭时效应自债权成立时起算(1939年上字第1760号判例)。出租人对于承租人返还租赁物请求权,自租赁关系消灭时起算。申言之,租赁定有期限者,于期限届满时起算,未定有期限者,自契约终止时起算(第450条、第453条)(1944年上字第3541号判例)。

(四) 消灭时效的效力

甲向乙借款 1000 万元,以某笔土地设定抵押权。借贷期间届满 20 年后,甲对乙清偿并支付历年积欠利息。其后,甲以不知其债权已罹于时效,抵押权并因除斥期间经过而消灭,乃起诉请求乙返还其所为的给付。试问法院应如何判决?

甲得向乙请求返还其所为给付的请求权基础为第 179 条规定。其要件须乙受有利益,致甲受损害,而无法律上原因。乙因甲的清偿债务而受有利益,问题在于乙因甲之给付而受利益,是否具有法律上原因。

乙向甲贷款 1000 万元,其金钱借贷返还请求权的消灭时效期间为 15 年。时效完成后,甲得拒绝给付(第 144 条第 1 项),但以抵押权担保的请求权虽经时效消灭,债权人仍得就抵押物取偿,唯于利息不适用之(第 145 条)。以抵押权担保之债权,其请求权已因时效而消灭,如抵押权人于消灭时效完成后,5 年间不实行其抵押权者,其抵押权消灭(第 880 条)。^①

第 144 条第 2 项规定,请求权已经消灭时效,债务人仍为履行之给付者,不得以不知时效为理由,请求返还,乃在表明消灭时效完成的效力,不过发生拒绝给付的抗辩权,其债权本身仍属存在。抵押权因除斥期间经过而消灭,对于债权的存在不生影响。

综上所述,乙系本于债权,受领甲的给付,具有法律上原因,不成立不当得利,法院应为甲败诉的判决。

三、同时履行抗辩权

(一) 构成要件及法律效果

第 264 条规定:“I 因契约互负债务者,于他方当事人未为对待给付前,得拒绝自己之给付,但自己有先为给付之义务者,不在此限。II 他方当事人已为部分之给付时,依其情形,如拒绝自己之给付有违背诚实及信用方法者,不得拒绝自己之给付。”关于此项同时履行抗辩权的构成要件、

^① 参见 1964 年台上字第 1391 号判例:“请求权时效期间为 15 年,但法律所定期间较短者,依其规定(第 125 条)。故时效期间仅有较 15 年为短者,而无超过 15 年者。至于第 145 条第 1 项,系就请求权罹于时效消灭时,债权人仍得就其抵押物、质物或留置物取偿而为规定,同法第 880 条系抵押权因除斥期间而消灭之规定,均非谓有抵押权担保之请求权,其时效期间较 15 年为长。”

法律效果,分述如下^①:

1. 构成要件。

(1) 因双务契约而互负债务,指因同一双务契约所发生相互间的对价关系,如基于买卖契约出卖人有交付其物,并移转其所有权的义务,买受人有支付价金,受领标的物之义务。^② 债务的内容有所变更,不失其同一性时(如债务不履行的损害赔偿),仍有同时履行抗辩权的适用。^③

(2) 须债务人未为给付,此指未为完全的给付而言,包括有瑕疵的给付。

(3) 须债务人无先为给付义务^④,双方当事人所负债务均已届清偿期。其有先为给付义务的,如分期付款买卖的出卖人。

(4) 须行使同时履行抗辩权者自己忠实于契约,即仍愿依契约而为给付,如欲解除契约时,自不得主张同时履行抗辩权。债务人给付迟延时,不得主张同时履行抗辩权。^⑤ 债权人受领迟延对于同时履行抗辩权的行使不生影响。^⑥

(5) 同时履行抗辩权未因违背诚信原则而被排除。

2. 法律效果。

(1) 同时履行抗辩权系属一种拒绝请求权,须当事人援用,法院始予审究。未经援用时,纵原告未为对待给付,法院亦应判令被告给付。被告

^① 参见郑玉波:《民法债编总论》,第377页;孙森焱:《民法债编总论》,第571页。同时履行抗辩权系本于公平原则而设,非属强行规定,以定型化契约的条款排除或限制此项权利时,德国一般交易条款规则法[Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) 11 Nr 2a]明定其为无效,在台湾地区“民法”(第72条)及“消保法”(第11条以下),如何解释适用,尚值研究。

^② 第367条明定买受人对于出卖人,有交付约定价金及受领标的物的义务,判例学说认为,受领标的物为买受人的给付义务,若不受领,不仅成为受领迟延,同时亦成为给付迟延,1965年台上字第2367号判例参照。

^③ 其不互为对价关系的如承租人所有第431条第1项之费用偿还请求权,与其在租赁关系终止后所负返还租赁物之义务,非有互为对价之关系,不得借口其支付之有益费用未受清偿,即拒绝租赁物之返还。(1944年上字第2326号判例)。

^④ 债权人对其已为给付或债务人有先为给付的义务,应负举证责任。

^⑤ 此为德国通说,Palandt/Heinrich, BGB, § 320 Anm. 6c.

^⑥ 1986年台上字第534号判例:“双务契约之一方当事人受领迟延者,其原有之同时履行抗辩权,并未因而归于消灭。故他方当事人于其受领迟延后,请求为对待给付者,仍非不得提出同时履行之抗辩。除他方当事人应为之给付,因不可归责于己之事由致给付不能,依第225条第1项规定,免其给付义务者外,法院仍应予以斟酌,如认其抗辩为有理由,应命受领迟延之一方当事人,于他方履行义务之同时,为对待给付。”

援用时,原告如不能证明自己已为给付,或已提出给付,法院应为“原告提出对待给付时,被告即向原告为给付”的判决。^①

(2) 债务人享有同时履行抗辩权者,在未行使此项抗辩权以前,仍可发生迟延履行之问题,必须行使以后始能免责。^②

(3) 同时履行抗辩权不生中断时效的效力。不知同时履行抗辩权的存在而为给付者,不得请求返还,因他方受领给付具有法律上原因,不成立不当得利。一方当事人的债权请求权因时效而消灭者,于他方当事人请求给付时,仍得行使同时履行抗辩权。^③

(二) 物之瑕疵(担保)与同时履行抗辩

甲向乙购买某特定冷冻库,价金 20 万元,约定交货时支付 10 万元,余款于交付后 1 个月内付清。甲于乙交货之际发现该冰箱具有瑕疵时,得否拒绝支付约定价金?若甲于乙交付冷冻库后,始发现瑕疵时,得否主张在乙修缮前,拒绝付清余款?

基于买卖契约,乙负交付其物并移转其所有权的义务(第 348 条)。甲负支付约定价金及受领标的物之义务(第 367 条),第 264 条第 1 项规定,因契约互负债务者,于他方当事人未为对待给付前,得拒绝自己之给付,其对待给付须依债的本旨,为完全给付或合法的提出。出卖人乙提出的冷冻库具有瑕疵时,应认为系未为对待给付,买受人甲得行使同时履行抗辩权,拒绝支付约定的价金。

在冷冻库交付后,于出卖人乙应负物之瑕疵担保责任时,买受人甲得解除契约或请求减少价金(第 359 条),无瑕疵修补请求权,故甲不得主张在乙“修缮冷冻库前”,得拒绝付清余款,仅得解除契约或减少价金。

应注意的是,1988 年第 7 次民事庭会议决议(一)认为:“出卖人就其交付之买卖标的物有应负物之瑕疵担保责任时,得依第 360 条规定请求不履行之损害赔偿,或依同法第 364 条规定请求另行交付无瑕疵之物时,则在出卖人为各该给付前,买受人非不得行使同时履行抗辩权。”^④分三

^① 参见 1940 年上字第 895 号,1950 年台上字第 902 号判例。

^② 参见 1961 年台上字第 1550 号判例。德国通说认为,同时履行抗辩权的客观存在,即足排除发生债务人迟延(BCHZ 84.44)。此项争论在此难以详论,详细说明,参见孙森焱:《民法债编总论》,第 583 页。

^③ 参见孙森焱:《民法债编总论》,第 583 页。

^④ 本件决议主要涉及不完全给付,在实务及理论上具有重大意义,参见本书相关内容。

点说明之:

(1) 本件决议仅提到买受人得行使同时履行抗辩权的两种情形,似亦认为除此两种情形外,买受人不得行使同时履行抗辩权,就上举例题言,即甲不得主张于乙“修缮”标的物前,得拒绝支付约定价金。

(2) 第 360 条规定:“买卖之物,缺少出卖人所保证之品质者,买受人得不解除契约或请求减少价金,而请求不履行之损害赔偿。出卖人故意不告知物之瑕疵者,亦同。”按基于同一双务契约而互负有对价关系的债务,虽其债务的内容有所变更,若不失其同一性,如因可归责于债务人之事由,致给付不能者,债务人应负损害赔偿责任(第 226 条)时,仍有同时履行抗辩权的适用。^①“最高法院”的决议肯定买受人依第 360 条请求债务不履行损害赔偿时,亦得行使同时履行抗辩权,自值赞同。

(3) 第 364 条第 1 项规定:“买卖之物,仅指定种类者,如其物有瑕疵,买受人得不解除契约,或请求减少价金,而即时请求另行交付无瑕疵之物。”在种类之债,买卖标的物具有瑕疵时,系未依契约之本旨而给付,买受人得拒绝受领,而为履行的请求。在买卖标的物交付之后,始发现其瑕疵者,其请求交付无瑕疵之物,仍具契约履行请求权的性质,上揭决议认为仍有同时履行抗辩权的适用,在出卖人交付无瑕疵之物前,买受人得拒绝价金的支付,亦值赞同。

(三) 同时履行抗辩权与留置权

甲贩售生鱼片,因冷冻库故障,召乙修缮,甲接收工作后,发现乙完成的工作具有严重瑕疵,在乙修补前拒不给付报酬,有无理由?设因可归责于乙的事由而发生工作瑕疵,致冷冻库的生鱼片腐败时,甲就其损害赔偿请求权得否留置乙寄放在甲处的工具或汽车?

(1) 甲对乙的同时履行抗辩权。基于承揽契约,承揽人乙负有完成一定工作,而定作人甲负有给付报酬的义务。第 264 条规定,因契约互负债务者,于他方当事人未为对待给付前,得拒绝自己之给付。其所谓未为对待给付,包括有瑕疵的给付。第 493 条规定,承揽人负有修补瑕疵义务,故工作的无瑕疵,属承揽人的履行义务。于受领工作后,定作人的修补请求权,仍具履行请求权的性质,与承揽人的报酬请求权仍有同时履行

^① 参见孙森焱:《民法债编总论》,第 573 页;Jauring/Vollkonmer, BGB § 320 Anm. 2. bee.

抗辩权的适用,故甲得主张在乙修补工作瑕疵前,拒绝报酬的给付。^①

(2) 甲的留置权。第 928 条规定:“债权人占有属于其债务人之动产,而具有下列各款之要件者,于未受清偿前,得留置之:① 债权已至清偿期者。② 债权之发生与该动产有牵连之关系者。③ 其动产非因侵权行为而占有者。”

牵连关系的主要情形有三:① 债权系由于该动产本身而发生。② 债权与该动产之返还义务系基于同一法律关系而发生者。③ 债权与该动产之返还义务系基于同一事实关系而发生。在本件,因工作物瑕疵致甲生鱼片腐败而生损害赔偿请求权,与甲占有承揽人乙的工具或汽车并无牵连关系,甲不得主张基于损害赔偿债权而留置乙的工具或汽车。^②

^① 此为德国实务见解(BGHZ 26,337;73,144)关于承揽契约上的同时履行抗辩,台湾实务上有两则判例:(1) 承揽人苟无特别约定,固负有将工作物剩余材料返还于定作人之义务,但此项义务,与定作人给付报酬之义务,并无对价关系。定作人不得以承揽人未返还剩余材料,而拒绝自己之给付。(1974 年台上字第 2327 号判例)。(2) 承揽人完成之工作,依工作之性质,有须交付者,有不须交付者,大凡工作之为有形的结果者,原则上承揽人于完成工作后,更须将完成物交付于定作人,且承揽人此项交付完成物之义务,与定作人给付报酬之义务,并非当然同时履行,承揽人非得于定作人未为给付报酬前,遽行拒绝交付完成物(1961 年台上字第 2705 号判例)。

^② 参见 1973 年台上字第 1186 号判例:本件上诉人既将出卖之冷气机交付被上诉人,依第 761 条第 1 项规定,其所有权已移转予被上诉人。嗣后冷气机因须修护而由上诉人卸回并占有,其与有牵连关系之债权,唯为修护费用。兹上诉人所主张者为原买卖契约之价金债权,与其占有之冷气机,即难认有牵连关系存在。上诉人主张基于价金债权,而将被上诉人交付修护之冷气机予以留置不还,自非正当。

第六章 法律的适用

第一节 法之发现^①

一、请求权基础与法之发现

处理民事的主要任务,在于寻找请求权基础,已于本书第四章作有系统的整理。寻找请求权乃法之发现的过程。法律规定的构成要件及法律效果常须解释,以定其规范内容。发生“法律漏洞”时,则须借助“类推适用”予以填补,甚至由“法院造法”创设必要的规范,以资适用。如甲出卖某机器给乙,因该机器具有瑕疵,发生事故,致乙的人身或工厂遭受侵害,乙向甲请求损害赔偿时,其请求权基础何在?民法对于此种所谓不完全给付债务不履行是否设有规定?第227条所称“不为完全给付”是否包括不完全给付?若采否定的见解,其法律漏洞应如何加以填补?又在上举之例,若机器发生事故,并非由机器本身具有瑕疵,而是因为出卖人的债务使用人误告使用方法时,乙得否向甲请求损害赔偿?^②

由上述可知,实例解题乃法之发现及法律适用的问题,特辟本章,略述法律适用的基本问题,其目的有二:

(1) 以法学方法论上的意识性及警觉性去解释适用法律。

^① 法之发现(Rechtsfindung)或法之获得(Rechtsgewinnung)是法理学及法学方法论上的主要研究课题,参见 Bruno, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegelrichterlicher Erfahrung, 1975; Esser, Wege der Rechtsgewinnung, 1994; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1970; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991. 中文资料,参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,1993年第3版;杨仁寿:《法学方法论》,1995年10月;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1996年版,可供认识我国大陆民法学的发展,亦具参考价值。

^② 参见本书相关章节。

(2) 以法学上合理的论证去架构可供检验的理由构成。

二、“民法”第 1 条与法律适用

(一) 第 1 条的规范意义

“民法”第 1 条规定：“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”系规定民事（私法关系）的法源及其适用次序，蕴涵着若干值得探讨的规范意义。^①

就法律思想言，本条内容综合了分析法学派、历史法学派及自然法学派对法及法律的见解。^② 就其方法论言，克服了 19 世纪的法实证主义^③，肯定制定法的漏洞，其未规定的，得以习惯或法理加以补充之。法院不得以法无明文规定而拒绝裁判。

本条所称法律，指成文形式的法律而言，除“民法”外，尚包括民事特别法（如“公司法”、“公平交易法”、“消费者保护法”等）、命令及条约。所谓“习惯”，指习惯法而言，此须以多年惯行之事实及普通一般人之确信心为其基础，但以不悖于公共秩序或善良风俗为限（第 2 条），例如现行“民法”并无认为不动产之近邻有先买权之规定，即使有此习惯，亦于经济之流通、地方之发展，均有障碍，不能予以法之效力。^④ 所谓“法理”，指法律的原理，包括平等原则及事物本质^⑤等。

关于契约上的请求权，“民法”设有规定的（第 348 条、第 367 条），得径以之作为规范基础。关于“民法”未规定的无名契约，究应如何处理，不无疑问。1977 年台再字第 42 号判例针对“信托行为”，认为：“因私法上法律行为而成立之法律关系，非以“民法”（实质“民法”）有明文规定者为限，法律行为之内容，并不违反公序良俗或强行规定，即应赋予法律上

① 参见杨日然：《“民法”第 1 条》，载《法学丛刊》，第 15 期，第 38 页；苏永钦：《“民法”第 1 条的规范意义》，载杨与龄主编：《民法总则争议问题研究》，1998 年，第 1 页。

② 参见王伯琦：《民法总则》，第 6 页。参见 Meier-Hayoz, der Richter als Gesetzgeber, 1951.

③ 关于法实证主义，参见 Wott, Der Rechtspositivismus, 2. Aufl. 1992; Lampe, Grenzen des Rechtspositivismus, 1988; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967.

④ 1941 年上字第 191 号判例，本件判例具有法律经济分析的意义。

⑤ 事物本质 (Natur der Sache) 之用于法律解释，或法院造法是一个值得深入研究的问题，大法官解释亦渐用之（释字第 330 号）。德文资料，参见 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 417; Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, 2. Aufl. 1982; Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, 1957; Ballweg, Zur einer Lehre von der Natur der Sache, 2. Aufl. 1963.

之效力,如当事人本此法律行为成立之法律关系起诉请求保护其权利,法院不得以法无明文规定而拒绝裁判。”此项见解实值赞同。现行“民法”系以私法自治为指导原则,容许当事人以法律行为形成其私法关系,并设有各种有名契约以资适用,故契约上的权利义务乃基于法律。无名契约的内容不违反公序良俗或法律强制规定者,依其约定,当事人无约定者,则视其情形、适用或类推适用法律的规定。

(二) 判例与学说

关于判例或学说,第1条未加规定,其在法源上的地位如何,亦值研究。广义之判例,指法院对于具体案件所为的裁判,所有的裁判均具判决先例的性质。唯台湾地区设有“判例制度”,即“最高法院”之裁判,其所持法律见解,认为有编为判例之必要者,应分别经由院长、庭长、法官组成之民事庭会议、刑事庭会议或民、刑事庭总会议决议后,报请“司法院”备查。“最高法院”审理案件,关于法律上之见解,认为有变更判例之必要时,适用前项规定(“法院组织法”第57条)。此项判例乃指“判例要旨”而言,不纳入个案事实,而将法律见解抽象化。“最高法院”判例是否具有法源性质,颇有争议,唯“司法院”大法官解释将“违宪”审查的对象,由法律及命令扩大及于“最高法院”(及行政法院)的判例,认为其在未变更前,有其拘束力,可为各级法院裁判之依据(释字第153号、第154号)。又“司法院”大法官亦认为,“最高法院”“决议”亦得作为违宪审查的客体(释字第374号)。判例及决议因此获得规范效力,并使大法官的解释直接影响到私法的解释适用和发展。^①

学说乃法律学者对法律的解释、习惯的认知及法理的探求所表示的见解,虽非法源,但居于重要的地位,其主要理由系民法法典等系以学说理论为基础而制定,法官因法学教育而通晓学说,常采为裁判的依据,而使学说(尤其是所谓通说)发挥规范功能。在某种程度上可以说,学说是为裁判而准备,而裁判乃在实践学说。近年来“最高法院”基于实务与学说的协力,肯定了契约责任与侵权责任之竞合^②;认定不完全给付是一种债务不履行,民法未设规定,应类推适用给付不能与给付迟延的规定予以

^① 参见拙著:《“宪法”基本权利与私法》,载《大法官“释宪”50周年纪念论文集》,1998年,第53页以下。

^② 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

填补^①;并强调第 787 条关于邻地通行权的规定于准用(第 833 条、第 850 条、第 914 条)之外,于土地使用人(如承租人)间亦有类推适用余地^②,对于民法的进步和发展,做出了重大的贡献。

三、“宪法”与“民法”

(一) 基本权利的功能及其扩散作用

1. 基本权利的客观价值体系

民法是私法,在于规范私人间的权利义务关系,有其严谨的概念、理论及解释适用方法,自成体系。近年来,由于对“宪法”的理解及基本人权功能的变迁,认为基本权利不仅是一种对抗“政府”的权利,确保人民的自由与财产免于受到“政府”的侵犯,使人民得享有不受“政府”干预的自由空间(自由权利或防御权),更强调基本权利是一种客观的价值秩序,系立法、行政及司法机关间行使职权时所应遵循的客观规范,以保障人民免于遭受公权力或其他人民(即第三人)不法的侵害。“宪法”基本权利与民法的规范关系,乃建立在此种具保护义务的客观价值秩序之上,而使基本权利除用于法律或命令的“违宪”审查外,尚扩散及于“最高法院”的判例、决议,尤其是私人间的法律关系。

2. “最高法院”判例及决议的“违宪”审查

“司法院”大法官为强化基本权利的保障,将“违宪”审查的客体扩张及于“最高法院”的判例及决议,前已论及。迄至 1998 年 7 月止,共作有四个解释(释字 349、372、374、437)^③,无论其为“合宪”解释或“违宪”解释,均有不同意见,突显了民事判例或决议“合宪”性控制的方法及审查标准的争议。鉴于私法的特色,并保留法院解释适用法律的空间,关于判例或决议的“违宪”审查,应采较低密度的控制标准,必须相对地要求更为慎重。“最高法院”对“民法”解释适用的法律观点,纵属不正确,仍不足作为请求“释宪”的理由,必须其见解构成基本权利的违反,始得作为控制的对象。

① 参见本书相关内容。

② 参见本书相关内容。

③ 参见拙著:《“宪法”基本权利与私法》,载《大法官“释宪”50 周年纪念论文集》,第 71 页。

3. 基本权利对私人关系规范性

(1) 基本权利的第三人效力。^① 基本权利对第三人应具有规范性,虽应肯定,究为“直接效力”或“间接效力”,则有争论。所谓直接效力,指法院在审判民事案件时,得直接引用“宪法”基本权利的规定,不必通过民事法律,使基本权利得在民事个案中获得实现。如企业与女性劳工约定结婚时必须离职,此项所谓的单身条款因违反“宪法”保障人民工作权或婚姻自由的基本权利而无效。间接效力,指基本权利须通过民法的概括条款,或不确定法律概念(如第 72 条、第 184 条第 1 项后段)而实践之。就上举劳动契约上的单身条款言,得认为系违反“宪法”所保障的权利,悖于公共秩序和善良风俗(第 72 条)而无效。

关于“宪法”基本权利第三人效力,以间接效力说,较为可采,其理由有三:①“宪法”第 171 条及第 172 条规定法律或命令抵触“宪法”者无效,并无法律行为违反“宪法”者无效的明文。“宪法”第 23 条规定的法律保留,亦仅适用于法律,而不及于私人之行为。② 基本权利的主要功能系为防御政府行为对人民的侵害,而非在于规范私人间的法律关系,比例原则的适用将使法律行为受到严格的审查,而不利于私法自治。③ 经由私法上的概括条款的适用,一方面足可实现“宪法”基本权利的价值体系,他方面亦能在法律体系及逻辑上,保障私法的自主性,在完整体系之内解决私法的问题,并维持法秩序的统一性。

需注意的是,在德国,联邦宪法法院的管辖权及于普通法院(专业法院)的判决,并得对私人的法律关系(如契约)作合宪性的控制。在台湾,私法主体间的民事行为是否抵触“宪法”,非属大法官解释对象,而是由普通法院本身从事“合宪性”的控制,参诸德国经验,其应注意的有二:① 由法院担负对私法主体民事行为“合宪性”的控制,其优点是可由专业法院在保障基本权利的基础上,解释适用法律,促进私法的进步,但亦使法院在适用“宪法”基本权利时,担负重要的使命,面临新的挑战。② 使基本权利的效力及于私人间的法律关系,虽可在“宪法”基本权利上从事私法秩序的改造,但应兼顾私法的自主性,不能使基本权利的扩张作用转

^① “宪法”基本权利第三人效力,是由 H. P. Ipsen 所提出, Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, 1954, S. 143. 其“第三人”指政府与人民关系以外之人,即人民与人民间的关系,故此种基本权利的作用方式又称为 horizontal(水平的),以别于规范政府与人民间的垂直(vertikal)作用。关于第三人效力此项用语的争论,参见 Diederichsen, AcP 198, S. 199.

成危险的辐射力,融化了传统私法固有稳妥的体系及私法自治的原则,而使私法成为具体化的“宪法”。

(2) 实务发展

为使基本权利能够调和基本权利的规范效力与私法自治,必须合理地把握比例原则在私法上的适用。关于“宪法”基本权利及比例原则对私法关系的规范,实务上有两则案例,可供参考。

在 1992 年台上字第 989 号判决一案,当事人于其聘用合约书约定:“上诉人于离职后,二年内不得从事与被上诉人营业项目相同或类似之行业,否则经被上诉人察觉,上诉人应赔偿被上诉人,赔偿金额为离职当月全月份薪津之二十四倍,上诉人不得提出异议,但如经被上诉人同意者,另行处理。”“最高法院”认为此项条款并非无效,略谓:“‘宪法’第 15 条规定,人民之生存权、工作权及财产权应予保障,主要乃宣示‘政府’对于人民应有之保障。且人民之工作权亦非不得限制之绝对权利,此观‘宪法’第 23 条之规定自明。被上诉人为防止其离职员工泄露其智慧财产权、营业秘密等,并防止恶性之同业竞争,乃于其员工进入公司任职之初,与之签订聘用合约书,约定于离职后 2 年内不得从事与被上诉人营业项目相同或类似之行业,否则须给付一定之违约金。该项就业禁止之约定,仅有 2 年之适用期限,且出于任职员工之同意而签订,即与‘宪法’保障人民工作权精神不相违背,亦不违反其他强制规定,且与公共秩序、善良风俗无关。”细查其意,似采基本权利间接效力说。^①

台北地方法院最近作成一件重要判决^②,涉及父母滥用亲权,为其未成年子女订立连带保证契约之效力。在本件,刘佳适及张妍石向原告第一商业银行股份有限公司贷款 5000 万元,而以年仅 12 岁及 9 岁之子女(刘莘慧及刘卜铭)为连带保证人,法院认为:“原告与此稚子订立连带保证契约,轻率同意由如此未具社会经验之限制行为能力人担任连带保证

^① 1998 年台上字第 43 号判决:“‘宪法’第 15 条规定:人民之生存权、工作权及财产权应予保障。但人民之工作权并非绝对之权利,此观‘宪法’第 23 条之规定自明。演艺人员之经纪人鉴于艺人须长期培训及投资,因而于演艺人员经纪契约约定演艺人员在一定期间内不得从事与其经纪范围相冲突之表演活动之限制,倘未逾越合理之范围,既出于契约当事人之同意,自与‘宪法’保障人民工作权之精神不相违背,亦难谓违反其他强制规定,且与公共秩序无关,自非无效。”(《“司法院”公报》,第 40 卷,第 8 期,第 99 页)。

^② 台北地方法院 1995 年重诉字第 1464 号,载《月旦法学杂志》第 17 期,第 129 页(阅读之)。

人,令彼等以9岁及12岁之稚龄背负高达5000万元之连带保证债务,显系滥用其缔结契约之自由,若承认其契约为合法有效,则此稚子将于尚未成年之际即担负难以承受之债务重担,终其一生将无从解脱,对于其将来之人格发展势将具有重大不利之影响,实无异剥夺其正常成长之权利,故应认原告与被告刘苹慧及刘卜铭间所订立之连带保证契约与公序良俗有违,依第72条之规定,应认为无效。考诸外国判例,经查德国联邦宪法法院第一庭1993年10月19日裁定,针对银行与一年仅21岁未具社会经验之甫成年人所订立之连带保证契约,亦认为该保证人接受异常高之风险,而却未享受到该受担保贷款之经济上利益,其几乎放弃全部民法上任意性之保护规定,而以自己责任之方式担保其父之企业风险,其担保范围远超乎其个人之经济关系。溯自签约之时起,该银行即无视于该保证人可预见地终其一生无法以一己之力自该担保债务中解脱,其未就此尽其订立契约前之注意义务,并充分利用保证人交易上之无经验以遂行其利益,此乃契约之经济力强势之一方利用对方之弱点而遂行一己之利益,自不受私法自治之基本权之保障,应认该保证契约违反公序良俗而无效。”本件判决系采间接效力说,其内容及论证详尽,说理透彻,实值赞佩。^①

(二) 符合“宪法”的法律解释

符合“宪法”解释原则,指应依“宪法”的规范意旨及价值体系解释法律,而于某项法律规定有多种解释可能时,为避免该项法律被宣告“违宪”,应采可导致其“合宪”的解释。^②符合“宪法”解释原则的依据是“宪法”第171条及第172条关于法律或命令与“宪法”抵触无效者的规定,及法秩序统一性的法理。此项解释为体系解释的一种,在于探讨某项规定在整个法体系中的地位及功能,以解决规范冲突。又此项“合宪”解释系以法律为对象,性质上属法律的解释,唯在其具体化的过程中,尚须对“宪法”加以诠释,一方面在于保全法律,以维护法秩序的安定,他方面亦有开展宪法,以实践“宪法”的规范功能。不唯法院负有依“合宪”原则解释法律的义务,“释宪”机关更可借此原则的运用达成规范控制之目的。本于法秩序统一性的法理,符合“宪法”解释的客体,除法律或命令外,尚

^① 关于本件判决所涉及问题,将另撰文详为论述。

^② Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren, 1986; Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969. 苏永钦:《“违宪”审查》,1998年。

应包括判例在内,期能在发现规范内容的过程中,调整下位规范与上位规范的互动,以维持法秩序之和谐。

关于判例的“合宪”解释,惟应特别注意其限界,大法官释字第437号解释,具有方法上的意义,可供参照。第1146条第1项规定:“继承权被侵害者,被害人或其法定代理人得请求恢复之”,第2项规定:“前项恢复请求权,自知悉被害之时起,二年间不行使而消灭。自继承开始时起逾十年者亦同。”1964年台上字第592号判例认为:“财产权因继承而取得者,系基于法律之规定,继承一经开始,被继承人财产上一切权利义务,即为继承人所承受,而毋须为继承之意思表示,故自命为继承人而行使遗产上权利之人,必须于继承开始时,即已有此事实之存在,方得谓之为继承权被侵害。若于继承开始后,始发生此事实,则其侵害者,为继承人已取得之权利,而非侵害继承权,自无第1146条之适用。”

有争议的是,此项判例将继承权之侵害限于继承开始时,是否侵害人民的继承权而构成“违宪”。释字第437号解释文先肯定:“凡无继承权而于继承开始时或继承开始后僭称为真正继承人或真正继承人否认其他共同继承人之继承权,并排除其占有、管理或处分者,均属继承权之侵害,被害人或其法定代理人得依第1146条规定请求恢复之,初不限于继承开始时自命为继承人而行使遗产上权利者,始为继承权之侵害。”再认为:“1964年台上字第592号判例之本旨,系认自命为继承人而行使遗产上权利之人,必须于被继承人死亡时即已有侵害继承地位事实之存在,方得谓为继承权被侵害态样之一;若于被继承人死亡时,其继承人对于彼此为继承人身份并无争议,迨事后始发生侵害遗产之事实,则其侵害者,为继承人已取得之权利,而非侵害继承权,自无第1146条继承恢复请求权之适用。在此范围内,该判例并未增加法律所无之限制,与‘宪法’尚无抵触。”

此项“合宪”解释的结果,虽使上揭判例符合第1146条的规范目的,而避免被宣告侵害受“宪法”所保障的人民财产权,唯已转换判例内容,逾越“合宪”解释的界限,在方法上容有商榷余地。

四、法之发现的过程与体系

法律的适用,乃法的发现(Rechtsfindung, Rechtsgewinnung),就民法言,其思考过程,通常分为三个阶段,即法律解释(Rechtsfindung secam

legem)、法律补充(Rechtsfindung praeter legem)及超越法律的法之发现(Rechtsfindung contra legem)。在详为论述之前,先作简要说明:

(1) 法律解释指在阐释法律规定的规范意旨,以文字为出发点,但不得超过可能的文义。经由解释而确定内容,违反法律规范意旨时,得为目的性限缩(telealogische Reduktion),此乃对法律的内容作但书性的限缩,不同于依法律文义所为限制解释。法律规定使用不确定法律概念,尤其是概括条款时,则应于个案加以具体化。

(2) 关于某事项,法律可能文义不能涵盖时,则属法律不备,于构成法律漏洞时,则有补充的必要,若有法律规定可资援用时,应类推适用之;若无可类推适用的法律规定时,则须依法律原则及合乎事理的利益衡量及利益判断加以补充。

(3) 关于某事项,法律未设规定,并不构成法律漏洞时,则仅在例外的情形,法院始得基于法律交易需要、事物本质、法律伦理原则及社会正义的迫切需要,超越法律而为造法。

需注意的是,上揭法律适用的每一个阶段虽各有其思考方法,但不能严格划分,而是一个连续性、移动性的过程。兹举一例加以说明:

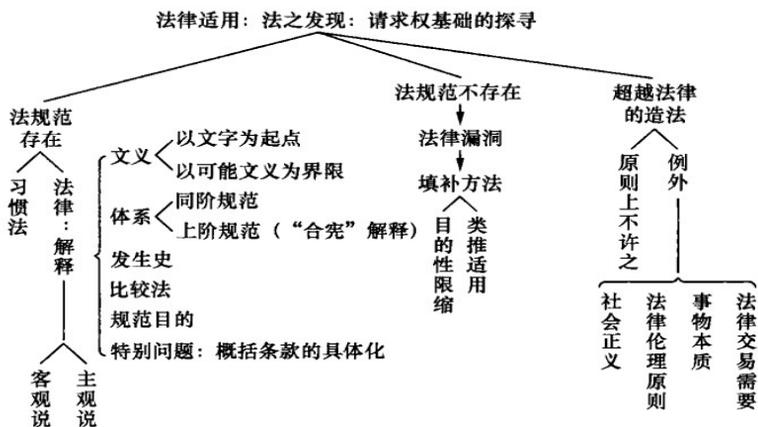
甲以机车载送其妻乙上班,被丁驾车违规超速撞到,甲伤重死亡,乙受伤,彼时怀有3个月的胎儿丙,经查,甲对车祸的发生有30%的过失。试问乙或丙向丁请求损害赔偿时,如何定其赔偿范围?

“民法”第217条第1项规定:“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。”此项与有过失的规定“适用”于被害人及加害人之间,依其文义不能涵盖“第三人”(如被害人的使用人)的与有过失,应认为系法律漏洞,而类推适用第217条规定予以补充,使被害人对第三人的与有过失负同一责任。^①又在不法侵害他人致死的情形,被害人的父母、子女或配偶依民法规定请求慰抚金时,应否承担被害人(死者)的与有过失,民法未设规定。唯1984年台再字第182号判例谓:“第192条第1项规定不法侵害他人致死者,对于支出殡葬费之人,亦应

^① 1979年第3次民庭庭推会议决议:“第224条可类推适用于同法第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,可视为损害赔偿权利人之过失,适用过失相抵之法则。”拙著:《第三人与有过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

负损害赔偿责任,系间接被害人得请求赔偿之特例。此项请求权,自理论言,虽系固有之权利,然其权利系基于侵权行为之规定而发生,自不能不负担直接被害人之过失,倘直接被害人于损害之发生或扩大与有过失时,依公平之原则,亦应有第 217 条过失相抵规定之适用。”此乃基于“公平原则”就第 217 条“类推适用”而为之法律补充。

兹将法律适用及法之发现过程图示如下,以便参照。



第二节 法律适用的逻辑、评价与论证

一、法律适用的逻辑结构^①

(一) Subsumtion 的推论过程

关于法律的适用,首须说明的是,法学方法论上经常使用的概念: Subsumtion。

Subsumtion(暂译为涵摄),指将特定案例事实(Sachverhalt = S)置于法律规范的要件(Tatbestand = T)之下,以获致一定的结论(Schlussfolgerung = R)的一种思维过程。易言之,即认定某特定事实是否该当于

^① Englisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. 1965; Klug, Juristische Logik 4. Aufl. 1982; Koch/Rüssman, Juristische Begründungslehre, 1982; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 155f., 272f., 439f.

法律规范的要件,而发生一定的权利义务关系。以 Subsumtion 为核心的法律适用过程,得以逻辑三段论表现之,即:① 法律规范(T)为大前提。② 特定的案例事实(S)为小前提。③ 以一定法律效果的发生为其结论(R)。此种法律适用逻辑结构,可简单表示如下:

$T \rightarrow R$ (具备 T 的要件时,即适用 R 的法律效果)

$S = T$ (特定的案例事实该当于 T 的要件)

$S \rightarrow R$ (关于认为特定案例事实,适用 R 的法律效果)

然而,应注意的是,法律规范的要件(T),通常系由多数的要件特征(Tatbestandsmerkmale = M)组成之。因此特定的案例事实,必须该当于所有的要件特征,始能发生该法律规范所定的法律效果:

$T = M^1 + M^2 + M^3 \rightarrow R$

$S = M^1 + M^2 + M^3$

$S \longrightarrow R$

此种思维模式可称为决定法律效果的三段论法。兹举一则实例说明之:

甲向乙购买某车,支付价金时,乙表示愿意借用 3 日,甲同意之,不料于第三日该车被丙所盗,出租给丁,试问甲得否向丙请求返还该车?

甲得向丙请求返还该车的法律规范(T)是第 767 条,其要件须甲是所有人,丙是无权占有或侵夺其物的现占有人;所谓现占有人,除直接占有人外,尚包括间接占有人。甲向乙购买某车,因让与人乙仍继续占有该车,订立使用借贷契约,使受让人甲因此取得间接占有,以代交付而受让该车的所有权。丙侵夺该车,而将该车出租给丁,仍为该车的间接占有人。案例事实(S)该当于第 767 条(T),故甲得向丙请求返还该车(S→R)。基此案例,应说明的有四点:

(1) 法律适用的过程,在于发现于具体案件可资适用的法律规范。此项规范,或为法律,或为习惯法,或为某项法律规定的类推适用。在此种法之发现的过程中,必须不断地来回穿梭于法律规范与案例事实之间,由案例事实,探寻法律规范,由法律规范认定事实,进行涵摄的工作。

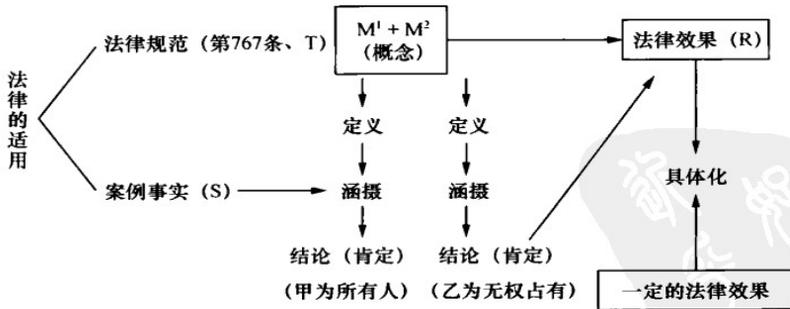
(2) 在此种 Subsumtion 的过程中,可以发现同一的案例事实(S),可涵摄于不同的法律规范之下(T1、T2 或 T3),而发生请求权竞合关系。就

上举之例而言,甲得向丙主张的,有所有人的物上请求权(第 767 条)。又甲亦得对丙行使占有人之物上请求权,第 962 条所称占有人包括间接占有人。此外甲并得以所有权被侵害,而向丙请求损害赔偿(第 184 条第 1 项前段)。

(3) 在寻找法律规范,进行涵摄的过程中,最重要的是,分解法律规范(T)的要件(要件特征 $M: m^1$)和法律效果(R)。就第 767 条言,请求权人须为物之所有人,相对人须为无权占有或侵夺其所有物的现占有人。每一个要件蕴含着法律概念(Rechtsbegriff),如“所有人”、“无权占有”或“侵夺其占有”。每一个法律概念须经由“定义”(Definition)予以具体化,使其在内容上更接近于案例事实,以便从事涵摄。在处理实例时,其经由定义而具体化的法律概念,不必作全面性的界定,仅须针对该当案件而为之,其定义的范围愈狭,但其内容愈为丰富,精确性较高。在上举之例,其界定法律概念,如现占有人,解释上应包括直接占有人及间接占有人。

(4) 特定案例事实可涵摄于某法律规范的诸种要件时,乃发生该法律规范所定的法律效果。此种法律效果也是抽象的,亦须经由涵摄而在该当案例事实加以具体化。就上举之例言,甲依第 767 条所得请求的,是“某车”的返还。在被害人依侵权行为规定请求损害赔偿时,如何具体决定其损害赔偿的方法与范围,是一件极为复杂的工作。

Subsumtion 的过程是法律适用的基本思考模式,须确实掌握,兹将上述说明简单图示如下:^①



^① Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl. 1992, S. 31; 最近著作, 参见 Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996.

(二) 实例分析

第一例:18岁之乙,高中毕业,违反其父之意思受雇于甲,驾驶机车运送货物,某日于纵贯公路某处,转入小镇用餐,因超速撞伤路人丙,丙住院支出医药费用,减少收入,精神痛苦等。问丙得对甲、乙主张何种权利(T)?

1. 丙得对甲及乙请求损害赔偿规范基础,为第188条第1项规定。此项损害赔偿请求权,具有三个要件(M):

(1) M^1 = 行为人须为雇用人之受雇人。

(2) M^2 = 须为受雇人系执行职务。

(3) M^3 = 受雇人行为须成立侵权行为。关于受雇人是否构成侵权行为,依第184条第1项前段规定(注:关于第184条第2项规定的适用,兹省略之),须具备以下构成要件(简称为MM):

① MM^1 = 须有加害行为。

② MM^2 = 须侵害他人之权利。

③ MM^3 = 须有损害。

④ MM^4 = 行为与权利受侵害之间,损害与权利受侵害之间须有因果关系。

⑤ MM^5 = 行为须不法。

⑥ MM^6 = 须有责任能力。

⑦ MM^7 = 须有故意或过失。

2. 应认定的是,前举案例事实(S),可否涵摄于上述要件(T)的特征(M^1 、 M^2 及 M^3)之下:

(1) 乙为甲的受雇人。乙违反其父的意思,受雇于甲担任送货员,其雇佣契约不生效力(第79条),乙是否为甲的受雇人,其关键问题,在于何谓受雇人。通说认为以事实上之雇佣关系为标准,(1956年台上字第1599号判例)指受雇用人之选任监督,而为其服劳务之人,有无雇佣契约在所不问。因此,乙与甲之雇佣契约,纵不为法定代理人所同意,不生效力,乙既受甲之选任、监督而为其服劳务,自为甲之受雇人。

(2) 乙系执行职务。何谓执行职务,其范围如何认定,实务上系采客观说,认为是否执行职务,应以行为之外观为准认定之,即在客观上苟认为系执行职务,则不问雇用人与受雇人之意思如何,均为执行职务(1953

年台上字第 1224 号判例)。乙于纵贯公路某处,驾车转入小镇用餐,仍属执行职务的行为。

(3) 乙之行为成立侵权行为。此应就第 184 条第 1 项前段规定,逐项认定之:

① 乙驾车撞到丙,加害行为。

② 乙驾车伤丙,系侵害其身体、健康权。

③ 丙身体健康遭受侵害,受有损害。

④ 乙驾车撞到丙,致丙身体受伤,其行为与权利受侵害之间具有相当因果关系。丙因身体受伤而支出医药费减少收入、受精神痛苦,其所生损害与权利被侵害之间亦具有相当因果关系。

⑤ 乙侵害丙的权利,无违法阻却事由存在,具不法性。

⑥ 乙仅 18 岁,虽为限制行为能力人,唯既已高中毕业,又受雇于人,担任送货员,自具有认识其行为利害关系的识别力,应有责任能力。

⑦ 乙驾车超速,具有过失。

依上所述,乙驾车撞伤丙,符合第 184 条第 1 项前段的要件,成立侵权行为。

3. 综据上述,乙受雇于甲,驾车撞伤丙,具备第 188 条第 1 项所定要件,丙得请求甲及乙连带负损害赔偿責任。

第二例:甲于 3 月 1 日以某陶马与乙之宋版后汉书上下两卷互易,甲于 3 月 10 日交付其陶马,乙仅交付上卷,下卷则订于 3 月 15 日交付,经甲再三催告,乙因书外借,不能取回,迟未履行。甲于 5 月 1 日向台北地方法院起诉表示解除契约,请求乙返还其交付之陶马,该诉状于 5 月 20 日送达乙处。法院于 6 月 2 日开庭时,乙主张因甲之过失致其受领之宋版后汉书上卷于 5 月 26 日灭失,其解除权消灭。问甲得否请求返还其陶马。

1. 甲得向乙请求返还其陶马的规范基础,为第 259 条第 1 款规定。须以已解除契约为前提。解除契约,依第 254 条以下规定,应具备如下要件:

(1) 须有解除契约的权利。依 254 条其有要件二项:

① 债务人给付迟延,此须具备三项要件(第 229 条)。A. 债务已届清偿期:给付有确定期限者,债务人届期末为履行。B. 给付须可能。C.

须因可归责于债务人之事由未为给付。

② 债权人已定相当期间,催告其履行,于此期间内仍未履行。

(2) 须解除权未因受领物返还不能而消灭。依第 262 条规定,受领物返还不能者,构成解除权消灭原因,但须符合三项要件:

① 须受领之给付物,有毁损灭失,或其他情形不能返还。

② 不能返还须为有解除权人因可归责于自己之事由所致。

③ 返还不能须发生于解除权行使之前。

④ 须已行使解除权,即已向他方当事人为解除契约之意思表示(第 258 条第 1 项)。

2. 应认定的是,案例事实可否涵摄于上述各项要件之下:

(1) 甲有解除契约的权利。

① 乙应负给付迟延之责任。乙订于 3 月 15 日交付宋版后汉书下卷,期限届满,迄未履行,因该书外借未能取回,给付尚属可能,并系因可归责于乙之事由未为给付,故应负给付迟延责任。

② 甲已定期限催告,乙仍未履行。

(2) 甲的解除权并未消灭。甲自乙受领之宋版后汉书上卷,业已灭失,不能返还,并系由于可归责于自己之事由。有疑问者,系返还不能,是否发生于解除权行使之前。甲于 5 月 1 日起诉,5 月 20 日送达,该书于 5 月 26 日灭失。关键在于甲于何时为解除契约之意思表示。关于此点,1943 年上字第 2180 号判例谓:“契约解除权之行使,仅须有解除权之一方,以意思表示向他方为之,其于诉状为此意思表示者,于诉状送达他方时发生效力。”准此以言,甲于诉状内为解除契约之意思表示,于 5 月 20 日送达乙处,即已生效。甲所受领之给付物于 5 月 26 日灭失,其返还不能系发生于解除权行使之后,故甲的解除权仍未消灭。

(3) 甲已行使解除权。解除权之行使,应向他方当事人以意思表示为之,其方式如何,则非所问,依前开 1943 年上字第 2180 号判例,此项解除契约意思表示亦得于诉状内为之,于送达相对人时生效,故甲已于 5 月 20 日解除其契约。

3. 综据上述,甲得依第 259 条第 1 款之规定,向乙请求返还其所受领之陶马。

由上述两例可知,涵摄(Subsumtion)是一项严谨、精细、艰难的法学思维过程,一方面,须从法律规范去认定事实,另一方面,亦须从案例事实

去探求法律规范,剖析要件,来回穿梭于二者之间,须至完全确信,案例事实完全该当于所有的法律规范要件时,Subsumtion的工作始告完成,可进而适用法律,以确定当事人间的权利义务关系。

二、法律适用与评价

(一) 评价与共识

法律适用的形式为逻辑三段论法(Syllogismus),其实质则为评价(Wertung),即对其前提(包括法律规范案例事实)为必要的判断,如非婚生子女得否依第194条规定请求慰抚金?父母以未成年子女为连带保证人是否违反公序良俗?得否类推适用第787条规定肯定土地承租人的必要通行权?

评价乃个人的行为,兼含认识和意志。在一个开放社会,难期有定于一尊的权威或真理,终究须以个人的认知为判断的准据。然法律乃在规范社会生活,实现正义,故关于法律的适用自须克服个人的主观性,排除可能的偏见,而使评价“事理化”。^①为此,须一方面建立价值导向的思考方法,一方面以多数人关于正义或社会价值的共识作为评价依据。^②此种共识乃所谓的社会通念,以之作为评价的准据,具有实践的正当性,因为多数人的共识通常比个人的认知较能接近客观化的事理。又法官乃“代表”社会执行法律,依循社会多数人的共识适用法律,符合民主思想,维护平等原则,且能保障法律的安全性。然此并不排除于充分的理由时,得作成异于多数人的见解,此常为法律发展的契机,唯应负详尽论证的责任,乃属当然。

要获得共识,必须要有一个在制度上及程序上可以保障及促进自由交换意见的机制。如何建立此种机制,在台湾地区法学界有迫切的需要,期能增进学说的发展,理论与实务的交流,及促成通说的形成。不完全给付(积极侵害债权)是民法债务不履行的一个重要制度;在德国,Staub于1920年(《德国民法》施行后第二年)发表论文认为系法律漏洞,经热烈讨

^① “Versachlichung der Wertung”, Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 112.

^② 关于正义观念的共识 Konsensfähige Gerechtigkeitsvorstellung, 参见 Zippelius, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 1994, S. 12f.

论后,帝国法院即于1904年采其见解作成判决而实践之。^①在“民法”制定(1903年)后亦即发生民法对不完全给付是否设有规定的争论。迄至1988年始由“最高法院”作成决议,法学界对此在理论及实务界具有重大意义的决议,并无积极热烈的回应,致不完全给付未能在学说与实务的共识上,发展成为较为完善的制度。^②

(二) 社会发展与价值的变迁

法律的适用原则上应依循社会多数人关于正义的共识或通念,已如上述。但社会及价值观念并非停滞不进,而是处于不断变迁的过程,近年来台湾地区已逐渐转化成为多元的、资讯化社会,“宪法”上基本权利展现其为价值体系的功能,人格尊严已被肯定为“宪法”的基本原理,比例原则业已成为一种耳熟能详的思考方法,此对“民法”的适用产生深远的影响。“宪法”基本权利的第三人效力理论的形成,第185条“共同”侵权行为的“客观化”,权利滥用及诚实信用原则的运用,慰抚金请求权的扩大、类推适用案例的增加等,均在调整“民法”与社会价值的变迁,形成一种互动的关系。法律适用的正当性不在过去,而在现在,法律的解释或类推适用均应向前看,期能符合当前的社会需要及正义理念。

(三) 判断余地

法律适用固应依循关于正义或社会价值的共识,但关于某项法律问题,无共识的有之,法律规定未臻明确的,亦有之,致常发生有多种法律解释的可能性,法律漏洞是否存在等疑义。在此等所谓的 Grenzfalle(边缘案件)或 Hard Cases^③,就理论言,或仍可寻获得唯一正确的答案,但实际上则存有判断余地,仅能作成“言之有理,持之有故”的判断^④,此指难依一般可确信的论点证明其非属正确,且有某较值赞同的解决方法存在。于此情形,法官个人之法的确信甚为重要,唯仍应以充分必要的理由构

^① Staub, Positive Vertragsverletzung, 1902. 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。

^② 参见本书相关内容。

^③ Dworkin, Taking Rights Seriously, 1984(4th impression), p. 81.

^④ 德国判例学说称之为 Vertretbare Entscheidung, 参见 Zippelius, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 1994, S. 93f; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 116. 参见 Aharon Barak, Judicial Discretion, 1987, Yale University Press. Barak 原任以色列希伯来大学教授,时任以色列最高法院院长。作者于1999年3月23日访问以色列最高法院,承 Barak 赠送本书,旅途中读之,受益良多。

成,支持其判断的合理性,自不待言。

三、法律适用与论证^①

(一) 法学上论证的意义及结构

法律适用是一个基于逻辑形式而为的评价,此乃是一种论证,即以必要充分的理由构成去支持其所作成法律上的判断。法学上的论证是一种规范的论证,不在于证明真理的存在,而是在于证明某种法律规范适用的妥当或正确。如甲不法致乙死亡,关于乙的非婚生子女丙得否请求慰抚金,其须论证的是,第194条所称子女是否包括非婚生子女的。论证系对某种判断加以正当化的过程。

法学上的论证虽是普遍性实践论证的一种,但自有其特色,既属规范论证,其论证的形式和规则均须受现行法的限制,即在有效力的法规范上作法律适用合理性的推论和证明。所谓合理性,在形式上要求其合法,在实质上则要求符合正义。论证本身包括内部论证及外部论证,前者指法律适用的三段论法,前已述及;后者系以内部论证过程中所使用的前提为对象,如非婚生子女得否依第194条请求慰抚金,其应论证的是,该条所谓“子女”,是否包括“非婚生子女”。由此可知所谓法学上的论证,系以法律解释或类推适用为其主要内容,而此又涉及所谓的 *Rechtsdogmatik*。^②

(二) *Rechtsdogmatik*(法释义学)

在德国法学方法论,尤其是法学上的论证理论上,*Rechtsdogmatik*(法释义学)居于极为重要的地位,但对其功能则有不同的看法。释义性的思考方法源自神学,其所谓 *Dogma* 指阐释圣经及其启示所应严守的规则。^③ 法学上的释义的对象为法律,19世纪以来,学者多认为其主要任务在于

^① 法学上论证(*juristische Argumentation*)是法理学及法学方法论上的重要问题,台湾地区对此论述甚少。颜厥安:《法与实践理性》,介绍德国学者 Robert Alexy 的法论证理论(*Theorie der Juristischen Argumentation*, 1978)(收于《法与实践理性》,载《台大法学丛书》(103),允晨出版社1998年版),第55页至第212页,附有相关文献,引进阐释一种新的思考方法,深具价值,卓有贡献,以下简要论述多参照之。

^② Alexy 将外部论证的规则与形式分成以下六类:(1)法律解释的规则与形式(法律)。(2)法释义学之论证(法释义学)。(3)对判决先例之评价运用(判决先例)。(4)普遍性实践论证(理性)。(5)经验论证(经验)。(6)特殊法学论证形式(特殊法学论证形式)。详细的说明,参见颜厥安:《法与实践理性》,第155页以下。

^③ Rothacker, *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*, 1954.

对法律概念从事逻辑分析,建立法律体系,及运用概念体系于司法裁判。必须肯定的是,清晰明确的概念、严谨的体系结构,对法律的适用具有多种功能:可使实务上经常出现的问题获得较稳定的解决方法(稳定性功能);在制度化的运作下,结合理论与实务,促进法律的进步(进步功能);可以减轻法律问题在思考上的负担(减轻负担功能);便于法律的学习研究及传递法学资讯(技术功能);逻辑的契合及体系和谐有助于法律普遍化的适用。^①应强调的是,为不使法释义学成为概念法学,以僵硬的概念体系无批评性的服务于实定法的秩序^②,须引进价值取向的思考。为合理规范新的法律问题,适应社会需要及实践正义,须经常反省、修正或突破既有概念体系^③,使法释义学有助于在实践理性与道德的领域里,从事法之发现。^④

第三节 法律的解释

一、法律解释的必要性

(一) 法律解释是一种科学与艺术

具体的事实须具备法律规范的要件,始发生一定的法律效果。在此涵摄之过程中,常须对要件所使用的法律概念,加以解释,如屋顶尚未完工的房屋,能否谓为第 66 条第 1 项所称土地之“定着物”? 第 184 条第 1 项前段所称权利是否包括债权? 第 188 条所称受雇人是否须以成立雇佣契约为必要;执行职务,如何认定? 因此法律的解释,乃成为法律适用的基本问题。法律必须经由解释,始能适用。法律用语的意涵,须加阐明。不确定的法律概念或概括条款,须加具体化。法规的冲突,更须加以调和。德国法学家萨维尼(Savigny)曾谓:“解释法律,系法律学的开端,并

① 关于上述法释义学的功能,参见颜厥安:《法与实践理性》,第 170 页以下。

② Theo. Maly, *Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1981, S. 55.

③ Larerz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 45f. 参见 Esser, *Vorverständnis und Methodenauswahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl. 1972; Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974; Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?* 1973.

④ 参见 *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, 1990. 关于法与实践理性,另参见 Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, 1979.

为其基础,系一项科学性的工作,但又为一种艺术。”^①美哉斯言。

凡法律均须解释,兹再举第1条至第3条规定加以说明。第1条规定:“民事,法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理。”然则,何谓民事?何谓法律?是否包括命令在内?第757条所称法律是否包括习惯法或命令?何谓习惯?是否仅指习惯法,抑包括单纯惯例在内,“民法”其他条文所称习惯(第314条、第439条等),是否皆指习惯法?何谓法理?究指事物当然之理,自然法上的原则原理,抑或指自法律根本精神演绎而得之法律一般原则。第2条所谓民事所适用之习惯,以不悖于“公共秩序”或“善良风俗”者为限,如何予以具体化?第3条第1项规定“依法律之规定,有使用文字之必要者,得不由本人自写,但必须亲自签名。”其第2项规定:“如有用印章代签名者,其盖章与签名生同等之效力。”有疑问的是,印制债券时以机器印录方式签章,是否与亲自签名同具法律上效力?^②委由他人加盖铅字体之签名章或以机械排印方式签章,是否与本人亲自签章同具效力?^③所谓盖章,其印章应否包括姓名全部?由此可知民法每一个规定均须解释,概无例外。法律解释方法乃成为法学方法论的核心。^④

论者有谓:“某项规定,文义明确,毋待解释。”系经由解释而获得的结论。所谓“当然解释”,实乃解释的结果。为进一步认识体会法律解释的困难及其蕴涵的判断,再举具有争议性的二例说明之:

^① Savigny, System des römischen Rechts, I, 1841, S. 206 (台大法学院图书馆藏有此一法学名著,弥足珍贵。)

^② 查印章并无一定之形式,以机器印录方式(facsimile)签章,其印版自属印章之一种。又印章委由他人代盖,并无不可。故在印制债券时委由印制人以机器印录方式签章,自与亲自签章同具法律上之效力(法1980律字第1098号函)。

^③ 查印章并无一定之形式,签名章或以机械印制方法签章之印版,均属印章之一种,至于其印文系采铅字体抑或其他字体,意义并无不同,又委由他人代盖印章,依法并无不可。故股份有限公司股票上记载董事签名等情形,其系委由他人加盖铅字体之签名章或以机械排印铅字体方式签章,与本人亲自签章,在法律上具有相同之效力(法1983律字第5721号函)。

^④ 印章虽未包括姓名全部,但如能证明系出于本人意思表示,亦生盖章效力。所谓盖章,法律上并未规定其印章应包括姓名之全部,如所盖印章虽未包括姓名之全部,但能证明明确系出于本人意思表示者,当亦生盖章之效力(参见1975年第5次民庭庭推总会议决议、1980年台980函民字第5269号函)。

（二）实例解说

1. “民法”第 798 条

第 798 条规定：“果实自落于邻地者，视为属于邻地，但邻地为公用地者，不在此限。”此项规定，初视之下，似甚明了，实则疑义不少，分述如下：

（1）果实。果实，指植物所结之果而言，如甘果、珍果、浆果、苹果、无花果、莲雾、香蕉等。倘所掉落于邻地者，非属果实，而为花卉者，应如何处理？

（2）“自落”乃本条的核心概念，果实落地的情形得为：

- ① 果实成熟掉落。
- ② 果实因强风、地震而掉落。
- ③ 果实因鸟啄而掉落。
- ④ 果实因顽童掷石击中而掉落。
- ⑤ 果实因所有人收取之际失手掉落。
- ⑥ 果实因果树所有人驾车不慎撞到树木而掉落。
- ⑦ 邻地所有人驾车不慎撞到果树致果实掉落。
- ⑧ 第三人驾车撞到果树致果实掉落。
- ⑨ 果实因邻人故意摇动果树而掉落。

于上举 9 种果实掉落的情形（可能还有其他情形），何者属于第 798 条所称的“自落”？

（3）邻地。所谓邻地，其疑义有三：

- ① “邻”地者，是否指直接相邻者而言？
- ② 邻“地”者，除地面外，是否包括水面及屋顶？
- ③ 果实落于疆界线上时，应如何处理？如认为落于邻地，应由树木所有人与邻地所有人共有时，其应有部分应如何决定？

2. 第 190 条^①

第 190 条本文规定：“动物加损害于他人者，由其占有人负损害赔偿 responsibility。”其主要疑义，在于何谓占有人。又依第 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

^① 第 190 条所谓动物“占有人”，第 194 条，所谓“子女”，第 246 条所谓“给付不能”，均具争论性。本书所以再三反复提出讨论，旨在阐释法律解释的必要性，及解释方法之难有绝对客观的定论，并强调其论证的重要。

偿相当之金额。”其主要问题在于在非财产损害之金钱赔偿,应如何量定,始称“相当”。关于何谓“子女”,其范围如何,亦有争论。兹设一例说明之:

甲有狼犬,出租给乙,乙交其佣人丙看管,丙看管失周,狼犬咬死某男丁,丁遗有养子一人戊及未认领之非婚生女庚各一人。问戊及庚就其非财产上之损害,得向何人请求相当金额之赔偿?

关于此项损害赔偿请求权的当事人,应分权利人及义务人两方面言之:

(1) 就请求权主体而言,其应究明的是,戊及庚是否为第 194 条所称之“子女”。养子女戊为本条所称“子女”,应予肯定,其所称“子女”是否包括非婚生子女庚在内,则有争论,此即为法律解释所要解决的问题。^①

(2) 就被请求人(义务人)而言,应究明的是,甲、乙及丙何人为占有人。甲为狼犬的所有人,出租于乙,甲为间接占有人,乙为直接占有人(参阅第 941 条),乙将该狼犬交丙看管,丙系受乙之指示,而对于物有管领之力者,故仅乙为占有人,丙则为占有辅助人。问题在于第 190 条所谓占有人,是否仅指直接占有人,抑或包括间接占有人及占有辅助人。此亦为法律解释所要解决的问题。^②

凡法律均须解释,始能适用,已再三说明。然则,法律究应如何解释?此涉及四个问题:

- (1) 法律解释之目的。
- (2) 解释法律的方法。
- (3) 不确定法律概念或概括条款(例如诚实信用、公序良俗、重大事由)的具体化。
- (4) 如何达成法律解释的客观性。

二、法律解释之目的:立法者的意思或法律的规范意旨

(一) 一则往事的追忆

关于法律的解释,在方法论上向来区别两个问题:解释之目的和解释

^① 参见本书相关内容。

^② 参见本书相关内容。

的方法。

关于法律解释之目的,本书作者早年任职某部会法规委员会,曾参与讨论一项法律问题,印象深刻,特予提出,以供参考。

查原“遗产税法”(现修改为“遗产及赠与税法”)第13条规定:“被继承人死亡前5年内分析赠与继承人之财产,应视为遗产之一部,一律课税。”有某甲死亡,遗有妻儿,生前部分财产赠与其兄乙。争议的问题在于乙是否为本条所谓“继承人”。某与会人士谓:“本条所谓继承人,应采广义解释,包括第1138条所定法定继承人,即被继承人之配偶、直系血亲卑亲属、父母、兄弟姐妹、祖父母,不问其顺次,均为此所谓之继承人。文义上纵有疑义,亦应采此解释,关于‘遗产税法’的制定,本人曾参与其事,本条规定为吾人所草拟,立法原意,确属如此,自应尊重。”赞成此说的,颇有其人。其持不同见解的则谓:“本条所谓继承人,系指于特定继承案件实际继承之人而言,文义明确,应无疑义。某甲死亡,遗有妻儿及兄弟,其妻、儿为继承人,兄弟则非继承人。立法者之意思固应尊重,但“政府”与人民所共信守者,乃基于法律文义所表现之客观规范意旨,何况立法者的意思如何,实难查询。逃漏税捐,诚值重视,但可借修改法律防范之。”赞成此说者,亦不乏其人。初步决定采取后说,最后如何决定,不得而知。应注意的是,为解决此项争议,现行“遗产及赠与税法”乃设明确的规定,其第15条谓:“被继承人死亡前3年内赠与下列个人之财产,应于被继承人死亡时,视为被继承人之遗产,并入其遗产总额,依本法规定征税:①被继承人之配偶。②被继承人依第1138条及第1140条规定之各顺序继承人。③前款各顺序继承人配偶。”

(二) 主观说与客观说的争论

前述关于旧“遗产税法”第13条的争议,涉及法律解释目的上“主观说”及“客观说”的争论。主观说认为法律解释乃在探求立法者意思,客观说则认为法律解释乃在阐释法律本身蕴含的意旨。主观说与客观说的争论,肇自18世纪德国普通法时代,迄至今日,仍然针锋相对,尚无定论。虽有学者致力于折中二说,仍未被普遍接受。就整个发展趋势而言,19世纪及20世纪初期偏重主观说,随着民主宪政的发展,客观说成为通说,其主要理由有四:

(1) 一个具有意思能力的立法者,并不存在,法律的草拟,历经各单位机关,何人为立法者,殊难确定。意思不一致时,应以何人为主,实有疑

问(意思论点, Willensargument)。

(2) 具有法律效力的,系依法律形式而为的外部表示,而非存在于所谓立法者的内心意思(形式论点, Formargument)。

(3) 受法律规范之人所信赖的,乃法律的客观表示,而非立法者主观的意思(信赖论点, Vertrauensargument)。

(4) 客观说最能达成补充或创造法律的功能。倘采主观说,则法律的发展将受制于“古老的意思”,不能适应新的社会需要(补充论点, Ergänzungsargument)。^①

法律哲学家 Radbruch 倡导客观说最力,认为法律似船,虽由领港者引导出港,但在海上则由船长指导,循其航线而行驶,不受领港者之支配,否则将无以应付惊涛骇浪,变色之风云。Radbruch 并引用康德所谓“解释者较诸作者本人,更能认识自己。”^②亦有认为“法律制定之后,即进入了社会之力的磁场,由此而获得其在内容上的继续发展。”^③此等比喻在某种程度说出了客观说的基本论点。

台湾学者对法律解释之目的,多采客观说。^④实务上的裁判甚少论及此项问题。最具启示性的是,多年前关于土地增值税与抵押权孰为优先的激烈争论,虽属往事,方法论上仍具意义。

“实施都市平均地权条例”修正前原第 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,通知当地主管稽征机关,据以核计土地增值税,并由执行法院于承买人所缴价款内,除法律另有规定外,优先于一般债权代为扣缴。”^⑤本条所谓“一般债权”是否包括抵押权担保的债权在内未臻明确,因而发生土地增值税与抵押权孰先受偿的问题。

^① 关于此四项论点的争论,参见 Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 114f; Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 67f.

^② Kant, Kritik der reinen Vernunft, Werkausgabe, Bd. III-IV, hg. v. Weischedel, 10. Aufl. 1988, S. 322.

^③ Metzger, ZSt W59(1940), 573.

^④ 参见洪逊欣:《中国民法总则》,1976年1月修订初版,第35页;施启扬:《民法总则》,北京大学出版社2009年版;较深入的论述;黄茂荣:《法律解释学上之基本问题》,载《台大法学论丛》,第5卷,第2期,第1页以下。

^⑤ 关于土地增值税与抵押权的顺位,现于“税捐稽征法”第6条第2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。”

若干立法界人士再三认为,依立法资料而推知的立法本旨,土地增值税应不优先于抵押权受偿。“最高法院”则采相反见解,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,乃对于不受益者之劳力费用所生土地增值之课税,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条参照)。故征收土地增值税在‘政府’与原土地所有人间,有似共有权益之分割,而以征税额为‘政府’之应有部分,此应有部分,既不属于原土地所有人权益范围,原土地所有人之任何债权人,自均不得就此部分为任何之主张。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。”

在法学方法上,“最高法院”判决具有两点意义:(1)以客观化的法律意旨作为法律解释的目的,而不受拘束于若干参与立法过程之人的主观意思。(2)土地增值税优先于抵押权旨在实践“宪法”第143条第3项:“土地价值非因施以劳力资本而增加者,应由‘政府’征收土地增值税,归人民共享之”的规定,以符合“宪法”的解释来决定“法律”的内容。^①需注意的是,法律的解释的目的固在阐释客观化的法律意旨,但法律意旨的探求仍应斟酌立法者具体的规范意思、价值判断及利益衡量,不能完全排除立法者的意思于不顾,在此意义上,法律解释实乃属结合客观意旨及主观意思,致力于实践正义的一种过程。

三、法律解释的方法

法律解释在于探究法律客观的规范意旨,其主要方法因素,标准有

^① Wank, Die Auslegung von Gesetz, 1997, S. 66 称之为 *Verfassungskonforme Auslegung als Inhaltsbestimmung*. 关于“合宪”解释及体系解释,参见本书相关内容。

五:① 法律文义。② 体系地位。③ 立法史及立法资料。④ 比较法。
⑤ 立法目的。兹分述如下:

(一) 法律文义

思考的问题:

(1) 试说明第 373 条所谓:“危险”的意义。

(2) 试比较说明第 84 条、第 118 条、第 759 条、第 765 条所谓“处分”的意义。

1. 文义是法律解释的开始与界限

文义是法律解释的开始,也是法律解释的终点。法律解释始于文义,然如所周知,法律概念具多义性,有其核心领域(概念核心, Begriffskern)及边际地带(概念周边, Begriffshof),其射程的远近,应依法律意旨而定,在边际灰色地带容有判断余地,但不能超过其可能的文义。否则即超越法律解释的范畴,而进入另一阶段的造法活动(法律续造, Rechtsfortbildung)。尊重文义,为法律解释正当性的基础,旨在维持法律尊严及其适用之安定性。

第 194 条规定:“不法侵害他人致死者,被害人父母、子女及配偶,虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额。”配偶的概念,较为明确,不包括离婚者,未婚妻,同居者。何谓子女则有疑义。就其概念核心言,指“婚生子女”,并包括“养子女”,应否扩张其射程及于“非婚生子女”,应参酌其他解释方法判定之。

2. 法律文义的专门性

法律概念取诸日常生活上的用语,原则上固应由此探寻其意义。如“人”、“物”、“胎儿”等是。唯日常生活上的语言于成为法律概念之后,即具有法律上的意义。如“善意”,非指好心,乃指“不知情”;“不动产”、除土地外,包括土地上的定着物,而所谓定着物,亦有其功能性及经济上的意义。^①

① 1981 年台上字第 2221 号判例:“系争房屋原计划盖建二楼,而建筑之程度,二楼结构业已完成,仅门窗尚未装设及内部装潢尚未完成,此项尚未完全竣工之房屋,已足避风雨,可达经济上之使用目的,即成为独立之不动产。上诉人向被上诉人买受系争房屋,依第 758 条规定,自须办理所有权移转登记手续,始能取得系争房屋之所有权,不能以行政上变更起造人名义之方式,取得系争房屋之所有权。”

关于法律用语的“专门化”,再以第 373 条所谓“危险”为例加以说明。第 373 条规定:“买卖标的物之利益及危险,自交付时起,均由买受人承受负担,但契约另有订定者,不在此限。”本条所谓“危险”,难由其通常用语加以了解,实具法律上特殊意义,乃指价金的危险而言,即买受人应承担支付价金的不利益。按因不可归责双方当事人之事由,致给付不能者,债务人(出卖人)免交付其物,并移转所有权之义务(第 225 条第 1 项),债权人(买受人)亦免为对待给付(价金)之义务(第 266 条)。准此以言,出卖人虽已交付买卖标的物,但未移转其所有权,而该物因不可归责于双方当事人之事由而灭失时,出卖人仍不得请求价金。第 373 条系对此原则设有限制,将对待给付(价金)的危险提前于交付时,移转于买受人。故出卖人虽因标的物灭失,不能移转其所有权(给付不能),仍得依此规定,向买受人请求支付约定之价金。

3. 法律概念的相对性

关于文义解释,值得注意的是,法律所使用同一概念时,原则上固应作同一的解释,以维护法律适用的安定性。唯此并非绝对,同一概念具有不同意义的,时亦有之,是为法律概念相对性(Relativität der Rechtsbegriffe)。处分为民法上最常用之基本概念,但意义广狭不同^①:

(1) 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,并排除他人之干涉。”其所谓处分,最属广义,包括事实上及法律上的处分。所谓事实上的处分,乃就原物体加以物质的变形、改造或毁损而言,如拆屋重建是。所谓法律上的处分,除负担行为(债权行为,如买卖、租赁契约等)外,尚包括处分行为,如所有权的移转,抵押权的设定及所有权的抛弃。

(2) 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。”其所谓处分,指法律上的处分而言,事实上的处分不包括在内,乃广义的处分。

(3) 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

^① 1950 年台上字第 105 号判例,1980 年台上字第 558 号及第 3037 号判决;参见拙著:《出卖他人之物与无权处分》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社 2009 年版。关于处分概念的分析整理,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版。

分,仅指处分行为而言,即属狭义的处分。

有疑义的是,第118条第1项规定:“无权利人就权利标的物所为之处分,经有权利人之承认始生效力。”其所谓处分究指何而言,“最高法院”曾认为“不以物权行为及准物权行为为限,买卖契约亦包括在内。”^①依此见解,出卖他人之物的买卖契约(债权行为),于权利人承认前,将不生效力,买受人不能主张契约上之权利,是否妥适,诚有疑问。实则第118条所谓的无权“处分”,系指处分行为(物权行为及准物权行为)而言,不包括买卖契约在内,从而甲借用乙的房屋,伪称该屋为其所有,出卖给丙,其买卖契约有效,丙得依第348条之规定,向甲请求交付其物,并移转其所有权,甲不能为给付时,应依债务不履行规定,负损害赔偿赔偿责任。

4. 扩张解释及限制解释

法律的文义,有诸种解释可能时,应参酌其他解释方法,作狭义(限制)解释,或广义(扩张)解释,就前者言,如将第118条所称无权“处分”,解为仅指处分行为而言。就后者言,如将第194条所称“子女”解为应包括“非婚生子女”。

学说上有认为例外规定应作限制解释,此可作为参考,但不能作为准则。仍应依法律意旨认定之。第949条系善意取得的例外规定,而第950条则为第949条的例外规定,复归于善意取得原则。就第949条言,其须解释的有两点:①何谓盗赃;②两年期间所有权的归属。关于前者实务上认为所谓盗赃,系指以窃盗、抢夺,或强盗行为夺取之物,其由诈欺取得之物,不包括在内,乃在限制其适用范围。关于后者,目前多数说认为应归由善意受让人取得,以贯彻善意取得制度。

(二) 法律体系

思考的问题:

(1) 甲出卖其地给乙,未订立书面契约。问乙得否请求交付其物,并办理所有权移转登记?

(2) 代理权的授予是否为债之发生原因?

(3) 甲与乙共有一屋,应有部分各半。问甲得否以其应有部分为丙设定抵押权?

^① 参见拙著:《出卖他人之物与无权处分》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版。

1. 法律的外在体系

法律的外在体系(außere Systematik),指法律的编制体例,如“民法”第几编、第几章、第几节、第几款、第几项,及前后条文的关联位置,此亦可资阐明法律的规范意旨。

第760条规定:“不动产物权之移转或设定,应以书面为之。”本条所谓书面究何所指,学说上甚有争论,有谓系指债权行为买卖契约的书面形式,有谓系指物权行为的书面形式,有谓系兼指债权行为及物权行为的书面形式。就第760条系于物权编设其规定的体系地位言,应为认系指物权行为应订立书面形式言^①,1968年台上字第1436号判例谓:“不动产物权之移转,应以书面形式为之。其移转不动产物权书面未合法成立,固不能生移转之效力。唯关于买卖不动产之债权契约,乃非要式行为^②,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。出卖不动产之一方,自应负交付该不动产并使他方取得该不动产所有权之义务,买受人若取得出卖人协同办理所有权移转登记之确定判决,则得单独声请登记取得所有权。移转不动产物权书面之欠缺,即因之而补正。”

甲遗失某名贵邮票,被乙拾获,交丙鉴定,因丙之受雇人之过失而灭失。在此情形,甲(所有人)原得向乙(占有人)请求返还其所拾获的邮票(第767条),但该邮票业已灭失,善意之乙原则上不负赔偿责任(第953条)。有争论的是,甲得否要求乙让与其对于丙基于契约而生的损害赔偿请求权?通说采否定说,其理由为民法对于此种让与请求权,未设规定,而第228条“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,或基于其权利对于第三人之请求权”之规定,系规定于债务不履行,于物上请求权无适用的余地。^③

应注意的,法律体系上的地位,仅为解释法律的一项方法,并非绝对,仍须参酌其他因素决定之。如典权之体系位置系在担保物权(质权及

^① 参见拙著:《论移转不动产物权之书面契约》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版。

^② 值得注意的是,债编部分修正条第166条之一规定:“契约以负担不动产物权之移转、设定或变更之义务为标的者,应由公证人作成公证书。未依前项规定公证之契约,如当事人已合意为不动产物权之移转、设定或变更而完成登记者,仍为有效。”

^③ 德国通说,参见Larenz, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 309f.; Westermann, Sachenrecht, Band I, 6. Aufl. 1990, S. 205.

留置权)之间,但通说依据第911条规定的内容:“称典权者,谓支付典价,占有他人之不动产,而为使用及收益之权。”仍认为典权系属用益物权。又“代理权之授与”依其体系位置,虽在“民法”债编第一章(通则)第一节(债之发生)第2款设其规定,但通说仍不因此而认其属债之发生原因。

关于体系解释,值得提出讨论的是,应有部分得否设定抵押的问题。第819条规定:“各共有人,得自由处分其应有部分。共有物之处分、变更及设定负担,应得共有人全体之同意。”“司法院”院字第1516号解释曾认为应有部分不得为抵押权之标的物,其主要理由为第819条第2项规定:“共有物之处分、变更及设定负担,应得共有人全体之同意。”系将“处分”、“变更”及“设定负担”三者并举,同条第1项仅列处分,与该条第2项比较,并不包括设定负担在内,于是各共有人自不得以其应有部分设定抵押权。”此项解释,“纯”以法条的相关地位作为依据,诚非妥适。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他共有人利益,裨益资金融通至巨,实无禁止必要。为此,大法官会议第141号解释乃认为:“共有之房地,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。”就解释方法言,系对第819条第1项所称“处分”作广义解释,包括设定负担在内。

2. 法律的内在体系^①

法律的内在体系(innere Systematik),指法律秩序的内在构造、原则及价值判断而言。法秩序是个阶层结构,犹如金字塔,宪法居其顶层,其下为一般法律,再其下为命令,基于法秩序统一性的理念,应使其互相协合,不生冲突。在解释方法上应予实践的有二:

(1) 为维护法律用语的同一性,同一的概念用语,应作相同的解释。关于法律概念的相对性,前已论及,敬请参照。

(2) 须使下位阶层的规范不与上位阶层的规范发生矛盾。若有矛盾存在,则应依规范冲突的规则处理,如法律与“宪法”抵触者无效,命令与法律或“宪法”抵触者无效。有解释的可能时,应维持该下级规范的存在,作符合“宪法”的解释。^②

^① Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969。

^② 关于法秩序的统一性,参见Engisch教授的名著,Die Einheit der Rechtsordnung, 1935。最近著作, Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995。

(三) 立法史与立法资料

思考问题:

(1) 甲遗失狼犬,悬赏10万,禁治产人乙不知悬赏广告而寻获该犬时,得否向甲请求10万元报酬?

(2) 甲于3月2日出卖某名贵兰花给乙,交付前夕,发现该兰花于3月1日已被其店员出售给丙,并移转其所有权,不能给付时,甲与乙间之买卖契约是否有效?

立法史与立法资料,有助于探寻立法者制定法律时的立法政策及其所欲实践之目的,亦属解释法律之一项重要方法。就现行“民法”言,其值参考的,有“民律草案”(尤其是立法理由书)、“第二次民律草案”及有关之立法资料。此项立法资料对于澄清民法上若干重大争议,至有助益。

“悬赏广告”的法律性质如何,是台湾地区一向素有争议的问题。有认为第2编第1章第1节第1款第164条,于契约条文之后规定悬赏广告,故其性质应属契约说(要约说)。^①实则,此项悬赏广告的体系位置,尚不足作为决定其法律性质的依据。悬赏广告的法律性质,应依第164条规定内容判断之。本条既明定对于不知广告而完成行为之人,广告人仍应负给付报酬之义务,可知因广告而负给付报酬之义务,并非由于契约,乃基于广告人单独的一方行为而生,应属单独行为说。又第164条系仿自“民律草案”第879条,文义相同,其立法理由书谓:“谨按广告者,广告人对于完结其所指定行为之人,负与以报酬之义务。然其性质学说不一,有以广告为声请订约,而以完结其指定行为为默示承认者,亦有以广告为广告人之单务约束者。本案采用后说,认为广告为广告人之单务约束,故规定广告人于行为人不知广告时,亦负报酬之义务。”^②可资佐证。准此以言,禁治产人虽无行为能力,于完成广告所指定之行为时,亦得请求报酬[参阅上举思考问题之案例(1)]。反之,若采契约说,则禁治产人不能自为承诺,而请求报酬,故自保护完成行为人的观点以言,亦以单独

^① 参见郑玉波:《民法债编总论》,第62页。

^② 《民法制定史料汇编》,民法研究修正委员会编译丛书之二,1976年6月,第621页。参见拙著:《悬赏广告法律性质之再检讨》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。

行为说较为可采。^①

又第246条第1项本文规定：“以不能之给付为契约标的者，其契约为无效。”其所谓“不能之给付”，系指自始不能而言，虽可由“文义”而确知，唯究指客观不能抑主观不能，仍有疑问。台湾学者一向认为此乃指客观不能而言，其主要理由有二：（1）对所谓“不能之给付”，采限制解释，以维持契约的效力，保护债权人之利益（履行利益）。（2）“民律草案”第514条规定：“以不能给付为标的之契约无效。”其立法理由书谓：“谨按，当事人得自由以契约订定债务关系之内容，而其契约则以可能为必要，故以客观不能给付（不问其为相对之不能或为绝对之不能）为标的之契约，终归无效，所以防无益之争议也。但其不能系指主观之不能而言，则其契约仍应认为有效，使债务人负损害赔偿之责，然此无待明文规定，故本条仅明示其旨。”^②此项立法理由明确，认为以主观不能的给付为标的之契约，应属有效。^③准此以言，甲出卖某名贵兰花给乙，于订约前，被其店员出售于他人，并移转其所有权，届期不能给付者，系属主观不能，契约仍属有效。

关于立法资料的应用，应注意者有三：

（1）参考立法资料，并非在于探求立法者主观的意思，而是在于发现客观的法律意旨。

（2）立法资料的价值，应依社会变迁予以评估。一般言之，法律愈新，立法资料愈有参考价值，法律愈老，参考价值较少，但仍不能因此而认为其无参考的价值。

（3）台湾地区判例与学说征引立法文献作为解释材料，尚未普遍，资料取得不易，或为原因之一。因此法律的制定或修正，应附详细立法理由书，会议记录若能择要整理刊行，对于法律解释适用，当有重大助益。

^① 值得注意的是债编部分条文修正“明定”悬赏广告为契约，而将原第164条第1项后段：“对于不知有广告而完成该行为之人，亦同”，改列同条第4项：“前三项规定，于不知有广告而完成广告所定行为之人，准用之。”立法理由书谓：“悬赏广告之性质如何，有单独行为与契约之不同立法例。台湾学者间亦有如是两种见解。唯为免理论争议影响法律之适用，并使本法之体例与规定之内容一致，爰将第1项末段‘对于不知有广告而完成该行为之人，亦同’移列为第4项，并将‘亦同’修正为‘准用之’，以明示本法采取契约说之旨。”

^② 《民法法制史料汇编》，第446页。

^③ 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。

(四) 比较法

思考的问题:(1)第18条第2项所谓:“损害赔偿”与“慰抚金”,其意义如何?(2)第365条规定的解除权或减少价金请求权的6个月期间,究为消灭时效抑为除斥期间?

1. 比较法的功能

外国立法例及判例学说的比较研究,可供发现不同的规范模式及共同的正义观念,得作为立法及法律适用(法律解释、概括条款的具体化及类型化、填补法律漏洞)的参考,深具意义。比较法通常被列入“规范目的”解释方法之内,鉴于台湾地区法律多继受外国法,台湾地区法学所具比较法的特色,特单独予以列出,作为一种解释方法,期能更获重视,并加强在此方面的研究。^①

英国法院素称保守,但早在1833年,即曾引用法国民法学者Pothiers所著“Traite des obligations”(债法论),作为判决资料。德国法学昌盛,世所公认,但其最高法院亦常引述外国立法例作为判决依据。瑞士判例学说更明白承认外国立法例(比较法),得作为补充法律不备的手段。瑞士民法起草人Eugen Huber曾谓:“彼此来往,实为个人生活上所必要。国家民族亦然,不能使民法典的制定成为中国的万里长城。”强调瑞士民法制定以后,绝不可闭关自守,尚须随时吸收外国立法例及判例学说,期能与时俱进,实践其规范机能。

台湾地区法学研究多参考德、瑞、日等国家或地区立法例及判例学说,作为诠释台湾地区“民法”的重要参考资料^②,其主要原因系由于现行“民法”系继受德、瑞、日等国家或地区立法例而制定。近年来,民法的发展渐受美国法的影响,就方法论言,如法律的经济分析的引进;就个别领

^① 参见拙著:《比较法与法律之解释适用》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版;Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 12f. 31f.; Schwenzner/Markus Müller-Chen, Rechtsvergleichung: Fälle und Materialien, 1996. 关于比较法与学说继受,预定于拙著:《民法理论、方法与社会变迁》一书中再行论述。

^② 参见史尚宽:《民法总论》,自序谓:“……尽量参照国内外新著及最近学说判例,综合比较。”债法总论,自序谓:“……参照瑞士德国及法、日诸国关于民法原著,分别探本溯源,综合研究。”戴炎辉:《中国亲属法》,自序谓:“……现行‘民法’固曾保存传统,唯因社会生活已经改变,故又采用外国尤其欧洲大陆法系之思想,及其立法技术。然台湾地区条文常有欠明了之处,而现今社会环境又与立法当时已有相当距离,故奉书常用比较法制之方法,借以阐明法文之本意,并求其能适应时代之潮流。”可供参考。

域言,如侵权行为法之继受产品责任 Wrongful Birth 等。^① 关于特别法,如“动产担保交易法”、“公平交易法”、“消费者保护法”及“信托法”等,多继受美国法的制度,如何将之纳入台湾地区现行“民法”的概念及思考方法,融为有机的体系,乃解释适用的一项重大任务。

值得注意的是,实务上亦明白肯定外国立法例得作为法理而适用,1970年台上字第1005号判决谓:“关于第一笔57693元部分(包括砖造围墙)倘确属有益费用,又已因上诉人之增加设施,所借用房屋之价值,显然增加,在民法使用借贷一节之内,虽无请求偿还或返还其价值之明文,然依据外国立法例,既不乏得依无因管理或不当得利之法则,请求偿还或返还之规定,则本于诚实信用之原则,似非不可将外国立法例视为法理而适用之……”此项见解固值赞同,但若能进一步深入及于外国判例学说,将更具意义。

2. 比较法与民法的解释

比较法涉及法系、功能比较及学说继受等问题,在此难以深论。现行“民法”系仿德国民法,若干亦兼采瑞士、日本的立法例,致在解释上产生疑义,兹提出若干问题说明如下:

(1) 人格权被侵害时的损害赔偿或慰抚金请求权

第18条规定:“人格权受侵害时,得请求法院除去其侵害;有受侵害之虞时,得请求防止之。前项情形,以法律有特别规定者为限,得请求损害赔偿或慰抚金。”所谓“损害赔偿”或“慰抚金”的意义如何,颇滋疑义,有赖比较法的研究,予以澄清。

① 应予提出的是,第18条系仿自《瑞士民法》第28条第2项:“人格关系遭受不法侵害者,得诉请除去其侵害。请求损害赔偿(Schadenersatz)或给付慰抚金(Leistung einer Geldsumme als Genugtuung),应以法律有特别规定者为限。”依瑞士民法的用语,所谓Schadenersatz,系指财产上损害赔偿,所谓Genugtuungsgeldsumme,系指非财产损害赔偿而言。

② 台湾地区关于侵权行为及损害赔偿制度,原则上系采德国立法例(《德国民法》第823条、第826条、第213条以下)。台湾地区“民法”第184条第1项前段规定所称权利应包括人格权,“损害赔偿”兼指财产上损害赔偿及非财产上赔偿。关于损害赔偿方法,则以恢复原状为原则,金

^① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

钱赔偿为例外,而于第195条第1项规定:“不法侵害他人之身体、健康、名誉或自由者,被害人虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额。”(相当于《德国民法》第847条)。

比较法的观察,可供“发现”问题的所在,借由解释尽量使之纳入现行“民法”的概念体系:

A. 第18条第2项所称损害赔偿,在瑞士民法上原指财产上损害赔偿,在台湾地区“民法”上则应解释为包括财产上损害及非财产上损害,即故意或过失不法侵害他人的人格权时,被害人就其所受财产上及非财产上损害,均得依第184条第1项前段规定请求损害赔偿,并依第213条规定请求恢复原状。如毁人脸容时,应为美容,以除去或减少被害人精神上的痛苦(非财产上损害)。

B. 第195条第1项所谓:“虽非财产上损害,亦得请求赔偿相当之金额”,乃第18条第2项所称得请求“慰抚金”。易言之,所谓“慰抚金”,其意义同于“对非财产上损害之相当金额的赔偿。”^①

C. 综合第18条第2项及第184条及第213条等规定,可知人格权受侵害时,于法律特别规定的情形,得请求慰抚金。唯财产权受侵害时(如数十年日记被毁损灭失)^②,纵被害人受有精神上痛苦,概无请求慰抚金的余地。

(2) 第365条所定行使解除契约或请求减少价金期间的法律性质

第365条规定:“买受人因物有瑕疵,而得解除契约或请求减少价金者,其解除权或请求权于物交付后6个月内,不行使而消灭。前项规定于出卖人故意不告知瑕疵者,不适用之。”关于本条所定“6个月”间期究为消灭时效或除斥期间,甚有争论。

^① 关于侵害身份权与慰抚金请求权,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

^② 司法业务第一期研究会曾提出一则具有启示性之法律问题:“民法有关条文所定‘虽非财产上损害,亦得请求赔偿相当之金额’与‘慰抚金’,两者有何不同?讨论意见有二说:甲说认为,民法中关于‘虽非财产上损害,亦得请求赔偿相当之金额’之规定有第194条、第195条第1项、第979条、第999条第2项、第1056条第2项;关于‘慰抚金’之规定有第18条第2项。二者之不同,乃前者所得请求赔偿之范围较后者为广,前者包括后者,而后者不能包括前者,故除慰抚金外,当事人间如尚有其他非财产上损害时,亦可请求赔偿。例如被杀受伤,住院治疗时,则除财产上(医药费等)、精神上(慰抚金)损害外,即时间上光阴之浪费亦属非财产上损害,亦得请求赔偿。乙说认为,二者含义相同。研讨结论采甲说。“司法院”第一厅研究意见:同意研讨结论。关于本件研究意见的评论,参见拙著:《时间浪费与非财产上损害之金钱赔偿》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版。

立法理由书谓：“谨按买受人因瑕疵买卖契约之解除权，及减少价金之请求权，若出卖人并未与买受人特约，于特定期间内负担责任者，则于物之交付后，经6个月而不行使者，其权利因时效而消灭，所以除去不确定之状态也。但出卖人明知有瑕疵而故意不为告知者，则不适用此消灭时效之规定，买受人仍得随时行使契约解除权，及减少价金请求权，以出卖人有背于交易之诚实及信用也。”系采消灭时效说。^① 1933年上字第716号判例谓：“‘民法’所定之消灭时效，仅以请求权为其客体，故就形成权所定之存续期间，并无时效之性质。契约解除权为形成权之一种，第365条第1项所定6个月之解除权存续期间，自属无时效性质之法定期间。”就契约解除权系采除斥期间说，唯对减少价金“请求权”，未明确表示意见。^②

为何发生此项争议？此只能在比较法求其“解答”。

“民法”第365条系仿自《德国民法》第477条规定。^③ 买受人得主张Wandlung及Minderung两种权利。前者为买卖的解消，后者为价金的减少。就《德国民法》第477条规定文义言，均属请求权（Anspruch auf Wandlung oder auf Minderung），故其所定6个月（动产）及1年（不动产）期间，系消灭时效。^④ 第365条将德文Anspruch auf Wandlung译为解除契约；将Anspruch auf Minderung译为请求减少价金，仍保留“请求权”的用语；所谓“6个月间，不行使而消灭”；原属消灭时效的用语，致生疑义。关于其解释适用，应说明者有四：

① 解除契约属形成权。“所谓请求减少价金”，应解为系“主张”减少价金，使其亦具形成权的性质^⑤，俾免发生歧义。

② 解除契约及“请求”减少价金既同具形成权性质，则6个月期间应解为系除斥期间。在出卖人故意不告知瑕疵时，不适用此项除斥期间，学说上有人认为，可准用一般消灭时效（第125条）之规定，经过15年，不行

① 学说上采此见解的，梅仲协：《民法要义》，第253页。

② 学说认属除斥期间者，郑玉波：《民法债编各论》（上），第53页。

③ 史尚宽：《债法各论》，第35页。

④ 同上注，第44页。

⑤ 同上注，第35页。

使而消灭。^①此乃出于为迅速了结因物之瑕疵担保而生的法律关系,但就理论言,除斥期间“准用”消灭时效期间,终嫌未洽,应有明确规定的必要。

③ 第365条的解释适用在法学方法上具有意义,将德国民法上的Wandlung或Minderung,转变解释为具形成权的性质,在理论言,实属进步。立法理由书明示“6个月期间”为消灭时效,仍从德国立法例。判例学说借着对解除契约或请求减少价金法律性质的重新认定,而解为系属“除斥期间”。此项转换,固值赞同,但仍因此产生若干难以完全克服的问题,已见前述。

④ 第365条以“交付”时起算的6个月“除斥期间”,其期间过短似不足保护买受人^②,在立法上应有重新检讨的必要。债编部分条文修正已将第365条修正为:“买受人因物有瑕疵,而得解除契约或请求减少价金者,其解除权或请求权,于买受人依第365条规定为通知后6个月间不行使或自物之交付时起经过5年而消灭。前项关于6个月期间之规定,于出卖人故意不告知瑕疵者,不适用之。”

(五) 立法目的

思考的问题:

(1) 甲邮寄函件给乙,表示解除契约,该信于10月1日投入乙的信箱后,被他人取走,数日后始被发现。甲主张解除契约的意思表示于10月1日到达乙,有无理由?

(2) 甲出租一狼犬给乙,乙交其佣人丙看管但失周,致狼犬咬伤丁。问丁得向何人请求损害赔偿?

任何法律均有其规范意义和目的,解释法律乃在实践法律的意旨,因此解释法律时必须想到:“为何设此规定,其目的何在?”需注意的是,法律目的具有多种层面,有为具体的规范目的;有为抽象目的,如法律的社会作用,经济效率以及公平正义等,应视情形,一并加以斟酌。

^① 史尚宽(《债法各论》,第44页)及郑玉波(《民法债编各论》(上),第54页),均以“民法总则施行法”第17条及“债法施行法”第3条为此项准用的依据,容有商榷余地。

^② 关于《德国民法》第477条与台湾地区“民法”第365条的比较,短期消灭时效(或除斥期间)的规避及立法政策等问题,参见拙著:《出卖之物数量不足、物之瑕疵、自始部分不能与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第八册),北京大学出版社2009年版。

在探究法律的具体规范目的时,首先要发现某项法律所要调整的各种利益,然后再探求法律上判断标准。兹以动产善意取得为例加以说明。甲擅以乙所有的某画作为己有,出卖予丙,并为交付以移转其所有权时,善意的丙能否取得其所有权,涉及两个利益,所有权的保护和维护交易安全。现行“民法”规定所采的评价标准偏重维护交易安全,而肯定善意取得(第801条、第948条),但为兼顾所有人的利益,于第949条规定:“占有物如系盗赃或遗失物,其被害人或遗失人,自被盗或遗失之时起,2年以内,得向占有人请求恢复其物。”本条在解释上有两点疑义:①所谓盗赃或遗失物究为列举规定,抑为例示规定。②在此2年期间内,标的物的所有权究属何人所有。

衡诸第949条兼顾保护所有人的意旨,所谓“盗赃或遗失物”,应认系非基于所有人之意思而丧失动产占有的例示规定^①,从而第949条于盗赃或遗失物外,应类推适用于其他非基于所有人意思而丧失动产占有的情形。如甲病故,遗有某古砚,乙自居于继承人地位而占有之,让售予丙,其后证实丁为真正继承人时,应认为,乙系反于丁的意思而丧失其占有。又无行为能力人或限制行为能力人抛弃动产的占有,抛弃之际无意思能力时,亦属之,均有第949条的适用。

关于第949条所定2年期间内标的物所有权归属,衡诸动产善意取得制度,应认为归于善意受让人,前已多次论及,敬请参照。

此种依法律规范目的而为解释的方法,亦足资阐明第798条所称“自落”的意义。“民法”所以设此规定,系鉴于果实落于邻地,已不法侵害他人所有权,并为维持睦邻及社会平和关系,勿为细故争吵,故将落地之果实“视为”属于邻地。准此以言,关于“自落”,应从宽解释,凡非基于邻地所有人的行为致果实掉落的,均属之。^②如甲驾车不慎撞到乙之果树,致果实落于丙地时,仍应为“自落”,乙不得向丙请求返还。

关于以利益衡量解释法律,可再就第95条加以说明。本条第1项规

① 参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社2009年版。同说,史尚宽:《物权法论》,第517页。不同意见,谢在全:《民法物权论》(下),第515页谓:“第949条既明定得回复之物为盗赃或遗失物,而非如《德国民法》第935条、《瑞士民法》第934条第1项并及于其他非因权利人之意思而脱离占有之物,则本诸上述应从严解释之原则,自不能予以扩张。”详细的讨论,参见郭瑞兰:《动产善意取得之研究》,第198页以下。

② 同说,参见史尚宽:《物权法论》,第106页。

定:“非对话而为意思表示者,其意思表示,以通知达到相对人时,发生效力。但撤回之通知,同时或先时到达者,不在此限。”所谓“达到”如何认定,关系当事人的利益至巨,“最高法院”认为系指意思表示达到相对人之支配范围,置于相对人随时可了解其内容之客观状态而言^①,并非须使相对人取得占有,故通知已送达于相对人之居所或营业所者,即为达到,不必交付相对人本人或其代理人,亦不问相对人之阅读与否,该通知即可发生为意思表示之效力。^② 此项见解对达到与否的“危险”作合理的分配,应值赞同。如甲寄函给乙,表示解除契约,邮差途中遗失该信时,其意思表示不到达相对人,不生解约的效力。反之,该信件投入乙的信箱后,被他人取走时,应认为业已到达而生解约的效果。

最后要再提出讨论的是,第190条第1项规定的“占有人”究应作如何解释?初视之下,似甚简易,学说上有多达五种不同见解。

(1) 占有人,包括直接占有人、间接占有人及占有辅助人。^③

(2) 占有人,包括直接占有人、占有辅助人,但不包括间接占有人,其主要理由为此项侵权责任乃以对于动物的管领力为基础,占有辅助人与被害人的关系,与直接占有人无异,占有辅助人既有事实上之管领力,自亦不能不負責任。^④

(3) 占有人,指直接占有人与间接占有人而言,其主要理由为占有人在物权法为直接占有人与间接占有人(第941条),出租人虽无现实之持有,然为间接占有人,犹不失为占有人。^⑤

(4) 有谓占有人的免责,系以注意管束为要件,故兹所谓占有人系以直接占有为限。^⑥

(5) 有谓此占有人更应从狭义解释,系指为自己之经济上、娱乐上或运动上之利益而使用该动物之人而言。若仅为物之占有,而于己并无利益者不在此列。例如动物之占有者,系动物之所有人,或有使用收益权之

① 1969年台上字第715号判例。

② 1965年台上字第952号判例。

③ 参见陈克生:《民法通义:债编总论》,第124页。

④ 参见胡长清:《中国民法债编总论》,第176页;王伯琦:《债编总论》,第97页;郑玉波:《民法债编总论》,第191页;孙森森:《民法债编总论》,第226页。

⑤ 参见史尚宽:《债法总论》,第190页。

⑥ 参见戴修瓚:《民法债编总论》,第199页。

人,或为动物之承租人借用人,则可适用第 190 条规定,至若动物之受寄人,则不负该条之责任。^①

关于第 190 条规定的动物“占有人”,学者见解极不一致,所有可能的解释,均经提出,充分展现法学者的想象力。关键问题在其判断标准。依本条但书规定:“……但依动物之种类及性质,已为相当注意之管束,或纵为相当注意之管束而仍不免发生损害者,不在此限。”可知系以事实上管领力为判断标准。准此立法意旨,直接占有人为本条所称的占有人,自无疑问。至于间接占有人(如出租人)对于动物既无事实上之管领力,应非属本条所称的占有人。梅仲协先生认为占有人应限于为自己之经济上、娱乐上或运动上之利益而使用该动物之人,系采德国通说对《德国民法》第 833 条关于动物持有人(Halter)的解释^②,亦有所据,唯“占有人”不同于“持有人”,似难作同一解释。

最难断定的是占有辅助人。第 942 条规定:“受雇人、学徒或基于其他类似之关系,受他人指示,而对于物有管领之力者,仅该他人为占有人。”准此以言,占有辅助人非属占有人,物权编各条规定所称之占有人(如第 943 条、第 962 条),亦均不包括占有辅助人在内(参阅第 961 条)。因此,依物权编的规定而言(体系解释),第 290 条所称占有人,不包括占有辅助人在内。然则,于此发生一项重要疑问,即第 290 条所称的占有人应与物权编之规定,作同一解释,此又涉及第 942 条及第 190 条之立法目的。

关于此点,王伯琦先生作有如下的说明:“第 942 条所以规定帮助占有人非占有人者,其意在于指明所有法律对于占有人利益或权利之保护,唯该他人得主张,帮助占有人则不得享有。如占有被侵夺,唯该他人得请求恢复,取得时效之利益,亦唯该他人得能主张。此就物权关系而言,乃所当然。至于侵权责任,仍以对动物之管领力为基础。帮助占有人与被害人之间的关系,与直接占有人无异。今其既有事实上之管领力,自亦不能不

^① 参见梅仲协:《民法要义》,第 145 页。

^② Jauring/Teichmann, § 833 Anm. 2. b

负责任。”^①此说甚具说服力,可资赞同。^②依此见解,甲出租某狼犬给乙,乙的受雇人丙管束失周,致伤害丁时,丁得对直接占有人乙及占有辅助人丙请求损害赔偿,至间接占有人甲对该狼犬,无事实上的管领力,非属第190条所称之占有人,应不负责。

四、法律解释的客观性^③

(一) 问题的提出

法律解释的目的有主观说与客观说的争议,解释方法(因素、标准)又有多种,并须顾及社会发展及价值变迁。就第190条言,关于何谓动物“占有人”,竟有多达五种不同的见解。在法律教科书上,最常见之一句话是:“关于此项问题,学说不一,有人认为……有人认为……有人认为,……至有争论,依余所信,应以后说为是,盖……也。”^④学习法律之人对此模式,皆耳熟能详,并多能在撰写研究报告或考试之际,广泛运用。然而此实蕴含着法律解释两个基本问题:

(1) 为何关于某项问题,众说纷纭,莫衷一是?如何认定某说为是,某说不可采,其判断标准何在?

(2) 如何达成法律解释客观性?

^① 王伯琦:《民法债编总论》,第97页。应说明的是,第942条规定之立法目的,除王伯琦先生所指出者外,尚为合理规律占有人与占有辅助人间利害关系,盖倘占有辅助人为占有人,享有占有人的权利,将无以维护占有人的利益。

^② 台湾学者多数说采此见解。

^③ Brustin, Über die Objektivität der Rechtsprechung, 1949; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 168; Andrei Marmor (ed.), Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy, Clarendon Press, Oxford, 1995; R. Posner 原著 The Problems of Jurisprudence, 1990, 苏力译:《法理学问题》(中国政法大学出版社1994年版),第九章:“成文法解释中的客观性”。

^④ 其他类似语句有:“对于此项问题,学者意见极不一致,计有三说,甲说认为……乙说认为……丙说认为……余赞成甲说,其理由有五……”第221条规定:“债务人为无行为能力人或限制行为能力人者,其责任依第187条之规定定之。”郑玉波先生谓:“唯第187条共有4项,甲说认为可以全部适用(史,345页)。乙说认为除该条第4项之规定外,余则全部适用(李,53页)。丙说认为除该条第1项及第2项关于法定代理人责任之规定外,余者均能适用(王,157页)。丁说认为只适用该条第1项之一部分(即债务人为无行为能力人或限制行为能力人者,以行为时有识别能力为限,就故意或过失负责任,如行为时无识别能力,则其行为为一种事变,不负何等责任),至有关法定代理人责任之规定,则不能一并适用(洪,223页)。……本书认为第187条各项于此应全部适用,其理由如左……”(《民法债编总论》,第269页)。关于此项问题,参见拙著:《未成年子女之财产、父母及第三人》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版。

(二) 解释方法的位阶关系

关于某项问题,所以会众说纷纭,其主要原因之一,系由于法律解释方法的多样化,而每一种解释方法,又可为不同的诠释,学者各执一端,致生歧义,如关于悬赏广告的法律性质,采体系解释者,认为系属契约,采文义、立法史及比较法解释者,认为系属单独行为。关于第 246 条所谓“不能之给付”,采体系解释者,强调仅须区别自始不能及嗣后不能即可,故自始不能应兼括客观不能及主观不能;采历史解释、比较法解释及法律目的解释者,认为应仅指自始客观不能而言,不包括主观不能在内。关于第 190 条所谓“动物占有人”,采文义解释者,认为应包括直接占有人及间接占有人;采比较法解释者认应限于为自己之经济上、娱乐上或运动上而使用该动物之人;采立法目的解释者则认为应指直接占有人及占有辅助人而言,但不包括间接占有人在内。

此种“见解不一,众说纷纭”现象,严重影响法律适用的安定性。法学方法论上面临一个重要的问题,即各种解释方法相互间是否具有某种位阶关系(Rangverhältnis),可据以决定各种解释方法的优先次序?^①

对此问题,本书采取一种折中的立场,即不认为各种解释方法具有一种固定不变的位阶关系;但亦不认为解释者可任意选择一种解释方法,以支持其论点。法律解释是一个以法律意旨为主导的思维过程;每一种解释方法各具功能,但亦受有限制,并非绝对;每一种解释方法的分量,虽有不同,但须相互补足,共同协力,始能获致合理结果,而在个案中妥当调和当事人利益,贯彻正义的理念。兹综合说明之:

(1) 文义是解释的基石,唯概念用语具多义性。如第 190 条所谓动物“占有人”是否包括间接占有人或占有辅助人;第 194 条所谓“子女”,是否包括非婚生子女;第 246 条所谓“不能之给付”,是否仅指客观不能,均难断言。此际,须再进一步使用其他解释方法加以阐明。

(2) 体系解释主要功能,在于依法律体系上关联去探求法律规范意义,并维护法秩序的统一性。法律外在体系在法解释学上的价值,不宜过分高估,而以之作为唯一或主要依据。例如不能径以物权法上占有的概

^① 参见 Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 82; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 122f.; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 163f.

念解释第 190 条动物“占有人”，而认为其包括间接占有人，或不包括占有辅助人；不能以亲属编不认生父与非婚生子女具有亲子关系，而径谓：第 194 条所称“子女”不包括非婚生子女在内；不能以第 211 条仅区别自始不能及嗣后不能，而径认定第 246 条所谓“不能之给付”，亦无区别客观不能及主观不能的必要；不能以代理权授与系规定于债编债之发生契约款内为理由，而据以认定其为债之发生原因，此乃拘泥于法律外在形式，而忽略其实质内容。

(3) 法律发生史及立法资料，有助于探讨法律规范意旨，具有重要地位。法律解释应尊重立法者所作的价值判断。唯历次草案及台湾地区现行“民法”的立法理由书，未臻完备，历史解释的方法甚受限制，例如关于第 190 条所称动物“占有人”，第 194 条所称“子女”，究何所指，于立法理由书均未作说明，无法采为解释的参考。

(4) 比较法对于现行“民法”的解释，具有特殊意义，现行“民法”上若干重要争议问题常可借比较法加以澄清。唯应注意的是，外国立法例既经继受成为台湾地区法律，应就台湾地区整体法律秩序及社会经济需要而认定其规范意义，自不待言。

(5) 法律文义上的疑义，倘不能依法律体系、立法理由或比较法解释予以完全澄清时，须再进一步探求立法目的。如第 190 条之立法目的，在使对动物有事实上管领力之人，负损害赔偿责任，故所谓动物“占有人”，应解为除直接占有人外，尚兼指占有辅助人，但不包括间接占有人在內。又第 194 条之立法目的，在使与死者具有特殊密切关系者所遭受精神上之痛苦，获得慰藉，故其所称子女应依自然血统，从宽解为包括非婚生子女在內。

法律文义的疑义，已经由体系、立法理由或比较法解释初告澄清时，仍须依法律规范目的加以检查、确定。如关于第 246 条所谓“不能之给付”，经依立法理由及比较法解释，已可初步认为系指客观不能而言，并未包括主观不能在內，更可依立法目的再为肯定，以尽量维持契约的效力及保护相对人的利益。由是可知，立法目的的解释，在法律解释方法中实居于决定性的地位。德国学者 Oertmann 谓：“立法目的之探求，启开疑义之钥匙也。”^①实属至理名言。

(6) 符合“宪法”解释系属体系解释，唯亦可作为目的解释之一种，

^① Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, 1931, S. 12.

无论如何,其于法律方法上解释居于优越地位,期能实现基本权利的价值,此于不确定法律概念及概括条款的具体化,特为重要,俟于下文再行申论。最后须强调的是,法律之目的,终极言之,系在实现正义,法律解释的各种方法乃实践正义的手段或途径。诚如 Savigny 所言,文义、逻辑、历史、体系诸因素,不是四种解释,可凭己好任意选择,而是不同的活动,必须结合,使解释臻于完善。^① 各种解释方法具有协力的关系,乃属一种互相支持、补充,彼此质疑,阐明的论辩过程。法律文义有疑义时,得依法律体系关联、立法资料予以澄清。有多种解释可能性时得借比较法的规范模式、律法规范目的,排除或肯定某种解释。解释方法不必然能保障结论的正确,但确可减少个人判断的主观性。切勿任意选择一种解释方法作为论证的依据,而应以实现正义为指标,就各种解释方法作通盘性的思考检讨。兹以本书再三提及的两个问题,简要加以综合说明:

① 第 246 条第 1 项规定,以不能之给付为契约标的者,其契约为无效。按给付不能分为自始不能与嗣后不能,第 211 条设有明文。本条所谓给付不能,依其文义及体系系指自始给付不能而言。关于给付不能,通说分为客观不能及主观不能,本条所指给付不能究指何而言,文义上未臻明确,然立法理由谓:“谨按‘民律草案’第 513 条及第 517 条谓当事人,得自由以契约订定债务关系之内容,而其标的,则以可能给付为必要。故以客观之不能给付(不问其为相对的不能或绝对的不能)为标的之契约,法律上认为无效,所以防无益之争议也。但系主观之不能给付,其契约仍应认为有效,使债务人负损害赔偿之责,此无待明文规定也。”又本条项系仿自《德国民法》第 306 条规定,其所谓给付不能(Unvermögen)亦系指主观不能,该国判例学说均持同一见解。再者,将契约的无效,限于客观不能,尽量维持契约效力,有助于维护私法自治,并使于主观给付不能时,债权人得依债务不履行规定请求损害赔偿,较为合理。^②

② “民法”第 194 条规定:“不法侵害他人致死者,被害人之父、母、

^① 引自 Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 9. Aufl. 1997, S. 99. Engisch 认为 Savigny 系以巧妙的用语掩盖了问题的困难(S. 99)。

^② 参见拙著:《给付不能》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。孙森焱:《论所谓自始主观不能》,载《当代法学名家论文集》,法学丛刊社 1996 年发行,第 315 页,对此见解,提出强力的批评,可见,法律解释方法的多元性难以达成解释结果的客观性。唯需注意的是,“最高法院”亦认为第 246 条第 1 项所称不能之给付,系属自始客观不能[参照 1976 年第 9 次民事庭庭推总会决议(2)]。

子、女及配偶,虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额。”其所谓“子女”是否包括非婚生子女,尚有疑问。唯应采肯定说。就法律体系言,民法亲属编所称子女指婚生子女及养子女而言,其范围并不及于非婚生子女。唯本条所规定的,不是親子间的权利义务,而是侵害生命权时,对与被害人具有一定血统关系者所受精神上痛苦的赔偿问题。依此规范目的,所谓子女,应从宽解释为包括与被害人具有血统关系的非婚生子女。此项解释亦在实践平等原则,生父遭人不法致死,其子女就精神上痛苦请求慰抚金,不应因婚生与否而有所区别^①,在比较法上,瑞士及日本判例亦同此见解。^②

五、不确定法律概念及概括条款^③

(一) 机能及遁入

民法使用甚多带有价值、不确定的规范性概念,如重大事由(第489条、第976条第1项第9款)、显失公平(第74条)、不堪同居之虐待(第1052条第1项第3款)。此外,尚有概括条款,如法律行为违反公序良俗者,无效(第72条);行使权利、履行义务,应依诚实及信用方法(第148条第2项);故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人,应负损害赔偿任(第184条第1项后段)。

不确定法律概念,尤其是概括条款,其主要机能在于使法律运用灵活,顾及个案,适应社会发展,并引进变迁中的伦理观念,使法律能与时俱进,实践其规范功能。准此以言,概括条款涉及立法及司法、法官与法律的关系。就立法及司法的关系言,概括条款系留给司法者造法空间,在某个意义上,可以说是“预先设计的法律对特殊案件个别性的让步”。^④使

^① 参见史尚宽:《债法总论》,第204页;“子女包括养子女及非婚生子女。”

^② 第194条仿自《瑞士债务法》第47条,瑞士通说亦认为包括非婚生子女,BGE 37 II 468/469;Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 1975, S. 234。日本实务界最近亦采肯定说,前田明达:《不法行为法》,1980年,第283页。

^③ 关于不确定之法律概念的分类及区别,尤其是不确定法律概念与概括条款的关系,参见秦季芳:《概括条款之研究》,台大1994年法律研究所硕士论文。关于行政法上之问题,参见翁岳生:《论不确定法律概念与行政裁量之关系》,载《行政法与现代法治国家》,第37页以下。德文资料,参见Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 106f; Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen.

^④ Henkel, Recht und Individualität, 1958, S. 37: “Die Kapitulation des vorausplanenden Gesetzes vor der Individualität des ungewöhnlichen Falls.”

法律的适用更能接近社会事实,与法律外的规范体系建立更密切的互动关系。就法官与法律的关系言,概括条款使法官更能创造地参与法律的适用,实践个案正义。值得警惕的是,概括条款亦可能带来三个“遁入”而造成“危机”^①:

(1) 立法的遁入,即立法者不作必要的利益衡量及探究判断基准,径采概括条款的立法方式。

(2) 司法的遁入,即于法律适用时,法官不探寻、发现具体规范,径以概括条款作为请求权基础。^②

(3) 法律思维的遁入,即思考法律问题时,不穷尽解释适用或类推适用的论证,径以概括条款作为依据。

此三种概括条款的遁入,应予必要的克制,否则将使法律制度、法律适用及法律思维松懈或软化。

(二) 具体化的理念

法的具体化,指法之实现的过程,诚如德国法学家耶林所云:“法的生命就在于其自我实践,此乃生活与法的真理的实现。法的价值,不是纸上正义,而是法本身实践于生活之中”;“具体之法不单是接受抽象之法的生命与力量,而是将之回归于生活。法的本质在于实际的实现。”^③法的实现是一种动态的流程模式,而非单纯静态的结构模式,最高的阶层为法律原则(Rechtsprinzipien),此为普遍的、超乎实证的原理,如法治原则、人性尊严原则、个人自主及自己责任原则。第二阶层是制定法,包括“宪法”及法律,在“次法律原则”(Unterprinzipien)(如比例原则、诚实信用、信赖原则等)上具体形成具有法律要件及效果的规范。最低层则为法院的判决。法的实现乃是一个基于法之理念,经由制定法,而在法院判决中实

① Hedemann, *Flucht in die Generalklauseln*, 1933.

② 参见拙著:《出售之土地被征收时之危险负担、不当得利及代偿请求权》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社2009年版。

③ Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II 2, 2. Aufl. S. 306.; Jhering, *Kampf ums Recht*, 16. Aufl. 1906, S. 47.

践的具体化过程。^① 法院于适用法律时，须实现“宪法”的关于基本权利的价值体系，前已于“宪法”基本权利之第三人效力，及符合“宪法”解释加以说明，再举一例补充之。

第 1052 条第 1 项第 3 款规定不堪同居的虐待，为裁判离婚原因之一。此应于个案，依“宪法”维护人格尊严与确保人身安全的原则，予以具体化。大法官释字第 372 号解释谓：维护人格尊严与确保人身安全，为“宪法”保障人民自由权利之基本理念。增进夫妻情感之和谐，防止家庭暴力之发生，以保护婚姻制度，亦为社会大众所期待。第 1052 条第 1 项第 3 款所称“不堪同居之虐待”，应就具体事件，衡量夫妻之一方受他方虐待所受侵害之严重性，斟酌当事人之教育程度、社会地位及其他情事，以是否已危及婚姻关系之维系为断。若受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度，而有侵害人格尊严与人身安全者，即不得谓非受不堪同居之虐待。可资参照。

（三）具体化的价值判断

规范性概念的适用，具有一项特色，即须于个案依价值判断予以具体化。故此类规范性的概念又称为须具体化，或须价值补充的概念。具体化的价值判断，应参酌社会上可探知、认识的客观伦理秩序及公平正义原则，期能适应社会经济发展，及道德价值观念的变迁。兹举一例阐述之：甲男与乙女订婚，其后甲发现乙女于订婚前已与他人有性关系时，得否请求解除婚约？

第 976 条第 1 项第 9 款规定，婚约当事人之一方，有第 1 款至第 8 款以外之“其他重大事由”者，他方得解除婚约。问题在于乙女订婚前与他人有性关系，是否为“其他重大事由”。“最高法院”采否定说，1980 年台上字第 485 号判决^②谓：“第查被上诉人拒不履行婚约，无非以上诉人已非处女……为论据。唯上诉人谓其童贞为被上诉人所夺取，初未承认曾与他人发生性关系，被上诉人又自认曾与上诉人外出同游，并拟云雨巫

^① 法之实现 (Rechtsverwirklichung) 及关于具体化的理念及其实践，参见 Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, 2. Aufl. 1968; 法哲学上的分析, Arthur Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, 2. Aufl. 1982; 在“宪法”上的运用, Muller, Juristische Methodik, 6. Aufl. 1995. 参见张嘉尹：《宪法解释理论之研究》，1992 年台大法律研究所硕士论文。

^② 《民刑事裁判选辑》，第 1 卷，第 1 期，第 388 页（第 390 页）。

山,其谓上诉人告知已非清白之身躯,复为上诉人所否认,是上诉人之童贞,是否为被上诉人所取,尚非毫无疑问。即令上诉人于订婚前已非处女,而衡诸现代社会一般观念,能否合于第 976 条第 1 项第 9 款所谓重大事由,亦非无推求之余地。”

此一判决的重要意义,在于“最高法院”认为衡诸“现代”社会一般观念,订婚前已非处女,非为第 976 条第 1 项第 9 款所谓重大事由。易言之,“重大事由”此项不确定规范性概念,因社会婚姻观念及性道德的变迁,须重新加以认定。所谓现代社会一般观念,乃指社会通念而言,在法学方法上应强调的是,法官对于社会通念首须客观地加以认识,再依评价加以确认。不确定法律概念或概括条款的具体化,较诸法律解释,更属结合认识与意志的行为。

(四) 案例比较类型化

依不确定法律概念或概括条款而具体化的个别案例,可以作为其他正待处理案例比较基础(Fallvergleich),建立类型(Typisierung)。①为此,判例的分析整理及归类,最属重要。如第 179 条规定:“无法律上之原因,而受利益,致他人受损害者,应返还其利益。”其所谓“无法律上之原因”亦属不确定概念,台湾学者多采统一说,其所提出之认定标准,或过于抽象(如公平、正义),难以捉摸,或过于狭隘(如债权),不足概括,故应采用类型化的非统一说,“最高法院”数十年来丰富之判决资料,可作为组成类型的材料。②

第 148 条规定:“行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。”系实务上最属重要的概括条款,德国学者 Hedemann 甚至称之为帝王条款(Königparagraph)。本条的适用可归为三类:①对权利义务的具体化,尤其是作为建立从义务(附随义务)的依据。②对权利行使的限制。③对法律行为内容的控制。在每一个基本类型之下,可再分类,期臻完密,如关于权利行使之限制,可再分为权利滥用、权利失效等次级类型。每个基本类型及次级类型各有其构成要件及指导原则,故于具体案件,可依其该当类型而为认定,不必直接诉诸抽象的诚实信用原则,有助于减少思考的

① Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 113; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 1994, S. 65f.

② 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

负担,促进法律适用的安定,并实践相同者应为相同处理的平等原则。试举一例说明之:某甲受雇于乙,不慎泄露乙在营业上的秘密,按其情节可认为系属第489条所谓“重大事由”,纵定有期限,乙仍得于期限届满前终止其雇佣契约。乙明知其事,但不为终止的表示,并因甲工作优异,数度升迁其职位。于半年后甲因细故触犯于乙,乙即以半年前曾泄露营业秘密为理由而终止契约。问题在于此项终止契约权利之行使是否违反诚实信用原则。

如何将诚实信用原则在此个案中予以具体化,实属不易。“最高法院”曾依诚实信用原则创设权利失效(Verwirkung)的理论,于1972年台上字第2400号判决谓:“土地出租人明知承租人转租行为无效,本得请求收回土地,但长期沉默未为主张,且每隔6年仍与承租人换订租约一次,似此行为,显已引起上诉人之正当信任,以为被上诉人当不欲使其履行义务,而今忽贯彻其请求权之行使,致令上诉人陷于窘境,其有违背诚实信用原则,尤为明显。”^①此项权利失效理论可供处理上述乙对甲终止契约的案例,认为乙于甲不慎泄露营业秘密已届半年,未为终止契约之表示,并因工作成绩优异,数度升迁其职位,似此行为,显已引起甲之正当信任,以为乙当不欲行使其终止契约的权利,而今忽贯彻其终止契约权的行使,致甲陷于窘境,其权利之行使有违诚实信用原则。由是观之,就概括条款或不确定法律概念加以具体化、类型化,对法律适用的安定性及法律的进步与发展,助益甚巨,实为民法学研究的重大课题。^②

第四节 法律漏洞^③

一、法之续造与民法发展

请求权基础的构成要件具有疑义时,须经由解释确定其内容。倘依其可能的文义,作最广义的解释,尚不能使其涵摄于案例事实时,即不能

^① 拙著:《权利失效》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

^② 关于第72条规定:“法律行为,有悖于公共秩序或善良风俗者,无效”,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版。关于第184条第1项后段故意以悖于善良风俗加损害他人之侵权行为,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

^③ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aulf. 1983; Zitelmann, Lücken im Recht, 1903. 黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订版),第307页;黄建辉:《法律漏洞、类推适用》,1981年,第五章。

“适用”该项请求权规范。如甲雇用乙整修花园,关于其“劳务”仅以种类指示时,乙应给付何等品质的劳务,实有疑问。第200条第1项规定:“给付物仅以种类指示者,依法律行为之性质或当事人之意思不能定其品质时,债务人应给以中等品质之物。”本条的适用以债务人所给付者,须为“物”为要件。关于“物”,“民法”未设明文,通说认为系指除人之身体外,凡能为人类排他的支配对象,且独立能使人类满足其社会生活上的需要者,不论其系有体物与无体物,皆为法律上之物。依此解释,“劳务”,既非属“物”,自不能“适用”第200条第1项规定。于此情形,法律既有不备,应“类推适用”第200条第1项规定,即给付之劳务,系以种类指示者,依法律行为之性质或当事人之意思不能定其品质时,债务人应给以中等品质之劳务。此际,法之发现过程已经脱离了法律解释的范畴,进入另一个新的阶段:法律漏洞填补。

自20世纪30年代民法施行以来,实务上类推适用的案例,时常有之,80年代之后更为增多,具有三点重要意义:①社会变迁迅速,问题丛生,法律有时欠缺,必须加以补充,以促进法律进步。②法学方法论上的自觉性的加强,法院认识到造法的必要。③民法的进步,可以“类推适用”作为测试的指标,60余年来,台湾地区“民法”因类推适用而渐趋成熟,更向前发展。

德国法学家 Ernst Zitelmann 于德国民法实施后之第三年(1903),在其著名的柏林大学校长就职演说(Rektoratsrede)“论法律上的漏洞”(Lücken im Recht)中,曾谓:“我们需要的人是,能够宽广地、不拘泥文义地、合乎人道地,秉持充分的社会认识,去适用法律,并在适用之际,知道如何去补充法律,促进法律的发展。教育此辈法律人,实在是国家大部分希望之所寄。”^①

二、法律漏洞的意义及类型

1. 法律漏洞的意义

法律漏洞,指关于某一个法律问题,法律依其内在目的及规范计划,

^① 其原文为: Wir brauchen Männer, die die Gesetze weit, frei, human, mit vollem sozialen Verständnis anzuwenden und in der Anwendung zu ergänzen und weiterzubilden wissen. Auf dem Weg der Erziehung solcher Juristen liegt ein großer Teil unserer nationalen Hoffnungen.

应有所规定,而未设规定。法律漏洞的基本特征在于违反计划。假如法律是一座墙,则墙的缺口,即法律的漏洞,墙依其本质本应完整无缺,其有缺口,实违反墙之为墙的目的及计划,自应予以修补。如前所述,关于当事人以种类指示劳务时,现行“民法”未设明文,惟债务人应提出如何品质的劳务给付,终须有决定的标准,否则无以维护当事人的利益,对此未设规定,自属法律有所不备,故应类推适用第200条第1项规定加以填补。

设某甲提供古董,为乙的债权人丙设定动产质权,乙届期不清偿债务,丙实行质权,致甲丧失质物之所有权时,甲对乙得主张何种权利,现行“民法”未设明文,亦属法律漏洞,应类推适用第879条之规定,使为债务人乙设定质权的甲,因质权人实行质权致丧失质物之所有权时,得依关于保证之规定对于债务人乙有求偿权。^①

又如甲虚伪赠与乙名贵盆景,并即交付,乙明知甲心中欠缺其表示上的效果意思时,该通谋虚伪意思表示无效(第86条但书)。易言之,即甲与乙之间的赠与契约(第406条)及物权行为(第761条),均为无效,故甲得依第767条之规定,向乙请求返还其物。倘乙已将该盆景让售予善意之丙时,即发生甲得否向丙请求返还其物的问题。于此场合,丙得否主张甲不得以其虚伪意思表示无效,对抗善意第三人,“民法”未设明文。唯第87条第1项规定:“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。但不得以其无效,对抗善意第三人。”第86条但书规定单独虚伪意思表示无效,与第87条所规定通谋虚伪意思表示无效的利害关系相同,“民法”仅于后者规定不得以其无效对抗善意第三人,而于前者未设明文,自属法律漏洞,为保护交易安全,应类推适用第87条第1项但书规定,亦不得以其无效对抗善意第三人。^②

与法律漏洞,应严予区别的,是立法政策上的错误,学者有称之为“非固有的漏洞”,即关于某项问题,自立法政策言,应设规定而未设规定。如依第14条规定:“对于心神丧失或精神耗弱,致不能处理自己事务者,法院得因本人、配偶、最近亲属二人或检察官之声请,宣告禁治产。”设有某

^① 参见梅仲协:《民法要义》,第9页。

^② 参见洪逊欣:《中国民法总则》,第369页。又此项问题亦涉及“善意取得”的问题(第801条,第948条)。

甲酗酒或浪费,危害家庭生计时,则其妻乙不得依本条之规定,声请法院为禁治产之宣告,因未具备其构成要件。乙亦不得主张类推适用,盖“民法”未明定酗酒或浪费为禁治产宣告事由,系立法政策上的决定,非属法律漏洞,纵有不当,亦属立法论上的问题,无类推适用第14条规定的余地。

2. 法律漏洞之发生及分类

墙之有缺口,有由于自始施工不善,有由于其后遭风雨侵蚀。法律之有漏洞,有为立法之际疏未规定,是为自始漏洞;有为其后因社会经济变迁而产生新的问题,立法之际未及预见而未设规定,是为嗣后漏洞。造墙之际,故意留下缺口者,殆甚少见;立法之际对某项应予规定的问题,不设规定,而让诸判例学说的,颇为常见,此乃所谓有认识的法律漏洞。关于法律漏洞,最值重视的是,系所谓开放漏洞(或公开漏洞, *offene Rechtslücke*)及隐藏漏洞(*verdeckte Rechtslücke*),此与漏洞填补的方法有关,兹分别详论之。

(一) 法律漏洞与类推适用^①

思考的问题:

(1) 甲承租乙所有的土地,该土地因与公路无适宜之联络,致不能为通常使用时,得否向周围土地的所有人丙主张有必要通行权?

(2) 第194条规定的慰抚金请求权得否继承或让与?

(3) 甲骑机车载送其妻乙(6岁之子或友人)到医院看病途中,被丙违规驾车撞到,乙受伤向丙请求损害赔偿时,应否承担甲对车祸发生的与有过失?

1. 思考模式

(1) 法理与平等原则

法律漏洞的认定及填补方法,与法律漏洞的类型有密切关系。首先,要讨论的是所谓的“公开漏洞”,此指关于某项法律问题,法律依其内在体系及规范计划,应积极设其规定,而未设规定。此类法律漏洞最属常见,应“类推适用”其他规定加以填补。

^① 参见拙著:《举重明轻、衡平原则与类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第八册),北京大学出版社2009年版。

类推适用(Analogie),乃比附援引,即将法律于某案例类型(A)所明定的法律效果,转移适用于法律未设规定的案例类型(B)之上。此项转移适用,乃是基于一种认识,即基于其类似性(Ähnlichkeit),A案例类型的法律效果,应适用于B案例类型,盖相类似者,应作相同的处理,系基于平等原则,乃正义的要求。至于A案例类型与B案例类型是否相类似,应依法律规范意旨加以判断。由此可知类推适用首先应探求某项法律规定之规范目的(法律理由,Ratio legis),其次则在判断得否基于“同一法律理由”,依平等原则类推及于其他法律所未规定的事项。此项基于平等原则而为的价值判断,一方面用于决定法律漏洞与立法政策错误的界限,作为认定法律漏洞的依据。他方面则作为类推适用的基础。诚如拉丁法谚所云:“Non est regula quin fallet”(法律必有漏洞);“Ubi eadem ratio, idem jus; et de similibus idem est iudicium”(在同一理由应适用同一法律;类似事项应予类似判决)。

准据上述,对于法律漏洞的填补,在法律思维上可分为三个阶段:

- ① 确认关于某案例类型(B),法律未设规定,系属法律漏洞。
- ② 寻找相类似的案例类型(A),探求其规范意旨,以发现同一法律理由。
- ③ 将A案例类型的法律效果,转移适用于B案例类型之上。此种类推适用的过程,可简单图示如下:



(2) 罗马法上的四脚动物所有人的责任

关于类推适用,罗马法上有一则绝妙的实例,可供参考。依罗马法规定,四脚动物(Quadrupes)的所有人,对该动物所加于他人的损害,应予负

责,被害人得依 *actio de pauperie* 之诉,请求损害赔偿。有人自非洲携回二脚的鸵鸟,肇致损害,被害人得否请求损害赔偿,发生疑问。罗马法学者认为应采肯定说,其推理过程为:

① 四脚动物 (*Quadrupes*), 依其文义,不能解释为包括二脚的鸵鸟。然法律所以仅规定四脚动物的所有人,应负损害赔偿者,系因未能预见尚有二脚的鸵鸟,自法律内在目的及规范计划而言,应属法律漏洞。

② 四脚动物的所有人应负损害赔偿之规定,其立法旨趣在于使动物所有人尽其管束的义务,避免损害他人,对任何动物,不论其为二脚或四脚,应均有适用余地。

③ 基于同一法律理由,关于四脚动物所有人侵权责任的规定,对鸵鸟所有人,应类推适用之。^① (参阅下图):



兹再举一例加以说明^②:在某市立公园入口处,悬有告示:狗与猪不得携入公园。某日,有一游客携一画眉鸟入内,管理员微笑欢迎,未加盘问。随后,有一游客携一老虎欲进入公园,管理员大惊,即阻止之,因而展开如下的对话。

管理员:“老虎不得入内。”

游客:“请问,为何前面游客得携鸟入内?”

管理员:“鸟非狗,亦非猪,不在禁止之列,自可入内。”

游客:“诚如,所云,鸟非狗,亦非猪,不在禁止之列,故可进入。虎非狗,亦非猪,当亦不在禁止之列,何以不得进入,厚鸟而薄虎,殊失公平。”

管理员:“啊!”(为之语塞)

① Bartholomeyczik, *Die Kunst der Gesetzesauslegung*, 4. Aufl. 1971, S. 87.

② 某日午后参观动物园,见一老虎,触发灵感,构思此例。

管理员之女(肄业某大学法律系一年级),乃出面谓:“鸟无害于公园的安全卫生,故可入内。虎有害游客安全,尤胜于狗!自不可入内。”

游客深以为是,欣然携虎离去。

(3) “最高法院”关于土地使用者邻地通行权的决议

关于法律漏洞与类推适用,实务上最具启示性的是1990年5月29日第2次民事庭会议一则关于邻地通行权的决议。院长提议:土地因与公路无适宜之联络致不能为通常使用者,土地使用权人是否得通行周围地以至公路?有下列甲、乙二说:

甲说认为,依第787条第1项规定主张对土地周围地有通行权之人,以该土地所有人为限,土地使用权人不得径依上开规定,对土地周围地主张有通行权。

乙说认为,依1981年台上字第3334号判决要旨:“查物权编关于土地相邻关系之规定,重在图谋相邻不动产之适法调和利用。邻地通行权之性质,为土地所有权人所有权之扩张,与邻地所有权人所有权之限制,是以土地所有权人或使用权人,如确有通行邻地之必要,邻地所有权人或使用权人,即有容忍其通行之义务,此为法律上之物的负担。土地所有权人或使用权人,基于其物权之作用行使上开请求权时,其对象并不以邻地所有权人为限。”似宜采肯定说为佳。

以上二说,应以何说为当,提请公决。

研究报告认为,民事第三庭,对于台湾地区1989年法律座谈会提案民事类第10号法律问题之研究意见:按民事法律所未设之规定,苟非立法有意的不予规定,即属立法时之疏漏或嗣后情事变更形成之立法不备,法官有义务探求其规范之目的,依第1条立法之授权,援用习惯或法理为之补充解释。

查“民法”创设邻地通行权,原为发挥袋地之利用价值,使地尽其利增进社会经济之公益目的,是以袋地无论由所有权或其他利用权人使用,周围地之所有权及其他利用权人均有容忍其通行之义务。第787条规定了土地所有权人邻地通行权,依第833条、第850条、第914条之规定准用于地上权人、永佃权人或典权人间,及各该不动产物权人与土地所有权人间,不外本此立法意旨而为一部分例示性质之规定而已,要非表示于所有权以外其他土地利用权人即无相互通行邻地之必要而有意不予规定。从而邻地通行权,除上述法律已明定适用或准用之情形外,于其他土

地利用权人相互间(包括承租人、使用借贷人在内),亦应援用“相类似案件,应为相同之处理”之法理,为之补充解释,类推适用,以求贯彻。因之,原提案两说,似以肯定说为是。

主席宣布:本案提经讨论后,出席人员咸认原案乙说未尽周延,应采民三庭所提出之研究报告作为乙说,整理后乙说变更如下:“民法”创设邻地通行权,原为发挥袋地之利用价值,使地尽其利增进社会经济之公益目的,是以袋地无论由所有权或其他利用权人使用,周围地之所有权及其他利用权人均有容忍其通行之义务。第787条规定了土地所有权人邻地通行权,依第833条、第850条、第914条之规定准用于地上权人、永佃权人或典权人间,及各该不动产物权人与土地所有权人间,不外本此立法意旨所为一部分例示性质之规定而已,要非表示于所有权以外其他土地利用权人之间即无相互通行邻地之必要而有意不予规定。从而邻地通行权,除上述法律已明定适用或准用之情形外,于其他土地利用权人相互间(包括承租人、使用借贷人在内),亦应援用“相类似案件,应为相同之处理”之法理,为之补充解释,以求贯彻。主席宣布,本案经整理后提付表决议:采乙说。

本件系“最高法院”历年关于法律漏洞及类推适用在法学方法上最具创意的决议,分三点言之^①:

① 整理后的乙说(决议)删除研究报告的“前言部分”:“民事法律所未设之规定,苟非立法有意的不予规定,即属立法时之疏漏或嗣后情事变更形成之立法不备,法官有义务探求其规范之目的,依第1条立法之授权,援用习惯或法理为之补充解释。”殊为可惜,因其阐释第1条的规范功能,甚有价值。本件决议认为类推适用的依据在于“法理”,而此系指平等原则而言,深值赞同。唯其认为,类推适用乃法律的补充“解释”,则值商榷,“解释”二字应可删除。实务上所谓“类推解释”宜改为“类推适用”,所谓“反面解释”,宜改为反面推论。

② 本件决议于法律“适用”(第787条),及准用(第833条第850条及第914条)外,尚认为有法律漏洞存在,突破向来所采“反面推论”的见解,肯定邻地通行权得由物权关系类推适用于债权关系,系一项创造性之

^① 参见拙著:《关于邻地通行权之法律漏洞与类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版。

法的续造。^①此种法律漏洞非属立法时的疏漏,而是因嗣后情事变更,价值判断变迁而生的立法不备,其目的在于更进一步贯彻地尽其利的经济效率。^②

③ 本件决议对法律漏洞及类推适用的思考过程,甚具参考价值,请特别留意研读之。

2. 法律漏洞的认定

(1) 反面推论与类推适用^③

所谓反面推论(Umkehrschluss, argumentum e contrario),系相异于举重明轻、类推适用的一种论证方法,即由反于法律规定的构成要件而导出与法律效果相反的推论。唯此项构成要件须为法律效果的充分且必要条件,即该构成要件已被穷尽列举出可能发生法律效果。此应依解释加以认定,故反面推论非纯属逻辑操作,而是具有规范目的性评价活动。若肯定就某项规定得为反面推论时,即排除了法律漏洞的存在,而无类推适用的余地。兹举一则大法官会议解释加以说明:

关于第767条规定所有人物上请求权的消灭时效,大法官释字第107号解释:“已登记不动产所有人之恢复请求权,无第125条消灭时效规定之适用。”又依释字第164号解释:“已登记不动产所有人之除去妨害请求权,不在本院释字第107号解释范围之内,但依其性质,亦无第125条消灭时效规定之适用。”1985年台上字第1332号判决谓:“已登记不动产所有人之去除妨害请求权,并无第125条消灭时效规定之适用。经大法官会议释字第164号解释在案。其反面解释,未登记不动产所有人之去除妨害请求权,即有第125条消灭时效规定之适用。又所谓不动产之登记,系指依本地区法令所为之登记而言。须说明者有二:

① 在大法官作成释字第107号解释后,未作成释字第164号之前,依释字第107号的规范意旨,不能采“反面推论”,认为已登记不动产所有

① 参见拙著:《同时履行抗辩:第264条规定之适用、准用与类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社2009年版;《买卖不破租赁:第425条规定之适用、准用及类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社2009年版。

② 本件决议可作为法律经济分析的材料。关于法律经济分析,尤其是财产权的经济分析,参见Posner, *Economic Analysis of Law*, 5th Ed. 1998, p. 35f.; Cooter/Ulen, *Law and Economics*, 2nd ed. 1996, p. 69f.

③ Westerhoff, *Analogie, Gleichheitssatz und Umkehrschluss*, *Rechtstheorie* 28(1997)108.

人之去除妨害请求权仍有 125 条消灭时效之适用,而应“类推适用”释字第 107 号解释。

② 关于已登记不动产所有人妨害防止请求权的消灭时效,大法官迄未作解释,依释字第 107 号及第 164 号解释的规范意旨,应为“类推适用”,亦无第 125 条消灭时效规定的适用。

(2) 法律解释与法律漏洞

① 第 246 条第 1 项的解释与“自始主观不能”。法律的限制解释得发生法律漏洞。^① 如前所述,第 246 条第 1 项关于“以不能之给付为契约标的者,其契约为无效”的规定,应采限制解释,指自始客观不能而言^②,从而应反面推论,认为“以主观不能之给付为契约标的者,其契约为有效”。关于此项自始主观给付不能,债务人应如何负其责任,未设明文,乃发生法律漏洞,有谓应类推适用第 226 条规定,使债务人于有可归责之事由时,负损害赔偿赔偿责任;有认应使债务人负担保证责任,盖主观不能属债务人得为控制的范畴,使其负担保证责任,较足保护债权人的利益。^③

② 第 118 条无权“处分”的解释与出卖他人之物的效力“扩张解释”致生法律漏洞,亦属有之。第 118 条规定:“无权利人就权利标的物所为之处分,经有权利人之承认,始生效力。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。但原权利人或第三人已取得之利益,不因此而受影响。前项情形,若数处分相抵触时,以其最初之处分为有效。”关于本条的适用,1950 年台上字第 105 号判例谓:“系争房屋就令如上诉人所称,系因上诉人前往加拿大经商,故仅交其母某氏保管自行收益以资养赡,并未授予处分权,但某氏既在上诉人提起本件诉讼之前死亡,上诉人又为某氏之概括继承人,对于某氏之债务原负无限责任,以第 118 条第 2 项之规定类推解释,应认某氏就该房屋与被上诉人订立之买卖契约为有效,上诉人仍负使被上诉人取得该房屋所有权之义务,自不得借口某氏无权处分,请求确认该房屋所有权仍属于己,并命被上诉人恢复

① 相关问题,参见拙著:《土地征收补偿金交付请求权与第 225 条第 2 项规定之适用或类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社 2009 年版。

② 参见本书相关内容。

③ 此为德国判例及学者的通说,参见 Palandt/Heinrichs, BGB, 57. Aufl. 1997, 4 zu § 306. 拙著:《自始主观给付不能》,载《民法学说与判例学说》(第三册),北京大学出版社 2009 年版。

原状。”^①

某氏出卖上诉人交其保管自行收益以资养赡的房屋,系属出卖他人之物。“最高法院”所以“类推解释”第118条第2项,在于使此出卖他人之物的买卖契约成为有效。然此须以此项买卖契约在未“类推解释”第118条第2项前,系属无权处分,效力未定为前提。因此问题的关键在于出卖他人之物的买卖契约是否为第118条所称的无权处分。对此,应采否定说,认为第118条所称无权处分,乃指处分行为(尤其是物权行为)而言。买卖系债权行为,仅发生债权债务关系,不生物权变动,不以出卖人有处分权为必要,故出卖他人之物(或赠与他人之物、出租他人之物),皆属有效,原无第118条第1项的适用,自不生类推适用同条第2项的问题。之所以需要类推适用,系“最高法院”对第118条所谓“处分”有所误会,作扩张解释包括买卖契约在内。易言之,即“最高法院”自己创造了一个实际上并不存在的法律漏洞。

3. 类推适用^②

(1) 个别类推及总体类推。类推适用可分为个别类推及总体类推。个别类推,指就某个别法律规定而为类推适用,亦即其被类推适用的,为个别规定,如第87条第1项但书“不得以其无效对抗善意第三人”之类推适用于第86条。第360条后段规定:“出卖人故意不告知买受人物之瑕疵者,买受人得不解除契约或请求减少价金,而请求不履行之损害赔偿。”关于出卖人故意告知买受人关于标的物事实上不存在的优点时,应负何种责任,“民法”未设明文。第360条后段规定的立法意旨在于保护买受人,即出卖人不应有意利用买受人的不知而达订约不当之目的。在出卖人故意告知买卖标的物事实上不存在优点的情形,此项法律上价值判断亦属具备,应受相同的评价,从而得认定“民法”对此出卖人佯称买卖标的物优点的案例类型,未设明文,系法律漏洞,应类推适用第360条后段的规定予以填补。此亦属个别类推适用。

总体类推,指就多数同类法律规定抽出的一般法律原则,而为类推适

^① 拙著:《出卖他人之物与无权处分》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版。

^② 关于类推适用的发展史,参见Langheim, Das Prinzip der Analogie als juristische Methode: Ein Beitrag zur Geschichte der Methodologischen Grundlagereforschung vom ausgehenden 18. bis 20. Jahrhundert, 1991.

用,又称法律类推(Rechtsanalogie)。兹就继续性债的关系(Dauerschuldverhältnis)的特别终止加以说明。德国通说认为得由《德国民法》第626条(雇佣,相当于第489条第1项)、第671条第1项(委任,相当于第549条第1项)、第696条第2项(寄托,相当于第686条第3项)等具继续性法律关系性质的规定中,抽出一项法律原则,即继续性债之关系的一方当事人,得以重大事由主张随时终止该契约,而类推适用于其他法无明文的继续性债之关系。Larenz教授对其推论过程作如下说明^①:

① 法律就若干债之关系规定基于重大事由得随时终止契约。

② 诸此债之关系均属继续性债之关系。

③ 继续性债之关系乃具有较长存续期间的法律关系,在当事人间产生了特殊相互的利益结合,而要求彼此间应有良好的和睦相处及属人性的信赖。

④ 终止权的立法意旨(ratio legis)系基于继续性债之关系的特殊性质。

⑤ 此项立法意旨不但对法律规定的债之关系,对其他法无明文的继续性债之关系亦适用之。

⑥ 故在现行法律秩序中存有得因重大事由而随时终止契约的一般法律原则,对其他法无明文的继续性债之关系应予以总体类推。

(2) 第194条的法律漏洞与类推适用

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。”有疑问的是,此项请求权得否让与或继承。1995年台上字第2934号判决谓:“非财产上之损害赔偿请求权,因与被害人之人身攸关,具有专属性,不适于让与或继承。”第195条第2项规定,身体、健康、名誉、自由被侵害而发生之非财产上损害赔偿请求权不得让与或继承,仅属例示规定。第194条规定之非财产上损害赔偿请求权,亦应作同一解释。唯第195条第2项但书规定“以金额赔偿之请求权已依契约承诺,或已起诉者,不在此限。”基于同一理由,此项但书规定,于第194条之情形,亦有其适用。^②对此判决,应说

^① Laren/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995. S. 205. 参见 Oeter, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 248f.

^② 《民事裁判文书汇编》,第22期,第118页。

明者有三:

① 第 194 条未设相当于第 195 条第 2 项规定,“最高法院”不采反面推论,认为慰抚金请求权得为让与或继承,而“解释”第 195 条第 2 项规定于第 194 条亦得适用,其结论实值赞同。

② 关于第 195 条第 2 项规定之“解释适用”于第 194 条,“最高法院”分为两部分:(1) 第 195 条第 2 项本文(不得让与或继承)系基于同一解释。(2) 第 195 条第 2 项但书,基于同一理由,亦有其适用。应注意的是,第 195 条第 2 项系规定不法侵害他人之身体、健康、名誉或自由,无论如何扩张其文义,皆难认为对第 194 条的情形系属“同一解释”。

③ 就方法论言,应认为第 194 条系对慰抚金请求权得否让与或继承,未设明文,衡诸第 195 条第 2 项、第 977 条第 3 项、第 979 条第 2 项、第 999 条第 3 项及第 1056 条第 3 项规定,系属违反规范计划的法律漏洞,应类推适用上开规定,以为补充。此种类推适用属于所谓的总体类推,即第 195 条第 2 项等规定非财产上之损害赔偿请求权,因与被害人的人格攸关,具有专属性,不得让与或继承,但因契约承诺或已起诉时不在此限,乃属一般法律原则,于第 194 条情形,基于“同一法律理由”,应类推适用之。

4. 第三人与有过失及第 224 条的类推适用^①

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,而被害人未促其注意或怠于避免或减少损害者,为与有过失。”此系就被害人与有过失而设的规定,问题在于第三人与有过失时,在何种情形,应由被害人承担之。

对此问题,1979 年第 3 次民庭庭推总会,院长交议: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,损害赔偿权利人代理人或使用人之过失,是否可视同损害赔偿权利人过失,适用过失相抵之法则? 有甲、乙二说:甲说认为,第 224 条可类推适用于同法第 217 条被害人与有过失之规定,亦即在适用第 217 条之场合,损害赔偿权利人代理人或使用人之过失,可视同损害赔偿权

^① 参见拙著:《第三人与有过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。Magnus, Drittmittelverschulden in deutschen, englischen und französischen Recht, 1974; Lange, Schadensersatz, 2. Aufl. 1990, S. 590f.

利人之过失,适用过失相抵之法则。乙说认为,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,应以何说为当?决议:采甲说。此项决议系认为被害人与加害人之间纵无债之关系,第224条仍应类推适用,而未成年人亦须承担法定代理人的与有过失。此项见解忽略了第224条的规范意旨,未考虑到未成年人并不能选任监督法定代理人及“民法”保护未成年人的基本原则,是否妥适,仍有深入研究的余地。

值得注意的是,“民法”债编部分条文修正已参照学者学说及实务上见解,于第217条增列第3项规定:“前二项之规定,于被害人之代理人或使用人与有过失者,准用之。”

(二) 隐藏漏洞与目的性限缩

思考的问题:甲赠某数量的无记名证券给其5岁之子乙,并即以乙之名义存放于银行保险箱。半年后,甲因遭遇金融风暴,经商失败,其债权人丙主张此项赠与违反第106条禁止自己代理之规定,不生效力。问丙之主张有无理由?

1. 目的性限缩与限制(狭义)解释

法律漏洞,除“公开漏洞”外,尚有所谓“隐藏漏洞”(verdeckte Rechtslücke),即关于某项规定,依法律之内在目的及规范计划,应消极地设有限制,而未设此限制。其填补之道,系将此项规定的适用范围,依法律规范意旨予以限缩(目的性限缩,teleologische Reduktion)。^①类推适用的法理,在于“相类似的,应为相同的处理”;目的性限缩的法理,则在于“非相类似的,应为不同的处理”,均系基于正义的要求。目的性限缩,与狭义(限制)解释不同,前者系将某项法律规定的适用范围加以限缩,于特定案例类型不适用之;后者则系将法律概念局限于其核心范围。

2. 第1074条规定目的性限缩与“民法”修正

关于隐藏漏洞及目的性限缩,第1074条之规定及其修正具有启示性,可资参照。旧“民法”第1074条规定:“有配偶者,收养子女时,应与其配偶共同为之。”设甲男与乙女结婚,甲欲收养乙之子丙为养子,依本条规定文义,乙女似应共同为之。唯此势将导致生母收养自己婚生子女的结果,违反伦理,不符合当事人利益,抵触收养制度。按第1074条之立法

^① Brandenburg, Die teleologische Reduktion, 1983.

目的,在使双方配偶均能与被收养者,发生亲子关系,以促进家庭和睦,故一方配偶收养他方配偶之子女,他方配偶应无共同为之的必要。准此以言,第1074条未设此项限制,自有缺漏,为贯彻法律规范意旨,应作目的性限缩,增设但书规定,即有配偶者,收养子女时,应与其配偶共同为之,“但夫妻之一方,收养他方之子女者,不在此限”。值得注意的是,1985年6月3日修正亲属编已将第1074条规定作此修正。

3. 第106条规定关于自己代理禁止之目的性限缩

关于目的性限缩,最具有典型的,是第106条的适用。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,亦不得既为第三人之代理人,而为本人与第三人之法律行为。但其法律行为,系专履行债务者,不在此限。”如A授权予B,代理出售某屋,则B不得自己购买该屋(自己代理的禁止),亦不得代理C购买该屋(双方代理的禁止)。违反此项规定时,其法律行为应得A或C的承认,始生效力,立法旨趣在于避免利益冲突,立法理由书略谓:“如当事人之一方,得为他方之代理人,而为法律行为,然使之得为双方之代理人,而为法律行为,则利益冲突,代理人决不能完全尽其职务,自为法律所不许,但经本人许诺,或其法律行为系专履行债务者,应作为例外,以其无利益冲突之弊。”

设某甲赠某屋给其7岁之子乙,并即为登记。于此情形,甲的赠与有效,乙虽为限制行为能力人,但其获赠某屋,系纯获法律上之利益,得为有效之承诺(第77条但书),赠与契约(第406条)及物权行为(第761条),均属有效,乙取得该屋的所有权,并且有法律上之原因。倘乙仅5岁时,为无行为能力人,须由其父甲(法定代理人)代为意思表示,并代受意思表示(第76条),因而发生自己代理的问题。本人乙系无行为能力人,不能对甲的赠与为允诺,赠与房屋又难谓系专履行债务,依第106条之规定,甲(父)与乙(子)间的法律行为(赠与契约及物权行为),应不生效力,然此实不足保护无行为能力人的利益。因此,须对第106条禁止自己代理的规定,作目的性限缩,认为于法定代理人单纯赠与无行为能力人的案例类型,应再设“不在此限”,使其法律行为仍生效力,盖其无利益冲突之弊,兼足贯彻“民法”保护无行为能力人的基本原则。^①

^① 参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版。

第五节 慰抚金、不完全给付与法之发现^①

如要选择两个制度,从法学方法论的观点去检讨台湾地区“民法”理论与实务的发展,慰抚金请求权及不完全给付具有代表性。此二者六十多年来的演变、凸显学说与判例,为适应社会变迁,在法律解释类推适用及法律续造上所从事之“法的发现”。^② 其过程深具启示性,简述如下:

一、慰抚金请求权

(一) 问题的说明

第 18 条规定:“ I 人格权受侵害时,得请求法院除去其侵害;有受侵害之虞时,得请求防止之。 II 前项情形,以法律有特别规定者为限,得请求损害赔偿或慰抚金。”其所谓特别规定,如第 194 条、第 195 条、第 977 条、第 979 条、第 999 条、第 1056 条。“民法”对非财产损害之慰抚金请求权所以限于特定情形,当系认为人格权受侵害,是否造成精神痛苦难以认定,若不予限制,将造成滥诉,增加法院负担,使加害人穷于应付。又广泛承认慰抚金亦难免人格价值金钱化或商业化。

然而由于社会价值变迁,个人自觉,尤其是科技进步,大众传播侵害人格的情事,层出不穷,难以防范,人格尊严的保护,日趋重要。为加强人格权的保护,如何突破法律的限制,扩大慰抚金请求权,乃成为民法上的重要课题。

^① 午后撰稿,苦无灵感,登临姆指山,眺望四处,心旷神怡,振衣千仞岗。卧于巨石之上,仰望青天白云,偶然构思此一标题,草稿于山上(1999年2月6日)。

^② “民法”尚有许多问题或制度。为适应社会需要,而历经变迁,值得从事所谓理论史(Dogmengeschichte)的研究,物之毁损的损害赔偿方法,即属其例。第 196 条规定:“不法毁损他人之物者,应向被害人赔偿其物因毁损所减少之价额。”本条原被认为系特别规定,其后解为得与恢复原状竞合的请求权[参见拙著:《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社 2009 年版]。1998 年台上字第 803 号判决更认为:“损害赔偿,以填补损害,使被害人获得完全赔偿为最高原则。是物被毁损时,被害人除得依第 196 条请求赔偿外,并不排除第 213 条至第 215 条之适用,为本院向来之见解。被害人此种选择权,于向赔偿义务人为选择之意思表示后,原则上固应受其拘束,但如赔偿义务人尚未为恢复原状之准备,或逾期不为恢复,或恢复显有重大之困难者,被害人改依第 196 条请求赔偿,对赔偿义务人无何影响,尚与诚信原则无违,应无不予准许之理由。”(《“司法院”公报》,第 40 卷,第 12 期,第 111 页)。

（二）实务见解的发展

1. “最高法院”见解

（1）1961年台上字第1114号判例谓：“受精神之损害得请求赔偿者，法律皆有特别规定，如第18条、第19条、第194条、第195条、第979条、第999条等是。未成年子女被人诱奸，其父母除能证明因此受有实质损害，可依第216条请求赔偿外，其以监督权被侵害为词，请求给付慰抚金，于法究非有据。”此项判例具有三点意义：

① 重申受精神之损害得请求金钱赔偿（慰抚金），须有法律之特别规定。

② 父母监督权（亲权）被侵害不得请求给付慰抚金。

③ 本件判例将第19条列入得请求慰抚金的特别规定。按依第19条规定：“姓名权受侵害者，得请求法院除去其侵害，并得请求损害赔偿。”与第18条第2项对照观之，其所谓损害赔偿，不同于慰抚金，第19条非系第18条所称特别规定，“最高法院”将之列入，结论或可赞同，未为任何论证说明，理由构成不足。在实务上以姓名权被侵害，请求给付慰抚金的，甚属罕见。

（2）1952年台上字第278号判例：以第184条第1项后段规定作为请求慰抚金的规范基础。与有配偶通奸者，他方配偶（夫）得否向通奸第三人请求慰抚金，长期以来是实务上的重要问题。1952年台上字第278号判例谓：“‘民法’亲属编施行前之所谓夫权，已为现行法所不采，故与有夫之妇通奸者，除应负刑事责任外，固无所谓侵害他人之夫权。唯社会一般观念，如明知为有夫之妇而与之通奸，不得谓非有以违背善良风俗之方法，加损害于他人之故意，苟其夫确因此受有财产上或非财产上之损害，依第184条第1项后段，自仍得请求赔偿。”所谓非财产上之损害，系指精神上之痛苦，而其所请求的，系慰抚金（非财产上损害之相当金额赔偿）。

在方法论上值得注意的是，“最高法院”曾数度犹豫于是否认通奸系侵害他方配偶的名誉或自由，而适用第195条，但最后仍采上揭判例的见解。实务上认为强奸行为，如某丙明知乙为有夫之妇而加以强奸，乙之夫

某甲亦得依第 184 条第 1 项后段规定请求慰抚金。^① 又隐私权受侵害时,亦得以第 184 条第 1 项后段规定作为请求慰抚金的依据。^② 经 40 余年的适用,第 184 条第 1 项后段规定已成为请求慰抚金的规范基础,而与第 195 条等规定同时并存。

(3) 1996 年台上字第 2957 号判决:第 195 条于身份权受侵害的类推适用。^③ 在 1996 年台上字第 2957 号判决一案,被上诉人在上诉人所开设之妇产科医院产下一婴,因上诉人雇用的看护疏于注意,致被不知名者将该婴儿抱走,仍未寻获。被上诉人失子心碎,精神痛苦,乃向上诉人请求赔偿慰抚金及刊登寻子悬赏广告的费用。原审判决被上诉人胜诉,关于慰抚金部分,原审谓以故意或过失不法行为致他人受精神系统之痛苦,亦属健康权之侵害,被害人得依第 195 条规定请求之。“最高法院”则认为:“按身份权与人格权同为人身权之一种,性质上均属于非财产法益。人之身份权如被不法侵害,而受有精神上之痛苦,应与人格权受侵害同视,被害人自非不得请求赔偿非财产上之损害。故父母基于与未成年子女间之亲密身份关系,因受他人故意或过失不法之侵害,而导致骨肉分离者,其情节自属重大,苟因此确受有财产上或非财产上之损害,即非不得依第 184 条第 1 项前段,并类推适用第 195 条第 1 项之规定,向加害人请求赔偿。”

在此“抱走他人婴儿案件”,“最高法院”对慰抚金请求权,表示“最近见解”,认为于“人格权”或“身份权”受侵害时,被害人于其“侵害情节重大”时,得适用或类推适用第 195 条规定请求慰抚金。

(4) 1998 年台上字第 2495 号判决:侵害隐私权与“国家”损害赔偿。^④ 在 1998 年台上字第 2495 号判决一案,上诉人以被上诉人(基隆市

① 司法业务研究会第 1 期研讨意见:“某甲之妻某乙,观剧后步行返家途中,某丙强行推入停放路旁轿车,载往郊外僻静之处使之不能抗拒予以奸污。研究意见:丙系侵害乙之身体权及自由权,乙得依第 195 条第 1 项前段规定,请求赔偿非财产上之损害。某甲亦得请求某丙赔偿其非财产上损害,盖:按强奸行为基于通奸,本件某丙如明知乙为有夫之妇而加以强奸,不得谓非有以违背善良风俗之方法加损害于他人之故意,某甲就其因此所受非财产上之损害,依第 184 条第 1 项后段,请求某丙赔偿,自属有理。”关于隐私权的侵害,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

② 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

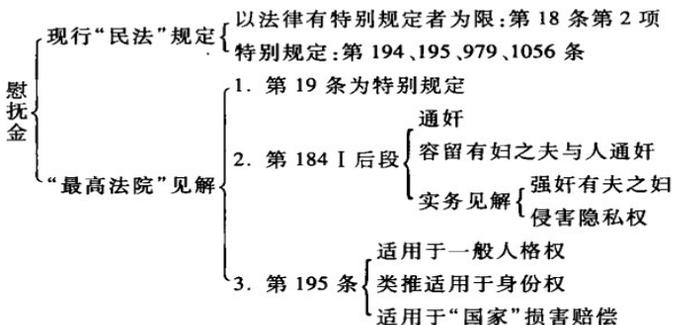
③ 《民事裁判文书汇编》,第 26 期,第 139 页。拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

④ 本件判决迄今未公布,取自“最高法院”资料室。

仁爱区公所),将其检举不法的内容,转告被检举人,致侵害其隐私权等,依“国家赔偿法”诉请损害赔偿。原审及“最高法院”均认为受理检举之机构对于检举人之姓名、年龄、住所或居所,应予保密。本件被上诉人将检举贪污渎职之上诉人姓名,以公文副本方式通知被检举人,显未尽保密之规定,自应负故意或过失之不法责任。检举他人不法,如遭曝光,不免招被检举人抱怨或报复,影响检举人生活之安全。上诉人检举他人涉嫌不法,被上诉人将之泄露,损及上诉人之隐私权,因隐私权为“人格权”之一种,上诉人自得请求赔偿非财产上之损害。

2. 分析讨论

关于慰抚金请求权之法的发现过程,历经三个阶段,即将第 19 条解释为特别规定;创设第 184 条第 1 项后段规定作为请求权基础;肯定第 195 条对一般人格权的适用,并类推适用于身份权。“最高法院”四十余年的法律见解,沉淀如下图示:



上揭法律状态系“最高法院”多年为处理个案而为的累积,而非基于事先全盘原则性的规划,应提出说者有二:

(1) 第 184 条第 1 项后段之规范目的,在于扩大受保护的客体及于权利以外的利益,而非在作为请求慰抚金的依据。以此规定作为慰抚金请求权,因限于“故意以悖于善良风俗之方法”的加害行为,其要件过严,包括侵害他人的权利或利益,则失诸广泛,作为一种法律原则应值商榷。被害人依第 184 条第 1 项后段规定主张的慰抚金请求权,得否继承或让与?是否仍须类推适用第 195 条第 2 项,亦产生疑义。其虽为强化对人

格利益的保护,就方法论言,终属未洽。^①

(2) 1996年台上字第2957号判决实际上已变更了1961年台上字第1114号判例,亦可取代第184条第1项后段,作为人格权或身份权被侵害时请求慰抚金的规范基础。为保护人格利益,而扩大慰抚金,就法学方法论,其可资采取的途径,系类推适用第195条规定。在前揭“医院中抱走他人婴儿案件”,1996年台上字第2957号采此见解,可资赞同,惟其理由构成有待推究:

① 思考层次上首应建立一项基本原则,即侵害他人的人格权(尤其是别人人格权以外其他人格法益),其情节重大者,被害人虽非财产上损害,亦得请求赔偿相当之金额。上揭判决虽以之作为类推适用第195条规定于身份权的基础,但未作必要充分的论证。为实践“宪法”所保障人的尊严,而将第195条规定予以一般化,较诸适用第184条第1项后段规定,更能纳入法律体系,俾利法律的适用及发展。

② “最高法院”认为第195条规定之得类推适用于身份权,“系因身分权与人格权同为入身权之一种,性质上均属于非财产上法益”。此项见解,似有斟酌余地。身份权与人格权同为入身权之一种,乃权利类型的形式分类,性质上均属非财产上法益,不能导致非财产上损害皆得请求相当金额的赔偿,不足作为类推适用法律理由。此项法律理由应求诸于身份权亦具有人格利益或人格关系,故有第195条的规定类推适用。

③ 1998年台上字第2495号判决认为侵害他人隐私权者,被害人得请求慰抚金,其判决理由谓:“检举他人不法,如遭曝光,不免招被检举人抱怨或报复,影响检举人生活之安全。上诉人检举林泉里办公处人员涉嫌不法,被上诉人将之泄露,损及上诉人之隐私权,因隐私权为入身权之一种,上诉人自得请求赔偿非财产上之损害。”隐私权固为入身权之一种,但“民法”上并无侵害他人之入身权时,被害人得请求慰抚金的“一般规定”,“国家赔偿法”亦无相关规定。本件判决“勇于造法”,但似欠缺必要充分的论证。

(三) 由判例到立法

为何最近“最高法院”对隐私权或身份权被侵害时的慰抚金请求权,“突然”作了一个重大转变,由第184条第1项后段,移向第195条规定,

^① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

采取全面肯定的立场？

此系出于强化保护人格权的必要，并“先行”实践债编部分修正条文草案关于第 195 条的修正规定：“Ⅰ不法侵害他人之身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操，或不法侵害其他人格法益而情节重大者，被害人虽非财产上之损害，亦得请求赔偿相当之金额。其名誉被侵害者，并得请求恢复名誉之适当处分。Ⅱ前项请求权，不得让与或继承。但以金额赔偿之请求权已依契约承诺，或已起诉者，不在此限。Ⅲ前二项规定，于不法侵害他人基于父、母、子、女或配偶关系之身份法益而情节重大者，准用之。”（本条规定已于 1999 年 4 月 2 日修正公布）。法律解释适用应配合当前的社会价值、法律政策，或立法趋势，固无疑问。唯须在解释或类推适用方法论上容许的范围内，尤其是要作合理充分论证，否则将混淆“司法”与“立法”应有的分际。就此点而言，上述“最高法院”两则判决的理由构成，似仍有补强余地。^①

二、不完全给付

（一）第 227 条的“解释”

债务人须依债务本旨而为清偿，否则应成立债务不履行。关于给付不能、给付迟延，“民法”设有规定（第 225 条、第 226 条、第 229 条以下）。债务不履行除给付不能及给付迟延外，尚有所谓的不完全给付（德国法上称为积极侵害债权），如给付的猪患有口蹄疫；医生输血未为必要检查，致病人感染艾滋病等。有争议的是，“民法”对于此种类型的债务不履行，是否设有明文。数十年来学说判例的发展在法学方法上的意义，特为论述。

第 227 条规定，债务人不为给付或不为完全之给付者，债权人得声请法院强制执行，并得请求损害赔偿。所谓不为完全之给付，如卖 10 只猪而仅交付 8 只，缺少 2 只，此乃就给付的数量而言。然则本条所谓“不为完全之给付”得否解释为兼指品质而言，如给付之猪患有口蹄疫，致买受人的猪群受感染而死亡？

对此问题，学者见解至为分歧，梅仲协先生于四十余年前，即从比较

^① 关于法院对判决理由构成的论证义务在“宪法”上的要求，参见 Brüggenmann, Die richterliche Begründungspflicht, 1971.

法的观点,采否定说,认为:“第 227 条规定,似采取《瑞士债务法》第 97 条之立法例。《瑞士债务法》第 97 条载:债务人不为债务之履行或不为完全之履行者,对于因此所生之损害,应予赔偿;但证明并非因可归责于己之事由所致者,不在此限。其条文词句,虽与‘民法’稍异,而立法之旨趣则一。唯查瑞士债务法,并无类似第 226 条之明文,故其第 97 条之规定,自属重要。现行‘民法’,既采德例,设有第 226 条(参照《德国民法》第 280 条之规定,系属多赘,胡长清认为,第 227 条之规定,系为‘债权之积极侵害’而设,颇有误会)。”^①

钱国成先生在一篇广受注意的论文,再度提及此项问题,亦采否定说,认为不完全给付的理论,为 1902 年德国学者史韬布(Staub)所倡导,现代各国学说及实务上均加承认,但立法上尚未见其例。现行“民法”第 227 条所谓不为完全之给付,绝非关于不完全给付之规定,其理由有四:

(1) 关于不完全给付之理论,在“民法”债编制定时(1929 年),尚属萌芽时期,不可能被采为立法。此观之第 227 条之立法理由,绝未提及不完全给付之理论可知。

(2) 第 227 条系将不为给付与不为完全之给付并举,不为给付,即系给付迟延,并无异说,若不为完全之给付即系不完全给付,则为给付迟延及给付不能以外之另一种债务不履行情形,不应与给付迟延合并规定于同一法条。

(3) 不完全给付之不能补正者,即无从强制执行,第 227 条规定之得请求强制执行,于不能补正之不完全给付显然不能适用。

(4) 为不完全给付与不为完全之给付;其文义显然有别。^②

由上述可知,钱国成先生解释方法上系以历史方法及比较法为主,辅之以文义解释及体系解释。

应注意的是,郑玉波先生对钱氏上述论点,采取全面反对的立场,并从文字含义、法条排列、立法理由,加以反驳。详言之:

(1) 就文字含义言,不为完全之给付,并非一部给付(一部给付另一面观之为一部迟延,下同),因一部给付,纯属于“量”的问题,而不完全给

^① 梅仲协:《民法要义》,第 174 页。

^② 参见钱国成:《不完全给付与物之瑕疵担保责任》,载《法令月刊》,第 29 卷,第 6 期(1978 年 6 月),第 3 页。并参见钱国成:《不完全给付与瑕疵担保》,载《法令月刊》,第 31 卷,第 10 期,第 57 页。

付乃属于“质”的问题,此不但在一般概念上对于量的问题,常以“一部”对称“全部”,而对于质的问题,则以“完全”对称“不完全”,以示区别,即第318条亦称“债务人无为一部清偿之权利”,可见在“民法”上亦系如此。申言之,第318条始为一部给付之问题,而第227条则非一部给付之问题,而为不完全给付之问题。

(2)从法条排列上言,第227条,认为重复或无多大价值者有之,其实若将不为完全之给付,解为不完全给付,而不解为一部给付,即无重复之可言矣。因如此解释,则给付迟延问题虽已于第229条以下设有规定,而一部给付问题,亦已于第318条另有规定,但均与第227条不完全给付之规定无涉。

(3)从立法理由言,不完全给付之理论在1902年既已提出,其后德国学者纷纷讨论,早已成熟,而民法起草委员之一史尚宽先生,于1922年,留学德国柏林大学法律研究所,对于此一理论,当时自然耳熟能详,于1927年回华,1929年就任立法委员,躬亲民法之起草,安能不将此一进步的理论输入民法之中,此由史先生所著《债法总论》中认为不完全给付,在上即系第227条所规定者一点观之,吾人即不容疑义。盖斯乃出诸躬亲参与立法者之笔,较后人之臆测不更可信乎。又胡长清先生虽非民法起草人,但当时亦列席参与其事,其所著《中国民法债编总论》亦认为,第227条系不完全给付之规定。^①

关于不完全给付,就法之发现言,应从“解释”开始。吾人所以不厌其详引述诸家见解,主要在使读者能更深刻地认识法律解释方法的多样性及法律解释的困难。钱国成及郑玉波二氏系著名的民法学者,对于第227条分别就法律文义、法律条文排列、立法理由及比较法详为论证,而得到完全不同的结论。其采肯定说,旨在使不完全给付债务不履行能有实定法上的依据,自有所据。唯第227条关于不完全给付的构成要件(如归责事由)及法律效果(如请求损害赔偿、解除契约等),皆未规定,纵采肯定说,仍有待“类推适用”给付不能或给付迟延的规定予以补充。由于学说上未获共识,“最高法院”迟至1988年第7次民事庭会议,始对此古老而重要问题表示意见,认为“民法”对不完全给付未设明文,法之发现

^① 参见郑玉波:《论不为给付与不为完全给付》,载《民商法问题研究》(第二册),第24页以下。

乃由“解释”进入“法律漏洞补充”的阶段。

(二) 法律漏洞及其填补

1. 法律漏洞的肯定

不完全给付在“民法”上的依据久无定论,“最高法院”在相关案例多径以不完全给付称之,其以第 227 条规定作为规范基础的,亦属有之。^① 1988 年第 7 次民事庭会议,始由院长交议^②:“甲向乙购买货物一批,价金新台币 5 万元,经签发同额远期支票一纸,交付于乙,以资清偿。嗣后甲发现该批货物有应由乙负担担保责任之瑕疵,乃即通知乙,迨支票票载发票日,又故意使支票不获支付。乙于是起诉请求甲支付票款。问:甲可否以乙交付之货物有瑕疵,应负物之瑕疵担保责任或债务不履行责任为由,提出同时履行之抗辩?”

经过详细讨论后,“最高法院”作成如下决议为:“出卖人就其交付之买卖标的物有应负担担保责任之瑕疵,而其瑕疵系于契约成立后始发生,且因可归责于出卖人之事由所致者,则出卖人除负物之瑕疵担保责任外,同时构成不完全给付之债务不履行责任。买受人如主张:

(1) 出卖人应负物之瑕疵担保责任,依第 360 条规定请求不履行之损害赔偿;或依第 364 条规定请求另行交付无瑕疵之物,则在出卖人为各该给付以前,买受人非不得行使同时履行抗辩权。

(2) 出卖人应负不完全给付之债务不履行责任者,买受人得类推适用第 226 条第 2 项规定请求损害赔偿;或类推适用给付迟延之法则,请求补正或赔偿损害,并有第 264 条规定之适用。又种类之债在特定时,即存有瑕疵者,出卖人除应负物之瑕疵担保责任外,并应负不完全给付之债务不履行责任。并此说明。”^③

此项决议肯定不完全给付之债务不履行,系属法律漏洞,虽未详述理由,仍值赞同,因其终于解决了将近五十年来法之发现的难题。值得注意

^① 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。

^② 当时“最高法院”院长为钱国成先生,本件决议系采钱氏的见解。本件决议附有研究报告,可供参照。

^③ 参与拙著:《物之瑕疵担保责任、不完全给付与同时履行抗辩》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社 2009 年版。詹森林:《物之瑕疵担保、不完全给付与买卖价金之同时履行抗辩》,载《万国法律》,第 42 期,第 30 页以下。

的是,债编部分条文修正于第227条规定明定不完全给付,使不完全给付制度得从其“请求权基础”的争论中“解脱”出来,得转向于其构成要件、法律效果、适用范围及竞合等问题的研究。

不完全给付既属债务不履行的一种,应依民法关于给付不能或给付迟延的规定,乃属当然。唯需注意的是,不完全给付得与给付不能或给付迟延并存,如甲出卖猪只给乙(种类之债),迟未交付,其后所交付之猪患有口蹄疫,致乙的猪只遭受感染时,得成立给付迟延与不完全给付。设乙的猪只遭受感染后,向甲请求交付无瑕疵之猪,而甲的猪只因患口蹄疫悉遭宰杀时,并得成立给付不能。

2. 构成要件与法律效果

不完全给付,指债务人虽为给付,但给付的内容不符合债务本旨,如方法不当,地点不妥,时间不宜,尤其是品质不符。于此种所谓“瑕疵给付”的情形,债权人得拒绝受领,并要求债务人为合于债之本旨的给付。

关于不完全给付所生的损害,可分为两类:一类为履行利益(或给付利益),如承揽的工作物因具瑕疵,致其物本身价值减损,或因不堪使用而遭致损失;另一类为债权人于其人身、物之权利或财产遭受损害(所谓加害给付,债权人完整利益的侵害),如输血含有病毒,致病人感染;计程车发生车祸,致乘客受伤;猪只患有口蹄疫,致买受人其他猪只遭受感染;律师疏于注意法律或判例变更,提供错误的法律意见,致客户处分财产遭受不利益等。于诸此情形,除法律有特别规定外,于债务人有可归责之事由时,应类推适用民法关于给付不能或给付迟延规定,负损害赔偿责任。债务人抗辩损害的发生非因可归责之事由时,原则上应负举证责任。债权人损害赔偿请求权的消灭时效,除有特别规定外,原则上应适用一般消灭时效期间,因15年不行使而消灭。于不完全给付债务不履行,债权人亦得解除契约,尤其是继续履行契约的信赖关系已不存在,如甲餐厅由乙长期供应土鸡,如乙所给付之土鸡多次感染病毒时,甲得解除契约。^①

(三) 不完全给付的适用范围及竞合关系

不完全给付既为债务不履行之一种,对所有债之关系(尤其是契约)

^① 较深入的讨论,参见马维麟:《给付不完全制度》,载《法学丛刊》,第167期,第77页以下。

皆应有适用之余地。^① 关于雇佣、委任、借贷、合伙等契约,“民法”未设特别规定,应有不完全给付债务不履行的适用。关于买卖、租赁及承揽,民法设有瑕疵担保责任,在何种情形尚有不完全给付债务不履行一般规定的适用,疑问甚多,难有定论^②,简要说明如下。

1. 买卖

第 359 条规定,出卖人应负物之瑕疵责任时,买受人得解除契约或请求减少价金。第 360 条规定,买卖之物缺少出卖人所保证之品质者,买受人得不解除契约或请求减少价金,而请求不履行之损害赔偿,此为关于物之瑕疵的特别规定。关于如何界定不完全给付与物之瑕疵担保责任的适用关系,分三点言之:

(1) 就买卖标的物的瑕疵,出卖人无修补义务,此为特别规定,应优先适用之,买受人不得主张不完全给付而请求补正。当事人约定出卖人有修补义务时,依其约定。

(2) 关于第 360 条规定与不完全给付的适用关系有三种解决途径:
 ① 认为第 360 条系优先性的特别规定,排除不完全给付债务不履行责任。
 ② 认为二者得为竞合并存。
 ③ 采折中的解决途径,认为第 360 条所谓不履行之损害赔偿系指瑕疵损害(Mangelschaden),如标的物价值的减少,支出的修缮费用或丧失的使用利益。关于瑕疵结果损害(Mangelfolgeschaden),如买受人的人身、物之权利或财产上所受损失,则适用不完全给付债务不履行责任。

德国通说采第三种见解(折中说),批评者认为如何区别“瑕疵损害”及“瑕疵结果损害”,欠缺明确标准。在台湾地区“民法”上如何处理,尚无共识,似可认为第 360 条所谓不履行的损害赔偿包括瑕疵损害及瑕疵结果损害,而不完全给付债务不履行,系以有可归责于债务人的事由为必要,其要件不同于第 360 条,二者得为竞合。

(3) 第 360 条规定系适用于当事人订约时所作的保证及故意不告知物之瑕疵,物之瑕疵系于契约后始行发生,且可归责于出卖人事由所致,

^① 不完全给付于无因管理的适用,参见拙著:《民法债编总论(一)》,第 253 页。关于侵权行为损害赔偿之债的适用,如甲撞毁乙车,乙交由丙修缮,丙修缮刹车系统不当,该车于车祸中灭失。

^② 比较法上简要说明, G. H. Treitel, Remedies For Breach of Contract, A Comparative Account, 1991, p. 42f.

或于种类之债,出卖人因过失选择具有瑕疵之物时,应有不完全给付债务不履行的适用。

2. 租赁

在租赁契约,出租人负有修缮义务(第423条、第424条)。此为特别规定,排除不完全给付规定的适用。关于“加害给付”,如出租的汽车刹车系统具有瑕疵,发生车祸,致承租人身体、健康遭受侵害时,承租人得依不完全给付规定,请求损害赔偿。

3. 承揽

在承揽契约,依第495条规定,因可归责于承揽人之事由,致工作发生瑕疵者,定作人除请求修补、解除契约、减少报酬外,并得同时请求损害赔偿。此之所谓损害赔偿,非指解除契约所生损害的赔偿,而系指债务不履行的损害赔偿,其范围包括所谓瑕疵损害及瑕疵结果损害。例如,甲承揽修理乙汽车的刹车系统,因工作有瑕疵时,发生车祸,致乙身体受伤时,甲对汽车系统瑕疵本身的损害,及乙身体所受伤害,皆应负损害赔偿责任。此乃关于承揽工作具有瑕疵,不完全给付的特别规定。^① 应注意的是,关于此项定作人损害赔偿请求权的消灭时效,未设特别规定(第514条),依第125条所定一般时效期间,因15年间不行使而消灭。值得注意的是,债编部分条文修正于第514条明定定作人之损害赔偿请求权因瑕疵发现后1年间不行使而消灭。

(四)由“给付义务”到“附随义务”:债务不履行责任之法的续造

契约上的不完全“给付”,依其固有意义,指决定契约类型的义务而言,为契约的要素。如在买卖契约,出卖人的给付义务为交付其物并移转其所有权、买受人的给付义务为支付价金,并受领标的物。在雇佣契约,受雇人的给付义务系为他人服劳务,雇主的给付义务系支付报酬。需强调的是,契约上的义务,除给付义务外,尚有所谓的附随义务。^② 如出卖

^① 1998年台上字第261号判决谓:承揽人完成之工作,应使其具备约定之品质,及无减少或灭失其价值,或不适于通常或约定使用之瑕疵,第492条定有明文。否则定作人得请求修补或解除契约或请求减少报酬(第493条、第494条),此项承揽人之瑕疵担保责任固系无过失责任,不以承揽人具有过失为必要。若因可归责于承揽人之事由,致工作发生瑕疵,则同时发生不完全给付之问题,此时定作人除得请求修补或解除契约或请求减少报酬外,并得请求损害赔偿(第495条)(本件判决取自“最高法院”资料室)(《“司法院”公报》,第40卷,第9期,第56页)。

^② 关于附随义务,参见拙著:《民法债编总论(一)》,第29页。

人应正确说明机器的使用方法,买受人应告知其交付的金钱曾经过患猩红热者之手。^① 雇主应为受雇人办理加入劳工保险,受雇人应不从事不正竞业,或泄露其所获知雇主的营业秘密等。债务人违反此等说明、告知、照顾、忠实、保护等义务,而有可归责之事由时,应否负债务不履行责任? 易言之,债务不履行责任应否由“给付义务的不完全履行”,扩张及于“附随义务的违反”? 对此问题,应采肯定说,分三点言之:

(1) 契约是特定人间,基于信赖关系而成立的特别结合关系,债务人除给付义务外,尚应依债之本旨履行基于诚实信用原则或契约补充解释。而发生的其他行为义务(附随义务)^②,期能满足给付利益,以达契约目的,或维护债权人于其人身、物之权利或财产上不受侵害的完整利益。

(2) 台湾地区“侵权行为法”关于一般侵权行为未采概括主义。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”,其保护客体不及于纯财产上损害(纯粹经济上损失)。^③ 被害人对加害人的过失须负举证责任。雇用人得证明对受雇人的选任、监督并无过失而免责(第188条第1项但书)。因此肯定违反附随义务亦得成立债务不履行责任,具有补充“侵权行为法”的功能。

(3) 雇主未为受雇人办理加入劳工保险,致受雇人于保险事故发生时不能请领保险给付,“最高法院”一向认为,雇主应负侵权责任,1997年台上字第3746号判决谓:“劳工保险为强制保险,雇主如未为劳工办理劳工保险或将其退保,致劳工于退休时未能领取老年给付金者,自属侵害劳工之权利,应负损害赔偿赔偿责任。又该老年给付金之请求权,于劳工退休时始发生,其消灭时效自斯时起算。”^④ 实则,劳工未能领取保险给付,其被侵害的不是劳工之权利(何种权利?),而是纯粹经济上的损失。就侵权行为言,应适用第184条第2项规定。^⑤ 就契约责任言,应认雇主违反其应为受雇人加入劳工保险的照顾义务,应依债务不履行规定负损害赔偿赔偿责任。^⑥

① 参见史尚宽:《债法总论》,第400页。

② 关于契约的补充解释,参见拙著:《民法债编总论(一)》,第181页。

③ 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

④ 《民事裁判文书汇编》,第30期,第131页。

⑤ 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

⑥ 参见拙著:《雇主未为受雇人办理加入劳工保险之民事责任》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版。

关于附随义务,“民法”未设一般规定,肯定其与给付义务同属契约上的义务,较诸认为不完全给付为债务不履行之一种,更具法院造法的功能,有助于完善民法民事责任体系。在德国,自 Staub 发现积极侵害契约(积极侵害债权)以来,即包括 Schlechtleistung(不良给付)及附随义务的违反(Verletzung der Nebenspflicht)两种类型,实务上以后者更为常见。^①继受德国法上积极侵害债权的理论,而称之不完全给付,是否及于附随义务的违反,未臻明确。为期涵盖,得扩大解释不完全“给付”使之包括二者^②,或形成一个可资涵盖的上位概念。不完全给付及附随义务的违反介于侵权责任与契约责任之间,涉及民事责任制度的变革及发展,如何调整现行“民法”的概念和体系,实有赖于判例学说的协力,达成共识,期能在法之发现过程上更向前迈进一步。

(五) 不完全给付与慰抚金

债编部分修正条文于第 227 条规定:“I 因可归责于债务人之事由,致为不完全给付者,债权人得依关于给付迟延或给付不能之规定行使其权利。II 因不完全给付而生前项以外之损害者,债权人并得请求赔偿。”又第 227 条之 1 规定:“债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害者,准用第 192 条至第 195 条及第 197 条之规定,负损害赔偿责任。”依原“民法”规定,债务人因债务不履行致侵害债权人之人格权时,不得行使第 192 条至第 195 条之权利(尤其是第 194 条及第 195 条规定的慰抚金),故多主张侵权行为。上开修正规定使被害人行使契约上的权利,有助于从新调整契约责任与侵权责任的关系,尤其是强化不完全给付制度的规范功能,对民事责任的发展,具有重大深远的意义。

(六) 债务不履行体系的再构成^③

1. “民法”债编修正

台湾地区的债务不履行制度,是由给付不能、给付迟延、不完全给付及买卖、租赁与承揽契约的瑕疵担保责任所构成,为便于观察,此处以图表示之。

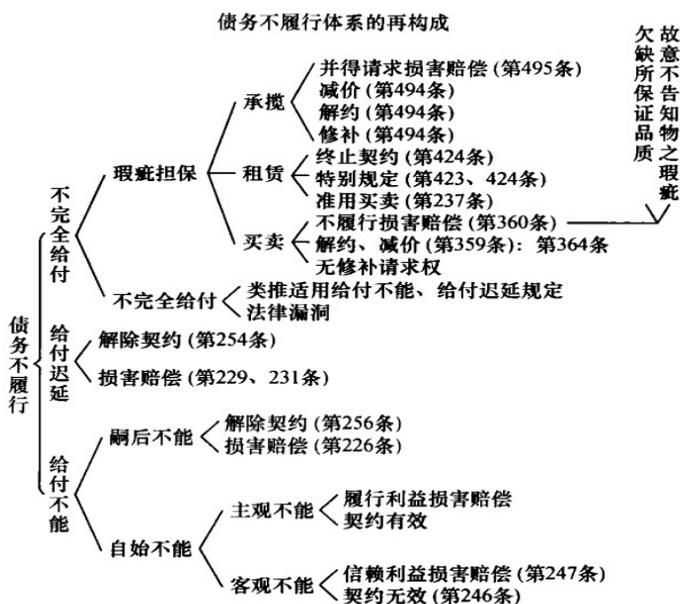
债编部分条文修正,对现行债务不履行制度作有四项重要修正:

(1) 将第 227 条修正为不完全给付规定:“因可归责于债务人之事

^① Emmerich, Das Recht der Leistungsstörung, 4. Aufl. 1997, S. 222f.

^② Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl. 1996, S. 25, 31., 166, 169.

^③ 关于债务不履行的再构成,另撰专文作较深入的讨论。



由,致为不完全给付者,债权人得依关于给付迟延或给付不能之规定行使其权利。因不完全给付而生前项以外之损害者,债权人并得请求赔偿。”

(2) 增设第 227 条之 1 条规定:“债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害者,准用第 192 条至第 195 条及第 197 条之规定,负损害赔偿责任。”

(3) 于第 365 条规定,将买受人因物有瑕疵,而得解除契约或请求减少价金的权利,由“于物之交付后 6 个月间,不行使而消灭”,修正为:“于买受人依第 356 条规定为通知后 6 个月间不行使或自物交付时起经过 5 年而消灭。前项关于 6 个月期间规定,于出卖人故意不告知瑕疵者,不适用之。”

(4) 于第 514 条规定,增列定作人损害赔偿请求权亦因瑕疵发生后 1 年间不行使而消灭。

上开修正条文多具意义,有疑问的,亦属有之,如于第 514 条将损害赔偿请求权或契约解除权并列,前者为债权请求权,后者为形成权,则其

所谓“均因瑕疵发现后1年间不行使而消灭”,究为时效期间,抑为除斥期间?抑对损害赔偿请求权言,为时效期间;对契约解除权言,为除斥期间?解释适用上甚有疑义,立法是否妥当,仍值商榷。

2. 德国民法债编修正

值得注意的是,德国自1980年以来联邦法务部积极从事债法研究修正的工作。首先是由专家学者就重要问题提出鉴定报告及修正建议。^①1992年债法研修委员会的最后报告仅就消灭时效及给付障碍(Leistungsstörung)^②提出修正草案,对债务不履行从事制度性的改造,其要点有三:

(1) 修正草案理由认为德国民法债务不履行,系以给付不能为核心,区别自始不能、嗣后不能、主观不能及客观不能,异其要件及法律效果,欠缺内在理由,乃决定删除《德国民法》第306条至第309条关于自始不能的规定(相当于台湾地区“民法”第246条、第247条)。

(2) 废除给付不能、给付迟延及积极侵害债权三种债务不履行类型,而改以义务违反(Pflichtverletzung)作为核心概念。此之所谓义务,除给付义务外,尚包括保护义务,债务人违反此等义务而有可归责的事由时,债权人得请求损害赔偿,或解除契约。解除权的行使,不妨碍损害赔偿的请求。

(3) 积极侵害债权与出卖人瑕疵担保责任的适用关系,判例学说意见分歧,众说纷纭,虽专家亦难了解,公认德国民法上最具有争议的问题。修正草案作了革命性的变更,废除权利瑕疵及物之瑕疵在法律效果的区别。对物之瑕疵与给付异类物(Aliud)作同样的处理。尤其是废除“民法”第463条规定(相当于台湾地区“民法”第360条),将因物之瑕疵而生的损害赔偿纳入债务不履行一般原则。

3. “民法”70年的历史意义

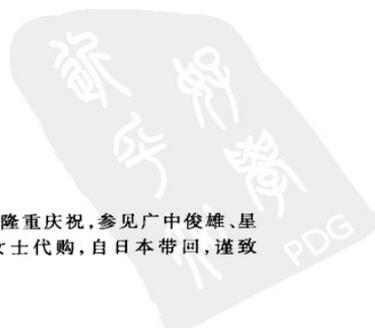
德国债法修正草案扬弃了给付不能的分类,废除采自罗马法关于物之瑕疵担保制度,参照1981年维也纳国际商品买卖法,重新建构债务不履行的体系,仍在征询意见过程中,何时定案,尚难预料。1900年施行的

^① Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 2 Bände, 1981, Bundesanzeiger Verlag.

^② Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992. Bundesanzeiger Verlag.

《德国民法》将届满一百年,台湾亦将庆祝现行“民法”施行 70 年,均正从事对债务不履行制度的修正,将使此两部法典更能适应社会需要,实具深远的历史意义。^①

^① 日本民法典于 1989(明治 31 年)年 7 月 16 日施行,法学界隆重庆祝,参见广中俊雄、星野英一编:《民法典的百年》,共 4 卷,有斐阁,1998。(承林美惠女士代购,自日本带回,谨致谢意)



第七章 解题的体裁、结构与风格

第一节 解题的体裁

一、鉴定体裁

法律问题的处理,有两种体裁可资采取,鉴定(Gutachten)和判决(Urteil)。^①

鉴定,在于证明一定请求权基础的存在,具有三项特征:① 问题应先行提出。② 逐步检讨请求权基础是否存在。③ 结论置于最后。兹分述之:

1. 问题的提出

关于问题的提出,其方式甚多,兹举数例,以供参考:

(1) 甲得依第 767 条规定,向乙请求返还某车,此须以甲为所有人,乙为无权占有的要件。

(2) 甲向乙请求返还某车,所应检讨者,系第 767 条之规定。

(3) 甲得否向乙请求让与因买卖标的物被丙毁损所得之赔偿物,所应检讨者,系第 225 条第 2 项之规定。

(4) 甲得否向乙请求偿还其无因管理所支出之费用,应视是否具备第 176 条第 1 项所规定之要件。

(5) 甲得否向乙依第 226 条第 1 项之规定请求损害赔偿?

(6) 应检讨者,系甲得否依第 197 条第 2 项之规定,向乙请求返还其

^① 参见 Diederichsen, Die BGB Klausur, 6. Aufl. 1984, S. 179f; Berg, Übungen im Bürgerlichen Recht, S. 23f.

所受之利益。

2. 逐步证明请求权基础的存在

对于提出问题,应逐步求证,检视请求权基础的构成要件是否具备。在推论上所使用的文句,如“因此”、“由此可知”、“准此以言”、“从而”、“故”。如:“要约与承诺内容一致,故租赁契约成立,承租人得向出租人请求交付租赁物。兹因可归责于出租人之事由,致给付不能,故承租人得依第 256 条之规定解除契约……”

3. 结论

在鉴定体裁,结论应置于最后,对提出的问题作明确的表示,或为肯定,或为否定,例如:“甲基于有效成立的买卖契约,得依第 348 条规定,向乙请求交付其物,并移转其所有权”。

二、鉴定与判决体裁

与鉴定应予区别的,是判决的体裁,其主要特色有二:① 结论在前,理由在后,即先作成结论,再赋予理由。② 在结论与理由间所使用的连词为:“盖……也”、“因为”等。

关于鉴定及判决体裁在结构上的不同,试举一例加以说明:甲于 3 月 2 日向乙表示购买某微波电子烤箱,价金 3 万元,乙于 3 月 3 日承诺,甲先付定金 5000 元,约定 3 月 7 日取货。甲于 3 月 4 日发现,其妻丙已于 3 月 2 日亦已向他人订购同类型烤箱,即向乙说明不知其妻已订购同类型烤箱的事实,请求返还 5000 元,并拒付余款。问乙得否向甲请求支付约定价金及受领标的物?

依判决体裁,上举案例,应为如下的处理:乙的请求为有理由。甲与乙于 3 月 3 日订立契约,约定甲以 3 万元向乙购买某微波电子烤箱,甲有支付价金及受领标的物之义务(第 367 条)。甲不得依第 88 条第 1 项之规定,撤销其买卖契约,拒不付款,盖甲不知其妻已另订购同类型之烤箱,乃动机错误,不构成意思表示内容之错误,不在撤销之列。

依鉴定体裁,上举案例,应为如下的处理:乙得依第 367 条规定向甲请求支付约定价金及受领标的物。此须以买卖契约成立为前提。甲于 3 月 2 日向乙表示购买某微波电子烤箱,价金 3 万元,系属要约,乙于 3 月 3 日承诺,互相意思表示一致,买卖契约成立。乙的请求权得因甲撤销其买卖契约而消灭。甲向乙请求返还 5000 元,拒付余款,虽得解为已有撤销

的意思表示。唯甲不知其妻已另订购同类型之烤箱,乃意思表示缘由的错误,不影响于意思表示的内容,不符合第88条第1项规定的要件,甲无撤销买卖契约的权利。乙得依第367条规定,向甲请求支付价金及受领标的物。

据上述可知,鉴定的体裁重在思考,旨在求证,以检讨确定当事人间的权利义务关系。因此,实例研习及校内外考试,原则上均应采鉴定体裁。制作判决书的训练为司法实务的任务。应注意的是,鉴定体裁并不排除兼采判决体裁。实例所提出的问题,虽应以鉴定方式加以处理,至于附属问题,则得采用判决体裁。

第二节 解题结构

一、解题结构的重要性

处理实例须先有总体的构想,思考将以何种步骤,去解答问题。如果一个题目的解题时间为半个小时,至少需用5分钟思考、构想解题构造。考生在主观上常有“时不我与”之感,匆匆看完题目后,立即动笔书写,发现不妥,辄东涂西改,“此处不算”、“请参阅次页”,弄得试卷零乱不堪。有礼貌的考生也许会附上一句:“对不起,教授先生”,但仍无补于阅题的艰难。以“毅力”抗拒“立即作答”的冲动,至属重要,应请注意。

解题构想的优点甚多:①针对问题解答。②把握重点。③防范疏漏。④避免重大增删。⑤层次分明,井然有序,思路的发展脉络清楚。唯应注意的是,此种解题结构非属考试内容,不应写在试卷之上。于解题纲要完成后,在正式作答之前,尚须再作冷静思考:结论是否合理?是否符合正义公平原则?法律人固须重视逻辑推理,但是“法之常识”亦不容忽视。所谓“法之常识”,不是指个人主观的法律感情或价值判断,而是指经由学习法律而累积、体验之客观化的公平正义的理念。

二、例题解说

某甲于7月1日结婚,决定赴阿里山度蜜月,即以限时专送致函于阿里山悦来客栈主人乙,表示于7月3日预定双人套房一间,甲于

7月3日抵达阿里山车站时,见有悦来客栈使用人丙在车站招呼客人,即交付行李1件,嘱其先行携带至旅馆,自己则在车站附近购买水果。迨甲到达悦来客栈时,主人乙告以客满,虽接获来信,但未及保留房间。甲即速往他处寻找旅舍,终在阿里山宾馆租一套房,唯租金较悦来客栈所定房间超出500元。其后甲回到悦来客栈时遍寻行李不见,丙表示确已携回,放置柜台左侧,或为他人盗去,亦未可知。此际,甲复发现,主人乙确曾为其登记预留某号套房,因适有熟客丁前来,乃将该套房租其使用,而拒甲住宿。试问甲得向乙主张何种权利?设甲与乙间的住宿契约不成立时,甲得否向乙请求行李遗失的损害赔偿?

来回穿梭思考于“案例事实”与“法律规范”(第153条以下、第226条、第606条以下)之后,可拟定如下的解题结构:

甲与乙间成立住宿契约

1. 关于多付500元房租的损害赔偿

(1) 请求权基础:226 I。

① 乙的给付义务:住宿契约成立。A. 甲之要约。B. 乙之承诺:意思实现。

② 给付不能债务不履行。A. 给付不能。B. 可归责于乙的事由。C. 甲受有损害。D. 因果关系。

(2) 结论:甲得向乙请求500元的损害赔偿。

2. 关于行李过失的损害赔偿

(1) 请求权基础:606。

① 旅店主人责任的成立。A. 要件。B. 不以成立住宿契约为必要。

② 负责条款之效力:609。

(2) 甲得向乙请求行李遗失的损害赔偿。

三、甲与乙间成立住宿契约

(一) 甲就其多付500元房租之损害赔偿请求权

1. 应检讨者,系甲得否依第226条第1项规定,向乙请求损害赔偿

(1) 住宿契约之成立。旅客住宿契约,究竟属于何种契约,“民法”



未设规定,应属于一种以租赁为主,混合雇佣或买卖(如供给早餐)组成的无名契约。甲依第226条第1项规定,主张乙应负债务不履行损害赔偿时,须甲与乙间订有住宿契约为前提。

① 甲之要约。甲于7月1日致函于乙,表示于7月3日预定双人套房一间,有订立住宿契约之意思;标的物之种类及数量均属确定,虽未言明住宿费,但可得确定,故7月1日之信函,系属要约,于到达乙时生效。

② 乙之承诺。乙于收到甲之要约后,虽未为承诺之意思表示,唯既已为甲登记保留某号套房,在客观上足以推论有承诺意思之存在。订旅馆房间,在交易习惯上承诺无须通知;甲以限时专送快信预订房间,依其情形,在解释上可认为默示预先表示承诺无须通知,故甲与乙间之住宿契约因意思实现而成立(第161条)。

(2) 给付不能。甲与乙之住宿契约既经成立,乙即应负有提供房间,供甲住宿之给付义务。乙已将其为甲所保留之套房交与他人使用,又不能提供其他房间供甲住宿,系属给付不能。此项给付不能有可归责于乙之事由。甲多付500元住入阿里山宾馆,其所受之损害与乙之给付不能,具有相当因果关系。

2. 结论

甲得依第226条第1项之规定,向乙请求赔偿500元。

(二) 甲就其遗失行李对乙之损害赔偿请求权

1. 甲得对乙损害赔偿之规范基础,为第606条

即旅店或其他以供客人住宿为目的之场所主人,对于客人所携带物品之毁损、丧失,应负责任。其毁损丧失,纵由第三人所致者亦同。

(1) 旅店主人责任之成立。乙系旅店主人,甲为客人。所谓客人所携带物品,应从广义解释,包括客人于车站或码头交付旅馆之仆人或司机之物品。^① 故甲于阿里山车站交付于乙之使用人丙之行李,亦属甲所携带物品。此项行李于旅舍之内丧失,纵使被盗,乙亦须负责,有无过失,均所不问。

(2) 责任之免除。旅店主人乙于柜台壁上贴有“小心携带衣物,本店概不负责”,此属免责条款。依第609条:“以揭示限制或免除前三条所定主人之责任者,其揭示无效。”故乙不能免除其责任。

^① 参见史尚宽:《债法各论》,第512页。

2. 结论

甲就其携带行李之丧失,得依第 606 条规定向旅店主人乙请求损害赔偿。

四、甲与乙间不成立住宿契约

乙于收到甲预定套房之要约后,未为登记预留房间时,乙既无承诺之意思表示,亦无可认为承诺之事实,住宿契约不成立。甲就其另觅旅社而多付租金所受之损害,自不得向乙请求损害赔偿。

甲与乙之住宿契约,虽因乙未为承诺而不成立,但乙仍应依第 606 条规定,对甲携带行李之遗失,负损害赔偿责任,盖本条所规定者,系旅店主人法定寄托责任,凡有接纳客人之事实者,即应就客人所携带之物品负责,住宿契约是否成立、生效,在所不问,立法目的旨在保护投宿之旅客。所谓接纳客人,无须主人亲自接待,派遣使者或车辆在车站接待客人,即已表示有使住宿之意思,客人交与使者或置于其车中之物,即为其携带之物,旅舍主人对其毁损丧失,应负责任。^①

第三节 请求权基础检讨的取舍

处理实例的基本工作,在于寻找支持某项请求权的规范基础,原则上应依契约,无权代理等类似契约关系、无因管理、物权关系、不当得利及侵权行为等次序检查之,前已再三说明。对于每一个可能成立的请求权基础,均应思考检讨。唯在作答之际,应排除显不成立的请求权基础,不予讨论。某项请求权基础是否存在,判例学说尚有争论,或理论上具有意义时,在结论上虽采否定说,仍有检讨必要,以期周全,此亦为鉴定体裁的特色。例如,甲出卖某地予乙,于给付确定期间届满,即与丙通谋为虚伪买卖并办理所有权移转登记。在此案例,关于乙对甲得否主张的权利,应检讨者有给付迟延(第 229 条)、侵权行为得否成立?关于甲对丙得行使的权利,应检讨的有妨害除去请求权(涂消登记,第 767 条)及不当得利请求权。乙对丙得主张侵权行为损害赔偿请求权。又乙得否代位甲行使对丙的权利,亦有论及的必要。

^① 参见史尚宽:《债法各论》,第 510 页。德国实务界亦采相同见解。

第四节 多数当事人法律关系的处理次序

实例上的问题,涉及两个当事人时,较易处理。涉及三人或三人以上时,应依何种次序检讨,甚值斟酌。依历史方法,以事实发展过程的先后而讨论,固亦有据,但常导致不必要的重复。依请求权方法,应先综观全部案例事实,找出关键的当事人,先行讨论。所谓关键当事人,其认定标准有两个:① 某当事人间的法律关系,为其他当事人法律关系的前提。② 符合当事人的利益状态。如甲受乙胁迫,赠与某名贵的水晶花瓶给丙,并即交付。不久甲向丙说明受乙胁迫事由,请求返还其物,丙告以己将该瓶让售予丁,并移转其所有权。于此情形,宜先检讨甲得对丁主张的权利,盖此符合甲的利益,与甲得对丙主张何种权利,亦具有密切关系。

第五节 风格

实例解题,是一种科学,一种技术,也是一种艺术。艺术有其风格,实例解题自不例外。实例解题的风格由五项因素构成之:① 法律条文的引用;② 把握重点;③ 判例及学说的征引;④ 理由构成;⑤ 法律文字。分述如下。

一、法律条文的引用

实例解题须引用法律条文,尤其是支持某项请求权的法律规范,如甲得依“第 767 条之规定”,向乙请求返还其物。目前官方考试(尤其是“高普考”及特考),均不准使用“六法全书”,考生须确实掌握若干基本规定,尤其是主要的请求权规范基础。此不能徒赖背诵强记,兹提出几项方法,以供参考:

(1) 阅读教科书或论文时,应对照法律条文。

(2) 上课前应预先阅读有关法律条文,了解其规范意义,探究其在解释适用上可能产生的疑义。下课后亦应再加阅读,以求更进一步的了解。

(3) 研读法律条文,应特别注意其在法典体系上的地位,并须整节、

整款阅读之。如关于契约,“民法”于第2编(债)第1章(通则)第1节(债之发生)第1款,设其规定,共有14个条文(第153条至第166条),须全部阅读,以明了各个条文间的关系,尤其是原则与例外的规定。第153条以下规定,依其在“民法”体系上的地位,对于债权契约的成立,应直接适用,但对于物权契约(第758条、第761条)及身份上契约(订婚、结婚及离婚等),则应类推适用之^①,如甲对乙对话为订婚的要约时,乙非立时承诺,即失其拘束力(第156条)。

(4) 认识法条的种类,如完全性法条、不完全性法条、定义性法条、准用性法条、拟制性法条及其相互间关系。又对条文作归类分析,亦属重要,倘能将“民法”有关损害赔偿的全部条文加以整理、分析,对其内容必能有比较彻底的认识。

(5) 应特别强调的是,掌握法律条文的最好方法是,多作实例,多写读书报告,多研读判例,多参加研讨会。背诵记忆法律条文,不求甚解,易于忘记。经由深刻思考,亲身体会应用的条文,将成为一个法律人生命的法律细胞,终生难忘。

二、把握重点

每一个实例均有重点问题,解题成败系于能否发现重点,针对重点而为论述。前揭关于甲骑机车送其妻乙上班,遭丙撞伤,车毁之例,其主要重点在于请求权人应否承担第三人的过失。设有试题:“‘小学生’某甲与其同学某乙相约做摔跤游戏,甲不慎伤害乙的头部。问乙得对甲主张何种权利?”其重点问题有二:① 甲的伤害行为是否具有违法性,有无违法阻却事由存在?② 甲是否具有识别能力。^② 至于行为与损害之间是否具有因果关系,则属次要问题,不必详论,倘征引各家学说详论因果关系,即属不能把握重点。考生常认为自己答题甚为详尽,巨细靡遗,何以未得高分,其主要理由之一,不能针对问题权衡轻重,应详者未详,应略者,长篇累牍也。

处理实例,应避免教科书式的论述。设有试题谓:“甲于3月2日卖

^① 参见梅仲协:《民法要义》,第88页。

^② 参见拙著:《摔跤游戏之违法性》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

某马给乙,价金3万元,约定3月4日交付,乙即于同日以4万元出卖给丙,约定于3月5日交付。其后发现,甲的受雇人已于3月1日将该马让售予丁,并移转其所有权。问乙得对甲主张何种权利?”其主要重点在于探讨自始主观给付不能的效力。解题者应针对此一问题而作答,不必对给付不能的意义(一时不能、永久不能、事实不能、法律不能),及分类(自始不能、嗣后不能、客观不能、主观不能),作冗长的说明。解题者对于诸此问题纵使已做准备,并有精辟见解,亦须忍痛割爱。总而言之,实例解题须针对问题,无须凡事皆从头说起也。

三、判例与学说的征引

判例在法律上地位如何,是否具有法源性,论者意见不一,唯“最高法院”判例多为下级法院所遵从,具有事实上的拘束力。在官方考试中,援引判例、判决或决议,常有困难。若为征引,最好能述明其年度、字号,如1985年台上字第1170号判例^①,1979年第3次民事庭会议决议(3)^②。不能述明时,可简要说明其内容。关于判例的变更,“司法院”例变字第1号,废弃1966年台上字第1798号判例对第185条关于数人“共同”不法侵害他人权利,所采的主观说(意思联络说),应予注意。

学说是法学家对于成文法的阐释、习惯法的认知及法理的探求,于法律的解释适用,甚有助益,关于其引用时,应注意者有三:

(1) 学说的争议须与问题的解决有关。如有试题谓:“19岁之甲经其父乙同意,经营洗衣店,因过失毁损丙送洗的大衣时,丙得否主张乙就甲之债务不履行亦应连带负损害赔偿?”此涉及第221条“债务人为无行为能力人或限制行为能力人者,其责任依第187条之规定定之”的解释,“最高法院”未著判决,学说分歧^③,应简明归类分析,并表示自己的见解。关于某项争点,虽著判例,但学说(尤其是通说)持相异见解时,亦有论及的必要。

学说的争论与解题无关时,不必论述。设有试题谓:“甲与乙赌博,甲输100万元,支付现金50万元,开具远期支票30万元,其余20万元以名

① 参阅本书相关内容。

② 同上。

③ 同上。

贵钻石设定质权担保之。问甲得否向乙请求返还其所为给付?”其主要问题有二:① 是否成立不当得利(第 179 条)。② 是否为不法原因给付(第 180 条第 4 款)。① 此两项问题均与不当得利法上统一说与非统一说的争论无关,自无检讨分析的必要。

(2) 撰写课外作业或论文时,须引用学说,并注明出处(包括学者姓名、书名、出版年月及页数),此在考试,显不可能,亦无必要。通常情形,只须简要说明不同见解的内容即可。应注意的,常有考生事先打听谁为出题者,特采其说,引用其书,指出其姓名,赞扬其见解,企图赢取其好感,以获高分。此事违反“诚实信用原则”,不值鼓励,有时且会有高度危险性,盖出题、阅卷者究为何人,难以猜测,不免弄巧成拙。当然,考生确信出题者的见解具有说服力,自可采用,详为论述,唯仍无须特别强调,指出其姓名。

(3) 处理实例时,常须引用“通说”以支持其论点,例如,“关于附利息消费借贷之法律性质,通说认为系有偿契约、片务(单务)契约。”援引通说,亦属法学论证的一种方法。② 但应注意有三:① 所谓通说,系指关于某法律问题,判例与学说均采相同见解。② 关于某一法律问题,学者意见趋于一致,但判例尚采不同观点时,仍未形成通说,可称为学者通说。③ 通说不是绝对的真理,非恒久不变。对通说固应尊重,但须彻底了解其内容及意义,不能盲目接受。对通说提出质疑,常会导致法学理论的重大突破,促进法律的进步,如台湾地区通说认附利息消费借贷非属双务契约,即非无研究余地。

四、理由构成

判决须附理由,实例解题亦然,案例事实是否符合一定请求权的构成要件,应为检讨,对关键的争论问题,须有自己的见解,并为论证。某次有

① 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

② 关于通说(herrschende Meinung)的意义、功能、法源地位及与法学发展的关系,另撰文作较进一步的讨论。

试题谓:“抛弃继承可否构成诈害债权,为债权人撤销权之客体。”^①一部分考生作如下解答:“关于此一问题,法无明文,学者见解不一,有采肯定说者,有采否定说者,余从后说。”即属未具理由。判决不备理由,其判决当然违背法令,得为上诉第三审之理由(“民事诉讼法”第469条第6款、第467条)。解题理由不备,应扣减分数。

有结论而无理由,只是一种主张或论断,未经证明,不具说服力。理由构成之目的有二:说服自己和取信他人,可供复验,克制恣意及专擅。学习法律,简单言之,就在培养论证及推理的能力。

五、法律文字

法律规定,依文字而表现于外,乃有所谓的法律文字(Rechtssprache)^②。法律文字的基本特色有两个:

(1) 使用专门术语,每一个法律名词,均有其固定之意义(如无效、撤销、效力未定、解除、终止、撤销),不容混淆。须彻底了解每一个基本法律概念,始能正确适用法律。

(2) 法律旨在规范社会生活,建立合理的社会秩序,因此法律的文字必须客观、严谨、精确及合乎事理,应避免夸张、主观或暗示性的词句。法律人的笔锋应常带理性,依法论断是非,依法实现正义。

^① 1984年第2次民事庭会议决议(1)院长提议:继承人抛弃继承,其债权人可否依第244条规定行使撤销诉权,而撤销之?兹有甲、乙二说(本院判决有不同之见解):甲说认为,债权人得依第244条规定行使撤销诉权者,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。乙说认为,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条行使撤销诉权。以上二说,应以何说为当,提请公决,决议采甲说。对此争论问题,采取何说,皆有所据,重点在于其理由构成或论证方法。参见拙著:《抛弃继承与诈害债权》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版。

^② 参见Dölle, Vom Stil der Rechtssprache, 1949.

第八章 实例解说

关于实例解题的思考方法、请求权基础、法之发现、法律解释适用等，已详上述。本书在相关部分曾分析研讨若干实例，可供参阅。兹再举 12 则实例，试作解说。分为两个部分：

(1) 解题思考：说明问题性质、思考层次，尤其是解题结构。解题结构甚属重要，反复练习，熟能生巧，必会培养成有条理、有层次、有系统的思考方法。

(2) 问题解答：采鉴定的体裁，并对关键争点作较深入的分析。于学校或官方考试，限于时间，解题内容，应更简洁。于课外作业，对判例学说的论述，须更周全，并附以注脚。

应再度强调的是，对每一个实例，须先行构思，试作解答，再与本书的解说比较，一方面借此检讨自己的思路，一方面可对本书见解加以修正或补充，此点最关紧要。盖泛读 12 个实例，不如认真作一个之有益也。本书的解说，疏误之处，在所难免。关于若干争议问题，见仁见智，意见未必相同，非属标准答案，自不待言也。

实例题的基本模式是：“谁得向谁，基于何种法律规范，有所主张。”关于解题步骤，前已详述，兹简要归纳为四点：

1. 掌握事实，针对问题。

(1) 确实了解案例事实。

(2) 针对所提出的问题。

(3) 来回穿梭思考于案例事实与法律规范之间。

(4) 问题的具体化。

2. 探寻请求权基础。

(1) 请求权基础的检查及取舍。

(2) 请求权基础要件的分解及涵摄。



3. 解题结构的作成。
4. 解答的撰写。

一、牛肉面与牛肉汉堡的竞争

甲公司经营牛肉面连锁店,由乙董事负责开拓市场业务。丙公司在附近开牛肉汉堡专卖店,因物美价廉,销路甚佳,严重影响甲公司的业绩。乙董事为竞争,乃散布谣言,声称丙公司的牛肉混杂有马肉,致丙公司声誉受损,营业收入减少,员工精神痛苦。试问:

(1) 丙公司就其所受损害得对甲公司主张何种权利? 甲公司得否主张对乙董事的选任监督及其职务的执行已尽相当的注意,而不负责任?

(2) 甲公司得对乙主张何种权利?

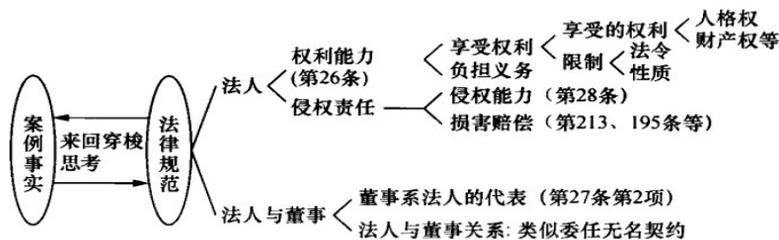
(一) 解题思考

学过“民法”的人都知道本题涉及第 28 条规定:“法人对于其董事或其他有代表权之人因执行职务所加于他人之损害,与该行为人连带负赔偿之责任。”此为民法典最早出现的请求权基础(Anspruchsgrundlage),具有法学方法上的意义。授课教授若能设计一个题目,说明何谓请求权基础,分解第 28 条的结构及要件,阐释解释适用上的问题,将有助于将初学民法的人带进法律思维的世界,使其认识、理解、体验到法律思考的方法,由所谓的“外行人”逐渐变化成为一个“法律人”!

关于本题的设计,亦可增加一个问题:“设乙系甲公司的业务专员时,其法律关系如何?”以测试考生是否认识第 28 条与第 188 条规定的规范功能及内容的不同。此种“案例变化”(Fallvariant),有助于进一步探讨相关问题,应善用之,例如,“甲受乙诈欺,贱卖某名贵兰花给丙,丙转赠与丁,并为交付。试问当事人间法律关系如何? 设甲系受乙胁迫时,其法律关系有何不同?”

本题的特色在于甲、丙为法人,涉及法人的权利能力及侵权能力。其提出的两个问题是:① 丙法人得否向甲法人请求损害赔偿。② 甲法人得对乙董事主张何种权利。为使问题具体化,须来回穿梭思考于“案例事实”与“法律规范”之间。

关于丙公司得对甲公司主张损害赔偿的请求权基础,应检讨的是侵



权行为。就第 28 条文义加以分解,其构成要件为:① 须为董事或其他有代表权之人。^① ② 须为职务上行为。③ 须加损害于他人。第三个要件应依本条之规范目的,进一步明确地认为:须其董事或其他有代表权之人的行为具备第 184 条所定侵权行为要件。

在此意义上,第 28 条乃属所谓归属规范 (Zurechnungsnorm)^②,其内容包括三点:① 法人的侵权行为。② 董事或其他有代表权之人的侵权行为。③ 连带责任。至于丙公司得向甲公司请求的损害赔偿,应适用一般原则(第 213 条以下),尤其是第 195 条关于慰抚金的特别规定。

关于甲公司对乙董事得主张何种权利,其问题有两个:① 连带债务人的义务分担。② 内部契约关系。二者均涉及“类推适用”,在法学方法上具有意义。

在掌握事实,将问题加以具体化,探寻请求权基础而为取舍之后,可拟定如下的解题结构:

1. 丙公司对甲公司的损害赔偿请求权

(1) 第 28 条

① 乙为董事。

② 乙执行职务。

③ 乙的行为具备一般侵权行为要件。A. 第 184 条第 1 项前段。

B. 第 184 条第 1 项后段。

甲公司不得举证免责:与第 188 条的比较。

^① 参见 1991 年台上字第 344 号判决,拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

^② 关于民法 Zurechnungsnormen 的综合说明, Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Au-fl. 1996, Rdnr. 881.

(2) 损害赔偿

① 财产上损害:213等。

② 非财产损害:195。A. 恢复名誉原状的适当处分。B. 慰抚金。

2. 甲公司对乙董事得主张的权利

(1) 连带责任的求偿

① 平均分担:280。

② 188Ⅲ的类推适用。

(2) 不完全给付债务不履行。

① 甲与乙的契约关系:类似委任的无名契约。

② 不完全给付。A. 第227条解释上的争论。B. “最高法院”决议:法律漏洞。C. “民法”修正(227)。

(二) 解说

1. 丙公司对甲公司得行使的权利

(1) 丙公司得依第28条规定向甲公司请求损害赔偿,其要件为:乙为甲公司的董事或其他有代表权之人。乙系执行职务。乙的行为具备第184条的要件。

依题旨所示,乙系甲公司的董事。第28条所谓执行职务,不仅指因执行股东会或董事会决议,或执行其职务所必要之行为,即董事或其他有代表权之人的行为,在客观上足认与其执行职务有关,即令系为自己利益所为,亦应包括在内。^①乙为甲公司的董事,负责开拓市场业务,为期竞争而散布谣言,声称丙公司的牛肉混杂有马肉,客观上足以认为其与执行职务有关,属执行职务的范畴。又乙散布谣言的行为系侵害丙公司的人格权,尤其是名誉权,丙公司的名誉权受侵害与乙的行为具有相当因果关系。乙的侵害行为,无阻却违法事由存在,具有违法性,并系出于故意,应成立第184条第1项前段所规定的侵权行为。乙董事为从事不正当竞争而散布谣言,乃故意以悖于善良风俗之方法加损害于丙公司,亦有同条第一项后段规定的适用。

^① 第28条所称执行职务,应与第188条第1项所称执行职务,作相同的解释,参见1956年台上字第1599号、1968年台上字第1663号判例。

甲公司不得主张对乙董事的选任及监督其职务之执行,已尽相当之注意而不负赔偿责任。第 28 条系采法人实在说,肯定法人的侵权能力,董事或其他有代表权之人的行为既系法人本身的行为,法人自无举证免责的余地。第 188 条第 1 项但书明定雇用人得证明选任受雇人及监督其职务之执行,已尽相当之注意而不负赔偿责任,系规定雇用人(包括自然人及法人)应负推定过失责任,其规范意旨不同于第 28 条规定的法人侵权行为。

丙公司营业收入减少等财产上损害,与其名誉权受侵害具有相当因果关系,得依第 213 条规定请求损害赔偿。关于名誉受侵害,得请求恢复名誉之适当处分,如登报道歉(第 195 条第 1 项)。唯法人系依法组织之法人,其名誉遭受损害,无精神上痛苦之可言,不得依第 195 条第 1 项规定请求慰抚金(参照 1973 年台上字第 2806 号判例)。

(2) 甲公司应与乙董事依第 28 条规定,对丙公司连带负赔偿责任。丙公司得对甲公司请求赔偿因名誉权被侵害所受营业减少的损失,并请求恢复其名誉的适当处分。

2. 甲公司对乙董事的请求权

(1) 连带责任的分担义务。甲公司对其董事乙因执行职务所加于丙公司之损害,应与乙连带负赔偿之责任,已详上述。连带债务人相互间,除法律另有规定或契约另有订定外,应平均分担义务(第 280 条)。关于第 28 条规定的连带责任,法律未设分担义务的规定,在本题亦无契约之订定。然于第 28 条所定情形,其加害行为究系出于董事或其他有代表权之人,衡诸其利益状态,实同于第 188 条规定之雇用人责任,应类推适用该条第 3 项规定,甲公司赔偿损害时,对于为侵权行为之董事乙,有求偿权。

(2) 不完全给付的债务不履行。应再检讨的是,甲公司得否依不完全给付规定向乙董事请求损害赔偿。不完全给付,指于给付不能、给付迟延外,未依债务本旨而为给付而言。关于此种债务不履行,“民法”是否设有规定,尤其是第 227 条所谓“不为完全之给付”是否即指不完全给付而言,学说上甚有争论。“最高法院”1988 年第 7 次民事庭会议决议(1)认为,出卖人应负不完全给付之债务不履行责任者,买受人得类推适用第 226 条第 2 项规定,请求损害赔偿,或类推适用给付迟延之法则,请求补正或赔偿损害,并有第 264 条规定之适用,系认“民法”对不完全给付未设明文,乃法律不备,应类推适用关于给付迟延及给付不能等相关规定,予

以补充。“民法”债编部分条文修正第 227 条规定:“ I 因可归责于债务人之事由,致为不完全给付者,债权人得依关于给付迟延或给付不能之规定,行使其权利。 II 因不完全给付而生前项以外所生之损害者,债权人并得请求赔偿。”

不完全给付债务不履行的要件为:① 须债务人有给付义务。② 须未依债务本旨而为给付,即其给付本身具有瑕疵(瑕疵给付),或因其瑕疵致债权人于其人身、物权或财产遭受其他损害(加害瑕疵)。③ 须有可归责于债务人之事由。

甲公司与乙董事间成立有类似委任契约的无名契约,应类推适用关于委任契约之规定(通说)。其受有报酬者,应以善良管理人之注意处理事务。乙董事为推广公司业务,故意散布谣言,其处理事务未依债务本旨,致甲公司依第 28 条规定须对丙公司负赔偿责任,使甲公司受有损害,应成立不完全给付债务不履行责任,甲公司得类推适用第 226 条第 2 项规定,向乙董事请求赔偿其对丙公司所为的损害赔偿。

二、遗留于病患体内的手术纱布

某甲患直肠病变,住进乙财团法人医院(简称乙医院),由丙主治医生主刀,丙因重大过失遗留一块手术用纱布于甲的体内。甲出院后,深感不适,经丁医院数度检查,始开刀取出体内纱布,甲痛苦不堪,并支出医疗费用 5 万元。甲向乙医院及丙医师请求损害赔偿时,乙医院提出甲所书立:“对于任何事故,医院概不负责”的手术志愿书,而拒绝之。试问:

(1) 甲得否对乙医院及丙医师,请求损害赔偿?

(2) 乙医院对甲为赔偿后,得否向丙医师请求损害赔偿?

(3) 设甲与丙医师就部分损害赔偿达成诉讼外和解,其余甲保留向医院请求时,于甲向乙医院诉请其他部分损害赔偿时,乙医院得否拒不赔偿? 又甲对丙的请求权已罹于时效后,向乙医院请求损害赔偿时,乙医院得否拒绝给付?

(一) 解题思考

“民法”第 28 条与第 188 条规定关系密切。因执行职务加损害于他人之人,非系法人的董事或其他有代表权之人时,无第 28 条的适用。应

检讨的是,法人须否依第 188 条第 1 项规定负损害赔偿。关于第 28 条的案例甚属少见,第 188 条则属重要规定,其所谓雇用人包括自然人及法人,实务上以法人为常见。

第 188 条规定的雇用人侵权责任,于雇用人与被害人具有契约关系时,常发生与契约责任(尤其是不完全给付债务不履行)的竞合问题。实务上被害人多以第 188 条第 1 项规定为请求权基础,其主要理由是便于请求慰抚金(第 194 条、第 195 条)。值得注意的是,债编部分修正条文第 227 条规定:“I 因可归责于债务人之事由,致为不完全给付者,债权人得依关于给付迟延或给付不能之规定行使其权利。II 因不完全给付而生前项以外之损害者,债权人并得请求赔偿。”又第 227 条之 1 规定:“债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害者,准用第 192 条至第 195 条及第 197 条之规定,负损害赔偿。”此等规定将使被害人转向行使契约上的权利,其发展趋势实值重视。^①

第 188 条所称受雇人与第 224 条所称代理人或使用人(履行辅助人)的区别,在理论及实务上甚属重要。第 188 条是一个请求权基础,其所谓受雇人指受雇用人选任监督从事职务之人,以事实上的雇佣关系为标准,雇用人与受雇人间已否成立契约,在所不问。非仅限于雇佣契约所称之受雇人,凡客观上被他人使用为之服劳务而受其监督之人均属之(参照 1968 年台上字第 1663 号判例)。

第 224 条乃关于债务不履行归责事由的规定,其所谓代理人包括意定代理人及法定代理人。使用人指依债务人的意思,事实上为债务履行所使用之人,有无契约关系,有无报酬,均所不问。值得注意的是,使用人包括独立的企业者,如出卖人委托运送的运送承揽人,亦得为履行辅助人,但非属第 188 条所谓受雇人,因其不受雇用人的指示而执行职务。邮局或铁路局是否为履行辅助人,尚有争论。其主要实益在于送付之债(以债权人或债务人住所地以外之地为清偿地的债务),因铁路局或邮局的过失致给付不能时,是否构成非可归责于双方当事人之事由,而有第 374 条规定的适用。^②

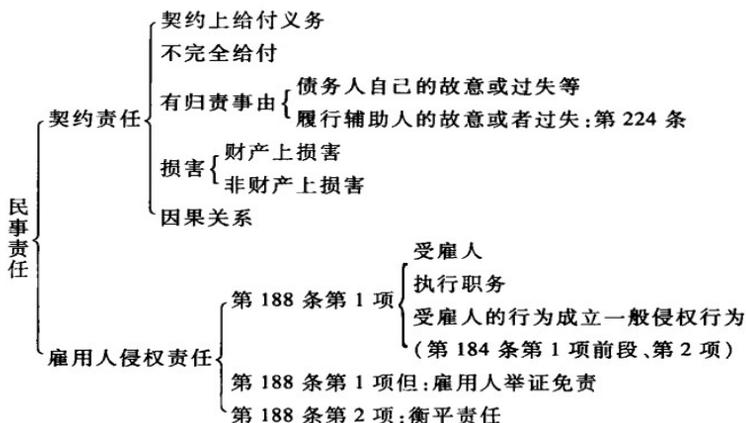
由上述可知,第 188 条的受雇人得同时为第 224 条的履行辅助人,本

^① 参见本书相关内容。

^② 史尚宽先生采否定说(《债法总论》,第 350 页)。关于《德国民法》第 278 条(相当于台湾地区“民法”第 224 条),德国帝国法院原采否定说,最近联邦法院改采肯定说,参见拙著:《为债务履行辅助人而负责》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社 2009 年版。

题的丙医生即属其例,而发生雇用人侵权责任与债务不履行的竞合。

第 188 条规定的雇用人侵权责任与不完全给付债务不履行责任,在实务中至为重要,特列下图,以供参照,并请读者据以拟定解题结构:



(二) 解说

1. 甲对乙医院及丙医师的请求权

(1) 甲对乙医院关于债务不履行的损害赔偿请求权

① 应检讨的是,甲得否对乙医院主张不完全给付债务不履行。第 544 条第 1 项规定,受任人因处理委任事务有过失所生之损害,对于委任人应负损害赔偿责任。此为关于不完全给付的特别规定,应优先适用之。其所谓损害赔偿应解为包括因委任人于其人身、物权或其他财产的损害(所谓的加害给付)。

甲因患直肠病变,住进乙医院治疗,成立委任契约(第 528 条)。乙医院负有依善良管理人注意,为甲医治的义务(第 535 条)。丙主治医师受雇于乙医院担任医疗工作,系乙医院的使用人,因重大过失遗留手术用纱布于甲的体内,乙医院应与自己的重大过失,负同一责任(第 224 条)。甲的手术志愿书虽载明:“对于任何事故,医院概不负责。”唯依第 222 条规定,故意或重大过失之责任,不得预先免除。此为强行规定,违反者,其约定无效(第 71 条),故乙医院不因此而免责。

甲因体内遗留纱布,由丁医院开刀取出,支出医疗费用 5 万元,受有

损害,与乙医院的行为,具有相当因果关系。

② 甲得依第 544 条第 1 项规定,向乙医院请求赔偿其所支出的医疗费用。

(2) 甲对乙医院及丙医师得主张的侵权责任。甲得依第 188 条第 1 项规定,请求乙医院与丙医师应连带负损害赔偿责任,其要件为丙系受雇人。丙执行职务。丙的行为构成第 184 条规定的侵权行为。

丙医师受雇于乙医院,受其监督,系乙医院之受雇人。丙医师主刀为甲治疗直肠病变,系属执行职务。丙医师为甲主刀治疗直肠病变,遗留纱布于甲的体内,因过失不法侵害甲的身体健康,成立侵权行为(第 184 条第 1 项前段规定)。

甲所受损害,除由丁医院开刀取出纱布所支出的医药费用 5 万元外,尚有精神及肉体上之痛苦。关于此项非财产上之损害,甲亦得请求赔偿相当之金额(慰抚金,第 195 条)。法院对于慰抚金的量定,应斟酌该受雇人丙及应负连带赔偿责任之雇用人乙医院,并被害人甲之身份、地位及经济状况等关系定之,不得仅以被害人与实施侵权行为之受雇人之资力为衡量标准(参照 1987 年台上字第 1908 号判例)。^①

关于乙医院得否依第 188 条第 1 项但书规定,证明其于选任丙医师及监督其执行职务已尽相当之注意,或纵加以相当之注意仍不免发生损害,而不负赔偿责任,题示事实未提供可资判断的具体情况,应认为不得举证免责。

综上,甲得依第 188 条第 1 项规定,向乙医院及丙医师请求对其支出医疗费用 5 万元及非财产上损害,连带负赔偿责任。

2. 乙医院对丙医师得主张的权利

(1) 第 188 条规定之求偿权。乙医院因丙医师执行职务不法侵害甲的身体健康,应连带负损害赔偿(第 188 条第 1 项)。乙医院赔偿损害时,对于为侵权行为之丙医师,有求偿权(第 188 条第 3 项)。对此雇用

^① 1987 年台上字第 1908 号判例谓:“受雇人因执行职务,不法侵害他人致死者,被害人之父、母、子、女及配偶受有非财产上之损害,依第 194 条及第 188 条第 1 项规定,请求受雇人及其雇用人连带赔偿相当金额之慰抚金时,法院对于慰抚金之量定,应斟酌该受雇人及应负连带赔偿责任之雇用人,并被害人暨其父、母、子、女及配偶之身份、地位及经济状况等关系定之,不得仅以被害人与实施侵权行为之受雇人之资力为衡量之标准。”问题在于此情形,此项因斟酌雇用人资力而“增加的慰抚金”,应由谁负担?雇用人赔偿损害后,对于受雇人得否全部求偿?

人对受雇人的求偿权,应有过失相抵原则的适用,即损害之发生或扩大,雇用人与有过失,如提供的设备具有缺陷或指示不当时,法院得减轻赔偿金额,或免除之。^①

(2) 不完全给付债务不履行

① 应检讨者,系乙医院得否因丙医师不完全给付,而类推适用给付不能及给付迟延规定,向丙医师请求损害赔偿。

丙医师受雇于乙医院,成立雇佣契约(第482条),应依债务本旨服劳务。丙医师为甲开刀,遗留纱布于甲的体内,系违反应对病患为适当医疗的义务。

关于受雇人的注意义务,“民法”未设明文,依第220条规定,应就故意或过失负其责任。丙医师因重大过失遗留纱布于甲的体内,系有可归责的事由。丙医师因怠于医疗上应尽之注意义务,致乙医院对甲应负债务不履行及侵权行为损害赔偿,受有损害。此项损害与丙医师的行为具有相当因果关系。

② 乙医院就丙医生的不完全给付,致其对甲应负赔偿责任而受之损害,得依关于给付不能及给付迟延之规定,向丙医师请求赔偿(债编部分条文修正第227条)。

3. 和解或消灭时效完成的效力

(1) 甲与丙医师为和解。丙医师与被害人甲成立诉讼外和解,约定由丙医师赔偿医疗费用等损害中之一部分,其余甲保留向乙医院请求,唯不得向丙医师诉讼。嗣后甲于和解后诉请乙医院赔偿其余损害时,乙医院得抗辩被害人甲抛弃其余部分之请求权。因受雇人与雇用人所负连带损害赔偿债务,雇用人依第188条第3项规定,于赔偿损害时,对于为侵权行为之受雇人,有求偿权,无应分担部分可言。被害人与受雇人成立诉讼外和解时,应认对其余部分之损害赔偿请求权已抛弃,其效力及于雇用人,否则雇用人于赔偿后,再依前开规定,向受雇人求偿,无异受雇人于和解后仍负全部赔偿责任,与受雇人因和解所得受之利益不符(参照1984年台上字第2966号判决)。^②

^① 参见拙著:《连带侵权债务人内部求偿关系与过失相抵原则之适用》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版;詹森林:《雇用人行使求偿权时有过失原则之类推适用》,1982年台上字第749号判决之检讨,载《万国法律》,第19期(1985年)。

^② 《刑事裁判选辑》,第5卷,第2期,第127页。

(2) 甲对丙医师的请求权罹于消灭时效。甲对丙医师的损害赔偿请求权已罹于消灭时效,但对乙医院的请求权未完成时效(如有中断事由)时,乙医院得援用丙医师的时效利益,拒绝全部给付。连带债务人中之一人消灭时效已完成者,依第 276 条第 2 项规定,固仅该债务人应分担之部分,他债务人不同免其责任。唯第 188 条第 3 项规定雇用人赔偿损害时,对于为侵权行为之受雇人有求偿权,则雇用人与受雇人间并无应分担部分可言,倘被害人对于侵权行为之受雇人之损害赔偿请求权消灭时效已完成,如雇用人不得援用受雇人之时效利益,就全部债务同免责任,则于其为全部清偿后,尚得向受雇人为全部求偿,无异于剥夺受雇人之时效利益,显非事理之平(参照 1996 年台上字第 1131 号判决)。①

三、未完工的别墅

某甲在台北近郊风景区山坡地,兴建两层别墅,眺望关渡平原,因系违法建筑,为争取时间,于完成一层屋顶时,即由乙承揽于客厅敷设地砖。甲之子误丙寄放的油漆为其父所购,用之漆其墙壁。又因铝门窗缺货,甲窃取丁活动铝门窗,装于其屋。在该别墅二楼屋顶尚未完全完工前遭主管机关禁建。试问:

(1) 乙得否依第 816 条规定请求甲支付偿金。设甲乙间的承揽契约不成立或无效时,其法律关系如何?

(2) 丙与甲间的法律关系如何?

(3) 丁与甲间的法律关系如何?②

(一) 解题思考

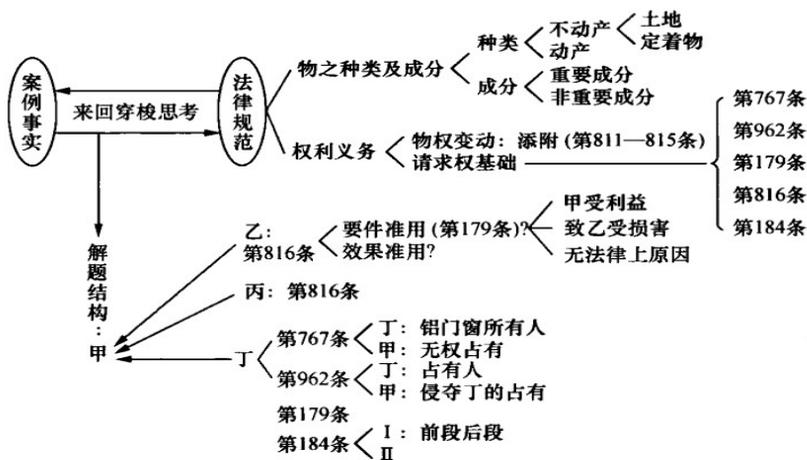
“民法”是由所谓的完全性法条及不完全性法条所构成。前者指具有

① 《民事裁判书汇编》,第 24 期,第 206 页。本件判决涉及手术用纱布遗留于产妇之体内,甚具可读性,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版。

② 此类案件涉及添附的问题,实务上颇为常见,如 1942 年上字第 952 号判例谓:“不动产之出产物尚未分离者,为该不动产之部分,第 66 条第 2 项有明文规定,某甲等在某乙所有地内侵权种植其出产物,当然属于某乙所有,如果该项出产物经某甲等割取,则不能谓某乙未因其侵权行为而受损害。”又请参照 1942 年上字第 453 号判例:“上诉人在两造因确认买卖合同无效案判决确定后,仍将系争地强行耕种,其所用籽种肥料及牛工人工等损失,非由于被上诉人之侵权行为,固不得请求赔偿。但被上诉人就上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,依不当得利之法则,尚非无请求返还之权。”

构成要件及法律效果的规定,如第 28 条、第 188 条。后者包括定义性及补充性条文。总则第三章关于物之规定,几乎全属定义性条文,如第 66 条规定:“I 称不动产者,谓土地及其定着物。II 不动产之出产物,尚未分离者,为该不动产之部分。”第 67 条规定:“称动产者,为前条所称不动产以外之物。”第 68 条规定:“I 非主物之成分,常助主物之效用,而同属于一人者,为从物。但交易上有特别习惯者,依其习惯。II 主物之处分,及于从物。”民法总则教科书主要在于阐释物、不动产、动产、成分(部分)、从物等概念。本题拟更进一步说明此等定义性规定如何与第 676 条、第 811 条、第 816 条(第 179 条)、第 184 条等完全性规定相互协力,规范物权变动与债权关系。

关于本题,在来回思考穿梭于“案例事实”与“法律规范”之后,可得如下的解题结构:



(二) 解说

1. 未完工建物的定性

要解答本题所提出的问题,首须认定甲所兴建未完工的别墅,究系土地之定着物而为不动产、土地之重要成分,抑属动产。第 66 条第 1 项所谓定着物,指非土地的构成部分,继续附着于土地而达一定经济目的,不易移动之物而言。屋顶尚未完全竣工之房屋,其已足避风雨,可达经济上使用之目的者,即属土地之定着物(参照 1981 年台上字第 2221 号判例)。甲兴建的别墅一楼已完成,敷设地砖,建有墙壁,装置铝门窗,可独立供人

使用,二层屋顶虽尚未完工,但已达经济上使用目的,应认为系土地之定着物,而为不动产。^①

2. 乙对甲得主张的权利

(1) 乙与甲间的承揽契约有效成立。乙得否基于第 816 条,依关于不当得利之规定,向甲请求偿金,须检讨者有两点:① 第 811 条的适用。

② 何谓依关于不当得利之规定。

乙与甲订立于甲之别墅的客厅敷设地砖的承揽契约(第 490 条)。乙敷设地砖系乙为完成承揽工作而为之的给付,使地砖(动产)与甲的别墅(不动产)附合,非经毁损或变更其性质不能分离,成为该别墅的重要成分,而由甲取得其所有权(第 811 条)。^②

第 816 条规定,因第 811 条等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。所谓依关于不当得利之规定,非指依关于不当得利的法律效果,乃指须具备第 179 条所定不当得利的要件,其规范目的在于阐释因第 811 条至第 815 条规定而生物权变更,乃基于物之效用及经济的考量^③,并非在使取得他人动产所有权者得终局地保有其权利,查其情形与动产善意取得实有不同。第 811 条等规定非属取得他人动产所有权的法律上原因。^④ 准此以言,第 816 条本身非属独立的请求权基础。^⑤ 甲虽依第 811 条规定受有地砖所有权之利益,致乙受损害,但系乙基于承揽契约而为之给付,具有法律上原因,不成立不当得利,乙不得向甲请求偿金。

(2) 乙与甲间的承揽契约不成立。乙基于承揽契约于甲的别墅铺设

① 屋顶尚未完全完工之房屋,在何种情形得认系第 66 条第 1 项所称土地之定着物,系台湾社会的重要问题,在营建业不景气时,特为严重。实务上以“是否已足避风雨,可达经济上使用目的”为判断基准。此涉及买受此种房屋之人,应否办理移转登记始能取得其所有权,以及法院执行查封应依何种程序处理等争议问题,应请注意。

② 关于物之成分,尤其是重要成分,参见拙著:《民法总则》,第 154 页;《民法物权》,北京大学出版社 2009 年版。

③ 第 811 条立法理由书谓:“查‘民律草案’第 1036 条理由谓动产与不动产附合,为其构成之一部分,不动产之所有人,以其与主物同视者,其动产之所有权,属于不动产之所有人,否则必有因动产所有权存续,而害及经济之虞。例如房屋之瓦,既附合于房屋之上,势不能使他人复对于其瓦有动产所有权也。故设本条以明示其旨。”

④ 参见拙著:《添附与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社 2009 年版。

⑤ 此为德国通说:Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. S. 215; “Eine Rechtsgrundverweisung enthält hingegen § 951I(注:相当于台湾地区“民法”第 816 条)。§ 951Stellt also selbst keine Anspruchsgrundlage dar.”; Schwab, Sachenrecht, 21. Aufl. 1986. S. 177.

地砖,甲因乙的给付,依第 811 条规定取得所有权,受有利益,承揽契约既不成立,欠缺法律上之原因。甲应依不当得利规定偿还地砖的价额(第 179 条、第 181 条)。

此种不当得利请求权,在类型上属于所谓给付不当得利。其因添附而生的不当得利请求权,则属所谓的非因给付的不当得利,尤其是侵害他人权益的不当得利。侵害他人权益的不当得利(Eingriffskondiktion)对给付不当得利言,具有辅助性,即受损人之丧失其权益须非基于给付时,始得主张之。^① 设乙承揽敷设甲别墅的地砖,而转由戊承包时,戊于甲的别墅敷设地砖,系基于次承揽契约而对乙为给付。于乙与甲间的承揽契约不成立时,戊固不得对甲主张不当得利,纵乙与戊间的次承揽契约亦不成立时(所谓的双重瑕疵),亦然,戊仅能对乙行使不当得利请求权,而不得对甲主张之,期能维护分工的经济体系,并顾全给付关系当事人间的抗辩,使契约关系的当事人不必虑及契约外第三人的权利。^②

3. 丙对甲的请求权

丙得否依关于不当得利规定向甲请求偿金,须视其是否具备第 179 条的要件。甲之子误丙寄存的油漆为其父甲所购,用之于油漆甲所兴建别墅的墙壁,致油漆与别墅互相结合,非经毁损不能分离,而成为该别墅的重要成分,由甲取得其所有权(第 811 条)。甲受有利益,致丙受损害,无法律上原因,应成立不当得利(第 179 条),故丙得向甲请求偿金。

4. 丁对甲的请求权

丁得依第 767 条规定向甲请求返还其活动铝门窗,其要件须丁系所有人,甲为无权占有。铝门窗本为丁所有,被甲所盗,装于其别墅,虽为附合,但可随时分离而不致损毁,未成为该别墅的重要成分,甲未取得其所有权。丁既然仍为该铝门窗的所有人,得向无权占有之甲请求返还其物。

甲侵夺丁对其铝门窗的占有,丁得向甲请求返还其占有物(第 962 条)。

甲占有丁的铝门窗,受有利益,无法律上原因,应负返还的责任(第 179 条)。

又甲侵夺丁对铝门窗的占有,系故意不法侵害丁的所有权,故意以悖

^① 关于不当得利的类型,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版。

^② 参见拙著:《添附与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社 2009 年版。

于善良风俗之方法加损害于他人,并违反保护他人之法律(第962条),丁得依第184条第1项前段、后段,或第2项规定,向甲请求损害赔偿。

四、民法上的任督二脉:负担行为与处分行为

某甲收藏A件汉代玉品(A玉),某乙继承B件宋代古砚(B砚),均属精品。甲、乙于3月10日决定互易,并于4月30日同时履行,相互依让与合意交付之。试问:

1. 设甲于2月10日受禁治产宣告,但于上开期间精神恢复正常,而乙不知甲受禁治产宣告时,当事人间法律关系如何?设甲系于3月15日受禁治产宣告时,其法律关系如何?

2. 乙系19岁,未得法定代理人同意时,其法律关系如何?

3. 乙因外出,授权其受雇人丙于4月30日交付B砚于甲以移转其所有权,丙非因过失误取C件唐代砚石而为交付时,当事人间法律关系如何?

4. 甲非因过失误A玉为清玉,于4月20日撤销其意思表示,但其自乙所受领的B砚于4月15日遭意外灭失时,当事人间法律关系如何?

5. 甲委任丙并授予代理权,与乙订立互易契约。丙对乙伪称A玉为商代古玉,致乙误信而订约,并移转B砚所有权。半年后乙发现事实真相,向甲请求返还B砚时,甲表示已将该砚让售予丁,并依让与合意为交付,丁明知乙受诈欺之情事。乙向丁请求返还B砚,有无理由?

(一) 解题思考

现行“民法”系以“权利”与“法律行为”为核心概念,而建立其体系结构。法律行为上最重要的分类是“负担行为”及“处分行为”,二者贯穿整部民法,可称为民法的任督二脉,必须打通,始能登人民法的殿堂,特设计本题,阐释若干基本问题。^①

负担行为,指以发生债权、债务为内容的法律行为,亦称债务行为或债权行为,有为单独行为(如捐助行为),但多为契约(如买卖、租赁)。其主要特色在于因负担行为的作成,债务人负有给付的义务,如基于买卖契

^① 较详细的说明,参见拙著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版。

约,出卖人负有交付其物于买受人,并使其取得该物所有权的义务(第348条),买受人负有支付价金及受领标的物的义务(第367条)。

处分行为,指直接使某种权利发生、变更或消灭的法律行为。处分行为包括物权行为及准物权行为。物权行为指发生物权法上效果的行为,有为单独行为(如所有权的抛弃,第764条),有为契约(例如所有权之移转、抵押权的设定)。第758条规定:“不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力。”其所称法律行为乃指物权行为而言。^①第761条第1项规定:“动产物权之让与,非将动产交付,不生效力,但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”其所称让与合意,系指物权让与合意(物权契约)而言。准物权行为,指以债权或无体财产权作为标的之处分行为,如债权让与(第294条)、债务免除(第343条),以矿业权(采矿权)设定抵押(“矿业法”第14条)。

负担行为与处分行为的主要不同有三:

(1) 关于处分行为,适用标的物特定主义,即物权行为或准物权行为至迟于其生效时,其标的物须属特定,并须就一个标的物作成一個物权行为或准物权行为(一物一权主义)。反之,负担行为则不受此限制。

(2) 有效的处分行为,以处分人有处分权为要件。无处分权而处分权利标的物者,为无权处分,效力未定(第118条第1项)。反之,于负担行为,则不以行为人有处分权为必要,如出卖他人之物,其买卖合同仍为有效。

(3) 关于物权行为,采公示原则,即物权变动,须有一足由外界可以辨认的征象,以维护交易安全,避免使第三人遭不测损害。在不动产,须为登记(第758条),在动产则以交付(移转占有)为必要(第761条)。由于物权的存在及变动有可由外界查悉的征象,纵令其征象与实质的权利不符,其信赖此项征象者,应受保护(公信原则),因而产生善意取得制度(第801条、第886条、第948条以下、“土地法”第43条)。至于债权让与,“民法”未设善意取得制度。

关于债权行为(如买卖合同)与物权行为的适用关系,可分四种情形言之:

^① 1998年台上字第1400号判决:“按不动产所有权移转登记行为系物权行为,而具无因性,是若义务人有移转不动产所有权登记之意思,并已依第760条规定作成书面,纵该书面所载移转不动产所有权登记之债之原因与其真意不符,除其意思表示无效或得撤销之原因而经撤销者外,尚不生所有权移转登记应否涂消之问题。”(《“司法院”公报》,第40卷,第11期,第146页)。

(1) 债权行为与物权行为均属有效成立时,买受人依物权行为取得买卖标的物所有权,而以债权行为为保有所有权的法律上原因。

(2) 债权行为与物权行为均属不成立、无效或被撤销时,买受人不能依物权行为取得标的物所有权,并欠缺占有的本权,出卖人得依第 767 条规定请求返还其物。

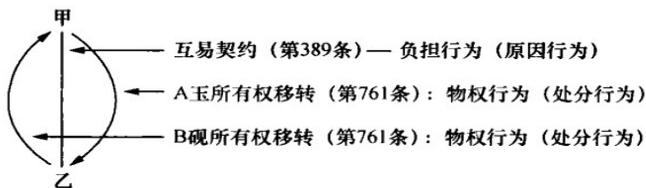
(3) 债权行为有效成立,物权行为不成立、被撤销或无效时(如出卖人受禁治产宣告),买受人虽不能依物权行为取得标的物所有权,但占有标的物系以买卖契约上的债权为本权,出卖人不得依第 767 条规定,请求返还其物。买受人得请求出卖人履行买卖契约上的给付义务。

(4) 债权行为不成立、无效或被撤销,而物权行为本身有效成立时,依物权行为无因性的理论,物权行为不受其原因行为(债权行为)的影响,买受人仍能依物权行为取得买卖标的物所有权,但因原因行为不存在,欠缺法律上原因,应成立不当得利,负返还其所受利益(买卖标的物所有权)的义务。

为便于观察上述负担行为(债权行为)与物权行为的适用关系,兹以甲出卖某车给乙,乙转售于丙为例,图示如下:

法律行为的成立及有效	债权行为	物权行为	法律效果	对第三人效力
有效成立	✓	✓	1. 依物权行为取得所有权 2. 以债权行为作为法律上原因	有权处分
1. 出卖人为禁治产人 2. 通谋虚伪买卖 3. 出卖人撤销其被胁迫、诈欺而为之意思表示	×	× 同一瑕疵	甲↓第 767 条 { 甲为所有人 乙无权占有	1. 无权处分(第 118 条) 2. 不得对抗善意第三人(第 87 条第 1 项但书,第 92 条但书) 3. 善意取得(第 801、948 条)
出卖人于订约后,交车前受禁治产宣告	✓	×	乙↓第 348 条 { 买卖合同有效 成立 迄未清偿	1. 无权处分(第 118 条) 2. 善意取得(第 801、948 条)
1. 买卖合同不成立 2. 买卖合同无效 3. 买卖合同被撤销	×	✓ 物权行为无因性	甲↓第 179 条 { 受利益 (汽车所有权) 致损害 无法律上原因	有权处分

于前开例题,甲以 A 玉与乙的 B 砚互易,系属债权契约(负担行为),双方同时履行之,系各就 A 玉、B 砚作成物权行为(两种物权行为)。① 为便于观察,图示如下:



(二) 解说

1. 甲为禁治产人

(1) 甲于 2 月 10 日受禁治产宣告

① 甲对乙的请求权。甲于 2 月 10 日受禁治产宣告,禁治产人无行为能力(第 15 条),甲所为之法律行为无效(第 75 条)。为贯彻禁治产制度,禁治产人于为法律行为之际,纵其精神恢复正常,其法律行为仍属无效,相对人的信赖,不受保护。

甲于 3 月 10 日与乙关于 A 玉与 B 砚所订互易契约,于 4 月 30 日就移转 A 玉所有权的物权行为,均因甲为禁治产人而无效。甲仍为 A 玉的所有人,乙系无权占有,甲得依第 767 条规定向乙请求返还 A 玉(诉讼时,应由其法定代理人代理)。

② 乙对甲的请求权。关于 A 玉及 B 砚的互易契约,因甲为禁治产人而无效,已如上述。乙将 B 砚所有权移转于甲的物权行为,亦因甲为禁治产人而无效。乙仍为 B 砚所有人,甲系无权占有,乙得依第 767 条规定向甲请求返还 B 砚。

因契约互负债务者,于他方当事人未为对待给付前,得拒绝自己的给付(第 264 条)。此项同时履行抗辩权于因互易契约无效而生返还义务,应类推适用之。甲或乙于他方当事人未为返还其物时,得拒绝自己的返还。

(2) 甲于 3 月 15 日受禁治产宣告

① 甲对乙的请求权。甲得依第 767 条规定向乙请求返还 A 玉,此须

① 设甲以两件玉器与乙的石砚互易时,当事人间有一个债权行为(买卖),但有三种物权行为。

以甲为所有人,乙系无权占有要件。甲与乙于3月10日订立A玉与B砚的互易契约时,甲迄未受禁治产宣告,其互易有效成立。甲于3月15日受禁治产宣告,成为无行为能力人,其移转A玉与乙的物权行为无效,乙不能取得其所有权。甲仍为A玉所有人,唯乙系基于有效成立的互易契约占有该玉,有占有的本权,非属无权占有。甲不得依第767条规定,向乙请求返还A玉。

如上所述,乙系基于有效成立互易契约占有甲所交付之A玉,其受利益(占有),具有法律上之原因,不成立不当得利,甲不得依第179条规定,向乙请求返还A玉的占有。

② 乙对甲的请求权。应检讨的是,乙得否依第398条准用第348条规定,请求甲移转A玉的所有权。

乙与甲于3月10日订立B砚与A玉的互易契约,当时甲迄未受禁治产宣告,其互易契约有效成立。

甲于3月15日受禁治产宣告,为无行为能力人,其于4月30日所为让与该玉于乙所有权的意思表示无效,乙未取得该玉所有权。乙对甲的请求权并未因甲的清偿而消灭。

乙得基于互易契约向甲(于撤销禁治产宣告后),或向其法定代理人,请求为移转A玉所有权的让与合意。

2. 乙为限制行为能力人

(1) 乙对甲的请求权。关于乙对甲的请求权基础,应检讨的是第767条之规定。乙与甲订立A玉与B砚的互易契约,乙系限制行为能力人,未得法定代理人同意(事先允许、事后承认)时,其互易契约确定不生效力(第79条)。乙移转B砚于甲的物权行为(第761条)亦属确定不生效力,甲未取得其所有权。乙仍为B砚的所有人,甲系无权占有,乙得依第767条规定,向甲请求返还其物。

(2) 甲对乙的请求权。关于甲对乙的请求权基础,关键在于乙是否取得A玉的所有权。第77条但书规定,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,但纯获法律上之利益者,不在此限。乙与甲订立A玉及B砚的互易契约,未得法定代理人同意,不生效力,已如上述。乙自甲受让A玉所有权,则系纯获法律上利益,盖依债权行为与物权行为分离的理论,物权行为的效力应各就其自身判断之。乙对甲应为对待给付,乃基于互易契约。乙因物权行为而取得A玉所有

权,并不因此而负任何法律上义务。从而乙受让甲移转 A 玉所有权的意思表示,虽未得法定代理人同意,仍属有效。唯乙与甲的互易契约既确定不生效力,乙受有 A 玉所有权,欠缺法律上原因,应成立不当得利,甲得依第 179 条规定,向乙请求返还之。

3. 乙的代理人误取 C 砚交付于甲

(1) 乙对甲得主张的权利。乙与甲订立互易契约,乙授权其受雇人丙交付 B 砚并移转其所有权,系由丙代理乙为物权让与的意思表示。丙误取 C 砚交付于甲,乃表示行为上之错误,即丙若知其事情,即不为此让与 C 砚所有权的意思表示,此不知事情非出于丙的过失,本人乙得将其意思表示撤销之(第 105 条、第 88 条第 1 项)。移转 C 砚所有权的法律行为经撤销者,视为自始无效(第 114 条第 1 项),甲未取得 C 砚的所有权,且未占有的本权,乙得依第 767 条规定,向甲请求返还其物。

互易契约系以 B 砚为标的,甲因乙的代理人丙之表示行为错误受有 C 砚所有权,致乙受损害,欠缺法律上的原因,应成立不当得利,乙得请求返还 C 砚。此于乙的撤销权自意思表示后经过 1 年而消灭时(第 93 条),具有实益。

(2) 甲对乙得主张的权利。乙依其与甲订立的互易契约,负有交付 B 砚并移转其所有权的义务,其代理人丙误取 C 砚交付之,系未依债务本旨而为给付,不生清偿的效力。甲对乙的给付请求权仍然存在。于特定物之债,异类物的给付非属物之瑕疵,甲无瑕疵担保请求权,不得主张保留 C 砚而请求其减少的价额。

4. 甲误 A 玉(汉玉)为清玉而撤销其意思表示

(1) 甲对乙的请求权。甲得对乙依第 767 条规定请求返还 A 玉。此须以甲为所有人,乙系无权占有为要件。

甲与乙订立以 A 玉与 B 砚的互易契约,并同时履行之。甲误 A 玉(汉玉)为清玉,系动机错误。唯玉器的年代在交易观念上甚属重要,乃影响价额的要素,其错误系关于物之性质的错误,视为意思表示内容错误,其错误非表意人甲的过失时,甲得撤销其意思表示(第 88 条第 1 项)。意思表示内容的错误,如误 A 犬为 B 犬而购买,并受让其所有权,其因意思表示错误而得撤销者,系买卖合同。关于物之性质的错误,其意思表示的瑕疵则兼括债权行为及物权行为,盖若甲知 A 玉为汉玉则不会与乙订立互易契约,并移转该玉的所有权。甲于 4 月 20 日请求乙返还 A 玉,乃

于法定期间内,撤销其错误的意思表示。依通常情形,应认甲同时撤销互易契约及移转 A 玉所有权的物权行为。法律行为经撤销者,视为自始无效(第 114 条第 1 项),乙不能取得 A 玉的所有权,并系无权占有。甲得依第 767 条规定,向乙请求返还 A 玉。

(2) 乙对甲的请求权。甲依第 88 条规定撤销互易契约时,其自乙受领 B 砚所有权,因互易契约视为自始无效,欠缺法律上原因,应成立不当得利,乙得依第 179 条规定请求返还。该 B 砚于 4 月 15 日因意外灭失,其所受利益不存在,甲免负偿还价额之责任(第 182 条第 1 项)。依第 91 条规定,甲对非因过失信其意思表示为有效而受损害之乙应负赔偿责任。此项信赖利益的损害赔偿,除支出订约费用、减少订约所受损失外,尚包括乙因信赖互易契约为有效而对甲所为的给付,B 砚因意外灭失,不能返还,甲应赔偿其价额。^①

5. 乙受甲之代理人诈欺^②

(1) 乙得依第 767 条规定向丁请求返还 B 砚,其要件为:乙为所有

^① Larenz, Lehrbuch der Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 7. Aufl. 1989, S. 385 (388) (本书有新版); Musielak, Grundkurs, BCB, 1986, S. 141. (本书有新版)。

^② 本题解说兼采请求权方法及历史方法,为便于参照,拟定解题结构如下:

一、乙对丁的请求权:第 767 条

(一) 乙为所有人。

1. 撤销被丙诈欺而为的意思表示。

(1) 要件。

① 撤销权。A. 丙之诈欺。B. 代理人的诈欺应归于本人负责。

② 对甲为撤销的意思表示。

③ 撤销客体。A. 互易契约。B. 移转 B 砚所有权的物权行为。

④ 未经过除斥期间。

(2) 效果。

① 法律行为视为自始无效。

② 乙为所有人。

2. 甲的无权处分与丁的善意取得。

(1) 甲无权处分(第 118 条)。

(2) 丁善意取得。

① 善意取得制度(第 801, 948 条)。

② 丁明知法律行为的撤销性,非属善意。

(二) 丁为无权占有。

1. 无物权的占有本权。

2. 无债权的占有本权。

二、乙得依第 767 条向丁请求返还 B 砚



人,丁系无权占有。

① 乙为 B 砚所有人。甲委任丙并授予代理权与乙订立 A 玉及 B 砚的互易契约,丙对乙伪称 A 玉为名贵的商玉,故意欺罔乙,使乙陷于错误而为互易,及让与 B 砚所有权于甲的意思表示,构成诈欺。因诈欺而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示,但诈欺系由第三人所为者,以相对人明知其事实或可得而知者,始得撤销之(第 92 条)。所谓第三人,应作限制解释,不包括代理人,代理人所为诈欺,应归由于本人负责,故乙仍得撤销其意思表示。乙于半年内向甲请求返还 B 砚,系于法定期间内对甲为撤销之意思表示,其所撤销者包括订立互易契约及让与 B 砚所有权的意思表示。该互易契约及物权行为既经撤销而视为自始无效(第 114 条第 1 项),当然恢复未为法律行为前的原状,B 砚的所有权复归于乙。

乙撤销其受诈欺而为的意思表示时,甲取得的 B 砚所有权溯及消灭,其出卖 B 砚于丁的买卖契约,成为出卖他人之物,仍属有效,但移转 B 砚所有权于丁的物权行为,乃无权处分,效力未定(第 118 条第 1 项)。问题在于丁得否主张因善意受让该 B 砚的占有,纵甲无让与之权利,仍取得其所有权(第 801 条、第 948 条)。按丁明知乙被甲之代理人丙诈欺而为意思表示的情事,其知悉法律行为的撤销性,应认系明知该法律行为得经撤销而视为自始无效,其受让 B 砚的占有非属善意,不能取得其所有权。

② 丁为无权占有。B 砚所有权,因乙撤销其物权行为而复归于乙,丁无物权的占有本权。丁与甲的买卖契约虽属有效成立,但不得对抗所有人乙,丁欠缺债权的占有本权。

(2) 乙得依第 767 条规定,向丁请求返还 B 砚。

五、A 教授的订书单

某大学 A 教授,于 3 月 1 日接获 B 出版社寄来的《台湾地区法学百科全书》目录,载明该全书共 10 册,价款 1 万元,并附订书单一纸。A 教授于 3 月 4 日填妥订书单,即于上课后交 C 生回家途中投寄邮局。C 生离去之后,A 教授忆起其同事 D 教授曾参加该全书编辑工作,答应赠送一套,即自四楼研究室窗口呼叫,“不要投寄”,C 生于下课钟声误听为,“不要忘记”,点头离去,而投寄之。A 教授于 3 月 5 日下午知其事,即以限时专送致函于 B 出版社,叙明事由,表示撤回订书单,仓促之间,未贴限时专送标签,并误投于平邮邮筒,延

至3月7日上午始行到达。B出版社于3月6日上午收到A教授的订书单,即于当日下午寄发该百科全书,于3月9日到达,A教授拒绝受领。试问B出版社得主张何种权利?

(一) 解题思考

法律行为是民法的核心和骨干,也是19世纪以来德国法学最伟大的成就、最精致的部分。法律行为的要素是意思表示,指将企图发生一定私法上效果的意思,表示于外部的行为。意思表示是由外部的表示行为及内心意思所构成,而内心意思则包括行为意思、表示意识及效果意思。法律行为由一个意思表示所构成的,称为单独行为,如捐助行为或所有权的抛弃。其由两个对立意思表示(要约与承诺)所构成的,称为契约,包括债权债务(如买卖)、物权契约(如所有权的移转)及身份契约(如结婚)。法律行为及意思表示制度旨在实践个人意思自由及自主,并维护相对人信赖及交易安全。设计本题的目的在于初习民法者能确实体认民法对契约的缔结、要约、承诺、意思表示的撤回或撤销等规定,实蕴涵着重大伦理价值及法律政策的意义。

本题解题结构如下:

1. B出版社的请求权基础:第367条。

(1) 买卖合同成立

① A教授的要约

- A. B寄送目录及订书单的法律性质:要约? 要约的引诱?
- B. 要约的成立与发出。
- C. 使者权限的撤回。
- D. 意思表示发出后,效果意思之变更对意思表示效力的影响。
- E. 撤回要约。

② B出版社的承诺

(2) A教授的给付义务因意思表示的撤销而消灭?

① 撤销的意思表示

② 撤销原因

- A. 内容错误?
- B. 传达错误?

2. B出版社得依第367条规定向A教授请求支付价金。

(二) 解说

1. B 出版社得依第 367 条规定,向 A 教授请求支付价金及受领标的物。此须以买卖契约成立为要件。

(1) 买卖契约的成立,须当事人就标的物及其价金互相同意(第 345 条第 2 项)。

① 应认定的是,B 出版社寄送的《台湾地区法学百科全书》的目录及订书单,究为要约,抑为要约的引诱。要约的成立,须由特定人向相对人为缔约的表示,而有受其拘束的意思。“民法”为促进交易安全,就典型案例设有拟制的规定,以杜绝争议,即:“货物标定卖价陈列者,视为要约。但价目表之寄送,不视为要约。”(第 154 条第 2 项)。B 出版社目录及订单书的寄送,应认系价目表之寄送,不视为要约,仅为要约的引诱。

② A 教授寄发订书单是否成立要约。要约系属意思表示,而意思表示的成立,须有客观的表示行为及主观的意思。所谓主观的意思,可分为行为意思、表示意识及效果意思。行为意思系意思表示必备的要件,因此,客观上虽有表示行为,但欠缺行为意思时,其意思表示仍不成立,如甲丢弃致乙购屋的信函,丙拾而寄之,并不构成要约,乙虽为承诺,契约仍不成立。内心效果意思的欠缺,对意思表示的成立,不生影响。至于表示意识是否为意思表示应具备的主观要件,学者见解极不一致,因与本例无关,可暂置不论。准据上述,A 教授填具订书单,系基于行为意思而为表示行为,意思表示因而成立。

③ 意思表示须经发出,到达相对人始生效力。所谓发出,指表意人依其意思完成传递其意思表示于相对人的必要行为而言。表意人将信件投入邮筒时,固为发出;其将信件交与使者投寄时,于交付之际,其意思表示已脱离其支配范围,亦属已为发出。故 A 教授将订书单交付 C 生于回家途中投寄时,其订购《台湾地区法学百科全书》的要约已为发出。

关键在于,A 教授试图阻止 C 生投寄订书单未果,是否影响其要约的效力。A 教授将其订书单交 C 生投寄,系授予使者权限。此项使者权限,倘经撤回,则使者所为的传达,即不归由表意人负责。使者权限,与代理权同,均得撤回。使者权限的授予或撤回,亦属意思表示,于对话人间须于相对人了解时,始生效力(第 94 条)。A 教授自四楼研究室窗口呼叫“不要投寄”,C 生于下课钟声中误听为“不要忘记”,未能了解其内容,A 教授的撤回不生效力,C 生的使者地位,依然存在,要约的发出因此

而受影响。

A 教授于发出要约之后,试图取回,阻止要约到达相对人,乃内心效果意思的变更,对于意思表示的效力,不生影响。第 95 条第 2 项规定,表意人于发出通知后死亡或丧失行为能力,或其行为能力受限制者,其意思表示,不因之失其效力,立法目的在于保障相对人的信赖及交易安全。表意人的死亡既不影响已发出意思表示之效力,内心效果意思的变更,更不待言。

A 教授的要约,于 3 月 6 日上午到达 B 出版社,其撤回的通知于 3 月 7 日始到达,不生撤回的效力(第 95 条)。又此项撤回的信件,未贴限时专送标签,以平信寄发,按其传达方法依通常情形,不能同时或先时到达, B 出版社无即发迟到通知之义务(第 162 条第 1 项)。

B 出版社于 3 月 6 日上午收到 A 教授的订书单,于当日下午即寄发《台湾地区法学百科全书》,是为承诺,于 3 月 9 日到达 A 教授时发生效力。

据上所述, A 教授与 B 出版社关于以 1 万元购买《台湾地区法学百科全书》的相互表示意思一致,其买卖契约成立。

(2) A 教授支付价金及受领标的物之义务,得因 A 教授撤销其所为之意思表示而消灭(第 114 条第 1 项)。问题在于 A 教授是否已为撤销的表示,并且有撤销原因。

A 教授于 3 月 5 日致函于 B 出版社,表示撤回订书单。此项表示行为,依案例事实探究当事人之真意,亦得解释为系“撤销”其所为的意思表示。

问题在于 A 教授得否依第 88 条第 1 项规定,撤销其意思表示。对此,应采否定说,盖 A 教授填妥订书单交 C 生投寄,关于其意思表示之内容并无错误。至于 A 教授忘记 D 教授已答应赠书之事,乃动机错误,不在撤销之列。又 A 教授亦不得以 C 生传达不实,依第 89 条,比照第 88 条规定撤销其意思表示。盖 C 生所为者,系投寄 A 教授所作成的信件,对其意思表示之内容,并无传达不实。

2. B 出版社得依第 367 条之规定,向 A 教授请求支付价金 1 万元,并受领标的物。

六、凋谢的玫瑰花

甲于 3 月 1 日于某舞会认识乙女,深为仰慕,即以电话向丙鲜花

店订购一束名贵玫瑰花,价金2000元,约定于3月2日上午10时送至乙处。丙之店员丁如期送花至乙宅时,适乙外出未归,丁乃托乙的邻居戊于乙回来时转交。戊上街购物,遭遇车祸住院,5日后回家,发现该束玫瑰花全部凋谢,仅存枯枝,戊交付予乙时,乙拒不受领。问丙得否向甲请求2000元价金。

(一) 解题思考

本题是债务不履行的典型案例,涉及给付不能、种类之债及债权人受领迟延等重要问题。兹拟定其解题结构如下:

1. 丙得向甲请求价金之规范基础:第367条。

(1) 买卖契约成立。

① 成立。

第一,要约。

第二,承诺。

② 不真正第三人利益契约。

(2) 价金请求权因不可归责于双方当事人的事由致给付不能而消灭(第266条)?

① 给付不能。

② 种类之债(第200条第1项)。

③ 种类之债之特定(第200条第2项)。

④ 债权人受领迟延(第234条)。

⑤ 可归责于债权人之事由致给付不能(第267条)。

2. 丙得向甲请求价金。

(二) 解说

1. 丙得依第367条规定向甲请求2000元价金,此须以买卖契约成立,而其请求权仍继续存在为前提

(1) 依题示事实,甲与丙间的买卖契约成立,可径认定。甲在丙处订购玫瑰花,约定送到乙处,系约定向第三人给付,不使第三人乙有直接向债务人丙请求给付之权利,非为第三人利益契约,乃所谓不真正第三人利益契约,故乙对于丙并无直接请求给付之权利,丙对乙并非处于债务人的地位。

(2) 第266条第1项规定,因不可归责于双方当事人之事由,致一方

之给付全部不能者,他方免为对待之给付。倘因不可归责于丙与甲之事由,致丙不能交付玫瑰花并移转其所有权时,则甲给付价金之义务即归消灭。其应检讨者有两点:第一,丙之给付是否不能。第二,此项给付不能是否因不可归责于双方当事人之事由所致。

① 甲以电话向丙订购名贵玫瑰花,乃以种类中一定数量指示给付物,系属种类之债(种类买卖)。种类之债,于给付之时,必须特定。依第200条第2项规定,债务人完结交付其物之必要行为后,其物即为特定物,始发生给付不能的问题。所谓完结交付其物之必要行为,应分别债务清偿地加以认定:A. 于赴偿之债,即在债权人住所地清偿的债务,于债务人将给付物送至债权人的住所,使债权人处于可得受领的地位时,即为完结交付其物之必要行为。B. 于索取之债,即在债务人住所地清偿的债务,于债务人具体的指定给付物,并将准备给付的情事,通知债权人时,即为完结交付其物之必要行为。C. 为送付之债,即债权人请求将标的物送交清偿地以外处所的债务,于债务人发送其物于运送承揽人时,即为完结交付其物之必要行为。

甲向丙订购玫瑰花,约定送往乙处,丙负有送往乙之住所的义务,此非系送付之债,乃属赴偿之债。对丙而言,乙虽非直接处于债权人的地位,但因甲约使丙将玫瑰花送往乙处,乙亦有受领的权利。因此丙之店员丁于约定期日(3月2日上午10时),将玫瑰花送至乙的住所,使乙处于可得受领之地位时,即完结交付其物之必要行为,其给付物即为特定。

丙的店员丁送玫瑰花至乙的处所时,适乙外出未归,乃托乙之邻居戊转交,此际戊非居于乙的代理人或受领使者之地位,故丙并不因此履行其交付玫瑰花及移转所有权的义务。戊于5日后始将凋谢已成枯枝的玫瑰花送交予乙,应认为丙之给付已属不能。

② 如前所述,丙之店员丁送玫瑰花至乙处时,乙适外出,不能受领,应类推适用第224条规定,使其不能受领,归甲负责,自丙提出给付时起,负迟延责任(第224条)。依第237条规定,在债权人受领迟延中,债务人仅就故意或重大过失,负其责任。又依第224条之规定,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之责任。因此应检讨的是,丁或戊是否为丙之履行辅助人,其关于债之履行是否有故意或重大过失。

丁是丙的店员,送玫瑰花至乙之住所,为丙的履行辅助人。丁因乙外

出未归,托其邻居戊转交,衡诸一般情形,尚不构成故意或重大过失。丁托乙的邻居戊转交玫瑰花,使戊介入给付履行的过程,成为丙的履行辅助人。戊因遭车祸住院,未能适时转交玫瑰花,关于债之履行,亦无故意或重大过失。

据上所述,丙的使用人关于债务之履行,并无故意或重大过失,故其给付不能非属可归责于债务人之事由。又甲对玫瑰花之凋谢枯萎,亦无故意或过失可言。唯应注意的是,此项因不可归责于双方当事人之事由致给付不能,系发生于债权人受领迟延之后。于此情形,《德国民法》第324条第2项明定,债务人仍得请求对待给付。台湾地区“民法”虽未设明文,唯通说认为应作相同解释,即对第267条所谓可归责于债权人之事由,采广义解释,即债权人迟延受领后因不可归责于双方当事人之事由致给付不能者,亦属可归责于债权人致给付不能,其主要理由系以债权人之迟延为发生给付不能的间接原因。^①准此以言,甲于受领迟延后,因不可归责于甲与丙之事由致玫瑰花之给付不能,应为负责,仍不免支付约定价金的义务(第267条)。

2. 丙得依第367条规定,向甲请求支付价金2000元。

七、运送中灭失的 Wedgwood 青花骨瓷餐具

A于4月1日向B订购英国进口的Wedgwood某类型青花骨瓷餐具一套(以下简称青花骨瓷餐具),价金10万元,约定于4月6日于A在新店五峰山住所交付。A于4月4日通知B将该青花骨瓷餐具送往台南某镇C处。B选定一套青花骨瓷餐具后,交付运送承揽人D发送。D的司机E于运送途中,驾驶不慎,与由F驾驶违规超速变换车道的卡车相撞,致该青花骨瓷餐具灭失。问A与B间之法律关系如何?

(一) 解题思考

本题亦属关于债务不履行的典型案例,以危险负担为核心,牵涉甚广,对于训练综合思考能力,甚有助益。本题当事人甚多,法律关系错综复杂,所提出的问题,是A与B间的法律关系,仅须对此问题作答,其解

^① 参见胡长清:《中国民法债编总论》,第384页。

题结构如下：

1. B 对 A 的价金请求权

(1) 第 367 条

① 买卖合同成立。

② 因不可归责于双方当事人之事由致给付不能,使买受人支付价金义务消灭(第 266 条第 1 项)

A. 给付不能。

a. 种类之债。

b. 送付之债。

c. 特定。

d. 因灭失而给付不能。

B. 归责事由。

a. 不可归责于债权人(A)。

b. 不可归责于债务人(B)运送承揽人非属履行辅助人;选任运送承揽人并无过失。

③ 买受人危险负担的特别规定(第 374 条)。

(2) B 对 A 有价金请求权

2. A 对 B 的请求权

(1) 给付请求权。

① 第 348 条

第一,买卖合同之成立。

第二,因不可归责于双方当事人之事由,致给付不能。

② A 对 B 无给付请求权。

(2) 代偿请求权。

① 第 225 项第 2 项。

A. 因不可归责于债务人 B 之事由,致给付不能。

B. 债务人 B 对第三人有损害赔偿请求权。a. B 对 D 之请求权:第 634、636 条。b. B 对 D、E 之请求权(第 188 条第 1 项)。c. B 对 E、F 之请求权(第 185 条)。

② A 对 B 有代偿请求权。

3. A 与 B 的同时履行抗辩权(264)

(二) 解说

1. B 对 A 的价金请求权

(1) B 得依第 367 条规定,请求 A 支付价金 10 万元,其要件为买卖契约的有效成立,B 价金请求权仍属存在。

① B 与 A 就买卖标的物及其价金互相同意,买卖契约有效成立(第 345 条第 2 项、第 153 条第 1 项)。

② 第 266 条第 1 项规定,因不可归责于双方当事人之事由,致一方之给付全部不能者,他方免为对待给付之义务。倘青花骨瓷餐具于运送途中灭失,系因不可归责于 B 与 A 之事由,致一方之给付全部不能者,B 的价金请求权即归消灭。

A 向 B 订购某类型青花骨瓷餐具,系以种类指示给付物,为种类买卖。依第 200 条第 2 项规定,债务人完结交付其物之必要行为后,其物即为特定物。A 请求该青花骨瓷餐具由新店五峰山改送台南某镇 C 处,乃将标的物送交清偿地以外之处所,系属送付之债。B 选定该类型青花骨瓷餐具一套交付运送承揽人 D 发送时,即为完结交付其物之必要行为,该青花骨瓷餐具即为特定物,于运送途中灭失,发生给付不能。

依题示事实,关于青花骨瓷餐具的给付不能,债权人(买受人)A 无可归责事由。是否为可归责于债务人(出卖人)B 之事由致给付不能,应先认定运送承揽人 D 的地位。第 224 条规定债务人之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。因此,倘运送承揽人 D 系 B 之使用人时,则 D 之司机 E 驾车不慎致青花骨瓷餐具灭失之过失,应由债务人 B 负同一之责任。

“民法”第 224 条所谓使用人,系指基于债务人之意思所使用之人,其与债务人有无契约,有偿无偿,均非所问。准此以言,于赴偿之债,债务人使运送承揽人将给付物送至债权人之住所,以提出给付者,该运送承揽人,即属债务人或使用人,关于债之履行有故意或过失时,债务人亦应与自己之故意或过失,负同一责任。在送付之债,为债务人发送其物之运送承揽人,尤其是第 374 条所称之运送承揽人,是否为债务人或使用人,不无疑问。解释上应采取否定说,盖此项运送系以买受人的计算及危险为之,已不属于出卖人契约上给付义务。故本题出卖人 B 不依第 224 条规定,就运送承揽人 D 的过失负责,应仅就其选择适当运送人及对标的物

之适当包装,负其责任。就题示事实言,债务人对此并无过失。

③ 青花骨瓷餐具之灭失既不可归责于双方当事人之事由,依第 266 条第 1 项规定,A 免为价金给付之义务。唯关于此项应由债务人负担对待给付危险的原则,第 374 条设有特别规定。

第 373 条规定,买卖标的物之利益及危险,除契约另有订定外,自交付时起,均由买受人承受负担。又第 374 条规定,买受人请求将标的物送交清偿地以外之处所者,自出卖人交付其标的物于运送承揽人时起,标的物之危险,由买受人负担。此之所谓危险,系指在双务契约,因不可归责于双方当事人之事由,致一方债务给付不能,其因而不能请求对待给付之不利利益,就买卖契约而言,即指价金的危险。^①

准此以言,出卖人 B,应买受人 A 的请求,将青花骨瓷餐具送交清偿地以外之处所,自 B 将该标的物交付于运送承揽人 D 时起,价金之危险即由买受人负担之,出卖人之价金请求权仍属存在。

(2) B 得依第 367 条规定,向 A 请求支付约定之价金 10 万元。

2. A 对 B 之请求权

(1) 给付请求权

① A 得依第 348 条规定向 B 请求给付该约定类型的其他青花骨瓷餐具,此须以买卖契约成立,A 的给付请求权尚属存在为要件。

A 与 B 之买卖契约成立。此项买卖契约,系属种类之债。B 应 A 的请求,将约定类型的青花骨瓷餐具送交清偿地以外的处所,于其将标的物交付于运送承揽人 D 发送时,已完结交付其物之必要行为,该青花骨瓷餐具即为特定物,于运送途中灭失,发生给付不能。运送承揽人 D 非属 B 的使用人,关于其司机 E 的过失,B 不必负同一责任,前已论及,故该交付发送青花骨瓷餐具之灭失,致给付不能,系不可归责于债务人,依第 225 条第 1 项之规定,债务人 B 免给付之义务。

② A 不得依第 348 条规定,向 B 请求给付该约定类型之其他青花骨瓷餐具。

^① 梅仲协先生于其《民法要义》(第 247 页)对此作有简要之说明:“在买卖契约,所谓危险负担,并非指物之危险,应由何造当事人担负而言,在此情形,应依一般之原则办理,即物之灭失,应由物之所有人,自任其咎也。兹之所谓危险之负担,乃指债之关系成立后,因事变致标的物罹于灭失或毁损,此项不利益之结果,应由何方当事人负担而言。质言之,即在此情形,买受人是否尚须负支付价金之义务也。”可供参照。

(2) 代偿请求权

① 应检讨的是，A 得否依第 225 条第 2 项规定，向 B 请求让与其对 D、E 及 F 的损害赔偿请求权或交付其受领之赔偿物。

A. 青花骨瓷餐具于运送途中灭失，系不可归责于债务人 B 之事由，致给付不能。B 因给付不能对第三人有损害赔偿请求权。

B. B 将青花骨瓷餐具交运送承揽人 D 发送至 C 之住处，当事人间成立物品运送契约，D 之受雇人 E 驾驶不慎，发生车祸致运送物灭失，运送人应负责任（第 634、第 636 条）。其损害赔偿额，依其应交付时目的地之价值计算之（第 638 条第 1 项，但请注意第 2 项）。

C. E 受雇于 D 运送青花骨瓷餐具，于执行职务之际，因过失致运送物灭失，不法侵害 B 之所有权，应由雇用人 D 与行为人 E 连带负赔偿责任（第 188 条第 1 项）。

D. E 驾车不慎，与由 F 驾驶违规超速变换车道之卡车相撞，致青花骨瓷餐具灭失，行为人间虽无意思联络，但各行为人之过失行为均为其所生损害之共同原因，即所谓之行为关联共同，亦足成立共同侵权行为（1977 年 6 月 1 日院台参字第 0578 号令例变字第 1 号），对所生之损害，应连带负赔偿责任。

② A 得依第 225 条第 2 项规定，向 B 请求让与其对 D、E 或 F 的损害赔偿请求权或交付其所受领的赔偿物。

3. A 与 B 之同时履行抗辩权

B 得依第 367 条规定向 A 请求支付约定价金 10 万元，A 得依第 225 条第 2 项规定向 B 请求让与其对 D、E 或 F 的损害赔偿请求权或交付其所受领的赔偿物，乃基于双务契约而发生，于他方未为对待给付前，得拒绝自己的给付（第 264 条第 1 项）。

八、制造法律问题的车祸

某日清晨细雨霏霏，甲骑其新购的机车送 6 岁之幼女乙上幼稚园，其妻丙于巷口微笑招手。甲刚转入快车道时，被丁驾车违规超速撞倒，甲当场死亡；乙被摔到草坪，身受重伤；机车毁损。丙目睹其事，身受惊吓（Shock），昏倒于地，住院 3 日期间家中遭盗，财物损失 5 万元。丙出院后精神衰弱，放弃其电脑打字工作，减少收入 3 万元。又甲曾与戊女同居，怀胎儿庚，戊女 3 日后知悉甲遭车祸死亡，

(二) 解说

1. 乙、丙、庚因甲死亡得对丁主张的权利

(1) 请求权基础。丁驾车撞死甲,侵害甲的生命,丁的行为与甲的死亡之间具有因果关系。题旨未提及违法阻却事由,应认为侵害行为系属不法,丁驾车违规超速,具有过失,丁致甲死亡,成立侵权行为(第184条第1项前段、第184条第2项)。唯被害人生命因受侵害而消灭,其为权利主体之能力即已失去,损害赔偿请求权,亦无由成立^①,故特设第192条及第194条规定,乙、丙或庚得依此等规定向丁请求损害赔偿。

(2) 乙、丙之殡葬费或扶养费请求权。乙或丙得向丁请求赔偿其支出之殡葬费。请求殡葬费之数额,应衡量甲之身份、地位、年龄及经济情况等因素定之,并以实际支出者为限。又乙、丙得依第192条第2项规定向丁请求扶养费的损害赔偿。

(3) 乙、丙或庚的慰抚金请求权

① 乙系甲的子女,丙为甲的配偶,得依第194条规定,请求丁就非财产上之损害,赔偿相当之金额。此项慰抚金应斟酌被害人所受精神痛苦的程度,与死者的关系、家庭经济状况及其他一切相关情事量定之。

② 庚系甲与戊同居怀孕,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7条)。庚系甲之非婚生子女,第194条所谓“子女”是否包括非婚生子女,尚有疑问,唯应采肯定说。就法律体系言,亲属编所称子女系指婚生子女及养子女而言,其范围并不及于非婚生子女。然本条所规定的,不是亲子间的权利义务,而是侵害他人之生命时,对与被害人具有一定血统关系者所受精神上痛苦的赔偿问题。依此规范目的,所谓子女,应从宽解释为包括与被害人具有血统关系的非婚生子女。此项解释亦在实践平等原则,生父遭人不法致死,其子女就精神上痛苦请求慰抚金,不应因婚生与否而有所区别。就比较法言,瑞士及日本判例均同此见解。^② 故庚得向丁请求慰抚金,其数额如何始为相当,应斟酌

^① 参见1965年台上字第951号判例:“不法侵害他人致死者,其继承人得否就被害人如尚生存所应得之利益,请求加害人赔偿,学者间立说不一。要之,被害人生命因受侵害而消灭时,其为权利主体之能力即已失去,损害赔偿请求权,亦无由成立,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。”

^② 参见本书相关内容。

一切情形定之,但不得以庚为胎儿为不予赔偿或减低赔偿之依据。^①

(4) 甲之与有过失的承担。甲对车祸的发生与有30%的过失。乙、丙或庚依第192条或第194条规定,向丁请求损害赔偿时,应否承担甲的过失,“民法”未设规定。1984年台再字第182号判例谓:“第192条第1项规定不法侵害他人致死者,对于支出殡葬费之人,亦应负损害赔偿责任,系间接被害人得请求赔偿之特例。此项请求权,自理论言,虽系固有之权利,然其权利系基于侵权行为之规定而发生,自不能不负担直接被害人之过失,倘直接被害人于损害之发生或扩大与有过失时,依公平之原则,亦应有第217条过失相抵规定之适用。”此项见解于第194条情形,亦有适用余地。

2. 因甲的机车被丁毁损,乙、丙得向丁主张的权利

甲所有的机车被丁毁损,甲得依第184条第1项前段或第2项规定向丙请求损害赔偿,并有过失相抵的适用(第217条)。甲因车祸死亡,此项权利由其女乙及妻丙继承之(第1138条)。

第196条规定:“不法毁损他人之物者,应向被害人赔偿其物因毁损所减少之价额。”此项规定是否排除第213条以下关于恢复原状的一般原则,甚有争论。^② 1988年第9次民事庭会议决议(1)谓:“物被毁损时,被害人除得依第196条请求赔偿外,并不排除第213条至第215条之适用。依第196条请求赔偿物被毁损所减少之价额,得以修复费用为估定之标准,但以必要者为限(例如,修理材料以新品换旧品,应予折旧)。被害人如能证明其物因毁损所减少之价额,超过必要之修复费用时,就其差额,仍得请求赔偿。”值得注意的是,债编部分条文修正参酌判例学说将第196条规定为:“不法毁损他人之物者,被害人得请求赔偿其物因毁损所减少之价额。”1998年台上字第803号判决更进一步认为:“损害赔偿,以填补损害,使被害人获得完全赔偿为最高原则。是物被毁损时,被害人除得依第196条请求赔偿外,并不排除第213条至第215条之适用,为本院

^① 参见1977年台上字第2759号判例:“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抚金,又胎儿以将来非死者为限,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,慰抚金之数额如何始为相当,应酌量一切情形定之,但不得以子女为胎儿或年幼为不予赔偿或减低赔偿之依据。”

^② 参见拙著:《物之损害赔偿制度的突破与发展》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社2009年版。

向来之见解。被害人此种选择权,于向赔偿义务人为选择之意思表示后,原则上固应受其拘束。但如赔偿义务人尚未为恢复原状之准备,或逾期不为恢复或恢复显有重大之困难者,被害人改依第196条请求赔偿,对赔偿义务人无何影响,尚与诚信原则无违,应无不予准许之理由。”^①乙、丙得依第196条参照上开决议及判决行使其对丁的损害赔偿请求权。

3. 乙因身体、健康受侵害得向丁主张的权利

(1) 乙的损害赔偿请求权。乙因身体、健康受侵害,得依第184条第1项前段规定请求损害赔偿。关于财产上损害,乙得请求赔偿支出的医疗费等。就生活上之需要亦得请求损害赔偿,法院得因当事人之申请,定为支付定期金。但须命加害人提出担保(第193条)。关于精神及肉体痛苦的非财产损害,乙得依第195条第1项规定向丁请求赔偿相当之金额。

(2) 未成年子女应否承担法定代理人的过失? 乙系搭乘其父甲的机车上学,而甲对车祸的发生与有30%的过失。1979年第三次民事庭庭推总会决议(3)谓:“第224条可类推适用于同法第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。”又1985年台上字第1170号判例谓:“驾驶机车有过失致坐于后座之人被他人驾驶之车撞死者,后座之人系因借驾驶人载送而扩大其活动范围,驾驶人为之驾驶机车,应认系后座之人之使用人,原审类推适用第224条规定依同法第217条第1项规定,减轻被上诉人之赔偿金额,并无不合。”(参阅修正条文第217条第2项)。准此以言,乙向丁请求损害赔偿时,应承担甲30%的与有过失,法院应依此减轻丁的损害赔偿。^②

(三) 丙因目睹车祸受惊吓,致健康受损时对丁的请求权

应检讨的是,丙得否依第184条第1项前段规定,向丁请求损害赔偿(关于同条第2项规定之适用,请读者自行研究)。

丁驾车违规超速撞倒甲、乙(直接侵害对象),丙当场目睹此事故,受到惊吓致生精神疾病,得否成立侵权行为,在台湾地区实务上尚无相关案

^① 《法令月刊》,第49期,第12期,第53页。《“司法院”公报》,第40卷,第12期,第111页。

^② 关于未成年子女应否承担法定代理人的过失,不同见解,参见拙著:《第三人与有过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

例。^①就第184条第1项前段规定的要件言,其关键问题有两个:①丁的不法过失行为是否侵害丙的权利,尤其是健康。②丁的行为与丙的健康所受侵害是否具有相当因果关系(责任成立因果关系)。

因目睹或耳闻意外事故而受惊吓,致健康受侵害,包括精神疾病在内,应依医学认定之。一般的痛苦、沮丧、惊恐、情绪不安则不属之。丙因目睹车祸,受到惊吓,住院治疗3日,精神衰弱,应认为系健康受侵害。

因目睹或耳闻意外事故而受惊吓,致健康受侵害之人甚多,在民法上应依相当因果关系定其范围。相当因果关系说指系无此行为,虽不必生此损害,有此行为,通常即足生此种损害者,是为有因果关系。无此行为,必不生此种损害,有此行为通常亦不生此种损害者,即无因果关系。相当因果关系说系由条件关系及相当性所构成。^②丁肇致车祸,丙目睹其事,因受惊吓害及健康,丁的行为与丙的健康受侵害具有条件关系。丙为甲、乙的妻或母,目睹其事,在空间及时间上具有密切关系,就此客观的存在事实,依吾人知识经验判断,通常均有发生同样损害的可能,应认为其因果关系具有相当性。

丙因目睹车祸精神受到惊吓,致健康受侵害,得依第184条第1项前段规定,向丁请求财产上损害及非财产损害(第195条)。财产上损害包括住院医疗费用及减少的工作收入,其与丙健康受侵害具有相当因果关系(责任范围因果关系)。至于丙住院期间家中遭盗,财物被窃,与丙健康受侵害住院虽然具有条件关系,但衡诸通常情形,无发生同样损害结果的可能,应认为其不具相当性,不得请求损害赔偿。

丁违规超速撞倒甲,其车祸的发生甲与有30%的过失。于此情形,丙于向丁请求损害赔偿时,应否承担甲的与有过失,不无疑问。德国联邦法院(Bundesgerichtshof)曾采肯定说,其主要理由系为被害人系基于车祸而为请求,故应负担直接被害对象的过失。^③此项见解固有所据。但衡

^① 此类案例在比较法上称 Nervous Shock Cases,较深入的说明,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

^② 关于因果关系上条件关系与相当性的区别及其讨论,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版。

^③ BCHZ 56,163;NJW 1898,2313.此等判决在比较法上的分析,参见 Markesinis, A Comparative Introduction to the German Law of Torts, pp. 109 ~ 130;拙著:《第三人与有过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版。

诸被害人系直接被害人,不同于第192条及第194条系关于间接被害人得向加害人请求损害赔偿的特别规定,似应认被害人无须承担甲对损害发生的过失,丁应为全部损害的赔偿。丁对甲的求偿关系,系另一问题。

据上所述,丙得依第184条第1项前段规定,向丁请求因目睹车祸,受精神惊吓,致健康受侵害而生住院医疗费用,减少收入等财产上损害(第213条),以及非财产上损害的相当金额的赔偿(第195条)。

(四) 戊对丁的请求权

戊女闻知甲遭遇车祸死亡,深受刺激,心脏病复发住院,其健康受侵害,与丁肇致车祸之间具有条件因果关系。唯衡诸戊女与甲仅曾为同居,非当场目睹甲遭遇车祸,且于3日后始知悉其事,适当合理限制丁的侵权责任,应认为不具因果关系相当性,不成立第184条第1项前段规定的侵权行为。

九、难懂的债权让与

(一) 不存在债权的买卖及让与

甲经营电动玩具出口业,因遭遇亚洲金融风暴及台湾股市崩盘,资金融通陷入困境,于3月3日将其对乙的100万元债权以90万元出卖予丙,并即让与,丙亦同时履行之。丙于3月5日将受让债权通知乙时,乙告以已于3月2日对甲清偿债务,试问当事人间的法律关系如何?^①

1. 解题思考

债权在现代法上居于优越的地位,债权让与具有融通资金,活泼经济的机能,在市场经济体制甚属重要。债权较诸物权更具有抽象性,并涉及原因行为及处分行为的问题^②,初习民法者不易了解,特设计本题,分为四个子题加以说明。兹先将例题一的解题结构简示如下:

(1) 债权买卖契约的效力。

① 原则:第246条第1项。

① 设甲故意隐瞒乙已为清偿时,尚涉及丙被诈欺而为意思表示的问题,请读者自行研究之。

② 参见本书相关内容。

② 债权买卖的例外：第 350 条。

(2) 丙的撤销权：第 88 条。

① 要件。

A. 第 88 条第 2 项：物之性质的错误。

B. 第 88 条第 2 项对权利性质的错误的类推适用。

② 法律效果：

A. 买卖契约经撤销者视为自始无效：第 114 条第 1 项。

B. 不当得利请求权：第 179 条。

(3) 债务不履行损害赔偿请求权。

① 甲的给付不能。

② 履行利益的损害赔偿。

2. 解说

(1) 债权买卖契约的效力。第 246 条第 1 项规定，以不能之给付为契约标的者，其契约为无效。其所谓不能，系指自始客观不能，如出卖的汽车于订约时已遭车祸灭失时，其买卖契约无效。甲对乙的 100 万元债权于出卖于丙之前，已因乙的清偿而消灭，虽亦系自始客观不能。唯依第 350 条规定，债权或其他权利的出卖人，应担保其权利确系存在，排除第 246 条第 1 项规定，肯定以不存在的债权为买卖之标的者，其契约仍属有效，立法理由系鉴于债权是否存在，难以查证，对债权买受人有特别保护的必要，使其得依关于债务不履行规定行使其权利，而不必仅依第 247 条规定请求信赖利益的损害赔偿。

(2) 丙因意思表示错误的撤销权。应检讨的是，丙误信甲对乙债权系属存在，得否依第 88 条第 2 项规定撤销其买卖契约。

第 88 条第 2 项规定，物之性质若交易上认为重要者，其错误视为意思表示内容的错误，表意人得将其意思表示撤销之。衡诸相同的利益状态，此项规定于关于“权利”性质的错误，应类推适用之，故丙得撤销其买卖契约。

丙与甲间的买卖契约经撤销者，视为自始无效（第 114 条第 1 项），甲受领丙支付的 90 万元价款，失其法律上原因，丙得依第 179 条规定请求返还。

(3) 债务不履行损害赔偿请求权（第 226 条第 1 项）。债权出卖人应

负权利瑕疵担保责任,担保其债权确系存在(第349条、第350条)。出卖人不履行此项义务时,买受人得依关于债务不履行之规定,行使其权利。其应检讨的是第226条第1项规定的适用。

甲出卖事实上不存在的债权于丙,系属给付不能。甲应担保其债权确系存在,有可归责的事由,故丙得依第226条第1项规定向甲请求损害赔偿。丙得请求者,系甲履行其买卖合同上的债务时,其可获得的利益。丙以90万元购买100万元的债权,若债权存在,其将自债务人乙获得100万元,故丙得向甲请求100万元的损害赔偿。

(二) 出卖他人债权与二重无权处分

甲对乙有200万元债权,于7月5日到期。甲于5月1日对其弟丙表示愿先赠与此项债权,其后再为让与,丙欣然允受。丙因融通资金,分别于6月1日及6月5日将该项债权以180万元先后出卖予丁、戊,并让与之。甲于7月1日将该债权让与丙。乙于7月10日对先为债权让与通知之戊为清偿。试说明当事人间的法律关系。

1. 解题思考

本题旨在说明债权让与及其原因行为,出卖他人债权,无权处分他人债权,债权二重让与等基本问题,简示其解题结构如下:

(1) 甲对乙债权的归属

① 甲与丙间债权赠与及让与

A. 债权赠与(第406条):5月1日。

B. 债权让与(第294条):7月1日。

② 丙与丁间的债权买卖及让与

A. 债权买卖(第345条):6月1日

a. 出卖他人债权。

b. 负担行为:有效。

B. 债权让与(第294条):6月1日

a. 无权处分:效力未定(第118条第1项)。

b. 因丙于7月1日取得对乙债权而生效(第118条第2项、第3

项)。

③ 丙与戊间的债权买卖及让与

A. 债权买卖:6月5日



- a. 出卖他人债权。
- b. 负担行为:有效。
- B. 债权让与(第 294 条):6 月 5 日
 - a. 无权处分:效力未定(第 118 条第 1 项)。
 - b. 丙虽取得债权,但对丁处分先于戊,戊不能取得债权(第 118 条第 3 项)。

(2) 丁对戊的请求权:第 179 条

- ① 戊受利益。
- ② 致丁受损害。
- ③ 无法律上原因。丁得依第 179 条向戊请求返还 200 万元。

(3) 戊对丙的请求权

- ① 适用第 247 条?
- ② 自始主观不能
 - A. 债权买卖合同有效。
 - B. 履行利益的损害赔偿。

2. 解说

(1) 甲对乙债权的归属。甲将其对乙的 200 万元债权赠与丙,系债权行为(负担行为),发生甲应移转该债权于丙的义务。丙分别于 6 月 1 日及 6 月 5 日将该债权出卖于丁、戊,系出卖他人的债权,其买卖合同有效。唯其让与债权的所谓准物权行为,则属无权处分,效力未定。^①

甲于 7 月 1 日将其对乙的债权让与丙时,丙系无权利人就其标的物(甲对乙债权)为处分后,取得其权利,其处分自始有效(第 118 条第 2 项)。丙先后将该债权让与丁、戊,此两个处分互相抵触,不能并存,应以其最初对丁的处分为有效(第 118 条第 3 项),由丁取得对乙的债权。

(2) 丁对戊的请求权。丁得对戊依第 179 条规定请求返还 200 万元,其要件为:① 戊受有 200 万元利益。② 致丁受损害。③ 无法律上原因。

戊因乙对其清偿,受有 200 万元利益。如前所述,甲对乙的债权系由丁取得之。戊先对乙为债权让与的通知,使乙对戊为清偿,而发生效力

^① 请比较出卖他人之物,出租他人之物及出卖他人债权的法律效果,参见拙著:《民法学说与判例研究》(第五册),北京大学出版社 2009 年版。

(第 297 条),致丁对乙的债权归于消灭,受有损害。戊取得应归属于丁的利益,欠缺法律上原因。丁得依第 179 条规定向戊请求返还 200 万元。

(3) 戊对丙的请求权。在二重债权让与的情形,未取得债权的后受让人得向让与人主张何种权利,学说上有认为应适用第 113 条及第 247 条规定。^①

此项见解,系以后受让人的受让行为(处分行为)无效为立论的前提。然第 246 条及第 247 条,仅适用于债权契约,并不及于处分行为,故在本题,戊不能依第 247 条规定向丙请求损害赔偿。

丙于受让甲对乙的债权前,将此项债权出卖于戊,系属出卖他人债权,其后不能有效移转该债权于戊,系属自始主观不能,其买卖合同系属有效。于此情形,债务人究应负担担保责任,或须有可归责事由始应负责,虽有争论,但于本题,丙故意为同一债权的二重买卖,无论采取何说,均须对戊负履行利益损害赔偿赔偿责任。

(三) 债权让与及债务人的抵消

甲对乙有 100 万元的债权,其清偿期为 2 月 1 日。甲于 2 月 5 日将该债权出卖予丙,于 2 月 10 日为让与,并于 2 月 15 日通知乙。查乙对甲亦有 100 万元的债权。试就下列情形,说明当事人间的法律关系:

- (1) 乙于 2 月 1 日以其债权与甲之债权抵消之。
- (2) 乙于 2 月 7 日以其债权与甲之债权抵消之。
- (3) 乙于 2 月 13 日以其债权与甲之债权抵消之。

(4) 乙于 2 月 18 日就其已于 1 月 14 日届期的债权与甲之债权抵消之。设乙对甲的债权于 1 月 20 日发生,但于 2 月 20 日届至清偿期时如何?

1. 解题思考

债权原则上具有让与性(第 294 条),使其流动化,因让与人与受让人的契约,即可生效,不必得债务人同意,如何保护债务人乃成为债权让与制度设计上的核心问题。依民法规定,其方法有三:① 非经通知债务人,对于债务人不生效力(第 297 条第 1 项)。② 抗辩的援用,即债务人于受

^① 参见郑玉波:《民法债编总论》,第 478 页。

通知时,所得对抗让与人之事由,皆得以之对抗受让人(第 299 条第 1 项)。^③ 抵消的主张,即债务人于受通知时,对于让与人有债权人,如其清偿期,先于所让与之债权,或同时届至,债务人得对于受让人主张抵消。本题系以抵消为重点,解题结构请自行拟定之。

2. 解说

(1) 乙于债权买卖契约成立前对甲为抵消。乙于 2 月 2 日既以其债权与甲之债权抵消之,双方的债权归于消灭。甲于 2 月 5 日将其对乙债权出卖于丙,乃买卖事实上不存在的债权,其买卖契约仍属有效,甲应负权利瑕疵担保责任,丙得依关于债务不履行规定,对甲行使其权利[其详参阅本题(一)]。

(2) 乙于债权让与前对甲为抵消。甲于 2 月 5 日将其对乙的债权出卖于丙,于 2 月 10 日为让与,而乙已于 2 月 7 日对甲为抵消。此种于债权让与前的抵消,使甲对乙债权归于消灭。甲于 2 月 10 日不能为有效债权的让与,使丙取得债权。丙得依关于债务不履行的规定,对甲行使其权利(第 353 条、第 226 条等)。

(3) 乙于债权让与后,通知前,对甲为抵消。甲于 2 月 10 日将其对乙的债权让与于丙,于 2 月 15 日通知乙,而乙已于 2 月 13 日以其债权对甲为抵消时,此种于债权让与后,通知前,对原债权人所为的抵消,其抵消有效,让与之债权因而消灭。乙得以债务消灭之抗辩,对抗丙(第 299 条第 1 项)。丙得依关于权利瑕疵担保的规定,对甲行使其权利(第 353 条、第 226 条等)。

(4) 乙以受通知时对于让与人甲之债权对丙为抵消。乙对甲的债权,其清偿期为 1 月 14 日,先于所让与之债权(2 月 1 日),乙得对丙主张抵消(第 299 条第 2 项)。于此情形,丙亦得依关于债务不履行的规定,对甲行使其权利(第 353 条、第 226 条等)。

设乙于 1 月 20 日对甲取得债权,但其清偿期于 2 月 20 日届至。乙于受通知时,对于让与人虽有债权,但其债权之清偿期后于所让与之债权,乙不得对丙主张抵消(第 299 条第 2 项)。

(四) 保证人代为清偿而生的债权移转及二重清偿

甲向乙购屋,尚有价金 50 万元未付,约定于 5 月 5 日清偿,由丙为保证人。乙于 3 月 5 日告知丙,甲外出未归,因急需资金周转,可否代为清偿。丙亦知甲外出之事,即允之,开具支票予乙,并以明信

片通知甲,因邮差误投,迟至5月10日下午始行送达。甲于5月10日上午回来后,即将50万元汇入乙的银行账户。试说明当事人间的法律关系。

1. 解题思考

“民法”关于债权让与所设规定,系以基于法律行为而发生的“意定债权让与”为规范对象。其依法律规定而发生债权移转的情形,亦属不少,如第749条规定保证人向债权人为清偿者,债权人之债权移转与保证人。对于此等因法律规定而生的当然代位,是否准用关于债权让与规定,“民法”未设一般规定,应分就情形,以定得否类推适用于第749条所定债权移转,特设本题加以说明。拟定如下解题结构,以便思考:

(1) 丙对甲的请求权。

① 保证人丙的代位权第749条。

② 丙之债权因清偿而消灭。

A. 第三人清偿:第310条?

B. 第297条、第299条的类推适用:类推适用;甲于受丙通知前对乙为清偿。

C. 丙的债权消灭。

(2) 甲对乙的请求权:第179条。

① 乙受有50万元的利益。

② 致甲受损害:乙非甲的债权人。

③ 无法律上原因。

(3) 丙对乙的请求权:第179条。

① 乙受有50万元的利益。

② 致丙受损害:无权处分丙的债权。

③ 无法律上原因。

2. 解说

(1) 保证人丙对债务人甲的请求权。保证人丙向债权人乙为清偿后,乙对于主债务人甲的债权于其清偿之限度内,移转与保证人(第749条),故丙得对甲请求支付50万元的权利。

问题在于甲得否抗辩,丙的债权因甲对乙为清偿而消灭(第310条)。按债务人向第三人为清偿者,须经债权人承认,始生效力(第310条第1

款)。依题示事实,丙未为承认,故不生清偿的效力。

关于依法律规定而生债权的移转,第313条明定,第297条及第299条之规定,于第312条之代位行使权利准用之。关于保证人的代位权,“民法”未设类似规定,然衡诸其相同的利益状态,应肯定有第299条及第297条规定的类推适用。^①准此以言,丙于对乙为清偿而取得乙的债权后,虽经通知甲,但甲于受通知前,已对乙为清偿,其清偿发生效力,丙的债权消灭。丙对甲无请求支付50万元的权利。

(2) 债务人甲对债权人乙的请求权。应检讨的是,债务人甲得否依第179条规定,向债权人乙请求返还50万元。甲对乙支付50万元,乙因甲的给付而受利益。乙对甲的债权已因保证人丙的清偿而移转于丙,乙已非甲的债权人,其自甲受领给付,欠缺法律上原因,应成立不当得利,故乙对甲负返还50万元的义务。

(3) 保证人丙对债权人乙的请求权。应再检讨的是,保证人丙得否对债权人乙行使不当得利请求权。如前所述,丙因对乙清偿而取得乙对甲债权。甲对乙清偿系对无权利人为清偿,因第299条规定的类推适用而发生清偿的效力,故乙系无权处分丙的债权,而受利益,欠缺法律上原因,应成立不当得利。丙得依第179条规定,向乙请求返还债务人甲所支付的50万元。

如上所述,债务人甲及保证人丙对债权人乙各得行使不当得利请求权。于此情形,设乙对甲已依第179条规定返还其所为50万元支付时,其所受利益已不存在,乙对丙免返还之责任(第182条第1项)。设乙已对丙返还其支付50万元时,亦然,即乙已未受有利益,对甲不负返还的义务。

十、旧画的修复与无权处分

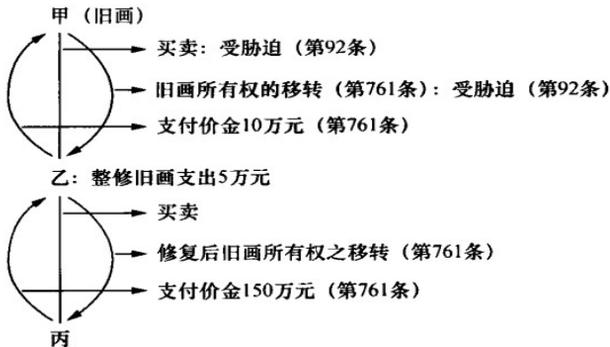
甲受乙的胁迫,以10万元出卖旧画1幅,并即依让与合意交付之。嗣经专家鉴定,该画为名家真品,时值100万元,乙即找人整修,支出费用5万元,再以150万元让售予收藏家丙。1个月后,甲于丙所开的展览会见到该画,于探知其价格后,即依其就读某大学法律系1年级女儿的建议,向乙撤销其被胁迫而为的意思表示。问当事人

^① 参见史尚宽:《债法总论》,第701页;《债法各论》,第878页。

间之法律关系如何?

(一) 解题思考

本题涉及民法总则编、债编及物权编的若干重要问题,显现“民法”五编制体例。请求权基础思考方法具有贯穿其间,综合各种法律关系的功。为便于观察,将当事人间的基本法律关系及解题结构,简示如下:



甲对丙之请求权

1. 所有物返还请求权:第 767 条

(1) 甲为所有人?

- ① 因让售予乙而丧失其所有权。
- ② 因撤销其意思表示而恢复其所有权。
- ③ 因乙无权处分而丧失其所有权。

(2) 丙为无权占有?

甲对丙无所有物返还请求权。

2. 不当得利返还请求权:第 179 条

- (1) 丙受有利益。
- (2) 致甲受损害。
- (3) 无法律上之原因?

甲对丙无不当得利请求权。



甲与乙间的法律关系

1. 甲对乙之请求权

(1) 基于占有人与恢复请求人关系:第 956 条

- ① 甲为恢复请求人。
- ② 乙为恶意占有人。
- ③ 占有物灭失。

甲得对乙请求损害赔偿 100 万元。

(2) 不当得利:第 179 条

- ① 不当得利之成立。
- ② 请求返还之范围。
- ③ 甲得向乙请求返还 100 万元。

(3) 侵权行为:第 184 条第 1 项前段

- ① 侵权行为之成立。
- ② 损害赔偿范围。
- ③ 甲得向乙请求损害赔偿 100 万元。

(4) 无因管理

- ① 无因管理。
- ② 不法管理(不真正无因管理)。

A. 民法未设规定。

B. 第 177 条类推适用:甲得向乙请求交付 150 万元。

2. 乙对甲之请求权

(1) 整修费用 5 万元的偿还

- ① 请求权基础:第 957 条,无因管理规定的准用。
- ② 乙得向甲请求偿还 5 万元。

(2) 关于支付价金的返还:第 179 条

3. 抵消

- ① 原则:第 334 条。
- ② 例外:第 339 条。



(二) 解说

甲对丙之请求权

1. 所有物返还请求权

甲得否依第 767 条规定,向丙请求返还其画。此项请求权须具备两个要件:① 甲为该画所有人。② 丙为无权占有。

(1) 甲为所有人? 甲受乙胁迫,以 10 万元出售旧画一幅,并即依让与合意而为交付(第 761 条),乙因而取得该画所有权,甲丧失其所有权。

甲被胁迫而为之意思表示,除出卖其画之债权意思表示外,尚有让与其画所有权的物权之意思表示。对此两种受胁迫而为之意思表示,甲均得撤销之。甲于为撤销时,虽未明确表示究竟撤销何种法律行为(买卖契约或物权行为),衡诸当事人间利益及探求当事人的真意,应认为包括二者。甲撤销其受乙胁迫而为之意思表示时,其让与该画所有权的物权行为,视为自始无效(第 114 条第 1 项),甲当然恢复其对该画的所有权。

乙既因甲的撤销而自始丧失其所有权,其出卖该画于丙,成为出卖他人之物,该买卖契约仍属有效,但移转该画所有权于丙,则系无权处分甲之所有权。唯丙系以该画所有权之移转为目的,而善意受让该画之占有,乙虽无移转之权利,丙仍取得该画之所有权,甲的所有权消灭(第 801 条、第 948 条)。

(2) 丙因善意受让该画的所有权,有占有本权,非属无权占有。

甲不得依第 767 条规定,向丙请求返还其画。

2. 不当得利返还请求权

应检讨的是,甲得否依第 179 条规定,向丙请求返还该画所有权。

丙自乙善意受让甲所有之画,受有利益,致甲受损害。唯此乃直接基于法律规定,立法意旨在于使善意受让人终局地取得动产所有权,以保护交易安全,具有法律上之原因,不成立不当得利。

甲不得依第 179 条之规定,向丙请求返还该画所有权。

甲与乙间之法律关系

1. 甲对乙之请求权

(1) 基于占有人与恢复请求人关系^①

甲得依第 956 条规定,向乙请求损害赔偿,唯须具备如下要件:① 甲对乙有恢复请求权。② 乙系恶意占有人。③ 占有物因可归责于乙之事由而灭失或毁损。

如上所述,甲因被乙胁迫而让售其画。买卖契约及其移转该画所有权的物权行为既经撤销,均视为自始无效,乙自始未取得该画所有权,其占有该画欠缺本权,故甲对乙有恢复请求权(第 767 条)。

恶意占有,指明知无占有其物之权利而为占有而言。乙对甲为胁迫而买受其画,知悉甲得撤销其买卖契约及物权行为,自始明知其无占有的本权,系恶意占有人。占有物之灭失或毁损,除物质形体之消失外,尚包括其他不能恢复之情形,尤其是将占有物让售予善意第三人,致所有人不能向第三人请求恢复其物。乙将该画让售于丙,致丙善意取得其所有权,关于该画之灭失,具有可归责之事由。

甲得依第 956 条规定,向乙请求损害赔偿,其赔偿范围依一般原则定之(第 213 条以下)。乙应赔偿该画价值 100 万元。

(2) 不当得利请求权

甲得对乙行使第 179 条规定的不当得利请求权,其要件为:① 乙受有利益。② 致甲受损害。③ 无法律上原因。

甲撤销其因被乙胁迫而为的意思表示时,乙溯及自始未取得该画的所有权。乙将该画让售予丙,系属无权处分,甲因丙善意受让该画的占有而丧失其所有权,乙则因买卖契约自丙取得价金 150 万元,受有利益。于此情形,甲之丧失该画所有权,虽系因乙的无权处分,此乃基于债权行为与物权行为分立的理论,于判断损益变动关系时,应合一观察,肯定其有直接因果关系,认乙受有利益,系致甲受损害,并无法律上的原因,应成立不当得利。甲所有的旧画原值 100 万元,乙支出整修费 5 万元,让售予丙的价金为 150 万元,乙所应返还的,究为 100 万元,抑为 150 万元,或 145

^① 第 952 条以下关于占有人与恢复请求人的法律关系,常被忽视,应予注意。参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社 2009 年版。

万元,不无疑问。通说认为不当得利返还义务范围,损害大于利益时,应以利益为准,利益大于损害时,则应以损害为准。故乙所应返还的,系甲所受的损害100万元。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。”乙虽依有效成立的物权行为取得该画的所有权,但既知悉撤销原因的存在,仍将该画让售予丙,获取价金,应认为于受领时即知无法律上之原因,应有第182条第2项规定的适用。

甲得依第179条及第182条第2项规定,向乙请求100万元,附加利息,一并偿还。

(3) 侵权行为

应检讨的是,甲得否依第184条第1项前段规定,向乙请求损害赔偿。

甲撤销其受胁迫而为之意思表示时,自始恢复其画所有权。乙因其无权处分,使善意之丙取得该画之所有权,乃侵害甲之所有权。此项侵害行为具有违法性。又乙明知甲得撤销其受胁迫而为之意思表示,仍出售其画,其侵害行为自系出于故意,应成立侵权行为。甲得依第184条第1项前段规定,向乙请求损害赔偿。负损害赔偿责任者,应恢复他方损害发生前之原状(第213条)。乙无权处分甲所有之画,致由第三人善意取得,不能恢复原状,应以金钱赔偿该画的价值100万元(第215条)。

第956条规定恢复请求人,于占有物因可归责于恶意占有人之事由而灭失或毁损时,得请求损害赔偿,已如上述,与侵权行为损害赔偿请求权发生竞合关系。

(4) 无因管理上之请求权

① 无因管理。应再检讨的是,甲得否依第173条第2项准用第541条规定,向乙请求交付出售其画所得价金150万元。

如上前述,甲撤销其受胁迫而为之意思表示之后,乙即非该画的所有人,其所让售的乃甲所有之画。让售他人之物,而无处分权时,其所管理的,系他人的客观事务。唯乙让售甲所有之画,乃在使管理事务所生之利益,归属于己,并无为甲的意思,不成立无因管理,故甲不得依前开规定向乙请求交付因管理事务所收取之金钱。

② 不法管理。无权处分他人之物,不成立无因管理,已如上述,被害

人仅得主张不当得利及侵权行为请求权。关于不当得利请求权,依“利益小于损害,以利益为准;利益大于损害,以损害为准”的原则,只能以所受之损害为返还之最高限度。依侵权行为,被害人亦只能请求赔偿其物之客观价值。无权让售他人之物,若其所得之价金,大于被害人所受之损害时,则无权处分人于返还或赔偿之后,尚获有利益,若容其保有,实违反事理,《德国民法》第 687 条第 2 项特明文规定,以他人之事务为自己之事务而为处理时,如明知自己无此权利者,本人得主张无因管理上之请求权,请求返还全部利益,学上说为不法管理。

台湾地区“民法”并未设类如《德国民法》第 687 条第 2 项的规定,但学者通说认为,为保护被害人,及防止不法管理他人事务者获有不正当的利益,仍应使不法管理人负返还全部利益的义务。问题在于如何解释适用法律,以达此项目的,学说上有四种见解:

A. 直接适用说,认为第 177 条直接包括无权处分他人物品之情形。^①

B. 不法的管理说,认为将他人之物作为自己之物,高价出卖而取得之价金,系不法的管理,依《德国民法》第 687 条第 2 项规定,于上述情形,使该管理人(出卖人)与无因管理人负同一义务,俾本人(物之所有人)得对之请求返还全部利益,以资保护。“第 177 条之规定,亦寓有同样之意义焉”。^②

C. 被请求人不得对抗说,认为当事人不得主张自己之不法行为而获得利益,为法律上之大原则,故本人主张其为无因管理时,管理人无法主张侵权行为以为对抗。^③

D. 类推适用说,认为知为客观的他人之事务,为图自己之利益而管理时,适法之无因管理不能成立,唯本人所得主张之权利,若较适法之无因管理时为少,理论上极为不当,自应将第 177 条类推适用,使本人得享有因管理所得之利益。^④

以上各说均有所据。唯解释上难认第 177 条规定亦包括为图己利而无权处分他人之物之情形。所谓第 177 条寓有规范不法管理的意义,究属解释或类推适用,未臻明确。被请求人不得对抗说,乃基于不得主张自

① 参见史尚宽:《债法总论》,第 67 页。

② 郑玉波:《民法债编总论》,第 208 页。

③ 参见王伯琦:《民法债编总论》,第 53 页。

④ 参见洪文渊:《民法债编通则释义》,第 90 页。

己不法的衡平原则,未能积极说明被请求人应返还管理所得利益的理由。衡诸不法管理亦系管理他人之事务,以类推适用第 177 条规定,较值赞同。

值得注意的是,债编部分修正条文于第 177 条增订第 2 项:“前项规定,于管理人明知为他人之事务,而为自己之利益管理之者,准用之。”准用者,乃立法者所为之类推适用,而类推适用者,乃法院基于平等原则而为“准用”,以补立法之不备。

2. 乙对甲的请求权

(1) 关于整修费用之偿还

① 乙就其整修甲所有旧画而支出的费用,得依第 957 条规定,请求偿还,唯须其所支出者,系保存该画所必要之费用。整修旧画可避免因时日侵袭,减损其价值,系为保存占有物。其费用是否必要,应依客观情形定之,乙所支出整修费用 5 万元,是否必要,题示事实未提供可资判断的具体情形,可肯定之。

② 恶意占有人对于此项保存占有物所支出必要费用之请求偿还,须依无因管理之规定为之。故其得请求何种范围之返还,应分别情形定之:

A. 其所出之必要费用,利于恢复请求人,并不违反恢复请求人明示或可得推知之意思者,得请求全部所支出必要费用之偿还(第 176 条第 1 项)。

B. 其所支出之必要费用,不利于恢复请求人,或违反恢复请求人明示或可得推知之意思者,除为恢复请求人尽公益上之义务(第 174 条第 2 项)所支出者外,仅能以恢复请求人所得之利益为限,请求返还(第 177 条)。乙整修旧画,复其原貌,保存其价值,自客观言之,系利于甲而不违反其可得推知之意思,故乙得向甲请求因保存该画所支出之必要费用 5 万元。

(2) 关于支付价金之返还

乙基于买卖契约支付价金 10 万元。买卖契约因甲的撤销而自始无效,甲受领 10 万元价金之法律上之原因,其后已不存在,依第 179 条之规定,应负返还之义务。

3. 抵消

综据上述,甲对乙得主张的请求权有:① 基于占有人及恢复请求人关系之损害赔偿请求权(第 956 条)。② 不当得利请求权(第 179 条)。③ 不法管理之请求权(债编部分条文修正第 177 条第 2 项)。④ 侵权行为

为损害赔偿请求权(第184条第1项前段)。

乙对甲得主张之请求权有:① 整修旧画之必要费用返还请求权(第957条、第176条第1项)。② 支付价金之返还请求权(第179条)。

于甲行使前三种请求权时,乙得主张抵消(第334条),例如,甲类推适用第177条规定,向乙请求交付因管理其事务所得价金150万元时,乙得以其对甲得主张返还之支出费用5万元及价金10万元,互相抵消之。设甲请求侵权行为之损害赔偿100万元时,乙不得以其对甲之债权抵消之,盖依第339条规定,因故意侵权行为而负担之债,其债务人不得主张抵消。

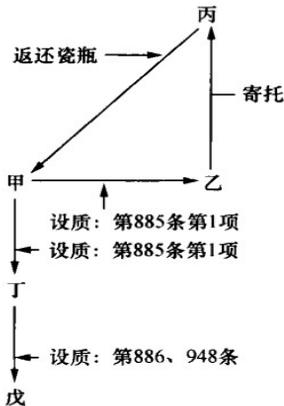
十一、冬青鼓形瓷瓶的三重设质

甲于5月1日向乙贷款20万元,将其所有的冬青鼓形瓷瓶交付予乙,设定质权,约定于8月1日清偿。乙于6月29日外出观光,将该瓷瓶寄存友人丙之处,并告知甲设质之事。甲与丙亦熟识,于7月1日闻知此事,即向丙表示,有人愿以高价购买该瓷瓶,可偿还欠乙之债,拟借回1日,以供鉴定,丙即允之。甲于取得该瓷瓶的占有之后,即向知情之丁贷款20万元,并交付该瓷瓶,设定质权,约定于9月1日清偿。丁于7月8日伪称该瓷瓶为其所有,出质于善意的戊,担保于10月1日届期的债权25万元。问:乙于8月1日其债权清偿期届满时,得否向戊请求交还质物,以供拍卖?倘其拍卖所得的价金为50万元时,应如何分配?①

(一) 解题思考

本题可供分析检讨民法动产质权在解释适用上若干问题。动产质权的案例实务上尚属少见,但同一标的物上设定多重质权,有助于训练法律思考,具有意义。本题共有甲、乙、丙、丁、戊5个当事人,其提出的问题,是乙于其债权清偿期届满时,得否向戊请求交还质物,以供拍卖,涉及多数质权的并存次序关系,宜先依历史方法讨论此一前提问题。兹将当事人间的基本关系及解题结构,分列如下:

① 撰写本题,虽预定以物权为内容,但具体事例一直未能确定。今日课后,赴历史博物馆参观特展,见一冬青鼓形瓷瓶,深爱其色泽及造型,乃触发灵感,以此为材料,构思本题,于二楼休息室草成此稿,费时数月编写本书,终告完成。抬头忽见荷花池,清丽雅静,一片生机,不禁心旷神怡,特志于此,以供追忆。1982年6月2日于历史博物馆。



1. 乙、丁、戊质权的并存次序关系

(1) 多数质权的设定及并存

① 乙的质权

- A. 质权之设定:第 885 条第 1 项。
- B. 质物交丙保管对质权的影响:第 898 条。
- C. 丙出借质物于甲对质权的影响:第 897 条。

② 丁的质权

- A. 甲有权处分。
- B. 丁虽知情,仍能取得质权:第 885 条第 1 项。

③ 戊的质权

- A. 丁无权处分。
- B. 戊之善意取得:第 886 条、第 948 条。

(2) 多数质权的次序

- ① 原则:以成立先后定其次序。
- ② 例外:善意第三人取得的保护。

2. 乙对戊之请求权

- (1) 交出质物的请求权?
- (2) 代位清偿。
- (3) 拍卖价金的分配。



(二) 解说

1. 乙、丁、戊质权的并存次序关系

(1) 多数质权的设定。

① 乙的质权。甲于5月1日向乙贷款,将其所有之冬青鼓形瓷瓶交付于乙,设定质权(第885条第1项)。乙于6月29日将该瓷瓶寄存于丙处,成立寄托契约(第589条),丙为该瓷瓶直接占有人,乙为间接占有人(第941条),乙并未丧失其质物的占有,其质权仍属存在。

应检讨的是,出质人甲于7月1日,假鉴定之名,自丙借回质物,乙的质权是否消灭。依第897条规定,动产质权,因质权人返还质物于出质人而消灭。返还质物时,为质权继续存在之保留者,其保留无效。此项规定旨在贯彻物权之公示原则,使第三人不致不知其质权之存续,致蒙不测之损害,故其返还之原因如何,使用借贷、租赁、寄托,均所不问,纵属被骗,亦然。在本题,将质物交付于出质人甲者,不是质权人乙,而是质物的受寄人丙,不得认系乙返还质物于甲。盖第897条所谓返还质物,须基于质权人之意思,受寄人丙将该瓷瓶出借于甲,乙不知其事且未同意,自不能认为系乙返还其质物,其质权并未因此而消灭。^①

② 丁的质权。甲于取回瓷瓶之后,再出质于丁。丁虽明知该物已设质于乙,仍能取得质权,盖甲为瓷瓶之所有人,虽已将瓷瓶出质他人,其处分权不受影响(第865条、第867条)。

③ 戊的质权。瓷瓶的质权人丁,伪称该瓷瓶为其所有,交付于善意之戊,设定质权。于此情形,出质人丁系无权处分其质物,唯戊已占有瓷瓶,且系以动产质权之设定为目的,而善意受让该瓷瓶之占有,丁虽无处分其质物之权利,戊仍取得质权(第886条、第948条)。该瓷瓶系由乙的受寄人丙出借于甲,甲复设质于丁,不构成盗赃或遗失物,无第949条规定的适用。又丁与戊间因质权的设定而成立占有媒介关系,丁仍得向戊请求返还质物,其质权并不消灭。

据上所述,乙、丁及戊的质权同存于甲所有瓷瓶之上。于同一不动产,两种以上之不动产抵押权得为并存,第865条设有明文。关于质权,虽无明文,但应采同一解释,盖质权系属担保物权,以把握标的物的交换

^① 参见史尚宽:《物权法论》,第347页;谢在全:《民法物权》(下),第318页;Baur/Stumer, Sachenrecht, 16. Aufl. S. 601f.

价值,优先受偿为目的,非注重对于标的物的实体支配,就同一动产,不妨成立多数质权的并存。

(2) 多数质权的次序。同一动产之上多数并存的质权,其次序如何,“民法”未设规定。关于多数不动产抵押权的次序,依登记之先后定之,第 865 条定有明文,系以成立先后为序。关于多数质权,亦应采相同原则,先成立的质权,优先于后成立的质权。唯对此原则,为保护善意质权第三取得人,应设例外,即善意第三人不知已有质权成立在先,依直接占有让与而设定质权时,后成立之质权,应优先于先成立的质权。^①

依上所述,戊系善意依直接占有之让与而取得质权,丁则明知该瓷瓶已设质于乙,故戊应为第一次序质权人,乙为第二次序质权人,丁为第三次序质权人。

2. 质物的拍卖及拍卖价金的分配

(1) 乙得否请求戊交出质物以供拍卖? 依第 893 条规定,质权人于债权已届清偿期,而未受清偿者,得拍卖质物,就其卖得价金而受清偿。在多数质权并存之情形,其质权如何实行,法无明文,应依法理处理之:
① 前次序的质权人占有质物时,得径为拍卖;其质物由后次序之质权人占有者,前次序的质权人,得依质权物上请求权请求交出质物,以供拍卖。
② 后次序之质权人占有质物时,于其债权已届清偿期时,得径为拍卖,前次序之质权人不得异议;其质物由前次序质权人占有时,则不得请求交出质物,以供拍卖。^②

在本题,戊的质权次序在先,乙的质权次序在后,而乙又未占有质物,故乙之债权虽已届清偿期,仍不得向戊请求交出质物,以供拍卖。

(2) 代位清偿。乙的债权已届清偿期,未受清偿,尚不得向戊请求交出质物,以供拍卖,甚属不利。乙为维护其利益,得清偿丁对戊之全部债务(第 311 条第 1 项、第 316 条)。乙就此项债之履行具有利害关系,戊不得拒绝(第 311 条第 2 项)。乙于为清偿后,得就戊之权利,以自己之名义代位行使(第 312 条)。此项代位,乃法定债权移转,即债权人(戊)之权利,因第三人(乙)清偿的结果,当然移转于第三人(乙),毋庸经让与行为。代位权为原债权之移转,该债权的担保(质权),亦随同移转(第 295

① 参见史尚宽:《物权法论》,第 324 页。

② 同上。

条),乙乃成为第一次序及第二次序质权人,戊即失其占有质物之权利,乙得向戊请求交出质物,而为拍卖。

(3) 卖得价金之分配。于同一动产上设定多数质权时,拍卖所得价金应如何分配,现行“民法”未设明文,应与不动产抵押权采相同原则,依其次序先后分配,即次序在先的质权人应优先受偿,次序在后的质权人仅能就其余额分配之。乙拍卖所得价金为 50 万元,乙有第一次序及第二次序的质权,其担保的债权额,各为 25 万元及 20 万元,合计为 45 万元,应优先受偿。第三次序的质权人丁,仅能就剩余的 5 万元受偿。

十二、最高限额抵押权:为债权担保而奋斗 现行规定的解释适用与“民法”修正草案

甲向乙银行借款 1000 万元。甲以所有的 A 屋及 B 基地,且商请丙提供 C、D 二地,设定抵押,丁为保证人。其抵押登记载明“本全最高限额 1000 万元。”试问:

1. 何谓最高限额抵押权? 此项抵押权的效力是否及于未登记的利息或违约金? 利息、违约金连同本金合并计算超过 1000 万元时,对其超过部分,乙银行得否行使抵押权? 乙银行将对甲的债权让与他人时,其最高限额抵押权是否随同移转? 甲得否随时终止最高限额抵押契约?

2. A 屋于设定抵押权前,遭台风毁损,由戊承揽为重大修缮,并于屋顶增建和室一间。于抵押权设定后,复由戊承揽于 A 屋右侧修建一独立的车库。乙银行之抵押权的效力是否及于 A 屋增建的和室或车库? 戊就其报酬,得否主张优先于乙银行的抵押权?

3. 丙于 C 地设定抵押权前已将 C 地出租于己;于 D 地设定抵押权后,复设定地上权于庚,兴建立体停车场。乙银行行使抵押权时,得主张何种权利?

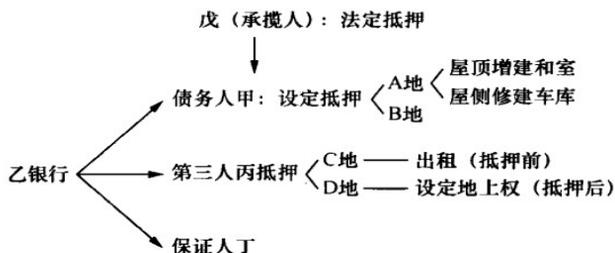
4. A 屋因第三人辛的过失遭火灾毁损,甲将其对辛的损害赔偿请求权 100 万元出卖于善意之壬,并为让与时,乙银行得对辛或壬主张何种权利?

5. 乙银行对甲的本金及利息请求权罹于时效时,甲、丙、丁得主张何种权利?

6. 乙银行诉请保证人丁清偿时,保证人丁得否主张乙银行应先

向甲或丙行使抵押权? 设丁代为清偿甲的债务时, 得对甲或丙主张何种权利?

债权在近代法上居于优越地位。因多数债权的重叠并存及平等原则, 债权人乃为担保而奋斗, 寻求人保与物保, 尤其是创设最高限额抵押权, 于银行实务上广被使用, 特设计本题, 说明其所涉及的若干基本问题(参阅下列图示):



值得注意的是, 现行“民法”关于不动产抵押权的规定, 在解释适用上颇多疑义, 最高限额抵押权因法无明文, 须赖判例学说加以补充。^① 为此, 正在审议的物权编部分条文修正草案(以下简称修正草案), 乃对抵押权制度从事全面改正。本题旨在凸现现行法解释适用的争议及民法修正的重要课题, 期能更进一步了解抵押权制度的发展。兹提出六点, 作简要说明, 请比较现行条文与修正规定, 加以分析检讨。

(一) 最高限额抵押权

(1) 意义及担保之债权。最高限额抵押权, 指债务人或第三人提供抵押物, 与债权人订立在一定金额之限度内, 担保现在已发生及将来可能发生之债权之抵押权设定契约而言。^② 此种抵押权所担保之债权, 除订约时已发生之债权外, 即将来发生之债权, 在约定限额之范围内, 亦为抵押权效力所及。虽抵押权存续期间内已发生之债权, 因清偿或其他事由而减少或消灭, 原订立之抵押契约依然有效, 嗣后在存续期间内陆续发生

^① 参见谢在全:《民法物权论》(下), 第150页以下。

^② 关于保证, 银行实务上亦多采最高限额保证, 如某银行保证书订定:“对贵行(包括总行及各分支机构)现在(包括过去所负现在尚未清偿)及将来负之借款、票据、透支、垫款、损害赔偿等及其他一切债务以新台币×××为限额(含本金及其利息、迟延履行、违约金、损害赔偿及其他从属于主债务之负担), 保证人愿与主债务人负连带清偿之责任……”

之债权,债权人仍得对抵押物行使权利。修正草案第 881 条之一明定:“债务人或第三人得提供其所有之不动产,就债权人对债务人一定范围内之不特定债权,在一定金额限度内,设定抵押权。”

依目前实务,最高限额抵押权之设定,其被担保债权,并无限制。修正草案为保障交易安全,特设限制,而于第 881 条之 1 第 2 项规定:“前项最高限额抵押权所担保之债权,以由一定法律关系所生之债权或基于票据所生之权利为限。”并于同条第 3 项规定:“基于票据所生之权利,除本于与债务人依前项一定法律关系取得者外,如抵押权人系于债务人已停止支付或依破产法有和解、破产之声请或有公司重整之声请,而仍受让票据者,不属最高限额抵押权所担保之债权,但抵押权人不知其情事而受让者,不在此限。”

(2) 最高限额之约定额度。关于最高限额之约定额度,究应采债权最高限额或本金最高限额,甚有争论,实务上系采本金最高限额说,即如所预定担保之债权非仅限于本金,虽登记为“本金最高限额新台币 × × 元”,其约定利息、迟延利息及约定担保范围内之违约金,固为抵押权效力之所及,但仍受最高限额之限制,故其利息、违约金连同本金合并计算,如超过该限额者,其超过部分,即无优先受偿之权(1986 年第 10 次民事庭会议决议)。修正草案亦采此原则,于第 881 条之 2 规定:“最高限额抵押权就已确定之原债权,仅得于其约定之最高限额范围内,行使其权利。前项债权之利息、违约金、与前项债权合计不逾最高限额范围者,亦同。”又修正草案第 861 条尚采学者通说及实务上见解,对违约金亦在抵押权所担保之范围内,于同条第 1 项明定:“抵押权所担保者为原债权、利息、迟延利息、违约金及实行抵押权之费用。但契约另有订定者,不在此限。”又同条第 2 项规定:“约定之利息、违约金或前项但书契约之约定,以经登记者为限。其利率未经登记者,依法定利率计算之。”

(3) 最高限额抵押权的让与。普通抵押权具有从属性,因债权让与而随同移转(第 295 条)。学说及实务则认为,最高限额抵押权于原债权确定前,不随同移转于受让人。1997 年台上字第 2496 号判决谓:“最高限额抵押权所担保之债权,于原债权确定前第三人为债务人清偿债务者,其最高限额抵押权是否随同移转于第三人,并无明文规定,亦无习惯可资援用,自应依法理而为适用。最高限额抵押权于原债权确定前,不具一般抵押权之从属性,故第三人于原债权确定前为债务人清偿债务,该受偿部

分之债权即脱离担保之范围,其最高限额抵押权自无从随同移转于第三人,为维护最高限额抵押权之上开特性,理应如此认定。”修正草案第 881 条之 5 第 1 项规定:“最高限额抵押权所担保之债权,于原债权确定前让与他人者,其最高限额抵押权不随同移转。第三人为债务人清偿债务者,亦同”。关于债务承担,同条第 2 项规定:“最高限额抵押权,于原债权确定前经第三人承担其债务,而债务人免其责任者,抵押权人就该承担之部分,不得行使最高限额抵押权。”

(4) 最高限额抵押契约的终止。关于最高限额抵押契约的终止,1977 年台上字第 1097 号判例谓:“此种抵押契约如未定存续期间,其性质与第 754 条第 1 项所定就连续发生之债务为保证而未定有期间之保证契约相似,类推适用同条项规定,抵押人固得随时通知债权人终止抵押契约,对于终止契约后发生之债务,不承担担保责任。反之,此种抵押契约定有存续期间者,订立契约之目的,显在担保存续期间内所发生之债权,凡在存续期间所发生之债权,皆为抵押权效力所及,于存续期间届满前所发生之债权,债权人在约定限额范围内,对于抵押物均享有抵押权,除债权人抛弃为其担保之权利外,自无许抵押人于抵押权存续期间届满前,任意终止此种契约。纵令嗣后所担保之债权并未发生,仅债权人不得就未发生之债权实行抵押权而已,非谓抵押人得于存续期间届满前终止契约而享有请求涂销抵押权设定登记之权利”(1987 年第 3 次民事庭会议决议)。

(二) 抵押权与承揽人的法定抵押权

第 513 条规定:“承揽之工作为建筑物或其他土地上之工作物,或为此等工作物之重大修缮者,承揽人就承揽关系所生之债权,对于其工作所附之定作人之不动产,有抵押权。”^①此种承揽人法定抵押权与意定抵押权竞合时,其位序关系如何,甚有争论,实务上认应以成立先后定其优先顺位。1974 年台上字第 1240 号判例谓:“参照第 865 条规定,就同一不动产设定数抵押权者,其次序依登记(即抵押权生效)之先后定之之法意,被上诉人之法定抵押权,虽无须登记,但既成立生效在先,其受偿顺序

^① 承揽人承揽之工作既为房屋建筑,其就承揽关系所生之债权,仅对“房屋”部分始有法定抵押权。至房屋之基地,因非属承揽之工作物,自不包括在内(1998 年第 2 次民事庭会议决议)。

自应优先于上诉人嗣后成立生效之设定抵押权。”又1974年第1次民事庭庭长会议决定：“同一不动产上设定有抵押权，又有第513条所定之法定抵押权存在时，其顺位应以各抵押权成立生效之先后为次序（法定抵押权于其所担保之债权发生时即同时成立生效）。”亦采相同见解。

以成立生效之先后定法定抵押权与意定抵押权的顺位，虽符合一般原则，但由于法定抵押权之发生不以登记为生效要件，实务上易致与定作人有授信往来之债权人，因不明该不动产有法定抵押权之存在而受不测之损害。为确保承揽人之利益并兼顾交易安全，修正草案爰将本条修正为：“承揽之工作为建筑物或其他土地上之工作物，或为此等工作物之重大修缮者，承揽人得就承揽关系报酬额，对于其工作所附之定作人之不动产，请求定作人为抵押权之登记；或对于将来完成之定作人之不动产，请求预为抵押权之登记。前项请求，承揽人于开始工作前亦得为之。前两项之抵押权登记，如承揽契约已经公证者，承揽人得单独申请之。第1项及第2项就修缮报酬所登记之抵押权，于工作物因修缮所增加之价值限度内，优先于成立在先之抵押权。”

（三）抵押权的标的物的范围

第862条规定：“I 抵押权之效力，及于抵押物之从物与从权利。II 第三人于抵押权设定前，就从物取得之权利，不受前项规定之影响。”所谓从物，如抵押人以公寓区分所有之建物设定抵押时，公寓内之公共设施部分，系抵押物之从物，为抵押权效力之所及。实务上最具有争论的是，抵押权是否及于在建物上增建、扩建或其他附加物。为杜绝争议，并解决于实行抵押权时法院强制执行程序的困扰，修正草案乃于第862条增设第3项规定：“以建筑物为抵押者，其附加于该建筑物而不具独立性之部分，亦为抵押权效力所及。但其附加部分为独立之物，如系于抵押权设定后附加者，准用第877条之规定。”此项规定于最高限额抵押权准用之（修正草案第881条之15）。

（四）抵押权与其他权利之设定

第866条规定：“不动产所有人设定抵押权后，于同一不动产上，得设定地上权及其他权利，但其抵押权不因此而受影响。”所谓地上权及“其他权利”究何所者？何谓“但其抵押权不因此而受影响”？解释上颇滋疑义，修正草案特于第866条明定：“不动产所有人设定抵押权后，于同一不动产上，得设定地上权或其他以使用收益为目的之物权，或成立租赁关

系。但其抵押权不因此而影响。前项情形,抵押权人实行抵押权受有影响者,法院得除去其权利拍卖之。不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上,成立第1项以外之权利者,准用前项之规定。”本条第3项所谓“第1项以外之权利”,指使用借贷关系而言。需注意的是,本条规定,于最高限额抵押权亦准用之(修正草案第881条之15)。

(五) 抵押权的物上代位

第881条规定:“抵押权,因抵押物灭失而消灭。但因灭失得受之赔偿金,应按各抵押权人之次序分配之。”是为抵押权之物上代位性。所称赔偿金应包括保险金,盖担保物权上之标的物灭失,而其价值化为别种形态时,不论所转化者系经济上之代位物或物理上之变形物,均为担保物权之效力所及,保险金为经济上之代位物,自为抵押权效力之所及。为澄清赔偿金是否包括给付请求权,阐释“各抵押权人之次序”的意义,及明确抵押人依物上代位所得行使担保物之性质,修正草案将第881条明定为:“抵押权,除法律另有规定外,因抵押物灭失而消灭。但抵押人因灭失得受之赔偿,应按各抵押权成立之次序分配之。其次序相同者,依债权额比例分配之。抵押权人对于前项抵押人所得行使之赔偿请求权有权利质权,其次序与原抵押权同。赔偿义务人因恶意或重大过失向抵押人为赔偿者,对于抵押权人不生效力。抵押物因毁损而得受之赔偿,准用前三项之规定。”此项修正规定于最高限额抵押权亦准用之(修正草案第881条之15)。

(六) 抵押权与消灭时效

关于抵押权所担保债权及利息的消灭时效,第145条规定,抵押权担保之请求权,虽经消灭时效,债权人仍得就其抵押物求偿,但于利息经消灭时效者,不适用之。又第880条规定:“以抵押权担保之债权,其请求权已因时效而消灭,如抵押权人,于消灭时效完成后5年间不实行其抵押权者,其抵押权消灭。”修正草案增设两项规定,于第861条第3项明定:“得优先受偿之利息、迟延利息、1年或不及1年定期给付之违约金债权,以于抵押权人实行抵押权声请强制执行前5年内发生及于强制执行程序中发生者为限。”又第881条之13规定:“最高限额抵押权所担保之债权,其请求权已因时效而消灭,如抵押权人于消灭时效完成后5年间不行使其抵押权者,该债权不再属于最高限额抵押权之范围。”此两个修正均在保护抵押人的利益。

(七) 人保与物保责任的优先性与代位求偿

在银行实务上,为确保债权,多兼采设定担保物权(尤其是抵押)及保证,其担保物由第三人提供者,亦多有之(物上保证、物上担保)。在保证与主债务人提供抵押物并存时,保证人得主张债权人应先就债务人财产受偿(第745条)。人保与物上保证并存时,其地位并无差别,保证人不得主张债权人亦应先就第三人提供的担保物受偿,即无主张所谓先诉抗辩权的余地。

第749条规定:“保证人向债权人清偿后,于其清偿之限度内,承受债权人对于主债务人之债权。但不得有害于债权人利益”(但书为新增修)又第879条规定:“为债务人设定抵押权之第三人,代为清偿债务,或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时,依关于保证之规定,对于债务人有求偿权。”依此规定,先为清偿者,将可享有求偿权,显非妥当。如何合理公平处理此项问题,学说上有物之担保责任优先说及二者无差别说两种不同见解。^①“最高法院”向采物的担保责任优先说,系以物之担保,担保物之提供人仅以担保物为限,负物之有限责任;而于人之保证,保证人系以其全部财产,负无限责任,其所负责任较重,基于公平起见,应使物之担保优先,以保护保证人。^②

修正草案认为,物上保证人对于债务人之求偿权,涉及物上保证人与债务人的关系,颇为复杂,为期周延,宜设有根本解决之明文,乃将第879条规定修正为:“为债务人设定抵押权之第三人,代为清偿债务,或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时,该第三人于其清偿之限度内,承受债权人对于债务人之债权。但不得有害于债权人利益。债务人如有保证人时,保证人应分担之部分,依保证人应负之履行责任与抵押物之价值比例定之。抵押物之担保债权额少于抵押物之价值者,应以该债权额

^① 较详细的说明,请参见郑玉波:《民法债编各论》,第857页;谢在全:《民法物权论》(下),第131页;王泰升:《人保与物保的责任优先与代位取偿问题》,载《司法周刊》,第324期,第2版。

^② 1991年台上字第2508号,1993年台上字第832号判决。此项问题在德国法上亦有争论,通说认为,除当事人另有约定外,应类推适用《德国民法》第426条第1项及第774条第2项规定,由保证人及物上保证人平均分担之。参见BGHZ 108,179 = NJW 1989,2530; Schanbach, Der Ausgleich zwischen dinglichen Sicherer (Grund-, Hypotheken- und Pfandschuldner) und persönlichen Sicherer (Bürgen), AcP 1991, 86; Schlechtriem, Ausgleich zwischen mehreren sicherem fremden Schuld, FS v. Caemmerer, 1978, 1013.

为准。”例如，甲对乙负有 60 万元之债务，由丙为全额清偿之保证人，丁则提供其所有价值 30 万元之土地一笔设定抵押权与乙。嗣甲逾期未能清偿，乙遂声请拍卖丁之土地而受偿 30 万元。依本条规定，乙对甲之原有债权中之 30 万元部分，由丁承受；保证人丙就丁所清偿金额之分担额为 20 万元（ $= 30 \times [60 \div (30 + 60)]$ ），丁得对丙求偿 20 万元。



附录^① 司法官、律师考试民法试题^②

一、考古题的功能及应用

作者在台大法律系毕业前后参加校内外考试,从未收集研读所谓的“考古题”。在德国慕尼黑大学参加学位口试(民法、商法、行政法)前,德国同学告以可在某补习班查阅主考教授历年问题及答案,因索价高昂而作罢。其后担任教职,考试出题皆未参阅考古题。某年到英国剑桥大学进修,在 Fitzwilliam College 的图书馆看到剑桥大学 100 多年来各科毕业考试题目,精装成册。图书馆员告知汇编历年试题的目的,在使师生了解各该学科的基本重要问题,教学研究的过程及发展动向,以及强化出题者的责任感。由此而知,收集考古题实寓深意。关于本书附录,应说明者有三:

1. 对考试机关而言,应分析检讨考试题目是否适于鉴定考生的法学程度及法律思维能力。考试题目在某种程度上反映着一个社会法学教育的水平及法律人的期待。

2. 对出题教授而言,参阅考古题,可以避免重复古老的题目,而能推陈出新,纳入最近判例、学说,使考题具有新义及创意,带动学习的风气及研究方法。

3. 对学生而言,考古题在某种程度上可供了解民法的基本问题,应配合教学进度加以研读,如上完“民法总则第二章第一节(自然人)”后,可针对考古题自行作答,写成书面,再查阅教科书、论文及实务见解,综合整理,撰写成报告,并汇编成册,随时补充新的资料或修正改写。

① 承林圣哲及洪西东二位先生协助作成附录,备极辛劳,谨致诚挚谢意。

② 关于亲属继承实例题暂不列入。

二、论述题(基本概念)^①

(一) 民法总则

1. 人

(1) 捐助行为与赠与行为有何不同? 试就其性质,得撤销情形及撤销方法论述之(1968年律司考)。

(2) 现行“民法”类推适用之基本法理何在? 其与“当然解释”或“类推解释”是否相同? 并请回答下列问题:① 董事因执行职务所加于他人之损害,法人于赔偿被害人后,对该董事有无求偿权? ② 不动产之交付有无观念交付之适用(1992年律考)?

(3) 何谓权利能力? 自然人之权利能力的始终为何? 胎儿有无权利能力? 失踪人有无权利能力? 经死亡宣告之自然人实际尚生存者有无权利能力(1996年司考)?

2. 法律行为

(1) 对于意思表示错误之撤销权,与对于被诈欺而结婚之撤销权以及对于法人违反许可条件之撤销权,三者之性质、要件、行使方法及行使期限有何不同? 试分述之(1962年律司考)。

(2) 试述虚伪表示、信托行为,及应登记之法律行为对于相对人及善意第三人之效力及其理由(1963年律考)。

(3) 限制行为能力人未得法定代理人之允许所订立之契约,无权处分人所为之法律行为,以及第三人与债务人所订立之承担债务契约,在未经法定代理人、本人以及债权人之承认前,其效力如何? 又该法定代理人,本人及债权人对于该项契约或行为之承认,其性质如何? 并述其理由(1964年律司考)。

(4) “民法”上之“撤销”,有不同之意义,试列举其主要者,释明其意义,并述其效力(1965年律司考)。

(5) 形成权与抗辩权、无权处分与无权代理、同意与承认、附条件之法律行为与附负担之法律行为,以及解除权与撤销权之区别何在? 试就其性质或要件与效力言之(1996年律司考)。

^① 本书题目次序系依时间先后,期能发现考题设计的发展过程,请读者自行依“民法”条文次序整理之。又同一题目可依不同的观点加以归类,请读者自行整理之。

(6) 因错误而得撤销之行为与因诈欺而得撤销之行为,其要件及效果有何不同(1968年律司考)?

(7) 第106条但书“专履行债务”是否包括债务人履行债务时所为之同时履行抗辩权、抵充权、抵消权(1970年律司考)?

(8) 无权处分与无权代理,赔偿代位与物上代位,附条件之法律行为与附负担之法律行为,均各相似,试分别举例说明其性质及效力,并要言解除契约与终止契约之条件与效果(1978年司考)。

(9) 因被诈欺而为意思表示之撤销与因诈欺而结婚之撤销,其“要件”上、“效果”上、“除斥期间”上各有何不同(1978年律考)?

(10) 试述信托行为之意义,及受托人违反义务,让与受托财产与第三人或为其他处分行为,而受让人或其他相对人为恶意时,其效果如何(1993年律考)?

(11) 何谓代理权之授与行为的无因性,其与代理权之消灭,依其所由授予之法律关系定之(第108条第1项)的规定间有无矛盾(1995年司考)?

(12) 无权代理与无权处分有何异同(1995年律考)?

3. 消灭时效

(1) 何项权利得为消灭时效之客体?何项权利不得为消灭时效之客体?试列举之,并附理由(1961年律考)。

(2) “司法院”释字第107号解释:“已登记不动产所有人之恢复请求权,无第125条消灭时效规定之适用。”又同院释字第164号解释:“已登记不动产所有人之除去妨害请求权,不在本院释字第107号解释范围之内,但依其性质,亦无第125条消灭时效规定之适用。”试就此两号解释加以评释(1980年律考)。

(3) 物上请求权是否因时效经过而消灭(1983年律考)?

(4) 就他人已登记之土地,可否因时效而取得地上权?又因时效完成而经登记为地上权人者,对于土地所有人应否支付地租(1992年司考)?

(5) “民法”规定,消灭时效,自请求权可行使时起算,以不行为为目的之请求权,自为行为时起算,其意义如何?下列请求权之消灭时效自何时起算,请说明之。①附有停止条件之请求权。②未定清偿期限之债权。③出租人对于承租人返还租赁物之请求权。④贷与人对于借用人

未定有返还期限之消费借贷物返还请求权(1994年司考)。

(6) 简述“民法”上除斥期间与消灭时效之法理,并附理由说明下列权利之行使之限制究为除斥期间或消灭时效期间? ①以抵押权担保之债权于消灭时效完成后5年间应实行其抵押权,其期间行使之限制。②买受人因物有瑕疵得向出卖人请求减少价金之请求权,应于物之交付后6个月期间内行使之限制。③承揽人之对定作人之损害赔偿请求权,因其原因发生后1年间应行使之期间限制。④不动产共有人协议分割共有物之共有物分割登记请求权(1997年司考)。

4. 权利之行使

“民法”规定权利之行使有何限制? 试述之(1984年司考)。

(二) 债编

1. 契约

(1) 试述债务承担人对于债权人所得为之抗辩与保证债务之保证人对于债权人所得为之抗辩之异同。如果保证人所负之债务为连带保证,其效果是否可使其对债权人之抗辩与承担人对于债权人之抗辩相同(1964年律司考)?

(2) 第340条规定:“受债权扣押命令之第三债务人于扣押后,始对其债权人取得债权者,不得以其取得之债权与受扣押之债权为抵消。”试举例说明之,并阐述其禁止抵消之理由(1980年律考)。

(3) 为委任事务之处理须为法律行为者,为其委任事务之完成能否不授予代理权? 委任契约缔结时,双方未言明是否授予代理权,而事后委任人不同意受任人以委任人之名义处理委任事务者,其不同意是否构成委任人义务之违反? 委任人本来授予代理权者,在委任关系存续中得否撤回代理权? 又其撤回对于善意第三人之效力为何(1996年律考)?

2. 无因管理

擅将他人事务当成自己事务管理之不法无因管理,其不当得利返还请求权之内容及范围,与无因管理返还请求权或侵权行为之损害赔偿请求权之内容与范围有何不同(1996年司考)?

3. 侵权行为

(1) 狭义共同侵权行为(共同加害行为)是否以行为人相互间有意思联络为必要? 试就实务上先后所持不同之见解,略评述之(1981年律考)。

(2) 结果责任、过失责任、无过失责任各有何不同? 又“民法”有关特殊侵权行为之规定中,更有所谓中间责任与衡平责任之规定,其间又有何差异? 试分别说明之(1997年律考)。

4. 损害赔偿

试述损害赔偿之范围(1967年律司考)。

(三) 物权

1. 通则

(1) 基于法院之判决可否发生物权之变动? 试就“民法”物权编之规定,对物权之取得及物权之消灭分别举例说明之(1984年律考)。

(2) 试依“民法”之规定,说明物权行为之意思表示之存在。并从物权移转或设定之交易过程,分析所涉及之行为(1998年司考)。

2. 所有权

(1) 试述共同共有之意义,并述及其与分别共有(即普通共有)主要不同之点(1967年律司考)。

(2) 加工于他人之动产,或动产与他人之动产附合或混合者,其所有权将如何归属? 并举例说明之(1969年律考)。

(3) 买卖不动产之契约,是否应以书面为之(1981年律考)?

3. 地役权

邻地通行权与地役权有无不同? 试说明之(1996年司考)。

4. 抵押权

(1) 何谓抵押权之不可分性? 试释其意义(1962年律司考)。

(2) 抵押物因拍卖而得之价金与抵押物因灭失而得之赔偿金,各应如何处理(1985年司考)?

(3) 动产可否设定抵押权? 与不动产抵押权有无不同(1993年司考)?

(4) 试述抵押权效力所及于标的物之范围(1994年司考)。

5. 质权

动产质权与动产抵押有何异同? 试比较说明之(1991年司考)。

6. 典权

(1) 试论典权之性质,并述其与抵押权不同之点(1963年律司考)。

(2) 典权与质权之成立及消灭有何不同(1971年律司考)?

7. 留置权

(1) 试述留置权之性质及其与同时履行抗辩之异同(1961年律司考)。

(2) 试述留置权与质权之异同。又留置权与质权可否并存于一物上?如属可能,孰者为优?试举例说明之,并附理由(1965年律司考)。

(3) 试述留置权与质权之异同(1968年律司考)。

8. 占有

论占有之效力(1966年律司考)。

(四) 亲属

1. 婚姻

(1) 试述结婚成年制之意义,并述及其结婚撤销时尚未成年者之行为能力,是否因而受影响(1967年律司考)?

(2) 试比较解除婚约与离婚条件之异同点(1970年律司考)。

(3) “民法”亲属编未将“血亲之配偶之血亲”列入姻亲,复于“表兄弟姐妹之结婚”不加禁止,是否妥当?请分别说明(1979年律考)。

(4) 联合财产制与普通共同财产制因夫妻一方先死亡而消灭夫妻财产制时,二者就夫妻财产分割之情形有何不同?试说明之(1995年律考)。

2. 父母子女

(1) 何谓婚生子女?何谓非婚生子女?非婚生子女在何种情形,视为婚生子女(1984年律考)?

(2) 试申论亲权之内容及亲权行使之限制(1985年司考)。

(五) 继承

1. 遗产之继承

何谓限定继承?继承人中一人隐匿遗产时,于限定继承有无影响?被继承人之债权人,于此情形,应如何要求继承人清偿债务(1994年律考)?

2. 遗嘱

(1) 遗嘱与捐助行为之性质有何不同?在何种情形下可以撤销或视为撤销(1971年律司考)?

(2) 遗嘱可否撤回?如何撤回(1995年司考)?

(3) 何谓遗赠?何谓死因赠与?二者有何不同?试说明之(1997年

司考)。

三、实例题^①

(一) 民法总则

1. 人

(1) 试问某法人,以及该法人之董事甲、职员乙及清算人丙,于下列情形时,应负何种赔偿责任?又法人能否以无故意过失为理由,不负赔偿责任?① 董事甲代表法人与某公司洽订契约时,乘机在某公司办公室内窃取古董1件。② 职员乙奉命收取货款时,私自涂改账单,浮收货款1万元。③ 清算人丙执行职务时,诈骗法人之债权人,使债权人免除法人之债务1万元(1985年司考)。

(2) 公务员某甲因公出差时遭遇特别灾难失踪多年,其配偶基于伦理及习俗观念,认为某甲尚生存,不愿声请死亡宣告。试问:① 检察官得否向法院声请死亡宣告?② 某甲受死亡宣告后再安然生还时,其财产及身份上之效果如何(1986年司考)?

2. 物

甲将其耕地及耕地上之农舍设定典权予乙,试问:① 乙在该耕地上所播之种子,其所有权谁属?所播之种子已发芽时则又如何?② 在乙未耕作之情形下,丙擅自在该耕地上种植蔬菜,则该蔬菜之所有权谁属?③ 乙就该农舍因使用空间不足,而增建一房,则该增建部分之所有权谁属?若系另行加盖一独立之建物时则又如何(1996年司考)?

3. 法律行为

(1) 甲与乙约定,伪装贷与乙若干金钱,将所有某处房屋出卖给乙,以图隐匿财产,在贷款交付前,乙以之转赠与善意之丙,又将房屋转卖与知情之丁,由丁授权善意之戊,代理订立契约。问甲乙、乙丙、丙丁间之契约效力若何?试分别列举理由以对(1972年律考)。

(2) 某甲以赝品古画一幅示乙,为1万元出卖之要约,乙误认为真,表示愿意照价受此一真品古董。迨标的物及价金交付后,乙发觉该画系

^① 实例多涵盖“民法”各编,以下系依题目中主要争点而为归类,就法人部分而言,如第一题涉及法人侵权行为(第28条)及雇用人侵权责任(第188条),亦可列入“民法”债编侵权行为。题目排列以时间先后为准。其属同一类型者不少,如未成年人的法律行为,出卖他人之物,通谋虚伪表示等,请自行归类整理,并明辨其异同。

贖品，主张契约不成立，向甲请求收回古画返还价金，并赔偿真画不能买得所丧失之预期利益。甲则以双方意思表示既已一致，契约早已成立，纵有错误，在未依法撤销前，双方均应受其拘束，拒绝乙之请求。问甲、乙孰为有理(1973年司考)?

(3) 甲、乙为兄弟关系，父母早亡，另无兄弟姊妹，均未结婚。甲外出经营商业，将其所有房屋一所托乙管理，乙竟以自己名义将房屋出卖给丙。嗣乙因病死亡，该项买卖契约之效力如何？设如死亡者为甲，其法律上之效果有无不同(1973年司考)?

(4) 甲将单独所有之土地，以应有部分 $1/2$ 出卖给乙、乙委任其 18 岁之子丙代理买受该土地，并将该买受之土地为丁设定抵押权，由丁出借价金直接交付甲，并声请“地政机关”为物权登记，但“地政机关”以买卖合同无效为理由，拒绝登记，问无效原因何在？并说明甲乙与乙丁间之关系如何处理(1974年司考)?

(5) 甲、乙、丙共有建筑基地一笔，甲之应有部分为 $5/7$ ，乙、丙之应有部分各为 $1/7$ 。该基地经丁租用建屋，嗣后因地价高涨，甲想将土地出卖，商洽乙、丙，而乙、丙拒绝出卖，甲单独将全部基地出卖给戊。问此项买卖之效力如何？又甲如果出卖其应有部分，何人可优先承买(1976年司考)?

(6) 某甲与某未成年之子某乙(未结婚)通谋，将其所有之房屋一幢，虚伪意思表示卖给某乙，并办妥所有权移转登记。不久某乙拟将该屋出卖，由某甲代理某乙登报以新台币 100 万元出售，某丙见报将代理权授予 18 岁之某丁(亦未婚)，某丁乃代理某丙以信函向某乙表示愿照价买受，该信函送达于某乙。问某甲与某乙所为买卖合同及所有权移转登记之效力如何？某乙与某丙间之买卖行为，是否有效成立(1977年司考)?

(7) 甲尚未成年，擅将所有房屋出卖与乙，旋即收清价款，交付房屋，并经“地政机关”误为所有权移转登记，问：① 买卖契约之效力如何？② 房屋所有权为何人所有(1978年司考)?

(8) 试就下列二事予以判断，并说明其理由：① 甲赴日本经商，将其所有房屋一幢交其母乙保管，嗣后乙因需款应急，未征得甲同意，擅将该房屋卖与丙，收清价款，并交屋与丙使用。旋即乙死亡(甲为乙之概括继承人)，甲回台后，以其母无权处分其房屋，诉请丙恢复原状。丙则诉请甲办理所有权移转登记。② 甲向乙买受房屋一幢，交清价款，并已接管使

用,唯未及办理移转登记,即因事赴美国,逾15年始回台,得悉乙已死亡,该屋由乙之子丙继承,并经继承登记,即诉请丙办理所有权登记,丙以甲之请求权已罹消灭时效为抗辩。并另案主张无权占有其房屋,诉请交还(1980年司考)。

(9) 甲经营中古车买卖,受乙胁迫,赠送时值20万元之A车与不知情之丙。丙于受让该车所有权之后,即喷烤漆,支出2万元,装设音响支出3万元,更换毁损之轮胎,支出1万元。1个月后,乙因案被判徒刑,甲乃向丙说明事由,请求返还A车。丙表示已于3周前将车以26万元让售予丁,并为交付。经查丁不知甲受胁迫之情事。问甲与丙间之法律关系如何(1985年律考)?

(10) 法律行为方式有几种?某甲向未得法定代理人同意而已离婚未成年之女子购买房屋一幢,其效力如何?子因债台高筑,为图脱产,与丑订立虚伪之买卖合同,将已有房屋出售与丑且已办毕所有权移转登记,其效力又如何?试分别说明之(1986年律考)。

(11) 某甲19岁,未得法定代理人同意,受雇为某乙公司职员。某日奉公司命,代理公司与某丙订立买卖合同。试问:①甲、乙间之法律关系如何?②乙、丙间买卖合同之效力如何(1987年公辩考)?

(12) 甲出售某屋给乙,因房地产价格暴涨,不欲履行,乃与丙通谋为虚伪之买卖,并即办理所有权移转登记。丙遭车祸死亡,其继承人丁不知甲、丙间通谋虚伪买卖之情事,于办毕继承登记后,将该屋出租于知情之戊,并交付之。半个月后,丁复将该屋赠与善意之庚,并移转其所有权。试说明当事人间之法律关系(1987年律考)。

(13) 某甲因误信画商某乙谓其所收藏毕加索之名画为贗品,遂以新台币10万元将该画廉让与乙,嗣后乙却称该画为真品又以新台币50万元转售予丙图利。该画经丙请专家鉴定为真品。试问:①甲知悉该画为真品后,不甘受损,应如何请求救济?②如果乙亦误认该画为贗品时,则甲是否仍能请求救济?③乙知悉该画若为真品,则应值新台币100万元时,是否得以错误为理由撤销其与丙间所为买卖之意思表示,而取回该画(1988年司考)?

(14) 某甲19岁,未得其法定代理人同意,受雇于乙公司为职员,旋奉公司派为代理人与丙接洽并签订一项交易契约。其后乙公司发现如依约履行将无利可图,乃以甲、乙间之雇佣契约未经甲之法定代理人同意,

应不生效力。故其以授予代理权为错误,且甲年轻,无商业经验等理由,请求法院撤销该契约。法院应否准许?请依“民法”规定析论之(1988年律考)。

(15) 甲委任乙出售某车,并授予代理权。乙以甲之名义与丙公司之董事丁订立买卖契约后,即依让与合意交付该车。试就下列情形分别说明当事人之法律关系:① 甲系限制行为能力人。② 乙系禁治产人。③ 丁系无代表权人(1999年律考)。

(16) 土地代书甲利用乙为委托其办理土地登记而交付之印章及印鉴证明,擅以乙为其保证人,向丙立约借款。问:① 乙能否拒绝丙请求其履行保证债务?② 如丙将上述对甲之债权让与丁时,乙是否能拒绝丁之请求?③ 本案中,乙丙丁如受有损害时,各应如何请求救济(1990年司考)?

(17) 某甲冒某枪击要犯之名,胁迫兼营六合彩之建筑商某乙,以甲之姘妇某丙之名义,赠送 A 屋及 B 车给丙之父亲某丁。半年后,甲在与警察枪战中被击毙,乙即向丁请求返还其物。丁表示已将 A 屋出售于庚,B 车赠与辛,并办理登记及交付。试说明当事人间之法律关系(1990年律考)。

(18) 请依民法之规定,附理由简述下列法律事实之效果:① 基地出租人与第三人为假买卖真赠与其基地?② 代理人胁迫第三人出售土地给其本人?③ 甲借用乙车行之名义,以自备款购车营业,嗣因积欠修车费一笔,修车行向乙催讨,乙生气之下,将该车出售并付与丙(1991年司考)?

(19) 1950年台上字第105号判例谓:“系争房屋就令如上诉人所称系因上诉人前往加拿大经商,故仅交其母某氏保管自行收益以资养赡,并未授予处分权,但某氏既在上诉人提起本件诉讼之前死亡,上诉人又为某氏之概括继承人,对于某氏之债务原负无限责任,以第118条第2项之规定类推解释,应认某氏就该房屋与被上诉人订立之买卖契约为有效,上诉人仍负使被上诉人取得该房屋所有权之义务,自不得借口某氏无权处分,请求确认该房屋所有权乃属于己,并命被上诉人恢复原状。”试就上开判例要旨分析讨论下列问题:① 某氏与被上诉人所订买卖契约之效力。② 设上诉人先于某氏死亡,而某氏又为上诉人之概括继承人时,其法律关系如何?③ 设某氏与上诉人为该房屋之共有人时,其法律关系如何

(1991 年律考)?

(20) 何谓负担行为? 何谓处分行为? 二者之主要不同点何在? 又甲将其对乙之债权让与丙并通知乙后, 甲解除其对丙之原因关系(双务有偿契约), 问当事人间之法律关系如何? 请并同说明之(1992 年司考)。

(21) 甲明知其收藏之唐伯虎字画, 并非真迹, 惟其鉴定极为困难, 竟冒充真迹, 以新台币(下同)200 万元之价格出售给乙(实则仅价值 5 万元而已), 乙一时亦未能鉴得真相。越 3 年, 适有唐氏字画鉴定专家来台, 告知实情于乙, 乙愤而对甲主张撤销买卖。问: ① 乙请求甲返还所得价款, 其范围为多少? ② 乙未撤销买卖, 但请求甲赔偿 195 万元及自交付时起之利息, 有无依据? ③ 乙撤销买卖, 甲返还价款于乙后, 请求乙返还字画, 乙拒绝返还, 结果如何(1994 年律考)?

(22) 某甲、某乙兄弟二人因逃避某甲之债权人之追偿, 遂将某甲与某乙共有土地应有部分 1/2 信托登记与某乙后仍由甲、乙二人按应有部分各自管理特定部分, 嗣某乙负债无力清偿, 乃将该笔土地所有权移转登记与乙之债权人某丙供为债权之担保, 某乙届期无力清偿债务, 再将土地作价出卖与某丙。试问: ① 甲将其共有土地应有部分 1/2 移转登记给乙之行为, 其效力如何? ② 乙将土地移转登记与丙之效力如何? ③ 乙将土地出卖给丙之效力如何(1997 年律考)?

(23) “民法”上有所谓“绝对无效”、“相对无效”及“不可对抗善意第三人”, 请依此三种法律概念解答下列问题: 债务人甲为避免其债权人乙强制执行查封拍卖其土地一笔, 与丙通谋虚伪买卖并完成该笔土地所有权移转登记, 其后丙又将该笔土地出售并完成所有权移转登记号与善意之丁。问当事人间之法律关系如何(1998 年司考)?

(24) 试依“民法”规定, 说明下列情形有无行为能力? ① 限制行为能力人某甲伪造其身份证年龄使相对人信其为有行为能力与其订立买卖合同, 某甲有无行为能力? ② 满 20 岁之某乙, 在无意识或精神错乱中将其所有价值 1000 万元之土地以 300 万出卖与他人, 某乙有无行为能力? ③ 满 18 岁之某丁未经其法定代理人之允许自书遗嘱, 关于其自书遗嘱, 某丁有无行为能力? ④ 满 18 岁之某戊经他人授权代理出卖机车一部, 关于该买卖行为, 某戊有无行为能力(1998 年律考)?

4. 消灭时效

(1) 下列各项有无理由: ① 甲无权占有乙所有已登记之基地及该基

地上已登记之房屋逾 15 年以上，乙诉请甲返还，甲以请求权罹消灭时效而拒绝返还。② 甲欠乙债款由丙以其房屋设定抵押嗣后乙之债权因消灭时效而消灭旋即实行抵押权，丙主张该抵押权正随所担保之债务而消灭（1979 年司考）。

（2）夫甲、妻乙采分别财产制。某日，甲向乙借款 100 万元，借期 3 年，年利率 15%，由第三人丙为保证人，丁为连带债务人：① 甲借用 1 年后，倘拟提前清偿原本，是否合法？② 倘 3 年届满，甲未清偿，乙亦未请求，16 年后，乙径向丙、丁请求清偿：① 丙可否主张甲之债务已罹于时效，而拒绝给付？② 丁可否主张自己之连带债务业已时效完成，而拒绝清偿？③ 丙、丁均未清偿，甲亦不理，乙可否以此为由，而诉请与其离婚（1980 年律考）？

（3）甲于 1983 年 1 月 1 日向乙购买古董、手表、首饰成立买卖契约，双方请求标的物之交付及价金之给付均未有结果。甲于 1983 年 5 月 5 日就古董价金提供担保于公证处做成公证书，就手表价金部分已起诉，于 1983 年 10 月 10 日判决确定，就首饰价金部分，于 1983 年 12 月 12 日经仲裁达成判断，下列请求权消灭时效，应于何时经过：① 甲对乙之交付标的物请求权。② 乙对甲之价金给付请求权（1983 年司考）。

（4）甲所有之房屋，乙于 1961 年侵占使用，甲于今年办妥所有权保存登记，并起诉请求乙返还房屋，乙则以业因时效而取得该屋之所有权及甲之返还请求权已因时效而消灭为抗辩。问乙之抗辩有无理由（1988 年律考）？

（5）试说明下列行为之效力及其法律上理由：① 甲将眼角膜移植给乙而由乙给付价金之契约。② 丙向乙借款已逾清偿期 15 年而提出担保。

（6）甲于 1971 年元月 5 日向乙借款新台币 50 万元，作为购屋之用，约定两年为期，按月支付利息，乙亦未予催讨，自 1976 年 2 月起，甲未再支付利息，乙至 1990 年 10 月始向甲催讨，甲以消灭时效完成为由拒绝返还。问：① 原本清偿请求权之消灭时效是否业已完成？② 利息清偿请求权之消灭时效是否业已完成？③ 乙于 1992 年底声请拍卖抵押物，甲以时效完成为由，主张乙无权拍卖，是否有理（1994 年司考）？

5. 权利之行使

下列行为是否违背权利行使原则？试说明之。① 甲将自己所有供

公众使用之水井封闭。② 乙不清偿债务,将所有之房屋赠与救济院。③ 律师接受讼案,当事人于第一审因和解而终结诉讼,律师请求给付约定之三审酬金(1982年司考)。

(二) 债编

1. 契约

(1) 甲售与乙货物一批,托丙运交与乙收受。迨货物运到乙之处所,乙已他迁,丙复将货物继续运往乙之新迁处所,该货物途中因丙车与丁车相撞而毁灭。肇事原因双方均有过失。问:① 乙方可否请求丙赔偿其货物灭失损失? ② 乙可否请求甲赔偿其给付不能所致之损失? ③ 乙可否请求丁赔偿其货物灭失之损失? ④ 甲可否请求丙赔偿其所受之损失? ⑤ 甲与丙可否请求丁赔偿其各受之损失(1961年律司考)?

(2) 甲有耕牛1头,租给乙使用,定期1年,期满前,牛忽然逃亡,甲向乙交涉,并约定于期满之日,乙方不能交牛时,由乙赔偿甲方1000元,未几,牛复归来,乙以之售予邻人丙,议定价金为2000元,尚未交付,事为甲方所悉。问:① 甲可否请求乙返还其牛? ② 乙、丙之买卖契约是否有效? 如属有效,甲可否诉请撤销之? ③ 甲可请求乙交付其卖牛可得之价款? ④ 甲、乙间所订之赔偿契约系属债务更新? 抑为任意之债? 抑属二者均否(1962年律司考)?

(3) 甲以对丁之债权让与乙,以偿宿欠,并通知债务人丁照付,丁即如数给付,但未向甲或乙取回其借据。旋甲复以此同一债权连同丁之借据让与丙。甲于通知丁时,并声明对乙所为之让与,系受乙之胁迫,应予撤销。丙持借据向丁请求给付,经丁拒绝后,丙对丁提起诉讼。事为甲之债权人戊所悉,戊亦诉请法院撤销甲对乙及丙所为之让与。问:① 甲对乙所为债权让与是否有效? ② 甲对丙所为之债权让与是否有效? ③ 如②项让与无效,丙可否仅凭丁之借据向丁诉请给付? ④ 如②项让与无效,丙将有何救济? 如②项让与有效,丁将有何救济? ⑤ 戊可否撤销甲对乙及丙之让与(1963年律司考)?

(4) 甲有房屋两间租与乙使用,每月租金800元。又复将该屋中一间未经甲同意转租给丙,同时又将钢琴租与丙使用,每月租金共计600元。乙租给丙之房屋1间及钢琴因遭台风损害,丙耗去修理费2000元。乙欠甲租金2个月共计1600百元,无力偿还。丙欠乙2个月租金共计1200元。乙与甲及丙与乙之租赁关系均未满期。问:① 甲可否向丙主张

乙之欠租 1600 元? ② 丙可否主张以其垫款与甲向其主张乙之欠租抵消? ③ 甲可诉请丙迁让房屋? ④ 丙可否对于其租用之钢琴主张留置权? 甲可否对之主张同样之权利? 如果甲、丙二人均可主张留置权,孰者为优(1966 年律司考)?

(5) 甲、乙二人各有房屋一所,约定按照约定时情形交换,在交换手续未完成前,乙之房屋屋顶发现漏洞处,乙即雇丙修理,甲迁入乙之房屋时,修理工作尚未完竣,而甲对乙亦未作任何表示,迨工作完成后丙向甲请求给付,甲因与丙并未订立修缮契约,拒不给付,丙转向乙请求给付,乙以房屋非属己有为词,亦不愿给付,问:① 丙可否向乙请求给付? ② 丙可否向甲请求给付? ③ 乙如给付,可否向甲求偿? ④ 甲如给付,可否向乙求偿? ⑤ 如甲、乙均拒绝给付,丙有无其他救济之途径(1969 年律司考)?

(6) 甲将房屋出卖给乙,收取半数价金后即将房屋交乙接收,尚未办妥房屋所有权之移转登记,适邻居丙不慎失火,延烧该屋全毁,问乙是否对甲再给付其余半数之价金? 或不须给付且可请求甲返还已付之半数价金? 又丙如负损害赔偿,乙能否请求其赔偿(1972 年司考)?

(7) 甲将房屋出租与乙,乙又全部转租与丙,嗣后甲将房屋出卖与丁,问丁如欲取得房屋之交付,应行使何种权利(1974 年律考)?

(8) 甲在某银行存有一种活期存款,乙盗取其存折,并盗盖其印章向银行领取,甲于发现遗失后即通知该银行止付,银行收到通知后因承办人疏未注意,仍让乙领取存款,问此际何人为受害人? 由何人向何人负损害赔偿(1975 年律考)?

(9) 甲将特定名牌钢琴一架出售给乙,价金 20 万元,乙先交付定金 1 万元:① 若该钢琴已于契约成立前焚毁时,则甲、乙间之法律关系如何? ② 若该琴于契约成立后交付前,因不可归责于双方当事人之事由而焚毁时,则甲、乙间之法律关系又如何(1976 年律考)?

(10) 甲、乙、丙三人向 B 银行贷款 100 万元,约定三人负连带责任而清偿。并由甲将其土地一段设定抵押权与 B 银行,同时委托丁为其保证人。问:① 如债权人 B 银行同意延期清偿者,丁应作如何主张? ② 如 B 银行仅向甲请求清偿,对丙、丁是否亦生消灭时效中断之效力? ③ 如甲、乙、丙三人之债务由丁一人承担者,对 B 之抵押权及丁之保证债务是否有影响? ④ 如甲将该抵押土地之一部让与 A 者,B 之抵押权是否就该部分

消灭(1978年律考)?

(11) 甲为乙(姓张)治病,托丙带送药品,丙见药袋已有“张先生”即取交乙,迨甲发现错误后,乙已服多份,述甲、乙、丙之法律关系如何(1979年司考)?

(12) 甲伪造乙之印章,以乙为主债务人,甲自任保证人,向丙?借款1万元,届期未偿还,该借款旋经乙予以承认,问:①丙是否得请求甲、乙二人清偿?甲可否主张先诉(检索)抗辩权?②丙诉请甲清偿时,甲是否得以丙欠乙之贷款1万元,主张抵消之抗辩?③设乙系未满7岁之未成年人,该项借贷契约,于乙丙间之效力如何(1980年司考)?

(13) 某乙向经营汽车买卖业之某甲购买“飞快”牌新车一辆,甲明知经售之该厂牌某辆汽车刹车间或失灵,仍交乙使用,乙驾车返家途中,刹车忽又失灵,致翻车受伤。问:①甲之给付,在法律上之性质如何?②甲对乙应负何种法律责任(1981年司考)?

(14) 甲独资开设出售百货之某商号,聘任乙为该商号之经理,乙之友人丙因向丁借款,商请乙以该商号为其承还保证人,乙遂代理该商号与丁订立保证契约(甲不知情),问该保证契约是否对甲发生效力(1981年律考)。

(15) 甲向乙买高级机器一部,价金200万元,约定10月27日交付机器给付价金,甲方向银行如数借款,并以所有之空地一笔设定抵押权,以资担保,嗣该款为丙全数窃去,甲届期无法给付价金,亦无法偿还借款,问:①乙以“甲迟延给付”为由,请求解除契约,甲则以“因不可归责于甲之事由,致给付不能,应免给付义务”为抗辩,孰为有理?②甲对丙得主张不当得利返还请求权,亦得主张侵权行为损害赔偿请求权,二者范围有何不同?③某银行实行抵押权,甲已于其空地上自建房屋一幢,银行可否将该房屋一并拍卖(1982年司考)?

(16) 甲、乙、丙合伙开设某商行,其经营不善,负债甚多,其债权人以某商行与甲、乙、丙为共同被告起诉请求判令某商行清偿债务,并请求如执行某商行合伙财产而不足之额时,由甲、乙、丙负连带清偿债务之责,其请求是否有理?又债权人如仅以某商行为被告,请求清偿债务获有胜诉判决确定时该确定判决对甲、乙、丙是否有效力(1982年律考)?

(17) 甲在自己土地上建筑房屋,全部工程由乙承包,现已完工。问:①施工期间,因运砖不慎,曾伤及行人丙之左肩,则甲应否与乙对丙负连

带赔偿责任？② 所建房屋，越入邻人丁之地内三尺，此时丁得否请求甲拆除越界部分之房屋？③ 甲拖欠工程报酬新台币 50 万元，乙有何法定担保否？④ 甲发现房屋有瑕疵，定期通知乙修补，乙竟置之不理，则甲得解除承揽契约否（1984 年司考）？

（18）甲委托乙代理出卖房屋一幢，并代收价款及房屋。结果乙乃将房屋以价金 300 万元出卖给丙。问：① 乙故意迟延交屋，致丙发生损害。丙得否径向甲请求损害赔偿？② 乙代收价款后自行花用，则甲得向乙作何请求？③ 丙迁入房屋后，发现墙角多处有裂痕，则甲对丙应负何种责任否？④ 甲在该房屋上早已为丁设定抵押权，现该房屋既变为丙所有，则丁之抵押权是否因之而消灭（1984 年律考）？

（19）甲在其父遗产中发现时值 8 万元之清代漆盘一件，赠送乙。乙以 9 万元让售给丙。丙复以之与丁所有价值相当之宋画一幅互易，并同时互相交付之。经查甲系禁治产人，丙、丁知其情事。试问：① 甲与乙间之赠与契约，乙与丙间之买卖合同，丙与丁间之互易契约是否有效？② 甲向丙请求交付宋画，有无理由？③ 甲得向乙主张何种权利（1985 年司考）？

（20）甲于某年 8 月 8 日在乙经营之礼品店看到一个意大利水晶花瓶，造型典雅，标价 5 万元，回家后与妻商量，决定购赠其弟丙作为结婚礼物。甲于次日打电话给乙，乙说明该瓶业已出售，唯将于近期进货。甲表示订购，并表明系赠丙之礼物，丙对其亦有直接请求给付之权，乙同意之，当晚甲对丙为赠与之表示，丙于允受后，即与乙联络，商定于 9 月 10 日 11 时丙宅交付。乙之店员丁于上开约定时间送货至丙处时，丙因病住院，不能受领。丁于回程途中，被戊驾车违规超速所撞到，水晶花瓶全毁，丁对于事故之发生亦有轻过失。试问：① 乙得否对甲请求支付价金？② 丙得对乙主张何种权利？③ 丙对戊请求损害赔偿，有无理由（1986 年司考）？

（21）甲有某屋，于 6 月初遭地震损坏，召乙承揽修缮。乙未经甲之同意，径转包与丙，于 8 月底完工。甲自 10 月份起出租该屋与丁经营餐厅。订约时，丁再三询问该屋之安全。甲郑重声明：“绝无问题，愿负全责。”丁于 12 月 24 日举办圣诞餐会，屋顶突然破裂，污水毁损顾客戊之大衣及丁之地毯。又丁停业 1 周，营业损失 5 万元。经查屋顶漏水系因丙偷工减料所致。试问：① 戊得向丁主张何种权利？② 丁就其受之损害得

向甲主张何种权利？③ 甲就其所受之损害得向乙主张何种权利(1986 年律考)？

(22) 甲将其所有房屋一幢借给乙居住,约定甲得随时请求返还借用物。嗣甲以 300 万元价格将该房屋出卖给丙,约定于 1986 年 7 月,1 个月内办理所有权移转登记予丙,丙亦将价金悉数支付给甲。惟因乙拒绝迁出房屋因邻居失火殃及,悉遭烧毁。问:① 丙依不当得利之规定请求甲、乙连带返还相当于租金额的利息,有无理由? ② 丙以甲出卖之房屋已经烧毁为由,请求甲返还已付之 300 万元并附加利息,有无理由? ③ 甲可否依债务不履行之规定,请求乙赔偿损害(1987 年公辩考)?

(23) 甲将其所有之 A、B 两幢房屋出卖给乙,A 屋原出租给丙,租期尚未届满,B 屋则属空屋。买卖契约订就后,乙即将买卖价金全部付清,甲亦将 B 屋交付给乙,并将其对丙之 A 屋返还请求权让与乙,一面通知丙知照。在甲尚未办就房屋所有权移转与乙之登记之前,丙不慎失火将 A 屋全部烧毁,此时丙之租期及甲、乙约定移转登记之期限均尚未届满,而 B 屋因在毗邻,救火人员为救火而践踏其屋顶,致屋瓦几乎全部损毁。问:① 乙能否请求甲返还关于 A 屋部分之价金并解除 B 屋部分之买卖契约? ② 甲及乙能否请求丙为损害赔偿? ③ 甲对践踏屋瓦之救火人员能否请求损害赔偿(1987 年律考)?

(24) 某甲伪造存款户某乙在丙银行留存印鉴之印章,盖于支票,持向丙行支领款项,丙银行之职员丁未尽善良管理人之注意而付款。定型化支票存款契约书上约定:“付款人对于存户签证之支票,所用之图章或签字经核对原留印鉴相符,而凭付款后,如有因印鉴伪造等情事所发生之损失,非普通目力所能辨认者,付款人概不负责”,试说明:① 丙行与乙存款户间之法律关系。② 丙行对甲得主张何种权利。③ 丙行对职员丁得主张何种权利(1989 年司考②)?

(25) 甲货运公司受乙之委托,同意为乙承运乙所有之古瓷器一批,珍本二十四史 10 套。双方约定:古瓷器运至 A 地,交予受货人丙丁,运费为新台币(下同)5 万元;珍本二十四史运至 B 地,交予受货人戊己,运费 6 万元。运送途中,甲之货车司机庚,将货车停靠于休息站,进入站内餐厅用餐,车子为癸驾驶之大卡车撞倒(癸拟停车,因凝望路旁妙龄美女,忘记煞车而撞及甲之货车),古瓷器为之破裂(庚之停车及甲庚对于瓷器之包装、放置及保管等交易上必要事项,均已尽善良管理人之注意)。二十

四史虽几经波折，仍未受毁损且及时运抵 B 地，由甲指示庚交付予己。问：① 就古瓷器之灭失，请求甲、庚、癸连带损害赔偿，结论如何？② 前项之请求，如由丙丁提起，其结果有何不同？③ 戊如何主张权利（1991 年司考）？

（26）试依台湾地区现行“民法”之规定，就互易双方当事人均已为对待给付后，契约经解除时。解答下列问题：① 连带保证债务是否消灭？② 是否有瑕疵担保责任之适用？③ 其中一方当事人所受领之物已在契约解除前赠与并交付给第三人，当事人间之法律关系如何（1990 年律考）？

（27）甲出售 A 屋给乙，约定价金为新台币（下同）3000 万元，乙先行支付其中半数；但乙要求甲须觅妥殷实担保保证甲履行给付 A 屋之债务。甲商经丙、丁同意，由丙出面为连带保证人，丁则提供与 A 屋等值之 B 屋，设定担保额本金为 3000 万元之抵押权予乙。乙于订约后，持其与甲订立之买卖契约书为凭，于当日下午，以 3200 万元之价格，出售 A 屋给戊；不料，甲竟于当晚，将 A 屋再度出售给庚，并迅将 A 屋所有权移转登记予庚。问：① 乙对甲请求损害赔偿，其数额为何？② 戊对乙如何主张权利？③ 乙主张撤销甲庚间之买卖，结果如何？④ 设乙对甲解除买卖，请求丙丁连带给付，其结果如何？其范围是否包括乙先行支付之 1500 万元（1992 年司考）？

（28）甲将其所有房屋一间出租并交付给乙，租期中乙未得甲之允许，复将该屋借与丙居住；租期中甲又将该屋出售予丁，尚未移转所有权登记前，丙不小心失火致该屋全毁。问当事人间之法律关系如何（1993 年律考）？

（29）乙积欠甲新台币（下同）500 万元，迭经催讨，乙均借口拖延，甲不胜其烦。乃于某日经丙同意，以 400 万元价格出售给丙。当晚，因丁出价 450 万元，再度出售给丁，并由甲即时通知给乙，适乙收得巨额货款，当即如数清偿给丁。越数日，丙请求乙清偿债款。问：① 甲丁间之债权买卖、债权让与，效力各为如何？② 乙主张业已清偿予丁，拒付债款给丙，有无理由？③ 丙有何权利可以主张（1994 年司考）？

（30）甲于 1991 年 1 月 1 日借给乙 100 万元，依约应于 1991 年 12 月 31 日返还，月息一分。乙未经甲之同意，竟与丙约定由丙承受其对甲之债务；甲虽承诺不将债权让渡他人，却瞒着乙于 1991 年 6 月 30 日将债权

让售给丁,得款应急。问:①例中当事人间法律关系如何?②依乙、丙间约定于1991年12月31日向甲清偿本息,甲起初以丙非债务人为由拒绝受偿,迟至1992年1月31日始受领之,问当事人间法律关系有何变动?③于1991年12月31日将甲之让渡书示丙,请求付款时,始知丙已于12月初陷于支付不能,问丁可否请求甲赔偿损害(1994年律考)?

(31) 请附理由及依据解析下列法律问题:①对于乙100万元之债权已于1991年12月31日罹于消灭时效,为恐乙为时效之抗辩,乃于1992年1月31日其对乙之债务届期应清偿时,主张抵消之。②雇乙于1991年10月10日前来办公室打扫,一天工作8小时给2000元,岂料铁门深锁,乙竟日空等无着,乃于次日请求甲支付报酬,甲主张同时履行之抗辩。③甲将工程交由乙承包,约定于1991年12月31日完工,但乙迟至1992年1月31日完工交付,害甲应赔偿丙违约金100万元,甲心有未甘,乃于1992年2月28日请求乙赔偿迟延损害。④乙合伙开设之必中补习班,积欠丙2000万元债务不还,丙乃诉请必中补习班、甲、乙连带清偿债务(1995年司考)。

(32) 甲委任乙管理房屋,乙本于该委任雇丙粉刷墙壁支付工资新台币30万元后,将该屋出租与丁,每月租金新台币10万元,问该工资应由谁负担?该租金应由谁享受?当甲、乙互为请求前开债务之给付时,甲、乙得否主张同时履行抗辩权或抵消权或留置权(1995年律考)?

(33) 随着所谓塑胶货币时代之来临,消费者持信用卡签账消费之情形已日益增多,设甲为持卡人,乙为发卡银行,丙为接受乙银行所发信用卡签账之商店。甲向乙银行申请使用信用卡,约定甲得在接受乙发行信用卡之商家签账消费,而其签账消费之款项,应于翌月15日前付给乙。乙则与丙约定,丙应接受持有乙发行信用卡之人签账消费,并约定丙于每月20日向乙请求付款。问:①甲与乙间之法律关系其性质究何所属?如甲不将款项如期付予乙,乙如何主张其权利?②乙与丙间之法律关系其性质又如何?如丙将账单寄交予乙,乙不付款,丙如何主张其权利?③乙可否以甲不付款为由,拒绝对丙之付款?④丙可否直接向甲请求付款?甲可否直接向丙给付货款?⑤丙如不接受甲之签账,应负何责任?由谁主张权利[1996年司考(一)]?

(34) 甲为丙公司之负责人,乙为参加投资人,甲、乙协议,由乙以新台币(下同)5000万元购买甲持有丙公司股份总数50%之股份,并约明:

“乙缴股款后第一次改选董监事后，应依法办理董监事变更登记，违者每迟延1日应给付乙违约金1万元至变更登记止。”又乙为购买甲之股份，由丁委请银行戊提供信用给乙贷得3000万元，还款期限1年，期限届满，乙无法偿还该笔贷款，经乙、戊和解以乙所有土地一块过户给戊银行。又丙公司于第一次选出新任董监事后，一直拒绝变更登记。试问：①乙可否向甲请求违约金？②乙、丁、戊间之法律关系如何（1996年司考②）？

（35）甲向乙银行贷款新台币（下同）600万元，应乙之要求，甲商请丙提供丙所有人A屋为乙设定同额抵押权（A屋价值逾1000万元，且未曾设有担保），并央求庚，出面为连带保证人。嗣甲无力返还，乙拍卖A屋获得全部清偿。问：①丙请求甲支付600万元，有何依据？②丙向庚、辛各请求支付200万元，有无理由？③如乙系执行庚之财产而获得清偿？庚在法律上有何权利可资主张（1996年律考）？

（36）某日，甲在乙百货公司选购了A牌洗碗机一台，价金新台币3万元，货款付清后，店员丙告以可代客送货；甲乃于包装好之所购洗碗机箱上写明姓名、地址，请求丙代为送达。丙于当天下午交由与乙公司有送货特约之丁货运行送货，不意运送途中，丁货运行之司机戊，驾车不慎，与己所驾之自用车相撞，戊、己均有过失，洗碗机因撞车而损坏。问：①该洗碗机之所有权究谁属？②甲可依何种法律关系向乙主张权利？③甲可否向丁、戊、己请求损害赔偿？④可否向丁、戊请求损害赔偿（1997年司考）？

（37）甲出卖某笔土地给乙，价金50万元。甲于乙支付价金后即交付该地，唯迟未办理所有权移转登记。15年后该地被政府征收，甲受领征收补偿费1000万元。试问：①乙得否向甲请求交付土地征收补偿费？②乙依不当得利规定向甲请求返还土地征收补偿费，有无理由？③设甲系将该笔土地赠与给乙时，其法律关系如何（1998年司考）？

2. 无因管理

某甲骑机车上班，途中遇到就读小学之邻居某乙，即顺道送其上学，十字路被丙驾驶自用车及丁驾驶戊客运公司之公车违规超速所撞到，甲及乙均受伤。丙与丁发生严重争吵，路人某己雇计程车送甲、乙赴医院救治，支出必要费用3000元。其后乙之父某庚为乙支付医药费5万元，经查对损害事故之发生，丙、丁各有相同之过失，甲有10%过失，而己为禁治产人。试问：①己得向何人请求偿还其所支出之费用？②庚得否向丙

丁戊请求赔偿其所支出之医药费? ③ 丙对被害人为全部赔偿后,对戊客运公司有求偿权(1988年司考)?

3. 不当得利

(1) 甲出售所有之 A 地给乙,委托代书丙办理所有权移转登记因丙之职员丁之过失,致将甲所有之 B 地亦连同 A 地移转给乙。乙发现登记错误,即将 B 地赠与戊,并办毕所有权移转登记。试问:甲得对乙、丙、丁、戊主对何种权利(1987年司考)?

(2) 债权人甲错误指封乙之房地为债务人丙之财产,并经法院依强制执行程序拍卖。善意之拍定人丁不但已付清价金,且已完成所有权移转登记。嗣因乙以真正所有人之身份诉请法院返还房地,并涂销该不动产之移转登记。若丙已全无资力,丁应如何保护自己之权益? 试简述实务上之见解,并评析其得失(1992年律考)。

4. 侵权行为

(1) 甲以司机为业,但生性粗疏曾有车祸记录,乙因其所索工资较低雇其充当汽车司机,某日,甲私自驾驶乙之汽车外出访其女友经过某街,适有 4 岁幼童丙,因天气炎热,其母丁令其在街中游玩,甲驾驶到来,远距离即发现丙在街中心,遂按喇叭示警,但既未减速慢行亦未停车或避让致将丙撞伤,问乙应与甲负连带损害赔偿赔偿责任? 能否减轻赔偿? 乙如履行赔偿义务,能否向甲求偿? 甲如履行赔偿义务,能否向乙求偿(1973年律考)?

(2) 甲系乙货运公司之司机,于 1977 年 6 月 6 日驾驶该公司之卡车自子地运煤往丑地,在途中与丙驾驶之计程车互撞,计程车乘客丁因伤重致死,经某汽车肇事鉴定委员会鉴定结果,计程车应负 85% 责任卡车应负 15% 责任。丁之父戊以其子被撞伤重死亡,曾支出殡葬费新台币(下同)15 万元,又以其子正就读某医学院竟遭横死,其精神上所受痛苦甚大,甲、丙为共同侵权行为人,乙为甲之雇用人,均应连带负赔偿责任,诉请法院判令甲乙丙连带赔偿殡葬费 15 万元,精神慰藉金 500 万元,法院应如何判决? 试根据理论及目前实务上之见解。加以论断(1977年司考)。

(3) 甲、乙、丙合伙经营计程车营业,购进计程车一辆,由甲、乙、丙三人轮日驾驶,某日,甲驾车载客丁,丁因急于赶往某地,命甲违规超车,甲听命照办。适迎面有属于戊所有由戊自己驾驶之卡车侵入对面来车道,

致与甲驾驶之计程车碰撞,卡车、计程车均有损毁,甲、丁身体亦受有伤害。经有关机关鉴定,此次车祸之过失责任,甲驾驶之计程车占35%,戊驾驶之卡车占65%。问此次车祸何人对何人应负损害赔偿责任?其责任之范围如何(1977年律考)?

(4) 甲驾车偕同其妻乙、6岁之子丙及友人丁赴乌来观光。途中与戊驾驶之卡车相撞,翻落山谷,甲当场死亡,乙、丙、丁均受重伤。经鉴定甲之过失为80%,戊之过失为20%。试问:①乙、丙、丁得向戊主张何种权利?②戊主张乙、丙、丁应承担甲之过失,有无法律上之依据(1985年律考)?

(5) 甲将其所有A屋(连同A屋基地)出租给乙,交付乙居住一段时日。某夜,邻人丙于邻屋炊事时,过失引起火灾,A屋亦受波及,付之一炬(A屋全毁)。请依此设例,说明下列各题之法律上结论。①乙在原A屋基地上搭建临时性房屋,并请求甲让与甲对丙之损害赔偿请求权于乙。②乙以租赁权受侵害,请求丙赔偿其所受损害。③A屋如系乙之过失(与丙无关)所烧毁,甲就A屋之灭失,依侵权行为请求乙损害赔偿。又甲乙之租赁关系,是否因乙之失火而受影响(1988年律考)?

(6) 甲制造新药销售,并托乙代为广告;乙因贪图利润,故为夸大不实之广告;丙见此广告后,前往丁所经营之药房购此药,不但全未见效,反使病情加重。试问:①丙如受有侵害,应如何请求赔偿?②丁能否要求甲收回药品,并赔偿损失?③乙对甲应负如何责任?若甲知悉乙为夸大不实之广告而不加以制止时,则又如何(1989年司考①)。

(7) 甲持有小客车驾驶执照,受雇于乙公司担任小客车司机。某日,该公司之大客车司机请假,由甲代理。当甲驾驶大客车行经某路时,适有丙驾驶机车迎面超速疾驶而来,双方均刹车不及,不幸相撞,丙当场死亡。丙遗有妻丁及未成年子戊。丁、戊均诉请甲及乙公司赔偿损害。试详述当事人间之法律关系(1989年律考)。

(8) 甲经营餐厅业有年,夙有声望。乙慕其名,得甲同意,以甲餐厅名义,对外营业。约定盈亏由乙自理,与甲无涉,乙经营餐厅之建筑物系向丙承租。建筑物所有人为丙。某日,乙雇用之厨师丁因烹饪时不慎,引起火灾。食客戊仓皇逃避。建筑物未设太平门,致为浓烟呛伤。虽送医急救,终告不治。问:①戊死亡后,得请求赔偿损害之债权人为何?②债权人请求甲、乙、丙、丁连带赔偿所受损害,有无理由(1991年律考)?

(9) 甲因外出考察数周,爰将其所有 A 车,委托友人乙保管,约定保管费新台币 3000 元。保管期间,乙之子丙商经乙同意,由丙驾驶 A 车,偕丙之女友丁同车环岛旅行(丁不知 A 车为甲所有,但于行车途中,时常提醒丙小心驾驶,注意交通标志)。途中经过台东知本,丙丁下车小憩进餐,丙停车于餐厅附设之停车场。不料, A 车竟为酒后驾车之戊不慎撞毁。甲诉请乙、丙、丁、戊连带损害赔偿,结果如何?又除损害赔偿外,甲是否尚有其他权利可资主张(1998 年律考)?

(三) 物权

1. 通则

(1) 甲遗失提琴,乙于丙处拾得,丙未经乙同意租与丁用,1 日为甲遇见,向丁请求返还其物,丁拒绝,问:① 甲可否请求丁返还其物?丁此时可采何种措施?② 甲可否请求丙返还其物?丙此时可采何种措施?③ 甲可否请求乙返还其物?乙有无抗辩理由?④ 甲可否以乙丙丁为共同侵权行为人,使其负连带赔偿之责(1971 年律司考)?

(2) 越界建筑,地主请求拆屋还地,嗣后成立和解,谈妥地价每坪 5000 元,由屋主收买,但地主旋又主张时价 1 万元,而以对于重要争点有错误为由,诉请撤销和解,应否准许?请求拆屋还地有无理由(1974 年律考)?

(3) 甲有土地一宗,以口头授予乙代理出售之权,嗣后又委任乙代其买受房屋,乙以甲名义出售该宗土地后,以自己之名义买受房屋,然后将屋售予知情之丙,丙又将房屋赠与善意之丁,均已完成登记,甲起诉下列请求,问题是否有理由?① 请求确认该宗土地仍属伊所有。② 请求撤销乙、丙及丙、丁间之物权移转行为,并涂消其登记。③ 命乙移转房屋所有权予伊(1974 年司考)。

(4) 某甲与某乙系同胞兄弟,在 1943 年 2 月 20 日,订立分家契约书,约定将其共有之土地两笔,各分一笔,但并未办理分割及移转登记。嗣 1946 年间办理土地总登记,双方仍各登记为 1/2 共有权。1956 年间,甲、乙相继死亡,并已办妥继承登记,至 1977 年 10 月间,甲之继承人丙,依据甲、乙间之分家契约书,诉请乙之继承人丁,就上开共有土地办理所有权移转登记,其请求应否准许?并说明准否之理由(1981 年司考)。

(5) 艺术家某甲与其妻乙遭车祸同时死亡,由婚生子丙及养女丁继承之。遗产中有古董一件,时值 50 万元,尚未分割,由丙保管,丙未得丁

之同意,擅以该件古董清偿其对戊之赌债,试问:丙、丁、戊间之法律关系如何(1987年公辩考)?

(6) 甲将其自有土地一笔出售予乙。因甲延不过户,乙诉由法院判决令甲将该地所有权移转登记与乙确定,另某丙征收该笔土地,在上开判决确定之次日,因甲领取其应受之补偿,征收程序完竣。甲却于领得补偿后死亡。请问:① 该笔土地所有权究应谁属? ② 未能取得该笔土地之各该关系人,是否都有求偿之道(1987年律考)?

2. 所有权

(1) 甲有 A、B、C 三笔土地:A 地出卖给乙建筑公司,已移转占有,但迄未办理登记;B 地出租与丙种植果树;C 地无偿借给丁文教基金会作为停车场,均已交付。甲病故,其继承人戊将 A、B、C 三地让售予知情之庚,并即办毕所有权移转登记。试说明甲、乙、丙、丁、戊、庚间之法律关系(1989年司考)。

(2) 甲、乙、丙三人共同继承农地一方。甲因见大家均无暇耕作,乃将其中 1/3 出租于佃农丁使用。乙、丙因不满甲未征求其意见即擅自处分,故亦不经甲之同意,即共同决定将该土地出售予丁,并办妥所有权移转登记。请问:① 该买卖契约是否有效? ② 甲可否请求涂销该所有权之移转登记? ③ 就该农地之买卖而言,甲与丁孰有优先权(1989年律考)?

(3) 甲建设公司将五层楼房分层出卖予乙、丙、丁、戊、己五人,基地所有权亦出卖该房屋买受人,每人应有部分各 1/5,均已办理所有权登记。基地庭院并划定停车位 3 处,另加价出卖,由乙、丙、丁分别买受使用。问:① 试说明乙、丙、丁三人使用停车位权利之性质。此项权利是否适用第 758 条规定,非经登记,不生效力? ② 戊将其所有房屋所有权连同基地所有权应有部分 1/5 出卖予庚,并已办理所有权移转登记。庚以乙、丙、丁三人占用停车位而未经登记,庚不受拘束,本于基地所有权共有人地位,将车辆停放乙之停车位,乙有无权利请求庚移去? ③ 丙将其所有房屋所有权连同基地所有权应有部分 1/5 出卖予辛,己就该基地所有权应有部分,主张有优先承购权,己之此项主张无理由(1990年律考)?

(4) 甲、乙、丙、丁共有建地一笔,应有部分为 1/4,未约定管理方法。甲、乙、丙于 1992 年 2 月间将地出租与戊并即交付其使用。丁于 1992 年 12 月间始知悉其事,乃依所有人之所有物返还请求权,诉请戊将该地交还与伊及其他共有人全体,甲、乙、丙则共同具状向法院声明反对丁之诉

讼。请附具理由说明丁对戊之请求有无理由？又戊对甲、乙、丙，丁对甲、乙、丙有何权利可得主张（1992 年律考）？

(5) 某甲不慎遗失天然奇石二方，各值新台币（下同）8000 元整，乙误其为无主物而拾回处理。其一略加清理镶基座；另一则精心设计，刻成石雕。好友丙见而心喜，分别以 1 万元及 5 万元将之购回，并公开展示以飨同好。旋为某甲发现为自己之遗失物，向丙追索。请问：甲、乙、丙三人间之权利和义务如何（1993 年律考）？

(6) 甲、乙、丙共有土地一笔，各应有部分为 $\frac{1}{3}$ ，甲、乙未得丙之同意，将土地出租与丁，丙诉请丁返还共有土地与共有人全体，丁主张伊与甲、乙订有租约，依“土地法”第 34 条之 1 之规定，其效力对丙亦有效力，此项主张是否正当（1996 年律考）？

(7) 甲、乙共同出资买受 A 地，并共同受让该地之所有权移转登记，但未为分管之约定。甲、乙另共同继承 B 地，已完成继承登记，但尚未办理分割登记。其后，乙未经甲同意，占用 A 地某特定部分设置仓库供自己使用，并将 A 地其余部分全部出租且交付予丙。乙又窃取甲之印鉴章、印鉴证明及其他相关文件，而就 B 地为善意之丁办理抵押权登记。请问：① 关于 A 地，甲对乙、丙二人得分别为如何之请求？② 关于 B 地，在乙明白表示反对下，甲仍诉请丁涂消抵押权之登记，有无理由（1998 年律考）？

3. 地上权

甲在乙地上设定有地上权、建筑房屋，地上权存续期间届满，乙诉请甲涂消地上权登记，甲主张在乙依第 840 条第 1 项规定，补偿其建筑物之时价以前，伊得加以拒绝。甲之主张是否正当（1995 年律考）？

4. 抵押权

(1) 甲以其所有土地设定抵押权作为担保，向乙借用 6 万元，已为抵押权设定登记，届期未还而甲死亡，其继承人丙，延不办理继承登记，亦不清偿借款，问乙应如何求偿（1972 年律考）？

(2) 甲以其所有建地及地上平房 1 间为乙设定抵押权登记后，甲又于该平房上增建二楼 1 间并于该平房旁增建附属平房 2 间。嗣乙因债权届期未受清偿，声请法院裁定准予拍卖抵押物。强制执行时，执行法院就该增建部分之二楼房屋及附属平房可否拍卖以清偿乙之债权？如拍卖结果，建地由丙拍定买受，地上房屋由丁拍定买受，丁就该建地可否主张何

种权利(1973年司考)?

(3) 甲向乙借款20万元以其自有房屋设立抵押权以供担保,在清偿期尚未届至时该房屋一部分被台风吹毁经甲招丙承揽修缮后,约定承揽报酬15万元迄未支付,越两年内向甲请求给付报酬甲拒绝给付,其时乙借款已届清偿期而未偿还声请拍卖该抵押之房屋,卖得价金30万元,问:甲对丙拒绝给付报酬是否有理?丙之该项报酬金债权能否就该项卖得价金分配受偿,如丙能分配受偿,则乙之20万债权及丙之15万债权对此卖得30万价金应如何分配(1973年律考)?

(4) 乙盗用其父甲之印章,私擅将甲之房屋一所,为丙设立抵押权,约定设定抵押权后乙向丙借款,以50万元为范围,以该房屋设定之抵押权为担保。该项抵押权登记后,乙共陆续向丙借款40万元,均尚未届清偿期限,此际甲忽死亡,除乙外别无其他继承人。甲死后乙又续向丙借款30万元。问乙向丙前后借70万元,丙是否均得主张有抵押权存在(1977年律考)?

(5) 甲将其所有房屋一幢连同基地设定抵押权与乙、担保乙对甲之债权,设定登记后甲在该房屋上加盖违建房屋一层,嗣后因甲迟不清偿债务,由乙声请法院拍卖抵押物,问:此际可否将该加盖之一层房屋并予拍卖?又如基地系向他人租来,甲仅以房屋设定抵押权时,上述情形其结论又如何(1982年律考)?

(6) 甲有房屋一所,原已有乙设定抵押权,作为向乙借款之担保,其后因该屋年久破旧,交由丙包工包料修缮,约定酬金若干,迄未支付。嗣后因借乙之款到期未偿,经乙声请法院拍卖该屋,问:丙于此际得主张如何之权利?其酬金之债权,与乙之贷款债权,孰先受偿(1983年律考)?

(7) 甲、乙共同向某银行借款300万元,除约定共同连带负责外并请求丙、丁以其共有之A、B两段土地供担保:①债权已届清偿期,某银行得否对丙、丁请求清偿?②丙、丁将A土地分割、B土地转让他人,则某银行抵押权是否存续?③甲对某银行有50万债权,乙得否主张将其抵消甲、乙共同对某银行之借款债务(1983年司考)?

(8) 甲以房屋一幢供担保向乙借款30万元,办理抵押权设定登记时,仅就区分所有之房屋部分为设定登记,共同使用部分,则未为设定登记,故借款届期未受清偿,乙实行抵押权,亦仅声请拍卖抵押登记部分,致法院办理强制执行,嘱托登记机关为查封登记,均未包括共同使用部分在

内。问：执行法院核发权利移转证书于拍定人丙，是否应包括共同使用部分？试说明之（1985年律考）。

（9）甲在乙所有之土地上自造违章房屋一间居住，为乙所不知，嗣乙将该土地向丙贷款设定抵押权以供担保，乃乙于贷款届期而迟不清偿。丙遂声请管辖法院裁定拍卖该抵押物，试问：① 丙得否声请连同该土地上之房屋一并拍卖？理由安在？② 甲对土地及房屋能否主张权利？理由安在（1989年司考）？

（10）设某甲向乙银行申请中小企业贷款1000万元，并以其所有土地一方为乙设定期限3年之最高限额抵押权。遽乙于双方签订契约，并完成抵押权设定登记后竟以景气逆转，甲之企业前景黯淡为由，拒绝履行借款义务，同时，又不同意涂消其抵押权之设定，致甲告贷无门，原计划无法实行而损失惨重。试问：依现行法规，甲有无救济之途径（1990年司考）？

（11）甲在自己土地上建造房屋后，仅以基地设定抵押权予乙，作为向乙借款之担保，其后将该房屋之所有权让与丙，丙以该房屋设定抵押予丁，借款期满丙未清偿债务，丁实行其抵押权由戊拍定。乙亦实行其抵押权，由己拍定，则戊、己之间究生如何之法律关系（1994年律考）？

（12）试就下列一系列事实所组成之各不同组合，解答后列各问：① 甲有一建筑用地。② 甲向乙借钱而将该建筑用地设定抵押权予乙。③ 甲在该建筑用地上建造房屋。④ 甲将该建筑用地设定地上权予丙。⑤ 丙取得地上权后，在该建地上建造房屋。问：I. 在①、②、③依序组合下，届清偿期，甲未清偿，乙实行抵押权，无人应买，乙应如何主张权利？II. 在①、③、②依序组合下，届清偿期，甲未清偿，乙实行抵押权时，将发生何种问题？III. 在①、②、④、⑤依序组合下，届清偿期，甲未清偿，乙实行抵押权，无人应买，乙应如何主张权利（1995年司考）？

（13）甲以其所有之房屋设定抵押权予银行，向银行借款，并以该房屋为标的物投保火灾保险，指定甲为被保险人。某日，因邻居乙之过失，该甲所有之房屋化为灰烬。试问：① 银行之债权是否还有担保权？② 保险人、乙应如何清偿（1997年司考）？

5. 质权

（1）甲有古瓶一只，寄存于乙处。乙未得甲之同意质押于丙，借款1万元。乙旋复向丙伪称有人欲购买之，请求丙准予取去一观。丙不疑之

而与之。乙竟以之出质予不知情之丁,借款2万元。事为丙悉,丙仍向丁索还其质物,丁不允。嗣经双方议定之诉讼定其占有之谁属,古瓶则交由第三人戊保管,胜诉者取得之。1年后,甲返台,得悉其瓶已为乙出质予丙、丁,而由戊保管。斯时丙、丁之诉讼尚未终结。甲遂径向戊要求返还其所有物。问:①丙可否诉请法院撤销乙、丁之质押行为?②在诉讼进行中,古瓶之占有,应属何人所有?③甲可否请求戊返还其古瓶?④除请求戊返还其所有物外,甲有无其他救济(1964年律司考)?

(2)甲将屋一幢租给乙,月租金3000元,押租金9万元,租期3年,1年后甲将屋转让给丙,而已将其押金请求权对丁设定权利质权以担保对丁之债务,问:①乙之押金返还请求权应向何人请求?②如乙积欠租金,于丁之债务亦未还,该押金应先抵充租金还是债务(1979年律考)?

(3)甲窃取乙时价新台币(下同)10万元之电脑一台,持向丙当铺当得7万元,约定回赎期间为6个月。届期甲未回赎,1年后丙当铺以甲未回赎该电脑为流当品,将之出卖给丁,得价5万元,问:①甲所为“当”之行为,在法律上之性质如何?与质权有无不同?②乙可否对丁主张权利?③丙可否对甲请求受偿不足之5万元[1989年司考(一)]?

6. 典权

甲、乙二人共有房屋一幢,出典与丙后,甲仍以其应有部分为A设定抵押权。其后丙以其“典权”为标的,设定抵押权于B:①甲、乙二人为共有物之分割后,对于丙之典权,A及B之抵押权,各有若何之影响否?②若甲、乙并未分割共有物,亦未回赎,而丙依法取得典权之所有权时,则对A、B之抵押权,各有若何影响(1976年律考)?

7. 留置权

(1)甲开电器行,从事电器之修理与出售,今有乙购买一台冷气机,物已交付,但价金有一部分尚未付清,嗣后因乙自己不注意使用,致冷气机故障,乙乃囑甲取回修理,甲修好后,主张乙有一部分价金尚未付清,拒绝交回冷气机而加以留置,问甲是否合法(1975年律考)?

(2)设甲向乙购得价值新台币(下同)25万元之汽车一辆约明先交付15万元,以占有该车,迨甲分期付款清余款,再由乙将该车之权状及所有权一并移转与甲。遽乙竟于交付后旋以20万元将该车售给善意之丙。丙尚未及向甲催讨该车,该车即因甲驾驶不慎而遭撞毁。经甲送丁车厂修理,计费10万元整,甲不但无钱取车,且因无法清偿对戊之20万元债

务而被戊声请法院宣告破产。试问：丙、丁、戊孰得优先实行自己之债权（1991年律考）？

8. 占有

（1）甲有金表一只，寄存乙处，乙不慎，表为人窃去，由丙代为赔偿甲2000元，未几，该表为警局查获，交甲受领，甲以之赠与丁，丁又以抵偿对戊之旧欠。事为乙知悉，问：①乙可否请求甲给予其被窃之表？或请求其他救济？②丙可否向甲主张上项同样之权利？③乙可否向丁主张上项同样之权利？④乙可否向戊主张上项同样之权利（1965年律司考）？

（2）乙窃得甲之手表一只，伪称系自己之手表，出售于不知情之丙，事越半载，甲发现丙着戴该表，即径向丙索还，问丙应否将该手表返还给甲？如该手表被甲索还，乙对丙应负何责任（1972年司考）？

（3）乙窃取甲之钻戒，翌日赠与知情之丙，一星期后，丙将之出卖给不知情之丁，丁当日戴该钻戒出外，为甲发现，即向丁追讨，请求返还，丁则主张已取得该钻戒之所有权，以为拒绝返还之抗辩。问甲之请求与丁之抗辩，孰为有理？如果甲请求有理由，丙对丁是否应负责任？乙对丙是否应负责任？又甲是否当得对乙请求损害赔偿（1983年律考）？

（4）甲窃得乙自有汽车一辆及其证件全部，乃伪造乙之让渡书将车出售给合法开设中古车行不知情之丙。丙转售给丁，丁仅使用数日又被戊窃去。乙、丁于被窃时先后报案，嗣经侦破并寻获该车。警局因该车登记之所有人为乙，故发还给乙。丁以即时取得为理由，请求乙返还汽车。乙则以汽车系自己所有，故予坚拒。试问：①争议发生时（距乙被窃约10日）该车之所有权谁属？究竟属于原所有人抑即时取得人？学者间意见不一，请评其得失并申己见。②如经起诉，应如何处断？③败诉之一造，另有求偿之道否（1987年司考）？

（5）甲于1983年10月10日，拾得乙遗失之手表一只，未为通知、揭示或报告官署之行为。试回答下列问题，并扼要说明理由：①甲于何种情形下（法律行为除外）仍可取得该手表之所有权？②若甲于拾得手表后，随即出售给善意之丙，问乙可否于1985年8月10日向丙请求恢复其物？③若甲未将手表出售与丙，问乙可否于1985年12月10日向甲请求恢复其物（1988年司考）？

（6）甲有车一部租与乙使用，定期1年，租期中该车被丙所盗，经乙向警局报案。乙向甲交涉，双方协议，租期届满，乙不能还车时，由乙折价

新台币 30 万元赔偿甲，协议后不久，乙经警局通知领回失车，并将之售给不知情之丁，价金 40 万元，交车后为甲所悉。问当事人间之法律关系如何（1993 年司考）？

（7）甲将机器一部卖给乙，双方订有买卖契约。嗣乙因厂房整建尚未完竣，乃与甲订立寄托契约，将该机器暂置甲处。某日，该机器为丙所窃，卖与善意第三人丁，并已为交付。试问：① 该机器属于何人所有？② 甲、乙各对丁得行使何种请求权（1997 年律考）？

