

最新版

民法总则

王泽鉴 著

著作权合同登记号 图字:01-2009-3930

图书在版编目(CIP)数据

民法总则/王泽鉴著. —最新版. —北京:北京大学出版社,2009.12
(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-16020-6

I. 民… II. 王… III. 民法-总则-研究 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第187687号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

民法总则,王泽鉴著

2014年7月版

书 名:民法总则

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:白茹 杨玉洁

标准书号:ISBN 978-7-301-16020-6/D·2445

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>

新浪微博:@北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱:yandayuanzhao@163.com

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者:三河市北燕印装有限公司

经 销 者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 39.5印张 619千字

2009年12月第1版 2015年1月第8次印刷

定 价:69.00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 电子信箱: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

增订新版序言

一、感谢

拙著《民法总则》于1982年发行初版,曾数度修正再印,兹再调整全书构造、增删内容,检视论证说理,期望更能有助于民法的教学研究。本书由北京大学出版社发行简体字版,谨表敬意。最要感谢的是神的恩典,保守我的身心,使我仍能继续不断地学习,以卑微的工作彰显祂的荣耀。

二、学习民法总则的意义

民法总则规定私法的原理原则,规范人类社会生活的基本制度,体现法学上最精致的概念体系。学习民法总则具有三点重要意义:

1. 了解私法以人为本,自由、平等及私法自治的理念。私法自治是私法的核心价值。私法自治体现于法律行为,法律行为以意思表示为要素,强调人的自主性。民法总则创设法律行为制度,构建了整个私法秩序的规范模式及思考架构。

2. 认识法学上概念形成及体系构造的功能,学习如何运用法学方法解释适用法律,进行法律适用上的涵摄及评价,促进法律发展。

3. 民法总则源自德国民法,系德国继受罗马法后,经过数百年的研究所创设的体系,乃法学上的伟大成就。学习民法总则,可以增强对法律文化的了解,从事比较法上的对话沟通,了解私法欧洲化及全球性的整合与变迁。

三、写作方法

为有助于活泼民法总则的教学研究,本书增订新版兼采多种写作方法:

1. 民法总则规定私法的基本原则,必须结合民法其他各编,始能把

握其立法技术及规范功能,此为本书的重点。所举例题旨在阐述民法的体系构造,俾能综合各编规定而为解释适用。

2. 整合判例学说,纳入数以百计重要的判决,整合实务与理论,建构民法总则的法释学(Dogmatik,法教义学),较有系统地呈现现行法的规范框架,提出处理疑难问题的思考途径。

3. 建构体系及设计案例,使二者相互为用、彼此释明,得在抽象规范中认知具体案例,在具体案例中适用抽象规范,期望能强化运用具体案例阐释抽象法律规定的的能力。

4. 法学重在实践,本书采用请求权基础方法、解说实例,并以实例引导法律的学习。德国最近民法总则教科书亦多采此种方法。

5. 以各种图表展现抽象的法律规范体系及较为复杂的法律关系。一个简明的图表,有时常能胜过“千言万语”。

四、自我学习

为增加学习的效率,须采积极主动的态度,在此提出三点建议:

1. 加强研读法律条文。读到教科书引用的法律条文时,必须确实查阅精读该条文及相关规定,来回于教科书与法律条文之间,始能真正把握理解法学理论与解释适用的相互关系。经常阅读法条有助于了解法律规范目的,探究社会问题,发现争点、探寻解决可能性。民法条文的文字精确典雅,经常研读、背诵,确可提升驾驭法律文字的素养。

2. 从大一开始即须演练实例题,并将其列入课程内容,由简入繁,始能透彻了解法律概念体系,运用法律解释适用方法,培养处理案例的能力。在台湾地区的大学图书馆,学生多在看书。在德国(或美国)大学法学院图书馆,从早到晚,座无虚席,学生多在查阅资料,解答实例题,研读判例、提出报告。此涉及法学教育的目的及使命,教学研究及司法考试的核心问题。

3. 加强沟通及共同讨论。法学是在共同研讨中成长进步的,遇到疑难问题时,应求教于老师,查阅文献,与同学讨论。为演练实例题,得组成小组,定期聚会轮流出题(此可促使我们认真阅读资料,培养发掘问题设计案例的能力),同时个别作答、集体讨论,若能持之以恒,必有显著效果。

五、十个指导性裁判(Leading Cases)

法律规范社会生活,实践于具体案件,实务案件体现法学方法。“最高法院”关于民法总则有着甚多裁判,其中重要的多已纳入本书,兹选录

十个指导性裁判,以供参照:

1. “司法院”释字第 580 号解释:私法自治、契约自由系受宪法保障的基本权利(本书第 230 页)。

2. 法理与法之续造(2012 年台上字第 2037 号判决,本书第 48 页)。

3. 合伙的侵权能力,“民法”第 28 条规定的类推适用(2012 年台上字第 1695 号判决,本书第 171 页)。

4. 负担行为、处分行为、处分行为的无因性(1999 年台上字第 1310 号判决,本书第 249 页)。

5. 借名登记(2009 年台上字第 76 号判决,本书第 348 页)。

6. “民法”第 105 条关于代理行为瑕疵“明知或可得而知其事实”规定,于使用人的类推适用(2001 年台上字第 4 号判决,本书第 428 页)。

7. 意思表示的解释方法(1976 年台上字第 2135 号判决,本书第 384 页)。

8. 自己代理禁止规定的目的性限缩(1970 年台上字第 4401 号判决,本书第 443 页)。

9. 行使权利不得以损害他人为主要目的与利益衡量(1982 年台上字第 737 号判例,本书第 524 页)。

10. 诚实信用原则与权利失效(1967 年台上字第 1708 号判例,本书第 533 页)。

前揭 10 个指导性裁判,有为私法(契约自由及私法自治)的宪法化;有为法理与法的续造,以类推适用、目的性限缩填补法律漏洞;有为法律行为制度的构建;有为概括条款的具体化,均具法学方法的意义。希望读者能搜集裁判全文、装订成册,详为研读,撰写简要评释。

六、期待

学习法律之人第一次所读的法律常为民法总则,教者、学者,难免受困于其抽象性的规定。本书旨在提供学习的方向。读者若能善用本书,并参照其他著作,加以补充,应能扩展宏观的视野、认知私法的任务、丰富法学的想象力,培育法律解释适用的基本素养,奠定学习法律的基础,成为一个有方法、有思想、有理念的法律人。

王泽鉴

2014 年 1 月 30 日

春节除夕深夜

新版序言

2008年5月23日公布民法总则及亲属编修正条文,废止禁治产制度,创设成年监护制度,以保护受监护宣告者的人格尊严及权益,规定“监护宣告”及“辅助宣告”(第14条至第15条之2,第1110条以下),将自公布后一年六个月施行(请参阅总则施行法修正条文第4条、第4条之1、第4条之2)。兹参照修正条文,于本书相关部分加以说明。应注意的是,为配合新修正规定,本书上的禁治产人均改为受监护宣告之人。禁治产人或受监护宣告之人为无行为能力(第15条)。此外并纳入与总则有关的新修正法律条文。林清贤先生协助校阅全书,谨再致诚挚谢意。

王泽鉴

二〇〇八年九月一日

序 言

拙著《民法总则》初版刊行于1982年,曾多次再版,谨对读者爱护表示感谢。此次全面修订的重点在于结合教科书及实例演习二重体裁,并整理、分析近年来立法、判例及学说的发展。由本书注解所引用的判决及论文可知,台湾民法学的研究已有一定程度累积性的成果,本书获益良多,谨表示最大的敬意。

学习民法总则的主要意义在于认识私法的价值理念与原理原则,把握民法上的概念形成与体系构造,了解私法上的基本规范模式,增益法律思维能力。为此,本书乃本诸价值法学的立场,采请求权基础方法,借着实例引导读者发掘问题,思考问题,及探求解决的途径。所设计的实例多涉及民法各编,尤其是债编及物权编的规定,虽因此增加本书阅读的难度,然深信本书定能帮助读者较深刻地体会民法总则与其他各编在体系、功能及解释适用上的关连,启发法学上的想象力,以及提升法学论证的素养。又本书对若干重要制度作用图解,其目的系为整理基本问题,希望能有助于培养法律人所应具备之归纳、演绎及来回穿梭于抽象规定及具体案件间思考的能力。

为留下时间,早日完成侵权行为法、担保物权法等著述,对若干问题未能作较精细的讨论,疏漏错误自所难免,敬请不吝指正。林清贤先生审阅本书,助益甚巨,谨表示诚挚的谢意;林美惠博士、马纬中、向国华二君及小女慕华协助校对,备极辛劳,并此致谢。

王泽鉴

二〇〇〇年八月八日

新店 五峰山

目 录

第一章 私法绪论

——私法社会、私法秩序、私法原则	1
第一节 法律的斗争	1
第二节 法、私法与公法	9
第三节 民法典的制定、编制体裁与私法体系	16
第四节 民法的历史基础、伦理性、社会模式及民法的 发展趋势	26
第五节 请求权基础与实例研习	34

第二章 民法的法源及法律的适用

——法学方法论	45
第一节 民法第1条、法源及法学方法	45
第二节 法律解释	52
第三节 习惯法及习惯	61
第四节 法理与法之续造	64
第五节 判例、学说与法释义学	79
第六节 使用文字的准则	84
第七节 决定数量的标准	88

第三章 法律关系与权利体系

——私法关系的建构	90
第一节 法律关系的结构分析	90
第二节 权利的概念、功能及体系	93
第三节 物权与债权	98
第四节 请求权、抗辩权及形成权	101

第四章 权利主体

——自然人与法人	110
第一节 自然人	110

2 民法总则

第二节 法人	147
第五章 权利的客体	
——物、财产、企业	195
第一节 概说	195
第二节 物	197
第三节 财产与企业	217
第六章 权利的变动	
——私法自治与法律行为	221
第一节 总论	221
第二节 法律行为	233
第三节 法律行为内容的限制	264
第四节 行为能力	296
第五节 意思表示	316
第六节 意思与表示不一致 ——意思瑕疵	332
第七节 意思表示不自由	366
第八节 意思表示的解释	380
第七章 条件与期限	
——法律行为的规划及风险管控	394
第一节 风险管控与规范功能	394
第二节 条件	397
第三节 期限	409
第四节 体系构成及实例研习	411
第八章 代理	
——私法自治的扩大与补充	413
第一节 总说	413
第二节 代理的要件及法律效果	421
第三节 代理权的发生、范围与消灭	430
第四节 自己代理与双方代理	440
第五节 无权代理与表见代理	444
第六节 代理制度的体系构成及实例研习	454

第九章 法律行为的效力

——无效、得撤销及效力未定:控制法律行为效力的 机制	456
第一节 概说	456
第二节 无效的法律行为	459
第三节 得撤销的法律行为	470
第四节 效力未定的法律行为 ——须得同意的法律行为	476

第十章 期日与期间

——权利义务变动的时点	486
-------------------	-----

第十一章 消灭时效

——权利行使在时间上的限制	490
第一节 问题的提出及制度设计	490
第二节 消灭时效的意义及存在理由	491
第三节 消灭时效的客体	496
第四节 消灭时效的期间	499
第五节 消灭时效期间的起算	504
第六节 消灭时效中断与消灭时效不完成	507
第七节 消灭时效完成的效力	514

第十二章 权利的行使

——权利行使自由与限制	520
第一节 概说	520
第二节 行使权利及履行义务	521
第三节 权利的自力救济	535

主要参考书目	543
--------------	-----

中文事项索引	546
--------------	-----

附录一 台湾现行“民法”(总则部分)	557
--------------------------	-----

附录二 台湾现行“民法”(物权部分)	575
--------------------------	-----

第一章 私法绪论

——私法社会、私法秩序、私法原则

第一节 法律的斗争

Rudolf von Jhering 原著

萨孟武教授 翻译

本文原载三民书局出版的《孟武自选文集》(第101页至第113页),承刘振强先生同意转载,谨致最大的谢意。萨孟武先生是台湾著名的政治学学者,著作等身,影响深远,贡献至巨。关于这篇文章,萨孟武作有如下说明:“是篇是节译意译德国法学权威Rudolf von Jhering的Der Kampf um das Recht,是书本来是一篇演讲稿,以后修改成书,……世界各国均有译本。按Recht一语有两种意义,一是法律;二是权利。英译本书名为The Struggle for Law(由John J. Lalor从原书第五版译出),另有日译本。两译本内容稍有不同之处。但日译本文字艰涩,不易了解,比之英译本逊色多了。余参考两种译本,有的根据英译本,有的根据日译本,只意译其大旨,删去字数极多,增加字数亦多。盖不删去,稍嫌芜杂;不增加,意义不明。余特别爱好是书富有感情,而且创见极多,能够说出别人所不能说的话。故节译出来,以供国内法律学者参考。”耶林氏(Jhering)的《法律的斗争》可作为初习民法的“精神教育”,特转录如下。

法律的目的是和平,而达到和平的手段则为斗争。法律受到不法的侵害之时——这在世界上可能永远存在——斗争是无法避免的。法律的生命是斗争,即民族的斗争、国家的斗争、阶级的斗争、个人的斗争。

世界上一切法律都是经过斗争而后得到的。法律的重要原则无一不是从反对者的手中夺来。法律的任务在于保护权利,不问民族的权利或个人的权利,凡想保全权利,事前须有准备。法律不是纸上的条文,而是含有生命的力量。正义之神,一手执衡器以权正义,一手执宝剑以实现正义,有宝剑而无衡器,不过暴力。有衡器而无宝剑,只是有名无实的正义。二者相依相辅,运用宝剑的威力与运用衡器的技巧能够协调,而后法律才可完全见诸实行。

世上有不少的人,一生均在和平的法律秩序之中,过其优游的生活。我们若对他们说“法律是斗争”,他们将莫名其妙。因为他们只知道法律保障和平与秩序。这也难怪他们,犹如豪门子弟继承祖宗的遗产,不知稼穡艰难,从而不肯承认财产是劳动的成果。我们以为,法律也好,财产也好,都包含两个要素,人们因其环境之不同,或只看到享乐与和平之一面,或只看到劳苦与斗争之一面。

财产及法律犹如双面神耶努斯(Janus-head)一样,对甲示其一面,对乙又示其另一面,于是各人所得的印象就完全不同。此种双面的形象,不但个人,就是整个时代也是一样。某一时代的生活是战争,另一时代的生活又是和平。各民族因其所处时代不同,常常发生一种错觉。此种错觉其实和个人的错觉相同,当和平继续之时,人们均深信永久和平能够实现,然而炮声一响,美梦醒了。以前不劳而得的和平时代已成陈迹,接着而来的则为面目全非的混乱时代。要冲破这个混乱时代,非经过艰苦的战争,绝不能恢复和平。没有战斗的和平及没有勤劳的收益,只存在于天堂。其在人间,则应视为辛苦奋斗的结果。

德文 Recht 有客观的(objective)及主观的(subjective)两种意义。客观的意义是指法律,即指国家所维护的法律原则,也就是社会生活的法律秩序。主观的意义是指权利,即将抽象的规则改为具体的权利。法律也好,权利也好,常常遇到障碍;要克服障碍,非采取斗争的方法不可。

我们知道法律需要国家维持。任何时代必定有人想用不法的手段侵

害法律。此际,国家若袖手旁观,不与之斗争,则法律的尊严扫地,人民将轻蔑法律,视其为一纸具文。然而我们须知,法律又不是永久不变的,一方有拥护的人,同时又有反对的人,两相对立,必引起一场斗争。在斗争中,胜负之数不是决定于理由的多少,而是决定于力量的大小。不过人世的事常不能循着直线进行,多采取中庸之道。拥护现行法律是一个力量,反对现行法律也是一个力量,两个力量成为平行四边形的两边垂直线,两力互相牵制,终则新法律常趋向对角线的方向发展。一种制度老早就应废止,而卒不能废止者,并不是由于历史的惰性,而是由于拥护者的抵抗力。

是故在现行法律之下,要采用新的法律,必有斗争。这个斗争或可继续数百年之久。两派对立,都把自己的法律——权利视为神圣不可侵犯。其结果如何,只有听历史裁判。在过去的法制史之上,如奴隶农奴的废除、土地私有的确立、营业的自由、言论的自由、信教的自由,等等,都是人民经过数世纪的斗争得到的。法律所经过的路程不是香花铺路,而是腥血涂地,吾人读欧洲历史,即可知之。

总而言之,法律不是人民从容揖让,坐待苍天降落的。人民要取得法律,必须努力,必须斗争,必须流血。人民与法律的关系犹如母子一样,母之生子须冒生命的危险,母子之间就发生了亲爱感情。凡法律不由人民努力而获得者,人民对之常无爱惜之情。母亲失掉婴儿,必伤心而痛哭;同样,人民对流血得到的法律亦必爱护备至,不易消灭。

二

现在试来说明法律斗争。这个斗争是由一方要侵害法益,他方又欲保护法益而引起的。不问个人的权利或国家的权利,其对侵害,无不尽力防卫。盖权利由权利人观之,固然是他的利益,而由侵害人观之,亦必以侵害权利为他的利益,所以斗争很难避免。上自国权,下至私权,莫不皆然。国际上有战争,国内有暴动与革命。在私权方面,中世纪有私刑及决斗,今日除民事诉讼之外,尚有自助行为。此数者形式不同,目的亦异,而其为斗争则一。于是就发生一个问题:我们应该为权利而坚决反抗敌人乎,抑或为避免斗争,不惜牺牲权利乎?前者是为法律而牺牲和平,后者则为和平而牺牲法律。固然任谁都不会因为一元银币落在水中,而愿出两元银币雇人捞取。这纯粹出于计算。至于诉讼却未必如此,当事人不会计较诉讼费用多少,也不想将诉讼费用归诸对方负担。胜诉的人虽知

用费不贲,得不偿失,而尚不肯中辍诉讼,此中理由固不能以常理测之。

个人的纠纷姑且不谈,今试讨论两国的纷争。甲国侵略乙国,虽然不过荒地数里,而乙国往往不惜对之宣战。为数里之荒地,而竟牺牲数万人的生命,数亿元之巨款,有时国家命运且因之发生危险。此种斗争有什么意义?盖乙国国民若沉默不作抗争,则今天甲国可夺取数里荒地,明天将得寸进尺,夺取其他土地,弄到最后,乙国将失掉一切领土,而国家亦灭亡了。由此可知,国家因数里荒地所以不惜流血,乃是为生存而作战,为名誉而作战,牺牲如何,结果如何,他们是不考虑的。

国民须保护其领土,则农民土地若为豪强侵占数丈,自可起来反抗,而提起诉讼。被害人提起诉讼,往往不是因为实际上的利益,而是基于权利感情(feeling of right)。他们对于不法行为,精神上感觉痛苦。即不是单单要讨还标的物,而是要主张自己应有的权利。他的心声告诉他说:你不要退缩,这不是关系毫无价值的物,而是关系你的人格、你的自尊、你的权利感情。简而言之,诉讼对你,不单单是利益问题,而是名誉问题,即人格问题。

世上必有不少的人反对吾言。这个反对意见一旦流行,法律本身就归毁灭了。法律能够存在,乃依靠人们对于不法肯做勇敢的反抗,因畏惧而至逃避,这是世上最卑鄙的行为。我敢坚决主张,吾人遇到权利受到损害时,应投身于斗争之中,出来反抗。此种反抗乃是每个人的义务。

三

权利斗争是权利人受到损害时,对于自己应尽的义务。

生存的保全是一切动物的最高原则。但是其他动物只依本能而保全肉体的生命,人类除肉体的生命之外,尚有精神上的生命。而此精神上的生命由法律观之,则为权利。没有法律,人类将与禽兽无别。每种法律都是集合许多片段而成,每个片段无不包括肉体上及精神上的生存要件。抛弃法律等于抛弃权利,这在法律上是不允许的,而且亦不可能。如其可能,必定受到别人侵害;抵抗侵害乃是权利人的义务。吾人的生存不是单由法律之抽象的保护,而是由于具体的坚决主张权利。坚决主张自己的权利,不是由于利益,而是出于权利感情的作用。

那辈窃盗因他自己不是所有权人,故乃否认所有权的存在,更否认所有权为人格的要件。是则窃盗的行为不但侵害别人的财物,且又侵害别人的人格,受害人应为所有权而防卫自己的人格。因此窃盗的行为可以

产生两种结果：一是侵害别人的权益；二是侵害别人的人格。至于上述豪强侵占农民的田地，情形更见严重。倘若该受害农民不敢抗争，必为同辈所轻视。同辈认为其人可欺，虽不敢明目张胆，亦将偷偷摸摸，蚕食该农民的土地。所有权观念愈发达，受害人愈难忍受侵害，从而反抗的意志亦愈益强烈。故凡提起诉讼而能得到胜诉，应对加害人要求双重赔偿，一是讨还标的物；二是赔偿权利感情的损伤。

各种国家对于犯罪之会加害国家的生存者，多处以严刑。在神权国，凡慢渎神祇的处严刑，而擅自改变田界的，只视为普通的犯罪（例如摩西法）。农业国则反是，擅自改变田界的处严刑，慢渎神祇的处轻刑（例如古罗马法）。商业国以伪造货币，陆军国以妨害兵役，君主国以图谋不轨，共和国以运动复辟，为最大的罪状。要之，个人也好，国家也好，权利感情乃于生存要件受到损害之时，最为强烈。

权利与人格结为一体之时，不问是哪一种权利，均不能计算价值之多少。此种价值不是物质上的价值（material value），而是观念上的价值（ideal value）。对于观念上的价值，不论贫与富，不论野蛮人与文明人，评价都是一样。至其发生的原因，不是由于知识的高低，而是由于苦痛感情的大小。也许野蛮人比之文明人，权利感情更见强烈。文明人往往无意之中，计算得失孰大孰小。野蛮人不凭理智，只依感情，故能勇往猛进，坚决反抗权利之受侵害。但是文明人若能认识权利受到侵害，不但对他自己，而且对整个社会，都可以发生影响，亦会拔剑而起，挺身而斗，不计利害，不计得失。吾于欧洲许多民族之中，只知英国人民有此权利感情。英国人民旅行欧洲大陆，若受旅馆主人或马车驭者的欺骗，纵令急于出发，亦愿延期启行，向对方交涉，虽牺牲十倍的金钱，亦所不惜。这也许会引人嗤笑，其实嗤笑乃是不知英国人民的性格，所以与其嗤笑英人，不如认识英人。

四

为法律而斗争，是权利人的义务，已如上所言矣。兹再进一步，说明个人拥护自己的法律——法律上的权利——又是对于社会的义务。

法律与权利有何关系？我们深信法律乃是权利的前提，只有法律之抽象的原则存在，而后权利才会存在。权利出于法律，而后才有生命，才有气力，同时又将生命与气力归还法律。法律的本质在于实行，法律不适用于实行或失去实行的效力，则法律已经没有资格称为法律了；纵令予以撤

废,亦不会发生任何影响。这个原则可适用于一切国法,不问其为公法,其为刑法,其为私法。公法及刑法的实行,是看官署及官吏是否负起责任,私法的实行则看私人是否拥护自己的权利。私人放弃自己的权利,也许由于愚昧,不知权利之存在;也许由于懒惰或由于畏惧,不欲多事,其结果,法律常随之丧失锐气而等于具文。由此可知,私法的权威乃悬于权利的行使,一方个人的生命由法律得到保障,他方个人又将生命给予法律,使法律有了生气。法律与权利的关系犹如血液的循环,出自心脏,归于心脏。

个人坚决主张自己应有的权利,这是法律能够发生效力的条件。少数人若有勇气督促法律的实行,借以保护自己的权利,虽然受到迫害,也无异于信徒为宗教而殉难。自己的权利受到侵害,而乃坐听加害人的横行,不敢起来反抗,则法律将为之毁灭。故凡劝告被害人忍受侵害,无异于劝告被害人破坏法律。不法行为遇到权利人坚决反抗,往往会因之中止。是则法律的毁灭,责任不在于侵害法律的人,而在于被害人缺乏勇气。我敢大胆主张“勿为不法”(Do no injustice)固然可嘉,“勿宽容不法”(Suffer no injustice)尤为可贵。盖不法行为不问是出之于个人,或是出之于官署,被害人若能不挠不屈,与其抗争,则加害人有所顾忌,必不敢轻举妄动。由此可知我的权利受到侵犯,受到否认,就是人人权利受到侵犯,受到否认。反之,我能防护权利,主张权利,恢复权利,就是人人权利均受防护,均有主张,均能恢复。故凡为一己的权利而奋斗,乃有极崇高的意义。

在这个观念之下,权利斗争同时就是法律斗争,当事人提起诉讼之时,成为问题的不限于权利主体的利益,即整个法律亦会因之发生问题。莎士比亚在其所著《威尼斯商人》(The Merchant of Venice)中,描写犹太商人夏洛克(Shylock)贷款给安东尼奥(Antonio)的故事^①,中有夏洛克所说的一段话:

我所要求一磅的肉,
是我买来的,这属于我,我必须得到;
你们拒绝不予,就是唾弃你们的法律;
这样,威尼斯的法律又有什么威力。

^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,第1页。O. Hood Phillips, *Shakespeare and the Lawyers* (London, 1972), pp. 91-118.

……我需要法律，
……我这里有我的证件。

“我需要法律”一语，可以表示权利与法律的关系，又有人人应为维护法律而作斗争的意义。有了这一句话，事件便由夏洛克之要求权利，一变而为威尼斯的法律问题了。当他发出这个喊声之时，他已经不是要求一磅肉的犹太人，而是凛然不可侵犯的威尼斯法律的化身，他的权利与威尼斯的法律成为一体。他的权利消灭之时，威尼斯的法律也归消灭。不幸得很，法官竟用诡计，拒绝夏洛克履行契约。契约内容苟有反于善良风俗，自得谓其无效。法官不根据这个理由，既承认契约为有效，而又附以割肉而不出血的条件。这犹如法官承认地役权人得行使权利，又不许地役权人留足印于地上。这种判决，夏洛克何能心服。当他悄然离开法庭之时，威尼斯的法律也悄然毁灭了。

说到这里，我又想起另一作家克莱斯特(Heinrich von Kleist)所写的小说《米夏埃尔·科尔哈斯》(Michael Kohlhaas)了。夏洛克悄然走出，失去反抗之力，而服从法院的判决。反之，科尔哈斯则不然了。他应得的权利受到侵害，法官曲解法律，不予保护，领主又偏袒法官，不作正义的主张。他悲愤极了，说道“为人而受蹂躏，不如为狗”“禁止法律保护吾身，便是驱逐吾身于蛮人之中。他们是把棍子给我，叫我自己保护自己”。于是愤然而起，由正义的神那里，夺得宝剑，挥之舞之，全国为之震惊，腐化的制度为之动摇，君主的地位为之战栗。暴动的号角已经鸣了。权利感情受到侵害，无异于对人类全体宣战。但是驱使科尔哈斯作此行动，并不是单单报仇而已，而是基于正义的观念。即余当为自己目前所受的侮辱，恢复名誉；并为同胞将来所受的侵害，要求保护，这是余的义务。结果，他便对于从前宣告他为有罪的人——君主、领主及法官，科以二倍、三倍以上私刑。世上不法之事莫过于执行法律的人自己破坏法律。法律的看守人变为法律的杀人犯，医生毒死病人、监护人绞杀被监护人，这是天下最悖理的事。在古代罗马，法官受贿，便处死刑。法官审判，不肯根据，而唯视金钱多少，势力大小，法律消灭了，人民就由政治社会回归到自然世界，各人均用自己的腕力，以保护自己的权利，这是势之必然。

人类的权利感情不能得到满足，往往采取非常手段。盖国家的权力乃所以保护人民的权利感情，而今人民的权利感情反为国家权力所侵害，

则人民放弃法律途径,用自助行为以求权利感情的满足,不能不说是出于万不得已。然此又不是毫无结果,教徒的殉难可使罗马皇帝承认基督教,欧洲各国的民主宪政何一不是由流血得来。科尔哈斯挥动宝剑,实是“法治”发生的基础。

五

国民只是个人的总和,个人之感觉如何,思想如何,行动如何,常表现为国民的感觉思想和行动。个人关于私权的主张,冷淡而又卑怯,受了恶法律和恶制度的压迫,只有忍气吞声,不敢反抗,终必成为习惯,而丧失权利感情。一旦遇到政府破坏宪法或外国侵略领土,而希望他们愤然而起,为宪政而斗争,为祖国而斗争,事所难能。凡沉于安乐,怯于抗斗,不能勇敢保护自己权利的人,哪肯为国家的名誉,为民族的利益,牺牲自己的生命。至于名誉或人格也会因而受到损害,此辈是不了解的。此辈关于权利,只知其为物质上的利益,我们何能希望他们另用别的尺度以考虑国民的权利及名誉。所以国法上能够争取民权,国际法上能够争取主权的人,常是私权上勇敢善战之士。前文曾说过,英国人愿为区区一便士之微而愿付出十倍以上的金钱,与加害人斗争。有这斗争精神,故在国内能够争取民主政治,在国外能够争取世界霸权。

对于国民施行政治教育的是私法,绝不是公法。国民在必要时,若能知道如何保护政治的权利,如何于各国之间,防卫国家的独立,必须该国人民在私人生活方面,能够知道如何主张他们自己的权利。自己权利受到侵害,不问来自何方,是来自个人乎,来自政治乎,来自外国乎,若对之毫无感觉,必是该国人民没有权利情感。是故反抗侵害,不是因为侵害属于哪一类别,而是悬于权利感情之有无。

依上所述,我们可以得到简单的结论,各国或地区,即对外邦要发扬国家的声望,对内要建立强国的基础,莫贵于保护国民的权利感情;且应施以教育,使国民的权利感情能够生长滋蔓。

专制国家的门户常开放给敌人进来。盖专制政府无不蔑视私权,赋税任意增加,没有人反对;徭役任意延长,没有人抗议。人民养成了盲从的习惯,一旦遇到外敌来侵,人民必萎靡不振,移其过去盲从专制政府者以盲从敌人政府。到了这个时候,政治家方才觉悟,要培养对外民气,须

先培养对内民气,亦已晚矣。^①

第二节 法、私法与公法

1. 简述法律、道德与习俗的社会功能及相互关系。

(1) 甲见老妪乙昏迷于途,能救助而不为救助时,有无法律责任? 甲为救助时,成立何种法律关系? 试就民法相关规定加以说明。

(2) 您如何看待同性恋及同性婚姻?

2. 某甲酒醉驾车违规超速,撞倒路人某乙致重伤。试问^②:

(1) 乙得向甲主张何种权利?

(2) 甲应负何种刑事责任?

(3) 主管机关得否吊销甲的驾照?

(4) 试就上揭情形说明管辖的法院。

3. 甲参加劳工保险(或全民健康保险),因保险给付与承办保险机关发生争执时,究应依行政救济主张其权利,抑或向普通法院起诉?

4. 试就上举三例题说明私法与公法的区别标准、区别实益、规范功能及二者的关系。

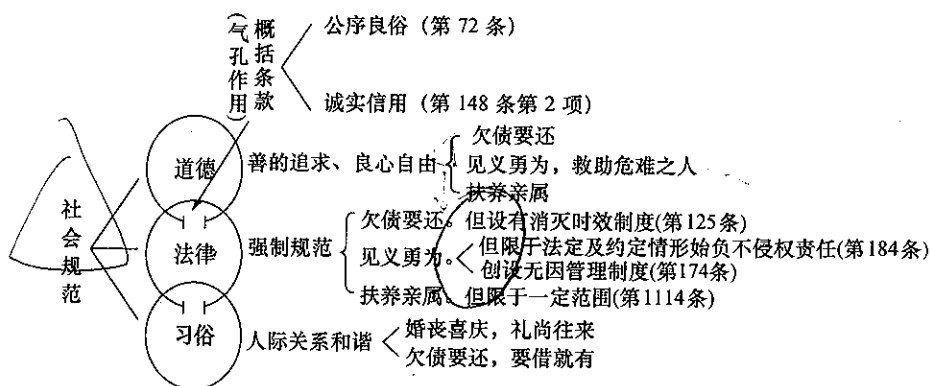
一、社会规范:法律、道德与习俗

人类社会生活需要一定的规范,包括法律、道德及习俗。法律是由国家制定具有强制性的规范,以一定的制裁(刑罚、损害赔偿等)要求人民应为一定行为(如缴纳税捐、服兵役),或不为一定行为(如不喝酒驾车、不作伪证),以维持社会平和、实现正义。道德系本诸个人的良知及伦理上之是非观念,例如救助落难之人、非礼勿言、以德报怨,旨在追求至善,良心自由,违反者难免良心不安。习俗系社会生活上的人情世故、节庆祭典及交易惯例,其目的在于促进和谐,其违反时(如参加婚宴不送礼)将受到他人的责难、鄙视、孤立或敬而远之。

^① Jhering 所著 *Der Kampf um das Recht* 一书的中文全译本,参见蔡震荣与郑善印合译:《法(权利)的抗争》,三铎出版社 1993 年版;林文雄译:《为权利而抗争》,协志出版社 1997 年版。关于 Jhering 的生平与法学思想,参见李建良:《戏谑与严肃之间:耶林的法学世界》,载《月旦法学杂志》2001 年总第 75 期,第 183 页。

^② 用心、耐心、细心,研读案例事实,慎思明辨,是法律人必备的基本素养。

法律、道德及习俗三者共同协力维护增进社会生活。法律必须建立在道德之上,始具伦理性,并将部分道德法律规范化。例如“民法”第180条*第1款规定给付系履行道德上之义务者,不得请求返还。第408条第2项规定为履行道德上义务者,赠与物之权利未移转前,赠与人不得撤销其赠与。“民法”第1084条第1项规定子女应孝敬父母。“民法”第72条规定法律行为,有悖于公共秩序或善良风俗者,无效。习俗(包括交易惯例)亦得作为意思表示及契约解释的参考因素。兹将法律、道德及习俗的规范性图示如下:



1. 法律、道德及习俗各有其功能,得发生重叠,以不同的方式共同协力维护增进人类社会生活。

2. 任何社会或国家皆以最低限度的共同价值为其存在的前提,例如不得作伪证、不得杀人、负债要还、信守承诺等,^①法律仅能将社会道德的核心部分加以强制(法律系最低的道德或伦理)。例如欠债要还,但“民法”设有消灭时效制度,使请求权因一定期间不行使而消灭(第125条)。救助危难之人(如落水之人),乃道德上义行,但须有法定或约定的作为义务时,始负法律责任。扶养亲属具有伦理性,但法律将法定扶养义务限于一定范围之人(第1114条)。(道德应作为法的目标,但不能要求将法与道德合一,国家不能以法与道德应予合一的要求,用法律强制规定一定的

* 本书法律条文如无特别说明,均指台湾地区现行“民法”之规定。——编者注

① Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie, mit Juristischer Methodenlehre* (6. Aufl., München 2011), S. 248; 丁晓春、吴越译:《法理学》(4. Aufl., München 2002)法律出版社2002年版,第179页;N. Hoerster, *Was ist Moral?* (Stuttgart 2008).

意识形态,限制属于私人领域的行为(如性生活),拘束公民的良心。^①

3. 法律不能成为一种封闭的体系,民法上的概括条款(公序良俗、诚实信用)具有气孔作用,使民法得与变迁中的道德、习俗沟通,经由判例学说与时俱进,适应社会变迁而发挥其规范功能。

4. 法律不强制每个人成为好的撒马利亚人(good Samaritan,《圣经》“路加福音”10章25节),负有救助遭遇危难之人的义务,但民法创设了无因管理制度,以债的关系(第173条)调和救助者与被救助者的权利义务。

二、法律体系

(一) 法律体系的功能

对一个初习民法的人而言,上揭例题有助于了解民法在法律体系上的地位及法律适用关系。

在例题2中,乙得对甲主张何种权利?学习民法的人都应该知道,不能单凭公平、正义而论断,亦不能仅从伦理道德去考量,必须依法及法律去思考、判断。因此,关键问题在于现行法上是否有一项足以支持乙向甲请求损害赔偿之请求权的规定,学上说为请求权规范基础(Anspruchsnormengrundlage),简称为请求权基础(Anspruchsgrundlage)。学习法律,处理实例的主要工作,就在于探寻此种可以支持乙的请求权的法律规范,必须于找到一定请求权基础(如“民法”第184条第1项前段、第2项、第191条之2)时,始可肯定乙的请求权。反之,倘若翻遍了《六法全书》,穷尽法律解释方法,仍然找不到一个可以支持乙的请求权的法律规范时,原则上应认定乙的请求为无理由。^②

关于例题2的其他2个问题,涉及酒醉肇事者的刑事责任及行政制裁。在一个采罪刑法定主义及依法行政的法治社会,对人民施以刑事或行政上的制裁,应有法律依据,并须依一定的程序为之。

思考敏锐的读者必定会提出一个基本问题:在一个具体案例中,如何寻找可资决定当事人间权利义务关系的法律规范?如何知道管辖的法

^① Leon Fuller, *The Morality of Law* (2nd, New Haven, Yale University Press 1969). 提出法的内在道德性,强调法的规则特征,须能体现法治国家的基本原则:(1) 法律规范是一般性表达的规则,而不只涉及个别案件。(2) 国家机关关系根据这些规则对待任何人。(3) 规则须为公众所知晓。(4) 规则长期而稳定。(5) 从理论上,规则自身须具有内部的协调性。(6) 任何人都能在规则的范围内尽力而为。

^② 关于请求权基础,参见拙著:《民法思维》,北京大学出版社2009年版。

院,提起诉讼?法令多如牛毛^①,从何找起?难道要从《六法全书》一页一页去寻找不成?事实上绝非如此!因为法律虽然多如牛毛,但法律有其体系,而法律体系主要功能之一,就在于指引我们如何去发现于具体案例可资适用的法律及管辖法院。

(二) 外部体系与内在体系^②

将众多法律,依一定的观点,加以归类组织而形成的秩序,并体现一定的基本规则,构成所谓的法律体系。法律体系分为外部体系及内部体系。法律的外部体系指法律的归类构造,例如将法律分为公法与私法、实体法与程序法。将私法分为民法与特别民法。民法为五编制,分为民法总则、债、物权、亲属、继承。法律的内部体系指法律的基本原则,例如宪法的法治国原则、刑法的罪刑法定主义、税法上的租税法定原则、民法上的私法自治等。法律体系有助于认识法律的整体性,在个案探寻得适用的规定及阐释定明法律的规范意旨^③,并可培养法律人体系思考能力,此乃法律人的基本素养。^④

三、公法与私法

自罗马法以来,法律在传统上分为两类,一为公法;二为私法。关于公法与私法的区别,涉及两个基本问题:区别标准;区别实益,分述如下。

(一) 区别标准

1. 学说理论

公法与私法的区别标准^⑤,主要有四说:(1) 利益说,以公益为目的

① 一牛之毛究有多少,不得确知,论者有谓牛健者多毛,现代化社会的法令多如牛毛,虽属比喻,实寓真理。

② C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (2. Aufl., Berlin 1983).

③ C. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung (Tübingen 2008).

④ 德国伟大法学家萨维尼(Savigny)说:“学术研究不仅取决于天赋(个人智力的程度)与勤奋(对智力的一定运用),它更多地取决于第三种因素,那就是方法,即智力的运用方向。每个人都有其方法,但很少有人能够在这方面达到自觉和体系化的程度。如果我们对一门科学(Wissenschaft)或其理念按照合乎这门科学之本性的法则(Gesetze)进入深入彻底地思考,那么我们的方法将走向体系化,对科学理念的观察将能够把我们引向正确的方向。”参见杨代雄译:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,法律出版社2008年版,第67页。

⑤ 关于公法与私法区别,参见吴庚:《行政法之理论与实用》(增订第12版),2012年版,第28页;陈敏:《行政法总论》(第7版),2011年版,第29页以下;翁岳生编:《行政法》(上)(第3版),2000年版,第89页;Renck, über die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, JuS 1986, 268 f.

者为公法；以私益为日的者为私法。^①（2）从属规范说，规范上下隶属关系者为公法；规范平等关系者，为私法。（3）主体说，法律关系主体的一方或双方为国家或机关者，为公法；法律关系的主体双方均为私人者，为私法。（4）特别法规说（新主体说），国家或机关以公权力主体地位作为法律关系的主体者，该适用的法律为公法；该法律对任何人皆可适用者，则为私法。

由公法与私法区别标准见解的分歧，可知诸说各有所长，但亦均具缺点。就利益说而言，如民法为私法，但亦须兼顾公益（如交易安全）。就从属规范说而言，如民法上父母与未成年子女之间亦具有强制服从关系；而所谓的行政契约亦基于平等关系。就主体说而言，国家或机关从事私法行为（如向私人承租房屋、购买物品）时，应属私法关系。特别法规说旨在克服上揭各说的缺点，而渐受重视，如国家或机关向私人承租房屋，因非基于公权力的地位，故属私法行为；行政契约的订立（如医学院公费生与“教育部”缔约的契约）^②，因一方的主体系居于公权力的地位，故具公法性质。

2. 民法系属私法

公法与私法的区别标准分歧，虽如上述，但民法系属私法，则无争议。因为民法旨在规范个人间的利益（如订立契约、移转所有权、结婚或为遗嘱），以平等为基础，其主体为私人或国家非基于公权力的地位，对任何人皆可适用。民法的主要特征及规范意义在于私法自治，即个人得自主决定，自我负责地形成彼此间的权利义务关系。

其属于公法的，有宪法、行政法（如所得税法、大学法、建筑法）及刑法等。关于诉讼法，一般多将其归类为公法，其理由为司法涉及政府公权力的活动；当事人、证人或鉴定人与法院的关系，乃处于上下隶属关系。然须注意的是，民事诉讼当事人间系居于平等对立关系，民事诉讼法亦允许当事人拥有一定程度的处分权限，此乃基于诉讼上当事人的私法自治，故有认为公法与私法的区别应着眼于规范权利主体间的生活关系，以定

^① 此为罗马法所采的标准，认为，“公法者为罗马国家制度之法；私法者，为关于个人利益之法”。Ulpian (170-228 a. D.): “publicum iustest quod ad statum rei Romane spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.” (Ulp. Dig. 1,1,1,2); Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht (4. Aufl., München 1987), S. 49 f.

^② 参见“司法院”释字第348号解释。

其权利义务^①的实体法,而不及于规范如何实现权利的民事诉讼法。^① 此项见解可供参考。

(二) 区别实益

公法与私法的区别,除有助于认识二者的特色外,其主要实益在于诉讼时的法院管辖及救济程序。此攸关“宪法”对于人民诉讼权的保障及实践。^② “法院组织法”第2条规定:“法院审判民事、刑事及其他法律规定诉讼案件,并依法管辖非讼事件。”所称“法院”指普通法院,“民事诉讼案件”指私法案件而言,“其他法律规定”,如“公职人员选举罢免法”第108条规定选举、罢免之诉讼属普通法院管辖。

至于公法上的争议,依“行政诉讼法”第2条规定,除法律另有规定外,得依本法提起行政诉讼,归行政法院管辖。所称除法律另有规定,除上揭“公职人员选举罢免法”外,尚有“国家赔偿法”(第5条以下)、“道路交通管理处罚条例”(第87条以下)等。

关于诉讼案件的法院管辖,公法与私法的区别应就个案加以认定,其争议主要发生于行政法。政府行为涉及公权力行使者,如课征税捐、核发建照等,系属公法行为。其属私经济行为(“国库”行政)者,如租用办公厅舍,对地震灾民出售住宅,经营公车捷运等,则属私法上行为。关于公有耕地放领行为,“司法院”释字第89号解释认为是“国家”与承领人间订立的私法上的买卖契约,略谓:“‘行政官署’依‘台湾省放领公有耕地扶植自耕农实施办法’,将公有耕地放领于人民,其因放领之撤销或解除所生之争执,应由普通法院管辖。”解释理由强调耕作人承领与否非属强制,乃承领人可选择的自由。

基于给付行政而提供的给付或服务,究系公法行为或私法行为,颇难认定,而此与台湾地区行政诉讼制度的发展具有关系。公务人员保险为公法事件,向无疑问。关于劳工保险事件,普通法院系作为民事事件而受理^③,行政法院则将之定性为行政处分,人民得对之提起行政诉讼。^④ 值得注意的是,健康保险局与各医事服务机构缔结全民健康保险特约医事服务机构合约,“司法院”释字第533号解释认系行政契约,其所生争议具

① Wolf/Neuner, AT S. 13.

② 参见“司法院”释字第466号、第533号解释。

③ 1967年台上字第3372号判例。

④ 行政法院1966年判字第228号判例。

公法上的性质,得依法提起行政争讼。^①

(三) 私法与公法的关系

法律分为私法与公法,并将个别法律归类为私法或公法,二者并非完全分离、互不相关。实者,私法与公法关系密切,共同协力规范社会生活,建构统一的法秩序,分三点言之:

1. 为形成一定社会生活,法律(如“公平交易法”“消费者保护法”)常兼用私法(契约、侵权行为损害赔偿)及公法(刑罚或罚鍰)的手段。

2. 各部门法律的内容以多种方式结合,例如私法与民事诉讼法,使私法上的权利得依政府维护的诉讼秩序予以实现。又违反公法规定时得发生私法上效果,例如“民法”第71条规定:“法律行为违反强制或禁止规定者,无效。”此项强制或禁止规定多属公法。“民法”第184条第2项规定违反保护他人法律者,推定其有过失,应负损害赔偿责任,其所称保护他人法律,亦多具公法性质。

3. 所有权系私法关系的基础,其形成私法生活的空间常受具公法性质的建筑、环保法令的限制。

(四) 私法的优先性:有疑义时为自由

私法与公法有不同的规范原则:私法以个人自由决定为特征,公法则以强制或拘束为内容;前者强调自主决定,后者须有法律依据及一定的权限。公法与私法相互补充,彼此协力,如何运用,应在宪法的界限内,由立法者判断何者宜让私人形成,何者须交由国家公权力处理。任何社会在决定如何以公法或私法形成国民生活时,对于此种区别应有清楚的认识。基于对个人自由权利的保障,应遵循“有疑义时为自由”(in dubio pro lib-

^① “司法院”释字第533号解释谓:“宪法”第16条规定,人民的诉讼权应予保障,旨在确保人民于其权利受侵害时,得依法定程序提起诉讼以求救济。健康保险局依其组织法规系政府机关,为执行其法定之职权,就办理全民健康保险医疗服务有关事项,与各医事服务机构缔结全民健康保险特约医事服务机构合约,约定由特约医事服务机构提供被保险人医疗保健服务,以达促进全民健康、增进公共利益之行政目的,故此项合约具有行政契约之性质。缔约双方如对契约内容发生争议,属于公法上诉讼事件,依1998年10月28日修正公布之“行政诉讼法”第2条规定:“公法上之争议,除法律别有规定外,得依本法提起行政诉讼。”第8条第1项规定:“人民与政府机关间,因公法上原因发生财产上之给付或请求作成行政处分以外之其他非财产上之给付,得提起给付诉讼。因公法上契约发生之给付,亦同。”规定,应循行政诉讼途径寻求救济。保险医事服务机构与健康保险局缔结前述合约,如因而发生履约争议,经该医事服务机构依“全民健康保险法”第5条第1项所定程序提请审议,对审议结果仍有不服,自得依法提起行政争讼。本件解释理由论及人民的诉讼权、公法与私法的区别实益及行政契约的认定标准,甚属重要,务请参见。

ertate)的原则,以私法为优先,其主要理由系个人乃自己事务的最佳判断者及照顾者,选择自由有助于促进社会进步及经济发展。政府必须保障私法制度能有发挥其功能的空间,并限制契约自由的滥用。政府为更高的价值或公益而为强制或干预时,应有正当理由,符合比例原则(参照“宪法”第23条)。

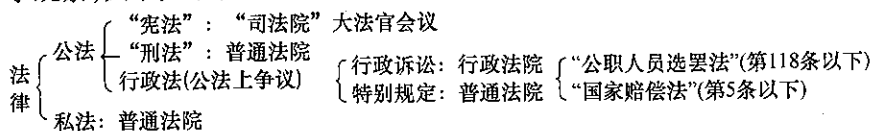
(五) 例题解说

在前揭例题2中,乙得否向甲请求损害赔偿,系民事案件,由普通法院审判。民事,应先依法律规定(第1条),包括“民法”及其他“民事特别法”。乙得依“民法”第184条第1项前段、第2项或第191条之2规定向甲请求损害赔偿。

甲驾车过失肇事致乙重伤,犯“刑法”第284条第1项规定过失伤害罪,即因过失伤害致人重伤者,处1年以下有期徒刑,拘役或500元以下罚金。此为告诉乃论之罪(“刑法”第287条)，“道路交通管理处罚条例”第86条第1项规定,酒醉驾车,行驶人行道或行经行人穿越道不依规定让行人优先通行,因而致人受伤或死亡,依法应负刑事责任者,加重其刑至二分之一。

又依“道路交通管理处罚条例”第35条规定,汽车驾驶人,驾驶汽车酒精浓度超过规定标准,致人重伤或死亡者,吊销其驾驶执照,并不得再考领。交通案件虽具公法性质,但“道路交通管理处罚条例”特别规定由普通法院处理(第87条以下)。

由上述可知,私法与公法的区别实益在于法律的适用、管辖法院及救济程序。同一行为得同时构成民事责任、刑事责任及行政责任。私法与公法依其不同的规范功能,共同协力保障人民权益,维持社会秩序。为便于观察,图示如下:



第三节 民法典的制定、编制体裁与私法体系

何谓“民商分立”与“民商合一”? 现行“民法”采何制度? 何谓“民法”与“特别民法”? 请参见“公平交易法”“消费者保护法”“公寓

大厦管理条例”(阅读),说明民法法典化的理念及特别民法的发展。

一、民商合一与民商分立^①

私法旨在规律私人间的法律关系,已如上述。此种私人间的法律关系,或为买卖、租赁、所有权等财产上关系,或为婚姻、亲子、继承的身份上关系。关于如何规律私法上法律关系(尤其是财产上关系),立法例上有采“民商分立”制度,即除规律个人间法律关系的“民法法典”外,尚制定有规律商事交易及其他商事关系的“商法法典”,法国、德国、日本等20世纪以前制定民法法典的国家多采此制度。现行“民法”立法之际,曾就历史关系、社会进步、世界交通、各国或地区立法趋势、人民平等、编制标准、编制体例,商法与民法之关系,详加研究,决定仿照瑞士立法例,采取“民商合一”制度,即于“民法法典”外,不另立“商法法典”,因此一方面将以前“商人通例”中的经理人与代办商及商业行为中的交互计算、行纪、仓库、运送营业、承揽运送等编入“民法”债编之中;一方面关于公司、票据、海商、保险,各订为单行法规,使其独立存在,以适应实际需要。唯须注意的是,基于传统沿革的理由,通常仍将公司、票据、海商、保险合同称为商事法。部分大学课程,仍列有“商事法”,台湾地区高普考亦有“商事法”的科目,坊间以“商事法”命名的教科书,尤属常见。

如上所述,私法分为两个体系:一为民法法典(简称民法);二为特别民法,除商事法外,尚有“土地法”“耕地三七五减租条例”“矿业法”等。民法适用于全体人民及一般事项,称为普通法(一般法),其他民事法规,则为特别法。关于同一事项,特别法有规定者,应优先适用特别法,其无规定时,始适用民法,此即特别法优先于普通法的原则^②。

二、民法的制定与其时代背景

近代各国制定民法法典,均有其特殊的政治社会背景。1804年的

^① 关于民商合一立法政策上的问题,参见王伯琦:《民法债编总论》,第302页;郑玉波:《民法总则》,第34页。

^② 此种特别法应优先于普通法适用的原则,在耕地租赁最为显著,例如关于自任耕作而承租的耕地,应先适用“耕地三七五减租条例”,次适用“土地法”之规定(第106条以下),最后则适用“民法”之规定。参见1961年台上字第1000号判例:“支票之背书如确系他人逾越权限之行为,按之‘票据法’第10条第2项之规定,就权限外部分,即应由无权代理人自负票据上之责任,此乃特别规定优先于一般规定而适用之当然法理,殊无适用‘民法’第107条之余地。”

《法国民法》(通称《拿破仑法典》),旨在建构法国大革命推翻“旧政权”后的法律秩序,以贯彻自由、平等、博爱的理想。^① 1900年的《德国民法典》乃在实践一个民族、一个国家、一个法律的目标。^② 1898年公布施行的《日本民法》,则是明治维新的产物。^③

“民法”制定的背景,与《日本民法》相似,亦在变法图强。庚子乱后,朝野上下体察时局艰难,认为国家的富强,非全恃坚甲利兵,法制的变革,亦属基本。历经争议,乃于光绪三十年开设法律馆,其初首先致力于刑律的修订,至宣统三年(1911年)始次第完成《大清民律草案》,是为民法第一次草案,未及颁布施行,清室已亡。第二次草案于1925年完成。1927年国民政府奠都南京,于1928年成立立法院,积极编制法典,于1929年5月23日公布《民法总则》,同年10月10日施行。其后陆续分订债编、物权编、亲属编及继承编,而于1931年完成第一部《民法》法典^④,施行迄今,已达85年了。

三、“民法”总则编的构成^⑤

甲向乙以分期付款买卖方式购买某车,试就下列问题,说明当事人间的法律关系(查阅适用的条文):

1. 乙与甲约定,甲有迟延时,乙即得请求全部价金。

^① David, *French Law: Its Structure, Sources, and Methodology*, 1972; Tunc, *The Grand Outlines of the Code Napoleon*, *Tul. L. Rev.* 29 (1955) 431; Tunc, *Methodology of the Civil Law in France*, *Tul. L. Rev.* 50 (1976) 459.

^② 台大法律学研究所编译《德国民法》,梅仲协撰《德国民法简介》,论述甚详,可供参考; Diederichsen/Sellert (Hrsg.), *Das BGB im Wandel der Epochen* (Göttingen, 2002); Schulte-Nölke, *Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuches*, *NJW* 1996, 1705 ff.; Stürmer, *Der hundertste Geburtstag des BGB—nationale Kodifikation im Greisenalter?*, *JZ* 1996, 741 ff.

^③ 参见〔日〕石井良助:《民法典的编纂》,法制史论集(4),创文社1999年版;〔日〕广中俊雄、牧野英一编:《民法典的百年》(4册),有斐阁1998年版; Helmut Coing (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts* (Tübingen 1988); 加藤雅信等编:《民法学说百年史》,日本民法施行100周年纪念三省堂1999年版; Ramseyer/Nakazato, *Japanese Law: An Economic Approach* (University of Chicago Press 1999)。

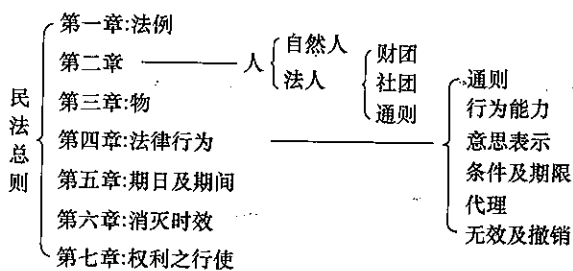
^④ 关于《大清民律草案》以来的立法资料,参见“司法行政部民法研究修正委员会”编译,《民法制定史料汇编》。

^⑤ 参见曾世雄:《民法总则之现在与未来》1993年版,(此为甚具启示性的重要著作); Heck, *Der Allgemeiner Teil des Privatrechts*, *AcP* 146 (1939) 1 ff.; Larenz, *Neubau des Privatrechts*, *AcP* 145 (1938) 97 ff.; Medicus, *AT S.* 8 ff.

2. 乙交付的汽车系泡水车。
3. 该车于交付前,因乙的店员的过失而灭失。
4. 甲 19 岁。
5. 该车系丙所有,为乙所盗卖,丙于乙交付该车予甲后,查知其事。

“民法”继受德国立法例,采五编制,其最大的特色为“民法”总则编,此为德国法系的民法(如日本、韩国、泰国等)所特有,英美法无之,法国民法及瑞士民法亦不采之。^①总则编是长期法学发展的产物,肇始自德国 18 世纪普通法(Gemeines Recht)对 6 世纪优士丁尼大帝所编纂《学说汇编》[Digesten(拉丁文)、Pandekten(希腊文)]所作的体系整理。首见于 Georg Arnold Heise 于 1807 年出版的《普通法体系概论》(Grundriss eines Systems des Gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandekten),建构 Pandekten(学说汇编)法学,集大成于伟大法学家 Windscheid^②,其理论体系为德国民法所采用,充分展现德意志民族抽象、概念、体系的思考方法。

“民法”总则编是建立在两个基本核心概念之上,一为权利(Subjektives Recht);二为法律行为(Rechtsgeschäft)。基于权利而组成权利体系,有权利主体(人)、权利客体(物)、权利行使等问题。法律行为乃权利得失变更的法律事实,而以意思表示为要素。此种体系构成反映在“民法”总则的结构之上:

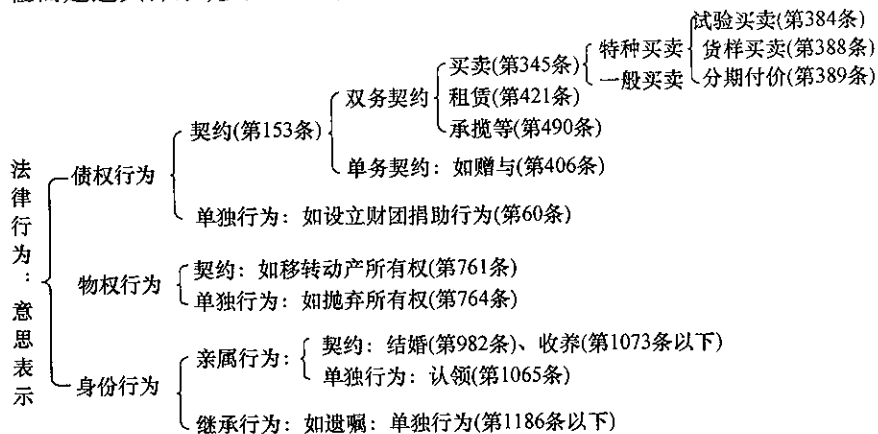


上揭“民法”总则体系构成中,法律行为系私法学的最高成就,区分债权行为(契约、单独行为)、物权行为(契约、单独行为)及身份行为(契

^① Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl., Tübingen 1996), S. 141 ff.

^② Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (9. Aufl., Frankfurt/M. 1906). 关于 Windscheid (1817-1892) 的生平及贡献, 参见 Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten (Heidelberg 1996), 许兰译:《九百年来的德意志及欧洲法学家》, 法律出版社 2005 年版, 第 451—455 页。

约、单独行为),而以意思表示为必备的核心概念,经由多层次的抽象化过程而建造其体系,参见下图(查阅条文):



四、民法总则的优点及缺点

(一) 民法总则的优点

前揭“民法”总则的构成显现了“民法”总则的优点,即将私法上的共同事项加以归纳,具有合理化的作用,避免重复或大量采准用性的规定。例如,关于法律行为的生效要件(如行为能力等),不必就各种债权契约或物权契约另设规定。“民法”总则的体系构成有助于培养法律人归纳演绎、抽象思考方法及形成法律原则的能力。

(二) 民法总则的缺点

1. 原则与例外的复杂关系

利之所在,弊亦随之,抽象的规定的优点在于概括,其缺点系必须创设例外。例如法律行为包括买卖、赠与、租赁、所有权移转、婚姻等不同性质和功能的契约,须就该契约另设规定,因而形成各种原则及例外,竞合或特别规定的复杂关系。又如,关于当事人行为能力,“民法”总则规定限制行为能力人未得法定代理人之允许之单独行为无效(第78条),满7岁以上之未成年人未得法定代理人之允许所订立的契约为效力未定(第79条),此于债权行为及物权行为均应适用,但对于结婚、离婚及遗嘱则有特别规定(第980条、第981条、第989条、第1186条)。

2. 法律适用上的各编关联

抽象化的规定脱离了实际的法律生活,增加理解及法律适用的困难。

例如,关于汽车的“分期付款买卖”,一般人多能望文生义,但将此类买卖抽象地定性为“法律行为”时,除法律人外,难知其究何所指。学习民法的过程,系由“一般到特殊”,即先学习“民法”总则,后学习债编;就债编而言,则先学习债编通则(债总),再学习各种之债(债各)。但关于法律的适用,则反其道而行之,即由“特殊到一般”,由“后”到“前”,须无特别规定时,始适用一般原则。兹就上揭例题(请再阅读之)加以说明:

关于分期买卖支付价金的迟延,适用“民法”第 389 条(债各,阅读条文内容)。

(1) 关于乙交付的汽车具有瑕疵,适用“民法”第 354 条以下规定(债各)。

(2) 关于因汽车灭失所生给付不能,适用“民法”第 226 条及第 224 条规定(债总)。

(3) 甲 19 岁,系限制行为能力人,适用“民法”第 79 条以下规定(民总)。

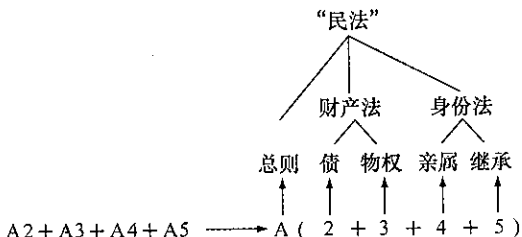
(4) 关于乙出卖及无权处分他人之汽车,适用“民法”第 118 条(民总)及第 948 条以下规定(物权编)。

五、编制体裁与立法技术

(一) 五编制构造

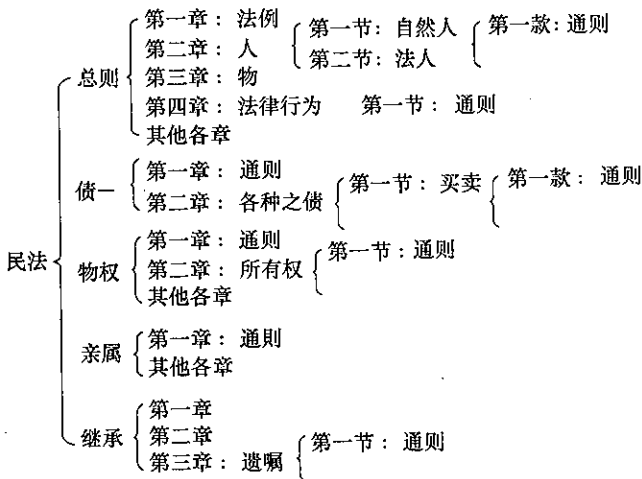
“民法”共有五编,即总则、债、物权、亲属及继承。此种编制体例系建立在“由抽象到具体”“由一般到特殊”的立法技术之上。易言之,即尽量将共同事项归纳一起。债编规定契约、无因管理、不当得利及侵权行为四种债之发生原因,其构成“债之关系”的共同因素,非其社会功能,而是其法律效果,即当事人的一方得向他方当事人请求给付,自得请求的一方言,是为债权,自应为给付的一方言,则为债务。例如在买卖中,物之出卖人,负交付其物于买受人,并使其取得该物所有权之义务(第 348 条第 1 项,此为出卖人的债务,相对言之,为买受人的债权),买受人对于出卖人,有交付约定价金及受领标的物之义务(第 367 条,此为买受人的债务,相对言之,为出卖人的债权)。债权系相对性的权利,所有权及其他物权则为绝对权,此乃“民法”于债编之外,另设物权编的主要理由。债编及物权编合称为财产法。亲属编及继承编的体系结构基础在于彼此相类似的社会生活事实,即亲属编系规定因婚姻而生的亲子关系、扶养及家等的关系;继承编所规定的,则是因人之死亡而发生的财产法上效果。亲属编及

继承编合称为身份法。总则编规定“民法”其他各编的共同原则。兹以下图表示此种五编制的体系构成：



(二) 通则

值得注意的是，“民法”各编多设有“通则”，亦属共同事项的归纳。“民法”总则第一章法例^①，可谓是“民法”总则的“通则”。第二章第二节第一款设有通则，作为“法人”的共同规定。第四章第一节亦设有通则，作为“法律行为”的共同规定。其他各编亦多如此。此种通则化的立法技术，对于了解“民法”的结构体系及解释适用，甚为重要，为便于观察比较，图示如下：



^① 立法理由谓：“谨按法例者，关于全部民法之法例，以总括规定之谓也。各国民法，导源于罗马邱司基尼恩人民法典，要皆各按己国风俗习尚之情形，而异其编制。有设法例者，如瑞士、暹罗及苏俄之民法是。有不设法例者，如德意志、法兰西等国之民法是，唯民法为人民权利义务之准绳，间亦有共通适用之法例，分门编订，重复必多。故举其大纲，概括规定，庶几繁简适中，体例斯当，是曰法例。”参见施启扬：《民法总则》，第33页以下。

(三) 抽象、一般化、概括的法律关系：构成要件与法律效果

现行“民法”的法条构造主要系采抽象、一般化的风格，借着精确的概念形成法律关系的构成要件及法律效果。例如：

1. 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，如误偿他人之债、误食他人牛排。）

2. 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。”（侵权行为，如驾车闯红灯，撞伤行人。）

3. 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。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。”（物上请求权，如无权占用他人土地。）

4. 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。”（给付不能债务不履行，如出卖之物于订约后因出卖人过失而灭失。）

此项立法技术有助于促进法律的安定及预见性，唯必须建立在高度抽象化思考方法及概念体系形成的法学之上，而此实为继受德国法的结果。

现行“民法”尚设有若干概括条款，如“民法”第 72 条规定：“法律行为，有悖于公共秩序或善良风俗者，无效。”第 148 条第 2 项规定：“行使权利、履行义务，应依诚实及信用方法。”具有方针规定及对法院授权的功能，期能顾及个案正义及社会发展。此涉及法律解释适用的问题，俟于本书第二章再为详论。

(四) 准用

关于现行“民法”的立法技术，应再提出说明的是，广泛使用准用性法条，即对某一事项，不径设明文，而“比附援引”其他规定，其用语不一，或为准用（第 81 条第 2 项），或为比照（第 89 条），或为依……规定（第 221 条）。此外尚有亦同（第 75 条后段），视为（第 88 条第 2 项）等规定。

此项立法技术旨在避免重复，简约条文，自有必要，但亦有两项缺点：

1. 使法律的适用趋于复杂。例如甲偷乙之犬，出卖给恶意之丙，丙喂食该犬，并为其支付医药费。甲向丙请求返还其犬时（第 767 条），依“民法”第 957 条规定：“恶意占有人，因保存占有物所支出之必要费用，对于恢复请求人，得依关于无因管理之规定，请求偿还。”无因管理系规定

于“民法”债编通则,共有7个条文(第172条至178条),而其中又设有一条准用性条文,即第173条第2项:“第540条至第542条关于委任之规定,于无因管理准用之。”足见准用的繁复!^①

2. 解释适用上易滋疑义。例如“民法”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。”“民法”第187条共有4项(请阅读条文),是否可以全部适用,约有四说:甲说认为,可以全部适用。乙说认为,除该条第4项规定以外,余者全部适用。丙说认为,除该条第1项及第2项关于法定代理人之责任外,余者均能适用。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)。^②

由此可知,准用性条文在立法技术及解释适用上甚属重要,初学者容易忽略,应特别注意!^③

六、民法与特别民法^④

民法典的制定乃基于法典化的理念(Kodifikationsidee),即将涉及社会生活的私法关系,在一定原则之下作通盘完整的规范。如何贯彻此项理念,不唯于立法技术上甚有困难,并将使民法典过于庞杂,编制体系难以负荷,故不能不在民法典外允许特别民事立法的存在。此等特别民法可归为三类:

1. 与民法典同一时期或其先后制定:如“公司法”“票据法”“海商法”“保险法”(合称商事法);“著作权法”“商标法”“专利法”(合称无体财产法、智慧财产权法)以及“土地法”“矿业法”及“建筑法”等(请查阅各该法律公布、施行及修正日期)。

^① “民法”债编修正又增加了许多准用性法条(参见第164条第4项、第177条第2项、第195条第3项、第217条第3项、第227条之1、第227条之2第2项等)。

^② 参见郑玉波:《民法债编总论》,第269页。

^③ 请读者查阅整理“民法”关于准用性规定(“民法”共设有多少准用性条文?),对照教科书作有系统的整理及了解。

^④ 特别法在私法体系上的地位及其发展,是一个值得深入研究的问题,参见 Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, (Wien/New York 1996), 尤其是第三章: Die Sonderprivatrechte im Privatrechtssystem (S. 415-654)。

2. 20世纪50年代为推行土地改革而制定:如“耕地三七五减租条例”(1951)“实施耕者有其田条例”(1953—1993)“平均地权条例”(1954)等,旨在从事土地改革,对台湾的土地所有权制度及社会经济结构产生深远的影响。1958年制定的“劳工保险条例”,为台湾的社会安全制度奠定基石,具有重大意义。

3. 20世纪60年代后为因应台湾社会经济发展而制定:为便于观察,举其重要者依公元年代排列如下(请浏览阅读各该法律,了解其立法目的、基本内容及最近修正)^①:

- 1963:“动产担保交易法”(物权)
- 1973:“儿童福利法”(亲属)
- 1984:“劳动基准法”(债)
- 1989:“少年福利法”(亲属)
- 1991:“公平交易法”(债)
- 1992:“公害纠纷处理法”(债)
- 1994:“消费者保护法”(债)
- 1995:“公寓大厦管理条例”(物权)
- 1996:“营业秘密法”(债)
- 1996:“信托法”(债)
- 1996:“强制汽车责任保险法”(债)
- 2003:“儿童及少年福利与权益保障法”(亲属)
- 2007:“祭祀公业条例”(物权)

上揭20世纪60年代后制定的“特别民法”,涉及债法(尤其是契约、侵权行为)、物权法及亲属法,调整了契约自由、过失责任、物权制度及未成年人保护原则。每一个法律均扩大了“民法”的范围及功能,体现台湾地区的社会变迁及经济发展。须注意的是,现行“民法”系继受欧陆法而属于大陆法系,上揭特别法采德日立法例的,如“公寓大厦管理条例”。“动产担保交易法”则系继受美国法。其他法律的形式及实质则并受大陆法及美国法的影响。如何兼采其长,整合融入既有的概念理论体系,互

^① 其他涉及民事关系的法令规章甚多,难以列举,如“违章建筑处理办法”“大众捷运法”(第45条及第46条)及“民用航空法”(第九章)“医疗法”(第56条以下)“性别工作平等法”(第7条以下)等。

相渗透启发^①,使台湾地区私法的内容和思考方法(如法释义学及法律经济分析等),更为丰富,更具开创性,更能公平、有效率地发挥其规范功能,实为 21 世纪法律及法学的重大任务。

值得特别指出的是,学习民法不应局限于民法典,而应扩张及于特别民法。依自己的志趣,选定一个特别法作为研究对象,始能相互启发,深化对整个私法及社会变迁的了解,扩大视野,丰富思考能力,而有助于未来法律生涯的发展。

◆ 第四节 民法的历史基础、伦理性、社会模式及民法的发展趋势

现行“民法”施行已有 85 年,请观察近 50 年台湾地区社会变迁与民法发展的关系。试就父母对未成年子女亲权行使的问题,查阅“民法”、“司法院大法官解释”“儿童及少年福利与权益保障法”的规定加以说明。并进一步探究如何以“人为本位”,作为民法的伦理基础及其法律意义。

一、“民法”的历史基础^②

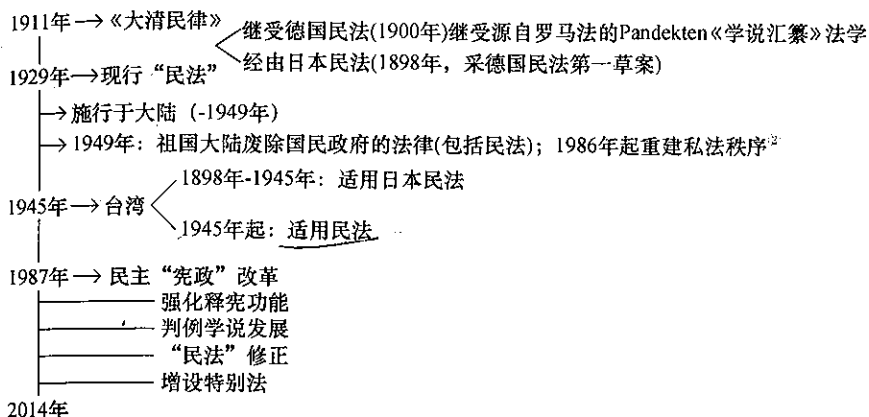
现行“民法”制定于 1929 年^③,以 1911 年的《大清民律》为基础,迄今(2014 年)已届满 85 年,实际上则有 100 年的历史基础。1895 年清朝因甲午战争失败将台湾割让给日本。日本于 1898 年公布民法典,其内容体例基本上系采德国立法例,渐次施行于台湾,并建立司法、户籍、土地登记

^① 参见郑玉波:《民法总则》,第 35 页,引用德国学者李塞耳(Riesser)及哥德休米特(Goldschmidt)的名言谓:“商法在交易错综之里程上,常作为民法之向导,且为勇敢之开路先锋。亦即成为民法吸取新鲜思想而借以返老还童之源泉。”“民商两法之关系,譬之冰河,在其下流之积雪虽渐次消融,而与一般沉淀物混合,但其上流却渐次形成新的积雪。”此项深具启示性的见解,可用以说明民法及各个特别民法的相互渗透,彼此交流的关系。

^② 此一标题来自早年于英国剑桥大学旁听 S. F. C. Milsom 教授讲授英国法制史及阅读其名著 *Historical Foundations of the Common Law* (2nd, London 1981) 所获灵感。中译本参见李显冬等译:《普通法的历史基础》,中国大百科全书出版社 1999 年版。

^③ 现行“民法”各编公布施行如下:民法总则:1929 年 5 月 23 日公布、1929 年 10 月 10 日施行;债编:1929 年 11 月 22 日公布、1930 年 5 月 5 日施行;物权编:1929 年 11 月 30 日公布、1930 年 5 月 5 日施行;亲属编及继承编:1930 年 12 月 26 日公布、1931 年 5 月 5 日施行。

等制度。^① 1945年日本战败,台湾回归祖国,适用1929年制定的民法。如前所述,在祖国大陆施行的民法,系继受德国民法,并受日本民法的影响。现行“民法”因继受德国民法而接受了欧陆两千年来法律制度及法学思潮。此种历史的巧合或命运,使台湾地区的私法秩序能够在既有的基础上持续不断地成长发展。兹参照关于台湾地区“民法”制定及发展的说明,以年代纪事显明百年“民法”的发展过程:



一百年“民法”为台湾地区作出三项重要贡献:

1. 使台湾地区法律制度科学化^③,建立了较精确的法律概念、较严谨的法律体系,以及法律适用上的逻辑及论证方法。
2. 引进了私法的理念及权利意识。
3. 为台湾地区社会经济发展提供了稳定合理的私法秩序。

^① 参见王泰升:《台湾日治时期的法律改革》,1999年;《变迁中的台湾人民法律观》,载《月旦法学杂志》,第55期(1999年10月),第10页。

^② 1949年10月1日,中国共产党建立中华人民共和国,1949年废除国民党的六法全书。1978年后,多次的思想解放,及为促进发展社会主义市场经济,开始重建民商法体系,先后完成民法通则(1986年)、合同法(1999年)、物权法(2007年)及侵权责任法(2009年),在立法及理论上取得了重大成就,是否及如何制定民法典系当前的重大课题。所以特别提出此点,旨在强调私法理念及法秩序的重要性。参见郭道晖、李步云、郝钱川主编:《中国当代法学争鸣实录》,湖南人民出版社1988年版(本书为大陆著名法学家谢怀栻先生所赠,谨表谢意)。

^③ 德国著名罗马法学家Koschaker在其名著Europa und das römische Recht(2. Aufl., München 1953)中认为,德国继受罗马法的主要意义是使德国法制科学化(Verwissenschaftlichung des deutschen Rechtswesens)。台湾地区因继受德国法,而承继了欧陆两千年私法发展的成果。

二、以人为本的民法^①

(一) 人的目的性及相互尊重

各国法律多以一定之人的图像 (Menschbild) 为规范基础。不同的时代、不同的国家常以不同的“人的图像”建构不同的私法制度。^② 现行“民法”系以“人”为本位, 开宗明义揭示于“民法”第 6 条: “人之权利能力, 始于出生, 终于死亡。”不仅在立法技术上明定人之权利能力的存续期间, 更将人 (Person), 权利主体 (Rechtssubjekt) 及权利能力 (Rechtsfähigkeit) 三者等同视之。其伦理基础则在于“人的互相尊重”: 即每个人得要求他人尊重其存在及尊严, 而此更须以尊重他人为前提。诚如康德所提出的道德上基本诫命: “人之为人, 其自身系属目的, 不得仅以目的使用之。”或如黑格尔所云: “法的基本命令是: 自以为人, 并敬重他人为人。”^③ 其表现于法律的, 系相互肯定为同享权利与义务的主体。此种法律上的基本关系, 乃人类社会生活及每一个个别法律关系的基石。

(二) 人格尊严宪法理念

人格尊严是整个法律秩序的最高原则, 近年来具体化于“司法院”大法官会议所作成的三则解释:

1. 人格尊严与婚姻制度。“司法院”释字第 372 号解释谓: “维护人格尊严与确保人身安全, 为保障人民自由权利之基本理念。增进夫妻感情之和谐, 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。”

2. 人格尊严与人格权。“司法院”释字第 399 号解释谓: “姓名权为⁴人格权之一种, 人之姓名为其人格之表现, 故如何命名为人民之自由, 应为‘宪法’第 22 条所保障。”本件解释的重要性在于第一次肯定人格权为

^① Karl Larenz, *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik* (München 1979); Larenz/Wolf, AT S. 20 ff.; Bydinski/Mayer-Maly (Hrsg.), *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts* (Wien/New York 1994).

^② Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts* (München 1982), S. 1 ff. 论述人 (Person, Mensch) 之概念的哲学伦理基础及其历史上的发展, 甚具启发性。

^③ Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, 2 Abschnitt: “Handele so, dass du die Menschheit sowohl in dieser Person als in der Person jedes anderen zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchst”.; Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 36: “Das Rechtsgebot ist daher; sei eine Person und respektiere die anderen als Person.” 学者王伯琦在其名著《西洋近代思潮与“我国”固有文化》(法务通讯杂志社, 1981 年) 中, 对独立人格观念的建立及逻辑体系的建立有极为深入精辟的阐释, 每次读之, 多获启发。

受‘宪法’保障的基本权利,而具体化于隐私权(“司法院”释字第 585、603、664、689 号解释)。①

3. 人格尊严与财产权。“司法院”释字第 400 号解释谓:“‘宪法’第 15 条关于人民财产权应予保障之规定,旨在确保个人依财产之存续状态行使其自由使用、收益及处分之权能,并免予遭受公权力或第三人之侵害,俾能实现个人自由、发展人格及维护尊严。如因公用或其他公益目的之必要,国家机关虽得依法征收人民之财产,但应给予相当之补偿,方符‘宪法’保障财产权之意旨。”

(三) 民法基本原则

基于人的本位及人的尊严的伦理基础,产生了以下民法的基本原则:

1. 自由

民法的首要任务在于人的保护,即维护人的个体性及人格关系。肯定每个人皆为权利义务的归属主体,而非他人支配的客体,得以平等地位从事法律生活。权利能力及行为能力不得抛弃(第 16 条)。人的自由应受保障,不得抛弃(第 17 条第 1 项)。个人在其私人领域享有法律上的自由,并得与他人形成彼此间的法律关系,因而建立了私法自治及权利行使自由原则。

2. 责任

人既为权利主体,享有行为自由,自应就其行为负责。法律责任须以法律上的归责为前提,在侵权行为方确立过失责任原则(第 184 条)。在契约方面产生契约应予遵守原则,及债务不履行责任(第 226、227 条)。

3. 社会关怀

“大的互相尊重”伦理原则的法律化,乃指个人之自由的范围及权利的行使应顾虑他人或更高的价值利益。故自由得因维护公共秩序或善良风俗的必要而受限制(第 17 条第 2 项)。法律行为不得违反强制或禁止之规定(第 71 条);亦不得有悖于公共秩序或善良风俗(第 72 条)。权利的行使不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的;行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法(第 148 条)。上述规定所体现的民法社会性亦应扩大及于对弱势者的关怀,尤其是对劳动者及消费者的保护。

4. 信赖保护

对他人的尊重亦产生了信赖保护原则,并以不同的形式表现于民法,如法律行为上意思与表示不一致时所采的表示主义(第 88 条)、表现代

① 参见拙著:《人格权法》,北京大学出版社 2013 年版,第 83 页以下。

理(第169条)以及动产善意取得(第801条、第948条以下)等。

上述法律基本原则多明定或蕴含于民法总则,从而“民法”总则的重要性非仅在外部体系上设共同适用规定,更在于其所彰显体现的内在价值体系。此为学习“民法”总则所应有的基本认识,所应把握的方法,期能更深刻体会及致力于实践以人的自由及平等为本位的私法秩序。

三、社会模式的变迁与民法发展

(一) 民法的社会模式

现行“民法”系以“人”为本位,但人非遗世而孤立,而是具有社会性,共营社会及经济生活,因此民法乃以一定的社会模式为出发点,并因应社会变迁而发展。如前所述,现行“民法”基本上系采德国立法例,《德国民法典》制定于19世纪及20世纪交替之际,其社会模式系以手工业、个别商人为主的资本主义体制,《德国民法典》以之为基础而采取个人主义的契约自由,保护个人主义的所有权,其亲属法则以小家庭为规律对象,具有浓厚的家父思想。^① 现行“民法”于20世纪30年代制定施行之际,祖国大陆仍属农村家族的社会,欠缺以个人为本位的权利意识。此种超前立法使法律与现实脱离,但在某种程度也引导着社会变迁,并因着社会变迁影响着民法的发展^②,并使台湾地区的社会模式经历了重大变迁^③:

1. 社会正义与风险管控

经济的发展及科技的进步,使台湾地区成为一个以工商业为主,产品与服务并重的所谓后工业资讯社会。财富的增加、人格的自觉,使个人拥有较多可支配的财产,较多的自由及较实质的平等。但此种发展也带来许多有待克服的问题,如契约正义的维护,各种意外事故损害的防范与危

^① Wieacker, *Privatgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl., Göttingen 1967); 同氏, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (Göttingen 1953). 《德国民法典》制定于1896年,施行于1900年,已届满100年,历经第二帝国、第一次世界大战,第三帝国纳粹政权企图制定 *Volksgesetzbuch*《人民法典》取代BGB,第二次世界大战后,东西德分裂,东德改采社会主义法制及其崩溃,最后终又统一于德国民法及基本法的价值理念。关于其发展过程、修正与欧洲化,参见 *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996, Ringvorlesung veranstaltet von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, anlässlich ihres 25 jährigen Bestehens, sowie der Verkündung des BGB vor 100 Jahren* (München 1997)。

^② 参见陈聪富:《法律作为社会变迁工具的社会基础》,载《法令月刊》,第48卷第4期(1997年4月),第18页。

^③ 参见马汉宝:《法律与中国社会之变迁》,载《台大法学丛书》,1999年版;苏永钦:《大法官解释与台湾的社会变迁》,载《合宪性控制的理论与实际》,载《政大法律丛书》,1994年版,第271页。

险的合理分配,及所有权的保护与社会化等。

2. 社会力的解放与法律进步

劳工、妇女、环保及消费者保护等运动,释放了长期被压抑的社会意识,以更有组织的力量促进相关法律的研拟制定。

3. 民主化与“宪政”改革

经济的发展及社会力的释放,促成了1987年以来的民主化过程及宪政改革,确立宪政原则,强调基本人权的保障,及逐步实现法治福利社会的理念。

(二) 民法的任务^①

为因应台湾地区社会的演变,民法担负着如何维护人的尊严,保障个人自由平等的重大使命。为达成此项任务,必须动员各种机制,如经由判例学说的协力促成民法的变迁;借着“司法院”大法官的“合宪”性审查,使“宪法”基本权的价值实践于民法及法院的判决;透过民法的修正及特别法的制定调整既有的立法政策及法律体系。兹以两性平等及对未成年人亲权行使为例加以说明^②。

修正前“民法”第1089条规定,关于父母对于未成年子女权利之行使意思不一致时,由父行使之。1994年9月23日“司法院”释字第365号认为,上开“民法”规定与“宪法”第7条人民无分男女,在法律上一律平等,及“宪法”增修条文第9条第5项消除性别歧视意旨不符,应予检讨修正,并应自本解释公布之日起,至迟于届满两年时,失其效力。1996年9月25日修正公布第1089条规定:“对于未成年子女之权利义务,除法律另有规定外,由父母共同行使或负担之。父母之一方不能行使权利时,由他方行使之。父母不能共同负担义务时,由有能力者负担之。父母对于未成年子女重大事项权利之行使意思不一致时,得请求法院依子女之最佳利益酌定之。法院为前项裁判前,应听取未成年子女、主管机关或社会福利机构之意见。”又为保障儿童及少年的身心健康及福利,2003年制定的“儿童及少年福利与权益保障法”关于儿童或少年的收养、亲权或监护

^① Ludwig Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts (Tübingen 1977); Bernhard Grossfeld, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe (Berlin 1977); Tilman Repgen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Tübingen 2001).

^② 参见杨慧英:《大法官关于男女平等之解释》,载《“司法院”大法官释宪五十周年纪念论文集》,1998年,第95页以下。相关规定,参见“民法”第1055条之1、第1055条之2、第1069条之1、第1116条之2等。

权的停止或监护人之改变,设有详细规定(请查阅相关条文)^①,实践落实了宪法基本权利的防御功能及社会保护义务。

(三) 民法的发展趋势

关于民法的修正发展及其未来的趋势,非本书所能详论,兹列举8项,以供参照:

1. 加强对人格的保护

修正“民法”第195条,扩大人格关系被侵害的慰抚金请求权(增订第227条之1),调和言论自由与人格权保护。^②

2. 定型化契约的规律

为实践私法自治原则,兼顾契约自由及契约正义,分别于“消费者保护法”(第11条以下)及“民法”(第247条之1)增设关于规范定型化契约的规定。

3. 侵权行为归责原则的调整

为合理分配意外灾害的损害,债编修正调整了侵权行为法的归责原则,就商品制造人责任,动力车辆驾驶人及危险事业责任,创设了三个推定过失的特别侵权行为(第184条第2项、第191条、第191条之1、第191条之2、第191条之3等规定)。

4. 团体化的保护及损害赔偿

个人自由的维护及权利的实现得借助团体的协力,主要有:(1)劳动者组织工会,与雇主订立团体协约(“团体协约法”)。(2)“消费者保护法”第49条规定,消费者团体得以自己之名义提起诉讼(第49条以下规定)。(3)损害赔偿或补偿的集体化,即经由强制责任保险(如“强制汽车责任保险法”)、无过失补偿(如“犯罪被害人保护法”)及社会安全制度(如“全民健康保险法”),更公平、有效率地分散损害。

5. 物权编全面修正

于2007年、2009年、2010年全面修正,调整物权种类(如废除永佃权、增设农育权、第850条之1)及物权内容,更进一步健全财产权的保护,促进物尽其用的效率,并重视用益物权的行使应注意土地生产力的保持或得永续经营的理念(第850条之6)。

^① 参见陈惠馨:《亲属编之修正与社会变迁》,载《律师通讯》1995年第195期,第39页。

^② Meiko Dillmann, Der Schutz der Privatsphäre Gegenüber Medien in Deutschland und Japan (Tübingen 2012); [日]松井茂记:《表现の自由と名誉毀损》,有斐阁2013年版。

6. 身份法的宪法化

为实现“宪法”保障两性平等及为子女利益的原则,亲属编曾 17 次修正(1985 年—2013 年),并继续研拟修正中。“继承法”最重要的修正系于“民法”第 1148 条第 2 项规定:“继承人对于被继承人之债务,以因继承所得遗产为限,负清偿责任。”

7. 诚实信用原则的一般化

修正前“民法”第 219 条规定:“行使债权,履行债务,应依诚实及信用方法。”“最高法院”曾据此规定认为诚实信用原则仅适用于债之关系。^①为使诚实信用原则成为规范私法关系的帝王条款,增订“民法”第 148 条第 2 项:“行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。”(1982 年 1 月 4 日修正公布)。其后“消费者保护法”第 12 条第 1 项又规定:“定型化契约中之条款违反诚信原则,对消费者显失公平者,无效。”“民法”债编修正更增订“民法”第 245 条之 1,规定当事人为准备或商议订立契约,显然违反诚实及信用方法者,应负损害赔偿责任(请查阅条文)。此 3 项规定使诚实信用原则得用于规范权利的行使及义务履行;得用于控制定型化契约条款的效力;得作为发生先契约义务的依据,对民法发展有重大深远的意义。应附带提及的是,《德国民法典》第 242 条同于“民法”修正前第 219 条规定,但经由判例学说的协力早在 50 年前即兼具上述诸种机能。由是观之,民法的修正固属重要,但法律的有机发展终有赖于判例学说共同协力所促成的“宁静革命”,以及对法学思考方法的反省与更新。

8. 全球化的发展

现代化与全球化是目前各国法律的重要课题,致力于重新检视民法的历史基础、传统体系架构及理论发展,使其更能适应现代社会经济变迁的需要。20 世纪 70 年代开始的欧洲私法统一运动,采用比较方法,发现萃取各国私法的共同核心(common core),借以整合欧洲各国的私法,并以制定欧洲民法典为目标。欧洲私法整合的重点是契约法,除“欧洲契约法原则”(Principles of European Contract Law,简称 PECL)外,尚有两个重要的国际契约法文件,即 1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,简称 CISG),及私法统一协会(UNIDROIT)所提出的 UNIDROIT Principles of

^① 参见拙著:《诚信原则仅适用于债之关系?》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版,第 149 页。

International Commercial Contracts(简称PICC,有1994年、2004年、2010年版)。CISG、PICC、PECL(请记住这些简称)三个契约文件体现契约法国际化的趋势,三者的性质、适用范围各有不同,但内容多相互参考,具有共通性,也因此发挥其影响力,更受重视,应列为大学的教学研究课题。^①必须特别指出的是,契约法的整合涉及“民法”总则上若干基本问题,如信守承诺及其履行、错误、诈欺、告知义务及诚信原则等。比较法的研究,可供探寻不同的规范模式,发现异同,知己知彼,有助于民法的发展。^②

1999年的“民法”债编修正,确有助于使民法更能适应社会的需要。其修正条文虽多,但仍以现行法律体系架构为基础,属于补充修缮的性质,并未彻底检讨调整其基本原则及体系构造。鉴于欧洲司法整合,祖国大陆制定合同法,德国、日本债法现代化的变迁,实有再次修正的必要,其理由有五:

1. 以再法典化的理念,检讨民法与特别法的关系,重整债务不履行的法律构造等根本问题。

2. 使契约法能与国际接轨。推动全球化的经济贸易活动。

3. 台湾地区“民法”深受德国、日本的影响,若不能与其衔接,将不利判例学说的发展。使台湾地区法律与民法学孤立、边缘化,无对话交流的“共同语言”。

4. “民法”的第二次修正若能借鉴他人的经验,而有所创新,将使台湾地区更能积极有贡献地参与东亚法律的整合与发展。

5. 私法的全球化与现代化将带动民法学的研究,吸引更多的人才,丰富教学研究的内容,活化停滞不进的民法学。

第五节 请求权基础与实例研习^③

1. 甲在某大学摆设饮料自动贩卖机,乙投入两个硬币购买一罐

^① 参见陈自强:《整合中之契约法》,2011年版,作出了开拓性、前瞻性的研究。

^② Zimmermann/Whittaker (eds.), Good Faith in European Contract Law (Cambridge 2000), 丁广宇、杨才然、叶桂峰译:《欧洲合同法中的诚信原则》,法律出版社2005年版;Gordley (ed.), The Enforceability of Promises in European Contract Law (Cambridge 2001); Ruth Sefton-Green (ed.), Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law (Cambridge 2009)。以上三本书系英国剑桥出版社The Common Core of European Private Law系列丛书。

^③ 参见拙著:《民法思维》,北京大学出版社2009年版;刘昭辰:《民法总则实例研习》,2009年版。《债法实例研习》,2010年版。《物权法实例研习》,2013年,推广请求权基础方法在民法上的教学研究,甚具参考价值。

咖啡,咖啡出来后,该两个硬币因机器故障跳出,乙见四处无人,乃取该两个硬币放入口袋,适为甲的职员发现。试问甲得否向乙请求返还该两个硬币?

2. 19岁已婚之甲于10月1日向乙电器行的店员丙表示愿以价金若干购买A电脑,丙即承诺,约定翌日交货。乙发现价金偏低,乃以甲仅19岁,店员丙为18岁为由,认为买卖契约未成立,拒不交付该电脑。试说明其法律关系。

3. 某甲系市立交响乐团的小提琴手,因妻遭车祸死亡,忧虑成疾住院。其19岁的独子乙,擅将该琴与20岁丙的机车互易,并交付之,丙明知该琴非属乙所有。甲闻知其事,怒甚,心脏病猝发死亡,乙悲痛不已。1个月后,乙成年,向丙请求返还其琴,丙拒绝之,有无理由。

一、请求权基础方法与民法教学研究

(一) 案例研习的重要

法律系实用之学,在于处理具争议性的案例,实例研习应为法学教育的重点。只有透过具体案例始能精确理解抽象法律规定及其概念体系,培养法律解释适用及论证说理的能力。具体案例或采自法院判决,或来自学说争点,此种结合判例及学说的教学研究,系为强化法律人的专业素养,将有助提升法院裁判的品质。

(二) 请求权基础方法

1. 请求权基础的意义

处理实例或实例研习基本上应采请求权基础方法。请求权基础又称为请求权规范基础,指得支持一方当事人(原告),向他方当事人(被告),有所请求的法律依据:

- | | |
|------------------------|---|
| (1) 一方当事人 (原告) | |
| (2) 向他方当事人 (被告) | |
| (3) 有所请求 | <ul style="list-style-type: none"> — 返还某物的所有权 — 返还某物的占有 — 返还使用某物的利益 — 偿还所支付的费用 — 支付价金、报酬 — 精神损害赔偿等 |
| (4) 法律依据: 请求权基础 (请求规范) | <ul style="list-style-type: none"> — 契约 (第454条) — 无因管理 (第173条) — 物上请求权 <ul style="list-style-type: none"> — 所有人 (第767条) — 占有人 (第962条) — 不当得利 (第179条) — 侵权行为 (第184条) |

2. 请求权基础方法的功能

(1) 请求权是民法(私法)的构造性概念,以请求权整合散布民法各编及整个私法的法律关系。处理一个法律问题,实乃适用民法全部条文,以请求权基础贯穿组构法律关系。

(2) “法治国家原则”,依法律实现正义,体现于“民法”第1条:“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”

(3) 请求权基础在诉讼上具有重要作用,诚如“最高法院”1997年台上字第3760号判决所言:“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,‘民法’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悖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。”

3. 请求权基础方法及历史方法

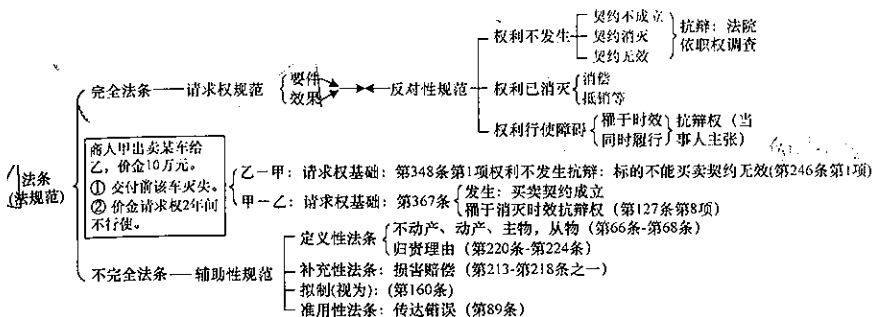
处理实例应采请求权基础方法,并辅之以历史方法。历史方法系以事实的发展过程认定当事人间的法律关系,此多用于判断契约是否成立及物权变动(参见下文关于例题1的说明)。

4. 请求权基础的规范、辅助规范与反对性规范

请求权基础系由完全法条所构成,包括要件及法律效果。法律适用系将具体案例事实涵摄于其要件之下,而发生一定的法律效果。请求权基础涉及法律解释及法律续造(请求权基础的创设),具体内容将于本书第二章法律适用中详为说明。

为辅助请求权规范(Anspruchsnorm),法律另设有辅助规范(Hilfsnorm),属不完全法条,包括定义性法条、补充性法条、拟制(视为)及准用性(比照、依……)规定。

应特别提出的是,与请求权规范对立的反对性规范,包括权利不发生、权利已消灭、权利行使障碍。此种对立性构造对于处理当事人间的权利关系至为重要,将于相关部分再为详论,为便于了解,图示如下(请查阅条文):



(三) 处理案例的步骤

1. 确实精确研读了解案例,对较复杂的三人关系得图示其法律关系(人、事、时、地)。

2. 针对提出的问题解答,如:(1)甲得否向乙请求价金。(2)当事人间的法律关系如何?于此情形应讨论所有的请求权基础。

3. 原则上应依契约、类似契约(缔约过失)、无因管理、物上请求权、不当得利、侵权行为的次序检讨其请求权基础,此乃基于避免重复的考虑,例如有契约关系时,不发生缔约过失,不成立无因管理、物上请求权、不当得利。须强调的是,应全面检查所有可能的请求权基础,并说明其竞合关系。

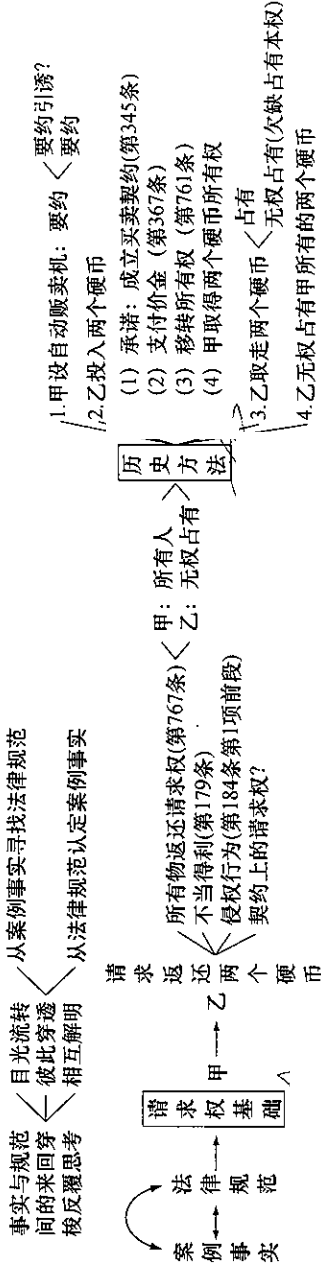
4. 实例解答有裁判及鉴定两种体裁。裁判体系是先有结论,再说理由。例如甲得依“民法”第767条第1项前段规定向乙请求交付A车,因为甲系所有人,乙系无权占有。在鉴定体裁,其结论在后,即先提出大前提(甲得否依“民法”第767条第1项前段规定向乙请求返还A车),分析其要件,再就案例事实为涵摄,以认定是否该当于其要件,而获致“因此,甲得(或不得)向乙请求交付A车”的结论。实例研习应采鉴定体裁,在其间涉及简单问题时得采裁判体裁。

5. 解答时应参照前揭说明,形成简明解题结构。

二、例题1:自动贩卖机故障

(一) 思考构造

兹借例题1(自动贩卖机故障)说明请求权基础方法的基本问题。为便于说明,特提出下表:



(二) 事实与规范

处理实例(无论是法学院的实例演习,或是司法考试或法院诉讼)的基本步骤在于认定事实,寻找适用的法律规范,即由事实寻找规范,借规范认定事实,应在事实与规范之间来回穿梭思考,目光流转于二者之间,彼此贯穿、相互解明。为此必须了解法律的规范体系。

(三) 请求权基础及历史方法

基于事实与规范的来回思考,而寻找检查,认定甲得否向乙请求返还两个硬币的请求权基础,包括物上请求权(第 767 条)、不当得利(第 179 条)、侵权行为(第 184 条第 1 项前段)、契约上请求权。

1. 物上请求权

甲得依“民法”第 767 条第 1 项前段规定向乙请求返还两个硬币,须甲系两个硬币的所有人,及乙为无权占有(此须依历史方法加以认定)。

(1) 甲摆设自动贩卖机,是为要约,而非要约引诱(关于二者的区别及认定,参见本书第 258 页)。

(2) 乙投入两个硬币,系以默示意思表示对甲的要约为承诺,因互相意思表示一致(第 153 条第 1 项),而在甲与乙间成立买卖契约(第 345 条)。

(3) 乙投入两个硬币同时履行其支付价金的义务(第 367 条)。

(4) 乙将两个硬币投入甲的自动贩卖机,具移转其该动产所有权的让与合意,并为交付,使甲取得该两个硬币的所有权(第 761 条)。

(5) 该两个投入甲的自动贩卖机的硬币,因机器故障而跳出,其所有权仍归属于甲。乙取之放入口袋而为占有,因欠缺占有本权,成立无权占有。

因此,甲得依“民法”第 767 条第 1 项前段规定向乙请求返还其占有的两个硬币。

2. 不当得利请求权

甲得依“民法”第 179 条规定请求乙返还两个硬币的占有,其要件须乙受有利益,致甲受损害,无法律上原因。

(1) 乙占有甲所有的两个硬币,受有利益。“民法”第 179 条所称受有利益,除权利外,尚包括占有在内。

(2) 乙占有两个硬币,因同一事实使甲丧失其占有,致受损害。

(3) 乙无权占有甲所有的两个硬币,欠缺法律上原因。

因此,甲得依“民法”第 179 条规定向乙请求返还两个硬币的占有。

3. 侵权行为损害赔偿请求权

甲得依“民法”第 184 条第 1 项前段规定请求两个硬币,其要件须乙系故意或过失不法侵害甲的所有权,而应负损害赔偿责任。

(1) 乙取走甲所有的两个硬币,系侵害甲的所有权,乙的侵害行为具不法性。乙系故意侵害甲的所有权。

(2) 乙对甲负损害赔偿责任,应恢复甲损害发生前原状(第 213 条第 1 项),返还其取走的两个硬币。

因此,甲得依“民法”第 184 条第 1 项前段规定向乙请求返还两个硬币。

4. 契约上请求权?

乙于甲所摆设的自动贩卖机投入两个硬币购买咖啡,成立买卖契约,并履行其支付价金及受领标的物的给付义务(第 367 条)。其所投入的硬币因自动贩卖机故障而跳出,乙应否将其再为投入,涉及契约后附随义务,乃契约法上的争议问题,暂置不论。

三、例题 2:未成年人的买卖及代理

关于例题 2 应依下述层次加以思考:

(1) 其所涉及的,是否为法律关系。例如甲邀约乙赴宴,于乙爽约时,甲得否请求损害赔偿?对此,应采否定说,因甲与乙间仅有社交行为,并不发生法律关系。

(2) 若涉及的为法律关系,则究属公法关系抑或为私法关系?

(3) 倘为私法关系,则究仅为民法上关系,抑或尚涉及民事特别法?经认定仅系民法上的问题,则须综合各编规定,探寻请求权基础。前揭例题系典型的民法问题。

甲得否向乙主张交付 A 电脑,并移转其所有权,其请求权基础为“民法”第 348 条第 1 项,此须以甲与乙间就标的物及其价金互相同意成立买卖契约(第 345 条)为要件。

甲于 10 月 1 日向乙的店员丙表示愿意以若干价金购买 A 电脑,是要约。甲系 19 岁,为未成年人,因已结婚而有行为能力(第 13 条第 3 项)。丙系乙的店员,为乙的代理人,于代理权限内以乙的名义所为意思表示及所受意思表示,直接对乙发生效力(第 103 条),且不因其为限制行为能力人而受影响(第 104 条)。甲的要约于丙店员了解时发生效力(第

95条第1项),丙立时承诺(第156条),就标的物及其价金互相同意,于甲与乙之间成立买卖合同(第345条)。故甲得依第348条第1项规定向乙请求交付A电脑,并移转其所有权。为便于观察,图示解题结构如下:

- | |
|---|
| <p>1. 甲对乙的请求权基础:(第348条第1项)</p> <p>(1) 甲向乙购买A电脑的<u>要约</u></p> <p>① 甲系19岁,未成年人,因结婚而有行为能力(第13条第3项)</p> <p>② 要约因丙的了解而生效力(第95条)</p> <p>(2) 乙的<u>承诺</u></p> <p>① 丙是乙的<u>代理人</u></p> <p>② 丙所为或所受意思表示之效力,不因其为限制行为能力人而受影响(第104条)</p> <p>③ 丙的代理行为对乙发生效力(第95、103条)</p> <p>(3) 甲与乙之间成立<u>买卖合同</u>(第345条)</p> <p>2. 甲得依第348条第1项规定,向乙请求交付A电脑,并移转其所有权。</p> |
|---|

四、例题3:未成年人无权处分其父的小提琴

例题3是一个较为复杂的案例,但有助于了解“民法”五编的综合运用关系。关于乙对丙主张返还其琴的请求权基础,应检讨的是“民法”第767条前段:“所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。”乙依此规定向丙请求返还其琴,须具备两项要件:1. 乙为该琴的所有人。2. 丙为无权占有。

1. 乙是否为该琴的所有人?

(1) 小提琴系动产(第67条),属甲所有。

(2) 乙擅将该琴与丙的机车互易。互易乃当事人双方约定互相移转金钱以外之财产权的契约,准用买卖之规定(第398条)。准此以言,乙与丙就互易之标的物互相同意时,互易契约即为成立(准用第345条第2项)。至于当事人意思表示是否一致,应依“民法”第153条以下规定认定之,就本例题的事实而言,可径为认定。乙仅19岁,尚未成年(第12条),系限制行为能力人(第13条第2项)。限制行为能力人未得法定代理人之允许,所订立之契约,效力未定(第79条)。又限制行为能力人于限制原因消灭后(如成年),其所订立的契约并不因此有效,仍须经其承

认,始生效力(第81条)。今乙于成年后向丙请求返还其琴,应解为拒绝承认(第98条),其互易契约,不生效力。

(3) 乙将该琴交付予丙,应以为当事人间有让与合意(第761条第1项),作成移转该琴所有权的物权契约(物权行为、处分行为)。关于当事人间之让与合意,应类推适用第153条以下之规定,就本例题的事实而言,亦得径为认定。须特别强调的是,第79条所谓契约,除债权契约(如买卖、互易)外,尚包括物权契约在内,未得法定代理人之允许时亦不生效力。又据上所述,乙于成年后向丙请求返还其琴,应解为拒绝承认,其物权契约不生效力。

(4) 物权行为因其作成而直接引起标的物所有权的移转,属处分行为。为处分行为之人对于权利标的物无处分之权能时,其处分行为不生效力。处分权原则上属于标的物所有人。在本例题中,小提琴系属甲所有,乙擅将之让与丙,自属无权处分,未经甲之承认,不生效力。丙明知乙非该琴之所有人,不受善意取得之保护(第801条、第948条以下)。

(5) 甲死亡后,乙为其独生子,为甲遗产继承人,承受甲财产上之一切权利义务(第1138条、第1148条),故乙取得该琴所有权。第118条第2项规定,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。唯乙为处分行为时,系属限制行为能力,乙虽因继承其父,原未取得法定代理人的授权,乙于成年后,又拒绝承认,为保护未成年人,应认为其处分行为确定不生效力,不发生物权变动,故该琴所有权仍属于乙。

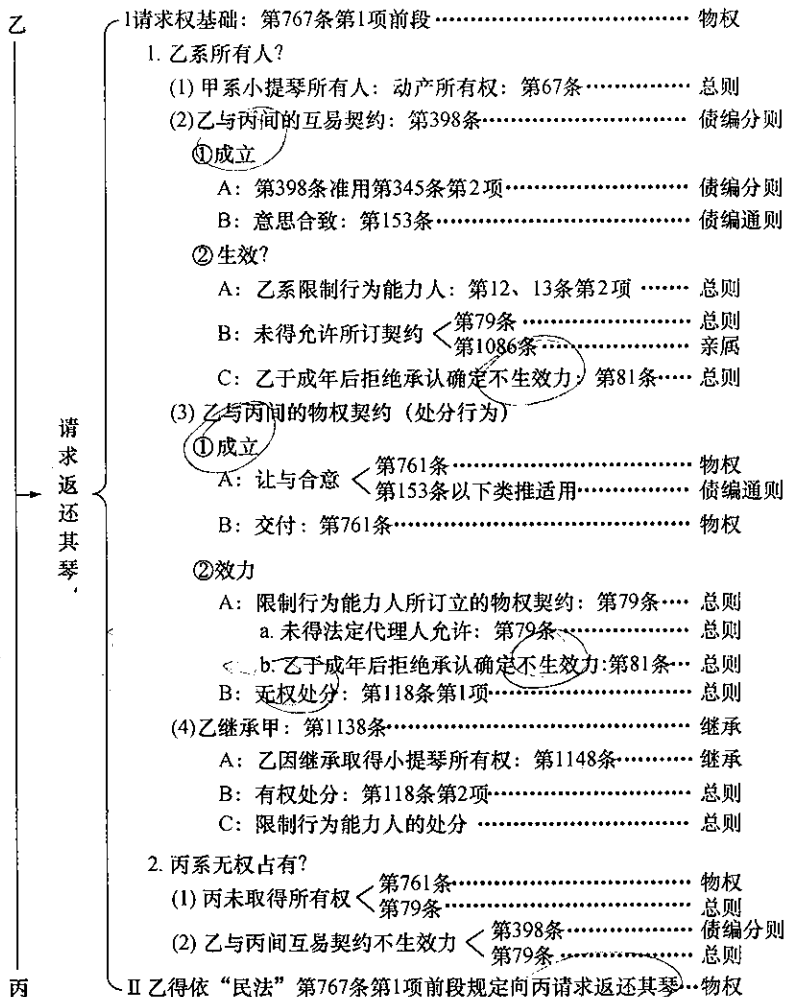
2. 丙系无权占有

丙虽受让乙交付的小提琴,但并未取得其所有权,已如上述。又乙与丙间的互易契约因乙拒绝承认而不生效力,丙占有小提琴,欠缺物权及债权上之本权,应成立无权占有。

3. 结论

乙系小提琴之所有人,丙为无权占有,乙得依第767条第1项前段规定,向丙请求返还其琴。

为使读者对以上说明有较简明的了解,兹将法律关系图示如下:



兹就上述例题提出四点作进一步的阐释：

1. 民法的立法技术，系由抽象到具体，从一般到特殊，但于处理实例时，应反其道而行之：由具体到抽象，从特殊到一般，以请求权基础为思考的出发点。

2. “民法”在体例上分为五编，但各编并非孤立存在，而是互相关联，形成体系，须对各编均能透彻了解，综合运用，始能妥适地处理具体案例。

3. 为处理本件，常须引用的条文遍及各编，而以第767条为其核心。此种具有“构成要件”及“法律效果”的请求权基础规范，在民法上居于重

要地位,但为数不多,其主要者有契约上请求权(如第348条、第367条)及债务不履行(第226条、第227条、第231条等)、缔约过失(第245条之1)、无因管理(第173条)、不当得利(第179条)、侵权行为(第184条)等,应透过了解,确实把握。其他条文多在辅助此项请求权基础的构成。如前所述,在某种意义上,可以说适用一个条文,实际上就是适用整个民法,不但要明白了解每一条文的内容,而且要彻底了解其错综复杂的关系。

4. 民法条文的构造,是建立在个别的基本概念之上,如自然人、法人,行为能力,意思表示、法律行为、契约、处分行为、无权处分、交付、动产、公序良俗、诚实信用等。专门用语对任何学科而言,均属必要,法律概念乃在简化复杂法律思考过程、体现价值判断及利益衡量^①,为法律人的思考工具,必须透彻确实掌握,始能适用法律、处理案例,应请注意!

^① 参见 Philipp Heck 以下著作: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (Tübingen 1914); *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (Tübingen 1932); *Das Problem der Rechtsgewinnung* (2. Aufl., Tübingen 1932). 另参见 Paul Oertmann, *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft* (Tübingen 1931); Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (9. Aufl., Stuttgart 1997), S. 246 f.; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6. Aufl., Berlin 1991), S. 53 ff, 165 ff.; Jens Peterson, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz: dargestellt an Beispielen aus dem deutschen Privatrecht*, (Tübingen 2001). 台湾最深入、最具参考价值的研究,参见吴从周:《民事法学与法学方法第二册—概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,元照2007年版。

第二章 民法的法源及法律的适用

——法学方法论

第一节 民法第1条、法源及法学方法

甲有某狼犬,出借予乙。乙疏于照顾,该犬咬死某丙。丙遗有未认领的非婚生子丁。请阅读第184条、第190条、第194条及第195条规定,说明丁得对甲或乙主张何种权利?丁于丙死亡后不久病故时,其请求权得否由生母戊继承?

一、问题的提出

在上揭例题中,丁得否向甲或乙有所主张,其请求权基础为第194条:“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。”所称不法侵害他人致死,须具备“民法”第184条第1项前段规定的要件;在本例题中,并应适用第190条第1项前段规定:“动物加损害于他人者,由其占有人负损害赔偿责任。”(请阅读条文)在法律构成要件的涵摄过程中,其关键问题有二:(1)丁是否为第194条所称的“子女”。(2)甲或乙谁为第190条所称动物“占有人”。易言之,“子女”或动物“占有人”,应如何解释?

丁对甲或乙的请求权若经肯定,于丁死亡后,其请求权原则上得由其生母继承(第1148条)。唯依“民法”第195条第2项规定,因身体、健康等人格权被侵害时,其金额赔偿请求权不得让与或继承,但已依契约承诺或已起诉者,不在此限。于此发生一个问题:究应就第195条第2项作“反面推论”,认为第194条的慰抚金请求权得为让与或继承;抑或应为“类推适用”,而采否定的见解?

据上所述,可知前举例题涉及“民法”第1条规定的法源,尤其是法

律解释及类推适用等问题。民法总则通常安排于法律系一年级的课程,其所讲授的,除民法的原理原则外,尚应包括法学方法论的基本问题。初习法律之人,若不努力使自己具备或培养法律思维能力,条文的背诵,学说的记忆殆无益于实际案例的解决。此之所谓法学方法指法律适用的逻辑、评价及论证而言,首先发展于民法学,在一定程度亦可运用于宪法行政法或刑法之上。为此特辟本章作简要的说明,并在本书相关问题中作较详细的说明。^①

二、民法第1条的规范意义及民法的法源

(一) 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。”本条具有五个重要规范意义^②:

1. 规定民事(私法关系)的法源及其适用次序,具授权法院得依法理续造法律。

2. 就法律思想而言,综合汇集了分析法学派(法律)、历史法学派(习惯)及自然法学派(法理)对法及法律的见解。^③

3. 就法学方法论而言,克服了19世纪的法实证主义^④,肯定制定法的漏洞。明定其未规定者,得适用习惯(法)或依法理加以补充。

4. 当事人本于私法关系起诉请求保护其权利,法院不得借口法无明文,将法律关系之争议,拒绝而不为裁判,故设第1条以为补充民法之助(第1条立法理由)。

5. 当事人主张其民事上权利,法院所为裁判,须述明其法源,尤其是请求权基础,例如“民法”规定(如第184条第1项后段)、习惯法或法理

^① 较详细的说明,参见拙著:《民法思维》,北京大学出版社2009年版;黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第6版),2011年版;杨仁寿:《法学方法论》(新版),2010年版。关于宪法行政法及刑法的解释适用在方法论上的特色,请参见相关著作,并请注意其与民法的不同。

^② 参见杨日然:《民法第一条之研究》,载《法学丛刊》1959年第15期,第38页;姚瑞光:《民法总则及第一条释论》,载《法令月刊》1990年第41卷第11期,第3页;黄阳寿:《民法第一条之研究》,载《东吴法律学报》1996年第9卷第1期,第1页;苏永钦:《民法第一条的规范意义》,收录于杨与龄主编:《民法总则争议问题研究》,五南1998年版,第1页;吴从周:《法源理论与诉讼经济:民法总则与法学方法》(第五册),元照2013年版。

^③ 参见王伯琦:《民法总则》,第5页(注2)。

^④ 参见Wieaker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl., Göttingen 1967), S. 468 f.; 关于法实证主义的基本问题,参见颜厥安:《法与实践理性》(台大法学丛书108),1998年,第3页以下;第31页以下;第235页以下;Ott, *Der Rechtspositivismus* (2. Aufl., München 1994)。

(如“民法”某条规定的类推适用)。

(二) 民法法源

法源指法的渊源,其义多歧,在本书系指法的存在形式。“民法”第1条明定民法的法源为法律、习惯及法理;前者为制定法(成文法),后二者为不成文法,是为直接法源。此外尚有所谓间接法源,指判例及学说而言。《瑞士民法》第1条第1项规定:“关于法律问题,本法在其文字或解释上,已有规定者,一概适用本法。”第2项规定:“本法未规定者,审判官依习惯法;无习惯法者,依自居于立法者地位时,所应行制定之法规,裁判之。”第3项规定:“前项情形,审判官应准据确定之学说及先例。”可资参照。^①《中华人民共和国民法通则》第6条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”国家政策具有一定意识形态及公共政策的意涵,其功能相当于“民法”第1条的法理,《瑞士民法》第1条第2项、第3项的功能。

三、法律适用与法学方法

(一) 法学方法论

1. 法学方法论的功能

“民法”第1条明定民法的法源及其次序,实乃规定法的发现过程及获取法律的途径,就本章首举的例题言,即在探求有无可支持非婚生子女请求权的规范基础,及关于此项请求权的继承性,均涉及法律适用及法学方法问题。

法律解释适用的理论古既有之,法学方法论(Methodenlehre)系于20世纪70年代自德国引进台湾地区,主要采用Larenz教授于1960年发表的Methodenlehre der Rechtswissenschaft的基本理论。^②德国民法的继受,

^① Meiyer-Hayoz, Richter als Gesetzgeber (Zürich 1951); Liver, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Kodifikation und Rechtswissenschaft, ZSR 80 (1961), 193.

^② Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1. Aufl., 1960, 6. Aufl., Berlin 1991); Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl., Berlin 1995). Larenz教授的法学方法论为德国实务所采用,半世纪来影响德国法律思考方法及民法发展。其他重要方法论著作有 Engisch, Einführung in das juristische Denken (11. Aufl., Stuttgart 2010), 参见郑永流译:《法律思维导论》,法律出版社2004年版(译自原书9. Aufl., 1999); Rüter/Fischer/Birk, Rechtstheorie, mit juristischer Methodenlehre (6. Aufl., München 2011), 丁晓香、吴越译:《法理学》,法律出版社2005年版(译自原书4. Aufl.)。

法学方法论的思考、实例演习及请求权基础的教学研究,对台湾地区民法的发展作出了重大贡献。^①

法学是法律的一种研究方法,以特定的法秩序为基础及界限,旨在探究准则性法规范及法适用的问题,发现规范内的一体性及其一贯的意义,针对不同的案件情境,将法律规范加以具体化而为适用,并以法官如何获得正当裁判为中心,所强调的是法学的实践意义。

方法论不是法律的形式逻辑,亦非解题技巧的指示。方法论是对法学思考方式的自我反省,有利于法律工作者(包括法官、学者及律师等)自我认知、自我监督,批判的警惕性,借着增强的方法意识,协助法学达成其实践上的任务。

2. “最高法院”与法学方法论

(1) “最高法院”2012年台上字第2037号判决

法学方法论及法释义学、法教义学、信条学系以法院裁判为研究对象。法院的工作在于适用法律,通常不会在其裁判理由中叙明其解释适用法律的方法。值得特别提出的是,“最高法院”2012年台上字第2037号判决对法律适用方法有以下论述(请详细研读判决全文):“按适用法律为法院之职责,根据‘法官知法’之原则,法院应就当事人主张之事实,依职权寻求适当之法律规范,作为判断之依据。而‘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。’所谓法理,乃指为维持法秩序之和平,事物所本然或应然之原理;法理之补充功能,在适用上包括制定法内之法律续造(如基于平等原则所作之类推适用)及制定法外之法律续造(即超越法律计划外所创设之法律规范)。因此,‘证交法’第2条规定:‘有价证券之募集、发行、买卖,其管理、监督依本法之规定;本法未规定者,适用公司法及其他有关法律之规定。’则有关因证券交易所生之损害赔偿事件,在事实发生时纵无实定法可资适用或比附援引

^① 法学的进步有赖于法学方法的反省与创新,参见陈爱娥译 Larenz/Canaris 的 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*(《法学方法论》,1996)。并请参见陈爱娥:《规范与事实间的歧路彷徨——德国近代法学方法论的发展路径》,载《警大法学论集》1997年第2期,第5页以下;郑国鼎:《法律之解释与适用——论释学循环与先理论之评介》(载台湾大学86年度硕士论文);李冠宜:《裁量、诠释与论证——司法裁判客观性之研究》(载台湾大学88年度硕士论文);吴从周教授长期撰述民事法学与法学方法系列专论(已出版6册),结合民法与诉讼法的理论与实务,对方法论的建构及实践,具有贡献。

(类推适用),倘其后就规范该项事实所增订之法律,斟酌立法政策、社会价值及法律整体精神,认为合乎事物本质及公平原则时,亦可本于制定法外法之续造机能(司法自由造法之权限),以该增订之条文作为法理而填补之,俾法院对同一事件所作之价值判断得以一贯,以维事理之平。”

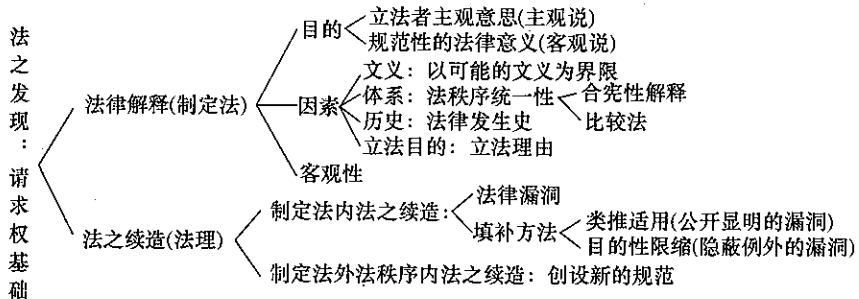
(2) 方法论上的分析

前述“最高法院”裁判体现了民法继受德国法学方法论的基本见解^①,分两点言之:

① 请求权基础。所谓法院应就当事人主张的事实,依职权寻求适当的法律规范,作为判断的依据,乃指请求权基础规范而言。

② 两个层次的法律适用。第一个层次为法律解释,此指制定法的适用,涉及解释目的(目标)、解释方法及解释客观性三个基本问题。第二个层次为法律续造,此指法理的补充,更可分为:(a)制定法内之法律续造(如基于平等原则所作之类推适用),此涉及法律漏洞的补充;(b)制定法外之法律续造(即超越法律计划外所创设之法律规范)。

兹将前开法律适用方法论运用于前揭“狼犬咬人致死案件”,丁是否为丙的子女,得否依“民法”第194条规定向甲请求慰抚金,系法律解释问题。丙死后其请求权得否由其生母戊继承,乃法律续造问题,俟于下文再为详论,兹先将法之发现及法律适用的基本体系图示如下:



法律适用在于发现法律,获得法律。法律适用方法也是法律形成的作用方式,包括法律解释(实定法,广义言之,包括习惯法)、制定法内的法之续造及制定法外的法之续造。三者系同一思考过程的不同阶段,非

^① 参见拙著:《民法思维》,北京大学出版社2009年版;Karl Larenz, Methoden-lehre der Rechtswissenschaft (6. Aufl., Berlin 1991).

属泾渭分明,常难以明确其界限,但各有其典型思考操作方法,仍有区别的
必要,将于下文详加说明。^①

(二) 法律适用的逻辑与价值判断

1. 法律适用的逻辑及涵摄

法律适用的逻辑表现于所谓的涵摄(Subsumtion),即将具体的案例事实(Sachverhalt = S),置于法律规范的要件(Tatbestand = T)之下,以获致一定结论(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法律规范的要件,而发生一定的权利义务关系。以涵摄为核心的法律适用过程,得以逻辑三段论加以表示,即:(1)法律规范(T)为大前提。(2)具体的案例事实(S)为小前提。(3)以一定法律效果的发生为其结论(R)。此种法律适用的逻辑结构,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)

$S = T$ (具体的案例事实该当于 T 的要件)

$S \rightarrow R$ (关于该具体定案例事实,适用 R 的法律效果)

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)所组成,并以一定的法律概念加以表示,或为描述性概念(如物、时日),或为不确定法律概念(如诚信原则、公共利益)。一定的案例事实,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:

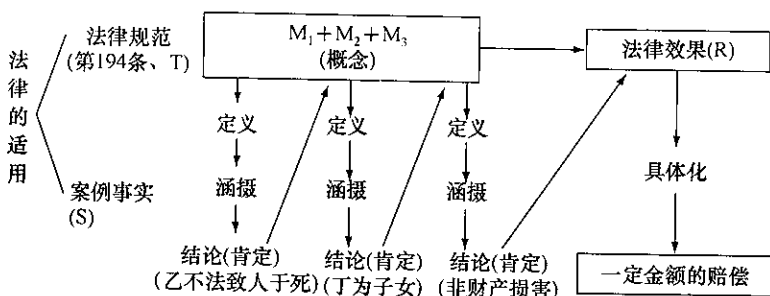
$T = M^1 + M^2 + M^3 \rightarrow R$

$S = M^1 + M^2 + M^3$ (S 该当于要件特征)

$S \rightarrow R$

此种思维模式可称为决定法律效果的三段论法。民法第 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。”按诸上开模式,T 为 M^1 (不法致他人于死) + M^2 (被害人之父、母、子女及配偶) + M^3 (非财产损害)。R 为请求赔偿相当的金额。所应认定的是,具体案例事实(S)是否该当于法律规范(T),而发生一定的法律效果(R)。兹将其思考过程图示如下:

^① Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe (3. Aufl., München 1955), 陈爱娥译:《法学方法论》,五南 1996 年版,第 246 页以下。关于法之续造(Rechtsfortbildung)的概念在德国法上的发展,参见 Christian Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht (Tübingen 2007), S. 68 ff.



2. 法律的评价

法律适用的形式为逻辑三段论法,其实质则为评价(价值判断、利益衡量),即对其前提(包括法律规范及案例事实)为必要的判断,如非婚生子女是否为民法第194条规定的子女?此须对其要件所使用的概念(子女)加以定义(definition),始能进行涵摄,此乃法律适用之重要任务。关于第194条所定慰抚金的继承性,究应依第195条第2项规定作“反面推论”,抑或为“类推适用”?此项评价亦在探究法律规定所蕴含的利益衡量和价值判断,并以“宪法”上的基本权利及价值体系作为最高的准据。

三、法律适用与论证^①

基于逻辑形式而为评价的法律适用,乃是一种论证,即以必要充分的理由构成去支持所作成法律上的判断。法学上的论证是一种规范论证,不在证明真理的存在,乃在于证明某种法律规范适用的妥当或正确,即在有效力的法规范上作法律适用的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民法第194条请求相当金额的损害赔偿。论证系对某种判断加以正当化的过程,因此必须提出客观、符合事理,可供检验的理由构成。

^① 关于法学上的论证(Juristische Argumentation),参见 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (3. Aufl., Frankfurt/M. 1996); 参见颜厥安:《法与实践理性》载《台大法学丛刊》(108)1998年版,第95页以下。

第二节 法律解释

1. 试阅读“民法”第1条至第3条,说明第1条所称“民事”“法律”“习惯”“法理”的意义。第2条所称“公共秩序或善良风俗”,如何判断?第3条所谓“签名”是否包括加盖铅字体的签名章或以机器印录方式的签章?

2. 如何判断第194条所称“子女”是否包括“非婚生子女”?法律解释有无客观性?

一、第1条所称的法律

(一) 法律的意义

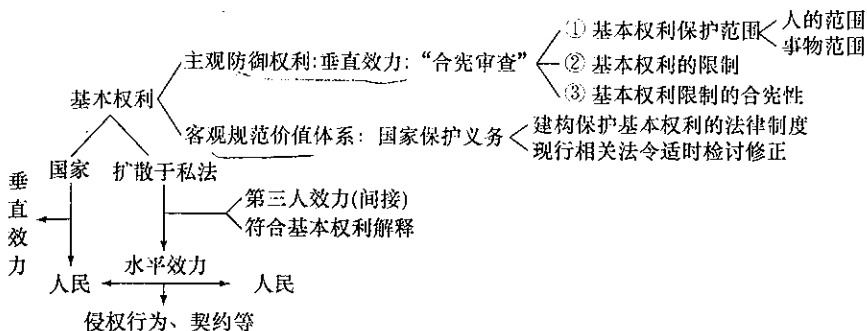
“民法”第1条所称法律,指制定法,应从广义解释,不仅指公布施行的“法律”(“宪法”第170条),并且包括行政规章(如土地登记规则)、自治法规及条约。条约经公布后,即有规定同等的效力,无须再经由特别立法程序,法院得径行援用。条约内容与国内法相抵触时,条约具有优先效力,应优先适用之。

(二) “宪法”与私法^①

1. 基本权利的构造:垂直效力与水平效力

“民法”第1条所称法律,不包括“宪法”在内。易言之,“宪法”非属私法的法源,从而不能直接适用以处理民事问题。唯“宪法”上的基本权利,不仅是一种对抗国家的权利,确保人民的自由与财产免于受到国家的侵犯,使人民得享有不受公权力干预的自由空间(自由权利或防御权),此乃基本权利的垂直效力,其核心问题在于法律的“违宪”审查。基本权利更是一种客观的价值秩序,系立法、行政及司法机关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(即第三人)的不法侵害,此并涉及基本权利的第三人效力,即基本权利在私人契约、侵权行为上的水平效力。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,兹先图示如下,分三点言之:

^① 参见苏永钦:《“合宪性”控制的理论与实际》,学林1994年版;Jörg Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (Tübingen 2007)。



2. “民法”的规定违反“宪法”者,无效(参照“司法院”释字第 362、365、452 号解释)

“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”(及“最高行政法院”)的判例及决议。“违宪”审查的步骤及思考层次为^①:① 认定何种基本权利被侵害。② 基本权利的保护范围(人的范围及事物范围,如言论自由是否包括商业言论)。③ 基本权利的限制,即政府行为是否侵害某种基本权利的保护范围,使权利受有限制,难以行使。例如“旧户籍法”第 8 条第 2 项规定请领人民身份证须捺指纹,是否侵害隐私权?旧“民法”第 1063 条规定仅夫妻得提起否认子女之诉,子女不得提起,是否侵害子女的人格权?④ 基本权利限制的“合宪性”,即政府对基本权利的限制亦应受到限制(限制的限制),即对基本权利的限制,须有阻却“违宪”的正当事由,尤其是比例原则的适用(“宪法”第 22 条、第 23 条)。兹举三个“违宪”审查问题,以供参照:

(1) 法律“违宪”：“司法院”释字第 365 号解释谓：“民法第 1089 条，关于父母对于未成年子女权利之行使意思不一致时，由父行使之规定部分，与宪法第 7 条人民无分男女在法律上一律平等，及宪法增修条文第 9 条第 5 项消除性别歧视之意旨不符，应予检讨修正，并应自本解释公布之日起，至迟于届满二年时，失其效力。”请参见修正“民法”第 1089 条（阅读之）。

(2) 判例“违宪”：“司法院”释字第 349 号解释：“‘最高法院’1959

^① 参见李建良：《“宪法”理论与实践》（一），学林 1999 年版，第 55 页以下，第 103 页以下；拙著：《人格权法》，北京大学出版社 2013 年版，第 60 页以下。

年台上字第 1065 号判例,认为“共有人于与其他共有人订立共有物分割或分管之特约后,纵将其应有部分让与第三人,其分割或分管契约,对于受让人仍继续存在”,就维持法律秩序之安定性而言,固有其必要,唯应有部分之受让人若不知悉有分管契约,亦无可得而知之情形,受让人仍受让人所订分管契约之拘束,有使善意第三人受不测损害之虞,与‘宪法’保障人民财产权之意旨有违,首开判例在此范围内,嗣后应不再援用。至建筑物为区分所有,其法定空地应如何使用,是否共有共用或共有专用,以及该部分让与之效力如何,应尽速立法加以规范,并此说明。”请参见修正“民法”第 826 条之 1(阅读之)。

(3) 异性婚姻的“违宪性”：“民法”规定,婚姻限于男女(第 980 条),不包括同性结婚,是否“违宪”?“司法院”大法官已受理“释宪申请案”,尚未作成解释,预期将不会作成“违宪”解释。请参见前述“违宪”审查步骤及思考层次加以分析。

3. 符合“宪法”的法律解释

此项“合宪”解释系以法律(或判例及决议)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,另一方面亦在开展“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,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“合宪性”解释的典型案例系“司法院”释字第 656 号解释关于民法,第 195 条第 1 项后段由法院为恢复名誉适当处分是否“合宪”的解释:“‘民法’第 195 条第 1 项后段规定:‘其名誉被侵害者,并得请求恢复名誉之适当处分。’所谓恢复名誉之适当处分,如属以判决命加害人公开道歉,而未涉及加害人自我羞辱等损及人性尊严之情事者,即未违背‘宪法’第 23 条比例原则,而不抵触‘宪法’对不表意自由之保障。”^①

4. 基本权利的第三人效力

“宪法”基本权利对第三人具有所谓的“间接效力”,即基本权利得透过“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“宪法”的基本价值。就契约而言,如认劳动契约上的单身条

^① 参见拙著:《人格权法》,北京大学出版社 2012 年版,第 505 页。

款,约定受雇妇女于结婚时即须离职,系违反“宪法”保障人民的工作权或婚姻自由的基本权利,悖于公共秩序善良风俗(第72条)而无效。^① 侵权行为法上最重要的问题系人格权与言论自由此两种同受宪法保障基本权利的调和。^②

(三) 强行法、任意法及半强行性法

法律可分为强行法与任意法。强行法,指不得以当事人的意思排除其适用的法规。任意法,指得以当事人的意思排除其适用的法规,其功能乃在补充当事人的意思;当事人未为排除者,仍具“强行性”而应适用之。民法关于身份及物权的規定多属强行法,因亲属关系涉及人伦秩序,物权关系为社会经济制度的基础,不应任由个人的意思加以变更。民法总则关于权利能力及法律行为能力的规定,因涉及人的权利主体性及行为自由,亦属强行规定。至于有关法律行为,尤其是契约及遗嘱部分则几乎全属任意法,旨在实践私法自治原则。民法上个别条文,究属强行规定抑或仅具任意性质,有疑义时,应依其规范目的加以认定。^③

值得注意的是,所谓的“半强行性法规”,即将强行法与任意法的对立性予以相对性,仅使法律规定的一部分具有强行性。“劳动基准法”第1条第2项规定:“雇主与劳工所订劳动条件,不得低于本法所定之最低标准。”乃在表示“劳动基准法”的规定具半强行性,即雇主与劳工所订劳动条件高于本法所规定之最低标准者,仍为有效,仅其较低者,无效,立法目的在于保障劳工权益。如何善用此类半强行性法规,以保护居于弱势的劳工、消费者,是一个值得深入研究的课题。

二、法律解释

(一) 法律解释的目的

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。在此涵摄的过程中,常需对要件所使用的法律概念加以解释,如“民法”第1条所称民事,习惯、法理(参见例题);第6条规定:“人之权利能力,始于

^① 参见拙著:《劳动契约上的单身条款、基本人权与公序良俗》,载《民法学说与判例研究》(第七册),第36页。

^② 参见拙著:《人格权法》,北京大学出版社2012年版,第361页。

^③ 关于契约法上的任意规定,参见 Johannes Cziupka, Dispositives Vertragsrecht: Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster (Tübingen 2010)。

出生,终于死亡。”何谓“出生”?何谓“死亡”?均有疑义,有待阐释。德国法学家萨维尼(Savigny)曾谓:“解释法律,系法学的开端,并为其基础,系一项科学性的工作,但又为一种艺术。”^①美哉斯言。

关于法律解释的目的(使命或目标),有“主观说”及“客观说”两种见解。^②主观说认为,法律解释系在探求立法者意思,客观说则认为,法律解释乃在阐释法律规范性的意义。就整个发展趋势而言,19世纪及20世纪初期偏重主观说,在今日,随着民主“宪政”的发展,客观说成为通说,其主要理由有四:

1. 法律的制定,历经各种过程,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。

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。

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。

4. 客观说较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。

法律哲学家 Radbruch 倡导客观说,认为法律如行船,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,不受领港者的支配,否则将无以应付惊涛骇浪,变色的风云。Radbruch 并引用康德所谓“解释者较诸作者本人,更能认识自己”的见解。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”。此等比喻,在某种程度上说出了客观说的基本论点。

诚如伟大的罗马法学家 Celsus 所言:“对法律为解释,不是服从其文

^① 关于萨维尼的生平,参见陈爱娥:《萨维尼——历史法学派与近代法学方法论的创始者》,载《月旦法学》2000年总第62期,第167页;Joachim Rückert, Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny, in: J. Rückert (Hrsg.), Fälle und Fallen in der neueren Methodik seit Savigny (Baden-Baden 1997), S. 33 ff. 关于法学方法论的欧洲化,参见 Günter Hager, Rechtsmethoden in Europa (Tübingen 2009); Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (Berlin 2006). 关于法律解释方法的比较研究,参见 Melin Patrick, Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland (Tübingen 2005); Stefan Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, II (Tübingen 2001)。

^② 较详细的说明,参见拙著:《民法思维》,北京大学出版社2009年版,第169页以下。

字,乃在实践其意义和目的。”^①

(二) 法律解释方法

1. 法律解释的标准(因素)

法律解释在于探究法律客观的规范意旨,其主要解释方法(标准或因素)有六:

- (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。—
- (6) “合宪性”解释。

分述如下:

(1) 法律文义

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,然众所周知,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,但不能逾越其可能的文义,否则即超越法律解释的范畴,而进入另一阶段的法院造法活动(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的安定性。

(2) 法律体系^②

法律体系可分为外部体系及内在体系,前已说明,均属法律解释应予考虑的因素。法律外部体系指法律的编制体例,如民法第几编、第几章、第几节、第几项、第几款,及前后条文的关联位置,此可资阐明法律的规范意义。法律的内在体系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

^① Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. —Celsus, Dig. 1,3,17.

^② C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (2. Aufl., Berlin 1983); C. Höpfer, Die systemkonforme Auslegung (Tübingen 2008); Franz Bydlinsky, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (Wien 2005); Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, mit Juristischer Methodenlehre (6. Aufl., München 2011), S. 438 f.; K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre (3. Aufl., Köln 2008), § 33 I.

下为命令,基于法秩序统一性的理念及法律系一种的价值体系,应使其互相协调,不生冲突。在解释方法上应予实践的有二:

① 为维护法律用语的统一性,同一的概念用语应作相同的解释;但亦需注意法律概念的相对性。

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。此外,尚需作符合国际公约的法律解释。^①

(3) 立法史及立法资料

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,亦属解释法律的一项重要方法。就现行“民法”而言,其值参考的,有民律草案(尤其是立法理由书)、第二次民律草案及历次民法修正的相关有关的立法资料。

(4) 比较法^②

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,自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。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自他法,法学具比较法的特色,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。

(5) 立法目的

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。德国法学

^① 此为一项应受重视的法律解释方法,有助于法律全球化的发展。关于国际公约,参见《联合国宪章》《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》《经济社会文化权利国际公约》及《经济社会文化权利国际公约施行法》《消除对妇女一切形式歧视公约》《消除对妇女一切形式歧视公约施行法》(请概略读之)。此涉及符合公约的法律解释的方法论,参见 W. Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung (München 1994); U. Ehrlicke, Die richtlinien-konforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, *RebelsZ* 59 (1995), 598-644。

^② 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,第1页以下。关于比较法,值得注意的是比较法与经济分析,参见 Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics* (University of Michigan Press, 1997)。

家 Oertmann 曾谓：“立法目的之探求，乃阐明疑义之钥匙也。”实属至理名言。^①

(6) “合宪性”解释

“合宪性”解释属体系解释，亦可作为目的解释之一种，在法律解释方法上居于优越地位，特予强调，期能实现基本权利的价值，对不确定法律概念及概括条款的具体化，甚为重要，前已论及，敬请参照。

2. 法律解释的客观性^②

初习民法之人常感困惑的是，关于某一法律问题，常有多种学说见解。在法律教科书上常见的一句话是：“关于此项问题，学说不一，有认为……有认为……有认为……颇有争论，依余所信，应以第三说为是，盖……”（或依余所信，以上诸说，均不可采，而应采如下见解……）。之所以发生此种现象，系由于法律解释方法的多样性，而每一种解释方法又有不同的诠释，学者各持一端，致生歧异。然而，各种解释方法相互间是否具有某种位阶关系，可以决定各种解释的优先次序，期能获致法律解释的客观性？

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，必须加以结合，使解释臻于完善。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、法律之规范目的，排除或肯定某种解释。解释方法不必然保障结论的正确，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，应作通盘性的思考检讨，始能获致合理结果，而在个案中，应妥当调和当事人利益，贯彻正义的理念。

3. 限制解释及扩张解释

限制解释乃缩小法律文义的范围，使其限于或接近于法律概念的核

^① Paul Oertmann, *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft* (Tübingen 1931), S. 12.

^② 参见张钰光：《法律解释“客观性”之论证——从科学方法出发》（1996年辅仁大学硕士论文）。最近论文，C.-W. Canaris, *Das Rangverhältnis der klassischen Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht in: Festschrift für Medicus* (Tübingen 1999), S. 63 ff.; Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law* (Oxford 2005)。

心,如认为,“民法”第1条所谓习惯系指习惯法而言。扩张解释乃扩大解释范围及于可能的文义,如“民法”第3条所称亲自签名包括加盖铅字体的签名或以机械排印方式签章。究采限制解释及扩张解释,应参考综合各种解释因素加以判断。

需特别指出的是,法律的解释止于可能的文义。依法律可能的文义,作最广义的解释,尚不能使之涵摄案例事实时,即应认为无该法律的适用,而属于“法无明文”的情形,已经脱离了“法律解释”阶段,而进入一个新的法之发现的阶段:“漏洞”的填补。

(三) 例题解说:“民法”第194条所称“子女”及第190条所称动物占有人的意义

1. “民法”第194条子女的意义

为进一步阐释上述法律解释的“抽象理论”,再就前揭“狼犬案件”说明阐释第194条所称“子女”的思考过程:

民法第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。”所谓“子女”,就可能文义言,应可包括非婚生子女在内。就法律体系言,民法亲属编所称子女,固指婚生子女及养子女而言,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,而是侵害他人的生命时,对于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,所谓子女应与亲属编所称子女作不同解释(法律概念相对性),而扩张及于与被害人具有血统关系的非婚生子女。在比较法上,瑞士及日本判例均同此见解^①,可资参照。又此项解释亦在实践宪法上的平等原则及人格利益,生父遭人不法侵害致死,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。

一 2. “民法”第190条动物占有人的意义

“民法”第190条第1项前段规定:“动物加损害于他人者,由其占有人负损害赔偿责任。”按关于占有(人)“民法”于物权编设有规定。第940条规定:“对于物有事实上管领之力者,为占有人。”第941条规定:

^① 史尚宽:《债法总论》,第204页:“子女包括养子女及非婚生子女。”“民法”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; K. Otfinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht (4. Aufl., Zürich 1975), S. 234; 日本实务最近亦采肯定说,参见〔日〕前田达明:《不法行为法》青林书院1980年版,第283页。

“地上权人、农育权人、典权人、质权人、承租人、受寄人，或基于其他类似之法律关系，对于他人之物为占有者，该他人为间接占有人。”在前揭例题中，甲有某狼犬，出借予乙，甲与乙皆为占有人，甲为直接占有人，乙为间接占有人。问题在于第190条第1项前段所称占有人是否包含间接占有人，或仅指直接占有人？请读者参照本书前面所提出的解释方法加以解释。

三、不确定法律概念及概括条款

民法使用甚多带有价值不确定的规范性概念，如公共秩序及善良风俗（第2条）、重大事由（第489条、第976条第1项第9款）、显失公平（第74条第1项）、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（第184条第1项后段）。

此等不确定法律概念及概括条款的主要机能，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。从而涉及立法及司法、法官与法律的关系。就立法及司法的关系而言，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”，使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而言，使法官更能创造性地参与法律的适用，实践个案正义，其具体化的价值判断，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。

第三节 习惯法及习惯

甲与乙兄弟二人，继承其父丙所遗位于某镇的A、B古屋两栋，各有其一，相邻而立，颇具气势，增益其价值。兄弟因争产不睦，甲移民美国，决定出售A栋古屋，乙则主张卖产亲属得优先承买的习惯法。甲抗辩称，此仅为该地的习惯，于本件无适用的余地，并质疑该习惯法的“合理性”。试问法院应如何处理？

一、习惯法

(一) 民事法律所未规定者,依习惯

在上揭例题中,当事人的争执为民事法律关系,故首应检讨的是,法律是否设有规定,可资适用。关于优先承买权,法律设有规定的,如“民法”第426条之2、第919条“土地法”第104条、第107条,“耕地三七五减租条例”第15条等,于本例题均不能适用。又“土地法”第34条之1第4项“共有人出卖其应有部分时,他共有人得以同一价格共同或单独优先承购”的规定,于本例题亦无适用的余地。

综上所述,关于本例题的争执问题,法律未设明文。“民法”第1条规定,民事,法律所未规定者,依习惯。所称习惯,指习惯法而言(详见下文)。由是可知,民事,法律已设规定时,即无适用习惯的余地。习惯仅有补充法律的效力,故习惯的成立时间,无论在法律制定之前或其后,凡与成文法相抵触时,均不能认为有法的效力。“最高法院”诸多判例,再三强调此项制定法优先适用原则,如“最高法院”1948年上字第6809号判例谓:“习惯仅于法律无明文规定时有补充之效力,共同共有物之处分及其他权利之行使,除由共同关系所由规定之法律或契约另有规定外,应得共同共有人全体之同意,为‘民法’第828条第2项所明定。纵如原判决所称该地习惯,尝产值理,有代表共同共有人全体处分尝产之权,苟非当事人有以此为其契约内容之意思,得认其共同关系所由规定之契约已另有规定,在‘民法’施行以后殊无适用之余地。原判决仅以该地有此习惯,即认为被上诉人之买受为有效,其法律上之见解实有违误。”

又“最高法院”1950年台上字第364号判例认为:台湾关于祭祀公业之制度,虽有历来不问是否具备社团法人或财团法人之法定要件,均得视为法人之习惯,然此种习惯自“民法”施行后,其适用应受第1条规定之限制,仅就法律所未规定者有补充之效力,法人非依“民法”或其他法律之规定,不得成立,在“民法”施行前,亦须具有财团及以公益为目的的社团之性质,而有独立之财产者,始得视为法人,民法第25条及“民法总则施行法”第6条第1项,既设有明文规定,自无适用与此相反之习惯,认其祭祀公业为法人之余地。可资参照(本则判例已于2002年7月1日经“最高法院”决议不再援用,但对祭祀公业制度的发展具有参

考价值)。

(二) 习惯法的成立及举证责任

关于民事,法律既未设规定,应依“习惯”。“民法”第1条所称“习惯”系指习惯法而言,须以多年惯行之事实及普通一般人之确信心为其成立基础(“最高法院”1928年上字第613号判例)。习惯法存在与否,除主张之当事人依法提出证据外,法院应依职权调查(“最高法院”1930年上字第916号判例)。关于当事人的举证责任,“最高法院”1935年上字第1432号判决更进一步表示:“习惯法则之成立,以习惯事实为基础,故主张习惯法则,以为攻击防御方法者,自应依主张事实之通例,就此项多年惯行,为地方之人均认其有拘束其行为之效力之事实,负举证责任。如不能举出确切可信之凭证,以为证明,自不能认为有此习惯存在。”准此以言,在前揭例题中,乙就该地有卖产亲属得优先承买习惯法的存在,固应负举证责任,法院亦应依职权调查之。

(三) 习惯法不得悖于公序良俗

“民法”第2条规定:“民事所适用之习惯,以不悖于公共秩序或善良风俗者为限。”法院认为卖产应先尽亲属之习惯既属限制所有权之作用,则于经济上流通及地方发达均有障碍,且足助长把持措勒之风,于社会经济毫无实益,有悖于公共秩序,不能认为有法之效力;现行法上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,地方之发达,均有障碍,不能予以法之效力。^①准此以言,在本例题中,乙纵使证明有优先承买习惯法的存在,法院亦应本其职权,依“民法”第2条规定,否定其效力。

二、事实上的习惯

与习惯法应严予区别的,系事实上的习惯,此仅属一种惯行,尚欠缺法的确信。易言之,即一般人尚未具有此种惯行必须遵从,倘不遵从其共同生活势将不能维持的确信。此种事实上的习惯不具法源性,无补充法律的效力。“民法”第1条所称习惯系指习惯法而言,已如上述,其他条

^① 参见“最高法院”1928年上字第691号、1929年上字第1346号、1930年上字第1710号、1941年上字第191号判例。此等判例以“经济之流通地方发达”诠释公序良俗,具有法律经济分析的意涵。关于法律经济分析,参见王文宇:《民商法理论与经济分析》,载《台大法学丛书》(122),2000年版。

文所称习惯,究属习惯法抑或仅为事实上的习惯,尚有究明的必要。

“最高法院”1937年渝上字第948号判例谓:“依‘民法’第1条前段之规定,习惯固仅就法律所未规定之事项有补充之效力,唯法律于其有规定之事项明定另有习惯时,不适用其规定者,此项习惯即因法律之特别规定,而有优先之效力,“民法”第207条第2项明定前项规定,如商业上另有习惯者,不适用之,则商业上得将利息滚入原本再生利息之习惯,自应优于同条第1项之规定而适用之,不容再执第1条前段所定之一般原则,以排斥其适用。”于此判例,所应研究的是,第207条第2项所称商业上另有“习惯”,与第1条所称习惯,是否具同一意义?

按“民法”第1条系仿自《瑞士民法》第1条,其所谓习惯,系相当于《瑞士民法》的Gewohnheitsrecht。《瑞士民法》除第1条使用Gewohnheitsrecht一语,其余条文,未再为使用。“民法”第1条、第757条以外规定所谓的习惯(如第313条、第778条第2项),在瑞士民法上多称为Brauch、Ortsbrauch、kaufmännische Übungen等,指交易上的惯行,并不具有习惯法的意义。再就民法第207条第2项而言,系仿自《瑞士债务法》第314条第3项,所称商业上习惯,即系瑞士债务法上的üblich(übung的形容词),不具有习惯法的意涵。

综上所述,“民法”第1条及第757条以外规定所称习惯,原则上仅指事实上习惯而言,因法律的特别规定而具有优先效力。无论习惯法或事实上习惯,违反公序良俗者,均无适用余地。因此应予明辨者有二:①民事,法律所未规定者,应适用习惯法,此际习惯法有补充法律之效力。②法律明定习惯(事实上惯行)应优先适用者,此乃依法律规定而适用习惯,此项习惯本身并不具法源的性质。

第四节 法理与法之续造

1. “民法”第194条规定的非财产上损害金钱赔偿请求权,得否继承或让与?

① J. Esser, Richterrecht, Gerichtsbrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel (1967), S. 95. Esser有两本法学方法论的经典著作, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrecht (4. Aufl., Tübingen 1972); Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (2. Aufl., Frankfurt/M. 1972).

2. 甲的 A 地与乙的 B 地相邻, A 地的承租人, 得否依“民法”第 787 条规定向 B 地的借用人主张通行权?

3. 试就上举两例说明何谓法律漏洞、类推适用及平等原则。

4. 关于“民法”总则, 实务上(“最高法院”判决)有何重要类推适用的案件?

一、“法理”作为一种法源

(一) 法理的意义及功能

“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。”何谓法理, 学者见解不一: 有谓系指正当的法理(客观的), 与条理(主观的)自然之道理不同。^① 有谓系指法律通常之原理而言。^② 有谓系自然法而言。^③ 有谓系指自法律根本精神演绎而得之法律一般原则。^④ 法院虽常引用法理作为判决依据, 仅抽象认为系指为法秩序之和平, 事物所本然或当然之理, 并未多作说明。

法理的基本功能系在补充法律及习惯法的不备, 使执法者自立于立法者的地位, 寻求就该当案件所应适用的法则, 以实现公平与正义, 调和社会生活上相对立的各种利益, 实乃立法者对司法裁判赋予维持秩序一体系及从事法之续造的权限。是所谓法理, 应系指自隐含在立法、法秩序或一般价值体系演绎而出的一般法律原则, 为谋社会生活事物不可不然之理, 与所谓条理、自然法、通常法律的原理, 殆为同一事物的名称。^⑤ “民法”第 1 条所谓法律所未规定者, 系指法律无明文规定, 且依现存之法条解释, 仍不能知其法意之所在者而言^⑥, 故凡于具体案件可经由解释

① 参见黄右昌:《民法总则诠释》,第 64 页。

② 参见胡长清:《民法总论》,第 32 页。

③ 参见王伯琦:《民法总则》,第 6 页。

④ 李宜琛:《民法总则》,第 9 页;洪逊欣:《民法总则》,第 31 页。

⑤ 《德国民法第一草案》第 1 条:“法律无规定的事项,准用关于类似事项的规定,无类似事项的规定时,适用由法规精神所生的原则。”《奥国民法》第 7 条规定:“无类推的法规时,应熟思审虑,依自然法则判断之。”《瑞士民法》第 1 条第 2 项规定:“本法未规定者,审判官依习惯。无习惯者,依自居于立法者地位所应行制定之法规判断之。”德、奥、瑞民法所称:由法规精神所生之原则,自然法则或自居于立法者地位所应行制定之法规,其基本功能相同,实质意义殆无差别。

⑥ 参见“最高法院”1940 年上字第 20 号判例。

而适用法律或有习惯法时,即无以法理作为裁判准据的必要。

(二) 实务上适用法理案例的分析

现行“民法”体例严密,使用的概念甚为抽象,复多设概括条款,然须以法理作为裁判依据的,亦属不少,其最重要者,系基于“平等原则”的法理而为的类推适用,俟于后文详述,兹先整理分析实务案例,以进一步认识“法理”的规范功能及“法律”的发展。分五类加以说明:

1. 民法施行前所订立的和解契约

“最高法院”1933年上字第1333号判决谓:“当事人约定互相让步以终止争执或防止争执发生之契约,谓之和解。此项和解有使当事人所抛弃之权利消灭及使当事人取得和解契约所订明权利之效力,此在‘民法’施行以前亦属当然之条理。”现行“民法”设有和解(第736条),此种案例类型目前实际上已不存在。

2. “非讼事件法”颁行前,失踪人财产之管理

“最高法院”1943年上字第1608号判例谓:“失踪人失踪后未受死亡之宣告前,其财产之管理依‘非讼事件法’之规定,为‘民法’第10条所明定。现在‘非讼事件法’尚未颁行,按习惯及法理,失踪人未自置管理人者,其配偶有管理权,无配偶或虽有配偶而已改嫁者,其最近亲属有管理权。出典之不动产为兄弟二人所共同共有,而兄已失踪者,其弟向典权人回赎,固应得兄之财产管理人之同意,兄无配偶或其他最近亲属为其财产管理人者,其弟就共同共有物有为其兄管理之权,自得单独向典权人提起放赎之诉。”此种案例类型,亦因“非讼事件法”于1964年5月28日公布施行而消失。

3. 既定条件的效力

“最高法院”1979年台上字第2861号判例谓:“法律行为成立时,其成就与否业已确定之条件即所谓既成条件,亦即法律行为所附条件,系属过去既定之事实者,虽其有条件之外形,但并无其实质之条件存在,故纵令当事人于法律行为时,不知其成否已经确定,亦非‘民法’第99条所谓条件。‘民法’关于既成条件虽未设明文规定,然依据法理,条件之成就于法律行为成立时已确定者,该条件若系解除条件,则应认法律行为为无效。”上述判例所谓“法理”,非指“民法”第1条的“法理”,补法律之不备,乃指法律行为附条件的本质及功能而言,即以“法理”替代的详细理由构成。

4. 信托行为

“最高法院”1977年台再字第42号判例谓：“按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，苟法律行为之内容，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。所谓信托行为，系指委托人授予受托人超过经济目的之权利，而仅许可其于经济目的范围内行使权利之法律行为而言，就外部关系言，受托人固有行使超过委托人所授予之权利。就委托人与受托人之内部关系言，受托人仍应受委托人所授予权利范围之限制。信托关系系因委托人信赖受托人代其行使权利而成立。应认委托人有随时终止信托契约之权利。”（本则判例因“信托法”于1996年1月26日公布施行，“最高法院”已于2002年10月1日决议不再援用。）

“最高法院”历年关于信托行为之判例判决都未提到适用法理的问题，唯判例要旨均将信托行为置于“民法”第1条之下。实则，信托行为乃法律行为的一种，本诸私法自治原则，当事人得自定其权利义务关系，并适用法律强制或任意规定，应无适用“法理”的必要。^①

5. 以外国立法例作为法理

最后须说明的是，“最高法院”曾以外国立法例作为法理而适用，“最高法院”1970年台上字第1005号判决谓：“因上诉人之增加设施，所借用房屋之价值显然增加，在我民法使用借贷一节内，虽无得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理，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。”此项判决认为将外国立法例视为法理而适用，系“本于诚实信用原则”，虽有商榷余地，但以外国立法例作为认定法理的资料，深具意义，应值赞同。^②

由上述可知，法理对民事制度的建构与发展有重要的功能。

^① 参见詹森林：《信托之基本问题——“最高法院”判决与信托法之比较》，载《民事法理与判决研究》[台大法学丛书(113)]1998年版，第209页以下。《民事法理与判决研究》一书收录20篇重要论文，融合理论与实务，深具价值。

^② 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，第1页。

二、法律漏洞与类推适用^①——法律(制定法)内的法之续造

(一) 基于平等原则的法律续造与民法发展

“民法”第1条规定“法理”，其主要功能在于以“平等原则”作为类推适用的依据，以填补法律漏洞。类推适用系法之发现或法之获取过程中法律解释的继续。法官从事的法之续造，旨在贯彻现行法(制定法)上的价值判断，维持法秩序的一体性，使法官得有空间作出有创意的裁判，共同参与法的形成及发展。“民法”于20世纪30年代施行以来，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，法律有时而穷，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. 一个国家或地区民法的进步，可以“类推适用”作为测试的指标，80余年来，台湾地区民法因类推适用而渐趋成熟，更向前发展。

(二) 法律漏洞与类推适用及其思考模式

1. 法律漏洞

法律漏洞系法学方法论上的一个重要概念，乃是法律内从事法之续造(类推适用)的前提。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，应有所规定，而未设规定。所谓未设规定系指不为法律的可能文义所涵盖。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。例如“民法”第360条规定，出卖人故意不告知物之瑕疵者，买受人得不解除契约或请求减少价金，而请求不履行损害之赔偿。关于出卖人故意诈称买卖标的物具有实际上不存在的优点，“民法”未设明文，应认为系法律漏洞，盖此亦为出卖人认识买受人对物有所误认，并故意利用此项认识使买受人缔约，其在法

^① 较详细深入的论述及法院相关判例、判决及决议的分析检讨，参见拙著：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第196页以下。参见 Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache* (2. Aufl., München 1982)，中德文对照版，吴从周译，类推与“事物本质”(学林1999)，深具参考价值。类推适用系法律发展的重要方法，关于“民法”总则，“最高法院”著有若干重要关于类推适用的重要判决(leading case)，请参见相关部分的说明(如“最高法院”2012年台上字第1695号、2001年台上字第4号判决)。

律评价应同于故意不告知物的瑕疵,其未设规定,乃违反规范计划,应类推适用“民法”第360条规定,使买受人亦得请求不履行之损害赔偿。

法律漏洞有为自始发生(自始漏洞),有为嗣后因社会及法律价值变迁,规范环境变动而发生(嗣后漏洞)。法律漏洞有为立法者所认识,有意让与判例学说处理。法律漏洞有为立法者所不知。在类推适用前,应先认定法律漏洞的存在,因此与法律漏洞应严予区别的,是立法政策上的考量,学说上称为“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。例如“民法”第194条规定未包括未婚妻,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194条规定的余地。

2. 类推适用

类推适用,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。类推适用在于填补所谓的公开漏洞,即关于某项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。类推适用系基于一种认识,即基于其类似性,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,系本着平等原则,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);其次则再判断得否基于“同一法律理由”,依平等原则将该项法律规定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(法律评价),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,另一方面则作为类推适用的基础。

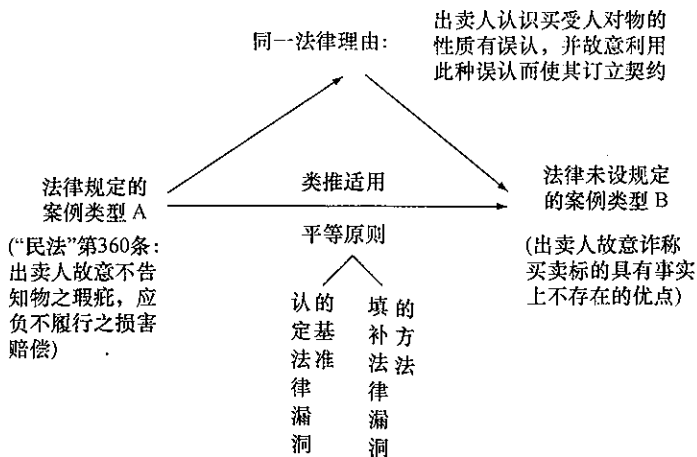
类推适用可分为个别类推及总体类推。(个别类推,指就某个别法律规定而为类推适用,亦即其被类推适用的,为个别规定。总体类推,指就多数同类法律规定抽出的一般法律原则,而为类推适用,又称法之类推(Rechtsanalogie)。

3. 思考模式

据上所述,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。兹提

出以下基本思考模式,以供参考:



4. 实务案例分析

实务上关于类推适用甚多,兹举三则判例,请依前述方法论的说明加以分析:

(1) “最高法院”1979 年台上字第 777 号判例谓:建筑房屋基地之出租人,以承租人积欠租金额达 2 年以上为原因,终止租赁契约,仍应依“民法”第 440 条第 1 项规定,定相当期限催告承租人支付租金,必承租人于其期限内不为支付者,始得终止租赁契约,非谓一有承租人欠租达 2 年以上之事实,出租人即得随时终止租赁契约,对于地上权人之保护,不宜较土地承租人为薄,故土地所有人以地上权人积欠地租达 2 年之总额为原因,依“民法”第 836 条第 1 项规定,撤销其地上权,仍应类推适用“民法”第 440 条第 1 项之规定,践行定期催告程序。

(2) “最高法院”1974 年台上字第 2139 号判例谓:“民法”第 451 条之规定,乃出租人表示反对续租之意思,有阻却继续契约之效力,此与同法第 263 条所定,当事人依法律之规定终止契约之情形,具有同一之法律理由,自应类推适用。故租赁物为数人所共同出租者,表示此项意思时,应准用第 258 条第 2 项规定,由出租人全体为之。本案中土地为上诉人等 4 人所共有,而由上诉人等 4 人共同出租与被上诉人使用,则其依“民法”第 451 条为反对续租之意思表示,自应由上诉人全体为之。本件判例所称应“准用”第 258 条第 2 项规定,应指类推适用而言。

(3) “最高法院”2012 年台上字第 1695 号判决谓:合伙人因经营共

同事業，須有合夥代表、一定之組織、財產及活動管理機制，故於契約之外，亦同時表現團體之性質，與法人之本质并无軒輊。是以，合夥人若因執行合夥事務，侵害他人權利而成立侵權行為者，與法人之有代表權人，因執行職務加損害於他人之情形相類，其所生之法效應等量齊觀，被害人自可类推適用“民法”第 28 條之規定，請求合夥與該合夥人連帶負賠償責任。（詳見本書第 171 頁）。

（三）法律適用、准用及类推適用：法之續造與立法發展

1. 旧“民法”第 787 條第 1 項規定

關於法律漏洞及类推適用，實務案例甚多，具有啟示性的是“最高法院”關於“民法”第 787 條關於鄰地通行權的一則決議，可供檢驗及運用上揭思考模式。

旧“民法”第 787 條第 1 項規定：“土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有人得通行周圍地以至公路。但對於通行地因此所受之損害，應支付賠償金。”1990 年 5 月 29 日，“最高法院”第二次民事庭會議，院長提議：土地因與公路無適宜之聯絡致不能為通常使用者，土地使用權人是否得通行周圍地以至公路？有甲、乙二說。甲認為，依第 787 條第 1 項規定主張對土地周圍地有通行權之人，以該土地所有人為限，土地使用權人不得徑依以上規定，對土地周圍地主張有通行權。乙認為，依 1981 年 9 月 17 日“最高法院”1981 年台上字第 3334 號判決要旨謂：“查‘民法’物權編關於土地相鄰關係之規定，重在圖謀相鄰不動產之適法調和利用。鄰地通行權之性質，為土地所有權人所有權之擴張，與鄰地所有權人所有權之限制，是以土地所有權人或使用權人，如確有通行鄰地之必要，鄰地所有權人或使用權人，即有容忍其通行之義務，此為法律上之物之負擔。土地所有權人或使用權人，基於其物權之作用行使上開請求權時，其對象並不以鄰地所有權人為限。”似宜採肯定說。以上二說，應以何說為當，提請公決。

2. “最高法院”民庭決議

本案提經討論後，根據研究報告作出如下決議：“民法創設鄰地通行權，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利，增進社會經濟之公益目的，是以袋地無論由所有權或其他利用權人使用，周圍地之所有權及其他利用權人均有容忍其通行之義務。‘民法’第 787 條規定土地所有權人鄰地通行權，依同法第 833 條、第 850 條、第 914 條之規定准用於地上權人、永佃權人或典權人間，及各該不動產物權人與土地所有權人間，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。”^①

3. 分析讨论

(1) 法律漏洞及其填补

本件决议删除了研究报告的“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“民法”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“民法”第1条的规范功能，甚有价值。

(2) 类推适用与补充解释

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。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”。

(3) 适用、类推适用与准用

本件决议于法律“适用”(第787条),及准用(旧“民法”第833条、旧“民法”第850条及旧“民法”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,系一项创造性之法的续造。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。

(4) 由类推适用到准用:准用的扩大

准用系法律明定的类推适用,法律适用上的类推适用具准用的功能。值得注意的是,为明确法律适用,避免争议,“民法”物权编修正(2009年),特删除第833条规定,增设第800条之1规定:“第774条至前条规

^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,第164页。更深刻具有启示性的论述,参见苏永钦:《相邻关系规定可否类推适用于非物权人》,载苏永钦主编,《民法物权争议问题研究》1999年版,第113页。

定,于地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人、承租人、其他土地、建筑物或其他工作物利用人准用之。”立法理由谓:“……增订本条规定,以符‘民法’规范相邻关系之宗旨,并期立法之精简。至于建筑物所有人为土地之利用人,当然有本条之适用,不待明文。又本条所谓‘准用’,系指于性质不相抵触之范围内,始得准用,故何种情形可以准用,应依具体个案分别认定之。”

“民法”修正将若干实务上的“类推适用”,明定为“准用”,有三个重要规定:

① 不法管理。1999年修正“民法”第177条第2项将“不法管理”由类推适用适法管理修正为准用,例如无权出卖处分他人之物,应返还其管理所得利益。

② 代理人与有过失。修正“民法”第217条第3项规定(1999年):“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。”在此之前,实务上系采类推适用。例如未成年子女遭遇车祸,应承担父母的与有过失,受减免损害赔偿的不利益。

③ 物上请求权。“民法”第767条第2项规定:“前项规定,于所有权以外之物权,准用之。”在设此准用之前,应为类推适用。

需说明的是,之所以借“民法”第787条规定较详细的讨论法律适用、准用与类推适用,因其涉及立法与法官的法之续造,较有法律发展及法学方法的意义,请读者特为留意。

(四) 民法第194条及第195条第2项规定的类推适用

1. “最高法院”见解

“民法”第194条规定的非财产损害赔偿的请求权得否继承或让与?“最高法院”1995年台上字第2934号判例谓:“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。”“民法”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。同法第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. 分析讨论

对此判决,应说明者有三:

(1) 反面推论与类推适用。“民法”第194条未设相当于第195条第2项规定,法院不采反面推论,认为慰抚金请求权得让与或继承,而“解释”第195条第2项规定,认为于第194条亦得适用,其结论实值赞同。

(2) 法律解释与类推适用。关于“民法”第195条第2项规定之“解释适用”于第194条,“最高法院”判例内容分为两部分:①“民法”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,似难认系对第194条的情形系属“同一解释”。

(3) 就方法论言,应认为“民法”第194条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,应类推适用上述规定,以为补充。此种类推适用属于所谓的总体类推(法之类推),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”,应予类推适用。^①

(五) 目的性扩张与目的性限缩

法律适用处于法律文义(文本)与法律目的之间的紧张关系,从而发展出两个法律适用的思考方法:一个是目的性扩张(teleologische Extension);另一个是目的性限制(teleologische Reduktion)。

1. 目的性扩张

目的性扩张指法律文义范围过于狭隘,纵依其可能文义,亦不能达其规范目的,必须依其规范目的予以扩张。就方法论言,此类推适用的特殊情形,可认为系法律类推适用的一种类型。例如“民法”第77条规定:“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,或依其年龄及身份、日常生活所必需者,不在此限。”所谓纯获法律上之利益,非经济利益的计算(如贱购某物),乃指其法律

^① 关于不法致人死亡的损害赔偿(财产上损害及非财产损害),参见 Annina Schramm, Haftung für Tötung: Eine vergleichende Untersuchung des englischen, französischen und deutschen Rechts zur Fortentwicklung des deutschen Haftungsrechts in Tötungsfällen (Tübingen 2010).

效果而言(如单得权利、单免义务)。此在适用上扩张及于无权处分他人之物(如未成年人出卖他人寄托之物并移转其所有权)的中性行为,就文义而言,此非纯获法律利益,但对未成年人不生法律上利害关系,无害于未成年人,应依其规范目的,加以扩张适用。

目的性扩张系古罗马法的传统。根据《十二铜表法》(公元前450年),四脚动物(quadupes)的所有权人应对该动物因其野性而致的损害负责。在北部非洲某城市战争之后,一种巨鸟(Vogel Strauss, 鸕鸟)来到意大利引起损害。罗马的法官(Praetor)按照《十二铜表法》进行了类推,将对四脚动物的赔偿责任延伸至该巨大的两脚动物,此乃对法律进行类推的方式而为目的性扩张。^①

2. 目的性限缩

目的性限缩系法律规定的要件文义过于宽广,应依目的加以限缩,此适用于法律隐藏漏洞问题,即关于其项规定,依法律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,创设例外(但不在此限)。学说上称之为“例外漏洞”(Ausnahme Lücken)^②,其非在修正规范目的,而是通过修正文义而实现规范目的。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。兹举三例加以说明:

(1) “民法”第92条第1项前段规定:“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。”第114条第1项规定:“法律行为经撤销者,视为自始无效。”通说认为,关于继续性债之关系,尤其是已履行的劳动契约(或合伙)不适用自始无效的规定,以维持既已发生的法律关系,避免对劳动者产生不公平的结果(详见本书第462页)。

(2) “民法”第106条规定:“代理人非经本人之许诺,不得为本人与

^① H. Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung (Frankfurt/M. 1951), S. 84; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, mit Juristische Methodenlehre (6. Aufl., München 2011), S. 528.

^② E. A. Kramer, Juristische Methodenlehre (3. Aufl., Manz Wien 2010), S. 189; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, mit Juristischer Methodenlehre (6. Aufl., München 2011), S. 848.

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。”此项禁止自己或双方代理的目的,在于避免利益冲突,因此在根本未发生利益冲突的情形(如父母赠与房屋予未成年子女),应予除外,不在此限(详见本书第442页)。

(3) 旧“民法”第1074条前段规定:“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。为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。按旧“民法”第1074条之立法目的,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,旧“民法”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,收养他方子女时,不在此限。”值得注意的是,1985年6月3日修正“民法”亲属编时,已将第1074条规定作此修正。

三、制定法外的法之续造——超越法律计划外在法秩序内所创设之法律规范

(一) 正当性、适用形态及界限

“最高法院”2012年台上字第1695号判决认为,“民法”第1条的法理具有补充制定法(法律或习惯法)的功能,在适用上包括:(1)制定法内之法之法律续造(如基于平等原则所作之类推适用)。(2)制定法外的法律续造,即超越法律计划外所创设之法律规划。前者前文已详论。后者尚少讨论。此项法律续造的概念及方法来自Larenz教授,兹参照其对超越法律计划之外的法的续造(超越法律的法之续造)的正当性、适用形态及其适用界限的见解^①,简述如下:

^① Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe (3. Aufl., München 1955), 陈爱娥译:《法学方法论》,五南1996年版,第285页以下。陈爱娥教授的翻译,文字通顺精确,对普及两岸法学方法论的教学研究,着有贡献。相关问题的讨论,参见E. A. Kramer, Juristische Methodenlehre (3. Aufl., Manz Wien 2010), S. 227 f.; Christian Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildung im Zivilrecht (München 2007); Krey, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem, JZ 1978, 361 ff., 428 ff., 465 ff.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, mit Juristische Methodenlehre (6. Aufl., München 2011), S. 546 ff.; Jörg Neuner, Die Rechtsfindung contra legem (2. Aufl., München 2005).

法律漏洞系指法律违反计划的不圆满性。为使法律能依其规整计划及内存其中的评价来适用法律,法官必须填补漏洞。然而,在某些委实不能再认为系法律违反计划不圆满性的情况下,司法裁判仍然从事法秩序的续造。基于法律交易上的需要,或者在考虑一些嗣后始被认识的法律原则或宪法原则,司法裁判会创构出一些法律计划原本并未包含,有时甚至与之背道而驰的法律制度。一般而言,法律固然也会为此等超越法律的法之续造提供一些线索,但后者毕竟已经逾越了单纯的漏洞填补的界限。它不再只是取向于法律理由、法律内存的目的本身,毋宁更以超越这些法律思想为根据。这种法的续造,当然不能抵触法秩序的一般原则及宪法的价值秩序,须与其一致,始具正当化。因此,此种法的续造虽然在法律之外(超越法律的规整),但仍在法秩序之内,仍须坚守由整体法秩序及其根本的法律原则所划定的界限。法律解释、法律内的法之续造所提出的各种方法上的辅助手段,并不足以解决超越法律的法之续造的问题,后者必须依法的考量说明其根据。

Larenz 教授将德国实务上关于超越法律的法之续造的案例归纳为三种态样,并说明其法律考量上的依据:(1) 基于法律上需要,如让与担保、期待权及其可让与性。(2) 基于事物本质,如无权利能力社团,应类推适用社团,而非合伙的规定。(3) 基于伦理性原则,得创设权利失效、缔约过失、契约上的保护义务及一般人格权等。

关于超越法律的法之续造,Larenz 教授强调须具备两个前提。第一个前提是,确有法律问题存在。第二个前提是,仅凭单纯的法律解释,乃至法律内的法之续造的方式所得答案不能满足解决该法律问题的最低要求,此最低要求或来自法律生活中不可反驳的需要,或源于法规范实用性的必要,或基于事务的本质及(作为整个法秩序基础的)法伦理上的要求。依法律内的法之续造不能获致满足前述要求的答案,必须全无疑义,法院始能从事超越法律外的法之续造,并以现行法秩序为其界限。因为法院不拥有必要的资讯及正当权限,仅凭法律性考量不能提供必要裁判的依据,尚需要有基于目的性考量的政治性决定。在民主国家,此项决定原则上应由立法者作出,法院欠缺社会形成的权限。法院对此作出有创意的法之续造时,必须严正对待其界限,警醒留意,避免对法治国带来信赖危机。

(二) 实务上的发展:死者名誉权的保护

“最高法院”2012年台上字第1695号判决,肯定了法院得以法理补充法律,从事“法律外但在法之内的法之续造”。实务上究有何种案例可供分析研究,是法学方法上值得重视的课题。“民法”自1929年施行以来,长达80余年,若干规定或制度的规范目的已有变更,来自教会法的著名法谚有云:“法律理由(目的、意义)不在,法律不在。”(Cessante razione legis, cessat lex ipsa. Wenn der Zweck einer norm entfällt, entfällt auch die norm selbst.)此类逐渐丧失其法律规定的规定自有检讨修正的必要。在法典老化的过程中,法律所调整的情事结构、体系构成及社会价值观念,难免发生根本性的变化,在立法与司法之间造成了紧张关系,使超越法律的法之续造处于法律安定与法之创造的两难之间。值得注意的是,实务亦创设Larenz教授前所提出超越法律计划的法之续造的案例(如让与担保、契约上的保护义务、权利失效等),亦以隐藏的方法,以法律解释(或类推适用)从事法律计划外法之续造,兹就死者人格权(名誉权)的保护加以说明。

“民法”第6条规定,人之权利能力,始于出生,终于死亡。人死亡后,其权利能力消灭,人格权亦不存在。依现行法律,死者人格权(如名誉权、隐私权等)不受保护。关于人格权被侵害的精神痛苦(非财产损害)的金钱赔偿(慰抚金)，“民法”第18条第2项明定,以法律有规定者为限。旧“民法”第195条第1项限定于身体、健康、自由、名誉。1999年债编修正将之一般化,包括身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操、其他人格法益。死者人格权受侵害时,本无从此规定请求慰抚金,此为法律内的规范计划,问题在于此项规范计划不足保护死者人格尊严。为解决此问题,在台湾地区台北地方法院2007年诉字第2348号判决谓:所谓其他人格法益,系指一般人格权中未经明定为特别人格权(人格利益)的部分,此一概括部分将随着人格自觉、社会进步、侵害的增加而扩大其保护范畴,故人格权之侵害,不限于他人之身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操,以吾风尚,对于死者向来极崇敬,若对已死之人妄加侮辱诽谤,非独不能起死者于地下而辩白,亦使其遗族为之难堪,甚有痛楚愤怨之感,故而“刑法”第312条特规定侮辱诽谤死者罪,借以保护遗族对其先人之孝思追念,并进而激励善良风俗,自应将遗族对于故人敬爱追慕之情,视同人格上利益加以保护,始符“宪法”保障人性尊严之本旨……本件判决具有

法学方法论上的意义^①：

1. 现行法上规范计划并不包括对死者人格权(名誉权)的保护。
2. 创设遗族对故人敬爱追慕之情的人格法益,间接保护死者名誉权,实质上系超越现行法的法之续造。
3. 此项法之续造乃基于伦理性原则,实践宪法保障人性尊严的意旨,乃法理念的具体化,其基础在于实质的正义内涵,仍在法秩序之内而具有正当性。
4. 此种法律适用离法律越远,法院越有详细论证说明的义务。
5. 未来法律发展续造的课题是如何肯定人格权(尤其是姓名、肖像、隐私)具有财产利益,使生者或死亡者得获保护。^②

第五节 判例、学说与法释义学

何谓“最高法院”的“判例”及“决议”,具有何种功能?是否为法源而有拘束力?“司法院”大法官得否对判例及决议作“违宪”审查?学说对于法律的解释适用及发展具有何种功能?您是否了解目前判例与学说的交流及协力的重要性及目前的情况?

一、判例

(一) 判例的意义及其法源性

法院就具体案件所作出的判断,对外发生一定效力的,称为裁判(包括判决及裁定),成为以后判决的先例。判决先例制度各国或地区不同。“最高法院”就其历年众多的判决,经由判例会议慎重审核讨论,选定若干“足堪为例”的,采为判例,录其要旨,称为“判例要旨”。“法院组织法”第57条规定:“‘最高法院’之裁判,其所持法律见解,认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,认有变动判例之必要时,适用前项规定。”由是可知,判例的意义较狭,数量不多,可谓“取舍严谨,难能而可贵”。

^① 参见拙著:《人格权法》,北京大学出版社2013年版,第60页以下。

^② 同上书,第295页以下。

在英美等属于普通法(Common Law)法系国家或地区,判例为最重要的法源,具有一定程度的拘束力。^①台湾地区“最高法院”的判例在法律上并无拘束下级法院的效力。^②下级法院采取与判例不同的法律见解时,台湾地区“最高法院”虽得在以其违反判例,加以废弃,其实质理由系认下级法院的见解违反经由判例所阐释的法律含义。若“最高法院”认为下级法院的判决合于正确的法律含义时,得改采其见解,并依法定程序变更判例。“最高法院”判例虽无法律上的拘束力,但事实上多为下级法院所遵从,其理由有三:

1. “最高法院”法官历经三审,学识经验丰富,法律见解自较稳妥,下级法院若无坚强的自信,实际上总会以“最高法院”的判例作为准据。

2. 判例变更不易,自1927年“判例要旨”刊行以来,仅作成数次变更判例。判例变更如此困难,下级法院纵有坚强的自信,基于实际上的考虑(如裁判的维持率),多会“萧规曹随”,不愿提出不同的法律见解。

3. 判例的尊重,乃基于法律安定性的要求。人民在交易上多以判例为基础,预期法院对于同样案例,能作同一的判决,判例动辄变动,势必影响交易安全及人民对法律的信赖。^③

(二) “最高法院”判例(及决议)的“违宪审查”

值得注意的是,“司法院”大法官将“违宪审查”的对象由法律及命令扩大及于“最高法院”(及“最高行政法院”)的判例及决议^④,首见于“司法院”释字第153号解释,“司法院”释字第154号解释更明确表示采此见解,解释理由书谓:按“司法院”大法官会议法第4条第1项第2款关于确定终局裁判所适用之“法律或命令”,乃指确定终局裁判作为裁判依据

① 参见 Rupert Cross, *Precedent in English Law* (3rd ed., London 1976)。

② 关于判例的法源性,参见《判例之拘束力与判例之变更》,载《台大法学论丛》,第9期,1980年6月;苏永钦:《试论判决之法源性》,载《民法经济法论文集》,五南1988年版,第1页以下;Germann, *Präjudizien als Rechtsquelle* (Bern 1960); *Probleme und Methoden der Rechtsfindung* (2. Aufl., Bern 1967)。

③ 第一次判例变更作成于1977年6月1日,涉及“最高法院”1966年台上字第1798号关于共同侵权行为的判例(第185条)。关于最近判例变更,参见“最高法院”《1999年度第三次民事庭会议记录》,载《“司法院”公报》,第41卷第6期,第127页。

④ “最高法院”为避免各庭之见解不同,并加强对法律问题之研究,订有民事庭庭长会议、民事庭会议及刑事庭庭长会议等。民事庭会议及刑事庭庭长会议,就有争议的法律问题,从事研究作成决议,多涉及民法基本问题,对民法之发展深具意义。各级法院判决虽未直接引用决议作为裁判依据,但实际上则受其拘束。

之法律或命令或相当于法律或命令者而言。依“法院组织法”第 25 条规定,“最高法院”各庭审理案件,关于法律上之见解,与本庭或他庭判决先例有异时,应由院长呈由“司法院”院长召集变更判例会议决定之。^①及“行政法院处务规程”第 24 条规定,各庭审理案件关于法律上之见解,与以前判例有异时,应由院长呈由“司法院”院长召集变更判例会议决定之。(现行条次为第 38 条第 1 项)足见“最高法院”及“行政法院”判例,在未变更前,有其拘束力,可为各级法院裁判之依据,如有‘违宪’情形,自应有“司法院大法官会议法”第 4 条第 1 项第 2 款之适用,始足以维护人民之权利。

将“违宪审查”的客体扩张及于判例,一方面肯定判例具有规范效力;另一方面并使大法官的解释直接深刻影响到私法的解释适用和发展。大法官会议就民事判例及决议,主要有 4 个解释(“司法院”释字第 437 号、第 482 号、第 576 号、第 587 号解释)^②,无论其为“合宪解释”或“违宪解释”,均有不同意见,凸显了民事判例的“合宪性”控制的方法及审查标准的争议。^③

(三) 判例与民法修正

判例与民法的发展具有密切关系,分三点加以说明:

1. 为补判例之不足,需修正“民法”以促进法律的进步,以适应社会的需要。“民法”及“消费者保护法”关于诚实信用原则的规定及修正,即其著例。^④

2. 将妥适的判例(或决议)纳入民法典,以促进法律适用的安定性。例如,“民法”债编修正第 217 条增订第 3 项:“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。”系采学者及实务上的见解(参照“最高法院”1979 年第三次民庭会议决议)。^⑤

3. 经由修正“民法”废弃“最高法院”判例,如因“民法”第 195 条的

① 修正条文参见“法院组织法”第 57 条(阅读之)。

② 请阅读此 4 则解释及其理由书,并参见相关文献。

③ 参见拙著:《“宪法”基本权利与私法》,载《“司法院大法官释宪”五十周年纪念论文集》,1998 年,第 53 页以下。

④ 参见第 148 条第 2 项、第 245 条之 1,“消费者保护法”第 12 条。

⑤ 参见拙著:《第三人与有过失与损害赔偿之减免》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版,第 58 页。

修正,废除了“最高法院”1961年台上字第1114号判例及1952年台上字第278号判例。

二、学说

学者关于成文法的解释、习惯法的认知、法理的探求等所表示的见解,是为学说。^①在制定法律时,权威著作的见解,常被接受而订立于法典条款,成为成文法拘束人民的规范。法律制定后,在适用上遇有疑义时,多借学说理论加以阐释。学说虽非属法源,不具法律上拘束力,但对于法律的发展及法院审判,甚属重要,其主要理由系为成文法传统,法律解释适用有待学说的阐释;法官多在大学受法律教育,长期受到学者见解的影响。^②

三、判例与学说的协力、法释义学的建构与民法的发展

判例与学说对民法的解释适用及发展,关系至巨。就学说而言,一方面需建立形成通说的机制^③,另一方面应对已形成的通说加以检讨,期能促进法律的进步。此外并应加强学说理论为实务服务的功能,对有疑义的法律问题,事先作深入的研究,供法院参考,并为未发生的事件预作准备。此外,并须积极从事判例判决的解释,指明其他的解决途径,提出不同的构成理由,阐发蕴涵于个别判例、判决的一般法律原则,综合分析不同的判例、判决,作体系类型上的整理,以显明法律的发展。一个成文法国家或地区的判例或判决,通常不会超越当时的法学水准。对判例及判决的研究,实乃法学者的自我检讨,自我反省。台湾地区民法及民法学的

^① 法学上的学说(Juristische Theorien)的功能及法源性,尤其是外国或地区学说的继受,是一个值得深入研究的课题,Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (6. Aufl., Berlin 1991), S. 449; R. Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, in: Recht-Moral-Ideologie (Frankfurt/M. 1981), S. 70 ff.

^② 判例与学说交流与合作,在“最高法院”关于契约责任与侵权责任竞合理论的发展最为显著,参见拙著:《契约责任与侵权责任之竞合》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第204页;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,第191页。

^③ 关于“通说”,将另撰文论述,参见Drosdeck, Die herrschende Meinung—Autorität als Rechtsquelle (München 1989); Rita Zimmermann, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts (München 1983)。

进一步发展实有赖于判例学说的交流及协力。^①

判例与学说的协力旨在促进法的沟通,建构法释义学(Rechts-dogmatik,有译为法教义学、法信条学、法教条学),此指固有意义的法学,其主要活动包括对现行有效法律的描述、对现行有效法律从事法概念体系研究,以及提出解决疑难问题的建议(规范实践)。法释义学具有如下功能:

1. 体系化功能

有系统的整理分析现行法的概念体系,了解法律内部的价值体系,并在整体上把握具体规范间的关联,便于讲授、学习及传播。

2. 稳定功能

为司法实践及特定裁判提出适用的法律见解,期能长期间影响同一类型判决,形成普遍实践原则,以强化法院裁判的可预见性及法律安定性。

3. 减轻论证负担功能

为特定法律问题,提供可供检验、具说服力的解决方案,得以减轻法学研究及法院裁判论证上的负担,不必凡事都要重新讨论。因此要变更释义学上具有共识的法律见解,应提出更好的理由,承担论证责任。

4. 修正与更新功能

法释义学所提出关于法律解释及法律续造的原则,具有调节各个制度发展的作用,但不应拘泥于向来见解。为适应社会变迁,应为深刻的批评创造条件,发现矛盾,解决冲突,探寻符合体系的新的合理解决方法途径,并能有所革新进步。

法释义学为法学研究及法律实践储存多样且可供选择的法律见解(信息),开拓新的思考方向,体现法学的任务。所应努力的是,必须排除表面的论述,公开隐蔽的价值理念,不能满足于当前法律政策和法律实践的需求,必须对学说见解与司法实践进行必要的批评和修正。法释义学为法律实践(法律解释及法之续造)提供了法概念性手段,但不是评价中立、纯粹逻辑概念上的思考模式。法释义学的概念、分类、原则都与价值

^① 本书作者多年来从事民法判例与学说的研究,旨在促进实务与理论的交流与协力,若干见解亦曾被实务参酌,此为从事法学工作的义务,实有加强的必要,参见拙著:《民法学说与判例研究》,(第一册至第八册),北京大学出版社2009年版。

有关,具有实质的目的,参与法规范的形成与发展。

本书的目的及内容,系运用法学方法论及法释义学建构民法总则(私法基本原理)的理论体系。

第六节 使用文字的准则

1. 甲受雇于乙,由丙为人事保证,并以书面为之。甲因职务之行为而应对乙为损害赔偿,乙向丙请求代负履行责任,丙拒绝之,其理由为该保证书,系就市面上出售之保证书格式填写,非由其自书,且未盖章,仅签其姓而已。试问丙有无代负履行之责任?

2. 甲向乙贷款500万元,由丙保证,并约定应作成书面保证。甲届期无力清偿,乙向丙请求代履行责任。丙以该保证书,仅有丙签名或盖章(或仅加盖签字体的签名章),而拒不负履行责任,有理由?。

一、使用文字的必要

“民法”第756条之1规定:“称人事保证者,谓当事人约定,一方于他方之受雇人将来因职务上之行为而对他方为损害赔偿时,由其代负赔偿责任之契约。前项契约,应以书面为之。”^①人事保证系依法律之规定,有使用文字之必要者,即所谓的要式行为。^②

① 本条为1999年4月3日公布(2000年5月5日施行)债编部分条文修正所增订。立法理由书谓:(1)本条新增。(2)本条规定人事保证之意义。一般所称之人事保证,或称职务保证,乃系就雇佣或其他职务关系中将来可能发生之债务所为具有继续性与专属性,而独立负担损害赔偿责任之一种特殊保证,唯仍系就受雇人之行为而代负损害赔偿责任。为免人事保证之保证人负过重之责任,爰明定其责任范围为他方受雇人将来因职务之行为而应负之损害赔偿责任,唯不及于雇用人对于受雇人之求偿权,亦不及于非损害赔偿债务,如受雇人因逃匿而代为搜寻是。又本条称受雇人者,与第188条所称之受雇人同其意义,亦即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属之(“最高法院”1968年台上字第1663号民事判例参照)。(3)为示慎重,并期减少纠纷,爰于第2项明定人事保证契约,应以书面为之。

② 依法律之规定,有使用文字之必要者,主要有:章程或捐助章程之订定(第47条、第60条)、不动产的债权契约(第166条之1)、期限1年以上之不动产租赁契约(第422条)、不动产物权之移转或设定(第758条第2项)、夫妻财产制契约之订立、变更或废止(第1007条)、两愿离婚(第1050条)、收养子女(第1079条)、继承权之抛弃(第1174条第2项)、遗嘱(第1189条至第1195条)。

二、第3条的解释适用

(一) 适用范围

“民法”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。”此项规定适用于法定要式行为，前已论及，问题在于对约定要式行为得否类推适用？

最高法院1942年上字第692号判例谓：“‘民法’第3条第3项规定之适用，以依法律之规定有使用文字之必要者为限。本件两造所订和解契约，本不以订立书面为必要，自难以合约内仅有某甲一人签名，即指为不生效力。”此项判例似认为，当事人以书面订立“不要式契约”者，该书面纵未经当事人签名或盖章，其契约仍为有效成立。然应注意的是，“民法”第166条规定：“契约当事人约定其契约须用一定方式者，在该方式未完成前，推定其契约不成立。”设当事人未能提出证据，反证其约定使用一定方式之目的，仅在以之以为保全契约之证据方法时，自应认为该方式未完成前，契约尚未成立。约定方式既推定为契约之成立要件，则该方式如何作成，应依当事人之约定，其无约定者，就书面而言，应类推适用“民法”第3条关于法定要式行为之规定。^①

(二) 亲自签名、“代签名”

1. 亲自签名

法定(或约定)书面，得不由本人自写，但必须亲自签名。有疑问者，系仅签姓或名，是否亦生签名之效力？“最高法院”1975年第五次民庭庭推总会决议谓：“所谓签名，法律上并未规定必须签其全名，且修正前‘票据法’第6条更规定，票据上之签名得以画押代之，仅签姓或名，较画押慎重，足见票据上之签名，不限于签全名，如仅签姓或名者，亦生签名之效力，至于所签之姓或名，是否确系该人所签，发生争执者，应属举证责任问

^① 参见胡长清：《民法总论》，第53页(注五)谓：“民法”第3条既明谓依法律之规定有使用文字之必要云云，一若专指法定要式行为而言，实则不然，盖约定要式行为，在民法并不禁止，故如原非要式行为而当事人约定须依一定方式，且以使用文字为必要者，自应类推适用“民法”第3条之规定，虽然，二者之效力不相同，即在违背法定方式者，其法律行为原则上为无效(第73条)，反之在未约定方式者，则推定其法律行为不成立(第166条)。采同说者，参见施启扬：《民法总论》，第61页。唯郑玉波先生认为第3条所规定之签名盖章等办法，系专指依法律之规定而使用文字之情形而言，若其使用文字并非依据法律规定，而系由当事人任意者，自无须以本条之规定相绳，亦即只问其实质上是否真实可矣(《民法总论》，第63页)。

题。”此项决议，虽系针对“票据法”第5条“在票据上签名者，依票上所载文义负责”之规定，但具一般适用性，“民法”第3条的签名亦应作此解释（参见例题1）。

2. 代签名

“民法”第3条第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。”第3项规定：“如以指印、十字或其他符号代签名者，在文件上，经二人签名证明，亦与签名生同等之效力。”应说明者有四：

(1) 遗嘱应依法定方式为之，代笔遗嘱依“民法”第1194条规定，需由遗嘱人签名，遗嘱人不能签名者，应按指印代之。此为法定特别要件，故不能适用第3条第2项以印章代替签名之规定。

(2) 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。

(3) 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。

(4) 印章之印文系采铅字体抑或其他字体，意义并无不同。委由他人代盖印章，依法并无不可。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方式签章，与本人亲自签章，在法律上具有相同之效力。

三、电子签章

传统的通信及交易行为，系以书面文件（如契约书）及签名、盖章来确定相关的权利义务。在网络环境中，电子化政府及电子商务势必依赖电子文件及电子签章作为通信及交易的基础。为配合日益蓬勃的数位经济活动发展，建立电子签章法制，并为建立安全及可信赖之电子交易环境，裨益电子商务的发展，“行政院”特参酌各国或地区立法体例、联合国及欧盟等国际组织订定的电子签章立法原则，拟具“电子签章法”草案函请“立法院”审议，并于“立法院”三读通过后，于2001年11月14日公布施行。

所谓“电子文件”，指文字、声音、图片、影像、符号或其他资料，以电子或其他以人之知觉无法直接认识之方式，所制成足以表示其用意之记

录,而供电子处理之用者。所谓“电子签章”,指依附于电子文件上,用以辨识及确认电子文件签署人身份及电子文件真伪者。所谓“数位签章”,指将电子文件以数学演算法或其他方式运算为一定长度之数位资料,并以签署人之私密金钥对其加密,形成电子签章,并得以公开金钥加以验证者(“电子签章法”第2条第3款)。

“电子签章法”除采技术中立原则及市场导向原则外,尚采取“契约自由原则”,即对于民间的电子交易行为,由交易双方当事人自行约定采用何种适当的安全技术、程序及方法做成的电子签章或电子文件,作为双方共同信赖及遵守的依据,并作为事后相关法律责任之基础。

“电子签章法”明定得以电子文件为表示方法的情形(“电子签章法”第4条、第5条、第6条)。“电子签章法”第9条规定:“依法令规定应签名或盖章者,经相对人同意,得以电子签章为之。前项规定得依法令或行政机关之公告,排除其适用或就其应用技术与程序另为规定。但就应用技术与程序所为之规定,应公平、合理,并不得为无正当理由之差别待遇。”“电子签章法”第10条规定,以数位签章签署电子文件者,应符合下列各款规定,始生前条第1项之效力:(1)使用经第11条核定或第15条许可之凭证机构依法签发之凭证。(2)凭证尚属有效并未逾使用范围。由此可知,电子签章涉及网络运输及科技、凭证制度的建构,至属重要(请阅读“电子签章法”第11条以下规定)。为保护当事人及善意第三人权益,“电子签章法”第14条规定:“凭证机构对因其经营或提供认证服务之相关作业程序,致当事人受有损害,或致善意第三人因信赖该凭证而受有损害者,应负赔偿责任。但能证明其行为无过失者,不在此限。凭证机构就凭证之使用范围设有明确限制时,对逾越该使用范围所生之损害,不负赔偿责任。”值得注意的是,电子签章涉及许多调节性、技术性问题,将由主管机关订定施行细则,加以规范。^①

① 相关论文,参见廖纬民:《论述电子签章法草案》,载《律师杂志》2000年第75期,第96页;张冀明:《论电子签章法之“电子签章”》,载《月旦法学》2000年第59期,第133页;黄茂荣:《电子商务契约的一些法律问题》,载《万国法律》2000年第110期,第13页;蔡苑宜:《数字签章立法原则之研究》(台湾大学1998年度硕士论文)。并请参见冯震宇:《网络法基本问题研究》(一),元照1999年版。

第七节 决定数量的标准

某甲经营自助餐厅,向乙购货。某次甲收到乙送来之账单,内载:“……应付货款伍万伍仟捌佰陆拾元(55 860 元),……前开伍万捌仟伍佰陆拾元货款,请于×月×日前付清为荷……”甲即开具某银行支票予乙,记载金额为伍万捌仟伍佰陆拾元,但号码则书写为55 860 元。试问:

1. 银行应付之金额。
2. 支票兑现后,当事人间之法律关系。

一、以文字为准

文字及号码误写,致不相符,甚属常见,为避免争议,“民法”第4条规定:“关于一定之数量,同时以文字及号码表示者,其文字与号码有不符时,如法院不能决定何者为当事人之原意,应以文字为准。”又“票据法”第7条规定:“票据上记载金额之文字与号码不符时,以文字为准。”“民法”为普通法,“票据法”为特别法,依特别法优先于普通法之原则,在本例题中适用“票据法”第7条,即无须先推求当事人之原意,银行得径以文字为准,支付伍万捌仟伍佰陆拾元。法律所以设此规定,盖以文字之书写通常较为郑重,而票据又特重文义及其便捷流通也。

二、以最低额为准

甲开具支票予乙,旨在清偿债务,因此倘支票金额超过债务者,甲得依不当得利之规定向乙请求返还其所受之利益(第179条);反之,若支票金额低于债务时,则甲仍有支付之义务。因此首应确定者,系甲债务的数额。

乙在其送给甲之账单上,关于一定之数量,同时以文字及号码表示,其文字与号码不相符合。依“民法”第4条之规定,如法院不能决定何者为当事人之原意时,应以文字为凭。又甲以文字为数次表示,其表示亦不相符合,此际应适用“民法”第5条规定,即关于一定之数量,以文字(或

号码)为数次之表示者,其表示有不合时,如法院不能决定何者为当事人之原意,应以最低额为准。^①故甲应付之货款为伍万伍仟捌佰陆拾元。据上所述,甲开具支票支付伍万捌仟伍佰陆拾元,超过应付货款贰仟柒佰元,乙无法律上之原因而受利益,致甲受损害,应负返还之义务。

① 关于一定之数量,以号码与文字各表示数次而各不相同,如不能决定何者为当事人之原意时,究应以文字最低额为准,抑以两者之最低额为准,尚有争论。采前说者有:王伯琦(《民法总则》,第39页),实务上从之(《1977年法律座谈会汇编》,第11页)。采后说者,有胡长潜(《民法总论》,第54页),史尚宽(《民法总论》,第68页),郑玉波(《民法总则》,第73页),施启扬(《民法总则》,第87页)。

第三章 法律关系与权利体系

——私法关系的建构

第一节 法律关系的结构分析

甲向乙购买某中古车,价金若干。试问:

1. 甲与乙间有何法律关系?
2. 甲与乙间有何权利义务?
3. 甲得否将其对乙的权利让与丙,使丁承担其债务,或由戊概括承受买卖契约上的债权债务?

一、法律关系的意义

民法以人为本位,人为权利义务的主体,传统上以权利为民法的核心概念,此乃个人主义权利本位的思考方法。为了解权利的意义及功能,宜将之纳入法律关系中加以观察。法律关系指由法所规范,以权利与义务为内容的关系,乃私法关系的基本构造,分四点说明如下:

(一) 法律关系的概念

1. 法律关系乃由法所规范,其仅受道德或习惯规范者,不属之。例如,婚姻为一种法律关系。同居虽非法律关系,但关于生活费、房屋租金分担的约定,则为法律关系。甲与乙约定轮流开车一起上班,系属契约而为法律关系;但邀请搭乘便车,当事人间无受法律拘束的意思,则为好意施惠关系,不成立契约。^①

^① 关于好意施惠关系与契约的区别,参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第156页。

2. 法律关系存在于人与人之间,例如买卖为一种法律关系,存在于出卖人与买受人之间(第345条以下)。因侵权行为发生损害赔偿之关系(第184条),存在于加害人与被害人之间。婚姻则存在于配偶之间。所有权亦属法律关系,虽以物为其直接支配的客体,但所有人得依法排除他人的干涉(第765条、第767条),即任何人负有尊重他人的所有权,不得侵害的义务。此种义务仅具一般性,于他人为侵害之前,所有权人尚无得对特定人有所主张的权利,可称是一种潜在的法律关系。^①

(二) 法律关系的内容

法律关系以一定的权利义务为其内容。每一个法律关系至少须以一个权利为其要素,或为债权,或为物权,或为身份权等。每个权利皆有一定的权能。就债权而言,债权人得向债务人请求给付(第199条第1项),得为抵消(第334条),得将债权让与(第294条),或设定质权(第900条)。就所有权而言,所有人得对物为使用、收益及处分(第765条)。又基于当事人的约定或法律规定,法律关系尚可包括其他权利(如解除契约等形成权)。

义务系法律上的当为要求,包括作为及不作为。^②在立法技术上,“民法”多从义务面加以规定,例如第482条规定:“称雇佣者,谓当事人约定,一方于一定或不定之期限内为他方服劳务,他方给付报酬之契约。”法律关系上除给付义务外,尚有其他行为义务(附随义务,如说明、照顾、守密义务)^③,例如受雇人不得泄露雇主的营业秘密、运动器材的出卖人应告知其使用方法及应注意事项。法律借着一一定的制裁(如损害赔偿)

^① 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,第86页。

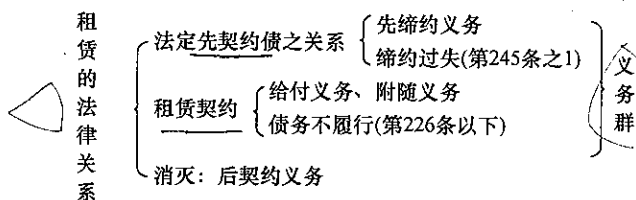
^② 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第28页;“最高法院”2012年台上字第2098号判决:“按‘民法’第199条第1项规定:基于债之关系,债权人得向债务人请求给付。故债之核心在于给付,而给付义务,可分为主给付义务及从给付义务。此外,债之关系,尚可能发生当事人间之附随义务。主给付义务,系指基于债之关系所固有、必备,并能决定债之关系类型之基本义务。从给付义务系指为准备、确定、支持及完全履行主给付义务之具有本身目的之义务;附随义务则非给付义务,系指债务人有使债权人之给付利益获得最大满足,并保护债权人之人身或其他财产法益不会因债务之履行而受损害之义务。系争和解契约约定,被上诉人提供之珠宝应经合格珠宝鉴定人之鉴定并出具鉴定书予上诉人,依此约定,被上诉人有提供经合格珠宝鉴定人出具之鉴定书予上诉人之给付义务,该给付义务似非仅属被上诉人之附随义务。果尔,则能否径认被上诉人依系争和解契约约定应交付鉴定书之义务为附随义务,即滋疑问。”关于给付义务,债权人得诉请履行,关于附随义务,债权人原则上不得请求履行,仅得请求不履行的损害赔偿。

或强制执行,保障权利的实现及义务的履行。

需注意的是,“民法”尚规定有所谓的“不真正义务”,即当事人应为一定行为而不为时,法律课以某种不利益。例如“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。”设甲寄托某物于乙处,未妥适包装,或未告知其为易碎的名贵花瓶,致该花瓶因乙的疏失而灭失。此项义务的违反仅发生减免赔偿金额的不利益,不产生损害赔偿责任问题,故与上述义务不同。

(三) 法律关系的变动性:发生、变更及消灭

法律关系发生于一定时间。关于其发生、变更及消灭,法律就各种法律关系设有规定,本诸私法自治原则,当事人亦得决定其法律关系的内容及存续期间。法律关系处于一种动态过程。例如,甲为租屋,与乙商议,发生缔约关系(先契约义务、缔约过失,第245条之1),此种先契约法定债之关系因租赁契约的成立而结束,在当事人另产生租赁契约上的权利义务(第421条),其债之关系并得移转(详见后文)。租赁关系因期限届满或终止而消灭,但尚得发生契约后义务(如出租人应允许承租人悬挂其迁居的告示等)。了解法律关系变动过程中当事人间得发生的各种义务(或权利),对学习法律甚为重要,图示如下(请阅读条文):



(四) 法律关系与法律制度

法律关系的整体构成法律制度,例如契约(买卖、租赁等)、所有权、婚姻等,受“宪法”保障,而构成私法秩序。例如契约(自由)系受“宪法”保障的基本权利,并由法律规定缔结契约方法、债务不履行的救济方法,及当事人得实现其权利的机制。

二、法律关系及其权利义务的移转

(法律关系及其权利义务的移转性,最足彰显不同法律关系的特色,分三种情形说明如下:)

1. 婚姻及亲子关系的内容,因人的变更而受影响,故其法律关系本身,或个别的权利义务(如扶养义务请求权)均不得让与或继承。

2. 物权关系得为让与或继承。例如甲有某地,设定地上权于乙,甲得将该地所有权让与丙,乙得将其地上权让与丁。于此情形,该土地上的物权关系存在于丙、丁之间。其所移转的,包括与该物权关系相结合构成一体的权利或义务,如相邻关系,或地上权人支付地租的义务。

3. 在债权关系中,尤其是契约,其法律关系本身及个别独立的权利义务,原则上均得让与,充分显现债权的交易性及变动性(详见下文)。

三、例题解说:债之关系^①

为使读者对法律关系有进一步的了解,兹参照前述买卖中古车例题(阅读之),就债之关系再加申论。甲与乙因订立某中古车的买卖契约,而发生债之关系。债之关系有广狭两个意义。就广义而言,指买卖契约本身。就狭义而言,指个别的债权债务关系,即乙(出卖人)得向甲(买受人)请求受领汽车及支付价金(第367条);甲得向乙请求交付其物,并移转其所有权(第348条第1项)。甲得将其对乙的债权出卖予丙(权利买卖,第348条第2项),并为让与,不必得乙的同意(第294条);丁得与甲约定承担甲对乙支付价金的义务,但因涉及乙的债权,须经乙的承认,始对乙发生法律效力(第301条)。此外,甲亦得将其买卖契约上的权利与义务概括由戊承受,是为契约承担,因涉及债务承担,需得乙的承认,始生效力。该中古车具有缺陷时,甲得解除契约,或请求减少价金(第359条),此二者系属所谓的形成权。

第二节 权利的概念、功能及体系

试就下列三例,说明何谓权利、权利的功能及当事人间的法律关系:

1. 甲受雇于乙,向丙购(买)屋,受让其所有权后设定抵押权予丁,

^① 较深入的说明,参见拙著《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第38页;Susanne Hähnchen, *Obliegenheiten und Nebenpflichten* (Köln 2010); Kai Kuhlmann, *Leistungs-pflichten und Schutzpflichten* (Berlin 2000).

丁的债权届期未获受偿。

2. 老妪某甲，偕其心爱小狗，散步于陋巷，乙驾机车蛇行，撞伤甲，轧死小狗。

3. 少女某甲 14 岁，乙以结婚为饵，诱其离家在外同居，甲父丙耗费 2 万元寻找。

一、权利的概念

德国著名法学家 Andreas v. Tuhr 氏曾谓：“权利系私法的中心概念，且为多样性法律生活的最终抽象化。”鉴于权利的重要性，德国学者自 19 世纪以来，致力于探究权利的本质。^① 萨维尼 (Savigny) 及文德赛 (Windscheid) 两位伟大法学家首先提出了 意思力 (Willensmacht) 或意思支配 (Willensherrschaft) 说，认为权利系为 个人意思自由活动或个人意思所能支配的范围。耶林氏 (Jhering) 继而强调此项意思力的赋予旨在满足特定的利益，认为权利系法律所保护的利益 (利益说)。其后学者结合此两项观点，肯定 权利乃享受特定利益的法律之力，为现今的通说。兹就债权及物权加以说明：

1. 债权系请求特定人为特定给付(作为、不作为)的权利。所谓“特定人为特定给付”，即系债权的特定利益，“请求”云者，乃债权的“法律之力”。例如承租人得向出租人请求交付租赁物供其使用收益，出租人得向承租人请求支付租金 (第 421 条)。

2. 物权系直接支配其标的物，而享受其利益之具有排他性的权利。所谓“支配其标的物而受其利益”，即系物权的特定利益；“直接支配，具有排他性”云者，乃物权的法律之力。例如物之所有人于法令限制之范围内得自由使用收益处分其所有物，并排除他人之干涉 (第 765 条)。地上权人得以在他人土地上有建筑物或其他工作物，为目的而使用其土地 (第 832 条)。

^① Helmut Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems (Frankfurt/M. 1962), S. 29 ff.; Wolf/Neuner, AT S. 213 ff.

二、权利的机能

权利一语,系外国法律名词的译词^①,在英语称为 right,在德语称为 Recht。无论 right 或 Recht 均含蕴合理的意涵,乃指正当而得有所主张而言,并非“争权夺利”。^②

人群共处,各有需求,涉及不同的利益,不免发生冲突,为维护社会生活,自须定其分际,法律乃于一定要件之下,就其认为合理正当的,赋予个人某种力量,以享受其利益。权利的功能在于保障个人的自由范围,使其得自主决定、组织或形成其社会生活,尤其是实践私法自治原则。权利为主观化的法律(subjektives Recht),法律为客观化的权利(objektives Recht),行使权利乃为法律而奋斗,寓有伦理的意义。^③

三、权利的分类及体系

权利可以依各种不同的观点加以分类,组成体系,以认识各种权利的特征、区别及关联。兹分四类简要说明如下:

1. 权利以其效力所及的范围为标准,可分为绝对权及相对权。绝对权指对于一般人请求不作为的权利,如人格权、身份权、物权等。有此权利者,得请求一般人不得侵害其权利,故又称对世权。相对权指对于特定人请求其为一定行为的权利,如债权。有此权利者,不仅得请求特定人不得侵害其权利,并得请求其为该权利内容的行为,故又称为对人权。

2. 权利以其标的物为标准,可分为非财产权及财产权。前者指与权利主体的人格、身份有不可分离关系的权利,包括人格权与身份权。后者

^① 参见梅仲协:《民法要义》,第23页谓:按现代法律学上所谓权利一语,系欧陆学者所创设,日本从而译之。清季变法,权利二字,复自东瀛,输入中土,数十年来,习为口头禅。稽考典籍,权与利二字连用,殊罕其例,唯于桓宽铁盐论篇:“或尚仁义,或务权利”,荀悦论游行:“连党类,立虚鉴,以为权利者,谓之游行”,偶一见之,而其含义鄙陋,大率为士大夫所不取。台湾地区固有之法律思想,素以义务为本位,未闻有所谓权利其物者。

^② 香港大学法学院院长陈弘毅氏惠赠《法治、启蒙与现代法的精神》,中国政法大学出版社1996年版,论及“权利”概念及用语,可资参照(第27页以下、第118页以下)。

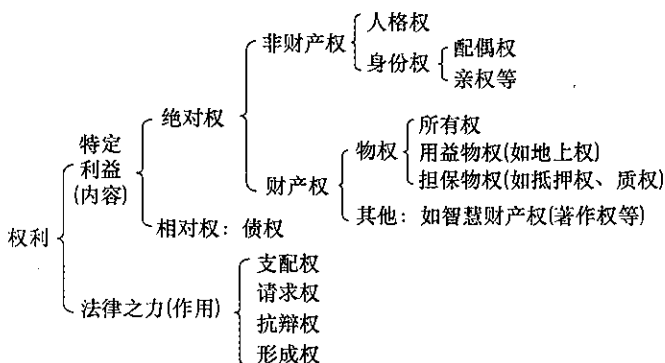
^③ Rudolf von Jhering, Der Kampf um das Recht (23. Aufl., Wien 1946), 此为在维也纳大学讲稿,参见萨孟武译:《为法律而斗争》,本书第一章第一节。耶林氏著作等身,尚有两本影响深远的著作:Der Zweck im Recht (5. Aufl., Leipzig 1916); Geist des römischen Rechts, 3 Teile (Nachdruck Aalen 1968)。作者在台大肄业期间,曾略读这三本书,尤其是为学习德文,对照英译本而读前两本书。

指具有经济利益的权利,可再分为债权、物权及无体财产权(智慧财产权:著作权、商标权、专利权)。

3. 权利以其作用为标准,可分为支配权、请求权、抗辩权及形成权。

4. 权利以其成立全部要件已否具备,可分为既得权与期待权。

为醒目,将各种权利图示如下:



关于上揭权利体系,应注意者有四:

1. 前述分类并非毫无争论,例如,关于绝对权与相对权的区别,系系统的分类,亦有学者质疑此项分类的合理性。^①

2. 上述分类系采“各种不同标准”,从而同一权利得归属于数类,例如,所有权系属绝对权、财产权、支配权、既得权,于遭受不法侵害时,尚会发生物上请求权(第 767 条)或债权(第 184 条第 1 项前段)。

3. 有的权利类型是在法律发展过程中逐渐形成而被发现的(如形成权)。^② 有的系因新的交易形态(附条件买卖)而受到特别重视(如期待权)。^③

权利是一个具有发展性的概念,某种利益具有加以保护的必要时,得经由立法或判例学说赋予法律之力,使其成为权利。

4. 若干权利因社会变迁及法律发展而调整其内容,如父母对未成年子女的保护教养权及惩戒权(亲权),传统上认为系对子女的支配权。然

^① 参见洪逊欣:《民法总则》,第 62 页。

^② 参见 Hans Döle, *Juristische Entdeckungen* (München 1954); 拙译:《法学上的发现》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社 2009 年版,第 1 页以下。

^③ 参见拙著:《附条件买卖买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社 2009 年版,第 177 页以下。

子女亦为权利主体,非属他方可任意支配的客体,故子女有要求父母尊重其人格,发展其人格的权利。亲权的行使,非为权利人的利益,系以促进未成年人利益为目的,故又称为义务权(Pflicht-recht)。配偶间的关系亦由“夫权”发展成为一种“互相协力保持其共同生活之圆满及幸福”的权利。^①人格权亦因保护的必要而逐渐具体形成各种新的特别人格利益(如隐私权)。^②

四、例题解说

权利为民法的核心概念,学习民法的入门,首须能够于具体的案例中,认定一定法律关系中的各种权利,兹就前举例题(阅读之)加以说明:

1. 甲受雇于乙,成立雇佣契约(第482条),为债之关系的一种,乙得请求甲服约定的劳务(债权);甲得请求乙支付报酬(债权)。甲向丙购买A屋,发生买卖契约之债的关系,甲得向丙请求交付其屋,并移转其所有权(债权,第348条)。甲自丙受让A屋所有权(物权),设定抵押权予丁(物权,第860条)而发生物权关系。丁的债权已届清偿期未获清偿时,丁得声请法院拍卖抵押物,就其卖得价金而受清偿(第873条)。

2. 乙在陋巷驾车蛇行,撞伤老妪某甲,系因过失不法侵害甲的人格权(身体权及健康权)。甲得依民法第184条第1项前段规定,向乙请求损害赔偿(债权)。乙轧死甲的小狗,系侵害甲的所有权(物权),甲得依“民法”第184条第1项前段规定,请求损害赔偿(债权)。

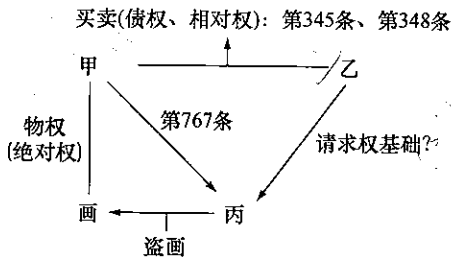
3. 乙男以结婚为饵,诱14岁的甲女同居,系故意不法侵害甲的人格权(身体、名誉、贞操),甲得向乙请求损害赔偿(债权)(第184条第1项前段),包括财产上损害及非财产上损害的相当金额(慰抚金)(第195条第1项)。在此情形,乙并侵害丙对其未成年子女甲的监护权;此种监护权,系基于亲子关系而发生,以保护、教养为内容,为身份权的一种,并具支配权的性质,于其遭受他人不法侵害时,丙得依侵权行为规定请求损害赔偿(债权、第184条第1项、第195条第3项)。又丙并得向乙请求送回其略诱的甲女(基于亲权而生的请求权)。

① 参见“最高法院”1952年台上字第278号判例、1966年台上字第2058号判例。

② 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第98页以下。

第三节 物权与债权

甲于3月1日出卖A画予乙,约定于3月5日交付。该画于3月4日因甲保管失周,被丙所盗。乙于3月20日在丙所经营的画廊发现A画。试问当事人间的法律关系如何?



一、物权与债权的区别

相对权与绝对权

在权利体系中,以物权与债权最为基本,最属重要。传统见解认为,物权系绝对权,即以一般不特定人为义务人,而要求其不为一定行为的权利。债权系相对权,仅得对抗特定人,即仅以特定人为义务人,而要求其为一一定行为的权利,并适用平等原则,即债权不论发生先后,均居于同等地位。物权既具绝对性,在物权之间并有排他的优先效力问题。物权与社会公益攸关,其得失变更,须有一定的公示方法,以维护交易安全,乃产生物权法定原则,即“物权,除本法或其他法律有规定外,不得创设”(第757条)。债权因仅具相对性,故除法律规定者(如侵权行为、不当得利)外,原则上当事人得依契约加以创设(契约自由原则)。

(二) 债权平等原则与物权优先效力

债权与物权的区别体现于债权的平等原则及物权的优先效力。例如,甲有A屋,先售予乙并移转占有后,再售予丙。乙、丙均得向甲请求交付A屋,并移转其所有权,不因买卖契约先后,或乙先占有房屋而不同。设甲将该屋所有权移转登记予丙时(第758条),丙与甲的买卖契约虽在乙与甲的买卖之后,仍能取得A屋所有权。在此情形,乙占有该屋对丙而言系属无权占有,乙不得以其与甲的买卖契约主张其有占有的本

权(债权相对性)。因此,丙得向乙主张所有物返还请求权(第 767 条第 1 项前段),乙仅得向甲以给付不能请求债务不履行损害赔偿(第 226 条)。

债权与物权的性质不同,在第三人侵害时最为显著,以下特就前揭例题再作进一步的说明。

二、例题解说^①

(一) 甲对丙得主张的权利

1. 所有物返还请求权

首应检讨的是,甲得否依“民法”第 767 条第 1 项前段规定向丙请求返还 A 画,此须以甲为该画所有人,丙为无权占有为要件。

甲对 A 画原有所有权。所有人于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉(第 765 条)。今甲将该画出售予乙(法律上处分),在甲与乙间成立买卖合同,乙得向甲请求交付其物并移转其所有权(债权)。动产物权所有权的移转,须当事人有让与其所有权的合意及交付(第 761 条),甲出卖予乙的 A 画在交付前夕被盗,所有权尚未移转,甲仍为其所有人。丙侵夺 A 画,欠缺占有本权,应成立无权占有。故甲得依“民法”第 767 条第 1 项前段规定,向丙请求返还其物。

2. 侵权行为损害赔偿请求权(第 184 条第 1 项前段)

甲为 A 画的所有人,丙窃取之,侵害甲对其所有物的使用、收益及占

① 为便于掌握解题内容,兹提出如下解题结构,以供参照:

I. 甲对丙得主张的权利

1. 所有物返还请求权;物上请求权(第 767 条第 1 项前段)

- (1) 甲系 A 画所有人
- (2) 丙系无权占有

2. 侵权行为损害赔偿请求权(第 184 条第 1 项前段)

- (1) 丙侵害甲的所有权
- (2) 不法性
- (3) 有责性(故意)

II. 乙对甲得主张的权利

- (1) 基于买卖合同面生的债权(第 345、348 条)
- (2) 给付迟延的损害赔偿请求权(第 229、231 条)

III. 乙对丙得主张的权利

- (1) 基于对甲之债权而请求丙交付其 A 画?
- (2) 侵害债权的损害赔偿请求权(第 184 条第 1 项后段)?
- (3) 债权人的代位权(第 242 条)

有,系故意不法侵害其所有权。甲得依“民法”第184条第1项前段规定请求损害赔偿(债权)。①

(二) 乙对甲得主张的权利

基于有效成立的买卖契约,乙得向甲请求交付A画,并移转其所有权(第348条)。于约定交付前夕,买卖标的物被盗,且已查知其去处,尚未构成给付不能,债权人乙仍得向甲请求给付。甲得对丙依“民法”第367条第1项前段规定取回该画,再交付予乙;或将其对丙的所有物返还请求权让与乙,以代交付(第761条第3项)。债务人甲的给付有确定期限;自期限届满时,应负迟延履行,并因有可归责于债务人之事由,故乙得向甲请求其赔偿因迟延履行而生的损害(第229条、第230条、第231条)。

(三) 乙对丙得主张的权利

1. 乙得否基于买卖契约而生的债权,向丙请求交付买卖标的物(A画)?

基于有效成立的买卖契约,乙固得向甲请求交付买卖标的物,并移转其所有权(第348条)。问题在于乙得否基于此项债权向丙请求交付A画?关于此点,应采否定说,因为债权人仅得向债务人请求给付,对给付标的物本身并无直接支配的权利,故乙对第三人丙无请求交付买卖标的物的权利。

2. 侵害债权而生的损害赔偿请求权(第184条第1项前段)

乙得否依“民法”第184条第1项前段规定,向丙请求损害赔偿?问题的关键在于所称因故意或过失不法侵害他人之“权利”,除人格权、物权等绝对权外,是否兼括债权在内。此为民法上最具争论的问题。依本书见解,债权系特定人间请求特定行为的权利,不具公示方法,第三人无从知之,且为维护营业竞争自由,原则上应认为债权非属“民法”第184条第1项前段所称权利,故伤害债务人,毁损给付标的物者,需出于故意以悖于善良风俗之方法加损害于债权人时,始依第184条第1项后段规定负损害赔偿责任。本例题亦应依此原则处理。易言之,丙盗取甲所有的A画,非系出于故意以悖于善良风俗之方法加损害于乙时,纵明知甲已将该画出售予乙,对乙亦不负损害赔偿责任。

① 甲得对丙主张之权利尚有占有返还请求权(第962条),及以占有为标的之不当得利请求权(第179条)。

3. 债权人的代位权(第 242 条)

乙基于其与甲的买卖合同,得向甲请求交付 A 画,并移转其所有权。甲届期为清偿,应负迟延责任,于甲急于行使对丙的所有物返还请求权时,乙因保全债权,得以自己之名义,行使其权利(第 242 条)。乙代位行使甲对丙之请求权,得代位受领,但应以行使债权所得之利益归属于债务人,俾总债权人得均沾之。^①

第四节 请求权、抗辩权及形成权^②

一、请求权

甲有某古董车,被乙所盗,试就此简单常见的事例说明:

1. 甲得对乙主张何种权利?
2. 设甲对乙得主张多种权利时,其关系如何?
3. 设甲于 1 年、2 年、3 年或 10 年后始找到乙而行使其权利时,乙得否以时效消灭为理由,拒绝给付?

(一) 请求权的意义及功能

请求权乃要求特定人为特定行为(作为,不作为)的权利,在权利体系中居于枢纽的地位,因为任何权利,无论是相对权或绝对权,为发挥其功能,或恢复不受侵害的圆满状态,均须借助于请求权的行使。请求权(Anspruch)系由德国伟大法学家文德赛(Windscheid)由罗马法上的 Actio 发展出来的概念^③,认为于诉权(公权)外,尚有实体法上的请求权(私

^① 参见最高法院 1932 年上字第 305 判例。并参见“最高法院”1975 年台上字第 2916 号判例:“债权人代位债务人起诉,求为财产上之给付,因债务人财产为总债权人之共同担保,故诉求所得应直接属于债务人,即代位起诉之债权人不得以之仅供清偿一己之债权,如需满足自己之债权应另经强制执行程序始可,债权人虽亦有代受领第三债务人清偿之权限,但系指应向债务人给付而由债权人代位受领而言,非指债权人直接请求第三债务人对自己清偿而言,故债权人代位债务人起诉请求给付者,须声明被告(第三债务人)应向债务人为给付之旨,并就代位受领为适当之表明,始与代位权行使效果之法理相符。”

^② 关于请求权与抗辩的对立性思考,参见拙著:《民法思维》,北京大学出版社 2009 年版,第 135 页;Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174 (1974), 313; Schapp, Das Zivilrecht als Anspruchssystem, JuS 1992, 537 ff.

^③ Bernhard Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (Berlin 1856).

权),为法学上一项重大贡献。

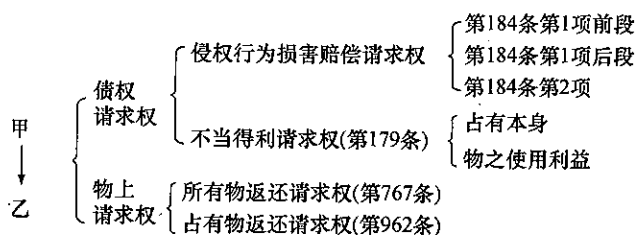
(二) 请求权的发生及种类

请求权系由基础权利而发生。依其所由发生基础权利的不同,可分为债权请求权(第199条)、物上请求权(第767条、第962条)、人格权上的请求权(第18条)及身份权上的请求权(如第1001条)等。由是可知,请求权乃权利的表现;而非与权利同属一物。此点于债权及其请求权最需明辨。债权的本质内容在于有效受领债务人的给付,请求权则为其作用。请求权虽因罹于时效而消灭,其债权尚属存在;债务人仍为给付者,不得以不知时效为理由,请求返还(第144条第2项)。

债权上的请求权原则上于债权成立时,当然随之存在。其他请求权则多于受第三人侵害时,始告发生。兹就所有物返还请求权加以说明。甲有某车被乙所盗时,甲对乙有所有物返还请求权(第767条)。此项请求权经过15年未行使时(第125条),乙得拒绝给付(第144条第1项)。若该车又被丙所盗时,甲不得向现未占有该车的乙请求返还,仅得请求损害赔偿。唯甲得对现无权占有人丙行使所有物返还请求权,其消灭时效重新起算。由此可知,物上请求权的功能旨在辅助所有权,以恢复其被侵害前的状态。

(三) 请求权竞合

因同一原因事实而发生两个以上的请求权时,若其内容不同时,得为并存(请求权的聚集,Anspruchshäufung)。其内容同一时,则发生请求权竞合(Anspruchskonkurrenz),由权利人选择行使之。为便于观察,先将上揭例题中甲得向乙得主张的请求权图示如下:



关于上开各种请求权,应说明者有三:

1. 一个日常生活上简单案例产生了多种请求权,足供认识各类请求权的功能及其与基本权利的关系。

2. 在诸种请求权中,得以并存的,如所有物返还请求权与侵权行为损害赔偿请求权。其属请求权竞合的,就损害赔偿而言,如“民法”第184条第1项前段、后段、第2项(三个独立的请求权)。^①就物的返还而言,如不当得利请求权,所有物返还请求权及占有物返还请求权。

3. 各种请求权的构成要件、举证责任、内容各有不同,从而在处理具体案件时,所有可能成立的请求权,均须确实加以检讨,始足维护当事人的利益。应特别强调的是消灭时效的差异(请查阅第125条、第197条、第963条),在某种意义上,请求权竞合可谓消灭时效竞合的问题,某一请求权虽因时效而消灭时,仍得行使另一请求权^②,此在诉讼上甚属重要,应请注意。

二、抗辩及抗辩权

甲向乙订购乙烧制的陶器,经过一段期间,乙向甲请求付款,而发生如下的争议,试说明其法律关系:

1. 甲以订购当时,年仅18岁,认为买卖契约不生效力;乙抗辩

^① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第70页。“最高法院”2011年台上字第1012号判决:“民法第184条第2项与同条第1项前段、后段,为三个独立的侵权行为类型,本件被上诉人依‘民法’第184条第2项之规定请求,既已达其请求之目的,根据诉之重叠合并之审理原则,法院即毋庸再就同条第1项规定之请求予以审究。”“最高法院”2009年台上字第1961号判决:债务不履行与侵权行为在民事责任体系上,各有其不同之适用范围、保护客体、规范功能及任务分配。债务不履行(契约责任)保护之客体,主要为债权人之给付利益(履行利益)(第199条),侵权行为保护之客体,则主要为被害人之固有利益(又称持有利益或完整利益)(第184条第1项前段),因此“民法”第184条第1项前段所保护之法益,原则上限于权利(固有利益),而不及于权利以外之利益,特别是学说上所称之纯粹经济上损失或纯粹财产上损害,以维护民事责任体系上应有之分际,并达成立法上合理分配及限制损害赔偿责任,适当填补被害人所受损害之目的。本件上诉人请求赔偿之损害为因参展斥承租场地、派遣人员前往准备所费住宿交通,造成营业额之损失,核均非因人身或物被侵害而发生之损害(上诉人未请求系争仪器之损害),亦即与系争仪器之丧失无关之损害,而系直接遭受财产上之不利益,乃属纯粹经济上损失,并非“民法”第184条第1项前段所保护之客体,纵上诉人主张之损害属实,其依“民法”第184条第1项前段请求被上诉人连带赔偿损害,亦属无从准许。

^② “最高法院”1952年台上字第871号判例谓:“因侵权行为受利益致被害人受损害时,依法被害人固有损害赔偿请求权,与不当得利返还请求权,其损害赔偿请求权虽因时效而消灭,而其不当得利返还请求权,在同法第125条之消灭时效完成前,仍得行使之。”又“最高法院”1963年台上字第188号判例谓:“被上诉人主张上诉人(三湾乡农会职员)因离职移交未清而请求给付之款项,除合于侵权行为,得行使损害赔偿请求权外,其基本之法律关系,乃为委任契约返还处理事务所收取金钱之请求权(民法第541条第1项),上诉人虽主张损害赔偿之请求权消灭时效已完成,而基于委任契约所生之上开请求权,显未逾民法第125条之时效期间。”可供参照。

称甲已结婚(第13条第3项)。

2. 甲抗辩称乙的价金请求权因2年间不行使而消灭(第128条第8款);乙表示甲曾于半年前表示愿意付款,消灭时效业已中断,应重行起算(第129条第1项、第137条第1项)。

3. 甲抗辩称于其付款时,乙应同时交付其订购的陶器(第264条)。

一方当事人主张权利时,他方当事人所提出的对抗或异议,称为抗辩,广义言之,包括所谓的抗辩(狭义、Einwendung)及抗辩权(Einrederecht,简称Einrede)。①前者又可分为权利障碍抗辩及权利毁灭抗辩;此两种抗辩足使请求权归于消灭,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,法院即有审究的义务。

(一) 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。

(二) 权利毁灭的抗辩

权利毁灭的抗辩,在于主张请求权虽曾一度发生,唯嗣后已归于消灭。其足以构成权利毁灭抗辩的主要事由有:(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) 撤销权的行使(第88条、第89条、第92条)。(8) 权利不当行使,如权利失效

① Herbert Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts (München 1988). 参见拙著:《民法思维》,北京大学出版社2009年版,第135页。

(Verwirkung)。①

(三) 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条第1项),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)②,及保证人之先诉抗辩权(第745条)。

三、形成权

18岁之甲考上某大学资讯系,即前往乙电器行购买新开发的电脑,有A、B两个类型,价金均为4万元,甲表示购买其一,先付2000元作为定金,约定究购何型,翌日再行通知。甲回家后告知其父丙,丙以甲未经允许擅行购买昂贵器材,甚感不悦,但念其日夜苦读考上大学,而勉为承认,并表示究以何种类型为佳,可自行决定。甲与友人商议后,通知乙选择A型电脑。甲受领电脑后发现,该电脑欠缺乙所保证的品质,经其父丙同意后,即向乙请求返还所交付的价金,试说明当事人间的法律关系。

(一) 形成权的意义及特色

在上揭例题中,除债权及物权外,尚有一种特殊的权利,即法定代理人对未成年人甲所订立买卖契约的“承认”;甲对A型或B型电脑的“选择”,以及甲“解除”买卖契约等。德国法学家Seckel认为,此等权利具有一个共同的特色,即得依权利人一方的意思表示而使法律关系发生,内容

① 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,第154页。

② 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,第108页。实务上重要见解,参见“最高法院”2000年台上字第594号判决:“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,‘民法’第264条第1项前段定有明文。又按双务契约当事人之一方负担的给付与他方负担的对待给付有牵连关系,此项牵连关系于双务契约罹于无效以后仍然存在。是以,于买卖契约罹于无效后,买方固得以不当得利法律关系请求卖方返还收受之价金,卖方亦得依不当得利法律关系请求返还交付之房屋,双方似得依此为同时履行抗辩权之主张。”

变更或消灭,而称为形成权(Gestaltungsrecht),被赞誉为法学上的发现。^①此种得由形成权的行使而发生、变更或消灭的法律关系包括债之关系(如解除或终止契约)、物权关系(如物权行为的撤销)及身份关系(如撤销婚姻)。

如前所述,请求权乃请求特定行为的权利,须有相对人的协力(或法院的强制执行)始得实现。形成权系赋予权利人得依其意思而形成一定法律效果的法律之力,相对人并不负有相对应的义务,只是受到拘束,须容忍此项形成及其法律效果。形成权仅得由权利人行使,第三人无从加以侵害,故非属“民法”第184条第1项前段所称的权利。

(二) 形成权的发生及种类

基于契约自由原则,当事人得为形成权的约定,如契约的解除或终止。唯婚姻、亲子关系非当事人可以处分,不得有形成权的约定。法律为规范法律关系的必要,设有各种形成权,依其内容可归为三类:

1. 使法律关系发生。如法定代理人对限制行为能力人所订立契约的承认(第79条);“土地法”第104条所定的优先购买权。^②此等使法律关系发生的形成权,又称为积极形成权。

2. 使法律关系内容变更。如选择之债的选择权(第208条以下);多种法律救济方法(如解除契约,或请求减少价金,第359条)的选择。

3. 使法律关系消灭。如解除权、终止权、撤销权等。此等使法律关系消灭的形成权,又称为消极形成权,最属常见,堪称为典型的形成权。

(三) 形成权的行使

1. 单纯形成权及形成诉权

形成权通常系依权利人的意思表示为之,于相对人了解,或到达相对

^① Emil Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festgabe für Richard Koch (Berlin 1903), S. 205 ff.; Hans Döle, Juristische Entdeckungen Verh. d. 42. dt. Juristentages (München 1958) Bd. II, Teil B, S. 11.; 参见拙译:《法学上之发现》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版,第1页以下。参见林诚二:《论形成权》,载杨与龄主编:《民法总则争议问题研究》,五南1998年版,第57页。

^② 参见“最高法院”1978年5月23日67年度第五次民事庭庭推总会决议(一):“土地法”第104条所定之优先购买权,为物权之先买权。先买权人于该不动产出卖于第三人时,有权向不动产所有人以意思表示,使其负有移转其不动产予自己,而自己负有支付所有人原与第三人所约定代价之义务,故亦为形成权之一种。此形成权之行使,须以行使时所有人与第三人间有买卖契约之存在为要件。

人时发生效力,称为单纯形成权,多数形成权属之。需注意的是,若干形成权的行使,需提起诉讼(形成之诉),而由法院作出形成判决,学说上称为形成诉权(Gestaltungsklagerecht),如暴利行为的减轻给付(第74条)、诈害行为的撤销(第244条第2项)、撤销婚姻(第989条以下)、否认子女之诉(第1063条第2项)等。此等撤销权的行使,之所以需经由诉讼为之,系因其影响相对人利益甚巨,或为创设明确的法律状态,有由法院审究认定形成权的要件是否具备的必要。

2. 形成权行使的期间

关于请求权的行使期间,“民法”设有消灭时效的一般规定及特别规定(第125条以下)。关于形成权的存续期间(除斥期间)，“民法”未设一般规定,可分为三类:(1)就个别形成权,设有存续期间(如第90条、第93条、第365条)^①,唯其期间多较消灭时效为短,以早日确定当事人的法律关系。(2)明定若干形成权的行使未定期间者,于他方当事人催告后,逾期未行使时,形成权消灭(参见第257条)。(3)未设有存续期间或催告的规定,如共有物分割请求权。^②无论何种情形,均有权利失效原则的适用。^③

3. 相对人的保护

形成权赋予权利人单方形成之力,为保护相对人,并维护法律关系的明确及安定,形成权的行使应受限制:

(1) 形成权的行使原则上不得附条件或期限。但条件的成就与否系依相对人意思而定,或期限明确者,不在此限。例如,甲向乙表示3月3日前不付清积欠租金时,终止租约。

(2) 行使形成权的意思表示不得撤回。“民法”第258条第3项规定:“解除契约之意思表示,不得撤销。”其所称撤销实指撤回而言,乃在表示不可撤回性的原则。但撤回的通知同时或先于行使形成权意思表示

① 最高法院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,“民法”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。

② 最高法院1940年上字第1529号判例:共有物分割请求权为分割共有物之权利,非请求他共有人同为分割行为之权利,其性质为形成权之一种,并非请求权,“民法”第125条所谓请求权,自不包含共有物分割请求权在内。

③ 参见拙著:《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,第154页。

到达相对人时,不在此限(参照第95条)。

(四) 形成权的移转^①

形成权非属独立的财产权,应受权利人其人或该当法律关系的拘束,原则上不得单独让与,仅能附随于其法律关系而为移转。例如,甲向乙购车,乙所交付的汽车具有瑕疵时,甲不得单独将其解除权(第359条)让与第三人。设甲将其对乙的债权让与丙时,因解除权的行使攸关买卖契约的存废,唯契约当事人始得行使,由于债权的让与人并未丧失其为契约当事人的地位,解除权不随同债权而移转予丙。若甲将其对乙的债权、债务概括移转予丙时,丙因契约承担而成为买卖契约当事人,解除权随之移转。

四、例题解说

在前揭例题中(请再阅读之,先行研究),首须确定的是甲的请求权基础,即甲得否依“民法”第259条第1款规定,向乙请求返还其受领的价金。此须以甲解除其与乙所订买卖契约为要件,其应认定的有二:(1)甲有无解除权。(2)甲是否已行使其解除权。

1. “民法”第360条规定买卖之物,缺少出卖人所保证之品质者,买受人得解除契约。此须以甲与乙间买卖契约成立及有效为前提。甲以4万元向乙购买电脑,当事人就标的物及其价金互相同意,买卖契约即为成立(第345条第2项)。唯甲仅18岁,为限制行为能力人。依“民法”第79条规定,限制行为能力人未得法定代理人之允许所订立之契约,须经法定代理人之承认,始生效力。法定代理人的承认权,亦属形成权之一种,即得依权利人一方的意思表示,使已成立之法律关系发生效力。法定代理人丙既已承认限制行为能力人甲所订立买卖契约,该买卖契约确定发生效力(第79条)。

甲与乙约定得于A型及B型电脑,选定其一,以为给付,是为选择之债(参见第208条以下规定)。依当事人的约定,其选择权属于债权人甲。选择权亦属形成权之一种,即得依当事人一方之意思表示,使已成立法律关系之效力发生变更,使选择之债变为单纯之债。选择权的行使系属单独行为,甲为限制行为能力人,其未得法定代理人允许所为之单独行为无

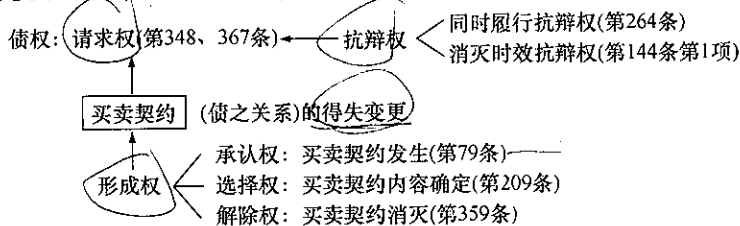
^① Peter Bydlinki, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (Wien 1986); Anja Steinbeck, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten (Berlin 1994).

效(第78条)。唯甲行使选择权,得其父之事前同意,自属有效,其买卖标的物溯及于契约订立之时,存在于其所选择A型电脑之上,乙交付之A型电脑欠缺所保证之品质,甲自有解除契约权利。解除权亦属形成权,得依解除权人一方的意思表示而使契约溯及消灭(通说)。^①

2. “民法”第258条规定,解除权之行使,应向他方当事人以意思表示为之。甲向乙要求返还支付之价金,应认为已为解除契约之表示。甲虽为限制行为能力人,但此项解除契约的单方意思表示,既经其父同意在先(允许),于乙了解时(或其意思表示到达乙时)发生法律效力。

据上所述,甲得依“民法”第259条第1款规定,向乙请求返还其支付之价金。乙亦得依该条款规定向甲请求返还其所受领的A型电脑。甲与乙因契约解除而生的相互义务,准用“民法”第264条之规定(第261条),有同时履行抗辩权的适用,即于他方当事人未为对待给付前,得拒绝自己的给付。

由前揭例题的解说,可知法律关系乃私法的基本制度,以权利为其核心概念;请求权则为权利的作用,旨在实现权利的内容或恢复其被侵害前的状态;对请求权得为对抗者,乃所谓的抗辩权。此外,尚有形成权,得依权利人的意思表示而使法律关系发生、内容变更及消灭,并产生各种权利及请求权。此种权利体系乃私法的结构基础、运用的机制及法律思考方法,为便于了解,就上述例题,图示如下(阅读条文):



^① 参见最高法院 1934 年上字第 3968 号判例:“契约经解除者,溯及订约时失其效力,与自始未订契约同。此与契约之终止,仅使契约嗣后失其效力者迥异。”学说上称为直接效力说,参见李传莹:《契约解除权性质之再检讨》(台湾大学 1984 年度硕士论文)。关于债权契约及物权契约的关系,参见最高法院 1939 年上字第 2113 号判例:“民法”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“民法”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。

第四章 权利主体

——自然人与法人

“民法”总则第二章规定“人”。“民法”上的人包括自然人(第一节,第6条至第24条)及法人(第二节,第25条至第65条)。“民法”规定称人者,如“民法”第184条第1项前段规定因故意或过失不法侵害他人者,负损害赔偿责任,其所称他人包括自然人及法人。自然人,指自然而生之人。法人则为法律所创造,系一个法律技术的伟大成就。二者的伦理价值、功能、性质、权利能力的取得及范围不同。“民法”详设规定,分述如下:

第一节 自然人

一、自然人的权利能力

(一) 权利能力的意义、取得及规范功能

孕妇某甲,于8月13日晨住进某妇产科,于当日下午6时10分生产男婴乙,未足月、畸形,于7时8分在保温箱中死亡。甲之夫丙适偕其长子两岁之丁赴南部省亲,闻其妻住院,即驾车北返,不幸发生车祸,丁负重伤成为植物人,丙则于8月13日下午7时5分死亡。又丙立有遗嘱,以其遗产1/10,遗赠于其爱犬“小皮”,由戊动物友爱基金会照顾之。试问丙的遗产,应如何分配?

1. 权利能力的意义及取得

前揭例题涉及人的生老病死,在法律上则为权利能力的取得及丧失的问题,尤其是权利能力制度的机能,具体化于丙的遗产分配。“民法”第1138条规定,遗产继承人,除配偶外,直系血亲卑亲属为第一顺位。乙未足月出生,畸形,出生后不满1小时即在保温箱中死亡,是否堪为遗产

继承“人”？

“民法”第6条规定：“人之权利能力，始于出生，终于死亡。”权利能力(Rechtsfähigkeit)指得享受权利、负担义务的能力。其享有权利能力的，即为权利主体。所谓出生，系指与母体完全分离(出)，而能独立呼吸，保有生命(生)而言，脐带是否剪断，已否发出哭声，在所不问。依“民法”第6条规定，其得为权利主体者，仅限于“人”，不及于“动物”；动物不具权利能力，对动物为遗赠，应属无效。为保护动物，得对自然人或法人为遗赠，附以保护动物的义务，更得捐助遗产成立保护动物基金会。在上揭例题，戊动物友爱基金会是否为受遗赠之人(法人)，应探求丙的真意加以认定。

关于人的出生及其时期，主张自己利益(如遗产继承)者，应负举证责任。户籍簿上的身份登记(“户籍法”第6条、第29条、第49条)固为重要的证明方法，但非绝对，医师的证明或其他资料亦得作为证明方法。

2. “民法”第6条的规范功能

应特别强调的是，“民法”借着第6条关于权利能力的规定，宣示一项最具伦理性的基本原则，即任何人因其出生而当然取得权利能力，除死亡外，不得加以剥夺。无分男女、种族、国籍、阶级，凡自然人皆平等地享有权利能力，此项原则的确立，历经长久历史的发展，源自家属自家长权的解放，奴隶制度的废除，实乃人类法律文明的伟大成就，肯定了人的价值、尊严和主体性。

在前揭例题，乙于8月13日下午6时10分出生，依“民法”第6条规定而取得权利能力，虽未满月，畸形，并在保温箱中维持其生命，其生存时间虽不足1小时，仍无碍于其成为权利主体。诚如王伯琦教授所云，法律之中心意义，旨在重视此一人格，此一人也，已因出生而享有权利能力，又因死亡而终止其权利能力，一生一死之间，已享有其人格。此一人格者之生命，虽极渺小而短暂，但在法律上之价值，与任何伟大而成长之人格，并无以异，绝不容漠然视之也。^①又两岁之丁遭受车祸成为植物“人”，无碍于其享有权利能力，乃属当然。

3. 权利能力不得抛弃

权利能力既为人的价值及主体性的基础，无权利能力之人，即将成为

^① 参见王伯琦：《民法总则》，第44页。

权利义务的客体,故“民法”复于第16条明定权利能力不得抛弃,即不得以自己的意思放弃其权利能力。权利能力乃人之尊严的表现,法律虽得加以限制(如“矿业法”第6条规定仅人民得依本法取得矿业权),但须有正当理由(“宪法”第23条)。

4. 例题解说

乙于8月13日下午6时10分出生而为“人”,其父丙于8月13日下午7时5分死亡,依“民法”第1147条“继承因被继承人死亡而开始”之规定,乙自丙死亡之时起,即成为丙之遗产继承“人”。丁为植物人无碍于其继承权。丙对其爱犬“小皮”的遗赠应属无效。故丙的遗产应由乙、丁及其母甲三人平均继承之,应继分各为1/3(第1138条、第1141条、第1144条)。

乙于8月13日下午7时8分死亡,权利能力消灭,又开始一次继承,其所得其父遗产的1/3,由其母甲继承之(参见第1138条)。

(二) 胎儿的权利能力

甲妇怀孕7个月。某日其夫乙以轿车送其赴医院作定期检查,途中为丙驾车违规变换车道所撞到,乙不治身亡,甲妇重伤,医师检查确定胎儿丁的脑部受有伤害,需经特别治疗。甲妇之父戊知其事,悯其情,表示愿以出租予庚银行房屋的租金,赠与胎儿,直至成年为止,并立即通知庚银行。经查乙遗有财产100万元。试问胎儿得主张何种权利?设胎儿死产时,其法律关系如何?

1. 未出生者的保护

自然人因出生而享有权利能力,得为权利义务主体,对未出生前(尤其是胎儿)的保护涉及生命价值,攸关人的尊严,如何加以保护亦为私法上的重要课题。

在前揭例题,胎儿丁因车祸得据以向丙请求损害赔偿的规范基础,系“民法”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。”问题在于“胎儿”是否为本条项所称的他“人”?

2. 胎儿的权利能力

“民法”第7条规定:“胎儿以将来非死产者为限,关于其个人利益之保护,视为既已出生。”由是可知,民法对胎儿权利能力的范围,系采概括原则,凡关于胎儿利益之保护,均视为既已出生,但不及于义务的负担,实

属妥适的立法。胎儿能取得的权利,并无限制,包括损害赔偿请求权、继承权、非婚生“胎儿”对其生父的认领请求权等。

所谓“以非死产者为限,视为既已出生”,有学者认为,胎儿于出生前,即取得权利能力,倘将来死产时,则溯及地丧失其权利能力(法定的解除条件说)。有学者认为,胎儿于出生前,并未取得权利能力,至其完全出生(非死产)时,方溯及地取得权利能力(法定停止条件说)。^①依前说,胎儿于出生前,已享有权利能力,即可主张其个人利益,保护较为周全,通说采之^②,应值赞同。

胎儿于未出生前,关于其个人利益之保护,既已取得权利能力,成为法律上之“人”,故胎儿于出生前,就其身体、健康(人格权)所受之侵害,自得依“民法”第184条第1项前段规定,向加害人请求损害赔偿,为适当必要的治疗,以恢复损害发生前之原状;并赔偿其所支出的医疗费用(参见第213条以下规定)。对胎儿身体健康的侵害,除车祸外,因母体输血先受病毒感染再传染予胎儿,亦属常见。胎儿于生母输血时,已否受胎,在所不问。^③

3. 胎儿的法定代理人

于此有一问题,即由何人代为行使胎儿的权利?关于胎儿的代理人,“民法”第1166条规定:“胎儿为继承人时,非保留其应继份,他继承人不得分割遗产。胎儿关于遗产之分割,以其母为代理人。”并未设一般原则。唯为贯彻第7条保护胎儿利益的意旨,应类推第1166条及第1086条父母为其未成年子女之法定代理人的规定,认为胎儿的将来的亲权行使人(胎儿的父母),为胎儿的法定代理人,得代为行使胎儿的权利。

4. 胎儿就其生父死亡的请求权

(1) 抚养费请求权

不法侵害他人致死者,被害人对于第三人负有法定扶养义务者,加害人对该第三人亦应负损害赔偿责任(第192条第2项)。“民法”第7条规定:“胎儿以将来非死产者为限,关于其个人利益之保护,视为既已出

^① 参见王伯琦:《民法总则》,第43页。

^② 参见史尚宽:《民法总论》,第74页;洪逊欣:《民法总则》,第73页;郑玉波:《民法总则》,第85页;施启扬:《民法总则》,第91页。

^③ 较详细的讨论,参见拙著:《对于未出生者之保护》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版,第179页。

生。”故胎儿就其父(抚养义务人,第1114条以下)的被害致死,对加害人有损害赔偿请求权。在此情形,胎儿应承担其父对其死亡的与有过失。^①

(2) 慰抚金请求权

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(第194条)。依“民法”第7条规定,胎儿就其父之被害致死,对于加害人亦有慰抚金请求权。^②

5. 胎儿对遗产得主张的权利^③

依“民法”第7条所采的概括原则,胎儿当然为其父的继承人,故非保留其应继分,其他继承人不得分割遗产。关于遗产之分割,以其母为代理人(第1166条)。

6. 对胎儿的赠与

胎儿于出生前,关于其个人利益之保护,既已取得权利能力,故得为利他契约之第三人(第269条),亦得为赠与契约的受赠人。在本例题,戊表示以其对庚银行的租金债权,赠与胎儿丁,其母甲以法定代理人的地位代为允受者,赠与契约即为成立(第406条)。此项租金债权因当事人合意而移转予胎儿丁(第294条),既经通知债务人庚银行,对于债务人已生效力(第297条),故胎儿丁对庚银行有请求租金的权利,得由其母行使之。

7. 胎儿为死产时的法律关系

关于胎儿的权利能力,倘采法定的停止条件说,认为胎儿于出生前,并未取得权利,至其完全出生,非死产时,方溯及的取得权利能力,则胎儿在未出生前,仍不得主张其个人之利益,如其本身所受不法侵害的损害赔偿;或其父不法被害致死的损害赔偿或慰抚金。“最高法院”1955年台上

① 参见“最高法院”1984年台再字第182号判决:“‘民法’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侵害人之过失,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‘民法’第217条过失相抵规定之适用。”此项判例亦适用于抚养费请求权。

② “最高法院”1977年台上字第2759号判决强调,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,“民法”第7条设有明文,因之,不得以年幼少知或为胎儿为减低赔偿或不予赔偿之依据。关于不法致人于死之损害赔偿问题,参见拙著:《侵害生命权之损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版,第205页。又“民法”第194条所称“子女”,应解为包括非婚生子女,参见本书第60页。

③ 林秀雄:《胎儿应继分之保留》,载《万国法律》1999年总第105期,第66页。

字第 943 号判决谓：黄瑞耀和解时尚未出生，而胎儿以将来非死产者，关于其个人利益之保护，视为既已出生，为“民法”第 7 条所明定，黄瑞耀在和解时既系胎儿，将来是否死产，无从悬揣，是黄林敏自亦无从代理而和解。似不足保护胎儿利益。^①

依通说所采的法定的解除条件说，胎儿于出生前，即取得权利能力，则胎儿在未出生前，仍得主张其利益，如本身所受不法侵害的损害赔偿，或其父被害致死的损害赔偿，或基于利他契约对债务人之请求给付（第 269 条）。在此等情形，债务人固不得以胎儿尚未出生而拒绝给付。唯倘胎儿经由法定代理人受领给付（如损害赔偿）后，未能完全出生（即死产）时，其权利能力溯及消灭，损害赔偿请求权等无由发生，应由其法定代理人依不当得利规定负返还之义务（第 179 条）。

（三）权利能力的终期

1. 死亡

“民法”第 6 条明定，人之权利能力始于出生，终于“死亡”，自然人权利能力的终期，除后述的死亡宣告外，仅以死亡为限，即以死亡为权利能力消灭的唯一原因，乃在维护人的主体性。古代法上所谓“人格大减等”“民事上之死”等制度，在今日已不复存在。关于死亡的时期，原则上系以心脏鼓动停止（呼吸断绝）为判断基准。唯自尸体摘取器官施行移植手术，其死亡得依脑死判定之。^② 权利能力的终期（死亡）发生重要法律效果，如继承开始、婚姻消灭、遗嘱或遗赠发生效力、委任契约終了（第 550 条）等。关于人的死亡及其时间，应由主张死亡事实之人，负举证责任。户籍簿的记载（“户籍法”第 4 条、第 36 条），固为重要证据方法，但非绝对，得以医师的鉴定及其他资料作为证明方法。

2. 死亡宣告^③

某甲，家住澎湖，来往高澎两地经商，自 1993 年 5 月 5 日起离去

① 参见“最高法院”1977 年台上字第 2759 号判例。关于胎儿民事诉讼当事人能力，参见杨建华：《论民事诉讼当事人能力》，载《法学丛刊》1983 年总第 111 期，第 1 页。

② “人体器官移植条例”第 4 条规定：“医师自尸体摘取器官施行移植手术，必须在器官捐赠者经其诊治医师判定病人死亡后为之。前项死亡以脑死判定者，应依卫生主管机关规定之程序为之。”参见李圣隆：《法律上死亡定义之判断》，载《军法专刊》1970 年第 16 卷第 8 期，第 28 页；苏永钦：《法律中的死亡概念——以民法为例》，载《政大法学评论》，第 32 期，第 17 页。

③ 参见史尚宽：《死亡宣告及其撤销之效力》，载《法令月刊》1966 年第 17 卷第 4 期，第 3 页；刘得宽：《死亡宣告撤销在婚姻上及财产上之效果》，载《政大法律评论》1970 年第 2 期，第 70 页。

其在澎湖的住所。音讯断绝,生死不明。甲有妻乙,及幼女丙,甫两岁,患小儿麻痹,邻居丁时常照顾,对丙更视同己出,关爱备至。至2001年3月1日,丁表示愿与乙女结婚,并收养丙,力促乙对甲申请死亡宣告,乙为守旧女子,不欲为之。试问:

(1) 何谓死亡宣告?为何设死亡宣告制度?

(2) 丁得否申请法院为甲的死亡宣告? 检察官得否申请甲的死亡宣告?

(3) 法院为死亡宣告时,应如何确认甲死亡及死亡时期?

(4) 设甲失踪后,居住于台北,于2001年1月3日向戊购地,地价高涨。戊得否以甲已被宣告为死亡,无权利能力,而否认买卖契约的效力?

(5) 设甲于死亡宣告后生还,发现乙与丁结婚;丙由丁收养;其屋已被出售,价金500万元,为医治丙支出100万元,其余400万元存放银行,而丁明知(或不知)甲尚生存的情事时,当事人间法律关系如何?

(1) 概说

人之权利能力终于死亡,但人若失踪,离去其住所居所,而生死不明,其有关的权利义务,如财产的管理或继承、配偶的婚姻等,将无法确定。此种状态,若任其长久继续,对于利害关系人及社会均属不利,应有妥为规范的必要,“民法”乃设死亡宣告制度,即自然人失踪达一定时期,得由利害关系人或检察官申请法院为死亡宣告,使之发生与真实死亡同等的法律效果。关于宣告死亡案件的法院管辖、申请人、公示催告等,“家事事件法”(第154条至第163条)设有规定,敬请参照。

关于台湾地区(地方法院)宣告死亡终结件数,“司法院”作有统计资料,可供参照。值得注意的是,其件数有缓慢增加的趋势:

年别	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	2006年	2007年	2008年	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年 1—8月
件数	634	621	643	510	616	561	616	738	850	793	827	925	910

死亡宣告关系失踪人权利义务甚巨,故关于其要件、程序及法律效力,“民法”(第8条以下)、“家事事件法”(第142条至153条)及“户籍法”(第14条、第39条)设有规定,兹参照上揭例题,说明其基本问题。

(2) 申请死亡宣告的要件

依“民法”第8条规定,申请死亡宣告的要件有三:①须有失踪人。②须生死不明的状态继续达法定期间。③须申请人为利害关系人或检察官。分述如下:

A. 失踪

失踪指生死不明,即不能证明其人之生存或死亡而言。若死亡通常可认定时(如飞机高空爆炸),纵未发现尸体,仍得径为死亡的认定。在前揭例题,甲自1993年5月5日离去其在澎湖的住所。音讯断绝,生死不明,其人已为失踪。

B. 失踪期间

“民法”设有两种期间:a. 普通期间,即一般失踪人失踪满7年。b. 特别期间,即有特殊情形的失踪人,受死亡宣告所应达的期间:80岁以上者,期间满3年;遭遇特别灾难者,于灾难终了后满1年。所称灾难,指出于自然或外在的不可抗力,而对于失踪人为无可避免者,如遭遇海难。若于船上失足落水,则不属之。

在本题,甲为一般失踪人,应适用普通期间规定。故甲于1993年5月5日失踪,于2000年5月5日满7年,已达法定失踪期间。

(3) 得申请死亡宣告之人

A. 利害关系人

“民法”第8条所称利害关系人,指对于死亡宣告于法律上有利害关系之人而言,例如失踪人的配偶、继承人、受遗赠人、债权人、不动产之共有人等。至于遗产税征收机关、邻里长、户籍机关或公务员服务机关,均非利害关系人。在本题,丁为失踪人甲的邻居,虽然照顾其家庭,并拟与甲之妻乙结婚,收养甲残障之女丙,虽系情深义重,但在法律上未有利害关系,非属“民法”第8条所称利害关系人。

综据上述,甲失踪虽满7年,但丁非利害关系人,不得为死亡宣告之申请。

B. 检察官亦得申请死亡宣告

鉴于死亡宣告制度旨在结束失踪人法律关系长期不确定的状态,为维护社会公益,“民法”特规定检察官得为申请人(参见“法院组织法”第60条第2款)。检察官系代表政府行使职权,不论有无利害关系人,均得单独申请。唯于有利害关系人(尤其是有父母、配偶、子女)时,宜征询其

意见,衡酌情况,审慎加以决定。在本题,失踪人虽有配偶子女,但基于保守观念,不愿为死亡宣告之申请,为避免使失踪人的法律关系久悬不决,并衡酌其妻儿的特殊情况,检察官得为死亡宣告的申请。

(4) 死亡及其时期的推定

甲经依法为死亡宣告时,依“民法”第9条规定:“受死亡宣告者,以判决内所确定死亡之时,推定其为死亡。前项死亡之时,应为前条各项所定期间最后日终止之时。但有反证者,不在此限。”甲于1993年5月5日失踪,法定失踪期间为7年,故法院于其判决内所确定死亡之时,为2000年5月5日下午12时,并系推定其为死亡。失踪人之死亡,既属“推定”(推定主义),而非“视为死亡”(拟制主义,《日本民法》第31条)不许更举反证,故主张失踪人未死亡或非在判决内确定死亡之日死亡者,在撤销宣告前,亦得提出反证推翻,以推翻宣告死亡所为的推定,但仅限于特定当事人间有其效力。^①在本题,设乙依据死亡宣告请求给付保险金时,保险人仅需证明失踪人尚未死亡,即得拒绝给付,不以撤销死亡宣告为必要。又需注意的是,在法院于死亡宣告判决内所确定死亡之时前,失踪人与其配偶婚姻关系尚属存在,妻未与夫同居时所生之子女,仍应推定为夫之婚生子(第1063条)。

(5) 死亡宣告效力范围

“民法”第6条规定:“人之权利能力,始于出生,终于死亡。”此之所称死亡,系指真实死亡,并不包括经死亡宣告而推定之死亡在内。受死亡宣告者,事实上果已死亡时,其权利能力归于消灭。实际上尚生存时,其权利能力则仍属存在,行为能力及侵权能力均不受影响。盖死亡宣告之效力,仅在使失踪人于失踪期间届满时,以其住所为中心之私法关系,趋于消灭,并非欲置之于死地,剥夺其权利能力。故在澎湖被宣告死亡之甲,尚在台北,死亡宣告效力并不及之,其所为买卖合同仍属有效。又死亡宣告系私法上之制度,不生公法上之效果,其公法上的权利不因死亡宣告而受影响。

^① 参见“最高法院”1962年台上字第1732号判决、1978年度第十四次民事庭庭推总会议决议。

(6) 失踪人归来前后的法律关系

① 失踪人未归来前之法律关系

失踪人一旦被宣告死亡，继承即行开始，其财产上之一切权利义务自其被推定死亡之时，由其继承人承受之（第 1147 条、第 1148 条）。故甲的房屋自 2000 年 5 月 5 日下午 12 时起，即归由其妻乙及女丙继承（第 1138 条、第 1144 条）。

死亡宣告后，配偶即得再婚。原婚姻究于何时消灭，尚有争论。有学者认为婚姻关系因死亡宣告而消灭，有学者认为必俟配偶再婚，始归消灭。实务上迄未著判例澄清此项争论。唯在本题，乙于甲经法院判决宣告死亡之后，已与丁结婚，无论采取何说，其婚姻关系均归消灭。

死亡宣告后，失踪人对其未成年子女亦丧失法定代理人的地位，而由其配偶一方行使法定代理权。在本题，丙为满 9 岁的未成年人，被丁收养，应得法定代理人乙的同意及法院的认可（第 1079 条、第 1074 条但书）。

② 失踪人归来后之法律关系

受死亡宣告者，尚生存归来时，得申请法院撤销死亡宣告（参见“家事事件法”第 154 条以下）。死亡宣告未经撤销者，关于已结束之法律关系，虽不能复活，唯归来后之法律关系，仍可有效成立。死亡宣告经撤销者，依“家事事件法”第 163 条规定：“……不问对于何人均有效力。但裁定确定前之善意行为，不受影响。因宣告死亡取得财产者，如因前项裁定失其权利，仅于现受利益之限度内，负归还财产之责。……”据此规定，甲的死亡宣告经撤销时，当事人间的法律关系如下：

A. 关于继承的财产：乙与丙就其所继承甲的房屋，负有返还的义务，但因系善意，对于遗产所为处分，其效力不受影响，受让人仍能取得其所有权。乙与丙所受领的价金，系财产的变形，其为治疗丙而支出的 100 万元医疗费用，不必返还，其余存放银行的 400 万元，则应归还予甲。

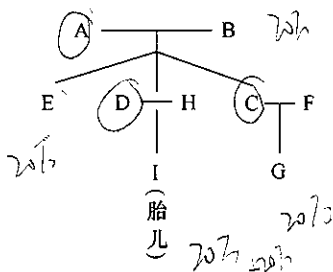
B. 死亡宣告被撤销时，前婚与后婚之关系如何？通说认为，若后婚当事人双方均系善意，前婚因生存配偶之再婚同时消灭。倘后婚当事人之任何一方系恶意，即使另一方系善意，前婚即时复活，后婚为重婚，应属无效（第 985 条第 1 项）。在本题，须乙与丁均为善意，其婚姻效力始不受影响。

C. 关于丙被丁收养，当事人皆为善意时，其收养行为不受影响。

倘当事人一方系恶意时(如丁明知甲并未死亡),应适用“民法”第1079条之5第1项的规定,即其法定代理人得请求法院撤销之。但自知悉其事实之日起已逾6个月,或自法院认定之日起已逾1年者,不得请求撤销。

(四) 同时死亡

宜兰礁溪老渔夫A氏,73岁,妻B已别居,有子C(50岁)及D(23岁)两人,女E。C已婚,其妻F,生一女G。D之妻H怀胎儿I3月。E未出嫁。某仲夏夜,A、C及D三人出海捕鱼,遭遇台风,不及回港,船毁人亡,而何人死亡先后,难以证明。A遗有财产80万元,C的遗产为60万元,D的遗产为40万元时,应如何分配?①



1. 同时死亡的推定:相互继承?

处理本题,首先需要确定的是,A、C及D三人间的继承关系。依“民法”第1147条规定:“继承,因被继承人死亡而开始。”先死亡者,由后死亡者之继承人承受被继承人财产上一切权利、义务(第1148条)。人的死亡时期,通常得以户籍上的登记、医师的鉴定及其他一切资料作为证明方法,原则上应由主张死亡事实之人负证明责任。唯数人同时遇难者亦属有之,例如飞机空中爆炸、探油设施遇台风倾覆或同遭车祸时,何人死亡之先后,有时殊难证明,为杜绝争议,“民法”第11条明定:“二人以上同时遇难,不能证明其死亡之先后时,推定其为同时死亡。”依此规定,A、C及D三人同时遇难死亡,既无反证,应推定其同时死亡,至其年龄、健康状况如何,均非所问。

A、C及D应推定同时死亡时,彼此得否相互继承?按在继承法上有

① 本题参见宜兰地检处1960年9月份司法座谈会,此类题目可变化为各种形态,例如:

(1) 设A先死亡,不能证明C及D死亡先后时,其遗产应如何分配?(2) C先死,而不能证明A及D死亡之先后时,其遗产应如何分配?请读者自行研究解答。

一基本原则,即继承人须于继承开始(当时生存)继承开始之际,尚未出生或已死亡者,无继承人的资格,学说上称为同时存在原则。为保护胎儿利益,“民法”第7条规定,以将来非死产者为限,赋以权利能力,故胎儿亦有继承人的资格。至于同时死亡,通说认其不具“同时存在原则”,A、C及D彼此间不互为继承。

2. 遗产的分配

(1) 关于A的遗产的分配

A遇海难,其子C及D均同时死亡,不能继承A之遗产。A之妻B,及其女E,则为继承人(第1138条)。有疑问的是,C之女G及D之胎儿I(以非死产者为限),有无代位继承权。“民法”第1140条规定:“第1138条所定第一顺序之继承人,有于继承开始前死亡或丧失继承权者,由其直系血亲卑亲属代位继承其应继份。”关于同时死亡者,其直系血亲卑亲属是否有代位继承权,虽未臻明确,但解释上宜采肯定说,盖被代位继承人于继承开始前死亡者,其直系血亲卑亲属既得代位继承其应继份,则于开始时死亡(即同时死亡),更应承认直系血亲卑亲属有代位继承权。准此以言,A之遗产应由B(A之妻)、E(A之女)、G(C之女)及I(D之胎儿),共同继承之,应继份依人数平均(第1138条、第1141条、第1144条第1款),各得遗产1/4,各得20万元。

(2) 关于C的遗产

C死亡,其遗产由其妻F与其女G共同继承,其应继份平均之,各得遗产30万元。

(3) 关于D的遗产

D死亡,其遗产由其妻H与胎儿I(非死产者为限),共同继承之,其应继份亦平均之,各得遗产20万元。

二、行为能力及其他法律上的能力

何谓权利能力、行为能力、责任能力(侵权能力、债务不履行能力)、诉讼上当事人能力及诉讼能力,试就下例说明之:

1. 胎儿或刚出生婴儿继承其父遗产。
2. 受监护宣告人某甲于精神恢复期间向乙购买机车,其法律行为的效力? 甲违规超速撞伤两岁之丙时,其法律关系如何?
3. 18岁之甲未考上大学,以其父乙提供的补习费用2万元向丙

购买名贵手机。乙得否向丙请求返还该2万元？甲是否取得该手机所有权（请求权基础）？

（一）行为能力

1. 行为能力与权利能力

权利能力，指享受权利，负担义务之能力，任何人因其出生而当然取得。权利的享有，义务的负担，系基于法律规定时，于法定要件具备时，即行发生，例如A死亡，遗有房屋数栋，债务100万元，其独生子B虽未滿周岁，不知世事，仍自继承开始时，承受A财产上的一切权利义务（第1138条、第1148条）。

权利的享有，义务的负担，亦有基于法律行为的，如购买房屋、出租土地、受雇于某速食店。在此等情形，权利主体（自然人）欲享有某种权利，或负担某种义务，必须具备所谓的“行为能力”（Geschäftsfähigkeit）。行为能力，指得以自己的意思表示，使其行为发生法律上效果的资格。由是可知，权利能力与行为能力不同，前者指享权利、负义务的资格；后者指得依其法律行为而享受权利，负担义务的资格。凡人皆有权利能力，因出生而当然取得，非因死亡不得剥夺，但并非任何人皆有行为能力，均得依其行为（如买卖、租屋、打工）享受权利、负担义务。

2. 行为能力制度

何人有行为能力？法律为保护智虑不周之人及维护交易安全，以行为人的意思能力（识别能力）为基础，依其是否达一定年龄为判断标准，分为三种，分述如下：

（1）完全行为能力人

满20岁为成年（第12条）。成年人有完全行为能力。未成年人已结婚者，亦有行为能力（第13条第3项），立法理由谓：“盖因已结婚之人，已能独立组织家庭，智识当已充足，故不应认为无行为能力也。”未成年人已结婚者，虽为有行为能力人，但不因此而成年，仍为未成年人，虽得有效为财产上的行为（如买卖、租屋、受雇他人），但两愿离婚仍应得法定代理人同意（第1049条但书）。无行为能力人不得为遗嘱。限制行为能力人无须经法定代理人之允许，得为遗嘱；但未满16岁者，不得为遗嘱（第1186条第2项）。须注意的是，未成年人离婚者，其已取得的行为能力，不因此而受影响。

(2) 限制行为能力人

限制行为能力人,指满7岁以上的未成年人(第13条第2项)。关于未成年人所为法律行为的效力,“民法”第79条至85条设有详细规定,俟于相关部分再行详论。

(3) 无行为能力人

① 未满7岁的未成年人,无行为能力(第13条第1项)。

② 受监护宣告之人无行为能力(第15条),应为其置监护人(第1110条)。“民法”新修正条文废除禁治产制度,创设成年监护宣告,于第15条规定:“受监护宣告之人,无行为能力。”

3. 行为能力不得抛弃

“民法”第16条除明定权利能力不得抛弃外,并规定行为能力不得抛弃。行为能力制度系为保护能力薄弱之人,倘容许其以一己意思,予以全部或一部分的抛弃,将使其不能依其意思享受权利、负担义务,而营社会生活,影响其人格的发展。“民法”关于行为能力的规定,均具强制性,废除或限制行为能力的意思表示或约定应属无效。

(二) 责任能力

法律上的能力,除权利能力及行为能力外,尚有所谓的责任能力,即因违反法律规定而应负责的能力,包括侵权能力及债务不履行能力,分述如下:

1. 侵权能力

在上揭例题,受监护人某甲系无行为能力,纵于精神恢复期间,其法律行为,如买卖机车、支付价金、受让机车所有权,均属无效(第75条)。甲驾车违规超速,撞伤丙,系不法侵害丙之身体健康(人格权)。侵权行为的成立须以甲有过失为要件(第184条第1项前段),于此发生一个问题,即受监护宣告人甲有无就丙所受损害,负损害赔偿能力(侵权能力)?其判断标准何在?

“民法”第187条第1项规定:“无行为能力人或限制行为能力人,不法侵害他人之权利者,以行为时有识别能力为限,与其法定代理人连带负损害赔偿。行为时无识别能力者,由其法定代理人负损害赔偿。”由此可知,无行为能力人或限制行为能力人应否负侵权责任,视其有无识别能力而定。所谓识别能力,指对于事物有正常认识及预见其行为发生法律效果的能力,相当于构成行为能力基础的意思能力,其主要不同

之点为：

(1) 在侵权行为，行为人有无侵权能力，系就具体情事加以判断。

(2) 在法律行为，行为人有无行为能力，原则上以一定之年龄作为标准。

之所以作此区别，其主要理由系法律行为上的行为能力，须予以制度化，使有客观的标准，期能对智虑不周者的保护及交易安全，兼筹并顾。反之，侵权行为涉及行为人应在法律上负损害赔偿的责任，宜采具体判断标准，就个案加以判定。

在前揭例题，甲受监护宣告，系无行为能力，但于精神恢复期间购买机车，超速驾驶，应认为具有正常认识及预见其行为可能发生某种法律效果的能力，就其因过失不法侵害丙的权利所生的损害，应与其法定代理人连带负赔偿责任（关于法定代理人责任，参见第187条第1项、第2项、第3项，阅读之）。被害人丙虽仅两岁，享有权利能力，得向甲请求损害赔偿。

2. 债务不履行能力

违法行为，除侵权行为外，尚有债务不履行。“民法”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。”故债务不履行能力之有无，亦以行为人为行为时实际上有否识别能力为断，其标准亦应就个案具体判断之。学上说将侵权能力及债务不履行能力合称为责任能力。例如，A搭乘B的计程车，其承揽契约是否有效成立，视当事人于订约时有无行为能力而定。就B驾车肇祸所受损害，A得否依侵权行为，或债务不履行之规定请求损害赔偿，则视B于行为时有无识别能力（责任能力）而定。

（三）民事诉讼法上的能力

如何在诉讼上行使其权利或被诉履行其义务，涉及当事人能力及诉讼能力。

当事人能力，指得于民事诉讼为保护私权的请求权人及其相对人的能力。此种起诉或受诉的能力，称为诉讼法上的权利能力。依“民事诉讼法”第40条规定，有当事人能力者为：

- ① 有权利能力者。
- ② 胎儿，关于其可享受之利益。
- ③ 非法人之团体，设有代表人或管理人者。

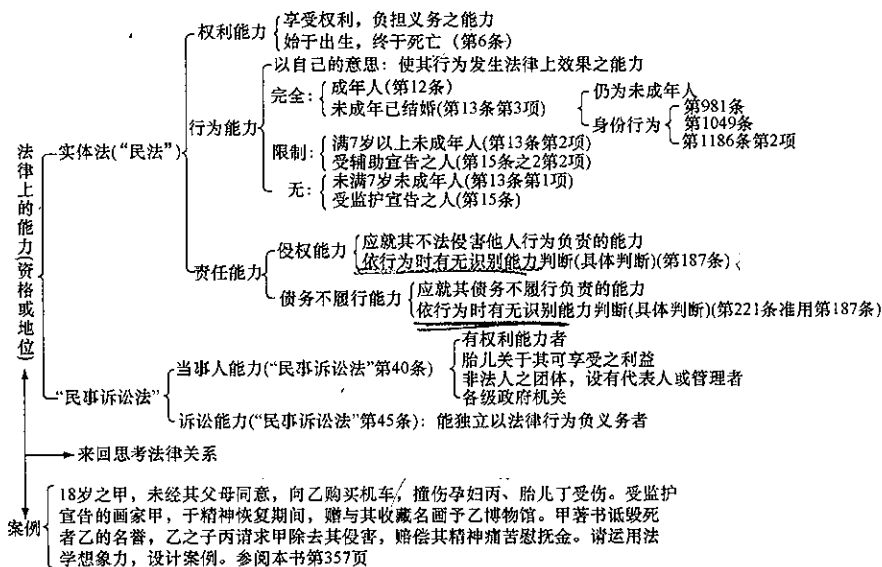
④ 各级政府机关。

诉讼能力,指当事人能单独进行诉讼的能力,即自己得有效为诉讼行为及受诉行为之能力,称为诉讼法上的行为能力。“民事诉讼法”第45条规定:“能独立以法律行为负义务者,有诉讼能力。”何人能独立以法律行为负义务,依实体法(“民法”)的规定。

在上揭例题,受监护宣告之甲有权利能力,故有当事人能力。但因系受监护宣告人,无行为能力,不能独立以法律行为负义务,无诉讼能力。关于其诉讼的法定代理依“民法”之规定(“民事诉讼法”第47条)。

(四) 综合整理

法律上的能力乃法律赋予个人的地位或资格,法律上之“人”,系由各种能力所构成,具不同的社会机能,均在维护、完成人之人格。其应明辨区别的,有权利能力、行为能力、责任能力(侵权行为能力及债务不履行能力)以及诉讼法上的当事人能力与诉讼能力。为期醒目,图示如下:



(五) 监护宣告

2008年5月23日公布“民法”总则及亲属编修正条文, 废止禁治产制度, 创设成年监护制度, 此为民法重要发展。试问:

1. 实施新的成年监护制度理由。

2. 您是否知道台湾地区各地方法院关于监护及辅助宣告的终结件数以及发展趋势?

3. 受监护宣告及受辅助宣告的要件及法律效力有何不同?

4. 未成年人得否受监护宣告或辅助宣告?

5. 受监护宣告或辅助宣告之人受让不动产的赠与或处分不动产的效力如何?

1. 从禁治产宣告到成年监护宣告制度

“民法”原设有禁治产制度,2008年5月23日,公布“民法”总则部分修正条文及“民法”亲属编部分条文修正,其重点在于废止禁治产制度,实施“成年监护制度”。此项重大变革系鉴于精神障碍的人数,因高龄化社会来临及社会因素而增加,精神障碍轻重程度有别,应创设较有弹性且周全的新监护制度,以保障精神障碍者的人格尊严,并促进社会安全。

值得提出的是,“司法院”对台湾地区各地方法院近年终结禁治产宣告事件作有统计表如下(资料来源:“司法院”2013年《司法统计年报》。2009年11月前禁治产事件,于修正后适用监护宣告程序,该事件并入监护宣告事件统计):

年度	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	2006年	2007年	2008年	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年1—8月
件数	1908	2092	2386	2790	3207	3692	3347	3862	3992	4530	4485	5952	4860

由上揭统计资料可知,受禁治产宣告(监护宣告)者逐年增加,为社会重要问题(包括家属争夺监护权,为何?),是一个值得研究的重要问题。^①

2. 成年监护

新修正的监护制度分为“成年监护宣告”及“辅助宣告”,先就成年监护说明如下:

(1) 要件

① 受监护宣告的原因

“民法”第14条第1项前段规定,受监护宣告之原因为:“因精神障

^① 参见郭钦铭:《论台湾与日本成年监护制度之比较与研究》,载《华冈法粹》,2013年总第55期,第67页以下。

碍或其他心智缺陷,致不能为意思表示或受意思表示,或不能辨识其意思表示之效果者。”

② 申请监护宣告之人

得申请法院为监护宣告者为:本人、配偶、四亲等内之亲属、最近1年有同居事实之其他亲属、检察官、主管机关或社会福利机构(第14条第1项后段)。所称主管机关依特别法的规定,例如“老人福利法”第3条、“身心障碍者权益保障法”第2条、“精神卫生法”第2条。检察官为此申请时,固宜先查询当事人本人、配偶或其他最近亲属的意见,唯检察官基于公益上之理由,仍得本其独立的见解,以决定其申请与否。

③ 监护宣告的撤销

受监护之原因消灭时,法院应依前项申请人之申请,撤销其宣告(第14条第2项)。

(2) 法律效果

① 受监护宣告之人为无行为能力

“民法”第15条规定:“受监护宣告之人,无行为能力。”立法理由谓:“按外国立法例,虽有将成年受监护人法律行为,规定为得撤销者(例如《日本民法》第9条);亦即受监护宣告人不因监护宣告而完全丧失行为能力。唯因本法有关行为能力制度,系采完全行为能力、限制行为能力及无行为能力三级制;而禁治产人,系属无行为能力,其所为行为无效。此一制度业已施行多年,且为一般民众普遍接受,为避免修正后变动过大,社会无法适应,爰仍规定监护宣告之人,无行为能力。”

② 受监护宣告之人应置监护人

“民法”第1110条规定:“受监护宣告之人应置监护人。”监护人攸关受监护宣告之人的利益甚巨,2008年5月23日“民法”亲属编修正条文设有规定(第1111条以下),务请参照(请阅读之)。

3. 辅助宣告

“民法”有关禁治产宣告之规定系采宣告禁治产一级制,缺乏弹性,不符社会需求,“民法”修正特于监护宣告之外,增设“辅助宣告”,俾充分保护精神障碍或其他心智缺陷者之权益。

(1) 要件

① 受辅助宣告的原因

依“民法”第15条之1第1项规定,受辅助宣告之原因为:“因精神障

碍或其他心智缺陷,致其为意思表示或受意思表示,或辨识其意思表示效果之能力,显有不足者。”受辅助宣告之人,其精神障碍或其他心智缺陷程度,较受监护宣告之人为轻,是否“显有不足”,应就个案加以认定。

辅助宣告适用之对象为成年人及未成年人已婚者。至未成年人未结婚者,因仅有限制行为能力或无行为能力,无受辅助宣告之实益,不适用本条规定。

② 申请辅助宣告之人

得请申辅助宣告之人为“本人、配偶、四亲等内之亲属,最近一年有同居事实之其他亲属、检察官、主管机关或社会福利机构”,同于得申请监护宣告之人(第15条之1第1项)。

③ 辅助宣告的撤销

受辅助之原因消灭时,法院应依前项申请权人之申请,撤销其宣告(第15条之1第2项)。

(2) 法律效果

① 法律行为的效力

“民法”第15条之2规定辅助宣告的法律效力,分述如下:

A. 辅助人同意原则及例外

第15条之2第1项规定:受辅助宣告之人为下列行为时,应经辅助人同意,但纯获法律上利益,或依其年龄及身份、日常生活所必需者,不在此限:(1)为独资、合伙营业或为法人之负责人。(2)为消费借贷、消费寄托、保证、赠与或信托。(3)为诉讼行为。(4)为和解、调解、调处或签订仲裁契约。(5)为不动产、船舶、航空器、汽车或其他重要财产之处分^①、设定负担、买卖、租赁或借贷。(6)为遗产分割、遗赠、抛弃继承权或其他相关权利。(7)法院依前条申请权人或辅助人之申请,所指定之其他行为。”第1项第6款所谓其他相关权利,系指与继承相关之其他权利,例如受遗赠权、继承恢复请求权以及遗赠财产之扣减权。需注意的是,第1项第7款规定,系为免第1项前6款规定仍有挂一漏万之虞,故特授权法院得依第15条之1申请权人或辅助人之申请,视个案情况,指定第1项前6款以外之特定行为,亦须经辅助人同意,以保护受辅助宣告

^① 立法理由谓:第1项第5款之“其他重要财产”,系指其重要性与不动产、船舶、航空器或汽车相当之其他财产;其所称“财产”,包括物或权利在内,例如债权、物权及无体财产权均属之。

之人。

需注意的是,“民法”第15条之2第4项规定:第1项所列应经同意之行为,无损害受辅助宣告之人利益之虞,而辅助人仍不为同意时,受辅助宣告之人得径行申请法院许可后为之。

B. 准用规定

“民法”第78条至第83条规定,于采依前项规定得辅助人同意之情形,准用之(第15条之2第2项)。又“民法”第85条规定,于辅助人同意受辅助宣告之人为第15条之2第1项第1款行为时,准用之(第15条之2第3项)。

“民法”第1113条之1第1项规定:“受辅助宣告之人,应置辅助人。”关于辅助人及有关辅助之职务,准用第1095条以下相关规定。

(3) 监护宣告与辅助宣告的变更

① 法院对于监护之申请,认为未达“民法”第14条第1项之程序者,得依第15条之1第1项规定,为辅助之宣告(第14条第3项)。受监护之原因消灭,而仍有辅助之必要者,法院得依“民法”第15条之1第1项规定,变更为辅助之宣告(第14条第4项)。

② 受辅助宣告之人有受监护之必要者,法院得依“民法”第14条第1项规定,变更为监护之宣告(第15条之1第3项)。

4. “家事事件法”关于监护宣告事件及辅助宣告事件的规定

关于监护宣告的法院管辖、选任程序、诊断书、精神鉴定询问、选定监护人、监护宣告裁定、监护人行为效力、死亡终结程序、撤销监护之效力、撤销监护辅助行为、辅助宣告、变更监护宣告、监护人事件准用，“家事事件法”(2012年制定施行)第四编第十章、第十一章设有详细规定。

三、人格保护

(一) 人格保护是民法的首要任务

民法以人为本,以人之尊严为其伦理基础。人格的保护为民法的首要任务。人格包括能力、自由及人格关系。人、权利能力及权利主体构成三位一体,不可分割。故“民法”第16条规定:“权利能力及行为能力,不得抛弃。”盖抛弃前者,人失其权利义务的主体;抛弃后者,则成为无行为能力,不但其人格受损,亦妨害公益,故法律不许之。又自由包括法律

行为上的自由及权利行使的自由,为人格活动的基础,且为一种使命^①,故“民法”第17条第1项亦明定“自由不得抛弃”。唯人类共营社会生活,其依契约而为自由的限制,仍有必要,惟不得悖于公共秩序或善良风俗,如甲男与乙女约定终生不为结婚者,应认其悖于公共秩序或善良风俗而无效(第72条)。

“民法”第16条及第17条禁止权利能力、行为能力及自由的抛弃。此外,法律尚须保护人格关系不受他人的侵害,除人格权外,并及于身份权,此涉及最近民法的重大发展,特作较详细的论述。

(二) 人格权的保护

在下列4则案例,甲对于乙得主张何种权利?

1. 甲女,性娴静,在一天主教学校任公民教师。某日在家中庭院穿着泳装作日光浴。乙窥见其体态健美,偷摄“撩人镜头”,作为其发行“俏姑娘”杂志之封面女郎,销路大增,正准备再版。甲遭其服务学校解聘,羞愤不已。

2. 歌女某甲驻唱金声西餐厅,面貌清秀,美洋人玉鼻挺直,乃由乙医师做隆鼻美容,因手术失误,造成严重发炎,面容受损。甲至某大医院治疗,支出医药费10万元,停唱半月,减少收入4万元,精神痛苦不堪。

3. 甲与乙参加市长选举,竞争激烈。乙散发第一号传单,用“阿Q”“无赖像”及“流氓”“黑道大哥”等字眼,描述甲之为。第二号传单内载甲虐待其妻经裁判离婚的判决书全文及逃漏所得税的资料。甲得否请求乙废弃其两个传单及不得再为散发?

4. 乙迁进某公寓四楼,养一只狗,毛色纯白,乃名之曰“白丽丽”,早晚遛狗,上下公寓楼梯,必呼叫其名,逗其嬉戏,意甚自得,不知在该公寓二楼久住有笔名为白丽丽之女作家某甲,朝夕闻乙呼叫白丽丽,精神痛苦不堪,日夜不安,影响写作至巨。

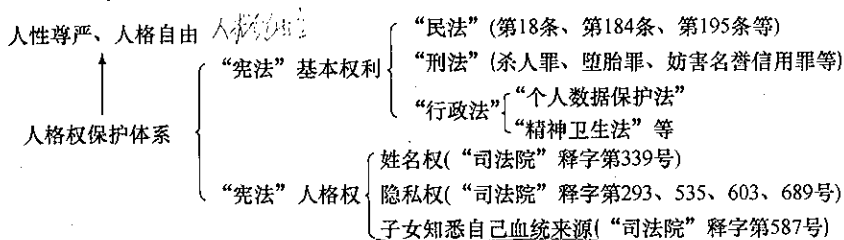
1. 人格权保护体系的建构

人格的保护,为现代法律的基本任务。最近几十年,人口集中,交通

^① Wolfgang Fikentscher, Freiheit als Aufgabe, 1997. 本书系就经济法及企业法,阐释“自由的使命”,深具启示性。

便捷,大众传播普遍深入,新工艺器材,如窃听器、远距离照相机、录音机、录影机、针孔摄影机等发明及进步,大众媒体发达及企业竞争,人格有随时遭受侵害之虞。又专制政权,滥用权力,更唤起个人对人格的自觉,社会对个人人格的重视。

人格权保护制度的建构及完善系台湾地区法律发展的里程碑。人格权保护体系以“宪法”为基础,肯定人格权系受“宪法”保护的基本权利,体现人性尊严及人格自由的价值体系,具体化于“司法院”大法官的解释。“刑法”设有杀人罪、伤害罪、堕胎罪、妨害罪、妨害名誉及信用罪等,以保护个人的人格利益。关于“行政法”对人格权的保护,最值得提出的是“个人资料保护法”,其立法目的强调系为规范个人资料之搜集、处理及利用,以避免人格权受侵害。私法上人格权彰显人的主体性,累积了数十年的判例学说,发展出有效率的救济方法,更能落实人格权的价值理念。在论述私法上人格权前,特将现行法上人格权保护体系,简示如下,俾便参照(请查阅相关规定及“司法院”解释):



2. 私法上人格权

“民法”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。”本条规定具有重大意义,分三点言之:

(1) 创设一般人格权。“民法”第18条所称人格权系指“一般人格权”(allgemeines Persönlichkeitsrecht)而言,即指关于人之存在价值及尊严的权利。“民法”制定于1929年,肯定一种概括性保护人格的权利,系一个重大的创举与成就。

(2) 人格权具体化的发展。一般人格权经具体化而形成各种特别人格权,“民法”明定的有姓名(第19条)、生命(第194条)、身体、健康、名誉、自由(修正前第195条第1项)。“民法”所以规定特别人格权的主要

理由,在使被害人就非财产损失(精神痛苦)亦得请求相当金额的赔偿。为强化对人格权的保护,“民法”债编修正将原第195条第1项:“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。其名誉被侵害者,并得请求为恢复名誉之适当处分。”修正为:“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。”^①

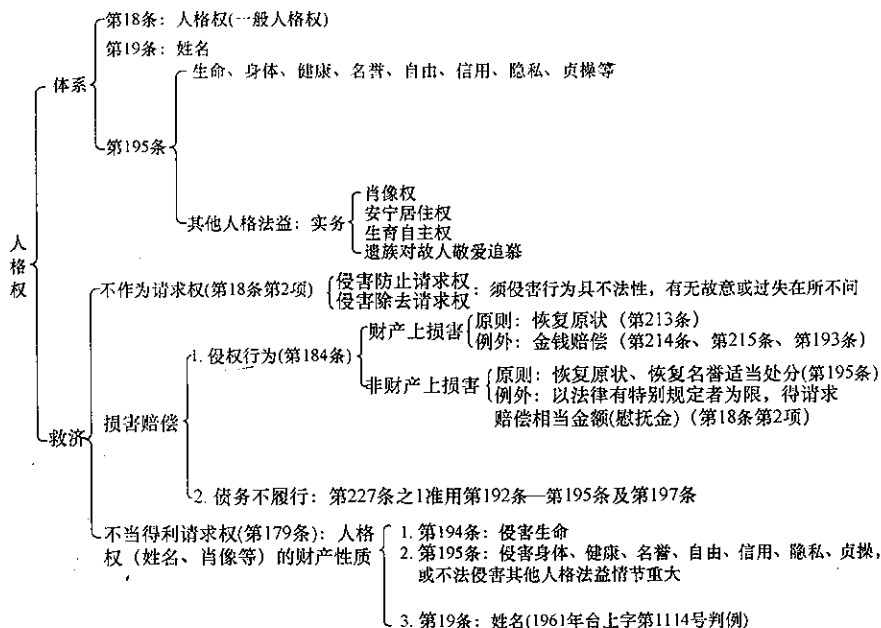
(3) 救济方法的完善。除前述慰抚金请求权一般化外,更于“民法”第227条之1条规定:“债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害者,准用第192条至第195条及第197条之规定,负损害赔偿责任。”例如,医生因医疗过失伤害病人的身体健康,或雇主因过失泄露受雇人的隐私时,构成因不完全给付侵害债权人的人格权,被害人亦得依“民法”第227条之1规定,请求损害赔偿(尤其是慰抚金)。^②

人格权的保护主要涉及侵权行为法^③,以下仅作简要论述,兹为便于观察,将现行“民法”关于人格权保护的基本体系图示如下。须强调的是,请参照前掲例题研读以下人格权保护体系,来回于案例与体系之间(全书同此):

① 立法理由谓:“第1项系为配合‘民法’总则第18条规定而设,现行规定采列举主义,唯人格权为抽象法律概念,其内容与范围,每随时间、地区及社会情况之变迁而有所不同,立法上自不宜限制过严,否则受害者将无法获得非财产上之损害赔偿,有失情法之平。反之,如过于宽泛,则易启人民好讼之风,亦非社会之福,现行条文第1项列举规定人格权之范围,仅为身体、健康、名誉、自由四权,揆诸现代法律思潮,似嫌过窄,爰斟酌传统之道德观念,扩张其范围,及于信用、隐私、贞操等之侵害,并增订‘不法侵害其他人格法益而情节重大’等文字,俾免挂漏并杜浮滥。”

② “最高法院”2011年台上字第1806号判决:“按不法侵害他人之名誉者,被害人虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额,并得请求为恢复名誉之适当处分,‘民法’第195条第1项定有明文。此项规定,依同法第227条之1规定,于债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害者,准用之。而‘名誉’为个人在社会上享有一般人对其品德、声望或信誉等所加之评价,属于个人在社会上所受之价值判断。因此名誉有无受损害,应以社会上对其评价是否贬损为断。准此,查封不动产之强制执行行为,既具有公示性,客观上即足使被查封人被指为诚信不良,其原所建立之声望必有减损,信誉势必因此低落。经查上诉人白○逊之继承人,此为原审确定之事实,则白○逊遗赠税、遗产税之缴纳为上诉人之义务,若因未依法完纳税赋,而被查封、追缴,自与上诉人有关,原审遽以上诉人自承彰化行政执行处所查封之土地均为白○逊所遗留之土地,并非伊等之固有财产等语,认为查封一事对上诉人之债信、名誉并无影响,不免速断。”

③ 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第98页。



(三) 人格权被侵害的救济机制

民法对人格权保护旨在建构人格权被侵害的救济机制,其主要方法为不作为请求权、损害赔偿。又人格权(尤其是姓名、肖像)具有财产价值,此涉及不当得利。分述如下:

1. 不作为请求权^①

(1) 请求权基础:“民法”第18条第1项规定

“民法”第18条第1项规定:“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。”此之所谓人格权,指一般人格权,包括法律明定的特别人格权。所谓侵害,指对人格权加以限制或剥夺。此项侵害须为不法,加害人有无故意或过失,在所不问。所谓除去其侵害,指对于正继续中的侵害,请求排除而言。所谓请求防止其侵害,指对于侵害的可能性,请求防止之谓。被害人得诉请法院救济,亦得向加害人直接请求。就前揭例题1,乙偷拍甲日光浴的撩人镜头,作为杂志封面女郎,系不法侵害甲的人格权(隐私权、肖像权)。甲得请求乙废弃底片及

^① 比较法上具启示性的案例,参见拙著:《人格权法》,第455页以下。

回收杂志。乙有再版的计划时,甲得请求中止之。

(2) 侵害人格权的不法性

① 法益衡量及比例原则

“不法性”是侵害人格权的核心问题,无论是不作为请求权或损害赔偿请求权,均须以此为“要件”。“侵害他人的权利者,即构成不法,唯得因一定的事由(如得被害人同意、正当防卫等)而阻却违法。在对所有权或其他物权侵害的情形,固可如此认定,但人格权的保护范围有不确定性,关于其“不法性”的认定,应采法益衡量原则,就受侵害的人格法益、加害人的权利及社会公益,依比例原则而为判断。

② 例题解说:公职竞选的传单

在前揭例题3,乙散发的第一号传单,用“阿Q”和“无赖像”“流氓”“黑道大哥”等字眼描绘甲之为人,足以贬低甲在社会上应受与其地位相当之尊敬或评价,系“不法”侵害甲之名誉。“最高法院”1969年台上字第2383号判决谓:“上诉人投稿于现代月刊,内有‘阿Q’‘无赖像’‘流氓’等字眼,用以描述被上诉人之为人,此种对被上诉人个人所为之人身攻击,要难谓非超越一般人就学术研究因观点不同而有所争执之范围,又文中所述‘李某的抵赖作风,不仅不够光棍气,多少还有点无赖像。’固系抄自他人之著作,但此类借以附合其指摘之词句,纵其内容,确属真实,因事涉私德,与公共利益无关,亦难谓非诽谤他人之名誉。”^①可资参照。准此以言,甲得请求乙销毁并中止散发侵害其人格权的第一号传单。

关于第二号传单,甲得否请求除去(或防止)其侵害,问题的关键在于是否传单具有不法性(widerrechtlich)。^②侵害人格权的违法性,应就个案依法益衡量加以认定,前已论及。在被害人方面,其应斟酌者,系被侵害人格的领域、侵害的轻重,以及被害人以何种行为导致发生此种侵害等

^① 《裁判类编·民事法(11)》,第372页。

^② 关于人格权保护与言论自由的利益衡量及不法性认定,系“民法”上的重要问题,参见拙著:《人格权法》,第367页以下;“最高法院”2012年台上字第545号判决:按新闻自由攸关公共利益,政府应给予最大限度之保障,俾无限缩其报导空间。倘新闻媒体工作者在报导前业经合理查证,而依查证所得资料,有相当理由确信其为真实者,应认其已尽善良管理人之注意义务而无过失。唯为兼顾个人名誉权之保护,倘其未加合理查证率予报导,或有明显理由,足以怀疑消息之真实性或报导之正确性,而仍予报导,致其报导与事实不符,则难谓其无过失,如因此贬损他人之社会评价而不法侵害他人之名誉,即非得凭所述事实系出于其疑虑或推论遽指有阻却违法事由,自应负侵权行为之损害赔偿責任。

因素；在加害人方面，应斟酌其侵害的动机，意见表示自由（新闻自由及艺术自由）以及社会公益等因素。各项利益须互相对照衡量，倘其衡量结果对加害人的侵害行为不足正当化，其侵害即具有违法性。乙散发的第二号传单，刊载甲虐待其妻经裁判离婚的判决书及逃漏税捐的资料，其内容虽涉及甲的名誉及隐私，唯在选举期间，民众对候选人有“知”的权利，参与政治活动人物，须接受较公开的批评及暴露，故在利益衡量之下，应认为乙散发第二号传单之行为，尚未构成“不法”侵害甲的人格权，甲不得请求除去其侵害。

2. 损害赔偿请求权

(1) 请求权基础的构成

前揭例题均涉及甲得否向乙请求赔偿其财产上所受的损失，及精神上所受的痛苦。首应说明者，系甲的请求权基础。

“民法”第18条第2项规定，人格权受侵害时，“以法律有特别规定者为限，得请求损害赔偿或慰抚金”。所称损害赔偿或慰抚金，其意义如何？所称法律有特别规定究指何而言？颇有争论。^①

“民法”第18条第2项所称损害赔偿系指财产上损害赔偿，慰抚金则指非财产上损害的相当金钱赔偿而言。赔偿的金额是否相当，应以实际加害情形、影响是否重大，及被害者的身份地位与加害人经济状况等关系加以认定。^②至于法律特别规定，其主要者有第19条、第192条、第193条、第194条、第195条等。

应特别提请注意的是，“民法”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。”其所称“权利”包括人格权在内，故“民法”第184条亦属第18条第2项所称特别规定。第184条规定所称损害赔偿，除财产上损害外，尚包括非财产损害在内。从而被害人因人格权受损害而请求损害赔偿者，均须以第184条（尤其是第1项前段）为请求权基础（Anspruchsgrundlage）。准此以言，因故意或过失不法侵害他人的人格权者，关于财产上之损害，被害人得请求恢复原状，其

^① 此项争议的发生系因“民法”第18条采《瑞士民法》第28条立法例，而“民法”第184条及损害赔偿制度（第213条以下）系采《德国民法典》规定，其概念体系有难以调和之处。参见拙著：《民法学说与判例研究》（第二册），北京大学出版社2009年版，第176页。

^② 关于人格权受侵害的慰抚金请求权，其量定基准及实务案例分析，详见拙著：《人格权法》，第476页。

不能恢复原状或恢复原状显有困难者,得请求金钱赔偿(第213条以下)。关于非财产上损害,原则上亦得请求恢复原状,其不能恢复原状或恢复原状显有困难者,以法律有特别规定者为限,始得请求赔偿相当的金额(慰抚金)。

(2) 例题解说

在例题1,乙私猎甲泳装日光浴镜头,作为其发行“俏姑娘”杂志封面女郎,乃侵害甲的人格权,尤其是隐私权、肖像权,具有“不法性”,甲得依“民法”第18条第1项规定,请求回收其发行部分(侵害除去请求权),并得禁止其发行再版(侵害防止请求权)。又乙的行为系故意不法侵害甲之人格权,甲得依第184条第1项前段规定请求损害赔偿。关于因被学校解聘所受财产上不利,甲得依“民法”第213条以下规定请求损害赔偿;关于非财产上损害(精神上痛苦),得以隐私权或肖像权受侵害,请求相当金额的赔偿(慰抚金)。^①

在例题2,乙医师为甲隆鼻,手术失误,造成严重发炎,致甲脸容受伤,系因过失侵害甲的身体健康(人格权)。甲得依第184条第1项前段规定,向乙请求损害赔偿。甲支出医药费10万元为所受损害,停唱半月减少收入4万元为所失利益,均在赔偿范围之内(第216条、第193条)。甲脸容受伤,精神痛苦不堪,受有非财产上损害,得依第195条第1项规定,请求赔偿相当的金额。又需注意的是,乙的行为并构成不完全给付(第227条),甲亦得依第227条之1准用第192条至第195条规定向乙请求损害赔偿。

3. 人格权的财产性质:不当得利请求权

依传统见解,人格权乃存于权利人自己人格上的权利,因出生而取

^① 关于隐私权的意义及保护,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第126页;拙著:《人格权法》,第207页以下。值得提出的是一则法律问题:甲男与乙男素有嫌隙,探悉乙男与丙女感情颇笃,某夜瞥见乙、丙相偕进入某旅店房间,竟秘将两人之幽会情节,予以录像后,频对丙女透露上情;丙女不堪其扰,精神痛苦不已,请求甲男赔偿其非财产上损失,有无理由?研究意见:按“民法”虽未就秘密权(亦称隐私权)设有特别规定,唯秘密权亦属人格权之一种。秘密权旨在保护个人之私生活为其内容,侵害秘密权,固常伴随名誉权亦不受侵害,惟前者重在私生活之不欲人知;后者重在社会评价之低落,两者仍有区别。本题甲男之行为系故意以悖于善良风俗之方法加损害于丙女,丙女依“民法”第184条第1项后段规定,请求甲男赔偿其非财产上损失,应予准许(1982年“司法院”司法业务研究会第一期)。在修正“民法”第195条第1项增列隐私权后,应不再适用第184条第1项后段规定(参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第270页)。

得,因死亡而消灭,在权利关系存续中不得让与或抛弃,系属于所谓的非财产权。值得注意的是,因社会经济活动的扩大,科技的发展,特定人格权(尤其是姓名权及肖像权)已进入市场而商业化,如作为杂志的封面人物,推销商品或出版写真集等,具有一定经济利益的内涵,应肯定其兼具有财产权的性质,此涉及特定人格利益的让与及授权等问题,限于篇幅难以详论^①,以下仅就不当得利加以说明。

在例题1,乙偷拍甲的照片,作为其所发行杂志的封面女郎,系侵害甲的肖像权,取得应归属于他人的权益,应成立不当得利,甲得依不当得利规定请求乙返还使用其肖像的利益,而以通常应支付的对价计算其应偿还的价格(第179条、第180条)。被害人是否有将其肖像加以商业化的意愿在所不问。又被害人是否为知名人士,乃属计算肖像权财产价值的因素,对不当得利的成立不生影响。^②

(四) 姓名权的保护^③

“民法”于第18条规定一般人格权,于第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。”足见对姓名权的重视,如何解释适用,纳入“民法”关于人格权保护的体系,实值研究。

1. 姓名权的意义及保护范围

姓名权系使用自己姓名的权利。人的姓名旨在区别人己,彰显个性及同一性,并具有定名止纷的秩序规范功能。姓名,就其狭义而言,指“姓名条例”第1条第1项规定以户籍登记的姓名,是为强制姓名。^④“民法”第19条姓名权的保护客体应作广义的解释,包括由个人自己选定并

^① 参见拙著:《人格权法》,第303页以下;谢铭洋:《论人格权之经济利益》,载《智能财产权基本问题研究》[台大法学丛书(117)],1999年版,第37页;何爱文:《美国法之个人公开权(Right of Publicity)于“我国”受保护之可能性》,载《全国律师》1999年第12期,第52页。关于德国法及美国法的比较研究,Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, 1995。关于被害人得否请求加害人支付其侵害人格权所获利益,最近论文, C.-W. Canaris, *Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, in: *Festschrift Erwin für Deutsch*, 1999, S. 85 ff. 此为值得从事深入研究的题目。

^② 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第141页;《人格权法》,北京大学出版社2009年版,第465页;H.-P. Koppenssteiner, *Ungerecht fertigte Bereicherung*, 1996, S. 30; Larenz/Canaris, *Schuldrecht II/2*, 1994, § 69 II C.

^③ 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第119页;《人格权法》,第133页。

^④ 关于姓名的取得、变更、丧失,参见“民法”第1000条、第1059条及“姓名条例”(制定于1953年,共14条,阅读之)。

得随时变更的字、别号、艺名、笔名、简称等在内。关于“姓名条例”的姓名的更改，“司法院”释字第 399 号解释谓：“姓名权为人格权之一种，人之姓名为其人格之表现，故如何命名为人民之自由，应为‘宪法’第 22 条所保障。”第 19 条系规定自然人的姓名权，唯应扩张其保护范畴而类推适用于法人（社团及财团，尤其是公司的名称^①）、非法人团体及商号。^②

2. 姓名权的侵害

姓名权的侵害，指侵害他人使用姓名的权利，其主要情形有：（1）干涉他人自己决定姓名的权利，如强迫名歌星变更其艺名。（2）盗用他人姓名，即擅以他人名义而为某种活动，如自称为某人之子而推销物品。（3）冒用他人姓名，此类侵害颇为常见，如夫与其情妇同宿旅馆，而于名簿填写妻名，应认为系对妻姓名权的侵害。（4）对他人姓名权的不当使用，如以他人的姓名称呼家中饲养的宠物；以某名女人的姓名作为应召站名称；将他人的姓名为不当的发音（如“江居士”读为或写为“将去死”）。

3. 被害人的救济方法

“民法”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。立法理由谓：“姓名权者，因区别人已而存人格权之一也。”姓名权既属人格权的一种，应有第 18 条第 1 项规定的适用，故人格权受侵害时，除得请求法院除去其侵害外，其有受侵害之虞时，得请求防止。就要件言，以客观上违法侵害姓名权为已足，加害人有无故意或过失，则非所问。至侵害除去的方法，因侵害态样而不同，在妨害他人使用姓名的情形，姓名权人得请求勿加干涉，任自己自由使用；在盗用、冒用、或不当使用的情形，得请求中止之，如取下冒名行医的招牌、销毁行骗的名片等。

① “最高法院”2011 年台上字第 787 号判决谓：唯查“商标法”之规定重在保护商标，而非保护他人之姓名权，“商标法”第 23 条第 1 项第 15 款、第 16 款等规定，非就一般人或法人姓名权受侵害所设之特别规定，而具有排除“民法”规定之适用，故“商标法”就商标专用权之取得虽采注册登记主义，但于登记之商标与他人已注册之名称相同之情形，如系故意造成第三人之混淆，而以他公司已注册之名称办理商标权之注册登记，经营与他公司相同之业务，他公司纵不能依“商标法”之规定请求救济，唯基于诚信原则，他公司之姓名权仍应受保护，自非不得依“民法”第 19 条及第 184 条第 1 项后段侵权行为之规定请求排除侵害及赔偿损害。

② 最高法院 1931 年上字第 2401 号判例：“（一）已经注册之商号，如有他人冒用或故用类似之商号，为不正之竞争者，该号商人得呈请禁止其使用。（二）所谓商号之类似者，原指具有普通知识之商品，购买人施以普通所用之注意，犹有误认之虞者而言。”

“民法”第19条所谓姓名权受侵害时，得请求损害赔偿，适用上尚有争议。与第18条第2项对照之，其所谓损害赔偿，似指财产上损害赔偿。唯人格权受侵害时，本得依“民法”第184条第1项前段及第213条规定请求财产上的损害赔偿，第19条的规定不具实质意义。肯定姓名权受侵害者，亦得请求慰抚金，似将所谓损害赔偿解释为非财产损害赔偿。此在结论上固值赞同，但于第19条的文义及体系似有未合，修正第195条第1项未将姓名权列入，实值商榷。

被害人依第19条规定请求损害赔偿时，学说上有强调姓名权的侵害人应负无过失损害赔偿责任的^①。本书认为仍须以故意或过失为要件，其理由有二：(1)“民法”第19条非属独立的请求权基础，侵害姓名权之成立侵权行为，仍应具备第184条的要件。(2)生命、身体、健康、自由、名誉等人格权的重要性不亚于姓名权，前者的侵害既须以加害人的故意或过失为要件，后者若采无过失责任，人格权益的保护将失其平衡。

4. 例题解说

在前揭例题4，甲使用“白丽丽”的笔名，亦在姓名权保护之列。甲久住该公寓，乙系新搬进住户，且适在甲的楼上，朝夕以甲的笔名呼叫其狗，衡诸客观情事及当事人利益，应认为系侵害甲的姓名权，具有不法性。甲得请求乙中止以“白丽丽”呼叫其狗，以除去其侵害。惟设乙迁离该公寓，甲即不得作此请求，盖行为是否具有违法性，应斟酌时空等相关因素加以判断。乙的行为客观上虽侵害甲的姓名权，惟主观上既不具故意或过失，甲就其所受精神痛苦的损害，不得依“民法”第184条第1项前段规定、第19条及“最高法院”1961年台上字第1114号判决，对乙请求损害赔偿(慰抚金)。

(五) 身份权的保护^②

试问于下列情形，甲就其所受非财产上损害，得否向乙请求赔偿相当的金额：

1. 乙与甲之妻丙合意性交，或乙强制性交甲之妻丙。
2. 甲在乙医院生产男婴丙，因医院疏失，该婴儿为人抱走，不知去处。

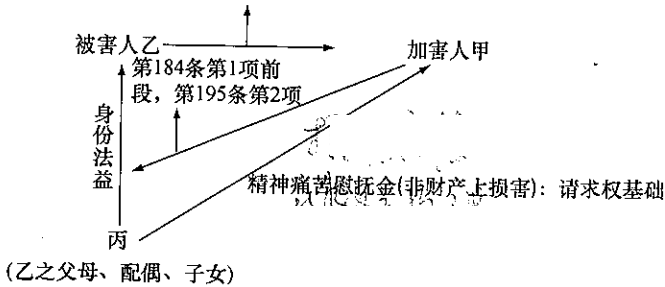
① 参见史尚宽：《民法总论》，第68页；洪逊欣：《民法总则》，第103页。

② 参见曾世雄：《身份权之保护》，载《中兴法学》1983年总第19期，第277页。

3. 乙绑架甲的未成年子女丙。

4. 甲驾车不慎撞到乙,致乙受伤(或成为植物人),乙的配偶丙(或父母、子女)代为照顾看护乙,精神痛苦时,得否向甲请求损害赔偿?

甲不法侵害乙的身体健康(第184条第1项前段, 第195条第1项)



1. 身份权与人格利益

身份权乃存在于一定身份(尤其是亲属)关系上的权利,如配偶间的权利、亲权等。身份权亦涵蕴有人格关系,应属人格保护范畴,故身份权受侵害时(如未成年子女遭他人绑架),应类推适用“民法”第184条第1项规定,得请求法院除去其侵害,有受侵害之虞时,得请求防止之。身份权受侵害时,被害人亦得依第184条第1项前段或后段规定,请求财产上的损害赔偿,如请求赔偿寻找被绑架未成年子女所支出的费用。

关键在于身份权受侵害时,于何种情形,被害人的父母、配偶或子女得以其身份法益受侵害为依据,就其所受非财产上损害,向加害人请求赔偿相当的金额(慰抚金)。此涉及判例学说的发展及“民法”修正,实值研究。

2. 判例变迁

关于身份权受侵害时得请求慰抚金,“民法”于第979条(违反婚约)及第1056条(离婚)设有特别规定。“最高法院”1961年台上字第1114号判例曾认为:监督权受侵害,法律未设特别规定,如未成年子女被人诱奸,其父不得请求慰抚金。关于与有夫之妇通奸,“最高法院”1952年台上字第278号判例认为:“固无所谓侵害他人之夫权,惟社会一般观念,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‘民法’第184条第1项后段，自仍得请求赔偿。”“最高法院”1966年台上字第2053号判例虽肯定所谓“配偶共同生活之圆满安全幸福”的权利，但仍以“民法”第184条第1项后段作为请求慰抚金的规范基础。

值得注意的，在“最高法院”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。“最高法院”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‘民法’第184条第1项前段，并类推适用同法第195条第1项之规定，向加害人请求赔偿。”此项具重大革命性的见解，系采当时正在立法院审议中“民法”债编部分修正草案关于第195条第3项增列条文规定。

3. “民法”第195条第3项规定

(1) 立法目的

修正“民法”第195条于第3项增订：“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。”立法理由谓：“身份法益与人格法益同属非财产法益。本条第1项仅规定被害人得请求人格法益被侵害时非财产上之损害赔偿。至于身份法益被侵害，可否请求非财产上之损害赔偿？则付阙如，有欠周延，宜予增订。唯对身份法益之保障亦不宜太过宽泛。鉴于父母或配偶与本人之关系最为亲密，基于此种亲密关系所生之身份法益被侵害时，其所受精神痛苦最深，故明定‘不法侵害他人基于父母或配偶关系之身份法益而情节重大者’，始受保障。例如未成年子女被人掳掠时，父母监护权被侵害所受精神上之痛苦。又如配偶之一方被强制性交，他方身份法益被侵害所致精神上之痛苦等是，爰增订第3项准用规定，以期周延。”

身份法益与人格法益，固同属非财产法益，然其所以得予准用，实乃身份法益亦具有人格关系。因本条项的增订，前揭“最高法院”1961年台

上字第 1114 号、1952 年台上字第 278 号及 1966 年台上字第 2053 号判例应不再援用。

“民法”第 195 条规定慰抚金请求权的成立，须具备第 184 条（尤其是第 1 项前段）的要件，即须以因故意或过失不法侵害他人的身份权为必要。例如，掳掠未成年子女系因故意不法侵害父母的监护权，强制性交他人的配偶，系故意不法侵害他方配偶的权利。

（2）实务发展

某人驾车撞伤行人，致其成为植物人，行为人（无过失时），对该行人不必负损害赔偿责任，其被害人的父母、子女或配偶自不得以加害人系不法侵害其人格法益而请求慰抚金。在加害人有过失的情形，实务上再三肯定被害人的父母、子女、配偶，得依第 195 条第 3 项（准用第 1 项、第 2 项）请求慰抚金。兹举两则判决如下：

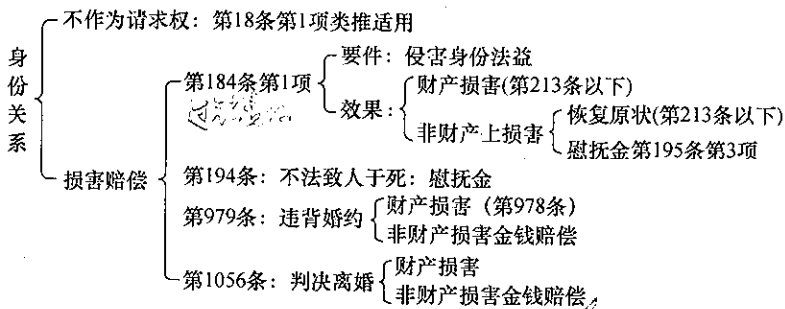
① “最高法院”2011 年台上字第 2219 号判决：“倘子女因交通事故而成为植物人或引致心智缺陷，并经宣告为禁治产人（受监护宣告人），父母基于亲子间之关系至为亲密，此种亲密关系所生之身份法益被侵害时，在精神上自必感受莫大之痛苦，不可言喻。……郑○德等二人为其法定监护人。则于郑○德等二人负责养护郑○赞及治疗郑○赞身体，迄至郑○赞因行复健而得逐渐恢复身体机能之期间，其二人乍逢爱子伤重，当已费神照顾，不无心力交瘁。果尔，能否徒以郑○赞经治疗后身体机能已恢复接近正常人状态为由，遽谓郑○德等二人不得依上开规定请求赔偿精神慰借金，尚非无斟酌之余地。”

② “最高法院”2011 年台上字第 992 号判决：“查上诉人不法侵害丘○栗之身体、健康法益，致丘○栗成为类植物人状态，已遭法院依修正前‘民法’之规定宣告禁治产（现已改称为监护宣告），被上诉人分别为丘○栗之父母，亦为监护人，不仅须执行有关丘○栗生活、护养疗治及财产管理之职务（‘民法’第 1112 条参照），且因丘○栗须终身仰赖他人照护，于其二人不能维持生活时之受扶养权利亦将无法享受（‘民法’第 1117 条规定参照），遑论孝亲之情。被上诉人与丘○栗间父母子女关系之亲情、伦理及生活相互扶持与帮助之身份法益已受到侵害，且因必须持续终身照顾，其情节自属重大。原审斟酌双方教育、职业收入、财产等一切情状，并扣除丘○栗应分担之与有过失责任后，认定被上诉人依‘民法’第 195 条第 3 项规定，请求上诉人赔偿非财产上损害各 100 万元本息，堪称相

当,因将第一审判决关此部分废弃,改判命上诉人如数给付,经核并无违误。”

(3) 体系构成

兹为便于了解身份关系受侵害时的救济方法,将上述图示如下,并请与前揭关于人格权的说明,加以对照:



最后需再强调的是,人格关系的保护与慰抚金请求权具有密切关系,“民法”债编修正,在侵权行为方面修正了第195条;他方面又于第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195条等规定,又肯定身份法益受侵害时亦得请求慰抚金,更进一步扩大人格法益及身份受侵害的慰抚金请求权基础,对“民法”的发展,深具意义。

四、自然人的住所与居所

某甲自幼与父母住于高雄县美浓镇,15岁中学毕业,考上台北某高工,经父母同意住宿台北市基隆路亲友处。18岁高工毕业,经其父允许就业于彰化某电子公司,1年后认识当地女子乙,经其父同意结婚,有长久居住之意思,乃共同办理户籍登记。22岁时甲入伍在金门服役,长达2年。退伍后回彰化在原服务单位继续工作3年后,即迁往桃园大溪,自行创业,经营电子零件制造工厂,喜见山水之美,与其妻乙商定协议终老斯乡,出售其在彰化之房屋,并设户籍于大溪。又在台北某地设立联络处,接受订单。7年后,甲事业有成,纳妾,妻乙愤而回彰化娘家,决定久住,2年来未曾回家。试问:

1. 何谓住所、居所,法律为何要规定住所与居所? 二者的区别及判断标准?

2. 甲的住所与居所的变动情形?

3. 乙的住所现在何处? 设乙提出离婚之诉, 由何地法院管辖?

4. 设某丙于甲在台北联络处订购零件时, 应于何地支付价款?

(一) 住所与居所

1. 规范意义

自然人在社会生活, 须有一定的地点, 决定其法律关系, 例如甲向乙购买大闸蟹, 应在何处交货、何地付款? 家住台北的丙, 在澎湖被来自金门的丁驾车撞伤, 丙得在何地法院提起诉讼? 如何认定某人是否失踪, 得为死亡宣告? 又夫妻应在何处履行同居义务? 为规范此等问题, “民法”设有住所、居所制度, 作为人的法律生活的中心地。

2. 住所的意义及设定

欲说明前揭例题甲之住所与居所变动情形, 须先了解住所及居所意义。“民法”第 20 条第 1 项: “依一定事实, 足认以久住之意思, 住于一定之地域者, 即为设定其住所于该地。”第 24 条规定: “依一定事实, 足认以废止之意思离去其住所者, 即为废止其住所。”准此以言, 现行“民法”关于决定住所的标准, 系兼采主观主义及客观主义, 其认定住所的要件有二:

(1) 久住之意思, 即长期居住的意思, 当事人有无久住之意思, 应依一定事实探求认定之。所谓“一定事实”, 如户籍登记、居住情形、家属概况及是否在当地工作等事实均属之。易言之, 即依客观事实认定主观之意思。

(2) 居住的事实, 即事实上住于该地之事实。关于住所的废止, 亦须具备废止的意思(主观要件)及离去的事实(客观要件)。“民法”第 20 条第 2 项规定, 一人不得同时有两处住所, 以避免使法律关系趋于繁杂。

3. 居所的意义及设定

关于居所, “民法”未设定义性规定, 解释上应认为无久住之意思而事实上居住之处所。住所与居所之区别, 在于有无久住之意思, 与居住期间之长短无关, 例如, 在监狱服徒刑, 虽有长期居住事实, 但无久住的意思, 不能认为设定住所于该地, 仅能认系设定居所。至于船舶本身, 因具有流动性, 故不能成为住所或居所。

4. 意定住所与法定住所

住所, 由当事人所设定的, 为意定住所(任意住所)。住所为法律所

规定的,为法定住所,其情形有四:(1)夫妻之住所(第1002条),详见后述。(2)无行为能力人及限制行为能力人,以其法定代理人之住所为住所(第21条)。(3)住所无可考者(第22条第1款)。无住所者,但依法须依住所地法者,不在此限(第22条第2款)。(4)因特定行为选定居所者,关于其行为,视为住所(第23条)。

(二) 甲之住所及居所

甲自幼与其父母住于高雄县美浓镇,即以其父母之住所为住所(第21条)。15岁中学毕业,考上台北某高工,经父母同意,住宿于台北市基隆路亲友处,则该台北市亲友处即其父母依据其居所指定权(参见第1060条),为保护教养未成年子女所指定之居所。

甲18岁毕业后,经其父允许居住彰化,就业于该地某电子公司(参见第85条),彰化亦属父母所指定之居所。1年后,甲经其父同意与乙结婚,取得行为能力,有长久居住之意思时,得与其妻共同办理户籍登记(参见“户籍法”相关规定)。在此情形,甲是否已设定其住所于彰化,首应检讨者,系未成年人已结婚者得否独立设定住所。关于此点,“民法”未设明文,惟据第21条规定的反面推论,应为肯定。设定住所虽非法律行为,然以有设定之意思为必要,无行为能力人及限制行为能力人,其意思能力既非健全,故“民法”明定以法定代理人之住所为住所。未成年人因结婚而取得行为能力,自具有设定住所之意思能力。又甲在彰化工作,与当地女子结婚,并办理户籍登记,依此一定事实,足认甲有以久住之意思,住于该地域,即为设定住所于该地。

甲于22岁入伍,在金门服役,虽长达2年,但不影响其住所之设定。盖居住之事实,虽为设定住所之客观要件,但不以继续不断为必要,因服役或其他事实(如就业、留学)而离开,只要其仍有居住之意思,仍不失其为住所。故甲之住所仍在彰化。甲在金门虽有居住之事实,但无久住之意思,仅设定居所于该地。

甲退役后回原服务单位工作3年,即迁往桃园大溪,自行创业,经营电子零件制造工厂,并出售其在彰化房屋,并办理户籍迁徙登记,依一定事实,足认甲乃以废止之意思,离去其在彰化之住所,而设定其新住所于桃园大溪。

(三) 夫妻之住所地与离婚的管辖法院

关于夫“妻”之住所地，“民法”规定数度变更，期能实现男女平等原则。^①“民法”第1002条原规定：“妻以夫之住所为住所。赘夫以妻之住所为住所。”1985年6月3日修正为：“妻以夫之住所为住所，赘夫以妻之住所为住所。但约定夫以妻之住所为住所，或妻以赘夫之住所为住所者，从其约定。”1998年6月17日再修正为：“夫妻之住所，由双方共同协议之；未为协议或协议不成时，得申请法院定之。法院为前项裁定前，以夫妻共同户籍地推定为其住所。”

在本题，乙与甲结婚时，居住于彰化，并共同办理户籍登记，系以彰化为夫妻之住所，其后共同商议决定长久居住于桃园大溪，并已办理户籍登记，系设定夫妻之住所于该地。夫妻虽互负同居义务，惟甲之纳妾得构成乙不能同居之正当理由。乙回彰化娘家，虽有居住之意思，且有居住之事实，但不因此而废止夫妻住所地住所。依“家事事件法”第52条之规定，离婚之诉，专属夫妻之住所地法院、夫妻经常共同居所地法院、诉之原因事实发生之夫或妻居所地法院管辖，故乙得于桃园地方法院提出离婚之诉。

(四) 选定住所与清偿地

住所为吾人生活关系之中心，故法律即以之为法律关系之中心，因住所而生之法律效果，就“民法”而言，除为决定失踪之标准（第8条）外，有为确定债务履行地之标准。依“民法”第314条规定：“清偿地，除法律另有规定或契约另有订定，或另有习惯，或得依债之性质或其他情形决定者外，应依左列各款之规定：一、以给付特定物为标的者，于订约时，其物所在地为之。二、其他之债，于债权人住所地为之。”某丙向甲订购零件，依第314条第2款规定，原则上应于甲在桃园大溪之住所地支付价金。推如上所述，甲于台北设立联络处接受订单，进行交易，即以该地选定为居所，通说认为选定居所，是以意思表示为之，故为法律行为，甲已成年，有行为能力，得有效选定居所，自不待言。依第23条“因特定行为选定居所者，关于其行为，视为住所”之规定，故甲与丙间之交易，即以其所选定

^① 参见“司法院”释字第452号解释；林秀雄：《婚姻住所决定权》，载《月旦法学》1998年总第39期，第116页。

之居所,代替其在桃园大溪之住所,故丙得于该在台北选定之居所支付价金。

第二节 法 人

一、法人的机能、意义、本质及“宪法”基础

1. 甲、乙、丙、丁等 10 人欲集资购地建厂,制造游艇外销,对于采取“合伙”或“公司”方式经营,议论甚久,最后决定成立“股份有限公司”。试想其理由何在?

2. 某甲白手成家,热心社会公益,时常捐款济助孤儿,达十余年。某日,甲自觉年老体衰,难以长期继续此项慈善工作,其子女均已成家立业,表示愿负全责承担。甲思虑再三,最后决定捐出 1 亿元,设立“财团法人慈幼基金会”。试想其理由何在?

3. 何谓法人,其本质何在?为何享有权利能力?

4. 试说明法人制度的宪法基础。

(一) 法人的机能

1. 个人、合伙与社团

自然人因出生而取得权利能力,得从事各种法律交易,以满足个人社会生活的需要,以达食、衣、住、育、乐之生活目的。惟设有两个以上的自然人为开设工厂、采矿、学术、传教等而从事具有共同目的的事业时,即面临采取何种方式经营共同事业的问题。

首先值得考虑的是成立合伙(第 667 条至第 709 条,阅读之)。合伙系契约的一种,其当事人称为合伙人,最少须为 2 人,多则无限制。合伙之目的在于经营共同事业,其种类亦无限制,营利或非营利,长久或暂时,均非所问。最值重视的是,合伙虽为一种契约,但“民法”上对于已成立的合伙,赋予一定程度的团体性,如各合伙人之出资构成合伙财产,与各合伙大于合伙清算前,不得请求合伙财产之分析,应加区别(第 682 条第 1 项);关于合伙原则上由合伙人共同执行之(第 671 条第 1 项)。对入伙、退伙及解散、清算等设有规定。合伙既具团体性,其成立且无须践行法定方式,简便灵活,故采用者众,对于现代社会经济活动,贡献甚巨,自不待言。

合伙虽具团体性,但终系基于契约而成立,与各当事人的人格、信用与资力有密切关系,仍未脱离个人的因素。例如甲、乙、丙、丁等10人欲集资经营游艇制造事业而采取合伙方式时,其购地、建屋、租用机器、雇用员工,材料的买进,货品的出售等事务,除契约另有订定外,应由合伙人全体共同执行之(第671条第1项);其对外订立契约时,原则上仍应由合伙人共同为之,其有合伙人依约定或决议执行合伙事务者,于执行合伙事务之范围内,对于第三人为他合伙人之代表(第679条)。由是可知,合伙的外部关系,虽设有代表,为合伙的机关,但其所代表的,为各合伙人,而非合伙本身。又各合伙人的出资及其他合伙财产为合伙人全体的共同共有,除有特别规定外,应适用物权编关于共同共有的规定,不动产物权并须以所有合伙人的名义登记,不胜繁杂。抑或有进者,合伙人一旦声明退伙,即取其股份以去(第686条以下)。其所负债务,构成合伙人全体的共同共有债务,合伙财产不足清偿合伙债务时,各合伙人对于不足之额,连带负其责任(第681条)。由是可知,合伙强调当事人的信赖性,适合少数人经营小规模事业,以之经营大规模独立事业,尚不适宜,难以达成其共同目的,因为合伙不能成为权利义务的主体,不能以其财产为合伙单独所有,不能设机关为其执行事务,作为对外的代表。^①

因此,为适应现代社会经济活动,须进一步强化“人之集合”的团体性,使其能够取得权利能力,得享有权利及负担义务。易言之,即应使人之集合体,享有人格,予以“法人化”。法人有不同种类,交易上最重要的是公司。公司者,谓以营利为目的,依照“公司法”组织、登记、成立之社团法人(“公司法”第1条)。公司分为无限公司、有限公司、两合公司及股份有限公司四种(“公司法”第2条第1项),其中以股份有限公司,最称普遍。股份有限公司,指二人以上股东或政府、法人股东一人所组织,全部资本分为股份,股东就其所认股份,对公司负其责任之公司。股份有限公司之股东对于公司之责任,以缴清其股份之金额为限(“公司法”第

^① 合伙,虽非法人,但其具有团体性,故属所谓之非法人之团体,“最高法院”1967年台上字第1609号判决谓:“按合伙为2人以上出资,所经营之共同事业,虽因未依法取得法人之资格,不能认为系法人,然究不失为非法人之团体,该团体与人涉讼时,自应以该团体为当事人,而由其代表商号人或管理人为其法定代理人。此与独资经营之商号,应列经营之自然人为当事人,而附注商号之名称者迥异。”并请参见骆永家:《合伙与当事人能力》,载《民事法研究》[台大法学丛书(27)],第17页。

154 条第 1 项)。

据上所述,可知甲、乙、丙、丁等人欲经营共同事业,所以舍合伙,而取法人,尤其是股份有限公司,其主要理由有二:

(1) 使人之集合体,得享有人格,得单独为权利义务的主体,得设机关(董事)对外代表法人(公司),俾便于从事法律交易。

(2) 法人既独立享有人格,享有权利,负担义务,则社员(股份有限公司股东)的责任,受有限制,有助于个人衡量其资力,加入法人,参与社会经济活动。^①

2. 个人与财团

人之集合在法律上有赋予人格的必要,已如上述,财产的集合,亦不例外。例如甲热心社会公益,长年捐款济助孤儿,个人为之,虽可尽其心力,但事必躬亲,势所不能,何况其生也有涯,难期久远,委其子女或他人经营,因个人信念不同,人事无常,难以预料。因此法律特别创设“财团”,使一定财产得以独立化,成为权利主体,得享受权利,负担义务,并由其机关(董事)而行为。一定的财产,经由人格化而有独自的法律生命,不受捐助人的支配,不因人事变迁而影响其财产的存在与目的事业之经营,则公益目的可望长期继续,不致中断。近年来,台湾地区社会经济发达,设立财团蔚成风气,其种类甚多,如私立教育机构、教会与寺庙、私立医院、社会救助设施(育幼院、安老所、残废教养所等)各种文教基金会以及政府捐助设立的财团法人(如中兴工程顾问社、对外贸易发展协会、中小企业信用保证基金)等,对于促进公益事业有卓越贡献。^②

综据上述,可知创设法人制度的主要理由有二:

(1) 使多数的人及一定的财产得成为权利义务主体,便于从事法律交易。

^① 关于法人(社团)与合伙之区别,参见梅仲协:《民法要义》,第 50 页作有如下的说明:社团之目的,常具有永久性,而合伙所经营者,有时为暂时性质,一也。社团必须具备特有之名称及一定之组织,为超个人的单一体,合伙则仅为各个人之集合耳,二也。社团之财产,属于社团本身,合伙财产则为全体合伙人之共同共有,三也。社团之债务,仅以社团所有之财产为担保,而合伙债务,除合伙财产外,各合伙人尚须以其自己全部财产,负连带无限之责任,四也。

^② 参见杨崇森:《财团法人之研究》(“行政院”研究考核委员会专题研究报告),论述甚详,可供参考。

(2) 将法律的责任限定于法人的财产,俾免个人的财产因此而受影响。^①

(二) 法人的意义及本质

法人指自然人以外,由法律创设,得为权利义务的主体。自然人之为权利主体,系本诸人的伦理性。法人为法律所创造,在使法人得与社团的社员或财团的财产分离,而以独立的单一体,经由其机关从事法律交易。于此发生一项理论上重要问题,即法人何以取得独立的人格,其本质何在?

法人的本质如何,是19世纪德国法学上最具争议的问题,当时伟大的法学家多参与讨论,论辩激烈,堪称空前,有拟制说(Fiktionstheorie)、目的财产说(Theorie des Sondervermögens)及实在说(Theorie der realen Verbandspersönlichkeit)三种见解,分述如下^②:

1. 拟制说

认为权利义务的主体,只限于自然人始得充之,法人之取得人格,乃依法律的规定拟制为自然人而来,法人在性质上为一种拟制之人。此说为萨维尼(Savigny)所创,文德赛(Windscheid)从之,乃当时意思说的产物。其贡献在于承认法人得为权利主体,但未足说明法人存在的实质意义,及在何种范围及程度,得将法人与自然人等同并视的依据。

2. 法人的目的财产说

认为法人乃为一定目的而组成的财产,其享有法人财产利益的多数人,始为实质的主体,法人仅是虚设的实体,乃使多数主体法律关系单一化的一种技术设计。耶林(Jhering)从法律目的论倡导此说最力。目的财

① “最高法院”1975年台上字第1558号判例:法人依非讼事件申请设立登记后,一经法院依法登记于法人登记簿,即行成立而取得法人资格,得为权利义务主体,此观“民法”第30条(旧)之规定自明。已经为设立登记之财团法人之董事,无与财团法人对财团法人之债权人负连带责任之可言,与“民法”规定合伙财产为合伙人共同共有,合伙人对合伙债务负连带责任者,迥不相同。某私立高级中学,申请台湾台北地方法院准予为财团法人之设立登记并将申请登记事项登记于法人登记簿,虽未领得登记证书,但该校已取得法人资格,上诉人依“民法”规定之合伙关系,请求为该校董事之被上诉人对该校向上诉人所借款项负清偿责任,于法无据。

② 此项争论有助于了解法人制度的历史发展及现行“民法”规定,较详细说明,参见郑玉波:《民法总则》,第141页;施启扬:《民法总则》,第159页。德文资料,Detlef Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person (Jus Privatum 22), 1997. [日]福地俊雄:《法人法的理论》(信山社1998年版),对法人理论的发展作有精细深入的论述,甚值参考。

产说实质观察法人制度的存在理由,具有贡献,然其否认法人有独立人格与现行法制不符。

3. 法人实在说

强调法人系社会生活上独立的实体,至于此项实体的性质,有学者认为,法人乃社会有机体,相对于个人的自然有机体,故法人亦得为权利义务的主体。德国学者基尔克(Gierke)采此见解。亦有学者认为,法人的独立实体在于法律上的组织体,法国学者米香(L. Michoud)及沙莱耶(R. Saleilles)采此见解。惟法人无论其为社团或财团,均无自我意识及心理上意志,诚难谓其系有机体,而得将其与自然人同视。组织体说从法人系法律上的组织体观点立论,固较合理,但仍未能说明何以对于组织体应赋予权利能力的实质理由及依据。

法人本质的各种学说反映不同时代的法学思潮及社会背景,有助于从不同的层面阐释法人制度的本质,使吾人认识到法人实为一种目的性的创造物,在使一定的人或财产成为权利义务的归属主体,得经由其机关从事法律交易,在社会实际生活有其自我活动作用的领域,在此意义上亦具有社会的实体性。对自然人言,权利能力旨在体现其伦理性。对法人言,其所谓“人”则具法律技术上及形式上的意义,乃类推自然人的权利能力,而赋予人格,使其得为权利义务的主体,而满足吾人社会生活的需要。

(三) 法人制度的“宪法”基础

“宪法”第14条规定:“人民有集会及结社之自由。”此为基本权利,系法人制度的“宪法”基础,其规范意义有二:

(1) 对人民为一定目的而组织团体,除为防止妨碍他人自由,避免紧急危难、维持社会秩序或增进公共利益所必要者外,不得以法律限制之(“宪法”第23条)。① 准此以言,现行法关于法人类型强制的规定,与“宪法”尚无抵触。此外,政府应制定相关法律,规定团体(法人)得以成立及活动的制度上范围。

(2) 对私法及个人言,结社自由构成私法自治的重要内容,包括设立

① 关于组织工会,参见“司法院”释字第373号解释。关于信用合作社应依法受政府管理,参见“司法院”释字第214号解释。关于团体名称的选定,参见“司法院”释字第479号解释(阅读之)。

法人自由、加入法人(社团)自由,及法人自主(尤其是社团),得经由章程及社员总会决议决定其内部事项。

二、法人的种类及其成立

说明下列之团体,是否为法人,何种类型之法人,如何设立;以取得权利能力:① 政党。② 祭祀公业。③ 嘉南农田水利会。④ 松山农会。⑤ 花旗银行。⑥ 北港朝天宫。⑦ 工业技术研究院。⑧ 来来百货公司。⑨ 长庚纪念医院。⑩ 财团法人罗慧夫颅颜基金会。并请分析各种法人的社会功能。^①

(一) 法人的种类

1. 公法人与私法人

凡依公法而设立者为公法人,如政府、地方自治团体(包括省、市、县市等地域团体)。^② 依私法而设立者为私法人,民法上的法人属之。

公法人与私法人区别的主要实益在于:① 诉讼管辖问题,即对于公法人的诉讼,多属于行政法院,对于私法人诉讼,则均应向普通法院为之。② 关于犯罪问题,例如刑法上之渎职罪(“刑法”第120条以下)适用于公法人之属员,而私法人之职员原则上不成立渎职罪。关于伪造文书,私法人之职员成立伪造私文书罪名(“刑法”第210条),公法人之属员则成立伪造公文书罪名(“刑法”第211条)。

2. 社团法人与财团法人

此为私法人的再分类。社团系以社员为其成立基础的法人(人的组织体),公司为其著例。财团系以捐助财产为其基础的法人(财产组织体),如私立学校、基金会等是。社团法人与财团法人的区别甚属重要,说明如下:

(1) 成立基础

社团法人为人的组织体,其成立的基础在人,以社员为必要。财团法人为财产的集合体,其成立的基础在财产,并无社员。社团既系以人为组

① 本例题在于说明若干社团、财团的性质及成立方式,旨在引起学习法律者能了解活的法律及社会现象。若能选择一种法人(如台中大甲镇镇澜宫、海峡交流基金会、财团法人生命联机基金会、财团法人阳光福利基金会等)加以观察研究,必能更进一步认识对于各种“团体人”的社会功能及其实际问题,并请搜集对其有兴趣的法人(社团或财团),研读其章程。

② 关于台湾地区的公法人资格,参见“司法院”释字第467号解释。

组织基础,财团系以财产为组织基础,同一法人不得同时成为社团及财团,已设立登记之社团不得加办财团法人登记,惟如由社团法人捐助财产另设立财团,则无不可。

(2) 设立人数及性质

社团法人的设立,须有2人以上的共同行为,自然人或法人均所不问。财团设立得以一人之为,为单独行为,并得依遗嘱为之(第60条),法人(社团或财团)亦得为财团设立人。

(3) 种类及设立方式

社团法人分营利及公益社团两种。以营利为目的之社团,其取得法人资格依特别法之规定(第45条),以公益为目的之社团,于登记前,应得主管机关之许可(第46条)。财团法人在性质上皆为公益,于登记前,应得主管机关之许可(第59条)。

(4) 组织

社团法人以社员总会为其最高的意思机关,为自律的法人。财团法人,并无意思机关,为他律的法人。此种区别最属重要,盖社团法人既具自律性,得由社员总会变更组织及章程(第50条以下)。反之,财团之捐助章程所定之组织不完全或重要管理方法不具备时,仅得申请法院为必要处分(第62条)。财团法人捐助章程有缺陷时,仅得依民法规定谋求补救,不得自行变更。捐助章程订有信徒大会或捐助人得修改章程者,该规定无效,又董事(或董事会)不能径行修正财团法人章程,更不待言。为维持财团之目的或保存其财产,法院得因捐助人、董事、主管机关、检察官或利害关系人之申请,变更其组织(第63条)。要言之,在他律之财团法人,法院之干预较诸自律社团法人为强也。

(5) 解散事由

社团法人与财团法人之解散原因有为共同者(参见第34条、第35条、第36条)。其解散原因不同者,系社团法人得随时以全体社员2/3以上之可决,解散之(第57条)。社团之事务无从依章程所定进行时,法院得因主管机关、检察官或利害关系人之申请解散之(第58条)。在财团法人,因情事变更,致财团目的不能达到时,主管机关得斟酌捐助人之意思,变更其目的及其必要之组织或解散之(第65条)。

3. 社团法人的分类:营利社团、公益社团与中间社团

财团法人系为社会公益而存在,必为公益法人。社团法人,依“民

法”规定,分为营利社团及公益社团。所谓营利社团,指从事经济行为,并将利益分配于各社员为其目的之社团而言,如公司、银行等。所谓公益社团,指以社会上不特定多数人之利益为目的之社团,如农会、工会、商会、渔会等(请参见相关法律)。

所应注意的,在社团中,有既非以公益,又非以营利为目的者,如同乡会、同学会、宗亲会、俱乐部等,因而产生此类社团可否取得法人资格及如何取得法人资格之疑义。学说有三种见解:①此种团体乃“中间团体”,在民法上将无归属,如无特别法之规定,不能取得法人资格,即将成为无权利能力社团。②民法除公益与营利社团,尚应承认此类中间社团,使得依“民法”规定取得法人资格,惟不必得主管机关之许可。③对公益社团,应从广义解释,认为非以营利为目的,亦属公益社团,故在民法无从中间社团存在之必要。三说之间,第二说为通说。

4. 类型强制

由上述可知,关于私法人的分类,法律上系采类型强制,私法人仅有社团及财团两类。就社团言,关于公司,“公司法”第2条明定为四种(无限公司、有限公司、两合公司、股份有限公司),不得另为创设。此项结社自由的限制,乃出于维护社会秩序及公共利益的必要,与“宪法”第23条意旨,并无不符,前已论及,兹再强调。

(二) 法人的设立

1. 须有法律依据

法人的设立乃法人开始取得人格之谓。“民法”第25条规定:“法人非依本法或其他法律之规定,不得成立。”故法人之设立,概须有法律依据,不采放任原则,如一般社团须依民法,公司则须依公司法。再就法律规定设立的依据言,系兼采许可原则、准则原则、特许原则及强制原则:

(1) 采许可原则者,为公益社团及财团之设立。此两种法人的设立,均应得主管机关之许可(第46条、第59条)。所谓主管机关,指主管法人目的事业之行政机关而言,如文化事业属“文化部”,教会、寺庙属“内政部”,工商事业属“经济部”。

(2) 采准则原则者,为营利社团,如公司依公司法所规定的条件,即可设立(参见“公司法”第1条)。

(3) 采特许原则者,为关于重要的金融事业,如国际商业银行依据

“国际商业银行条例”。

(4) 采强制原则者,为社团团体,如“商业团体法”第8条规定:在同一县(市)、直辖市或全国区域内,依“公司法”或“商业登记法”取得登记证照之同业公司、行号满五家以上者,应组织该业商业同业公会。“律师法”第11条第2项前段规定:“地方法院登录之律师,满十五人者,应于该法院所在地设立律师公会,并以地方法院之区域为组织区域。”

2. 须经登记

“民法”第30条规定:“法人非经向主管机关登记,不得成立。”此之所谓主管机关,非指主管其目的事业之机关,乃指法人事务所所在地之法院而言(“民法总则施行法”第10条第1项)。关于社团法人中之营利社团(例如公司),依特别法(“公司法”)规定,不必向法院办理登记。

须特别注意的是,“人民团体法”将人民团体分为职业团体、社会团体及政治团体三种(“人民团体法”第4条)。职业团体系以协调同业关系,增进共同利益,促进社会经济建设为目的,由同一行业之单位、团体或同一职业之从业人员组成之团体(“人民团体法”第35条)。社会团体系以推展文化、学术、医疗、卫生、宗教、慈善、体育、联谊、社会服务或其他以公益为目的,由个人或团体组成之团体(“人民团体法”第39条)。政治团体系以共同民主政治理念,协助形成国民政治意志,促进国民政治参与为目的,由中华民国国民组成之团体(“人民团体法”第44条)。人民团体经主管机关核准立案后,得依法向该管地方法院办理法人登记,并于完成法人登记后30日内,将登记证书影本送主管机关备查(“人民团体法”第11条)。

(三) 例题解说及体系构成

1. 政党

政党系以共同民主政治理念,协助形成公民政治意志,促进公民政治参与为目的,并以推荐候选人参加公职人员选举为目的之政治团体,经主管机关核准立案后,得依法向该管地方法院办理法人登记,取得社团法人资格(“人民团体法”第11条、第45条)。

2. 祭祀公业

2007年制定“祭祀公业条例”,立法目的在于祭祀祖先发扬孝道,延续宗族传统及健全祭祀公业土地地籍管理,促进土地利用,增进公共利

益。其立法重点系创设祭祀公业法人。祭祀公业具固有法的特色,拥有大批土地,系实务上重要问题,请特别留意。

3. 嘉南农田水利会

“水利法”第12条规定:“主管机关得视地方区域之需要核准设立农田水利会,秉承政府推行农田灌溉事业。前项农田水利会为公法人,其组织通则另定之。”由此可知,嘉南农田水利会系属公法人。嘉南农田水利会对台湾南部地区农业发展具有重大影响。

4. 松山农会

“农会法”第8条第1项规定:“乡、镇(市)区内具有农会会员资格满50人时,得发起组织农会。”农会之发起组织应报经主管机关许可后,方得召开发起人会议,并确定筹备员,组织筹备会。筹备及成立时,均应报请主管机关派员指导监选(“农会法”第9条)。农会应于成立大会后7日内,将章程、会员(代表)名册及理监事简历册,报请主管机关核发登记证书及图记(“农会法”第10条)。“农会法”第2条规定:“农会为法人。”通说解为系属私法人,并为公益法人,因为依“农会法”第1条规定,农会系以保障农民权益,提高农民知识技能,促进农业现代化,增加生产收益,改善农民生活,发展农村经济为目的。农会在台湾地区经济社会及政治发展中曾扮演重要作用,其功能的转变体现台湾地区的社会变迁。

5. 花旗银行

银行,指依银行法组织登记,经营银行业务之机构(“银行法”第2条)。银行为法人,除法律另有规定外,应以股份有限公司组织之(“银行法”第52条第1项),并经中央主管机关(“行政院”金融监督管理委员会)许可(“银行法”第53条)。由是可知银行系属营利社团,其设立系采许可主义。唯应注意的是,关于重要金融机构,多采立法特许主义,例如交通银行依据交通银行条例。花旗银行(Citibank)系依“银行法”规定设立的外资银行,体现金融机构的国际化。银行供应市场经济的资金(活水),为健全银行业务、保障产业发展,并使银行信用配合金融政策,“银行法”“金融控股公司法”及“金融机构合并法”应受重视,强化金融法的教学研究。

6. 北港朝天宫

在台湾地区,不论都市、海滨、山区,寺庙林立,计有五千余座(台北

市、高雄市除外)。目前政府可依“监督寺庙条例”及“寺庙登记规则”加以管理,但由于寺庙香油钱收入可观,政府为确保寺庙财产及避免纠纷,特劝导各寺庙依照“民法”规定,设立财团法人。^①北港朝天宫业已办理财团法人登记,其设立系以宣扬天上圣母(俗称妈祖)懿德,倡行尊圣孝道,兴办公益事业,促进社会福利为目的,并以该宫所有之不动产为基础,以信徒每年捐献收入总额抽取10%作为基金(参见《财团法人北港朝天宫捐助章程》第1条至第4条)。寺庙是台湾地区人民信仰的中心,并涉及政治派系,在社会生活、政治、经济活动具有重要的功能。

7. 工业技术研究院

财团法人由政府全部或一部分出资设立者,为数不少,其主要者有中华顾问工程司、中华经济研究院、中小企业信用保证基金、中兴工程顾问社、船舶设计中心、台湾地理资讯中心、资讯工业策进会。此外,尚有工业技术研究院。依《财团法人工业技术研究院捐助章程》第1条规定:“本财团法人定名为‘工业技术研究院’(以下简称本院),依‘总统’1973台统(一)义字第548号公布之‘工业技术研究院设置条例’之规定组织之,其未规定者,适用其他有关法律之规定。”同章程第7条规定:“本院由政府捐助新台币一百万元为创立基金……”又同章程第14条规定董事长及董事均由“行政院”院长聘任之。之所以由政府出资创设此类法人,旨在活用预算及人事制度,强化其市场功能。

8. 来来百货公司

来来百货公司的全名为“来来百货股份有限公司”,可知系以营利为目的,依照“公司法”组织成立的社团法人。公司是最常见的法人,系市场经济的主角,与人民日常生活的衣食住行及娱乐具有密切关系。

9. 长庚纪念医院

最近数年,经营医院采财团法人方式者,日益增多,例如国泰医院、马偕纪念医院、和信医院等。长庚纪念医院亦属之。民营化医疗体系的发达,提升了台湾地区医疗水准。

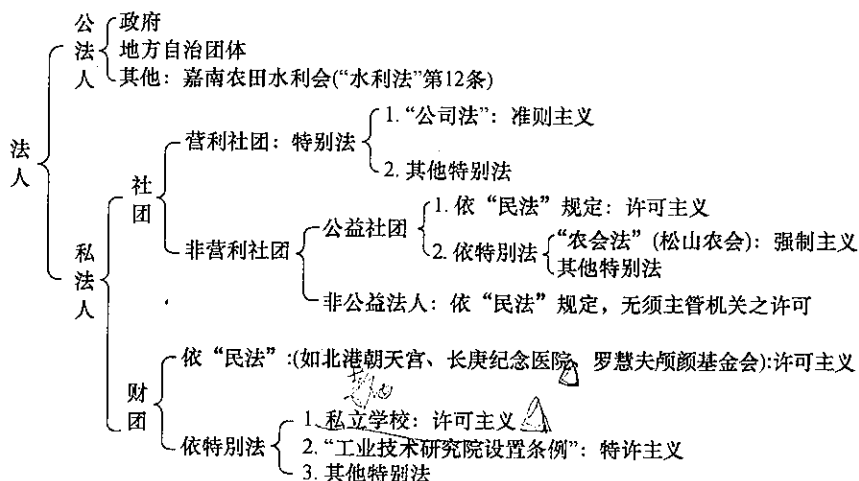
10. 财团法人罗慧夫颅颜基金会

资力雄厚之关系企业捐助财产,依“民法”关于财团法人规定设立基

^① 据“内政部”户政司的资料,迄至2012年底,台湾地区的寺庙总座数为12026(其中佛教2348座、道教9422座)。已办理财团法人登记数为420座。

基金会,举办公益事业,并具节税作用。国际电化制品公司捐助成立之洪建全教育文化基金会,即其着例。又为保护协助独居老人、弱势之人,成立各种基金会。财团法人罗慧夫颅颜基金会系由美籍医疗宣教士罗慧夫医师捐助创会基金,以照顾协助海内外颅颜患者(包括唇腭裂、颜面发育不良、颅颜外伤及颜面肿瘤等)。此类财团法人基金会显示社会关怀的人道精神。

兹将法人成立的准据,图示如下:



三、法人的成立、住所、机关、消灭及监督

请阅读“民法”关于法人成立、住所、机关、消灭等的规定,并用网络寻找某社团法人(如台湾法学会)或财团法人(如海峡两岸交流基金会)章程,加以比较分析,并试拟一个设立“台湾民法学会”或“台湾刑法研究基金会”的章程。

“民法”于法人一节设有通则,规定法人的成立、能力、组织、住所、消灭及监督等,简要说明如下。关于法人的能力及责任,另列专款详为论述。

(一) 法人的成立

法人的成立,指法人取得权利能力,须先依法律规定而设立(第25条),再经登记(第30条),前已论及,请参照之。

(二) 法人的住所

法人既为权利主体,应有住所为其法律关系的中心,故“民法”第29

条规定：“法人以其主事务所之所在地为住所。”法人的主事务所及分事务所均应登记(第48条、第61条)。法人住所的法律效果,除其性质专属自然人外(如失踪)余均同于自然人。

(三) 法人的机关

法人的机关为法人组织体的构成部分,由自然人充当之,社团应有的机关为董事及社员总会。财团应有的机关为董事,无论社团或财团均得设置监察人。以下先就董事及监察人加以说明,社员总会俟后再行论述。

1. 法人应设董事

法人须设董事,就一切事务对外代表法人,并执行法人的事务(第27条第1项)。故董事为法人必设的代表、执行机关。董事的人数,“民法”并无限制,一人亦无不可,解释上应以自然人为限,是否为社团的社员,法无限制,但特别法有规定依其规定(参见“公司法”第27条、第192条)。关于董事的任免程序,在社团应于章程内订定(第47条第3款),并依社员总会的决议为之(第50条第2项)。在财团,其董事任免多由捐助人以捐助章程选定,捐助人自己亦得为董事;未能依捐助章程选定时,则法院得因主管机关、检察官或利害关系人的申请为必要之处分(第62条)。选任董事系属契约行为,通常由法人对选定之人为要约,俟其承诺,因双方意思表示合致而成立。此种契约类似于委任契约,应准用“民法”关于委任的规定。“公司法”第192条第4项规定:“公司与董事间之关系,除本法另有规定外,依‘民法’关于委任之规定。”可资参照。

2. 董事的代表权

董事对外代表法人,故董事有代表权,即董事(代表人)所为的行为视为法人(被代表人)的行为。代表除代为法律行为外,并得为事实行为或侵权行为。“民法”第27条第2项规定:“董事就法人一切事务,对外代表法人。董事有数人者,除章程另有规定外,各董事均得代表法人。”可知董事代表权原则上并无限制,惟例外得依章程或社员总会决议加以限制,如关于一定行为须经社员总会决议,或董事有数人者,须共同代表。此等“对于董事代表权所加之限制,不得对抗善意第三人”(第27条第3项),以保护交易安全。须注意的是,法人得亦有代理人,如百货公司的店员,其以法人(本人)名义所为法律行为(如买卖),直接归于本人(第103条第1项)。

3. 董事执行法人的事务

董事执行法人内部事务,其重要者如:① 申请登记(第 48 条第 2 项、第 61 条第 2 项);② 编造财产目录及社员名簿(“民法总则施行法”第 8 条);③ 充当清算人(第 37 条);④ 召集总会(第 51 条);⑤ 申请事务所之新设、迁移、变更登记等(“非讼事件法”第 85 条)等。法人事务之执行,除章程另有规定外,取决于全体董事过半数之同意(第 27 条第 1 项),应特别注意的是“民法”第 35 条规定:“法人之财产不能清偿债务时,董事应即向法院申请破产。不为前项申请,致法人之债权人受有损害时,有过失之董事,应负赔偿责任,其有二人以上时,应连带负责。”

4. 监察人

监察人虽非法人必设的机关,但实际上法人多于章程明定监察人的设置。为明确,“民法”第 27 条第 4 项规定:“法人得设监察人,监察法人事务之执行。监察人有数人者,除章程另有规定外,各监察人均得单独行使监察权。”

(四) 法人的消灭

法人的消灭,指法人权利能力的终止,犹如自然人的死亡,惟因其性质特殊,须经解散及清算两种程序。

1. 解散

法人解散,乃消灭法人人格的程序。其解散事由,有为法人所共同者,有为社团或财团所独有者,分述如下:

(1) 法人共通的解散事由:① 章程或捐助章程所定解散事由发生,如定有存续期间(第 48 条第 1 项第 9 款、第 61 条第 1 项第 8 款)。② 法人受破产宣告者,其事业无从进行,自应解散(第 35 条)。③ 撤销许可。法人违反设立许可之条件者,主管机关得撤销其许可(第 34 条)。该撤销无溯及之效力。④ 宣告解散。法人之目的或其行为,有违反法律、公序良俗者,法院得因主管机关、检察官或利害关系人之申请,宣告解散(第 36 条)。

(2) 社团独有的解散事由:① 总会之决议,全体社员 2/3 以上之可决,解散之(任意解散,第 57 条)。② 社员仅余 1 人。社团事务无从依章程所定进行时,法院得因主管机关、检察官或利害关系人之申请解散之(宣告解散,第 58 条)。

(3) 财团独有的解散事由:因情事变更,致财团之目的不能达到时,

主管机关得斟酌捐助人之意思,变更其目的及其必要之组织,或解散之(第65条)。

2. 清算

(1) 清算的程序及清算人的任务

清算指结束解散法人后的法律关系的程序。担任清算者,称为清算人。法人解散后,其财产之清算,由董事为之,但其章程有特别规定,或总会另有决议者,不在此限(第37条)。不能依“民法”第37条规定,定其清算人时,法院得因主管机关、检察官或利害关系人之申请,或依职权,选任清算人(第38条)。清算人,法院认为有必要时,得解除其任务(第39条)。

清算人之职务为:①了结现务。②收取债权,清偿债务。③移交剩余财产于应得者(第40条第1项)。值得注意的是,第40条第2项规定:“法人至清算终止,在清算之必要范围内,视为存续。”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41条)。

(2) 清算后剩余财产的归属

法人解散后,除法律另有规定外,于清偿债务后,其剩余财产之归属,应依其章程之规定,或总会之决议。但以公益为目的之法人解散时,其剩余财产不得归属于自然人或以营利为目的之团体。如无前项法律或章程之规定或总会之决议时,其剩余财产归属于法人住所所在地之地方自治团体(第44条)。所谓依法律规定,如无限公司清算后,“公司法”第91条规定:“剩余财产之分派,除章程另有订定外,依各股东分派盈余或亏损后净余出资之比例定之。”(并请参见“公司法”第330条)。

(五) 法人的监督

法人的监督,指公权力机关对于法人所施的监察督导。依其监督对象的不同,分为业务监督及清算监督:

1. 业务监督

“民法”第32条规定:“受设立许可之法人,其业务属于主管机关监督,主管机关得检查其财产状况及其有无违反许可条件与其他法律之规定。”所称业务的主管机关,如慈善、宗教法人的主管机关为“内政部”;环保财团法人的主管机关为“行政院”环保署等。

“民法”第33条规定:“受设立许可法人之董事或监察人,不遵主管机关监督之命令,或妨碍其检查者,得处以五千元以下之罚鍰。前项董事

或监察人违反法令或章程,足以危害公益或法人之利益者,主管机关得请求法院解除其职务,并为其他必要之处置。”所谓其他必要之处置,如于新任董事或监察人产生之前,或依“非讼事件法”第 65 条规定法院依申请而选任临时管理人以前,得由主管机关派员暂行管理,或为其他适当之处理。

2. 清算监督

“民法”第 42 条规定:“法人之清算,属于法院监督。法院得随时为监督上必要之检查及处分。法人经主管机关撤销许可或命令解散者,主管机关应同时通知法院。法人经依章程规定或总会决议解散者,董事应于十五日内报告法院。”清算人不遵法院监督命令,或妨碍检查者,得处以 5000 元以下之罚鍰。董事违反前条第 3 项之规定者亦同(第 43 条)。

四、法人的能力及责任

1. 甲因涉嫌某案被判有期徒刑 10 个月,其后终获平反,一方面感念司法清明,但一方面亦认为法治建设仍待加强,乃以遗嘱捐赠某栋房屋与财团法人“法治建设基金会”作为会址。甲的继承人乙得否以该基金会系属法人而认为遗嘱无效?

2. 甲散布不实消息,称乙公司销售的牛肉汉堡混杂有马肉。乙公司生意锐减,员工精神痛苦,试问:乙公司得否对甲主张何种权利?

3. 财团法人大悲寺坐落于 K 镇,茂林修竹,享誉甚隆,为修建讲经堂,需资千万,乃向华南银行 K 镇分行贷款。大慈股份有限公司董事长某甲, A 镇镇长某乙,信佛甚笃,与该寺住持颇有来往,乃各以其公司及 A 镇名义为保证人,均抛弃先诉抗辩权。经查该寺无资力清偿银行贷款。试问:(1) 大慈股份有限公司应否代负履行义务?(2) A 镇应否代负履行义务?

4. 财团法人康泰纪念医院章程明定其目的事业范围为医疗服务及医学研究。该财团董事甲、乙、丙等人,见景气转佳,需求增加,经营房地产有利可图,乃以该财团名义向丁购地,准备兴建高级公寓出售以扩大基金。不料景气未见恢复,地价大跌。问该财团法人有无支付价金的义务?

(一) 法人的权利能力及其限制

1. 遗赠、侵权行为的损害赔偿

(1) 问题的提出

遗赠系某人(遗赠人)以其遗嘱对他人(受遗赠人),无偿让与财产上利益,自遗赠人死亡时发生效力(第1199条)。遗嘱所定遗赠,不问其为特定遗赠或包括遗赠,均仅有债权之效力,受赠人非于继承开始时当然取得其所有权或其他物权,仅得向继承人请求交付(动产)或办理移转登记(不动产)。在例题1,财团法人“法治建设基金会”,得否主张此项请求权,端视其是否有受遗赠能力而定,而此须以其享有权利能力为前提。又在例题2,乙公司得否依第184条第1项前段(或后段)规定请求损害赔偿,须视是否系该条所称的“他人”,而享有权利能力。

(2) “民法”第26条规定

第26条规定:“法人于法令限制内,有享受权利负担义务之能力,但专属于自然人之权利义务,不在此限。”由是可知,法人亦享有权利能力,在解释上应认为始于成立,终于解散后清算终结之日。法人与自然人虽同具人格,但本质究不相同,法律之所以赋予自然人以人格,系基于伦理的要求,其所以赋予法人以人格,则系基于吾人(自然人)的社会生活需要。因此,法人之权利能力之范围,与自然人即有差异,有两种限制,一为法令上之限制;二为性质上之限制。关于法人之受遗赠能力,现行“民法”未设有限制规定,故其应探讨者,系是否受有性质上之限制。性质上之限制指专属于自然人的权利义务,法人不得享受负担。所谓专属于自然人的权利义务,系指以自然人的身体或身份的存在为基础者而言,应说明者有三:

① 就财产权而言,除以人之身体劳务为给付之债务外,法人均得享受权利,负担义务。

② 就人格权言,生命权,身体权及健康权系以自然人的身体存在为前提,自非法人所得享有,但名誉权、信用权及姓名权等,法人仍得享有之。

③ 就身份权言,以自然人之身份存在为前提,如遗产继承权、亲权、家长权亦非法人所得享有。但监护权及社员权等,法人仍得享有。遗赠系基于身份行为而发生,但系以财产为其内容,并不以自然人之身份存在为前提,故法人亦得享有。

(3) 例题解说

在例题 1, 财团法人法治建设基金会因其成立而享有权利能力, 遗赠非专属于自然人的权利义务, 法人受遗赠能力不受影响, 得向甲的继承人乙请求办理该栋房屋所有权的移转登记。

在例题 2, “民法”第 184 条第 1 项前段规定所称因故意或不法侵害“他人”之权利, 包括自然人及法人, 甲系侵害乙公司的名誉权, 故乙公司得请求生意锐减的营业损失。关于乙公司就其员工所受精神痛苦, 得否以其受有非财产上损害而向甲请求慰抚金, “最高法院”1973 年台上字第 2806 号判例认为: “公司系依法组织之法人, 其名誉遭受侵害, 无精神上痛苦之可言, 登报道歉已足恢复其名誉, 自无依第 195 条第 1 项规定, 请求精神慰借金之余地。”^①

2. 法人权利能力在法令上之限制: 法人的保证

(1) 公司的保证责任

保证人于主债务人不履行债务时, 应代负履行之责任(第 739 条), 唯此须以当事人有权利能力为必要。在例题 3, 大慈股份有限公司系属法人, 享有权利能力, 保证系财产法上的行为, 性质上并不受限制, 故所应检讨的是, 有无法令上之限制。

法人的权利能力既为法律所赋予, 法律自得加以限制。法人逾越法令限制时无权利能力。在现行法令, 对于法人权利能力并无一般性限制规定, 仅设有个别限制规定。“公司法”第 16 条规定: “公司除依其他法律或公司章程规定得为保证者外, 不得为任何保证人。公司负责人违反前项规定时, 应自负保证责任, 如公司受有损害时, 亦应负赔偿责任。”“司法院”释字第 59 号解释谓: “依‘公司法’第 23 条规定(本书作者注: 现行法第 16 条), 公司除依其他法律或公司章程规定以保证为业务者外, 不得为任何保证人, 公司负责人如违反该条规定, 以公司名义为人保证, 既不能认为公司之行为, 对于公司自不发生效力。”

据上所述, 可知大慈股份有限公司董事长甲以该公司名义而为之保证, 因逾越法令上之限制, 对于公司不生效力, 该公司自不负代为履行的责任。

^① 参见林永颂:《法人名誉遭受侵害可否请求非财产上之损害赔偿》, 载《万国法律》1990 年总第 51 期, 第 7 页。

(2) 公法人的保证责任

市或镇系公法人,在私法上亦有权利能力;惟“最高法院”1964年度2月25日及4月21日民刑庭总会决议认为:市公所为公法人,依“民法”第26条前段“法人于法令限制内,有享受权利、负担义务之能力。”之规定,市公所未经市议会之议决,无负担借款之能力,市长所为之借款,亦非执行职务之行为,市公所亦无连带赔偿责任之可言。故市长在预算公债等法定财源以外向外借款,仅应认为市长之个人行为,市公所不负清偿或赔偿之责任。关于保证,实务上亦采同样见解,认为镇公所未经镇民代表会之决议,无为他人保证之能力,应仅为镇长个人之行为,镇公所不负连带给付之责任(台南高分院暨辖区各地院1972年9月民庭庭长法律座谈会)。准此以言,A镇对财团法人大悲寺的银行贷款,不负代为履行的责任。

3. 法人权利能力在目的上之限制:财团法人医院经营房地产买卖

在例题4,丁得向财团法人康泰纪念医院请求支付价金的法律基础为“民法”第367条,唯此须以该财团法人具有权利能力为基本要件。

财团法人享有权利能力,自得购买土地而取得财产权,现行法令并无关于财团法人购地之限制。惟康泰纪念医院的章程明定其目的事业范围,而购地兴建公寓出售,不在其内。问题的关键在于法人之权利能力除法令及性质上两种限制外,是否尚因目的而受限制?

“民法”对此未设明文,学者争论甚烈,采肯定说者,强调法律所以赋予社团或财团以法人资格,乃鉴于其为社会的实体,实际上所具有之社会价值,而此应视其独立执行之目的事业及所担当之社会作用,予以估定,故法人之权利能力应因其目的而受限制。^①此说确有依据,固不待言。惟多数学者认为,“民法”既非如外国立法例之设有限制明文^②,并为维护交易安全,以采否定说为宜。^③准此以言,财团法人康泰纪念医院之权利能力不因其章程所定事业目的而受限制,仍得因其机关与丁所订之买卖

① 参见洪逊欣:《民法总则》,第150页。

② 《日本民法》第43条规定:“法人依法令之规定,在章程或捐助行为所定目的范围内,享有权利负担义务”,参见〔日〕我妻荣:《新订民法总则》,第155页。

③ 参见史尚宽:《民法总论》,第136页;施启扬:《民法总则》,第177页。德国通说亦采相同见解,Wolf/Neuner, AT S. 150 f., 175; K. Schmidt, Ultra Vires Doctrine: Tot oder Lebendig, AcP 184 (1984), 529.

契约,而享受权利,负担义务,故应对丁支付约定的价金。^①

(二) 法人的行为能力、董事代表权及其限制

甲社团法人,社员甚众,颇具资产,共有董事 A、B、C、D 等 7 人,因发现若干董事有滥用职权情事,乃修改章程明定仅 A、B 及 C 3 人有代表权,迄未办理变更登记。又依社员总会决议,不动产买卖应由有代表权的董事共同为之。某次董事会决定兴建会馆,即由 A、B 及 C 3 人与地主乙洽谈,因 A 与 B、C 意见不同,久未成交,乙有将该地出售他人之意,D 董事知其事,认为该地点适中,价钱尚称合理,机不可失,即与 A 董事共同以甲社团法人名义与乙订立买卖契约,乙不知上开章程规定及总会决议。试问乙得否向甲财团法人请求支付价金? ✓

在上揭例题,乙得向甲社团法人请求支付价金的规范基础为“民法”第 367 条,唯需以买卖合同成立及有效为前提。

乙系自然人,有权利能力及行为能力,得独立自为法律行为而享受权利,负担义务。甲社团法人享受权利能力,“民法”第 26 条设有明文。法人有无行为能力,“民法”虽无明文,然既为权利主体,为从事法人的目的事业之必要,应有行为能力,乃属当然,而由法人的机关(尤其是董事)代为法律行为(第 27 条)。A 及 D 系甲社团法人的董事,以该法人名义与乙订立买卖合同,关于标的物及价金互相同意,买卖合同因而成立,但是否有效,则须视 A 及 D 是否有代表权而定。

关于董事的代表权限,“民法”第 27 条设有两项规定:

(1) 第 2 项规定:“董事就法人一切事务,对外代表法人,董事有数人者,除章程另有规定外,各董事均得代表法人。”本项前段旨在明示董事有对外代表法人之权,董事与法人间为一个人格关系,董事之行为,无论其为法律行为、准法律行为、事实行为、诉讼行为,均为法人之行为。后段但书规定系“民法”总则编修正时所增加,一方面强调董事有数人者,原则上各董事均得对外代表法人(单独代表原则),以维护交易安全;一方面表示得以章程订立对外有代表权之董事(一人或数人),章程定有代表法

^① 应注意的是,关于公法人,则有逾越权限原则(*ultra-vires-Lehre*)之适用,故机关逾越该法人之目的及权限而从事之法律行为,应属无效。此为德国判例学说之一致见解, BGHZ 20, 119. 可资参考。

人的董事时,应予登记(第48条第1项第8款、第61条第1项第7款)。

(2) 第3项规定:“对于董事代表权所加之限制,不得对抗善意第三人。”此项对董事代表权之限制,得依章程或社员总会之决议为之,如董事有数人者,对外须共同代表,关于一定行为须经总会决议。需注意的是,代表与代理固不相同,惟关于法人机关的代表行为得类推适用关于代理的规定。^①

然则,章程另有规定有代表权之董事,与对于董事代表权之限制,究竟有何不同?关于此点,“民法”第27条修正理由作有如下说明:“现行法本条第3项指对于董事代表权之部分限制,而依修正后第2项规定,章程另有规定有代表权之董事时,则将全部剥夺其他董事对外之代表权,故两者有所不同。第2项之规定,不能适用第3项不得对抗善意第三人之规定,且与本条第3项有关之第48条第1项第8款、第61条第1项第7款,应先后呼应,故均改为:‘定有代表法人之董事者,其姓名。’以资适应事实之需要。”由是可知,其不同之点有二:

① 依第27条第2项规定,法人依章程订定对外有代表权之董事时,其他董事之对外代表权全被剥夺,不得对外代表法人。此项以章程订定对外有代表权之董事,系属应登记事项,非经登记者,不得对抗第三人(参见第31条)。

② 第27条第3项所谓对董事代表权之限制,系指部分限制而言,除章程外,得以总会决议定之,非属应登记事项,其限制能否对抗第三人,以该第三人是否善意而定。

在本例题,甲社团法人的章程对代表法人的董事,原未另设规定,故A、B、C、D等7位董事,均得单独代表法人。其后修改章程,明定A、B及C3位董事对外有代表权,则D及其他董事代表权完全被剥夺,不得对外代表法人。惟章程定有代表法人之董事者,系属应登记事项,今甲社团法人有应登记事项而未登记,不得以其事项对抗第三人。故乙得主张D董事之代表权,未经剥夺,对外仍得代表甲社团法人。

至于甲社团法人总会决议,不动产买卖须由有代表权之董事共同为

^① 董事无代表权,其代表法人所为之法律行为,其效力如何,“最高法院”1985年台上字第2014号判例:“代表与代理固不相同,惟关于公司机关之代表行为,解释上,应类推适用关于代理之规定,故无代表权人代表公司所为之法律行为,若经公司承认,即对于公司发生效力(参见“民法”第170条第1项规定)。”可供参考。

之,系属对 A、B 及 C 3 位董事代表权所加之限制,不必记载于章程,非属应登记事项,不得对抗善意第三人,故乙得主张 A 董事代表权未受限制,对外仍得完全代表甲社团法人。^①

据上所述,甲财团法人的董事 A 及 D 以法人名义与乙订立土地买卖契约,A 董事之代表权虽依总会决议受有限制,D 董事之代表权虽经章程明定有代表权之董事而被剥夺,但未经登记,均不得对抗善意第三人,故甲社团法人与乙间的买卖契约有效成立,乙得依“民法”第 367 条之规定向甲财团法人请求支付约定的价金。^②

(三) 法人的契约责任及侵权责任^③

1. 甲财团法人基金会有旧车一部,由其董事 A 出售予乙,因疏于交易上必要注意,未发现该车之刹车机件之严重缺陷,致乙驾车发生车祸,身受重伤。试问乙得向甲及 A 主张何种权利?

2. 甲游览公司举办草岭中秋赏月 3 天的旅游,乙报名参加。回程途中,因司机 A 驾驶不慎,翻落深谷,乙身受重伤。试问乙得向甲及 A 主张何种权利?

3. 试就上举两例说明上开甲财团法人基金会责任与甲游览公司责任之不同。

1. 法人的契约责任

(1) 瑕疵担保责任

法人享有权利能力及行为能力,由其机关代为法律行为,包括订立契

^① 参见“最高法院”1960 年台上字第 2434 号判例:“董事(合作社之理事相当于民法及公司法之董事)就法人之一切事务对外代表法人,对于董事代表权所加之限制,不得对抗善意第三人,为‘民法’第 27 条所明定,合作社法既未认合作社有特殊理由,不许理事有对外代表之权,则理事之代表权仍应解为与其他法人相同,不受任何之限制,且理事代表合作社签名,以载明为合作社代表之旨而签名为已足,加盖合作社之图记并非其要件。”

^② 关于“民法”第 27 条规定对非法人团体之社团的类推适用,参见“最高法院”2003 年台抗字第 141 号裁定:按依“医师法”第 33 条、第 39 条规定,医师公会系由会员所组成之团体,为非法人团体之社团。依其性质应类推适用“民法”总则第二章第二节法人之规定。而依“民法”第 27 条第 2 项规定,董事就法人一切事务,对外代表法人。且依《抗告人公会章程》第 23 条规定,理事长之职权为:(1) 代表本会;(2) 综理一切会务,对于理事长之职权并未有所限制,故抗告人公会理事长应为抗告人对外之唯一代表机关。况依“民法”第 27 条第 3 项规定,对于董事代表权所加之限制,不得对抗善意第三人,从而抗告人公会之理事长自有代表抗告人撤回上诉之权限。纵其撤回上诉之权限受有限制,亦不得对抗法院,仍生撤回上诉之效果。

^③ 关于法人侵权责任的专题研究,参见 Detlef Kleindiek, *Deliktshaftung und juristische Person (Jus Privatum 22)*, 1997。

约,从而法人应就其债务不履行负责。在例题 1, A 系甲财团法人基金会的董事,对外代表甲财团法人基金会(第 27 条第 2 项), A 与乙订立出卖旧车的行为,系甲财团法人基金会之行为,故甲财团法人基金会与乙之间成立买卖合同(第 345 条)。汽车的刹车机件具有严重缺陷,减少买卖标的物之价值及通常之效用,出卖人甲财团法人基金会应负瑕疵担保之责,买受人乙得解除契约或请求减少其价金(第 354 条、第 359 条)。

(2) 不完全给付^①

乙得否依“民法”关于不完全给付债务不履行规定(第 227 条),向甲财团法人基金会请求其所受损害的赔偿,端视有无可归责于债务人之事由而定。A 董事疏于交易上必要注意,未发现该车机件之严重缺陷,为有过失。董事系法人之机关, A 董事未发现该车机件瑕疵的过失即为法人之过失,故甲财团法人基金会具有可归责之事由,就买卖标的物瑕疵对买受人乙所致之损害,应负损害赔偿赔偿责任。

2. 法人的侵权行为

(1) “民法”第 28 条规定:法人的侵权能力

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。”乃在肯定法人的侵权能力,非在于规定法人债务不履行责任。^②又“民法”第 28 条规定亦得适用于无权利能力社团。

(2) 解释适用

在前揭例题 1,乙得对甲财团法人基金会,请求侵权行为损害赔偿的规范基础为“民法”第 28 条,其须具备之要件有三:① A 系甲财团法人基金会的董事或其他有代表权之人。② A 系因执行职务。③ A 的行为具备一般侵权行为的要件。

^① “民法”第 227 条原规定:债务人不为给付或不为完全之给付者,债权人得申请法院强制执行,并得请求损害赔偿。经修正为:“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。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 “最高法院”2002 年台上字第 1009 号判决:“‘民法’第 28 条系就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责任,非规定董事或有代表权之人对于法人所负债务不履行损害赔偿赔偿责任,应连带负责。”

① 法人的董事

法人对某人的行为所加于他人的损害,之所以应自负责任,乃因该人的行为就是法人自己行为之故,因此“民法”第 28 条规定,法人侵权行为之成立,须以董事或其他有代表权人之行为为要件。所称其他有代表权之人,指法人之清算人(第 37 条、第 38 条),公司之重整人(“公司法”第 290 条),及代表法人的监察人(第 51 条第 1 项)而言。

② 因执行职务的行为

董事或其他有代表权人对他人之行为,须因执行职务所为,法人始负责任,包括因积极执行职务的行为及怠于执行依法律规定所应执行该职务的行为。凡执行行为与职务外或内部牵连相关的行为,均属因执行职务之行为,不包括董事或有代表权人因个人犯罪而害及他人权利的情形。实务上的重要案例,例如,公司董事长以公司之名义,借词公司业务发达,获利甚厚,诱人加入股金后,将款额登载公司账簿,留为其公司内周转资金之用,对入股之事置之不理。^① 兼公司董事之股东,因逃避债务之强制执行,假借让与股权为名,利用公司董事身份,于股东名簿上为让与股权之登载,致债权无法求偿。^② 公司之代表明知物非公司所有,却代表公司对物之借用人申请假处分,其后又与物之所有人(贷与人)为所有权争讼,致所有人因此受有损害。^③ 公司董事未为其职员加入劳工保险,致该职员在外执行职务被杀伤死亡,不能依“劳工保险条例”受领丧葬费及遗族津贴等。^④

在例题 1, A 董事将法人所有之汽车出卖予乙,并交付之,系属执行职务之行为。至于董事个人之犯罪行为,如 A 董事交付汽车之际,偷窃乙的财物,或将其获悉的秘密泄露于第三人,则与执行职务无关。^⑤

③ 具备侵权行为之要件

A 董事疏于注意,未告知乙关于所交付汽车刹车机件之严重缺陷,致

① 参见“最高法院”1953 年台上字第 369 号判决、1953 年台上字第 1119 号判决、1953 年台上字第 211 号判决。

② 参见“最高法院”1970 年台上字第 3899 号判决。

③ 参见“最高法院”1980 年台上字第 342 号判决。

④ “最高法院”1975 年台上字第 2236 号判决;参见拙著:《雇主未为受雇人办理加入劳工保险之侵权责任》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社 2009 年版,第 167 页。

⑤ 参见“最高法院”1959 年台上字第 1501 号判例。

乙发生车祸,身负重伤,系因过失不法侵害其人格权(第184条第1项前段),具备“民法”第184条第1项前段所定要件。

综据上述,甲财团法人就其董事A因执行职务所加于乙之损害,应与A董事连带负赔偿责任。^①

(3) “民法”第28条规定的类推适用:“最高法院”2012年台上字第1695号判决

① “最高法院”2012年台上字第1695号判决

“最高法院”2012年台上字第1695号判决谓:合伙虽仅为二人以上互约出资以经营共同事业之契约(“民法”第667条第1项参照),而不具有法人之资格,但参酌民法相关之规定,如各合伙人之出资,构成合伙财产,而存在于合伙人个人财产之外(第668条),合伙人依约定或决议执行合伙事务者,于执行事务之范围内,对于第三人为他合伙人之代表(第679条),另对于合伙所负之债务,不得以之对于合伙人个人之债权抵销(第682条第2项),关于合伙之事务,可以采多数决方式为之(第670条),并设有合伙人之加入、合伙人之退伙、合伙之解散、合伙之清算(第691条、第686条、第687条第1款前段、第2款、第3款、第692条、第694条)等规定,已见合伙人因经营共同事业,须有合伙代表、一定之组织、财产及活动管理机制,故于契约之外,亦同时表现团体之性质,与法人之本质并无轩輊。是以,合伙人若因执行合伙事务,侵害他人权利而成立侵权行为者,与法人之有代表权人,因执行职务加损害于他人之情形相类,其所生之法效应等量齐观,被害人自可类推适用“民法”第28条之规定,请求合伙与该合伙人连带负赔偿责任。本件正风事务所乃合伙组织,朱○容等二人该该事务所合伙人,既为原审认定之事实,则朱○容等二人如因执行合伙事务,侵害第一、二上诉人之权利而成立侵权行为时,依上说明,第一、二上诉人即非不得类推适用“民法”第28条之规定,请求正风事务所与朱○容等二人负连带责任。

② 分析讨论

“民法”第28条关于法人侵权行为规定得类推适用于无权利社团系

^① 关于法人对董事的求偿权,参见“最高法院”1999年台上字第2287号判决:“农会总干事事由理事会聘任,并秉承理事会决议执行任务,此观‘农会法’第25条第1项及第31条规定自明。依‘民法’第535条、第544条第1项之规定,应以善良管理人之注意处理委任事务,农会总干事处理委任事务有过失,致使农会受有损害,对于农会应负赔偿之责。”

通说见解。“最高法院”2012年台上字第1695号判决,更进一步将“民法”第28条规定类推适用于合伙,系一项具有重要意义的法律发展,实值赞同。德国联邦最高法院(BGHZ 45, 311)曾否定《德国民法》第31条规定的机关责任(Organhaftung,相当于“民法”第28条)得类推适用于合伙(BGB-Gesellschaft),其理由系合伙的团体组织性不足(zu wenig körperschaftlich organisiert)。^①此项见解,甚受学说批评。学者通说采肯定见解,强调《德国民法典》第31条机关责任之得适用于合伙的主要理由,不尽是其组织体的结构,而是合伙财产共同共有原则所表现的法律自主性,及经由其执行合伙事务所体现的代表性,德国联邦最高法院受学说影响已改采肯定见解(BGH NTW 2003, 1445)。在前揭2012年台上字第1695号判决,“最高法院”基本上亦同此见解,应值肯定。例如甲、乙、丙三人出资合伙经营最佳牛肉面馆,甲负责煮面,因食物不洁,致顾客丁中毒,应类推适用“民法”第28条规定由合伙(最佳牛肉面馆)及甲对丁所受损害连带负损害赔偿赔偿责任。

3. 法人对其受雇人行为应负的民事责任

(1) 契约责任

应检讨的是,在例题2,乙得否依“民法”关于不完全给付债务不履行规定(第227条)向甲游览公司请求损害赔偿。

乙参加甲游览公司举办的草岭赏月旅行,当事人间成立旅游契约(第514条之1以下),甲负有完成一定工作的义务,并应尽交易上注意义务以维护乙的安全。回程途中,因A司机驾车不慎,翻落深谷,乙身体健康受有损害,问题在于甲游览公司有无可归责之事由。

按司机不具代表权,非属法人之机关,故A司机之过失非属甲游览公司之过失。惟依“民法”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。”A司机系甲游览公司的使用人,关于债之履行有过失,甲游览公司亦应负同一责任,有可归责之事由,故乙得依“民法”第227条关于不完全给付债务不履行规定向甲请求损害赔偿。

^① Brox/Walker, AT S. 318; Köhler, AT S. 288; Wolf/Neuner, AT S. 178, MünchKomm-Ulmer § 705 Rdnr. 215—219.

(2) 侵权责任

司机非游览公司的机关,故乙不得依第 28 条规定向甲游览公司请求损害赔偿,应适用第 188 条规定。A 受雇于甲游览公司担任司机,系甲游览公司之受雇人。于举办草岭赏月旅行回程途中,驾车不慎,翻落深谷,致乙受伤,系于执行职务之际,因过失不法侵害乙之身体健康,具备侵权行为之一般要件,故甲游览公司应与 A 司机连带负损害赔偿责任(第 188 条第 1 项)。惟倘甲游览公司能证明选任受雇人及监督其职务之执行已尽相当注意,或纵加以相当注意而仍不免发生损害者,不负赔偿责任(第 188 条第 1 项但书)。于此情形,法院因被害人之申请,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赔偿(第 188 条第 2 项)。雇用人赔偿损害时,对于为侵权之受雇人有求偿权(第 188 条第 3 项)。

4. 案例比较与体系构成

甲财团法人基金会系财团法人,甲游览公司系社团(营利)法人,关于其契约责任及侵权责任,均应适用“民法”规定。甲财团法人基金会与甲游览公司责任的差异,乃前者系董事(机关)之行为,后者系基于不具机关地位之受雇人的行为。申言之,即:

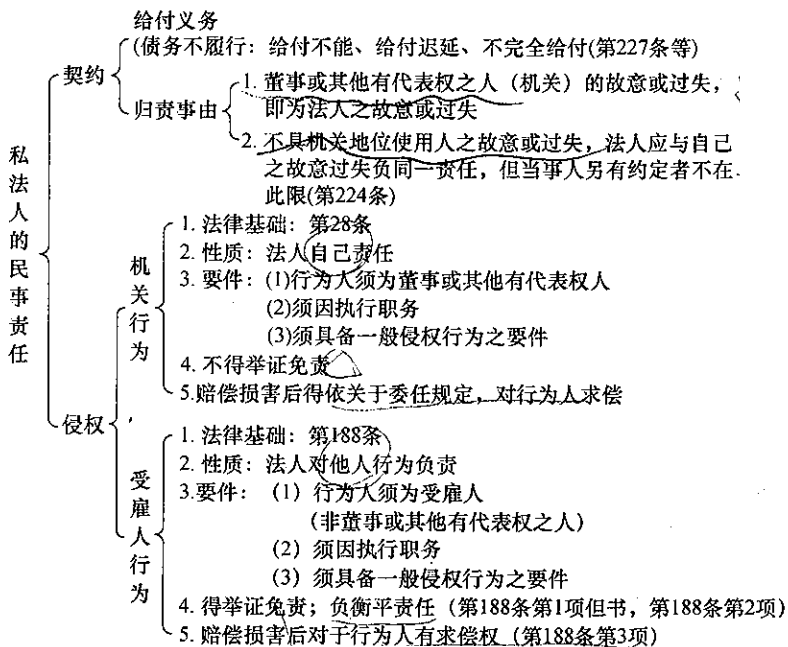
(1) 关于契约责任,董事的故意或过失(即为法人之故意或过失)。反之,不具机关地位之受雇人的故意过失,法人应与自己之故意或过失负同一责任(第 224 条)。

(2) 关于侵权责任,行为人系董事或其他有代表权之人时,法人系就自己行为负责(第 28 条),无主张其于选任董事及监督其职务之执行已尽相当注意,得不负责任之余地。^①法人赔偿损害后,得依关于委任之规定向董事或其他有代表权之人求偿。反之,行为人不具机关地位之受雇人时,法人系就他人行为而负责(第 188 条第 1 项)法人得举证免责(第 188

^① 关于“民法”第 28 条的适用,尚须注意的是,“最高法院”1973 年台上字第 2 号判例谓:“民法”第 28 条所谓法人对于董事或职员,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,系专以保护私权为目的。换言之,权利之为侵权行为之客体者,为一切之私权,政府向人民征税,乃本于行政权之作用,属于公权范围,纳税义务人纵有违反税法逃漏税款,致政府受有损害,自亦不成立民法上之侵权行为,无由本于侵权行为规定,对之有所请求。“公司法”第 23 条所谓公司负责人,对于公司业务之执行,如有违反法令致他人受损害时,对他人应与公司连带负赔偿责任云云,仍以违反法令致他人私权受有损害,为责任发生要件,若公权受有损害,则不得以此为请求赔偿之依据。

条第1项但书),法人(雇用人)于赔偿损害后,对行为人有求偿权(第188条第3项)。

私法人的契约责任及侵权责任,在实务上极具重要性,兹列表如下,用供参考(请再对照前揭例题加以研读):



五、社团法人

(一) 结社自由与社团自治

社团法人(简称社团),乃人的组织体而享有人格者,关于其成立、能力、机关(董事)及消灭等问题,前已详论。兹须提出的是,人民有结社自由,“宪法”第14条设有明文,就社团言,乃指设立社团自由及加入社团自由,此系就其积极面言。就消极面言,则有不设立社团及退出社团的自由。结社自由的重要内容,尚包括所谓的社团自治,即得基于章程,及经社团总会决议而规律社团内部事项,故社团又称为自律法人。社团设立自由应受类型强制的拘束,前已述及,兹不赘述。以下分就社团的设立、章程、总会、社员地位等相关问题加以说明。

(二) 社团的设立及设立中的社团

1. 社团的设立

甲、乙、丙、丁及“台湾商法学会”及“台湾法学发展促进基金会”等40人发起设立“社团法人台湾民法学会”。主管机关发现设立人甲仅19岁，乙为受监护宣告人时，应否核准设立？于登记后，丙主张撤销其受欺诈而参与该社团设立的意思表示时，其法律效果如何？

(1) 社团设立行为的法律性质

社团成立前须先设立，设立人究须几人，其他法律设有规定时，应依其规定（“公司法”第2条第1项、“工会法”第11条第1项），“民法”未设明文，解释上至少须有2人，最多则无限制。又法人亦得为设立人，如前揭例题“台湾商法学会”及“台湾法学发展促进基金会”。^①

关于社团设立行为的法律性质，有认为系多数人相互意思表示而为合意，符合契约概念，得称为“设立契约”（Gründungsvertrag），并系一种“组织契约”（Organisationsvertrag）。^②通说认系共同行为（Gesamtakt），即各设立人以创造一定社团，使其取得法律上人格为共同目的而为之平行意思表示的一致。设立人仅有2人时，其设立行为仍属共同行为，而非契约，因为契约系内容互相对立之意思表示的合致，而设立社团则在共同协力创造新的法律人格者。

(2) 设立人行为能力的欠缺

关于社团设立行为的法律性质，无论采共同行为说或契约说，均属法律行为，因此应适用“民法”总则编关于法律行为的规定。在前揭例题，设立人甲仅19岁，为限制行为能力人，设立人依章程规定负有特定义务，非属纯获法律上之利益（第77条），故甲为设立社团而为之意思表示，应得法定代理人之允许（第77条），其法定代理人不为承认时，其意思表示确定不生效力。又设立人乙系受监护宣告之人，无行为能力，其意思表示无效。甲、乙二人欠缺完全行为能力，其意思表示固不生效力，但其他设立人尚有2人以上时，社团设立行为本身不因此而受影响，故主管机关于审查时，即便发现设立人中之一人或数人欠缺行为能力，仍不得以此为理由，对社团的设立不为许可。

① 此两个法人均为设例而创设，事实上并未存在。

② Larenz/Wolf, AT S. 190.

(3) 社团登记后, 设立人得否撤销其有瑕疵之意思表示?

设立社团的意思表示, 有错误、被诈欺或被胁迫时, 于社团成立前, 表意人得撤销之(第 88 条、第 92 条), 其意思表示经撤销者, 视为自始无效(第 114 条第 1 项)。于此情形, 设立尚有 2 人时, 社团设立行为仍不受影响。社团成立, 开始运作后, 设立人是否仍得撤销有瑕疵的意思表示? 在公司(营利社团法人), 设立人负有出资义务, 为保护债权人利益, 是否容许其主张意思表示的瑕疵, 尚值研究。^① 就本题而言, 其所设立的, 系非营利社团, 不发生第三人对于最低资本额信赖保护问题, 原则上应肯定设立人的撤销权。然为避免可能影响其参与设立行为(如设立人不足法定人数)及社员总会决议的效力, 宜限制此项撤销的溯及性(第 114 条), 解为应自为撤销的表示时, 开始发生效力, 丙撤销其设立社团的意思表示, 实际上殆同于退社。

2. 设立中的社团^②

甲、乙及丙 3 位热爱围棋, 筹设“社团法人围棋学会”, 由 A 律师承办其事, 于经许可登记前, 先行租屋、举办活动, 其后筹得款项, 向丁购屋作为围棋学会会馆, 以该学会会员共有名义登记之。半年后, 该围棋学会完成设立程序。试问:

- (1) 围棋学会会馆之所有权如何移转予社团法人围棋学会。
- (2) A 律师应向何人请求报酬。

(1) 问题的说明

社团经设立后, 尚须经主管机关的许可, 办理登记, 而取得法人资格, 通常需要经过一段相当期间。对于此种处于设立程序中的社团, 学上说称为设立中社团(Vorverein)^③。此种设立中社团, 尚未具有权利能力, 不得享有权利, 负担义务, 在此过渡阶段中, 系由设立人或社员取得权利, 负担义务, 就此点而言, 其地位相当于无权利能力社团。

(2) 权利的移转

在前掲例题, 围棋学会于完成设立程序前, 不具权利能力, 会馆所有权仅能以全体会员名义登记。于社团取得法人资格后, 关于此项所有权

① 德国判例系采否定说, 参见 BGHZ 13, 320; 21, 381。

② Brox/Walker, AT S. 312; Köhler, AT S. 281 f.

③ Köhler, AT S. 281; Wolf/Neuner, AT S. 165.

的移转,有认为应由甲、乙、丙等将其登记名义下的围棋会馆所有权移转登记给围棋学会,并在土地登记簿上登记为该学会所有。支持此说的主要论点为,围棋会馆所有权既原以社员共有名义登记,则在该学会取得社团法人资格后,欲移转归其取得,因权利主体不同,仍须依通常让与方式移转其所有权(第 758 条)。

亦有学者认为,设立中社团与其后取得法人资格的社团,同其实质,具有同一性。故其为将来社团的存在而取得的财产权,于该社团取得法人资格时,当然(*ipso iure*)归由其取得^①,不必再办理移转登记,故于土地登记簿上将该围棋会馆登记为围棋学会所有,仅具更名登记的意义而已。此项见解,较符合法人之本质,对于税捐负担等问题,具有实益,可资赞同。^②

又“土地登记规则”第 150 条规定:“法人或寺庙于筹备期间取得之土地所有权或他项权利,已以筹备人之代表人名义登记者,其于取得法人资格或寺庙登记后,应申请为更名登记。”可资参照。

(3) 设立费用

筹备设立社团法人,恒需费用,社团法人成立后,应负支付义务,固不待言。有疑问的是,设立人是否应负连带责任?屏东地方法院 1958 年 8 月份司法座谈会,曾提出此项法律问题,有三种不同意见:甲说认为,与设立法人有关行为应负连带责任。乙说认为,设立中的法人有如自然人的

① 参见“最高法院”1999 年台上字第 2619 号判决(请求确定会员权存在事件):“设立中公司与成立后之公司属于同一体,因此设立中公司之法律关系即系成立后公司之法律关系。申言之,发起人以设立中公司之执行及代表机关所为有关设立之必要行为,其法律效果,于公司成立时,当然归属于公司。又所谓设立中公司,系指自订立章程至设立登记完成前尚未取得法人资格之公司而言。”“最高法院”2010 年台上字第 627 号判决:“按公司于筹备设立期间,与成立后之公司属于同一体,该筹备设立期间公司之法律关系即系成立后公司之法律关系。设立中公司所为法律行为,于公司成立后,如经公司承认,即对于公司发生法律效力,因而发生之权利义务,应由成立后公司行使及负担。本件上诉人在公司设立登记前,为筹设系争垃圾焚化厂之兴建与营运,由原始股东甲代表设立中公司与台群股份有限公司签订合同编号 001 工程合约(下称系争工程合约),于公司成立后,经上诉人承认该合约存在,并办理工程验收、移交、支付工程款相关事宜,为原审确定之事实。又斯时甲无权代表上诉人订约,惟上诉人于设立登记后,已表示承认该合约存在,类推适用“民法”关于无权代理之规定,该合约自对于上诉人发生法律效力,因契约所生之权利义务,应由上行人行使及负担。则系争工程合约第 16 条约定之仲裁条款,当属有效成立。”

② 此为德国通说, Wolf/Neuner, AT S. 166. 有关详细资料,参见 Hermann Büttner, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, 1967; Fritz Rittner, Die werdende juristische Person, 1973.

胎儿,故其对外所为之行为所生的权利义务,应一并移转于成立后的法人,设立人不负连带责任。丙说认为,与设立法人有关的,应由设立后之法人负责,无关者由筹备人负责。该座谈会采取何说,未能作成结论,乃呈请前司法行政部研究。研究结果采丙说。

此项研究结果认为与设立法人有关者,应由设立后之法人负责,固属无误,但关于设立人应否负连带责任,未臻明确。按依“公司法”第150条规定,公司不能成立时,发起人关于公司设立所为之行为及设立所需之费用,均应负连带责任,其因冒滥经裁减者亦同。又同法第155条第2项规定,发起人对于公司在设立登记前所负债务,在登记后亦负连带责任。由此规定,似可导出得适用于社团法人的一般原则,即设立费用,最后须由成立的法人负责,但对债权人而言,设立人仍应与法人负连带责任。准此以言,在本题,关于A律师承办设立围棋学会的报酬,应由设立人及成立后的社团法人连带负支付的义务。

(三) 社团章程

1. 章程的意义及效力

设立社团者,应订定章程。章程者,法人之组织也。章程通常是由设立人于其设立行为中加以确定,并因设立行为的完成而发生效力。章程对设立人及所有未来的社员均有拘束力,惟并不具法律规范性,其对未来社员所以有拘束力,乃基于其自愿地加入社团而发生。

2. 章程应记载事项^①

社团的章程应以书面为之,其内容分为应记载事项及任意记载事项:

(1) 应记载事项:依“民法”第47条规定:“设立社团者,应订定章程,其应记载之事项如左:一、目的。二、名称。三、董事之人数、任期及任免。设有监察人者,其人数、任期及任免。四、总会召集之条件、程序及其决议证明之方法。五、社员之出资。六、社员资格之取得与丧失。七、订定章程之年、月、日。”

(2) 任意记载事项:社团之组织,及社团与社员之关系,以不违反第50条至第58条之规定,得以章程定之,如关于社员、社团设施的使用权,董事代表权的限制等。

^① 请比较“民法”第47条规定章程应记载之事项,及第48条规定社团设立时,应登记事项的不同,并思考其不同的理由。

(四) 社团总会及决议

1. 社团总会的意义

法人不能自行活动,必赖其机关而行为,社团必备的机关,除董事外,尚有社团总会,“民法”第50条第1项规定:“社团以总会为最高机关。”其意义有四:

(1) 社团总会由社员构成之,故亦称社员总会(公司法则称为股东会)。

(2) 社团总会为社团的必备机关。

(3) 社团总会为社团的意思机关,董事为执行机关,监察人为监察机关。

(4) 社团总会为社团的最高机关。

2. 社团总会的权限

社团总会为社团的最高机关,表现于其广泛的权限之上,第50条第2项规定:“左列事项应经总会之决议:一、变更章程。二、任免董事及监察人。三、监督董事及监察人职务之执行。四、开除社员。但以有正当理由时为限。”此为专属于总会的权限。此外,凡董事或其他机关所不能处理的事项,如社团的任意解散,总会得决议之。

3. 社团总会的召集

关于社团总会的召集,尤其是何人有权召集,召集程序如何,关系总会活动至巨,故“民法”第51条特为明确规定,即:①总会由董事召集之,每年至少召集1次。董事不为召集时,监察人得召集之。②如有全体社员十分之一以上之请求,表明会议目的及召集理由,请求召集时,董事应召集之。董事受请求后,1个月内不为召集者,得由请求之社员,经法院之许可召集之。③总会之召集,除章程另有规定外,应于30日前对各社员发出通知。通知内应载明会议目的事项。

4. 总会决议

(1) 决议的性质

总会决议乃出席会议之一定人数的表决权人所为意思表示,而趋于一致的共同行为。此属一种集体意思形成的行为,纵有相反的意思表示,只要其同意的人数达于法律规定,其决议即可成立,与契约之须全体意思合致,自有不同。

表决权人于总会所为的投票,系以总会主席为对象之须受领的意思

表示。为使决议的法律关系明确,此项投票不得附条件。又为避免决议之法律效力悬而待定,未成年人的投票须得法定代理人事先允许,否则其投票不生效力,惟决议已达法定人数时,其效力不因此而受影响。法定代理人同意未成年人加入社团时,并不当然即可认其允许该未成年人得就社团事务而为投票,此应就具体情事,尤其是未成年人的年龄判定之。^①

(2) 决议的种类,普通决议与特别决议

总会决议依出席人数及表决同意人数的不同,可分为普通决议及特别决议。

“民法”第52条第1项规定:“总会决议,除本法有特别规定外,以出席社员过半数决之。”是为普通决议。所谓本法之特别规定,即指特别决议而言,其情形有二:

① 变更章程:“民法”第53条规定:“社团变更章程之决议,应有全体社员过半数之出席,出席社员四分之三以上之同意,或有全体社员三分之二以上书面之同意。受设立许可之社团,变更章程时,并应得主管机关之许可。”

② 解散社团:“民法”第57条规定:“社团得随时以全体社员三分之二以上之可决,解散之。”

5. 决议的效力

(1) 总会决议有拘束全体社员的效力。

(2) 总会决议之内容违反法令或章程者,无效(第56条第2项)。此之无效系属当然无效,无待请求法院宣告,立法目的在于防止假借社团名义,作成违反法令或章程的决议,危害公众利益。

(3) 总会之召集程序或决议方法,违反法令或章程时,社员得于决议后3个月内请求法院撤销其决议。但出席社员,对召集程序或决议方法,

^① “法务部”法律决字第14181号函释:按股份有限公司股东之表决权乃股东对于股东会之决议事项为可决或否决之意思表示,而借以形成公司意思之权利。故有关股份有限公司未成年股东应如何行使表决权,“公司法”尚无特别规定,似应适用“民法”关于意思表示之规定;亦即应按该未成年股东为无行为能力人或限制行为能力人,分别依“民法”第76条规定由法定代理人代为行使,或依同法第77条规定其行使应得法定代理人之允许。而上开法定代理权之行使,依同法第1086条及1089条规定,除法律另有规定外,应由未成年子女之法定代理人即其父母共同为之;换言之,该未成年股东之表决权,应按其为无行为能力人或限制行为能力人,分别由其父母共同代为行使或其行使应得父母共同允许之方式处理。载《“法务部”行政解释汇编》(第一册),1992年版第196、735页。

未当场表示异议者,不在此限(第56条第1项)。其未出席的社员则得否提出撤销其决议之诉,不无疑问,实务上系采肯定说。^①

(4) 关于社团总会(如律师公会会员大会)、公司股东会决议的撤销及无效之诉,系实务上常见的问题,应请注意。^②

(5) 第56条第1项规定于非法人团体亦得类推适用。^③

(五) 社员的地位

1. 甲社团法人章程订定事项如下,其效力如何:

(1) 年满18岁者,得申请入社。社员的地位,得由其长子继承或让与之。(2) 社员非经社员总会决议,不得退社。(3) 学生会员,会费减半,无表决权。

2. 民法教授某甲欲申请加入“台湾民法学会”为会员(社员),竟被拒绝,甲教授自认符合章程所定入会条件,而其不能加入势将影响其职业及学术活动时,得否诉请法院裁判该学会有接受其入会的义务?

3. 甲公益社团法人社员总会记名投票先选举董事,其后则表决是否与A社员续订租屋之契约。A亲自出席,并代理B社员及C社员行使表决权,均投自己之票,并赞成与自己续订租约。结果以两票之多数当选为董事,两票之多数通过续订租约,其效力如何?

1. 社员的权利与义务

社员为社团成立的基础,且为最高机关(总会)的构成分子,社员与

^① 参见“法务部”1991法律字第01195号函释:依“民法”第56条第1项规定之文义及立法理由以观,社团总会之召集程序或决议方法违反法令或章程时,曾经出席总会而对于召集程序或决议方法未当场表示异议之社员,固不得请求法院撤销决议,但未出席或出席而当场表示异议之社员,均得依法请求法院撤销之(参见“民法”总则、“民法总则施行法”修正条文暨说明第32、33页)。载《“法务部”行政解释汇编》,第一册,第115页。

^② 参见“最高法院”1984年台上字第595号、2009年台上字第325号判决、2002年台上字第1848号判决。

^③ 参见“最高法院”99台上634判决:“依‘平均地权条例’第58条及‘奖励土地所有权人办理市地重划办法’第3条自行组织成立重划会而办理市地重划,就重划区内土地所作成之分配,因涉及参与重划土地所有人之权益,须经重划会会员大会之决议认可,具有高度之自治性,该会员大会系参与重划土地所有人之意思机关及最高权力机关,所为之决议性质上可与社团总会之决议同视。倘重划会会员大会之召集程序或决议方法违反法令或章程时,为使重划区之土地所有人达地尽其利,促进地方快速发展之目的,重划会之会员自得类推适用第56条第1项规定,于决议3个月内请求法院撤销其决议,初不因该重划会仅系一非法人团体而受影响。”

社团之间成立一种法律关系,发生一定的权利与义务,而使社员在社团享有一定的地位。社员的权利义务,依章程规定,章程未规定时依法律。

(1) 社员的义务

关于社员的义务,“民法”未设明文。社团章程通常规定社员有交纳会费参与社团行政等义务。基于社团系人的结合关系,社员负有一般的忠实义务,一方面不得从事侵害社团目的或妨害社团活动的行为;另一方面须促进实现社团之目的及参与社团活动。

(2) 社员的权利

社员的权利可分为共益权与自益权两种。共益权指以完成法人所担当的社会作用为目的,而参与其事业的权利，“民法”设有规定的,如表决权(第52条第2项)、请求或自行召集总会之权(少数社员权,第51条)、请求法院撤销总会决议之权(第56条第1项)等。自益权指专为社员个人的利益所有之权,如利益分配请求权、剩余财产分配请求权及社团设备利用权。

(3) 社员权在侵权行为法上的保护

此种因社员资格而发生,兼括一定权利或义务的地位,学说上称为社员权。^①“民法”第184条第1项前段所称权利,应包括社员权在内,因故意或过失不法侵害社员权者,应负损害赔偿责任。^②

2. 社员资格的取得与丧失

(1) 社员资格的取得

① 取得方法

社员资格的取得方法有二:A. 参与社团的设立,设立人因法人的成立,当然为社员。B. 入社,即依章程所定程序加入成立后的社团而成为社员。凡有权利能力者,皆得为社员,故社团章程订定满18岁者得申请入社,自属有效。入社的性质系社团法人与新社员间的契约,故未成年人人社须得法定代理人同意,始生效力(第79条)。

① 通说认为,社员权者系指社员对于社团所有权利义务的总称,因其系以社员的资格为基础,故具有身份权的性质,但社员得基于自益权,受领或享受财产利益,故亦具有财产权的性质,可认为系兼具身份权及财产权性质的特殊权利。社员权亦属一项值得作深入研究之问题。Mathis Habersack, Die Mitgliedschaft—subjektives und sonstiges Recht (Jus Privatum 17), 1996.

② 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第170页。

② 强制接受入社。

基于结社自由及社团自主,社团对于是否接受社员入社,有其自由,申请人社者纵具备社团章程所定要件,原则上亦无人社请求权。对社团言,并无接受入社的强制(Aufnahmezwang)。惟法律规定有接受入社义务者,依其规定,如“律师法”第11条第1项规定:“律师非加入律师公会,不得执行职务;律师公会亦不得拒绝其加入。”

某社团在经济、社会或专业领域具有独占的地位,而其拒绝入社构成违反章程的不当差别待遇,或重大影响请求入社者职业或专业活动时,得否使该社团负有接受加入社团的义务,是一个值得研究的课题(参见例题2)。^①

③ 社员资格的让与或继承。

社员资格有无专属性,能否让与或继承?“民法”无明文,德国民法第38条明定不得让与或继承,但章程另有规定者,不在此限(《德国民法典》第40条)。在民法亦采相同见解,盖社团系以公益为目的,社员享有共益权,社员其人的性质,极其重要,非法律或章程有特别规定,不得让与或继承。

(2) 社员资格的丧失

① 社员退社

退社系因社员一方的意思表示脱离社员地位的行为。罗马法谚有云:“无论何人不负违反其个人之意思,留于团体中之义务。”此项原则实属正确,否则将过分限制人之自由,使其无法脱离其所不欲参加社团。“民法”亦明文规定,社员得随时退社(第54条第1项)。因此章程规定社员不能退社,或须经总会决议始能退社者,应不生效力(第49条)。惟章程得限定于事务年度终或经过预告期间,始准退社,此项预告期间不得超过6个月。倘有“重大理由”存在者,例如遭受不合理的排斥或侮辱时,社员得随时退社,不受此项期间之限制。已退社(或开除)的社员,对于社团之财产无请求权,但非公益法人,其章程另有规定者,不在此限。又已退社(或开除)之社员,对于其退社(或开除以前)应分担之出资,仍负清偿之义务(第55条),自不待言。

^① Köhler, AT S. 282 ff.; Larenz/Wolf, AT S. 182 ff.; Medicus, AT S. 456 ff.

② 开除社员

社员因被开除而丧失其社员资格,此涉及所谓社团罚(Vereinsstrafe),俟于下文再行说明。

3. 平等权利及平等处遇

关于社团与社员的关系,应适用平等权利及平等处遇原则。^①惟此并不排除合乎事理的不同处遇,如社团章程得将社员分为普通社员、学生社员,并对学生社员减半收费(参见例题1)。需注意的是,“民法”第52条第2项规定:“社员有平等之表决权。”可知民法上的社团法人,社员表决权均属平等,不因出资多寡而有差异,与公司(营利社团法人)一般有一个表决权不同(“公司法”第179条第1项以下规定),故在上揭例题1,甲公益社团法人章程规定学生社员无表决权,与法有违,应属无效(第49条)。

4. 利益冲突与社员表决权的回避

“民法”第52条第4项规定:“社员对于总会决议事项,因自身利害关系而有损害社团利益之虞时,该社员不得加入表决,亦不得代理他人行使表决权。”又依同条第3项规定:“社员表决权之行使,除章程另有限制外,得以书面授权他人代理为之,但一人仅得代理社员一人。”所称得授权“他人”代理,不以社员为限。在前揭例题3,甲公益社团法人社员总会选举董事,应解为与社员自身不具利害关系,故A社员得加入表决,并代理他人行使表决权,但仅得代理一人,超过部分,应属无效。A当选董事的票数超过两票,虽扣除一票,仍符当选票数,故A当选为董事,不受影响。至于甲社团法人与社员续订租约,事涉财产利益,社员具有利害关系,A不得加入表决,亦不得代理他人行使表决权。今以两票的多数通过续订租约,此项决议扣除违反规定行使表决权的3票,未达必要票数,应属无效。^②

^① Götz Hueck, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 173 ff., 213 f.

^② “最高法院”1999年台上字第2590号判决同此见解:“再股东对于股东会决议事项是否有‘自身’利害关系,亦应以该法人股东而非其指定之代表人为认定之标准,概因该代表人本身并不具有股东身份使然;且只须有自身利害关系致有害于公司利益之虞时,此表决权行使之回避,无待股东会决议不得行使股东权,亦不问股权数多少,除不得以自身之股权数加入表决外,亦不得代理其他股东行使表决权,以确保股东及公司之权益,此乃立法之本旨。”

又需注意的是,“民法”第52条第3项所称“得以书面授权他人代理为之”,是否包括非社员?“最高法院”2010年台上字第634号判决谓:“同条(编按:‘民法’第52条)第3项既仅规定,社员表决权之行使,除章程另有限制外,得以书面授权他人代理为之,对于代理人资格之限制,并未明文规定以社员为限。则于非社员而与总会决议有利害关系,且与社团利益相冲突时,是否得代理该社团之社员而为表决?为避免损及社团之共同利益,并贯彻该条项增设社员表决权行使回避规定之旨趣,自仍不得为之。此项规定,于自办市地重划会会员行使表决权之情形,依上说明,亦难谓无类推适用之余地。”可供参考。

(六) 社团罚:社团对社员的制裁

某社团法人章程订定如下事项时,其效力如何:

(1) 开除会员得不经总会决议,而由董事会决之。

(2) 社员连续2年未交会费者,不得使用社团俱乐部及其他设施,连续3年未交者,应受停权处分,无出席及表决之权利。连续4年未交会费者,罚款5000元。此类制裁如何受法院的审查与控制?

1. 社团罚的意义及法律基础^①

为维持社团的纪律及秩序,社团对社员常须为一定的制裁,诸如开除、停权、罚款、不许使用社团设施等,德文称为 Vereinsstrafe (暂译为社团罚或社团制裁)。此类制裁多属对社员权的限制,如社员连续2年未交会费时,不得使用社团俱乐部及其他设施,系在限制其自益权。社员连续3年未交会费时,应受停权处分,系在限制其共益权。连续4年未交会费者,罚款5000元,则属其他的制裁方式。社团章程所以得制定此类制裁措施,系基于法律所赋予的社团自治权限,社员因入社,依其法律行为上

^① 社团罚(Vereinsstrafe)的法律性质及法院审查权,系德国民法上重要问题,在“民法”上亦值得深入研究,特列举重要参考资料如下: Volker Beuthien, Die richterliche Kontrolle von Vereinsstrafen und Vertragsstrafen. BB 68, Beilage 12; Werner Flume, Die Vereinsstrafe, Festschrift. für Bötticher, 1969, S. 101; Frank van Look, Vereinsstrafen als Vertragsstrafen, 1990; Ulrich Meyer-Cording, Die Vereinsstrafe, 1957; Herbert Wiedemann, Richterliche Kontrolle privater Vereinsmacht, JZ 68, 219; Karl Larenz, Zur Rechtmässigkeit einer “Vereinsstrafe”, Gedächtnisschrift für Rudolf Ditzel, 1973, S. 45; Harm Peter Westermann, Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht, 1972. 德国教科书简要说 Köbler, AT S. 283 ff.; Medicus. AT S. 459 ff.; Wolf/Neuner, AT S. 185 ff.

的同意,而受其拘束。因此,关于制裁的要件、种类及程序,原则上应于章程加以规定。

2. 社员的开除

开除指因法人一方面的意思,而剥夺社员资格,亦称除名。开除社员利益至巨,开除社员的事由,原则上应于章程规定。“民法”第 50 条第 2 项第 4 款规定,开除社员应经总会之决议,但以有正当理由为限。其规范意义在于除章程规定外,经总会之决议,亦得开除社员,但须有正当理由,此相当于继续性债之关系,基于重大事由而为之终止契约。所谓正当事由,如甲政党的党员公开为乙政党站台助选;某合唱社团的团员常唱错调子,影响合唱效果。^①于此等情形,社团应具体说明开除的正当事由,使法院得为控制。

章程规定开除社员得依董事会决议行之时,其效力如何?“最高法院”1961 年台上字第 1031 号判决认为,“民法”第 49 条规定,社团与社员之关系须以不违反公司法第 50 条至第 58 条之规定为限,始得以章程定之。公司法第 50 条第 2 项第 4 款规定开除社员须有正当理由,并经社团最高机关之总会决议为之,“则上诉人章程第 10 条关于开除社员得不经最高权力机关之会员代表大会决议,可由理事会全权代行之规定,自属违背法令,而其理监事联席会议据以决议开除被上诉人会员资格,即属无效”,可供参照。^②

3. 法院的审查及控制

社团总会决议对社员为制裁时,被制裁的社员得以总会召集程序或决议方法违反法令或章程,于决议后 3 个月内,请求法院撤销其决议。又总会决议的内容违反法令或章程者,无效(第 56 条)。此外,鉴于社团罚系基于社员的同意,相当于违约金,从而应类推适用“民法”第 252 条“约定之违约金过高者,法院得减至相当之数额”之规定,依比例及衡平原则将过高的社团罚(如停止社员权限、罚款数额)减至相当程度。法院的审查包括事实认定及法律的适用,为维护社团自主原则,应适当尊重社团的裁量及判断余地。

^① 此例参照 Medicus, AT S. 438 ff.

^② 参见《裁判类编·民事法》(6),第 693 页。

(七) 无权利能力社团^①

甲律师、乙会计师、丙工程师及丁医师等 30 人各出资 100 万元，设立 A 名流长春俱乐部，订有章程，设有组织，经推选甲、乙、丙为董事，并决定不办理许可及登记，以取得社团法人资格。甲及乙以该俱乐部名义向 B 购买山坡地，价金 500 万元，由丙负责建筑别墅、游泳池及其他设施，因疏于注意水土保持，发生山崩，压倒 C 的房屋。试问：

1. 设 B 拒不给付时，A 名流长春俱乐部得否以其名义提起诉讼？
2. 某 D 团体冒用 A 名流长春俱乐部名义招揽会员诈骗钱财时，是否构成侵害该俱乐部姓名权或名誉权？
3. 由甲及乙以 A 名流长春俱乐部名义购买之土地，应如何办理登记？
4. B 应向何人请求支付价金？
5. C 应向何人请求损害赔偿？

1. 概说

(1) 无权利能力社团与非法人团体

无权利能力的社团，系德文 *Der nichtrechtsfähige Verein* 的译译，系指与社团法人有同一实质，但无法人资格团体而言。所谓与社团法人有同一实质，指其系由多数人为达一定之共同目的而组织的结合体。其与社团法人主要的区别在于未依法律规定，取得法人资格。此类团体甚多，何以不依法律规定，取得法人资格，理由不一，唯对社会文化经济活动，具有重要贡献。

现行“民法”并无“无权利能力社团”的用语。“民事诉讼法”第 40 条第 3 项规定：“非法人之团体，设有代表人或管理人者，有当事人能力。”非法人团体的范围，除无权利能力社团外，尚包括合伙、台湾神明会等^②，

^① 参见吕太郎：《无权利能力社团》，载《民法总则争议问题研究》，（杨与龄主编）五南 1998 年版，第 156 页；陈荣宗：《非法人团体之权利能力论》（上、下），载《法学丛刊》，第 33 卷第 2 期、第 33 卷第 3 期，第 131 页。

^② 关于台湾神明会的法律性质、权利能力、诉讼能力，参见“最高法院”1998 年台抗字第 131 号裁定；另“最高法院”2009 年台上字第 2089 号判决谓：“按神明会可分为财团性质之神明会及社团性质之神明会。财团性质之神明会，以会产为会之重心，会员数多而且不确定，会员对于会产并无直接之权利义务。社团性质之神明会则以会员为会之中心，会员数不多而且确定，又社团性质之神明会，除具有社团法人性质之神明会外，一般情形具有浓厚的私益色彩，乃属共同共有之性质。”

其范围较广,应予注意。“最高法院”2011年台上字第484号判决谓:“非法人团体虽无权利能力,然日常用其团体之名义为交易者,比比皆是,‘民事诉讼法’第40条第3项规定此等团体设有代表人或管理人者,于诉讼法上有当事人能力,得为确定私权之请求,则其实体法上虽无权利能力,而不得为权利义务之主体,但不能因此即谓其代表人或管理人以该团体名义所为之法律行为概属无效。……非法人团体如完成法人设立登记,基于同一原则,该非法人团体前取得之权利及负担之义务,即由法人概括承受。”

由“无权利能力社团”的名称,可知此类社团在依法为登记前,不具法人资格,无权利能力,学说与判例均同此见解。值得特别提出的是,“司法院”释字第486号解释认为,自然人及法人为权利义务之主体,固为“宪法”保护的主体。惟为贯彻“宪法”对人格权及财产权之保障,非具有权利能力之团体,亦应受“宪法”保障(阅读之)。

(2) 适用的法律

《德国民法典》第54条规定:“无权利能力之社团,应适用关于合伙之规定,以此种社团名义对第三人所为之法律行为,由行为人自己负责。行为人有数人时,负连带债务人责任。”^①德国立法者所以设此不利于无权利能力社团的规定,乃在实现一定之政治目的,企图迫使当时具有政治、社会及宗教性质的团体,登记为社团法人,以便监督管理。惟此项立法上的期待,始终未获实现,工会、学生团体、宗教组织仍多拒不登记以取得法人资格。处此情形,仍适用合伙规定,实不符合此类组织体的本质,德国学者乃严厉批评《德国民法典》第54条系属忽视事实的立法上错误^②,法院则致力于可能的范围内类推适用关于社团的规定,使无权利能力社团摆脱《德国民法典》第54条第1项前段规定对其发展所加的束缚。

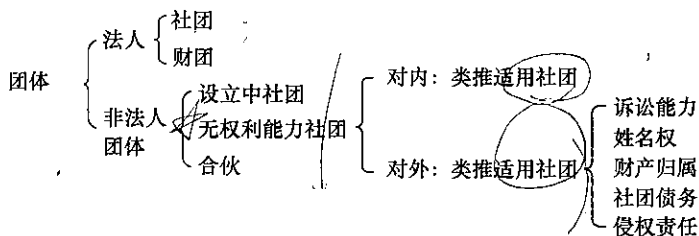
台湾地区“民法”的前身《大清民律草案》第140条曾规定:“无权利能力之社团不问是否合伙,应从合伙之规定。”同草案第141条规定:“以

^① § 54 BGB: “Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäft, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner”.

^② Larenz/Wolf, AT S. 211; Köhler, AT S. 291 f.; Wolf/Neuner, AT S. 122 f.

无权利能力之社团之名义而与第三人为法律行为者,就其行为应负责任。前项行为者有数人,应连带负责。”现行“民法”未采此立法例,保留给判例学说发展的空间,实属明智之举。

至于法律上如何规范无权利能力社团,有学者认为,对内关系及对外关系均适用关于合伙规定,此系以《德国民法典》第54条为依据。亦有学者认为,对内关系上,鉴于其所具社团的本质,应类推适用关于社团规定,在对外关系,为保护交易安全,应类推适用关于合伙规定。本书认为,无权利能力“社团”既具组织体的构造,其实质同于社团,而异于合伙,不论对内、对外关系,原则上均应类推适用社团的规定。在进一步说明前,为便于观察,图示如下:



2. 权利能力与当事人能力

无权利能力社团既未依法成立而取得法人资格,在实体法上无权利能力。然如前所述,无权利能力社团亦属非法人团体的一种,依“民事诉讼法”第40条第3项的规定,有当事人能力,得为起诉或受诉主体,俾能透过诉讼,解决纠纷。故在前揭例题,A名流长春俱乐部,得以其名义对B提起履行买卖契约的诉讼。

3. 姓名权

无权利能力社团通常亦使用一定名称,与他人区别,以表示其独立性及持续的存在。有关自然人姓名权(或名誉权等)的保护规定,得类推适用于法人,已成定论,应更进一步类推适用于无权利能力社团。故A名流长春俱乐部就D团体冒用其名义诈骗钱财,得请求法院除去其侵害,有受侵害之虞时,得请求防止之,受有损害时,并得请求损害赔偿(类推适用第18条、第19条)。

4. 财产归属

无权利能力社团因无法人资格,不具备权利能力,不能为权利之主体,故该社团的财产应属总社员共同共有(第668条、第827条)。不动

产物权不能以无权利能力社团的名义登记,仅能以总社员名义为之。故在前揭例题,A名流长春俱乐部自B取得的土地,应以甲、乙、丙、丁等30名会员名义登记。在此情形,其不动产登记将因个别会员的加入或退出,有随时变更的必要,于会员众多的社团,实属不便。克服此项问题,有两个途径可资采取:①由社员设立具有法人资格的公司,而以其名义登记之;②以可堪信赖的自然人(董事或其他之人)为信托关系的受任人,以其名义为登记。究采何种途径,当视无权利能力社团性质及组织而定。以前,在政党不能依法成立法人的时期,若干政党多采前者。规模较小的无权利能力社团,则采后者。在本题,A名流长春俱乐部言,会员人数不多,且自称名流,彼此多具信赖性,应得信托董事一人或数人,以其名义登记自B受让的土地所有权。

5. 社团债务

无权利能力社团既无法人资格,不能享受权利,亦不得负担义务,该社团的债务应归属于总社员共同负担,而以该社团财产为清偿,社员的责任以出资额为限。①依“民事诉讼法”第40条第3项规定,无权利能力社团有当事人能力,亦得被诉,故在前揭例题,土地出卖人B得以A名流长春俱乐部为被告,诉请支付价金,并得就其财产为强制执行。

6. 侵权责任

无权利能力社团的董事或其他代表机关因执行职务加损害于他人者,应类推适用“民法”第28条规定,使该社团与行为人连带负损害赔偿~~责任~~。丙系A名流长春俱乐部的董事,负责建筑其设施,系执行职务。因水土保持失周,发生山崩,压倒C的房屋,乃因过失不法侵害他人之权利(第184条第1项前段),被害人C得依“民法”第28条规定,请求A名流长春俱乐部与丙董事连带负赔偿责任。

六、财团法人^②

张立德生于穷困,长于忧患,刻苦励学,发明多种专利而致富,本

① 参见洪逊欣:《民法总则》,第139页;德国通说, Brox, AT S. 328。

② 财团法人是个值得深入研究的课题,参见“行政院”研究发展考核委员会:《财团法人制度之探讨》,1971年;叶大懋:《财团法人管理与监督之研究》,中兴大学1984年度硕士论文;黄子能:《日本公益信托与财团法人制度之比较研究》,载《法务通讯》1992年第1585期、1586期;邱聪智:《捐助行为概念释析》,载杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,五南1998年版,第219页。

着取诸社会,用诸社会之旨,订立章程,捐助房屋一栋及银行定期存款千万元,设立“财团法人张立德社会福利文教基金会”,于7月18日向主管机关提出许可之申请。不料张氏于同月25日意外死亡,此时主管机关尚未为设立财团的许可。试问:

1. 张氏的继承人得否撤回张氏的捐助行为?
2. 主管机关许可设立后,应如何办理登记?
3. 捐助财产如何归属于成立后的财团法人?
4. 财团法人成立后,某乙得否以张氏于生前已将该捐赠房屋出售予乙,有害及其债权而撤销该捐助行为?
5. 章程规定该财团法人因故解散时,其财产一半归于台湾民法学会(社团),一半归张氏企业者,其效力如何?
6. 设章程规定董事会于必要时得修改章程者,其效力如何?
7. 该财团法人之董事决议将其银行存款一半捐赠丙财团法人消费者文教基金会时,其效力如何?

(一) 捐助行为的性质及撤回

1. 捐助行为的法律性质

张立德氏捐助财产,订立章程,以设立财团法人,其本人即为设立人。设立财团只要一人而已足,实务上亦以一人为常见。此种捐出财产,以设立财团为目的之行为,学上说称为捐助行为(Stiftungs geschäft),性质上属于单方捐助行为,得于生前为之,是为生前捐助行为,应订立捐助章程,故为要式行为。捐助行为亦得以遗嘱方式为之,此种遗嘱捐助,无另定章程之必要。在前揭例题,张立德系采生前捐助方式。

应注意的是,捐助行为无论采取何种方式,均因捐助人一方的意思表示而生效力。财团之设立固须得主管机关之许可,但许可系属公法上行为,不得因此而认为主管机关系捐助意思表示的相对人,故捐助行为系属无相对人的单独行为。

2. 捐助行为的撤回

在张氏于完成捐助行为后死亡,其捐助行为不因此而受影响(第95条第2项)。捐助行为于主管机关许可时,发生效力,故设立人于受主管官署许可之前,得撤回(有称为撤销)其捐助行为。原捐助入于财团法人办理登记后,即不得撤回其捐助行为。本例题,张立德的生前捐助行为尚未被许可,其继承人是否得撤回?《德国民法典》第81条第2项规定,设

立财团之申请业经呈递者,捐助人的继承人,不得撤回被继承人的捐助行为。至于遗嘱捐助行为,无论已否提出申请设立,均不得撤回,否则将不仅辜负设立人倡导公益之热忱,且影响及于社会公共的利益。“民法”虽未设明文,似应采同样解释。

(二) 许可后的登记

财团法人经主管机关许可设立后,应由董事向其主事务所及分事务所所在主管机关登记,并应附具章程备案(第 61 条第 2 项)。此之所谓主管机关指地方法院而言(“民法总则施行法”第 10 条)。财团登记时应登记之事项为:① 目的。② 名称。③ 主事务所及分事务所。④ 财产之总额。⑤ 受许可之年月日。⑥ 董事之姓名及住所,设有监察人者,其姓名及住所。⑦ 定有代表法人之董事者,其姓名。⑧ 定有存立时期者,其时期。

(三) 捐助的财产及其归属

1. 捐助的财产

捐助行为系以财产为标的,设立财团法人。财产指具有经济上利益而得为交易标的者,如物权、准物权、债权、智慧财产权,并包括有价证券等股票,不论上市与否,均得作为捐助财产。捐助财产的数额,“民法”未设规定,实务上各主管机关颁行的监督准则多设有一定最低数额的限制。捐助财产须于财团成立时确定。

2. 捐助行为系负担行为

在民法上的捐助行为非属物权行为,而为负担行为。财团法人成立时,设立人或其继承人(在遗嘱捐助,为立遗嘱人的继承人或遗嘱执行人)负有移转财产的义务。动产物权须经交付(第 761 条),不动产物权须经登记(第 758 条),财团始取得其所有权或其他物权。惟得以让与的意思表示径行移转之权利(如债权),在解释上可认为于财团成立时,当然移转于财团。准此以言,张立德捐助财产中的银行定期存款部分(对银行债权),于财团完成设立时,即归属于财团。房屋部分则须由张氏的继承人办理移转登记,始由财团取得其所有权。

(四) 债权人的撤销权

捐助行为既属法律行为的一种,有法律上撤销原因时,如设立人意思表示错误,被诈欺或被胁迫而为意思表示,均得撤销之(第 88 条、第 89 条)。又设立人所为捐助行为,系属无偿行为,有害及债权人者,债权人亦得申请法院撤销捐助行为。张立德所捐助的房屋既原已出卖予乙,乙得请

求交付其物并移转其所有权(第348条),享有债权,倘张立德的其他财产不足清偿全体债权人的利益时,乙得依“民法”第244条规定撤销其捐助行为。惟财团成立后,则不得撤销。捐助入于捐助行为成立后,经济状况发生显著变更,如因捐助行为之履行致其生计有重大影响或妨碍其扶养义务者,得拒绝履行捐助行为(第418条的类推适用)。

(五) 财团解散后其剩余财产权的归属

“民法”第44条规定:“法人解散后,除法律另有规定外,于清偿债务后,其剩余财产之归属,应依其章程之规定,或总会之决议。^①但以公益为目的之法人解散时,其剩余财产不得归属于自然人或以营利为目的之团体。如无前项法律或章程之规定或总会之决议时,其剩余财产归属于法人住所所在地之地方自治团体。”依此规定,设财团法人张立德文教基金会的章程规定解散时,其财产一半归于“台湾民法学会”,固属有效;另一半归于张氏企业,应属无效。依适用“民法”第44条第2项规定,该部分剩余财产应归属于法人住所所在地之地方自治团体。

(六) 章程的修改

财团之组织及其管理方法,由捐助入以捐助章程或遗嘱定之。捐助章程所定之组织不完全或重要之管理方法不具备者,法院得因主管机关、检察官或利害关系人之申请,为必要之处分(第62条)。为维持财团之目的或保存其财产,法院得因捐助入、董事、主管机关、检察官或利害关系人之申请,变更其组织(第63条)。由是可知,财团组织及目的之变更须具备特定之要件,并须由法院为之。因此假设章程规定,董事会有修改章程之权限者,即于法有违,纵使章程明定,须经主管机关核准修改始生效力,亦然。财团法人系属他律法人,并无社员,无社员总会作为其最高意思机关以变更章程,仅能依一定程序由法院为必要之处分。董事之权限在于对内执行法人事务,对外代表法人,“民法”第27条设有明文,不能径由章程授以修改章程之权限。

^① 财团法人章程对解散后剩余财产之归属多设有规定,如财团法人《长庚纪念医院章程》第12条规定:“本院如停办后,所有剩余财产,均不以任何方式归属于个人或私人企业,并由主管卫生机构接受处理之。”财团法人《国泰企业机构社会福利基金会捐助及组织章程》第18条规定:“本基金会有存立时期为永久性,如因故解散时,其所得剩余财产概捐赠于政府或教育、文化、公益、慈善等公益团体。”财团法人《工业技术研究院捐助章程》第24条规定:“本院因情事变更,不能达到设置条例之目的时,得由主管机关解散后依法清算,其清算后之财产悉数捐赠××银行。”

(七) 财团财产的处分

财团法人在未解散前,将其财产之一部或全部捐赠予另一财团法人,此种赠与行为是否有效,须就其具体情形,分别论断,如为全部的捐赠,则法人本身毫无财产保留,无从完成其特定之目的,显与法定存在要件有违,其赠与虽非当然无效,但利害关系人得依“民法”第64条规定,申请法院宣告其行为无效。如为一部的捐赠,倘系出于法人之特定目的范围内,尚难谓非达成法人目的之一种活动,自不能否定其效力。准此以言,财团法人张立德社会福利文教基金会将其财产一半捐赠予丙财团法人消费者文教基金会,既合乎其目的事业,并不影响存在要件,应属有效。^①

^① 相关问题,参见林诚二:《论捐助行为之撤销及捐助财产之处分》,载《台湾本土法学》,2000年第13期,第167页。

第五章 权利的客体

——物、财产、企业

第一节 概 说

某甲的财产包括房屋1栋、汽车1部、银行存款100万元及某书著作权。试说明甲的权利及其“权利客体”。设甲将其房屋、汽车(所有权)让与他人,以其对银行的债权设定权利质权,并将著作权让与他人时,其“处分客体”为何?试说明“权利客体”及“处分客体”的意义。又,“民法”将“物”规定于“民法”总则编,其理由何在?

一、权利客体的概念

权利的主体为人,包括自然人及法人。有主有客,然则权利的客体,究指何而言?著名的民法学者史尚宽先生谓:“权利以有形或无形之社会利益为其内容或目的,例如,物权以直接排他的支配一定之物为其内容或目的,债权以要求特定人之一定行为为其内容或目的,为此内容或目的之成立所必要之一定对象,为权利之客体(Rechtsgegenstand)。即物权之客体为一定之物,债权之客体为特定之人,人格权之客体为人之本身,亲属权之客体为立于一定亲属关系之他人,无体财产权之客体为精神之产物。故权利之客体,依各种之权利而有不同。”^①关于此项见解,应说明者有三:

(1) 狭义的权利客体,指在法律上得为支配的对象^②,除物、精神上

① 史尚宽:《民法总论》,第221页。

② Köhler, AT S. 296 ff.; Wolf/Neuner, AT S. 279 ff.

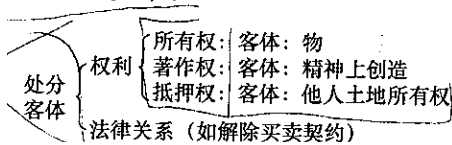
之创造外,尚包括物权(如抵押权)及债权等财产权在内。

(2) 人系权利主体,非为权利的客体。人格权的客体为人之本身,系以人之本身为人格权的存在基础,及其直接现实的表现,乃应受法律保护的对象,而非被支配的客体。亲属权(身份权)蕴涵人格关系,并具义务性质,亦非以立于一定亲属关系之人为支配客体。所谓债权的客体为特定之人,乃指债权以特定债务人为对象,债务人负有一定作为与不作为的义务,债权人有权请求给付的权利,但对债务人的人身或给付行为并无支配的权利。债务人在债之关系上乃居于主体的地位。

(3) 财产(或企业)系各种权利的总称,其本身不得作为权利的客体。在现行法上并无一种得以“财产”(或企业)作为客体的权利(详见后文)。

二、权利客体及处分客体

权利得以物、精神上创造或权利为其支配的客体,是为第一阶层的权利客体。权利本身则得作为权利人处分的对象,乃第二阶层的权利客体。此项得为处分之客体者,除物权、无体财产权(智慧财产权)及债权外,尚包括一定的法律关系(如买卖、租赁)。需注意的是,物为权利的客体,但处分的客体则为物之所有权。^① 例如,所有权得为让与,于债权、著作权得设定权利质权(第900条、“著作权法”第39条),买卖契约得为解除。兹以下图表示此两种阶层关系:



三、“民法”总则第三章的结构及内容

“民法”总则第二章规定“人”作为权利主体。第三章规定“物”作为权利客体。之所以设此专章,旨在维护“民法”体例的完备。之所以仅以“物”为内容,一方面,是因为权利的客体依权利种类之不同而异,难设概

^① 关于此项权利客体(Rechtsobjekte)及处分客体(Verfügungsobjekte)的分类,参见Larenz/Wolf, AT S. 350 f., 383 ff.

括性规定；另一方面，系物不仅为物权的客体，且涉及一切财产关系，如债之关系、夫妻财产关系、继承，甚至刑法上的窃盗侵占等罪的成立，亦莫不与物之概念有关，故“民法”特将之规定于“民法”总则编。

第二节 物

一、物的意义、种类与物权标的物特定主义

某甲经营电子工厂，有千坪土地一笔、A及B两栋厂房、C及D两部电脑、机器人1个。长期敷设轻便轨道1条，使用E及F两辆台车运输器材。庭院有假山，并植有大树3棵，其右侧正兴建员工宿舍一栋，已完成结构体，足避风雨，但未装设门窗及内部装潢。试问：

1. 甲的电子工厂内：(1) 共有多少物；(2) 多少不动产、动产；(3) 多少消费物、非消费物；(4) 多少代替、不代替物；(5) 多少可分物、多少不可分物；(6) 多少单一物、合成物或集合物？将物加以分类，具有何种法律意义？

2. 设甲将该“工厂”出卖予乙，并移转其所有之物时，需做成多少法律行为，始能完成此项交易？又设甲向丙银行贷款时，如何以其工厂提供担保？

(一) 物的意义

1. 学者见解的整理与分析

“民法”总则第三章共设五个条文(第66条至第70条)，就不动产及动产、从物及孳息，设有定义性规定，唯对“物”本身则未作立法解释。学者对物所下的定义，用语不尽一致，因“物”系民法最基本概念，为有助于了解法学者如何解释法律概念，及学习如何为法律概念下定义，列举其具有代表性者如下：

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。^①

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

^① 参见黄右昌：《民法总则论解》，第187页。

体之有体物。^①

李宜琛：物者，存于吾人身体之外部，能满足吾人社会生活之需要，且有支配之可能者。^②

王伯琦：人力所能支配而独立成为一体之有体物。^③

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，皆为法律上之物。^④

史尚宽：物者，谓有体物及物质上法律上具有能支配之自然力。^⑤

据上述各家对物所下定义加以比较观察，除其用语繁简有别外，范围亦有不同。有强调不包括吾人身体者，有未提及者，有认为应包括有体物及无体物者，有认为仅限于有体物者，有特别提出自然力，有未提及者。初见之下，似颇有差异，实则此仅为措辞或强调的不同，实质内容殆属一致，分四点言之：

(1) 物不包括人的身体，人的身体为人格所附，不能为物。

(2) 物须为吾人所能支配，其不能由吾人对之为支配者，如日、月、星辰，均不足作为权利客体。

(3) 物必须独立为一体，能满足吾人社会生活的需要。一丝线、一粒米，在交易上不能独立为人类的生活资料，非法律上之物。

(4) 有疑问的是有体物、无体物及自然力。胡长清、王伯琦、史尚宽诸氏之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，电气及其他自然力，能为吾人所控制而足为吾人生活之资料者，无不可称之物。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。^⑥ 易言之，物并不包括权利在内。

据上所述，学者对物的意义，基本上采相同见解：即物者，指除人之身

① 参见胡长清：《民法总论》，第171页。

② 参见李宜琛：《民法总则》，第173页。

③ 参见王伯琦：《民法总则》，第104页。

④ 参见洪逊欣：《民法总则》，第202页。

⑤ 参见史尚宽：《民法总论》，第221页。

⑥ “刑法”第323条原规定：“电气关于本章之罪，以动产论。”经修正为：“电能、热能及其他能量，关于本章之罪，以动产论。”为何于刑法特别规定“以动产论”？

体外)凡能为人力所支配,独立满足人类社会生活需要的有体物及自然力而言。准此以言,在上举例题,甲所经营电子工厂内,计有如下之物:①一笔土地^①;②厂房两栋;③电脑两部;④机器人一个;⑤轻便轨道;⑥台车两辆;⑦员工宿舍一栋。其不属于物者,为庭院内所植大树3棵。因树木与土地密连为一体,是为土地的一部分(参见第66条第2项)。假山或桥梁、堤防、隧道、沟渠、岩石等亦均为土地成分,而非独立之物。

2. 动物非物

依前揭关于物的定义,动物(如狼犬、蛇、樱花钩吻鲑等),亦属于物,且为动产。值得特别提出的是,德国1990年8月20日于《德国民法典》增设第90条A规定:“动物非系物。动物应受特别法律的保护,除另有规定外,准用关于物的规定。”^②此项规定旨在表示对有生命之“物”的尊重,盖以动物与人同为受造者也。^③在台湾地区“民法”,动物仍属物(动产),唯对动物应受保护,对动物的支配,应受特别法的规范,受有限制。^④

(二) 物的种类

1. 不动产与动产

物可分为不动产及动产。“民法”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。”^⑤第66条所称定着物,系指固“定”,且附“着”于土地之物,其属临时搭设(如庙会戏台),可随时移动(如地震后为灾民所建厕所),或与土地密切不分离者(如石墙)者,皆非不动产。准此以言,在甲的电子工厂内属于不动产的有:土地、厂房;属于动产的有:电脑、机器人及台车。

^① 每宗土地按顺序编为地号,每一地号成立一个土地(不动产)所有权,俗称为笔(参见“土地法”第47条“地籍测量实施规则”);

^② 其原文为:“Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.”为配合此项修正,《德国民法典》第251条第2项规定,关于医治动物所生费用,不得以因其费用超过动物价值而认其恢复原状须费过巨,而不予恢复原状。又《德国民事诉讼法》对动物的强制执行亦顾及债务人与动物关系而设有特别规定。参见Larenz/Wolf, AT S. 354; Muhe, NJW 1990, 2238。

^③ Medicus, AT S. 481; Wolf/Neuner, AT S. 258. 认为《德国动物保护法》已设有保护动物规定,“民法”此项规定乃“概念美容”(Begriffskosmetik)。

^④ 参见“野生动物保育法”(1989年6月23日公布)。

^⑤ 船舶及航空器均属动产,但法律设有特别规定,参见“海商法”第6条、“民用航空法”第18条。

须特别说明的是,轻便轨道及员工宿舍。

关于轻便轨道,“司法院”释字第93号解释谓:“轻便轨道,除系临时敷设者外,凡继续附着于土地而达其一定经济上之目的者,应认为不动产。”甲工厂内轻便轨道系长期敷设,运输器材,应认系属不动产。

尚未“完工”的员工宿舍,在如何情形之下,得认为系土地的定着物,系实务上重要问题。“最高法院”从功能的观点,认为屋顶尚未完全完工的房屋,足以避风雨而达经济上使用的目的者,为定着物。^①其未构成定着物的房屋,在未完成以前非土地的重要成分,依“民法”第67条规定,仍应认为动产。^②准此以言,甲工厂内的员工宿舍已完成结构体,足避风雨,虽未设门窗及内部装潢,应认为已经成为土地上的定着物,而为不动产。

不动产与动产的区别具有重大的实益,尤其是不动产及动产上存在的物权种类(所有权及其他物权),得失变更要件的不同。不动产,除所有权外,得设定地上权、农育权、不动产役权、典权(合称为用益物权)及抵押权(担保物权)。动产,除所有权外,得设定动产质权、发生留置权。关于权利变动,不动产依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记不生效力(第758条)。动产物权之让与,非将动产交付,不生效力(第761条,阅读之)。^③其见于债编,最值得注意的是,新增设“民法”第166条之1^④(阅读之);债权人受领迟延时,如给付物为不动产时,债务人得抛弃其占有(第241条)。其他区别实益,请参见“民法”第1101条、“民事诉讼法”第102条、“强制执行法”第45条、第75条等相关规定,兹不赘述。

2. 消费物及非消费物

消费物,指依其性质以使用一次,即为消耗,不能再用于同一目的之

① “最高法院”1974年第六次民庭庭推总会决议,旨在澄清实务上历年认定房屋独立性之疑义,为便于参考,录其全文如下:“‘民法’第66条第1项所谓定着物,系指非土地之构成部分,继续附着于土地,而达一定经济上目的,不易移转其所在之物而言。凡屋顶尚未完全完工之房屋,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,买受此种房屋之人,乃系基于法律行为,自须办理移转登记,始能取得所有权。如买受人系基于变更建筑执照起造人名义之方法,而完成保存登记时,在未有正当权利人表示异议,诉请涂销登记前,买受人登记为该房屋之所有权人,应受法律之保护,但仅变更起造人名义,而未办理保存或移转登记时,当不能因此项行政上之权宜措施,而变更原起造人建筑之事实,遽认该买受人为原始所有权人。”

② “最高法院”2000年台上字第2763号判决。

③ 较详细说明,参见拙著:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第53页。

④ 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第90页。

物;反之,则为非消费物。酒、米、柴、盐、油均为消费物,金钱亦为消费物,因一次使用,而易其主,不能再为使用。至于衣服、宝玉、钻戒,皆为非消费物。甲工厂内之物,或为土地及土地上的定着物,或为电脑、机器人及台车,皆可以同一目的反复使用,均属非消费物。

消费物与非消费物区别的实益,在于借贷、租赁及寄托契约,即电脑、机器人等非消费物,得为租赁或使用借贷之标的物。反之,就金钱、酒、米等消费物,则应成立消费借贷及消费寄托(参见第474条、第602条)。

3. 代替物及不代替物

代替物,指在一般交易上得以种类、品质、数量而定之物,如金钱、酒、米;反之,则为不代替物,如宝石、字画。就甲工厂内之物言,房屋、土地、电脑、机器人、轻便轨道及台车,社会一般观念均注重其个性,系属不代替物。此项区别之实益在于消费借贷及消费寄托之标的物,须为代替物,故就上开甲工厂之物而言,均无成立此两种契约的余地。

4. 可分物及不可分物

可分物,指不因分割而变更其性质或减损其价值之物,如米、酒;反之,则为不可分物,如牛、马、钢琴。甲工厂之物,除土地外,均为不可分物。因此甲将机器人让与乙、丙时,为不可分债权,乙及丙仅得为债权人全体请求给付(第293条第1项)。设土地系甲与他人共有,于分割共有物时,得为原物分配(第824条)。

5. 单一物、合成物、集合物^①

单一物,指形态上为独立一体,且各构成部分已失其个性之物,如牛、马。合成物,指数个之物,未失其个性,而结合成一体,如汽车。集合物,指多数的单一物或合成物,未失其个性及经济上价值,而集合成为有独立经济上价值之一体性(或称为聚合物),可分为事实上的集合物(如畜群、图书馆)及法律上的集合物(财产或企业)。

甲经营电子工厂,系从事企业,其工厂系由各种机器生财集合而成,其中属于单一物的,为土地及房屋。其属于合成物的,为厂房、电脑、机器人、轻便轨道及台车。

^① 物依其能否为标的,可分为融通物(一般物属之)及不融通物(如公有物、公用物、禁制物)。关于公有物,参见翁岳生编:《行政法》(上册)第八章(公有物),元照2000年版。禁制物有禁止其持有及转让者,如鸦片;有禁止其转让但不禁止其持有者,如色情书刊。请参见“枪炮弹药刀械管制条例”及“野生动物保育法”之相关规定。

(三) 物权标的物特定原则及物权之变动

1. 物权标的物特定原则

物权标的物特定原则 (Spezialitätsprinzip des Sachenrechts), 指每一个物权的标的物, 应以一物为原则而言, 故又称为一物一权原则。单一物 (如土地) 及合成物 (如房屋) 在法律上为独立之物, 得为一个单独所有权。集合物 (如图书馆、工厂), 系由数独立之物集合而成, 其本身不能成为物权之标的物, 所有权仅得存在于各个独立物之上, 此非出于逻辑之必要, 乃在于使标的物的特定性与独立性得以确实, 而便于公示, 以保护交易安全。因此, 甲对其“工厂”并无所有权, 其所有权乃存在于每一个独立之物。如上所述, 甲在其工厂内共有 10 个独立之物 (一笔土地、两栋厂房、两部电脑、一个机器人、一条轻便轨道、两辆台车、一栋员工宿舍), 故甲共有 10 个所有权。

2. 工厂的出卖与让与

设甲欲出售其工厂予乙, 须先订立买卖合同 (债权行为), 于当事人就标的物及其价金互相同意时, 即为成立 (第 345 条)。买卖契约之标的物, 不以个别单一物或合成物为限, 集合物亦可, 因此甲得以其整个“工厂”作为买卖合同之标的物, 出售予乙。

至于甲要将其“所有”的“工厂”移转予乙时, 则需要作成物权行为。关于物权行为, 依上述物权标的物特定原则, 应就每一个物个别为之。物之所有权的移转, 因不动产及动产而异。不动产所有权之移转, 除当事人让与合意外, 尚须登记, 始生效力 (第 758 条)。动产所有权的移转, 除当事人间让与合意外, 尚须交付, 始生效力 (第 761 条)。如上所述, 甲的工厂内, 共有 5 个不动产及 5 个动产, 是甲须与乙作成 5 个不动产所有权移转的物权行为, 及 5 个动产所有权移转的物权行为, 始能将其“所有”的工厂移转予乙。

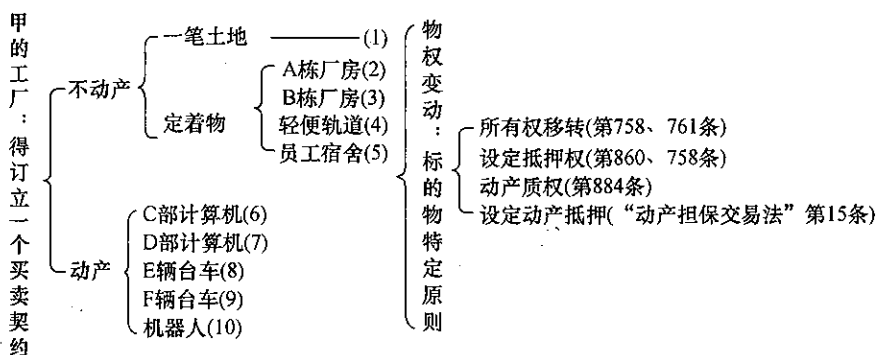
依一般人的见解, 让售工厂仅属一项交易而已, 但在法律上却将之分为买卖合同 (债权行为、负担行为) 及物权行为 (处分行为), 而物权行为须就个别之物做成之。数个动产得一起交付而让与其所有权, 债权行为与物权行为的区别较不显著。但不动产所有权的移转, 则需就个别之物办理登记, 显现物权标的物特定原则。“民法”所以设此规定, 主要在于贯彻物权变动的公示性, 以维护交易安全, 前已论及, 于此再为强调。

3. 担保物权的设定

甲的“工厂”虽得为买卖合同标的物,但不得作为所有权的客体,已详上述。应讨论的是“工厂”本身,得否作为抵押权的客体? 1955年1月6日公布施行的“工矿抵押法”曾规定公用事业,或以营业为目的制造或加工物品之工厂或矿场,得依本法组成财团(工矿财团),设定抵押权。所谓工矿财团系就下列财产之全部或一部分组成之:① 土地房屋或附属建筑物;② 机器、水电、交通等设备或其他附属物;③ 地上权。此为法制上得就集合物设定抵押权的特别立法,已于1965年6月10日因“动产担保交易法”施行而废止,故在现行法上,甲已无从以“工厂”设定抵押权。

因此,甲向银行贷款,需提供担保时,仅能就个别之物设定担保物权。易言之,于不动产(土地及其定着物)得设定抵押权(第860条、第758条)。于动产,倘其无占有使用的必要时,得交付予丙,设定动产质权(第884条);其有占有使用必要时,得依“动产担保交易法”设定动产抵押权(“动产担保交易法”第15条)。应注意的是,倘甲以其“厂房及土地”(工厂),设定抵押权时,实务上一向认为“工厂”中的机器等为工厂的从物,亦为抵押权效力之所及(第862条第1项)。①

对初学习民法之人而言,能够抽象地了解物的意义、种类,区别不动产及动产的实益,并在具体案例中确实加以判断,乃民法入门的基本训练。为便于观察,兹将本例题的重要问题,图示如下:



① 参见司法院1936年院字第1514号、第1553号解释。

二、人的身体与物

1. 甲住院,预定近日手术,因血型特殊,血库存货不多,为安全计,与同一血型之乙,订立卖血契约,手术前夕,乙拒绝输血。试问:(1)甲得否申请法院强制执行或请求损害赔偿?(2)设乙输血后,装于袋内,被丙所盗,甲得向丙主张何种权利?

2. 甲病故,立有遗嘱,捐赠眼角膜予乙医院,其效力如何?设甲未立遗嘱,其继承人丙得否允许移植其眼角膜?

3. 甲医生利用病人乙的血液,未经告知乙,利用该血液获得专利权的血剂时,乙得向甲主张何种权利?①

(一) 卖血契约

1. 契约的效力

甲与乙订立输血的买卖契约,乙不为给付,甲得否申请法院强制执行并得请求损害赔偿?首先应检讨的是,此项买卖契约是否有效成立?

按人的身体,非属物。义齿、义手、义足,因与人之身体连接而成为身体的一部分。以分离身体一部分作为标的契约,是否有效,应视其是否悖于公序良俗而定。例如理发、拔牙,切除感染癌细胞之大肠等契约,均不悖于公序良俗,故为有效。

捐血出于救人,合于公序良俗,固不待言;血液买卖(卖血),虽有金钱上的对价,因其目的在于医疗,亦应认与公序良俗尚不违背。有疑问的是,此类使他人分离身体一部分之契约,何时生效,该他人得否拒绝履行契约?史尚宽先生认为,为输血的血液买卖等,于不致成为重伤之限度虽有效成立,然不能赋予受移植人以由移植人之活体,将其取去的权利,移植人如愿意供给血液,契约始生效力,在此以前其契约尚未发生效力。②德国学者有认为,卖血之人得随时撤回其同意。③两说立论虽有不同,但均肯定对于人体部分的分离,不能强制执行,以维护人之价值与尊严。

据上所述,甲与乙订立输血的血液买卖契约,并不悖于公序良俗,乙

① 参见拙著:《侵权行为法》,北京大学出版社2009年版,第104页。

② 参见史尚宽:《民法总论》,第260页。

③ Köhler, AT S. 304; Taupitz, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper, Acp 191, 1911, 20; 同氏: Die Zellen des John Moore vor den amerikanischen Gerichten, VersR 1991, 369 ff.

事后拒绝输血时,无论解为契约尚未发生效力,抑或认为契约因撤回而失效,甲均不得请求强制执行,甲纵因此而受有损害(如另出高价购血或身体因而受损),亦不得依契约债务不履行规定请求损害赔偿。惟乙拒绝输血,系故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人者,应依“民法”第184条第1项后段规定,负损害赔偿责任。

2. 物权归属

人的身体,虽不是物,但人体的一部分如已分离,不问其分离原因如何,均成为物(动产),由其人当然取得其所有权,而适用物权法的一般规定(得为抛弃或让与)。故乙所输之血,先由乙取得其所有权,再移转予甲(第761条),丙盗取血袋,甲得依“民法”第767条第1项前段规定请求返还其物。

(二) 尸体的法律性质及器官的摘取

甲立遗嘱,死后捐赠其眼角膜予乙医院,系处分尸体的法律行为。甲无遗嘱,其继承人自行捐赠其眼角膜,亦属对尸体的处分。欲判断两者的效力如何,首应究明尸体的法律性质。

按尸体是否为物,甚有争论,有认为尸体非物,不得为继承人所继承,应依法律或习惯以定其处置。^①通说认为尸体为物,构成遗产,属于继承人的共同共有(第1151条),对无权占有尸体者,得依“民法”第767条规定请求返还。然尸体究与其他之物不同,应以尸体之埋葬、管理、祭祀及供养为目的,不得自由使用、收益及处分。^②

以分离人体的一部分为标的之契约,不违背公序良俗者有效,前已论及。生前处分尸体,捐献器官或供医学上之研究,于公序良俗亦无违背,故甲立遗嘱捐献眼角膜予乙医院,应属有效。本人生前未有处分其尸体的遗嘱,死后是否得由其继承人于不悖于公序良俗的情形下,将其眼角膜或其他器官提供移植,难免争论。为对自尸体摘取眼角膜及器官作明确规定,并避免滥用,1982年7月19日公布施行的“眼角膜移植条例”第3条规定:“医师自尸体摘取眼角膜前,应先取得死者亲属之书面同意。但有左列情形之一者,不在此限。一、死者生前曾书具志愿书。二、死者生

^① 参见施启扬:《民法总则》,第225页;Medicus, AT S. 480; Wolf/Neuner, AT S. 123.

^② 参见梅仲协:《民法要义》,第55页;洪逊欣:《民法总则》,第203页;王伯琦:《民法总论》,第105页;史尚宽:《民法总论》,第259页。

前曾为其他捐赠之意思表示,经医师2人以上证明者。”(本条例共14条,请阅读之。)又1987年6月19日公布施行的“人体器官移植条例”第6条第1项规定:“医师自尸体摘取器官以合于左列规定之一者为限:一、死者生前以书面或遗嘱同意者。二、死者最近亲属以书面同意者。”(请参见第2项、第3项;本条例共31条,请阅读之。)

(三) 活体器官移植

关于活体器官移植,“人体器官移植条例”第8条第1项规定:“医院自活体摘取器官施行移植手术,应合于下列规定:一、捐赠器官者须为成年人,并应出具书面同意及其最近亲属2人以上之书面证明。二、摘取器官须注意捐赠者之生命安全,并以移植于其五亲等以内之血亲或配偶为限。”第2项规定:“前项第二款所称之配偶,应与捐赠器官者生有子女或结婚二年以上。但结婚满一年后始经医师诊断罹患移植适应症者,不在此限。”(请参见第3项。)第4项规定:“医院自活体摘取器官施行移植手术,应对捐赠者予以详细完整之心理、社会、医学评估,经评估结果适合捐赠,且在无压力下及无任何金钱或对价之交易行为,自愿捐赠器官,并经其医学伦理委员会审查通过,始得为之。”(请参见第5项、第6项。)

三、物之成分

1. 甲于其所有的山坡地种植苹果树,乙过失误越地界,于甲地种植苹果树。甲出卖其地予丙,并办理所有权移转登记。乙收取其种植的苹果。试问丙得向乙主张何种权利?
(丙无权)

2. 某A任职于汽车修理厂,新购“千里马”轿车。某日发生车祸,A虽侥幸无伤,但其车受损严重,乃擅取B的油漆漆其车,并向盗车集团购买解体C所有同类型新车的引擎,装于其车。其后A再将该车让售予恶意之D。试问B、C得对D主张何种权利?

3. 应使用何种法律概念,处理前揭两个例题?

(一) 成分的意义及种类

1. 成分的意义

欲解答上揭例题所提出的问题,需对成分的意义、种类及法律上效果有基本认识。成分者,物之构成部分也。“民法”第66条第2项所称不动产之出产物,尚未分离者,为该不动产之“部分”,系德文 Bestandteil 之译

译(参见《德国民法典》第94条),与成分殆属同义。

2. 重要成分与非重要成分

物之成分为两种:

(1) 重要成分(wesentlicher Bestandteil),指各部分互相结合,非经毁损或变更其性质,不能分离时,则各该部分,均属重要成分,“民法”第811条所称动产因附合而为不动产之“重要成分”,即指此而言,如房屋的栋梁、土地的石墙、于楼房平台之上加盖无独立出入通路的小屋^①或在他人土地种植竹木、果树。又“民法”第812条所称“动产与他人之动产附合,非毁损不能分离,或分离需费过巨者”,亦系指数动产附合而为合成物之重要成分,如加颜色于画,则颜色为画的重要成分。

(2) 非重要成分(nicht wesentlicher Bestandteil),凡不属于重要成分者均是,就不动产言,如房屋的百叶窗;就动产言,如脚踏车的警铃、汽车的轮胎。

3. 区别重要成分与非重要成分的实益

区别物的重要成分与非重要成分的主要实益,在于重要成分不得单独为权利的客体。“民法”第811条规定:“动产因附合而为不动产之重要成分者,不动产所有人,取得动产所有权。”即明示此项原则。故甲取乙的栋梁,修建已屋,栋梁因附合而成为房屋的重要成分,甲取得其所有权(但参见第816条)。^②“司法院”1940年院字第1988号解释谓:“物之构成部分,除有如‘民法’第799条之特别规定外,不得单独为物权之标的物。未与土地分离之甘蔗,依‘民法’第66条第2项之规定,为土地之构成部分,与同条第1项所称之定着物为独立之不动产者不同,自不得单独就甘蔗设定抵押权。以此项抵押权之设定申请登记者,不应准许。惟当

^① 参见“最高法院”1965年台上字第2055号判决谓:“上诉人以简单之木片材瓦搭盖小木屋,附合于三楼楼房平台之上,无独立出入通路,实已成为该三楼房屋之重要成分,依‘民法’第811条之规定,系争小木屋之所有权,应归属三楼房屋之所有人,不能认系独立存在之建物,被上诉人取得该小木屋之所有权,上诉人仅得请求补偿相当之价金,而不得主张所有权。”

^② 参见梅仲协:《民法要义》,第59页谓:“数个动产,互相附合,各成为合成物之重要成分者,其所有权之归属,应依下述二情形,分别定之。(1)添附之动产,有可视为主物者,该主物所有人取得合成物之所有权。例如甲取乙所有之铜钉,补缀其花瓶,此时甲取得铜钉之所有权,乙仅有偿金请求权,或损害赔偿请求权。(2)添附之动产,无从区别孰为主物者,各动产所有人,按其添附时之价值,共有合成物,例如甲取得乙所有之银块,与自己所有者,一并熔成银条,此时银条之所有权,属于甲、乙共有(参见“民法”第812条及第813条)。”可供参考。

事人之真意,系就将来收获之甘蔗为设定动产质权之预约者,自甘蔗与土地分离,并由债权人取得占有时,动产质权即为成立。”可资参照。法律设此规定,旨在维护物的经济价值。

至于非重要成分,则得单独为权利客体(sonderrechtsfähig),不必与合成物同一法律上的命运。例如,甲出卖某脚踏车予乙,当事人无特别约定时,车上的警铃亦随同出卖并移转其所有权。设警铃对甲有特别意义时,甲得对乙表示警铃不愿出卖,仅借用至换装新铃时为止,则甲虽将该警铃随同脚踏车交付予乙,乙仍不能取得其所有权。反之,甲不能让售其房屋予乙,而仍保留该房屋栋梁之所有权。

(二) 不动产的成分

在掲揭例题1,丙得对乙主张何种权利?关于其请求权基础,首须考虑的是“民法”第184条第1项前段规定,问题在于乙是否因故意或过失,不法侵害丙的所有权。

乙逾越地界,于甲的土地上种植苹果树,其苹果树自种植时起即为土地之部分(成分),苹果树与土地之附合,非暂时性质,应认系成为土地之重要成分,由甲取得其所有权(第811条),乙的所有权因而消灭。盖苹果树既为甲土地的重要成分,不能单独为物权之标的物也。甲将其山坡地让售予丙,并已办理登记,丙因此取得该地所有权,苹果树为土地上之成分,当然随土地移转予丙。乙自行摘取,系侵害丙之所有权,故丙得依

① 基于此项原则,实务上认为:(1)“政府”征收耕地,清册内虽未记明包括地上树木,因此地上树木为耕地之部分,当然随之附带征收(“最高法院”1960年台上字第2507号判决)。(2)法院拍卖债务人土地所有权全部,如未保留地上物之砍伐权(采取权),则包括未分离之地上出产物在内。惟执行法院在拍卖前,宜将该产物一并估价,以维护债务人权益(参见《司法座谈会研究结果》,载《民事法律问题汇编》,第31页)。(3)甲将其所有之土地售予乙,但保留与土地分离之树木,则办毕所有权移转登记后,因未与土地分离之树木为土地之构成部分,甲仅对乙有砍伐树木之权利,不得主张有独立之树木所有权(“最高法院”1940年上字第1678号判例、1960年台上字第1609号判例)。(4)乙擅自在甲所有之土地上种植,因该农作物应属于甲所有,乙之债权人丙,于取得对乙之执行名义后不得向执行法院请求就该农作物予以执行(参见《民事法律问题汇编》,第28页)。(5)乙擅自在甲所有之土地上种植树木,甲诉请乙交还土地获得胜诉判决确定,经执行点交后,甲将地上物毁弃、移植或出卖,因未与土地分离之地上物为土地之部分,属所有权人甲所有,自可行使所有权而使用收益处分,乙自不能主张甲为侵权行为而请求损害赔偿(“最高法院”1965年台上字第2102号判例)。

“民法”第184条第1项前段规定,向乙请求损害赔偿。^①

(三) 动产的成分

1. B对D得主张的权利

在前揭例2,欲认定B对D得主张的权利,首须究明B的油漆所有权的变动。A擅以B的油漆漆其车,B的动产(油漆)与A的动产(汽车)互相附合,达于非毁损不能分离之程度,而汽车可视为主物,由A取得该油漆的所有权(第812条第2项),B仅得依不当得利之规定请求偿金(第816条)^②,或依侵权行为之规定请求损害赔偿(第184条第1项前段)。

据上所述,B的油漆既因附合而成为汽车的重要成分,由A取得其所有权,B对油漆所有权归于消灭,D自A受让其车之所有权,并未构成对B所有权的侵害,纵属恶意,亦不成立侵权行为。

2. C对D得主张的权利

(1) C得依“民法”第767条规定,向D请求返还其引擎,须具备两项要件:

① C为引擎所有人。C的汽车遭盗车集团解体,引擎为汽车成分,分离后,仍属C所有。A向盗车集团购买该引擎,系属恶意,不能取得其所有权。问题在于,A将该引擎装置于其车时,是否因此而取得所有权。此需视该引擎是否因与汽车互相结合,而成为其重要成分而定。

物之各部分因互相结合,非经毁损或变更其物之性质不能分离者,则各该部分,均为物之重要成分,如丝线之于绣鞋,镀金之于戒指等是,其判断标准,不仅在整体物本身(Gesamtsache)是否因成分之分离而减损其利益,更在此项分离对于成分影响,即成分于分离之后,在经济上是否仍得依其现存的方式而为使用。^③ 绣鞋之丝线、戒指之镀金于分离后,不能再做同一方式的使用,故属重要成分。引擎之于汽车,则非属重要成分,因为汽车引擎系属系列产品,自车体分离后,仍得依现有方式装置于他车,作同一目的之使用,不因分离而毁损或变更其性质。故A虽将C的引擎

① 参见最高法院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,‘民法’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,即不能谓某乙未因其侵权行为而受损害。”

② 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第153页。

③ 此亦为德国判例学说之一致见解,参见BGHZ 18, 226, 229; BGHZ 20, 159, 162; Medicus, AT S. 483; Wolf/Neuner, AT S. 291.

装于其车，C的所有权仍未消灭。

② D为无权占有。引擎虽装于A车，其所有权仍归属于C，已如上述，D受让A车，虽能取得该车所有权，然就该引擎而言，应认系A为无权处分（第118条），D系属恶意，不受“民法”关于动产善意取得规定之保护（参见第801条、第948条、第949条），不能取得其所有权。D欠缺本权而占有，应属无权占有。

（2）综据上述，C的汽车遭解体，其经分离的引擎，虽附合于A车，未达非经毁损或变更其物之性质不能分离的程度，C对引擎的所有权继续存在。恶意之D虽受让A车，仍不能取得该引擎所有权，构成无权占有。C得依“民法”第767条之规定，向D请求返还其所有的引擎。

四、主物与从物

甲于己地，自建房屋，右侧盖一座车库。屋内有书房一间，置一个瑞典桧木书桌，有两个抽屉。桌上有一件新力牌录影机，六卷“官本武藏”录影带。全屋地板铺以罗马瓷砖，其上有一个美国落地灯，配以法国进口灯罩。试问：

1. 本例中何物具有主物与从物的关系？
2. 设甲以其屋设定抵押权予乙时，其效力及于何物？
3. 设甲将桧木书桌出卖予丙时，甲有无交付抽屉的义务？
4. 设甲将落地灯出卖予丁时，有无交付灯罩的义务？
5. 设甲将房屋出卖予戊时，有无交付书桌、落地灯的义务？

（一）区别的标准

1. 判断标准

物，可分为主物及从物。“民法”第68条第1项规定：“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。”从物所从属者，即为主物。从物的要件有四：

（1）从物非主物之成分。成分系物的构成部分，从物既非主物之成分，自为独立之物，故主物与从物乃独立二物的相对关系。至于从物，究为动产或不动产，在所不问。

（2）常助主物的效用。所谓常助主物的效用，系指非仅暂时地补助主物之经济目的而言，故从物与主物恒具有功能性的关联，而居于从属关系。

(3) 从物与主物同属一人。外国或地区立法例有规定从物与主物无须同属一人参见《德国民法典》第97条，偏重维护物的经济上利益。“民法”明定须同属于一人，旨在保护物的所有权。

(4) 须交易上无特别习惯。此乃表示于判断某物是否为从物时，交易习惯具有优先性。装米之袋、乘马之鞍、洋炉之烟囱，在交易上均不认为系属从物。

2. 具体案例的认定

兹据上开标准，认定上揭例题中何物具有主物与从物的关系：

(1) 甲于己地，自建房屋，一为土地，一为土地上之定着物，系两个独立不动产，虽同属一人，但土地与房屋各具独立的经济效用，无从属关系，交易上亦不以从物视之，故二者并无主从关系。

(2) 甲于屋侧所盖的车库，固定附着于土地之上，是为不动产。车库旨在供屋主停车之用，常在补助房屋之经济目的，既同属于甲，为房屋的从物。

(3) 书房系建在房屋之内，为房屋的构成部分，不能独立为权利的客体，非属从物。

(4) 桧木书桌，虽在房屋之内，但非属房屋的构成部分，为独立之物。书桌是否为房屋的从物，应视房屋之经济目的而定，房屋为学校或补习班者，书桌为其从物，但于一般住家，书桌非在增进房屋的经济上效用，应非属其从物。至于书桌内两个抽屉，乃书桌之成分。

(5) 桌上的新力牌录影机及六卷“宫本武藏”录影带，与桧木书桌同，均属独立之物，与房屋不具从物与主物关系。录影带与录影机，在交易观念上并不具继续的使用性，亦不发生主从关系。

(6) 罗马瓷砖铺于地板，已达密切结合之程度，应属房屋的构成部分。

(7) 落地灯系属独立物，与房屋不具从物与主物的关系。至于灯罩，依物之用法附属于落地灯，常助其效用，故为其从物。

(二) 区别实益

“民法”第68条第2项规定：“主物之处分，及于从物。”此为区别主物与从物的实益，立法目的在于维护物的经济上利用价值，因为某物既常助他物之效用，以之分属二人，势必减少其效用，对社会经济，实属不利。所谓处分，应从宽解释，除物权行为外，尚兼包括债权行为（尤其是买卖）

在内。^① 此项使从物的命运从属于主物的规定,乃任意的,不具强行性,当事人得排除其适用。兹据上述说明前揭例题所提出的问题:

(1) 甲以其屋设定抵押权予乙,乃处分其主物,依“民法”第 68 条第 2 项规定,其效力及于从物,第 862 条规定重申此旨。屋侧的车库系属从物,故抵押权人乙于其债权已届清偿期而未受清偿时,得申请法院拍卖甲的房屋及车库,就其卖得价金受清偿(第 873 条)。

(2) 甲将桧木书桌出卖予丙时,负交付桧木书桌,并移转其所有权之义务(第 348 条)。抽屉系属书桌的成分,应一并交付;未一并交付时,出卖人应负物之瑕疵担保责任(第 354 条以下)。

(3) 甲将落地灯出卖予丁时,系对主物的处分,除当事人另有约定外,其效力及于灯罩,故丁有请求甲交付灯罩的权利。甲不为给付或不能交付时,丁得依债务不履行规定,行使其权利(第 226 条以下)。

(4) 书桌与落地灯不是房屋的从物,非买卖所及的客体。

(五) 天然孳息与法定孳息

甲于梨山开辟土地,种植果树,因年老体弱,乃将果树出卖予乙,甲病故,其独子丙在台北某校任教,不知其事,将农场出租予丁,交丁占有,租期 10 年,并办理公证。租金每年 50 万元。丙于第三年第三个阴历月将该地出售予戊,并移转其所有权。试问:

1. (1) 何人有果实收取权? 设戊收取果实出售时,其法律关系如何? (2) 戊的债权人庚对该土地强制执行时,丁得否提起异议之诉? 丁的债权人辛得否对果树强制执行?

2. 何人有租金收取权?

3. 设丙将土地设定抵押权予丑时,其效力如何?

^① “最高法院”2010 年台抗字第 916 号裁定谓:公寓大厦社区内之设施,形式上以住户各有若干应有部分登载,但使用机能或效用系经常性、继续性附随或帮助区分所有建物之效用而存在,在一般交易上亦均一并处分,解释上应属区分所有建物之从物,依“民法”第 68 条第 2 项规定,此类建物于买卖时,亦毋庸通知其他共有人优先承购。反之,倘仅系共有人间实际上划定使用范围,对各自占有管领之部分,长年互相容忍,对于其他共有人使用、收益,各自占有之部分,未予干涉,应认为仅有默示分管契约之存在,因不失共有之本质,自仍有“土地法”第 34 条之 1 规定之适用。

(一) 天然孳息

1. 意义及归属

孳息,指原物(物及权利)所生之收益,可分为天然孳息与法定孳息。称天然孳息者,谓果实、动物之产物及其他依物之用法所收获之出产物(第69条第1项)。出产物包括有机的出产物(如树木的果实、动物的乳雏),及无机的出产物(如矿山的矿物、石山的石林)。所谓“依物之用法”,学说上向来多认为系指依原物之经济上效用,但最近倾向于作广义解释,认为系指依原物之种种使用方法,故牧牛之乳,固为孳息,耕牛之乳,亦不例外。就上揭例题言,甲于梨山辟地种植果树,果实为天然孳息;设甲于种植果树之际,掘得金矿,或将采取果实制成罐头,金矿或罐头均非依原物之用法所收获之产物。

“民法”第70条第1项规定:“有收取天然孳息权利之人,其权利存续期间内,取得与原物分离之孳息。”可知民法系采原物主义,而不采生产主义,即对于原物有收取权之人,天然孳息一旦分离,当然即归其取得,对于原物施以生产手段的,究为何人,在所不问。至于收取权人,除法律另有规定^①,或当事人间另有约定外,为原物所有人(第765条、第766条)。在上开例题,甲将其果树出卖予乙,乙因而取得果实收取权。甲病故之后,其继承人丙将该农场出租予丁,丁因而取得租赁物使用收益之权利,亦有果实收取权^②,因而发生收取权的顺序问题。“民法”对此未设明文,解释上应以占有原物的承租人为优先^③,故丁对果实有收取权。^④

① 法律特别规定,除所有权人外,有:(1)享有一定物权之人,例如典权人(第911条)、地上权人(第832条)、农育权人(第850条之1)、质权人(第889条)、占有人(第952条)。(2)承租人(第421条)及一定亲属关系之人、亲权人(第1088条)、监护人(第1101条)。

② 最高法院1943年上字第6232号判例谓:“物之构成部分除法律有特别规定外,不得单独为物权之标的物,未与土地分离之树木,依‘民法’第66条第2项之规定,为土地之构成部分,与同条第1项所称之定着物为独立之不动产者不同,故向土地所有人购买未与土地分离之树木,仅对于出卖人有砍伐树木之权利,在未砍伐以前未取得该树木所有权,即不得对于更自出卖人或其继承人购买该树木而欲取之第三人,主张该树木为其所有。”此项判例认为,天然孳息收取权仅具债权性,应予注意。

③ 最高法院1940年上字第403号判例谓:“按民法第70条第1项规定,有收取天然孳息权利之人,其权利存续期间内,取得原物分离之孳息。是无收取天然孳息权利之人,虽与原物分离之孳息为其所培养,亦不能收取之。耕作地之承租人依民法第421条之规定,固得行使出租人之收益权,而有收取天然孳息之权利。惟出租人无收益权时,承租人如非民法第952条所称之善意占有人,虽于该耕作地培养孳息,亦无收取之权利。”可供参考。

④ 参见史尚宽:《民法总论》,第247页。

果树尚未与土地分离者,为该不动产之部分(第66条第2项)。甲的继承人丙将其地出租予丁后,再将该地所有权让售予戊,果树虽仍为戊所有土地之部分,但依“民法”第425条“出租人于租赁物交付后,承租人占有中,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人仍继续存在”前项规定,于未经公证之不动产租赁契约,其期限逾5年或未定期限者,不适用之”规定,丁对果实的收取权不受影响。倘戊擅自收取果实出售时,应构成债务不履行。此外,丁亦得依不当得利对戊请求返还其所受利益(第179条)或依侵权行为规定请求戊负损害赔偿(第184条第1项前段)。

2. 对未分离天然孳息的强制执行

天然孳息与原物分离后,成为独立之物(动产),得为强制执行的客体。^①有疑问的是,对尚未分离的天然孳息,可否为强制执行?1940年院字第1988号解释谓:“未与土地分离之甘蔗、稻麦,虽因其为土地之构成部分,不得单独为不动产物权之标的物,然将来与土地分离时,即成为动产,执行法院于将成熟之时期予以查封,并于成熟后收获之而为拍卖或变卖,自无不可。其执行既以将来成为动产之甘蔗、稻麦为标的物,即应依对于动产之执行程序办理。”可供参照。值得注意的是,“强制执行法”第53条第1项第5款规定未与土地分离之天然孳息,不能于1个月内收获者,不得查封。易言之,天然孳息,能于1个月内收获者,即将成熟,已可独立为交易对象,得为查封。

3. 天然孳息收取权人的第三人异议之诉

土地的所有人之债权人就天然孳息查封时,天然孳息收取人得否主张其有“强制执行法”第15条所称“就执行标的物有足以排除强制执

^① 法律问题:某甲有一柑橘园,于果实成熟前,将果实之采收权利,以新台币160万元,出售予某乙,订约后,某乙即付足价金约一星期后,果实已成熟,某甲即擅自采收约2万斤,待某乙入厝采收后,发现上情,某甲之行为是否应负窃盗罪?“法务部检察司”研究意见:按窃盗罪所保护之法益虽包括动产所有权与持有权,惟可能成为本罪之行为客体,以属于他人所有或持有之动产为限,若自己所有之动产而在他人管领支配者,则非他人之动产(参见“刑法”第320条第1项规定:“意图为自己或第三人不法之所有”之文义及“最高法院”1960年台非字第44号判决意旨),是以无论甲是否将土地交由乙保管,甲对尚未交付予乙仍属自己所有之果实均无不法所有意图可言,纵其行为或有民事上债务不履行等之责任,尚难认该当窃盗罪之构成要件(高雄地检处1955年3月份司法座谈会、台湾“高等法院”暨所属法院1968年度第二次法律座谈会刑事类第九号提案、“司法行政部”法律研究室台(60)法研字第077号函)。参见《“法务部”公报》第190期,第113页。

行之权利”，而向执行债权人提起异议之诉？

对此问题，实务见解不一，有采否定说者认为：不动产之出产物尚未分离者，为不动产之部分，耕地承租人仅对所种植之水稻有收取之权，在水稻未与土地分离前，不得主张有独立之所有权，即无排除强制执行之权利。^①有采肯定说者认为：天然孳息为原物之构成部分，属于原物所有人所有，系以除原物所有人外，无收取该天然孳息权利之人时为限，若另有收取权人，则原物之该构成部分，在未分离前，即已归属该收取权人，不构成原物所有人之资产，自难谓该收取权人，无排除强制执行之权利。^②比较言之，以采肯定说为是，“最高法院”1985年3月5日民事庭庭推会议决议：“未与土地分离之土地出产物，实务上认为得为强制执行之标的物，对于此项土地出产物有收取权，得因收取而原始取得该出产物所有权之第三人，应认为‘强制执行法’第15条所称就执行标的物有足以排除强制执行权利之第三人。”可资参照。

（二）法定孳息

孳息，可分为天然孳息及法定孳息两种，已如上述。称法定孳息者，谓利息、租金及其他因法律关系所得之收益（第69条第2项）。此之所谓法律关系，系指一切法律关系，包括法律行为及法律规定而言。所谓收益，指以原本（物或权利）供他人利用而得之对价，利息与租金最为普通常见，法律特例示之。专用专利权之租用费，系利用原本所给予之报酬，亦属法定孳息。在前揭例题，甲之继承人丙将农场出租予丁，为期10年，租金每年50万元，此项租金系因租赁契约而生之收益，即为法定孳息。

依“民法”第70条第2项规定：“有收取法定孳息权利之人，按其权利存续期间内之日数，取得其孳息。”在前揭例题，丙将其继承之农场出租予丁，系属出租人，为有收取法定孳息之权利者。在丙于第二年第三个月将其农场所有权让与戊之日前，按其权利存续期间，取得租金，其后则归戊取得之。租金已付者，丙应将归属于新出租人之部分，偿还于戊。承租人丁于未受租赁物所有权让与之通知前，向原出租人丙所为之清偿，应属有效（第297条），戊仅得依不当得利之规定，向丙请求返还其无法律上原

① 参见“最高法院”1964年台上字第2305号判决。

② 参见“最高法院”1967年台上字第1550号判决。

因所受的租金利益。

(三) 抵押权与孳息

1. 抵押权与天然孳息

“民法”第 863 条规定：“抵押权之效力，及于抵押物扣押后自抵押物分离，而得由抵押人收取之天然孳息。”天然孳息未分离时，为抵押物之成分，当然为抵押权效力之所及，一旦分离，已为独立之物，是否为抵押权效力所及，不无疑问。

“民法”权衡抵押人与抵押权人之利益，明文规定抵押权人扣押抵押物后，其抵押权之效力始及于其后分离之天然孳息。在前揭例题，第三人（承租人丁），本于租赁权或其他权源，于抵押土地上得收取天然孳息，是否亦有上述规定适用，颇滋疑义。通说认为，第三人之权利得对抗抵押权者（如先设定之地上权），不适用上述规定；不得对抗抵押权者，则仍有上述规定之适用。依“民法”第 426 条规定：“出租人就租赁物设定物权，致妨碍承租人之使用收益者，准用第 425 条之规定。”抵押权之设定，抵押权人并未占有抵押物，亦不就抵押物为使用、收益，于租赁权固无妨碍；惟依“民法”第 863 条规定：“抵押权之效力，及于抵押物扣押后自抵押物分离，而得由抵押人收取之天然孳息。”在此种情形，抵押权即与承租人之收益发生冲突，故应适用“民法”第 426 条规定，丁之租赁权及天然孳息收取权，均不受影响，故丁之抵押权之效力，仍不及于抵押物扣押后由抵押物分离之天然孳息。^①

2. 抵押权与法定孳息^②

“民法”第 864 条规定：“抵押权之效力，及于抵押物扣押后抵押人就抵押物得收取之法定孳息。但抵押权人非以扣押抵押物之事情，通知应清偿法定孳息之义务人，不得与之对抗。”如前所述，抵押人戊得收取自丙受让抵押物所有权之日起对丁之租金，故抵押权之效力及于抵押

^① 司法院 1936 年院字第 1446 号解释谓：“抵押权乃就抵押物之卖得价金得受清偿之权，其效力并及于抵押物扣押后由抵押物分离之天然孳息，或就该抵押物得收取之法定孳息。故不动产所有人于设定抵押权后，……与第三人订立租赁契约……不问其契约之成立，在抵押物扣押之前后，对于抵押权人，亦当然不能生效。其抵押权人因届期未受清偿，或经确定判决，申请拍卖抵押物时，执行法院自可依法径予执行。至于抵押权设定后取得权利之人，……除得依‘民法’第 226 条，向设定权利人求偿损害外，自不得提起异议之诉。”可供参照。

^② 参见谢在全：《民法物权论》（下册），第 54 页。

物扣押后,戊得收取之租金。设丑未将扣押抵押物之事情通知丁,而丁向戊清偿租金时,丁免其责任,丑仍得基其抵押权对戊行使其优先受偿之权利。

第三节 财产与企业

财产与企业同属所谓“权利集合物”^①,试分析其意义及构成部分,并说明以下问题:

1. 得否以财产或企业作为一个买卖(或租赁)的客体?
2. 出售财产或企业时,如何移转其权利?
3. 不法侵害他人的“财产”或“企业”时,在何种情形得成立侵权行为?甲伤害乙公司的员工,或甲撞断电力公司电源致乙公司停工不能生产时,乙得否向甲请求损害赔偿?

一、财产

1. 财产的概念

“民法”于多处条文使用“财产”概念^②,但未设定义规定,其内容及范围应视各该规定之规范目的而定。通常所谓财产,指由具有金钱价值的权利所构成的集合体。所谓具有金钱价值,指得获有对价而让与,或得以金钱表示者。其构成财产者,如物权、债权、智慧财产权(无体财产权)、社员权(如公司的股票)。至于人格权、身份权则不属之。此种意义的财产指积极财产而言,不包括消极财产(义务、债务)在内。“民法”第35条第1项规定:“法人之财产不能清偿债务时,董事应即向法院申请破产。”此规定系指积极财产。其他如捐助财产(第61条第1项第4款),财产的概括承受(第305条)均同此意义。

需特别指出的是,债务人应以其“财产”,就其债务负责,使债权人得获满足,此项“责任财产”,亦指积极财产而言,例如甲有房屋(所有

^① 关于权利集合物(Rechtsgesamtheit),参见 Köhler, AT S. 302; Wolf/Neuner, AT S. 288 ff.; 洪逊欣:《民法总则》,第210页。

^② 如“民法”第10条、第35条、第61条、第84条、第151条、第305条等,请查出其他条文,并阅读之。

权), 债权等价值 1000 万元(积极财产), 其负债为 1500 万元(消极财产), 其财产总额虽为负数, 甲的债权人仍得就其积极财产为强制执行。

财产的概念亦用于兼括积极财产及消极财产, 如失踪人之财产(第 10 条), 继承财产亦属之。“民法”第 1148 条第 1 项设明确规定: “继承人自继承开始时, 除本法另有规定外, 承受被继承人财产上之一切权利、义务。但权利、义务专属于被继承人本身者, 不在此限。”

2. 一般财产与特别财产

财产可分为一般财产与特别财产(Sondervermögen), 前者指属某人的财产; 后者指由一般财产分离的一定财产。特别财产的形态有两种: (1) 一定的财产属数人共同共有, 合伙财产为其着例, “民法”第 668 条规定: “各合伙人之出资及其他合伙财产, 为合伙人全体之共同共有。” (2) 一人除主财产外, 尚有一个或数个特别财产, 如未成年人的特有财产(第 1087 条)、夫妻特有财产(第 1031 条)、限定继承财产(第 1154 条)、信托财产(“信托法”第 9 条)等。其须指出的有二:

① 关于特别财产, 适用类型强制原则, 即须有法律规定, 当事人不得创设。

② 法律规定特别财产之目的, 涉及一定财产的管理、处分、使用收益、代偿物的归属, 及债务责任等, 因各个特别财产而不同。

3. 财产之作为权利客体

(1) 法律行为的客体

财产系由各种具有金钱价值的权利所构成, 在财产之上并无一种独立的权利存在。财产本身固得为买卖(赠与或租赁)等债权行为(负担行为)的客体, 惟不得作为处分的标的, 从而财产构成部分的移转, 应就个别权利为之(物权标的物特定原则), 如不动产所有权的移转应有让与合意(法律行为)及书面登记(第 758 条)。动产所有权的移转, 需有让与合意及交付(第 761 条)。债权则因让与合意而移转(第 294 条)。^①

^① 财产是人之生存的物质基础, 故《德国民法典》对财产之作为交易客体设有保护规定, 第 311b 条规定: “当事人一方以契约让与其现存财产或其一部分, 或对其设定用益权为义务者, 其契约需有公证证书。当事人一方以契约让与其将来财产或其一部分, 或对其设定用益权为义务者, 其契约无效。”可供参考。

(2) 责任客体

债务人应以其财产,就其债务负责,是为责任财产。债权人得对此项责任财产为强制执行,唯需就个别权利为之(如房屋、土地、汽车或银行存款),而不得对债务人的“财产”为查封拍卖。盖此较符目的性原则,并可顾全债务人的利益也。

(3) 侵权行为法的保护客体

侵权行为法的基本任务,在于如何定其保护客体。“民法”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。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。”所谓侵害他人之“权利”,不包括“财产本身”(纯粹财产上利益、纯粹经济上损失)。反之,所谓侵害“他人”,则包括之。例如,甲挖掘地下道,因过失致毁损乙的电缆,造成停电,致丙公司的电脑不能作业,受有营业上损失时,乙得以所有权受侵害请求损害赔偿(第184条第1项前段),丙仅系纯粹财产上利益受侵害,不得依“民法”第184条第1项前段请求损害赔偿。^①

二、企业

企业(或称事业 Unternehmen)系一有组织的经济单位,从财产法的观点言,乃结合物(所有权)、无体财产权、债权、商誉、劳动关系及顾客关系的组织体。企业于不同的法律领域,如“公司法”“公平交易法”“消费者保护法”“劳动基准法”等,具有不同的规范意义。就“民法”言,应说明的有二:

(1) 于企业之上,并不存在着一种独立的权利。企业本身虽得为买卖或租赁等债权行为的客体,但不得为处分的标的。于买卖的情形,构成企业部分的权利,如所有权、债权等,应个别移转其权利。

(2) 企业在“侵权行为法”的保护,应适用“民法”第184条第1项后段规定。应否创设所谓的营业权(企业经营权),而受“民法”第184条第1项前段规定的保护,尚有争论。鉴于企业非属单一权利的支配客体,其保护范围难有明确界限,纵承认其为权利,其适用范围及要件,亦必须加

^① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第97页。

以限制。侵害企业的从业人员或企业的设备时,应认系对他人之人身或所有权的侵害,而非系企业权受侵害。又在前举甲挖断乙的电缆之例,丙企业虽因停电而受有财产上的损失(纯粹经济损失),乃不构成对企业权的侵害,企业不得依“民法”第184条第1项前段规定,请求损害赔偿。^①

^① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第161页;拙著:《挖断电缆的民事责任》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版,第57页。

第六章 权利的变动

——私法自治与法律行为

第一节 总 论

一、权利的得失与变更

试分析下列当事人间权利得失变更的态样及所谓的“法律事实”，并说明何谓权利的原始取得及继受取得、移转取得与创设取得、概括取得与特定取得。对初学民法的人，此例较为复杂，但有助于掌握民法上权利变动的的基本模式，请反复思考于具体案例与体系构成：

1. 甲暴富，丢弃近购的旧型电视机。乙见而拾之，赠与丙，并依让与合意交付之。丙死后遗有财产，除该电视机外，尚有房屋、机车等物，丁为其继承人。

2. 甲向乙贷款2万元，并交付钻戒一只予乙，设定质权。乙保管不周遗失钻戒，丙拾得该钻戒，交警署招领，6个月内，甲、乙均未认领。

3. 甲寄托名贵布料于乙处，乙擅以之作为己有，出售予知情的丙，并即交付，让与其所有权。丙交由丁西服店制作西装。

4. 甲与乙结婚后生子丙。乙被丁强制性交，丙遭戊绑架。

(一) 权利得失变更与法律事实

权利系民法的核心，人为权利的主体，物为权利的客体，前已阐释其基本概念，作静态的分析。兹更进一步结合三者，动态地观察权利的变

动,即基于何种“法律事实”,使“人与人”“人与物”发生一定的法律关系,造成权利的发生、变更与消灭。

1. 权利的得失变更

(1) 权利的取得

权利的取得,乃权利归属于主体,可分为原始取得及继受取得。原始取得,指非基于他人既存的权利,而独立取得新权利而言(权利的绝对发生),如甲新建房屋(原始取得所有权),乙购买之(原始取得债权)。继受取得,指就他人既存的权利取得其权利而言(权利的相对发生),其种类有二:① 移转继受取得(如乙自甲受让其屋所有权)与创设继受取得(如乙将其所有房屋设定抵押权予丙)。② 特定取得(如受让某屋所有权)与概括取得(如继承遗产)。需注意的是,概括继受取得限于法律规定的情形。

(2) 权利的变更

权利的变更,乃权利形态及内容的变更,其情形有三:① 主体的变更,亦即权利的移转。② 客体变更,如因附合(如甲擅取乙的水泥修补自己漏水屋顶,第811条)而使所有权的客体扩大;因债务一部分清偿而使债权缩小;因选择权的行使而使选择之债变为单纯之债;因给付不能而使请求给付特定物债权,变为损害赔偿债权。③ 效力变更,如附有抗辩权的权利,变为无抗辩权;原不得对抗第三人的权利,变为得对抗第三人(“动产担保交易法”第5条)。

(3) 权利的消灭

权利的消灭,乃权利离去主体,可分为绝对的消灭及相对的消灭。权利的绝对消灭,指权利本身客观失其存在而言,如权利客体灭失、权利抛弃。权利的相对消灭,乃权利主体的变更,亦即权利的移转。

2. 法律事实

(1) 法律事实的意义

关于权利的取得、变更及消灭的态样,已略如上述。此种法律现象的发生,系因法律适用于一定事实而引起。此种因法律的适用,足以发生权利得失变更(或其他法律上效果)的事实,学上说称为法律事实。例如甲后院树上的果实,遭强风吹落于乙的前院,是为法律事实。“民法”第798

条前段规定：“果实自落于邻地者，视为属于邻地所有人。”以此抽象的法律，适用于甲树的果实遭强风吹落于乙前院的具体事实，即产生由乙原始取得该果实所有权的法律效果。

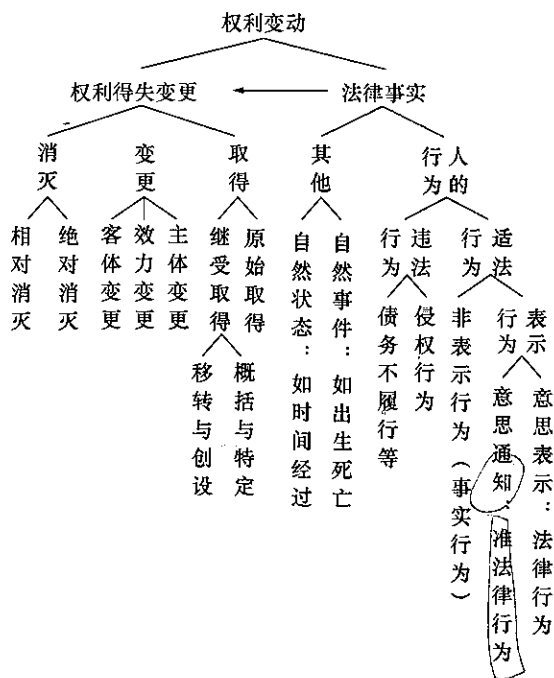
(2) 法律事实的分类

关于法律事实，亦可作类型上的观察。①可区别为人的行为及人的行为以外的其他事实。②人的行为可再分为适法行为及违法行为。适法行为又可分为表示行为及非表示行为。表示行为指表示某种心理状态的行为，其最主要者为意思表示。意思表示为法律行为的必备要素；法律行为由当事人一方之意思表示即可成立的，是为单独行为（一方行为）；法律行为由双方当事人互相表示意思合致始能成立的，是为契约。法律行为因其所欲发生效果的不同，可分为债权行为（如买卖、保证）与物权行为（如移转所有权及设定抵押权）（二者合称财产行为）；及亲属行为（如结婚、收养）与继承行为（如抛弃继承）（二者合称身份行为）。非表示行为，乃无关心理状态的行为，亦称为事实行为，如无主物的先占、遗失物的拾得、添附等。违法行为中最主要者，系侵权行为及债务不履行。

人的行为以外的其他事实，非因人的行为所构成，故亦称自然事实，可分为两类：①事件，即具体的自然事实，如出生、死亡，果实自落于邻地。②状态，即抽象的自然状态，如生死不明、成年、时间的经过、善意恶意等。

3. 思考模式

据上所述，可知法律事实与权利得丧变更（法律现象），系处于“原因”与“结果”的关系。兹将其思考模式，图示如下：



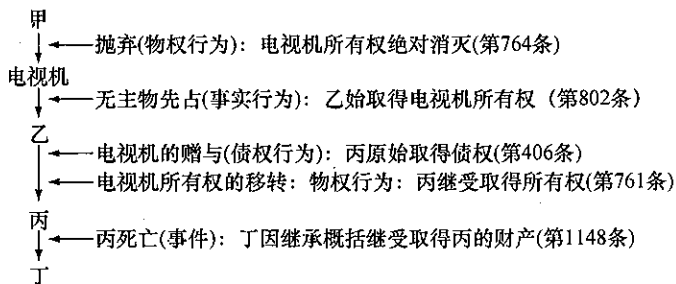
(二) 例题解说

初习法律之人,读到以上关于权利得失变更与法律事实的说明及上掲图解时,必定会对其高度的“抽象性”,产生“敬畏”,感到“不知所云”。应强调的是,所谓法律适用乃将抽象的法律规定,适用于具体的事实,以判断其法律效果。因此,抽象的思考方式、类型化的观察,以及对具体事实的精确定义及掌握,乃学习法律的基本训练,经由此种训练可获得一定的“法律能力”。又需提请注意的是,上开图解系现行“民法”关于权利得失变更的基本架构,其内容经由“民法”各编的规定而充实之。本例题的主要目的,在使读者能够熟习于此项思考模式,倘能举一反三,对于学习法律必有重大助益。请耐心查阅相关条文,了解每一个权利变动的过程,培养以具体案例形成体系,以体系掌握具体案例的能力。

1. 电视机的抛弃、无主物先占(例题1)

甲暴富,丢弃其旧型电视机,系动产所有权的抛弃。“民法”第764条第1项规定:“物权除法律另有规定外,因抛弃而消灭。”抛弃系权利

人依其意思表示,使物权归于消灭的单独行为(法律行为、物权行为)。甲为抛弃后,其对电视机的所有权客观终局地失其存在,是为权利的绝对消灭。乙见而拾之,系对无主物的先占(非表示行为、事实行为),原始取得该电视机所有权(第802条)。其后,乙将该电视机赠与丙(第406条),丙基此债权契约,原始取得对乙请求交付该物,并移转其所有权的债权。乙将该电视机交付予丙,系属事实行为,当事人并有移转其所有权的合意(法律行为、物权契约),丙因而取得该电视机所有权(第761条)。此项电视机所有权的取得,系属移转继受取得及特定继受取得(权利的相对发生)。盖乙系将该特定物的所有权完全移转予丙,其权利内容并未变更。就乙与丙而言,则为权利主体的变更。由是可知,权利的相对发生、权利主体的变更,与权利的相对消灭三者,乃一事之三面。又丙死亡后,由丁概括继受取得丙遗产上的一切权利,兹将上述,图示如下:



2. 拾得设定质权的钻戒(例题2)

甲向乙贷款2万元,其消费借贷契约因金钱的交付而成立,甲继受取得乙依物权行为所移转的金钱所有权(第761条)。乙对甲原始取得请求返还2万元的债权(第474条、第480条)。

甲交付钻戒予乙,设定质权,乙因此项物权行为(第884条、第885条),而取得动产质权,系属创设取得,因其系于前主(甲)的所有权上,设定性质不同的权利。

丙拾得乙遗失的钻戒,交警署招领,6个月内甲、乙均未认领。“民法”第807条第1项规定:“遗失物自通知或最后招领之日起逾6个月,未经有受领权之人认领者,由拾得人取得其所有权。警察或自治机关并应通知其领取遗失物或卖得之价金;其不能通知者,应公告之。”其取得遗失

物所有权,不以交予其物为要件,纵未交予,仍由拾得人取得遗失物所有权。丙系因遗失物之拾得(非表示行为、事实行为),依法律规定而取得该钻戒所有权。此项遗失物所有权的取得,通说认为系原始取得,该物之上原有甲的所有权及乙的质权消灭。此为权利变动的一项基本原则,应予注意。

3. 无权处分他人之物,承揽与添附(例题3)

甲寄托名贵布料于乙处,成立寄托契约(第589条)。甲原始取得对乙请求返还寄托物的债权(第597条)。乙擅以自己名义将该布料出卖予丙,此项出卖他人之物的买卖契约有效,乙原始取得向丙请求价金的债权(第367条),丙亦原始取得向乙请求交付其物,并移转其所有权的债权(第348条)。乙将该布料所有权移转予丙,系无权处分甲的所有权,甲因乙的违法行为原始取得债务不履行(第227条)及侵权行为(第184条第1项前段、后段)的损害赔偿请求权。丙系善意,不能取得该布料所有权;但因由丁承揽制成西装,丙原始取得该西装(加工物)所有权(第814条)。^①甲原始取得对丙请求侵权行为损害赔偿(第184条第1项前、后段),及依关于不当得利规定请求偿金(第816条、第179条)的债权。请参照前揭例题1(电视机的抛弃),作一简图表示其因何种法律事实发生何种权利变动。

4. 人格权及身份权遭受不法侵害(例题4)

甲男与乙女结婚(亲属行为、契约)而成为夫妻,彼此原始取得配偶关系上的权利(身份权)。丙因出生(事件)而原始取得人格权,甲、乙对丙则有监护权(第1084条第2项)。丁强制性交乙,系侵害乙的身体权(人格权),及侵害甲的身份权,甲、乙各原始取得对丁因侵权行为而生的损害赔偿请求权(第184条第1项、第195条)。又戊绑架丙,系侵害丙的自由权(人格权),及侵害丙之父母的监护权(身份权),应依“民法”第184条第1项前段、第195条第3项规定,负损害赔偿(尤其是慰抚金)责任。

^① 参见“最高法院”1965年台上字第321号判决:“因承揽契约而完成之动产,如该动产系由定作人供给材料,而承揽人仅负有工作之义务时,则除有特约外,承揽人为履行承揽之工作,无论其为既成品之加工或为新品之制作,其所有权均归属于供给材料之定作人。”

二、私法自治^①

甲为某大学法律系助教,预定近日结婚,偕其未婚妻赴台北市长沙街购买新床,问过8家,或因价钱偏高,或因样式不雅,或因老板不甚友善,而未成交。最后于乙家具行找到一张富有古典气氛之“牙床”。乙出价4万元,甲还价2万元,乙不允,甲故示欲离去转往他家,乙表示愿以3.5万元出售,甲坚持须再减价2000元,乙勉强同意。甲郑重表示须于2月6日结婚前夕送达其宅,乙满口答应。甲付定金3000元,乙开给收据,内载“货物出门,概不退换”,甲未表示意见,留下名片地址而去。回家途中,甲之未婚妻担忧乙届期不送床来,必误佳期,甲强调“放心可也”。

(1) 试就此例论述私法自治的意义、功能、限制及与法律行为的关系。并说明为何甲强调“放心可也”?

(2) 甲与未婚妻为何要到长沙街购买家具?为何许多家具店要聚集在长沙街,彼此竞争?

(一) 私法自治的意义

私法自治,指个人得依其意思形成其私法上权利义务关系。“民法”于众多条文明定当事人得依其意思排除法律规定(第119条、第154条、第314条、第315条、第316条、第317条等),可知“民法”系采私法自治原则,肯定当事人得自主决定地创造其相互间的私法关系。所以未设明文,乃视为当然也。

私法自治原则表现在各种制度之上,如所有权自由,即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(第765条);遗嘱自由,即个人于其生前,得以遗嘱处分财产,决定死后其财产之归属(第1186条以下)。然而最主要者,乃契约自由。契约自由指当事人得依其意思之合致,缔结契约而取得权利,负担义务,其基本内容有四:

^① 关于私法自治之文献资料甚多,参见杨崇森:《私法自治制度之流弊及其修正》(上、下),载《政大法学评论》1970年第3期及1971年第4期;詹森林:《私法自治原则之理论与实务——台湾法制发展之情形》,载《民事法理与判决研究》[台大法学丛书(113)],1998年版,第1页以下。

- (1) 缔结自由,即缔结契约与否,由当事人自由决定。
- (2) 相对人自由,即与何人缔结契约,由当事人自由选择决定。
- (3) 内容自由,即契约的内容,由当事人自由决定。

(4) 方式自由,即契约原则上仅依意思合致即可成立,不以践行一定方式为必要。

在上揭甲购买结婚新床的例题,可以清楚地看到私法自治(尤其是契约自由)原则的实际运用。甲结婚时是否购买新床,完全自主决定。台北市长沙街号称家具市场,家具行林立,甲愿与谁缔结契约,可任凭选择,不负有非与特定人缔结契约不可的义务,故可问过8家家具行而不缔约,无论基于何种理由,法律原则上均不干预。家具行之所以聚集长沙街,是为了彼此竞争吸引顾客,使顾客得货比三家,有较多选择自由及讨价还价的余地。甲最后与乙缔结买卖合同,除标的物、价金外,关于清偿期(2月6日交货)及责任限制(货物出门,概不退换),均须当事人意思一致。买卖合同始能成立(第345条第2项、第153条)。又动产买卖合同系属不要式契约,不以作成书面为必要。

由上述可知,关于甲是否购买新床、相对人的选择,契约内容、方式,悉让诸当事人自由决定,他人不予干涉。现代社会的一般交易,基本上均采此种形态。其出发点为个人自由,其所强调的,系意思自主,为其利益最佳判断,法律乃赋予最大可能的自由,任由当事人自行创造规律彼此权利义务关系的规范。

(二) 私法自治的功能

私法自治原则系建立在19世纪个人自由主义之上,排除了当时封建身份关系及各种法律对个人的束缚,废除了法人(尤其是公司)的特许主义,保障私有财产,实践营业自由,对于维护个人自由与尊严,促进经济发展,文化进步,贡献至巨!

私法自治原则适用于一切私法关系,婚姻或家庭亦受其规律,但其主要功能表现在财产交易方面。私法自治与契约自由旨在保障经济活动的运作,不受他人的统治或支配,而是经由个人意思决定所体现的自由竞争。个人自主及自由竞争乃成为规律经济活动的高度有效手段,在市场经济体制下,可以将劳力与资本导引至能产生最大效益的场所。其他规律手段,尤其是政府的干预措施,常会造成缓慢、昂贵、冗杂及低效率的资

源分配及利用。

就本例题而言,甲购买结婚新床虽属日常生活上细微小事,在某种程度上,亦足表现私法自治(尤其是契约自由)在市场经济上的机能,以及自由竞争可以促进价格的合理、产品样式的新颖、服务态度的友善。倘购买新床或其他交易需先经有关单位核准,至固定场所提货,价格公定,其对个人自主、人格发展及整个社会经济的进步,均属不利,事理至明,无待赘言。

甲所以得问过8家家具行而不缔约,且得与乙讨价还价,一方面是市场经济体制的存在;另一方面是当事人处于平等地位,而使契约自由的功能发挥得淋漓尽致。甲所以能对其未婚妻表示,乙届时必送来新床,“放心可也”,其理由有四,此亦为契约法的基础:

(1) 当事人间的信赖。契约是当事人的相互承诺,承诺所引起的,乃对我未来行为,而非仅对我当前的诚意的信赖。^① 诚如美国伟大法学家 Roscoe Pound 所云:财富,在一个商业的时代,大部分是由承诺所构成。^②

(2) 自由竞争的功用。

(3) 法律维护契约严守原则 (pacta sunt servanda),即债务人依债之本旨履行时,债权人得申请法院强制执行并请求损害赔偿。

(4) 两只手的协力:不可见之手(自我利益)^③及可见之手(法律规范)。

① Charles Fried, *Contract As Promise, A Theory of Contractual Obligation*, 1981, p. 11: "A promise invokes trust in my future actions, not merely in my present sincerity."

② Roscoe Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, 1961, p. 230: "Wealth, in a commercial age, is made up largely of promises."

③ Adam Smith 在其名著 *The Wealth of Nations* 曾谓:“人类是经常需要同类的援助;当然不能希望这种援助只是出于他们的恩惠(benevolence)。他如果能够为了自己而刺激别人的利己心,这对他是有利的;并使他们知道他们为他做到他所要求的,乃是有利于他们的;则似乎更能收效。任何人像他人提议某种契约时,莫不打算这样做。‘给我以我所必要的,然后你也取你所欢喜的’,这是任何交易的意义所在;因有这样的想法,我们可以彼此得到许多必要的照顾。我们所以能够得到饮食,这不是由于屠宰者、造酒者及制面包者的恩惠;这是得利于他们对其本身利益的尊重。我们并非诉诸他们的人道主义,是诉诸他们的利己心。”引自《国富论》(上册),周宪文译,台湾银行经济研究室1964年,第15页。

(三) 私法自治的宪法基础及其限制

1. 私法自治及契约自由是一种受宪法保障的基本权利

私法自治,尤其是契约自由,系由两只手的协力,一为不可见之手(自我利益);一为可见之手(法律规范),前已强调。关于法律规范,首先要提出的是,私法自治及契约自由是一种受宪法保障的基本权利。“司法院”大法官在一件关于“耕地三七五减租条例”本身及其规定是否合宪的重要解释“司法院”释字第580号解释认为:基于个人之人格发展自由,个人得自由决定其生活资源之使用、收益及处分,因而得自由与他人生活资源之交换,是“宪法”于第15条保障人民之财产权,于第22条保障人民之契约自由。唯因个人生活技能强弱有别,可能导致整体社会生活资源分配过度不均,为求资源之合理分配,“国家”自得于不违反“宪法”第23条比例原则之范围内,以法律限制人民缔约之自由,进而限制人民之财产权。

在本件解释,大法官第一次肯认契约自由系一种应受宪法保障的基本权利,对宪法与民法发展具有重大意义,并对法律限制契约自由提供了宪法基础。^① ☆

2. 契约自由的限制

私法自治在现代市场经济的机能,虽如上述,但其机能的发挥须以当事人的自由平等,及由此而产生的自由竞争及机会均等为前提要件,始足确保契约内容的妥当性。一个离乡背井的劳工,赖出卖劳力维持生活,如何能与资本家讨价还价磋商劳动条件?一个无资力的市民,通常仅能购买最廉价的物品,契约自由,徒具虚名,殆无实益。一般消费者,零散孤立,欠缺必要资讯,如何对抗在市场上居于优势地位的企业厂商?法律必须作必要介入,以维护社会正义。在此方面台湾地区“法制”已有重大发展,如制定“劳动基准法”(1984年)规定劳动条件最低标准,保障劳工权益,加强劳资关系,促进社会与经济发展;制定“公平交易法”(1991年),以维护交易秩序,消费者利益,确保公平竞争及促进经济发展之安定与繁荣。

契约自由应受法律限制,以维持社会秩序,增进公共利益,并维护契约正义,分三点言之:

^① 详见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第14页以下。

(1) 缔约自由及相对人自由的限制

法律应设强制缔约规定,使从事特定行业者,负有与相对人缔约的义务,例如:① 公用事业的缔约义务:邮政、电信、电业、自来水、铁路、公路等事业,非有正当理由,不得拒绝客户或用户供用之请求(“邮政法”第19条、“电信法”第22条、“电业法”第57条、“自来水法”第61条第1项、“铁路法”第48条、“公路法”第50条)。上述事业居于独占的地位,人民一般依赖此等民生需要,欠缺真正缔约自由的基础,故法律特明定其负有缔约的义务。② 医疗契约的缔结:医师、兽医师、药师、助产人员非有正当理由,不得拒绝诊疗、检验或处方之调剂(“医师法”第21条、“兽医师法”第11条、“药师法”第12条、“助产人员法”第29条)。法律所以设此规定,乃出于对生命健康的重视。

(2) 契约内容自由的限制

“民法”设有两项基本规范,即第71条明定:“法律行为违反强制或禁止之规定者,无效。”第72条明定:“法律行为有悖于公共秩序或善良风俗者,无效。”须特别指出的是,在上揭例题出卖人出具的收据载有“货物出门,概不退换”。企业经营者常订立此类不利于消费者的条款。为保障消费者权益,有赖立法、司法及行政的协力,作必要的规制。关于上揭免责条款的控制,首先,应检讨其是否因当事人合意而订入契约,成为契约之内容;其次,有疑义时,应作有利于相对人之解释;再次,审究其内容是否违反诚信原则,对消费者显失公平(“民法”第247条之1、“消保法”第12条以下)。此外尚应审究出卖人有无故意不告知其瑕疵的情事,“民法”第366条规定:“以特约免除或限制出卖人关于权利或物之瑕疵担保义务者,如出卖人故意不告知其瑕疵,其特约为无效。”属强行规定,旨在保护买受人之利益。

需注意的是,“物权法”设有物权法定主义(第757条),“亲属法”规定一定种类的夫妻财产制(第1004条以下),“继承法”规定遗嘱的方式(第1189条以下),此为法律行为类型强制。

(3) 方式自由的限制

“民法”就若干契约设有应践行一定方式(书面、证人、公证等)的强行规定(要式行为),如合会(第709条之3)、终身定期金契约(第730条)。要式行为多见于身份行为,如结婚(第982条)、夫妻财产制(第1007条)、父母同意子女被收养(第1076条之1)、离婚(第1050条)、遗

囑(第1189条)。

兹将契约自由及其限制图示如下:①

私法自治
↓
契约自由

項目	締約自由	內容形成自由	方式自由
原則	1.自由決定是否締約 2.與誰締約	1.無內容強制 2.無契約法定主義	不必踐行一定方式 (不要式行為)
法律規定	1.“民法”未設明文，以契約自由為前提 2.契約自由系受憲法保障的基本權利(釋8) 3.契約自由得依法加以限制(“憲法”第23條)		
限制	1.締約強制 2.歧視契約禁止： “民法”未設規定， 將來發展的重要 課題。參照“性別 工作平等法” ⁽²⁾ (第7條-第21條、 第26條)	1.強行規定(第71條、第72條) 2.內容控制 (1)暴利行為(第74條) (2)定型化契約(第247條之1) 3.物權法定主義、“ <u>親屬法</u> ” 夫妻財產制及“ <u>繼承法</u> ” 上遺囑的類型強制	要式契約：如合會、 結婚、離婚、遺囑等

① 參照 Rütters/Stadler, AT S. 47; Christoph A. Kern, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, 2013.

② 在私法上制定反歧視規定，以實踐受“憲法”保障的平等原則，系當前正在熱烈討論，具未來發展性，應作為“民法”重點發展。參見“性別工作平等法”第7條規定：“僱主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分发、配置、考績或升遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。”並參見第8條(教育訓練)、第10條(薪資給付)、第11條(退休、資遣、離職及解僱)。第26條規定：“受僱者或求職者因第7條至第11條或第21條之情事，受有損害者，僱主應負賠償責任。”德國法參考文獻，Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht (Tübingen 2006)；基本問題，Wolf/Neuner, AT, § 48. 關於“性別工作平等法”第26條的適用，“最高法院”2011年台上字第1062號判決可供參照：“按‘性別工作平等法’第26條雖規定受僱者或求職者因第7條之情事，受有損害者，僱主應負賠償責任，而未如‘民法’第184條第2項但書設有舉證責任轉換之明文，惟該法係為保障性別工作權之平等，貫徹‘憲法’消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神而制定(該法第1條規定參照)，性質上應同屬保護他人之法律，且尋繹‘性別工作平等法’第26條規定之立法過程，將原草案‘故意或過失’文字予以刪除，及其立法理由提及參考《德國民法》第611條之1(該條文舍德國一般侵權行為之舉證責任原則，將僱主違反兩性平等原則致勞工受損害者，改採舉證責任轉換為僱主之規定，明定僱主違反第7條規定時之賠償責任，並參照‘性別工作平等法’第31條規定揭露舉證責任轉換為僱主之趣旨，應認僱主如有違反該法第7條因性別或性傾向而有差別待遇之情事，依同法第26條規定負賠償責任時，僱主當受過失責任之推定，亦即舉證責任轉換為僱主，僅於證明其行為為無過失時，始得免其責任。”

(四) 私法自治的实践

私法自治原则一方面应加以必要合理规制,另一方面更须积极确保其实践^①,此实与台湾地区近年来社会经济变迁具有密切关系。经济的发展改变了人民所得结构。商品劳务供给的增加,使多数人拥有更多可支配的资源,可以参与法律交易,形成其私法关系。在一个贫穷的社会,所谓私法自治殆如纸上谈兵,不切实际。教育的普及、人民智识水准的提高、判断能力的提升以及资讯的自由流通,使人民更能实践其自主决定,而落实私法自治的理念。^②

第二节 法律行为

一、法律行为的功能、意义及要件

何谓法律行为,在私法自治具有何种功能?法律行为与意思表示具有何种关系?何谓法律行为的成立要件、生效要件?试就“民法”第758条及第761条规定加以说明。

(一) 法律行为的功能:实现私法自治

私法自治,指个人得依其意思形成私法上之权利义务关系,已如上述。法律行为乃实践私法自治的主要手段。

“民法总则”第四章规定法律行为,分为6节,共48条(第71条至第118条),系实践私法自治的核心机制,也是私法学最伟大的成就,兹先简述如下:

1. 通则(第71条至第74条):规定控制法律行为内容形成及方式的基本原则,包括强行规定(第71条)、公序良俗(第72条)、法定方式(第73条)、暴利行为(第74条)。

2. 行为能力(第75条至第85条):建构行为能力制度,规定无行为能力人及限制行为能力人法律行为的效力。

^① Biedenkopf, Die Wiederentdeckung des Privatrechts (私法的再发现), FS Coing II 1982, 21 ff.

^② 此为有待更进一步深入研究的课题。简要说明,参见詹森林:《私法自治原则之理论与实务——台湾法制发展之情形》,载《民事法理与判决研究》[台大法学丛书(113)],第1页以下。

3. 意思表示(第86条至第98条):意思表示为法律行为所必备,乃私法自治最基本的因素,“民法”对意思表示的效力及瑕疵详设规定,系为调和当事人意思自主原则及交易安全。

4. 条件与期限(第99条至第102条):使当事人得规划及控制私法自治的风险。

5. 代理(第103条至第110条):创设代理制度(意定代理、法定代理),以扩大私法自治的活动范围,及补充未成年人或受监护宣告人的私法自治。

6. 无效及撤销(第111条至第118条):规定私法自治“失灵”的补救方法。

私法自治的精神在于“个人自主”,个人既能自主决定,就其行为应“自我负责”,相对人的信赖及交易安全亦须兼筹并顾。“民法”总则关于法律行为详设规定,即在调和个人自主及自我负责此两项原则。必须从此观点,去探究民法总则关于法律行为每一个条文的规范意义,始能于具体案件作合理的解释适用!

(二) 法律行为的意义

“民法”对若干基本核心概念,如人、权利、物等皆未设定义规定。关于何谓法律行为,亦无明文。通说认为,法律行为指以意思表示为要素,因意思表示而发生一定私法效果的法律事实。分析如下:

(1) 法律行为系一种法律事实

因法律行为的做成得发生一定法律关系权利义务的变动,故法律行为为系一种法律事实。

(2) 法律行为以意思表示为要素

法律行为至少须有一个以发生私法上效果为目的之意思表示。意思表示为法律行为的核心。需注意的是,法律行为与意思表示并不相同,在概念上应严予区别。法律行为有由一个意思表示构成者,如撤销权的行使;有需由多数意思表示构成者,此最为常见,如契约系由双方当事人两个意思表示趋于一致而成立,在前之意思表示,称为要约,在后之意思表示,称为承诺(第153条以下);又若干法律行为,除意思表示外,尚须与其他法律事实结合,始能成立或生效,如消费借贷(要物契约),因“物的交付”而成立(第464条);动产物权之让与非将动产“交付”不生效力(第

761条)。由是可知,法律行为与意思表示并非一致。

在现行“民法”,因意思表示系构成法律行为的要素,不可或缺,故有时以意思表示一语,作为法律行为的代称,如“民法”第75条所称无行为能力人之意思表示无效,实乃无行为能力人之法律行为无效之意,如意思表示的撤销(第92条)及法律行为的撤销(第114条)。

(3) 法律行为在于发生私法上效果

法律行为旨在实现私法自治,依当事人之意思表示而由法律赋予一定私法上效果,发生私法上权利的变动,如因买卖契约而取得债权;因动产之让与合意及交付而取得动产所有权。

(三) 法律行为的成立要件及生效要件

1. 法律行为的要件

法律行为的成立或生效,必须具备一定的要件:

(1) 成立要件

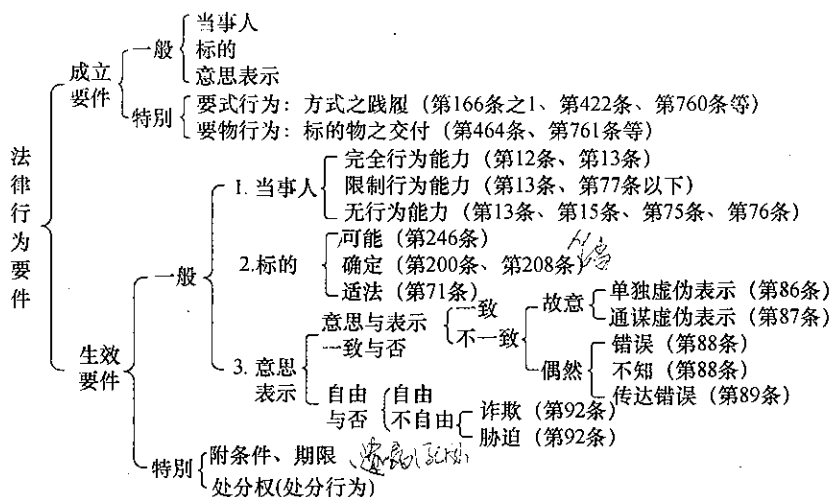
法律行为的成立要件(Tatbestand),可分为一般成立要件与特别成立要件。前者系一切法律行为所共通的要件,即:① 当事人。② 标的。③ 意思表示。后者系个别法律行为特有的要件,如要式行为须践履一定方式,如要物行为须交付标的物(如第761条),即以物的交付作为法律行为的部分。^①

(2) 生效要件

法律行为的生效要件(Wirksamkeitsvoraussetzungen)亦可分为一般生效要件与特别生效要件。前者系一般法律行为所共通的生效要件:① 当事人须有行为能力。② 标的须可能、确定、适法、妥当。③ 意思表示须健全。后者系个别法律行为特有的要件,如附条件或附期限法律行为于条件成就或期限到来时发生效力;遗嘱行为则须俟遗嘱人死亡,始生效力;法律行为为处分行为时,当事人须有处分权。

兹将上述法律行为的要件,图示如下:

^① “民法”第73条规定:“法律行为,不依法定方式者,无效。但法律另有规定者,不在此限。”通说认为,此为成立要件,非谓方式之履行行为法律行为之有效要件,参见王伯琦:《民法总则》,第136页;郑玉波:《民法总论》,第247页。



2. 分析检讨

关于法律行为的成立要件与生效要件分类,判例学说上尚有若干争议,分四点加以说明:

(1) 法律行为的成立要件,指法律行为的构成部分,以意思表示为必要(一般成立要件)。特定法律行为的要件,如“民法”第761条所规定物之交付乃属该法律行为构成部分,而为其成立要件(特别成立要件)。不具备成立要件者,其法律行为或根本不存在,或无效(第73条),或不发生效力(第761条)。

(2) 法律行为的生效要件,指存在于法律行为本身以外的其他效力要件,如法律行为附条件、期限,立遗嘱者的死亡(遗嘱的生效要件)。

需注意的是,何者为法律行为的构成部分(成立要件),何者为法律行为的生效要件,尚有争议。例如法定方式,台湾地区学者多认为系特别成立要件,在德国则认为系生效要件。^①尤其是关于不动产的登记(第758条),有认为其系特别成立要件,有认为其系特别生效要件。按此项

① Wolf/Neuner, AT S. 312.

登记乃公法上行为,非属移转物权的意思,应认为系特别生效要件。^①

(3) 诚如王伯琦教授所云:法律行为不成立与无效,就其效果言,并无分别。^② 例如甲出卖某地予乙,虽有让与合意(物权行为),但未办理登记时,不论物权行为不成立或无效,乙均不能取得其所有权。法律行为须兼具所有的成立要件及生效要件,始能发生一定的法律效果。又如 Larenz 教授所强调:法律行为成立要件及生效要件的区别,仅在凸显整个构成要件上,以当事人所意欲的作为法律行为(私法自治)核心的意义,及为达成其所意图法律效果,尚须具备的其他要件(多基于公益的考虑),关于何者为成立要件,何者为生效要件的争议,殆无实益。^③

(4) 须特别指出的是,不能由法律行为成立要件与生效要件的区别,而采取类如“最高法院”就旧“民法”第 407 条“以非经登记不得移转之财产为赠与者,在未为移转登记前,其赠与不生效力”之规定,而作成如下见解:“当事人间对于无偿给予不动产之约定,如已互相表示意思一致,依第 153 条第 1 项之规定,其契约即为成立,纵未具备赠与契约特别生效之要件,要难谓其一般契约之效力亦未发生,债务人自应受此契约之拘束,负有移转登记使生赠与效力之义务。”^④ 此项见解,误认前述成立要件及生效要件区别的意义,自有不妥,若将之予以一般化,势将导致法律行为理论的颠覆,应难赞同。^⑤

二、法律行为、事实行为与准法律行为

某甲 15 岁,初甲三年级学生,于郊外拾得魔轮牌越野车,交警局招领,6 个月内无人认领,警局即将该车交付予甲。甲为专心准备高中联考,得其父同意,将其车出卖予邻居刚考进某大学法律系 20 岁

① 关于前揭例题,较深入的分析及阐释,参见陈自强:《法律行为、法律性质与民法债编修正》(上、下),载《台湾本土法学杂志》1999 年第 5 期,第 1 页;2000 年 1 月第 6 期,第 1 页;谢在全:《物权行为之方式及成立要件》,载杨玉龄主编《民法总则争议问题研究》,第 199 页;拙著:《民法物权》,第 74—80 页;苏永钦:《物权行为的独立性及相关问题》,载苏永钦主编《民法物权争议问题研究》,第 23 页(尤其是第 33 页以下)。

② 参见王伯琦:《民法总则》,第 128、198 页。

③ Larenz/Wolf, AT 8. Aufl., S. 436 ff.

④ 1952 年台上字第 175 号判决;1999 年台上字第 1410 号判决采此见解。

⑤ 新修正债编部分条文已删除第 407 条规定。“最高法院”的见解应随之废止,不应继续存在,参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 153 页。

之某乙,并即交付之。乙迟未于约定期日付款,甲定期催告,乙置之不理。甲即向乙请求返还其车,乙提出3个问题以难之:甲仅15岁,为限制行为能力人,故:(1)不能因拾得遗失物而取得该车所有权。(2)催告不生效力。(3)不能解除契约。甲之表姐丙就读某校法律系二年级,甲前往请教,丙翻阅六法全书,发现关于限制行为能力人得否取得遗失物所有权,得否为有效之催告,能否解除契约,“民法”均未设明文,困惑良久,不知如何处理。最后翻阅民法总则教科书,始恍然大悟。试问丙将如何答复甲所提出的问题。

(一) 问题的提出

法律行为上法律效果的发生,系基于当事人的意思,从而应与法律行为加以区别者有二:

(1) 所谓的“好意施惠关系”,如邀请他人参加宴会、爬山或搭乘便车等。于此等行为,当事人既无受其拘束的意思,不能由之产生法律上的权利或义务。^①

(2) 若干行为虽具有法律上的意义,但其效果的发生系基于法律规定,是否为当事人所意欲,在所不问,属之者,如事实行为及所谓的准法律行为。其应研究者,系关于法律行为规定的适用或类推适用。

(二) 事实行为

在前揭例题,甲仅15岁,系限制行为能力人(第13条第2项)。限制行为能力人为意思表示及受意思表示,除纯获法律上利益或依其年龄及身份、日常生活所必需者外,原则上应得法定代理人之允许,否则,单独行为无效,契约效力未定(第77条以下)。问题在于遗失物之拾得,是否为法律行为?

法律行为系属一种表示行为(表现行为),即为人企图发生一定私法上效果而表示其意思,故以意思表示为其不可或缺的要素。遗失物之拾得,则属“非表示行为”,即毋庸表现内心的意思内容,即可发生效果的行为。易言之,即事实上有此行为,即生法律上效果,行为人有无取得此种法律效果的意思,在所不问,如占有的取得(第940条)、无主物之先占(第802条)、埋藏物之发现(第808条)、添附(第811条以下),无因管理

^① “好意施惠关系”与契约的区别及其他问题,参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第156页。

(第 172 条)等。遗失物之拾得亦属之。

非表示行为不以表现内心的意思内容为必要,乃无关于心理的行为,故亦称事实行为(Realakt),从而不适用关于意思表示的规定,尤其是关于行为能力之规定。故 6 岁的 A 捕捉稀有昆虫时,因先占取得其所有权(第 802 条);9 岁的 B 掘地发现埋藏的钻石,亦能取得其所有权(第 808 条);10 岁的 C 于他人的纸上绘画,亦因加工而取得该纸所有权(第 814 条);13 岁的 D 为邻居代收信件,系无法律上义务,而为他人管理事务,得成立无因管理(第 172 条)。在本例题,15 岁的甲拾得他人遗失的越野车,6 个月内所有人未认领,虽属限制行为能力人,仍得取得该车所有权(第 807 条第 1 项)。

(三) 准法律行为

“民法”第 254 条规定:“契约当事人之一方迟延履行者,他方当事人得定相当期限催告其履行,如于期限内不履行时,得解除其契约。”在上揭例题,甲与乙订立买卖合同,曾得其法定代理人之允许,故为有效(第 77 条)。甲得否为对乙有效的催告?此涉及三个问题:(1)催告是否为法律行为?(2)倘非法律行为,则究属何种行为?(3)关于意思表示(法律行为)的规定,得否类推适用?

催告与法律行为均属于所谓的表现行为(表示行为),即表现一定的意思内容,并基于其表现而发生法律效果的行为。于法律行为,行为人企图发生某种法律效果,法律为实现私法自治原则而赋予之。反之,于催告,不问行为人是否企图发生何等效果,因法律的规定,当然发生一定的效果,学说上称为意思通知。属于此种类型的表现行为,除意思通知外,尚有观念通知(事实之通知,如召集社团总会)及感情表示(行为人感情之表现,如第 1053 条夫妻间的宥恕)。此三者的效力虽由法律之规定当然发生,但均以表示一定心理状态于外部为特征,与法律行为(意思表示)极为相近,故学说上称为准法律行为(geschäftsähnliche Handlungen)。

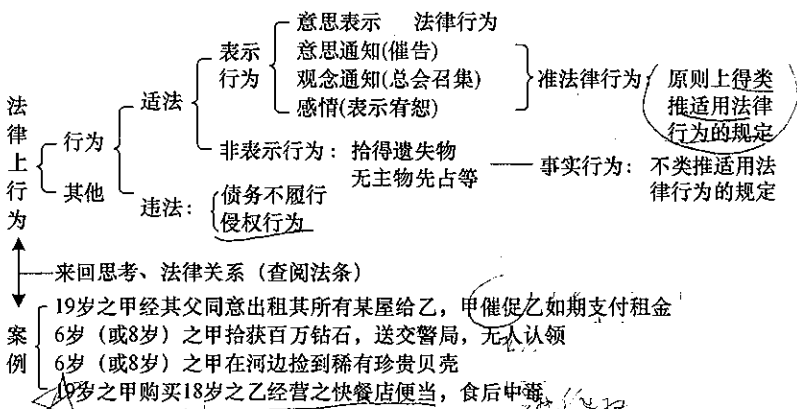
对意思通知、观念通知及感情表示此三种准法律行为,“民法”关于意思表示及法律行为的规定在如何范围内,得为类推适用?应视各该行为的性质具体定之。就催告(意思通知)而言,通说认为行为能力、意思表示之欠缺、意思之瑕疵、意思表示效力之发生时期及代理之规定,原则

上均得类推适用。^① 准此以言,在本例题,甲系限制行为能力人,其意思表示原则上应得法定代理人之允许;惟催告系契约解除权发生的要件,乃纯获法律上的利益;限制行为能力人得独立有效为之。^②

又需说明的是,在本例题,甲欲请求乙返还其越野车的法律基础,为“民法”第259条第1款规定,即契约解除时,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,应返还由他方所受领之给付物。唯此须以甲已解除契约为前提。解除权之行使,应向他方当事人以意思表示为之,系有相对人的单独行为(第258条第1项)。“民法”第78条规定,限制行为能力人未得法定代理人之允许(事前同意),所为之单独行为无效。倘法定代理人审酌情事,对甲解除契约之意思表示不为允许时,甲虽不得向乙请求返还越野车,仍能请求乙给付价金,及请求给付迟延的损害赔偿(第229条以下)。

(四) 体系构成

本款旨在讨论事实行为、准法律行为的基本概念,及其与法律行为的不同与法律适用等问题。为便于观察,图示如下:



^① 参见“最高法院”1952年台上字第490号判决:“‘民法’第440条第1项所谓支付租金之催告,属于意思通知之性质,其效力之发生,应准用同法关于意思表示之规定。”此所谓准用实乃类推适用。

^② 关于纯获法律上利益,参见拙著:《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版,第27页。

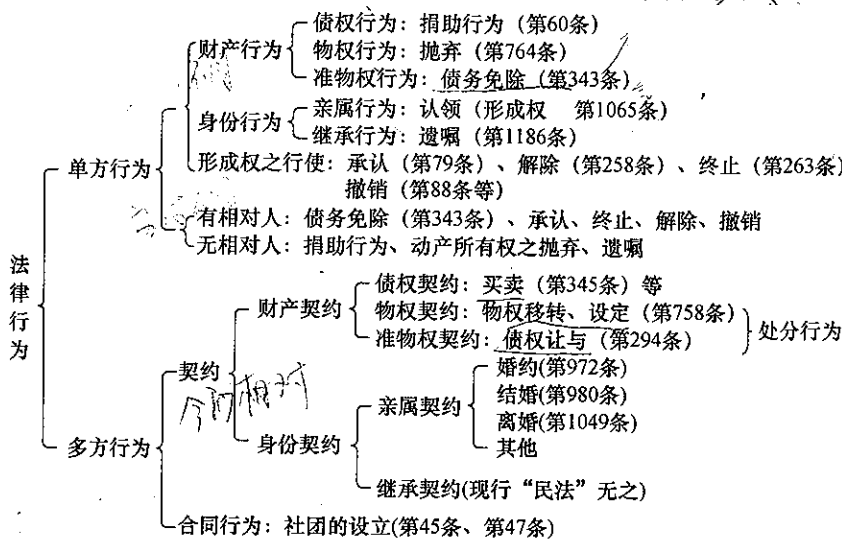
三、法律行为的种类:负担行为、处分行为及无因性理论

(一) 单方行为、多方行为

1. 甲与乙结婚后,向丙购屋,即受让其所有权,并设定抵押权于丁银行,担保购屋贷款。不久甲发现该屋系属所谓的辐射屋,乃向丙为解除契约的意思表示。多年后,甲与妻不睦,书立遗嘱将财产一半赠与某慈善基金会。试说明,在本例题共有多少法律行为,如何分类?

2. 甲、乙、丙等30人设立社团法人,选任甲为董事。社员总会以乙严重违反章程决议开除之。此外并决议捐助1000万元,设立“台湾民法发展基金会”,试说明共有多少法律行为,如何分类?

由上揭两例可知,当事人间从事社会生活,做成形形色色的法律行为。为了解各种法律行为的特色及其不同的法律效果,学者乃从各种观点,对法律行为加以分类。民法总则教科书关于法律行为的分类标准及区别实益,论述甚详,兹不重赘,仅提出以下重要分类,略加说明^①:



^① 关于要式行为及不要式行为,要物行为及不要物行为,有偿行为及无偿行为,多属契约上的问题,参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第80页。

1. 单方行为

单方行为(单独行为),指由当事人一方的意思表示而成立的行为,有发生债权法上效果者,如捐助财产设立财团的行为(第60条);有发生物权法上效果者,如所有权之抛弃(第764条);有发生亲属法上效果者,如非婚生子女之认领(第1065条);有发生继承法上效果者,如遗嘱(第1186条)。又解除权的行使(第258条)亦属单方行为。

单独行为可分为有相对人的单独行为及无相对人的单独行为。前者如撤销、解除契约等,于其意思表示到达相对人时发生效力。后者如遗嘱、捐助行为。

2. 契约

契约为法律行为的一种,因当事人互相意思表示一致而成立。此种互相意思表示一致的两个意思表示,其在前者称为要约,其在后者称为承诺(第153条以下)。契约因其法律效果的不同分为(例题1):

(1) 债权契约:指发生债权法上效果的契约,如甲向丙购屋的买卖契约;甲向丁银行贷款的消费借贷契约。法人选任某人为董事时,亦成立债权契约,类似于委任。

(2) 物权契约:指发生物权法上效果的契约,如丙移转所有权予甲的契约;甲就其所有房屋设定抵押权与丁的契约。

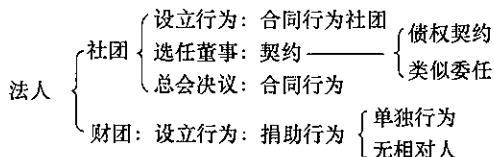
(3) 亲属契约:指发生亲属法上效果的契约,如甲与乙结婚。

3. 合同行为

合同行为(协同行为)亦为法律行为的一种,与契约同属所谓的多方契约。其与契约不同的是,契约系由双方互异而相对立的意思表示的合致而构成。反之,合同行为乃由同一内容的多数意思表示的合致而成立。其属共同行为者,如社团的设立行为等。总会决议亦属合同行为,具有两点特征:

(1) 其意思表示不是向其他社员为之,而是向社团为之。

(2) 决议系采多数决,对不同意的社员亦具有拘束力。兹将设立法人的法律行为图示如下,以增强认识如何以不同的法律行为建构法人制度:



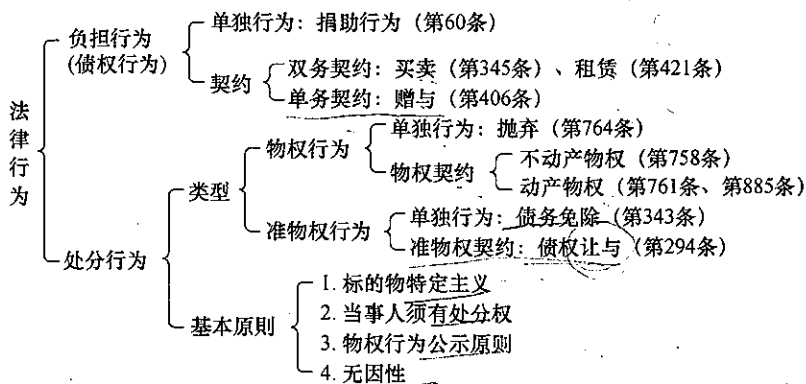
(二) 负担行为与处分行为

甲有 A、B、C 三画, 以总价 10 万元出售予乙, 其后甲将其对乙的债权赠与丙, 并让与之。于乙开具 10 万元支票交付予丙之后, 甲即将 A、B、C 三画交付予乙, 移转其所有权。试问:

- (1) 甲、乙、丙间共有多少意思表示、法律行为?
- (2) 何者为负担行为? 何者为处分行为?
- (3) 区别负担行为、处分行为有何实益?

1. 体系构成

负担行为、处分行为及无因性理论, 是民法三个最基本、最重视的概念, 是民法上的任督二脉, 未予打通, 不能了解民法的结构及关键问题。初习民法之人对此恒感困惑, 不易理解, 有经验舵手, 亦难免触礁。为此, 特设上开例题先行说明负担行为及处分行为的意义, 其后将反复阐述。为讨论的方便, 将要点图示如下, 请对照例题加以研读:



2. 意义

法律行为, 依其效力的不同, 可分为负担行为及处分行为。负担行为 (Verpflichtungsgeschäft), 指以发生债权债务为其内容的法律行为, 亦称债务行为或债权行为。负担行为包括单独行为 (如捐助行为) 及契约 (如买

卖、租赁等),其主要特征在于因负担行为的做成,债务人负有给付的义务,例如物之出卖人负有交付其物予买受人,并使其取得该物所有权之义务;权利之出卖人,负有使买受人取得其权利之义务,如因其权利而得占有一定之物者,并负交付其物之义务(第348条)。买受人对于出卖人,有交付约定价金及受领标的物之义务(第367条)。

处分行为(Verfügungsgeschäft),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),有为契约(如所有权的移转、抵押权的设定)。“民法”第758条第1项规定:“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,系指物权行为而言。又第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,如债权或著作权的让与、债务免除。^①

3. 关系^②

负担行为与处分行为的关系,可分三种情形:

(1) 负担行为与处分行为并存者,如甲出卖某画给乙(买卖契约、负担行为,第348条),并依让与其所有权的合意交付之(物权契约、处分行为,第761条)。^③

(2) 仅有负担行为而无物权行为者,如雇佣、租赁。

(3) 仅有物权行为而无债权行为者,如动产所有权的抛弃。

在某种法律交易上有负担行为与处分行为并存的情形,涉及无因性理论问题,俟后再行详论。

① 本书为行文的方便,处分行为与物权行为,负担行为与债权行为常互用之。

② 参见苏永钦:《物权行为的独立性与相关问题》,载《民法物权争议问题研究》,五南1999年版,第23页。

③ “最高法院”1981年台上字第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。”明确区别“约定设定不动产”的债权契约及“设定抵押权”的物权契约。

4. 区别的实益

负担行为与处分行为区别的实益,分三点言之:

(1) 标的物的特定。关于处分行为,应适用所谓标的物特定原则(Bestimmtheitsgrundsatz, Spezialitätsprinzip),即物权行为或准物权行为为迟于其生效时,其标的物须属特定,并须就一个标的物做成一个物权行为或准物权行为(一物一权原则)。反之,负担行为则不受此限制。

(2) 处分权。有效的处分行为,以处分人有处分权为要件。原则上凡财产权人,就其权利标的物皆有处分权,具有处分该标的物的权能(处分能力)。于破产时,其处分权移转于破产管理人(“破产法”第75条)。无处分权而处分权利标的物者,为无权处分,效力未定(参见第118条)。

反之,于负担行为,则不以处分人有处分权为必要,如甲拾得乙遗失的手提电脑,擅行出卖予丙时,其买卖契约仍为有效;但其移转该电脑所有权的物权契约,因甲无处分能力,效力未定。关于处分权,尚应说明的有两点:

① 处分权人得授权他人为处分(授权处分),例如甲授权于乙将某画所有权移转予丙。此应与代理权授予加以区别。

② 关于有处分权的排除或限制的约定,仅具债权的效力;违反时,应负损害赔偿~~责任~~,但其处分的效力不因此而受影响。

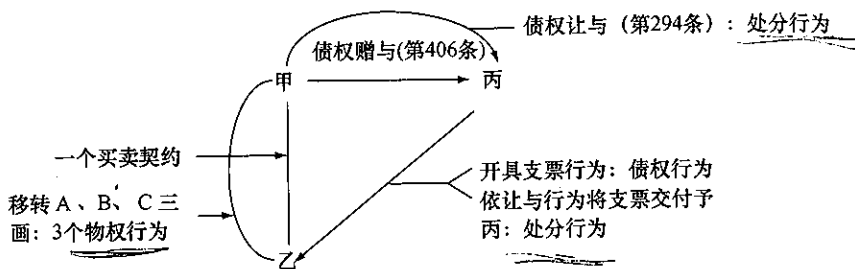
(3) 公示原则。关于物权行为适用公示原则(Publizitätsprinzip),即物权的变动,须有一足由外界可以辨认的征象,以维护交易安全,避免使第三人遭不测的损害。其公示方法,在不动产为书面登记(第758条),在动产为交付(移转占有)(第761条)。物权的存在及变动即有可由外界查悉的征象,则信赖此征象而有所作为者,纵令其征象与实质的权利不符,其信赖亦应受保护(公信原则),因而产生善意取得制度(关于不动产,第759条之10关于动产,第801条、第886条、第948条以下)。于准物权行为(如债权让与),尚欠缺公示方法,故无善意取得制度。

5. 例题解说

在前开例题,甲有A、B、C三画,有3个动产所有权,以总价10万元出卖予乙,成立一个买卖契约,盖就多数之物得成立一个负担行为也。甲将其对乙的债权让与予丙,是为赠与契约(负担行为);其依让与合意而为债权移转,乃处分行为(准物权行为)。乙开具10万元支票,此种票据

行为乃负担行为,究为单独行为或契约行为,尚有争论。^①乙将支票依让与合意交付予丙,乃对支票本身的处分,是为物权行为(处分行为)。^②甲将A、B、C三画依让与合意交付予乙,系分别移转三个动产所有权,成立三个物权行为(处分行为)。

综上所述,在本例题共有8个法律行为;其中包括3个负担行为:甲与乙间买卖契约、甲与丙间赠与契约及乙开具支票的行为;5个处分行为:甲移转A、B、C三画所有权予乙的3个物权契约、甲与丙间的债权让与契约,及乙将支票交付予甲的物权契约。鉴于此种区别的重要性,图示如下:



(三) 有因行为与无因行为^③

甲出售A屋于乙,价金1000万元。甲将其对乙的价金债权赠与丙,并让与之。甲予乙开具1000万元面额支票交付予丙后,即行办理房屋所有权移转登记。试问:

1. 何谓有因行为? 无因行为?
2. 何者为有因行为? 何者为无因行为?

1. 体系构成

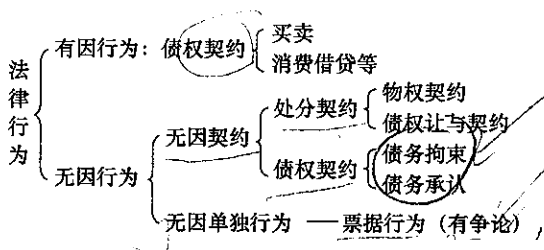
法律行为以得否与其原因相分离,亦即是否以其原因为要件,可分为

^① 台湾地区学者多采单独行为说,实务亦同,参照“最高法院”1963年台上字第2436号判决:“按票据行为为单独行为,故限制行为能力人,未得法定代理人之允许,所为之票据行为无效,从而对于限制行为能力人所为之票据行为,主张其已得法定代理人之允许,而对之行使追索权者,应负举证责任,当事人未为此项主张及举证者,法院不得仅凭法定代理人事后未加否认之消极事实,认定限制行为能力人行为当时,已得允许。”

^② Baur/Stürmer, Sachenrecht, 16. Aufl. München 1992, S. 591.

^③ 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第99页;陈自强:《无因债权契约论》,学林1998年版。

要因行为(有因行为、原因行为)及不要因行为(无因行为)。要因行为,指法律行为与其原因不相分离,以其原因为要件的法律行为,如买卖、消费借贷等债权契约。不要因行为,指法律行为与其原因分离,不以其原因为要件的法律行为而言,如处分行为(尤其是处分契约);就债权行为而言,其属无因者,如债务拘束、债务承认及票据行为等。兹先图示如下,再行说明:



2. 法律行为“原因”的意义

法律行为的原因指法律行为的构成部分。原因(法律原因、罗马法上称为 Causa),乃当事人为财产上给予(Zuwendung)之目的。例如甲赠予某车给乙,其给予目的在于使乙无偿获得利益,至于其所以为此赠予的缘由(如感恩、施惠)则属动机。在汽车买卖契约,其给予目的,对出卖人而言,在于取得价金请求权,对买受人而言,在于取得标的物所有权,至于甲出卖汽车的缘由,或为出国,或换车,均属动机。给予目的为法律行为的内容,动机则否。又在买卖汽车契约之例,甲依让与合意交付该车给乙,乙支付价金,此两项物权行为之给予目的系在履行买卖契约上的给付义务,买卖契约乃成为物权行为的原因(原因行为)。

3. 有因行为

如前所述,有因行为系以“原因”为其内在构成部分,系具有目的取向的行为。在台湾地区“民法”中,债权行为原则上为有因行为,如买卖、赠与,使用借贷等。在有因行为,原因不存在时,其法律行为不成立。例如甲表示欲出卖某车给乙,而乙误为赠与而承诺时,双方当事人对给予目的(法律原因)欠缺合致,买卖契约不成立。

4. 无因行为^①

民法上的处分行为均属无因行为,即原因超然屹立于处分行为之外,不因原因的欠缺,致处分行为(本身)的效力因此受到影响。关于债权行为,其例外属于无因行为者,如债务承认(Schuldanerkenntnis)及债务约束(Schuldversprechung)。例如甲向乙借款100万元,甲订立书面谓:“余谨此表示,定于公元2015年1月1日付予乙一百万元”(债务拘束),或“余谨此承认,欠乙一百万元,定于2015年12月30日偿还”(债务承认)。票据行为亦属无因行为,例如甲向乙购车,发行支票,以支付价金(原因)。纵甲与乙间的买卖契约不成立、无效或被撤销(原因不存在)时,其发行支票的行为并不因此而不成立、无效或视为自始无效。设该支票尚在乙手,甲得依不当得利的规定向乙请求返还。如该支票辗转入第三人之手时,甲不能以买卖契约不存在,而拒绝付款。甲于付款后,得依不当得利规定请求乙返还其所受之利益。由此可知,票据行为的无因性,有助于票据的流通,及维护交易的安全。

(四) 无因性理论及其法律效果

甲于3月1日出卖A画给乙,价金1万元,4月2日,甲依让与合意交付该画,乙同时给付约定的价金。其后发现下列情形时,试说明何谓物权行为无因性,及当事人间的法律关系:

1. 甲与乙间的法律均属有效成立。
2. 甲以意思表示内容错误为理由撤销其买卖契约。
3. 甲以受乙诈欺为理由,撤销其所为的意思表示。
4. 甲于3月25日受监护宣告。

^① 参见拙著,《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第100页;陈自强:《无因债权契约论》,学林1998年版。论述甚详,甚具参考价值。实务上见解,参见“最高法院”1999年台上字第1189判决:“按法律行为以得否与其原因相分离,可分为要因行为(有因行为)及不要因行为(无因行为)。前者如买卖、消费借贷等债权契约是;后者如处分行为、债务拘束、债务承认、指示证券及票据行为等属之。民法上之典型契约固均属有因契约,惟基于契约自由原则,当事人于不悖于法律强行规定及公序良俗之范围内,亦得订定无因契约,此种由一方负担不标明原因之契约,亦属无因行为。准此,系争宣誓之内容所生‘债务拘束’之效力,应堪认定。当事人订立‘债务拘束契约’之目的,在于不受原因行为之影响,及避免原因行为之抗辩。”

1. 无因性理论^①

(1) 问题的说明

如前所述,法律行为可分为负担行为与处分行为,在上举例题,甲与乙间共有3个法律行为,即买卖契约(负担行为)、甲移转某画所有权予乙的物权行为、乙支付价金的物权行为(其个数视钞票数目而定,1张钞票为1个物,存有1个所有权,做成1个物权行为)。在此情形,有两个问题应予明确:

① 每一个法律行为是否有效成立?此应就各该行为本身判断之(分离原则)。

② 负担行为不成立、被撤销或无效时,处分行为是否因此而受影响?此乃处分行为有因或无因的问题(无因性原则)。②

(2) 无因性理论的肯定:“最高法院”1999年台上字第1310号判决

关于处分行为(物权行为、准物权行为)是否受负担行为存否的影响,“最高法院”肯定台湾“民法”系采所谓的无因性原则(Abstraktionsprinzip)。③ “最高法院”1999年台上字第1310号判决:“查法律行为分为债权行为与物权行为,前者系发生债的关系为目的之要因行为,后者之目的则在使物权直接发生变动,以避免法律关系趋于复杂,影响交易安全,乃使之独立于原因行为之外而成为无因行为。”所谓无因性,非谓处分行为无原因(原因行为),而是将负担行为从处分行为中抽离(abstrahieren),不以负担行为的存在作为处分行为的内容,使处分行为的效力,不因原行为(负担行为)不存在而受影响。例如,甲赠与某车给乙,并依让与合意交付之,若其后发现赠与契约不成立时,其移转该车所有权的物权行为(第761条)效力,不随之消失。

—— A 7 71 - 6 / 13

① 参见史尚宽:《物权法论》,第22页。较详细的说明,参见拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第112页。重要的比较法专题著作参见 Astrid Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, 积极肯定德国民法所采处分行为无因性理论的功能。

② 关于分离原则及无因性原则, Jauernig, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, 721。

③ Astrid Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, 强调处分行为及无因性的优越性。

(3) 无因性原则的功能及其检讨

处分行为的无因性及其所兼含的处分行为与负担行为分离原则,具有多重功能,诸如更明确地区别复杂的法律关系,有助于建立出卖人保留所有权的理论,尤其是维护交易安全。例如甲出卖乙所有的汽车给丙,丙转售给丁(或丁转售给戊)而辗转转移其所有权时,后之买受人不必顾虑在前的交易,是否因买卖契约(原因行为)的不存在,致让与人未能取得所有权,造成无权处分。

其备受批评的是,无因性理论违反一般的交易观念。^① 例如甲向乙买一份报纸,支付10元硬币。一般人均认为只有一个交易,但法律上却将之分为三个法律行为:①报纸的买卖契约(负担行为)。②移转报纸所有权的物权行为(处分行为)。③移转10元硬币所有权的物权行为(处分行为)。又一般人多认为,倘买卖契约不成立时,双方当事人不能取得报纸及10元硬币之所有权,应予返还。但法律上却认为买卖契约不成立,不影响其他两个物权行为的效力,当事人均取得报纸及10元硬币所有权;唯因系无法律上之原因而受利益,致他人受损害,应依不当得利之规定负返还责任(第179条)。在此情形,双方当事人均处于不利的地位,因其仅能以债权人的地位主张其权利,于相对人将其所受领之标的物(例如汽车、房屋等)让与他人,或其债权人对标的物为强制执行,或相对人破产时,难免蒙受不利。

为缓和无因性原则的适用,学说上乃提出各种理论,使之相对化,如解释当事人意思表示,认定债权行为的存在为物权行为的要件(条件关联说);物权行为与债权行为具同一瑕疵(如当事人无行为能力)时,二者应同其命运。然为避免使无因性原则“空洞化”,应审慎处理,尤其是不能认为物权行为与债权行为当然具有一体性,径适用“民法”第111条“法律行为之一部分无效者,全部皆为无效”之规定,使物权行为与债权行为“同归于尽”。

又需注意的是,物权行为无因性云者,乃指物权行为不因债权行为不成立、无效或被撤销而受影响而言。倘物权行为本身有不成立、无效或被撤销之事由时,其本身效力应受影响,自不待言也。

^① 较详细的说明,参见拙著:《物权行为无因性理论的检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第112页。

2. 无因性理论下的法律关系

在采处分行为无因性原则下,当事人间的法律关系如何,是一个值得深入分析的重要问题。兹就上揭例题加以说明:

(1) 买卖合同与物权行为均属有效成立

甲出卖某画给乙,价金1万元,双方依约履行时,共做成买卖合同、移转某画所有权的物权行为(第761条),及移转金钱所有权的物权行为(第761条)。在此情形,甲及乙各因物权行为的做成,而取得动产所有权(金钱、画),而以买卖合同作为其保有他方给付的法律上原因。

(2) 买卖合同与物权行为具有共同瑕疵

设甲于3月1日受监护宣告,为无行为能力人(第15条)。无行为能力人之意思表示无效(第75条前段),此项规定于负担行为与处分行为均有适用余地,是甲与乙间的买卖合同应属无效;甲移转某画所有权给乙的物权行为,乙支付价金于甲的物权行为亦均属无效,互不能取得A画及金钱所有权,均得向他方主张所有物返还请求权(第767条)(参见例题4)。意思表示具共同瑕疵的,尚有通谋虚伪意思表示为不动产买卖及让与所有权,两者均为无效(第87条)。债权行为及物权行为上的意思表示同被诈欺或被胁迫时,两者均得撤销(第92条)。

(3) 买卖合同有效,处分行为无效

甲于3月1日出卖A画给乙之后,于3月25日受监护之宣告。甲自该日起无行为能力(第15条),其意思表示无效(第75条)。其与乙于3月1日所订买卖合同虽为有效,但4月2日所做成移转A画所有权的物权行为,及支付价金的两个物权行为均属无效,甲乙各不能取得其所有权。惟甲与乙间买卖合同既为有效,其占有他方交付之物,乃有权占有,无“民法”第767条规定的适用。又基于此项买卖合同,乙得请求甲的法定代理人为让与A画所有权的意思表示。于此情形,甲的法定代理人亦得请求乙同时为让与金钱所有权的意思表示(同时履行抗辩,第264条)。

需注意的是,在处分行为无效时,买受人乙不能取得A画所有权,其将该画出售给第三人时,其买卖合同(出卖他人之物),固为有效,但移转该画所有权的物权行为,则为无权处分(第118条),得发生善意取得问题(第801条、第948条)。

(4) 买卖合同不存在(被撤销),处分行为有效

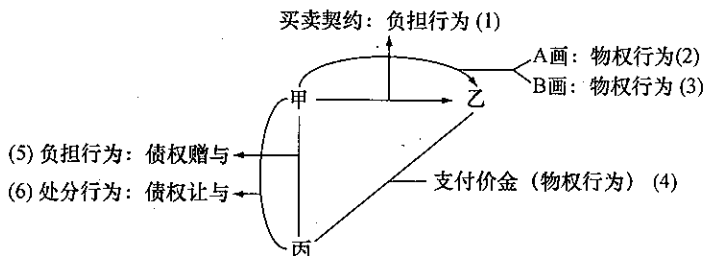
甲因意思表示的内容有错误,而撤销其买卖合同时(第88条),该买

卖契约,视为自始无效(第114条第1项)。甲将A画所有权移转给乙的物权行为,系不要因行为,不因其原因行为的无效,致其本身的效力受其影响。惟买卖合同既不存在,乙取得甲所移转A画所有权,乃无法律上之原因而受利益,致他人受损害,甲得依“民法”第179条关于不当得利规定,向乙请求返还。乙亦依得不当得利规定向甲请求返还其所支付的金钱所有权^①。

(五) 体系构成、实例研习与请求权基础

1. 基本法律关系

负担行为与处分行为乃民法最基本概念,系法律行为的重要类型,关系债权与物权的变动至巨,可谓是民法上的任督二脉,前已说明。在处理实例问题时,要确实分辨何者为负担行为(债权行为),何者为处分行为(物权行为与准物权行为)。于物权行为,尤应认识所谓标的物特定原则,即物权行为应就个别之物做成之。兹为便于了解,设乙例如下:甲有A、B两画,出卖给乙,价金5000元。甲将其价金债权,赠与丙,并即让与之。甲于乙付款予丙后,即将A、B二画所有权移转给乙。为便于观察,以下图表示之:

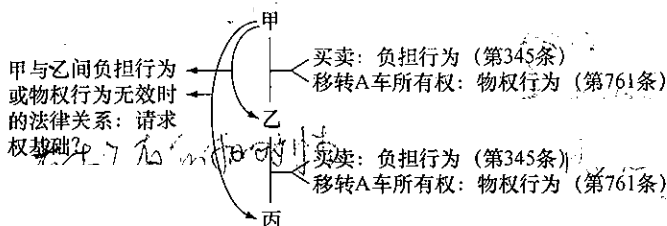


2. 体系构成

债权行为与物权行为的分离原则,物权行为无因性理论,及其所生的法律关系,贯穿整个民法,兹再以买卖某车为例,如甲出卖某车给乙,即交付移转其所有权。乙再将该车出卖给丙,并移转其所有权(请查阅相关条

^① 参见“最高法院”2000年台上字第961号判决:“按无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益。虽有法律上之原因,而其后已不存在者,亦同。‘民法’第179条定有明文。无法律上之原因取得不动产所有权而受利益,致他人受损害者,该他人自得依不当得利规定,请求移转不动产所有权登记,以返还利益,并不发生涂销登记之问题。盖物权行为有其独立性及无因性,不因其原因之债权行为系无效或得撤销而失效。”

文),参照前面说明,提出如下规范模式,用供参考:



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(乙与丙间)
有效成立	✓	✓	1.依物权行为取得所有权 2.以负担行为作为法律上原因	有权处分
1. 出卖人受监护宣告 2. 通谋虚伪买卖 3. 出卖人撤销其被胁迫、诈欺而为债权行为及物权行为之意思表示	× (无效)	× 同一瑕疵 (无效)	甲 ↓ 乙 第767条 { 甲为所有人 乙无权占有	1. 买卖合同有效(出卖他人之物) 2. 乙无权处分(第118条) 3. 不得对抗善意第三人(第87条第1项但书,第92条但书) 4. 丙善意取得(第801条、第948条)
出卖人于订约后,交车移转所有权前受监护宣告	✓	× (无效)	乙 ↓ 甲 第348条 { 买卖合同有效成立 请求履行	1. 买卖合同有效(出卖他人之物) 2. 无权处分(第118条) 3. 丙善意取得(第801条、第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 ↓ 乙 第179条 { 受利益(汽车所有权) 致他人损害 无法律上原因:欠缺给付目的	1. 买卖合同有效 2. 有权处分 3. 善意取得(第801条、第948条)

3. 请求权基础

(1) 案例

甲擅将向乙借用的高级名贵手机(价值5万元),以55000元出售给丙,并即交付,移转其所有权,丙以偷乙的金钱支付价金。试分就丙善意或善意说明当事人间的法律关系。

(2) 解题方法

法律行为的种类:负担行为、处分行为及无因性理论

前揭案例,涉及民法最基本问题,系政府考试(大陆法国家或地区等)常见的题目,请特别注意,参考相关资料,反复研究,写成书面。解答案例宜采请求权基础方法,兹将其解题结构简示如下:

61. 乙对丙(请思考为何要先讨论乙对丙?)

1. 丙系善意

- (1) 请求权基础第 767 条:要件、效果
- (2) 请求权基础第 179 条:要件、效果
- (3) 请求权基础第 184 条第 1 项前段:要件、效果

2. 丙系恶意

- (1) 请求权基础第 767 条:要件、效果
- (2) 请求权基础第 177 条第 2 项:要件、效果
- (3) 请求权基础第 179 条:要件、效果
- (4) 请求权基础第 184 条第 1 项前段:要件、效果

II. 乙对甲

III. 丁对甲

IV. 丁对乙

四、单方行为与契约

(一) 意思表示与法律行为

私法自治系民法最基本的原则,法律行为系实施私法自治手段。法律行为以意思表示为必备的要素,其引起权利变动的,不是意思表示,而是法律行为。法律行为由一方当事人的意思表示所构成,称为单方行为(单独行为)。法律行为由多数当事人(两个或两个以上)意思表示所构成,称为多方行为,包括契约及合同行为(如社团法人总会决议)。单独行为、契约、合同行为三者以不同的方式形成创设私法关系。合同行为系法人内部机关组织的意思形成,前已论及,以下就单方行为与契约再作进一步说明。

据上所述可知“意思表示”(Willenserklärung)系法律行为所必备的核心要素。意思表示指将内心企图发生一定私法上效果的意思,表示于外部,例如,甲寄电子邮件给乙,表示“以 5 000 元出卖某机车”,乙以传真回答“好”。问题在于如何认定意思表示的要件(内心意思、外部表示),意思表示的发出、生效,以及如何处理意思的瑕疵(虚伪表示、错误、被诈欺胁迫而为意思表示)。诸此问题将于相关部分再为详论,之所以在此提出,系为便于说明单方行为,尤其是契约的缔结。

(二) 单方行为

何谓单方行为？具有何种私法自治功能？“民法”规定有何种单方行为？设此规定立法理由？试就下列两例加以分析：

1. 甲免除乙的债务，是否须得乙的同意？

2. 甲以遗嘱赠乙某屋，乙不知其事，甲死亡后，乙取得的究系该屋所有权或债权？不愿意接受遗赠时，如何处理？

单方行为(单独行为)，指由一方当事人的意思表示所构成的法律行为。单方行为的发生，有基于当事人的约定，例如买卖契约当事人约定，买受人于缔约后1周内得随时解除契约(形成权)。法律明定若干单方行为，使一方当事人得以其意思表示形成法律关系。单方行为有须相对人为之(需受领的意思表示)，有无须受领的，其理由系因无相对人或相对人无保护的必要。兹将“民法”规定的单独行为，择其重要的说明如下：

1. 捐助行为(第60条)。捐助一定财产设立财团，系单方行为，没有相对人，无须受领(债权行为)。

2. 代理权授予。“民法”第167条规定：“代理权系以法律行为授予者，其授予应向代理人或向代理人对之为代理行为之第三人，以意思表示为之。”代理权授予系须受领的单独行为。

3. 债务免除。“民法”第343条规定：“债权人向债务人表示免除其债务之意思者，债之关系消灭。”债务免除系处分行为，须受领。立法理由谓：“债务免除之方法，各国立法例虽多以契约为据，然本法求实际之便利，以债权人之单独行为，即生免除之效力。各国立法例(如《德国民法典》第397条)多规定免除债务须采契约方法，系为避免单方强加施惠于他人。”

4. 形成权的行使。法律规定契约解除权(如第226条、第256条)、意思表示因错误、被欺诈或被胁迫而得撤销(第88条、第89条、第92条)。此等法定形成权，须向相对人为意思表示(单独行为)，实务上甚为重要。

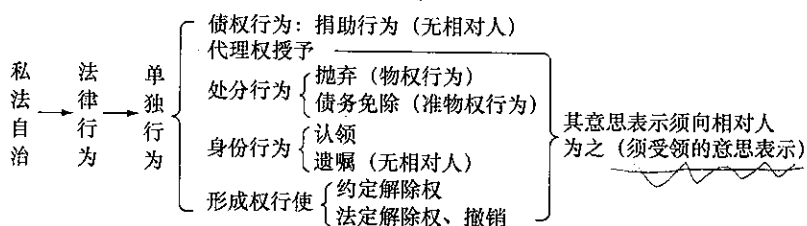
5. 物权抛弃(第764条)。旨在贯彻物权自由原则，系典型的处分行为。其抛弃，第三人以有以该物权为标的物之其他物权(如抵押权、质权)或于该物权有其他法律上利益的，非经该第三人同意，不得为之(第764条第2项)。

6. 非婚生子女认领。“民法”第1065条第1项规定：“非婚生子女经

生父认领者,视为婚生子女。其经生父抚育者,视为认领。”认领系生父的单方行为,具形成权性质,须对非婚生子女为之。

7. 遗嘱(第 1186 条以下)。人得以遗嘱处分其财产,体现私法自治原则。遗嘱因依一方之意思表示而成立,为无相对人之单独行为。受遗赠者是否知悉遗嘱,在所不问。

据上所述,单方行为亦在实现私法自治,除当事人约定(主要为解除契约)就若干情形,授权当事人得以一方意思表示,创设私法上的权利义务,为便于观察,图示如下(查阅条文):



(三) 契约

1. 试说明契约与私法自治的关系。A 受雇于 B 电子公司,略有积蓄,以分期付款方式向 C 公司购买某屋,由 D 保证。A 于受让房屋所有权后,将该屋出租予 E。其后 A 与任职于 F 律师事务所的 G 结婚,因未有生育,共同收养 H。试问本例中共有多少法律行为? 何种契约(契约名称)? 试引用民法条文加以说明。

2. 何谓要约? 与要约引诱(要约邀请)如何区别? 下列何者为要约或要约引诱? (1) 百货公司标价出售货物。(2) 书局寄送未订购新书。(3) 餐厅菜单。(4) 饭店发送年菜价目表。(5) 速食店张贴广告招募员工。(6) 标卖古董。(7) 摆设自动贩卖机。

3. 甲系某大学法律系学生,急于寻找住处,见乙张贴广告:“二楼套房出租,每月租金 1 万元,即可搬入。”甲察看房屋后,即向乙表示租赁该套房,并告知其就读法律系。乙以法律系学生意见多,较为麻烦,对甲表示不愿出租。甲认为,租赁契约业已成立,请求乙交付套房,有无理由。

4. 甲在市场开设精品店,出售韩国衣服。乙见有 1 件洋装,标价 9 000 元,乙向甲表示愿以 7 000 元购买,甲表示需 8 500 元。乙再次出价 8 000 元,甲拒绝后,乙即离去。半小时后,乙又回来,对甲表

示愿以 8200 元购买该件洋装,甲微笑点头。试说明甲与乙间成立契约的过程。

5. 甲系法律系教授,接获乙出版社寄来的《台湾法律百科全书》订购单,定价 5 万元。甲即填妥订购单,付邮寄出。在该订购单达到乙之前,甲突死亡。乙收到甲订购单,即交由宅急便送达该法律全书。甲之子丙以其父于发出要约后死亡,并以自己为兽医,不懂法律,拒绝受领该全书及支付价金,有无理由?

6. 甲在其自助餐厅摆设咖啡自动贩卖机,乙投入 50 元硬币,因该自动贩卖机故障,咖啡未出来。试说明甲与乙间的法律关系。

1. 契约自由与私法自治

契约系最重要的法律行为,乃实施私法自治最重要的制度,其中以债权契约最值重视,使当事人得以平等地位,自由订立买卖、租赁、雇佣、承揽、保证等契约。发生债之关系的契约,具有分配资源、规划社会经济活动的重要功能。又基于合意所成立的契约,在一定程度亦能保护契约内容的合理性。

契约除债权契约外,尚有物权契约(第 758 条的法律行为指物权行为,包括物权契约,第 761 条的让与合意系物权契约)、身份契约(订婚、结婚、收养子女、离婚等),规范人类社会生活,形成了所谓的契约社会。私法自治系建立在契约制度之上,契约自由体现私法自治的价值理念。

2. 契约缔结

(1) 规范体系

契约系由两人以上意思表示一致而成立的双方行为。《德国民法典》将契约缔结规定于民法总则(《德国民法典》第 153 条以下),适用于所有契约(债权契约、物权契约、身份契约)。“民法”将契约缔结规定于债之通则,作为债之发生原因(第 153 条至第 163 条)。此等关于债权契约成立的规定,得类推适用于物权契约及身份契约。

(2) 契约成立^①

① 契约成立与意思表示

当事人互相意思表示一致者,无论其明示或默示,契约即为成立(第

^① 关于契约成立的详细讨论,参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 169 页以下;陈自强:《契约之成立与生效》,元照 2012 年;Leenen, AT S. 107 ff.

153 条第 1 项),其在前的意思表示称为要约,在后者称为承诺。要约与承诺均属有相对人、须受领的意思表示,应适用“民法”总则关于意思表示的一般规定。“民法”总则关于意思表示的规定多适用于要约与承诺,须一并研究,始能了解相互间的适用关系,此为本书特别对契约缔结作简要说明的理由。

② 要约

A. 要约与具体要约引诱(要约邀请)

要约指欲与相对人成立契约的意思表示,其当事人、标的物或内容(如价金、报酬)须确定或可得确定,使他人得径为承诺,此应就个案加以认定。例如甲对乙表示“愿以 10 万元(或市价)售汝此车”,是为要约。乙表示“好”时,即得因承诺成立买卖契约。

要约的特征在于其受法律拘束的效果意思。与要约应严予区别的是要约的引诱(要约邀请,invitation to offer),其表示系在引诱或邀请他人对其为要约,例如刊登吉屋出租或招募工读生的广告。在此情形,表意人并无受其表示拘束之意,以避免与多人成立契约,或须确知他人的能力、资格、信用等,以决定是否对他人的要约加以承诺。某项表示究为要约或要约邀请,须解释当事人意思表示,依交易习惯及其他情形加以认定。^① 其属要约的,如摆设自动贩卖机、寄送未订购的商品。刊登广告出租房屋、征求工读生等,系要约邀请,属之者尚有便利商店放置年菜菜单、网络出售商品。为避免争议,“民法”第 154 条第 2 项规定:“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。”所谓不视为要约,系认其为要约之引诱。

B. 要约的形式拘束力:要约的撤回

对话要约(如打电话为要约),其意思表示以相对人了解时发生效力(第 94 条)。非对话而为意思表示者(如以信函、传真、电子邮件),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。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(第 95 条)。需注意的是,“民

① “最高法院”2010 年台上字第 683 号判决:“标卖之表示,究为要约之引诱抑或为要约,法律无明文规定,应解释标卖人之意思定之。依普通情形而论,标卖人无以之为要约之意思,应解为要约之引诱;标卖之表示,如明示与出价最高之投标人订约,固应视为要约,但别有保留者,不能视为要约。”

法”第154条第1项规定：“契约之要约人，因要约而受拘束。但要约当时预先声明不受拘束，或依其情形或事件之性质，可认当事人无受其拘束之意思者，不在此限。”所称“因要约而受拘束”，指要约形式拘束力，即要约“发生效力”后，原则上不得再撤回（撤销），相对人仍得对要约为承诺。

C. 要约消灭：要约失其拘束力——

要约在下列四种情形失其拘束力。所谓失其拘束力，指失其实质拘束力，要约消灭，无从对其承诺。

a. 要约经拒绝（第155条）。

b. 对话为要约者，非立时承诺（第156条）。

c. 非对话为要约者，依通常情形可期待承诺之到达期间内，相对人不为承诺（第157条）。此项期间，系对要约为承诺的期间，其可期待期间由三个时间构成：（a）要约到达期间。（b）思考期间。（c）传送期间，此应就个案斟酌其要约的方法（信函、传真）以及契约的性质及内容加以认定。

d. 要约定有承诺期间，非于其期限内为承诺（第158条）。

③ 承诺

A. 承诺自由

相对人对他人的要约，是否为承诺，原则上有其自由（私法自治），其构成例外的，系法律规定的强制缔约（前已说明）。基于预约，当事人负有缔结本约的义务。^①

B. 承诺系有相对人须受领的意思表示

承诺为接受要约以成立契约的意思表示，以要约人为相对人，因其发出，于要约人了解（对话）或到达相对人时发生效力。

C. 承诺期间

a. 对话要约：立时承诺（第156条）。

b. 非对话要约：依通常情形可期待承诺到达期间（第157条）。

c. 约定期间（第158条）。

^① “最高法院”2009年台上字第1711号判决：“预约当事人之一方请求他方订立本约，系以请求他方履行本约为其最终目的，设买卖预约之出卖人，于订约后将买卖标的物之不动产所有权移转予第三人，其对于买受人所负移转所有权之义务，即陷于给付不能之状态，而买卖预约未经当事人合意解除或失其效力前，预约当事人仍负有订立本约之义务。预约出卖人如不订立本约，纵发生给付不能之情形，预约之买受人非不得请求预约出卖人赔偿因违反预约所受之损害。”

D. 迟到之承诺,视为新要约

“民法”第159条规定:“承诺之通知,按其传达方法,通常在相当时期内可达到而迟到,其情形为要约人可得而知者,应向相对人即发迟到之通知。要约人怠于为前项通知者,其承诺视为未迟到。”迟到之承诺,除第159条情形外视为新要约(第160条第1项)。

E. 变更要约,视为新要约

“民法”第160条第2项规定:“将要约扩张、限制或为其他变更而承诺者,视为拒绝原要约而为新要约。”

F. 意思实现

“民法”第161条规定:“依习惯或依其事件之性质,承诺无须通知者,在相当时期内,有可认为承诺之事实时,其契约为成立。前项规定,于要约人要约当时预先声明承诺无须通知者,准用之。”此系以一定事实体现承诺意思,学说称为意思实现,例如向旅馆订房、公司向自助餐厅订购外送便当,于旅馆登记旅客姓名、餐厅送货时,其契约为成立。

G. 撤回要约或承诺的特殊迟到

“民法”第162条规定:“撤回要约之通知,其到达在要约到达之后,而按其传达方法,通常在相当时期内应先时或同时到达,其情形为相对人可得而知者,相对人应向要约人即发迟到之通知。相对人怠于为前项通知者,其要约撤回之通知,视为未迟到。”

④ 契约成立

“民法”第153条规定:“当事人互相表示意思一致者,无论其为明示或默示,契约即为成立。当事人对于必要之点,意思一致,而对于非必要之点,未经表示意思者,推定其契约为成立,关于此非必要之点,当事人意思不一致时,法院应依其事件之性质定之。”依此规定,契约是否成立,依其事项是否为必要之点而异:

A. 必要之点:当事人对必要之点,必须意思一致。必要之点指契约的要素,通常指其成立要件,如买卖契约的标的物及价金,委任契约的委任事务。“最高法院”2000年台上字第1449号判决谓:“按出资及经营共同事业为合伙契约之成立要件,故对于出资多少,出资标的为何,及经营如何之共同事业,必须确实约定,否则其合伙契约仍不能谓已成立。”可资参照。

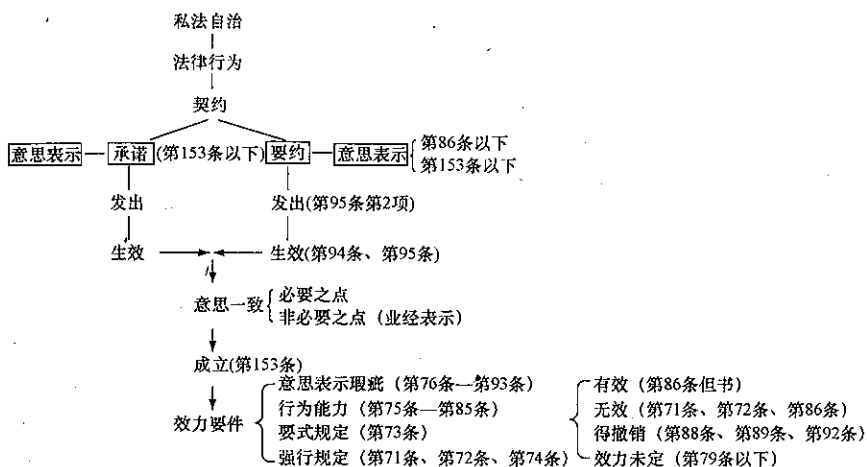
B. 非必要之点:非必要之点(如买卖契约的清偿地、租赁契约的保证

金)业经意思表示的,亦须一致,契约始能成立。其未经表示时,推定其契约成立,此得反证加以推翻。在此情形,当事人意思不一致时,法院应依其事件的性质,对契约作补充解释或适用任意规定。

3. 体系构成、案例解说

(1) 体系

契约系实现私法自治的重要机制。契约的缔结系由要约与承诺两个意思表示所构成,涉及债编缔约规定与“民法”总则法律行为的基本规定,相互关联,为凸显其法律构造,图示如下:^①



(2) 例题解说

① 要约与要约引诱(例题2)

契约的首要问题在于认定某契约是否因互相意思一致而成立,此须检查是否有要约,何人为要约,并需区别要约与要约引诱(要约邀请)。例题1所提问题,请参照本书说明。

② 承诺自由:法律系学生租屋被拒(例题3)

甲得向乙请求交付套房的法律基础为“民法”第421条第1项规定,其要件系甲与乙间成立租赁契约。租赁谓当事人约定,以物租与他人使用收益、他人交付租金之契约。问题在于租赁契约是否因甲与乙相互意

^① 此图的构造参照 Braunschneider, Das Skript: BGB, AT (10. Aufl., Freiburg 2004), S. 64。

思表示一致而成立。张贴出租套房广告,其标的物及租金虽属确定,但因系向公众为之,应解为其表示非属要约,乃要约引诱,不具受法律拘束的效果意思,乙并非要与任何向其表示愿意租屋者订立契约,而欲保留是否对其所为要约为承诺。甲对乙表示“愿承租套房”系属要约,即愿以乙广告所提租金承租套房,此系对话意思表示,于乙了解时发生效力(第94条)。乙知悉甲系法律系学生,表示“不愿出租”,拒绝甲的要约。要约经拒绝者,失其拘束力(第155条)。

据上所述,甲对乙为承租其套房要约,该要约因乙拒绝而消灭,未有互相一致的意思表示,租赁契约不成立,甲对乙不得依“民法”第421条规定,请求交付广告出租的套房。

需补充说明的有二:

A. 处理契约上实例题(案例),应采请求权基础方法(如以第368条、第421条为请求权规范),再应用历史方法,依时间发展过程,认定要约与承诺,及其是否互相表示一致,成立契约。

B. 乙以广告方式引诱(邀请)他人对其为租赁房屋的要约,得以各种理由(或不说明理由)拒绝他人的要约,使租赁契约不能成立,体现私法自治原则及契约自由原则。

③ 购买洋装:缔约过程的讨价还价(例题4)

缔结契约是一个讨价还价的过程,无论是在市场买菜或国际商事交易。兹将例题4购买洋装的缔约过程,说明如下:

A. 甲标价9000元出卖洋装:视为要约(第154条第2项)。

B. 乙出价7000元:变更要约而为承诺,视为拒绝原要约而为新要约(第160条第2项)。

C. 甲表示需8500元:变更乙的新要约而为承诺,系拒绝原要约而为新要约(第160条第2项)。

D. 乙不语离去10分钟:乙对甲的对话要约非立时承诺,甲的要约失其拘束力(消灭)(第156条)。

E. 乙再对甲表示愿以8200元购买洋装:要约发出,因甲了解发生效力。

F. 甲微笑点头:承诺发出,因乙了解发生效力(第94条)。

G. 由(E)、(F),当事人互相表示一致,买卖合同成立(第153条)。

④ 甲教授订购百科全书:表意人于发出要约后死亡(例题5)

处理案例(实例题),需了解事实及所提问题,寻找请求权,在作答之前,通常需作一个简明的解题结构,俾能整理思路,凸显命点。兹就例题5作成如下解题纲要,以供参考,并请依此纲要写成解题报告:

乙对丙:请求支付价金受领标的物:第367条、第1148条

I. 乙的要约(-):乙寄送订购单,要约引诱

II. 甲的要约

1. 发出(+)

2. 到达(+):甲死亡不影响要约的效力(第95条)

III. 乙的承诺

1. 发出(+)

2. 到达(+)

3. 要约的存续(?):问题在于丙得主张甲向乙购书系为个人专业目的,具客观个人关联,甲死亡后其要约仍为存续,不符要约人意思,其要约应归于消灭。关于此点,“民法”未有规定,暂置不论,俟后再为说明(本书第324页)。

IV. 对丙的效力:依第1148条继承人丙继承被继承人甲的财产上地位。

结论:丙对甲依第368条、第1148条规定负有支付价金、受领标的物的义务。

⑤ 自动贩卖机故障

自动贩卖机系现代日常生活的特色,其摆设实为要约或要约的引诱,尚有争论,通说认为,其系愿与任何人就自动贩卖机内商品订立契约的要约(默示意思表示)。此项要约的生效,须具备三个要件,即:(a) 购买者须投入正确的硬币。(b) 须有足够存货。(c) 贩卖机技术上须能运作。三者兼备,要约始生效力。^①

据上所述,甲在自助餐厅摆设咖啡贩卖机,系买卖的要约,因机器故障,不能运作,欠缺前述要约生效的要件,不存在可对之为承诺的要约,故乙投入50元硬币不能成立买卖合同;乙不能依第348条请求甲交付咖啡并移转咖啡所有权。乙得向甲要求返还其投入的50元硬币的请求权基础为“民法”第767条第1项前段规定,此须以乙为所有人,甲系无权占有为要件。问题在于依“民法”第767条第1项前段规定,动产物权之让与,

① Rütters/Stadler, AT S. 197.

非将动产交付不生效力,此项让与合意指物权契约,其成立类推适用“民法”第153条以下关于债权契约的规定。如前所述,甲要约的意思表示因机器故障不发生效力,其物权意思表示亦同样不发生效力。乙虽投入50元硬币而有移转其所有权的物权意思表示,并为交付,仍未发生让与合意而丧失其所有权。惟在此情形,该50元硬币得与自动贩卖机内的其他货币混合,由自动贩卖机摆设者取得其所有权(第813条)。据上所述,乙非其投入自动贩卖机50元硬币的所有人,不能依“民法”第761条规定请求甲返还其投入的50元硬币。

尚应检讨的是,乙得否依“民法”第816条、第179条规定向甲请求该50元硬币的价值。依“民法”第816条规定,因“民法”第813条规定受损害者,得依不当得利规定,请求偿还价额。所谓依不当得利之规定,指依不当得利要件。甲依“民法”第813条关于混合规定取得乙的50元硬币所有权,其受利益,系致乙受损害,无法律上原因,因甲与乙间的买卖并未成立。该50元货币不能辨识,乙不能请求返还其所投入的50元硬币,仅能请求其价额。故乙得依“民法”第816条、第179条及第818条规定,请求甲交付相当于该50元货币的价值。

例题5可供了解契约(买卖、物权契约)成立的基本问题,及其所涉及的债权、物权关系,请读者试拟一个解题结构,加以分析。

第三节 法律行为内容的限制

一、概说

法律行为的内容(或称标的),指行为人从事行为时所欲发生的法律效果。法律行为的生效,须以法律行为的内容可能、确定、适法妥当为必要。

可能者,指法律行为内容的可能实现;如不可能实现时,法律行为无效。此种致法律行为无效的不能,如自始客观不能。“民法”第246条第1项前段明定:“以不能之给付为契约标的者,其契约为无效。”例如出卖的房屋于订约前业已灭失时,买卖合同无效。此项原则于一般法律行为之标的,亦适用之,如以不能之给付为遗嘱的内容,其遗嘱无效。

确定者,指法律行为的内容,须自始确定或可得确定,否则法律行为

无效,如甲对乙曰:“将有所赠与”,乙允诺之,即属其例。惟虽非自始完全确定,但可得确定时,其法律行为仍为有效,其确定方法得依当事人约定(如依市价,由第三人决定);由当事人另行确定(选择之债,第208条),或依法律规定(第4条、第5条、第200条第1项),或依习惯加以确定。

关于法律内容的适法妥当性,首先需提出的是,基于私法自治原则,当事人得借法律行为从事交易活动,尤其是订立契约而形成一定的权利义务关系,自由决定契约内容(内容自由原则)。惟私法自治上的自主决定并非毫无限制,为维护公共利益及当事人利益,必须有所限制。“民法”总则所规定者有三:

- ① 法律行为不得违反强制或禁止规定(第71条)。
- ② 法律行为不得悖于公共秩序或善良风俗(第72条)。
- ③ 暴利行为的禁止(第74条)。

此外,关于定型化契约条款的规范,“民法”第247条之1及“消费者保护法”(第12条以下)设有详细规定^①,以下仅就民法总则编的规定加以论述。

二、法律行为违反强制或禁止规定^②

——“民法”第71条

试说明“民法”第71条的规范功能,并讨论以下问题:

1. 何谓强制规定、禁止规定?何谓效力规定?何谓取缔规定?与私法自治具有何种关联?应如何解释适用?
2. “民法”第973条是否为该条所称的禁止规定?
3. “宪法”是否为该条所称的强制规定?
4. 甲出卖某地给乙,约定由乙负担土地增值税时,其效力如何? (“土地法”第182条)
5. “公司法”第16条第1项规定:“公司除依其他法律或公司章程规定得为保证者外,不得为任何保证人。”又旧“证券交易法”第60

^① 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第55页、第56页。

^② 参见苏永钦:《违反强制或禁止规定的法律行为——从〈德国民法〉第134条的理论与实务操作看第71条》,载《民法经济法论文集》,五南1981年版,第87页以下。本文从比较法的观点检视台湾地区判例学说的见解,提出许多具有创设性的论点,甚值参考。

条第1项规定：“证券商不得有收受存款、办理放款借贷之行为。”（2006年1月10日修正第60条第1项第1款规定：“证券商非经主管机关核准，不得为下列之业务：一、有价证券买卖之融资或融券。”）违反此两条规定时，其效力如何？

5. 能源危机时，为管制物价，有法律规定“水泥每包价格不得超过500元”，甲以每包1000元出售水泥给乙时，其法律效果如何？

（一）规范功能与私法自治

“民法”第71条规定：“法律行为，违反强制或禁止之规定者，无效。但其规定并不以之为无效者，不在此限。”立法理由谓：“以违反法律所强制或禁止之法律行为，应使无效，否则强制或禁止之法意，无由贯彻。”之所以要贯彻强制或禁止的法意，其主要理由乃在维护法律秩序的无矛盾性，即法律禁止杀人、贩卖烟毒、买卖人口时，自不得使当事人依法律行为（尤其是契约）而负有杀人、交付烟毒、交付人身以供支配的法律上义务。“民法”第71条规定的规范功能，在于经由与强制或禁止规范的结合，而使法律行为无效，对私法自治加以必要的限制。因此，关于“民法”第71条的适用，应依以下层次加以思考：

- （1）有无禁止或强制规定？
- （2）是否违反强制或禁止规定？
- （3）违反的法律效果如何？

（二）强制规定、禁止规定的意义

1. 强制规定与禁止规定的区别

7 法律规定可分为任意性规定及强行规定，强行规定又可再分为强制规定及禁止规定。

1 强制规定，指应为某种行为的规定（不得不为规定），如“保险法”第137条第1项规定：“保险业非申请主管机关核准，并依法为设立登记，缴存保证金，领得营业执照后，不得开始营业。”

1 禁止规定，指禁止为某种行为规定，如刑法关于禁止杀人（“刑法”第271条）、贩卖鸦片（“刑法”第257条）、赌博（“刑法”第266条）的规定。“公司法”第16条第1项规定：“公司除依其他法律或公司章程规定得为保证者外，不得为任何保证人。”“耕地三七五减租条例”第2条第1项前段规定：“耕地地租租额，不得超过主要作物正产品全年收获总量千

分之三百七十五。”“野生动物保育法”第16条,禁止保育类野生动物买卖。

此等强制或禁止规定包括法律、行政规则及地方政府颁布的命令,除民法外,多见于刑法,商事法及警察法规。“民法”第71条因而成为联系私法与公法的渠道,具有使公法进入私法领域的功能,以维护法秩序的统一性。须特别指出的是,现行法上关于强制规定较少,“避免”强制当事人积极为一定行为,以符私法自治原则。禁止规定旨在阻止从事某种行为,不使其行为成为法律行为的客体,亦应慎予认定。

“土地法”第182条、“平均地权条例”第37条及“土地税法”第5条规定,土地增值税应向出卖人征收,应认非禁止买卖当事人约定土地增值稅得由买方负担的规定,诚如“最高法院”1999年台上字第1543号判决书云:“此纳税义务系政府基于能顺利课稅所为之规定,是原土地所有权人之出卖人在公法上自有缴纳土地增值稅之义务,但在买卖当事人间,基于私法自治原则,就土地增值稅应由买方或卖方负担,不妨另行约定,而约定由买方负担土地增值稅,仅在当事人间发生土地增值稅应由买方负担之效力,卖方仍系公法上之纳税义务人,并不生影响,即在公法上,纳税义务人并未变更,仍应以卖方名义向政府缴纳土地增值稅,政府亦系向卖方课征土地增值稅。是买卖双方就土地增值稅由买方负担之约定,与‘土地法’第182条、‘平均地权条例’第37条、‘土地税法’第5条所规定以原土地所有权人之出卖人为土地增值稅之纳税义务人,并不冲突,不发生违法之问题。买卖双方就土地增值稅由买方负担之约定,自为有效。”^①可供参照。

2. 强制规定或禁止规定是否包括关于限制法律行为效力的规定?

“民法”对法律行为本身要件效力设有强行规定的,如第973条规定:“男未滿十七岁,女未滿十五岁者,不得订定婚约。”第757条规定:“物权除法律或习惯外,不得创设。”此等规定是否为第71条所称禁止规定?

对此问题,通说系采肯定的见解^②最近学者有认为应采否定说,实

^① 参见“最高法院”1954年台上字第562号判例及1977年台上字第1195号判例。

^② 参见“最高法院”1969年台上字第2310号判决:“‘民法’第1075条所载:除前条规定外,一人不得同时为两人之养子女,系属强制规定,违反者应为当然无效。”学说上见解,参见洪逊欣:《民法总则》,第330页。

具参考价值。^①按“民法”第 973 条、第 757 条等规定,旨在直接规定法律行为的效力,以规范私法自治为目的。禁止规定通常非在直接规范私法自治,而是在禁止某特定行为,其本身并未规定法律行为的效力,其法律行为之所以无效,乃基于“民法”第 71 条的规定。违反第 973 条规定或第 757 条规定者,系因违反该强行规定而无效,而非因该等条文系属禁止规定,适用“民法”第 71 条而使之无效。最高法院 1943 年上字第 1098 号判例谓:“依第 973 条之规定,男未满十七岁女未满十五岁者不得订定婚约,订定婚约违反此规定者自属无效。”其所称违反此规定者自属无效,传统见解系以第 71 条为依据。但亦得认此规定乃指第 973 条本身而言。盖本条既为强制规定,得径作为无效的依据,无适用第 71 条的必要。

“宪法”是否为“民法”第 71 条所称的强制或禁止规定

“最高法院”1998 年台上字第 43 号判决谓:“‘宪法’第 15 条固规定: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,尚未逾越合理之范围,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”。^②关于此项重要判决,应说明者有二:

(1) “民法”第 71 条规定所称强制或禁止规定不包括“宪法”规定。

(2) “宪法”关于基本人权的規定,对私法关系不具直接规范效力,应透过“民法”第 71 条等概括条款实现其价值理念(基本权利对第三人间接效力)。

(三) 强制或禁止规定的违反

在认定某项规范系“民法”第 71 条所称强制或禁止规定之后,应检讨法律行为是否因违反此等规定而无效,或其规定并不以之为无效。法律有规定者,依其规定,如“民法”第 912 条规定:“典权约定期限不得逾

^① 参见苏永钦:《违反强制或禁止规定的法律行为——从〈德国民法〉第 134 条的理论与实务操作看第 71 条》,载《民法经济法论文集》,五南 1981 年版,第 87 页。

^② 参见蔡正廷:《离职劳工竞业禁止之案例类型》,载《万国法律》,1999 年总第 107 期,第 43 页。

三十年。逾三十年者，缩短为三十年。”法律未规定者，应探求法律强制或禁止的目的加以认定，分述如下：

1. 违反强制规定

实务上违反强制规定的案例甚为少见。为维护私法自治，对强制规定应从严认定。“最高法院”2012年台上字第809号判决谓：“‘国有财产法’第42条第3项后段既规定承租人未于规定期限内订定书面契约者，管理机关得终止租赁关系，且该条规定之立法旨趣，在于管理机关对于已形成不定期限租赁关系之‘国有’非公用不动产，使之成为定期限租赁关系，以达有效管理之目的，即非强制之规定。”此项见解，实值赞同。

2. 违反禁止规定

(1) 实务案例

① “公司法”第16条规定

“最高法院”1980年台上字第1676号判例谓：“公司除依其他法律或公司章程规定，以保证为业务者外，不得为任何保证人，为‘公司法’第16条第1项所明定。本件被上诉人公司系以某报之出版发行等为业务，而非以保证为业务，自有上开禁止规定之适用。且所谓不得为任何保证人，非仅指公司本身与他人订立保证契约为保证人，即承受他人之保证契约，而为保证人之情形，亦包括在内。”又依“最高法院”1985年台上字第703号判例：“‘公司法’第16条第1项规定，公司除依其他法律或公司章程规定以保证为业务者外，不得为任何保证人。旨在稳定公司财务，用杜公司负责人以公司名义为他人作保而生流弊，倘公司提供财产为他人设定担保物权，就公司财务之影响而言，与为他人保证人之情形无殊，仍应在上开规定禁止之列。”违反“公司法”第16条规定，其保证应属无效。

② 旧“证券交易法”第60条第1项规定

旧“证券交易法”第60条第1项第1款规定：“证券商不得有收受存款、办理放款借贷之行为。”违反此项规定的效力如何，是实务上的重要问题，历经争论，而由“最高法院”作成1979年台上字第879号判例：“‘证券交易法’第60条第1项第1款乃取缔规定，非效力规定，无‘民法’第71条之适用。证券商违反该项规定而收受存款或办理放款，仅主管机关得依‘证券交易法’第66条为警告，停业或撤销营业特许之行政处分，及行

为人应负同法第 175 条所定刑事责任,非谓其存款或放款行为概为无效。^①

(2) 判断基准:取缔规定与效力规定

在“最高法院”1979 年台上字第 879 号判例中,“最高法院”提出了一个关于违反“民法”第 71 条禁止规定效力的判断基准,即将禁止规定区分为取缔规定及效力规定:违反前者,法律行为仍为有效;违反后者,法律行为无效。至于何者为取缔规定,何者为效力规定,应综合法律规定的意旨,权衡相冲突的利益(法益的种类、交易安全,其所禁止的究系针对双方当事人或仅一方当事人等)加以认定。例如法令禁止在某时间、地点营业者,仅涉及缔结法律行为的外部情况,非在禁止特定行为的内容,应认系取缔规定,不影响该法律行为的效力。

“最高法院”之所以认为“公司法”第 16 条禁止公司为保证人为效力规定,系鉴于稳定公司财务对公司的重要性。之所以认为旧“证券交易法”第 60 条第 1 项第 1 款禁止证券商不得有收受存款、办理放款借贷之行为系取缔规定,系为保护相对人利益及金融市场的交易安全。

“政府采购法”第 2 条、第 3 条、第 5 条规定,政府机关办理采购,应依该法之规定。在“最高法院”2011 年台上字第 481 号判决,原审法院认为,此等规定属强制规定,“最高法院”认为,政府采购系“政府机关立于私法主体地位从事私经济行政(“国库行政”)之行政辅助行为而订定之‘私法行为’,其效力是否因此受影响设其明文,此观同法第 1 条、第 3 条、第 4 条及其他条文规定自明。权衡该法所规范目的保护之法益与该私法行为本身涉及交易安全、信赖保护之法益,应认为‘政府采购法’之性质系行政机关之内部监督规范,为行政机关办理采购时之取缔规定,而非效力规定,纵采购机关未依该法规定办理采购,仅生该机关首长或采购人员之行政责任,尚不影响政府机关依民事法规缔结采购契约之效力”。此项判决可资赞同。解释禁止规定应顾及其规范目的及法益权衡,尽量维持法律行为的效力,以保护私法自治原则。

^① 参见“最高法院”1977 年台上字第 1726 号判例,1979 年第三次民事庭庭推总会决议(一)。

(四) 违反强制或禁止规定的法律效果

1. 法律行为无效

法律行为违反强制或禁止规定者,无效。该被违反的强制或禁止规定需于作成法律行为时存在。此项无效的法律行为不能因嗣后法律的修正,复活成为有效,当事人欲使其为法律行为有效时,须重新为之。当事人是否明知或可得而知其行为违反强制或禁止规定,在所不问。但该法律有特别规定时,依其规定。

2. 全部无效或部分无效:维持法律效力的限缩

法律行为违反强制或禁止规定者,无效,是为原则,“民法”第71条设有例外,即“但其规定并不以之为无效者,不在此限”。此应解释强制或禁止规定的意旨加以认定。在能源危机或国家遭遇重大变故时,常有“物价管制法令”,如水泥每包限价若干。此类“管制法令”,并非根本禁止某类物质的买卖,仅是限定其价格,以达经济统制之目的。依此立法趣旨,应认为买卖契约只于违反部分无效,其他部分的内容,仍属有效,学说上称为维持法律效力的限缩(gesetzerhaltende Reduktion)。

3. 负担行为或处分行为无效

(1) 负担行为无效

其因违反强制或禁止规定而无效的,原则上仅为负担行为(债权行为),其为履行债务而做成的处分行为,仍属有效,且不因负担行为无效而受影响(无因性)。于此情形,他方所受给付利益(如违反价格管制法令而受领超过部分),应构成不当得利(第179条)。惟给付系因不法原因给付而为给付者,不得请求返还(第180条第4款),如买卖少女而支付的身价。^①

(2) 负担行为及处分行为均属无效

于负担行为外,处分行为并应无效的,旨在禁止某种财货的移转,其情形较为罕见。在战争期间,社会经济发生重大变故,为合理分配物资的必要,法令规定某类商品粮食交易的须经核准(如发给粮票)时,其违反此项规定而为的买卖契约及物权行为应同属无效,所有人得依“民法”第

^① 关于不法原因给付,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第70页。

767 条规定,请求返还其物。^①

“野生动物保育法”第 16 条禁止保育类野生动物买卖,系属效力规定。此类动物交易,应认其买卖契约及物权契约(第 761 条)均属无效,始足实现其保育野生动物、维护物种多样性与生态平衡的立法目的。

(3) 处分行为无效

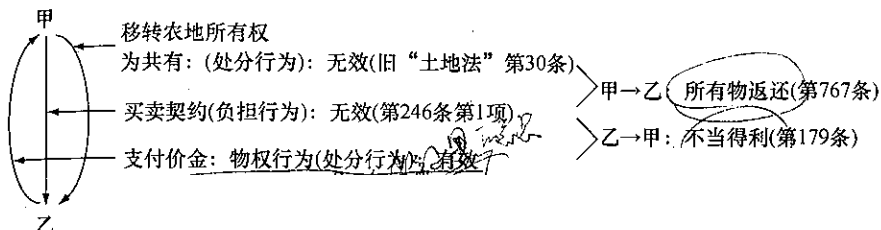
在某种法律交易,仅处分行为违反强制或禁止规定而无效,亦属有之,此多基于法律的规定,故无引用“民法”第 71 条的必要。最具启示性者,系旧“土地法”第 30 条规定:“私有农地所有权之移转,其承受人以能自耕者为限,并不得移转为共有,但因继承而移转者,得为共有。违反前项规定者,其所有权之移转无效。”本条规定已于 2000 年 1 月 26 日删除,不再适用,惟具有法学方法上的意义,仍以之为例加以说明。

旧“土地法”第 30 条系以私有农地所有权之移转行为为规律对象,关于约定负担移转该项土地所有权的债权行为(买卖、互易、赠与)的效力,未设明文,“最高法院”曾一度认为,旧“土地法”第 30 条为强制规定,此项债权行为系违反强行规定,依“民法”第 71 条规定,应属无效。其后则改变其见解,“最高法院”1975 年台上字第 1352 号判例谓:“‘土地法’第 30 条规定,私有农地所有权之移转,其承受人以承受后能自耕者为限,而此项承受人自耕能力之有无,纵未经当事人主张或抗辩,法院亦应先为调查认定,以为判断之依据,倘承买人并无自耕能力而竟承买私有农地,即系以不能之给付为契约标的,依“民法”第 246 条第 1 项前段之规定,其契约为无效。”

上开判例所提出物权行为无效时,债权行为(买卖契约)系以不能之给付为标的,依“民法”第 246 条第 1 项前段规定,其契约为无效的原则,于私有农地所有权移转为共有或其他物权行为无效的情形,均有适用。于此类案例,移转所有权的一方,得以物权行为无效,依“民法”第 767 条规定请求涂销登记。支付价金于他方者得以债权行为无效,依不当得利规定,请求返还其所受的利益。此类案件有助于了解负担行为及处分行

^① D. Brox/Walker, AT S 149 ff.

为的区别,无效的原因及请求权基础,具有模式思考功用^①,图示如下,以便参考:



三、脱法行为

何谓脱法行为? 下列各例是否构成脱法行为:

1. 甲向丙承租基地,丙为不使甲行使优先承买权(“土地法”第104条),乃与乙为通谋虚伪表示,订立赠与契约,并办理所有权移转登记。

2. 甲向乙贷款100万元,为期1年,除约定利率周年20%外,尚收取手续费5万元。

3. 甲与乙赌博,甲输50万元,乃书立字据载明“兹向乙借款50万元,2000年12月5日前偿还”。

(一) 脱法行为的意义

脱法行为(Gesetzesumgehung)者,指以迂回手段,规避强行规定。被回避的强行规定,有为禁止规定,有为租税法等等。^② 当事人所采迂回手段行为,乃是利用契约自由(内容形成自由),其目的则在达成法律所不许的效果。^③ 脱法行为系古老的问题,罗马法谚谓:“从事法律所禁止者,

^① 以上思考模式得适用于旧“农业发展条例”第11条规定:“私人取得农地之面积,合计不得超过二十公顷。但因继承或其他法律另有规定者,不在此限。私人取得之农地面积合计超过二十公顷者,其超过部分之转让契约或取得行为无效,并不得移转登记。”(本条规定于2003年2月7日删除)。

^② 关于“租税法”上的脱法行为,参见葛克昌:《租税规避之研究》(1978年台湾大学硕士论文)。

^③ 参见黄瑞明:《契约自由与脱法行为》(1980年台湾大学硕士论文),尤其是第161页以下所附之文献资料。德国判例学说,参见Arndt Teichmann, Die Gesetzesumgehung, 1962; Susanne Sieker, Umgehungsgeschäfte, Typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung, 2001。

系违反法律；虽不违反法律之文字，但迂回法律趣旨者，乃脱法行为（*Contra legem facit, qui ad facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit, Paul. Dig. 1, 3, 29*）”。《德国民法》制定之际，有建议对脱法行为应设特别规定，但为委员会所不采，其理由为：“法律行为是否因脱法（对法律施以诈欺）而无效，应解释法律行为上的构成要件及涵盖此项要件的规范而定。如吾人干涉法官的解释自由，而在法律上予以指示，将使若干法所容许的法律行为有被宣告为无效之虞。”^①现行“民法”及历次草案亦均无关于脱法行为之规定。

（二）通谋虚伪表示与脱法行为

19世纪德国学者有主张脱法行为可依通谋虚伪表示的理论加以处理。目前台湾地区实务上尚有此种倾向。在“最高法院”1978年台上字第3208号判决，甲向丙承租基地，丙为侵害甲的优先承买权，乃与乙为通谋虚伪表示，订立赠与契约，并办妥所有权移转登记（参见例题1）。甲请求涂销登记，原审法院谓：乙、丙就讼争土地，通谋为虚伪之意思表示，假赠与之名而为登记，其目的在于规避法律，显为脱法行为，依“民法”第71条规定，即属无效。甲为利害关系人，其优先权受有侵害，自非不得主张涂销登记。“最高法院”则认为：按“土地法”第104条所定之优先承买权，须以所有人与第三人之间有买卖土地或房屋契约之存在为要件，原判决既认为乙、丙所为通谋以赠与为原因之移转登记意思表示自始无效，即未认定其有买卖契约存在，则甲之优先承买权尚未发生，如何凭以主张权利，其请求涂销登记之权利究何所据，亦不无研求余地。”其结论虽与原审法院不同，但并未指摘其虚伪意思表示系脱法行为见解。^② 实则，“最高法院”本身亦采同样论点，1971年台再字第75号民事（再审）判决谓：“查林○钦与再审被告间，暨再审被告与吴○添间所订买卖合同，既系通谋而为之虚伪意思表示，目的在规避法律与法官会议第78号解释之限制，有如前述，显系一种脱法行为，不容依‘民法’第87条第2项，第541条第2项之规定请求再审被告为所有权移转登记。”^③

依上开两则判决，可知实务上的基本见解有二：① 通谋虚伪意思表示

① 参见 Flume, AT II, S. 350.

② 参见黄瑞明：《契约自由与脱法行为》，台湾大学1980年度硕士论文，第72页。

③ 《“司法院”公报》，第13卷第7期，第14页。

示,其目的在于规避法律,故为脱法行为。② 脱法行为依“民法”第 71 条之规定,无效。此两项见解,均有商榷余地,因为当事人从事脱法行为者,乃企图发生一定经济上目的,具有法律行为上的效果意思,非属虚伪意思表示。再者,径以“民法”第 71 条作为“脱法行为无效”的依据,似非妥当,其所应检讨的,乃法律行为是否违反该条所称某种强制或禁止的规定。要言之,虚伪意思表示非属脱法行为,而脱法行为亦不能依“民法”虚伪意思表示规定解决之,二者应予区别,不可混为一谈。

(三) 巧取利益的禁止与脱法行为

在前揭例题 2,甲向乙贷款 100 万元,为期 1 年,除约定周年利率 20% 外,尚收取手续费 5 万元,其目的系在回避“民法”第 205 条“约定利率,超过周年 20% 者,债权人对于超过部分之利息,无请求权”的规定。学者通说认为,在此情形,其企图回避者,系禁止当事人企图实现一定事实上效果之强行规定,表面上与法律文义虽无不合,但因实质上间接达成不法之目的,故仍违反法律规定之精神,自为法所不许,应属无效。① 实则,针对此种情形,“民法”第 206 条既已明定:“债权人除前条限定之利息外,不得以折扣或其他方法,巧取利益。”故在本例题,应直接适用“民法”第 206 条之规定,无依“脱法行为”处理的必要。②

(四) 赌债之更改与脱法行为③

例题 3 涉及赌债之更改。“最高法院”1955 年台上字第 421 号判例谓:“赌博为法令禁止之行为,其因该行为所生债之关系原无请求权之可言,除有特别情形外,纵使经双方同意以清偿此项债务之方法而变更为负担其他新债务时,亦属脱法行为不能因之而取得请求权。”按赌博系违反法令禁止规定或违反公序良俗之行为,应为无效(第 71 条、第 72 条),本不发生债之关系,赢家固无请求赌债之权利,输家亦无清偿赌债的义务。依此见解,赌债更改为金钱借贷新债务,殆无依脱法行为处理的必要。更改者,指变更标的物即债之内容,使成立新债务而消灭旧债务之契约而言,须以旧债务有效存在为前提,赌债非“债”,既无债务,应无更改之可言。

① 参见胡长清:《民法总论》,第 224 页;洪逊欣:《民法总则》,第 333 页。

② 参见李模:《民法总则之理论与实用》,第 105 页。

③ 参见拙著:《赌债与不法原因给付》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社 2009 年版,第 88 页。

(五) 脱法行为乃法律解释问题

关于脱法行为，“最高法院”着有两则判决，一则以通谋虚伪意思表示为脱法行为（“最高法院”1971年台再字第75号判决）；一则以赌博更改为脱法行为（“最高法院”1955年台上字第421号判例）。前者混淆通谋虚伪表示与脱法行为的概念；后者原无适用脱法行为的必要。又有学者认为，债权人除周年20%的利息外，巧取利益者，系典型之脱法行为，此就“民法”第205条规定观之，固有所据，但“民法”第206条既设有禁止明文，应无再依脱法行为处理的必要。脱法行为的无效，或基于其所违反规范的明示规定，或基于其所违反法规意旨的解释，或基于禁止规定连结“民法”第71条规定的类推适用。诚如德国法学者Flume所云：“脱法行为的问题，实际上就是法律解释的问题。就民法而言，一个独立脱法行为的理论，根本不能存在。”^①

四、法律行为悖于公共秩序或善良风俗^②

——“民法”第72条

试比较“民法”第71条及第72条规定，阐述其规范意义及解释适用的特色，并说明何谓公共秩序或善良风俗；何谓概括条款的具体化及类型化？

下列法律行为是否违反公共秩序或善良风俗？

1. 甲女受雇于乙信用合作社，约定任职中结婚时，即为辞职。
2. 旅行契约载明旅行业者就其代理人或使用人的故意过失不负责任。

^① Flume, AT II, S. 350 ff.; Bork, AT S. 423; Medicus, AT S. 268. “最高法院”1971年台上字第332号判决谓：“‘民法’第188条雇用人责任之规定，系为保护被害人而设，故所称之受雇人，应从宽解释，不以事实上有雇佣契约者为限，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。又将营业名称借与他人使用，其内部纵仅对于未具有信用或营业资格者，借与信用或资格，或系为达逃避雇用人责任之目的所为之脱法行为，但就外观而言，其是否借与营业名义，仍具有选任之关系，且借与名义，并可中止其借用关系，无形中对该借用名义者之营业使用其名义，仍有监督关系，是两者之间仍存有选任、服劳务及监督关系，与雇佣无殊。因之对于该借用名义者，对第三人所致之损害，借与名义者仍应负雇用人之责任。”其所涉及的实为解释问题。关于德国法及日本法上的案例，参见黄瑞明，前揭论文。德国教科书常引用的典型案例，系雇主为逃避《终止劳动契约限制法》（Kündigungsgesetz）的规定，而与劳工订立连续的短期劳动契约或附以解除契约，参见 Medicus, AT S. 660。

^② 参见孙森森：《公序良俗与诚信原则》，载杨与龄主编《民法总则争议问题》，五南1999年版，第81页。

3. 甲与乙离婚,约定甲于1年内结婚时,应给予乙100万元。
4. 甲男与乙女同居,为断绝关系而订立和解书,甲给予乙100万元。

(一) 规范功能

1. 概括条款与规范功能

“民法”第71条前段规定:“法律行为,违反强制或禁止规定者,无效。”其法律行为是否无效,非直接基于第71条规定,是应由解释强制或禁止规定加以认定。“民法”第72条规定:“法律行为,有悖于公共秩序或善良风俗者,无效。”其判断法律行为无效者,不是具体的法律规范,而是存在于法律本身的价值体系(公共秩序),或法律外的伦理秩序(善良风俗)。善良风俗系伦理秩序与法律相关联的部分,“民法”第72条规定,非在于为伦理秩序而服务,使道德性的义务,成为法律义务;其目的乃在不使法律行为成为违反伦理性的工具。简言之,即不能使违反法律本身价值体系或违反伦理的法律行为,具有法律强制性。^①“民法”第72条系民法最重要的概括条款之一,具有四种功能:

(1) 继受功能,即将不属于法律的其他规范赋予法律上的规范意义。

(2) 转换功能,即公序良俗在个案的认定,必须斟酌社会价值观念的变迁。

(3) 正当化功能,即法院面对新的问题,须依据既存的社会价值观念,将公序良俗予以具体化,对法院造法之活动,予以正当化。^②

(4) 法律发展功能,即公序良俗具不确定的开放性,得使法律能够适应法律价值理念的发展及社会伦理的变迁而演变进步。

须强调的是,公序良俗是一个在适用上不易涵摄的法律概念,系对法官具授权性的规定,具隐藏立法的功能。学说(法学)对公序良俗具体化

^① Medicus, AT S. 264. “民法”使用“善良风俗”之概念者,除第72条外,尚有第184条第1项后段,即因故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人者,应负损害赔偿责任。“民法”第72条与第184条第1项后段规定之用语虽同,但立法目的有别;前者系对权利保护的拒绝,即对违反公序良俗之行为否认其在法律上之效力;后者系权利保护的赋予,即被害人得对加害人请求损害赔偿。关于“民法”第184条第1项后段的解释适用,参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第268页。

^② 参见 Gunther Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971. S. 65. f. 值得注意的是,类如“民法”第72条的概括条款,亦可能因意识形态或政府专擅而被滥用,德国纳粹时期,德国法院曾将《民法》第138条所称善良风俗解为系国民感情,而作出不利犹太人的判决,实足警惕,参见 Bernd Rüthers, Die Unbegrenzte Auslegung S. Aufl. 1996.

的适用过程负有协力参与的义务,使法律适用的政策因素、价值判断更为显明公开,更具说服力,更具可检验性。

2. 宪法基本人权规定的第三人效力

“民法”第72条规定亦具有实践“宪法”基本人权的功能。“宪法”规定的基本权利(“宪法”第7条至第22条)不仅是个别、主观的权利,更是一种客观的价值体系,扩散到所有的法律领域,尤其是私法。基本权利的功能,除保护人民不受公权力侵害外,并在保护人民不受其他第三人的侵害。私人间的民事关系亦应受基本权利的规范,惟应采所谓的“间接效力说”,即经由“民法”上的概括条款实现“宪法”基本权利的价值体系,期能在法律体系上保障私法的自主性,使私法在其完整体系之内解决私法的问题,并维持法整体秩序的一致性。准此以言,女性劳动者受雇之初,预立于任职中结婚之辞职书,违反“宪法”保障男女平等原则,并且限制人民有关结婚之基本自由及权利,该结婚即辞职之约定,违反公共秩序与善良风俗,依“民法”第72条规定,应属无效。

(二) 公共秩序或善良风俗的违反及其违反的效力

1. 公共秩序或善良风俗

(1) 意义

公共秩序或善良风俗者,指社会一般利益或道德观念而言。诚如洪逊欣教授所云,“民法”第72条将公共秩序与善良风俗并举,实为绵密周到,其范围虽未尽一致,但具有相依相成的作用。^①为使法律适用能够客观合理,原则上应分别判断其所违背者,究为公共秩序,抑或为善良风俗,实务上亦采此方法,实值赞同。又需注意的是,所谓公共秩序尚应兼括整个法秩序的规范原则及价值体系,尤其是“宪法”基本人权的规范,前已述及,兹再强调之。

(2) 判断基准

① 判断因素

在现代多元化开放的社会,关于公共秩序或善良风俗,难期有定于一尊的见解,在审判上终究有赖法官个人的认知。然法律乃在规范社会生

^① 参见洪逊欣:《民法总则》,第341页。《德国民法》第138条规定法律行为悖于善良风俗(Gute Sitte)者无效,是否包括公共秩序(ordre public)引起重大争论。参见Wolf/Neuner, AT S. 535 f; Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten, AcP (1994), 1994, 105; K. Simitis, Gute Sitten und ordre public, 1970。

活,实现正义,故法律的适用自需克服个人的主观性,排除可能的偏见,而使评价“事理化”。诚如“最高法院”所云,应就法律行为的内容、附随情况,以及当事人的动机、目的及其他相关因素综合加以判断,并表现于判决理由构成之内。

② 主观要件

行为人对法律行为违反公序良俗的相关情况即为已足,不以具有“违反公序良俗的意识”为必要。

③ 判断时点

判断时刻,原则上应以法律行为做成之时为准据。法律行为于做成时,违反公序良俗无效者,不因其后公序良俗观念的变更,而使其复活,具有效力。关于遗嘱,应否于其做成时作为判断时点,尚有争论。衡诸立遗嘱人得随时变更其遗嘱,而遗嘱系于遗嘱人死亡时发生效力,应以其生效时,作为判断时点。^①

(3) 上诉第三审的法律问题

就对于已确定之事实,认定其是否悖于公序良俗,为法律适用问题,可为第三审上诉的理由。

2. 违反公序良俗的法律效果

法律行为有悖于公共秩序或善良风俗者,“无效”。其属无效者,通常仅为负担行为。为履行债务而做成的处分行为,在伦理评价上系属中立,原则上不因违反公序良俗而无效,故一方当事人对其所为给付,得依不当得利规定请求返还(第179条),但其给付具有不法原因时,则不得请求返还(第180条第4款)。^②

(三) 具体化及案例类型

“民法”第72条规定是一个需要价值判断、具体化的概括条款,并应

^① Schmoeckel, Der massgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, AcP 197 (1997), 179.

^② 参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第70页。并参见“最高法院”1994年台上字第3022号判决:本件两造关于系争股份之买卖,违反“公司法”第163条第2项之禁止规定,其让与契约(债权行为)无效。上诉人主张依“民法”第113条规定,得请求被上诉人恢复原状,返还价金,本质上仍为返还不当得利。惟本件两造交付股票及价金,均基于不法原因所为之给付,且双方均有所认识。上诉人请求返还价金非必须主张自己之不法行为,且无异鼓励为不法行为,自不应准许。

就具体化的个别案例,从事比较研究,组成案例类型。^①综观“最高法院”历年判例及判决,择其重要者,分述如下:

1. “宪法”上基本权利的保护

此涉及“宪法”上基本人权的第三人效力。关于任职中结婚即辞职的问题,前已论及。值得参照的,系“最高法院”1918年台上字2000号判决:“权利之抛弃,不得违背法律之强制或禁止规定或公序良俗,否则其抛弃行为无效。又‘宪法’第16条规定,人民有诉讼之权,旨在确保人民有依法定程序提起诉讼及受公平审判之权利。查系争协议书第4条虽约定两造‘不得再以任何方式追究他方刑责’,其真意倘系抛弃刑事诉权,似有违‘宪法’第16条保障诉讼权之意旨,难谓有效。”又“最高法院”2006年台上字第2928号判决谓:“诉讼权系人民在司法上之受益权,旨在确保人民有依法定程序提起诉讼及受公平审判之权益,不容他人从中牟取利益。故对涉讼之人,提供证据资料或允诺负担费用,而与之约定应于胜诉后给予讼争标的物之一部分或其价额之若干比例,即与公序良俗有违,依‘民法’第72条规定,应属无效。”

2. 契约上危险的合理分配:定型化契约条款的控制

如何控制定型化契约条款,是民法上的重大任务,“最高法院”自20世纪70年代以后,数著判解^②,担负起保护消费者的责任,其最初所采手

^① 比较法有助于参考外国法上案例,形成类型,更深入地了解各国公序良俗原则的实际运用、法律解释适用的方法及法律文化。关于“民法”第72条之案例类型,学者曾参酌台湾地区与日本判例分类观察说明:(1)违反人伦之行为(如母子不同居之契约)。(2)违反正义观念之行为(如分赃或围标)。(3)剥夺个人之自由或限制个人自由过甚之行为(如人身买卖契约)。(4)限制营业过甚之行为(如同业者间为操纵市场所订立之竞争禁止同盟契约)。(5)破坏国家特殊政策,或社会经济上有重大障碍之行为(如故意买卖汉奸之财产)。(6)射幸行为(如赌博、买空卖空)。参见洪逊欣:《民法总则》,第341页。

德国学者就该国判例作如下分类:(1)过份限制契约当事人之人格及经济自由之契约(Knebelungsverträge)。(2)利用优势或垄断地位而缔约(Ausnutzung einer Machtoder Monopolstellung)。(3)诈害债权人之担保契约(Gläubigergefährdung)。(4)娼馆买卖或租赁契约(Bordellverträge)。(5)贿赂契约相对人之职员以订立有利之契约(Schmiergelder)。(6)以诉讼结果依诉讼标的之成数支付律师公费(Erfolgshonorar für Rechtsanwälte),盖以有害律师作为司法机关之地位也(RGZ 115, 141, 142)。此与美国所采contingency fee不同。台湾地区律师通常亦以诉讼成败计算公费,而有所谓“前谢”“后谢”收费方式,一般人多不认为其有违反公序良俗。关于德国的判例学说,详见Staudinger-H. Dicher, § 138 Rdnr. 20 ff; MünchKomm-Mayer = Maly, § 138 Rdnr. 22ff。

^② 参见“最高法院”1984年第10次、第11次民事庭会议关于金融机构定型化契约免责条款,二则重要决议;参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第68页。

段系适用“民法”第72条规定。在肯亚旅行事故案件(“最高法院”1991年台上字第792号判决)^①，“最高法院”谓：“旅行契约系指旅行业者提供有关旅行给付之全部于旅客，而由旅客支付报酬之契约。故旅行中食宿及交通之提供，若由于旅行业者洽由他人给付者，除旅客已直接与该他人发生契约行为外，该他人即为旅行业者之履行辅助人，如有故意或过失不法侵害旅客之行为，旅行业者应负损害赔偿责任。纵旅行业者印就之定型化旅行契约附有旅行业者就其代理人或使用人之故意或过失不负责任之条款，但因旅客就旅行中之食宿交通工具之种类、内容、场所、品质等项，并无选择之权，此项条款殊与公共秩序有违，应不认其效力。”

“民法”第72条具有控制定型化契约条款的功能，应予肯定，惟定型化契约条款多涉及契约危险的分配，为设更周全的规范机制，“消费者保护法”第12条第1项规定：“定型化契约中之条款违反诚信原则，对消费者显失公平者，无效。”“民法”第247条之1亦设有规定。关于定型化契约条款的控制，乃由“民法”第72条移向“消费者保护法”第12条(由违反公序良俗，移向违反诚实信用原则)，自“消费者保护法”施行后，实务上似无适用“民法”第72条规定的案例。^②

3. 婚姻

(1) 预想他日结婚而为附负担的赠与

“最高法院”2011年台上字第130号判决谓：“被上诉人所支付予上诉人之上开二笔款项，乃以两造结婚为前提所为之赠与，可认系附有上诉人应与其结婚义务之约款，核其性质，属附负担之赠与，且依‘民法’第979条之1增订之理由，不论系附负担之赠与抑附有解除条件之赠与，均无悖于公序良俗。”

(2) 夫妻间关于离婚的约定

夫妻间关于离婚的约定，违反“善良风俗”的实务上案例有二：

^① 参见拙著：《定型化旅行契约的司法控制》，载《民法学说与判例研究》(第七册)，北京大学出版社2009年版，第26页。

^② 参见杨淑文：《消费者保护法关于定型化契约规定在实务上之适用与评析：新型契约与消费者保护法》，载《政大法学丛书(45)》1999年版，第84页；杨淑文：《定型化契约之管制与契约自由——德国与“我国”法制发展之比较分析为中心之法实证研究》，载《政大法学评论》2013年总第132期，第163页；“行政院”消费者保护委员会编：《消费者保护法判决函释汇编》(一)，1998。

① 预立离婚契约：夫妻间为恐一方于日后或有虐待或侮辱他方情事，而预立离婚契约。^①

② 离婚不得再婚的约定：结婚乃男女双方感情结合，为个人的基本自由，在人民道德观念上为终身大事，若以契约限制在一定时期内不得结婚，实有违善良风俗，况“民法”对于男女离婚并无再婚期间之限制，故甲乙协议离婚时所约定甲在1年内不得再结婚，丙保证若甲男子于1年内再结婚时，愿付乙女50万元的约定，显然违背善良风俗，因此甲虽于离婚后未及1年再与他人结婚，乙仍不得请求丙给付50万元。^②

4. 家庭伦理：父母健在时预立财产分管契约

上诉人与被上诉人均为某甲之养子，于养父母健在时预立分管合约为财产之瓜分，载明该约俟父百年后始生效力，固堪认系以某甲死亡之日为契约发生效力之始期之法律行为，然两造对于其父之财产不待其父自行赠与，或于寿终后再行协议分析，乃急不暇择，于父生前预行订约剥夺母之应继分，此项蒙父欺母而订立之契约，衡诸崇尚孝悌之善良风俗，既属有违，依“民法”第72条，该契约即在无效之列。^③

5. 经济秩序—

法律行为违反经济秩序，得被认定违反公共秩序的情形有三：

(1) 外汇许可证买卖：“最高法院”1961年台上字第691号判决谓：“外汇”在政府管制之下，必须特定人基于特定事故始得请求，而非得以自由买卖之权利，台湾银行所发结汇许可证结汇证实书内载：“不得转让或抵押”等字，一若仅为该行片面之规定，然听任自由转让或出质之结果，实足影响外汇政策，即应解为有悖公共秩序，依“民法”第72条，其行为为无效。“最高法院”于2002年10月1日以此判例不合时宜为理由，不再援用，体现台湾地区经济秩序自由化及国际化的发展。

(2) 表决权拘束契约：即股东与他股东约定，于一般的或特定的场合，就自己持有股份之表决权，为一定方向之行使所缔结之契约，“最高法院”1982年台上字第4500号判决认为，此项约定将使“公司法”第198条

① “最高法院”1961年台上字第2596号判例。

② 参见(1986)厅民(一)字第1139号函复台高院，载《民事法律问题研究汇编》(第5辑)，第74页。关于本件问题的评论，参见詹森林：《待婚期间之约定与善良风俗》，载《民事法理与判例研究》，第357页；《借腹生子契约之违背善良风俗性与不当得利返还请求权》，同书，第439页。

③ “最高法院”1957年台上字第1068判例。

第1项规定^①形同虚设,并导致选举董事前有威胁,利诱不法情事之发生,更易使有野心之股东,以不正当手段缔结此种契约,达其操纵公司之目的,不特与公司法公平选举之原意相左,且与公序良俗有违,自应解为无效。

(3) 引诱他人违约:甲出卖某物(土地、房屋、古物)给乙,丙再向甲购买该物,无论丙是否知悉甲与乙间的买卖合同,丙与甲的买卖合同均属有效,以维护市场经济的竞争秩序。若丙购买该物,系以侵害乙为目的,尤其是表示愿承担甲对乙的损害赔偿,而引诱甲出卖该物(并受让所有权),德国通说认为,此类买卖违反善良风俗无效,并系以故意违背善良风俗加损害于他人,应负损害赔偿赔偿责任。此项见解基本上应值赞同,盖市场须有一定的伦理,始能维护其竞争秩序。^②

6. 性之关系

性与道德及法律的关系,涉及社会价值观念的变迁及性关系的自由化及市场化^③,在何种情形始构成违反善良风俗,实值研究。支付对价从事性行为(宿娼)的契约有悖善良风俗,衡诸人民之一般的道德观念,实无疑问,即使相对人系属所谓之公娼,亦然。至于纳妾同居,现行“民法”虽不承认夫与妾的身份关系,但仍可发生类似夫妻之结合关系,早期判例及解释例多视妾与一般家属相同,以夫为家长,以妾为家属,故对妾供给生活费之约定,应不发生违背善良风俗之问题。应予辨别的是二则“最高法院”判决:

(1) “最高法院”1980年台上字第2505号判决谓:“以相奸行为作为契约之标的,系以金钱之交付,维持不正常之关系,始属违背公序良俗。然本件为断绝不正常关系,约定给付金钱,即无违背公序良俗之可言。”

(2) “最高法院”1976年台上字第2436号判例谓:“上诉人为有妇之夫,涎被上诉人之色,诱使同居,而将系争土地之所有权移转登记与被上诉人,复约定一旦终止同居关系,仍须将该地返还,以资箝制,而达其久占

^① “公司法”第198条第1项规定:“股东会选任董事时,每一股份有与应选出董事人数相同之选举权,得集中选举一人,或分配选举数人,由所得选票代表选举权较多者,当选为董事。”

^② Wolf/Neuner, AT S. 543; Palandt/Ellenberger, § 138, Rn. 61; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 (13. Aufl., München 1994), § 78 IV 1.

^③ Röther, Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, AcP 172 (1972), 498.

私欲,是其约定自系有悖善良风俗,依‘民法’第72条规定应属无效。”^①

(四) 实例解说^②

某甲,台南湾里人氏,因经营燃烧废电缆业致富,在高雄与乙女同居,为维持同居关系,乃赠其所有房屋一栋,并已办妥移转登记。甲妻丙知其事,前往乙处哭诉,告以如何以糟糠之妇,协助其夫创业,受“戴欧辛”世纪之巨毒侵害,身体孱弱不堪等情,乙深受感动,再三向甲表示断绝同居关系,甲勉强同意,表示赠与200万元,供其生活之用,乙允受之,并经公证。半个月后,甲反悔,仍欲与乙继续同居,乙严拒之。试问:(1)甲得否向乙请求返还赠与之房屋。(2)乙得否向甲请求给付200万元。

1. 甲对乙关于赠与房屋的返还请求权

甲得否依“民法”第179条规定向乙请求返还其所赠与房屋的所有权,须视是否具备三个要件,即:①乙受有利益;②致甲受损害;③无法律上之原因,并须无“民法”第180条第4款的适用。

(1) 不当得利请求权的成立

①乙受有利益。甲赠与房屋一幢予乙,并已办理移转登记,乙取得房屋所有权,受有利益。

^① 参见拙著《以同居为条件之赠与及不法原因给付》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版,第94页。

^② 本例题写于1982年(本书初版),当时台湾南部盛行燃烧废电缆,因此致富之人甚多,风化事件层出不穷,特设此例以反映台湾社会经济发展实况,虽时过境迁,仍保留之,以供追忆。又设计本例题,旨在使读者更深刻了解“民法”总则与债编的适用关系及其思考模式:

I. 甲之请求权基础:第179条

1. 乙受有利益:取得房屋所有权;
2. 致甲受损害:甲丧失房屋所有权;
3. 无法律上之原因:赠与契约无效。

(1) 赠与契约悖于公序良俗

- ① 违反公序良俗;
- ② 行为人主观上认识致其法律行为有悖于公序良俗之情况;
- ③ 判断时刻:订立契约之际。

(2) 法律效果

- ① 无效;
- ② 债权行为无效? 物权行为无效?

II. 不当得利请求权之排除:第180条第4款

结论:甲对乙不得依第179条请求返还其赠与房屋所有权。

② 致甲受损害。乙因甲的给付取得甲移转房屋所有权，“致”甲的所有权因而消灭，受有损害。

③ 无法律上之原因。赠与系乙取得甲所移转房屋所有权之法律上原因。倘赠与不成立或无效，则甲之给付自始欠缺目的，乙受有利益即无法律上之原因。所应检讨者，系甲赠屋予乙的法律行为是否悖于公共秩序或善良风俗而无效(第 72 条)。

“民法”第 72 条所谓公共秩序或善良风俗，指社会一般利益及整个法秩序的价值，或一般道德观念。本件涉及性与道德的问题，因性关系的自由化，在何种情况始构成违背公序良俗，应斟酌法律行为之目的、附随情状，及当事人动机等，就行为时的社会通念加以认定。甲为维持与乙的同居关系而赠与房屋，衡诸社会道德观念，应有悖于善良风俗。其违背善良风俗而无效者，系房屋的赠与(负担行为)，其为履行基于赠与而为房屋所有权的移转(物权行为、处分行为)，在公序良俗的评价上，系属中性，仍属有效，且不因赠与契约无效而受影响(无因性)。

据上所述，甲与乙女同居，为继续维持同居关系而赠与房屋，并办理所有权移转登记，其赠与契约悖于善良风俗，无效。乙系无法律上之原因而受利益，应负返还之义务(第 179 条)。

(2) 不当得利请求权的排除

甲得依“民法”第 179 条规定，对乙请求返还其基于无效赠与契约而移转登记之房屋所有权，已如上述。惟依“民法”第 180 条第 4 款规定，因不法原因而为给付者，不得请求返还。所谓不法原因，指法律行为违反法律强行规定或公序良俗者而言。甲之赠与房屋既系违背善良风俗，其给付原因系属不法，自不许请求返还。

2. 乙对甲请求给付 200 万元

乙得依“民法”第 406 条规定向甲请求给付 200 万元，须以赠与契约成立及有效为前提。

乙欲与甲结束同居关系，甲表示赠与 200 万元，供其生活之用，乙允受之，当事人互相表示意思一致，赠与契约即为成立(第 406 条)。

此项为结束同居关系而赠与金钱，乃在于恢复正常伦理秩序，虽约定赠与金钱，惟就当事人行为社会价值综合加以观察，并不违背目前所践行之道德观念。至于赠与金钱的约定，无论是为对终止同居关系之对价，抑或对他方所为之损害赔偿，在所不问，在本件，甲因终止同居关系而赠与乙生活费，其与善良风俗未有违背，更不待言。

甲与乙间赠与契约有效成立,已如上述,惟依“民法”第408条第1项规定,赠与物之权利未移转前,赠与人得撤销其赠与。其一部分已移转者,得就未移转之部分撤销之。惟此项规定,于经公证之赠与,或为履行道德上义务而为赠与者,不适用之(第408条第2项)。终止同居而赠与生活费,是否构成履行道德上之义务,可暂置不论,甲对乙赠与既经公证,故不得撤销之。

综据上述甲与乙终止同居关系,约定无偿赠与200万元作为生活费,其赠与契约有效成立,乙得依“民法”第406条规定向甲请求支付。

五、暴利行为

——民法第74条

某甲,五十余岁,其妻乙遭遇车祸,造成严重脑震荡,住院开刀需费至巨,乃求售仅存名画一幅于某丙。丙见甲窘困,明知该画市值50万元,仅欲以半价购买,甲讨价再三,丙终不让步,甲迫于情势,于2013年2月1日让售该画予丙,并即为交付。又丙于同日另贷与甲10万元,为期1年,周年利率40%。半年后,甲病故,其妻乙于2014年1月10日请教于某法律人士,欲知得否向丙请求返还该画?得否拒绝支付超过周年20%的利息?及得否请求返还已支付的利息?

(一) 规范功能、适用范围、要件及效果

1. 规范功能:契约自由的实质化

“民法”第74条规定:“法律行为,系乘他人之急迫、轻率或无经验,使其为财产上之给付或为给付之约定,依当时情形显失公平者,法院得因利害关系人之申请,撤销其法律行为或减轻其给付。前项申请,应于法律行为后一年内为之。”为保护弱者,各国立法例对显失公平之行为,多设有规定。关于此种行为的效力,《德国民法》明定为无效(《德国民法》第138条第2项)。台湾地区“民法”仅许申请撤销或减轻给付,在立法论上是否妥适,学者见解不同,有认为外国立法例较诸台湾地区规定“殊多周密”。^①有认为,台湾地区民法一方面规定暴利行为非当然无效,另一方面又规定非当事人之利害关系人,亦得申请法院撤销其行为或减轻给付,

^① 参见梅仲协:《民法要义》,第88页。

可谓最适合法律社会化的原则。^① 需注意的是,暴利行为违背公序良俗者,依“民法”第72条规定,应属无效。

需强调的是,“民法”上关于法律行为(尤其是契约)的规定,多属秩序性,如契约订立的机制。“民法”第72条顾及契约内容的公平性,促进契约法的实质化,涉及契约正义(形式正义与实质正义),具有重大意义。^②

2. 适用范围

“民法”第74条适用于财产行为,包括负担行为(如买卖、租赁、消费借贷)及物权行为(如移转所有权、设定抵押权)。关于身份行为不适用之,例如不能以其结婚系出于急迫、轻率或无经验,而请求法院撤销。

3. 要件

“民法”第74条的适用,须具备两个要件:①主观上,须系乘他人之急迫,轻率或无经验。所称轻率,系指行为人对其行为的结果,因不注意或未熟虑,不知其对自己的意义而言。出卖人不知买卖标的物的价值,而率与买受人订立契约,亦在轻率之列。②客观上,须其财产上之给付,或为给付之约定,依当时情形,显失公平。^③ 此二者均应就具体事实决之,由原告负举证责任。古董商利用他人无经验以极低价购买价值连城的旧画,系属暴利行为,有“民法”第74条的适用。其以三倍价格,购买棒球赛黄牛门票,乃不合理行为,无“民法”第74条的适用。实务上有“最高法院”两则判决可供参考:

(1) 在“最高法院”1953年台上字第256号判决^④,A医师奸淫B女之后,自愿与B女订立和解契约,约定赔偿新台币1.8万元。事后A医师主张B女乘其急迫及依当时情形显失公平,而诉请撤销。“最高法院”认为无理由,因其和解系出于A医师之自愿,而非出于急迫、轻率、无经

① 参见洪逊欣:《民法总则》,第354页。

② Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts—Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 200 (2000), 273. 较详细的说明,参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第13页以下。

③ 依罗马法所定非常损失的原则,出卖人迫于急需,贱价出售其物,所得价金,与实价相差过巨,虽系自愿出卖,实非完全自由意思,故规定出卖人以半价之额以下出售其货物时,对于买受人有契约解除权,为暴利行为之最早立法例,参见 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1992, p. 176, 258 f., 268 f., 717 f.

④ 参见《裁判类编·民法法》(2),第432页。

验,亦不能认有显失公平之情形。

(2) 在“最高法院”1953年台上字第651号判决^①,A年逾不惑,迭膺“军职”,于起程赴海外参加游击任务之际,受妻B提出离婚要求之刺激,与B协议离婚,同时并由A赠与B房屋一栋。“最高法院”认为,离婚系身份行为,非财产上给付,无适用“民法”第74条规定之余地(参照最高法院1939年上字第107号判例)。关于房屋之赠与,依A之年龄、职务,不能谓无经验,按诸情理,亦不能认其赠与行为有急迫轻率之主观情事。

4. 法律效果

关于“暴利行为”,“民法”第74条规定利害关系人得向法院申请撤销或减轻其给付。所谓利害关系人,指法律行为的当事人、继承人或债权人。为避免法律行为的效力久不确定,影响交易安全,利害关系人的申请期间为1年。此项诉讼,属形成之诉。法院究应撤销法律行为,抑或减轻其给付,应斟酌当事人的利益及交易安全决之。又由“使其为财产上之给付”的用语,可知法院得撤销者,除负担行为(债权行为)外,尚包括处分行为在内。其仅撤销负担行为(如买卖合同)时,得依不当得利规定请求返还其所为给付。其一并撤销物权行为时,得依“民法”第767条规定请求返回其所有物。

(二) 例题解说

在前揭例题,甲之妻乙遭车祸,甲迫于急需,出售其画,丙知甲的困境,坚持以半价购买,并贷与10万元,索周年40%利息,查其情事,系乘甲之急迫,使其为财产之给付及给付之约定,依当时情形,显失公平。甲为法律行为当事人,乙为其妻,甲病故,乙继承之,自属利害关系人,得申请法院撤销其法律行为或减轻其给付,但应于法律行为后1年内为之。甲于2013年2月1日作成买卖及消费借贷,乙至迟应于2014年2月1日向管辖法院提出撤销其法律行为或减轻其给付的申请。

在买卖合同,以高价出卖某物时,法院得减轻其价金。以低价出卖时,法院原则上不能提高其价金,仅能撤销其法律行为。其得撤销的法律行为,除买卖合同外,尚应包括移转该画所有权的物权行为在内。甲与丙间买卖合同及物权行为经撤销者,均视为自始无效(第114条第1项),该幅名画所有权当然复归于甲,其继承人乙得依“民法”第767条第1项前

^① 参见《裁判类编·民法》(2),第562页。

段规定,向丙请求返还其画。

关于消费借贷契约,应分两个层次说明其法律关系:

1. “民法”第 205 条规定:“约定利率,超过周年百分之二十者,债权人对于超过部分之利息,无请求权。”依此规定可知,约定利率超过周年 20% 者,其约定并非无效,惟债权人对超过部分之利息无请求权而已。易言之,债务人得拒绝给付,如已给付,则不得依不当得利之规定请求返还。

2. 在本例题,丙系乘甲之急迫而订立消费借贷契约,约定利息高达周年 40%,应有“民法”第 74 条的适用。法院减轻其利息的给付时,就其减轻利息部分,甲未付时,甲无给付的义务。已为给付时,甲得依不当得利规定请求返还。为不使为暴利行为之人获得最低利息的保障,及保护相对人,法院于为利息的减轻时,不应受民法周年利率 20% 的限制。易言之,即得将利息减轻至 20% 以下。

六、法律行为的方式——“民法”第 73 条

1. 试整理综合“民法”关于要式行为的规定,何种法律行为具要式性,说明其方式种类及不同方式的功能。

2. 乙向甲借钱,由丙为保证人,甲于乙届期未清偿,向丙求偿时,丙以甲与乙间的消费借贷未订立书面,甲与丙未依约定办理公证,而拒绝履行,有无理由?

3. 甲向乙购某屋,价金 2000 万元。半年后,甲向乙请求办理移转所有权登记,乙以买卖合同并未订立书面或未经公证人公证,而否认甲的请求权时,有无理由?试分析讨论“民法”第 166 条之 1 与“民法”第 758 条第 2 项的规范意旨及解释适用的争议。

(一) 私法自治与法律行为的方式

1. 方式自由原则

方式自由系私法自治的主要内容。法律行为(尤其是契约)的做成不以践行一定方式为必要。在罗马法,法律行为欲发生法律上的效果,须在一定的地点、证人或法院的面前,使用一定的言辞或表征为之。其后,方式强制渐缓和,于 17 世纪自然法思想发达,当事人意思原则确立之后,乃基于私法自治原则肯定方式自由。台湾地区民法亦以方式自由为原则,法定方式强制为例外。

2. 方式强制之目的

古代法之所以采方式强制,系认方式为法律行为内容的表现,乃法律行为具有拘束力的依据。易言之,即方式创造法律行为效力(效力性方式, Wirkform)。反之,现代法之所以规定方式强制,则在达成一定法律政策上之保护目的(保护性方式, Schutzform)^①。

(1) 警告目的:使当事人了解其法律行为的意义及利害关系,俾免为仓促、轻率的决定。

(2) 证据目的:为证据或内容明确,期能有助于认定法律行为是否成立及其内容。

(3) 公开目的:确保一定法律关系的公开性,“促进交易安全”(第 758 条、第 759 条之 1),尤其是关于不动产交易,并具保护第三人作用,如“民法”第 425 条第 2 项规定,于未经公证之不动产契约,其期限逾 5 年或未定期限者,不适用买卖不破租赁原则(第 425 条第 1 项)。

(4) 流通目的:为促进一定债权(如有价证券)的流通性。

何种法律行为应践行何种方式,乃立法政策上的考量。就“民法”观之,要式行为尚属不多,值得注意的是,“民法”债编修正增设三种要式行为,① 合会(第 709 条之 3),② 人事保证(第 756 条之 1),③ 不动产交易负担契约(第 166 条之 1)。② 前两者应订立书面;后者须由公证人作成公证书。

3. 约定方式

基于私法自治原则,契约当事人亦得约定其契约须用一定方式。“民法”第 166 条规定:“契约当事人约定其契约须用一定方式者,在该方式未完成前,推定其契约不成立。”此为任意规定,当事人得反证证明方式的履行非契约的成立要件,仅为保全证据的方法。在前揭例题 2,消费借贷与

① 法制史上的论述,参见 Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römischer Recht* (Berlin/New York 1987), 4. Aufl., S. 98; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of Civilian Tradition*, 1992, p. 82 f. 比较法,Hein Kötz, *Euro-päisches Vertragsrecht* (München 1996), § 50, S. 118 f. 深入专题研究,Ludwig Häsemeyer, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte*, 1971.

② 需特别注意的是,修正“民法债编施行法”第 36 条(2000 年 5 月 5 日公布)规定:“民法债编修正法”条文及本施行法修正条文自 2000 年 5 月 5 日施行。但“民法”第 166 条之 1 施行日期,由“行政院”会同“司法院”另定之。

保证均属不要式契约^①，故甲与乙虽未订立书面，消费借贷仍属有效。甲与丙约定其保证应经法院公证者，则有“民法”第 166 条规定的适用。^②

(二) 民法上的要式行为

1. 要式行为的类型及方式

现行“民法”系采法律行为方式自由原则，法定方式系属例外，已如上述。“民法”规定的法定方式以书面为原则，兹将其主要情形及法律所要求的方式，依条文次序列举如下，以便参考：

- (1) 设立社团章程(第 47 条)、设立财团之捐助行为(第 60 条)：书面。
- (2) 不动产交易的负担行为(第 166 条之 1)：公证人作成公证书。
- (3) 1 年以上之不动产租赁契约(第 422 条)：书面(字据)。
- (4) 合会的会单(第 709 条之 3)：书面。
- (5) 人事保证(第 756 条之 1)：书面。
- (6) 不动产物权之移转或设定(第 758 条第 2 项)：书面。
- (7) 债权质权之设定(第 904 条)：书面。
- (8) 结婚(第 982 条)：书面、2 人以上证人之签名及向户政机关登记。
- (9) 夫妻财产制契约(第 1007 条)：书面。
- (10) 两愿离婚(第 1050 条)：书面、2 人以上证人之签名及向户政机关登记。
- (11) 收养(第 1079 条第 1 项)：书面，并向法院申请认可。
- (12) 继承权抛弃(第 1174 条)：以书面向法院为之，并以书面通知因

^① 最高法院 1938 年上字第 3240 号判例谓：“消费借贷契约之订立，法律上并无应以书面为之之规定，民法第 3 条第 1 项所谓依法律之规定有使用文字之必要者，即不包含消费借贷契约之订立在内。”又最高法院 1930 年上字第 1838 号判例谓：“保证契约之成立，本不以作成书据为要件，虽无书据而有其他证明方法，足证其契约成立者，亦应发生效力。”可供参照。

^② 司法官训练所公证实务研究会第 2 期曾提出如下之问题：甲、乙二人于 2 月 1 日同意订立房屋租赁契约书，订明租赁期间自 2 月 1 日起至 12 月 31 日止，契约内并约定：本契约自法院公证之日生效。双方因故迟至 2 月 5 日始相偕至法院请求公证，是否准许。研究结论采甲说，认为：“本件租赁契约虽于 2 月 1 日订立，但其有效成立则自公证之日起发生，（“民法”第 166 条：契约当事人约定其契约须用一定方式者，在该方式未完成前，推定其契约不成立。）应解为约定的要式契约，可以公证。”“司法院”第一厅研究意见认为：“如约定房屋租赁行为，经法院公证之日成立，自以采甲说为宜。”（“司法院”1981 年 5 月 2 日厅民 3 字第 0287 号函覆台高院、福建金門地院）可供参考。

其抛弃而应为继承之人。但不能通知者,不在此限。

(13) 遗嘱(第 1189 条以下):书面;公证遗嘱(第 1191 条)。

2. 要式行为的立法理由

关于“民法”就特定法律行为为一定的方式的立法理由,就增修规定加以说明:

关于“民法”第 166 条之 1 规定不动产负担契约的要式性,立法理由书谓:“不动产物权具有高度经济价值,订立契约约定负担移转、设定或变更不动产物权之义务者,不宜轻率。为求当事人缔约时审慎衡酌,辨明权益关系,其契约应由公证人作成公证书,以杜事后之争议,而达成保障私权及预防诉讼之目的。”

关于第 709 条之 3“合会应订立会单”的规定,立法理由书谓:“查民间合会习惯上类多订立会单,但记载事项多不一致,致易引起纠纷,为期有助于合会之正常运作,第 1 项规定合会应订立会单,并明定会单记载之事项,俾资依据,而利实用。”

关于第 756 条之 1 第 2 项“人事保证契约应以书面为之”的规定,立法理由认系“为示慎重,并期减少纠纷”。

探究要式行为的功能,除有助于认识其规范目的外,亦有实益,即订立预约时,倘本约的方式系具警告之目的者,其预约亦须履行同一方式。例如“民法”第 166 条之 1(尚未实施)系为保障私权及预防诉讼之目的,为贯彻此项规范的,关于不动产负担行为(房屋的买卖)的预约,亦应由公证人作成公证书。

(三) 不动产负担行为及处分行为的要式性

关于法律行为的方式,最值得提出讨论的,是不动产的交易。兹分“民法”第 166 条之 1 增订前及增订后两种情形加以说明:

1. “民法”第 166 条之 1 增订前

在“民法”第 166 条之 1 规定增订前,关于不动产物权负担行为(如买卖、互易、赠与,或设定担保物权,如抵押权)的约定,均属不要式契约。惟旧“民法”第 760 条规定:“不动产物权之移转或设定,应以书面为之。”(本条于 2009 年 1 月 23 日因“民法”第 758 条增设第 2 项规定:“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。前项行为,应以书面为之”已被删除。)“最高法院”迭著判例,强调本条仅适用于物权行为,而不及于债权行为。从而不动产负担行为的债务人负有

订立书面、办理所有权移转登记或设定抵押权的义务。兹摘录两则判例，以供参考：

① 不动产物权之移转，应以书面为之，其移转不动产物权书面未合法成立，固不能生移转之效力。惟关于买卖不动产之债权契约，乃非要式行为，若双方就其移转之不动产及价金业已互相同意，则其买卖契约即为成立。出卖不动产之一方，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，则得单独申请登记取得所有权，移转不动产物权书面之欠缺，即因之而补正（“最高法院”1968年台上字第1436号判例）。

② 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（“最高法院”1981年台上字第453号判例）。

2. “民法”第166条之1增订后

“民法”债编修正增订第166条之1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。”本条规定的立法理由，前已述明。关于第2项规定，立法理由谓：“当事人间合意订立以负担不动产物权之移转、设定或变更之义务为标的之契约（债权契约），虽未经公证，惟当事人间如已有变动物权之合意，并已向地政机关完成物权变动之登记者，则已生物权变动之效力，自不宜因其债权契约未具备第1项规定之公证要件，而否认该项债权契约之效力，俾免理论上滋生不当得利之疑义；爰参考前开德国民法第313条第2项，增订第2项规定。此际，地政机关不得以当事人间之债权契约未依前项规定公证，而拒绝受理登记之申请。至对此项申请应如何办理登记，宜由地政机关本其职权处理，并此叙明。”

“民法”第166条之1的增订，使不动产交易发生重大变更，即在此之前，不动产的负担行为系属不要式行为，在此之后，则为要式行为。为便于观察，兹以买卖及抵押权为例，图示如下：

不动 产 交 易	买卖	买卖契约 (债权契约)	修正前: 不要式
		所有权移转 (物权契约)	新修正第166条之1: 公证人公证(未施行)
	抵押权	设定抵押权的约定 (债权契约)	修正前: 不要式
		抵押权的设定 (物权契约)	新修正第166条之1: 公证人公证(未施行)

第758条第2项、(旧)第760条(要式)

第758条第2项、(旧)第760条(要式)

关于“民法”第166条之1立法政策的检讨及解释适用,在此不拟详述。^①应说明的是,本条具有两点特色:①此系“民法”第一次采用“由公证人作成公证书”作为法定方式。②“民法”第一次规定因物权行为(处分行为)的做成而治疗无效的负担行为(债权行为),为“民法”带来了新的规范模式,实值重视。

需强调的是,由于修正“民法”第166条之1规定尚未施行(“民法债编施行法”第36条),不动产买卖仍应适用原来规定。之所以尚不实施,系顾及交易安全,为不影响行之多年不动产买卖系不要式的交易模式。

(四) 违反法定方式的法律效果

1. 法律行为无效:原则及例外

法律行为,不依法定方式者,“无效”(第73条)。例如,遗嘱应依法定方式为之。于自书遗嘱,依“民法”第1190条之规定,应自书遗嘱全文,记明年月日,并亲自签名。其非依此方式为之者,无效。^②“但法律另有规定者,不在此限。”例如“民法”第422条规定:“不动产之租赁契约,其期限逾一年者,应以字据订立之。未以字据订立者,视为不定期限之租赁。”

2. 无效法律行为因履行而治疗(第166条之1第2项)

如前所述,“民法”第166条之1创设了一种新的规范模式,即未经公证人公证的不动产负担行为,系属无效,但如当事人已合意为不动产之移转,设定或变更完成登记者,仍为有效。此项无效法律行为得因履行而治

^① 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第92页。

^② “最高法院”1954年台上字第1160号判例谓:“保证本票之债务,依‘票据法’第120条准用第56条第1项之规定,应由保证人在本票上签名,此项签名,依同法第3条之规定,虽得以盖章代之,然必其盖章确系出于保证人之意思而为之,始生代签名之效力。若图章为他人所盗用,即难谓为已由保证人以盖章代签名,既未具备上开法条所定之方式,依‘民法’第73条,自不生保证本票债务之效力。”

疗,系属特别规定,不具类推适用性。

3. 法律行为无效的附带效果

法律行为不依法定方式而无效时,虽不发生法律行为上的效果,但不排除得发生其他法律效果。例如,一方当事人明知某种法律行为的要式性,故意不为告知,致他方因相信契约为有效,而受损害者,得依侵权行为规定(第184条第1项后段),请求损害赔偿。此外,并有“民法”第245条之1关于先契约责任规定的适用。^①

又基于无效法律行为而为的给付,得依不当得利规定,请求返还。例如甲与乙约定,甲与乙的受雇人丙将来因职务上的行为而应对乙为损害赔偿时,由其代负损害赔偿责任(第756条之1,人事保证)。人事保证应以书面为之。甲对乙为损害赔偿后,发现其所为人事保证未以书面为之而无效时,甲得向乙依不当得利规定请求返还其所为的损害赔偿(第179条)。

4. 方式瑕疵的主张与诚实信用原则

“民法”第73条系强行规定,不得依合意予以排除,纵使一方当事人因法律行为无效而遭受不利益,亦不得以他方当事人主张方式瑕疵而认其行使权利违反诚实信用原则(第148条第2项)。易言之,即不能基于衡平的考量而破坏法律的安全性,尤其是在身份行为及物权行为。

值得研究的是,在何种例外情况,得认一方当事人主张法律行为不依法定方式无效,系构成违反诚信原则,在台湾地区实务上尚无相关案例,学说亦少论及。德国法上案例甚多,兹举一个典型案例加以说明。^② 例如甲以毕生积蓄向乙购屋,乙明知《德国民法典》第311条规定不动产买卖必须公证(相当于台湾地区新修正但犹未施行的“民法”第166条之1),甲不知此项要式规定,乙故意不告知甲。乙于耗尽自甲受领的价金,成为无资力之人后,主张买卖契约未经公证无效,而向甲请求返还已交付,但迄未完成所有权移转登记的房屋。于此情形,德国联邦最高法院认

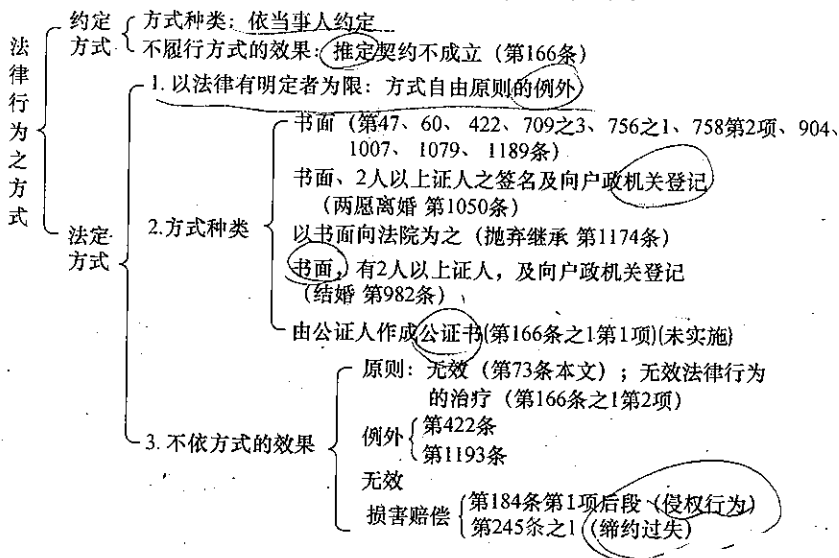
——— 七 ———

^① 关于“民法”第245条之1的解释适用,参阅拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第34页。

^② 此系比较法讨论甚多的重要问题,值得作较深入探讨, Bernerd, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, 1979; Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971.

为乙系恶意主张方式瑕疵,危及甲的生存,诚难忍受,有违诚实信用原则。^①

为便于观察法律行为方式的基本问题,图示如下:



第四节 行为能力

一、行为能力制度的功能

(一) 行为能力制度及类型化

何谓法律行为和行为能力?“民法”总则第四章(法律行为)第2节规定行为能力,其功能何在?在阅读“民法”规定及本书以下之说明前,请运用“法律思考能力”或一般人的常识,分析下列法律行为的效力及如何建立行为能力制度,并与“民法”规定加以比较:

- (1) 6岁之甲,以其生日礼物某名贵电动玩具赠与7岁之乙。
- (2) 16岁之甲以其iPhone与15岁之乙的电脑互易。
- (3) 19岁之甲以其压岁钱向乙购买机车。

^① 关于德国实务案例及学说的整理分析,参见BGH NJW 2008, 2181; BGHZ 138, 339; Medicus, AT S. 244; Wolf/Neuner, AT S. 521.

(4) 18岁之甲男与16岁之乙女结婚。

(5) 15岁之甲书立遗嘱,将其珍藏的漫画全集赠与乙图书馆。

(6) 40岁之某法律系教授因酒醉不省人事,抛弃其所购买欲赠与妻子的钻石。

1. 意思能力与行为能力制度

(1) 行为能力的制度化

法律行为的成立,需有当事人。法律行为的生效,需当事人有行为能力。行为能力指法律行为能力而言,即得以独自的意思表示,使其行为发生法律上效果的资格。法律行为系实践私法自治的手段,私法自治的理念在于个人自主及自我负责,因此行为能力需以行为人为具有对于事务有正常识别及能预见其行为可能发生如何效果的能力(意思能力、识别能力)为前提。然而,对各个人的行为是否赋予法律上的效果,如必于个案逐一审查,以决定其行为能力的有无,事实上殆不可能,且易滋争议,对当事人不利;非保护交易安全之道,故举世各国多采类型化或阶段化的行为能力制度。

(2) 以年龄为基础的三种类型

类型化的行为能力制度,系以年龄为基础而区别行为能力之有无及其范围。盖人的思虑智慧因年龄而异,与年俱进,可作为判断意思能力是否健全的标准。“民法”亦采此制度,将行为能力分为三种:

① 成年人:满20岁为成年,成年人有完全行为能力,得有效自为意思表示或受意思表示(第12条、第75条以下)。

② 限制行为能力人:满7岁以上之未成年人为限制行为能力人(第13条第2项)。关于限制行为能力人所为意思表示及所受意思表示之效力,“民法”设有详细复杂的规定(第77条至第85条),原则上应得法定代理人允许,未得允许者,单独行为无效,契约行为效力未定。惟纯获法律上利益,或日常生活所必需者,未成年人得单独有效为之,不必得法定代理人允许。

③ 无行为能力人:未满7岁之未成年人为无行为能力人(第13条第1项),其意思表示无效(第75条前段),由法定代理人代为意思表示,并代受意思表示(第76条)。

(3) 四种辅助方式

将行为能力的标准,一断于年龄,虽属客观,但不免失诸僵硬,故现行“民法”又采四种方式,借资缓和:

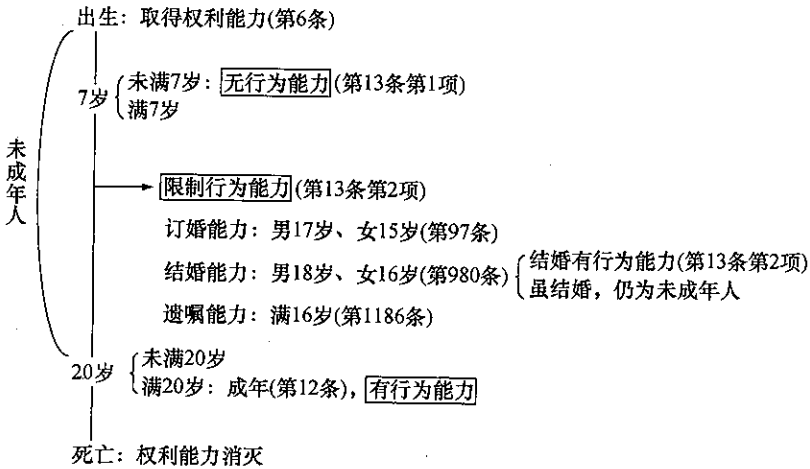
① 创设监护制度,受监护宣告人无行为能力(第14条、第15条)。

② 虽非无行为能力人,而其意思表示系在无意识或精神错乱中所为者,亦属无效(第75条后段)

③ 未成年人已结婚者,有行为能力(第13条第3项)。

④ 关于亲属行为及继承行为另设特别规定。男未满17岁,女未满15岁者,不得订定婚约(第973条);男未满18岁,女未满16岁者,不得结婚(第980条)。无行为能力人不得为遗嘱。限制行为能力人无须经法定代理人之允许,得为遗嘱。但未满16岁者,不得为遗嘱(第1186条)。

兹将依年龄而规定的行为能力制度,图示如下:



2. 适用范围

“民法”总则编关于行为能力的规定,除亲属编及继承编之特别规定外,原则上对一切的法律行为均有适用余地。其所称意思表示(法律行为)包括债权行为、物权行为及身份行为的意思表示。“民法”第78条所谓单独行为,包括形成权的行使(解除、终止、撤销)、捐助行为、所有权抛弃及债务免除在内。“民法”第79条所称契约,包括债权契约(买卖、租赁)、物权契约及准物权契约在内。此项认识关系法律适用甚巨,应予注意。

3. 附合契约(定型化契约)与行为能力

“邮政法”第12条规定：“无行为能力人或限制行为能力人，关于邮政事务对中华邮政公司所为之行为，视为有能力人之行为。”“电信法”第9条规定：“无行为能力人或限制行为能力人使用电信之行为，对于电信事业，视为有行为能力人，但因使用电信所发生之其他行为，不在此限。”又旧“简易人寿保险法”第31条规定：“无行为能力人或限制行为能力人，关于邮政机关经营之简易人寿保险之行为，以对于保险人者为限，视为有行为能力之行为。”（该法于2002年6月11日修正，未设类此规定。）此等条文，究系专对邮政电信业务而设的特别规定，抑或蕴含有某种法律原则，得类推适用于其他类似契约？

洪逊欣先生认为，邮电利用契约系属典型的附从契约(定型化契约)，即当事人的一方，单面的指定契约的内容，他方仅附从的承诺其内容。附从契约具有某程度之制度的状态，以一般不特定人为其抽象的相对人，并不注重具体的相对人的个性，不论契约条款如何，相对人凡欲缔约者，皆须承认其内容，并不得予以变更。上开邮电利用契约系属典型的附从契约，立法者所以将无行为能力人及限制行为能力人“视为”系有行为能力人，因利用邮电契约，具有四点特性：① 利用人为多数，故邮电机关不能一一调查其行为能力。② 附从契约特有的“制度的状态”，此于邮电利用契约甚为显著，即一方面个人利用邮电为事实上不可避免，另一方面不许邮电机关自由选择其利用人，故虽为保护利用人，亦不需顾及其智能问题，利用人智能发达的程度，对其损益无影响。③ 利用人的负担较轻，与其重视该负担，毋宁注重其利用上的利益。④ 利用关系仅为暂时性，故利用人无行为能力，通常待利用后始能发现。基于此项对邮电利用契约所具附从契约特质及其一般原理的认识，洪逊欣先生乃强调“邮政法”及“电信法”的规定，应类推适用利用电车等具此等特性之附从契约，其利用人虽无行为能力或其能力受有限制，对其契约之效力不生影响。惟附从契约不具上述特性时，则“邮政法”及“电信法”的规定即不得类推适用，例如就人寿保险契约而言，因保险人能一一调查要保人之能力，要保人就其订约与否，事实上仍有自由决定之余地，如订报契约，利用火车定期运送契约，劳动契约等亦依同样理由，不得类推适用此等规定。^①

① 参见洪逊欣：《民法总则》，第271页。

前揭“邮政法”及“电信法”规定及洪逊欣先生所提出的精致理论,有助于反省检讨传统行为能力制度,及现代附合契约(定型化契约)功能。

4. 一项统计资料

参照台闽地区各县市现住人口的年龄分布统计,有助于了解行为能力制度,依2013年8月底统计资料为:

人口总数	23 356 588(人)	未成年人比率	行为能力
0—6岁(含6岁)	2 442 822	10.5%	无行为能力
7—19岁(含19岁)	6 446 771	27.6%	限制行为能力

(二) 无行为能力人及限制行为能力人的保护优先于交易安全

1. 某甲遭遇车祸之后,因精神障碍致不能处理自己事务,受监护宣告。某日甲精神清醒,赴红牛牛排馆用餐,订A、B两份高级神户牛排,每份2000元。A份牛排当场吃之,B份牛排包装妥当,拟带回家消夜享受。甲离去之际,以受监护宣告人为理由,拒不付款。店主乙与其理论,甲甚怒,以手中所携牛排击乙的前额,牛排落地,乙头部负伤。问乙得向甲主张何种权利?

2. 18岁之甲,以其父给予的补习费向乙购买机车,乙不知甲为未成年人。甲付款取车后,蛇行于陋巷,发生事故,机车半毁。试说明甲与乙的法律关系(本例题请参照例题1,自行研究解答,写成书面)。

1. 当事人间的法律关系(例题1)

(1) 乙对甲的价金请求权

在例题1,乙得依“民法”第367条规定向甲请求支付价金,此须以买卖合同成立且有效为前提。当事人就标的物及价金互相同意时,买卖合同即为成立。甲受监护宣告,无行为能力(第15条),其意思表示无效(第75条),纵使系恢复本心时(Lucida intervalla)所为,亦同。盖监护宣告旨在使无行为能力制度化,避免就各个行为审究行为人的意思能力,以保护交易安全,并兼顾精神受有障碍者的利益。

需特别提出讨论的是,乙得否主张其系善意不知甲受监护宣告而无行为能力,应受保护。“民法”对于信赖他人对权利标的物之处分权,虽设有善意取得制度(第801条、第886条、第948条)。表意人撤销其错误之意思表示时,无过失之相对人得请求表意人赔偿因信其意思表示为有

效而受之损害(第91条)。但关于当事人之行为能力,并无类似规定,认为无行为能力人(或限制行为能力人)的保护应优先于交易安全。

据上所述,甲与乙间成立买卖契约,因甲受监护宣告,无行为能力,该买卖契约无效。甲无依“民法”第367条规定支付价金之义务。

(2) 乙对甲关于A、B两份牛排的请求权

如前所述,甲与乙间关于A、B两份牛排的买卖契约无效,甲系无行为能力人,物权行为(第761条)亦属无效,甲不能取得牛排所有权,故在甲食用之前,乙得依“民法”第767条第1项前段之规定,请求返还其物。甲已食用A份牛排时,乙的请求权基础有三:

① 不当得利请求权,即甲系无法律上之原因,消费乙所有之物,致乙受损害,应负返还其利益之责任(第179条)。此项利益依其性质不能返还,故甲应偿还相当于牛排售价的价额。

② 侵权行为损害赔偿请求权,即甲虽无行为能力,但于精神清醒之际,既能赴台北负盛名的牛排馆享用外国进口的高级牛排,行为时具有识别能力,应与其法定代理人连带负损害赔偿(第187条第1项)。

关于B份牛排,甲尚未食用,应负返还之义务(第767条第1项前段)。今甲以该牛排击乙的头部,牛排落地污损,系侵害乙的所有权,应依“民法”第187条第1项(及第184条第1项前段)规定负损害赔偿。

③ 乙因身体受侵害的损害赔偿请求权。甲以牛排击乙的前额,致乙头部受伤,而甲有识别能力,已如上述,系故意不法侵害乙的身体(人格权),乙得依“民法”第187条第1项规定向甲请求损害赔偿。

2. 法律行为及法律行为外责任

前揭例题旨在说明民法关于无行为能力人(或限制行为能力人)的保护及危险分配的两项基本原则:

(1) 对行为能力的信赖,既不使法律行为因此成为有效,亦不便无行为能力人(或限制行为能力人)负信赖利益的赔偿责任。

(2) 无行为能力人(或限制行为能力人)因其法律行为无效,虽不负法律行为上责任,但依其情形得发生三种非法律行为上责任:

① 占有物返还义务(第767条第1项前段、第962条)

② 侵权责任,其成立以于行为时有识别能力为必要(第187条、第184条第1项前段)。

③ 不当得利返还责任(第179条),其成立专以损益变动是否具有法

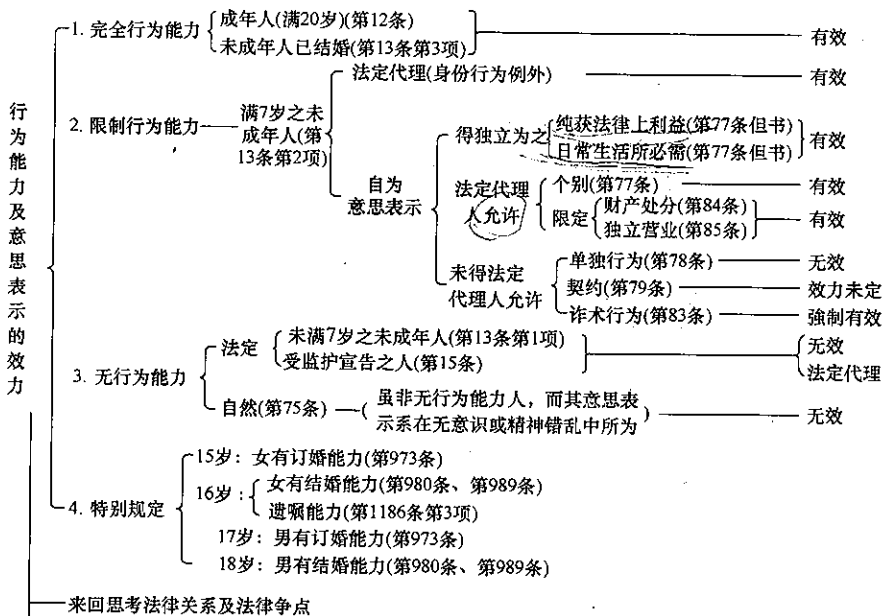
律上原因为断,当事人有无行为能力或识别能力,则在所不问。^①

(三) 体系构成及请求权基础的思考模式

20岁某甲,向19岁离婚之乙购买电子玩具,赠与8岁之丙,并交付之。丙玩腻后,以该电子玩具与6岁之丁之漫画书互易,并交付之。翌日丙与丁一起游玩,因细故争吵,丙向丁请求返还电子玩具,丁表示既已互易,焉得请求返还。试说明丙与丁间之法律关系。

1. 行为能力制度的体系

为使读者对行为能力制度有较简明的认识,并借上揭实例说明请求权基础思考方法,体会来回穿梭于案例事实及规范体系的思考过程,先将行为能力制度,图示如下,并请思考以下问题:



案例

甲18岁,结婚前经其父同意购买某屋。半年后,甲离婚,未经其父同意出售该屋。甲有A屋,出租于乙,为期3年,并为丙设有抵押权。甲赠A屋于19岁之丁时,丁得否须向其法定代理人同意? 18岁之甲以其继承的A画与乙的机车互易,同时履行。甲之父拒绝承认时,甲、乙各得主张何种权利(请求权基础)? 甲寄托A计算机于19岁之乙,乙擅将该计算机让售于善意之丙。运用想象力设计案例。

^① 参见拙著:《未成年人与代理、无因管理及不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第五册),北京大学出版社2009年版,第96页。

(1) 以年龄为基础的行为能力制度,有无改进之处?成年的年龄应否降低为18岁?

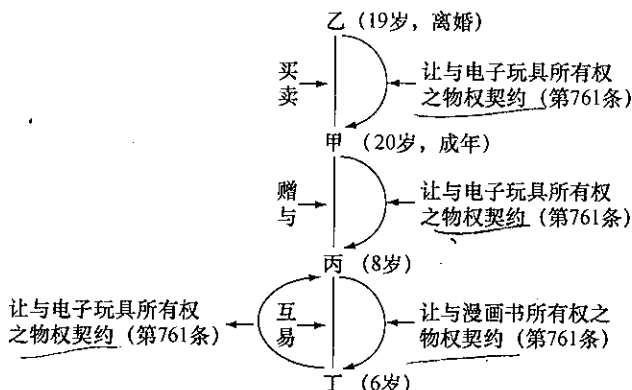
(2) 如何保护未成年人不因法定代理人“濫用法定代理权”致受侵害?

(3) 关于限制行为能力人所为法律行为的效力,“民法”区别契约与单独行为而设不同规定,其理由何在?

2. 例题解说

(1) 基本法律关系

鉴于行为能力制度的重要性,特将上揭例题的基本法律关系如图示,并附解题结构模式,用供参考。请读者自行揣摩,融会贯通,举一反三,以强化法律思维能力及解题艺术。



(2) 丙对丁得主张的权利^①:解题结构

丙对丁请求返还电动玩具的请求权基础:第767条第1项前段
第一(丙是所有人)

① 甲取得电子玩具所有权

A 买卖合同(第345条)

a. 甲有行为能力(第12条);

b. 乙为限制行为能力人,因结婚而取得行为能力(第13条第3项);
不因离婚而受影响。

^① 未成年人主张此种权利时,在诉讼法上应由其法定代理人为之(“民事诉讼法”第45条以下)。

B 物权契约(第 761 条)

a. 甲有行为能力(第 12 条);

b. 乙为限制行为能力人,因结婚而取得行为能力(第 13 条第 3 项);

不因离婚而受影响。

C 结论

a. 买卖契约及物权行为均有效成立;

b. 甲取得电子玩具所有权。

② 丙取得电子玩具所有权

A 赠与契约(第 406 条)

a. 甲有行为能力;

b. 丙为限制行为能力人:纯获法律上利益(第 77 条但书)。

B 物权契约(第 761 条)

a. 甲有行为能力;

b. 丙为限制行为能力人:纯获法律上利益(第 77 条但书)。

C 结论

a. 赠与契约及物权契约均有效成立;

b. 丙取得电子玩具所有权。

③ 丙是否丧失电子玩具所有权?

A 互易契约(第 398 条)

a. 丙系限制行为能力人(第 79 条);

b. 丁系无行为能力人(第 13 条第 1 项、第 75 条)。

B 物权契约(第 761 条)

a. 丙系限制行为能力人(第 79 条);

b. 丁系无行为能力人(第 75 条)。

C 结论

~~a. 互易契约及物权契约均属无效;~~

b. 丙未丧失电子玩具所有权。

第二, 丁系无权占有?

① 丙与丁间互易契约无效, 丁无债权上占有本权;

② 丙与丁间物权契约无效, 丁未取得电子玩具所有权, 无物权上占有本权。

丙得依“民法”第 767 条第 1 项前段之规定向丁请求返还其电子玩具。

(3) 丁对丙得主张之权利

请参照上开丙对丁得主张电子玩具返还请求权之解题结构,兹不赘述。

二、无行为能力人及无意思能力人的法律行为

1. 甲向乙租屋后,受监护宣告,甲得其法定代理人允许,向乙为终止租赁的意思,是否有效?乙终止租赁的意思表示,应向谁为之,何时发生效力?

2. 5岁之甲,继承其母所遗土地。其父乙于甲6岁时以甲名义购置房屋。不久,乙投资失败,乃以甲的名义向某丙借款并以甲为保证人,并以甲的土地及房屋设定抵押,其效力如何?

(一) 无行为能力人的法律行为

1. 法律行为无效

无行为能力人之意思表示,无效(第75条)。“民法”规定两种无行为能力人,一为未满7岁之未成年人(第13条第1项);二为受监护宣告人(第15条)。所称意思表示,指法律行为而言,包括单独行为(如授予代理权)、契约(如协议分割共同共有的遗产),及合同行为(如行使股东表决权)。其是否因该法律行为而纯获法律上利益,在所不问。故对无行为能力人不能为有效的赠与。向无行为能力人为意思表示者,以其通知达到其法定代理人时发生效力。例如,甲向乙租屋后,甲受监护宣告时,甲对乙终止租赁的意思表示,纵得其法定代理人允许亦属无效;乙对甲为终止租赁的意思表示,于到达甲的法定代理人时发生效力(第96条)。

2. 法定代理

无行为能力人,由法定代理人代为意思表示,并代受意思表示(第76条)。法定代理人为行使亲权的父母(第1086条)或监护人(第1091条以下、第1110条以下)。法定代理系代理权的一种,其代理行为的效果直接归属于本人(第103条)。需注意的是,法定代理人仅有代理权限,而无能力补充权(允许权或承认权),无行为能力人所为的法律行为,不因法定代理人同意而生效力。

3. 无行为能力人的保护

如何保护无行为能力人不因法定代理人代理行为而受侵害?此为实

务上的重要问题。^①“最高法院”1964年2月25日第一次民、刑庭总会会议决议(二)认为：“父母以其未成年子女之名义承担债务及以其未成年子女之财产提供担保，若非为子女之利益而以子女之名义承担他人债务，及为他人提供担保，依照‘民法’第1088条(旧法)及限定继承之立法意旨暨公平诚实之原则，除其子女于成年后，自愿承认外，不能对其子女生效。但子女之财产如系由父母以其子女之名义购置，则应推定父母系提出财产为子女作长期经营，故父母以子女之名义置产后，复在该价额限度内，以子女名义承担债务，提供担保，不能概谓为无效。”此项原则对无行为能力人(未满7岁者)及限制行为能力人，均得适用。

(二) 无意思能力人的法律行为

“民法”第75条规定：“无行为能力人之意思表示，无效；虽非无行为能力人，而其意思表示，系在无意识或精神错乱中所为者亦同。”立法理由谓：“谨按无行为能力人者，即未满七岁之未成年人，及禁治产人是也。无行为能力人所为之行为使之无效者，盖为保护无行为能力人之利益也。至若虽非无行为能力之人，而其所为之意思表示，系在无意识或精神错乱中(例如睡梦中、泥醉中、疾病昏沉中、偶发的精神病人在心神丧失中皆是)者，其效力与无行为能力人之行为，并无区别，故亦当然无效也。”无意识，系指全然欠缺意思能力之谓。精神错乱，则指精神作用暂时发生异状以致丧失正常之意思能力而言，两者为不同之精神状态。又表意人行为时不具正常的意识能力，倘属精神耗弱而非全然欠缺意思能力，要难谓其意思表示系在无意识中所为。^②

需注意的是，意思表示受否在无意识或精神错乱中所为，须有具体事证足以证明，此常借助医师鉴定，而由法院加以认定，不能“徒以被上诉人长期罹患精神分裂症，智能不佳，认知功能严重障碍等情，臆测被上诉人

^① 有德国学者认为，《德国民法》第105条(相当于“民法”第75条)否定未满7岁未成年人的行为能力，违反“过度禁止原则”，应属无效，而引发争论(Canaris, Verstöße gegen das Verfassungsrechtliche übermassverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993.)。德国联邦宪法法院认为，法定代理人代理未成年人为连带保证，使未成年人长期负担高额的债务，致其自由生活形成遭受妨碍者，系侵害未成年人的人格权，应属无效(BVerfG NJW 1986, 1859)。台湾地区实务上关于父母以未成年子女为连带保证人的判决，参见拙著：《法律思维与民法实例》，北京大学出版社2009年版，第320页。

^② “最高法院”2006年台上字第877号判决。

为本件借款及抵押权设定之行为,均系在无意识中所为之意思表示”。^①

三、限制行为能力人的法律行为

关于限制行为能力人的法律行为,如何在“有效”及“无效”之间加以规范,系立法政策上的重大问题。其应考量的因素包括对智虑不周者保护的必要,如何促进未成年人参与法律交易,为其成年后的行为而准备,以及兼顾交易安全。“民法”以法定代理制度为基础,设如下的规范模式:

- (1) 法定代理人允许原则。
- (2) 若干法律行为不必得法定代理人允许(允许原则的例外)。
- (3) 分别就单独行为及契约,规定未得法定代理人允许之法律行为的效力。

(一) 法定代理人的允许

1. 法定代理人的允许

甲受乙詐欺,允许16岁之子丙出租其所有邻近捷运站的店面予乙,试说明法定代理人允许的法律性质及当事人间的法律关系?

(1) 允许的法律性质

“民法”第77条前段规定:“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。”法定代理人的允许,乃事先的同意。事后的同意,称为承认,两者均在补充限制行为能力人的能力。对无行为能力人,法定代理人仅有法定代理权。对限制行为能力人,法定代理人除法定代理权外,尚有能力补充权。

^① “最高法院”2004年台上字第924号判决;另参见“最高法院”2010年台上字第1994号判决:“按无行为能力人之意思表示,无效。虽非无行为能力人,而其意思表示,系在无意识或精神错乱中所为者,亦同。‘民法’第75条定有明文。此项规定,旨在兼顾表意人权益及交易安全,在2009年11月23日修正之‘民法’第15条、增订之同法第15条之1等规定施行前,未受禁治产宣告之成年人,即非无行为能力人,其所为之意思表示,原则上应属有效,仅于意思表示系在无意识或精神错乱中所为,方得谓为无效。而所谓无意识,系指全然无识别、判断之能力;精神错乱,则指精神作用发生障碍,已达丧失自由决定意思之程度而言。故未受禁治产宣告之成年人,于行为时纵不具正常之意思能力,惟如未达上述无意识或精神错乱之程度,要难谓其意思表示无效。被上诉人之成年人,纵被诊断患有双相情感性障碍,惟未受禁治产之宣告,于2002年8月14日签订系争保管条时,如未处于无意识或精神错乱之状态,即难谓其意思表示无效。原审未遑细究,徒凭彰基医院谓其精神耗弱,即认被上诉人所为之意思表示无效,未免速断。”

① 允许系有相对人的单独行为，其意思表示须向限制行为能力人或其相对人为之(第117条)。关于允许的方式，法无限制，得以书面或口头为之，明示或默示，均所不问。限制行为能力人所为的法律行为系要式行为时，法定代理人的允许亦不必依同一方式为之。此项允许于限制行为能力人未为法律行为前，法定代理人得撤回之，惟其允许的意思表示系对限制行为能力人的相对人为之时，其撤回的意思表示，应向相对人为之。

法定代理人的允许，系对限制行为能力人的补充，而非限制行为能力人行为的一部分，从而此项允许须具备法律行为的有效要件，受诈欺或胁迫而为时，亦得撤销之。法定代理人的允许无效或被撤销时，限制行为能力人已依该允许所为的法律行为，成为未经允许的法律行为。例如甲受乙诈欺允许其未成年之子丙，出租某房屋予乙，甲撤销其受诈欺所为允许的意思表示时，乙丙之间的租赁契约归于未经允许的法律行为(参阅例题)。

为(2)允许的范围

法定代理人的允许，系对限制行为能力人财产上行为而言，包括单独行为，契约与合同行为。至于身份行为，除法律有特别规定(如第974条、第981条、第1049条等)外，原则上毋庸得法定代理人允许。

允许得针对特定行为为之，如购买A车，承租B屋；亦得针对一定种类的行为为之，如购买价额若干的电脑。行为的范围可依其目的或特定指示加以界限或可得预见时，亦得为一般的允许。例如法定代理人允许限制行为能力人环岛自助旅行时，其允许的范围包括实施旅行所必要的法律行为，包括订购火车票、旅馆住宿、租车及购买食物等。

法定代理人的允许范围不能加以界限及预见时，不得为之，例如甲对其18岁之子乙曰：“汝既已考进法律系，熟知法律，特允汝为任何法律行为。”此项允许违反“民法”第77条保护未成年人的规范目的，应属无效。

(3) 辅助行为的允许

法定代理人允许未成年人为一定法律行为时(如购买机车、承租房屋)时，其允许是否及于解除、终止、撤销等辅助行为？“民法”未设明文，此应就个案解释“允许”的意思表示而为认定。有疑问时，应采否定见解，盖此较符合未成年人保护原则。

2. 一定财产处分的允许

某甲18岁，就读高三，以历年积蓄父母给予之零用钱购买彩券，

中奖 50 万元。甲以 20 万元，向乙购买野狼牌重型机车。甲之父丙知其事，以甲不应以重金购买机车，且联考当前，不宜分心，容易致车祸为由，即令甲向乙表示“退车还钱”，有无理由？

“民法”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。”所称处分除债权行为外，尚包括物权行为（或准物权行为）。法定代理人允许限制行为能力人处分某种财产，得指定其用途，例如台东某 18 岁之 A 考上台北某大学，其父母给其 5 万元供入学生活之用。A 得用该笔金钱租屋，购买书籍及脚踏车，缴纳学费。未指定一定用途（如零用钱、压岁钱）的一定财产，乃供其任意消费，无论用于购物或慈善捐献，均为有效。

限制行为能力人就处分其财产所得的财产（代替物）亦得为处分，如得以父母所给予的零用钱购买一盒铅笔，而将该盒铅笔赠与他人。限制行为能力人以其零用钱购买彩券，对于中奖奖金得否任意处分？德国帝国法院判例（RGZ 74, 235）认为，奖金虽属代替物，但其价额超过允许处分的财产甚巨时，应解为不为法定代理人允许处分财产所涵盖，须经法定代理人允许，始得有效为之，此项见解，可供参考（参阅例题）。

3. 独立营业

（1）某甲 18 岁，高工毕业，经其父允许，赴高雄加工区就业，先受雇于乙电子公司。两个月后，以该公司管理严苛，乃终止契约，进入丙电脑公司任职，并向丁赁屋居住。1 年后甲加入工会。甲所为法律行为的效力如何？

（2）19 岁之某甲经其父乙同意，经营简易自助餐厅，乙负责烹熟，疏未发现食物不净，致客人丙中毒时，丙得向甲或乙主张何种权利？

（1）关于营业法律行为的效力

① 规范功能

“民法”第 85 条规定：“法定代理人允许限制行为能力人独立营业者，限制行为能力人，关于其营业，有行为能力。限制行为能力人，就其营业有不胜任之情形时，法定代理人得将其允许撤销或限制之。但不得对抗善意第三人。”此在行为能力制度甚为重要。目前初中或高中毕业的未成年人进入劳动市场，人数众多，关于其营业（或就业）所为法律行为效

力,均以本条规定为依据。^① 需注意的是,限制行为能力人就其营业既有行为能力,系属“民事诉讼法”第45条所称能独立以法律行为负义务之人,就其营业有关的诉讼事件,有诉讼能力,在此营业范围内,法定代理人不得代理。^②

② 营业的范围

所谓营业,凡以取得利益为目的之职业,无论其为农工商及其他实业,均属之。客观上与其营业具有关联的必要行为,无论其为契约或单独行为,限制行为能力人均具有行为能力。例如,甲经其父允许,受雇于乙电子公司后,得终止契约再进入丙电脑公司任职。

未成年受雇人得否加入工会? 工会系以促进劳工团结,提升劳工地位及改善劳工生活为宗旨(“工会法”第1条),旧“工会法”第12条规定:“凡在工会组织区域内,年满16岁之男女工人,均有加入其所从事产业或职业工会为会员之权利与义务。”2010年6月23日修正“工会法”,删除此条规定,于“工会法”第4条第1项明确规定:劳工均有组织及加入工会之权利。修正理由系:劳工团结权为劳动三权之首,对于劳动条件之确保及提升至为重要,爰参照《经济社会文化权利国际公约》《公民权利和政治权利国际公约》及国际劳工组织(ILO)第87号公约等精神,增列第1项,明定劳工皆有组织及加入工会之团结权。

限制行为能力人经其父允许受雇他于人时,其加入工会与营业有关,亦有行为能力(参阅例题一)。

③ 未得法定代理人同意的独立营业

限制行为能力人未得法定代理人允许为独立营业时,关于其营业所为的法律行为,系效力未定,须得法定代理人承认,始生效力。例如,未成年的学生未经其法定代理人同意,在速食店打工时,其受雇的法律行为不生效力,仅能依不当得利规定向雇主请求其无法律上原因所为给付(劳动)的通常价额。至于打工所得报酬,原则上应归限制行为人所有,其处分则应适用“民法”第84条规定。

^① 参见“商业登记法”第11条的规定:“限制行为能力人,经法定代理人之允许,独立营业或为合伙事业之合伙人者,申请登记时,应附送法定代理人之同意书。法定代理人如发觉前项行为有不胜任情形,撤销其允许或加以限制者,应将其事由申请商业所在地主管机关登记。”

^② 参见“最高法院”1975年7月8日1975年度第五次民庭庭推总会议决议(三)。

(2) 关于营业的民事责任

限制行为能力人就其营业有行为能力,就其订立的契约,关于债务不履行,应依一般原则负责。值得注意的是,“民法”第224条规定债务人之代理人对于债之履行有故意或过失,负同一责任。所称代理人包括法定代理人。在前揭例题2,乙允许其19岁之子甲经营自助餐,甲有行为能力,得与客人丙订立买卖契约。丙因食物不洁中毒,甲就其法定代理人乙的过失应负同一责任,有可归责事由,故丙得依“民法”第227条关于不完全给付规定,向甲请求损害赔偿;并准用第195条规定,就其身体健康所受侵害,得向甲请求精神痛苦(非财产损害)的慰抚金(第227条之1)(契约责任)。此外,甲应与其法定代理人乙依“民法”第187条规定,对丙所受损害,连带负赔偿责任(侵权责任),并有“民法”第195条第1项规定的适用。

(二) 不必得法定代理人允许的法律行为

限制行为能力人之法律行为应得法定代理人允许,是为原则。“民法”第77条但书设有例外,即“纯获法律上之利益,或依其年龄及身份,日常生活所必需者,不在此限”。分别说明如下:

1. 日常生活所必需

限制行为能力人依其年龄及身份、日常生活所必需之行为,毋庸法定代理人之允许,限制行为能力人得独立为之。何种行为属于日常生活所必需,除考虑限制行为能力人的年龄、身份外,尚须就现代社会生活,从宽加以认定,以促进未成年人个性的自由发展。中学生在麦当劳举办生日庆祝会;未成年大学生在KTV聚餐,均应包括在内。至于购买机车,出国自助旅行、隆乳美容手术,尚不属之。

2. 纯获法律上之利益^①

某甲18岁,为下列法律行为时,其法律效果如何?

(1) 甲以时值3万元的电脑,与乙所有时值4万元的机车互易,并同时履行之。X X ✓ 1/10

(2) 甲擅将乙寄托的录音机据为己有,出售予善意之丙,并移转所有权时,丙得否主张善意取得?

(3) 甲受赠设有抵押权的不动产 ✓

^① 较详细的说明,尤其是对限制行为能力人清偿债务的效力,参见拙著:《纯获法律上之利益》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版,第27页。

(4) 甲受赠有租赁关系的房屋。

(1) 纯获法律上之利益的判断基准

纯获法律上之利益,指单纯取得权利,免除义务,即限制行为能力人不因其法律行为而在法律上负有义务,有无经济上利益,在所不问。

① 纯获法律上利益:如允受单纯未附有负担的赠与,对赠与的撤销(第408条),对限制行为能力人为债务承认。

② 非纯获法律上利益:无偿借用汽车使用,因须负返还义务,而违反此项义务时,应负损害赔偿,故非纯获法律上之利益。买卖、互易、消费借贷、消费寄托等双务契约,因契约互负债务义务,均非属纯获法律上之利益的法律行为。又赠与的不动产上有租赁存在时,受赠人须承继租赁关系(第425条),亦非纯获法律上利益。

(2) 负担行为与处分行为的区别

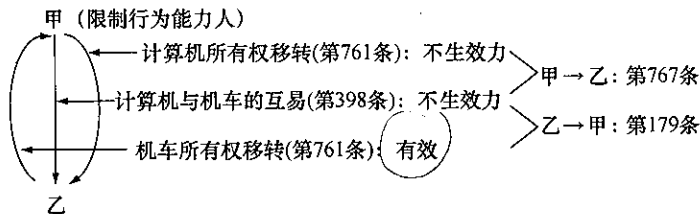
须注意的是,是否纯获法律上之利益,应分别就负担行为与处分行为加以判断。例如18岁之甲未得法定代理人允许,以价值3万元的电脑与乙时值4万元的机车互易,并同时履行时,其法律效果如下:

① 该互易契约(负担行为,第398条)非属纯获法律上之利益,效力未定。

② 甲将电脑所有权移转予乙,其物权行为非纯获法律上之利益,亦属效力未定。

③ 甲自乙受让机车所有权,为纯获法律上之利益,因甲系依乙的物权行为而取得所有权,并未因此受有法律上的不利益。

甲的法定代理人对互易契约及甲移转电脑所有权予乙的物权行为,不为承认时,其法律行为确定不生效力,甲得依“民法”第767条规定向乙请求返还电脑(所有物返还请求权)。乙得依“民法”第179条规定向甲请求返还机车所有权(不当得利请求权)。为便于观察其法律关系,图示如下:



(3) 不动产的赠与及所有权的移转

不动产赠与的允受本身(债权行为),系纯获法律上之利益。受让该赠与不动产所有权的物权行为,因涉及不动产上的公法上负担(尤其是税捐),或设有抵押权等,是否纯获法律上之利益,不无疑问。^①原则上应采肯定说,因税捐或抵押权系就不动产本身而发生或设定,得由不动产本身负担,或就不动产拍卖清偿,乃不动产价值问题,限制行为能力人不因此受有法律上之利益^②,故其所让与不动产所有权行为虽未经法定代理人允许,仍属有效。

(4) 中性行为(无损益行为)

法律行为未给予限制行为能力人法律上之利益,亦未使其受有法律上之不利者,学说上称为中性行为(rechtlich neutrale Geschäfte),如限制行为能力人所为的代理行为,因其法律行为的效果归本人,对限制行为能力人并无损益,“民法”第104条规定:“代理人所为或所受意思表示之效力,不因其为限制行为能力人而受影响。”

学说上有认为限制行为能力人对他人权利的无权处分系属中性行为,亦为有效。例如,18岁之甲将其同学乙所寄托的录音机据为己有,擅行让售予善意的丙,并交付之。于此情形,甲与丙间的买卖契约系属效力未定;但移转该音响的物权行为,则属有效,因对甲而言,该项处分因未涉及甲的财产,在法律上为中性行为,系属有效,故丙仍得善意取得其所有权。^③

(三) 未得法定代理人允许的行为

某甲17岁,因继承而取得某屋所有权,经其法定代理人乙允许,出租予丙。丙支付租金迟延,甲定相当期限,催告丙支付租金。丙于其期限内不为支付,甲即对丙为终止租约的意思表示,并将该屋出租予丁。试说明甲与丙间,甲与丁间租赁契约的效力。设法定代理人事后知其事,对甲表示同意其法律行为时,其效力又如何?

① 此在德国法上甚有争论,参见 Stürner, Der lediglich rechtliche Vorteil, AcP 173 (1973), 402.

② 此为德国通说,参见 Flume, AT II, § 13 76; Wolf/Neuner, AT S. 375 ff.; Rütters/Stadler, AT S. 291.

③ 此为德国通说见解, Bork, AT S. 376; Köhler, AT S. 160; Larenz/Wolf, AT S. 451; Wolf/Neuner, AT S. 372; Rütters/Stadler, AT S. 291.

关于限制行为能力人未得法定代理人允许所为法律行为的效力,“民法”分别就单独行为、契约设有规定,说明如下:

1. 单独行为

“民法”第78条规定:“限制行为能力人未得法定代理人之允许,所为之单独行为,无效。”单独行为,指由当事人一方意思表示而成立的法律行为,包括有相对人的单独行为(如契约的解除、终止或撤销、债务免除、代理权的授予),及无相对人的单独行为(如物权的抛弃、抛弃继承),如抛弃继承之继承人中,有甲、乙、丙3人,在书写抛弃书时均为限制行为能力人,其抛弃继承倘未得其法定代理人之允许,依“民法”第78条规定,应属无效。其所以设此规定,系为保护未成年人,盖单独行为皆有损于行为人为人,且相对人仍处于原来的状态,不致有何积极的不利益。此项无效不能因法定代理人的“承认”而获得治疗,因单独行为多具形成作用,应维持法律行为效力的明确性。

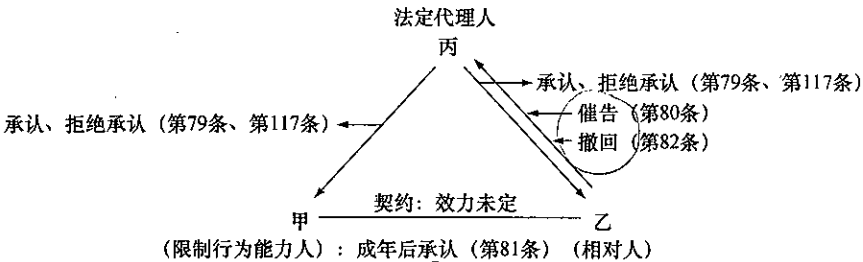
需注意的是,单独行为系纯获法律上之利益者,则属有效(第77条但书),例如限制行为能力人为借与人时,得有效终止无偿(未附利息)的消费借贷。

2. 契约行为

(1) 效力未定及立法目的

限制行为能力人未得法定代理人之允许,所订立之契约,须经法定代理人承认,始生效力(第79条)。契约未得允许者,系处于不确定的状态,属效力未定行为之一种。所以不规定为无效,系为保护未成年人。为兼顾相对人利益,乃规定法定代理人的承认权,并使相对人有催告及撤回的权利。

此涉及民法一种重要的规范模式,适用于效力未定的法律行为(如无权代理、无权处分),特图示如下:



(2) 法定代理人的承认权

对未经事先同意(允许)的契约,法定代理人得于事后同意(承认),使生效力,并溯及行为时,发生效力(第115条)。承认系属形成权的一种,其意思表示得向未成年人或其相对人为之。限制行为能力人于限制原因消灭后(如因结婚或成年而取得行为能力),承认其所订立之契约者,其承认与法定代理人之承认,有同一效力(第81条第1项)。法定代理人拒绝承认时,契约确定不生效力。

(3) 相对人的催告权及撤回权

限制行为能力人未得法定代理人允许所订立契约的效力,取决于法定代理人(或已取得行为能力本人)的承认。在拒绝承认之前,相对人原则上应受拘束,须准备于法定代理人为承认时,履行契约上的义务。为排除此种不利于相对人的不确定状态,民法乃赋予相对人催告及撤回的权利:

①“民法”第80条规定:“前条契约相对人,得定一个月以上之期限,催告法定代理人,确答是否承认。于前项期限内,法定代理人不为确答者,视为拒绝承认。”催告的对象包括已取得行为能力的本人。催告未定期间或所定期间不足1个月时,为使法律关系早日确定,应认其期限为1个月,而仍维持其效力。

②“民法”第82条规定:“限制行为能力人所订立之契约,未经承认前,相对人得撤回之。但订立契约时,知其未得有允许者,不在此限。”此项撤回得向法定代理人或限制行为能力人为之。相对人为催告后,于法定代理人(或已取得行为能力之本人)承认前,原则上得为撤回,但应受诚实信用原则的限制。①

3. 强制有效的法律行为

“民法”第83条规定:“限制行为能力人用诈术使人信其为有行为能力人或已得法定代理人之允许者,其法律行为为有效。”所称诈术,如伪造法定代理人允许的函件,或户籍资料。②本条所谓法律行为应包括单独行为在内。例如限制行为人为人使用诈术使人(如出卖人)相信其得法定代

① Wolf/Neuner, AT S. 379 f.

② 为加重交易安全及相对人之保护,学者有认为,对所谓“诈术”,应从宽解释,并不限于积极的诈欺策略,如提示伪造之户口文件,法定代理人之允许书等,即单诈称其已成年或结婚或已得法定代理人之允许,致使相对人发生错误,或对相对人之误信不加申辩,以欺其失察,苟故意引起相对人之误信或加强其误信者,均包括之。参见洪逊欣:《民法总则》,第285页。

理人允许,解除买卖合同。其理由有三:

(1) 法律行为,依其通常文义,系兼括契约及单独行为。

(2) “民法”第83条所以强制法律行为有效,系以限制行为能力人既已能使用诈术,其智虑不薄,而且玩弄手段,无保护的必要,为贯彻此项立法意旨,单独行为应不例外。

(3) 避免相对人因误信而遭受不利益。

4. 例题解说

在前揭例题,某甲17岁,为限制行为能力人,经其法定代理人允许出租其所有房屋予丙,其租赁契约有效(第77条)。甲定相当期限要丙支付租金的“催告”,系单方表示行为,属意思通知,应类推适用关于意思表示之规定,因系纯获法律上之利益,纵未经法定代理人允许,仍为有效(第77条但书)。终止契约的意思表示乃单独行为,非纯获法律上之利益,未经法定代理人允许,应属无效。故甲与丙间租赁契约仍然存在。甲与丁订立租赁契约,未经法定代理人允许,系属效力未定。

甲对丙所为终止租赁契约的意思表示,既属无效,不因法定代理人丙“承认”而发生效力。其终止应由法定代理人为之,或由法定代理人“允许”甲为终止之意思表示,始生效力。甲与丁间的租赁契约得因法定代理人乙的承认,而溯及于为法律行为时发生效力(第115条)。此项承认得向限制行为能力人,或其相对人为之。

第五节 意思表示

一、意思表示的概念及表示方法

(一) 意思表示的概念

1. 在某扶轮社年会上,主席宣布,前任总监80大寿,请会员签名致贺。社员某甲发言,表示赞成后,即离席前往接听电话,回到会场见一书面文件,即签名其上。实际上该书面文件系乙出版社以1万元优待社员购买台湾“台湾民法学全集”的认购单,甲离席之际,主席曾经宣布此事,甲不知之。乙出版社得否向甲请求支付价金?

2. 试就前例说明何谓意思表示? 意思表示的要件? 欠缺某种要件的效果?

1. 问题的提出

在上揭例题,乙出版社得否依“民法”第367条之规定向甲请求支付价金,须以买卖契约成立为前提。“民法”第345条规定:“称买卖者,谓当事人约定一方移转财产权予他方,他方支付价金之契约。当事人就标的物及其价金互相同意时,买卖契约即为成立。”买卖契约系法律行为,其互相同意者,乃要约与承诺这两个意思表示。“台湾民法学全集”的认购单,为乙所提出的要约,问题在于甲签名其上,是否为承诺的“意思表示”?易言之,意思表示由何种要件所构成?

2. 意思表示的意义及要件

(1) 意思表示的意义

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。意思表示系私的行为,故政府机关的行为(如税务机关的课税通知、法院的裁判),或虽为私人的行为,但系以发生一定公法上效果为目的时(如投票选举公职人员),皆非此所谓“意思表示”。

私人的表示是否在于企图发生一定私法上效果,应斟酌各项情事加以认定。居家睡眠、外出散步,皆非意思表示,固不必论,邀请友人聚餐,当事人通常并不期望发生私法上效果,使被邀请者因此取得法律上的请求权。甲嘱乙代购某特定号码的彩券,乙忘记其事。开奖后,发现该特定号码的彩券中第一特奖,奖金200万元时,甲得否依委任之规定向乙请求损害赔偿(第528条、第535条、第544条)?衡诸当事人的利益状态及一般情事,应否定甲与乙间有成立委任契约的意思。盖中奖与否,诚属难料,通常之人不会承担此项未尽注意可能发生的重大损害赔偿赔偿责任。^①

(2) 意思表示的要件

意思表示系由两个要件所构成:一为内心意思;一为此项内心意思的外部表示。内心意思如何,难以测知,须经由表示行为而使其在外部上可以认识。“意思”依其“表示”而客观化,二者合为一体,构成意思表示,故

^① 关于此类所谓“好意施惠行为”,参阅拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第156页。

意思表示可分为客观要件及主观要件。^①

① 客观要件:指外部的表示行为(Erklärungshandlung)而言,即在客观上可认为其在表示某种法律效果意思,例如,在契约书上签名、在拍卖场举手、在自助餐厅取食物食之、将硬币投入自动贩卖机。

② 主观要件:指内心的意思而言。在通常情形,表意人客观所表示者,与主观上的期望固属一致,但意思与表示不一致者,亦常有之。因此产生一个基本问题,即表意人方面应具备何种主观要件,始可将外部表示认系“意思表示”,而赋予一定的法律效果?传统学说为便于处理内心意思与外部表示不一致的各种情况,将意思表示的主观要件分为:行为意思、表示意识、效果意思。分述如下:

A 行为意思(Handlungswille),即表意人自觉地从事某项行为,例如,少女含羞点头答应男友的求婚、在自助餐厅取用食物、在收费停车场停车。贱卖古董,虽遭胁迫,仍系基于行为意思(所谓 vis compulsiva)。惟倘以药物麻醉他人,执其手签名于文书之上,则被麻醉(或催眠)之人系受物理上的强制,失其知觉,仅为加害人的机械作用,当无行为意思之可言(所谓 vis absoluta)。

B 表示意识(Erklärungsbewusstsein,或称为表示意思 Erklärungswille),即行为入认识其行为具有某种法律行为上的意义,例如,以 email 订货、打电话表示解除契约等。反之,不知身处拍卖场中举手招呼朋友,行为入不自知其行为在法律上有何意义,即不具表示意识。

C 效果意思(Geschäftswille),即行为入欲依其表示发生特定法律效果的意思。效果意思与表示意识应严予区别:于后者,行为入认识其表示具有“某种”法律上意义;于前者,行为入企图依其意思表示发生一定的法律效果,例如甲写信给乙,欲以 200 万元购 A 屋,甲知其表示具有某种法律行为上意义,是有表示意识,而其欲以 200 万元购 A 屋,则为效果意思。倘甲误书以 300 万元购 B 屋时,虽仍具有表示意识,但其外部所表示者,与“效果意思”即属不一致。

欠缺客观上的外部表示时,意思表示不成立,例如甲内心意欲书立遗

① 以下关于意思表示构成要素的说明,系采德国通说,参见 Brox/Walker, AT S. 44 ff.; Bork, AT S. 212 f.; Köhler, AT S. 48 f.; Rütters/Stadler, AT S. 136; Wolf/Neuner, AT S. 337 f. 学者对意思表示要素的见解,参见梅仲协:《民法要义》,第 63 页;洪逊欣:《民法总则》,第 355 页;史尚宽:《民法总论》,第 312 页;施启扬:《民法总则》,第 277 页。

嘱,捐助财产设立财团法人,但未表示于外部前即死亡时,自无意思表示可言。在内心意思方面,行为意思系意思表示必备的构成要件部分,欠缺行为意思时(如受催眠而签字,总会决议时被强制举手),意思表示并不成立。行为意思的作成系被诈欺或胁迫者,虽不影响意思表示的成立,但得撤销之(第92条以下)。需注意的是,效果意思非属意思表示的必要构成部分,效果意思的欠缺不影响意思表示的存在,外部的表示与内心的意思不一致时,乃意思表示错误(第88条以下)的问题,俟后再为详述。最具争议的是,表示意识(表示意思)是否为意思表示的要素?

(3) 表示意识与意思表示

① 意思自主与信赖保护

欠缺表示意识的情形,除甲误认订购单为贺卡而签名外,尚包括在拍卖场举手招呼友人,误认某停车场不收费而停车等。此类案例之所以发生争议,涉及意思表示所蕴含的意思自主及信赖保护的核心问题,因而产生激烈的争议,迄今尚无定论。^①

② 无效说与有效说的争论

传统见解认为,法律行为的基础在于当事人的自主决定,行为人欠缺表示意识,不知其表示行为具有法律上意义时,即不应使其因此受法律行为上的拘束,故欠缺表示意识时,意思表示即失其存在。梅仲协先生谓,例如,在某拍卖场有就拍卖人所定之价格,拍卖人得以举手表示同意之习惯。有某甲者,不知拍卖已经开始,忽举手以招其邻近之友人,此时甲不自知其举手有法律上之意义,即属欠缺表示意思,毋庸依“民法”第88条之规定,为错误之撤销,盖其根本上对于拍卖未有若何之意思表示也。^②

本书采最近多数学者的见解认为,当事人因其外部行为而有所表示,相对人仅能就其客观上的表示行为予以信赖,表意人于为此表示时,是否具有表示意识,既难查知,相对人对其表示行为的信赖,应予保护。易言之,即原则上表意人应对其表示行为负责,以维护交易之安全,表意人仅得类推适用关于意思表示错误的规定(第88条),撤销其意思表示,但应

^① 参见梅仲协:《民法要义》,第73页;郑玉波:《民法总则》,第238页;王伯琦:《民法总则》,第149页;Bydlinski, Erklärungsbewusstsein und Rechtsgeschäft, JZ 1975, 1 ff.; C.-W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (München 1971), S. 427 ff., 548 ff.; BGHZ 91, 324.

^② 参见梅仲协:《民法要义》,第63页。

对相对人的信赖利益,负赔偿责任。^①

③ 例题解说

乙出版社的认购单载明以1万元出售“台湾民法学全集”,系属要约,甲签名于认购单之上,是为承诺,甲虽欠缺表示意识,不自知其签名具有某种法律行为上意义,对意思表示的成立不生影响。当事人就标的物及其价金互相同意,买卖合同即为成立(第345条),甲对乙出版社有支付约定价金及受领标的物的义务(第367条)。甲得类推适用关于意思表示错误规定撤销其意思表示,但对乙出版社信其契约为有效而受的损害(如寄书所支出的费用),应负损害赔偿责任。

(二) 意思表示的方法

1. 明示与默示的意思表示

意思表示,得以明示或默示为之。明示者,指行为人直接将其效果意思表示于外,例如,甲向乙表示愿以200万元购某屋;丙致函于丁,表示解除契约。

默示者,指由特定行为间接推知行为人的意思表示,例如在自助餐厅取面包而食之,或将汽车停于收费的停车场。于此等情形,行为人虽未明言购买面包或利用停车场,但由食用面包或停车的事实,可推知其有买卖面包或利用停车场的意思。又例如,戊受庚诈欺让售某古瓶,戊向庚请求返还其瓶时,应为系默示撤销其受诈欺而为的意思表示。

明示或默示具同一的表示价值,惟依“民法”第272条规定,连带债务之成立,除法律规定者外,以明示为必要,应予注意。

2. 沉默与意思表示

沉默云者,指单纯不作为而言,即当事人既未明示其意思,亦不能借他项事实,推知其意思。沉默原则上不具意思表示的价值。例如,A致送聘书于B,请其担任资优儿童电脑班讲师,B函覆“愿应聘”时,为明示承诺。B寄去参考书时,则为默示承诺。B退还聘书时,为默示拒绝承诺。设B未有表示时,是为沉默,即非承诺亦非拒绝,A的要约经过相当期间归于消灭(第157条)。

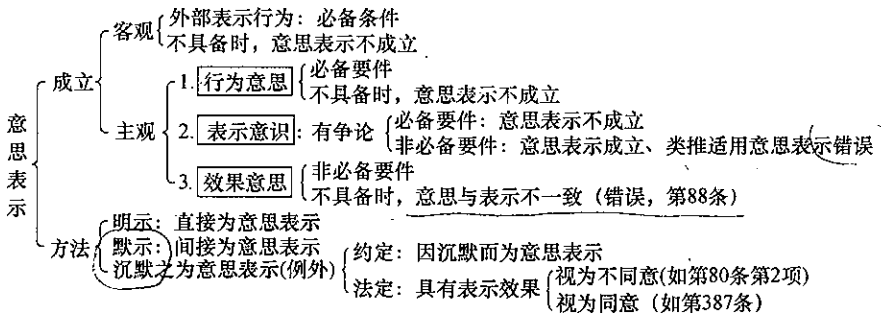
^① 参见洪逊欣:《民法总则》,第357、359页(注6);Bydlinski, Erklärungsbewusstsein und Rechtsgeschäft, JZ 1975, I ff.; Gudian, Fehlen des Erklärungsbewusstseins, AcP 169 (1969), 232 ff.; Flume, AT II, S. 414, 449; Rütters/Stadler, AT S. 139 f.; Wolf/Neuner, AT S. 351 f.

须注意的是,沉默得例外作为意思表示 (Schweigen als Willenserklärung), 其情形有二:

(1) 当事人的约定: 当事人得约定以沉默作为意思表示的方法 (Willenserklärung durch Schweigen)。例如, 某甲住台东, 素好法学, 购书不易, 乃与乙书局约定, 凡有新版法律书籍即寄予甲, 不购买时, 一周内退还。于此情形, 甲的沉默 (不退还书), 系基于当事人约定而作为承诺的意思表示。

(2) 规范化的沉默 (Schweigen mit Erklärungswirkung), 法律于特定情形对于沉默赋予意思表示的效果, 使沉默具有表示作用, 拟制 (视为) 其为意思表示 (所谓规范化的沉默 normiertes Schweigen), 至于当事人是否希冀此种法律效果, 在所不问。其拟制为不同意的, 如“民法”第 80 条规定: “前条契约相对人, 得定一个月以上之期限, 催告法定代理人, 确答是否承认。于前项期限内, 法定代理人不为确答者, 视为拒绝承认。”另参见第 170 条第 2 项、第 302 条第 1 项、第 386 条 (请阅读条文)。其拟制为同意的, 如第 387 条、第 451 条 (请阅读条文)。^①

兹为便于观察, 将意思表示的成立及其表示方法图示如下:



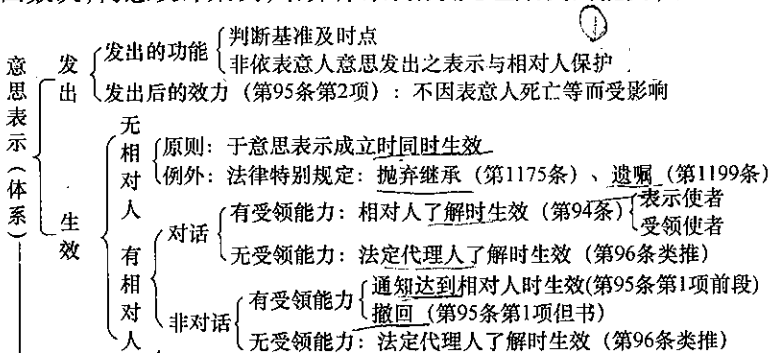
二、意思表示的发出、生效与撤回

(一) 问题提出、体系构成

意思表示系将内心企图实现一定私法上效果表示于外, 因此意思表示须对外“发出”, 并在一定要件下生效 (如意思表示达到相对人, 或相对

^① 简要说明, 参见梅仲协: 《民法要义》, 第 74 页; Köhler, AT S. 52; Leipold, AT S. 162; Ebert, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 1 ff.

人了解),始能发生效力。因此意思表示的发出及达到乃成为意思表示发生效力的要件。此为意思表示及法律行为的核心问题,涉及表意人意思自主及相对人信赖保护,如何分配风险的困难问题。“民法”对此设有规定(第94条、第95条、第96条),有待阐释问题甚多,为增进了解,先将其规范体系简示如下,俾便反复对照研读(先略读体系纲要,再详读本文,来回数次,构想设计案例,培养体系构成、处理案例的能力):



来回思考

法律关系(请求权基础)

- 案例
1. 甲写信向乙租屋,发出与否,其意未定,放在餐桌,其妻(或6岁之子、来访友人),见而寄出。
 2. 甲致函于乙出售某古董,信寄出后,甲突死亡;该函到达前,乙突病故。乙之子丙得否为承诺,向甲之子丁请求交付古董,并移转其所有权?
 3. 甲的代理人乙嘱其司机交付解约通知书于相对人丙,丙不在家,乙交付于丙的司机丁,丁迟交该函。解约效力?
 4. 请运用想象力设计案例(培养设例能力)

(二) 意思表示的发出

1. 意思表示“发出”的功能、意义及时点

某甲填妥乙出版社“爱因斯坦科学漫画丛书”订购单,签名其上,贴好邮票,因价金高达1万元,寄出与否,其意未定,乃放置桌上,前去上班。甲16岁之子丙整理书桌,发现该订书单,欣喜万分,即奔往邮局寄出。3日后甲接获乙出版社通知,请甲付款取书,甲不知如何是好,询问邻居法律系丁教授。试想丁教授将如何回答?

(1) 发出的功能

意思表示的“发出”的概念,虽仅于“民法”第95条第2项使用之,但具有如下重要的功能:

① 表意人是否有权利能力或行为能力,应就意思表示发出时认定之。

② 意思表示发出后,表意人死亡、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(第95条第2项)。

③ 意思表示有无错误,亦以发出的时点为准据。

④ 意思表示的生效,以发出为要件,对未经发出的意思表示不得为承诺。例如甲至乙的办公室,见乙的桌上有一信件,载明愿承租甲的房屋,甲即对乙承诺者,其意思表示不生效力。

(2) 发出的意义及其时点

① 无相对人的意思表示

发出,指表意人已作成使其内心意思表示明确地表示于外的行为。在无相对人的意思表示,表意人完成其表示过程者,其意思表示即为发出,例如于自书遗嘱全文,记明年、月、日,并亲自签名(第1190条前段)。在对公众(无相对人)所为的意思,例如刊登悬赏广告,于广告人将广告张贴于墙壁或树木时,其意思表示既已发出。^①

② 有相对人的意思表示

在有相对人的意思表示,其口头意思表示的发出,须对受领者为之,使其客观上得为了解,否则不成立发出。例如,某公司董事甲对其秘书表示决定购买乙的房屋,乙适在门口听到其事时,亦不能对甲为承诺的意思表示。又某公司总经理丙在其办公室向人事室主任表示,其司机丁工作不力,应予解雇,丁在隔壁房间听到其事而“了解”之,仍未因此而遭解雇,盖丙还未对丁“发出”终止契约的意思表示也。

在有相对人的意思表示,其以书面(或电报传真等)为表示工具时,其发出时点非该书面等作成之际,而是使其进入得预期其到达受领者的过程之时。例如,将书信投入邮筒,将电报交付电信局,将文件交与友人送达,皆属意思表示的发出。

意思表示发出后,不能适时到达相对人的,亦属有之,例如,信件途中灭失、相对人传真机被盗,其风险由表意人承担。

(3) 遗失的意思表示与相对人的保护

在前揭例题,乙出版社得否依“民法”第367条规定向甲请求付款及受领漫画全书,问题在于乙得否对甲“未发出”的要约为承诺。此种擅由

^① Wolf/Neuner, AT S. 356.

他人“发出”的意思表示,学上说为遗失的意思表示(*abhanden gekommene Willenserklärung*)。德国立法理由书认为意思表示,须依表意人的意思而发出,乃属当然,否则不生效力。^①然为保护相对人的信赖,学上有认为表意人对意思表示之进入交易过程,依其支配及管理范畴有可归责的事由时(如将贴好邮票的信件放餐桌上),应视其意思表示已发出。反之,表意人无可归责的事由时,则认其意思表示未为发出,不生效力,虽不必撤销^②,但应类推适用意思表示错误的规定(《德国民法》第122条,相当“民法”第91条),使表意人对相对人负信赖利益的损害赔偿责任。

本书倾向于认为本诸意思自主原则,遗失的意思表示,既未依表意人发出,应不生效力。惟表意人对其意思表示的“遗失”有可归责事由时(如未明示其尚不发出的意思,或未将信件放在抽屉之内),对发生有效意思表示的表征,具有过失,应类推适用意思表示错误的规定,对相对人信其意思表示为有效所受损害(信赖利益),负损害赔偿责任。在前揭订购漫画全书之例,甲将贴有邮票之订购单放在书桌上,具有过失,盖在此种情形,其家人通常会认定甲有发出的意思。因此甲与乙的买卖契约虽不成立,但对乙的信赖利益(如准备寄书费用),应负损害赔偿责任。^③

尚需说明的是,遗失的意思表示与意思表示欠缺表示意识,在实务上虽不具重要性,但系德国民法实例演习必有的案例,并常为“国家”司法考试的题目,因其可供较深入认识意思表示的意义及功能,如何调和意思自主及信赖利益,训练或测试法律人的思考能力。

2. 意思表示发出后表意人死亡

(1) A公司董事长某甲,于3月1日下午告诉其女秘书乙致函于丙,表示愿以新台币5亿元购买其在南京东路之大厦。乙于3月2日上午发信,于3月4日到达丙处。经查甲于3月2日晚间因心脏病死亡,丙于3月3日遭遇车祸不治。设丙的继承人丁函覆A公司

① Rütters/Stadler, AT S. 142; Wolf/Neuner, AT S. 350 ff.

② Wolf/Neuner, AT S. 350 f. Flume, AT II, S. 449 亦采相同见解,但认应由表意人撤销之。

③ Rütters/Stadler, AT S. 149.

为承诺时, A 公司与丁是否成立买卖合同?

(2) 甲中风, 行动不便, 向乙订购为其量身打造的轮椅, 于 3 月 3 日发出, 于 3 月 4 日到达乙前, 甲死亡。乙不知甲死亡之事, 以传真表示承诺, 并即购买材料, 准备制作轮椅。而后甲之子丙通知乙其父死亡之事。在乙丙间是否成立订购轮椅契约? 或乙得否向丙请求支付购买轮椅材料所支出之费用?—

(1) 例题 1: 要约购买房屋

在例题 1, A 公司与丁间的买卖合同是否成立, 应检讨的问题有二:

① 甲的死亡是否影响其要约的效力。② 丙之继承人丁得否承诺。

“民法”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。”^① 甲的女秘书于 3 月 2 日发信, 甲于当日夜晩病故, 系于发出通知后死亡, 其购买丙所有房屋的要约的效力并不因此而受影响。在该要约未达到前, 丙已死亡, 对丙的继承人能否生效, 民法未设明文, 就本题情形言, 应予肯定。盖买卖合同, 依其性质, 并不特别注重当事人其人的性质, 得由其继承人承继被继承人财产法上的地位(第 1148 条)而为承诺。^②

据上所述, 可知甲的要约既已发出, 不因其死亡而失其效力, 于达到相对人丙时, 对其继承人生效。丙的继承人丁得对 A 公司为承诺时, 而成立买卖合同。

(2) 例题 2: 要约购买轮椅

在例题 2, 其问题在于甲向乙订购为自己量身定做的轮椅, 此项契约给付具客观的个人关联性, 解释上得认为依要约人假设的意思, 要约因其死亡而消灭, 不具承诺能力。在甲生前已与乙成立定做轮椅契约时, 应由

① 关于“民法”第 95 条第 2 项所谓死亡, 指真实死亡, 不包括死亡宣告。所谓丧失行为能力, 指监护宣告的情形。其所谓“或其行为能力受限制”一语, 立法理由书认系指第 85 条第 2 项规定, 学者亦多采此见解。梅仲协先生于其《民法要义》(第 75 页) 作有如下之说明, 可资参照: “惟查现行‘民法’, 并不承认准禁治产制度, 行为能力受限制之原因, 仅有满 7 岁以上之未成年人之一种。故自然人满 20 岁而成年后, 绝不能因任何原因, 致其行为能力受限制。又依‘民法’第 85 条第 2 项规定, 法定代理人对于独立营业之限制行为能力人, 虽得撤回或限制其营业, 但此亦不能谓为行为能力受限制, 盖其性质上本系限制行为能力人也。又‘民法’第 13 条第 3 项, 既认为未成年人因结婚而取得完全行为能力, 故亦不以婚姻关系消灭, 而其行为能力, 复受限制。依上论述, ‘民法’第 95 条第 2 项‘或其行为能力受限制’一语实属赘设。”此项见解, 可资赞同。

② 参见拙著:《债法原理》, 北京大学出版社 2009 年版, 第 131 页。

甲的继承人丙承担不能使用轮椅的风险。在本题情形,甲于要约到达前死亡,要约不具承诺能力,应由乙承担契约不能成立的风险。但为顾及乙的信赖,丙应对乙因信赖对要约承诺所受损失(信赖利益),负赔偿责任(类推适用第91条规定)。

(三) 意思表示的生效

1. 无相对人的意思表示

意思表示有为无相对人,有为有相对人。无相对人的意思表示何时生效,“民法”未设明文,解释上应认为与其意思表示成立之同时发生效力。例如,某甲于教室宣称有发现其丢失的民法总则笔记本者,愿以电影票两张为报酬者,此项悬赏广告的要约于为此意思表示时,发生效力。某甲数度参加律师考试,每次皆因一分之差落第,怨时运不济,愤而丢弃其书于垃圾车,其动产所有权于其抛弃行为完成之时归于消灭。唯此系原则,法律另有规定时,如遗嘱自遗嘱人死亡时发生效力(第1199条),应从其规定,自不待言。

2. 有相对人的意思表示

有相对人意思表示可分为对话的意思表示及非对话的意思表示。前者,表意人与相对人能直接为意思表示,如打电话、旗语等是。后者,指表意人与相对人仅能间接表示意思,如以书信、电报、Telex、传真、E-mail 电子邮件等传达其意思。此项分类系以意思表示能否直接沟通为标准,故虽地隔千里,以电话表示其直接意思时,仍为对话,虽近在咫尺,以纸条为传达时,不能直接表达其意思,仍应适用非对话的规定。

(1) 对话的意思表示

“民法”第94条规定:“对话人为意思表示者,其意思表示,以相对人了解时,发生效力。”所谓了解,指依通常情形,客观上可能了解而言,故对不懂中文的外籍劳工,以中文为解雇的意思表示,不生效力。相对人漏听表意人的言语时,得请求重述。在通常情形,相对人可能了解,而主张未了解时,应负举证责任。

(2) 非对话的意思表示

① 达到原则

A. 达到的概念及判断基准

“民法”第95条第1项本文规定:“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。”由是可知,“民法”不采所谓表示

原则(如信已写完)、发信原则(如信已投邮)^①、或了解原则(如信已阅悉),而采达到原则(受信原则)(如信已投入相对人的信箱)。此项规定,最能折中双方当事人的利益,实属妥适。^②“民法”第95条系任意规定,当事人得为不同的约定。

达到,指意思表示:(a) 已进入相对人的支配范围, (b) 置于相对人可以了解的状态。例如,解除契约的信函于通常时间投入相对人的信箱,放入相对人住家的门内,放置于相对人办公桌上,即为达到。实际上纵未阅读,理由如何,究为生病住院或出外旅行,均所不问。若解除契约的信函系于午夜11时投入信箱,应认为于翌日通常取信之时,始行达到。盖依社会一般观念,不能期望相对人于深夜随时开箱取信阅读。惟相对人于午夜11时半外出归来阅读该信函时,应认于其阅读时达到。

达到主义乃在妥适分配意思表示于途中遗失或迟到的危险,故应依社会一般观念,斟酌相关情事认定之,实务上着有若干案例,可供参照。“最高法院”1965年台上字第952号判例谓:“第440条第1项所谓支付租金之催告,属于意思通知之性质,其效力之发生,应准用同法关于意思表示之规定(见1952年台上字第490号判例),而第95条第1项规定:‘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’,所谓达到,系仅使相对人已居可了解之地位即为已足,并非须使相对人取得占有,故通知已送达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。”准此以言,公司人事单位将终止雇用契约通知放在受雇人办公桌面,其意思表示已置于相对人可能支配之范围,并使其居于可随

① “公司法”第172条第1项规定,股东会之召集,应于20日前通知各股东。第2项规定股东临时会之召集,应于10日前通知各股东。“最高法院”1998年台上字第1776号判决谓:“查股份有限公司股东会召集之通知,依‘公司法’第172条第1项、第2项规定意旨,系采发信主义,通常固须于该条项所定之期限前并依股东名簿所载各股东之本名或名称、住所或居所发送召集股东会之通知,始生效力。惟公司如未依法备置股东名簿或所置股东名簿就上开事项之记载有所欠缺,致须对非属股东名簿上所载之股东住、居所发送开会之通知,而于客观上已足使该股东了解通知之内容者,解释上,应认仍生通知之效力。否则在股份有限公司之股东人数,恒逾千百甚至上万,苟因发送召集股东会通知之争执,而迭陷股东会之决议于永不确定至不能执行之窘境,显失立法之原意。”

② 参见史尚宽:《民法总论》,第403页。德国资料文献甚多, Dilcher, Der Zugang von Willenserklärungen, AcP 154 (1954), 120; Heiseke, Der Zugang formbedürftiger Erklärungen, MDR 1968. 899; Leenen, AT S. 74.

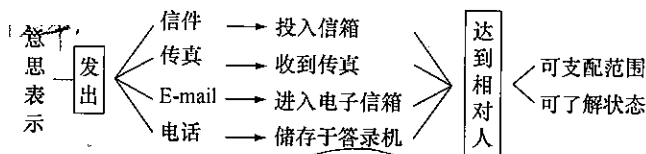
时了解之地位,该通知发生意思表示效力。

如何认定挂号信件的达到?邮差投寄挂号信,因收件人不在,留下领取通知时,尚不能认系已达到,盖其意思表示尚未进入相对人的支配范围。其达到之时,得认系依通知书最早可到邮局领取信件之日。^①例如,接到领取挂号通知书,猜想系公司解聘或出租人终止租约的通知,不去邮局领取,应认该解聘或终止租约意思表示业已达到,发生法律效力。

B. 达到的举证责任

关于意思表示的达到,应依一般原则由表意人就其达到及时点负举证责任。发出的证明本身尚有未足,如以传真为意思表示时,不能仅因有发出记录,即可认为达到相对人。为减轻举证责任的负担,表意人应选择适当的通知方法。

兹将意思表示的达到,依不同的意思表示方法(尤其是电子化之意思表示的达到),图示如下:



② 经由中间人的意思表示:代理与使者

甲承租乙之房屋,约定得于6月30日前终止租约。甲于6月29日打电话给乙,欲终止契约。适乙不在家。试问于下列情形,是否发生终止租约之效力:A. 甲告知接听电话之乙妻丙其终止租约的意思,而丙迟至7月1日始告知乙。B. 接听电话者,系乙的司机丁,甲告以终止租约的意思,丁迟至7月1日始告知乙。

A. 代理

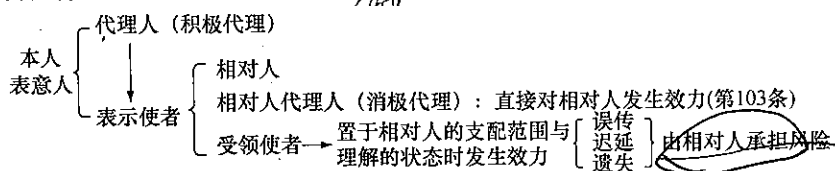
意思表示得经由所谓的“中间人”发出或受领。中间人为代理人时,其于代理权限内,以本人名义代为意思表示或代受意思表示,直接对本人发生法律效力(第103条)。甲的代理人乙以电话告知丙的代理人丁,表示“愿以所提条件承买A屋”。丁以传真回答“感谢来函,一个月内交屋”。乙的意思表示(要约)于丙了解时发生法律效力,丁的意思表示(承诺)于乙于

^① Behn, AcP 178 (1978), 505; Wolf/Neuner, AT S. 358.

通常收到传真之时因达到而发生效力(是否阅读,在所不问),相互表示意思一致,于甲与丙间成立买卖合同。

B. 使者

中间人亦得为使者(传达),其有传达意思表示的权限者,为表示使者(Erklärungsbote);其有受领意思表示权限者,为受领使者(Empfangsbote)。在表示使者,须其传达意思表示于相对人时,发生法律效力(表意人须承担其未为适时传达的风险。在受领使者,于其将受领的意思表示置于相对人通常可支配之范围、可随时了解其内容的客观状态时,发生法律效力,误传、迟传或根本未传达于相对人的风险,应由相对人承担。例如,甲嘱其司机乙将对要约承诺的信函交付予相对人丙,丙适不在办公室,乙将该信函交给丙的秘书丁,丁迟误将乙承诺的信函传达给丙时,应由丙承担其风险。在此情形,乙为甲的“表示使者”,丁为丙的“受领使者”,兹将表示使者与受领使者的基本构造,图示如下:



受领意思表示的权限,得由相对人明示或默示授权。此外,应依交易通念、诚信原则加以认定。相对人的配偶或管家,公司行号的秘书,公寓大厦的管理员通常可认系受领使者。对受领使者为意思表示者,于相对人通常可支配了解时,发生法律效力。例如,甲于星期日遇见乙的女秘书某丙,交付解除买卖合同的信件,须俟翌日丙上班之际,始可期望丙将该信件交给乙,而发生达到的效力。

在前揭例题,甲于终止租约期限前一天,以电话向乙为终止租赁契约的意思表示,若由乙亲自接听时,系对话人间意思表示,于乙了解时发生法律效力。电话系由受领权人接听时,为对话意思表示。否则为非对话意思表示,于其通知达到相对人时,发生法律效力。兹就例题分别说明如下:

(a) 甲告知乙之妻丙。丙系乙之妻,依一般交易观念,应认为丙有受领权限,于丙了解甲于6月29日所为终止租约的意思表示时,甲的意思表示即达到相对人乙,而发生法律效力,丙虽迟至7月1日始告知乙,终止租约的效力,不因此而受影响。

(b) 甲告知乙的司机丁。司机,依一般交易观念,不具受领权限,应系甲的表示使者,故须丁将甲终止租约意思传达给乙时,始为达到。丁迟至7月1日始将甲意思表示的内容告知乙,已逾越终止契约的期限,甲终止契约的意思表示不发生效力。

兹再举一例加以说明。甲为解除租赁契约,到承租人乙家中交付解约文件,适逢乙不在家,甲请乙的邻居丙将该解约文件交付予乙。在此情形,应认为丙系甲的表示使者,而非乙的受领使者,甲应承担丙未适时交付解约文件予乙的风险。

③ 达到的阻止或障碍

在对话间的意思表示,相对人掩耳不听本人或其使者口传之语时,依诚实信用原则,不得主张对意思表示不了解。在非对话间的意思表示,“最高法院”1986年台抗字第255号裁定谓:“若表意人以书信为意思表示,该书信达到相对人,相对人无正当理由而拒绝接收时,该书信既已达到相对人之支配范围内,相对人随时了解其内容,应认为已达到而发生效力。”其有拒绝受领正当理由者,如信件未贴邮票,需由收件人补付邮资;深夜敲门交付解除契约函件等。

相对人因可归责事由阻碍意思表示达到,有悖于诚实信用原则时,应视为已达到。例如,伪称挂号信件的收信人不在,而使邮差带回其信件;甲与乙约定下午2时前,乙得以电话解除契约,甲故意取去听筒;丙与丁约定下午6时前,丁得以传真为承诺,丙故意关掉传真机。

(四) 意思表示的撤回

某大学资讯系甲教授于10月8日致函乙水泥公司,同意应聘担任办公室自动化中心主任,于10月10日(星期日)经邮差投入乙之信箱。甲于发信后获知另有高就,即另致函乙公司,表示撤回应聘之事,于次日(星期一)亦经邮差投入乙之信箱,该日适逢补假。10月

① 参见“最高法院”1969年台上字第715号判例:“非对话而为意思表示者,其意思表示以通知达到相对人时,发生法律效力,第95条第1项定有明文,所谓达到,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的状态而言,上诉人送达之催告书中,其挂号邮件收件回执,盖有被上诉人租用之台南市邮局第107号信箱之戳记部分,即属所谓意思表示之达到固无论矣,其经交付于被上诉人之工人王○水收受部分,虽该王○水并非专管收发,但既将原件连同以租用信箱收受部分全部送交杨○瑞转交渔市场,足见被上诉人租用之信箱,经常系由该王○水开启,从而邮局将上诉人之催告书径行交付该王○水,亦难谓为并未达到。”

12日(星期二)上午乙公司的人事主任丙先拆阅甲应聘之信,随即奉准办理发表人事命令。直至当日下午丙始拆阅甲撤回应聘之信。问甲与乙间的雇佣契约是否成立。

在上开例题,甲与乙间的雇佣契约是否成立,视甲的承诺是否发生效力而定。“民法”第95条第1项规定:“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。”依此规定,应认定者有二:①甲之承诺何时达到乙;②甲撤回其承诺之通知是否同时或先到达。

甲发出应聘之函,经邮差投入乙的信箱。书信投入对方的信箱,通常应属达到。惟10月10日适逢假日,10月11日又逢补假,公司休假不上班,所以甲的应聘函于乙公司开始办公之日(10月12日),撤回通知始行达到,故应认为撤回的通知系与应聘之通知同时达到。相对人先行拆阅应聘通知书,对撤回通知之同时达到,不生影响,盖达到与否应就客观情事决定也。

据上所述,甲撤回应聘的通知与应聘的通知于10月12日同时到达乙,甲应聘担任乙公司办公室自动化中心主任的承诺,不发生效力,甲与乙间的雇佣契约不成立。

(五) 对于无行为能力人或限制行为能力人为意思表示

“民法”第96条规定:“向无行为能力人或限制行为能力人为意思表示者,以其通知达到其法定代理人时,发生效力。”此系对无受领能力人的规定。“民法”第96条系规定非对话人间的意思表示,关于对话人间的意思表示,于法定代理人了解时,发生效力。需注意的是,纯获法律上利益之行为(如对限制行为能力人为赠与某电脑的要约),或经法定代理人之同意,于限制行为能力人有行为能力的范围(如独立营业的允许,第85),则有受领能力。

(六) 以公示送达为意思表示之通知

“民法”第97条规定:“表意人非因自己之过失,不知相对人之姓名、居所者,得依‘民事诉讼法’公示送达之规定,以公示送达为意思表示之通知。”乃以公示送达替代意思表示的达到。关于公示送达,‘民事诉讼法’于第149条至第153条设有规定。

(七) 意思表示生效的法律效果

意思表示生效时,通常即发生其所企图实现的私法上效果,如契约的

解除或终止。其意思表示为承诺时，因与要约内容合致而成立契约。此系就一般情形而言，法律行为的成立或生效，除意思表示外，有尚须具备其他要件者，如自书遗嘱应自书遗嘱全文，记明年、月、日，并亲自签名成立，但须于遗嘱人死亡时，发生效力（第1199条）。不动产所有权的移转，则须办理移转书面登记（第758条）。在完成此法定要件前，法律行为的法律效果虽尚不发生，表意人原则上仍应受其拘束，不得任意撤回，而具有一定的法律效果，要约的拘束力（第154条以下），即其适例。

第六节 意思与表示不一致

——意思瑕疵

一、问题的提出及规范模式

请彻底思考下列案例，甲的意思表示究有何种瑕疵，如何归类？甲得否主张其意思表示为无效，或撤销其意思表示？试分析其所涉及的利益衡量及可能的规范模式（请耐心思考，不要急于查阅“民法”规定，法律思考先行于查寻法律规定）：

1. 甲在白沙湾新筑别墅，乙再三赞美其精致幽雅，乃度假写作之处。甲对乙曰：“今夏借汝使用。”内心实欠真意，乙明知（或不知）甲内心的真意。

2. 甲于诸友人中，与乙之交情最深，欲赠某车，为避免人情困扰，乃与乙假装作成买卖。

3. 甲不知其妻已购买新出品的录影机，仍向乙订购一部。

4. 甲误认某木材堪任大厦栋梁而购买，实则此该木材的品质仅可用于建筑普通房屋。

5. 甲于木栅仙公庙南天前见一乞妇，欲赠百元，误取10万元支票交付之。

6. 甲受乙胁迫（或诈欺）将其传家古玉贱卖予丙（知情或不知情），并即交付之。

（一）问题的提出

私法自治体现于法律行为，法律行为以意思表示为要素。意思表示系将企图实现一定私法上效果的意思表示于外部。因此意思表示必须健

全,使足实现私法自治。所谓健全,指无瑕疵,即意思与表示一致;所表示者,为内心所欲;意思表示自由,不受诈欺或胁迫。 意思表示自由

对前揭例题的六种情形,初步加以观察,可以发现一个共同的现象,即当事人的意思表示具有所谓的“瑕疵”(不健全)。再进一步加以分析,其瑕疵可分为两类:一为意思与表示不一致(例题1—5);二为意思表示不自由(例题6)。

意思与表示不一致,指行为人客观上所表示的,与其内心所意欲的,并未互相合致,学说上称为意思欠缺或非真意表示,亦有称为意思表示本身的瑕疵,此项瑕疵又可分为两种情形:

(1) 表意人知其真意与表示不一致而为意思表示。即其意思的欠缺,系出于表意人的故意,是为虚伪表示(例题1、2)。虚伪表示又有两类:①为单独虚伪表示,即表意人一方所为的虚伪表示(例题1);②为通谋虚伪表示,即表意人与相对人通谋而为虚伪表示(例题2)。

(2) 表意人不知其真意与表示不一致,而为意思表示的,即其意思的欠缺,为表意人所不自知,是为错误(例题3—5)。错误可分为两种:①为意思形成上的错误,即基于错误的动机而为意思表示(例题3、4);②为表示上的错误,即外部表示与内心的效果意思不一致(例题5)。

如何区别意思表示瑕疵的各种情形,使其发生不同的法律效果,系法律行为上的核心问题。

(二) 意思自主与信赖保护

意思表示具有瑕疵时,应如何加以规范,定其效力?学说上有三种见解^①:

(1) 意思说:以表意人内心的意思为准,强调意思表示的成立,必须有内心的效果意思的存在为基础,外部表示仅是内心的公开手段或证明方法。若无内心的效果意思,则外部的表示实无依据,应不发生法律上的效力,以保护表意人。

^① 关于此三种学说讨论,参见梅仲协:《民法要义》,第78页;洪逊欣:《民法总则》,第367页;史尚宽:《民法总论》,第339页;郑玉波:《民法总则》,第274页;施启扬:《民法总则》,第243页。德国资料文献,参见Flume, AT II, S. 54 ff.; Brox/Walker, AT S. 407; Jan Schapp, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre (München 1986); Wolf/Neuner, AT S. 446 ff.; Larenz, Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik (München 1979), S. 57ff.; Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (München 1970)。

(2) 表示说:以外部的表示为准,因表意人的内心意思如何,实难查知,故应就其表示所创设的外部状态,及由此可推知表意人的表示意思及效果意思的存在,赋予法律上效力,以保护相对人的信赖及交易安全。

(3) 折中说:以意思说及表示说咸属极端,顾此失彼,故须折中两者之间,或以意思说为原则,而以表示说为例外,或以表示说为原则,而以意思说为例外,期能适当调和表意人及相对人的利益,兼筹并顾,以维护交易安全。

以上三说系以意思与表示的对立性为出发点,乃传统的思考方法。然诚如 Larenz 教授所云,意思表示之所以发生一定法律效果的效力基础 (Geltungsgrund),非仅在于意思或表示,而是在于意思与效果的协力,即法律行为上的意思经由表示而实现,仅能在表示之中,而不能在表示之外获得法律的承认。^①

意思与表示构成功能性的一体性,具有双重作用:一为使表意人可以之为手段,实现其内心上的法律效果意思;一为经由其表示而使他人可为认知。意思表示系一种人与人之间的社会沟通行为,乃相对人信赖与了解的客体。意思表示的双重作用一方面使表意人得自主决定其私法上的行为;他方面亦系表意人应对其意思表示瑕疵负责的归责原因。相对人信赖的保护,乃私法自治上自主决定的当然结果及其必要的调剂。^②

(三) 现行“民法”的规范模式

关于意思表示的瑕疵,“民法”于第 86 条至第 93 条设其规定。为使读者对法律行为制度上的核心问题有更深刻的理解,先提出两个基本问题,请读者阅读上开条文,彻底思考:

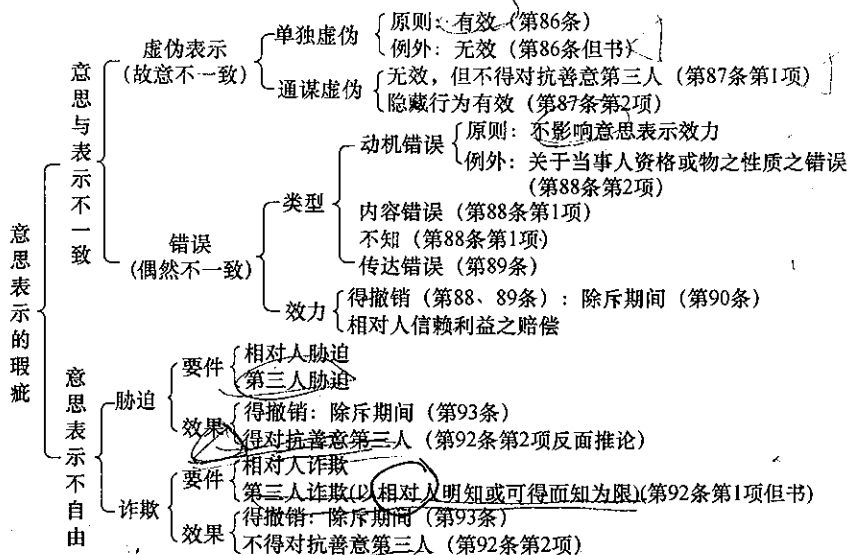
(1) 现行“民法”究采意思说、表示说或折中说?就立法政策言,是否妥适?

(2) 例题中的 6 个案例,应如何定其意思表示的效力:何者应为有效、无效、效力未定、或不得以其无效对抗第三人?

^① Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, S. 34 ff.; Larenz/Wolf, AT S. 642 ff.

^② Franz Bydlinki, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 46 ff.; Reinhard Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung, 1995.

为便于观察,将现行法上的规范模式,图示如下:



如上图所示,现行“民法”系区别“意思与表示不一致”及“意思表示不自由”两种基本类型加以规定,而发生三种不同的法律效果:

(1) 有效:单独虚伪表示原则上有效。动机错误原则上不影响意思表示之效力,其例外影响意思表示效力的,如关于当事人资格或物之性质的错误,及意思表示不自由。

(2) 无效:通谋虚伪意思表示无效,但不得对抗善意第三人。单独虚伪表示为相对人明知者,亦属无效,得否对抗善意第三人,法无明文,通说认为,应类推适用通谋虚伪表示的规定,其无效亦不得对抗善意第三人。

(3) 得撤销:错误的意思表示得由表意人于自意思表示后1年内撤销之,但对于相对人或第三人之信赖利益应负赔偿责任。受胁迫或诈欺的意思表示,亦得撤销。其经撤销者,视为自始无效,受胁迫意思表示的撤销得对抗善意第三人,但受诈欺意思表示的撤销,则否。之所以规定得撤销,在使表意人有所选择。

综合言之,“民法”系以表示主义为原则,意思主义为例外,合理规范表意人的保护与交易安全,尚属妥善的立法。关于意思表示错误的规定,最足表现立法政策上价值判断及利益衡量。容后再行详论。现行“民法”规定的解释及法律漏洞的填补,应本诸立法上的价值判断及利益衡

量,致力于调和表意人“自主原则”及相对人的“信赖保护”。

二、单独虚伪表示(心中保留)

甲、乙为兄弟,父死,分遗产不均,失和。某日,母病重,招甲、乙至其床前,泣告甲曰:“汝弟,素好艺术,可否将汝所分得之A画赠与之。”甲为安慰其母,即对乙表示愿赠与该画,乙允受之,乙明知其兄内心实无赠画之意。试问:

① 单独虚伪表示(心中保留)

(1) 乙得否向甲请求交付A画?

(2) 设甲当场即交付A画时,乙是否取得其所有权?

(3) 设乙于受领甲交付之A画后,恐甲于母死后索回该画,即以20万元,让售于善意之丁,并已交付时,甲得向丁主张何种权利?

(一) 单独虚伪表示的意义及当事人间的效力

1. 债权行为的效力:乙得否向甲请求交付A画?

乙得向甲请求交付A画,须以赠与契约有效成立为要件。甲表示赠与A画,乙允受之,当事人互相表示意思一致,赠与契约成立(第406条、第153条)。赠与契约的生效,以当事人的意思表示有效为必要。意思表示系由内心之效果意思及外部表示行为所构成。甲内心上并无赠画予乙之意,但为安慰其病重之母,故意为赠与的表示。从保护表意人及贯彻私法自治当事人意思自主原则而言,此种将真意保留于心中,虚伪而为表示,应不生法律上的效力(意思说)。唯从保护相对人信赖及交易安全而言,不问表意人真意如何,应以已表示者为准,而发生效力(表示说)。现行“民法”系采折中说,于第86条规定:“表意人无欲为其意思表示所拘束之意,而为意思表示者,其意思表示,不因之无效。但其情形为相对人所明知者,不在此限。”^①

原则上采表示主义,例外采意思主义,其要件有三:①须有意思表示的存在。②须表示与真意不符。③须表意人明知其表示与真意不符,而

^① 在一个涉及终止劳动契约,经协商改为资遣离职的案件,“最高法院”2007年台上字第2138号判决谓:“两造既经沟通协商,达成上诉人自愿接受资遣离职之合意,纵令上诉人仍认被上诉人系违法资遣,其签回上开离职通知书之真意系为受领上开资遣费,以作为将来扣抵薪资之用,其无欲为该离职意思表示所拘束,惟该真意保留既为被上诉人所不知,上诉人所为离职意思表示,不因之而无效,洵无疑义。”

故为表示。在前揭例题，乙既明知甲无欲为其意思表示所拘束，其意思表示无效，乙不得向甲请求交付其画。“民法”第86条但书规定，仅限于有相对人的意思表示，始得适用。在无相对人的单独行为（如抛弃动产所有权），仍应适用本文规定，不得主张无效。

2. 物权行为的效力：乙受领甲交付A画时，是否取得其所有权？

“民法”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。”依此规定，动产所有权之移转须以让与合意及交付为要件。所谓让与合意，指当事人移转动产所有权意思表示之合意（物权意思的合致）而言。在本例题，甲内心本无赠画之意，其为赠与之债权的意思表示，系属非真意表示，已如上述，其移转该画所有权的物权的表示，亦同，乙明知甲无受此物权的表示拘束之意，依“民法”第86条但书规定，其物权的表示亦属无效，乙不能取得该画所有权。甲得依“民法”第767条规定向乙请求返还A画。

（二）单独虚伪表示对第三人效力：乙将甲交付的A画让售于善意之丁时，甲得主张的权利？

甲得依“民法”第767条向丁请求返还A画，其须具备要件有二：（1）甲为所有人。（2）丁为无权占有。据上所述，乙明知甲无赠与A画及移转其所有权之真意，其意思表示无效，乙不能取得其所有权，甲仍为该画的所有人。乙将非属其所有之画出卖于丁，其买卖合同虽属有效，但让与该画所有权的物权行为则属无权处分（第118条），效力未定。在此情形，丁得主张类推适用“民法”第87条第1项但书规定，认其无效不得对抗善意第三人。^①

又丁系以A画所有权之移转为目的，而受让该画之占有，纵乙无移转所有权之权利，仍得依“民法”第801条及第948条关于善意取得之规

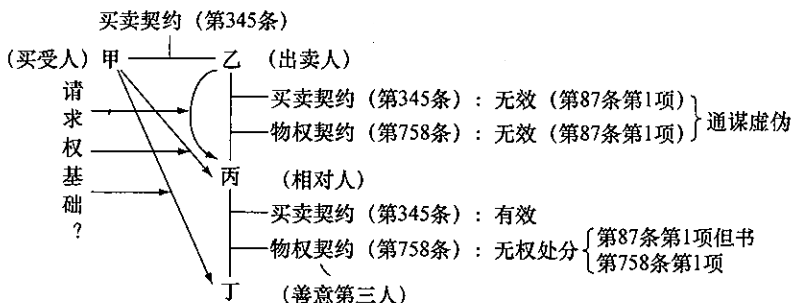
^① “最高法院”1964年台上字第134号判决谓：“法人之代表机关冒名营私，除与之为法律行为之相对人明知其情，可类推适用‘民法’第86条但书规定，视该行为乃代表机关个人之行为者外，原应解为法人本身之行为。且单独之虚伪表示，基于‘民法’第86条但书规定而无效时，为保护交易安全计，尤应类推适用‘民法’第87条第1项但书规定，认其无效不得以之对抗善意第三人，此等‘民法’关于法律行为之规定，于票据行为，并不排斥其适用。”可供参照。唯请参阅“票据法”第13条之规定：“票据债务人不得以自己与发票人或执票人之前手间所存抗辩事由对抗执票人，但执票人取得票据出于恶意者，不在此限。”

定,取得该画之所有权。甲即因此而丧失其所有权,自不得依“民法”第767条规定向丁请求返还其画。甲仅得依不当得利之规定向乙请求返还因让售该画而取得之价金(或价金请求权),或依侵权行为规定请求损害赔偿。

三、通谋虚伪表示

(一) 通谋虚伪表示的要件及效果

乙出卖某屋与甲,其后见房价高涨,意图避免甲之强制执行,与丙约定假装作成买卖,办毕所有权移转登记,并交屋予丙。试问:
 (1) 甲得向谁主张何种权利?(2) 设丙擅将该屋让售予善意之丁,并办毕所有权移转登记时,甲得对丙或丁主张何种权利?



1. 要件

(1) 要件及适用范围

通谋虚伪表示(简称虚伪表示),指表意人与相对人通谋而为虚伪的意思表示(第87条第1项),其适用对象包括契约、合同行为^①,及有相对人的单独行为等,无论其为财产上行为(债权行为及物权行为,如通谋虚

① “最高法院”认为“民法”第87条对合同行为亦得适用,1968年台上字第2557号判例谓:“虚伪设立各种社团,亦为无效,如债务人为逃避连带清偿保证债务,将原开设之某冷冻厂改组为有限公司,假冒其子3人之名义,每人5万元,作为彼等出资,债权人可诉请确认该等股金为债务人所有。因‘民法’第87条第1项规定,对财产上之行为,除于无相对人之单独行为不适用外,不仅于有相对人之单独行为,契约等,皆得适用,即于合同行为,有时亦得适用。盖合同行为之各当事人,虽非相对人,但因须有2人以上,而于其间亦得通谋而为虚伪合同行为,故理论上,在合同行为之当事人间,不妨成立通谋虚伪意思表示,实际上亦须作如此解释,始能防止债务人假托设立各种社团,而避免财产之被扣押。”

伪买卖不动产,并移转其所有权),或身份行为(如通谋虚伪假离婚)^①,均有适用余地,但对无相对人的单独行为(如遗嘱、动产所有权抛弃);则不适用之。

通谋虚伪表示应具备的要件有三:①须有意思表示的存在。②须表示与真意不符。③须其非真意的表示与相对人通谋。诚如“最高法院”1973年台上字第316号判例所谓:“所谓通谋为虚伪意思表示,乃指表意人与相对人互相故意为非真意之表示而言,故相对人不仅须知表意人非真意,并须就表意人非真意之表示相与为非真意之合意,始为相当,若仅一方无欲为其意思表示所拘束之意,而表示与真意不符之意思者,尚不能指为通谋而为虚伪意思表示。”通谋虚伪表示通常多在欺诈第三人,但不以此为必要。

(2) 举证责任

第三人主张赠与或买卖之债权行为或物权行为均属通谋须为意思表示时,应对之负举证责任。不能仅因赠与或买卖契约当事人间有特殊情谊关系或价金之交付不实,即谓该赠与或买卖系通谋虚伪表示。

(3) 通谋虚伪表示与诈害债权行为

与通谋虚伪表示应予区别的,系诈害债权行为。例如甲的债务人乙,别无其他财产,提供其仅有土地为第三人的债权设定抵押权时,是为诈害债权行为,其法律行为本身系属有效,唯甲得申请法院撤销之(第244条第1项)。至于虚伪设定抵押权乃双方通谋而为虚伪意思表示,依“民法”第87条第1项规定,其设定抵押权契约当然无效,但与得撤销之法律行为经撤销始视为自始无效者有别,故虚伪设定抵押权虽属意图避免强制执行,但非“民法”第244条所谓债权人得申请法院撤销之债务人行为。^②

① “最高法院”1963年台上字第722号判例谓:“虚伪设定抵押权,乃双方通谋而为虚伪意思表示,依‘民法’第87条第1项规定,其设定抵押权当然无效……。”又“最高法院”1971年台上字第5号判决谓:“‘民法’第87条所定虚伪意思表示,对物权行为自亦有其适用。”可供参考。须注意的是,“民法”第87条第1项关于通谋虚伪意思表示无效之规定,对身份行为亦有适用余地,夫妻双方通谋而为假离婚之意思表示,依照“民法”第87条第1项规定,其意思表示无效。但不得以其无效,对抗善意第三人(“最高法院”1962年台上字第215号、1973年台上字第316号判例及1980年台上字第3920号判决参照)。

② 参见“最高法院”1961年台上字第547号判例。

2. 效力

(1) 当事人间

表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示者,其意思表示于当事人间无效(第 87 条第 1 项)。例如,在通谋虚伪设定抵押权的情形,其抵押权设定无效,所有人得请求涂销登记。

(2) 不得对抗善意第三人 九

通谋虚伪表示不得以其无效对抗善意第三人(第 87 条第 1 项但书),以保护交易之安全。所谓第三人,指通谋虚伪表示的当事人及其概括继承人以外的第三人,就该表示之标的新取得的财产上权利义务,因通谋虚伪表示无效而必受变动者而言,如虚伪买卖标的物的受让人,设定抵押权之人,但不包括该虚伪买卖标的物的承租人,因租赁契约的效力,本不受通谋虚伪表示的影响,例如,甲通谋虚伪让售某地所有权予乙,乙将该地出租予丙,丙纵为善意,信赖乙为所有人,亦不受保护,甲仍得向丙请求返还该地(第 767 条),丙仅得依债务不履行规定向乙请求损害赔偿。

需要注意的是,在第三人利益契约,第三人之受益系以契约有效为前提,通谋虚伪意思表示依“民法”第 87 条第 1 项但书,虽规定不得以其无效对抗善意第三人,唯此第三人并不包括第三人利益契约的受益人在内。

例如,甲因债台高筑,为图脱困,与乙订立虚伪的买卖契约,将甲所有土地一笔出售予乙,并登记予乙指定不知情之丙。甲的债权人丁,得以甲、乙间买卖系通谋虚伪意思表示为由,代位甲诉请涂销丙的所有权移转登记。^①

所谓不得对抗善意第三人,指善意第三人固得主张其无效,但亦得主张其为有效;若主张其为有效时,则表意人不得以无效加以对抗。第三人主张表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示者,该第三人应负举证责任。

“民法”关于动产物权的善意取得(第 801 条、第 948 条以下)及不动产物权善意取得(第 759 条之 1)设有明文,故“民法”第 87 条第 1 项但书,规定于无善意取得适用的情形(如通谋虚伪为债权的让与),具有实益。

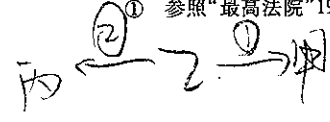
3. 例题解说

(1) 通谋虚伪买卖房屋及其所有权的让与

① 甲对乙的给付请求权;甲代位行使乙对丙的权利

乙出卖某屋予甲,甲得向乙请求交付其屋并移转该屋之所有权(第

^① 参照“最高法院”1959 年台上字第 29 号判例。



348 条第 1 项)。乙为图避免甲对该屋的强制执行,与丙通谋虚伪为该屋的买卖,并移转其所有权,其买卖合同及物权契约均属无效(第 87 条),丙未取得该屋所有权,乙的给付尚属可能,甲对乙的给付请求权,不因此而受影响。

乙与丙间的买卖合同,及移转标的物所有权的物权契约,既均为通谋虚伪表示而无效,丙不因登记而取得房屋所有权,土地登记与真正权利状态不一致,故乙得对丙请求涂销所有权移转登记。又丙占有乙交付的房屋,因欠缺债权及物权上依据,构成无权占有,乙并得依“民法”第 767 条之规定请求返还其物。于乙怠于行使其对丙的权利时,甲为保全债权,得以自己之名义,行使其权利(第 242 条、第 243 条)。甲代位债务人乙请求涂销不动产移转登记,仅得向该第三人丙为之,不得对债务人一并为此请求。^① 关于该屋的交付,债权人甲得主张代位受领。^②

② 甲对乙、丙的侵权行为损害赔偿请求权

债务人欲免其财产被强制执行,与第三人通谋而为虚伪买卖,将其不动产所有权移转予第三人时,债权人可否依侵权行为规定,请求恢复原状,诉请涂销登记? 应向何人为之? 此系实务上重大争论问题。

A 法律问题:“最高法院”1980 年 4 月 1 日第七次民事庭庭推会议(三)提出如下法律问题:债务人与第三人通谋而为虚伪意思表示,将其所有不动产移转登记于第三人,债权人如本于侵权行为诉请涂销登记时,应以债务人及第三人为共同被告,抑或仅以第三人为被告? 有甲、乙、丙三说。甲说认为,债务人与第三人既互相勾串,为虚伪之意思表示,以侵害债权人之债权,即属共同侵权行为人,债权人以其二人为共同被告,并无不合(参照“最高法院”1979 年台上字第 3796 号判决)。乙说认为,该项土地既已登记为第三人所有,则其登记纵有无效之原因,而应负涂销登记义务及能为涂销者,实系第三人,债务人系此涂销登记之权利人,债权

① 参照“最高法院”1982 年台上字第 4342 号判例。

② 参见“最高法院”1970 年台上字第 2556 号判决谓:上诉人间之设定抵押权及买卖土地行为,如确属无效,被上诉人原非不得依据“民法”第 242 条及第 113 条之规定,代位行使上诉人之恢复原状请求权,以保全其债权,惟此项恢复原状请求权,与“刑事诉讼法”第 487 条之恢复损害请求权有别,不容被上诉人依附带民事诉讼程序,行使其恢复原状请求权。“最高法院”1970 年台上字第 4045 号判例谓:“债权人代位行使债务人对于第三人之请求权,得为代位受领,早经本院著有判例(1932 年台上字第 305 号),该判例既未将交付特定不动产之清偿行为除外,则本件之给付,自不能谓上诉人无代位受领之权。”

人不得向其为此请求(参见“最高法院”1979年台上字1964号判决)。丙说认为,按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(史尚宽:《债法总论》,第138页)。债权人如本于侵权行为诉请涂销登记时,参见“最高法院”1978年度第五次民庭庭推总会决议,取得向该第三人为之,债务人既非共同侵权行为人,自不得对其一并为此请求。

B 决议:采丙说。“最高法院”1984年台抗字第472号判决谓:“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者,债权人可依侵权行为之法例,请求第三人涂销登记,亦可行使代位权,请求涂销登记。两者之诉讼标的并不相同。”

关于上揭“最高法院”的决议及判例,应说明的有二:

a. 所谓依侵权行为之法例,指“民法”第184条第1项后段而言,即故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人。

b. 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,固属正确,但通谋虚伪处分自己财产,仍得构成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)或违反保护他人的法律(第184条第2项)而成立侵权行为。例如,甲与乙通谋将某屋出卖给乙,使乙得向丙银行取得购屋贷款时,丙银行就其所受损害,得依“民法”第184条第1项后段,向甲请求损害赔偿。

(2) 通谋虚伪表示对第三人之效力:丙将房屋让售予善意之丁时,甲得主张之权利

甲得依“民法”第226条第1项规定向乙请求损害赔偿,其要件有三:

① 乙有给付义务。② 乙给付不能。③ 因可归责于乙之事由致给付不能。

① 乙出卖某屋给甲,负有交付其屋及移转其所有权之义务(第348

① “最高法院”1978年第五次民事庭会议决议(二)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例,请求第三人涂销登记,亦可行使代位权,请求涂销登记,两者任其选择行使之。”“最高法院”1980年台上字第1233号判决谓:“债权人以债务人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时,仅以第三人为被告诉请涂销即可,无赘列债务人为对造之必要,为本院最近所持之见解。”载《“最高法院”民刑事裁判选辑》,第1卷第2期,第13页。

条第1项)。

② 乙图规避甲对该屋的强制执行,与丙通谋虚伪买卖,并办理所有权移转登记,其买卖合同及物权契约,均属无效(第87条第1项),丙不能取得该屋之所有权。其后,丙擅将该屋让售予丁,其买卖合同虽属有效^①,但关于该屋所有权的移转,则属无权处分,效力未定,丁仍不能取得其所有权。丁系属善意时,其保护之道有二:

A “民法”第87条第1项但书规定,通谋虚伪表示之当事人,不得以其无效,对抗善意第三人。所谓不得以其无效对抗善意第三人,并非谓其虚伪之意思表示对该第三人为有效,而系谓善意第三人得主张其无效,但亦得主张为有效,若主张其为有效时,当事人不得以其无效对抗之。准此以言,倘丁主张乙与丙之法律行为有效时,乙不得以其无效对抗之,甲即无从代位诉请涂销丙、丁间的所有权移转登记。

B “民法”第759条之1规定:“不动产物权经登记者,推定登记权利人适法有此权利。因信赖不动产登记之善意第三人,已依法律行为为物权变动之登记者,其变动之效力,不因原登记物权之不实而受影响。”此系为保护第三人起见,将土地登记事项赋予绝对真实之公信力,使信赖登记而受让不动产所有权的,得受到保护而取得其所有权。

“民法”第87条第1项但书系一般规定,第759条之1系特别规定,应优先适用,故丙虽属无权处分,善意之丁仍能依“民法”第759条之1规定,取得房屋之所有权。乙既因丁之善意取得而丧失其屋的所有权,不能依债之本旨对甲提出给付,应属给付不能。

③ 债务人就其故意或过失之行为,应负责任(第220条第1项)。乙与丙通谋虚伪表示,将该买卖标的物所有权移转予丙,致丙有机会得将该物让售予善意之丁,使其取得所有权,对甲给付不能,有可归责之事由。

综据上述,因可归责于债务人乙之事由,致给付不能,债权人甲得依“民法”第226条第1项之规定,请求损害赔偿,或依“民法”第256条规定,解除契约。

(二) 虚伪表示与隐藏行为

甲出卖某地给乙,实际交易价格为1000万元,经公证人公证的

^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,第96页。

买卖合同记载 700 万元时,其法律效果如何?设甲与乙其后办妥所有权移转登记时,其法律效果又如何?

“民法”第 87 条第 2 项规定:“虚伪意思表示,隐藏他项法律行为者,适用关于该项法律行为之规定。”例如甲欲以某车赠与乙,为避免人情困扰,乃作成买卖合同,赠与系被隐藏的法律行为,并不因隐藏而无效,仍应适用关于赠与的规定。是否有隐藏行为,隐藏何种行为,应就个案解释当事人的意思表示加以认定。^①

关于隐藏行为最为常见的,系不动产买卖低报交易价格,以逃漏税捐,例如,甲出售某地给乙,实际交易价格为 1 000 万元,买卖合同记载为 700 万元。在此情形,低报交易价额系通谋虚伪表示,无效。甲仍得向乙请求支付隐藏的交易价格 1 000 万元。值得注意的是新增订“民法”第 166 条之 1 第 1 项规定:“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。”设甲与乙的买卖合同作成公证书时,其经公证的买卖因系通谋虚伪表示而无效(第 87 条第 1 项),其未经公证的买卖(较高价格的买卖),则因违反第 166 条之 1 第 1 项规定而无效。唯该未经公证的买卖,如当事人已合意为不动产物权之移转,而完成登记者,仍为有效(第 166 条之 1 第 2 项) *其他无效*

(三) 信托行为

甲欠乙 200 万元,将其坐落某处时值 120 万元之土地所有权让与乙,以供债权之担保。乙于其债权未届清偿期前,擅将该地以 100 万元让售予丙并办妥移转登记,丙明知甲与乙间之情事。甲的其他债权人丁得否以甲与乙系通谋虚伪表示,主张甲与乙,乙与丙间的法律行为无效,该地仍属甲所有,得行使代位权,请求涂销登记?

① “最高法院”2012 年台上字第 1722 号判决谓:查本件依张○强之主张,其系因罹患精神疾病,为免受骗,而以买卖为原因,将系争房地所有权移转登记在张○瑛名下,俟病情稳定再行移转登记予己,则两造间签订之买卖契约似隐藏有借名、信托或其他项法律关系之合意,并以张○强之病情稳定,作为系争房地再行移转登记予张○强之条件。原审认两造间就系争房地之买卖契约系出于通谋虚伪意思表示而无效,即应依“民法”第 87 条第 2 项之规定,进一步审究两造间系争买卖契约所隐藏之他项法律行为是否有效、当事人双方应否受该隐藏行为拘束。如隐藏移转系争房地所有权真意之他项法律行为,已具备该法律行为之要件时,似不能谓张○强就系争房地之移转登记仍具有无效之原因。原审未详为调查勾稽,系争房地登记在张○瑛名下,系出于何种法律关系,遽为张○瑛败诉之判决,不免速断。

1. 信托行为与通谋虚伪表示的区别

通谋虚伪表示,系指表意人与相对人通谋而为虚伪之意思表示。虚伪者,指表意人无意为其意思表示所拘束之意,即表意人故意使其意思与表示不一致;通谋者,则指相对人明知表意人之虚伪意思表示而与之同谋为之。在前揭例题甲欠乙 200 万元,将其坐落某处时值 120 万元土地所有权移转与乙,以供债权之担保。此种行为外表上系移转土地所有权,而内容上却在担保债权,外表与内部目的不相符合,与虚伪表示颇相类似,但当事人间均具有受其意思表示拘束之意思,具有效果意思,故与通谋虚伪表示有别,应属有效。

2. 管理信托与担保信托

当事人为达成一定之经济目的,而作成超过其目的法律关系之法律行为称之为信托行为。^① 信托行为有两类:管理信托和担保信托。前者以管理财产或收取债权为目的,由一方(信托人)将财产权(如所有权)或债权移转给他方(受托人) (“信托法”第 1 条);后者为以担保债权为目的,将担保物所有权移转与债权人,使债权人在担保目的范围内,取得担保物所有权的信托让与。

关于信托的让与担保,“民法”及“信托法”皆未设明文。^② 唯基于契约自由,当事人得有效为之。“最高法院”1970 年台上字第 3870 号判决谓:“信托行为与通谋虚伪表示,似同而实异,前者系出于真正之效果意思而为之表示,后者则为当事人通谋而阻止其法律行为效果之发生。本件两造所订房屋买卖契约与租赁契约,系为担保被上诉人所负欠上诉人 50 万元借款本息,而被上诉人房屋未保存登记,无从设定抵押权,故以欠债数额作为房屋买卖,又以利息充租金等语,则该被上诉人所为,显为典型之信托行为,两造无阻止法律效果发生之事证尤明。”又“最高法院”1981 年台上字第 104 号判例谓:“查债务人为担保其债务,将担保物所有权移

① 关于信托行为的基本理论,参见史尚宽:《信托法论》,1946 年版;杨崇森:《信托与投资》,1990 年版;徐国香:《信托法研究》,1988 年版;方嘉麟:《信托法之理论与实务》,1995 年版;赖纯慧:《论信托行为——兼论最高法院判决与现行信托法之异同》,载《“司法院”研究年报》,1998 年第 18 辑第 12 篇。

② 关于担保让与与有效性及法律构造等基本问题,参见谢在全:《民法物权论》(下册),中国政法大学出版社 2011 年版,第 1100 页以下;铃木禄弥:《物的担保制度的分化》,创文社 1992 年版,第 349 页以下。

转与债权人,而使债权人在不超过担保之目的范围内,取得担保物所有权之信托的让与担保,并非双方通谋而为之虚伪意思表示,不能认其为无效。本件被上诉人系为担保其对上诉人借款债务,将其所建造之讼争房屋所有权保存登记为上诉人所有,有卷附追加契约条件可稽,并为两造所不争。原审认讼争房屋登记为上诉人所有,为双方通谋而为之虚伪意思表示,于法无效,显有不合。”此两个判决,均肯定信托行为与通谋虚伪表示不同。

3. 例题解说

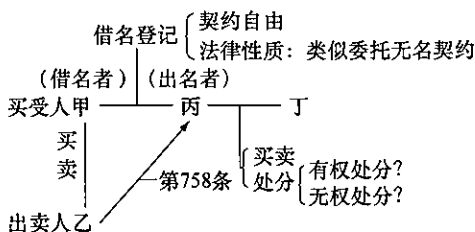
在前揭例题,甲与乙所约定的是担保信托。在担保信托行为,债务人如不依约清偿债务,债权人得将担保物变卖而就该价金受偿,其于目的范围内行使权利,变卖担保物之法律行为有效。乙于其债权未届清偿期前,擅将信托标的物让与丙,其处分行为仍应解为完全有效。按担保信托行为应分内部关系及外部关系加以观察:就内部关系言,受托人对信托人,依信托行为之本旨,负有在不超过其经济上目的之范围,行使其权利之义务。就外部关系言,受托人在法律上为真正权利人,应有处分受托财产之权限。今乙违反约定,于债权未届清偿期前,将甲让与信托之土地让售予第三人,对甲因此所受之损害,应负契约责任而发生债务不履行赔偿责任。又受让土地之第三人丙虽明知乙违反内部关系上之义务,仍能取得其所有权,盖在外部关系上乙既有处分权限,非属无权处分,相对人善意与否,对处分行为的效力不生影响。^①

据上所述,甲为担保债权之目的将其房屋所有权移转予乙,当事人均有受其意思表示拘束之意思,依契约自由原则,应属有效。在信托关系终止前,乙为真正所有人。乙违反内部约定,于债务未届清偿期前,即将信托标的物让与丙,就外部关系而言,仍属有权处分,丙虽明知其事,仍能取得该地之所有权。甲的债权人丁不得主张甲与乙、乙与丙间的法律行为无效,该地仍属甲所有,而行使代位权,请求涂销登记。

① 实务上见解,参见“最高法院”1995年台上字第265号判决:“信托行为之受托人在法律上为所有人,其就受托财产所为之一切处分行为为完全有效。纵令其处分违反信托之内部约定,信托人亦仅得请求赔偿因违反约定所受之损害,在受托人未将受托财产移还转信托人以前,不能谓该财产为信托人所有。是受托人违反信托之内部约定,而处分受托财产,仅对信托人负契约责任而发生债务不履行问题,尚无侵权行为可言。”此项问题涉及让与担保的法律构造,在此难作较深入的分析。

(四) 借名登记、通谋虚伪表示及脱法行为

甲向乙购买 A 屋，以丙的名义办理所有权移转登记，试问：(1) 甲与丙为何作成此种借名登记契约？(2) 借名登记契约系何种类型的契约？(3) 借名登记契约是否为通谋虚伪表示，是否违反公序良俗，是否为脱法行为？(4) 丙将 A 屋出售与丁（善意或恶意），并移转其所有权，当事人间的法律关系如何？



1. 问题

在台湾地区，借用他人名义登记不动产的案例甚多，其目的或为节税，或为脱产避免债务人强制执行，亦有为赠与，系实务上重要问题，涉及民法总则的基本问题，特在此加以说明。^①

2. 意义及性质

借名登记契约，指当事人约定，一方（借名者）经他方（出名者）同意，将其财产（土地、房屋、股票等）以他方名义，登记为所有人或其他权利人。借名登记契约系无名契约，其成立侧重于借名者与出名者间的信赖关系，性质上类似于委托关系，故其内部关系应类推适用“民法”关于委任契约的规定（第 528 条以下，尤其是第 549 条第 1 项、第 550 条、第 541 条第 2 项）。借名登记契约非属信托契约，盖借名者仍保有管理使用登记于出名者的财产。

3. 借名登记契约之效力

借名登记契约非属通谋虚伪，因当事人均有缔结借名登记契约的真实意思。借名登记仍本着私法自治（契约自由及物权自由），其内容不违反公

^① 詹森林：《借名登记人之无权处分及借名人恢复登记请求权基础——兼论出名人之不法管理责任》，载《台湾法学》2011 年第 186 期，第 49 页；陈聪富：《脱法行为、消极信托及借名登记契约》，载《月旦法学》2005 年第 123 期，第 220 页。

序良俗、法律强制或禁止规定者，应属有效。

4. 出名者对登记财产的处分

甲借乙之名，登记甲所有的房屋，乙擅将该屋出卖予丙时，其买卖契约（负担行为）当属有效。问题在于，乙擅将该屋所有权移转登记予丙时，其效力如何？“最高法院”2009年台上字第76号判决谓：“出名者违反借名登记契约之约定，将登记之财产为物权处分者，对借名者而言，即属无权处分，除相对人为善意之第三人，应受善意受让或信赖登记之保护外，如受让之相对人系恶意时，自当依‘民法’第118条无权处分之规定而定其效力，以兼顾借名者之利益。”

学说上有不同见解，强调在借名登记契约上，土地登记簿上登记名义人之公示外观与效力，理应予以较强之贯彻，以免立法者之价值判断失衡。准此，形式上之权利人即出名者就该财产为处分者，纵其处分违反借名契约之约定，仍应为有权处分，无再区分相对人是否为善意或恶意，而异其契约之效力之理。此时，借名人在透过借名契约获益之同时，即应自行考量与承担出名人违约处分财产之风险。至于借名人因此所受之损害，则由依内部关系之债务不履行或不当得利规定，返还其所受利益。^①

关于出名者对登记财产的处分，究属有权处分，抑或为无权处分的争论，具法学方法的意义，各有所据。就登记形式言，以有权处分为可采，问题在于善意相对人有无保护的必要。无权处分说着眼于财产（房屋）的实质归属，如何处理，涉及法律形式（Form）及实质内容（Substance），系法学上恒久的难题，若有取舍，无权处分说亦属可采。

四、意思表示错误^②

（一）问题的提出、规范模式及解释原则

1. 问题的提出及规范模式

人非圣贤，孰能无误，表意人于为法律行为上的意思表示时，难

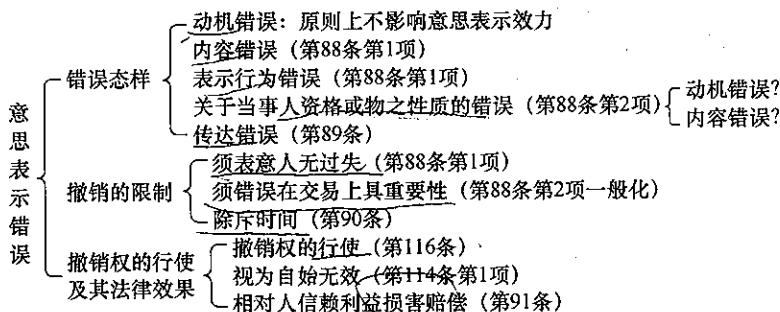
^① 参见吴从周、卓心雅：《借名登记与无权处分》，载《台湾法学》2009年第137期，第164页。

^② 意思表示错误涉及法律行为及私法自治的核心问题，是一个应更深入研究的课题。参见史尚宽：《比较法上的观察》，第375页；杨桢：《英美契约法论》（修订再版），1999年版，第189页以下；黄钰慧：《意思表示错误之研究》（中兴大学80年度硕士论文）；小林一俊：《错误法的研究》（增订版），酒井书局1997年版；Kötz/Zweigert, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 405 ff.; Rothoef, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, 1968; Rüdiger Seifon-Green, Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law, 2005.

免会有不符事实的误认,而发生各种“意思”与“表示”不一致的情事,您能否发现以下各个案例的异同,而作归类,并思考应赋予何种法律效果(无效、得撤销)?须否以表意人对错误的发生具有过失为要件?相对人明知其错误时如何?

- (1) 不知女友已与他人结婚而购买订婚钻戒。^{动机}
- (2) 误真画为贗画而贱售之。^{动机、内容}
- (3) 以高价租屋观赏烟火,双方不知烟火秀业已取消。^{动机、内容}
- (4) 误认主债务人的信用,而为保证。^{当事人资格}
- (5) 不知某车为泡水车而购买之。^{内容、动机}
- (6) 误某人为儿时失散的生父而为赡养。
- (7) 欲赠 A 画,误说 B 画;赠与 A 画,误交 B 画。^{动机、内容}
- (8) 承揽粉刷他人围墙,因估算坪数错误,报价偏低。^{内容}
- (9) 传达意思表示之人,将出租 A 屋,误说为 B 屋。^{传达}

于上开情形,如何区别类型,加以规范,较故意不一致(心中保留、通谋虚伪表示)更为复杂、困难。现行“民法”为尊重当事人意思自主原则,并兼顾相对人信赖保护及交易安全,乃规定表意人就一定类型的错误,在一定的要件下得撤销其意思表示,惟应对相对人负信赖利益损害赔偿責任(第 88 条至第 91 条),为便于观察,图示如下:

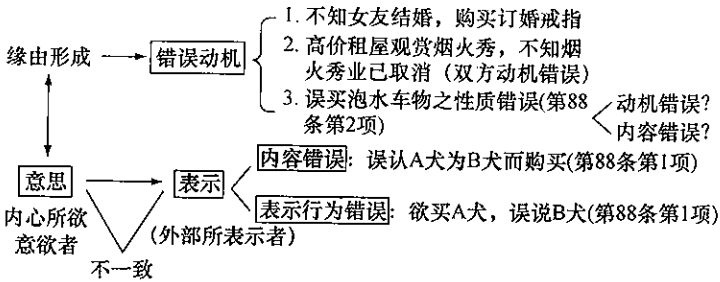


兹为便于认识动机错误与内容错误的不同,图示如下:

2. 解释先行于撤销的原则^①

意思表示有无错误,乃解释问题,应先行处理,是为“解释先行于撤

^① Brox/Walker, AT S. 176; Rütters/Stadler, AT S. 338; Wolf/Neuner, AT S. 458. 陈白强:《意思表示错误之基本问题》,载《政大法律评论》1994年总第52期,第331页。



销”原则(Die Auslegung geht der Anfechtung vor)。例如,甲与乙磋商 A 车的买卖,某日甲传真于乙,表示欲购 B 车,乙知甲的真意实为购买 A 车,而为承诺时,依“误载(或误言),无害真意”(falsa demonstratio non nocet)的解释方法,应认双方当事人关于 A 车的买卖意思一致,不生错误问题。

经由解释认定,当事人意思与表示不一致时,于下列两种情形,仍应排除表意人的撤销权:

(1) 有利于表意人。例如,出卖某中古车,将价金 11 万元误书为 12 万元,相对人不知而承诺时,表意人不得因该中古车涨价到 13 万元,事后反悔,而撤销其意思表示。

(2) 相对人愿意接受表意人内心所意欲者。例如,在出卖中古车之例,价金误书为 10 万元,于发现错误后,相对人仍愿以 11 万元成交时,表意人主张撤销,不符“民法”关于意思表示错误规定的意旨,与诚实信用原则亦有违背,应不许之。

(二) 意思表示错误的态样

依“民法”第 88 条及第 89 条规定,表意人得为撤销之错误的意思表示有:① 意思表示之内容有错误(内容错误)。② 表意人若知其事情即不为意思表示(不知、表示行为错误)。③ 关于当事人之资格或物之性质的错误。④ 意思表示,因传达人或传达机关传达不实。至于所谓动机错误,原则上不影响意思表示的效力。分述如下:

1. 动机错误

(1) 表意人自己承担风险原则

某甲经某消息灵通人士获知,市政府将于近期开放北投纱帽山某地段作为商业区,即以高于时价 1 倍的价额向地主乙购地 1000 坪,准备兴建温泉土鸡城。经查该地段开放之事系属误传,而乙明知

(或不知)此事。试问甲得否撤销其意思表示?

在前揭例题,甲误信北投纱帽山某地段将开放作为商业区,而以高价向乙购买土地,系动机错误。动机错误乃意思表示缘由的错误,即表意人在其意思形成的过程中,对其决定为某特定内容意思表示具有重要性的事实,认识不正确,例如,误认遗失某书而另购之;不知女友已与他人结婚而购买订婚钻戒。动机存于内心,非他人所得窥知,自不许表意人主张撤销,而害及交易安全。此项意思形成上错误的风险应由表意人自己承担,自我负责。^①关于此点,“民法”虽无明文,但因“民法”对得撤销的错误设有规定,可反面推论之。“最高法院”1962年台上字第3311号判例谓:“‘民法’第88条之规定,系指意思表示之内容或表示行为有错误者而言,与为意思表示之动机有错误之情形有别。”可资参照。兹举两则案例如下:

①“最高法院”1954年台上字第570号判例谓:“‘民法’第88条第1项所谓意思表示之错误,表意人得撤销之者,以其错误系关于意思表示之内容为限,该条项规定甚明。两造成立之诉讼上和解,既未以被上诉人收回系争房屋,以供自住及开设诊所之需,为上诉人谦让之内容,则纵使如上诉人所称在和解当时,因误信被上诉人主张收回系争房屋,以供自住及开设诊所之需为真实,致所为谦让之意思表示显有错误云云,亦与上开条项得为撤销意思表示错误之要件不符,仍不得执此指该项和解有得撤销之原因,而为请求继续审判之理由。”其所以否认上诉人的撤销权,系以其误信被上诉人主张收回系争房屋,以供自住及开设诊所之需,系意思形成上的错误,不影响法律行为的效力。

②“最高法院”2005年台上字第2040号判决:“‘民法’第88条之规定,系指意思表示之内容或表示行为有错误者而言,与为意思表示之动机有错误之情形有别。是以‘民法’第88条第1项所谓意思表示之错误,表意人得撤销之者,以其错误系关于意思表示之内容为限,该条项规定甚明。本件上诉人虽以‘若知政府无意在埔里镇兴建劳工育乐中心,根本不

^① 表意人作成某种意思表示,通常系基于对现在或将来各种事物利害关系所作的判断。例如,公务员某甲准备购买某大厦公寓,其考虑的有:(1)听说公家宿舍退休后不能续住。(2)购屋有优惠贷款补助。(3)大厦公寓附近将于两年内辟建社区公园。(4)预期1年内两岸将缔结和平协议,房价将大涨。甲于购屋后,发现宿舍可永住,购屋贷款取消,社区公园计划搁置,和平协议暂不缔结,房价掉入谷底时,即发生动机错误问题!

可能出售系争土地'为由撤销出售土地之意思表示,但此属于动机错误之范畴,自无法援引'民法'第88条规定予以撤销。”

相对人明知表意人的动机错误时,是否影响意思表示的效力?关于此点,原则上应采否定说。盖相对人知悉表意人所以为此意思表示的缘由及其错误,尚不足作为转嫁表意人料事错误或投机失败的危险。惟相对人系以违反诚实信用的方法,利用表意人的动机错误而缔约时,例如,药剂师明知病人已逝,仍出售昂贵药物予不知情的亲人,其主张表意人应受其意思表示的拘束,应认系权利滥用,不受保护。

表意人为了避免承担意思形成上错误的风险,得与相对人约定,使一定的缘由成为法律行为的内容,尤其是作为法律行为的条件。就前揭例而言,甲得与乙约定,以该地在某期间内开放为商业区作为买卖契约的停止条件。

(2) 动机错误视为意思表示内容错误

动机错误不影响意思表示的效力,是为原则,“民法”第88条第2项便有特别规定:“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。”容后再为详述。

(3) 双方动机错误

双方动机错误,指其错误同时发生于法律行为双方当事人。例如,甲为观赏“阅兵大典”,向乙承租某屋,不料因大地震取消“阅兵典礼”;甲以高价向乙购买某山坡地,双方均误认政府将于近期解除禁建;甲以高价租赁某饭店房间观赏烟火,不知烟火秀业已取消(或于订约后取消)。

在此等情形,双方当事人系以一定事实的发生或存在作为法律行为的基础,此项法律行为基础不存在之风险,应由双方共同承担,从而不能

① “民法”第738条关于和解撤销之规定,亦属动机错误的特别规定。“最高法院”1994年台上字第2383号判例谓:“和解不得以错误为理由撤之,但当事人之一方,对于他方当事人之资格或对于重要之争点有错误而为和解者,不在此限,此观‘民法’第738条第3款之规定自明。此种撤销权之行使,既系以错误为原因,则‘民法’第90条关于以错误为原因,行使撤销权除斥期间之规定,于此当有其适用。”

② 关于双方动机错误(wechselseitiger Motivirrtum),参见彭凤至:《情事变更原则之研究》,五南1986年版,第111、145页以下;Brox/Walker, AT S. 206; Köhler, AT S. 92; Köhler, Grundprobleme der Lehre von der Geschäftsgrundlage, 1979, 498; Petersen, Der beiderseitige Irrtum zwischen Anfechtungsrecht und Geschäftsgrundlage, 2011, 430; Rütters/Stadler, AT S. 396; Medicus, AT S. 305; Galtz, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldrecht, 1973.

如有客观原因向乙承租,单方动机错误不影响合同不解除

径认此系“动机错误”，不影响法律行为的效力，使一方当事人受契约拘束，须支付租金，(或高额的价金)。纵使赋予受有不利的一方当事人撤销权，亦非合理，因其须对相对人负信赖利益的赔偿责任。其较能兼顾双方当事人利益的解决方法，系依诚实信用原则调整当事人的法律关系，在租屋观赏“阅兵”或烟火秀之例，承租人于必要时得解除其租赁契约。在购买土地之例，如双方当事人欲维持其买卖契约时，得依补充契约解释，调整其价格。

2. 内容错误

意思表示内容有错误(第88条第1项)，指表意人表示其所欲为的表示，但误认其表示的客观意义(表示意义错误)。其典型情形有三：

① 当事人本身的错误，如误认某人为地震救命恩人而为赠与；误某学生为故友之子而出借某屋。此种所谓“当事人同一性错误”，多适用于赠与、借贷、雇佣、委托等注重当事人其人的法律行为。

② 标的物本身的错误，如误甲犬为乙犬而购买之。

③ 法律行为性质的错误，如误买卖为赠与，而为承诺。

3. 表示行为错误

“表意人若知其事情即不为意思表示者”(第88条第1项)，乃指表示行为错误(Irrtum in der Erklärungshandlung)而言^①，即表意人误为表示其所意欲者，如误言欲赠A书，误说B书，误写(某书售价320元，误书为230元)，或误取(欲赠乞妇100元，误给1000元大钞；误A笔为B笔而抛弃之)。

在表示行为错误，表意人使用了其所不欲使用的表示方法。在内容错误，表意人使用了其所欲使用的表示方法，但误认其意义。二者均属表示与意思不一致，故“民法”第88条将二者等同视之，使表意人得撤销其

① 参见“最高法院”1992年台上字第323号判决：“惟‘民法’第88条所定‘表意人若知其事情即不为意思表示’，系指表意人虽知表示行为之客观意义，但于行为时，误用其表示方法之谓。亦即表示方法有所错误，以致与其内心之效果意思不一致，如欲写千公斤，误为千台斤是。被上诉人既未主张其签订同意书时，就所同意分配遗产之表示方法有误写之情形，而系主张误信遗嘱有效而签订同意书，其非表示方法之错误，自无许其援用‘民法’第88条撤销意思表示之余地。”载《民事裁判书汇编》，第7期，第411页。

意思表示。①

4. 当事人之资格或物之性质的错误

甲有某农渔用地,其四邻盖满建物,皆以建地价格出售,乙非因过失误认该不能建筑的农渔用地为建地,遂以建地之价格而购买。试问:(1)乙得否以意思表示错误,行使撤销权?(2)乙得否主张物之瑕疵担保的权利?(3)二者的适用关系如何?

(1)“民法”第88条第2项的规范意义

“民法”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。”关于此项规定的解释适用,应说明的有四点:

1. 当事人之资格或物之性质之错误,属于动机错误,本不影响意思表示之效力,但法律为保护表意人之利益,特例外将其拟制(视为)为意思表示内容错误,使表意人亦得撤销。②

2. 当事人之资格,指性别、职业、健康状况、刑罚前科、声望、支付能力等特征而言。例如,甲误认乙富于支付能力及素孚信用,而贷予巨额金钱,实则乙已将全部财产移至国外,且为人轻诺寡信时,甲对乙其人的资格认识错误,得撤销其意思表示。设丙误认乙的资格而为保证时,则不得撤销。盖保证者,当事人约定保证人于主债务人不履行债务时,由其代负履行责任(第739条),依此契约之规范目的,保证人本应承担主债务人无资力的不利益。易言之,即主债务人不能支付或缺信用,乃保证契约的

相对性·物之间

相对

对债权人有影响

甲乙以赠与

① 参见“最高法院”1994年台上字第2960号判决:“错误与不知二者在观念上有别,不知谓正当认识之全不存在,而错误则不特无正当认识,且有积极的谬误之认识;但全无正当认识之不知,如表意人知其事情即不为意思表示者,其效力与错误同,均得为意思表示撤销之原因,‘民法’第88条第1项分别就意思表示内容之错误或表示行为之错误而为规定。被上诉人因误信政府更正前土地公告现值,而就买卖标的物即系争土地之价格为错误之意思表示,系属‘民法’第88条第1项本文上段意思表示内容之错误,并非同条项本文下段表示行为之错误。”载《民事裁判书汇编》第18期,第25页。

② Bork, AT S. 318; Rütters/Stadler, AT S. 348; Wolf/Neuner, AT S. 466. 台湾地区学者采动机错误说者,史尚宽:《民法总论》,第364页。实务上亦认为,关于物之性质的错误,本质上属于动机错误(“最高法院”2010年台上字第678号判决)。关于当事人资格或物之性质的错误,究为动机错误或内容错误的争论,参见陈自强:《意思表示错误之基本问题》,载《政大法律评论》1994年总第52期,第335页。

典型危险，应优先于民法关于错误的规定而为适用。^①

需注意的是，所谓“人”的资格，亦及于第三人，如第三人利益契约的第三人。在租赁契约，与承租人同住的家人有吸毒、犯重罪前科，亦有“民法”第88条第2项规定的适用。

3. 物之性质，指足以影响物的使用及价值的事实或法律关系而言。此等事实或关系须以物的本身为基础，如建地的可建筑性，艺术品的来源及真实，汽车的制造年份、公里数及是否发生事故等。所谓“形成价值”的因素（如戒指的含金量度、雕刻品的作者）虽为物的性质，但物的市场价格，则不属之，因其系依市场供需，由当事人自由决定，非直接存在于其物之上，具主观性，倘容许表意人得为撤销，势将严重影响交易安全。又需注意的是，所谓“物”，应从宽解释，指交易客体而言，包括权利、集合物或企业在内。

4. 交易重要性。当事人之资格，或物之性质，须为交易上认为重要。“民法”所以设此规定，乃在适当维护交易安全。关于交易重要性的认定，“最高法院”2000年台上字第465号判决谓：“土地之形状、坐落位置及对外联络之道路等因素，均足以影响土地之开发、利用及价值之判断，继而影响购买者之意愿。此等因素，无论在主观上及客观上均足以影响交易上之判断，当事人对上开因素如有错误之情形，于交易上自难谓非重要，自得视为意思表示之内容有错误。”又“最高法院”2009年台上字第1469号判决强调：“当事人之资格或物之性质，在交易上认为重要而有错误，倘当事人主观上知其情事，即不为意思表示，而依一般客观上之判断，亦系如此者，当视同其表示内容之错误，盖其资格或性质，既在交易上认为重要，而其错误在主、客观上俱为严重，则通常可认其资格或性质为法律行为之基础，并应为相对人所明知或可得而知。于此情形，该错误之表意人自非不得依该条（第88条）第2项规定将其意思表示撤销之，始不失该条项规范之真意。”

关于交易重要性的认定，“最高法院”兼采主观及客观标准，基本上固可赞同，但其认为“并应为相对人所明知或可得而知”，则值商榷，交易重要性的认定，应不以此为要件。依本书见解，“民法”第88条第2项所

^① 关于此项法律行为典型危险性分配原则对意思表示错误撤销的限制，参见 Flume, AT II, S. 490; Medicus, AT S. 315 f.; Rütters/Stadler, AT S. 349.

谓交易重要性,应分两个层次加以认定:

A. 首先,应确认当事人的资格或物之性质,是否因当事人合意成为契约内容,而具交易重要性。

B. 当事人资格或物之性质未纳入契约成为其内容时,其交易重要性应就各该法律行为的典型交易目的加以认定。例如,妇女怀孕,仅属一时性,对长期性劳动关系非属重要之人之资格,故受雇女工纵未告知其怀孕,雇主亦不得以当事人资格错误为理由撤销劳动契约。^①色盲对美工人员言,系有交易上的重要性,但对公司秘书言,则不具重要性。购地建屋,该地的可建筑性,具物之性质的重要性。^②在跳蚤市场以廉价购买旧画,不得以其非属真品,或低价出卖具有价值的古董,而主张撤销,盖其非此类交易上的重要性质,应由当事人承担误判的风险。

(2) 物之性质的错误与物之瑕疵担保责任^③

物之出卖人,对于买受人应担保其物交付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(第354条第1项),否则买受人得请求减少价金或解除契约(第359条以下)。买卖标的物具有瑕疵,该项瑕疵涉及物之性质,且在交易上认为重要者,甚属常见,例如购买泡水车、贋画,或不能建筑的“建地”(参阅前揭例题)。

于此等情形,买受人除行使物之瑕疵担保权利外,得否主张“民法”第88条第2项的错误,而撤销其意思表示?易言之,关于物之瑕疵担保

^① 参见史尚宽:《民法总论》,第367页。德国通说,参见Bork, AT S. 320; Köhler, AT S. 77; BAG NJW 1983, 2958.

^② 参见“最高法院”2010年台上字第678号判决谓:“查原审认定两造就系争土地之买卖,并无以供建筑使用为契约之内容,系争土地使用分区虽为‘第一种住宅区’,且位于已建成之住宅区内,但事实上无法供建筑使用,与民众标购国有土地之目的不符,影响市场交易价值,可认系交易上重要之物之性质错误,依‘民法’第88条第2项规定,得作为撤销之客体一节,揆诸前揭说明,固无可议。惟按‘民法’第88条撤销权之规定,乃系为救济因表意人主观上之认知与事实不符,致造成意思表示错误之情形而设,其过失之有无,自应以其主观上是否已尽其与处理自己事务同一之注意为判断标准。”

^③ 最近著作,Armin Huda, Freiheit und Rechtsgeschäft—entwickelt am Beispiel des Eigenschaftsirrums beim Speziaukauf, 1997。

责任与物之性质错误的法律适用关系,究为排除性的特别规定^①,抑得并存竞合?就民法言,应采竞合说^②,其理由有四:

① 物之瑕疵担保责任旨在维持买卖契约对待给付间的等价性;错误意思表示的撤销系在确保表意人内心意思与外部表示的一致,二者规范目的不同。

② “民法”修正前第 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”。新修正条文延长此项期间为“于买受人依第 356 条规定为通知后 6 个月间不行使,或自物之交付时起经过 5 年而消灭”,与“民法”第 90 条所定“前二条之撤销权,自意思表示后,经过一年而消灭”,其期间无相差悬殊问题,肯定意思表示错误撤销权的存在,不致影响买卖契约关系的安定。

③ 出卖人误某名家真画为赝品以贱价出卖时,得依“民法”第 88 条第 2 项规定撤销其意思表示。反之,买受人误信赝画为真迹而高价购买时,若不得撤销其错误的意思表示,与当事人利益平衡原则,实未相符。^③

④ 在比较法上,1980 年联合国买卖公约欧洲契约法原则及其他国家法律,多不设物之瑕疵担保责任优先适用规定,或不作此解释。^④ 实务上值得参照的有“最高法院”1993 年台上字第 215 号判决:“系争土地既不能供建筑之用,而被上诉人根据土地登记簿誊本上地目为‘建’之记载,误以为可供建筑之用而予买受,自系对于买卖标的物之性质(用途与价值)发生误认。又自主观而言,若被上诉人购地之初,知悉该地不能供建屋之用,必不致支付上述高价购买,应可断言。再从客观而言,上诉人提出之土地登记簿誊本既记载地目为建,且上开土地周围复已盖满建物,而

因地上不存瑕疵担保责任撤销权,故买受人不得撤销。

① 此为台湾地区通说,参见梅仲协:《民法要义》,第 256 页;史尚宽:《债法各论》,第 48 页;林诚二:《瑕疵担保责任与错误》,载《中兴法学》第 20 期,第 253 页。德国通说亦认为物之瑕疵担保规定(《德国民法典》第 434 条以下)应优先于物之性质错误的撤销(《德国民法典》第 119 条第 2 项),Rüthers/Stadler, AT S. 370 f.

② 较深入的论证,参见陈彦希:《错误与物之瑕疵》,载杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,五南 1998 年版,第 279 页以下。

③ Larenz/Wolf, AT S. 664. 德国通说采物之瑕疵担保责任系特别规定说,最近备受质疑。参见 Wasmuth, Wider das Dogma vom Vorrang der Sachmängelhaftung gegenüber der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturn, Festschrift für Piper, 1996, S. 1083.

④ Larenz/Wolf, AT S. 665.

上诉人又以建地之价格出售,自足造成被上诉人对上开土地产生无任何建筑限制之确信,以此,凡一般人若处于被上诉人之表意人地位,亦易为相同错误之意思表示,兹系争土地之性质,在交易上确属重要,被上诉人依‘民法’第88条第2项规定,自得将此项错误之意思表示撤销。意思表示经撤销者,依‘民法’第114条第1项规定,视为自始无效,因此,被上诉人依不当得利之法律关系,诉请上诉人如数返还买卖价金672万元及其法定迟延利息,于法自无不合。”

又需注意的是,纵认物的瑕疵担保具有优先性,在下列情形出卖人或买受人亦得依“民法”第88条第2项撤销其意思表示:

① 在物的瑕疵担保责任发生前(于因物的交付危险移转前,第354条),买受人得为撤销。

② 出卖人对其关于物之性质发生错误时(如甲不知其继承之旧画作系某大师作品而贱卖乙),得依“民法”第88条第2项规定撤销其意思表示,盖在此情形,无物之瑕疵担保问题。

5. 传达错误

“民法”第89条规定:“意思表示,因传达人或传达机关传达不实者,得比照前条之规定撤销之。”所称前条之规定,指第88条第1项而言。传达人或传达机关(如电信局)属表示使者。传达不实,如使者口传,误买A画为买B画;电信局发送文件,误320万元为230万元。

传达人或传达机关故意变更表意人之意思者,亦时有之。例如电器商甲遣乙告知丙厂商欲批发某类型冷气机5部。乙认为冰箱销路不错,乃表示甲欲批发10部冰箱。于此情形,应认传达人故意违背表意人的指示,擅自变更意思表示的内容,其失实的传达,不能归由表意人承担,而对其发生效力。传达人故意误传表意人的意思,其情形与无权代理的利益状态相类似,应类推适用无权代理的规定(第110条),由传达人对善意的相对人,负损害赔偿之责。①

6. 特殊错误类型

关于影响法律行为效力(得撤销)之一定类型的错误意思表示,“民

① 德国通说采此见解,Flume, AT II, S. 470; Köhler, AT S. 77; OLG Oldenburg NJW 1978, 951. 但亦有认为表意人使用他人传达其意思表示,造成传达人故意误传之危险,而表意人又较相对人易于控制此项危险,此项传达失实的危险理应由表意人承担。参见 Marburger, AcP 173 (1973), 137; MünchKomm/Kramer, § 120, Rz. 3.

法”设有规定,已如上述,若干错误态样如何归类,引起争议,分就法律效果错误、计算错误及签名错误说明如下:

(1) 法律效果错误^①

法律效果错误,指表意人对其意思表示所生的法律效果有所误认,得否撤销,应分两种情形处理之:

① 法律效果系因当事人的法律行为直接发生者,关于此项法律效果错误,即为内容错误。例如甲不知租赁系有偿,使用借贷系无偿,内心实欲出租某物予乙而取得租金,表示为使用借贷时,甲得依“民法”第88条第1项规定撤销之。

② 法律效果非直接基于当事人的法律行为,而是基于法律为补充当事人意思而规定者(法定附带效果),此项法律效果错误,乃属动机错误。例如,甲出卖某机车予乙,误以为不负物之瑕疵担保责任时,无依“民法”第88条第1项规定撤销的余地。又出租人于租赁物交付后,承租人占有中,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人,仍继续存在,乃“民法”第425条所明定,非基于当事人意思而发生,非属意思表示内容错误,该租赁物的买受人不得依“民法”第88条规定撤销之。此非基于法律逻辑的必然性,而是基于目的性的考量,旨在对法律效果错误的撤销性加以适当限制,以维护交易安全。

(2) 计算错误^②

计算错误,指对用于决定给付数额的计算基础或过程发生错误,分两种情形言之:

① 隐藏计算错误

例如,甲承揽为乙油漆大厦,甲内心决定每坪500元,将实为1000坪的油漆面积误估为990坪,而表示:“全部油漆费用为49.5万元。”在此种隐藏的计算错误,内心的计算基础未成为意思表示的内容,属于动机错误,不得撤销。

② 公开的计算错误

在上举油漆大厦之例,设甲告诉乙:“每坪油漆费用为550元,面积共

① 关于法律效果错误(Rechtsfolgenirrtum),参见 Flume, AT II, S. 465; Köhler, AT S. 78; Medicus, AT S. 310; Wolf/Neuner, AT S. 474.

② 较深入的讨论,参见陈自强:《论计算错误》,载《政大法律评论》1995年总第53期,第183页。

1000 坪,费用共 50 万元。”于此情形,计算基础既已公开,得经由解释而为认定,当事人就其油漆费用 55 万元具有合意,无适用意思表示内容错误规定的必要。

(3) 签名错误

签名于某文件书面发生“错误”,于何种情形得为撤销,分述如下:

① 签名之人不知其签名具有法律上意义,例如某歌星于演唱会后为歌迷签名,不知其中某书面载有慈善捐款,此属欠缺表示意识的案例类型。

② 签名之人认识其所为意思表示具有法律上意义,未为阅读而签名,例如,著名艺人于震灾捐款簿上签名,故示大方,未为阅读,事后发现载明“捐款金额新台币 10 万元”时,原则上不得以误认系小额捐款而主张撤销,盖签名时既不介意其表示内容,自应承担其风险。

③ 签名之人误 A 函为 B 函,例如女秘书于送阅文件中夹有其私人贷款保证书,签名者误系一般文件而签名时,得以表示行为错误撤销之。

④ 当事人就其契约内容,口头上意思表示一致,书面记载不相符合,当事人不知而签名时,依“误载无害真意”的解释原则,应以实际合意者为准,无撤销的必要。

(三) 撤销权的要件与效果①

1. 撤销的要件:撤销权的限制

“民法”一方面规定就一定类型意思表示的错误,得为撤销,他方面对撤销权设有限制,即① 须表意人无过失。② 须其错误在交易上认为重要。③ 错误与意思表示的因果关系。④ 须自意思表示后 1 年内撤销。分述如下:

(1) 须错误非由表意人自己之过失所致

意思表示的错误因表意人之过失者,不得撤销(第 88 条第 1 项但书)。此之所谓过失,有认应解为重大过失(显然欠缺一般人之注意)②,但此与法律文义不符,因“民法”对重大过失均特别指明,且有碍交易安

举例: 艺人捐款簿上签名,不同类别卷 即全自理

① 参见 Hans Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960; Bork, AT S. 337.

② 参见王伯琦:《民法总则》,第 162 页。

全。多数学者认系抽象轻过失,较能兼顾意思自主与交易安全。^①实务上系采具体轻过失,“最高法院”1973年台上字第140号判决:“按‘民事诉讼法’第496条第1项第1款所谓适用法规显有错误,应以确定判决违背法规或现有判例解释者为限。若在学说上诸说并存,并无判解可据者,不得指为用法错误。‘民法’第88条第1项但书所谓之过失,究何所指,在学说上,虽有抽象之轻过失,具体之轻过失及重大过失诸说之存在,但采抽象之轻过失说者,在现存判解中,尚难觅其依据,原确定判决对此过失之见解,不采抽象之轻过失说,自不得指为用法错误。况抽象之轻过失说,对于表意人未免失之过苛,致使表意人无行使撤销权之机会,本为多数学者所不采。”又依“非由表意人自己之过失”的文义,可知相对人是否知悉表意人意思表示的错误,或其不知是否具有过失,均不影响表意人的撤销权。

(2) 须错误在交易上认为重要

“民法”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。”于其他错误虽无“若交易上认为重要者”的限制,认为应类推适用,以保护交易安全。^②错误是否在交易上认为重要,应依社会一般观念决定。例如,于传统市场,误甲为乙而订立某土鸡的买卖契约,此种错误在交易上无足轻重,不得撤销。

(3) 因果关系

错误意思表示的撤销,须其错误与意思表示具有因果关系,即其意思表示系因错误而为之。例如,误认为手表遗失而另购新表,其意思表示与错误具有因果关系。

(4) 除斥期间

“民法”第90条规定:“前二条之撤销权,自意思表示后,经过一年而消灭。”此为撤销权的除斥期间。撤销的意思表示,须于1年内到达相对人。故表意人虽于1年内“发出”撤销的意思表示,但逾1年始“达到”相对人时,仍不生撤销的效力。

^① 参见史尚宽:《民法总论》,第369页;洪逊欣:《民法总则》,第383页;李模:《民法总论之理论与实用》,第190页;施启扬:《民法总论》,第300页(以上学者均采抽象轻过失);郑玉波:《民法总论》,第285页(采具体轻过失)。

^② 参见洪逊欣:《民法总则》,第382页;郑玉波:《民法总论》,第283页。

2. 撤销权的行使及其法律效果

(1) 撤销权的行使

撤销权系形成权的一种,其行使应以意思表示向相对人为之。此项撤销的意思表示,系非要式行为,不以明示“撤销”为必要,只要使相对人认识其有撤销的意思,即为已足,提起请求返还之诉,亦包括在内。

(2) 撤销权行使的法律效果

① 意思表示视为自始无效:债权行为或处分行为的撤销

表意人以错误为理由撤销其意思表示时,该意思表示(法律行为)视为自始无效(第114条第1项)。关于其法律效果,须视其所撤销的究为债权行为,抑或为物权行为上的意思表示而定:

A. 债权行为上的意思表示有错误,如甲出卖某画给乙,误书价金,而甲撤销其意思表示时,若设画迄未交付,甲免给付义务。已为给付并移转其所有权时(第761条,物权行为、处分行为),得依不当得利规定请求返还该画所有权(第179条)。

B. 物权行为上的意思表示有错误,如甲出卖A画给乙,误交B画,而甲未撤销其意思表示时,得依不当得利规定请求返还B画所有权(第179条)。在撤销的情形,则得主张所有物(B画)返还请求权(第767条第1项前段)。无论撤销与否,甲均有交付A画于乙,并负有移转其所有权的义务,自不待言。^①

② 表意人的赔偿责任

表意人依“民法”第88条及第89条的规定,撤销意思表示时,“对于信其意思表示为有效而受损害之相对人或第三人,应负赔偿责任。但其撤销之原因,受害人明知或可得而知者,不在此限”(第91条)。应说明者有三:

A. 表意人系负无过失责任,相对人对撤销原因明知或可得而知者,无保护必要,不得请求损害赔偿。

B. 受有损害的“相对人”,指有相对人意思表示的受领人。所称“第三人”,指于无相对人意思表示而受损害之人,例如甲欲丢弃A物,误取B物抛弃(物权行为错误),乙以无主物先占而取得B物所有权(第802

① 关于物权行为错误与不当得利,较详细的讨论及实务见解的分析检讨,参阅拙著:《民法学说与判例研究》(第五册),北京大学出版社2009年版,第85页;拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第6页。

相对人之一

相对人

相对人

条)。甲撤销其意思表示时,得向乙请求返还原物(第 767 条第 1 项前段),但应对乙所受信赖损害(如搬运用费),负赔偿责任。所称“第三人”,非指从相对人受让标的物所有权之人,应予注意。

C. 法律行为上的损害赔偿,可分为两种:(a) 履行利益的损害赔偿(积极利益的损害赔偿),即因法律行为不履行而受损失的赔偿,如因履行买卖合同所得之利益。(b) 信赖利益的损害赔偿(消极利益的损害赔偿),即当事人确信法律行为有效,因某种事实之发生,归于无效而蒙受损失之赔偿。

“民法”第 91 条所称“信其意思表示为有效而受损害”,指信赖损害而言,其范围包括所受损害及所失利益在内(第 216 条第 1 项),如订约费用、准备履行所需费用或丧失订约机会的损害。须注意的是,信赖损害与履行损害,系损害赔偿的两种不同计算方式,信赖损害的赔偿数额高于履行利益者,亦属有之。于此情形,信赖损害的赔偿数额是否以不超过履行利益为限,现行“民法”对此未设明文,通说肯定之。^①

(四) 例题解说

甲继承其父所遗 A 画,非因过失误认为复制品,以 3 万元出卖予乙,并同时履行之。乙支出缔约费用 2000 元。3 日后乙以 4 万元将 A 画转卖予丙。1 个月后,甲获知该画为大师早年作品,价值 50 万元。即向乙请求返还。试问:

1. 甲与乙间的法律关系如何?
2. 设乙于甲请求返还前已将该画所有权转予丙,而丙于订约时知悉甲误认 A 画为复制品,贱售之事时,甲向丙请求返还该画,有无理由?

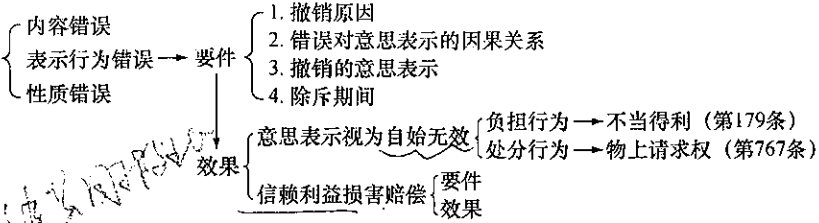
1. 体系构成

本书曾多次强调学习法律,要能建构规范体系,并适用于具体案例,由具体案例寻找得适用的规范(尤其是请求权基础),由规范认定事实,从事法律适用的涵摄。意思表示错误系法律行为的重要问题,兹将其规范体系,图示如下(请参阅相关部分说明,并查阅条文)^②:

^① 参见郑玉波:《民法总则》,第 250 页;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,第 150 页。

^② 参见 Rütters/Stadler, AT S. 373。

错误意思表示的撤销



2. 例题解说

(1) 甲与乙间的法律关系

① 甲对乙的请求权

甲得依“民法”第 767 条规定向乙请求返还 A 画,此须以甲系该画所有人,乙系无权占有为要件。甲因继承而取得 A 画所有权。其后甲将该画出卖予乙,并依让与合意,交付该画,而由乙取得其所有权(第 761 条)。问题在于甲是否依“民法”第 88 条规定撤销其买卖契约及物权行为上的意思表示?

甲为意思表示后 1 个月内,向乙说明事由请求返还 A 画,系于“民法”第 90 条所定除斥期间内撤销其意思表示。甲以 A 画为复制品,乃误认其在交易上重要性质,其错误视为意思表示内容的错误,且非因甲的过失,故得撤销之。甲系因物之性质错误,而出卖 A 画并同时让与其所有权的表示,有争论的是,此两种意思表示是否具同一瑕疵,甚有争论。若采肯定见解,甲得将两者并为撤销。① 法律行为经撤销者,视为自始无效(第 114 条第 1 项),买卖契约及物权行为溯及归于消灭,乙自始未取得该画所有权,并属无权占有,甲得依“民法”第 767 条规定向乙请求返还 A 画。

② 乙对甲的请求权

A. 关于价金的不当得利返还请求权

甲出卖 A 画于乙,自乙受领价金,受有利益,致乙受损害。甲已依“民法”第 88 条规定撤销其买卖契约上的意思表示,视为自始无效,既如上述,甲受领价金无法律上原因,应依不当得利规定负返还责任。受领的价金本身尚属存在时,应将原物返还之;已存入银行时,则发生动产混合

① 德国通说采肯定见解,参见 Brox/Walker, AT S. 189 f.; Rütters/Stadler, AT S. 363。需注意的是,若认甲仅得撤销买卖契约上的意思表示,则发生不当得利问题。

(第 813 条), 应适用“民法”第 816 条规定, 偿还其价额。

B. 信赖利益的损害赔偿请求权

甲依“民法”第 88 条规定撤销其错误的意思表示, 乙非因过失信赖其意思表示为有效, 支出订约费用 2000 元而受的损害, 得依“民法”第 91 条规定向甲请求赔偿。至于乙将 A 画以 4 万元出售予丙所获利益 1 万元, 则属履行利益, 不在赔偿之列。 *只赔订约费*

(2) 甲对丙的请求权

甲得依“民法”第 767 条规定请求返还 A 画, 此须以甲系所有人, 丙为无权占有为要件。甲既依“民法”第 88 条规定撤销其物权行为的意思表示, 该物权行为视为自始无效, 乙未取得 A 画所有权而将该画让与丙, 系属无权处分(第 118 条)。丙于受让 A 画所有权时, 既明知甲意思表示错误, 得为撤销, 应认系属恶意^①, 不得依“民法”关于善意取得规定(第 801 条、第 948 条), 取得 A 画所有权。故甲得依“民法”第 767 条规定向丙请求返还 A 画。^② *不得对抗第三人*

① 参见《德国民法》第 142 条的规定: “得撤销之法律行为, 被撤销者, 其法律行为视为自始无效。知其可得撤销或可得而知者, 于撤销时, 其效果与知法律行为之无效或可得而知者同。”

② 本例题涉及债权行为与物权行为的撤销及对第三人的效力, 为使读者对于处理错误的问题, 有较简明的认识, 再将其解题结构, 简示如下:

I 意思表示的撤销(第 88 条、第 89 条)

1. 撤销之原因: 意思表示错误(物之性质错误)
2. 错误在交易上认为重要(第 88 条第 2 项, 其类推适用)
3. 表意人无过失(第 88 条第 1 项但书)
4. 撤销的意思表示: 撤销之客体: 债权行为? 物权行为?
5. 未逾越除斥期间(第 90 条)

II 撤销的法律效果

1. 意思表示视为自始无效(第 114 条第 1 项)
2. 表意人的请求权
 - (1) 债权行为被撤销: 不当得利(第 179 条)
 - (2) 物权行为被撤销: 所有物返还请求权(第 767 条)
3. 相对人的请求权
信赖利益损害赔偿请求权(第 91 条)

(1) 要件

- 表意人撤销其意思表示
- 相对人因信意思表示为有效而受有损害
- 相对人非明知或可得而知撤销的原因

(2) 赔偿范围

- 所受损害及所失利益
- 以履行利益为限

第七节 意思表示不自由

一、概说

何谓意思表示错误？何谓意思表示不自由？试阅读“民法”第92条及第93条规定，并与“民法”第88条至第91条加以比较，探讨其规范内容的不同（包括除斥期间）及立法理由，并说明“民法”对诈欺与胁迫为何设不同的规定及其立法上的利益衡量。

基于私法自治及当事人自主原则，表意人于其意思形成与意思决定受到不当干涉时，法律应有保护的必要。为此，“民法”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。”又依第93条规定：“前条之撤销，应于发现诈欺或胁迫终止后，一年内为之。但自意思表示后，经过十年，不得撤销。”应先说明者有三：

1. 错误与诈欺、胁迫。在意思与表示偶然不一致（错误）的情形，其意思表示受干扰的事由存在于表意人本身。在意思表示不自由，其不法干预系来自他人，故法律设不同的规范：（1）其撤销权的除斥期间较长（请比较第93条及第90条）。（2）表意人撤销其受胁迫而为之意思表示时，对善意相对人不负信赖利益损害赔偿赔偿责任。

2. 诈欺与胁迫。对“胁迫”设两点不同于“诈欺”的规定：（1）被胁迫而为意思表示，其胁迫系由第三人所为者，不问相对人明知与否，均得撤销之。（2）被胁迫而为意思表示，其撤销得以之对抗善意第三人。盖以胁迫侵害意思自由较为严重，表意人应受较周全的保护。

3. 竞合关系。“民法”第92条规定得与侵权行为、意思表示错误及物之瑕疵担保责任发生竞合关系，在法律适用上甚属重要。

二、诈欺

1. 何谓诈欺？下列情形是否构成诈欺：① 店员对顾客说：“使用此面霜，1周内滑白如雪。”② 出卖某屋，未告知其系凶宅。③ 甲雇用乙女为秘书时询问曾否堕胎，是否为同性恋，乙未据实告知。

④ 不实夹层屋买卖广告,在何种情形构成对买受人的诈欺?

2. 某甲刚考上驾驶执照,即至乙经营的中古汽车行购车,中意某年度福特千里马,价金 10 万元。甲怀疑该车曾发生车祸,店员丙表示确无其事,甲即付款取车。3 日后,甲的友人详加检查,发现该车确曾严重肇事,甲即开车至乙处,表示撤销买卖合同,请求返还 10 万元,乙表示不知丙的不实陈述,拒不返还。试问甲之主张有无理由?^① 又在此案例,甲得否主张乙应负物的瑕疵担保责任,或以错误为理由,撤销其意思表示,或请求乙应负侵权行为责任?

(一) 诈欺的要件

1. 四个基本要件

诈欺者,使人陷于错误而为意思表示的行为,其要件有四,分述如下:

(1) 须有诈欺行为

① 积极作为:诈欺指对不真实的事实表示其为真实,而使他人陷于错误,加深错误,或保持错误。诈欺得为积极作为,如捏造事实,伪称某车

① 本题不作解说,解题结构,简示如下,请与本文参照阅读:

I. 请求权基础:(第 179 条)

一、乙受有利益

二、致甲受损害

三、无法律上原因

1. 甲之撤销权:(第 92 条)

(1) 受丙之诈欺

(2) 因果关系

(3) 故意

(4) 诈欺之人

① 在无相对人之意思表示:得撤销之

② 有相对人之意思表示

A. 受领人之诈欺:得撤销之

B. 第三人之诈欺:相对人明知或可得而知时,得撤销之

2. 撤销客体:买卖合同

3. 甲行使撤销权

(1) 甲已为撤销之意思表示

(2) 未逾越除斥期间

4. 撤销法律效果

(1) 视为自始无效:第 114 条第 1 项

(2) 撤销客体:买卖合同

(3) 法律上之原因其后不存在

II. 甲得依“民法”第 179 条规定向乙请求返还价金。(请读者自行研究乙对甲的请求权)

系原厂产品;某雕刻系真品。惟些微的夸张不包括在内,如卖瓜者自夸其瓜甜美如蜜,化妆品专柜售货员强调使用某面霜1周,将美白如雪(若不容许此等夸张,生活将多单调无聊!)

② 单纯缄默:消极地隐藏事实(不作为),原则上不成立诈欺,诚如最高法院1944年上字第884号判决所谓:“‘民法’第92条第1项所谓诈欺,虽不以积极之欺罔行为为限,然单纯之缄默,除在法律上、契约上或交易之习惯上就某事项负有告知义务者外,其缄默并无违法性,即与本条项之所谓诈欺不合。”此应就不同法律行为,依诚实原则及交易习惯,并斟酌当事人间信赖关系等个案加以认定。例如古玩拍卖公司应对参加拍买者,说明其真伪。房屋为凶宅时,出卖人有告知义务。

③ 不当询问、不实回答:就相对人提出的问题,有无据实说明义务?对此,原则上应为肯定。但对法律上不容许的问题,如询问应征的女秘书曾否堕胎或怀孕,事涉隐私,若与工作无关,其隐匿事实并无违法性,当不构成诈欺。①

④ 举证责任:主张被诈欺而为意思表示之当事人,应就诈欺行为负举证责任。

(2) 须诈欺行为与表意人陷于错误及为意思表示具有因果关系

意思表示错误的发生须由于诈欺;其为意思表示须由于错误,否则其诈欺行为既未影响意思表示的作成,自不得撤销。例如,甲对乙伪称某车为日本原装,而乙明知其为国产车时,不构成诈欺。相对人是否尽交易上必要注意,对因果关系的成立,不生影响,例如,出卖人伪称某车年份,纵买受人查阅行车执照即可知其不实,亦得撤销其意思表示。

(3) 须有诈欺的故意

故意(直接故意及未必故意),指认识诈欺行为,希望表意人陷于错误,而为意思表示。须注意的是,“民法”第92条规定所称诈欺,不以致被诈欺之人受有财产上损害为必要,与刑法上诈欺意义不同(“刑法”第

① Leibold, AT S. 236; Wolf/Neuner, AT S. 478; 关于意思瑕疵、诈欺、胁迫的基本问题的德国文献, Grigoleit, Abstraktion und Willensmängel—die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, AcP 199 (1999), 379 ff.; v. Lübtow, Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung, in: Festschrift für Bartholomeyczik, 1973, 249 ff.; Windel, Welche Willenserklärungen unterliegen der Einschränkung der Täuschungsanfechtung gem. § 123 Abs. 2 BGB, AcP 199 (1999), 421 ff.

Zhang

339 条)。盖其所保护者，非表意人的财产，乃其意思自由也！

(4) 须施行诈欺之人为相对人或第三人

在无相对人的意思表示（如权利之抛弃、书立遗嘱），不论其施行诈欺者为何人，均得撤销之。在有相对人的意思表示，如诈欺人为当事人一方，他方当事人得撤销其意思表示。

施行诈欺者为第三人时，须以相对人明知其受诈欺，或可得而知者，始得撤销之。盖善意无过失的相对人既未参与，不应使其蒙受不利也。为合理分配当事人承担的危险，所称第三人应作限制解释，不包括相对人使用于缔约行为的代理人或辅助人。故甲向乙购车，乙的业务员丙伪称该车并未遭车祸或非泡水车时（参阅例题 2），纵乙不知其事，甲仍得撤销其意思表示。^①

2. 夹层屋买卖不实广告与诈欺^②

建商以夹层屋买卖不实广告“引诱”消费者购买房屋，在何种情形，构成诈欺，系台湾地区房地产交易的重要问题，纠纷不少，兹整理“最高法院”所采见解如下：

(1) 构成诈欺：“最高法院”2001 年台上字第 475 号判决谓：“上诉人在申请建造执照时，并未为任何夹层设计之申请，有两造不争之系争房屋竣工图及建造执照可稽，竟借由上开广告、海报及自由时报之报导等不实文字，佐以夹层屋之彩色照片，吸引消费者购买系争建物，其明知建造执照未获兴建夹层之许可，又隐匿前述重大影响消费者权益事项，已足使消费者误认系争建物于交屋时或交屋后径行二次施工，即可合法设计夹层之使用空间，并可以较低之价格购买较多之坪数等，显然在广告上故为虚伪不实及引人错误之表示。其就系争‘天母新宿’房地所为之前述销售

① “最高法院”认为下列两种情形不成立诈欺：(1) “最高法院”1967 年台上字第 3380 号判例：“‘民法’上所谓诈欺，系欲相对人陷于错误，故意示以不实之事，令其因错误而为意思表示，收受聘礼后故延婚期，迫使相对人同意退婚，虽志在得财，但不得谓为诈欺，仅属‘民法’第 976 条违反婚约，及同法第 977 条损害赔偿问题。”(2) 先受赠财产，拒不办理离婚协议，参见“最高法院”2006 年台上字第 1437 号判决：“按以特定身份行为为条件之赠与行为，纵于赠与行为完成后，受赠与人即承诺为特定身份行为之一方未依约为特定身份行为，为尊重特定身份行为义务人有为特定身份行为之自由，自不能仅凭其嗣后未依约为特定身份行为，即认其有诈欺，而准许赠与人据以撤销赠与行为。”

② 深入精细的研究，参见陈忠五：《不实广告与夹层屋买卖》（上、下），载《台湾本土法学》1999 年第 2 期，第 66 页；1999 年第 3 期，第 70 页。

广告,亦因同一理由,经‘行政院’公平交易委员会认为该广告有违‘公平交易法’第21条第1项之规定,处以应立即停止就建筑物销售广告上兴建夹层事项,为虚伪不实或引人错误之表示或表征之处分,有该委员会处分书可稽,且为上诉人所不争,堪认上诉人有诈欺之行为无讹。”

(2) 不构成诈欺:“最高法院”2001年台上字第564号判决谓:“本件被上诉人出卖预售房屋时,系以广告图说招徕顾客,上诉人亦仅凭该广告图说以判断该房屋之价值并决定是否买受,倘该广告图说夸大不实,而上诉人即买受人误认广告为真实,致陷于错误而为买受之意思表示,即不能谓非因受诈欺而买受。”相同见解,参见“最高法院”2003年台上字第475号判决。

(3) 欠缺因果关系不构成诈欺:“最高法院”2002年台上字第524号判决谓:“‘民法’第92条第1项规定得撤销之意思表示,在意思表示因被诈欺而为之情形,须表意人因诈欺行为而陷于错误所为,始足当之。是被上诉人若未阅读广告内容,则其自无因上诉人刊登广告之行为陷于错误,而为买受系争房地之意思表示。”

(二) 撤销权的行使,除斥期间及法律效果

1. 撤销权及除斥期间

因被诈欺而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示。为尽速明确法律关系,“民法”第93条规定,此项撤销应于发现诈欺后1年内为之,但自意思表示后已经过10年,纵令再发现,亦不得行使撤销权。

2. 撤销的法律效果

意思表示(法律行为)经撤销者,视为自始无效。例如,甲受乙诈欺出卖某物时,甲撤销其意思表示时,其买卖契约无效。设已将该物所有权移转予乙,而乙复将该物转售予丙,而移转其所有权时,其法律关系如何,涉及“民法”第92条第2项所谓“被诈欺而为之意思表示,其撤销不得以之对抗善意第三人”规定的解释适用,有进一步阐释的必要。

郑玉波先生谓:“例如甲因被乙诈欺而让与其房屋于乙,乙受让后又转让与丙,若丙不知甲有被乙诈欺之情事时,即为善意第三人,此时甲行使撤销权后,甲、乙间之买卖契约虽归无效,但甲不得以其无效,向丙对抗。易言之,即不影响乙、丙间买卖之效力,甲只得向乙请求损害赔偿。”

敬好/说

但丙若属恶意，则不受此保护也。^① 依此见解，甲所撤销者，系甲与乙间的买卖合同，并不及于物权行为。依本书见解，乙与丙间买卖合同（债权行为）的效力，应不因其撤销可否对抗第三人而受影响，纵丙为恶意，其买卖合同亦属有效。

王伯琦先生谓：“如因诈欺而取得之物，已转让第三人时，该第三人善意者，表意人虽撤销其意思表示，不得以其无效对抗该第三人，即第三人与相对人间之转让行为，仍属有效。”^② 其被撤销者，究为债权行为，抑或为物权行为，未臻明确。

本书认为，甲受乙诈欺，出卖某物，并移转其所有权时，均系因受诈欺而为意思表示，具同一瑕疵，并得撤销之。乙将该物转售予丙，其买卖合同固属有效，其移转所有权的行为，则属无权处分，善意之丙得依“民法”第92条第2项主张甲不得以其撤销对抗之，故丙仍取得其所有权。然在此情形，亦有善意取得规定（第801条、第948条、第759条之1）的适用。故“民法”第92条第2项规定于无善意取得情形（如债权让与），始具实益。

(三) 请求权竞合

1. 诈欺与侵权行为

(1) “最高法院”见解

关于诈欺与侵权行为的适用关系，“最高法院”著有两则决议：

① 1974年4月9日1974年度第二次民庭庭推总会议决议(二)：“因受诈欺而为之买卖，在经依法撤销前，并非无效之法律行为，出卖人交付货物而获有请求给付价金之债权，如其财产总额并未因此减少，即无受损害之可言，即不能主张买受人成立侵权行为而对之请求损害赔偿或依不当得利之法则而对之请求返还所受之利益。”

② 1978年11月14日1978年度第十三次民庭庭推总会议决定：“1974年4月9日1974年度第二次民庭庭推总会议议案(二)之决议所谓‘因受诈欺而为之买卖，在经依法撤销前，并非无效之法律行为，出卖人交付货物而获有请求给付价金之债权，如其财产总额并未因此减少，即无受损害之可言，即不能主张买受人成立侵权行为而对之请求损害赔偿’”

① 参见郑玉波：《民法总则》，第293页。

② 参见王伯琦：《民法总则》，第167页。

偿……’旨在阐明侵权行为以实际受有损害为其成立要件。非谓类此事件,在经依法撤销前,当事人纵已受有实际损害,亦不得依侵权行为法则请求损害赔偿。”

(2) 分析讨论

上揭二者决议,以后者较值赞同。所谓侵权行为法则,精确言之,乃指“民法”第184条“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法,加损害于他人者亦同。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”之规定,诈欺通常构成故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人。“刑法”第339条以下关于诈欺罪之规定,属保护他人之法律。又诈欺系侵害表意人的意思自由,得否适用“民法”第184条第1项前段规定,视此项意思自由是否为人格权的保护范围,及所谓自由应否仅限于身体自由而定^①。

需再予强调的是,诈欺所侵害者,系表意人的意思自由,是否受有财产上损害,在所不问。故甲施行诈欺以“高价”购买乙的古董,乙虽未受有财产上损害,亦构成侵权行为。出卖人(被害人)已为履行时,得依损害赔偿恢复原状原则,向买受人(加害人)请求废止契约,返还标的物。

侵权行为损害赔偿请求权与表意人的撤销权得同时并存。申言之,被害人于撤销前或撤销权消灭后,均得主张侵权行为损害赔偿请求权。“民法”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。”对因受诈欺而为买卖所生的侵权行为损害赔偿请求权,亦应适用之^②。

2. 诈欺、物之性质的错误与物的瑕疵担保责任

甲受乙诈欺购买事故车或泡水车,于交付后发现其事时,除得主张乙应负侵权责任外,并得行使下列权利:

① 参见拙著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第117页。关于凶宅的买卖,涉及诈欺、物之瑕疵及侵权行为,参见吴从周两篇论文:《凶宅与物之瑕疵担保》《凶宅、物之瑕疵与侵权行为》,载《特种租赁、使用借贷与诉讼费用》,元照2013年版,第47、51页。

② 参见本条立法理由书:“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。然似此办理,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。”

(1) 诈欺。依“民法”第92条规定，撤销其意思表示，使之视为自始无效(第114条第1项)，再依不当得利规定向乙请求返还其所受领的价金。

(2) 错误。依“民法”第88条第2项规定，撤销其意思表示，使之视为自始无效，再依不当得利规定向乙请求返还其所受领价金。 *内容错误*

(3) 物之瑕疵担保责任。依“民法”关于物之瑕疵担保责任(第359条)规定解除契约或请求减少价金。

甲得向乙主张的各种权利，得竞合并存，究选择行使何者，应由甲就个案考量各请求权基础的要件、效果及举证责任等加以决定。

三、胁迫

1. 何谓胁迫？下列情形是否构成胁迫？表意人得否主张撤销其意思表示：

① 甲告诉乙：“赠丙某车，否则揭露婚外情。”乙赠丙某车并交付之，丙不知其事。 *剥夺真时记忆* *第三人胁迫*

② 甲对乙曰：“给我100万元，否则告发所制造沙拉油添加禁用原料、标示不实。”乙深恐后果严重，即为付款。 *剥夺* *第三人胁迫*

2. 甲经营药厂，亏损甚巨，欲向乙贷款200万元。乙要求有殷实的保证人。甲一时难以寻找，情况窘迫。甲之弟丙在某医院担任检验师，知丁医师误用药物致人于死，以告发其事胁迫丁为甲作保，甲非因过失不知其事。3个月后，丁误用药物之事被举发，正由检察官侦查中。丁乃以受胁迫为理由向乙表示撤销保证。试问：

① 丁对乙表示撤销保证，有无理由？ *第三人胁迫* ✓

② 乙对其因信丁之意思表示为有效所受之损害，得否向丁请求赔偿？ *同内* *第三人胁迫*

③ 丁自胁迫终止后1年内未撤销其保证时，有无其他救济方法？ *剥夺真时记忆* *甲 → 乙*

(一) 胁迫的要件

在上揭例2，丁得否撤销其保证契约，端视其是否被胁迫而定。胁迫者，指相对人或第三人故意告以危害致生恐惧而为意思表示之行为而言。其构成要件有四： *丙 → 丁*

你不嫁给我我就杀你

- ① 须有胁迫行为。
- ② 须相对人因胁迫发生恐怖及为意思表示(因果关系)。
- ③ 须胁迫人有胁迫之故意。
- ④ 须其胁迫系属不法。

你不嫁给我我就杀你

主张被胁迫而为意思表示的当事人,应就此项事实负举证责任。此项举证责任分配同于被诈欺而为意思表示的情形。

(1) 胁迫行为,乃表示危害的行为。危害,指任何将来的不利益,如殴打、杀害、终止契约、泄露秘密或拘捕。为胁迫之人不以具有识别能力为必要,醉汉持刀索取财物,亦得成立胁迫。胁迫行为得由相对人为之,亦得由第三人为之。胁迫系由第三人所为者,相对人虽属善意,表意人仍得撤销之(第92条第1项但书反面推论)。盖胁迫行为对表意人意思自由影响甚大,应优先予以保护。

在前掲例题2,丙对丁表示,若不为保证,即举发其犯罪,告以将来发生的不利益,虽由第三人施行胁迫行为,不论乙是否明知其事,对丁的撤销权不生影响。

(2) 丁系受丙之胁迫而发生恐怖,并因此恐怖而为甲作保,丙之施行胁迫与丁之发生恐怖及为意思表示,具有因果关系。

(3) 丙以举发丁误用药物致人于死之事相胁,具有使丁陷于恐怖及因恐怖而为保证之故意。

(4) 胁迫行为须具不法性,“民法”第92条虽未设明文规定,但解释上应为肯定。为胁迫者是否具有违法性的认识,在所不问。倘非不法,

客观上不法,不以主观认识为必要

① 在“最高法院”1951年台上字第610号判决一案,甲将耕地出租予乙,订约时督导人员丙对甲声言,如不照乡公所指示订约,即予拘捕,致甲心生畏怖,而与乙依耕地正产物收获总额250%订约。“最高法院”认为甲系受胁迫,得撤销其意思表示(《裁判类编·民法法》(1),第606页)。又在“最高法院”1966年台上字第1016号判决一案,某公司职员侵占会款420万余元,该职员之保证人为图减轻保证责任,向该公司经理要求仅赔偿12万余元,请公司抛弃其余部分之请求并咬舌自杀而至昏厥,该经理恐生意外,遂予同意,在和解书上盖章,其后该公司以该经理受胁迫为理由,通知他方,使他方发生恐怖而为意思表示。保证人咬舌自杀而至于昏厥,与表示加害他方之情形不同[《裁判类编·民法法》(9),第171页]。

② 相关案例参见“最高法院”1998年台上字第2173号判决:“按‘民法’第92条规定所谓因被胁迫而为意思表示,系指因相对人或第三人以不法危害之言语或举动加诸表意人,使其心生恐怖,致为意思表示而言。本件被上诉人公司空服处人评会就上诉人人与刘××间发生感情纠纷,影响其空服员形象等事件所为建议解雇上诉人之决议,乃属该会之职权行使,被上诉人所属空服处经理林××于人评会结束后,将上开决议告知上诉人,并就其申请辞职与提交被上诉人总公司人评会议处之结果,为上诉人分析其利弊得失,供其自行研判,并非不法之危害,即无胁迫之可言。”

表意人不得撤销其意思表示。例如，债权人甲告知债务人乙，若不于相当期间依债之本旨给付时，即解除契约，显示之以利害，但不具可非难性，不构成胁迫。胁迫之具不法性，其情形有三：

① 手段不法，如“若不出卖汝地，即杀害之”。买卖虽为法之所许，但以杀害为达成之手段，因其手段不当而具有不法性。

② 目的不法，如“若不出资经营赌场，即告发逃漏税之事”。告发逃漏税，虽属合法，且为人民应尽义务；但因出于达成法律禁止或违反公序良俗之行为而具有不法性。

③ 手段与目的关联之不法，手段与目的，分别观之，均属合法者，如“若不偿债，即起诉请求”。盖偿债系债务人应尽之义务，而诉讼本为索债之正当方法。惟于例外情形，倘手段与目的失其平衡、欠缺相当性时，亦具有不法性，此应斟酌一切情事，尤其须考量施行胁迫者对其所欲促成之意思表示是否具有正当利益，以及依胁迫之方法实现此项利益是否适宜加以判断。

关于手段与目的关连是否不法，实务上最值重视者，系告发犯罪。^①

甲无照驾车违规超速撞伤乙，乙对甲曰：“汝若不速为损害赔偿，即告发汝罪。”其目的与手段有内在关联，不具不法性，自不待言。^②在前揭例题2，保证行为本为法之所许，告发犯罪亦无不当，但以告发犯罪为手段胁迫为人作保，其目的非在于恢复所生的损害，与犯罪行为不具内在关系，显失平衡，具有不法性，实堪认定。

综据上述，在前揭例题2丁系被第三人丙胁迫而与乙订立保证契约，乙虽不知或非因过失而不知丁遭胁迫之事，丁仍得撤销之。保证契约经撤销者，视为自始无效（第114条第1项），故丁于甲不履行债务时，不代负履行责任。

① “最高法院”1965年台上字第2955号判决谓：“民法”第92条第1项所谓被胁迫而为意思表示，系指相对人或第三人以故意告以危害，致生恐怖所由之意思表示而言，且此项胁迫必以不法之危害为限，系争和解契约，纵系因蔡某向“立监两院”等机关缠扰不休而被迫签订，但仅向“立监两院”陈述或警察机关告发，尚难认为不法之胁迫[《裁判类编·民事法》(8)，第897页]。

② “最高法院”1974年台上字第758号判决一案，丙虚设公司向甲诈购皮货，该公司营业所系由丙之兄乙承租，乙亦住该所，甲因认乙有参与诈欺之行为，向警方告诉，刑警向乙称未和解不能交保，乙卒于载明“乙因其胞弟丙为该公司之一份子，因欠甲贷款发生纠纷，由乙代丙分别偿付4万元”之和解书上签名盖章。“最高法院”认为刑警所为不能认系胁迫，乙以受胁迫为理由，撤销意思表示，为无理由（《法令月刊》，第26卷第4期，第23页）。

(二) 效果

(1) 意思表示的撤销:债权行为、物权行为

因被胁迫而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示(第92条第1项)。意思表示(法律行为)经撤销者,视为自始无效(第114条)。其得撤销者,包括债权行为及物权行为。例如,甲以公开乙与某妇的隐私,胁迫乙赠与某车时,乙并得撤销赠与契约及移转该车所有权(第761条)的物权行为,使两者归于无效,而向甲主张返还该车所有权(第767条第1项前段)。债权行为与物权行为

关于被胁迫者得主张的权利与其他请求权(尤其是债权行为)的竞合,请参照关于诈欺相关问题的说明,兹不赘述。

(2) 信赖利益的赔偿

在意思表示错误的情形,表意人撤销其意思表示时,对于信其意思表示为有效而受损害之善意相对人或第三人应负赔偿责任(第91条)。关于胁迫(或诈欺)并无类似规定,相对人本身为胁迫时,表意人不承担任何损害赔偿,应属当然。设胁迫系由第三人所为时,善意相对人就其信赖利益得否请求损害赔偿,不无疑问。德国学者有认为,在此情形应类推适用表意人撤销其错误意思表示规定(《德国民法》第122条),而采肯定说,其主要理由系表意人应承担第三人为胁迫的危险。^①惟受胁迫之人,系处于不自由的状态而为意思表示,似有优先于善意相对人而受保护,故此项见解是否可采,仍有研究余地。^②王伯琦先生认为:“胁迫系由第三人所为者,不问相对人知之与否,只需表意人之意思系受胁迫而为者,即得撤销,相对人如受有损害时,自得依侵权行为之规定请求该第三人赔偿。”^③此项见解,可资赞同。故在本例题,乙就信其保证契约为有效所受损害(如缔约费用),不得向丁请求赔偿,但得向为胁迫的第三人丙主张依侵权行为的规定请求损害赔偿。

(3) 除斥期间与拒绝履行因胁迫而负担的债务

受胁迫而为之意思表示,表意人应于胁迫终止后1年内撤销之,但自意思表示后经过10年,不得撤销(第93条)。在前揭例题,丁受丙胁迫为

① MünchKomm/Kramer § 123, Rdnr. 41; 参见 Köhler, AT S. 94; Rütters/Stadler, AT S. 382.

② Erman/Brox § 123, Rdnr. 72; Medicus, AT S. 337.

③ 参见王伯琦:《民法总则》,第170页。

甲作保,而与乙订立保证契约,于胁迫终止后1年内,乙向丁请求履行保证责任时,丁以受胁迫为理由而拒绝时,在解释上并得认为丁系依默示意思行使撤销权。^①

设丁于除斥期间经过后未行使撤销权时,得否拒绝履行保证责任? 最高法院1939年上字第1282号判例谓:“因被胁迫而为负担债务之意思表示者,即为侵权行为之被害人,该被害人固得于民法第93条所定之期间内,撤销其负担债务之意思表示,使其债务归于消灭,但被害人于其撤销权因经过此项期间而消灭后,仍不妨于民法第197条第1项所定之时效未完成前,本于侵权行为之损害赔偿请求权,请求废止加害人之债权,即在此项时效完成后,依民法第198条之规定,亦得拒绝履行。”在本例题,丁虽系受第三人丙胁迫,而为保证,负担债务,亦为侵权行为之被害人,应解为仍得请求废止乙之债权,并依“民法”第198条规定拒绝履行。

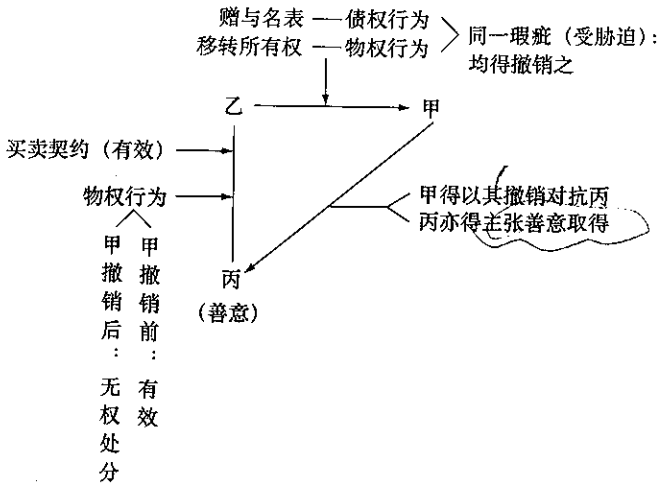
(4) 对抗善意第三人及第三人善意取得

被胁迫而为意思表示者,其撤销得对抗善意之第三人(第92条第2项反面推论)。惟“民法”设有善意取得规定者,应优先适用之。例如甲受乙胁迫,赠与某名表,并依让与合意交付之,乙转售予丙,并依让与合意交付之。于此情形,甲因受乙胁迫而为赠与某表及让与其所有权的意思表示,具有同一瑕疵,并得撤销之,视为自始无效(第114条第1项),乙既溯及未取得该表所有权,其出卖表于丙的契约(出卖他人之物),固属有效,但让与其所有权的物权行为(第761条),则属无权处分,丙虽不得以其善意对抗甲,但得主张善意取得该表所有权(第801条、第948条)。^② 为便于观察,将此例所涉及的法律关系图示如下:

善意取得的规定
不得对抗的规定

① “最高法院”1969年台上字第1938号判例谓:“因被胁迫而为之意思表示,依‘民法’第92条及第93条之规定,表意人非不得于一年内撤销之。而此项撤销权,只须当事人以意思表示为之,并不须任何方式,上诉理由状固亦为意思表示之一种,上诉人既于上诉理由状中表示撤销之意思,倘被上诉人果有胁迫上诉人立借据情事,即不能谓上诉人尚未行使撤销权。”可资参照。

② 较详细的说明,参见拙著:《受诈欺或胁迫而为意思表示之效力在实例之分析》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版,第25页。



四、体系构成与实例研习

(一) 体系构成

意思瑕疵系法律行为及私法自治的核心问题,兹综合前述,组成如下体系:

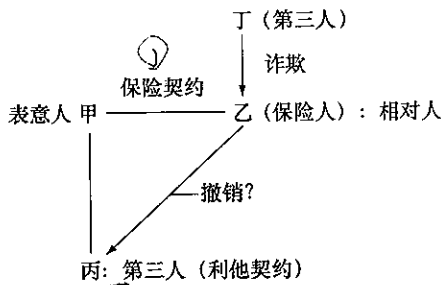
内容类别	类型	条文	保护利益	要件	效果	除斥期间	竞合问题
意思表示瑕疵体系	不一致 (错误)	第88条第1项 第88条第2项	意思健全	参阅本书相关部分说明	1. 得撤销 2. 负担行为或处分行为?	第90条	比较异同及理由 物之瑕疵担保
	不自由	诈欺: 第92条 胁迫: 第93条	意思自主	参阅本书相关部分说明		第93条	侵权行为 (第184条第1项前段或后段)

来回思考、法律关系

- 案例
- 甲赠A书(仿品),误交B书(真品)。交付后经过1年发现其事,得否撤销?
 - 甲向乙购中古车,交付经过1年,甲发现该车体严重泡水车,得否撤销?
 - 甲受乙胁迫,为丙作保。1年后乙死亡,甲得否撤销保证契约?
 - 参阅本书案例
 - 运用想象力构思案例。

(二) 实例研习

甲向乙保险公司投保人寿保险，以其妻丙为受益人。乙要求甲提供公立医院身体检查表。某公立医院主治医师丁发现甲有末期直肠癌，因与甲熟识，未记入身体检查表，并将此事告知丙。半年后甲因癌症死亡，丙请求保险金，乙保险公司调查后发现真相。试问乙得否以受诈欺为理由对丙撤销保险契约，拒付保险金？



乙保险公司对丙拒付保险金，须以撤销保险契约为必要。“民法”第92条第1项规定，因被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，以相对人明知其事情或可得而知者为限，始得撤销之。甲与乙保险公司订立人寿保险契约，甲系表意人，乙系受领意思表示的相对人。甲未对乙为诈欺，其对乙施行诈欺者，系第三人丁医师。在此情形，甲不知或非因过失而不知第三人丁施行诈欺，乙保险公司不得撤销其意思表示。又丙系第三人利益契约之第三人，对于乙虽得直接请求给付保险金，但非属保险契约当事人，故纵其明知或可得而知诈欺之事情，乙(利益第三人契约上之债务人)仍不得依“民法”第92条规定撤销其意思表示。此种结果不合事理，甚为显然，故《德国民法》第123条第2项特别规定：“意思表示相对人以外之人，因意思表示而直接取得权利者，以该取得人对于诈欺明知或可得而知者为限，得对之撤销其意思表示。”“民法”虽无明文，但通说认为解释上亦应相同，始符合诚实信用原则，并维持当事人间之公平，以实现协同的生活秩序。^①准此以言，乙保险公司，因被第三人丁医生诈欺而与甲订立人寿保险契约，受益人丙明知第三人施行诈欺的情事，得对丙撤销保险契约。保险契约经撤销者，视为自始

① 参见洪逊欣：《民法总则》，第405页；史尚宽：《民法总论》，第386页。

Handwritten notes and diagrams on the right side of the page. At the top right, there is a circled 'D'. Below it, a large circle contains the characters '123'. To the right of the main text, there are vertical handwritten notes: '比' (Comparison), '转' (Transfer), '法' (Law), '解' (Interpretation), '释' (Explanation). At the bottom right, there are more handwritten notes: '诈欺' (Fraud), '不知' (Ignorance), 'X' (crossed out), '总' (Total), '意' (Intent), '人' (Person), '知' (Know), '情' (Situation), '事' (Matter), '得' (Can), '对' (Against), '丙' (C), '撤' (Revoke), '销' (Cancel), '保' (Insurance), '险' (Contract), '契' (Agreement), '约' (Contract).

无效(第114条第1项),故乙保险公司对丙无支付保险金义务。^①

第八节 意思表示的解释

一、意思表示解释的基本问题

1. 甲出售某店铺予乙,价金新台币(下同)2.8万元,书立觉书,附有日后甲中奖,得以时价买回之条件。甲以中奖10元,条件已成就,请求买回该屋,有无理由(参照“最高法院”1955年台上字第1103号判决)?^② *解释*

2. 某法律系学生在大学附近甲经营的饭馆用餐,私自带走菜单作为纪念。多年后该生已成为有名法官,良心不安,秘密放回该菜单。某乙初次到甲饭馆,见该菜单,惊喜于菜美价廉,乃告诉甲曰:“高级豪华特餐一份。”甲表示:“谢谢。”乙尽情愉快享受晚餐。付款时,发现事实真相,该菜单所载价格已涨一倍。试说明甲与乙间的法律关系。^③ *契约是否成立 → 否* *不当得利 → 是* *可否撤销*

(一) 意思表示解释的重要性

法律人的主要工作在于解释,其客体有二,法律和意思表示,二者均在正确理解其解释对象。意思表示的解释应与法律解释同受重视,亦属

^① 关于保险契约的撤销,有一则案例,可供参照:1997年11月5日1997年第九次民事庭会议决议:“院长”提议:“保险法”第64条第1项规定,订立契约时,要保人对于保险人之书面询问,应据实说明。如要保人有同条第2项故意隐瞒,或因过失遗漏,或为不实之说明,足以变更或减少保险人对于危险之估计之情形者,保险人固得于同条第3项所定期限内解除契约。惟保险人逾此期限,而未为解除契约者,得否又依“民法”第92条规定以其系被诈欺而为意思表示为由,撤销其意思表示?决议:“保险法”第64条之规定,乃保险契约中保险人因被诈欺而为意思表示之特别规定,应排除“民法”第92条规定之适用。否则,将使“保险法”第64条第2项对契约解除权行使之限制规定,形同具文。

^② 参见《裁判类编·民事法》(3),第817页。

^③ 此例参照德国法儒 Rudolf v. Jhering 在其 *Zivilrechtsfälle ohne Entscheidung* 一书所设实例,引自 Medicus, AT S. 126; Larenz, AT 7. Aufl., S. 540; Wieser, Zurechenbarkeit des Erklärungsinhalts, AcP 184 (1984), 40 ff.

法律人应予学习掌握的能力、技巧及艺术。^①

意思表示的解释涉及以下三个层次的问题：

(1) 某特定行为(作为或不作为)是否为意思表示？此在决定该行为究系法律行为(契约)，抑或为好意施惠行为。

(2) 意思表示(或法律行为)的内容如何？就契约言，其应经由解释而认定的，尚包括：

① 一方当事人所表示，究为要约的引诱，抑或为要约？^②

② 契约是否因当事人互相意思表示一致而成立？

③ 所订立契约(如借名登记契约)，究属何种类型：A. 有名契约，抑或为无名契约？如为有名契约，则究属何种有名契约。如为无名契约，则究为纯粹无名契约、混合契约，或准混合契约？B. 预约抑或为本约？^③ 此项认定的功能在于适用或类推适用某类型契约的强行或任意规定。

④ 契约附有约款时，其约款究为条件、期限或负担。如为条件，究为解除条件，抑或为停止条件。^④ 所约定的若为条件，其条件是否成就(参阅例题1)？

(3) 意思表示(尤其是契约)是否有所谓的“漏洞”，应如何予以补充？

(二) 例题解说

在前掲例题1(中奖买回房屋)，甲与乙所立觉书中关于甲于日后中

① 关于法律解释，参见拙著：《法律思维与民法实例》，北京大学出版社2009年版，第166页。关于契约解释在比较法上的分析，最属简明者，参见Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, I, 1996, S. 162 ff.; Karl Riesenhuber, *Europäischer Vertragsrecht*, 2003, S. 26 ff.; Hein Kötz, *Vertragsauslegung—eine rechtsvergleichende Skizze*, in: FS Zeuner (Tübingen, 1994), S. 219 ff.

② “最高法院”1962年台上字第3121年判决：“‘公产机关’通知承租人办理国有特种房地申购手续，其性质为要约之引诱，上诉人既未依照通知，提出承购申请书为要约之意思表示，两造间之买卖契约显未合法成立。”

③ 关于契约类型及其认定，参见拙著：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第132页以下。“最高法院”1975年台上字第1567号判决：“预约系约定将来订立一定契约(本约)之契约。倘将来系依所订之契约履行而无须另订本约者，纵名为预约，仍非预约。本件两造所订契约，虽名为‘土地买卖预约书’，但买卖坪数、价金、缴纳价款、移转登记期限等均经明确约定，并非并无将来订立买卖本约之约定，且自第3条以下，均为双方照所订契约履行之约定，自属本约而非预约。”

④ 参见“最高法院”1951年台上字第1636号判例：“‘土地法’第103条之规定，并非禁止租用基地建筑房屋之契约附有解除条件，亦不排除民法所定解除条件成就之效果，上诉人与某甲所订如业主需要随时可拆迁基地之特约，自应解为附有解除条件。”

奖,得以时价买回的停止条件,究系指甲于日后中奖金额在2.8万元以上时,条件始告成就;抑或指甲中奖时,条件即为成就,中奖金额多少在所不问;甚至系指甲有钱时,即得以时价买回,诚有疑义。既有疑义,必须经由解释探求当事人的真意。“最高法院”认为甲中奖10元,条件未成就,请求买回该屋,为无理由。盖该屋在买卖当时既值2.8万元,而觉书又未记载得以中奖10元为条件可以买回,依据觉书之文义,亦应解释为中奖金额在2.8万元以上时,始合于约定之真意,则觉书中所谓中奖即不包括爱国奖券之10元在内。“最高法院”此项认定是否确实符合当事人真意,暂不具论,其须强调者,系法律行为解释的必要,并为法律实务上的重要问题。

例题2(菜单案件)涉及意思表示解释的基本问题:菜单究为要约引诱抑或为要约?乙依旧菜单而点菜,若为要约,是否与甲的承诺内容一致而成立契约,故乙仅需依旧菜单支付价金。于此情形,甲得否以意思表示错误撤销其意思表示?抑或其买卖契约不成立,而有不当得利规定的适用?此一案例凸显意思表示解释的任务在于衡量当事人的利益,合理分配因不同了解立场而发生不同认知的危险。^① 招引 > 招决

二、意思表示解释之目的、客体及方法

1. 试分析比较意思表示与法律解释的不同。
2. 阅读“最高法院”历年关于意思表示解释的重要判例(全文),分析整理其对意思表示解释之目的、客体及方法的基本见解。
3. 应否区别无相对人及有相对人的意思表示,而采不同的解释方法?

意思表示解释及法律解释,因其客体不同,而有本质上的差异。法律系抽象、概括的规范,以不特定的多数人为对象。意思表示通常系对特定人为之,须特别顾及相对人个别理解的可能性,及当事人依该意思表示

^① “最高法院”2006年台上字第151号判决谓:“‘民法’上所谓意思表示,系指表意人将企图发生一定私法效果之意思,表示于外部之行为而言。又依‘民法’第153条规定观之,意思表示之方式,有明示与默示之分,前者乃表意人将其所欲发生之效果意思表示于外,例如买受人向出卖人表示愿以若干价格购买何物是;后者则由表意人之某项举动或其他情事间接推知其企图发生何私法效果之意思所在,例如进入餐厅坐于餐桌旁之坐椅要求服务生提供菜单目录,有默示用餐之意思。”要求服务生提供菜单目录,是否为默示意思表示,尚有研究余地。

(法律行为、契约)所欲实现的私法上效果。故意思表示的解释应有不同于法律解释目的之客体及方法。^①

(一) 意思表示解释之目的

“民法”第98条规定：“解释意思表示，应探求当事人之真意，不得拘泥于所用之辞句。”由是可知意思表示解释之目的乃在探求当事人之“真意”。问题在于“当事人之真意”，究指何而言。意思表示旨在发生一定的法律效果，表意人内心的效果意思体现于外部的表示，意思表示解释所要探求的真意，应依意思表示的种类(如有无相对人)，及解释的层次(阐释性解释及补充解释)而有不同：在有相对人的意思表示，应顾及相对人了解的可能性，以探求表示行为的客观意义；在补充解释，其所探求者，乃所谓“假设当事人的意思”，以补充意思表示(尤其是契约)内容的不备。

(二) 意思表示解释的客体

意思表示解释之目的，在于探求当事人的“真意”，但其解释的客体，则是体现于一定行为(如信函、传真、E-mail、举手、点头)的“表示”。最高法院1930年王字第28号判例谓：“解释当事人所立书据之真意，以当时之事实及其他一切证据资料为其判断之标准，不能拘泥于字面或截取书据中一二语，任意推解致失真意。”其中探求“真意”为解释目的，“书据”为解释客体，“当时之事实及其他一切证据资料”等，则为解释所用的材料。

解释客体的表示行为，得为“作为”或“不作为”。作为包括明示或默示。不作为之构成意思表示须有当事人的约定，或依交易惯例及诚信原则而为认定。兹举两例加以说明：

(1) 甲对乙曰：“前日受你诈欺，购买某泡水车，请退还所付价金。”此属明示表示，其真意究为“撤销”其受诈欺之意思表示，抑或行使物之瑕疵担保权利，“解除”契约(第359条)，应依相关证据资料，探求当事人真意，加以认定。

(2) 甲在乙便利商店径行取走一份报纸，放置15元硬币于柜台，不发一语而离去，乃默示表示其订立买卖契约及移转15元硬币所有权，及取得该份报纸所有权的意思表示。

^① Mayer Maly, Bemerkungen zum Verhältnis der Gesetzesinterpretation und der Auslegung von Rechtsgeschäften, in: Theorie der Normen, Festgabe Weinberg, 1984, S. 583.

(3) 甲对乙曰：“贵书局出版民法新书，请即寄送。若不买，3日内退还。”乙寄某民法总则于甲，甲于3日内未退书，因其缄默而成立承诺的意思表示。

沈恩林 书

(三) 意思表示解释的方法

1. 基本原则“最高法院”1976年台上字第2135号判决

关于如何解释意思表示，探求当事人真意；最高法院判例多涉及契约，认为：“解释当事人之契约，应于文义上及论理上详为推求，不得拘泥字面，致失当时立约之真意”（最高法院1930年上字第58号判例），“契约应以当事人立约当时之真意为准，而真意何在，又应以过去事实及其他一切证据资料为断定之标准，不能拘泥文字致失真意。”（最高法院1930年上字第453号判例）。“解释当事人之契约，应以当事人立约当时之真意为准，而真意何在，又应以过去事实及其他一切证据资料为断定之标准，不能拘泥文字致失真意。”（“最高法院”1950年台上字第1053号判例）。其较综合的见解，见于“最高法院”1976年台上字第2135号判决^①：“第按解释契约，应探求当事人立约时之真意^②，而于文义上及论理上详为推求当事人之真意如何？又应斟酌订立契约当时及过去之事实，其经济目的及交易上之习惯，而本于经验法则，基于诚实信用原则而为判断。”此为“最高法院”一再援用解释意思表示（契约）的基本原则，应特别指出的有^③三点：

① 契约文字与当事人真意：解释契约，固须探求当事人立约时之真意，不能拘泥于契约之文字，但契约文字业已表示当事人真意，无须别事探求者，即不得舍文字而更为曲解。

② 交易习惯与诚实信用（契约解释的客观化）：将交易习惯及诚实信用原则作为解释的准据，在解释方法上具有突破性的意义，使意思表示的解释得以客观化。“民法”第98条，系仿自《德国民法》第133条，该规定本身则沿自罗马法，以无相对人意思表示（尤其是遗嘱）为规范对象，致受批评。《德国民法》第157条又规定：“契约应顾及交易上惯例及依诚实信用原则解释之。”判例学说均结合《德国民法》第133条及第157条

^① 参见《法令月刊》，第30卷2期，第20页。

^② “最高法院”1960年台上字第303号判例：“解释当事人立约之真意，除双方中途有变更立约内容之同意，应从其变更以为解释外，均以当事人立约当时之真意为准。”

而解释意思表示及契约,足供参考。

③ 解释因素的综合判断:意思表示(尤其是契约)解释的思考方法同于法律解释^①,需综合其文义、体系(条款的关联性)、发生史(缔约的磋商过去的事实等)及契约目的(经济目的或交易目的),本着经验法则及诚信原则而为判断,并应详为论证,落实于个案的检验。^②

2. 无相对人或有相对人意思表示的解释

意思表示,可分为无相对人的意思表示及有相对人的意思表示,其解释方法应有不同:

(1) 无相对人的意思表示的解释

无相对人的意思表示,指意思表示不必向相对人为之,即能生效,如权利的抛弃、书立遗嘱。于此等情形,既无相对人信赖保护问题,其应探求的当事人真意,指内心意思而言,但仍须依诚实信用及交易惯例加以认定。例如,甲嗜酒如爱书,常以图书馆称其酒窖,其遗嘱载明:“以图书馆遗赠某乙。”某乙为甲的酒友,探求甲的真意,应认甲遗赠予乙者,乃酒窖的藏酒。^③

利益衡量

(2) 有相对人的意思表示的解释

有相对人的意思表示,须向相对人为之始能生效,如要约、承诺、解除、撤销、终止等,其目的在使相对人得能知悉意思表示的内容,从而其应探求者,非系表意人内心的真意,否则民法关于意思表示错误的规定,即无适用余地。唯单从相对人了解的立场而为解释,亦不足保护表意人。为平衡当事人的利益及合理分配危险,应以客观上的表示价值作为认定意思表示内容的准据(规范的解释 Normative Auslegung)。例如,甲致函予乙,内心意在出售 A 地,而误书为 B 地时,自客观化受领人的立场(Der

认定客观自由 → 客观化受领人立场 → 法律

① 在法律解释方法论上有所谓的符合宪法的法律解释 (Verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes)。在意思表示(法律行为)的解释上,亦有所谓符合法律或公序良俗的契约解释,参见 Johannes Hager, Gesetzesund Sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983。在台湾地区实务上,虽无相关案例可供分析,但方法论上实值注意。

② 参见“最高法院”1996 年台上字第 2585 号判决:“解释当事人之契约,应于文义上及论理上详为推求,以当时之事实及其他一切证据资料为其判断标准,不能拘泥字面,致失当时立约之真意。两造对于契约约定之真意如有争执,法院自应探求当事人订约之真意,而为判断,并将如何斟酌调查证据之结果,形成自由心证之理由载明于判决,否则即有判决不备理由之违法。”

③ 此为德国教科书常举的案例 (Brox/Walker, AT S. 61)。台湾地区实务上未见关于无相对人意思表示解释的判决,特为引用,以供参考。

甲的A, 甲说B, 不成文。
甲的B(实际A), 甲说B, 成立, 错误作何, 仍保留

objektivierte Empfängerhorizont)加以判断,应认为甲的“真意”在于出售 B 地,惟甲得以表示行为上错误而撤销其意思表示,但须负信赖利益之赔偿责任(第 88 条、第 91 条)。在此种解释,一方面,要求表意人于表示其意思时,应顾及相对人了解可能性;另一方面,相对人亦须尽必要注意去正确了解表意人之所欲,故在解释上应特别斟酌相对人明知或可得而知的事实,并就磋商过程、交易目的及利益状态,依交易惯例及诚实信用原则加以综合判断。^①

3. 解释准则

实务上案例多涉及有相对人意思表示的解释问题。兹举四个“最高法院”所使用的解释准则:

(1) “用语错误无害真意”原则^②

最高法院 1948 年上字第 7691 号判例谓:契约解除权之行使,依民法第 258 条第 1 项之规定,应由当事人向他方当事人以意思表示为之,不得请求法院为宣告解除之形成判决。此项意思表示本不限于诉讼外为之,亦无一定方式,苟于诉讼上以书状或言词,由有解除权人向他方当事人表示其解除契约之意思,即应认为有解除之效力。

本件判例系采“误载(或误言),无害真意”(falsa demonstratio non nocet)的解释方法。就表意人言,其真意乃在解除契约,就相对人可理解的表示意义言,亦属如此,最高法院肯定得发生解除的效力,实值赞同。在著名的 Haakjöringsköd 案件^③,德国帝国法院认为:如买卖双方当事人都使用 Haakjöringsköd 表示鲸鱼肉,而该词通常定义是鲨鱼肉,则契约内容系关于鲸鱼肉,如卖方交付鲨鱼肉,买方得以债务不履行请求损害赔偿

又为当事人解除契约一如合同书所载无妨

^① “最高法院”1999 年台上字第 1671 号判决称:“表意人所为表示行为之言语、文字或举动,如无特别情事,应以交易上应有之意义而为解释,如以与交易惯行不同之意思为解释时,限于对话人知其情事或可得而知,否则仍不能逸出交易惯行的意义。解释意思表示端在探求表意为意思表示之目的性及法律行为之和谐性,解释契约尤须斟酌交易上之习惯及经济目的,依诚信原则而为之。关于法律行为之解释方法,应以当事人所欲达到之目的、习惯、任意法规及诚信原则为标准,合理解释之,其中应将目的列为最先,习惯次之,任意法规又次之,诚信原则始终介于其间以修正或补足之。”此判决理由特别提出“对话人”,甚具意义,其内容甚为丰富,但何谓“法律行为的和谐性”,为何将任意法规列入解释方法,如何决定各种解释标准的顺序及彼此间的关联,仍有研究余地。

^② Semmelmayr, “Falsa demonstratio non nocet”, JuS 1996, L9 ff.; Wieling, Die Bedeutung der Regel “Falsa demonstratio non nocet” im Vertragsrecht, AcP 172 (1972), 297 ff.

^③ Cordes, Der Haakjöringsköd, 1991, 352 ff.

(RGZ 99, 148)。

(2) 意义明确原则

“最高法院”1997年台上字第3873号判决谓：“按探求契约当事人之真意，应通观契约全文，依诚信原则，从契约之主要目的及经济价值等作全盘观察，若契约文字，有辞句模糊，或文义模棱两可时，固不得拘泥于所用之辞句，但解释之际，并非必须舍辞句而他求，倘契约文字业已表示当事人真意，无须别事探求者，即不能反舍契约文字更为曲解。查系争协议书第4条第3项既明白约定契约当事人之一方如将其股份移转予第三人前，应征求他方之书面同意，则其契约文字，似无辞句模糊、文义模棱两可之情形，原审未遑就契约全文作全盘之观察，借以探求当事人间作此约定之主要目的何在？率以所谓书面同意之‘书面’，仅系证明业经同意之证据方法，并非必备之法定方式，而为不利于上诉人之判决，尚嫌速断。”

“最高法院”系采所谓的“意义明确原则”(Eindeutigkeitsprinzip)^①，即契约文字不能违反其明确的文义而为解释。此就原则言，固属正确，但认定“其契约文字，似无辞句模糊，文义模棱两可之情形”，实乃经由解释所获的结论。

(3) 社会一般人通念

“最高法院”1997年台上字第1843号判决：“系争离婚协议书第5条虽仅记载‘男方某名下坐落于台北市复兴南路二段○○○巷○号房屋一幢(原判决载为一栋)过户给女方’，惟两造均非专习法律之人，其用字遣词自难与法律所规定完全一致，参酌两造系约定‘房屋一栋过户’及社会一般人之通念，应认两造约定赠与者，除系争房屋外，尚包括该房屋坐落之基地。”

在本件，“最高法院”提出“社会一般人之通念”的解释标准，其应探求者，非表意人之内心意思，而是客观上得认知的意思，即所谓的“规范意义”(Normativer Sinn)^②。赠与房屋一幢过户，倘不包括该房屋坐落之基

^① 此为罗马法学家 Paul 在法学汇编(Dig. 32, 25, 1)所提出的解释原则：Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio, also; Wo der Wortlaut keine Mehrdeutigkeit aufweist, ist die Frage nach dem Willen unzulässig。(文义无歧义者，不许探究内心意思)，引自 Medicus, AT S. 134; Scherer, Die Auslegung von Willenserklärungen “klaren und eindeutigen” Wortlauts, 1988, 302 ff.

^② Wieser, Empirische und Normative Auslegung, JZ 1985, 407 ff.

地,则受赠人占有基地的本权,将引起争议。又此项赠与系基于离婚协议,应特别考虑其交易目的及相对人的保护,衡诸诚实信用原则,肯定其赠与“房屋一幢过户”的约定及于该屋坐落的基地。

(4) 书面契约完整

“最高法院”2004年台上字第988号判决谓:“按当事人于订立书面契约时,如未将先前洽商有关契约履行之事项以文字记载于契约者,除法律另有规定或另有变更契约内容之意思表示合致外,应仅得以该契约文字之记载作为解释当事人立约当时真意之基础,无须别事探求。本件纵认上诉人所主张:被上诉人于游说其投资时,于洽商中曾有多项之保证一节为真实,惟两造与建新公司订立系争切结书时,既未将攸关上诉人所主张应由被上诉人负履约责任之内容以文字加以记明,揆诸首揭说明,原审认应以系争切结书之记载,作为认定两造间权利义务关系之基础,因而为上诉人不利之判决,于法即无不合。”

(四) 耶林氏的旧菜单案例

前揭德国法儒 Jhering 氏所提出讨论的菜单案例 (Speisekartenfall), 涉及意思表示解释的基本问题。在此有相对人的意思表示,表意人真意的探求,须顾及相对人的信赖,以受领者的立场作为出发点。受领者依诚实信用原则亦应尽其必要注意,考量其所可得而知之情况,探究表意人真意之所在。饭馆的“菜单”,具价目表的性质(第154条第2项),系属要约的引诱。对客人言,依其尽通常注意而为的了解,该菜单应属有效,其价格系以该菜单的价格而为缔约的意思表示(要约)。对饭店主人言,其所理解者,系客人依目前有效的价格而为点菜。于此,发生订约当事人各依其立场而为不同的认知:饭店主人系欲以目前有效的价格为承诺,客人则理解为此项承诺系就旧菜单的价格而言。然不得因此即认双方意思表示不合致,买卖合同不成立。饭店主人对于旧菜单的出现应为防范,须承担旧菜单出现的危险,具有可归责事由,故应例外地使饭店主人对客人就其承诺的理解负责,而肯定双方当事人以旧菜单的价额成立契约。①于此情形,无过失的饭店主人得以意思表示内容错误为理由,撤销其承诺的表示,惟应对相对人的信赖利益负损害赔偿责任。

① Medicus, AT S. 121. Larenz 原认为契约因意思不合致而不能成立(7. Aufl. S. 342),但 Larenz/Wolf, AT S. 540 改采 Medicus 氏见解。

中
应
比
子
冲
决
这
以
局

大谈法 书面契约 反以法

不
张
信

对
信

三、契约的补充解释^①

1. 医生某甲为小儿科专家,台湾地区与美国断交之际,将其经营之儿童医院让售予乙医生,举家移民前往多明尼加。1年后,因水土不服,又数度遭暴徒抢劫,乃回台在其原有医院近处开业,致乙之业务深受影响。乙诉请法院禁止甲在该处开业,甲以契约未设明文,提出抗辩。问乙之主张有无理由。

2. 甲在A地上盖有B屋,分别将A地与B屋出售予乙、丙,并办理所有权移转登记。试问乙得否向丙主张无权占有,请求拆屋还地?

(一) 契约漏洞

契约因当事人互相意思表示一致而成立。在契约履行过程中常会发生关于某种事项,依其契约规范计划应规定而未规定,如清偿时、清偿地、运送费用负担等,学说上称为契约漏洞(Vertragslücke)。契约漏洞有于订约时即已存在,有于其后发生,不论其原因如何,当事人未获致协议时,即产生应如何填补的问题。

“民法”第153条第2项规定:“当事人对于必要之点,意思一致,而对于非必要之点,未经意思表示者,推定其契约为成立,关于该非必要之点,当事人意思不一致时,法院应依其事件之性质定之。”所谓法院应依其事件之性质定之,有学者认为,系指法院应以客观标准,衡情度理,予以处断。^②有学者认为法院,应考虑法律所定的原则(契约常素)、给付性质、当事人之目的及契约订立准备行为之经过等。^③有学者认为,乃由法院解释,而以任意法规,习惯、法理为标准认定之。^④笔者认为,应分两个层次加以处理,一为适用任意规定;一为对契约为补充解释。

漏洞 → 协商 → 同意 → 填补

① Brox/Walker, AT S. 66; Brehm, AT S. 242; Bork, AT S. 199; Medicus, AT S. 132; Rütters/Stadler, AT S. 192; Wolf/Neuner, AT S. 403. 相关论文, Henckel, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960), 106; Larenz, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737.

② 参见王伯琦:《民法债篇总论》,第25页。

③ 参见史尚宽:《债法总论》,第16页。

④ 参见何孝元:《民法债篇总论》,第25页。

① 没有
② 有相对人时
③ 当事人无意适用

64. 15条 - 合同

(二) 任意规定

契约漏洞,原则上应先由任意规定加以补充。例如,甲向乙购买地毡,长度短少具有瑕疵,而当事人关于物之瑕疵未设约定时,应依“民法”关于物之瑕疵担保之规定处理(第354条以下)。然任意规定有时而穷。再者,任意规定系立法者为某种契约的典型利益状态而设,以实现契约正义,倘当事人所订立契约与法定契约类型的内容未尽符合;或就整个契约内容观之,当事人无意适用任意规定时,即有对契约作补充解释的必要。

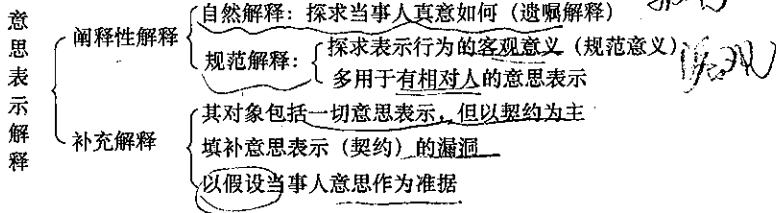
(三) 补充的契约解释

1. 补充契约解释的意义及功能

补充的契约解释(ergänzende Vertragsauslegung),指对契约加以解释,创设客观规范,以填补契约漏洞。其功能及方法不同于探求当事人真意的阐释性解释(erläuternde Vertragsauslegung)。

台湾地区实务上并未明确区别此两种解释方法。在“最高法院”1961年台上字第1158号判决^①,乙向糖业公司租用基地建筑房屋,约定未得出租人允许,不得将“基地”转租他人使用,乙将“地上房屋”转让予丙。“最高法院”认为,解释意思表示,不得拘泥于文字,房屋与基地有不可分离之关系,不能离开基地而单独占有房屋,故租约所定不得将基地转租他人使用之限制,应解释为包括基地上之房屋,亦不得转让,否则,原约定将毫无意义。然所谓“基地”,无论采取如何广义的解释,均不能包括“地上房屋”,故“最高法院”所称“解释”,实已进入契约补充的阶段。“阐释性解释”与“补充解释”的区别并非泾渭分明,而是具有流动性,但其思考方法不同,基本上仍有区别的意义。

意思表示的解释功能及方法,因其解释客体及解释阶段而异,为便于观察,图示如下:



① 参见《裁判类编·民法》(6),第705页。

2. 假设的当事人意思

去请求的或意 交付标的物

在补充的契约解释,其所探求的,系当事人明知契约未规定之点时其合理所意欲者,究属如何,学说上称为假设的当事人意思(Hypothetische Parteiwille,推断的当事人意思)^①,即应以当事人于契约上所作的价值判断作为出发点,基于诚实信用原则并斟酌交易上习惯而为认定。^②补充的契约解释,本质上仍属解释。其所解释的,系当事人所创设的契约规范整体,其所补充的,乃个别的契约条款。补充契约解释不能用于变更契约内容,致侵害私法自治原则,故法院对契约作补充解释时,应认识此种危险性,而注意守其分际。

干涉他人意思

3. 例题解说

在前揭例题一(医生移民),乙主张甲不作为请求权的根据为其与甲订立的契约。契约书对乙所主张者,并未设有规定。所应研究的是,可否依补充之契约解释使乙取得请求权基础。甲于台湾地区与美国断交之际,将其经营的儿童医院让售予乙,乙所买受的,除医院设备外,尚有该医院的病患关系。当事人订立医院让渡契约,系以甲不致回国在原址近处重新开业为前提。设当事人虑及此点,依契约之目的及诚信原则及交易惯例判断之,当会禁止甲在其让售医院之近处重新开业,从而乙与甲间的契约应依此趣旨而为补充,认乙之主张有理由。^③

知通知不可使用回同书

(四) 契约的补充解释的界限及任意法规的制定

为不动产

“最高法院”1959年台上字第1457号判例谓:“土地与房屋为个别之不动产,各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,亦即使用房屋必须使用该房屋之地基,故土地及房屋同属一人而

依当时情况应作此解

① “最高法院”1989年台上字第1408号判决谓:“土地之租赁契约,以承租人自行建筑房屋而使用之为其目的者,非有相当之期限不能达其目的,故当事人虽未明定租赁之期限,依契约之目的,探求当事人之真意,亦应解为定有租至房屋不堪使用时为止之期限,并应受‘民法’第449条第1项期限不得逾20年之限制。”在本件,当事人既未明定租赁之期限,应属契约漏洞,依其契约之目的而探求之“当事人之真意”,实乃“假设的当事人意思”。

② 契约漏洞如何补充是各国契约法的共同问题,德国法上“假设的当事人意思”,在功能上相当于英国契约法上的“implied term”(默示条款),参见 Ewan McKendrick, *Contract Law (4th edition, London 2000)*, pp. 202-205。在美国默示条款被认为是 default rules (空缺补充规则),参见 Farnsworth, *Dispute over Omission in Contracts*, 68 *Colum. L. Rev.* 860 (1968); Barnett, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, 78 *Va. L. Rev.* 821 (1992)。

③ 本例题参照《德国联邦最高法院判例集》,第16卷,第77页(BGHZ 16, 77);参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第173页。

将土地及房屋分开同时或先后出卖,其间虽无地上权设定,然除有特别情事,可解释为当事人之真意,限于卖屋而无基地之使用外,均应推断土地承买人默许房屋承买人继续使用土地。”

此项判例在实务上甚属重要,就结论言,应值赞同,否则将会发生无权占有拆屋还地,影响房屋承买人利益甚巨。所谓“有特殊情事,可解释为当事人之真意,限于卖屋而无基地之使用”,乃当事人事实上经验的意思。所谓“均应推断土地承买人默许房屋承买人继续使用土地”,就契约补充的解释而言,系指“假设的当事人意思”,此应依契约目的,诚实信用原则及交易惯例而为认定。

需注意的是,在本件,“最高法院”认定土地承买人默许房屋承买人继续使用土地,房屋承买人自应支付相当对价,故其法律关系相当于契约。准此以言,上开判例实已脱离契约解释的范畴,而为当事人创造了契约。为此,“民法”债编修正乃增设第425条之1规定:“土地及其土地上之房屋同属一人所有,而仅将土地或仅将房屋所有权让与他人,或将土地房屋同时或先后让与相异之人时,土地受让人或房屋受让人与让与人或房屋受让人与土地受让人间,推定在房屋得使用期限内,有租赁关系。其期限不受第449条第1项规定之限制。前项情形,其租金数额当事人不能协议时,得请求法院定之。”

在例2,涉及同属一人土地与房屋分别买卖的案例类型,为合理规范当事人间的法律关系,由“补充的契约解释”,移向“任意法规”的制定,有助于认识这两种填补契约漏洞方法的功能及界限。修正“民法”第425条之1,系将“假设的当事人意思”由法律加以推定,并容许以“经验上的真意”反证予以推翻,旨在补充契约的不完整性,具有减轻契约磋商成本负担的功能。任意规定(如关于物之瑕疵担保责任等),不仅在于补充契约之不备,并在合理分配契约上的危险,平衡当事人利益,兼具有实践正义功能。

四、契约解释:事实问题? 法律问题?

(一) 变动中的“最高法院”见解

意思表示(法律行为)的解释究为法律问题抑或为事实,向有争论,“最高法院”见解迭经变更,如最高法院1944年上字第6028号判例称:“解释契约属于事实审法院之职权,当事人不得以其解释之不当,为第三

审上诉理由。”“最高法院”1975年台再字第140号判例称：“解释意思表示原属事实审法院之职权，原确定判决不过就事实审法院所确定之事实为法律上之判断，事实审法院解释意思表示，纵有不当，亦不生适用法规显有错误问题。”惟“最高法院”1994年台上字第2118号判例则认为：“解释契约固属事实审法院之职权，惟其解释如违背法令或有悖于论理法则及经验法则，自非不得以其解释为不当，援为上诉第三审之理由。”“最高法院”1996年台再字第6号判决仍称：“‘民事诉讼法’第496条第1项第1款所谓适用法规显有错误者，不包括认定事实错误、取舍证据失当，解释契约不当及判决不备理由之情形在内。”但“最高法院”1996年台上字第2585号判决又认为：“解释当事人之契约，应于文义上及论理上详为推求，以当时之事实及其他一切证据资料为其判断之标准，不能拘泥字面，致失当时立约之真意。两造对于契约约定之真意如有争执，法院自应探求当事人订约之真意，而为判断，并将如何斟酌调查证据之结果，形成自由心证之理由载明于判决，否则即有判决不备理由之违法。”

(二) 上诉第三审的肯定

按意思表示的解释，可分为两个阶段，其所涉及的，若为解释客体(如使用的文字、语言动作)及解释资料(如特定交易惯例的存在)的探究，属事实认定问题。至于解释本身，乃法律上评价，属于法律问题。之所以不认为意思表示解释得为上诉第三审的理由，或系认为事实问题与法律问题虽属不同的过程，但常交错一起，宜保留于事实审法院，使其得有某种判断余地。纵采此见解，意思表示解释不合于论理法则或经验法则者，仍应许其援为上诉第三审的理由。或有认为第三审的功能乃在统一法律见解，法律行为上意思表示本身及其所生法律效果仅涉及个别当事人，故应限制其得上诉第三审。纵采此见解，法律行为上的意思表示具有超越个人，具一般重要性者，如定型化契约条款的解释，应得以其法律上判断不当援为上诉第三审的理由。^①

上诉第三审功能在于统一法律见解，解决争讼问题
 对此，向解释仅涉及个别当事人，不涉及社会公共利益，如定型化契约条款，涉及公共利益者，可为上诉第三审

① 此为德国通说，Woll/Neuner, AT S. 404.

第七章 条件与期限

——法律行为的规划及风险管控

阅读下列案例,试作归类,说明何谓法律行为的附款;何谓条件(停止条件、解除条件)、期限(始期、终期)及负担,并分析讨论其意义、功能及区别:

1. 赠汝此屋,惟汝需月捐1万元给教会。
2. 考上律师时,赠汝此法袍。
3. 分期支付之价金完全清偿时,汝即取得此车所有权。
4. 吾子结婚时,汝应即返还所借房屋。
5. 明年3月3日,参加贵旅行社专团赴新西兰观赏哈雷彗星。
6. 自今日起借汝此屋,惟应于2020年10月10日返还。

第一节 风险管控与规范功能

一、法律行为的风险与管控

(一) 计划、风险及管控^①

法律行为旨在实现一定的私法上效果,契约更在规划社会生活、经济活动。法律行为的做成、契约内容的形成,常基于一定现实的认识及未来发展的期待。但世事难料,非己力全能控制,例如,某球队以重金聘请某球员担任投手,订约后发现该球员曾参与球赛赌博而被禁赛;以分期付款出售汽车时,必须设计防范买受人不依约支付价金风险的机制。

法律行为(契约)是一种风险,管控法律行为规划与现实不符的风险

^① Medicus, AT S. 322 f.

高教入管中,以吸烟

是法律人重要的任务,学习法律在某种意义上说,就是学习如何认知法律上的风险,如何管控风险、分散风险。风险管控有助于降低不确定性,减少交易成本,促进社会经济活动。

(二) 法律规范

法律规范具有合理分配法律行为(契约)风险的功能,“民法”总则关于意思表示成立、生效、错误的规定为其着例。表意人应否承担意思表示未经其同意而“发出”的法律效果?受领人如何承担受领使者未适时转达意思表示的不利益?双方动机错误如何处理,期能兼顾当事人利益?因此须以合理的风险分配去制定法律,解释法律规定,从事法律行为,订定契约。关于法律行为的风险分配,值得提出的是“民法”第227条之2关于情事变更的规定:“契约成立后,情事变更,非当时所得预料,而依其原有效果显失公平者,当事人得申请法院增、减其给付或变更其他原有之效果。前项规定,于非因契约所发生之债,准用之。”

(三) 私法自治与风险管控

私法自治强调当事人意思自主原则。私法自治具有风险,但也提供了控制风险的机制,例如,当事人得以合意排除任意规定,可以为解除契约或终止契约的约定,可以约定债务人不履行时应支付的违约金。需特别提出的是,“民法”总则规定了两个管控法律行为风险的制度:一为条件;二为期限。

二、条件与期限的功能

(一) 管控风险的功能

如前所述,任何人为法律行为时,多基于对现状的认识及对其将来发展的预期。例如,甲认识某女,期待最近结婚,而向乙租屋,乙期待能适时收回已出租的房屋而为承诺。惟事物发展常难尽如人意,如甲的女友于结婚前夕变心,或乙的房客表示续租时,计划与现实即告脱节,因而发生危险分配问题。为顺应当事人需要,法律乃本乎私法自治原则,创设两种制度,俾供利用:一为条件;二为期限,前已说明。条件及期限除分配交易上危险外,亦具有引导相对人为特定行为的功能,例如“倘汝今年高中律师考试,赠汝全套‘最高法院’《民、刑事裁判文书汇编》”,或“两星期内不付清积欠租金时,即终止契约”。

无论时期是否确定，只看到来时是否确定

(二) 条件与期限的区别

条件者，指法律行为效力的发生或消灭，系于将来成否客观上不确定事实。^① 期限者，指法律行为效力的发生或消灭，系于将来确定发生的事实。条件与期限乃同以将来的事实为内容，其主要区别在于条件系针对客观上不确定的事实，期限则为确定发生的事实。兹举四例说明如下^②：

(1) 甲对乙曰：“汝结婚之日，赠汝赴欧洲度蜜月费用。”此为附条件赠与，因乙是否结婚，何日结婚？皆难预料（时期不确定，到来亦不确定）。

(2) 甲对18岁乙曰：“汝成年之日，赠汝雷诺汽车一部。”此亦为附条件赠与，因乙的成年时期，虽属确定，但未达成年前死亡，亦属可能（时期确定，到来不确定）→ 能不一定到来，有不确定的因素

(3) 甲对乙曰：“两伊战争终止之时，购汝邮轮。”此为附期限的买卖，因战事何日结束虽难预料，但终有停止之日（时期不确定，到来确定）〔此例写于1980年两伊（伊朗及伊拉克）战争之际，如今两伊战争业已终止〕。

(4) 甲对乙曰：“明年春节，参加汝举办的东京迪斯尼乐园旅行团。”此为附期限旅游契约，因其事实确定且必能到来（时期确定，到来亦确定）。

(三) 条件与期限的并存

188时 期限与条件并存

同一法律行为得同时附以条件与期限。例如，甲向乙购买房屋，甲与丙约定：“若乙如期于3月1日交屋，出租该屋，租期3年。”在此情形，“若乙交屋”为条件，“为期3年”为期限。甲得并用两者，规划租赁契约，控制风险。

(四) 条件、期限与负担：法律行为的附款

1. 法律行为的附款

条件或期限均系当事人对其意思表示效力所附加的限制，构成意思表示（法律行为）的一部分，有此附款的法律行为，称为附条件（或附期限）的法律行为。应注意的有三：^① 条件或期限为法律行为的内容，得以

^① 与此项“条件”意义，应予区别者，系作为契约内容的“交易条件”，如买卖契约中关于标的物、价金、清偿时、地的条款。又条件亦指法律行为效力所系的不确定事实本身，如“民法”第99条第1项规定，附停止条件之法律行为，于“条件”成就时，发生效力，即指此意义而言。

^② 参见梅仲协：《民法要义》，第98页。

明示或默示为之。② 条件或期限依“要约与承诺”成为契约内容。③ 契约附有条件或期限时，契约本身有效成立，仅其效力的发生或消灭，系于条件是否成就、期限是否到来。

2. 条件与负担

法律行为的附款，于条件及期限外，尚有负担(附负担的法律行为)，如附有负担的赠与(第412条)、附有义务的遗赠。关于条件(或期限)与负担的区别，可举一例加以说明，甲对乙曰：“烟酒伤人，如能戒之，当赠此车。”倘乙未戒烟酒，乙不能诉请履行，唯赠与不生效力而已。反之，倘甲对乙曰：“赠汝此车，但须戒烟酒。”乙即有履行戒烟酒的义务，如不为之履行，甲得撤销其赠与，并请求乙返还其受赠的汽车(第412条第1项)。是可知，条件虽有停止法律行为效力的作用，但无强制性。反之，负担虽有强制性，但无停止法律行为效力的作用。

第二节 条 件

一、条件的种类

试就下列例题说明当事人间的法律行为是否有附条件，何种条件，效力如何？

1. 甲向乙批发贩卖时装，约定月底结算货款，未出售者退还。
2. 甲对乙表示：“一周内未清偿积欠租金，即依法终止租赁合同。”
3. 甲对乙曰：“考上驾照，赠汝此书。”实则乙于前日考上驾照，甲不知之。
4. 甲之子被乙驾车撞死，甲与乙订立和解契约，乙赔偿100万元，约定于甲撤回告诉时，始生效力。
5. 甲对同居的乙女曰：“赠汝此屋，若不维持同居时，应返还之。”于办理该屋所有权移转登记后半年，乙对甲表示终止同居关系。

① 参见洪逊欣：《民法总则》，第410页。

(一) 停止条件及解除条件

1. 停止条件

“民法”将条件分为停止条件及解除条件(请思考当事人如何运用条件控制风险)。停止条件乃限制法律行为效力发生的条件,即法律行为于条件成就时发生效力(第99条第1项);反之,于条件不成就时不发生效力。兹录两则判例以供参考:

债务人约定,以其将来可取得某特定不动产所有权为因供担保设定抵押权之条件,即属“民法”第99条第1项所谓附停止条件之法律行为,于条件成就时发生效力,故在债务人取得某特定不动产所有权之前,所附停止条件尚未成就,其约定因供担保设定抵押权之法律行为,亦未发生效力,此际债务人自不负就某特定不动产,为因供担保设定抵押权登记之义务(“最高法院”1951年台上字第1682号判例)。

(2) 两造就系争工程款所为之和解契约,既附有须经上诉人之上级官署核准之停止条件,则其上级官署未予核准,即难谓非其条件不成就,依“民法”第99条第1项规定之反面解释,自属未生效力(“最高法院”1955年台上字第541号判例)。

2. 解除条件

解除条件乃限制法律行为效力消灭的条件,即已发生的法律行为于条件不成就时保持其效力,于条件成就时,则失其效力(第99条第2项)。兹亦录两则判例,以供参考:

(1) 买卖货物之契约,订定买受人应将定金以外之货款于本月底交付,到期不交,契约即告失效者,系以到期不交货款为其契约之解除条件,此项解除条件成就时,买卖契约失其效力,出卖人即免其交付货物之义务(最高法院1940年上字第1249号判例)。

(2) 租赁约定有存续期间,同时并订有以出租人确需自住为收回之解除条件者,必于条件成就时,始得终止租约。所谓自住,系指客观上有收回自住之正当理由及必要情形,并能为相当之证明者而言,不以主观情事之发生为已足(“最高法院”1959年台上字第228号判例)。

3. 解释问题

当事人所约定的,究为停止条件抑或为解除条件,系属解释问题。例如,甲经营服饰店,向乙批发时装,约定于某日结算货款,未出售者退还

头山... 1X... 第七章 条件与期限 399

(例题1) ① 在此情形,解释上得认为系对时装买卖附有条件,其所附的条件且为停止条件。甲出售其所批发的时装时,买卖合同始因条件成就而生效力,甲负有支付价金的义务。

(二) 条件依其内容而分为的分类

1. 偶成条件

偶成条件,指其条件成否,无关乎当事人意思,而取决于偶然事实,包括天灾、政治、经济、社会事件、第三人的行为及意思决定等。例如出生、成年、某届总统选举结果、股市指数、主管机关的核准、某一法律的公布施行等。

2. 随意条件

随意条件,指当事人一方的意思,可决定其成就与否的条件,尚可分为:(1) 纯粹随意条件:其条件成否纯由当事人决定,别无其他因素(德国法上称为 Wollensbedingung),例如:①“此车赠汝,吾欲用时得随时取回”(由债务人一方意思决定);②“赠汝此车,不用时则还吾”(由债权人一方意思决定)。(2) 非纯粹随意条件:其条件成否除本于当事人的意思外,尚须有某种积极事实(德国法上称此种条件为 Potestativbedingung 或 Willkürbedingung),例如“汝如考上驾照,赠汝此车。”在实务上最常见的保留所有权买卖(附条件买卖、物权行为附停止条件),其条件成否系于买受人是否支付价金(详见下文)。

3. 混合条件

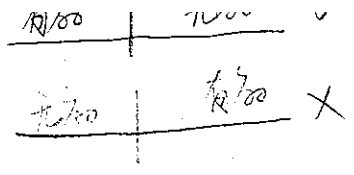
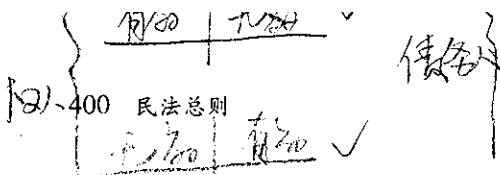
混合条件,指其成就与否取决于当事人及第三人的意思,例如:“汝与某女结婚时,赠汝此车。”

4. 附纯粹随意条件法律行为的效力

法律行为附以偶成条件、非纯粹随意条件或混合条件的,均属有效。在附纯粹随意条件的情形,其条件系于债权人一方意思的,不论为停止条件(汝若愿意,赠汝此车),抑或为解除条件(此车赠汝,不用时则还我),均属有效。“民法”第384条规定:“试验买卖,为以买受人之承认标的物为停止条件而订立之契约。”其立法理由谓:“试验买卖者,关于买卖之标的物,以买受人承认为条件之买卖也。买卖关系成立后,特附以必须买受人就于买卖标的物表示承认之条件,始生买卖契约之效力,故试验买卖契

① 此例采自德国实务见解, BGH NJW 1975, 776。

试验买卖 标的物 → 承认 → 生效



约,为附停止条件之契约。此本条所由设也。”此项试验买卖所附停止条件,系纯粹随意条件。

纯粹随意条件系于债务人一方意思的,若为解除条件(赠汝此车,我欲用时,得随时取回),其法律行为为有效;如为停止条件(吾愿意时,赠汝此车),则为无效。在“最高法院”1966年台上字第214号判决一案,养父甲将土地赠与养子,养父去世后,因养媳行为不检,养母与养子同意终止收养关系,并另订立契约,由养母保留土地管理权,约定将来养媳如痛改前非遵守妇道,经养母认为名誉不再受损时,准恢复收养关系,将土地返还养子。其后因养母不愿重新收养,养子诉求确认养母之管理权不存在。“最高法院”准养子之所请,其判决理由认为附停止条件之法律行为,如其条件仅系于债务人之意思者(纯粹随意条件之一种),无效。本件所订停止条件即养媳之痛改前非,遵守妇道,须经养母认定,是为附停止条件之恢复收养关系,其条件仅系于债务人片面之意思,故附此条件之恢复收养关系之法律行为无效,以此无效法律行为为条件之土地管理权授予契约,亦属无效。^①

(三) 真正条件与非真正条件

学说上将条件分为真正条件及非真正条件。真正条件指以客观上不确定之事实为内容的条件。非真正条件,指徒具条件的外观,而不具条件实质者而言,亦称假装条件或表见条件。兹参酌判例说明如下:

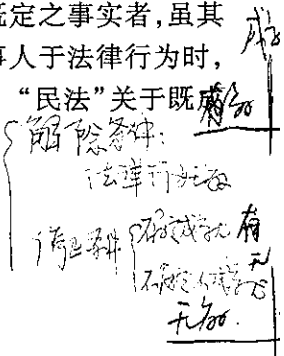
1. 法定条件

法定条件,指以法律对法律行为效力的发生或消灭所规定其须具备的要件,作为条件。例如,限制行为能力人购买机车,约定以法定代理人事后同意(承认)为“条件”。此为法定条件,因“民法”第79条设有明文,无适用民法关于条件规定的必要。

2. 既成条件

关于既成条件(已定条件),“最高法院”1979年台上字第2861号判例作有详细说明,认为:法律行为成立时,其成就与否定业已确定之条件即所谓既成条件,亦即法律行为所附条件,系属过去既定之事实者,虽其有条件之外形,但并无其实质之条件存在,故纵令当事人于法律行为时,不知其成否已经确定,亦非“民法”第99条所谓条件。

① 参见《裁判类编·民法》(9),第33页。



条件虽未设明文规定,然依据法理,条件之成就于法律行为成立时已确定者,该条件若系解除条件,则应认法律行为为无效。此项见解,可资赞同。^①

须附带说明的是,倘所附“既成条件”为停止条件,例如“考上律师,赠汝大英百科全书”,当事人不知昨日放榜业已考上时,应认为该法律行为为无条件。至于条件之不成就,于法律行为时已确定者,其附停止条件时,法律行为为无效;附解除条件者,则为无条件。

3. 不能条件

不能条件,指以客观上不能成就的事实为内容的条件。如以之为停止条件时(如长江北流,赠此长江万里图),其法律行为无效;如以为解除条件,则视为无条件。

4. 不法条件

不法条件,指以违法或有悖于公序良俗之事项为内容之条件。“最高法院”1976年台上字第2436号判决谓:“上诉人有妇之夫,涎被上诉人之色诱使同居,而将系争土地之所有权移转登记与被上诉人,复约定一旦终止同居关系,仍须将该地返还,以资钳制,而达其久占私欲,是其约定自系有悖善良风俗,依‘民法’第72条规定应属无效,上诉人依据此项特约,诉请被上诉人移转系争土地之所有权殊非正当。”按在本件判例,当事人约定一旦终止同居关系,被上诉人仍须返还该地,应认赠与契约附有解除条件,以有悖于公序良俗之事项为内容,应属无效,故被上诉人系无法律上之原因受有利益,应成立不当得利(第179条),但因系不法原因给付,上诉人不得请求返还(第180条第4款)。

甲乙 手印 7/27 必须返
 破例 → 不破例 → 附条件
 不破例
 不破例
 不破例

① 在一件涉及海沙屋买卖的案件,“最高法院”2010年台上字第1532号判决认为:“法律行为成立时,其成就与否业已确定之条件即所谓既成条件,亦即法律行为所附条件,系属过去既定之事实者,虽具有条件之外形,但并无其实质之条件存在,故纵令当事人于法律行为时,不知其成否已经确定,亦非‘民法’第99条所谓条件。……查两造约定系争房屋经检测确认为海沙屋者,两造双方同意无条件解除契约,属附解除条件之契约,而系争房屋经鉴定结果系为海沙屋,乃原审合法确定之事实。惟系争房屋是否为海沙屋,乃两造订立买卖契约前已既定之事实,检测鉴定不过系其确认方法,是纵两造于订约时,主观的不知系争房屋系海沙屋,而仍以之为解除条件,依前揭说明,仍应认其买卖为无效。”

② 参见拙著:《以同居为条件之赠与及不法原因给付》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版,第121页。

1
D
原依...
不...
...

二、不容许附条件的法律行为

(一) 法律行为得附条件之原则

基于私法自治原则，法律行为以附条件为原则，包括负担行为及处分行为。

(二) 不容许附条件的法律行为

基于公益或私益的考量，使某种法律行为不得附条件，学上说称为不许附条件的法律行为，或禁忌条件的法律行为。分述如下：

(1) 公益上不许附条件

此指婚姻、收养、离婚、认领等身份行为而言。禁止的理由在于维护公序良俗。

(2) 私益上不许附条件

“民法”第 335 条第 2 项规定 抵销之意思表示附有条件或期限者，无效。此项规定蕴含有一般法律原则，即解除、撤销、承认权之行使等单独行为本为确定法律关系，如容许附加条件，将使法律关系愈不确定，易陷相对人于不利，故为保护相对人利益，原则上应认不许附加条件。唯有两种例外：一为附加条件经相对人同意；二为条件之成就与否，纯由相对人决定。

(3) 法律效果

在不许附条件之法律行为，如附以条件时，不能一概认为其法律行为全部无效，应视该行为性质，参酌“民法”第 111 条但书规定而定其效力。例如，协议离婚时，以金钱之给付为离婚之条件，倘无法依当事人之意思将给付与离婚分开时，其身份关系系于不确定的事实，违反公序良俗，整个行为即为无效。反之，金钱给付与离婚表示可以分开时，离婚为有效。

三、条件的效力

甲擅将乙寄存的母狼犬，以 10 万元出售于善意之丙，先为交付，约定于丙完全清偿价金前，甲仍保留所有权。试问：

① 参见“最高法院”1970 年台上字第 1284 号判决[《裁判类编·民法》(12)，第 160 页]；李模：《民法总则之理论与实用》，第 177 页。

1. 此为何种法律行为,附何种条件?
2. 丙付清价款时,始知甲非所有人时,其法律效果如何?
3. 于丙付清价金前,该母狼犬生有小狼犬时,其所有权于条件成就时归属何人? 甲、丙约定条件成就有溯及效力时,其法律效果如何?

(一) 条件之成就 不溯及既往

1. 条件成就及其效力

(1) 条件成就

条件之成就,指其内容事实已实现。甲对乙曰:“今年考上律师,赠此珍贵法袍。”乙果然考中,则其停止条件成就。“民法”第101条第1项规定:“因条件成就而受不利益之当事人,如以不正当行为阻其条件之成就者,视为条件已成就。”例如,“不动产买卖契约纵附有卖方应于办理继承登记完毕,买方始支付价金及请求产权移转登记之约定,亦属附有以办毕继承登记为发生效力之停止条件问题,如卖方拒不办理继承登记,以不正当之消极行为阻其条件成就,依“民法”第101条第1项规定,应视为条件业已成就,买方非不得行使其请求权。”^①条件之成就,应由主张之人负举证责任。

(2) 条件成就的效力

“民法”第99条规定:“附停止条件之法律行为,于条件成就时,发生效力。附解除条件之法律行为,于条件成就时,失其效力。依当事人之特约,使条件成就之效果,不于条件成就之时发生者,依其特约。”关于本条的解释适用,应说明者有三:

① 当事人能力准据时点

关于当事人的权利能力、行为能力、法定代理人的同意或善意等,系以法律行为作成时为准据,而非以条件成就为其判断时点。例如,甲以附条件方式赠与某车于乙,设乙于其后受监护宣告,于条件成就时,虽为无行为能力人,其赠与仍为有效。又甲擅将乙所有之画,以保留所有权方式(附条件买卖)让售予善意的丙,丙虽于其后知悉甲为无权处分,于条件成就时,仍能取得该画所有权。

① 参见“最高法院”1998年台上字第89号判决。

② 条件成就不溯及既往

条件成就的效力，应自条件成就时发生，并不溯及既往。

当事人得以特约，使条件成就之效果，不于条件成就时发生，而溯及于法律行为作成之时发生。如附停止条件的母狼犬买卖，条件成就时，母狼犬在此之前所生小狼犬，仍归出卖人所有。在附解除条件的租赁，在条件成就前承租人对租赁物的使用收益具有法律上原因，不成立不当得利。当事人的特约仅具债权效力。

③ 附解除条件之契约与契约之解除

买卖契约附解除条件者，于条件成就时发生解除契约的效力。关于其与“契约之解除”法律效果的不同，“最高法院”1985年台上字第1354号判决作有如下说明：“附解除条件之契约及契约之解除，二者法律效果截然不同。附解除条件之契约，于条件成就时，当然失其效力；而契约之解除则以解除权人行使解除权为必要，须以意思表示为之。契约之解除

有溯及效力，解除条件之成就，原则上并无溯及之效力。又契约解除时，当事人偿还义务之范围，依“民法”第259条之规定；附解除条件之契约，于条件成就而失其效力时，当事人间之偿还义务，则依不当得利之规定。”可资参照。

④ 债权行为附条件

条件的成就，如其行为为债权行为时，发生债权行为效力。附停止条件的房屋买卖，于条件成就时，买卖契约发生法律效力，一方得请求交付其物并移转其所有权，他方得请求支付价金并受领标的物（第348条、第367条）。附解除条件买卖契约，于条件成就时，买卖契约失其效力，其自他方面而受领给付的法律上原因其后不存在，应依不当得利规定负返还义务。当事人以特约使条件之成就有溯及效力时，仅具债权效力。

⑤ 物权行为附条件

条件的成就，如其为物权行为，则发生物权效力。

例如，甲向乙以分期付款方式购买某母狼犬，乙交付该母狼犬予甲，约定于甲付清价金前，乙仍保留所有权（物权行为附停止条件）。该母狼犬如生小狼犬，在条件成就前者，归属于乙，在条件成就后者，归属于甲。如当事人以特约使条件之成就有溯及效力时，其效力究为债权的效力，抑或为物权的效力，涉

① 参见《“最高法院”民刑事裁判选辑》，第6卷第1期，第23页。

债行 债行

物权转移 or 债权让与

债行 → 物权 → 债权

及当事人及第三人利益甚巨。台湾地区学者通说认为,当事人的特约,应发生物权效力。^①

准此以言,该母狼犬所生小狼犬系在条件成就前者,仍属于乙。设甲占有该小狼犬,而将之让售予善意之丙时,其移转所有权系无权处分,但有动产善意取得规定的适用(第 801 条、第 948 条)。

(二) 条件不成就及其效力

(1) 条件不成就

条件不成就者,指其内容事实确定的不实现。例如在上举“今年考上律师,赠此珍贵法袍”之例,设乙未能考中,则其条件不成就。“民法”第 101 条第 2 项规定:“因条件成就而受利益之当事人,如以不正当行为促其条件成就者,视为条件不成就。”所谓促其条件之成就,必须有促其成就之故意始足当之,若仅有过失,不在适用之列。^② 在上举之例,如乙以舞弊方法考上律师时,应视为条件不成就,乙不得向甲请求交付法袍。^③ 所谓以不正当行为阻止其条件之成就,包括不作为在内,倘依契约或通常情形,须当事人一方之协力行为,始能使其条件成就者,为图免因条件成就而受不利益,任意不为该行为,即系以不正当消极行为阻止条件之成就,自应视为条件业已成就(“最高法院”2002 年台上字第 1212 号判决)。

(2) 条件不成就的效力

条件不成就的效力如何,“民法”无明文规定。在解释上应认为停止条件不成就时,法律行为确定不生效力;最高法院 1933 年上字第 1130 号判例谓:“买卖契约附有停止条件者,于条件成就时,始生效力,若条件已属不能成就,则该项契约自无法律上效力之可言。”可资参照。解除条件

① 参见史尚宽:《民法总论》,第 449 页;王伯琦:《民法总则》,第 182 页;洪逊欣:《民法总则》,第 432 页。王伯琦谓:“附停止条件之所有权移转行为,于条件成就时所有权当然移转,如甲向乙借用牛一头,约定如甲买得所耕之田,即取得牛之所有权,甲于买得所耕之田时,即取得牛之所有权,该牛如生小牛,在条件成就前者,归属于乙,在条件成就后者,归属于甲。”(第 181 页)此例甚具启发性。有疑问的是,甲向乙借用牛一头,系债权行为,似非附停止条件之所有权移转行为。

② 参见“最高法院”1978 年台上字第 770 号判例。

③ 实务上案例,参见“最高法院”1999 年台上字第 2446 号判决:“上诉人依约所分得房屋之瑕疵,被上诉人业已修缮完毕,公共设施除网球场外亦均已兴建完成,而网球场部分被上诉人于 1994 年 6、7 月间即欲于后山施工,却为上诉人等部分地主所阻,迄今无法完成,亦为上诉人所不争执,则协议书所附退还保证金之条件,因上诉人以不正当行为阻止条件成就,依‘民法’第 101 条之规定,应视为条件已成就,上诉人自应返还保证金。”

不成就时,法律行为继续发生效力。

四、附条件利益(期待权)的保护

1. 甲与乙约定:“考上音乐学院时,售汝此小提琴。”设甲(或第三人)毁损该琴;或甲将该琴让售予丙,并移转其所有权,于条件成就时,乙得主张何种权利?

2. 甲向乙购买新开发精密电脑1部,价金100万元,约定分10个月支付,唯须于价金全部清偿时,始取得标的物之所有权。甲于受领电脑后,已支付8期的价金。试问:

(1) 甲与乙间的法律行为及其所附条件为何?

(2) 设该电脑被丙不慎毁损时,甲、乙得对丙主张何种权利?

(3) 设该电脑送回乙处检查,乙擅将之出售予丁,并移转其所有权予丁时,甲对丁得主张何种权利?

(4) 设甲于付清价金前擅将该电脑让售予戊,并移转其所有权予戊时,乙得对戊主张何种权利?

(一) 条件成否未定前的法律状态:期待权

法律行为附条件时,于条件成就前处于未确定的状态,在此法律行为效力悬而未定的期间,当事人仍应受其法律行为的拘束,不得单方撤回,尤其是发生所谓的法律行为先效力(Vorwirkung),当事人负有注意义务,使法律行为所企图实现的法律效果于条件成就时,得获实现。为此,“民法”第100条规定:“附条件之法律行为当事人,于条件成否未定前,若有损害相对人因条件成就所应得利益之行为者,负赔偿损害之责任。”附条件的法律行为,于条件成否未定前,当事人既应受其拘束,且有“民法”第100条规定的保护,其因条件成就得取得某种权利的先行地位,应予以权利化,学上说为期待权(Anwartschaftsrecht),使其得为处分或继承的客体。

(二) 债权行为附条件

甲与乙约定:“汝若考上音乐学院,售汝小提琴。”若甲毁损该小提琴,而乙于考上音乐学院(条件成就)时,乙得依“民法”第100条规定向甲请求损害赔偿,此是否以甲有故意或过失(可归责事由)为要件,“民法”第100条未设明文,但应肯定之。盖过失责任为民法基本原则,于此

↓
何为故意过失

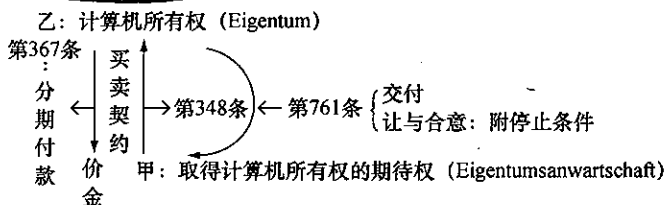
种先契约义务亦应有其适用。

设甲将该琴出卖予丙,并移转其所有权,乙于条件成就时,虽得依“民法”第100条规定向甲请求损害赔偿,但不得向丙请求返还该琴。盖丙系自所有人甲受让该琴所有权,乙于条件成就时所取得者,乃基于买卖合同而生的债权,无“民法”第767条规定的适用。准此以言,第三人过因失毁损该小提琴时,乙于条件成就时,亦不得依“民法”第184条第1项前段规定向加害人(第三人)请求损害赔偿。

(三) 处分行为(物权行为)附条件

1. 保留所有权(附条件买卖)与物上期待权

在处理附条件的法律行为时,首须究明两事:(1) 何种法律行为附有条件,负担行为(债权行为)抑或为处分行为(物权行为、准物权行为)? (2) 其所附之条件,究为停止条件抑或为解除条件。在前揭例题2,甲向乙购买电脑,价金100万元,约定分10个月支付,于价金全部清偿时,甲始取得标的物所有权,应认甲与乙间买卖合同有效成立,并未附条件;其附条件者,乃移转该电脑所有权的物权行为(第761条),其所附的条件为停止条件。甲与乙间买卖合同既系有效成立,甲有依约定付款的义务,于价金全部清偿时,条件成就,当然发生物权变动的效果,甲即取得该电脑所有权。在价金未全部清偿前,该物权行为之效力发生与否虽仍处于未确定之状态,惟甲有一旦条件成就即取得电脑所有权的希望。此种因具备取得某种权利之部分要件而受法律保护的期待地位,学上说为期待权,前已论及。甲于条件成就时可取得的权利为电脑所有权,故其期待权又称为物上期待权(或所有权期待权)^①,为便于观察,图示如下:



① 关于期待权之一般理论及附条件买卖(保留所有权买卖)买受人的期待权,参见拙著:《附条件买卖中买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版,第177页。德文专论参见 Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf, 1963; Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsbereignung, Bd. I, 1963; Bd. IV, 1986。

2. 侵害期待权的侵权责任

于条件成就前,第三人丙因故意或过失不法毁损该电脑时,乙系所有
权人,得依“民法”第184条第1项前段规定请求损害赔偿。至于甲得否
向丙请求损害赔偿,视“民法”第184条第1项前段所称权利,是否包括物
上期待权而定。对此,应采肯定说。盖此种期待权之目的乃在取得所有
权,应与物权受相同的保护。故乙与甲各得以所有权及期待权受侵害为
理由,向丙请求损害赔偿。因条件成否尚未确定,为兼顾双方当事人利
益,在解释上应认为在乙与甲间成立不可分债权,各债权人仅得请求债务
人向债权人全体为给付,债务人亦仅得向债权人全体为给付(第293条)。

3. 出卖人对标的物之处分

出卖人乙不慎毁灭甲送修的电脑,甲得依“民法”第100条之规定,请
求损害赔偿。设乙将该电脑让售予丁时,应如何处理?在条件成就前,乙
尚系电脑之所有人,故乙将该电脑让与丁,系属有权处分,丁自能取得其
所有权。惟为保护期待权人,通说认为附条件的法律行为,如具备公示方
法而得对抗第三人者,则有害于期待权的处分行为应解为无效,例如土地
之处分附有条件者,如已为预告登记,则于登记后,土地权利人对于其土
地权利所有碍期待权之处分为无效(参见“土地法”第79条之1第2
项)。^①前揭例题2涉及“动产担保交易法”关于附条件买卖规定的适用。

“动产担保交易法”第26条规定:“称附条件买卖者,谓买受人先占
有动产之标的物,约定至支付一部或全部价金,或完成特定条件时,始取
得标的物所有权之交易。”此所谓“附条件买卖”的概念,未臻精确,易滋
疑义。查其内容,实系保留所有权买卖,买卖契约本身并未附有停止条
件,其附停止条件者,乃移转标的物所有权的物权行为。依“动产担保交
易法”第5条第1项规定:“动产担保交易,应以书面订立契约。非经登
记,不得对抗善意第三人。”易言之,附条件买卖(保留所有权买卖)之成
立,须订立书面,未经登记时,虽仍得对抗恶意第三人,但须经登记始得对
抗善意第三人。

据上所述,乙擅将甲送检修之电脑所有权移转予丁时,甲对丁得主张
何种权利,应依下列原则加以处理:

(1) 甲与乙间已依“动产担保交易法”之规定,订立附条件买卖契

① 参见洪逊欣:《民法总论》,第426页;史尚宽:《民法总论》,第443页。

Handwritten notes and diagrams at the bottom of the page. On the left, a diagram shows a circle with '甲' (A) and '乙' (B) connected by arrows, with '丙' (C) below. Next to it is the text '出卖人' (Seller). In the center, there are two lines of text: '登记:无' (Registration: None) and '未登记:有' (Not registered: Yes), with '767' and '100% 损害赔偿' (100% Damages) written next to them. On the right, there is a bracketed section with '买受人' (Buyer) written vertically, and two lines of text: '登记:无' (Registration: None) and '未登记:有' (Not registered: Yes).

约,并经登记者,则甲于条件成就时,得主张乙之处分行为有碍于其期待权,应为无效,而依“民法”第767条之规定向丁请求返还其电脑。虽未经登记,但丁为恶意者,亦同。

(2) 甲与乙间未依“动产担保交易法”规定订立附条件买卖合同者,甲不得对丁主张乙之处分行为无效。盖如前所述,在条件成就前,乙仍为标的物之所有人,其处分仍属有效。纵使甲与乙约定,使条件成就之效果溯及于订约之时,善意之丁仍受“民法”关于动产善意取得规定之保护,取得电脑之所有权,甲仅得依“民法”第100条规定对乙请求损害赔偿。

4. 买受人对标的物之处分

期待权在法律上既为一种权利,得为法律交易之对象,故甲得以期待权作为处分之对象,自不待言。唯在条件未成就前,甲尚未取得标的物之所有权,倘甲将其占有之电脑出售予戊,并交付其物以移转其所有权者,应构成无权处分。在此情形,甲与乙如已依“动产担保交易法”之规定,订立附条件买卖之书面契约并经登记时,则得对抗善意第三人,乙得对戊主张取回占有标的物(参见“动产担保交易法”第28条以下规定)。设未订立附条件买卖之书面契约,或虽已订立书面契约,但未经登记者,则善意之戊得依“民法”关于动产善意取得之规定,取得电脑之所有权,乙仅能依债务不履行或侵权行为之规定向甲请求损害赔偿。

第三节 期 限

一、期限的意义:关于条件规定的准用及类推适用

(一) 期限的意义

期限系使法律行为效力的发生或消灭,系于将来确定事实之附款。关于期限与条件的区别,前已述及,兹不赘述。期限与条件在概念上固有不同,在具体个案,有时难以判断,惟二者的法律效果实际上并无差异。

(二) 始期与终期

期限分为始期与终期。附始期的法律行为(明年1月1日借汝此车;汝父死亡时,每月赠与抚养费5万元),于期限届至时,发生效力(第102条第1项),与停止条件相当。附终期的法律行为(明年1月1日返还汝借用的房屋),于期限届满时,失其效力(第102条第2项),则与解除条

件相当。在同一法律行为同时附始期及终期者，颇为常见，如约定雇佣（或租赁）契约“始自某年某月某日”（始期），“终于某年某月某日”（终期）。

(三) 法律行为附期限原则及例外

法律行为原则上皆得附期限，包括负担行为及处分行为。法律行为基于公益或私益的理由不许附条件者，亦不得附期限（参照关于条件部分的说明）。

(四) 附条件规定的准用及类推适用

“民法”第 100 条关于附条件利益保护的规定，于附期限的法律行为准用之（第 102 条第 3 项）。当事人预期不确定事实之发生，以该事实发生时为债务之清偿期者，应认为该事实发生时或其已不能发生时，为清偿期届至之时。倘债务人以不正当行为阻止该事实之发生，应类推适用“民法”第 101 条第 1 项规定，视为清偿期已届至。

二、期限与清偿期

最高法院 1937 年渝上字第 163 号判例谓：“民法第 102 条第 2 项所称附终期之法律行为，系指约明期限届满时，当然失其效力之法律行为而言。本件双方所订买卖布匹之契约，约定 1935 年 6 月内出清，不过定明应为履行之期限，并非同条项所称附终期之法律行为。”

附始期法律行为所发生的债权与未届清偿期的债权，应严为区别。前者，如约定自某年月日起承租某屋。后者，如约定租期 3 年，每月 15 日支付租金。“民法”第 316 条规定，定有清偿期者，债权人不得于期前请求清偿，如无反对之意思表示时，债务人得于期前为清偿。

又“民法”第 180 条第 2 款规定，债务人于未到期之债务因清偿而为给付者，不得依不当得利规定请求返还。在附始期法律行为而生的债务，于期限届至前为清偿者，则得依不当得利规定请求返还。

法律行为未成立者，权利消灭产生无法律效果

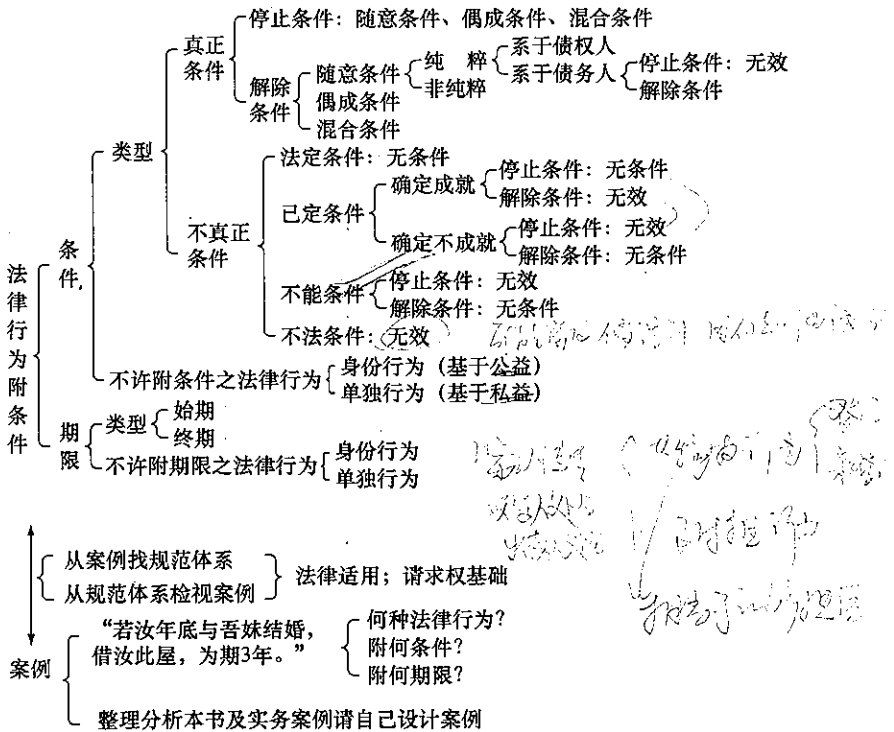
① 参见“最高法院”1996 年台上字第 1576 号判决：“系争 2371 737 元，既为工程保留款，乃系已确定发生之债权，并非附停止条件之债权，为原审所确定之事实，纵该保留款必须至将来工程全部完工、验收合格时，上诉人始予以支付，亦仅系清偿期是时届至，中鹿公司方得请求给付而已。”

法院：法律行为是发生在既成时范围内，但始期向清偿期时由法院决定，而仅存时间问题

第四节 体系构成及实例研习

一、体系构成

兹为便于综合观察,将法律行为附款、条件及期限的规范体系图示如下:



应再强调的是,不要强记规范体系,要对照具体案例,慎思明辨,尤其理解其理由。要以具体案例构建体系,以体系检视个案,反复思考,以培养体系构成及处理案例的能力。

二、实例研习

(一) 案例事实

甲向乙购某屋,乙逾期迟延给付。甲致函于乙,表示未于两个月内履

附有的

相对人
是否有效

行契约者,契约即告解除。乙置之不理。经过两个月后,甲向乙请求返还支付的价金。甲的主张有无理由(请先思考,提出解题结构)?

(二) 解说

甲得向乙请求返还支付价金的请求权基础,为“民法”第 259 条第 2 款规定,此须以买卖契约解除为前提。甲对乙解除买卖契约的意思表示(单独行为)附有停止条件。法律行为得附条件,但解除契约等单独行为原则上不容许附加条件,以避免法律关系不确定,不利于相对人。但在本件案例,应例外认其附停止条件解除买卖契约的意思表示为有效。盖履行契约与否,纯由乙决定,不致损害甲的利益。又甲系以乙将来不履行契约发生解除权,为解除契约意思表示的条件,其解除契约的意思表示同时含有法定的条件,以履行期的届至为催告发生效力的要件。于乙不履行契约时,条件即告成就,买卖契约因而解除。甲得依“民法”第 259 条第 2 款规定,向乙请求返还其所支付之价金。

甲得依民法第 259 条第 2 款规定

单独行为不得附条件

乙自便

例外,以乙将来不履行契约为解除意思表示有效

因其决定权在乙

同时含有法定条件

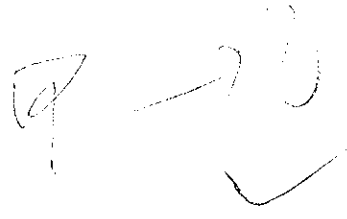
以履行期届满为催告发生效力要件

条件成就

契约即告解除

甲得依民法第 259 条第 2 款规定

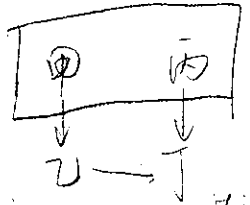
其请求权即生



协力与状

第八章 代理

——私法自治的扩大与补充



第一节 总 说

某甲 10 岁，继承其父某栋房屋，其母乙以甲之名义刊登出租广告。丙公司的总务主任丁见报后，即与乙联络，以丙公司名义订立租赁合同。试就此例说明：

1. 何谓代理及代理制度的社会功能？
2. 代理制度与私法自治的关系。
3. 何谓法定代理与意定代理？
4. 积极代理与消极代理。

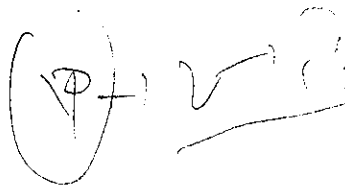
代理

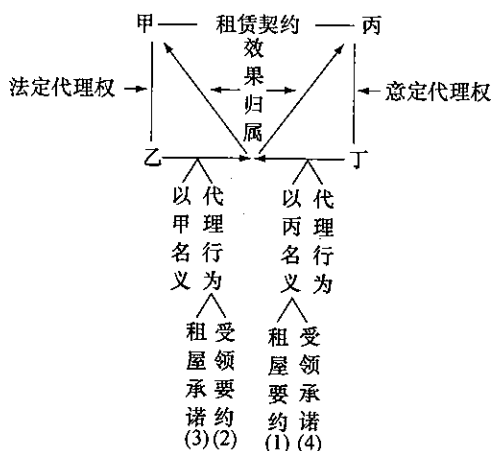
法定代理

一、代理制度与私法自治

(一) 代理的意义

代理，指代理人于代理权限内，以本人(被代理人)名义向第三人所为意思表示或由第三人受意思表示，而对本人直接发生效力的行为(第 103 条)。就上举例题言，丁以丙公司名义承租甲的房屋，乙以甲的名义出租甲的房屋，而在甲与丙公司间成立租赁合同。为便于观察，图示如下：





(二) 规范体系

代理系民法上的基本制度,现行“民法”将代理制度分置两处,于总则规定一般原则(第103条至第110条),代理权之授予、共同代理及无权代理的部分,则规定于债编通则(第167条至第171条),其立法体例颇为学者所非议。本书为配合法典的次序,于此以总则编规定为重点,债编的规定亦一并简要叙述^①,以呈现代理制度的全貌。^②

(三) 意定代理与法定代理

代理制度与私法自治具有密切关系,分别就意定代理与法定代理加以说明:

意定代理的作用在于扩张私法自治。在现代分工的社会,从事交易活动,事必躬亲,殆不可能,假手他人,实有必要。就公司言,有董事对外代表法人(第27条第2项);有受雇人为其占有财物(占有辅助人,第942条);有劳工为其生产商品。此外,无论公司或个人,均可借助代理人为其作各种法律行为,尤其是订立契约,扩张私法自治的范围,以满足社会生活的需要。代理制度的发达与现代企业所有者与经营者的分离、财产归属与财产管理的分化,具有密切关系。

法定代理的作用则在于补充私法自治。自然人有权利能力,得为权

^① 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第212页。

^② 参见陈和慧:《论代理制度》,载《法令月刊》1975年第5期,第13—26页;陈佑治:《民法上代理之比较研究》(中兴大学1969年度硕士论文);廖修三:《民法上代理制度之比较研究》(文化大学1971年度硕士论文)。

利义务的主体。但为保护意思能力不足之人，“民法”设有行为能力制度，为使未成年人及受监护宣告之人亦得参与社会活动，法律特设法定代理，由法定代理人代为意思表示，并代受意思表示，直接对本人发生效力，俾收权利能力的实效。

(四) 代理的适用范围

代理的适用，限于为意思表示及受意思表示，仅于法律行为方能成立。对准法律行为（如催告、物之瑕疵的通知）得类推适用之。事实行为，如占有、无主物先占、遗失物拾得，或侵权行为，则无代理的适用，应分别适用关于占有辅助人（第 942 条），或雇用人侵权责任（第 188 条）的规定。^①

二、代理的分类

(一) 法定代理与意定代理

代理依其发生原因，可分为法定代理及意定代理。代理权的发生由于法律规定者（第 1086 条、第 1098 条、第 1113 条），称为法定代理。其由于法律行为（第 167 条）发生者，称为意定代理。二者的社会作用不同，前已论及，关于代理权的范围及代理权消灭原因，俟于相关部分，再为说明。

(二) 积极代理与消极代理

“民法”第 103 条第 1 项规定，代理人于代理权限内，以本人名义所为之意思表示，直接对本人发生效力，学说上称为积极代理（主动代理），如同第三人为承租（或出租）某屋的意思表示。同条第 2 项：“前项规定，于应向本人为意思表示，而向其代理人为之者，准用之。”指消极代理（被动代理）而言，如由第三人受领出租或承租房屋的意思表示（参阅例题）。

三、代理与其他类似制度的区别

(一) 代理人、使者、代表、履行辅助人与占有辅助人

A 公司的董事 B 遣 19 岁工读生 C，告知 D，B 授权其以 A 公司

^① “最高法院”1991 年台上字第 2340 号判决谓：“代理行为，或代理本人为意思表示，或代理本人受意思表示，均以意思表示直接对本人发生效力为要件，此观‘民法’第 103 条之规定自明。侵权行为为违法行为，不发生意思表示发生效力之问题，无适用代理规定之余地。故代理人所为侵权行为之法律上效果，非得依代理之法解为对于本人发生效力。”

名义向E购买某稀有鸡血石,E的店员F与D从事磋商,订立买卖合同,D刷卡付款予F,清偿价金,F即依让与合意将该鸡血石交付于D。试说明A、B、C、D、E、F的法律上地位(资格),及当事人间的法律关系。此例请读者参照以下说明,自行研究。

1. 代理人与使者^①

代理人与使者的不同,在于代理人系“自为”意思表示(积极代理),或受意思表示(消极代理);使者则在“传达”他人的意思表示(表示使者),或受领他人的意思表示(受领使者)。代理人与使者的区别,应就其外部行为从相对人的立场客观地加以认定。代理人对其意思表示内容的形成,具有一定的空间。使者系传达在内容上已确定意思,属于一种表示工具。以购书为例,甲授权乙:“到新学林出版公司选购一本民法总则。”乙为代理人。若甲告诉乙:“请通知新学林出版公司寄来某教授所著民法总则。”此时乙为使者(表示使者)。其区别的实益有三:

(1) 代理人须非无行为能力人(限制行为能力人亦得为代理人,第104条);使者得为无行为能力人,例如,甲叫其6岁之子乙,告知丙餐厅送来5个排骨便当。

(2) 代理人的意思表示有错误等情事时,其事实之有无依代理人决之(第105条)。使者系传达他人的意思表示,有无错误等情事,应就表意

① 代理人与使者系法律行为上本人的辅助人,在理论及实务上均重视。关于二者的区别,前已说明(本书第329页),兹再综合整理如下(请阅读条文):

类别	内容	法律	种类	发生	能力	意思表示生效	意思瑕疵
代理	第103条	意定代理	代理权授予(法律行为)	须非无行为能力	行为能力	达到相对人(非对话)	第105条
		法定代理	法律规定	行为能力			
使者	第99条	表示使者	本人委托(不必为法律行为)	得为无行为能力	传达进入相对人可支配范围,可理解状态	相对人了解(对话)	第99条
		受领使者	本人授权、交易惯例诚信原则				

来回思考、法律关系

甲嘱咐其受监护宣告之老父乙将解除租赁约的信件交予出租人丙,丙不在家,乙将该信件交付予下列之人,并谓其转交

丙之妻
丙4岁之子
大厦管理员
丙的邻居

丙的邻居 [信件遗失] 风险由谁承担?
[迟于交付]

表示使者?
受领使者?

甲的代理人乙向丙之中古车行购某车,丙的代理人丁明知该车系重大事故车,丙不知之。

甲嘱咐其友人乙告知丙购买10个200元鲑鱼便当,乙因过失(或非因过失或故意)说100个便当。

人决之。意思表示因传达人传达不实者，表意人得依“民法”第 88 条规定撤销之(第 89 条)。传达错误

(3) 身份行为不可代理者，可借使者传达其意思表示。例如，甲男欲与乙女订婚，羞于表示，得由 16 岁的幼妹传达其订婚的意思。① 范围

2. 代理人与代表②

“民法”第 27 条第 2 项规定：“董事就法人一切事务，对外代表法人。”董事为法人之代表，代理与代表的主要区别有二：

(1) 代理人系自为意思表示，而其效果归属于本人。代表以法人名义所为之行为，系属本人(法人)的行为。盖法人无论其为社团或财团，皆不能自为法律行为，须由自然人为之。代表为法人之机关，犹如其手足，其所为的法律行为，即为法人自身所为，当然由法人承受。代表与代理的法律性质虽异，功能则相类似，故“民法”关于代理的规定得类推适用之。“最高法院”1985 年台上字第 2014 号判例谓：“代表与代理固不相同，惟关于公司机关之代表行为，解释上应类推适用关于代理之规定，故无代表权人代表公司所为之法律行为，若经公司承认，即对于公司发生效力。”可资参照。

(2) 代理限于法律行为。代表除法律行为外，兼及事实行为及侵权行为。代理人使用诈术与相对人订立契约时，本人不因此而负侵权行为责任(但代理人同时为受雇人者，参见第 188 条)。代表使用诈术与相对人订立契约时，法人应依“民法”第 28 条规定负损害赔偿赔偿责任。

3. 代理人与债务履行辅助人、为侵权行为的受雇人

“民法”第 224 条规定：“债务人代理人或使用人，关于债之履行有

① 参阅最高法院 1940 年上字第 1606 号判例谓：“两愿离婚，固为不许代理之法律行为，惟夫或妻自行决定离婚之意思，而以他人为其意思之表示机关，则与以他人作为代理人使之决定法律行为之效果意思者不同，自非法所不许。本件据原审认定之事实，上诉人提议与被上诉人离婚，托由某甲征得被上诉人之同意，被上诉人于订立离婚书面时未亲自到场，惟事前已将自己名章交予某甲，使其在离婚文约上盖章，如果此项认定系属合法，且某甲已被被上诉人名章盖于离婚文约，则被上诉人不过以某甲为其意思之表示机关，并非以之为代理人，使之决定离婚之意思，上诉理由就此指摘原审判决为违法，显非正当。”

② 参见“最高法院”1997 年台上字第 1782 号判决：“‘代表’与‘代理’之制度，其法律性质及效果均不同；‘代表’在法人组织法上不可欠缺，代表与法人系一个权利主体间的关系，代表人所为之行为，不论为法律行为、事实行为或侵权行为，均为法人之行为；‘代理’人与本人则系两个权利主体间的关系，代理人之行为并非本人之行为，仅其效力归属于本人，且代理人仅得代为法律行为及准法律行为。”

两个大离婚 甲乙，乙→丙 盖章
甲→乙→丙 类推适用
若受帮助应承担连带责任
无限人、受托责任、有过错、相应责任

418 民法总则
万有物权
代理、同时为代理人

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。”本条所称代理人包括意定代理人及法定代理人（“最高法院”1984年台上字第2201号判例）。又依“民法”第188条第1项前段规定：“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。”（请参见本条第1项但书及第2项、第3项。）兹举一例综合加以说明。甲到乙经营的自助餐厅用餐，向店员丙订购排骨热汤，丙交付热汤于甲时，不慎倒在甲的身上，致甲衣服污损、皮肉受伤。在此情形，丙系乙餐厅的代理人，与甲订立买卖合同。丙过失倒排骨热汤于甲的身上，系关于债之履行具有过失，乙应与自己过失负同一责任，依“民法”第227条及第227条之1规定负不完全给付损害赔偿责任。在此情形，丙亦系乙的受雇人，乙与丙应依“民法”第188条第1项规定，连带负损害赔偿责任。由此观之，同一人得同时为法律行为代理人、履行辅助人及为侵权行为的受雇人。

4. 代理人与占有辅助人

代理限于法律行为。占有系属一种事实，不得代理，唯对占有可成立占有辅助关系。“民法”第942条规定：“受雇人、学徒家属或基于其他类似之关系，受他人之指示，而对于物有管领之力者，仅该他人为占有人。”如百货公司的店员对其经营的商品，司机对其驾驶的汽车，工人对其使用的机器，均属占有辅助人，以雇主（自然人或法人）为占有人。

代理人与占有辅助人并存者，颇为常见。例如A百货公司店员B出售某电脑于C公司的总务D。就买卖合同言，B及D各为其公司的代理人。关于电脑所有权的移转（物权行为），需B、D两人共同协力始可完成，即B依让与合意将电脑交付D时（第761条），关于此项让与合意（物权上意思表示的合致），系由B及D以代理人地位互为意思表示，互受意思表示而成立。关于物之交付（事实行为），B系依其雇主A公司的指示移转电脑的占有；D系以为其雇主C公司管领其物的意思，成立占有辅助关系，C公司因受让占有而取得该电脑所有权。

四、直接代理与间接代理

1. 甲有A古瓶待售，乙收集古瓶，委任丙购买该瓶，乙思量良久，乃决定授予丙代理权。丙即以乙之名义向甲购买该瓶，并即付款且受领该瓶。试问当事人间的法律关系如何？

2. 在上举之例,设乙未授予丙代理权,或丙虽有代理权而以自己名义向甲购瓶时,当事人间的法律关系有何不同?

3. 甲委乙向丙购物,犹豫于采直接代理或间接代理,其有何法律上的考量?



学说上有将代理分为直接代理与间接代理,此项区别甚具重要性,特设专款加以说明。直接代理,指代理人于代理权限内,以本人名义所为之意思表示或所受之意思表示,直接对本人发生效力的代理。间接代理乃以自己名义为本人之计算而为法律行为;其法律效果首先对间接代理人发生,再依内部关系移转予本人。关于间接代理,“民法”于行纪设有规定。称行纪者,谓以自己名义为他人计算,为动产之买卖或其他商业上之交易,而受报酬之营业(第 576 条)。于其他情形(如委任),应依其内部法律关系处理之。

须注意的是,“民法”所称“代理”,指直接代理。所谓“间接代理”,乃代理的类似制度,并非代理。故直接代理与间接代理非系“代理”的分类。二者的区别甚具实益,兹就前揭例题作进一步的说明。

(一) 直接代理

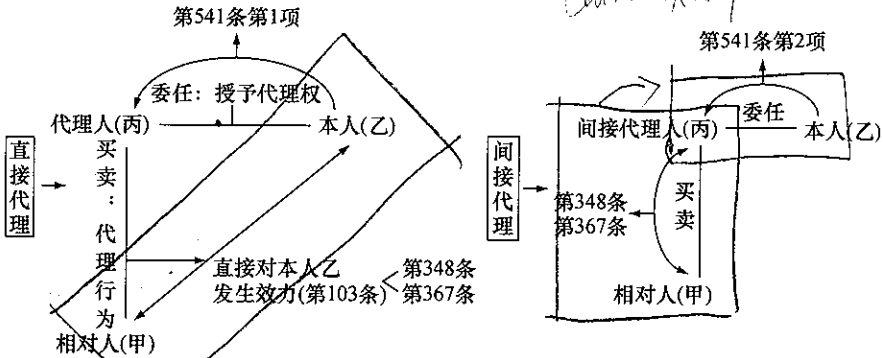
在例题 1,乙委任丙向甲购买其待售 A 瓶,乙与丙间成立委任契约(第 528 条),乙并授予代理权予丙(第 167 条)。丙在代理权限内,以乙之名义向甲购 A 瓶,其买卖合同直接对乙发生效力,故乙得向甲请求交付该瓶,并移转其所有权(第 348 条);甲得向乙请求支付约定价金及受领标的物(第 367 条)。丙支付价金与甲,系履行乙的债务,丙受领甲所交付之瓶,系代理乙为受让其所有权的意思表示(让与合意),并取得该瓶的直接占有,乙为间接占有人(第 941 条),该瓶所有权归属于乙,乙得依“民法”关于委任之规定请求丙交付该瓶(第 541 条第 1 项)。

(二) 间接代理^①

在例题 2,乙委任丙向甲购买 A 瓶,丙以自己名义与甲订立买卖合同,为间接代理。乙所以采间接代理,系为将自己隐身于背后,不显露于外,有不同的动机,或不欲人知其购古瓶之事,或避免甲知购瓶之人而以高价出售。

^① 关于间接代理的基本理论,参见 Hager, Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980), 239; Schwark, Rechtsprobleme bei der mittelbaren Stellvertretung, JuS 1980, 777 ff.

间接代理在法律构造上有两个各自独立的法律行为：一个存在于本人(委任人)与间接代理人(受任人)之间；一个存在于间接代理人与相对人之间。为便于对照，将直接代理与间接代理的法律结构图示如下(请阅读条文)：



在间接代理,丙与甲间成立买卖契约,仅丙得向甲请求交付该瓶并移转其所有权,甲亦仅能向丙请求支付约定的价金及受领标的物,在甲与乙间不发生何等法律关系。^① 受任人(间接代理人)以自己名义为债权人取得之权利,应移转于委任人(第 541 条第 2 项),委任人乙不得向受任人丙请求移转其对甲的债权。丙于受领甲依让与合意交付之 A 瓶时(第 761 条),即取得其所有权。乙得本于委任关系,向丙请求移转该瓶所有权,丙亦得基于该委任关系,向乙请求清偿其已垫付之价金(第 541 条、第 546 条)。^②

五、“民法”上的归属规范

前文曾论及代理人、使者、代表、履行辅助人、为侵权行为的受雇人、

① 最高法院 1933 年上字第 3212 号判例：“受任人本于委任人所授予之代理权，以委任人名义与他人为法律行为时，固直接对委任人发生效力，若受任人以自己或第三人之名义与人为法律行为，则对委任人不生效力，其委任人与法律行为之他造当事人间，自不发生何等法律关系，此在民法施行以前，亦属当然之法理。”

② “最高法院”1963 年台上字第 2908 号判例：“委任他人为法律行为，同时授予他人以代理权者，受任人所为之意思表示直接对于委任人发生效力，委任人固有请求权。即无代理权之委任，受任人以自己之名义为委任人取得之权利，包括损害赔偿请求权，已依‘民法’第 541 条第 2 项之规定，移转委任人者，委任人亦有请求权。”

不同的人——代理、代表、占有

占有辅助人，“民法”借着此等人创设所谓归属规范(Zurechnungsnorm)，使某人的行为归属于他人，使其发生一定的法律效果，涉及法律行为、债务不履行、侵权行为及占有关系等重要制度。为便于观察，图示如下，并请参照前揭说明，借助案例(请自己设例)彻底了解，对学习“民法”甚为重要。

内容类别	当事人	法律规定(民法条文)	能力	法律效果
法律行为	1. 代理人 2. 使者 3. 代表	第103-110条 第89条 第28条	至少须为限制行为能力人 得为无行为能力人 完全行为能力人	对本人发生效力 传达本人意思表示 其代表行为系法人的行为
债务不履行	履行辅助人	第224条	识别能力	归由债务人负责
侵权行为	执行职务受雇人	第188条	识别能力	雇用人与受雇人负连带损害赔偿责任
占有关系	占有辅助人	第942条	意思能力	成立占有辅助关系

归属规范

得并存

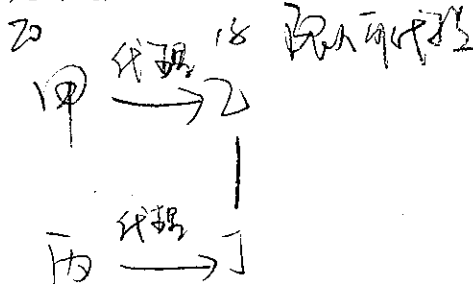
来回思考、法律关系

案例

甲系公司董事，授权乙代为租屋，乙以丙(受监护宣告)为使者，告知丁，乙代甲租其屋
甲受雇于乙担任司机兼售票员，丙向甲购票乘车，途中因甲过失，发生车祸，丙受重伤(甲为乙的代理人、债务履行辅助人、受雇人)
甲系乙公司外务员，向西公司购买某录像机，乙付款取货(甲系乙的代理人、占有辅助人)

第二节 代理的要件及法律效果

某甲 20 岁，购买彩券中奖 20 万元，知其友人某乙 18 岁，高工汽车修理科毕业，成绩优异，乃授权代购中古车。乙到丙经营的车行，由丁业务员接洽，乙以甲名义以 5 万元购 A 车，丁以丙名义为承诺。乙于付款取车后，即详加检查，发现该车具有重大瑕疵，丁知其事故意不告知，乙即通知丙。甲获知其事，即要乙速为处理，乙即向丁要



求返车退钱。甲得否向丙请求返还其所支付的价金?①

代理系由本人、代理人与相对人所构成,而发生三面关系,即:① 本人与代理人间的代理权关系(内部关系)。② 代理人与相对人间的关系,主要为代理行为问题。③ 本人与相对人间的关系,以法律行为效力的归属为核心。前两者涉及代理的要件,后者涉及代理的法律效果。分述如下:

一、代理的要件

“民法”第 103 条第 1 项规定:“代理人于代理权限内,以本人名义所为之意思表示,直接对本人发生法律效力。”代理须具备的要件有四:

- ① 容许的代理。
- ② 意思表示。
- ③ 以本人名义为之。
- ④ 代理权(有代理权限):有权代理。无代理权时为无权代理。(须提醒注意的是,为何四个要件排此次序? 分析法律规范的要件系

① 特设此例,在使读者能有问题意识,研读以下说明(请写成书面),简示解题结构如下,以便参照:

甲对丙的价金返还请求权:第 259 条第 2 项

I. 甲与丙间成立买卖合同

1. 乙代理甲对丁为要约

(1) 代理的容许

(2) 为意思表示

(3) 以甲名义

(4) 代理权

(5) 乙为限制行为能力人(第 104 条)不受影响

2. 丁代理丙为承诺

3. 买卖合同成立:对甲、丙直接(第 103 条)发生法律效力

II. 甲解除代理契约

1. 要件

(1) 解除权

(2) 解除契约的意思表示

2. 效果

(1) 解除权:第 359 条

① 物之瑕疵(第 354 条)

② 乙为瑕疵通知(第 356、357 条)

(2) 解除契约的意思表示:由乙代理甲为之:有无代理权限?

结论:甲得依第 259 条第 2 项规定向丙返还所支付价金

Handwritten notes and signatures in the bottom right corner, including the name '陈万功' and other illegible characters.

法律人的基本能力)

(一) 代理的容许性

原则上法律行为均得为代理,包括负担行为(如买卖)及处分行为(如办理所有权移转登记)。^①但身份行为如结婚、离婚、遗嘱等,因须尊重本人意思,不许代理。关于幼年养子女的收养或终止收养、非婚生子女强制认领之请求(第1067条),得由法定代理人为之,此系法律就特殊情形而设的例外规定。

(二) 意思表示

代理人于代理权限内,所为的意思表示(积极代理)或所受的意思表示(消极代理),包括单独行为(如解除、终止等形成权的行使)、订立契约的要约或承诺、出席股份有限公司发起人会议共同订立章程,及在社员总会的投票等。

(三) 以本人名义(显名原则)

1. 显名原则与隐名代理

代理人于代理权限内所为的意思表示(或受意思表示),须以“本人名义为之”,学说上称为显名原则(公开原则),其目的在于保护相对人,俾其知悉本人究为何人,代理意思的显名得为明示或默示。商店店员出售商品,通常系为商店主人的代理人,不必特别表明其系代理,相对人是否知悉谁为本人,在所不问。意思表示非以本人名义为之者,纵有代理权限,亦不成立代理,应由行为人自负其责。例如,甲授权予乙,向丙购车,乙未能使丙认识其系为甲购车时,应由乙本身与丙成立买卖契约。

为缓和显名原则,判例学说尚承认所谓的“隐名代理”,即代理人虽未以本人之名义为法律行为,而实际上有代理之意思,且为相对人所明知或可得而知者,亦得发生代理的效果。^②

2. 对该当之人的代理(Geschäft für den, den es angeht)

德国民法上发展出一种称为“Geschäft für den, den es angeht”的代理行为,认为在日常生活的现金交易行为(如购买报纸、早餐等),其本人是

① 最高法院1934年上字第1910号判例:“共同共有物之处分,固应得共同共有人全体之同意,而共同共有人中之一人,已经其他共同共有人授予处分共同共有物之代理权者,则由其人以共同共有人全体之名义所为之处分行为,仍不能谓为无效。”

② 参见洪逊欣:《民法总则》,第472页;“最高法院”1993年台字第672号判决。

谁无关紧要，应对该当之人发生代理效果。^① 例如，甲使其 8 岁之子乙到楼下丙的自助餐厅购买便当，应认乙系代理其父甲为代理行为，此为显名原则的例外，因在此类交易相对人无保护的必要。在上举购买便当之例，若甲因食物不洁而中毒时，得依债务不履行规定向丙请求损害赔偿。

3. 冒名行为

值得提出说明者，系“假冒他人之名”而为法律行为 (Handeln unter fremden Namen)^②，例如甲自称为乙，而与丙订立契约。此类案例应分别两种情形加以处理：

(1) 行为人系为自己订立契约而冒他人之名，相对人亦愿与行为人订立契约，而对其法律效果究归属何人在所不问，即姓名不具区别性的意义时，该契约对冒名的行为人仍发生效力。在现金交易、餐厅订位、住宿旅馆通常可作此认定。例如，名作家某甲向乙承租乡间小屋写作，为避免干扰，使用其弟“某丙”之名订约，乙与甲间仍成立租赁关系。

(2) 相对人对该被冒名之人有一定的联想，而意在与其发生法律关系时，例如，甲冒某名收藏家乙之名向丙画廊订购某画，丙因慕乙之名而同意出售该画，期望因此提高身价。于此情形发生同一性的混淆，不成立代理，丙与甲间原则上应类推适用无权代理的规定。

(四) 代理权

1. 代理权的性质

代理权系使以代理人名义所为法律行为的效力，得直接归属于本人的法律上权能。此法律上权能本质上系一种资格或地位，虽为独立的法律之力，但非属所谓的权利或能力。其所以非属权利，因代理权非为代理人的利益而存在，而是为本人的利益而赋予。其所以非属能力，因其非在使代理人取得某种权利或义务，乃在扩大本人的法律上交易活动。

将代理权的存在作为代理的要件，旨在保护本人的利益，避免他人任意介入或干预其事务。代理人为意思表示或受意思表示须在其代理权限之内，逾越代理权的范围时，成立无权代理。又代理权须于代理人所为意

① K. Müller, Das Geschäft für den, den es angeht, JZ 1982, 777 ff.

② 此为德国法上讨论热烈的问题，参见 Larenz, Verpflichtungsgeschäfte unter fremden Namen, Festschrift für H. Lehmann, 1956, S. 243; Letzguß, Zum Handeln unter fremden Namen, AcP 137 (1937), 327; Lieb, Zum Handeln unter fremden Namen, JuS 1967, 106; Ohr, Zur Dogmatik des Handelns unter fremden Namen, AcP 152 (1952), 216 ff.

思表示生效时存在,否则不生代理的效力。

2. 受领清偿之权限

法定代理人有受领清偿之权限。意定代理人受领权之有无,应依授予代理权范围定之。

3. 共同代理权

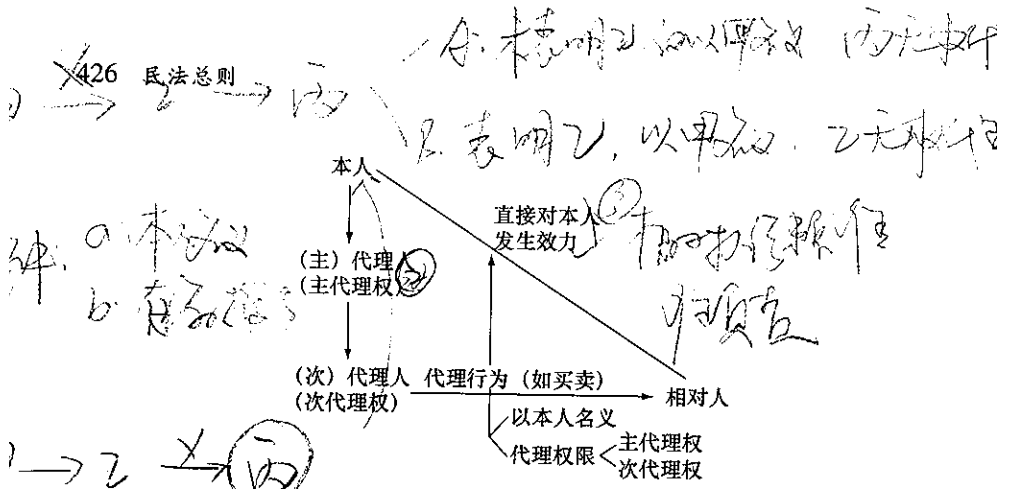
数人共同行使一个代理权的代理,称为共同代理。在法定代理,父母之法定代理权,原则上应共同行使之(第1089条第1项)。在意定代理,代理人有数人者,其代理行为应共同行使。但法律另有规定或本人另有意思表示者,不在此限(第168条)。在共同代理,若仅由其中一人为代理行为时,即属无权代理,非经本人或其他数共同代理人承认,不生效力。

与共同代理应予区别者,系所谓“集合代理”,此指同一内容的数代理权属于数人,而各代理人均有独立的代理权。此乃单独代理的集合,各代理人均有独立的代理权,各得单独为代理行为。

4. 复代理权^①

代理人经本人同意,得将代理权让与第三人。代理人得由使者传达其意思表示。代理人(主代理人)得否以本人名义或以自己名义,将代理权授予第三人(次代理人)而发生复代理(多层代理)?“民法”未设明文。在法定代理,代理人得授予第三人次代理权,例如,父母为管理未成年人财产,得委任他人出租房屋,并授予代理权。在意定代理,经本人许诺时,得为复代理。未有本人许诺时,应解释本人对代理人(主代理人)自为代理行为是否具有可认知的利益而定。例如,甲授权予乙代购便当,乙得再授权予丙为之,盖对本人(甲)而言,其购买便当不必由代理人(乙)亲自为之。反之,重视代理人其人的资格(如对房地产的专业知识、对古物的鉴定能力)时,原则上应不许复代理。次代理权的范围,由授予次代理权之人决定,得小于或同于主代理权,但不得超过之。次代理人应以本人名义为代理行为,其所为意思表示或所受意思表示直接对本人发生效力。为便于观察,将复代理的法律构造,图示如下:

① Bork, AT S. 547; Medicus, AT S. 175; Flume, AT II § 49.5; Leopold, AT S. 293, 317; MünchenKomm § 167 Rz. 96; Rütters/Stadler, AT S. 458. 较详细讨论, Petersen, Die Haftung bei der Untervollmacht, 1999, 401 ff.



在复代理, 除次代理人须以本人名义为代理行为外, 主代理权及次代理权均须有效授予。次代理权不存在时, 应由次代理人负无权代理人责任(第110条)。仅主代理权不存在时, 若对相对人未表明其系复代理时, 由次代理人负无权代理人责任。次代理人对相对人表明其代理权系来自主代理人, 由主代理人负无权代理人责任。

二、代理的法律效果

(一) 代理行为效力的归属

代理人于代理权限内, 以本人名义所为之意思表示或所受之意思表示, “直接对本人发生效力”。其法律效力与本人自为者同。例如, 甲在其代理权内, 以乙的名义, 向丙购买电脑, 并依让与合意, 受让该电脑的占有时, 在乙与丙间成立买卖合同, 并在乙与丙间成立物权契约(第761条), 由乙取得该电脑的所有权。丙所交付的电脑具有瑕疵时, 丙应对乙负物之瑕疵担保责任。

代理行为何以对本人发生效力? 学说上甚有争论。有采本人行为说 (Geschäftsherrtheorie), 认为法律系将代理人之行为, 拟制为本人行为。有采共同行为说, 认为其发生效力系基于本人对于代理人之意思, 及代理人对于相对人之意思的互相结合。目前通说系采代理行为说 (Repräsentationstheorie), 强调该代理行为乃代理人的行为, 其效果依代理制

记为本人行为

拟制 本人行为

代理 = 债务: 本人 ✓

实际 共同行为

代理 = 债: 本人

共同行为 代理行为

本人

度直接归属于本人。^①

(二) 代理行为的瑕疵

乙 → 甲 → 丙

甲系乙的代理人,以乙的名义向丙购买在其店中展示的某紫砂壶。设甲受丙詐欺时,其事实有无应就何人决之?谁得撤销买卖合同?设该壶为丁所有,借丙展示,乙明知其事,而甲不知,或甲明知其事,乙不知其事而购买、受让时,甲得否主张善意取得该壶所有权?

1. “民法”第 105 条的解释适用

代理的效力虽直接归属于本人,但代理行为系由代理人为之,故“民法”第 105 条前段规定:“代理人之意思表示,因其意思欠缺、被詐欺、被胁迫,或明知其事情或可得而知其事情,致其效力受影响时,其事实之有无,应就代理人决之。”

“意思欠缺”,指意思表示不一致、心中保留、虚伪表示,错误及不合意等。“被詐欺或被胁迫”,指意思表示不自由而言。“明知或可得而知”,指“民法”第 91 条但书及第 92 条关于撤销原因事实等,并包括“民法”第 948 条规定所称“善意”(非明知让与人无让与之权利)。所谓“其事实之有无,应就代理人决之”,指本人有无此事实,与代理行为无关。代理人有两人以上时,代理行为系共同为之时,其事实之有无,应就两人决之。

需注意的是,其应就代理人决之者,乃其事实之有无,得主张其效力者,则为本人。例如,代理人受詐欺而为租屋时,其撤销权人为本人,代理人得否撤销,视本人有无授权而定,此应就个案加以认定。对于上述原则,“民法”第 105 条但书设有例外规定:“但代理人之代理权系以法律行为授予者,其意思表示,如依照本人所指示之意思而为时,其事实之有无,应就本人决之。”所谓“代理权系以法律行为授予者”指意定代理而言。所谓“依照本人所指示之意思而为”,系依照本人特定指示而为表示意思,如依照本人指示向某人购买某车、承租某屋,于此等情形,意思表示的

^① 参见郑玉波:《民法总则》,第 326 页。关于代理制度及其理论的发展,参见 Beuthien, Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht, Festschr. Medicus, 1999, 1 ff.; Gerhard Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972; Giesen/Hegemann, Die Stellvertretung, Jura 1991, 357 ff.; Lüderitz, Prinzipien des Vertretungsrechts, 1976, 765 ff.; Wolfram Müller Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955.

民法总则 428 瑕疵担保责任 善意取得 无权处分

瑕疵(如被诈欺),是否明知或可得而知其事情(如物之瑕疵),应就本人决之,与代理人无涉。

兹举一例加以说明。甲授予乙代理权向丙购车,乙选购 A 车,“明知”该车属某人所有,而丙为无权处分时,其非为“善意”,应就代理人(乙)决之,甲虽为善意,仍不受保护,不能取得该车所有权(参见第 801 条、第 948 条)。设甲指示乙向丙购 A 车,甲明知丙无让与之权利,其非属善意的事实,应就本人决之,代理人乙纵属善意,甲仍不能取得该车所有权。

需再指出的是,“民法”第 105 条规定于代理人其他行为,亦有其适用。例如代理人对相对人为诈欺者,相对人亦得撤销其被诈欺的意思表示。代理人故意不告知出卖之物的瑕疵,或于代理权内为物之品质的保证时,本人(出卖人)应依“民法”第 360 条规定负责。

2. “民法”第 105 条的类推适用:“知的归责”的扩大

(1) “最高法院”2001 年台上字第 4 号判决:一项重要原则的创设

“最高法院”2001 年台上字第 4 号判决谓:“按使用人系为本人服务之人,本人借使用人之行为辅助以扩大其活动范围,与本人借代理人之行为辅助者相类,且使用人为本人所为之意思表示,即为本人之意思表示,故使用人为本人所为之意思表示,因其意思欠缺、被诈欺、被胁迫或明知其事情,或可得而知其事情,致其效力受影响时,宜类推适用‘民法’第 105 条规定,其事实之有无,应就使用人决之,但其意思表示,如依照本人所指示之意思而为时,其事实之有无,应就本人决之。”查杜○钦为上诉人公司之职员,上诉人于 1998 年 5 月 28 日资遣被上诉人之公告,系由杜○钦在任职之管理部所为,且杜○钦证称,伊于公告资遣名单前询问被上诉人其是否已与董事长商谈,被上诉人告知有,并称董事长已答应其资遣,伊才公告资遣名单,而未向董事长求证云云,为原审认定之事实。果尔,杜○钦乃上诉人之使用人,衡之首揭说明,其为上诉人所为前开资遣公告之意思表示有无被诈欺,其事实之有无,即应就杜○钦决之。”

“最高法院”前揭判决创设了一个重要原则,对民法的发展具有贡献,就方法论言,其意义有二:①“使用人”为本人处理一定事务,其“为本人所为之意思表示”具有瑕疵,或明知或可得而知其事情,致其效力受影响者,“民法”未设明文,其情形相当于代理人,非立法有意的不予规定,乃依法律规范计划原应有所规定而未予规定,系属法律漏洞。② 此项法律

类推适用
{ 明知或有瑕疵,而未告知
类推 → 明知 → 相对人明知 → 无效

漏洞,得类推适用“民法”第 105 条加以填补。此项类推适用多发生于“使用人明知或可得而知其事情”的情形,扩大了“明知或可得而知”对本人的归责,德国法上称为“知之归责”(Wissenszurechnung)的扩大,系实务与理论发展的重要问题^①,可供参考说明。

2. 使用人明知或可得而知其事情对本人的归责

“最高法院”前揭判决所称使用人,指为本人服务之人,即在本人(企业厂商)的组织内从事一定职务之人,德国判例学说称其为所谓的 Wissensvertreter(知的代理人),包括参与订约行为的辅助人。例如,甲经营中古车行,其员工乙明知某车系重大事故车,未告知甲,甲出卖予丙时,乙得“明知”其事情,应归责于甲,丙得以受诈欺为理由,依“民法”第 92 条规定,撤销其意思表示。又甲使用乙与丙从事购买某屋的商议谈判,乙明知该屋有“民法”第 354 条第 1 项所称的瑕疵,甲虽不知其事,仍应承担乙明知其瑕疵的事实,出卖人丙不负瑕疵担保责任。

3. 法人代表知之归责

“民法”第 105 条关于代理行为之瑕疵的规定,应类推适用于法人的“代表行为”或其使用人的“明知或可得而知其事情”的情形。法人系属组织体,不同于自然人,具有两个特色:一为业务分工,即其业务常分派予不同的机关及部门;二为知的分散(Wissensaufspaltung),即相关资讯分散于不同业务单位及主管人员。相关人员常因离职、退休或死亡而发生变动。在此种情形,关于明知或可得而知其事情,自不能专就特定之人而决之。德国判例学说为保护交易安全,创设一项基本原则,认为法人的董事原则上均有代表权,董事中之一人明知或可得而知其事情时,应归由法人承担其法律效果,学说上称之为“明知其事情之共同归属”(Wissenszusammenszurechnung)。至于该董事是否实际参与该项法律交易,在所不问。明知其事情的董事已离职时,是否仍有“共同归属原则”的适用,甚有争议。学说上有以法人机关说的理论予以肯定,然此项归属的绝对化,将使法人长期承担其法律效果,难谓合理。其应归属于法人的,宜限于现尚任职的董事或其他有代表权之人,其已离职者,犹如个人丧失记

^① Medicus, AT S. 370 f.; Beuthien, Wissenszurechnung nach § 166 BGB, NJW 1999, 3585 ff.; Markus Baum, Die Wissenszurechnung, 1998; Eberhard Schilken, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983)

即由法人承担

忆,不生归属于本人的问题,惟于此情形,仍应有下述法人资讯组织义务的适用,应予注意。

4. 法人、企业组织内“知之归责”

德国判例学说将“知之代理人”的“知之归责”,更进一步类推适用《德国民法》第166条第1项(“民法”第105条),扩大及于公司、企业的组织。其主要论点系法人及企业应确保“知其事情”的可使用性,而对其资讯为必要的组织。资讯组织义务(Informationsorganisationspflicht)包括三种义务:(1)资讯储存义务,即将通常可预期使用的资讯予以储存,以克服资讯分散、个人健忘、相关人员离职后,仍能使用资讯的问题。(2)资讯传递义务,即应采必要的措施,使其资讯能适时传达至相关人员。(3)资讯查询义务,即应确保业务人员于处理具体案件时,能适时查询相关资讯。其未尽资讯组织义务时,应认为相关人员“明知或可得而知其事情”,而由法人或企业经营者承担其法律效果。例如,甲公司经营汽车买卖,分设“购买”及“销售”两个部门。购买部门人员明知所购进的A车系事故车,但未建立档案,储存资料。销售部门人员出售该车时,向买受人保证该车并无瑕疵。德国联邦最高法院以甲公司未能确保在组织内资讯的储存、传送及沟通,应依知其事情的共同归属原则,类推适用德国民法第166条第1项规定(相当于“民法”第105条)的立法意旨,认为公司明知该车系事故车,乃恶意不告知瑕疵,应负债务不履行损害赔偿之责任。

(三) 代理人的责任

代理行为直接对本人发生法律效力,代理人不是法律行为(尤其是契约)的当事人,不因其代理行为享受权利或负担义务。代理人因过失违反契约或有缔约上过失(如泄露缔约过程所获知的相对人营业秘密),应归责于本人负债务不履行(第224条)或缔约上过失责任(第245条之1)。代理人与本人的法律关系依其基本关系(委任、雇佣等)而定之。

第三节 代理权的发生、范围与消灭

一、法定代理

(一) 法定代理

代理权依法律规定而发生者,称为法定代理。“民法”设有三种法定

代理,分述如下:

1. 未成年子女父母的法定代理权

父母为其未成年子女的法定代理人(第1086条第1项)。所谓未成年子女,包括未满7岁的未成年人(无行为能力人)及限制行为能力人。此项法定代理权原则上应由父母共同行使之(第1089条,阅读之)。向无行为能力人或限制行为能力人为意思表示者,以其通知达到其法定代理人时,发生效力(第96条)。又依“民法”第217条第3项规定,被害人应承担法定代理人对损害发生或扩大的与有过失。

2. 监护人之法定代理权

监护人为受监护人法定代理人(第1098条第1项、第1091条、第1113条,阅读之)。未成年人及受监护宣告人不得为监护人(第1096条)。关于此种法定代理,“民法”第96条及第217条第3项规定亦均有其适用。

3. 夫妻日常家务之代理权

夫妻于日常家务,互为代理人。夫妻之一方滥用前项代理权时,他方得限制之,但不得对抗善意第三人(第1003条)。日常家务,指夫妻及其未成年子女共同生活所必需的事项,如食物、水电、医疗保健等。

“民法”第1003条之1规定:“家庭生活费用,除法律或契约另有约定外,由夫妻各依其经济能力、家事劳动或其他情事分担之。因前项费用所生之债务,由夫妻负连带责任。”

(二) 代理一般规定的适用

民法总则编关于代理的一般规定,原则上对于法定代理亦有其适用,包括第103条(代理行为的要件及效力)、第105条(代理行为的瑕疵)、第106条(自己代理、双方代理的禁止与例外)及第110条(无权代理人的责任)。第104条、第107条、第108条及第109条(阅读之),系针对意定代理而设,于法定代理不适用之。

二、意定代理权①

甲委任乙,并对乙授予代理权,出卖坐落某处的房屋,试说明下

① 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第221页以下;伊藤进:《任意代理基础理论》,1990年版;Gerhard Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972; Wolfram Müller-Freienfels, Die Vertretung Beim Rechtsgeschäft, 1955.

104. 代理行为 本人授权
107. 代理行为 代理权
108. 代理行为 代理权
109. 代理行为 本人授权

法定代理权人 1880 1950 1980 1990
未成年子女 既有法定代理权 因此其意思表示有效

Handwritten notes at the top of the page, including a large arrow pointing downwards and some illegible characters.

列问题:

1. 授予代理权行为的法律性质? 何谓内部授权与外部授权?
2. 代理权的授予是否为债之发生原因; 设乙迟不为代理行为, 致甲受有损害时, 甲得否向乙主张请求损害赔偿?
3. 甲对乙的委任或授予代理权, 办理该屋所有权移转时, 应否以书面为之 (参见第 758 条)? *Handwritten: 非以书面为之*
4. 甲系受乙诈欺或甲误认乙在交易上重要性之人的资格时 (如房地产专业能力) 而为委任, 并授予代理权, 而乙已与第三人订立买卖契约时, 其法律关系如何? *Handwritten: 可撤销, 信赖: 消灭*
5. 设甲死亡后, 乙明知或不知其事, 仍与丙订立买卖契约时, 其法律关系如何? *Handwritten: 无效 (对乙而言); 信赖: 消灭*

(一) 意定代理权的授予

1. 代理权授予行为的法律性质 (例题 1)

代理权授予系有相对人的单独行为

代理权依法律行为授予者, 称为意定代理。此种依法律行为授予的代理权在德国法上称为 Vollmacht。"民法"第 167 条规定: "代理权系以法律行为授予者, 其授予应向代理人或向代理人对之为代理行为之第三人, 以意思表示为之。" 由此规定可知代理权之授予, 是一种有相对人的单独行为, 于相对人了解 (对话), 或到达相对人 (非对话) 时, 发生效力, 不以相对人承诺为必要。

代理权之授予, 除明示外, 亦得以默示为之, 如雇用店员出售商品者, 由其事实可间接推知其有授予代理权。

代理权之授予既属单独行为, 故限制行为能力人未得法定代理人的允许, 所为代理权授予行为无效 (第 78 条)。但纯获法律上利益时 (如授权他人代为承诺赠与), 则为有效。代理权之授予仅在赋予代理人以一种得以本人名义而为法律行为的资格或地位, 代理人并不因此享有权利或负担义务, 故对限制行为能力人亦得为有效的代理权之授予, 不必得法定代理人同意。

(2) 内部授权与外部授权

代理权的授予系向代理人为之者, 称为内部授予代理权 (简称内部授权, Innenvollmacht)。其向第三人为之者, 称为外部授予代理权 (简称外

部授权, Aussenvollmacht)。先为内部授权再为公告者或通知第三人时,仍为内部授权,而非外部授权。二者区别的实益有三:

① 关于代理权的范围,在内部授权,应以代理人了解的观点加以认定。在外部授权,则应以第三人了解的观点加以认定。

② 代理权授予行为有瑕疵(如错误、受詐欺或胁迫)时,于内部授权,其撤销原则上应向代理人为之;于外部授权,则应向第三人为之。

③ “民法”第 107 条规定:“代理权之限制及撤回,不得以之对抗善意第三人。但第三人因过失而不知其实者,不在此限。”此项规定适用于外部授权,而由授权人于内部对代理人限制或撤回代理权的情形。^{外部授权}

2. 代理权之授予是否为债之发生原因(例题 2)

“民法”债编于“债之发生”节中,列有代理权之授予一款,致代理权之授予是否为债之发生原因,在学说上产生争论。本书从通说见解,认为本人虽对于代理人授予代理权,代理人对于本人并不因此而负有为代理行为的义务。其使代理人负有此项作为义务者,乃本人与代理人间的委任、雇佣等基本法律关系,而非代理权授予行为。代理权之授予本身在当事人间既不产生何等债权债务关系,自非为债之发生原因。例如,甲授予乙,以其名义出租某屋,乙虽因此取得代理权限,但并不负有为代理行为(出租房屋)的义务。甲纵使因乙怠于为代理行为而受有损害,亦无向乙主张损害赔偿的请求权基础。其理由至为明显,即任何人不能以单方的意思,而使他人法律上负有某种作为的义务。为使乙负有处理一定事务之义务,甲须与乙订立委任契约,乙因可归责之事由致债务不履行时,甲得请求损害赔偿(第 535 条、第 544 条)。

3. 代理权授予的方式(例题 3)

代理权的授予是否须以书面等为之,“民法”原未设明文,基于方式自由原则,应认系不要式行为。“民法”第 109 条规定:“代理权消灭或撤回时,代理人须将授权书交还予授权者,不得留置。”此项授权书非指代理权授予的法定书面,乃授予代理权的证明文件。^{授权书}

修正前“民法”第 531 条规定:“为委任事务之处理,须为法律行为,而该法律行为,依法应以文字为之者,其处理权之授予,亦应以文字为之。”关于本条的适用,发生如下的疑问:依“民法”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,非经登记,不生效力,其法律行为应以书面为之。甲委任乙,办理不动产所有权移转登记时,其代理权

物非以书 係以书

434 / 代理权 瑕疵 增加 代理权 授予 行为 瑕疵 代理权 授予 行为 瑕疵 代理权 授予 行为 瑕疵

之授予应否以书面为之？为避免争议，修正“民法”第 531 条于原规定增订：“其授予代理权者，代理权之授予亦同。”依此规定，为使处理委任事务，仅授予处理权者，该处理权之授予固应以文字为之。如同时授予处理权与代理权时，二者之授予，均应以文字为之。

4. 代理权授予行为的瑕疵(例题 4)①

代理权的授予系法律行为(单独行为)，其有瑕疵时，应适用民法总则规定，但因代理权的授予行为与代理行为具有密切关联，涉及本人、代理人与相对人的利益，其法律关系较为复杂，以下仅就诈欺及意思表示错误两种情形加以说明：

(1) 诈欺

① 因被代理人诈欺而授予代理权

甲受乙诈欺，授予乙出售某古董车的代理权，在乙与他人(丙)订立买卖合同前，甲得撤回其授权的意思表示，或依“民法”第 92 条规定撤销其授予代理权的意思表示。在乙已与丙订立买卖合同后，甲撤销其授予代理权的意思表示时，其授予行为视为自始无效(第 114 条第 1 项)，乙应对丙负无权代理人责任(第 110 条)。乙 → 诈欺 → 丙 无权代理

② 因被相对人诈欺而授予代理

甲被丙诈欺，而授予代理权于乙，以甲名义向丙购车。于此情形，本人(甲)系被代理行为之相对人(丙)诈欺，致授予予不知情之代理人(乙)。“民法”第 92 条第 1 项规定，诈欺系由第三人所为者，以相对人明知或可得而知者为限，始得撤销之。甲得否对乙撤销其被丙诈欺而为授予代理权的意思表示，其关键问题在于丙是否为“民法”第 92 条第 1 项所称第三人。丙虽系代理人乙对之为代理行为之第三人，但由代理行为直接享受权利，应认非属“民法”第 92 条第 1 项所称第三人，故甲的撤销权不受影响，仍得撤销对乙的授权行为。不知相对人明知或可得而知

(2) 错误

甲误信乙自称系古玉专家，特授予代理权向丙购买其收藏的汉玉。在此情形，甲得以关于乙之资格在交易上重要性的错误，撤销其对乙授予代理权的行为。在乙为代理行为之前，此项撤销得对乙(代理人)或丙

① Brox/Walker, AT S. 246; Köhler, AT S. 161; Rütters/Stadler, AT S. 461; Wolf/Neuner,

为何不同 欺诈系错误之内容

(相对人)为之。问题在于乙已为购买古玉的代理行为时,其撤销应向何人为之? 衡诸当事人利益,得认在此情形,甲仍得撤销其授权行为,并应向相对人丙为之,丙仍得依“民法”第91条规定向甲请求信赖利益损害赔偿。

5. 代理权授予行为的独立性

18岁之大学生某乙,受雇于甲经营的便利商店,担任店员,以甲的名义,出售物品。乙的法定代理人认为乙应专心读书,未为同意。

试问:

- (1) 甲与乙间共有多少法律行为,其效力如何?
- (2) 乙与顾客丙所订的买卖契约是否对甲发生效力?
- (3) 试就此例说明代理权授予行为的独立性及无因性。

代理权之授予,通常有其基本法律关系(内部关系),如甲委任乙租屋、丙雇用丁为店员,而授予代理权。早期学说及立法例认为代理权之授予,乃委任或雇佣的外部关系,并不独立存在。其后经由长期的研究及德国学者 Laband 的发现^①,终于将代理权之授予从委任或雇佣内部关系予以分离,使代理权之授予成为一个独立的制度。“民法”亦采此项原则,表现于“民法”第167条规定之上。其立法理由书谓:“查民律草案第221条理由谓授予意定代理权之行为,是有相对人之单独行为,非委任,亦非他种契约也。”代理权之授予及基本法律关系的结合具有三种态样:

(1) 仅有代理权之授予,而无基本法律关系:如甲知其同事乙到丙经营自助餐厅用餐,乃托乙以甲的名义,向丙购买10份便当,请丙送到甲处。于此情形,仅有代理权之授予,而无委任或雇佣契约的存在。

(2) 有基本法律关系,而无代理权之授予。如甲雇乙为店员,命其观摩实习,不得出售货物。

(3) 因基本法律关系而授予代理权:如甲委任乙出售某地,而授予代理权。于此情形,共有两个法律行为,一为委任(契约);二为代理权之授予(单独行为)。

^① Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB, ZHR 10, 183 ff. 参见拙著:《法学上之发现》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版,第1页。

6. 代理权授予行为的无因性

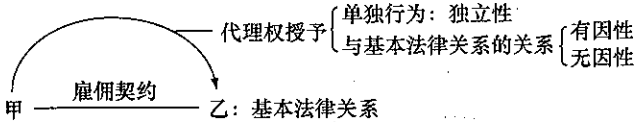
(1) 问题的提起

代理权之授予虽属独立的制度,但交易上多因委任、雇佣等基本法律关系而发生。于此情形,代理权之授予与委任或雇佣的关系,可有三种情形:

① 二者均有效成立。

② 二者均无效(不生效力或被撤销)。例如受监护宣告人甲委任乙出售某地,并授予代理权,其委任契约及代理权授予行为均属无效。

③ 基本法律关系无效(不生效力或被撤销),但授权行为有效。例如,甲雇用 18 岁大学生某乙为店员,并授予代理权,乙父不为同意时,雇佣契约虽不生效力,但代理权授予行为本身仍属有效(参阅例题)。于此情形,代理权之授予行为本身是否因基本法律关系(如雇佣)无效、不生效力或被撤销而受影响。易言之,代理权授予行为究为有因行为,抑或为无因行为? 参阅下图:



(2) 有因说与无因说的争论

① 无因说

民法学者梅仲协先生采取无因说,论述甚详,可资引述:代理权之授予常有其处理事务之法律关系存在,本人与代理人间,其内部权利义务若何,必受此法律关系之拘束,例如,甲、乙间订立委任契约,甲以出卖土地事件,委托予乙,而同时亦必授予乙订立契约之全权,其授予订立契约之全权,即系代理权之授予,而甲乙间内部之权利义务,则依处理事务之委任契约以决定之。故代理权之授予,并不因其基本的法律关系而受影响。如上示之例,买卖土地之委任契约,虽因乙系限制行为能力人,未得其法定代理人之允许,而失其效力,但乙所取得之代理权,仍属有效。倘乙已将土地出卖予丙,则此项买卖契约,并不因甲、乙间之委任契约失其效力,而亦罹于无效,盖限制行为能力人,亦得为他人之代理人,“民法”第 104

小法有
Woo
Woo
Woo
-没有加?

为何? 跟有因
法律行为
有因说=授权行为



条设有明文规定。^①

② 有因说

有因说认为，授权行为与基本法律关系不可分离，基本法律关系归于无效、不生效力或被撤销时，授权行为亦因之而消灭，并以“民法”第108条第1项“代理权之消灭，依其所由授予之法律关系定之”的规定，作为其立论的依据。^② 依此见解，在雇用或委任限制行为能力人的情形，若雇用或委任契约因法定代理人不同意而不生效力时，其授予之代理权亦随之消灭，该未成年人以本人名义而为的法律行为，因欠缺代理权，应成立无权代理。

(3) 分析讨论

本书认为，除当事人另有意思表示外，原则上应肯定代理权授予行为的无因性^③，其理由有三：

① 肯定无因性，并不违反授权人的意思或利益，因其本得独立授予代理权。此亦无害于代理人，盖其并不因代理行为而负有义务。

依有因说，倘雇用或委任等基本法律关系无效、不生效力或被撤销，而代理权应同归消灭时，则代理人自始欠缺代理权，应负无权代理人之赔偿责任（第110条），对未成年人实属不利。 保护第三人

② 肯定无因性可使第三人（相对人）不必顾虑代理人的内部基本法律关系，有助于促进交易安全。 外保护主义

③ “民法”第108条第1项规定：“代理权之消灭，依其所由授予之法律关系定之。”旨在表示代理权之授予应受其基本法律关系之影响，但亦仅限于基本法律关系消灭的情形。例如甲雇佣乙，并授予代理权，则期间届满，代理权自应随之消灭，如此而已。上例情形，自以回归“民法”第104条之规定为宜。 代理权之消灭不受限制

① 参见梅仲协：《民法要义》，第103页；李模：《民法问题研究》，第125页。德国通说同此见解，Larenz/Wolf, AT S. 615；不同见解，参见 Wolfram Müller-Freienfels, Die Abstraktion der Vollmachtserteilung, S. 144, 164 ff.

② 参见郑玉波：《民法总则》，第309页；洪逊欣：《民法总则》，第465页。

③ 德国通说亦采代理权授予无因说（Die Abstraktion der Vollmacht），Bork, AT S. 560；Köhler, AT S. 159；Rüthers/Stadler, AT S. 453；Wolf/Neuner, AT S. 609.

(二) 代理权范围与代理权滥用

1. 代理权的范围

法定代理权的范围依法律规定(第 1088 条、第 1091 条以下、第 1101 条等,阅读之)。意定代理权的范围,由本人定之,可分为三类:① 特定代理权,即授权为特定行为,如出租某屋。② 种类代理权,即授权为某种类的行为,如买卖股票。③ 概括代理权,即授权代理的行为不予限制。本人究为何种授权,其范围如何,系解释的问题,应依诚实信用原则及斟酌交易惯例加以认定。又本人亦得决定代理得由一人为之(单独代理),或应由多数人共同为之(共同代理)。

2. 代理权的滥用^①

(1) 外部关系的“法律上的能为”与内部关系的“法律上的得为”

授予代理权具有风险,其风险包括代理权的滥用。代理权滥用指代理人未注意其基于内部关系所生代理权范围的限界。其应区别的是代理权的外部关系与存在于本人及代理人间的内部关系。代理权涉及外部关系上“法律上的能为”(rechtliches Können);“法律上的得为”(rechtliches Dürfen)则来自内部关系。代理人逾越代理权(如授权出租 A 屋,擅为出租 B 屋),成立无权代理(第 110 条)。代理人在代理权范围内为代理行为,但违反内部关系的义务时(如出租 A 屋,但未依本人要求订定违约金条款),其代理有效,本人应受其约束,承担代理人违反义务的风险,代理人须依内部关系(如委任、雇用)对本人负损害赔偿责任。

(2) 代理行为的效力

代理行为的相对人明知代理人逾越其代理权限时,不值信赖保护,应否定代理行为的效力,以保护本人。分两种情形加以说明:

① 代理人与相对人合谋侵害本人,例如,甲授权乙出卖某钻石,告知应尽量以不低于 100 万元出售。乙拒绝丙以 120 万元购买该钻石的要约,而与好友丁合谋以 99 万元订立买卖契约。在此情形,乙代理行为虽尚在甲授予代理权范围之内,但与丁合谋侵害甲,应认定该代理行为违反公序良俗无效(第 72 条)。

② 相对人明知或可得而知代理人逾越代理权。例如,甲年老患病,

^① 代理权滥用是德国法上实务及理论的重要问题, H. P. Westermann, Missbrauch der Vertretungsmacht, JA 1981, 521 ff.; Brehm, AT S. 475; Rüthers/Stadler, AT S. 477.

委任乙授权处理财务，乙向丙借钱，擅以甲的名义为保证。设丙明知或可得而知乙逾越代理权，应适用无权代理，对甲不生效力。此不适用于相对人善意、非因过失不知代理人逾越代理权的情形(参见第107条)，相对人原则上不负积极查问代理人是否逾越代理权的义务，课此义务将严重影响交易安全。

(三) 意定代理权的消灭

1. 消灭事由

(1) 代理权之授予行为附有解除条件或终期。条件成就或期限届满时，失其效力，代理权归于消灭。

(2) 依授予代理权的法律关系。“民法”第108条第1项规定：“代理权之消灭，依其所由授予之法律关系定之。”如店员被解雇时，其代理权归于消灭。

(3) 撤回。“民法”第108条第2项规定：“代理权，得于其所由授予之法律关系存续中撤回之。但依该法律关系之性质不得撤回者，不在此限。”代理权的撤回性旨在维护本人的利益及当事人间的信赖。在外部授权的情形，亦得内部撤回之。代理权因撤回而消灭。其不得撤回者，例如债务人授权其债权人出售某物，就其价金受偿，为兼顾代理人的利益，宜解为不能撤回。

(4) 代理权的抛弃。代理权虽非权利，但属一种法律上的权限，系由本人单方授予，不必得代理人之同意。依一般法律原则，任何人不得依自己的意思将某种权益或义务加诸他人之上，故代理人得抛弃其代理权。至于代理人基于其内部关系，得否抛弃代理权，乃另一问题。

(5) 代理权是否因当事人死亡或丧失行为能力而消灭(例题5)? “民法”未设规定，分别说明如下：

① 死亡。代理人死亡时，代理权应归消灭，因代理系属一种信赖关系，且非属财产上权利，不能为继承之标的(参见第550条、第551条)。本人死亡时，除当事人另有意思表示或法律另有规定(参见第564条)外，其代理权归于消灭。委任关系不因委任人死亡而消灭时(第550条、第552条)，其基于委任而授予的代理权，原则上亦不消灭，惟其继承人得撤回之。

② 丧失行为能力。代理人丧失行为能力时，不能有效为意思表示，其代理权应归消灭。本人丧失行为能力时，业已授予之代理权原则上不

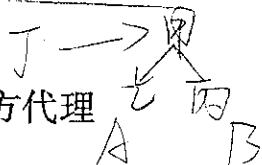
已丧失一个代理人

因此而受影响,但其法定代理人得撤回之。

2. 法律效果

代理权全部消灭时,代理人自不得再为代理行为,如再为之,即成为无权代理。本人曾授予代理人以授权证书者,代理人须将授权书交还予授权者,不得留置(第109条)。违反此项义务,致本人受有损害者,代理人应负赔偿责任。

第四节 自己代理与双方代理



某甲有乙、丙二子,乙7岁,丙2岁。甲赠与A栋房屋给乙,B栋房屋给丙,并已办理所有权移转登记。有某丁委任甲代为租赁房屋,甲即一方面代理乙及丙,一方面代理丁,而缔结丁与乙,及丁与丙之租赁契约。试问:

1. 甲与乙、甲与丙间之房屋赠与契约是否有效?
2. 乙、丙是否取得A栋或B栋房屋所有权?
3. 丁与乙、丁与丙间的租赁契约是否有效?

一、利益衡量与法学方法

“民法”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。”本条规定两种代理。自己代理,指自己与本人为代理行为。例如,甲授权乙出卖某屋,乙(代理人)自己与甲(本人)订立买卖契约。双方代理,指同时代理本人及第三人为代理行为。例如,甲授权乙出卖某屋,丙授权乙购买房屋,乙代理甲与代理丙订立买卖契约。法律禁止自己代理及双方代理,其目的在于避免利益冲突,在具体个案,其代理行为是否对本人有利、不生危害,在所不问。“民法”第106条系属于所谓形式程序规定,旨在避免侵害本人利益的可能风险(抽象风险)。对自己代理及双方代理的禁止,“民法”第106条设有两个例外,一为经本人之许诺,一为系专为履行债务。

自己代理及双方代理涉及法律上的利益衡量,系实务上常见的问题,尤其是须运用目的性限缩(teleologische Reduktion)及目的性扩张(teleolo-

gische Extention) 而为法律解释适用^①, 深具法学方法的意义, 特详为说明。

二、自己代理

(一) 自己代理的禁止及例外

1. 甲与乙间的法律关系: 对限制行为能力人的赠与

在前揭例题, 甲赠与 A 栋房屋给其子乙, 乙仅 7 岁, 为限制行为能力人。限制行为能力人对于纯获法律上利益的法律行为, 无须得法定代理人允许, 得单独有效为之(第 77 条但书)。不附负担之赠与系纯获法律上利益, 故乙得允受甲无偿赠与 A 栋房屋所有权之意思表示而成立赠与契约, 及为让与该屋所有权的物权契约, 于办理登记后, 取得该 A 屋所有权(第 758 条)。

2. 甲与丙间的法律关系: 对无行为能力人的赠与

甲赠与 B 屋给其子丙, 丙仅 2 岁, 为无行为能力人。无行为能力人之意思表示无效, 应由法定代理人代为意思表示, 并代受意思表示(第 76 条、第 1086 条), 故甲需一方面以法定代理人的资格代理丙, 一方面以自己系赠与人的地位, 缔结甲与丙间的赠与契约, 并作成物权契约, 办理登记以移转 B 屋所有权。此种代理人为本人与代理人自己为法律行为的代理, 学说上称为自己代理(自己契约), 前已说明。

值得参照的系“最高法院”2001 年台上字第 1946 号判决认为: “依‘民法’第 348 条第 1 项规定, 物之出卖人负交付其物予买受人, 并使其取得该物所有权之义务, 是申请该物所有权移转登记行为, 应属出卖人专为履行债务之行为, 依‘民法’第 106 条但书规定, 不在禁止自己代理之范畴内。又依‘民法’第 550 条但书规定, 委任关系因委任事务之性质, 并不因当事人一方死亡而消灭。而土地登记之申请行为虽属广义法律行为之一种, 惟受任办理土地登记, 较诸受任办理登记之原因行为(如买卖、赠与等)有较强之继续性, 倘受任人系基于委任人生前之授权, 代为办理登记, 则其登记既与现实之真实状态相符合, 复未违背委任人之本意, 委任关系

^① 关于 teleologische Reduktion 及 teleologische Extention 此两种重要法学方法的思考方法, 参见拙著:《法律思维与民法实例》, 第 301、320 页; Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre (3. Aufl., Wien 2010), 213 ff.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre (6. Aufl., München 2011), S. 902.

禁止自己代理
禁止双方代理

尚不因委任人于办竣登记前死亡而告消灭,从而受任人代理委任人完成之登记行为即非无权代理。”此项禁止自己代理的规定于意定代理及法定代理均有其适用。^① 违反禁止自己代理之规定而为之代理行为,并非当然无效,系属无权代理,如经本人承认,即为有效。^② 对禁止自己代理,“民法”第 106 条设有两项例外规定:

(1) 经本人之许诺。此指事前允许而言,并以意定代理为限,不适用于法定代理。

(2) 法律行为系专为履行债务。所以设此规定,系以履行债务,乃清偿债务,使已存在的债务因内容实现而消灭,并未发生新的权利义务,且不影响本人的利益。准以此言,所谓债务应包括本人与代理人间及本人与相对人间的债务,惟限于单纯的清偿行为,并不及于代物清偿。盖代物清偿系以债权人受领他种给付,以代原定之给付,使债之关系消灭的有偿契约(第 319 条),于代理人与本人间将发生利益冲突。

(二) 禁止自己代理的目的性限缩

在前揭例题,本人丙系无行为能力人,无从为许诺的意思表示,又赠与房屋难谓系法定代理人甲履行其对未成年人丙的扶养义务。故就第 106 条的文义言,甲与丙间的赠与契约及物权契约应不生效力。然为实现私法自治原则及保护无行为能力人,应探求“民法”第 106 条之规范目的,而适当限界其适用范围。按“民法”所以禁止自己代理(或双方代理),乃为避免利益冲突,防范代理人厚己薄人,失其公正立场,以保护本人利益。基此规范目的,“民法”乃设两种例外,盖以于此等情形,并无利害冲突之处。为贯彻此项立法意旨及民法保护未成年人的基本原则,于无行为能力人纯获法律上利益的情形,既不发生利害冲突,应对“民法”

① 参见“最高法院”1976 年台上字第 840 号判例。

② “最高法院”1996 年台上字第 106 号判决:“禁止双方代理旨在保护本人之利益,依‘民法’第 106 条前段规定,代理人经本人许诺,得为双方代理之法律行为。禁止双方代理之规定,既非为保护公益所设,自非强行规定,如有违反,其法律行为并非无效,经本人事后承认,仍生效力。”“最高法院”2009 年台上字第 2050 号判决:“按‘公司法’第 223 条规定,董事为自己或他人与公司为买卖、借贷或其他法律行为时,由监察人为公司之代表,旨在禁止双方代表,以保护公司(本人)之利益,非为维护公益而设,自非强行规定,故董事与公司为借贷等法律行为违反该规定,并非当然无效,倘公司(本人)事前许诺或事后承认,对于公司(本人)亦发生效力,此观‘民法’第 106 条及第 170 条第 1 项之规定自明。”

神
目
之
限
缩

合目的性限缩
目的在保护无行为能力人利益
即有违反禁止自己代理之规定

依作
法

第 106 条规定的适用做目的性限缩 (teleologische Reduktion)^①, 不必加以禁止^②, 使甲得依自己代理的方式, 将 B 屋赠与 2 岁之子丙, 使丙取得该屋所有权。^③

值得提起的是, “最高法院”亦采此见解, 1970 年台上字第 4401 号判决谓: “被继承人一面以自己之立场, 将其财产以死亡为原因, 赠与被上诉人, 一面又以被上诉人之法定代理人身份代被上诉人允受赠与, 此种双重行为并无对价关系, 于未成年之被上诉人并无不利, 依照当时有效之日本民法及适用台湾地区之习惯与现行‘民法’第 77 条, 第 106 条但书之规定, 自属有效成立。”应说明者有二:

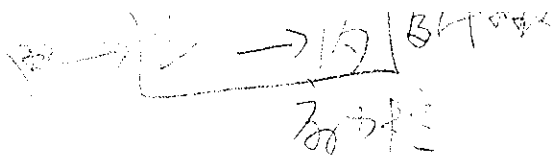
1. 本件判决具法学方法论上重大意义, 值得作深入的研究。

2. 在法学方法上, 此非“民法”第 106 条但书的适用, 而是该条规定的目的性限缩, 即衡诸禁止双方代理系为避免利益衡量, 及为保护未成年

① 此为德国判例学者通说, 参见 BGHZ 50, 101; 59, 240; Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht. 最近相关论文, Thomas Lobinger, Insihgeschäft und Erfüllung einer Verbindlichkeit, AcP (2013), 327. 洪逊欣先生亦认为, 法律行为不引起新利害关系之冲突时, 得为自己代理及双方代理(第 461 页, 附有日本判例)。

② 关于“民法”第 106 条目的性限缩的另一案例类型, 系股份有限公司发起人共同订立章程, 苟彼此间并无利害之对立, 一发起人授权他发起人代为订立章程之行为, 应不受“民法”第 106 条规定之限制([1990]法律字第 16622 号, 载“法务部”《行政解释汇编》第 1 册, 第 216 页)。

③ 此已为实务上的基本见解, 参见《“内政部”公报》, 第 1 卷第 11 期, 第 41 页以下: “按经函准‘法务部’1996 律决 08801 号函略以: ‘以第 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。”上开关于禁止自己代理及双方代理之规定, 旨在防止自己或第三人与本人间之利益冲突, 且于意定代理及法定代理均有其适用(“最高法院”1976 年台上字第 840 号判例参照), 前经本部 1995 年 5 月 27 日(1995)律决字第 12144 号函复贵部在案。惟为贯彻‘民法’保护未成年人之精神, 于无行为能力人纯获法律上利益之情形, 既不发生利害冲突, 似宜对第 106 条规定之适用范围再做目的性限缩, 承认‘纯获法律上之利益者’亦属‘自己代理’之例外, 不必加以禁止(参见王泽鉴:《民法总则》, 北京大学出版社 2009 年版, 第 341—342 页;《纯获法律上之利益》, 载《民法学说与判例研究》(第四册), 第 51—53 页)。本件依来函所述, 倘父或母对于未成年子女赠与不动产, 致使该未成年子女‘纯获法律上的利益’, 既不发生利害冲突, 似宜认其不受禁止双方代理之限制, 惟其如非使未成年子女‘纯获法律上之利益’, 则本部上开函释仍有其适用, 并此说明。’本部同意上开‘法务部’意见。是以关于为未成年子女法定代理人之父或母, 于申办建物所有权第一次登记时, 将所购置数区分所有建物除登记为自己名义外, 以基于未附负担赠与之意思, 登记予数未成年子女, 使同为数区分所有建物之所有权人, 并同时代理该数未成年子女就区分所有建物共同使用部分订定分配协议书者, 因系使该未成年子女‘纯获法律上利益’, 既不发生利害冲突, 故应认其不受‘民法’第 106 条禁止双方代理之限制, 惟其如非使未成年子女‘纯获法律上利益’, 则仍有上开‘民法’规定之适用, 以保护未成年子女之利益。”

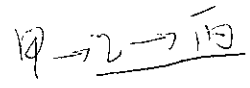


人纯获利益(第77条),法律就此不发生利益冲突的情形未设例外规定,系为隐藏性法律漏洞,应依其规范意义,作目的性限缩,增设“但不在此限”的例外,使其双方代理有效。

(三) 禁止自己代理的目的性扩张

为贯彻“民法”第106条禁止自己代理(或双方代理)保护本人利益的意旨,亦须对此规定作目的性扩张的适用。例如,甲委任乙并授予代理权,出租其屋,并允乙为复代理。乙以甲的名义授予代理权予丙,乙再与丙订立租赁契约,企图规避禁止自己代理。乙(代理人)与丙(次代理人)间的法律行为,虽不为“民法”第106条规定的文义所涵盖,但应依其规范意旨作目的性扩张,认乙(代理人)与丙(次代理人)的法律行为(买卖)亦在禁止之列,效力未定,须经甲的承认始生效力。

三、双方代理



在前揭例题,甲一方面以法定代理人之地位代理本人乙及丙,另一方面又代理本人丁,缔结乙与丁间,及丙与丁间之租赁契约,是为双方代理。“民法”第106条对此种代理人同时为本人又为第三人的代理人,而为双方代理的行为,亦为禁止,惟仍设有两项例外,即经本人许诺及专为履行债务者,不在此限。本题并不涉及履行债务的问题。至于甲的代理行为是否得丁之许诺,应解释授权行为加以认定。未经许诺时,此项双方代理即成为无权代理,须经丁的承认,其代理行为始生效力。^①

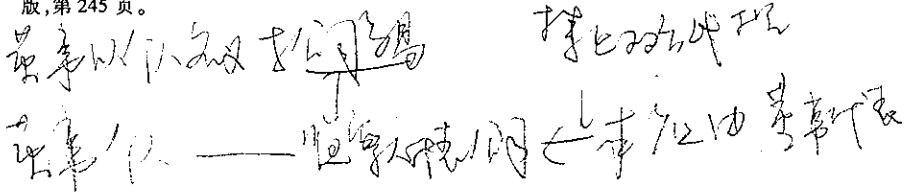
第五节 无权代理与表见代理^②

一、有权代理与无权代理

代理以其代理权之有无为标准,可分为有权代理与无权代理两种。

① 参见“最高法院”1998年台上字第1524号判决:“公司法第223条系规定‘董事为自己或他人与公司有交涉时,由监察人为公司之代表’,故董事倘无为自己或他人与公司有交涉情事,即毋庸由监察人为公司之代表。又首揭条文之规定,旨在禁止双方代表,以保护公司(本人)之利益,非为保护公益而设,自非强行规定,如有违反,其法律行为并非无效,倘公司(本人)事前许诺或事后承认,即对公司(本人)发生效力。此观“民法”第106条及第170条第1项之规定自明。”“最高法院”2009年台上字第2050号判决同此意旨。

② 参见陈忠五:《表见代理之研究》,台湾大学1989年度硕士论文;高森八四郎、高森哉子:《表见代理理论的再构成》,法律文化社1990年版;拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第245页。



“民法”称有权代理为“代理”，而未标明有权或无权时，均指有权代理而言。其为无权代理时，均明示之(参照第 110 条)。

无权代理有广义及狭义之分。广义无权代理包括所谓表见代理与狭义无权代理。狭义无权代理指不具表见代理的无权代理，可称为固有的无权代理，凡称无权代理时，通常指狭义无权代理而言。表见代理，指无权代理人，具有代理权存在的外观，足令使人信其有代理权时，法律规定本人应负授权责任之制度。

二、无权代理

(一) 无权代理的要件及效果

某甲住高雄，考上台北某大学法律系，即函请表兄某乙，代租房屋，乙以甲的名义向丙租屋，租期 1 年，租金每月 1 万元。丙支出介绍费 2000 元，并拒绝他人每月 1.2 万元租屋的要约。甲到台北后发现租屋住处不适合读书。甲及乙乃请教就读法律系的朋友某丁，并告以甲其仅 18 岁，乙不知其事。试问某丁应如何提供法律意见？

2. 某甲公司非以保证为业务，该负责人某乙以法定代理人的资格保证丙向丁的借款。试问：(1) 此项保证的效力如何？(2) 丁得向乙主张何种权利？

(一) 无权代理的意义及要件

无权代理，指无代理人以代理人名义而为之法律行为。其要件

有四：

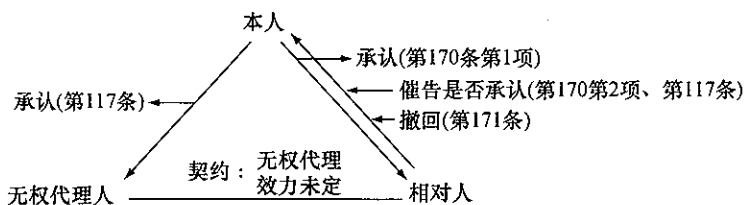
- (1) 须为法所容。
- (2) 须为法律行为。
- (3) 须以本人名义。
- (4) 须欠缺代理权。代理权的欠缺，其情形有四：
 - ① 未经授予代理权。
 - ② 授权行为无效或被撤销。
 - ③ 逾越代理权的范围。
 - ④ 代理权消灭。

(二) 法律效果

无代理人以代理人名义而为之代理行为，效力未定。为使其确定

二 本人非为相对人承认 本人承认

发生效力或不发生效力，“民法”规定本人有承认权，相对人有撤回权。若确定不生效力，则于无代理权人与第三人间发生损害赔偿问题。其法律构造相当于未成年人未得法定代理人允许订立契约（效力未定）。为便于比较，图示如下：



1. 本人与第三人(相对人)间的法律关系①

(1) 本人的承认权

无代理权人以代理人之名义所为之法律行为(单独行为及契约)②，非经本人承认，对于本人不生效力(第170条第1项)。承认系有相对人的单独行为，得依明示或默示为之。承认的意思表示究应向何人为之，“民法”未设规定，解释上应认得对无权代理人，或对代理人向之为代理行为之第三人(相对人)为之。无权代理的法律行为，因本人承认而溯及其成立时发生效力。本人拒绝承认时，无权代理的法律行为确定不生效力。

(2) 相对人的催告权或撤回权

无权代理的法律行为系属效力未定，得由本人承认而生效力，此对本人固属有利；但于未承认前，法律行为悬而待定，对相对人甚属不便，为平衡当事人利益，“民法”特赋予相对人两种权利：

① 催告权，即相对人得定相当期限，催告本人确答是否承认，如本人逾期未为确答者，视为拒绝承认(第170条第2项)。催告应向本人为之，期限是否相当，应依代理行为的性质及交易惯例加以认定。相对人所定期间不相当时，于相当期间经过后，本人不为确答时，仍视为拒绝承认。

① 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，第1页。

② 关于单独行为，参见最高法院1933年上字第3973号判例谓：“债务之免除，须由债权人向债务人表示免除其债务之意思，始生效力。此法律行为虽非不许代理，但无代理人所为之免除，非经债权人承认，对于债权人不生效力。”

② 撤回权,即相对人得撤回无权代理行为,阻止其因本人的承认而发生效力。相对人的撤回权不因业已对本人为催告而受影响;惟其撤回应于本人未为承认前为之。代理行为因本人承认而生效时,相对人不得撤回,乃属当然。撤回得向本人或无权代理人为之。相对人为催告后,于本人承认前,仍得撤回,盖为保护相对人,其撤回权不因催告而受影响(参见第 171 条)。须注意的是,相对人于为法律行为时,明知其无代理权时,不得撤回,仅得行使催告权。

2. 无代理权人与第三人(相对人)间的法律关系:无代理权人之责任
代理人与第三人(相对人)间的法律关系,乃无代理权人对相对人负损害赔偿责任的问题。“民法”第 110 条规定:“无代理权人,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。”兹就其构成要件、法律效果、消灭时效、举证责任,分别说明如下:

(1) 构成要件及法律性质

“民法”第 110 条规定无代理权人责任,其成立要件为:

① 须无代理权人以本人名义而为法律行为,而该法律行为因本人拒绝承认(或视为拒绝承认)确定不生效力。相对人于本人承认前,撤回其与无代理权人所为之法律行为时,无“民法”第 110 条的适用,盖相对人既已撤回,不使代理行为发生效力,自无保护的必要。

② 须相对人为善意,有无过失,在所不问。

“民法”第 110 条所定无代理权人责任,不以无代理权人不知其代理权有无过失为要件。“最高法院”1967 年台上字第 305 号判例谓:“无权代理人责任之法律上根据如何,见解不一,而依通说,无权代理人之责任,系直接基于民法之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。”性质上属于法定担保责任。

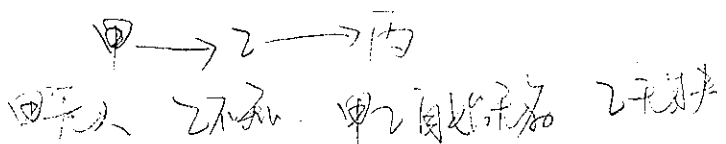
(2) 法律效果

① 损害赔偿

无代理权人对善意须损害赔偿责任的信为

“民法”第 110 条所称损害赔偿,究指何而言,解释上可有四种见解:

- (a) 相对人仅得请求赔偿因该法律行为有效可取得的利益(履行利益)。
- (b) 相对人仅得请求赔偿因信其有代理权而损失的利益(信赖利益)。
- (c) 无论消极利益或积极利益,相对人均得主张;但信赖利益的请求,不得大于履行利益。
- (d) 无代理权人如于行为时不知其无代理权者,仅负



赔偿信赖利益的损害赔偿(其数额不得大于履行利益),否则应负赔偿履行利益之责任。

就现行法解释而言,以第三说较值赞同,实务上亦采之。将损害赔偿仅限于信赖利益,不足保护相对人。在无权代理,其代理行为虽不生效力,但不能因此径认为仅能请求信赖利益,此观诸各国立法例即可知之。第四说在比较法上确有所据。代理人非因过失不知其代理权的欠缺,例如,授权者为精神病人,系无行为能力人,妄以授权书给与代理人,而代理人不知其为无行为能力时,使代理人负履行利益的赔偿责任,诚属严苛,在立法论上,应使其仅负信赖利益的损害赔偿,较为合理。唯此实已超过“民法”第 110 条的解释范畴,而进入法律创造的阶段。^①

③ 消灭时效

关于“民法”第 110 条损害赔偿请求权的消灭时效,“最高法院”1967 年台上字第 305 号判例认为,无权代理人之责任系直接基于“民法”之规定而发生之特别责任,而非基于侵权行为之损害赔偿,“是项请求权之消灭时效,在‘民法’既无特别规定,则以‘民法’第 125 条第 1 项所定 15 年期间内应得行使,要无‘民法’第 197 条第 1 项短期时效之适用”。

“最高法院”否认“民法”第 197 条第 1 项短期时效的适用,见解正确,实值赞同。另一种思考方向系认关于此项损害赔偿请求权,不必一概适用“民法”第 125 条规定,而应依无代理人所为法律行为(尤其是契约)有效成立时,其履行请求权的时效期间定之。^② 例如,甲有代理权限,而以乙之名义向丙租屋,该代理行为有效成立时,丙对乙租金请求权的时效期间为 5 年,关于无权代理损害赔偿请求权的消灭时效,似不能以“民法”无特别规定为理由,径适用“民法”第 125 条所定 15 年的长期时效期间。依“民法”第 126 条规定定其时效期间,较能贯彻“民法”设短期时效之规范目的。此项消灭时效期间,应自本人对无权代理行为拒绝承认时起算。

④ 举证责任

相对人依“民法”第 110 条规定,请求损害赔偿时,须对代理人系无代

^① 参见拙著:《未成年人与代理、无因管理及不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第五册),北京大学出版社 2009 年版,第 96 页。

^② 此为德国通说,参见 BGHZ 73, 231。

理权,以本人之代理人名义为法律行为,以及本人拒绝承认,负举证责任。至于相对人非属善意,则由无权代理人负举证责任。

3. 代理人与本人间之法律关系

本人对无权代理行为不为承认时,无代理权人对善意的相对人应负损害赔偿赔偿责任,已如上述。对于本人,无代理权人则得依“民法”关于无因管理的规定主张其权利。例如,甲外出探亲期间,其住宅遭台风毁损,乙以甲之名义雇丙修缮,设甲不承认此项代理行为时,若乙管理事务利于甲,并不违反甲明示或可得推知之意思者,乙得依“民法”第176条规定,向甲请求清偿其对丙所负担的损害赔偿赔偿责任。

本人承认无权代理行为时,本人与代理人间的权利义务依其内部关系定之。例如,甲建筑公司的业务专员乙,逾越其授权范围,与客户订立买卖合同,甲为维持信用而承认其法律行为时,甲就因此所受损害,得依关于债务不履行的规定,向乙请求损害赔偿。

(二) 无权代理规定的类推适用

“民法”关于无权代理(尤其是无权代理人责任)的规定,于其他类似的情形,应类推适用之:

1. 无权使者。
2. 无权代表。
3. 以事实上不存在之人的名义而为法律行为。

三、权利表见代理权

代理权是否有效授予,或继续存在,对相对人实难认知。为此“民法”特创设基于权利表征而发生的代理权。本无代理权,但有一定事实表征足认其有代理权者,学说上称为权利表见的代理权(Rechtsscheinvollmacht),以保护相对人的信赖及交易安全。“民法”于第109条及第169条设有规定,分述如下:

(一) 代理权继续存在的权利表征:“民法”第107条

“民法”第107条规定:“代理权之限制及撤回,不得以之对抗善意第三人。但第三人因过失而不知其事实者,不在此限。”立法理由谓:“谨按本人将代理权授予代理人之后,非必不可加以限制也。又既经授予代理权之后,亦非不可仍将代理权撤回也。惟其限制及撤回,均不得对抗善意之第三人,盖代理权之受有限制及被撤回与否,第三人固无由知之,若许

其得以对抗,是使善意第三人常蒙不测之损害也。故除其限制及撤回之事实,本可得知,而由于第三人自己之过失陷于不知者外,均不得以其代理权之限制及撤回为对抗之理由。盖为保护善意第三人之利益计也。”

“民法”第 107 条亦属一种表见代理权,其所表见的是代理权的继续存在,此在代理权撤回的情形特为显著,多发生于外部授权、内部撤回的情形,例如,甲对乙表示授权予丙代其租屋,甲对丙撤回代理权,但未通知乙,丙与乙订立租赁契约时,甲不得以其撤回对抗善意非因过失而不知其事实的第三人乙。

实务上常见的是代理权的限制。立法理由强调“本人将代理权授予代理人后,非必不可加以限制”,实务认为亦包括授权时加以限制的情形,例如,甲授权乙为其租屋,限制每月租金不得超过 2 万元,乙以 3 万元向丙租屋。“最高法院”2000 年台上字第 1326 号判决谓:“代理权之限制及撤回,不得以之对抗善意第三人。但第三人因过失而不知其事实者,不在此限。‘民法’第 107 条定有明文。上诉人与被上诉人之代理人林○卿订立系争房地买卖契约,总价金为 630 万元;而林○卿系被上诉人委请代理销售系争房地之人员,平时并持有被上诉人印章;同工地之其他房屋,亦均由林○卿代被上诉人销售,林○卿有代理被上诉人销售系争房地并签约之权限。则被上诉人于授权林○卿销售系争房地之同时,纵有销售价格之限制,揆诸前揭规定,既非上诉人所得知悉,被上诉人亦不得以此对抗善意之上诉人,林○卿本于代理人之地位,以被上诉人名义与上诉人签订买卖价金 630 万元之买卖契约,自直接对被上诉人发生效力。”

(二) 表见代理^①:“民法”第 169 条

“民法”第 169 条规定:“由自己之行为表示以代理权授予他人,或知他人表示为其代理人而不为反对之表示者,对于第三人应负授权人之责任。但第三人明知其无代理权或可得而知者,不在此限。”通说称之为表见代理,系实务上重要问题。兹综合整理历年判例及最近判决,简要说明如下。

1. 立法目的、意义及区别

“民法”第 169 条规定表见代理,立法目的在于保护交易安全及善意

^① 较详细的论述,尤其对实务案例的整理分析,参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 44 页。

相对人的信赖。表见代理乃原无代理权,但表面上足令人信为有代理权,故法律规定使本人负一定之责任。倘确有授予代理权之事实,即非表见代理,自无该条之适用。“最高法院”1955年台上字第1424号判决谓:“‘民法’第169条系为保护善意第三人而设,故本人有使第三人信以为以代理权授予他人之行为而与之交易,即应使本人负其责任。又此本人责任系指履行责任而言,并非损害赔偿之责任,故本人有~~无过失在所不问~~。”

2. 适用范围:不适用情形

表见代理不以有代理权为必要

(1) 法定代理:“民法”第169条表见代理之规定,唯意定代理始有其适用,若法定代理则无适用该规定之余地(“最高法院”1990年台上字第2012号判决)。

(2) 不法行为、事实行为:代理仅限于意思表示范围以内,不得为意思表示以外之行为,故不法行为及事实行为,不仅不得成立代理,且亦不得成立表见代理(“最高法院”1966年台上字第1054号判例)。最近“最高法院”2011年台简上字第4号判决谓:“‘民法’第169条之表见代理,代理人本系无代理权,因本人有表见授权之行为,足使交易相对人正当信赖表见代理人之行为,为保护交易之安全,始令本人应负授权人之责任。准此,所谓不法行为不得成立表见代理,系指不法行为之本身而言,非谓所无权代理之法律行为不得成立表见代理。”

3. 表见代理的类型及成立要件

(1) 由自己之行为表示以代理权授予他人

“民法”第169条规定了两个类型的表见代理。第一个类型系“由自己之行为表示以代理权授予他人”。此系原无代理权,只因本人有表见之事实,足使第三人信该他人有代理权之存在,为保护交易之安全起见,故法律规定使本人负授权人之责任,此与本人确曾授予代理权之有权代理相异。可知表见代理因其本质为无权代理,须有由自己之行为表示以代理权授予他人的表见事实。例如,甲经营水产店,自乙批发大闸蟹,甲结束营业后,交由丙继续经营,甲任由丙使用甲的信封、传真、电话以甲的名义向乙订货。表见事实如何认定,系实务上的难题,兹举“最高法院”肯定及否定案例如下,以利对照:

① 肯定:交付盖有私章及厂章之空白合约与收据。上诉人既将盖有本人私章及所经营工厂厂章之空白合约与收据,交由某甲持向被上诉人签订契约及收取定金,显系由自己之行为表示以代理权授予他人,自应负

表见代理之责任

授权人之责任,则某甲收取定金之行为与上诉人无异,至某甲曾将所收取之定金交付上诉人与否,乃某甲与上诉人间之问题,上诉人殊不能以未自某甲处收到定金,对抗被上诉人(“最高法院”1967年台上字第2156号判例)。

② 否定:交付印章办理特定事项。由自己之行为表示以代理权授予他人者,对于第三人应负授权人之责任,必须本人有表见之事实,足使第三人信该他人有代理权之情形存在,始足当之。台湾地区人民将自己印章交付他人,委托该他人办理特定事项者,比比皆是,倘持有印章之该他人,除受托办理之特定事项外,其他以本人名义所为之任何法律行为,均须由本人负表见代理之授权人责任,未免过苛。原审徒凭上诉人曾将印章交付与吕某之事实,即认定被上诉人就保证契约之订立应负表见代理之授权人责任,自属率断(“最高法院”1981年台上字第657号判例)。

(2) 知他人表示为其代理人而不为反对之表示

“民法”第169条后段为表见代理的第二种类型“知他人表示为其代理人而不为反对之表示”,指知他人表示为其代理人而与相对人为法律行为时,原即应为反对之表示,使其代理行为无从成立,以保护善意之第三人,竟因其不为反对之意思表示,致第三人误认代理人确有代理权而与之成立法律行为,自应负授权人之责任。例如,甲任职于乙水果批发商,向梨山老农丙订购富士苹果。甲离职后,自己摆摊贩卖水果,以谋生计,仍继续以乙名义向丙订购水果。乙知其事,念及旧情,未为反对。如于法律行为成立后,知其情事而未为反对之表示,对业已成立之法律行为已不产生影响,自难令负授权人之责任(“最高法院”2011年台上字第596号判决)。又知他人表示为其代理人而未为反对之表示者,以本人实际知其事实为前提,其主张本人知此事实者,应负举证之责(“最高法院”1979年台上字第1081号判例、2009年台上字第2280号判决)。

(3) 但书排除(消极要件)

“民法”第169条规定,第三人明知其无代理权或可得而知者,不成立表见代理。表见代理之规定,旨在保护善意无过失之第三人,倘第三人明知表见代理人为无代理权或可得而知者,其与之行为即出于恶意或有过失,而非源于“信赖保护原则”之正当信赖。于此情形,纵有表见代理之外观存在,亦无保护之必要,依“民法”第169条但书规定,本人得免负授权人之同一责任。

旗晚抄

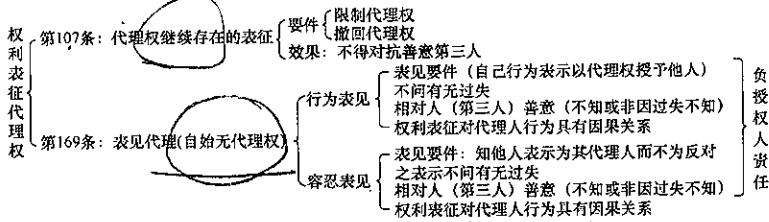
即同有本代理一样

4. 法律效力

“民法”第 169 条系为保护善意第三人而设，故本人有使第三人信以为以代理权授予他人之行为而与之交易，即应使本人负其责任。又此本人责任系指履行责任而言，并非损害赔偿，故本人有无过失在所不问（“最高法院”1955 年台上字第 1424 号判例）。又由自己之行为表示以代理权授予他人者，对于第三人应负授权人之责任，必须本人有表见之事实，足使第三人信该他人有代理权之情形存在，且须第三人基此表见之事实，主张本人应负授权人之责任，若第三人不为此项主张，法院不得径将法律上之效果，归属于第三人（“最高法院”1971 年台上字第 2130 号判例）。

(三) 体系构成与法律适用

民法基于一定的代理权存在的表征，分别于“民法”第 107 条及第 169 条规定由权利表征的代理制度。为便于区别判断，简示如下：



1. 在法律适用上，须无第 107 条规定的情形时，始适用第 169 条，二者不可混为一谈（“最高法院”2001 年台上字第 1774 号判决）。

2. 在立法政策，现行法上权利表见代理权体系是否周全，尚有研究余地。例如，本人出具授权证书予代理人，于授权行为无效或代理权消灭后，代理人提示该授权证书为代理行为时，善意相对人应否受保护，法无明文。此种提示证书，较诸代理权限制或撤回更具代理权存在的可信性，似应类推适用“民法”第 107 条规定，认本人不得以代理权不存在对抗不知或非过失不知代理人无代理权的善意第三人。《德国民法》第 172 条规定：“授权人将授权书交付代理人，且代理人向第三人出示该授权书者，视同授权人发出授予代理权之特别通知。代理权存续至授权书被返还给授权人或被告为无效时为止。”可资参照。

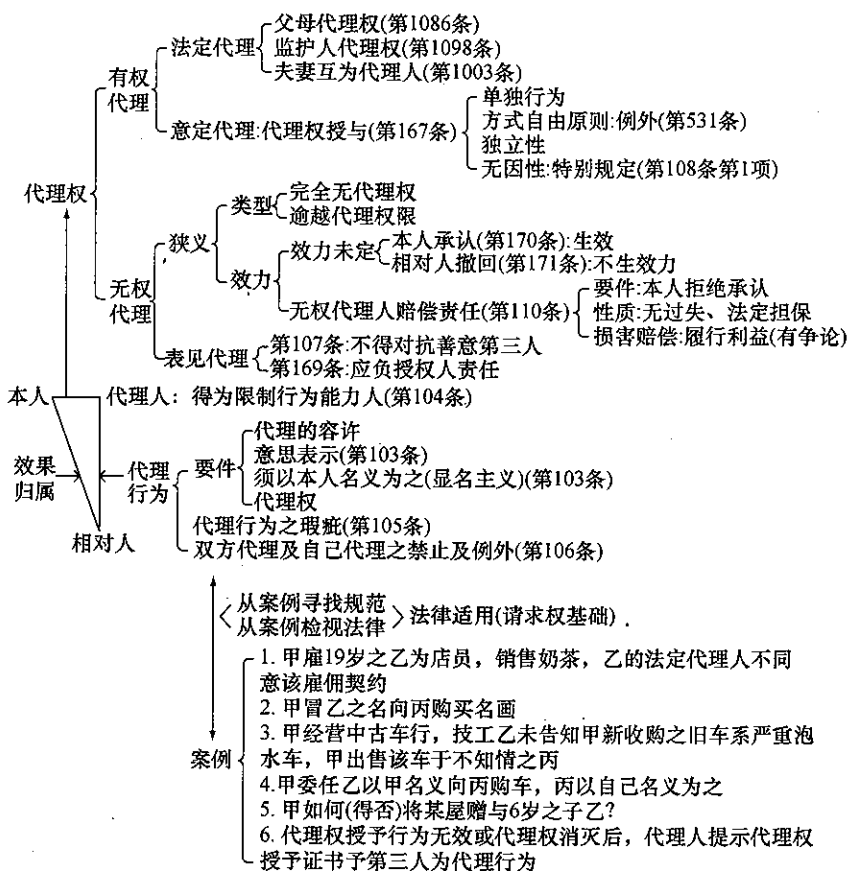
民法与法解释

举重以明轻

第六节 代理制度的体系构成及实例研习

一、体系构成

代理制度旨在扩张私法自治(意定代理)及补充私法自治(法定代理),系现代法律生活赖以运作的重要机制。为使读者能对相关问题有较简明的认识,特制作下图,以便参阅:



二、实例演习

为使读者能借助案例研读法律,前曾设计“中奖券误买泡水车”的例题,并附有一个解题纲要(本章第二节,请先阅读,自己写成书面)。兹提出简要解说,以供参考。

(一) 甲得依“民法”第 259 条规定向丙请求返还其所支付的价金,此须以甲解除其与丙间的买卖契约为要件。

1. 甲与丙间成立买卖契约:甲的代理人乙向丙的业务员丁表示以 5 万购买 A 中古车,系代理甲对丁为要约,此项要约意思表示的代理,为法所容许,乙以甲的名义为之,并在其代理权限内,应属有效。丁系丙的业务员,为丙的代理人,丁为丙代受领意思表示并代为意思表示,对乙的要约为承诺,双方就标的物及其价金互相同意,买卖契约即为成立(第 345 条),直接对本人发生效力(第 103 条),甲与乙间成立买卖契约。

2. 甲解除买卖契约:物之出卖人对于买受人应担保其物依“民法”第 373 条之规定移转危险于买受人时,无减少及价值获通常效用之瑕疵(第 354 条第 1 项)。甲向丙购买的中古车,严重泡水,减少其价值及效用,具有瑕疵。丙的业务员丁对乙故意不告知瑕疵,应归由丙承担,乙将物的瑕疵通知丙,通知系准法律行为,应类推适用代理规定。

甲纵未即时通知该车瑕疵,出卖人仍应负物的瑕疵担保责任(第 357 条)。甲得因该中古车的瑕疵解除其买卖契约(第 359 条)。甲要求乙即为处理购买的泡水车,解释上得认系授予乙解除契约的代理权,乙向丁要求退钱,系对丙的代理人为解除契约的意思表示,对本人丙发生效力(第 103 条)。解除契约时,双方当事人负恢复原状之义务,受领之给付为金钱时,应附加受领时之利息偿还之(第 259 条第 2 款)。

(二) 据上所述,甲与丙间成立 A 中古车的买卖契约,甲解除该买卖契约,得依“民法”第 259 条第 2 款规定向丙请求返还其所支付的价金。

第九章 法律行为的效力

——无效、得撤销及效力未定：控制法律行为效力的机制

第一节 概 说

在阅读下文以前，务请先综合整理民法总则编关于法律行为无效、得撤销及效力未定的规定，比较分析其意义，检讨其规范模式，尤其是探究法律所以就某法律行为设“无效”“得撤销”或“效力未定”规定的立法理由，说明三者之不同，并分析讨论以下三个问题：

1. 法律行为无效，严重影响私法自治，现行“民法”采何方式维持法律行为的效力？

2. 暴利行为究应为无效或得撤销？“民法”第74条规定有何特色？
复行、转手、买卖、抵押、质押、1年

3. 限制行为能力人未得法定代理人允许的单独行为（如授予代理权）或契约（如保证），究应为无效、得撤销，或需法定代理人承认，始生效力？
限制行为能力人、无效

一、立法政策及规范模式

法律行为具备成立要件及生效要件者，即发生当事人所欲实现的法律效果，成为有效的法律行为，学说上称为完全的法律行为。法律行为不具备成立要件者，不能成立；不具备生效要件时，应如何处理？此涉及两个立法政策上的基本问题：

(1) 应赋予何种效力？“民法”所采的规范模式有三种，即无效、得撤销与效力未定。此为法律控制法律行为效力、规范私法自治的机制。

欠缺要件

仅有关公益

仅有关私益

如仅属于程序(如未征得他人同意)的欠缺,则使之效力未定,俾资补正

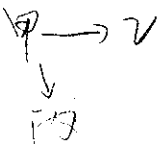
(2) 对不具备生效要件的何种法律行为,应赋予何种效力? 此为评价问题,应视其所欠缺生效要件之性质及其严重性的程度而决定。“民法”所采的原则为:其欠缺的要件,如有关公益,则使之无效;如仅有关私益,则使之得撤销;如仅属于程序(如未征得他人同意)的欠缺,则使之效力未定,俾资补正。为便于观察,兹将民法总则编关于法律行为无效、得撤销与效力未定的规定,列表如下^①:

原因 法律行为	欠缺生效要件			
	行为能力欠缺	标的的不适当	意思表示不健全	效力
无效	1. 无行为能力人之行为(第75条) 2. 限制行为能力人未得到允许之单独行为(第78条)	1. 违反强行规定(第71条) 2. 违背公序良俗(第72条)	1. 真意保留之例外(第86条但书) 2. 通谋虚伪意思表示(第87条)	1. 当然、自始、确定无效(绝对无效) 2. 例外:相对无效(第87条第1项但书)
得撤销		暴利行为(第74条)	1. 错误及误传(第88条、第89条) 2. 被诈欺、胁迫(第92条)	1. 在撤销前发生效力 2. 经撤销视为自始无效(第114条第1项) 3. 暴利行为的撤销或减轻给付须诉请法院为之
效力未定	1. 限制行为能力人未得法定代理人允许之契约(第79条) 2. 无权处分(第118条) 3. 无权代理(第170条)			1. 效力未定 2. 经承认有效 3. 经拒绝承认而确定不生效力

P2110. 係屬得撤销之行为,其效力未定

如未征得他人同意

① 此表参见郑玉波:《民法总则》,第320页。



二、分析讨论

(一) 不完全法律行为的上位概念

无效、得撤销或效力未定的法律行为,称为不完全行为。德国学说以不生效力(Unwirksamkeit)作为无效、得撤销及效力未定的上位概念。^①

(二) 无效法律行为效力的维持

“无效”的法律效果严重限制私法自治原则及影响第三人,“民法”另设有相对无效(不得以其无效对抗善意第三人,第 87 条第 1 项但书),一部分无效不当然导致全部无效(第 111 条),及无效法律行为转换的规定(第 112 条),维持无效法律行为的效力,缓和无效的绝对性。^②

(三) 得撤销法律行为:暴利行为

关于暴利行为、意思表示错误、被胁迫诈欺而为意思表示,“民法”不使之无效^③,而采得撤销的规范模式(第 88 条、第 89 条、第 92 条),俾当事人得自主决定是否继续维持其意思表示的效力,此项规范模式应值得赞同。值得提出的是,“民法”第 74 条规定:法律行为,系乘他人之急迫、轻率或无经验,使其为财产上之给付或为给付之约定,依当时情形显失公平者,法院得因利害关系人之申请,撤销其法律行为或减轻其给付。前项申请,应于法律行为后 1 年内为之。其特色有三:① 比较法多规定暴利行为无效。② 其撤销须以诉讼为之。③ 法律行为内容调整的实质性规范。

(四) 限制行为能力人法律行为的效力:单独行为与契约的区别

关于如何规范限制行为能力人法律行为的效力,“民法”规定原则上应得法定代理人之允许,未得允许时,所为的单独行为无效(第 78 条);所订立的契约,效力未定,须经法定代理人之允许,始生效力(第 79 条)。立法者所以作此区别,系以单独行为系由行为人一方意思表示即得成立,相对人原未参与其行为,使其无效,相对人亦仍处于原来的状态,不致有

^① Wolf/Neuner, AT S. 1603.

^② 关于法律行为的绝对无效及相对无效,陈忠五在其《法律行为绝对无效与相对无效之区别》的论文[民法研究(3),载《民法研究会实录》1999年版,第110页以下],从法规目的论的观点重新检讨传统理论,并提出启发性的见解,深具参考价值。关于此一问题的专论及比较法的分析,参见 Roland Michael Beckmann, Nichtigkeit und Personenschutz (Jus Privatum 34, Tübingen 1998)。

^③ 《德国民法》第 138 条规定暴利行为无效;《日本民法》第 95 条规定:“意思表示于法律行为之要素有错误者,无效;但表意人有重大过失时,不得自行主张其无效。”可资比较。

何积极不利益。至于契约,相对人已积极参与,倘使之无效,于限制行为能力人方面,保护固属周全,但对相对人,未免过于不利,故规定得经法定代理人承认而生效力。此项区别亦值赞同

需特别强调的是,无论如何,不宜将限制行为能力人未得法定代理人允许所为单独行为或契约的效力,改为得撤销。就单独行为言,此将使当事人间法律关系陷于不安定的状态。就契约而言,不足保护限制行为能力人的利益,盖法律行为效力未定时,于其效力确定发生前,未成年人尚无履行契约的义务,反之,于得撤销之情形,于撤销前,未成年人已负有履行契约的义务,撤销权因除斥期间经过而消灭时,契约仍继续其效力,撤销权人的不作为,势必导致不测的损害。

第二节 无效的法律行为

一、无效的意义及法律效果

甲向乙购买某中古车,价金 20 万元。双方履行后,发现甲为受监护宣告人时,其法律关系如何? 乙得否依“民法”第 113 条规定主张其非因过失不知甲为受监护宣告人,不负返还价金的义务? 试就此例说明法律行为无效的意义、法律效果,以及“民法”第 113 条的规范功能与存在价值。

(一) 无效的意义

无效,指法律行为当然、自始、确定不发生效力。分三点言之:

(1) 当然无效,指无效的法律行为无须任何人主张,当然不发生效力,任何人皆得主张其为无效,亦得对任何人主张之。当事人间对法律效力有争执时,固得提起确认无效之诉,但此项判决仅具宣示的性质。无效无待当事人在诉讼上主张,法院应依职权认其为无效,是为无效的绝对性。在特殊情形,法律规定不得以其无效对抗善意第三人(第 87 条第 1 项但书),则为相对无效。

(2) 自始无效,指于法律行为成立时,即自始不发生当事人所意欲发生的效力。

(3) 确定无效,指无效的法律行为在其成立时,即不发生效力,且以后无再发生效力的可能,亦不因情事变更而恢复其效力,纵经当事人追认,亦不能径使其发生效力。关于此点,应说明者有二:

无力的法律行为

临时催告以口头形式亦可

① 法律行为当事人知其无效,而为追认时,于其具备法律行为的有效要件时,视为重新为法律行为,自追认时起发生法律效力。① 法律行为追认时

② “民法”第166条之1规定(本条尚未施行):“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。”违反第1项规定者,其法律行为无效。第2项所规定的,系此项无效法律行为的瑕疵治愈。

(二) 无效的法律效果

1. 一般原则

法律行为无效时,不发生当事人依该法律行为所欲实现的法律效果。例如,买卖契约无效时,不生买卖契约的效果;解除契约的意思表示无效时,不生解除契约的效果。唯需注意的是,无效并不妨害发生其他法律行为外的效果:

(1) 侵权行为损害赔偿请求权(第184条),如为诈害债权人而为通谋虚伪买卖(第87条)。

(2) 缔约过失损害赔偿请求权(第247条、第245条之1)。②

(3) 不当得利请求权(第179条),如基于无效买卖契约而交付标的物,并移转其所有权。

(4) 所有物返还请求权(第767条),如基于无效的买卖契约及物权行为移转标的物所有权。

2. “民法”第113条规定③

物权行为独立性与无因性

关于法律行为无效的效果,“民法”第113条设有特别规定:“无效法律行为之当事人,于行为当时知其无效或可得而知者,应负恢复原状或损害赔偿之责任。”立法理由谓:“所以设此条文,在于保护相对人之利益。”衡诸各国立法例,此为“民法”所特有,解释适用上颇滋疑义,分述如下:

(1) 如前所述,关于无效法律行为,得分别情形适用侵权行为损害赔偿、缔约上过失、不当得利或所有物返还请求权等规定,足以合理规范当事人间的法律关系,无另设“民法”第113条的必要。

(2) 依“民法”第113条规定,应负恢复原状或损害赔偿者,需以无效

① 参见《德国民法》第141条第1项,《日本民法》第119条规定。

② 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第179页以下。

③ 参见拙著:《“民法”第113条规范功能之再检讨》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版,第41页。

物权
债权
不当得利
恢复原状

法律行为之当事人于行为当时,知其无效或可得而知者为要件,实不足保护相对人。例如,买卖契约因违反强制规定而无效,出卖人不知其为无效,或非因过失而不知时,不必返还其所受领的价金,显非合理。其因契约无效而应负恢复原状的义务,不应因受领人明知或可得而知其法律行为无效与否而有不同。

(3)“最高法院”1994年台上字第3022号判决谓:“本件两造关于系争股份之买卖,违反‘公司法’第163条第2项之禁止规定,其让与契约(债权行为)无效。上诉人主张依‘民法’第113条规定,得请求被上诉人恢复原状,返还价金,本质上仍为返还不当得利。惟本件两造交付股票及价金,均基于不法原因所为之给付,且双方均有所认识。上诉人请求返还价金非特必须主张自己之不法行为,且无异鼓励为不法行为,自不应准许。”此项见解具有转化“民法”第113条法律性质为不当得利的意义。然不当得利返还义务的发生,并不以当事人明知或可得而知其法律行为无效为要件。又所谓恢复原状尚包括返还所有物之情形,并非仅限于不当得利。由此判决可知“民法”第113条规定的法律性质及规范功能未臻明确。

(4)“最高法院”1998年台上字第1396号判决谓:“按‘民法’第247条第1项所定契约因标的不能而无效之缔约上过失责任,与同法第113条所定无效法律行为之当事人责任,二者法定要件未尽相同,且第113条既编列于民法总则编而规定,其适用之范围,自应涵摄所有无效之法律行为在内,而兼及于上开契约因标的不能而无效之情形。是契约因以不能之给付为标的而无效者,当事人除得依‘民法’第247条第1项主张缔约上之过失责任外,亦无排除适用同法第113条规定之余地。原审本此见解而为上诉人上开部分败诉之判决,经核于法并无违背。上诉人指‘民法’第247条第1项乃特别规定,同法第113条应排除适用一节,即难谓原判决有何违背法令。”

诚如詹森林所指出,“民法”第247条有其不同于“民法”第113条的构成要件及法律效果,依“最高法院”此项见解,则学说上认为应属赘文的“民法”第113条与第114条第2项规定,反将使第247条等相关规定,

成为具文,是否妥当,应值商榷。^①

3. 继续性契约的无效

法律行为无效所具“自始无效”的效力,对买卖、赠与等一时性契约,固属合理,但对劳动契约或合伙等具继续性关系的契约,在适用上将产生复杂法律状态。例如,甲受雇于乙,2年后发现甲为受监护宣告人;甲、乙、丙三人成立合伙,半年后甲以意思表示错误(如关于当事人资格的错误)为理由,撤销其意思(视为自始无效,第114条第1项)。为避免依不当得利规定处理所为给付返还的问题,及对第三人法律关系所产生的困难,学说上倡导所谓的“事实上契约关系”(faktisches Vertragsverhältnis),备受重视。目前则多采“有瑕疵劳动契约或合伙的理论”,认为劳动或合伙关系事实上业已开始,主张其为无效者,惟得向将来(ex nunc)发生效力。^②

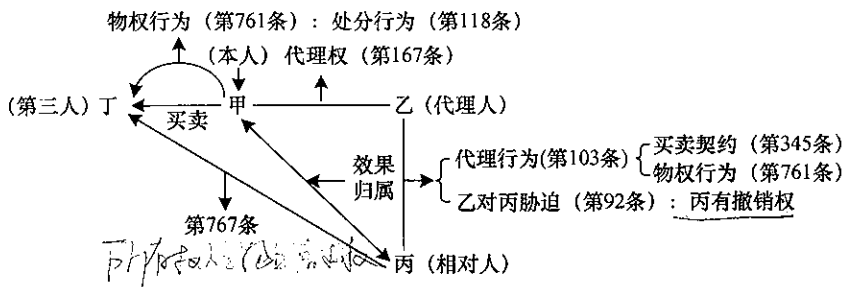
二、绝对无效、相对无效与善意第三人的保护

甲委任乙,以其名义向丙购买熊猫皮。乙与丙商谈时,丙不愿割爱,乙乃以告发其贪污罪相胁,致丙心生恐惧而同意出售,并即交付其物。半年后,丙之贪污罪嫌获洗清,乃向法院诉请甲返还熊猫皮。此际发现,甲早在两个月前已将该熊猫皮让售予善意之丁。问丙得否向丁请求返还该熊猫皮(参阅下列图示)^③:

① 参见詹森林:《“民法”第113条与其他规定之竞合关系》,载《台湾本土法学》1999年第1期,第37页。关于第113条第三人利益契约的适用,“最高法院”2000年台上字第1769号判决认为:“附第三人利益约款之契约,涉及债务人与要约人、要约人与第三人及债务人与第三人之间之三面关系,第三人虽得直接向债务人请求给付,但并不因而成为契约当事人。故债务人于给付前,固得依‘民法’第270条之规定以契约所由生之一切抗辩,对抗受益之第三人,包括债权未发生或消灭及同时履行抗辩等拒绝给付之抗辩,即于第三人为给付请求时,设债务人已解除契约,得以债务已消灭,拒绝给付而已,倘债务人已为给付后,债务人始解除契约,应负恢复原状之义务者,依‘民法’第113条规定,亦为要约人,而非第三人。准此而言,上诉人既系本于与张○琴间1991年7月9日之买卖契约之请求,该契约关系仅存在于上诉人与张○琴间,曾○火非该契约之当事人,上诉人复已将系争土地移转登记为被上诉人之被继承人曾○火,上诉人依契约无效,解除契约及本于所有权人之地位,请求被上诉人恢复原状,即非法之所许。”本件判决基本上可资赞同。

② 参见拙著:《事实上契约关系》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第83页;Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und Seine Beendigung, 1994, S. 424 f.

③ 此例设于1982年(本书初版),当时尚无明文禁止熊猫皮的买卖(参见1989年6月23日公布施行的“野生动物保育法”)。当时在祖国大陆熊猫残遭捕杀,而在台湾地区出售熊猫皮获利,殊失人道,特保留此例,追忆其事。



(一) 概说

法律行为无效以其效果的范围为标准,可分为绝对无效及相对无效。前者任何人都得主张,并得对任何人主张。后者系指不得以其无效对抗善意第三人。无效的法律行为以绝对无效为原则,相对无效为例外,并限于法律明定的情形,如通谋而为虚伪意思表示(第87条第1项但书)。法律行为经撤销者,视为自始无效(第114条第1项),原则上亦系绝对无效,然亦有为“相对无效”,如因被胁迫而为之意思表示,其撤销得对抗任何人,但因被诈欺而为之意思表示,其撤销即不得之以对抗善意第三人(第92条第2项)。

(二) 熊猫皮买卖

鉴于法律行为的无效,涉及较为复杂的法律适用关系,特就前揭熊猫皮之例,作进一步的说明^①:

① 为便于掌握思考过程,附解题结构如下:

一、丙对丁的请求权基础:第767条第1项前段

I. 丙系所有人?

1. 甲取得熊猫皮所有权?

(1) 丙撤销被迫而为的法律行为(第345、761条;第92、103条)

① 撤销权;② 撤销权的行使(意思表示);③ 撤销客体;④ 除斥期间

(2) 撤销的法律效果(第114条)

① 法律行为视为自始无效;② 甲未取得所有权;

③ 丙得对甲主张之权利;④ 对抗善意第三人

2. 甲的无权处分与丁之善意取得

(1) 买卖合同(第345条);有效

(2) 处分行为(第761条)

① 甲无权处分(第118条第1项);② 丁善意取得(第801、948条)

③ 第三人善意取得的特别规定

II. 丁系无权占有?

1. 债权上占有本权

2. 物权上占有本权

二、丙不得依“民法”第767条第1项前段规定向丁请求返还熊猫皮。

丙得对丁请求返还熊猫皮的规范基础为民法第 767 条规定,此须具备二要件:①丙系所有人。②丁系无权占有。

1. 丙系所有人

(1) 甲委任乙,以其名义向丙购买熊猫皮,并授予乙以代理权(第 167 条)。丙受甲的代理人乙的胁迫,而与乙订立买卖合同(第 345 条)及作成让与该熊猫皮之物权行为(第 761 条),得依“民法”第 92 条第 1 项之规定撤销之。对丙施行胁迫者,虽为代理人乙,然代理行为系对本人发生法律效力,代理人并非当事人以外的第三人,故不问本人知之与否,丙均得对甲撤销其意思表示。撤销应以意思表示为之(第 116 条第 1 项),丙于被胁迫后半年内即向法院诉请返还熊猫皮,系于法定期间内行使其权利(第 93 条),于诉状送达于甲时,发生撤销之效力(第 95 条第 1 项)。法律行为经撤销者,视为自始无效(第 114 条第 1 项),丙与甲之代理人乙所订立之买卖合同及物权行为均溯及的失其效力,本人甲自始未因乙之代理行为而取得该熊猫皮所有权,丙得依“民法”第 767 条第 1 项前段(或第 114 条第 2 项、第 113 条)之规定,向甲请求返还其物。

(2) 于丙撤销其被胁迫而为之法律行为时,甲已将该熊猫皮让售给丁,其买卖合同及物权行为均属有效。丙一旦撤销其被胁迫而为之法律行为,甲视为自始未取得该熊猫皮的所有权,甲与丁间的买卖成为买卖他人之物的契约,因系负担行为,仍属有效,但甲让与该熊猫皮所有权予丁的物权行为,则成为无权处分(第 118 条第 1 项)。惟丁系以该熊猫皮所有权之移转为目的,而善意受让该动产之占有,纵让与人甲无移转所有权之权利,丁仍能取得其所有权(第 801 条、第 948 条)。

需注意的是,被胁迫而为意思表示,其撤销得对抗善意第三人。然则丙得否以此为理由,主张丁虽属善意,仍不能取得该熊猫皮之所有权? 关于此点,应采否定说。盖善意取得制度系物权编的特别规定,应优先于民法总则编的一般原则而适用,须作如此解释,始足保护交易安全。所谓因被胁迫而为意思表示之撤销,得以之对抗善意第三人者,于“民法”设有善意取得规定或“土地法”第 43 条所规定情形,应无适用余地。

2. 丁系无权占有

丁与甲之买卖合同的效力,虽不因丙撤销其被胁迫之法律行为而受影响,但因买卖合同的相对性,故对丙而言,丁不得以之作为占有熊猫皮之依据。惟丁既已善意取得该熊猫皮之所有权,具有物权上占有本权。

据上所述,丙非属所有人,丁系有权占有,丙不得依“民法”第 767 条规定向丁请求返还熊猫皮。

三、法律行为一部分无效、全部无效

试就下列情形,说明何谓法律行为的单一性,部分无效与全部无效及当事人间之法律关系:

1. 甲与乙订约,购买乙所有的古厝及土地,准备改建大厦。其后发现古厝于订约前夕因地震倒塌。

2. 甲与未婚之丙女合意性交,经甲妻乙提出告诉,甲与乙协议离婚,约定由“甲与丙结婚后支付乙 100 万元,乙放弃撤销(婚姻)诉权;乙如行使撤销(婚姻)诉权,应放弃该项债权的请求”。乙于签订离婚协议书后,提起撤销甲丙婚姻之诉,胜诉确定。

3. 甲向乙公司购买某种类越野车。受领后发现越野车具有严重瑕疵。乙公司使用的定型化契约条款,载明:“货物出门,概不负责。”该条款经法院宣告无效。

(一) 问题的提出

在例题 1,甲得否向乙请求交付“土地”,并移转其所有权?在例题 2,乙得否向甲请求支付“100 万元”?在例题 3,甲得否向乙请求交付无瑕疵之物(第 364 条)?此等问题均须以法律行为(契约)有效为前题。在例题 1,古厝于订约时灭失,构成自始客观给付不能,以之为标的之买卖契约无效(第 246 条第 1 项);在例题 2,甲约定支付 100 万元,附有解除契约,该附解除条件违反善良风俗无效。在例题 3,定型化契约某一个条款因违反诚信原则无效(“消费者保护法”第 12 条第 1 项、“民法”第 247 条之 1)。于此发生一个重要问题:法律行为一部分无效时,究仅该部分无效,抑法律行为全部无效?

(二) “民法”第 111 条的解释适用

1. 立法目的

“民法”第 111 条规定:“法律行为之一部分无效者,全部皆为无效,但除去该部分亦可成立者,则其他部分,仍为有效。”系采不同于罗马法“有效之部分,不因无效之部分,而受影响”(Utile per inutile non vitatur)的原则,立法目的乃在维护私法自治,不使当事人受欠缺无效部分之法律

更加私法自治

行为的拘束,此通常亦符合当事人之意思。

2. 解释规定及适用的要件

“民法”第 111 条系属推定当事人意思的解释性规定,其前提要件有三:

(1) 单一的法律行为。此指数个外表各自分离的契约统一地结合成一个单一的法律行为,此应依当事人意思认定之。其属单一法律行为者,例如一个同以房屋及土地为标的的买卖;出租某便利商店,并让售店内设备;某有限公司股东 2 人,同时让与出资股权于他人,使其取得公司经营权等。

(2) 可分性:法律行为须在其内容、当事人或给付具有可分性,即除去该部分,法律行为尚可独立存在。例如出卖毒品与冰箱;数人保证同一债务,其中一人具有无效原因。继续性债之关系(如劳动契约)的给付时间亦具可分性。

(3) 部分无效:须单一法律行为的部分无效,其无效原因如何(违反公序良俗、强行规定等),在所不问。所谓“无效”应从宽解释,包括法律行为经撤销视为自始无效(第 114 条第 1 项)及效力未定的法律行为确定不生效力(第 80 条第 2 项)。

于此应特别提出的是,学说上有主张为缓和物权行为无因性,应认债权行为与物权行为具有一体性,得适用“民法”第 111 条规定,债权行为的无效,亦足导致物权行为无效,使二者同其命运。然物权行为无因性系以债权行为与物权行为互为独立存在为前提,因此须当事人确有使二者相互结合,具有条件关联时,始可认为物权行为的效力亦受债权行为存否的影响。^①

3. 当事人意思的解释

“民法”第 111 条但书所谓:“但除去该部分亦可成立者,则其他部分,仍为有效。”此应解释当事人的意思加以认定,分三点言之:

(1) 替代或救助条款的约定。当事人得订定所谓“替代或救助条款”(Salvatorische Klausel),约定“契约部分无效者,不影响其他契约部分效力,当事人应协商订立有效的替代条款。”此项条款排除“民法”第 111

^① 参见拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版,第 112 页。

条规定,但应不不适用于基本重要条款无效的情形,其主要作用在使主张契约全部无效者,负举证责任。^①

(2) 解释标准。当事人无特别约定时,诚如“最高法院”1986年台上字第1261号判决所云:“‘民法’第111条但书之规定,非谓凡遇给付可分之场合,均有其适用。尚须综合法律行为全部之旨趣,当事人订约时之真意、交易之习惯、其他具体情事,并本于诚信原则予以斟酌后,认为使其其他部分发生效力,并不违反双方当事人之目的者,始足当之。”据此判例要旨,“最高法院”1996年台上字第321号判决认为,有限公司股东2人同时将其所持股权折价让与他人,其中一人因未获全体股东过半数之同意,其转让法律行为无效时,衡诸此项让与,显为使受让人取得公司经营之目的,其他一人让与出资股权部分,即无“民法”第111条但书之适用,自应认为无效。^②

(3) 合伙契约。兹参照“最高法院”所提出的解释标准,再以合伙为例加以说明。甲、乙、丙、丁4人合伙经营俄罗斯餐厅,其中甲系无行为能力时(受监护宣告),属当事人的部分无效。若甲系主厨,以其为招牌,对合伙具重要性,解释上得认为合伙全部无效。若甲对合伙经营不具重要性(如出于友情而挂名共襄盛举),得认其当事人部分无效,合伙契约在其他当事人间仍属有效。

(三) 例题解说

(1) 古厝及土地的买卖:契约的补充解释

在例题1,甲向乙购买乙所有的古厝及土地,其客体有二,但为单一法律行为,并具有可分性。古厝于订约前遭地震倒塌,系自始客观给付不能,其契约一部分无效(第246条第1项)。甲向乙购买古厝及土地系在改建大厦,基于诚实信用原则及交易习惯加以判断,可认为当事人有除去古厝部分亦成立买卖契约的意思,故其买卖契约于土地部分仍为有效。

(2) 离婚协议及支付一定金钱的约定:违反公序良俗的法律行为的

^① Larenz/Wolf, AT S. 849.

^② 实务上其他案例,参见“最高法院”1999年台上字第3431号判决:“‘法律行为之一部分无效者,全部皆为无效;但除去该部分亦可成立者,则其他部分仍为有效。’第111条定有明文。本件被上诉人以其所持前开7家公司之股票抵偿耀马公司积欠上诉人公司之债务,虽未分别估算其各自得抵偿之金额为若干,惟尚非不得予以分别估算,且虽系基于同一协议之抵偿行为,惟其中某一公司之股票不得抵偿,其他公司之股票似无必然亦不得抵偿。”

可分性

例題2系實務上法律問題^①，研究結論認為，甲、乙協議離婚，約明甲與丙新婚后1年內甲應給付乙新台幣100萬元，乙則放棄“民法”第993條之撤銷（婚姻）訴權，復約定乙如行使撤銷訴權，應放棄該一百萬元請求為解除條件，依此情形，無非為鉗制原配乙妻，借以達成與丙結婚之目的，該附解除條件部分之約定，即與“民法”第986條及第993條所規定維護善良風俗之原旨有悖，依“民法”第72條規定，固屬無效。唯該協議離婚之法律行為已辦妥戶籍登記，除去上開無效部分外，其他協議離婚及約定給付100萬元部分並無不法性，揆諸上開說明，自應認為有效。^②

（3）定型化契約條款之一部分無效：特別規定的優先適用

“消費者保護法”第16條規定：“定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部分無效或不構成契約內容之一部分者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。”此為“民法”第111條的特別規定，應優先適用之。在例題3，“貨物出門概不退換”的條款，違反誠信原則，對消費者顯失公平，無效，但該契約之其他部分仍為有效，關於越野車之瑕疵擔保責任，應適用“民法”相關規定。

四、無效法律行為的轉換

甲向乙承租某自助餐廳，未定期限，約定每1個月之初日支付租金。3個月後，甲發現營運收入未如預期，乃於第3個月的最後日以意思表示錯誤為理由，撤銷租賃契約。乙抗辯此為動機錯誤，不得撤銷，甲主張其意思表示得轉換為終止契約，有無理由？

（一）“民法”第112條的立法目的及解釋適用

法律行為無效時，不發生當事人所欲實現的法律效果，為貫徹私法自治原則，應在一定要件下使該法律行為得轉換為其他行為，使之生效，以維持法律行為的效力。基本理由，“民法”第112條規定：“無效之法律行為，若具備他法律行為之要件，並因其情形，可認為當事人若知其無效，即欲為他法律行為者，其他法律行為，仍為有效。”此為解釋當事人意思的規

① 參見《民事法律問題研究匯編》，第8輯，第68頁。

② 需注意的是，本題引用之“民法”第986條、第993條已於1998年6月17日刪除。

定,属于解释上转换^①,不同于依法律特别规定而为的转换(法律上转换)。

(二) 转换的要件

1. 须有无效的法律行为。其无效原因如何,在所不问,但不包括法律行为效力未定的情形。

2. 该无效法律行为须具备其他法所容许法律行为的要件,其他有效行为称为替代行为。

3. 法律行为的转换,须符合当事人的意思,即“若知其无效,即欲为他法律行为”。此为转换的在观要件,其所应探求者,乃当事人假设的意思,此应依其所欲实现的经济目的及可认知的利益衡量认定之。当事人的真意可经由解释认定时,应依其意思,是为“解释优先于转换”的原则。在通谋虚伪表示的情形,如该虚伪表示隐藏他项法律行为时,应径适用该项法律行为之规定,与无效法律的转换,亦属有别,应予注意。

(三) 法律效果

无效的法律行为具备转换要件时,适用替代行为,此系依法律规定而发生,法律应依职权审查,使无效法律行为的效力,得予维持。

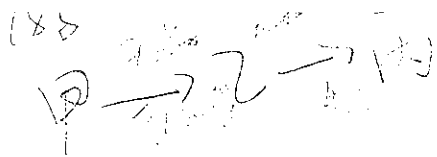
(四) 例题解说

① 无效法律行为转换的典型案列,系不具备法定方式的票据无效时,可转换为普通债券。其他之事例,如设定地上权无效时,可转换为土地租赁契约。期限届满前无正当理由终止劳动契约而无效时,可转换为期限届满时因终止契约表示而终止。

在前揭租赁自助餐厅例题,甲撤销的意思表示得转换为终止租赁契约的意思表示:① 自助餐厅收益不如预期,系动机错误,其撤销不生效力。

② 该意思表示具备有效终止契约意思表示的要件。③ 衡诸本件情形,通常可认甲若知其以错误为理由的撤销不生效力时,即欲为终止契约的意思表示,故甲之租赁契约应自该意思表示后1个月,因终止而消灭(第450条)。

① 法律上转换,如“民法”第160条第1项规定:“迟到之承诺,除前条情形外,视为新要约。”第1193条规定:“密封遗嘱,不具备前条所定之方式,而具备第1190条所定自书遗嘱之方式者,有自书遗嘱之效力。”



第三节 得撤销的法律行为

18 岁的甲让售其小提琴给乙，乙即将该琴出卖给丙，并依让与合意即交付之。甲的法定代理人丁对甲所订立的买卖契约及物权行为拒不承认，并发现甲系受乙的胁迫而让售其琴，丙明知甲受胁迫之事，但不知其为限制行为能力人。试问甲得否向丙请求返还小提琴？^① 并思考以下问题：

1. 法律行为“得撤销”与法律行为“无效”有何不同？
2. 现行法上何种法律行为得为撤销？
3. 甲受丙胁迫撤销其受欺诈出卖土地予乙的买卖契约时，甲得否撤销其撤销买卖契约的意思表示？
4. 无效的法律行为得否撤销？

一、撤销的意义、客体、要件及法律效果

(一) 撤销的意义

1. 法定撤销权

“民法”上的撤销有基于法律规定而发生，有多种意义。狭义的撤销，指有瑕疵意思表示的(或法律行为)的撤销，如因错误，误传、被诈欺、被胁迫等而为意思表示的撤销。广义的撤销，除狭义的撤销外，包括其他法律行为的撤销，如对限制行为能力人营业允许的撤销(第 85 条第 2 项)、赠与的撤销(第 416 条)；以及非法律行为的撤销，如监护宣告的撤销(第 14 条第 2 项)、法人许可的撤销(第 34 条)。

本节所讨论者，系有瑕疵法律行为的撤销，即撤销权人行使撤销权，使法律行为的效力溯及地归于消灭。其与无效之不同，在于得撤销的法律行为业已发生效力，须经撤销始失其效力，视为自始无效。

2. 约定撤销权

当事人得否约定撤销权？“最高法院”2000 年台上字第 2501 号判决

^① 此为德国民法学者 Kipp 氏在其著名的论文 über Doppelwirkungen im Recht(论法律上的双重效力, Festschrift für Martitz (1911), S. 211 f.) 所举之例, 但略有变更。参见 Engisch, Einführung in das juristische Denken (9. Aufl., 1977), S. 39 ff.; 参见拙著:《无效法律行为之撤销》, 载《民法学说与判例研究》(第四册), 北京大学出版社 2009 年版, 第 18 页。

Handwritten notes on the right side of the page, including a bracketed list of terms: 法律行为, 限制行为能力人, 撤销, 意思表示, 诈欺, 胁迫, 监护宣告, 法人许可.

Handwritten notes on the left side of the page, including the characters '乙丙' and '甲'.

谓：“‘民法’第 88 条、第 92 条之规定，仅为法律列定之撤销权，并非禁止契约当事人间另有保留撤销权之特别约定；基于私法自治原则，非不得有契约撤销权之约定，其行使应依撤销权成立之契约内容及趣旨决定之。故买卖契约当事人间，就买受人一方之资格或买卖之要件有特别重要之约定，否则即得撤销买卖意思表示，如买受人不具资格或买卖要件不备者，出卖人一方自得依约撤销其意思表示。”

实务上较常见的是解除权的约定（约定解除权），当事人所约定的，究系解除权，抑或为撤销权，应依解释加以认定。

（二）撤销的客体

1. 意思表示或法律行为

“民法”第 88 条、第 89 条及第 92 条规定“意思表示”的撤销。“民法”第 114 条则规定“法律行为”的撤销。为调和其用语的不一致，应认具有瑕疵的意思表示已成为某法律行为，不具独立性的部分时，其撤销及于整个法律行为。例如甲因错误而为要约时，得依“民法”第 88 条撤销其意思表示。若该要约业经承诺而成立契约时，其撤销的客体则为契约。^①法律行为的撤销，包括契约及单独行为（如解除契约的意思表示、代理权的授予）。

2. 一部分撤销

法律行为的内容可分时，得撤销其一部分。例如因受诈欺而购买 A、B 二车时，得撤销 A 车部分，而保留 B 车。对不可分的法律行为（如承租某间套房）仅能全部撤销之，其仅撤销一部分者，不生撤销的效力。

3. 负担行为与处分行为

撤销的客体得为负担行为或处分行为，视何者具有瑕疵而定，例如甲因受胁迫而出售某畸零地（负担行为），并移转其所有权（物权法律行为、处分行为，第 758 条）时，两者同受胁迫，均得撤销之，前已详为说明，兹不赘述。

（三）法律行为撤销的要件

1. 撤销的容许

“民法”第 89 条及第 92 条规定得撤销的法律行为，原则上包括契约及单独行为（解除契约的意思表示、代理权授予、抛弃所有权）。撤销的

① Leenen, Jura 1993, 393.

意思表示如有错误、受诈欺或胁迫时，亦得撤销之。

2. 须有撤销权

(1) 撤销权的发生

撤销权的发生，指有撤销原因的存在，“民法”设有规定者，如错误、误传及被诈欺、被胁迫而为意思表示(第89条、第92条)。

(2) 撤销的意思表示

① 撤销权的行使

撤销权为形成权的一种，撤销为单独行为，行使撤销权应以撤销权人一方的意思表示为之(第116条第1项)。撤销的意思表示系不要式行为，在被撤销的法律行为系要式行为时，亦然。撤销得以书面或言词为之，明示或默示，皆无不可，不以使用“撤销”的法律概念为必要。为举证方便，得以邮局存证信函为之。除法律规定必须诉请法院为之者外(如第74条)，撤销以意思表示为之为已足。于诉讼上以书面或言词向他方当事人表示其撤销之意思，仍应认有撤销的效力。^①为使相对人得检验撤销的有效性，在法律上有所因应，原则上应告知撤销原因，如甲对乙曰：“前受诈欺出售某车，请即返还之。”但相对人得依相关情事而知者，不在此限。

② 撤销权人及相对人

何人为有撤销权人，“民法”无一般规定，系于各条分别加以规定。因错误、误传、被诈欺、被胁迫而为意思表示，其撤销权人为表意人本人。代理的情形，其撤销原因事实的有无，虽应就代理人决之，但其撤销权不属于代理人，而属于本人。惟代理人得依本人的授权而代为撤销，自不待言。撤销权不得单独让与，但得随其基本法律关系(如债权让与、契约承担)而移转，或因继承而取得撤销权。

撤销权的相对人为被撤销法律行为的他方当事人，在利益第三人契约，以该第三人为撤销的对象。相对人多数人时，应对其全部为撤销的表示。在单独行为，其有受领人者，该受领人即为相对人。在无受领人的意思表示，其撤销的对象为基于该法律行为直接受有利益之人。例如甲误A笔为B笔(仿冒品)而抛弃之，乙依无主物先占而取得其所有权。甲以

^① 参见“最高法院”1963年台上第836号、1948年上字第7691号判例(关于解除契约的意思表示)。

意思表示错误(第88条第2项)对乙撤销其意思表示(抛弃A笔的物权行为)时,得依“民法”第767条规定向乙请求返还A笔。

(四) 除斥期间

为使法律关系早日确定,法律限制撤销权人须于一定期间内行使撤销权,是为除斥期间。在错误或误传的情形,自意思表示后1年而消灭(第90条)。在欺诈或胁迫的情形,自发现欺诈或胁迫终止后1年或意思表示后10年,不得再行撤销(第93条)。在暴利行为,其申请法院撤销(或减轻其给付),应于法律行为后1年内为之(第74条)。

(五) 须无对得撤销法律行为的追认

为尊重当事人的意思,“民法”第115条规定:“经承认之法律行为,如无特别订定,溯及为法律行为时发生效力。”所称承认,除对“效力未定的法律行为”的承认外,尚包括承认“得撤销的法律行为”,性质上属于事后追认已发生效力的法律行为,实乃撤销权的抛弃。承认应以意思表示明示或默示为之,且不要式。关于默示的承认,应严格其认定的要求。例如,甲受乙诈欺购某具有瑕疵的中古车,事后知之,仍支付余款,得认为系默示承认,不得再为撤销。反之,甲向乙行使物之瑕疵担保权利时(如请求减少价金),非即径可认为系承认该得撤销的买卖契约。

(六) 撤销的效力

1. 法律行为经撤销者,视为自始无效

“民法”第114条第1项规定:“法律行为经撤销者,视为自始无效。”所谓自始无效,指溯及地不发生预期的法律行为效力。此项“视为自始无效”,亦属绝对无效,但法律为维护交易安全,设有例外,即被诈欺的意思表示,其撤销不得对抗善意第三人(相对无效,第92条第2项)。撤销的效力具溯及效力,乃一般原则。但法律有特别规定者,依其规定,如“民法”第998条规定:“结婚撤销之效力,不溯及既往。”以顾及公益、交易安全与身份关系的安定、避免所生子女成为非婚生子女等。

2. 当事人间的效力

应再说明的是,法律行为经撤销者,视为自始无效,固不发生该法律行为上预期的效力,但不妨发生其他法律效果,如侵权行为损害赔偿请求权(尤其是在诈欺、胁迫情形)。负担行为被撤销时,一方当事人得依不当得利规定,请求他方当事人返还其所受领的给付(第179条)。在处分行为亦被撤销的情形,则得行使所有物返还请求权(第767条)。

限制溯及力
及以除斥期间, 胁迫 损害赔偿不可溯
除斥除斥者, 不溯及
撤销得(对物) 不溯及
自始无效

3. 对第三人效力

撤销的效力不限于法律行为当事人间,亦及于第三人。例如,甲为乙的债务与丙订立保证契约,甲得抗辩乙已撤销其受诈欺而为之消费借贷契约,不负代为清偿责任。然乙愿否行使此项撤销权,非甲所能影响,为保证人的利益,“民法”第744条规定:“主债务人就其债之发生原因之法律行为有撤销权者,保证人对于债权人,得拒绝清偿。”

4. “民法”第113条规定的准用

“民法”第114条第2项规定:“当事人知其得撤销或可得而知者,其法律行为撤销时,准用前条之规定。”关于“民法”第113条解释适用上的问题,前已详论,兹不赘述。

二、无效法律行为的撤销^①

(一) 百年学说

无效系确定当然自始不发生法律行为上的效力。撤销系溯及地消灭法律行为的效力。因而发生一个深具意义的问题:无效的法律行为(或确定不生效力的法律行为)得否撤销? Kipp 教授于1911年提出“über Doppelwirkungen im Recht”(论法律行为的双重效力),肯定无效法律行为得为撤销,被誉为系法学上的重要发现,迄今已逾百年,尤为法学上关注的问题。^②

“最高法院”1961年台上字第547号判例谓:“虚伪买卖乃双方通谋而为虚伪意思表示,依‘民法’第87条第1项规定,其买卖当然无效,与得撤销之法律行为经撤销始视为自始无效者有别,故虚伪买卖虽属意图避免强制执行,但非‘民法’第244条所谓债权人得申请法院撤销之债务人行为。”细察其意,“最高法院”似认为虚伪买卖所以不得依“民法”244条申请撤销,因其已属无效,而“民法”第244条所谓债权人得申请法院撤销之债务人行为,须以有效之法律行为为前提。

无效法律行为不得撤销的命题,究其根源,乃是建立在“法律上因果

^① 参见拙著:《无效法律行为之撤销》,载《民法学说与判例研究》(第四册),北京大学出版社2009年版,第18页。

^② 为纪念 Kipp“论法律行为的双重效力”100年,德国学者曾发表论文阐释此项理论的重要意义及其存在价值,参见 Medicus, AT S. 302; Oellers, Doppelwirkungen im Recht?, AcP 169 (1969), 67; Hasse, Doppelwirkungen im Recht, JuS 1997 I 1; BGH J 2, 1955, 500; Herbert, 100 Jahre Doppelwirkung im Recht, JZ 2011, 503。

关系”(Theorie der juristischen Kausalität)的理论之上,并由此而认为一个法律效果不可能两次发生,或两次消灭之。易言之,即无所谓之法律上双重效果(Doppelwirkungen im Recht)。例如,某人已因法律行为而取得某物之所有权时,则不能再依其他构成要件(如取得时效)取得之。某一法律行为已基于某一法律构成要件(例如无行为能力)罹于无效时,则不得再依其他构成要件(例如诈欺)撤销之。一个已经发生之权利,不能再度发生,一个不发生或已经消灭之权利,不能再为废止。易言之,无效的法律行为不能再行撤销。

唯需注意的是,法律对于一定事实,赋予特定的效果,引起权利之得丧变更,乃是基于利益衡量或价值判断。法律的适用属于规范世界,法律效果的归属,不能以自然因果关系加以理解。设某人遭遇车祸死亡,在医学上固不能使之再度死亡;但法律行为无效时,在法律上则仍可再行撤销之。无效云者,并不是在消灭某种已存在之事物,而是在产生某种法律效果。撤销云者,亦不是在毁灭某已既有之事物,而是在产生某种法律效果。同一法律事实,具备两个构成要件,同时产生无效的法律效果时,例如,受监护宣告人甲向乙购买某屋,该屋于订约前已焚于火时,则其买卖契约,一则因甲为无行为能力人而为无效(第75条),一则因标的自始客观不能而无效(第246条第1项),甲得任择其一主张之,于主张前者之后,亦得再主张后者,以请求有过失之乙赔偿其于订约时非因过失而信契约为有效致受之损害(第247条第1项)。准此以言,倘同一法律事实具备两个构成要件:一为无效;二为得撤销,纵其撤销后所生之法律效果相同,最多亦仅能认为其撤销在实际上无必要,而不能认为其撤销在概念上不可能!①

① 法律的生命不是逻辑,而是经验(The life of the law has not been logic; it has been experience.)。所谓经验,就是社会发展及保护当事人合理权益的需要。在某种意义上,一部法律发展史,可以说是“经验”克服所谓“逻辑上不可能之事”的记录。昔时曾以债权系特定人间请求特定行为的权利(债权相对性),而否定债权得为让与,但因交易上需要,债权之让与性终获肯定(参见“民法”第294条)。所有人抵押,亦曾一度被认为逻辑上为不可能,今则已为立法例上的原则。交错要约是否得成立契约,夙有争议,但已为通说所接受。无效法律行为的撤销性,虽迭遭怀疑,但应予肯定。以经验克服所谓逻辑上不可能之事,系一种长期的奋斗过程,法律规范生命因此种长期奋斗而益臻坚韧,益臻充实。“法律的生命不是逻辑,而是经验”引自 Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, 1981。关于 Holmes 的生平及法学思想,参见杨日然:《美国实用主义法学的哲学基础及其检讨》(3),载《法理学论文集》,1997年版,第179页。*The Common Law*一书是美国人关于法律所写的最卓越著作(R. Posner, Cardozo: A Study in Reputation, 1990. p. 20)。Posner最近著作 *Law and Legal Theory in England and America* (Oxford 1996),亦值得一读。

(二) 例题解说

在前揭“小提琴”之例(请再阅读,深思之),甲得依“民法”第 767 条规定向丙请求返还小提琴,须甲系该琴所有人,丙为无权占有人。甲 18 岁,系限制行为能力人,其未得法定代理人允许所订立的契约,须经法定代理人之承认,始生效力(第 79 条)。今甲与乙间的小提琴买卖契约,及移转该琴所有权的物权行为(第 761 条),未经法定代理人承认,均确定不生效力,因此乙虽受让其琴,仍未能取得其所有权。乙将该琴出卖予丙,其买卖契约虽属有效,但其移转该琴之物权行为则属无权处分(第 118 条第 1 项),故丙是否取得该琴之所有权,端视其是否善意受让该动产的占有而定。丙不知甲为限制行为能力人,对于乙未依有效之物权行为取得该琴之所有权,系属善意,故乙虽无让与该琴权利,丙仍能取得其所有权(第 801 条、第 948 条)。惟设甲得依“民法”第 92 条规定,撤销其受胁迫而为之意思表示(买卖契约及物权行为)时(无效法律行为的撤销),乙自始不能取得该琴之所有权,丙因明知甲受胁迫之情事,即无主张善意取得余地。故甲仍得依“民法”第 767 条第 1 项前段之规定,请求丙返还其琴。

明知甲为限制行为能力人
乙以无权处分行为

第四节 效力未定的法律行为

须得同意的法律行为

请思考分析下列各法律行为的效力及当事人间的法律关系:

1. 19 岁的甲未经其法定代理人允许,擅将其生日礼物(购自非洲乌干达的木雕)售予丙。
2. 乙的同意擅以乙的名义购买某机车并受让其所有权。
3. 甲误认某古币系其父遗产,赠送丙博物馆。实则该古币系丙所有,送请甲父鉴定。
4. 请比较例题 1 及例题 2 的法律关系。

一、法律行为“效力未定”的意义

于特定法律行为,法律规定其效力的发生须得他人同意。所谓同意,包括事先同意及事后同意。“民法”条文称“事先同意”为“允许”,称“事后同意”为“承认”。法律行为应经他人事先同意而未得其允许者,其效力未定,处于浮动不确定的状态,是为效力未定的法律行为(Schwebend

unwirksame Geschäfte)。通说将“民法”所规定效力未定的法律行为,分为两类:一为须得第三人同意,一为无权处分。无权处分亦属须得第三人同意的法律行为^①,但具有特殊性,特单独列出,加以论述。

二、须得第三人同意的法律行为

(一) 意义、种类及立法目的

须得第三人同意的行为,指以第三人同意(允许或承认)为生效要件的法律行为,其主要的有:① 限制行为能力人为意思表示,或受意思表示(第77条、第79条);② 处分他人权利;③ 无权代理。本书以此三者为论述对象。关于须得第三人同意的身份行为,如未成年人订婚(第974条)、结婚(第981条)、两愿离婚(第1049条但书),暂置不论。

特定法律行为所以需以第三人同意为生效要件,有因其直接涉及第三人利益,而须得其协力,如无权代理及无权处分。有为使第三人得对法律行为的内容加以控制,具有保护之目的,如法定代理人对限制行为能力人所为契约行为的同意。为便于综合了解及比较分析,图示如下:

内容 项目	法律规定 民法条文	目的	同意权人	效力
限制行为 能力的法律 行为	第78— 82条	保护未成 年人	法定代理人	1. 事先允许:有效 单独行为:无效 2. 未得允许 $\left\{ \begin{array}{l} \text{契约:效力未定} \end{array} \right.$
无权代理	第110条	保护本人 利益	本人	1. 事先授权,有权代理 2. 未事先授权:无权代理:效力未定
无权处分	第118条	保护权利 人利益	有处分权人	1. 事先授权:有权处分 2. 未事先授权:无权处分:效力未定

(二) 同意或不同意的效力

1. 同意或拒绝

“民法”第117条规定:“法律行为须得第三人之同意始生效力者,其

^① “民法”第117条立法理由谓:“谨按法律行为,有须经第三人之同意而生效力者,例如……无权处分行为,须经权利人之承认而生效力是。”

同意或拒绝,得向当事人之一方为之。”

同意无须依一定方式为之,纵使该须同意的法律行为系要式行为,其同意仍为非要式行为。事先所为的同意(允许),在该法律行为作成前,得撤回之。事后所为的同意(承认),则不得撤回,以免妨害法律交易的安全。

须再为指出的是,第三人~~对法律行为的同意或拒绝~~,系单方须受领的意思表示,应适用意思表示的规定(到达、撤销、行为能力),例如其同意系受诈欺或胁迫时,得为撤销(第92条)。同意或拒绝得向当事人一方为之。如法定代理人对限制行为能力人所为单独行为之允许,或契约行为之承认,得向限制行为能力人,或其行为之相对人为之。本人对无权代理行为之承认,得对无代理权人或其相对人为之。

2. 事先同意(允许)、事后同意(承认)

(1) 事先允许

需得第三人同意的法律行为,若经事先同意(允许),有效。

(2) 事后承认:需得第三人同意的法律行为

若未经事先允许时,其效力有为无效(限制行为能力人的单独行为,第78条)。有为效力未定,如限制行为能力人未得允许所为的契约行为(第79条)、无权代理人的代理行为(第170条)、无权利人就权利标的物所为的处分(第118条)。于此等情形,有同意权之人拒绝承认时,其法律行为确定不生效力。经承认时则溯及地确定发生效力。

三、授权处分与无权处分

1. 甲有翡翠马,被乙所盗,乙即以100万元出售予知情之丙,丙再以120万元让售予知情之丁。乙、丙及丁间均银货两讫。试问:

- ① 当事人共有多少法律行为?其效力如何?何者为“无权处分”?
- ② 设甲承认乙之处分行为时,当事人间之法律关系如何。

2. 甲年老住安养院,将翡翠马寄放乙处,表示该马具纪念性,不愿出售。乙遇丙,丙喜爱该马,乙见丙出高价购买,甲又无钱支付安养费,乙乃以甲代理人名义与丙订立买卖合同,价金100万元,并即交马付款。丙明知或不知乙无代理权限,其后丙以120万元将该翡翠马让售予善意之丁。试说明当事人的法律关系。

3. 甲擅取其父乙所有之名画,为丙设定质权,丙明知该画为乙

↓
 无权处分
 丙明知
 无权处分
 丙明知

所有。甲遭车祸死亡,乙单独继承时,丙是否取得质权?

4. 甲有房屋出租给乙,由其弟丙代收租金。丙擅将未到期之租金债权,先后分别让与丁及戊,以担保其对丁、戊所负之债务。其后甲对丙表示赠与该租金债权,并让与之。丁或戊何人取得该让与担保之租金债权?

(一) 授权处分

法律行为可分为负担行为及处分行为。前者系指发生债权债务之行为,故又称为债权行为(债务行为),如赠与、租赁、保证。后者指使某特定权利直接发生得丧变更之行为,可区别为物权行为及准物权行为。在处分行为,权利人要事先同意(允许)他人得以自己名义处分其权利,是为授权处分(Verfügungsermächtigung)，“民法”对此未设明文,但本诸私法自治原则,应予肯定。^①

“授权处分”在经济活动上甚为重要,其与代理之不同,在于处分者不必以本人名义为之,可使权利人隐身幕后,而从事法律交易。例如,甲有某画,委乙出售,而授予处分权。其常见的案例是在保留所有权买卖(附条件买卖),保留所有权的出卖人授权买受人得于通常交易过程中处分标的物。

需注意的是,对负担行为应不成立所谓的负担授权(Verpflichtungsermächtigung),使授权者得以自己名义为负担行为,而直接对授权者发生效力。例如,甲授权予乙,使乙得以自己名义,向丙购买某画而对甲发生效力。之所以不承认此项制度,旨在保护相对人的利益,使其得知悉究与何人发生法律关系(公开原则),实际上亦无承认必要。盖有代理制度可资利用也。

(二) 无权处分

1. 无权处分的意义

(1) 处分行为与负担行为的区别

无权处分者,指无权利人,以自己名义,就权利标的物所为的处分行

^① 参见《德国民法》第185条第1项规定：“无权利人经权利人的允许(Eiwilligung),就标的物之处分为有效。”除此种“授权处分”外,尚有得授权他人行使某种权利,如收取债权,学说上称为权利行使授权,或收取债权授权(Ausübungs ermächtigung, Einziehungsermächtigung),参见Köhler, AT S. 285。

为。对此种法律行为的效力，“民法”第118条设有三项规定：“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。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。”无权处分在理论实务及法学方法均甚重要，在对前揭4个例题作进一步阐释外，应先说明者有：

① “民法”第118条所谓“处分”，指处分行为而言，包括物权行为及准物权行为，但不包括负担行为（如买卖契约），出卖他人之物，非属本条所称处分，应属有效。① 例如共同共有人之一，擅自出卖共同共有物，该买卖契约有效。②

② 所谓权利标的物，包括物权（所有权及其他物权）、准物权及债权等在内。

③ 无权处分人所为的处分行为，须以自己名义为之。若以权利人之名义为之，则构成无权代理行为，应适用“民法”第170条，以定其法律关系。③

① 实务上曾认为“民法”第118条所谓处分包括债权行为（尤其是买卖契约）。关于此项涉及民法基本概念的问题，作者曾数度撰文详加阐释，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，第96页；《出租他人之物、负担行为与无权处分》，载《民法学说与判例研究》（第五册），北京大学出版社2009年版，第52页；《私卖共有物，无权处分与“最高法院”》，载《民法学说与判例研究》（第八册），北京大学出版社2009年版，第102页。目前实务多采相同见解，参见“最高法院”1994年台上字第1138号判决：“买卖及和解行为，仅足使当事人之一方对他方负担给付义务，系负担行为而非处分行为。原审将处分行为与负担行为混为一谈，认两造间就系争土地所成立之买卖及和解行为，均须报经桃园县政府核准，否则不生效力，已属违误。”又“最高法院”1994年台上字第2828判决：“买卖契约系债权行为及负担行为，而非处分行为。王○璋于出卖系争土地应有部分与被上诉人时，纵未得其他继承人陈○同意或对该应有部分无处分之权利，亦不影响其债权的买卖契约之有效成立。”

② “最高法院”1982年台上字第5051号判例：“买卖并非处分行为，故共同共有人中之人，未得其他共同共有人之同意，出卖共同共有物，应认为仅对其他共同共有人不生效力，而在缔约当事人间非不受其拘束。苟被上诉人签订同意书，果为买卖，纵出卖人之标的为共同共有土地，而因未得其他共同共有人之同意，对其他共同共有人不生效力。唯在其与上诉人间既非不受拘束……”“最高法院”2002年台上字第379号判决：“共同共有人中之一人或数人，以共同共有物所有权之移转为买卖契约之标的，其移转所有权之处分行为，虽因未经其他共同共有人之承认，不能发生效力，但其关于买卖债权契约则非无效。”

③ 无权代理与无权处分是民法上两个重要基本法律概念，应严予明辨，参见拙著：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第234页。参见“最高法院”1998年台上字第1049号判决：“无权代理，系行为人未经本人授予代理权而以本人名义所为之代理行为，或虽经本人授予代理权而逾越代理权限所为之代理行为。而无权处分，乃无权利人而以自己名义就他人权利标的物所为之处分。原判决先则认定谢○钦代谢苏○智将系争债权让与谢○楷，系属无权代理行为；继则谓上开权利让渡书之签订，为谢○钦之无权处分行为，自有判决所持理由自相矛盾之违法。”

④ 无权利人者，指无处分权者而言。所有人原则上^有处分权，但不以此为限。法定代理人亦有处分权（例如第 1101 条）。所有人在某种情形下并无所有权，例如，破产人对属于破产财团的全部财产，虽有所有权，但无处分权，不得处分（“破产法”第 75 条）。

⑤ 无权处分行为系属效力未定的法律行为，经有权利人的承认，或无权利人处分后取得其权利，成为有权利人时，其处分行为溯及于处分时发生法律效力（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。^①

⑥ 无权处分他人的权利者，其处分行为效力未定，为维护交易安全，“民法”设有动产善意取得制度（第 801 条、第 886 条、第 948 条以下；关于不动产，第 759 条之 1），作为无权处分的特别规定，以保护善意受让人。

（2）“最高法院”判决

无权处分系实务上重要问题，最近“最高法院”作出三个判决，可供参照：

① 强制拍卖第三人所有不动产。“最高法院”2012 年台上字第 1064 号判决：“按强制执行中拍卖之不动产，为第三人所有，经拍卖终结并将不动产权利移转证书发给承受之债权人或拍定人者，应属无权处分。第三人如未予承认，该拍卖所为之处分行为应属无效，第三人于执行终结后，虽得提起恢复所有权之诉请求返还，若有损害，并得本于侵权行为，请求执行拍卖之债权人赔偿损害。惟第三人亦得为承认，使物权移转之处分行为发生法律效力。”

② 借名登记出名人的处分。“最高法院”2009 年台上字第 76 号判决谓：“出名者违反借名登记契约之约定，将登记之财产为物权处分者，对借名者而言，即属无权处分，除相对人为善意之第三人，应受善意受让或信赖登记之保护外，如受让之相对人系恶意时，自当依‘民法’第 118 条无权处分之规定而定其效力，以兼顾借名者之利益。”

③ 让与担保。“最高法院”2005 年台上字第 747 号判决谓：“按让与担保之标的物系由担保权人处分时，担保权人在法律上因系所有权人，故

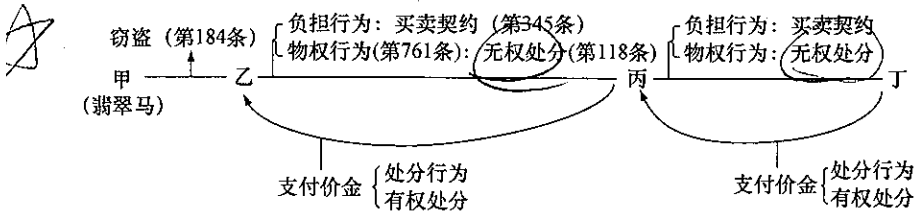
^① “民法”第 118 条第 2 项但书规定系 1982 年 1 月 4 日“民法总则”修正时所增设，立法理由谓：“无权利人就权利标的物为处分后，迄其取得其权利之期间内，原权利人对该项标的物，未为使用收益者，固不生问题，倘仍使用收益，则承认无权利人之处分为自始有效，即显然足以妨害原权利人及第三人在该期间内使用收益之权能，殊不相宜，故增设第 2 项但书，以资补救。”

无论担保物为动产抑或不动产,第三人系善意或恶意,第三人均取得标的物之所有权。”其与借名登记之不同,在于在让与担保,担保权人有处分权;在借名登记,出名人并无处分权。

2. 无权处分的效力及权利人承认:“民法”第 118 条的适用

(1) 无权处分及负担行为

在例题 1,乙盗甲所有的翡翠马,系属侵权行为。乙将该翡翠马出售予丙,并依让与合意为交付,以移转其所有权,乙与丙间有一个买卖合同(第 345 条),两个物权行为(第 761 条),丙支付价金亦属物权行为。买卖合同系属负担行为,不涉及处分能力的问题,乙虽系出卖他人之物,其买卖合同,仍属有效。该翡翠马为甲所有,乙擅将其所有权移转予丙,则为无权处分,效力未定,丙又属恶意,不能依“民法”关于动产善意取得之规定,取得其所有权,丙再将该翡翠马出卖予丁的买卖合同(负担行为)虽属有效,但其移转标的物所有权与丁之物权行为,仍属无权处分。由上述可知,在本例题共有两个买卖合同(负担行为),两次移转翡翠马所有权的物权行为(无权处分);此外尚有丙、丁支付价金的物权行为(有权处分)。参阅下列图示:



(2) 权利人的承认

对于标的物无权利之人,就该标的物之处分,除为保护善意第三人,法律另有规定外,原则上效力未定。依“民法”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。承认(事后同意),系属有相对人的单独行为,应向法律行为当事人为之(第 117 条)。在前揭例题 1,权利人甲承认乙所为之处分时,乙移转该翡翠马所有权于丙之物权行为溯及于行为时发生效力,在当事人间发生如下的效果(请另行思考甲不承认乙的无权处分时,当事人间法律关系如何?):

① 乙无权处分甲的翡翠马(精确言之,为翡翠马所有权)的行为既属有效,丙因此取得其所有权,甲的所有权随之消灭。乙自丙受领价金,系

Handwritten signature or initials.

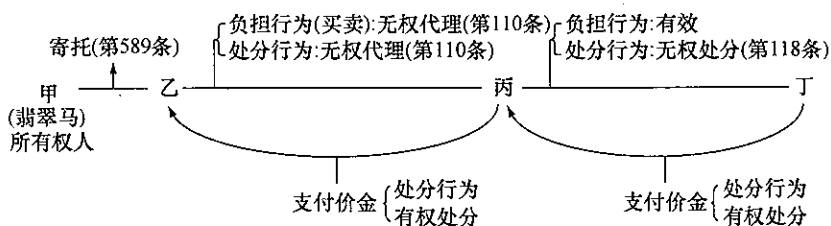
无法律上之原因而受利益,致甲受损害,应依不当得利之规定负返还责任。^①

②“民法”第118条第2项规定:“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。”丙因甲承认乙所为处分,而溯及取得翡翠马所有权,丙对该马所为之处分,亦溯及既往自始有效,丁亦因此取得其所有权。

③无权利人就权利标的物为处分时,如其行为合于侵权行为成立要件,虽其处分已经有权利人之承认而生效力,亦不得谓有权利人之承认,当然含有免除处分人赔偿责任之意思表示,故甲对乙之侵权行为损害赔偿请求权,不因其承认而受影响(最高法院1934年上字第2510号判例)。

3. 无权处分与无权代理

无权代理与无权处分是民法上两个重要基本法律概念。无权代理,系行为人未经本人授予代理权而以本人名义所为之代理行为,或虽经本人授予代理权而逾越代理权限所为之代理行为。无权处分,乃无权利人以自己名义就他人权利标的物所为之处分。应明辨二者的概念及法律效果的不同。前揭例题1涉及无权处分,例题2系无权代理。前者已说明如上,兹将后者图示如下,请参照本书相关部分,比较其法律构造及法律关系的不同,图示如下:



此为民法最基本的问题,必须彻底厘清其基本概念及法律关系。请参阅本书在相关部分的论述,分就甲对乙的无权代理,或甲对丙的无权处分承认或不承认,丙明知或不知乙无代理权限,说明当事人间的法律关系,探寻请求权基础,思考谁得向谁有所主张,提出解题纲要,写成书面。

^① 较详细说明,参见拙著:《无权处分与不当得利》,载《民法学说与判例研究》(第二册),北京大学出版社2009年版,第77页。

4. “民法”第 118 条第 2 项的类推适用

(1) 权利人继承无权处分人

在例题 3, 甲擅取其父乙之名画, 出质予丙, 丙系恶意, 不能主张善意取得质权(第 886 条、第 948 条)。无权处分人甲死亡, 乙为其单独继承人, 虽无适用“民法”第 118 条第 2 项规定余地, 惟最高法院 1940 年上字第 1405 号判例谓: “无权利人就权利标的物为处分后, 因继承或其他原因取得其权利者, 其处分为有效, ‘民法’第 118 条第 2 项定有明文。无权利人就权利标的物为处分后, 权利人继承无权利人者, 其处分是否有效, 虽无明文规定, 然在继承人就被继承人之债务, 负无限责任时, 实具有同一之法律理由, 自应由此类推解释, 认其处分为有效。” 此项见解, 可资赞同。故丙仍能取得该画之质权。

(2) “最高法院”1950 年台上字第 105 号判例

关于“民法”第 118 条第 2 项的类推适用, 实务上尚有“最高法院”1950 年台上字第 105 号判例, 略谓: “系争房屋就令如上诉人所称, 系因上诉人出国往加拿大经商, 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出本件诉讼之前死亡, 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‘民法’第 118 条第 2 项规定类推解释, 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, 并命被上诉人恢复原状。”

本件判例认为某氏擅自出卖上诉人之房屋与被上诉人订立买卖合同, 应类推适用“民法”第 118 条第 2 项规定使该买卖合同有效, 系以此项买卖合同系属无权处分为前提而立论, 似有商榷余地。盖买卖合同系负担行为, 出卖他人之物, 并非无权处分。依“最高法院”见解, 某氏与被上诉人所订立之买卖合同, 在某氏死亡前, 尚不生效力, 与民法基本原则似有未符, 实不足保护相对人利益。实则, 某氏与被上诉人所订立出卖他人房屋之买卖合同本属有效, 某氏应负履行之义务。某氏死亡, 上诉人为某氏之概括继承人, 应承受其债务, 负履行之责任, 并不发生无权处分或“民

① 在本例题, 设死亡者系权利人乙时, 即有“民法”第 118 条第 2 项之适用。最高法院 1942 年上字第 2898 号判例谓: “被上诉人甲于丙生前, 将丙之田产让与被上诉人乙为业, 纵令当时系无权处分, 但其后甲因继承丙之遗产, 而取得此项田产之所有权, 依‘民法’第 118 条第 2 项规定, 其处分即属自始有效。”可供参考。

法”第 118 条第 2 项类推适用问题。^①

5. 债权的无权处分与数处分相抵触时的效力

在例题 4, 丙先后擅将甲对乙的租金债权分别让与丁及戊, 以供债务的担保。债权让与系准物权行为(第 294 条), 丙作成两个关于他人债权的无权处分。其后甲对丙表示赠与该债权, 并让与之(第 294 条), 丙因此取得此项债权。丙对权利标的物(债权)所为两个处分(让与担保)的内容互相抵触, 性质上不能并存, 应以最初之处分为有效(第 118 条第 3 项), 故以丙对丁的债权让与为有效, 由丁取得该为担保目的而让与的租金债权。

又例如, 甲将其乙寄存的名贵照相机先出卖给丙, 再出卖给丁, 均采占有改定让与其所有权的方法(第 761 条第 2 项), 于甲取得该照相机的所有权时, 以对丙的最初处分为有效, 由丙取得其所有权。

^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,第 96 页。

第十章 期日与期间

——权利义务变动的时点

1. 甲向乙购某车,约定自10月23日起算两个月交车时,如何定交车之日?设该两个月期间,系自12月31日起算时,何日为其交车之日?

2. 股份有限公司股东常会之召集,依“公司法”第172条第1项规定,应于20日前通知各股东。此项期间如何计算?某股份有限公司于2000年10月7日通知各股东于同年10月27日上午9时召开股东常会,其召集程序是否违反法令?

一、规范意义及适用范围

时间系重要的法律事实,举凡人的出生、死亡、权利能力、行为能力、公法上或私法上法律行为效力的发生与消灭等,皆与时间发生关系。时间是由“期日”与“期间”所构成,“民法”总则第五章就其计算方法详设规定,并于第119条明定:“法令、审判或法律行为所定之期日及期间,除有特别订定外,其计算依本章之规定。”^①

二、期日的意义及期日的决定

期日,指不可分或视为不可分的一定时间,乃时的静态,可喻为时之点,如2000年1月1日、1月1日上午10时,或1月1日下午3时15分。期日既为时之静态,可据此而定期日。需注意的是,以某日为给付或意思表示的期日时,则该日全日皆视为不可分的期日,但原则上应于通常营业

^① 关于特别规定,参见“法规标准法”第13条、“票据法”第65条至第68条。特别法明定依“民法”之规定者,如“民事诉讼法”第161条、“刑事诉讼法”第65条。

或作息时间内为给付或意思表示,于凌晨或深夜为之者,依其情形,得构成诚实信用原则的违反。

“民法”第122条规定,于一定期日或期间内,应为意思表示或给付者,其期日或其期间之末日为星期日、纪念日或其他休息日时,以其休息日之次日代之。纪念日包括民俗节日(如端午节)及其他节日(如劳动节)。其他休息日如传统市场每月两次的公休。又台风过境,政府主管机关发布其地区各机关停止办公之日,亦属所谓休息日。

期日为特定或可得特定的时点(如情人节)。以月初、月中、月底定期日者,如何定其特定时点,“民法”未设明文,“票据法”第68条第3项规定:“票上仅载月初、月中、月底者,谓月之一日、十五日、末日。”可资援用。

三、期间的意义及其计算

(一) 期间的意义

期间,指期日与期日之间而言,乃时间动态的一定长度,有其开始及终止,例如某年至某年,某月至某月,某日至某日,或某日起若干日,若干星期,若干月,若干年等。

(二) 期间的计算

1. 计算方法

期间的计算方法,分历法计算法及自然计算法:

(1) 历法计算法指依公历法(非依农历)而为计算的方法。所称1日,指午前0时起至午后12时。所称1月,指1月1日至末日,所称1年,指1月1日至12月末日。月有大小,年有平闰,均依历法之所定。

(2) 自然计算法指按实际时间精确计算之方法。所称1时为60分钟,1日为24小时,1星期为7日,1月为30日,1年为365日。月不分大小,年不分平闰均依此标准计算,如约定于2月27日午后2时经过3日而为给付,则自该时起计足72小时为期间的届满。

历法计算法较属简便,但不甚精确,自然计算法虽较精确,但有缺简便,究采何者较为妥适?“民法”第123条规定:“称月或年者,依历计算。月或年,非连续计算者,每月为30日。每年为365日。”即在以月或年定之连续期间,以历法计算之,盖“一月之日数不等,一年之日数亦不等,依历计算于交易上较为明确,便利也”(立法理由)。年或月或非连续计

VRD. 24

算者,系采自然计算法。盖“工作之期间,时作时辍,而工资则系按月计算,则此际工作日期既非连续,即无从依历计算也”(立法理由)。

2. 期间的起算点与终止点

(1) 期间的起算点

“以时定期间者,即时起算”(第120条第1项),如上午10时干洗衣服,约定6小时交付时,则自10时起算至下午4时,即为期间届满。

“以日、星期、月或年定期间者,其始日不算入”(第120条第2项),其始日所以不算入,盖“一日未滿之时间为一日,实为不当也”(立法理由)。如于2000年12月26日订立买卖合同,约定10日内交货,则不从26日起算,而自27日起算,至2001年1月5日届满。

(2) 期间之终止点

“以日、星期、月或年定期间者,以期间末日之终止,为期间之终止。”(第121条第1项)。所谓期间末日之终止,即该期间最后一日之午夜12时。如甲出卖某物于乙,约定自3月1日起算3日内得解除契约时,于3月3日午后12时之终止为期间之终止。

“期间不以星期、月或年之始日起算者,以最后之星期、月或年与起算日相当日之前一日,为期间之末日”(第121条第2项)。例如,甲向乙购某中古车,约定自10月23日起算两个月交车,则其最后之月应为12月,即以该月23日(与起算日相当日)之前一日(22日)为末日。“但以月或年定期间,于最后之月,无相当日者,以其月之末日,为期间之末日”(第121条第2项但书)。在上述甲向乙购车之例,设所订两个月期间,系自12月31日起算时,其最后之月为翌年2月,但2月无论平年闰年,均无31日,亦即无与相当日相当之日,故应以2月的末日为期间的末日。

(3) 末日之延长

“民法”第122条规定,于一定期日或期间内,应为意思表示或给付者,其期间之末日,为星期日、纪念日或其他休息日时,以其休息日之次日代之。关于纪念日或其他休息日,参照前面关于期间的说明。应注意者有三:

① 每逢星期六,自经政府规定为休息时间,停止办公后,倘适为上诉期间之末日,应以星期一上午代之。故上诉期间之末日如为星期六,而其上诉状迟至星期一下午始行到达法院者,其上诉自应认为逾期(“最高法院”1995年台上字第2942号判决)(自2002年9月1日起实施双休二日)。

② 当事人于休息日为意思表示或给付,经相对人接受者,其效力不因于休息日为之,而受影响。送达经有收受送达权限之诉讼代理人收受,有送达证书附卷可稽,该日虽为星期日,但既未拒绝受领,其送达即属合法,不生“民法”第122条以次日代送达日之问题(“最高法院”1965年台抗字第128号判决)。

③ 休息日系在期间中而非期间之末日者,不得予以扣除,而以延长之日数替代之(最高法院1941年抗字第287号判决)。

(三) 期间的逆算

期间的逆算者,指期间于自一定起算日溯及往前所为的计算,其期间之计算准用期间的顺算(自一定起算日往后所为的计算)。“公司法”第172条第1项规定:“股东常会的召集,应于20日前通知各股东。”股东会召集之通知系采发信主义,“公司法”对于如何计算期间之方法,未特别规定,依“民法”第120条第2项及第121条第1项规定逆算之,开会日为始日,不算入,故股东召集日为某年5月27日上午9时,则应以其前一日(5月26日)为起算日,逆算至20日期间末日(5月7日)午前0时为期间之终止,则开会通知书至迟须于5月6日寄发,始符应于“20日前”通知之意旨。若于5月7日始为通知,其股东会之召集程序违反法令。^①

四、年龄计算法

关于年龄的计算,“民法”第124条设有特别规定:“年龄,自出生之日起算。出生之月、日,无从确定时,推定其为7月1日出生。知其出生之月,而不知其出生之日者,推定其为该月15日出生。”应说明者有二:

(1) 年龄本为一种期间,所以不适用“始日不算入”,而自出生之日起算,旨在保护自然人的权利能力。“民法”系采周年计算法,自出生日起满1岁。

(2) 第2项系属无实际出生日证明时的推定,得反证推翻之,自不待言。出生之“年”不能确定时,应依医学鉴定,或其他方法确定出生之年,再依本项规定定其出生的月日。

① 参见1995年1月17日“最高法院”1995年度第一次民事庭会议决议。

第十一章 消灭时效

——权利行使在时间上的限制

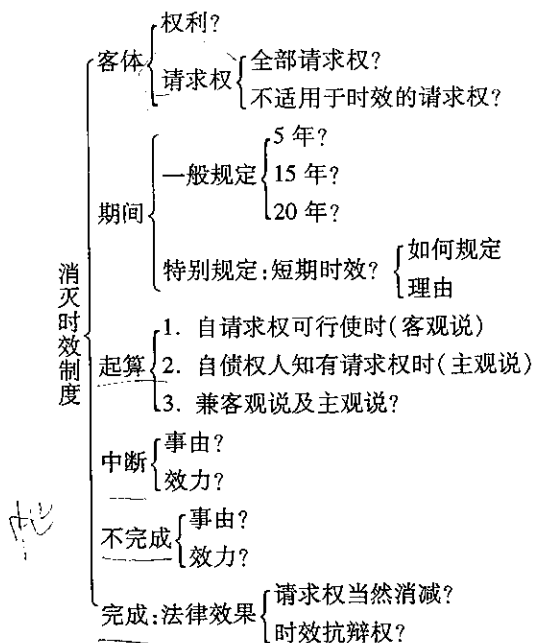
第一节 问题的提出及制度设计

某甲向乙购买某块山坡地，价金若干。甲先支付价金后，仍任由乙使用，种植果树。15年后，政府开放该地所在地区为住宅区，地价大涨，甲始向乙请求交付该地，并办理所有权移转登记。乙主张甲长期未行使其权利，已造成无权利的状态，其请求权消灭。甲则以“欠债者还债”“今生不还，来生还”反驳之，并责备乙无道德观念。试问民法应如何规范此项争议问题？甲提起诉讼时，法院如何判决？

在前揭例题，甲与乙间成立买卖契约，甲得向乙请求交付买卖标的物，并移转其所有权（第348条），是为甲对乙的债权，以请求权为其作用。甲主张权利的行使不应受时间限制，乃在强调权利应受保护的法律原则，及履行义务的伦理性，符合传统观念。罗马法原亦肯定债权的永存性，直至Theodosius（戴育图）二世，始于公元451年，承认得以一定期间（原则上为30年）经过为理由，而驳回原告之诉，在诉讼法上引进了消灭时效的观念。^①在19世纪，德国著名法学家 Windscheid 创设了请求权（Anspruch）的概念，德国民法乃以之为基础，形成了实体法上消灭时效制度，而为台湾地区民法所继受。

时效是动态时间的过程，请思考设计消灭时效制度的基本问题：

^① 参见郑玉波：《民法总则》，第440页（附论：“消灭时效制度在罗马法上之形成”）；Mansel/Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrecht (München 2000)；同氏, Einführung in das neue Verjährungsrecht, Jura 2003, 1 f.；Reinhard Zimmermann, Die Verjährung, JuS 1984, 409.



1. 消灭时效制度的存在理由? 此涉及权利行使应在时间上受有限制的问题。

2. 消灭时效的客体为何? 其因时效而消灭的,究竟为权利本身,抑或仅限于请求权?

3. 如何决定消灭时效期间的“一般原则”及“特别规定”? 其期间如何起算? 法定时效期间得否依当事人的意思加以缩短或者延长?

4. 在消灭时效进行中,如何规定其“中断”或“未完成”的事由及效力?

5. 消灭时效完成的效果如何?

第二节 消灭时效的意义及存在理由

甲受乙诈欺,向乙购买某具有重大瑕疵的中古汽车。半年后,因该车瑕疵肇致事故,车毁损,甲受重伤。试就此例说明甲得向乙主张何种权利? 其权利的行使在时间上受有何种限制? 并探究请求权竞合与消灭时效及除斥期间的关系。

徐增和
 陈其华
 孙其明整理

权利行使应受时间上的限制,其主要情形有三,一为消灭时效,一为除斥期间,一为权利失效。权利失效涉及诚实信用原则的适用,其详容后述之。兹就前二者说明如下:

一、消灭时效的意义、存在理由及其强行性

(一) 消灭时效的意义

时效者,指一定的事实状态,继续一定期间,而产生一定法律上效果的法律事实。所谓“一定的事实”,指权利的行使或不行使等情形。所谓“继续达一定期间”,指无所间断的若干岁月。所谓“发生一定法律效果”,指因而发生权利的取得或丧失。时效依其成立要件及效果,可分为取得时效及消灭时效两种:

(1) 取得时效者,指占有他人的不动产或动产,行使一定的权利(如所有权、地上权),继续达一定的期间,即因之而取得其权利的法律事实。“民法”于物权编规定之(第 768 条至第 772 条)。

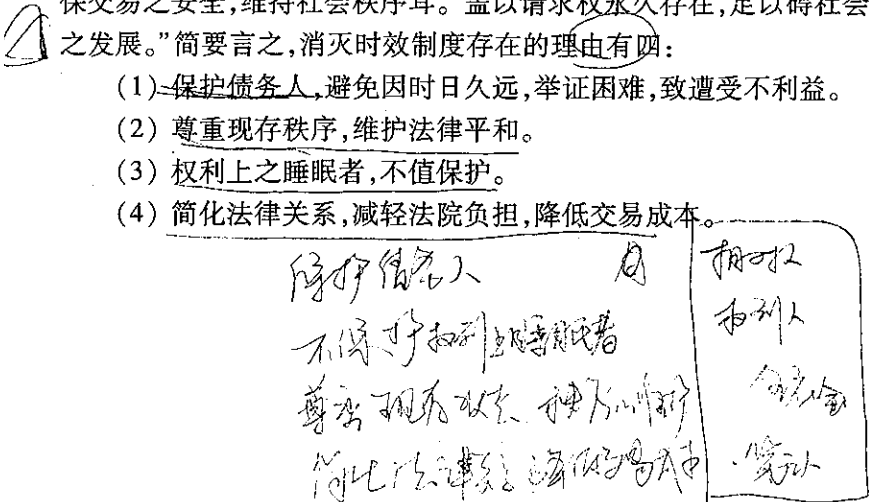
(2) 消灭时效者,指因一定期间不行使权利,致其请求权消灭的法律事实。消灭时效乃德文 Verjährung 的译译,其因时效而消灭者,不是权利本身,而是请求权。“民法”于总则编就消灭时效设一般规定,于各编设特别消灭时效(第 197 条第 1 项、第 245 条之 1、第 247 条第 3 项、第 365 条,阅读之)。

(二) 消灭时效制度的存在理由

1. 功能

消灭时效制度的存在,并非当然,难免牺牲权利人的利益,故需有合理的依据。立法理由认为:“规定请求权经若干年不行使而消灭,盖期确保交易之安全,维持社会秩序耳。盖以请求权永久存在,足以碍社会经济的发展。”简要言之,消灭时效制度存在的理由有四:

- (1) 保护债务人, 避免因时日久远, 举证困难, 致遭受不利益。
- (2) 尊重现存秩序, 维护法律平和。
- (3) 权利上之睡眠者, 不值保护。
- (4) 简化法律关系, 减轻法院负担, 降低交易成本。



消灭时效既具有制度性的功能,除民事外,原则上亦适用于公法领域^①,如“税捐稽征法”第23条第1项规定:“税捐之征收期间为五年,自缴纳期间届满之翌日起算;应征之税捐未于征收期间征起者,不得再行征收。”

2. 诉讼效率: 律师第一个要问的问题

请求权,因15年或法律规定较短期间不行使而消灭(第125条)。此对当事人利益关系至巨,因此律师接受案件时,常会提出如下问题:“买卖契约何时订立? 经过几年,未请求交屋及移转所有权?”“车祸(或其他意外事故)何时发生? 何时知道肇事者,加害人是否承认要损害赔偿?”律师为何要问这些问题?

(三) 消灭时效规定的强制性

消灭时效的存在,事关公益,故“民法”第147条规定:“时效期间,不得以法律行为加长或减短之。并不得预先抛弃时效之利益。”本条属强行性规定。《德国民法》第225条规定:“时效不得以法律行为排除或加重之。但时效之减轻,尤其是时效期间之缩短,则许可之。”系采所谓半强行性规定。

值得注意的是,“保险法”第54条第1项规定:“本法之强制规定,不得以契约变更之。但有利于被保险人者,不在此限。”依此意旨,人寿保险公司以特约延长保险金之请求权时效,系有利于被保险人,且不违背公序良俗,应认为有效。

二、除斥期间 vs 时效 区别 4控 ↓

时间的经过,影响权利之存续或行使者,除消灭时效外,尚有除斥期间。除斥期间者,乃权利预定存续之期间,故亦称预定期间。法律所定期间究为除斥期间,抑或为消灭时效,须斟酌条文所使用“因不行使而消灭”或“时效”等字样、权利性质,以及法规实质具体内容而为判断。二者的不同,可分四点言之:

权利存续期间
诉讼时效期间,占有他人的不动产
行使期间,权利消灭

① 参见陈爱娥:《公法上请求权消灭时效的制度意义、适用范围与其起算》,载《法学丛刊》,2013年第3期,第1页。

除斥期间

(一) 立法精神

除斥期间乃在维持继续存在的原秩序。例如,甲因意思表示错误(第88条第2项),而与乙、丙等人互约出资以经营共同事业者,其撤销权自意思表示后,经过1年而消灭(第88条、第90条)。此1年期间,即为除斥期间。甲的撤销权因除斥期间经过而消灭时,甲与乙、丙等人原有的合伙关系继续存在。消灭时效乃在维持新建立之秩序。例如,甲出卖某地给乙,乙长达15年期间未行使其权利,其请求权罹于消灭时效时,甲得拒绝给付,以继续维持乙未行使其权利而形成之新秩序。

撤销权

(二) 适用客体

撤销权

所有形成权

请求权

诉讼时效

除斥期间的客体,为形成权(如撤销权、解除权、终止权)。唯并非所有的形成权“民法”皆设有除斥期间的规定。关于若干形成权,“民法”规定相对人有催告权(第80条、第170条第2项、第210条、第257条等)。关于若干形成权,根本无行使期间的限制,如共有物分割请求权(通说认为系形成权)。消灭时效的客体为请求权,但亦非一切请求权均受消灭时效的规范。

(三) 期间计算

不变期间

权利发生起算

除斥期间为不变期间,除法律另有规定外(第93条、第245条),自权利发生时起算,短者有6个月,最长者不超过10年(第93条),并不得展期,以早日确定当事人间之关系。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(第128条)。时效期间最短者为两个月(第563条),最长者为15年(第125条),有中断或不完成的规定(第129条以下)。

(四) 效力

除斥期间经过后,权利当然消灭,当事人纵不援用,法院亦应依职权加以调查。请求权罹于消灭时效者,请求权仍得行使,惟权利人行使请求权时,义务人得主张拒绝给付之抗辩权,故消灭时效非经当事人援用,法院不得依职权以之作为裁判之资料。

三、例题解说:消灭时效、除斥期间与请求权竞合

请求权基础
诉讼时效期间

(一) 权利、除斥期间及消灭时效

在前揭例题(请再阅读深思之),得发生多种权利:

(1) 甲得撤销其错误的意思表示(第88条第2项)。此项撤销权亦

为形成权,自意思表示后经过1年而消灭(除斥期间,第90条)。

(2) 甲得撤销因其被诈欺而为的意思表示(第92条)。撤销权为形成权,应于发现诈欺后1年内为之,但自意思表示后,经过10年,不得撤销(除斥期间,第93条)。

(3) 甲得依“民法”第184条第1项前段规定向乙请求其身体健康受侵害的损害赔偿。此项因侵权行为所生的损害赔偿请求权,自请求权人知有损害及赔偿义务人时起,2年间不行使而消灭,自有侵权行为时起,逾10年者亦同(第197条第1项)。

(4) 甲得依“民法”第227条第2项规定请求因乙不完全给付致其身体健康所受损害的损害赔偿(参见第227条之1)。关于此项债务不履行损害赔偿请求权的消灭时效,应适用“民法”第125条,因15年间不行使而消灭。

(5) 甲得因物有瑕疵,而请求解除契约或请求减少价金。旧“民法”第365条规定:①其解除权或请求权,于物交付后6个月间,不行使而消灭。②前项规定,于出卖人故意不告知瑕疵者,不适用之。

新修正条文规定:①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交付时起经过5年而消灭。②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。

(二) 分析讨论

前揭例题所发生的各种权利,足供吾人省思权利行使在时间上限制的若干基本问题:

1. “民法”针对不同的请求权,设不同的消灭时效期间。请求权竞合的实益在于消灭时效的竞合。就此点而言,主张债务不履行损害赔偿请求权较侵权行为请求权为有利,即侵权行为损害赔偿请求权罹于时效后,被害人仍得行使债务不履行的损害赔偿请求权。时间经过不同又有不同利益。

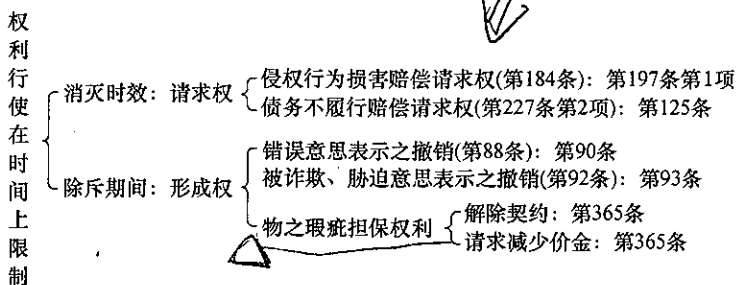
2. “民法”对不同的形成权(如撤销权),设不同的除斥期间,显示立法上的利益衡量及价值判断。“民法”第92条规定的撤销权(诈欺)与第88条所规定的撤销权(错误)得成立竞合关系,由表意人选择行使之。

3. “民法”第365条所定行使解除权或减少价金请求权的期间,依原

周子亮 民法总则

立法理由,系属消灭时效。^① 惟通说认为,契约解除权为形成权的一种,故其所定期间自属无时效性质的法定期间(“最高法院”1933年上字第716号判例)。减少价金请求权亦具形成权的性质。^② 新修正规定延长此项除斥期间,具有两点意义:① 更能周密保护买受人权益;② 有助于肯定“民法”第88条及第90条所定关于物之性质错误的撤销权与第365条规定的竞合性。

兹为便于观察,在前揭例题上,甲对乙得主张各种权利在行使期间上的限制,图示如下(请阅读相关条文):



第三节 消灭时效的客体

那

甲无权占有乙所有已登记(或未登记)的房屋,及该屋内的家具、图书等。试问:乙对甲得主张何种请求权? 是否皆有消灭时效的适用? 某种请求权不适用消灭时效,其理由何在?

何种权利得为消灭时效的客体? 比较法上有以债权及其他非所有权的财产权为消灭时效客体的,如《日本民法》第167条。台湾地区民法系从德国及瑞士立法例,以请求权为消灭时效的客体。请求权指特定人得

① 立法理由:“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,以出卖人有悖于交易之诚实及信用也。故设本条以明示其旨。”

② 参见“最高法院”1982年台上字第2996号判例:“民法”第514条第1项所定作人之减少报酬请求权,一经行使,即生减少报酬的效果,应属形成权之性质,该条项就定作人减少报酬所定之1年期间为除斥期间。”

向特定人请求一定行为的权利,有因债权而生者,有因物权而生者,有因身份关系而发生者,是否均为消灭时效适用的对象?此应就时效制度的作用及权利的性质而为判断。分述如下:

一、人格权上的请求权

不适用 损害赔偿请求权 X。

以人格权为内容的请求权,如侵害除去请求权(第18条第1项),为维护人格利益所必要,不因时效而消灭。但人格权被侵害而生的损害赔偿请求权,则有消灭时效的适用(第184条、第197条第1项)。

二、债权的请求权

✓ W/T

凡债权请求权,无论其发生原因及请求权内容为何,均得为消灭时效的客体,包括契约履行请求权及债务不履行损害赔偿请求权,缔约上过失损害赔偿请求权、不当得利返还请求权,及侵权行为损害赔偿请求权等。

三、物权关系上的请求权

不动产登记时 除去妨害请求权
动产未登记不动产

(一) 所有权人的物上请求权

物上请求权,指于物权为他人所侵害时,以恢复物权之圆满状态为标的之请求权,如所有人对无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之(所有物返还请求权)。对于妨害其所有权者,得请求除去之(妨害除去请求权),有妨害其所有权之虞者,得请求防止之(妨害防止请求权)(第767条)。

关于物上请求权是否亦得因时效而消灭,“最高法院”原采肯定说,不区别其为不动产或动产,亦不论不动产已否登记,而异其适用(“最高法院”1953年台上字第786号判例。本件判例因与下述“司法院”解释抵触,2002年9月3日“最高法院”决议不再援用)。“司法院”释字第107号解释则认为:“已登记不动产所有人之恢复请求权,无‘民法’第125条消灭时效规定之适用。”又“司法院”释字第164号解释更进一步指出:“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。”

需注意的是,“司法院”释字第107号及第164号解释系针对已登记不动产所有人的物上请求权。其登记须依法令为之,台湾在日据时期,依日本国法令所完成之不动产登记,不在此列(“最高法院”2011年台上字

第185号判决)。关于未依法令登记不动产及动产所生的物上请求权,仍应适用“民法”第125条规定。

(二) 共有物分割请求权及请求履行协议分割契约的权利

共有物分割请求权为分割共有物之权利,非请求他共有人同为分割行为之权利,其性质为形成权之一,并非请求权,“民法”第125条所谓请求权,自不包含共有物分割请求权在内(最高法院1940年上字第1529号判例)。

需注意的是,共有人成立不动产协议分割契约后,其分得部分所有权移转请求权,乃系请求履行协议分割契约之权利,具债权请求权的性质,仍有“民法”第125条消灭时效规定之适用(“最高法院”1978年台上字第2647号判例)。

(三) 占有人之物上请求权

占有人之物上请求权,自侵夺或妨害占有或危险发生后,1年间不行使而消灭(第963条)。此乃指以单纯的占有之事实为标的,提起占有之诉而言。如占有人同时有实体上权利者,自得提起本权之诉,纵令恢复占有请求权之1年短期时效,业已经过,其权利人仍非不得依侵权行为之法律关系,请求恢复原状(“最高法院”1964年台上字第2636号判例)。

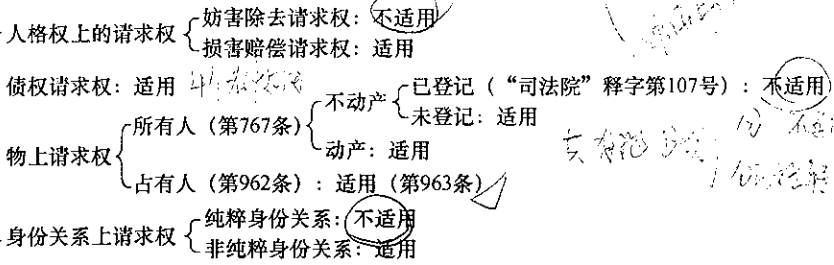
四、基于身份关系而生之请求权

请求权基于纯粹身份关系而生者,不适用消灭时效的规定。“最高法院”1959年台上字第1050号判例谓:“请求权因15年间不行使而消灭,固为第125条所明定,然其请求权若着重于身份关系者,即无该条之适用(例如因夫妻关系而生之同居请求权)。履行婚约请求权,纯系身份关系之请求权,自无消灭时效之可言。”准此以言,父母对第三人请求交还未成年子女之请求权,亦不罹于时效。至于非纯粹身份关系,如夫妻间的损害请求权、赡养费各期给付请求权等,具财产权的性质,仍有消灭时效的适用。

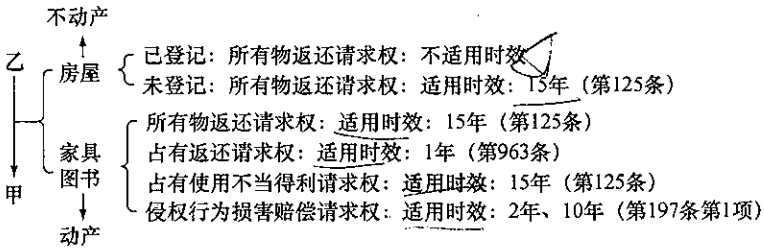
五、体系构成及例题解说

为期醒目,兹将消灭时效适用的客体,图示如下:

消灭时效客体：请求权



在前揭例题,甲无权占有使用乙所有已登记(或未登记)的房屋,及屋内的家具及图书等。乙得对甲主张所有物返还请求权(第767条)、占有物返还请求权(第962条)、占有使用他人之物不当得利返还请求权(第179条)及侵权行为损害赔偿请求权(第184条第1项前段)。兹参照上开说明,将消灭时效的适用及时效期间(详见下文),列表如下:



第四节 消灭时效的期间

1. 试综合整理“民法”各编关于消灭时效期间的规定,分析检讨之所以设不同时效期间的理由,为何所有物返还请求权的消灭时效期间为15年(第125条),而占有物返还请求权的消灭时效期间为1年(第963条)?

2. 请分析说明下列各例的请求权及其消灭失效期间(确实查阅条文):

- (1) 甲承租乙的房屋,租赁关系消灭后,仍继续使用,拒不返还。
- (2) 甲经营家具行,出售1件仿宋高级家具予乙。乙转售予丙,关于甲与乙间、乙与丙间请求权的消灭时效。
- (3) 甲计程车司机驾车违规发生重大车祸,致乘客乙身受重伤。
- (4) 甲承揽修缮乙的屋顶,因施工不善,屋顶漏水,乙的名贵地

毯遭受损害。

(5) 甲参加乙旅行团到武陵农场春节赏樱三日游,关于旅游服务品质不佳,未按规定进行旅程,浪费时间,食物中毒,发生车祸,所受损害。

一、一般期间(长期消灭时效) 15年

消灭时效期间的历史,整体观察之,实乃缩短时效期间的历史。^① 旧《德国民法》(第195条)采罗马法规定,为30年。2002年《德国债法现代化法》全面检讨消灭时效,其修正重点系缩短时效期间,明定普通消灭时效期间为3年(第195条)^②,而辅之各种特别规定。《日本民法》第167条规定债权为10年,债权以外的财产权为20年。“民法”第125条规定:“请求权,因十五年间不行使而消灭。但法律所定期间较短者,依其规定。”故除“民法”及其他法律(如“票据法”第22条)有特别规定外,请求权因15年间不行使而消灭。关于第125条规定的适用,有两个最近的“最高法院”判决,可供参照:

1. “最高法院”2009年台上字第1922号判决:“共同共有人依分产协议而行使关于其分得所有权移转请求权,属债权契约,应有‘民法’第125条请求权因15年间不行使而消灭规定之适用。”

2. “最高法院”2009年台上字第2171号判决:“按契约成立生效后,债务人除负有主给付义务外,为辅助主给付之功能,使债权人之利益能获得最大之满足,基于法律之规定或当事人之约定或诚信原则及契约之补充解释(契约漏洞之填补),尚负有独立之附随义务(亦称为与给付有关之附随义务或从义务)。倘债务人不履行该项义务或有违反情事,致影响契约利益及目的之完成者,债权人固得对之诉请履行或不履行之损害赔偿。惟债权人此项基于该附随义务而取得之请求权,倘具有本身之目的得独立对债务人诉请履行,与一般之请求权性质上即无不同,自有消灭时效之适用。”

^① Reinhard Zimmermann, Die Verjährung, JuS 1984, 410. Mansel/Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrecht, (2000); 同氏, Einführung in das neue Verjährungsrecht, Jura 2003, 1 ff.

^② 参见黄立:《德国新债法之研究》,元照2009年版,第1—72页。

二、特别期间(短期消灭时效)^①

(一) 民法总则规定

1. 定期给付债权的5年特别期间

(1) 立法理由、解释适用

“民法”第126条规定：“利息、红利、租金、赡养费、退职金及其他一年或不及一年之定期给付债权，其各期给付请求权，因五年间不行使而消灭。”立法目的在使债权人从速请求债务人履行，须注意者有二：

① 本条所谓定期给付债权，为相隔一定期间继续为给付的债权，除本条明定者外，任何定期性给付债权，如薪水、地租、缴纳保险费，各期相隔期间在1年以内者，均包括在内。其相隔期间超过1年者(包括第126条所列举者)，仍应适用15年长期时效。利息虽系从权利，但已发生之利息则为独立的债权。故已发生的利息，各自发生时起适用5年的时效，但本金部分则仍适用一般15年时效。

② 定期给付债权与分期付款不同。前者为数个各自独立的债权，在一定期间内反复继续的发生而为给付。后者为一个独立的债权，分数期而为给付。故分期付款的各期给付，或分期偿还债务的各期给付均非定期给付债权，不适用5年短期时效。

(2) 无租赁关系使用租赁物

关于“民法”第126条短期时效的适用，实务上最重视的是，“最高法院”1960年台上字第1730号判例认为：“租金之请求权因5年间不行使而消灭，既为第126条所明定，至于终止租约后之赔偿与其他无租赁契约关系之赔偿，名称虽与租金异，然实质上仍为使用土地之代价，债权人应同样按时收取，不因其契约终止或未成立而谓其时效之计算应有不同。”其值商榷者有二：

① 终止契约后或其他无租赁契约而使用他人之物，其无法律上之原因而取得者，不是“相当于租金之利益”，而是“使用他人之物本身”，此项利益依其性质不能返还，应偿还其价额，依“相当之租金”计算之。又所谓无租赁契约关系之“赔偿”，乃在恢复被害人所受之损害，其名称与租

^① 参见吴明轩，《试论消灭时效之特别期间》，载《法律评论》，1987年第10期，第25页；孙森焱，《适用短期消灭时效之定期给付债权》，载《司法通讯》，1968年第370期。

金异,实质上亦非为使用土地之代价。原则上其消灭时效期间应为15年(第125条)。

②“民法”第126条所以规定租金等的消灭时效期间为5年,乃因其为定期给付债权,债权人本可从速请求债务人履行。在无租赁关系契约的情形下(例如甲出国多年,乙无权占用其房屋),应不能要求债权人同样按时收取,亦无从定各期给付请求权,衡诸第126条的文义及意旨,于不当得利或侵权行为损害赔偿请求权,应无适用或类推适用的余地。^①

2. 二年短期消灭时效

“民法”第127条规定:“左列各款请求权,因二年间不行使而消灭:一、旅店、饮食店及娱乐场之住宿费、饮食费、座费、消费物之代价及其垫款。二、运送费及运送人所垫之款。三、以租赁动产为营业者之租价。四、医生、药师、看护生之诊费、药费、报酬及其垫款。^②五、律师、会计师、公证人之报酬及其垫款。^③六、律师、会计师、公证人所收当事人物件之交还。七、技师、承揽人之报酬及其垫款。八、商人、制造人、手工业人所供给之商品及产物之代价。”^④此等商品或劳务多发生于日常频繁的交易,宜速履行,亦有速履行的性质,故赋予较短的时效期间以促从速确定。

① 较详细说明,参见拙著:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第137页。

② 所称医生垫款,泛指诊费、药费以外与医生执行医疗业务相关,而通常由医院代为垫付之一切款项而言,包括供给病患及看护家属伙食之支出费用。

③ “最高法院”1998年台上字第2309号判决:“律师之报酬及其垫款请求权,因二年间不行使而消灭,为‘民法’第127条第5款所明定,法律之所以对此请求权特别规定短期消灭时效,乃系此请求权为律师因日常生活为他人提供专门智识之对价,有从速履行、尽快解决之性质。台湾律师之报酬及垫款请求权有此规定之适用,固无问题,即未依法取得台湾律师资格之外国律师,其在该他国本于律师之身份执行职务而取得之报酬及垫款请求权,亦系提供其专门智识之对价,同具从速履行,尽快解决之性质,仍应认有此规定之适用。”

④ 所称商人或产物供给之人,法律并未限定其须具备何种身份或资格,农会就其出售饲料予会员之行为,兼具商人身份。所谓商人所供给之商品,系指动产而言,不包括不动产在内,此观该款规定将商人所供给之商品,与制造人、手工业人所供给之产物并列,不难明了。又“民法”第127条第8款之请求权,仅指商人、制造人、手工业人所供给之商品及产物之代价请求权而言,不包含交付出卖标的物之请求权在内,关于交付出卖标的物请求权之消灭时效,仍应适用第125条之规定(参见“最高法院”1989年度第9次民事庭会议决议、“最高法院”1950年台上字第1155号判例)。第127条第7款及第8款不适用于具有承揽与买卖混合契约之不动产买卖承揽(即不动产制造物供给契约)(“最高法院”2000年台上字第2591号、2006年台上字第2530号判决)。

(二) “民法”其他各编的规定

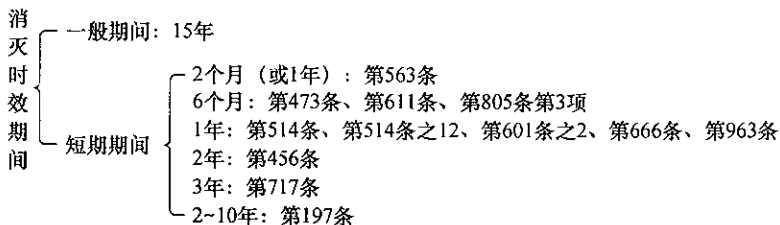
“民法”于其他各编针对不同的请求权,尤其是各种契约类型,设有短期消灭时效。值得特别提出讨论的系第197条及第514条规定的短期消灭时效:

(1) 侵权行为损害赔偿请求权。第197条第1项规定:“因侵权行为所生之损害赔偿请求权,自请求权人知有损害及赔偿义务人时起,二年间不行使而消灭。自有侵权行为时起,逾十年者亦同。”其特色在于关于消灭时效期间的起算兼采主观说及客观说。本条规定在实务上甚为重要。解释适用上,应注意的,“所谓知有损害及赔偿义务人之知,系指明知而言。如当事人间就知之时有所争执,应由赔偿义务人就请求权人知悉在前之事实,负举证责任”(“最高法院”1983年台上字第1428号判例),“关于侵权行为损害赔偿请求权之消灭时效,应以请求权人实际知悉损害及赔偿义务人时起算,非以知悉赔偿义务人因侵权行为所构成之犯罪行为经检察官起诉,或法院判决有罪为准”(“最高法院”1983年台上字第738号判例、2010年台上字第387号判决)。第197条相当于旧《德国民法》第853条。德国的时效制度系兼采主观说及客观说,以旧《德国民法》第853条为规范模式,建构其规范体系(参见《德国民法》第195条以下规定)。

(2) 承揽契约定作人损害赔偿请求权。第514条规定:“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,均因瑕疵发现后一年间不行使而消灭。承揽人之损害赔偿请求权或契约解除权,因其原因发生后,一年间不行使而消灭。”第1项修正于1999年,修正理由谓:“第495条第1项定作人之损害赔偿请求权,现行法尚无适用短期时效之规定,易滋疑义,为期明确,爰于第1项增列定作人之损害赔偿请求权亦因瑕疵发现后1年间不行使而消灭。”此为第125条的特别规定,应优先适用(“最高法院”2010年台上字第1794号判决)。此项修正有助于合理处理不完全给付与承揽人瑕疵担保责任的损害赔偿。

(三) 综合整理

兹将“民法”关于消灭时效期间的主要规定,综合整理如下:



1. 请查阅条文(至少读1次),不必强记,但要了解其立法理由。
2. 认真研读关于请求权消灭时效期间及其起算的例题。

第五节 消灭时效期间的起算^①

于下列情形,甲得主张何种权利,其请求权的消灭时效期间自何时起算:

1. 甲出卖某地给乙,并移转其所有权,事后发现买卖合同不成立,甲(或乙)不知其事。

2. 甲于2月1日寄放某唐代陶马于乙处,乙于3月1日擅将其让售予善意之丙,甲于4月1日知其事。

3. 甲于3月1日向乙买受中古车,该车于3月10日灭失,给付不能。甲于5月10日向乙请求债务不履行损害赔偿,何时起算其消灭时效期间?

时效期间的进行,如何定其起算点,至属重要。“民法”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。”需强调的是,“民法”第128条系采客观说,分述如下:

一、以作为为目的之请求权^②

(一)“民法”第128条的一般规定

以“作为”为内容的请求权,自请求权可行使时起算。所谓请求权可

^① 参见吴从周:《未定期限消费借贷返还请求权之消灭时效起算点——评“最高法院”2010年度第七次民事庭会议决议》,收录于《特种租赁、使用借贷与诉讼费用》元照2013年版,第109页。本文讨论消灭时效期间起算的基本问题,可供参照。

^② 参见王如玄:《以作为为目的之请求权其时效期间之起算点》,载《植根杂志》1990年第2期,第22页。

行使时,指权利人于法律上并无障碍,而得行使请求权之状态而言,至于义务人实际上能否给付,请求权人主观上何时知悉其可行使,则非所问(“最高法院”1974年台上字第1885号判例)。兹就常见的事例,说明如下:

1. 条件期限

附停止条件或期限的权利,自其条件成就或期限届至时起算。

2. 清偿期

请求权定有清偿期者,自期限届满时起即可行使,其消灭时效自期限届满时起算。债权未定清偿期者,债权人得随时请求清偿(第315条)。是此项请求权自债权成立时即可行使,应自债权成立时起算。

3. 和解

诉讼上和解,应自和解成立时起算,并非有待于和解笔录之送达(“最高法院”1980年台上字第780号判例)。

4. 基于法律规定而生的债权

(1) 不当得利请求权,于其成立时即可行使,而开始时效的进行。^①

(2) 关于侵权行为损害赔偿请求权之消灭时效,依“民法”第197条第1项前段规定,应以请求权人实际知悉损害及赔偿义务人时起算,非以知悉赔偿义务人因侵权行为所构成之犯罪行为经检察官起诉或法院判决有罪为准。所谓知有损害,系指知悉受有何项损害而言。至对于损害额则无认识之必要。即以后损害额之变更于请求权时效之进行无碍。鉴定机关之鉴定结果,仅供法院办案之参考,非为请求权人知悉时间之基准(“最高法院”2001年台上字第839号判决)。

5. 契约关系的消灭

出租人对于承租人返还租赁物之请求权,其消灭时效自租赁关系消灭时起算。信托财产返还请求权之消灭时效,应自信托关系消灭时

^① “最高法院”2002年台上字第1312号判决:“消灭时效自请求权可行使时起算,‘民法’第128条定有明文。而依不当得利之法则请求返还不当得利,以无法律上之原因而受利益,致他人受有损害为其要件,倘利益授受之双方当事人,均不知其利益授受之法律上原因不存在,甚或误认其法律上之原因存在,则须权利人知悉其得行使权利之状态,时效期间始能起算。盖权利之行使可被期待甚或要求而不行使,乃权利依时效消灭之理由,若权利人不知已可行使权利,如仍责令其蒙受时效之不利益,自非时效制度之本旨。”在本件判决,“最高法院”将消灭时效的起算点加以主观化,是否符合现行法消灭时效制度,尚有研究余地。

起算。

6. 债务不履行

债务不履行所涉及请求权消灭时效，系实务上重要问题，分三点言之：

(1) 代偿请求权。

“民法”第225条第2项规定：“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，或交付其所受领之赔偿物。”第225条第2项所定之代偿请求权，乃请求债务人让与其对第三人之损害赔偿请求权，或交付其所受领之赔偿物，通说认系新发生之债权，其消灭时效重新起算。是被上诉人因上开土地被征收所生之代偿请求权，其消灭时效自征收补偿款核发时起算（“最高法院”2008年台上字第623号判决）。

(2) 债务不履行损害赔偿。

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。”该项损害赔偿之债，性质上为原债权之延长变形，要与第225条第2项所定之代偿请求权未尽相同，其消灭时效自应依原债权之性质定之。准此，债务人如因可归责之事由致给付不能，其原有之给付义务（第一次之义务），即转变成损害赔偿义务（第二次之义务），其损害赔偿义务应于债务人原来之第一次给付义务不能时即已发生，并于债权人得行使该请求权时为其消灭时效之起算时点。故债权人依第226条第1项规定对债务人请求损害赔偿者，既系请求债务人履行第二次之义务，而非第一次之义务，其损害赔偿请求权，仍应自债务人债务不履行即其第一次之义务陷于给付不能时即得行使，其消灭时效，亦应自债务人该第一次之给付不能而得行使时起算（“最高法院”2011年台上字第1833号判决）。

(3) 解除契约与债务不履行损害赔偿。

“民法”第260条规定解除权之行使，不妨碍损害赔偿之请求。据此规定，债权人解除契约时，得并行请求损害赔偿。唯此请求损害赔偿，并非另因契约解除所生之新赔偿请求权，乃使因债务不履行（给付不能或给付迟延）所生之旧赔偿请求权，不因解除失其存在，仍得请求而已，故其赔偿范围，应依一般损害赔偿之法，即第216条规定定之。此损害赔偿请求权，自债务不履行时起即可行使，其消灭时效，亦自该请求权可行使时

起算(“最高法院”1966年台上字第1188号判例)。

7. 行使支票权利

支票为绝对之有价证券,其权利之行使与支票之占有,有不可分离之关系,是支票权利之行使,自以占有票据为必要。查洪○楨因涉刑案,原执有之系争支票于2000年10月3日至2009年3月2日间,经检察官依刑事诉讼法规定予以扣押,而丧失其对各该票据之占有,致不能就系争支票行使对于发票人之票据权利,自属请求权之行使有法律上障碍之情形(“最高法院”2012年台简上字第28号判决)。

(二) 特别规定

“民法”第128条系一般性规定。其他关于消灭时效的特别规定对时效的起算另有规定时,应优先适用该特别规定,如“民法”第197条(侵权行为)、第514条之12(旅游契约)及第666条(运送契约)。

二、以不作为为目的之请求权

以不作为为目的之请求权,自义务人有违反行为时起算。例如,甲与乙约定,不在同一地区为同种营业,或不在某地建筑停车场时,乙之不作为请求权,于甲违约经营同种事业或建筑停车场时起算。

第六节 消灭时效中断与消灭时效未完成

甲经营电脑出租业,乙于2011年3月1日向其承租电脑一部,为期1个月,约定租金5万元,于租赁期间届满时支付之。乙于租赁期间届满时,未支付租金5万元。甲于2011年6月6日以存证信函向乙催告付款,乙置之不理,直至2012年8月17日始自动偿还5000元,其后即避不见面。甲于2014年8月16日决定诉诸法律途径,当日适逢超级台风来袭,全省交通断绝,邮电不通,公私机关停止办公3天。甲因处理善后,迟至于9月16日始行起诉。试问甲之租金请求权是否罹于消灭时效?

消灭时效开始进行后,如有行使权利的事实时,得发生“时效中断”,将已进行的时效溯及地归于消灭。时效期间届满时,有特殊的情事发生时,得停止时效的进行,发生“时效未完成”,而将时效期间延长。“时效

中断”与“时效不完成”合称为时效障碍。

一、消灭时效中断

消灭时效中断者,指时效进行中因有行使权利之事实,推翻时效的基础,使已进行的期间,全归无效而言。兹将时效中断的事由及效力分述如下:

(一) 消灭时效中断的事由

“民法”第 129 条第 1 项规定:“消灭时效,因左列事由而中断:一、请求。二、承认。三、起诉。”

1. 请求

(1) 请求的意义

请求者,请求权之行使也。无需何种之方式,只债权人对债务人发表请求履行债务之意思即为已足。债权人为实现债权,对债务人申请调解之申请状,如已送达于债务人,即属发表请求之意思(“最高法院”1962 年台上字第 490 号判例)。第 129 条将请求与起诉并列为消灭时效之事由,可见含义有所不同,即请求系指于诉讼外行使其权利之意思表示,不包括提起民事诉讼以行使权利之行为(“最高法院”1982 年台上字第 1788 号判例)。又诉之撤回,只系原告于起诉后,表示不求法院判决之意思,故诉经撤回者,仍不妨认请求权人于提出诉状于法院,并经送达之时,对义务人已为履行之请求,使其得于法定期间内另行起诉,而保持中断时效之效力(“最高法院”1962 年台上字第 3500 号判例)。

(2) 视为不中断

时效因请求而中断者,若干请求后 6 个月内不起诉,视为不中断(第 130 条),即视为未有请求,时效仍从原开始之时,继续进行。

2. 承认

承认者,乃义务人对权利人承认其权利之存在。性质上属观念通知,因义务人一方之行为即得成立,不以明示为限。默示的承认,如请求缓期清偿、支付利息等,亦有承认之效力(“最高法院”1962 年台上字第 1216 号判例)。

应特别指出的是,承认足以表示权利人确有权利,明确推翻过去无权利之事实状态,故“民法”规定其为确定的中断事由,其已经过的时间自承认之表示生效时起归于消灭,而另一时效同时开始进行(绝对中断的效

力)。

3. 起诉

(1) 起诉的意义

起诉乃于诉讼上行使权利的行为。此之起诉指民事诉讼而言,不限于给付之诉、确认之诉或形成之诉,本诉或反诉均所不问。

(2) 视为不中断

第 131 条规定:“时效因起诉而中断者,若撤回其诉,或因不合法而受驳回之裁判,其裁判确定,视为不中断。”需注意的是,时效因撤回起诉而视为不中断者,仍应视为请求权人于提出诉状于法院并经送达之时,已对义务人为履行之请求,如请求权人于法定 6 个月期间内另行起诉者,仍应视为时效于诉状送达时中断。然以诉状送达时,时效尚未完成者为限,否则时效既于诉状送达前已完成,即无复因请求而中断之可言(“最高法院”1973 年台上字第 2279 号判例)。

4. 与起诉有同一效力之事项

“民法”第 129 条第 2 项规定:“左列事项,与起诉有同一效力:一、依督促程序,申请发支付命令。二、申请调解或提付仲裁。三、申报和解债权或破产债权。四、告知诉讼。五、开始执行行为或申请强制执行。”^①

“民法”对此等事由,亦设有“视为不中断”的规定,即:

① 时效因申请发支付命令而中断者,若撤回申请,或受驳回之裁判,或支付命令失其效力时,视为不中断(第 132 条)。

② 时效因申请调解或提付仲裁而中断者,若调解之申请经撤回、被驳回、调解不成立或仲裁之请求经撤回、仲裁不能达成判断时,视为不中断(第 133 条)。

③ 时效因申报和解债权或破产债权而中断者,若债权人撤回其申报时,视为不中断(第 134 条)。

④ 时效因告知诉讼而中断者,若于诉讼终结后,6 个月内不起诉,视为不中断(第 135 条)。

⑤ 时效因开始执行行为而中断者,若因权利人之申请,或法律上要件之欠缺而撤销其执行处分时,视为不中断(第 136 条第 1 项)。

^① 此等规定多涉及民事诉讼法及强制执行法上的问题,在此不拟详论,参见吴明轩:《试论与起诉中断时效有同一效力之事项》,载《法令月刊》1992 年第 2 期,第 43 页。

⑥ 时效因申请强制执行而中断者,若撤回其申请,或其申请被驳回时,视为不中断(第 136 条第 2 项)。

(二) 时效中断的效力

1. 时之效力

第 137 条第 1 项规定:“时效中断者,自中断之事由终止时,重新起算。”申言之,即中断事由发生前,已经过的时效期间,全归无效。中断时效事由存续的期间,时效不进行。自中断事由终止时起,时效重新开始进行。所谓中断事由终止之时,指时效重新开始进行之时,因各种事由而不同:

(1) 因请求或承认而中断者,于意思表示到达时即为终止。

(2) 因起诉而中断者,自受确定判决、或因其他方法诉讼终结(如诉讼上和和解)时,重新起算(第 137 条第 2 项)。与起诉有同一效力之事由者,于各该程序终结时,重新起算。

(3) 经确定判决或其他与确定判决有同一效力之执行名义所确定之请求权,其原有消灭时效期间不满 5 年者,因中断而重新起算之时效期间为 5 年(第 137 条第 3 项)。

2. 人之效力

第 138 条规定:“时效中断,以当事人、继承人、受让人之间为限,始有效力。”此之所谓当事人,指中断时效之当事人而言。债权人或债务人虽有多数,其中一人之时效中断,其效力不及于其他债权人或债务人(相对的效力)。但亦有例外规定,如连带债权人中之一人为给付之请求者,为他债权人之利益,亦生效力(第 285 条);债权人向主债务人请求履行,或为其他中断时效之行为,对于保证人亦生效力(第 747 条)。

二、消灭时效不完成

(一) 消灭时效不完成的意义

时效不完成者,指于时效期间将近终止之际,因有请求权无法或不便行使之事由,法律乃使已应完成之时效,于该事由终止后,一定期间内,暂缓完成,俾因时效完成而受不利益之当事人,得利用此不完成之期间,行使权利,以中断时效的制度。外国立法例有规定时效进行中遇有一定事由时,停止时效的进行(《德国民法》第 203 条以下),台湾地区“民法”不采时效进行停止制度,故在时效期间进行中,不论遭遇任何事由,均不因

之而停止,立法目的优惠于保护义务人

(二) 消灭时效不完成的事由

消灭时效不完成关系当事人利益甚巨,“民法”明定限于下列五种法定事由:

(1) 不可避免的事变

“民法”第139条规定:“时效之期间终止时,因天灾或其他不可避免之事变,致不能中断其时效者,自其妨碍事由消灭时起,一个月内,其时效不完成。”所称事变,指天灾及其他不可抗力之障碍,如因地震、水灾、暴动等。其事变之事由,须使请求、承认、起诉等各种中断时效之事由均属于不能时,时效方不完成,如法院关闭起诉不能;邮电不通,无由借此向对方发出请求信函。事变发生于何时,在所不问,但时效期间终止时,必须有事变之存在。故事变于时效终止前一日结束,亦无不完成的问题发生。

(2) 关于继承财产之权利

“民法”第140条规定:“属于继承财产之权利或对于继承财产之权利,自继承人确定或管理人选定或破产之宣告时起,六个月内,其时效不完成。”前条因事变之不完成与本条因继承之不完成,其不完成期间的计算方法不同。前者须于时效期间终止时,事变仍在存续中,如其事由于时效终止前已消灭时,不论其所余时间久暂,均不发生时效不完成的问题。后者则因权利人或义务人不确定的不完成,如其事由于时效终止前消灭,而所余时间已不满6个月,其时效仍应于其事由消灭时起,满6个月后始告完成。

(3) 无行为能力人或限制行为能力人欠缺法定代理人

“民法”第141条规定:“无行为能力人或限制行为能力人之权利,于时效期间终止前六个月内,若无法定代理人者,自其成为行为能力人,或其法定代理人就职时起,六个月内,其时效不完成。”例如未成年人某甲,经其父母允许向乙购屋后,其父母不幸死亡,则在甲成为行为能力人(成年或结婚)或其法定代理人(监护人)就职时起,甲对乙请求权时效不完成。兹就此例说明三点:

① 本条只适用于无行为能力人或限制行为能力人对他人之权利。

② 他人对无行为能力人或限制行为能力人的权利(如乙对甲的价金请求权),则不适用之。于此情形,因无法定代理人,不能为有效的请求,得申请法院为其选任特别代理人(“民事诉讼法”第51条)。

③ 本条仅适用于应由法定代理人或须经法定代理人同意(允许或承认)之行为。对于限制行为能力人无须得法定代理人允许之行为(第77条但书),以及已得法定代理人概括允许处分特定财产或独立营业(第84条、第85条第1项)者,无适用本条之余地。

(4) 无行为能力人或限制行为能力人对法定代理人之权利

“民法”第142条规定:“无行为能力人或限制行为能力人,对于其法定代理人之权利,于代理关系消灭后一年内,其时效不完成。”盖代理关系存续中,无行为能力人或限制行为能力人,既不能自己行使其权利;于代理关系消灭后,如已成为行为能力人者,固能行使其权利,但对其法定代理人,因感情等因素,难免有不便骤然行使之处,故法律特规定其时效1年内不完成。至于1年内,无行为能力人或限制行为能力人,仍未成为行为能力人时,在解释上应得适用第141条规定。不完成=无限期

(5) 夫妻相互间之权利

“民法”第143条规定:“夫对于妻或妻对于夫之权利,于婚姻关系消灭后一年内,其时效不完成。”其所称权利须为婚姻存续中所发生者,若为婚姻关系消灭后所生之权利(如裁判离婚所生损害赔偿请求权,第1056条),因夫妻名分既已不存在,自无本条之适用。其所以设此规定,盖婚姻存续中,难免忽略行使其权利,于婚姻消灭后,亦有不便速为主张之情事,特暂停时效的进行,以资适应。

(三) 消灭时效不完成的效力

消灭时效不完成的效力,在使时效于一定期间内暂缓完成,俾请求权人得于该期间内行使权利,以中断时效。于该时效不完成之一定期间内,如无时效中断事由发生,其时效即告完成。

三、时效中断与时效不完成的区别

(一) 时效中断与不完成的区别

时效中断与时效不完成两个制度合称为时效障碍,其目的均在保护因时效进行而受不利益的当事人。就其事由不同言,时效中断乃由于当事人的行为(第129条),时效不完成乃基于当事人以外行为,有为权利之无法行使(第139条、第140条、第141条),有为权利之不便行使(第142条、第143条)。就其效力不同言,在时效中断,时效自中断事由终止之时起重新起算,已经过期间归于无效,时效中断并具有对人的相对效力。在

时效未完成,停止前已进行的期间仍有效,停止事由终止后仍须合并计算。时效未完成并具有对世的绝对效力。

(二) 例题解说

(1) 在前掲例题,甲得向乙请求支付基于租赁契约而生的租金5万元。此种基于债权而生的请求权,应有消灭时效规定的适用。甲系以租赁电脑(动产)为营业,关于其租价(租金)的请求权,依“民法”第127条第3款的规定,因2年间不行使而消灭。

(2) 甲于2011年3月1日出租电脑予乙,约定为期1个月,租赁期间届满时支付租金,系以作为为目的之请求权,其消灭时效自其可行使时起算。故甲此项定有清偿期的租金请求权的消灭时效于2011年3月31日即可行使,其2年时效期间,始日不算入(第120条),应自2011年4月1日起算。

(3) 甲于2011年6月6日以存证信函向乙为付款的催告,系于诉讼外行使其权利之表示,依第129条第1项第1款规定,消灭时效因此项请求而中断。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)。甲于乙置之不理后,未于6个月内为诉讼上之请求,即视为自始不生时效中断之效力,时效期间仍自可请求时(2011年4月1日)起,继续进行,与未经中断同。

(4) 乙于2012年8月17日自动偿还部分租金5000元,应理解为系对权利人表示承认其权利存在。“最高法院”1962年台上字第1216号判例谓:“所谓承认,指义务人向请求权人表示是认其请求权存在之观念通知而言。又承认不以明示为限,默示的承认,如请求缓期清偿,支付利息等,亦有承认之效力。”“最高法院”1974年台上字第1948号判例亦谓:“上诉人所欠被上诉人货款6万元既以所得佣金3000元抵偿其一部分,自系对被上诉人为请求权存在之承认,依‘民法’第129条第1项第2款,被上诉人之请求权消灭时效即因而中断。”可资参照。时效中断者,自中断之事由终止时,重新起算(第137条第1项),即时效中断事由发生前已经过之期间,概归无效,于中断事由存续中时效不进行;而自中断事由终止时起,时效重新开始进行。乙于2012年8月17日对甲承认其债权,则甲的租金请求权应自此日起重新起算,尚须经过2年,始能完成其时效。

(5) 甲的租金请求权因乙于2012年8月17日承认,应重新起算其2年时效期间,既如上述,其始日不算入,故须至2014年8月18日始完成

其时效。甲于2014年8月16日决定起诉, 适值超级台风来袭, 致使全省交通断绝, 邮电不通, 公私机关停止办公3天, 依第139条规定: “时效之期间终止时, 因天灾或其他不可避之事变, 致不能中断其时效者, 自其妨碍事由消灭时起, 一个月内, 其时效不完成。” 本条之适用, 其要件有三: ① 须有事变。② 须其事变致不能中断时效。③ 须其事变于期间终止时存在。此三者于甲的请求权, 悉行具备, 故自2014年8月19日(妨碍事由消灭时)起1个月内, 其时效不完成。

(6) 据上所述, 甲对乙的租金请求权的消灭时效因事变而停止, 须至9月19日始完成之, 甲于2014年9月16日起诉, 其请求权迄未罹于消灭时效。

第七节 消灭时效完成的效力 ★

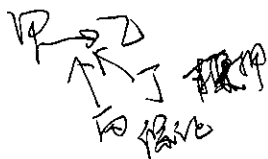
见引与案例

甲于2000年4月1日贷款50万元予乙, 期间半年, 利息约定每月初日给付一次, 由丙保证, 丁提供游览车设定动产抵押。自同年8月1日起甲即未支付利息。试问: (1) 甲对乙请求权何时完成消灭时效? (2) 甲于其请求权罹于时效后, 得向乙、丙、丁主张何种权利? (3) 乙、丙、丁对甲为清偿后, 得否以不知时效消灭为理由, 请求返还其所为的支付? (4) 乙预先或于时效完成后对甲表示抛弃时效利益时, 甲得对乙、丙、丁主张何种权利?

一、拒绝给付抗辩权

(一) 债务人得拒绝给付: 法律与道德的关系

“民法”第144条第1项规定: “时效完成后, 债务人得拒绝给付。”系采抗辩权发生主义, 即消灭时效完成后, 权利自体本身不消灭, 其诉权亦不消灭, 仅使义务人取得拒绝给付抗辩权而已。最高法院1940年上字第1195号判例谓: “‘民法’第144条第1项规定时效完成后, 债务人得拒绝给付, 是消灭时效完成之效力, 不过发生拒绝给付之抗辩权, 并非使请求权当然消灭, 债务人若不行使其抗辩权, 法院自不得以消灭时效业已完成, 即认请求权已归消灭。”可资参照。在某种程度, 消灭时效制度使债务人得“欠债不还”, 造成了“法律”与“道德”的紧张关系, 是否行使拒绝给



付抗辩权,应由当事人自行判断。

以消灭时效完成为理由行使抗辩权,不必使用消灭时效完成之字样,亦不必引用规定消灭时效之法条,其拒绝给付系以请求权因时效之经过而不得再为行使为理由者,即属已有此项抗辩权之行使。又消灭时效抗辩权得在诉讼上或诉讼外行使之。惟诉讼上,须在第一审或第二审之辩论中以攻击防御方法援用之。在第三审即不得再行主张。罹于时效的权利,因债务人未于援用,经法院确定判决命给付后,债务人应即受既判力的拘束。债务人一次援用,及足使请求权“永久”消灭,又称为永久抗辩权,不同于仅具一时性的双务契约同时履行抗辩权。

(二) 诚实信用原则的适用

“民法”第148条第2项规定:“行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。”此亦适用于消灭时效抗辩权。“最高法院”2007年台上字第1885号判决谓:“时效完成后,债务人仅取得拒绝给付之抗辩权,债权人之债权并不因而消灭,是否行使时效抗辩权,乃债务人之权利,得由债务人自由处分。而行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法,‘民法’第148条第2项定有明文。债务人行使时效抗辩权,违反诚信原则者,即为权利之不法行使,应予禁止。又债务人于债权人起诉前,与债权人协议抛弃时效抗辩权唯保留其余抗辩权,既为其处分权所得支配范围,自有拘束两造及法院之效力。如债务人违反其协议,于诉讼上仍为时效完成之抗辩者,即难谓非违反诚信原则。”行使时效完成的抗辩,多见于债务人表示愿清偿债务,进行磋商谈判,致债务人未适时行使权利(参见“最高法院”2007年台上字第2250号判决)。^①

二、消灭时效及于从权利的效力

“民法”第146条规定:“主权利因时效消灭者,其效力及于从权利。”如主债权因时效而消灭者,其保证债权的请求权亦同其命运,此乃原则。但法律有特别规定者,依其规定(第146条但书),其属此类特别规定者,如“民法”第145条第1项:“以抵押权、质权或留置权担保之请求权,虽

^① 德国法上的判例学说,参见 Bork, AT S. 131; Wolf/Neuner, AT S. 264。行使时效抗辩权违反诚信原则时,其效果系时效暂时不完成(Ablaufhemmung)。德国实务认为,债权人须在债务人违反诚信原则主张消灭时效后合理期间(迟至1个月)内行使其权利(BGH NJW 1991, 974)。

经时效消灭,债权人仍得就其抵押物、质物或留置物取偿。”所谓抵押权、留置权,除意定外者,尚包括法定者在内(第513条、第445条)。法律之所以设此特别规定,系以此等供担保的权利,既为物权,债权人常有恃无恐,而疏于请求权之及时行使,故仍许其就物取偿,以实践担保物权之作用。然依“民法”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,五年间不实行其抵押权者,其抵押权消灭。”此5年期间,系除斥期间,而非时效期间,故不得谓有抵押权担保之请求权,其时效较15年为长。至于质权或留置权,“民法”未设除斥期间规定,不生因一定期间实行其权利而消灭的问题。值得注意的是,第145条第2项规定:“前项规定,于利息及其他定期给付之各期给付请求权,经时效消灭者,不适用之。”明示对此等罹于时效的请求权不能复就担保物取偿,避免累积甚多,难以负担,以资保护债务人。

三、消灭时效完成后的给付

(一) 时效消灭后债务人仍为给付

消灭时效完成的效力,既仅在发生债务人拒绝给付之抗辩权,其债权本身并未消灭,故“民法”第144条第2项明定:“请求权已经时效消灭,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;其以契约承认该债务或提出担保者亦同。”所谓不得以不知时效为理由,请求返还,指债权人系本诸债权受领给付,具有法律上原因,不成立不当得利。惟嗣后如因法院之强制执行而为给付,因非基于债务人任意为之,依“民法”第180条第3款规定之反面解释债务人自得依不当得利之规定,请求债权人返还(“最高法院”2003年台上字第1751号判决)。此种罹于消灭时效的债权,系属所谓不完全债权(或称自然债务),债权人请求力虽因债务人之抗辩权而减弱,但仍具可履行性,其受领给付的权能(债权之保持力),不因此而受影响。

(二) 契约承认、提出担保

请求权时效消灭后,债务人以契约承认该债务,或提出担保时,亦不得以不知时效为理由,请求返还。所提出的担保包括保证及设定担保物权。时效完成后,如债务人知其债务已罹于时效,而仍以契约承诺该债务时,则可认为有时效抗辩权之抛弃。债务人纵不知该请求权时效已完成,然既经以契约承诺其债务,即仍有无因的债务承认之意思,自亦不得以不

知时效为由,拒绝履行该契约(“最高法院”2000年台上字第2638号判决)。

四、时效利益的抛弃

时效制度之设系为公益,关于时效期间的规定,为强行规定,故“民法”第147条规定:“时效期间,不得以法律行为加长或减短之。并不得预先抛弃时效之利益。”时效利益之所以不得预先抛弃者,旨在保护债务人。倘时效业已完成,保护之必要,已不存在,时效利益之抛弃自无须再为禁止。

时效利益之抛弃,为抛弃人不欲享受时效利益之意思表示,系属单独行为,并为处分行为,债务人一旦表示抛弃其时效利益,即生效力,不必得债权人之同意,债务人明知时效完成之事实而为承认者,其承认可认为系抛弃时效利益之默示意思表示。时效完成之利益一经抛弃,即回复时效完成前之状态,债务人不得再以时效已经完成拒绝给付(“最高法院”1937年渝上字第353号判例、1961年台上字第2868号判例)。惟得援用抛弃时效利益后重新起算新时效利益。

时效利益之抛弃,系属处分行为,须依意思表示为之,故因时效受利益之人如属多数,除有明文规定外,一人抛弃,其影响不及于他人(“最高法院”1963年台上字第823号判例)。共同共有人中一人未得全体共有人同意,向他人抛弃时效利益之意思表示者,依法即非有效(“最高法院”1964年台上字第2717号判例)。①

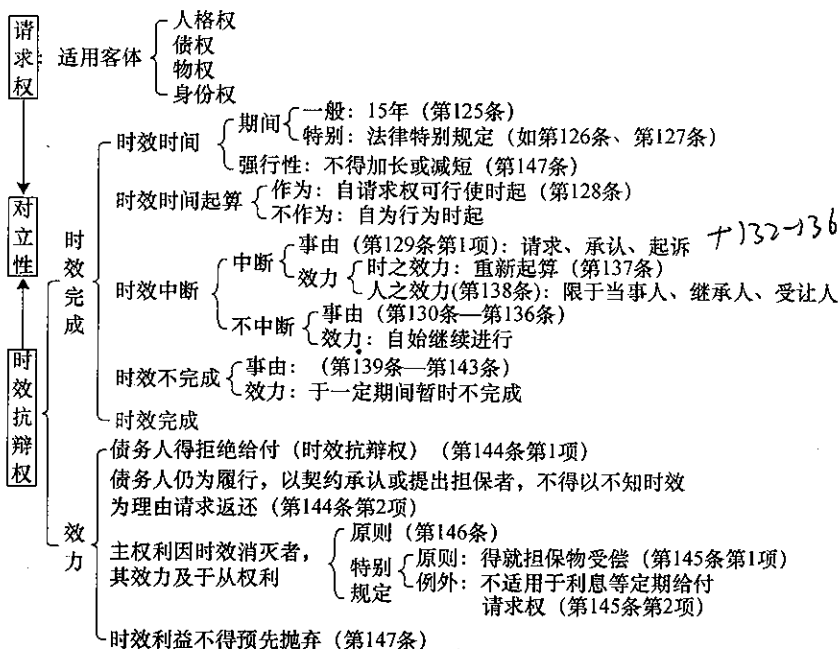
五、例题解说

(一) 请求权与时效抗辩的对立性思考

消灭时效在实务上甚属重要,律师于处理民事上的请求权时,最先考虑的问题之一就是该请求权是否罹于消灭时效。对被告言,主张消灭时效抗辩权,拒绝给付,最属简便,而此关系原告利益甚巨。为使读者对请

① 关于请求权罹于消灭时效的效力,尚应注意两点:①“民法”第337条规定:“债之请求权虽经时效而消灭,如在时效未完成前,其债务已适于抵销者,亦得为抵销。”②“最高法院”1982年4月20日1982年度第七次民事庭会议决议:“第244条所定之撤销权,乃为保全债权之履行而设。甲对乙基于债权之请求权,既因罹于消灭时效而经败诉确定不能行使,则甲之撤销权,显无由成立。”

求权与时效抗辩的对立性思考方法有较简明的认识,兹将其基本问题,图示如下:



(二) 实例解说

(1) 甲于2000年4月1日贷款50万元予乙,为期半年,利息约定每月初日给付一次时,甲对乙本金返还请求权的消灭时效期间为15年(第125条),自其请求权可行使时起,即2000年10月1日起算;利息约定每月初日支付一次,系不及1年的定期给付债权,其各期利息请求权因5年间不行使而消灭(第126条)。

(2) 消灭时效完成后,主债务人乙得拒绝给付(第144条第1项),主债务人的消灭时效抗辩,保证人丙得主张之(第742条第1项)。

(3) 丁提供其游览车为甲对乙的债权设定动产抵押(“动产担保交易法”第15条),系所谓的物上保证人,而非甲的债务人。“民法”第145条第1项规定以抵押权担保之请求权,虽经时效消灭,债权人仍得就其抵押物受偿,其所称抵押权应包括动产抵押权在内,但于利息之各期给付请求权,经时效消灭者,亦不适用之(第145条第2项)。此外,并应类推适用“民法”第880条规定,如动产抵押权人于消灭时效后,5年间不行使其

抵押权者,其抵押权消灭。

(4) 乙系甲的主债务人,丙系甲的保证人,负有代为履行的义务,请求权已经时效消灭,仍为履行之给付者,不得以不知时效为理由请求返还(第144条第2项)。丁提供游览车设定动产抵押,担保乙的债务,系属物上保证人,而非债务人,已如上述,丁为避免甲拍卖抵押物而清偿乙对甲的债务时,属第三人之清偿,因罹于时效的债权仍具可履行性者,为清偿的第三人,亦不得以不知时效为理由请求返还。

(5) 时效之利益不得预先抛弃,“民法”第147条设有明文,违反者,其抛弃无效。故乙仍得依“民法”第144条第1项规定,拒绝给付。惟乙得于时效完成后抛弃其时效利益,时效完成之利益一经抛弃,即恢复时效完成前之状态,乙不得再以时效业经完成拒绝给付。

(6) 在主债务人乙于时效完成后抛弃时效利益的情形,依“民法”第742条第2项规定:“主债务人抛弃其抗辩者,保证人仍得主张之。”所称抗辩包括消灭时效抗辩权在内,故保证人丙于主债务人乙抛弃其时效利益后,仍得拒绝代负履行责任。至于丁为甲所设定的动产抵押,仍应适用“民法”第145条第1项规定,即债务人虽于时效完成后抛弃时效利益,债权人仍得就担保物受偿。

第十二章 权利的行使

——权利行使自由与限制

“民法”第 148 条第 1 项规定：“权利之行使，不得违反公共利益，或以损害他人为主要目的。”第 2 项：“行使权利，履行义务，应依诚实及信用方法。”试说明权利行使自由与权利滥用，何谓权利滥用？三种权利滥用间的适用关系？并据以分析下列案例，是否成立何种权利滥用？其要件及效果：

1. 甲与其子乙交恶，甲禁止乙进入墓园祭拜其母。
2. 甲与邻居乙不睦，甲在自地兴建高墙，阻断乙眺望青山绿水。
3. 甲组织将其所有土地无偿借乙使用，经营文教康乐中心，因被迫清理财产，乃将该地出售予丙，丙依“民法”第 767 条第 1 项前段规定请求拆屋还地。
4. 甲受雇于乙，因执行职务有重大过失，预期会被解雇。乙长期未为任何表示。两年后，甲追求乙的独生女，乙认为甲不配其女，乃借故对甲曰：“汝前犯重大过错，终止雇佣契约。”

第一节 概 说

一、凡权利皆受限制，无不受限制的权利

权利系法律所赋享受利益之力，具有一定的社会功能，而为社会秩序的一部分。在一个基于私法自治原则所组成的市民社会及肯定个人自由的市场经济体制，蕴含于权利的个人自主决定固居于核心的地位。惟权利与自主决定非自己所独有，他人亦享有之，不能只知有己，不知有他人，违反彼此尊重的法律伦理原则。因此，为保障个人得共存共荣、和谐的社

会生活,权利的行使须受限制,乃属当然。凡权利皆应受限制,无不受限制的权利。^①

“民法”总则第六章规定消灭时效制度,系关于行使权利在时间上的限制。第七章规定权利之行使,其内容有二:一为关于权利行使本身的限制(第148条);一为关于权利保护(自力救济)的限制(第149条至第152条)。在分别说明之前,需指出的是,个别权利得因其性质、法律规定或当事人的约定而受到不同的限制。例如,债权基其相对性,仅能对债务人请求给付。形成权的行使须有其形成的原因,并受除斥期间的限制。关于所有权的行使,“民法”第765条明确规定所有权人对其所有物,得自由使用、收益、处分及排除他人干涉,但须在法令限制范围内,始得为之。人格权(尤其是名誉、隐私)的保护应予言论自由调和。^②值得注意的是,若干权利(尤其是亲权)具有义务的性质,须顾及特定人的利益,从而此等权利应受其义务关联的拘束,故“民法”第1090条规定:“父母之一方滥用其对于子女之权利时,法院得依他方、未成年子女、主管机关、社会福利机构或其他利害关系人之请求或依职权,为子女之利益,宣告停止其权利之全部或一部。”^③

第二节 行使权利及履行义务

一、“民法”第148条的规范意义及适用关系

(一) 规范意义

“民法”第148条原规定:“权利之行使,不得以损害他人为主要目的。”1982年1月4日公布修正“民法”总则,将本条修改为两项,其第1项规定:“权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。”第2项规定:“行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。”此项修正及法院实务体现“民法”的重要发展,应说明者有六:

^① 法制史上的发展,参见黄越钦:《权利滥用与恶意抗辩权》,载《政大法律评论》1972年第7期,第99页以下;陈耀遂:《权利滥用之研究》(台湾大学1963年度硕士论文);林游星:《权利滥用理论与实际》(文化大学1973年度硕士论文);刘雪筠:《权利滥用之研究》(台湾大学1989年度硕士论文)。

^② 参见拙著:《人格权法》,第361页以下。

^③ 参见“儿童及少年福利与权益保障法”第49条、第56条及第71条。

(1) 权利行使限制的发展,系由“权利恶用的禁止 (Schikaneverbot) 移向“权利滥用”(权利不当行使, Rechtsmissbrauch) 的禁止。^① 权利滥用得作为上位概念,包括:① 权利行使不得违反公共利益。② 权利行使不得以损害他人为主要目的。③ 行使应依诚实及信用方法等三个类型。

(2) 权利的行使不得以损害他人为主要目的,其判断基准系由行为入主观意思的认定移向客观的利益衡量。

(3) 权利的行使不得违反公共利益,旨在强调私权的公益性。

(4) 诚实信用原则的适用,由债权的行使及债务的履行,扩大及于“权利的行使及义务的履行”,成为一般法律原则。

(5) “民法”第 148 条的修正,使权利行使具有社会化的内涵、伦理的性质及客观的判断标准。有无权利滥用,应由法院依职权调查,实际上多由当事人主张,而由法院审究之。

(6) 在比较法上，“权利之行使不得以损害他人为主要目的”，系源自《德国民法典》第 226 条，加以修正。“行使权利、履行义务，应依诚实及信用方法”系将台湾地区旧“民法”第 219 条（相当于《德国民法典》第 242 条）加以一般化。“行使权利不得违反公共利益”为台湾“民法”所创，德国民法无此规定。《瑞士民法》第 2 条规定：“行使自己之权利，及履行自己之义务，应依诚实及信用为之。权利之显然滥用，不受法律之保护。”

(二) 适用关系

“民法”第 148 条第 1 项区别“违反公共利益”或“以损害他人为主要目的”两种类型，第 2 项规定诚实信用原则，此三者适用上亦会发生重叠情形，就具体个案，在方法论上则应先适用权利滥用的次级规范，避免动辄直接诉诸有帝王条款之称的诚实信用原则（第 148 条第 2 项）^②，在法律适用上不应概括泛称“违反公共利益，以损害他人为主要目的，违背诚信原则”，难以明确为法律适用上的涵摄。三者的功能、要件及法律效果不同，应有区别的必要时，先图示其基本构造，再分别加以说明。

^① Hans Merz, Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1977, 162; Ernst Zeller, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchs-verbot: Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, 1981. 比较法研究, Zimmermann/Whittaker, Good Faith in European Contract Law, 2000; [德]莱因哈德·齐默曼、[英]惠特克:《欧洲合同法中的诚信原则》,丁广宇、杨才然、叶桂峰译,法律出版社 2005 年版。

^② 参见杨仁寿:《论权利滥用禁止原则之适用》,载《法令月刊》1990 年第 2 期,第 5 页。

权利滥用	{	行使权利不得以损害他人为主要目的利益比较衡量
		行使权利不得违反公共利益 { 公益保护 权利社会化
		行使权利应依诚实及信用方法 { 适用于一切法律关系 (尤其特别结合关系) 依正义衡平理念加以调整, 求其妥当适当

二、权利的行使不得以损害他人为主要目的

(一) 要件

1. 利益衡量的判断基准

(1) 与《德国民法典》第 226 条的比较

权利的行使不得以损害他人为主要目的。所谓“权利”，指物权、债权、身份权、形成权（如解除权）等各种权利。所称权利的“行使”，包括诉讼行为。行使权利旨在维护自己权益的正当行为者，法所不禁。例如，向债务人讨债，致其须向银行贷款或出售财产偿还债务。惟行使权利出于损害他人之目的者，则须受限制。《德国民法典》第 226 条规定：“权利之行使，不许专以损害他人为目的。”其要件甚严，即使打着灯笼亦难找到肯定适用的案例。^①“民法”第 148 条第 1 项规定不得以损害他人为主要目的，适用范围较为宽广，较具合理限制权利行使的功能。

如何认定行使权利系“以损害他人为主要目的”？“最高法院”1980 年台上字第 1079 号判决谓：“‘民法’第 148 条所称权利之行使，不得以损害他人为主要目的者，系指行使权利，专以损害他人之目的而言，若为自己之利益而行使，纵于他人之利益不无损害，然既非以损害他人为主要目的，即无该条之适用。”本件判决将“以损害他人为主要目的”，解释为“专以损害他人之目的”，违背法律文义及规范功能，应难赞同。是否以损害他人为主要目的，不能单凭权利人主观意思而为论断。

^① 引自 MünchKomm/Feldmann, § 226 Rn. 1: “Entscheidungen hingegen, die Schikane nicht nur bejaht, sondern dies auch noch mit zutreffenden Erwägungen getan haben, muss man mit der Laterne suchen.” 德国实务上最著名的案例 (RGZ 72, 251), 系某城堡的所有人禁止其子探视埋葬于城堡公园内其母的墓地, 其理由为父子交恶, 其父因心脏病, 避免与其子相会。德国帝国法院适用《德国民法典》第 226 条, 认为父之行使权利系专以损害其子为目的, 应构成权利滥用 (Schikane)。学者对此判决批评甚多, 认为依其事实应无《德国民法典》第 226 条规定的适用; 其应适用者, 系依《德国民法典》第 826 条规定而建立权利之行使不得违反善良风俗的原则 (Verbot sittenwidrig schädigender Rechtsausübung), Bork, AT S. 137; Medicus, AT S. 57; Wolf/Neuner, AT S. 231 f.

(2) 利益比较衡量：“最高法院”1982年台上字第737号判例

深值赞同者，系“最高法院”1982年台上字第737号判例所采取的“利益衡量”判断基准，即：“查权利之行使，是否以损害他人为主要目的，应就权利人因权利行使所能取得之利益，与他人及社会因其权利行使所受之损失，比较衡量以定之。倘其权利之行使，自己所得利益极少而他人及社会所受之损失甚大者，非不得视为以损害他人为主要目的，此乃权利社会化之基本内涵所必然之解释。”实务上最常见的是越界建筑的案例，敬请参阅。应说明的有二：

① “最高法院”将以损害他人为主要目的的主观性要件，转变为客观的利益衡量，系一个值得肯定的法律发展。

② 权利的行使必然涉及他人，就其利益衡量应详为调查，不能仅作抽象笼统、难以检验的论述。诚如“最高法院”2012年台上字第1106号判决所称：系争建物相邻均盖满建物，共有人纵取回土地，其基地面积仅一百八十二余平方公尺（依附图各部分使用面积加总），如何利用？其可取得之利益若干？反之，系争建物属合法建筑，现供营业及居住使用，如经拆除，造成上诉人及社会经济之损害为何？原审均未调查审认，比较衡量之，即认上诉人抗辩被上诉人属权利滥用为不可采，遽命林○生拆屋还地，自有可议。另“最高法院”2011年台上字第1719号判决谓：原审就上诉人因权利行使取得之利益为何、被上诉人及社会受有何损害、上诉人如何违反公共利益，未为比较衡量，徒以上诉人行使权利具有恶意，遽认上诉人为权利滥用，据为上诉人败诉之判决，难谓无判决理由不备之违法。

2. 实务案例

(1) 否定案例

权利行使旨在行使法律所赋予之力，以满足一定利益，是为原则，否则无以保护私权，因此权利行使是否“以损害他人为主要目的”应慎于认定，有两个否定的案例，可供参考：

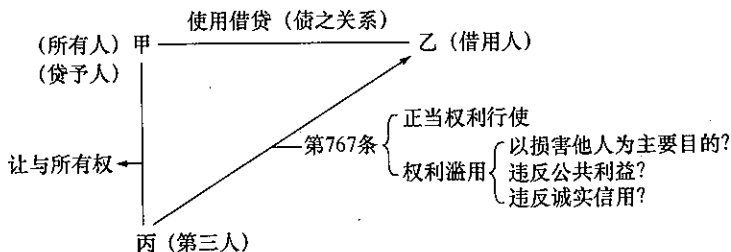
① 图谋己利。“民法”第148条系规定行使权利，不得以损害他人为主要目的，若当事人行使权利，虽足使他人丧失利益，而苟非以损害他人为主要目的，即不在该条所定范围之内。出租人出售租赁物，因承租人出价过低，乃转售他人，图多得售价三四千元，其行为仅图利己，要非以损害他人为主要目的，依上说明，显无该条适用之余地（“最高法院”1956年台上字第105号判例）。

② 公用地役关系。所有土地虽为既成巷道,具公用地役关系,仅受公众通行之限制而已,他人占用该地摆摊时,具公用地役关系土地所有权人依“民法”第 767 条第 1 项规定排除无权占有该土地者,并无违反公共利益,而该无权占有土地,本即排除土地所有人之占有,且违反公众使用土地目的,是土地所有人对之请求,非以损害无权占有人为主要目的,自非属权利滥用(“最高法院”2012 年台上字第 728 号判决)。

(2) 肯定案例

① 实务发展

关于“以损害他人为主要目的”的权利滥用,最近实务上出现一个重要的案例类型,即甲出借其所有的不动产予乙,其后将其所有权让与第三人,再由第三人对借用人主张所有物返还请求权。为便于观察,图示如下:



甲与乙就不动产成立使用借贷关系,其后甲将该不动产所有权移转予丙,体现所有权处分自由(第 765 条)。丙得依第 767 条第 1 项前段规定向乙主张所有物返还请求权,因丙系所有人,乙为无权占有。乙与甲间虽有债之关系,但债之关系具相对性,不得对抗丙,对丙而言,乙系无权占有人。丙对乙行使物上请求权,原则上系属权利正当行使。值得研究的是,在何种情形此种权利的行使得构成第 148 条规定的权利滥用。“最高法院”作有两个重要判决:

A. 为使土地占有人无从基于债之关系主张抗辩。甲有土地,被乙无偿占有,甲将该地让售于丙,丙依第 767 条第 1 项前段向乙请求返还土地。“最高法院”2009 年台上字第 1319 号判决谓:“不动产之使用借贷等债之关系,固仅于当事人间有其效力,因该债之关系而占有不动产之人(债权人),不得执以对抗未继受该法律关系之第三人,是受让该不动产之第三人行使物上请求权,请求占有人返还所有物,于通常情形,固应认

系权利之正当行使,但受让人若明知占有人系基于与债务人之间之债之关系而占有该不动产,非属无权占有,惟为使占有人无从基于债之关系为抗辩,脱免债务人容忍占有之义务而受让该不动产者,其取得所有权之目的,显在妨害有权占有人之占有,其行使物上请求权,自应认系以损害他人为主要目的,而为法所不许。”

B. 国民党处理党产:国民党所有某地,出借与台北市政府兴建社区活动中心。其后国民党将该地所有权让予丙,丙向台北市政府请求拆屋还地。“最高法院”2010年台上字第1705号判决谓:“使用借贷契约系债之关系,仅于当事人间有其效力,房屋买受人并不当然继受其前手与土地所有人间之使用借贷关系,原则上固不得执该关系主张其有使用坐落土地之权利。然土地受让人若明知房屋所有人系基于与土地让与人间债之关系而占有房屋坐落之土地,且经斟酌房屋使用土地之状态及房屋之使用目的等项后,如可认土地所有人行使所有权,违反诚信原则或公共利益,仍应驳回其请求。查系争房屋坐落于系争土地上之权源,原为台北市政府与国民党间之使用借贷契约,依该房屋使用目的及情状,使用借贷之目的尚未达成,国民党之终止契约为不合法,而上诉人明知系争房屋系因上开使用借贷关系而坐落于系争土地上,且系争房屋向供公众使用等情形,为原审合法认定之事实,则依前揭说明,原审衡量系争房屋拆除所致公共利益之损害,与上诉人因此所得受之利益后,以上诉人行使系争土地所有权而请求拆屋还地,有违公共利益,属权利滥用等情,于法洵无违背……”

② 分析说明

A. 前揭两个“最高法院”的判决,显现人民如何为保护其私权而运用法律。权利行使应有限制,“最高法院”见解基本上可资赞同。问题在于如何认定受让人行使第767条第1项前段的物上请求权构成权利滥用。

B. 在2009年台上字第1319号判决,“最高法院”认系“以损害他人为主要目的”,其理由系为使占有人无从基于债之关系为抗辩,脱免债务人容忍占有义务,而受让该不动产占有。在“最高法院”2010年台上字第1705号国民党党产案件,“最高法院”认系“权利的行使,有违公共利益”,之所以如此认定,固为维护系争房屋的公用性,难免亦涉及此系国民党出脱具有争议的党产。就法律适用方法言,“最高法院”明确表示其属何种权利滥用,分别认系“以损害他人为主要目的”或“违背公共利益”。在此

两件判决,“最高法院”不认为系违反诚信原则,其认定事实、适用法律,应值肯定。

C. “最高法院”2009年台上字第1283号判决谓:系争土地经编列为文教区(嘉南大学学校用地),位于体育馆、教学暨研究大楼、图书馆、国际会议中心汇集之通道,且依“都市计划法”第6条规定,被上诉人收回后亦不能建屋或作其他用途,既为原审所确定之事实,且系争土地面积共3630平方公尺,又位于校园核心地带,倘由被上诉人收回,将致嘉南大学校区完整性遭受破坏,不仅不利校园安全维护,且被上诉人回收后亦无从为其他具有经济价值之利用,经比较衡量结果,难认非属被上诉人所得利益极少而嘉南大学及众多学校师生与员工所受损失甚大之情形。被上诉人行使所有人物上请求权,即有违“民法”第148条第1项规定而不得为之,其进而请求确认通行权等,亦失所据。”本件判决仅称有违第148条第1项规定。就法律适用而言,应更明确表示究属“以损害他人为主要目的”,或“违背公共利益”。就判决理由观之,系属前者。

(二) 法律效果

1. 行使权利,法所不许

权利之行使以损害他人为主要目的者,仅其“行使”为法所不许,“权利”本身的存在不受影响,仍得以其他法所允许的方法行使之。法所不许的权利行使具有不法性,得对之行使正当防卫(第149条)。

2. 违反保护他人之法律

“民法”第148条第1项规定系第184条第2项所称违反保护他人之法律。例如,甲在景观优美的山坡地经营咖啡屋。邻居某乙与甲因琐事争吵,乃在其后院修建一面以遮断甲的咖啡屋眺望为目的之高墙时,其权利之行使系以损害甲为主要目的,甲得依第184条第2项规定请求损害赔偿,请求恢复原状,拆除高墙。又例如,甲为迫使乙出卖其套房,乃在乙的隔壁套房经营色情行业,其权利之行使亦属以损害他人为主要目的。此等情形并得构成故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人,而有第184条第1项后段规定的适用。可据此进一步认为,权利的行使系出于故意以悖于善良风俗加损害于他人者,亦构成权利滥用。

3. 强制缔约的请求权基础

独占性经营日常生活必要的物品或劳务者(如在山区独家供应桶装

瓦斯),故意以损害他人为主要目的,拒绝供应时,相对人得以“民法”第148条第1项规定或“民法”第184条1项后段,作为请求强制缔约的规范基础。^①

三、权利的行使不得违反公共利益

(一) 要件

“权利的行使不得违反公共利益”,乃在强调私权的公共性,为权利社会化的重要内涵。“宪法”第22条规定不妨害社会秩序或公共利益的权利始受保障,第23条规定为维持社会秩序或增进公共利益之必要,得以法律限制人民之权利。权利除受法律限制外,于其行使亦应受公共利益的拘束。所谓公共利益指不特定多数人利益的通称,包括社会与个人利益在内,乃促进社会生存发展不可欠缺的合理秩序,应于个案就权利人的行为客观地加以判断。^② 实务上有3个案例,可供参照:

1. 变电设施的拆除

设上诉人所辩系争土地上所建之变电设施,一旦拆除,高雄市都会区居民之生活势将陷于瘫痪,所有生产工厂均将停顿云云,并非夸大其词,而事实上复无其他适当土地取代,则被上诉人仍本于所有权请求上诉人拆除地上变电设施,交还系争土地,其行使权利显然违反公共利益,依第148条第1项规定,应为法所不许(“最高法院”1990年台上字第2419号判决)。

2. 公共交通道路设施

系争土地既已成为供公众使用之公共交通道路,是否已成为公用物,不无疑义。倘为公众一般使用之物,则基于公益上的理由,虽属被上诉人所有,仍应受公众使用之限制。如果土地所有人竟主张所有权,排除公共交通道路之设施,请求交还土地,其所有权之行使,是否非违反公共利益,而与第148条第1项所定权利滥用之禁止规定有违,非无斟酌余地(“最高法院”1991年台上字第2567号判决)。

3. 法定空地的抛弃

“建筑法”所称建筑基地,为一宗土地,供建筑物本身所占之地面及

^① 参见拙著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第112页以下。

^② 关于“公共利益”的专论,参见 Robert Uerpmann, Das öffentliche Interesse (Jus Publicum 47), 2000。

其所应保留之空地,为该法第 11 条第 1 项所明定。“建筑技术规则”第 25 条并有兴建建筑物遵守基地建蔽率之规定。是建筑物依法所应保留之空地,系与基地同为建筑物所必需使用之一宗土地,所有人将其单独予以抛弃,乃属违反建筑法应保留空地以维护公共利益之规定及意旨。亦即“民法”第 148 条第 1 项所禁止之行为,其抛弃依法自属无效,地政机关本于无效之抛弃而将建筑物依法应保留之空地登记为“公有”后,可径行办理涂销,恢复为原所有人所有(“行政院”台字第 3141 号函释)。

需注意的是,以“公共利益”作为控制私权行使的手段,适用之际,应予慎重,避免“滥用”,其理由有三:

① 私权的行使受“宪法”保护,为私法秩序的基石,原则上应得自由行使。行使私权违反公共利益,多属间接,应严格认定。

② “最高法院”关于权利行使是否以损害他人为主要目的,采利益衡量基准,亦含有公共利益的考量。

③ 因公共利益而限制私权的行使,影响个人权益。例如,在山坡地种植槟榔树,容易造成山崩及土石流,严重危害他人生命财产。^① 甲出租某山坡地给乙,乙种植槟榔树,甲不得主张乙行使权利(种植槟榔树)违反公共利益。公共利益的保护,究应如何规范,基本上应由法律或法律授权命令定之。

(二) 法律效果

权利行使违反公共利益时,其法律效果系不得行使其权利(如依“民法”第 767 条规定请求拆屋还地),或其权利抛弃无效等,应就个案加以认定。

四、行使权利、履行义务应依诚实信用原则

(一) 诚实信用原则功能的变迁

“民法”原于债编第 219 条规定:“行使债权、履行债务,应依诚实及信用方法。”“最高法院”曾以保守的态度,拘泥法律条文文义及体系,认为诚实信用仅适用于债之关系,而不适用于物权等其他关系。^② 近年来

^① 本稿写于 2000 年 6 月 12 日,当日凌晨发生地震,台湾南投地区因广种槟榔树再度发生土石流,造成严重公共灾害。特志其事,以供追忆。

^② “最高法院”1972 年台上字第 413 号判决。参见拙著:《诚信原则仅适用于债之关系》,载《民法学说与判例研究》(第一册),第 149 页。

因法学发展及法律思考方法的进步,重新认识诚实信用原则的机能,肯定其为具有伦理价值的法律原则,而于“民法”总则修正(1982年)及债编修正(1999年)及“消费者保护法”增设3项规定:

1. 将“民法”第219条改列为第148条第2项:“行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。”

2. “民法”第245条之1规定,当事人为准准备或商议订立契约时,负有依诚实及信用方法提供资讯,保守秘密等先契约义务,而创设缔约上过失制度。

3. “消费者保护法”第12条第1项规定:“定型化契约中之条款违反诚信原则,对消费者显失公平者,无效。”

上述3项修正使诚实信用原则成为君临法域的帝王法条,对民法的成长与发展,具有重大而深远的意义。



(二) 诚实信用原则的功能及案例类型

1. 规范功能

诚实信用原则不仅在规定行使权利或履行义务的方法,并具有三种规范功能:

(1) 补充的功能

诚信原则形成法律关系(尤其是债之关系)之主给付义务的内容,创设与给付具有关联的从义务,及避免使他方当事人的权益不受侵害的保护义务。

(2) 调整的功能

情事变更,非当事人所得预料者,法院得依当事人申请,依诚实信用原则,调整其法律效果。“民法”第227条之2条设有规定,可资参照。

(3) 限制及内容控制功能

以诚实信用作为任何权利的内在限界,作为控制权利行使的准则。诚实信用于权利行使上的适用,就其要件言,须当事人间有一定的特别关系。所谓权利,指基于此种特别关系所生的权利及法律地位,除请求权、形成权外,尚包括抗辩权(如消灭时效抗辩)等。权利的行使是否违反诚实及信用,应客观衡量当事人的利益加以认定,权利人的主观意思虽应斟酌,有无故意过失,则非所问。

违反诚实及信用原则的权利滥用,可分为两类:①个别权利滥用(individueller Rechtsmissbrauch),指个别权利的不当行使而言。②制度性的

权利滥用(institutioneller Rechtsmissbrauch)^①,指法律制度的不当利用,如房屋出卖人先告知买受人买卖合同不必经公证人公证(参见第166条之1),其后则又主张“法律行为不依法定方式无效”(第73条)。

2. 案例类型★

诚如“最高法院”1997年台再字第64号判决所云:“所谓诚实信用之原则,系在具体的权利义务之关系,依正义公平之方法,确定并实现权利之内容,避免当事人间牺牲他方利益以图利自己,自应以权利人及义务人双方利益为衡量依据,并应考察权利义务之社会上作用,于具体事实妥善运用之方法。”“民法”第148条规定诚实信用系属概括条款,具有授权法院,得就个案予以具体化的功能。为促进法律适用的安定性及可预见性,兹整理实务上案例,组成如下类型:

(1) 细微的利益侵害及比例原则

一方当事人不为义务的履行,影响权利人利益轻微,其拒绝受领造成损害甚大,不合比例原则者(过度禁止),其行使权利违反诚实信用原则,兹举3则案例以明之:

① 最高法院1937年沪上字第69号判例谓:债权人甲与债务人乙成立和解契约,约明如乙依此次所定日期、数额如数付清,则全部债款作为清偿,每期付款均应于午12时前为之,嗣后乙已将第八期以前各期应付之款如数付清,其最后第九、十两期之款,应于上年12月31日付清,是日乙因须以即期支票换取银行本票始可付甲,而是日银行业务纷忙致稽时间,送交甲处已12时30分,乙于是日上午11时32分曾以电话致甲商缓数分钟,甲虽未允缓30分钟,而乙之迟误时间,按其情形非无可原,双方之和解契约系因该地商业习惯,票据于下午2时送入银行,须作为翌日所收之款,故特约明须于午12时前付款,如甲于12时30分收款后即以之送入银行,银行仍可作为当日所收之款,于甲并无损失,乃甲以乙已迟延30分钟拒绝受领,主张乙应偿还全部债款,其行使债权,实有悖于诚实及信用方法,依第219条之规定,不能认为正当。此为实务上有关诚实信用最早最重要的判例。

② “最高法院”1954年台上字第762号判例谓:行使债权,应依诚实

^① 关于此两种权利滥用的意义及区别,参见 Esser/Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1984, S. 149; Larenz/Wolf, AT S. 235 ff.

及信用方法,第219条定有明文,上诉人支付被上诉人之租金,关于400元之存折部分,其存入数额如非不实,则纵使有用被上诉人委托之收租人某甲名义为存款人情事,被上诉人尽可转嘱某甲盖章领取,亦于被上诉人并无损失,乃被上诉人竟以存款人非其本人名义,拒绝受领,并因而主张上诉人未于其所定催告期限内支付租金,应负积欠租金达两个月以上总额之责任,为终止系争房屋租赁契约之理由,其行使债权,不得谓非违背诚实及信用方法。

③“最高法院”1956年台上字第597号判例:被上诉人于1955年10月3日接受上诉人催告,限期3日支付积欠是年1月份至9月份租金后,即于同月5日将此项租金全部,向台北地方法院提存所提存,并经上诉人受领,既为上诉人所不争执,则上诉人受领被上诉人在催告期限内提存之租金,纵使被上诉人之提存,有不合法定要件情事,亦于上诉人无甚损害。依“民法”第219条关于行使债权,应依诚实及信用方法之规定,上诉人自不得仅以提存不合法定要件,为主张不生清偿效力之论据。

(2) 权利人妨害相对人履行义务

权利人的行为(作为或不作为)妨害相对人履行其义务,致影响其有利的法律地位,权利人据此而行使形成权等权利,有违诚信原则。“最高法院”1954年台上字第1143号判例谓:出租人基于“土地法”第100条第3款承租人欠租之事由,并依民法第440条第1项规定,对于支付租金迟延之承租人,定相当期限催告其支付,承租人于其期限内不为支付者,固得终止契约。惟承租人曾于出租人所定之期限内,依债务本旨提出支付之租金,而因出租人或其他有代为受领权限之人拒绝受领,致未能如期完成时,尚难谓与上开条项所定之情形相当。依“民法”第219条关于行使债权,应依诚实及信用方法之规定,出租人自不得执是为终止契约之理由。

(3) 以不当方法取得的权利^①

其与诚实信用原则有违者,系主张某种以不当方法而取得的权利,其值参照的有:

① Gernhuber, § 242 BGB—Funktionen und Tatbestände, JuS 1983, 764 f.; Reinhard Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993; Teichmann, Venire contra factum proprium Ein Teilaspekt rechtsmissbräuchlichen Handelns, JA 1985, 497.

① “最高法院”1970年台上字第3940号判决：“凡以恶意方法所获致权利取得之主张，常有权利滥用之存在，本件系争地上房屋残余部分，如果尚可居住或供其他之使用，上诉人予以修复，在客观上能否谓不必要，倘在客观上有此必要，而被上诉人故意不为同意，以冀获得租约终止权，并据以请求上诉人拆屋还地及赔偿损害，能否谓为非权利之滥用，殊非无推究之余地。”

② “最高法院”1969年台上字第2929号判例：“媒介居间人固以契约因其媒介而成立时为限，始得请求报酬，但委托人为避免报酬之支付，故意拒绝订立该媒介就绪之契约，而再由自己与相对人订立同一内容之契约者，依诚实信用原则，仍应支付报酬。又委托人虽得随时终止居间契约，然契约之终止，究不应以使居间人丧失报酬请求权为目的而为之，否则仍应支付报酬。”

(4) 矛盾行为

矛盾行为，即出尔反尔的行为（*Venire contra factum proprium*），破坏相对人的正当信赖，并致其受有损害者，其权利的行使有违诚实信用原则。例如，买受人发现物的瑕疵后即通知出卖人，出卖人先则表示愿协商处理此项问题，其后则又主张买受人于通知后6个月未行使解除权或请求减少价金，其权利消灭（第365条第1项）。此项抗辩的行使，违反诚实信用原则，买受人的权利不因此而受影响。

(5) 权利失效

① 一项重要法律原则的创设：“最高法院”1967年台上字第1708号判例

值得特别提出的是，“最高法院”1967年台上字第1708号判例谓：“上诉人就系争土地上虽非无租赁关系，然于被上诉人未履行出租人之义务达11年之久，上诉人迄未行使其租赁权或申请为假处分，以保全强制执行，坐令被上诉人在系争土地上建筑房屋、种植果树，耗费甚巨，始引起诉讼，求命其除去地上物交付土地，核其情形，虽非给付不能，然亦系权利之滥用，有违诚信原则。”又在“最高法院”1972年台上字第2400号判决，土地出租人明知承租人之转租行为无效，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，“最高法院”谓：“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，其有违诚实信用

原则,尤为明显。”此两则判例、判决创设了一种称为权利失效(Verwirkung)的重要法律原则^①,即权利者在相当期间内不行使其权利,依特别情事足以使义务人正当信任债权人不欲其履行义务者,基于诚信原则不得再为主张。

② 规范功能。关于权利之行使,“民法”没有时间上之限制,一为消灭时效,一为除斥期间。“最高法院”另创权利失效此种限制权利行使的原则,甚具意义。盖“民法”规定的消灭时效,原则上为15年,在特殊情况未免过长,而形成权不罹于时效,且并非所有形成权均受除斥期间的限制,为适应交易上之需要,权利失效制度的创设,确有必要。

③ 要件。权利失效的适用,必须有权利在相当期间内不行使之事实,并有特殊情况,足使义务人正当信任权利人已不欲其履行义务,致权利之再为行使有违诚信原则。在作此项判断时,必须斟酌权利的性质、法律行为的种类、当事人间的关系、经济社会状态及其他主观客观情事所形成的时间因素及信赖因素加以认定。^②

④ 适用范围。权利失效既以诚信原则为基础,而诚实信用又为法律的基本原则,故权利失效对整个法律领域,无论私法、公法及诉讼法,对于一切权利,无论请求权、形成权、抗辩权,均有适用余地。

⑤ 法律效果。权利失效的法律效果如何,德国通说认为,义务人得主张权利消灭的抗辩(rechtsvernichtende Einwendung),台湾地区实务亦有采此见解。^③在诉讼上法院应依职权审究,义务人对权利失效要件须负举证责任。

① 参见拙著:《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,第154页(附有比较法参考资料)。

② 比较以下两个“最高法院”判决:①2011年台上字第2155号判决:“权利人在相当期间内未行使其权利,除有特别情事足使义务人正当信任权利人已不欲行使其权利外,尚难仅因权利人久未行使其权利,而认其嗣后行使权利违反诚信原则。”②2011年台上字第445号判决:“上诉人向陈○源买受系争土地斥资拓宽田埂兴建农路,供两造通行使用至今,如陈○村等4人明知上诉人购地筑路,又非不知悉陈○源或陈○雪售地原委等情,则其4人似已长期沉默,未为主张上诉人与陈○源间所为系争土地买卖其等有优先承购权,似此行为,是否足引起上诉人之正当信任,以为陈○村等4人及其被继承人陈○雪当不欲行使优先承购权,乃其再为上开权利之行使,致令上诉人陷于窘境,其有无违反诚实信用原则,自值斟酌。”

③ Palandt/Heinrich, § 242 Anm. 97; BGH NJW 66, 68. “最高法院”1983年台上字第2673号判决谓:“权利者在相当期间内不行使其权利,并因其行为造成特殊情况,足引起义务人之正当信任,认为权利人已不欲行使其权利,而权利人再行使时,应认为有违诚信原则,固得因义务人之抗辩,使其权利归于消灭。”

⑥ 重要研究课题。本书作者多年前(1975)曾撰文阐述权利失效的基本问题^①,迄今实务界累积了数以百计的案例,系“民法”上的重要课题,应有作深入整理分析、检讨的必要。

(三) 法律效果

权利的行使未依诚实及信用方法,构成权利滥用时,不受法律保护,不得行使其权利,此应视具体个案情形而定。在最高法院 1937 年沪上字第 69 号判例,债权人不得主张债务人给付迟延而行使和解契约所定权利。在“最高法院”1954 年台上字第 1143 号判例,出租人不取得终止契约的权利。在“最高法院”1970 年台上字第 3940 号判决,债权人(上诉人)未取得租约终止权,不得据以请求债务人(被上诉人)拆屋还地及赔偿损害。^② 值得参照的是,尚有“最高法院”2011 年台上字第 463 号判决:“按‘民法’上之债权契约,除法律有特别规定外,固仅于特定人间发生其法律上之效力,唯物之受让人若知悉让与人已就该物与第三人另订有债权契约,而犹恶意受让该物之所有权者,参照‘民法’第 148 条第 2 项所揭诸之诚信原则,该受让人亦仍应受让与人原订债权契约之拘束。”

第三节 权利的自力救济

1. 甲、乙同住一栋大厦,乙在该大厦内经营应召站,甲率同其他住户捣毁乙的私娼馆。甲得否主张系行使权利,防卫公序良俗,不构成违法? 乙就其所有权所受侵害及不能营业所受损失,得否向甲请求损害赔偿?

2. 甲所有名贵狼犬,因看管失周,追逐孩童某乙甚急,丙见之,即夺路人丁的雨伞击之,狗伤伞毁。试说明当事人间的法律关系?

^① 参见拙著:《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,第 154 页。

^② 参见“最高法院”2011 年台上字第 10 号判决:“上诉人于被上诉人另件请求确认通行权存在事件中既自承买屋时,屋旁系铺设柏油之巷道,曾到地政机关看都市计划细部图为私设巷道,卖主亦告知系私设巷道等语,参以不动产买卖之交易价金非如日常生活费用,衡情买主不可能在不知土地实际使用情形及缘由之情况下轻率购买,上诉人在买受 339、339 之 1 地号土地及其上建物时,对于柯○准等 4 人提供所有 511 地号等 4 笔土地委由蔡○龙建筑房屋,同意系争土地供 489 巷内购屋住户通行之事,自难委为不知。准此,基于诚信原则,上诉人依民法第 767 条之规定,请求被上诉人不得通行系争土地,即非正当。”

3. 甲有某名画被乙抢夺数月后,甲于某画廊见乙销售该画,试问甲得否自乙夺回该画(正当防卫),或对乙的自由施以拘束(自助行为)?

4. 试比较分析正当防卫、紧急避险及自助行为的法律性质、成立要件及法律效果。

法律的最重要任务在于维持及确保社会平和,故权利遭受侵害或不克实现时,当事人应诉诸公权力,由司法机关依法定程序(“民事诉讼法”“强制执行法”)排除侵害或实现权利。然而在特殊的情况,公权力的救济可能缓不济急,法律乃在一定的要件之下例外地容许权利人的自力救济,而规定“自卫行为”及“自助行为”。前者分为“正当防卫”及“紧急避险”,用于排除对自己或他人权利的侵害。后者系于情况急迫时用于保护自己的权利(请求权)。

一、正当防卫

(一) 要件

“民法”第149条规定:“对于现时不法之侵害,为防卫自己或他人之权利所为之行为,不负损害赔偿之责。但已逾越必要程度者,仍应负相当赔偿之责。”本条规定称为正当防卫,性质上属适法行为,可阻却违法,不负赔偿责任。如便利商店的店员或顾客持木棍击伤抢劫的暴徒。被暴强妇女为解除被侵害而咬伤施暴者的舌头。^①其要件如下:

1. 侵害

指侵害他人权利的行为,如抢夺路人钱包,驱犬伤人,但恶犬伤人非出于他人驱使时,则属紧急避险问题(例题二)。

2. 不法

指侵害行为为法令所不允许,不以构成犯罪为必要,对无意识能力人的侵害(如醉汉持刀伤人),亦可实施正当防卫。

^① “最高法院”1963年台上字第103号判例:“被告因自诉人压在身上强奸,并以舌头伸入口中强吻,无法呼救,不得已而咬伤其舌头,以为抵抗,是被告显系基于排除现在不法侵害之正当防卫行为,且未超越必要之程度,依法自属不罚。”就民法言,则不成立侵权行为。

3. 现时

指已着手于侵害行为的实施而尚未结束。如抢夺他人钱包尚在奔跑藏匿之中,但如丢掉钱包,其侵害行为即告结束。被害人事后发现抢夺之人持有其钱包时,仍不得主张正当防卫,仅发生“民法”第151条规定自助行为的适用问题。此项要件最属重要,旨在禁止对尚未发生或已过去的侵害“先发制人”或“事后报仇”。然倘侵害行为已过去,为报复所为之殴打行为,尚不得认为系正当防卫行为,亦无防卫是否过当之问题。^①

4. 自己或他人权利

包括公权及私权,而私权则兼指财产权、人格权及身份权(如绑架未成年子女)。又防卫他人权利所为的行为亦称紧急救助。配偶之一方与配偶以外之人合意性交时,他方配偶得否为正当防卫,尚有争论,但应采否定说,夫妻虽负互守诚实,确保其共同生活之圆满安全及幸福义务,但非属得以实力防卫之权利。^②

5. 防御的认识

正当防卫系为防御自己或他人的意思,自须有认识防御状态的必要。

正当防卫系权利的自力救济,虽属以“正对不正”,惟仍应受合理限制而有比例原则的适用,不得逾越必要程度,有多种防御方法时,应选择反击较轻而相当的方法为之,否则仍应负“相当”赔偿之责(第149条但书),如孩童闯入果园,驱逐即可,不必殴打;他人撞在自己屋前摆设摊位,可拆除搬离,无须加以毁损。^③正当防卫是否过当,应视具体客观之情事,及各当事人之主观事由定之,不能仅凭侵害人一方受害情状为断

① 在一个窃取庙宇神明金牌的案件,“最高法院”2010年台上字第2038号判决谓:“致上诉人受伤之拉扯行为时点,系黄○安于镇安宫内制止上诉人窃取金牌之后,且系在宫外所发生,倘斯时上诉人并未持有镇安宫之财物,其不法侵害镇安宫财产权之行为,即属已经过去,如上诉人系于此时因黄○安之行为而受伤,揆诸上揭说明,能否犹谓黄○安之所为系不过当之正当防卫行为,不无详加研求之余地。”

② “司法院”1947年院解字第3406号解释:“本夫或第三人于奸夫奸妇行奸之际杀死奸夫,是否可认当场激于义愤而杀人,应依实际情形定之,但不得认为正当防卫。”德国判例学说亦同此见解,Palandt/Heinrich, § 227 Anm. 2; Köln NJW 75, 2344.

③ 出租人甲察觉承租人违约,将承租房屋转租予第三人开设工厂,表示不同意,而该第三人继续装设锅炉,意图开工营业,出租人即将第三人所有锅炉毁损时,当时情形虽属现时不法之侵害,但防御行为应以将第三人之装设拆离其房间与基地为限,乃竟加以毁损,已超过防卫之必要程度,不得谓为正当防卫,应构成侵权行为(“最高法院”1953年台上字第97号判例)。

(“最高法院”1975年台上字第2442号判例)。^①

(二) 法律效果

正当防卫具有违法阻却的效果,不成立侵权行为,此系对侵害者而言。对其他第三人所受损害,于有过失时,仍应依侵权行为规定,负损害赔偿赔偿责任,如举棍击退窃贼,误伤他人。正当防卫、紧急避险及自助行为的性质虽有不同,但均非不法行为,不得再对之实施防卫行为。误以为有应防卫之状态存在而为之防卫行为(误想的防卫行为),其对误想防卫状态的存在有过失时,应依侵权行为规定负损害赔偿赔偿责任。

(三) 捣毁私娼馆、毁损出卖色情刊物摊位与正当防卫^②

1. 捣毁私娼馆

关于正当防卫的解释适用,值得提出讨论的是“捣毁私娼馆案件”。台湾地区“高等法院”1991年度法律座谈会曾提出乙则法律问题:甲、乙同住一栋住宅区之大厦,乙则在该大厦内利用住宅非法经营私娼馆,甲劝乙迁移私娼馆,不得结果,报警取缔,亦无效果。一日,甲乃率同大厦内其余住户,捣毁乙之私娼馆,逐散妓女,致乙不能营业。乙诉请甲赔偿私娼馆被捣毁致不能营业之营业损失,每月新台币(下同)10万元,提出历年账册为证据方法。经查核乙之私娼馆每月确有10万元以上之利润。甲则以乙在住宅区内经营私娼馆,有悖公序良俗,非合法之营业,不受法律保障,拒绝赔偿。甲之抗辩有无理由(参见例题一)?

① 关于正当防卫的民事判决较为少见。“刑法”第23条规定:“对于现在不法之侵害,而出于防卫自己或他人权利之行为,不罚。但防卫行为过当者,得减轻或免除其刑。”其构成要件相当于“民法”第149条,以下刑事判决案例,可供参照:(1)于黑夜被伙匪多人撞门入室抢劫财物,起而抵抗,将盗伙之一人杀伤身死,其行为自属排除危害应采取之手段,且盗匪于行劫时将其父母砍伤捆绑,则当此急迫之际,持镖戳伤该匪徒致死,亦不得谓逾越防卫必要之程度(最高法院1939年上字第3115号刑事判例)。(2)乙年仅17岁,因回家撞见甲正向其妹施暴,情急之下,取用斧头仅向甲之右手臂砍伤两下,以解其妹之被奸污,而未对其他要害攻击,自系对现在不法之侵害而出于防卫他人权利之行为,即属正当防卫之必要措施(“最高法院”1969年台上字第2616号刑事判决)。(3)二人互殴,无从分别何方为不法侵害者,不得主张正当防卫(最高法院1941年上字第1040号刑事判例)。(4)甲认明乙黑夜无故侵入住宅时并未携有凶器,则此不法之侵害,显非除枪击外不能排除,竟持枪射击连续不已,致乙中弹身死,则其防卫显然逾越必要之程度(最高法院1935年上字第4738号刑事判例)。(5)甲见乙身带尖刀势欲逞凶,即用扁担打去,夺得尖刀,将乙杀毙,是乙只带刀在身,并未持以行凶,即非有不法之侵害,甲遽用扁担殴打,不得认为排除侵害之行为(最高法院1938年上字第2879年刑事判例)。

② 参见拙著:《捣毁私娼馆、正当防卫与损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》(第八册),北京大学出版社2009年版,第147页。

座谈会审查意见认为:私娼馆之营业行为为违背法令及违背公序良俗之行为,自不在保障之列,甲之抗辩为有理由:① 按损害赔偿以权利受侵害,所生之损害为要件。本件乙在住宅区之大厦内经营私娼馆,严重妨害住户之安宁,败坏社会善良风俗,系违法行为,无权利之可言,乙之请求欠缺法律上之基础。② 违背公序良俗之行为,不受法律之保障(参见“违警罚法”第64条第1项第3款、第2项,该法已于1991年6月29日废除)。乙在住宅区内开设私娼馆,妨害社会风化,有悖善良风俗,甲经劝导乙迁移,并经报警取缔,均无效果,甲捣毁乙之私娼馆,使乙不能继续营业,其行为系不得已,旨在排除社会污染源,系权利之行使,且不为过当,乙不能营业之损失,甲不负赔偿责任。“司法院”第一厅研究意见认为此结论核无不合。^①

依本书见解,捣毁私娼馆应不构成正当防卫,分三点言之:

① 乙经营私娼馆并未侵害甲或其家人的权利。甲、乙虽同住一栋大厦,甲的所有权或占有,并未因乙经营私娼馆而受侵害。对所有权的妨害,不包括精神侵害在内。又甲或其家人的人格权亦难谓因其大厦内其他住户从事违反公序良俗的行业(如开赌场、制造色情录影带)而受侵害。

② 住宅区社会的公益,非属“民法”第149条所称他人之权利。所谓他人,除个人外,尚有公法人,但不应及于“社会”在内。权利的概念虽可扩张解释,但不包括“公益”。维护社会不受色情污染乃政府的任务,不能任由个人自力救济。“甲劝乙迁移私娼馆,不得结果,报警取缔亦无结果,事非得已”,不应作为率众捣毁私娼馆的正当依据。在台湾地区,违反善良风俗的行业尚有色情三温暖、赌博性电动玩具店、职业赌场、色情表演等,报警取缔,并无结果,颇为常见,以此为理由,认为率众捣毁,乃在排除社会污染源,系权利之行使,具有正当性,则私力横行,法律秩序将告崩溃。

2. 毁损出卖色情刊物摊位

在德国联邦法院BGHZ 64, 178判决,被告等人系法律系及神学系学生,见原告在火车站前摆摊出售色情刊物,劝原告搬离,原告拒绝。被告等乃强行取走书刊,并损毁其设施,原告诉请损害赔偿。被告主张正当防

^① 参见《民事法律问题汇编》,“司法院”印行1993年6月版,第99页。

卫。德国联邦最高法院认为正当防卫不能成立,强调个人的人格虽为“宪法”所保障,人民的道德价值亦应受尊重,但此并不表示~~每一个~~公民于他人从事悖于善良风俗或违反刑法的行为时,皆得采自卫的方法加以排除。被告采取攻击行为,使公益成为私事,使自己成为维护道德及社会秩序的检察官,不受宪法所保障。

由前述可知,在一个法治国家,维持有秩序社会的社会生活,乃政府的任务,不能借助个人的私力救济。~~★~~

二、紧急避险

“民法”第150条规定:“因避免自己或他人生命、身体、自由或财产上急迫之危险所为之行为,不负损害赔偿之责。但以避免危险所必要,并未逾越危险所能致之损害程度者为限。前项情形,其危险之发生,如行为人有责任者,应负损害赔偿之责。”本条规定紧急避险,性质上为放任行为,亦可阻却违法,不负赔偿责任,例如甲的狼犬追逐乙,丙夺丁之伞击退;恶徒追杀、驾他人机车逃避。所谓“急迫危险”,指近在眼前,刻不容缓,如为避免房屋延烧,将燃烧之油桶抛出至店外,因热度过高,被迫抛掷,燃烧他人之物,因其情危险,无考虑选择余地。

此类案件应从严认定。饥饿不能作为偷窃面包的借口^①,无屋栖身亦不足作为占用他人住宅的理由。所谓“危险”,指一切危害而言,如天灾地变、战乱、强盗绑架、恶犬追逐等均包括在内。为逃避暴政,海上遭难,仅有一小救生圈,得之则生,失之则亡,数人互夺,法律无从保护,只得任其发展,故紧急避险系属所谓放任行为。

由上述救生圈之例可知,紧急避险较诸正当防卫更涉及不同的利益的取舍及其牺牲,除必要性及比例原则外,尚有所谓“法益权衡原则”的适用,即须以避免危险所必要,并未逾越危险所能致之损害程度,否则仍应负赔偿责任(第150条第1项但书),如见狼犬追逐某孩童,击伤足以避险时,不必击毙;不及避险时,则得击杀之,因人身安全重于财物利益。又在紧急避险的情形,其危险的发生,行为人有责任时,如挑逗邻居之狼犬,引起追逐,而在危险中将之击毙,亦须负赔偿责任(第150条第2

^① 参见法国大作家雨果的名著《孤星泪》。

项)。此之所谓行为人有责任,指因行为人的行为引发危险,有无过失,在所不问。

三、自助行为

“民法”第151条规定:“为保护自己权利,对于他人之自由或财产施以拘束、押收或毁损者,不负损害赔偿之责。但以不及受法院或其他有关机关援助,并非于其时为之,则请求权不得实行或其实行显有困难者为限。”本条规定称为自助行为,此为法律所容许之权利保全措施,亦不负赔偿责任,但以不及受法院或其他有关机关援助,而且非于其时为之,则请求权不得实行或实行显有困难者为限。例如,债务人变卖财物准备搭机潜逃境外,或在餐厅白吃白喝后,正欲乘车溜走时,得扣留其人或护照证件、取去汽车钥匙,于必要时亦得毁损其轮胎,不使其驾车离去。甲有名画遭乙抢夺,甲随后追捕,乙幸得逃脱。数日后,甲见乙在某画廊销售该画,因乙对甲的不法侵害已非现时,甲不得主张正当防卫而夺回该画。但甲为确保其所有物返还请求权的紧急必要,得拘束乙的自由(例题三)。此等行为虽侵害他人权利,亦可阻却违法。

自助行为所保护的权利,系指请求权而言,不论债权的请求权或物权的请求权均包括在内。惟请求权不得强制执行者(如婚约履行请求权、夫妻同居请求权),或请求权已罹于消灭时效者,均不得为自助行为。

关于自助行为须不逾越保全权利所必要程度,“民法”虽未设明文,但其与正当防卫、紧急避险同系例外救济途径,第149条及第150条规定,应类推适用之。唯需注意的是,依第151条规定,拘束他人自由或他人财产者,应即时向法院申请处理(公力救济原则)。此申请被驳回或申请迟延者,行为人应负损害赔偿(第152条)。

四、体系构成

关于正当防卫、紧急避险及自助行为,已简述如上。三者均属权利的自力救济,为公权力救济制度的例外,而具违法阻却性,其法律性质、构成要件的不同,有助于认识立法上的权益衡量,增进法学上慎思明辨的思考能力(为何作此区别?有无检讨余地),特作下表,用供参照:

原因 类别	法律 实质	构成要件				法律效果	
		受保护的 权利	侵害方式	救济方法		符合 要件	不符 要件
				方法	原则		
正当 防卫	违法 行为	自己或他人 的权利	现时不法	反击行为	必要原则 (比例原则)	阻 却 违 法	损 害 赔 偿
紧急 避险	放任 行为	自己或他人 生命身体、 自由或财产	急迫危险	避险行为	1. 必要原则 2. 法益权衡 原则		
自助 行为	违法 行为	自己权利请 求权	不及受有 关机关援 助、及时自 助的必要	对于他人 自由或财 产施以拘 束或毁损	1. 必要原则 (类推适用) 2. 诉求公力 救济		

政府及法律的任务在于维护平和,提供法定救济程序,禁止私人将法律拿在自己手里。为补公权力救济之不足,法律乃创设正当防卫、紧急避险、自助行为三种制度,容许或放任当事人得在一定的要件下自我救济,以比例原则加以控制,并在一定要件下使其负损害赔偿责任。三者之中,实务上以正当防卫较多,紧急避险甚为少见,自助行为鲜有其例。综合观之,自力救济案件尚属不多,可见台湾地区已渐趋成为一个有秩序、有效率的法治社会。^①

^① 关于自力救济,尤其是紧急避险(放任行为)所涉及的法律与道德的冲突(如为保护自己生命,众人抢夺救生圈)。美国著名法学家 Lon L. Fuller 在其名著法律的道德性(Morality of Law)一书中曾设计一个假想案例:5名洞穴探险家被困于洞穴之中,并得知无法在短期内获救。为了维生以待救援,5人约定以掷骰子的方式选出1名牺牲者,让另外4人杀死后吃其血肉。成员之一的威特莫尔是当初最早提出此一建议的人,却在掷骰子前决定撤回同意。但另4人仍执意掷骰子,并且恰好选中威特莫尔作为牺牲者。获救后,此4人以杀人罪被起诉。他们该被判有罪吗? Suber 延续 Fuller 教授之后,撰写 The Case of the Speluncean Explorers: Nine New Opinions (1998),颇值阅读。参见[美]萨伯:《洞穴奇案》,陈福勇、张世泰译,生活·读书·新知三联书店2009年版。

主要参考书目

一、中文书籍

(依姓名笔画排列,出版年次以公元年度为准)

- | | |
|----------------------|-----------|
| 王伯琦:《民法总则》 | 1994 |
| 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(共八册) | 1975—1996 |
| 王泽鉴:《法律思维与民法实例》 | 2000 |
| 王泽鉴:《债法原理》 | 2013 |
| 王泽鉴:《不当得利》 | 2008 |
| 王泽鉴:《侵权行为》 | 2009 |
| 王泽鉴:《人格权法》 | 2012 |
| 史尚宽:《民法总论》 | 1980 |
| 吴光明:《民法总则》 | 2008 |
| 李宜琛:《民法总则》 | 1954 |
| 李 模:《民法总则之理论与实用》(增订) | 1998 |
| 林诚二:《民法总则讲义》 | 1998 |
| 姚瑞光:《民法总则论》 | 2002 |
| 施启扬:《民法总则》(增订) | 2007 |
| 洪逊欣:《民法总则》(增订) | 1997 |
| 胡长清:《民法总论》 | 1976 |
| 梅仲协:《民法要义》 | 1970 |
| 黄 立:《民法总则》(修订) | 2005 |
| 黄茂荣:《民法总则》 | 1982 |
| 黄阳寿:《民法总则》 | 2013 |
| 刘得宽:《民法总则》(修订) | 1996 |

郑玉波(黄宗乐修订):《民法总则》 2007
郑冠宇:《民法总则》 2012

二、德文

Brehm, Allgemeiner Teil des BGB 6. Aufl. 2008, zitiert: Brehm AT.

Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 2. Aufl. 2006, zitiert: Bork AT.

Brox/Walker, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 36. Aufl. 2012, zitiert: Brox/Walker AT.

Enneccers-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 15. Aufl. 1959-1960, zitiert: Enn.-Nipperdey AT.

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 12. Aufl. 2008, zitiert: Erman-Bearbeiter.

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft 3. Aufl. 1979, zitiert: Flume AT, II.

Köhler, BGB, Allgemeiner Teil 37. Aufl. 2013, zitiert: Köhler AT.

Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts 8. Aufl. 1997, zitiert: Larenz/Wolf AT.

Leenen, BGB Allgemeiner Teil 2011, zitiert: Leenen AT.

Leipold, BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil 5. Aufl. 2008, zitiert: Leipold AT.

Medicus, Allgemeiner Teil des BGB 10. Aufl. 2010, zitiert: Medicus AT.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 6. Aufl. 2012, zitiert: Münch Komm-Bearbeiter.

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch 72. Aufl. 2013, zitiert: Palandt-Bearbeiter.

Rüthers/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB 17. Aufl. 2011, zitiert: Rüthers/Stadler AT.

Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 13. Aufl. 2000, zitiert: Soergel-Bearbeiter.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 13. Aufl. 2003,

zitiert: Staudinger-Bearbeiter.

Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 10. Aufl.
2012, zitiert: Wolf/Neuner AT.

德文略称

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
ff.	folgende
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rn	Randnummer
S.	Seite
VersR	Versicherungsrecht

中文事项索引

一画

- 一方行为 223
一般人格权 77, 78, 131, 133, 137
一般生效要件 235
一般成立要件 235, 236

二画

- 人格权 28, 29, 32, 45, 53—55, 78, 79,
95, 97, 100, 102, 113, 123, 130—
139, 141, 143, 163, 171, 188, 195,
196, 217, 226, 301, 305, 372, 497,
521, 537, 539

三画

- 大清民律草案 18, 188
习惯 8, 36, 46—48, 52, 55, 60—66, 72,
90, 146, 205, 210, 211, 260, 265,
267, 292, 319, 368, 384, 386, 389,
391, 443, 467, 531
习惯法 46, 47, 49, 60—66, 76, 82

四画

- 天然孳息 212—216
无权代理 17, 104, 177, 314, 358, 414,
422, 424—426, 431, 434, 437—440,
442, 444—449, 451, 457, 477, 478,
480, 483
无权处分 21, 41, 42, 44, 75, 210, 226,
245, 250, 251, 313, 314, 337, 343,
346—348, 365, 371, 377, 403, 405,
409, 428, 457, 463, 464, 476—485
无权利能力社团 77, 154, 169, 176,
186—190
无过失责任 139, 362, 447
无因行为 246—249, 436
无因性理论 241, 243, 244, 248—
253, 466.
无因管理 11, 21, 23, 24, 37, 44, 67,
238, 239, 301, 448, 449
无行为能力人 24, 104, 122—124, 145,
180, 233, 235, 251, 297—301, 304—
307, 331, 403, 416, 431, 441—443,
448, 457, 475, 511, 512
无体物 198

无相对人之意思表示 367
 无效法律行为的转换 468
 无效法律行为的撤销 474—476
 支配权 96,97
 不可分物 197,201
 不代替物 197,201
 不当得利 21,23,37,39,44,67,88,98,
 100,103,105,115,133,136,137,
 209,214,215,226,248,250,252,
 264,271,272,279,282,284,285,
 288,289,293,295,301,310,312,
 338,348,358,362,364,365,371,
 373,382,401,404,410,448,460—
 462,473,482,497,499,502,
 505,516
 不变期间 494
 不法条件 401
 不要式行为 241,293,433,472
 不要因行为 247,252
 不真正条件 400
 不能条件 401
 不融通物 201
 历法计算法 487
 中间社团 153,154
 内容错误 248,349,350,352—354,
 359,360,388
 反面推论 45,51,72,74,145,351,
 374,377
 从物 197,203,210—212
 公示送达 331
 公示原则 245
 公共利益 14,29,50,134,151,154,
 155,230,265,520—522,524—529
 公共秩序 10,23,29,52,55,61,63,
 104,130,231,265,268,276—279,

281,282,285
 公序良俗 11,44,55,61,63,64,67,
 160,204,205,233,247,275—277,
 279—281,283—285,287,347,348,
 375,385,401,402,438,457,466,
 467,493,535,538,539
 公法 6,8,9,12—16,40,118,152,191,
 236,267,313,317,486,492,534
 公法人 152,156,165,539
 公信原则 245
 公益社团 153,154,181,184
 心中保留 336,349,427
 允许 4,13,20,24,41,42,74,92,105,
 108,109,122,143,145,175,180,
 204,238—240,245,297,298,305,
 307—316,331,390,432,436,441,
 442,446,456—459,470,476—479,
 511,512,527,536
 双方代理 76,431,440,442—444

五画

正当防卫 134,527,536—542
 可分物 197,201
 平等原则 48,49,60,65,66,68,69,72,
 76,98,145,232,278
 失踪期间 117,118
 代表 62,71,117,124,148,149,156,
 159,165—173,177,178,184,186—
 188,190,192,193,197,282,337,
 414,415,417,420,429,442,
 444,449
 代理人 20,24,40—42,73—76,81,
 104—106,108,113—115,119,120,
 122—124,145,148,159,172,175,

180, 182, 185, 238—240, 245, 251, 255, 276, 281, 297, 298, 301, 303, 305, 307—316, 321, 325, 327, 328, 331, 369, 400, 403, 413—420, 422—453, 455—459, 464, 470, 472, 476—478, 481, 489, 511, 512

代理权的限制 450

代理权的授予 314, 432—434

代替物 201, 309

处分行为 42, 44, 202, 235, 241, 243—253, 255, 271, 272, 279, 285, 288, 292, 294, 312, 346, 362, 402, 407—410, 423, 463, 471, 473, 478—481, 517

处分能力 245, 482

外部授权 432, 433, 439, 450

主物 207, 209—212, 223—225, 238, 362, 415, 472

永久抗辩权 515

民事特别法 16, 40

出生 28, 56, 78, 110—115, 118, 121, 122, 136, 147, 223, 226, 399, 486, 489

发信主义 326, 489

对人权 95

对世权 95

六画

动机错误 335, 349—354, 359, 395, 468, 469

共有物分割请求权 107, 494, 498

共同代理 414, 425, 438

共益权 182, 183, 185

权利 1—11, 13—15, 19, 21—23, 27—

33, 36, 39, 42, 45, 46, 50—55, 58—62, 66, 67, 71, 75, 81, 86, 90—109, 111—114, 116, 118—120, 122—124, 128—131, 134—138, 140—142, 148—151, 162—166, 168—171, 173, 176—178, 180—182, 184, 185, 187—190, 192, 195, 196, 198, 200, 204, 206—209, 211—219, 221—228, 230, 231, 233—235, 238, 244, 245, 250, 254, 256, 265, 268, 274, 275, 277, 278, 280, 282, 286, 295, 300, 303, 305, 309, 310, 312—315, 336—338, 340—343, 346—348, 354—356, 369, 372, 373, 376, 379, 383, 385, 388, 406—409, 414, 418, 420, 424, 427, 428, 430, 432, 434, 436, 439, 442, 445, 446, 449, 453, 463, 464, 473, 475—486, 490—498, 501, 504, 505, 507—516, 520—537, 539, 541, 542

权利失效 77, 78, 104, 107, 492, 533—535

权利主体 6, 13, 19, 28, 29, 55, 95, 97, 110, 111, 122, 129, 149, 150, 158, 166, 177, 196, 222, 225, 417

权利体系 19, 90, 96, 98, 101, 109

权利社会化 524, 528

权利客体 19, 195, 196, 198, 208, 218, 222

权利能力 28, 29, 55, 78, 110—116, 118, 121—125, 129, 130, 147, 148, 151, 152, 158, 160, 162—166, 168, 176, 182, 186—189, 323, 403, 414, 415, 486, 489

权利滥用 352, 520—522, 524—528,

- 530,533,535
- 有权代理 422,444,445,451,477
- 有体物 197—199
- 有相对人之意思表示 367
- 达到主义 327
- 死亡宣告 115—119,144,325
- 过失责任 25, 29, 142, 232, 406, 430,461
- 同时死亡 120,121
- 同时履行抗辩权 105,109,515
- 同意 1,40,41,62,66,81,87,93,104, 105,108,109,119,122,128,129, 134,143,145,160,166,177,179, 180,182,186,202,204—206,227, 231,237,240,242,244,255,268, 275,284,291,293,300,305,307, 309,310,313,315,317,319—321, 330,331,347,353,369,374,384, 387,395,400—403,417,423—425, 432,435—437,439,443,455,457, 462,467,476—480,482,512,517, 533,535,537,542
- 先诉抗辩权 105,162
- 传达错误 358
- 任意法规 386,389,391,392
- 自力救济 521,535—537,539,541,542
- 自己代理 431,440—444
- 自助行为 3,8,536—538,541,542
- 自始无效 75,176,248,252,274,288, 335,339,358,362,364,365,367, 370,373,375—377,379,434,457, 459,462—464,466,470,473,474
- 自然人 44,110—112,115,116,122, 138,143,144,147,148,150,151, 153,159—161,163,164,166,177, 188—190,193,195,325,414,417, 418,429,489
- 自然计算法 487,488
- 行为能力 20,29,40—42,44,55,118, 121—125,127—130,145,146,166, 168,175,233,235,239,250,251, 258,296—306,309—311,315,323, 325,331,403,415,439,448,457, 467,475,477,478,486,511,512
- 全部无效 271,402,458,465,467,468
- 合成物 197,201,202,207,208
- 合同行为 242,254,305,308,338
- 合伙 70,71,75,77,128,147—150, 171,172,187—189,218,260,309, 462,467,494
- 企业 129,131,149,157,191,193,195, 196,201,217,219,220,230,231, 355,414,429,430
- 负担 3,31,71,83,84,105,111,112, 114,122,123,128,148,149,163, 165,166,176,177,188,190,227, 247,265,267,272,275,280,281, 290,292,293,299,305,312,313, 328,344,376—378,381,389,392, 394,396,397,430,432,443,449, 460,479,480,492,495,516
- 负担行为 192,202,218,241,243— 246,249—253,271,272,279,285, 287,288,291—294,312,348,402, 407,410,423,464,471,473,479, 480,482,484
- 交易习惯 211,258,368,384,467
- 许可主义 156
- 设立中的社团 174,176
- 观念通知 239,508,513

约定要式 85

七画

形成权 91, 93, 96, 101, 105—109, 255, 256, 298, 315, 362, 423, 472, 494—496, 498, 521, 523, 530, 532, 534

违法行为 124, 223, 226, 415, 539

抗辩权 96, 101, 103—105, 109, 222, 491, 494, 514—516, 521, 530, 534

时效不完成 507, 508, 510—514

时效中断 507, 508, 510, 512, 513

时效完成 103, 377, 491, 510, 514—519

时效期间 103, 448, 491, 493, 494, 499, 500, 502, 504, 505, 507, 510, 511, 513, 516, 517

财团法人 62, 147, 149, 150, 152, 153, 157, 158, 161—166, 168, 169, 171, 173, 190—194, 319

财产 2, 14, 17, 21, 24, 29, 30, 42, 45, 50, 52, 60, 62, 64, 66, 71, 73, 74, 78, 79, 84, 91, 97, 101, 103, 112, 114—116, 119, 120, 122, 128, 132, 133, 135—137, 139—142, 147—153, 157, 160, 161, 163, 164, 171, 172, 182—184, 189—197, 201, 203, 217—221, 227, 228, 231, 237, 241, 242, 247, 255, 256, 263, 269, 279, 282, 286—288, 291, 306, 308, 309, 311, 313, 319, 325, 338—342, 345—348, 354, 368, 369, 371, 372, 414, 425, 439, 443, 458, 481, 505, 511, 512, 520, 523, 529, 540—542

财产权 24, 29, 32, 41, 54, 95, 96, 108, 128, 137, 163, 165, 177, 182, 188,

192, 193, 195, 196, 217, 219, 230, 244, 245, 268, 317, 345, 496, 498, 500, 537

财产行为 223, 287

私法 1, 6, 8, 9, 12—17, 19, 20, 24, 26—30, 33, 34, 36, 40, 46, 52, 67, 81, 84, 90, 92, 94, 109, 112, 118, 131, 151, 152, 165, 221, 226—230, 232—235, 237, 238, 254, 256, 257, 259, 261, 265—270, 278, 289, 297, 317, 321, 331—334, 336, 347, 348, 366, 378, 382, 383, 394, 395, 413, 414, 453, 456, 465, 486, 529, 534

私法人 152, 154, 156, 174

私法自治原则 32, 55, 67, 92, 95, 226—228, 233, 239, 256, 262, 265, 267, 270, 289, 290, 391, 395, 402, 442, 458, 468, 471, 479, 520

住所 116—118, 143—147, 158, 159, 161, 192, 193, 326, 327

身份权 91, 95, 97, 102, 130, 139—142, 163, 182, 196, 217, 226, 523, 537

身份行为 19, 163, 223, 231, 287, 288, 295, 298, 308, 338, 369, 402, 417, 423, 477

条件 6, 7, 55, 66, 83, 107, 154, 160, 161, 178, 180, 181, 230, 234—236, 250, 283, 310, 328, 344, 346, 352, 369, 380—382, 394—410, 412, 466, 505

条件不成就 398, 405

条件成就 235, 398, 399, 403—409, 439, 505

间接代理 418—420

判例 6, 11, 14, 17, 31, 33—35, 47, 53—

- 55, 58, 60, 62—67, 69, 70, 72—74,
79—85, 91, 96, 97, 101, 103—105,
107, 109, 113—115, 119, 131, 135,
138, 140—142, 150, 164, 165, 167,
168, 170, 173, 176, 188, 189, 208,
209, 213, 220, 236, 240, 244, 248,
250, 265, 267—270, 272, 273, 275,
276, 279—283, 288, 290, 292—294,
301, 309, 311, 327, 330, 338—343,
345, 351, 352, 361—363, 369, 377,
381—384, 386, 391—393, 398, 400,
401, 405, 407, 410, 417, 418, 420,
423, 429, 430, 435, 442, 443, 446—
448, 450—453, 460, 462, 466, 467,
470, 472, 474, 480, 482—484, 496—
498, '501—503, 505, 507—509,
513—515, 517, 524, 529, 531—538
- 沉默 4, 320, 321, 533, 534
- 完全行为能力人 122
- 社团自主原则 186
- 社团法人 62, 148, 152, 153, 155, 157,
158, 166—168, 174—178, 181, 182,
184, 185, 187, 188, 241, 254
- 社员权 163, 182, 185, 186, 217
- 识别能力 24, 122—124, 297, 301, 374
- 诈欺 34, 75, 176, 192, 248, 251, 254,
274, 307, 308, 315, 319, 320, 332,
333, 335, 366—379, 383, 427—429,
432—434, 457, 458, 463, 470—475,
478, 491, 495
- 附负担之赠与 281, 441
- 附条件买卖 96, 399, 403, 407—
409, 479
- 附条件的法律行为 402, 406—408
- 附期限的法律行为 410
- 妨害除去请求权 497
- 纯获法律上利益 128, 238, 240, 297,
304, 305, 312, 331, 432, 441—443
- ## 八画
- 表见代理 29, 444, 445, 449—453
- 表示行为 223, 238, 239, 316—319,
336, 350, 351, 353, 360, 378,
383, 386
- 表示意识 318—320, 324, 360
- 取得时效 475, 492
- 取缔规定 265, 269, 270
- 直接代理 418—420
- 事变 24, 72, 149, 153, 160, 193, 352,
395, 459, 511, 514, 530
- 事实上契约关系 462
- 事实行为 159, 166, 223, 225, 226,
237—240, 415, 417, 418, 451
- 非纯粹随意条件 399
- 非表示行为 223, 225, 226, 238, 239
- 非真正条件 400
- 非消费物 197, 200, 201
- 物上请求权 23, 37, 39, 73, 96, 99, 102,
497, 498, 525—527
- 物上期待权 407, 408
- 物权行为 19, 20, 42, 106, 192, 202,
211, 223, 225, 236, 237, 244—247,
249—252, 257, 271, 272, 284, 285,
287, 288, 292, 294, 295, 298, 301,
304, 309, 312, 313, 337—339, 362,
364, 365, 371, 375—377, 399, 404,
407, 408, 418, 460, 464, 466, 470,
473, 476, 479, 480, 482
- 物权行为无因性 248, 250, 252, 466

- 物权法定主义 231
 物权标的物特定主义 197
 使者 14, 328—330, 358, 395, 415—
 417, 420, 425, 449, 493, 495
 所有物返还请求权 99—103, 251, 312,
 365, 460, 473, 497, 499, 525, 541
 胁迫 75, 176, 192, 251, 254, 255, 308,
 318, 319, 332, 333, 335, 366, 368,
 373—378, 427, 428, 433, 457, 458,
 463, 464, 470—473, 476, 478
 单一物 197, 201, 202
 单方行为 241, 242, 254—256
 单独行为 19, 20, 108, 153, 191, 223,
 225, 238, 240, 242—245, 254—256,
 297, 298, 303, 305, 307, 308, 310,
 314—316, 337—339, 402, 412, 423,
 432, 434, 435, 446, 456—459, 471,
 472, 477, 478, 482, 517
 单独虚伪表示 333, 335—337
 法人 22, 44, 62, 71, 110, 111, 124, 128,
 138, 147—179, 181—184, 186—
 190, 192—195, 217, 228, 242, 254,
 337, 414, 417, 418, 429, 430, 470
 法定代理 20, 24, 41, 42, 74, 104—106,
 108, 113—115, 119, 120, 122—125,
 145, 148, 175, 180, 182, 234, 238—
 240, 245, 251, 297, 298, 301, 303,
 305, 307—316, 321, 325, 331, 400,
 403, 413—415, 418, 423, 425, 430—
 432, 435—438, 440—446, 451, 453,
 456—459, 470, 476—478, 481,
 511, 512
 法定住所 144, 145
 法定条件 400
 法定要式行为 85
 法定孳息 212, 213, 215, 216
 法律行为 10, 15, 19—23, 29, 44, 55,
 61, 66, 67, 75, 76, 85, 104, 121—
 125, 127—129, 145, 146, 159, 165—
 168, 175, 177, 185, 188, 189, 192,
 197, 200, 205, 215, 218, 221, 223,
 225, 227, 231, 233—244, 246, 247,
 249, 250, 252—257, 261, 264—268,
 270, 271, 274—279, 282, 284—290,
 292, 294—298, 301, 303, 305—320,
 322, 332—334, 337, 339, 343—346,
 348, 351—356, 358, 359, 362—365,
 368, 370, 371, 376, 378, 381—383,
 385, 386, 392—407, 409, 410, 412,
 414—424, 427, 430, 432—435, 437,
 440—449, 451, 452, 456—482, 486,
 493, 517, 531, 534
 法律行为之解释 386
 法律行为方式自由原则 291
 法律行为的附款 394, 396, 397
 法律体系 11, 12, 27, 31, 34, 57, 59,
 60, 278
 法律现象 222, 223
 法律事实 19, 221—224, 226, 234, 475,
 486, 492
 法律效果 21, 23, 36, 43, 50, 55, 69, 75,
 106, 115, 116, 123, 124, 127, 128,
 146, 159, 175, 177, 223, 224, 237—
 239, 241, 242, 248, 264, 266, 271,
 279, 284, 288, 294, 295, 311, 312,
 318, 321, 331—335, 344, 345, 349,
 359, 362, 365, 367, 370, 383, 393,
 395, 402—404, 406, 409, 419, 421,
 422, 424, 426, 429, 430, 440, 445,
 447, 456, 458—461, 463, 468—470,

473, 475, 483, 491, 492, 522, 527,
529, 530, 534—536, 538, 542
法律解释 11, 23, 35, 36, 46, 47, 49, 52,
54—60, 68, 74, 77, 78, 82, 83, 275,
276, 279, 380, 382, 383, 385, 440
法律漏洞 49, 58, 65, 67—69, 71, 72,
74, 77, 335, 428, 429, 444
法理 10, 17, 22, 28, 36, 46—49, 52, 55,
58, 63—68, 72, 73, 75—77, 79, 82,
84, 101, 122, 127, 128, 132, 138,
141, 181, 226, 232, 233, 255, 266,
282, 292, 293, 306, 324, 325, 366,
372, 389, 399, 401, 420, 435, 449,
450, 456, 460, 475, 477, 481, 487,
488, 492, 495, 501, 504
法源 45—47, 52, 63—65, 79, 80, 82
定型化契约 32, 33, 265, 280, 281, 299,
300, 393, 465, 468, 530
定着物 199—201, 203, 207, 211, 213
诚实信用 11, 33, 44, 67, 81, 281, 295,
315, 330, 350, 352, 353, 379, 384—
386, 388, 391, 392, 438, 467, 487,
492, 515, 522, 529—534
居所 116, 143—147, 326, 331
限制行为能力人 20, 21, 24, 40, 41, 74,
104, 106, 108, 109, 122—124, 145,
175, 180, 233, 238—240, 245, 297—
301, 303, 304, 306—316, 325, 331,
400, 416, 421, 431, 432, 436, 437,
441, 456—459, 470, 476—478,
511, 512
姓名权 28, 137—139, 163, 187, 189
始期 282, 394, 409, 410
承认 2, 7, 8, 41, 42, 93, 104—106, 108,
121, 150, 154, 167, 175, 177, 219,

247, 248, 283, 299, 305—307, 310,
312, 314—316, 321, 325, 334, 399,
400, 402, 417, 423, 425, 442—444,
446—449, 456, 457, 459, 470, 473,
476—483, 490, 493, 508, 510—513,
516, 517
终期 115, 394, 409, 410, 439

九画

契约自由原则 87, 98, 106, 247,
262, 346
契约责任 82, 103, 168, 172—174, 295,
311, 346
相对无效 457—459, 462, 463, 473
相对权 95, 96, 98, 101
要式行为 84, 85, 191, 231, 235, 241,
244, 289—293, 308, 362, 472, 478
要因行为 247, 249
要物行为 235, 241
冒名行为 424
选择权 106, 108, 109, 222
适法行为 223, 536
信托行为 67, 344—346
信赖利益 301, 319, 324, 326, 335, 349,
353, 363, 365, 366, 376, 386, 388,
435, 447, 448
侵权行为 15, 21, 23, 25, 29, 32, 36, 37,
39, 40, 44, 52, 55, 71, 80, 91, 97—
99, 103, 105, 114, 123, 124, 132,
134, 136—139, 143, 159, 162, 169—
171, 173, 182, 204, 208, 209, 214,
217, 219, 220, 223, 226, 232, 277,
295, 301, 338, 341, 342, 346, 366,
367, 371, 372, 376—378, 409, 415,

417, 418, 420, 421, 447, 448, 460,
473, 481—483, 495, 497—499, 502,
503, 505, 507, 536—538

侵权行为能力 125

侵权能力 118, 121, 123, 124, 169

胎儿 112—115, 120, 121, 124, 178

类推适用 6, 42, 45—49, 51, 65—78,
85, 105, 138, 140, 141, 167, 168,
171, 172, 177, 181, 185, 186, 188—
190, 193, 238, 239, 257, 264, 276,
295, 299, 316, 319, 320, 324, 326,
335, 337, 347, 358, 361, 365, 376,
381, 409, 410, 415, 417, 424, 428—
430, 449, 453, 455, 484, 502, 518,
541, 542

总会决议 79, 85, 106, 152, 159, 162,
165—168, 174, 176, 179—186, 200,
242, 254, 269, 319, 342

宪法 8, 12—16, 28, 29, 31—33, 46,
51—55, 57, 58, 60, 77—79, 81, 92,
112, 131, 138, 147, 151, 154, 174,
188, 230, 232, 265, 268, 278, 280,
305, 385, 528, 529, 540

误传 329, 350, 358, 457, 470, 472, 473

误想防卫 538

既成条件 66, 400, 401

除斥期间 107, 352, 361, 364—367,
370, 376, 377, 459, 463, 473, 491—
496, 516, 521, 534

绝对无效 457, 458, 462, 463, 473

绝对权 21, 95, 96, 98, 100, 101

十画

真正条件 400

原始取得 215, 221—223, 225, 226

捐助行为 165, 190—194, 242, 243,
255, 291, 298

监护制度 125, 126, 298

监察人 159—162, 170, 178, 179, 192,
442, 444

紧急避险 536, 538, 540—542

特许主义 156, 228

特别人格权 78, 131, 133

积极代理 413, 415, 416, 423

债权行为 19, 20, 202, 211, 218, 219,
223, 243, 244, 247—252, 255, 271,
272, 279, 284, 288, 292, 294, 298,
309, 313, 336, 338, 339, 362, 365,
371, 375, 376, 404—407, 461, 466,
479, 480

债权请求权 102, 497, 498

借名登记 346—348, 381, 481, 482

效力未定 20, 41, 238, 245, 297, 310,
312—314, 316, 334, 337, 343, 444—
446, 456—459, 466, 469, 473, 476—
478, 481, 482

效力规定 265, 269, 270, 272

效果意思 258, 262, 275, 318—320,
333, 334, 336, 345, 353, 382,
383, 417

准用 20, 23, 24, 36, 41, 65, 70—73, 81,
105, 109, 129, 132, 136, 141—143,
159, 161, 199, 216, 239, 260, 294,
311, 327, 395, 409, 410, 415,
474, 489

准物权行为 244, 245, 249, 252, 309,
407, 479, 480, 485

准法律行为 166, 237—240, 415,
417, 455

消灭时效 10, 102—104, 107, 447, 448,
 490—500, 502—508, 510—518,
 521, 530, 534, 541
 消灭时效抗辩权 105, 515, 517, 519
 消极代理 413, 415, 416, 423
 消费物 197, 200, 201, 502
 请求权 10, 11, 32, 35, 36, 39, 40, 44,
 45, 47, 49, 64, 71, 73, 74, 93, 96, 97,
 99—107, 109, 113—115, 124, 128,
 132—136, 142, 143, 163, 182, 183,
 207, 226, 247, 262, 263, 275, 282,
 284, 285, 289, 300, 301, 305, 312,
 317, 338, 340, 341, 357, 362, 364,
 365, 367, 372, 376, 377, 391, 403,
 420, 421, 448, 460, 473, 483, 490—
 519, 530, 533, 534, 536, 541, 542
 请求权竞合 102, 103, 371, 491,
 494, 495
 请求权基础 11, 34—37, 39—41, 43—
 46, 48, 49, 108, 122, 133, 135, 139,
 143, 208, 252, 253, 262, 263, 272,
 284, 301—303, 347, 363, 367, 373,
 391, 412, 433, 463, 483, 527
 通谋虚伪表示 273, 274, 276, 333, 335,
 338—347, 349, 469
 继受取得 221, 222, 225

十一画

营利社团 153—156, 176
 营利社团法人 176, 184
 授权处分 245, 478, 479
 停止条件 113, 114, 352, 381, 382, 394,
 396, 398—401, 403—405, 407—
 410, 412, 505

脱法行为 273—276, 346, 347
 清算 147, 160—163, 171, 193
 清算人 160—162, 170
 混合条件 399
 随意条件 399, 400
 隐名代理 423
 隐藏行为 343, 344

十二画

期日 238, 329, 330, 486—489
 期间 10, 28, 83, 92, 95, 103, 107, 117,
 118, 121, 123, 124, 135, 142, 144,
 160, 176, 177, 183, 213, 215, 259,
 268, 271, 282, 288, 291, 315, 320,
 352, 357, 375, 377, 378, 398, 406,
 437, 446, 448, 449, 464, 473, 481,
 486—496, 499—504, 507—516,
 518, 534
 期待权 77, 96, 406—409
 集合物 197, 201—203, 217, 355
 善良风俗 7, 10, 23, 29, 36, 52, 55, 61,
 63, 78, 100, 104, 130, 136, 140, 205,
 219, 231, 265, 276—279, 281—283,
 285, 342, 372, 401, 465, 468, 523,
 527, 539, 540
 善意取得 30, 42, 210, 245, 251, 300,
 311, 313, 337, 340, 343, 365, 371,
 377, 405, 409, 427, 463, 464, 476,
 481, 482, 484
 强行规定 55, 67, 231, 233, 247, 266—
 268, 272, 273, 275, 285, 295, 442,
 444, 457, 466, 493, 517

十三画

禁止规定 15, 265—273, 275—277,

279,280,348,461,528
禁治产宣告 126,127,306
概括代理 438
感情表示 239
错误 34,69,176,188,192,251,254,
255,300,315,319,320,323,324,
333,335,348—370,372,373,376,
378,382,385,386,393,395,416,
427,433,434,457,458,462,468—
473,494—496
催告 70,107,116,238—240,313—
316,321,327,330,412,415,446,
447,494,507,513,532
解除权 106—109,240,242,255,287,
357,379,386,404,412,421,471,
494—496,503,506,523,533
解除条件 66,113,115,281,381,394,
398—401,403—405,407,409,439,
465,468
解除条件成就 381,398
意定代理 234,413—415,418,425,
427,431,432,435,438,439,442,

443,451,453

意定住所 144
意思主义 335,336
意思通知 239,316,327
意思能力 122,123,145,297,300,305,
306,415

十五画

撤回权 315,446,447
撤销权 104,106,107,176,192,234,
350—354,356,357,360—362,366,
367,370,372,374,377,427,434,
459,463,470—474,494—496,517
撤销死亡宣告 118,119
暴利行为 107,233,265,286—289,
456—458,473
慰抚金 32,45,49,51,60,74,78,97,
114,131,132,135,136,139—143,
164,226,311

附录一 台湾现行“民法” (总则部分)

公布日期:1929年5月23日

修订日期:2008年5月23日

第一章 法 例

第1条 (法源)

民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。

第2条 (适用习惯之限制)

民事所适用之习惯,以不背于公共秩序或善良风俗者为限。

第3条 (使用文字之准则)

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。

如有用印章代签名者,其盖章与签名生同等之效力。

如以指印、十字或其他符号代签名者,在文件上,经二人签名证明,亦与签名生同等之效力。

第4条 (以文字为准)

关于一定之数量,同时以文字及号码表示者,其文字与号码有不合时,如法院不能决定何者为当事人之原意,应以文字为准。

第5条 (以最低额为准)

关于一定之数量,以文字或号码为数次之表示者,其表示有不合时,如法院不能决定何者为当事人之原意,应以最低额为准。

各位委員/及各律師
以最低額為準

第二章 人

第一节 自然人

第6条（自然人权利能力）

人之权利能力，始于出生，终于死亡。

第7条（胎儿之权利能力）

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8条（死亡宣告）

失踪人失踪满七年后，法院得因利害关系人或检察官之声请，为死亡之宣告。

失踪人为八十岁以上者，得于失踪满三年后，为死亡之宣告。

失踪人为遭遇特别灾难者，得于特别灾难终了满一年后，为死亡之宣告。

第9条（死亡时间之推定）

受死亡宣告者，以判决内所确定死亡之时，推定其为死亡。

前项死亡之时，应为前条各项所定期间最后日终止之时。但有反证者，不在此限。

第10条（失踪人财产之管理）

失踪人失踪后，未受死亡宣告前，其财产之管理，依非讼事件法之规定。

第11条（同时死亡之推定）

二人以上同时遇难，不能证明其死亡之先后时，推定其为同时死亡。

第12条（成年时期）

满二十岁为成年。

第13条（未成年人及其行为能力）

未满七岁之未成年人，无行为能力。

满七岁以上之未成年人，有限制行为能力。

未成年人已结婚者，有行为能力。

第14条（监护之宣告与撤销）

对于因精神障碍或其他心智缺陷，致不能为意思表示或受意思表示，或不能辨识其意思表示之效果者，法院得因本人、配偶、四亲等内之亲属、最近一年有同居事实之其他亲属、检察官、主管机关或社会福利机构之声请，为监护之宣告。

受监护之原因消灭时，法院应依前项声请权人之声请，撤销其宣告。

法院对于监护之声请，认为未达第一项之程度者，得依第十五条之一第一项之规定，为辅助之宣告。

受监护之原因消灭，而仍有辅助之必要者，法院得依第十五条之一第一项规定，

变更为辅助之宣告。

第 15 条 (受监护宣告之人行为能力)

受监护宣告之人,无行为能力。

第 15 条之 1 (辅助宣告)

对于因精神障碍或其他心智缺陷,致其为意思表示或受意思表示,或辨识其意思表示效果之能力,显有不足者,法院得因本人、配偶、四亲等内之亲属、最近一年有同居事实之其他亲属、检察官、主管机关或社会福利机构之申请,为辅助之宣告。

受辅助之原因消灭时,法院应依前项声请权人声请,撤销其宣告。

受辅助宣告之人有受监护之必要者,法院得依第十四条第一项规定,变更为监护之宣告。

第 15 条 2 (应经辅助人同意之行为能力)

受辅助宣告之人为下列行为时,应经辅助人同意。但纯获法律上利益,或依其年龄及身份、日常生活所必需者,不在此限:

- 一、为独资、合伙营业或为法人之负责人。
- 二、为消费借贷、消费寄托、保证、赠与或信托。
- 三、为诉讼行为。
- 四、为和解、调解、调处或签订仲裁契约。
- 五、为不动产、船舶、航空器、汽车或其他重要财产之处分、设定负担、买卖、租赁或借贷。

六、为遗产分割、遗赠、抛弃继承权或其他相关权利。

七、法院依前条声请人或辅助人之声请,所指定之其他行为。

第七十八条至第八十三条规定,于未依前项规定得辅助人同意之情形,准用之。

第八十五条规定,于辅助人同意受辅助宣告之人为第一项第一款行为时,准用之。

第一项所列应经同意之行为,无损害受辅助宣告之人利益之虞,而辅助人仍不为同意时,受辅助宣告之人得径行声请法院许可后为之。

第 16 条 (能力之保护)

权利能力及行为能力,不得抛弃。

第 17 条 (自由之保护)

自由不得抛弃。

自由之限制,以不背于公共秩序或善良风俗者为限。

第 18 条 (人格权之保护)

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。

第 19 条（姓名权之保护）

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。

第 20 条（住所之设定）

依一定事实，足认以久住之意思，住于一定之地域者，即为设定其住所于该地。一人同时不得有两住所。

第 21 条（无行为能力人及限制行为能力人之住所）

无行为能力人及限制行为能力人，以其法定代理人之住所为住所。

第 22 条（居所视为住所〔一〕）

遇有下列情形之一，其居所视为住所：

一、住所无可考者。

二、在我国无住所者。但依法须依住所地法者，不在此限。

第 23 条（居所视为住所〔二〕）

因特定行为选定居所者，关于其行为，视为住所。

第 24 条（住所之废止）

依一定事实，足认以废止之意思离去其住所者，即为废止其住所。

第二节 法 人

第一款 通 则

第 25 条（法人成立法定原则）

法人非依本法或其他法律之规定，不得成立。

第 26 条（法人权利能力）

法人于法令限制内，有享受权利、负担义务之能力。但专属于自然人之权利义务，不在此限。

第 27 条（法人之机关）

法人应设董事。董事有数人者，法人事务之执行，除章程另有规定外，取决于全体董事过半数之同意。

董事就法人一切事务，对外代表法人。董事有数人者，除章程另有规定外，各董事均得代表法人。

对于董事代表权所加之限制，不得对抗善意第三人。

法人得设监察人，监察法人事务之执行。监察人有数人者，除章程另有规定外，各监察人均得单独行使监察权。

第 28 条（法人侵权责任）

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。

第 29 条 (法人住所)

法人以其主事务所之所在地为住所。

第 30 条 (法人设立登记)

法人非经向主管机关登记,不得成立。

第 31 条 (登记之效力)

法人登记后,有应登记之事项而不登记,或已登记之事项有变更而不为变更之登记者,不得以其事项对抗第三人。

第 32 条 (法人业务监督)

受设立许可之法人,其业务属于主管机关监督,主管机关得检查其财产状况及其有无违反许可条件与其他法律之规定。

第 33 条 (妨碍监督权行使之处罚)

受设立许可法人之董事或监察人,不遵主管机关监督之命令,或妨碍其检查者,得处以五千元以下之罚鍰。

前项董事或监察人违反法令或章程,足以危害公益或法人之利益者,主管机关得请求法院解除其职务,并为其他必要之处置。

第 34 条 (撤销法人许可)

法人违反设立许可之条件者,主管机关得撤销其许可。

第 35 条 (法人之破产及其声请)

法人之财产不能清偿债务时,董事应即向法院声请破产。

不为前项声请,致法人之债权人受损害时,有过失之董事,应负赔偿责任,其有二人以上时,应连带负责。

第 36 条 (法人宣告解散之原因)

法人之目的或其行为,有违反法律、公共秩序或善良风俗者,法院得因主管机关、检察官或利害关系人之请求,宣告解散。

第 37 条 (法定清算人)

法人解散后,其财产之清算,由董事为之。但其章程有特别规定,或总会另有决议者,不在此限。

第 38 条 (选任清算人)

不能依前条规定,定其清算人时,法院得因主管机关、检察官或利害关系人之声请,或依职权,选任清算人。

第 39 条 (清算人之解任)

清算人,法院认为有必要时,得解除其任务。

第 40 条 (清算人之职务及法人存续之拟制)

清算人之职务如下:

一、了结现务。

二、收取债权,清偿债务。

三、移交剩余财产于应得者。

法人至清算终结止,在清算之必要范围内,视为存续。

第41条 (清算之程序)

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42条 (清算之监督机关及方法)

法人之清算,属于法院监督。法院得随时为监督上必要之检查及处分。

法人经主管机关撤销许可或命令解散者,主管机关应同时通知法院。

法人经依章程规定或总会决议解散者,董事应于十五日内报告法院。

第43条 (妨碍之处罚)

清算人不遵法院监督命令,或妨碍检查者,得处以五千元以下之罚鍰。董事违反前条第三项之规定者亦同。

第44条 (剩余财产之归属)

法人解散后,除法律另有规定外,于清偿债务后,其剩余财产之归属,应依其章程之规定,或总会之决议。但以公益为目的之法人解散时,其剩余财产不得归属于自然人或以营利为目的之团体。

如无前项法律或章程之规定或总会之决议时,其剩余财产归属于法人住所所在地之地方自治团体。

第二款 社 团

第45条 (营利法人之设立)

以营利为目的之社团,其取得法人资格,依特别法之规定。

第46条 (公益法人之设立)

以公益为目的之社团,于登记前,应得主管机关之许可。

第47条 (章程应载事项)

设立社团者,应订定章程,其应记载之事项如下:

一、目的。

二、名称。

三、董事之人数、任期及任免。设有监察人者,其人数、任期及任免。

四、总会召集之条件、程序及其决议证明之方法。

五、社员之出资。

六、社员资格之取得与丧失。

七、订定章程之年、月、日。

第48条 (社团设立登记事项)

社团设立时,应登记之事项如下:

一、目的。

二、名称。

三、主事务所及分事务所。

四、董事之姓名及住所。设有监察人者,其姓名及住所。

五、财产之总额。

六、应受设立许可者,其许可之年、月、日。

七、定有出资方法者,其方法。

八、定有代表法人之董事者,其姓名。

九、定有存立时期者,其时期。

社团之登记,由董事向其主事务所及分事务所所在地之主管机关行之,并应附具章程备案。

第49条 (章程得载事项)

社团之组织及社团与社员之关系,以不违反第五十条至第五十八条之规定为限,得以章程定之。

第50条 (社团总会之权限)

社团以总会为最高机关。

下列事项应经总会之决议:

一、变更章程。

二、任免董事及监察人。

三、监督董事及监察人职务之执行。

四、开除社员。但以有正当理由时为限。

第51条 (社团总会之召集)

总会由董事召集之,每年至少召集一次。董事不为召集时,监察人得召集之。

如有全体社员十分之一以上之请求,表明会议目的及召集理由,请求召集时,董事应召集之。

董事受前项之请求后,一个月内不为召集者,得由请求之社员,经法院之许可召集之。

总会之召集,除章程另有规定外,应于三十日前对各社员发出通知。通知内应载明会议目的事项。

第52条 (总会之通常决议)

总会决议,除本法有特别规定外,以出席社员过半数决之。

社员有平等之表决权。

社员表决权之行使,除章程另有限制外,得以书面授权他人代理为之。但一人仅得代理社员一人。

社员对于总会决议事项,因自身利害关系而有损害社团利益之虞时,该社员不得加入表决,亦不得代理他人行使表决权。

第53条（社团章程之变更）

社团变更章程之决议，应有全体社员过半数之出席，出席社员四分之三以上之同意，或有全体社员三分之二以上书面之同意。

受设立许可之社团，变更章程时，并应得主管机关之许可。

第54条（社员退社自由原则）

社员得随时退社。但章程限于事务年度终，或经过预告期间后，始准退社者，不在此限。

前项预告期间，不得超过六个月。

第55条（退社或开除后之权利义务）

已退社或开除之社员，对于社团之财产无请求权。但非公益法人，其章程另有规定者，不在此限。

前项社员，对于其退社或开除以前应分担之出资，仍负清偿之义务。

第56条（总会决议之无效及撤销）

总会之召集程序或决议方法，违反法令或章程时，社员得于决议后三个月内请求法院撤销其决议。但出席社员，对召集程序或决议方法，未当场表示异议者，不在此限。

总会决议之内容违反法令或章程者，无效。

第57条（社团决议解散）

社团得随时以全体社员三分之二以上之可决解散之。

第58条（法院宣告解散）

社团之事务，无从依章程所定进行时，法院得因主管机关、检察官或利害关系人之声请解散之。

第三款 财 团

第59条（设立许可）

财团于登记前，应得主管机关之许可。

第60条（捐助章程之订定）

设立财团者，应订立捐助章程。但以遗嘱捐助者，不在此限。

捐助章程，应订明法人目的及所捐财产。

以遗嘱捐助设立财团法人者，如无遗嘱执行人时，法院得依主管机关、检察官或利害关系人之声请，指定遗嘱执行人。

第61条（财团设立登记事项）

财团设立时，应登记之事项如下：

- 一、目的。
- 二、名称。
- 三、主事务所及分事务所。

四、财产之总额。

五、受许可之年、月、日。

六、董事之姓名及住所。设有监察人者,其姓名及住所。

七、定有代表法人之董事者,其姓名。

八、定有存立时期者,其时期。

财团之登记,由董事向其主事务所及分事务所所在地之主管机关行之。并应附具捐助章程或遗嘱备案。

第 62 条 (财团组织及管理方法)

财团之组织及其管理方法,由捐助人以捐助章程或遗嘱定之。捐助章程或遗嘱所定之组织不完全,或重要之管理方法不具备者,法院得因主管机关、检察官或利害关系人之声请,为必要之处分。

第 63 条 (财团变更组织)

为维持财团之目的或保存其财产,法院得因捐助人、董事、主管机关、检察官或利害关系人之声请,变更其组织。

第 64 条 (财团董事行为无效之宣告)

财团董事,有违反捐助章程之行为时,法院得因主管机关、检察官或利害关系人之声请,宣告其行为为无效。

第 65 条 (财团目的不达时之保护)

因情事变更,致财团之目的不能达到时,主管机关得斟酌捐助人之意思,变更其目的及其必要之组织,或解散之。

第三章 物

第 66 条 (物之意义[一]—不动产)

称不动产者,谓土地及其定着物。

不动产之出产物,尚未分离者,为该不动产之部分。

第 67 条 (物之意义[二]—动产)

称动产者,为前条所称不动产以外之物。

第 68 条 (主物与从物)

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。

主物之处分,及于从物。

第 69 条 (天然孳息与法定孳息)

称天然孳息者,谓果实、动物之产物及其他依物之用法所收获之出产物。

称法定孳息者,谓利息、租金及其他因法律关系所得之收益。

第70条（孳息之归属）

有收取天然孳息权利之人，其权利存续期间内，取得与原物分离之孳息。

有收取法定孳息权利之人，按其权利存续期间内之日数，取得其孳息。

第四章 法律行为

第一节 通 则

第71条（违反强行规定之效力）

法律行为，违反强制或禁止之规定者，无效。但其规定并不以之为无效者，不在此限。

第72条（违背公序良俗之效力）

法律行为，有背于公共秩序或善良风俗者，无效。

第73条（不依法定方式之效力）

法律行为，不依法定方式者，无效。但法律另有规定者，不在此限。

第74条（暴利行为之效力）

法律行为，系乘他人之急迫、轻率或无经验，使其为财产上之给付或为给付之约定，依当时情形显失公平者，法院得因利害关系人之声请，撤销其法律行为或减轻其给付。

前项声请，应于法律行为后一年内为之。

第二节 行为能力

第75条（无行为能力人及无意识能力人之意思表示）

无行为能力人之意思表示，无效；虽非无行为能力人，而其意思表示，系在无意识或精神错乱中所为者亦同。

第76条（无行为能力人之代理）

无行为能力人由法定代理人代为意思表示，并代受意思表示。

第77条（限制行为能力人之意思表示）

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，或依其年龄及身份、日常生活所必需者，不在此限。

第78条（限制行为能力人为单独行为之效力）

限制行为能力人未得法定代理人之允许，所为之单独行为，无效。

第79条（限制行为能力人契约行为之效力）

限制行为能力人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 80 条 (相对人之催告权)

前条契约相对人,得定一个月以上期限,催告法定代理人,确答是否承认。于前项期限内,法定代理人不为确答者,视为拒绝承认。

第 81 条 (限制原因消灭后之承认)

限制行为能力人于限制原因消灭后,承认其所订立之契约者,其承认与法定代理人之承认,有同一效力。

前条规定,于前项情形准用之。

第 82 条 (相对人之撤回权)

限制行为能力人所订立之契约,未经承认前,相对人得撤回之。但订立契约时,知其未得有允许者,不在此限。

第 83 条 (强制有效行为之效力)

限制行为能力人用诈术使人信其有行为能力人或已得法定代理人之允许者,其法律行为为有效。

第 84 条 (特定财产处分之允许)

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。

第 85 条 (独立营业之允许)

法定代理人允许限制行为能力人独立营业者,限制行为能力人,关于其营业,有行为能力。

限制行为能力人,就其营业有不胜任之情形时,法定代理人得将其允许撤销或限制之。但不得对抗善意第三人。

第三节 意思表示

第 86 条 (真意保留或单独虚伪意思表示)

表意人无欲为其意思表示所拘束之意,而为意思表示者,其意思表示,不因之无效。但其情形为相对人所明知者,不在此限。

第 87 条 (通谋虚伪意思表示)

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。

虚伪意思表示,隐藏他项法律行为者,适用关于该项法律行为之规定。

第 88 条 (错误之意思表示)

意思表示之内容有错误,或表意人若知其事情即不为意思表示者,表意人得将其意思表示撤销之。但以其错误或不知事情,非由表意人自己之过失者为限。

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。

第 89 条 (传达错误)

意思表示,因传达人或传达机关传达不实者,得比照前条之规定,撤销之。

第 90 条 (错误表示撤销之除斥期间)

前二条之撤销权,自意思表示后,经过一年而消灭。

第 91 条 (错误表意人之赔偿责任)

依第八十八条及第八十九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,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。

第 92 条 (意思表示不自由)

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。

第 93 条 (撤销不自由意思表示之除斥期间)

前条之撤销,应于发现诈欺或胁迫终止后,一年内为之。但自意思表示后,经过十年,不得撤销。

第 94 条 (对话意思表示之生效时期)

对话人为意思表示者,其意思表示,以相对人了解时,发生效力。

第 95 条 (非对话意思表示之生效时期)

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。

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。

第 96 条 (向无行为能力人或限制行为能力人为意思表示之生效时期)

向无行为能力人或限制行为能力人为意思表示者,以其通知达到其法定代理人时,发生效力。

第 97 条 (公示送达)

表意人非因自己之过失,不知相对人之姓名、居所者,得依民事诉讼法公示送达之规定,以公示送达为意思表示之通知。

第 98 条 (意思表示之解释)

解释意思表示,应探求当事人之真意,不得拘泥于所用之辞句。

第四节 条件及期限

第 99 条 (停止条件与解除条件)

附停止条件之法律行为,于条件成就时,发生效力。

附解除条件之法律行为,于条件成就时,失其效力。

依当事人之特约,使条件成就之效果,不于条件成就之时发生者,依其特约。

第 100 条 (附条件利益之保护)

附条件之法律行为当事人,于条件成否未定前,若有损害相对人因条件成就所应得利益之行为者,负赔偿损害之责任。

第 101 条 (条件成就或不成就之拟制)

因条件成就而受不利益之当事人,如以不正当行为阻其条件之成就者,视为条件已成就。

因条件成就而受利益之当事人,如以不正当行为促其条件之成就者,视为条件不成就。

第 102 条 (附期限法律行为之效力及其保护)

附始期之法律行为,于期限届至时,发生效力。

附终期之法律行为,于期限届满时,失其效力。

第一百条之规定,于前二项情形准用之。

第五节 代理

第 103 条 (代理行为之要件及效力)

代理人于代理权限内,以本人名义所为之意思表示,直接对本人发生效力。

前项规定,于应向本人为意思表示,而向其代理人为之者,准用之。

第 104 条 (代理人之能力)

代理人所为或所受意思表示之效力,不因其为限制行为能力人而受影响。

第 105 条 (代理行为之瑕疵)

代理人之意思表示,因其意思欠缺、被诈欺、被胁迫,或明知其事情或可得而知其事情,致其效力受影响时,其事实之有无,应就代理人决之。但代理人之代理权系以法律行为授与者,其意思表示,如依照本人所指示之意思而为时,其事实之有无,应就本人决之。

第 106 条 (自己代理及双方代理之禁止)

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。

第 107 条 (代理权之限制及撤回)

代理权之限制及撤回,不得以之对抗善意第三人。但第三人因过失而不知其事实者,不在此限。

第 108 条 (代理权之消灭及撤回)

代理权之消灭,依其所由授与之法律关系定之。

代理权,得于其所由授与之法律关系存续中撤回之。但依该法律关系之性质不得撤回者,不在此限。

第 109 条 (授权书交还义务)

代理权消灭或撤回时,代理人须将授权书交还于授权者,不得留置。

第 110 条 (无权代理人之责任)

无代理权人,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。

第六节 无效及撤销

第 111 条 (一部无效之效力)

法律行为之一部分无效者,全部皆为无效。但除去该部分亦可成立者,则其他部分,仍为有效。

第 112 条 (无效行为之转换)

无效之法律行为,若具备他法律行为之要件,并因其情形,可认当事人若知其无效,即欲为他法律行为者,其他法律行为,仍为有效。

第 113 条 (无效行为当事人之责任)

无效法律行为之当事人,于行为当时知其无效,或可得而知者,应负回复原状或损害赔偿之责任。

第 114 条 (撤销之自始无效)

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。

第 115 条 (承认之溯及效力)

经承认之法律行为,如无特别订定,溯及为法律行为时发生效力。

第 116 条 (撤销及承认之表示)

撤销及承认,应以意思表示为之。

如相对人确定者,前项意思表示,应向相对人为之。

第 117 条 (同意或拒绝之表示)

法律行为须得第三人之同意始生效力者,其同意或拒绝,得向当事人之一方为之。

第 118 条 (无权处分)

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。

第五章 期日及期间

第 119 条 (适用范围)

法令、审判或法律行为所定之期日及期间,除有特别订定外,其计算依本章之规定。

第 120 条 (期间之起算)

以时定期间者,实时起算。

以日、星期、月或年定期间者,其始日不算入。

第 121 条 (期间之终止)

以日、星期、月或年定期间者,以期间末日之终止,为期间之终止。

期间不以星期、月或年之始日起算者,以最后之星期、月或年与起算日相当日之前一日,为期间之末日。但以月或年定期间,于最后之月,无相当日者,以其月之末日,为期间之末日。

第 122 条 (期间终止之延长)

于一定期日或期间内,应为意思表示或给付者,其期日或其期间之末日,为星期日、纪念日或其他休息日时,以其休息日之次日代之。

第 123 条 (连续或非连续期间之计算法)

称月或年者,依历计算。

月或非连续计算者,每月为三十日,每年为三百六十五日。

第 124 条 (年龄之计算)

年龄自出生之日起算。

出生之月、日无从确定时,推定其为七月一日出生。知其出生之月,而不知其出生之日者,推定其为该月十五日出生。

第六章 消灭时效

第 125 条 (一般消灭时效期间)

请求权,因十五年间不行使而消灭。但法律所定期间较短者,依其规定。

第 126 条 (五年之短期时效期间)

利息、红利、租金、赡养费、退职金及其他一年或不及一年之定期给付债权,其各期给付请求权,因五年间不行使而消灭。

第 127 条 (二年之短期时效期间)

下列各款请求权,因二年间不行使而消灭:

一、旅店、饮食店及娱乐场之住宿费、饮食费、座费、消费物之代价及其垫款。

- 二、运送费及运送人所垫之款。
- 三、以租赁动产为营业者之租价。
- 四、医生、药师、看护生之诊费、药费、报酬及其垫款。
- 五、律师、会计师、公证人之报酬及其垫款。
- 六、律师、会计师、公证人所收当事人物件之交还。
- 七、技师、承揽人之报酬及其垫款。
- 八、商人、制造人、手工业人所供给之商品及产物之代价。

第128条（消灭时效之起算点）

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。

第129条（消灭时效之中断事由）

消灭时效，因下列事由而中断：

- 一、请求。
- 二、承认。
- 三、起诉。

下列事项，与起诉有同一效力：

- 一、依督促程序，声请发支付命令。
- 二、声请调解或提付仲裁。
- 三、申报和解债权或破产债权。
- 四、告知诉讼。
- 五、开始执行行为或声请强制执行。

第130条（不起诉视为不中断）

时效因请求而中断者，若于请求后六个月内不起诉，视为不中断。

第131条（因诉之撤回或驳回而视为不中断）

时效因起诉而中断者，若撤回其诉，或因不合法而受驳回之裁判，其裁判确定，视为不中断。

第132条（因送达支付命令而中断时效之限制）

时效因声请发支付命令而中断者，若撤回声请，或受驳回之裁判，或支付命令失其效力时，视为不中断。

第133条（因声请调解提付仲裁而中断时效之限制）

时效因声请调解或提付仲裁而中断者，若调解之声请经撤回、被驳回、调解不成或仲裁之请求经撤回、仲裁不能达成判断时，视为不中断。

第134条（因申报和解或破产债权而中断时效之限制）

时效因申报和解债权或破产债权而中断者，若债权人撤回其申报时，视为不中断。

第 135 条 (因告知诉讼而中断时效之限制)

时效因告知诉讼而中断者,若于诉讼终结后,六个月内不起诉,视为不中断。

第 136 条 (因执行而中断时效之限制)

时效因开始执行行为而中断者,若因权利人之声请,或法律上要件之欠缺而撤销其执行处分时,视为不中断。

时效因声请强制执行而中断者,若撤回其声请,或其声请被驳回时,视为不中断。

第 137 条 (时效中断及于时之效力)

时效中断者,自中断之事由终止时,重行起算。

因起诉而中断之时效,自受确定判决,或因其他方法诉讼终结时,重行起算。

经确定判决或其他与确定判决有同一效力之执行名义所确定之请求权,其原有消灭时效期间不满五年者,因中断而重行起算之时效期间为五年。

第 138 条 (时效中断及于人之效力)

时效中断,以当事人、继承人、受让人之间为限,始有效力。

第 139 条 (时效因事变而不完成)

时效之期间终止时,因天灾或其他不可避之事变,致不能中断其时效者,自其妨碍事由消灭时起,一个月内,其时效不完成。

第 140 条 (时效因继承人、管理人未确定而不完成)

属于继承财产之权利或对于继承财产之权利,自继承人确定或管理人选定或破产之宣告时起,六个月内,其时效不完成。

第 141 条 (时效因欠缺法定代理人而不完成)

无行为能力人或限制行为能力人之权利,于时效期间终止前六个月内,若无法定代理人者,自其成为行为能力人或其法定代理人就职时起,六个月内,其时效不完成。

第 142 条 (时效因法定代理关系存在而不完成)

无行为能力人或限制行为能力人,对于其法定代理人之权利,于代理关系消灭后一年内,其时效不完成。

第 143 条 (时效因夫妻关系存在而不完成)

夫对于妻或妻对于夫之权利,于婚姻关系消灭后一年内,其时效不完成。

第 144 条 (时效完成之效力—发生抗辩权)

时效完成后,债务人得拒绝给付。

请求权已经时效消灭,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;其以契约承认该债务或提出担保者亦同。

第 145 条 (附有担保物权之请求权时效完成之效力)

以抵押权、质权或留置权担保之请求权,虽经时效消灭,债权人仍得就其抵押物、质物或留置物取偿。

前项规定,于利息及其他定期给付之各期给付请求权,经时效消灭者,不适用之。

第 146 条（主权利时效完成效力所及范围）

主权利因时效消灭者，其效力及于从权利。但法律有特别规定者，不在此限。

第 147 条（伸缩时效期间及抛弃时效利益之禁止）

时效期间，不得以法律行为加长或减短之。并不得预先抛弃时效之利益。

第七章 权利之行使

第 148 条（权利行使之界限）

权利之行使，不得违反公共利益，或以损害他人为主要目的。

行使权利，履行义务，应依诚实及信用方法。

第 149 条（正当防卫）

对于现时不法之侵害，为防卫自己或他人之权利所为之行为，不负损害赔偿之责。但已逾越必要程度者，仍应负相当赔偿之责。

第 150 条（紧急避难）

因避免自己或他人生命、身体、自由或财产上急迫之危险所为之行为，不负损害赔偿之责。但以避免危险所必要，并未逾越危险所能致之损害程度者为限。

前项情形，其危险之发生，如行为人有责任者，应负损害赔偿之责。

第 151 条（自助行为）

为保护自己权利，对于他人之自由或财产施以拘束、押收或毁损者，不负损害赔偿之责。但以不及受法院或其他有关机关援助，并非于其时为之，则请求权不得实行或其实行显有困难者为限。

第 152 条（自助行为人之义务及责任）

依前条之规定，拘束他人自由或押收他人财产者，应实时向法院声请处理。

前项声请被驳回或其声请迟延者，行为人应负损害赔偿之责。

附录二 台湾现行“民法” (物权部分)

公布日期:1929年11月30日

修订日期:2010年2月3日

第一章 通 则

第 757 条 (物权法定主义)

物权除依法律或习惯外,不得创设。

第 758 条 (登记生效要件主义[一]—设权登记、书面之要式性)

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。

前项行为,应以书面为之。

第 759 条 (登记生效要件主义[二]—宣示登记)

因继承、强制执行、征收、法院之判决或其他非因法律行为,于登记前已取得不动产物权者,应经登记,始得处分其物权。

第 759 条之 1 (登记效力之推定及善意第三人之保护)

不动产物权经登记者,推定登记权利人适法有此权利。

因信赖不动产登记之善意第三人,已依法律行为为物权变动之登记者,其变动之效力,不因原登记物权之不实而受影响。

第 760 条 (删除)

第 761 条 (动产物权让与之生效要件—现实交付、简易交付、占有改定、指示交付)

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。

让与动产物权,而让与人仍继续占有动产者,让与人与受让人间,得订立契约,使受让人因此取得间接占有,以代交付。

让与动产物权,如其动产由第三人占有时,让与人得以对于第三人之返还请求权,让与于受让人,以代交付。

第762条 (物权之消灭[一]—所有权与他物权之混同)

同一物之所有权及其他物权,归属于一人者,其他物权因混同而消灭。但其他物权之存续,于所有人或第三人有法律上之利益者,不在此限。

第763条 (物权之消灭[二]—所有权以外物权之混同)

所有权以外之物权,及以该物权为标的物之权利,归属于一人者,其权利因混同而消灭。

前条但书之规定,于前项情形准用之。

第764条 (物权之消灭[三]—抛弃)

物权除法律另有规定外,因抛弃而消灭。

前项抛弃,第三人以有以该物权为标的物之其他物权或于该物权有其他法律上之利益者,非经该第三人同意,不得为之。

抛弃动产物权者,并应抛弃动产之占有。

第二章 所有权

第一节 通 则

第765条 (所有权之权能)

所有人,于法令限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉。

第766条 (物之成分及天然孳息之归属)

物之成分及其天然孳息,于分离后,除法律另有规定外,仍属于其物之所有人。

第767条 (所有权人之物上请求权)

所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。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。

前项规定,于所有权以外之物权,准用之。

第768条 (动产所有权取得之长期时效)

以所有之意思,十年间和平、公然、继续占有他人之动产者,取得其所有权。

第768条之1 (动产所有权取得之短期时效)

以所有之意思,五年间和平、公然、继续占有他人之动产,而其占有之始为善意并无过失者,取得其所有权。

第769条 (不动产所有权取得之长期时效)

以所有之意思,二十年间和平、公然、继续占有他人未登记之不动产者,得请求登

记为所有人。

第 770 条 (不动产所有权取得之短期时效)

以所有之意思,十年间和平、公然、继续占有他人未登记之不动产,而其占有之始为善意并无过失者,得请求登记为所有人。

第 771 条 (取得时效之中断)

占有人有下列情形之一者,其所有权之取得时效中断:

一、变为不以所有之意思而占有。

二、变为非和平或非公然占有。

三、自行中止占有。

四、非基于自己之意思而丧失其占有。但依第九百四十九条或第九百六十二条规定,回复其占有者,不在此限。

依第七百六十七条规定起诉请求占有人返还占有物者,占有人之所有权取得时效亦因而中断。

第 772 条 (所有权以外财产权取得时效之准用)

前五条之规定,于所有权以外财产权之取得,准用之。于已登记之不动产,亦同。

第二节 不动产所有权

第 773 条 (土地所有权之范围)

土地所有权,除法令有限制外,于其行使有利益之范围内,及于土地之上下。如他人之干涉,无碍其所有权之行使者,不得排除之。

第 774 条 (邻地损害之防免)

土地所有人经营事业或行使其所有权,应注意防免邻地之损害。

第 775 条 (自然流水之排水权及承水义务)

土地所有人不得妨阻由邻地自然流至之水。

自然流至之水为邻地所必需者,土地所有人纵因其土地利用之必要,不得妨阻其全部。

第 776 条 (破溃工作物之修缮疏通或预防)

土地因蓄水、排水或引水所设之工作物破溃、阻塞,致损害及于他人之土地,或有致损害之虞者,土地所有人应以自己之费用,为必要之修缮、疏通或预防。但其费用之负担,另有习惯者,从其习惯。

第 777 条 (设置屋檐排水之限制)

土地所有人不得设置屋檐、工作物或其他设备,使雨水或其他液体直注于相邻之不动产。

第 778 条 (土地所有人之疏水权)

水流如因事变在邻地阻塞,土地所有人得以自己之费用,为必要疏通之工事。但

邻地所有人受有利益者,应按其受益之程度,负担相当之费用。

前项费用之负担,另有习惯者,从其习惯。

第 779 条 (土地所有人之过水权)

土地所有人因使浸水之地干涸,或排泄家用或其他用水,以至河渠或沟道,得使其水通过邻地。但应择于邻地损害最少之处所及方法为之。

前项情形,有通过权之人对于邻地所受之损害,应支付偿金。

前二项情形,法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。

第一项但书之情形,邻地所有人有异议时,有通过权之人或异议人得请求法院以判决定之。

第 780 条 (他人工作物之过水使用权)

土地所有人因使其土地之水通过,得使用邻地所有人所设置之工作物。但应按其受益之程度,负担该工作物设置及保存之费用。

第 781 条 (水流地所有人之自由用水权)

水源地、井、沟渠及其他水流地之所有人得自由使用其水。但法令另有规定或另有习惯者,不在此限。

第 782 条 (用水权人之损害赔偿与回复原状请求权)

水源地或井之所有人对于他人因工事杜绝、减少或污染其水者,得请求损害赔偿。如其水为饮用或利用土地所必要者,并得请求回复原状;其不能为全部回复者,仍应于可能范围内回复之。

前项情形,损害非因故意或过失所致,或被害人有过失者,法院得减轻赔偿金额或免除之。

第 783 条 (使用邻地余水权)

土地所有人因其家用或利用土地所必要,非以过巨之费用及劳力不能得水者,得支付偿金,对邻地所有人请求给与有余之水。

第 784 条 (变更水流权之限制)

水流地对岸之土地属于他人时,水流地所有人不得变更其水流或宽度。

两岸之土地均属于水流地所有人者,其所有人得变更其水流或宽度。但应留下游自然之水路。

前二项情形,法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。

第 785 条 (堰之设置与利用)

水流地所有人有设堰之必要者,得使其堰附着于对岸。但对于因此所生之损害,应支付偿金。

对岸地所有人于水流地之一部属于其所有者,得使用前项之堰。但应按其受益之程度,负担该堰设置及保存之费用。

前二项情形,法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。

第 786 条 (管线安设权)

土地所有人非通过他人之土地,不能设置电线、水管、瓦斯管或其他管线,或虽能设置而需费过巨者,得通过他人土地之上下而设置之。但应择其损害最少之处所及方法为之,并应支付偿金。

依前项之规定,设置电线、水管、瓦斯管或其他管线后,如情事有变更时,他土地所有人得请求变更其设置。

前项变更设置之费用,由土地所有人负担。但法令另有规定或另有习惯者,从其规定或习惯。

第七百七十九条第四项规定,于第一项但书之情形准用之。

第 787 条 (袋地所有人之通行权)

土地因与公路无适宜之联络,致不能为通常使用时,除因土地所有人之任意行为所生者外,土地所有人得通行周围地以至公路。

前项情形,有通行权人应于通行必要之范围内,择其周围地损害最少之处所及方法为之;对于通行地因此所受之损害,并应支付偿金。

第七百七十九条第四项规定,于前项情形准用之。

第 788 条 (通行权人之开路权)

有通行权人于必要时,得开设道路。但对于通行地因此所受之损害,应支付偿金。

前项情形,如致通行地损害过巨者,通行地所有人得请求有通行权人以相当之价额购买通行地及因此形成之畸零地,其价额由当事人协议定之;不能协议者,得请求法院以判决定之。

第 789 条 (通行权之限制)

因土地一部之让与或分割,而与公路无适宜之联络,致不能为通常使用者,土地所有人因至公路,仅得通行受让人或让与人或他分割人之所有地。数宗土地同属于一人所有,让与其一部或同时分别让与数人,而与公路无适宜之联络,致不能为通常使用者,亦同。

前项情形,有通行权人,无须支付偿金。

第 790 条 (禁止侵入之原则与例外)

土地所有人得禁止他人侵入其地内。但有下列情形之一者,不在此限:

一、他人有通行权者。

二、依地方习惯,任他人入其未设围障之田地、牧场、山林刈取杂草,采取枯枝枯干,或采集野生动物,或放牧牲畜者。

第 791 条 (寻查取回物侵入之允许)

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。

前项情形,土地所有人受有损害者,得请求赔偿。于未受赔偿前,得留置其物品或动物。

第 792 条 (邻地使用权)

土地所有人因邻地所有人在其地界或近旁,营造或修缮建筑物或其他工作物有使用其土地之必要,应许邻地所有人使用其土地。但因而受损害者,得请求偿金。

第 793 条 (气响侵入之禁止)

土地所有人于他人之土地、建筑物或其他工作物有瓦斯、蒸气、臭气、烟气、热气、灰屑、喧嚣、振动及其他与此相类者侵入时,得禁止之。但其侵入轻微,或按土地形状、地方习惯,认为相当者,不在此限。

第 794 条 (开掘土地或建筑时危险发生之预防)

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,或使邻地之建筑物或其他工作物受其损害。

第 795 条 (建筑物或工作物倾倒危险之预防)

建筑物或其他工作物之全部或一部,有倾倒之危险,致邻地有受损害之虞者,邻地所有人,得请求为必要之预防。

第 796 条 (越界建筑之效力)

土地所有人建筑房屋非因故意或重大过失逾越地界者,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房屋。但土地所有人对于邻地因此所受之损害,应支付偿金。

前项情形,邻地所有人得请求土地所有人,以相当之价额购买越界部分之土地及因此形成之畸零地,其价额由当事人协议定之,不能协议者,得请求法院以判决定之。

第 796 条之 1 (邻地所有人移去或变更之请求)

土地所有人建筑房屋逾越地界,邻地所有人请求移去或变更时,法院得斟酌公共利益及当事人利益,免为全部或一部之移去或变更。但土地所有人故意逾越地界者,不适用之。

前条第一项但书及第二项规定,于前项情形准用之。

第 796 条之 2 (其他建筑物越界之准用)

前二条规定,于具有与房屋价值相当之其他建筑物准用之。

第 797 条 (越界竹木之刈除权)

土地所有人遇邻地植物之枝根有逾越地界者,得向植物所有人,请求于相当期间内刈除之。

植物所有人不于前项期间内刈除者,土地所有人得刈取越界之枝根,并得请求偿还因此所生之费用。

越界植物之枝根,如于土地之利用无妨害者,不适用前二项之规定。

第 798 条 (果实自落邻地)

果实自落于邻地者,视为属于邻地所有人。但邻地为公用地者,不在此限。

第 799 条 (建筑物之区分所有)

称区分所有建筑物者,谓数人区分一建筑物而各专有其一部,就专有部分有单独所有权,并就该建筑物及其附属物之共同部分共有之建筑物。

前项专有部分,指区分所有建筑物在构造上及使用上可独立,且得单独为所有权之标的者。共有部分,指区分所有建筑物专有部分以外之其他部分及不属于专有部分之附属物。

专有部分得经其所有人之同意,依规约之约定供区分所有建筑物之所有人共同使用;共有部分除法律另有规定外,得经规约之约定供区分所有建筑物之特定所有人使用。

区分所有人就区分所有建筑物共有部分及基地之应有部分,依其专有部分面积与专有部分总面积之比例定之。但另有约定者,从其约定。

专有部分与其所属之共有部分及其基地之权利,不得分离而为移转或设定负担。

第 799 条之 1 (区分所有建筑物共有部分之费用分担)

区分所有建筑物共有部分之修缮费及其他负担,由各所有人按其应有部分分担之。但规约另有约定者,不在此限。

前项规定,于专有部分经依前条第三项之约定供区分所有建筑物之所有人共同使用者,准用之。

规约之内容依区分所有建筑物之专有部分、共有部分及其基地之位置、面积、使用目的、利用状况、区分所有人已否支付对价及其他情事,按其情形显失公平者,不同意之区分所有人得于规约成立后三个月内,请求法院撤销之。

区分所有人间依规约所生之权利义务,继受人应受拘束。其依其他约定所生之权利义务,特定继受人对于约定之内容明知或可得而知者,亦同。

第 799 条之 2 (同一建筑物区分权专有部分之准用)

同一建筑物属于同一人所有,经区分为数专有部分登记所有权者,准用第七百九十九条规定。

第 800 条 (他人正中宅门之使用)

第七百九十九条情形,其专有部分之所有人,有使用他专有部分所有人正中宅门之必要者,得使用之。但另有特约或另有习惯者,从其特约或习惯。

因前项使用,致他专有部分之所有人受损害者,应支付偿金。

第 800 条之 1 (其他权利人之准用)

第七百七十四条至前条规定,于地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人、承租人、其他土地、建筑物或其他工作物利用人准用之。

第三节 动产所有权

第 801 条（动产所有权之善意取得）

动产之受让人占有动产，而受关于占有规定之保护者，纵让与人无移转所有权之权利，受让人仍取得其所有权。

第 802 条（无主动产之先占）

以所有之意思，占有无主之动产者，除法令另有规定外，取得其所有权。

第 803 条（遗失物拾得人之揭示报告义务）

拾得遗失物者应从速通知遗失人、所有人、其他有受领权之人或报告警察、自治机关。报告时，应将其物一并交存。但于机关、学校、团体或其他公共场所拾得者，亦得报告于各该场所之管理机关、团体或其负责人、管理人，并将其物交存。

前项受报告者，应从速于遗失物拾得地或其他适当处所，以公告、广播或其他适当方法招领之。

第 804 条（遗失物经揭示后之报告或交存义务）

依前条第一项为通知或依第二项由公共场所之管理机关、团体或其负责人、管理人为招领后，有受领权之人未于相当期间认领时，拾得人或招领人应将拾得物交存于警察或自治机关。

警察或自治机关认原招领之处所或方法不适当时，得再为招领之。

第 805 条（认领之期限、费用及报酬之请求）

遗失物自通知或最后招领之日起六个月内，有受领权之人认领时，拾得人、招领人、警察或自治机关，于通知、招领及保管之费用受偿后，应将其物返还之。

有受领权之人认领遗失物时，拾得人得请求报酬。但不得超过其物财产上价值十分之三。其不具有财产上价值者，拾得人亦得请求相当之报酬。

前项报酬请求权，因六个月内不行使而消灭。

第一项费用之支出者或得请求报酬之拾得人，在其费用或报酬未受清偿前，就该遗失物有留置权。其权利人有数人时，遗失物占有人视为为全体权利人占有。

第 805 条之 1（报酬请求权之限制）

有下列情形之一者，不得请求前条第二项之报酬：

一、在公众得出入之场所或供公众往来之交通设备内，由其管理人或受雇人拾得遗失物。

二、拾得人违反通知、报告或交存义务或经查询仍隐匿其拾得之事实。

第 806 条（拾得物之拍卖）

拾得物易于腐坏或其保管需费过巨者，招领人、警察或自治机关得为拍卖或径以市价变卖之，保管其价金。

第 807 条（逾期未认领之遗失物之归属）

遗失物自通知或最后招领之日起逾六个月,未经有受领权之人认领者,由拾得人取得其所有权。警察或自治机关并应通知其领取遗失物或卖得之价金。其不能通知者,应公告之。

拾得人于受前项通知或公告后三个月内未领取者,其物或卖得之价金归属于保管地之地方自治团体。

第 807 条之 1 (小额遗失物之处理)

遗失物价值在新台币五百元以下者,拾得人应从速通知遗失人、所有人或其他有受领权之人。其有第八百零三条第一项但书之情形者,亦得依该条第一项但书及第二项规定办理。

前项遗失物于下列期间未经有受领权之人认领者,由拾得人取得其所有权或变卖之价金:

一、自通知或招领之日起逾十五日。

二、不能依前项规定办理,自拾得日起逾一个月。

第八百零五条至前条规定,于前二项情形准用之。

第 808 条 (埋藏物之发现)

发现埋藏物而占有者,取得其所有权。但埋藏物系在他人所有之动产或不动产中发现者,该动产或不动产之所有人与发现人,各取得埋藏物之半。

第 809 条 (有学术价值埋藏物之特别规定)

发现之埋藏物,足供学术、艺术、考古或历史之资料者,其所有权之归属,依特别法之规定。

第 810 条 (漂流物或沉没物之拾得)

拾得漂流物、沉没物或其他因自然力而脱离他人占有之物者,准用关于拾得遗失物之规定。

第 811 条 (动产与不动产之附合)

动产因附合而为不动产之重要成分者,不动产所有人,取得动产所有权。

第 812 条 (动产与动产之附合)

动产与他人之动产附合,非毁损不能分离,或分离需费过巨者,各动产所有人,按其动产附合时之价值,共有合成物。

前项附合之动产,有可视为主物者,该主物所有人,取得合成物之所有权。

第 813 条 (动产与动产之混合)

动产与他人之动产混合,不能识别,或识别需费过巨者,准用前条之规定。

第 814 条 (加工)

加工于他人之动产者,其加工物之所有权,属于材料所有人。但因加工所增之价值显逾材料之价值者,其加工物之所有权属于加工人。

第 815 条（添附之效果〔一〕）

依前四条之规定，动产之所有权消灭者，该动产上之其他权利，亦同消灭。

第 816 条（添附之效果〔二〕）

因前五条之规定而受损害者，得依关于不当得利之规定，请求偿还价额。

第四节 共有

第 817 条（分别共有）

数人按其应有部分，对于一物有所有权者，为共有人。

各共有人之应有部分不明者，推定其为均等。

第 818 条（共有物之使用收益）

各共有人，除契约另有约定外，按其应有部分，对于共有物之全部，有使用收益之权。

第 819 条（应有部分及共有物之处分）

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。

第 820 条（共有物之管理）

共有物之管理，除契约另有约定外，应以共有人过半数及其应有部分合计过半数之同意行之。但其应有部分合计逾三分之二者，其人数不予计算。

依前项规定之管理显失公平者，不同意之共有人得声请法院以裁定变更之。

前二项所定之管理，因情事变更难以继续时，法院得因任何共有人之声请，以裁定变更之。

共有人依第一项规定为管理之决定，有故意或重大过失，致共有人受损害者，对不同意之共有人连带负赔偿责任。

共有物之简易修缮及其他保存行为，得由各共有人单独为之。

第 821 条（共有物请求权之行使）

各共有人对于第三人，得就共有物之全部为本于所有权之请求。但回复共有物之请求，仅得为共有人全体之利益为之。

第 822 条（共有物费用之分担）

共有物之管理费及其他负担，除契约另有约定外，应由各共有人按其应有部分分担之。

共有人中之一人，就共有物之负担为支付，而逾其所应分担之部分者，对于其他共有人得按其各应分担之部分，请求偿还。

第 823 条（共有物分割之请求及其限制）

各共有人，除法令另有规定外，得随时请求分割共有物。但因物之使用目的不能分割或契约订有不分割之期限者，不在此限。

前项约定不分割之期限,不得逾五年;逾五年者,缩短为五年。但共有之不动产,其契约订有管理之约定时,约定不分割之期限,不得逾三十年;逾三十年者,缩短为三十年。

前项情形,如有重大事由,共有人仍得随时请求分割。

第 824 条 (共有物分割之方法)

共有物之分割,依共有人协议之方法行之。

分割之方法不能协议决定,或于协议决定后因消灭时效完成经共有人拒绝履行者,法院得因任何共有人之请求,命为下列之分配:

一、以原物分配于各共有人。但各共有人均受原物之分配显有困难者,得将原物分配于部分共有人。

二、原物分配显有困难时,得变卖共有物,以价金分配于各共有人;或以原物之一部分分配于各共有人,他部分变卖,以价金分配于各共有人。

以原物为分配时,如共有人中有未受分配,或不能按其应有部分受分配者,得以金钱补偿之。

以原物为分配时,因共有人之利益或其他必要情形,得就共有物之一部分仍维持共有。

共有人相同之数不动产,除法令另有规定外,共有人得请求合并分割。

共有人部分相同之相邻数不动产,各该不动产均具应有部分之共有人,经各不动产应有部分过半数共有人之同意,得适用前项规定,请求合并分割。但法院认合并分割为不适当者,仍分别分割之。

变卖共有物时,除买受人为共有人外,共有人有依相同条件优先承买之权,有二人以上愿优先承买者,以抽签定之。

第 824 条之 1 (共有物分割之效力)

共有人自共有物分割之效力发生时起,取得分得部分之所有权。

应有部分有抵押权或质权者,其权利不因共有物之分割而受影响。但有下列情形之一者,其权利移存于抵押人或出质人所分得之部分:

- 一、权利人同意分割。
- 二、权利人已参加共有物分割诉讼。
- 三、权利人经共有人告知诉讼而未参加。

前项但书情形,予以价金分配或以金钱补偿者,准用第八百八十一条第一项、第二项或第八百九十九条第一项规定。

前条第三项之情形,如为不动产分割者,应受补偿之共有人,就其补偿金额,对于补偿义务人所分得之不动产,有抵押权。

前项抵押权应于办理共有物分割登记时,一并登记。其次序优先于第二项但书之抵押权。

第 825 条（共有人之互负担保责任）

各共有人,对于他共有人因分割而得之物,按其应有部分,负与出卖人同一之担保责任。

第 826 条（所得物与共有物证书之保存）

共有物分割后,各分割人应保存其所得物之证书。

共有物分割后,关于共有物之证书,归取得最大部分之人保存之,无取得最大部分者,由分割人协议定之,不能协议决定者,得声请法院指定之。

各分割人,得请求使用他分割人所保存之证书。

第 826 条之 1（共有物之管理或协议分割契约之效力）

不动产共有人间关于共有物使用、管理、分割或禁止分割之约定或依第八百二十条第一项规定所为之决定,于登记后,对于应有部分之受让人或取得物权之人,具有效力。其由法院裁定所定之管理,经登记后,亦同。

动产共有人间就共有物为前项之约定、决定或法院所为之裁定,对于应有部分之受让人或取得物权之人,以受让或取得时知悉其情事或可得而知者为限,亦具有效力。

共有物应有部分让与时,受让人对让与人就共有物因使用、管理或其他情形所生之负担连带负清偿责任。

第 827 条（公同共有之成立）

依法律规定、习惯或法律行为,成一公同关系之数人,基于其公同关系,而共有一物者,为公同共有人。

前项依法律行为成立之公同关系,以有法律规定或习惯者为限。

各公同共有人之权利,及于公同共有物之全部。

第 828 条（公同共有人之权利义务关系）

公同共有人之权利义务,依其公同关系所由成立之法律、法律行为或习惯定之。

第八百二十条、第八百二十一条及第八百二十六条之一规定,于公同共有准用之。

公同共有物之处分及其他之权利行使,除法律另有规定外,应得公同共有人全体之同意。

第 829 条（公同共有物分割之限制）

公同关系存续中,各公同共有人,不得请求分割其公同共有物。

第 830 条（公同共有关系之消灭）

公同共有之关系,自公同关系终止,或因公同共有物之让与而消灭。

公同共有物之分割,除法律另有规定外,准用关于共有物分割之规定。

第 831 条（准共有与准公同共有）

本节规定,于所有权以外之财产权,由数人共有或公同共有者,准用之。

第三章 地 上 权

第一节 普通地上权

第 832 条 (普通地上权之意义)

称普通地上权者,谓以在他人土地之上下有建筑物或其他工作物为目的而使用其土地之权。

第 833 条 (删除)

第 833 条之 1 (未定期限地上权之存续期间及其终止)

地上权未定有期限者,存续期间逾二十年或地上权成立之目的已不存在时,法院得因当事人之请求,斟酌地上权成立之目的、建筑物或工作物之种类、性质及利用状况等情形,定其存续期间或终止其地上权。

第 833 条之 2 (以公共建设目的成立之地上权之存续期限)

以公共建设为目的而成立之地上权,未定有期限者,以该建设使用目的完毕时,视为地上权之存续期限。

第 834 条 (无支付地租之地上权之抛弃)

地上权无支付地租之约定者,地上权人得随时抛弃其权利。

第 835 条 (有支付地租之地上权之抛弃)

地上权定有期限,而有支付地租之约定者,地上权人得支付未到期之三年分地租后,抛弃其权利。

地上权未定有期限,而有支付地租之约定者,地上权人抛弃权利时,应于一年前通知土地所有人,或支付未到期之一年分地租。

因不可归责于地上权人之事由,致土地不能达原来使用之目的时,地上权人于支付前二项地租二分之一后,得抛弃其权利;其因可归责于土地所有人之事由,致土地不能达原来使用之目的时,地上权人亦得抛弃其权利,并免支付地租。

第 835 条之 1 (地租之增减或酌定)

地上权设定后,因土地价值之升降,依原定地租给付显失公平者,当事人得请求法院增减之。

未定有地租之地上权,如因土地之负担增加,非当时所得预料,仍无偿使用显失公平者,土地所有人得请求法院酌定其地租。

第 836 条 (地上权之终止:积欠地租)

地上权人积欠地租达二年之总额,除另有习惯外,土地所有人得定相当期限催告地上权人支付地租,如地上权人于期限内不为支付,土地所有人得终止地上权。地上权经设定抵押权者,并应同时将该催告之事实通知抵押权人。

地租之约定经登记者,地上权让与时,前地上权人积欠之地租应并同计算。受让人就前地上权人积欠之地租,应与让与人连带负清偿责任。

第一项终止,应向地上权人以意思表示为之。

第 836 条之 1 (预付地租登记之对抗效力)

土地所有权让与时,已预付之地租,非经登记,不得对抗第三人。

第 836 条之 2 (地上权人使用土地之方法)

地上权人应依设定之目的及约定之使用方法,为土地之使用收益;未约定使用方法者,应依土地之性质为之,并均应保持其得永续利用。

前项约定之使用方法,非经登记,不得对抗第三人。

第 836 条之 3 (地上权之终止:违反土地使用收益)

地上权人违反前条第一项规定,经土地所有人阻止而仍继续为之者,土地所有人得终止地上权。地上权经设定抵押权者,并应同时将该阻止之事实通知抵押权人。

第 837 条 (地上权租金减免请求之限制)

地上权人,纵因不可抗力,妨碍其土地之使用,不得请求免除或减少租金。

第 838 条 (地上权之让与或设定抵押权)

地上权人得将其权利让与他人或设定抵押权。但契约另有约定或另有习惯者,不在此限。

前项约定,非经登记,不得对抗第三人。

地上权与其建筑物或其他工作物,不得分离而为让与或设定其他权利。

第 838 条之 1 (法定地上权)

土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,因强制执行之拍卖,其土地与建筑物之拍定人各异时,视为已有地上权之设定,其地租、期间及范围由当事人协议定之;不能协议者,得请求法院以判决定之。其仅以土地或建筑物为拍卖时,亦同。

前项地上权,因建筑物之灭失而消灭。

第 839 条 (工作物之取回)

地上权消灭时,地上权人得取回其工作物。但应回复土地原状。

地上权人不于地上权消灭后一个月内取回其工作物者,工作物归属于土地所有人。其有碍于土地之利用者,土地所有人得请求回复原状。

地上权人取回其工作物前,应通知土地所有人。土地所有人愿以时价购买者,地上权人非有正当理由,不得拒绝。

第 840 条 (建筑物之补偿或期间之延长)

地上权人之工作物为建筑物者,如地上权因存续期间届满而消灭,地上权人得于期间届满前,定一个月以上之期间,请求土地所有人按该建筑物之时价为补偿。但契约另有约定者,从其约定。

土地所有人拒绝地上权人前项补偿之请求或于期间内不为确答者,地上权之期

间应酌量延长之。地上权人不愿延长者,不得请求前项之补偿。

第一项之时价不能协议者,地上权人或土地所有人得声请法院裁定之。土地所有人不愿依裁定之时价补偿者,适用前项规定。

依第二项规定延长期间者,其期间由土地所有人与地上权人协议定之;不能协议者,得请求法院斟酌建筑物与土地使用之利益,以判决定之。

前项期间届满后,除经土地所有人与地上权人协议者外,不适用第一项及第二项规定。

第 841 条 (地上权之永续性)

地上权不因建筑物或其他工作物之灭失而消灭。

第二节 区分地上权

第 841 条之 1 (区分地上权之意义)

称区分地上权者,谓以在他人土地上下之一定空间范围内设定之地上权。

第 841 条之 2 (区分地上权之使用收益约定)

区分地上权人得与其设定之土地上下有使用、收益权利之人,约定相互间使用收益之限制。其约定未经土地所有人同意者,于使用收益权消灭时,土地所有人不受该约定之拘束。

前项约定,非经登记,不得对抗第三人。

第 841 条之 3 (延长地上权期间,第三人利益之斟酌)

法院依第八百四十条第四项定区分地上权之期间,足以影响第三人之权利者,应并斟酌该第三人之利益。

第 841 条之 4 (第三人之补偿)

区分地上权依第八百四十条规定,以时价补偿或延长期间,足以影响第三人之权利时,应对该第三人为相当之补偿。补偿之数额以协议定之;不能协议时,得声请法院裁定之。

第 841 条之 5 (用益物权之优先性)

同一土地有区分地上权与以使用收益为目的之物权同时存在者,其后设定物权之权利行使,不得妨害先设定之物权。

第 841 条之 6 (区分地上权之准用规定)

区分地上权,除本节另有规定外,准用关于普通地上权之规定。

第四章 (删除)

第 842 条 (删除)

第 843 条 (删除)

第 844 条 (删除)

第 845 条 (删除)

第 846 条 (删除)

第 847 条 (删除)

第 848 条 (删除)

第 849 条 (删除)

第 850 条 (删除)

第四章之一 农 育 权

第 850 条之 1 (农育权之意义或期限)

称农育权者,谓在他人土地为农作、森林、养殖、畜牧、种植竹木或保育之权。

农育权之期限,不得逾二十年;逾二十年者,缩短为二十年。但以造林、保育为目的或法令另有规定者,不在此限。

第 850 条之 2 (农育权之终止)

农育权未定有期限时,除以造林、保育为目的者外,当事人得随时终止之。

前项终止,应于六个月前通知他方当事人。

第八百三十三条之一规定,于农育权以造林、保育为目的而未定有期限者准用之。

第 850 条之 3 (农育权之让与及设定抵押)

农育人得将其权利让与他人或设定抵押权。但契约另有约定或另有习惯者,不在此限。

前项约定,非经登记不得对抗第三人。

农育权与其农育工作物不得分离而为让与或设定其他权利。

第 850 条之 4 (因不可抗力而生之地租或土地使用变更权及终止权)

农育权有支付地租之约定者,农育人因不可抗力致收益减少或全无时,得请求减免其地租或变更原约定土地使用之目的。

前项情形,农育人不能依原约定目的使用者,当事人得终止之。

前项关于土地所有人得行使终止权之规定,于农育权无支付地租之约定者,准用之。

第 850 条之 5 (农育人出租限制)

农育人不得将土地或农育工作物出租于他人。但农育工作物之出租另有习惯者,从其习惯。

农育人违反前项规定者,土地所有人得终止农育权。

第 850 条之 6 (农育人使用土地之方法)

农育人应依设定之目的及约定之方法,为土地之使用收益;未约定使用方法

者,应依土地之性质为之,并均应保持其生产力或得永续利用。

农育权人违反前项规定,经土地所有人阻止而仍继续为之者,土地所有人得终止农育权。农育权经设定抵押权者,并应同时将该阻止之事实通知抵押权人。

第 850 条之 7 (出产物及工作物之取回)

农育权消灭时,农育权人得取回其土地上之出产物及农育工作物。

第八百三十九条规定,于前项情形准用之。

第一项之出产物未及收获而土地所有人又不愿以时价购买者,农育权人得请求延长农育权期间至出产物可收获时为止,土地所有人不得拒绝。但延长之期限,不得逾六个月。

第 850 条之 8 (农育权人之土地特别改良权)

农育权人得为增加土地生产力或使用便利之特别改良。

农育权人将前项特别改良事项及费用数额,以书面通知土地所有人,土地所有人于收受通知后不即为反对之表示者,农育权人于农育权消灭时,得请求土地所有人返还特别改良费用。但以其现存之增价额为限。

前项请求权,因二年间不行使而消灭。

第 850 条之 9 (农育权之准用规定)

第八百三十四条、第八百三十五条第一项、第二项、第八百三十五条之一至第八百三十六条之一、第八百三十六条之二第二项规定,于农育权准用之。

第五章 不动产役权

第 851 条 (不动产地役权之意义)

称不动产役权者,谓以他人不动产供自己不动产通行、汲水、采光、眺望、电信或其他以特定便宜之用为目的之权。

第 851 条之 1 (用益物权之优先性)

同一不动产上有不动产役权与以使用收益为目的之物权同时存在者,其后设定物权之权利行使,不得妨害先设定之物权。

第 852 条 (不动产役权之时效取得)

不动产役权因时效而取得者,以继续并表见者为限。

前项情形,需役不动产为共有者,共有人中一人之行为,或对于共有人中一人之行为,为他共有人之利益,亦生效力。

向行使不动产役权取得时效之各共有人为中断时效之行为者,对全体共有人发生效力。

第 853 条 (不动产地役权之从属性)

不动产役权不得由需役不动产分离而为让与,或为其他权利之标的物。

第 854 条（附随不动产役权）

不动产役权人因行使或维持其权利，得为必要之附随行为。但应择于供役不动产损害最少之处所及方法为之。

第 855 条（设置之维持与使用）

不动产役权人因行使权利而为设置者，有维持其设置之义务；其设置由供役不动产所有人提供者，亦同。

供役不动产所有人于无碍不动产役权行使之范围内，得使用前项之设置，并按其受益之程度，分担维持其设置之费用。

第 855 条之 1（行使不动产役权处所或方法之变更）

供役不动产所有人或不动产役权人因行使不动产役权之处所或方法有变更之必要，而不甚妨碍不动产役权人或供役不动产所有人权利之行使者，得以自己之费用，请求变更之。

第 856 条（地役权之不可分性[一]—需役地分割之效力）

需役不动产经分割者，其不动产役权为各部分之利益仍为存续。但不不动产役权之行使，依其性质只关于需役不动产之一部分者，仅就该部分仍为存续。

第 857 条（地役权之不可分性[二]—供役地分割之效力）

供役不动产经分割者，不动产役权就其各部分仍为存续。但不不动产役权之行使，依其性质只关于供役不动产之一部分者，仅对于该部分仍为存续。

第 858 条（删除）

第 859 条（不动产役权之宣告消灭及当然消灭）

不动产役权之全部或一部无存续之必要时，法院因供役不动产所有人之请求，得就其无存续必要之部分，宣告不动产役权消灭。

不动产役权因需役不动产灭失或不堪使用而消灭。

第 859 条之 1（不动产役权人设置取回之准用）

不动产役权消灭时，不动产役权人所为之设置，准用第八百三十九条规定。

第 859 条之 2（不动产役权之准用规定）

第八百三十四条至第八百三十六条之三规定，于不动产役权准用之。

第 859 条之 3（不动产役权设定权人）

基于以使用收益为目的之物权或租赁关系而使用需役不动产者，亦得为该不动产设定不动产役权。

前项不动产役权，因以使用收益为目的之物权或租赁关系之消灭而消灭。

第 859 条之 4（不动产役权设定标的）

不动产役权，亦得就自己之不动产设定之。

第 859 条之 5（不动产役权之准用规定）

第八百五十一条至第八百五十九条之二规定，于前二条准用之。

第六章 抵 押 权

第一节 普通抵押权

第 860 条 (抵押权之意义)

称普通抵押权者,谓债权人对于债务人或第三人不移转占有而供其债权担保之不动产,得就该不动产卖得价金优先受偿之权。

第 861 条 (抵押权之担保范围)

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。但契约另有约定者,不在此限。

得优先受偿之利息、迟延利息、一年或不及一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五年内发生及于强制执行程序中发生者为限。

第 862 条 (抵押权效力之范围[一]—从物及从权利)

抵押权之效力,及于抵押物之从物与从权利。

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。

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,准用第八百七十七条之规定。

第 862 条之 1 (抵押权效力之范围)

抵押物灭失之残余物,仍为抵押权效力所及。抵押物之成分非依物之通常用法而分离成为独立之动产者,亦同。

前项情形,抵押权人得请求占有该残余物或动产,并依质权之规定,行使其权利。

第 863 条 (抵押权效力之范围[二]—天然孳息)

抵押权之效力,及于抵押物扣押后自抵押物分离,而得由抵押人收取之天然孳息。

第 864 条 (抵押权效力之范围[三]—法定孳息)

抵押权之效力,及于抵押物扣押后抵押人就抵押物得收取之法定孳息。但抵押权人,非以扣押抵押物之事情,通知应清偿法定孳息之义务人,不得与之对抗。

第 865 条 (抵押权之次序)

不动产所有人,因担保数债权,就同一不动产,设定数抵押权者,其次序依登记之先后定之。

第 866 条 (其他权利之设定)

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受影响。

前项情形,抵押权人实行抵押权受有影响者,法院得除去该权利或终止该租赁关系后拍卖之。

不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上,成立第一项以外之权利者,准用前项之规定。

第 867 条 (抵押权之追及效力)

不动产所有人设定抵押权后,得将不动产让与他人。但其抵押权不因此而受影响。

第 868 条 (抵押权之不可分性[一]—抵押物分割)

抵押之不动产如经分割,或让与其一部,或担保一债权之数不动产而以其一让与他人者,其抵押权不因此而受影响。

第 869 条 (抵押权之不可分性[二]—债权分割)

以抵押权担保之债权,如经分割或让与其一部者,其抵押权不因此而受影响。

前项规定,于债务分割或承担其一部时适用之。

第 870 条 (抵押权之从属性)

抵押权不得由债权分离而为让与,或为其他债权之担保。

第 870 条之 1 (抵押权次序之让与及抛弃)

同一抵押物有多数抵押权者,抵押权人得以下列方法调整其可优先受偿之分配额。但他抵押权人之利益不受影响:

- 一、为特定抵押权人之利益,让与其抵押权之次序。
- 二、为特定后次序抵押权人之利益,抛弃其抵押权之次序。
- 三、为全体后次序抵押权人之利益,抛弃其抵押权之次序。

前项抵押权次序之让与或抛弃,非经登记,不生效力。并应于登记前,通知债务人、抵押人及共同抵押人。

因第一项调整而受利益之抵押权人,亦得实行调整前次序在先之抵押权。

调整优先受偿分配额时,其次序在先之抵押权所担保之债权,如有第三人之不动产为同一债权之担保者,在因调整后增加负担之限度内,以该不动产为标的物之抵押权消灭。但经该第三人同意者,不在此限。

第 870 条之 2 (调整后保证责任)

调整可优先受偿分配额时,其次序在先之抵押权所担保之债权有保证人者,于因调整后所失优先受偿之利益限度内,保证人免其责任。但经该保证人同意调整者,不在此限。

第 871 条 (抵押权之保全[一]—抵押物价值减少之防止)

抵押人之行为,足使抵押物之价值减少者,抵押权人得请求停止其行为。如有急迫之情事,抵押权人得自为必要之保全处分。

因前项请求或处分所生之费用,由抵押人负担。其受偿次序优先于各抵押权所

担保之债权。

第 872 条 (抵押权之保全[二]—抵押物价值减少之补救)

抵押物之价值因可归责于抵押人之事由致减少时,抵押权人得定相当期限,请求抵押人回复抵押物之原状,或提出与减少价额相当之担保。

抵押人不于前项所定期限内,履行抵押权人之请求时,抵押权人得定相当期限请求债务人提出与减少价额相当之担保。届期不提出者,抵押权人得请求清偿其债权。

抵押人为债务人时,抵押权人得不再为前项请求,径行请求清偿其债权。

抵押物之价值因不可归责于抵押人之事由致减少者,抵押权人仅于抵押人因此所受利益之限度内,请求提出担保。

第 873 条 (抵押权之实行方法与流质契约之禁止)

抵押权人,于债权已届清偿期,而未受清偿者,得声请法院,拍卖抵押物,就其卖得价金而受清偿。

第 873 条之 1 (流押契约禁止)

约定于债权已届清偿期而未为清偿时,抵押物之所有权移属于抵押权人者,非经登记,不得对抗第三人。

抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时,抵押物价值超过担保债权部分,应返还抵押人;不足清偿担保债权者,仍得请求债务人清偿。

抵押人在抵押物所有权移转予抵押权人前,得清偿抵押权担保之债权,以消灭该抵押权。

第 873 条之 2 (抵押权之实行)

抵押权人实行抵押权者,该不动产上之抵押权,因抵押物之拍卖而消灭。

前项情形,抵押权所担保之债权有未届清偿期者,于抵押物拍卖得受清偿之范围内,视为到期。

抵押权所担保之债权未定清偿期或清偿期尚未届至,而拍定人或承受抵押物之债权人声明愿在拍定或承受之抵押物价额范围内清偿债务,经抵押权人同意者,不适用前二项之规定。

第 874 条 (抵押物卖得价金之分配次序)

抵押物卖得之价金,除法律另有规定外,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。

第 875 条 (共同抵押[一])

为同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权,而未限定各个不动产所负担之金额者,抵押权人得就各个不动产卖得之价金,受债权全部或一部之清偿。

第 875 条之 1 (共同抵押[二])

为同一债权之担保,于数不动产上设定抵押权,抵押物全部或部分同时拍卖时,拍卖之抵押物中有为债务人所有者,抵押权人应先就该抵押物卖得之价金受偿。

第 875 条之 2（共同抵押〔三〕）

为同一债权之担保，于数不动产上设定抵押权者，各抵押物对债权分担之金额，依下列规定计算之：

- 一、未限定各个不动产所负担之金额时，依各抵押物价值之比例。
- 二、已限定各个不动产所负担之金额时，依各抵押物所限定负担金额之比例。
- 三、仅限定部分不动产所负担之金额时，依各抵押物所限定负担金额与未限定负担金额之各抵押物价值之比例。

计算前项第二款、第三款分担金额时，各抵押物所限定负担金额较抵押物价值为高者，以抵押物之价值为准。

第 875 条之 3（共同抵押〔四〕）

为同一债权之担保，于数不动产上设定抵押权者，在抵押物全部或部分同时拍卖，而其卖得价金超过所担保之债权额时，经拍卖之各抵押物对债权分担金额之计算，准用前条之规定。

第 875 条之 4（共同抵押〔五〕）

为同一债权之担保，于数不动产上设定抵押权者，在各抵押物分别拍卖时，适用下列规定：

一、经拍卖之抵押物为债务人以外之第三人所有，而抵押权人就该抵押物卖得价金受偿之债权额超过其分担额时，该抵押物所有人就超过分担额之范围内，得请求其余未拍卖之其他第三人偿还其供担保抵押物应分担之部分，并对该第三人之抵押物，以其分担额为限，承受抵押权人之权利。但不得有害于该抵押权人之利益。

二、经拍卖之抵押物为同一人所有，而抵押权人就该抵押物卖得价金受偿之债权额超过其分担额时，该抵押物之后次序抵押权人就超过分担额之范围内，对其余未拍卖之同一人供担保之抵押物，承受实行抵押权人之权利。但不得有害于该抵押权人之利益。

第 876 条（法定地上权）

设定抵押权时，土地及其土地上之建筑物，同属于一人所有，而仅以土地或仅以建筑物为抵押者，于抵押物拍卖时，视为已有地上权之设定，其地租、期间及范围由当事人协议定之。不能协议者，得声请法院以判决定之。

设定抵押权时，土地及其土地上之建筑物，同属于一人所有，而以土地及建筑物为抵押者，如经拍卖，其土地与建筑物之拍定人各异时，适用前项之规定。

第 877 条（建筑物与土地之并付拍卖）

土地所有人于设定抵押权后，在抵押之土地上营造建筑物者，抵押权人于必要时，得于强制执行程序中声请法院将其建筑物与土地并付拍卖。但对于建筑物之价金，无优先受清偿之权。

前项规定，于第八百六十六条第二项及第三项之情形，如抵押之不动产上，有该

权利人或经其同意使用之人之建筑物者,准用之。

第 877 条之 1 (抵押物存在必要权利并付拍卖)

以建筑物设定抵押权者,于法院拍卖抵押物时,其抵押物存在所必要之权利得让与者,应并付拍卖。但抵押权人对于该权利卖得之价金,无优先受清偿之权。

第 878 条 (拍卖以外抵押权之实行方法)

抵押权人于债权清偿期届满后,为受清偿,得订立契约,取得抵押物之所有权或用拍卖以外之方法,处分抵押物,但有害于其他抵押权人之利益者,不在此限。

第 879 条 (物上保证人之求偿权)

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或限定之金额比例定之。抵押物之担保债权额少于抵押物之价值者,应以该债权额为准。

前项情形,抵押人就超过其分担额之范围,得请求保证人偿还其应分担部分。

第 879 条之 1 (抵押权因免除保证责任免除)

第三人为债务人设定抵押权时,如债权人免除保证人之保证责任者,于前条第二项保证人应分担部分之限度内,该部分抵押权消灭。

第 880 条 (时效完成后抵押权之实行)

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,五年间不实行其抵押权者,其抵押权消灭。

第 881 条 (抵押权之消灭与物上代位)

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赔偿或其他利益者,不在此限。

抵押权人对于前项抵押人所得行使之赔偿或其他请求权有权利质权,其次序与原抵押权同。

给付义务人因故意或重大过失向抵押人为给付者,对于抵押权人不生效力。

抵押物因毁损而得受之赔偿或其他利益,准用前三项之规定。

第二节 最高限额抵押权

第 881 条之 1 (最高限额抵押权之意义)

称最高限额抵押权者,谓债务人或第三人提供其不动产为担保,就债权人对债务人一定范围内之不特定债权,在最高限额内设定之抵押权。

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。

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、开始清算程序,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。

第 881 条之 2 (最高限额约定额度)

最高限额抵押权人就已确定之原债权,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、迟延利息、违约金,与前项债权合计不逾最高限额范围者,亦同。

第 881 条之 3 (约定变更债权范围或债务人)

原债权确定前,抵押权人与抵押人得约定变更第八百八十一条之一第二项所定债权之范围或其债务人。

前项变更无须得后次序抵押权人或其他利害关系人同意。

第 881 条之 4 (约定确定日期)

最高限额抵押权得约定其所担保原债权应确定之日期,并得于确定之日期前,约定变更之。

前项确定之日期,自抵押权设定时起,不得逾三十年。逾三十年者,缩短为三十年。

前项期限,当事人得更新之。

第 881 条之 5 (未约定确定日期)

最高限额抵押权所担保之原债权,未约定确定之日期者,抵押人或抵押权人得随时请求确定其所担保之原债权。

前项情形,除抵押人与抵押权人另有约定外,自请求之日起,经十五日为其确定日期。

第 881 条之 6 (最高限额抵押权不随同债权移转)

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。

最高限额抵押权所担保之债权,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。

第 881 条之 7 (抵押权人或债务人为法人而合并)

原债权确定前,最高限额抵押权之抵押权人或债务人为法人而有合并之情形者,抵押人得自知悉合并之日起十五日内,请求确定原债权。但自合并登记之日起已逾三十日,或抵押人为合并之当事人者,不在此限。

有前项之请求者,原债权于合并时确定。

合并后之法人,应于合并之日起十五日内通知抵押人,其未为通知致抵押人受损

害者,应负赔偿责任。

前三项之规定,于第三百零六条或法人分割之情形,准用之。

第 881 条之 8 (最高限额抵押权之分割与共有)

原债权确定前,抵押权人经抵押人之同意,得将最高限额抵押权之全部或分割其一部让与他人。

原债权确定前,抵押权人经抵押人之同意,得使他人成为最高限额抵押权之共有人。

第 881 条之 9 (最高限额抵押权之共有)

最高限额抵押权为数人共有者,各共有人按其债权额比例分配其得优先受偿之价金。但共有人于原债权确定前,另有约定者,从其约定。

共有人得依前项按债权额比例分配之权利,非经共有人全体之同意,不得处分。但已有应有部分之约定者,不在此限。

第 881 条之 10 (共同最高限额抵押权)

为同一债权之担保,于数不动产上设定最高限额抵押权者,如其担保之原债权,仅其中一不动产发生确定事由时,各最高限额抵押权所担保之原债权均归于确定。

第 881 条之 11 (不因当事人死亡受影响)

最高限额抵押权不因抵押权人、抵押人或债务人死亡而受影响。但经约定为原债权确定之事由者,不在此限。

第 881 条之 12 (原债权之确定)

最高限额抵押权所担保之原债权,除本节另有规定外,因下列事由之一而确定:

一、约定之原债权确定期日届至者。

二、担保债权之范围变更或因其他事由,致原债权不继续发生者。

三、担保债权所由发生之法律关系经终止或因其他事由而消灭者。

四、债权人拒绝继续发生债权,债务人请求确定者。

五、最高限额抵押权人声请裁定拍卖抵押物,或依第八百七十三条之一之规定为抵押物所有权移转之请求时,或依第八百七十八条规定订立契约者。

六、抵押物因他债权人声请强制执行经法院查封,而为最高限额抵押权人所知悉,或经执行法院通知最高限额抵押权人者。但抵押物之查封经撤销时,不在此限。

七、债务人或抵押人经裁定宣告破产者。但其裁定经废弃确定时,不在此限。

第八百八十一条之五第二项之规定,于前项第四款之情形,准用之。

第一项第六款但书及第七款但书之规定,于原债权确定后,已有第三人受让担保债权,或以该债权为标的物设定权利者,不适用之。

第 881 条之 13 (请求结算)

最高限额抵押权所担保之原债权确定事由发生后,债务人或抵押人得请求抵押权人结算实际发生之债权额,并得就该金额请求变更为普通抵押权之登记。但不得

逾原约定最高限额之范围。

第 881 条之 14（确定后担保效力）

最高限额抵押权所担保之原债权确定后，除本节另有规定外，其担保效力不及于继续发生之债权或取得之票据上之权利。

第 881 条之 15（时效完成后最高限额抵押权之实行）

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，五年间不实行其抵押权者，该债权不再属于最高限额抵押权担保之范围。

第 881 条之 16（担保债权超过限额）

最高限额抵押权所担保之原债权确定后，于实际债权额超过最高限额时，为债务人设定抵押权之第三人，或其他对该抵押权之存在有法律上利害关系之人，于清偿最高限额为度之金额后，得请求涂销其抵押权。

第 881 条之 17（普通抵押权规定之准用）

最高限额抵押权，除第八百六十一条第二项、第八百六十九条第一项、第八百七十条、第八百七十条之一、第八百七十条之二、第八百八十条之规定外，准用关于普通抵押权之规定。

第三节 其他抵押权

第 882 条（权利抵押权）

地上权、农育权及典权，均得为抵押权之标的物。

第 883 条（权利与法定抵押权准用抵押权之规定）

普通抵押权及最高限额抵押权之规定，于前条抵押权及其他抵押权准用之。

第七章 质 权

第一节 动产质权

第 884 条（动产质权之意义）

称动产质权者，谓债权人对于债务人或第三人移转占有而供其债权担保之动产，得就该动产卖得价金优先受偿之权。

第 885 条（设定质权之生效要件）

质权之设定，因供担保之动产移转于债权人占有而生效力。

质权人不得使出质人或债务人代自己占有质物。

第 886 条（动产质权之善意取得）

动产之受质人占有动产，而受关于占有规定之保护者，纵出质人无处分其质物之权利，受质人仍取得其质权。

第 887 条 (动产质权之担保范围)

质权所担保者为原债权、利息、迟延利息、违约金、保存质物之费用、实行质权之费用及因质物隐有瑕疵而生之损害赔偿。但契约另有约定者,不在此限。

前项保存质物之费用,以避免质物价值减损所必要者为限。

第 888 条 (质权人之注意义务)

质权人应以善良管理人之注意,保管质物。

质权人非经出质人之同意,不得使用或出租其质物。但为保存其物之必要而使用者,不在此限。

第 889 条 (质权人之孳息收取权)

质权人得收取质物所生之孳息。但契约另有约定者,不在此限。

第 890 条 (质权人收取孳息之注意义务及其抵充)

质权人有收取质物所生孳息之权利者,应以对于自己财产同一之注意收取孳息,并为计算。

前项孳息,先抵充费用,次抵原债权之利息,次抵原债权。

孳息如须变价始得抵充者,其变价方法准用实行质权之规定。

第 891 条 (责任转质—非常事变责任)

质权人于质权存续中,得以自己之责任,将质物转质于第三人。其因转质所受不可抗力之损失,亦应负责。

第 892 条 (代位物—质物之变卖价金)

因质物有腐坏之虞,或其价值显有减少,足以害及质权人之权利者,质权人得拍卖质物,以其卖得价金,代充质物。

前项情形,如经出质人之请求,质权人应将价金提存于法院。质权人届债权清偿期而未受清偿者,得就提存物实行其质权。

第 893 条 (质权之实行与流质契约之禁止)

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。

约定于债权已届清偿期而未为清偿时,质物之所有权移属于质权人者,准用第八百七十三条之一之规定。

第 894 条 (拍卖之通知)

前二条情形,质权人应于拍卖前通知出质人。但不能通知者,不在此限。

第 895 条 (拍卖以外质权实行方法之准用)

第八百七十八条之规定,于动产质权准用之。

第 896 条 (质权人之质物返还义务)

动产质权所担保之债权消灭时,质权人应将质物返还于有受领权之人。

第 897 条 (质权之消灭原因[一]—返还质物)

动产质权,因质权人将质物返还于出质人或交付于债务人而消灭。返还或交付

质物时,为质权继续存在之保留者,其保留无效。

第 898 条 (质权之消灭原因[二]—丧失质物之占有)

质权人丧失其质物之占有,于二年内未请求返还者,其动产质权消灭。

第 899 条 (质权之消灭原因[三]—质物灭失与物上代位性)

动产质权,因质物灭失而消灭。但出质人因灭失得受赔偿或其他利益者,不在此限。

质权人对于前项出质人所得行使之赔偿或其他请求权仍有质权,其次序与原质权同。

给付义务人因故意或重大过失向出质人为给付者,对于质权人不生效力。

前项情形,质权人得请求出质人交付其给付物或提存其给付之金钱。

质物因毁损而得受之赔偿或其他利益,准用前四项之规定。

第 899 条之 1 (最高限额质权)

债务人或第三人得提供其动产为担保,就债权人对债务人一定范围内之不特定债权,在最高限额内,设定最高限额质权。

前项质权之设定,除移转动产之占有外,并应以书面为之。

关于最高限额抵押权及第八百八十四条至前条之规定,于最高限额质权准用之。

第 899 条之 2 (营业质)

质权人系经许可以受质为营业者,仅得就质物行使其权利。出质人未于取赎期间届满后五日内取赎其质物时,质权人取得质物之所有权,其所担保之债权同时消灭。

前项质权,不适用第八百八十九条至第八百九十五条、第八百九十九条、第八百九十九条之一之规定。

第二节 权利质权

第 900 条 (权利质权之标的)

称权利质权者,谓以可让与之债权或其他权利为标的物之质权。

第 901 条 (动产质权规定之准用)

权利质权,除本节有规定外,准用关于动产质权之规定。

第 902 条 (权利质权之设定)

权利质权之设定,除依本节规定外,并应依关于其权利让与之规定为之。

第 903 条 (处分质权标的物之限制)

为质权标的物之权利,非经质权人之同意,出质人不得以法律行为,使其消灭或变更。

第 904 条 (债权质权设定之要式性)

以债权为标的物之质权,其设定应以书面为之。

前项债权有证书者,出质人有交付之义务。

第 905 条 (债权质权先于担保债权清偿期之效果)

为质权标的物之债权,以金钱给付为内容,而其清偿期先于其所担保债权之清偿期者,质权人得请求债务人提存之,并对提存物行使其质权。

为质权标的物之债权,以金钱给付为内容,而其清偿期后于其所担保债权之清偿期者,质权人于其清偿期届至时,得就担保之债权额,为给付之请求。

第 906 条 (债权质权后于担保债权清偿期之效果)

为质权标的物之债权,以金钱以外之动产给付为内容者,于其清偿期届至时,质权人得请求债务人给付之,并对该给付物有质权。

第 906 条之 1 (以不动产物权之给付内容之债权后于担保债权清偿期之效果)

为质权标的物之债权,以不动产物权之设定或移转为给付内容者,于其清偿期届至时,质权人得请求债务人将该不动产物权设定或移转于出质人,并对该不动产物权有抵押权。

前项抵押权应于不动产物权设定或移转于出质人时,一并登记。

第 906 条之 2 (质权之实行)

质权人于所担保债权清偿期届至而未受清偿时,除依前三条之规定外,亦得依第八百九十三条第一项或第八百九十五条之规定实行其质权。

第 906 条之 3 (因一定权利行使而使清偿期届至)

为质权标的物之债权,如得因一定权利之行使而使其清偿期届至者,质权人于所担保债权清偿期届至而未受清偿时,亦得行使该权利。

第 906 条之 4 (提存给付之通知)

债务人依第九百零五条第一项、第九百零六条、第九百零六条之一为提存或给付时,质权人应通知出质人,但无庸得其同意。

第 907 条 (第三债务人之清偿)

为质权标的物之债权,其债务人受质权设定之通知者,如向出质人或质权人一方为清偿时,应得他方之同意。他方不同意时,债务人应提存其为清偿之给付物。

第 907 条之 1 (抵销之限制)

为质权标的物之债权,其债务人于受质权设定之通知后,对出质人取得债权者,不得以该债权与为质权标的物之债权主张抵销。

第 908 条 (证券债权质权之设定)

质权以未记载权利人之有价证券为标的物者,因交付其证券于质权人,而生设定质权之效力。以其他之有价证券为标的物者,并应依背书方法为之。

前项背书,得记载设定质权之意旨。

第 909 条 (证券债权质权之实行)

质权以未记载权利人之有价证券、票据或其他依背书而让与之有价证券为标的物者,其所担保之债权,纵未届清偿期,质权人仍得收取证券上应受之给付。如有使

证券清偿期届至之必要者,并有为通知或依其他方法使其届至之权利。债务人亦仅得向质权人为给付。

前项收取之给付,适用第九百零五条第一项或第九百零六条之规定。

第九百零六条之二及第九百零六条之三之规定,于以证券为标的物之质权,准用之。

第 910 条 (证券债权质权之范围)

质权以有价证券为标的物者,其附属于该证券之利息证券、定期金证券或其他附属证券,以已交付于质权人者为限,亦为质权效力所及。

附属之证券,系于质权设定后发行者,除另有约定外,质权人得请求发行人或出质人交付之。

第八章 典 权

第 911 条 (典权之意义)

称典权者,谓支付典价在他人之不动产为使用、收益,于他人不回赎时,取得该不动产所有权之权。

第 912 条 (典权之期限)

典权约定期限不得逾三十年,逾三十年者,缩短为三十年。

第 913 条 (绝卖之限制与法律效果)

典权之约定期限不满十五年者,不得附有到期不赎即作绝卖之条款。

典权附有绝卖条款者,出典人于典期届满不以原典价回赎时,典权人即取得典物所有权。

绝卖条款非经登记,不得对抗第三人。

第 914 条 (删除)

第 915 条 (转典或出租及其限制)

典权存续中,典权人得将典物转典或出租于他人。但另有约定或另有习惯者,依其约定或习惯。

典权定有期限者,其转典或租赁之期限,不得逾原典权之期限,未定期限者,其转典或租赁,不得定有期限。

转典之典价,不得超过原典价。

土地及其土地上之建筑物同属一人所有,而为同一人设定典权者,典权人就该典物不得分离而为转典或就其典权分离而为处分。

第 916 条 (典权人因转典或出租之损害赔偿責任)

典权人对于典物因转典或出租所受之损害,负赔偿责任。

第 917 条 (典权之让与)

典权人得将典权让与他人或设定抵押权。

典物为土地,典权人在其上有建筑物者,其典权与建筑物,不得分离而为让与其他处分。

第 917 条之 1 (典物之使用收益方法)

典权人应依典物之性质为使用收益,并保持其得永续利用。

典权人违反前项规定,经出典人阻止而仍继续为之者,出典人得回赎其典物。典权经设定抵押权者,并应同时将该阻止之事实通知抵押权人。

第 918 条 (典物之让与)

出典人设定典权后,得将典物让与他人。但典权不因此而受影响。

第 919 条 (典权人之留买权)

出典人将典物出卖于予他人时,典权人有以相同条件留买之权。

前项情形,出典人应以书面通知典权人。典权人于收受出卖通知后十日内不以书面表示,依相同条件留买者,其留买权视为抛弃。

出典人违反前项通知之规定而将所有权移转者,其移转不得对抗典权人。

第 920 条 (危险分担—非常事变责任)

典权存续中,典物因不可抗力致全部或一部灭失者,就其灭失之部分,典权与回赎权,均归消灭。

前项情形,出典人就典物之余存部分,为回赎时,得由原典价扣除灭失部分之典价。其灭失部分之典价,依灭失时灭失部分之价值与灭失时典物之价值比例计算之。

第 921 条 (典权人之重建修缮权)

典权存续中,典物因不可抗力致全部或一部灭失者,除经出典人同意外,典权人仅得于灭失时灭失部分之价值限度内为重建或修缮。原典权对于重建之物,视为继续存在。

第 922 条 (典权人保管义务与赔偿责任)

典权存续中,因典权人之过失,致典物全部或一部灭失者,典权人于典价额度内,负其责任。但因故意或重大过失致灭失者,除将典价抵偿损害外,如有不足,仍应赔偿。

第 922 条之 1 (典权之拟制存在)

因典物灭失受赔偿而重建者,原典权对于重建之物,视为继续存在。

第 923 条 (定期典权之回赎)

典权定有期限者,于期限届满后,出典人得以原典价回赎典物。

出典人于典期届满后,经过二年,不以原典价回赎者,典权人即取得典物所有权。

第 924 条 (未定期典权之回赎)

典权未定期限者,出典人得随时以原典价回赎典物。但自出典后经过三十年不

回赎者,典权人即取得典物所有权。

第 924 条之 1 (转典时,出典人回赎权之行使)

经转典之典物,出典人向典权人为回赎之意思表示时,典权人不予相当期间向转典权人回赎并涂销转典权登记者,出典人得于原典价范围内,以最后转典价径向最后转典权人回赎典物。

前项情形,转典价低于原典价者,典权人或转典权人得向出典人请求原典价与转典价间之差额。出典人并得为各该请求权人提存其差额。

前二项规定,于下列情形亦适用之:

- 一、典权人预示拒绝涂销转典权登记。
- 二、典权人行踪不明或有其他情形致出典人不能为回赎之意思表示。

第 924 条之 2 (典权人与建物所有人间租赁关系之推定)

土地及其土地上之建筑物同属一人所有,而仅以土地设定典权者,典权人与建筑物所有人间,推定在典权或建筑物存续中,有租赁关系存在;其仅以建筑物设定典权者,典权人与土地所有人间,推定在典权存续中,有租赁关系存在;其分别设定典权者,典权人相互间,推定在典权均存续中,有租赁关系存在。

前项情形,其租金数额当事人不能协议时,得请求法院以判决定之。

依第一项设定典权者,于典权人依第九百十三条第二项、第九百二十三条第二项、第九百二十四条规定取得典物所有权,致土地与建筑物各异其所有人时,准用第八百三十八条之一规定。

第 925 条 (回赎之时期与通知义务)

出典人之回赎,应于六个月前通知典权人。

第 926 条 (找贴与其次数之限制)

出典人于典权存续中,表示让与其典物之所有权于典权人者,典权人得按时价找贴,取得典物所有权。

前项找贴,以一次为限。

第 927 条 (典权人之费用偿还请求权)

典权人因支付有益费用,使典物价值增加,或依第九百二十一条规定,重建或修缮者,于典物回赎时,得于现存利益之限度内,请求偿还。

第八百三十九条规定,于典物回赎时准用之。

典物为土地,出典人同意典权人在其上营造建筑物者,除另有约定外,于典物回赎时,应按该建筑物之时价补偿之。出典人不愿补偿者,于回赎时视为已有地上权之设定。

出典人愿依前项规定为补偿而就时价不能协议时,得声请法院裁定之;其不愿依裁定之时价补偿者,于回赎时亦视为已有地上权之设定。

前二项视为已有地上权设定之情形,其地租、期间及范围,当事人不能协议时,得

请求法院以判决定之。

第九章 留置权

第 928 条 (留置权之意义及其要件)

称留置权者,谓债权人占有他人之动产,而其债权之发生与该动产有牵连关系,于债权已届清偿期未受清偿时,得留置该动产之权。

债权人因侵权行为或其他不法之原因而占有动产者,不适用前项之规定。其占有之始明知或因重大过失而不知该动产非为债务人所有者,亦同。

第 929 条 (牵连关系之拟制)

商人因营业关系而占有之动产,与其因营业关系所生之债权,视为有前条所定之牵连关系。

第 930 条 (留置权之限制)

动产之留置,违反公共秩序或善良风俗者,不得为之。其与债权人应承担之义务或与债权人债务人之间之约定相抵触者,亦同。

第 931 条 (留置权之扩张)

债务人无支付能力时,债权人纵于其债权未届清偿期前,亦有留置权。

债务人于动产交付后,成为无支付能力,或其无支付能力于交付后始为债权人所知者,其动产之留置,纵有前条所定之抵触情形,债权人仍得行使留置权。

第 932 条 (留置权之不可分性)

债权人于其债权未受全部清偿前,得就留置物之全部,行使其留置权。但留置物为可分者,仅得依其债权与留置物价值之比例行使之。

第 932 条之 1 (留置权之优先性)

留置物存有所有权以外之物权者,该物权人不得以之对抗善意之留置权人。

第 933 条 (留置物之保管义务)

第八百八十八条至第八百九十条及第八百九十二条之规定,于留置权准用之。

第 934 条 (留置权人之必要费用偿还请求权)

债权人因保管留置物所支出之必要费用,得向其物之所有人,请求偿还。

第 935 条 (删除)

第 936 条 (留置权之实行)

债权人于其债权已届清偿期而未受清偿者,得定一个月以上之相当期限,通知债务人,声明如不于其期限内为清偿时,即就其留置物取偿;留置物为第三人所有或存有其他物权而为债权人所知者,应并通知之。

债务人或留置物所有人不于前项期限内为清偿者,债权人得准用关于实行质权之规定,就留置物卖得之价金优先受偿,或取得其所有权。

不能为第一项之通知者,于债权清偿期届至后,经过六个月仍未受清偿时,债权人亦得行使前项所定之权利。

第 937 条 (留置权之消灭原因[一]—提出相当担保)

债务人或留置物所有人为债务之清偿,已提出相当之担保者,债权人之留置权消灭。

第八百九十七条至第八百九十九条之规定,于留置权准用之。

第 938 条 (删除)

第 939 条 (法定留置权之准用)

本章留置权之规定,于其他留置权准用之。但其他留置权另有规定者,从其规定。

第十章 占有

第 940 条 (占有人)

对于物有事实上管领之力者,为占有人。

第 941 条 (间接占有人)

地上权人、农育权人、典权人、质权人、承租人、受寄人,或基于其他类似之法律关系,对于他人之物为占有者,该他人为间接占有人。

第 942 条 (占有辅助人)

受雇人、学徒、家属或基于其他类似之关系,受他人之指示,而对于物有管领之力者,仅该他人为占有人。

第 943 条 (占有权利之推定)

占有人于占有物上行使之权利,推定其适法有此权利。

前项推定,于下列情形不适用之:

- 一、占有已登记之不动产而行使物权。
- 二、行使所有权以外之权利者,对使其占有之人。

第 944 条 (占有恣样之推定)

占有人,推定其为以所有之意思,善意、和平、公然及无过失占有。

经证明前后两时为占有者,推定前后两时之间,继续占有。

第 945 条 (占有之变更)

占有依其所由发生之事实之性质,无所有之意思者,其占有人对于使其占有之人,表示所有之意思时起,为以所有之意思而占有。其因新事实变为以所有之意思占有者,亦同。

使其占有之人非所有人,而占有人于为前项表示时已知占有物之所有人者,其表示并应向该所有人为之。

前二项规定,于占有人以所有之意思占有变为以其他意思而占有,或以其他意思之占有变为以不同之其他意思而占有者,准用之。

第 946 条 (占有之移转)

占有之移转,因占有物之交付,而生效力。

前项移转,准用第七百六十一条之规定。

第 947 条 (占有之合并)

占有之继承人或受让人,得就自己之占有,或将自己之占有与其前占有人之占有合并,而为主张。

合并前占有人之占有而为主张者,并应承继其瑕疵。

第 948 条 (动产物权善意取得之要件及限制)

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。但受让人明知或因重大过失而不知让与人无让与之权利者,不在此限。

动产占有之受让,系依第七百六十一条第二项规定为之者,以受让人受现实交付且交付时善意者为限,始受前项规定之保护。

第 949 条 (盗赃遗失物之回复请求权及行使之效果)

占有物如系盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有者,原占有人自丧失占有之时起二年以内,得向善意受让之现占有人请求回复其物。

依前项规定回复其物者,自丧失其占有时起,回复其原来之权利。

第 950 条 (盗赃遗失物回复请求权之限制)

盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有之物,如现占有人由公开交易场所,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,不得回复其物。

第 951 条 (盗赃遗失物回复请求权之禁止)

盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有之物,如系金钱或未记载权利人之有价证券,不得向其善意受让之现占有人请求回复。

第 951 条之 1 (盗赃遗失物回复请求权行使之限制)

第九百四十九条及第九百五十条规定,于原占有人为恶意占有者,不适用之。

第 952 条 (善意占有之权利推定)

善意占有人,于推定其为适法所有之权利范围内,得为占有物之使用、收益。

第 953 条 (善意占有之责任)

善意占有人,就占有物之灭失或毁损,如系因可归责于自己之事由所致者,对于回复请求人仅以灭失或毁损所受之利益为限,负赔偿之责。

第 954 条 (善意占有之必要费用偿还请求权)

善意占有人,因保存占有物所支出之必要费用,得向回复请求人请求偿还。但已

就占有物取得孳息者,不得请求偿还通常必要费用。

第 955 条 (善意占有人之有益费用偿还请求权)

善意占有人,因改良占有物所支出之有益费用,于其占有物现存之增加价值限度内,得向回复请求人,请求偿还。

第 956 条 (恶意占有人之责任)

恶意占有人或无所有意思之占有人,就占有物之灭失或毁损,如系因可归责于自己之事由所致者,对于回复请求人,负赔偿之责。

第 957 条 (恶意占有人之必要费用偿还请求权)

恶意占有人,因保存占有物所支出之必要费用,对于回复请求人,得依关于无因管理之规定,请求偿还。

第 958 条 (恶意占有人之孳息返还义务)

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 959 条 (善意占有人变为恶意占有人)

善意占有人,自确知其无占有本权时起,为恶意占有人。

善意占有人,于本权诉讼败诉时,自诉状送达之日起,视为恶意占有人。

第 960 条 (占有人之自力救济)

占有人对于侵夺或妨害其占有之行为,得以己力防御之。

占有物被侵夺者,如系不动产,占有人得于侵夺后,实时排除加害人而取回之。如系动产,占有人得就地或追踪向加害人取回之。

第 961 条 (占有辅助人之自力救济)

依第九百四十二条所定对于物有管领力之人,亦得行使前条所定占有人之权利。

第 962 条 (占有人之物上请求权)

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。

第 963 条 (物上请求权之期间限制)

前条请求权,自侵夺或妨害占有或危险发生后,一年间不行使而消灭。

第 963 条之 1 (共同占有物之权利行使)

数人共同占有一物时,各占有人得就占有物之全部,行使第九百六十条或第九百六十二条之权利。

依前项规定,取回或返还之占有物,仍为占有人全体占有。

第 964 条 (占有之消灭)

占有,因占有人丧失其对于物之事实上管领力而消灭。但其管领力仅一时不能实行者,不在此限。

第 965 条 (共同占有)

数人共同占有一物时,各占有人就其占有物使用之范围,不得互相请求占有之保护。

第 966 条 (准占有)

财产权,不因物之占有而成立者,行使其财产权之人,为准占有人。

本章关于占有之规定,于前项准占有准用之。

著作权合同登记号 图字:01-2009-3930

图书在版编目(CIP)数据

民法总则/王泽鉴著. —最新版. —北京:北京大学出版社,2009.12
(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-16020-6

I. 民… II. 王… III. 民法-总则-研究 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第187687号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

民法总则,王泽鉴著

2014年7月版

书 名:民法总则

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:白茹 杨玉洁

标准书号:ISBN 978-7-301-16020-6/D·2445

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>

新浪微博:@北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱:yandayuanzhao@163.com

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者:三河市北燕印装有限公司

经 销 者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 39.5印张 619千字

2009年12月第1版 2015年1月第8次印刷

定 价:69.00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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn