

民法叢書

民法總則

王澤鑑著

增訂新版

二〇一四年二月出版

民法叢書

民法學說與判例研究(八冊)

法律思維與民法實例

民法總則

債法原理

不當得利

侵權行為

民法物權

民法概要

人格權法

ISBN777028422-8



9 787770 284229

00600



民法總則

王澤鑑

德國慕尼黑大學法學博士
前司法院大法官
國立台灣大學名譽教授

版權所有·翻印必究

民法總則

(增訂新版)

發行者：王 慕 華

著作者：王 澤 鑑

印刷者：興豐綜合印刷有限公司

新北市中和區中正路988巷19號2樓

· 電話：(02) 2 2 2 2 - 0 4 0 5

經銷處：新學林出版股份有限公司

三 民 書 局

台大法學院福利社

元照出版公司

1982年初版(共28刷)

2008年增訂版(共11刷)

2014年2月增訂新版

2014年3月增訂新版再刷

增訂新版序

一、感謝

拙著民法總則於 1982 年發行初版，曾數度修正再刷，茲再調整全書構造、增刪內容，檢視論證說理，期望更能有助於民法的教學研究。三十年來，承蒙讀者鼓勵，法學界同仁指教，實務提供案例，陳忠五教授主編新學林分科民法精選最高法院裁判，受益良多。本書增訂再版，新學林出版公司同仁，尤其是林靜妙女士及許承先先生鼎力協助，併致最誠摯的謝意。本書由北京大學出版社發行簡體字版，謹表敬意。最要感謝的是 神的恩典，保守我的身心，使我仍能繼續不斷的學習，以卑微的工作彰顯祂的榮耀。

二、學習民法總則的意義

民法總則規定私法的原理原則，規範人類社會生活的基本制度，體現法學上最精緻的概念體系。學習民法總則具有三點重要意義：

1. 體認私法以人為本，自由、平等，及私法自治的理念。私法自治是私法的核心價值。私法自治體現於法律行為，法律行為以意思表示為要素，強調人的自主性。民法總則創設法律行制度，構建了整個私法秩序的規範模式及思考架構。

2. 認識法學上概念形成及體系構造的功能，如何運用法學方法解釋適用法律，進行法律適用上的涵攝及評價，促進法律發展。

3. 民法總則源自德國民法，係德國繼受羅馬法經過數百年的研究所創設的體系，乃法學上偉大的成就。學習民法總則，可以增強對法律文化的了解，從事比較法上的對話溝通，連繫於私法歐洲化及環球性的整合與變遷。

三、寫作方法

為有助於活潑民法總則的教學研究，本書增訂新版兼採多種寫作方法：

1. 民法總則規定私法的基本原則，必須結合民法其他各編始能把握其立法技術及規範功能，此為本書的重點，所舉例題旨在闡述民法的體系構造，俾能綜合各編規定而為解釋適用。

2. 整合判例學說，納入數以百計重要的判決，整合實務與理論，建構民法總則的法釋學（Dogmatik，法教義學），較有系統地呈現現行法的規範框架，提出處理疑難問題的思考途徑。

3. 建構體系及設計案例，使二者相互為用、彼此釋明，得在抽象規範中認知具體案例、在具體案例適用抽象規範，期望能強化運用具體案例闡釋抽象法律規定的能力。

4. 法學重在實踐，本書採用請求權基礎方法，解說實例，並以實例引導法律的學習。德國最近民法總則教科書亦多採此種方法。

5. 以各種圖表顯現抽象的法律規範體系及較為複雜的法律關係。一個簡明的圖表，有時常能勝過「千言萬語」。

四、自我學習

為增加學習的效率，須採積極主動的態度，茲提出三點建議：

1. 加強研讀法律條文，讀到教科書引用的法律條文時，必須確實查閱精讀該條文及相關規定，來回於教科書與法律條文之間，始能真正把握理解法學理論與解釋適用的相互關係。又經常閱讀法條可以幫助了解法律規範目的，探究社會問題，發現爭點、探尋解決可能性。民法條文的文字精確典雅，經常研讀、背誦，確可提昇駕馭法律文字的素養。

2. 從大一開始即須演練實例題，列入課程內容，由簡入繁，始能透徹了解法律概念體系，運用法律解釋適用方法，及培養處理案例的能力。在台灣的大學圖書館，學生多在看書。在德國（或美國）大學法學院圖書館，從早到晚，坐無虛席，學生多在查閱資料，解答實例

題，研讀判例、提出報告。此涉及法學教育的目的及使命、教學研究及司法考試的核心問題。

3. 加強溝通及共同討論。法學係在共同研討中成長進步，遇到疑難問題時，應求教於老師，查閱文獻，與同學討論。為演練實例題，得組成小組，定期聚會輪流出題（此可促使認真閱讀資料，培養發掘問題設計案例的能力），同時個別作答、集體討論，若能持之以恆，必有顯著效果。

四、十個 Leading Cases

法律規範社會生活，實踐於具體案件，實務案件體現法學方法。最高法院關於民法總則著有甚多裁判，其重要的多已納入本書，茲選錄 10 個 Leading Cases（指導性裁判），以供參照：

1. 司法院釋字第 580 號解釋：私法自治、契約自由係受憲法保障的基本權利（本書頁 271）。

2. 法理與法之續造（101 台上 2037 判決，頁 57）。

3. 合夥的侵權能力，民法第 28 條規定的類推適用（101 台上 1695 判決，頁 203）。

4. 負擔行為、處分行為、處分行為的無因性（88 台上 1310 判決，頁 293）。

5. 借名登記（98 台上 76 判決，頁 410）。

6. 民法第 105 條關於代理行為瑕疵「明知或可得而知其事實」規定於使用人的類推適用（90 台上 4 判決，頁 504）。

7. 意思表示的解釋方法（65 台上 2135 判決，頁 452）。

8. 自己代理禁止規定的目的性限縮（59 台上 4401 判決，頁 522）。

9. 行使權利不得以損害他人為主要目的與利益衡量（71 台上 737 判例，頁 617）。

10. 誠實信用原則與權利失效（56 台上 1708 判例，頁 629）。

前揭 10 個 Leading Cases，有為私法（契約自由及私法自治）的

憲法化；有為法理與法的續造，以類推適用、目的性限縮填補法律漏洞；有為法律行為制度的構建；有為概括條款的具體化，均具法學方法的意義。希望讀者能蒐集裁判全文、裝訂成冊，詳為研讀，撰寫簡要評釋。

五、期待

學習法律之人第一次所讀的法律常為民法總則，教者、學者，難免受困於其抽象性的規定。本書旨在提供學習的方向。讀者若能善用本書，並參照其他著作，加以補充，應能擴展宏觀的視野、認知私法的任務、豐富法學的想像力，培育法律解釋適用的基本素養，奠定學習法律的基礎，成為一個有方法、有思想、有理念的法律人。

王澤鑑

2014年1月30日

春節除夕深夜

民法總則

目 錄

第一章 私法緒論——私法社會、私法秩序、私法原則.....	1
第一節 法律的鬥爭.....	1
第二節 法、私法與公法.....	10
第一款 社會規範：法律、道德與習俗.....	11
第二款 法律體系.....	12
第三款 公法與私法.....	14
第三節 民法典的制定、編制體裁與私法體系.....	19
第一款 民商合一與民商分立.....	19
第二款 民法的制定與其時代背景.....	21
第三款 民法總則編的構成.....	22
第四款 民法總則的優點及缺點.....	23
第五款 編制體裁與立法技術.....	25
第六款 民法與特別民法.....	29
第四節 民法的歷史基礎、倫理性、社會模式及 民法的發展趨勢.....	31
第一款 百年民法的歷史基礎.....	31
第二款 以人為本的民法.....	33
第三款 社會模式的變遷與民法發展.....	36
第五節 請求權基礎與實例研習.....	41
第一款 請求權基礎方法與民法教學研究.....	42
第二款 例題一：自動販賣機故障.....	45
第三款 例題二：未成年人的買賣及代理.....	47
第四款 例題三：未成年人無權處分其父的小提琴.....	49

第二章 民法的法源及法律的適用——法學方法論.....	53
第一節 民法第 1 條、法源及法學方法.....	53
第一款 問題的提出.....	53
第二款 民法第 1 條的規範意義及民法的法源.....	54
第三款 法律適用與法學方法.....	55
第一項 法學方法論.....	55
第二項 法律適用的邏輯與價值判斷.....	59
第二節 法律解釋.....	61
第一款 民法第 1 條所稱的法律.....	61
第一項 法律的意義.....	61
第二項 憲法與私法.....	61
第三項 強行法、任意法及半強行性法.....	64
第二款 法律解釋.....	65
第一項 法律解釋的目的.....	65
第二項 法律解釋方法.....	67
第三項 例題解說：民法第 194 條所稱「子女」及第 190 條所稱動物占有人的意義.....	70
第三款 不確定法律概念及概括條款.....	71
第三節 習慣法及習慣.....	72
第一款 習慣法.....	72
第二款 事實上的習慣.....	74
第四節 法理與法之續造.....	76
第一款 「法理」作為一種法源.....	76
第二款 法律漏洞與類推適用 ——法律（制定法）內的法之續造.....	79
第一項 基於平等原則的法律續造與民法發展.....	79
第二項 法律漏洞與類推適用及其思考模式.....	80

第三項	法律適用、準用及類推適用： 法之續造與立法發展.....	83
第四項	民法第 194 條及第 195 條第 2 項規定的 類推適用.....	86
第五項	目的性擴張與目的性限縮.....	87
第三款	制定法外的法之續造——超越法律計畫外 在法秩序內所創設之法律規範.....	90
第五節	判例、學說與法釋義學.....	93
第一款	判例.....	93
第二款	學說.....	96
第三款	判例與學說的協力、法釋義學的建構與 民法的發展.....	97
第六節	使用文字的準則.....	98
第七節	決定數量的標準.....	103
第三章	法律關係與權利體系——私法關係的建構.....	105
第一節	法律關係的結構分析.....	105
第一款	法律關係的意義.....	105
第二款	法律關係及其權利義務的移轉.....	108
第三款	例題解說：債之關係.....	108
第二節	權利的概念、功能及體系.....	109
第一款	權利的概念.....	109
第二款	權利的機能.....	110
第三款	權利的分類及體系.....	111
第四款	例題解說.....	113
第三節	物權與債權.....	114
第一款	物權與債權的區別.....	114
第二款	例題解說.....	115
第四節	請求權、抗辯權及形成權.....	118

第一款	請求權	118
第二款	抗辯及抗辯權	121
第三款	形成權	123
第四款	例題解說	126
第四章	權利主體——自然人與法人	129
第一節	自然人	129
第一款	自然人的權利能力	129
第一項	權利能力的意義、取得及規範功能	129
第二項	胎兒的權利能力	131
第三項	權利能力的終期	135
第四項	同時死亡	141
第二款	行為能力及其他法律上的能力	143
第一項	行為能力	143
第二項	責任能力	145
第三項	民事訴訟法上的能力	146
第四項	綜合整理	147
第五項	監護宣告	148
第三款	人格保護	153
第一項	人格保護是民法的首要任務	153
第二項	人格權的保護	154
第三項	人格權被侵害的救濟機制	158
第四項	姓名權的保護	163
第五項	身分權的保護	165
第四款	自然人的住所與居所	170
第二節	法人	174
第一款	法人的機能、意義、本質及憲法基礎	174
第一項	法人的機能	174
第二項	法人的意義及本質	177

第三項 法人制度的憲法基礎.....	179
第二款 法人的種類及其成立.....	180
第一項 法人的種類.....	180
第二項 法人的設立.....	183
第三項 例題解說及體系構成.....	184
第三款 法人的成立、住所、機關、消滅及監督.....	188
第四款 法人的能力及責任.....	193
第一項 法人的權利能力及其限制.....	193
第二項 法人的行為能力、董事代表權及其限制.....	197
第三項 法人的契約責任及侵權責任.....	200
第五款 社團法人.....	207
第一項 結社自由與社團自治.....	207
第二項 社團的設立及設立中的社團.....	208
第三項 社團章程.....	212
第四項 社團總會及決議.....	213
第五項 社員的地位.....	216
第六項 社團罰：社團對社員的制裁.....	220
第七項 無權利能力社團.....	222
第六款 財團法人.....	226
第五章 權利的客體——物、財產、企業.....	231
第一節 概說.....	231
第二節 物.....	233
第一款 物的意義、種類與物權標的物特定主義.....	233
第一項 物的意義.....	233
第二項 物的種類.....	236
第三項 物權標的物特定原則及物權之變動.....	239
第二款 人的身體與物.....	241
第三款 物之成分.....	244

第一項	成分的意義及種類.....	244
第二項	不動產的成分.....	246
第三項	動產的成分.....	247
第四款	主物與從物.....	249
第五款	天然孳息與法定孳息.....	251
第一項	天然孳息.....	252
第二項	法定孳息.....	255
第三項	抵押權與孳息.....	256
第三節	財產與企業.....	257
第一款	財產.....	257
第二款	企業.....	260
第六章	權利的變動——私法自治與法律行為.....	261
第一節	總論.....	261
第一款	權利的得喪與變更.....	261
第一項	權利得喪變更與法律事實.....	261
第二項	例題解說.....	264
第二款	私法自治.....	267
第一項	私法自治的意義.....	268
第二項	私法自治的功能.....	269
第三項	私法自治的憲法基礎及其限制.....	270
第四項	私法自治的實踐.....	274
第二節	法律行為.....	275
第一款	法律行為的功能、意義及要件.....	275
第一項	法律行為的功能：實現私法自治.....	275
第二項	法律行為的意義.....	276
第三項	法律行為的成立要件及生效要件.....	277
第二款	法律行為、事實行為與準法律行為.....	280
第一項	問題的提出.....	280

第二項	事實行為	280
第三項	準法律行為	281
第四項	體系構成	283
第三款	法律行為的種類：負擔行為、處分行為及 無因性理論	283
第一項	單方行為與多方行為	283
第二項	負擔行為與處分行為	286
第三項	有因行為與無因行為	290
第四項	無因性理論及其法律效果	292
第五項	體系構成、實例研習與請求權基礎	296
第四款	單方行為與契約	299
第一項	意思表示與法律行為	299
第二項	單方行為	299
第三項	契約	301
第三節	法律行為內容的限制	311
第一款	概說	311
第二款	法律行為違反強制或禁止規定——民法第 71 條	312
第一項	規範功能與私法自治	313
第二項	強制規定、禁止規定的意義	313
第三項	強制或禁止規定的違反	316
第四項	違反強制或禁止規定的法律效果	318
第三款	脫法行為	321
第一項	脫法行為的意義	321
第二項	通謀虛偽表示與脫法行為	322
第三項	巧取利益的禁止與脫法行為	323
第四項	賭債之更改與脫法行為	324
第五項	脫法行為乃法律解釋問題	324

第四款 法律行為背於公共秩序或善良風俗	
——民法第 72 條.....	325
第一項 規範功能.....	325
第二項 公共秩序或善良風俗的違反及其違反的效果	327
第三項 具體化及案例類型.....	329
第四項 實例解說.....	334
第五款 暴利行為——民法第 74 條	337
第一項 規範功能、適用範圍、要件及效果.....	337
第二項 例題解說.....	339
第六款 法律行為的方式——民法第 73 條.....	340
第一項 私法自治與法律行為的方式	341
第二項 民法上的要式行為.....	343
第三項 不動產負擔行為及處分行為的要式性.....	344
第四項 違反法定方式的法律效果	346
第四節 行為能力	349
第一款 行為能力制度的功能.....	349
第一項 行為能力制度及類型化	349
第二項 無行為能力人及限制行為能力人的保護	
優先於交易安全.....	353
第三項 體系構成及請求權基礎的思考模式.....	355
第二款 無行為能力人及無意思能力人的法律行為.....	359
第一項 無行為能力人的法律行為	359
第二項 無意思能力人的法律行為	361
第三款 限制行為能力人的法律行為	362
第一項 法定代理人的允許.....	362
第二項 不必得法定代理人允許的法律行為.....	367
第三項 未得法定代理人允許的行為	369
第五節 意思表示	373

第一款	意思表示的概念及表示方法	373
第一項	意思表示的概念	373
第二項	意思表示的方法	377
第二款	意思表示的發出、生效與撤回	379
第一項	問題提出、體系構成	379
第二項	意思表示的發出	380
第三項	意思表示的生效	384
第四項	意思表示的撤回	390
第五項	對於無行為能力人或限制行為能力人 為意思表示	391
第六項	以公示送達為意思表示之通知	391
第七項	意思表示生效的法律效果	391
第六節	意思與表示不一致——意思瑕疵	392
第一款	問題的提出及規範模式	392
第一項	問題的提出	392
第二項	意思自主與信賴保護	393
第三項	現行民法的規範模式	395
第二款	單獨虛偽表示（心中保留）	396
第三款	通謀虛偽表示	399
第一項	通謀虛偽表示的要件及效果	399
第二項	虛偽表示與隱藏行為	405
第三項	信託行為	406
第四項	借名登記、通謀虛偽表示及脫法行為	409
第四款	意思表示錯誤	411
第一項	問題的提出、規範模式及解釋原則	411
第二項	意思表示錯誤的態樣	414
第三項	撤銷權的要件與效果	425
第四項	例題解說	429

第七節 意思表示不自由.....	432
第一款 概說.....	432
第二款 詐欺.....	433
第三款 脅迫.....	440
第四款 體系構成與實例研習.....	446
第一項 體系構成.....	446
第二項 實例研習.....	447
第八節 意思表示的解釋.....	448
第一款 意思表示解釋的基本問題.....	448
第二款 意思表示解釋之目的、客體及方法.....	451
第三款 契約的補充解釋.....	458
第四款 契約解釋：事實問題？法律問題？.....	463
第七章 條件與期限——法律行為的規劃及風險管控.....	465
第一節 風險管控與規範功能.....	465
第一款 法律行為的風險與管控.....	465
第二款 條件與期限的功能.....	466
第二節 條件.....	469
第一款 條件的種類.....	469
第二款 不容許附條件的法律行為.....	474
第三款 條件的效力.....	475
第四款 附條件利益（期待權）的保護.....	478
第三節 期限.....	483
第一款 期限的意義：關於條件規定的準用及類推適用.....	483
第二款 期限與清償期.....	484
第四節 體系構成及實例研習.....	484
第一款 體系構成.....	484
第二款 實例研習.....	485

第八章 代理——私法自治的擴大與補充	487
第一節 總說.....	487
第一款 代理制度與私法自治.....	487
第二款 代理的分類	489
第三款 代理與其他類似制度的區別——代理人、 使者、代表、履行輔助人與占有輔助人.....	490
第四款 直接代理與間接代理.....	493
第五款 民法上的歸屬規範.....	496
第二節 代理的要件及法律效果.....	496
第一款 代理的要件	497
第二款 代理的法律效果.....	502
第一項 代理行為效力的歸屬.....	502
第二項 代理行為的瑕疵.....	503
第三項 代理人的責任.....	507
第三節 代理權的發生、範圍與消滅	507
第一款 法定代理	507
第二款 意定代理權	508
第一項 意定代理權的授與.....	509
第二項 代理權範圍與代理權濫用	515
第三項 意定代理權的消滅.....	517
第四節 自己代理與雙方代理.....	518
第一款 利益衡量與法學方法.....	518
第二款 自己代理	519
第三款 雙方代理	523
第五節 無權代理與表見代理.....	524
第一款 有權代理與無權代理.....	524
第二款 無權代理	524
第一項 無權代理的要件及效果	524

第二項 無權代理規定的類推適用	529
第三款 權利表見代理權.....	529
第一項 代理權繼續存在的權利表徵 ——民法第 107 條	530
第二項 表見代理——民法第 169 條.....	531
第三項 體系構成與法律適用	534
第六節 代理制度的體系構成及實例研習	535
第一款 體系構成.....	535
第二款 實例演習.....	536
第九章 法律行為的效力——無效、得撤銷及效力未定：	
控制法律行為效力的機制.....	537
第一節 概說	537
第二節 無效的法律行為.....	540
第一款 無效的意義及法律效果	540
第二款 絕對無效、相對無效與善意第三人的保護.....	544
第三款 法律行為一部無效、全部無效	547
第四款 無效法律行為的轉換.....	551
第三節 得撤銷的法律行為.....	552
第一款 撤銷的意義、客體、要件及法律效果.....	553
第二款 無效法律行為的撤銷.....	558
第四節 效力未定的法律行為——須得同意的法律行為	560
第一款 法律行為「效力未定」的意義	561
第二款 須得第三人同意的法律行為	561
第一項 意義、種類及立法目的	561
第二項 同意或不同意的效力	562
第三款 授權處分與無權處分.....	563
第一項 授權處分	563
第二項 無權處分	564

第十章	期日與期間——權利義務變動的時點.....	573
第十一章	消滅時效——權利行使在時間上的限制.....	579
第一節	問題的提出及制度設計.....	579
第二節	消滅時效的意義及存在理由.....	580
第一款	消滅時效的意義、存在理由及其強行性.....	581
第二款	除斥期間.....	582
第三款	例題解說：消滅時效、除斥期間與請求權競合.....	584
第三節	消滅時效的客體.....	586
第四節	消滅時效的期間.....	589
第一款	一般期間（長期消滅時效）：十五年.....	590
第二款	特別期間（短期消滅時效）.....	591
第五節	消滅時效期間的起算.....	595
第六節	消滅時效中斷與消滅時效不完成.....	598
第一款	消滅時效中斷.....	599
第二款	消滅時效不完成.....	602
第三款	時效中斷與時效不完成的區別.....	604
第七節	消滅時效完成的效力.....	606
第一款	拒絕給付抗辯權.....	606
第二款	消滅時效及於從權利的效力.....	608
第三款	消滅時效完成後的給付.....	609
第四款	時效利益的拋棄.....	609
第五款	例題解說.....	610
第十二章	權利的行使——權利行使自由與限制.....	613
第一節	概說.....	613
第一款	凡權利皆受限制，無不受限制的權利.....	613
第二節	行使權利及履行義務.....	614
第一款	民法第 148 條的規範意義及適用關係.....	614

第二款 權利的行使不得以損害他人為主要目的.....	616
第一項 要件.....	616
第二項 法律效果.....	621
第三款 權利的行使不得違反公共利益.....	622
第四款 行使權利、履行義務應依誠實信用原則.....	624
第一項 誠實信用原則功能的變遷.....	624
第二項 誠實信用原則的功能及案例類型.....	625
第三項 法律效果.....	631
第三節 權利的自力救濟.....	631
第一款 正當防衛.....	632
第二款 緊急避難.....	636
第三款 自助行為.....	637
第四款 體系構成.....	638
參考文獻.....	641
索引.....	645

第一章 私法緒論

—私法社會、私法秩序、私法原則—

第一節 法律的鬥爭

Rudolf von Jhering 原著

薩孟武教授 翻譯

本文原載三民書局出版的「孟武自選文集」(第 101 頁至第 113 頁)，承劉振強先生同意轉載，謹致最大的謝意。薩孟武先生是我國著名的政治學學者，著作等身，影響深遠，貢獻至鉅。關於這篇文章，薩師孟武作有如下的說明：「是篇是節譯意譯德國法學權威 Rudolf von Jhering 的 *Der Kampf um das Recht*，是書本來是一篇演講稿，以後修改成書，除吾國外，世界各國均有譯本。按 *Recht* 一語有兩種意義，一是法律，二是權利。英譯本書名為 *The Struggle for Law* (由 John J. Lalor 從原書第五版譯出)，另有日譯本。兩譯本內容稍有不同之處。但日譯本文字艱澀，不易了解，比之英譯本遜色多了。余參考兩種譯本，有的根據英譯本，有的根據日譯本，只意譯其大旨，刪去字數極多，增加字數亦多。蓋不刪去，稍嫌蕪雜；不增加，意義不明。余特別愛好是書富有感情，而且創見極多，能夠說出別人所不能說的話。故節譯出來，以供國內法律學者參考。」耶林氏的「法律的鬥爭」可作為初習民法的「精神教育」，特轉錄如下。

—

法律的目的是和平，而達到和平的手段則為鬥爭。法律受到不法的侵害之時——這在世界上可能永遠存在——鬥爭是無法避免的。法律的生命是鬥爭，即民族的鬥爭，國家的鬥爭，階級的鬥爭，個人的鬥爭。

世界上一切法律都是經過鬥爭而後得到的。法律的重要原則無一不是由反對者的手中奪來。法律的任務在於保護權利，不問民族的權利或個人的權利，凡想保全權利，事前須有準備。法律不是紙上的條文，而是含有生命的力量。正義之神，一手執衡器以權正義，一手執寶劍，以實現正義，寶劍而無衡器，不過暴力。衡器而無寶劍，只是有名無實的正義。二者相依相輔，運用寶劍的威力與運用衡器的技巧能夠協調，而後法律才完全見諸實行。

世上有不少的人，一生均在和平的法律秩序之中，過其優遊的生活。我們若對他們說：「法律是鬥爭」，他們將莫名其妙。因為他們只知道法律是保障和平與秩序。這也難怪他們，猶如豪門子弟繼承祖宗的遺產，不知稼穡艱難，從而不肯承認財產是勞動的成果。我們以為法律也好，財產也好，都包含兩個要素，人們因其環境之不同，或只看到享樂與和平之一面，或只看到勞苦與鬥爭之一面。

財產及法律猶如雙面神的耶奴斯的頭顱（Janus-head）一樣，對甲示其一面，對乙又示其另一面，於是各人所得的印象就完全不同。此種雙面的形象，不但個人，就是整個時代也是一樣。某一時代的生活是戰爭，另一時代的生活又是和平。各民族因其所處時代不同，常常發生一種錯覺。此種錯覺實和個人的錯覺相同，當和平繼續之時，人們均深信永久和平能夠實現，然而砲聲一響，美夢醒了。以前不勞而得的和平時代已成陳跡，接著而來的則為面目全非的混亂時代。要衝破這個混亂時代，非經過艱苦的戰爭，絕不能恢復和平。沒有戰鬥的和平及沒有勤勞的收益，只存在於天堂。其在人間，則應視為辛苦奮鬥的結果。

德文 Recht 有客觀的 (objective) 及主觀的 (subjective) 兩種意義。客觀的意義是指法律，即指國家所維護的法律原則，也就是社會生活的法律秩序。主觀的意義是指權利，即將抽象的規則改為具體的權利。法律也好，權利也好，常常遇到障礙；要克服障礙，勢非採取鬥爭的方法不可。

我們知道法律需要國家維持。任何時代必定有人想用法的手段侵害法律。此際國家若袖手旁觀，不與鬥爭，則法律的尊嚴掃地，人民將輕蔑法律，視為一紙具文。然而我們須知法律又不是永久不變的，一方有擁護的人，同時又有反對的人，兩相對立，必引起一場鬥爭。在鬥爭中，勝負之數不是決定於理由的多少，而是決定於力量的大小。不過人世的事常不能循著直線進行，多採取中庸之道。擁護現行法律是一個力量，反對現行法律也是一個力量，兩個力量成為平行四邊形的兩邊垂直線，兩力互相牽制，終則新法律常趨向對角線的方向發展。一種制度老早就應廢止，而卒不能廢止者，並不是由於歷史的惰性，而是由於擁護者的抵抗力。

是故在現行法律之下，要採用新的法律，必有鬥爭。這個鬥爭或可繼續數百年之久。兩派對立，都把自己的法律——權利視為神聖不可侵犯。其結果如何，只有聽歷史裁判。在過去法制史之上，如奴隸農奴的廢除，土地私有的確立，營業的自由，言論的自由，信教的自由等等，都是人民經過數世紀的鬥爭，才能得到的。法律所經過的路程不是香花鋪路，而是腥血塗地，吾人讀歐洲歷史，即可知之。

總而言之，法律不是人民從容揖讓，坐待蒼天降落的。人民要取得法律，必須努力，必須鬥爭，必須流血。人民與法律的關係猶如母子一樣，母之生子須冒生命的危險，母子之間就發生了親愛感情。凡法律不由人民努力而獲得者，人民對之常無愛惜之情。母親失掉嬰兒，必傷心而痛哭；同樣，人民流血得到的法律亦必愛護備至，不易消滅。

二

現在試來說明法律鬥爭。這個鬥爭是由一方要侵害法益，他方又欲保護法益而引起的。不問個人的權利或國家的權利，其對侵害，無不盡力防衛。蓋權利由權利人觀之，固然是他的利益，而由侵害人觀之，亦必以侵害權利為他的利益，所以鬥爭很難避免。上自國權，下至私權，莫不皆然。國際上有戰爭，國內有暴動與革命。在私權方面，中世紀有私刑及決鬥，今日除民事訴訟之外，尚有自助行為。此數者形式不同，目的亦異，而其為鬥爭則一。於是就發生一個問題：我們應該為權利而堅決反抗敵人乎，抑為避免鬥爭，不惜犧牲權利乎？前者是為法律而犧牲和平，後者則為和平而犧牲法律。固然任誰都不會因為一元銀幣落在水中，而願出兩元銀幣雇人撈取。這純粹出於計算。至於訴訟卻未必如此，當事人不會計較訴訟費用多少，也不想將訴訟費用歸諸對方負擔。勝訴的人雖知用費不貲，得不償失，而尚不肯中輟訴訟，此中理由固不能以常理測之。

個人的糾紛姑且不談，今試討論兩國的紛爭。甲國侵略乙國，雖然不過荒地數里，而乙國往往不惜對之宣戰。為數里之荒地，而竟犧牲數萬人之生命，數億元之巨款，有時國家命運且因之發生危險。此種鬥爭有什麼意義？蓋乙國國民若沈默不作抗爭，則今天甲國可奪取數里荒地，明天將得寸進尺，奪取其他土地，弄到結果，乙國將失掉一切領土，而國家亦滅亡了。由此可知國家因數里荒地所以不惜流血，乃是為生存而作戰，為名譽而作戰，犧牲如何，結果如何，他們是不考慮的。

國民須保護其領土，則農民土地若為豪強侵占數丈，自可起來反抗，而提起訴訟。被害人提起訴訟，往往不是因為實際上的利益，而是基於權利感情（feeling of right），對於不法行為，精神上感覺痛苦。即不是單單要討還標的物，而是要主張自己應有的權利。他的心聲告訴他說：你不要退縮，這不是關係毫無價值的物，而是關係你的人格，你的自尊，你的權利感情。簡單言之，訴訟對你，不是單單利

益問題，而是名譽問題，即人格問題。

世上必有不少的人反對吾言。這個反對意見一旦流行，則法律本身就歸毀滅。法律能夠存在，乃依靠人們對於不法，肯作勇敢的反抗，若因畏懼而至逃避，這是世上最卑鄙的行為。我敢堅決主張，吾人遇到權利受到損害，應投身於鬥爭之中，出來反抗。此種反抗乃是每個人的義務。

三

權利鬥爭是權利人受到損害，對於自己應盡的義務。

生存的保全是一切動物的最高原則。但是其他動物只依本能而保全肉體的生命，人類除肉體的生命之外，尚有精神上的生命。而此精神上的生命由法律觀之，則為權利。沒有法律，人類將與禽獸無別。一種法律都是集合許多片段而成，每個片段無不包括肉體上及精神上的生存要件。拋棄法律等於拋棄權利，這在法律上是不允許的，而且亦不可能。如其可能，必定受到別人侵害；抵抗侵害乃是權利人的義務。吾人的生存不是單由法律之抽象的保護，而是由於具體的堅決主張權利。堅決主張自己的權利，不是由於利益，而是出於權利感情的作用。

那輩竊盜因他自己不是所有權人，故乃否認所有權的存在，更否認所有權為人格的要件。是則竊盜的行為不但侵害別人的財物，且又侵害別人的人格，受害人應為所有權而防衛自己的人格。因此竊盜的行為可以發生兩種結果：一是侵害別人的權益，二是侵害別人的人格。至於上述豪強侵占農民的田地，情形更見嚴重。倘若該受害農民不敢抗爭，必為同輩所輕視。同輩認為其人可欺，雖不敢明目張膽，亦將偷偷摸摸，蠶食該農民的土地。所有權觀念愈發達，受害人愈難忍受侵害，從而反抗的意志亦愈益強烈。故凡提起訴訟而能得到勝訴，應對加害人要求雙重賠償，一是討還標的物，二是賠償權利感情的損傷。

各種國家對於犯罪之會加害國家的生存者，多處以嚴刑。在神權

國，凡慢瀆神祇的處刑，而擅自改變田界的，只視為普通的犯罪（例如摩西法）。農業國則反是，擅自改變田界的處嚴刑，慢瀆神祇的處輕刑（古羅馬法）。商業國以偽造貨幣，陸軍國以妨害兵役，君主國以圖謀不軌，共和國以運動復辟，為最大的罪狀。要之，個人也好，國家也好，權利感情乃於生存要件受到損害之時，最為強烈。

權利與人格結為一體之時，不問是那一種權利，均不能計算價值之多少。此種價值不是物質上的價值（material value），而是觀念上的價值（ideal value）。對於觀念上的價值，不論貧與富，不論野蠻人與文明人，評價都是一樣。至其發生的原因，不是由於知識的高低，而是由於苦痛感情的大小。也許野蠻人比之文明人，權利感情更見強烈。文明人往往無意之中，計算得失孰大孰小。野蠻人不憑理智，只依感情，故能勇往猛進，堅決反抗權利之受侵害。但是文明人若能認識權利受到侵害，不但對他自己，而且對整個社會，都可以發生影響，亦會拔劍而起，挺身而鬥，不計利害，不計得失。吾於歐洲許多民族之中，只知英國人民有此權利感情。英國人民旅行歐洲大陸，若受旅館主人或馬車馭者的欺騙，縱令急於出發，亦願延期啟行，向對方交涉，雖犧牲十倍的金錢，亦所不惜。這也許可以引人嗤笑，其實嗤笑乃是不知英國人民的性格，所以與其嗤笑英人，不如認識英人。

四

為法律而鬥爭，是權利人的義務，已如上所言矣。茲再進一步，說明個人擁護自己的法律——即法律上的權利——又是對於社會的義務。

法律與權利有何關係？我們深信法律乃是權利的前提，只有法律之抽象的原則存在，而後權利才會存在。權利由於法律，而後才有生命，才有氣力，同時又將生命與氣力歸還法律。法律的本質在於實行，法律不適用於實行或失去實行的效力，則法律已經沒有資格稱為法律了；縱令予以撤廢，亦不會發生任何影響。這個原則可適用於一切國法，不問其為公法，其為刑法，其為私法。公法及刑法的實行，是

看官署及官吏是否負起責任，私法的實行則看私人是否擁護自己的權利。私人放棄自己的權利，也許由於愚昧，不知權利之存在；也許由於懶惰或由於畏懼，不欲多事，其結果，法律常隨之喪失銳氣而等於具文。由此可知私法的權威乃懸於權利的行使，一方個人的生命由法律得到保障，他方個人又將生命給與法律，使法律有了生氣。法律與權利的關係猶如血液的循環，出自心臟，歸於心臟。

個人堅決主張自己應有的權利，這是法律能夠發生效力的條件。少數人若有勇氣督促法律的實行，藉以保護自己的權利，雖然受到迫害，也無異於信徒為宗教而殉難。自己的權利受到侵害，而乃坐聽加害人的橫行，不敢起來反抗，則法律將為之毀滅。故凡勸告被害人忍受侵害，無異於勸告被害人破壞法律。不法行為遇到權利人堅決反抗，往往會因之中止。是則法律的毀滅，責任不在於侵害法律的人，而在於被害人缺乏勇氣。我敢大膽主張：「勿為不法」(Do no injustice)固然可嘉，「勿寬容不法」(Suffer no injustice)尤為可貴。蓋不法行為不問是出之於個人，或是出之於官署，被害人若能不撓不屈，與其抗爭，則加害人有所顧忌，必不敢輕舉妄動。由此可知我的權利受到侵犯，受到否認，就是人人權利受到侵犯，受到否認。反之，我能防護權利，主張權利，回復權利，就是人人權利均受防護，均有主張，均能回復。故凡為一己的權利而奮鬥，乃有極崇高的意義。

在這個觀念之下，權利鬥爭同時就是法律鬥爭，當事人提起訴訟之時，成為問題的不限於權利主體的利益，即整個法律亦會因之發生問題。莎士比亞在其所著「威尼斯的商人」(The Merchant of Venice)中，描寫猶太商人舍洛克(Shylock)貸款給安多紐(Antonio)的故事，¹中有舍洛克所說的一段話：

¹ 參閱拙著，舉重明輕、類推適用與衡平原則，民法學說與判例研究(八)，頁1以下。O. Hood Phillips, *Shakespeare and the Lawyers* (London 1972), pp.91-118.

我所要求一磅的肉，
是我買來的，這屬於我，我必須得到；
你們拒絕不予，就是唾棄你們的法律；
這樣，威尼斯的法律又有什麼威力。
……我需要法律，
……我這裡有我的證件。

「我要法律」一語，可以表示權利與法律的關係，又有人人應為維護法律而作鬥爭的意義。有了這一句話，事件便由舍洛克之要求權利，一變而為威尼斯的法律問題了。當他發出這個喊聲之時，他已經不是要求一磅肉的猶太人，而是凜然不可侵犯的威尼斯法律的化身，他的權利與威尼斯的法律成為一體。他的權利消滅之時，威尼斯的法律也歸消滅。不幸得很，法官竟用詭計，拒絕舍洛克履行契約。契約內容苟有反於善良風俗，自得謂其無效。法官不根據這個理由，既承認契約為有效，而又附以割肉而不出血的條件。這猶如法官承認地役權人得行使權利，又不許地役權人留足印於地上。這種判決，舍洛克何能心服。當他悄然離開法庭之時，威尼斯的法律也悄然毀滅了。

說到這裡，我又想起另一作家克萊斯特（Heinrich von Kleist）所寫的小說「米刻爾·科爾哈斯」（Michael Kohlhaas）了。舍洛克悄然走出，失去反抗之力，而服從法院的判決。反之，科爾哈斯則不然了。他應得的權利受到侵害，法律曲解法律，不予保護，領主又左袒法官，不作正義的主張。他悲憤極了，說道：「為人而受蹂躪，不如為狗」，「禁止法律保護吾身，便是驅逐吾身於蠻人之中。他們是把棍子給我，叫我自己保護自己」。於是憤然而起，由正義的神那裡，奪得寶劍，揮之舞之，全國為之震駭，腐化的制度為之動搖，君主的地位為之戰慄。暴動的號角已經鳴了。權利感情受到侵害，無異於對人類全體宣戰。但是驅使科爾哈斯作此行動，並不是單單報仇而已，而是基於正義的觀念。即余當為自己目前所受的侮辱，恢復名譽；並為同胞將來所受的侵害，要求保護，這是余的義務。結果，他便對於從前宣告他為有罪的人——君主、領主及法官，科以二倍三倍以上的私

刑。世上不法之事莫過於執行法律的人自己破壞法律。法律的看守人變為法律的殺人犯，醫生毒死病人，監護人絞殺被監護人，這是天下最悖理的事。而唯視金錢多少，勢力大小，法律消滅了，人民就由政治社會回歸到自然世界，各人均用自己的腕力，以保護自己的權利，這是勢之必然。

人類的權利感情不能得到滿足，往往採取非常手段。蓋國家權力乃所以保護人民的權利感情，而今人民的權利感情反為國家權力所侵害，則人民放棄法律途徑，用自助行為以求權利感情的滿足，不能不說是出於萬不得已。然此又不是毫無結果，教徒的殉難可使羅馬皇帝承認基督教，歐洲各國的民主憲政何一不是由流血得來。科爾哈斯揮動寶劍實是「法治」發生的基礎。

五

國民只是個人的總和，個人之感覺如何，思想如何，行動如何，常表現為國民的感覺思想和行動。個人關於私權的主張，冷淡而又卑怯，受了惡法律和惡制度的壓迫，只有忍氣吞聲，不敢反抗，終必成為習慣，而喪失權利感情。一旦遇到政府破壞憲法或外國侵略領土，而希望他們奮然而起，為憲政而鬥爭，為祖國而鬥爭，事所難能。凡沈於安樂，怯於抗鬥，不能勇敢保護自己權利的人，那肯為國家的名譽，為民族的利益，犧牲自己的生命。至於名譽或人格也會因而受到損害，此輩是不了解的。此輩關於權利，只知其為物質上的利益，我們何能希望他們另用別的尺度以考慮國民的權利及名譽。

所以國法上能夠爭取民權，國際法上能夠爭取主權的人，常是私權上勇敢善戰之士。前曾說過，英國人願為區區一便士之微而願付出十倍以上的金錢，與加害人從事鬥爭。有這鬥爭精神，故在國內能夠爭取民主政治，於國外能夠爭取世界霸權。

對於國民施行政治教育的是私法，絕不是公法。國民在必要時，若能知道如何保護政治的權利，如何於各國之間，防衛國家的獨立，必須該國人民在私人生活方面，能夠知道如何主張他們自己的權利。

自己權利受到侵害，不問來自何方，是來自個人乎，來自政治乎，來自外國乎，若對之毫無感覺，必是該國人民沒有權利情感。是故反抗侵害，不是因為侵害屬於那一種類，而是懸於權利感情之有無。

依上所述，我們可以得到簡單的結論，即對外國要發揚國家的聲望，對國內要建立強國的基礎，莫貴於保護國民的權利感情；且應施以教育，使國民的權利感情能夠生長滋蔓。

專制國家的門戶常開放給敵人進來。蓋專制政府無不蔑視私權，賦稅任意增加，沒有人反對；徭役任意延長，沒有人抗議。人民養成了盲從的習慣，一旦遇到外敵來侵，人民必萎靡不振，移其過去盲從專制政府者以盲從敵人政府。到了這個時候，政治家方才覺悟，要培養對外民氣，須先培養對內民氣，亦已晚矣。²

第二節 法、私法與公法

- 一、簡述法律、道德與習俗的社會功能及相互關係。1. 甲見老嫗乙昏迷於途，能救助而不為救助時，有無法律責任？甲為救助時，成立何種法律關係？試就民法相關規定加以說明。2. 您如何看待同性戀及同性婚姻？
- 二、某甲酒醉駕車違規超速，撞到路人某乙致重傷。試問：1. 乙得向甲主張何種權利？2. 甲應負何種刑事責任？3. 主管機關得否吊銷甲的駕照？4. 試就上揭情形說明管轄的法院。（查閱相關條文！）³
- 三、甲參加勞工保險（或全民健康保險），因保險給付與承辦保險機關發生爭執時，究應依行政救濟主張其權利，抑向普通法院起訴？
- 四、試就上舉三例題說明私法與公法的區別標準、區別實益、規範功能及二者的關係。

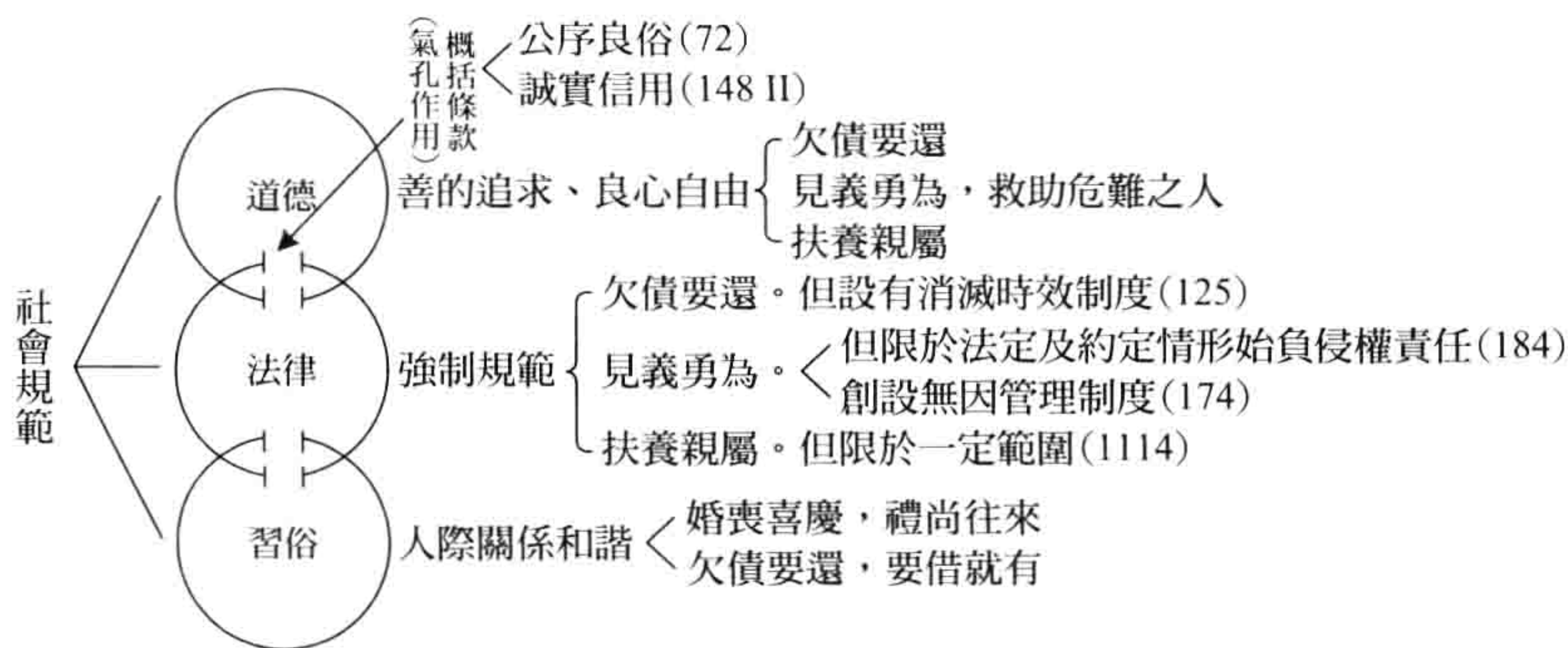
² Jhering（耶林）氏 *Der Kampf um das Recht* 一書的中文全譯本，參閱蔡震榮與鄭善印合譯，*法（權利）的抗爭*（三鋒出版社 1993）；林文雄譯，*為權利而抗爭*（協志出版社 1997）。關於耶林氏的生平與法學思想，參閱李建良，*戲謔與嚴肅之間：耶林的法學世界*，*月旦法學雜誌*，75 期，2001 年 8 月，頁 183。

³ 用心、耐心、細心，研讀案例事實，慎思明辨，是法律人必備的基本素養。

第一款 社會規範：法律、道德與習俗

人類社會生活需要一定的規範，包括法律、道德及習俗。法律是由國家制定具有強制性的規範，以一定的制裁（刑罰、損害賠償等）要求人民應為一定行為（如繳納稅捐、服兵役），或不為一定行為（如不喝酒駕車、不為偽證），以維持社會平和、實踐正義。道德係本諸個人的良知及倫理上之是非觀念，例如救助落難之人、非禮勿言、以德報怨，旨在追求至善，良心自由，違反者難免良心不安。習俗係社會生活上的人情世故、節慶祭典及交易慣例，其目的在於促進和諧，其違反時（如參加婚宴不送禮）將受到他人的責難、鄙視、孤立或敬而遠之。

法律、道德及習俗三者共同協力維護增進社會生活。法律必須建立在道德之上，始具倫理性，並將部分道德法律規範化。例如民法第 180 條第 1 款規定給付係履行道德上之義務者，不得請求返還。第 408 條第 2 項規定為履行道德上義務者，贈與物之權利未移轉前，贈與人不得撤銷其贈與。民法第 1084 條第 1 項規定：「子女應孝敬父母。」民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」習俗（包括交易慣例）亦得作為意思表示及契約解釋的參考因素。茲將法律、道德及習俗的規範性圖示如下：



1. 法律、道德及習俗各有其功能，得發生重疊，以不同的方式共同協力維護增進人類社會生活。

2. 任何社會或國家皆以最低限度的共同價值為其存在的前提，例如不得偽證、不得殺人、負債要還、信守承諾等，⁴法律並僅能將社會道德的核心部分加以強制（法律係最低的道德或倫理）。例如欠債要還，但民法設有消滅時效制度，使請求權因一定期間不行使而消滅（第 125 條）。救助危難之人（如落水之人），乃道德上義行，但須有法定或約定的作為義務時，始負法律責任。扶養親屬具有倫理性，但法律將法定扶養義務，限於一定範圍之人（第 1114 條）。道德應作為法的目標，但不能要求將法與道德合一，國家不能以法與道德應予合一的要求，用法律強制規定一定的意識型態，限制屬於私人領域的行為（如性生活），拘束公民的良心。⁵

3. 法律不能成為一種封閉的體系，民法上的概括條款（公序良俗、誠實信用）具有氣孔作用，使民法得與變遷中的道德、習俗溝通，經由判例學說與時俱進，適應社會變遷而發揮其規範功能。

4. 法律不強制每個人成為好的撒馬利亞人（good Samaritan，聖經路加福音 10 章 25 節），負有救助遭遇危難之人的義務，但民法創設了無因管理制度，以債的關係（第 173 條）調和救助者與被救助者的權利義務。

第二款 法律體系

一、法律體系的功能

對一個初習民法的人而言，上揭例題有助於了解民法在法律體系

⁴ Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie, mit Juristischer Methodenlehre* (6. Aufl., München 2011), S. 248; 丁曉春、吳越譯，*法理學*（4. Aufl., München 2002；法律出版社 2002），頁 179；N. Hoerster, *Was ist Moral?* (Stuttgart 2008).

⁵ Leon Fuller, *The Morality of Law* (2nd, New Haven, Yale University Press 1969). 提出法的內在道德性，強調法的規則特徵，須能體現法治國家的基本原則：1. 法律規範是一般性表達的規則，而不只涉及到個別案件。2. 國家機關係根據這些規則對待任何人。3. 規則須為公眾所知曉。4. 規則長期而穩定。5. 從理論上看，規則自身須具有內部的協調性。6. 任何人都能在規則的範圍內盡力而為。

上的地位及法律適用關係。

在例題二，乙得對甲主張何種權利？學習民法的人都應該知道，不能單憑公平、正義而論斷，亦不能僅從倫理道德去考量，必須依法及法律去思考、判斷。因此，關鍵問題在於現行法上是否有一項足以支持乙向甲請求損害賠償之請求權的規定，學說上稱為請求權規範基礎（Anspruchsnormengrundlage），簡稱為請求權基礎（Anspruchsgrundlage）。⁶學習法律，處理實例的主要工作，就在於探尋此種可以支持乙的請求權的法律規範，必須於找到一定請求權基礎（如民法第184條第1項前段、第2項、第191條之2）⁷時，始可肯定乙的請求權。反之，倘若「翻遍了六法全書」，窮盡法律解釋方法，仍然找不到一個可以支持乙的請求權的法律規範時，原則上應認定乙的請求為無理由。

關於例題二的其他二個問題，涉及酒醉肇事者的刑事責任及行政制裁。在一個採罪刑法定主義及依法行政的法治國家，對人民施以刑事或行政上的制裁，應有法律依據，並須依一定的程序為之。

思考敏銳的讀者必定會提出一個基本問題：在一個具體案例，如何去尋找可資決定當事人間權利義務關係的法律規範？如何知道管轄的法院，提起訴訟？法令多如牛毛，⁸從何找起？難道要從六法全書一頁一頁去尋找不成？事實上絕非如此！因為法律雖然多如牛毛，但法律有其體系，而法律體系主要功能之一，就在於指引如何去發現於具體案例可資適用的法律及管轄法院。

二、外部體系與內在體系⁹

將眾多法律，依一定的觀點，加以歸類組織而形成的秩序，並體

⁶ 關於請求權基礎，參閱拙著，法律思維與民法實例——請求權基礎理論體系。

⁷ 本書條文未為明示者，均為民法規定。

⁸ 一牛之毛究有多少，不得確知，論者有謂牛健者多毛，現代化國家的法令多如牛毛，雖屬譬喻，實寓真理。

⁹ C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (2. Aufl., Berlin 1983).

現一定的基本規則，構成所謂的法律體系。法律體系分為外部體系及內部體系。法律的外部體系指法律的歸類構造，例如將法律分為公法與私法、實體法與程序法。將私法分為民法與特別民法。民法為五編制，分為總則、債、物權、親屬、繼承。法律的內部體系指法律的基本原則，例如憲法的法治國原則、刑法的罪刑法定主義、稅法上的租稅法定原則、民法上的私法自治等。法律體系有助於認識法律的整體性，在個案探尋得適用的規定及闡釋定明法律的規範意旨，¹⁰並可培養法律人體系思考能力，此乃法律人的基本素養。¹¹

第三款 公法與私法

自羅馬法以來，法律在傳統上分為二類，一為公法，一為私法。關於公法與私法的區別，涉及二個基本問題：1. 區別標準、2. 區別實益，分述如下：

一、區別標準

(一) 學說理論

公法與私法的區別標準，¹²主要有四說：1. 利益說：以公益為目的者為公法；以私益為目的者為私法。¹³2. 從屬規範說：規範上下隸

¹⁰ C. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung (Tübingen 2008).

¹¹ 德國偉大法學家薩維尼 (Savigny) 謂：學術研究不僅取決於天賦 (個人智力的程度) 與勤奮 (對智力的一定運用)，它還更多地取決於第三種因素，那就是方法，即智力的運用方向。每個人都有其方法，但很少人有在這方面能夠到自覺和體系化的程度。如果我們對一門科學 (Wissenschaft) 或其理念按照合乎這門科學之本性的法則 (Gesetze) 進入深入徹底地思考，那麼我們的方法將走向體系化，對科學理念的觀察將能夠把我們引向正確的方向。薩維尼、格林 (楊代雄譯)，薩維尼法學方法論講義與格林筆記 (法律出版社 2008)，頁 67。

¹² 關於公法與私法區別，參閱吳庚，行政法之理論與實用 (增訂 12 版，自版 2012)，頁 28；陳敏，行政法總論 (7 版，自版 2011)，頁 29 以下；翁岳生編，行政法 (上) (3 版，元照 2000)，頁 89；Renck, Über die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, JuS 1986, 268 f.

¹³ 此為羅馬法所採的標準，認為：「公法者為羅馬國家制度之法；私法者，為關

屬關係者為公法；規範平等關係者，為私法。3. 主體說：法律關係主體的一方或雙方為國家或機關者，為公法；法律關係的主體雙方均為私人者，為私法。4. 特別法規說（新主體說）：國家或機關以公權力主體地位作為法律關係的主體者，該適用的法律為公法；該法律對任何人皆可適用者，則為私法。

由公法與私法區別標準見解的分歧，可知諸說各有所長，但亦均具缺點。就利益說言，如民法為私法，但亦須兼顧公益（如交易安全）。就從屬規範說言，如民法上父母與未成年子女之間亦具有強制服從關係；而所謂的行政契約亦基於平等關係。就主體說言，國家或機關從事私法行為（如向私人承租房屋、購買物品）時，應屬私法關係。特別法規說旨在克服上揭各說的缺點，而漸受重視，如國家或機關向私人承租房屋，因非基於公權力的地位，故屬私法行為；行政契約的訂立（如醫學院公費生與教育部締約的契約，司法院釋字第 348 號解釋），因一方的主體係居於公權力的地位，故具公法性質。

（二）民法係屬私法

公法與私法的區別標準分歧，雖如上述，但民法係屬私法，則無爭議。因為民法旨在規範個人間的利益（如訂立契約、移轉所有權、結婚或為遺囑），以平等為基礎，其主體為私人或國家非基於公權力的地位，對任何人皆可適用。民法的主要特徵及規範意義在於私法自治，即個人得自主決定，自我負責地形成彼此間的權利義務關係。

其屬公法的，有憲法、行政法（如所得稅法、大學法、建築法）及刑法等。關於訴訟法，一般多將其歸類為公法，其理由為司法涉及國家公權力的活動；當事人、證人或鑑定人與法院的關係，乃處於上下隸屬關係。然須注意的是，民事訴訟當事人間係居於平等對立關係，民事訴訟法亦容許當事人擁有一定程度的處分權限，此乃基於訴

於個人利益之法。」Ulpian (170-228 a.D.): "publicum iusest 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.

訟上當事人的私法自治，故有認為公法與私法的區別應著眼於規範權利主體間的生活關係，以定其權利義務的實體法，而不及於規範如何實現權利的民事訴訟法。¹⁴此項見解可供參考。

二、區別實益

公法與私法的區別，除有助於認識二者的特色外，其主要實益在於訴訟時的法院管轄及救濟程序。此攸關憲法對於人民訴訟權的保障及實踐¹⁵。法院組織法第 2 條規定：「法院審判民事、刑事及其他法律規定訴訟案件，並依法管轄非訟事件。」所稱「法院」指普通法院，「民事訴訟案件」指私法案件而言，「其他法律規定」，如公職人員選舉罷免法第 126 條第 1 款規定選舉、罷免之訴訟屬普通法院管轄。

至於公法上的爭議，依行政訴訟法第 2 條規定，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟，歸行政法院管轄。所稱除法律另有規定，除上揭公職人員選舉罷免法外，尚有國家賠償法（第 5 條以下）、道路交通管理處罰條例（第 87 條）等。

關於訴訟案件的法院管轄，公法與私法的區別應就個案加以認定，其爭議主要發生於行政法。國家行為涉及公權力行使者，如課徵稅捐、核發建照等，係屬公法行為。其屬私經濟行為（國庫行政）者，如租用辦公廳舍，對地震災民出售國民住宅，經營公車捷運等，則屬私法上行為。關於公有耕地放領行為，司法院釋字第 89 號解釋認係國家與承領人間訂立的私法上買賣契約，略謂：「行政官署依臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法，將公有耕地放領於人民，其因放領之撤銷或解除所生之爭執，應由普通法院管轄。」解釋理由強調耕作人承領與否非屬強制，乃承領人可選擇的自由。

基於給付行政而提供的給付或服務，究係公法行為或私法行為，

¹⁴ Wolf/Neuner, AT, S. 13.

¹⁵ 參閱司法院釋字第 466 號、第 533 號解釋（閱讀之！）。

頗難認定，而此與我國行政訴訟制度的發展具有關係。公務人員保險為公法事件，向無疑問。關於勞工保險事件，普通法院係作為民事事件而受理，¹⁶行政法院則將之定性為行政處分，人民得對之提起行政訴訟。¹⁷值得注意的是中央健康保險局與各醫事服務機構締結全民健康保險特約醫事服務機構合約，司法院釋字第 533 號解釋認係行政契約，其所生爭議具公法上的性質，得依法提起行政爭訟。¹⁸

三、私法與公法的協力

法律分為私法與公法，並將個別法律歸類為私法或公法，非謂二者可完全分離、互不相關。實者，私法與公法關係密切，共同協力規範社會生活，建構統一的法秩序，分三點言之：

1. 為形成一定社會生活，法律（如公平交易法、消費者保護法）常兼用私法（契約、侵權行為損害賠償）及公法（刑罰或罰鍰）的手段。

2. 各部門法律的內容以多種方式結合，例如私法與民事訴訟法，

¹⁶ 最高法院 56 台上 3372 判例（閱讀之！）。

¹⁷ 行政法院 55 判 228 判例（閱讀之！）。

¹⁸ 司法院釋字第 533 號解釋謂：「憲法第 16 條規定，人民之訴訟權應予保障，旨在確保人民於其權利受侵害時，得依法定程序提起訴訟以求救濟。中央健康保險局依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結全民健康保險特約醫事服務機構合約，約定由特約醫事服務機構提供被保險人醫療保健服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，故此項合約具有行政契約之性質。締約雙方如對契約內容發生爭議，屬於公法上爭訟事件，依中華民國 87 年 10 月 28 日修正公布之行政訴訟法第 2 條：『公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。』第 8 條第 1 項：『人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。』規定，應循行政訴訟途徑尋求救濟。保險醫事服務機構與中央健康保險局締結前述合約，如因而發生履約爭議，經該醫事服務機構依全民健康保險法第 5 條第 1 項所定程序提請審議，對審議結果仍有不服，自得依法提起行政爭訟。」本件解釋理由論及人民的訴訟權、公法與私法的區別實益及行政契約的認定標準，甚屬重要，務請參閱。

使私法上的權利得依國家高權行使的訴訟秩序予以實現。又違反公法規定時得發生私法上效果，例如民法第 71 條規定：「法律行為違反強制或禁止規定者，無效。」此項強制或禁止規定多屬公法。民法第 184 條第 2 項規定違反保護他人法律者，推定其有過失，應負損害賠償責任，其所稱保護他人法律，亦多具公法性質。

3. 所有權係私法關係的基礎，其形成私法生活的空間常受具公法性質的建築、環保法令的限制。

四、私法的優先性：有疑義時為自由

私法與公法有不同的規範原則：私法以個人自由決定為特徵，公法則以強制或拘束為內容；前者強調自主決定，後者須有法律依據及一定的權限。公法與私法相互補充，彼此協力，如何運用，應在憲法的界限內，由立法者判斷何者宜讓私人形成，何者須交由國家公權力處理。任何社會在決定如何以公法或私法形成國民生活時，對於此種區別應有清楚的認識。基於對個人自由權利的保障，應遵循「有疑義時為自由」(in dubio pro libertate) 的原則，以私法為優先，其主要理由係個人乃自己事務的最佳判斷者及照顧者，選擇自由有助於促進社會進步及經濟發展。國家必須保障私法制度能有發揮其功能的空間，並限制契約自由的濫用。國家為更高的價值或公益而為強制或干預時，應有正當理由，符合比例原則（參照憲法第 23 條）。

五、例題解說

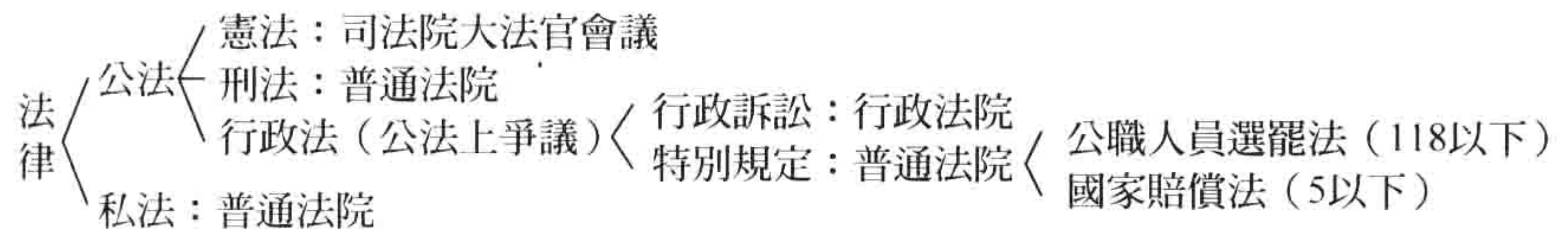
在前揭例題二，乙得否向甲請求損害賠償，係民事案件，由普通法院審判。民事，應先依法律規定（第 1 條），包括民法及其他民事特別法。乙得依民法第 184 條第 1 項前段、第 2 項或第 191 條之 2 規定向甲請求損害賠償。

甲駕車過失肇事致乙重傷，犯刑法第 284 條第 1 項規定過失傷害罪，即因過失傷害致人重傷者，處一年以下有期徒刑，拘役或五百元以下罰金。此為告訴乃論之罪（刑法第 287 條），道路交通管理處罰

條例第 86 條第 1 項規定酒醉駕車，行駛人行道或行經行人穿越道不依規定讓行人優先通行，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一。

又依道路交通管理處罰條例第 35 條第 1 項規定，汽車駕駛人，駕駛汽車酒精濃度超過規定標準，致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再考領。交通案件雖具公法性質，但道路交通管理處罰條例特別規定由普通法院處理（第 87 條）。

由上述可知，私法與公法的區別實益在於法律的適用、管轄法院及救濟程序。同一行為得同時構成民事責任、刑事責任及行政責任。私法與公法依其不同的規範功能，共同協力保障人民權益，維持社會秩序。為便於觀察，圖示如下：



第三節 民法典的制定、編制體裁與私法體系

何謂「民商分立」與「民商合一」？現行民法採何制度？何謂「民法」與「特別民法」？請參閱公平交易法、消費者保護法、公寓大廈管理條例（閱讀！），說明民法法典化的理念及特別民法的發展。

第一款 民商合一與民商分立¹⁹

私法旨在規律私人間的法律關係，已如上述。此種私人間的法律關係，或為買賣、租賃、所有權等財產上關係，或為婚姻、親子、繼

¹⁹ 關於民商合一立法政策上的問題，王伯琦，民法債篇總論，頁 302；鄭玉波，民法總則，頁 34。

承的身分上關係。關於如何規律私法上法律關係（尤其是財產上關係），立法例上有採「民商分立」制度，即除規律個人間法律關係的「民法法典」外，尚制定有規律商事交易及其他商事關係的「商法法典」，法國、德國、日本等二十世紀以前制定民法法典的國家多採此種民商分立制度。我現行民法立法之際，曾就歷史關係、社會進步、世界交通、各國立法趨勢、人民平等、編制標準、編制體例，商法與民法之關係，詳加研究，決定仿照瑞士立法例，採取民商合一制度，即於「民法法典」外，不另立「商法法典」，因此一方面將以前「商人通例」中的經理人與代辦商及商業行為中的交互計算、行紀、倉庫、運送營業、承攬運送等編入民法債編之中；一方面關於公司、票據、海商、保險，各訂為單行法規，使其獨立存在，以適應實際需要。惟須注意的是，基於傳統沿革的理由，通常仍將公司、票據、海商、保險合稱為商事法。部分大學課程，仍列有「商事法」，高普考亦有「商事法」的科目，坊間以「商事法」命名的教科書，尤屬常見。

如上所述，私法分為二個體系，一為民法法典（簡稱民法）；一為特別民法，除商事法外，尚有土地法、耕地三七五減租條例、礦業法等。民法適用於全國人民及一般事項，稱為普通法（一般法），其他民事法規，則為特別法。關於同一事項，特別法有規定者，應優先適用特別法，其無規定時，始適用民法，此即特別法優先於普通法的原則。²⁰

²⁰ 此種特別法應優先於普通法適用的原則，在耕地租賃最為顯著，例如關於自任耕作而承租的耕地，應先適用耕地三七五減租條例，次適用土地法之規定（第106條以下），最後則適用民法之規定。參照最高法院50台上1000判例：「支票之背書如確係他人逾越權限之行為，按之票據法第10條第2項之規定，就權限外部分，即應由無權代理人自負票據上之責任，此乃特別規定優先於一般規定而適用之當然法理，殊無適用民法第107條之餘地。」

第二款 民法的制定與其時代背景

近代各國制定民法法典，均有其特殊的政治社會背景。1804 年的法國民法（通稱拿破崙法典），旨在建構法國大革命推翻「舊政權」後的法律秩序，以貫徹自由、平等、博愛的理想。²¹1900 年的德國民法乃在實踐一個民族、一個國家、一個法律的目標。²²1898 年公布施行的日本民法，則是明治維新的產物。²³

我民法制定的背景，與日本民法相似，亦在變法圖強。庚子亂後，朝野上下體察時局艱難，認為國家的富強，非全恃堅甲利兵，法制的變革，亦屬基本，歷經爭議，乃於光緒 30 年開設法律館，其初首先致力於刑律的修訂，至宣統 3 年（1911 年）始次第完成大清民律草案，是為民法第一次草案，未及頒布施行，清室已屋。第二次草案於民國 14 年完成。民國 16 年國民政府奠都南京，於民國 17 年成立立法院，積極進行編制法典，於民國 18 年 5 月 23 日公布民法總則，同年 10 月 10 日施行。其後陸續分訂債編、物權編、親屬編及繼承編，而於民國 20 年完成我國第一部民法法典，²⁴施行迄今，已達八十五年了。

²¹ 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.

²² 台大法律學研究所編譯，*德國民法*；梅仲協撰，*德國民法簡介*（台大法律學系），論述甚詳，可供參考；Diederichsen/Sellert (Hrsg.), *Das BGB im Wandel der Epochen* (Göttingen, 2002); Schulte-Nölke, *Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuches*, *NJW* 1996, 1705 ff.; Stürner, *Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter?*, *JZ* 1996, 741 ff.

²³ 石井良助，*民法典の編纂、法制史論集*(4)（創文社 1999）；廣中俊雄、牧野英一編，*民法典の百年*（四冊）（有斐閣 1998）；Helmut Coing (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts* (Tübingen 1988)；加藤雅信等編，*民法學說百年史——日本民法施行一百年紀念*（三省堂 1999）；Ramseyer/Nakazato, *Japanese Law: An Economic Approach* (University of Chicago Press 1999).

²⁴ 關於大清民律草案以來的立法資料，參閱司法行政部民法研究修正委員會編譯，*中華民國民法制定史料彙編*。

第三款 民法總則編的構成²⁵

甲向乙以分期付款買賣方式購買某車，試就下列問題，說明當事人間的法律關係（查閱適用的條文！）：

1. 乙與甲約定，甲有遲延時，乙即得請求全部價金。
2. 乙交付的汽車係泡水車。
3. 該車於交付前，因乙的店員的過失而滅失。
4. 甲係十九歲。
5. 該車係丙所有，為乙所盜賣，丙於乙交付該車於甲後查知其事。

我民法繼受德國立法例，採五編制，其最大的特色為民法總則編，此為德國法系的民法（如日本、韓國、泰國等）所特有，英美法無之，法國民法及瑞士民法亦不採之。²⁶總則編是長期法學發展的產物，肇始自德國十八世紀普通法（*Gemeines Recht*）對六世紀查士丁尼大帝所編纂「學說彙編」〔*Digesten*（拉丁文）、*Pandekten*（希臘文）〕所做的體系整理。首見於 Georg Arnold Heise 於 1807 年出版的「普通法體系概論」（*Grundriss eines Systems des Gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandekten*），建構 *Pandekten*（學說彙編）法學，集大成於偉大法學家 Windscheid，²⁷其理論體系為德國民法所採用，充分展現德意志民族抽象、概念、體系的思考方法。

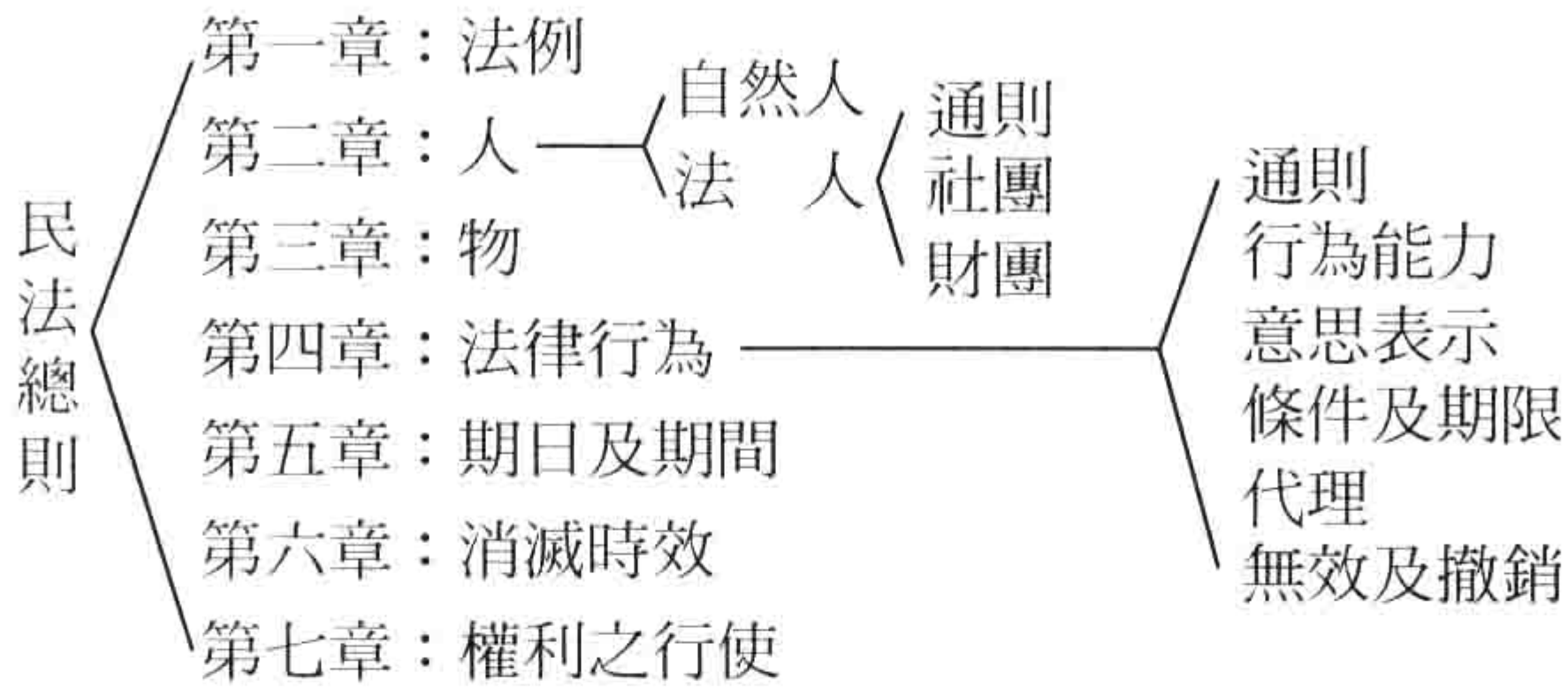
民法總則編是建立在二個基本核心概念之上，一為權利（*Subjektives Recht*），一為法律行為（*Rechtsgeschäft*）。基於權利而

²⁵ 曾世雄，民法總則之現在與未來（自版 1993），此為甚具啟示性的重要著作；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.

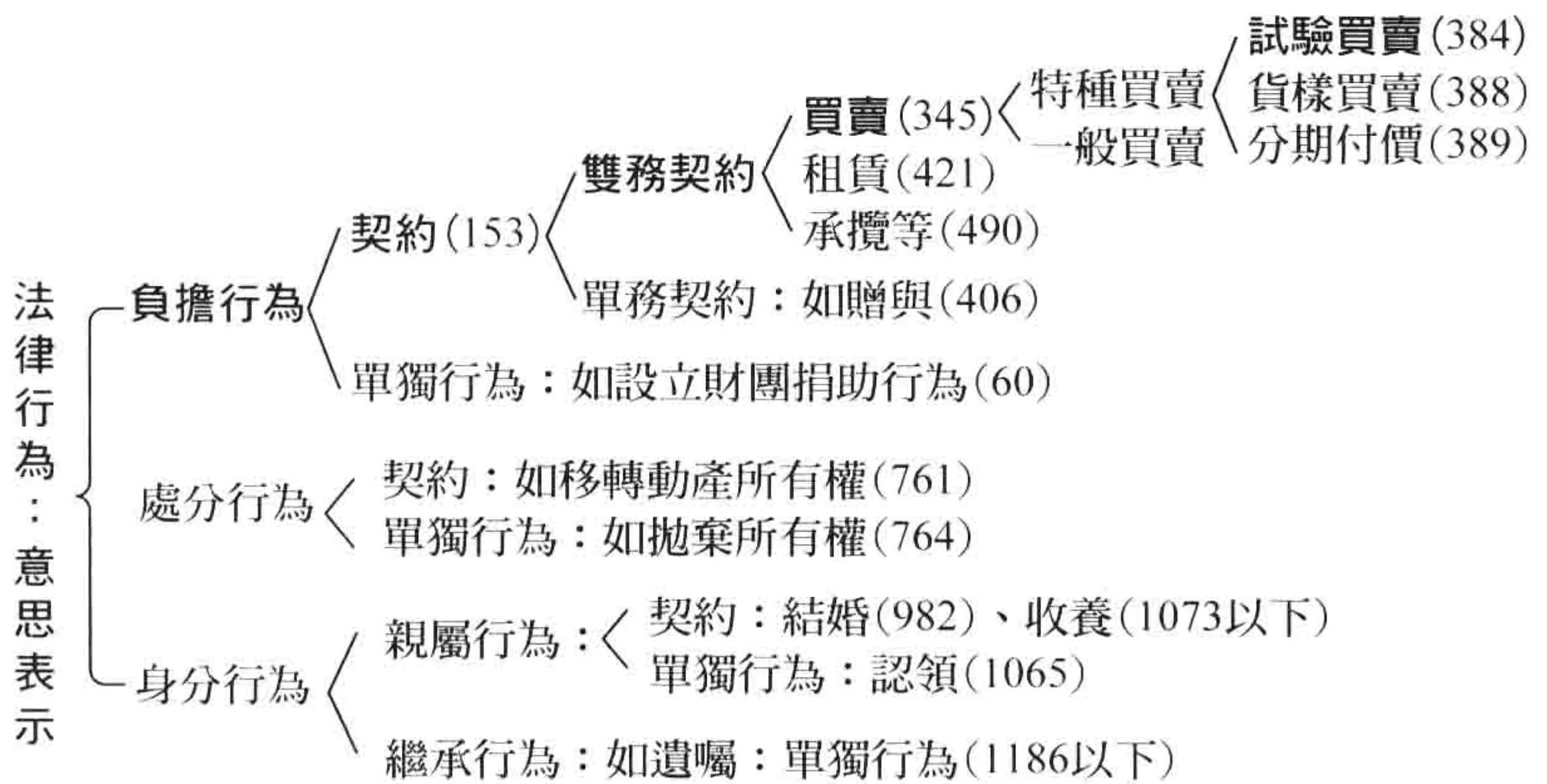
²⁶ Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3. Aufl., Tübingen 1996), S. 141 ff.

²⁷ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (9. Aufl., Frankfurt/M. 1906). 關於 Windscheid (1817-1892) 的生平及貢獻，參閱 Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten* (Heidelberg 1996), 許蘭譯，九百年來德意志及歐洲法學家（法律出版社 2005），頁 451-455。

組成權利體系，有權利主體（人）、權利客體（物）、權利行使等問題。法律行為乃權利得喪變更的法律事實，而以意思表示為要素。此種體系構成體現在民法總則的結構之上：



上揭民法總則體系構成中，法律行為係私法學的最高成就，區分負擔行為（契約、單獨行為）、處分行為（契約、單獨行為）及身分行為（契約、單獨行為），而以意思表示為必備的核心概念，經由多層次的抽象化過程而建造其體系，參閱下圖（查閱條文）：



第四款 民法總則的優點及缺點

一、民法總則的優點

前揭民法總則的構成顯現了民法總則的優點，即將私法上的共同事項加以歸納，具有合理化的作用，避免重複或大量採準用性的規

定。例如關於法律行為的生效要件（如行為能力等），不必就各種債權契約或物權契約另設規定。民法總則的體系構成有助於培養法律人歸納演繹、抽象思考方法，及形成法律原則的能力。

二、民法總則的缺點

（一）原則與例外的複雜關係

利之所在，弊亦隨之，抽象的規定的優點在於概括，其缺點係必須創設例外。例如法律行為包括買賣、贈與、租賃、所有權移轉、婚姻等不同性質和功能的契約，須就該契約另設規定，因而形成各種原則及例外，競合或特別規定的複雜關係。又關於當事人行為能力，民法總則規定限制行為能力人未得法定代理人之允許的單獨行為無效（第 78 條），滿七歲以上之未成年人未得法定代理人之允許所訂立的契約為效力未定（第 79 條），此於債權行為及物權行為均應適用，但對於結婚、離婚及遺囑則有特別規定（第 980 條、第 981 條、第 989 條、第 1186 條，閱讀！）。

（二）法律適用上的各編關聯

抽象化的規定脫離了實際的法律生活，增加理解及法律適用的困難。例如關於汽車的「分期付款買賣」，一般人多能望文生義，但將此類買賣抽象地定性為「法律行為」時，除法律人外，難知其究何所指。學習民法的過程，係由「一般到特殊」，即先學習民法總則，後學習債編；就債編言，則先學習債編通則（債總），再學習各種之債（債各）。但關於法律的適用，則反其道而行之，即由「特殊到一般」，由「後」到「前」，須無特別規定時，始適用一般原則。茲就上揭例題（請再閱讀之！）加以說明：

關於分期買賣支付價金的遲延，適用民法第 389 條（債各，閱讀條文內容，下同！）。

1. 關於乙交付的汽車具有瑕疵，適用民法第 354 條以下規定（債各）。
2. 關於因汽車滅失所生給付不能，適用民法第 226 條及第 224 條

規定（債總）。

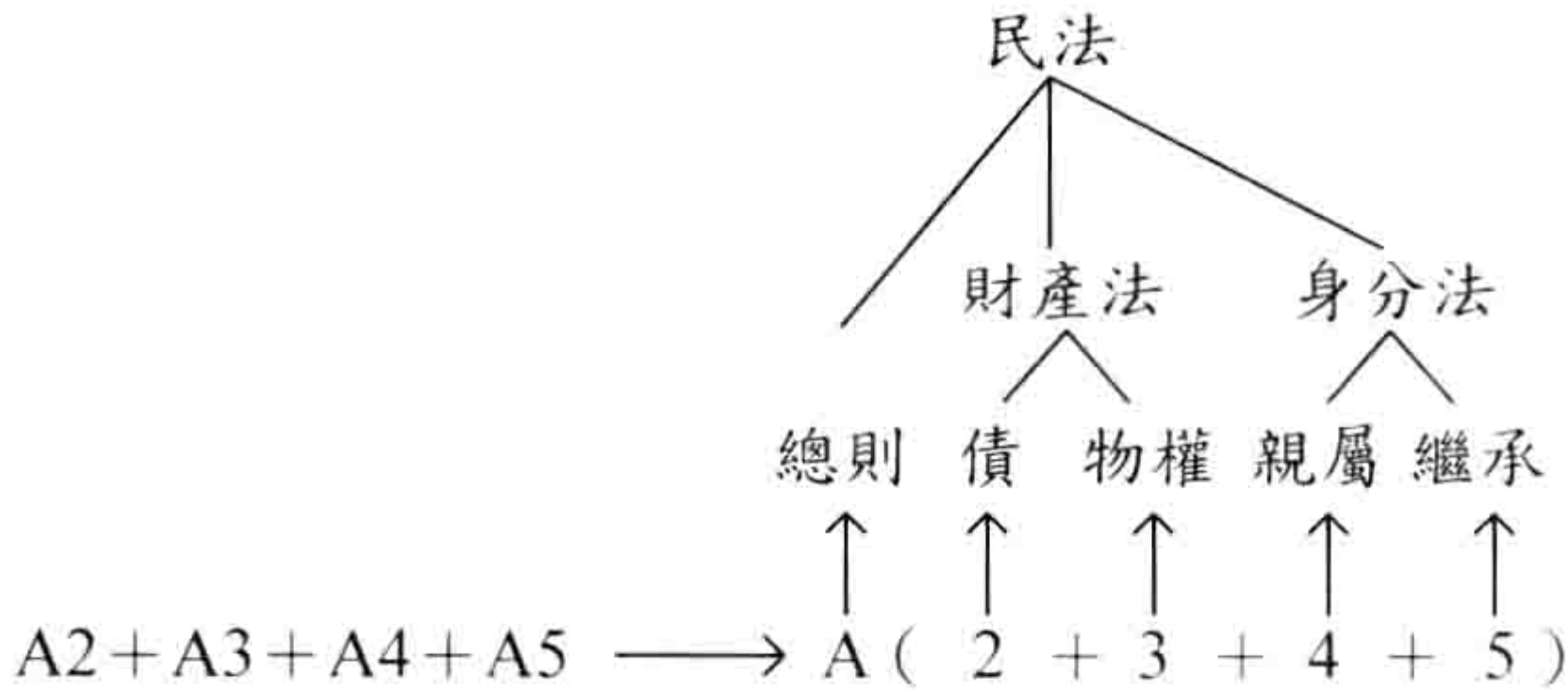
3. 甲為十九歲，係限制行為能力人，適用民法第 79 條以下規定（民法總則）。

4. 關於乙出賣及無權處分他人之汽車，適用民法第 118 條（民法總則）及第 948 條以下規定（物權編）。

第五款 編制體裁與立法技術

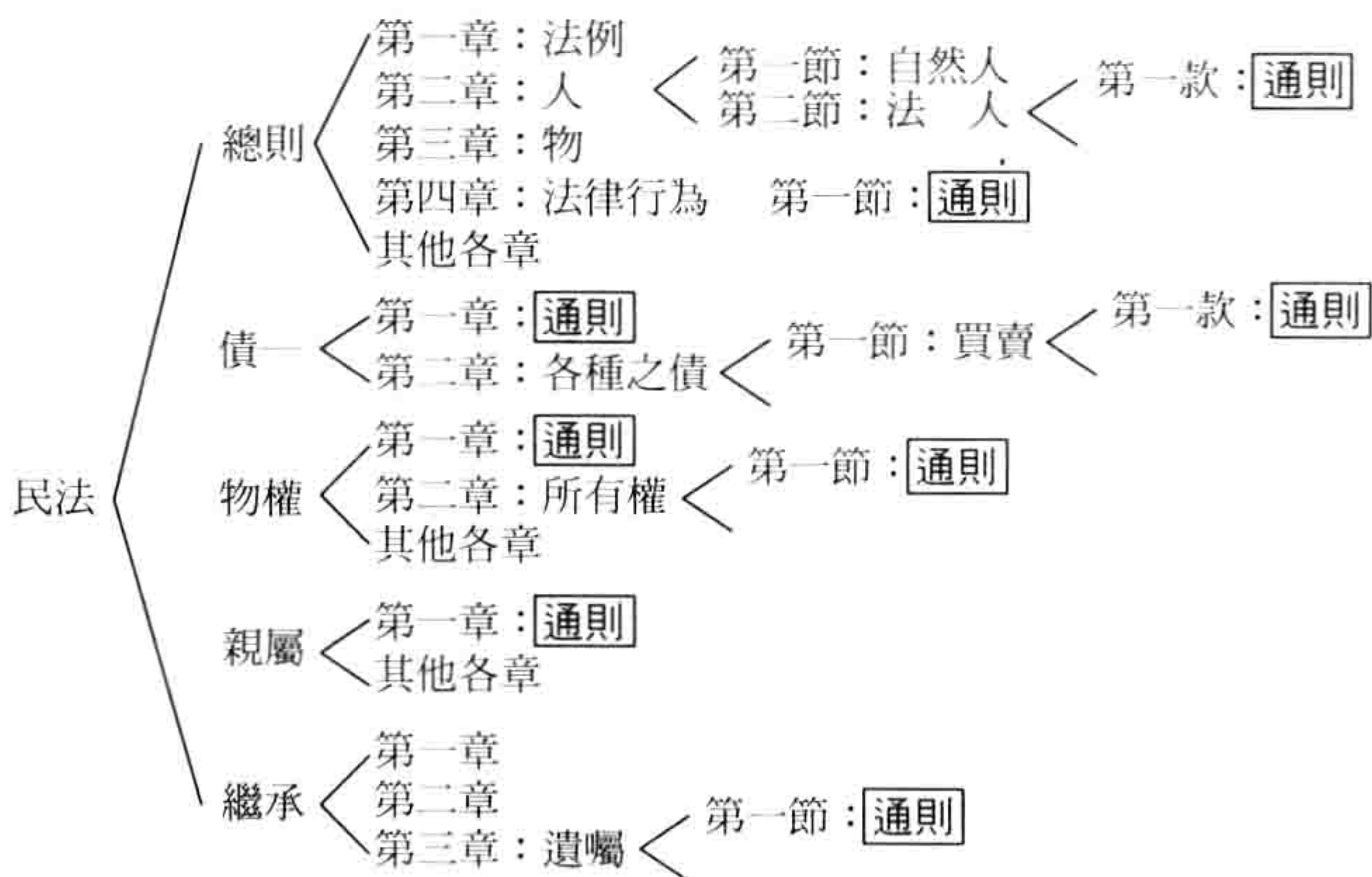
一、五編制構造

民法共有五編，即總則、債、物權、親屬及繼承。此種編制體例係建立在「由抽象到具體」，「由一般到特殊」的立法技術之上。易言之，即儘量將共同事項歸納一起。債編規定契約、無因管理、不當得利及侵權行為四種債之發生原因，其構成「債之關係」的共同因素，非其社會功能，而是其法律效果，即當事人的一方得向他方當事人請求給付，自得請求的一方言，是為債權，自應為給付的一方言，則為債務。例如在買賣，物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務（第 348 條第 1 項，此為出賣人的債務，相對言之，為買受人的債權），買受人對於出賣人，有交付約定價金及受領標的物之義務（第 367 條，此為買受人的債務，相對言之，為出賣人的債權）。債權係相對性的權利，所有權及其他物權則為絕對權，此乃民法於債編之外，另設物權編的主要理由。債編及物權編合稱為財產法。親屬編及繼承編的體系結構基礎在於彼此相類似的社會生活事實，即親屬編係規定因婚姻而生的親子關係、扶養及家等的關係；繼承編所規定的，則是因人之死亡而發生的財產法上效果。親屬編及繼承編合稱為身分法。總則編規定民法其他各編的共同原則。茲以下圖表示此種五編制的體系構成：



二、通則

值得注意的是，民法各編多設有「通則」，亦屬共同事項的歸納。民法總則第一章法例，²⁸可謂是民法總則的「通則」。第二章第二節第一款設有通則，作為「法人」的共同規定。第四章第一節亦設有通則，作為「法律行為」的共同規定。其他各編亦多如此。此種通則化的立法技術，對於了解民法的結構體系及解釋適用，甚為重要，為便於觀察比較（查閱條文！），圖示如下：



²⁸ 立法理由謂：「謹按法例者，關於全部民法之法則，以總括規定之謂也。各國民法，導源於羅馬邱司基尼恩人民法典，要皆各按己國風俗習尚之情形，而異其編制。有設法例者，如瑞士、暹羅及蘇俄之民法是。有不設法例者，如德意志、法蘭西等國之民法是，惟民法為人民權利義務之準繩，間亦有共通適用之法則，分門編訂，重複必多。故舉其大綱，概括規定，庶幾繁簡適中，體例斯當，是曰法例。」施啟揚，民法總則，頁 33 以下。

三、抽象、一般化、概括的法律關係：構成要件與法律效果

現行民法的法條構造主要係採抽象、一般化的風格，藉著精確的概念形成法律關係的構成要件及法律效果。例如：

1. 第 179 條規定：「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」（不當得利，如誤償他人之債、誤食他人牛排。）

2. 第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」（侵權行為，如駕車闖紅燈，撞傷行人。）

3. 第 767 條第 1 項規定：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」（物上請求權，如無權占用他人土地。）

4. 第 226 條第 1 項規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。」（給付不能債務不履行，如出賣之物於訂約後因出賣人過失而滅失。）

此種立法技術有助於促進法律的安定及預見性，惟必須建立在高度抽象化思考方法及概念體系形成的法學之上，而此實為繼受德國法的結果。

現行民法尚設有若干概括條款，如民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」第 148 條第 2 項規定：「行使權利、履行義務，應依誠實及信用方法。」具有方針規定及對法院授權的功能，期能顧及個案正義及社會發展。此涉及法律解釋適用的問題，俟於本書第二章再為詳論。

四、準用

關於現行民法的立法技術，應再提出說明的是，廣泛使用準用性法條，即對某一事項，不逕設明文，而「比附援引」其他規定，其用語不一，或為準用（第 81 條第 2 項），或為比照（第 89 條），或為

依……規定（第 221 條）。此外尚有亦同（第 75 條後段），視為（第 88 條第 2 項）等規定。

此項立法技術旨在避免重複，簡約條文，自有必要，但亦有二項缺點：

1. 使法律的適用趨於複雜：例如甲偷乙之犬，出賣給惡意之丙，丙餵食該犬，並為其支付醫藥費。甲向丙請求返還其犬時（第 767 條），依民法第 957 條規定：「惡意占有人，因保存占有物所支出之必要費用，對於回復請求人，得依關於無因管理之規定，請求償還。」無因管理係規定於民法債編通則，共有七個條文（第 172 條至 178 條），而其中又設有一條準用性條文，即第 173 條第 2 項：「第 540 條至第 542 條關於委任之規定，於無因管理準用之。」足見準用的繁複！²⁹

2. 解釋適用上易滋疑義：例如民法第 221 條規定：「債務人為無行為能力人或限制行為能力人者，其責任依第 187 條之規定定之。」民法第 187 條共有四項（請閱讀條文！），是否可以全部適用，約有四說：甲說認為可以全部適用。乙說認為除該條第 4 項規定以外，餘者全部適用。丙說認為除該條第 1 項及第 2 項關於法定代理人之責任外，餘者均能適用。丁說認為祇適用該條第 1 項之一部分（即債務人為無行為能力人或限制行為能力人者，以行為時有識別能力為限，就故意或過失負責任。如行為時無識別能力，則其行為為一種事變，不負何等責任。至有關法定代理人責任之規定，則不能一併適用）。³⁰

由此可知準用性條文在立法技術及解釋適用上甚屬重要，初學者容易忽略，應特別注意！³¹

²⁹ 民法債編修正又增加了許多準用性法條（參閱第 164 條第 4 項、第 177 條第 2 項、第 195 條第 3 項、第 217 條第 3 項、第 218 條之 1 第 2 項、第 227 條之 1、第 227 條之 2 第 2 項等，閱讀之！）。

³⁰ 鄭玉波，民法債編總論，頁 340。

³¹ 請讀者查閱整理民法關於準用性規定（民法共設有多少準用性條文？），對照教科書作有系統的整理及了解。

第六款 民法與特別民法³²

民法典的制定乃基於法典化的理念（Kodifikationsidee），即將涉及社會生活的私法關係，在一定原則之下作通盤完整的規範。如何貫徹此項理念，不惟於立法技術上甚有困難，並將使民法典過於龐雜，編制體系難以負荷，故不能不在民法典外容許特別民事立法的存在。此等特別民法可歸為三類：

1. 與民法典同一時期或其先後制定：如公司法、票據法、海商法、保險法（合稱商事法）；著作權法、商標法、專利法（合稱無體財產法、智慧財產權法）以及土地法、礦業法及建築法等（請查閱各該法律公布、施行及修正日期）。

2. 1950 年代為推行土地改革而制定：如耕地三七五減租條例（1951）、實施耕者有其田條例（1953-1993）、平均地權條例（1954）等，旨在從事土地改革；對台灣土地所有權制度及社會經濟結構產生深遠的影響。又 1958 年制定的勞工保險條例，為台灣社會安全制度奠定基石，具有重大意義。此等法律係國民政府自大陸撤退之後，總結大陸失敗經驗，為處理農工問題所採的重要措施。

3. 1960 年代後為因應台灣社會經濟發展而制定：為便於觀察，舉其重要者依公元年代排列如下（請瀏覽閱讀各該法律，了解其立法目的、基本內容及最近修正）！³³

1963：動產擔保交易法（物權）

1973：兒童福利法（親屬）

1984：勞動基準法（債）

1989：少年福利法（親屬）

³² 特別法在私法體系上的地位及其發展，是一個值得深入研究的問題，參閱 Franz Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, (Wien/New York 1996), 尤其是第三章：Die Sonderprivatrechte im Privatrechtssystem (S. 415-654).

³³ 其他涉及民事關係的法令規章甚多，難以列舉，如違章建築處理辦法，大眾捷運法（第 45 條及第 46 條）、民用航空法（第九章）、醫療法（第 56 條以下）、性別工作平等法（第 7 條以下）等。

- 1991：公平交易法（債）
- 1992：公害糾紛處理法（債）
- 1994：消費者保護法（債）
- 1995：公寓大廈管理條例（物權）
- 1996：營業秘密法（債）
- 1996：信託法（債）
- 1996：強制汽車責任保險法（債）
- 2003：兒童及少年福利與權益保障法（親屬）
- 2007：祭祀公業條例（物權）

上揭 1960 年代後制定的特別民法，涉及債法（尤其是契約、侵權行為）、物權法及親屬法，調整了契約自由、過失責任、物權制度及未成年人保護原則。每一個法律均擴大了民法的範圍及功能，體現台灣的社會變遷及經濟發展。須注意的是，現行民法係繼受歐陸法而屬於大陸法系，上揭特別法採德日立法例的，如公寓大廈管理條例。動產擔保交易法則係繼受美國法。其他法律的形式及實質則併受大陸法及美國法的影響。如何兼採其長，整合融入既有的概念理論體系，互相滲透啟發，³⁴使我私法的內容和思考方法（如法釋義學及法律經濟分析等），更為豐富，更具開創性，更能公平、有效率地發揮其規範功能，實為二十一世紀台灣法律及法學的重大任務。

又值得特別指出的是，學習民法不應侷限於民法典，而應擴張及於特別民法，依自己的志趣，選定一個特別法作為研究對象，始能相互啟發，深化對整個私法及社會變遷的了解，擴大視野，豐富思考能力，而有助於未來法律生涯的發展。

³⁴ 鄭玉波，民法總則，頁 34，引用德國學者李塞耳（Riesser）及哥德休米特（Goldschmidt）的名言謂：「商法在交易錯綜之里程上，常做為民法之嚮導，且為勇敢之開路先鋒。亦即成為民法吸取新鮮思想而藉以返老還童之源泉。」「民商兩法之關係，譬之冰河，在其下流之積雪雖漸次消融，而與一般沈澱物混合，但其上流卻漸次形成新的積雪。」此項深具啟示性的見解，可用以說明民法及各個特別民法的相互滲透，彼此交流的關係。

第四節 民法的歷史基礎、倫理性、社會模式及民法的發展趨勢

現行民法施行已有八十五年，請觀察近五十年台灣社會變遷與民法發展的關係。試就父母對未成年子女親權行使的問題，查閱民法、司法院大法官解釋、兒童及少年福利與權益保障法的規定加以說明。並進一步探究如何以「人為本位」，作為民法的倫理基礎及其法律意義。

第一款 百年民法的歷史基礎³⁵

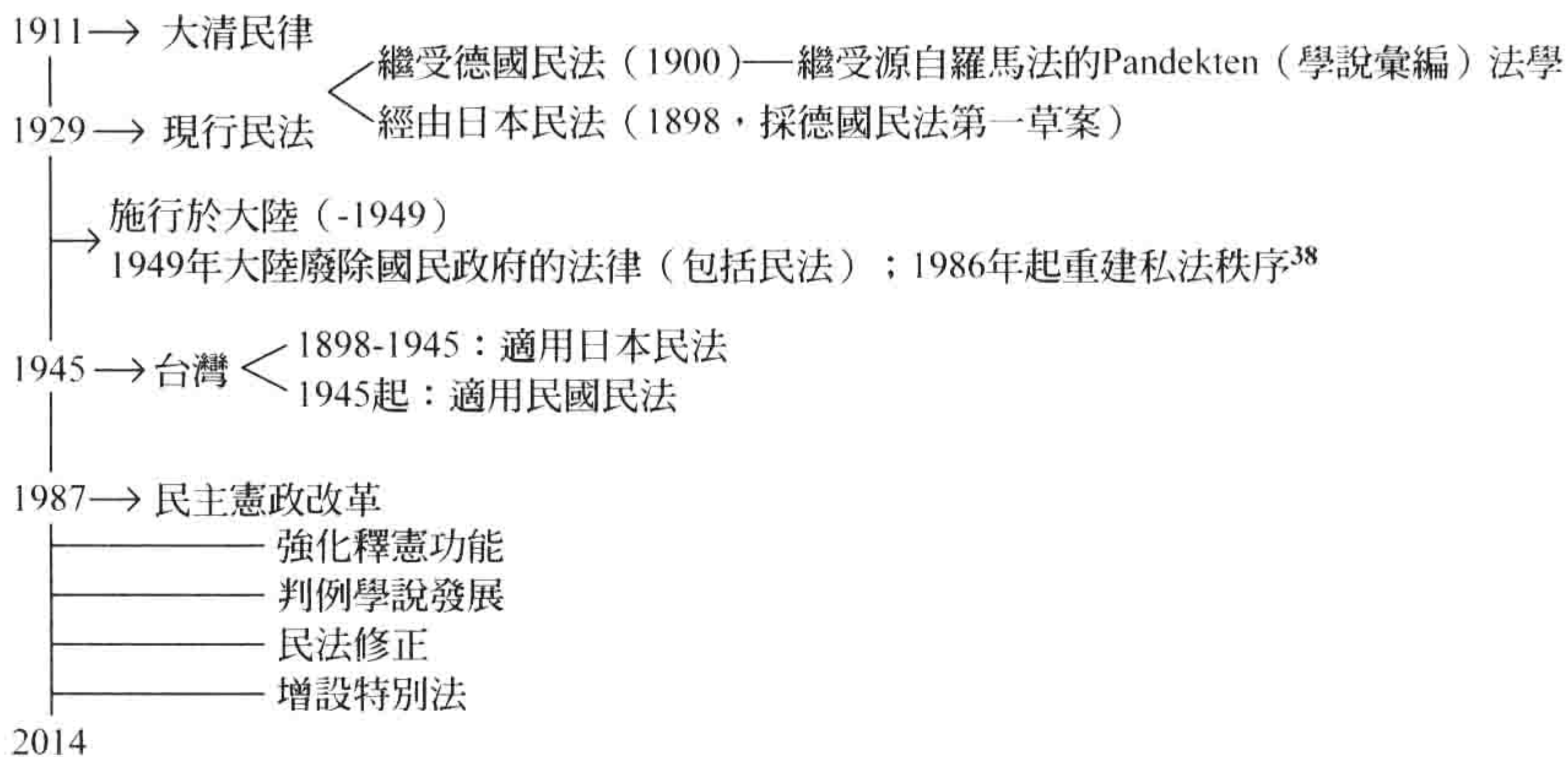
現行民法制定於民國 18 年（1929），³⁶以 1911 年的大清民律為基礎，迄今（2014）已屆滿八十五年，實際上則有一百年的歷史基礎。1895 年清朝因甲午戰爭失敗將台灣割讓給日本。日本於 1898 年公布民法典，其內容體例基本上係採德國立法例，漸次施行於台灣，並建立司法、戶籍、土地登記等制度。³⁷1945 年日本戰敗，台灣回歸中華民國，適用 1929 年制定的民法。如前所述，在中國大陸施行的民法，係繼受德國民法，並受日本民法的影響。我國現行民法因繼受德國民法而接受了歐陸二千年來法律制度及法學思潮。此種歷史的巧合或命運，使台灣的私法秩序未因主權的更易及政權變動而被破壞，能夠在既有的基礎上持續不斷地成長發展。茲參照關於我民法制定及

³⁵ 此一標題來自早年於英國劍橋大學旁聽 S.F.C. Milsom 教授講授英國法制史及閱讀其名著 *Historical Foundations of the Common Law* (2nd, London 1981) 所獲靈感。中譯本參閱李顯冬等譯，普通法的歷史基礎（中國大百科全書出版社 1999）。

³⁶ 現行民法各編公布施行如下：民法總則：18 年 5 月 23 日公布、10 月 10 日施行；債編：18 年 11 月 22 日公布、19 年 5 月 5 日施行；物權編：18 年 11 月 30 日公布、19 年 5 月 5 日施行；親屬編及繼承編：19 年 12 月 26 日公布、20 年 5 月 5 日施行。

³⁷ 王泰升，台灣日治時期的法律改革（元照 1999）；同氏，變遷中的台灣人民法律觀，月旦法學雜誌，55 期，1999 年 10 月，頁 10。

發展的說明，以年代紀事顯明百年民法的發展過程：



一百年民法為台灣作出四項重要貢獻：

1. 使台灣法律制度科學化，³⁹建立了較精確的法律概念、較嚴謹的法律體系，以及法律適用上的邏輯及論證方法。

³⁸ 1949年10月1日中國共產黨建立中華人民共和國；1949年《中共中央關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區司法原則的指示》中說：「在人民民主專政的政權下，國民黨的六法全書應該廢除，人民的司法工作不能再以國民黨的六法全書為依據，而應該以人民的新的法律作依據。……同時司法機關應該經常以蔑視和批判六法全書及國民黨其他一切反動的法律、法令的精神，以蔑視和批判歐美日本資本主義國家一切反人民的法律、法令的精神，以學習掌握馬列主義——毛澤東思想的國家觀、法律觀及新民主主義政策來教育、改造司法幹部。」其後在1952年的司法改革運動及1957年的反右派鬥爭運動中清算了所謂舊法人員，文化大革命使中國大陸陷入「無法無天」的社會。1978年後，多次的思想解放，及為促進發展社會主義市場經濟，開始重建民商法體系，先後完成民法通則（1986）、合同法（1999）、物權法（2007）及侵權責任法（2009），在立法及理論上取得了重大成就，是否及如何制定民法典係當前的重大課題。所以特別提出此點，旨在強調私法理念及法秩序的重要性。參閱郭道暉、李步云、郝錢川主編，中國當代法學爭鳴實錄（湖南人民出版社1988）（本書為大陸著名法學家謝懷栻先生所贈，謹表謝意）。

³⁹ 德國著名羅馬法學家Koschaker在其名著Europa und das römische Recht (2. Aufl., München 1953) 認為德國繼受羅馬法的主要意義使德國法制科學化（Verwissenschaftlichung des deutschen Rechtswesens）。我國因繼受德國法，而承繼了歐陸二千年私法發展的成果。

2. 引進了私法的理念及權利意識。
3. 為台灣社會經濟發展提供了穩定合理的私法秩序。
4. 為台灣形成創造了一個以個人自由平等、人格尊嚴為基礎的私法社會。

第二款 以人為本的民法⁴⁰

一、人的目的性及相互尊重

各國法律多以一定之人的圖象（Menschbild）為規範基礎。不同的時代、不同的國家常以不同的「人的圖象」建構不同的私法制度。⁴¹我現行民法係以「人」為本位，開宗明義揭示於民法第 6 條：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」不僅在立法技術上明定人之權利能力的存續期間，更將人（Person），權利主體（Rechtssubjekt）及權利能力（Rechtsfähigkeit）三者等同視之。其倫理基礎則在於「人的互相尊重」：即每個人得要求他人尊重其存在及尊嚴，而此更須以尊重他人為前提。誠如康德所提出的道德上基本誠命：「人之為人，其自身係屬目的，不得僅以目的使用之。」或如黑格爾所云：「法的基本命令是：自以為人，並敬重他人為人。⁴²」其表現於法律

⁴⁰ Karl Larenz, *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik* (München 1979); Larenz/Wolf, *AT*, S. 20 ff.; Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg.), *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts* (Wien/New York 1994).

⁴¹ Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts* (München 1982), S. 1 ff. 論述人（Person, Mensch）之概念的哲學倫理基礎及其歷史上的發展，甚具啟示性。

⁴² 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." 我國學者王伯琦在其名著「西洋近代思潮與我國固有文化」（法務通訊雜誌社 1981），對獨立人格觀念的建立及邏輯體系的建立有極為深入精闢的闡釋，每次讀之，多獲啟發。

的，係相互肯定為同享權利與義務的主體。此種法律上的基本關係，乃人類社會生活及每一個個別法律關係的基石。

二、人格尊嚴憲法理念

人格尊嚴是整個法律秩序的最高原則，近年來具體化於司法院大法官會議所作成的四則解釋：

1. 人格尊嚴與婚姻制度：司法院釋字第 372 號解釋謂：「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。增進夫妻情感之和諧，防止家庭暴力之發生，以保護婚姻制度，亦為社會大眾所期待。」

2. 人格尊嚴與人格權：司法院釋字第 399 號解釋謂：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第 22 條所保障。」本件解釋的重要性在於第一次肯定人格權為受憲法保障的基本權利，而具體化於隱私權（司法院釋字第 585、603、664、689 號解釋）。⁴³

3. 人格尊嚴與財產權：司法院釋字第 400 號解釋謂：「憲法第 15 條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。如因公用或其他公益目的之必要，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨。」

三、民法基本原則

基於人的本位及人的尊嚴的倫理基礎，產生了以下民法的基本原則：

（一）自由

民法的首要任務在於人的保護，即維護人的個體性及人格關係。

⁴³ 拙著，人格權法，頁 87 以下。

肯定每個人皆為權利義務的歸屬主體，而非他人支配的客體，得以平等地位從事法律生活。權利能力及行為能力不得拋棄（第 16 條）。人的自由應受保障，不得拋棄（第 17 條第 1 項）。個人在其私人領域享有法律上的自由，並得與他人形成彼此間的法律關係，因而建立了私法自治及權利行使自由原則。

（二）責任

人既為權利主體，享有行為自由，自應就其行為負責。法律責任須以法律上的歸責為前提，在侵權行為方確立過失責任原則（第 184 條）。在契約方面產生契約應予遵守原則，及債務不履行責任（第 226、227 條）。

（三）社會關懷

「人的互相尊重」倫理原則的法律化，乃指個人之自由的範圍及權利的行使應顧慮他人或更高的價值利益。故自由得因維護公共秩序或善良風俗的必要而受限制（第 17 條第 2 項）。法律行為不得違反強制或禁止之規定（第 71 條）；亦不得有背於公共秩序或善良風俗（第 72 條）。權利的行使不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的；行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法（第 148 條）。上述規定所體現的民法社會性亦應擴大及於對弱勢者的關懷，尤其是對勞動者及消費者的保護。

（四）信賴保護

對他人的尊重亦產生了信賴保護原則，並以不同的形式表現於民法，如法律行為上意思與表示不一致時所採的表示主義（第 88 條）、表見代理（第 169 條）以及物權善意取得（第 801 條、第 948 條以下、第 759 條之 1）等。

上述法律基本原則多明定或涵蘊於民法總則，從而民法總則的重要性非僅在外部體系上設共同適用規定，更在於其所彰顯體現的內在價值體系。此為學習民法總則所應有的基本認識，所應把握的方法，期能更深刻體會及致力於實踐以人的自由及平等為本位的私法秩序。

第三款 社會模式的變遷與民法發展

一、民法的社會模式

現行民法係以「人」為本位，但人非遺世而孤立，而是具有社會性，共營社會及經濟生活，因此民法乃以一定的社會模式為出發點，並因應社會變遷而發展。如前所述，現行民法基本上係採德國立法例，德國民法制定於十九世紀及二十世紀交替之際，其社會模式係以手工業、個別商人為主的資本主義體制，德國民法以之為基礎而採取個人主義的契約自由，保護個人主義的所有權，其親屬法則以小家庭為規律對象，具有濃厚的家父思想。⁴⁴我現行民法於 1930 年代制定施行之際，中國大陸仍屬農村家族的社會，欠缺以個人為本位的權利意識。此種超前立法使法律與現實脫離，但在某種程度也引導著社會變遷，並因著社會變遷影響著民法的發展，⁴⁵並使台灣的社會模式經歷了重大變遷：⁴⁶

1. 社會正義與風險管控：經濟的發展及科技的進步，使台灣成為一個以工商業為主，產品與服務並重的所謂後工業資訊社會。財富的增加、人格的自覺，使個人擁有較多可支配的財產，較多的自由及較

⁴⁴ Wieacker, *Privatgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl., Göttingen 1967); 同氏, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (Göttingen 1953). 德國民法制定於 1896 年，施行於 1900 年，已屆滿一百年，歷經第二帝國、第一次世界大戰，第三帝國納粹政權企圖制定 *Volksgesetzbuch*（人民法典）取代 BGB，第二次世界大戰後東西德分裂，東德改採社會主義法制及其崩潰，最後終又統一於德國民法及基本法的價值理念。關於其發展過程、修正與歐洲化，參閱 *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).

⁴⁵ 陳聰富，法律作為社會變遷工具的社會基礎，*法令月刊*，48 卷 4 期，1997 年 4 月，頁 18。

⁴⁶ 馬漢寶，*法律與中國社會之變遷*（台大法學叢書 99，1999）；蘇永欽，*大法官解釋與台灣的社會變遷，合憲性控制的理論與實際*（政大法律叢書 32，1994），頁 271。