

民法总则之现在与未来

# 民法总则

曾世雄 著

之现在与未来 民法总则之现在与未来 民法总则之现在与未来 民法总则之现在与未来 民法总则之现在与未来 民法总则之现在与未来 民法总则之现在与未来 民法总则之现在与未来

中国政法大学出版社

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>

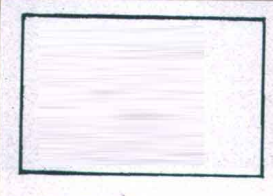


[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





民法总则之现在与未来

民法总则之现在与未来  
民法总则之现在与未来  
民法总则之现在与未来  
民法总则之现在与未来  
民法总则之现在与未来  
民法总则之现在与未来

民法总则之现在与未来  
民法总则之现在与未来  
民法总则之现在与未来  
民法总则之现在与未来

ISBN 7-5620-2101-5



9 787562 021018 >

ISBN 7-5620-2101-5/D • 2061

定价：15.00元

# 民法总则 之 现在与未来

曾世雄 著

中国政法大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

民法总则之现在与未来/曾世雄著. —北京: 中国政法大学出版社, 2001. 7

ISBN 7-5620-2101-5

I. 民... II. 曾... III. 民法—总则—研究—中国  
IV. D923.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 044824 号

☆☆☆☆☆

书 名: 民法总则之现在与未来

出 版 人: 李传敢

出版发行: 中国政法大学出版社

经 销: 全国各地新华书店

承 印: 清华大学印刷厂

开 本: 880 × 1230mm 1/32

印 张: 8.875

字 数: 230 千字

版 本: 2001 年 10 月第 1 版 2001 年 10 月第 1 次印刷

印 数: 0001—5000

书 号: ISBN 7-5620-2101-5/D·2061

定 价: 15.00 元

社 址: 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码: 100088

电 话: (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱: zfs5620@263.net

网 址: <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现印装质量问题, 请与出版社联系调换。

## 体例说明

人类社会生活在公私两面，为国民一分子之社会生活面及为社会一分子之社会生活面。规律后者之法律，为私法。

台湾地区之法制采大陆法系之体例，法律采以法典、条文之方式出之。私法中最重要者，乃民法典。

从事法学或法律工作者，大体有其共同观念，认为民法典之文字优美、内容合宜。此一观念当然同样存在于民法总则之看法上。

民法典之文字优美，从各种不同之法律条文比较观察，当应肯定之。然而，文字是否优美，并非绝对重要事项，仅止于相对重要而已。民法典之绝对重要事项，与其他法律条文并无两样，乃其内容是否合中妥切。

民法总则是否合中妥切，包括二问题，其一为民法总则现有规定是否妥切之探讨，其二为民法总则应以何种事项为其规律之内容。前者属于民法总则含义解释之问题，后者则为民法总则应有架构之问题。

撰写本书之动机有三：

1. 法国民法颁行于1804年，距今将近二百年。德国民法施行自1900年，亦有近百年之久。法国民法影响德国民法，德国民法分流至台湾地区民法。法德民法乃数以百年前智慧之结晶，难道百年后之今日，我们尚需依赖之，不能超越之？

2. 台湾地区法学论述，习惯于借助外国学说以之为依据，自行开发者，几近少见。形成如此情景之因由，一者民法几近原装进口，又因施行尚未完全进入状况，二者比较法之崛起，受其影响，流行于引进外国学说。然则，民法施行至今，所累积之经验，已经不少；借民法施行经验之助，检讨原初之规定，有其必要，且非难事。如此方可开启自行开发法学理论之门。

3. 成文法国家，法律以文字为基础。惟法律之规定乃立法者表决之结果，未必严谨正确。就民法施行至今之法院判决及学者论说而观，有以文字为轴心，演绎法学理论之趋向，即有过分重视文字解释演变成“法律领导法学”之嫌。此一趋向，有害法学理论之发展。因之，有扭转当下趋向，俾期重视法学理论开发之必要，否则，“法学领导法律”之境界，永无重见天日之时。

民法总则自 1929 年制定公布施行，其架构及规定是否妥切，历经半个世纪之印证，已见梗概。纵然当初制定公布施行之架构及规定堪称差强完美，在社会生活历经巨幅改变后，其是否依旧合中妥切，不无疑问。其间虽曾一度于 1982 年修正公布并于 1983 年施行，可惜此次修正价值不高。<sup>〔1〕</sup>

既然修正之结果并未彻底解决若干已经显现不合中不妥切之处，民法总则之规定及架构是否妥切之问题可说依旧存在。本书即以此二问题为对象，交错论述。对民法总则之现在规定酌予批判，就民法总则之未来架构提供蓝图。

---

〔1〕 修正之内容，诸如失踪期间之缩短、住所依一定之事实而认定、“主管官署”改为“主管机关”、检察官之介入申请……等，虽不无价值，终属通常事项，与法学理论关系不深，其价值自然不高。



曾世雄

### 学历

台湾大学法学学士  
高等考试专门职业律师考试合格  
法国斯特拉斯堡大学法学博士  
西德富莱堡大学研究

### 经历

执行律师业务  
服政府机关公职  
任台大中兴辅仁教职  
现职政大法律学系、法学研究所教授

### 著作

1. 损害赔偿法原理
2. 非财产上之损害赔偿
3. 民法总则之现在与未来
4. 企业设计法

责任编辑：廉志

十月工作室 AED OCTOBER STUDIO



# 目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 大陆法系民法之初	(1)
第一项 概况	(1)
第二项 法德民法立法背景	(2)
第三项 法德民法内容特色	(3)
第四项 法德民法影响概况	(4)
第二节 民法之规范基础	(5)
第一项 概说	(5)
第二项 行为本位与资源本位	(6)
第三项 民法立法之社会背景	(7)
第四项 民法崇尚行为本位之因由	(8)
第五项 民法不能贯彻行为本位之因由与事证	(9)
第六项 民法规定之生活资源态样	(10)
第七项 民法包容之生活资源分配理念	(11)
第八项 综述：行为本位与资源本位之相辅关系	(12)
第三节 民法之蜕变与规范基础之调整	(12)
第一项 民法蜕变之情形	(12)
第二项 民法规范基础之调整（一） ——兼重资源本位	(13)
第三项 民法规范基础之调整（二） ——匡正法制系乱	(14)

---

第二章 基本原则 .....	(16)
第一节  私法自治之原则 .....	(16)
第一项  私法自治原则之理论基础 .....	(16)
第二项  私法自治原则之必要性与可行性 .....	(18)
第三项  私法自治原则在民法中之地位 .....	(19)
第四项  私法自治原则之流弊与限制 .....	(20)
第二节  民法之法源 .....	(21)
第一项  法源之意义与认定法源之基本态度 .....	(21)
第二项  法源之现行规定与实际状况 .....	(23)
第三项  法源适用之顺序与检讨 .....	(25)
第四项  法源与公序良俗 .....	(28)
第三节  实质规定与技术规定 .....	(29)
第一项  概说 .....	(29)
第二项  实质规定 .....	(30)
第三项  技术规定 .....	(31)
第四项  不同处遇之认识 .....	(32)
第四节  民法之解释 .....	(33)
第一项  解释之原则缺如 .....	(33)
第二项  论理解释探求真意 .....	(33)
第三项  类推解释比附援引 .....	(35)
第四项  解释之调整 .....	(36)
第五节  诚实信用之原则 .....	(38)
第一项  诚信原则之由来 .....	(38)
第二项  诚信原则之价值 .....	(39)
第三项  诚信原则之内容 .....	(40)
第四项  诚信原则之规定有欠妥当 .....	(41)
第六节  情势变迁之原则 .....	(41)
第一项  情势变迁原则之意义 .....	(41)

---

第二项	情势变迁原则之价值 .....	(42)
第三项	情势变迁原则之适用要件 .....	(43)
第四项	情势变迁原则之效力 .....	(45)
第五项	情势变迁原则缺如 .....	(45)
第七节	制度内利益归还之原则 .....	(46)
第一项	利益归还原则之意义 .....	(46)
第二项	现有之零碎规定 .....	(47)
第三项	一般规定之必要性 .....	(48)
第三章	权利义务 .....	(50)
第一节	权利或义务 .....	(50)
第一项	传统学说下权利之定义 .....	(50)
第二项	权利与生活资源之关系 .....	(51)
第三项	传统学说下义务之定义 .....	(51)
第四项	义务与生活资源之关系 .....	(52)
第二节	权利之发生、存续与消灭 .....	(53)
第一项	概说 .....	(53)
第二项	权利之发生 .....	(53)
第三项	权利之存续 .....	(55)
第四项	权利之消灭 .....	(59)
第三节	法益与自由资源之处位 .....	(60)
第一项	概说 .....	(60)
第二项	法益之意义 .....	(61)
第三项	法益存在之样态 .....	(62)
第四项	法益之处遇 .....	(66)
第五项	自由资源之意义 .....	(66)
第六项	自由资源存在之态样 .....	(67)
第七项	自由资源之处遇 .....	(69)

---

第四节 权利义务关系 .....	(69)
第一项 法律关系与权利义务关系 .....	(69)
第二项 权利义务关系之变动内容 .....	(70)
第三项 权利义务关系之变动关联 .....	(71)
第四章 法律上之主体 .....	(73)
第一节 法律上之主体与权利(义务)之主体 .....	(73)
第一项 两个主体之含义与混用 .....	(73)
第二项 两个主体与权利能力之关联 .....	(74)
第二节 权利(义务)能力之由来 .....	(74)
第一项 法国民法之规定 .....	(75)
第二项 德国民法之规定 .....	(76)
第三项 其他民法之规定 .....	(76)
第四项 规定之存疑与价值 .....	(77)
第三节 权利(义务)能力之设计 .....	(79)
第一项 设计之轮廓 .....	(79)
第二项 设计之误认 .....	(81)
第三项 设计之真谛 .....	(82)
第四节 权利(义务)能力规定之检讨 .....	(84)
第一项 现行规定不切实际 .....	(84)
第二项 自然人权利能力之现在 .....	(84)
第三项 自然人权利能力之未来 .....	(86)
第四项 组织体权利能力之现在 .....	(88)
第一款 传统法学之见解 .....	(88)
第二款 传统法学之见解与现实脱节 .....	(88)
第三款 症结因由 .....	(89)
第五项 组织体权利能力之未来 .....	(92)
第六项 附述—若干组织体权利能力之未来 .....	(93)
第一款 行政法上之组织体 .....	(93)

---

第二款 祭祀公业 .....	(94)
第三款 法人或非法人团体之分支组织 .....	(95)
第五节 死亡宣告规定之检讨 .....	(96)
第一项 死亡宣告或失踪宣告 .....	(96)
第二项 失踪含义之斟酌 .....	(97)
<b>第五章 法律上之主体——组织体</b> .....	<b>(101)</b>
第一节 组织体之权利能力 .....	(101)
第一项 法人权利能力之开始 .....	(101)
第二项 法人权利能力之范围 .....	(106)
第三项 未来发展之趋势 .....	(110)
第二节 组织体之共通设计 .....	(111)
第一项 组织之设计 .....	(111)
第二项 运作之设计 .....	(112)
第三项 监督之设计 .....	(114)
第四项 未来发展之趋势 .....	(115)
第三节 有关法人规定缺失之检讨 .....	(115)
第一项 组织之缺失 .....	(115)
第二项 运作之缺失 .....	(117)
第三项 监督之缺失 .....	(118)
<b>第六章 法律上主体之住所</b> .....	<b>(120)</b>
第一节 传统法学下之住所 .....	(120)
第一项 法律规定与论说梗概 .....	(120)
第二项 内在因由之探讨缺如 .....	(121)
第二节 认识住所之设计 .....	(122)
第一项 自然人住所之设计 .....	(122)
第二项 法人住所之设计 .....	(123)
第三节 未来住所发展趋势 .....	(124)
第一项 现行规定定难于适用 .....	(124)

第二项 住所依附户籍·····	(125)
<b>第七章 法律上之客体</b> ·····	(126)
第一节 法律上客体之含义·····	(126)
第一项 行为本位下之诠释·····	(126)
第二项 资源本位下之诠释·····	(127)
第一款 法律上客体之基石乃生活资源·····	(127)
第二款 以权利之名义享有之生活资源·····	(128)
第三款 以法益之名义享有之生活资源·····	(129)
第四款 自由资源扮充法律上客体之角色·····	(130)
第二节 现行规定之检讨·····	(132)
第一项 “物”章之规定·····	(132)
第二项 重要生活资源点列·····	(132)
第三项 适用自如之假象·····	(134)
第三节 未来规范之方向·····	(135)
第一项 三个规范方向·····	(135)
第二项 提供限制私法自治之依据·····	(136)
<b>第八章 法律关系之变动</b> ·····	(138)
第一节 法律要件·····	(138)
第一项 法律要件之内容·····	(138)
第二项 法律要件之种类·····	(139)
第二节 主体要件——行为能力·····	(140)
第一项 行为能力之意义·····	(140)
第二项 行为能力设计之特色·····	(141)
第三项 法人之行为能力·····	(142)
第四项 现行行为能力之检讨·····	(143)
第五项 未来行为能力之规范·····	(147)
第三节 客体要件——生活资源·····	(148)
第一项 生活资源应具备之要件·····	(148)

---

第二项 生活资源得丧变更之态样·····	(150)
第一款 原始取得与继受取得之意义·····	(150)
第二款 原始取得之态样·····	(151)
第三款 继受取得之限界·····	(154)
第四款 继受取得之若干法理·····	(155)
第四节 变动要件——法律事实·····	(157)
第一项 法律事实之意义与态样·····	(157)
第二项 法律事实用辞与态样之检讨·····	(160)
<b>第九章 适法行为——法律行为与事实行为·····</b>	<b>(162)</b>
第一节 法律行为·····	(162)
第一项 物权行为之检讨·····	(162)
第一款 债权行为与物权行为之特征·····	(162)
第二款 物权变动之立法例·····	(163)
第三款 台湾地区学者之论说·····	(164)
第四款 物权变动之例证剖析·····	(165)
第五款 通说之检讨·····	(167)
第六款 物权行为之原貌·····	(169)
第二项 要式行为之必要性·····	(171)
第一款 要式行为之意义与方式·····	(171)
第二款 要式行为之存在范域·····	(171)
第三款 要式行为之存在理由·····	(172)
第三项 要物行为之检讨·····	(173)
第一款 要物行为之意义·····	(173)
第二款 要物行为之要件·····	(174)
第三款 要物行为之存在理由·····	(175)
第四项 要因行为之检讨·····	(176)
第一款 要因行为之意义——传统法学之诠释·····	(176)
第二款 要因行为之迷惘·····	(177)

第三款	要因行为之功能	(179)
第四款	要因行为与法律上原因	(181)
第五款	不要因行为之存在范域	(183)
第六款	不要因行为之简易识别方法	(186)
第七款	不要因行为适用之限制	(187)
第二节	事实行为	(188)
第一项	事实行为之认识	(188)
第二项	事实行为与法律行为分立之因由	(189)
第三项	事实行为之类型	(190)
第四项	事实行为之特质	(192)
第十章	中间行为——适法有责行为与放任行为	(194)
第一节	适法有责行为	(194)
第一项	适法有责行为之含义	(194)
第二项	民法中待开发之范畴	(195)
第二节	放任行为	(196)
第一项	放任行为之含义	(196)
第二项	民法中待开发之范畴	(197)
第十一章	违法行为	(200)
第一节	违法	(200)
第一项	违法之两种诠释	(200)
第二项	比较法上相与呼应之例证	(201)
第三项	违法之认识	(202)
第四项	违法之检讨	(204)
第二节	行为	(205)
第一项	责任能力设计之犹豫	(205)
第二项	责任能力设计之特色	(207)
第三项	法人之责任能力	(208)
第十二章	法律规定范域中若干重要设计	(209)



第一节 时效	(209)
第一项 时效之意义——传统法学之诠释	(209)
第二项 时效存在之理由——传统法学之诠释	(210)
第三项 时效存在之理由——真正理由之探讨	(211)
第四项 传统法学与时效真理之差距	(213)
第五项 未来应有之设计	(214)
第六项 附述——2年短时效及时效中断之规定	(219)
第一款 2年短时效问题	(219)
第二款 关于时效之中断	(221)
第二节 善意恶意与不可抗力	(227)
第一项 善意恶意之规定及特色	(227)
第二项 善意恶意价值之检讨	(228)
第三项 善意恶意在现行民法中之组合	(229)
第四项 不可抗力(一)——传统法学上所见	(230)
第五项 不可抗力(二)——比较法上所见	(231)
第六项 不可抗力(三)——应有之认识	(232)
第三节 民事责任	(233)
第一项 民事责任之意义	(233)
第二项 民事责任两种类型	(234)
第三项 特殊问题(一)——身份权之保护	(235)
第四项 特殊问题(二)——非财产上损害赔偿	(238)
第十三章 私法自治领域中若干重要设计	(240)
第一节 代理	(240)
第一项 传统法学下代理之基本概念	(240)
第二项 授权行为之检讨	(242)
第三项 间接代理之检讨	(243)
第四项 组织体代表人之检讨	(245)

---

第二节 效力	(248)
第一项 传统法学下效力之基本概念	(248)
第二项 无效之责任	(249)
第一款 自承损失之原则	(249)
第二款 自承损失原则之修正	(250)
第三款 外观上成立实际上无效	(250)
第四款 成立后转折成无效	(252)
第三项 无效之复活	(253)
第四项 效力变动之经纬	(255)
第三节 条件期限	(256)
第一项 传统法学下条件期限之基本概念	(256)
第二项 条件期限之功能	(257)
第三项 条件期限之相对性	(258)
第四项 条件分类之检讨	(259)
第五项 期待权保护之检讨	(261)
第一款 期待权保护概说	(261)
第二款 附条件期限之期待权保护	(261)
第十四章 删废规定	(263)
第一节 期日期间之规定	(263)
第一项 比较法上所见	(263)
第二项 台湾地区法上所见	(264)
第二节 期日期间规定应删废之理由	(264)
第一项 缺失总检	(264)
第二项 残存价值	(266)

# 第一章 绪 论

## 第一节 大陆法系民法之初

### 第一项 概 况

大陆法系之民法，以成文之民法典为其标志。大陆法系下之民法，远溯及罗马法。一般论著分之为法国民法、德国民法、瑞士民法等主流。

罗马法者，指东罗马帝国皇帝 Justinian（527 年 ~ 565 年）时代所整理编纂之法典。东罗马帝国瓦解后，罗马法之各种规定到处流窜。先在意大利，再至法国，又再流至德国，成为各国大学之课程内容及其研究对象。

罗马法关于民事，分为人（*persona*）、物（*res*）及诉讼（*actio*）三部分。罗马法先后由法国民法及德国民法所接受。

法国民法颁行于 1804 年，又称拿破仑民法典，乃世界现代民法之第一部。嗣德国于 1900 年制颁德国民法。斯二部法典大陆法系中，扮演极其重要之角色，影响深远。

台湾地区民法属于大陆法系民法之一。因此，研究之初，对于法国民法及德国民法应有若干之认识。

## 第二项 法德民法立法背景

法国民法制定之背景，依法国学者 A. Weill<sup>〔1〕</sup> 教授之见解，导因于法国大革命所造成之社会环境。政治面言，法国大革命实现政治上之统一，消除地方之势力，使中央可以集权，有利法令之推行。司法面言，各地方原有之最高法院，遭到撤除，代之而来者，为全国制度之第一审，上诉审及废弃审三级法院。司法组织之统一，对于法令之解释，方便不少。平等而言，由于平等之要求，取消原已存在之各种特权，为期平等获得较具体之保障，制定适用于全体人民之法典，企求甚为强烈。因此，法国民法之制定，实因法国大革命后中央集权产生此种需要而然。

德国民法制定之背景，较之法国民法之情形复杂。因为德国自 15、16 世纪继受罗马法后，各邦法律局部一致。然由于若干邦着手制定法典之结果，使原已存在之局部一致陷于破碎。法国民法颁行后，德国海得堡大学教授 Thibaut 于 1814 年撰文呼吁编订德国民法典，但遭遇 Savigny 之反对。Savigny 精研罗马法，创立历史法学派，认为以当时所拥有之法学词汇尚嫌不足，无法编订良好法典，又认如将罗马法之法则整理成系统，已堪足用。因为反对声浪高涨，自然延缓法典之制定。迄至 19 世纪中叶，浮现四个比较显著之法域：有施行普鲁土地方法者，有适用法国民法者，有颁行撒克逊法者，亦有以普通法为依据者。<sup>〔2〕</sup> 法制之分歧，造成往来之不便；处于国家正酝酿统一之时刻，制定适用于全德国之民法典，即成为促成国家统一之一股力量。因此，德国民法之制定，导因于纷

〔1〕 Weill, Alex, et Terré, Francois, droit civil, introduction générale, 1979 年版, 第 84 段, 第 94 页以下。

〔2〕 Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1993 年版, 第 6 页。

乱之各邦法律需要归于一致及国家统一运动中协助统一之需求。

### 第三项 法德民法内容特色

法国民法承受罗马法之编制，分为人（des personnes），物及所有权之各种变动（des biens et des différentes modifications de la propriété）及取得所有权之各种方法（des différentes manières dont on acquiert la propriété）。法国民法仿效罗马法中第一编人之体例，另将罗马法第二编物分为两编。至罗马法第三编诉讼则另行立法。

法国民法就原初之风貌言较具特色之内容，包括：

1. 法国民法由四位法官草拟而定案，用字比较简浅，富贵务色彩。

2. 以个人为规范之对象。个人与国家间存在之各种团体，均被忽视。因为个人直接面对国家，从而，国籍、身份等事项，均纳入规定。

3. 对于团体采敌视之态度，因为团体之存在，将侵害个人之意思自由。因此，几无社团或财团之规定。<sup>〔1〕</sup>

4. 个人与个人间之法律关系以债为主。对于债之发生，规定不以契约为限，法律之规定亦可发生。准此，债之发生可分为契约、准契约、侵权及准侵权等四种形态。立法体例甚为明确。

5. 确立私法自治、契约自由之原则。凡依自由意思所订入之契约约款，性质上乃当事人之法律，有绝对之拘束力（la souveraineté des clauses du contrat）。

6. 所有权之保护偏重个人之所有权，并以有体者为限。因此，规定之重心即置于不动产，尤其是农地及邻地之关系。

〔1〕 Weill - Terré, droit civil, les personnes - la famille les incapacités, 1983 年版, 第 158 段, 第 143 页。惟嗣后已经变动, 承认各种形态之法人。

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



德国民法将罗马法第一编之人分成亲属及继承两编，列为第四、第五编，另将罗马法第二之物分成债权及物权两编，列为第二、第三编，并自创体例于各编之首置总则编。

德国民法较具特色之内容，包括：

1. 以一般而抽象之原则汇总而成总则编。制定之当初，以适用于一切私法关系为目标。为法制史上大胆之创作。
2. 为使私权之变动具有比较明显之表征，巧妙设计物权行为，使债权行为与物权行为分立。
3. 较之法国民法，更偏重财产法，对于非财产上之变动、保护过于脆弱。
4. 继承独立为一编，以与一般财产之取得有别。

#### 第四项 法德民法影响概况

法国民法及德国民法对大陆法系民法之影响，可以从两方面观察。

从法制之承袭上观察：采行法国民法为蓝本者，有1807年之比利时民法及卢森堡民法，1838年之荷兰民法，1865年之意大利民法，1889年之西班牙民法等。采行德国民法为蓝本者，有1898年之日本民法，台湾地区民法，1958年之韩国民法等。法、德二国之民法，因承袭者众，已非单体制，而为群体法制之代表。

从较具特色之内容观察：法国民法依凭法国大革命时所崇尚之自由平等，奠定私法自治之原则、契约自由之原则及所有权绝对之原则。该等原则至今仍屹立不坠，此其一。法国民法对于所有权之规范，不厌其烦，对于劳动关系，则殊少触及，因而被认为是无产阶级之民法。因为法国民法对劳动关系之态度冷漠，导致包括后来之德国民法在内之各国民法，未对劳动关系加以重视，此其二。法

国民法对于所有权之规范偏重有体之物，无体之财产权（当时主指著作权）在民法上几成弃婴，此其三。

由上述可以了解，法国民法在史无前者之情况下，创造出一部现代之民法。其建立之制度，虽后来迭经修正，终究原则依旧屹立，其忽略未建立之制度，如劳动关系有无体财产权之规范，同样亦被德国民法遗忘。难怪法国学者自夸：法国民法是法国天才之标志。<sup>〔1〕</sup>

德国民法针对法国民法施行近百年之种种事证而修更版本。因为并未跨出法国民法规范之大范围，因此对于法国民法所忽视之事项，亦多遗忘。德国民法首创总则编之规定，开启此一体例之可行性，引来日本民法、台湾地区民法、韩国民法等继相采用总则体例，此其一。德国民法区分债权及物权行为，对于交易之安全及法学理论之塑造，殊多贡献，此其二。德国民法将继承以独立之编处理，较之法国民法列为所有权取得方法之一种者，堪称进步，此其三。

## 第二节 民法之规范基础

### 第一项 概 说

人类群居而生活。人类群居之团体即为人类社会。人类在社会中之共同生活，是为人类社会生活。

人类社会生活，所需要之生活资源，概称之为：人类社会生活资源。

---

〔1〕 Weill - Terré, droit civil, introduction générale, 前揭书, 第 103 段, 第 108 页。



人类对于拥有社会生活资源，不厌其多。导致人类社会生活资源之供给永远不足以满足需求，也演变成人类在社会生活中经常处于竞相取得生活资源之状态。人类竞相取得社会生活资源，难免发生纠纷。如何规范俾期防患于未然并解决纠纷于已然，方法上有二端：一则着眼人类社会生活中之“行为”，规范其取得社会生活资源之途径，并禁止其逾越分寸；二则着眼于社会生活“资源”，以资源之合理分配为手段，期达防患解决之目的。

着眼于人类社会生活之行为者，是为行为本位，着眼于人类社会生活之资源者，是为资源本位。

## 第二项 行为本位与资源本位

人类内在之感受思维，乃心灵作用，人类外表之举止动静，乃行为。内在之心灵作用，可能反映于外表之行为上，但不能直接牵动外界生活资源之变动。

人类外表之行为与外界之生活资源同属人类体外之事物，彼此影响有其可能。外表之行为牵动外界之生活资源，使其发生变动。

行为本位以人类之行为为规范之对象。往内追及心灵作用，因此内心之意愿、善意恶意、是否注意，即为衡量行为价值之参考指标：以有无意愿决定行为是否有效，以善意恶意分别行为之效力，以是否注意定行为之责任。往外触及生活资源，其实仅系行为是否有效、效力如何及有无责任之延伸所致。

资源本位以人类之生活资源为规范之对象。与生活资源相关联之因素，仅外表之行为一端。因而，资源本位所着重者，乃生活资源之分配是否合理及外表之行为对生活资源所引发之变动层面。内心意愿、善意恶意及是否注意即非重要课题。

行为本位下之产物，例如，善意恶意之规定及过失责任之原则；资源本位下之产物，例如，调整异常利益（暴利行为、高利借

贷)之规定及危险责任之原则。

### 第三项 民法立法之社会背景

民法总以某一特定之社会生活方式为其立法之背景。法国民法以 1804 年前不远,德国民法以 1900 年前不远之社会生活方式为其立法之背景。台湾地区民法承袭大陆法制,自公布施行,系承袭尤其德国法制,立法之社会背景,大致类似,简述如下:

1. 农业为主之社会:特别重视不动产,尤其土地。邻地关系及传统之职业(医师、律师、旅店、饮食店之经营)或行为(买卖、租赁、雇用)所衍生之关系扮演绝对分量之角色。

2. 工业尚未发达之社会:工业动力尚处开发之初期,因而民法中未见重要工业动力资源相关财产权之规定。<sup>〔1〕</sup>

3. 简单商业交易形态之社会:行销策略未见发达,当然无销售网之体系,因而民法中未见多层次法律关系之规定,甚至未见多层次契约之规定。<sup>〔2〕</sup>

4. 地方性活动之社会:人类活动受限于活动地区狭窄,显得滞钝,相互往来,悉多彼此认识,导致立法者之思维单纯,从而民法依附于可以触及之实体,可以察觉之变动而作规定。对于高度设计或抽象无形之事物,几未作规定。<sup>〔3〕</sup>

5. 纯朴之社会:不只重视人类外表之行为,尚重视其内部之心迹。责任之形成,以外界观察应予非难,又内心本能自觉歉咎为

〔1〕 此等财产权如航空品、汽车、船舶,甚至如工厂电力设备等。

〔2〕 多层次契约如制造者、经销商、零售商关于货品之寄售关系;连锁总店、连锁店、加盟店关于货品之垫付或劳务之支援关系。

〔3〕 此等事物,如信用卡之法律关系,共同共有权利之证券化,信用之财产权性及配额之无体财产权性。

要件；具体之表现即为过失责任原则之确立。对于非属纯朴关系而系多彩、充满智慧、诸多变数之社会，究应以何原则面对，则未规定。<sup>〔1〕</sup>

上述社会之生活方式交织成一幅画面：狭小地区中，直接当事人间以实体物从事交易之农业社会生活情景。

#### 第四项 民法崇尚行为本位之因由

以农业为主，简单而纯朴之社会背景所制定之民法，在行为本位与资源本位中，选择行为本位为其规范之基础，究竟因何而致之，可归纳其因由如下：

1. 人类社会生活规范有道德规范、伦理规范、礼仪规范、宗教规范及法律规范等，法律规范仅为其中之一种而已。

各种规范有其各自之目的，例如，道德规范之目的在于使人类之良心反应具体表现于行为；伦理规范之目的在于维护人际身份上之秩序或非议财产上之不当秩序；礼仪规范之目的在于使人类之行为，在礼节仪样上中规中矩；而宗教规范之目的在于灌输人外有神，以神道吓阻人类行为脱序。道德、伦理、礼仪及宗教等规范有其共同之特质：其一，以人类内在之心灵为诉求之对象；其二，经由心灵之传达，约束人类在社会生活中之行为。此等特质充分透露：道德、伦理、礼仪、宗教等规范所着眼者乃人类营社会生活时之行为而非资源。

2. 人类社会生活中，可使其生活资源发生得丧变更之因素甚多，有自然现象，例如，水果自落邻地，或人类之行为，例如，签订工作契约。其中自然现象，就牵动生活资源变动之层面言，其重

---

〔1〕 民事责任对于生活资源遭受破坏之角色，未予合理之重视，除另行约定者外，不具惩罚之功能。

要性远不如人类之行为。因此，在人类社会生活资源发生得丧变更之过程中，人类之行为相对突显其重要性。此一情势难免吸引着眼于人类之行为。

3. 就人类社会生活之资源而观察，有资源之存在及资源之分配两问题。前者属于静态，问题较少、后者属于动态，是问题之症结。资源之分配，常有人类行为之介入，因之，即使单从人类社会生活之资源而观察，依旧不能脱离人类之行为一因素。人类之行为所以较生活之资源被重视，诚非无因。

### 第五项 民法不能贯彻行为本位之因由与事证

人类社会生活之各种规范，虽各有目的，但存有共同目标：概以促进人类社会生活相安和谐有条不紊为其终极共同目标。如以终极共同目标为基准观察各种规范所处之层次：道德、伦理、礼仪、宗教等规范属于心灵、发自内心，无强制力之规范，而法律规范则为非心灵、外界他律、有强制力之规范。人类社会生活中，发自内心之自我约束，在意识上其价值总高于受制他律而定行止。法律规范在人类社会生活规范中，虽是最有效之规范，但亦是等而下之，层次最低之规范。社会生活规范之层次与心灵成正比，与资源成反比。法律规范之层次既系最低，与资源即可密切结合，糅合资源分配之若干理念乃不可避免。

民法不能贯彻行为本位之理念，可从民法上若干有关资源之规定见之。民法有兼顾人类之行为与资源之分配而作规定者，更有单以资源之分配为依据而规定者。例如无主物之先占，一方面规定先占之行为，他方面规定分配资源于先占之人；又如遗产分配归继承人之规定，与人类之行为无关，系单就资源之分配而作之规定。诸此事证详本节第七项。

## 第六项 民法规定之生活资源态样

人类社会生活所依赖之资源，可从不同之角度观察其态样。

从资源发生之原因观察，资源有自然资源与制度（或称法定）资源。前者源自自然界，有动物、植物、矿物、能源等“物”及以人类之腕力或智力为对象之“劳务”。后者源自制度之设计，即以自然资源为基础，经设计而发生之资源，有专利实施费技术合作报酬金、进出口配额……等。自然资源由造物者所赐，制度资源由人类所自创。自然资源有其一定之种类与内容，制度资源则随人类社会之形态及需要而定种类与内容。从而自然资源只有如何分配之问题，而制度资源则有该否有此资源及如有之如何分配之双重问题。

从资源存在之空间观察，资源有原始需求资源与社会共存资源。前者乃一人单独生存所必需之资源，如果腹之食物、御寒之衣物等。后者乃人类群居所必需之资源；此类资源因群居而衍生，因独居而消逝，如名誉、尊严、平等之生存机会、社团之社员位阶等。原始需求资源为人类生存所不可或缺，社会共存资源则无此特征。从而原始需求资源之分配有加诸更多限制之必要。

从资源受保护之程度观察，资源有权利资源、法益资源及自由资源。前者由法律创设，在法律上有其名分，完整受法律之保护，有人格权、物权、著作权……等。中者虽非法律所创设，但为法律所承认，在法律上无其名分，在某程度内仍受法律之保护，在排队抗拒插队、投标排斥围标……等。后者与法律之创设或承认无关，在法律上当然无其名分，亦不受法律之保护，亦即：法律制度下放任状态之资源，有同居人之事实上扶养、海难中抢夺之救生圈、制度内异常利益之取得……等等。权利、法益、自由等三资源之关系与法律制度完善之程度有关。法律制度愈趋完善，自由资源愈形减少，权利、法益二资源，尤以权利资源则正比增加。

民法就上述各式各样之生活资源，均各有其规定。

## 第七项 民法包容之生活资源分配理念

生活资源之分配，在原始状态下，除经由智力及腕力外，别无他途。此种分配形态，与群居之初衷互不相容。为迎合群居之生活方式，人类乃设计各种不同之分配形态。例如生活资源之土地，设计为：

例一：“社会所有并由社会分配使用”之形态。在此形态下，土地不得买卖亦不得租赁。

例二：“社会所有并由社会出租使用”之形态。在此形态下，土地不得买卖但得租赁。

例三：“个人所有并由个人全权支配”之形态。在此形态下，土地可买卖亦可租赁。

各种设计之目的，不外旨在生活资源之分配符合群居同一社会多数人之利益。

综观民法规定，其包容若干有关资源分配之理念概述如下：

1. 本于创造或先占之理念，而分配资源者，如社团之社员权分配归参与设立之人，无主物分配归先占之人（第 802 条）。〔1〕

2. 本于资源延续之理念而分配资源者，如遗产分配归继承人（第 1138 条以下），原物所生之孳息分配归原物权利人（第 70 条）。

3. 本于保护债务人之理念而分配资源者，如文字或号码表示一定之数量而不符又不明时，其利益分配归债务人（第 5 条），选择之债，其选择权无从定归属时，分配归债务人（第 208 条）。

4. 本于资源效益之理念而分配资源者，如从物分配归主物权利人（第 68 条第 2 项），动产与动产或动产与不动产之添附，如不

〔1〕文中法律条文如无特别注明，皆为台湾地区现行“民法”之规定。——编者注

能或难于分离时，动产所有权分配于他动产或不动产所有权人（第 811 条以下）。

5. 本于维护群居社会公益之理念而分配资源者，如公益法人解散后，其剩余财产如无依据可资定归属时，分配归属住所地之地方自治团体（第 45 条），提存逾 10 年未经受领者，提存物分配归属“国库”（第 330 条）。

## 第八项 综述：行为本位与资源本位之相辅关系

民法与其他社会生活规范相同，从行为本位出发，但因其层次所限，原本即不能与资源隔绝，从而在行为本位下，又不得不对资源之分配分设规定。

此一情势，如溯自法国 1804 年之民法或德国 1900 年之民法，已持续 200 年或 100 年之久，从自台湾地区承袭时起，亦逾半个世纪；原初立法之社会背景，已有明显改变，民法是否仍可以行为本位为主资源本位为辅，或应改弦易辙，不分主辅彼此相辅，乃民法学当务应作之研究。

### 第三节 民法之蜕变与规范基础之调整

#### 第一项 民法蜕变之情形

因为民法制定当初之社会背景已生变化，随之民法之规定与民法之理论亦生变化。此类变化，常见引述者有：

1. 契约自由原则之修正，包括订约与否自由、订约对象自由、订约方式自由、订约内容自由之限制。

2. 所有权绝对原则之修正，包括使用、收益、处分权能之限制。

3. 遗产继承原则之修正，即经由限定额数或课征税捐而限制遗产之继承。惟限定额数一节，台湾地区民法并未采用。

4. 过失责任原则之修正，即经由危险责任之设计而排除部分过失责任之适用。

当然，民法发生蜕变之情形，并不以上述常见引述者为限，究竟蜕变之范围多大，难以详细计列，因为蜕变之情形，自民法制定以来，随时增删，且有与年累积俱增之趋势。

## 第二项 民法规范基础之调整（一）

### ——兼重资源本位

社会背景之变迁，使民法发生蜕变，蜕变一直进行且未中辍，原初行为本位为主之规范基础，已经有变。经由契约方式取得之生活资源，多受限制。所有权、遗产……等之生活资源，亦不例外。目的无他：兼顾资源分配之合理性。凡此些许数例，已经一叶知秋：资源本位渐次抬头，已可媲美行为本位。

民法总则中，应该揭示资源分配之理念，或置于法例或置于客体，使资源本位与行为本位具有同等重要。应揭示之理念，包括：

1. 生活资源之得丧变更不得有害或有违自然生态：谓有害者，如捕杀稀有动物或滥砍植物；谓有违者，如非季节而收益。

2. 生活资源之得丧变更不得妨害社会共同生活之正常演进：谓妨害，如同一体取得之土地面积或同一公司之股份达一定之数，致生社会共同生活之障碍。

3. 重要生活资源之登记：谓重要生活资源，如土地、房屋、航空器、汽车、游艇、古物等。

4. 制度内之异常利益概括调回：如经由同业之合意减产，导



致供不应求，因而获致之异常利益，民法应赋予调回之工具，或因发明专利，形成独占市场而获致之异常利益，民法亦应有节制之规定。<sup>〔1〕</sup>

5. 民事责任之认定，以生活资源之破坏为标准：民事责任一旦发生，行为人之行为对于生活资源难免破坏，如置行为人与被害人于同一天秤上观察，所应同情者非行为人，而是被害人。民法之行为本位，不从保护被害人着手，反从保护债务人之一贯立场，着重保护行为人。为此，设计二层保护行为人之措施；其一乃探究行为人是否有过失是否可归责，以便使行为人有机会免除责任，其二乃使被害人负举证责任，以便增加被害人追究责任之困难程度。在资源本位并重之情形下，民事责任之认定，应该改以生活资源之破坏为标准，以保护被害人为职志；举证责任改由行为人负担，行为人虽得举证其无过失不可归责，但仅止于减轻而非免除责任。

### 第三项 民法规范基础之调整（二）

#### ——匡正法制紊乱

民法之蜕变，迎合社会需要，是一进步现象，但在立法体例上，一则呈现制度紊乱，二则呈现民法未受尊重。各种限制私法自治原则、规范生活资源分配及使法律关系客观化之规定，例如农地之使用、收益、处分或继承，食物之制造供给，民生必需物资之价格，货币财产之管理方法……常见以行政法规规范之。民法有关私权法律关系之规定竟以行政法规限制之，有使行政法规俨然成为民法之特别法。非但法制紊乱，矧民法之领域有被行政法规蚕食瓜分之嫌。

〔1〕“公平交易法”已酌有规定。民法为私权法律关系之基本法律，对于制度内异常利益之调回，应作整体性原则性之规定。