

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 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 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>



docsriver.com商家本本商家

— 黄立 著

民法总则

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法总则/黄立著. —北京: 中国政法大学出版社,
2002. 1
ISBN 7-5620-2208-9

I. 民... II. 黄... III. 民法—总则—研究—中国
IV. D923. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 092027 号

书 名 民法总则
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 17
字 数 390 千字
版 本 2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷
印 数 0 001—5 000
书 号 ISBN 7-5620-2208-9/D·2168
定 价 32.00 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 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。



作者简介

黄立

政治大学法律学士、台湾大学法律硕士、奥国维也纳大学法学博士

现任政治大学法律系专任教授、兼政大法学院院长及法律系主任

授课科目：民法总则、民法债编总论、消费者保护法专题（上）政府采购实例研究（下）

Handwritten signature or initials, possibly "AL".

序 言

在写一本民法教科书的时候，必然遭遇的问题就是书的定位。对于刚入门的法律系学生，可能教科书越简单越好。可是同一本书也要对于实务界有参考的价值的话，就必须修正先前的观点。因此，在写这本书的时候，决心要做到难度适中，力求深入浅出，有适当的理论，也要有适当的案例，让学生与实务界人士均可使用。

为了协助初学者能够对于私法的运用，了然于心，本书从绪论、第二章开始，详细的说明了在适用私法条文时的各种方法与原则、解析法条的模式、细说了法律适用的阶段、界定了法律的漏洞与弥补的方法、也详细的说明了法律的解释方法等。为的是让初学者，将此精简的文字熟记于心后，很快就可以纯熟的运用法律条文。在本

2 序言

论方面，也考量了各种相关法律的变动，从学理上详细的剖析相关民法条文的适当性。也坦诚的提出个人的管见，供大家参考。野人献曝，无非是想抛砖引玉。作者虽然长期担任民法总则教席，但学海浩瀚，舛错在所难免，学者先进若有指正，欢迎以电子邮件赐知，我的电子邮箱是 lihwang@nccu.edu.tw，任何批评指正，均将衷心接受。

承蒙北京中国政法大学出版社李社长传敢先生看重，要在中国大陆出版这本书，我欣然承诺。本院对于促进海峡两岸的法律交流，一向不遗余力，若本书在中国大陆的出刊对双方的交流，也能尽上一份力量，真是善莫大焉。

台湾政治大学法学院院长

黄立

2001年10月28日

目 录

第一篇 绪 论

第一章 民法导言	(3)
第一节 法律概说	(3)
第一目 形式意义的法律	(3)
第二目 实质意义的法律	(5)
第二节 法律规范的种类	(7)
第三节 公法、私法与刑法	(8)
第四节 私法的意义与特性	(13)
第五节 民法的编制及在民法架构下的总则编	(15)
第六节 “现行民法”之制定与修正	(18)
第二章 法条之模式与种类	(20)
第三章 法律之适用	(28)
第一节 概说	(28)
第二节 法律适用之阶段	(29)
第三节 未有适当法律时之法律适用	(36)
第四章 法律之解释与漏洞之弥补	(38)

2 目 录

第五章 法律要件之竞合	(51)
第六章 民法之法源	(54)

第二篇 本 论

第一章 权利	(61)
第一节 概说	(61)
第二节 权利之种类	(62)
第二章 权利主体	(73)
第一节 概说	(73)
第二节 权利能力	(74)
第三节 自然人	(74)
第一款 权利能力的开始	(74)
第二款 权利能力的消灭	(77)
第三款 广义的行为能力	(81)
第四款 行为能力	(82)
第五款 侵权行为能力	(89)
第六款 人格之保护	(90)
第七款 住所与居所	(102)
第四节 法人	(107)
第一款 概说	(107)
第二款 法人之法律性质	(109)
第三款 法人之种类	(111)
第四款 法人之设立	(116)

第五款 法人的能力	(119)
第六款 法人的机关	(128)
第八款 法人的住所	(133)
第九款 法人之监督	(134)
第十款 法人之消灭	(136)
第十一款 外国法人	(144)
第十二款 社团与财团	(147)
第一目 社团	(147)
附录：社团处罚权力的许可与界限	(156)
第二目 财团	(158)
第三章 物—权利的客体	(163)
第四章 法律行为	(184)
第一节 法律行为之概说	(184)
第一款 私法自治	(184)
第二款 广义的法律行为	(188)
第一目 概说	(188)
第二目 法律行为的成立要件	(195)
第三目 法律行为之种类	(196)
第四目 私法与公法上的法律行为概念	(205)
第二节 行为能力与法律行为	(208)
第三节 意思表示	(222)
第一款 概说	(222)
第二款 无意思表示之法律关系	(236)
第三款 自动化的意思表示	(238)

4 目 录

第四款	意思表示的解释	(239)
第五款	意思表示之生效时期	(245)
第四节	契约之订立	(257)
第一款	要约与承诺概说	(257)
第二款	合意与不合意	(265)
第三款	定型化契约条款	(269)
第四款	缔约强制	(275)
第五款	预约	(276)
第五节	意思与表示之不一致	(279)
第一款	概说	(279)
第二款	意思与表示之故意不一致	(281)
第三款	错误	(290)
第四款	诈欺与胁迫	(313)
第四节	法律行为内容之有效要件	(324)
第一款	确定性	(324)
第二款	可能性	(325)
第三款	法律行为的容许性	(326)
第五节	法律行为之形式	(354)
第一款	概说	(354)
第二款	法律行为形式之种类	(356)
第三款	违反法律行为形式之效果	(361)
第六节	条件、期限与负担	(365)
第一款	条件	(365)
第二款	期限	(384)

第三款 负担	(388)
第七节 代理	(389)
第一款 代理制度	(389)
第二款 代理权之授予	(394)
第三款 意定代理之代理权限	(395)
第四款 表见代理	(409)
第五款 代理权之范围	(412)
第六款 无权代理	(417)
第七款 双方代理	(421)
第八款 代理与相近制度之区分	(423)
第九节 无效与撤销	(427)
第一款 无效	(427)
第二款 撤销	(434)
第三款 效力未定与处分之补正	(439)
第五章 时间	(443)
第一节 时间概说	(443)
第二节 期日与期间	(444)
第三节 消灭时效	(451)
第四节 除斥时间	(497)
第六章 权利之行使	(502)
第一节 概说	(502)
第二节 违反公共利益之禁止	(502)
第三节 权利滥用之禁止	(504)
第四节 诚信原则之限制	(510)

6 目 录

第五节 权利之自力救济·····	(516)
第一款 正当防卫·····	(516)
第二款 紧急避难·····	(523)
第三款 自助行为·····	(528)

第一篇 绪 论

- ◆第一章 民法导言
- ◆第二章 法条之模式与种类
- ◆第三章 法律之适用
- ◆第四章 法律之解释与漏洞之弥补
- ◆第五章 法律要件之竞合
- ◆第六章 民法之法源

第一章 民法导言

第一节 法律概说

第一目 形式意义的法律

“宪法”第 170 条规定：“本‘宪法’所称之法律，谓经‘立法院’通过，‘总统’公布之法律。”本条所指的法律，指形式意义的法律，因为在此意义下，只有符合以下要件者，才能被称之为法律：

1. 须经“立法院”通过

“地方制度法”第 25 条规定：“‘直辖市’、县（市）、乡（镇、市）得就其自治事项或依法律及上级法规之授权，制定自治法规。自治法规经地方立法机关通过，并由各该行政机关公布者，称自治条例；自治法规由地方行政机关订定，并发布或下达者，称自治规则。”虽然“中央法规标准法”第 2 条规定：“法律得定名为法、律、条例或通则。”不过这种“法”不是“立法院”所制定的法律，而是由地方立法机关所制定，因此并不是第 170 条所指形式意义的法律；只能算是地方自治规范。

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 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 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>



2. 须经“行政院院长”或“行政院院长”及有关“部会”首长副署

依“宪法”第37条的规定：“‘总统’依法公布法律，发布命令，须经‘行政院院长’之副署，或‘行政院院长’及有关‘部会’首长之副署。”〔1〕

3. 须经“总统”公布

法律案经“立法院”通过后，尚须经“总统”公布，才能成为正式之法律。当然理论上对于“立法院”通过的法律案，“行政院”尚有依“宪法”增修条文第3条第2项第2款之规定，经“总统”核可后移请“立法院”复议之机会。〔2〕

不过形式意义的法律 Gesetz，不足以涵括私法领域的法律，〔3〕私法领域的法律，来自各种不同的法源。〔4〕例如习惯法也是民事上的法律，所以，在探讨法律的意义时，也需要探讨什

〔1〕 依据1997. 7. 18. 通过之“宪法”修正条文第2条第2项规定：“‘总统’发布‘行政院院长’与依‘宪法’经‘国民大会’或‘立法院’同意任命人员之任免命令及解散‘立法院’之命令，无须‘行政院院长’之副署，不适用‘宪法’第37条之规定。”

〔2〕 该款规定：“‘行政院’依下列规定，对‘立法院’负责，‘宪法’第57条之规定，停止适用：‘行政院’对于‘立法院’决议之法律案、预算案、条约案，如认为有窒碍难行时，得经‘总统’之核可，于该决议案送达‘行政院’10日内，移请‘立法院’复议。‘立法院’对于‘行政院’移请复议案，应于送达15日内作成决议。如为休会期间，‘立法院’应于7日内自行集会，并于开议15日内作成决议。复议案逾期未议决者，原决议失效。复议时，如经全体立法委员1/2以上决议维持原案，‘行政院院长’应即接受该决议。”

〔3〕 私法 Privatrecht 指所有规律人类彼此间法律关系之规范，其确认人类彼此间有那些自由、权利、义务及风险。见 Helmut Koehler, Einführung, BGB, Beck - Texte im dtv, 34. Aufl., 1993, S. VII.

〔4〕 详后述之。亦参见 H. - M. Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl., 1993, Rz. 36.

么是实质意义的法律 Recht。

第二目 实质意义的法律

1. 法律是人类共同生活的规范

人类从事群居生活，若无法律的规范，群居生活势必受强者意思与情绪的支配，文化与经济也不可能发展。因此必须有一个规范，来规律各个人间无数的文化与经济关系，这种维持人类社会外部秩序的规范，就是法律。它是一种“应为的请求” Sollenforderung，要求每一个人尊重它。法律创塑了一个准则，一种尺度，让受此法律管辖的人，知所遵循。它赋予个人一定的活动范围，使不受他人的侵犯，以普遍有效而合理的规则，平息人与人之间的利害冲突，每个人可以预计，别人是可靠的。他们尊重他人的财物，遵守自己信诺，就这样法律发挥了它作为人类共同生活规范的功能。它一如文学、艺术，都是人类社会的文化财，也和人类社会一样，经常有变迁。

2. 其他准则性规范

法律并不是人类社会中惟一的规范，道德、习俗 Sitte、宗教、社团公约等也都是社会规范。但是这些规范在许多方面与法律不同，法律是最起码的规范，只有在绝对必要时，始行干涉，其他规范则否。基本上，宗教与道德对人要求的标准较高，但违反了道德规范只须对其良心负责；违反了宗教规范，除需对良心负责外，也许还要受到宗教规范的制裁。但由于政教分立原则在欧美多已确立，在我域则未曾有政教合一的情形，其制裁亦无多

大意义。^{〔5〕}违反了习俗或许会受到社会的非难与排斥，其制裁也很有限。只有法律的规范，于必要时可强制执行。^{〔6〕}

3. 自然法、实证法、正义理念

早先人们认为法律是自然存在的，法律来自神的意旨或是人的本性（理性 Vernunft），因此只须把这些自然法找出来。今日多半的人则以为，人类社会必须为其群居生活制定规范，法律规范来自人类的创制与习惯的演变。

现今，法律的制定乃是国家的任务，并以其机构强制人民遵行。这种在特定社会中，现行有效的法律被称为实证法 positives Recht，在定义上与自然法相对。^{〔7〕}

所谓正义理念，乃是自然法的产物，其本质乃是原存在于人之本性的实质规范，而为人类群居生活的基本原则。当实证法以正义理念为依归时，才具有法律的素质 Rechtsqualitaet。^{〔8〕}

4. 实质法律的意义

综上所述，法律乃是在一个社会内，拘束人类群居生活的规范，它符合正义的要求，因此于必要时也可以强制执行。

〔5〕在中古世纪的欧洲，宗教制裁也曾有其法律上意义，当时如被判处驱离社区 ex communicatio 之处罚时，由于丧失人之资格，而使被处罚人之生命失去保障。然自政教分离政策确立后，宗教之处罚已失其强制力。

〔6〕“强制制裁力，乃法律之通性，而非法律之要素”。请参阅梅仲协，民法要义（以下简称梅著），1961年台新七版，P1。

〔7〕有些人认为自然法具有普遍效力而且是永恒的。

〔8〕例如第二次世界大战后，盟军在纽伦堡审判纳粹法官时，即以当时之法律，违反了“多数文明国家之共同正义理念”，使那些法律不再具有法律的素质，受审之纳粹法官原应拒绝其执行却未拒绝。参见 Koziol - Welser, Grundriss des buergerlichen Rechts, Bd I, Allgemeiner Teil S. 2。

第二节 法律规范的种类

1. 实体法与程序法

民法是实体法，也就是说，它是人类群居生活的内容规范，这种规范于必要时，可由司法或行政机关强制执行。在执行的时候，各该机关并不可以随心所欲的作为，而须依一定的程序为之，这种程序由程序法定之。程序法如民事诉讼法，非讼事件法，强制执行法，行政执行法……等。

2. 强制法与任意法

强制法 *ius cogens* 乃不得以当事人合意变更的法律，其目的在于，防止重要法律目的受当事人意思之合致而遭破坏。公法因与公共利益有关，多半具强行性质。私法则赋予私人甚为广泛的自由，当然私法中也有强制条款的介入，其介入主要由于公共福祉、交易安全、家庭幸福、保障经济上弱者、照顾无经验者等要求，这些强制条款，并不影响民法为私法的本质，因为强制法之概念并不等于公法的概念。

强制法如有关结婚、收养、行为能力等规定、泰半的物权法规定，此外许多强制规定亦见之于劳工法，其目的在于防止求职者（多半系经济上弱者）同意雇主的苛刻工作条件。但这些条文多半仅有“相对强制性”，换言之，这种规定可为有利弱势者的变更。盖法律所规定者，乃对被保护人之最低限度的保障。^{〔9〕}

任意法可以合意变更之。法律行为的大原则“私法自治 *Pri-*

〔9〕 如虽有最低工资之规定，高于此标准之给付，均系合法。反之，任何低于此标准之给付，则均系违法。因此其规范仅对低于标准之部分有强制性。

vatautonomie”原则，容许当事人在广泛的范围内，塑造其法律关系。但往往当事人之间的约定，并不完整或有欠清晰，任意法就是有力的辅助，如当事人就必要之点意思表示合致，非必要之点就可以用任意法补充。兹举例说明如下：

例如：第* 314条规定：“清偿地，除法律另有规定（特别规定），或契约另有订定（当事人之合意），或另有习惯，或得依^[10]债之性质或其他情形决定者外，应依下列各款之规定：

- 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，于债权人之住所地为之。”就是典型的任意规定，规范的目的在于补充适用。

此外，当事人所使用之文字或文句不明时，法律在许多情形规定，应如何解释（解释法 *auslegendes Recht*），如第4条：“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合时，如法院不能决定何者为当事人之原意，应以文字为准。”

关于公法与私法之分类，于下节详述之。

第三节 公法、私法与刑法

1. 公法与私法的分类及刑法的归属

公法与私法的分类源于罗马法学家 *Ulpians*，当然其内涵不同于现代法律之内涵，但在现代法上仍然采取这种分类。如前所述，私法指所有规律人类彼此间法律关系之规范，其确认人类彼此间有那些自由、权利、义务及风险。公法指规律国家组织及国

* 本书法律条文未特别注明的皆为台湾地区现行“民法”规定。——编者注

[10] 民法修正条文，将原条文“不”删除，将“能”改为“得”。

家主权行为之规范。^[11]但公、私法间，中间又夹着刑法在分类上归属的问题，因此先就刑法的分类作一交代。^[12]

从事公法与私法分类时，并未赋予刑法以独立的地位，虽然其在学校授课时，常以第三大学门的姿态出现。^[13]事实上刑法也是公法的一部分，因为“国家”在从事刑事处罚时均以行使主权的形态出现。不过刑法在很早期就发展了自身的规则，尤其在法律保障方面，也因此“宪法”基本人权的规范上，有特别的保障（“宪法”第8条及第9条），在刑事程序上也特别订定了刑事訴訟法。但就民法的讨论而言，可以不必理会刑法的归属问题，因为刑法与私法有明确的区分，不会有严重的界定问题产生。反倒是现代社会基于照顾功能 *fuersorgende Funktion* 作为时，最易与私法混淆不清。^[14]

1. 1. 公法与私法分类的学说

公法与私法应如何区分，学说甚多，较重要者有三：

1. 1. 1. 利益说：此一学说源于罗马法学家 *Ulpian*，认为法规之目的，在于规律公众之利益者为公法，规律个人利益者为私法。但由于“国家”常可选择，就公法上利益之“国家”任务

[11] *Koehler*, a. a. O.

[12] *Pawlowski*, a. a. O. Rz. 17 ff, 认为在德国，社会法才是不属于此二分法之中的第三领域，例如雇主无须遵守政府在服务指令中所表达的政治理念，而可追求其身之目标。但其依 1972 年营业基本法第 102 条第 1 项，须先听取员工代表会 *Betriebsrat* 之意见，始能终止雇佣契约。此一听取意见之义务，使终止决定不仅是雇主个人的愿望决定，此制度确保这种决定至少须由相关社会团体所承认之原则来决定（经由社会道德 *Sozialmoral*）。劳工法、经济法（如卡特尔法）、婚姻、承租人保护法、一般契约条款法等均属之。故其采取三分法，然刑法不与焉。

[13] *Dieter Medicus*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 5. Aufl. 1992, Rz. 1.

[14] 如“政府”提供的“全民”健保与保险公司的健康保险的区分。

以私法或公法方式来规律，就此点而言，已经使公、私法依本说很难有明确之区分。如管理行为系以私法形态为之，至少原则上应受私法之约束。^[15]如“政府”采购文具供办公使用，通常属于私法范畴。^[16]此外立法者有时对通常视为私法上之义务，亦主张其公共利益，如第174条第2项的规定。^[17]在一方面，包括私法在内的所有法律均在于维持人类群居生活，从而保障了公众的利益，社会原则更使一些原系统私法上的关系，转化成公共利益之关系，例如第148条第1项前半规定，“权利之行使不得违反公共利益”，而民法乃是典型的私法。另一方面如“社会秩序维护法”第68条第1款，处罚“无正当理由，于公共场所、房屋近旁焚火而有危害安全之虞者”，固系为了公共利益，维持公共安宁，同时也为了个人利益，保障其财产或生命。而社会秩序维护法则系公法。

[15] “国家”行为可分为三大类：

■公权力行政或称高权行政：“国家”可以使用其权力工具而作为，亦即以主权行为作为。典型的是在刑法领域，他如警察法及税法等亦同。

■私经济行政或称“国库”行政：“国家”亦可以舍弃使用其权力工具而以私人地位作为，例如“政府”就其所需之运输工具，得不依“公路法”第48条调用，而向商人租赁。

■“国家”之照顾作为 *fuersorgende Taetigkeit*：例如“国家”从事道路建设及维修，供应能源与自来水，清除垃圾等。此时“国家”既未使用特殊权力工具而作为，也与私人之作为不同。

[16] 行政院27裁22判例要旨：“人民向公务机关承包工程因而发生争执，乃属私法关系应依民事诉讼程序以求解决。”当然厂商与机关间关于招标、审标、决标的关系应该是公法关系，至于履约争议与验收的部分通常为私法争议。参见“政府采购法”第74条及第83条的规定。

[17] 该条规定：“管理人违反本人明示或可得推知之意思，而为事务之管理者，对于因其管理所生之损害，虽无过失，亦应负赔偿之责。前项之规定，如其管理系为本人尽公益上之义务，或为其履行法定扶养义务，或本人之意思违反公共秩序善良风俗者，不适用之。”

1. 1. 2. 从属说 Ueber- und Unterordnungstheorie: 认为在公法中关系人间的关系是从属关系, 在私法中则是平等的。实则在公法上, 比如台北县市就共同之交通问题, 基于平等地位, 以公法上契约, 予以合作规划, 并无从属关系。在私法上, 如父母与子女间的关系, 也非完全平等, 如第 1085 条规定: “父母得于必要范围内惩戒其子女”。^[18] 其实上下对立之关系, 只能用以说明干预性行政 Eingriffs-verwaltung (如社会秩序维护法) 之执行。

1. 1. 3. 主体说 Subjektstheorie: 此说为通说,^[19] 认为在法律关系中, 如有“国家”主权为行使其权力而参与时, 属于公法范围, 例如“国家”为兴建学校而征收土地; 否则属私法范围, 如“国家”以私法主体身份购买一块土地。^[20] 然而此一分类法亦未能完全解决区分的困难, 公法与私法之间, 也并非泾渭分明。例如“国家”依“社会救助法”第 7 条, 所为之生活扶助(以现金给付为原则), 与一穷困家庭自其有钱亲戚获得周济, 并无不同。

1. 2. 对分类的看法

由于公私法混淆不清常由于历史因素, 无法用简单的格式来划定界限, 迄今并无任何方法能够完全厘清其界限。倒不如反过来观察, 凡是以容许自由决定的法律为主的是私法, 决定时需受

[18] “儿童福利法”第 15 条对此一权限有适当的限制。

[19] 分类上尚有分新旧两说者, 惟旧主体说已被新主体说所取代, 于兹不赘。

[20] Larenz 氏以为, 这种区分仅对实体法有其意义, 而不及于程序法, 而程序法虽普遍被认系公法, 然民事诉讼法中, 当事人对于系争权利有甚大之自由决定空间, 乃“私法自治”及于诉讼程序之效力, 与诉讼法系公法之见解, 固显不相称也。见氏著 Allgemeiner Teil des deutschen Buergerlichen Rechts, 7. Aufl, 1989, S.

法律授权拘束的 *gebundene Entscheidung* 法律是公法。^[21]

2. 分类的理由

几百年来, 法规被分成公法与私法两大类, 虽然这种分类颇受学者批评,^[22] 但仍受到普遍的承认。分类的理由在于:

■把全部的法规, 加以有系统的区分, 便于对法律体系, 加以剖析。

■有待解决的利益冲突不同, 立法者须依据有待规律的情节, 引用不同的立法原则。以容许自由决定的法律为主的是私法, 为决定时必须受拘束的法律是公法。容许自由决定的两大支柱是私法自治原则与所有权人的自由权。私法自治原则容许个人依其意愿, 以法律行为形成其法律关系; 所有权人的自由权, 指在法律与第三人权利架构下, 可任意处置其物并排除第三人对其侵害(第 767 条)。行为人在为必要决定时, 并不需要对任何人解释或说明。^[23]

■在法律实务上的意义, 在于法律救济途径 *Rechtsweg* 不同, 由于法律发展的历史因素, 使法律救济途径呈多轨之发展, 因私法权利关系或由私法关系所生之请求权之争端, 由普通法院管

[21] *Medicus*, a. a. O. Rz. 10, 因为如果私法行为也强制要求附具理由, 则家庭主妇必须说明, 她为何向此家商店买东西, 而不向另一家购买。

[22] *Karl Wolf* 认为这种分类并无任何实际的意义, 见氏著 *Grundriss der Oesterrischen Buergerlichen Rechts*, S. 7。

[23] *Koedgen*, *Archiv fuer die civilistische Praxis*, 184, 1984, 600, 602 认为: “私法主体的个别动机不可侵犯, 其作为之后果则自行负担”, 见解相同。

辖，公法上权利关系或因之而生之法律效果之争端，由行政机关^[24]或行政法院管辖，例外如“公职人员选举罢免法”第108条规定，选举诉讼由法院审判。另外刑法则由普通法院管辖。

第四节 私法的意义与特性

1. 民法与特别私法

私法规律的范围，在许多方面牵涉到人类的生活，如人格权的保护，行为能力与民事责任的规定，所有权与其他物权的规定，契约之成立、变更与消灭，损害赔偿的义务，亲属关系，继承等等均规定于民法中，他如有关票据、公司、海商、保险、著

[24] 在德国对行政行为的救济，自事实审起即由行政法院管辖。过去“现行诉愿法”的规定，行政机关兼当事人与审判者，对于人民并非公平。目前一则“诉愿法”在1998年10月28日修正公布后，一方面在该法第52条明订“社会公正人士、学者、专家人数不得少于1/2”，另一方面在第65条规定：“受理诉愿机关应依诉愿人、参加人之申请或于必要时，得依职权通知诉愿人、参加人或其代表人、诉愿代理人、辅佐人及原行政处分机关派员于指定期日到达指定处所言词辩论。”公平性大为提高。此外，1998年10月28日修正通过的“行政诉讼法”第4条第1项规定：“人民因‘中央’或地方机关之违法行政处分，认为损害其权利或法律上之利益，经依‘诉愿法’提起诉愿而不服其决定，或提起诉愿逾3个月不为决定，或延长诉愿决定期间逾2个月不为决定者，得向高等行政法院提起撤销诉讼。”给付诉讼与确认诉讼等，并不以提起诉愿为要件。

作权、工业财产权及劳工法〔25〕等，则于私法的特别法中规定。

民法构成了私法的核心部分，要了解特别私法，必须先认识民法的基本概念和一般规定。不过在民法与特别私法间却无法有明确的界定，原因是：

■在特别私法上并无完整的规范，常以民法规定为前提，仅规定补充性规定。例如“票据法”第22条规定有票据时效、利益偿还请求权，但“对于如何计算期间之方法别无规定，仍应适用‘民法’第119条及第120条第2项不算入始日之规定”（1964年台上字第1080号判例）。又如“票据法”中关于住所、居所并无特别规定，自应适用“民法”第20条以下的规定。

■在体系上并没有必须界定的强制性理由。因为事实上民法条文也不是必然全部适用于所有的人。例如夫妻财产制及离婚的规定，仅适用于已婚者。“民法”第191条仅适用于工作物所有人，似乎也可以规定在特别私法中。如谓每个人都可以结婚或为工作物所有人，则每个人也可以签发票据或受雇，而进入票据法或劳基法之适用领域。特别私法也不是为闭锁的群体而制定。原则上在特别私法与民法之各编间并没有不同的性质，只有是否优先适用位阶的问题。

2. 私法的特性

私法关系对社会整体有其重要性，如货物与劳务的销售，几乎全赖私法之助而得完成，因之物得尽其用，货得畅其流，对社会经济有莫大的帮助。又如有关婚姻与家庭的规定，乃是社会的

〔25〕系非独立工作之特别私法，Martens, Die Einheit des Privatrechts und das Arbeitsrechts, in: Juristische Schulung, 1987, S. 337 - 344/334, 认为，主张劳工法独立分类的理由已不复存在，劳工法的自主性在其发展初期或有必要，在今日现代契约法已发展成为有灵活弹性的体制 bewegliches System, 对各种不同的情况均可适应，并无必要将劳工法自民法之适用领域中排除。

基本形成点。可知私法与社会的息息相关。因此私法上的权利和义务，也受到公法与日俱增的影响与限制，更由于“国家”职能的扩张，使公法不断渗入私法的领域，如所有权受建筑法的限制；“中央目的事业主管机关”依据“消费者保护法”，公告定型化契约应记载事项及不得记载事项等。

不过这种公法的渗入，并未动摇私法的根本——私法自治（详见本书法律行为章的说明）。私法规范在其发展过程中显示了很大的稳定性，实因私法乃依客观必要性就有待规范的情事，经过千百年来的千锤百炼，逐步演变而来，较少受政治变迁的影响，立法者也很少干预其存续。在许多国家许多私法法规，于几世纪以来，已深存于民众的法律意识中，使私法规范，通常无庸政府压力，即可发挥作用。

台湾地区继受现代化民法，固然为时尚短，然如前所述，实证法本以存于人之本性的正义理念为依归，故一般父母对子女均善尽其养育之责、泰半民众均尊重他人的所有权、债务多于到期日清偿，多无待乎强制。但自反面言，尽管实际涉讼的比例不高，法律救济途径总必须存在，才能促使关系人自愿履行义务。

第五节 民法的编制及在民法架构下的总则编

1. 私法的编制

私法中之民法的体系，依其规范领域之不同，而加以分割，大体上有两种制度：

1. 1. 罗马式分类法 Institutionensystem，将民法分为“人法”

与“财产法”两部分。奥国民法 ABGB 采之。^[26]此一分类法之名称源自罗马法学家盖尤氏 Gaius 之“法学阶梯” *institutiones* 一书，因为此一法律教科书首先采用此一制度。^[27]

1. 2. 德国式编制法 *Pandektensystem*：此说发展于 19 世纪，为现代学说所一致采用。按 *Pandekten* (= *Digesten*) 原系罗马法学著作，于公元 6 世纪时，由优士丁尼安 *Justinian* 大帝，赋予法律效力，在某些德语地区，一直使用到 1900 年。而将此古老的法律，依时代变迁的需要，加以解释，使其仍能使用的法学派称为普通法学派 *Pandektistik*，他们创出了这种编制法 *Pandekten-system*，故名。此编制法分为总则、债、物权、亲属与继承五编。“现行民法”从德国立法例，亦采此一编制法，惟“现行民法”因采民商合一制，于债编内亦包含若干商事法规（如合伙等）。

2. 在民法架构下的总则编

“现行民法”目前的五编分类，系承袭德国立法例而来，而德国民法原先在分类时即无统一之原则。大体言之，民法体系系以三个不同的观点，作为分编的基准：^[28]

2. 1. 亲属与继承法 = 生活事实类似原则

在编纂民法的第四编与第五编时，其原则十分简单，即将类似之生活事实 *einander aehnliche Lebenssachverhalte* 纳入。在亲属法

[26] 奥国 *Das Allg. Buergerliches Gesetzbuch*，简称 ABGB，乃德国式编制法以前之作品，因此仍依罗马式编制法，在简单的导言 *Einleitung*（第 1 条至第 14 条）后，就是第一部分的人法，规律人及亲属关系；第二部分的物法，其中又分为物权 *dingliches Sachenrecht* 及人之物法 *personl. Sachenrecht*（包括继承与债编），第三部分为人法与物法之共同规定，并无总则编，一般性的规定，散见于法典之中。

[27] 中译本如黄凤译，*法学阶梯*，（北京）中国政法大学出版社 1996 年出版。

[28] *Medicus*, a. a. O. Rz. 16-19.

主要是婚姻与亲属；也包括准备婚姻的订婚及监护等。相反的，继承法主要涉及一个人死后在财产法上的后果，尤其是原先属于死者之权利与义务的重新安排。

2. 2. 债法与物权法 = 法律效果类似原则

在债法与物权法方面所适用的，都涉及权利关系及其变动，是为法律效果类似原则 *Aehnlichkeit auf der Rechtsfolgenseite*。又将其区分为相对与绝对权利。在债编中规范仅限于当事人间的相对关系。在物权编对物的归属，则系对任何人均可主张之绝对关系（如第 767 条）。

2. 3. 总则编

2. 3. 1. 依民法立法者的规划，系将其后各编均可适用之规则纳入总则编。这种将一般性规则前置之技术，^[29]在“现行民法”中一再出现，例如在债编中先有债编通则，然后始为各种之债。在第三编之第一章为通则，次为各种物权。在第四编第一章亦为通则，后为婚姻、父母子女、监护、扶养、家、亲属会议。在特别私法中也常出现这种结构，如公司法、票据法、海商法、保险法等。

2. 3. 2. 自历史角度观察，这种规范技术系以对法律素材有深入的研析为前提。例如必须知悉，如买卖、租赁、移转之合意、质权之设定、订婚、继承契约等各种类型行为，在何种范围内相似：由于各种类型之行为，均以当事人就特定点表示合意为前提，因此将所有此类行为统称为“契约”，将特征上显着不同者排除（如身份契约），而就大体上相同的契约作共同之规范。然后再晋升一层，体认到在这种契约与单方行为（如成立遗嘱）之共通点，而将其归纳为法律行为。这种规范方式所需之高度归

[29] 这种立法技术始于德国民法，“现行民法”从之。