

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

# 民事法理与判决研究

CIVIL THEORY AND JUDGEMENT STUDIES

● 詹森林 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

# 民事法理与判决研究

CIVIL THEORY AND JUDGEMENT STUDIES

● 詹森林 著

D925.1  
30=2



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

版权合同登记号:01-2005-1303

图书在版编目(CIP)数据

民事法理与判决研究/詹森林著. —北京:北京大学出版社,2005.9

(民商法论丛)

ISBN 7-301-09085-4

I. 民… II. 詹… III. ①民法-法的理论-研究-中国 ②民法-判决-研究-中国 IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 092620 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行:

民事法理与判决研究(三)——消费者保护法专论,詹森林著,2003,

第一版,ISBN:957-41-0732-9

民事法理与判决研究(二),詹森林著,2003,第一版,ISBN:957-41-0732-9

书 名:民事法理与判决研究

著作责任者:詹森林 著

责任编辑:屈冬冬 周 菲

标准书号:ISBN 7-301-09085-4/D·1196

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://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: [pl@pup.pku.edu.cn](mailto:pl@pup.pku.edu.cn)

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者:北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者:北京原创阳光印业有限公司

经 销 者:新华书店

650mm×980mm 16开本 31.5印张 423千字

2005年9月第1版 2005年9月第1次印刷

定 价:46.00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,翻版必究

## 詹森林

1957年生于台湾南投县。台湾大学法学硕士，德国法兰克福大学法学博士；现任台湾大学法律学院教授。



责任编辑 周 菲



## 民商法论丛已出书目

书号	书名	出版日期	编著者	定价
07548-0/D·0912	优先权制度研究	2004年版	郭明瑞等	26.00
07558-8/D·0916	公信力的法律构造	2005重印	叶金强	30.00
07506-5/D·0899	纯经济上损失赔偿制度研究	2004年版	李昊	23.00
07602-9/D·0922	英国民事司法改革	2004年版	齐树洁主编	56.00
08077-8/D·0991	比较担保法	2004年版	蔡永民	36.00
08383-1/D·1045	中国票据制度研究	2005年版	胡德胜等	30.00
08637-7/D·1090	中国民法典立法研究	2005年版	谢哲胜等	21.00
08680-6/D·1100	收养法比较研究	2005年版	蒋新苗	32.00
08722-5/D·1109	论知识产权法的体系化	2005年版	李琛	20.00
08723-3/D·1110	美国物业产权制度与物业管理	2005年版	周树基	25.00
09138-9/D·1203	知识产权请求权研究	2005年版	杨明	25.00
09347-0/D·1235	非营利组织治理结构研究	2005年版	金锦萍	21.00
09085-4/D·1196	民事法理与判决研究	2005年版	詹森林	46.00

## 出版说明

当今社会是信息社会。信息的交流和互动使我们可以站在巨人的肩膀上俯瞰整个学科的发展,进而推动该领域学科的发展壮大。我国台湾地区的法学研究较为成熟,但目前大量读者还不易直接在祖国大陆购买台湾地区的书籍,而大量复印又有违著作权法的有关规定。在这种情况下,我社引进了一些已经在我国台湾地区出版的优秀法学著作。我们希望通过这种方式给祖国大陆读者提供一种获取信息的捷径,从而可以比较迅速地了解各个地区的教学和学术成果,为深入学习和研究打下更坚实的基础。

我们引进这些学术著作,主要目的在于介绍我国台湾地区的相关法学理论和方法,推动学术交流,促进学科发展,完善教学体系。而其作者的出发点、指导思想、基本观点和结论等,属于学术范畴的讨论,均不代表北京大学出版社的立场和观点。

由于海峡两岸的具体情况不尽相同,为方便读者,经授权出版社同意,我们在排版时对原书的某些行文方式作了少量技术性处理。至于原书内容,我们遵从著者的意愿,未作任何改动。需要特别说明的是:(1) 台湾地区是中国不可分割的一部分,这是不争的事实。但目前由于特殊原因,台湾地区还实行本地区的法律、法规,包括“宪法”。学界从宪法的视角研究、审视法律已经成为一种趋势和必然。因此,从学术研究出发,对书中涉及的“宪法”规定及其分析,并没有加以删减。(2) 一些机关和机构,比如行政法院、学会等,系指我国台湾地区之机构,为了保持行文顺畅,并使读者明确地查证,一般按照原有的称呼,没有进行特别的处理。(3) 为了行文的简洁,对具体的法律、法规没有一一加以说明,因此如果没有特殊标注,书中所涉及的法律、法规均为我国台湾地区的法律。(4) 我国台湾地区法学领域有些用语与祖国大陆不尽一致。比如一些国际条约的翻译、学科设置等,为了保持作品原貌,也没有加以修改。特此一并声明,敬请读者注意,以免产生误会和质疑。

## 序

《消费者保护法》于1994年1月11日三读通过,当天公布施行,同年1月13日生效,其内容除消费者保护团体(第三章)、行政监督(第四章)、罚则(第六章)外,其余均与民事责任有关并可分为实体规定与程序规定两部分。实体部分为:消费者、企业经营者等定义性规定(第一章)及商品责任与服务责任、定型化契约、特种买卖、消费信息之规范(第二章)。程序部分则为:消费争议之处理(第五章)及附则(第七章)。

众所周知,契约责任与侵权责任乃民事责任两大体系。《消费者保护法》之实体规定,关于定型化契约、特种买卖及消费信息部分,系属契约责任;关于商品责任与服务责任部分,则为侵权性质。由是可见,处理现代民事责任,必须熟稔《消费者保护法》。

作者曾就定型化契约、特种买卖、商品责任、《消费者保护法》对于法人之适用、信用卡利息等问题,从《消费者保护法》之理论与实务观察而发表论文,兹收集成册,定名《消费者保护法专论》,并编入《民事法理与判决研究》。

《消费者保护法》于2003年1月22日经增订及修正并公布施行,就此,关于《消费者保护法》增订及修正条文要旨,作者业已另文说明(《台湾本土法学杂志》第45期,2003年4月,第209—215页),此外,定型化契约之最新实务发展,作者亦曾撰文探讨(《月旦法学杂志》第91期,2002年12月,第28—50页)。再者,新法有关民事责任之条文,几乎全系来自旧法施行细则,尚无实质修订(参见前揭拙文)。又查,新法规定,有若干部分与本书文章所持意见完全相同,故拙著之相关论述,适可协助了解新法内容。因此,本书仍然维持论文原貌,但附录增订条文及修正条文之新、旧法内



## 2 民事法理与判决研究

容,以供参照。对于两位审查委员之辛劳与指正,作者衷心感激。

“行政院”消费者保护委员会曾于1994年5月间,委托恩师王泽鉴大法官主持《消费者保护法施行细则》之拟定,作者有幸共同参与,并激发研究《消费者保护法》之兴趣。本书问世,首应感谢恩师之启迪与教诲。

作者草拟《消费者保护法施行细则》过程中,承黄茂荣老师、朱柏松老师及林世华律师细心指导,《消费者保护法》施行后,参与“行政院”消费者保护委员会之《消费者保护法》项目研究小组,更蒙召集人廖义男老师、副召集人邱聪智老师,其余成员骆永家老师、林诚二老师、刘宗荣老师、姜志俊律师、“消费者保护协会”刘春堂秘书长、黄明阳副秘书长、方国辉组长、林芳忠组长、黄宏全组长等前辈指点迷津,均谨致万分谢忱。政治大学黄立教授费心保护消费者之风范,“司法院”、“行政院”消费者保护委员会、“法务部”司法官训练所及台北律师公会多次安排讲习活动,作者因而得向与会之法官、检察官、准司法官及律师请益,均对本书论文之写作,帮助甚巨,并予致谢。

本书第一编及第二编为收集作者就民法总则、债法总论、买卖法及消费者保护法发表之论文,作为读书心得,并供师友指教。

研究法学与应用法律,必须结合理论与实务。理论脱离实务,无异空谈;实务罔顾理论,形同盲目。因此,本书文章,均以实际案例为研究内容。撰稿过程,深受“最高法院”判决之启迪,获益良多,惟作者仍尽量提供不同看法,非为标新立异,而在沟通砥砺。野人献曝,必多谬误,各界宏达,不吝赐正,无任感禱。

本书全部内容,均经台湾大学法学丛书编辑委员会依规定送实质学术审查,幸获通过并准予登记为台大法学丛书。对于诸匿名审查委员之万般辛劳与宝贵意见,谨致衷心谢忱。

本书为1998年出版之《民事法理与判决研究》之延续,以鞭策自己永续基础民法之学习。

感谢元照出版公司之鼎力协助及台湾大学法研所谢佑泽同

学、政治大学法研所陈家瑄同学之细心校稿。

最重要者，本书论文曾散佚各处，经内人淑文及小犬明翰辛苦搜集，始得汇整。亲情与关怀，无能回报，自当更加努力，以示不忘。

詹嘉如

二〇〇三年明翰生日

# 目 录

## 第一编 民法总则及债法总论

<b>《民法》第 113 条与其他规定之竞合关系</b>	<b>3</b>
壹、前言	3
贰、《民法》第 113 条立法例上之疑义	3
叁、《民法》第 113 条之回复原状与不当得利、 物上请求权暨契约解除之关系	10
肆、《民法》第 113 条之损害赔偿与 《民法》第 247 条之关系	18
伍、《民法》第 113 条与身份法上之返还给付规定	23
陆、结论	24
<b>再论《〈民法〉第 113 条与其他规定之竞合关系》</b>	
——2000 年台上字第 2102 号判决评释	26
壹、前言	26
贰、判决全文	32
叁、《民法》第 113 条所定“损害赔偿”之意义	34
肆、2000 年台上字第 2102 号判决之商榷	39
伍、结论	43

## 2 民事法理与判决研究

<b>不能回复原状或回复显有重大困难时之金钱赔偿与加给利息</b>	
——《民法》第 215 条与第 213 条之关系	45
壹、判决摘要	45
贰、请求权基础	46
叁、损害赔偿之方法	53
肆、金钱赔偿与加给利息	60
伍、结论	66
<b>物之瑕疵担保、不完全给付与买卖价金之同时履行抗辩</b>	
——“最高法院”1988 年第七次民事庭会议决议之研究	68
壹、前言	68
贰、“最高法院”1988 年第七次民事庭会议决议	69
叁、分析检讨	71
肆、结论	97
<b>不完全给付</b>	
——“最高法院”决议与判决之发展	101
壹、不完全给付在学说、实务与立法上之变迁	102
贰、不完全给付与其他债务不履行	114
叁、不完全给付与买卖之瑕疵担保	122
肆、结论	144
<b>《民法》债编修正条文溯及既往规定之实务问题</b>	
——“最高法院”判决评释	147
壹、《民法》债编修正经过简介	147
贰、具溯及效力之债编修正规定	149
叁、不具溯及效力之重要债编修正规定	152
肆、“最高法院”判决	153
伍、分析检讨	159
陆、结论	170

## 第二编 买 卖 法

<b>双重买卖中标的物所有权之移转与买卖契约之效力</b>	
——1987年台上字第457号、1987年台上字第231号 民事判决评释,兼论1930年上字第138号、 1970年台上字第1534号民事判例	173
壹、判决	173
贰、就同一标的物所为多数买卖契约之效力 ——债权行为与物权行为之区别	175
叁、买卖标的物所有权之移转、出卖人之给付不能	179
肆、1930年上字第138号民事判例之检讨	181
伍、买卖标的物所有权之移转与即受确认判决之 法律上利益	185
陆、不动产所有权之移转与所有物返还请求权	189
柒、结论	193
<b>危险负担移转前,出卖人物之瑕疵担保责任及 买受人拒绝受领标的物之权利</b>	
——“最高法院”相关民事判决之评释	195
壹、前言	195
贰、问题之提出	197
叁、“最高法院”之见解	198
肆、危险负担之移转与物之瑕疵担保责任	201
伍、买受人拒绝受领标的物之权利	209
陆、结论	216
柒、后记	217
<b>私有农地之买卖</b>	
——“最高法院”相关判决之分析	220
壹、前言	220
贰、私有农地买卖契约在当事人间之效力	220
叁、私有农地之买卖与第三人关系	237

4 民事法理与判决研究

肆、无效之私有农地买卖与给付之返还地买卖	244
伍、私有农地之买卖与信托	246
陆、结论	249
柒、后记	250

### 第三编 消费者保护法专论

#### 定型化契约之基本问题

——以信用卡为例	253
壹、前言	253
贰、定型化契约条款之认定	253
叁、定型化约款成为契约之内容	261
肆、定型化契约条款之解释	269
伍、定型化契约条款之效力	271

#### 定型化约款之基本概念及其效力之规范

——《消费者保护法》第12条之分析	275
壹、定型化约款之意义	275
贰、定型化约款之功能	277
叁、定型化契约之基本问题	279
肆、“最高法院”之裁判或决议	280
伍、《消费者保护法》第12条之解释适用	287
陆、结论	321

#### 《消费者保护法》与预售屋买卖定型化契约

壹、基本理论	323
贰、案例说明	329
叁、结论	338

#### 《消费者保护法》上之邮购买卖及访问买卖

壹、前言	339
贰、定义	339
叁、企业经营者之告知义务	346

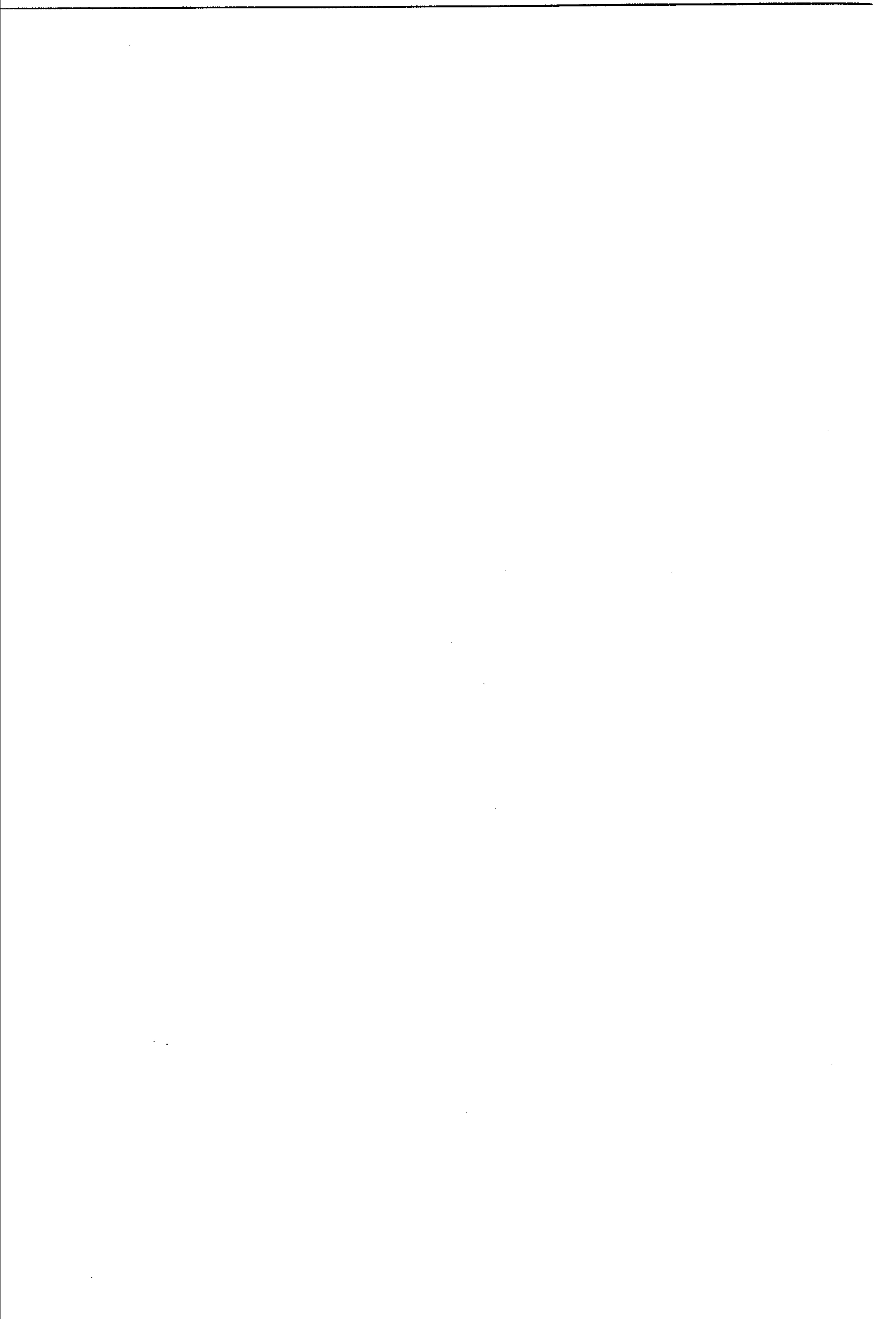
肆、消费者之解除权	355
伍、结论	363
<b>《消费者保护法》上特种买卖之实务与立法问题</b>	<b>365</b>
壹、序言	365
贰、逐条释义	369
<b>《消费者保护法》有关商品责任之规定在实务上之适用与评析</b>	<b>384</b>
壹、实务案例	384
贰、商品所致损害之赔偿请求权基础	397
叁、《消费者保护法》上商品责任之实务问题	416
肆、结论	435
<b>《消费者保护法》对于法人之适用问题</b>	<b>437</b>
壹、前言	437
贰、法人与商品或服务责任上之消费者或第三人	438
叁、法人与定型化契约上之消费者	444
肆、法人与特种买卖上之消费者	455
伍、法人与消费信息上之消费者	459
陆、结语	460
<b>信用卡利息问题</b>	<b>463</b>
壹、前言	463
贰、循环信用利息	465
叁、迟延缴款利息	473
肆、预借现金利息	475
伍、结论	475
<b>附录 《消费者保护法》新、旧条文对照表</b>	<b>476</b>

# 第一编

## 民法总则及债法总论

---





# 《民法》第 113 条与其他规定之竞合关系

## 壹、前 言

《民法》第 113 条规定,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,应负回复原状或损害赔偿之责任。此外,依《民法》第 114 条第 2 项规定,法律行为经撤销时,当事人知其得撤销或可得而知者,准用第 113 条,该当事人亦应负回复原状或损害赔偿之责任。

我国台湾地区《民法》系以德国民法为主要立法蓝本,并参酌瑞士及日本规定。惟依学者一致见解,《民法》第 113 条系我国台湾地区独创之规定,德国、瑞士及日本法,并无类似条文。

《民法》第 113 条所定之法律效果有二:回复原状、损害赔偿。由于《民法》其他各编,尚有性质上或内容上亦为回复原状或损害赔偿之规定,因此,实务上适用《民法》第 113 条时,最具争议之问题即为:本条所谓之回复原状及损害赔偿与《民法》其他相关规定之关系。此项问题之原因,是否在于:其他相关规定系外国法之移植,而第 113 条却系我国台湾地区之独创,殊值玩味。

## 贰、《民法》第 113 条立法例上之疑义

### 一、学说见解

《民法》第 114 条共有两项规定,第 1 项“法律行为经撤销者,

#### 4 民事法理与判决研究

视为自始无效”之规定,系仿效德国民法第 142 条第 1 项<sup>[1]</sup>及日本民法第 121 条<sup>[2]</sup>,应无疑义<sup>[3]</sup>。然而,《民法》第 114 条第 2 项及第 113 条,依学者一致见解,则系我国台湾地区《民法》所独创,尚无其他相同或类似之立法例<sup>[4]</sup>,仅《民法》第二次草案第 177 条及第 178 条分别规定:“无效法律行为之当事人,于为行为当时,知其无效或可得而知者,应负回复其未为法律行为前法律上状态之义务。”“撤销之法律行为,视为自始无效。知其得撤销或可得而知者,其法律行为撤销时,准用第 177 条之规定。”现行《民法》第 113 条及第 114 条第 2 项采纳之而定为明文<sup>[5]</sup>。

#### 二、《德国民法》第 142 条第 2 项与我国台湾地区《民法》第 113 条之关系

应注意者,《德国民法》第 142 条第 2 项规定:“法律行为经撤销时,知或可得而知其得撤销者,视同已知或已可得而知该行为之无效<sup>[6]</sup>”。本条规定,是否为我国台湾地区《民法》第 113 条及第 114 条第二项之立法蓝本,或值研究。惟该项规定,与我国台湾地区《民法》第 113 条,在规范意旨上,殊有差异,则可断言。兹先以

[1] 《德国民法》第 142 条第 1 项规定:“得撤销之法律行为经撤销者,视为自始无效。”(Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.)

[2] 《日本民法》第 121 条规定,参阅郑玉波:《民法总则》,1982 年修订初版,第 332 页,注[2];王书江、曹维合译,《日本民法》,1997 年初版,第 22 页。

[3] 参阅郑玉波,同注[2]。

[4] 胡长清:《中国民法总论》,1976 年,第 373 页;李宜琛:《民法总则》,1977 年,第 336 页;王伯琦:《民法总则》,1972 年,第 202 页;洪逊欣:《中国民法总论》,1976 年,第 523 页;李模:《民法总则之理论与实用》,1998 年修订版,第 288 页。

[5] 参见潘维和:《中国历次民律草案校释》,1981 年,第 385 页;郑玉波,同注[2],第 327 页,注[3](该注谓《民法》第二次草案“第 117 条”,应系第 177 条之笔误);史尚宽:《民法总则释义》,1973 年,第 407 页所列《民法》第 113 条之参考条文为民律第二草案第 177 条及现行《民法》第 247 条,并无外国相关规定。

[6] 《德国民法》第 142 条第 2 项之原文为:“Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen.”

下列三则案例说明《德国民法》第 142 条第 2 项之规范意义<sup>[7]</sup>：

(一) 19 岁之甲未经父母允许, 出售其汽车并移转所有权予 21 岁之乙。乙又出售并移转该车之所有权予 20 岁之丙。丙不知甲为未成年人。嗣甲之父母拒绝承认甲、乙之买卖及移转所有权之契约。甲得否依《民法》第 767 条请求丙返还该车？

(二) 丁、戊、己均为成年人, 丁因戊之诈欺而出售其土地并办理移转所有权登记予己。己又出售并移转该物之所有权予戊。其后, 丁发觉被戊诈欺, 且己亦明知其情事, 遂依《民法》第 92 条第 1 项但书规定, 撤销与己间之出卖及移转所有权之意思表示。丁得否依《民法》第 767 条请求戊返还土地？

(三) 上述第(一)案例中, 若甲系因乙之诈欺而与乙缔结该买卖契约并移转汽车之所有权, 而丙于与乙订立买卖契约及移转所有权时, 不知甲为未成年人, 但知乙诈欺甲之情事。在甲之父母拒绝承认甲与乙所缔结之契约后, 甲得否对乙撤销其出卖及移转汽车所有权之意思表示, 并依《民法》第 767 条请求丙返还该车？

依《民法》规定, 得撤销之法律行为, 固以负担行为(债权行为)为常见, 惟处分行为(物权行为), 亦得为撤销之客体<sup>[8]</sup>。例如甲因错误(《民法》第 88 条)或被诈欺、被胁迫(《民法》第 92 条), 而与乙订立出卖自己所有之汽车或土地之契约, 并交付该汽车(《民法》第 761 条)或办理该土地之所有权移转登记(《民法》第 758 条), 使乙取得标的物之所有权者, 于除斥期间内(《民法》第 90 条、第 93 条), 甲不仅得撤销其出卖之意思表示(债权行为), 并得撤销其移转所有权之意思表示(物权行为)。甲仅撤销债权行为时, 基于物权行为之无因性, 乙并不因而丧失其已取得之标的物所有权, 甲为回复其所有

[7] 参见 Brox, Allg. Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs, 18. Aufl., 1994, Rz 393.

[8] 王泽鉴:《民法总则》, 1996 年, 第 315、319、326 页; 史尚宽:《物权法论》, 1971 年, 第 24 页; 谢在全:《民法物权论》, 1989 年, 第 72 页; Soergel-Hefermehl, BGB, 12. Aufl., 1988, § 142 Rz 5. 1953 年台上字第 323 号、1959 年台上字第 1750 号判例, 均认为债权人依《民法》第 244 条所得撤销者, 包含物权行为在内。

## 6 民事法理与判决研究

权,得依《民法》第 179 条所定之不当得利返还请求权,请求乙交付该车,或请求乙移转登记该土地之所有权<sup>[9]</sup>。甲撤销物权行为时,依《民法》第 114 条第 1 项规定,乙溯及既往丧失其原已取得之所有权,故甲得依《民法》第 767 条所定之所有物返还请求权,请求乙交还该汽车或涂销甲、乙间之土地所有权移转登记。

甲仅撤销债权行为时,甲对于乙之不当得利返还请求权(《民法》第 179 条),为债权之请求权,原则上,不得对于乙以外之第三人主张之;乙因甲、乙间有效之物权行为而取得之所有权,并不受撤销之影响,故乙于甲请求返还该所有权前,移转该标的物之所有权予第三人者,系属有权处分,无适用《民法》第 118 条余地,第三人不论善意或恶意,均取得该标的物之所有权。因此,甲不得对该第三人主张所有物返还请求权,而仅于具备《民法》第 183 条之要件下(即乙为善意之受领人,且又无偿让与标的物之所有权予第三人),始得请求该第三人返还系争标的物;若乙为恶意之受领人,或乙非无偿让与者,甲即不得请求第三人返还该标的物。

甲撤销物权行为时,甲对于乙之所有物返还请求权(《民法》第 767 条),为物权之请求权,得对抗第三人;而乙则溯及既往丧失其原已取得之所有权。故乙于甲请求返还甲之所有物前,移转该标的物之所有权予第三人者,系属无权处分,应适用《民法》第 118 条,但第三人为善意者,在动产之情形,依《民法》第 801 条、第 948 条,在不动产之情形,依《土地法》第 43 条,取得所有权,甲即不得依《民法》第 767 条对抗之<sup>[10]</sup>;若第三人为恶意,不论乙系善意或

[9] Larenz/Wolf, Allg. Teil des Buergerlichen Rechts, 8. Aufl., 1994, § 44 Rz 43.

[10] 甲系被诈欺之情形,依《民法》第 92 条第 2 项规定,甲于撤销其意思表示后,不得以其撤销对抗善意之第三人,故与物权编及《土地法》第三人善意取得之规定,不生冲突。甲系错误之情形,民法总则未设甲得否以其撤销对抗善意第三人之规定,自亦应适用物权编及土地法第三人善意取得之规定。纵然甲系受第三人胁迫,且其意思表示之相对人为善意之情形,亦同。盖依《民法》第 92 条第 2 项之反面推论,被胁迫之甲固得以其撤销对抗善意之第三人,但于有善意取得之情形时,物权编及土地法关于善意取得之规定,系特别法,仍应优先适用,参阅洪逊欣:(同注[4]),第 409 页,注[8];史尚宽:《民法总论》,1970 年,第 395 页;王泽鉴:《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(三)》,第 40 页。

恶意,亦不论乙系有偿或无偿让与标的物予第三人,甲均得依《民法》第 767 条请求该第三人返还所有物。

在案例(一),甲系限制行为能力人,未经父母允许所为订立买卖契约及移转其汽车所有权之意思表示,系属效力未定,而其父母嗣又拒绝承认,则甲、乙间之买卖契约与移转所有权之契约均确定无效,乙亦从而确定自始未取得所有权,甲仍为所有人(《民法》第 12 条、第 13 条第 2 项、第 79 条)。因此,乙移转该车所有权予丙之行为,乃无权处分,丙是否取得所有权,视丙是否信赖乙为所有人而定。由于丙不知甲为未成年人,故丙亦不知甲、乙间移转所有权之行为将因甲之父母拒绝承认而归于无效;易言之,丙不知乙非系争标的物之所有人,故丙得依善意取得之规定,取得标的物之所有权。丙既为善意取得,甲即非标的物之所有人,自不得依《民法》第 767 条规定,请求丙返还该车。

在案例(二),丁为成年人且为土地之所有人,自得有效移转该地之所有权予己。丁虽系受戊之诈欺,且己亦明知其事,但在丁依《民法》第 92 条第 1 项但书规定撤销其意思表示之前,己仍为该物之新所有人,则其移转所有权予戊,系属有权处分,而非无权处分,戊虽为诈欺原所有人丁之人,仍因己之有权处分,而取得土地之所有权。惟在丁撤销其意思表示后,丁移转其所有权予己之行为,视为自始无效(《民法》第 114 条第 1 项),从而视为己自始未取得土地之所有权,则己又移转标的物所有权予戊,即为无权处分,戊得否因己之处分行为而取得所有权,视戊善意或恶意而不同。此时之善意或恶意,并非指戊是否信赖己于移转所有权时系标的物所有人而言,盖所谓信赖,系指误信某种非真实之情事(例如买受人误以为交付标的物之出卖人为所有人,其实该出卖人乃承租人);而在本案例,己于移转所有权予戊之前,己因丁之有权处分而取得土地之所有权,故在己移转所有权予戊当时,若丁尚未撤销意思表示者,己仍为所有人,故己于此时为物之所有人一事,系属事实,自

不得成为戊信赖之客体<sup>[11]</sup>。惟在丁撤销其意思表示前,戊若已知悉或可得而知丁移转所有权之意思表示有得撤销之情事者,戊即应预期丁可能撤销其意思表示而致丁移转所有权之行为成为无效。因此,《德国民法》第142条第2项遂规定,倘戊知悉或可得而知丁移转所有权之意思表示有得撤销之情事者,视同知悉或可得而知该行为之无效。案例(二)中之戊系对丁实施诈欺之人,自然知悉丁移转土地予己之意思表示有得撤销之情事,故戊在丁撤销其意思表示后,不得主张善意取得,丁得请求戊返还土地<sup>[12]</sup>。

在案例(三),甲之父母拒绝承认甲、乙间之买卖汽车与移转所有权之行为,故乙未取得标的物之所有权。由于丙不知甲为未成年人,故乙移转标的物所有权予丙,虽为无权处分,但丙得依善意取得规定,成为所有人。然而,因为乙诈欺甲,故甲、乙间买卖之债权行为与移转标的物所有权之物权行为,虽已因甲之父母之拒绝承认而为无效,但甲得经其父母允许后(《民法》第78条),依《民法》第92条第1项前段撤销之。甲撤销后,乙即视为自始未取得该车之所有权,故乙移转该车所有权予丙,乃无权处分,由于丙知乙诈欺甲,依上述《德国民法》第142条第2项规定,丙就甲之意思表示有得撤销之情事,系属恶意,故丙不得主张善意取得标的物之所有权,并应依《民法》第767条返还该车予甲。此即所谓“无效法律行为之撤销<sup>[13]</sup>”。

### 三、第113条乃我国台湾地区《民法》特有之规定

综上所述,《德国民法》第142条第1项之规定“得撤销之法律行为经撤销者,视为自始无效”,固与我国台湾地区《民法》第114

[11] Jauernig-Jauernig, BGB, 6. Aufl., 1991, § 142 Anm. 4.

[12] Larenz/Wolf, 同注[9], § 44 Rz 44; Soergel-Hefermehl, 同注[8], § 142 Rz 14.

[13] Brox, 同注[7], Rz 394; Erman-Brox, BGB, 9. Aufl., 1993, § 142 Rz 11; Soergel-Hefermehl, 同注[8], § 142 Rz 7. 关于“无效法律行为之撤销”,请参见王泽鉴:《民法学说与判例研究(四)》,第25页。

条第 1 项之规定相当,盖两者均为规定撤销之溯及效力。惟《德国民法》第 142 条第 2 项之规定“法律行为经撤销时,知或可得而知其得撤销之人,视同已知或已可得而知该行为之无效”,则与我国台湾地区《民法》第 113 条与第 114 条第 2 项之规定,在文义上及规范意旨上,皆有差异。盖《德国民法》第 142 条第 2 项之规定意旨为:甲就某标的物所为之处分行为有得撤销之原因,而该处分行为之相对人(乙),于该行为经撤销之前,已就该标的物与第三人丙另为其他之处分,则在甲撤销其处分行为后,第三人丙已取得之权利是否受影响;而我国台湾地区《民法》第 113 条之规定意旨则为:无效之法律行为虽不发生该法律行为之效力,但一方当事人已基于该行为而为给付或受有损害者,他方当事人应负回复原状或赔偿损害之责任。<sup>[14]</sup> 从而,《德国民法》第 142 条第 2 项,尚非我国台湾地区《民法》第 113 条之立法参考。此外,经参阅《瑞士民法》<sup>[15]</sup>、《瑞士债务法》<sup>[16]</sup> 及《日本民法》<sup>[17]</sup> 等,亦未设与我国台湾地区《民法》第 113 条类似之条文,故我国台湾地区学者通说认为,《民法》第 113 条乃台湾地区独创,在德国、瑞士及日本等外国立法例上,并无类似或相关规定,应属可信。

[14] 参见郑玉波:同注[2],第 327 页。

[15] 《瑞士民法》分为人法、亲属法、继承法、物权法与该法之适用及施行规定等五章,并无关于法律行为效力之一般规定。参见台大法律研究所编译:《瑞士民法》,1968 年。

[16] 《瑞士债务法》分为总则(Allgemeine Bestimmungen)、各种之债(Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse)、商社及合作社(Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaften)、商业登记、商号及商业簿册(Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmaennische Buchfuehrung) 有价证券(Wertpapiere) 等,其中第 23 条至第 31 条关于契约缔结瑕疵之条文,并无类似于我国台湾地区《民法》第 113 条之规定。

[17] 参阅《日本民法》第 119 条至第 126 条关于法律行为无效或撤销之规定,王书江、曹维合译:《日本民法》,同注[2],第 21—23 页。



### 参、《民法》第 113 条之回复原状与不当得利、 物上请求权暨契约解除之关系

#### 一、“回复原状”之意义

##### (一)“最高法院”之见解

关于《民法》第 113 条所谓之回复原状，“最高法院”著有下列判决：

1. 1970 年台上字第 771 号：“查上诉人不能自任耕作，其承受农地之买卖，固属当然无效，并不得本于该契约而请求加倍返还定金。但法院可不受当事人法律上主张之拘束，如当事人于行为时明知或可得而知有此项无效之原因，应适用《民法》第 113 条之规定，命负返还定金回复原状之义务<sup>[18]</sup>。”

2. 1980 年台上字第 1905 号：“被上诉人违反土地法第 108 条耕地禁止转租之规定，将其承租某甲之土地转租与上诉人，依《耕地三七五减租条例》第 16 条第 2 项前段规定，其原租约固属无效，转租契约亦应无效。上诉人既已明知被上诉人之原契约无效，而仍与之订立转租契约，依《民法》第 113 条规定，即应负有回复原状或损害赔偿之义务，被上诉人为转租契约之出租人，自得径向上诉人请求收回耕地<sup>[19]</sup>。”

3. 1980 年台上字第 3292 号：“法律行为经撤销者，视为自始无效，《民法》第 114 条定有明文，依此规定，法律行为经撤销后，应溯及法律行为成立时失其效力。如当事人双方于法律行为成立后，曾互为给付，在撤销后，应互负回复原状之义务<sup>[20]</sup>。”

4. 1983 年台上字第 3336 号：“系争买卖标的物之土地，经上诉人申请核准为设厂用地，依《奖励投资条例》第 71 条第 2 项规

[18] 《“中华民国”民事裁判类编》，载《民事法(十二)》，第 96 页。

[19] 《“最高法院”民刑事裁判选辑》第 1 卷第 2 期，第 418 页。

[20] 《“最高法院”民刑事裁判选辑》第 1 卷第 4 期，第 52 页。

定,于未按核定计划使用前不得转售,两造就系争土地为买卖时,上诉人尚未按核定计划使用该土地,亦无转售之法定正当理由,则其买卖行为,即与上开条例之禁止规定有违,应属无效,从而被上诉人以契约为无效,而其无效之事实,又为上诉人所明知,主张被上诉人应负回复原状之责,请求返还已收之定金,及自 1982 年 10 月 23 日起算法定迟延利息,即无不合<sup>[21]</sup>。”

5. 1996 年台上字第 1642 号:“原审以……两造签订合同前,已合作制作节目 9 个月,被上诉人不具备制作人资格,应为上诉人于签立系争书面合约前所明知,依《民法》第 113 条规定,对该无效之法律行为自应负回复原状或损害赔偿之责任。被上诉人因该无效之契约先后给付上诉人制作费用、公司租金及杂费合计 1838600 元,为上诉人所不争,则被上诉人请求上诉人返还并加付法定迟延利息即无不合……经核于法尚无违误<sup>[22]</sup>。”

## (二) 分析检讨

依上开判决,“最高法院”认为,《民法》第 113 条所称之“回复原状”,系指无效法律行为之当事人一方,已基于该行为而给付者,得向受领给付之他方请求返还给付。例如:甲出卖其土地予乙,则依《民法》第 348 条第 1 项,甲有交付该地予乙并使乙取得该地所有权之义务。甲乃依《民法》第 946 条第 2 项准用第 761 条移转该地之占有<sup>[23]</sup>,并依《民法》第 758 条办理所有权之移转登记。就此情形,若甲、乙间之买卖契约系通谋虚伪意思表示,或甲之意思表示系出于错误或诈欺、被胁迫,且甲已依法撤销之者,依《民法》第 113 条所定“回复原状”之规定,或依《民法》第 114 条第 2 项准用第 113 条之规定,甲得请求乙返还该地之占有,并涂销甲、乙间之所有权移转登记。

按无效法律行为之一方已经给付者,以《民法》第 113 条所称

[21] 《“最高法院”民刑事裁判选辑》第 4 卷第 3 期,第 437 页。

[22] 《“最高法院”民事裁判文书汇编》第 25 期,第 53 页。

[23] 参见 1943 年上字第 5455 号判例、1991 年台上字第 1472 号判决(《“最高法院”民事裁判文书汇编》第 5 期,第 452 页)。

之“回复原状”为依据,请求他方当事人返还其所受领之给付,与该条之文义尚属相当,“最高法院”前开见解,似有所据。

惟应注意者,法律行为之当事人一方,已为给付者,则于该行为自始无效,或经撤销而视为自始无效时,亦得依《民法》关于不当得利或物上请求权之规定,请求他方返还给付。此外,《民法》第259条规定,契约解除后,当事人互负回复原状之义务,该条所谓回复原状,实务上主要者,亦为请求他方返还给付之物(《民法》第259条第1款)。

从而,应再检讨者为,《民法》第113条关于回复原状之规定,与《民法》其他关于返还给付或回复原状之规定,在构成要件上,有何差异。就此而言,关键所在,即为受领给付之当事人,关于法律行为之无效或得撤销,是否明知或可得而知?

## 二、当事人之善意与返还给付之关系

### (一)《民法》第113条之回复原状义务

依《民法》第113条规定,无效法律行为之当事人,须于行为当时知其无效或可得而知其无效,始负该条所定回复原状之责任。此项知或可得而知之要件,于法律行为经撤销之情形,亦应具备(《民法》第114条第2项)。

实务上,适用《民法》第114条第2项、第113条时,亦强调:“上诉人提出之土地所有权状记载系争土地地目为建地,吉安乡公所核发之土地使用分区证明书亦记载系争土地使用分区名称为住宅区,此为原判决确定之事实。嗣虽经证明该证明书系误载,但上诉人是否自始明知其为被上诉人订立之买卖契约,因不得撤销或可得而知,原判决并未调查审认,遽依《民法》第114条第2项、第113条为上诉人不利之判断,亦嫌理由不备<sup>[24]</sup>。”

[24] “司法院”(1992年3月17日)1992院台厅一字第030008号函,《民事裁判指正汇编(五)》。引自林辰彦、梁开天、郑炎生编:《最新综合六法审判实务》,载《民法总则编(二)》,1995年,第1312页。

(二) 不当得利与无权占有之返还义务

依《民法》第 179 条规定,法律行为为无效或因撤销而视为自始无效时,则当事人一方基于该行为而受领对方之给付者,即为无法律上之原因而受利益,不论其于受领该给付时,是否知该行为无效或得撤销,或可得而知,均应负返还所受利益(即该给付)之责任。盖依《民法》第 182 条第 1 项及第 183 条规定,不当得利之受领人,虽不知自己无法律上之原因而受利益,但于所受利益尚属存在时,仍负返还该利益之责任,所受利益虽已不存在,但无偿受让该利益之第三人于受领人免负返还义务之限度内,仍负返还责任。1996 年台上字第 45 号判决强调:“不当得利之受领人应返还其所受之利益,并不以明知其所受利益为无法律上原因为要件,仅于受领人为善意时,以现实利益为限,负返还义务。”可兹参照。<sup>[25]</sup>

此外,无效或经撤销而视为自始无效之法律行为系债权行为及物权行为时,为物之给付之一方,对于受领给付之他方,亦不论其是否知该行为无效或得撤销,或可得而知,均得依无权占有(《民法》第 767 条)之规定,请求受领给付之他方返还之;盖依《民法》第 767 条规定,无权占有人虽为善意,仍负返还占有之责任。<sup>[26]</sup>

故在前举甲、乙买卖土地之例,甲、乙为通谋虚伪意思表示,或甲系错误、被诈欺、被胁迫而已撤销其出卖及移转所有权之意思表示者,甲得依《民法》第 179 条及第 767 条规定,请求乙返还土地之占有并涂销所有权之移转登记。在甲、乙通谋虚伪意思表示、乙对甲为诈欺,或乙明知或可得而知甲被第三人诈欺(参见《民法》第 92 条第 1 项但书)等情形,由于乙乃知或可得而知甲之意思表示无效或得撤销,故适用《民法》第 113 条,与适用《民法》第 179 条及第 767 条,尚无实质上之差异。但在甲非因乙之行为而陷于错误之情形,甲于撤销后,仍得依《民法》第 179 条及第 767 条请求乙返还土

[25] 《“最高法院”民事判决书汇编》第 23 期,第 107 页。

[26] 王泽鉴:《民法物权(一)》,1995 年增订版,第 140 页;谢在全:同注[8],第 151 页。

地之占有并办理(回复)所有权之移转登记或涂销登记<sup>[27]</sup>,乙虽不知甲之意思表示有得撤销之事由,仍无碍于甲主张不当得利返还请求权及物上请求权;惟如依《民法》第113条,则因乙不知且非因过失而不知甲之意思表示有得撤销之原因,乙即不负回复原状之责任,甲不得请求乙返还给付,纵乙又无偿让与该给付与第三人,甲亦无请求该第三人返还给付之余地。又如甲因丙之胁迫而与乙订立土地互易契约,甲、乙均已办理移转所有权登记予他方,乙不知该胁迫且非因过失而不知。此时,依《民法》第92条第1项但书之反面推论,甲得对善意且无过失之乙表示撤销其互易之债权与物权之意思表示<sup>[28]</sup>。甲撤销后,乙就甲之意思表示,虽无《民法》第114条第2项所称“知其得撤销或可得而知”之情事,仍应依不当得利及所有物返还请求权之规定,负返还土地予甲并涂销所有权登记之责任。

再者,在上述乙诈欺甲缔结买卖土地之例,被诈欺之甲<sup>[29]</sup>,并非《民法》第114条第2项所称“知或可得而知法律行为得撤销”之当事人,但甲在撤销其意思表示后,其所受领之价金,亦为不当得利,应返还予诈欺之行为人乙。又如乙向甲诈称自己有自耕能力,而购买甲之私有农地,乙已支付定金,甲则尚未交付该地亦未移转所有权。此时,甲、乙之契约依《民法》第246条第1项前段规定,应为无效,故甲受领定金,系不当得利,应返还予乙;至于乙,因未

[27] 甲仅主张其债权行为有错误而撤销之者,甲移转所有权之意思表示仍为有效,且因已办妥移转登记,故乙仍取得土地之所有权,但甲得依《民法》第179条,请求乙办理(回复)所有权之移转登记。甲主张其债权行为及物权行为均有错误而撤销二者时,虽经办妥移转登记,但因甲移转其所有权之意思表示视为自始无效,故乙并未取得所有权,甲得依《民法》第767条,请求乙办理涂销所有权之登记。

[28] 洪逊欣:同注[4],第407、534页。王泽鉴:同注[8],第329页;同注[10],第36页。

[29] 至于意思表示有错误之甲,既得撤销其意思表示,则为无过失(参照《民法》第88条第1项但书),故应认为亦非属知其得撤销或可得而知之当事人。关于《民法》第88条第1项但书所称“过失”之疑义,参见王泽鉴:同注[8],第320页。

受领任何给付,故无返还给付之义务可言。换言之,在不当得利法上,就此情形,实施诈欺行为之乙无须返还给付;被诈欺而不知法律行为有无效原因之甲,反而应返还给付。

### (三) 契约解除时之回复原状义务

“最高法院”于前揭 1996 年台上字第 1642 号判决谓<sup>[30]</sup>:“契约无效,乃法律上当然且确定的不生效力,其当事人于行为时,知其无效或可得而知者,应负回复原状或损害赔偿之责任。与契约解除,乃基于法定或约定原因,就现已存在之契约溯及既往的予以除去,当事人双方均有回复原状之义务,自不相同<sup>[31]</sup>。”

按契约之解除,应有解除权为依据,始为合法。解除权,或以法律规定为基础,或以当事人之约定为基础。1996 年台上字第 1642 号判决称:“契约解除,乃基于法定或约定原因。”即为此意。法定解除权,实务上以《民法》第 254 条、第 255 条、第 256 条、第 359 条、第 494 条及不完全给付等规定为最重要;约定解除权,系当事人特约一方或双方得解除契约之权利,1957 年台上字第 1658 号判例谓:“《民法》第 254 条之规定,仅为法律所认解除权之一种,并非禁止契约当事人另有保留解除权之特别约定”,可供参照。基于法定解除权或约定解除权而解除契约者,均为单独行为,与契约之合意解除并不相同。合意解除,系契约行为,即当事人合意,以第二次契约解除第一次契约。<sup>[32]</sup>

当事人基于法定解除权解除契约者,除法律另有规定或契约另有订定外,双方应依《民法》第 259 条规定,互负回复原状之义务。基于约定解除权解除契约者,当事人如无其他特约,亦同。<sup>[33]</sup>

[30] 《“最高法院”民事判决书汇编》第 25 期,第 53 页。

[31] “最高法院”本件判决与 1960 年台上字第 1597 号判例大致类似,该判例要旨为:契约无效,乃法律上当然且确定的不生效力,其当事人于行为当时,知其无效或可得而知者,应负回复原状或损害赔偿之责任。至契约之解除,乃就现已存在之契约关系而以溯及的除去契约为目的,于契约解除时,当事人双方均有回复原状之义务,故契约无效与契约解除,性质上并不相同。

[32] 参见 1974 年台上字第 1989 号判例。

[33] 孙森焱:《民法债编总论》,1980 年,第 523、524 页。

当事人不论是否知或可得而知契约有解除之原因,均负本条所定互为回复原状之义务。<sup>[34]</sup>

准此以言,1996年台上字第1642号判决所谓“契约解除……当事人双方均有回复原状之义务”,仅在重复《民法》第259条规定,不具实质意义。

值得注意者,该判决谓:“契约无效……其当事人于行为时,知其无效或可得而知者,应负回复原状或损害赔偿之责任。与契约解除……当事人双方均有回复原状之义务,自不相同。”“最高法院”似在强调如下之区别:契约无效者,仅知其无效或可得而知其无效之当事人,始负回复原状或损害赔偿之责任;契约解除者,则当事人双方均负回复原状之责任。

然而,此种区别,并无实质依据。盖如前所述,契约无效(或因撤销而视为自始无效)时,就回复原状系指返还基于该无效(或得撤销)行为所受领之给付而言,当事人之一方已受领他方之给付者,不论是否知其无效或可得而知,均应返还该给付予他方;反之,当事人一方虽知其无效或可得而知,但若未受领他方之给付,仍无所谓应负回复原状义务可言。至于上开1996年台上字第1642号判决另外所谓“契约无效,乃法律上当然且确定的不生效力”,“契约解除,乃基于法定或约定原因,就现已存在之契约溯及的予以除去”,固属契约无效及契约解除时,该契约效力在性质上之差异,但此项差异,尚不足据以推论:“契约无效时,仅恶意或善意而有过失之当事人负回复原状责任;解除契约时,则双方当事人均有回复原状之义务。”

#### (四) 分析检讨

由是可知,无效或经撤销法律行为之当事人,应否返还其所受领之给付,俾便“回复原状”,与该当事人是否知或可得而知该行为

---

[34] 但契约因当事人合意而解除者,依1970年台上字第4297号、1974年台上字第1989号判例,除经约定应依《民法》关于契约解除之规定外,并不当然适用《民法》第259条之规定,倘契约已为全部或一部之履行者,仅得依不当得利之规定请求返还其利益。

无效或得撤销,要无相关;《民法》第 113 条及第 114 条第 2 项之规定,实难理解。经查《民法》第 113 条之立法理由为:“谨按无效之法律行为,当事人若于行为之当时已知其无效,或可得而知者,应负回复原状或损害赔偿之责任,所以保护相对人之利益也<sup>[35]</sup>。”然而,相对人为保护其利益,依不当得利或物上请求权之规定,即得请求返还给付;适用《民法》第 113 条,相对人则应证明受领给付之他方当事人,知或可得而知其行为无效,始得请求返还给付。因此,适用《民法》第 113 条,反而加重相对人请求返还给付之困难,与该条之立法理由,恰巧相反。

因此,我国台湾地区学者通说认为,《民法》第 113 条规定,系属重复或累赘,盖“《民法》第 113 条所定之情形,可依据侵权行为或不当得利之原则(参照《民法》第 184 条以下及第 179 条以下),并比照《民法》债编第 213 条至第 218 条之规定,分别适用,似无另立专条之必要<sup>[36]</sup>”、“如基于无效行为而为给付时,当事人自应互负回复原状之义务,初不待当事人于行为当时明知或可得而知其无效<sup>[37]</sup>”、“如其无效行为为债权行为,其所为之给付得依不当得利之规定请求返还(第 182 条),如其无效行为为物权行为,则可依占有之规定请求回复占有(第 952 条至 955 条)<sup>[38]</sup>”、“当事人如因无效行为曾已受领给付,而其给付行为为有效者,应依不当得利负返还其利益之责任(见《民法》第 181 条至第 182 条);如并给付行为亦为无效者,原为给付之人得本于物上请求权而请求返还(见《民法》第 767 条),且均不以受领人明知法律行为无效或可得而知为必要<sup>[39]</sup>”、“受领给付之返还,将因受领者是否明知或可得而知其法律行为之无效,而异其法律效果,或回复原状,或依不当得利规定

[35] 至于《民法》第 114 条第 2 项之立法理由,则未特别说明为何规定以明知或可得而知得撤销为准用《民法》第 113 条之要件。

[36] 梅仲协:《民法要义》,1970 年,第 108 页注。

[37] 胡长清:同注[4],第 374 页。

[38] 王伯琦:同注[4],第 202 页。

[39] 李模:同注[4],第 288 页。



负返还之义务。此项区别有无合理实质依据,容有疑问<sup>[40]</sup>”。

抑有进者,依不当得利规定,因不法原因而为给付者,除非该不法原因仅存在于受领人一方,否则,给付之人,仍不得请求返还(《民法》第180条第4款)。例如甲与参加国家考试之乙约定,由甲负责安排“考试枪手”或“电子联络”等不法方式,协助乙考试及第,乙则支付5万元。就此案例,甲、乙间之约定,系违反公共秩序而无效,故甲受领5万元,乃不当得利,但因乙之给付,系基于不法原因,且并非仅存在于受领人甲一方,故依《民法》第180条第4款,乙不得请求返还;但若依《民法》第113条规定,由于甲明知其与乙间之契约为违法而无效,乙即得请求甲返还,以回复原状。准此以言,《民法》第113条所称之回复原状请求权,与第180条第4款所定之不当得利请求权之排除,显有矛盾<sup>[41]</sup>。贯彻《民法》第180条第4款之规定,在某些情形,固有可能导致“非法即合法”之不合理结果<sup>[42]</sup>,但不得因而藉《民法》第113条规避《民法》第180条第4款之适用,则毋庸置疑。

#### 肆、《民法》第113条之损害赔偿 与《民法》第247条之关系

##### 一、1998年台上字第1396号判决<sup>[43]</sup>

###### (一) 案例事实<sup>[44]</sup>

本件上诉人主张,两造订立防弹衣买卖契约,由被上诉人以30152358元出售3942件防弹衣与上诉人,被上诉人投标时曾缴纳押标金350万元,于签约后移作履约保证金。惟系争契约系以不

[40] 王泽鉴:《〈民法〉第113条规范功能之再检讨》,载《民法学说与判例研究(四)》,第63页。

[41] 王泽鉴:同注[40],第66页。

[42] 王泽鉴:《不当得利》,1990年,第119页。

[43] 王泽鉴:同注[40],第66页。

[44] 兹仅摘录与本文相关之事实,敬请参阅判决书全文。

能之给付为标的,依法无效,依《民法》第 113 条或第 247 条规定,伊得请求回复原状或损害赔偿。爰依《民法》第 113 条、第 247 条规定,先位声明求为命上诉人给付伊 350 万元。

第二审法院斟酌全辩论意旨及调查证据之结果,认为两造间就有关系争防弹衣防弹能力之约定,从防弹衣之物理性,衣服设计无法去除衣角、边缘及目前防弹衣之制作水准等限制观之,自属标的不能之给付,依《民法》第 246 条第 1 项规定,其买卖契约应为无效。又上诉人(即买受人)乃警政单位,采购防弹衣系其经常性之业务,应知以本件防弹能力规格采购防弹衣,为标的给付不能,其竟仍与被上诉人(即出卖人)签约买卖,致契约因给付不能而无效,显然上诉人于订约当时可得知契约为无效。从而,被上诉人以系争契约无效为由,依《民法》第 113 条规定,先位声明请求上诉人给付上述履约保证金 350 万元本息,即属正当,应予准许。

## (二)“最高法院”裁判要旨

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。

## 二、分析检讨

### (一)《民法》第 247 条在实务上之适用情形

首应注意者,《民法》第 247 条并非关于回复原状之直接规定,

其所规定者,系损害赔偿。依学者<sup>[45]</sup>及实务<sup>[46]</sup>一致见解,第247条与《民法》第91条相同,均为关于缔约上过失之损害赔偿规定,其赔偿范围以信赖利益为限。所谓信赖利益,例如订约费用、准备履行所需费用或另失订约机会之损害等;至于积极的契约利益,即因契约履行所得之利益,不在《民法》第247条所定得请求赔偿之范围内<sup>[47]</sup>。此外,信赖利益之赔偿,不得逾越履行利益之范围<sup>[48]</sup>。

《民法》第247条之适用,以有《民法》第246条所定之情形为前提,即契约因给付自始客观不能而无效。实务上最重要之案例为,当事人订立买卖私有农地之契约,但买受人无自耕能力,又未依其他方式有效指定移转登记名义人<sup>[49]</sup>,则因《土地法》第30条

[45] 参阅王泽鉴:《信赖利益之损害赔偿》,载《民法学说与判例研究(五)》,第229页;林诚二:《信赖利益赔偿之研究》,载《民法理论与问题研究》,1991年,第269页;孙森焱:同注[33],第493页;邱聪智:《民法债编通则》,1990年,第344页;黄立:《民法债编总论》,1996年,第508页。关于缔约上过失之详细理论,请参阅王泽鉴:《缔约上过失》,载《民法学说与判例研究(一)》,第77页;刘春堂:《缔约上过失之研究》,台大博士论文,1983年。

[46] 参见1962年台上字第2101号、1963年台上字第518号判例。1998年台上字第1396号判决即认为《民法》第247条为缔约上过失责任之规定。

[47] 参阅1962年台上字第2101号判例。

[48] 《民法》第110条所定之无权代理人赔偿责任,系信赖利益之损害赔偿或履行利益之损害赔偿,学说上,甚有争论。关键在于,应否视无权代理人知或不知其无代理权,而区分其损害赔偿之范围。实务上,1996年台上字第2072号判决谓:“无权代理人之责任,系基于《民法》第110条之特别规定而发生之特别责任,相对人依该条规定请求损害赔偿,不得超过相对人因契约有效所得利益之程度。是在原契约中如就契约债务履行不能或不为履行等应给付违约金有特别约定,且该约定之违约金属损害赔偿预定性质者,相对人向无权代理人请求之赔偿额自应以该预定数额为限,不得更请求履行或不履行之损害赔偿。”似认为无权代理人应负履行利益之损害赔偿(《“最高法院”民事判决书汇编》第25期,第44页)。惟该判决中之无权代理人系明知自己无代理之权限,则依学说见解,亦应负履行利益之赔偿责任。故“最高法院”是否认为,不知自己无代理权之无权代理人,亦应负履行利益之赔偿责任,尚待实务发展。

[49] 参见“最高法院”1984年第五次民事庭会议决议。

之规定,该农地买卖契约为自始客观不能而无效<sup>[50]</sup>。

在《民法》第 246 条所定契约自始无效之情形,当事人一方如已基于该契约而受领给付者,应依不当得利或物上请求权之规定,负返还所受领之给付予他方之义务。例如在上述买卖私有农地而自始客观不能之例,出卖人已办理所有权之移转登记或交付占有者,得依不当得利或所有物返还请求权规定,请求买受人涂销登记或返还占有<sup>[51]</sup>;买受人已支付价金者,亦得依不当得利规定请求出卖人返还之<sup>[52]</sup>。值得并加注意者,买受人请求返还价金时,出卖人不得依《民法》第 180 条第 4 款规定,主张买受人支付价金,系属不法原因之给付,而拒绝返还。盖依“最高法院”见解:“所谓不法原因系指给付之原因违反公共秩序或善良风俗而言,非谓凡违反强制或禁止规定之行为均属之。盖法律禁止或强制规定,或因‘国家’政策考量之结果,若概指为不法原因之给付而谓已给付者不得请求返还,显失衡平。本件农地买卖,因《土地法》第 30 条第 1 项规定,无自耕能力者不得承受而自始给付不能,依《民法》第 246 条第 1 项前段规定应属无效乃系实施‘国家’土地政策之结果,并非买卖有违反公序良俗而无效,不能谓被上诉人(买受人)依此买卖契约而给付之定金,为不法原因之给付。被上诉人依《民法》第 179 条规定请求上诉人(出卖人)返还所受领农地部分之定金,并无不合<sup>[53]</sup>。”

## (二) 第 113 条与第 247 条之差异

《民法》第 113 条与第 247 条之差异,可分从构成要件及法律

[50] 参见拙著:《私有农地之买卖——“最高法院”相关判决之分析》,载《政大法学评论》第 58 期,1997 年 12 月,第 205 页。

[51] 参见拙著:同注[50],第 223 页。

[52] 1994 年台上字第 139 号判决,《“最高法院”民事判决书汇编》第 15 期,第 106 页。1992 年台上字第 950 号判决,亦为无效私有农地买卖契约之买受人请求出卖人返还价金事件。该案第二审法院认为“买受人主张回复原状,请求出卖人返还受领之价金,自属正当”,此项见解,“最高法院”认为“于法核无违误”。所谓“回复原状”是否指《民法》第 113 条而言,尚难推敲。该裁判全文,参见《“最高法院”民事判决书汇编(八)》,第 249 页。

[53] 1992 年台上字第 742 号判决,《“最高法院”判决书汇编(八)》,第 236 页。