

民法總則

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts

鄭冠宇 著

Prof. Dr. Gung-Yeu Jeng

德國哥廷根 (Göttingen) 大學法學博士

美國傅爾布萊特 (Fulbright) 訪問學者

東吳大學法學院院長

強制執行法修正委員

民法物權編修正委員

教育部中央教師申訴評議委員會委員

國防部國家賠償委員會委員

新北市政府法規委員會委員

六版序

2019年1月4日法院組織法修正，增訂第51條之1至51條之11以及第57條之1，並刪除第57條，改採所謂的「大法庭制度」；而按同法第57條之1第1、2項規定，最高法院於2018年12月7日前所依法選編之判例，若無裁判全文可資查考者，應停止適用；若尚有裁判全文可資查考者，雖不停止適用，惟其效力則與未經選編為判例之最高法院裁判相同。

最高法院自上開之大法庭制度（已於2019年7月4日施行）之立法修正公布以來，即積極整理過去所作之判例，或依據法院組織法第57條之1第1項規定，公告停止其適用；或依據同條第2項之規定，公告其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。此一制度運作之結果，不僅影響實務界（尤其是下級審法院與執業律師）以往所沿用、參考之重要依據，同時也影響了法律學門對於最高法院裁判之引用方式。

惟過往之案例乃既存之事實；而法學之研究，亦不能不顧及實務發展之延續性，再加上最高法院之判例見解，多數仍極具參考之價值，為令本書讀者能充分了解民法總則之概念體系及發展，筆者考量再三，在學界各著作尚未採取一致之因應方式前，暫時先將停止適用之判例，於註釋之中加上「原」字，予以註明。至於未遭停止適用之判例，則按本書以往之方式繼續引用，或改以最新之最高法院裁判作為引註對象。

此外，本書在整體章節之基本架構上，依然保持例題與圖表的穿插，對於內文、註釋、圖表、例題與簡析等，亦再逐一檢視與更正；至於中外文資料之引用，則在可能的範圍內，參酌最新的學說與實務見解配合更新。

擔任了一年的法學院長行政工作，雖然豐富了我許多教學以外的生活經驗，卻也佔據了我在學術上可用的時間。所幸在研究教學上，有許

多夥伴及助理群策群力地協助我，使得本書改版得以順利進行，惟文責自負，若有謬誤之處，筆者不敢推諉，尚祈讀者能多加包涵，並不吝指教。謹以此簡短序言，對學校同事的支持與包容，以及朋友與家人的體諒與關懷，表達筆者心中說不盡的感謝之意。

鄭冠宇

2019年9月3日

序於台北東吳大學崇基樓研究室

序

本書的主要內容，是繼筆者在從事三年法律學系主任的行政職務卸任後，於美國擔任傅爾布萊特訪問學者（Fulbright Scholar 2011~2012）的休假期間所完成。撰寫期間，每日與小女若慈於居所附近的悠閒散步，以及與鄰居 Douglas Carrol、Ora Carrol 夫婦間的開懷暢談，成了我倆在異鄉必修的人生課程，雖然妻子因年邁的父親而無法同行，但我與小女用心珍惜與體會這段至今仍難忘懷的日子，那種滿足是無法能用言語加以形容的。非常感謝在美國停留期間所有好朋友對我及小女的協助與關照，讓我得以安逸的完成這本構思已久的著作。在動筆的過程中，我不時的回想起當年意氣風發的坐在三、四百人的大講堂內，聆聽德國教授講述民法課程的情景，以及在法學院圖書館內鋪滿書本的桌旁，期待著有朝一日能夠學成返鄉的心境。相較於美國極端的資本主義社會，使我不得不懷念與佩服日耳曼民族勤奮與踏實的精神，也同時慶幸自己仍能在台灣這個短視近利的社會堅守初衷，熱愛自己的工作與生活，為台灣這塊土地貢獻自己的棉薄之力。二十多年來，我始終不曾退縮地竭盡所能以完成當年的心願，這條路走得雖然艱辛，但愈加投入，愈發現其中可貴之處。

這本書共分為十二章，均配合最新的法律修正，以及全新的家事事件法的相關規定而撰寫。為顧及初學民法者，對於民法總則抽象內容在學習上的困難，除在重要章節的相關部分均附以圖表易於瞭解，以及在章節之後另闢問題思考供作參考練習外，在章節編排上亦與坊間教科書有所不同。其中第五章權利客體第四節權利之行使，係將民法典第一編第七章權利之行使第 148 條以下的規定與理論移列其中，以利於對該章第三節權利的深入瞭解。第六章法律行為第二節契約之成立，則係將原屬於民法債編第 153 條以下的規定加列於其中，使讀者能有效建立法律

行為的完整體系概念。第十章代理，則將民法債編第 167 條以下代理權之授與，合列於第二節代理之發生，以及第五節無權代理作整體而詳細的介紹。本書使用之法條，係以「§」符號代替個別法條，以「§§」符號表示複數法條，法條未言明法規者，均指民法而言。為使讀者能在短期內有效建立清晰完整的民法體系，本書關於所涉及的法律問題之爭點，均以通說及實務見解為主，並加註相關的中外附註，以及作者個人所持之不同見解。這本書不同於筆者已出版的民法物權及民法概要，在附註中引用了許多德國相關著作，除了要讓初入法學殿堂的讀者能夠有機會接觸到國外學說的精深與可貴外，也對於那些長期鑽研在浩瀚法學而能夠堅持努力的學者表達無上的敬意。

自 4 月以來，由於年邁父親的健康狀況欠佳，使得我經常須往返於醫院、學校、家庭與其他工作場所，起伏的心境隨著工作的負擔與場所的改變而在不斷的轉換與調適，對於人生亦有另一種的體會與認識，每當我在病床旁凝視父親失智的雙眼，似已漸漸瞭解他面對歷史悲劇所產生的思親痛苦，由衷而生的是憐惜與不捨，更為自己的幸運而時刻提醒應保持謙卑與良善的心。這本書的完成，繼續了我在財產法上研究路程的堅持，感謝父親鄭國才與母親卓乖的辛勞與包容，以及長年來陪伴我的妻子鄭胡美香與小女若慈的支持與督促，讓我的人生方向不致偏離，並且始終對於他們的期盼不敢稍加忘懷。由於筆者資質有限，書中或有能力未逮而謬誤之處，或有未盡深思而疏漏之處，尚祈讀者能多加包涵，並不吝指教。

鄭冠宇

2012 年 8 月 19 日

序於外雙溪東吳大學寵惠堂辦公室

民法總則 目錄

六版序	①
序	③
第一章 概論	1
第一節 法律概說	3
壹、法律的意義	3
貳、狹義的法律與廣義的法律	4
參、公法與私法之區別	5
第二節 民法概說	12
壹、意義	12
貳、民法的特性	13
參、民法的基本原則	16
肆、民法之結構與編排	26
第二章 法例	41
第一節 概說	42
第二節 法律的適用	44
壹、意義	44
貳、法律	48
參、習慣	50
肆、法理	52
第三節 法律的解釋	58
壹、立法解釋	58
貳、司法解釋	59

參、行政解釋	60
肆、文義解釋	61
伍、論理解釋	65
第四節 使用文字的準則	74
壹、使用文字的意義	74
貳、法定生效要件	75
第五節 確定數量的標準	80
壹、意義	80
貳、標準	80
參、同時以文字及號碼為數次表示	82
肆、以號碼為一次表示	83

第三章

權利主體(一)：自然人	85
第一節 種類	87
壹、自然人	87
貳、法人	88
第二節 法律關係	89
壹、權利義務關係之發生	89
貳、權利主體之地位	90
參、多數主體之法律關係	91
第三節 自然人之法律地位	94
壹、權利能力	94
貳、行為能力	101
參、責任能力	107
肆、程序法上之能力	108
伍、成年監護制度	110
第四節 人格權的保護	119

壹、人格權之特性·····	119
貳、民法之保護規定·····	120
第五節 住所·····	127
壹、意定住所·····	127
貳、法定住所·····	129
參、擬制住所·····	130

第四章 權利主體(二)：法人····· 133

第一節 意義·····	134
壹、法人之種類·····	134
貳、法人之本質·····	142
參、法人之地位·····	144
肆、法人之組織·····	151
伍、法人之住所·····	155
陸、法人之消滅·····	155
第二節 社團法人·····	165
壹、社團的設立·····	165
貳、社員·····	167
參、社員總會·····	169
肆、社團之解散·····	175
第三節 財團法人·····	177
壹、財團的設立·····	177
貳、財團的組織與管理·····	180
參、財團之解散·····	182

第五章 權利客體····· 185

第一節 意義·····	186
-------------	-----

壹、權利標的	186
貳、財產	187
第二節 物	190
壹、意義	190
貳、物之種類	192
第三節 權利	212
壹、意義	212
貳、權利之種類	213
參、權利之作用	218
肆、權利之得喪變更	225
伍、義務	228
陸、權利之保護	232
第四節 權利之行使	237
壹、誠實信用原則	238
貳、權利濫用之禁止	243
參、私力救濟	248

第六章

法律行為	261
第一節 概說	262
壹、法律行為之種類	265
貳、意思表示	279
第二節 契約之成立	297
壹、意義	297
貳、契約成立之要件	299
參、特殊之契約	308
肆、好意施惠行為	310
第三節 法律行為之生效要件	320

壹、行為人須有完全行為能力	322
貳、標的須適當	337
參、意思表示須健全	352
第四節 準法律行為	353
壹、準法律行為之類型	353
貳、準法律行為之效力	355
第五節 意思表示之解釋	359
壹、原則	359
貳、解釋方法	361

第七章

意思表示瑕疵	365
第一節 概說	366
第二節 意思表示不一致	368
壹、單獨虛偽意思表示	368
貳、通謀虛偽意思表示	373
參、錯誤——意思表示偶然不一致	385
肆、與錯誤相關之法律關係	395
伍、特殊問題	400
第三節 意思表示不自由	405
壹、詐欺	405
貳、脅迫	416

第八章

法律行為之附款	425
第一節 概說	426
第二節 條件	427
壹、意義	427
貳、條件之種類	429

參、不許附條件之法律行為（忌避條件）	434
肆、附條件法律行為的效力	436
第三節 期限	444
壹、意義	444
貳、種類	444
參、不許附期限之法律行為	445
肆、法律效果	446
第四節 負擔	449
壹、意義	449
貳、法律效果	450
第九章 代理	455
第一節 意義	456
壹、代理之要件	456
貳、代理之種類	460
參、與代理相類似之制度	464
第二節 代理之發生	468
壹、法定代理	468
貳、意定代理	468
第三節 代理之效力	477
壹、代理權之行使	477
貳、代理權之限制	482
第四節 代理之消滅	488
壹、共通消滅原因	488
貳、特殊消滅原因	489
參、消滅之效果	491
第五節 無權代理	493

壹、表見代理	493
貳、狹義的無權代理	500

第十章 法律行為之效力 517

第一節 概說	518
第二節 無效之法律行為	520
壹、意義	520
貳、法律效果	523
第三節 得撤銷之法律行為	530
壹、意義	530
貳、撤銷之要件	531
參、撤銷之法律效果	532
肆、無效法律行為之撤銷	534
第四節 效力未定之法律行為	540
壹、意義	540
貳、須得第三人同意之法律行為	540
參、無權處分	542

第十一章 期日與期間 553

第一節 概說	554
第二節 適用範圍	556
壹、法令、審判或法律行為所定之期日及期間	556
貳、期日及期間之規定，乃原則性規定	556
第三節 期日	557
壹、意義	557
貳、期日之確定	557
第四節 期間	560

壹、期間之計算	560
貳、期間之逆算	564
參、年齡之計算	565

第十三章 消滅時效 571

第一節 時效制度	572
壹、意義	572
貳、時效之目的	572
參、消滅時效與除斥期間	574
第二節 消滅時效之客體	576
壹、意義	576
貳、請求權之類型	576
第三節 消滅時效之期間	579
壹、期間之長短	579
貳、期間之起算	586
第四節 消滅時效之障礙	597
壹、消滅時效之中斷	597
貳、消滅時效之未完成	610
第五節 消滅時效完成之效力	614
壹、債務人享有抗辯權	614
貳、效力及於從權利	616
參、強行規定	619
肆、消滅時效與誠信原則	620

第一章

概 論

拉丁法諺云：「有社會，即有法律」(ubi societas, ibi ius)，自古西亞早期的漢摩拉比法典 (Code of Hammurabi)、西元前 450 年古羅馬的十二銅表法 (leges duodecim tabularum; Zwölf Tafelgesetz; Twelve Tables)，或是中國古代的秦律以來，無論東西方社會，法律即與人類社會相伴。對於初進入法律領域的學習者而言，法律是既熟悉卻又陌生的制度，原因在於法律是現實生活中無時無刻不存在的限制與保護規定，從居家住宅的安寧、外出行路的安全、生活上購物的日常交易，以及人身、行動、言論、工作等自由與權益，均與個人有著切身的利害關係，法律是如此貼近現實生活而無法分離，卻又在其本身存在著高度的理論與技術性。法律規定的意涵常是初學法律者所困惑的關鍵，更是法律專家不時爭辯的焦點，如此的密切關聯，卻又如此的深不可測，使得法律的適用常予人有模糊的想像空間，法律的門外漢更常常本著自己對文字的一般瞭解，而自行解讀法律的意義，使得法律益加難以理解。

法律的條文規定，無論在用語或編排上，都蘊含著豐富的理論體系及立法技術，從事法律工作的人，由於常引用法律條文作為行事論斷的依據，使得一般人對法律人的認識，都停留在只要熟記法條即可成為優秀法律人的錯誤印象。須知法條有限，人事無窮，欲以有限的法條規範無窮的人事，實有難以達成的困境。立法者在此前提的考量下，只能捨棄針對具體而明確的個案規定，將法條文字加以抽象化與概括化，以適應不同時空背景下的人類生活。因此法律的適用，就不應再是個別條文的單純記憶與堆砌，也不應再是片段法律文字及語言的拼湊與整合，而應確實掌握法律規定的意涵，深切瞭解形成法律的背景，進而從法律體系的架構以及規定的精神層面，尋繹法律真意，以達精確地適用法律、實踐公平正義。所以法律的適用，本身就是個尋找法律適用的過程，從眾多現行法律規定中，依個案的特性，找尋出最適合個案的法律規定。而法律的學習與研究，則是在鋪設找法的途徑與基礎，學習及建立法律規定的原理原則，以供找法的依據，法律學的教科書，更要將法律體系與法學理論完整地建構，呈現於學習者的面前。

第一節 法律概說

壹、法律的意義

一、什麼是法律

法律（Recht）是人類社會生活的規範，而人類為群居的動物，經由彼此間的互動在生活上發生關係。這種互動關係，須要有一定的約束存在，才能夠使得人類的活動得以長久持續，且再經由不斷創新與開展，而能夠更加豐富與進步。生活中的約束種類繁多，如道德啟示、風俗習慣、宗教教義等，但法律則是以規範人類的權利與義務關係為內容，在法律的規制下，人與人間的行為雖受到一定的限制與約束，但同時也從其中得到一定的尊重與保障，因此建立起人類共同的生活秩序。沒有法律的社會，完全依照個人的意思任意行事，人類間的活動則由弱肉強食的叢林法則加以決定，人類將失去應有的尊嚴與人格，此時的人類社會與其他動物社會並無差異，人類已非人類，社會亦非社會。

二、法律係以國家強制力為後盾之規範

人類生活中的社會規範種類諸多，常見者如宗教、道德、習慣等都會對人之行為產生一定的拘束力，但法律不同於此些規範之處，在於法律是以國家的公權力為後盾，經由國家公權力的強制，能夠使得不服從法律的人，遵守法律規定，而達到法律被貫徹執行的目的。因此，法律能夠被強制遵守，除須透過法律的制裁規定外，更要有實現制裁的方式，例如刑法上對於犯罪行為有處罰規定、民法上關於侵權行為有損害賠償規定，如果這些規定僅僅只是單純地存在，卻沒有被實現的可能，就會如同道德的啟示或宗教的教義般，僅有勸說的功能與效果，自然就

喪失了其所應存在的功能與價值。因此，一個國家的法律規定，除了有刑法的處罰規定外，還要有刑事訴訟法、監獄行刑法等相對應的實行規定；除了民法的規定外，還要有民事訴訟法、強制執行法等實現權利的規定；除了有所得稅法的規定外，還要有稅捐稽徵法、行政執行法等規定，目的就是在確保法律規定得以實現，因此立法者在制定或修改法律時，更應該注意法律的規定應有被遵行或施行的高度可能性，這就是法律的實效性¹，法律若失去了實效性，不但隨時隨地都會被違反，而違反的人也不會受到法律應有的制裁，將使得社會大眾遵守法律的意願降低，嚴重影響法律的威信，阻礙公權力的實行，社會秩序也將陷入混亂的局面！

貳、狹義的法律與廣義的法律

法律依照其適用的範圍與效力，可區分為狹義的法律與廣義的法律：

一、狹義的法律

所謂狹義的法律（Gesetz），是指憲法第 170 條所稱由立法院通過、總統公布的法律。此種法律，依照中央法規標準法第 2 條規定：「法律得定名為法、律、條例或通則。」由於此種法律具有一定的名稱，從其名稱的外觀上即可得知其制定的依據，所以又稱為形式上的法律，例如民「法」、刑「法」；戰時軍「律」²；公寓大廈管理「條例」；農田水利會組織「通則」。應以狹義的法律規定的事項，係依照中央法規標準法第 5 條：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各

1 Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Translated by Max Knight, University of California Press, 1970, pp. 208；雷崧生譯，*法律與國家*，1970 年版，149 頁以下參照。

2 戰時軍律自從 2002 年 12 月 25 日廢止後，現今法律中，似尚未再有以「律」命名者。

機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」其中尤以涉及到人民權利與義務關係的法律，必須經過嚴格的立法程序，並經由民選的民意代表加以制定，才能夠符合民主的程序，此為狹義的法律之特性。

二、廣義的法律

所謂廣義的法律，包括憲法（Grundgesetz）、法律、命令（Verordnung）等在內，是包含上述所稱狹義的法律，以及其他具有強制力的規範，故又稱為實質上的法律。法律的規範，在效力上如同金字塔架構般，有上下的位階，最上層的是憲法，其次是（狹義的）法律，再次為命令³。下位階的法律，不得牴觸上位階的法律，因此法律與憲法牴觸者無效（憲法 §171 I），命令與憲法或法律牴觸者無效（憲法 §172）。各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則（中央法規標準法 §3），由於其非經由立法院三讀通過的立法程序，原則上自不能如同狹義的法律般，對人民的權利與義務關係加以規範。

參、公法與私法之區別

傳統上將法律體系區分為公法（Öffentliches Recht）與私法（Privatrecht），通常所稱的公法，包括憲法、行政法、刑法、刑事訴訟法等，而私法則包括民法、商事法（公司法、票據法、海商法、保險法）等法律。區別公法與私法之目的，主要是針對法律事件的救濟途徑以及案件的管轄法院⁴，此乃源自歐陸法系之立法傳統，藉由區分公法與私法事件之性質，以建構不同之紛爭解決體系。

3 關於法律位階論，可參考 Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Translated by Max Knight, University of California Press, 1970, pp. 221；雷崧生譯，*法律與國家*，1970年版，156頁以下。

4 英美法系由於並未在此救濟途徑及管轄法院的區別，因此並無公私法區別的必要。

一、區別理論

關於公法與私法的區別理論，學說紛歧，至今尚未有明確定論，通常均採取下述3種主要的分類方式：

(一) 主體說：法律所規範的主體一方或雙方為國家機關或國家機關所授權的公共團體者，就是公法；法律所規範的雙方均為私人者，則稱為私法。例如刑法是國家機關對人民犯罪的處罰規定，其法律關係主體的一方是國家，所以是公法，但民法則是私人間權利與義務關係的規定，其法律關係雙方通常都是私人，所以是私法⁵。

(二) 利益說：法律是以公共利益為規範目的者，稱為公法；以私人利益為規範目的者，則稱為私法。例如刑法是為維護國家與社會秩序的公共利益為目的，所以是公法，但民法是為保護私人利益為目的，所以是私法。惟此說現今已鮮少被採用。

(三) 權力說：法律所規範的當事人雙方，是屬於上下服從關係者，就是公法，若屬於平等關係者則為私法⁶。例如國家本於刑法對犯罪者加以處罰，國家與人民間是立於上下的服從關係，所以刑法是公法，但私人間適用民法解決民事糾紛，並沒有上下服從關係存在，所以民法是私法⁷。

由於現代社會生活的複雜，法律的規定，常有同時涉及公法及私法的內容，使得公法與私法有難以明確劃分的情形，例如公寓大廈管理條例的規定，第二章住戶之權利義務的部分，雖有涉及到私法的部分

5 此外，對於行政契約與私法契約之區別，尚可參考，最高法院 95 年度台抗字第 341 號民事判決；最高法院 95 年度台上字第 1445 號民事判決。

6 最高行政法院 22 年判字第 17 號判例即指出，國家在公法上對於人民為權力服從關係，於一定限度內，固可用其強制力；但在私法上則與人民處於對等地位，故若對於人民事實上管領之不動產而與之發生所有權之爭執者，即屬私法關係，應由該管法院受理審判。

7 關於公私法區別理論的介紹，詳細內容可參考鄭玉波/黃宗樂，民法總則，2009 年 1 月版，1 頁以下；Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 34. Aufl. 2010, §2, S. 5 ff.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, §1 II, Rn.7 ff.; MüKoBGB/Säcker, 8. Aufl. 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 2 ff.。

(§§4~24)，第五章罰則卻有涉及公法的規定 (§§47~52)。此外，更有法律規定不符合私法，亦不適宜列入公法領域者，例如土地法；而亦有以社會權保障為主之法律，例如長期照顧服務法、國民年金條例等「社會法」(Sozialrecht)⁸。

二、區別實益

(一) 救濟之途徑

關於公法上的爭議事件，涉及行政機關處分的事項，是由行政法院為管轄法院，但救濟的途徑，須先依行政救濟的程序，向處分機關之上級機關或原機關提起訴願後，再向行政法院提起行政訴訟⁹。至於私法上的爭議事件，則由民事法院負責審理，經由民事訴訟程序之救濟途徑，達到定紛止爭的效果。最高法院 104 年度台上字第 2118 號民事判決即指出：「自辦市地重劃，係由參加市地重劃之土地所有人自行組成自辦市地重劃區重劃會，本於私法自治之原則所作成之土地重劃分配，具有高度之自治性與相當之自主性，與行政委託之意義並不相同，並無上下隸屬或服從之關係存在。因此，重劃會與土地所有人間就市地重劃之重劃土地分配、差額地價補償及重劃費用之負擔，遷讓、交接土地等爭議，自屬民事爭議¹⁰。」又國家之戶政機關，其依職掌所為戶籍上之記載，進而駁回人民更正之申請，屬於行政處分範圍，並非私權爭執。人民認為以前所申報而由戶政機關記載於戶籍登記簿上之出生年月日有誤，於申請更正未獲允准後，未依訴願及行政訴訟程序謀求解決，竟尋民事訴訟程序提起確認之訴，自有民事訴訟法第 249 條第 1 項第 1 款規

8 Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2003, § 1, Rn. 1 ff.

9 目前台灣訴訟審理制度，是採普通法院（民事訴訟與刑事訴訟）、智慧財產法院與行政法院三元制，刑法雖屬於公法領域，但刑事案件則仍是向普通法院提起訴訟，而非提起行政訴訟。

10 此外，公務人員因公殉職之撫卹金，係基於公法關係所生之請求權，既非屬私法上權利，自不得為民事訴訟之標的，從而以國家機關拒不給付撫卹金為由，依民事訴訟程序向普通法院訴請裁判，顯非法之所許，最高法院 76 年台上字第 1203 號民事判例參照。

定之訴訟事件不屬普通法院權限之情形，而應予以駁回¹¹。

(二) 救濟之方式

將公法與私法予以區別，會涉及到受受害人尋求救濟的方式。對於在私法領域遭受侵害的人，法律所提供的救濟方式，通常為向加害人請求損害賠償 (§184 I)、請求返還利益 (§179) 等，並向民事法院提起救濟，但對於受行政機關侵害的人，其救濟方式則以向侵害機關之上級機關提起訴願、向行政法院提起行政訴訟，或訴請國家賠償¹²。例如土地徵收乃行政處分之一種，補償亦屬徵收程序範圍，土地所有權人如對政府徵收其土地或發給補償金之時間有所爭執，固應循行政訟爭程序解決，非審理私權之法院所可審認，但若係因核准徵收案已失其效力，請求確認土地所有權仍屬於己，並排除需用土地人之侵害，性質上為民事訴訟，不屬行政救濟範圍¹³。又例如大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，而無特別限制之必要¹⁴。

(三) 私法自治 (Privatautonomie)

私法的規範，是就私人間的權利與義務的規定，原則上不涉及到公共利益的問題，因此國家機關無須為過多的干涉，而應任由私人間自行

11 最高法院 69 年台上字第 4155 號民事判例。

12 進一步介紹，可參考吳志光，行政法，2016 年 2 月 7 版，392 及次頁；400 頁以下；425 頁以下。

13 最高法院 64 年台上字第 1261 號民事判例參照；1944 年 7 月 10 日司法院院字第 2704 號解釋：「需用土地人，不依土地法第三百六十八條第一項規定於公告完畢後十五日內，將應補償地價及其他補償費額，繳交主管地政機關發給完竣者，法律上既無強制需用土地人繳交之規定，實際上又未便使徵收土地核准案久懸不決，尋繹立法本旨，徵收土地核准案，自應解為從此失其效力，土地所有人如因此而受損害者，得向需用土地人請求賠償。」

14 2011 年 1 月 17 日司法院釋字第 684 號解釋。

安排各自的私生活領域，經由私人的自由意思，以決定私人間的權利與義務關係，此為私法自治的意義。私法自治可具體表現在下述民法各編的規定中：

1. 結社自由

任何人均有結社的自由，為憲法第 14 條所明定之基本權，民法第 25 條規定：「法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。」因此任何人欲依民法成立法人者，僅須符合民法所規定的成立要件，向法人事務所所在地之法院為法人之登記（民法總則施行法 §10），即可成立法人，法律不宜為其他過多之干涉，此為民法總則編關於私法自治的具體表現。

2. 契約自由

契約乃是當事人雙方契合的約定，其係經由彼此間自由的意思，自行決定所欲締結契約的對象與內容，彼此自應受到約定內容的拘束，是為契約自由原則，民法第 153 條規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」私人間出於自由意思所為的約定，只要不違反法律的強行或禁止之規定（§71），不違背公共秩序或善良風俗（§72），國家機關就應該加以尊重，使其在當事人間發生應有的效力，此為民法債編關於私法自治的具體表現。

3. 所有權人之自由

民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」所有權為對物全面支配的權限，所有權人對其所有的物，可以依其自由意思按照生活所需為積極的支配，並消極的排除他人之干涉，此為民法物權編關於私法自治的具體表現。

4. 婚姻自由

婚姻是男女雙方以終身共同生活為目的之約定，自應充分尊重當事人雙方的自由意思，以雙方的自由意思為基礎，經由雙方自行約定，達成共同生活目的的結合，民法第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」民法親屬編關於婚姻自由的規定，充分表現出私法自治的精神。

5. 遺產自由處分

民法第 1187 條規定：「遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。」所有權人關於財產自由處分的尊重，包含在生前自由安排死後財產的歸屬，因此經由立遺囑的方式處分生前財產，是為民法繼承編關於私法自治的具體表現。

基礎案例研習

【例題 1】

甲於單行道中開車逆向行駛，由於心慌撞上迎面而來騎自行車之乙，致乙摔倒受傷，試問甲可能同時遭受幾種法律的制裁？其中何者為公法，何者為私法，試以公私法區別理論分析之。

參考條文：

民法第 184 條第 1 項：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」

刑法第 277 條第 1 項：「傷害人之身體或健康者，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。」

道路交通管理處罰條例第 3 條第 8 款：「本條例用詞，定義如下：……八、車輛：指非依軌道電力架設，而以原動機行駛之汽車（包括機車）、慢車及其他行駛於道路之動力車輛。」

道路交通管理處罰條例第 45 條第 1 項第 1 款：「汽車駕駛人，爭道行駛有下列情形之一者，處新臺幣六百元以上一千八百元以下罰鍰：一、不按遵行之方向行駛。……」

【簡析】

甲撞傷乙之行為符合民法第 184 條第 1 項因過失不法侵害他人之權利，應負侵權行為之損害賠償責任。此外，甲之行為亦屬於傷害他人身體或健康，而構成刑法第 277 條第 1 項之傷害罪。又甲於單行道中逆向駕駛之行為，違反道路交通管理處罰條例第 45 條第 1 項第 1 款之規定，應受到相關之處罰。

1. 民法乃私法：依據主體說之見解，法律之規定若係針對私人間之法律關係所為之規定，即為私法，若係針對國家機關或國家所授權之機關間之法律關係，即為公法。而民法乃私人間權利與義務關係之法律規定，故民法為私法。
2. 刑法及道路交通管理處罰條例乃公法：依據權力說之見解，法律之規定若係針對平等間之法律關係所為之規定，即為私法，若係針對上下隸屬間之法律關係，即為公法。刑法乃國家對私人之處罰規定，係上下隸屬關係，故為公法；道路交通管理處罰條例亦屬於隸屬關係之規定，亦為公法。

【例題 2】

何謂私法自治？民法關於私法自治有何具體的規定？

【簡析】

可自行參考本節參、二、(三)。

第二節 民法概說

壹、意義

民法一詞，源自於拉丁文的「市民之法」(ius civile)。羅馬法中「市民法」有僅適用於羅馬市民的特殊意涵，在中世紀，「市民法」係與「教會法」(ius canonicum)¹⁵相對應。法國大革命後，「市民」已被使用於「公民」(citizen)的稱呼，此時所謂的民法，即是適用於人民全體，不分社會階級的法律¹⁶。

民法是關於私人間權利與義務的基本規範，為私法的一部分，人的一生從出生 (§6 權利主體)、成長 (§1084 親權、§1091 監護)、就業 (§§153、482 契約關係)、置產 (§§758、761 財產變動)、結婚生子 (§§982、1122 親屬身分關係)，以至死亡 (§1147 繼承)，均與民法緊緊相繫，因此民法為最基本的私法，乃私法之母，所有關於私人間權利與義務關係的法律規定，都是以民法作為基礎。民法在概念上，可分為實質民法與形式民法。所謂形式民法，專指命名為「民法」之法典，又稱為「狹義的民法」。而所謂實質民法，指凡規範私人間權利義務關係而具有私法性質之法律，又稱為「廣義的民法」，其範圍除狹義的民法外，尚包括公司法、票據法、海商法、保險法等民事特別法。學習民法，除應以狹義的民法為基礎外，亦應兼顧廣義民法之規定，方可建構完備之民法體系。

15 關於教會法的詳細介紹及其時代意義，可參考，楊崇森，教會法之興衰及對現代世界之影響，軍法專刊 56 卷 6 期，1 頁以下。

16 德語系國家，對於民法典名稱的使用，雖有不同，但其實質的意義上，並無甚大差別，如德國民法典稱為 Bürgerliches Gesetzbuch，簡稱為 BGB；奧地利民法典稱為 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch，簡稱為 ABGB；瑞士民法典則稱為 Zivilgesetzbuch，簡稱為 ZGB，而 Zivilrecht 與 Bürgerliches Recht 意義相同，均指民法而言。

現行民法之規定，係源自於 1907 年滿清時期，由沈家本、俞廉三、伍廷芳等修律大臣聘請日本學者松岡義正、志田鉀太郎參與起草民律草案，並於清末宣統三年（西元 1911 年），完成「大清民律草案」，是為「民律第一次草案」。該草案共分為五編，包含總則、債權、物權、親屬及繼承編，共三十六章，總計 1569 條條文，內容遍及財產與身分法律關係，可謂相當完備齊全。但草案未及實施，清朝已覆亡。民國建立以後，於司法部設「修訂法律館」，在民國 14 年（西元 1925 年）完成民律各編草案，史稱「民律第二次草案」。此次草案係採取德國民法之龐德克吞（Pandakten）體系的立法方式¹⁷，將民法分為總則、債、物權、親屬及繼承共五編，計 1320 條條文。但該草案由於未完成立法程序，並未成為正式法典，僅由司法部於民國 15 年通令各級法院作為條理引用，而未能正式公布施行。至民國 16 年，國民政府定都南京，重啟法制編纂工作，隔年 12 月立法院組成「民法起草委員會」，以傅秉常、焦易堂、史尚寬、林彬、鄭毓秀（後改為王用賓）等 5 人為起草委員，並聘請司法院院長王寵惠、考試院院長戴傳賢及法國學者寶道（Padoux）為顧問，依據中央政治會議歷次通過之民法各編立法原則，並參考德國及瑞士等國的立法例，從事民法之起草工作。從民國 18 年至民國 19 年，先後公布了總則編、債編、物權編、親屬編、繼承編，此即《中華民國民法》¹⁸。

貳、民法的特性

民法為私人間權利與義務關係的基本規範，為一切私法之母，其內容具有下述之特性：

17 Palandt/Sprau, 71. Aufl. 2012, Einleitung zum BGB, Rn. 6；MüKoBGB/Säcker, 8. Aufl. 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 24 ff.

18 上述關於清末及民國時期之法律草案的詳細條文內容，可參考楊立新主編，中國百年民法典叢編，中國法制出版社，2011 年 6 月版，56 頁以下。

一、民法為私法

私法乃規範私人間權利與義務關係的法律，相對地規範國家或國家所隸屬的自治團體與私人間的法律，則為公法。區別公法與私法的實益在於救濟途徑及管轄法院（詳本章第一節、參、二）。民法關於債編、物權、親屬及繼承的規定內容，均屬於私人間權利與義務關係的規範，不涉及公權力運作的權力服從關係，因此民法應為私法，凡因民事法律關係所生之紛爭，其救濟途徑是以向普通法院提起民事訴訟的方式為之。

二、民法為普通法（Allgemeines Privatrecht）

民法的規定，適用於私人間的權利與義務關係，不因為當事人的身分不同、不因為適用的時間差別，以及不因為適用的事項不同，而區分不同的法律效果，因此，民法的規定，普遍的適用於所有私人間的權利與義務關係，此為普通法的意義。至於有些法律，僅適用於特殊身分的人、時或事，而具有特別法的性質；適用於特定身分者的法律，例如公務員服務法，僅適用於具有公務員身分之人，或少年事件處理法，僅適用於 12 歲以上 18 歲未滿的少年；適用於特定時間的法律，例如動員戡亂時期之檢肅流氓條例¹⁹；適用於特定事件之法律，如戒嚴時期人民受損權利回復條例。現行法律體系中，亦有關於私權利與義務關係的特別規定，稱為民事特別法，例如公司法、票據法、海商法及保險法，學理上合稱為商事法，是關於商業活動上一些特殊事項的規定，因此凡是涉及到這些特殊事項時，原則上優先適用這些商事法特殊的規定，僅在特別法未規定之事項，始回歸適用普通法之規定²⁰，此為特別法優先於普通法原則。

19 本條例已於 2009 年 1 月 21 日廢止。

20 最高法院 104 年度台上字第 1484 號民事判決：「損害賠償除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限，而證券交易法規定之損害賠償範圍，除法律另有規定或契約另有訂定外，仍應適用民法第 216 條之規定。」

三、民法為實體法 (Materielles Zivilrecht)

民法關於私人間法律關係的規定，都是針對其間實際產生的權利與義務關係為內容，而以具體且明確的方式加以呈現。以買賣契約為例，買賣契約當事人依民法第 345 條第 2 項之規定，就買賣標的物及價金合意，而成立買賣契約後，買賣當事人雙方即依民法的規定，互相產生具體的權利與義務關係。例如民法第 348 條第 1 項規定：「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。」出賣人依此規定負有交付買賣標的物之義務，同時也代表買受人有請求出賣人交付買賣標的物的權利；此外民法第 367 條規定：「買受人對於出賣人，有交付約定價金及受領標的物之義務。」因此買受人有依本條規定，支付買賣價金的義務，同時出賣人有依本條規定請求買受人支付買賣價金的權利，買賣契約當事人雙方就會因為買賣契約的締結，互相享受權利，互相負擔義務。民法關於買賣契約的規定，都是在針對這些權利與義務關係，具體規範何人享有何權利，何人負擔何義務。買賣當事人間具體的權利與義務內容，均依照民法的規定，因此民法為私人間權利與義務關係的實質內容規定，而具有此一性質的法律都稱為實體法。有別於民法的規定，民事訴訟法則屬於實現上述民法具體權利的程序規定，因此買賣契約上當事人的權利，究竟應如何實現，在一方當事人不履行契約的約定時，他方當事人應如何主張權利，如何能使得民法上所規定關於買賣關係的權利內容得以實現，都要經由實體法以外的法律規定，例如民事訴訟法、強制執行法等法律。這些實現實體法權利的法律規定，稱為程序法。

四、民法為任意法 (Dispositives Recht)

民法的規定內容，既是以私法自治為基礎，當然應該充分尊重個人的自由意思，尤其是涉及到個人私權利與義務的內容，任何人應該都可以自主安排。因此民法的規定，在個人充分自由的前提下，僅具有補充

的作用，個人可以經由任意的約定而排除民法規定的適用，只有在個人間的約定不明確或未為約定的情形，才須根據法律的規定，決定所希望發生的權利與義務的內容，因此民法為任意法。例如買賣價金的支付，為買受人的義務（§367），但出賣人得與買受人任意約定，允許買受人緩期給付價金、分期給付價金；若買賣雙方當事人均未約定給付買賣價金的期限時，才須依照民法第 370 條之規定，標的物交付定有期限者，其期限，推定其為價金交付之期限。然而民法的規定，也有涉及公共利益，而非得由個人經由任意約定加以排除之情形，例如權利能力之始期與終期（§6）以及消滅時效期間（§147）的規定，此為法律的強行規定，任何人的約定違反此種法律的規定者無效（§71）²¹，但民法並不因此而成為強行法。

參、民法的基本原則

民法的制定，是為規範私人間的權利與義務關係，而以私法自治（Privatautonomie）為中心，在此一前提下，傳統的民法基本原則受到自由主義及個人主義的時代背景的影響，充分表現在契約自由原則（Vertragsfreiheit）、過失責任主義（Verschuldenshaftungsprinzip）以及所有權絕對原則（Absolutheit des Privateigentums）三方面，但時至今日，民法基本原則的重要內涵已隨著社會的變遷，而有所改變：

一、契約自由原則

（一）意義

所謂契約自由原則，是指在私法自治之前提下，任何個人都得依自己之自由意思，經由與他人訂定契約的方式，以創造彼此間的私權利與義務關係，並拘束彼此間的私生活領域。契約自由原則在內容上包含締

21 關於消滅時效期間之強行規定，可參考本書第十二章第五節、參。

約自由 (Abschlussfreiheit)、選擇當事人自由 (Kontrahentenwahlfreiheit)、契約內容自由 (Inhaltsfreiheit)、契約方式自由 (Formfreiheit) 等，也就是任何人都可以決定是否要締結契約，以取得私權利或負擔義務 (締約自由)，並且自由選擇與其締約的對象，不得在違反自由意思的情況下被強迫締結契約 (選擇當事人自由)，而在締約時，當事人更可以自由決定其享受何權利負擔何義務 (契約內容自由)，此外，當事人亦可以決定，是否以書面或其他的方式締結契約 (契約方式自由)。契約自由原則，是私法自治的高度表現，是現代交易基本型態²²，為民法債編規定的重要依據，更是解釋民法規定所不可缺少的原則。

(二) 無名契約

關於契約自由原則的另一具體表現，可以「無名契約」為例。由於立法者在制定民法的規定時，已預先就一定的契約類型，在民法債編第二章各種之債的各節中加以規定，例如第一節買賣，依民法第 345 條第 1 項規定：「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。」；第五節租賃，依民法第 421 條第 1 項規定：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」因此，依照立法者的設計，以財產權與金錢交換的契約，即稱為買賣，而以物的使用收益與金錢交換的契約，則須稱為租賃；至於僅就物為使用，不須支付金錢的契約，則稱為第六節第一款的使用借貸 (§464)；僅取得財產權，而無須支付金錢的契約，則稱為第四節的贈與 (§406)。但立法者終非萬能，無法就所有契約的類型，預先在民法典內毫無遺漏的加以規定，法律上未明文規定的契約類型，如借名登記²³、加盟店契約、英美法上的用益租賃 (Leasing)，甚至於在餐廳用

22 英國著名法學家梅因 (Henry James Sumner Maine) 在其古代法 (Ancient Law) 一書第五章中，更經典的指出「進步社會的變遷，迄今乃是一個從身分到契約的變遷」(The movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract)。

23 最高法院 101 年度台上字第 742 號民事判決；最高法院 101 年度台上字第 284 號民事判決。

餐的混合契約，都不是立法者預先規定的契約類型，而無法直接依照民法的規定決定該契約的類型，通常稱此類契約為無名契約，是由當事人間依照自己的需求所創造的契約。基於私法自治及契約自由原則，當事人得自行決定契約之種類及內容，以形成其所欲發生之權利義務關係。倘當事人所訂定之契約，其性質究係屬成文法典所預設之契約類型（民法各種之債或其他法律所規定之有名契約），或為法律所未規定之契約種類（非典型契約，包含純粹之無名契約與混合契約）有所不明，致造成法規適用上之疑義時，法院即應為契約之定性（辨識或識別），將契約內容或待決之法律關係套入典型契約之法規範，以檢視其是否與法規構成要件之連結對象相符，進而確定其契約之屬性，俾選擇適當之法規適用，以解決當事人間之紛爭²⁴。

（三）契約自由原則與物權法定主義

所謂契約自由原則，乃個人可任意的透過其自由意識安排私人的權利和義務關係，經由締結契約的方式和他人約定之後，當事人即應受到該契約的拘束，法律不宜過度介入與干預，因為這種私人間的協議，僅是拘束特定人和特定人之間的法律關係（相對性）而已，不會涉及到此特定人之外其他人的權利與義務關係。只要約定之內容不違反法律強行或禁止規定，亦不違反公共秩序與善良風俗即可²⁵。在民法債編的規定，基本上都適用契約自由原則，但在民法物權編中的規定，則並非可以適用此一原則，此乃由於物權本身是一個可以對抗任何人的權利（絕對性或稱排他性），在這樣一個強高效力的影響下，如果私人間擅自經由約定創設了一種物權，這種物權並非民法物權編所預先規定的 8 種物權之

24 最高法院 103 年度台上字第 560 號民事判決。

25 在現代社會活動中，民法的適用，亦可能面臨憲法的制約，從而學說發展出「基本權之第三人效力理論」探討私人與私人間得否主張、援引憲法之規定，解決其民事紛爭。詳細內容可參考，陳新民，憲法學釋論，2011 年 9 月版，146 頁以下；1996 年 4 月 12 日司法院釋字第 400 號解釋；MüKoBGB/Säcker, 8. Aufl. 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 60 ff.。

—²⁶，例如在民間常有一種情形，在房屋租賃契約締結後出租人要出賣房屋，承租人便認為應享有優先購買權，但在民法或土地法上都不承認房屋承租人享有此種優先購買權²⁷。而且縱然出租人與承租人有此優先購買權的約定，出租人並違反了此一約定，而將房屋出賣與第三人，承租人依然是無法以此約定而對該買受房屋之人主張其優先購買權。如果私人間可以經由這種約定的方式創設優先購買權對抗任何人，使得任何人均處於不可得知是否有人突然對其主張享有優先購買權之狀態，將使得任何人都無法確定其所取得的權利會在何時遭受阻礙，此舉將嚴重影響經濟活動，破壞社會交易秩序的安全。再如債務人為債權人設定普通抵押權（§860），但此一普通抵押權的內容和民法物權編所規定的普通抵押權內容不盡相同，例如甲乙間約定設定無論如何都具有最優先受償效力的普通抵押權，甚至優先於存在於這個普通抵押權之前的任何抵押權，此一內容與大眾所瞭解的抵押權的內容完全不相同，容許此一抵押權發生如預期般的絕對效力，交易秩序勢必混亂不堪！

由於債權原則上與大眾利益無關，通常多僅涉及到特定人間的利益，而物權基本上則是關係到眾多人的利益，且物權有一個很大的特色，則是物權可從外在觀察得知其存在。如果甲有一個不動產物權，所有權也好、抵押權也好，任何人只要查閱土地登記簿的記載，就可以清楚知道某某地號的土地上所登載的所有權人是誰、抵押權人是誰；一隻手錶在甲的實力支配之下，原則上就可以認為這個手錶歸屬於甲，而不致發生權利狀態混亂的情形。也就是我們可以很簡單地從占有或登記的外觀去推定一個人擁有一個物權，但無法從外在觀察得知債權的存在。

26 民法已在物權編增加新種類或新內容之物權，例如抵押權已區分為普通抵押權（§860）、最高限額抵押權（§881 之 1）及其他抵押權（§883）；更將永佃權刪除，改以農育權（§850 之 1）代之；而地上權依新修正之規定，又有普通地上權（§832）及區分地上權（§841 之 1）之分；此外，地役權亦修正為不動產役權（§851），且增訂自己不動產役權（§859 之 4），嚴格言之，過去所稱民法規定 8 種物權，已有所改變。

27 民法第 426 條之 2 以及土地法第 34 條之 1、第 104 條關於優先購買權之規定，均非單純指房屋租賃的情形。

物權因為具有這樣一個特性，所以它可以對抗任何人。換言之，在私法自治原則之下，債編乃依循契約自由原則，以當事人之合意為權利義務關係之基礎；但契約自由並不適用於物權關係，也就是不應容許私人間透過協議的方式，創設一種新種類或新內容的物權，所以民法第 757 條開宗明義就規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」也就是物權法必須嚴守物權法定主義（Typenzwang）的原則²⁸，而債編則採取契約自由原則。

二、過失責任主義

（一）意義

私法自治的意義，非但在於賦予行為人得以自由安排其私生活領域，更應使行為人對其所為之行為加以負責。因此民法上對於造成他人損害的行為人，欲使其承擔損害賠償責任的前提，須以行為人具有故意或過失為要件，是為過失責任。因為過失的概念，通常認為是應注意、能注意而不注意²⁹，行為人在意思自主的情形下，對自己的行為能夠注意並且能夠控制，卻由於自己的疏忽未能加以控制自己的行為，以致於造成他人的損害，自應該對該損害負責。至於行為人縱加以相當之注意，而仍不免發生損害者，即所謂天災或事變，已超出行為人控制的能力範圍之外，自不應強人所難，要求行為人對損害的結果負責，故民法第 220 條規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」

（二）過失責任主義與其他相關之責任

與過失責任主義相比較，民法上尚有其他相關之責任規定：

28 關於物權法定主義的重要內容，可參考，鄭冠宇，民法物權，2019年7月九版，24頁以下。

29 最高法院 97 年度台上字第 864 號民事判決。

1. 無過失責任

行為人對於造成他人的損害，所應負之賠償責任，不以具有過失為要件；亦即行為人對於損害的造成縱不具有過失，仍應就該損害負其責任，是為無過失責任（Vertretenmüssen ohne Verschulden）。例如無因管理人違反本人明知或可得推知之意思，而為事務之管理，對於其因管理所生之損害，雖無過失，亦應負賠償之責（§174 I）；再如民法第 654 條第 2 項規定：「運送之遲到係因不可抗力所致者，旅客運送人之責任，除另有交易習慣者外，以旅客因遲到而增加支出之必要費用為限。」又稱為不可抗力責任，此乃由於立法者認為旅客處於經濟上之弱勢，基於社會公益，有必要於法律上加以保護，故對於運送之遲到，係因不可抗力所致者，仍應由旅客運送人負其責任，旅客運送人並得藉由責任保險或價格機能分散其損失。現行的立法中，尚有出於保護被害人的立場，而採取無過失責任，以避免被害人在求償過程中，礙於舉證責任的困難，而無法受到應有的保護，例如消費者保護法中，關於企業經營者就其商品或服務所應負之責任，即採取無過失責任，企業經營者，縱能證明其無過失者，僅得請求法院減輕其責任（消保 §7 III）。

2. 中間責任與衡平責任

與無過失責任相類似的情形為中間責任與衡平責任（Billigkeitshaftung），中間責任是指行為人對於損害之發生，並非因自己之行為所直接造成，但卻因監督不周的情形，而間接造成損害的結果，例如民法第 188 條第 1 項規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」至於衡平責任則是指，行為人雖造成結果之發生，但卻不須負責，或無能力為賠償，而受害人因此無法獲得賠償，其情甚為可憫，而有特別保護之必要，民法第 188 條第 2 項遂規定：「如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用

人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。³⁰」基於此，衡平責任乃屬無過失責任。

3. 結果責任

與無過失責任相類似者，尚有結果責任（Erfolgshaftung），此一責任源自於報應主義的思想，認為行為人必須對於行為的結果完全負責，而無論其是否有過失，所謂以牙還牙、以眼還眼，只要有損害的結果產生，就應該有應負責的人。惟此種規定的思想背景，已不符合現今的法治思想，在現今的立法中，多已不再被採用³¹。

三、所有權絕對原則

對於私有財產的尊重，除包含對於財產享有的保護外，尚應包括賦予財產自由使用的權限，使得財產所有人能充分享有自由的空間，依其個人意思，自由運用其財產，創造個人的生活，如此社會的經濟活動才得以更為活潑，人類的發展得以更為迅速。因此，所有權人得自由使用、收益及處分其所有物，國家機關應放任所有權人享有與處分其所有權，此為所有權絕對原則的意義。

四、基本原則之修正

上述在私法自治下的民法基本原則，由於現代經濟社會急遽變遷的結果，交易的型態已有諸多的改變，若仍堅持這些基本原則，將會造成許多不公平的情形，而影響整體的交易秩序，因此基本原則有下述修正的必要³²：

30 最高法院 91 年度台上字第 1099 號民事判決。

31 但最高法院 56 年台上字第 305 號民事判例：「無權代理人責任之法律上根據如何，見解不一，而依通說，無權代理人之責任，係直接基於民法之規定而發生之特別責任，並不以無權代理人有故意或過失為其要件，係屬於所謂原因責任、結果責任或無過失責任之一種，而非基於侵權行為之損害賠償。」

32 相關之論述，尚可參考，施啟揚，民法總則，2010 年 8 月版，42 頁以下。

(一) 契約內容之控制

契約自由原則的產生，原本是對個人私生活領域的尊重，但在現代交易中，大型企業（例如金融業、電信業、建築業等）常憑藉龐大的財力以及人力優勢，在締結契約前，預先擬就好契約的內容，就自己有利的部分作充分的安排，使得消費者無從依自己之意思就契約內容再為任何主張，而僅能決定接受或不接受這種定型化契約的安排。如此擅用契約自由原則的結果，使得消費者任由其擺佈，已違背了契約自由原則的基本精神³³。為維護消費者的權益，消費者保護法特別規定，企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則，定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋（消保 §11）。再如消費者保護法第 12 條規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」經由法律對於契約內容的控制，修正契約自由原則被濫用的可能³⁴。此一平等互惠之原則，也表現在民法第 247 條之 1 的規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」

除了上述經由法律規定對契約內容的控制外，學說上也發展出強制締約（Kontrahierungszwang）的概念。對於具有生活必需的事業，例如電力、自來水、捷運、電信等，若允許企業經營者得主張選擇締約對象的自由，將使得消費者為避免喪失基本生活需求，而不得不接受企業經

33 相關之介紹，可參考，鄭冠宇，民法債編總論，2019年8月三版，298頁以下。

34 林更盛，離職後競業禁止約款，月旦法學 81 期，212 頁以下參照。