



法學啟蒙叢書

民法系列——

民法上 權利之行使

■ 林克敬 著

Exercise of Right
in Civil Law

Civil Law

 三民書局



法學啟蒙叢書

民法系列 ——

民法上 權利之行使

林克敬 著

Civil Law

三民書局

Exercise of Right
in Civil Law

國家圖書館出版品預行編目資料

民法上權利之行使 / 林克敬著. -- 初版一刷. -- 臺
北市: 三民, 2009

面; 公分. -- (法學啟蒙叢書)

ISBN 978-957-14-5127-5 (平裝)

1. 民法 2. 權利

584.16

97022171

◎ 民法上權利之行使

著 作 人 林克敬

責任編輯 容君玉

美術設計 陳健茹

發 行 人 劉振強

著作財產權人 三民書局股份有限公司

發 行 所 三民書局股份有限公司

地址 臺北市復興北路386號

電話 (02)25006600

郵撥帳號 0009998-5

門 市 部 (復北店) 臺北市復興北路386號

(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2009年7月

編 號 S 585830

行政院新聞局登記證局版臺業字第○二○○號

有著作權・不得侵害

ISBN 978-957-14-5127-5 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

自序

—preface

本人非常榮幸能受到三民書局邀請，撰寫法學啟蒙叢書中民法系列中的一部分——民法上權利之行使。此一題目雖然僅是民法中的一小部分，但因權利的行使貫穿在整部民法典的各編，可見此部分在民法中扮演非常重要的角色，是民法的初學者必須特別重視的一環，能夠掌握民法上權利行使的基本觀念，將對學習民法各編有相當的助益。

民法是規範人民之間權利、義務的法規範，當一方有權利即意味著另一方有義務。行使權利聽起來很簡單，但是真正在行使權利之時往往會有層出不窮的問題產生，例如權利的範圍到底有多廣？常處於模糊狀態，正因為這些問題的產生，所以民法總則中才用第七章專門規範權利之行使，这一章包含了第 148 條到第 152 條等五條條文，本書的目的就是為了說明這短短的五條條文。

有權利的一方在行使權利時，必須先明瞭其所行使的是何種權利，因此本書的第一章主要敘述權利的種類、權利行使的意義及方式。由於民法上的權利並不是絕對的，簡單的說，民法上的權利是有範圍、有界限的，行使權利時如超過權利的範圍、界限就可能構成權利濫用。本書的第二章主要敘述禁止權利濫用原則，將違反誠實信用原則、善良風俗、公共利益的權利之行使及惡意的權利之行使都歸類為權利之濫用。本書的第三章主要敘述誠實信用原則，人與人的相處必須以善意和睦相互對待，這是人盡皆知的道理，即使涉及到利害關係時也必須講究信用，所以誠實信用早已是一般民眾公認的道德。立法者已在民法中將誠實信用這一項基本道德提升為法律，因此在行使權利時，必須用誠實信用的方法。

第二章〈禁止權利濫用原則〉與第三章〈誠實信用原則〉的主題乍看之下似乎有極大的不同，但其實在某種程度上兩者是一體的兩面，或者可稱禁止權利濫用原則是誠實信用原則的反面規定或下位原則，但是禁止權利濫用原則已經發展成為獨立的原則，因此，兩者皆為民法的基本原則，也被稱為民法的一般條款。兩者因為在民法中皆可發揮巨大的功能，自然在民法中享有特殊的地位，尤其誠信原則又常被稱為「帝王條款」，可見其地位之崇高。無論是禁止權利濫用原則或誠實信用原則，在民法的立法與司法中都會產生重大的影響，所以第二章與第三章特別強調其在立法中的指導作用，在司法中授與法官自由裁量權，甚至立法者早已在過去的立法中將此兩原則融入民法各編的規定中，使其成為具體的法律規定。另由於這兩項具有雙面刃效果的武器掌握在法官的手裡，其在審判中的運用必須特別小心，所以本書也特別論述其在司法中的適用與應用，以避免該原則被濫用。

本書的第四章則是論述權利的保護問題，亦即在何種情況之下可以用私力救濟的方式（正當防衛、緊急避難與自助行為）以保護自己的權利，從另一個角度而言，民法允許用這種私力救濟的方式來保護自己的權利也屬權利行使的一種方式，而且有行使界限的問題，超過一定的界限也屬權利濫用。

本書的完成是建立在諸多學者過去的努力成果，所獲得的精華應歸功於這些學者們的貢獻。而本書得以出版則再一次顯現出三民書局為法學書籍出版的熱忱。

林克敬

2009年6月

民法上 權利之行使

自序

▶▶▶ 第一章 民法上權利之行使

第一節

權利的概念與歷史發展

002

一、權利的概念

002

二、「權利」一詞的由來

003

三、從「義務本位」到「權利本位」及「權利的社會化」

004

第二節

權利行使的意義、方式及其界限

007

一、權利行使的意義

007

二、權利行使與權利的主張、權利的實現

007

三、權利行使的方式

008

四、權利行使的自由

011

五、權利的拋棄與權利的行使

011

六、權利行使的基本原則與界限

012

七、權利行使界限的理論

013

第三節

權利的行使與法律行為之關係及民法一般條款（基本原則）的作用 014

- 一、權利行使與法律行為、私法自治 015
- 二、私法自治的修正與民法一般條款 016
- 三、民法一般條款與誠實信用原則、禁止權利濫用原則 017

▶▶▶ 第二章 禁止權利濫用原則

第一節

禁止權利濫用概說 024

- 一、否定理論到肯定理論 024
- 二、權利濫用的意義 024
- 三、權利濫用學說 025
- 四、禁止權利濫用原則的立法 027
- 五、權利濫用的特徵 028
- 六、禁止權利濫用原則為民法的基本原則與一般條款 029

第二節

禁止權利濫用原則的歷史發展 030

- 一、羅馬法 031
- 二、法國法 031
- 三、德國法 032
- 四、瑞士法 034
- 五、日本法 035

第三節

權利濫用的類型 036

- 一、違反誠信原則的權利濫用 037
- 二、違反公序良俗的權利濫用 039
- 三、違反公共利益的權利濫用 043
- 四、損害他人為主要目的之權利濫用 046

第四節

權利濫用的法律效果 049

- 一、行為無效 049
- 二、限制權利 049
- 三、喪失權利或形成相對人的抗辯權 050
- 四、剝奪權利 050
- 五、負損害賠償責任 051

第五節

禁止權利濫用原則的功能 051

- 一、一般功能 051
- 二、特殊功能 053

第六節

禁止權利濫用原則在司法中的適用 055

- 一、授與法官自由裁量權 055
- 二、禁止權利濫用原則適用應謹慎 056

第七節

禁止權利濫用原則與誠實信用原則的關係 057

一、重複適用說	058
二、重複適用否定說	059
三、禁止權利濫用原則為一獨立原則	060
四、兩者的相同點	060
五、兩者的相異點	062

第八節

案例研究

063

▶▶▶ 第三章 誠實信用原則

第一節

誠實信用原則的概念

070

一、語源	070
二、學者的論述	071

第二節

誠實信用原則的歷史發展

075

一、起源——羅馬經濟的繁榮	075
二、衰退——個人本位與「概念法學」的興起	076
三、復興——自由法運動造成從個人本位轉變到社會本位	076

第三節

誠實信用原則的本質特徵

079

一、誠信道德的法律化	079
二、誠實信用原則與民法上的善意、惡意	081

三、誠實信用原則與公平正義理念	083
四、誠實信用原則與利益衡量	085

第四節

誠實信用原則的地位	086
一、民法的基本原則	087
二、民法的一般條款或概括條款	091
三、推崇與質疑「帝王條款」	092
四、誠實信用原則與民法其他基本原則的關係	094

第五節

誠實信用原則的功能	094
一、誠實信用原則功能的分類	094
二、誠實信用原則的各種功能	096

第六節

誠實信用原則在立法中的指導作用	099
一、誠實信用原則與情事變更原則的立法	099
二、誠實信用原則與附隨義務的立法	106
三、誠實信用原則與定型化契約的立法	117

第七節

誠實信用原則在司法領域中的應用	124
一、誠實信用原則與法官的自由裁量權	124
二、誠實信用原則濫用的禁止	125
三、誠實信用原則濫用的預防	125

第八節

案例研究

127

▶▶▶ 第四章 權利之保護

第一節

公力救濟與私力救濟

134

一、公力救濟為原則，私力救濟為例外

134

二、私力救濟的種類

134

第二節

正當防衛

135

一、意義與法律性質

135

二、構成要件

136

三、法律效果

142

四、誤想防衛行為

143

五、舉證責任

143

第三節

緊急避難

143

一、意義與法律性質

144

二、種類

144

三、構成要件

147

四、法律效果

149

五、誤想避難行為

150

六、舉證責任

150

七、緊急避難與正當防衛的異同	150
----------------	-----

第四節

自助行為	152
------	-----

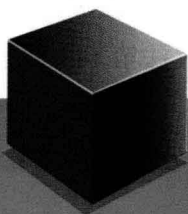
一、意義與法律性質	152
二、構成要件	153
三、手段——須依法定之方法為之	155
四、界限——不得逾越保全權利所必要之程度	156
五、自助行為人的義務——即時向法院聲請處理	156
六、法律效果	157
七、誤想自助行為	157
八、舉證責任	157
九、民法總則編以外的自助行為	158
十、自助行為與自衛行為的區別	158

第五節

案例研究	159
------	-----

▶▶▶ 附 錄

綜合案例研究	164
參考文獻	171



第一章

民法上權利之行使

本書所要探討者，為民法上權利的行使，之所以以此為名作為探討的主題，是因我國民法總則編第七章之標題即為「權利之行使」。除此之外，又特別是因為我國民法第 148 條如此規定：「權利之行使，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」。民法第 148 條第 1 項通常被稱為「禁止權利濫用原則」（本書第二章之標題）；其第 2 項通常被稱為「誠實信用原則」（本書第三章之標題），有許多學者甚至將「誠實信用原則」冠以「帝王條款」之美譽。探討「權利」之「行使」時，不得濫用權利且必須符合「誠實信用原則」之要求（民法第 148 條之規定），且必須對於「權利」之概念與「行使權利」之行為方式先做說明，才能對其進一步的深刻的認識奠下基礎。不過，應特別注意者，我國民法總則編第七章之標題雖為「權利之行使」，但實際上尚包含以私力之方式對於「權利之保護」（本書第四章之標題）（民法第 149 條至第 152 條）之規範，此種以私力之方式對於自己權利之保護，亦屬權利行使之一種方式；於其行使之時，如有過當或不符合法律構成要件，亦屬權利濫用之問題，因此權利保護問題也是本書要探討的範圍。

01

第一節

權利的概念與歷史發展

一、權利的概念

從民法的第二編債、第三編物權、第四編親屬及第五編繼承之編名，可讓人立刻聯想到各種與債、與物權、與親屬及與繼承相關的權利。民法中的權利有人以「權利之標的」為標準將其區分為「財產權」與「非財產權」；也有人以「權利之效力」的強弱將其區分為「絕對權」與「相對權」；更有人以「權利之作用」將其區分為「請求權」、「支配權」、「形成權」與「抗辯權」。但是如果進一步問到「權利本質」的問題，即如何對權利下一個完整的定義，就不是一件容易的事情。正因為對權利下定義是一件不容

易的事情，所以本書僅打算論述權利的概念與歷史發展，並不打算對權利做出一個定義，其原因是權利二字看似簡單，但要對其做出一完美無缺的定義卻非易事。不過，這並不表示法律學者們不想對權利做出一個定義，過去一、兩百年來一直有學者想要為權利下定義，但大部分的定義皆有若干的缺陷。其中以十九世紀德國學者對於權利的定義最為熱衷，主要分為兩個派別。第一個派別是以薩維尼 (Savigny)、普赫塔 (Puchta) 和溫德賽特 (Windscheid) 等學者為代表，渠等認為權利是指一個人意思力或意思可支配 (Willensmacht oder Willensherrschaft) 的東西，認為權利人可以依據權利自由地發展其意思。^❶此派別之學說被稱為「意思說」，「意思說」的缺點是無法說明無意思能力之未成年人及精神病人之權利從何而來。第二個派別是以耶林 (Rudolf von Jhering) 為代表，其強調權利授予的目的，是為了滿足特定的利益。在耶林看來，權利即是受法律保護的利益。^❷此派別之學說被稱為「利益說」，「利益說」的缺點是無法說明法律上有權利而無利益（例如親權、夫妻日常家務代理權）或受有利益而法律上無權利（例如市政府設置路燈，行人雖因而受利益，但並無權利）。除了上述兩派別外，尚有「自由說」、「資格說」等派別，在各種學說中，耶林的「利益說」後來逐漸較占上風，因為權利大都與利益有密切之關係，而與有無意思較無必然的關係。為了對利益說的缺點做出修正，後來產生了「法律利益說」（法律力說），該說認為法律是為特定人之利益而賦予之力。^❸

二、「權利」一詞的由來

從歷史文獻的考察得知，「權利」一詞並非中文固有的用法，中文通常的用法是將「權」與「利」分開使用，將「權利」一詞合起來使用是翻譯自日本的用法，而日本對於權利一詞的用法又是來自西方國家。在西方語

❶ 梅迪庫斯，《德國民法總論》，邵建東譯，頁 62，法律出版社，2006 年 2 月第 3 次印刷。

❷ 梅迪庫斯，《德國民法總論》，邵建東譯，頁 63。

❸ 何培生，《民法總則詳論》，頁 21，自刊，1960 年 9 月初版。

言中，「權利」一詞可以追溯到羅馬拉丁語“jus”或“ius”，但它原來只代表公平或正義的行為或情況，^④後來才逐漸演變成「法律」與「權利」。即便現今英文的權利 right 或德文的權利 Recht 也都仍有「正當」的意思。

事實上，我們現在所常用的「權利」概念源自於羅馬法，此一用詞與概念在中世紀經由歐洲學者的極力提倡，歐洲人民的權利意識乃逐漸濃厚，到了法國大革命時期，權利的意識達到巔峰。從西方國家對於權利的生成與演進過程得知，希臘人尚未有明顯的權利觀念，但他們所講的正義和用於特定場合的正當行為，即是他們心目中的權利觀念，所以，權利的原始意義即意味著正當的事物。後來羅馬人用法律來支持凡是正當的或正義的事情，即權利問題。

三、從「義務本位」到「權利本位」及「權利的社會化」

根據權利的發展過程，我們可將其分為以下三個階段：「義務本位」、「權利本位」及「權利的社會化」。

(一) 義務本位

所謂「義務本位」是指法律的規範是從「義務」出發，強調「義務」的重要性。如上所述，「權利」的概念，是在中世紀以後才逐漸形成的，那麼在此之前為何不能充分、盡快的形成「權利」的概念？對於此一問題的回答，必須先從法律與權利的關係說起。法律是人類社會生活的規範，法律的主要作用是用來規範人的權利與義務，而權利與義務又是相對立的概念，這兩個對立的概念的發生先後決定了權利概念的形成。從社會進化之歷史觀察，義務之觀念實先於權利而發生，此可從人類原始的規範大都皆為禁止規定得知，例如《舊約聖經》中的十誡中大部分都是禁止規定，這些禁止規定就是義務，即便是命令性的規定如「要孝順父母」也是一種義

^④ 蔣立軍，《權利失效制度之研究》，頁 3，對外經濟貿易大學碩士論文，2007 年。

務。李宜琛教授謂：「吾人法律生活之中心，即依義務之觀念而發達。此等義務觀念之始，原為對於社會中心之服從義務，因其服從之結果，團體構成員相互間法律上之義務始行確定。因有勿殺之義務，於是人類之生命始有保障；因有勿盜人財務之義務，從而有物權之觀念。足證法律規範發生之始，實以義務為本位」。^⑤

(二) 權利本位

所謂「權利本位」是指法律的規範是從「權利」出發，強調「權利」的重要性。近代各國民法的產生以西元 1804 年的《法國民法典》為典範，《法國民法典》的制定已是在法國大革命之後，當時「天賦人權」的觀念早已深植於歐洲人民的心中，所以制定民法典時就採取以權利為思想之核心。該法典充斥著絕對權利的思想，被稱為「權利本位」，甚至以「個人本位」稱之亦不為過。直到今天，世界各國的民法典之所以以「權利本位」作為立法基礎，除了上述的人權思想受到特別重視之外，另一重要原因是仿效《法國民法典》的立法技術。

(三) 權利的社會化

所謂「權利的社會化」是指法律的規範不能僅僅以「權利」為出發點，還必須考量整個社會之利益。《法國民法典》經過五十年的實驗之後，即逐漸暴露出缺點，例如強調私權的絕對主義造成強壓弱等許多形式上雖然正義，但實質上卻不正義的事件。法國與德國法律社會學家們看到此種情形便加以批評並呼籲改革，民法理論遂對「權利本位」做出了修正。西元 1900 年開始生效實施的《德國民法典》中已出現了諸如「權利濫用之禁止」（德國民法第 226 條）、「債權的行使，應依誠實信用之原則」（德國民法第 242 條）之規定。西元 1907 年的《瑞士民法典》也有類似的規定「行使自己之權利及履行自己之義務，應依誠實及信用為之。權利顯然濫用者，不受法律之保護」（瑞士民法第 2 條）。這種對於「權利本位」之修正舉措顯然是

^⑤ 李宜琛，《民法總則》，頁 42，自刊，1963 年 3 月臺 5 版。