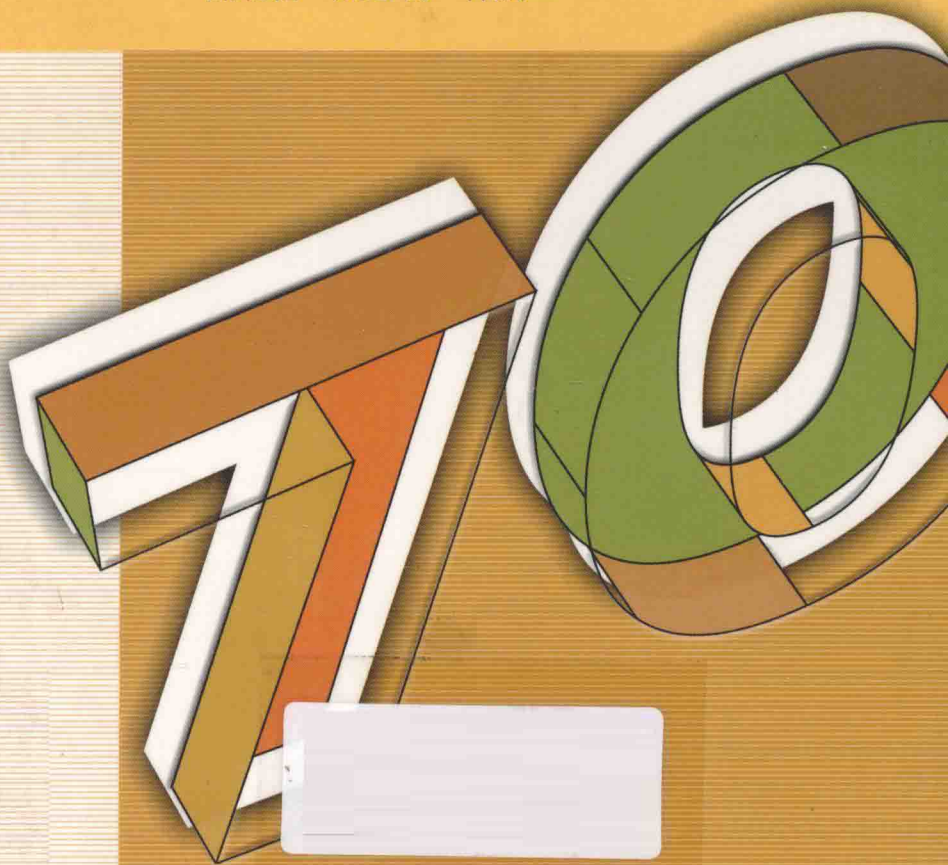


民法七十年之回顧與展望紀念論文集 (一)

總則・債編

蘇永欽・黃立・王千維
郭麗珍・楊秀儀・謝哲勝 合著
陳聰富・姚志明・林誠二



元照出版

民法七十年之回顧與展望

紀念論文集(一)



總論·債編

蘇永欽、黃立、王千維、郭麗珍、楊秀儀
謝哲勝、陳聰富、姚志明、林誠二
合 著

元 照 出 版 公 司

國家圖書館出版品預行編目資料

民法七十年之回顧與展望紀念論文集(一), 總論. 債編 /

蘇永欽等著.--初版.--臺北市: 元照, 2000[民 89]

面: 公分. -- (學術論文集)

ISBN 957-0332-64-6(精裝). --

1. 債法 - 論文, 講詞等

584.307

89013388

民法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)

——總論. 債編

學術論文集 ID62GA

2000 年 10 月 元照初版第 1 刷

作 者 蘇永欽、黃立、王千維、郭麗珍、楊秀儀

謝哲勝、陳聰富、姚志明、林誠二

出 版 者 元照出版公司

台北市 100 館前路 18 號 5 樓

定 價 新臺幣 600 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版公司

Copyright©by Angle publishing Co., Ltd

登記證號: 局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-0332-64-6

序 言

我現行民法典分為五編，各編於民國十九年至二十年間公布施行。五編公布施行以來，陸續屆滿七十年。其間在財產法部分，除於七十一年間修正總則編若干條文外，較大幅度的修法為八十八年通過並業於八十九年五月五日施行的債編規定，修改二百餘條，修正幅度高達近百分之四十。至於物權編除於八十四年小幅修改第九百四十二條外，法務部於七十七年間組成「民法研究修正委員會物權編研究修正小組」，歷時十一年有餘，提出物權編修正草案，目前正由立法院司法委員會審議中，其修正幅度更幾乎高達百分之百。而在身分法部分，親屬編及繼承編除有零星修正外，主要於七十四年間亦曾有較大幅度的修正。

七十年來，我民法發展與社會變遷相互輝映，民法學說與判例研究相互協力，民法的修正以及民事特別法的制定驗證社會多元價值體系的形成。在邁向公元廿一世紀前，為慶祝民法七十年，並為民法發展史留下若干足跡，元照出版公司乃有策劃本論文集之動機，藉邀集國內民法學者，依其鑽研擅長者，一同撰文共襄盛舉，為民法七十年祝賀。全集收錄論文

近三十篇，共分三冊，依序為(一)總論・債編；(二)債編；(三)物權・親屬編。每篇論文力求針對特定議題向來於學說及實務上的發展實況進行分析、檢討，並有進一步提出修法建言及對未來之展望者。此外為便利讀者研讀，每篇文前均附導讀。

慶祝民法七十年，特別應感激所有為民法研究奉獻心力者，因為有他們無私的付出及加倍的努力，民法學方有今日的成績。在迎向瞬息變化萬千的新世紀中，社會即將面臨更快速的變動、制定民事特別法以及適時修改民法的必要性亦將更形迫切。盼民法學者能共同持續努力，民法研究能更加蓬勃，為三十年後我民法迎接百年之日，留下完美的註腳。

編輯委員會

八十九年十月

目 錄

- 私法自治中的國家強制
 - 從功能法的角度看民事規範的類型
與立法釋法方向 蘇永欽 1
- 民法第一百六十六條之一的法律行為
 - 形式問題 黃 立 61
- 由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三
 - 以違法性的思考以及客觀證據負擔
的倒置為中心 王千維 103
- 論製造人之產品召回與警告責任 郭麗珍 175
- 論醫療傷害賠償責任適用消費者保護法之爭議 楊秀儀 233
- 無過失醫療責任：醫師的夢魘？病人的救星？ 謝哲勝 269
- 保險給付、損益相抵與賠償代位
 - 評最高法院八十八年台上字第三五三號判決 陳聰富 305

- 回顧不完全給付制度於民法七十年來
之發展.....姚志明.....339
- 論旅遊契約之法律關係.....林誠二.....381

私法自治中的國家強制

從功能法的角度看民事規範的類型與立法釋法方向

蘇永欽

作者簡歷

學歷：德國慕尼黑大學法學博士

經歷：政治大學法律系副教授、教授；

政治大學法律系主任兼法學院院

長；行政院公平交易委員會副主

任委員

現職：政治大學法律系教授

導 讀

民事財產法的翻修是近年法界的一件大事，債編已經完成，物權編還在進行，討論批評的煙硝則迄未歇止。本文嘗試從比較宏觀的體制功能角度，去認識這部法典，特別是它在我們這個充斥管制法規的法體系中，如何相容的運作，但不相刺謬，還頗有相輔相成的味道。也從這個角度，對釋義學上若干爭議不休的問題，提供不太一樣的思考，並對這次債編修正，包括整體方向和部分細節，做出評價。作者相信，正因為當初民法典的制定，掌握了公私法領域在規範和價值上相互流通的動線，使它在引進台灣社會以後，很快的就能發揮引導和止爭的作用，對經濟和社會的現代化，有其不可磨滅的貢獻。但民法學的研究，基本上還是沿襲「前公法時代」的典範，潛意識中把民法當成一個自給自足的獨立王國，而不太注意私法自治與國家強制辯證下，方法上應有的調整，以致在法律解釋和立法上，始終不能擺脫狹義的規範比較，某些爭議成夫子自道式的各說各話，欠缺真正的說服力，而立法在不少地方，則予人抓不住方向的感覺。事實上脫胎於羅馬法的歐陸民法，也是在公法發達以後，才真正擺脫了概念法學的典範，建立了更入世的思考方式。台灣的民法學，在走過二十世紀漪歟盛哉的社會重建與法制變革之

4 民法七十年之回顧與展望紀念論文集

後，或許也到了調整視野，重新認識這個領域，並改變若干操作方式的時候。

目 次

前 言

壹、民法維持體制中立的奧祕

貳、特別民法的四種功能類型

參、正確認識民事規範的性質

肆、再探成立與生效要件爭議

伍、民事規範性質與行為定性

陸、不同民事規範的解釋原則

柒、本土化與社會化的新挑戰

結 語

◎關鍵詞：私法自治、任意規範、強制規範、成立要件、生效要件、
解釋方法、本土化、價編修正。

前言

如果把我們的法律體系當成一個社區從上空俯瞰，民法典就會像一個典雅的中古城堡，立刻進入眼簾。城牆上高聳「私法自治」的大纛，迎風招展。夾處於櫛比鱗次、風格各異的現代建築中，顯得十分不搭調。但來到社區近觀，卻只見穿著入時的人們在古堡和公寓大廈間進進出出，全無窒礙。原來城堡還是城堡，只是功能已經不同。外觀的不協調，並不影響建築之間動線的流暢。堡內長伴黃卷青燈的僧侶，還在激烈爭辯一些亙古的難題，其實只要走出城堡，看看社區居民的真實生活，也許很多問題根本不是問題。

私法自治始終還是支撐現代民法的基礎，它的經濟意義可以上溯亞當史密斯的國富論，倫理內涵則又源於康德理性哲學中的自由意志。私法自治使私人成為法律關係的主要形成者，正如法律關係所要創造和維繫的經濟關係。然而一直到制度學派開始強調，經濟學家才憬悟到，國家在私法關係的形成到消滅過程中，從來就不是一個旁觀者¹，從民法典到外於民法典的民事規範，國家的強制處處可見，只是強制的性格、目的和效果不盡相同而已。埋首鉅訂條文字義的法律學者，則對私法自治和國家強制的關係，實際上已經因國家角色從單純的經濟秩序維護者、仲裁者，

¹ 參閱 North, D.C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990，有中譯本；Schäfer/Ott, *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986，把法律的經濟分析也歸類於新制度學派的一支，S.3f.

演變為結果取向的干預者，與積極的市場參與者，近年又逐漸退出市場，轉而為結構取向的管理者，而發生了微妙的變化，鮮予置意。因此我們不妨以民法通往其他法律領域的動線作為切入點，用比較巨視的、社會的觀點，再對現代民法中自治和強制之間呈現的複雜關係，從體系功能的角度作一番整理和反思，或許只有這樣，我們才能對剛剛完成修繕粉刷，慶祝建城七十週年的民法典，做出比較公允的評價。

壹、民法維持體制中立的奧秘

民法的法典化，從羅馬帝國的國法大全開始，就顯示了驚人的超越體制特質，事實上羅馬法所發展出來的人法、物法和債法，從概念類型到基本規範，歷經拜占庭式的統制經濟、中古行會組織的手工業、乃至近代的國際貿易，重商主義和自由主義，在適用性上並無太大改變。繼受羅馬法而孕育於十九世紀的法國、德國和瑞士民法典，同樣也在二十世紀出現的各種極端對立的社會體制下，成為民事立法的主要參考架構，從遠東的日本、中國到近東的土耳其乃至南美的智利和非洲的伊索匹亞，從三十年代的蘇聯民法一直到九十年代的中共民法，以其文化、歷史和體制差異之大，對照於民法內容差異之小，更是令人歎為觀止。韋伯有關現代法律趨於「形式理性」的論述，或許可以提供一個非常概括的解釋——正是民法這樣高度精粹、技術性的語言，才有可能抽離於各種社會的生活條件和世界觀，放之四海而皆準²。也只有像

² 註釋法學則同時承擔了提煉（歸納）和再製（演繹）的雙重功能，

Franz Wieacker 這樣的法律學家，憑其深邃的史識，才足以洞視幾部民法典背後不盡相同的社會模式³。

民法當然還是有它的意識形態，不是全然價值中立，上個世紀幾部歐陸民法所創造的典範，與平等主義取向、實施民主政治、保障私有財產、開放市場的經濟社會，無疑還是最為相容。此亦所以在社會主義國家，如過去的蘇聯和今天的中國大陸，制定和實施民法始終還是一件相當敏感的大事，民法學者和經濟法學者之間不可避免地要經過一場意識形態的惡鬥⁴，民法在整個社經結構中也還擺脫不了邊緣化的實際定位。但儘管影響力和影響的方式因社會而異，民法典範的持續擴散，以及它在二十世紀波濤洶湧的社會變遷中屹立不搖，仍然是一個令人目眩的事實，印證了韋伯的形式理性說，雖然一些不小心留下時空痕跡的小斑點，有時反而讓人發思古之幽情，比如我國民法中的「浴室」（第六〇七條）或「埋藏物」（第八〇八條）。這裡要強調的，是所

（續前頁）

使高度抽象的法律語言能恰如其分地運用到完全不同的時空環境，比如以交付作為動產所有權移轉的要件，日耳曼農民的交付是以手交手，現代複雜貿易下的交付，就常常只要是指稱交付（Übergabe auf Geheiß）即可，參閱 Baur/Stürner, Sachenrecht, 17A., 1999, 573～574.

³ 參閱 Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgelehrten und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 9.

⁴ 1986 年民法通則的通過，實際上是主張「縱橫統一」的經濟法學派和主張「綜合調整」的民法學派鬥爭下的產物，到了去年通過合同法，廢除經濟合同法、涉外經濟合同法與技術合同法，民法的獨立地位才真正確立，可參梁慧星、王利明合著，經濟法的理論問題，1986 年，特別是 69～110 頁；王文杰，大陸統一合同法之評析與介紹，全國律師，民國 89 年，1 月號，68～83 頁。

謂形式理性，除了語言的壓縮提煉和體例的對仗排比外，最後而絕對不是最不重要的，就是保持民法和整個社會體制動線的流暢。換言之，民法條文不僅在概念上抽離於具體社會的物質條件與精神狀態，而且還要使這些抽象條文一旦適用於具體社會時，能和該社會其他部分的運作不至扞格。形式理性絕對不是塑造一個民法的獨立王國或租借地，果如此，它仍只是另一種形式的實質理性。只有當民法和體制的其他部分不只是和平共存，而是相互包容，乃至出「社」入「資」，或出「資」入「社」，才可見其形式理性的精髓。可惜多數人都還沒有看到這一層⁵。

以我國民法為例，第一條有關法源的規定，當初立法者把草案原定的「本律所未規定者」，改為「法律所未規定者」時⁶，基本上已經放棄了盡收所有民事規範於一法的「法典」想法。由於現代民事規範必然兼容政策性規範（詳後），這一字之差，也就是以政策性規範的「外接」模式替代了「內設」模式，換言之，通過這一條的宣示，國家恆可以另外針對特定政策目的而訂定特別民法或特別民事規定，不改變民法典內在價值的一致性，而與其共同組成廣義的民法。故人民在本法中找不到適當法條時，不必立刻跳到民事習慣或求諸法理來填補「漏洞」，而毋寧應先進入法體系的其他部分快速梭巡一遍，也許會在消費者保護法找到解約權的依據（第十九條），鐵路法找到無過失賠償請求權（第

⁵ 作者在13年前一篇討論民法第七一條適用問題時，即曾嘗試繪圖來說明此一公私法間的重要動線，請參拙文，違反強制或禁止規定的法律行為——從德國民法第一三四條的理論與實務操作看我國民法第七一條，收於民法經濟法論文集（一），民國77年，120頁。

⁶ 參閱拙文，民法第一條的規範意義——從比較法、立法史與方法論角度解析，收於「跨越自治與管制」，民國88年，287～288頁。