

王泽鉴法学全集（第五卷）

# 民法学说与判例研究

【5】

中国政法大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

王泽鉴法学全集·第五卷,民法学说与判例研究⑤/  
王泽鉴著. —北京:中国政法大学出版社,2003.9  
ISBN 7-5620-2487-1

I. 王... II. 王... III. ①民法—法的理论—文集  
②民法—审判—案例—研究—世界 IV. D913.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 077273 号

---

书 名 王泽鉴法学全集·第五卷  
——民法学说与判例研究⑤  
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 787×960 1/16  
印 张 25.125  
字 数 245 千字  
版 本 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷  
印 数 0 001 - 2 000  
书 号 ISBN 7-5620-2487-1/D·2447  
定 价 66.00 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 zf5620@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。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



### 作者简介

王泽鉴 台湾著名民法学家,1938年出生于台北,毕业于台湾大学法律系,获德国慕尼黑大学法学博士。曾担任德国柏林自由大学访问教授,并在英国剑桥大学、伦敦大学政经学院、澳洲墨尔本大学从事研究工作。现任台湾大学法律系教授。

## 序 言

中国政法大学出版社整理编纂拙著，以全集的方式出版，俾便于使用参考，易于保存，谨对出版社各位同仁的协助和辛劳，表示最诚挚的谢意。

本全集前八卷“民法学说与判例研究”，完成于一九七五年至一九九二年，乃笔者任教于台湾大学法律系教学研究的心得。此段期间是台湾民法发展的关键时期，作者应用法学方法，针对重要的裁判，分析检讨其理由构成，并就个别具体案件发掘阐释其所蕴含的法律原则，建构其理论体系。这八册著作在某种程度反映了民法为因应社会经济变迁所面临的问题，如何解释适用法律，填补漏洞，创设新制度而成长的过程，记录着民法的理论发展史。

“民法思维与实例研究”，旨在建立民法上请求权基础的理论架构，具实用法学方法论的意义。请求权基础的思考方法已广为法学界及实务所采用，有助于更有系统、有步骤地学习民法，应可增进论证的严谨、透明，更客观的检验法律解释适用的合理性。

“民法概要”刊行于二〇〇二年，主要是为学习民法者提供基本教材，兼作初学入门及综合复习之用。本书简明扼要地说明民法的价值理念，介绍民法的重要制度，并提供若干统计资料，使读者能较完整地了解民法与社会生活的关系，培养法律

思维及论证的能力。

“民法总则”、“债法总论”与“民法物权”诸书则在论述民法的内容，说明其解释适用的争议，并探究其发展趋势。其中债编总论具专门著作的性质，尤其是“不当得利”，以类型化理论重新检视、综合评释数以百计的案例，兼具教科书及案例法的功能，乃写作方法上为新的尝试。“侵权行为法”关于特殊侵权行为部分，尚待补充。“损害赔偿”为民法的核心问题，正在积极整理稿件中，最大的愿望是撰写一部关于台湾民法与社会变迁的著作，希能早日完成。

民法全集的内容和体裁虽有不同，其所共同的是，致力于结合理论与实务，采请求权基础的思考方法，以实例突显问题争点，运用比较法探究各种规范模式，作为解释适用的参考。多年从事民法学的研究，使我更深刻的体认，民法系以人为本位，根基于自由平等的理念，保障人的价值和尊严。为民法而努力，乃为人的自由、平等、价值和尊严而奋斗。

三十年的写作生涯是个漫长和艰难的过程，承蒙师长、同事、同学以及读者的鼓励和支持，衷心铭感。最要感谢的是家人的爱心和宽容，尤其是得蒙 神的保佑和恩典，使我能在平安喜乐中持续不断的学习和工作。

二〇〇三年六月二日

六十五岁生日序于台北

# 目 录

总则编关于法律行为之规定对物权行为适用之	
基本问题 .....	(1)
三论“出卖他人之物与无权处分” .....	(47)
出租他人之物、负担行为与无权处分 .....	(82)
租售他人之物、所有人之承认与债之主体的 变更 .....	(96)
买卖、设定抵押权之约定与第七五八条之“法律 行为” .....	(110)
物权行为错误与不当得利 .....	(133)
未成年人与代理、无因管理及不当得利 .....	(150)
不当得利制度与衡平原则 .....	(169)
不当得利之连带债务 .....	(199)
侵害他人债权之侵权责任 .....	(209)
信赖利益之损害赔偿 .....	(233)
出卖之土地于移转登记前被征收时，买受人向 出卖人主张交付受领补偿费之请求权基础 .....	(263)

2 目 录

德国法上损害赔偿之归责原则 .....	(286)
代位权之代位 .....	(308)
基于契约关系之越界建筑与土地受让人之拆屋 还地请求权 .....	(323)
离婚契约之拘束力与特别生效要件之履行 .....	(342)
两愿离婚“登记”法律性质之争议在法学方法 论上之检讨 .....	(361)

# 总则编关于法律行为之 规定对物权行为适用之基本问题

## 一、概 说

最近连续撰文讨论关于出卖他人之物、出租他人之物、无权处分以及物权行为错误与不当得利等问题，<sup>〔1〕</sup>感到不仅初学者对物权行为深感困惑，实务上亦迭生疑义，可谓是民法上最难了解的制度之一。其原因有三：①物权行为是法律抽象概念思维的产物，本身不易理解；②总则教科书关于法律行为之论述，偏重于债权行为（负担行为），而忽略于物权行为；③物权法教科书于论及物权行为时，多认为可适用总则关于法律行为一般规定，“可参照得之，

---

〔1〕“出卖他人之物与无权处分”，《民法学说与判例研究》第四册；“再论出卖他人之物与无权处分”，《民法学说与判例研究》第四册；“三论出卖他人之物与无权处分”，《法学丛刊》，第一二一期（一九八六年一月），第十八页（载于本书）；“出租他人之物、负担行为与无权处分”，《军法专刊》，第三十三卷，第四期（一九八六年四月），第九页（载于本书）；“物权行为错误与不当得利”，《法令月刊》，第三十七卷，第七期（一九八六年七月），第十一页（载于本书）。



兹不赘”，而未详论。<sup>〔1〕</sup>

关于物权行为之问题，可举一例说明之：甲出售 A、B、C、D 等十册书给乙，价金一万元，其中 A 书为丙所借，其余为甲所有。甲于收到乙之汇款后，即寄书给乙，误置某名贵画册于其内。乙收到该画册，以为系甲所赠，即致函表示谢意。甲知其事，乃请求返还该画册，乙表示已转赠给丁，并为交付矣。试问甲、乙、丙、丁间之法律关系如何？欲处理此一案例，必须了解总则编关于法律行为之规定对物权行为适用之基本问题。

## 二、物权行为之理论体系

### 一、问题之说明

为了解物权行为，最好的方法是避免作抽象的论述，而从实例入门。设甲出卖某屋及某车给乙，价金若干元。当事人就标的物及价金互厢同意时，买卖合同即为成立（第三四五条第二项）。买卖合同系债权行为（负担行为），出卖人负交付其物并移转其所有权之义务（第三四八条）。于此发生一项在法学理论及实务上关系重大之基本问题：甲之房屋（不动产）及汽车（动产）之所有权如何移转给

---

〔1〕 参阅史尚宽：《物权法论》，第十八页；郑玉波：《民法物权》，第三十五页；姚瑞光：《民法物权论》，第二十一页。

乙？

关于此一问题，就比较法上之主要解决途径归纳分析之，<sup>〔1〕</sup>约有四种模式：

（1）买卖标的物之所有权于买卖契约有效成立时，即行移转。

（2）买卖标的物之所有权于买卖契约有效成立时，即行移转，但非经登记（不动产）或交付（动产），不得对抗第三人。

（3）买卖标的物所有权之移转，以登记或交付为要件。

（4）买卖标的物所有权之移转，除登记或交付外，尚须当事人就此标的物所有权之移转作成一个独立于买卖契约外之意思合致。此项意思合致系以物权之变动为内容，故称为物权合意（dingliche Einigung），或物权契约（dinglicher Vertrag）（物权行为）。

兹须探讨者，究竟采取何种制度？

## 二、民法是否承认物权行为？

关于物权变动，民法系采第四种主义，即于债权行为外，尚承认独立之物权行为。此为判例及学说之一致见

---

〔1〕 参阅第七五八条立法理由书，史尚宽：《物权法论》，第二十一页；郑玉波：《民法物权》，第三十五页。von Caenmerer, Rechtsvergleichung und Fahrnisübergang, RabelsZ (1938/39) 675-713; Friedrich, Artikel Übergang, in: Schlegelbergers rechtsvergleichendem Handwörterbuch, Bd. 6 (1938), S. 606ff.; Kaden, Zum Problem der Fahrnisübergang im schweizerischen Recht, Festschrift für Hedemann, 1938, S. 246f.; Larenz, Schuldrecht, Bd. II Halbband I, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1986, S. 10.

解，兹分三点说明之：

(1) 第七五八条规定：“不动产物权，依法律行为而取得、设定丧失及变更者，非经登记，不生效力。”第七六一条第一项规定：“动产物权之让与，非将动产交付，不生效力。但受让人已占有动产者，于让与合意时，即生效力。”此二条规定所称之法律行为及让与合意，就其文义、<sup>〔1〕</sup>体系地位、比较法<sup>〔2〕</sup>及规范目的而言，系指物权的意思表示（物权的合意，物权行为），为民法关于物权行为之基本规定。

(2) 总则编以法律行为（Rechtsgeschäft）为其核心，就其理论构成而言，除债权行为外，尚包括物权行为。<sup>〔3〕</sup>又第一一八条所称之“处分”，系指处分行为，而以物权行为及准物权行为为其规律对象。

(3) 不当得利制度系建立在债权行为及物权行为之区别及物权行为无因性之上。在上开甲出售房屋及汽车给乙之例，设于登记或交付后，发现买卖契约不成立，通说认

---

〔1〕 第七五八条之前身为民法第一草案（大清民律）第九七八条：“依法律行为而有不动产物权之得丧变更者，非经登记，不生效力。”第七六一条第一项之前身为民法第一草案（大清民律）第九八〇条：“动产物权之让与，非经交付动产，不生效力。但受让人先占有动产者，其物权之移转，于合意时生效力。”关于“法律行为”及“合意”立法理由书并未指出是物权行为，但理由中有所谓：“关于不动产物权得丧变更之法律行为”，就文义而言，当属物权行为无疑也。

〔2〕 就比较法而言，第七六一条系德国民法第九二九条、第九三〇条及第九三一条之译译，所谓让与合意，德文称为 Einigung，系指物权契约而言，为德国判例学说之定论（BGHZ 2, 819）。第七五八条系仿自德国民法第八七三条，其主要之不同，在德国民法称为 Einigung（物权合意），而台湾现行民法径以法律行为称之，包括物权契约及单独行为在内。

〔3〕 关于法律行为之基本理论及其分类，参阅 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1983. S. 282ff.

为甲仅得依不当得利之规定向乙请求返还房屋及汽车之“所有权”。易言之，即乙依物权行为取得房屋及汽车所有权，并不因买卖合同（债权行为）之不成立而受影响，惟因买卖合同不成立，乙之取得所有权，系无法律上之原因，应返还之（第一七九条）。此项见解，系以物权行为之独立性及无因性为其前提。

### 三、物权行为之意义

#### （一）学说上之争论

民法承认于债权行为外尚有独立之物权行为，已如上述。然而，并未使用“物权行为”之用语，对物权行为未设定义性规定，故何谓物权行为乃发生疑问。

胡长清先生谓：“债权行为者，发生债权法上之效果之法律行为也。物权行为者，发生物权法上之效果之法律行为也。有为单独行为者，如所有权、地上权之抛弃是。有为契约者，如抵押权之设定是。其契约则称为物权契约。”〔1〕其他学者多采类似定义。〔2〕

须注意的是，姚瑞光先生认为上开定义概念不清，强调正确之定义应为：“物权行为者，由物权的意思表示与登记或交付相结合而成之要式行为也。”其主要理由为：

〔1〕 胡长清：《民法总则》，第二一二页。

〔2〕 参阅洪逊欣：《民法总则》，第二六六页；李宜琛：《民法总则》，第二一二页；施启扬：《民法总则》，第二〇一页。

“物权的意思表示（包括上述的物权的合意），与登记或交付相结合，始能成立所谓物权行为（dingliches Geschäft）。惟有完成此项方式后之物权行为，始能发生物权得丧变更之效力，始能不残留所谓履行问题，亦即物权行为一经成立，即生效力。不可认为物权行为因意思表示而成立、登记或交付，不过其生效要件而已。”〔1〕

此项问题之提出，甚具意义，可使吾人对“物权行为之本质”，作更深一层的思考。惟须说明的是，此项争论，早在德国民法制定之际，即已发生，历时百年，尚无定说。

## （二）德国学者之见解

物权行为之理论，系由德国法儒萨维尼（Savigny）氏在其名著《现代罗马法体系》（System des heutigen römischen Rechts）〔2〕中所提出，而为德国民法所采纳。〔3〕一八七六年之德国民法第一草案曾使用物权契约（dinglicher Vertrag）之概念，〔4〕但受到批评，认为未臻精确。第二次委员会决定不采“dinglicher Vertrag”之用语，而以 dingliche Einigung（物权的合意）代之，并表示 dingliche Einigung 是否为物权契

〔1〕姚瑞光：《民法物权论》，第十四页。

〔2〕Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840, III, S. 312.

〔3〕Felgentraeger, Friedrich Carl v. Savigny's Einfluss auf die Übereignungslehre, 1927; Filippo Ranier, Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19 Jahrhunderts, in: Coing-Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19 Jahrhundert, II, 1977, S. 90f.

〔4〕参阅德国民法第一草案第八二八条、第八六八条、第八七四条、第九八三条。

约，是一项法律理论构成（juristische Konstruktion）之问题，应由学说决定之。<sup>〔1〕</sup>

物权合意是否即为物权契约？发生此项争论之主要原因，系有学者认为：“就法律行为概念而言，以发生一定法律效果为必要，物权变动须以物权之合意（意思的因素）与登记或交付相结合为要件。物权的合意本身既尚不足引起物权变动，故非物权行为。”采此见解者，有 Rosenberg, Wolff-Raiser, Enneccerus-Nipperdey 等著名学者。<sup>〔2〕</sup>须注意的是，目前三本具有代表性之物权法教科书的作者，均肯定物权的合意本身即为物权契约（物权行为）。Baur 教授简单明确的表示：Die Einigung ist dinglicher Vertrag（物权合意即是物权契约），未说明理由。<sup>〔3〕</sup>Westermann 教授认为物权的合意本身尚未能发生法律效力，此一事实不足作为反对“物权的合意系物权契约”之论据；须得第三人同意之契约亦属如此，吾人并未因此而否认其契约之性质，<sup>〔4〕</sup>Lent-Schwab 教授则强调，法律效果并非系契约概念之必要部分，此由吾人常称无效或不生效力之契约，即可知之。于此情形，显然欠缺契约之效力，但意思表示或缔结契约之构成要件实可认定，当事人关于发生物权变动之法律效果具有合意，契约业已缔结，至于效力是否发生，则视其他情形（例如登记）而定。抑有进者，物权的合意本身亦具有重

〔1〕 Protokolle zum BGB III, S. 56 - 59.

〔2〕 Rosenberg, Kommentar zum Sachenrecht, 1919, S. 174; Wolff-Raiser, Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Aufl. 1957, § 38 II; Enneccerus/Nipperdey, BGB, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. § 146 II 2.

〔3〕 Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl. 1984. S. 33.

〔4〕 Westermann, Sachenrecht, 6. Aufl. 1969, § 38. 3.

要的法律效果，例如期待权是。<sup>〔1〕</sup>

### （三）本文见解

关于物权行为定义，本文采取传统之见解，认为物权的意思表示（包括物权的合意）本身即为物权行为（单独行为及物权契约），登记或交付则为其生效要件，兹分四点说明之：

（1）学者有认为物权行为系要式行为，<sup>〔2〕</sup>此所谓要式行为与一般所谓要式行为，似有不同。物之交付（登记）乃现实的因素，严格言之，应属要物契约（Realvertrag）。其属方式者，乃第七六〇条关于“不动产物权之移转或设定，应以书面为之”之规定。

（2）不动产之登记系公法上之行为，得否作为私法上法律行为之部分，似有研究余地。纵使此项登记系基于当事人申请，内容并由其决定，似仍难因此使其成为私法上契约之构成部分。<sup>〔3〕</sup>

（3）第七五八条规定：“不动产物权，依法律行为而取得设定、丧失及变更者，非经登记，不生效力。”显然将“法律行为”（物权行为）与“登记”分离，并以登记为生效要件。又第七六一条规定：“动产物权之让与，非将动产交付，不生效力。但受让人已占有动产者，于让与合意时，即生效力。”亦将“让与合意”（物权契约）与交付分

〔1〕 Lent-Schwab, Sachenrecht, 17. Aufl. 1979, S. 43f.

〔2〕 姚瑞光：《民法物权论》，第十八页；郑玉波：《民法物权》，第三十六页。

〔3〕 参阅 Lent-Schwab, S. 43.

开，而以交付为生效要件。

(4) 将物权行为与登记（或交付）予以分开，亦具有实益。例如，甲出卖某地给乙，于三月一日作成让与合意之书面契约（物权契约），于三月十四日向某地政机关申请登记，在完成登记前，甲发现受乙诈欺。于此情形，甲是否即可撤销其物权行为？抑或须俟完成登记后，始得为之？显然应以前说为是，惟若认为登记系物权行为之构成部分，则须俟完成登记后始得撤销之，盖就理论而言，仅已完成之意思表示始能撤销也。又若物权的意思之无效在登记前业已确定，是否尚要等到地政机关办理登记后始得主张之？其答案应为否定，自不待言。<sup>〔1〕</sup>

综合言之，关于物权行为法律性质之争论，基本上是理论上之问题。依第七五八条及第七六一条规定，仅物权的意思（物权的合意）或登记（交付），均尚不足引起物权变动，须意思的因素与现实的因素（登记或交付）二者兼具，始能发生物权得丧变动之效力，可称为物权变动之双重构成要件（Doppeltatbestand），<sup>〔2〕</sup> 无论吾人对物权行为作如何之解释，均属如此。

#### 四、物权行为与公示

诚如上述，物权的变动须兼具双重要件，就不动产而言，须有物权行为（第七五八条之法律行为）与登记，就

〔1〕 Lent-Schwab, S. 43.

〔2〕 Baur, S. 37f.



动产而言，须有让与合意与交付。登记或交付为物权变动之公示方法。因此，物权行为与公示之间具有何种关系，有说明之必要，兹分四点言之：<sup>〔1〕</sup>

（1）物权的意思与登记（或交付），固须兼具，始能产生物权变动，但时间上之次序，无关紧要，何者为先，在所不问。

（2）处分权于完成此双重要件之际必须具备。例如，甲提供土地为乙设定抵押权，于登记前受破产宣告而丧失处分权时，纵为登记，乙亦不能取得抵押权。又例如，甲出卖某屋给乙，在订立书面物权契约之后，办理登记之前，甲之债权人丙对该屋查封者，甲对该不动产所为之处分，对于其债权人丙，不能生效。一九六一年度台上字第二〇八七号判例略称谓：“不动产经查封后，债务人将其所有权移转于第三人者，其移转行为对于债权人不生效力，业经本院著有判例。为贯彻查封之效力起见，债权人自得禁止债务人为处分其财产之行为，是该不动产所有权移转登记日期即在上诉人申请法院查封以后，被上诉人以上诉人此项处分行为为无效而诉请涂销其所有权移转登记，自非法所不许。”可资参考。<sup>〔2〕</sup>

（3）意思的因素与公示必须互相一致。例如，甲出卖A地给乙，而地政机关误登记为B地时，乙既未取得A地所有权，亦未取得B地所有权。就A地而言，因未登记，

〔1〕 Baur, S. 39f.

〔2〕 详阅骆永家：“查封效力之相对性”，《民事法研究》II《台大法学丛书》（四十五），一九八六年，初版，第一六九页。