

王泽鉴法学全集（第四卷）

# 民法学说与判例研究

【4】

中国政法大学出版社

# 医药研究与新药研发

医药研究与新药研发

医药研究与新药研发

## 图书在版编目(CIP)数据

王泽鉴法学全集·第四卷,民法学说与判例研究④/  
王泽鉴著. —北京:中国政法大学出版社,2003.9  
ISBN 7-5620-2486-3

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 077274 号

---

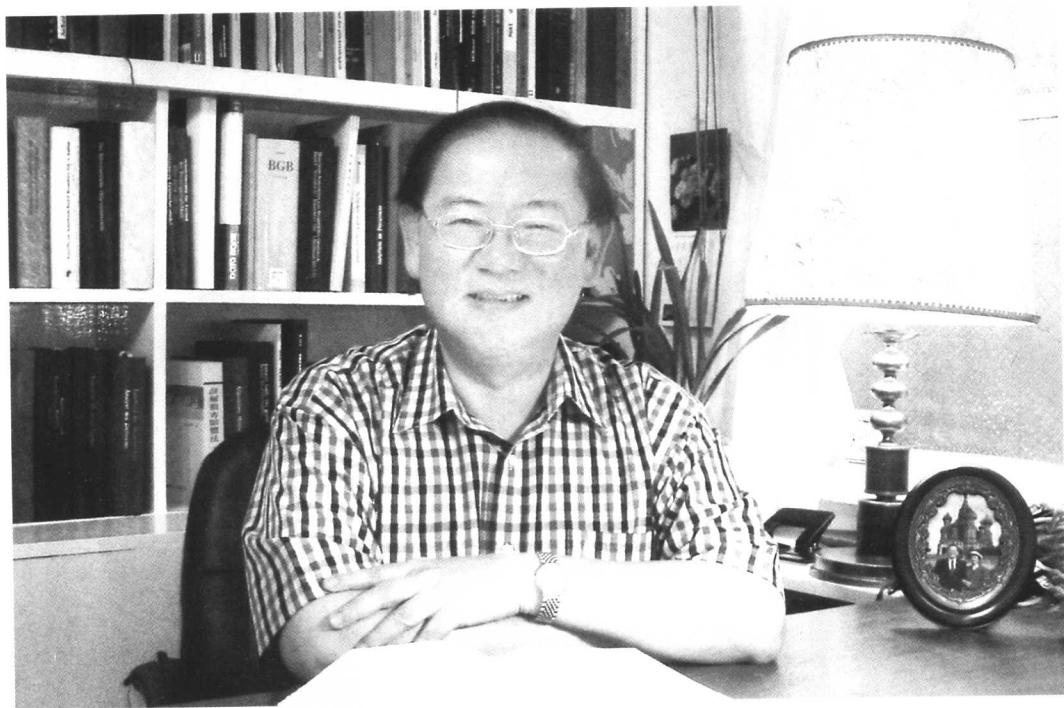
书 名 王泽鉴法学全集·第四卷  
——民法学说与判例研究④  
出 版 人 李传敢  
出版发行 中国政法大学出版社  
经 销 全国各地新华书店  
承 印 清华大学印刷厂  
开 本 787×960 1/16  
印 张 25  
字 数 245 千字  
版 本 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷  
印 数 0 001 - 2 000  
书 号 ISBN 7-5620-2486-3/D·2446  
定 价 66.00 元

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

## 2 序言

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

法学上之发现 .....	(1)
无效法律行为之撤销 .....	(27)
纯获法律上之利益 .....	(40)
第一—三条规范功能之再检讨 .....	(61)
土地重划完毕，所有权状换发后出卖人应即办理所有权 移转登记 .....	(87)
债之关系的结构分析 .....	(94)
出卖他人之物与无权处分 .....	(145)
再论“出卖他人之物与无权处分” .....	(160)
二重买卖 .....	(173)
为被害人支出医药费、无因管理及代位 .....	(193)
法定扶养义务人为被害人支出医药费之求偿关系 .....	(201)
互开支票利用未能兑现与不当得利 .....	(219)
出租他人之物、转租与不当得利 .....	(232)
添附与不当得利 .....	(246)
对未出生者之保护 .....	(271)

2 目 录

侵害生命权之损害赔偿 .....	(312)
因侵权行为负债务者之拒绝履行权及不当得利	
请求权 .....	(339)
抛弃继承与诈害债权 .....	(357)
税捐、工资与抵押权 .....	(372)



## 法学上之发现<sup>\*</sup>

此为 Hans Dölle 教授在第四十二届（一九五八年）德国法学家年会的专题演讲。原文为 Juristische Entdeckungen，旨在说明法学上发现的意义，并就代理权授与、缔约上过失、形成权、法律上双重效果、积极侵害债权、国际私法上法律关系本据说及定性等问题，作个案的阐释。原文用词优美，颇富哲理性，流传甚广，备受赞誉，特予译出，以供学者参考。惜余欠文学修养，译文不雅，希读者原谅。Dölle 教授再三肯定法学理论的人文卓越贡献，吾人固深受鼓舞及激励，但 Dölle 教授又感伤地谈到每一位法学者所遭遇的命运：“他的创见于开始之际，被讥为异端邪说，最后则被贬为陈腔滥调，他所享有的，只是在此两极之间短暂胜利的喝彩。”伟大法学上的发现，尚且如此，吾人所从事之法解释学上零碎的研究，终必掩盖尘埃，成为废纸，企望片刻的拍手，亦不可得，其可自我慰藉者，乃是尽其些微心力，共同参与追求真理的漫长行列而已！

---

<sup>\*</sup> 以下注解，悉照原著，由译者所增加提供之中文相关资料特别注明，以供参考。

## 一、概 说

在德国法学家年会中，宣布将以“法学上的发现”作为专题演讲的题目，必然会引起一些诧异和陌生的感觉，这是可以理解的。因为“法学上的发现”这个概念，究何所指，与法律具有何种关系，初视之下，诚难了解。谈到“发现”，大家通常都会想到自然科学的领域。如所周知，自然科学上的发现，在于找出自然领域中尚未为人所知的现象或法则。放射线及原子分裂的发现，就是最显著的例子。然而，对我们所研究的法学而言，所谓“发现”，究竟具有何种意义？

我个人深信，法学界亦有真正的发现，并且认为从此项观点去了解那具有持续性认识作用的法学上高度成就，实在深具意义。关于此点，在我对自然科学上的发现与法学上发现的本质加以比较之后，将益臻明显。

关于自然科学的发现，必须区别基于观察而为的发现，以及基于认识（Erkennen）而为的发现。一个动物学家找到了某种不为人知的动物时，无疑的，作了一个发现，因为他观察到以前未曾见过、一般被认为不存在的事物。我们称之为观察行为（Akt des Wahrnehmens），绝无贬低其价值的意义。要从事观察，必须具备专门的知识、敏锐的思考及综合判断的能力。自然科学如此，社会科学亦不例外。Niebuhr 于一八一六年在意大利 Verona 城的一个图书

馆，发现了罗马古典时期大法学家盖尤斯氏的巨著“法学阶梯”时，也作了一个真正的发现，为我们的科学，尤其是法制史及法学理论上的认识，发掘到一些基本而一直为人所不知的材料，这确实是一项具有重大价值、辉煌成就的观察行为。但是，这种性质的发现并不是法学上固有意义的发现，它只是支持我们对于法学的认识，其本身并未直接产生作用。关于这类发现，在此不拟详加论述。

我所要说明的是，那些基于思辨行为（Spekulative Akte）的发现。这类发现使我们能够认识到迄至目前尚未被人知悉的特定规则上的关连。对自然科学而言，此种研究性的思辨，究竟利用实验或其他方法以得到其结果，并无不同；它的成果在于使某种自然现象的本质获得解释，可以依据一个基本命题（或假设），将所有现象组成一个没有矛盾的概念世界，我们称之为自然法则。在法律学方面，是否亦可发现相类似的规则？其答案应属肯定！

法律人处理问题时，善用类推适用。所谓类推适用，系指某法律规定的构成要件与须要判断的事实，基本上相类似时，应将前者的法律效果适用于后者，以达到合乎法律规范意旨的妥适结果。关于我们所讨论的问题，也可以采用这种方法加以处理。因此，所应探讨的是，什么是发现的本质？

显然，发现的本质不是在于其客体，也不是在于对那隐藏于特定领域中规则的发掘。发现的本质在于发现行为本身，也就是在于那阐释迄至目前为止在人文精神上仍属幽暗不明的洞烛力。假设此一见解无误，则亦有法学上的

发现，殆无疑问，<sup>〔1〕</sup> 若干具有创设性法学上的成就，指引着我们去认识法律现象上特定的关连及本质规则。诚然，法律现象与自然事态不同，全属规范性质，整个法律领域，乃是人类意志和当为（Sollen）的产物，为文化的一个部门。因此，法律领域内的发现与自然科学的发现不同，系属当然，但此实无害于发现的本质，二者均属于一种创造性的认识行为。所谓发现，必须具备两个构成因素：第一，须有某种程度的自发性，可以使我们了解发现者的具体成就系属一种具有独立性、足以促进认识的行为；第二，须具有某种程度的作用，可以使我们基于此种新的认识将我们的思考置于新的基础之上，而指示其新的发展途径。此二项要求，对自然科学的发现与人文科学的发现，均有适用余地。惟必须承认的是，“发现”与那些不具充分自发性或效果的认识，有时难以划分界限。此种情形绝难避免，只能由个人去判断，但是众所公认具有发现性质的事例甚多，以下拟就我所熟悉的民法和国际私法的领域中，举出实例数则加以说明。

## 二、Laband 关于代理权授与 及其基础关系之理论

关于我所要说明的第一个事例，是否确实可以称为法

---

〔1〕 Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II 2. 6./7. Aufl. (1923), S. 370, 曾将那具形成性的法学理论构成称为发明（Erfindung），并认为其任务在于适当地形成法律上之各种制度。

学上的发现，或许值得怀疑，因为它所涉及的，并不是对向来完全隐藏的法学上的规则作了一个全属自发性的、崭新的、令人惊奇的阐释，而是一个长期以来早已飘浮于空中的理论，如今终于经由一位学者的说服力及其敏锐的表达方式，而使我们对它有所认识，不再怀疑其提出命题的正确性。我所指的是 Laband 于一八六六年在《商事法杂志》（*Zeitschrift für Handelsrecht*）上发表的论文中所论述的“代理权授与及其基础关系之区别”（*Unterscheidung der Vollmacht von dem ihr zugrunde liegenden Verhältnis*）。简言之，也就是代理权授与及委任（*Auftrag*）的区别。<sup>〔1〕</sup> 如所周知，罗马法学家始终未能提出一个关于代理权授与的抽象概念。<sup>〔2〕</sup> 对于罗马人的法律生活而言，代理的思想，虽非全属陌生，但是在私法交易上最重要的领域——债之契约，迄未建立直接代理制度。“代理”的概念既属欠缺，代理权授与的理论，自然无从发展。在德国普通法，于十九世纪之后，代理制度虽然已为习惯法所承认，惟当时学说认为代理系其基础法律关系的外部层面，应受规律此一基础关系规定的支配。依此见解，代理权授与及内部执行职务权限乃同其范围，同其期间。意定代理通常亦被认为是委任关系的外部行为。<sup>〔3〕</sup> 因此，依昔日的学说，代理、代理权授与及委任契约殆属同一意义，认为代理权的授与恒以

〔1〕 Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, *Zeitschrift für Handelsrecht* 10 (1866), S. 183ff. 译者附注：关于代理权授与独立性之基本问题，参阅梅仲协：《民法要义》，第一〇三页。

〔2〕 Hupka, Die Vollmacht (1900), S. 7f.

〔3〕 Glück, Pandekten xv (1813), S. 239ff.; Puchta, Pandekten, 12. Aufl. (1877), § 32.

委任契约为其基础，与之同时成立或消灭，普鲁士邦法、奥地利民法及法国民法都采此传统的见解。<sup>〔1〕</sup>

Rudolf von Jhering 首先强调委任与代理的并存在其本质上纯属偶然，受任人无代理权者有之，代理人未受委任者亦有之。<sup>〔2〕</sup> Jhering 虽然有此认识，但仍认为委任是意定代理惟一可想像的发生原因，迄未能摆脱代理权授与和委任是一物两面的传统观念。<sup>〔3〕</sup>

在德国商法典（Das Deutsche Allgemeine Handelsgesetzbuch）制定之后，德国学者才开始认识到，代理权的授与，就其发生、范围及存续期间而言，实在可以从构成其基础之事务执行关系中脱离出来，因此也感到传统见解未尽妥适，必须放弃将代理权与基础关系视为“一体”的理论。Laband 是当时倡导此项新学说的发言人。他阐释了当时已被感觉到、多少已有认识，但是迄未为众人所确认的基本论点。假如没有德国商法典的规定以及此一法典立法者的准备资料，Laband 必然无法提出委任与代理权应予区别的证 据。Laband 亦利用此机会澄清了长期以来为人所误认的关于无因管理及无权代理的差异。<sup>〔4〕</sup> 惟应注意的是，Laband 认为代理权的授与不是基于单独行为，而是基于一个应与

---

〔1〕 Preussisches Allgemeines Landrecht（普鲁士邦法）113 § 6：“Die Willenserklärung, wodurch einer dem anderen das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt”（授与他人有为其执行事务权利之意思表示，称为委任或代理权）。奥地利民法（Österreichisches. ACBG）§ 1002 及法国民法（Französischer Code Civil）第一九八四条均设有类似规定。

〔2〕 JheringsJahrb. I（1857），S. 312.

〔3〕 Hupka, S. 12.

〔4〕 Laband, S. 207, 229ff.

基础关系区别的代理权授与契约 (Bevollmächtigungsvertrag),<sup>[1]</sup>显然的,在此种见解中尚残存着传统“代理权与委任一体性”的看法,由此可知,要克服根深蒂固的观念,是如何的困难!

当我们从在此所讨论“发现”的观点去省察此项法律理论发展史的过程时,一方面认为它欠缺必要的自然性,一方面或会提出如下的疑问:代理权与其基础关系的分离,系以一项确信作为前提要件,即此二者所涉及的,是两种不同的法律现象,其经由新的认识所修正的,仅是其彼此间的相互结合关系,或是此项结合的本质必要性而已。此项论点虽属正确,但问题并非如此简单。显然,我们必须认为真理的发现是一个渐进的精神过程,许多人参与其间,首先是对代理权与其基础关系相互关连性产生怀疑,最后终于获得了一项认识,即:前者系法律上之能权 (das rechtliche Können),在一定的要件下,得直接对另一法律主体产生一定的法律效果;后者(基础关系或内部关系)则在决定某人得以直接效力为他人计算而行为,使该他人因此对行为人取得权利或负担义务。我们可以这样说, Jhering 首先阐明代理权与委任的区别, Laband 则强调此二个法律现象彼此间的独立性。<sup>[2]</sup>诚然,丹麦法学家 Ørstedt 对代理权授与与委任间的关系,曾提出一个较当时

[1] Laband, S. 208. 译者附注:关于代理权授与的各种理论,尤其是代理权授与契约说,参阅洪逊欣:《民法总则》(一九六七年修订初版),第四五一页。

[2] 参照 Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955), S. 2 Anm. 7, 8.

学说为精确的区别。<sup>[1]</sup>但是也只有等到 Laband 氏的论文发表之后，北欧传统的委任说（Mandatstheorie）始被克服。此种新的认识影响深远，遍及全球。瑞士民法及德国民法<sup>[2]</sup>固不必论，日本、瑞典、丹麦、挪威、芬兰、波兰、意大利、希腊、捷克的民法和台湾地区现行民法亦均采取新的理论。<sup>[3]</sup>英国法及美国法虽然也区别代理权授与及其基础关系，<sup>[4]</sup>但是尚未能贯彻 Laband 所提出的代理权授与无因性理论。大陆法系国家，例如法国及奥地利，<sup>[5]</sup>在立法上虽受传统“一体说”的影响，但判例及学说均致力于扬弃传统见解，采取于法典实施后新创设在法律上并无拘束力的理论。<sup>[6]</sup>

基上所述，可知关于代理权的真正本质及其与基础行为间正确关系的发现，最初虽遭到强烈的异议，<sup>[7]</sup>今天则已征服了全世界。所应注意的是，此项领域的发展，并非

[1] Örstedt, Handbuch über die dänische und norwegische Gesetzeskunde VI (1835), S. 1ff.

[2] 参阅德国民法第一六四条以下，瑞士债务法第三十二条以下。

[3] 参阅 Müller-Freienfels, S. 2-3 Anm. 13-22 所附之资料。译者附注：现行民法关于代理权之规定计有第一〇三条至第一一〇条，第一六七条以下。第一六七条规定：“代理权系以法律行为授与者，其授与应向代理人或向代理人对之为代理行为之第三人，以意思表示为之。”立法理由略谓：“查民律草案第二二一条理由谓授与意定代理权之行为，是有相对人之单独行为，非委任，亦非他种契约也。”由此可知，现行民法已严格区别委任与代理权授与，并明定代理权之授与系属单独行为。详阅胡长清：《民法债编总论》，第六十六、六十七页。

[4] 参阅 Müller-Freienfels, S. 3 Anm. 23.

[5] 参阅本书第五页注 [4]。

[6] Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil français VI (1930), Nr. 55; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Traité de droit civil I (1953), Nr. 104; Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Aufl. (1951), II S. 271; Klang (-Swoboda), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II 2 (1934), Anm. IV zu § 1002.

[7] 参阅 Hupka, S. 13ff.



停滞不进，对表面上稳定的理论，仍须经常加以检讨，尤其是关于中性行为之理论。<sup>〔1〕</sup> Müller-Freienfels 曾致力于证明在代理权授与及以其为基础由代理人所缔结之法律行为间存在着某种特殊的、法律判断上极具重要性之关连。<sup>〔2〕</sup> 我们必须要以将来获得的新认识来修正目前的论点，这就是科学本质的所在。然而不能不特别强调的是，假若没有代理权本质的“发现”，其后的发展，殆难想像。

### 三、Jhering 关于缔约上过失的理论

现在我所要讨论的第二个法学上的发现，是关于 Jhering 的“缔约上过失”（culpa in contrahendo）。此所涉及的问题是，一个法学家秉其分析天才，受其正义感的驱使与强烈社会认知能力的指引，对特定生活事实的法律判断获得一个崭新的理论，因而使我们能对那看来正被根深蒂固的观念及实定法的规定所排除的，给与公平合理的结果。Franz Wieacker 在论及 Jhering 的伟大法学理论上的发现时，亦将“缔约上过失”列为其中之一。<sup>〔3〕</sup> 关于“缔约上过失”，每一个德国读法律的人皆耳熟能详，在此仅作简单的说明。

从现代（法典化）法律的观点而言，应该承认如下的

〔1〕 Dölle, Neutrales Handeln im Privatrecht: Festschrift Fritz Schulz II (1951), S. 268ff.

〔2〕 参阅 Müller-Freienfels, S. 8.

〔3〕 Wieacker, Rudolf v. Jhering, Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage (1942), S. 19. 20.