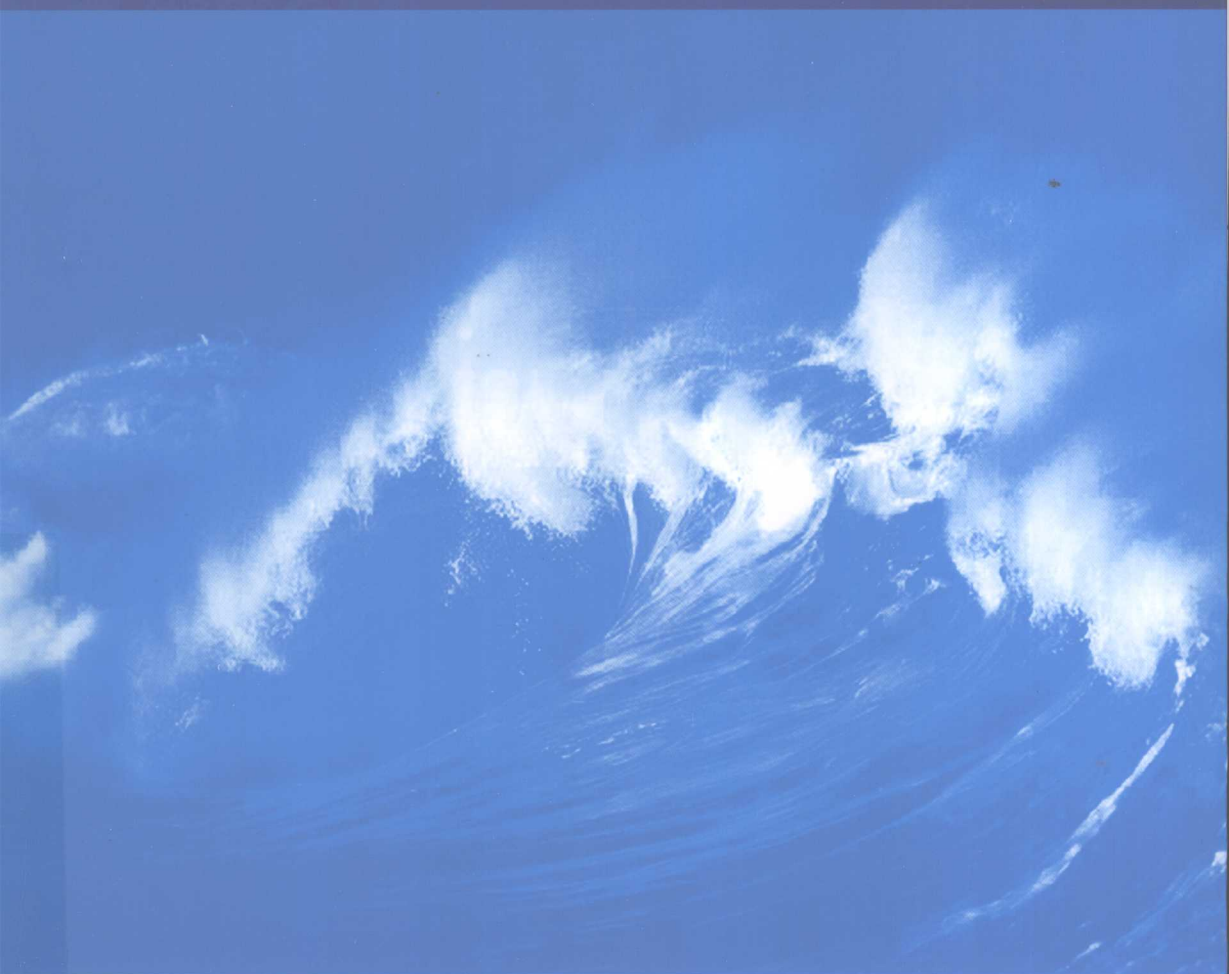


三元法学文丛

郑冠宇 / 著

物权法之理论与变革



科学出版社
www.sciencep.com

三元法学文丛

物权法之理论与变革

郑冠宇 著

科学出版社

北京

内 容 简 介

我国改革开放三十年的民法理论建设,自始至终与我国台湾地区的民法理论发展密切地关联在一起。由于两岸文化传统的同源性,两岸民法理论与制度也必然具有某种程度的趋同性。因此,加强对台湾地区民法理论与制度的了解,也是我国民法理论与制度现代化的必由之路。在我国《物权法》的制定过程中,台湾地区“民法”物权编一直是一个重要的参照蓝本。而我国台湾地区“民法”物权编目前正面临着重大修正,并且已经于2007年对其中的“担保物权”部分作了重大修正。因此,我们有必要了解其修法的过程、理论、理由和具体的制度构建。本书是作者亲自参与修法时的一些研究心得,对我国台湾地区“物权法”之理论发展与制度变革的一些重大问题,作了全面而深入的研讨。

本书可供民法学者、研究生和本科生在科研工作中参考阅读,也可供实务部门的工作者从事比较法解释时参考阅读。

图书在版编目(CIP)数据

物权法之理论与变革/郑冠宇著. —北京:科学出版社,2009

(三元法学文丛)

ISBN 978-7-03-023990-7

I. 物… II. 郑… III. 物权法-研究-中国 IV. D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第017221号

责任编辑:徐蕊 李俊峰/责任校对:陈玉凤

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社 出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

丽源印刷厂 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2009年3月第 一 版 开本:B5(720×1000)

2009年3月第一次印刷 印张:14 1/4

印数:1—2 500 字数:270 000

定价:37.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈新欣〉)

编委会名单

主 任 郭明瑞 房绍坤

组成人员 (按拼音顺序排序)

房绍坤 郭明瑞 胡华强 金福海 潘维大
汤 唯 唐广良 汪建成 杨立新

秘 书 长 张平华 徐 蕊



丛书序

为拥有自己的文库，打造学术品牌，在科学出版社的鼎力支持下，烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名？盖因烟大校园中心有一湖，名曰“三元湖”。“三元”者含义有三：一者古有连中三元之说；二者，烟大为地方出资，北大、清华援建而成；三者湖面一分为三。三元湖中，三个圆形湖面，心心相连；湖心有岛，湖上横跨小桥，四周翠柳环绕。春来鸟语花香，闲观鱼翔浅底；冬去冰雪沉卧，平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声，徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风，感受到的是远离尘嚣的寂静，读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中，始建于1984年的烟大法学专业，已走过了23个年头。期间，三元湖见证了烟大法学的风雨历程，分享着烟大法律人的喜悦和失意；见证着办学规模由起初的不足百人而至今天的上千人，送走了一批批朝气蓬勃的学子；见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼，期待着法学院的日新月异。变幻的是时空，但不变的是烟大法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证！

三元湖懂得感恩，三元湖水或涌于地下，或来自天上，涓涓溪流滋养着她、滂沱大雨浇灌着她，三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑，记载下了北大、清华、烟台市及各方力量在创办烟大、建设烟大的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达，他们的进步凝聚着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字，藉此公告世人、报恩于世人？

三元湖是俊秀的，但她懂得领略东门外一望无际的黄海；三元湖是安静的，但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟大法律人不要在湖光山色中沉醉，不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身后的路标，它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了我国十余名知名学者组成编委会，掌管文丛方略大计；我们将以质量为文丛之生命，以学术性为追求指标，坚持宁缺毋滥的原则；我们期望烟大法律人（文丛的作者包括了烟台大学法学院现任专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师，烟大法学院的校友等）能在这一舞台上自信地展示自己，哪怕所展示的还不值得称道；真诚地奉献自己，哪怕所奉献的成果还显青涩；要勇敢地舞台上走下去，哪怕不知道路在哪里。

本文丛有如下特点：

“广”。内容涉及民、商、刑、法理、诉讼法等诸领域，研究范围广泛，信息量大；同时，最大限度地展现各专业领域最新研究进展和成果，为广大读者献上全面而内容丰富的学术大餐；

“精”。内容“广”而不乏“精”，内容详实而不乏力度。突出重点，力求在“面”的基础上使每个“点”论证更加精道；抓住事物本质，解决问题根本；关注难点、热点、疑点、争点，排疑解难；

“时”。内容博、深而具前沿性、前瞻性，以深厚的法学理论为积淀，植根法学研究，紧随现实动态、捕捉学术讯息，探讨时事热点，服务中国法治建设。

法学理论博大精深，法学研究之路历程艰辛，在奋进前行的过程中难免彷徨或焦躁，在自我展示中也恐错误纰漏浮然。若蒙读者不吝指正，将不胜感激！

郭明瑞

2007年8月26日

目 录

丛书序

第一章 物权行为无因性之突破	1
一、物权行为无因性理论	2
二、物权行为无因性理论之突破	3
第二章 意思表示瑕疵与善意受让	18
一、不得对抗善意第三人与交易安全之保护	20
二、现行法关于不得对抗善意第三人之规定	22
三、现行法规定之缺失	30
第三章 不动产物权移转之形式要件	42
一、现行制度	44
二、“民法”债编与物权编之修正	45
三、债编修正所可能产生之问题	48
四、德国法之规定及其意义	50
第四章 占有的相关法律问题之探讨	56
一、占有之让与	57
二、占有之善意受让	58
三、占有人与回复请求人间之权利义务	66
第五章 动产与不动产之附合	76
一、规范目的	76
二、构成要件	79
三、法律效果	85
四、基于一定权利得使用不动产	99
第六章 动产与动产之附合及混合	104
一、规范目的	104
二、动产与动产之附合	106
三、动产之混合	114
四、赔偿金之返还	128
第七章 不法管理、添附与不当得利——评“最高法院”二〇〇二年度台上字第八八七号判决	130
一、问题之提出	132

二、判决评释·····	133
第八章 抵押权之修正与适用 ·····	145
一、抵押权之特性·····	146
二、抵押权之取得·····	149
三、抵押权担保债权范围之修正·····	150
四、抵押权担保标的物范围之修正·····	151
五、抵押权之效力·····	154
六、抵押权之实行·····	163
七、共同抵押之修正·····	166
八、物上保证人之权利·····	174
九、最高限额抵押权·····	176
十、其他抵押权·····	184
第九章 动产质权之修正与适用 ·····	185
一、动产质权之定义·····	185
二、动产质权之取得·····	186
三、动产质权担保债权范围·····	190
四、动产质权担保标的物范围·····	191
五、动产质权之效力·····	192
六、动产质权之实行·····	197
七、最高限额质权·····	199
八、质权之消灭·····	200
第十章 留置权之修正与适用 ·····	203
一、留置权之意义·····	203
二、留置权之取得·····	205
三、留置权之效力·····	213
四、留置权之消灭·····	217

第一章 物权行为无因性之突破^①

引 言

物权行为无因性理论 (Abstraktionsprinzip), 在民法体系中, 不但对初习法律者常造成困惑与不解, 即使是富有经验之法律人, 亦常有触礁之可能^②。此种完全袭自德国法之纯粹抽象思维的制度^③, 因与现实生活脱节^④, 再加上日耳曼法关于善意受让制度之见诸于今日法典, 更使得物权行为无因性理论几乎丧失了其原有之保护交易安全的功能^⑤, 而造成对其存在之必要性的质疑, 至今未曾中断^⑥。鉴于上述物权行为无因性理论之特殊性 (Eigentümlichkeit), 使得向来以法制自傲之德国, 在备受批评而又无法不与之相存的两难情况下^⑦, 学界及司法实务遂致力于减弱其效力^⑧, 而将物权行为无因性理论之适用范围, 在特定情形下加以限制, 进而突破物权行为无因性之理论。此种物权行为无因性相对化之理论, 特别表现在瑕疵共同 (Fehleridentität)、条件关联 (Bedingungszusammenhang) 以及法律行为一体性 (Geschäftseinheit) 三种情形。台湾“民法”因

① 本章原载于台湾《法学丛刊》第43卷第4期, 1998年10月, 第59~72页。

② 王泽鉴:《民法总则》, 2006年, 自版, 290页参照。

③ 物权行为无因性理论, 乃德国历史法学派创始人萨维尼 (Friedrich Carl v. Savigny) 解释罗马法所创设之制度, 详见王泽鉴:“物权行为无因性理论之探讨”,《民法学说与判例研究(一)》, 1996年, 自版, 275、276页; Brand: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, 1940, S. 66 ff.; Felgentraeger: Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, 1927, Diss. Göttingen, S. 31 ff.; Hammen: Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1983, S. 147 ff.。

④ 对法律门外汉而言, 实无法想象, 何以一完整之买卖过程, 须被划分为三个独立之法律行为。

⑤ 唯有在债权让与之处分行为, 该债权非属于让与人所有, 而受让人无法主张善意受让之情形, 无因性理论始有其存在之意义, vgl. Brox, AT, 12. Aufl., Rn. 119.

⑥ Vgl. Rother, AcP 169, 1 ff.; Wiegand, AcP 190, 113 ff. jeweils m. w. N. 关于学者之批评见解在全,《民法物权论(上)》, 2004年, 自版, 96、97页。

⑦ Palandt/Heinrichs, Überl. v. § 104, Rn. 22; Rother, AcP 169, 2: “Statt des früheren Reformers herrscht heute wohl eher die Meinung, daß man... mit dem Abstraktionsprinzip leben müsse.”; vgl. auch Baur, SachR, § 51 VIII 1.

⑧ 早在1904年, 帝国法院 (RGZ 57, 95, 96) 即承认, 可依据当事人之意思, 而影响物权行为无因性之效力 Eicher, ZHR 107, 18 Fußn. 2.

系继受德国学说,关于物权行为无因性之理论,学者早已为文介绍^①,教科书上对此均有论及^②,而司法实务亦趋于承认^③。但对于物权行为无因性理论之突破,则鲜有深入之探讨,其实际之应用如何,实务之见解亦付之阙如,其有因此而物权行为无因性理论之突破而产生误解者,恐亦在所难免。本文之目的,不在于就物权行为无因性理论为任何“是”与“非”之价值判断,仅在实证之法律体系中(Rechtsdogmatik)就物权行为无因性突破之可能性,加以检验而已。

一、物权行为无因性理论

原则上,任何法律行为所导致之财产上之变动(Vermögenschiebung),均有其法律上的原因,物权行为如此,债权行为亦复如此,而物权变动之法律原因,则为债权行为,无法律原因之物权变动,在现实生活中实无法想象^④。台湾“民法”将债权行为与物权行为分离(Trennungsprinzip),而分别规定于债篇及物权篇,不动产物权之变动,须依第758条及760条之规定,以登记及书面合意为其生效要件,而动产物权之移转,则须依第761条第1项之规定,以交付及让与合意为其生效要件^⑤。所谓物权行为无因性,乃指物权行为有其本身独立之效力,不受其原因行为效力之影响,原因行为有自不成立、无效或撤销之事由时,并不必然导致物权行为亦不成立、无效或撤销。以不动产买卖为例:不动产所有权移转之法律上原因,源自买卖契约所生之出卖人的义务(§ 348 I^⑥),买卖契约纵然无效,买受人仍可依有效之物权行为取得不动产所有权。买受人此时所取得之不动产所有权,仅系因债权行为无效而欠缺法律上的原因,故买受人须依不当得利之规定(§ 179),对出卖人负有返还该不动产所有权之义务。然在返还之前,买受人仍可以所有权人之身份,将该不动产所有权有效地移转于第三人,其

① 王泽鉴:“物权行为无因性理论之探讨”,《民法学说与判例研究(一)》,1996年,自版,275、276页,刘得宽:“对物权行为独立性与无因性之探讨”,《民法诸问题与新展望》,1997年,自版,463页以下。

② 史尚宽:《物权法论》,1969年,自版,22页以下;李肇伟,《民法物权》,1969年10月台五版,自版,57页以下;郑玉波,《民法物权》,1989年修订11版,自版,37、38页;王泽鉴:《民法物权(一)》,2002年,自版,86页以下;谢在全:《民法物权论(上)》,2004年8月修订三版,自版,82页。

③ 以往实务上虽未明确采用物权行为无因性理论,但却明确区分债权行为与物权行为,并个别判断其效力,如“最高法院”1941年上字第441号;1970年台上字第1534号;1981年台上字第453号判例,而“最高法院”1994年度台上字第1010号判决及“司法院”1995.7.7.(84)厅民一字第13341号函复台“高院”(民事法律问题研究汇编(九),115页以下)则明确承认物权行为无因性。

④ 详见王泽鉴:“物权行为无因性理论之探讨”,《民法学说与判例研究(一)》,1996年,自版,275、276页。

⑤ 王泽鉴:《民法物权(一)》,2002年,自版,86页以下参照。

⑥ 法条之引用,未加注明者,系指台湾“民法”而言。

债权人亦可对属于买受人之不动产为强制执行。此种物权行为不受债权行为效力之影响的特性，特别是在买受人为限制行为能力人时，若其法定代理人拒绝承认该买卖合同，则该买卖合同为无效（§ 79），但不动产所有权之移转，仍可发生效力。盖不动产所有权之取得，对限制行为能力人而言，为一纯获法律上之利益。因此，纵为限制行为能力人，亦不需其法定代理人之同意，仍得独自为有效之物权行为（§ 77 但）。此种物权行为之效力不受其原因行为效力之影响的特性，德国学者 Jahr^① 特将之称为物权行为的外部无因性（äußerliche Abstraktion）。此外，就物权行为本身而言，系以物权之变动为其法定之唯一内容，为一中性行为，不具伦理色彩，因此不可能有违反公序良俗之情形，此种物权行为本身独立于其目的之外的特性，Jahr 则将其称之为物权行为的内部无因性（inhaltliche Abstraktion）^②。吾人通常所称之物权行为无因性，实系就外部无因性而言，亦即所谓物权行为无因性之突破，原则上系指物权行为之外部无因性的突破。

二、物权行为无因性理论之突破

物权行为与债权行为系彼此分离之二行为，物权行为（外部）无因性，如上所述，系指物权行为具有独立之生效要件，不受其债权行为（原因行为）效力之影响。然若物权行为独立之生效性，受到债权行为效力之影响，而与债权行为同其命运，债权行为不成立、无效或撤销，物权行为亦因而不成立、无效或撤销时，物权行为在效力上即从无因成为有因^③，无因性即遭突破，其可能之情形有下述三种。

（一）瑕疵共同（Fehleridentität）

所谓瑕疵共同，系指物权行为及其原因行为共同具有影响其效力之瑕疵原因，凡影响债权行为效力之瑕疵，亦成为影响物权行为效力之瑕疵，以至于二行为均因同一瑕疵而不生效力。由于物权行为及债权行为均系法律行为，均以意思表示为其要素，因此“民法”总则篇关于意思表示之规定，均须加以适用^④，从

① Jahr, AcP 168, 14 ff.; Baur, SachR., § 5 IV 1; Larenz, SchuldR II/1, § 39 II a (Fußn. 5); Medicus, AT, Rn. 225; Jauernig/Jauernig, vor § 854 Anm. IV2; Staudinger/Ertl, § 873, Rn. 33.

② Brandt: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, 1940, S. 66 ff.; Felgentraeger, S. 70 又称此为功能的无因性（funktionelle Abstraktion）。

③ 关于物权行为有因或无因之理论，请参考王泽鉴：《民法物权（一）》，2002年，自版，80页。

④ 王泽鉴：“民法总则编关于法律行为之规定对于物权行为适用之基本问题”，《民法学说与判例研究（五）》，1996年，自版，41页以下参照。

而对于意思表示之效力具有影响之瑕疵原因,即可能造成物权行为与其原因行为共同之瑕疵原因,下述之情形,即为其较显著者。

1. 欠缺行为能力

法律行为之生效,原则上系以行为人具有完全行为能力或限制行为能力人获得其法定代理人同意为要件。行为人在为法律行为时,欠缺此一行为能力之要件,无论其所为系物权或债权行为,除对限制行为能力人系属纯获法律上利益之情形外(§ 77 但),均不生效力。若债权行为与物权行为在时间上系同时或先后为之,而行为人在为此些行为时,均欠缺行为能力,则其欠缺行为能力,即成为债权行为及物权行为之共同瑕疵原因。例如禁治产人所订立之买卖契约,及因之所为的物权移转合意,均系无效。

2. 通谋虚伪意思表示

表意人与相对人通谋而为虚伪之意思表示,其意思表示无效(§ 87 I)。其基于通谋虚伪意思表示所订立之契约,即不生效力。若当事人通谋所订立者系债权契约,其后更进而因此为物权移转之行为,除该通谋之债权契约隐藏有他项法律行为外(§ 87 II),其基于通谋之债权契约所为之物权移转,亦由于通谋虚伪意思表示而无效。从而通谋虚伪意思表示,即为债权行为与物权行为之共同瑕疵原因。例如债务人为逃避债务之清偿,而与他人订立不动产假买卖契约,并因此而为不动产所有权移转,以达其隐匿财产之目的。该买卖契约与不动产所有权移转,均因通谋虚伪意思表示而无效。然若为逃避税捐,而以假买卖实赠与的方式,所为之不动产所有权买卖契约及所有权移转行为者,此时买卖契约固因通谋虚伪意思表示而无效,但其所隐藏之赠与契约,则仍为有效。至于所有权之移转行为,则因双方均有移转所有权之意思,而非通谋虚伪意思表示,故仍有效。

3. 错误

无论是债权行为或物权行为,行为人均可因意思表示错误而撤销之(§ 88)。意思表示之错误发生在债权行为者,例如出卖人不知误写买卖标的物之价金,而依约交付该买卖标的物。至于仅在物权行为发生错误之情形,其原因行为并不当然发生错误,例如出卖人为履行买卖契约而抓错买卖标的物,同时依让与之合意而交付之^①。在上述二例,由于表意人仅得单独就发生错误之法律行为加以撤销,使其溯及地无效(§ 114 I)。未发生错误之法律行为,因不具有撤销之原因,在物权行为无因性之前提下,其效力并未因发生错误之意思表示被撤销而受影响,因此并不存有所谓瑕疵共同之情形。

有问题者,在于原因行为之错误是否亦可成为物权行为之错误,影响其效

^① 王泽鉴:“物权行为错误与不当得利”,《民法学说与判例研究(五)》,1996年,自版,149页以下参照。

力,而具有瑕疵共同之情形?由于错误之型态不一,内容各异,故不可对此一概而论,而需就其个别之型态,分别加以说明:

1) 内容错误

就内容错误而言,原则上应予否认,盖物权行为与债权行为之内容不尽相同^①,物权行为仅以物权之变动为其法定内容,其所涉及之物权变动,纵不符合债权行为之内容,原则上仍系当事人所欲为之物权行为,而无错误可言,以买卖为例,在物权移转之法律行为中,其内容仅为“我将此标的物之所有权移转于你”,而非“我基于买卖契约而将此标的物之所有权移转于你”^②,因而当事人纵对债权行为之内容发生错误,物权行为仍不受其错误之影响。但在同一性错误时,无论系当事人本身之错误(error in persona),或是标的物本身之错误(error in objecto),此时债权行为与物权行为均会受错误之影响,而具有瑕疵共同之情形。例如甲欲将其汽车出卖于丙,却误认乙为丙,而与之订约,并依让与合意而交付之,甲之所以与乙订立买卖契约以及为物权之移转,均系因其缔约对象之同一性错误所致,故甲可主张撤销^③债权行为与物权行为^④。

2) 表示错误

通常之情形,错误除可能仅单独存在于债权行为外,如上述出卖人不知误写买卖标的物之价金,而依约交付该买卖标的物^⑤,亦可能仅单独存在于物权行为中,如出卖人为履行买卖契约而抓错标的物^⑥,同时依让与之合意而交付之情形。但在债权行为与物权行为同时为之时,错误存在之情形,则仍须依个别情形而判断。债权行为与物权行为因表示错误而具有瑕疵共同之情形,例如出卖人由

① Wieling: SachR I, § 1 III 4c aa; Medicus: AT, Rn. 233.

② Vgl. Pawloski: AT, Rn. 590.

③ 意思表示之错误,以表意人无过失者为限,始得撤销其意思表示,此为台湾“民法”第88条第1项但书之明文规定。所谓过失,究系采重大过失、抽象轻过失或具体轻过失说,学说与实务上均存有极大之争议,详见陈自强:“意思表示错误之基本问题”,《政大法律评论》52期,322页以下。台湾通说则采抽象轻过失说,(详见王泽鉴:《民法总则》,2006年,自版,410页所引之文献),然如此,将使“民法”关于错误得撤销之规定,形同虚设。此何以在台湾,错误在法律行为理论上,常作为讨论之对象,而在实务上,当事人却极少据此而为主张。但台湾“高等法院”暨所属法院1995年法律座谈会,研讨结果则改采具体轻过失说,《民事法律问题研究汇编(十)》,3页以下。

④ Vgl. Lindemann: Die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips durch die Höchststrichterliche Rechtsprechung seit 1900, S. 45.

⑤ Vgl. Schwab: Einführung in das Zivilrecht, 11. Aufl., Rn. 598.

⑥ 关于抓错之性质,学说上存有不同之见解,有认为其系属于同一性错误(内容错误),如黄立:《民法总则》,1999年,自版,279、280页;Medicus: AT, Rn. 763。然而所谓抓错,乃指表意人不知所取之物系他物,亦即对其所取之物根本未具有认识,表意人若知其事情,即不为意思表示。而非表意人对其所取之物,误认具有另一物之特性,而误取之。亦即与同一性错误不同,而应为表示错误,同理王泽鉴:《民法总则》,2006年,自版,402页;Brox: AT, 12. Aufl., Rn. 365; Köhler: AT, § 14 IV 2; Giesen: AT, Rn. 217; Flume: AT II, S. 418 f.

于说错,而将一特定之大衣,说成特价之商品,顾客随即付清价金,并取走该大衣^①。此外,债权行为与物权行为亦可能分别具有不同之瑕疵原因,例如甲欲出卖A车与乙,却误说成B车,买卖契约成立后,甲在交车时,告之乙,“车停在车库内,汝可自行取之”,结果乙依照甲之言驾B车离去。此时甲固可主张买卖契约因表示错误而撤销之。但对于物权行为,甲并未有表示错误,盖甲系误以为其所表示者为移转A车所有权,而实际上其系表示移转B车所有权,此为意思表示之内容错误^②。但此时甲就错误之意思表示所为之撤销,则仍及于债权行为与物权行为。

3) 当事人资格或物之性质错误

依法律规定,其错误须在交易上具有重要性者,始得撤销(§ 88 I)。物之性质如何?错误是否在交易上具有重要性?原则上系依债权行为之种类及内容而决定^③,与仅以物权移转为内容之物权行为无关,故而当事人纵然对物之性质发生错误而为债权行为,但对于因此而为之物权移转通常均不生错误,此点亦适用于当事人资格错误之情形^④。典型之例如甲将其所收藏之画出卖于乙,其后并依让与合意而交付之,然甲于出卖时误以为该画系出自一不知名之画家之仿冒品。若事后经证实该画实际上系一名画家之真迹,则甲可主张物之性质错误,而撤销该买卖契约^⑤。但对于该画所有权之移转,理应不得主张性质错误而撤销,盖甲乙为物权合意时,无论此画是否为真迹,其内容仅为“甲将此画所有权移转于乙”而已^⑥,而甲、乙间亦确有为对此物权移转之合意。然若当事人就债权行为及物权行为之作成,在时间上系以同一行为(Willensakte)为之,而对于物之性质或当事人之资格存有错误时,此一错误应系同时对债权行为与物权行为发生影响,故而该瑕疵应可同时存在于债权行为与物权行为,而有瑕疵共同之情形^⑦。

4. 诈欺与胁迫

因被诈欺或被胁迫所为之意思表示,虽系行为人之真意,但由于行为人之意

① Vgl. H. P. Westermann; SachR, § 4 IV 1.

② Vgl. Schreiber, Jura 1989, 619.

③ 关于物之性质错误之定性,详见陈自强:“意思表示错误之基本问题”,《政大法律评论》52期,1984年,322页以下。

④ Vgl. H. P. Westermann; SachR, § 4 IV 1.

⑤ BGH NJW 1988, 2597.

⑥ Vgl. Pawloski; AT, Rn. 592; H. P. Westermann; SachR, § 4 IV 1.

⑦ 此为德国通说 RGZ 66, 385, 370; Schreiber, Jura 1989, 620; H. P. Westermann, aaO; MünchKomm/Mayer-Maly, § 142, Rn. 10; Staudinger/Dilcher, § 142, Rn. 8; kritisch Soergel/Hefermehl, § 142, Rn. 5; 学者史尚宽:《民法总论》,1979年,自版,371页及王泽鉴:“民法总则编关于法律行为之规定对于物权行为适用之基本问题”,《民法学说与判例研究(五)》,1996年,自版,58、59页亦认为,若债权行为与物权行为同时作成者,则可具有同一之瑕疵原因。

思决定自由受不当之影响,故法律规定得撤销之(§ 92)。通常因受詐欺或胁迫所为之法律行为,其瑕疵之原因均同时存在于债权行为与物权行为。此种情形,无论债权行为与物权行为于时间上同时或依序先后为之,对其法律效果并无不同之影响。盖物权之变动亦为法律行为,行为人在为物权变动时,通常亦会因被詐欺或胁迫而影响其为物权变动之意思决定自由^①。但若在撤销权人知悉撤销原因后,或撤销原因消灭后,仍愿继续履行其债务,此时受詐欺或受胁迫之人所为之履行行为,由于其为此行为时,意思决定自由并未受影响,故其履行行为并不具有瑕疵。至于原因行为,纵其原本具有瑕疵,但经由撤销权人之事后承认(Bestätigung)^②,其瑕疵亦因而事后被治愈,而不得撤销^③,自无所谓瑕疵同一性之问题。

5. 禁止规定之违反

法律行为违反法律禁止规定者,依第 71 条之规定,应为无效。一法律是否属于第 71 条所称之禁止规定,以及法律行为是否违反禁止规定,除部分条文可从其规定之形式,如“应”、“须”、“不得”等字样判断外,其余则须依所涉及之法律规定的意义及目的,经由解释而得知^④。一般而言,违反禁止规定之法律行为,除须该法律行为之行使系法律所禁止者外,尚须其内容亦系法律所禁止,始为无效^⑤。若法律所禁止者仅系法律行为当事人一方之行为或其行为之种类或方式,则该违反之行为并非无效,典型之例,如证券商违反“证券交易法”第 60 条第 1 项之规定,而收受存款或办理放款者,其存款行为或放款行为,并非无效,无“民法”第 71 条之适用^⑥,因此并无所谓瑕疵共同之问题。若法律所禁止者,仅系物权行为,而不及于债权行为,则物权行为与债权行为不具有瑕疵共同。例如“土地法”第 30 条关于禁止私有农地移转于非自耕农之规定,违反者,其所为农地所有权移转不生效力,至于买卖契约,则非“土地法”第 30 条所禁止,而系由于契约标的自始客观给付不能(§ 246 I),而不生效力^⑦。有问题者,

① 王泽鉴:《民法物权(一)》,2002年,自版,90、91页;Schreiber, Jura 1989, 620; Medicus: AT, Rn. 234; H. P. Westermann; SachR, § 4 IV 1。

② 所谓承认,系指撤销权人抛弃撤销权,使得撤销之法律行为,确定继续为有效之意思表示而言,详见洪逊欣:《中国民法总则》,1992年10月再修订四版,自版,540、541页。

③ Medicus: AT, Rn. 234。

④ 王泽鉴:《民法总则》,2006年,自版,300页以下参照。

⑤ 此为德国通说 BGH WM 1966, 1101, 1102; BGHZ 46, 24, 25; Hübner: AT, Rn. 489; Soergel/Hefermehl, § 134, Rn. 14。

⑥ “最高法院”1977年台上字第1726号判例;1979年台上字第879号判例;“最高法院”1979年3月21日、68年度第三次民事庭推总会议决议。再如在德国违反营业时间法(Ladenschlußgesetz)所为之现金交易,亦不因此而无效, Medicus: AT, Rn. 648 ff.; 相类之情形见王泽鉴:《民法总则》,2006年,自版,301、302页。

⑦ “最高法院”1976年第九次民庭会议决议(二)。

系法律所禁止者是否除债权行为外，亦包含其后之履行行为？此则须依据各相关之禁止规定的意义及目的而得知^①，例如违反“麻醉药品管理条例”第13条之规定，则所为之买卖契约及物权移转均为无效，此时即生所谓瑕疵共同之问题^②。

6. 违反公序良俗

法律行为违反公序良俗者，依“民法”第72条之规定为无效。通常违反公序良俗之动机及目的，均存于债权行为之内，而致债权行为无效。至于物权行为之效力，则由于（外部）无因性理论，而不受其影响。例如有配偶之当事人一方，以同居为条件，所为之不动产赠与约定无效。若赠与人已为给付者，其给付并不因之而无效^③。较有争议者，则为物权行为虽不受其原因行为效力之影响，但其本身是否亦可因违反公序良俗而无效？此即涉及物权行为内部无因性之问题，根据德国以往通说^④，均认为物权行为依法律之规定，与其原因行为分离，仅以物权之变动为其唯一内容，不含任何其他目的及动机，系属中性行为，而不具伦理色彩。再者，法律行为仅依据其内容，目的及动机，始有违反公序良俗之可能，而物权行为与其原因行为分离，在物权行为外部无因性之基础下，并不受其原因行为效力之影响，故物权行为不可能有违反公序良俗之情形。例如出卖妓院供买受入继续开设，纵然买卖契约因违反公序良俗而无效，其所为房屋所有权之移转，仍不因此而为无效^⑤。现今德国通说^⑥则认为，物权行为之内容固为中

① 洪逊欣：《中国民法总则》，1992年10月再修订四版，自版，328页以下对此有详细之分析。

② 但洪逊欣：《中国民法总则》，1992年10月再修订四版，自版，332、333页认此时该行为系背于公序良俗而无效。

③ 此时受赠人虽因给付而受利益，然该给付系基于不法原因而为之，故赠与人仍不得依不当得利之规定请求返还该给付（§180四），王泽鉴：“以同居为条件之赠与及不法原因给付”，《民法学说与判例研究（三）》，1996年，自版，121页以下。

④ RGZ 63, 179, 184 ff.; 68, 97, 100 f.; Enneccerus/Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I 2, 15. Aufl., § 191 II 3 Fußn. 28; Plank/Flad: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I, 4. Aufl., § 138 I 3 b (S. 363); v. Tuhr: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs II 2, § 70 IV (S. 43 f.); auch Zimmermann, JR 1985, 48; 王泽鉴：《民法债编总论（二）不当得利》，2002年，增订自版，139、140页；洪逊欣：《中国民法总则》，1992年10月再修订四版，自版，346、347页；史尚宽：《民法总论》，1979年，自版，307页亦采此见解。

⑤ 王泽鉴：《民法物权（一）》，2002年，自版，55页参照此外帝国法院在一系列关于妓院买卖之判决中，均采此见解，如RGZ 63, 34663, 370; 64, 146; 71, 192; 75, 6878, 282。

⑥ BGH NJW 1985, 3006, 3007; 1988, 2364 = WM 1988, 765, 766; BGH NJW-RR 1989, 519; 1992, 594; Baur: SachR, § 5 IV 3a; Flume II, § 18 8; Hübner: AT, Rn. 503; Larenz: AT, § 22 IIIc; Wieling: SachR, § 1 III 4c aa; Wolff/Raiser: SachR, § 38, Fußn. 11; MünchKomm/Wacke, § 873, Rn. 22; Palandt/Bassenge, Einl. v. § 854, Rn. 12; RGRK/Krüger-Nieland/ Zöller, § 138, Rn. 34; Soergel/Hefermehl, § 138, Rn. 52; Staudinger/Dilcher, § 138, Rn. 112; kritisch Zimmermann, JR 1985, 50.

性，原则上无法违反公序良俗，然在某些案例中，物权移转本身，即在追求违反公序良俗之不正当性（Unsittlichkeit），甚或其不正当之目的系经由物权之移转而促成。例如夫为促使妻对其提起离婚之诉，而与妻缔结一包含赠与不动产所有权之赡养契约（Unterhaltsvertrag），并在起诉前已将该不动产所有权移转于妻，妻因而提起离婚之诉，而经法院判决离婚。此一赡养契约，依帝国法院之见解，认为其目的固在促使妻提起离婚之诉，因而违反公序良俗为无效。然而促使妻实施提起离婚之诉之原因，并非此一负有移转不动产所有权之契约，盖夫可能于法院判决离婚之后，主张该契约因违反公序良俗无效，而拒绝履行不动产所有权移转之义务。因此真正促使妻提起离婚之诉者，则为夫之实时移转该不动产所有权，而妻因此以离婚之诉作为其对此物权行为之“对待给付”，故此移转不动产所有权之行为因追求不正当之目的，属违反公序良俗而为无效^①。然而依据上述之通说见解，将使所有物权行为均可受其原因行为之影响，在其原因行为违反公序良俗而无效时，亦因违反公序良俗而成为无效之法律行为^②，物权行为本身不具伦理色彩之法定内容亦将失其意义，无因性反成为原则，与法律之规定实相抵触。盖在法律行为违反公序良俗之情形，对其当事人而言，其所欲追求之不正当的目的，若仅经由该违反公序良俗之原因行为，原本即不足以达成，而均须再经由物权行为之履行，始能得以实现，此从上述以同居为条件所为之不动产赠与，或出卖妓院而移转所有权之例，即可得知。因此，部分学者对物权行为是否违反公序良俗，采取较严格之标准，亦即唯有在第三人之利益或公共利益（Gemeininteresse）因物权行为而受损害时，始得认定该物权行为因违反公序良俗而无效^③。此一观点，应予赞同。盖物权行为纵然与其原因行为分离，而不受其原因行为效力之影响。但此并不意味着物权行为本身在法律所规定之内容外，而与任何其他目的完全无关。物权行为无因性，虽系纯粹一技术上之规定，而以保护交易安全为其目的，亦即物权之受让人不必担心，移转物权之让人当初取得该权利之时，其原因行为是否有效^④。但若超出物权行为无因性所欲达成之目的外，反

① RGZ 145, 152, 154.

② Honsell: Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, § 12 II 2; Zimmermann, JR 1985, 50.

③ Flume II, § 18 8; Larenz: AT, § 22 III, S. 449 ff.; Medicus: AT, Rn. 712; Soergel/Hefermehl, § 138, Rn. 52 f.; kritisch Zimmermann, JR 1985, 50 f.

④ 相反地，依据意思主义，该原因行为即可生物权之变动，原因行为无效，物权行为亦不生变动之效力，让人则为无权利人，详见谢在全：《民法物权论（上）》，2004年8月修订三版，自版，90页以下。