

< 民法丛书 >

法律思维与民法实例

请求权基础理论体系

王泽鉴 著

2

中国政法大学出版社

法律思维与民法实例

请求权基础理论体系

王泽鉴 著

图书在版编目 (CIP) 数据

法律思维与民法实例:请求权基础理论体系/王泽鉴
著. - 北京:中国政法大学出版社,2001.5

ISBN 7-5620-2031-0

I.法… II.王… III.民法-研究 IV.D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 031586 号

☆☆☆☆☆

书 名: 法律思维与民法实例

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: 军科印刷厂

开 本: 850×1168mm 1/32

印 张: 13.5

字 数: 350 千字

版 本: 2001 年 7 月第 1 版 2001 年 7 月第 1 次印刷

印 数: 0 001 - 11 000

书 号: ISBN 7-5620-2031-0/D·1991

定 价: 27.00 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: zt5620@263.net

网 址: <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明: 1. 版权所有,侵权必究

2. 如发现印装质量问题,请与出版社联系调换。

序

台湾著名民法学家王泽鉴教授，早已为祖国大陆法学界所熟悉，这不仅因为他多年来致力于祖国大陆和台湾地区之间的法学交流工作，深得祖国大陆法学界人士的敬佩，更因为他的著作《民法学说与判例研究》于数年前在大陆出版，这部八集的巨著也受到祖国大陆民法学界的重视。王泽鉴教授在台湾大学担任民法教职数十年，在引导学生研究民法时，不仅向学生传授最全面、最先进的理论知识，更注重教导学生如何运用理论以处理实际问题。他不仅在教学中贯彻他所倡导的“实例教学法”，也在研究工作中运用理论与实例结合的方法。他的著作以《民法学说与判例研究》为名，就说明他对理论与实例的并重。数十年来，他的这种研究工作已经愈趋精致，甚至使台湾地区的民法学的研究达到一个更高的水平。这样说是不过分的。

大陆法学派的学者，因为他们国家多有民法典，所以在民法教学中注重以民法典为依托的理论阐述。当然，在讲述理论中也少不了举例说明。这时，举例只是一种辅助方法，一般不写在著作中，也不受到十分重视。中国传统的（自民国直到现在）民法教学就是这样的。

近年来也有学者提倡英美式的案例教学法，据我看来，根据案例教学有其不足之处。因为案例是有限的，其涉及的理论不会包罗民法全部，因而仅靠阐释案例，并不能把民法理论全面地讲到。

为把这两方面结合起来，王泽鉴教授提倡一种方法，这就是在他的一套新的著作——《民法丛书》——中所应用的“实例研习”

BAB17/04

法。这种方法就是在讲授民法理论时，通过一定的实例去讲述，而不是仅仅讲抽象的理论。这些实例有的取自现实的司法实践（即如判例和案例），有的出自讲授者的设想或编制，因而可以涉及民法的每一方面、每一理论，而不受限制，这是其与判例教学不同的地方。另一方面，这些实例仍是按照民法的体系，以民法法典的编制体系为依托。学生学过后得到的仍是全面的民法理论，不只是一些片断的东西。

这种方法在德国、日本也得到运用，收到很好的效果。王泽鉴教授大力提供这种方法，编成一整套著作，用以教育研习民法的学生。他这种致力于民法教育的精神，实在难能可贵，令人敬佩。

王泽鉴教授的这套著作，着手于十余年前，最初于1982年在台湾地区出版，经反复修改补充，始成现在的规模。现在承王教授慨允，由中国政法大学出版社在祖国大陆以简体字出版。祖国大陆的民法体系虽与台湾地区现在的“民法”体系略有差异，但就整体言，民法理论基本相同，所以这部书对祖国大陆的民法学者而言也是十分有用、有所教益的。

现在由中国政法大学出版社首先出版这部书的头两册，第一册是《法律思维与民法实例》，第二册是《民法总则》。在第一册的第一章（《绪说》）中，王教授本其数十年教学研究之心得，详细讲述学习民法的目的与方法。在第二册第一章（《绪论》）中，王教授特别把德国法学家耶林的著作《法律的斗争》加以转载。这些做法具见王泽鉴教授谆谆诱人的苦心，我相信王教授的这种努力能在祖国大陆民法学界开花结果，则更为两岸法学交流的盛事矣。

当《民法丛书》首两册在北京出版之日，谨书数语，以向祖国大陆民法学界介绍，是为序。

谢怀栻

2001年4月于北京时年八十有二

自序

法学乃实用之学，旨在处理实际问题，实例研究系依据法律论断具体案件当事人间的权利和义务关系。为发现可适用于案例事实的法律，一方面须本诸案例事实去探寻法律规范，另一方面须将法律规范具体化于案例事实。此所涉及的是一种相互阐明的思考过程，具有法学方法的意义。拙著《法律思维与民法实例》，乃在建构请求权基础的理论体系，期能为实例解题提供可资遵循的思维及论证方法，以增进法律适用的合理性及客观性。本书系以台湾地区“民法”为论述对象，其主要参考价值应在于其方法论上的运用。又本书所设例题系针对台湾地区“民法”的重要基本问题，并多引用判例学说及德国法的理论，读者若能思考祖国大陆相关法律的解释适用，而从事比较研究，探讨各种规范模式、解决途径及论证方法，对民法的学习应有助益。承蒙中国政法大学出版社发行简体字版，谨对其支持表示谢意。

王泽鉴

2001年4月12日

于台湾台北



王泽鉴 1938年出生于台湾台北，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。专攻民法，主要著作有《民法学说与判例研究》（八册）、《民法总则》、《民法债编》、《民法物权》等。现任台湾大学法律系教授。

目 录

第一章 绪 说

第一节 法律人的能力·····	(1)
第二节 法学教育及“官方”考试·····	(2)
第一款 法学教育·····	(2)
第二款 “官方”考试·····	(4)
第三节 议论题：法律概念的掌握·····	(7)
第一款 议论题的类型·····	(7)
第二款 掌握法律概念的重要·····	(8)
第三款 掌握法律概念的方法·····	(10)
第四节 实例研习的功用·····	(15)
第一款 法律人能力的培养·····	(15)
第二款 实例研习与法院实务·····	(18)
第三款 实例研习与法学方法·····	(20)
第四款 实例的设计与评分标准·····	(21)
第五节 本书之目的、内容及学习的方法·····	(22)

第二章 案例事实、问题及解答

第一节 案例事实	(24)
第一款 实例题中案例事实的特色	(24)
第二款 案例事实的彻底了解与把握	(25)
第三款 当事人、时间及地点	(26)
第四款 法律关系的图示	(28)
第五款 面对案例事实	(31)
第二节 问题及解答	(33)
第一款 问题的模式	(33)
第二款 问题的解答	(35)
第三款 “案例事实”与“法律规范”	(36)

第三章 历史方法与请求权方法

第一节 历史方法	(40)
第二节 请求权方法	(42)
第三节 请求权方法与历史方法的比较	(44)
第四节 实例解说	(46)

第四章 请求权基础

第一节 请求权基础的理论	(50)
--------------------	------

第一款 请求权基础的意义及功能	(50)
第一项 请求权基础与法学教育	(50)
第二项 请求权基础与法院实务	(51)
第三项 请求权基础与实例研习	(53)
第二款 请求权基础的结构分析	(56)
第一项 法条的类型	(56)
第二项 实例解说	(60)
第三款 民法体系结构与请求权基础思考方法	(63)
第二节 请求权基础体系	(68)
第一款 请求权基础的类型	(68)
第二款 请求权基础的检查	(71)
第一项 请求权基础的探寻	(71)
第二项 请求权基础的检查次序	(73)
第三项 请求权基础通盘依序检查的必要	(76)
第三节 各种请求权基础	(77)
第一款 契约上的请求权	(77)
第一项 概说	(77)
第二项 契约履行请求权	(78)
第三项 次契约上请求权	(86)
第一目 债务不履行损害赔偿请求权	(86)
第二目 解除契约回复原状请求权	(99)
第三目 瑕疵担保请求权	(104)
第四项 契约上请求权与第三人	(107)
第一目 第三人利益契约	(107)
第二目 债权让与	(111)
第三目 债务承担	(115)
第五项 契约请求权及给付障碍的体系构成	(116)

4 目 录

第二款 类似契约请求权	(117)
第一项 表意人撤销错误意思表示之赔偿责任	(118)
第二项 无权代理人损害赔偿	(119)
第三项 自始客观给付不能之损害赔偿	(120)
第三款 无因管理上之请求权	(122)
第四款 物上请求权	(126)
第一项 所有人之物上请求权	(128)
第二项 占有人之物上请求权	(132)
第五款 不当得利请求权	(138)
第一项 体系构成及思考方法	(138)
第二项 给付不当得利请求权	(143)
第三项 非给付不当得利	(146)
第六款 侵权行为损害赔偿请求权	(150)
第一项 侵权行为法的体系构成	(150)
第二项 一般侵权行为(第184条)	(151)
第三项 民法上特殊侵权行为	(158)
第七款 其他请求权	(164)
第四节 请求权竞合	(165)
第一款 法律规范的竞合	(165)
第二款 实例分析	(167)

第五章 请求权与抗辩、抗辩权

第一节 抗辩及抗辩权	(172)
第二节 “请求权”与“抗辩”的对立性	(175)

第六章 法律的适用

第一节 法之发现·····	(188)
第一款 请求权基础与法之发现·····	(188)
第二款 第1条与法律适用·····	(189)
第三款 “宪法”与“民法”·····	(192)
第一项 基本权利的功能及其扩散作用·····	(192)
第二项 符合“宪法”的法律解释·····	(196)
第四款 法之发现的过程与体系·····	(198)
第二节 法律适用的逻辑、评价与论证·····	(200)
第一款 法律适用的逻辑结构·····	(200)
第二款 法律适用与评价·····	(207)
第三款 法律适用与论证·····	(210)
第三节 法律的解释·····	(212)
第一款 法律解释的必要性·····	(212)
第二款 法律解释之目的：立法者的意思或法律的规范 意旨·····	(216)
第三款 法律解释的方法·····	(220)
第一项 法律文义·····	(220)
第二项 法律体系·····	(223)
第三项 立法史与立法资料·····	(226)
第四项 比较法·····	(228)
第五项 立法目的·····	(234)
第四款 法律解释的客观性·····	(239)
第五款 不确定法律概念及概括条款·····	(244)
第四节 法律漏洞·····	(249)

6 目 录

第一款 法之续造与民法发展·····	(249)
第二款 法律漏洞的意义及类型·····	(251)
第一项 法律漏洞与类推适用·····	(253)
第二项 隐藏漏洞与目的性限缩·····	(265)
第五节 慰抚金、不完全给付与法之发现·····	(267)
第一款 慰抚金请求权·····	(268)
第一项 问题的说明·····	(268)
第二项 实务见解的发展·····	(269)
第三项 由判例到立法·····	(274)
第二款 不完全给付·····	(275)
第一项 第227条的“解释”·····	(275)
第二项 法律漏洞及其填补·····	(278)
第三项 不完全给付的适用范围及竞合关系·····	(280)
第四项 由给付义务到附随义务： 债务不履行责任之法的续造·····	(283)
第五项 不完全给付与慰抚金·····	(285)
第六项 债务不履行体系的再构成·····	(285)

第七章 解题的体裁、结构与风格

第一节 解题的体裁·····	(289)
第二节 解题结构·····	(291)
第三节 请求权基础检讨的取舍·····	(295)
第四节 多数当事人法律关系的处理次序·····	(296)
第五节 风格·····	(296)
第一款 法律条文的引用·····	(296)
第二款 把握重点·····	(297)

第三款 判例与学说的征引·····	(298)
第四款 理由构成·····	(300)
第五款 法律文字·····	(301)

第八章 实例解说

一、牛肉面与牛肉汉堡的竞争·····	(304)
二、遗留于病患体内的手术纱布·····	(309)
三、未完工的别墅·····	(316)
四、民法上的任督二脉：负担行为与处分行为·····	(321)
五、A教授的订书单·····	(330)
六、凋谢的玫瑰花·····	(334)
七、运送途中灭失的 Wedgwood 青花骨瓷餐具·····	(338)
八、制造法律问题的车祸·····	(343)
九、难懂的债权让与·····	(350)
十、旧画的修复与无权处分·····	(359)
十一、冬青鼓形瓷瓶的三重设质·····	(368)
十二、最高限额抵押权：为债权担保而奋斗现行规定的 解释适用与“民法”修正草案·····	(373)
附录：司法官、律师考试民法试题·····	(383)

第一章 绪 说

第一节 法律人的能力

最近数年来，学习法律的人，常自称为“法律人”（Lawyer, Jurist），带有几分自傲！几分期许！然则，法律人与所谓的外行人（非法律人），究竟有何不同？在一个法治社会，法律人常自负地认为，大者能经国济世，小者能保障人权，将正义带给平民。法律人为什么会有此理想，有此自信？

这个问题，不难答复：因为一个人经由学习法律，通常可以获得以下能力：

1. 法律知识：明了现行法制的体系、基本法律的内容、各种权利义务关系，及救济程序。

2. 法律思维：依循法律逻辑，以价值取向的思考、合理的论证，解释适用法律。

3. 解决争议：依法律规定，作合乎事理规划，预防争议发生于先，处理已发生的争议于后，协助建立、维护一个公平和谐的社会秩序。此之所谓“争议”，系从广义，除个案的争讼外，尚包括契约、章程的订定，法令规章的制定等。

上述三种能力使一个法律人能够依法律实现正义（Justice According to Law），担负起作为立法者（如立法委员、县市议员、乡镇代表）、行政者（如部会首长、公园管理员、税局科员）、司法者（如法官、检察官、“诉愿审议委员会”委员）、或公私企业法律事

务工作者等的任务。一个社会所贵于法律人者，即在于其具备此等能力！〔1〕

第二节 法学教育及官方考试

法学教育的基本目的，在使法律人能够认识法律，具有法律思维、解决争议的能力。考试之目的，乃在于测验一个法律人是否具备此等能力。传统的法学教育及考试方法，是否能够达成此项任务，殊值研究，兹分别说明如下：

第一款 法学教育

一、传统法学教育

台湾地区传统法学教育具有四项特色：

1. 课堂讲义：教授在课堂上讲授各种法律的社会功能、体系、基本概念、构成要件及法律效果。学生听课，甚少发问，通常亦无课外作业。

2. 教科书：为配合课堂讲义式教学的需要，教科书乃成为法学著作的主流。胡长清先生于1935年在其所著“中国民法总论”一书的弁言中曾谓：“关于民法著作，大陆诸国及日本多已由教科书的民法书时代，进于特殊问题研究之时代，我国因民法法典颁行未久，即教科书的民法书，求其内容充实能适合于法典精神者，亦不多见……。”〔2〕民法学的研究，因胡长清大著“中国民法总论”、“中国民法债篇总论”的刊行，而升进到一个新的境界，其后随着梅

〔1〕 Roscoe Pound, *Justice According to Law*, 1928. 美国法学家庞德氏在此书中阐释依法实现正义的理念，至为详尽，可供参考。

〔2〕 胡长清：中国民法总论，弁言第1页；中国民法债篇总论，弁言第1页。

仲协、史尚宽、王伯琦、戴炎辉、洪逊欣、郑玉波、孙森焱诸氏教科书的陆续问世，而奠定根基。近数年来，特殊问题的研究和判例评释，渐受重视，业已更向前迈进一大步。^{〔1〕}

3. 考试题目偏重议论题：笔者前在台大法律学系肄业期间，民法考试题目多属议论题，例如：社团与财团有何不同；何谓消灭时效，其存在依据何在，期间长短如何；债务人给付迟延的构成要件及法律效果等。

4. 考卷评阅：任课教师于考试后甚少解说试题的内容，综合分析考生在法律思考的“形式”和“实质”^{〔2〕}上常犯的错误或缺点。教授评阅试卷后，发给学生，指明应予改正之处的，更属罕见。学生“意外”得高分而惊喜者有之，因分数不如预期而“错愕”者，亦甚常见。

二、改进途径

传统法学教育实有改进的余地，除课堂讲义外，须增设研讨会(Seminar)，并给学生课外作业。教授应讲解试题的内容，分析学生易犯的错误。教科书的体裁应予多元化，有为初学者入门的教材，有供综合复习的参考用书，有为理论体系的著作等。专题研究或判决评释应更受重视，期能结合理论和实务。须有论文和判决研究作为基础，教科书始能推陈出新！法学著作（教科书、论文或判决研究）须更重视法学方法，使法学得以植根、生长、茁壮！

法学教育改革的一项关键重点，在于积极推展“实例研习”

〔1〕 作者在台大法律学系担任行政工作期间（1970年—1976年），曾筹办：台大法学论丛和台大法学丛书，前者已发行28期（每期2卷，近改为4卷），后者已出版115册，具体展现法学研究的成果。最近一册重要著作，詹森林：民事法理与判决研究（台大法学丛书第113册）。

〔2〕 一个社会的法律文化或风格是由法律制度和法律思考的“形式”(Form)和内容(Substance)所构成，而法律教育具有关键的重要机能，参阅 P. S. Atiyah and R. S. Summers, Form and Substance in Anglo-American Law (pp. 384-407, Oxford, 1991)