

民法总则 之 现在与未来

曾世雄 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法总则之现在与未来/曾世雄著. —北京: 中国政法大学出版社, 2001. 7

ISBN 7-5620-2101-5

I. 民... II. 曾... III. 民法—总则—研究—中国
IV. D923.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 044824 号

☆☆☆☆☆

书 名: 民法总则之现在与未来

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: 880 × 1230mm 1/32

印 张: 8.875

字 数: 230 千字

版 本: 2001 年 10 月第 1 版 2001 年 10 月第 1 次印刷

印 数: 0001—5000

书 号: ISBN 7-5620-2101-5/D·2061

定 价: 15.00 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. 如发现印装质量问题, 请与出版社联系调换。

体例说明

人类社会生活在公私两面，为国民一分子之社会生活面及为社会一分子之社会生活面。规律后者之法律，为私法。

台湾地区之法制采大陆法系之体例，法律采以法典、条文之方式出之。私法中最重要者，乃民法典。

从事法学或法律工作者，大体有其共同观念，认为民法典之文字优美、内容合宜。此一观念当然同样存在于民法总则之看法上。

民法典之文字优美，从各种不同之法律条文比较观察，当应肯定之。然而，文字是否优美，并非绝对重要事项，仅止于相对重要而已。民法典之绝对重要事项，与其他法律条文并无两样，乃其内容是否合中妥切。

民法总则是否合中妥切，包括二问题，其一为民法总则现有规定是否妥切之探讨，其二为民法总则应以何种事项为其规律之内容。前者属于民法总则含义解释之问题，后者则为民法总则应有架构之问题。

撰写本书之动机有三：

1. 法国民法颁行于1804年，距今将近二百年。德国民法施行自1900年，亦有近百年之久。法国民法影响德国民法，德国民法分流至台湾地区民法。法德民法乃数以百年前智慧之结晶，难道百年后之今日，我们尚需依赖之，不能超越之？

2. 台湾地区法学论述，习惯于借助外国学说以之为依据，自行开发者，几近少见。形成如此情景之因由，一者民法几近原装进口，又因施行尚未完全进入状况，二者比较法之崛起，受其影响，流行于引进外国学说。然则，民法施行至今，所累积之经验，已经不少；借民法施行经验之助，检讨原初之规定，有其必要，且非难事。如此方可开启自行开发法学理论之门。

3. 成文法国家，法律以文字为基础。惟法律之规定乃立法者表决之结果，未必严谨正确。就民法施行至今之法院判决及学者论说而观，有以文字为轴心，演绎法学理论之趋向，即有过分重视文字解释演变成“法律领导法学”之嫌。此一趋向，有害法学理论之发展。因之，有扭转当下趋向，俾期重视法学理论开发之必要，否则，“法学领导法律”之境界，永无重见天日之时。

民法总则自 1929 年制定公布施行，其架构及规定是否妥切，历经半个世纪之印证，已见梗概。纵然当初制定公布施行之架构及规定堪称差强完美，在社会生活历经巨幅改变后，其是否依旧合中妥切，不无疑问。其间虽曾一度于 1982 年修正公布并于 1983 年施行，可惜此次修正价值不高。^{〔1〕}

既然修正之结果并未彻底解决若干已经显现不合中不妥切之处，民法总则之规定及架构是否妥切之问题可说依旧存在。本书即以此二问题为对象，交错论述。对民法总则之现在规定酌予批判，就民法总则之未来架构提供蓝图。

〔1〕 修正之内容，诸如失踪期间之缩短、住所依一定之事实而认定、“主管官署”改为“主管机关”、检察官之介入申请……等，虽不无价值，终属通常事项，与法学理论关系不深，其价值自然不高。



曾世雄

学历

台湾大学法学学士
高等考试专门职业律师考试合格
法国斯特拉斯堡大学法学博士
西德富莱堡大学研究

经历

执行律师业务
服政府机关公职
任台大中兴辅仁教职
现职政大法律学系、法学研究所教授

著作

1. 损害赔偿法原理
2. 非财产上之损害赔偿
3. 民法总则之现在与未来
4. 企业设计法

责任编辑：廉 志

DESIGN
十月工作室 RED OCTOBER STUDIO

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 大陆法系民法之初	(1)
第一项 概况	(1)
第二项 法德民法立法背景	(2)
第三项 法德民法内容特色	(3)
第四项 法德民法影响概况	(4)
第二节 民法之规范基础	(5)
第一项 概说	(5)
第二项 行为本位与资源本位	(6)
第三项 民法立法之社会背景	(7)
第四项 民法崇尚行为本位之因由	(8)
第五项 民法不能贯彻行为本位之因由与事证	(9)
第六项 民法规定之生活资源态样	(10)
第七项 民法包容之生活资源分配理念	(11)
第八项 综述：行为本位与资源本位之相辅关系	(12)
第三节 民法之蜕变与规范基础之调整	(12)
第一项 民法蜕变之情形	(12)
第二项 民法规范基础之调整（一） ——兼重资源本位	(13)
第三项 民法规范基础之调整（二） ——匡正法制系乱	(14)

第二章 基本原则	(16)
第一节 私法自治之原则	(16)
第一项 私法自治原则之理论基础	(16)
第二项 私法自治原则之必要性与可行性	(18)
第三项 私法自治原则在民法中之地位	(19)
第四项 私法自治原则之流弊与限制	(20)
第二节 民法之法源	(21)
第一项 法源之意义与认定法源之基本态度	(21)
第二项 法源之现行规定与实际状况	(23)
第三项 法源适用之顺序与检讨	(25)
第四项 法源与公序良俗	(28)
第三节 实质规定与技术规定	(29)
第一项 概说	(29)
第二项 实质规定	(30)
第三项 技术规定	(31)
第四项 不同处遇之认识	(32)
第四节 民法之解释	(33)
第一项 解释之原则缺如	(33)
第二项 论理解释探求真意	(33)
第三项 类推解释比附援引	(35)
第四项 解释之调整	(36)
第五节 诚实信用之原则	(38)
第一项 诚信原则之由来	(38)
第二项 诚信原则之价值	(39)
第三项 诚信原则之内容	(40)
第四项 诚信原则之规定有欠妥当	(41)
第六节 情势变迁之原则	(41)
第一项 情势变迁原则之意义	(41)

第二项	情势变迁原则之价值	(42)
第三项	情势变迁原则之适用要件	(43)
第四项	情势变迁原则之效力	(45)
第五项	情势变迁原则缺如	(45)
第七节	制度内利益归还之原则	(46)
第一项	利益归还原则之意义	(46)
第二项	现有之零碎规定	(47)
第三项	一般规定之必要性	(48)
第三章	权利义务	(50)
第一节	权利或义务	(50)
第一项	传统学说下权利之定义	(50)
第二项	权利与生活资源之关系	(51)
第三项	传统学说下义务之定义	(51)
第四项	义务与生活资源之关系	(52)
第二节	权利之发生、存续与消灭	(53)
第一项	概说	(53)
第二项	权利之发生	(53)
第三项	权利之存续	(55)
第四项	权利之消灭	(59)
第三节	法益与自由资源之处位	(60)
第一项	概说	(60)
第二项	法益之意义	(61)
第三项	法益存在之样态	(62)
第四项	法益之处遇	(66)
第五项	自由资源之意义	(66)
第六项	自由资源存在之态样	(67)
第七项	自由资源之处遇	(69)

第四节 权利义务关系	(69)
第一项 法律关系与权利义务关系	(69)
第二项 权利义务关系之变动内容	(70)
第三项 权利义务关系之变动关联	(71)
第四章 法律上之主体	(73)
第一节 法律上之主体与权利（义务）之主体	(73)
第一项 两个主体之含义与混用	(73)
第二项 两个主体与权利能力之关联	(74)
第二节 权利（义务）能力之由来	(74)
第一项 法国民法之规定	(75)
第二项 德国民法之规定	(76)
第三项 其他民法之规定	(76)
第四项 规定之存疑与价值	(77)
第三节 权利（义务）能力之设计	(79)
第一项 设计之轮廓	(79)
第二项 设计之误认	(81)
第三项 设计之真谛	(82)
第四节 权利（义务）能力规定之检讨	(84)
第一项 现行规定不切实际	(84)
第二项 自然人权利能力之现在	(84)
第三项 自然人权利能力之未来	(86)
第四项 组织体权利能力之现在	(88)
第一款 传统法学之见解	(88)
第二款 传统法学之见解与现实脱节	(88)
第三款 症结因由	(89)
第五项 组织体权利能力之未来	(92)
第六项 附述—若干组织体权利能力之未来	(93)
第一款 行政法上之组织体	(93)

第二款 祭祀公业	(94)
第三款 法人或非法人团体之分支组织	(95)
第五节 死亡宣告规定之检讨	(96)
第一项 死亡宣告或失踪宣告	(96)
第二项 失踪含义之斟酌	(97)
第五章 法律上之主体——组织体	(101)
第一节 组织体之权利能力	(101)
第一项 法人权利能力之开始	(101)
第二项 法人权利能力之范围	(106)
第三项 未来发展之趋势	(110)
第二节 组织体之共通设计	(111)
第一项 组织之设计	(111)
第二项 运作之设计	(112)
第三项 监督之设计	(114)
第四项 未来发展之趋势	(115)
第三节 有关法人规定缺失之检讨	(115)
第一项 组织之缺失	(115)
第二项 运作之缺失	(117)
第三项 监督之缺失	(118)
第六章 法律上主体之住所	(120)
第一节 传统法学下之住所	(120)
第一项 法律规定与论说梗概	(120)
第二项 内在因由之探讨缺如	(121)
第二节 认识住所之设计	(122)
第一项 自然人住所之设计	(122)
第二项 法人住所之设计	(123)
第三节 未来住所发展趋势	(124)
第一项 现行规定定难于适用	(124)

第二项 住所依附户籍·····	(125)
第七章 法律上之客体·····	(126)
第一节 法律上客体之含义·····	(126)
第一项 行为本位下之诠释·····	(126)
第二项 资源本位下之诠释·····	(127)
第一款 法律上客体之基石乃生活资源·····	(127)
第二款 以权利之名义享有之生活资源·····	(128)
第三款 以法益之名义享有之生活资源·····	(129)
第四款 自由资源扮充法律上客体之角色·····	(130)
第二节 现行规定之检讨·····	(132)
第一项 “物”章之规定·····	(132)
第二项 重要生活资源点列·····	(132)
第三项 适用自如之假象·····	(134)
第三节 未来规范之方向·····	(135)
第一项 三个规范方向·····	(135)
第二项 提供限制私法自治之依据·····	(136)
第八章 法律关系之变动·····	(138)
第一节 法律要件·····	(138)
第一项 法律要件之内容·····	(138)
第二项 法律要件之种类·····	(139)
第二节 主体要件——行为能力·····	(140)
第一项 行为能力之意义·····	(140)
第二项 行为能力设计之特色·····	(141)
第三项 法人之行为能力·····	(142)
第四项 现行行为能力之检讨·····	(143)
第五项 未来行为能力之规范·····	(147)
第三节 客体要件——生活资源·····	(148)
第一项 生活资源应具备之要件·····	(148)

第二项 生活资源得丧变更之态样·····	(150)
第一款 原始取得与继受取得之意义·····	(150)
第二款 原始取得之态样·····	(151)
第三款 继受取得之限界·····	(154)
第四款 继受取得之若干法理·····	(155)
第四节 变动要件——法律事实·····	(157)
第一项 法律事实之意义与态样·····	(157)
第二项 法律事实用辞与态样之检讨·····	(160)
第九章 适法行为——法律行为与事实行为·····	(162)
第一节 法律行为·····	(162)
第一项 物权行为之检讨·····	(162)
第一款 债权行为与物权行为之特征·····	(162)
第二款 物权变动之立法例·····	(163)
第三款 台湾地区学者之论说·····	(164)
第四款 物权变动之例证剖析·····	(165)
第五款 通说之检讨·····	(167)
第六款 物权行为之原貌·····	(169)
第二项 要式行为之必要性·····	(171)
第一款 要式行为之意义与方式·····	(171)
第二款 要式行为之存在范域·····	(171)
第三款 要式行为之存在理由·····	(172)
第三项 要物行为之检讨·····	(173)
第一款 要物行为之意义·····	(173)
第二款 要物行为之要件·····	(174)
第三款 要物行为之存在理由·····	(175)
第四项 要因行为之检讨·····	(176)
第一款 要因行为之意义——传统法学之诠释·····	(176)
第二款 要因行为之迷惘·····	(177)

第三款	要因行为之功能	(179)
第四款	要因行为与法律上原因	(181)
第五款	不要因行为之存在范域	(183)
第六款	不要因行为之简易识别方法	(186)
第七款	不要因行为适用之限制	(187)
第二节	事实行为	(188)
第一项	事实行为之认识	(188)
第二项	事实行为与法律行为分立之因由	(189)
第三项	事实行为之类型	(190)
第四项	事实行为之特质	(192)
第十章	中间行为——适法有责行为与放任行为	(194)
第一节	适法有责行为	(194)
第一项	适法有责行为之含义	(194)
第二项	民法中待开发之范畴	(195)
第二节	放任行为	(196)
第一项	放任行为之含义	(196)
第二项	民法中待开发之范畴	(197)
第十一章	违法行为	(200)
第一节	违法	(200)
第一项	违法之两种诠释	(200)
第二项	比较法上相与呼应之例证	(201)
第三项	违法之认识	(202)
第四项	违法之检讨	(204)
第二节	行为	(205)
第一项	责任能力设计之犹豫	(205)
第二项	责任能力设计之特色	(207)
第三项	法人之责任能力	(208)
第十二章	法律规定范域中若干重要设计	(209)

第一节 时效	(209)
第一项 时效之意义——传统法学之诠释	(209)
第二项 时效存在之理由——传统法学之诠释	(210)
第三项 时效存在之理由——真正理由之探讨	(211)
第四项 传统法学与时效真理之差距	(213)
第五项 未来应有之设计	(214)
第六项 附述——2年短时效及时效中断之规定	(219)
第一款 2年短时效问题	(219)
第二款 关于时效之中断	(221)
第二节 善意恶意与不可抗力	(227)
第一项 善意恶意之规定及特色	(227)
第二项 善意恶意价值之检讨	(228)
第三项 善意恶意在现行民法中之组合	(229)
第四项 不可抗力（一）——传统法学上所见	(230)
第五项 不可抗力（二）——比较法上所见	(231)
第六项 不可抗力（三）——应有之认识	(232)
第三节 民事责任	(233)
第一项 民事责任之意义	(233)
第二项 民事责任两种类型	(234)
第三项 特殊问题（一）——身份权之保护	(235)
第四项 特殊问题（二）——非财产上损害赔偿	(238)
第十三章 私法自治范域中若干重要设计	(240)
第一节 代理	(240)
第一项 传统法学下代理之基本概念	(240)
第二项 授权行为之检讨	(242)
第三项 间接代理之检讨	(243)
第四项 组织体代表人之检讨	(245)

第二节 效力	(248)
第一项 传统法学下效力之基本概念	(248)
第二项 无效之责任	(249)
第一款 自承损失之原则	(249)
第二款 自承损失原则之修正	(250)
第三款 外观上成立实际上无效	(250)
第四款 成立后转折成无效	(252)
第三项 无效之复活	(253)
第四项 效力变动之经纬	(255)
第三节 条件期限	(256)
第一项 传统法学下条件期限之基本概念	(256)
第二项 条件期限之功能	(257)
第三项 条件期限之相对性	(258)
第四项 条件分类之检讨	(259)
第五项 期待权保护之检讨	(261)
第一款 期待权保护概说	(261)
第二款 附条件期限之期待权保护	(261)
第十四章 删废规定	(263)
第一节 期日期间之规定	(263)
第一项 比较法上所见	(263)
第二项 台湾地区法上所见	(264)
第二节 期日期间规定应删废之理由	(264)
第一项 缺失总检	(264)
第二项 残存价值	(266)

第一章 绪 论

第一节 大陆法系民法之初

第一项 概 况

大陆法系之民法，以成文之民法典为其标志。大陆法系下之民法，远溯及罗马法。一般论著分之为法国民法、德国民法、瑞士民法等主流。

罗马法者，指东罗马帝国皇帝 Justinian（527 年～565 年）时代所整理编纂之法典。东罗马帝国瓦解后，罗马法之各种规定到处流窜。先在意大利，再至法国，又再流至德国，成为各国大学之课程内容及研究对象。

罗马法关于民事，分为人（persona）、物（res）及诉讼（actio）三部分。罗马法先后由法国民法及德国民法所接受。

法国民法颁行于 1804 年，又称拿破仑民法典，乃世界现代民法之第一部。嗣德国于 1900 年制颁德国民法。斯二部法典大陆法系中，扮演极其重要之角色，影响深远。

台湾地区民法属于大陆法系民法之一。因此，研究之初，对于法国民法及德国民法应有若干之认识。