

民法总则

(上册)

林诚二 著



法学家书坊

JURISTS SERIES


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学家书坊

JURISTS SERIES

民法总则

(上册)

林诚二 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

序 言

教学是一种艺术,民法教学尤然,重在如何把民法学上一点一滴的抽象概念解说给法律学习人,又要如何把抽象的法律概念,借诸法条之法理,把写实的人类生活串联起来,并系统化教学,那更是困难。笔者才疏学浅,努力以此构想,在前辈尤其要感谢王泽鉴大法官的鼓励及同学的催促下,得贤棣吴至格君不辞劳苦的帮忙,以电脑将过去上课准备之民法总则讲义整编,于1992年3月先行付梓,名为民法总则编讲义,以供同学上课之便,不敢言贡献。1993年利用空间再将该讲义充实增修,名为民法总则编讲义(上下册),1998年暑假期间又将上册再予增修以表示对学生负责。唯一目的仅在求教学之方便,但把个人民法总教学方法完全表征于书中,错误不正之处难免,仰请前辈专家不吝赐正!

本讲义系由贤棣吴至格君整理及其他同学缮

打校正,备极辛苦,谨此致谢。

林诚二

1993年10月10日

序于中兴大学法律学系教师研究室

1998年10月10日再序

再修订版序

本书上册自 1993 年 10 月付印后即未再修订,已近十二年,其间经过“民法”债编修正条文 2000 年 5 月 5 日施行、相关法律之修正、实务见解之发展与学说之演进,复因学生之要求,本书乃有修正之必要,作者自知才疏学浅,书中论点难免谬误丛生,尚盼先进专家不吝指正,以为切当,使我“民法”之学说与实务更加进步。

本书之再修订,承挚友王宝辉教授多年关怀,不胜感激;另蒙贤棣叶张基君帮忙搜集资料、汇整编辑与缮打,亦谨此致谢;最后感谢瑞兴图书股份有限公司慨予出版发行。

林诚二

2005 年 9 月 15 日

序于东吴大学法学院研究室

目 录

序言

再修订版序

第一章 民法之基本认识 /1

壹、法律与一般社会规范之概念 /2

一、社会规范 /2

二、法律 /2

三、法律与伦理、道德、习惯、宗教、礼仪间之 关系 /3

贰、公法与私法 /3

一、区别之必要 /3

二、区别之标准 /4

三、区分应有之态度 /4

四、特质 /5

叁、民法之意义 /5

一、实质民法与形式民法 /5

二、民法为广义民法 /6

肆、民法之性质 /6

一、民法为国内法 /6

二、民法原则上为私法 /6

三、民法为普通法 /7

四、民法为实体法 /7

五、民法为继受法兼固有法 /8

六、民法为原则法兼例外法 /9

七、民法为任意法兼强行法 /10

八、民法为严正法兼衡平法(EQUITY) /11

九、民法具有经济法之性质 /11

伍、民法之法源 /12

一、制定法(成文法)(Statute Law, Written Law) /13

二、非制定法(不成文法)(Common Law, Unwritten Law) /21

三、“最高法院”民事庭会议决议得否构成“民法”之法源 /32

四、各类法律问题座谈会研讨结果或研究意见得否构成“民法”
之法源? /35

五、契约、团体协议或规约是否可成为“民法”之法源 /36

陆、民法适用之效力 /38

一、关于事之效力 /38

二、关于时之效力 /38

三、关于人之效力 /40

四、关于地(空间)之效力 /41

柒、民法之立法沿革及编制 /41

一、立法经过 /41

二、大陆法系国家之民法法典的编制 /42

捌、民法之适用 /44

一、民法适用之意义 /44

二、民法适用之主体 /46

三、民法适用之客体 /47

四、民法适用之原则 /47

玖、民法之解释与补充 /48

一、民法之解释(Statutory Intepretation) /48

二、民法之补充(漏洞、欠缺) /55

拾、民法之主要用语 /57

一、视为 /57

二、推定 /58

三、准用 /59

四、适用 /60

五、依关于……之规定 /60

六、应 /62

七、得、亦得、并得、不得 /62

八、但、不在此限、另有约定(订定、规定)外、另有意思表示外 /64

九、及、或 /65

十、未满、满、以内、以外、以上、以下、前、后 /66

第二章 权利 /67

壹、权利之意义 /68

一、学说 /68

二、实例研析 /69

贰、财产权与非财产权 /70

一、财产权 /70

二、非财产权 /76

叁、权利之作用 /79

一、请求权 /80

二、抗辩权 /89

三、形成权 /92

四、支配权 /97

肆、学理上权利之其他分类 /97

一、绝对权与相对权 /97

二、主权利与从权利 /99

三、专属权与非专属权 /100

四、原权与救济权 /100

五、既得权与期待权 /101

伍、与权利相近概念之区别 /102

一、法益(legally protected interests) /102

二、权限 /103

三、权能 /104

第三章 义务 /105

壹、义务之意义 /105

一、有权利而无义务者 /105

二、有义务而无权利者 /105

三、既为权利亦为义务 /106

贰、义务之种类 /106

一、积极义务与消极义务 /106

二、第一义务与第二义务 /107

三、主义务与从义务 /107

四、一般义务与相对义务 /108

五、其他学理发展出来之义务 /108

叁、义务与责任之区别 /110

第四章 法例 /112

壹、概念 /112

贰、内容 /113

一、民事法规适用之顺序 /113

二、签名之规定 /116

三、数量之规定 /121

第五章 权利之主体——自然人 /123

壹、概说 /123

貳、自然人 /124

一、权利能力 /124

二、死亡宣告 /129

三、行为能力 /139

四、禁治产宣告 /147

五、人格权之保护 /161

六、住所 /168

第六章 权利之主体——法人 /175

壹、法人之意义与社会功能 /175

一、法人之意义 /175

二、法人之社会功能 /176

三、法人之本质 /176

貳、法人之分类 /178

一、设立依据之法律 /178

二、设立基础 /181

三、设立目的 /182

四、设立所依据国家之法令 /188

叁、法人之通则 /190

一、法人设立之要件 /190

二、法人之能力 /192

三、法人之机关 /199

四、法人之住所 /204

五、法人之监督 /205

六、法人之解散 /208

七、法人之清算 /211

肆、社团 /215

一、社团之设立 /215

二、社团总会 /217

三、社员 /230

伍、财团 /231

一、财团之设立要件 /231

二、财团秩序之维持 /236

三、财团法人章程变更登记之程序及其效力 /245

四、法律适用表 /246

五、财团与社团之区别 /249

陆、外国法人 /250

一、外国法人之意义 /250

二、外国法人之认许 /250

三、外国法人之权利能力与行为能力 /251

四、外国法人之义务 /251

五、外国法人认许之撤销 /252

六、未经认许之外国法人与行为人之连带责任 /252

第七章 权利之客体——物(及权利) /255

壹、物之概念 /256

一、物主意义 /256

二、物之构成要件 /256

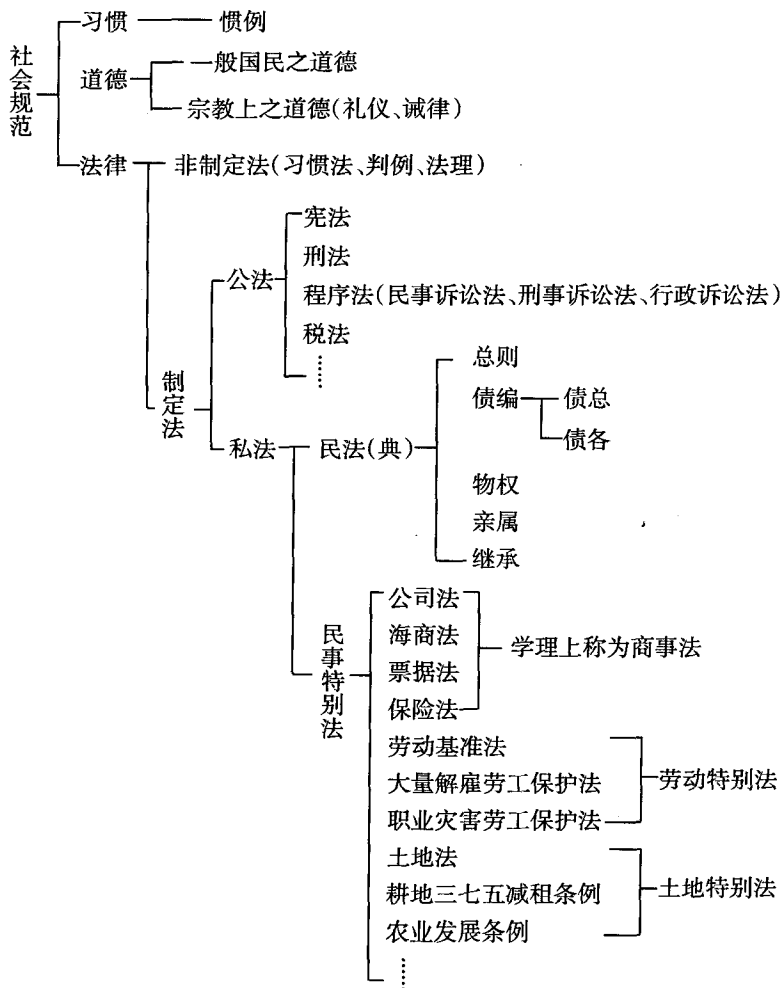
三、有碍物之基本原则 /258

貳、物之分类 /260

一、法律上之分类 /261

二、学理上之分类 /275

第一章 民法之基本认识



法律现象 = 法律事实 + 法规 = 法律关系 = 权利义务关系

壹、法律与一般社会规范之概念

一、社会规范

人为一社会动物,人与人之间必须互相往来,于是产生社会关系,至文明进步并趋于复杂后,社会不得不产生规范以约束个人行为,在国家形态尚未完成,法治尚未建立以前,一般社会规范实为维持社会秩序之基础,但因一般社会规范不具强制性,若违反此一规范,亦仅受其良心、宗教或舆论之制裁。所称一般社会规范,系指伦理、道德、习惯(惯例)、宗教、礼仪等是。一般社会规范中,除习惯、宗教、礼仪三者较有社会具体事实可循外,究竟伦理(ethics)与道德(morality)之区别何在?有学者认为伦理乃指纯思维性(pure speculation)之善恶问题,道德乃指涉实践性(practicality)之善恶问题,^①此言甚是!盖伦理与道德均涉及行为之善恶,伦理的善恶乃观念上之存在,但善恶之实践性则归于道德领域,依经验观察评价,多少具有社会规范性质,故常有社会行为标准(standards of behavior),而非仅止于观念上之存在。

二、法律

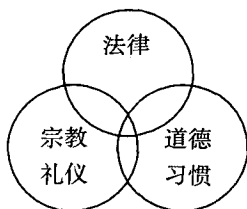
在国家形态完备,法治建立以后,为维持社会秩序,乃认为有必要将原存在之一般社会规范加以制定或承认,并以国家之权力为其后盾,以强制实现,此种强行之社会规范即为法律。按一项法律之形成,通说认为应具备一般性、抽象性、普通性及制裁性,由习尚(usage)进程到惯行(practice),再进程到习惯(custom),最后才形成习惯法(customary law)或制定法(statute)。

质言之,法律者,乃依国家权力而得强制施行之人类社会生活规范也。

① 王宝辉:《“中华民国仲裁协会”仲裁人伦理规范讲述大纲》,第8~9页。

三、法律与伦理、道德、习惯、宗教、礼仪间之关系

六者之关系可图示如下：



1. 共同部分,三者皆不允许,如杀人之不法行为,卖东西多拿人钱是。
2. 法律所独有不允许,与伦理、道德无关者,如交通规则之行进方向(靠右边走)是。
3. 伦理、道德所不允许,但与法律无关者,如非礼勿视、抢人女友是。
4. 宗教、伦理、道德均不允许,但与法律无关者,如暗恋有夫之妇。
5. 道德、习惯均不允许,但与法律无关者,如进他人之屋未脱鞋是。

貳、公法与私法

一、区别之必要

法律规定之内容,因文明进步趋于复杂,而有国家关系和私人关系之区别,为研究方便,乃区分法律为公法与私法。

然而,在社会本位主义之现代立法趋势下,任何法律无不兼具有公法与私法之性质,甚至走向私法公法化,例如台湾地区“劳动基准法”、“消费者保护法”、“信托法”、“政府采购法”、“企业并购法”、“著作权法”、“商标法”、“专利法”、“营业秘密法”等是。因此,公法与私法之区别,仅为学理上之探讨,不能对某法典强予分别为公法或私法,至多亦仅

能谓某法典,例如民法原则上为私法也。^②

二、区别之标准

按私法乃对公法而言,二者之区别标准,学者见解不一,约有下列数说:

(一)目的说

依法律之目的及其保护之利益来加以划分,即保护公益者为公法,保护私益者为私法。但因公益、私益之标准难以划分,故不足采。

(二)关系说

依法律关系之性质来加以区别,规定权力服从关系之法律为公法,规定平等对立关系之法律为私法。但有时公法上亦有规定平等对立关系者,如国际法;反之,私法上亦有规定权力服从关系者,如台湾地区“民法”*第1084条第1项所规定:“子女应孝敬父母。”即为权力服从关系,是此说亦有其缺点。

(三)主体说

依权利义务主体来区分,凡规定国家或其他自治团体之公权力关系之法律为公法;反之,凡规定私人相互间之权利义务关系之法律为私法。但行政机关以私人名义向民间采购,仍为私法规范之范围,如有争议,仍应透过民事法院(或“行政院”公共工程委员会采购申诉审议委员会调解或仲裁机构仲裁)解决,故此说有时也难圆其区别之理由。

(四)实质说

依法律关系之实质内容来区分,凡规范与国家生活有直接关系之法律为公法;反之,凡规范与私人生活有关连之法律为私法。此说从实质之生活关系予以区别,较符实际,且能达成法之目的,故本书采之。

三、区分应有之态度

研究公法与私法之区别时,不能仅注意其法典上之差异,而应研究

^② 施启扬教授认为,公、私法二分法宜改采三分法,将法律重新区分为公法、私法及社会法三种领域。见氏著:《民法总则》,作者自刊,2005年6月6版,第3页。

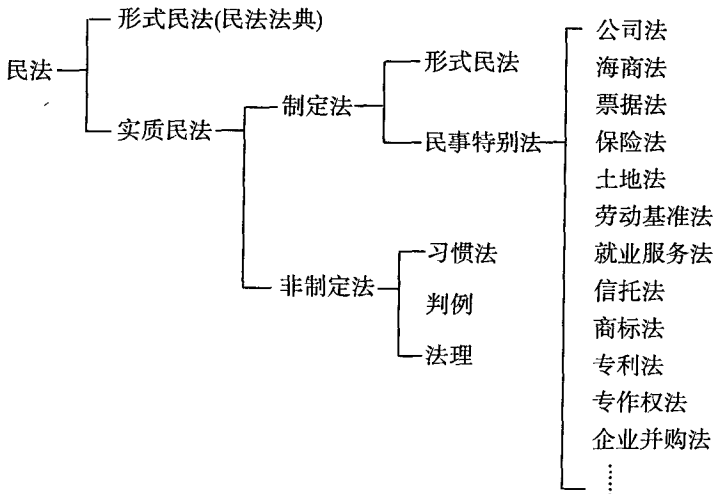
* 以下所称“民法”等均指台湾地区“民法”等。——编者注

其法规内容之本质。在同一法典中,常兼有公法与私法之性质者,如民法原则上虽为私法,但其法人一节之规定,则多属公法性质。又如公司法、公平交易法、劳动基准法、就业服务法及其他经济性法规,常兼具公私法性质。准此,在研究静态法学(私人权利之保护及义务之履行)与动态法学(社会、教育、安全之维护)时,为因应法与时移之变,常将原注重个人利益之法规,转为注重公共利益之法规,此即为私法公法化也。

四、特质

一般而言,公法所规范者,为统治服从关系,而私法所规范者,为平等对立关系。通常之法律均具公私法之混合,例如公司法、劳动基准法、就业服务法等是。

叁、民法之意义



一、实质民法与形式民法

实质民法,系指凡具有私法性质规定之法律,为广义的民法,包括形式民法在内;而形式民法则专指法典化而命名为“民法”之法典,兹表说如上。

二、民法为广义民法

民法采广义的民法,故法律事实适用于民法时,须注意:

1. 依“民法”第1条规定“民事,法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理”。

2. 特别法优于普通法之原则:如终止租赁契约之规定,依“民法”第450条第2项规定:“未定期限者,各当事人得随时终止契约。但有利于承租人之习惯者,从其习惯。”但依台湾地区“土地法”第100条规定“出租人非依左列情形之一,不得收回房屋……”依此原则,关于房屋出租终止权之行使,土地法对民法而言为特别法,应优先适用。又台湾地区“消费者保护法”第2章有关对消费者权益之规定,亦应优先于民法相关规定而优先适用(台湾地区“消费者保护法”第7条至第26条)。

肆、民法之性质

民法依其性质,在学理上有下列特性:

一、民法为国内法

就法律管辖之区域分类,可分为国内法及国外法,国内法即指在国家主权统治领域内所施行的法律。民法为在一国主权之下来规范私人关系之法律,故民法为国内法。

至于规范国际间私人关系的法律,则别称为国际私法^③或法律冲突法(Conflict of Laws)。

二、民法原则上为私法

民法之规范与私人生活有直接关系,基本上为私法的性质。但民法于法人一节中,或其他以保护公益为重之规定,亦常有公法之规定,例如

^③ 即台湾地区“涉外民事法律适用法”,此外尚有准国际私法,如“台湾地区与大陆地区人民关系条例”、“香港澳门关系条例”。