

最新版

民法研究系列

民法学说 与判例研究

第四册

王泽鉴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民法学说 与判例研究

第四册

王泽鉴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-3925

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究·第四册/王泽鉴著. —北京:北京大学出版社, 2009.12

(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-15800-5

I. 民… II. 王… III. ①民法-法的理论-研究 ②民法-审判-案例-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 167438 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

民法学说与判例研究·第四册,王泽鉴著

2005 年 1 月版

书 名:民法学说与判例研究·第四册

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:侯春杰

标准书号:ISBN 978-7-301-15800-5/D·2410

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者:三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者:新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 16.5 印张 257 千字

2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

定 价:30.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

拙著民法研究系列丛书包括《民法学说与判例研究》(八册)、《民法思维:请求权基础理论体系》、《民法概要》、《民法总则》、《债法原理》、《不当得利》、《侵权行为》及《民法物权》,自2004年起曾在大陆发行简体字版,兹再配合法律发展增补资料,刊行新版,谨对读者的鼓励和支持,表示诚挚的谢意。

《民法学说与判例研究》的写作期间长达二十年,旨在论述1945年以来台湾民法实务及理论的演变,并在一定程度上参与、促进台湾民法的发展。《民法思维:请求权基础理论体系》乃在建构请求权基础体系,作为学习、研究民法,处理案例的思考及论证方法。其他各书系运用法释义学、案例研究及比较法阐述民法各编(尤其是总则、债权及物权)的基本原理、体系构造及解释适用的问题。现行台湾“民法”系于1929年制定于大陆,自1945年起适用于台湾,长达六十四年,乃传统民法的延续与发展,超过半个世纪的运作及多次的立法修正,累积了相当丰富的实务案例、学说见解及规范模式,对大陆民法的制定、解释适用,应有一定的参考价值,希望拙著的出版能有助于增进两岸法学交流,共为民法学的繁荣与进步而努力。

作者多年来致力于民法的教学研究,得到两岸许多法学界同仁的指教和勉励,元照出版公司与北京大学出版社协助、出版发行新版,认真负责,谨再致衷心的敬意。最要感谢的是,蒙 神的恩典,得在喜乐平安中从事卑微的工作,愿民法所体现的自由、平等、人格尊严的价值理念得获更大的实践与发展。

王泽鉴

二〇〇九年八月一日

目 录

法学上之发现	(1)
无效法律行为之撤销	(18)
纯获法律上之利益	(27)
“民法”第 113 条规范功能之再检讨	(41)
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	(57)
债之关系的结构分析	(62)
出卖他人之物与无权处分	(96)
再论“出卖他人之物与无权处分”	(106)
二重买卖	(114)
为被害人支出医药费、无因管理及代位	(127)
法定扶养义务人为被害人支出医药费之求偿关系	(133)
互开支票利用未能兑现与不当得利	(145)
出租他人之物、转租与不当得利	(154)
添附与不当得利	(163)
对未出生者之保护	(179)
侵害生命权之损害赔偿	(205)
因侵权行为为债务人拒绝履行权及不当得利请求权	(221)
抛弃继承与诈害债权	(233)
税捐、工资与抵押权	(243)

法学上之发现*

此为 Hans Dölle 教授在第 42 届(1958 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, 并就代理权授予、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!

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?

* 本书中法律条文如无特别注明, 皆为台湾地区现行“民法”之规定。——编者注

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,有了一个发现,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 1816 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的巨著《法学阶梯》时,也有了一个真正的发现,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联。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需要判断的事实,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,发现的本质不在于其客体,也不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^①,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联及本质规则。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 关于代理权授予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 1866 年在《商事法杂志》(Zeitschrift für Handelsrecht)上发表的论文中所论述的“代理权授予及其基础关系之区别”(Unterscheidung der Vollmacht von dem ihr zugrunde liegenden Verhältnis)。简言之,也就是代理权授予及委任(Auftrag)的区别。^② 如所周知,罗马法学家始终未能提

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。

② Laband, *Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, *Zeitschrift für Handelsrecht* 10(1866), S. 183ff. 译者附注:关于代理权授予独立性之基本问题,参见梅仲协:《民法要义》,第 103 页。

出一个关于代理权授予的抽象概念。^① 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,代理权授予的理论,自然无从发展。在德国普通法上,于19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,应受规范此一基础关系规定的支配。依此见解,代理权授予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。^② 因此,依昔日的学说,代理、代理权授予及委任契约殆属同一意义,认为代理权的授予恒以委任契约为其基础,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。^③

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。^④ Jhering 虽然有此认识,但仍认为委任是意定代理唯一可想象的发生原因,迄未能摆脱代理权授予和委任是一物两面的传统观念。^⑤

在德国商法典(Das Deutsche Allgemeine Handelsgesetzbuch)制定之后,德国学者才开始认识到,代理权的授予,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證據。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。^⑥ 惟应注意的是,Laband 认为代理

① Hupka, Die Vollmacht(1900)S. 7f.

② Glück, Pandekten xv(1813), S. 239ff; Puchta, Pandekten, 12. Aufl. (1877), § 32.

③ 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”(授予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. ABGB) § 1002 及《法国民法》(Französischer Code Civil)第1984条均设有类似规定。

④ JheringsJahrb. I (1857)S. 312.

⑤ Hupka, S. 12.

⑥ Laband, S. 207, 229ff.

权的授予不是基于单独行为,而是基于一个应与基础关系区别的代理权授予契约(Bevollmächtigungsvertrag)^①,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:代理权与基础关系的分离,系以一项确信作为前提条件,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联性产生怀疑,最后终于获得了一项认识,即:前者系法律上之能权(das rechtliche Können),在一定的条件下,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 则强调此两个法律现象彼此间的独立性。^② 诚然,丹麦法学家 Ørstedt 对代理权授予与委任间的关系,曾提出一个较当时学说为精确的区别。^③ 但是也只有等到 Laband 的论文发表之后,北欧传统的委任说(Mandats-theorie)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^④固不必论,日本、瑞典、丹麦、挪威、芬兰、波兰、意大利、希腊、捷克等国或地区的民法和台湾地区现行“民法”亦均采取新的理论。^⑤ 英国法及美国法虽然也区别代理权授

① Laband, S.208. 译者附注:关于代理权授予的各种理论,尤其是代理权授予契约说,参见洪逊欣:《民法总则》(1967年修订初版),第451页。

② 参见 Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft(1955), S.2 Anm.7,8。

③ Ørstedt, Handbuch über die dänische und norwegische Gesetzeskunde VI(1835), S.1ff。

④ 参见《德国民法》第164条以下,《瑞士债务法》第32条以下。

⑤ 参见 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103条至第110条,第167条以下。第167条规定:“代理权系以法律行为授予者,其授予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221条理由谓授予意定代理权之行为,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予,并明定代理权之授予系属单独行为。详见胡长清:《中国民法债编总论》,第66、67页。

予及其基础关系^①,但是尚未能贯彻 Laband 所提出的代理权授予无因性理论。大陆法系国家和地区,例如法国及奥地利^②,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。^③

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^④,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。^⑤ Müller-Freienfels 曾致力于证明在代理权授予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联。^⑥ 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,殆难想象。

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,给予公平合理的结果。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。^⑦ 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。

① 参见 Müller-Freienfels, S. 3 Anm. 23。

② 参见本书第 4 页注③。

③ 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。

④ 参见 Hupka, S. 13ff。

⑤ Dölle, Neutrales Handeln im Privatrecht; Festschrift für Fritz Schulz II (1951), S. 268ff。

⑥ 参见 Müller-Freienfels, S. 8。

⑦ Wieacker, Rudolf v. Jhering, Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage(1942), S. 19. 20。

从现代(法典化)法律的观点而言,应该承认如下的原则,即:于缔约之际,尤其是在缔约谈判过程中,一方当事人因可非难的行为侵害他方当事人时,应依契约法原则(而非依侵权行为规定)负责,至于契约是否成立,此一可非难的行为与契约内容是否有关,均所不问。此点于因使用人或代理人肇致损害的赔偿、消灭时效、举证责任、责任标准以及履行利益或信赖利益的赔偿,关系重大。在 Jhering 于 1861 年发表其有关缔约上过失(契约无效或不成立之损害赔偿)的论文以前^①,虽已有学者对此问题迭加注意,若干德意志邦法典亦设有关于当事人于缔约时因其行为所生法律效果的规定^②,但一直到 Jhering,才开始将它当作一个基本问题加以研究,而且从历史及理论的观点详加论述,强调基于缔约行为在当事人间产生了一种法律关系,可以由之而导出必要的推论,而获得合理的结果。有学者认为,Jhering 的推论专凭己意,解释资料不是依其客观的内容,而是依其主观所欲达成的意欲。^③ 此项批评,自有所据,惟依吾人之所信,此非问题关键之所在,重要的是,Jhering 发现了一项规则,即:于契约成立以前,在特定要件下缔约当事人已进入一个具体的而且可以产生权利义务之债的关系,其责任标准应依当事人所订立或所欲订立的契约决定之。如所周知,德国判例学说曾致力于为此种债之关系的成立,寻求一个令人满意的理论依据。最初偏向于拟制当事人意思表示,今则终于肯定当事人因其缔约行为而产生了一个类似契约的信赖关系,并属于法定债之关系。^④ Jhering 阐释了一个极为重要的观念,即侵权行为法仅宜适用于尚未因频繁社会接触而结合之当事人间所生的摩擦冲突;倘若当事人因其社会接触,自置于一个具体的生活关系中,并负有互相照顾的具体义务时,则法律应使此种生活关系成为法律关系,使当事人互负具体的

① Jhering, Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträge, JheringsJahrb. 4(1861), S. 1ff. 译者附注:关于“缔约上过失”之基本理论及发展趋势,请参见拙著:《缔约上之过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。

② 参见 Jhering, S. 45ff.

③ Mommsen, Die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen (Erörterungen aus dem Obligationenrecht II, 1879), S. 33ff.; Brock, Das negative Vertragsinteresse (1902), S. 20ff.

④ 参见 Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl. (1954), S. 183; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I (1957), S. 66.

债务。违反此项债务时,其所侵害的,不是一般人所应注意的命令或禁止规定,而应依侵权行为的规定负其责任;其所侵害的是特定当事人的具体债权,因此关于使用人行为、举证责任、时效期间及责任标准等问题,均应适用契约法原则加以处理。当然,对足以建立债之关系的社会接触而言,进入缔约过程固然是一个特别具有代表性的实例,但亦仅为一个实例而已。德国判例学说步 Jhering 的足迹,更进一步贯彻他的理论,认为纵无缔约行为及契约上之意思,亦得直接由客观的社会关联产生法律关系及债之关系^①,我们对于此种关系必须在法律上予以承认,否则势必适用侵权行为法规定,其结果实不合当事人利益,显非妥适。Jhering 关于“缔约上过失”的发现,为如何合理规范社会生活开拓了一条途径。值得注意的是,比较法上的研究已证实 Jhering 的理论对外国法的形成深具贡献。^②学说继受此一理论者有之,判例采之者有之,立法明定者亦有之,新的《希腊民法》及《意大利民法》为其著例^③,在其他国家至少亦对缔约前阶段当事人予以较强的保护。^④简言之,Jhering 理论的发展遍及全球,影响深远。

四、Seckel 关于形成权的理论

这里所要介绍的是,Emil Seckel 关于形成权(Gestaltungsrecht)的理论,其影响的范围可能较小,但仍具有高度的认识价值。

权利的本质如何,对某项权利的承认,其标准何在?对此问题,法学上之研究孜孜不息,迄未中止,可能是一项永恒的课题。惟积长年勤奋研究的结果,已发展出一个权利体系,学者致力于将所有可以称为权利的现象组成一个广泛的整体,而且将此整体的现象,依其特性分为各种类型与范畴。这个权利体系在复杂的法律现象世界中,具有指引的功能及重大的认识价值,众所周知,无待庸言。长期以来,法学者已习惯于将法律上

① Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse: Festschrift für Siber II (1943) 1-37; Dölle, Außergesetzliche Schuldspflichten: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 103 (1943), S. 67ff; Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse (1957); BGHZ 21, 319 (333); 23, 175 (177).

② Nirk, Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 18 (1953), S. 310ff.

③ 《希腊民法》第 197 条及第 198 条[译者附注,参见《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版];《意大利民法》第 1337 条。

④ 参见 Nirk, S. 310. 前掲书。

所承认赋予各个权利主体的权能,定性为支配权与请求权,并且依照此种分类原则决定其结构,其绝对性或相对性,其所包含的“能为”与“得为”(Können und Dürfen),其行使或主张的效果、限界及其他问题。

现在所强调的是,形成权的提出,扩张了权利的范畴,实在是一个重要的发现。倘我所见无误,此一发现的基础系由 Enneccerus 所奠定。Enneccerus 在其关于法律行为的著作中讨论到所谓“取得之权能”(Erwerbsberechtigungen),并尝试探究此项难以纳入权利体系中之“权利”的发生及本质。^①其后 Zitelmann 在其关于国际私法的著作中,以贯彻新认识所须具备的明确、精细与一般化的能力,铸造了法律上“能为之权利”(Rechte des rechtlichen Könnens)——权能(Kannrecht)——的概念^②,Hellwig 对之深表赞同^③,最后由 Emil Seckel 在其属于德国民法学上最卓越的论文中,以创造性的文字,妥当简要地称之为“形成权”(Gestaltungsrecht),并对之作严密的分类,标明其本质,探讨其发生、变更、让与、消灭等问题。^④Seckel 更由之而证明,纵使此等权能在个别现象之间存有差异,但仍实足构成一个新的权利类型,基本上应适用同一的原则。这实在是一个真正的发现!对此新的理论,有人持反对意见,有人认为此一理论之有无,无关宏旨,但此均不足影响此项发现的意义。问题的关键在于此种将特定法律现象,以清晰可识方式描绘出来的新构想形态(Vorstellungsbild),是否适于增进我们对此等法律现象的认识。关于此点,应予肯定,实毋庸置疑。当法律赋权利主体以法律上能有所为的权能,使其得依单方的行为产生特定的法律效果时,就从这一个时刻起,对我而言,即产生了关于如何处理此等法律现象的重要问题提出,倘无前述的基本观点,必将难以解决,例如关于行为能力、让与、设质及行使的效果等。当然,原则上的问题仍然存在,尤其是关于体系的问题:此等形成权的本质究在于得依单方意思而行使之,抑或我们必须采取 Enneccerus 的见解^⑤,

① Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin(1889), S. 600ff.

② Zitelmann, Internationales Privatrecht III (1912), S. 32ff.

③ Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts I (1903), S. 215f, 232ff.

④ Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts: Festschrift für Koch(1903), S. 205.

⑤ Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (14 Aufl. 1952), § 73 I 3(S. 280f.).译者附注:关于期待权(Warterecht 或 Anwartschaftsrecht),其详情请参见拙著:《附条件买卖中买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版。

接受“变动权”这个类型(Kategorie von Rechten auf Rechtsänderung),认为权利变更无需意思的协力亦可发生。我个人不采取此说。我认为,此种类型之期待权(Warterechte),原则上应与形成权加以区别。所谓期待权,系指以取得业已现实存在将来可发生之完全权利(Vollrecht)为目的,而受法律保护的地位;期待权本身并不是一种具有特别性质的独立权利,仅系权利之先行阶段。反之,形成权系属一种辅助的权能,权利主体享有法律上之权力,得依其单方的意思行为使法律关系发生变更或消灭。再就个别问题说明之:抗辩权(Einrede)是否为形成权?关于此点,Seckel氏采否定说^①,依吾人所信,诚属正确。我个人认为,我们必须提出如下的问题:一个抗辩权的主张,是否使其所欲对抗的主权利就此永远失其效力;抑或仅此一次使该权利失其效力,而于主权利重为行使时,必须再行主张之。仅在前种情形,抗辩权具有终局形成的结果,始得称为一种形成权。如果抗辩权的权能仅得对主权利之每次行使提出异议,则抗辩权仅具一时的效用,应与形成权严加区别。诉讼法上的考虑亦可资支持此项论点,即:为对抗请求权之行使,抗辩权须每次主张之,始具效力。惟无论如何,形成权此一类型的发现,确实增进我们对法律现象的认识,并使权利系谱更为完整,使我们能够借助更完整体系上的认识及正确理论上的问题提出,更妥适地规范社会生活。

五、Kipp 关于法律上双重效果的理论

基于一个特定原因事实所生的法律效果,并不妨害基于另一个原因事实所生的效果。此项认识,依我个人所信,亦属于一个真正法学上的发现。此种法律上双重效果(Doppelwirkungen im Recht)的现象,最先是由Theodor Kipp在其发表于Martitz纪念文集上一篇有名的论文中所提出^②,使我们对此问题有所认识。以下容我简单介绍Kipp的基本思想。

我们的语言,特别是法律语言,不能避免使用形象(Bilder),尤其是在处理抽象的事物、纯粹思维上客体之际,常须利用我们周围物质世界的过

^① Seckel, S. 216.

^② Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für Martitz(1911), S. 211ff.

程,来阐释那属于精神的、思维上的、存在模式不同的法律现象,例如权利的“丧失”、请求权的“消灭”、债权的“移转”或契约的“承担”等。当我们习惯于这种表达方式时,不免产生一项危险,即:逐渐忘记这些用语仅是比喻性质,而径由物质世界的观察导出与法律效果不相当的结论。学者时有认为,一个无效的法律行为不能再行撤销,其主要理由为法律行为既系无效,不复存在,何从再行撤销,予以消灭。此项论点,将法律世界与物质世界作了虚像逻辑的混淆,势必导致极为不当的结果,实具危险性。为此,Kipp特在其论文中提出异议,排斥偏见,并列举若干实例加以阐释,认为必须对法律效果所具有之规范的意义有透彻的认识,始能保障其合理的结果,并符合一个真正的以正确前提作为出发点的法律思维逻辑。兹就一个典型的案例加以说明:E受A的恶意诈欺,移转某动产所有权。E于行为时,精神固已恢复正常,但因受禁治产宣告仍为无行为能力人。于此情形,因E为无行为能力人,A未能取得该动产的所有权。^①倘B于受让该物之所有权时,明知E受A恶意诈欺,但非因重大过失而不知E之欠缺行为能力,则B最初仍能取得其所有权。假设我们认为无效的法律行为不能再行撤销,即无适用《德国民法》第142条第2项规定之余地,即:“明知或可得而知法律行为之可得撤销者,于其撤销时,视为明知或可得而知其无效。”易言之,B虽明知其前手之取得具有疑义,仍能取得其物之所有权。所应注意的是,倘我们认为对该因无行为能力而罹于无效之法律行为,仍得因恶意诈欺再行撤销时,则其法律效果,即完全不同。此种撤销所生的法律效果,具有重大利益,实甚显然,法律应许E主张此种法律效果,应无疑问。

问题的重点在于法律效果,而非在于法律所借以引起特定法律效果之技术,因为技术通常只是获得合理结果的手段而已。如果一个应受保护的所有权人的所有物返还请求权,因已有某项救济方法(无效),而不能再行使其他救济方法(撤销),致不能有所主张,实属怪诞可笑,无人敢于赞成此种结果!为获致合理的结果,虽有学者建议采取举轻明重及其他处理方法,但是最正确的理由构成乃是由Kipp所倡导的认识,认为法律效果属于规范世界,旨在合理规范社会共同生活,不能以物质世界的观

① 于本案,所有人E精神正常,但因受禁治产宣告,而无行为能力,其将动产让与A,并不构成违背其意思而丧失其物。通说认为让与之丧失是否基于自由之意思,应以所有人事实上之意思为准。BGHZ 4, 10(34ff.)参见RGZ 101, 224(225); RGR-Kommentar(10. Aufl. 1954), Anm. 4 zu § 935。

点视之。在规范世界里,法律为达到其妥当的规范目的,对于先后发生的不同社会生活事实赋予同一的法律效果,实不足惊奇。又应说明的是,承认法律上双重效果,在证据方面亦深具意义,例如法律行为之无效不能释明或其释明有困难时,应该允许当事人主张撤销权。关于 Theodor Kipp 的思想,学者论述甚多^①,在国际私法及其他方面亦被应用,著有成绩。^②反对双重效果说者,自始有之,坚持古老思维习惯者,今日亦不乏其人^③,然而,可以确信无疑的是,Kipp 的发现,启迪了许多有价值的思考,而且帮助我们对法律行为的本质,更进一步获得原则性的认识。

六、Staub 关于积极侵害债权的理论

再多举民法上发现的实例,并非难事。可想到有法律行为基础之丧失(Wegfall der Geschäftsgrundlage),或积极侵害债权(契约)(positive Vertragsverletzung)。关于积极侵害债权,或许有人会持异议,认为 Staub 的发现并不具有基本的认识价值,仅是提醒吾人注意到现行“民法”规定的漏洞而已。我个人确信,此种论点,低估了 Staub 的贡献。由后来判例及学说的发展可知,《德国民法》关于侵害债权的明文规定——给付不能及给付迟延——实不足圆满包括所有违反债之关系上义务的情事。综观 20 世纪以来公布实施的外国民法典、学说及判例的成长,英美法以及国际商品买卖统一法草案^④,我们可以清楚地看到正沿着 Staub 所开拓的方向发

① 赞成此说者有:Peter, Arch. civ. Pr. 132(1930), S. 1ff.; Hubernagel, Arch. civ. Pr. 137(1933), S. 205ff, 138(1934) S. 224ff., Enneccerus/Nipperday, II (14Aufl. 1955), § 203 III 7; Staudinger/Coing, BGB I (11. Aufl. 1957), Anm. 15ff. zu § 1230. 采反对说者有: v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts III (1914), S. 299f.; Soergel/Lindenmaier, BGB (8 Aufl. 1952), Anm VI zu § 123. 译者附注:关于此项问题,请参见拙著:《无效法律行为之撤销》,载本书。

② Serick, Parallelwirkungen im internationalen Privatrecht, ein Beitrag zu der Lehre von den Doppelwirkungen, Rabels Z 21(1956), S. 207.

③ 参见:Zepos, Die Unmöglichkeit von Doppelwirkungen im Recht; Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie 27(1934), S. 480ff; Husserl, Bemerkungen zur Lehre von den Doppelwirkungen im Recht, Archeion Idiotikon Dikaion I (1934), S. 690ff.

④ 《国际商品(动产)买卖统一法草案》第 40 条:RabelsZ22(1957), S. 724ff. 译者附注:关于本统一法之基本内容,请参见拙著:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版。又关于 Staub 所倡导之积极侵害债权,请参见拙著:《不完全给付之基本理论》,载《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社 2009 年版。