

Structure of Reliance Principle

學術論文集

信賴原理的私法結構

On Structure of Reliance Principle



葉金強 著

元照出版

信賴原理的私法結構



葉金強 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

信賴原理的私法結構 / 葉金強作. -- 初版. --

臺北市 : 元照, 2006[民 95]

面 : 公分

參考書目 : 面

ISBN 986-7279-59-X (平裝)

1. 法律 - 哲學, 原理

584.01

95005387

信賴原理的私法結構

56MCD01201

2006 年 5 月 初版第 1 刷

作 者 葉金強

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 280 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號:局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-7279-59-X

序 言

私法從近代到現代，經歷了從形式法到實質法、從概念法學到評價法學的變遷。評價法學之下，法律論辯展現為私法原理之間的角色。作為構建私法價值體系的私法原理，在宣示一定的價值取向的同時，對其自身實現過程中的核心要素也有著基本的限定。而任何一項私法原理在生活中的實現，均需要周邊原理的融入，由此形成私法原理間既相互限制又相互協作的關係。

現代私法越來越重視對合理信賴的保護，逐漸生成的信賴原理，已經成為現代私法的價值基礎之一。本書的核心任務便是構建此一私法原理。信賴原理的正當基礎，是本書首先需要應對的問題。保護合理信賴的理念為何在與其他價值取向的競爭中，取得越來越大的優勢，值得思考。對此，本書擬從經濟分析、社會學、以及法倫理的角度展開討論。

信賴原理與自治原理之間的緊張關係，貫穿於構建信賴原理的全過程。在信賴原理與自治原理的推拉之中，二者方才能夠找到各自應有的位置。信賴原理的適用，以存在一定的信賴為前提，在此基礎之上，通過信賴者信賴合理性程度與責任者歸責性程度的比較權衡，來確定應當賦予的法律效果。當信賴者的信賴合理性程度充沛時，信賴原理就可能戰勝自我決定意義上的自治原理，使責任者受到其意思之外的約束，但此種約束尚應符合自

己責任意義上的自治原理的要求。在信賴合理性程度充沛，而責任者又無歸責性時，只有當信賴事件處於責任者的風險領域，責任者的責任方才可以發生。

本書所嘗試的信賴原理的基本構造，對保護信賴的具體制度的建構，具有借鑑意義。在那些具體的制度中，信賴原理與其他原理之間彈性邊界的劃定，均是問題思考的大語境。不過，一般性框架之建構本身，便含有潛在的風險。個別與一般之間存在難於跨越的鴻溝，故惟有在秉持一般原理精神的同時，不忘具體場景的特質，方才可能妥適解決具體問題。當然，本書完成的同時，必然也是對其所建構框架之反思與檢討的開始。

葉金強

二〇〇六年三月

目 錄

序 言

第一章 導 論

1.1 問題意識	1
1.2 術語界定	5
1.2.1 私 法	5
1.2.2 信賴原理	8
1.2.3 法律構造	10
1.2.4 信賴、信賴利益	12
1.3 研究進路與方法	15
1.3.1 研究進路	15
1.3.2 研究方法	17

第二章 範式轉換背景下的私法原理

2.1 問題的提出	19
2.2 學說整理與檢討	21
2.2.1 學說整理	21
2.2.2 檢 討	23
2.3 私法的實質化：從形式法到實質法的變遷	26
2.3.1 形式理性、形式正義與形式法	26
2.3.2 私法的實質化	28
2.3.3 在形式與實質之間	32

2.4	私法方法的更新：從概念法學到評價法學	34
2.4.1	概念法學：封閉、自足的邏輯體系建構	34
2.4.2	評價法學：彈性、開放性價值體系建構	37
2.4.3	邏輯體系與價值體系的協力	39
2.5	私法本體與私法方法：詮釋學角度的理解與 反思	41
2.5.1	哲學詮釋學的啓示	41
2.5.2	解釋中的法本體建構	43
2.5.3	法本體構建中私法範式的功能	48
2.6	私法論辯的理由與過程：原理之間的角力	50
2.6.1	法律論辯的結構	50
2.6.2	原理與規則的區分	56
2.6.3	原理之間的角力	59
2.7	小 結	63

第三章 信賴原理的正當化途徑

3.1	信賴原理的正當化：經濟分析的視角	65
3.1.1	資訊、資訊能力與資訊成本	65
3.1.2	法律制度與資訊成本	69
3.1.3	信賴原理的資訊成本節約機制	72
3.2	信賴原理的正當化：社會學的視角	79
3.2.1	信任及其社會功能	79
3.2.2	信任、信賴與法律	84
3.2.3	信賴原理的社會功能	89
3.3	信賴原理的正當化：法倫理的視角	91
3.3.1	信賴者自由與安全的保障	91

3.3.2	責任者的歸責性	94
3.3.3	視角轉換與利益平衡	98
3.4	小 結	101

第四章 信賴原理的事實結構

4.1	信賴的存在	103
4.1.1	可信賴的物件：表見事實的範圍	103
4.1.2	信賴者的善意：對真實資訊的不知	112
4.1.3	信賴的認定及其準據時間	121
4.2	信賴者因信賴而行為	129
4.2.1	為什麼要有行為	129
4.2.2	行為的類型	130
4.2.3	是否存在例外	134
4.3	小 結	136

第五章 信賴合理性之判斷

5.1	信賴合理性要求之基礎	137
5.1.1	效 率	138
5.1.2	信賴者的自由與安全	138
5.1.3	對責任者約束的妥當性	139
5.2	理性之人標準的構建與適用	140
5.2.1	標準客觀性問題	140
5.2.2	理性之人的立體化	144
5.2.3	理性之人所置身之場景的建構	155
5.2.4	標準的適用	158

5.3	合理性判斷中的特殊問題	162
5.3.1	代理場合的判斷	162
5.3.2	法人場合的判斷	165
5.4	小 結	168

第六章 責任者的歸責性

6.1	責任者歸責性之功能	171
6.1.1	歸責、歸責原則、歸責性	171
6.1.2	信賴原理中的歸責原則、及歸責性的定位	173
6.1.3	歸責性的功能：私法自治的兼顧	175
6.1.4	歸責性與信賴合理性的比較權衡	179
6.2	歸責性的類型化	182
6.2.1	故 意	182
6.2.2	過 失	184
6.2.3	過失之下的歸責因素	198
6.3	歸責性之例外：風險領域理論的運用	200
6.3.1	風險領域理論	200
6.3.2	風險領域理論的運用	203
6.4	小 結	206

第七章 信賴原理的私法效果

7.1	效果類型與效果確定的考量因素	207
7.1.1	法律效果的可能類型	207
7.1.2	效果確定的考量因素	208

7.2	信賴利益損失賠償義務的發生	211
7.2.1	實證法上的制度類型	211
7.2.2	賠償額的確定	214
7.3	信賴者所追求效果的發生	216
7.3.1	實證法上的制度類型	216
7.3.2	效果發生的行為基礎	222
7.4	效果的彈性化：以合同解釋為例	225
7.4.1	比較權衡框架下的效果確定	225
7.4.2	不合意、錯誤與合同解釋	227
7.4.3	合同解釋中的比較權衡	236
7.4.4	解釋結果的層級結構及其與效果強度的 對應關係	239
7.5	小 結	243

第八章 結 論

8.1	論文的主要觀點	245
8.2	論文的主要創新點	247

參考文獻

後 記

第一章 導 論

1.1 問題意識

人文世界秩序不同於自然秩序，係以一定的人文價值為核心。人類倫理實踐的展開，在自然約束的基礎上以價值為導向，價值透過特定技術而實現於生活之中，日積月累的經驗使得價值實現的精確度日益提升。私法價值是人類倫理價值的一部分，為了妥當實現私法價值，法學以體系思維這樣的技術性方法，試圖構建私法的價值體系，確定各種價值的位階，廓清各項價值的邊界，並藉助於邏輯體系的支援，透過實踐中豐富的司法技術，尋求價值實現的妥當途徑。這樣的邏輯體系與價值體系，被拉倫茨分別稱為外在體系與內在體系。¹

傳統私法價值體系的核心是私法自治、契約自由、所有權神聖、過失責任等，分別體現了私法各領域中的自治精神。但是，現代私法中私法自治卻已受到了有力的挑戰，私主體之間實力的懸殊造成的自治的扭曲，使自治遭受了諸多的責難，私法自治也因此被修正。契約法領域中，勞動合同的析出、消費者合同的單列、格式合同的規制等，彙成了對契約正義的追求。資源有限性以及共同體主義的影響，使得「社會化」了的所有權，受到了越來越多的約束。²而侵權責任也不再限於體現對行為人的責難，身

¹ 參見[德]Karl Larenz：《法學方法論》，陳愛娥譯，臺北，五南圖書出版股份有限公司，1996年版，第355頁以下。

² 阿蒂亞指出：財產自由是契約自由時代的先驅，正是買賣、管理和開發所有形式的財產的自由，導致了對絕對的契約自由的需要。而契約自由的衰落同

2 信賴原理的私法結構

處高風險的現代社會，使得我們不得不更多地考慮受害人損失的分擔，危險責任的出現與擴張、責任保險的發達，極大地衝擊著傳統的侵權行為法理論。

與此同時，逐漸生成與發展起來的信賴保護理念，形成了傳統私法自治理念另一個強勁的對手。在私法的各個領域中，自治與信賴保護之間形成的推拉，成為型構制度的決定性力量。在直接體現私法自治的法律行為領域，也已有學者指出：信賴原則與自我約束原則共同構成了法律行為交往中的基本原則。³意思表示解釋理論由意思主義向表示主義的演變、侵權過失標準的「客觀化」、物權表徵方式公信力之認可、商法外觀主義的興盛等，已使得信賴原理成為現行私法制度的根基之一。而這些具體的信賴保護制度，基本上均構成了對傳統私法自治的限制。⁴

所有這些，預示的似乎都是私法自治的「衰落」。但是，自治與人之尊嚴的本質聯繫，使我們不得不產生這樣的疑慮：私人生活中自由的過度約束，是否會對人類社會基本價值構成根本性侵蝕？剔除了自治的私法還能剩下點什麼？現代社會中，何以一面是人權、人格尊嚴的高歌猛進，一面卻是私法自治的「衰落」？而福利國家中隱存的擔憂是：人會不會逐漸淪為僅具有消費功能的、主體性被逐漸消蝕的「物」？此外，自治與效率密切

樣與財產自由的衰落緊密並行。See P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, (Oxford: Clarendon Press, 1979), p. 727.

³ [德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（上），王曉暉、邵建東、程建英、謝懷斌譯，北京，法律出版社，2003年版，第59頁。

⁴ 不過，侵權過失標準的「客觀化」似有所不同，此一過失責任之內在調整，雖然體現了對受害人合理信賴保護的加強，但其過失責任的意蘊未變，仍體現著私法自治的精神。這可能增加了將其構建到統一信賴原理之中去的難度，在這一同樣體現信賴原理的制度中，所要考量的因素也會有所變化。但是，其與其他信賴保護制度共通的特徵：「視角轉換」，仍然可以成立。此外，此處的私法自治未受衝擊，似乎也預示著其他的信賴保護制度中，法律效果的正當化同樣可從自治的角度得以解釋。

相關，哈耶克指出：自由的主要目的在於，向個人提供機會和動因，以使個人所具有的知識得到最大限度的使用。⁵人類社會的知識分立於個人，知識均是個人知識，知識的有效利用是社會經濟發展的效率基礎。這樣，自治的「衰落」又如何能夠與經濟發展的要求相協調？

這些問題最終指向的是私法自治的雙重基礎：倫理基礎與效率基礎。如果這兩個基礎沒有喪失，私法自治就不可能被顛覆。近代私法的自治精神是建立在康德倫理人格主義哲學之上的。康德指出：道德的人格不是別的，它是受道德法則約束的一個有理性的人的自由；只有一種天賦的權利，即與生俱來的自由。⁶而在現代社會，人之自由的倫理價值實際上不是被弱化了，而是在不斷地被強化。人依其本質屬性，有能力在給定的各種可能性的範圍內，自主地和負責地決定他的存在和關係、為自己設定目標並對自己的行為加以限制。⁷同時，在這樣的倫理預設之下，個人目標的實現決定著整個社會的福利水平，而每個人是其自己利益的最佳判斷者，故從知識分立及資訊成本的角度觀察，自治仍然是有效率的，反自治會導致低效率。這樣，私法自治的倫理與效率基礎仍在。由此，筆者隱約的感覺便是，現代私法的變遷可能被無情地誤讀了，私法需要新的詮釋。

私法具體價值的變遷的再詮釋，是一個極其宏大的主題。筆者無力也無意於此一主題的全面展開，只擬將本文的主題限定於信賴原理之一端，試圖在將信賴原理展開的同時，探尋信賴原理與自治原理的親和關係，以及信賴原理私的角度的正當化途徑。

⁵ [英]哈耶克：《自由秩序原理》（上），鄧正來譯，北京，三聯書店，1997年版，第96頁。

⁶ [德]康德：《法的形而上學原理——權利的科學》，沈叔平譯，北京，商務印書館，1991年版，第26、50頁。

⁷ [德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（上），第45頁。

4 信賴原理的私法結構

對此，筆者已作出了一些初步的努力：在有關合同解釋的研討中，筆者業已分析了在表示主義之雙重合理性標準之下，當事人的自治是如何可能的，言明了合同解釋標準的變遷，並沒有使自治受到實質性損害，謹慎的當事人仍然可以將合同作為自治的工具；⁸在物權表徵方式公信力的研討中，筆者著力強調對原權利人不利益的附加，除了第三人信賴合理性等要件之外，尚需原權利人歸責性的存在，從而使信賴保護可以和私法自治相協調；⁹在侵權過失標準的研討中，筆者所主張的統合主觀過失與客觀過失的過失判斷之信賴標準，在保護受害人的合理信賴的同時，可以兼顧行為人適度的自由，化解過失「客觀化」對過失責任原則的衝擊。¹⁰

在上述研究的基礎上，筆者於此擬將問題置於更為一般的層面來討論，從具體的信賴保護制度中抽取出統一的信賴原理，詳細考察信賴原理適用中的考量因素，描繪信賴原理的精神特質，再析信賴原理所保護之利益的私的屬性，探求信賴原理與自治原理之間的內在勾聯，並重新審視私法自治的精神內涵。最終，將再與自治原理等私法原理的相互限制與補充之中，建立起信賴保護一般理論，完成信賴原理的構築，為私法價值體系的構建盡綿薄之力。

⁸ 參見葉金強：《合同解釋：私法自治、信賴保護與衡平考量》，《中外法學》，2004年第1期，第71-72頁。

⁹ 參見葉金強：《公信力的法律構造》，北京大學出版社，2004年版，第121、206頁。

¹⁰ 參見葉金強：《侵權過失標準之具體構造》，江平主編：《侵權行為法研究》，北京，中國民主與法制出版社，2004年版，第176-179頁。

1.2 術語界定

1.2.1 私 法

私法的界定離不開私法、公法之劃分，大陸法系法律的主要分類便是私法、公法的劃分。¹¹通說認為，私法、公法之劃分源於羅馬法，烏爾比安指出：法律學習分為兩部分，即公法與私法。公法涉及羅馬帝國的政體，私法涉及個人利益。¹²不過，也有學者認為，私法可以追溯到亞里士多德，亞里士多德對矯正正義（corrective justice）的說明，是關於私法關係形式的最早的、在許多方面仍然是最權威的描述。在法哲學的歷史中，私法是亞里士多德的發現。暗含在亞里士多德的追問中的是私法的基本問題：是什麼賦予了特定原告以起訴特定被告並獲得救濟的權利？¹³

私法、公法的劃分的標準向有爭論，王澤鑑先生歸納出四種主要學說：利益說：以公益為目的者為公法，以私益為目的者為私法；從屬規範說：規範隸屬關係者為公法，規範平等關係者為私法；主體說：法律關係主體一方或雙方為國家或機關者為公法，法律關係主體雙方均為私人者為私法；新主體說：國家機關以公權力主體地位作為法律關係主體者，所適用法律為公法，對

¹¹ 參見[美]約翰·亨利·梅利曼：《大陸法系》，顧培東、祿正平譯，北京，法律出版社，2004年版，第96頁。

¹² [羅馬]查士丁尼：《法學總論——法學階梯》，張企泰譯，北京，商務印書館，1989年版，第5-6頁。《法學階梯》為羅馬皇帝優士丁尼（Justinianus，也譯為查士丁尼）所主持編纂，是對羅馬法學家的同類著作的單純彙編，其中的公法、私法等定義，來自於法學家烏爾比安。參見[意]彼德羅·彭梵得：《羅馬法教科書》，黃風譯，北京，中國政法大學出版社，1992年版，第2-9頁。

¹³ Ernest J. Weinrib, *The Ideal of Private Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1995), p. 56.

任何人皆可適用者為私法。¹⁴上述各說中，利益說的缺陷在於，公法、私法所保護的利益均包括公益與私益。對此，哈耶克提出了尖銳的批評，指出：公法與私法的這兩個術語具有誤導性，因為它們與私人利益與公共利益之間的相似性，很容易使人們錯誤地認為，私法只服務於特定的私人利益，而惟有公法服務於普遍利益。……認為惟有公法服務於普遍利益、私法只保護個人私利的觀點，乃是對是非的完全顛倒。¹⁵而從屬規範說的不足在於，私法也調整隸屬關係，例如親權關係，公法也調整平等關係，例如兩個地方政府之間的關係。主體說的不足在於，國家或機關也可以從事私法行為，例如租賃房屋、購買物品等。

新主體說現為通說，依該說，「某個公權主體以公權主體的身分參與法律關係，則存在公法關係」；¹⁶「如果在某項需要調整的法律關係中，至少有一方當事人正是以公權主體的性質參加這項法律關係，那麼這項法律關係就屬於公法範圍；不符合這一條件的所有的法律關係都屬於私法範圍。」¹⁷但新主體說存在的問題是：什麼時候，主體行使的是公權，且行使的方式足以表明國家是在上述定義的意義上參與法律關係？梅迪庫斯因而認為，任何一種旨在用一種空洞的公式來描述公法與私法之間的界限的嘗試，都是徒勞無益的，而起決定意義的標準是：公法是指受約束的決策的法，而私法是指自由決策的法。私法中占主導地位的通常是那些自由的、不需要說明理由的決定，在公法中占據主導

¹⁴ 王澤鑑：《民法總則》（增訂版），北京，中國政法大學出版社，2001年版，第12頁。

¹⁵ [英]哈耶克：《法律、立法與自由》（第1卷），鄧正來、張守東、李靜冰譯，北京，中國大百科全書出版社，2000年版，第209頁。

¹⁶ [德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，法律出版社，2000年版，第12頁。

¹⁷ [德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（上），第5頁。

地位的則是那些受約束的決定。¹⁸不過，拉倫茨對此同樣提出了批評：在執行公務的公務員為國家或為他所代表的法人組織訂立一項私法合同時，他所作出的決定也是「受約束的」。¹⁹

雖然，在私法、公法區分標準上尚無定論，但這並不影響私法、公法之劃分本身。實際上，切割得絕對清晰的標準是不可能存在的。對私法、公法的準確把握，需要綜合考慮多重因素。例如，私法關係基本上為平等關係、以自由的決策為特徵、私法關係本身不涉及公權力的行使；而公法關係基本上為隸屬關係、以受約束的決策為特徵、公法關係以公權力的行使為內容等。而所謂私法的公法化，對私法、公法之劃分也應無實質性影響。私法公法化，實際上是原私法領域中的部分問題轉採公法方法調整，這主要是針對私人自治可能導致私人之間不當控制、或極易被濫用的領域。私法公法化導致了私法中的公法規範數量的增加，但並未改變私法的私的屬性。不含有任何公法規範的私法，本來就是不存在的。

私法、公法的劃分的實益，主要在於糾紛所適用的訴訟程式不同。私法案件適用民事訴訟程式，公法案件主要適用行政訴訟程式。在設有行政法院的國家，私法案件與公法案件還分屬於不同的法院系統管轄。不過，這些差別都只是技術性的，而私法、公法的劃分的更為重要的意義，應在於其價值判斷的宣示。張俊浩先生指出：羅馬法視私人平等和自治為終極關懷，對於權力猖獗懷抱高度的愴惕之心，以至於試圖用公法、私法的「楚河漢界」去阻隔，天真之餘，備極嚴肅。²⁰可見，私法、公法的劃分，有著更為高遠的志向。

¹⁸ [德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，第7-14頁。

¹⁹ [德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（上），第6頁，註釋2。

²⁰ 張俊浩主編：《民法學原理》（第3版），北京，中國政法大學出版社，