

# 民法總則與請求權基礎

王澤鑑

台灣大學名譽教授

## 壹、大陸民法總則的施行與民法典的制定

### 一、民法總則的制定和施行

#### (一)立法目的

民法總則第1條規定：「為了保護民事主體的合法權益，調整民事關係，維護社會和經濟秩序，適應中國特色社會主義發展要求，弘揚社會主義核心價值觀，根據憲法，制定本法。」

#### (二)民法總則的制定

1. 大陸民事立法的回顧 ( 1986-2017 )
2. 民法總則 ( 2017 ) 與民法通則 ( 1986 )
  - (1)民法通則的貢獻與侷限
  - (2)民法總則的承繼與發展

### 二、制定民法典

#### (一)預定2020年制定民法典

#### (二)中華人民共和國 ( 1949- ) 第一部民法典

#### (三)法典化理念與私法秩序的建構

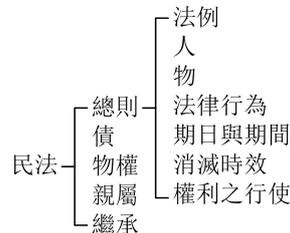
#### (四)民法典的體系構造

1. 鬆散型的體例
2. 整合型的體例

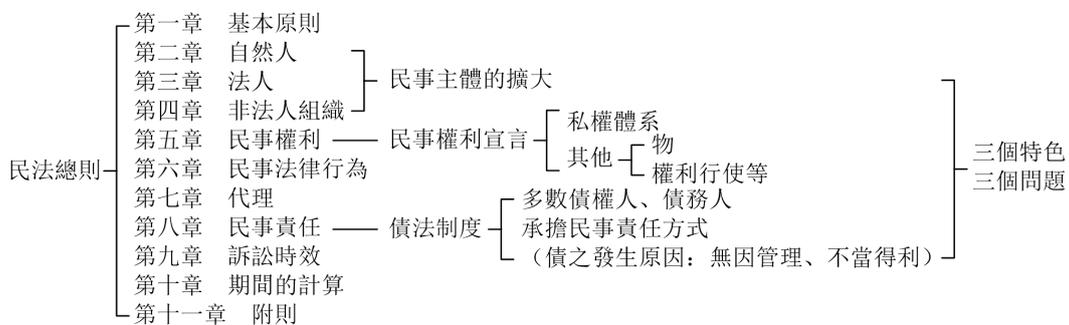
### 三、規範體系

#### (一) 外部體系

##### 1. 台灣民法總則



##### 2. 大陸民法總則：特色與問題



#### (二) 內部體系

##### 1. 法律原則：私法的價值理念

民法總則規定了若干體現私法基本價值理念的一般法律原則，其主要者有：權益保護原則（第3條、第5章民事權利）、平等原則（第4條、第14條、第113條）、自願原則（第5條、第130條）、公平原則（第6條、第151條）、誠信原則（第7條、第142條）、公序良俗原則（第8條、第153條）、節約能源、生態保護原則（第9條）、權利行使原則（第130條、第131條、第132條）。

##### 2. 解釋適用

一般法律原則具有內容概括性和法律效果開放性的特色，如何適用，係實務上的重大課題，簡要提出三個適用上的思考層次：

- (1) 明確各該法律原則的規範目的。
- (2) 建構一般法律原則的下位原則，使其內容更為透明，更能平等處理類似案例。
- (3) 下位原則的具體化，形成個案規範，使其在要件和法律效果上更具可涵攝性。

### (三) 民法與憲法

#### 1. 民法總則來自憲法的規定

- (1) 民法總則第109條：自然人的人身自由、人格尊嚴受法律保護。
- (2) 憲法第37條：中華人民共和國公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非經人民檢察院批准或者決定或者人民法院決定，並由公安機關執行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剝奪或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身體。
- (3) 憲法第38條：中華人民共和國公民的人格尊嚴不受侵犯。禁止用任何方法對公民進行侮辱、誹謗和誣告陷害。

#### 2. 《憲法私法化》與民法發展

- (1) 符合憲法的法律解釋
- (2) 人身自由與侵權責任法

#### 3. 人格尊嚴與人格權

- (1) 台灣民法上的人格權 ( 18、184、194 等 )
- (2) 德國法上的一般人格權 ( allgemeines Persönlichkeitsrecht )：以基本權第1條、第2條人之尊嚴為基礎：不包括法律規定特別人格權
- (3) 大陸民法總則：類推適用或創設一般人格權？

### (四) 法律概念、法律文字

#### 1. 概念、文字的重要性：法律風格

#### 2. 大陸：通俗、易懂、教育功能

台灣：精確、典雅

#### 3. 比較：

台灣民法第6條：  
「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」

台灣民法第7條：  
「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」

大陸民法總則第13條：  
「自然人從出生時起到死亡時止，具有民事權利能力，依法享有民事權利，承擔民事義務。」

大陸民法總則第16條：  
「涉及遺產繼承、接受贈與等胎兒利益保護的，胎兒視為具有民事權利能力。但是胎兒娩出時為死體的，其民事權利能力自始不存在。」

## 四、中國特色與比較法

### (一) 比較法

#### 1. 知己知彼

2. 立法模式
3. 解釋適用
4. 異同比較
5. 分析說明

(二) 中國特色

1. 體現中國社會的現實與發展
2. 權利主體的多元化
  - (1) 自然人：個體工商戶和農村承包戶 ( 第54 條以下 )
  - (2) 法人、非法人組織 ( 第三章、第四章 )
    - ① 傳統民法：社團、財團
    - ② 大陸：營利法人、非營利法人
    - ③ 非法人組織 ( 第四章 )：登記：無權利能力、準用法人一般規定 ( 第108 條 )
    - ④ 未登記的非法人組織 ( 傳統民法的無權利能力社團 )：如何處理？
3. 委託代理的概念 ( 第165 條 )
4. 承擔民事責任的方式 ( 第179 條 )
5. 其他

(三) 研究課題

1. 民法總則的規定來自何處？
2. 與傳統民法有何不同？
3. 為何不同？
4. 比較法作為法律解釋或法之續造的一種方法

五、政治、法學與民法典的制定

(一) 民法典是政治與法學的產物

(二) 德國民法典 ( 1900 )

1. 一個民族、一個國家、一個法律
2. 19 世紀學說彙編 ( Pandekten ) 法學與德國民法

(三) 民國民法 ( 1929-台灣民法 )

1. 廢除治外法權、維新變法
2. 先有法典，後有民法學
3. 德國判例和學說的繼受與內化

(四) 大陸

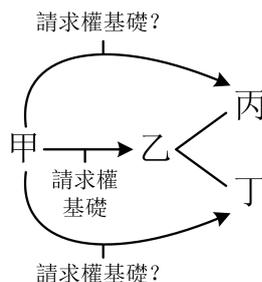
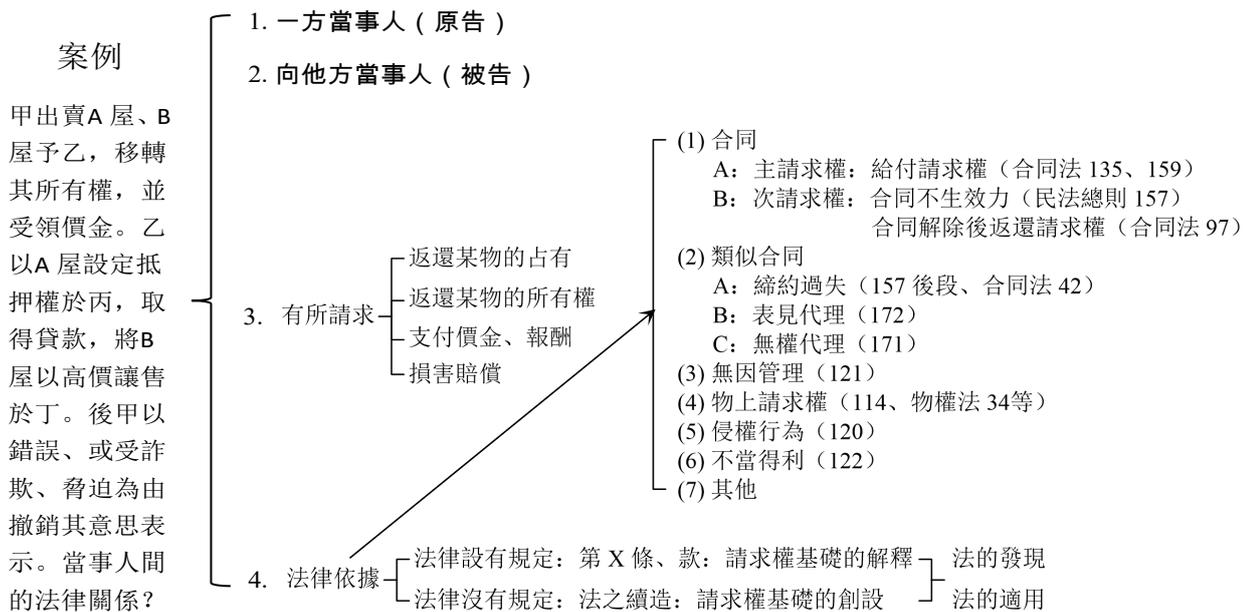
1. 法學發展與民事立法同時進行
2. 民法總則反映大陸民法學的水準？
  - (1) 大陸民法學的成就
  - (2) 部分學者的意見：未反映法學水準。學說對立法的影響
  - (3) 民法典的制定將快速促進民法學的發達，學說擔負艱鉅重大的任務

## 貳、請求權基礎

### 一、請求權基礎的意義及構造

#### (一) 意義

請求權基礎係指能夠支持一方當事人得向他方當事人有所主張(物之交付、所有權移轉、支付價金、賠償道歉等)的法律規範。茲為簡約文字說明，特以下表說明民法總則上的請求權基礎，並依其通常的檢查次序加以排列：



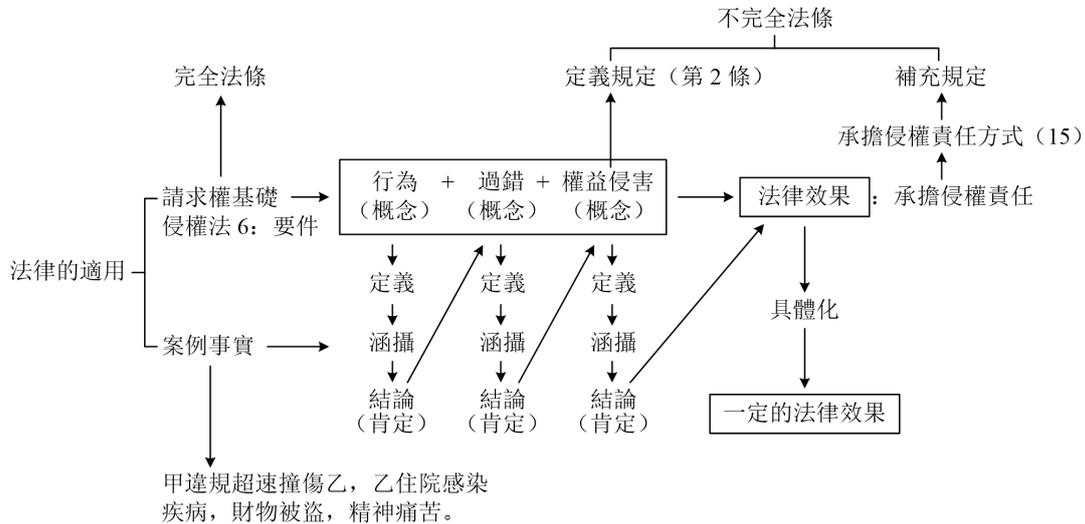
## (二) 構造

### 1. 請求權基礎 ( 請求權規範 )

(1) 完全法條：要件與效果

(2) 不完全法條：定義性、補充性、準用性

### 2. 請求權基礎的建構與法律適用



## 二、請求權基礎的功能

(一) 民法的核心機制

(二) 權利與請求權基礎：權利的實踐

(三) 整合全部民法：民法的理解與適用：適用一個條文、適用整個民法

(四) 大陸民法的制定與請求權基礎的完善

## 三、請求權基礎與法之發現

(一) 請求權基礎的尋找

(二) 法的發現

(三) 法源

### 1. 大陸

(1) 民法通則第6條：民事活動必須遵守法律，法律沒有規定的，應當遵守國家政策。

(2) 民法總則第10條：處理民事糾紛，應當依照法律；法律沒有規定的，可以適用習慣，但是不得違背公序良俗。

### 2. 台灣民法

(1) 民法總則第1條：民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。

(2)民法總則第2條：民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。

### 3. 比較分析

#### (1)大陸

- ①由習慣取代國家政策：重大意義
- ②無法律、習慣時，如何處理？

#### (2)台灣

- ①仿自瑞士民法第1條：「關於文字上或解釋上，凡本法已有規定之法律問題，皆適用本法。未經本法規定時，法官得依習慣法，無習慣法時，法官得依照：如自為立法者即可制定為法規之情事，而為裁判。前項情形，法官得準據確定之學說或先例。」
- ②法理與比較法：以比較法作為法之適用的一種方法。

### (四)法律適用與民法的發展

- 1. 法律解釋
- 2. 法之續造：漏洞填補、規範的創設
- 3. 法學方法論：

(1)台灣最高法院101年度(2012年)台上字第2037號判決強調：「按適用法律為法院之職責，根據『法官知法』之原則，法院應就當事人主張之事實，依職權尋求適當之法律規範，作為判斷之依據。而民法第1條規定：『民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理』，所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理；法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造(如基於平等原則所作之類推適用)及制定法外之法律續造(即超越法律計畫外所創設之法律規範)。因此，證交法第2條既規定：『有價證券之募集、發行、買賣，其管理、監督依本法之規定；本法未規定者，適用公司法及其他有關法律之規定』，則有關因證券交易所生之損害賠償事件，在事實發生時縱無實定法可資適用或比附援引(類推適用)，倘其後就規範該項事實所增訂之法律，斟酌立法政策、社會價值及法律整體精神，認為合乎事物本質及公平原則時，亦可本於制定法外法之續造機能，以該增訂之條文作為法理而填補之，俾法院對同一事件所作之價值判斷得以一貫，以維事理之平。」

#### (2)方法論上的說明

## 參、大陸民法總則上請求權基礎的研究

### 一、請求權基礎（請求權規範）是大陸民法總則的核心構成部分

(一)大陸民法總則規定了民法上的基本請求權基礎

(二)請求權規範的解釋適用是理論與實務的重要課題

(三)請求權基礎的檢查次序

1. 為何要有檢查次序？

(1)為何要先檢查合同請求權基礎？

(2)為何要先檢查無因管理，再檢查不當得利？

(3)為何物權請求權要先於侵權行為、不當得利請求權？

2. 通盤檢查的必要

### 二、合同法上的請求權基礎

(一)合同履行請求權

1. 案例：甲和乙長期商談購買某屋。某日甲致函於乙，表示願以一千萬元出售該屋，乙即撰寫回函表示同意。稍後認為尚有降價餘地，應再考慮，將該函放在辦公桌上，到外地開會。乙的秘書丙見到該函件，即為寄出。甲向乙請求價金，乙說明事由加以拒絕。當事人間的法律關係？

2. 民法總則與契約法規定的結合

(二)法律行為不生效力（不成立、無效、撤銷等）的法律效果

1. 民法總則第157條：民事法律行為無效、被撤銷或者確定不發生效力後，行為人因該行為取得的財產，應當予以返還；不能返還或者沒有必要返還的，應當折價補償。有過錯的一方應當賠償對方由此所受到的損失；各方都有過錯的，應當各自承擔相應的責任。法律另有規定的，依照其規定。

2. 給付返還請求權（民法總則第157條前段）：次請求權

(1)比較法的立法例

(2)台灣民法第113條：無效法律行為之當事人，於行為當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。

(3)解釋適用

①有無必要

②所有物返還請求權與不當得利請求權的競合或特別規定

③非財產給付契約(如勞動、承攬、委任、合夥等)不生效力時，如何處理？

### 3. 締約上過失

- (1) 未成年人的保護
- (2) 與侵權行為的競合

## 三、表見代理

(一) 民法總則第172條：行為人沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後，仍然實施代理行為，相對人有理由相信行為人有代理權的，代理行為有效。

(二) 解釋適用：有理由相信行為人有代理權？

### 1. 代理權繼續存在的信賴

- (1) 外部授權，內部撤回，未為通知
- (2) 授權關係消滅後未取回授權證書

### 2. 代理權發生的信賴

- (1) 台灣民法第169條：由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。
- (2) 德國判例法上的Anscheinsvollmacht 與Duldungsvollmacht

## 四、無權代理

(一) 民法總則第171條

行為人沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後，仍然實施代理行為，未經被代理人追認的，對被代理人不發生效力。

相對人可以催告被代理人自收到通知之日起一個月內予以追認。被代理人未作表示的，視為拒絕追認。行為人實施的行為被追認前，善意相對人有撤銷的權利。撤銷應當以通知的方式作出。

行為人實施的行為未被追認的，善意相對人有權請求行為人履行債務或者就其受到的損害請求行為人賠償，但是賠償的範圍不得超過被代理人追認時相對人所能獲得的利益。

相對人知道或者應當知道行為人無權代理的，相對人和行為人按照各自的過錯承擔責任。

## (二) 比較法

### 1. 立法模式

- (1) 德國民法第179條：①作為代理人訂立合同的人不證明其代理權時，有義務按照另一方的選擇，或者向另一方履行，或者損害賠償；但以被代理人拒絕追認合同為限。②代理人不知道代理權欠缺時，僅有義務賠償另一方因信賴代理權所遭受的損害，但不超過另一方就合同之有效所具有的利益的數額。③另一方知道或應當知道代理權的欠缺時，代理人不負責任。代理人為限制行為能力人時，也不負責任，但代理人經其法定代理同意而實施行為者除外。
- (2) 台灣民法第110條：無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。

### 2. 解釋適用

- (1) 相對人的善意
- (2) 履行利益與信賴利益
  - ① 無權代理人應負履行利益的損害賠償
  - ② 所謂賠償的範圍不得超過被害人追認時所能獲得的利益，係對信賴利益的限制

## 五、無因管理

(一) 民法總則第121條：沒有法定的或者約定的義務，為避免他人利益受損失而進行管理的人，有權請求受益人償還由此支出的必要費用。

### (二) 請求權基礎的完善

#### 1. 不干預他人事務與公義行為

- (1) 甲救助遭乙撞到的丙，送醫救治，因甲過失致乙受傷，甲救助過程中受傷。
- (2) 甲見乙在市集中販賣鮮魚，烈日曝曬，久未歸來，減價銷售。

#### 2. 要件與效果

- (1) 無因管理的成立
- (2) 法律效果：管理人的權利、管理人的義務

### (三) 不法管理的創設：類推適用無因管理？

1. 意義：明知他人事務，為自己的利益而管理
2. 比較法
  - (1) 德國民法設有明文（第684條第1項）

(2)台灣民法：實務上先類推適用，再明文規定（第177條第2項）

3. 強化對權益的保護，獲利的剝奪

(1)出賣或出租他人之物

(2)侵害智慧財產權

(3)無權商業化利用他人姓名、肖像

## 六、侵權行為

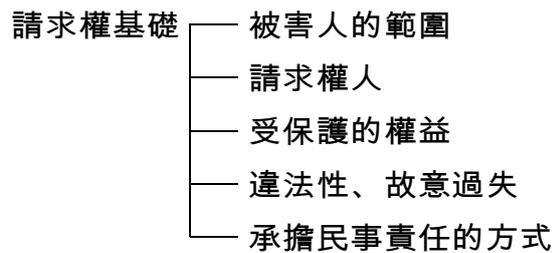
### (一)民法總則上的侵權行為

1. 侵害英雄烈士等人格利益的特殊侵權行為

(1)民法總則第185條：「侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名譽、榮譽，損害社會公共利益的，應當承擔民事責任。」

(2)分析討論

立法目的：死者人格利益及社會公共利益的保護



2. 法人侵權行為

(1)民法總則第62條：法定代表人因執行職務造成他人損害的，由法人承擔民事責任。法人承擔民事責任後，依照法律或者法人章程的規定，可以向有過錯的法定代表人追償。

(2)解釋適用

①一般法律原則：適用於法人、非法人組織、合夥的侵權行為

②歸責範圍，而非請求權基礎，須具備一般侵權行為的要件

③法人對有過錯的法定代理人求償

A. 法律規定（？）

B. 法律或章程未規定時如何處理？

C. 法人與法定代理人成立連帶責任

a. 台灣民法第28條：法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。

b. 德國民法第840條第1項：二人以上就因行為而發生的損害負責人，應負連帶責任。

## (二)侵權責任法的發展

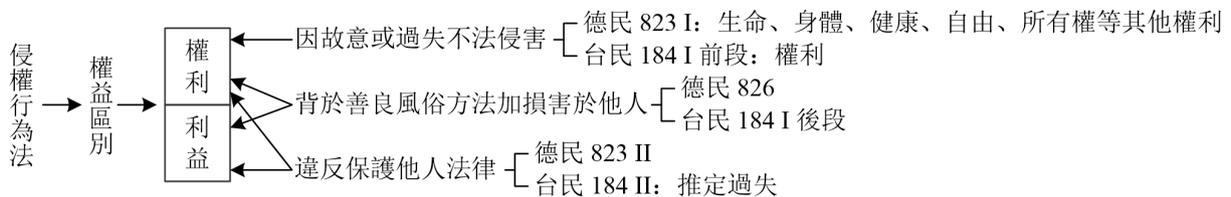
1. 侵權責任法第6條規定：「行為人因過錯侵害他人民事權益，應當承擔侵權責任。根據法律規定推定行為人有過錯，行為人不能證明自己沒有過錯的，應當承擔侵權責任。」

第2條規定：「侵害民事權益，應當依照本法承擔侵權責任。本法所稱民事權益，包括生命權、健康權、姓名權、名譽權、榮譽權、肖像權、隱私權、婚姻自主權、監護權、所有權、用益物權、擔保物權、著作權、專利權、商標專用權、發現權、股權、繼承權等人身、財產權益。」

2. 抽象、具體例示的一般規定：概括規定、未區別權利與利益（法國民法第1382條的比較）

3. 德國民法第823、826條與台灣民法第184條的比較

台灣民法第184條規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」本條參照德國民法第823條和第826條，而有所修正。將其基本構造圖示如下：



## 4. 二個基本問題

(1) 財產權益包括財產權與財產利益（純粹經濟損失、債權），如何區別？如何做不同的保護？

- ① 侵害他人債權
- ② 挖斷電纜
- ③ 遺囑無效
- ④ 商品自傷

(2) 人格權益

- ① 人身自由
- ② 其他人格權益的認定：類推適用的思考方法
- ③ 人格權的創設：德國法上創設一般人格權

- A. 台灣民法上的人格權：第18條規定：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」(台民184 I、194、195)
- B. 德國民法上一般人格權的創設：以基本法第1條、第2條(人之尊嚴)為基礎，適用於法律未明定的人格法益
- C. 大陸關於創設一般人格權的爭論

## 七、不當得利

(一) 民法總則第122條：因他人沒有法律根據，取得不當利益，受損失的人有權請求其返還不當利益。

- 1. 理論基礎：由沒有合法根據到沒有法律根據
- 2. 不當得利的功能：與合同、侵權行為共同構成債之關係的內容

(二) 建構一個可操作的不當得利類型

### 1. 案例

- (1) 甲毀損乙的汽車，丙誤以為係其子丁所為，而向乙賠償
- (2) 甲與乙通謀虛偽買賣某地，乙向丙貸款，以該地設定抵押。甲對乙的不當得利請求權？
- (3) 甲出租某屋給乙，乙轉租於丙，甲得否向乙請求轉租的租金或超過原租金的數額？
- (4) 甲將貨車停於乙的車庫前，久不歸來，無法聯絡，乙僱人拖吊，費用1000元。

- 2. 台灣最高法院101年度(2012年)台上字第1722號判決認為：「不當得利依其類型可區分為『給付型之不當得利』與『非給付型不當得利』，前者係基於受損人有目的及有意識之給付而發生之不當得利，後者乃由於給付以外之行為(受損人、受益人、第三人之行為)或法律規定所成立之不當得利。又於『非給付型之不當得利』中之『權益侵害之不當得利』，凡因侵害歸屬於他人權益內容而受利益，致他人受損害，即可認為基於同一原因事實致他人受損害，並欠缺正當性；亦即以侵害行為取得應歸屬他人權益內容的利益，而不具有該利益之正當性，即應構成無法律上之原因，成立不當得利。」本件判決總結了長年以來關於不當得利的見解，對不當得利加以類型化，基本上採取相當於德國和日本的通說，將不當得利區別為給付型不當得利與非給付型不當得利，更能體現不當得利的功能，

明確不當得利請求權的要件，建立可供涵攝、具可操作性的規則，而有助於不當得利法的解釋適用。

## 八、承擔民事責任的方式

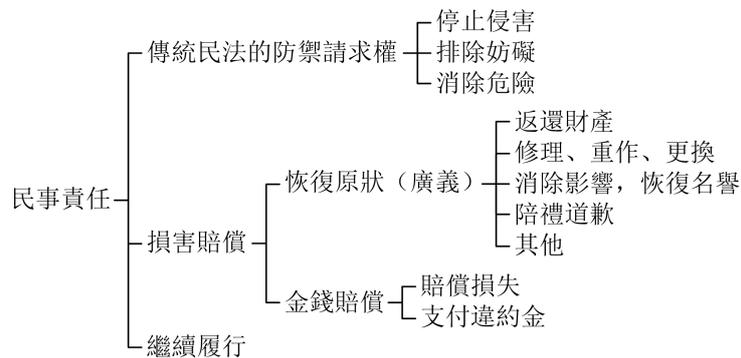
### (一) 民法總則第179條

「承擔民事責任的方式主要有：(一)停止侵害；(二)排除妨礙；(三)消除危險；(四)返還財產；(五)恢復原狀；(六)修理、重作、更換；(七)繼續履行；(八)賠償損失；(九)支付違約金；(十)消除影響、恢復名譽；(十一)賠禮道歉。法律規定懲罰性賠償的，依照其規定。本條規定的承擔民事責任的方式，可以單獨適用，也可以合併適用。」

### (二) 中國特色、體系構成

#### 1. 體系構成

本條規定係大陸民法最有特色的條文（參見民法通則第134條、侵權責任法第15條），為便與傳統民法加以比較，試提出如下規範構造：



## 2. 責任成立與責任範圍

請求權基礎條文		內 容	
合同法 107		當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。	
締約過失	民法總則 157 後段	賠償損失	
無因管理	民法總則 121	償還必要費用	
物權	物權法 35	妨害物權或者可能妨害物權的，權利人可以請求排除妨害或者消除危險。	
	物權法 36	造成不動產或者動產毀損的，權利人可以請求修理、重作、更換或者恢復原狀。	
	物權法 37	侵害物權，造成權利人損害的，權利人可以請求損害賠償，也可以請求承擔其他民事責任。	
不當得利	民法總則 122	返還不當得利	
侵權行為	侵權責任法 6	行為人因過錯侵害他人民事權益，應當承擔侵權責任。	
	侵權責任法 15	承擔侵權責任的方式（基本上同於民法總則 179）	
侵害英雄烈士等人格權益	民法總則 185	承擔民事責任	
其他	過度正當防衛	民法總則 181	賠償損害的適當民事責任
	過度緊急避難	民法總則 182	賠償損害的適當民事責任

### (三) 分析說明

#### 1. 民事責任的概念與體系構成

- (1) 蘇聯民法的繼受及理論基礎
- (2) 請求權基礎、成立要件（責任成立）及法律效果（責任範圍）
- (3) 體系功能與規範性

#### 2. 履行請求權

- (1) 履行請求權（主給付請求權）與違約責任請求權（次給付請求權）
- (2) 履行請求權與違約責任
- (3) 立法理由與比較法

#### 3. 損害賠償

- (1) 民事責任的核心制度
- (2) 二個建構原則：回復原狀與金錢賠償
- (3) 理論與實務的研究課題

#### 4. 防禦請求權

- (1) 防禦請求權：停止侵害、排除妨礙、清除危險
- (2) 請求權基礎

① 物權請求權（物權法第35條）：不以故意或過失為要件

- A. 不以故意、過失為要件
- B. 未規定侵害停止請求權
- ② 侵權行為 ( 第15 條、第6 條 )
  - A. 須成立侵權行為，具有故意過失
  - B. 防禦請求權的擴大：凡成立債權責任，均有防禦請求權
- (3) 法之續造
  - ① 未成立侵權責任時，被害人人格權益的保護：法律漏洞
  - ② 填補方法
    - A. 最高法院的司法解釋
    - B. 類推適用物權法第35 條：一般法律原則的建立

## 肆、結論

- (一) 民法總則的施行，啟動民法典的制定，建構私法秩序。
- (二) 民法總則規定了民法上主要的請求權基礎。法律規定內容過於抽象、概括，規範密度不足。此種立法風格係對法學與法院從事法律創造的授權。
- (三) 請求權基礎係民法的核心機制，涉及法源理論、法的解釋、法的續造。如何完善請求權基礎是未來民法發展的重點，教學研究及實務的任務。