



元照出版提供 請勿公開散布。

論民法總則的大破大立

曾 世 雄^{*}

要 目

- | | |
|-------------------|---------------------|
| 壹、現行民法總則的法例規定 | 貳、現行民法總則法例外若干規定的檢討 |
| 一、法例規定的內涵 | 一、關於民法的主體 |
| (一)民法法源的規定 | (一)權利能力的設計 |
| (二)簽名或蓋章的規定 | (二)自然人的稱謂 |
| (三)文字和數字不一的規定 | (三)法人的稱謂 |
| 二、法例規定的檢討 | 二、關於民法的客體 |
| (一)法源規定中的法律和法理 | (一)生活資源中的物 |
| (二)簽名或蓋章的規定有悖歷史文化 | (二)物的孳息 |
| (三)文字和數字的規定令人不解 | (三)生活資源中的權利 |
| 三、法例規定應有的面貌 | 三、關於生活資源的變動 |
| (一)誠實信用原則 | (一)生活資源變動的態樣 |
| (二)當地習慣 | (二)法律行為是生活資源變動的主要工具 |
| (三)公序良俗 | (三)法律行為和日常生活若即若離 |
| (四)民法法源該如何規定 | (四)留給民法學廣闊的論述空間 |
| 四、小 結 | (五)其他變動生活資源的因由 |

DOI : 10.53106/102398202022030168001

*

政治大學退休教授，法國斯特拉斯堡大學法學博士。

投稿日期：一一〇年十一月三日；接受刊登日期：一一〇年十一月二十九日

責任校對：鍾淑婷



摘 要

我國民法典自一九二九年頒行至今，其間雖有修正，但是否足以因應社會變遷，實有疑問，欲以此部民法典建立臺灣社會之法治基礎，更嫌不足。本文以為，民事法規範實有重新思考之必要，且與其大幅修正現行民法，不如走大破大立之路。所謂大破大立，亦即棄舊立新，大幅棄置民法典若干規定，僅保留具有價值之民法架構與法學專門用語，再建構新思維，而制定新舊合體的新一代民法典。

因此，本文針對現行民法總則的法例規定（包含民法之法源、簽名蓋章，及文字與數字表達不一致等部分），以及其他部分（例如：民法之主體、客體、法律行為等）進行檢討，並提出應有面貌之立法建議，以期建立一化繁為簡，簡單可用之新民法典。

關鍵詞：新一代民法總則、民法法源、簽名蓋章、文字與數字表達不一、
民法上主體、民法上客體、法律行為



民法典自一九二九年頒行後，其間雖然有過修正，但比起社會的變化，修正實在太小太小。作者有時想，這部民法典要真正認真修正，花費的時間恐怕相當費時。因而自己做個白日夢，與其大幅度修正，不如走大破大立的路，可能比較單純。所謂大破大立，也就是棄舊立新。唯有棄舊立新，民法典才有可能再度發光，一如往昔。

民法典的規定，有五編。本文的論述對象，局限在民法總則編，而且是民法總則編的部分，非全部。用辭上有時使用民法典，有時直稱民法總則。儘管混用民法典或民法總則，論述的內容總以民法總則的規定為內容。所以如此，是因應一篇小文章的格局，不得不然。

民法典真要回復昔日的光芒，作法上，應該是大破大立。如何大破大立，方法上，除了借助諸多先賢法律學人留下依然可用的文化遺產，包括民法的法源及已有共識的大原則外，還有眾多當代法律學人的智慧。有個民謠歌曲，名稱是「你儂我儂」，曲中的歌詞，先將二個泥作品打破，重新合泥，再作二個泥作新品。歌詞中重作的泥作新品是二個，民法典的新作品是一個，是新泥和舊泥的混和作品。民法典經大破，就是大幅棄置現行民法典的若干規定，但被棄置的現行民法典，依然會有一些具有價值，可以留存作為借鏡的規定，尤其是民法的架構，還有一些民法的法學專門用語。大立難免是個新舊合體的文化產品。也就是說，是新泥和舊泥的混合作品。這類型的混合作品，姑且稱為新一代民法典。新一代民法典的新思維加上或將被棄置但可以作為借鏡的現行民法典上的若干架構暨可以利用的法學專門用語，作成嶄新的新一代民法典。如此產生的新一代民法典，在人類文化領域上，方才夠格再領風騷。



壹、現行民法總則的法例規定

一、法例規定的內涵

民法典是文化作品，現行民法典是進口的文化作品。追溯源頭應該偏向德國百多年前的創作。現行民法典，和原創國的文化作品相比，確實精簡不少。德國民法典有二千多條，現行民法典減少為一千二百二十五條。其間彼此都有過修正，但萬變不離本。

法例的規定，有三種內涵。一是民法的法源，另一是簽名蓋章，最後是文字和數字表達的數量不同。民法法源的規定，掛一漏萬，適用順位，問題多多。同樣，簽名蓋章的順位規定，看似相當重要，其實是可有可無。最後一種，就是多次書寫數量不一或大寫和小寫的數量不同。它是意思表示的問題，不具通盤適用性，因何規定在法例中，令人費解。

(一)民法法源的規定

民法總則開宗明義，規定民法法源的種類及適用的順序。所謂的法源，指的就是解決特定民事法律關係，也就是生活資源變動事項，充當依據的規定。法源的種類，有法律、習慣及法理。民事法律關係的定位，除了民法規定的三種法源外，細說起來，還有其他。

法源中，明文列舉者，有法律、習慣和法理。法律，包容的外延，有複數存在的法律，不過最為直接者，指的是民法自我。習慣，指的是生活資源變動時，當地習以為常的作法。生活資源的變動，是否符合正義公平的理念，牽動的因素，有人、地、時、事。生活資源的變動，觀念上必然已經包括特定的當事人，也必然指向特定的生活資源。人、地、時、事四個項目中，人和事二個項目，

已經鎖定。因此，生活資源的變動，是否符合正義公平的理念，須要檢驗的，是生活資源變動當「時」，是否符合當「地」習以為常的作法。

至於法理，是指應用在生活資源變動是否符合正義公平理念的邏輯推理。邏輯，是一門獨立存在的學問，廣泛適用於各種學識領域。適用於民法，即使民法不作規定，也是當然非適用不可。

法源的種類，事實上不止法律、習慣和法理三種。法例規定的法源種類，明顯出現丟三落四的情況，隨後而來還有適用順序。種類不全，排列組合，肯定不會完美¹。

(二)簽名或蓋章的規定

民法第3條規定，依法律的規定，有使用文字的必要者，得不由本人自寫，但寫出來的文件，本人須要親自簽名，簽名可以蓋章代替。如使用指印、十字或其他符號，在特定條件下，也可以發生有如簽名之效力。民法第3條的規定，是以簽名為主，蓋章可以代替簽名。中華社會的生活習慣，長時間來，是以蓋章為主，簽名為輔。民法的規定，恰恰相反。作者的看法，這是媚外的作法。以下先介紹歐美流行的簽名文化，再介紹中華社會長時間存在的蓋章文化。至於第3條的規定，究竟真實的內容如何，留後再作檢討。

歐美社會流行的生活習慣，僅簽名一者。歐美人士的簽名，一般情形，使用正式簽名。正式簽名的格式，是近乎正楷的簽寫格式。使用於一般性、經常性的文書，除了正式簽名外，另有花式簽名及簡式簽名。花式簽名的格式，就是簽寫的姓名，相當不規則，有如一朵花或一枝樹枝，使用於重要的文書或需要面對眾多人的文

¹ 讀者如果有興趣的話，可以翻閱曾世雄，民法總則之現在與未來，頁22以下，2005年10月。

元照出版提供 請勿公開散布

書。至於簡式簽名的格式，通常是正式簽名中的一個或二個字。簡式簽名通常使用於文書更改的地方。正式簽名、花式簽名和簡式簽名，視情形而並用。慣例上，在文書上簽名，使用正式簽名或花式簽名，如果文書中有錯誤或須更改，則在更改處使用簡式簽名。

中華文化流行的生活習慣，孕育出來的文化，是蓋章。如果政府機關主管換人，總要有交接印信這一招。如果公司行號易主，可能更換印章，也可能不更換印章但將原印章削角，作為區別新舊公司行號作業的標誌。中華社會使用印章的習慣，幾千年來都是如此。不過，簽名也不是完全不被認同，問題是什麼時候用到簽名。一般人在社會中的日常生活活動，當然會有可能用到簽名，最為特殊的例證，就是犯罪嫌疑人承認犯行的劃押。面對民法總則規定簽名為主，蓋章為輔，一般人在社會生活中，似乎無感。人人在社會生活中，依然故我，以蓋章為主，簽名為輔。這是民法領域的特有現象。

民法總則上，規定簽名或蓋章，其實可規定可不規定。法律領域中，最為簡單的分類，可以分為公法和私法。私法中的民法，有簽名蓋章問題。民法外，還有其他民事法規，同樣會有簽名蓋章問題。又法律體系中的公法，尤其是行政法，是否同樣有簽名或蓋章的問題，視情形而定。法律規章，不問有無簽名蓋章的問題，不也照樣運作自如。可見簽名蓋章的規定，看是非常重要，進一步推演下去，簽名或蓋章，似乎可有可無。民法縱使沒有簽名或蓋章的規定，社會生活中，當事人按依作業的習慣，必然也會因生活資源的不同、變動情節的不同，有簽名或蓋章的要求。

(三)文字和數字不一的規定

民法總則在法例中，除了規定民法法源及簽名、蓋章外，又針對文字和數字不一的情況，作出規定。法例中作出這些細微末節的



規定，令人不解。首先，文字和數字不一的情況，民法典是否該作規定，因各行各業有所不同，已經是一個富有爭議的問題。加上規定的組合，又不完整，明顯是敗筆的規定。幸好，民法典已經走到應該大破大立的時候，這些細微末節，已經喪失被提出評論的價值。

順便提一提，一些社會生活已經存在，且牢不可破的實例。例證一：存款人到銀行提領存款，存款人應該在提款單上書寫金額。一般情況，提款單上有文字部分欄，也有數字欄。存款人按提款單上的規格填寫，如果文字欄空格部分看錯，因而填寫錯誤，填寫的金額是原想領取金額的十倍，但在數字欄填寫的金額，完全正確。銀行是否應該依文字欄書寫的數目給付？答案是否定。例證二：票據上記載的金額，有文字也有數字，如果金額不相一致，是否也要適用民法法例的規定？答案也是否定。類似這類的情事，實務上出現的案例，不勝其多。得到的答案，幾乎全都否定適用法例中相關的規定。

二、法例規定的檢討

民法總則法例中對民法法源、簽名蓋章及文字數字表達不一，作了規定。這在近乎百年計的當年立法水平言，可以想像，應該是正確又理所當然的作法。幾近百年後的今日，民法總則法例中，規定民法法源，依然如故，僅僅法律、習慣和法理三種，沒有因時光流失，有所變動。如果多一點心思，觀察因時光的流失，對人類生活所需生活資源的影響。可能會有所體會，人類生活所需生活資源的內容，已經多所變動。民法典規範的內容不能一如往例停留在原地踏步。民法總則的規定，亦然。重新思考是必然的趨勢。



(一)法源規定中的法律和法理

先說法源中的法律。不少法律的立法，開宗明義，就是說明制定該法律立法的目的。民法總則的規定，並沒有沿襲這類老套規定。乍看起來有點脫俗。再往下看，真沒想到，民法總則開宗明義，就規定民法法源，首推的法源則是法律。民法的法源，規定有「法律」一者，如果立足一百多年前，以當年的立法水平言，作者的看法，應該是褒多於貶。換個時空，以當今的社會生活看，一般人具有的常識，比較豐富。對於法律的制定，要求的水平，自然會高一些。以當今的社會情況，去看近乎百年前的立法，自然會覺得，民法的法源規定，不該將法律也入列。想一想，任何一種法律的制定頒行，該法律涉及的事項，最為優先適用的，當然是該法律。民事法律關係在各種法律關係中，算得上是相對複雜的法律關係。生活資源的變動，如果不幸發生糾紛，當然適用民法。民法總則規定法源，首推法律自我。把當然的結果，揭示在前面，明顯是多餘的規定。此其一。

依照中央法規標準法的規定，法規包含法律和命令。法律由立法機關制定，命令則出自政府行政機關。認定是否為法律，比較簡單。認定是否為行政命令，相對困難。又解決特定民事法律關係事項的依據，除了上述的法律、習慣、法理外，還有大法官會議的解釋，法院的判決判例……學說等等。這些既不是法律，絕大部分也不是行政命令，但充當解決特定民事法律關係事項的依據，無可厚非。因而，說民法總則規定法源的種類有欠周全，一點也不為過。此其二。

法源的規定，只有三種，衍生種類不全的問題以及適用順序的問題。到底明訂的三種法源，又該如何和其他不見明文的準法源，交錯適用，含帶不少不清不白的疑慮。此其三。



社會生活中，人來人往，熙熙攘攘，皆為事來。這些事項，有的是單純的事實，但可以斷言，絕大部分是帶有民事法律關係的事項。上街買菜，搭乘交通工具，到金融行庫辦事，約人到咖啡廳洽談交易等等。對任何人，這些日常生活事項，全都司空見慣。沒有民法總則法源的規定，社會日常生活事項，照樣運作。發生糾紛的機率，不多。因而一般人對民法的法源有幾種，又其適用順位如何，基本上是無感。民法有無法源的規定，對民事法律關係的定位，不會是絕對必要的規定。此其四。

再就民法的法源中，規定法理言，客觀觀察，也應該是多餘的規定。法理是法律邏輯，也就是法律規定依循邏輯的方法進行推理。有無法理的規定，其實結果多是一樣。法律規定推論下去，必然需要依循邏輯的方法。如果民法的法源規定，不規定法理是法源的一種，按依發生的事實，需要推論時，依據的同樣是法理邏輯。此其五。

(二)簽名或蓋章的規定有悖歷史文化

民事法律關係的確認，換句話說，生活資源變動的確認，最為基本的區分方法，有諾成和要式二種型態。一般人在日常生活當中，如果有變動生活資源的作為，基本上是以諾成的方式完成。如果需要一定方式才能完成生活資源的變動，需要的方式，種類不少。有些是來自法律的規定，有些則是當事人好惡的選擇。要式的動作，絕大部分是使用文書。有了文書，就會有簽名或蓋章的問題。民法總則在法例的第3條規定以簽名為主，蓋章為輔，實務上出現的問題，可真不少。

先說民法第3條規定的特色。一者，規定的對象，是依「法律」的規定使生活資源發生變動。二者，是利用「文書」的記載確認生活資源的變動，三者，生活資源的變動歸類為要式行為。針對



民法第3條所具有的特色，引發的疑義，可以歸納為二組類別。第一組類別，是民法第3條規範的對象，究竟是一件事或三件事；也就是第2項、第3項的立法，目的在於支援第1項的規定，或具獨立目的的規定。第二組類別，引發的疑義，就是生活資源依據法律的規定而變動的情形，少之又少。又生活資源的變動，方式上有諾成和要式。採用諾成方式，比起採用要式方式多，而且多到不成比例。又如採用要式方式，要式的種類多到沒法一一羅列，不是文書一種而已。第3條的規定，該受批評的點線，實在太多。

如果從民法實務的運作觀察，更是不堪一睹。一般人持有的印章，最為簡單的分別，可分為印章及印鑑章。印章使用於日常生活需要用印時，印鑑章使用於日常生活中特定用途需要用印時。一般人在日常生活中，幾乎躲不掉有時需要使用印章或印鑑章，諸如到戶政事務所、銀行、保管箱等單位，辦理印鑑登記、變更印鑑登記。但到戶政事務所、銀行、保管箱等單位，沒人說，辦理簽名登記、變更簽名登記。

民法第3條的規定，是以簽名為主，蓋章為輔。而人人在社會生活中，有需簽名或用印的時候，多數情形是被要求使用印章，實務上的作為，當然不合民法的規定。這類離奇古怪的情景，有如一般人吃飯時，使用的餐具是筷子，民法的規定，將筷子換成刀叉。

(三)文字和數字的規定令人不解

法例中規定文字、數字不一致的情況，就民法的體例看，不是很妥當。文字、數字不一致，是當事人間的意思表示問題。在法例中作出規定，有點不倫不類。民法總則在法例規定意思表示，又在第四章第三節專節規定意思表示。這樣分裂意思表示規定，原因為何，令人不解。

如果再推演下去，例如文字多處寫的是一萬元，數字也是多次



寫一百元，請問答案是一萬元或一百元。法律學人，如果是個「法匠」，答案應該非常簡單，先以文字為準，再以文字的最低額為準。社會生活中，如果涉及生活資源的變動，書寫的文字和數字不符，民法總則的規定，首先是要探求當事人的真意。如此的規定，理想境界正確，實務上卻是個死胡同。實務上，一方面，法官審理案件，導因承審案多，對於這些細枝末節，無暇瞭解，這是事實。另一方面，當事人必然各執一詞，真要探得當事人的真意，恐怕是吃力不討好。因而，一般情況，該是認定生活資源的變動的事實，不成立、無效。所以如此，原因只有一個，就是迎合社會生活的節奏。

文字和數字不一的情況，戲劇性的說，有如斤、台斤、公斤。人人都知道，台斤是十六兩，公斤是一千公克。如果生活資源的變動，文書上多次書寫斤、台斤或公斤，究竟是指何種斤兩。這是臺灣地區的特殊現象，但類似文字和數字不一的情形，因為是特定地區的問題，民法當然不作規定。儘管民法不作規定，臺灣地區一般人的社會生活，不也運作自如。

三、法例規定應有的面貌

現行民法典首編民法總則中的法例規定，只規定三件事項，即民法的法源、簽名蓋章及關於一定數量，文字和數字的書寫，不一致。這三件事項的規定，暴露出民法典的規定，並不完美。既然已經知道問題在那裡，法律學人就該有勇氣去面對。讓民法典的規定，往前邁進，代表二十一世紀的人類文明。

(一) 誠實信用原則

誠實信用原則，簡稱誠信原則，是一個法律領域中通案性的的大原則，民法當然應該適用。一個人獨自生活時，不存在要不要誠信



原則。一般人在群聚的社會中生活，必然需要面對他人。人與人間的往來，牽動生活資源的變動，誠信原則才會發揮功能。誠信原則的要求，有二個面向，對外和對內。就對外言，指的是當事人針對客體的生活資源對外的表達。也就是當事人間的往來，帶動當事人生活資源的變動時，不論是生活資源的歸屬或質量，必須符合當事人的認知。就對內言，指的是當事人主體內在的心態。當事人間的往來，帶動當事人生活資源的變動時，不論是當下或未來，不論是動作或靜止，心知肚明，是與事實相符。

(二)當地習慣

民法的規定和生活資源的變動，觀念上雖然處於不離不棄的狀態，實際上則是老死不相往來，只有在生活資源的變動發生糾紛的例外情況，方才真實地形影不離。

回歸正常的社會生活，一般人對生活資源的變動，認知上不會帶有任何法律色彩。這樣的社會生活，基本上的印象該是一個或一種事實。如果將生活資源的變動，正如社會生活中的真實面，看待為一個或一種事實，那麼在兼顧人、地、時、事諸因素下，民法的法源，該是生活資源變動時，當地的習慣，輔以公共秩序善良風俗。兼顧及「人」，指的是「當事人」，顧及「地」，指的是「當地」，顧及「時」，指的是「生活資源變動時」，顧及「事」，指的是「生活資源本體的變動」。

從而，新一代民法總則開宗明義就要針對民法的法源，作出規定。一般人在社會生活中，遇上生活資源的變動，但不生糾紛，這時候，不管是當事人或第三人，全都不認為和民法規定有關，也不認為是何種法律關係。當事人或第三人，只是瞭解工人來家為的是修理漏水、換裝燈炮。法律學人犯不著把它法律化。正確的想法、作法，就是當它是一個或一種事實，和民法的規定，完全無關，不



納入民法的規定。只有在人來人往而帶動生活資源變動，又衍生糾紛時，方才有民法介入的空間。如何介入，不外是按依當地當時的交易習慣，看看這個交易是否合理。

（三）公序良俗

民法走向大破大立的格局，心態上就是向現實的社會生活方式妥協，把生活資源變動的事實，原則上，去除法律化，讓生活資源的變動迎合一般人的看法，看待為一個事實或一種事實。

民法面對絕大部分生活資源的變動，通常是每日經常發生的生活資源的變動，為迎合一般人的看法，首先必須要做的事，就是去除法律化。去除法律化，看起來是簡單事一件，做起來卻是困難重重。原因在於去除法律化，首先必須去除法律行為的設計。去除法律行為的設計，是民法突破現狀的第一步。既然走入不再有法律行為設計狀態，民法的法源，自然是要改弦更張。公序良俗，即公共秩序善良風俗，應該擔起更大的角色。民法的法源當然是以生活資源的變動時，當地習慣為主，自然需要有概括、抽象、包容性大的準則，入列補充。公序良俗，從屬性輔助民法法源的功能，一躍而成為自我存在的民法法源，也就順理成章地成為民法的一種法源²。

（四）民法法源該如何規定

作者認同諸多法學先賢的作法，民法典的首編是民法總則，民法總則的首要規定，是法例，而法例的規定，可以包容民法法源。民法總則在法例上規定民法法源，觀念上，先要和社會生活的真實面一致，肯定社會生活中，生活資源的變動，絕大部分不生糾紛，當作是一個或一種事實，不納入民法的規定。也就是說，一般人在

² 讀者如果有興趣的話，可以翻閱曾世雄，同前註，頁28。

元照出版提供 請勿公開散布

社會生活中，儘管須要面對生活資源的變動，只須認定生活資源的變動是一個或一種事實，和民法的規範，無關。民法總則在法例的規定，方才不會和真實的社會生活脫節。

新一代民法總則法例的規定開端可以如此：

「生活資源的變動，應不背誠實信用之原則」。

「生活資源的變動，依當地習慣，輔以公共秩序善良風俗」。

四、小 結

總之，現行的民法總則中的法例規定，共有五個條文。除了第2條外，其餘部分可以說，已經走到盡頭。法律學人，應該有所作為，民法總則是面臨大破大立的時候了。

貳、現行民法總則法例外若干規定的檢討

法律學人看到現行民法典價值的同時，也該體會到現行民法典有待斟酌的一面。這樣才會下定決心大破大立。現行民法總則制定頒行時，客觀上，應該看待它是人類優質文化的具體產品，迎合制定頒行時社會生活的需要。不錯，優質文化產品，迎合當時社會需要，該是當時一般人的感受。不過，歲月無情，時間一過，優質文化是否持續優質，是個疑問。原因在於社會生活的需要，明顯有所改變，現行民法有可能需要改弦更張。現行民法總則的規定，有必要再度斟酌的部分，一一浮現。民法學人儘管以理論予以合理化，畢竟事與願違者多。

一、關於民法的主體

法律上的主體和權利能力，是二個似同非同的觀念。民法典上無法律上主體的稱謂，但有權利能力的設計。所謂的權利能力，指的是可以受讓權利、承受權利變動暨釋出權利的能耐。如果還璞歸真，離開抽象的權利觀念，回歸到具體的生活資源上，所謂的權利能力，指的是具有集散生活資源的能耐。舉個最為簡單的例證：某甲在過年時節，造訪某乙。某甲按依習俗給了某乙的獨生女一個紅包。某乙的女兒收下紅包。旁邊掛著一個鳥籠，籠內養有一隻鸚鵡。鸚鵡看到某甲給某乙的獨生女一個紅包，叫了一聲：「我也要，我也要」。某甲順手也拿出一個紅包，塞進鳥籠，意思是給鸚鵡一個紅包。外觀上，某乙的女兒及鸚鵡，同樣獲得一個紅包。法律上，某乙的女兒確實獲得一個紅包，但鸚鵡並不能擁有某甲贈送的紅包。原因就是，某乙的女兒依民法的規定，具有權利能力，有能耐集散生活資源，能夠承受生活資源的變動。而鸚鵡不具有權利能力，沒有能耐集散生活資源，不能承受生活資源的變動。結果，某乙的女兒擁有一個紅包，而鸚鵡和一個紅包並列存在，不是主體，承受不了紅包。當場出現的景象，就是一隻鸚鵡和一個紅包，二個客體。

(一)權利能力的設計

民法總則創設了權利能力這個觀念。所謂的權利能力，就是有能耐承受權利的得喪變更。回到資源本位，就是說有能耐承受生活資源的得喪變更。能耐的含義當中包含了生活資源的取得、變動及喪失。人類中，有此能耐者，就擁有權利能力。擁有權利能力，就可以成為法律上主體。人類中，沒有此能耐者，就和權利能力無緣。沒有權利能力，就不可能成為法律上主體，最具代表性的人，就是歷史上存在的奴隸。



民法上設計權利能力，當作指標，作為區別是否為法律上的主體，似乎也得到法律學人的認同。這從閱讀法律文獻，幾乎看不到對權利能力的規定作出任何評論可得而知。權利能力的設計，是一種創意。這個設計用在區分社會上任何一個人是否具有承擔生活資源變動的能耐，表面上看不出有任何問題。如果再多思索一下，發現權利能力的規定，並沒有想像中完美。首先出現的問題，就是民法把父母所生的人（自然人），植入權利能力要件，充當判斷是否可以成為法律上主體的標準。而對法組織體（法人）則不再使用權利能力一詞，在民法第26條改以迂迴的方法，規定享權利負義務的能力。至於人團組織體（非法人團體），是否擁有權利能力，沒人提及。可見當年參與立法的法律學人對自己設計的權利能力一詞，似乎有點猶豫。

民法上如果沒有權利能力的規定，代之以直接規定法律上的主體，是人，而且是全體的人，發生的效果，可能更好。其他的法律上主體，也可以一一點明。概括稱為法組織體，細分則稱為社團組織體（即社團法人）、財團組織體（即財團法人）及人團組織體（非法人團體）。

父母所生的人（自然人）擁有權利能力，成為法律上的主體，在沒有奴隸制度的時代，應該說是多餘的設計，此其一。權利能力的設計，可以散發光芒的領域，應該是破產法上被宣告破產人上。破產人可以擁有的生活資源，必然需要受到限縮。因之，權利能力的設計，用到一般人身上，看不出它具有何種功能。民法設計了權利能力，卻放錯了地方，此其二。民法上規定的法人，不問是社團或財團，是否具有權利能力，民法典不直接規定，卻以享權利負義務的能力代之，民法學走不出民法典不直接規定的框架，追隨在後，難免有遺憾的感覺，此其三。另外，法人之外，還有一種類似法人的組織體，也就是非法人團體。非法人團體，民事訴訟法第40



條有明文規定，法院的判決也明示其存在，並對其成立要件有所論及。非法人團體是否具有權利能力，民法不作規定，民法學不感興趣，法律學人噤若寒蟬。非法人團體既然可以為民事訴訟法上的當事人，反推過來，等同承認非法人團體，擁有權利能力，此其四。

新一代的民法，如果可以捨棄權利能力的設計，民法上的主體中，自然人可以還璞歸真，直接正面稱為人。法人及非法人團體的稱謂，也可以還璞歸真，直接正面稱為法組織體。那麼法組織體的稱謂，可以包括現行民法上所稱的社團法人、財團法人及非法人團體。

(二)自然人的稱謂

對於人的稱謂，任何人都知道，指的是父母所生的人。這個認知是常識不是知識。也就是不論從事何種行業的人，全都知道的事。法律，對於眾所周知的事，竟然使用眾所不知的稱謂，把父母所生的人，稱為自然人。這樣的作法，難免被認定等同化簡為繁。

讀過民法總則的人，都知道民法所以有自然人的規定，就是因應民法上有法人的規定。簡單地說，民法總則規定民法的主體為人，而人可以分為父母所生的人和民法規範所產生的人二種。前者稱為自然人，後者稱為法人。所幸，民法針對父母所生的人稱為自然人，只用在與法人作為區別時，其他場合依然回歸常態的稱謂。新一代的民法典，不該重蹈現行民法典的覆轍，新一代的民法典該不會再有法人的稱謂。

(三)法人的稱謂

民法上的主體，單純從現行民法典的規定看，有自然人和法人二種。所謂的法人，指的是依照法律的規定成立的組織體。法人的成立，因法人的屬性有可能不同，法律對於不同屬性的組織體，因



應而作不同的規定。有採自由設立主義，有採登記設立主義，有採許可設立主義，也有採特許設立主義。不管法律的規定採取何種主義，法人的本質全都一樣，就是人類社會中，一種組織體。既然法組織體的本質，同樣都是依法律的規定成立，同樣都是一種組織體，稱謂上，應該稱為「法組織體」。

人就是人，法組織體就是法組織體，二者不會有任何瓜葛，也不可能有任何相提並論可言。再重複的說，父母可以生產人，但民法不可能生產任何一種的人，包括外太空人、機器人。因此，當年法律先賢將法律上的組織體，分別稱為法人及非法人團體的設計，應該說已經是不合時宜。今日的法律學人對於古聖先賢當年的設計，不可以苛責。努力將不合時宜的設計，導正過來，才是正辦。

總之，可以被認定為法律上的主體，不是只有人和法組織體（法人）。其他如寺廟、祭祀公業等和非法人團體，只要依法辦理登記自然也就順理成章，成為法律上的主體。因此，民法總則對於民法上主體的成立，應該有所規定，但應該簡化。成立以外的細節，民法不需觸及。現行民法總則在法人通則也做了示範，第25條，一開始就規定，法組織體（法人）須依民法或其他法律，方能成立。又在第45條，規定營利社團的成立另依特別法的規定。也就是法組織體（法人）的成立，不問目的在於公益或營利，均須依民法或其他法律辦理。現行民法對法組織體（法人）的存在，提供依據，僅局限於社團法人及財團法人二者。

新一代的民法應該避開現行民法因時光流失浮現出來不合時宜的規定。新一代的民法應該就整體法組織體的成立，包括社團組織體、財團組織體及人團組織體，需要具備的要件，作成規定。至於成立後的運作方法，應該委由其他各該法律規定。從而，民法總則對法律上主體的規定，應該有如下述。



元照出版提供 請勿公開散布

「本法適用於人及法組織體」。

「法組織體的成立除本法規定外，其運作，另以法律或行政規章定之」。

如此一來，一則，現行民法對法組織體（法人）的規定，原本展現出，有規定卻不完整又對非法人團體不作規定的現象，可以一掃而空。二則，新一代的民法對法組織體的運作可以經由委任立法，作成適合各該法組織體運作的規定。

二、關於民法的客體

民法的客體，簡單地說，就是生活資源。生活資源究竟有那些，因為種類太多，有時還會因時空不同而不同。完整的列舉是不可能³。

德國民法典在民法總則中，專章規定民法的客體，即物，也就是生活資源。初學民法的人，就照規定學習，法律學人，在正常的情况下，只好照本論述。民法總則先規範民法的主體，再規定民法的客體，立法體例上，算是完美。

學習法律的人及法律學人，可以意會，立法當時的社會背景，物是社會生活最為重要的生活資源。物，是看得見，摸得到，最為具體的生活資源。然則，民法總則專章規定民法的客體，即物，是正確或不正確？當然值得探討。就德國民法制頒當時而言，答案該是肯定，但就今日一般人的社會生活言，答案應該是否定。原因在於今日一般人的社會生活，生活資源的內容，大大有所改變。

說到這裡，不妨輕鬆一下，聽一聽一般人習以為常的成語。這個成語，和法學無關。一般人對於這個成語，或多或少，可以朗朗

³ 曾世雄，資源本位論——民法設計和民法運作，頁30以下，2013年9月。



上口，言談中，也可以聽得到。這個成語：「問世間情為何物……」。人和人間的「情」，可以是「感情」、「愛情」、「親情」等。為何要和「物」相比？唯一能作的解釋，就是民法的客體是生活資源，而生活資源和物之間，劃上等號。任何人生活在社會中，不能完全無物。

這個觀念和德國民法制頒時的觀念，不期相符。民法的客體，唯物是問。因而德國民法總則先規定主體，緊接規定客體，民法的客體，非物莫屬。瞭解當年的社會氛圍，認定民法的客體，非物莫屬，民法總則單章規定物，是有理或無理？答案應該因時間而不同。

(一)生活資源中的物

生活資源，種類很多，正確的說，是數不完。這些生活資源可以有體有形，有體無形，也可以是無體有形，無體無形。

現行的民法總則和新一代的民法總則為什麼非直接規定客體不可。原因非常單純。記得古聖先賢的話，「民以食為天」。「民」，指的就是主體，「食」，指的就是客體。「天」，表達的涵意，就是最為重要。既然客體，如此重要，不論是現行或新一代民法總則，當然都必須直接著墨客體。從民法學的立場看，直接規範客體，確實必要，但礙於生活資源的種類過於繁雜，全面作出詳盡規定，是不能非不為。因此，是否規定確實兩難，思考上難免陷於並非絕對必要而是相對必要的陷阱，用以自我解嘲，卻也符合社會生活中的真正事實。

至於債，也是生活資源，但看不見，摸不到，因此有些無謂的爭議。尤其在債的轉讓上，德國法上，最後以無體物看待，說服了法律學人自己。另外，那個年代，無體財產權的觀念還沒有進入法律學人的腦袋。就因有這些因素的攪和，才會在民法典中，針對無



體財產權，不作出規定。現行的民法典，有樣學樣，但不知跟錯了腳步。民法典的規定如此，實務上，不得不跟進。同樣情況，發生在不同行業上，尤其是電子業公司上。幾十年前，公司聲請上市而有可能如願的公司，總是經營傳統事業的公司，電子業公司聲請上市，總是不被考慮。原因就是前者擁有資產，也就是物，後者擁有的是知識，不是物。幸好，這個錯誤的觀念，很快就被糾正過來。

(二)物的孳息

現行民法總則除了以專章規定物外，還規定了由物所生的孳息。來自物所生的孳息分為天然孳息及法定孳息。天然孳息，如雞生的蛋，果樹長出的果實。法定孳息，如金錢所生的利息。現行民法總則中專章規定了物，順勢規定來自物的孳息，有一氣呵成的意味。

專章規定物，出了問題，隨著而來規定的孳息也出問題。先說天然孳息，一個先前存在的案例。一個農夫向農地所有權人租賃一塊農地，用以播種稻米。農地上長出來的稻米種苗及種苗長出來的稻米，在收割前，民法上定位為農地的成分。推論下去，種苗及稻米，在收割前歸屬農地所有權人。農夫租地種植而來的種苗及稻米，所有權不歸農夫，卻歸農地所有權人。這個結論荒唐不荒唐？至於法定孳息同樣也出問題。甲、乙、丙、丁共同出資經營小吃店，彼此間是合夥人。一年下來，總共賺了二百元。甲、乙、丙、丁平分所賺的二百元，各自分得五十元。如果甲、乙、丙、丁不成立合夥，彼此定位不是合夥人，而是成立有限公司。甲、乙、丙、丁成為有限公司的股東。公司經營一年，總共賺了二百元。甲、乙、丙、丁在股東會上決議，從年度盈餘提出，分給股東各三十元。未分配盈餘八十元，留存在公司，成為公司的資本公積。不料，乙因個人流動資產不足，不得已，把有限公司的股權出讓他



人。當初，盈餘轉成資本公積部分，原屬乙所有，卻成為買入股權人所有。第一個例證，觸及民法規定天然孳息的歸屬。正面看待下，依循文義解釋，看不出規定的內容，有任何問題。如果再思考一下，任何人都會覺得不合理。第二個例證，觸及民法規定法定孳息的分配。有限公司的股東，倘若永遠不變動，也不會有問題。股東一但變動，當初孳息的分配，其不合理即時浮現。

專章規定物，以今日生活資源繁多又複雜看，不是很正確的規定。尤其處在智慧財產權蓬勃發展的時候，更暴露其缺失。物所衍生的孳息，是民法客體中的微末細節，更不該在民法客體的規定中露臉。以致在實務的運作上，一再出現難題。

(三)生活資源中的權利

現行民法典規範的生活資源，基本上，是看得見摸得到的生活資源，可以是有體有形，如蘋果；有體無形，如流水，隨著人類社會生活的演進，一步一步的擴及無體有形，如極光；無體無形，如機會。這些生活資源有來自造物者，有來自立法者。來自造物者的生活資源，五花八門多不勝數，只好配合來自立法者對生活資源用語，一律以權利二字包裝起來。來自造物者的生活資源，成為權利的標的，和來自立法者的生活資源，可以是物也可以不是物，全數逕稱為權利，倆相呼應。人類的生活資源，在現行民法的體例中，概括地說，不是物一者，而是物和權利的統合，簡稱為權利。

三、關於生活資源的變動

民法的主體、客體定位後，隨著而來的問題，就是主體、客體間的關係，也就是生活資源的變動問題。生活資源的變動，是民法上最為複雜的一面。生活資源的變動，因由不少。從最為廣義的角度看，變動的因由，如非來自造物者，就是來自人類自己。來自造



物者的自然現象，各色各樣，如颱風來襲、地震山崩、洪水氾濫，另來自人類動作，大而化之，有事實行為和法律行為。通觀這些因由，最為重要的，應該是法律行為。民法總則創設了法律行為這個工具，並且有意以法律行為帶動幾盡整體的生活資源變動。當然，法律行為外，在極為例外的情況下，還可以看到其他因由，如法定之債帶動生活資源變動的情形。

法律行為的設計，是德國民法上最為重要設計的一個。法律行為用以支撐整體民法的規定。生活資源的變動因由，如果來自人的行為，基本上，需要法律行為作為墊底。法律行為成立且有效，生活資源方才能夠發生變動。現行民法師從德國民法，運作上，當然和德國民法的運作，如出一轍。

法律行為的設計，在當年時代，確實有它難能可貴的價值。可惜的是，諸凡人類的創作，幾乎不可能極盡完美，完全不帶一點瑕疵。正如人類開發出來的藥品，具有的功能外，總會帶有一些副作用。人類設計出來的工具，具有功能，但不會完全遠離可能的缺失。這是人類行為運作的定律，法律行為的設計，也不例外。法律行為有正面的功能，但也有窒礙難行之處。

(一)生活資源變動的態樣

民法總則上對生活資源變動的因由，沒有全面性的規定。

變動因由中，情有獨鍾的，是設計而來的法律行為。民法總則設計法律行為，並且著墨很深。引申出來的結果，就是變動因由的整體真相該是如何？法律學人沒人說得準。生活資源的變動，完整的版本，並不存在下，一方面，促成民法總則的規定可以固執在法律行為上，另一方面，法律學人則是各說各話。

民法總則不厭其煩，詳細規定法律行為，似乎有意將法律行為的規定，視同生活資源變動的定海神針。民法學人對於這樣的現



象，像是視若無睹，但卻有志一同，努力於開發其內容。大體看來，民法總則的規定和民法學人的論述，彼此之間難免出現一定程度的差異。原因在於留下一個空白，等同留下來的論述空間，相對就不會小。

法律學人如果要從民法總則上的規定，看生活資源變動因由的全貌，註定白忙一場。因為民法總則上，用字遣詞，只到「法律行為」及「意思表示」。民法總則上出現空白，不做全面有條有理的規定，導致法律學人忙於論述，有製作圖表以利說明，有努力於構思法律行為的構成要件及法律行為的分類等等。這些圖表、構成要件或分類，對於民法的研究，效果非常有限。

(二)法律行為是生活資源變動的主要工具

民法上的主體和客體間涉及生活資源的關係，如果需要變動，總要利用一定工具。正如古人所說，工欲善其事，必先利其器。現行民法總則迎合生活資源變動所需，設計出法律行為。生活資源的變動，十之八九需要依賴法律行為充當工具。因此，民法總則對法律行為做了相當詳盡的規定。這些規定，內容相當嚴謹。可以體會，當初民法總則立法時，法律行為的設計，曝露出來的光芒，當然不小。

總體觀察，民法典設計法律行為作為最主要的工具，用以趨動生活資源的變動。如果民法沒有法律行為設計，民法的規定，立足傳統的法學觀察，可以說，幾乎動彈不得。一般人的日常生活，絕大部分牽動的是，衣、食、住、行的得喪變更。買衣服、到餐廳吃飯、給付住屋管理費、搭乘公車，樣樣都會牽涉生活資源的變動，樣樣都要依賴法律行為領航。如果法律行為的設計，是全面性的設計，那麼依循法律行為的設計，就很容易瞭解，一個或一種因由，究竟牽得動或牽不動生活資源的變動？可見傳統的民法學上，法律行為的重要性。



同屬大陸法系的法國民法，偏重規範財產權的變動，而不是一再緊盯法律行為的成立不成立、有效無效。法系中的英大法系，眾所周知，是以法院的判決，充當基石。對於法律行為，視若無睹。德國民法首創法律行為，並以法律行為為生活資源變動的定海神針。現行的民法，說是學從日本民法，其實是師從德國民法。導致德國民法創造的法律行為，成為一般人社會生活中，生活資源變動的重要指標。

法律行為的真實面貌，不是三言兩語可以說得清楚。前面已經有些簡介，這裡也添加一些說明。往後還有機會更進一步深入細說。

(三)法律行為和日常生活若即若離

現行民法典上規定不少生活資源變動模式。債編各論及物權編的規定，具體羅列了不少模式。這些模式只是生活資源變動模式的一小部分。就以這一小部分的模式為例，可以看到法律行為的蹤影，無處不在。舉些案例說明。買賣，作為基礎的法律關係，就是買受人和出賣人間的法律行為，是否成立是否有效。以法律行為作為墊底，才有買受人和出賣人間的買賣法律關係。承攬，作為墊底的法律關係，同樣，就是定作人和承攬人間的法律行為，是否成立是否有效，以法律行為作為墊底，才有定作人和承攬人間的承攬法律關係。其他如借貸、僱傭、委任、合夥等，樣樣都是以法律行為作為墊底，往上發展出借用人和貸與人、僱用人 and 受僱人、委任人和受任人、合夥人 and 他合夥人的法律關係。這些法律關係的當事人，都在法律行為成立有效下，才會出場各就各位。

整體的問題所在，是在民法規定上及實務上論及這些法律關係時，很少人會從法律行為說起。通常情形，就是直接從當事人所扮演的角色說起。也就是說，買賣時，直接從買受人和出賣人說起。

元照出版提供 請勿公開散布

其他承攬、借貸、僱傭、委任、合夥等，情況相同，如出一轍。法律行為在民法規定上，甚至民法學論述上，空有霸主架式，但在實務上卻淪為躲在牆角的小角色。

儘管日常生活上民法實務的運作，對於法律行為的態度，是如此的殘酷，但在民事法律關係上，法律行為依然具有決定性指標的意義。民事法律關係的成立或不成立，有效或無效，最終還是取決於作為墊底的法律行為是否成立或不成立，是否有效或無效。就因為法律行為具有如此功能，衍生出法律行為是帶動生活資源變動最為主要的工具。

四、留給民法學廣闊的論述空間

民法總則規範生活資源的變動，用字遣詞只到「法律行為」及「意思表示」。法律學人投入法律行為及意思表示的研究，讓法律行為及意思表示光芒四射。幾則事例，可以讓讀者有個更為具體的感受。法律學人的敬業，應該受到肯定，不過敬業的目的，應該是讓民法化繁為簡，讓普羅大眾容易瞭解，容易遵行。

事例一：就是法律行為的構成要件。民法總則上並沒規定法律行為的構成要件。法律學人大體上有個共同的理解，認為法律行為的構成要件有三。一是行為能力，二是意思表示，三是表示行為。行為能力，指法律上的主體，對於自己的作為，可以發生生活資源的變動，具有能力有所認知。意思表示，指法律上的主體，內在有讓生活資源發生變動的心意，並有意對外表示或已作表示。表示行為，指法律上的主體，將存在內心有意變動生活資源意思，具體對外表示。法律學人把一個單純的法律行為，努力作成合乎邏輯的結構藍圖，委實令人敬佩。可惜的是，整套法律行為的構成要件，實際上則是重看不重用。

事例二：就是意思表示的構成要件。民法總則上同樣沒規定意



思表示的構成要件。法律學人同樣努力構思意思表示的構成要件。論說上，意思表示的構成要件有三。一是效力意思，二是表示意思，三是表示行為。效力意思，指法律上的主體，內心對變動生活資源的想法。二是表示意思，指法律上的主體，把存在內心讓生活資源發生變動的心意，決意對外表示。三是表示行為，指法律上的主體，將存在內心有意變動生活資源的意思，既然決意對外表示，進而具體對外表示。法律學人的這些努力成果，理論上，成果豐碩，實際上，則是用不著。

事例三：法律行為和準法律行為。法律學人面對民法總則對法律行為的規定，卻創造出類似法律行為的準法律行為觀念。到底什麼是準法律行為，民法典上沒有規定，民法學上也沒有一致的看法。依作者的認知，民法學走到這一步，似乎走過了頭。

按依作者的看法，法律學人提出的準法律行為，無非是針對法律上主體的作為，讓當事人間的民事法律關係，完全歸零而來。法律上主體的作為，如有牽動生活資源變動的情形，不問是取得或變更或喪失，民事法律關係有時依然存在，有時完全歸零。倘若清償的結果，原來存在的民事法律關係，完全歸零。這樣的清償行為，一些法律學人的見解，把清償定位為準法律行為。同樣，票據法上的票據行為，基本上是法律行為下多種互不相同法律行為的一種。按依通說，票據行為有發票、背書、承兌、參加承兌及保證五種，清償不在票據行為之列。票據行為為法律行為的一種，清償票據債務的行為，照理說也該是一種法律行為，但通說上，和一般的債務清償相同，被定位為準法律行為。民法學上法律學人的論述，有美化、修補民法規定的功能，應該給予肯定，但在理論完美，化繁為簡，簡單可用，這些選項上，應該選擇化繁為簡，簡單可用。



(五)其他變動生活資源的因由

生活資源變動因由，來自造物者的外力部分，相對單純。來自人的直接或間接行為，可以細分為人的行為、法組織體的決定或法律的規定。來自人的直接或間接行為，可以細分為單純事實、事實行為、適法行為、中間行為和違法行為。中間行為包括適法有責行為及放任行為。總而言之，變動生活資源的因由，是多元存在。法律行為是適法行為和適法有責行為的上位觀念。法律行為雖然是生活資源變動的主要工具，畢竟是諸多變動因由中的一個內容而已。



元照出版提供 請勿公開散布

參考文獻

◎中 文

1. 曾世雄，民法總則之現在與未來，2005年10月。
2. 曾世雄，資源本位論——民法設計和民法運作，2013年9月。

元照出版提供 請勿公開散布

On the Major Desruption and Establishment of New General Principles of Civil Code

Shih-Shiong Tseng^{*}

Abstract

Even though amendments have been made several times since its enforcement in 1929, whether the amended Civil Code has responded to the social changes is still doubtful. Furthermore, the current Civil Code does not suffice to be a solid foundation for establishing the rule of law in Taiwan. This article argues that there is a need to review the Civil Code and believes that instead of substantially amending the existing provisions of the Code, it is better to take the path of major description and establishment. In other words, some provisions of the Code should be discarded and only valuable framework and jurisprudential terminologies should be retained. Subsequently, a new thinking will be applied and a new generation of the Civil Code that integrates the old and the new will be created.

Hence, this article focuses on reviewing the provisions of the General Principles of the Civil Code (including the legal sources of civil law, signatures and seals, and inconsistencies between textual and numerical expressions) as well as other parts (e.g., the subject matter,

^{*} Professor Emeritus; Docteur en Droit, Strasbourg, France.

Received: November 3, 2021; accepted: November 29, 2021



objects, and legal transaction). The author further provides legislative proposals with a hope to establish a new Civil Code that is simple and usable.

Keywords: New General Principles of Civil Code, Source of Civil Code, Signature and Seal, Inconsistent Expression of Words and Numbers, Subject of Civil Relations, Object of Civil Relations, Legal Transaction



元照出版提供 請勿公開散布。