購書請至：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=9688

民法之釋義與編纂

游進發　著

元照出版提供　請勿公開散布

元 照 出 版 公 司

購書請至：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=9688

民法之編纂
——方法與考量因素*

壹、問題提出與背景

在德國民法典五編制之體例中，法律秩序乃由抽象到具體之規定所構成。而且在許多具體法律規定所形成之秩序中，復由抽象到具體規定所組成，例如立於民法總則編之下者，計有債編、物權編、親屬編與繼承編，於這些較具體各編之開端，復設有通則。即便於較抽象法條之構成要件中，亦往往能發現具體化之立法作爲，例如透過例示規定。相較於判例法居多之民法秩序而言，德國民法典五編制之體例，其中一項實際面向之優點，乃法律適用較具有效率，其理由在於：其一，由於立法者於構成要件中，已預先設定區別異同之價值判斷，無數法官在無數具體個案中，只須依照這項立法者之預先判斷，從事說法活動，而省略事後無數區別異同之活動，法律適用因此亦較安定[1]；其二，由於抽象到具體之循環規範架構，不僅要求

---

* 筆者衷心感謝：審查委員與編輯委員們之寶貴意見；助理曾文儀同學之細心校對。

1 Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 139；蘇永欽，民法典之時代意義——對中國大陸民法典草案的大方向提幾點看法，月旦民商法雜誌，第3期，頁120，2004年3月。Mertens則提到，以判例法居多之民法秩序之其他缺點，例如無法完整規範事物、無法適應社經變遷。本文認為，著眼現今判例法系國家，亦有著非常多制定法，以補其判例法之不足。是以在此間僅以法律適用效率一點，作為其與五編制民法典之區別。Bernd Mertens, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikation, 2004,

購書請至：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=9688

而且允許法官，首先將眼光放置在較具體之規定，其次始為較抽象之規定，是以能在較短之時間內，尋得應適用之法律規定，以解決於日常生活中，常發生之法律問題。這項優點恰恰亦較能緩解，當今紛爭往往乃日常生活化與大量化之現象。可想而知者，乃這項優點利基於法官知法原則之上，亦即以法官於法律解釋與適用方面訓練有素之條件之上[2]。換句話說，這項前提不僅要求且正當化，法學教育應與職業法官考選制度接軌之要求。

德國民法典五編制體例，對法律適用者能力之要求，明顯不較採行羅馬式編制之民法典，例如法國民法典來得高，其理由在於：較諸於理解抽象規定，理解具體規定者顯得容易些[3]，羅馬式編制民法典之抽象原則規定，較德國民法典為多；在後者之法律秩序中，法官首先只須嚐試，將系爭事實涵攝至較具體之規定中，而非往往只能一開始，便須將眼光放置於較抽象或較原則之規定；立法者既然已於法條中預先設定，區別異同之價值判斷，於如此之秩序中，無數法官首先只須依立法者預設之價值判斷，從事涵攝活動，而不須再從事顯較困難之適當評價活動[4]。再者，相較於有著許多抽象或一般規定，甚至其內容大多必須透過為數眾多之判決法，始能全整呈現而出之民法典，一部如此編纂而成之民法典，其法律之解釋

S. 293, 309-311.

2 Mertens, a.a.O. (Fn. 1), S. 295, 298.

3 Ebd., S. 298-301.

4 關於採行羅馬式編制民法典之缺點，史尚寬，民法總則釋義，頁6，自版，1973年；王利明，論中國民法典的體系，中國民法典——起草思路論戰，頁106-108，中國政法大學出版社，2001年。與此相關者，Mertens, a.a.O. (Fn. 1), S. 293；王竹，「以非基本法律法典化」模式編纂民法典的立法程序，中外法學，第26卷第6期，頁1445，2014年12月。

購書請至：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=9688

與適用，顯得更具有預測可能性，而能更安定[5]。

德國民法典因此於歐陸法系中，具有典範意義，至少是其中之一之典範。德國民法典享有這項成就最主要且最近之原因，或許乃編纂法學家於19世紀時，對作爲習慣法與普通法之羅馬法進行系統分析[6]。於這些法學家之著作中，其實已可觀察到，德國民法典之若干編纂方法、依這些方法所形成之體系、以及若干編纂時所應注意或顧及之事項。例如人們於薩維尼之著作「現代羅馬法體系」之目錄中，已經可以隱約發現到，現今德國民法典中之民法總則編，而且於其中亦可以觀察到，民法總則編中之幾則主要命題，例如：法源論、法人、法律關係、意思表示、法律行爲與消滅時效[7]。史尚寬先生說道[8]：「德意志式者。取法於德國私法學者之著述所爲之編制法也。羅馬法繼承於德。德學者加以研究新設編制之法。」

典範意味著，富有參考意義。若德國民法典是典範，則德國民法典之編纂因素，對大陸民法典之編纂而言，便具有參考價值[9]。儘管民法典之制定，不必且也不應繼受德國民法典之

---

5 關於拿破崙法典之特點，Zweigert/Kötz, a.a.O. (Fn. 1), S. 98；英美法之判例法，亦有相同之問題。就此，梁慧星，當前關於民法典編纂的三條思路，中外法學，第13卷第1期，頁110，2001年1月。

6 依薩維尼氏的說明，那時代之羅馬法，是私法，而且是普通法（Gemeines Recht）。Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 1-4。黃立，民法總則，頁13，自版，2005年修訂4版。

7 Ebd., Bd. 1, Bd. 2, Bd. 3, Bd. 5.

8 史尚寬，同註4，頁6。

9 台灣民法不僅採行德國民法典體制，亦大多繼受其內容。王利明，關於大陸民法典體系的再思考，月旦民商法雜誌，特刊號，頁15，2003年3月；鄭冠宇，民法總則，頁11-12，自版，2014年2版；楊立新主編，中國百年民法典滙編，頁21，中國法制出版社，2011年。

購書請至：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=9688

一切，但德國民法典之編纂方法、因素與應注意事項，具有參考價值。良以在此間涉及之問題，並不因國度不同，而影響到其發生。此間所指之編纂方法、因素與應注意事項，並非指民法典之具體構成內容，例如非指各種有名契約、各種法定之債等具體之制度，而是專指：編纂方法、舉證責任分配、民法與其他法律之關係等等在編纂民法典時，所應考慮者。至於容有爭論之因素例如消費者保護因素、勞動保護等因素，則不在討論之列。在此間僅分析，得作爲編纂民法典時所應考慮，且較無爭論者。

德國民法典之誕生，絕對無法透過短短幾年之草案研究作業，便可以獲得實現，其實際上乃無數編纂法學家一百多年來研究成果之累積。他們不僅研究後來成爲民法典之各項內容，亦有形與無形地研究著隱藏於其中之編纂方法、因素 以及編纂法典時應注意之事項。由此可知，既然時值編纂之紀元，則現今任何民法相關之研究，於將來勢必累積成爲民法典之內容。於是無論在數量上與質量上，任何民法相關之研究，便顯得不可或缺與迫切。本文以下之研究，因此主要以於德國民法典中所觀察到之編纂方法、因素，以及應考慮之事項與價值判斷作爲客體。或許在這些客體中，其中若干早已是耳熟能詳。但時值大陸著手編纂一部民法典。亞洲若干國家亦著手進行債法之現代化。而且在可期之將來內，世界上似不可能再出現編纂一部民法典之活動，以及這類債法之現代化活動。本文之研究因此是合乎時宜。Leenen教授在其民法總則教科書裡提及，德國民法典使用若干規範技術，而於適用法律時必須掌握這些技術[10]。從Leenen教授這項見解可以瞭解到，編纂民法或現代化債務法時，亦必須掌握這些編纂方法或技術。再者，儘管若

[10] Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, S. 387.

購書請至：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=9688

干研究客體已是耳熟能詳，但實際上往往發生視爲理所當然，從而忽略這些應加以注意事項之現象。如此內容之研究於是承載著提醒功能：提醒編纂者於編纂一部民法典或進行較大規模的民法修正時，應加以考慮之事項。最後，若干於文獻上較少受到討論，但得作爲編纂民法之方法、因素或應顧及之事項者，本研究亦將對之加以分析。

貳、編纂方法

編纂法學家一生中大部分之研究，乃關於各項具體法律關係。至於編纂民法之方法，一般並不成爲研究之內容，而只於關於法律關係之文本中，相應且隨機地出現。但爲因應民法典編纂與債法現代化之紀元，以下研究之客體，基本上與民法中各項法律關係之規範形成無關，而是主要針對民法之編纂方法、因素與應注意事項。法律關係非常多樣，而且每種法律關係基本上均有自己之本質，頂多數種法律關係彼此間存在著關聯。關於法律關係規範形成之命題，因此並非一項研究所能承載者。以下之說明，於是僅限於民法編纂方法。

一、抽象到具體

立法者制定一部民法典時，應採取什麼基本態度？毫無疑問者，乃規範法律關係。倘若立法者真採取這項基本態度，則更進一步有待解決之問題，乃計畫規範哪些法律關係？民法秩序中之法律關係，乃權利義務關係[11]。而權利種類繁多。權利概念本身於一切種類之權利中，乃最上位概念，換句話說，其乃最抽象者。當民法立法者企圖規範法律關係時，於是便可能

11　林誠二，民法總則新解——體系化解說（下），頁1，2012年3版。

購書請至：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=9688

從最抽象之權利規範，以至於個別具體之權利[12]，亦即規範計畫上具有窮盡一切權利義務關係之可能性[13]。既然這項方式成立，則進一步尚待解決之問題是，規範計畫上是否應窮盡一切法律關係？

縱使在權益權衡思維之支配下，立法者對不同種類權利提供不同程度之保護。但權利應受到民法規範與保護之價值判斷，並不應因權利種類不同，而有所不同（平等正義）。於是，更精準點而言，立法者制定一部一統民法典之基本態度，便應是規範任何（種類）權利義務關係[14]。倘若民法立法者同時於法源論中認爲，法官不得以欠缺制定法與習慣法爲理由，而拒絕審判，亦即此時應以法理作爲裁判法，則其從最抽象之權利概念，以至於個別具體權利之規範計畫，便處在窮盡一切權利義務關係之想像中。換句話說，嘗試以制定法、習慣法與法理窮盡一切法律關係。立法者實際上並非個別、割裂式地進行上開權利保護與差別保護之規範計畫，而是從民法秩序作爲一整體爲出發點，進行應保護權利、如何保護，以及如何差別保護各種權利之規範計畫。

文獻上一般認爲，窮盡一切法律關係之想像，往往無法與現實一致，法律漏洞實際上仍然無所不在[15]。人們其實能夠觀察到，這種現象是侷限在一項環境中，即法律漏洞發生在欠缺相應制定法之環境中。但如果去掉這項環境條件，而且單就邏輯以觀，立法者既然在欠缺制定法與習慣法時，以法理來規範法律關係，亦即以最抽象之法理概念填補法律漏洞，則其實早

---

12 王澤鑑，民法總則，頁25，自版，2014年。

13 Mertens, a.a.O. (Fn. 1), S. 452.

14 Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, Rn. 70.

15 Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl., 2013, Rn. 823-823b.

購書請至：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=9688

國家圖書館出版品預行編目資料

民法之釋義與編纂／游進發著. -- 初版. --
臺北市：元照, 2018. 04
面； 公分
ISBN 978-957-8607-19-4（平裝）

1.民法

584 107000902

元照出版提供 請勿公開散布

民法之釋義與編纂

5D471RA

2018 年 4 月 初版第 1 刷

作　　者　游進發
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 450 元
專　　線　(02)2375-6688
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 978-957-8607-19-4