

再論轉介條款

蘇永欽

—民法典內轉介條款的結構功能分析

目次

前言

一、民法典作為私法的基礎結構

二、民事法官承擔三個接軌功能

三、重財產法而輕身分法的原因

四、再析轉介條款的要件與操作

1、法律行為效力的控制

2、侵害行為究責的控制

3、物權權能行使的控制

4、不當得利請求的控制

五、適用轉介條款幾個主要誤區

1、共同的誤區

2、個別的誤區

結論

前言

20 年前讀了 Canaris 的一篇文章，引起我對民法第 71 條的濃厚興趣，但差不多到 10 年以後，開始思考民法典對未來世代的意義時，才開始有系統的整理這個處理公私法接軌的重要民法機制，並延伸到契約法以外的領域而有其他發現，可惜我們的民法學界還是不習慣超越德國民法釋義學設定的議題範圍，對於這個理論上還有很大探討空間而實務上更可對法庭論證庫存大有增益的議題，沒有展現多少興趣。倒是在一次與企業法務人員的交流中，對我把公法管制政策引進私法操作的呼籲，有熱烈的反響。這讓我又有很強的動機，再次從民法典的高度去檢視這幾個被我定位為轉介條款（switch-over clause, Weichenstellenklausel）的功能、體系和操作方式。

一、民法典作為私法的基礎結構

要正確理解轉介條款的體系意義，不能不先回到現代民法典在私法體系中的基本定位。我曾經用兩個理型（ideal type）——民法典與部門民法——來說明現代民法體系化的兩個方向，前者是把社會需要的品類複雜的民事規範依普通特別關

係作水平的切割，後者則是按社會功能領域做垂直的切割，此處不贅。就是因為建立在普通特別關係的設計上，民法典才能歷經各種時代思潮的衝擊而屹立不搖。進一步琢磨，會發現民法典的普通特別關係其實有兩層不同的意義，就其外部而言，立於普通法地位的民法典，必須把所有屬於總體的政策考量抽離，只建立個體的公平規則。就其內部而言，則是用精確的概念建立一個個的規則，再按照把公約數提出於「括號外」的特別普通關係組裝成法典，使一部法典就是現成的一本民法教科書，其概念和規範邏輯可以大量的複製到其他法領域，此所以大陸法系常常被稱為「民法傳統」，以與英美法系捨棄邏輯而以經驗傲人的「普通法傳統」形成對比。民法典在整個法體系上的重要性，其實就在它創造的體系化典範。

然而民法典背後預設的「沒有政策干預」前提，如果只靠外造的特別法去回應各階段社會對國家的管制需求，規劃議決各種管制政策的立法者（廣義）勢須在垂直的管制關係外，同時把相關的各種水平私法關係也一併納入考量，幾乎確定會超出其功能的極限，要想維持立法效率幾無可能。因此才有必要另在民法典內建某些讓管制法規的政策考量「流入」私法關係的管道，也就是本文討論的所謂轉介條款，簡單的說，就是讓司法者通過公法的轉換為私法規範，在必要的程度內去改變自治形成的私法關係，以避免立法者的管制目的因被管制者的遁入私法而難以達成，甚至使國家看起來像一個左腳阻擋右腳前進的人格分裂者。我國民法典一共有四個這樣的轉介條款：第 71 條、第 180 條第 4 款、第 184 條第 2 項及第 765 條。

立法者對於市場經濟高度依賴私法自治這一點當然不會盲然無知，因此每一個管制決定理論上都已經對管制和自治的價值和功能作了充分的衡酌，換言之，現代國家的管制立法本身已經做了調和及接軌的初步努力，只是立法者對於存在於管制領域的各種民事關係最多只能挑出少數特別需要排除者，或可誘導成為政策工具者加以規定，進一步的調和及接軌就只能由下游的司法者接手，針對不同類型的私法關係與管制的範圍、內容、目的與強度去做抽絲剝繭的分析和決定。同樣承擔調和及接軌的功能，上游立法者基於其回應廣大民意的要求，思考的重心無疑會放在政策的妥適性上，而具有法律專業的下流司法者，基於其規範管理者的性格很自然的會把思考的重心放在規範間矛盾的排除上，有點像水庫的管理者，在颱風期間決定排放多少水庫的水才是恰如其分。外造的特別法加上內建的轉介條款，這就是民法典得以互古長新的奧秘。從技術的層面來說，不瞭解轉介條款體系功能者常常會陷入轉介特別民事規定的謬誤，完全不知道此一機制的真正功能在補強立法者的不逮，而不是引致立法者已經做好的民事特別規定。正如不瞭解普通特別關係的民法結構者，在制定或修正民法典時會犯了在民法典內引致特別法，或者為了「充實」民法的社會性而犯了把民法變成比特別法還特別的謬誤。以上簡述的這兩個接軌機制的特徵，可以表列如下：

民法典兩個主要公私法接軌機制的比較

特徵 接軌機制	與民法典 的關連	運作原 則	功能承 擔者	主要功能	主要考量	常見誤區
特別民法	外造	特別先 于普通	立法者	創設管制規 範回應民意	政策妥適 性	民法典反致 特別法
轉介條款	內建	概括條 款	司法者	管理規範調 和體系矛盾	體系一致 性	法官轉介特 別民事規定

二、民事法官承擔三個接軌功能

如果容許我再用一次古堡的比喻的話，這些有世紀高齡的民法典，所以能和周遭各種新建築一樣為現代的忙碌社會提供機能完整的服務，很重要的關鍵就在建堡之始便預留了各種可以和外面世界聯繫的管道，讓電力、瓦斯甚至光纖等現代網路都可以不改變任何外觀的拉進來。因此若再仔細分析民法典中的管道，會發現除了轉介各種社會經濟管制法規的轉介條款，使民法典和其他特別法在政策上得以接軌外，它另外還轉介社會長久形成的善良風俗——通過風俗條款（第2條、第72條、第184條第1項後段），以及轉介憲法基本權所宣示的社會價值的所謂第三人效力——通過對不確定概念的解釋。三者共同的地方，就是都由民事法官來操作。

就轉介的標的而言，狹義轉介條款引進的是反映多數民意、回應當時需要的國家政策性規定，風俗條款轉介的則是社會已存在相當長時間而深入人心被普遍遵守的行為規範，至於經由的媒介不限於特定條款而及於所有有待價值填充的不確定概念的第三人效力，所轉介的則是憲法通過人權規定宣示的一些、不以高權關係為限、而應擴張成為共營社會生活共同堅持的基本價值。政策的動態、積極，風俗的消極、保守，以及人權價值的普世標竿性，把這些全然不同的外部規範，統一由司法者管理，以與民法典從人性出發，標榜的私法自治的原則、價值相權衡，實有其深刻的意義。從這裡也可體會，美國上個世紀的重要法學家 Roscoe Pound 把法官比喻為社會工程師，對於向來不那麼強調造法的大陸法系法官而言，反而生出了另外一層 Pound 可能完全沒有意識到的意義——規範體系的管理。對任何一個多元開放社會而言，個人的自由意志永遠要放在最中間，但除了需要公共政策適時介入矯正市場缺失外，風俗倫理仍然是不可或缺的穩定力量，同樣的，憲法標示的基本價值，可以確保社會的發展在多元利益的折衝交換中不至於迷失方向。讓下游的民事司法者在扮演公正第三者角色、使自由意志形成的關係必須被遵守以外，分出一部份的注意到三種性質不同、但同為現代社會維持穩定與發展不可或缺的外部規範，適度引進而把自治造成的「外部」成本降到最低。因此作為多元開放社會的工程師，就民法傳統下的民事法官而言，重點既不在民法的續造，也不能被簡化為間接行政者、風俗警察或者人權保護官，正確的說，應該就是在管理好自治秩序之餘，善盡一個位居體系下游者的體系忠誠義務吧。

從這個角度來理解，並嘗試整理這三個內建的管道，會發現其中有一些細緻的考量，也有顯得較為粗糙的地方。就以轉介條款和風俗條款所控制的標的來說，民法第 71、72 條都是針對法律行為，第 184 條第 2 項與第 1 項後段則都針對事實行為。這幾個條文和德國民法第 134、138、823、826 條近乎雷同，包括法律行為違反強制或禁止規定時有「但書」的調和規定，違反公序良俗卻沒有，違法而構成侵權責任者僅限於違反「保護他人之法律」，違反善良風俗者則限於「故意」，都有所本，這是有意區隔的細緻處（詳後），但在排除不當得利請求的第 180 條第 4 款為何只有法規的轉介（「不法」），而非如德國民法第 817 條那樣包括「禁止規定與善良風俗」？從立法資料找不到任何說明，理論上也看不出區隔的道理，應該就是無意的疏忽。又民法第 765 條原來可能真的只是特別法的引致規定，目的在「確認」所有權的權能，沒有轉介有關物的管制規定的意思，因此也同樣沒有風俗條款的對應規定，與德國民法第 903 條相同。但未來如果要在政策上與有關物的管制法規有更好的接軌，而把第 765 條操作成轉介條款，如我過去所建議，即通過管制規定的轉介，「形成」的對物權的權能構成另一層的限制（比如無照車或違章建築的損賠請求權可予酌減），是否會形成另一個風俗條款的漏洞？相對的，風俗條款對習慣成為補充法源的控制（民法第 2 條），為什麼不同時轉介法律，好像也說不出什麼道理。至於基本權的轉介，本來就是附著於各種不確定概念和概括條款，其結構與通過特定條文作為媒介的轉介條款與風俗條款，顯然有別，理論上，基本權的第三人效力甚至可能通過轉介條款與風俗條款的特定構成要件（如「但其規定不以之為無效者」或「善良」風俗）而發生，範圍可以非常廣泛，因此和前兩者尚無法並列比較。總之，德國民法典之父埋設的這些管路不會只是無心之作，但顯然也沒有什麼一以貫之的大理論作為基礎，至於三十年後中國的立法者臨摹構畫出來的民法典，則肯定還沒能參透箇中的玄機。

在程序上，法官適用轉介條款來控制私法關係，究竟是依職權而為，或者只能依當事人的主張才可發動，往往也是爭議所在。原則上，民事法官在操作這些與外部規範接軌的機制時，目的既在排除或降低自治的外部性，扮演的是輔助的公益維護者角色，則如果仍只能依聲請而為，可能因為當事人無直接利益未聲請而不得介入，未免過於消極。但當此類條款本身即為請求權基礎時，自然應依當事人的主張做成判斷。

總之，如果僅從制定法的角度來看民法典，內建的轉介條款和外造的特別民法就是讓民法典可以保有純淨空間而又與時俱進的兩大竅門。但更深入一層觀察即知，民法典所以能在現代的多元開放社會這樣歷久而彌新，是因為它同時還轉介了其他的重要規範，和狹義的轉介條款一樣，這些機制也都交給民事法官來操作，這方面屬於民法社會學的觀察和分析，其實還是到了六七零年代，人們才在 Josef Esser 和 Jürgen Teubner 的著作中看到了一些端倪。

三、重財產法而輕身分法的原因

再回到轉介條款的結構問題，一個明顯的現象是，幾乎都分佈在財產法領域，包括親屬和繼承兩編的身分法卻完全找不到。這究竟是無意的疏漏，還是正反映了兩大領域本質的差異？

首先應該釐清，民法典的體例其實已經透露，身分法和財產法的對立，不像財產法中債和物的對立那樣的相互排除，功能有別且有不同的指導原則，身分法中的親屬和繼承亦復如此。如果從身分法處理的百分之九十也是財產問題來看，這裡反而有某種普通和特別的關係——普通者置於前，特別者置於後。換言之，對於特別身分者之間的財產關係，如果沒有親屬繼承兩編的特別規定，仍有適用債物兩編的餘地，而不是直接回到民法第1條。夫妻間的買賣，父子間的房屋租賃，都是非常常見的例子，才符合民法以個人自由意志為本位的精神，傳統儒家以家庭為法外空間（「法律不入家門」）的想法，當然已成過去。身分法中規定的特別財產關係，多數為法定，僅保留少數自由形成的空間，如夫妻財產制的約定，遺產在特留分以外的處分。非關財產的身分關係，同樣以法律強制的占多數，有關身分關係的進入，如結婚、收養等，雖屬當然應自由形成的情形，但幾乎完全沒有法律行為規定適用的餘地。這些明顯不同於一般財產法之處，可以歸結到一個原因，就是倫理的考量。換言之，民法典以個人自由為本位而連結財產法與身分法，又以倫理的特別考量而區隔二者。

就公共政策的接軌需要而言，財產法中的轉介條款，對私法關係的影響當然是全面的，也就是說除非身分法有特別的規定，親屬間的財產關係也會受到影響，故就此而言，倒還不能說有何特別。但身分法中無論財產關係或非財產關係，都未另見轉介條款的規定，則不能不說，這應該就是以倫理為基礎的身分法真正特殊之處：國家干預市場經濟寧為常態，所以要有轉介條款以降低私法關係和公共政策之間的矛盾，使民法不至於變成對抗國家管制的工具。但國家干預親屬間基於倫理去營運的財產或非財產關係，則應該是絕對的例外，以特別法為工具就已經足夠，比如戶籍法、姓名條例、兒童福利法等，不會也不應該有推陳出新的管制規定，需要通過轉介條款來滲入。風俗條款不存在的理由則剛好相反，身分法中的倫理就是善良風俗的主要內涵，既然已經以法律的形式內化了，再如財產法那樣當成外部規範通過風俗條款去引進，自屬多餘。因此真正需要接軌的，還是通過第三人效力機制引進基本權宣示的價值，換言之，民事法官在處理身分法的問題時，比較需要注意的外面世界，就是一些和身分有關的基本權的理念發展，不論是男女平等，涉及人性尊嚴的家庭暴力，法定夫妻財產的分配或者未成年人確認血緣。私法關係與基本權的接軌，在財產法的部分反而要特別審慎——公法關係重視的價值在私法財產關係常常正有賴於契約自由、社團自由來實現，輕易的賦予第三人效力不僅可能嚴重扭曲私法自治的價值，有時更減損了基本權所宣示的價值。比如契約對象選擇的不平等，通常正是憲法所要保障的契約自由。社團成員的選擇和組織方式的決定，何嘗不是如此？但到了身分法的領域，這樣

扭曲的危險反而較小。因此如果我們說，轉介條款和風俗條款以財產法為其主要擅場之處，而基本權第三人效力則在身分法有其特別的意義，應不為過。

四、轉介條款的要件與操作分析

轉介條款的功能既在於調和動態多變的管制法與穩定常態的自治法調和，如何在其構成要件下妥適的操作，過去已經寫了幾篇文章作了一些分析，以下僅再從司法者應權衡的因素切入，嘗試找出最後是否讓公法介入的決定因素為何，如前所述，這些轉介條款因為處理的法律關係不同，立法者對於如何調和自治與管制的指示有意或無心的也有不同的表述，司法者只能承其意旨，摸索出最妥適的調和之道。四個轉介條款的重要性相當懸殊，以下即依其承擔功能強弱的次序逐一論述：

1、法律行為效力的控制

民法第71條：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」

由於法律行為——主要是契約——在市場經濟體制中的重要性，本條毫無疑問是影響層面最大的，控制若不得當，不是管制失靈，就是市場失敗。其但書的文字源於德國民法第134條的但書（wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.），所謂「不以之為無效」比起原草案的「法律有特別規定者」就更為貼切，因為如果真的有特別規定，顯然立法者已經做好了第一手的調和，根本不需要動用本條。真正需要請司法者來作第二手調和的，反而是法律沒有特別規定，但其意旨「應該」沒有到要否定法律行為效力的程度。中文和德文表達的精準，令人嘆為觀止。實務後來的文章，所謂效力規定和取締規定，也就是從這有意的含混中作出來的。

關鍵的問題還是，判別二者的標準在哪裡？詹森林最近整理了最高法院和下級法院歷年的見解，一如我之前的整理，由於法院論述的簡約，多數是只有結論沒有理由，到現在也很難從肯定否定的結論中整理出什麼清晰可用的標準，有點像度量衡還沒有發明出來的時代，事情還是得作，法官也只能像個賣肉的一樣，用手掂掂案件的份量，憑經驗綜合判斷要不要讓公法介入，然後唸一遍效力規定和取締規定的口訣，就已經有了結論。這情形有點像大法官的違憲審查，最早期大法官只會抄法條，法律違不違憲都只要引用憲法第23條就可以了，等到後來才開始用法律保留原則和比例原則，但也就是把原則唸一遍違不違憲的結論就已經出來，一般人還是不知道下一個案子會是什麼命運。差不多要到了十年前，法律保留和比例原則的操作公式才逐漸清晰起來。

只要正確瞭解我們所處的現代社會，是如何的一方面高度依賴社會自治的力量，另一方面又被層層的管制法網密密的網住，任何簡單而絕對的調和公式，都不可能恰如其分。你說只有當契約的標的或目的正好是法律管制的對象時才需要控制，但就會有些案子，管制的對象是契約的主體，而如果因此逸脫管制後果會

非常嚴重。也會有些案子，即使契約的標的就是法律管制的對象，但從其管制的強度和涉及的成本來看，其實未必需要延伸到私法關係上。你說只有當契約雙方主體都納入管制時，才有否定其效力的餘地，碰到某些案例，從其管制意圖又很清楚可以判斷即使只有一方列管也不能不否定其效力。此所以翻閱德國評釋書看看他們的法院實務，會發現他們用的也是案例方法，也就是通過案例的累積而產生案型，再逐漸發展出一些具有可預見性的審查公式，把儘可能多的衡酌因素納入，對不同的案型做出不同的組合，大概真的沒有什麼絕對的標準。司法者權衡公法管制的政策與私法自治的保障時，一定要考慮的是管制涉及的法益，政策目的的「強度」，法源的公示性與民主正當性，同樣要檢視的是契約標的、目的和管制間的「直接性」及合理關連性，乃至從成本效益觀點評估輔助或抵消效果的大小，可預見性與防免、資訊等交易成本，以及補強執法成本的分析，也許十年以後我們也會看到最高法院做出這樣那樣的 test 或 doctrine。

律師和法務人員在案例法形成的過程可以扮演非常積極的角色，除了主動提出肯定或否定的分析論述外，同樣重要的是指出法院在相類案件中的自我矛盾，或刻意的排除或低估某些因素。比如同樣是市場進入的管制，為什麼一般公司經營登記以外業務，所為法律行為沒有無效的問題，對於地下保險業所訂定的保險契約，又認為無效，是不是對金融業的管制有什麼特殊考量？而在農業管制的領域，為什麼到近年修法刪除自耕農限制前，一直以來所謂「假農民」的土地交易，相對於照理說應該更直接違反分區使用管制的土地交易，效果反而倒過來，違反手段規定的前者無效，違反目的規定的後者有效，豈能僅以前者有較為直接的禁止而合理化？為什麼違反強制認證產品的買賣契約無效，其保護的法益難道真的都高到必須破壞契約的程度，為什麼沒有把法益因素納入考量？

2、侵害行為究責的控制

民法第 184 條：「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。」

通過刑法或其他社會經濟管制法規的轉介而把許多本來無須對被害人負責的事實行為變成需要負責的侵權行為，藉此可以通過被害人的追訴，達到加強嚇阻違法的目的，此一轉介條款同樣既廣且深的影響國家的管制，和自由自主的市民社會。侵權法和契約法一樣，其基本精神都是在私法自治的精神下保留給每個人最大的人格發展空間，前者是以法律行為創設法律關係，後者關注的則是社會上的自由活動。此所以侵權責任的追究並不及於所有因過失而造成他人損害的行為，侵權的課責必達到「可以期待」，且有一定「針對性」，才不至過於寬泛，而使人民生活在互動複雜的現代社會動輒得咎，乃至無所措其手足。此所以我國侵權法以通過公示而有對世性的權利受到侵害為主要課責原因，不及於隱匿的債權，以及未權利化的經濟利益。其他兩種可以究責的侵害行為，其一是違反善良風俗的行為，此時雖與侵害

對世權一樣的可以期待（非無法防免），但針對性不足（責任對象過寬），才明定限於「故意」的情形。另外一種是更為廣泛的違法行為，原則上也因法律的公布制度而有一定的可期待性，但要把本來的反射利益（越多人守法越多得利）納入侵權法的保護，同樣需要提高其針對性，所以才限制須屬「保護他人」的法律，而被害者剛好在該「他人」的範疇內（包括「人」與「事」都為保護目的所涵蓋），才可成立。然而從藉私人究責來「圍堵」公法上不法行為，增加違法成本、降低執法成本的觀點來看，同樣的違法，限縮於保護法律才許究責，當然大大影響了管制的效果。不過這正是立法者為調和管制與自治明定的界限，不像在契約法的轉介條款，立法者用含混的但書來保留調和的空間，從而可由司法者逐案摸索而走向類型化，此處立法者已經指明調和的界線，司法形成的餘地自然小了很多，但什麼時候構成保護法律，什麼時候是不以保護他人為目的的一般法律，司法者還是保有一定的解釋空間。

整體而言，我國實務的權衡一直都傾向對保護法律作較為寬鬆的認定，早期曾經把占有人自力救濟與物上請求權的規定都解釋為占有人的保護，而非單純社會和平秩序的維護。而且往往強調只要在公共政策目的以外，「兼含」個人法益保護的意旨，就可以定性為保護法律，比如「銀行法為健全銀行業務經營，保障存款人權益，適應產業發展，並使銀行信用配合國家金融政策而制定，為該法第一條所明定」，即仍認定公共政策考量明顯主導的銀行法第 29 條 1 項：「非銀行不得經營收受存款」為保護法律。認定僅含公共政策而無個人法益考量的案例也有，但較少作深入的分析，僅看表面就難免顯得不一致，比如認為「限制計程車以出租或其他方式交與他人駕駛營業之規定，純係基於對計程車業者行政上管理之考量，而非著眼於乘客安全之保障」，以此否定計程車客運服務業申請核准經營辦法的保護法律性質。然而同樣是借牌，違反營造業管理規則禁止借牌的規定，又予肯定，其間的差別當然是在管制的性質與深度，和契約法的控制一樣，未來都有賴法院說明差別對待背後的考量。

3. 物權權能行使的控制

民法第 765 條：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」

這個條文原來的功能只是單純的與外造的特別法接軌，即所有權的權能為扣除特別法的限制剩餘的所有權能，這裡所謂法令限制，通常即指排除所有權某些權能的限制，因此是權能分配規範，比如土地使用的分區管制即為其典型，但各種形形色色有關物的使用管制越來越廣，多從進入市場前即進行檢驗、認證，雖沒有直接限制其權能，但這些管制若對於私法上物權的主張都毫無影響，所有人仍然可以有效處分，使用、收益，並排除他人的妨礙，難道不會影響國家基於公共利益考量對諸多物品進行管制的效果，尤其在這些管制涉及的是重大人身法益時？但另一方面，財產權保障又是穩固市場經

濟的另一個柱石，物的管制在什麼情況非延伸到私法上物權的限制，而不致違反比例原則，又有待司法者的審慎權衡了。因此儘管第 765 條僅言「法令限制」，沒有像前兩個轉介條款一樣提供任何調和的規範基礎，或判斷的標準，實務上還是會碰到這樣管制和自治的衝突。

比如違反建築法規的違章建築，所有人是否仍繼續利用，甚至處分而使他人取得物權？工廠違反環保法被開罰單後，對於村民的阻止排污可否行使物上請求權？為通過檢驗物品受到侵害而請求損害賠償，其計算是否應考量「權能」的不足？可能因為沒有明文轉介的授權，法院的立場似乎從不作這樣的轉介，比如對於違章建築的交易，即以建築法的管制為單純的管制，起造人取得的所有權在私法關係上仍不受影響，甚至因為無法辦理第一次所有權登記而無從讓與所有權，法院還承認了一種法律所無的「事實處分權」，以務實回應市場的現實。在大多數的情形這樣堅壁清野的解釋也許是對的，立法者沒有直接限制物權，司法者也不越俎代庖，但極端的情形，如果違章建築屬於嚴重違反建築法的情形，而有危害生命安全之虞時，法院把管制的精神流入私法關係，而認為危樓的所有人無權處分，會不會更為妥當，至少還是值得斟酌的一個方向。

4. 不當得利請求的控制

民法第 180 條：「給付，有左列情形之一者，不得請求返還：1、給付係履行道德上之義務者。2、債務人於未到期之債務因清償而為給付者。3、因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者。4、因不法之原因而為給付者。但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限。」

不當得利法是衡平法，在非債清償的類型，基於不同的考量，對於非債但請求返還反而不衡平，或者至少未必比較衡平的情形，本條就明定不得請求，一動不如一靜。這個條文有沒有調和管制與自治的功能，是我過去沒做過思考，但在學生提出這樣的看法後，認為確實有通過轉介而發揮調和功能的潛力。這個條文源於德國民法第 817 條，不過條文結構存在微妙的差異，德國民法第 817 條這樣規定：「依給付約定之目的，受領人之受領若違反法律之禁止規定或善良風俗，受領人有返還義務。但給付一方同時構成違反者，無返還義務。惟在以免除債務履行為返還內容者，不在此限。其已為履行而給付者仍不得請求返還。」解釋上很清楚是一種特殊給付類型的不當得利，但和非債清償無關。換言之，雖然債權目的已達，但因受領給付違法，仍構成一種不當得利。只是例外的當違法原因存在於雙方時，排除不當得利。反之，我國民法第 180 條的規定卻是以雙方違法為給付類型不當得利的例外，只有當不法僅存於受領人一方時，才得請求返還。此時返還的理由不是「不法」，而是非債，因此和德國不同，不法在我國只是作為非債清償返還請求的例外而已，適用的情況遠遠小於德國。因此即使當成轉介條款來操作，因為條文設計過窄，其可能的調和功能自然有限。

適用本條的情形比較多的就是賭債、高利貸等，德國民法第 817 條後段

之所以如此複雜，就是要拿捏這類情形返還公平還是不返還公平，如果賭債簽了本票，因為不法原因存在於雙方而不得請求返還—免除債務，則反而不公平，但如果已經結清債務，責又一動不如一靜。我國的情形仍然要問，在眾多管制法規中，有哪些不法可以轉介到這樣的非債而給付的關係，讓違法者不能保留其利益？恐怕仍然需要經過一番摸索，哪些管制的目的、強度，可以支持作這樣的延伸，哪些如果介入到私法關係，只會治絲益棼，禁行就好，何必言利？

綜合以上的討論，可以把四個轉介條款的調和方式作以下的簡單表述：

民法中轉介條款調和自治與管制的方式

轉介條款 調和方式	契約法 (§71)	侵權法 (§184II)	物權法 (§765)	不當得利法 (§180N.4)
調和要件的 表述	「但其規定並不以之為無效者不在此限」	「違反保護他人之法律」	「於法令限制之範圍內」	「不法之原因僅於受領人一方存在時」
轉介與否的 決定因素	效力規定？ 取締規定？	保護法律？ 一般法律？	限權法令？ 管制法令？	禁利法律？ 禁行法律？

五、適用轉介條款幾個主要誤區

以上的討論雖有助於從民法典體系功能的高度去對這些條款作系統的理解，但具體如何操作，仍只能得出必須以案例法的方式逐漸釐清的結論。這些所謂的轉介條款有的還停在理論層次，有的已經在實務上造成相當大的混亂，法律行為效力的控制便是如此。中國大陸的民法目前只有一個轉介條款，就是合同法的第52條第5項：「有下列情形之一的，合同無效：1、一方以欺詐、脅迫的手段訂立合同，損害國家利益；2、惡意串通，損害國家、集體或者第三人利益；3、以合法形式掩蓋非法目的；4、損害社會公共利益；5、違反法律、行政法規的強制性規定。」實施不過十年，這個轉介條款已經製造了漫天迷霧，雖然比起來，台灣也許略好一點，但也還沒從迷霧中走出來。在條文更為簡單而不留轉圜餘地的情況下，其實你還不能不佩服彼岸實務家硬碰硬長出來的智慧，在若干地方兩岸案例法的發展竟有高度的雷同。以下就再從兩岸實務中找出常見的誤區，希望即使一時還不能撥雲見月，確立一些可操作的標準，至少可以避開足以混淆思考的誤區，好讓理論和實務界集中精力處理真正的問題。

1、共同的誤區

這一點已經一再說明，轉介條款的功能必須單純化為調和管制與自治的概括條款，交給民事法官去權衡要不要轉介，以何種方式來轉介公法的規範到私法關係中，因此一定是立法者「未」對私法關係作任何有意的處理的情形，才有適用

的餘地，否則就是回到本文一開始指出的，直接依特別法先於普通法的解釋原則適用該規定即可，包括一些管制法常見的有關契約效力的特別規定，或一些侵權責任的特別規定，完全沒有適用民法第 71 條或第 184 條第 2 項的必要。同樣的，如果特別法已經對違反強制規定或保護法律有不使其無效的特別規定（有效、得撤銷、部分無效或其他），或排除侵權責任的特別規定，也不需要回到第 71 條或第 184 條去認定「法律不以之無效」或「非保護法律」，這種操作方式等於把民法典中具有如此重要體系功能的概括條款貶低為可有可無的引致條款，久而久之，會讓一般人以為，只要無法引致任何特別規定，就不能改變私法關係原來的運作。我一再指出教科書中常犯的此一解釋錯誤，擔心的就是這一點。

2、個別的誤區

先說法律行為效力的控制，這裡有最多的誤區。民法中和民法外都有不少關於法律行為主體為有效法律行為能力的規定，包括狹義的一般行為能力，和廣義的為法律行為的權能(Befugnis)，把這些權能規範的「不得」(können nicht; not entitled to) 和行為規範的「不得」(dürfen nicht ; not allowed to) 混為一談，是另一個肇因於中文的多義而易犯的錯誤。也可能是受了強制法和任意法二分的誤導，以為不是任意法就落入強制法的範疇，因此就被解讀為強制規定了。實際上和任意法(ius dispositivus)對立的強制法(ius cogens)，只有一個意思，就是其適用與否非當事人所能選擇，屬於這類的規範還可以分成很多，比如立法定義、解釋規則、成立要件、程序、組織等，這些都是強制法，但都不是強行規定，因為不涉及行為的強制(Gebot)或禁止(Verbot)，權能規定也是如此，比如董事沒有依章程得到董事會的授權，村民代表沒有依組織法得到村民代表大會的授權，所為法律行為不生效力，是因為不符合權能規定的要求，不是違反強制規定。此時比較接近的法理，是無處分權所為的處分行為，其效力不能發生通常不是終局的，而是可以補正的，追認的，因此正確的講法是不生效力(unwirksam)，而不是無效(nichtig)。在違反成立要件規定的情形，甚至根本只是不成立(nicht zustande kommen)，也和無效無關。不成立也無所謂「違反」(Verstoß)的問題，只要把要件補齊了，還是可以成立。但違反強制或禁止的規定，除非屬於取締規定，結果就是無效，不但沒有補正的機會，有時還對「形式合法、實質違法」或「手段合法，目的違法」的脫法行為認定無效，以貫徹管制的政策。換個角度來說，自治法中的強制基本上都不是「違反」的問題，而是未達到自治門檻而不肯定其效力的問題，只有管制法中的強制才是行為的強制，有所謂違反的問題。這也是為什麼我一再說，教科書在這裡常常誤導學生，以民法內的強制規定為民法第 71 條的例子。民法典如果真的有政策性的管制規定，應該也寥寥可數。

兩岸實務常常碰到另一種案型，是管制程序的違反，通常是跳過監督機關的核准，這種情形和單純欠缺為法律行為的能力不同，而是立法者針對一定情形要求處分行為需先經過主管機關的審查，因此當然是管制性的強制規定，法律行為因為管制程序不備，是不是要嚴格到認定無效的程度，當然還要進一步看所涉管

制的性質而定，但兩岸法院在這類情形，原則上都會朝取締規定去處理，保留一定的彈性，其主要理由可能是考慮到這裡畢竟只是程序的管制，通常都還有善後的餘地，和實體的管制不盡相同。以詹森林所舉最高法院 87 年 8 月 11 日召開 67 年度第 6 次民事庭會議的決議為例：「查國民住宅承購人所承購之國民住宅及其基地，非經國民住宅出售機關之同意，不得出售、出典、贈與、或交換，修正前國民住宅條例第 12 條第 1 項固有明文。惟如有違反者，僅生國民住宅出售機關依同條例第 13 條第 1 項第 3 款規定，予以收回之問題。至承受人未具備購買國民住宅之資格，亦僅生國民住宅機關不得予以同意之問題，非謂其出售、出典、贈與、或交換行為，概屬無效。」立法者顯然在程序控制上已預留餘地，這就和公平交易法有關結合的報備管制一樣（原來也是採許可管制），未經管制的結合行為效力不受影響，原因也是主管機關如果評估其影響重大，嗣後還可以要求結合的事業回復原狀。詹教授雖以該管制背後有強烈貫徹社會政策的意圖，但如果有比無效更好、成本效益更高的手段，當然不必「以之為無效」。

不過詹教授非常正確的指出另一個誤區，就是以管制法規已經訂有罰則為立法者不以為無效的推定。反過來，大陸實務界有時會以沒有罰則表示僅為「倡導性規定」，比取締規定還要輕微，當然更不能影響私法關係。正確的說法應該是，有沒有罰則本身，對於是不是效力規定的判斷，沒有任何意義。

在侵權行為究責的控制方面，一個不能不提的誤區是把違法的轉介條款用在民法第 184 條第 1 項前段侵權的類型上。從前面有關侵權行為三類型構成要件的分析即知，不論背俗或違法的侵權類型，都以侵害行為造成他人單純利益損害，並無任何對世性的權利受到侵害的情形才可構成，也可以說，當屬於「自治法」本身的侵權類型（侵害權利）已經構成時，即沒有轉介社會規範（善良風俗）或管制規範（保護他人之法律）的餘地，這是侵權轉介條款最主要的誤區。在實務上，原告常常為了避免過失舉證責任，「貪圖」違法侵權類型有推定過失的方便，在明確屬於侵權類型的情形，選擇以違法類型請求，以致在案件統計上，違法侵權類型似乎暴增。實際上違法推定過失，是一般證據法上都可以接受的作法，大法官在第 275 號解釋甚至對行政罰的過失責任也作過類似的闡明。因此在侵害權利的情形，如果同時違反法律，民法第 184 條第 1 項前段雖無推定過失的明文，證據法上仍然應朝此方向解釋，豈可為此而扭曲了侵權類型（自治法）和違法類型（轉介管制法）的基本—補充關係？

結論

只有當我們從民法典的高度來看這些條文時，才能正確的理解其意義，也才更能體會民事司法者在動態法體系下要承擔如何吃重的角色。操作轉介條款的火候要拿捏得恰如其分，只能用逐案累積的方式，慢慢練就，律師、法務人員在這個過程中無疑也可以引導和督促案例規範的加速形成。民法學必須正視這個議

題，就更無待言了。動態法體系的運作不能沒有動態法學理論的支撐，二十世紀的民法典開啟了這些調和管制與自治的機制，民法學也看到了問題的複雜性，但在議題設定上，往往疏忽了它的重要性。新世紀的民法典恐怕不能不回應管制和自治之間去管制化和再管制化的辯證發展，而在尋找法典新元素的時候，認真的對待這個還沒有完全解決的問題。