

浙江大學光華法學院

人格權法

——請求權基礎、法學方法論與案例研習

專題講座（二）

（2012.3.27）

王澤鑒

臺灣大學名譽教授

浙江大學光華法學院客座教授

1.緒說

2.請求權基礎的思考方法

3.法學方法論

4.案例研習

5.結論

壹、緒說

一、 方法的改變才是進步最大的動力

二、 法律教育與法學方法

（一） 案例研習的重要性

（二） 法律人的基本能力

貳、請求權基礎的思考方法

- 一、海德堡大學民法課的一個實例題
- 二、請求權基礎（Anspruchsgrundlage）的意義
- 三、請求權基礎方法的功能
- 四、歷史方法與請求權基礎方法
- 五、請求權基礎的構造
- 六、請求權基礎的種類、競合及檢查
- 七、解題的體裁、結構和風格
- 八、案例解說

參、法學方法論

- 一、法學方法論的意義
- 二、從薩維尼（Savigny）到拉倫茨（Larenz）：德國法學方法論的發展
- 三、拉倫茨法學方法論關於法之適用的體系構造
- 四、法律適用：法律解釋與法之續造

肆、案例研習

- 一、案例研習的重要

- 二、 開設案例研習課程
- 三、 請求權基礎及法學方法論的運用
- 四、 結合理論與實務
- 五、 同學自我學習

伍、結論

壹、緒說

一、方法的改變才是進步最大的動力

Savigny：“學術研究不僅僅取決於天賦（個人智力的程度）與勤奮（對智力的一定運用），它還更多地取決於第三種因素，那就是方法，即智力的運用方向。每個人都有其方法，但很少人有在這方面能夠到自覺和體系化的程度。如果我們對一門科學（Wissenschaft）或其理念按照合乎這門科學之本性的法則（Gesetze）進入深入徹底地思考，那麼我們的方法將走向體系化，對科學理念的觀察能夠把我們引向正確的方法。

【德】薩維尼、【德】格林：〈薩維尼法學方法論講義與格林筆記〉（下篇〈格林筆記〉），法律出版社，2008年2月第一版，p.67

Heck：“在所有的改變中，方法的改變才是最大的進步”

Fiketscher：“對法律發展的貢獻，不盡在於個案的處理，乃在於方法的創新”

Larenz: “具體個案是法律思考的檢驗，法律原則的發現、法律創造的開端”

二、 法律教育、法學方法、法律人的基本能力

（一） 實例研習與法學教育

（二） 案例題：

1.甲有 A 屋出租於乙，租期屆滿，乙拒不返還，並以高於原租金的租金出租於丙開店營業，試問甲得向乙、丙主張何種權利？

2.A 教授的訂書單

某大學 A 教授，于三月一日接獲 B 出版社寄來的「中國法學百科全書」目錄，載明該全書共十冊，價款壹萬元，並付訂書單乙紙。A 教授于三月四日填妥訂書單，因急於上課，乃交 C 生回家途中於郵局投寄之。C 生離去後，A 教授憶起其同事 D 教授曾參加該全書編輯工作，答應贈送一套，即自四樓研究室窗口呼叫，「不要投寄」，C 生於下課鐘聲中誤聽為「不要忘記」，點頭離去，而投寄之。A 教授于三月五日下午知其事，即以限時專送致函於 B 出版社，敘明事由，表示撤回訂書單，倉卒之間，未貼限時專送標籤，並誤投于平郵郵筒，延至三月七日上午始行到達。B 出版社於三月六日上午收到 A 教授的訂書單，即於當日下午寄發百科全書，於三月九日到達，A 教授拒絕受領。試問 B 出版社得對 A 教授主張何種權

利？

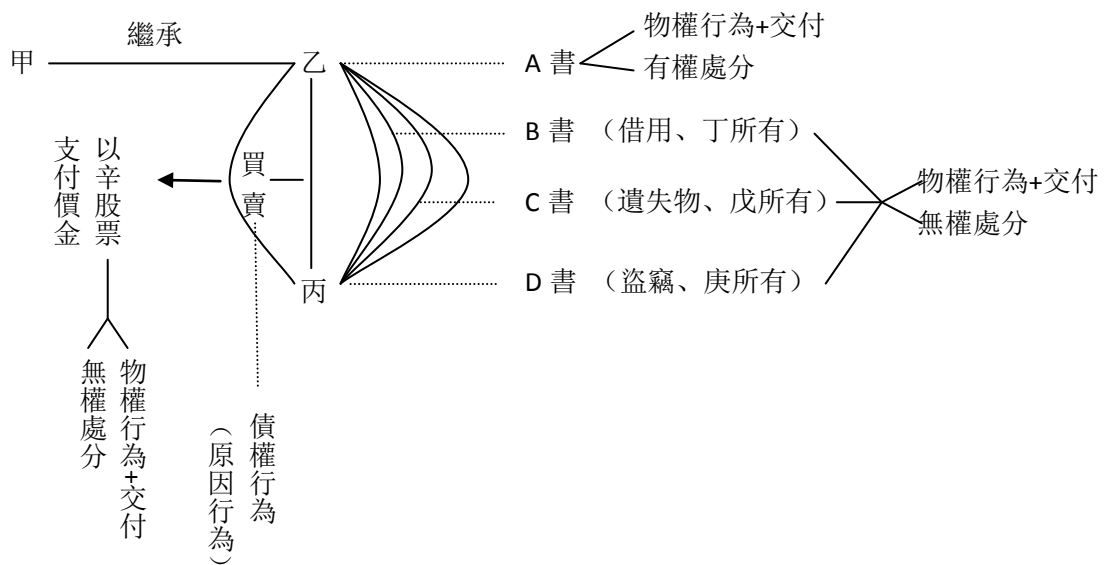
3.甲在報紙看到乙出售仿古陶馬，即以電話訂購其一，談妥價金，並約定由某日上午十時於甲宅交貨。乙選定約定種類之 A 陶馬，於約定期日由其授權人丙送到甲處。甲因外出生病住院，丙等候到十二時，見甲未歸，返店途中遭遇車禍（丙有過失，或無過失），致該 A 陶馬滅失。試問：

1.甲得否向乙請求交付陶馬？

2.乙得否向甲請求支付價金？

4. 無權出售四冊法律善本書

甲喜好法律初版書，家中藏有 ABCD 四冊書。甲死亡，其子乙為歌手，繼承其父遺產，將該四書各以高於市價一百元的價額出售予丙，丙善意受讓其所有權。其後發現 A 書為甲所有，B 書為丁所借，C 書系戊的遺失物，為甲拾得，D 書為庚所有，被甲所盜。乙因過失不知 BCD 三書非其父所有，丙非因重大過失不知其事，又丙係以辛所寄託的無記名股票支付價金。試說明當事人間的法律關係，分就采物權行為無因性與不采物權行為無因性加以論述，並進一步分析檢討物權行為無因性的優點及缺點。（範文見附錄 2）



(三) 法律人的基本能力

1. 法律人的基本能力
2. 透過案例研習培養法律思維方法

貳、請求權基礎方法

一、海德堡大學民法課的一個實例題

(一) 故障的咖啡自動販賣機

甲在大學某處設飲料自動販賣機。乙投入 a、b 二個一元馬克，購一罐咖啡。咖啡出來後，a、b 二個馬克因機器故障跳出，乙見四處無人，乃取該二個一元馬克放入口袋。試說明：

1. 甲與乙間共同有多少意思表示？
2. 甲與乙共有多少法律行為？

3. 甲與乙間的法律關係？

（請先構想如何處理這個問題）

（二）實例研習是德國法學教育的核心制度

- 1.基本課程皆有之，從大一到司法考試
- 2.法律圖書館日夜坐滿了撰寫實例研習的學生
- 3.在教科書、在上課、在學生討論中最常看到、聽到的一句話：
何種請求權基礎：was für eine Anspruchsgrundlage?
- 4.作業修改、解說及法律補習班

（三）實例研習與法院裁判

- 1.實例研習的功用：
 - （1）認定事實
 - （2）掌握規範體系
 - （3）法律解釋適用、論證說理
- 2.實例研習是法院判決的基礎
 - （1）從法學院到德國聯邦法院、聯邦憲法法院
 - （2）所有法律人（法官、律師、教授、其他法律職業工作者）
共有的思維方法及必具的法律能力

（四）實例的設計

- 1.實例的來源
 - （1）法院裁判：法院裁判與教學的結合
 - （2）學說爭點
- 2.實例題上的事實

(1) 法律上相關或無關的事實

(2) 事實的認定與解釋

(3) 培養認定事實的能力

3.實例題的問題提出

(1) 甲對乙得否請求交付某物？

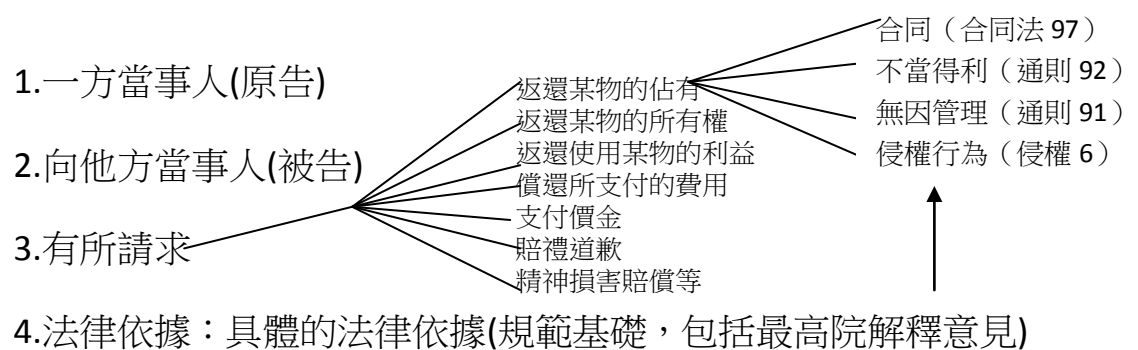
(2) 甲對乙得主張何種權利？

(3) 甲與乙間的法律關係？

二、請求權基礎 (Anspruchsgrundlage) 的意義：案例事實與法律規範

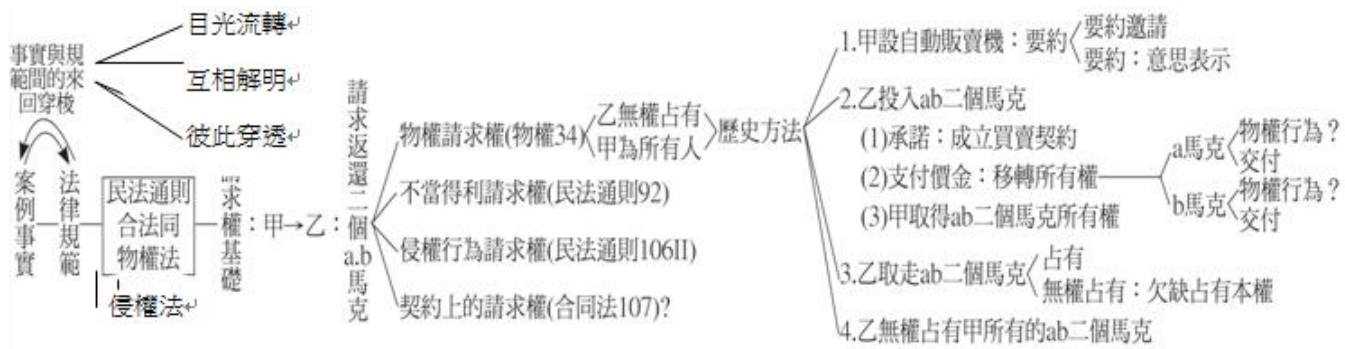
(一) 請 求 權 基 礎 的 意 義 ， 又 稱 為 請 求 權 規 範 基 礎

(Anspruchsnormengrundlage)，指得支持一方當事人 (原告)，向他方當事人 (被告)，有所請求的法律依據：



(二) 案例事實、法律規範、請求權基礎

【自動販賣機上的兩個一元馬克】



三、請求權基礎方法的功能

1. 處理法律爭議的方法

- (1) 請求權是民法（私法）的構造性概念，以請求權整合散佈各編（部門）的法律關係。處理一個爭議，適用民法全部條文，以請求權貫穿組構法律關係。
- (2) 法治國家原則，依法律實現正義：沒有找到一個請求權基礎時，不要作法律判斷。

2. 從請求權基礎看中國大陸民法的發展

- (1) 私法體系的完善
- (2) 具備了可操作的請求權基礎

3. 臺灣法院判決采請求權基礎方法：

按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，故意以背于善良風俗之方法加損害於他人者亦同，民法第一百八十四條第一項規定有明文。本項規定前後兩段為相異之侵權行為類型。關於保護之法益，前段為權利，後段為一般法益。關於主觀責任，前者以故意過失已足，後者則限制須

故意以背于善良風俗之方法加損害於他人，兩者要聞有別，請求權基礎相異，訴訟標的自屬不同。¹

四、 歷史方法與請求權基礎方法

1. 咖啡自動販賣機之例
2. 歷史方法
3. 請求權基礎方法與歷史方法的比較
4. 以請求權基礎為主，以歷史方法為輔：
 - (1) 契約成立
 - (2) 物權變動

五、 請求權基礎的構造

(一) 法條種類

1. 完全法條：具有「構成要件」及「法律效果」的法條

- (1) 物權法第 34 條：
- 要件：
 - ① 佔有不動產或者動產
 - ② 無權佔有
 - 效果：權利人可以請求返還原物
- (2) 合同法第 108 條：
- 要件：當事人一方明確表示或者以自己行為表示不履行合同義務
 - 效果：對方可以在履行期限屆滿之前要求其承擔違約責任

合同法第 108 條規定著名的期前違約規則（參閱葛雲松：《期前違約規則若干概念探研》，《環球法律評論》2003 年第 3 期）

2. 不完全法條

¹ 台灣最高法院 86 年第 3760 號判決
10 / 45

- (1) 定義性法條：
 - 物權法第 2 條第 2、3 項(物：動產、不動產)
 - 合同法第 2 條：合同定義
- (2) 補充性法條：
 - 要件：關於合同訂立及效力規定(合同法第 9 條以下，第 44 條以下)
 - 效果：合同法第 8 條，第 135 條

(二) 請求權基礎的建構：合同法第 107 條在請求權基礎的分析(完全法條、不完全法條等) (見下頁)

民事責任
侵權



二、案例及問題

1、甲出賣 A 物（汽車、畫、牛、房屋）給乙，價金若干（乙已支付一半）；就

下列情況說明當事人關係：

（1）A 物於訂約前滅失（自始客觀不能）

（2）A 物於訂約後，非因甲的過錯滅失（嗣後不能）

（3）A 物因乙的行為（過失或無過失）滅失

（4）A 物因丙的原因滅失（合同法 121），丙賠以 B 物時，乙得否向甲請求交付 B 物？

（5）甲交付 A 物（牛）：

（1）牛有病

（2）乙的牛群受感染死亡

（6）甲交付 A 物（機器），安裝時毀損乙的物品。

2、甲醫生為乙開刀，肇致乙殘廢。甲無過錯，違約責任？（比較侵權法 54 條）

3、甲畫家，於為乙作畫前日，因病突告失明，違約責任？

4、受雇人於離職後，過失洩露雇用人的營業秘密，雇用人的請求權基礎？

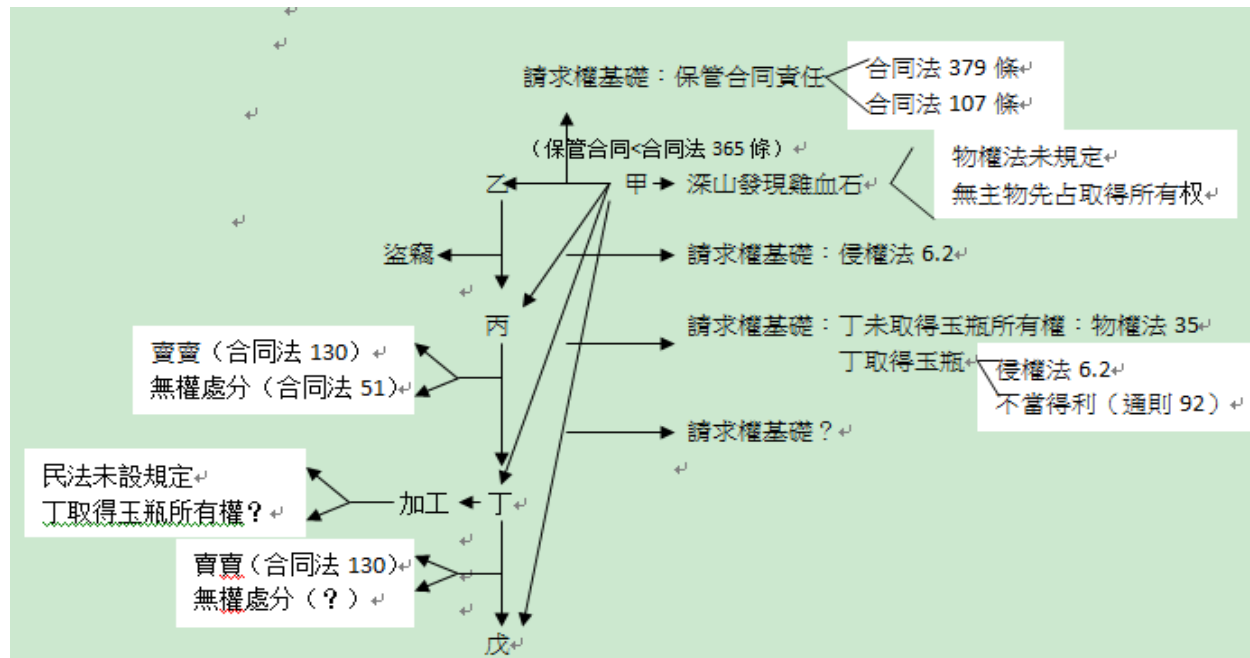
（合同後義務）

六、請求權基礎的種類、競合及檢查

（一）實例題：雞血石所有權變動的物權、債權關係

甲于深山挖掘一塊雞血石，甲請乙保管，丙盜竊該雞血石，出

售于惡意的丁，丁將該玉石雕成精緻玉瓶，以高價讓售於知情（或不知情）的戊。試說明當事人間的法律關係(參閱下圖)：



1. 以圖示表示複雜的法律關係
2. 標示法律規定
3. 思考解題方法：歷史方法、請求權基礎方法
4. 再思考檢討請求權基礎的次序

(二)請求權基礎的種類

1.契約請求權

- (1)履行請求權
 - 買受人請求出賣人交付標的物並移轉其所有權(合同法 135)
 - 出賣人請求買受人支付價款(合同法 159)
- (2)其他義務請求權
 - 依當事人約定
 - 依法律規定
- (3)違約責任的損害賠償請求權(合同法 113)
- (4)解除契約回復原狀(合同法 97)

2.締約過失，無權代理，合同無效或被撤銷

(1)締約過失(合同法 42)

(2)無權代理(合同法 48)

(3)合同無效或被撤銷(合同法 58)

3.物上請求權

(1)物權請求權

- 返還原物請求權(物權法 34)
- 排除妨害、消除危險請求權(物權法 35)
- 修理重作更換或則恢復原狀請求權(物權法 36)

(2)佔有保護請求權(物權法 245)

4.無因管理上的請求權(民法通則 93)

5.不當得利請求權(民法通則 92)

6.侵權行為損害賠償請求權(侵权法 6 等)

7.其他

(三)請求權競合

物權法第 38 條【物權保護方式的單用和並用以及三大法律責任的適用】：

本章規定的物權保護方式，可以單獨適用，也可以根據權利被侵害的情形合併適用。侵害物權，除承擔民事責任外，違反行政管理規定的，依法承擔行政責任，構成犯罪的，依法追究刑事責任。

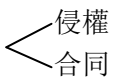
合同法第 122 條【責任競合】：

因當事人一方的違約行為，侵害對方人身、財產權益的，受損害方有權選擇依照本法要求其承擔違約責任或者依照其他法律要求其承擔侵權責任。

1、甲售 A 車給乙，該車具有瑕疵，發生車禍，「車毀」「乙受傷」

侵權
合同

- 人傷
- 車毀
- 人傷
- 車毀

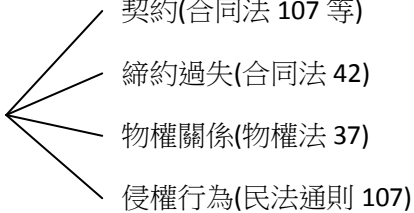
2、甲醫師為乙開刀，致乙殘廢 

(四)請求權基礎的檢查次序及有系統的整理

1.請求權基礎的檢查

- (1)請求權基礎的探尋
- (2)檢查的次序
- (3)通盤依序檢查的必要

2.有系統的整理

- (1)整理的功用
- (2)以損害賠償為例 
 - 契約(合同法 107 等)
 - 締約過失(合同法 42)
 - 物權關係(物權法 37)
 - 侵權行為(民法通則 107)

3.權基礎檢討的取捨

- (1)不成立的，不必要列入
- (2)有異議的，要分析，並說明自己見解及理由

4.數當事人法律關係的處理次序：應先檢討誰對誰的法律關係：

參閱【雞血石案】

- (1)當事人間的利害關係
- (2)適用的前提關係

七、解題的體裁、結構和風格

(一)解題的體裁

- ## 2.判決體裁（法院裁判）

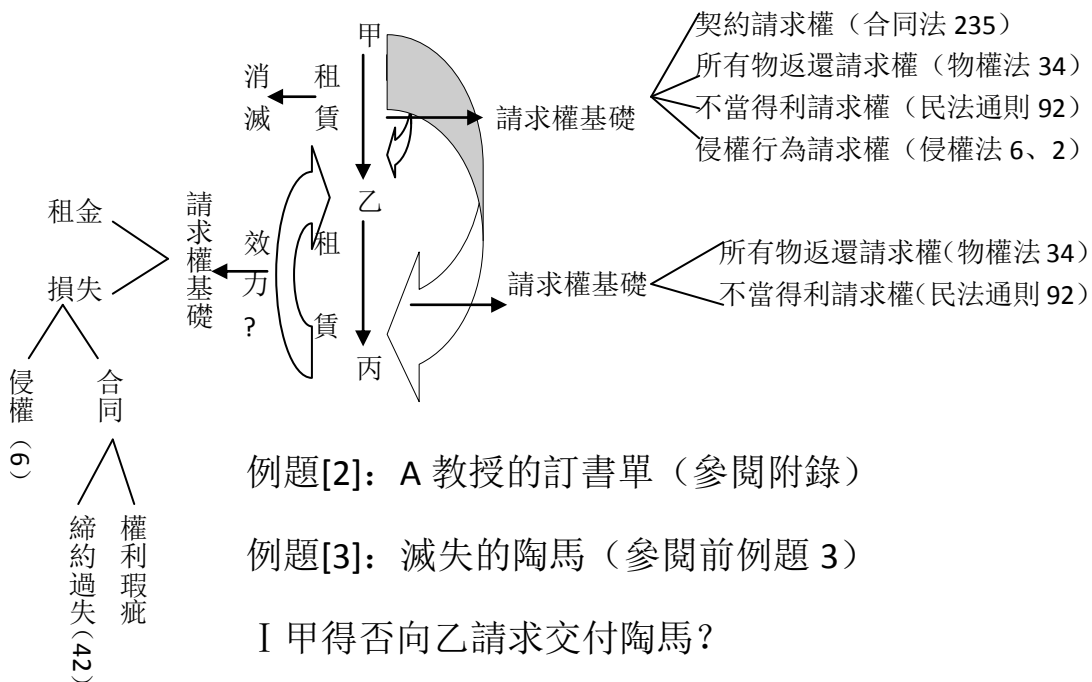
(二) 解題結構

(三) 風格

1. 法律條文的精確引用
2. 把握重點
3. 判例與學說的徵引
4. 理由構成
5. 法律文字

八、例題

例題[1]：承租人拒不返還租賃物

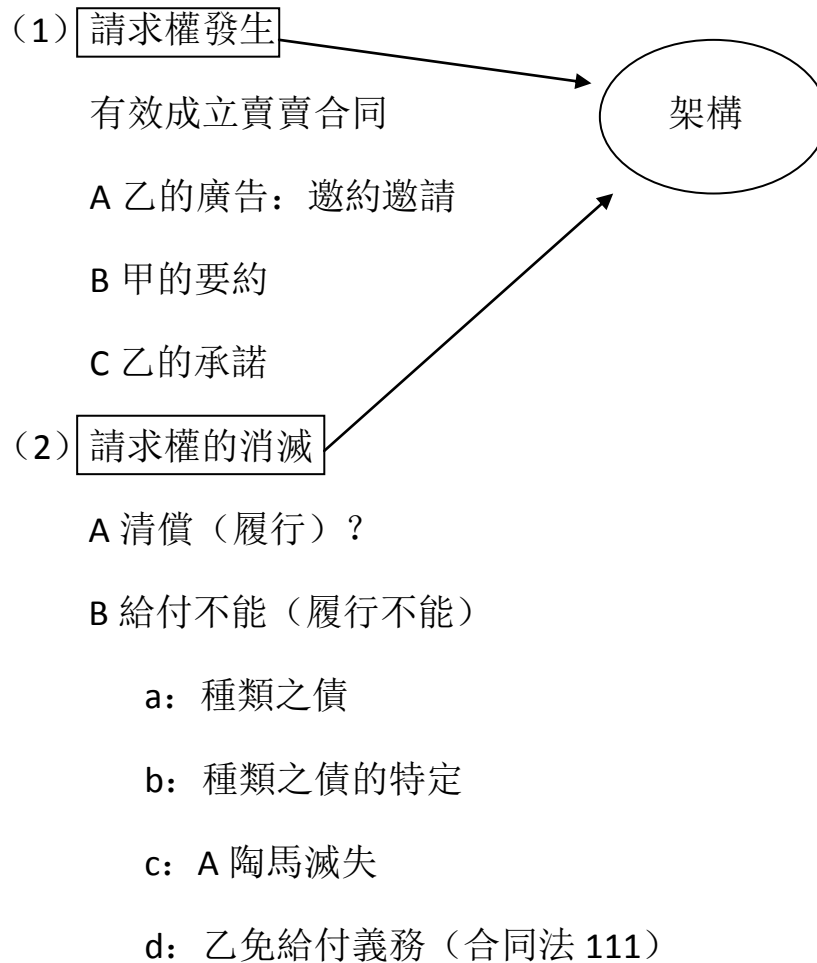


例題[2]: A 教授的訂書單 (參閱附錄)

例題[3]: 滅失の陶馬 (參閱前例題 3)

I 甲得否向乙請求交付陶馬？

1. 請求權基礎：合同法 135



（請同學自行研究甲對乙有無損害賠償請求權）

II 乙得否對甲請求支付價金？

1. 請求權基礎：合同法 159

- (1) 價金請求權因有效買賣合同而發生
- (2) 原則：價金請求權對待給付因出賣人甲給付（履行）不能（免給付義務）而消滅
- (3) 例外：債權人（買受人）受領遲延標的物滅失風險的承擔（合同法 111）

2. 乙得依合同法第 159 條規定向甲請求支付價金

叁、法學方法論

一、法學方法論的意義

（一）法學

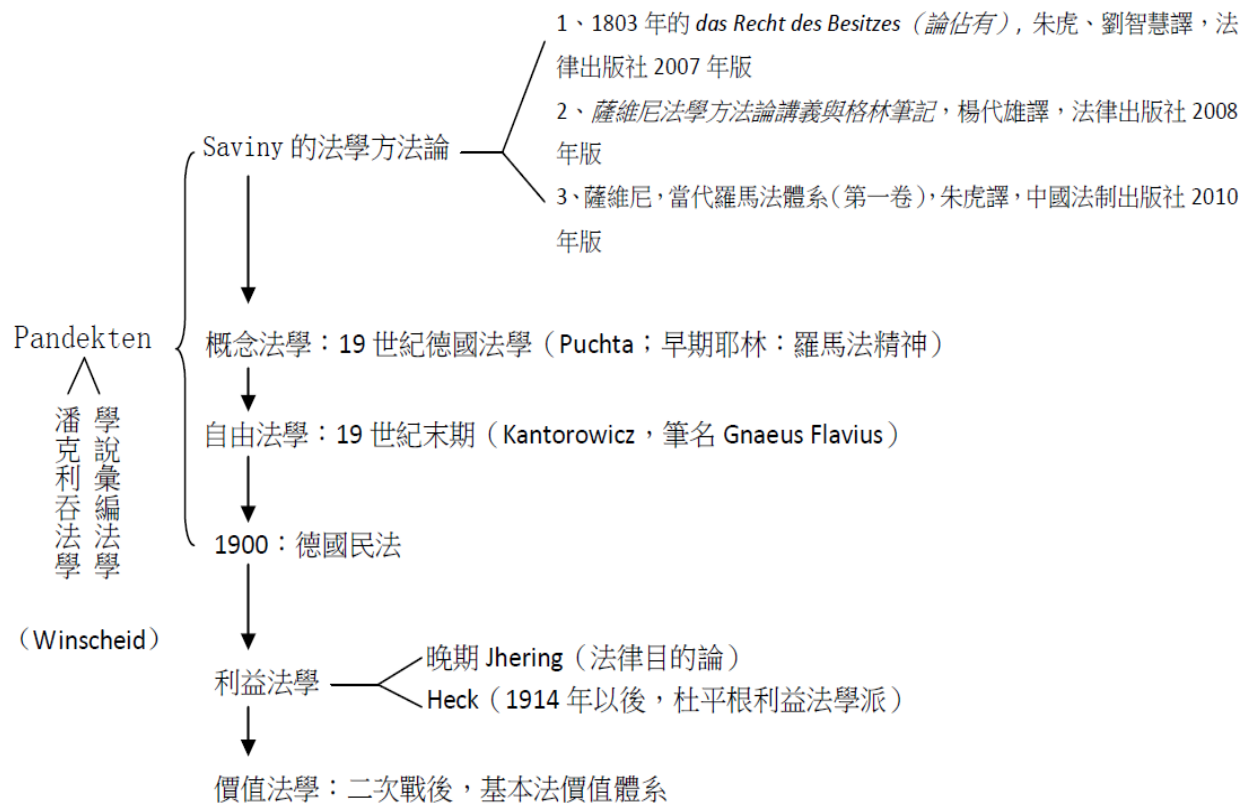
- 1、 法律的一種研究方法
- 2、 以特定的法秩序為基礎及限界
- 3、 探究準則性法規範及法適用的問題，發現規範內的一體性及其一貫的意義，針對不同的案件情境，將法律規範加以具體化而為適用
- 4、 以法官如何獲得正當裁判為中心

（二）方法論

- 1、 不是法學的形式輯、亦非解題技巧的指示
- 2、 方法論是對法學在思考方式詮釋上的自我反省
- 3、 藉著增強的方法意識，協助法學達成其實務上的任務

二、德國法學方法論的發展

（一）從薩維尼（Saviny）到拉倫茨（Larenz）



(二) 拉倫茨: Methodenlehre der Rechtswissenschaft (6 版, 1992。

陳愛娥譯，商務印書館，2005)

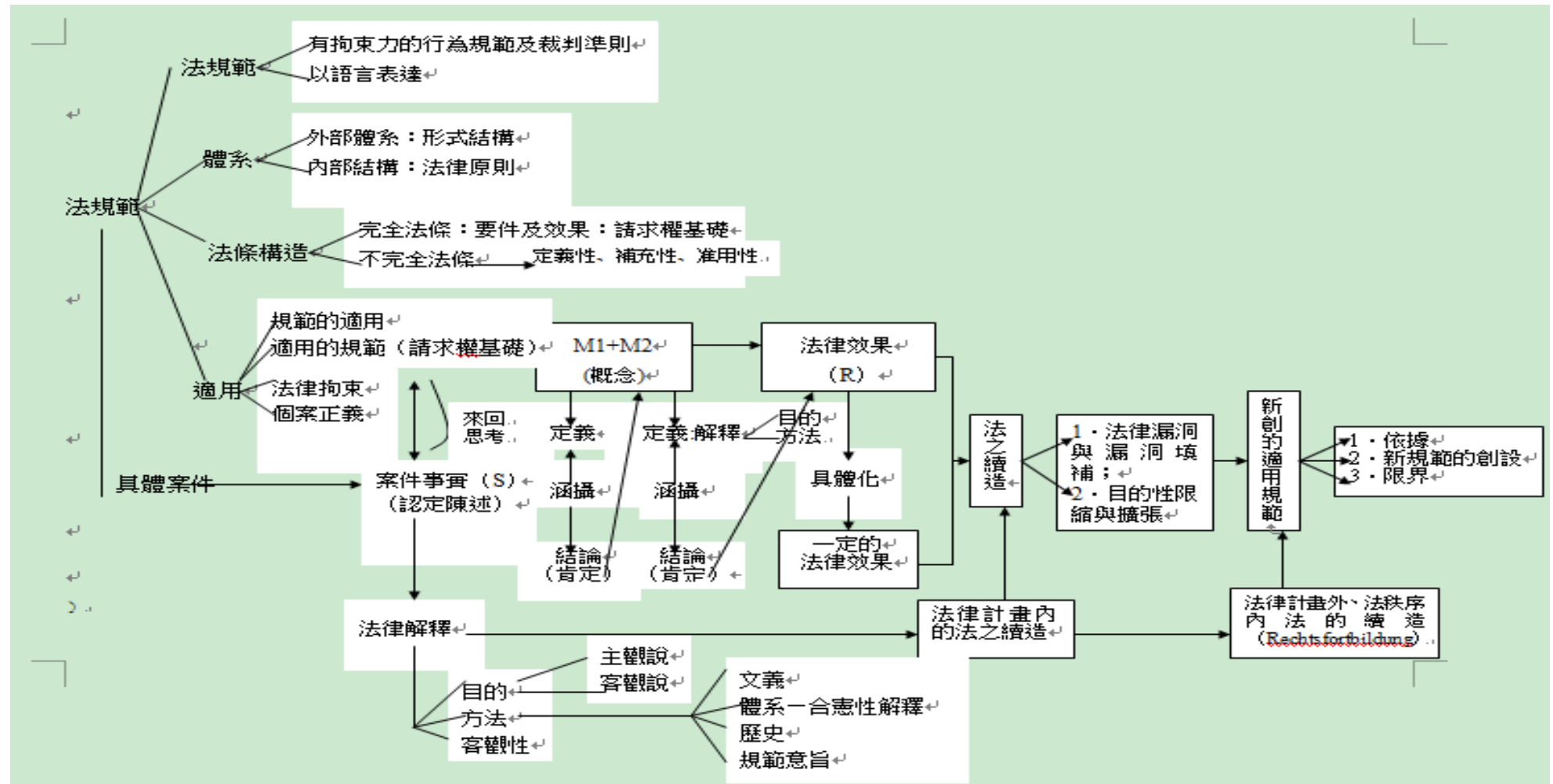
- 1、 Larenz 的生平
- 2、 Larenz 的著作及貢獻
- 3、 如何研讀 Larenz 的法學方法論

(三) 德國法學方法論與德國民法的發展

- 1、 Pandekten 法學與德國民法
- 2、 概念 (Begriff)、利益 (Interesse) 與價值 (Wert)
- 3、 法律拘束與法院造法
- 4、 德國民法的變動：2002 年的債法現代化

(請參閱 Wieacker: 《近代私法史：以德意志的發展為觀察重點》，陳愛娥、黃建輝譯，五南出版社 2004 年版；上海三聯書店 2006 年版。)

三、拉倫茨法學方法論關於法之適用的體系構造



四、法的適用及法的創造

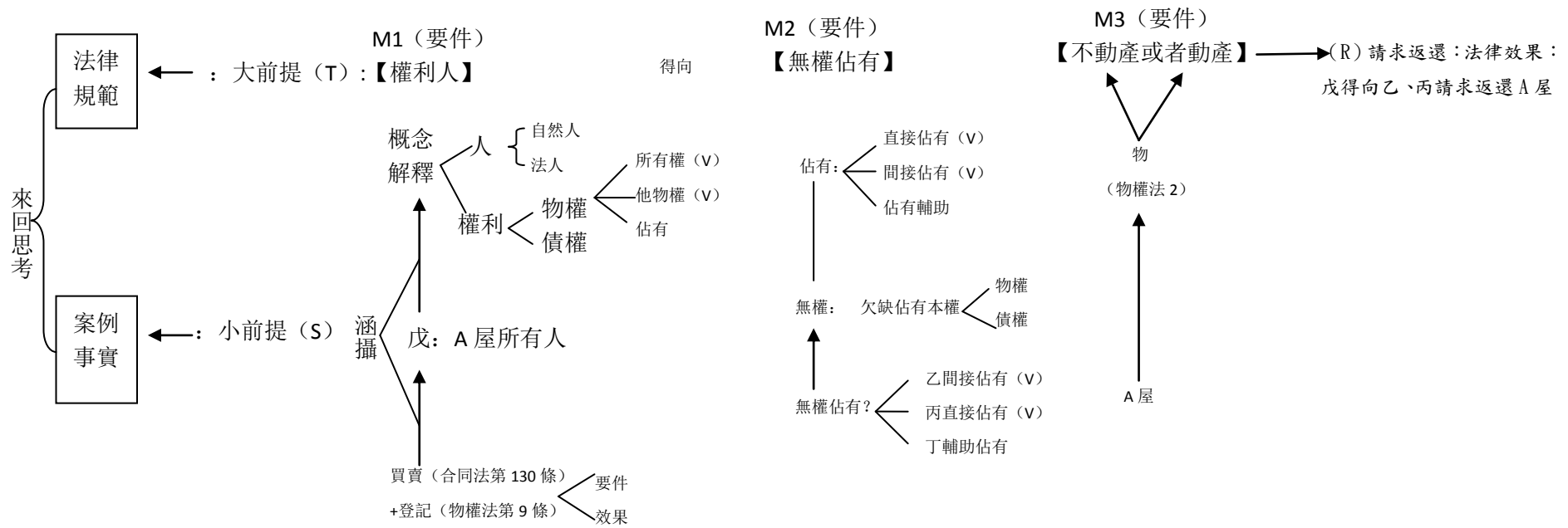
瑞士民法第一條	(1) 凡依本法文字或釋義有相應規定的任何法律問題，一律適用本法 (2) 無法從本法得出相應規定時，法官應依據習慣法裁判；如無習慣法時，依據自己如作為立法者應提出的規則裁判 (3) 在前一款地情況下，法官應依據公論的學理和慣例	1、肯定實定法有漏洞 2、肯定法院造法（法之續造） 3、實務上肯定比較法得為法律解釋、補充漏洞的方法
台灣民法第一條	民事，法律未規定者，依習慣。無習慣者，依法理	1、肯定實定法有漏洞 2、肯定法院造法（法之續造） 3、實務上肯定比較法為法律的解釋、填補漏洞方法
大陸民法第六條	民事法律活動必須遵守法律，法律沒有規定的，應當遵守國家政策	1、肯定法律漏洞 2、肯定法院造法（法之續造） 3、政策（policy）的意義及功能

五、法律適用上三段論、涵攝及價值判斷：案例研討

（一）基本理論

（二）房屋二重買賣：甲售 A 屋給乙，交屋，但未登記。乙出租該屋於丙，丙顧丁看守該屋。其後甲又將該屋出售戊（知情或不知情），並辦理登記。戊得向何人請求返還該屋？

請求權基礎：物權法 34 條：無權佔有不動產或動產的，權利人可以請求返還該物。



（三）遺囑案件

1、事實：甲委任乙訂立遺囑遺贈部份遺產給丙，因該遺囑的形式與繼承法規定必備要件不符無效，丙得否向乙律師請求損害賠償？

2、法院裁判：北京市第二中級法院判決（王保富訴三信律師所財產損害賠償糾紛案）。判決理由如下：

《[中華人民共和國律師法](#)》[第四十九條](#)第一款規定：“律師違法執業或者因過錯給當事人造成損失的，由其所在的律師事務所承擔賠償責任。律師事務所賠償後，可以向有故意或者重大過失行為的律師追償。”王守智立遺囑行為的本意，是要將遺囑中所指的財產交由被上訴人王保富繼承。由於上訴人三信律師所接受王守智的委託後，在“代為見證”王守智立遺囑的過程中，沒有給王守智提供完善的法律服務，以至王守智所立的遺囑被人民法院生效判決確認為無效，王守智的遺願不能實現。無效的民事行為自然是从行為開始時起就沒有法律約束力，但這只是說王保富不能依法獲得遺囑繼承的權利，不是說王守智從來不想或者不能通過立遺囑把自己的財產交由王保富繼承，更不是說王保富根本就不能通過遺囑繼承的途徑來取得王守智遺產。王保富現在不能按遺囑來繼承王守智遺產的根本原因，是三信律師所沒有給王守智提供完善的法律服務，以至王守智立下了無效遺囑。三信律師所履行自己職責中的過錯，侵害了王保富依遺囑繼承王守智遺產的權利，由此給王保富造成損失，應當承擔賠償責任。

綜上，原審認定事實清楚，依照《[中華人民共和國民法總則](#)》[第一百零六條](#)第二款的規定判決上訴人三信律師所賠償被上訴人王保富因不能按遺囑繼承而遭受的財產損失，適用法律正確，處理並無不當，應當維持。

3、分析討論

（1）丙受侵害的權益？

1. 財產權？
2. 財產（純粹財產損失、純粹經濟損失）
 - 1) 概念
 - 2) 保護：介於契約（Contract）及侵權行為（Tort）之間
 - 3) 比較法不同的解決途徑

（2）契約請求權

A. 甲與乙間的委任契約

- B. 丙系第三人
 - a) 第三人利益契約的「第三人」
 - b) 具保護作用契約的「第三人」
- (3) 侵權請求權
 - A. 請求權基礎
 - a) 民法通則第 106 條第 2 款
 - b) 侵權責任法第 6 條和第 2 條
 - B. 財產權益
 - a) 財產權？
 - b) 財產（純粹經濟損失）
 - C. 財產（純粹經濟損失）在侵權責任法上的保護
 - 1) 問題：
 - 2) 在遺囑無效案例類型應予肯定的理由

肆、案例研習

一、案例研習的重要

- (一) 法律思維的訓練
- (二) 為法律職業而準備

二、開設案例研習課程

- (一) 納入相關課程
- (二) 獨立開課

三、請求權基礎及法學方法的運用

- (一) 必須要有方法：形式 (Form) 與內容 (Substance)
- (二) 必須要寫報告
- (三) 必須要批閱討論講解報告

四、結合理論與實務

- (一) 藉案例研習結合理論與實務
- (二) 應取材於法院判決

五、同學自我學習的方法

- (一) 自我學習的重要
- (二) 組成案例研習小組
- (三) 實施方法

伍、結論

一、法律人的使命

二、法律人的基本素養

三、思維訓練的方法：法學想像力的開發

附錄：A 教授的訂書單

某大學 A 教授，于三月一日接獲 B 出版社寄來的「中國法學百科全書」目錄，載明該全書共十冊，價款壹萬元，並付訂書單乙紙。A 教授于三月四日填妥訂書單，因急於上課，乃交 C 生回家途中於郵局投寄之。C 生離去後，A 教授憶起其同事 D 教授曾參加該全書編輯工作，答應贈送一套，即自四樓研究室窗口呼叫，「不要投寄」，C 生於下課鐘聲中誤聽為「不要忘記」，點頭離去，而投寄之。A 教授于三月五日下午知其事，即以限時專送致函於 B 出版社，敘明事由，表示撤回訂書單，倉卒之間，未貼限時專送標籤，並誤投于平郵郵筒，延至三月七日上午始行到達。B 出版社於三月六日上午收到 A 教授的訂書單，即於當日下午寄發百科全書，於三月九日到達，A 教授拒絕受領。試問 B 出版社得對 A 教授主張何種權利？

關於本例題，北京大學葛雲松教授曾參照中國大陸民法相關規定加以分析，足供參考，經葛教授同意，附錄如下：

A 教授的訂書單

作業要求：就王澤鑒《法律思維與民法實例》所載“A 教授的訂書單”一案，參考該書提供的模式，撰寫一份案例分析（“解題”）。注：與臺灣民法典第 367 條大體相當的《合同法》條文是第 159 條。

一、解題結構：B 出版社的請求權基礎－《合同法》第 159 條

（一）買賣合同成立

1. A 教授的要約

- (1) B 出版社寄送目錄和訂書單的法律性質：要約？要約邀請？
- (2) A 教授的要約的成立與發出
- (3) 使者許可權的撤回？
- (4) 意思表示發出後，效果意思的變更對意思表示效力的影響
- (5) 要約的撤回？
- (6) 要約的撤銷？

2. B 出版社的承諾

（二）買賣合同的生效－是否完全符合生效要件？

問題：是否存在重大誤解？

（三）買賣合同的效力：A 教授發生給付價款等義務

（四）結論：B 出版社有權依第 159 條的規定向 A 教授請求支付價款

二、解說

B 出版社要以《合同法》第 159 條為依據向 A 教授請求支付款，須(1)買賣合同成立；(2)買賣合同生效，A 教授發生支付價款的義務；(3)買賣合同沒有消滅；(4)A 教授沒有可以拒絕履行其義務的抗辯權。

（一）買賣合同的成立

1. A 教授的要約

(1) B 出版社寄的”法學全書”目錄和訂書單，究竟是要約還是要約邀請？

依《合同法》第 14 條規定的要約的要件，內容須具體確定，B 出版社的目錄和訂書單顯然不滿足該要件（比如，其中不含數量條款），而且，《合同法》第 15 條規定，寄送的價目表為要約邀請。因此，B 出版社的目錄和訂書單不構成要約，或為要約邀請。

(2) A 教授發出訂書單是否構成要約？

意思表示的構成要素，一方面為主觀要件，一方面為客觀要件（表示行為）。A 教授最初有購買圖書的意思，其訂書單內容具體確定，即從《合同法》第 14 條關於主觀要件規定看，訂書單完全符合。

(3) 使者許可權的撤回？

但是關於客觀要件（表示行為），要約應到達對方才生效（《合同法》第 16 條）。A 教授交 C 生投寄，其意思表示已經發出，應無疑義。問題在於，A 教授對 C 生呼叫”不要投寄”，在法律上發生何種效果。

C 生之于 A 教授的要約，屬於理論上所說的意思表示的”使者”或者”傳達人”，其地位類似關代理人，因為被授權而具有了使者的資格。我國現行法雖然沒有關於使者的許可權及其消滅的規定，但是《民法通則》第 69 條第 2 項規定了代理權可以因為本人的單方行為而消滅，類推適用於此，A 教授可以單方撤回 C 生的使者許可權。那麼，A 教授的呼叫是否構成了有效的撤回行為？

C 生聽到了 A 教授的呼叫，即意思表示也到達了相對人。問題是，C 生錯誤領會了其意思。從比較法來看，臺灣民法第 94 條規定，”對話人為意思表示者，其意思表示，於相對人瞭解時，發生效力。”我國民法對此未設規定，理論界也少見討論，從政策角度分析，該見解具有合理性（理由……）。本案中 C 生未能瞭解 A 教授的意思，應不發生使者許可權撤回的效力。

另一方面，即便就上一點而言認為 C 生的使者許可權被撤回，也並不必然導致要約不生效。因為，相對人 B 出版社無法瞭解要約是否通過使者而為，以及使者許可權的問題，其合理信賴值得保護。類推適用《合同法》第 49 條關於表現代理規定，A 教授不得對善意的 B 出版社主張使者許可權上的欠缺。

(4) A 教授的真實的主觀意願（具體而言，效果意思）發生了變化，已經不再願意訂立合同，但是其主觀意願的變化，並不導致要約效力的喪失。

(5) 要約的撤回？

A 教授發出了撤回要約的通知，但是該通知並沒有早於要約到達或者同時到達。從《合同法》第 17 條來看，不發生撤回的效力。

《合同法》並沒有規定撤回要約之通知本不應遲到而遲到時的問題，但是第 29 條規定了承諾的遲到。該條規定的立法宗旨來看也應當適用於撤回

要約之通知的遲到。但問題是，A 教授的通知乃是平信發出，因此並非按照通常情形能夠及時到達的情形，所以，出版社並無將遲到事實通知 A 教授的義務。

(6) 要約的撤銷？《同學們演意：臺灣民法沒有關於要約之撤銷的規定，這是我們的特殊之處，因此，下述分析在王澤鑒的書中沒有對應之處》

《合同法》第 18 條規定，要約原則上可以撤銷。A 教授的信件雖然本意在於撤回要約，但是依照意思表示解釋的方法，A 教授的目的就是不與出版社訂約，因此，假如他知道該信因為遲到而無法發生撤回的效力，一定希望該信件發生撤銷的效力。所以，該信件可以被解釋為撤銷要約的表示。

但是，且不論 A 教授的要約是否屬於可撤銷的要約（《合同法》19 條規定了條件），該通知直到 3 月 7 日上午才到達 B 出版社，而 B 出版社已經於 3 月 6 日寄出書籍，即已經發出承諾。依《合同法》第 18 條，該通知未能在受要約人發出承諾通知前到達，不生撤銷的效力。

2. B 出版社的承諾

B 出版社於 3 月 6 日下午寄出書籍。該行為顯然顯示了 B 出版社有與 A 教授訂立買賣合同的意思，並且書籍寄到之時，即可使 A 教授瞭解 B 出版社的訂約意思。因此，B 出版社的行為符合承諾的要件（《合同法》21、22、26 條），於 3 月 9 日到達時生效（26 條）。

因此，雙方的合同於 3 月 9 日成立。

（二）買賣合同的生效要件

雙方的合同並無欺詐脅迫，內容違法等妨害效力的事由。

可成為問題的是，A 教授是否存在重大誤解。如有，則 A 教授享有撤銷權（《合同法》54 條款 1 項）。

A 教授因為忘記對方曾答應贈與一套書而發出要約，這屬於典型的“動機錯誤”的情形，應不構成重大誤解。

（三）因此 A 教授與 B 出版社的合同生效。嗣後並未發生使合同消滅的事由。合同性質，屬於買賣合同（《合同法》130 條）。買受人義務，依據該法第 159 條，是支付價款的義務。A 教授並無同時履行抗辯權等抗辯事由，B 出版社有權請求其履行該義務，以及其他義務。

範文

案例分析報告

雲南大學法學院 法學專業 本科三年級 李振賢

案例：

甲喜好法律初版書，家中藏有ABCD 四冊書。甲死亡，其子乙為歌手，繼承其父遺產，將該四書各以高於市價一百元的價額出售於丙，丙受善意受讓其所有權。其後發現A 書為甲所有，B 書為丁所借，C 書系戊的遺失物，為甲拾得，D 書為庚所有，被甲所盜。乙因過失不知BCD 三書非其父所有，丙非因重大過失不知其事，又丙系以辛所寄託的E無記名股票（或系辛的遺失物，為丙拾得，或為丙所盜）支付價金。試說明當事人間的法律關係。

一、本題解題結構如下：

（一）A 書：

- 1、乙因繼承取得 A 書所有權。
- 2、丙因買賣行為並完成交付而取得 A 書所有權。

（二）B 書：

- 1、丙依善意取得制度取得 B 書所有權：《物權法》第 106 條第一款。
- 2、丁得向丙主張返還原物與損害賠償請求權？
 - （1）不適用《物權法》第 34 條。
 - （2）不適用《民法通則》第 92 條。
 - （3）不適用《侵權責任法》第 6 條第一款。
- 3、丁對乙的請求權：

(1) 違約責任請求權：《合同法》第 60 條、第 107 條。

(2) 不當得利請求權：《民法通則》第 92 條。

不當得利返還的範圍：市價？抑或包括高出的一百元？

(3) 侵權責任請求權：《侵權責任法》第 6 條第一款。

(4) 請求權競合。

(三) C 書：

1、善意取得制度對遺失物的適用。

(1) 《物權法》第 34 條之適用問題。

(2) 《物權法》第 107 條的理解適用問題。

① 兩種解釋。

② “二年”作為期間的性質：除斥期間？訴訟時效？

③該期間內所有權的歸屬：丙？戊？

④結論。

2、二年期間內，戊對丙的遺失物回復請求權。

該請求權的性質：形成權。

3、丙將 C 書返還於戊後，丙對乙的請求權。

(1) 物上請求權：《物權法》第 34 條。

(2) 不當得利請求權：《民法通則》第 92 條。

(3) 侵權責任之恢復原狀請求權：《侵權責任法》第 6 條第一款。

(4) 請求權競合。

4、戊對乙的請求權：

(1) 二年期間內戊未向丙主張請求權的情況。

①不當得利請求權：《民法通則》第 92 條。

②侵權責任之損害賠償請求權：《侵權責任法》第 6 條第一款。

③請求權競合。

(2) 二年期間內戊向丙主張請求權的情況。

(3) 二年期間過後戊對乙的請求權：訴訟時效。

(四) D 書：

1、盜賊物：

(1)屬法律漏洞：

①立法者意圖考量：存在“開放的”漏洞。

②《復函》內容分析：存在“隱藏的”漏洞。

(2)該漏洞填補：

①類推適用。

②目的論限縮。

2、該案例中問題的解決。

(五) E 無記名股票：

1、辛得對乙主張請求權？

(1) 無記名股票的性質：動產。

(2) 該物為保管物時：適用善意取得。

(3) 該物為遺失物或盜賊物時：須超越法律的法的續造。

①鑒於事物的本質。

②鑒於交易上的需要。

3、辛對丙的請求權：

(1) 契約上請求權：《合同法》第 362 條、第 372 條、第 373 條。

(2) 不當得利請求權：《民法通則》第 92 條。

(3) 侵權責任請求權：《侵權責任法》第 6 條第一款。

(4) 請求權競合。

二、解說：

(一) A 書：

A 書為甲所有，屬甲個人合法財產。甲死亡，其子乙繼承遺產，取得 A 書所有權。乙將 A 書出售於丙（《物權法》第 39 條），該買賣契約成立並有效，雙方完成交付行為（《物權法》第 23 條），丙取得 A 書所有權。

(二) B 書：

1、丙依善意取得制度取得 B 書所有權：《物權法》第 106 條第一款。

根據《物權法》第 106 條第一款關於善意取得制度的規定，善意取得須具備以下幾個要件：讓與人須為動產的佔有人或者登記的不動產權利人；讓與人須無權處分；受讓人受讓該財產時是善意的；以合理的價格轉讓；轉讓的標的物已經完成過戶登記或者交付²。

該案例中，B 書為丁所有，被甲所借，後乙因繼承而佔有之³；乙與丙為交易行為，並取得價金，構成無權處分行為；通說認為受讓人不知或不應知讓與人無處分權且無重大過失即為善意⁴，丙非因重大過失不知其事，所以應認定為善意；關於乙將 B 書以高於市價一百元的價額出售於丙的情況，應認定為以合理的價格轉讓，因為 B 書是初版書，現實生活中，初版書因其自身特點，往往可售得高價；

²江平主編，《民法學》，中國政法大學出版社，第 363、364 頁。

³這涉及到占有的繼承問題。理論上有否定說和肯定說，現代各國民法多采肯定說。應當注意的是，前占有人的占有存在瑕疵的，後占有人應一併承受。

⁴江平主編，《民法學》，中國政法大學出版社，第 364 頁。

乙和丙已完成交付行為。

綜上所述，丙的行為符合善意取得構成要件，丙因此取得 B 書所有權。

2、丁得向丙主張返還原物與損害賠償請求權？

丙作為善意受讓人取得 B 書所有權時，在丙與丁之間產生了物權變動的效力，該動產上的原有權利消滅（《物權法》第 108 條），即丁喪失對 B 書的所有權，丁向丙主張返還原物與損害賠償請求權的請求權基礎亦因此消失。具體分析如下：

（1）不適用《物權法》第 34 條。

根據《物權法》第 34 條規定，得為物上請求權須具備如下要件：須一方為權利人；對方為無權佔有人；標的為動產或不動產。

丙因其行為符合善意取得構成要件而取得 B 書所有權，故其對 B 書系有權佔有，丁不得為物上請求權，向丙主張返還原物。

（2）不適用《民法通則》第 92 條。

根據《民法通則》第 92 條規定，不當得利構成要件為：一方受有利益；致對方受損害；無法律上原因。

丙取得 B 書所有權有合法根據，故不構成不當得利。丁不得向丙主張不當得利返還。

（3）不適用《侵權責任法》第 6 條第一款。

根據《侵權責任法》第 6 條第一款規定，構成侵權責任的要件如下所述：須有不法侵害行為；須造成損害；兩者有因果關係；行為人存在過錯。

丙的行為不存在過錯，故不承擔侵權責任。

3、丁對乙的請求權：

《物權法》第 106 條第二款規定：受讓人依照前款規定取得不動產或者動產

所有權的，原所有權人有權向無權處分人請求賠償損失。根據該條以及其他相關規定，丁得就自己的損失向乙選擇行使以下三種請求權：

（1）契約上違約損害賠償請求權：《合同法》第 60 條、第 107 條。

甲與丁之間成立借用合同，借用合同依性質屬單務合同，故甲作為借用人負有返還借用物的義務。甲於生前未履行返還借用物之義務，乙因繼承而應當繼續履行該項義務⁵，換言之，借用合同在乙與丁之間仍有效。

但除非丙自願放棄對 B 書的所有，否則乙無法重新佔有 B 書，無法履行返還義務。此時，丁得依《合同法》第 60 條、第 107 條向乙請求違約損害賠償。

（2）不當得利請求權：《民法通則》第 92 條。

契約有效構成法律上之原因僅限於契約當事人雙方之間。該案例中，雖然丁與乙之間的借用合同有效，但乙因無權處分行為受有利益則無法律上原因，丁因此遭受損害。故丁得依《民法通則》第 92 條向乙請求不當得利返還。

該處涉及不當得利返還的範圍，換言之，高於市價的一百元是否可以請求返還？

我國《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》第 131 條規定：返還的不當得利，應當包括原物和原物所生的孳息。

根據該規定，作為不當得利的返還標的，是指“原物和原物所生的孳息”。

“原物”也稱“原有利益”，返還標的以原有利益為原則，在原有利益因其性質或其它原因不能返還時，無權處分人應當返還作為原有利益轉化物（表現形式）的原物價額。原物的價額具有客觀性，其計算得以轉讓出賣物之日客觀上的市場價格為計算標準。當無權處分人因法律行為而使得受領利益增加時，利益增加的

⁵法律虽明确规定的遗产只包括“积极财产”（权利），未包括“消极财产”（义务）（《继承法》第 3 条），但通说将消极财产亦列为遗产，实证法上也可以找到依据（《继承法》第 33 条和《继承法意见》第 62 条）。

部分不納入返還範圍較為合適⁶。

在該案例中，丁得向乙請求返還 B 書當時的市價，高出的一百元乙得不予返還。

（3）侵權責任之損害賠償請求權：《侵權責任法》第 6 條第一款。

乙無權處分 B 書的行為，導致丁不能對 B 書為佔有、使用、收益和處分行為，是為因乙的侵害行為導致丁遭受損害；案例中明確表示“乙因過失不知 B 書非其父所有”。故丁得依《侵權責任法》第 6 條第一款以及該法第 15 條，向乙請求損害賠償。

（4）請求權競合：

丁既可以依債務不履行請求違約損害賠償，又可以請求不當得利返還，還可以主張侵權責任之損害賠償請求權。以上三者可並存，構成請求權競合。丁得根據實際情況擇一行使之，其中一個請求權因目的達到而消滅時，其他請求權亦因目的達到而消滅。

（三）C 書：

1、善意取得制度對遺失物的適用。

（1）《物權法》第 34 條之適用問題。

C 書系戊的遺失物，為甲拾得，乙因繼承而佔有，性質屬無權佔有，並為無權處分行為，與丙交易取得價金。根據《物權法》第 34 條規定：無權佔有不動產或者動產的，權利人可以請求返還原物。戊作為 C 書所有人，是為權利人；可丙是否為無權佔有人呢？該問題涉及《物權法》第 107 條的理解與適用。

（2）《物權法》第 107 條的理解適用問題。

⁶ 該問題的詳細論述參見雲南大學法學院 2009 經濟法學研究生朱方方、姜晨的案例分析报告。

對該條的理解可分為兩種：第一種解釋為遺失物原則上不適用善意取得制度，但存在例外，即當所有權人二年內不行使返還請求權為例外時，則使善意受讓人取得該遺失物所有權；另一種解釋為遺失物原則上適用於善意取得制度，只不過在要件上要求更加嚴格。

以上兩種不同的解釋帶來兩個問題：第一，“二年”作為期間的性質界定，是除斥期間還是訴訟時效；第二，該期間內所有權的歸屬，是屬於所有人，還是轉而由善意受讓人擁有。

兩種解釋所側重保護的法益不同，前者更注重保護所有人的所有權，所以該期間得界定為訴訟時效，適用訴訟中止、中斷等制度，二年期過後所有人仍未行使返還請求權的，則喪失勝訴權。在該期間內，所有權仍歸屬於所有人，不發生轉移。後者則更傾向於保護善意受讓人的信賴利益，該情況下，性質為除斥期間，一旦經過，請求權即歸於消滅。所有權自善意受讓人佔有該遺失物之時起轉移至善意受讓人。

從比較法上看，我國臺灣地區民法典第 949 條規定：佔有物如系盜賊或遺失物，其被害人或遺失人，自被盜或遺失之日起，二年內，得向佔有人請求回復其物。僅從該條條文分析，並未明確是否適用善意取得制度，但其通說認為該“二年”作為期間為除斥期間，該期間內遺失物所有權歸屬善意受讓人。

筆者同意該通說的觀點。雖然從《物權法》第 107 條的條文分析，其涵義更傾向於第一種解釋，但不能僅憑此就認定該條意為遺失物不適用善意取得制度，而是應當從法益衡量的角度探尋本條的真正意旨。在當今社會，市場經濟發達，交易行為頻繁，若局限於保護“靜態”上的法益，不免使交易者人人自危，必將很大程度上阻滯交易的進行，社會的進步。故應側重保護“動態”的法益，注重

維護善意受讓人的信賴利益，保護交易安全。

2、二年期間內，戊對丙的遺失物回復請求權。

通過上述分析，丙對 C 書的佔有系有權佔有，故排除了《物權法》第 34 條的適用，亦不構成不當得利與侵權行為。該處得依《物權法》第 107 條規定向丙請求遺失物返還。該請求權性質上屬形成權，戊得自知道或者應當知道丙為受讓人之日起二年內，向丙請求遺失物返還。一旦請求返還，該物所有權即回復為戊所有。若丙在該期間未行使請求權，該項權利則永久消滅。

因丙非“通過拍賣或者向具有經營資格的經營者購得該遺失物”（《物權法》第 107 條第二句後半部分），故不能請求戊支付其所付費用，只能轉而向乙主張請求權。

3、丙將 C 書返還於戊後，丙對乙的請求權。

（1）物上請求權：《物權法》第 34 條。

丙得依《物權法》第 34 條規定，向乙請求返還原物。

該案例中，乙與丙之間的契約自始無效，丙系因善意取得制度而取得 C 書所有權，當丙將 C 書返還於戊後，乙佔有其所支付價金的行為是為無權佔有，丙得請求乙返還之。至於丙無權處分該價金的情況，容後述之。

（2）不當得利請求權：《民法通則》第 92 條。

當丙將 C 書返還於戊後，丙先前所支付的價金仍由乙佔有，是為乙受有利益，致丙受損害；同時因契約無效而缺失法律上的原因，故乙的行為構成不當得利。丙得請求乙返還其所支付的價金。

（3）侵權責任之恢復原狀請求權：《侵權責任法》第 6 條第一款。

如上所述，丙因將 C 書返還於戊而受損失；乙亦因此構成無權佔有該價金；

乙主觀上存在過失自不待言。丙得向乙請求恢復原狀，返還財產。

（4）請求權競合參照上文。

4、戊對乙的請求權：

（1）二年期間內戊未向丙主張請求權的情況。

在二年期間內，若戊未向丙主張請求權，戊喪失對丙的遺失物回復請求權，無法重新取得 C 書所有權，故戊與乙之間僅存在債的關係。《物權法》第 34 條即被排除適用。此時，丙得依《物權法》第 107 條“權利人有權向無權處分人請求損害賠償”，以及其他相關條款向乙主張權利。具體分析如下：

①不當得利請求權：《民法通則》第 92 條。

乙無權佔有 C 書，並與丙進行交易行為，取得價金，構成無權處分（《合同法》第 51 條），是為受有利益，且無法律上原因；戊因此無法佔有、使用、收益、處分 C 書，是為受有損失。戊得依《民法通則》第 92 條之規定，請求乙返還因出賣 C 書所得的價款。

②侵權責任之損害賠償請求權：《侵權責任法》第 6 條第一款。

如上所述，乙將 C 書出售于丙的行為，構成無權處分，損害了戊的合法利益；乙主觀方面存在過失已于上文述及。因此，乙應當承擔侵權行為之損害賠償責任。

③請求權競合參照上文。

（2）二年期間內戊向丙主張請求權的情況。

該情況下，戊雖然從丙處回復了 C 書的所有權，但其因乙的無權處分行為而承受了一定的損失，具體表現為在重新佔有 C 書之前無法使用 C 書，因向丙行使權利而支出相關費用等。戊得就這些損失向乙請求損害賠償，具體請求權基礎參照上一部分論述。

(3) 二年期間過後戊對乙的請求權。

根據《民法通則》第 135 條規定，普通訴訟時效期間為二年。故二年期間過後，訴訟時效亦超過。不論戊是否已經向丙主張請求權，其對乙的權利都將失去訴訟保護。

(四)D 書：

1、盜賊物：

(1)屬法律漏洞。

D 書系為庚所有，性質屬盜賊物。現行法律未對盜賊物善意取得問題予以明確規定。是立法者的疏忽，還是有意回避，還是另有他意？

在民法體系中，主要由《物權法》第 106、107、108 條共同構成善意取得制度。但其中並未對盜賊物的善意取得進行明確規範，立法機關的理由主要是：“對被盜、被搶的財物，所有權人主要通過司法機關依照《刑法》、《刑事訴訟法》、《治安管理處罰法》等有關法律的規定追繳後退回”⁷。但從理論和實踐的角度分析，僅靠司法機關的追繳贓物行為難以達到目的。首先，在善意受讓人與被害人之間，盜賊物的權利歸屬問題，本質上是公民之間的財物關係爭議，屬民事法律調整範疇。刑法的任務是打擊犯罪，並不能有效地調整民事法律關係。其次，司法機關的追贓行為一般不及於善意受讓人通過支付合理對價取得的盜賊物⁸。可見，雖然表面上立法者是有意不為規範，實際卻 “忽略了一一依其根本的規整意向——應予規整的問題”⁹，故應為立法者未意識到的法律漏洞¹⁰，屬 “開放的漏

⁷ 全國人大法工委，《物權法條文說明、立法理由及相關規定》，北京大學出版社 2007 年版，第 195 頁。

⁸ 雄丙萬，《論贓物的善意取得以及其回復請求權》，《法律科學》2008 年第 2 期。

⁹ 卡爾·拉倫茨【德】，《法學方法論》，商務印書館 2005 年版，第 256 頁。陳愛娥女士所譯的“規整”一詞既可作動詞，又可作名詞。筆者認為，作名詞用時，規整系數個法律規範共同構成一個成體系的整體（結構），從而使某特定問題的概念及解決方法得以圓滿。可結合下圖理解：

不完全法條 ⇨ 完全法條 ⇨ 規整 ⇨ 部門法 ⇨ 現行法律體系 ⇨ 法秩序

洞”¹¹。

追溯至 1958 年的《最高人民法院關於不知情的買主買得的贓物應如何處理問題的復函》¹²（以下簡稱《復函》），雖然有較明確的規定，但存在不合理之處。

《復函》中規定善意受讓人合法買得盜贓物時即取得所有權，但未對“合法買得”作明確說明，依其中第四點的論述，得解釋為具有合法的外觀，即得參照《物權法》第 106 條關於善意取得構成要件的規定。進而可推論為盜贓物適用《物權法》第 106 條關於常態善意取得的規定。這顯然未慮及盜贓物的特質，僅注重保護善意受讓人的利益而對所有權人的合法權益視而不見。並且《復函》亦未能解決所有權人得向無權處分人主張何種權利等問題。是為仍有漏洞存在，是為“隱藏的”漏洞¹³。

綜上所述，從總體上把握盜贓物的善意取得問題時，存在開放的漏洞，當具體到《復函》的規定時，則有隱藏的漏洞存在。二者並不矛盾，可以共存。

从一定意义上讲，部门法乃至现行法律体系亦可称之为规整。作动词时，其与“规范”、“调整”无异。

¹⁰ 同⁸，第 249 至 251 页。法律漏洞系规整的不圆满性，易言之，依根本的规整意向，应予规整的问题欠缺适当的规则。

¹¹ 同⁸，第 254 页。“就特定类型事件，法律欠缺——依其目的本应包含之——使用规则时，即有开放的漏洞存在。”

¹² 《最高人民法院关于不知情的买主买得的赃物应如何处理问题的复函》（1958 年 7 月 14 日）全文如下：广东省、河北省高级人民法院：我院先后接到广东省、河北省高级人民法院的来文，询问关于不知情的买主买得的赃物应如何处理的问题，经与有关部门研究，提出以下意见，供参考。按个人所有财产被盗窃，失主和不知情的买主，都有向盗窃犯要求赔偿所受损失的权利。在盗窃犯下落不明或无力赔偿损失的时候，双方中就必有一方要受损失。失主和不知情的买主一般的都无过错，把赃物从不知情的买主手中追还失主，也无非是保护失主的所有权。在法律尚无规定以前，我们的意见是：除不知情的买主买得的赃物如果是公共财产应另行研究外。失主和不知情的买主间的问题可按以下原则处理。

一、不知情的买主买得的赃物，如果是从市场、商店等合法买得的，应认为已取得所有权。但如果失主愿支付价金要回原物时，应当准许。

二、不知情的买主买得的赃物，如果不是从市场、商店等合法买得的，不能取得所有权。其所受损失，可以斟酌具体情况由失主和不知情的买主分担。

三、如上所述，个人所有财产被盗窃，失主和不知情的买主都无过错，而且双方中必有一方要受损失，因之在处理这类纠纷时，应尽量采用调解方法解决。酌由失主和不知情的买主双方分担损失。

四、广东省高级人民法院来文所举李流传盗窃单车（即自行车）案内所缴获的赃物，其中易国新所买的 1 辆单车，有税票和发货票等必要手续，亦未发现有买便宜的情形，而且时间已达 5 年之久，失主下落不明，这案如尚未处理，不如即将单车发还易国新较为适合。同案内其余 11 辆单车，如尚未处理，也可以按这个原则斟酌处理。

另外，我院还接到河北省冀县人民法院来文，请示上述问题，希河北省高级人民法院转告该院，我院不再另复。

¹³ 同⁸，第 254 页。“就此类事件，法律虽然含有得以适用的规则，惟该规则——在评价上并未考虑此类事件的特质，因此，依其意义及目的而言——对此类事件并不适宜，于此即有隐藏的漏洞存在。”

(2) 該漏洞填補：

針對上述分析，填補漏洞的方法主要有類推適用和目的論限縮。具體分析如下：

類推適用質言之系同類事物相同處理。同類或言“相類似”意指兩者在若干觀點上一致，其餘則否。而該若干一致的觀點須為在法定規則中表現出來的評價之決定性觀點。惟此確定之後，再為消極之確定：兩者間的不同之處不足以排斥此等法定評價¹⁴。

遺失物與盜賊物相同之處在於：不論該物屬遺失物還是盜賊物，其脫離佔有均有違所有權人的意志；拾得人和盜竊者均為無權佔有；該物由善意受讓人佔有系對所有權人合法權益的第二次侵害。上述亦為其與一般意義上的物的不同之處。正因為存在這些不同之處，立法者須平衡所有人與善意受讓人間的法益，從而在常態善意取得要件之外規定特殊構成要件，也就是《物權法》第 107 條的具體內容。

兩者不同之處在於盜賊物的所有權人與遺失物的所有權人相較，其法益受侵害更甚。但該區別在目前情況下並不是顯得如此重要，以至於需要為其設計單獨的構成要件。

因此，盜賊物得類推適用遺失物善意取得的規定，即類推適用《物權法》第 107 條。

目的論限縮質言之系非同類事件不同處理¹⁵。該方法針對《復函》中暴露的問題。如前所述，其中存在隱藏的漏洞，原因是未慮及盜賊物與一般意義上的物的區別。故須添加限制性規範，換言之，須設計更嚴格的構成要件。此為一項複

¹⁴ 同⁸，詳細論述參見第 258 至 266 頁。

¹⁵ 同⁸，詳細論述參見第 267 至 272 頁。

雜的技術性立法活動。可通過參照相關法條以及比較其他國家和地區的相關制度進行創設。筆者認為，為保護所有權人的合法權益，可設計特定除斥期間，在該期間內，若原所有人向善意受讓人主張回復原物，該物所有權應移轉回原所有權人。至於該期間以多長為宜，是否得與遺失物相同，仍有探討的餘地。

綜上所述，運用類推適用的方法填補開放的漏洞，與運用目的論限縮的方法填補隱藏的漏洞，可能達到殊途同歸的效果。

2、該案例中問題的解決。

如上所述，在沒有具體關於盜贓物適用善意取得要件之規定的情況下，參照遺失物的相關規定，即《物權法》第 107 條處理當事人間的法律關係為宜。具體論述參照 C 書部分，此處不予贅述。

（五）E 無記名股票：

1、辛得對乙主張請求權？

辛不得對乙主張請求權。具體分析如下：

（1）無記名股票的性質：動產。

無記名股票是指在股票票面和股份公司股東名冊上均不記載股東姓名的股票，其轉讓只需股東將該股票交付給受讓人後即發生轉讓的效力（《公司法》第 141 條）。無記名股票的性質等同於貨幣。依通說，無記名股票和貨幣系動產，應當適用善意取得制度。

（2）該物為保管物時：適用善意取得。

當該無記名股票系辛寄託于丙處時，丙以此物支付價金顯然是無權處分。乙作為善意受讓人，依據《物權法》第 106 條的規定，與丙完成交易行為後即取得該物所有權。同時，辛喪失對該物的所有權（《物權法》第 108 條）。故辛不得

向乙主張返還原物。

(3) 該物為遺失物或盜贓物時：須超越法律的法的續造。

當該無記名股票系辛的遺失物，為丙拾得，或為丙所盜時，則需另一番考量。該物性質如同貨幣，異於其他特定物，除非特別罕見的情況出現，否則沒有人會要求對方負擔在使用後返還相同貨幣的義務。當今社會，市場經濟發達，以至於貨幣的流動如此的頻繁。當貨幣為遺失物或盜贓物時，若適用《物權法》第 107 條，則有悖於貨幣的特質，亦無法滿足交易上的需求，甚至會產生阻礙作用。上述分析亦適用於無記名股票。

故針對遺失物或盜贓物為無記名股票的情形，法律內的續造已顯得力不從心，這就需要超越法律的法的續造。故得依該物的本質，同時鑒於交易上的需要，回歸記憶體於法律中的原則，即適用《物權法》第 106 條關於善意取得的常態規定。這就需要單獨制定一項法律，明確當遺失物或盜贓物為無記名證券時，善意受讓人得依善意取得制度直接取得該物所有權。

2、辛對丙的請求權：

(1) 契約上請求權：

E 無記名股票系辛寄託於丙處，因此辛與丙之間成立保管合同，丙負有不得使用保管物的義務（《合同法》第 372 條），而丙擅自將該無記名股票用於支付獎金，是為違反合同義務。辛得請求丙返還保管物（《合同法》第 367 條、第 372 條、第 373 條第一款）。

(2) 不當得利請求權：《民法通則》第 92 條。

前已述及，契約有效構成法律上之原因僅限於契約當事人雙方之間，該案例中，雖然辛與丙之間的保管合同有效，但丙因無權處分行為受有利益則無法律上

原因；辛因此遭受損害，故辛得向丙請求不當得利返還。

（3）侵權責任之恢復原狀請求權：《侵權責任法》第 6 條第一款。

丙無權處分 E 無記名股票的行為，導致辛不能對 E 無記名股票行使所有權，是為因丙的侵害行為導致辛遭受損害；丙主觀上是故意，是為存在過錯。故辛得向丙請求恢復原狀，賠償損失。

（4）請求權競合參照上文。