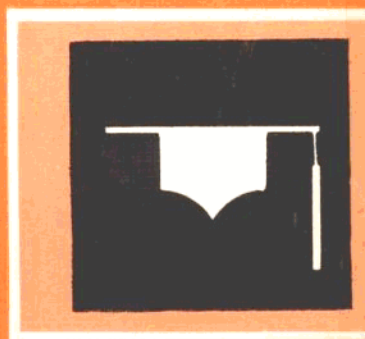


民法的法理基礎

青年理論叢書 第三輯
理論叢書編輯委員會主編
幼獅書店印行
羅正展著



民法的法理基礎 目錄

第一章 概說	一
第一節 革命立法	一
第二節 私益與公益的調和	七
第二章 人格觀念的樹立	一五
第一節 自由人	一五
第二節 主張權利	一九
第三節 契約自由	二一
第四節 過失責任主義	三一
第五節 趨善避惡	三二
第六節 財產權之私有	三六

第三章 眞平等·····	四三
第一節 人格的正義·····	四三
第二節 交換的正義·····	五一
第三節 分配的正義·····	七九
第四節 男女平等·····	八六
第四章 權利的中和·····	九九
第一節 權利的中和之法理·····	九九
第二節 權利的中和之適用——公平的正義與社會的正義·····	一〇五
第五章 結論·····	一一
第一節 盡信法不如無法·····	一一
第二節 法理是可變的、進化的、流通的·····	一一九
第三節 法官造法·····	一二三

主要參考書目..... 131

目 錄

民法的法理基礎

羅正展

第一章 概說

第一節 革命立法

伯蘭特 (Bendat) 曾經說過：「假如法律是一種罪惡，那麼，是一種必要的罪惡」(註1)，在法治的國家裏，固然要有法律的存在，在蔑視人權的國度裏，也要拿法律裝裝門面，意思意思，事實上法律不是當作裝飾品點綴的，法律是用來保障民權的。法律離不開道德，離開道德的法律，不是法律，孟子說：「徒善不足以爲政，徒法不能以自行」(註11)，法律與道德要相互配合，才見功效，德儒耶理納克 (Georg Jellinek, 1851—1911) 也說法律是最小限度的倫理規範 (a minimum ethics)，其餘部分則稱之爲倫理的奢侈 (an ethical luxury)，龐德 (Roscoe Pound) 亦說：「法律是道

德的一部分，亦就是維持社會秩序不可少的一部分」（註三）。究竟法律應該包括多少道德，那些道德應該加入，那些應該拋棄，那些應該擴大或縮小，學者的見解不一，各說「自己賣的瓜甜」，不過，法律離不開道德，倒是不爭之論，法律需要道德，離開道德的法律，不是法律，是惡法，惡法非法，要亦正確。我國民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」法理就是立法的原理，法理可以補充民法，亦可以指導民法，與道德更有密切的關係。民法如座冰山，露在水面的九分之一是條文，連結在水下的九分之八是法理，研究民法，專門鑽研條文而忽視法理，便是知面不知心，本末倒置，枉費心力學法律。

法理的內容是可變的、進化的、流通的（dynamic），選擇法理的內容，龐德認為應該在穩定中求變，不能操之過急，誤了大事，他說：「法律需要穩定，但不能一成不變」，又說：「假如我們尋求法理，我們尋求的變化原則不能少於穩定的原則」。

（註四）龐德的選擇方式，顯然地以已有穩定的法治基礎為前提，在穩定與變化的合諧

中逐漸進步，這個選擇對於法治發達的歐美國家很適當，對於欠缺法治觀念的我國，則有待斟酌。現代法治的觀念到清末民初才輸入我國，從來沒有受過法治訓練的人民，一夜之間，變成了國家的主人，對於法治爲何物？迷迷糊糊，如我們採用龐德的意見，就有如浮萍，沒有根連着底，浮在水面，漂東流西的，讓人家牽著鼻子走。法儒狄驥（L. Duguit）提倡社會連帶說，大力修正權義的觀念，他說：「人各有其義務，並且對於他人有其義務，而沒有一個人會享有純粹的權利。人只有履行其義務的權利，除此之外，便無所謂權利。」提出了分工的連帶（*La Solidarité par olivision dutravail*）與同求的連帶（*La Solidarité par similitude*）（註五），對於拿破崙民法典的三大原則——契約自由的原則、過失責任主義、所有權絕對性——給予很大的影響，助成歐美法律的峯迴路轉，其功厥偉，可是他的主張也不能完全用於我國，因爲以義務爲本位的我國，欠缺權利本位之觀念，不能省略中截一節，就講社會本位，欲速則不達也。

傳統文化對於民法的形成應該影響很大，可是現行民法中保留的却不多，在我國傳

統觀念裏，把法律與道德混合在一起，法律就是道德，道德就是法律，所以出乎禮則入於刑；法律中不含道德是惡法，法律中太多道德亦是惡法，因為法律只求最小限度的道德，太多的道德抹殺了人權，阻礙了社會的繁榮，而且易被作為專政的藉口。傳統文化重視忠與孝，都被規定在法律裏面，唐律開卷的名例就列出十惡，完全是高度道德化的表徵，首列的三惡便是忠的條文化，一曰謀反（謂謀危社稷）、二曰謀大逆（謂謀毀宗廟山陵及宮闕）、三曰謀叛（謂謀背國從僞）。孝的條文化在七曰不孝，凡(1)指控或咒罵祖父母、父母；(2)祖父母、父母在，供養有缺或分產分家；(3)居父母喪，娶或出嫁、或歌舞作樂、或在二十七個月內，脫下衰裳，穿上吉服；(4)聞祖父母、父母喪，未以哭使者，盡哀而問故，聞後未呼天搶地之類。如聞夫喪，匿不舉哀，或作樂、或脫下衰裳，穿上吉服，或改嫁，便是不義（註六），都要處重刑，違反其他的倫理亦近似，簡直把五倫都規定在法律裏，而最感遺憾的莫過於唐律雜律的「諸不應為而為之者，笞四十，事理重者，杖八十」的規定，詳言之，凡律無明文規定應處罰，而其行為違禮者，一

律可用此條文處罰，而禮的內容爲何，標準爲何，只有看刑官的意思了，真是要罰便罰，要打便打，其蔑視人權，濫用禮教之名，莫此爲甚！

事實上，五倫之道，都是至理名言，用之得當，終身受用不盡，「父子有親、君臣有義、夫婦有別、長幼有序」（註七）等四倫可用之於禮教上，「朋友有信」則可用於法律中，各得其所。法律與教化齊頭並進，成效必大，其能兼備仁義禮智與信，則爲完人矣！乃民法所追求之「人」，若四倫與信，前後倒置，未得其所，後果不難想像。國父強調要活用古人不要爲古人所用，也就是這個道理，梅特蘭（Maitland）說：「今天我們研究過去，爲的今天不爲昨天所惑，明天不爲今天所惑」（註八），其意正與國父相通。

既然傳統道德不能採用太多於民法內，而歐美法律又早已由個體利益進化到羣體利益，與我國的情況不合，也不能冒然採用，那麼，民法的立法該怎麼辦？自國父推翻滿清建立亞洲第一個民主國家，才革掉舊制的命，而爲權利本位爲主的法律，所以我們與

西歐法治國家比較，有兩個欠缺：權利本位與社會本位，與歐美國家只缺社會本位不同。權利本位與社會本位又關係密切，由義務本位到社會本位，非經過權利本位不可，此事有如三級跳遠，中間的一腳雖屬過渡，却非常重要，所以民法法理目前應注重者不在社會本位，而在權利本位，此非意味着否定社會本位，相反地，而是爲了達到社會本位，更應加速權利本位階段的完成，既非開倒車，亦非厚此薄彼，乃本末先後，輕重緩急，不可倒置也。正如國父說的，有了民族主義，然後才能講世界主義，不要中了彩票，却將藏彩票的竹桿投入海中（註九），陪了夫人又折兵。按步就班，便是正道，因時制宜，便是多福。

十八世紀後半，英國已入集體主義（collectivism），而美國仍採個人主義，結果雙方社會繁榮，民生安樂（註十），就是要因時立法。商鞅亦說：「治世不一道，便國不法古，湯武之王也，不修古而興，殷夏之滅也，不易禮而亡」（註十一），孟子亦主張要權衡輕重，因事制宜（註十二）；歐美已有的，正是我們所缺的，要想趕上歐美，

就要先填上我們所少的，才不至於老是跟在人家後面跑，我們所少的就是獨立人格的觀念，所以樹立人格的正義，才是首要。獨立宣言上說：「我人深信此乃不言而喻之真理：人人生而平等；造物賦人人以種種不可剝奪之權利，諸如生存、自由及追求幸福等是。」人權宣言上亦說：「一、人民是生而並長久具有自由平等之權利。社會榮譽只能基於人類幸福之上。二、每一政治組織之目的，乃為維護天賦及不可剝奪之人權。此等權利乃為自由、財產、安全、及抗拒壓迫。」（註十三）這些生存權、自由權、平等權及追求幸福之觀念，正是我們所欠缺者，也正是民法想培育的，如果抽去了這些觀念，民法必定整個垮臺。

第二節 私益與公益的調和

民法保障私益，也保障公益，私益和公益本質上並不對立，公益是私益的綜合，私益是公益的基礎；社會主義並非否認個人主義，只是調和了個人主義，個人主義產生的民法法理也不因社會主義的興起而被否定，只是中和，使其更合乎正義，更能達到共同

的善 (Common good)。國父把地方比作基石，國家比作崇樓，他說：「三千縣之民權猶三千塊之石礎，礎堅，則五十層之崇樓，不難建立」(註十四)，私益也好比基石，公益好比崇樓，基石不堅，崇樓必危，私益不存，公益必定落空，還是要以私益爲前題，公益爲調劑，不偏不倚，才近正義，不可否定私益，所以李歐 (Lioy) 認爲調和個人利益與社會利益的強制規定，應儘量減少，使個人享有較多的自由(註十五)；布拉士東 (Blackstone) 也說：「公益主要地在於保護每一個人的私權」(註十六)。

假如私益與公益發生牴觸，應如何處理？聖多瑪斯 (St. Thomas) 認爲在財產權方面，公益應優先於私益；在非財產權方面，則私益優先於公益(註十七)，真是金科玉律，例如國家不得假借公益名義，剝奪宗教信仰的自由，因爲這種假借公益之名的行爲，顯然地違背了正義，格尼 (Gény) 說正義與公益是我們行爲的準則(註十八)，而正義更是公益的準則，如公益違反了正義，就不應該受保障，而保障私益。一八七二年有一位白人和一位有色婦女在密西西比州結婚，在那裏這種婚姻是合法的，後來他們遷

居田納西州，在那裏依照州法律，異族通婚却是犯罪，所以男的便被控告，在下級法院他獲得勝訴，理由是他們在密西西比州的婚姻是合法的，可是最高法院却推翻了原判決，理由是在某州被認為善的婚姻，在他州亦應被認為善，這種認許只適用於儀式上的差異而已，如實質上這種善違反了這州的公共秩序或善良風俗則不能適用（註十九），便是以公益為借口，侵害了婚姻自由的私益之例子。

在財產權方面，私益與公益發生衝突，應該權衡利害，以社會利益為先，譬如土地所有人建築房屋逾越疆界，鄰地所有人知其越界而不即刻提出異議，俟他蓋好了漂亮的房子才提出，就不得請求移去或變更了，只能請求購買越界部分的土地及損害賠償，便是在保護社會經濟利益。如鄰地所有人於房屋竣工後，始知其事，是否仍得請求移去或變更其建築物？前大理院二年上字第一五七號判例，以「若已至竣工後，始行聲明異議者，則為顧全社會經濟起見，不許異議人為拆毀或變更之主張」為理由，僅許鄰地所有人請求損害賠償，與日本民法第二三四條第二項但書：「但距建築着手時已經過一年，

或其建築完竣後，僅得請求損害賠償」之規定一致。（註二〇）理由很正大光明，都是以社會利益爲先，與聖多瑪斯見解吻合，要爲允當。

要是建築物完全建在鄰地所有人士土地上者，就不能適用（註廿一），因爲建築者本身沒有一雙「清潔的手」（Clean hand），無保護其權利之餘地。又如無因管理，爲未受委任，並無義務，而爲他人管理事務（民法第一七二條），雖是善舉，却易生任意干預他人事務之流弊，所以民法雖不禁止，亦不鼓勵，故不得請求報酬，並且爲預防假借此美名侵害私益，規定「管理人違反本人明示或可得推知之意思而爲事務之管理者，對於因其管理所生之損害雖無過失，亦應負賠償之責」（第一七四條第一項），加重其責任，觀其用意皆在保護私益。又如屬於無因管理的遺失物拾得行爲，拾得人將遺失物歸還原主時，可以請求其物價值十分之三的報酬（第八〇五條），與前述完全不同，就是因爲後者的行爲不僅不會發生侵害私益的情事，而且有益於私益與社會道德，所以民法就鼓勵，並規定遺失物拾得後六個月內無人認領時，歸拾得人所有（第八〇七條），

與海商法第七章的救助與撈救，得請求報酬（海商法第一四三條至第一四八條）之法意相符，也是要保護私益。吳德生老師將正義分爲五類：人格的正義（personal justice）、交換的正義（commutative justice）、分配的正義（distributive justice）、公共的正義（public justice）和社會的正義（social justice）（註廿一），粗略地來說，前三者屬於私益範圍，後二者屬於公益範圍，民法的制定就是要實現這五種正義，由前三者入手而達後二者，進退有序，不能顛倒，也不能割愛。

附 註

註一 “Thus, if Law is an evil, it is a necessary evil.” Pound, Interpretation of Legal History, P48

註二 孟子離婁上。

註三 王伯琦着近代法律思潮與中國固有文化第七頁。

註四 “Law must be stable and yet it cannot stand still.” “If we seek principles, we

must seek principles of Change no Less than principles of stability.", Pound, Interpretation of Legal History P1

註五 參考狄驥著憲法精義梅仲協譯述第八頁至第十二頁。

註六 十惡爲謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不義及內亂。詳參唐律疏義第一卷名例十惡條。

註七 孟子滕文公上。

註八 "Today we study the day before yesterday, in order that yesterday may not paralyze today, and today may not paralyze tomorrow.", Cardozo, the Nature of the Judicial Process, P54

註九 參考民族主義第三講。

註十 參考 Wu, Fountain of Justice, P.138

註十一 商君書更法篇。

註十二 孟子曰：不孝有三，無後爲大，舜不告而娶，爲無後也，君子以爲猶告也。（離婁上）

註十三 獨立宣言採用鄒文海譯文，人權宣言採用羅志淵譯文，參照世界各國憲法大全美國憲法及法國憲法部分。

註十四 地方自治爲建國之礎石 國父全書第七〇七頁。

註十五 參考Pound, Interpretation of Legal History, P.48

註十六 "the public good is in nothing more essentially interested than in the protection of every individual's private rights." Wu, Fountain of Justice, P. 129—130

註十七 Ibid., P.146

註十八 Cardozo, The Nature of the Judicial Process, P.75

註十九 State V. Bell, 1872, Wu, Fountain of Justice, P. 133

註二〇 姚端光認爲上開大理院判例，不得再行援用，見解不同，謹供參考，參照姚著民法物權論第九四頁至第九五頁。

註廿一 廿八年上字第六三四號判例：「民法第七九六條所謂土地所有人建築房屋，逾越疆界，係指