

民法债编总论

(上册)

孙森焱 著



法学家书坊

JURISTS SERIES


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

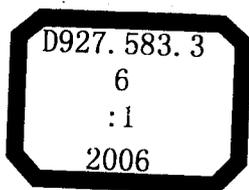
民族情懷與現代

王德威

——

王德威





法学家书坊
JURISTS SERIES

民法债编总论

(上册)

孙森焱 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

出版者语

吾国固有法学，而今日意义之法学，大率于二十世纪开初始之。其始也，有四标志为证：一者为西学中法律与法学之引进，二者为法律制度之建立与法律实践之展开，三者为法学作为一门学科之独立化，四者为法学家作为一种职业之独立化。

其后数十年，此四者皆得其进。法学家则层出不穷，如众鱼跃潭。英德日美“海归”之士，东吴朝阳本土之生，议场争，法庭辩，学府研，著作出，其情状，吾人思之不能不喜。

同时，吾人亦见：法学之发展，并非常存和平与有秩序之环境。二十世纪，吾国历沧海桑田，自城市而乡村，多逢遭战火动荡，政经局势往往不数年一变。当其之时也，法学家固徒为浩叹，学不能致用者有之，学不得独立者有之，甚或无基本书可读，若文革，则法学院关，法学家放，其情状，吾人思之又不能不悲，亦知法学家之艰难与坚韧也。

二十世纪八〇年代以来，国族经改乃起，法学亦初兴，前述四者，正倍历“后发学术”之优势劣势：

眼光开处,有得世界前沿之学,通本国实践者;视野狭时,亦有闭门造车而自满,浮躁于学术废品之制造者。

百年而还,视吾国法学,吾人一则以喜,一则以忧。忧也者,法学命运多舛,感叹唏嘘;喜也者,百年法学固有不足,然沉潜与坚毅之法学人,所在亦多矣。喜忧而后,应读者之召唤,传学术之薪火,则亦为出版人之天职也。名山旧卷,大家新著,卷而版之,不亦乐乎,不亦已任乎?

此“法学家书坊”,正取意为二:面朝既往,录百年之佳作;面朝未来,求新生之巨篇。“法学家”,职业也,亦桂冠也。愿吾人以为学术负责之敬畏心,记录法学,书写过去与未来之法学史。

法律出版社·法学学术出版分社 谨识

二〇〇六年一月

代 序

一、中华民国民法以第一次民律草案为滥觞

清末光绪二十七年(1901年)8月20日慈禧太后下谕认“变法图强为国家安危之命脉,亦即中国生民之转机”,“据刘坤一、张之洞会奏整顿中法,仿行西法各条,是多可行,即当按照所陈,随时设法,择要举办”。可见清廷已感受非经变法无以自强。迨光绪三十三年(1907年)4月民政部始奏请“斟酌中土人情政俗,参照各国政法,厘定民律”。同年9月5日乃派沈家本、俞廉三、英瑞为修订法律大臣。光绪三十四年(1908年)10月沈家本奏请聘用日本法学博士志田钾太郎、冈田朝太郎、小河滋次郎、日本大审院判事(法官)法学士松冈义正分纂刑法、民法、刑民诉讼法草案。延至宣统三年(1911年)9月5日完成总则、物权、债权三编,继由法律馆商同礼学馆奏进亲属、继承二编,世称大清民律草案,亦即第一次民律草案。惟未及颁行,即因民国肇兴而废。然而目前坊间出版六法全书记载,民法条文后所列立法理由,即系引用第一次民律草案之记

载。^[1]相互对照,诸多若合符节,印证中华民国民法以第一次民律草案为滥觞。

民国成立后(1912年),司法部总长伍廷芳呈请大总统咨由参议院承认前清制定之民律草案继续适用,俟中华民国法律颁布,即行废止,惟参议院未予同意。当时中华民国政府已设法典编纂会,未几更名为法律编查会,至民国七年(1918年)又更名为修订法律馆,从事整理以往之法律,延至十四年(1925年)完成民法修正案,是为第二次民律草案。然亦未见颁行。^[2]

民国十六年(1927年)国民政府奠都南京,统一全国,内外咸感亟需颁布新法,十七年(1928年)10月国民政府法制局纂拟亲属、继承两法,同年12月19日中央政治会议函送民法总则编立法原则至立法院,十八年(1929年)6月5日中央政治会议又决议函请立法院编订民商统一法典,同年10月30日复决议民法物权编立法原则,函送立法院。立法院相应于此,随之组织民法起草委员会草拟民法案,分编提经院会决议通过后,自十八年(1929年)5月23日起次第公布民法各编,并自同年10月10日起,分三梯次施行。梅仲协先生于所著《民法要义》称:“现行民法(按指民国三十二年(1943年)5月出版当时)采德国立法例者,十之六七,瑞士立法例者,十之三四,而法、日、苏联之成规,亦尝撷取一二,集现代各国民法之精英,而弃其糟粕,诚巨制也。”^[3]

二、日本民法适用于日据之台湾

日本自1895年开始于台湾实施殖民统治,日据第一年采取军政统治,嗣后即采取特别法统治,先后可分为二期:明治二十九年(1896年)3月31日以法律第63号公布“有关施行于台湾之法令之件”,即著名的“六三法”,授权台湾总督在其管辖区域内,得制定具有法律效力的命令,亦即“律令”,为台湾总督本于法律授权所发布之命令,因此,台湾与日本本土乃属不同法域。延至大正十年(1921年)3月14日公布之法律第3号始规定法律之全部或一部,如有施行于台湾之必要者,以勅令定之。

其因台湾之特殊情形,有设特例之必要者,方得以律令定之。是为“以勅令为统治的重要法源时代”,此为日本对台湾施行殖民统治第二期。⁽⁴⁾大正十一年(1922年)9月18日勅令第406号公布“有关施行于台湾之民事法律之命令”指定民法、民法施行法、商法、商法施行法及不动产登记法等19种法律,均自大正十二年(1923年)1月1日起适用于台湾。惟同日公布勅令第407号“有关施行于台湾之法律之特例”规定自同年1月1日起适用于台湾之法律之特例,其中关于民事部分规定“本岛人”亲属及继承事项仍依习惯,本令施行之际现存之祭祀公业依习惯而存续。是自1895年日本开始于台湾实施殖民统治,迄1945年日本战败,由国民政府接收台湾为止,施行于台湾之民法,有关亲属、继承及祭祀公业,系以台湾习惯为依据,其它民事法之施行则自1923年开始。⁽⁵⁾王泰升教授称:“属于近代西方欧陆法系的‘日本内地法’,实际上已经支配了整个台湾法律的内容。”⁽⁶⁾

日本自德川幕藩体制为中央集权的明治政府推翻后,于明治三年(1870年)在“太政官”设置“制度取调局”(调查研究外国制度的机关),翻译法国民法典。并聘请巴黎大学教授 Boissonade 来日从事编纂民法典工作。草案于明治二十三年(1890年)经元老院制定,但未施行,此即所谓“旧民法”。旋任命东京法科大学教授梅谦次郎、穗积陈重、富井政章三位先生为起草委员,从新草拟法案,制定日本现行民法,于明治三十一年(1898年)7月16日施行。此部民法典的编排主要受到1887年德国民法第一草案的影响,可是内容是以旧民法为根底,所以有法国民法的影子。日本学者北川善太郎说:日本民法原系继受德国、法国等国家的民法,为外国法的混合继受。然而自施行以后,因继受德国民法学说,受到德国民法学强有力的影响,经由德国理论加以同化、吸收,形成依存于德国民法理论的日本民法理论。⁽⁷⁾战后施行于台湾地区之中华民国民法因亦采纳德、瑞立法例,在法制上台、澎人民未受变革之困扰。⁽⁸⁾

三、“中华民国民法”施行于台湾、澎湖

民国三十四年(1945年)10月25日国民政府接收台湾、澎湖,“中华

民国民法”自同日起亦施行于当地。就民事而言,变革最大者,为亲属、继承事项采用男女平等主义,一改日据时期依习惯参以条理(法理)引进日本民法亲属编采用之父系主义、户主继承、男子继承等制度,因此发生之诉讼事件,仍时有所闻。至于财产法方面,除日本民法规定之不动产质权不予承认外,其它法律关系大致尚能衔接。法院之裁判,关于债编通则(即债编总论所述)方面,直接引用最高法院迁台以前作成之判例为依据,人民亦无疏离感。自1949年起“最高法院”在台湾地区作成之判例,冠以“台上字”,计自1927年至2003年,经增删后民事累积之判例有4590则(2003年9月以后非正式统计数为18件)。

鉴于近年来,台湾地区之政治环境、社会结构、经济条件乃至世界局势均有急速变化,前“司法行政部”乃着手研修民法,自1981年3月至1995年12月,历经14年余完成民法债编修正草案,其中通则部分,增订15条、修订35条、删除2条。修正要点包括增订准无因管理、商品制造人责任、动力车辆驾驶人责任、危险事业经营人责任、缔约过失责任等规定,以及扩大人身权保护之范围、债务不履行增设不完全给付一种类型等,均值得重视。修正“民法”债编于1999年4月21日公布,自2000年5月5日,即自“民法”债编于1930年5月5日施行之日起满70年之日起施行。

四、“最高法院”民事庭会议之功能

台湾地区“最高法院”*系法律审,应以原判决确定之事实为判决基础(台湾地区“民事诉讼法”**第476条第1项),目前民事庭设有八庭(庭数时有增减),由于审判独立,各庭互不隶属,事件系属后,各庭于评议时,参与审判之法官各依自己确信之法律见解表示意见,以多数说为该法庭宣判之主文及理由,因此,各庭就同类事件表示之法律见解,相互

* 以下“最高法院”、“司法院”等均指台湾地区“最高法院”、“司法院”等。——编者注

** 以下“民事诉讼法”均指台湾地区“民事诉讼法”。——编者注

间难免有分歧情形。就当事人言,诉讼之胜败,居然系于审判者法律见解之不同而异,有似博弈,殊非公平。“最高法院处务规程”第32条乃规定民刑事各庭为统一法令上之见解,得由院长召集民事庭会议、刑事庭会议或民刑事庭总会议决议之。

依“最高法院”民、刑事庭会议及民刑事庭总会议议事要点规定,“最高法院”民刑事庭会议及民刑事庭总会议,分别由全体庭长法官出席并均由院长为主席。每次开会之议案,原则上由各庭以庭衔提出。院长亦得就两庭裁判见解不同、或裁判所持见解与通说有异以及有其它求取见解一致之必要时,提出议案。民刑事同类事例之案件,如各庭见解不同,或认有变更以往已有之先例(非判例)或民、刑事庭会议决议之必要者,承办庭应将不同之见解提案讨论。经大会决定后,承办庭应于当日评议,将主文公告之。各庭承办发回更审复上诉之案件,其见解如与更审前本院裁判所持见解有异时,亦应由承办庭先提案讨论之。一般议案之表决,以记名式之投票行之,须经参加表决者过半数之同意,始为通过。出席人数未达应出席人数之三分之二者,不得为表决。会议作成之决议,寓有统一法律见解之作用。此项制度,有案可稽者,自1938年4月20日开始以来,延续至2003年9月,经增删后累积有民事582则。“最高法院”之决议原仅供院内法官办案之参考,目的在统一各庭裁判上之法律见解,并无必然之拘束力,与判例不能相提并论。惟释字第374号解释认决议之制作既有法令依据(台湾地区“法院组织法”^{*}第78条及“最高法院处务规程”第32条),又为代表“最高法院”之法律见解,如经法官于裁判上援用时,自亦应认与命令相当,许人民依“司法院大法官审理案件法”第5条第1项第2款之规定,声请“司法院”大法官解释。由是,“最高法院”决议经确定终局裁判援用时,其所采法律见解是否抵触“宪法”,应受大法官审查,人民之宪法上权利,在制度上多一层保障。

* 以下“法院组织法”等均指台湾地区法律。——编者注

五、创设判例以明法意并补法律之不足

第三审判决表示之法律上见解,惟有受理该事件之下级法院始受其拘束,此所以“民事诉讼法”第478条第4项规定:“受发回或发交之法院应以第三审法院所为废弃理由之法律上判断为其判断基础。”然而各庭所为法律之解释,倘有歧异情事,人民将无所适从。盖法官在适用抽象的法律规定于具体事件时,应经由审判过程,使法律之意义具体化、明确化、正确化。不仅在法律规定明确时,依据法律文字以逻辑推理的方式适用法律,而且在法律规定不明确时,以解释方式阐明其含义;在法律规定有欠缺时,以补充方式填补其缺漏,使法律的适用完备无缺。^[9]凡此判决具有创新意义者,即有采为判例之价值,其以明法意者谓“宣言的判例”,以补法律之不足者谓“创设的判例”^[10]。我国判例集之编辑首见于民国八年(1919年)12月大理院所刊印“大理院判例要旨汇览正集”,其序曰:“旧制民事有公断,有处分,而无裁判。嗣婚姻外,几无法文可据。刑事为比附援引,强事就法,往往而有。民国而后,大理院一以守法为准,法有不备,或于时不适,则藉解释,以救济之。其无可据者,则审度国情,参以学理,著为先例,而案件垒壘十倍,前清费少事繁,官缺有限,同仁奋励,差免陨越,迄于今日,得以历年所著成例,公诸当世,备参考,供取资,宁非幸事哉。”可见民国肇兴,因法制初创,规章不备,有赖大理院藉受理之案件,将其在裁判上表示之法律见解,供朝野遵循。于是将裁判去芜存菁,取其具有抽象规范之意义者,公之于世。同时宣示“凡援引院判先例者,专以此书为准”,堪称开判例之先河。国民政府成立后,“最高法院”因循此法制,自民国二十三年(1934年)春第一次刊行判例要旨以来,迄未间断。^[11]按法院之裁判惟有对具体诉讼事件之当事人以及“民事诉讼法”第401条规定之特定人始具有既判力,兹由“最高法院”撷取裁判之要旨,修饰其文字,经一定之程序公布后作成判例,在司法实务上,认为判例在裁判上有拘束各级法院之效力,确定判决违反现存判例者,乃适用法规显有错误类型之一,得为提起再审之诉之事由。此制

度有人质疑一方面与立法机关制定法律之职权抵触,一方面亦侵犯大法官解释法律之职权。延至1989年12月22日修正“法院组织法”,始于第57条第1项规定:“‘最高法院’之裁判,其所持法律见解,认有编为判例之必要者,应分别经由院长、庭长、法官组成之民事庭会议、刑事庭会议或民、刑事庭总会议决议后,报请司法院备查。”第2项又规定:“‘最高法院’审理案件,关于法律上之见解,认有变更判例之必要时,适用前项规定。”从此,判例的作成成为法律所授权,相当于授权命令,具有法律效力,与“最高法院”民事庭决议仅供院内法官办案之参考者有别。然在此之前,“司法院”于1978年9月29日释字第154号解释即对“最高行政法院”判例作成合宪解释,1982年11月5日释字第177号解释继对“最高法院”判例宣告部分违宪。延至1995年3月17日释字第374号解释又对“无必然之拘束力”之决议为违宪审查,为此,在“最高法院”引起一阵涟漪。

判例之作成,与裁判文书不同。依现行“最高法院”判例编辑委员会办事要点规定,判例要旨初稿,由各庭庭长提选,经院长核定后,送交资料科按年度、类别及法条顺序分别整理汇编,缮送各庭长、法官研参。“最高法院”判例选编及变更实施要点又规定判例之审查,分初审及复审。初审由院长选定庭长法官若干人组成审查小组审查,决定取舍。如选为判例初稿者,得就文字修正,并应提出审查报告,叙明理由,送请院长核阅后,分别召开民事庭会议、刑事庭会议,或民刑事庭总会议复审之。复审会议须由庭长、法官三分之二以上出席,出席人以记名投票过半数之同意决议之。可否同数时,取决于主席。民事、刑事各庭审理案件时,对于现行判例,如认有变更必要者,得由该庭叙明与判例不同之法律见解,拟具变更判例提案,送请院长核阅后,准用选编判例之审查程序。但决议由应出席之总额过半数同意。“最高法院”判例要旨初稿审查要点规定之审查原则为文字可以修正,意义不可变更,并不可断章取义。此外,“最高法院”民、刑事庭会议及民、刑事庭总会议议事要点亦规定各庭审理案件时,遇有与以往判例见解不同,但为新法令精神或国家社会现况

所需要,得采为新见解,俾作为变更判例之先行程序。此类案件,应依其性质,分别由民刑事庭会议进行讨论,并适用变更判例之规定。以上说明,足以了解判例虽出自裁判,但其效力有异于裁判,文字亦未必一致。是各国判决先例制度之异例也。^[12]

以上说明“中华民国民法”之制定缘起,并述在台湾地区施行之“民法”过程,以及目前“民法”规定在实务上运作之情形,俾有助于读者了解书中所述内容。作者担任司法官,从事历审民事审判实务,自大法官退休。本书之出版始于1979年,为因应法律、判例及见解之变更,已经屡次修订,篇幅渐丰,论述之重点在探究民法债编通则之立法意旨,阐明判例、解释所构成之民法理论体系,辅以学说趋向,期望有助于实务见解能随社会生活的变迁而进步,定纷息争,促成彼此的和谐。

本书有机会以简体字付梓,应感谢法律出版社编辑刘彦泮女士的热心联系,先经由前来东吴大学研究民法的王卫权先生转达厚意,继即来函表示愿为本书出版尽力,因两岸分隔数十年,深恐意识参商,几度踌躇,有赖刘女士费心,多次电子邮件往来,诚挚沟通意见,终于成事,借用大理院上述文义,“宁非幸事哉”。惟学术无边,所论难免舛误,尚祈法学闾达不吝指正,以匡未逮。

孙森焱敬识

2006年7月30日

注释:

[1]资料来源看前“司法行政部”1976年6月印行《中华民国民法制定史料汇编》上册,第171页以下。又洪逊欣著:《中国民法总则》(1958年10月初版),第23页,认清末设法部修改法律馆,并聘日人冈田朝代郎、松冈义正等,编纂民律草案。

[2]参看洪逊欣,前揭书,第23页。

[3]参看前“司法行政部”印行(注[1]),前揭书上册,第337页起;梅

仲协著:《民法要义》(1954年3月台新初版),第11页;洪逊欣著(注〔1〕),前掲书,第23页起。

〔4〕《台湾省通志》卷三“政事志司法篇”第一册(1972年12月30日出版),第74页起,又国内著作关于六三法案之译名分歧,本文从上掲书所译。又参看王泰升著:《台湾法律史的建立》(1997年9月初版),第101页起。

〔5〕参看拙著“从‘最高法院’判决认识台湾旧惯”,载“最高法院”学术研究会编印:《法律史与民事司法实务》(2003年6月版),第311页。

〔6〕王泰升著:《台湾日治时期的法律改革》(1999年4月初版),第110页。

〔7〕参看北川善太郎著:《民法の理论と体系》(昭和62年8月20日第一版第一刷),第3页起。

〔8〕王泰升著:《台湾法律史概观》(2001年7月初版),第329页谓:中华民国商法施行之初,台湾社会即能相当适应。

〔9〕参看施启扬著:《民法总则》,2005年第6版,第45页。

〔10〕洪逊欣著:《中国民法总则》,1976年1月修订版,第30页。

〔11〕参看拙著:“判例法之研究——以民事法为中心”,载东吴大学法律学研究所出版《中国法制比较研究论文集(第一届海峡两岸法学学术研讨会)》(1993年8月)。

〔12〕王昱之著:《我国现行判例制度之研究》(1988年5月“国立”政治大学法律研究所博士论文),第110页以下,又第220页谓:“判例”一语在实务上所持之意义实与日本、西德、英国、美国等国之判例意义不尽相同,诚为我国特有之制度。

目 录

上 册

绪 论

第一章 债之作用 /3

第二章 债之原理——由个人本位趋向社会本位 /5

本 论

第一章 总说 /11

第二章 债之发生 /24

第一节 总说 /24

第二节 契约 /25

第一款 总说 /25

第二款 契约之成立与不成立 /27

第三款 契约自由之原则及其限制 /35

第四款 契约之分类 /40

第五款 要约与承诺 /49

第六款 契约之方式 /60

第七款 悬赏广告 /64

第三节 代理权之授与 /75

第一款 总说 /75

第二款 授权行为 /77

第三款	共同代理 /83
第四款	无权代理 /85
第四节	无因管理 /96
第一款	总说 /96
第二款	无因管理之要件 /98
第三款	无因管理之效力 /105
第四款	无因管理之承认 /117
第五节	不当得利 /120
第一款	总说 /120
第二款	不当得利之成立要件 /121
第三款	特殊不当得利 /142
第四款	不当得利之效力 /150
第五款	不当得利返还请求权与其他请求权 /161
第六款	不当得利返还请求权之消灭时效 /164
第六节	侵权行为 /164
第一款	总说 /164
第二款	通常侵权行为 /175
第三款	特殊侵权行为 /230
第四款	侵权行为之效力 /281
第三章	债之标的 /308
第一节	总说 /308
第二节	种类之债 /315
第三节	货币之债 /322
第四节	利息之债 /332
第五节	选择之债 /346
第六节	损害赔偿之债 /359

下 册

第四章 债之效力 /397

第一节 总说 /397

第二节 债务履行 /398

第三节 债务不履行 /405

第一款 总说 /405

第二款 给付不能 /416

第三款 给付迟延 /445

第四款 不完全给付 /473

第五款 债务不履行之效力 /490

第四节 保全 /506

第一款 总说 /506

第二款 代位权 /507

第三款 撤销权 /530

第五节 契约之效力 /565

第一款 总说 /565

第二款 缔约过失责任 /566

第三款 契约之标的 /573

第四款 定型化契约之效力 /579

第五款 契约之确保 /591

第六款 契约之解除 /615

第七款 契约之终止 /658

第八款 双务契约之效力 /663

第九款 涉他契约之效力 /695

第五章 多数债务人与债权人 /709

第一节 总说 /709