

種三第書議論評律法

叢論法事民

著 義 學 吳



中華民國二十年六月初版

民事法論叢

第一輯

每冊實價大洋壹元

外埠另加掛號郵費二角

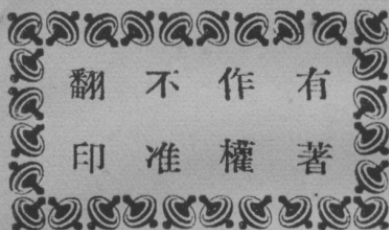
著作人 吳學義

印刷所 江蘇第一監獄

總發行所 南京水西門月牙巷
法律評論社

分售處

北平朝陽學院出版部
及各書店



82.00

自序

是書爲學義留學日本京都帝國大學時代所作之論文，選輯而成者。京都又名西京，乃明治維新前之舊都，山水秀麗，民俗誠樸，風景之佳，名勝古蹟之多，甲於三島。京都帝國大學，僻處市之東北隅，地頗幽靜，前臨東山，吉田山，背倚比叡靈峯，清澈如鏡，灣曲如帶之疏水，及北白，加茂諸川，環其左右。吾人既獲此優美之環境，加以校中圖書館，京都府立圖書館藏書之豐富，暨教授指導之親切，學生生活之安定而有規則，益增長研究之興趣與便利。用乘課餘之暇，從事創作。無論抽象的研討，或對現代立法問題之論評，胥本個人所信，直

述管見。蓋信仰與維護真理，固爲學子應有之態度與責任，然一得之愚，亦冀爲拋磚引玉之思。又以原文散載各雜誌，深感通覽之不便，因於畢業歸國，小住新都之機會，略施修訂，彙輯付刊，聊作留學京都之一紀念品，並以就正於海內宏達焉。

中華民國二十年五月

吳學義於南京旅次

民事法論叢 第一輯

目次

頁 總 頁

所有權的基本問題·····	1—40(一—四〇)
夫妻財產制之立法問題·····	1—34(四—七四)
再論夫妻財產制·····	1—39(七五—一二三)
附 瑞士民法之夫妻財產制 (條文)	39—58 (一一三—一三二)
留置權之立法問題·····	1—20(一二三—一五二)
滾利之立法問題·····	1—12(一五三—一六四)
民訴之準備程序·····	1—32(一六五—一九六)
司法與無產階級·····	1—38(一九七—二三四)

民事法論叢

吳學義著

所有權的基本問題

十九世紀個人主義私法基本原則之一（註一）的所有權，自同世紀末葉以來，已漸呈崩壞之兆；到歐洲大戰之後，否認，限制，和所有權社會化的呼聲，更和怒濤般的澎湃，汹涌，大有欲衝破『神聖不可侵』（註二）老金城湯池的氣勢。夷考諸實際，開了幾十年，除蘇俄民法，德國憲法有較澈底的規定，德國民法，瑞士民法僅消極的規定禁止權利濫用外，（註三）仍不過是一種有力的學說——或者可說是社會思潮。這固然由於法律制度和經濟組織有密切的關係，所有權為現代個人主義資本主義社會制度經濟組織最重要的原素，在承認現制度前提之下，自不能輕易下否定的斷案。然數十年來，事實上的變遷，環境的要求，加以學者的討論，社會運動家

的鼓吹，關於所有權的作用和思想，確是發生很大的影響，進步。本文是欲從法律的立腳點，觀察所有權的原理及其變遷的經過，以推測其將來的發展。

註1 德人 Dr. J. Karner 著 Die Soziale Funktion der Rechtsinstitute, besonders

des Eigentums 中謂：契約自由，所有權，過失責任，為現代私法的三大根本原則。

奧人 Anton Menger 於其名著民法與無產階級第一章總論，謂：所有權，契約自由，繼承權，為私法之基礎。此三者，即德國民法草案所採用的最重要原則（原著內容，為

立脚於無產階級，批評德國民法草案）。日人牧野英一於現代之文化與法律介紹法人狄

驥的私法變遷論 (Léon Duguit, Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon) 謂：從來民法家，論民法之基礎凡四，即：（1）個人自由，

（2）所有權不可侵，（3）契約自由，（4）過失責任。是對於前述二氏之三分說

，似又別形成四分說。然吾人細校狄驥氏原著，係一九一一年八月至九月在阿根廷首

都 Buenos-Aires 大學的講演，一九一一年在法國出版者，書分六講：第一講，權利與

社會機能，第二講，自由之新觀念，第三講，意思之自律，第四講，法律行為，第五講

，契約及責任，第六講，爲社會機能的財產。雖於第二講即標題由自爲之新觀念，但此外尙涉及權利，意思，法律行爲，是牧野氏之四分說，殊有失介紹者的忠實義務。

而前二氏之三分說，其內容亦不盡同。Anton Menger將過失責任除去，代之以繼承權。唯據吾人所信，則以 Dr. J. Larnier 之說，爲較普通。然無論其爲三分說抑四分說，乃至內容如何，要莫不包含所有權在內蓋。如傍德氏於論「現代法律組織的根本變遷」，亦首列所有權。參照同氏著 *The Spirit of the Common Law* 1921, c. d. 183-187。

註二 一七八九年法國大革命的重要產物人權宣言第十七條前半有「所有權爲神聖不可侵之權利」的文句。其後一八〇四年之法國民法第五四四條，基於人權宣言之精神，規定所有權爲以最絕對的方法，收益及處分其物之權利。此極端保護個人所有權之規定，遂垂爲各國立法之模型。世稱拿破崙法典（因法國民法爲拿破崙時代所制定，故名）爲『所有權法典』，良有以也。又前註所舉狄驥氏的私法變遷論，即係以拿破崙法典爲出發點，而論述其以後私法思想的變遷。

註三 一九二三年一月一日施行的蘇俄民法總則編基本的規定第一條規定「私權在不違反社會經濟之目的而行使時，受法律上之保護」。此不僅爲消極的權利濫用禁止規定，所有權的基本問題

所有權的基本問題

4 (四)

實可謂爲積極的規定權利自身的本質，作用。——未川博著蘇俄民法與勞動法第三十一頁參照。——

蘇俄民法第五十二條，分所有權爲公共所有權（國有或公共團體所有），團體所有權，私所有權三大類，而以土地，地中包藏物（鑛產）森林，公用河川，鐵道，鐵道材料及航空用具，爲專屬國有（同民法第五十三條）；其他非公有之建築物，商業的企業，不超過特別法所定賃銀勞動者人數之工業的企業，武器與生產器具，通貨，有價證券，金銀貨，外國貨幣，有價物件，家庭或個人之用品，法律所不禁販賣之商品等，得爲私所有權之物體（同法第五四條）。

一九一九年德國憲法第一五三條三項，規定：『所有權包含義務。行使所有權，同時要兼顧公共之福利』。又第一五五條規定：『土地之分配及利用，國家監督之，以防其濫用』。似此於憲法中明文規定所有權負義務，及防土地之濫用，予各國甚大之刺激與影響。至其規定之原因，則源於歐戰時實際的需要與經驗。

德國民法第二二六條規定：『權利以加損害於他人爲目的者，不得行使』。

瑞士民法第二條二項規定：『顯明之權利濫用，不能受法律之保護』。

上古時代，地曠人稀，慾望單純，人類生在大地上，享受天然恩惠的狀態，可說是：『取之不盡，用之不竭』，正和我們現在利用空氣，海水一樣。無論對土地或動植礦物，皆不感覺何等價值，也無你我之分，當然不生所有權的問題。所以許多學者，都斷定純粹游牧生活時代的人類，沒有所有權的觀念，只有共同使用。（註四）於是梅茵 Maine 氏在其名著古代法和東西村落共產體論中，遂主張共同所有是所有權的原始形態。這種主張，到現代猶爲學者所尊重。

註四

Gierke, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*; S. Gumplovich, *Grunderriß der Sociologie*, p. 113參照

由共有財產演變到私有財產的原因，爲：勞動與不足。在人口漸繁，不能予取予求的社會，積極的欲獲得，改良生產物，須加相當的勞力——

所有權的基本問題

代價；消極的欲保持防護既得物，也有賴個人的自衛。不足，爲不能滿足私有的慾望。個人的不足，尙不過是特殊的缺乏，一般的不足，則將引起社會問題。——自私自利的人類，既感覺欲望的不能滿足，又須費相當的勞働，則基於生存本能與經濟法則，皆勢所必然的發生所有觀念，經濟學者社會學者謂爲『所有本能』（註五）

註五

政經論叢創刊號小林丑三郎私有財產之發達及制限第六九頁參照

私有財產，即個人的所有權，既成爲一種社會制度，其結果，遂反響到法律方面。被稱爲『所有權本位之法律』（註六）的羅馬法，首先設保護促進所有權的規定。（註七）其思想，直接間接支配人權宣言，法國民法，乃至近代的私法組織。

註六

平野義太郎著法律上之階級鬭爭序言參照。

註七

羅馬十二銅表第八表第九表第十表第十四項對成年人侵害殺物者，處死刑；未成年

人，則處笞刑並負賠償損害之責；竊盜處笞刑，如係自由人並貶爲奴隸。後世於民法

上規定所有權外，復於刑法規定竊盜強盜並附剝奪公權的立法，亦係淵源于羅馬法。宜乎孟德斯鳩說：『法律的精神，即所有權的精神。』

羅馬法的所有權原語爲 *Dominium*，是使他人交付某物的意義。Do爲『取』。法律上之階級鬥爭的著者平野義太郎，說：換過來講，即是『榨取』，『侵奪』，『掠奪』。（註八）我國文字，所有的『有』，說文從手從肉，也是手攬肉食，爲其私人所有的意義。

註八 同書第七二頁參照。按首倡所有權掠奪說者爲法人 Proudhon 氏。

所有權的觀念，有日耳曼法系與羅馬法系二大派。日耳曼法主張：『所有權是物上支配權的總合』；羅馬法則謂：『所有權是一個總括的支配物的權利，不是各權能的集合』。因爲在日耳曼法時代，不知道所有權是有彈性的，可以抽象的權利觀念，解釋所有權，徒拘泥於形式，以爲在所有權上設定他種物權時，即被奪一部權能。由所有權的完整與否，區分種種等級。凡具備一切物上權能者，爲完全所有權；欠缺主要權能者，爲

不完全所有權。又動產與不動產所有權，其內容也不一致。此派主張，盛行於歐洲中世到十八世紀之終。迄十九世紀以後乃至現代，皆以羅馬法的所有權觀念爲通說。(註九)——即前舉的 Dr. J. Karner 也承認所有權是：『或人對物之完全處分權力，這種權力是法律的力，而且是單一的。』(註十)

註九

中島玉吉民法釋義物權編第二七五頁參照。

註十

Dr. J. Karner 前舉之書 ss 20—21 參照。

繼受羅馬法思想的法律，認所有權爲極强有力的法律的構成。即含：『絕對，排他，永久，完全支配』四項要素。自人權宣言明定所有權爲『神聖不可侵』以後，於是一般附會的學者，甚至謂所有權 *Dominium* 和古羅馬的帝王權 *Imperium* 爲同一起源而並列進行的二個法律概念。(註十一)這不但是繼受羅馬法的思想，簡直是變本加厲！

註十一

法曹會雜誌第一卷第二號第四十二頁參照。

按 *Dominium* 及 *Imperium* 均爲羅馬法所用之拉丁語。

以下，試就羅馬法遺傳的個人主義的所有權思想，說明「絕對，排他，永久，完全支配」。

(一)絕對性 個人自由，權利絕對，爲英美法固有的法律思想。英美的法學者，最忠實地（？）保守此種思想，而倡實行權利無責任的原則。謂行使所有權，無論出於善意或惡意，都是正當的，並舉例以實其說。（註十二）大陸諸國的所有權絕對思想最鮮明表示的，仍舊要推人權宣言。因之，法國民法第五四四條有「……以絕對的方法，收益及處分物」的規定；德國民法第九百三條及日本民法第二百零六條，也有「任意」，「自由」處分物的字句，以隱示絕對之意。

註十二 英美的法學者，疏明所有權的絕對性，謂行使所有權，雖絕人水源，害鄰居的觀望，甚至如蘇格蘭某大地主，欲闢田地爲獵場，突然驅逐數千佃戶，徬徨歧路，也是行使所有權當然的結果，不足爲怪。——日本大阪附近，二年前因某貴族闢田畝作所有權的基本問題

杖球 (Golf) 場，致農民驟失耕地。然在此地狹民衆的島國，應稍爲社會公益着想，不當徒謀個人的快樂。當時京都帝國大學教授井上直三郎曾於大阪朝日新聞發表反對的文章。

英美的權利思想，基於歷史的傳統和特別的背景，而且爲非制定法國，自然有人格學識高深經驗豐富的大法官，創立良善公平的判例，以資調劑。再加之教育發達，國民富於公德心，所以尙能夠安然過他的法律生活。至於大陸各國的所有權絕對性，也不是漫無範圍的，而是在『法律或規則限制內』的絕對，只要一檢法，德，日，華，各國民法的條文便知。（註十三）於此，或有以爲所有權既受限制，則不成其爲絕對者。不知所謂限制，爲依法令的限制，並非漫無根據的。如公用徵收等，既須具備法定條件，復應支付相當的賠償。近數十年來，禁止權利濫用的學說大盛。如德瑞民法且形諸立法，其條文已詳前節註三之末，理由容待後論。學者見所有權陷於重重限制之下，遂曰『所有權非絕對，非不可侵』。（註十四）吾則

以爲個人主義產物的所有權，遇社會化的潮流而受限制，也可說是時代的犧牲，或有名無實的絕對。

註十三

法國民法第五四四條：『所有權，依法律或規則不禁使用……』，德國民法九〇

三條：『物之所有者，不抵觸法律或第三者之權利……』日本民法第二〇六條，我新民

法第七六五條：『所有人，於法令限制之範圍內……』各國民法的法文措詞雖互異，而

須受限制則一。

註十四

岡村司著民法與社會主義第十九頁參照。

(二)排他性 個人主義下的所有權，含有絕對排斥他人干涉的特質。

所有者以外的人，無論有損害於所有權與否，均不得絲毫染指。同一物上，只能有一個所有權，不能同時並存兩個所有權，正和同一空間，不能同時容納兩個物體一樣。而排他性與絕對性，是互相關聯。不過排他性是表示於外，較易辨識，絕對性是隱伏於內，實質雖同，形式則異。由所有權的絕對性排他性看，可知他是純粹單一的，所有權之上，不能更有所有權