

王泽鉴法学全集（第二卷）

民法学说与判例研究

【2】

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

王泽鉴法学全集·第二卷,民法学说与判例研究②/
王泽鉴著. —北京:中国政法大学出版社,2003.9
ISBN 7-5620-2484-7

I. 王... II. 王... III. ①民法—法的理论—文集
②民法—审判—案例—研究—世界 IV. D913.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 077275 号

书 名 王泽鉴法学全集·第二卷
——民法学说与判例研究②
出 版 人 李传敏
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 27.625
字 数 270 千字
版 本 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷
印 数 0 001-2 000
书 号 ISBN 7-5620-2484-7/D·2444
定 价 70.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



作者简介

王泽鉴 台湾著名民法学家，1938年出生于台北，毕业于台湾大学法律系，获德国慕尼黑大学法学博士。曾担任德国柏林自由大学访问教授，并在英国剑桥大学、伦敦大学政经学院、澳洲墨尔本大学从事研究工作。现任台湾大学法律系教授。

序 言

中国政法大学出版社整理编纂拙著，以全集的方式出版，俾便于使用参考，易于保存，谨对出版社各位同仁的协助和辛劳，表示最诚挚的谢意。

本全集前八卷“民法学说与判例研究”，完成于一九七五年至一九九二年，乃笔者任教于台湾大学法律系教学研究的心得。此段期间是台湾民法发展的关键时期，作者应用法学方法，针对重要的裁判，分析检讨其理由构成，并就个别具体案件发掘阐释其所蕴含的法律原则，建构其理论体系。这八册著作在某种程度反映了民法为因应社会经济变迁所面临的问题，如何解释适用法律，填补漏洞，创设新制度而成长的过程，记录着民法的理论发展史。

“民法思维与实例研究”，旨在建立民法上请求权基础的理论架构，具实用法学方法论的意义。请求权基础的思考方法已广为法学界及实务所采用，有助于更有系统、有步骤地学习民法，应可增进论证的严谨、透明，更客观的检验法律解释适用的合理性。

“民法概要”刊行于二〇〇二年，主要是为学习民法者提供基本教材，兼作初学入门及综合复习之用。本书简明扼要地说明民法的价值理念，介绍民法的重要制度，并提供若干统计资料，使读者能较完整地了解民法与社会生活的关系，培养法律

2 序言

思维及论证的能力。

“民法总则”、“债法总论”与“民法物权”诸书则在论述民法的内容，说明其解释适用的争议，并探究其发展趋势。其中债编总论具专门著作的性质，尤其是“不当得利”，以类型化理论重新检视、综合评释数以百计的案例，兼具教科书及案例法的功能，乃写作方法上为新的尝试。“侵权行为法”关于特殊侵权行为部分，尚待补充。“损害赔偿”为民法的核心问题，正在积极整理稿件中，最大的愿望是撰写一部关于台湾民法与社会变迁的著作，希能早日完成。

民法全集的内容和体裁虽有不同，其所共同的是，致力于结合理论与实务，采请求权基础的思考方法，以实例突显问题争点，运用比较法探究各种规范模式，作为解释适用的参考。多年从事民法学的研究，使我更深刻的体认，民法系以人为本位，根基于自由平等的理念，保障人的价值和尊严。为民法而努力，乃为人的自由、平等、价值和尊严而奋斗。

三十年的写作生涯是个漫长和艰难的过程，承蒙师长、同事、同学以及读者的鼓励和支持，衷心铭感。最要感谢的是家人的爱心和宽容，尤其是得蒙 神的保佑和恩典，使我能在平安喜乐中持续不断的学习和工作。

二〇〇三年六月二日

六十五岁生日序于台北

目 录

比较法与法律之解释适用	(1)
契约关系对第三人之保护效力	(35)
悬赏广告法律性质之再检讨	(62)
无因管理制度基本体系之再构成	(82)
无权处分与不当得利	(116)
赌债与不法原因给付	(132)
侵权行为法之危机及其发展趋势	(158)
违反保护他人法律之侵权责任	(198)
意思表示之诈欺与侵权行为	(225)
盗赃之牙保、故买与共同侵权行为	(240)
雇主未为受雇人办理加入劳工保险之民事责任	(255)
慰抚金	(270)
干扰婚姻关系与非财产上损害赔偿	(308)
地上权之时效取得	(326)
动产担保交易法上登记期间与动产抵押权之存续	(334)
断嗣与收养之效力	(349)
英国劳工法之特色、体系及法源理论	(366)

比较法与法律之解释适用

一、序 言

历史法学家有言，法律犹如国语，为民族精神之表现，而生于国民之确信，与一个国家之政治、经济、习俗及伦理等关系至为密切，因此每一个国家之法律均有其固有独特之风格。然法律亦属文化之一部分，各国法律交流，相互影响，实是正常之现象。古罗马于公元前六世纪制定十二铜表法时，曾派遣专使前往希腊，研究梭伦（Solon）法典；欧陆自十五世纪起，在理论及实务上继受罗马法，因而促成十九世纪以来法、奥、德、瑞等国法典化运动；其在中国，由清末季以来，鉴于国势陵夷，深感非变法自强不足以图存，遂毅然果断地决定采取外国最新立法，建立现代法制之基础。诸此均为法制史上法律文化交流显著突出之例。

外国立法例（判例学说），有助于提供解决特定问题之各种可能类型，故各国修订法律之际，常引为参考，此为周知之事实，无待详论。应该特别注意的是，外国立法例

对于本国法律之解释适用，亦有重大参考实益，就财产法（尤其是契约法、商事法）而言，因其具有国际性，固无疑问，甚至像亲属法具有浓厚固有传统之性质者，亦不例外。关于此点，恩师戴炎辉教授，曾作如下原则性之说明：

“现行民法固曾保存其传统，惟因社会生活已经改变，故又采用外国尤其是欧洲大陆法系之思想及其立法技术。然其条文常尚有欠明了之处，而现今社会环境又与立法当时已有相当距离，故本书常用比较法制之方法，藉以阐明法文之本义，并求其能适应时代之潮流。”^{〔1〕}

诚如戴炎辉教授所言，外国立法例对于阐明本国法律本义及适应时代潮流，至有助益。然则，外国立法例在本国法律适用上，究竟居于何种地位？适用外国立法例之法律依据何在？关于法制之比较研究，在台湾学说上向采英美法上之概念，称为比较法（Comparative Law），^{〔2〕}是则比较法对于法律解释适用又具有何种功能？诸此问题在法学方法论上殊具研究价值。

〔1〕 戴炎辉：《亲属法》，一九七三年，第七版。

〔2〕 严格言之，Comparative Law 此项概念，颇为不妥，盖虽有民法（Civil Law）、刑法（Criminal Law），但并无所谓比较法（Comparative Law）也，因此有名之比较法学者 Lee 称之为奇异之用语（The phrase comparative law is a strange one）。参阅 Lee, Comparative Law and Comparative Lawyers, Journal of The S. P. T. L (1963), p. 1. 关于法律之比较研究，德文称为 Rechtsvergleichung（法律之比较），顾名思义，较为妥适。

二、外国立法例在本国（地区） 法上适用之地位

一、“最高法院”见解

（一）判决（一九七〇年台上字第一〇〇五号判决）

事实 上诉人任职嘉义初级工业职业学校，配住房屋，为保养改建，装置热水炉、化粪池、马桶、塑胶雨棚及铺设水泥地面、砖砌围墙以及修理洗澡间，共支出新台币五万七千六百九十三元，基于无因管理之法则，请求被上诉人嘉义县政府偿还此项费用及利息。原审维持第一审所为驳回上诉人之诉之判决，其理由为上诉人之使用系争房屋，系使用借贷关系，第四六九条规定，上诉人纵曾开支上述保管费，非因保存占有物所为之必要开支，应无请求被上诉人返还之余地。

判决理由 “最高法院”在其判决理由中表示：“关于第一笔五万七千六百九十三元部分（包括砖造围墙），倘确属有益费用，又已因上诉人之增加设施，所借用房屋之价值显然增加，在民法使用借贷一节内，虽无得请求偿还或返还其价值之明文，然依据外国立法例，既不乏得依无因管理或不当得利之法则，请求偿还或返还之规定，则本于诚实信用之原则，似非不可将外国立法例视为法理而适

用。原审未见及此，亦未阐明上诉人所请求第一笔款项，是否非属有益费用，竟一并为上诉人败诉之判决，自难以昭折服。上诉讼旨，指摘原判决违法声明废弃，关于此部分非无理由。”

(二) 基本见解

一九七〇年台上字第一〇〇五号判决所涉及之基本法律问题，系借用人对借用物所支出有益费用是否得请求返还？关于此点，俟于后文再为说明。至就外国立法例在本地区法上之适用地位以言，“最高法院”系采取以下二项见解，拟先予检讨：

其一，外国立法例得视为第一条之法理而适用。

其二，外国立法例之得视为法理而适用，系本于第二一九条所规定之“诚实信用原则。”

二、分析检讨

(一) 法理之功能与意义

近代制定民法典时，皆特别强调成文法之重要性及其优先适用地位。然社会事物，变化万端，法律之规定，自难概括无遗。成文法未规定者，虽得适用习惯法，但旧的习惯法不违背公序良俗者，多已纳入法典之中，新的习惯法形成不易，法院既不得以法律未设规定而拒绝审判，则于此情形，究竟依据何者解决争议，不免发生疑问。为此，各国民法多设有特别规定。例如奥地利民法第七条规

定：“无类推之法规时，应熟思慎虑，依自然法则判断之。”瑞士民法第一条第二项规定：“本法未规定者，审判官依习惯，无习惯者，依自居于立法者之地位所应行制定之法规判断之”；第三项规定：“于此情形，法院须恪遵稳妥之学说与判例。”

大清民律草案亦酌采外国立法例，于第一条规定：“民事，本律所未规定者，依习惯法，无习惯法者，依条理。”^{〔1〕}现行民法略作损益，于第一条规定：“民事，法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理。”基于此项立法背景，学者于讨论第一条所称之“法理”时，曾强调“法理”与“条理”，系二个具有不同意义之概念。例如黄右昌谓：“法理者，正当之法理也（客观的），条理者，自然之道理也（主观的）”，并认为若不作如此解释，则与现行民法将民律草案之“条理”改为法理之旨趣不合。^{〔2〕}此项观点，无论就法律文义、立法资料及法律规范目的而言，均乏依据，似不足采。依本文见解，法理与条理，系指同一事物，实质内容，应无不同。^{〔3〕}

法理之意义如何，约有四说：有谓事物当然之理

〔1〕 民律草案系清宣统三年（一九一一年）前清修订法律馆稿。关于民律草案第一条，其立法理由为：“凡关于民事，应先依法律所规定，民律未规定者，依习惯法，无习惯法者，则依条理断之。条理者，乃推定社交上必应之处置。例如：事君以忠，事亲以孝，及一切当然应遵奉者，皆是法律中必规定其先后关系者，以凡属民事，审判官不得藉口于律无明文，将法律关系之争议，拒绝不为判断，故设本条，以为补充民律之助。”

〔2〕 黄右昌：《民法总则论解》，一九四六年，第六十四页。

〔3〕 参阅洪逊欣：《民法总则》，一九七六年（修订初版），第三十一页。

(Natur der Sache);^[1] 有谓法律全体精神所生之原理;^[2] 有谓法律之原理;^[3] 有谓为谋社会共同生活、不可不然之理, 即西洋所谓自然法上之原理。^[4]

本文认为第一条所称之法理, 应采广义解释, 兼括上述诸种意义。理由有二: 其一, 法律全体精神所生之原理、法律之原理或社会共同生活不可不然之理, 其内容范围虽有不同, 但均为于法律不备、必须创设新的规范时所应恪遵之原则。其二, 关于事物当然之理 (Natur der Sache) 之意义, 虽众说纷纭,^[5] 惟诚如德国十九世纪法学家 Dernburg 氏所谓: “生活关系 (Lebensverhältnis) 依其发展程度之不同, 自具有其准则与秩序。此种寓存于事物中之秩序, 即系事物之本质 (事物当然之理)。实体法不备或不明确时, 法律人须返回到此种事物之本质。”^[6]

第一条之“法理”, 与奥地利民法第七条之“自然法则”及瑞士民法第一条之“审判官依自居于立法者之地位所应行制定之法规判断之”, 其规范功能基本上并无不同, 均系授权法院得创造新的规范, 以济法律之穷; 其概念用

[1] 陈克生:《民法通义》,第十六页及第十七页(参阅胡长清:《民法总论》,第四版,第三十三页,注1)。

[2] 余戟民:《民法总则要论》,第二十九页(参阅胡长清:前揭书,第三十三页,注1)。

[3] 胡长清:前揭书,第三十二页;梅仲协:《民法要义》,第三十三页。

[4] 王伯琦:《民法总则》,第六页。

[5] 对“事物当然之理”(Natur der Sache)之意义,甚有争论,请参阅 Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S.372-388, 及其所附之资料文献。

[6] Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, S. 87, “Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Mass und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muss der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist”.

语之差异，主要是受当时法学思潮之影响。奥地利民法制定于一八一一年，系最典型自然法法典化之产物，其以“自然法则”作为补充规范，自属当然。瑞士民法制定于一九〇七年，法律实证主义已跨过其鼎盛时期，“法律完备无缺”（*Lückenlosigkeit der Rechtsordnung*）之信念，几已不复存在，因而特别强调审判官得自居于立法者之地位（*Richter als Gesetzgeber*），更具有创设性。台湾现行民法不采“自然法则”之概念，舍“条理”而改采“法理”，文义清楚，寓意深远，可称至当。德国民法第一草案第一条规定：“法律无规定之事项，准用关于类似事项之规定，无类似事项之规定时，适用由法规精神所生之原则。”现行德国民法虽删除此项规定，但判例学说一致认为，就法律未规定事项，无其他规定可类推适用时，须适用一般法律原则（*Allgemeine Rechtsprinzipien*）及事物当然之理（*Natur der Sache*），以促进法律之进步（*Rechtsfortbildung*），^{〔1〕}其概念之内涵与台湾现行法上之法理亦属相当。

（二）外国立法例与法理

一九七〇年台上字第一〇〇五号判决明白表示外国立法例得视为法理而适用。此项见解，实属正确。外国立法例，虽系特定社会为解决特定问题所采取之对策，但其所表现的，亦属一种法律原则。法国学者 *Saleries* 认为，比较

〔1〕 参阅 *Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privarechts*, 2. Aufl. 1964; *Dahm, Deutsches Recht*, 2. Aufl. 1963, 2. Aufl. S. 48f.; *Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1975, S. 350f.

法（法律之比较研究）旨在探寻发现“droit idéal relatif”（相对自然法）。申言之，固有自然法理论试图从“先验的”，以演绎之方法导出“绝对之理想法”，而比较法则致力于以归纳之方法，从“经验的”，也就是在法制比较的经验上，建立新的自然法。^{〔1〕}此种经由法制比较研究所获得之“相对自然法”，虽然不能取代永恒自然法之人类理念，但却可采为法理，以补充本国法之不足，改进缺陷。

参酌外国立法例（判例学说）以为本国法律解释之用，乃是文明国家之通例。英国法院最称保守，但早在一八三三年即曾引用法国民法学者 Pothiers 氏所著之 *Traité des Obligations* 作为判决之依据。^{〔2〕}德国法学昌盛，世所公认，但其最高法院亦曾参酌外国立法例作为判决依据。瑞士判例学说更明白承认外国立法例（比较法）得作为补充法律不备之辅助手段（*Anerkennung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung*）。^{〔3〕}

（三）外国立法例之适用与诚实信用原则

一九七〇年台上字第一〇〇五号判决肯认外国立法例得视为法理而适用，并认为此系“本于诚实信用原则”。此项理由尚有检讨余地。依本文见解，外国立法例之得视为法理而适用，系基于第一条所规定“法理”之规范意

〔1〕 Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*. 引自 Zweigert, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RabelsZ*15 (1945/50) 19.

〔2〕 C.K.Allen, *Law in the Making* (Oxford, 1927), p. 152.

〔3〕 Meier/Hayoz, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht II* (1962), Art. 1. Ann. 355 - 389 (166 - 177).

义，与第二一九条“诚实信用原则”无关。换言之，将外国立法例视为法理，并非本于“诚实信用原则”。法理者，间接之法源，所以补实体法之不足；诚实信用原则者，实体法上之一项规定，旨在规律权利之行使及义务之履行。二者规范功能不同，不宜混淆。

三、比较法方法论之基本问题

外国立法例（判例学说）得视为法理而适用，以补法律之不足，已详上述。然则，外国立法例之适用，并非简单容易之事。外国立法例如何选定？如何比较？其异同如何分析？在台湾现行法上如何适用？均须借助比较法之研究，并为比较法学之主要课题。

所谓比较法（comparative law），就是法律之比较研究（Rechtsvergleichung），是研究法律、认识法律之一种方法。法律之比较研究，自古有之，但直至二十世纪初叶，始受广泛重视。第二次世界大战后，国际交往日趋频繁，比较法学发展更为迅速，蔚然成为一门独立之学科，但终因为时尚短，迄未能建立严密之方法论。本文仅提出若干基本问题，以供参考。^{〔1〕}

〔1〕 以下论述，系参考 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (《比较法导论》), Bd. I, 1979, 尤其是 S.12-48. 本书体例完备，内容精辟，甚受国际法学界重视，目前已有英、日文译本。

一、问题之提出（研究题目之选定）

如何提出比较法上之研究问题，并能期待其将产生良好之研究成绩？关于此点，Zweigert（茨威格特）教授认为 Einfall（灵感）最为重要。^{〔1〕} 所谓 Einfall，就是一方面能够察觉本国法制之不足，一方面能够意识到外国法律之有所助益。Max Weber 曾谓：“灵感来自努力”。^{〔2〕} Zweigert 氏认为所谓努力，就法律比较研究而言，系指对本国法律具有批评性之通盘认识及经常研读外国法制。

法制比较研究，可分为总体比较（Makrovergleichung）及个体研究（Mikrovergleichung）。^{〔3〕} 总体研究系以法律体系（Rechtssystem）及法系（Rechtskreis）作为研究对象，其目的在于发现各国法律之基本精神、特色及风格，并建立法系理论；在此方面，以英美法（Common Law）与大陆法（Civil Law）之比较研究最有成绩。最近数年，资本主义法制与社会主义法制之比较，亦渐受重视，亦值吾人注意。个体研究系以个别法律规定或制度作为研究对象，其目的在于发现解决特定问题之法律对策；^{〔4〕} 在此方面，以 Cause 与 Consideration，Trust 与 Treuhand 之比较研究，最受注意。^{〔5〕}

〔1〕 Zweigert/Kötz, S. 29.

〔2〕 “Nur auf dem Boden ganz harter Arbeit bereitet sich normalerweise der Einfall vor”. 引自 Zweigert/Kötz, S. 29.

〔3〕 Rheinstejn, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1974, S. 31f.

〔4〕 最近文献，参阅 Markesinis, Causase and Consideration in Parallel, 1978 C.L.J.53 及所附之参考资料。

〔5〕 Kötz, Trust und Treuhand: eine rechtsvergleichende Darstellung des angloamerikanischen trust und funktionsverwandte Institute des deutschen Rechts, 1963.

总体比较研究有助于认识了解个别法律制度，个别法律制度之比较研究，可作为总体研究之资料及基础，二者相辅相成，不可偏废。

二、被比较外国法律之选择

(一) 法系理论

研究问题决定之后，首要考虑之问题是，应该选择哪些国家之法律作为研究对象。此点涉及到法系理论，宜先行说明。所谓法系理论，不外三个基本问题：其一，各国法律之归类，组成法系，是否可能？其二，归类标准何在？其三，特定国家应归类，属于何种法系。^{〔1〕}关于各国法律归类之必要性，众所公认，无待详述。至于归类标准，则学者见解不一，尚无定论。^{〔2〕}

法国比较法学者 David 氏在其一九五〇年出版之 *Trité élémentaire de droit civil comparé*（《比较民法导论》）中，曾提出二个法系归类标准：一为意识形态（Ideologie）（宗教、哲学、政治经济及社会结构等）；二为法律之技术。David 氏根据此二项标准，将世界各国法律归纳为五个法系：西方法系，苏俄法系，伊斯兰法系，印度法系及中华法系。其后 David 氏修正其观点，将西方法系分为罗马、日耳曼法系

〔1〕 Zweigert/Kötz, S. 67f.

〔2〕 关于法系理论之基本问题，尚请参阅 Arminjon/Noide/Wolff, *Traité de droit civil comparé I* (1950), pp. 42-53; David, *Trate élémentaire de droit civil comparé* (1950), pp. 222-226, 以及 *Les grands systèmes de droit contemporains* (1966) S. 12-18 (本书深受国际比较法学界重视，目前有英、德文译本)。