

國立臺灣大學法學叢書（十六）

民法學說與判例研究

（第二冊）

王澤鑑 著

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

## 著者簡介

一九三八年生，臺灣、台北

學經歷 國立臺灣大學法律學系畢業，德國慕尼黑大學法學博士，英國劍橋大學研究

現職 國立臺灣大學法學院法律學系及法律學研究所教授

### 民法學說與判例研究（第二冊）

國立臺灣大學法學叢書（十六）

著作人  
發行人

王 澤 鑑

叢書編輯  
印刷者

國立臺灣大學法律學系法學叢書編輯委員會  
中 亨 打 字 印 刷 行  
臺北市民生東路 743 巷 14 號二樓

電 話：7810370・7115988

經售處

三 民 書 局

臺北市重慶南路一段六十一號

電 話：3315969

總經銷

國立臺灣大學法學院事務組

臺北市徐州路二十一號

定 價

平裝新臺幣 貳佰伍拾元

精裝新臺幣 叁 佰 元

一九七九年六月初版

一九七九年十二月再版

## 民法學說與判例研究 第二冊 目錄

一、比較法與法律之解釋適用.....	1
二、契約關係對第三人之保護效力.....	33
三、懸賞廣告法律性質之再檢討.....	57
四、無因管理制度基本體系之再構成.....	75
五、無權處分與不當得利.....	109
六、賭債與不法原因給付.....	123
七、侵權行為法之危機及其發展趨勢.....	147
八、違反保護他人法律之侵權責任.....	185
九、意思表示之詐欺與侵權行為.....	211
十、盜賊之牙保、故買與共同侵權行為.....	225
一一、雇主未為受僱人辦理加入勞工保險之民事責任.....	239
一二、慰撫金.....	253
一三、干擾婚姻關係與非財產損害賠償.....	291
一四、地上權之時效取得.....	309
一五、動產擔保交易法上登記期間與動產抵押權之存續.....	317
一六、斷嗣與收養之效力.....	331
一七、勞工法之社會功能及勞工法學之基本任務.....	347
一八、英國勞工法之特色、體系及法源理論.....	375

# 比較法與法律之解釋適用

兼論 最高法院五九年臺上字第一〇〇五號判決

## 目 次

一、序 言	3 法源
二、外國立法例在本國法上 適用之地位	4 比較分析
1. 最高法院見解	(一)各國報導
(一)判決	(二)功能性原則
(二)基本見解	(三)概念體系之組成
2. 分析檢討	(四)評價及應用
(一)法理之功能與意義	四、比較法對法律解釋適用 之功能
(二)外國立法例與法理	1. 方法論上之說明
(三)外國立法例之適用與 誠實信用原則	2. 比較法與法律之解釋
三、比較法方法論之基本問 題	(一)基本理論
1. 問題之提出	(二)實例
2. 被比較外國法律之選擇	3. 比較法與法律漏洞之填 補
(一)法系理論	(一)基本理論
(二)被比較國家法律之選 擇	(二)實例說明
	五、結 論

## 一、序言

歷史法學家有言，法律猶如國語，為民族精神之表現，而生

\* 本文原載戴炎輝先生七秩華誕祝賀論文集（固有法制與現代法學），六七年，第八九頁。

於國民之確信，與一個國家之政治、經濟、習俗及倫理等關係至為密切，因此每一個國家之法律均有其固有獨特之風格。然法律亦屬文化之一部分，各國法律交流，相互影響，實是正常之現象。古羅馬於公元前六世紀制定十二銅表法時，曾派遣專使前往希臘，研究 Solon 法典；歐陸自十五世紀起，在理論及實務上繼受羅馬法，因而促成十九世紀以來法、奧、德、瑞等國法典化運動；其在我國，有清末季以來，鑑於國勢陵夷，深感非變法自強不足以圖存，遂毅然果斷地決定採取外國最新立法，建立現代法制之基礎。諸此均為法制史上法律文化交流顯著突出之例。

外國立法例（判例學說），有助於提供解決特定問題之各種可能類型，故各國修訂法律之際，常引為參考，此為週知之事實，無待詳論。應該特別注意的是，外國立法例對於本國法律之解釋適用，亦有重大參考實益，就財產法（尤其是契約法、商事法）而言，因其具有國際性，固無疑問，就連親屬法具有濃厚固有傳統之性質者，亦不例外。關於此點，恩師 戴炎輝教授在其鉅著「中國親屬法」一書之緒言中，曾作如下原則性之說明：

「現行民法固曾保存吾國之傳統，惟因社會生活已經改變，故又採用外國尤其是歐洲大陸法系之思想及其立法技術。然吾國民法條文常尚有欠明瞭之處，而現今社會環境又與立法當時已有相當距離，故本書常用比較法制之方法，藉以闡明法文之本意，並求其能適應時代之潮流<sup>1</sup>。」

誠如戴炎輝教授所言，外國立法例對於闡明本國法律本意及適應時代潮流，至有助益。然則，外國立法例在本國法律適用上

1) 戴炎輝，中國親屬法，六二年，七版。

，究竟居於何種地位？適用外國立法例之法律依據何在？關於法制之比較研究，在我國學說上向採英美法上之概念，稱為比較法（comparative law）<sup>2</sup>，是則比較法對於法律解釋適用又具有何種功能？諸此問題在法學方法論上殊具研究價值，最近最高法院著有判決，可作為研究之出發點。

## 二、外國立法例在本國法上適用之地位

### 1. 最高法院見解

(一)判決（五九年臺上字第一〇〇五號判決<sup>3</sup>）

#### (1)事實

上訴人任職嘉義初級工業職業學校，配住房屋，為保養改建，裝置熱水爐、化糞池、馬桶、塑膠雨棚及鋪設水泥地面，磚砌圍牆以及修理洗澡間，共支出新臺幣五萬七千六百九十三元，基於無因管理之法則，請求被上訴人（嘉義縣政府）償還此項費用及利息。原審維持第一審所為駁回上訴人之訴之判決，其理由為上訴人之使用系爭房屋，係使用借貸關係，依民法第四百六十九條規定，上訴人縱曾開支上述保管費，非因保存占有物所為之必要開支，應無請求被上訴人返還之餘地。

#### (2)判決理由

- 2) 嚴格言之，Comparative Law 此項概念，頗為不妥，蓋雖有民法（Civil law）、刑法（Criminal law），但並無所謂比較法（Comparative law）也，因此有名之比較法學者 Lee 稱之為奇異之用語（The phrase comparative law is a strange one）（參閱 Lee, Comparative Law and Comparative Lawyers, Journal of The S. P. T. L. (1963), p. 1.；關於法律之比較研究，德文稱為 Rechtsvergleichung（法律之比較），顯名思義，較為妥適。
- 3) 司法院公報，第十二卷第十期（六〇年十月），第十一頁。

最高法院在其判決理由中表示：「關於第一筆五萬七千六百九十三元部分（包括磚造圍牆），倘確屬有益費用，又已因上訴人之增加設施，所借用房屋之價值，顯然增加，在我民法使用借貸一節內，雖無得請求償還或返還其價值之明文，然依據外國立法例，即不乏得依無因管理或不當得利之法則，請求償還或返還之規定，則本於誠實信用之原則，似非不可將外國立法例視為法理而適用，原審未見及此，亦未闡明上訴人所請求第一筆款項，是否非屬有益費用？竟一併為上訴人敗訴之判決，自難以昭折服，上訴論旨，指摘原判決違法聲明廢棄，關於此部分非無理由。」

## （二）基本見解

五十九年臺上字第一〇〇五號判決所涉及之基本法律問題，係借用人對借用物所支出有益費用是否得請求返還？關於此點，俟於後文再為說明。至就外國立法例在本國法上之適用地位以言，最高法院係採取以下二項見解，擬先予檢討：

（1）外國立法例得視為民法第一條之法理而適用。

（2）外國立法例之得視為法理而適用，係本於民法第二一九條所規定之「誠實信用原則」。

## 2. 分析檢討

### （一）法理之功能與意義

近代各國制定民法與時，皆特別強調成文法之重要性及其優先適用地位。然社會事物，變化萬端，法律之規定，自難概括無遺。成文法未規定者，雖得適用習慣法，但舊的習慣法不違背公序良俗者，多已納入法典之中，新的習慣法形成不易，法院既不得以法律未設規定拒絕審判，則於此情形，究竟依據何者，解決

爭議，不免發生疑問。爲此，各國民法多設有特別規定，例如奧國民法第七條規定：「無類推之法規時，應熟思慎慮，依自然法則判斷之。」瑞士民法第一條第二項規定：「本法未規定者，審判官依習慣，無習慣者，依自居於立法者之地位所應行制定之法規判斷之」；第三項規定：「於此情形，法院須恪遵穩妥之學說與判例。」

我國民律草案亦酌採外國立法例，於第一條規定：「民事，本律所未規定者，依習慣法，無習慣法者，依條理」<sup>4</sup>。現行民法略作損益，於第一條規定爲：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」基於此項立法背景，我國學者於討論民法第一條所稱之「法理」時，曾強調「法理」與「條理」，係二個具有不同意義之概念，例如黃右昌謂：「法理者，正當之法理也（客觀的），條理者，自然之道理也（主觀的）」，並認爲若不作如此解釋，則與現行民法將民律草案之「條理」改爲「法理」之旨趣不合<sup>5</sup>。此項觀點，無論就法律文義、立法資料及法律規範目的而言，均乏依據，似不足採。依本文見解，法理與條理，係指同一事物，實質內容，應無不同<sup>6</sup>。

法理之意義如何，約有四說：有謂事物當然之理（Natur der

4) 民律草案，係清宣統三年（一九一—）前清修訂法律館稿。關於民律草案第一條，其立法理由爲：「凡關於民事，應先依法律所規定，民律未規定者，依習慣法，無習慣法者，則依條理斷之。條理者，乃推定社交上必應之處置。例如：事君以忠，事親以孝，及一切當然應遵奉者，皆是法律中必規定其先後關係者，以凡屬民事，審判官不得藉口於律無明文，將法律關係之爭議，拒絕不爲判斷，故設本條，以爲補充民律之助。」

5) 黃右昌，民法總則詮解，三五年，第六四頁。

6) 參閱洪遜欣，中國民法總則，六五年（修訂初版），第三一頁。



Sache)<sup>7</sup>；有謂法律全體精神所生之原理<sup>8</sup>；有謂法律之原理<sup>9</sup>；有謂為謀社會共同生活，不可不然之理，即西洋所謂自然法上之原理原則<sup>10</sup>。

本文認為民法第一條所稱之法理，應採廣義解釋，兼括上述諸種意義，其理由有二：①法律全體精神所生之原理、法律之原理或社會共同生活不可不然之理，其內容範圍雖有不同，但均為於法律不備，必須創設新的規範時，所應恪遵之原則。②關於事物當然之理（Natur der Sache）之意義，雖衆說紛紜<sup>11</sup>，惟誠如德國十九世紀法學家 Dernburg 氏所謂：「生活關係（Lebensverhältnis），依其發展程度之不同，自具有其準則與秩序。此種寓存於事物中之秩序，即係事物之本質（事物當然之理）。實體法不備或不明確時，法律人須返回到此種事物之本質」<sup>12</sup>。

我國民法第一條之「法理」，與奧國民法第七條之「自然法則」及瑞士民法第一條之「審判官依自居於立法者之地位所應行制定之法規判斷之」，其規範功能基本上並無不同，均係授權法

7) 陳克生，民法通義，第一六頁及第十七頁（參閱胡長清，中國民法總論，六五年，臺四版，第三三頁，註一）。

8) 余戟民，民法總則要論，第二九頁（參閱，胡長清，前揭書，第三三頁，註一）。

9) 胡長清，前揭書，第三二頁；梅仲協，民法要義，三三頁。

10) 王伯琦，民法總則，第六頁。

11) 「事物當然之理」（Natur der Sache）意義，甚有爭論，請參閱 Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2 Aufl. 1977, S. 372-388, 及其所附之資料文獻。

12) 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".

院得創造新的規範，以濟法律之窮；其概念用語之差異，主要是受當時法學思潮之影響。奧國民法制定於一八一一年，係最典型自然法法典化之產物，其以「自然法則」作為補充規範，自屬當然。瑞士民法制定於一九〇七年，法律實證主義已跨過其鼎盛時期，「法律完備無缺」（Lückenlosigkeit der Rechtsordnung）之信念，幾已不復存在，因而特別強調審判官得自居於立法者之地位（Richter als Gesetzgeber），更具創設性。我現行民法，不採「自然法則」之概念，捨「條理」而改採「法理」，文義清楚，寓意深遠，可稱至當。德國民法第一草案第一條規定：「法律無規定之事項，準用關於類似事項之規定。無類似事項之規定時，適用由法規精神所生之原則。」現行德國民法雖刪除此項規定，但判例學說一致認為，就法律未規定事項，無其他規定可類推適用時，須適用一般法律原則（Allgemeine Rechtsprinzipien）及事物當然之理（Natur der Sache），以促進法律之進步（Rechtsfortbildung）<sup>13</sup>，其概念之內涵與我國法上之法理亦屬相當。

## （二）外國立法例與法理

最高法院五九年臺上字第一〇〇五號判決明白表示外國立法例得視為法理而適用，此項見解，實屬正確。外國立法例，雖係特定社會為解決特定問題所採取之對策，但其所表現的，亦屬一種法律原則。法國學者 Saleilles 認為比較法（法律之比較研究）旨在探尋發現 “*droit idéal relatif*”（相對自然法）。申言之，固有自然法理論試圖從「先驗的」，以演繹之方法導出「絕對之理

13) 參閱 Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964; Dahm, Deutsches Recht, 2 Aufl. 1963, 2 Aufl. S. 48f.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3 Aufl. 1975, S. 350f.

想法」，而比較法則致力於以歸納之方法，從「經驗的」，也就是在法制比較的經驗上，建立新的自然法<sup>14</sup>。此種經由法制比較研究所獲得之「相對自然法」，雖然不能取代永恒自然法之人類理念，但却可採為法理，以補充本國法之不足，改進本國法之缺陷。

參酌外國立法例（判例學說）以為本國法律解釋之用，乃是文明國家之通例。英國法院最稱保守，但早在一八三三年即曾引用法國民法學者 Pothiers 氏所著之“ *Traité des Obligations* ”作為判決之依據<sup>15</sup>。德國法學昌盛，世所公認，但其最高法院亦曾參酌外國立法例作為判決依據。瑞士判例學說更明白承認外國立法例（比較法），得作為補充法律不備之輔助手段（*Anerkennung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung*）<sup>16</sup>。瑞士民法起草人 Eugen Huber 氏於說明瑞士民法第一條之立法理由時，曾謂：「對個人而言，彼此來往，實為生活上所不可或缺。國家民族亦然，不能使立法成為中國之萬里長城<sup>17</sup>。」Huber 氏之意係謂，瑞士民法制定後，絕不可閉關自守，尚須隨時吸收外國立法例及判例學說，始能與時俱進。

### （三）外國立法例之適用與誠實信用原則

- 
- 14) Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*. (引自 Zweigert, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*. *Rabels Z* 15 (1945/50) 19.
- 15) C. K. Allen, *Law in the Making* (Oxford, 1927) p. 152.
- 16) Meier-Hayoz, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht I* 1 (1962), Art. 1. Anm. 355-389 (166-177).
- 17) “Wie für den Einzelnen, so ist für die Völker der Umgang mit anderen ein unentbehrliches Lebenselement. Die Gesetzgebung darf nicht zur chinesischen Mauer werden” (引自 Meier-Hayoz, aaO. Anm. 362. S. 169).

最高法院五九年臺上字第一〇〇五號判決肯認外國立法例得視為法理而適用，並認為此係「本於誠實信用原則。」此項理由尚有檢討餘地。依本文見解，外國立法例之得視為法理而適用，係基於民法第一條所規定「法理」之規範意義，與民法第二一九條「誠實信用原則」無關。換言之，將外國立法例視為法理，並非本於「誠實信用原則」。法理者，間接之法源，所以補實體法之不足，誠實信用原則者，實體法上之一項規定，旨在規律權利之行使及義務之履行。二者規範功能不同，不宜混淆。

### 三、比較法方法論之基本問題

外國立法例（判例學說）得視為法理而適用，以補法律之不足，已詳上述。然則，外國立法例之適用，並非簡單容易之事。外國立法例如何選定？如何比較？其異同如何分析？在我國法上如何適用？均須藉助比較法之研究，並為比較法學之主要課題。

所謂比較法（comparative law），就是法律之比較研究（Rechtsvergleichung），是研究法律，認識法律之一種方法。法律之比較研究，自古有之，但直至二十世紀初葉，始受廣泛重視。第二次世界大戰之後，國際交往日趨頻繁，比較法學發展更為迅速，蔚然成爲一門獨立之學科，但終因爲時尚短，迄未能建立嚴密之方法論。本文僅提出若干基本問題，以供參考<sup>18</sup>。

18) 以下論述，係參考Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung（比較法導論），Bd. I, 1979, 尤其是 S. 12-48。本書體例完備，內容精闢，甚受國際法學界重視，目前已有英、日文譯本。

## 1. 問題之提出 (研究題目之選定)

如何提出比較法上之研究問題，並能期待其將產生良好之研究成績？關於此點，Zweigert 教授認為 Einfall (靈感) 最為重要<sup>19</sup>。所謂 Einfall，就是一方面能夠查覺本國法制之不足，一方面能夠意識到外國法律之有所助益。Max Weber 曾謂：「靈感來自努力」<sup>20</sup>。Zweigert 氏認為所謂努力，就法律比較研究而言，係指對本國法律具有批評性之通盤認識及經常研讀外國法制。

法制比較研究，可分為總體比較 ( Makrovergleichung ) 及個體研究 ( Mikrovergleichung )<sup>21</sup>。總體研究係以法律體系 ( Rechtssystem ) 及法系 ( Rechtskreis ) 作為研究對象，其目的在於發現各國法律之基本精神、特色及風格，並建立法系理論；在此方面，以英美法 ( Common Law ) 與大陸法 ( Civil Law ) 之比較研究最有成績。最近數年，資本主義法制與社會主義法制之比較，亦漸受重視，亦值吾人注意。個體研究係以個別法律規定或制度作為研究對象，其目的在於發現解決特定問題之法律對策<sup>22</sup>；在此方面，以 Causa 與 Consideration, Trust 與 Treuhand 之比較研究，最受注意<sup>23</sup>。總體比較研究有助於認識了解個別法律制度，個別法

19) Zweigert/Kötz, aaO. S. 29.

20) "Nur auf dem Boden ganz harter Arbeit bereitet sich normalerweise der Einfall vor" (引自 Zweigert/Kötz, aaO., S. 29).

21) Rheinstejn, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1974, S. 31f.

22) 最近文獻，參閱 Marketinis, Cause and Consideration in Parallel, 1978 C. L. J. 53 及所附之參考資料。

23) Kötz, Trust und Treuhand: eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandte Institute des deutschen Rechts, 1963.

律制度之比較研究，可作為總體研究之資料及基礎，二者相助相成，不可偏廢。

## 2. 被比較外國法律之選擇

### (一) 法系理論

研究問題決定之後，首要考慮之問題是，應該選擇那些國家之法律作為研究對象。此點涉及到法系理論，宜先行說明。

所謂法系理論，不外三個基本問題：①各國法律之歸類，組成法系，是否可能？②歸類標準何在？③特定國家應歸類，屬於何種法系<sup>24</sup>。關於各國法律歸類之必要性，衆所公認，無待詳述。至於歸類標準，則學者見解不一，尚無定論<sup>25</sup>。

法國比較法學者 David 氏在其一九五〇年出版之「*Trité élémentaire de droit civil comparé*」(比較民法導論)，曾提出二個法系歸類標準：一為意識形態 ( *Ideologie* ) ( 宗教、哲學、政治經濟及社會結構等 )，二為法律之技術。David 氏根據此二項標準，將世界各國法律歸納為五個法系：西方法系，蘇俄法系，伊斯蘭法系，印度法系及中國法系。其後 David 氏修正其觀點，將西方法律分為羅馬、日耳曼法系及普通 ( 英美 ) 法系；將伊斯蘭法系、印度法系、中國法系及新創之非洲法系概括歸類於「宗教與傳統法系 ( *droit religieux et traditionnels* )」<sup>26</sup>。最近德國學者

24) Zweigert/Kötz, aaO. S. 67f.

25) 關於法系理論之基本問題，尚請參閱 Arminjon/Noide-Wolff, *Traité de droit civil comparé I* (1950), p.42-53; David, *Trate élémentaire de droit civil comparé*(1950), p. 222-226, 及 *Les grands systèmes de droit contemporains* (1966) S. 12-18. ( 本書深受國際比較法學界重視，目前有英、德文譯本 )。

26) David, aaO.

Zweigert 氏在其所著「Einführung in die Rechtsvergleichung (比較法導論)」一書，倡導「法律風格」(Rechtstile)理論，認為每一個國家之法律均有其風格，由五項因素構成之：①法律之淵源及背景。②法律思維方法。③具有代表性之法律制度。④法源及其解釋。⑤意識形態。Zweigert 氏根據其所創之法律風格理論，將世界各國法律綜合歸納為八個法系：羅馬法系，德國法系，斯堪的那維亞法系，普通(英美)法系，社會主義法系，遠東法系(中國及日本)，伊斯蘭法系及印度法系<sup>27</sup>。

世界上法律衆多，法系歸類，實屬不易，難有定論，但有應特別說明者三點：①中國法系淵源流長，自成風格，向具獨特地位，二十世紀以來雖迭遭變革，但其基本價值仍為外國法學家所公認<sup>28</sup>。②在西方社會，大陸法系(Civil Law)與英美法(Common Law)對立併存，前者以羅馬法及日耳曼法為基礎，重視成文法(法典化)，後者以判例為骨幹，重視個案推理，各具風格，現代各國法律莫不受其影響。③社會主義國家(例如蘇俄，匈牙利等)，其法制背景與立法技術，雖與大陸法系有相當密切之關係，但另有其獨特之法律觀，儼然自成體系，在比較法上亦不宜忽視。

## (二)被比較國家法律之選擇

外國立法例之選擇，理論上應視研究問題之性質及研究目的而定。實際上，則多受客觀及主觀因素(例如語言及資料)之限制，惟一般言之，應該選擇同一法系或相接近法系中具有代表性

27) Zweigert/Kötz, aaO. S. 67-80. 關於中國法系部分，請參閱 S. 419-427.

28) 請參閱戴炎輝先生七秩華誕祝賀論文集，第一九九頁。

國家之法律。我國法律於世界中，雖卓然自成獨立體系，但現行法制係以德國法為藍本並兼採瑞士立法例（尤其是在民法方面），因此德瑞兩國法制應優先列入研究對象，實屬當然。日本民法基本上亦係繼受德國法，併受法國法之影響，尚難謂係具有創設性之法律。惟日本法學進步，著作豐富，社會背景與我國亦多相近，其判例學說如何解釋適用繼受之外國法律，以適應日本社會之需要，最具啓示性<sup>29</sup>，自有比較研究之價值。又法國法與德國法同屬大陸法系，一八〇四年制定之法國民法，堪稱為劃時代之創舉，為比利時、盧森堡、南美諸國所繼受；法國比較法學者輩出，對比較法學之發展，貢獻至鉅。我國關於法國法之論著尚不多見，實有加強研究之必要<sup>30</sup>。

英美法係以判例為基礎，其思維方式，概念體系與我國法制殊有不同，但不能據此而否定其在比較研究上之價值。最近我國學者對英美法上之信託制度（Trust）及產品責任（Products Liability），論著增多<sup>31</sup>，實為可喜之現象。再者，最近立法亦漸受美國法制影響，民國五十二年公佈之「動產擔保交易法」，即其著例，為探求立法原意，美國法制之比較研究，實有必要，不容置疑。

最後，應再說明的是，我國學者徵引蘇俄民法立法例，取資比較者，亦時有之。按蘇俄固有法制深受拜占庭（東羅馬）法學之影響，與德國法學亦甚有接觸，惟自一九一九年十月革命之後

29) 參閱北川善太郎，日本の法と歴史，昭和四三年。

30) 關於法國民法之發展趨勢，參閱藍瀛芳，法國民法典之修正研究，司法行政部，六七年。

31) 例如楊崇森，信託之基本觀點，中興法學，第八期，第十三頁；何孝元，信託法之研究，中興法學，第十期，第一頁。周宇，美國法關於製造商對過敏消費者之責任，中興法學，第十三期，第七五頁。



，即採取馬克思——列寧之唯物法律觀<sup>32</sup>，雖不能因此而否認其與我國法制在比較研究上之價值，但應特別留意其基本思想之不同，自不待言<sup>33</sup>。

### 3. 法源

在大陸法系國家，法律係以法條（Rechtsätze）形態表現，著於法典，援引比較，自稱簡便，因此容易流為「法條比較」（Paragrafenvergleicung）。為發現「活的法律」（living law），在法律比較上，法源應擴大及於判例學說，如若可能，交易慣例亦應斟酌。德國比較法權威學者 Rabel 教授曾謂：「有法律而無相關判決，猶如僅有骨骼而無肌肉。通說理論係法律之神經」<sup>34</sup>。判例學說不但補充法律之不足，而且也經常修正變更法律之內容，例如，德國判例學說所創設之 culpa in contrahendo（締約上過失）； positive Vertragsverletzung（積極侵害契約）及 Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte（附保護第三人作用之契約）三項制度，根本改變了德國之契約法<sup>35</sup>。又一八〇四年之法國民法關於侵權

32) 關於蘇俄法制，請參閱Berman, Justice in the U.S.S.R.: An interpretation of Soviet Law; 1963; Geilke, Einführung in das Sovietrecht 1966; Genkin-Bratus-Lunz-Nowizke, Sovietisches Zivilrecht, 1953; Hazard, Law and Social Change in U. S. S. R. 1953; Lafave, Law in the Soviet Society, 1965.

33) 參閱Jakobs, Zur Methode der Zivilrechtsvergleichung zwischen Rechten aus verschiedenen Gesellschaftsordnung, OER, 1963, 108; Loeber, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedenen Wirtschaftsordnung, RabelsZ 26 (1961) 201.

34) 「Ein Gesetz ist ohne die zugehörige Rechtssprechung nur wie ein Skelett ohne Muskel. Und die Nerven sind die herrschenden Lehrmeinungen.」 Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925, S. 4.

35) 參閱拙著「締約上之過失」，民法學說與判例研究第一冊，六七年，第七七