

民俗志研究(一)

郑玉波著

國立臺灣大學法學叢書(三)

民商法問題研究(一)

鄭 玉 波 著

國立臺灣大學法律學系教授

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

著者簡介

中華民國五年十二月二十一日生

學 歷 日本京都帝國大學畢業

現 職 司法院大法官

兼國立臺灣大學法學院法律學系及法律學研究所教授

著 作 見前頁一覽表

版 權 所 有
翻 印 必 究

國立臺灣大學法學叢書(三)

民商法問題研究(一)

著 作 者 鄭 玉 波

叢書編輯 國立臺灣大學法律學系法學叢書編輯委員會

印 刷 者 永 裕 印 刷 廠

總 經 銷 三 民 書 局

臺北市重慶南路一段六十一號

郵 撥：0009998-5

電 話：3617511

定 價 平裝 新臺幣 貳佰捌拾元
精裝 新臺幣 叁佰肆拾元

中華民國六十五年二月初版

中華民國八十年十一月五版

自序

臺大法律學系主任王澤鑑博士，熱心提倡法學之研究，組成法學叢書編輯委員會，陸續刊行法學叢書，賦理想於實踐，邀余檢著參加出版，共襄斯舉。余感於盛情，苦無佳構，不得已，乃將歷年來發表之專文，先選出六十篇，約得六十萬言，大致依法典章次排列，彙成文集一冊，名曰：「民商法問題研究(一)」，用付剞劂，敝帚自珍，濫竽充數而已。

按此六十篇中，近作固多，舊著亦夥，因而其中所引法條，業經修正或廢止者有之，茲為切合現實，均照現行法予以改訂，以免有明日黃花之感。惟「修正公司法芻議」「新公司法研評」二篇，重在當時情況之檢討，不得不維持原貌，致所引法條，一仍舊貫。但本書篇數既多，內容又廣，疏漏之處，在所難免，倘蒙高明不吝賜教，至為感幸。

本書之成，胥賴學棣劉宗榮碩士大力襄助，選編、洽印，一手完成，備極辛勞。至於校對工作，除劉棣外，復承黃國鐘、楊炳禎、劉清雲、黃虹霞、謝裕、陳麗美及王麗娜諸同學細心擔任，於此一併誌謝。又本書各篇，曾發表於各刊物，當茲出版專集之今日，順向各該刊物友好重致謝意。

鄭玉波序於臺大法學院教授研究室

中華民國六十五年二月九日

目 次

自序	1
✓一、憲法與民法	1
✓二、法源論	11
✓三、論法人之侵權行為能力及其損害賠償責任	17
✓四、論「從隨主原則」對於法律關係之支配	25
○五、論公序良俗	33
✓六、論動的安全與靜的安全	39
✓七、消滅時效制度在羅馬法上之形成	45
✓八、權利濫用之研究	49
✓九、無因管理之研究	57
✓十、準無因管理	85
✓十一、論民法上無因管理規定之修正	89
✓十二、不法原因給付之分析	97
✓十三、不法原因給付與第三人之關係	107
* ✓十四、民事責任之分析	113
✓十五、安樂死之民事問題	123
✓十六、「過失」在民法上之作用	129
十七、論民法上過失相抵與海商法上之共同過失	133
*十八、公害與民事責任	145
*十九、食品公害與消費者	153
*二十、論公害之損害賠償	161
✓二十一、金錢債務之特點	169
✓二十二、利息債權在法律上之特點	175
✓二十三、代位之研究	181
✓二十四、情事變更原則	189
✓二十五、準共有之債及共同共有之債	195

✓二十六、不真正連帶債務·····	201
✓二十七、論履行承擔與契約承擔·····	205
✓二十八、論債之清償與軍人及其家屬之優待·····	209
✓二十九、論更改·····	215
✓三十、論代物清償與瑕疵擔保·····	221
✓三十一、抵銷之研究·····	229
三十二、論房屋租賃契約之終止與軍人及其家屬之優待·····	255
三十三、論出版契約·····	263
三十四、論經理人·····	275
三十五、寄託論·····	289
三十六、論倉單·····	321
✓三十七、論連帶保證·····	327
✓三十八、從法律觀點看貨幣的所有權·····	343
✓三十九、論不動產之相鄰關係·····	351
✓四十、應有部分與抵押權·····	363
✓四十一、論抵押物之代位·····	385
✓四十二、各種動產擔保相互關係之分析·····	391
✓四十三、論典權與買賣、抵押及租賃之關係·····	407
✓四十四、論先買權·····	415
四十五、論典物之回贖與軍人及其家屬之優待·····	431
四十六、商事法之基本理論·····	439
四十七、修正公司法芻議·····	451
四十八、新公司法研評·····	463
✓四十九、背書基本問題之研究·····	481
✓五十、論票據之公示催告、除權判決與善意取得·····	507
✓五十一、論「見票即付之滙票」之時效·····	519
✓五十二、受益償還請求權之研究·····	525
五十三、論再保險之法律性質及營業範圍·····	537
五十四、論賦稅法學·····	547

五十五、稅法之最高理念與稅法之解釋及適用·····	553
五十六、稅法之最高原則與稅法之解釋及適用·····	563
五十七、稅法之解釋方法·····	573
五十八、稅法之解釋要素·····	585
五十九、租稅法上可否爲反於法律文義之解釋·····	609
六 十、論租稅債權與優先權·····	617

憲法與民法

一、引言

一部輝煌之憲法，全國同胞之歸心，乃反攻復國之兩大原動力，善於掌握，則所謂「湯武以百里昌，桀紂以天下亡」¹之歷史，豈難重演於今日？惟憲法輝煌，貴在確行，而行憲之道非一，「以法行法」乃其要者也。蓋憲法所規定者不過為大綱領、大原則而已，其實行也，必有待乎其他法律之推動，始能發揚光大其效果。例如憲法中所規定之政府機關，必有待乎各該有關之組織法，始能成立而活動；所規定之基本國策，必有待乎各該有關法規之制定，始能付諸實施；而所規定之人民權利義務，亦必待乎各種法律之頒行，始能收到切實之保障均是。可見以諸法行憲法，憲法為諸法之體，諸法為憲法之用，諸法完善，憲法之宏效斯彰，其間關係之密切，不言可喻。

諸法與憲法有密切之關係，已如上述，民法為規律人民財產及身分關係之基本法，其與憲法之關係尤為密切。如詳加論述，難免千頭萬緒，筆不罄書，茲僅就①法律之效力，②財產權之保障，及③公務員之民事責任三者，論述憲法與民法之關係如下：

二、就法律之效力言

憲法第一七一條第一項有：「法律與憲法牴觸者無效」之規定，可見憲法之效力高於普通法律，普通法律不可與憲法牴觸，否則無效。民法雖為私法之基本大法，但究未脫離普通法律之範疇，故其效力亦在憲法之下，而不可與憲法牴觸。然則我民法之各種規定，究與憲法有無牴觸之處？按我民法制定公布在前，而憲法制定公布在後，

1 語出戰國策楚策莊辛論幸臣。

則民法牴觸憲法處，想不在少。其實不然，因我憲法係依據國父遺教而制定（見憲法前言），而民法則先由中央政治會議制定「立法原則」，然後立法根據此項原則，採取近世文明諸國之立法例，而制定現行之民法法典。中央政治會議所通過之立法原則，係根據國父遺教，則現行民法法典自亦以國父遺教為依歸。因而民法雖制定於行憲之前，但因與憲法同係出於遺教之故，在原則上不可能牴觸，故行憲後民法未加修正，而仍行之無礙者以此²。

國父遺教出於國父思想，而國父思想之根源係繼承我國古聖先賢之道統，而旁採近世文明之新思想，以綜其大成³，故國父遺教當然包括忠孝仁愛信義和平之固有道德，及自由、平等、博愛之西洋思想，因而我憲法及民法亦均以此等理念為最高原則，茲舉例言之：

(一)關於自由者

(1)憲法第八條規定人身自由；而民法第一七條亦規定自由之保護。雖前者係就人民與國家之關係而言，後者係就人民與人民之關係而言，但其為自由則一也。故民法與憲法之立法精神不謀而合。

(2)憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由；而民法第二〇條及第二四條亦規定自然人得以自由之意思設定或廢止其住所。可見與憲法之規定互相呼應。

(3)憲法第一四條規定人民有集會及結社之自由；而民法上亦設有合夥（民法第六六七條以下）及法人（民法第二五條以下）之規定，合夥適用契約自由原則，法人則適用準則主義，二者在成立上均不受

2 歐陸民法二十世紀初葉，轉趨道德化，我國恰於斯時繼受之而制定民法法典，故與我國固有道德傳統大致融洽無間。然立法當時設非遵奉國父遺教之昭示，自亦不可能獨具慧眼而吸收此優良之立法例也。

3 國父曾謂：「余之謀中國革命，其所持之主義，有因襲吾國固有之思想者，有規撫歐洲之學說事蹟者，有吾所獨見而創獲者。」又謂：「中國有一個道統，堯、舜、禹、湯、文、武、周公、孔子相繼不絕，我的思想基礎，就是這個道統，我的革命，就是繼承這個正統思想，來發揚光大。」（前者見雜著：中國革命史，後者見三民主義：民族主義第三講）

有多大之限制，符合憲法之精神。

(二)關於平等者

(1)憲法第五條規定各民族一律平等；而民法第六條規定自然人均因出生而取得權利能力，不設任何之差別；又民法第一二條以下所規定之行爲能力，於同一條件之下，任何人亦均能具有之。同時於第一六條更規定權利能力及行爲能力不得拋棄，以免造成人爲的不平等。

(2)憲法第七條規定男女平等；而民法上有關男女平等之規定更多，例如①配偶互相繼承（民法第一一四四條），②夫妻之離婚條件原則相同（民法第一〇五三條），③收養子女時須得其配偶之同意（民法第一〇七四條），④男女均得爲家長（民法第一一二四條），⑤男女平等繼承（民法第一一三八條），⑥男女均得爲監護人（民法第一〇九四條）⑦父母共同行使對於子女之權利及負擔義務（民法第一〇八九條）。凡此均符合憲法上男女平等之要義也。

(3)憲法第一五四條規定勞資雙方應本協調合作原則，發展生產事業。此乃寓有勞資平等之理念；在民法上僱傭契約之規定，對於僱用人與受僱人間亦採取平等原則，報酬與勞務平等互換，雙方均有同樣終止契約之權利（民法第四八四、四八九條），絕不容有主僕舊觀念之存在。

(三)關於博愛者

憲法中關於博愛之原則，雖無專條之設，然於人民之權利義務章及基本國策章，多有此種精神，例如憲法第二三條之除外規定爲防止妨礙他人自由或增進公共利益所必要者，得以法律限制人民之自由權利，是則博愛思想之表現也；又如憲法第一四二條規定，國民經濟應以民生主義爲基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足。第一五一條規定國家對於僑居國外之國民，應扶助並保護其經濟事業之發展；第一五三條二項規定婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以特別之保護，凡此亦均爲博愛精神之流露也。

民法之規定中具有博愛之精神者，如胎兒之視爲既已出生（民法第七條），權利濫用之禁止（民法第一四八、一〇九〇條），賠償金

額因賠償義務人生計關係之酌減（民法第二一八條），清償債務因債務人境況困窘之緩期（民法第三一八條），贈與因贈與人經濟狀況顯變之拒絕履行（民法第四一八條），收養子女之許可（民法第一〇七二條），非婚生子女之認領（民法第一〇六五條），利息之限制（民法第二〇五、二〇七條），暴利之禁止（民法第七四條），約定違約金過高之減少（民法第二五二條），未成年人及禁治產人之保護（民法第一三、一五、七五條）等等，均有博愛精神洋溢乎其間也。

此外民法上對於公共秩序及善良風俗之尊重（民法第二、三六、七二條、一八四條下段、第九三〇條），誠實信由原則之揭櫫（民法第二一九、五七一條），衡平責任之建立（民法第一八七條三、四項、第一八八條第二項），和解制度之設置（民法第七三條），無一而非法律之道德化，而爲我固有道德之發揚也。

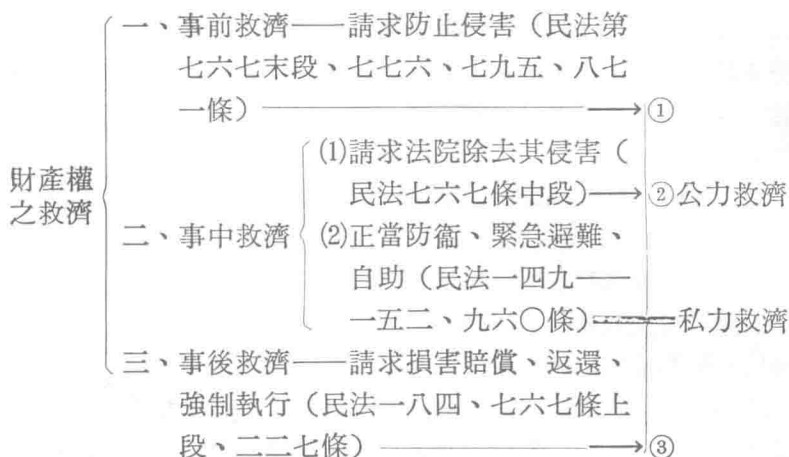
由以上各點觀之，我民法不惟不牴觸憲法，且更能配合憲法，而足以發揚光大之。所以如此者，均爲 國父遺教之所賜耳。

三、就財產權之保障言

憲法第一五條規定人民之財產權應予保障。保障財產權固不限於民法（如刑法上之竊盜、搶奪、強盜、侵佔、毀棄損壞等罪，亦均爲保障財產權而設），但畢竟以民法爲主。至所謂財產權，不外爲物權、債權、準物權及無體財產權四種。而其保障之方法，亦不外爲享有上之保障、取得上之保障、及行使上之保障三者而已。茲就此三種保障分述之：

(一)享有上之保障

民法關於財產權享有上之保障有：①凡人不問其爲自然人或法人均具有權利能力，而均得享有財產權（民法第六、二六條），②民法並保障其財產權之不受侵害，否則不但得訴請公力的救濟，有時且得爲私力救濟，其情形有如下圖：



由於上圖可知民法上關於權利之享有受侵害時，設有救濟途徑甚多，法諺所謂「有權利，斯有救濟」(Ubi jus, ibi remedium; Where there is a right, there is a remedy.) 者此也。有此種種救濟，則財產權之享有，獲得有保障矣。

(二)取得上之保障

憲法上不但於第一五條抽象的規定人民之財產權應予保障如上述，且於第一四三條具體規定：「中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。」於第一四八條亦規定：「中華民國領域內，一切貨物應許自由流通。」憲法上對於人民取得財產權之重視，於此可見。

民法上對於財產權取得之保障，分兩種情形：

(1)財產權取得之迅速及簡便之保障 人民取得財產權在時間上應使迅速取得，在手續上應使簡便取得在，斯乃符合人民之需要。民法上為此所採取之原則如下：①契約自由原則：契約自由原則為意思自治原則之具體表現，我民法採之（民法第一五三條），吾人基於此一原則，極易成立契約而取得財產權。②債權之可讓與性：我民法對於債權賦與可讓與性（民法第二九四條），俾能自由流通，同時對於債權讓與之程序，亦異常簡化，祇要當事人意思合致通知債務人即可（

民法第二九七條)，不以具有任何方式爲必要。③動產物權依交付而移轉：我民法對於動產物權之移轉，採取交付主義，交付不限於現實交付，觀念交付亦無不可（民法第七六一條），斯乃着眼於迅速簡便而設者也。

(2)財產權取得之安全及確實之保障 取得財產權除迅速簡便外，尚須安全確實始可，民法上爲此所採取之手段如下：①對於不動產物權之取得，採取登記制度（民法第七五八條），同時賦與登記以公信用，以保障安全取得（土地法第四三條、司法院第一九一九號解釋）；②對於動產物權之取得採取善意受讓制度（民法第八〇一、八八六、九四八條），以策取得之安全。③對於債權之取得，採取表見代理（民法第一六九、一〇七條）及表見讓與制度（民法第二九八條），使善意人在取得債權上受到安全之保障。④設有訂約過失（*Culpa in contrahendo*）、定金、違約金及瑕疵擔保等制度（民法第二四七、二四八、二五〇、三四九、三五四條），俾財產權之取得臻於確實。

(三)行使上之保障

行使權利在民法上亦設有種種保障：①所有權行使及不行使均有自由：民法第七六五條明定：「所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並得排除他人之干涉。」可見所有權之行使，饒有自由，其反面不行使亦有自由。②債權行使之自由：民法一九九條第一項規定：「債權人基於債之關係得向債務人請求給付。」斯即表示債權人有行使債權之自由。③所有權及債權既均得自由行使，如有妨礙其行使者，民法上乃設有物上請求權（民法第七六七條）及侵權行爲（民法第一八四條）等制度以保障之，俾行使權利，除權利濫用外，均能獲得保障。法諺所謂：「行使自己之權利，無論對於何人皆非不法」（*Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.*）者是也。

綜據上述可見民法上對於財產權之享有、取得及行使三者，極盡保障之能事，符合憲法保障人民財產權之意旨。

四、就公務員之民事責任言

憲法第二四條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任；被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」可知公務員違法侵害人民之自由或權利時，可發生下列兩種結果：

(一)公務員個人之責任 公務員個人之責任有三：①懲戒責任，即行政上之責任是也；②刑事責任，即應受刑事制裁是也；③民事責任，即應負損害賠償責任是也。（詳後述之）

(二)國家之責任 就公務員之侵權行為，國家亦應對被害人負損害賠償責任。不過被害人民向國家請求賠償時，須另有專法之依據始可。此之所謂專法在外國多有「國家賠償法」之制定⁴，適用於各類公務員之侵權行為，我國目前雖尚無統一的國家賠償法，但就司法人員，設有「冤獄賠償法」；就警察人員，設有「警械使用條例」第十條之規定；就地政人員，設有「土地法」第六八條之規定；就財稅人員，未設專法，但得依行政訴訟法第二條之規定，向財稅機關請求損害賠償。按公務員與人民之自由或權利接觸機會最多，而有侵害時，其情形亦最爲嚴重者，莫過於司法人員、警察人員、地政人員及財稅人員四種公務員。現我國就此四者之侵權行為，被害人民向國家請求賠償，既已分別有法律可資依據，則憲法第二四條末段之規定，可謂大部分已見諸事實，而發揮作用矣。不過欽期盡美盡善，仍以制定統一的國家賠償法爲宜。因可侵害人民權利者，雖以上述之四種公務員爲主，但不以此限，其他之公務員亦均可能發生侵害人民自由或權利

4 德國有「國家責任法」(Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten; von 22 Mai 1910)，其後西德則有「基本法」(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 1949)第三四條之規定。日本於昭和二年十月以法律第二五號公布「國家賠償法」六條。韓國於一九五一年九月以法律第二三一號公布「國家賠償法」，其後於一九六七年三月以法律第一八九九號又公布「國家賠償法」一七條，是爲新的國家賠償法。

之問題。例如外交人員職司外交，乍視之似僅涉外，而無直接侵害國內人民權利之機會，其實不然。近世求學、經商、競技，人民出國頻繁，倘外交人員故意或因過失拒發或遲發護照時，則非侵害人民權利而何？可見任何公務員在執行職務上均不免有侵害人民權利之可能也。因而自以制定國家賠償法適用於任何公務員之侵權行為為妥。

其次公務員個人所負之民事責任，依民法第一八六條規定：「公務員因故意或過失違背對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受損者，負賠償責任；其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。」可知公務員對其侵權行為雖應負損害賠償責任，但其責任却較一般入侵權行為之賠償責任為輕。第一、一般人侵害他人權利，不論出於故意或過失，同樣賠償，但公務員之侵權行為出於故意者，固逕應賠償，然如出於過失者，則以被害人不能依他項方法受賠償時為限，始負賠償責任。亦即此時公務員之賠償責任，成為第二位次的責任(Secondarily liable)，與保證人之具有先訴抗辯權(民法第七四五條)之情形相類似。第二、一般人侵權行為，如被害人與有過失者，則法院得減輕賠償金額或免除之(民法第二一七條)，所謂過失相抵(Compensatio Culpa)是也；但公務員之侵權行為，不論出於故意或過失，如被害人得依法律之救濟方法(例如上訴，請求更正或複查，訴願、行政訴訟)，除去其損害，而因故意或過失不為之者，則公務員逕可不負賠償責任，無待乎法院之減輕或免除。由於以上兩點觀之，公務員侵權行為之賠償責任較一般人為輕。所以如此者，因公務員係為大眾服務，對象複雜，工作繁重，除故意侵害第三人之權利者外，其由於過失者，實情有可原，故法律上乃減輕其責任，否則一面要求公務員勇於服務，一面又加重其責任，影響所及，難免造成公務員抱有「多做多錯，少做少錯，不做不錯，得過且過」之消極態度，結果國家行政之推動受其阻礙，當非明智之策。加以公務員之侵權行為，除負民事責任外，尚須負懲戒責任及刑事責任，依理言之，已屬過重，故應減

輕其民事責任，以期衡平。

上述公務員之侵權行爲，公務員個人負責任，國家亦負責任，純爲民主憲政體制下之產物，在昔君主專制時代，「普天之下，莫非王土，率土之濱，莫非王臣」，所有軍隊爲皇帝之軍隊，所有官吏爲皇帝之爪牙，祇對皇帝盡忠並非對人民服務，故其官吏對於人民既無賠償責任之可言，而皇帝對於人民更無負賠償責任之觀念。於今則不然，人民爲國家之主人，公務員爲人民之公僕，故公務員因執行職務，侵害人民之權利時，國家及公務員個人均應負損害責任，此乃民主政治，法治國家之優點也。

五、結 語

綜據上述可知，我憲法爲進步之憲法，我民法亦爲進步之民法，雖民法之公布施行在前，但對於憲法中有關民法之規定，民法上已盡其推動發揮之能事。立法諸先賢之功，值得讚佩！惟民法公布施行，迄今已四十餘年，此期間我國社會情況之變遷，較以前任何時期爲劇烈，立法當初未能預料之事項，層出不窮，例如公害問題、消費者之保護問題、公寓租賃之問題、隱私權（privacy）之問題、人事保證之問題、限額抵押之問題，及人工授孕所生子女之問題等等，在現行法上均乏規定，極應加以補充。況此等問題，大部分屬於我憲法第一五條所規定之人民之「生存權」應予保障之問題，爲期民法與憲法配合，此等問題於修正民法時，允應優先列入也。

（原載憲政思潮季刊第二十九期，民國六四年元月）

