

大 學 用 書

現代民法基本問題

鄭 刁 玉 榮 波 華 等 主 著
編

東亞法律叢書
漢林出版
社印
②行



版 權 所 有 • 翻 印 必 究

東 亞 法 律 叢 書 刀 榮 華 主 編

現代民法基本問題

基本定價：平裝肆圓

主 編 者 刁 榮 華

出 版 者 漢 林 出 版 社

臺北市重慶南路一段63號909室
電話 三七一九八七五
郵政劃撥一〇八八三二號

經 銷 處 三 民 書 局

印 刷 者 吉 豐 印 刷 公 司

中華民國七十年元月初版
新聞局局版業字第一四九三號

書 用 學

現代民法基本問題

鄭 玉 波 等
主 編

東亞法律叢書

現代民法基本問題前言

刁榮華

學者有謂，人類因群居而營社會生活，必有其共同遵守之規範，以規律社會各組成分子之行動，始足以維繫社會之組織，而保持其秩序與安寧。各種規範之中，如宗教、道德及禮儀等，雖非無拘束人類行為之效力，但如有違犯，僅受輿論或社會人士之指摘或良心之譴責，並不若法律之具有強制力量。蓋法律乃國家組織以強制力為後盾而保障其施行，如有違犯，必有所制裁，重者加以懲罰，輕亦予行為人以種種不利之後果，是乃法律所以異於其他社會規範之特色。人類文明進化，法律日趨繁雜，其所規定內容，有直接與國家生活關連者，如關於政府之組織，或政府與人民間統治關係之種種法律，乃形成學者間所稱之公法。譬如憲法、刑法、訴訟法等，即屬此範圍。亦有所規定內容，僅涉社會各組織成分子私人間之權利義務關係而與國家生活無何直接關連者，遂形成通稱之所謂私法。譬如民法、票據法、保險法等均是。不過近年以來，社會本位之法律思想漸趨發達，國家對於私人事務之干涉，亦趨積極，故私法規定，亦漸漸以社會之公共利益為前提，私法有公法化傾向，公私法界限愈形模糊，若干學者且根本否認公私法之分類為合理（註①），深具灼見。

民法所規定者為團體構成成員私人互相關係之生活規範，如借貸、財產所有權關係及夫婦、親子等人事身分關係，均為狹義之社會生活，故屬於私法之範圍。然民法所規定者，係一般社會生活之規律，僅為私法之原則，並非私法之全部。民事法律之成立，由於國家機關以明文制定者，曰成文法，如

民法典及特別民法法規是；由於國民生活習慣，非經明文制定者，曰不成文法，如習慣民法及判例民法是，學者稱此爲民法之法源（註③）。就各事實之關係，按其情節，於適用法律時有伸縮性者，謂之衡平法，即公平衡量是。如我民法第三百十八條第一項但書：「但法院得斟酌債務人之境況，許其於無甚害於債權人利益之相當期限內，分期給付，或緩期清償」；同法第二百五十二條：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額」等規定是。就某種特定事實，使其發生某法律效果，係強制性規定，無公平衡量之餘地者，是爲嚴正法，如土地法第三十條第一項前段：「私有農地所有權之移轉，其承受人以承受後能自耕者爲限」；民法第九百八十二條：「結婚，應有公開之儀式及二人以上之證人」等規定是（註④）。

學者就法律之分類，又有普通法與特別法之別，即凡適用於一般事項，一般人或一般地區者爲普通法，適用於特定事項或特定少數人或特定區域者爲特別法。在廣義民法範圍以內，就法律規定事項而論，民法乃就一般私權關係事項，作概括規定，故爲普通法；而如土地法、公司法、利率管理條例，乃僅就特定事項爲規定，則爲特別法。就適用法律之人而言，民法乃就一般國民而爲適用，故爲普通法；而如軍人及其家屬優待條例，乃僅就軍人及其家屬始有適用，則爲特別法。就適用法律之地區言，民法係就全國地區普遍適用，爲普通法；而如實施都市平均地權條例，則僅就都市地區始有適用，亦爲特別法。所謂普通法與特別法，並非爲絕對的，而係相對比較的結果。故土地法雖爲民法之特別法，但與耕地三七五減租條例相比較，又成爲後者之普通法。依法律適用原則，特別法優先於普通法，有排除普通法適用之效力。故如耕地租賃事項，土地法已有規定，即可排除民法之適用，但如耕

地三七五減租條例復有特別規定，即並土地法之規定亦摒棄不用。又如現役軍人入營前所欠公私債務，如於服役期內到期，而無力清償者，即依軍人及其家屬優待條例第七條規定得延至服役期滿後一年或二年內爲清償，即不能復引民法規定逕於其服役期內請求給付（註④）。

惟觀近代民法之編纂，既造端於十八世紀，時值個人主義思想風靡一時，故民法之基調，自不外爲個人主義的法律理想，「一個人人格之絕對的尊重」，遂爲近世民法之最高指導原理。因此又分演爲三大原則。第一爲所有權絕對之原則。各個財產，咸屬於個人之私有，所有權爲神聖不可侵犯之權利，權利之行使與否，悉屬個人之自由，無論何人，皆不得加以干涉，以確保個人之所有權。第二爲契約自由之原則，個人意思之行動，絕對自由，故各個人之取得權利，負擔義務，亦應由於個人之意思，因契約締結而成立，契約之內容、方式、以及相對人選擇，亦純委之於當事人之自由，國家不積極的予以干涉。第三爲自己責任之原則。個人之行爲，損害及於他人時，如係由於自己之意思（故意、過失），始負賠償責任。反之，自己如無過失時，即不負責，至於他人之加害行爲，更無任何責任。此三大原則，始見於法國大革命時之人權宣言，繼而於一八〇四年，法國民法上，遂有具體的規定。第以十九世紀之各國民法，亦莫不繼承此種思想，奉爲圭臬。此等原則，使私有財產制度，獲得法律的根據，各個人之財產，得有確定的保障，以從事於自由競爭，中古世紀，封建社會之法律秩序，遂因之而根本顛覆，並促進近代資本主義之發達。其對於人類文化之貢獻，自非吾人所得漠視。然時至今日，資本主義的經濟組織，既達爛熟之期，其弊害之顯著，日甚一日，亟待救濟。於是近世私法之根本理論遂不得不從事修正，以適應社會之需要。茲就此三大原則之修正理論，略述之如左：

(一)所有權之社會化 近代法上所有權之理論，以爲所有權之本質，即在於抽象的「所有」。保護此種所有之事實，即爲法律無上之使命，其所有人對所有物如何利用，則法律上毫無顧慮之必要，亦無干涉之可能。是爲所有權觀念本身之錯誤。最新法律思想，以爲私有財產制度，乃係將社會上之物資，信託於個人，其目的原在使其利用，不在使其「所有」。是以法律對於所有權之保護，非保障財貨之分配而使其固定，乃在使其利用，以發揮物資之完全的效用。故法律之使命，非在保護所有人個人之利益，而在保護信託個人分配財貨之社會的福祉，故所有權之行使，必須顧及社會全體的利益，且於社會生活之必要上，所有人必須利用其所有物，不得放置，始得謂爲發揮所有權之最高效率，是爲所有權社會化之理論。他如權利濫用之法理（參考民法第一四八條），亦係對於所有權絕對性之修正，出於同樣之旨趣。

(二)契約自由之限制 中古世紀，個人之社會生活關係，悉由其階級身分而決定，個人毫無意思之自由，是以所謂契約自由之原則，打破封建社會之沉滯狀態，使各個人從事於自由的經濟活動，對於文化進步，貢獻自不在少。然因資本主義發達，財富集中，促進大企業之組織化。因此，凡企業關係之契約（如大工廠之雇傭契約），其內容皆爲定型化，不容相對人自由決定。且因資本之集中，遂有企業獨占的傾向，各個人遂亦失其選擇相對人之自由。至其企業如係人生所必需（如電燈、自來水……），則當事人對於契約之締結與否，亦無自由之可言。於此等情形之下，契約關係殆悉由一方當事人（獨占的企業主）恣意爲之，他方當事人，除無條件的忍從而外，別無他法，於是契約自由之原則，擬打破封建社會之拘束，以實現自由之意思協定者，於今日之經濟情況之下，已不能達其目的。是

以契約自由之原則，遂於各方面加以限制，或對於重要之企業，由政府獨占、監督，以防止私人之壟斷；生活必須品之投機操縱，尤爲法所不許。或就契約內容，加以限制干涉，以保護經濟上之弱者，必要時，且得承認契約之強制締結；再如從事於主要之工業者，其同業者間往往有集團的協約，對於契約內容爲半治的限制，皆係對於契約自由之原則，所爲之修正，以適合社會生活之必要。

(三)無過失責任 自己責任之原則，僅就自己之加害行爲負責，且無過失，即無責任，其主要之理由，原在保護個人活動之自由，加強其責任意識，似亦合於正義公平之觀念。然因資本主義發達，大規模之企業激增，危險事項，比比皆是，若仍以自己責任爲原則，其結果往往有失公平。例如大工廠中之工人爲機械所傷，或行人爲電車、火車軋傷、於此情形，若非認明企業主體有過失，即不得請求賠償損害，則被害人實際上即無從獲得救濟。是以最近法律思想，咸傾向於無過失責任主義，凡經營危險事業，獲得利益者，不問有無過失，皆應使之負責。如近代歐美各國，對於火車、電車、飛機等交通事業，以及經營工廠、礦山、建築等所生之損害，類皆承認無過失責任。至於現行民法，雖仍以自己責任爲原則，僅就若干特殊情形，承認無過失責任之例外，然就最近社會情勢而言，過失責任主義，究不能適於社會生活之進展，無過失責任主義，當必有取而代之。茲我國最近所公布之國家賠償法，是爲一例。

於上述三大原則之修正而外，舉凡「交易安全之保護」、「公序良俗之觀念」、「誠實信用之原則」、「團體地位之尊重」……等莫非對於個人主義的法律理想之改進。蓋在個人主義的民法，原以尊重個人人格，保障個人權利爲其至上之使命。而最近民法則處處以社會之福祉爲前提，個人之利益

，僅限於社會利益調和之範圍內，爲法律所保障。故學者恆言，現代之民法係由個人本位趨向於社會本位。抑有進者，我國係以三民主義爲建國之根本原則，民生主義又以「平均地權」、「節制資本」爲目的，則我國民法之精神，在限制個人主義的思想，增進社會公共之福利，固不待言。他如社會主義及極權主義之國家，其政治原理，固有不同，而其以全體主義代替個人主義，則無二致，是則今後世界民法之動向殆可知已（註⑥）。

關於民法的研究方法，學者分爲：（一）法律學的方法；（二）社會學的方法。茲略述之於后：

（一）法律學的方法 法律學的方法係以實定法爲研究之對象。依文字解釋及論理解釋的方法，綜合分析，以闡明法律之精義。如註釋法學派及分析法學派之學者，類皆採取此種方法。此等學者，恆謂法律爲立法者有意識的創作物，故作眼於法規背後之權利及強制，法律之制裁應由國家司法機關執行，並嚴守三權分立的理論，以成文法爲典型的法律，習慣法及判例法，咸在排斥之列。如奧斯丁（John Austin）氏謂「法律學現實法律之學」法律學之任務，即在答覆「何爲法律，而非答覆「法律應爲如何。其研究方法，故遂僅局限於法律解釋學，而不及於立法學，且以此自滿。此種方法，至少有二種缺點。（一）純以形式理論爲根據，而將目的論的考察，置之度外，僅就法律的文字，依單純的形式論理方法，構成原理概念，更以此等概念爲基礎，形式的達到一定之結論，於實際生活上，究有若何意義，則全然不加考慮。如民法規定「土地所有權，包括其上下之所有權」（民法第五二條），學者每依形式論理的方法解釋謂土地所有權可以上至天空，下達地心，即其一例。此種研究方法。若發達極致，則法律必將變爲「由上空注入事實，由下空抽出判決之自動機械」。故葉寧格（R.

-dolf Von Jhering) 氏，乃譏之爲概念法學，蓋謂其純爲概念的構成也。(二)此種方法，既純以法規爲研究之對象，以爲藉此可以獨立的說明法律現象，故以爲法律學擁有獨特之範疇，自成完整之體系，可與社會游離而存在，實屬大謬。蓋法規不過爲法律生活現象之一，且法律爲社會生活之規範，必須使之適用於實際社會，始有其存在之價值，若徒爲理論而理論，致使法律生活與事實生活，背道而馳，自非立法之本意。故葉寧格(Rudolf Von Jhering)氏嘗指摘當時之法律學者，係安住於「法律的概念天國」，置實際生活於不顧，非無理由。

(二)社會學的方法 近時德法二國，有稱爲社會法學派之法律學者，因有鑑於法律學方法之失，故主張採取社會學的方法，研究法律。其主張之理由，蓋因法律爲社會法則，法律現象爲社會現象，故主張將法律學吸收入社會學之中，即以社會學的方法從事研究之。此種研究方法，不注重法律之抽象的規定，而重視法律所有之社會的作用。由法律之作用上，以觀察法律之理論，規定及其根本思想；法律之形式，僅屬手段。故不僅成文法爲法律的典型。即習慣判例，皆得構成爲法律之淵源。是以法律非立法者之創造物，而爲人類智力所能改良之一種社會制度，法律學者之任務，即在研究法律之得失，構成實際生活法則之「活法律」而適用之，俾法律與社會的目的相一致。因此，社會學者主張，司法官於裁判之際，應注意其裁判之具體的妥當性，對於各種不同事件，應個別的爲合理而且正當之解決。因此種理論，遂有所謂「自由法運動」以爲司法官有變更法律之權能，法律之對於司法官，不過爲指南針或教科書。雖然，若依此種主張，司法官可任意左右法律，結果，不免害及「法律安定」，似亦與法律之社會目的，有所違失，故學者對之，頗多非難。要之，社會法學派認識法律爲社會現

象，故提倡以社會學的方法，研究法律，以探求法律的社會作用，一面研究「活法律」而適用之；更一面以法律制度之改正爲法律學者之任務，以期完成法律之目的。凡此種種，皆能糾正法律學的方法之錯誤，其貢獻於法學界者，自不在小。然社會法學派之發生，原係對於過去法學界之反動，自亦不免有矯枉過正之處。蓋法律爲社會法則，法律現象爲社會現象，固不待言。因此，須採用社會學的方法以爲研究，亦爲吾人所首肯。然法律雖爲社會法則之一種，究與其他社會法則，性質有所不同，法律現象雖爲社會現象，然在一般社會現象中，要亦有其特色。以法律爲社會現象，即使之包含社會學之中，專以社會學的方法，從事研究，似亦不免失之於正鵠。

法律學的方法與社會學的方法，皆失之狹隘，非吾人之所能完全贊同，既如上述。學者以爲研究民法之際，必須兼取二者之長，始能成爲完全之學問。因此民法的研究方法應同時兼及二方面：其一，爲民法靜態的研究，主以法規爲研究之對象，就現行法典，從事詮釋之際，固不僅就法典文字，依形式論理的方法，從事於文字解釋，論理解釋，即可謂盡其能事，舉凡外國法之比較，固有法之探討，學者之學說，立法者之見解……皆爲研究現行民法上重要材料，此吾人所不能忽視者也。其二，爲民法動態的研究，主以法律現象研究之對象，法律現象原爲社會現象之一種，法律之規定，對於實際社會之結果如何，此種規定對於社會之進步，究有阻遏的作用抑有助長的作用，自爲吾人所應重視，以期成爲實際生活之「活法律」，使法律生活與社會生活，融和一致。於研究法律動態之際，社會上之習慣，各級法院之判例，固皆爲吾人研究之資料，必要時，且須就各種法律的社會現象，作統計學的調查，以期明確。然後，綜合靜態動態研究之結果，從事於立法的批判。蓋因法規原非一成不變之

規範，而爲人類智力所能改良，且能隨時修正之社會制度，則吾人之從事於民法研究，不僅以現行法之實用爲目的，且應以法律之改進，引爲己任。

要之，我國爲成文法主義的國家，吾人研究民法，自不應對於現行法典，棄置不顧，致貽游談無根之譏；然若純以法規之分析爲能事，則僅爲「法術」，尚不得謂爲「法學」，必須兼採社會學之方法，並爲立法學之研究，以達成法律之社會的目的。昔葉寧格（Rudolf Von Jhering）氏於羅馬法精神論一書中，嘗謂羅馬法之研究，當「經由羅馬法，而超越羅馬法」，吾人擬仿其言曰，民法之研究當「經由民法典，而超越民法典」。學者諸君，倘能於研究民法之始，謹識斯言，或可免於亡羊岐路之嘆（註⑥）。

茲附言者，本書係就作者已往發表之民法專題，加以整理而成，執筆先生，如鄭玉波、楊幼炯、何孝元、錢國成、馬元樞、孫森焱、王伯琦、諸葛魯、金世鼎、林榮耀、潘維和、楊崇森、開正懷、劉得寬、陳顧遠、林咏榮、梅仲協、戴東雄、姚淇清、張龍文、桂裕、施智謀、史尙寬、陳榮宗、姚瑞光、蔡章麟、莊柏林、陳世榮、楊與齡、汪禔成等，均爲當代名家，法學素養精深，特各選一篇，以饗讀者，其編列順序，先實體法而後程序法，先普通法而後特別法，並以法條次第排列，全書凡三十餘萬言，類多精心偉構，謹此向作者致感佩之忱。又本書所選之論著，少數作者已作古，其生前之精心撰述，自不因時序之遞嬗，浮生之存息而有所變異，後之學者，可重聆前輩之謙論，知所追踪而發揚之，則豈止於青出於藍而深於藍，抑以宏揚我法學，俾光芒照耀於寰宇，則刊佈之事小，而啓發之意大，中華文化之復興，實利賴之，於此動盪之大時代中，吾儕習律者仍應負斯積極之使命（註⑦）。

）。編者謹此精錄，期以共勉。

【附註】

- ① 參照李模氏著民法總則之理論與實用第二頁。
- ② 參照黃棟培氏著民法要論第三頁。
- ③ 參照前揭黃著民法要論第七頁。
- ④ 參照前揭李著民法總則之理論與實用第八頁。
- ⑤ 參照李宜琛氏著民法總則第三十一頁。
- ⑥ 參照前揭李著民法總則第三十六頁。
- ⑦ 參照中國法學論著選集姚序第二頁。

現代民法基本問題目錄

現代民法基本問題前言

法的安全論	鄭玉波	一
比較民法學導論	楊幼炯	八
誠實信用原則與衡平法之性質及其功能	何孝元	三九
共同侵權行為與特殊侵權行為	錢國成	五八
侵權行為及債務不履行之損害賠償責任範圍	馬元樞	七四
論非財產上損害之賠償	孫森焱	九一
論自然債務	王伯琦	一〇四
論債之清償	諸葛魯	一一九
民法上優先受償權之研究	金世鼎	一四二
一〇 合夥之團體性	林榮耀	一六一
一一 先買權之研究	潘維和	一七〇
一二 租金與擔保金之比較研究	楊崇森	一八四
一三 共有物協議分割抑判決分割我亦曰非處分行爲	關正懷	一九三

一四	論抵押權之物上代位性	劉得寬	二〇三
一五	從民事法上看家族制度	陳順遠	二二一
一六	親屬法上若干問題	林咏榮	二三一
一七	收養制度之比較研究	梅仲協	二四二
一八	論夫妻財產制之立法準則	戴東雄	二五四
一九	繼承法上遺產分割	姚清	二七二
二〇	預告登記若干問題	張龍文	二八二
二一	船舶扣押問題之研究	桂裕	二九六
二二	論載貨證券認賠書	施智謀	三〇六
二三	本票偽造之舉證責任分配問題	陳榮宗	三二八
二四	民事訴訟法與情事變更原則	史尚寬	三三七
二五	就現行法評所謂新訴訟標的理論	姚瑞光	三六四
二六	闡明權與闡明請求權及自行發問權	蔡章麟	三八五
二七	執行當事人之能力與適格	莊柏林	三九四
二八	債務人異議之訴	陳世榮	四〇一
二九	雙務契約與破產宣告	楊與齡	四〇七
三〇	法人破產時可否提出調解	汪禕成	四一五

一 法的安全論

鄭玉波

一、動的安全與靜的安全之意義

「有社會，斯有法律，有法律，斯有社會」(Ubi societas, ibi jus; Ubi jus, ibi societas)，法律者保障社會生活之安全者也。蓋吾人之社會生活，以安全爲第一，而安全之獲得，惟法律之保障是賴，易言之，賴法律之保障，吾人之社會生活，始得安全，是謂「法的安全」(Securite Juridique)。法的安全分而爲二：曰靜的安全 (Securite Statique)，曰動的安全 (Securite dynamique)。前者乃對於吾人本來享有之利益，法律上加以保護，不使他人任意奪取，俾得安全之謂，此種安全之保護，係着眼於利益之享有，故亦稱「享有的安全」或「所有的安全」，例如物權法上之各種物權，及債法上之不當得利、侵權行爲等制度，其主要作用，即均在乎保護靜的安全是也。後者乃吾人依自己之活動，取得新利益時，法律上對於該項取得行爲加以保護，不使其歸於無效，俾得安全之謂。此種安全之保護，係着眼於利益之取得，故亦稱「交易的安全」。例如債法上之買賣、互易及其他契約制度，以及物權法上之善意受讓制度，其主要作用，即均在保護動的安全是也。

動的安全與靜的安全乃法學上之兩大重要概念，所有法律制度之立法精神，無不繫迴於是。故吾

人於研究法律時，若不將此兩大概念置諸腦際，而資爲嚮導，即難免問津無由，治絲益棼。

其次應注意者，保護吾人社會生活之安全者，不止於民事法一種，他如憲法、刑法、訴訟法等亦莫不如是，甚至法學上有所謂「法律不溯既往」原則、「既得權不可侵」原則等等，亦無非針對保護社會生活之安全而立論，但本文以下所述者，則以民事法之規定爲限，餘者從略。

二、動的安全與靜的安全之抵觸

法律之目的，既在乎保護吾人社會生活之安全，則無論動的安全與靜的安全，一律在被保護之列，自不待言。惟此兩種安全並行不悖之時，固比比皆是；然而彼此抵觸，兩不相容之情形，亦往往有之。於此情形，法律只能存其一，而去其他，申言之，若保護動的安全，必犧牲靜的安全；若保護靜的安全，必犧牲動的安全，茲舉數例如下：

(一)甲之動產，寄存乙家，乙竟以之爲己有，而出賣於丙，且已交付。此時法律上若認爲丙之買受有效（保護動的安全），勢必使甲喪失其所有權（犧牲靜的安全）；反之，如維持甲之所有權，使得本於所有物返還請求權，向丙請求返還（保護靜的安全），則非否定乙丙間買賣行爲之效力不可（犧牲動的安全）。可見此種情形，甲之靜的安全與丙之動的安全，即發生抵觸矣。

(二)甲之代理人乙，與丙爲代理權限外之交易，致生損害於甲。此時法律上若保護甲之利益（靜的安全），必須否認乙丙間交易行爲之效力（動的安全），反之，若承認乙丙間交易行爲之效力，則勢必損害甲之利益。可見甲之靜的安全與丙之動的安全，於此亦不能併存矣。