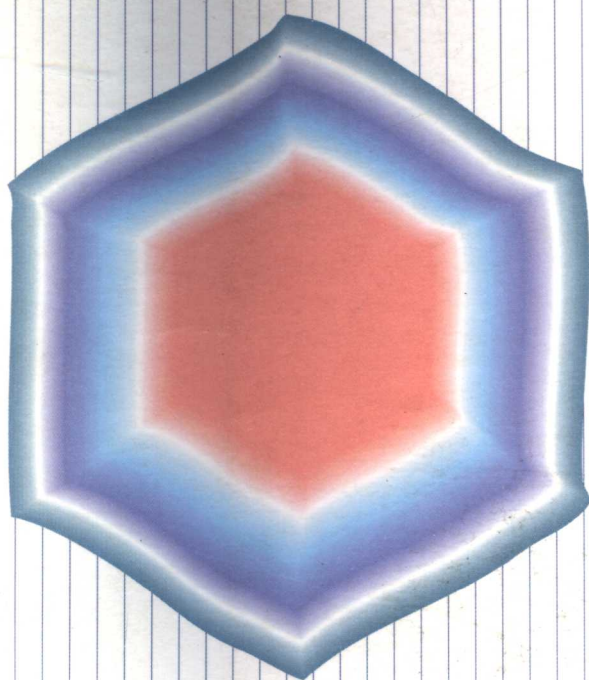


律師司法官叢書系列 SA01

民法(上)

七 版

又又榜編輯委員會 編著



民法（上）

律師、司法官叢書系列 SA01

編 著：双榜編輯委員會
出 版：双榜文化事業出版社有限公司
電 話：（02）2331-7481（代表號）
傳 真：（02）2311-4042
地 址：台北市忠孝西路1段41號7樓之5
E — MAIL：service@anj.com.tw
網 址：www.anj.com.tw
總 經 銷：双榜文教機構
劃撥帳號：19402864
戶 名：双榜文化事業出版社有限公司
定 價：450 元

七 版：中華民國九十年九月

著作權所有



翻印必究

七版序言

本書自民國 78 年 10 月正式出版以來，承蒙各界廣泛採用及不吝賜教。本次七版修正之重點，就民法債編而言，除承接本書六版對 88 年債編修正條文重點之說明，增補相關學說問題，最新實務見解及考題外，並加入債各部分重要章節之內容；就物權編而言，主要係增加修正草案重要條文之介紹；而親屬繼承編亦有若干修正及補充。蓋民法一科，傳統上在國家考試係採用題庫出題方式，惟或許題庫題目已告用罄，從民國 87 年開始，似有改採命題老師出題之趨勢，往後若維持此種出題模式，相信新通過條文及新增實務見解部分將成為命題之重心（例如 88 年律師民法，第 4 題考第 983 條關於近親結婚限制之修正），此即成為所有有志於國家考試之考生不得不留意之焦點所在。

民法之學習，如同其他法律科目，對於某一法律概念之意義、要件、法律效果必須特別注意。同時有下列 2 點要提醒各位考生：

一、部分考生討論民法時，總是將重點擺在債編，事實上，在國家考試中，民法一科是由總則編、債編、物權編及親屬繼承編各出一題，即各占 25 分。相較於債編條文之又多且難，總則編及親屬繼承編之條文數量可謂少又容易，因此，千萬不要忽略總則編及親屬繼承編之重要性。

二、法條千萬條，但考來考去總是一些相同之概念。因此，對於重要之基本概念，本書多所著墨，前後一再對照出現，無非是希望提醒各位考生：此屬重要概念，務必熟讀。

法學論述浩瀚，實務見解頻仍，本版之修正，限於時間、人

11/11/78/17

力，疏漏之處在所難免，尙祈各方賢達不吝指正，使本書能臻於至善，在此祝各位考生金榜題名。

双榜編輯委員會

律師司法官叢書系列

SA01	民法（上）（90.09）	450元
SA02	民法（下）（90.09）	450元
003	最新海商法（89.08）	270元
013	刑法總則（88.09）	380元
SA22	行政法要義	修訂中
015	甘老師刑法精要（85.02修訂版）	100元
S22	民事訴訟法（89.04）	480元
S23	刑事訴訟法（88.03）	480元
024	強制執行法（88.03修訂版）	340元
028	保險法（87.09修訂版）	320元
029	國際私法（88.09）	380元
030	刑法分則	修訂中
031	物權精要（90.01）	490元
032	民總精要（90.07）	400元
034	票據法（88.09）	380元
037	國際私法精義（85.12）	320元
039	民事訴訟法（一）（90.05）	460元
040	民事訴訟法（二）（90.05）	460元
041	民事訴訟法（三）（89.11）	460元
042	強制執行法（90.04）	450元
044	親屬繼承精要（89.11）	440元
045	民訴修正考題探索（88.4）	320元
046	民法債各修正考題探索（88.5）	250元
047	民法債總修正考題探索（88.6）	450元
048	民法債各修正考題探索完整版（88.9）	270元

法科系列叢書

001	刑法概要（88.12）	340元
002	刑法總則體系與爭點（88.12）	380元
SP01	民法概要（90.09）	360元

歷屆律師司法官 試題擬答系列叢書

S03	民法試題精解講座（90.02）	360元
S04	刑法試題精解講座（90.02）	360元
S05	刑事訴訟法試題精解講座（90.03）	360元
S06	民事訴訟法試題精解講座（90.02）	360元
S08	商事法試題精解講座（90.02）	360元
S09	強制、國私試題精解講座（90.02）	360元
S10	憲法、行政法試題精解講座（90.02）	360元

實務系列叢書

020	大法官會議解釋彙編 (1~511)	630元
	大法官會議解釋增補本 (504~525)	
018	判例彙編-民法、商事法、刑法 (89.09)	550元
021	判例彙編-行政法 (89.12)	400元

題庫系列叢書

S01	公司法實例演練 (89.02)	280元
S02	海商法實例演練 (89.09)	220元
S03	票據法實例演練 (90.02)	280元
S04	保險法實例演練 (90.02)	180元

法規彙編系列叢書

1	行政法重要法規彙編 (88.5)	380元
2	民法、刑法、刑事訴訟法法規彙編 (88.5)	200元
3	海商法重要法規彙編 (88.8)	150元
4	民法物權編條文修正草案 (88.8)	250元

法典系列叢書

1	縱橫六法 1-民訴、刑訴 (89.11)	450元
2	縱橫六法 2-民法、商事法 (89.12)	450元
3	縱橫六法 3-憲法、刑法、行政法 (90.03)	450元
	90年度增補六法 (90.09)	250元
	刑訴增補六法 (90.10)	200元



双榜 文化事業出版社有限公司

北市忠孝西路一段41號7樓之5 (OK便利商店樓上)

TEL : (02) 23317481

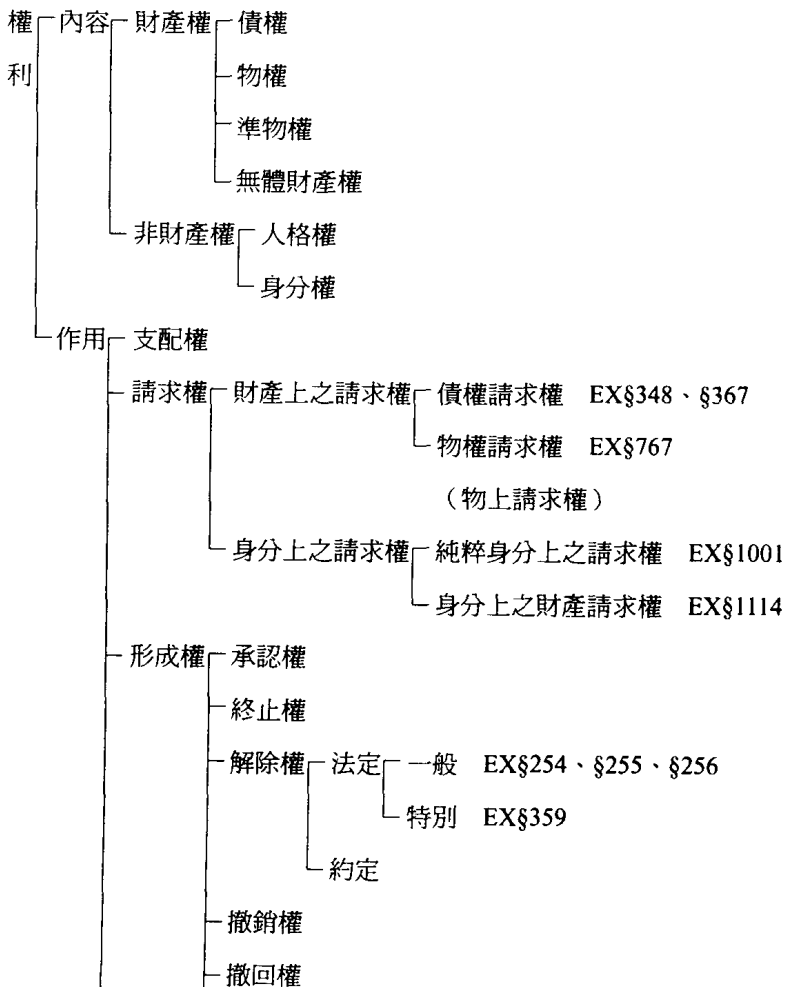
目 錄

七版序言	1
第一編 民法總則	1
第一章 權利體系	1
第二章 法例	3
第三章 法律之解釋與法律漏洞之填補	17
第四章 權利主體（人）	39
第五章 權利客體（物）	83
第六章 法律行為	87
第七章 代理	193
第八章 條件	217
第九章 時效	221
第二編 債編總論	233
第一章 緒論	233
第二章 債之發生	311
第三章 契約	317
第四章 類似契約關係（廣義之締約過失）	353
第五章 無因管理	359
第六章 不當得利	385

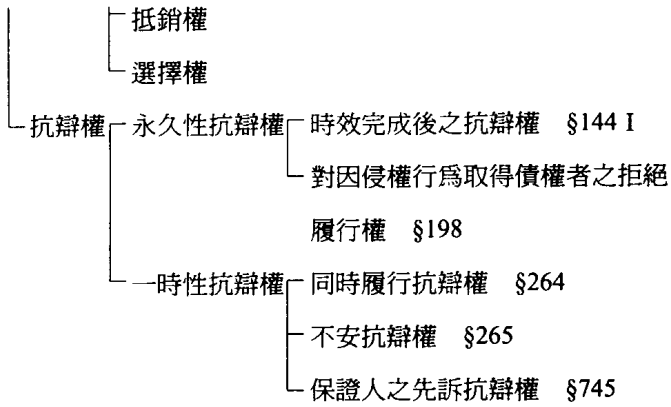
第七章 侵權行為	443
第八章 債之效力	541
第九章 多數債權人及債務人	731
第十章 債之移轉	737
第十一章 債之消滅	741

第一編 民法總則

第一章 權利體系



2 | 民法（上）



第二章 法例

第一節 習慣法與習慣

一、習慣法與習慣之區別

(一)意義

- 習慣法：須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其成立基礎（一七年上字第六一三判例）。習慣法法則之存在與否，除主張之當事人依法提出證據外，法院應依職權調查（一九年上字第九一六號判例）
- 事實上之習慣：僅屬一種慣行，尚欠缺法之確信，易言之，即一般人尚未具有「此種慣行必須遵從，倘不遵從其共同生活勢將不能維持」之確信

(二)民法§1「民事，法律所未規定者，依習慣」，所稱之習慣究指習慣法或習慣？

— 甲說：指習慣法。依此說之見解

1. 習慣法是法源之一，但「習慣」並非法源，習慣只是於法律無規定時，當成解釋當事人真意之基礎。實務上曾著有判例：

(1)三〇年院字第二二三八號解釋

商人承租房屋開設店舖，因在該地點營業多年漸為人所共知，使該地點成為易獲多數顧客之營業場所者，對於該地點即有一種商業上之利益。承租人與出租人約定租賃關

係消滅時，承租人得將此種利益出頂於人者，自不得妨害其出頂。其約定房屋因事變滅失，致租賃關係消滅後，重建房屋出租時，有此利益之原承租人，依同樣條件有承租之優先權者，出租人亦不得違反其約定。如該地方有許承租人出頂其利益或優先承租之習慣，可認當事人有以此為契約內容之意思者，即應按照習慣辦理。

(2)二八年上字第一九七七號判例

債權人所得請求之遲延利息，如無高於法定利率之約定利率，依民法第二百三十三條第一項之規定祇能依法定利率計算。縱令該地方另有一種習慣上所認之利率，但除當事人有以此項習慣為其法律行為內容之意思者，其利率即為約定利率外，依民法第一條之規定，仍不得反於法律之規定，以此為計算遲延利息之標準。

(3)關於祭祀公業之問題

民法之引用「習慣」（如§207 II）係因民法之引用，使「習慣」優先於制定法，非謂「習慣」有優先於制定法之地位。故祭祀公業之財產約定女子無繼承權者，雖與§1138相抵觸，但係以「習慣」為家族團體之公共規約，依§828 I，一般財產繼承之規定即無法適用。

①五〇年臺上字第二四六號判例

家族中之祭祀公產以男系子孫輪管或分割或分息者，係本於從習慣為家族團體之公共規約，在女子向無此權，苟非另行約定，自不得與男系同論。

②六〇年臺再字第七九號判例

祭祀公業財產之繼承，依從習慣，係以享有派下權之

男系子孫爲限，女子向無派下權，故亦不得繼承公業之財產（司法院院字第六四七號解釋參照）。民法繼承編及其施行法有關條文，皆對一般遺產之繼承言，其於祭祀公業財產之繼承，不能爲全部之適用。本件再審原告既爲女子，且不認其有派下權之存在，則祭祀公業某之派下無論已否全部死亡，均與再審原告無關。

2. 習慣法，必限於法律無規定時方可適用。

3. 習慣法亦有違反公序良俗之問題，其理由有二：

(1) 習慣法所謂「人人」對之有法的確信，不必全國每一個人皆然，因爲習慣本有地域性，則本於習慣所演變而成的習慣法，當亦有地域性。一個地域內的每一個人對之均有法的確信之習慣（習慣法），未必與立於全國性的立場所制定之全國皆有適用性的法律沒有牴觸。

(2) 隨著時代的需要，於制定之初不具有倫理性或倫理性薄弱的法規，愈來愈多。此等法規每寓有一定的公共利益，惟因此等公共利益尙爲人民之意識所不能及，故與此等公共利益相牴觸，且人民對之有法的確信之習慣（習慣法），仍可能繼續存在一段時間。此種情形當屬探討法律的功能中所論及之以法律來引導人民思潮、促進社會進步之功能。

乙說：指習慣。依此說之見解

1. §1 之法律，包含 制定法
習慣法，習慣法亦爲法律之一種，故§1 之「習慣」，乃指「事實上之慣行」。

(1) 爲制定法接納之習慣法或習慣，已成爲制定法。

(2)習慣法與制定法有同樣之權力基礎，它與制定法之區別只在於制定的程序。至於它們之間的關係在必要時，應依競合的理論去解決。故習慣法並非僅具補充之效力。關於此點，可參照五一年臺上字第二四一六號判例：上訴人既與其子媳同財共居，並同為會首，依民間各會首對於會款應負連帶償還責任之慣例，則被上訴人請求應連帶負責給付，殊難謂非正當。

【註】連帶債務之成立，除法律有規定者外，以債務人有明白的意思表示為必要（參照民法第二百七十二條第二項）。因此，如果各會首對於會款應負連帶償還責任，祇是一件習慣，則此種習慣將與該條文之規定抵觸而無法適用；惟如果它因人們對它有法的確信而成為習慣法，則與該條文之規定並無抵觸。由此也可以很明顯地看出習慣與習慣法之區別，以及其區別之意義。本號判決雖祇將會首對於會款應負連帶償還責任之事實稱為「慣例」，但因有該條文之存在，故應係指「習慣法」而言。

(3)「習慣」僅具有補充之效力（§1）

①祭祀公業非法人

- ┌ 民法施行前，依習慣，祭祀公業得視為法人
- └ 民法施行後，祭祀公業非依法登記，不具法人人格

【註】三九年臺上字第三六四號判例：

臺灣關於祭祀公業之制度，雖有歷來不問是否具備社團法人或財團法人之法定要件，均得視為法人之習慣。然此種習慣，自臺灣光復民法實施

後，其適用受民法第一條規定之限制，僅就法律所未規定者有補充之效力，法人非依民法或其他法律之規定不得成立，在民法施行前，亦須具有財團及以公益為目的的社團之性質而有獨立之財產者，始得視為法人，民法第二十五條及民法總則施行法第六條第一項既設有明文規定，自無適用與此相反之習慣，認其祭祀公業為法人之餘地。

②解除權之行使方法

契約之解除應以意思表示為之（民法第二百五十八條第一、二項）。

【註】二五年院字第一四一〇號判例：

法律無規定者，始適用習慣。解除契約，依法應向他方當事人以意思表示為之，如新校長對於教員，未經表示解約，則雖有以不另發聘書為默示解約之習慣，亦不生解約之效力。

2. 習慣法既為「法律」，並無違反公序良俗之問題。

「法」之所以為「法」，關鍵的是人民確信其為「正當」之「法」，亦即對之有應予信守之確信。這是法之拘束力的最後基礎。現代民主法治國家所強調者之一，亦正是法律來源上之這種「民主」的基礎。至於「公共利益」或「公共秩序」固亦為法律所當維護，但其內容較之已演成習慣法者更待具體化，是否宜動輒以其為「人民之意識所不及」，而逕自以「一般」這種常訴諸於「神秘」的觀點，否定「具體」這種立基於人民共識的確信，誠值深思。固然一般的規定與

具體的規定間，在解釋適用上，互相有說明、限制、補充的回饋關係，蓋一般之價值觀點的內容必因具體規定而明；反之，具體的規定必取向於一般始克避免矛盾。但絕非單向的影響，亦即單向的認為「公共秩序」否定「習慣法」，此正如單向地認為「法理」否定「法律」是不成立的。此外，所謂「法律引導人民思潮、促進社會進步」，也不必然經得起實際的驗證。事實上，在這裡，所疑問的是，什麼是「法」的問題。苟「公共秩序」與「公共利益」為「法」的表現；則可對之有「法」之確信者，不會違背「公共秩序」與「公共利益」。反之，「公共秩序」與「公共利益」若竟與「法」脫節，則在這時候，可能被濫用以行「私益」者，常常不是很多人對之有「法」之確信的慣行，而是常有認定「公共秩序」與「公共利益」之內涵的機關。只要在認定什麼是「法」上，立基人民的共識，則所謂「無背於公共秩序及公共利益」對習慣法之認定意義不大。

以上二說，以甲說為通說。

二、相關考題

(一)我國民法「類推適用」之基本法理何在？其與「當然解釋」或「類推解釋」是否相同？並請回答左列問題：

1. 董事因執行職務所加於他人之損害，法人於賠償被害人後，對該董事有無求償權？
2. 不動產之交付有無觀念交付之適用？（81 律）

(二)請問判例得否構成我國民法之法源？又適用判例之原則如何？請舉三則法條說明民法修正後：(一)判例不能再適用，(二)判例仍可繼續適用。(88 律)