

2

王泽鉴民商法学研究著作系列

# 民法学说与判例研究

王泽鉴 著

中国政法大学出版社

王泽鉴民商法学研究著作系列

# 民法学说与判例研究

第二册



中国政法大学出版社

1997年·北京

著作权合同登记 图字:01-96-662号

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究 第2册/王泽鉴著.-北京:中国政法大学出版社,1997.11

(王泽鉴民商法学研究著作系列)

ISBN 7-5620-1613-5

I. 民… II. 王 III. 民法-理论研究-文集 IV. D913.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(97)第23601号

丛书编辑 丁小宣

责任编辑 宋 军

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 北京1201工厂

---

开本 850×1168 1/32 12.25印张 字数 300千字

1998年1月第1版 1998年1月第1次印刷

ISBN 7-5620-1613-5/D·1572 定价:24.00元

---

社址:北京市海淀区西土城路25号 邮编:100088

电话:(010)62229803 或 62228801

本书中文简体字版已由著作权人授权

中国政法大学出版社独家出版,1997年。

**版权所有 侵权必究**

法律顾问:北京地平线律师事务所律师 夏卫民

(内部发行)

## 出版说明

建构社会主义市场经济体制的前提之一，是建立、健全相关的法律体系。这一目标的实现，有赖于法学理论水平的提升。历史经验证明，积极、及时地发现、利用有益的理论资源，是自我完善、不断进步的有效途径。为此，我社谨向法学界广大读者推荐我国台湾学者王泽鉴教授的代表作：《民法学说与判例研究》。

王泽鉴教授于60年代留学德国，专攻民法和法学方法论，获法学博士学位，后长期执教于台湾大学法律学系，是我国台湾最具影响的学者之一。本书是王泽鉴教授所著论文的汇集，集中反映了作者20余年间的主要学术成就。在书中，作者深入讨论了民商法学的基本理论问题和判例研究的一般方法；以大陆法系传统法理为依托，借鉴英美等国法学发展的经验；以法学的方法论，去阐释、检验法律的适用，发现涵蕴于个案之中的法律原则，创构了一个理论与实务有机结合的民法学术体系。

尽管本书具有极高的学术价值，但由于海峡两岸不同的社会制度及多年隔绝等原因，书中局部篇章内容及文字表述，与此间多有不合；经作者同意，已作适当删改，望读者查谅。同时，我们相信广大读者定会从辩证唯物主义和历史唯物主义的立场、观点出发，以科学的精神对待这些著述，汲取其中有益的成份。

中国政法大学出版社

1997年10月

## 序

海峡两岸关系解冻后不久，两岸法学家便开始接触和交流。我和王泽鉴教授在那时便开始建立私人友谊。因为都是从事民法教学和研究工作的，交流又无语言障碍，我确实从与王泽鉴教授交往中学习不少有益的东西。学问是来不得半点虚假的，有就是有，没有就是没有；深就是深，浅就是浅，不能装腔作势。王泽鉴教授在民法领域内著作之丰，范围之广，见解之精，研究之深，在法学界是公认的，我也倾慕不已。

王泽鉴教授的“民法学说与判例研究”丛书，在台湾地区有很大影响，听说每出版一本学生便争相购买，先睹为快。这套丛书的魅力何在呢？我认为王泽鉴教授在这套丛书中创造和深化了一种新的民法研究方法。民法是一门理论博大精深的学科，从其理论之完整和文化之深远可以追溯到 2000 多年前。民法又是一门实践性极强的学科。随着经济社会生活的变化，它又在每日每时地变化着，需要回答许许多多不断发生和出现的疑难问题。如何把二者最有效地结合起来，是许多民法学者探索的问题。王泽鉴教授在这套丛书中做到以理论为根据，以案例为依托，以类型化为手段，以分析法学为方法，以社会丰富生活为土壤，使民法研究从象牙塔中走出来，开拓了一个极为广阔的研究空间。这种方法对广大学者无疑是很好的启迪。

中国政法大学出版社出版这套丛书，为民法教学与研究做了一件有益的事。

今年春季我在台湾讲学访问 1 月有余，王泽鉴教授亲自陪同

---

并邀家中作客，观看大剧院演出，甚为感激。学者友谊，但愿长青，是为序。

江 平

1997年岁末于北京

## 序 言

早在 80 年代初，中国大陆就有《民法学说与判例研究》前四册的影印本流行，对中国大陆民法学理论研究发生了重大影响。我当时读到的就是这样的影印本。后来著作权法颁布实施，禁止盗版行为，民法学界期盼王泽鉴先生的著作能够早日正式出版。中国政法大学出版社的丁小宣先生，通过我与王泽鉴先生取得联系，获得出版《民法学说与判例研究》全八册的授权，是 1993 年的事。当时未曾料到实现此出版计划之艰巨性。海峡阻隔 40 多年之后，台湾著名学者的法学著作在中国大陆正式出版，这是第一次。这件事本身就具有重大的学术意义。

《民法学说与判例研究》的出版，正值中国大陆大力发展社会主义市场经济和建设民主法治之时。社会主义市场经济法律体系之建立健全，及建设民主法治国家，需要广泛参考借鉴各方面成功的立法经验和判例学说。我国台湾地区的立法经验和判例学说，是我们中国自己的经验，岂有不优先参考之理。拿我们常用的话说，《民法学说与判例研究》，是王泽鉴先生广泛参考借鉴发达国家的成功立法经验和判例学说，研究台湾地区发展资本主义市场经济重大法律问题的研究成果之结晶，对于我国大陆民法立法、实务、教学和学术研究，无疑具有极大的参考价值。

《民法学说与判例研究》，是作者在 1/4 世纪的时间里，精心研究民法理论和判例的学术论文汇集。其突出特点在于，民法理论研究与民法判例研究之密切结合，谋求学说与判例之相互协力，理论与实务之相互沟通。所谓阐发意旨、综括源流、组成体系、贯通法理。这是一种崭新的法学研究方法、法学研究文风、

法学论文写作方法和法学论文样式!《民法学说与判例研究》的影印本,流传很广,影响很大,不仅法学者、法科学生爱读,法官和律师也爱读,原因在此。我以为,中国大陆八九十年代的民法专题研究论文、民法硕士学位论文和博士学位论文,已经开始受到《民法学说与判例研究》的积极影响。只有当我们的民法学术论文,像《民法学说与判例研究》中的论文那样,不仅法学者、法科学生爱读,法官和律师也爱读,所谓理论联系实际、理论服务实践、理论引导实践,才不致流于一厢情愿!

民法是一个高度抽象化、概念化的行为规则体系。要真正发挥其规范功能,由“纸上的”法律真正变成社会中“活的法律”,有赖于诸多因素。其中之一是培育一个强大的法律职业团体,包括法官、律师、法学者等的所谓法律人,依赖法律,关心法律,维护法律,对法律之成长、发展和进步,担负重要任务。就这一法律职业团体来说,法律当然是一种职业。但这绝不是一般的职业!绝不是通常所谓营业!这是一项高尚的、正义的、神圣的职业!希望读者,尤其那些已经是或打算成为法官、律师、法学者的读者,留意于此。法社会学创始人爱尔里希说过一句名言:“法官的人格,是正义的最终保障。”我愿将其推而广之:“法律人的人格,是法律正义的最终保障!”这是我读了《民法学说与判例研究》后的感受。

最后,请允许我引用王泽鉴先生的话,作为此序言的结语,并与读者诸君共勉:

“为民法而奋斗,就是为个人自由尊严、社会公平正义而奋斗!”

梁慧星

1997年11月24日于北京



## 自序

拙著《民法学说与判例研究》八册承中国政法大学出版社发行简体字版，深感荣幸，期望微薄的研究成果能够有助于促进学界交流。

目前在台湾地区适用的“民法”系在1929年及1930年间制定的，施行迄今将近70年。此部继受自德国的民法典，经过长期的实践，其价值理念已逐渐融入人们的法意识，落实于社会生活；随着法律教育的加强，专门法律职业团体的兴起、以及法律解释学的日臻成熟，基于民法而建立的私法秩序已为市场经济的发展提供了必要的法制基础。本书在某种程度记录着台湾“民法”最近20年解释适用上的基本问题及其累积的经验。在这发展的过程中，学说与判例的协力，理论与实务的结合是个重要的课题，也是本书的主要内容。判例研究是法律学者参与法律形成及成长的权利与义务，其目的在于从法学方法论的立场去阐释、检验法律的解释适用，发现涵蕴于个案的法律原则，综合整理个别案例组成体系，并探究在社会生活中实践之活的法律，以促进法律的进步和发展。

多年来从事法律的教学研究工作，使我深刻地认识到法学的基础在于民法。罗马法的发展，就是罗马民法的发展，英美法的发展亦属如此。民法与法学的发展具有密切不可分关系，在实践法之价值理念外，并训练法律人的思考方法，培养个人人格的自

主性，维护个人的自由和平等，以及教育人民为权利而努力，为法律而奋斗。

1989年我参加香港中文大学主办的中国民法通则国际研讨会时，有机会向佟柔与谢怀栻两位著名的民法学者多所请教，获益良多。江平、王家福、刘海年、王保树、梁慧星、魏振瀛、曾宪义、赵中孚、王利明、杨振山、方流芳诸位教授给我许多鼓励和启发，使我更深一层体会到民法的意义，仅在此对大陆的法学家和读者表示诚挚的敬意。江平先生、梁慧星先生为本书作序；丁小宣先生及编辑部同仁为本书的出版尽心尽力，备其辛苦。心感之余，并此致谢。作者学植未深，错误难免，敬请惠赐教正，无任感荷。

王泽鉴

1997年11月3日于台北

## 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·····           | (32)  |
| 悬赏广告法律性质之再检讨·····            | (56)  |
| 无因管理制度基本体系之再构成·····          | (73)  |
| 无权处分与不当得利·····               | (104) |
| 赌债与不法原因给付·····               | (119) |
| 侵权行为法之危机及其发展趋势·····          | (142) |
| 违反保护他人法律之侵权责任·····           | (178) |
| 意思表示之诈欺与侵权行为·····            | (201) |
| 盗赃之牙保、故买与共同侵权行为·····         | (214) |
| 雇主未为受雇人办理加入劳工保险之民事责任·····    | (227) |
| 慰抚金·····                     | (240) |
| 干扰婚姻关系与非财产上损害赔偿·····         | (274) |
| 地上权之时效取得·····                | (290) |
| “动产担保交易法”上登记期间与动产抵押权之存续····· | (297) |
| 断嗣与收养之效力·····                | (310) |
| 英国劳工法之特色、体系及法源理论·····        | (324) |

# 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 6 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 15 世纪起，在理论及实务上继受罗马法，因而促成 19 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（地区）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（地区）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。”<sup>〔1〕</sup>

诚如戴炎辉教授所言，外国立法例对于阐明本国（地区）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（地区）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，在台湾地区学说上向采英美法上之概念，称为比较法（Comparative Law），<sup>〔2〕</sup>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。

## 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

#### 1. 判决（1970年台上字第1005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

〔1〕 戴炎辉：《亲属法》，1973年，第7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。

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 57,693 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 469 条<sup>\*</sup>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 57,693 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。”

## 2. 基本见解

1970 年台上字第 1005 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 1 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 219 条所规定之“诚实信用原则。”

\* 文中法律条文如无特别注明，皆为“台湾现行民法”之规定。——编者注

## （二）分析检讨

### 1. 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（地区）民法多设有特别规定。例如奥地利民法第7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1条第2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3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1条规定：“民事，本律所未规定者，依习惯法，无习惯法者，依条理。”<sup>〔1〕</sup>“现行民法”略作损益，于第1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1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。例如黄石昌谓：“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”

〔1〕 民律草案系清宣统三年（1911）前清修订法律馆稿。关于民律草案第1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。”

改为“法理”之旨趣不合。<sup>〔1〕</sup> 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。<sup>〔2〕</sup>

法理之意义如何，约有四说：有谓事物当然之理（Natur der Sache）；<sup>〔3〕</sup> 有谓法律全体精神所生之原理；<sup>〔4〕</sup> 有谓法律之原理；<sup>〔5〕</sup> 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。<sup>〔6〕</sup>

本文认为第1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，<sup>〔7〕</sup> 惟诚如德国19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

〔1〕 黄右昌：《民法总则论解》，1946年，第64页。

〔2〕 参阅洪逊敏：《民法总则》，1976年（修订初版），第31页。

〔3〕 陈克生：《民法通义》，第16页及第17页（参阅胡长清：《民法总论》，第4版，第33页，注1）。

〔4〕 余戟民：《民法总则要论》，第29页（参阅胡长清：前掲书，第33页，注1）。

〔5〕 胡长清：前掲书，第32页；梅仲协：《民法要义》，第33页。

〔6〕 王伯琦：《民法总则》，第6页。

〔7〕 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。



本质。”〔1〕

第1条之“法理”，与奥地利民法第7条之“自然法则”及瑞士民法第1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1811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1907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1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*），〔2〕其概念之内涵

〔1〕 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 zurück ehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist”

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