

1

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

第一册



中国政法大学出版社

1997年·北京

著作权合同登记 图字:01-96-661号

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究 第1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 7-5620-1612-7

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23602号

丛书编辑 丁小宣

责任编辑 王宏治

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 16.75印张 字数 400千字

1998年1月第1版 1998年1月第1次印刷

ISBN 7-5620-1612-7/D·1571 定价:30.00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者授权

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到不少有益的东西。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 with 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。作者学殖未深，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

雇用人无过失侵权责任的建立·····	(1)
人格权之保护与非财产损害赔偿·····	(36)
连带侵权债务人内部求偿关系与过失相抵原则之适用·····	(56)
第三人与有过失·····	(71)
缔约上之过失·····	(86)
事实上之契约关系·····	(104)
附条件买卖买受人之期待权·····	(124)
动产担保交易法上登记之对抗力、公信力与善意取得·····	(236)
物权行为无因性理论之检讨·····	(254)
“最高法院”判决在法学方法论上之检讨·····	(274)
诚信原则仅适用于债之关系?·····	(301)
权利失效·····	(307)
损害赔偿之归责原则·····	(319)
摔角游戏之违法性·····	(326)
商品制造人责任·····	(331)
干扰婚姻关系之侵权责任·····	(344)
奸淫未成年子女怀胎生子之侵权责任·····	(354)
间接受害人之损害赔偿请求权及与有过失原则之适用·····	(362)
契约责任与侵权责任之竞合·····	(369)
给付不能·····	(390)
不动产赠与契约特别生效要件之补正义务·····	(412)
无法律上原因之财产损益变动·····	(421)

恶意占有人对有益费用之不当得利请求权·····	(450)
善意取得权利之抛弃与损害赔偿·····	(459)
强制拍卖非属债务人财产与拍定人之地位·····	(464)
典权设定后何以不得再设定抵押权?·····	(471)
同一不动产上后设定之抵押权会妨害先设定之典权?·····	(480)
耕地承租人事先抛弃优先承受权的效力·····	(490)
矿工工资优先受偿权·····	(496)
优先承买权之法律性质·····	(504)
父母非为未成年子女利益处分其财产之效力·····	(512)

雇用人无过失侵权责任的建立

一、序 言

现代社会生活复杂，交易频繁，事必躬亲，殆不可能，因此在法律允许的范围内，常须他人辅助从事一定的工作，尤其自现代企业兴起以后，雇用他人从事企业活动，更属必要。然而，于此即产生了一个问题：若受雇人于执行职务之际，不法侵害他人法益时，应由何人负担赔偿责任？纯从理论言，损害的发生，既系基于受雇人的行为，则被害人只能对受雇人请求赔偿。惟受雇人资力通常较为薄弱，向其请求，恐将有名无实。再者，雇用人因雇用他人扩张其活动，其责任范围亦应随之而扩大。基此理由，现代国家莫不规定雇用人就其受雇人、因执行职务所加于他人的损害，应负赔偿责任。

雇用人就其受雇人因执行职务所加于他人的损害，应负赔偿责任，固为现代法律发展的共同趋势，惟关于雇用人责任的构成要件及法律效果，各个国家和地区的规定殊不一致。就第 188 条规定与他国及地区立法例比较观察，其内容亦诸多不同之处，可谓别具风格。然异同何在，“现行法”的特色如何，“立法政策”是否妥当，实值注意。雇用人侵权责任，无论就理论与实务而言，在现代法律生活上具有重要意义。本文拟藉比较法上的分析，讨论诸此问题，并阐释“现行法”在解释适用上的疑义及困难，再以此为基础，说明在修改“民法”时，在“立法政策”

• 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

上所应采取的原则。

二、基本立法类型的分析

各个国家和地区的法律关于雇用人侵权责任的规定，各有不同，就其基本内容加以分析，可以归纳为三个基本类型，即：（1）英美法上的 Vicarious Liability。（2）德国法上的 Haftung für den Verrichtungshelfen。（3）“台湾现行法”上雇用人的侵权责任。分述如后。

（一）英美法上的 Vicarious Liability

在英美法上，雇用人（Master）对其受雇人（Servant）于从事职务时，因侵权行为致他人遭受损害应负赔偿责任，判例学说称之为 Vicarious Liability，〔1〕台湾地区学者有译之为雇用人的代理责任，〔2〕然代理一词在“现行法”具有特定的意义，仅适用于法律行为，故以代负责任称之，似较妥当。Vicarious Liability，论其性质，系属一种无过失责任。（Strict Liability）雇用人不得主张选任或监督受雇人已尽相当注意而免责；雇用人本身虽无任何过失，仍应就受雇人之行为负责。

就他人行为负责的思想，在古代法上甚为普遍，各民族似皆有之，在英国亦未构成例外，夫对妻、家主对家员的侵权行为应为负责，即其著例。降至盎格鲁萨克逊时代，随着封建制度的崩

〔1〕 参阅 Winfield, *Law of Torts*, 1954, pp. 136-77; Salmond, *Law of Torts*, 1965, pp. 643-68; Fleming, *The Law of Torts*, 1965, pp. 355-63; Prosser, *Law of Torts*, 1965, p. 470; Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, 1967, 本书系继 1916 年 Baty 所著 *Vicarious Liability* 之后最重要的著作。

〔2〕 史尚宽：《债法总论》，第 180 页。

溃，此种思想乃渐趋式微。^{〔1〕}据著名法制史学家 Maitland 氏的研究，在此时期，雇用人仅于命令或同意受雇人从事不法行为时，始应负责（特别命令说 Particular Command Theory）。惟自 17 世纪以后，由于工商业急速发展，此项狭隘的理论显不足适应社会的需要，英国法院特于 1697 年创设雇用人代负责任的理论，认为雇主对于受雇人为一般授权时，即可推知其有默示的命令而应负责。19 世纪以来，此项默示命令说（Implied Command Theory）终为职务范围的理论（Scope of Employment）所取代，雇用人就其受雇人在职务范围内所为的一切不法行为皆应负责。

此项雇用人严格责任的依据何在，英美判例学说说法不一：有谓雇用人对于受雇人行为得予控制，故应负责；有谓损害的发生源自雇佣行为，无雇佣行为，即无损害，此为雇用人应负责任的理由。^{〔2〕}判例则采“归责于上”（respondent superior）之理论，Salmond 氏对此颇有批评，认为此项理论仅言及责任之结果，未足说明责任之原因。^{〔3〕}今日英美学者均承认代负责任的主要依据，在于公共政策（Public Policy），即危险分担之思想，雇用人得藉着提高商品或劳务的价格，或依责任保险的方式，将所受的损失分散给社会大众。此外，无过失责任可促使雇用人慎于选任受雇人，并严其监督，以维护社会安全。Mechem 氏谓“归责于上之原则，适合现代工业文明，为一个自明当然的制度，

〔1〕 Vicarious Liability 整个制度的历史沿革与发展过程，详阅 Wigmore, Selected Essays in Anglo-American Legal History (1909); Holdworth, History of English Law, viii, pp. 427ff.; Holmes, Agency, 4 Harv. L. Rev. 345。

〔2〕 英美法上关于 Vicarious Liability 的理论上依据，最具参考价值的论述，系 Harold Laski, The basis of vicarious liability, 26 Yale, L. J. 105; W. O. Douglas, Vicarious liability, 38 Yale L. J. 584; Harper & James, The Law of Torts, 1596, p. 1361; G. Williams, Vicarious liability, 20 Mod. L. Rev. 220, 437; 关于各家学说之分析批评，详见 Atiyah Vicarious liability, pp. 3-34。

〔3〕 Salmond, p. 644.

时至今日，已无须再提出其他论点，为其辩护。”^{〔1〕}

（二）德国法上的 *Haftung für den Verrichtungsgehilfen*

依照德国民法的规定，雇用人（*Geschäftsherr*）对其受雇人（*Verrichtungsgehilfe*）因执行职务所生的损害，仅在雇用人本身对于损害的发生具有过失，即对受雇人的选任监督未尽必要注意时，始须负责。此项原则肇自普通法（*Gemeines Recht*），当时学者基于其对罗马法的研究，力倡应以过失主义为侵权行为法的伦理基础，并且强调此项原则对于雇用人亦应绝对适用。德儒耶林氏曾言：“使某人负担损害赔偿责任，并非因有损害，而是由于过失。此项理论，与化学家所谓使燃烧者，并非光，而是空气中之氧，其道理同属浅显易解。”^{〔2〕}

德国普通法上的过失责任主义，在18世纪及19世纪前虽被奉为主臬，但在19世纪之后，已受到若干限制，除劳工灾变外，最主要者为企业者对危险装置（*Gefährliche Anlage*）亦应负无过失责任。1871年的国家责任法（*Reichshaftpflichtgesetz von 1871*），除明定铁路企业者，应负无过失责任外，并规定矿场及采石场的经营者，对居于监督地位之人因执行职务所加于他人的损害，虽无过失，亦应负责。此后，学者屡有主张此项对他人过失负责之原则（*Haftung für fremdes Verschulden*），应扩张适用到其他雇佣关系之上。1884年第17届及1886年第18届德国法学家年会（*Deutscher Juristentag*）曾就此问题，从事深入讨论，

〔1〕 Mechem, *Outlines of the Law of Agency*, 1952, p. 349.

〔2〕 Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, S. 40: “Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld, ein einfacher Satz, ebenso einfach wie derjenige des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft”.

第 18 届年会中并曾作成类似建议。^[1]

现行德国民法的起草人，态度较为保守。他们虽明白承认，雇用人无过失责任亦含有若干道理，此因雇用人役使他人，增加活动范围，则对于第三人因受雇人不法行为所受的损害，必须负责，始符合公平原则；但在他一方面亦以为，此种思想仅适用于特种企业类型，宜于特别法中加以规定，并应俟强制保险实施后，始可普遍适用，否则一般企业负荷过重，恐难胜任。^[2] Leonard 教授曾于第 18 届法学家年会中，从经济观点，再三强调过失责任原则应予维持，认为雇用人虽无过失而应负责，势必导致工业不振，商业停顿，经济不景气，其结果对被害人亦会产生严重不利益。^[3]

在此种思想背景下，1887 年之德国民法第一草案在第 711 条及第 712 条，关于雇用人责任仍采过失责任，即雇用人仅在选任或监督受雇人未尽相当注意的情形，始应负责。草案公布以后，学者哗然，严厉批评此项规定不合现代损害赔偿的原理，不足适应现代社会经济的需要。在第二次委员会，有人提议改采无过失责任，但不为多数委员所接受。经过了几度研讨，最后决定在原则上仍然采取第一草案的规定，但雇用人之选任监督过失则先由法律推定，被害人不必举证，此系现行德国民法第 831 条的立法经过，该条规定全文为：“使用他人执行事务者，就该他人因执行事务不法加于第三人之损害，负赔偿责任。使用人于选任

[1] Verhandlungen des 18. Deutschen Juristentags, Bd. I, S. 275; Bd. II, S. 67ff. 其建议文为：Es empfiehlt sich, die Arbeitgeber ausserhalb obligatorischer Verhältnisse für den von ihren Arbeitern einem anderen zugefügten Schaden insoweit für haftbar zu erklären, als die Beschädigung in Ausführung der den Arbeitern übertragenen Verrichtungen begangen worden ist.

[2] Mugdan, II, S. 1094.

[3] Verhandlungen des 18. Deutschen Juristentags, Bd. II, S. 388; dazu, Petersen, Bd. II, S. 75, 79.