

民法学说与 判例研究

重订合订本

王泽鉴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民法学说与判例研究

| 重排合订本 |

王泽鉴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2009-3922 3923 3924 3925 3926 3927 3928 3929

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究:重排合订本/王泽鉴著. —北京:北京大学出版社,2015.8
ISBN 978-7-301-25419-6

I. ①民… II. ①王… III. ①民法—法的理论—研究 ②民法—审判—案例—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第018124号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行
民法学说与判例研究(重排合订本),王泽鉴著
2015年8月版

书名:民法学说与判例研究(重排合订本)
出版发行:北京大学出版社
经销:新华书店

开本:880×1230毫米 1/32
版本:2015年8月第1版

地址:北京市海淀区成府路205号(100871)
电子信箱:yandayuanzhao@163.com
电话:邮购部 86 10 62752015
编辑部 86 10 62117788

标准书号:ISBN 978-7-301-25419-6

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:曾健

印刷:南京爱德印刷有限公司

印张:50.125 字数:2079千字

印次:2016年5月第3次印刷

网址:www.pup.cn

发行部 86 10 62750672

出版部 86 10 62756370

定价:198.00元

目录

第一编 法学方法论

法学上之发现	3
比较法与法律之解释适用	17
举重明轻、衡平原则与类推适用	35
“最高法院”判决在法学方法论上之检讨	89
五则法律问题及“司法院”研究意见之检讨	105
关于邻地通行权之法律漏洞与类推适用	117
两愿离婚“登记”法律性质之争议在法学方法论上之检讨	128
台湾现行“民法”与市场经济	142
消费者的基本权利与对消费者的保护	161
《中华人民共和国民法通则》之侵权责任:比较法的分析	172
英国劳工法之特色、体系及法源理论	190

第二编 民法总则

诚信原则仅适用于债之关系?	225
权利失效	229
纯获法律上之利益	236
通谋虚伪之第三人利益契约	247
意思表示之诈欺与侵权行为	254
受诈欺或胁迫而为意思表示之效力在实例之分析	262
土地重划完毕,所有权状换发后出卖人应即办理所有权移转登记	268
无权代理人之责任	272
无效法律行为之撤销	284

“民法”第 113 条规范功能之再检讨	291
出卖他人之物与无权处分	303
再论“出卖他人之物与无权处分”	311
三论“出卖他人之物与无权处分”	318
无权处分与不当得利	335
私卖共有物、无权处分与“最高法院”	343
出租他人之物、负担行为与无权处分	354
租售他人之物、所有人之承认与债之主体的变更	361

第三编 债法

债法通论与契约

债之关系的结构分析	372
事实上之契约关系	399
悬赏广告法律性质之再检讨	411
契约上的不作为义务	421
缔约上之过失	434
契约关系对第三人之保护效力	444
定型化旅行契约的司法控制	458
二重买卖	469

侵权行为

侵权行为法之危机及其发展趋势	480
违反保护他人法律之侵权责任	500
摔跤游戏之违法性	513
捣毁私娼馆、正当防卫与损害赔偿	516
奸淫未成年子女怀胎生子之侵权责任	527
侵害他人债权之侵权责任	532
侵害占有之侵权责任与损害赔偿	544
商品制造人责任	552
雇主未为受雇人办理加入劳工保险之民事责任	560
不法侵害他人之物之损害赔偿方法	567
物之损害赔偿制度的突破与发展	578
契约责任与侵权责任之竞合	589

对未出生者之保护	603
人格权之保护与非财产损害赔偿	623
人格权、慰抚金与法院造法	636
侵害生命权之损害赔偿	648
慰抚金	661
干扰婚姻关系之侵权责任	680
干扰婚姻关系与非财产上损害赔偿	686
时间浪费与非财产上损害之金钱赔偿	696
产品责任现况之检讨及其发展趋势	707
产品责任特别立法之比较研究	722
商品制造者责任与纯粹经济上损失	737
挖断电缆的民事责任:经济上损失的赔偿	760
银行征信科员评估信用不实致银行因超额贷款受有损害的民事责任	
——从纯粹经济上损失的保护,论契约与侵权行为法的规范功能及 民事责任的的发展	768
“司法院”例变字第1号之检讨	783
盗赃之牙保、故买与共同侵权行为	791
连带侵权责任与内部求偿关系	799
连带侵权债务人内部求偿关系与过失相抵原则之适用	804
未成年人及法定代理人之侵权责任	813
雇用人无过失侵权责任的建立	824
雇用人之资力与慰抚金之量定	846
公路法关于损害赔偿特别规定与民法侵权行为一般规定之适用关系	850
劳灾补偿与侵权行为损害赔偿	857
不当得利	
不当得利制度与衡平原则	876
无法律上原因之财产损益变动	891
物权行为错误与不当得利	908
物之瑕疵与不当得利	916
互开支票利用未能兑现与不当得利	923
误认他人为生父而扶养与不当得利请求权	930
赌债与不法原因给付	936
无扶养义务而为扶养时之请求权基础	949

使用他人物品之不当得利	959
使用借贷关系终止后继续占用借用物的不当得利	970
出租他人之物、转租与不当得利	976
添附与不当得利	983
恶意占有人对有益费用之不当得利请求权	996
因侵权行为负债务者之拒绝履行权及不当得利请求权	1002
出售之土地被征收时之危险负担、不当得利及代偿请求权	1011
强制拍卖非属债务人财产与拍定人之地位	1019
不当得利之连带债务	1024
无因管理	
无因管理制度基本体系之再构成	1030
为被害人支出医药费、无因管理及代位	1048
法定扶养义务人为被害人支出医药费之求偿关系	1053
债之效力	
第三人利益买卖合同之解除及其法律效果	1064
买卖不破租赁:第 425 条规定之适用、准用及类推适用	1077
基于债之关系占有权的相对性及物权化	1097
基于契约关系之越界建筑与土地受让人之拆屋还地请求权	1110
雇主对离职劳工发给服务证明书之义务	1120
委任人不得代位行使受任人以自己名义为委任人取得之权利	1129
给付不能	1135
自始主观给付不能	1149
不完全给付之基本理论	1161
为债务履行辅助人而负责	1178
出卖之物数量不足、物之瑕疵、自始部分不能与不当得利	1198
物之瑕疵担保责任、不完全给付与同时履行抗辩	1209
同时履行抗辩:第 264 条规定之适用、准用与类推适用	1226
让与请求权	1254
土地征收补偿金交付请求权与第 225 条第 2 项规定之适用或类推适用	1265
出卖之土地于移转登记前被征收时,买受人向出卖人主张交付受领补偿费之请求权基础	1273

赠与的土地于移转登记前被征收时受赠人得否向赠与人请求交付地价补偿费?	1284
代位权之代位	1297
抛弃继承与诈害债权	1305
损害赔偿之归责原则	1313
德国法上损害赔偿之归责原则	1317
信赖利益之损害赔偿	1328
第三人与有过失	1343
间接受害人之损害赔偿请求权及与有过失原则之适用	1352

第四编 物权法

物权通论

总则编关于法律行为之规定对物权行为适用之基本问题	1360
物权行为无因性理论之检讨	1383
买卖、设定抵押权之约定与第 758 条之“法律行为”	1395
论移转不动产权之书面契约	1407
不动产赠与契约特别生效要件之补正义务	1419
善意取得权利之抛弃与损害赔偿	1425
不动产抵押权之善意取得	1428
土地登记错误遗漏、善意第三人之保护与国家赔偿责任	1431

用益物权、担保物权及优先权

地上权之时效取得	1440
时效取得地上权的要件、登记与效力	1444
典权设定后何以不得再设定抵押权?	1457
同一不动产上后设定之抵押权会妨害先设定之典权?	1463
不动产抵押权与从物	1469
“动产担保交易法”上登记之对抗力、公信力与善意取得	1477
“动产担保交易法”上登记期间与动产抵押权之存续	1488
“动产担保交易法”30 年	1495
优先承买权之法律性质	1514
耕地承租人事先抛弃优先承受权的效力	1519
共有人优先承购权与基地承租人优先购买权之竞合	1523

矿工工资优先受偿权	1529
税捐、工资与抵押权	1534

第五编 亲属法

离婚契约之拘束力与特别生效要件之履行	1545
断嗣与收养之效力	
——“最高法院”1977年台上字第1340号判决之检讨	1554
未成年人与代理、无因管理及不当得利	1562
未成年子女之财产、父母及第三人	1571
父母非为未成年子女利益处分其财产之效力	1585

第一编

法学方法论

一 概说

在德意志法学家年会中,曾与题为“法学上的类推”作为专题研讨的题目,然然亦引起一些纷争和陌生的感觉,这足以证明“类推”这个观念,受到陌生,与法律具有何种关系,物犹之然,被重新了解。试问“类推”,大家是否都会想到自然科学的类推。如所周知,自然科学上的类推,在于从自然科学领域中所未为人所知的现象或法则,被明瞭及例子等而类推,这是最显著的例子。然而,对我们所研究的法学而言,所谓“类推”究竟具有何意义呢?

我个人深信,法学界亦有真正的类推,并且认为有必要从过去去理解具有特殊性认识中推知法学上高度原理,实在求其意义。关于此点,在我对自然科学上的类推与法学上类推的类推比较之时,亦曾略作说明。

关于自然科学的类推,要认识到基于或靠面方的类推,以及基于认识(如Kennen)而发生的类推。一个自然科学家发现了某种未为人知的动物时,忽然,到了一个发现,因为他在观察到以前未曾见过,一般被认为不存在的动物,我们称之为观察行为(Akt des Abschreibens),绝无贬低其价值的意思。要从事观察,必须对动物门的知识

* 关于类推的类推及类推的类推,请参看其著作《类推》(类推),第10页。

法学上之发现^{*}

此为 Hans Dölle 教授在第 42 届 (1958 年) 德国法学家年会的专题演讲。原文为 *Juristische Entdeckungen*, 旨在说明法学上发现的意义, 并就代理权授予、缔约上过失、形成权、法律上双重效果、积极侵害债权、国际私法上法律关系本据说及定性等问题, 作个案的阐释。原文用词优美, 颇富哲理性, 流传甚广, 备受赞誉, 特予译出, 以供学者参考。惜余欠文学修养, 译文不雅, 希读者原谅。Dölle 教授再三肯定法学理论的人文卓越贡献, 吾人固深受鼓舞及激励, 但 Dölle 教授又感伤地谈到每一位法学者所遭遇的命运: “他的创见于开始之际, 被讥为异端邪说, 最后则被贬为陈腔滥调, 他所享有的, 只是在此两极之间短暂胜利的喝彩。”伟大法学上的发现, 尚且如此, 吾人所从事之法解释学上零碎的研究, 终必掩盖尘埃, 成为废纸, 企望片刻的拍手, 亦不可得, 其可自我慰藉者, 乃是尽其些微心力, 共同参与追求真理的漫长行列而已!

一、概说

在德国法学家年会中, 宣布将以“法学上的发现”作为专题演讲的题目, 必然会引起一些诧异和陌生的感觉, 这是可以理解的。因为“法学上的发现”这个概念, 究何所指, 与法律具有何种关系, 初视之下, 诚难了解。谈到“发现”, 大家通常都会想到自然科学的领域。如所周知, 自然科学上的发现, 在于找出自然领域中尚未为人所知的现象或法则。放射线及原子分裂的发现, 就是最显著的例子。然而, 对我们所研究的法学而言, 所谓“发现”, 究竟具有何种意义?

我个人深信, 法学界亦有真正的发现, 并且认为从此项观点去了解那具有持续性认识作用的法学上高度成就, 实在深具意义。关于此点, 在我对自然科学上的发现与法学上发现的本质加以比较之后, 将益臻明显。

关于自然科学的发现, 必须区别基于观察而为的发现, 以及基于认识 (Erkennen) 而为的发现。一个动物学家找到了某种不为人知的动物时, 无疑, 有了一个发现, 因为他观察到以前未曾见过、一般被认为不存在的事物。我们称之为观察行为 (Akt des Wahrnehmens), 绝无贬低其价值的意味。要从事观察, 必须具备专门的知

* 本书中法律条文如无特别注明, 皆为台湾地区现行“民法”之规定。——编者注

识、敏锐的思考及综合判断的能力。自然科学如此,社会科学亦不例外。Niebuhr 于 1816 年在意大利 Verona 城的一个图书馆,发现了罗马古典时期大法学家盖尤斯的巨著《法学阶梯》时,也有了一个真正的发现,为我们的科学,尤其是法制史及法学理论上的认识,发掘到一些基本而一直为人所不知的材料,这确实是一项具有重大价值、辉煌成就的观察行为。但是,这种性质的发现并不是法学上固有意义的发现,它只是支持我们对于法学的认识,其本身并未直接产生作用。关于这类发现,在此不拟详加论述。

我所要说明的是,那些基于思辨行为 (spekulative Akte) 的发现。这类发现使我们能够认识到迄至目前尚未被人知悉的特定规则上的关联。对自然科学而言,此种研究性的思辨,究竟利用实验或其他方法以得到其结果,并无不同;它的成果在于使某种自然现象的本质获得解释,可以依据一个基本命题(或假设),将所有现象组成一个没有矛盾的概念世界,我们称之为自然法则。在法律学方面,是否亦可发现相类似的规则?其答案应属肯定!

法律人处理问题时,善用类推适用。所谓类推适用,系指某法律规定的构成要件与需要判断的事实,基本上相类似时,应将前者的法律效果适用于后者,以达到合乎法律规范意旨的妥当结果。关于我们所讨论的问题,也可以采用这种方法加以处理。因此,所应探讨的是,什么是发现的本质?

显然,发现的本质不在于其客体,也不在于对那隐藏于特定领域中规则的发掘。发现的本质在于发现行为本身,也就是在于那阐释迄至目前为止在人文精神上仍属幽暗不明的洞烛力。假设此一见解无误,则亦有法学上的发现,殆无疑问^①,若干具有创设性法学上的成就,指引着我们去认识法律现象上特定的关联及本质规则。诚然,法律现象与自然事态不同,全属规范性质,整个法律领域,乃是人类意志和当为 (Sollen) 的产物,为文化的一个部门。因此,法律领域内的发现与自然科学的发现不同,系属当然,但此实无害于发现的本质,二者均属于一种创造性的认识行为。所谓发现,必须具备两个构成因素:第一,须有某种程度的自发性,可以使我们了解发现者的具体成就系属一种具有独立性、足以促进认识的行为;第二,须具有某种程度的作用,可以使我们基于此种新的认识将我们的思考置于新的基础之上,而指示其新的发展途径。此二项要求,对自然科学的发现与人文科学的发现,均有适用余地。惟必须承认的是,“发现”与那些不具充分自发性或效果的认识,有时难以划分界限。此种情形绝难避免,只能由个人去判断,但是众所公认具有发现性质的事例甚多,以下拟就我所熟悉的民法和国际私法的领域中,举出实例数则加以说明。

^① Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* II 2. 6./7. Aufl. (1923), S. 370, 曾将那具形成性的法学理论构成称为发明 (Erfindung), 并认为其任务在于适当地形成法律上之各种制度。

二、Laband 关于代理权授予及其基础关系之理论

关于我所要说明的第一个事例,是否确实可以称为法学上的发现,或许值得怀疑,因为它所涉及的,并不是对向来完全隐藏的法学上的规则作了一个全属自发性的、崭新的、令人惊奇的阐释,而是一个长期以来早已飘浮于空中的理论,如今终于经由一位学者的说服力及其敏锐的表达方式,而使我们对它有所认识,不再怀疑其提出命题的正确性。我所指的是 Laband 于 1866 年在《商事法杂志》(Zeitschrift für Handelsrecht)上发表的论文中所论述的“代理权授予及其基础关系之区别”(Unterscheidung der Vollmacht von dem ihr zugrunde liegenden Verhältnis)。简言之,也就是代理权授予及委任(Auftrag)的区别。^① 如所周知,罗马法学家始终未能提出一个关于代理权授予的抽象概念。^② 对于罗马人的法律生活而言,代理的思想,虽非全属陌生,但是在私法交易上最重要的领域——债之契约,迄未建立直接代理制度。“代理”的概念既属欠缺,代理权授予的理论,自然无从发展。在德国普通法上,于 19 世纪之后,代理制度虽然已为习惯法所承认,惟当时学说认为代理系其基础法律关系的外部层面,应受规范此一基础关系规定的支配。依此见解,代理权授予及内部执行职务权限乃同其范围,同其期间。意定代理通常亦被认为是委任关系的外部行为。^③ 因此,依昔日的学说,代理、代理权授予及委任契约殆属同一意义,认为代理权的授予恒以委任契约为其基础,与之同时成立或消灭,普鲁士邦法、奥地利民法及法国民法都采此传统的见解。^④

Rudolf von Jhering 首先强调委任与代理的并存在其本质上纯属偶然,受任人无代理权者有之,代理人未受委任者亦有之。^⑤ Jhering 虽然有此认识,但仍认为委任是意定代理唯一可想象的发生原因,迄未能摆脱代理权授予和委任是一物两面的传统观念。^⑥

在德国商法典(Das Deutsche Allgemeine Handelsgesetzbuch)制定之后,德国学者才开始认识到,代理权的授予,就其发生、范围及存续期间而言,实在可以从构成其基础之事务执行关系中脱离出来,因此也感到传统见解未尽妥适,必须放弃将代理权与

^① Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Zeitschrift für Handelsrecht 10(1866), S. 183ff. 译者附注:关于代理权授予独立性之基本问题,参见梅仲协:《民法要义》,第 103 页。

^② Hupka, Die Vollmacht(1900)S. 7f.

^③ Glück, Pandekten xv(1813), S. 239ff; Puchta, Pandekten, 12. Aufl. (1877), § 32.

^④ Preußisches Allgemeines Landrecht(普鲁士邦法)113 § 6:“Die Willenserklärung, wodurch einer dem anderen das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt”(授予他人有为其执行事务权利之意思表示,称为委任或代理权)。《奥地利民法》(Österreichisches. AGBG) § 1002 及《法国民法》(Französischer Code Civil)第 1984 条均设有类似规定。

^⑤ JheringsJahrb. I (1857)S. 312.

^⑥ Hupka, S. 12.

基础关系视为“一体”的理论。Laband 是当时倡导此项新学说的发言人。他阐释了当时已被感觉到、多少已有认识,但是迄未为众人所确认的基本论点。假如没有德国商法典的规定以及此一法典立法者的准备资料,Laband 必然无法提出委任与代理权应予区分的证据。Laband 亦利用此机会澄清了长期以来为人所误认的关于无因管理及无权代理的差异。^① 惟应注意的是,Laband 认为代理权的授予不是基于单独行为,而是基于一个应与基础关系区别的代理权授予契约(Bevollmächtigungsvertrag)^②,显然的,在此种见解中尚残存着传统“代理权与委任一体性”的看法,由此可知,要克服根深蒂固的观念,是如何的困难!

当我们从在此所讨论“发现”的观点去省察此项法律理论发展史的过程时,一方面认为它欠缺必要的自然性,一方面或会提出如下的疑问:代理权与基础关系的分离,系以一项确信作为前提条件,即此二者所涉及的,是两种不同的法律现象,其经由新的认识所修正的,仅是其彼此间的相互结合关系,或是此项结合的本质必要性而已。此项论点虽属正确,但问题并非如此简单。显然,我们必须认为真理的发现是一个渐进的精神过程,许多人参与其间,首先是对代理权与其基础关系相互关联性产生怀疑,最后终于获得了一项认识,即:前者系法律上之能权(das rechtliche Können),在一定的条件下,得直接对另一法律主体产生一定的法律效果;后者(基础关系或内部关系)则在决定某人得以直接效力为他人计算而行为,使该他人因此对行为人取得权利或负担义务。我们可以这样说,Jhering 首先阐明代理权与委任的区别,Laband 则强调此两个法律现象彼此间的独立性。^③ 诚然,丹麦法学家 Örstedt 对代理权授予与委任间的关系,曾提出一个较当时学说为精确的区别。^④ 但是也只有等到 Laband 的论文发表之后,北欧传统的委任说(Mandatstheorie)始被克服。此种新的认识影响深远,遍及全球。瑞士民法及德国民法^⑤固不必论,日本、瑞典、丹麦、挪威、芬兰、波兰、意大利、希腊、捷克等国或地区的民法和台湾地区现行“民法”亦均采取新的理论。^⑥ 英国法及美国法虽然也区别代理权授予及其基础关系^⑦,但是尚未能贯彻 Laband 所提出的代理权授予无因性理论。大陆法系国家和地区,例如法国及奥地利^⑧,在立法

① Laband, S. 207, 229ff.

② Laband, S. 208. 译者附注:关于代理权授予的各种理论,尤其是代理权授予契约说,参见洪逊欣:《民法总则》(1967年修订初版),第451页。

③ 参见 Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955), S. 2 Anm. 7. 8.

④ Örstedt, Handbuch über die dänische und norwegische Gesetzeskunde VI (1835), S. 1ff.

⑤ 参见《德国民法》第164条以下,《瑞士债务法》第32条以下。

⑥ 参见 Müller-Freienfels, S. 2-3 Anm. 13-22 所附之资料。译者附注:现行“民法”关于代理权之规定计有第103条至第110条,第167条以下。第167条规定:“代理权系以法律行为授予者,其授予应向代理人或向代理人对之为代理行为之第三人,以意思表示为之。”立法理由略谓:“查民律草案第221条理由谓授予意定代理权之行为,是有相对人之单独行为,非委任,亦非他种契约也。”由此可知,现行“民法”已严格区别委任与代理权授予,并明定代理权之授予系属单独行为。详见胡长清:《中国民法债编总论》,第66、67页。

⑦ 参见 Müller-Freienfels, S. 3 Anm. 23.

⑧ 参见本书第4页注③。

上虽受传统“一体说”的影响,但判例及学说均致力于扬弃传统见解,采取于法典实施后新创设在法律上并无拘束力的理论。^①

综上所述,可知关于代理权的真正本质及其与基础行为间正确关系的发现,最初虽遭到强烈的异议^②,今天则已征服了全世界。所应注意的是,此项领域的发展,并非停滞不进,对表面上稳定的理论,仍须经常加以检讨,尤其是关于中性行为之理论。^③ Müller-Freienfels 曾致力于证明在代理权授予及其为基础由代理人所缔结之法律行为间存在着某种特殊的、法律判断上极具重要性之关联。^④ 我们必须要以将来获得的新认识来修正目前的论点,这就是科学本质的所在。然而不能不特别强调的是,假若没有代理权本质的“发现”,其后的发展,殆难想象。

三、Jhering 关于缔约上过失的理论

现在我所要讨论的第二个法学上的发现,是关于 Jhering 的“缔约上过失”(culpa in contrahendo)。此所涉及的问题是,一个法学家秉其分析天才,受其正义感的驱使与强烈社会认知能力的指引,对特定生活事实的法律判断获得一个崭新的理论,因而使我们能对那看来正被根深蒂固的观念及实定法的规定所排除的,给予公平合理的结果。Franz Wieacker 在论及 Jhering 的伟大法学理论上的发现时,亦将“缔约上过失”列为其中之一。^⑤ 关于“缔约上过失”,每一个德国读法律的人皆耳熟能详,在此仅作简单的说明。

从现代(法典化)法律的观点而言,应该承认如下的原则,即:于缔约之际,尤其是在缔约谈判过程中,一方当事人因可非难的行为侵害他方当事人时,应依契约法原则(而非依侵权行为规定)负责,至于契约是否成立,此一可非难的行为与契约内容是否有关,均所不问。此点于因使用人或代理人肇致损害的赔偿、消灭时效、举证责任、责任标准以及履行利益或信赖利益的赔偿,关系重大。在 Jhering 于 1861 年发表其有关缔约上过失(契约无效或不成立之损害赔偿)的论文以前^⑥,虽已有学者对此问题迭加关注,若干德意志邦法典亦设有关于当事人于缔约时因其行为所生法律效果的规

① Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil français* VI (1930), Nr. 55; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil* I (1953), Nr. 104; Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 2. Aufl. (1951) II S. 271; Klang(-Swoboda), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* II 2(1934), Anm. IV zu § 1002.

② 参见 Hupka, S. 13ff.

③ Dölle, *Neutrales Handeln im Privatrecht: Festschrift für Fritz Schulz* II (1951), S. 268ff.

④ 参见 Müller-Freienfels, S. 8。

⑤ Wieacker, *Rudolf v. Jhering, Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage*(1942), S. 19. 20.

⑥ Jhering, *Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträge*, *JheringsJahrb.* 4(1861), S. 1ff. 译者附注:关于“缔约上过失”之基本理论及发展趋势,请参见拙文:《缔约上之过失》,载本书第 434—443 页。

定^①，但一直到 Jhering，才开始将它当作一个基本问题加以研究，而且从历史及理论的观点详加论述，强调基于缔约行为在当事人间产生了一种法律关系，可以由之而导出必要的推论，而获得合理的结果。有学者认为，Jhering 的推论专凭己意，解释资料不是依其客观的内容，而是依其主观所欲达成的意欲。^② 此项批评，自有所据，惟依吾人之所信，此非问题关键之所在，重要的是，Jhering 发现了一项规则，即：于契约成立以前，在特定要件下缔约当事人已进入一个具体的而且可以产生权利义务之债的关系，其责任标准应依当事人所订立或所欲订立的契约决定之。如所周知，德国判例学说曾致力于为此种债之关系的成立，寻求一个令人满意的理论依据。最初偏向于拟制当事人意思表示，今则终于肯定当事人因其缔约行为而产生了一个类似契约的信赖关系，并属于法定债之关系。^③ Jhering 阐释了一个极为重要的观念，即侵权行为法仅宜适用于尚未因频繁社会接触而结合之当事人间所生的摩擦冲突；倘若当事人因其社会接触，自置于一个具体的生活关系中，并负有互相照顾的具体义务时，则法律应使此种生活关系成为法律关系，使当事人互负具体的债务。违反此项债务时，其所侵害的，不是一般人所应注意的命令或禁止规定，而应依侵权行为的规定负其责任；其所侵害的是特定当事人的具体债权，因此关于使用人行为、举证责任、时效期间及责任标准等问题，均应适用契约法原则加以处理。当然，对足以建立债之关系的社会接触而言，进入缔约过程固然是一个特别具有代表性的实例，但亦仅为一个实例而已。德国判例学说步 Jhering 的足迹，更进一步贯彻他的理论，认为纵无缔约行为及契约上之意思，亦得直接由客观的社会关联产生法律关系及债之关系^④，我们对于此种关系必须在法律上予以承认，否则势必适用侵权行为法规定，其结果实不合当事人利益，显非妥适。Jhering 关于“缔约上过失”的发现，为如何合理规范社会生活开拓了一条途径。值得注意的是，比较法上的研究已证实 Jhering 的理论对外国法的形成深具贡献。^⑤ 学说继受此一理论者有之，判例采之者有之，立法明定者亦有之，新的《希腊民法》及《意大利民法》为其著例^⑥，在其他国家至少亦对缔约前阶段当事人予以较强的保护。^⑦ 简言之，Jhering 理论的发展遍及全球，影响深远。

① 参见 Jhering, S. 45ff.

② Mommsen, Die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen (Erörterungen aus dem Obligationenrecht II, 1879), S. 33ff.; Brock, Das negative Vertragsinteresse (1902), S. 20ff.

③ 参见 Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl. (1954), S. 183; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I (1957), S. 66.

④ Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse; Festschrift für Siber II (1943) 1-37; Dölle, Außergesetzliche Schuldpflichten; Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 103 (1943), S. 67ff.; Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse (1957); BGHZ 21, 319(333); 23, 175(177).

⑤ Nirk, Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 18(1953), S. 310ff.

⑥ 《希腊民法》第 197 条及第 198 条 [译者附注, 参见本书第 399 页]; 《意大利民法》第 1337 条。

⑦ 参见 Nirk, S. 310, 前掲书。