

民法理论与问题研究

林诚二 著

中国政法大学出版社

民法理论与问题研究

林诚二 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法理论与问题研究/林诚二著. —北京:中国政法大学出版社,1999. 12

ISBN 7-5620-1921-5

I. 民… II. 林… III. 民法-法的理论-对比研究-文集
IV. D913. 01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 65858 号

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 军事科学院印刷厂

开本 850×1168 1/32 13.125 印张 230 千字

2000 年 2 月第 1 版 2000 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1921-5/D·1881

印数:0001-5000 册 定价:23.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 **电话:**62229803 或 62228801

声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

序

林诚二先生为台湾中兴大学前法学系所主任和资深教授。多年来我在与台湾学者的交流中，便得知林教授在台湾民法学界具有很高的声望。1998年5月我与赵中孚教授拟赴台访问，临行之前，中国政法大学出版社丁小宣先生请我留意台湾法学家的作品，并能在访问结束后，帮助推荐几部佳作在该社出版。我当时便建议，由于台湾民法学者王泽鉴教授的作品在大陆出版后深受大陆民法学界好评，因此，应将林诚二教授等其他台湾著名民法学家著作逐渐介绍至大陆，这对加强两岸民法学术的交流是十分有益的。

在台湾访问期间，我有幸与林教授共同出席由东吴大学法学院主持召开的民法研讨会，并作简短的报告。林教授的报告新意迭出，耐人寻味。其渊博的学识，深邃的观点，敏捷的思维给我留下了极为深刻的印象。与林教授的交谈使我获益良多。我和赵中孚教授承蒙林教授热情款待，在此深表感谢。临别祖国宝岛之前，林教授向我们馈赠了他的数部大作。我仔细地拜读了其中的一部林教授的文集，即《民法理论与问题研究》，爱不释手。我认为该书较为集中地反映了林教授多年来在民法学领域中的研究成果，是其自成一见的民法的理论和观点的汇集。尤其是在债法方面力破成见，立意高远，并能引进法律的经济分析这一崭新的研究方法，使本书具有较高的学术价值。今蒙林教授同意，中国

政法大学出版社决定出版该书的简体版，这对大陆民法学者来说是值得高兴的。

我作为学界晚辈，才疏学浅，为民法学界前辈作序，实感惶恐不安。但林教授挚意要求，推辞不过，聊作数语，以示对林教授之敬意和对本书在大陆的面世之祝贺。

王利明

1999年4月于美国哈佛大学

自 序

近年来，前后参加两岸法律研讨会共有 5 次之多，每次会后感想总觉得大陆法学教授及专家在各法学领域努力之新气象，不论年长的或年轻的，人才辈出，各有专攻，好学不倦，有的从大陆法系去钻研，有的从英美法系去探索，希望在集思广益下，大陆会有世界上一套两大法系融合而成、适合中国社会的新法律制度，实在值得欣慰，亦祝其能顺利成功。

拙著《民法理论与问题研究》，乃个人多年来从事民法教学较感到有心得而成之论文集，各专论中均涉及大陆法系与英美法系之比较分析，实在不敢说有独特见解，但求以比较分析法并经济方法论，使法学的研究更活泼且更切合实际生活。记得有幸在台湾东吴大学法学院主办的两岸法律研讨会上认识了久仰的中国人民大学赵中孚教授及王利明教授，研讨会中对这二位教授能对大陆经济法之深入介绍及其博学高深法学素养，敬佩不已，个人获益良多，也从而对大陆民法及经济法产生浓厚兴趣；迄今搜集之书籍已不少，希望在来日岁月里能进一步详加研究。今又欣闻王教授远赴美国哈佛大学进修法律，真是年轻有为，观其法理思维严谨，创发力强，条理分明，必是大陆将来民法学发展上的一颗明星。承他治学百忙中抽空为拙著作序，谨此敬表由衷感谢之忱，并祝他进修满载返国，继续贡献所学，两岸民法学者不亦乐乎！幸乎！

拙著得以在中国政法大学出版社出版，除感谢政法大学出版社及丁小宣先生大力支持外，还是要再次谢谢王利明教授不吝赏

识拙著，以及周宸立同学从中协助出版事宜。最后，忝为人子，谨以拙著在大陆出版，报答双亲养育之恩，并祝大陆法学进步。

林诚二

1999年5月3日于台北

序 言

民事法规浩瀚深奥，非知一二，即可运用自如，良以观察角度不同，理论基础即有异，而推理过程亦有别，最后结论或同或异，只求公平正义之理想，则无轩輊。笔者虽多年来从事民法总则、债编通则及各种之债之教学，然自知所学有限，未敢于教科书之写作，仅对特别问题为专论性发表。近年来在前辈先师鼓励与同学催促下，乃敢将多年来十数篇专论，稍加修订，汇集成《民法理论与问题研究》一书，无所求，仅供有兴趣阅读者之方便耳。又论理不周，见解谬误之处在所难免，尚请法学先进多多鼓励与指正，则幸矣！

再本书付印时，多承东吴大学法律学系王乃彦及杨俊彦两位同学任订正之劳，并此致谢。

最后谨以此书献给敬爱的父亲与母亲，聊表自小养育之恩。

林诚二 谨序

1991年7月1日于台北

目 录

绪说——静的法与动的法	(1)
论诚实信用原则与权利滥用禁止之机能	(4)
一、问题提示	(4)
二、诚信原则及权利滥用禁止法理	(5)
三、诚信原则之机能考察	(7)
四、权利滥用机能之考察	(10)
五、二者关系之学说探讨	(12)
六、诚信原则与权利滥用禁止法理而成之法则	(14)
七、结论	(16)
情事变更原则之理论与实际——债法之比较研究	(18)
一、导言	(18)
二、情事变更原则之意义	(19)
三、情事变更原则之理论根据	(22)
四、情事变更原则之性质	(26)
五、情事变更原则与类似观念之区别	(29)
六、情事变更原则之构成要件	(35)
七、情事变更原则之效力	(42)
八、例案研究	(52)
九、结论	(57)
基本法律行为与特殊法律行为之新观察	(61)
一、法律行为之新分类	(61)
二、基本法律行为与特殊法律行为之内容	(66)

三、基本法律行为与法律行为之原因问题	
Causa, Cause, Rechtsgrund	(70)
四、特殊法律行为之无因化	(73)
五、特殊法律行为与不当得利之问题	(79)
六、结论	(81)
瑕疵担保责任与错误	(82)
一、问题提示	(82)
二、瑕疵担保责任与错误之关联性	(83)
三、判例、判决及学说	(85)
四、“台湾地区现行民法”应如何适用(代替结论)	(88)
论名义借贷与侵权责任	(94)
一、问题说明	(94)
二、有无雇佣关系	(95)
三、执行职务之探讨	(100)
四、具体案例之分析	(105)
五、依“修正草案”应如何适用法条	(109)
债务本体论与不法原因之给付	(112)
一、问题提示	(112)
二、法条适用	(113)
三、不作为侵权行为	(114)
四、过失相抵问题	(116)
五、先契约附随的保护义务与不作为侵权行为作为 义务之违反	(118)
债权契约法之经济方法论	(121)
一、序说	(121)
二、法律学与经济学之互容性	(122)
三、债权契约法之经济理论	(126)
四、经济理论对债权契约自由原则之影响	(137)

五、不平等议约力之理论探讨·····	(144)
六、给付不能之经济理论·····	(165)
七、违约救济与经济理论·····	(171)
八、结论·····	(187)
债务本体论与不法原因之给付·····	(193)
一、问题提示·····	(193)
二、不法原因之探讨·····	(194)
三、债务本体论对不法原因给付之影响·····	(197)
四、“台湾地区现行民法”第 180 条第 4 款之适用检讨 (代替结论) ·····	(201)
五、不法原因之给付, 得否作为一般法则而加以适用 (代替结论) ·····	(204)
论债之本质与责任·····	(206)
一、序说·····	(206)
二、债权关系之重点·····	(210)
三、给付与履行之不同概念·····	(216)
四、给付受领权与责任·····	(219)
五、债权之法的认定与责任·····	(222)
六、无责任之债务与无债务之责任·····	(230)
七、结论·····	(233)
信赖利益赔偿之研究·····	(237)
一、信赖利益赔偿之概念·····	(237)
二、信赖利益赔偿责任之根据·····	(253)
三、信赖利益赔偿之成立要件·····	(261)
四、信赖利益赔偿之方法·····	(272)
五、信赖利益赔偿之范围·····	(282)
六、信赖利益赔偿请求权之性质及其消灭时效·····	(300)
七、信赖利益赔偿之适用·····	(305)

八、结论·····	(332)
债务不履行归责事由之检讨·····	(341)
一、“台湾地区现行民法”之规定·····	(341)
二、通说·····	(343)
三、通说之疑问与债务不履行归责事由之检讨·····	(344)
四、结论·····	(359)
论附随债务之不履行与契约之解除·····	(362)
一、问题提示·····	(362)
二、立法例探讨·····	(363)
三、结论·····	(371)
论契约期待属性与违约损害赔偿之计算·····	(374)
一、前言·····	(374)
二、契约期待属性 (Contract Expectation in Character) ·····	(375)
三、契约期待之侵害 (Expectation Damages) ·····	(377)
四、契约期待属性与损害赔偿之计算·····	(380)
五、结语·····	(385)
英国分居制度——兼论台湾地区事实分居·····	(386)
一、绪说·····	(386)
二、英国分居制度·····	(387)
三、结语·····	(402)

绪说——静的法与动的法

法学家温尼克勒博士 (Dr. Günther Winkler) 在其《法律之价值观察及其界限》(Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen) 一书中曾说到: “法者, 系由具体之生活经验所形成之一般形式, 它负有规范一定之生活范围之任务。”^[1] 温氏斯言, 提醒吾人研究法学之基本态度, 应不可忽略法律之具体化目标, 否则容易导致错误之确信。所谓具体化目标, 系指法律之合目的性。^[2] 盖法律系一种藉国家之强制力, 以保障社会生活条件之方式或工具。^[3] 惟此种保障社会生活条件之方式或工具, 实际上指法律之形式, 系固定不变的; 而社会生活条件则经常变动不已, 是故, 法律之内容, 应随时代各地方人类追求生活目的之不同而异。法律之形式, 贵乎安定; 法律之内容, 则求乎制宜。当个人之利益保障, 因时代社会经济环境变迁, 而与团体利益相冲突时, 法律必须致力于调整其冲突,^[4] 法律此种调整冲突之应

[1] “Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen Forschungen aus Staat und Recht, Vol. 12”.

By Gunther Winkler © 1969 by Springer - Verlag/Wien, p. To.

[2] 韩忠谟演讲: “社会变迁与法律应变之功能” 笔记。

[3] Jhering, Der Zweck im Recht Vol. 1, English Translation by Isaac Husik as Law as a Means to an End, The Modern Legal Philosophy Series p. 380.

[4] Ibid p. 381, pp. 391 ~ 392.

变功能，尤于民商法保障交易动的安全见之，是为动的法也。

从法之史的观察，罗马法学不从具体生活关系出发研究，而系就法律之形式，将抽象法规加以分析研究，^{〔5〕}盖罗马之法锁，系以人或物为对象，认为所有法律关系，均为“人体”或“物体”相互间之关系，即由人与人、物与物、人与物等而展开之法律关系，因而主张法律关系，不外乎此种“体”的关系，且此一体的关系，可先以论理方式存在，待论理存在后（即抽象法规之存在），乃有事实发生，例如罗马法认为在私法领域内，个人之“生理意思”最为重要，生理意思之主体，即为权利义务之主体，惟有肉体之自然人，方能有人格，生理意思不能与人格分离，从而，对于法人之观念，不从具体生活关系之需要，去求其法律上之地位，却从生理意思之法律的抽象概念，以拟制法人之人格。罗马法这种从抽象法规来探讨法律的功能，系一种静态法学之研究。

反之，日耳曼法则以“力”之关系，来谈法律关系，认为法律非单纯之想像，而系得左右共同生活之活动力一权利。^{〔6〕}就法律之功能言，权利（Recht）一字，兼指“秩序生活关系”与“正当状态”，必也秩序生活与正当状态相结合，法规抽象概念之“权利”，方能与现时生活相一致。此所以今日德国民法被喻为系一部因生活发现而具体实现之民事法规，良以其论点，以为先有事实存在，再有论理产生，是故，并无绝对性之抽象的“人格”（Person）概念。法人之所以有其法律地位，纯因社会客观情事变迁，社会生活关系有其需要，由当事人依私法自治原则，订立章程，依法取得具有目的与机能之实在组织体。为生活关系之需要，个人既有其法律意思，法人自亦应有其法律意思。此种“法

〔5〕 石田文次郎：《财产法上动的理论》，东京岩松堂书店，第1页。

〔6〕 石氏前揭，第2页。

律意思”，不若罗马法所称之“生理意思”，故法人之人格，乃法律上之人格，而非法律拟制之人格，盖法律上之人格，系在决定“权利能力”之有无，而非决定“权利主体”之是否存在。权利能力之观念，属于动的功能；权利主体，则属于静的功能。质言之，罗马法以“体”的关系，来研究民事法律生活关系，常与现时社会生活脱节；日耳曼法则以“力”的关系，来研究民事法律生活关系，恒与现实生活相结合，现实生活变迁，法律亦随之产生其应变功能。

简言之，所谓法之动的观念，亦可称之法之动的性，应与法律对社会国家之经济机能相结合，例如土地所有权，在于保护个人之利益，此系法之静的观念；而土地所有权证书，可藉证券化方式，达到土地资本化之经济功能，则属于法之动的观念。

论诚实信用原则与权利滥用禁止之机能

一、问题提示

按诚实信用原则及权利滥用禁止原则，乃以对制定法或当事人所订契约之解释与适用，求其具体妥当性及公平正义性为目的所发展形成之法理。然因被广泛恣意滥用于一般条款，加上其机能领域扩大化之结果，却大大地危害了法的安定性，致使原本为民事法最高指导原理之精灵，反而转成法规及契约滥加解释适用之藉口。因此，如何调和诚实信用与权利滥用禁止等二原则，遂而有加以探讨之必要。

再者，依据此次“民法总则”原修正草案，拟增设第2条之一，于法例规定：“权利应符合公共利益。行使权利，履行义务，应依诚实信用方法。”此项草案系参考日本民法第1条第1项及第2项而订，待正式修正公布实施者，则再参考瑞士民法第2条，而与“台湾地区现行民法”第148条之权利滥用禁止规定，混合订定，而于第1项规定：“权利之行使不得违反公共利益，或以损害他人为主要目的。”第2项规定，则系沿用原草案第2条之一之规定，显有意将“台湾地区现行民法”第219条有关行

使债权，履行债务之诚信原则，加以删除。按诚信原则已成为民法之一指导原则，此次修正从债篇将之移列到“民法总则”第七章有关权利之行使中，诚属立法上之大进步。但仍有问题发生，即新法第 148 条之规定，究为何种性质之规定，亦即第 1 项系本旨及原理规定？抑为权利滥用禁止之规定？又第 2 项系第 1 项之例示规定？抑系第 1 项为第 2 项之效果规定？抑或第 1 项前段为本旨及原理规定，而第 1 项后段及第 2 项为例示规定？均值得探讨，盖解释之不同，适用之结果亦不同。

再者，诚信原则与权利滥用禁止等两法理，究为个别法理？抑为重复法理？亦值得吾人探讨。

以上诸问题之探讨，欲得其妥当结果，非先了解诚信原则与权利滥用禁止二法理之形成过程及其法的机能不可。

二、诚信原则及权利滥用禁止法理

自罗马法以来，所谓权利行使自由之原则（*Ouiiure utitus nemini farit inicuriam*），指行使权利不得含有加害意思（*Animus Vicno nocendi*）及应以善意衡平（*Konum acquum*）进行诉讼程序等二法理。至于应受何种程度之限制，当时乏明文规定，但自资本主义发达以后，社会种种矛盾现象渐告产生，以向来上述二法理应付此等矛盾，已有未逮之嫌。至此，诚信原则及权利滥用禁止等法理，遂而生焉，用以修正资本主义所生之种种社会弊害。^{〔1〕} 19 世纪初叶，法国民法第 1134 条进而规定有契约履行

〔1〕 谷口知平：“權利濫用と信義誠實の原則，《法學セミメ》一一號”（昭和三十一年），第 15 页。