

編主總 波玉鄭

① 輯選文論學法

正輯選文論則總法民

編主 波玉鄭

724.31
24.1

50週年紀念
1973-1988

中南圖書公司

① 輯選文論學法

(上) 輯選文論則總法民

編主 波玉鄭

業畢學大都京本日
授教系律法學大灣台立國
官法大院法司

659935

行印司公版出書圖南五

① 輯選文論學法

(下) 輯選文論則總法民

編主 波玉鄭

業畢學大都京本日
授教系律法學大灣台立國
官法大法院法司

658938

行印司公版出書圖南五

法學論文選輯 ①
民法總則論文選輯

中華民國73年7月初版

總主編 鄭 玉 波

主 編 鄭 玉 波

發行人 楊 榮 川

發行所 五南圖書出版公司

局 版 臺 業 字 第 0598 號

臺 北 市 銅 山 街 1~1 號

電 話：3916542 號

郵政劃撥：106895 號

基本定價：精裝 6.67 元
平裝 5.56 元

印刷所 茂 榮 印 刷 廠

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

致 謝

本選輯收錄之論文，均經原作者書面同意轉載，隆情盛誼，有功士林，謹致萬分謝忱。惟因各篇成文時間前後不同，相差三十餘年，作者又散居海內外各地，致有少許作者地址難以取得，無法聯繫；而其作品又深具創見與價值，不忍割愛，敬請諒宥，並祈惠示尊址，當酌贈紀念書冊，以爲酬謝。

五南圖書出版公司 敬啓

 中南圖書公司

——編主總波玉鄭——

法學論文選輯

書目及各冊主編

本選輯聘請
 鄭大法官玉波先生擔任總主編，分別敦聘權威學者，
 各就專攻，擔任各冊之主編。書目及主編姓名如左：

- | | | |
|-----|--------------|-------|
| 11. | 國際私法論文選輯 | 馬漢寶教授 |
| 10. | 刑事訴訟法論文選輯 | 陳樸生教授 |
| 9. | 刑法分則論文選輯 | 蔡墩銘教授 |
| 8. | 刑法總則論文選輯 | 蔡墩銘教授 |
| 7. | 強制執行法破產法論文選輯 | 楊建華教授 |
| 6. | 民事訴訟法論文選輯 | 楊建華教授 |
| 5. | 商事法論文選輯 | 林咏榮教授 |
| 4. | 民法親屬繼承論文選輯 | 戴東雄教授 |
| 3. | 民法物權論文選輯 | 鄭玉波教授 |
| 2. | 民法債編論文選輯 | 鄭玉波教授 |
| 1. | 民法總則論文選輯 | 鄭玉波教授 |

法學論文選輯

總序

民主、法治，國家「現代化」之特徵也。吾國廣土衆民，將來完成統一，堂堂大國，而欲現代化，則舍民主、法治而外，別無捷徑。惟民主須賴法治以為運作，亦即法治為民主之基礎。故吾人今日當務之急，在乎推動法治。法治不僅指國家依法行政及依法審判而言，人民之依法生活尤為切要。蓋人無論個人團體，事無論大小公私，彼此關係之處理，相互問題之解決，苟能悉以法律為其準繩，則正義伸，紛爭息，社會和諧，經濟繁榮，國家焉有不現代化者乎？

其次，法治須以人人有守法精神為前提；而守法精神則建築於法律知識普及之上；法律知識之普及，又以法學之昌明為後盾。法學昌明之途甚多，出版法學書籍，供法學之研究，不失為要道。多年來，吾國出版業已蓬勃發展，出版物之數量，亦日益增多，固屬可喜之現象，然而出版物中，有關法學者，則比率甚少，足徵法學之不受重視，法律知識之未能普及，則法治云者，豈不徒託空言耶？

五南圖書出版有限公司以出版法學書籍為主，近年來已刊行甚多，對於法學界研究參考上頗有貢獻。民國七十二年春，其總經理楊榮川先生擬出版「法學論文選輯」十一冊，囑余

HWL 259/6

擔任總主編。余雖從事法學有年，但對於編輯一道，經驗不足，原不敢承乏斯任，但念及出版法學刊物，為法學昌明之手段，亦為國家法治之原動力，個人既忝列法學界之末，又為國民之一份子，則又責無旁貸，不得不勉盡棉薄矣。爰商諸法學先進及友好，欣承惠允擔任各冊之主編，共襄斯舉，計：1. 民法總則編，2. 民法債編，3. 民法物權編，由本人擔任。4. 民法親屬編及繼承編，由戴東雄先生擔任。5. 刑法總則，6. 刑法分則，由蔡墩銘先生擔任。7. 商事法，由林咏榮先生擔任。8. 民事訴訟法，由楊建華先生擔任。9. 刑事訴訟法，由陳樸生先生擔任。10. 強制執行法及破產法，由楊建華先生擔任。11. 國際私法，由馬漢寶先生擔任。於是著手研訂「編輯要旨」，開始蒐集論文，迨選稿初定，乃由五南圖書出版有限公司，函徵各論文原作者同意轉載，歷時一年，現已定稿，共選論文五二五篇，除選輯要旨，詳見「凡例」及各冊「編輯說明」，於此不贅外，茲當出版之際，應敘明編輯緣起及經過，并向各冊主編先生及各篇論文原作者，致最大之敬意與謝意。同時因本選輯篇幅有限，總主編個人所見不廣，不無遺珠之憾。至於本選輯設計之未週，校讐之疏漏，均所難免。倘蒙斯學宏達，不吝賜正，則無任企幸！

法學論文選輯

凡 例

一、本選輯旨在提供司法界、律師界以及從事法學研究者，進一步深入研究參考之用。尤可作為各大學法律系、所學生研修各法之補充教材。

二、本選輯收錄之論文，始自民國三十八年，以迄民國七十二年止。舉凡發表於國內著名之法學期刊中之法學論著，富於學術參考價值者，均在蒐羅之列。至於非法學期刊中之法學論著，若其內容翔實、見解精闢，確有參考價值者，亦予輯入，以免遺珠之憾。

三、本選輯係依下列標準，選其重要而有價值之法學論文，加以輯成：

1. 對向來之法學論爭點，提出精闢獨到之見解者。
 2. 發掘法律新問題，加以探討分析而有創見者。
 3. 分析闡述現行法之規定，而內容新穎，鞭辟入裏，深得法律真義者。
 4. 介紹外國立法例或判解、學說，而有助於本國法律問題之解決者。
- 四、本選輯依法律別編輯成冊，共計十一種，每種書名如下：

1. 民法總則論文選輯（上、下）；
2. 民法債編論文選輯（上、中、下）；

3. 民法物權論文選輯（上、下）；
 4. 民法親屬·繼承論文選輯；
 5. 商事法論文選輯（上、下）；
 6. 民事訴訟法論文選輯（上、下）；
 7. 強制執行法·破產法論文選輯；
 8. 刑法總則論文選輯（上、下）；
 9. 刑法分則論文選輯（上、下）；
 10. 刑事訴訟法論文選輯；
 11. 國際私法論文選輯（上、下）。
- 五、本選輯論文之編排，按其探討主題，依各法之編章次第、法條順序，列其先後，不考慮論文發表時間，以利讀者之研究，並便理論系統之建構。
- 六、本選輯所收論文中，其所引用之法令條文，間或已有修正者，爲了保存原文面貌，在編排時一仍其舊，不加更動。
- 七、本選輯於每篇論文末，均註明該論文出處，發表之年、月以及期刊之卷、期，俾便讀者查考，並示不敢掠美之意。

八、本選輯所收之論文作者中，有現任司法院大法官，有在各大學法律系、所擔任教席，有從事司法審判工作，亦有從事律師業務者，均爲研究斯學之學者專家，爲使讀者讀其文而得識其人起見，

遂於每篇論文之後附上「作者簡介」，對該文作者之學經歷及現職，略作介紹，藉此可知各學者專家之學術有所專精，或可供讀者進一步研究之參考。

九、本選輯所收論文，除已故及旅居國外者外，均已獲得原作者之同意准予刊載，部分作者甚至就原論文再作潤飾或修訂，在此謹誌謝忱。至於少數作者或用筆名發表，或因地址異動等因素以致無法取得連繫，在此深表歉意。

十、本選輯各冊之後附錄各該法重要論文索引，舉凡登載於法學專業期刊之論文均在網羅之列，編成索引，以供參考。

民法總則論文選輯

編輯說明

民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」可知法理為法源之一，甚關重要。然而法理究何所指？雖議論紛紛，但學說為法理之骨幹，則無人否認。法律學說多寓於法律論文之中，重視法律學說，自當重視法律論文。五南圖書出版有限公司刊行「法學論文選輯」，其民法總則篇之編輯，囑余承之，余經驗不足，勉為其難，現已編輯完竣，共選論文五十二篇，都六十八萬言。茲須陳明者如下：

一、論文依民法法典總則篇「章」次排列，因各章法條多寡不等，故所選論文篇數亦不相等。其無適合本論文選輯所定體例之論文時，則該章從缺，如第五章是。

二、第一章法例，共選論文十篇，首列「民法之客觀主義與刑法之主觀主義」一篇，係在辨明「民事」與「刑事」之主要區別，用作民法第一條所稱「民事」之註解。其餘各篇或說明民法學之趨勢，或說明民法與復興中華文化之關係，或說明民法之原理原則，皆為民法之研究上所不可不先行閱讀之論著也。

三、第二章人，共選論文二十篇，其中有關自然人者十四篇，有關法人者六篇。自然人部分有關權利能力、行為能力、人格權及住所四者之論著均有之，法人部分則介紹其立法例者有之，闡明其本質者亦有之，最後則殿以「法人應否處罰及刑事罰與行政罰可否併處之商榷」。

四、第三章物，有關物之專論不多，本章僅選二篇。一篇關乎原則（三一），一篇關乎細節（三二）。

五、第四章法律行為，本章為行為問題，比較重要，而法律行為之研究，又為法學研究難題之一，故有關之論文並不多觀，本章僅選列六篇。尚望學界就此方面，多多發表，以資充實。

六、第六章消滅時效，在我國社會上對於消滅時效制度自係繼受外國，故甚感陌生。所幸有關此方面之論文不少，本章乃選八篇，以期對於消滅時效之內容詳予介述。

七、第七章權利之行使，權利取得之目的，在乎權利之行使，本章所選之六篇論文，甚關重要。尤其此次民法總則修正，將原列於債篇之「誠信原則」移入本章之後，為期配合，特將有關誠信原則之論文，亦輯入本章，則愈顯示其重要性矣。

八、民法總則篇於民國七十一年七月一日修正並於七十二年元月一日施行，但所選論文引用之法條間有已修正者，編輯時一仍其舊，蓋為存論文原貌，以便明瞭多年來民法學演進

之軌跡也。

茲尚應特別說明者，本篇選擇，以史尚寬先生之論文始，亦以史先生之論文終，乃因史先生生前撰有民法六巨冊，約四百餘萬言之大作，合為民法全書，實我民法著作界之創舉，對於民法學之啓迪貢獻，當永垂法史，古人謂「立言」，乃三不朽之一，史先生有之矣。不惟如此，史先生當年任司法官訓練所所長之初，遵聘教授（講座），竟親到書店物色，翻查法學書籍，即以之為主要資料，而決定選聘。此與一般用人多憑「八行書」者，其公私之分明，相去何如也？學者主政，其風範畢竟不凡。因此本輯論文，乃以史先生之大作為始終，不惟藉示對先賢之崇敬，而略述其軼事，且以明法律論文之重要性也。

最後，本選輯所刊論文，均係各位作者先生精心傑作，承蒙慨允轉載，嘉惠良多，茲當出版之際，除向各位作者先生致高度之謝意暨敬意外，並祈海內宏達，不吝指正為感！

主編人 鄭玉波 謹識

七十二年七月

民法總則論文選輯（上）目錄

總序

凡例

編輯說明

第一章 法例

1 民法之客觀主義與刑法之主觀主義	史尚寬	三
2 比較民法學導論	楊幼炯	二五
3 民法與復興中華文化的關係	張鏡影	五八
4 憲法與民法	鄭玉波	八九
5 私法自治制度之流弊及其修正	楊崇森	一〇一
6 民法總則與身分法互相比較時應先解決之若干法律問題	陳棋炎	一七四
7 論權利義務責任之觀念及斯三者之牽連關係	李肇偉	一九一
8 民法第一條之研究	楊日然	二〇六

9 民法第四條第五條評析·····	梁陽昇·····	二二一
10 什麼範疇才能算是財產法體系上之基礎範疇·····	陳棋炎·····	二三一

第二章 人

11 民法上出生之釋明·····	俞士英·····	二六三
12 死亡宣告及其撤銷之效力·····	史尚寬·····	二六七
13 權利能力的準據法·····	陳 森·····	二八一
14 死亡宣告的管轄衝突與法律衝突問題·····	陳 森·····	二九六
15 死亡宣告撤銷在婚姻上及財產上之效果·····	劉得寬·····	三〇八
16 民法上之行爲能力·····	胡開誠·····	三二二
17 人格權、著作權、出版權·····	蔡章麟·····	三三七
18 論人格權·····	陳 民·····	三五〇
19 從個別人格權到一般人格權·····	施啓揚·····	三六八
20 關於侵害人格權時非財產上損害賠償制度的研究修正意見·····	施啓揚·····	三九四
21 因人格權被害支付醫藥費之損害賠償·····	孫森焱·····	四二九
22 人格權之侵害與損害賠償例案研究·····	陳計男·····	四四二
23 論貞操權之侵害·····	孫森焱·····	四六〇

附：下冊目錄

24 論住所·····	施漾澤·····	四七二
25 論法人的立法體例·····	管 歐·····	四九一
26 法人之本質與其能力·····	劉得寬·····	五〇三
27 論私法人·····	張鏡影·····	五一七
28 論學校法人·····	張文伯·····	五三七
29 法人民事責任及犯罪能力·····	李文宗·····	五六〇
30 法人應否處罰及刑事罰與行政罰可否併處之商榷·····	應式文·····	六〇〇

第三章 物

31 論「從隨主原則」對於法律關係之支配·····	鄭玉波·····	六一五
32 孳息之研究·····	史尙寬·····	六二五

第四章 法律行為

33 法律行為之標的及目的·····	王伯琦·····	六四一
--------------------	----------	-----