

最新版

民法研究系列

民法学说 与判例研究

第二册

王泽鉴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民法学说 与判例研究

第二册

王泽鉴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-3923

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究·第二册/王泽鉴著. —北京:北京大学出版社, 2009.12

(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-15802-9

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 167436 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·第二册,王泽鉴著

2005 年 1 月版

书 名: 民法学说与判例研究·第二册

著作责任者: 王泽鉴 著

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-15802-9/D·2412

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 18 印张 284 千字

2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 33.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

拙著民法研究系列丛书包括《民法学说与判例研究》(八册)、《民法思维:请求权基础理论体系》、《民法概要》、《民法总则》、《债法原理》、《不当得利》、《侵权行为》及《民法物权》,自2004年起曾在大陆发行简体字版,兹再配合法律发展增补资料,刊行新版,谨对读者的鼓励和支持,表示诚挚的谢意。

《民法学说与判例研究》的写作期间长达二十年,旨在论述1945年以来台湾民法实务及理论的演变,并在一定程度上参与、促进台湾民法的发展。《民法思维:请求权基础理论体系》乃在建构请求权基础体系,作为学习、研究民法,处理案例的思考及论证方法。其他各书系运用法释义学、案例研究及比较法阐述民法各编(尤其是总则、债权及物权)的基本原理、体系构造及解释适用的问题。现行台湾“民法”系于1929年制定于大陆,自1945年起适用于台湾,长达六十四年,乃传统民法的延续与发展,超过半个世纪的运作及多次的立法修正,累积了相当丰富的实务案例、学说见解及规范模式,对大陆民法的制定、解释适用,应有一定的参考价值,希望拙著的出版能有助于增进两岸法学交流,共为民法学的繁荣与进步而努力。

作者多年来致力于民法的教学研究,得到两岸许多法学界同仁的指教和勉励,元照出版公司与北京大学出版社协助、出版发行新版,认真负责,谨再致衷心的感谢。最要感谢的是,蒙 神的恩典,得在喜乐平安中从事卑微的工作,愿民法所体现的自由、平等、人格尊严的价值理念得获更大的实践与发展。

王泽鉴

二〇〇九年八月一日

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	(23)
悬赏广告法律性质之再检讨	(41)
无因管理制度基本体系之再构成	(54)
无权处分与不当得利	(77)
赌债与不法原因给付	(88)
侵权行为法之危机及其发展趋势	(104)
违反保护他人法律之侵权责任	(130)
意思表示之诈欺与侵权行为	(147)
盗赃之牙保、故买与共同侵权行为	(157)
雇主未为受雇人办理加入劳工保险之民事责任	(167)
慰抚金	(176)
干扰婚姻关系与非财产上损害赔偿	(201)
地上权之时效取得	(213)
“动产担保交易法”上登记期间与动产抵押权之存续	(218)
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	(228)
英国劳工法之特色、体系及法源理论	(238)

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独特风格。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;中国清末以来,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’^①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

* 本文原载戴炎辉先生七秩华诞祝贺论文集(《固有法制与现代法学》)1978年,第89页。

① 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

之方法,借以阐明法文之本义,并求其能适应时代之潮流。”^①

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)^②,而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、外国立法例在台湾法上适用之地位

(一)“最高法院”见解

1. 判决(1970年台上字第1005号判决)

(1) 事实。上诉人任职嘉义初级工业职业学校,配住房屋,为保养改建,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57693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。

(2) 判决理由。“最高法院”在其判决理由中表示:“关于第一笔57693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

^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)。参见 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。

以昭折服。上诉论旨,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”系采取以下两项见解,拟先予检讨:

(1) 外国立法例得视为第 1 条之法理而适用。

(2) 外国立法例之得视为法理而适用,系本于“民法”第 219 条所规定之“诚实信用原则。”

(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。”^①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”,系两个具有不同意义之概念。例如黄右昌谓:“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

^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,审判官不得借口于律无明文,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。”

与现行“民法”将民律草案之“条理”改为“法理”之旨趣不合。^① 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。^②

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

本文认为,台湾“民法”第1条所称之法理,应采广义解释,兼括上述诸种意义。理由有二:① 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,但均为法律不备、必须创设新的规范时所应恪遵之原则。② 关于事物当然之理(Natur der Sache)之意义,虽众说纷纭^⑦,惟诚如德国19世纪法学家 Dernburg 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本质。”^⑧

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

① 参见黄右昌:《民法总则论解》,1946年,第64页。

② 参见洪逊欣:《民法总则》,1976年(修订初版),第31页。

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

④ 参见余戟民:《民法总则要论》,第29页(参见胡长清,前掲书,第33页,注1)。

⑤ 参见胡长清,前掲书,第32页;梅仲协:《民法要义》,第33页。

⑥ 参见王伯琦:《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,请参见 Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 372-388, 及其所附之资料文献。

⑧ 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 zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist”。

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》虽删除了此项规定,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)^①,其概念之内涵与台湾现行“民法”上之法理亦属相当。

2. 外国立法例与法理

1970年台上字第1005号判决明白表示,外国立法例得视为法理而适用。此项见解,实属正确。外国立法例,虽系特定社会为解决特定问题所采取之对策,但其所表现的,亦属一种法律原则。法国学者 Salellies 认为,比较法(法律之比较研究)旨在探寻发现“droit idéal relatif”(相对自然法)。申言之,固有自然法理论试图从“先验的”,以演绎之方法导出“绝对之理想法”,而比较法则致力于以归纳之方法,从“经验的”,也就是在法制比较的经验上,建立新的自然法。^②此种经由法制比较研究获得之“相对自然法”,虽然不能取代永恒自然法之人类理念,但却可采为法理,以补充本国(地区)法之不足,改进缺陷。

参酌外国立法例(判例学说)以为本国(地区)法律解释之用,乃是文明国家之通例。英国法院最称保守,但早在1833年即曾引用法国民法学者 Pothiers 所著之 *Traité des Obligations* 作为判决之依据。^③德国法学昌盛,世所公认,但其最高法院亦曾参酌外国立法例作为判决依据。瑞士判例学说更明白承认外国立法例(比较法)得作为补充法律不备之辅助手段(Anerkennung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfind-

① 参见 Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964; Dahm, Deutsches Recht, 2 Aufl. 1963, 2 Aufl. S. 48f.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 350f.

② Salellies, *Ecole historique et droit naturel*. 引自 Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, *RabelsZ* 15 (1945/50) 19.

③ C. K. Allen, *Law in the Making* (Oxford, 1927) p. 152.

ung)。①

3. 外国立法例之适用与诚实信用原则

1970 年台上字第 1005 号判决肯认外国立法例得视为法理而适用,并认为此系“本于诚实信用原则”。此项理由尚有检讨余地。依本文见解,外国立法例之得视为法理而适用,系基于第 1 条所规定“法理”之规范意义,与第 219 条“诚实信用原则”无关。换言之,将外国立法例视为法理,并非本于“诚实信用原则”。法理者,间接之法源,所以补实体法之不足;诚实信用原则者,实体法上之一项规定,旨在规范权利之行使及义务之履行。二者规范功能不同,不宜混淆。

三、比较法方法论之基本问题

外国立法例(判例学说)得视为法理而适用,以补法律之不足,已详上述。然则,外国立法例之适用,并非简单容易之事。外国立法例如何选定?如何比较?其异同如何分析?在台湾现行“民法”上如何适用?均须借助比较法之研究,并为比较法学之主要课题。

所谓比较法(comparative law),就是法律之比较研究(Rechtsvergleichung),是研究法律、认识法律之一种方法。法律之比较研究,自古有之,但直至 20 世纪初叶,始受广泛重视。第二次世界大战后,国际交往日趋频繁,比较法学发展更为迅速,蔚然成为一门独立之学科,但终因为时尚短,迄未能建立严密之方法论。本文仅提出若干基本问题,以供参考。②

(一) 问题之提出(研究题目之选定)

如何提出比较法上之研究问题,并能期待其将产生良好之研究成绩?关于此点,Zweigert(茨威格特)教授认为 Einfall(灵感)最为重要。③ 所谓 Einfall,就是一方面能够察觉本国法制之不足,一方面能够意识到外国法

① Meier/Hayoz, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht II (1962), Art. 1. Anm. 355-389 (166-177).

② 以下论述,系参考 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung(《比较法导论》), Bd. I, 1979, 尤其是 S. 12-48. 本书体例完备,内容精辟,深受国际法学界重视,目前已有英、日文译本。

③ Zweigert/Kötz, S. 29.

律之有所助益。Max Weber 曾谓：“灵感来自努力。”^①Zweigert 认为，所谓努力，就法律比较研究而言，系指对本国法律具有批评性之通盘认识及经常研读外国法制。

法制比较研究，可分为总体比较（Makrovergleichung）及个体研究（Mikrovergleichung）。^② 总体研究系以法律体系（Rechtssystem）及法系（Rechtskreis）作为研究对象，其目的在于发现各国法律之基本精神、特色及风格，并建立法系理论；在此方面，以英美法（Common Law）与大陆法（Civil Law）之比较研究最有成绩。最近数年，资本主义法制与社会主义法制之比较，亦渐受重视，亦值吾人注意。个体研究系以个别法律规定或制度作为研究对象，其目的在于发现解决特定问题之法律对策。^③ 在此方面，以 Cause 与 Consideration, Trust 与 Treuhand 之比较研究，最受注意。^④ 总体比较研究有助于认识了解个别法律制度，个别法律制度之比较研究，可作为总体研究之资料及基础，二者相辅相成，不可偏废。

（二）被比较外国法律之选择

1. 法系理论

研究问题决定之后，首要考虑之问题是，应该选择哪些国家之法律作为研究对象。此点涉及法系理论，宜先行说明。所谓法系理论，不外三个基本问题：^① 各国法律之归类，组成法系，是否可能？^② 归类标准何在？^③ 特定国家应归类，属于何种法系。^⑤ 关于各国法律归类之必要性，众所公认，无待详述。至于归类标准，则学者见解不一，尚无定论。^⑥

法国比较法学者 David 在其 1950 年出版之 *Trité élémentaire de droit*

① “Nur auf dem Boden ganz harter Arbeit bereitet sich normalerweise der Einfall vor”. 引自 Zweigert/Kötz, S. 29.

② Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1974, S. 31f.

③ 最近文献，参见 Marketinis, Causase and Consideration in Parallel, 1978 C. L. J. 53 及所附之参考资料。

④ Kötz, Trust und Treuhand; eine rechtsvergleichende Darstellung des angloamerikanischen trust und funktionsverwandte Institute des deutschen Rechts, 1963.

⑤ Zweigert/Kötz, S. 67f.

⑥ 关于法系理论之基本问题，尚请参见 Arminjon/Noide/Wolff, *Traité de droit civil comparé I* (1950), pp. 42-53; David, *Trate élémentaire de droit civil comparé* (1950), pp. 222-226, 以及 *Les grands systèmes de droit contemporains* (1966) S. 12-18 (本书深受国际比较法学界重视；目前有英、德文译本)。

civil comparé(《比较民法导论》)中,曾提出两个法系归类标准:① 意识形态(Ideologie)(宗教、哲学、政治经济及社会结构等),② 法律之技术。

David 根据此两项标准,将世界各国法律归纳为五个法系:西方法系、苏俄法系、伊斯兰法系、印度法系及中华法系。其后,David 修正其观点,将西方法系分为罗马、日耳曼法系及普通(英美)法系;将伊斯兰法系、印度法系、中华法系及新创之非洲法系概括归类于“宗教与传统法系”(droit religieux et traditionnels)。①

最近德国学者 Zweigert 在其所著 Einführung in die Rechtsvergleichung (《比较法导论》)一书中,倡导“法律风格”(Rechtsstil)理论,认为,每一个国家之法律均有其风格,由五项因素构成之:① 法律之渊源及背景;② 法律思维方法;③ 具有代表性之法律制度;④ 法源及其解释;⑤ 意识形态。

Zweigert 根据其所创之法律风格理论,将世界各国法律综合归纳为八个法系:罗马法系、德国法系、斯堪的纳维亚法系、普通(英美)法系、社会主义法系、远东法系(中国和日本)、伊斯兰法系及印度法系。②

世界上法律众多,法系归类,实属不易,难有定论,但有应特别说明者三点:① 中华法系源远流长,自成风格,向具独特地位。20 世纪以来,虽迭遭变革,但其基本价值仍为外国法学家所公认。③ ② 在西方社会,大陆法系(Civil Law)与英美法系(Common Law)对立并存。前者以罗马法及日耳曼法为基础,重视成文法(法典化),后者以判例为骨干,重视个案推理。二者各具风格,现代各国(地区)法律莫不受其影响。③ 社会主义国家(例如苏俄、匈牙利等),其法制背景与立法技术,虽与大陆法系有相当密切之关系,但另有其独特之法律观,俨然自成体系,在比较法上亦不宜忽视。

2. 被比较国家(地区)法律之选择

外国立法例之选择,理论上应视研究问题之性质及研究目的而定。实际上,则多受客观及主观因素(例如语言及资料)之限制,唯一般言之,应该选择同一法系或相接近法系中具有代表性之法律。台湾现行法律虽

① David, p. 226.

② Zweigert/Kötz, S. 67-80, S. 419-427.

③ 参见《戴炎辉先生七秩华诞祝贺论文集》,第 199 页。

自成独立体系,但现行法制系以德国法为蓝本并兼采瑞士立法例(尤其是在民法方面),因此德、瑞两国法制应优先列入研究对象,实属当然。日本民法基本上继受德国法,并受法国法之影响,尚难谓系具有创设性之法律,但日本法学进步,著作丰富,社会背景与台湾地区亦多相近,其判例学说如何解释适用继受之外国法律,以适应日本社会之需要,最具启示性^①,自有比较研究之价值。又法国法与德国法同属大陆法系,1804年制定之法国民法,堪称为划时代之创举,为比利时、卢森堡、南美诸国所继受;法国比较法学者辈出,对比较法学之发展,贡献至巨。台湾地区关于法国法之论著尚不多见,实有加强研究之必要。^②

英美法系以判例为基础,其思维方式、概念体系与台湾现行法制殊有不同,但不能据此而否定其在比较研究上之价值。最近学者对英美法上之信托制度(Trust)及产品责任(Products Liability),论著增多^③,实为可喜之现象。再者,最近立法亦渐受美国法制影响,1963年公布之“动产担保交易法”,即其著例。为探求立法原意,美国法制之比较研究,实有必要,不容置疑。

最后,应再说明的是,学者征引苏俄民法立法例,取资比较者,亦时有之。苏俄固有法制深受拜占庭(东罗马)法学之影响,与德国法学亦甚有接触,但自1917年十月革命之后,即采取马克思列宁之唯物法律观^④,虽不能因此而否认其与台湾现行法制在比较研究上之价值,但应特别留意其基本思想之不同,自不待言。^⑤

① 参见北川善太郎:《日本の法と历史》,昭和43年。

② 关于法国民法之发展趋势,参见蓝瀛芳:《法国民法典之修正研究》,1978年。

③ 例如杨崇森:《信托之基本观点》,载《中兴法学》第8期,第13页;何孝元:《信托法之研究》,载《中兴法学》第10期,第1页;周宇:《美国法关于制造商对过敏消费者之责任》,载《中兴法学》第13期,第75页。

④ 关于苏俄法制,请参见Berman, Justice in the U. S. S. R.: An interpretation of Soviet Law, 1963; Geilke, Einführung in das Sovieterrecht 1966; Genkin/Bratus/Lunz/Nowizke, Sovietisches Zivilrecht, 1953; Hazard, Law and Social Change in U. S. S. R. 1953; Lafave, Law in the Soviet Society, 1965.

⑤ 参见Jakobs, Zur Methode der Zivilrechtsvergleichung zwischen Rechten aus verschiedenen Gesellschaftsordnungen, OER, 1963, 108; Loeber, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedenen Wirtschaftsordnung, RabelsZ 26(1961)201.

(三) 法源

在大陆法系国家,法律系以法条(Rechtsätze)形态表现,著于法典,援引比较,自称简便,因此容易流为“法条比较”(Paragraphenvergleichung)。为发现“活的法律”(living law),在法律比较上,法源应扩大及于判例学说;如若可能,交易惯例亦应斟酌。德国比较法权威学者 Rabel 教授曾谓:“有法律而无相关判决,犹如仅有骨骼而无肌肉。通说理论系法律之神经。”^①判例学说不但补充法律之不足,而且也经常修正变更法律之内容。例如,德国判例学说所设之 culpa in contrahendo(缔约上过失), positive Vertragsverletzung(积极侵害契约)及 Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte(附保护第三人作用之契约)三项制度,根本改变了德国之契约法。^②又 1804 年之法国民法关于侵权行为仅设 5 条规定(该法第 1382 条至第 1386 条),迄今时隔 170 余年,犹未增订修改,端赖判例学说创设新原则,以适应社会需要。^③由是可知,执法律条文而论他国法制(例如德国契约法或法国侵权行为法),不免发生谬误,应特别留意。

(四) 比较分析

1. 各国报导

在研究问题及被选为比较之国家研究之后,原则上应随之提出各国报导(country report, Länderberichte)。所谓各国报导,就是用各国固有之概念体系叙述各国之法制,内容务求简约确实,应避免陈述自己之意见或作无依据之推论。各国报导不但可以使读者获得关于某国法制之概况,而且可以用为进一步比较研究之基础。

2. 功能性原则

各国报导完成之后,即应从事比较。所谓比较系区辨各国法制之异

① “Ein Gesetz ist ohne die zugehörige Rechtssprechung nur wie ein Skelett ohne Muskel. Und die Nerven sind die herrschenden Lehrmeinungen.” Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925, S. 4.

② 参见拙著:《缔约上之过失》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版;《契约关系对第三人之保护效力》,载《法学丛刊》第 83 期,第 23 页。

③ 参见拙著:《侵权行为法之危机及其发展趋势》,载《中兴法学》第 12 期,第 1 页。

同及其内在关系。此为比较法之核心,亦为其趣味及困难之所在。关于比较之方法,在某种程度,须依赖研究者个人之学术与经验,但无论如何,必须确实把握“功能性原则”(Funktionalitätsprinzip)。^①

法律是一种社会规范,各国法律之概念体系虽有不同,但其基本功能,则无二致,均在衡量利益,判断价值,解决特定社会问题。因此只有秉“功能性原则”,始能突破各国法律之概念体系,进而探求各国法律为解决特定问题所设之法律规范。各国法律所以能够比较,乃是因为均在解决同一问题,满足同一需要。“功能性原则”是法律比较研究之出发点,也是法律比较研究之基础。

3. 概念体系之组成

在比较过程中,常会发现一项事实,即为了能够合理说明研究对象,必须扬弃各国法律固有之概念体系,以建立跨越各国法律之上位概念体系。关于此点,可举两例说明:

(1) 如何区别具有法律拘束力之行为与不具有法律拘束力之行为,系各国契约法上最基本之问题。各国法律处理此项问题之技术,并不一致。一般言之,多规定需要具备特定形式,例如严格之方式、典型化之目的或有偿性;在一个进步之法制,则可能让诸解释。在比较法上,如何创设一个超越大陆法上 Cause 与英美法上 Consideration 两个概念之上位概念,并能区别具有拘束力之法律行为与无拘束力之社交活动,殊有必要。Zweigert 教授认为 Seriositätsindizien(真诚性征凭)此一概念最值采取。^②

(2) 现代社会生活复杂,交易频繁,事必躬亲,殆不可能,常须他人辅助从事一定之工作。若受雇人于执行职务之际,不法侵害他人权利时,雇用人在何种条件下应负损害赔偿赔偿责任,亦系各侵权行为法上之基本问题。就概念以言,在台湾地区称为雇用人侵权责任(第188条);在德国法上称为 Haftung für den Verrichtengehilfen;在英美法上称为 Vicarious Liability。Zweigert 教授认为,为克服各国法律概念之歧异,在比较法上应创一个新的概念,称为“Haftung für Leute”(为他人而负责任)。^③

比较法上概念体系之组成较具弹性,系以法律所要解决之实际问题

① Rheinstein, S. 25; Zweigert/Kötz, S. 42f.

② Zweigert/Kötz, S. 44.

③ Zweigert/Kötz, S. 45.

为对象,期望能够在一个新的观点下,比较分析各国(地区)之法律制度。比较法上概念体系之建立,不但对比较法学之发展甚有助益,而且对国际法律之统一,亦将产生重大贡献。

4. 评价及应用

各国(地区)法制经过比较之后,即可发现其异同及内在关系。最后应更进一步就此加以评价。所谓评价,即在权衡各国(地区)法律制度之得失利弊,事涉法律政策,见仁见智,或有不同。惟外国立法例或判例学说确具价值者,则在立法或法律解释上,应斟酌援用,以促进本国(地区)法律之进步,否则不免遭受“聚石成堆,弃置不用”之讥也。^①

四、比较法对法律解释适用之功能

(一) 方法论上之说明

法制比较研究具有多种作用,其主要者有:① 增进认识法律之本质;② 作为本国(地区)立法之参考资料;③ 促进国际了解及商务交易;④ 作为国际法律统一化之基础。然而,本文所欲讨论的是,比较法对法律适用,尤其是在法律解释及填补法律漏洞(Rechtslücke)方面所具之功能。

外国立法例虽得视为法理而适用,但此并非表示任何外国立法例皆得视为法理。在台湾学者的论著中,常可发现两种不同之论点。有谓:对此问题,外国立法例设有规定,台湾地区虽无明文,但应采相同解释;或谓:对此问题,外国立法例虽设有规定,但在台湾并无明文,不得为同一之解释。就形式言,此两项论点,皆有依据,其所以不同者,主要在于适用外国立法例之基本原则。关于此点,特提出两项抽象原则,以供适用外国立法例之参考:① 外国立法例须不与本国(地区)社会相违反。^② ② 外国立法例须能纳入本国(地区)现行法律体系之内。

如前所述,1963年所公布之“动产担保交易法”,系继受美国之《动产抵押法》、《统一附条件买卖法》及《统一信托收据法》而制定。因此,学者常径引述美国法上之概念(例如法定所有权或衡平所有权),以解释台湾

① Ansammlung von Bausteinen auf einem Haufen, auf dem sie ungenutzt liegen bleiben. 此为德国法律哲学家 Binder 对当时比较法学之批评,参见 Zweigert/Kötz, S. 48。

② 黄右昌,前掲书,第 65 页。