

財產法專題研究

(三)

學術論文集

謝哲勝
著



元照出版

財產法專題研究 (三)



謝哲勝 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

財產法專題研究 / 謝哲勝著. -- 初版. -- 臺
北市 : 元照, 2002- [民 91-]
冊 : 公分

ISBN 957-2022-47-4 (第三冊 : 精裝)

1. 財產 - 法規論述

584.207

91001828

財產法專題研究（三）

1062G0

2002 年 03 月 初版第 1 刷

作 者	謝哲勝
出 版 者	謝哲勝
總 經 銷	元照出版有限公司 100 台北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 450 元
訂閱專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂閱傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-2022-47-4

自序

拙著「財產法專題研究(二)」於一九九九年出版至今已二年多，二年多以來陸續撰寫論文十餘篇，特再編印成書，名為「財產法專題研究(三)」。今年恰逢中正大學法律學系十週年，開始編輯中正大學法學叢書，本書列為叢書第二十三冊。

本書收集的論文可概分為四類，即基礎法學、民法、信託法、土地法。其中「英美法與大陸法的融合」一文提出國際比較法學界最新的法系分類和思潮，作為國內一些似是而非的法系概念的省思；「法律經濟學基礎理論之研究」一文則適宜作為學習法律經濟學的入門文獻，以及檢驗經濟分析嚴謹度和正確性的依據；六篇信託法相關的論文則代表作者近二年來研究重點的成果；「土地使用管制法律之研究」一文，則是國內就此主題少見的法律相關論文。

近九年以來教學研究方面受到許多師長、同事們鼓勵，同學們協助資料收集和庶務處理，接下行政工作後，幸賴林淑玟小姐協助料理系上事務，使系務運作順遂，讓作者可兼顧研究工作，愛妻文珍料理內外，並照顧二子，使我無後顧之憂，對本書之成都有重大貢獻，謹表示作者由衷的謝忱。

謝哲勝

謹序於中正大學法律學系
二〇〇二年二月

目 錄

自 序

一、英美法和大陸法的融合·····	1
二、法律經濟學基礎理論之研究·····	33
三、學界回顧：民法 ——財產法·····	67
四、無強制實現力的契約 ——兼評民法債編增訂條文第一六六條之一·····	97
五、忠實關係與忠實義務·····	121
六、相鄰關係與隨不動產所有權移轉的契約·····	155
七、大陸物權法制的立法建議 ——兼評王利明教授物權法草案建議稿·····	173
八、信託法的信託概念之釐清 ——信託法公布後最高法院與信託有關的判決評釋·····	201
九、信託之起源與發展·····	221
十、信託法的功能·····	241
十一、信託的存續期間·····	269
十二、受託人權利義務及責任·····	285

十三、從商業信託的概念論投資信託的法律架構
——兼評都市更新投資信託公司設置監督及管理
辦法第二十條的規定…………… 339

十四、土地使用管制法律之研究…………… 361

英美法和大陸法的融合

壹、引 言

貳、世界主要法系的分類

- 一、傳統的分類
- 二、傳統的分類方式的檢討
- 三、新的分類方式的提出

參、英美法和大陸法融合的趨勢

- 一、美國法發展過程受大陸法影響
- 二、整合歐洲私法的努力
- 三、歐洲繼受美國法
- 四、東歐各國同時繼受美國法和歐洲法
- 五、國際公約整合英美法和大陸法

肆、美國法發展過程受大陸法影響

- 一、約 因
- 二、防止詐欺條例
- 三、擔保責任
- 四、海商法
- 五、國際私法
- 六、理性和正義的基本原則

伍、歐洲繼受美國法

- 一、繼受的現象
- 二、繼受的內容
- 三、未來展望

陸、結 論

壹、引言

在國內比較法的研究上，一般都將我國歸類為大陸法系國家，也有學者以我國為大陸法系國家，作為我國繼受外國法律和解釋適用我國法律的主要依據。然而，何謂大陸法，大陸法有何共同特徵？何謂英美法，其又有何共同特徵？如英美法和大陸法有明顯區別，則二者在現代法治國家的真正區別何在，是否成為原大陸法系國家繼受英美法的障礙？我國近一、二十年大量繼受美國法，解釋適用這些新的立法是否因我國原為大陸法系國家而形成障礙，而現代世界上原屬大陸法系國家是否與我國有相同經驗，可供我國借鏡，凡此種種，都是值得深入探討的議題。

本文第貳部分首先介紹現代世界主要法系的分類，作為本文探討的基礎；第參部分敘述國際上比較法的發展，以強調二者融合的趨勢；第肆部分提出美國法中原屬大陸法的法律原則，以驗證美國法發展過程受大陸法的影響；第伍部分探討歐洲繼受美國法的情形，作為原大陸法系國家繼受美國法的例證；本文結論主張，在美國法發展過程受大陸法的影響，與歐洲繼受美國法的情形下，英美法和大陸法已漸漸融合，我國藉由繼受美國法也搭上法律融合的列車，這對我國將來的法學研究上有許多啟示。

貳、世界主要法系的分類

法律分類學對法律學研究的重要性，並不亞於分類學對其他學門的重要性，藉由適當的分類，有助於比較法的研究，更有益於不同國家間法律思想的繼受與溝通，在法律國際化的現代世界，法律知識的傳播對於同一法系間不僅有必要，對於不同法系間亦有其必

要，對全球法律為分類，可使不同法系間可以互相學習，因此，有其必要性。¹

一、傳統的分類

比較法學者使用各種不同的分類標準，以區分世界上的法系，其中最成功的分類當屬由 Rene David 所提出的標準，他將世界上的法律分為四大法系，即英美法（Common Law）、大陸法（Civil Law）、社會主義法（Socialist Law），和其他法（other conceptions of law）。²世界上各國法律複雜性顯然超過這四種類別，其他學者覺得此一分類過於簡單，因而就此一分類再進行分類，³可是這樣的結果變得比較複雜而不易記憶。因此，這四大法系的說法乃為比較法學者所共同接受。⁴社會主義法系隨著蘇聯的瓦解，共產國家採改革開放措施而失其原有特性，其他法系也缺乏同一性，使得英美法和大陸法的二分法成為比較法上僅存的兩種法系，再加上世界上每一個法律制度幾乎都受到英美法或大陸法的影響，使得傳統上英美法和大陸法的區分，有其合理化的理由。

1 Mattei, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, 45 Am. J. Comp. L. 5-6 (1997).

2 參閱漆竹生譯，當代主要法律體系，第 20 至 25 頁；並請參閱章孝慈譯，大陸法系之傳統，第 1 至 6 頁。

3 例如有學者將拉丁美洲國家視為一個拉丁美洲法系，斯堪地那維亞國家視為一個法系，阿拉伯國家視為一個法系，或如本部分三新的分類，依分類標準和精確度不同而有不同的分類。

4 Mattei, *supra* note 1, at 8.

二、傳統的分類方式的檢討

然而，法律制度的分類本身是方法而非目的，其真正目的是爲了各種法律制度的比較與了解。因此，沒有一項分類方法在每一種比較法的目的上都優於其他的分類方式。例如，在比較憲法的架構上，英美法和大陸法的對比方式，顯然不如聯邦制和中央集權制的對比方式有用。爲了比較法上不同的目的，不同的分類方式即可以共存，簡單地說，英美法和大陸法的區分，並非唯一的方式。⁵

況且，英美法和大陸法的分類方式，基本上反映以私法爲標準，且以歐美法律傳統爲中心的判斷標準，與當代世界上法律的分布圖已有顯著的不同，基於幾種理由而有必要修正。第一，中國大陸改革開放成功，使其法制在比較法學上漸受重視；第二，日本法在近三十幾年的發展與日俱增的重要性，日本法因受日本傳統文化的影響，與歐美法律有所區別，也爲比較法學者所承認；⁶第三，對回教國家在文化上的了解增加，而明瞭其法律的特殊性；第四，全部的非洲大陸國家已獲得獨立，比較法也應納入考慮；最後，是比較法學者在斟酌最近的發展和歷史的證據後，加上傳統上英美法和大陸法的區別已漸漸消失，藉由強調相同點而非不同點，以重新思考傳統英美法和大陸法的分類法。⁷

5 Id.

6 有三項因素對日本法制的發展有重大影響：一、在相當長的時間，耐心的建立新的法律秩序；二、制訂一般性的法典前，先制訂適用於特別事項的特別法；三、注意法律的移植與文化的相容性，並調整引入的外國法制，使其適合國內的環境。Hohmann, *Modern Japanese Law: Legal History and Concept of Law, Public Law and Economic Law of Japan*, 44 *Am. J. Comp. L.* 151 (1996).

7 Mattei, *supra* note 1, at 10-11.

三、新的分類方式的提出

主流的比較法學者已將西方的法律傳統（Western Legal Tradition）視為同一法系。⁸也有學者將英美法和大陸法的區分視為同一法系的小分支，而將此一法系稱為西方法律傳統（以下稱為西方法系），或依專業法而治（rule of professional law）的法系；另外區分依政治法而治（rule of political law）和依傳統法而治（rule of traditional law）的法系。其區別標準是以法律、政治和宗教（或傳統）在日常生活中所扮演規範角色的份量的輕重來區分。⁹

西方法系的同質性大體上表現在兩項特徵：(一)法律的舞臺與政治的舞臺可以清楚地劃分；(二)法律程序大體上是俗世化的。換句話說，法律的合法性並非基於宗教或政治的本質，而是技術的本質。西方法律傳統是基於兩個重大意識型態的分別，即區別法律與政治以及法律與宗教（哲學）。屬於此一法系的國家包括英美法系的英國、愛爾蘭、北美洲、澳洲、紐西蘭；大陸法系的西歐、斯堪地那維亞法制，以及若干混合法制如路易斯安那州、魁北克省、蘇格蘭、南非。西方法系的分支法系可分為英美法、大陸法，和混合法（包含斯堪地那維亞法制）；英美法又可分為美國法和英國法，大陸法可分為德國法和法國法，混合法可分為斯堪地那維亞法和混合法制。但在西方法律傳統內，由於法律制度的廣泛流通與交換，這些細分已無太大的意義。雖然美國法與英國法有區別，但區分二者似乎也無太大意義。例如，澳洲和加拿大就同時具有美國法和英國法的特徵，較應重視的是，美國法不僅在英美法系居領導地位，且在西方法系居領導地位（或許法國法為例外）。同樣地，從個體比較上，大

8 H. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*(1983). 並請參閱章孝慈譯，前揭註2書，第23頁。

9 Mattei, *supra* note 1, at 19.

陸法系分爲德國法（德國、奧地利、瑞士）和法國法，或許有其意義，但從總體比較上，由於西歐各國法律同質性很高，此區分即不具意義，尤其荷蘭同具德國和法國法色彩，近些年立法又大量引進英美法，不僅無法區分是德國法還是法國法，甚至無法區分是英美法還是大陸法，加上各國引進信託法後，所謂的混合法倒成爲西方法系的法律常態。¹⁰

依政治法而治的法系，指法律與政治無法分開的法制。雖然，這並不意味法律和政治可以完全無關，而是在此法系下，政治程序會影響法律程序的結果，而不像在西方法系下，政治程序是由法律的規範所決定。屬於此一法系的國家包括(一)大多數前社會主義法系。但波蘭、匈牙利和捷克可能爲例外，因爲這些國家具有大陸法的傳統，社會主義法的影響不深；(二)非洲和拉丁美洲的開發中國家。但受回教法制影響很深的國家爲例外，這些國家大多位於北非，因受回教法制很深而應列入依傳統法而治的法系。這一法系國家也包括古巴。依政治法而治的法系又可分爲過渡法(law of transition)——指前社會主義法和發展法(law of development)——指非洲法和拉丁美洲法。¹¹

依傳統法而治的法系是指法律和宗教或哲學傳統不分的法律型態，也可稱爲東方法律傳統（以下稱爲東方法系）。雖然在西方世界，法律也有基於道德、宗教及傳統的起源，但現代西方社會法律人是和神職人員有清楚的劃分，法律人所掌管的範圍是社會上人與人、人與組織及組織與組織之間的關係，而神職人員所掌管的範圍是人與其良知及人與先驗的（transcendental）或超自然（supernatural）的神秘事務之間的關係；依傳統法而治的法系，宗教或先驗的哲學扮演社會規範中最重要的角色，個人內心的範疇和社會的範疇無法

¹⁰ Mattei, *supra* note 1, at 23-42.

¹¹ *Id.* at 27-41.

分開的。東方法系包括(一)回教法國家，(二)印度 (Indian law) 及其他印度法國家，(三)其他亞洲和儒家的法思想的國家。第三種國家又可分為日本型和中國型，日本型國家代表高度工業發展並受西方法顯著影響的國家 (例如臺灣、南韓、香港等)，中國型國家代表低度發展並抗拒西方化的國家 (例如蒙古、北韓、越南、高棉等)。此一分類下的國家並非沒有法律或律師，而是大多數糾紛是由律師以外的其他人員所解決；也並非未受到西方法的影響，因為現代世界上各國法律均受西方法的影響，這也是傳統上英美法和大陸法二分法的理由。稱為依傳統法而治，所要強調的是傳統思想支配人民行為的顯著現象，以及傳統思想在東方法系所扮演角色遠超過傳統思想在西方法系所扮演的角色。¹²

以上這三種分類也是相對的，某一法系國家也可能具有其他法系的特色，例如在西方法系，大陸法系一般上 (有些國家特別如此，例如義大利、西班牙、希臘) 較英美法系具依政治法而治的特徵，大陸法對公私法的區分，和政府在訴訟程序上的特權地位，是此現象的最顯著例子。依政治法而治的法系，發展法 (尤其是非洲) 比過渡法較具依傳統法而治的特徵。東方法系中，中國型的法制較具政治法而治的法系的特徵，日本型的法制則較具西方法系的特徵，¹³ 回教法則較印度法制具依政治法而治的特徵，印度法制較具西方法制的影響。¹⁴

以上敘述傳統上世界法系的分類，英美法和大陸法二分法已無法反映各國的現況，因此也特別介紹新的分類方式。值得注意的是，英美法和大陸法在新的分類方式下，被視為同一法系下的分支法

12 Id, at 34-42.

13 依西方學者的觀點，並無法將日本單獨歸屬於大陸法或英美法，與國內許多學者習慣將之歸類為大陸法系國家的觀點不同，參閱章孝慈譯，前揭註2書，第6頁；漆竹生譯，前揭註2書，第559至572頁。

14 Mattei, supra note 1, at 43.

系，而臺灣和日本被視為既不屬於大陸法也非英美法的東方法系。就前者而言，代表英美法和大陸法的同質性漸漸提高，與本文的題目恰好吻合；就後者而言，臺灣和日本雖自認為法治國家，但法律人扮演的份量仍然不足，而這似乎也符合國人解決事情的先後順序——情、理、法，值得全體國人——尤其是法律人深思。

參、英美法和大陸法融合的趨勢

由於人口流動率的增加和世界經濟的成長，法律國際化已是非常明顯的事例。有許多跡象顯示英美法和大陸法融合的趨勢，包括一、美國法發展過程受大陸法的影響；二、整合歐洲私法的努力；三、歐洲繼受美國法；四、東歐各國同時繼受美國法和歐洲法；五、國際公約整合英美法和大陸法。其中第一和第三項將於本文第肆和第伍部分再為詳細介紹。

一、美國法發展過程受大陸法的影響

美國各州雖然絕大多數是屬於普通法（Common Law 即一般所稱的英美法）的州，但路易斯安那州因早期受法國法和西班牙法的影響，而歸類為大陸法系的州。屬於普通法系的州也並非有統一的法律，因各州都是有最高主權的州（sovereign state），均有立法權、司法權、和行政權，因此，各州法律也不完全相同。而使各州被歸類為普通法的理由，是其法院仍然以判決先例（precedents）為裁判的主要依據，但並非各州無立法而必須以判例為準則，普通法的州也有立法，只是大部分是針對特定事項立法，而不像大陸法的傳統是採一般立法方式，就法律的整體為立法，事實上許多州也有完備

的法典，¹⁵但法院寧願捨條文而就判例為裁判依據。各州法律雖有不同，但在共同的語言、單一的市場、所用教材強調各州共通的法律原則之統一的法學教育方式，使美國雖無全國性立法，也能達到法律統一和調和的目的。¹⁶美國路易斯安那州處於普通法各州之中，受到英美法的影響固難避免，但美國普通法的發展過程中亦融入許多原屬大陸法的原則。因此，不僅路易斯安那州，美國其他各州也融合了英美法和大陸法。至於美國法中哪些是原屬大陸法的法律原則，將於第肆部分詳細說明。

二、整合歐洲私法的努力

整合歐洲（包括歐盟內和歐盟外國家）私法的努力是英美法和大陸法融合的一個顯著例子，¹⁷即使歐陸國家被視為屬於同一法系，但是事實上各國法律也有顯著不同，以對全世界大陸法影響最大的德國和法國為例，二者法律在許多方面也有顯著的區別。¹⁸西歐的三大國家為英國、法國和德國，此三大國也是法律的大國，要整合歐洲各國的法律主要即須整合此三國的法律，因此，整合歐洲私法並不限於歐陸各國法律的整合，也包括英美法和大陸法的整合，目前已有比較法學者強烈主張制定歐洲民法典的呼聲。¹⁹

15 例如美國最大的幾個州，包括加州、紐約州、德州、伊利諾州，都有民法典或類似於民法典的法典，但各州法院於民事案件的裁判，仍然引用判例為其裁判的主要依據。

16 Zekoll, *The Louisiana Private Law System: The Best of Both Worlds*, 10 Tul. Eur. & Civ L. F. 1, 3(1995).

17 歐洲共同體的成立，形成了歐洲共同體法，更使西歐各國法律統一化的趨勢更為明顯，參閱由嶸主編，外國法制史，第239頁。

18 See J. Dawson, *The Oracles of the Law* 374(1968).

19 Mattei, *The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments*, 21 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 883(1998).

整合歐洲各國法律的構想，雖然一部分是受到美國整合各州法律模式的影響，也是受到「私法歐洲化」(the Europeanization of Private Law) (亦即使歐洲私法統一) 的想法所鼓舞，此一整合歐洲各國私法的努力，對傳統上不屬於大陸法系的英國和斯堪地那維亞 (Scandinavia) 法律制度的發展即產生重大影響。²⁰ 這意味著英美法的起源國英國已受到大陸法重大影響，已非英美法的典型，²¹ 保留英美法典型的國家是美國 (路易斯安那州除外)，因此，現代法律用語提到英美法或普通法 (Common Law) 的用語時，如未特別指明，即指以美國法所代表的法律類型。

三、歐洲繼受美國法

自二次大戰後，美國化 (Americanization) 一直持續且加速的進行中，美國化程序從歐洲開始，因此，歐洲各方面均受美國影響，法律自然也不例外，²² 此點將於第五部分詳細說明。

四、東歐各國同時繼受美國法和歐洲法

最近東歐各國法制的變革，也是英美法和大陸法融合的一大例證。爲了加入世界貿易的行列，前社會主義國家正努力地塑造一個符合西方世界的標準的法律環境，而美國和歐洲的代表團都熱心於成爲新政府的顧問，這些代表團在協助草擬法典時，有時競爭，有

20 Zekoll, *supra* note 16, at 5.

21 Levitzky, *The Europeanization of the British Legal Style*, 42 *Am. J. Comp. L.* 347(1994); B. Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century* (1994).

22 Wiegand, *The Reception of American Law in Europe*, 39 *Am. J. Com. L.* 229,231-232(1991).