

中国政法大学出版社

民事法理与 判决研究

詹森林 著

民事法理与判决研究

詹森林 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事法理与判决研究/詹森林著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2002

ISBN 7-5620-2235-6

I. 民… II. 詹… III. ①民事诉讼法-法的理论-中国②民事诉讼-审判-研究-中国 IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052169 号

书 名 民事法理与判决研究

出 版 人 李传敢

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 北京博诚印刷厂

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 13.75

字 数 330 千字

版 本 2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

印 数 0 001—5 000

书 号 ISBN 7-5620-2235-6/D·2195

定 价 28.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆ ☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

作者簡介

詹森林

一九五七年生于南投县

台湾大学法学士、法学硕士

台湾大学法律研究所博士班肄业

德国法兰克福大学法学博士

曾任律师

现任台湾大学法律学系教授

序

本书收集关于民事法理与判决之论文二十篇，并依其性质，分为契约法总论、契约法各论、侵权行为法、身份法、比较民法，共五部分，代表个人研究民法之些许心得。

民法，系以严谨之概念，组成价值判断之体系，并据以规范私人财产上及身份上之权利义务。学习民法，即在掌握概念、衡量价值、区别是非。本书之论文，除着重民事基本理论之阐述外，尤其强调实务案例之解析，并以法学方法，就“最高法院”之判决，在结论上、或理由上，提供不同观点，以供参考；惟其中论述，必有不当，敬请斧正，无任感禱。

作者自就读大学时起，即蒙 恩师王泽鉴教授之教诲与奖掖。厕身教学研究，亦系 恩师之感召及鼓舞所致。今年六月，喜逢恩师六秩华诞，受业门生，原已决议筹集论文，以示祝寿。惟恩师谦冲为怀，坚辞未允。兹值本书付梓，仅献给 恩师，略表谢忱，并祝 恩师

时时喜乐，合家欢欣。

感谢翁岳生教授、杨日然教授、戴东雄教授、曾陈明汝教授、廖义男教授、黄茂荣教授、刘宗荣教授等师长，于作者就学期间，启迪学问、关怀生活。师恩浩瀚，终身感激。

本书顺利出版，归功于王凯玲、刘庆蓓、曾品杰、陈佑寰、林孜俞、邱永豪、郑伯禹、简美慧、陈鹏光等同学之细心校对与鼎力协助，谨致上诚挚之谢意。

多年来，内子淑文致力教学、操持家务、养育儿女，备极辛劳，就作者之疏于分忧，仍处处宽容。此情此爱，永志不忘！

詹森林

一九九八年十月

目 录

契约法总论

- 一、私法自治原则之理论与实务
——台湾地区法制发展之情形…………… (3)
- 二、中断时效之债务承认与时效消灭后之契约承认债务，兼论时效利益之抛弃、时效抗辩与权利之不法行使…………… (37)
- 三、空白契据签名者之责任…………… (61)
- 四、给付迟延之不履行损害赔偿与“民法”第二百二十七条规范意义之新认识…………… (85)
- 五、非典型契约之基本问题…………… (110)

契约法各论

- 六、租赁物返还请求权与所有物返还
请求权之竞合关系…………… (131)
- 七、受任人移转权利之义务与委任人之代位权…………… (149)
- 八、运送物丧失毁损时，赔偿权利人得否请求
运送人回复原状…………… (166)

九、先后订立之数保险契约与复保险之成立…………… (184)

十、信托之基本问题

——“最高法院”判决与信托法规定之分析比较…………… (203)

侵权行为法

十一、自由权之侵害与非财产上之损害赔偿…………… (247)

十二、互殴与与有过失…………… (276)

十三、机车骑士与其搭载者间之与有过失承担…………… (286)

十四、雇用人行使求偿权时与有过失原则之类推适用…………… (310)

身 份 法

十五、海峡两岸双重婚姻之抗争

——“最高法院”判决撤销在台之重婚于方法论

上之检讨…………… (321)

十六、待婚期间之约定与善良风俗…………… (350)

十七、误信妻于婚前所生子女为亲生子女而结婚者，

得否请求撤销婚姻？…………… (371)

比较民法

- 十八、西德一九八八年产品责任法草案…………… (385)
- 十九、德国劳工法上雇主对于求职者之询问权…………… (409)
- 二十、借腹生子契约之违背善良风俗性与不当得利
 返还请求权
 〔西德法院裁判要旨介绍〕…………… (429)

契约法总论

私法自治原则之理论与实务

—台湾地区法制发展之情形—

目 次

- | | |
|------------------|------------------|
| 壹、私法自治原则之基本理论 | 伍、台湾之市场经济发展与契约自由 |
| 贰、私法自治原则之立法化 | 一、信托让与担保 |
| 叁、意思表示、法律行为与私法自治 | 二、最高限额抵押 |
| 肆、契约自由与私法自治 | 三、合会 |
| 一、概说 | 四、房屋之委建、合建 |
| 二、契约自由之功能 | 五、其他 |
| 三、缔约强制 | 陆、结论 |
| 四、定型化约款与契约自由 | |

壹、私法自治原则之基本理论^{〔1〕}

法律者，人类生活关系之规范也。人类之生活关系，可分为公法上之生活关系及私法上之生活关系两种。一般而言，公法上之生活关系，系以权力服从关系为基础，并以国家或公共团体作为当事人之一方或双方为原则。规范此种权力服从关系之法律，即为学说上所称之公法（Public law; öffentliches Recht），宪法、刑法、税法、诉讼法及行政法规等属之。私法上之生活关系，则以自由平等关系为其基础，至于其当事人之一方或双方究为私人、私团体、国家或公共团体，并无关紧要。规范此种平等关系之法律，学说上称之为私法（private law; Privatrecht），例如民法、商法（公司法、票据法、海商法、保险法）、动产担保交易法等，即为私法。^{〔2〕}

如前所述，公法关系与私法关系，分别以权力服从及自由平等为其基础，故在公法上，鲜少有个人自由意思之可言，^{〔3〕}亦

〔1〕 关于私法自治之意义、功能、限制及私法自治与法律行为之扼要论述，请参阅王泽鉴，民法总则，一九九二年九月十一版，一八三页以下；黄茂荣，民法总则，一九八二年增订二版，三九五页以下。

〔2〕 王泽鉴，前揭注1，二页。Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 1.

〔3〕 例如“宪法”第二十条及第二十一条规定，人民有依法律服兵役之义务，及受教育之权利与义务，其被规范之人民，均不得依自己之意思，而拒服兵役，或拒受教育。参阅“兵役法”第四十八条、妨害兵役治罪条例第一条、第二条；“教育法”第二条第二项。

未必有权利义务之对立。^{〔4〕}反之，在私法上，则以尊重个人之自由意思为指导思想，并以对立之权利义务为基本原则。^{〔5〕}

由于尊重个人之自由意思，私法自治乃成为私法领域上之最高指导原则。所谓私法自治，其意义为：当事人得依其自由意思创设、变更及消灭其私法上之生活关系。在私法自治原则之下，法律就私法上之生活关系，基本上并未预设当事人应予依循之强制规范。相反地，法律原则上承认当事人本于自由意思所为之表示具有法之约束力，并对于基于此种表示所形成之私法上生活关系赋予法律上之保护。^{〔6〕}

法律上之私法自治原则与经济学上之自由经济思想密切相关。在经济学上，有著名之“看不见之手”（invisible hand）原则。依据是项原则，个人系其私益之最佳追求者，故在私人经济生活领域内，国家应尽量减少干预，而委诸个人自行决定。个人在公平、自由之秩序上追求其最佳之个体利益，即为法律上之尊重当事人自主，而赋予当事人自由，以规律其生活关系。^{〔7〕}

贰、私法自治原则之立法化

兹就上述关于私法自治原则之理论，以台湾地区现行民法之规定说明之。

〔4〕 例如人民有依法律纳税之义务，但人民并不因已缴纳税捐而对国家享有对立之权利。

〔5〕 洪逊欣，中国民法总则，一九七六年修订版，八页，〔三〕（二）。

〔6〕 Raiser, JZ 1958, 1; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 1990, Rd 174.

〔7〕 Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Aufl. 1990, Rd 24. 曾世雄，民法总则之现在与未来，一九九三，一九页。

现行民法系于一九三〇年代，由当时之国民政府制定、公布并施行之。在体例上，现行民法仿效德国民法例，采五编制，即总则编、债编、物权编、亲属编及继承编。故现行民法系将私法上之生活关系大别为财产关系及身份关系。对于前者，设债及物权两编予以规范；对于后者，则设亲属编（纯粹身份法律关系）及继承编（身份财产法律关系）以为准绳。此外，再就债、物权、亲属及继承等四编之共通事项，推究其原理，归纳其精神，并将可共同适用于财产关系及身份关系之原则，在总则编上设立规定，共分七章，即法例、人、物、法律行为、期日及期间、消灭时效及权利之行使。其中又以法律行为（第七十一条至第一百八十八条）之规定，应如何适用于债、物权、亲属及继承编上，最具学术上及实务上之研究价值。^{〔8〕}

德国民法并未明文规定私法自治原则，^{〔9〕}而仅于债编中之第三百零五条规定：“除法律另有规定外，依法律行为创立债之关系，及债之关系内容之变更，以当事人间有契约为必要。”（原文为：Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.）惟德国联邦宪法法院认为，德国基本法（Grundgesetz）第二条第一项关于任何人有自由发展其人格之基本权利的规定，保障人之一般行为的自由（allgemeine Handlungsfreiheit）。就此而言，经济交易之自由（Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr）

〔8〕 王泽鉴，民法物权，一九九二年，七页；同作者，民法总则编关于法律行为之规定对物权行为适用之基本问题，民法学说与判例研究第七册，一九九二年，四一页；戴炎辉、戴东雄合著，中国亲属法，一九九一年修订第三版，五页以下。

〔9〕 Rüthers, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 1989, Rd 36.

及契约自由（Vertragsfreiheit）除已经特别的基本权利之规定保护者外，亦属于行为自由范畴。^{〔10〕}由于契约自由乃私法自治原则之具体实践，故德国实务及学者一致认为，私法自治乃民法最基本之原则。^{〔11〕}

现行民法亦未就私法自治原则设有明文规定。惟其债编开宗明义于第一百五十三条第一项规定：“当事人互相表示意思一致者，无论其为明示或默示，契约即为成立”；又于物权编之第七百六十五条规定：“所有人，于法令限制之范围内，得自由使用、收益、处分其所有物，并排除他人之干涉”；于亲属编之第九百七十二项规定：“婚约，应由男女当事人自行订定”，^{〔12〕}第一千零四十九条前段规定：“夫妻两愿离婚者，得自行离婚”；于继承编第一千一百八十七条规定：“遗嘱人于不违反关于特留分规定之范围内，得以遗嘱自由处分遗产”，第一千一百五十四条第一项规定：“继承人得限定以因继承所得之遗产，偿还被继承人之债务”，第一千一百七十四条第一项规定：“继承人得抛弃其继承权”；并于总则编第四章法律行为之第一节通则中规定，“法律行为，违反强制或禁止之规定者，无效。但其规定并不以之为无效者，不在此限”（第七十一条）；“法律行为，有背于公共秩序或善良风俗者，无效”（第七十二条）；“法律行为，系乘他人之争迫、轻率或无经验，使其为财产上之给付，或为给付之约定，依当时情形显失公平者，法院得因利害关系人之声请，撤销其法律行为，或减轻其给付。前项声请，应于法律行为后一年内为之”

〔10〕 BVerfG 8, 274, 328; 12, 341, 347.

〔11〕 BVerfG 70, 123; 72, 170; Palandt/Heinrichs, 51. Aufl. 1992, Vor § 104, Rd 1.

〔12〕 依一九八〇年台上字第三六七一号民事判例，由父母代订之婚约，经男女双方当事人互相承认，即生效力。

(第七十四条)。第七十一条及第七十二条规定，理论上于财产上之私法法律关系及身份上之私法法律关系，均有其适用余地，将其规定于总则编，实属妥适。第七十四条则仅于财产上法律行为有其适用，身份法上之法律行为，不得依该条规定，请求撤销，应请注意（一九三九年上字第一〇七号民事判例）。^{〔13〕}

此外，现行民法于债编第二章“各种之债”中，列举买卖（含试验买卖、货样买卖、分期付款买卖及拍卖等四项特种买卖）、互易、交互计算、赠与、租赁、借贷（分为借用人应返还原物之使用借贷与借用人系以相同种类、品质、数量之物返还之消费借贷两种）、雇佣、承揽、出版、委任、经理人及代办商、居间、行纪、寄托、仓库、运送营业（分为物品运送及旅客运送两种）、承揽运送、合伙、隐名合伙、终身定期金、和解及保证等二十二种契约，暨指示证券与无记名证券等两种单独行为。应注意的是，民法债编虽列举上述契约类型，但当事人于此等契约之外，得自由创设其他类型之契约，只要其内容不违背强制或禁止之规定（第七十一条）、或公共秩序及善良风俗（第七十二条），均发生法律上之效力，而得据以拘束契约之当事人，此于前揭德国民法第三百零五条规定，在结果上实无不同。

抑有进者，有关前述所列举各种契约之规定，在性质上，绝大部分系属于所谓之任意规定。易言之，该等规定或在解释当事人意思之不明（即解释规定，如第三百四十六条第二项规定：价金约定依市价者，视为标的物清偿时满偿地之市价。但契约另有订定者，不在此限。），或在补充当事人意思之不备（即补充规

〔13〕 参阅大陆民法通则第七条，第五十五条第三款，第五十八条第一项第五、七款，第五十九条第一项第二款；婚姻法第四条、第二十四条；继承法第十六条、第二十五条。