

台湾的民法与市场经济*

王泽鉴

一、概 说

1978年以来,中国积极推动改革、开放,致力于建设具有中国特色的社会主义法制,十几年来,陆续公布施行了数以百计的重要法规,卓著绩效。1986年公布、1987年施行的民法通则则是中国法制建设的里程碑。这部历经三十余年始告制定的民法虽然不是一部体系完整的法典,但固定了若干指导中国社会经济发展的基本原则,规定民法调整的对象包括法人之间的财产关系和人身关系,发展横向经济关系,扩大权利主体的范围,确立民事法律行为理论,明定国家所有权和企业经营权,组成违反合同和侵权行为的民事责任。我们很清楚地看到一个以民法通则为基础的民事法体系正在快速地形成,对于保护和推动中国社会主义以公有制为基础有计划商品经济的发展,已经发挥巨大深远的规范作用。^①

台湾是采行以私有制为基础的市场经济,为适应社会的发展,其所反映的法律制度亦历经变迁,具有若干特色。^②大陆法制在台湾受到广泛的重视,大学开课讲授,政府机关设置委员会从事研究,专著论文和报告亦逐渐累积。大陆法在台湾已成为一门显学。^③两岸法学交流必将有助于增加了解,促进合作,保障两岸人民的合法权益。^④

市场经济在法律的反映主要是民法,民法是规律市场经济的基本法。在大陆,关于民法和商品经济的关系是法学界共同关切的重大问题,并做出许多有价值的研究。^⑤关于台湾民法和市场经济,本文分为三个部分。第一部分是关于台湾市场经济发展的法制基础。第二部分是关

* 本文是1992年8月9日、11日在中国社会科学院法学研究所的报告(已经整理)。在此谨向王家福所长、王保树副所长、梁慧星主任、谢怀栻研究员等先生的指教和协助,表示谢意。

① 参阅王家福:《一部具有中国特色的民法通则》,《法学研究》1987年第3期。

② 商品经济是以前大陆经济学界和法学界的用语,台湾系使用市场经济(参阅张清溪等著:《经济学》(二版),1991,上册,第28页;下册,第347页)。目前,大陆已经提倡发展社会主义市场经济。

③ 拙著:《台湾对大陆法制研究的现况》,《法律学习与研究》1992年第1期。

④ 参阅谢怀栻:《应该研究台湾的民商法与经济法》,《台湾法律研究》1989年(试刊)。

⑤ 参阅佟柔、方流芳:《商品经济与民法》,《法律学习与研究》1986年第1期,略谓:“无论从各国立法的历史沿革,还是现实状况来看,民法在一个国家法律体系中始终处于举足轻重的地位。一个社会的商品经济越是活跃,民法的作用越是突出。民法是把一个社会赖以存在的,每日每时大量发生的商品经济关系作为它的主要调整对象,所以,它直接影响着国计民生,一个社会的长治久安,兴旺发达,不能没有民法。”此段见解在台湾为当然自明之理,但在直至1986年始制定《民法通则》的大陆,深具意义。佟柔教授是著名的民法学者,对大陆民法学的发展,甚有贡献,1991年逝世,谨在此表示敬意。

于私有制的物权法。第三部分是关于市场经济的契约法(合同法)。^①侵权行为法和不当得利法与市场经济也有相当密切的关系。前者在保护民事权利,后者在调整无法律上原因的财产变动。民法通则对侵权的民事责任设有详细规定(第118条以下)^②。但对不当得利则仅设一个条文,即:“没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。”在本文中,侵权行为和不当得利将在物权法和契约法中作简要的说明。^③

二、市场经济的法制基础

(一)概说

市场经济反映一定的法律制度,法律制度也相应地规范市场经济。为便于观察台湾市场经济与法律制度的发展,兹将重要立法依照年代表列如下:

1895:台湾割让日本,1896日本制定民法典

1930年代:国民政府制定民法典、商事法和其他法律

1945:台湾回归中国,适用中国法律

1949:实施戒严

1951—1954:土地改革:制定耕地三七五减租条例、实施耕者有其田条例、平均地权条例

1950—1962:引进外资:制定奖励投资条例、外人投资条例、华侨回国投资条例、技术合作条例

1963:动产担保交易法

1968:证券交易法

1980:国家赔偿法

1984:劳动基准法

1987:解除戒严

1991:公平交易法

1992以后:预定制定消费者保护法、劳动契约法、信托法;修正民法债编和物权编、劳动基准法;实施第二次土地改革等。

关于上开规律市场经济的法律制度,归纳为四点加以说明:

1. 一百年的民法,2. 土地改革和奖励投资,3. 公法与私法,4. 竞争秩序和社会公道。

(二)一百年的民法

民法是市场经济的基本法。作为市场经济基础的民法在台湾实际上已有一百年的历史。1895年台湾割让给日本,日本在1896年公布民法典,以德国民法(第一草案)及法国民法为蓝本,立法目的之一就在于适应日本经济的资本主义化,确立资本制的法秩序。^④日本统治台湾,

① 关于“契约”与“合同”的概念,参阅贺卫方:《契约与合同的辨析》,《法学研究》1992年第2期。在台湾使用契约的概念,在大陆使用合同的概念。本文讨论台湾的法律时,使用契约的概念。

② 参阅拙著:《中共民法通则之侵权责任:比较法之分析》,《民法学说与判例研究》第6册(台北,1990),第285—320页;段匡:《中国的不行为法に关する若干の考察》(一),东京都立大学法学会杂志第32卷,第2号(1991),第211—252页。

③ 最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》的通知对不当得利作有一则意见(131):“返还不当得利,应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益,扣除劳务管理费用后,应当予以收缴。”《中华人民共和国最高人民法院公报》1988年合订本,总65(78)。台湾民法关于不当得利设有五个条文(第179条至183条),其基本规定为:“无法律上之原因而受利益,致他人受损害时,应返还其利益。虽有法律上之原因,而其后已不存在者,亦同。”(第179条)。

④ 参阅川村泰启:《商品交换法の体系》(上),劲草书房(1967),第6页。

实施殖民地政策,适用日本继受西欧的民法和其他法律,建立了相当完备、有效率的司法、户政和地政制度。

在中国,国民政府于1929年以后陆续制定民法典、公司法、票据法、海商法、保险法、民事诉讼法、强制执行法、破产法等,基本上也是继受德国法,与日本法同其渊源。^①1945年台湾回归中国,适用中国法律,政权虽有变动,私法秩序并未因此而受影响,仍在既有的基础上稳定继续地成长。50年代以后深受美国的影响,尤其是在金融保险、国际贸易、证券交易方面,并继受美国法制(如动产担保交易法),引进新的交易类型(如leasing, franchising等),使台湾的民法更为丰富,更能适应社会经济发展的需要。^②

(三)50年代的土地改革和奖励投资

50年代大陆与台湾同时进行影响深远的土地改革。在大陆最后是将土地归于国有或集体所有,建立社会主义生产资料公有制。在台湾则仍维持私有制,但制定耕地三七五减租条例(1951年),规定耕地租额不得超过主要正产品全年收获总量37.5%。制定实施耕者有其田条例(1953年),规定由政府徵收出租耕地,转放现耕农民领;现耕农民承领耕地后,政府为确保土地利用的改良及增加生产,指定专款,设置生产贷款基金,低利贷予农民。为支付耕地徵收补偿,制定公营事业移转民营条例(1953年),将当时四大公营事业(农林、工矿、水泥、炼铁)出售民营。制定平均地权条例(1954年),规定地价、照价徵税、照价收买、涨价归公,土地使用等问题。土地改革在政治上削弱了台湾士绅地主的势力,有助于国民政府的统治;在经济上则提高了农业生产力,增加消费能力,累积资本,支持工业发展。

值得注意的是,在实施土地改革同时开始奖励投资,引进外资。1950年制定奖励投资条例(1990年改为促进产业升级条例),1954年制定外人投资条例,1955年制定华侨回国投资条例,1962年制定技术合作条例。于1968年制定证券交易法,建立资本市场。值得提出的是,外人或华侨在台湾投资而从事民事法律行为,订立契约,一律适用民法及其他法律的规定,并未特别制定特别法(如大陆的涉外经济合同法)以资规律。^③

(四)公法与私法

为因应海峡两岸情势,台湾于1948年宣布戒严,于1987年解除戒严。在这长达三十多年的戒严时期,“国会”并未全面改选,不准设立新的政党,禁止罢工,限制人民出入境,管制思想,严惩政治犯,妨害宪法所保障的基本人权,公法的发展甚受限制。但必须指出的是,为了社会安定,厚植国力和巩固政权,国民政府对经济则采取开放的政策,市场经济并未因政治的专权而受影响,反而在安定的环境里快速发展,私法益见精致和完善。公法与私法的区别不仅是法学上的分类,而且体现不同的原则,私法因与公法分开,使私法能够不受政治的影响,有效地保护和促进市场经济的发展。解严后政治民主化过程的加速进行,公法与私法的协力将更有助于社

① 日本是采民商分立,中国则采民商合一,以德国民法为蓝本,兼采瑞士民法和债务法,就内容言,若干部分较日本民法为周全。

② 参阅 Tze-Chien Wang, Rezeption und Fortbildung des amerikanischen Mobiliarsicherungsrechts in Taiwan, in: Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitagawa, 1992, S. 60ff.

③ 关于大陆的法律,参阅中华人民共和国涉外经济合同法(1985年)。适用对象为中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他个人之间订立的经济合同。所以制定此一特别法的主要原因是为了吸引外资。因当时尚未制定民法通则,而1982年的经济合同法系以规范计划经济为指导原则,不宜适用于外国企业。

会经济的进步,自不待言。^①

(五)竞争秩序与社会公道

由于土地改革、奖励投资、拓展外销,台湾的经济发展迅速,导致大企业的兴起,造成垄断,贫富差距日趋严重,劳动者和消费者的保护成为重要的问题。由于公权力的扩张,如何保护人民合法政治权益亦备受重视。经过相当期间的辩论、抗争和不同利益的妥协,终于在80年代以后,施行一些重要法律,以保障人民权益,维护私有制市场经济的竞争秩序和社会公道。

1980年制定国家赔偿法,规定公务员于执行职务行使公权力时,因故意或过失不法侵害人民自由或权利者,国家应负损害赔偿赔偿责任。公务员怠于执行职务,致人民自由或权利遭受损害时,亦同。公有公共设施因设置或管理有欠缺,致人民生命身体或财产损害者,国家应负损害赔偿赔偿责任。国家损害赔偿,除本法规定外,适用民法规定。

1984年制定劳动基准法,立法目的在于规定劳动条件最低标准,保障劳工权益,加强劳雇关系,促进社会与经济发展,就劳动契约、工资、工作时间、休息、休假、童工、女工、退休、职业灾害补偿、技术生、工作规则、监督与检查等问题,设有详细的规定。

1991年制定公平交易法,立法目的在于维护交易秩序与消费者利益,确保公平竞争,促进经济的安定繁荣,就独占、结合、联合行为、不公平竞争、公平交易委员会和损害赔偿等问题详设规定。

1992年以后预定制定的法律有消费者保护法、劳动契约法、信托法;修正民法债编和物权编、劳动基准法;尤其是修改土地法规,实施第二次土地改革,抑止土地投机,目前主要的争论在于如何课徵土地增值税,以贯彻涨价归公的政策。

三、私有制的物权法

(一)私有制、国有财产和国营事业

1. 私有制。台湾是采私有制的市场经济。私有制是现行法律秩序的前提。“宪法”虽未明白宣示此项原则,但规定人民的财产权应予保障(第15条),除为防止妨碍他人自由、避免紧急危难、维持社会秩序或增进公共利益所必要者外,不得以法律限制之(第23条)。所有权或其他财产权得依法律加以限制,但废除私有制应属违宪。“中华民国”领土内的土地属于国民全体(“宪法”第143条第1项),其经人民依法取得所有权者,为私有土地,应受法律之保护和限制(“宪法”第143条第1项,土地法第10条)。依土地法的规定,若干土地不得为私有,已成为私有者,得依法徵收之,归于国有。^②

私有制具有普遍性,除物权(所有权和其他物权)外,尚包括债权、智识财产等财产权。在私有制下,物权、债权,知识产权等财产权,原则上均得自由处分、设定负担和继承,其目的在于有效率地使用资源,促进市场经济活动。

2. 国有财产。国有财产指国家依法律基于权力行使,由于预算支出或由于接受捐赠所得的

^① 社会主义国家不承认公法与私法的区别,列宁曾说:“我们不承认任何私法,在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不属于私法范围”。目前大陆法学界甚少谈到公法与私法,但请参阅袁成弟:《社会主义法也应有公私法之分》,《法学季刊》1986年第4期。

^② 土地法第14条规定:“左列土地不得为私有:1. 海岸一定限度内之土地。2. 天然形成之湖泽而为公共需用者,及其沿岸一定限度内土地。3. 可通运之水道及其沿岸一定限度内土地。4. 城镇区域内水道湖泽及其沿岸一定限度内土地。5. 公共交通道路。6. 矿泉地。7. 瀑布地。8. 公用需用之水源地。9. 名胜古迹。10. 其他法律禁止私有之土地。”

财产。国有财产的范围包括不动产、动产、有价证券及其他财产上的权利。国有财产分为公用财产与非公用财产。非公用财产可以出租,让售或设定负担。最近几年来地价高涨,为避免土地投机,政府决定减少土地的让售,改采地上权的设定。须注意的是,关于国有财产之取得、保管、使用处分,除国有财产法有特别规定外,适用民法等其他法律之规定。^①

3. 国营事业。为规律国营事业,1949年制定国营事业管理法,1953年制定公营事业移转民营条例。依国营事业管理法第2条规定,所谓国营事业指:1. 政府独资经营的事业。2. 依事业组织特别法之规定,由政府与人民合资经营的事业。3. 依公司法之规定,由政府与人民合资经营,政府资本超过50%的事业。实际上主要的国营事业多依公司法的规定设立股份有限公司,为社团法人,对其支配的财产(包括土地)享有所有权。国营事业之间,与其他法人或自然人的财产关系或利用关系,均属私法关系,适用民法的规定,并未专为法人之间的交易另订特别法(如大陆的经济合同法)。须说明的是,国营事业的经营产生许多问题,欠缺效率,具有不合理的独占性,甚受批评,将陆续移转为民营。例如银行已开放民营,公有银行亦将移转民营,以提高其竞争能力,强化其在市场经济融通资金的功能。^②

如所周知,大陆系采生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。全民所有制系采国家所有制的形式,国家对全民所有制企业占有的固定资产和流动资金等客体享有以国家为主体的国家所有权,以占有、使用、收益和处分四项权能为其内容。如何使全民所有制的国营企业摆脱行政的束缚,真正成为相对独立的经济实体,自负盈亏的社会主义商品生产者和经营者,具有自我改造和自我发展能力,是大陆经济体制改革的关键。为达此目的,一方面使国营企业成为享有一定权利和义务的法人;一方面使其对国家授予它经营的财产依法享有经营权,使国家所有权与经营权分离(所谓的两权分离)。关于此种经营权的法律性质,争论甚多,通说倾向于认为是一种新类型的物权。目前的发展趋向是经由试点的普及逐渐推行股份制企业,承认法人所有权。关于此种法人所有权与国家所有权的关系,争论亦多。在台湾,采股份有限公司形式的国营企业系属法人,对其土地、资金等资产享有所有权,原则上得依民法的规定使用、收益、处分。国家所持有的是公司的股份,构成国有财产,国家对法人所有的资产并无所有权,不发生所谓的双重所有权的问题,惟有如此才能使法人成为真正权利义务的主体。此种理论似不因采私有制或公有制而有不同,而实际上亦有必要。^③

(二)物权的法和体系

市场经济,简单说之,就是所有的相互承认和交换。要使某物(或权利)成为商品,作为交易客体,必须权利主体者有直接支配的权利,得为处分。此种对物直接支配的权利就是物权,规范物权关系的法律规范,称为物权法。要促进市场经济,首先必须对物权(产权)的归属、物权变动的基本原则、物权的种类、物权的保护等设明确的规定,以建立完善的物权法体系。

台湾的物权法有形式及实质二种意义。形式的物权法指民法物权编而言,规定物权法的基本原则和物权种类。实质的物权法指规范物权关系的一切法律,除形式物权法外,尚包括民法

① 参阅“财政部国有财产局”编印的《国有财产概括》(1990年)。

② 关于台湾国营(公营)事业,参阅“财政部赋税改革委员会”:《我国公营事业财政功能及盈余分析》(1989年);廖义男:《企业与经济法》(1980年);萧新煌等著:《垄断与剥削》(1989年);陈淑芬:《我国现阶段公营事业民营化之探讨》(1989,台大二民主义研究所硕士论文)。

③ 此为大陆法学界最具争论的重大问题,参阅佟柔主编:《论国家所有权》,中国政法大学出版社(1987年);王利明:《国家所有权研究》,中国人民大学出版社(1991年);赖洪波:《中共社会主义公有制之研究》(1992年,中兴大学法律研究所硕士论文)。

其他各编,尤其是特别法,例如土地法、土地登记规则、耕地三七五减租条例、实施耕者有其田条例、平均地权条例、区域计划法、森林法、农业发展条例、农地重划条例、大众捷运法等,种类甚多,构成一个相当庞大复杂的物权法体系。^①

拟附带说明的是,在大陆,民法通则(及其他法律)并未使用物权的概念,未设物权的章节,第5章第1节系规定财产所有权和与财产所有权有关的财产权,但就体系构成言,仍有使用物权概念的必要。^②近年来制定了若干重要的单行法,例如森林法(1984年)、草原法(1985年)、土地管理法(1986年)、四川省、黑龙江省等土地管理实施办法、深圳特区土地管理条例(1987年)、城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例(1990年)等,正逐渐形成社会主义公有制的物权法体系。

(三)物权法的基本原则

台湾的物权法是建立在四个基本原则之上,即:物权法定主义,一物一权主义、物权优先效力和物权变动的公示原则与物权行为理论。简要说明如下:

1. 物权法定主义:物权除民法或其他法律有规定外,不得创设(民法第757条),学说上称为物权法定主义。采取物权法定主义的主要理由系鉴于物权与社会经济具有密切关系,任意创设物权种类,对所有权设种种的限制和负担,影响物的利用。以法律明定物权的种类和内容,建立物权类型体系,有助于发挥物尽其用的经济效率。物权具有对世的效力,物权的得丧变更,应力求透明。物权种类和内容的法定化,便于公示(尤其是土地登记),以确保交易安全和便捷。

2. 物权客体特定主义:物权在于支配某物,享受其利益,为使法律关系明确,便于交易安全,现行民法采取所谓的物权客体特定主义,即一个物权的客体,应以一物为原则,故又称一物一权主义,一个所有权或其他物权不能存在于数个物之上。

3. 物权的优先效力:物权系对物的直接支配,产生排他和优先的效力。所谓排他的效力,系指在同一客体之上,不容许性质不两立的二种以上的物权用时并存。所谓优先效力,指物权的效力原则上优先于债权。关于物权相互间的优先效力,分三种情形加以说明:(1)所有权与其他物权间,其他物权得在一定范围内支配其物,性质上当然具有优先于所有权的效力,例如典权人得优先于土地所有人使用土地。(2)数个担保物权并存于同一客体之上时,成立在先的,位序在前,有优先于后成立物权的效力,其次序依登记的先后定之。(3)用益物权与担保物权并存时,成立在先的,亦具有优先效力,例如不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上再设定地上权或其他权利时,其抵押权不因此而受影响。上开(2)及(3)的优先效力涉及物权间的次序,系适用“成立时间在先,权利在先”的原则。

4. 物权变动的公示原则和物权行为:关于不动产物权的变动,依台湾民法第758条规定:“不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失或变更者,非经登记,不生效力”。本条所称法律行为,通说认为系指物权行为而言,包括物权契约及单独行为(如抛弃)。所谓物权契约系指当事人以物权变动为内容而订立的契约,为不动产物权变动最主要的原因,例如所有权的移转、地上权的设定、典权的让与,或分割共有物等。登记是不动产物权变动的生效要件和公示方法。此

① 参阅拙著:《民法物权》第1册(通则、所有权)(台北,1992年),第3页以下;谢在全:《民法物权论》(上)(台北,1989年),第4页。

② 参阅佟柔(主编):《中国民法》,法律出版社,1990年,第219页;江平、张佩霖编著:《民法教程》中国政法大学出版社,1986年,第123页;王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》下册,中国政法大学出版社,1988年,第1页;李由义主编:《民法学》北京大学出版社,1989年,第171、248页。

外,不动产物权的移转或设定,应以书面为之(民法第760条)。关于动产物权的变动,依台湾民法第761条第1项规定:“动产物权的让与,非将动产交付,不生效力。但受让人已占有动产者,于让与合意时,即生效力。”所谓让与合意,系指以动产物权的让与为内容的物权合意,系属物权契约,不以订立书面为必要。

应补充说明的是物权行为的理论。物权行为系与负担行为相对称的概念。所谓负担行为,系指因法律行为的作成,使当事人负有债之关系上的给付义务的法律行为,例如买卖、互易、赠与等,又称为债权(或债务)行为。物权行为则指因此法律行为的作成而使物权发生变动的法律行为,独立于负担行为之外,具有无因性,不受负担行为存否的影响。例如甲售某地给乙,是为负担行为(买卖契约),为移转该地所有权则须作成物权行为。物权行为及无因性的理论产自德国,继受德国民法的国家多采之,其优点在使法律关系明确、概念化,其缺点为违背交易常情,一般人不易了解。^①

在此必须指出的是,上开四项原则系物权法的结构原则,与私有制或公有制并无关系。公有制的物权法是否要采取此等原则,纯属法律技术的考虑。就民法通则和其他单行法规及实务加以分析,是否采取物权法定主义,未尽明确,但似承认一物一权主义,肯定物权优先效力,物权变动亦须有公示的表徵,在动产须交付,在不动产须登记。至于是否采取物权行为理论,尚有争论。^②民法通则第72条第2款规定:“按照合同或者其他合法方式取得财产的,财产所有权从交付时起移转,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”所谓合同,系指买卖、互易或赠与,而非指物权行为(合同)而言。再就法律政策言,是否要承认物权行为,亦有斟酌的余地。

(四)物权的种类

私有制的物权(尤其是土地所有权)具有处分性,得自由让与。为适应市场经济活动的需要,更可经由所有权的分裂而产生各种类型的物权。物权分为完全物权与定限物权。完全物权系指所有权而言。定限物权指于一定范围内对物为支配的物权,可分为用益物权和担保物权。台湾民法规定8种物权,即所有权、地上权、永佃权、地役权、质权、典权和留置权。另设占有,系属一种对物管领的事实状态,称为类似物权。特别法上的物权主要有3类:1. 动产担保交易法规定的动产抵押、附条件买卖、信托占有;民用航空法规定的民用航空器抵押(第18条);海商法规定的船舶抵押(第31条)。2. 大众捷运法规定的空间地上权(第19条)^③。3. 土地法规定的耕作权(第113条)、优先承买权(第104条、第107条)。

所有权是完全的物权,所有人于法定限制之范围内,得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉(民法第765条)。限制所有权的法令,有为私法规定,有为公法规定,种类繁多,在此不拟详述。应该强调的是,就法律规定言,法令对所有权的限制,虽为例外,实际上已成原则。所有权负有义务,业已社会化。

用益物权因社会经济变迁而发生变动。永佃权因政府实施耕者有其田政策而消失。固有

① 拙著:《物权行为无因性理论之检讨》,《民法学说与判例研究》第1册,第275页。

② 参阅牛振亚:《物权行为初探》,《法学研究》1989年第6期;梁慧星:《我国民法是否承认物权行为》,《法学研究》1989年第6期。

③ 大众捷运法第19条规定:“1. 捷运系统主管机关因线路工程上之必要,得穿越公、私土地之上空或地下,其土地所有人、占有人或使用人不得拒绝,必要时得就其需要之空间范围协议取得地上权,协议不成时,准用徵收之规定取得之,并支付相当之补偿。I. 前项土地因路线之穿越,致不能为相当之使用时,土地所有权人得于施工之时起至开始营运后一年内请求徵收土地所有权,主管机关,不得拒绝。II. 前二项土地上空或地下使用之程度、使用范围、界线之划分、登记、设定地上权、徵收补偿之审核办法,由交通部会同内政部定之。”

法上的典权已趋式微。设定地役权甚为少见。地上权最属常见,较为重要。最近对国有土地采不出售原则,改为设定地上权,具有土地政策上的意义。

担保物权在于担保债权,融通资金,适合市场经济的要求,特为发达。任何财产权皆得为担保物权的客权:就不动产,得设定抵押权;就动产,得发生质权、留置权;就债权及其他可让与的权利,得设定权利质权(法定);就地上权、典权、永佃权得设定权利抵押权。值得特别提出的是为适应工商业及农业资金融通及动产用益的需要,于1963年制定动产担保交易法,创设了动产抵押、附条件买卖(保留所有权)和信托占有三种不占有标的物的动产担保制度,使担保物权体系更臻完备。

兹举一例说明在私有制市场经济下物权自由处分性和登记制度的功能。甲公司有土地一笔,向乙、丙等银行贷款,得设定多数抵押权,其次序依登记的先后。甲于设定抵押权后,得就同一土地再设定地上权与丁建设公司,先设定的抵押权不因此而受影响。丁得将该地上权让与、出租,或设定抵押于他人。其后甲公司将该地出售于庚时,乙丙的抵押权、丁的地上权及其上的权利仍继续存在,不受影响。物的交换价值和利用价值发挥得淋漓尽致。

拟附带提出的是,在中国社会主义公有制,土地属于国家所有或者集体所有,不得买卖、出租、抵押或者以其他方式非法转让(宪法第10条第4款、民法通则第80条第3款)。使用权或经营权(用益物权)较为发达,民法通则规定了土地的承包经营权(第80条第2款),采矿权(第81条第2款),企业经营权(第82条),但对担保物权未设规定,担保物权未受到应有的重视。^①但是随着商品经济的发展,担保制度将日益重要,制定担保物权法实有必要^②。1988年中华人民共和国宪法修正案第2条规定宪法第10条第4款增设“土地的使用权可以依照法律的规定转让。”1990年制定的中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例,确认国家所有权与使用权分离原则,明定土地使用权可以出让、转让、出租、抵押和继承。在公有的土地上存在着“私有”的用益物权,具有处分性,实在是一项突破。抽象概括的国家所有权正在陆续派生各种较为明确具体的财产权,建立物权制度,对市场经济的发展,将产生重大的作用。^③

(五)物权的保护

物权(尤其是所有权)是重要的民事权利,受到宪法、刑法和民法的保护。民法上的保护手段有3种:

1. 物上请求权:所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。对于妨害其所有权者,得请求除去之,有妨害其所有权之虞者,得请求除去之(民法第676条)。物上请求权的成立不以侵害人有故意或过失为要件,其请求权因15年不行使而消灭(民法第125条)。不动产物权已登记时,不适用消灭时效(诉讼时效)的规定(司法院大法官会议第107号解、第164号释)。

2. 侵权行为:故意或过失不法侵害他人所有权或其他物权时,应负损害赔偿责任,或回复原状,或赔偿其物因毁损所减少的价额(民法第184条第1项前段、第213条、第196条)。

① 江平、张佩霖编著:《民法教程》第170页。

② 参阅 Christopher G. Oecheli: The Development of Law of Mortgages and Secured Transactions in the People's Republic of China, China Law Reporter(中国法律季刊), 1988, Vol. V, Number 1, p. 1.

③ 参阅王家福、黄明川:《论土地使用权转让制度》,《法学研究》1988年第3期;郭明瑞:《论土地使用权的几个法律问题》,《中国民法经济法理论问题探讨(中国法学杂志社丛书)》,第184页;周岩、金心:《土地转让法》北京农业大学出版社,1992年。

3. 不当得利:无法律上之原因而受利益,致他人受损害者,应返还其利益(民法第179条)。物权系属对物直接支配的权利,法律将物的支配内容,归于权利人享有,例如所有人对于所有物得为使用、收益和处分。违反此项权益归属而取得利益,当然致他人受损害,应返还其所受利益,学说上称为侵害他人权益不当得利。^①其主要案例类型有三:(1)出卖他人之物,例如甲将乙寄托的名画,让售于丙。在此情形,丙为恶意时,不能取得该画的所有权,乙得向丙主张所有物返还请求权。丙为善意而取得该画所有权时,乙得依不当得利规定向甲请求返还出售该画所得的利益(价金)。(2)出租他人之物:出租他人之物,而获得租金,亦构成不当得利。租赁关系消灭后,承租人未交还租赁物,擅自出租他人,收取租金时,亦同。(3)使用他人之物:例如擅自在他人墙壁悬挂广告、占住他人房屋、使用他人汽车或租赁关系消灭后承租人未交还租赁物,仍继续使用时,均系无法律上的原因,受有应归属他人的利益,须偿还使用该物交易上通常应支付的对价。至于物的所有人(或其他权利人)是否有使用该物的计划,是否因不能使用而受有损害,在所不问。

(六)物权法的发展

物权因与社会经济具有密切的关系,亦随着社会经济的发达而发展。促成物权法变迁发展的因素,有为立法,有为司法实务,有为学说理论。就变动的内容言,有为立法原则的修正,有为体系的调整,有为理论的再构成,有为法律解释适用方法的反省。^②最重要的是,物权社会化将继续进行,强化财产权的社会义务。物权种类的增加,尤其是动产担保交易法增设了动产抵押、附条件买卖及信托占有三种不占有标的物的动产担保制度,^③实务上创设最高限额抵押,增强了担保物权的机能。为合理规范相邻关系和公寓大厦社区生活,正逐渐形成私法和公法(尤其是环保法规)并重的双轨体系。

四、市场经济的契约法

(一)市场经济与契约制度

1. 概说

市场经济是所有的互相承认和交换。交换的进行是基于双方当事人间的合意,也就是契约。契约是市场经济的产物,是商品交换关系的表现。诚如马克思所说:“先有交易,后来才由交易发展为法制,这种通过交换和在交换中才产生的实际关系,后来获得契约这样的法的形式。”随着市场经济的发达,契约成为民法上最重要的制度,物品、劳务或其他给付,不论是否具有财产价值,皆得为契约的内容。

市场经济的契约制度是建立在若干基本原则之上,最重要的是主体的平等、当事人的自愿、等价、有偿。传统民法是以此等原则为前提,具体化于个别条文。民法通则明定:“当事人在民事活动中的地位平等”(第3条),“民事活动应当遵循自愿、公平、等价、诚实信用的原则”(第4条)。

2. 契约法的体系

^① 参阅拙著:《民法债编总论》第2册,不当得利(台北,1992年),第126页。

^② 较详细的说明,参阅谢在全:《民法物权论》(上),第9页以下;拙著:《民法物权》第1册(通则·所有权),第23页以下。

^③ 参阅刘春堂:《动产担保交易法研究》(1990)。

台湾的民法对契约的相关问题并未归纳一起加以规定,民法总则规定的法律行为主要指契约而言。关于契约的成立、标的、履行和不履行、契约上权利(债权)或义务(债务)的移转等问题,系在债编通则设其规定。债编各论则规定各种类型的契约。

在大陆,因为采有计划的商品经济,合同法更为复杂。民法通则第4章规定民事法律行为和代理,主要适用于合同;第5章第2节规定债权亦以合同为对象;第6章第1节、第2节和第4节规定违反合同的民事责任。此外尚有经济合同法(1981年)、涉外经济合同法(1985年)、技术合同法(1987年)及其他不少单行法规定。此种庞大、内容上相当重复、复杂的合同法体系固有其事实上的需要,但亦产生若干解释适用的问题,影响交易安全,将来应有重新调整的必要。^①兹列举一例加以说明。民法通则第4条规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”经济合同法第5条规定:“订立经济合同,必须贯彻平等互利、协商一致,等价有偿的原则。任何一方不得把自己的意志强加给对方,任何单位和个人不得非法干预。”涉外经济合同法第3条规定:“订立合同,应当依据平等互利、协商一致的原则。”技术合同法第4条规定:“订立技术合同,应当遵循自愿平等、互利有偿和诚实信用的原则。”合同的基本原则是否因其为一般合同、经济合同、涉外经济合同或者技术合同而异?上开规定的不同,究竟仅是文字上的差异,强调的不同,抑或具有实质的意义?经济合同是否不受诚实信用的规范?

3. 契约的类型

台湾民法系采契约自由原则,当事人原则上得约定各种内容的契约,不受限制,在契约法不适用类型或内容法定主义。但是为了交易上的方便,促进市场经济活动,台湾民法债编规定了买卖、互易、交互计算、赠与、租赁、借贷、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、承揽运送、合伙、隐名合伙、指示证券、无记名证券、终身定期金、和解、保证等24种契约。此等所谓有名或典型契约是由二种规定构成的,一为强行规定,违反者无效,此为例外;一为任意规定,补契约条款的不备,期能合理规律当事人间的权利义务。

由于市场经济的发达,在交易上产生了许多所谓无名或非典型契约,例如存款契约、签帐卡契约、房屋合建委建契约、设计委托契约、广告契约、电脑契约、合资契约、工程契约、采购契约,尤其是从美国引进的Leasing(融资租赁契约)、Franchising(加盟店契约)。此等契约的性质如何认定,如何适用或类推适用有名契约的规定,如何纳入现行民法的体系,如何控制其不合理的条款,是契约法重要的研究问题。^②

须附带说明的是,因为台湾不采计划经济,无一般民事合同和经济合同,计划合同和非计划合同的区分^③,所以上开各种契约,无论其主体为自然人或法人、国营事业或民营企业、本国企业或外资企业;其调整对象为货币关系或非货币关系;其客体为消费领域或生产领域、有偿或无偿,除当事人另有约定外,原则上统一地适用民法的一般规定。

(二)契约自由与契约正义

1. 私法自治与契约自由

在市场经济的社会,契约在于实现私法自治的理念,即当事人得自主决定其私法上的权利

① 较详细的说明,参阅金天星、张庆嘉:《我国需要制定统一的合同法》,《中国民法经济法理论问题探究》,法律出版社,1990年,第299—305页;崔建远:《货畅其流与完善经济合同法》,前揭书,第254—265页。

② 参阅曾隆兴:《现代非典型契约论》(台北,1987年)。

③ 关于此等概念,参阅王家福、谢怀栻、余鑫如、王保树、梁慧星、余能斌著:《合同法》,中国社会科学出版社,1986年,第157页以下。并请参阅张荫廉:《社会主义计划契约之研究》,1992年(中国文化大学法律学研究所硕士论文)。

义务。契约因当事人互相表示意思一致而成立,一方当事人自己受其拘束,并同时因此而拘束他方当事人。此种互受拘束乃建立在契约自由原则之上。

契约自由包括5种自由:(1)缔约自由,即得自由决定是否与他人缔结契约。(2)相对人自由,即得自由决定究与何人缔结契约。(3)内容自由,即双方当事人得自由决定契约的内容。(4)变更或废弃的自由,即当事人得于缔约后变更契约的内容,甚至以后契约废弃前契约(例如合意解除)。(5)方式自由,即契约的订立不以践行一定方式为必要。此种广泛的契约自由,自19世纪以来,随着个人主义及市场经济的兴起,成为私法理念,使个人从身分的束缚获得解放,得发挥其聪明才智,从事各种经济活动,对于社会进步,具有重大贡献。依传统的理论,个人是自己利益最佳的维护者,契约既然是因当事人自由意思的合致而订立,其内容的妥当性亦可因此而获得保障。问题在于自由事实上是否存在,当事人是否确能立于平等的地位从事缔约行为。契约的概念只有在自由及平等两个基础上才能建立起来,如果一方当事人不能不屈服于他人意思之下,则自由其名,压榨其实,强者逞其所欲,弱者势将无所措其手足,成为强者剥削弱者的工具。

契约自由应受限制,系事理之当然。无限制的自由,乃契约制度的自我扬弃。在某种意义上,一部契约自由的历史,就是契约如何受到限制,经由醇化,而促进实践契约正义的纪录。

2. 契约正义

契约正义系属平均正义,以双务契约为其主要适用对象,强调一方给付与他方的对待给付之间,应具等值性。给付与对待给付客观上是否相当,例如对特定劳务究应支付多少工资,对特定商品究应支付多少价金,始称公正合理,涉及因素甚多,欠缺明确的判断标准。因此,现行台湾民法基本上系采取所谓的主观等值原则,即当事人主观上愿以此给付换取对待给付,即为已足,客观上是否相当,在所不问,法院不能扮演监护的角色,以自己的价值判断,变更契约的内容。惟此系就原则上而言,法律在例外情形,亦加干预。例如法律行为系乘他人之急迫、轻率或无经验,使其为财产上的给付或为给付的约定,依当时情形显失公平者,法院得因利害关系人的声请,撤销其法律行为或减轻其给付(民法第74条)。民法关于当事人行为能力、意思表示错误、被诈欺或胁迫的规定亦具有促进维护契约内容合理的机能。须注意的是,民法在若干情形亦重视客观的等值原则,例如买卖标的物具有瑕疵时,买受人得请求减少价金或解除契约(民法第359条)。至于因情事变更,致当事人的给付关系显失公平时,应适用诚实信用原则,加以调整,更不待言。

契约正义的另一重要内容,是契约上负担及危险的合理分配。为实现私法自治,契约法多属任意规定,就典型的情形衡量当事人的利益,设妥适合理的规定。惟当事人挟其经济上优势地位,以定型化契约条款排除法律的任意规定,或订定其他条款,作契约上负担或危险的不合理分配,日趋严重,与契约正义殊有违背,应有规律的必要。

为保障契约正义,须使当事人能够立于平等自由的地位决定是否订约,磋商契约的内容。因此应经由租税或其他方法减少财富不均,提供消费者必要的资讯,政府适当地介入市场(如兴建国民住宅),平衡当事人力量(如组织工会或消费者团体),维持市场竞争秩序。在民法方面,契约自由须受限制,不能违反强行规定(民法第71条),不能有背于公序良俗(民法第72条)。以下拟就宪法对契约的规范效力,定型化契约的规律和劳动契约社会化三个在理论和实务上较受重视的基本问题,作简要的报告。

(三) 宪法对契约的规范与基本人权

契约制度不仅是市场经济的枢纽,而且涉及到个人的平等、自由和人格的发展,因此契约制度应受到宪法的保护和规律。问题的核心在于宪法基本人权的規定对私法关系的效力。依照传统理论,宪法规定人民的基本权利,旨在保障人民免于遭受国家权力滥用的侵害。基本人权是一种对于国家侵害的防卫权,其对象为国家,针对国家权力的行使,对于私人间的法律效果,无任何效力可言。近年来,在理论和实务上有一项重大的突破,认为宪法基本人权的規定对于第三者应具有规范性,仍有争论的是其规范效力究为直接(直接适用说),抑或须透过民法的概括条款(间接适用说)。关于此点,海峡两岸有二则实务的见解可供参考。

在台湾,许多公私企业常与女性受雇者约定结婚时即须辞职。最近有一则案例,甲女受雇农会,预立于任职中结婚辞职的辞职书,对其效力,发生争议。司法院第一厅研究意见认为:“1. 按甲女受雇农会之初,如因农会之要求,必须预立于任职中结婚即辞职之辞职书,则该辞职书之订立,可认为具有‘附合契约’之性质,非当然具有其所约定之效力,仍应就约定之内容为具体衡量,以定其效力之有无。2. 次查中华民国人民无分男女,在法律上一律平等,为宪法第7条所明定。又人民之工作权及其他自由、权利亦受宪法所保障(宪法第15条、第22条);雇主要求女性受雇人预立于任职中结婚即辞职之辞职书,不仅破坏宪法保障男女平等之原则,并且限制人民之工作权及有关结婚之基本自由及权利,该结婚即辞职之约定,可认为违背我国之公序良俗,依民法第72条之規定,应属无效。”^①

此项研究意见系采宪法间接规范效力说,透过民法关于公序良俗的概念条款,实践了对基本人权的保障。公共秩序或善良风俗在于维护既有的秩序,宪法上关于基本人权的价值判断,应作为公序良俗具体化的重要因素。在此项具体化的过程中,除个别基本人权外,尚须就整个宪法秩序作全盘的观察,并斟酌法律行为的性质、目的、动机等,以探求公序良俗的内容,判断私法自治的限界。

在大陆,最高人民法院有一则关于雇工合同应当严格执行劳动保护法规问题的批复。天津市高级人民法院请示一则案件应如何处理。天津市塘沽区张学珍、徐广秋开办的新村青年服务站,于1985年6月招雇张国胜(男,21岁)为临时工,招工登记表中注明“工伤概不负责任”的内容。次年11月17日,该站在天津碱厂拆除旧厂房时,因房梁断落,造成张国胜左踝关节挫伤,引起局部组织感染坏死,导致因脓毒性败血症而死亡。张国胜生前为治伤用去医疗费14151.15元。为此,张国胜的父母张连起、焦容兰向雇主张学珍等索赔。张等则以“工伤概不负责任”为由拒绝承担民事责任。张连起、焦容兰遂向法院起诉。最高人民法院经研究认为:“对劳动者实行劳动保护,在我国宪法中已有明文规定,这是劳动者所享有的权利,受国家法律保护,任何个人和组织都不得任意侵犯。张学珍、徐广秋身为雇主,对雇员理应依法给予劳动保护,但他们却在招工登记表中注明‘工伤概不负责任’。这是违反宪法和有关劳动保护法规的,也严重违反了社会主义公德,对这种行为应认定无效”。^②

最高人民法院此则批复否认雇主劳动契约上免责条款的效力,究系采宪法直接规范效力说或间接规范效力说,未臻明确,但显然地肯定契约条款应受宪法的规范。

^① 司法院1989.8(78)厅民一字第759号函复台高院,司法院公报,31卷,9期,第74页。关于本件研究的评释,参阅拙著:《劳动契约上之单身条款,基本人权与公序良俗》,《万国法律》55期,第3页。

^② (88)民他字第1号,《中华人民共和国最高人民法院公报》1988年合订本,总140。

上开二则关于劳动契约研究意见或批复具有高度的启示性,一方面肯定市场经济契约制度的作用,但他方面也强调契约内容合理性,必须维护人的自由、尊严和人身安全。

(四)定型化契约和消费者的保护^①

在台湾,银行、保险、电力瓦斯、旅游、家电用品、预售房屋、洗染等行业均使用定型化契约,成为商品经济的基本形态。交易条件的定型化,一方面可以促进企业合理经营,在他方面消费者亦可以不必耗费精神就交易条件讨价还价。企业经营合理化有助于改善商品的品质和降低价格,对消费大众甚为有利。然而,所以发生问题的是,企业厂商于订立契约条款,决定交易条件之际,经常利用其优越的经济地位,制定有利于己,而不利于消费者的条款,例如免责条款、失权条款、法院管辖地条款等,对契约上的危险及负担作不合理的分配。一般消费者对此类条款多未注意,不知其存在;或虽知其存在,但因此种契约条款甚为冗长,字体细小,不易阅读;或虽加阅读,因文义艰涩,难以理解其真义;纵能理解其真义,知悉对己不利条款的存在,亦多无讨价还价的余地,只能在接受与拒绝之间加以选择。然而,或由于某类企业具有独占性,或由于各企业使用类似的契约条款,消费者并无选择之机会。因此,如何在契约自由之体制下,维护契约正义,是法律所面临的艰巨任务。

关于不合理契约条款的规律有6种主要途径可资采行:(1)立法上增设强行规定。(2)行政上加强主管机关的监督或采取事先核准制度。(3)由法院审查契约条款的效力。(4)强化消费者组织及舆论的压力。(5)企业厂商的自律。(6)推动由中立机构拟定模范契约。本文所要讨论的是司法控制。

法院究竟采取何种方法,规律不合理定型化契约条款,与其对契约自由所持的立场具有密切关系。法院坚持契约自由信念的,态度较为保守,采取的方法亦较间接、隐藏。就台湾法院实务言,已渐趋开放、公开。分五个层次加以说明:

1. 定型化契约条款的认定

何谓定型化契约条款,法无明文,但其主要特征有二:(1)契约条款,由一方当事人单方面所订立。(2)其目的在于以此条款与多数相对人缔结契约。

2. 定型化契约条款之订入契约

定型化契约条款系企业所自订,虽大量广泛使用,但并不因此而具有法律规范的性质,仍须经由双方当事人意思表示的合致,始能成为契约的内容。企业厂商于订约时,应依明示或其他合理适当方式,告知相对人欲以定型化契约条款订立契约,并使相对人有适当机会了解条款内容。唯有具备这二项要件,定型化契约条款始能因相对人的同意而成为契约内容。

3. 解释原则

定型化契约条款于订入契约后,应由解释确定条款的内容及其适用范围。鉴于定型化契约条款的功能,及其对相对人(消费者)可能产生的不利益,除适用契约解释的一般理论外,有四项原则,应予注意:(1)客观解释原则:定型化契约条款适用于多数契约,为维持其合理化的功能,应采客观解释,个案的特殊情况原则上应不予考虑,而以通常一般人的了解可能性为其

^① 关于定型化契约(附合契约、定式契约),台湾著作甚多,可供参考。参阅黄越钦:《论附合契约》,《政大法学评论》第16期;刘春堂:《一般契约条款之解释》,《法学丛刊》90期;刘宗荣:《定型化契约条款之研究》,《台大法学论丛》14卷,2期;蓝淑芳:《法国法上的附合契约与定型化契约》,《辅仁学报》第9期。大陆学者的研究,参阅张新宝:《定式合同基本问题研讨》,《法学研究》1989年第6期。

解释标准。(2)限制解释原则:定型化契约条款旨在排除任意规定,尤其是免责条款,应作限制解释,以保护相对人的利益。(3)不明确条款解释原则:即定型化契约条款经由解释后,尚有多种解释可能性存在时,应作较有利于相对人的解释,由使用人承担条款不明确的风险性。(4)最后尚须说明的是定型化契约条款用于多数契约,遍及全国各地,基于解释统一性需要,应认为定型化契约条款的解释,系属于法律问题,得上诉第三审。

4. 内容控制

定型化契约条款的内容经由解释而确定后,应进而审查条款内容的合理性,此为关键的问题。所应考虑的是定型化契约条款是否违反强行规定、背于公序良俗:

(1)违反强行规定:民法第71条规定:“法律行为违反强制或禁止之规定者,无效”。因此定型化契约条款预先免除故意或重大过失责任(民法第222条),或使分期付款买受人抛弃期限利益(民法第389条),或以揭示限制或免除旅店、饮食店、浴室主人的责任(民法第609条),或于提单或其他文件免除或限制运送人的责任(民法第649条)等,均因违反强行规定而无效。

(2)违反公序良俗:民法第72条规定:“法律行为,有背于公共秩序或善良风俗者,无效。”此于定型化契约条款,亦有适用余地。台湾最高法院1984年度第10次及第11次民庭会议作成决议,控制银行的免责条款,认为金融机构如以定型化契约约定其不负善良管理人注意的义务,免除其抽象的轻过失责任,则应认此项特约违背公共秩序,而解为无效。值得提出的是最近一则关于旅行契约免责条款的判决。某甲偕其妻参加乙旅行社举办的非洲旅行团,乙委托肯亚旅行社负责安排当地旅游活动,因发生车祸,甲身负重伤,其妻死亡,甲向乙请求损害赔偿。乙以其在旅行契约中订有不对债务履行辅助人的过失负责的条款,拒不赔偿。台最高法院认为乙旅行社的免责条款无效,判决理由可供参考,摘录如下:“旅行契约系指旅行业者提供有关旅行给付之全部于旅客,而由旅客支付报酬之契约。故旅行中食宿之提供,若由旅行业者洽由他人给付者,除旅客已直接与他人发生契约行为外,该他人即为旅行业者之履行辅助人,如有故意或过失不法侵害旅客之行为,旅行业者应负损害赔偿赔偿责任。纵旅行业者印就之定型化旅行契约附有旅行业者就其代理人或使用人之故意或过失不负责任之条款,但因旅客就旅行中之食宿交通工具之种类、内容、场所、品质等项,并无选择之权,此项条款与公共秩序有违,应不认其效力。”^①

本件判决基本上可资赞同,但以违反“公共秩序”作为定型化契约条款无效的理由,是否妥当,尚值研究,学说上建议应以诚实信用原则为控制标准,民法债编修正草案采此见解,增设第246条之1规定:“依当事人一方以书面预定之条款而订立之契约,为左列各款之约定,按当时情形显失公平者,该部分约定无效:1. 免除或减轻预定契约条款之当事人之责任者。2. 使他方当事人抛弃权利或限制其行使权利者。3. 加重他方当事人之责任者。4. 其他于他方当事人有重大不利益者。”此项修正条文是否完善,仍有不同意见。一旦完成立法,付诸施行,必须就个案加以具体化,组成案例类型,有赖判例学说的协力,始能合理地规律定型化契约条款,保护消费者的利益。

(五)劳动契约的社会化和劳动者的保护

关于契约自由与契约正义的调和,尚须说明的是劳动契约的社会化和团体化。劳动关系的

^① 台最高法院1991年台上字第792号判决。关于本件判决的评释,参阅拙著:《定型化旅行契约的司法控制》,《保险季刊》1992年7月,27辑,第1页。

最基层法律结构是雇佣契约,受雇人于一定或不定的期限内,为雇用人提供劳务,而雇用人负担给付报酬的义务。民法关于雇佣契约仅设8个条文(第482条至第489条),颇为简略,充分表现个人自由主义的色彩。民法第489条第1项规定,当事人的任何一方,遇有重大事由,其雇佣契约,纵定有期限,仍得于期限届满前终止之,更直接影响劳工的工作权及生存权。诚然,当事人的一方,均得终止契约,但此纯属形式上的平等。居于从属地位的劳动者,如何与拥有生产工具的企业家立于平等地位,讨价还价,商谈工资、工时、休假、退休、资遣、解雇(终止契约)等条件?在契约自由制度,劳动条件实际上殆由雇主片面决定。民法上个人自由主义的雇佣契约既然不足规律劳动关系,劳动法乃应运而生,发展成为独立的法律领域,而以劳动契约及团体协约为主要内容。

劳动契约是由雇佣契约发展而来,系指约定劳雇关系的契约。1984年制定的劳动基准法,系以劳动契约为骨干,对劳动契约的终止、工资、工作时间、退休等劳动条件,详设规定,前已提及。依劳动基准法第1条第2项规定:“雇主与劳工所订劳动条件,不得低于本法所定之最低标准。”此为对契约自由的限制,具有强行性,惟所订立的劳动条件有利于劳工者,则依其订定(强行规定的相对性),以贯彻保护劳工的社会原则。此种以劳动契约为基础的劳动法,学说上称为个体劳动法。

劳工与雇主间缔约力量的不平等,虽经由劳动契约的社会化而缓和,但尚不能确实保障劳工权益,因为劳动基准法并未对所有的劳动条件设有规定,适用范围受有限制,所设的最低基准,亦非当然就是合理的劳动条件。为济其穷、补其不足,订立团体协约实有必要。

团体协约指雇主或有法人资格的雇主团体,与有法人资格的劳动者团体,以规定劳动关系为目的所缔结的书面契约。团体协约的特色在于其团体化,即双方当事人皆为团体(雇主虽非团体,但具有类似团体谈判力量),能立于较为平等的地位,订立契约。工会法赋予工会以法人资格,而劳资争议处理法则在处理因缔结团体协约所生的争议,与团体协约法配套,构成团体劳动法的法制基础。

团体协约系属私法上的契约,除当事人间发生一定权利义务(团体协约之债权效力)外,尚具有所谓的规范效力,即团体协约所定劳动条件的补充性及不可变更性。所谓补充性,是指团体协约所定劳动条件当然为该团体协约所属雇主及工人间所订劳动契约的内容(团体协约法第16条第1项)。所谓不可变更性,是指如劳动契约有异于该团体协约所定的劳动条件时,其相异的部分为无效;无效的部分以团体协约的规定代之,但异于团体协约的约定为该团体协约所容许,或为劳动者利益变更劳动条件而该团体协约并无明文禁止者为有效(团体协约法第16条第2项)。团体协约所以具有如此效力,其主要理由系当事人立于平等地位而缔结,较能保障其内容的妥当性。

个体劳动法是目前台湾劳动法的重心,因劳动基准法的施行而发挥其规范作用,于劳动契约法制定后,将更为完善。团体劳动法尚在发展中,最近发生若干重大罢工案件,显示劳资争议的法制仍有进一步改善的余地。

(六)契约的保护

民法对契约的保护,主要有三种方法:

1. 契约责任:债务人未依契约的本旨提出给付的,应就给付不能、给付迟延或不完全给付负债务不履行责任。原则上债务人应就故意或过失的行为负责。故意或重大过失的责任,不得

预先排除。债务人的代理人或使用人关于债的履行有故意或过失时,债务人应与自己的故意或过失,负同一责任。债务人应负债务不履行责任时,债权人得解除契约或请求损害赔偿。解除权的行使,不妨碍损害赔偿的请求(参照民法第220条以下规定。)^①

2. 侵权行为:第三人伤害债务人或毁损契约的标的物,致债务人不能履行契约时,应对债权人负侵权行为的损害赔偿责任,是一个甚有争论的问题。台湾民法第184条第1项规定:“因故意或过失不法侵害他人权利者,应负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法加损害于他人者,亦同。”通说倾向于认为本条第1项前段所称的权利不包括契约上的债权在内,债权人仅能依本条第1项后段请求损害赔偿,如第三人为不正竞争的目的,故意伤害债务人、毁损买卖标的物或引诱债务人违约。此项解释不仅是因为债权是一种相对权,不具公开性,而且也是基于一种利益衡量和价值判断,在于维护市场经济的竞争秩序。例如甲出卖某物给乙,其后甲再将该物出卖于丙,丙纵使知道甲与乙间的买卖,其买卖契约仍属有效,因交付而取得该物的所有权。乙仅能依债务不履行规定向甲请求损害赔偿。

3. 不当得利:债权人因债务人履行契约,而受领给付,具有法律上的原因,不成立不当得利。给付目的不存在时,债权人受有利益,欠缺法律上的原因,应负返还的责任,学说上称为“给付不当得利”。^② 此项不当得利请求权的主要功能在于调整契约给付目的不达而生的财货变动,有二个基本类型:(1)契约不成立、被撤销或无效:采物权行为无因性理论时,债权人(如买受人)取得给付标的物所有权,但应依不当得利规定负返还的义务。不采物权行为无因性理论时,债务人(如出卖人)得主张所有物返还请求权。在租赁或其他劳务契约,因不涉及物权行为问题,应适用不当得利的规定。(2)非债清偿:例如出卖人不知债务业已清偿,再为履行;出卖甲物,误交乙物;误偿他人契约上的债务,均可成立不当得利请求权。

(七)契约法的发展

关于台湾契约法的发展,简要归纳为四点:1. 调和契约自由和契约正义:强化规律定型化契约,促进劳动契约社会化,以保护消费者和劳动者的权益。2. 新契约类型的有名化:民法债编修正考虑增列交易上重要新类型的契约。3. 买卖契约的国际化:为适应国际贸易的需要,应参考联合国货物买卖法公约,修正民法债编关于买卖的规定。4. 契约责任的加强:建立契约上附随义务的概念,创设缔约上过失、加害给付等制度,调整契约责任与侵权责任、民事责任体系。^③

五、结 论

在此报告,我简要地说明台湾的民法和市场经济有关的基本制度,我们看到以民法为核心的私法体系确实为市场经济的发达提供了必要、不可欠缺的法制基础,而市场经济的发达也促进私法体系的调整。物权法规定以所有权为中心的多元化物权类型,明确界定其范围,对其得

^① 台湾的契约法未采所谓的实际履行原则。关于实际履行原则,参阅王家福等著:《合同法》第183页;梁慧星:《关于实际履行原则的研究》,《法学研究》1987年第2期。

^② 参阅拙著:《民法债编总论》(二),不当得利,第23页以下。

^③ 在大陆关于此项问题的研究,参阅尹鲁先:《缔约上过失责任初探》,《法学研究》1990年第1期;庄穆:《论契约规范与侵权规范竞合的理论及我国民法的突破》,《法学与实践》1987年第4期;崔建远:《民事责任三论》,《吉林大学社会科学学报》1987年第4期;王利明、董安明:《合同责任与侵权责任竞合的比较研究》,《法学研究》1989年第1期;浦增平、霍崇林:《民事法律关系中的侵权与违约责任竞合》,《法学》1989年第11期。关于台湾法上的现况,参阅拙著:《缔约上之过失》,《契约责任与侵权责任之竞合》,《民法学说与判例研究》第1册,第77、395页。

丧失变更和保护详设规定。各种物权原则上均具有处分性,可以让与或设定担保,具有物尽其用的功能。契约法则在于实践私法自治,以契约自由为原则,对各种重要类型的契约,设合理、明确的任意规定,补当事人意思的不足,必要时并设强行规定,以维护社会正义。契约法使平等的主体得自由地参与交易活动,自负责任、自负风险,具有货畅其流的功能。完善的物权法和契约制度不但使市场经济具有效率,而且使个人能够自主,有选择可能性,有奋斗努力的意愿,这也是台湾经济发达的主要原因。又须强调的是,民法的终极目的乃在于维护、促进、保障个人的自由、平等、人格的发展和尊严。目前面临的问题是如何加强防止对所有权和契约自由的滥用,避免以强凌弱,以富欺贫,不使所有权和契约成为人剥削人的工具。市场经济的运作须要两只手,一只看不见的手,那就是追求利益;一只可见的手,那就是法制。一手抓建设,一手抓法制。两只手的协力,必能建立一个有效率、公平的市场经济社会。

[本刊发表此文时,作了若干技术性加工,特此说明——编者]

(作者单位:台湾大学法律系)

责任编辑:张广兴