

學術論文集 國立臺灣大學法學叢書 212

民事法學與法學方法 第五冊

# 法源理論 與 訴訟經濟

吳從周 著

 元照

民事法學與法學方法 第五冊

# 法源理論



01477474

本書主要研究重點：

1. 從民法法源論之角度，論述習慣法之空洞化現象以及習慣法由法院宣示或承認之「習慣法判例法化」趨勢，並進一步反思台灣特有的判例制度；
2. 提醒我國因莫拉克颱風災後重建條例第28條及災害防救法第47條之1等特別法規定之制定，誕生在真實死亡與法律死亡以外的第三種制度即「推定真實死亡」，卻可能因此使得民法第8條死亡宣告制度空洞化；
3. 從法律繼受之後設描述的角度，闡釋貫穿整部民事訴訟法之「訴訟經濟原則」的基本內涵，分析整理我國理論與實務發展運用的狀況。

ISBN 978-957-43-0639-8



9 789574 306398



SD242PA

元照網路書店



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

定價：450 元

國家圖書館出版品預行編目資料

民事法學與法學方法. 第五冊, 法源理論與訴訟經濟  
／ 吳從周著. -- 初版. -- 新北市：吳從周出版：  
元照總經銷, 2013.07  
面；公分. -- (國立臺灣大學法學叢書；212)  
ISBN 978-957-43-0639-8 (平裝)  
1.民事法 2.民事訴訟法 3.文集

584.07

102013287

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

民事法學與法學方法 第五冊

# 法源理論與訴訟經濟

5D242PA

2013年7月 初版第1刷

作者 吳從周  
出版者 吳從周  
總經銷 元照出版有限公司  
100 臺北市館前路 18 號 5 樓  
網址 [www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)  
定價 新臺幣 450 元  
專線 (02)2375-6688  
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 978-957-43-0639-8

謹獻

給我敬愛的父親

吳藤吉先生

(1939-2012)

# 序 言

本書收錄十篇作者近兩年撰寫的學術性長篇文章，範圍依然涵蓋作者多年來研究的主軸：以法學方法論貫穿思維民法及民事訴訟法之相關問題的研究取徑。

上開文章主要研究與關懷重點有三：

第一、從民法法源論之角度，論述習慣法之空洞化現象，以及習慣法由法院宣示或承認之「習慣法判例法化」趨勢，並進一步反思台灣特有的判例制度有無可能重新詮釋作為民法第1條之「判例習慣法化」的命題論述。

第二、提醒我國因為莫拉克颱風災後重建條例第28條及災害防救法第47條之1等特別法規定之制定，賦予檢察官對失蹤人認定真實死亡之權限，誕生在真實死亡與法律死亡以外的第三種制度即「推定真實死亡」，卻可能因此使得民法第8條死亡宣告制度空洞化。此等提醒並已促使主管機關著手修正上開規定。

第三、從法律繼受之後設描述的角度，闡釋貫穿整部民事訴訟法之「訴訟經濟原則」的基本內涵，並分析整理其在我國理論與實務發展並運用的狀況。

本書經臺大法學叢書編輯委員會實質送外審後，通過審查編入臺大法學叢書系列，對於外審委員提供諸多寶貴之審查修

正意見，受益良多，本書已相應調整。本書之付梓，特別要感謝元照出版公司鼎力協助與支持，並感謝許茹嫻律師、謝允正律師在忙碌工作之餘辛苦承擔校對工作，使得本書得以順利問世，特此致謝。

吳從周

2013年6月

# 目 錄

## 序 言

### 第一章 台灣民法解釋學之發展現況

#### ——著重在本土判決實踐的印證

壹、民法解釋學之用語與研究對象.....	1
貳、民法解釋學在台灣의理論發展走向.....	5
參、民法解釋學在台灣의實務運用觀察.....	9
肆、結 論.....	25

### 第二章 論習慣法作為民法的法源

#### ——以習慣法的內涵演變與空洞化現象 之觀察為中心

壹、緒說：習慣法理論的雜亂無章.....	27
貳、習慣法的基本內涵.....	28
參、習慣法作為法官法.....	32
肆、台灣之判例作為習慣法.....	39
伍、結 論.....	41

### 第三章 試論判例作為民法第1條之習慣法

#### ——為我國判例制度而辯護

壹、論題之現狀：從司法院釋字第576號解釋之協同 意見書談起.....	43
--	----

貳、德國法上判決先例之拘束力	53
參、德國法上判例與「習慣法」之關係	79
肆、我國法上判例性質之重新定位(一)：	
規範上拘束力的承認	85
伍、我國法上判例性質之重新定位(二)：	
作為民法第1條之習慣法	97
陸、具有習慣法效力之判例	109
柒、結 論	117

#### 第四章 民法上之推定真實死亡

##### ——一個真實死亡與法律死亡之中間類型的誕生

壹、制度之類型觀察：一個中間類型的誕生	119
貳、國內文獻的基本反思：從死亡宣告之角度	130
參、對中間類型的比較法上觀察：從真實死亡的角度	132
肆、對我國法之檢討	149
伍、結 論	152
後 記	158
補充資料 民法上之推定真實死亡	159

#### 第五章 種類之債或選擇之債？

##### ——最高法院97年度台上字第1278號判決評釋

壹、最高法院97年度台上字第1278號判決	163
貳、分析檢討	170
參、結 論	190



## 第六章 初探訴訟經濟原則

### ——一個法律繼受の後設描述

壹、論題之現狀：一個實務的原則.....	193
貳、德國文獻瀏覽：概念與原則.....	198
參、我國理論比較：從訴訟經濟原則到程序利益保護原則.....	214
肆、實務見解觀察：訴訟經濟作為論證.....	218
伍、結 論.....	222

## 第七章 對他造於第二審提出新攻防方法無異議

### ——最高法院100年度台上字第310號判決評釋

壹、本案事實.....	263
貳、判決理由.....	263
參、爭 點.....	264
肆、評 析.....	265

## 第八章 第三審廢棄發回判決之拘束力

### ——相關法院判決之整理分析

壹、從兩個本土案例出發.....	281
貳、廢棄發回判決之拘束力.....	286
參、結論：兩個案例之判斷.....	297

## 第九章 論供擔保代釋明之假扣押

### ——評析民事訴訟法第526條第2項之修法變化

壹、從一個初步的實證調查談起.....	301
貳、從舊法之「未為釋明」到新法之「釋明如有不足」.....	304
參、釋明之程度與「假扣押原因」之釋明.....	315

肆、簡評修正後之實務見解..... 322

伍、結 論..... 329

## 第十章 仲裁人契約、仲裁機構契約與返還溢繳仲裁費用 ——評析最高法院99年度台聲字第826號裁定

壹、裁定內容..... 331

貳、歷審見解與問題之提出..... 339

參、評 析..... 345

肆、結 論..... 355

# 第一章

## 台灣民法解釋學之發展現況 ——著重在本土判決實踐的印證\*

### 壹、民法解釋學之用語與研究對象

#### 一、民法解釋學或民法方法論

本文所謂民法解釋學<sup>1</sup>，在德文的相應名詞，應為Juristische Auslegungslehre des bürgerlichen Rechts，並非指中文世界翻譯之「民法釋義學<sup>2</sup>」（Rechtsdogmatik<sup>3</sup> des bürgerlichen Rechts），係用以指稱民法學作為討論有關現行實證法之規範意義的科學，而是指法學之解釋方法在民法學上之運用而言，換言之，它可以說是與民法方法論（Methodenlehre des Zivilrechts）等義。

誠如大陸學者梁慧星教授在其經典著作「民法解釋學」一書

---

\* 本文已刊載於2010年12月出版之月旦民商法雜誌第30期，頁23-38。

<sup>1</sup> 本文係應月旦民商法雜誌之邀稿而撰寫，給定之題目方向為「兩岸民法法解釋學之發展現況」，因此在此方向上設定本文標題，不過，筆者本身確實比較喜愛用「民法方法論」這個名稱來代替「民法解釋學」之用語，下文中也是如此展現。

<sup>2</sup> 楊日然，法理學，三民，2005年10月初版，頁157。

<sup>3</sup> 「Rechtsdogmatik」這個字或譯為「法律教義學」或「法論理學」或「法律信條論」，指的是有關現行實證法規範意義之科學，包括民法學、刑法學、民事訴訟法學、刑事訴訟法學等。其特徵為：只在體系（體制）內批判現行法，在體制內進行論證，不超越及觸及現行法是否正當的問題。Vgl. Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., 2004, S. 1 f.

所指出：「在歷史上，法解釋學長期依附於民法學，而研究法解釋方法屬於民法學者的附帶工作。因此，在法學史上，民法解釋學即等於法解釋學，民法解釋學即等於民法學。值得注意的是，進入20世紀以來，民法解釋學開始從民法學分離，成爲一門獨立的學問領域……區分爲不具有解釋學性質的民法學與具有解釋學性質的民法解釋學。這種解釋學性質的民法解釋學，又稱爲（民）法學方法論<sup>4</sup>」，「在德國及台灣，稱爲法學方法論，但在日本，同樣內容仍在民法解釋學名下進行討論。……另有學者稱之爲民法解釋學方法論。……民法解釋學……亦可稱爲民法解釋學方法論或民法方法論……三者爲同義語。<sup>5</sup>」這段話其實已經扼要地指出「民法解釋學」或「民法方法論」這個名稱的歷史發展，及其在大陸與台灣的使用狀況。

換言之，「民法解釋學」一語，或許是受到日本文獻的影響，似乎頗爲大陸民法或法學方法論之學者的喜好，例如前引大陸學者梁慧星教授的「民法解釋學」，即採此稱呼，而其論述之內容則涵蓋法律解釋方法、法律漏洞及其補充方法以及不確定法律概念及概括條款（一般條款）的價值補充等，一般屬於法學方法論討論之範圍。相應而言，在台灣，幾本比較重要的方法論著作則都使用「法學方法論」之名稱<sup>6</sup>，包括最高法院楊仁壽院長之「法學方法論<sup>7</sup>」、黃茂榮大法官之「法學方法與現代民法<sup>8</sup>」以

<sup>4</sup> 梁慧星，民法解釋學（繁體字版），五南，1999年初版，頁208。這本書被稱爲大陸「民法解釋學的一個開端」，可見在大陸的民法方法論著作上有其里程碑的意義。參見段匡，日本的民法解釋學，復旦大學，2005年3月，頁379。

<sup>5</sup> 梁慧星，民法解釋學，頁1，序言。引言中不同的字體爲筆者自行強調。

<sup>6</sup> 如果不含陳愛娥教授翻譯Karl Larenz教授的法學名著「法學方法論」（五南）之中譯本的話。

<sup>7</sup> 1987年2月修訂版，自版。此書之前身則爲早期由最高法院出版，名爲「闡釋法律之方法論」。

及最近李惠宗教授著的「案例式法學方法論<sup>9</sup>」等。論述領域最為接近民法方法論，由王澤鑑大法官撰寫、堪稱「民法方法論之經典<sup>10</sup>」的「法律思維與民法實例<sup>11</sup>」一書，亦未使用「民法解釋學」一詞。

## 二、民法方法論的研究對象

相應於刑法與公法也有其各自的方法論，多各以刑法及公法案例為研究對象，民法方法論之研究，則是以對民法規定之理解與運用而生之問題，作為展示其方法論內容之主要素材<sup>12</sup>。除了一般法學方法論所探討的學科對象（包括法概念論及法效力論）外，民法方法論之研究對象則主要包括了<sup>13</sup>：民法學為解決民法實例問題而發展出來的「請求權基礎論」（Die Lehre von Anspruch）、「法條論」（das Verstehen des Rechtssatzes）以及「法律適用論」（Die Anwendung des Rechtssatzes）等三個主要部分<sup>14</sup>。

不同於刑法及公法方法論的研究對象，民法方法論基於其自己內涵上的特性以及其歷史發展的軌跡，受到Jhering及Heck的影響下，利益法學所倡導的利益衡量與價值判斷的方法，在對法條

<sup>8</sup> 2009年8月增訂6版，自版。

<sup>9</sup> 2009年10月初版，新學林。本書較多以公法的案例為主。

<sup>10</sup> 參見吳從周，書評：法律思維與民法實例，東亞法律評論，第1卷第1期，2010年3月，頁165。

<sup>11</sup> 1999年5月修訂版，自版。

<sup>12</sup> Jan Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, Tübingen 1998, S. 38.

<sup>13</sup> Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, S. 3-5.

<sup>14</sup> 梁慧星，民法解釋學，頁1，序言指出：「民法解釋學乃是微觀的學問，它以民法解釋適用的技術為研究對象……主要內容是學者對實定法及其他法源進行整理，並依一定邏輯順序所構成的體系，即所謂法源論；以及學者運用解釋方法針對判例事實或設例所提出的具體解釋，及所謂解釋論」。其所指之法源論及解釋論，如前所述地，一般都列入法律適用論中加以談論。

的解釋適用上扮演重要的角色，但此種方法在刑法及公法上就顯得無足輕重<sup>15</sup>。

此外，民法體系以請求權為規範中心。民法方法論既然是要為民事法官處理民事案件，提供一個找到大前提法律（*Rechtsfindung*）的方法，請求權規範作為此種可能的大前提，乃因此成為民法條文解釋適用的核心範疇，因為民事法官無非是要在此種法律的解釋適用中，判斷被主張的請求權有無理由。「請求權基礎論」乃為此而被發展成為解答民事案件最重要的方法。此種請求權基礎的結構，或者也可稱為請求權「內在體系」的建構，分別是：契約之請求權、類似契約之請求權、無因管理之請求權、物上關係之請求權、不當得利請求權、侵權行為損害賠償請求權以及其他的請求權之審查順序與架構。請求權基礎之建構主要強調兩點：第一、請求權基礎應作為解答案例的思考與討論之出發點；第二、多數的請求權應該以某種特定的順序加以檢查<sup>16</sup>。

至於法條論，除了法條討論的種類與結構外，主要課題則是研究法條的解釋與適用，特別是解釋之方法以及解釋方法間有無位階順序關係；法律適用論則主要探討三段論法之法律適用下的「涵攝模式」（*Subsumtionsmodell*），以及輔以概括條款、不確定法律概念（須評價補充的法律概念）為內容的「利益衡量模式」（*Abwägungsmodell*）、判例論以及對生活事實的認定等，此二部分基本上仍沿襲著一般法學方法論之研究成果，並無顯著不同。

<sup>15</sup> Schapp, *Methodenlehre des Zivilrechts*, S. 2.

<sup>16</sup> 並參見Medicus, *Bürgerliches Recht*, 19. Aufl., 2002, Rn. 1. 各個請求權基礎的詳細分析，請參見王澤鑑，*法律思維與民法實例*，頁60-204。

## 貳、民法解釋學在台灣的理論發展走向

### 一、德國價值法學在台灣

民法方法論在解釋適用上，也就是法律解釋以及法律續造上，主要仍然遵循一般法學方法論的規則與原則。如前所述，從歷史發展來看，民法方法論就如同一般法學方法論一樣，特別是受到R. v. Jhering及P. Heck的影響，經歷到由概念法學、利益法學到價值法學的發展過程，沉澱在特別著重於「目的論」方法與利益衡量、價值判斷的思維支配上<sup>17</sup>。申言之，德國民法方法論的理論傳統始自19世紀末、20世紀初德國民法大儒Jhering以及Heck在民法上奠立利益法學（Interessenjurisprudenz）的法學方法，繼而由當代民法大師K. Larenz、J. Esser、W. Fikentscher、H.-M. Pawlowski、F. Bydlinski等人接棒形成價值法學（Wertungsjurisprudenz）<sup>18</sup>之主流傳承迄今<sup>19</sup>。可以說：德國民法（釋義學）的重要人物，必然也是民法方法論的指標性人物。這當中，當代關鍵性的人物當然首推王澤鑑大法官的老師Karl Larenz教授，因

<sup>17</sup> 關於民事法學方法論從概念法學經利益法學到價值法學的發展過程，請參見吳從周，民事法學與法學方法第1冊（概念法學、利益法學與價值法學：探索一部民法方法論的演變史），2007年6月，特別可參考頁469之簡要圖表。

<sup>18</sup> 這些學者的主要代表文獻可參見Jhering, *Der Zweck im Recht* (1877及1887); Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912); *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914); Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*; Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*; *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*; Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*; Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*; *Einführung in die juristische Methodenlehre*; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*; *Recht, Methode und Jurisprudenz*. 可惜的是，以上著作除了Larenz的方法論（學生版）有中文翻譯外（陳愛娥譯，法學方法論，五南），其餘似均無中譯本。

<sup>19</sup> 詳見吳從周，民事法學與法學方法第2冊，特別是頁421-443。

為自從1960年Larenz教授以「法學方法論」(Methodenlehre der Rechtswissenschaft)為標題而出版同名的方法論經典著作後，「法學方法論」才正式成為德國大學的一門專業學問<sup>20</sup>，而Larenz也同時集當代德國民法教義學及民法方法論的代表於一身！

在理論繼受上，因為受到王澤鑑大法官師承Larenz的影響，價值法學的論證理論與思考體系因此也展現在台灣民法方法論之理論發展上。此部分的支配性文獻無非是以前述王大法官所撰寫、實質上是民法方法論的專論之「法律思維與民法實例」為代表；在該書中展現其「本諸價值法學的立場，採請求權基礎方法，藉著實例引導讀者發掘問題，思考問題，及探求解決的途徑」，「希望能有助於培養法律人所應該具備之歸納、演繹及來回穿梭於抽象規定及具體案件間思考的能力<sup>21</sup>」。此外，另一本在我國具有重要地位的經典，則是在法學方法上受到王澤鑑大法官啟蒙的現司法院黃茂榮大法官撰寫的「法學方法與現代民法」一書，該書完整地涵蓋了一般法學方法論的主要研究課題，除了傳統的法源論及法律解釋、法律漏洞及其補充方法等法律的解釋適用外，更進一步深入討論「法律體系論」，透過對利益法學派及價值法學派的評析，回歸當代價值法學以「法律原則」建構法律「內在體系」的基本思想<sup>22</sup>，採用並且詳述作為Larenz法學方法論核心概念的類型思維(Typus)，以形成法律體系<sup>23</sup>。這兩本同以Larenz方法論思想為經緯，結合台灣本土案例展示的論著，共同呈現的乃是「德國價值法學在台灣民法解釋學」的基本面貌！

<sup>20</sup> 參見吳從周，民事法學與法學方法第2冊，頁422。

<sup>21</sup> 參見王澤鑑，民法總則，2000年9月增訂版，序言。

<sup>22</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁851。

<sup>23</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁853以下。



## 二、三階層法律發現構造論作為通說

### (一)法律解釋

連結上開學說繼受的現況，以法律的解釋適用而言，德國現今作為通說、以Larenz所奠基的三階層法律發現構造論〔即法律解釋、法律補充（或稱制定法內的法律續造），以及超越法律的法之發現（或稱制定法外的法律續造；亦有稱創制性補充）等三階層〕為基礎，文義、體系、立法資料與立法史、比較法與規範目的等解釋方法，法律漏洞與類推適用、隱藏漏洞與目的性限縮作為法律漏洞填補之方法，同樣在台灣也成為通說。

如所周知地，法律規範的解釋都是在試著探究法律文字的意義及其真正內涵，這種解釋作為意義探究的過程，在法律解釋上，民法方法論主要仍然依循自薩維尼（Savigny）以來所倡議及連結耶林（Jhering）所發展出來的四個主要的解釋標準，亦即文法解釋（或文義解釋）、歷史解釋、體系解釋以及目的論解釋。

由於這部分在國內文獻上已有相當的介紹，國內讀者較為熟悉，故以下僅作通論式地簡要描述：

#### 1. 文法解釋（grammatische Auslegung）

從規範的字義出發，進一步探究該用語的意義以及立法者所使用的具體意涵。解釋的界限在於「可能的文義」，有時也在於立法者的立法定義中。

#### 2. 歷史解釋（historische Auslegung）

透過回溯尋找法律制定的歷史過程以及立法資料，以便獲得進一步理解一個特定法律規定的線索。對此，迄今仍有主觀解釋論與客觀解釋論的爭論。前者認為歷史上立法者之真正意思才是解釋的重要標準，後者則認為應該以制定法本身為標準，並且探求：該特定的法律規定依據當今的理解以及利益評價，其目的為

何及應該含有如何的理性內容。

### 3. 體系解釋 (systematische Auslegung)

從法規範與其他規定的脈絡關聯、規定的位置或者與其他法律規定間的比較，去探究不同的觀點與其內部脈絡。

### 4. 目的論解釋 (teleologische Auslegung)

探究個別法規範的意義與目的而作解釋。

此外，近代則更強調比較法解釋作為另一種法律解釋方法的重要性<sup>24</sup>。

難題則在於：上開各個解釋方法在於是否具有優先順序？雖然有倡議應該賦予目的論解釋優先的地位，不過，目前通說仍然認為，這些一般法學方法上所承認之解釋的標準與觀點，是處於一個相互作用的關係上，沒有彼此優先的順序；「每一種解釋方法的分量，雖有不同，但須相互補足，共同協力，始能獲致合理結果<sup>25</sup>。」

## (二) 法律續造

在法律續造上（法官造法），與法律解釋相同，一般所普遍承認的法學方法論的基本原則，對民法仍有其適用。所謂法律續造是指經由法官提出成文法或習慣法所未明文規定的新的抽象原則，法官造法的必要性與容許性，已無爭議，有爭論的只是：其界限何在。

法官造法依據其與現行法的遠近，還可以分成兩個階段：第一階段為制定法內法律續造（或者*praeter legem*的法律適用），第二階段為制定法外的法律續造（或者*extrem legem*，但*intra ius*的

<sup>24</sup> 深入討論可參見黃舒芃，比較法作為法學方法，載變遷社會中的法學方法，元照，2009年9月，頁245以下。

<sup>25</sup> 王澤鑑，法律思維與民法實例，頁290。

法律適用)。制定法內的法律續造前提是有法律漏洞存在，包括公開的法律漏洞與隱藏的法律漏洞，主要是透過類推適用、目的性限縮或者反面推論來加以填補。除此之外，對於法律解釋重要的上述所有應該考量的包括立法目的等實質觀點，在法律續造時，也有其適用。致於制定法外之法律續造，則是在現行法上即使透過類推適用或目的性限縮，亦無法找到規範依據，而依據事物本質有創造法律加以補充之必要<sup>26</sup>。

整體而言，民法解釋學在台灣理論發展走向，與德國通說有著極高的重疊性，Larenz或者說價值法學的民法方法論思想，堪稱在台灣具有支配性地位。

## 參、民法解釋學在台灣實務運用觀察

方法論重在實務運用，因此又被稱為「實務的方法論<sup>27</sup>」(praktische Methodenlehre)，因此，除了理論的介紹，本文毋寧更多關注民法解釋學在台灣實務的實踐成果。為此，特配合上述民法方法論的研究對象與重點，挑選幾個民法解釋學上的重要概念，對應觀察其在最高法院判決中之運用情形。

### 一、請求權基礎

「請求權基礎」的結構分析(Anspruchsaufbau)與檢查順序(Prüfungsschema)的介紹，在我國民法權威學者王澤鑑教授數

<sup>26</sup> 凡此基本論述，可詳見王澤鑑，法律思維與民法實例，頁254-344；黃茂榮，法學方法與現代民法，頁553-756；吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，載民事法學與法學方法第1冊，2007年2月，頁133-144；王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法雜誌，第4期，2004年6月，頁19。

<sup>27</sup> Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, S. 2.

十年來的倡導下<sup>28</sup>，已成為法律人耳熟能詳之法律基礎思維方法，在訴訟實務上當事人之主張或抗辯也圍繞著「請求權基礎」作為攻防方法<sup>29</sup>。我們可以舉出以下幾個代表性判決加以觀察。

在請求權基礎的理論意義上，最高法院86年度台上字第3760號判決謂：「按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者亦同，民法第一百八十四條第一項定有明文。本項規定前後兩段為相異之侵權行為類型。關於保護之法益，前段為權利，後段為一般法益。關於主觀責任，前者以故意過失為已足，後者則限制須故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，兩者要件有別，請求權基礎相異，訴訟標的自屬不同。<sup>30</sup>」值得一提者係，此一判決早為王澤鑑教授指出，其在我國法院實務上作為請求權發展以及實務見解日益精緻上，具有指標性的意義<sup>31</sup>！

此外，同院97年度台上字第1863號判決亦謂：「按契約與不當得利，雖皆屬於債之發生原因，惟二者之請求權並不能相容。前者之請求權乃基於一定契約而生之某種給付的權利，後者乃無法律上原因而受利益，致他人受損害；倘當事人間有契約關係存在，則一方因他方之給付受有利益，即有法律上之原因，自不成立不當得利。二者之構成要件及法律效果均屬有異，乃各別獨立之法律關係，在實體法上為不同之請求權基礎，在訴訟上自屬不同之訴訟標的。」

<sup>28</sup> 王澤鑑，法律思維與民法實例，頁60以下。

<sup>29</sup> 如果以「請求權基礎」作為關鍵字進行搜尋，至少可以在司法院的「法學資料檢索系統」上找到超過100筆以上的最高法院判決，其中出現在當事人主張的部分，不計其數，足證其已成為法律人思考的一部分。

<sup>30</sup> 其後，沿用此段意旨之最高法院判決甚多，包括89年度台上字第2560號判決、97年度台上字第1352號、第2530號判決、99年度台上字第1439號判決（高院判決意旨部分）等，均全文相同地引用這段話。

<sup>31</sup> 王澤鑑，法律思維與民法實例，頁63。

在指出「完全性法條」始具有成爲請求權基礎適格的結構分析上，同院97年度台再字第55號判決謂：「所謂訴訟標的，係指爲確定私權所主張或否認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。而法律關係，乃法律所定爲權利主體之人，對於人或物所生之權利或義務關係。如爲給付之訴，在實體法上須以可以作爲請求權基礎之完全性條文（具備構成要件及法律效果之法條）始足當之。再審原告主張之誠信原則、衡平原則、法理、平等互惠等法律原則或法源，並非訴訟標的。<sup>32</sup>」同院95年度台上字第2732號判決則相應謂：「民法第二百二十九條第二項乃無確定期限債務遲延責任之規定，並非獨立之請求權，甲○○以該條爲請求權基礎，於法有違。」亦展現其將民法第229條理解爲「不完全性法條」，因而不具有請求權規範適格的正確認識基礎<sup>33</sup>。

## 二、法律解釋的方法

在最高法院運用民法的解釋方法，以得出某個法律問題的論證結論上，筆者讀到最爲詳盡的一個判決，可以舉最高法院98年度台上字第2261號判決爲例，這個判決雖然主要涉及公司法的問題，但就其作爲民法的法律解釋運用到廣義的民事法上，仍值得一讀。

<sup>32</sup> 同院97年度台上字第969號判決意旨幾乎完全相同：「……如爲給付之訴，在實體法上須以可以作爲請求權基礎之完全性條文（具備構成要件及法律效果之法條）始足當之。至於誠信原則、衡平原則、法理、平等互惠等法律原則或法源，並非訴訟標的。」

<sup>33</sup> 相對於完全性的法條作爲請求權規範，不完全性的法條（僅具有構成要件或法律效果的法條），一般就稱爲「輔助性規範」（Hilfsnormen）。當然，民法上的輔助性規範要遠比請求權規範來的多；據德國學者自己的統計，德國民法上有關財產上的請求權規範，約有50~60個左右（參見Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, S. 42.），在我國粗估應該比這個數目要少。

緣公司法第199條第1項規定，「個別董事」的解任，得由股東會以決議隨時爲之，且此項決議依同條第2項必須以特別決議（有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之）。同法第199條之1則規定，股東會於董事任期未屆滿前，經決議改選「全體董事」者，如未決議董事於任期屆滿始爲解任，視爲提前解任；此等規定並於第227條爲改選監察人所準用。問題是：「全體董事（或監察人）」之決議改選，是否也應該以如第199條規定之特別決議的方式爲之？

此一疑義，在最高法院98年度台上字第2261號判決一案中，原審高等法院與最高法院均使用法律解釋的方法，作爲論證的理由，但卻得出完全不同的結論，相當有趣。

原審台灣高等法院（判決案號98年度上字第446號）採肯定說，認爲：「查公司法（下同）第一百九十九條之一之規定，於監察人準用之（第二百二十七條）。由第一百九十九條之一爲文義解釋，應經特別決議者，未限於提前解任個別董事之情形，提前解任全體董事，亦包括在內。又依論理解釋，第一百九十九條第二項係於九十年十一月十二日修正時所增訂，其立法理由謂：『董事之解任，對於公司經營運作有重要影響，爰增訂第二項至第四項，由現行普通決議事項改爲特別決議事項，以昭慎重。』提前解任全體董事較提前解任個別董事，對公司經營運作，有更重大之影響，基於舉輕以明重之法理，提前解任全體董事，自應經特別決議程序。再從體系解釋言，第一百九十九條之一係接於第一百九十九條之後爲規定，而非規定於第一百九十五條有關董事任期或第一百九十八條有關董事選任規定之後，顯然第一百九十九條之一之立法重點，非僅解決董事任期問題，而是強調提前改選應經較慎重之特別決議程，則提前改選董事、監察人，自應適用第一百九十九條第二項特別決議之規定。系爭股東臨時會提前改選董事、監察人，僅有代表已發行股份總數56.5%之股東出

席，而未依第一百九十九條第二項及第二百二十七條規定經股東會特別決議，即有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之，此有股東簽到簿及選舉開票結果報告單附卷可稽，則系爭股東臨時會作成改選董事、監察人之決議方法，違反法令，被上訴人依第一百八十九條之規定，請求撤銷系爭股東臨時會之決議，為有理由，應予准許」。

最高法院則以相同的法律解釋方法，得出否定說的結論。理由謂：「按股份有限公司董事之選任方式，依公司法（下同）第一百九十八條第一項之規定，除公司章程另有規定外，每一股份有與應選出董事人數相同之選舉權，得集中選舉一人，或分配選舉數人，由所得選票代表選舉權較多者，當選為董事。至選任董事之股東會出席定額應適用公司法第一百七十四條所定應有代表已發行股份總數過半數股東之出席。次按公司法第一百九十九條之一規定股東會於董事任期未屆滿前，經決議改選全體董事者，如未決議董事於任期屆滿始為解任，視為提前解任。上開規定依同法第二百二十七條準用於監察人。徵諸第一百九十九條之一立法理由明謂：『依第一百九十五條第一項規定，董事係採任期制。惟實務上公司於董事任期中提前改選者頗多，而依其所附會議紀錄及召集通知，均僅載明改選董監事議案；又依第一百七十二條規定改選案，係經董事會議決通過，始行通知各股東開會，雖未同時於議程中就現任董事為決議解任，而實務上均於新任董事就任日視為提前解任，爰增訂本條，俾釐清董事與公司之權益關係。』顯見本條新增之立法目的旨在釐清股東會於董事任期屆滿前提前改選董事時，新舊任董事任期問題，而非規定董事選任或解任之方式，亦非強調提前改選應經較慎重之特別決議程序或股東會決議改選全體董事須先為解任董事之決議。另由立法體系觀之，公司法第一百九十五條規定董事之任期、第一百九十八條規定董事選任之方式、第一百九十九條規定解任董事之方式，第

一百九十九條之一係規定提前改選全體董事時，現任董事任期之末日爲何，而非規定提前改選全體董事時，其決議方式應遵循第一百九十九條第二項之規定。又第一百九十二條第四項及第二百十六條第三項規定公司與董事、監察人間之關係，屬委任關係，於董事、監察人任期屆滿，兩造間之委任關係即不復存在。而公司法關於董事之解任設有決議解任（第一百九十九條特別決議解任）及當然解任（第一百九十五條第一項任期屆滿自然解任、第一百九十五條第二項主管機關命令改選期限屆滿不改選當然解任、第一百九十七條第一項持股轉讓超過選任當時所持有公司股份總額二分之一當然解任）兩種。上開規定依第二百二十七條亦均準用於監察人。第一百九十九條之一既曰『視爲提前解任』，當不以改選全體董事前先行決議解任全體董事爲必要，即改選全體董事前無須經決議解任全體董事之程序，是其解任性質應屬法律所定當然解任之一種，而非決議解任明灼，否則法即無須特別設定『視爲提前解任』。從而改選全體董事、監察人與解任董事、監察人之意涵不同，當無須於改選前先經特別決議解任全體董事、監察人，僅須以選任全體董事、監察人之方式即以第一百七十四條所定應有代表已發行股份總數過半數之出席，並行第一百九十八條累積投票方式選任之。至股東會於董事任期末屆滿前，任意決議改選全體董事、監察人，經視爲提前解任之董事、監察人尙非不得依民法委任規定，請求損害賠償。原審以文義、論理及體系解釋認第一百九十九條之一非僅解決董事任期問題，而在強調提前改選應經較慎重之特別決議程序，認爲公司提前改選董事、監察人，應適用第一百九十九條第二項特別決議之規定，顯逾越該條立法目的，所持法律見解尙有未當。」

對此判決應說明者有二：第一、最高法院在比較文義與體系解釋的結果後，最後似以目的論解釋爲準，似乎隱含著在各個法律解釋方法上，「目的論解釋」應優先於其他法律解釋方法的傾



向，而與前述德國的通說並不相同，值得注意。第二、高等法院在論證方法上所使用的「論理解釋」，指的是一種「輕重相舉的推論」，文獻上一般也稱為「當然解釋」（但正確名稱應為「當然推論」），但此種論證方法其實並非（狹義的）「解釋方法」，相反地，它應該是一種取向於目的論的法律補充方法<sup>34</sup>，最高法院似乎忽略了解任「全體董事」的決議方式為何，其實可能構成現行法的一種漏洞而有填補之必要<sup>35</sup>。

<sup>34</sup> 關於「當然論證」的詳細討論，參見吳從周，論民法第一條之「法理」，載民事法學與法學方法第1冊，自版，2007年2月，頁65以下，特別是頁85以下之分析檢討。

<sup>35</sup> 相同爭論亦發生在同院98年度台上字第2159號判決，高院與最高法院之見解依然歧異，高院的論理與本件完全相同，反而是最高法院的說理略有不同，且對於此點有補充論述，錄之一併供參：「按公司法第一百九十九條之一『股東會於董事任期未屆滿前，經決議改選全體董事者，如未決議董事於任期屆滿始為解任，視為提前解任』，係於九十年十一月十二日增訂，其立法理由謂：依第一百九十五條第一項規定，董事係採任期制，又依第一百七十二條規定改選案，雖未同時於議程中就現任董事為決議解任，而實務上均於新任董事就任日視為提前解任，爰增訂本條，俾釐清董事與公司之權益關係。觀其文義，無非釐清新、舊董事與公司之權益關係，並無股東會於董事任期未屆滿前，經決議改選全體董事，而未決議提前解任全體董事者，視為有提前解任之決議，應依第一百九十九條特別決議為之之意思。次查公司法之立法體例，股東會決議如需經特別決議，均明文規定，例如第一百八十五條、第二百四十條、第二百四十一條、第二百七十七條、第三百十六條等；如未明定，僅需依第一百七十四條普通決議之方法行之。股東會於董事及監察人任期未屆滿前，決議改選全體董事及監察人者，公司法既未規定應經特別決議，自僅需經普通決議。原審見未及此，遽以前揭理由謂系爭改選全體董事及監察人之決議，應經特別決議，進而為上訴人敗訴之判決，自有可議。」

### 三、類推適用

#### (一)實務判決論證說理之精緻化

王澤鑑教授曾說<sup>36</sup>：「自民法於二〇年代施行以來，類推適用的案例，時常有之，七十年之後更為增多，具有三點重要意義：1. 社會變遷迅速，問題叢生，法律有時而窮，必須造法，加以補充，以促進法律進步；2. 法學方法論上的自覺性，法院更嚴謹地提出得以檢驗的論證；3. 一個國家民法的進步，可以『類推適用』作為測試的指標，六十餘年來民法的發展因類推適用而漸趨成熟。」恰逢民法債編修正於89年5月5日公布生效迄今滿10週年，民法施行滿80週年，王法官這段針對類推適用這個實務上目前最廣為運用的法學方法所作的觀察，仍然說得恰到好處！80餘年來，我國民法的實務見解中，出現以「類推適用」之方法填補法律漏洞，彌補諸多立法上不足之案例，實已不可勝計<sup>37</sup>。

筆者所讀過，對於類推適用之論證說理，談論的最詳盡，堪稱最具有民法方法論特色與思維的經典判決，首推最高法院93年度台上字第178號判決，筆者因此將其稱為「方法論之判決<sup>38</sup>」。

緣土地法第97條第1項規定，「城市」地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息10%為限，且此為強制規定，租金超過此限制部分，出租人對超過部分無請求權<sup>39</sup>。同條第2項

<sup>36</sup> 王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用，載民法學說與判例研究第8冊，1996年10月，頁64以下；同作者，法律思維與民法實例，1999年5月，頁302。

<sup>37</sup> 如果以「類推適用」作為關鍵字進行搜尋，已經可以在司法院的「法學資料檢索系統」上找到超過近千筆的最高法院判決了，有待另以專文歸納整理與分析。

<sup>38</sup> 關於此判決之評釋，參見吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，載民事法學與法學方法第1冊，頁119以下。

<sup>39</sup> 參見最高法院43年台上字第392號判例、59年台上字第793號判例。

甚至規定<sup>40</sup>，約定房屋租金超過前項限制規定者，該管縣市政府得依上述標準強制減定之<sup>41</sup>。而且土地法第97條規定，於「租用基地」建築房屋準用之（土地法第105條參照<sup>42</sup>）。

對此規定，解釋適用上發生疑問者係，「非城市地方之土地」（例如本件土地經編定為特定農業區之農牧用地）有無該條租金限制之適用？對於此點，最高法院謂：「按類推適用，係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定，加以適用，為基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞的方法，倘無法律漏洞，自不生類推適用而補充之問題。又所謂之法律漏洞，乃指違反法律規範計畫、意旨的不完整性，法律所未規定者，並非當然構成法律漏洞，端視其是否違反法律規範意旨、計畫及立法者之是否有意沉默而定。次按土地法第九十七條第一項限制房屋租金之規定，應僅限於城市地方供住宅用之房屋，始有其適用，至非供居住之營業用房屋並不涵攝在內，此觀該條項立法本旨側重『防止房屋所有權人乘機哄抬租金，造成城市居住問題』及同法第三編第三章『房屋及基地租用』第九十四條至第九十六條均就『城市住宅用房屋』設其規範暨該條項蘊含摒除『城市營業用房屋』在外之『隱藏性法律漏洞』有以『目的性限縮解釋』補充必要自明。且該條項所稱之『城市地方』，亦祇指依法發布都市計畫內之全部土地而言，參酌平均地權條例第三條及土

<sup>40</sup> 對於本條政府以公權力強制減定租金之管制模式，似有過度干預之嫌，並不妥當之質疑，參見黃立主編，民法債編各論（上），第五章（吳秀明撰），元照，2002年7月，頁342，註124。

<sup>41</sup> 但已支付超過最高額部分，在未經該管縣市政府依法減定前，已支付之租金，應解為不得請求返還。參見史尚寬，債法各論，1986年11月，頁240。

<sup>42</sup> 最高法院46年台上字第855號判例：「土地法第一百零五條準用同法第九十七條所定，建築基地之租金，按申報價額年息百分之十為限，乃指基地租金之最高限額而言，並非必須照申報地價額年息百分之十計算。」

地稅法第八條之規定益為灼然。查原審既認定系爭土地經編定為特定農業區之農牧用地，非城市地方土地，其與土地法第九十七條第一項所稱之『城市地方』顯有不符，自難比附援引該條項而為適用，乃原審逕依舉重以明輕之法理而為類推適用，已有未合。又原承租人良泰公司承租系爭土地，係為達成其與上開『廢輪胎基金管理委員會』簽約之商業目的，始將該土地供為被上訴人保管儲存廢輪胎之用，誠非住宅房屋及基地租用或耕作租用可比，均與土地法第三編所設之特殊規範意旨無涉，該情形是否非為立法者之有意沉默？即非無再進一步推求之必要。原審未詳為深究其是否為土地法第九十七條第一項規定之『顯然法律漏洞』，遽行類推適用該條項規定而為補充，亦嫌速斷。」

簡言之，高等法院認為，依舉重明輕之法理，應類推適用土地法第97條而有租金最高額之限制；但最高法院則認為此為立法者有意沉默，不構成法律漏洞，故非城市地方之房屋或土地租賃，應排除租金最高額之限制。姑不論結論何者妥適，最高法院在個案中對方法論運用的嫻熟與細膩，顯示其判決論證說理的日益精緻化，實令人讚佩！

## (二) 債法修正前重要的類推適用案例舉隅

在民法債編修正前，兩個例子可以驗證最高法院透過類推適用之造法解決學說及實務上極具爭議的問題。

第一、我國民法債編於89年修正公布前，有關於「不完全給付」之債務不履行類型，究竟有無規定，舊民法第227條規定「債務人……不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償」，但所謂「不為完全之給付」，意涵並不清楚，學說因之對該條規範意義爭議甚烈<sup>43</sup>。最高法院為此作成77年度

<sup>43</sup> 早期學說爭論，主要參見王澤鑑，不完全給付之基本理論，載民法學說

第7次民事庭會議決議，除肯定「不完全給付」之規定在我國民法上是法律漏洞外，並且透過類推適用加以補充。決議結論第2點即謂：「出賣人應負不完全給付之債務不履行責任者，買受人得類推適用民法第二百二十六條第二項規定請求損害賠償；或類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用。」新法因此本此意旨修正第227條第1項，規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使權利」，「依關於……之規定」即準用之意，乃將法未規定、上開決議用語的「類推適用」轉為法有明文的「準用<sup>44</sup>」。

第二、有關「出賣之土地於移轉登記前被徵收，買受人得否向出賣人請求交付其所受領之補償費」之實務案件疑義中，最高法院也作成80年第4次民事庭總會決議，透過類推適用造法謂：「買受人向出賣人買受之某筆土地，在未辦妥所有權移轉登記前，經政府依法徵收，其地價補償金由出賣人領取完畢，縱該土地早已交付，惟民法第三百七十三條所指之利益，係指物之收益而言，並不包括買賣標的物滅失或被徵收之代替利益（損害賠償或補償費），且買受人自始並未取得所有權，而出賣人在辦畢所有權移轉登記前，仍為土地所有人，在權利歸屬上，其補償費本應歸由出賣人取得，故出賣人本於土地所有人之地位領取地價補償金，尚不成立不當得利。買受人祇能依民法第二百五條第二項之法理行使代償請求權，請求出賣人交付其所受領之地價補

---

與判例研究第3冊，1983年10月，頁59以下；後來之實務發展追蹤觀察，參見詹森林，不完全給付——最高法院決議與判決之發展，載民事法理與判決研究(二)，元照，2003年4月，頁127以下。

<sup>44</sup> 最高法院98年度台上字第2185號判決謂：「所謂準用，必法律有準用之明文；若法律無準用之規定，而於相類似事件，欲為相同之處理，僅得類推適用某一法律規定，而非準用之。」

償金。」最高法院80年台上字第2504號判例直接明白地謂：「政府徵收土地給與上訴人（即出賣人）之補償地價，雖非侵權行為之賠償金，惟係上訴人於其所負擔債務陷於給付不能發生之一種代替利益，此項補償地價給付請求權，被上訴人（即買受人）非不得類推適用民法第二百五條第二項之規定，請求讓與」<sup>45</sup>。

### （三）債法修正後重要的類推適用案例聚焦

債編修正施行後，上開類推適用的疑義已經解決，綜觀實務見解，新的類推適用的案例主要集中在：

第一、借名登記（或借名登記契約）類推適用委任契約消滅或終止之規定。按借名契約，是當事人約定一方所有應經登記之財產，以他方為登記名義人，惟自己仍保留管理、使用處分權之契約<sup>46</sup>。是我國所特有的契約類型，最高法院幾乎無異議地將此種非典型契約，定性為是一種「無名契約」，且此種無名契約，因著重在兩造間之信任關係，且出名人亦有為真正所有權人處理事務之本旨，故其性質上為一種勞務契約，特別是與典型勞務契約中之委任契約類同或雷同，職是，法律效果應「類推適用」委任契約之規定，特別是借名契約之終止或消滅，應該類推適用委任關係終止或消滅之規定<sup>47</sup>。

<sup>45</sup> 關於最高法院在此種「土地徵收補償費領取案」中使用類用適用論述語句之分歧，參見吳從周，論民法第一條之「法理」——最高法院相關民事判決判例綜合整理分析，東吳法律學報，第15卷第2期，2004年2月，頁52以下。

<sup>46</sup> 簡要論述參見吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分，載民事法學與法學方法第4冊，頁191以下；經典觀察參見詹森林，借名登記契約之法律關係，載民事法理與判決研究(五)，頁84；陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約，月旦法學雜誌，第123期，頁228以下。

<sup>47</sup> 參見91年度台上字第1871號判決、97年度台上字第2445號判決、97年度台再字第33號判決、98年度台上字第1183號、第1615號、第2429號判決、99年度台上字第951號、第722號、第1424號、第1114號、第1782

第二、民法第425條之1推定租賃關係之規定，宜否類推適用至「土地及房屋非同屬一人所有」之情形<sup>48</sup>？最高法院91年度台上字第1919號判決演繹立法意旨採肯定說，該判決意旨謂：「按本院四十八年台上字第一四五七號判例謂：土地與房屋為個別之不動產，各得單獨為交易之標的，且房屋性質上不能與土地使用權分離而存在，亦即使用房屋必須使用該房屋之地基，故土地及房屋同屬於一人，而將土地及房屋分開、同時或先後出賣，其間雖無地上權設定，然除有特別情事，可解釋為當事人之真意，限於賣屋而無基地之使用外，均應推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地。尋繹其規範之本旨，乃側重於房屋所有權與基地利用權一體化之體現，並基於房屋既得使用權保護原則之考量，進一步肯認基地使用權不因基地物權之嗣後變動而受影響，藉以調和土地與建物之利用關係，庶符社會正義之要求。是房屋所有人對土地所有人原已取得基地利用權，嗣將土地或房屋出賣因致房地異主時，雖與上開判例所稱之『土地及房屋同屬一人』情形未盡相同，但就該判例規範之目的及債權物權化之趨勢而言，得否依『相類事實，應為相同處理』之法理而為類推適用，即值深究。<sup>49</sup>」但最高法院多數判決採否定見解，96年度台上字第1322號判決堪為代表，理由謂：「按本院四十八年台上字第一四五七號判例推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地，以及民法第四百二十五條之一推定土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，在房屋得使用期限內

---

號、第1100號判決等。

<sup>48</sup> 此一問題在方法論上之深入檢討，參見吳從周，「土地與房屋不同屬一人所有」不宜類推適用民法第四百二十五條之一，載民事法學與法學方法第4冊，頁59以下。

<sup>49</sup> 最高法院曾經作成的91年度台上字第1919號判決、92年度台上字第1984號判決、93年度台上字第1328號判決、95年度台上字第551號判決、98年度台上字第1339號判決。

有租賃關係存在，乃以土地及其上之房屋同屬一人所有為前提，而使用借貸契約既為債之關係，僅於當事人間有其效力，則原審認定被上訴人與陳○長等三兄弟間就系爭土地有使用借貸關係，被上訴人嗣後在系爭土地上建築系爭廠房，可否類推適用上開判例及法條，逕對嗣後取得該等土地所有權之上訴人發生效力，自有再研求之餘地。<sup>50</sup>」此項分歧之見解迄未見最高法院統一見解，在方法論上甚屬可惜。

當然，類推適用相當程度促成了我國民法學的蓬勃發展，但最近也有強烈批評的聲音出現，認為類推適用之法學方法在我國已顯得「流於浮濫<sup>51</sup>」，值得注意。

#### 四、目的性限縮

目的性限縮方法之運用，除了出現在最高法院前引93年度台上字第178號判決曾提及外，最著名的案例莫過於最高法院運用此一方法，將實務上爭議已久的「醫療行為是否適用消保法」的難題，透過目的性限縮（最高法院則稱「目的性限縮解釋」），將其排除在外。

最早使用這個方法的，應該是最高法院95年度台上字第2178號判決：「……按消保法第一條第一項規定『為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提升國民消費生活品質，特制定本法。』其立法目的，乃藉由無過失責任制度，課以製造商採取不

<sup>50</sup> 採此說的判決甚多，參見最高法院99年度台上字第13號、第58號、第345號、第433號、第554號判決、97年度台上字第721號判決、96年度台上字第1322號判決、95年度台上字第2717號判決、94年度台上字第551號判決、92年度台上字第968號判決、91年度台再字第30號判決、90年度台上字第1366號判決、89年度台上字第273號判決、86年度台上字第3515號判決、84年度台上字第2886號判決等。

<sup>51</sup> 參見黃維幸，流於浮濫的類推適用，月旦法學雜誌，第183期，2010年8月，頁48以下。



讓危險商品流入市面，或以其他安全商品替代，使危險商品退出市場，以減少危害之發生。而現代醫學知識就特定疾病之可能治療方式，其實相當有限，醫師僅能本於專業知識，就病患之病情綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療，若將無過失責任適用於醫療行為，醫師為降低危險，將選擇性的對某些病患以各種手段不予治療，或傾向選擇治療副作用較少之醫療方式，捨棄較有利於治癒病患卻危險性較高之醫療方式，此種選擇治療對象及方式傾向之出現，即為『防禦性醫療』中最重要的類型，對以保護消費者權益為最高指導原則之消保法而言，顯然有所違背，即不能達成消保法第一條第一項之立法目的甚明。又醫療手段之採取係為救治病人之生命及健康，就特定之疾病，醫師原係以專業知識，就病患之病情及身體狀況等綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療。若將無過失責任適用於醫療行為，則醫師為降低危險行為，可能以治療副作用之多寡及輕重為依據，反而延誤救治時機，增加無謂醫療資源之浪費，並非病患與社會之福，是應以目的性限縮解釋之方式，將醫師所提供之醫療行為排除於消保法之適用。上訴人以被上訴人之醫療行為有違消保法而請求賠償，尚有未洽。<sup>52</sup>」同院97年度台上字第741號判決所維持之台灣高等法院醫上字第8號判決亦謂：「醫療行為適用消費者保護法無過失責任制度，反而不能達成消費者保護法第一條所明定之立法目的，是應以目的性限縮解釋之方式，將醫療行為排除於消費者保護法適用之範圍之列。」

## 五、利益衡量與價值判斷

此外，「利益衡量」與「價值判斷」的思考方法，在最高法

<sup>52</sup> 後續相同法學方法之運用，尚有最高法院96年度台上字第450號、第2738號、97年度台上字第741號等判決。

院的判決文字中偶爾也會看到。

關於「利益衡量」，例如該院89年度台上字第1844號判決謂：「按土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有權人得通行周圍地以至公路；前項情形，有通行權人，應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之，民法第七百八十七條定有明文。次按相鄰關係乃基於利益衡量之原理而設，依誠信原則，土地所有人不能因求自己之最大便利，致對相鄰土地所有人造成逾越必要程度之損害。」

關於價值判斷，例如同院95年度台上字第2609號判決謂：「按民法第二百四十四條所定之撤銷債權，就債務人處分財產之行爲，其有償或無償之法律概念及價值判斷，由債務人財產為全體債權人總擔保之立法意旨而言，應以債務人之處分行爲對全體債權人總擔保有無變動為其基準，若債務人處分其財產之行爲，並未使總擔保之狀態減少時，應屬有償行爲，但其處分行爲，已使總擔保之狀態減少時，即應認為無償行爲，而非僅以該處分行爲本身及其結果，是否有同時減少其債務為判斷之依據。」又同院89年度台上字第2193號判決亦謂：「復按土地及房屋同屬一人，而將土地及房屋分開同時或先後出賣，其間雖無地上權設定，然除有特別情事，可解釋為當事人之真意，限於賣屋而無基地之使用外，均應推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地，固經最高法院著有四十八年台上字第一四五七號判例。惟自同一出賣人處各別買受基地、房屋者因此成立之土地租賃關係，既係為房屋而存在，房屋承買人之租賃權即應解為於房屋滅失時歸於消滅，否則無異強求土地所有人須容忍房屋所有人及其繼承人一再在基地上拆除舊屋重建新屋，而永不得收回土地，亦即將使租賃權之權能大過所有權之權能，於法律上之價值判斷，顯失平衡。」

## 肆、結 論

誠如德國利益法學的奠基者Philipp Heck所說的：「在所有的改變當中，方法的改變才是最大的改變<sup>53</sup>」（Von allen Änderung ist die Änderung der Methode der größte Fortschritt.），「德國民法在實體制度上甚多創見……但其所以能夠有如此貢獻，主要在於其方法論之成就……制度可以修正、變更、甚至廢棄，但方法將永遠存在<sup>54</sup>。」

80年來台灣的民法解釋學或者民法方法論，甚至是一般的方法論，相關的專文或專書論著整體而言並未見有顯著的增加，顯示投入民法方法論研究的人太少，這實在是台灣民法解釋學值得警惕而仍要繼續努力的目標。

比較值得欣慰的是，在有限的理論文獻基礎上，實務判決受到解釋學方法論的影響相當大，特別是比較多集中在類推適用之法官造法的方法上。但是在其他的相關制度上，例如民法第1條法理或習慣法的內涵、當然推論（輕重相舉之推論）與類推適用的區別等，則仍顯得模糊或運用不足，有待未來的進一步深化。

如果以一句話來總結台灣民法方法論的現況，或許可以說：台灣本土判決實踐的豐富成果與活潑度，裝飾了理論研究薄弱的外貌！

<sup>53</sup> Vgl. Heck, *Interessenjurisprudenz*, S. 32; 吳從周，*民事法學與法學方法*第2冊，2007年6月，頁vii。

<sup>54</sup> 王澤鑑，*民法五十年*，載*民法學說與判例研究*第5冊，1987年5月，頁9。

