

大學用書

民法總則新解

體系化解說(上)

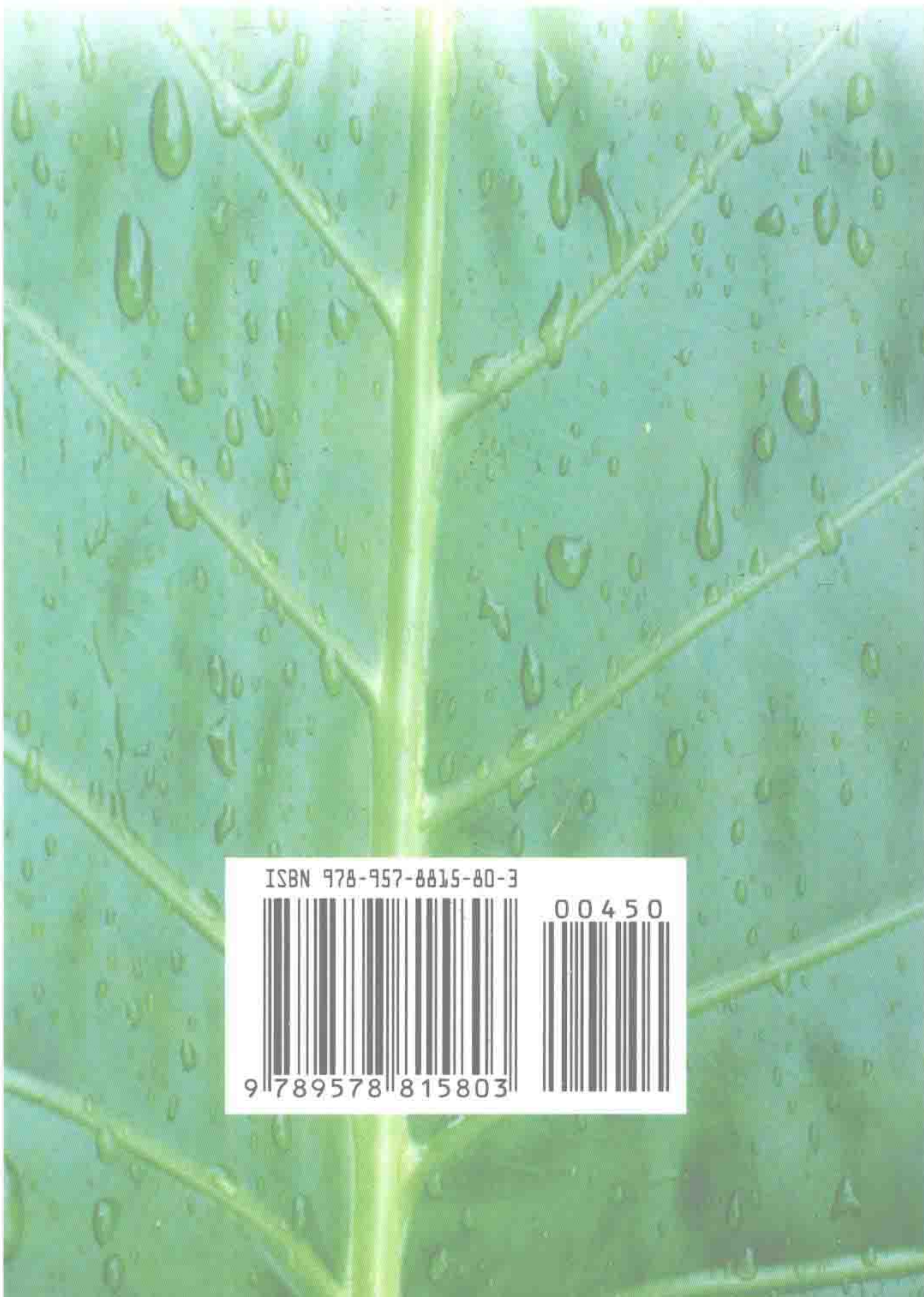
林誠二 著





教學是一種藝術，民法教學尤然，重在如何把民法學上一點一滴的抽象概念解說給法律學習人，又要如何把抽象的法律概念，藉諸法條之法理，把寫實的人類生活串連起來，並系統化教學，那更是困難。

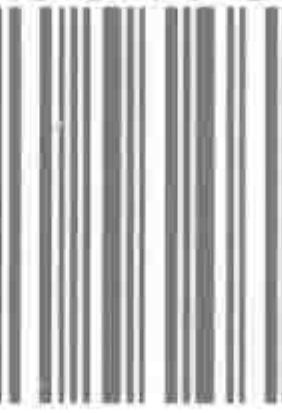
希望這本民法總則新解上冊，能帶給您一些基本動作，更希望您能以這些基本動作，漸入佳境，玩一手好球，把民法運轉自如，則不亦悅乎！



ISBN 978-957-8815-80-3



00450



9 789578 815803

民法總則新解

體系化解說

(上)

林誠二 著

西元 2012 年 2 月

瑞興圖書股份有限公司

5649.01000503
國家圖書館出版品預行編目資料

民法總則新解：體系化解說 / 林誠二著。 -- 一版。

-- 臺北市：瑞興圖書，2012.02-

冊；公分

ISBN 978-957-8815-80-3(上冊：平裝)

• 1. 民法總則

584.1

101001997

民法總則新解——體系化解說（上）

著者 / 林誠二

出版者 / 瑞興圖書股份有限公司

地址 / 台北市民生東路二段 147 巷 6 弄 25 號 1 樓

電話 / (02) 2504-1866 (02) 2505-6542 傳真 (02) 2501-2049

登記證 / 局版台業字第 4057 號

郵政劃撥 / 18022693 陳秀奇

印刷 / 信利印刷有限公司

定價 / 新臺幣 450 元

ISBN 978-957-8815-80-3

西元 2012 年 2 月三版一刷

本書若有缺頁、破損或倒裝，請寄回更換

【有著作權 請勿侵害】

序言

教學是一種藝術，民法教學尤然，重在如何把民法學上一點一滴的抽象概念解說給法律學習人，又要如何把抽象的法律概念，藉諸法條之法理，把寫實的人類生活串連起來，並系統化教學，那更是困難。筆者才疏學淺，努力以此構想，在前輩尤其要感謝王澤鑑大法官的鼓勵，及同學的催促下，得賢棣吳至格君不辭勞苦的幫忙，以電腦將過去上課準備之民法總則講義整編，於一九九二年三月先行付梓，名為民法總則編講義，以供同學上課之便，不敢言貢獻。一九九三年利用空閒再將該講義充實增修，名為民法總則編講義（上下冊），一九九八年暑假期間又將上冊再予增修以表示對學生負責。唯一目的僅在求教學之方便，但把個人民總教學方法完全表徵於書中，錯誤不正之處難免，仰請前輩專家不吝賜正！

本講義係由賢棣吳至格君整理及其他同學繕打校正，備極辛苦，謹此致謝。

林誠二

一九九三年十月十日序於國立中興大學法律學系教師研究室

一九九八年十月十日再序

再修訂版序

本書上冊自1993年10月付印後即未再修訂，已近十二年，其間經過民法債編修正條文2000年5月5日施行、相關法律之修正、實務見解之發展與學說之演進，復因學生之要求，本書乃有修正之必要，作者自知才疏學淺，書中論點難免謬誤叢生，尚盼先進專家不吝指正，以為切當，使我國民法之學說與實務更加進步。

本書之再修訂，承摯友 王寶輝教授多年關懷，不勝感激；另蒙賢棣葉張基君幫忙蒐集資料、彙整編輯與繕打，亦謹此致謝；最後感謝瑞興圖書股份有限公司慨予出版發行。

林誠二

2005年9月15日序於東吳大學法學院研究室

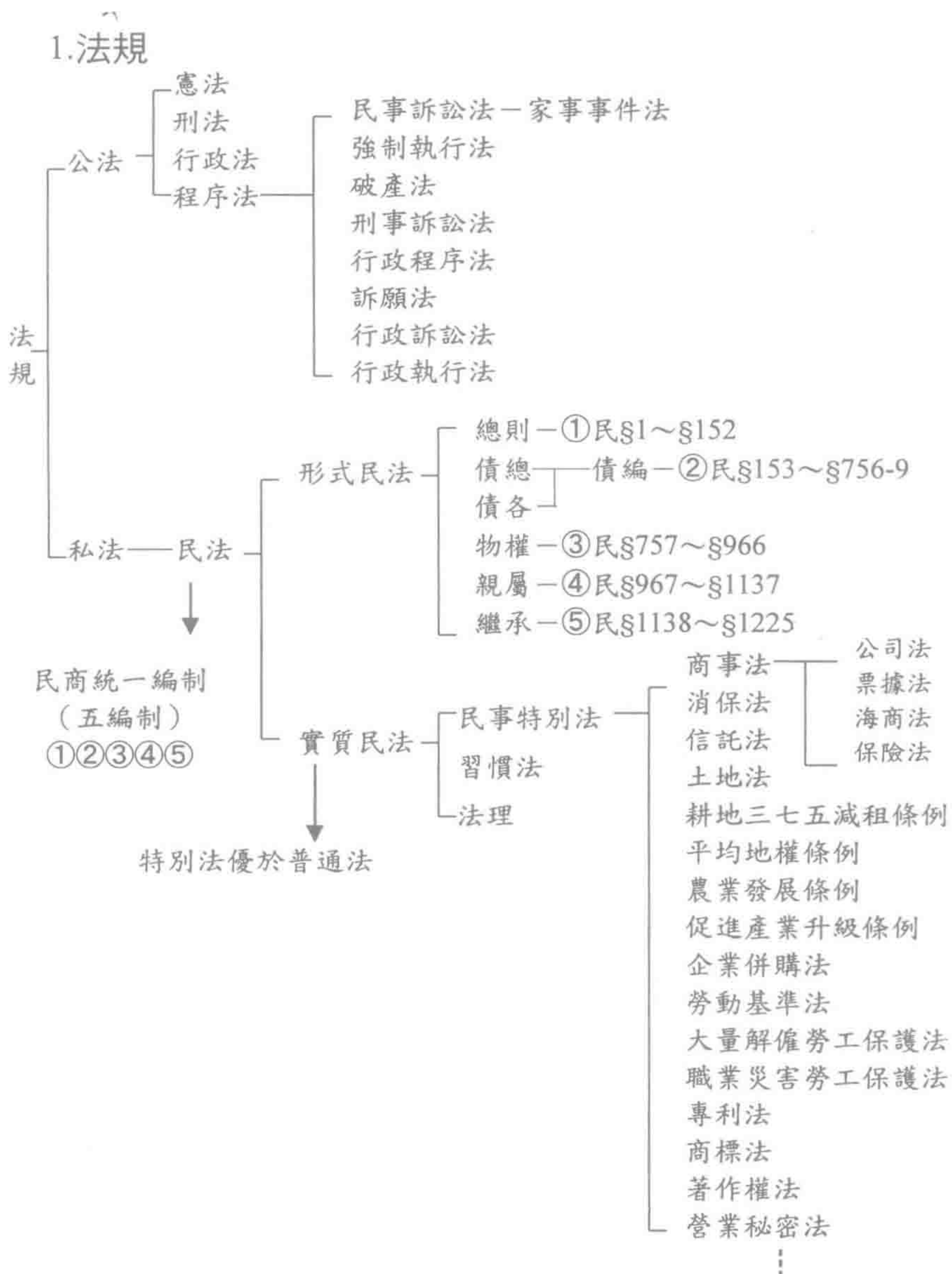
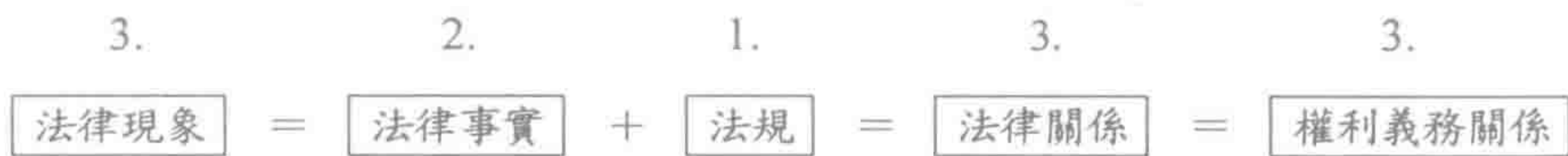
三版修訂序

本書上冊自1993年10月付印經十二年後，其間民法債編修正條文2000年5月5日施行、相關法律之修正、實務見解之發展與學說之演進，及於2005年9月修訂，忽忽又經6年餘，民法學理及實務見解不斷發展，加以民法總則已將禁治產制改採成年監護制，另為配合非訟程序之失蹤人財產管理、宣告死亡並監護及輔助宣告及其撤銷等裁定，業經立法新訂家事事件法，本書在學生一再要求下，雖感年近七十，誠有再予修正之必要，並將本書更名為《民法總則新解——體系化解說》。作者自知才疏學淺，書中論點難免謬誤叢生，尚盼先進專家不吝指正，以為切當，使我國民法之學說與實務更加進步。

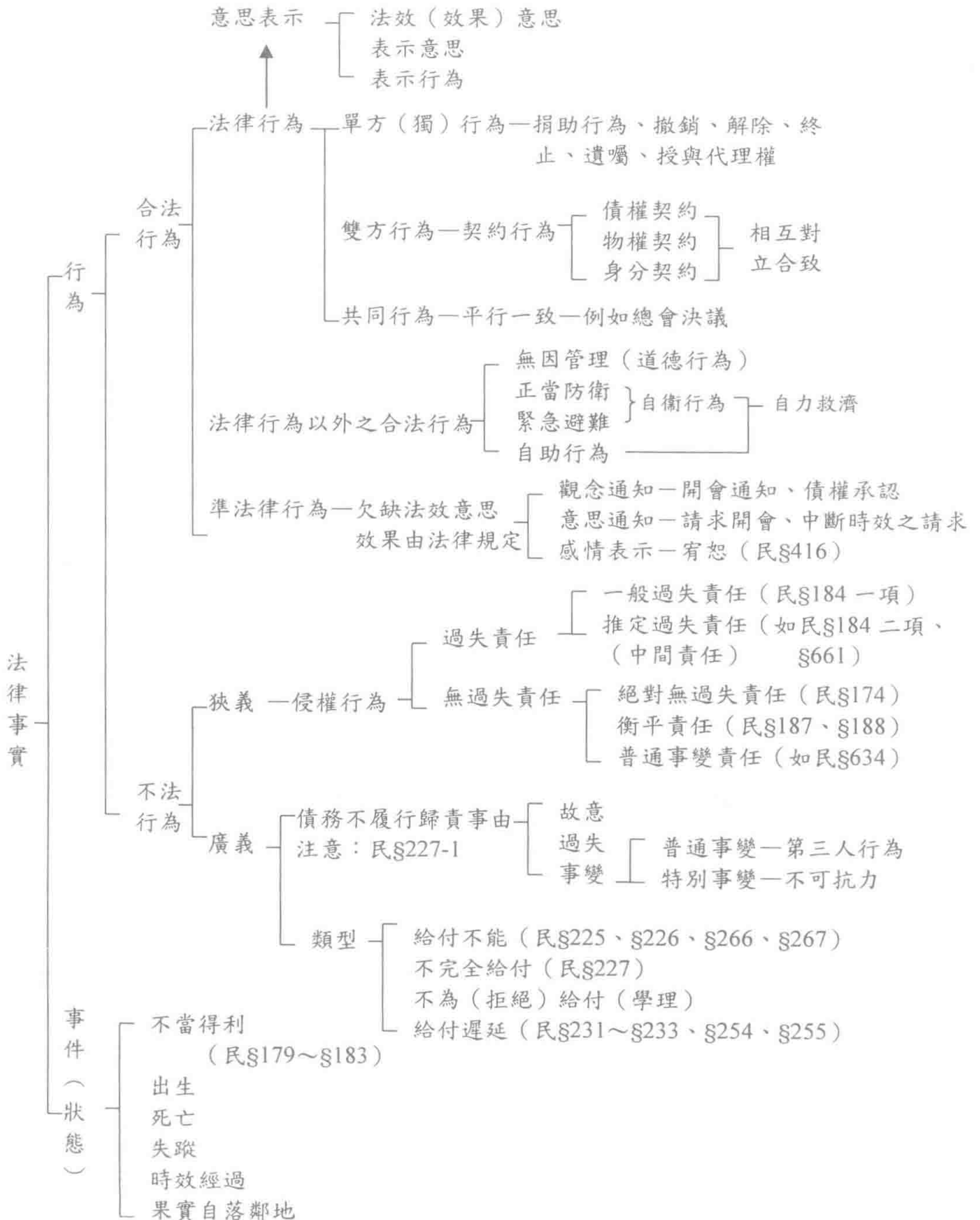
本書之三版修訂，再承摯友 王寶輝教授鼓勵，不勝感激，謹此致謝；最後仍應感謝瑞興圖書股份有限公司協助三版發行。

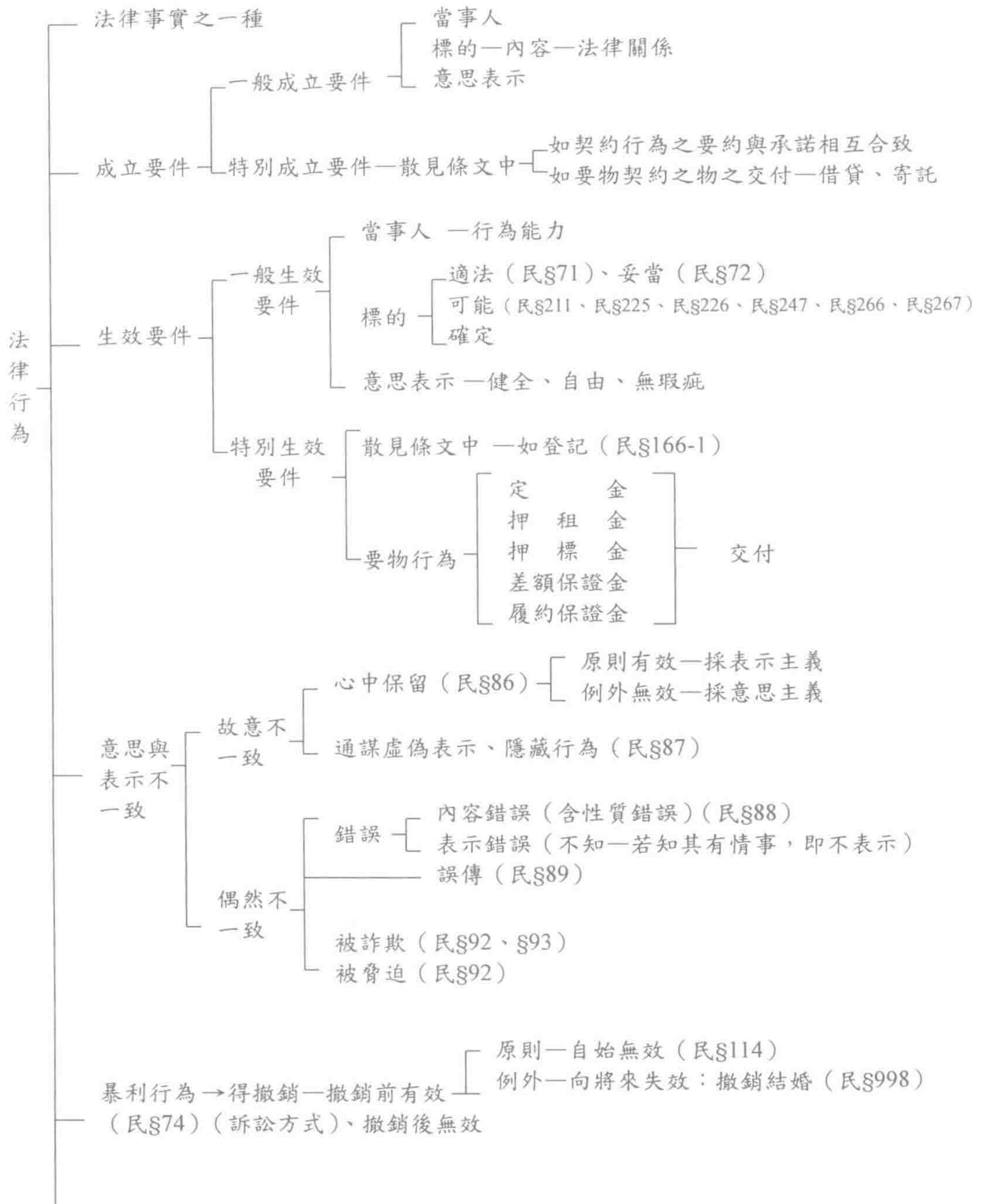
林誠二 2012年1月序於東吳大學法學院研究室

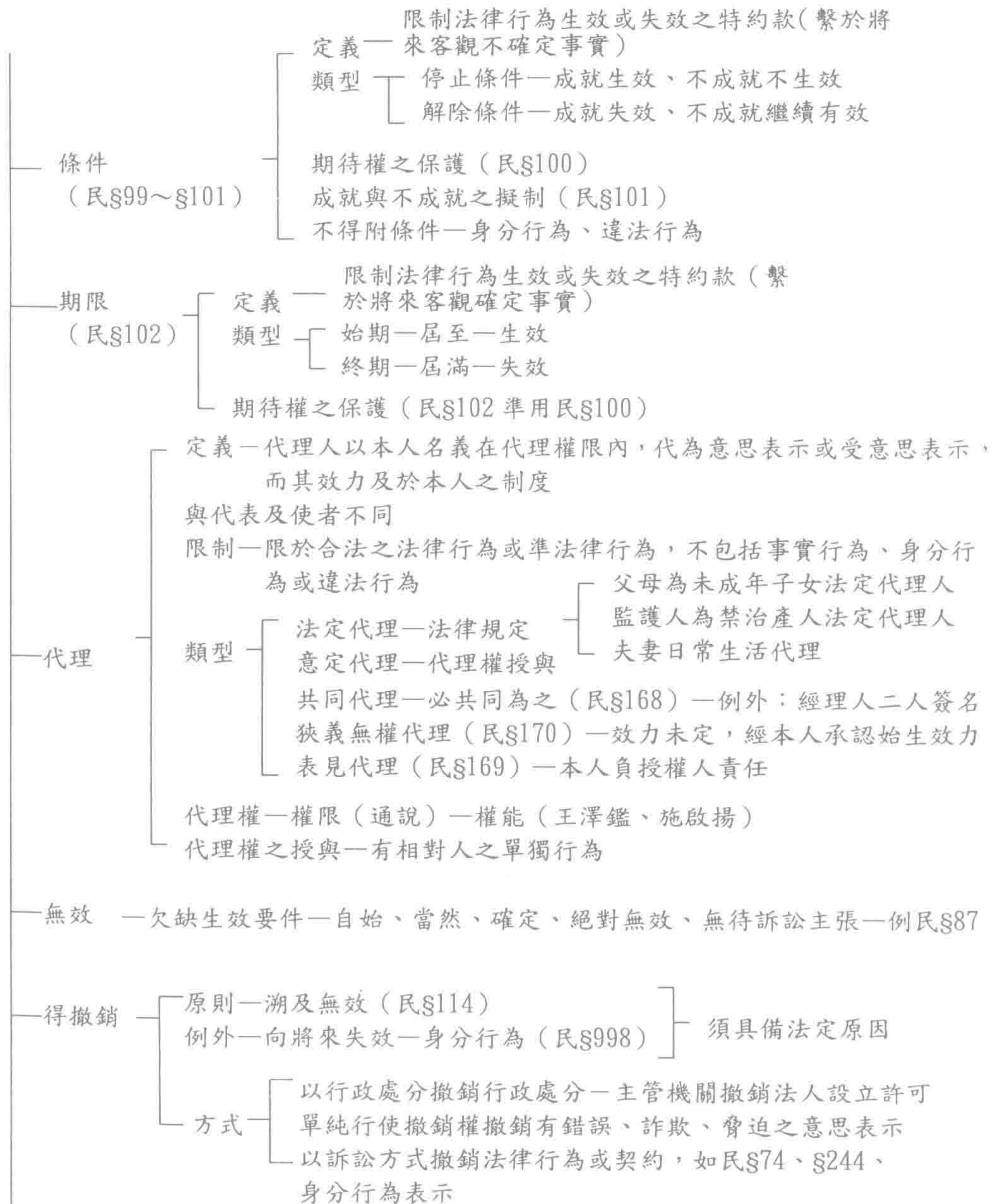
民法總則圖系



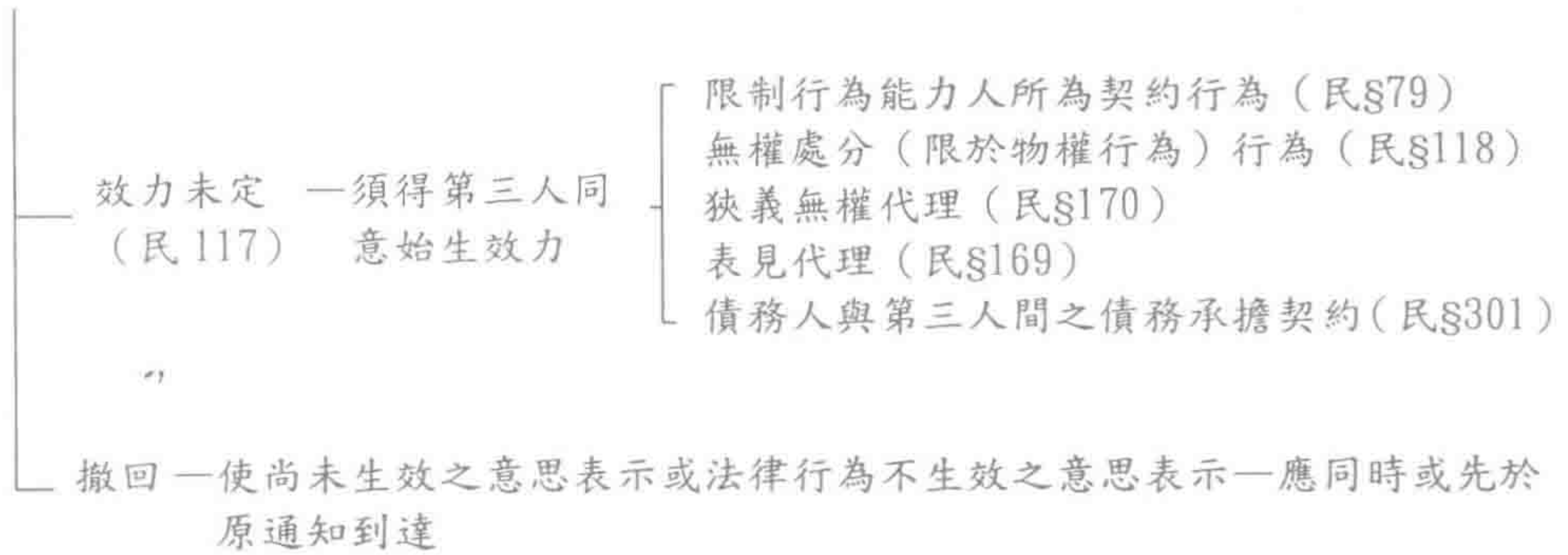
2. 法律事實（構成法律現象之各個原因）





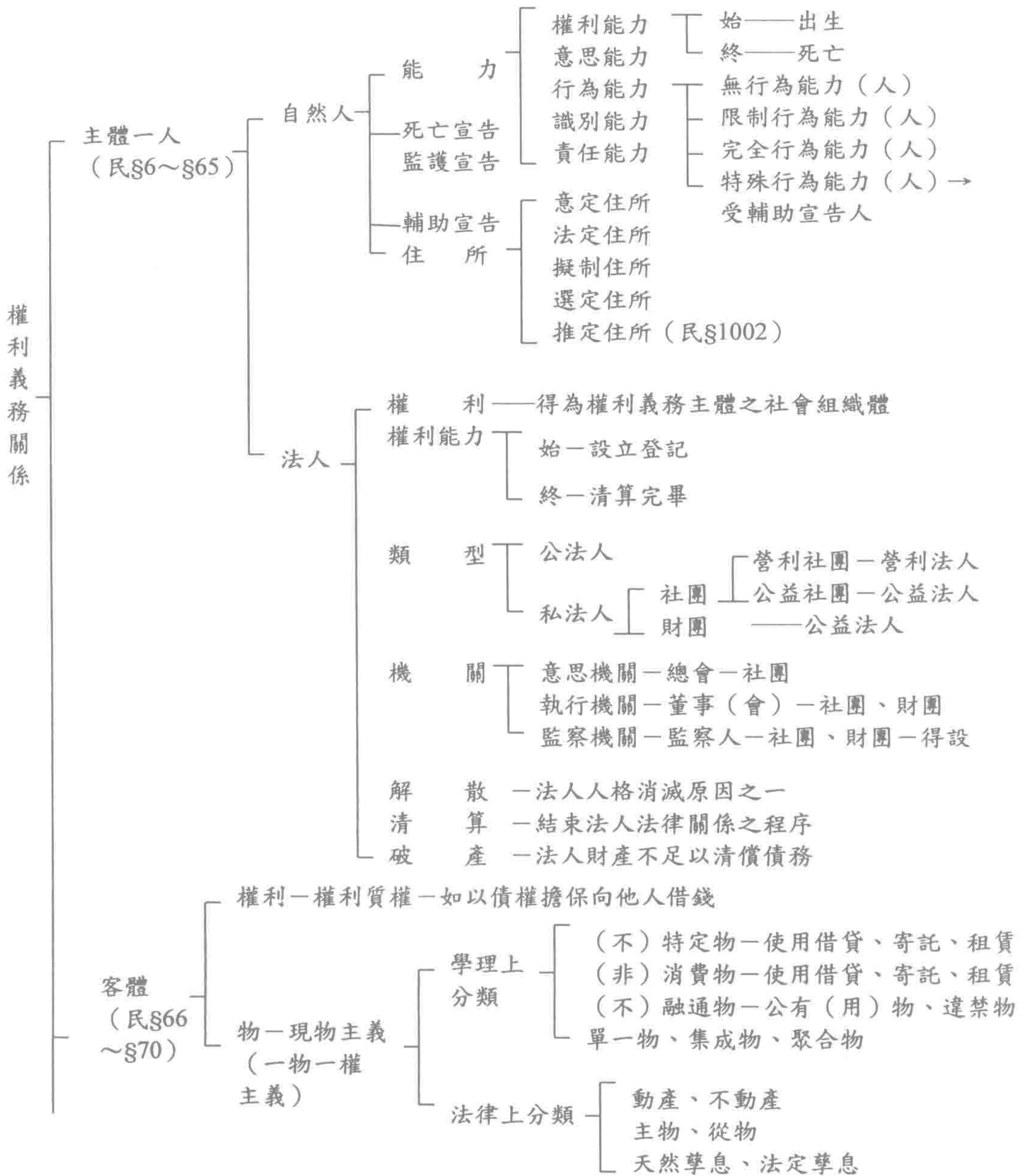


(續上頁圖)

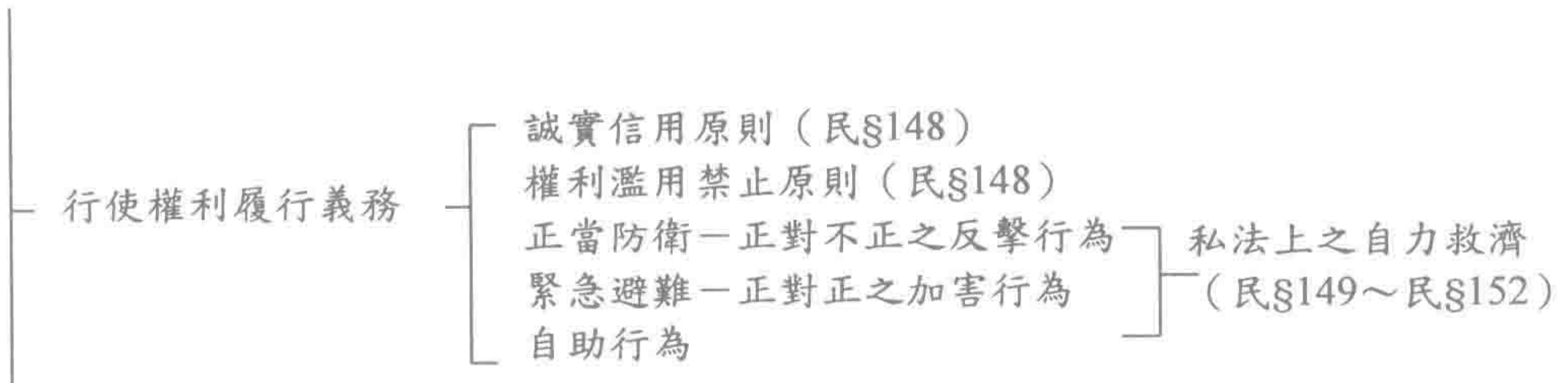


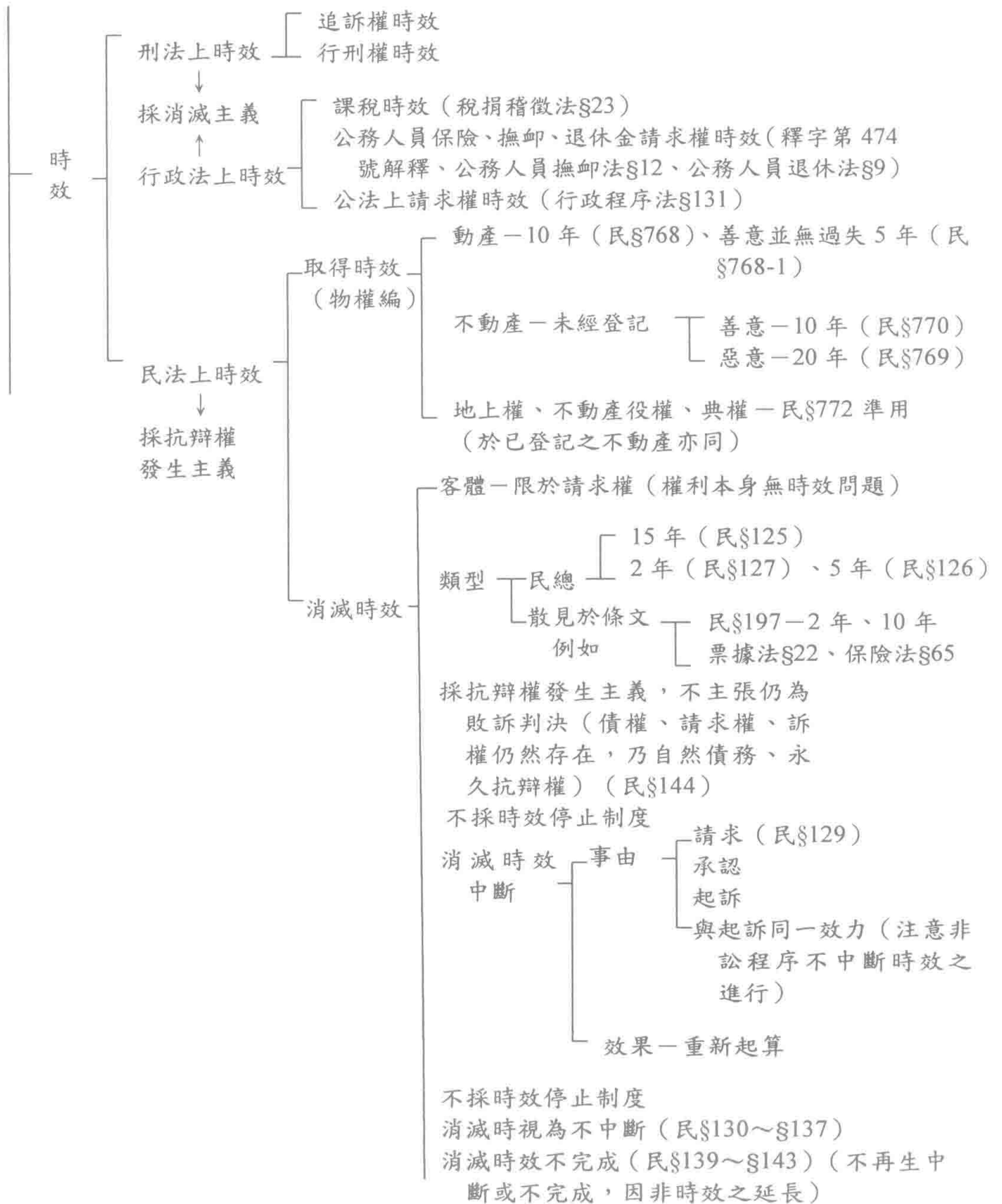
3. 權利義務關係

法律現象 = 法律關係 = 權利義務關係

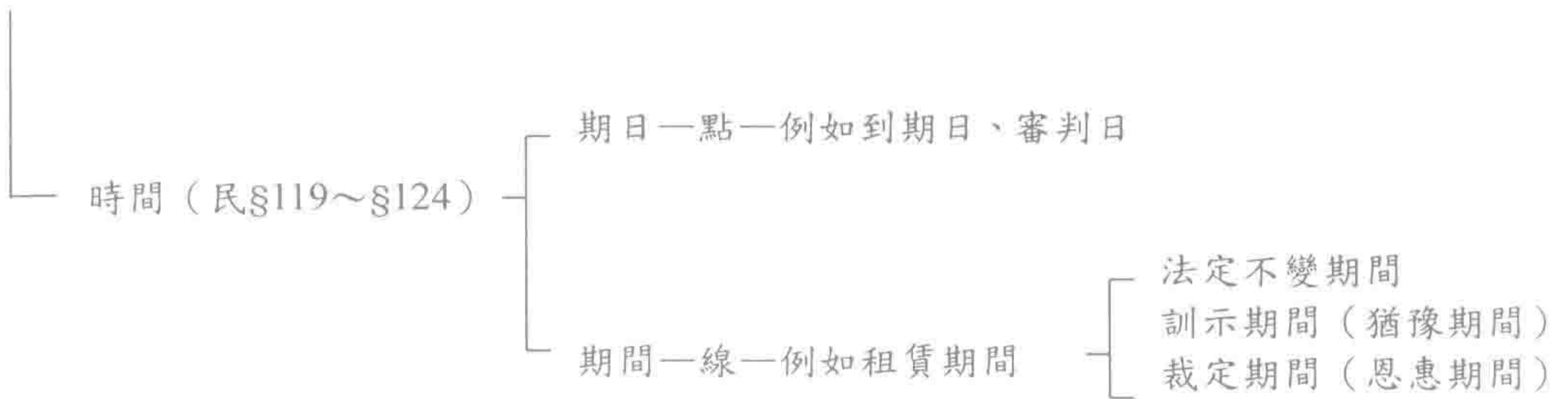
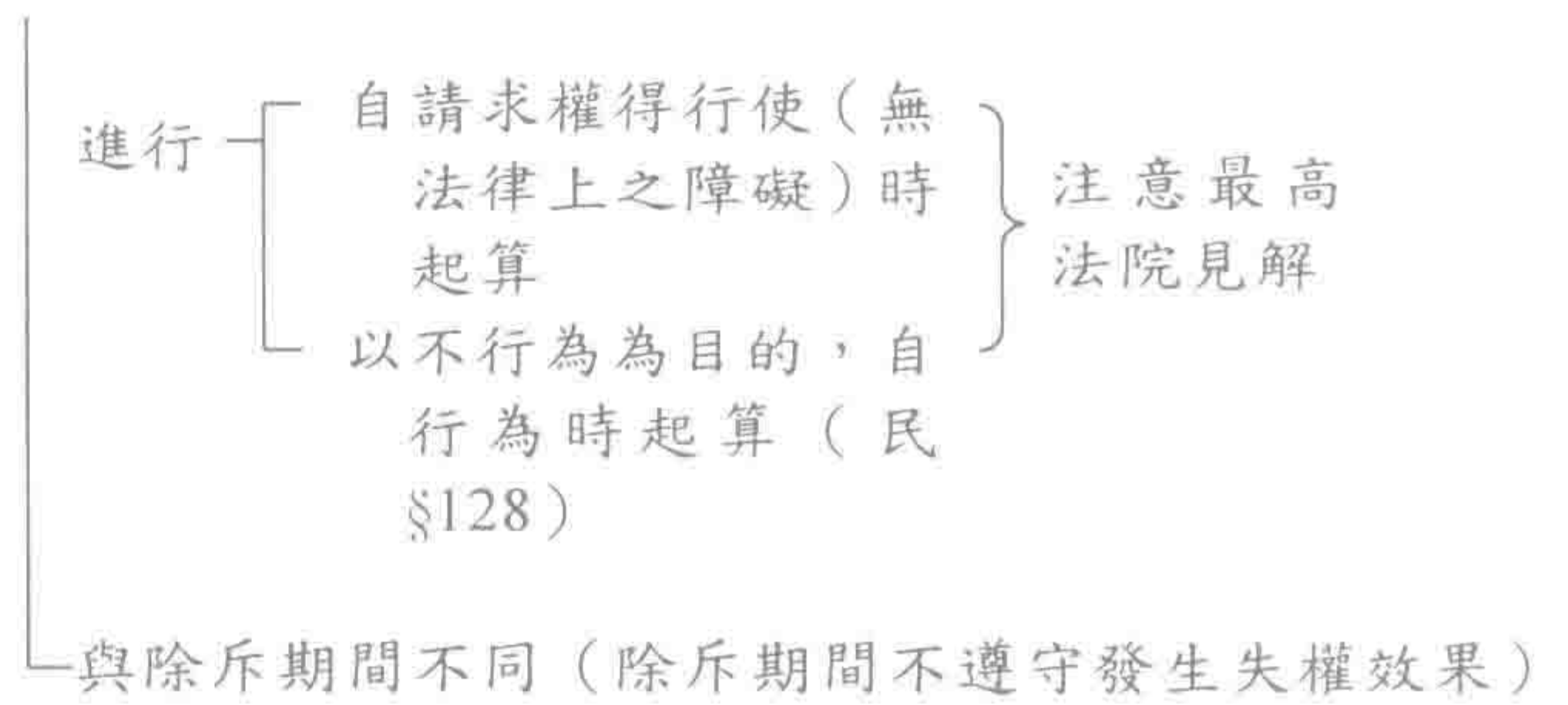


(續上頁圖)





(續上頁圖)



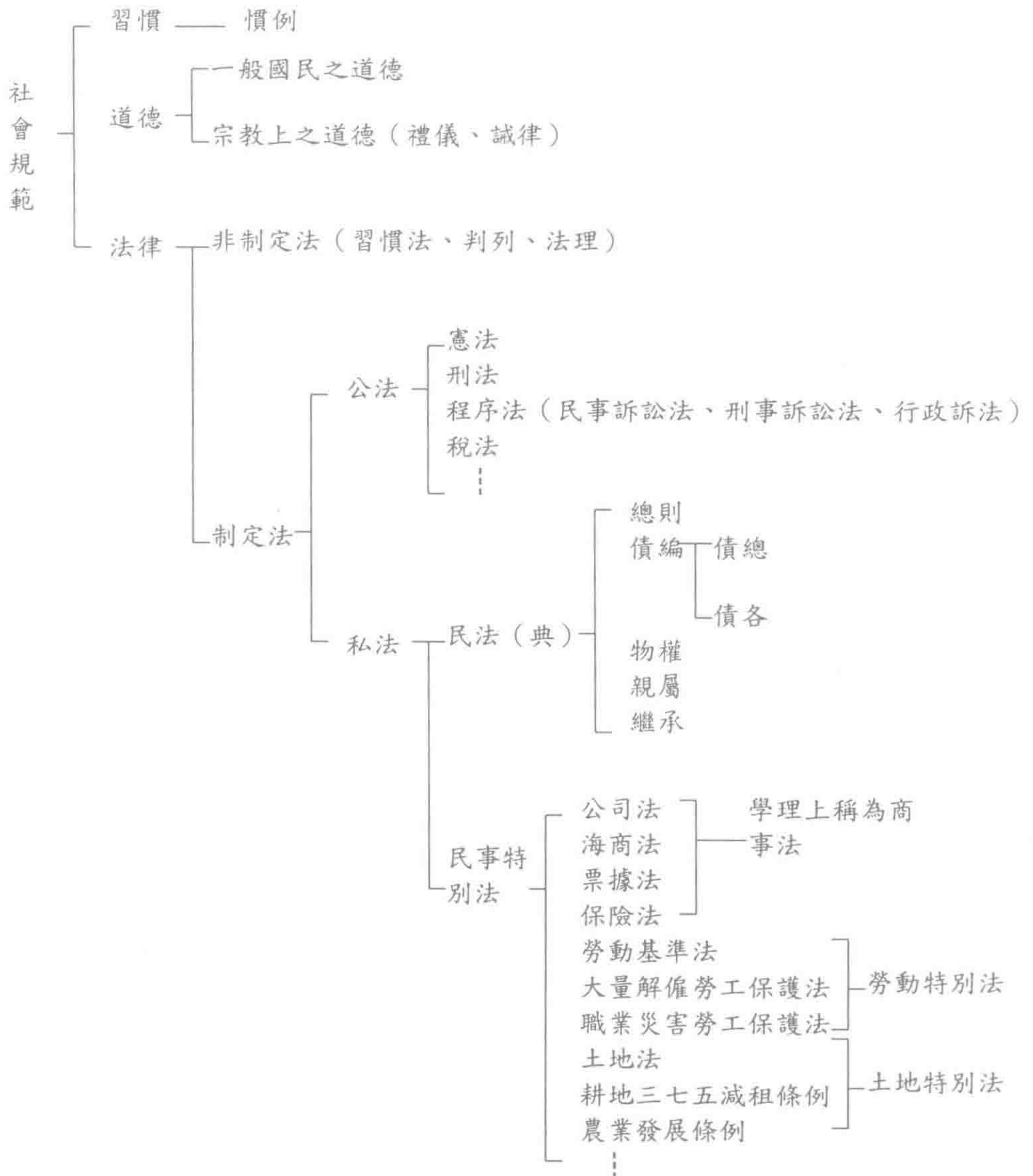
目錄

序言	I
再修訂版序	II
三版修訂序	III
民法總則圖系：1. 法規	i
民法總則圖系：2. 法律事實	ii
民法總則圖系：3. 權利義務關係.....	vi
第一章 民法之基本認識.....	1
壹、法律與一般社會規範之概念	2
貳、公法與私法	4
參、民法之意義	6
肆、民法之性質	7
伍、民法之法源	14
陸、民法適用之效力	45
柒、民法之立法沿革及編制	49
捌、民法之適用	52
玖、民法之解釋與補充	57
拾、民法上之主要用語	68

第二章 權利	81
壹、權利之意義	82
貳、財產權與非財產權	84
參、權利之作用	96
肆、學理上權利之其他分類	118
伍、與權利相近概念之區別	123
第三章 義務	127
壹、義務之意義	127
貳、義務之種類	128
參、義務與責任之區別	133
第四章 法例	135
壹、概念	135
貳、內容	135
第五章 權利之主體——自然人	147
壹、概說	147
貳、自然人	148
第六章 權利之主體——法人	205
壹、法人之意義與社會功能	205
貳、法人之分類	208
參、法人之通則	222
肆、社團	250

伍、財團	269
陸、外國法人	289
第七章 權利之客體——物（及權利）	295
壹、物之概念	296
貳、物之分類	301
後記	331

第一章 民法之基本認識



法律現象 = 法律事實 + 法規 = 法律關係 = 權利義務關係

壹、法律與一般社會規範之概念

一、社會規範

人為一社會動物，人與人之間必須互相往來，於是產生社會關係，至文明進步並趨於複雜後，社會不得不產生規範以約束個人行為，在國家形態尚未完成，法治尚未建立以前，一般社會規範實為維持社會秩序之基礎，但因一般社會規範不具強制性，若違反此一規範，亦僅受其良心、宗教或輿論之制裁。所稱一般社會規範，係指倫理、道德、習慣（慣例）、宗教、禮儀等是。一般社會規範中，除習慣、宗教、禮儀三者較有社會具體事實可循外，究竟倫理（ethics）與道德（morality）之區別何在？有學者認為倫理乃指純思維性（pure speculation）之善惡問題，道德乃指涉實踐性（practicality）之善惡問題¹，此言甚是！蓋倫理與道德均涉及行為之善惡，倫理的善惡乃觀念上之存在，但善惡之實踐性則歸於道德領域，依經驗觀察評價，多少具有社會規範性徵，故常有社會行為標準（standards of behavior），而非僅止於觀念上之存在。

二、法律

在國家形態完備，法治建立以後，為維持社會秩序，乃認為有必要將原存在之一般社會規範加以制定或承認，並以國家之權力為其後盾，以強制實現，此種強行之社會規範即為法律。按一項法律之形成，通說認為應具備一般性、抽象性、普通性及制裁性，由習尚（usage）進程到慣行（practice），再進程到習慣（custom），最後才形成習慣法（customary law）

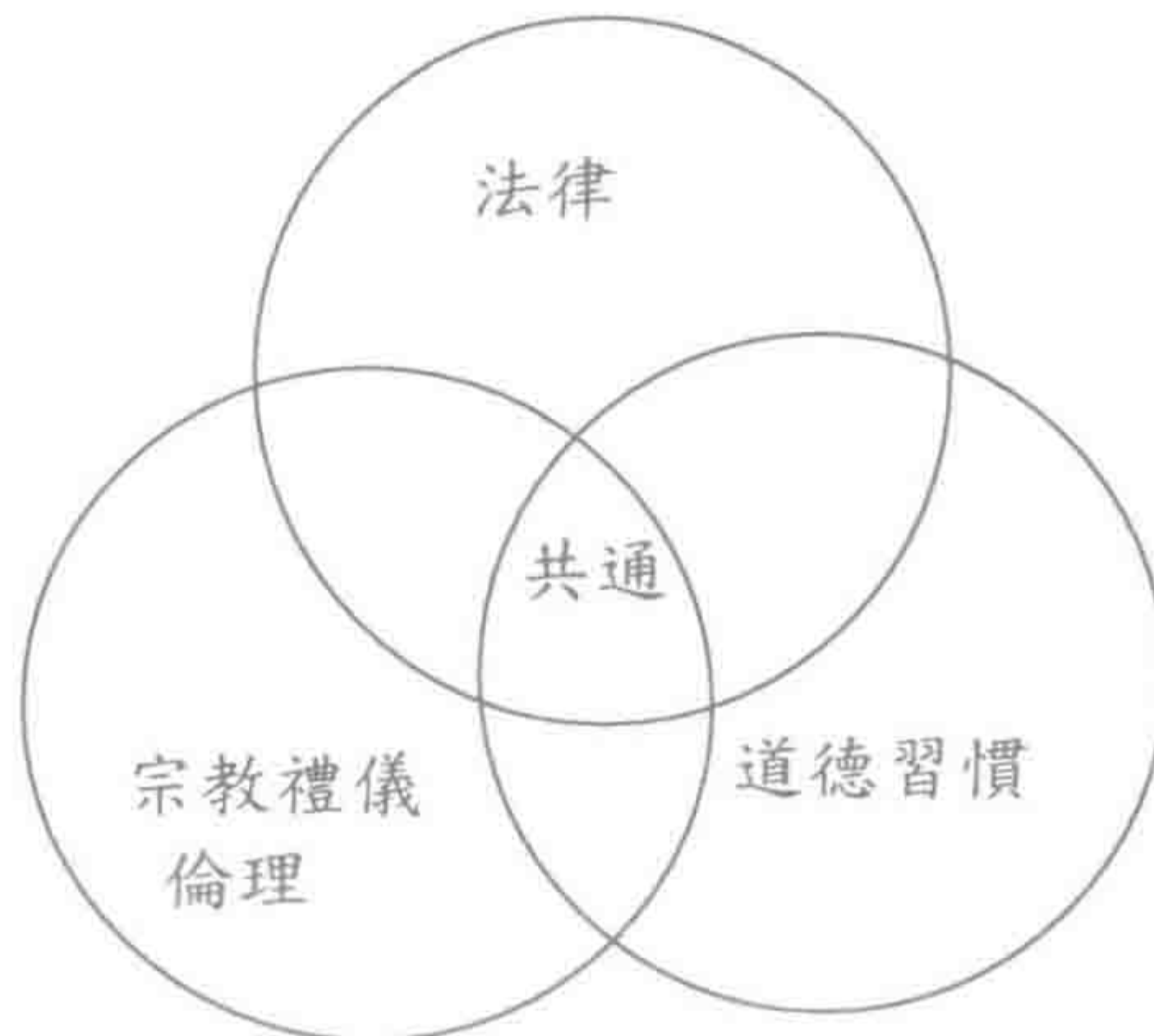
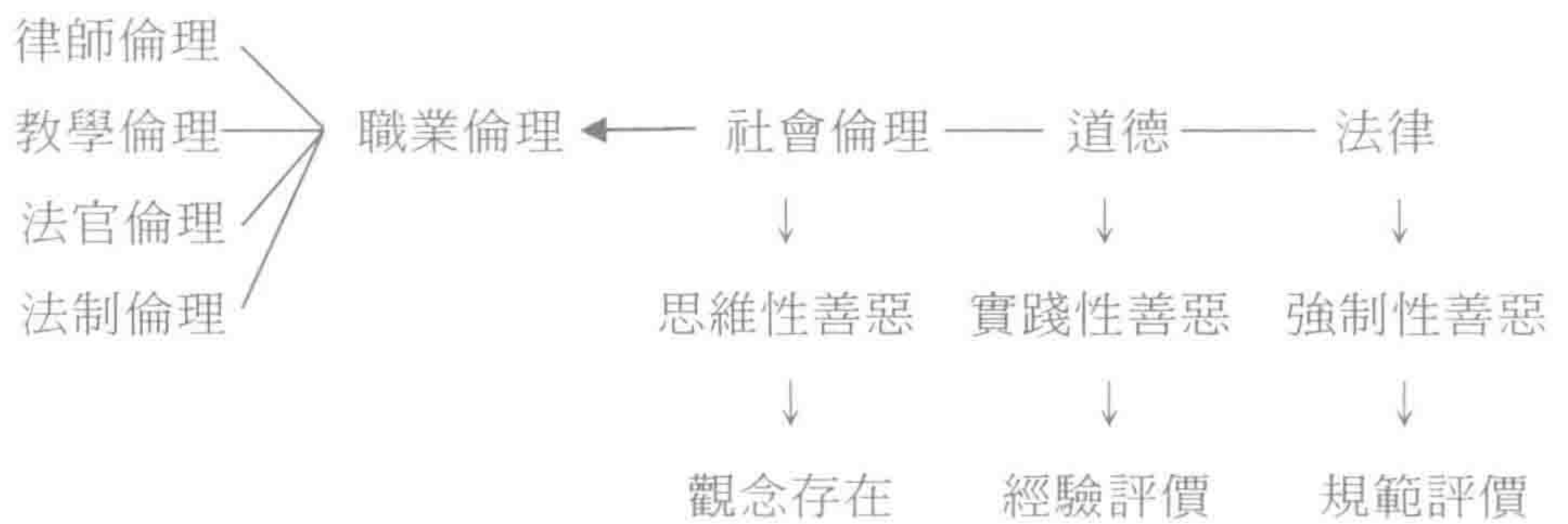
¹ 王寶輝，中華民國仲裁協會仲裁人倫理規範講述大綱，第8頁至第9頁。

或制定法（statute）。

質言之，法律者，乃依國家權力而得強制施行之人類社會生活規範也。

三、法律與倫理、道德、習慣、宗教、禮儀間之關係

六者之關係可圖示如下：



1. 共同部分，三者皆不允許，如殺人之不法行為、賣東西多拿人錢是。
2. 法律所獨有不允許，與倫理、道德無關者，如交通規則之行進方向（靠右邊走）是。
3. 倫理、道德所不允許，但與法律無關者，如非禮勿視、搶人女友是。
4. 宗教、倫理、道德均不允許，但與法律無關者，如暗戀有夫之婦。
5. 道德、習慣均不允許，但與法律無關者，如進他人之屋未脫鞋是。

貳、公法與私法

一、區別之必要

法律規定之內容，因文明進步趨於複雜，而有國家關係和私人關係之區別，為研究方便，乃區分法律為公法與私法。

然而，在社會本位主義之現代立法趨勢下，任何法律無不兼具有公法與私法之性質，甚至走向私法公法化，例如勞動基準法、消費者保護法、信託法、政府採購法、企業併購法、著作權法、商標法、專利法、營業秘密法等是。因此，公法與私法之區別，僅為學理上之探討，不能對某法典強予分別為公法或私法，至多亦僅能謂某法典，例如民法原則上為私法也²。

二、區別之標準

按私法乃對公法而言，二者之區別標準，學者見解不一，約有下列數

² 國內施啟揚教授認為，公、私法二分法宜改採三分法，將法律重新區分為公法、私法及社會法三種領域。見氏著民法總則，2005年6月6版，作者自刊，第3頁。

說：

(一)目的說

依法律之目的及其保護之利益來加以劃分，即保護公益者為公法，保護私益者為私法。但因公益、私益之標準難以劃分，故不足採。

(二)關係說

依法律關係之性質來加以區別，規定權力服從關係之法律為公法，規定平等對立關係之法律為私法。但有時公法上亦有規定平等對立關係者，如國際法；反之，私法上亦有規定權力服從關係者，如民法第1084條第1項所規定：「子女應孝敬父母。」即為權力服從關係，是此說亦有其缺點。

(三)主體說

依權利義務主體來區分，凡規定國家或其他自治團體之公權力關係之法律為公法；反之，凡規定私人相互間之權利義務關係之法律為私法。但行政機關以私人名義向民間採購，仍為私法規範之範圍，如有爭議，仍應透過民事法院（或行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會調解或仲裁機構仲裁）解決，故此說有時也難圓其區別之理由。

(四)實質說

依法律關係之實質內容來區分，凡規範與國家生活有直接關係之法律為公法；反之，凡規範與私人生活有關連之法律為私法。此說從實質之生活關係予以區別，較符實際，且能達成法之目的，故本書採之。

三、區分應有之態度

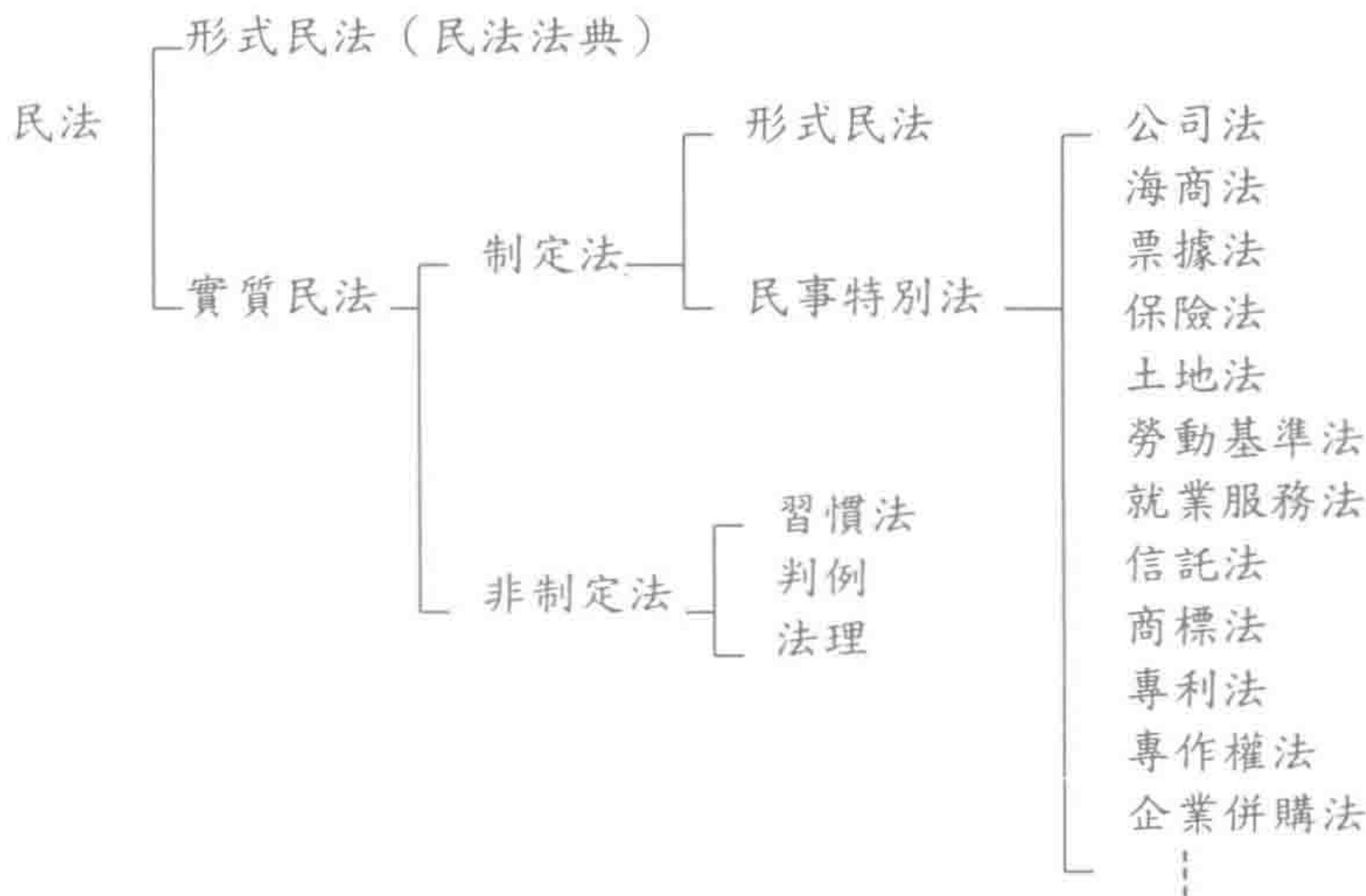
研究公法與私法之區別時，不能僅注意其法典上之差異，而應研究其法規內容之本質。在同一法典中，常兼有公法與私法之性質者，如民法原則上雖為私法，但其法人一節之規定，則多屬公法性質。又如公司法、

公平交易法、勞動基準法、就業服務法及其他經濟性法規，常兼具公私法性質。準此，在研究靜態法學（私人權利之保護及義務之履行）與動態法學（社會、教育、安全之維護）時，為因應法與時移之變，常將原注重個人利益之法規，轉為注重公共利益之法規，此即為私法公法化也。

四、特質

一般而言，公法所規範者，為統治服從關係，而私法所規範者，為平等對立關係。通常之法律均具公私法之混合，例如公司法、勞動基準法、就業服務法等是。

參、民法之意義



一、實質民法與形式民法

實質民法，係指凡具有私法性質規定之法律，為廣義的民法，包括形式民法在內；而形式民法則專指法典化而命名為「民法」之法典，茲表說如上。

二、民法為廣義民法

民法採廣義的民法，故法律事實適用於民法時，須注意：

- 1.依民法第1條規定「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」
- 2.特別法優於普通法之原則：如終止租賃契約之規定，依民法第450條第2項規定：「未定期限者，各當事人得隨時終止契約。但有利於承租人之習慣者，從其習慣。」但依土地法第100條規定「出租人非依左列情形之一，不得收回房屋……」，依此原則，關於房屋出租人終止權之行使，土地法對民法而言為特別法，應優先適用。又消費者保護法第2章有關對消費者權益之規定，亦應優先於民法相關規定而優先適用（消費者保護法第7條至第26條）。

肆、民法之性質

民法依其性質，在學理上有下列特性：

一、民法為國內法

就法律管轄之區域分類，可分為國內法及國外法，國內法即指在國家

主權統治領域內所施行的法律。民法為在一國主權之下來規範私人關係之法律，故民法為國內法。

至於規範國際間私人關係的法律，則別稱為國際私法³或法律衝突法（Conflict of Laws）。

二、民法原則上為私法

民法之規範與私人生活有直接關係，基本上為私法的性質。但民法於法人一節中，或其他以保護公益為重之規定，亦常有公法之規定，例如物權種類之法定化、檢察官之得聲請死亡宣告或檢察官、主管機關之得聲請監護宣告或輔助宣告（民法第8條、第14條、第15條之1）是。

三、民法為普通法

凡適用於一般之人、事、時、地、物之法律為普通法，而適用於特別之人、事、時、地、物之法律為特別法。按特別法應優先於普通法而適用，係指同一事項普通法與特別法有不同規定者，方有其適用，如特別法未規定者，仍應回歸普通法而適用⁴（中央法規標準法第16條），例如公司法對經理人固有規定，但公司法未規定者，仍應適用民法上有關經理人之規定，民法第556條即為適例⁵。再普通法與特別法為相對關係，而非絕對關

³ 即我國「涉外民事法律適用法」，此外尚有準國際私法，如「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」、「香港澳門關係條例」。

⁴ 最高法院 75 年度台上字第 594 號判例：「股份有限公司之股東，依公司法第一百八十九條規定訴請撤銷股東會之決議，仍應受民法第五十六條第一項但書之限制，如已出席股東會而其對於股東會之召集程序或決議方法未當場表示異議者，不得為之。」

⁵ 民法第 556 條規定：「商號得授權於數經理人。但經理人中有二人之簽名者，對於

係，例如土地法對民法典而言，固為特別法，但對耕地三七五減租條例、農業發展條例、促進產業升級條例言，又居於普通法之地位，適用時應特別注意也。

四、民法為實體法

凡規定權利義務關係及其範圍之法律為實體法，而規定如何實現權利、履行義務的方法及其程序手續之法律為程序法（又稱助法），例如民事訴訟法、強制執行法、破產法……等。

民法主要係規定私的權利義務關係及其範圍，故原則上，民法為實體法，但民法中仍有程序法之規定，如法人一節中有關法人如何設立、取得許可或被撤銷許可設立等之規定是。茲舉一例如下：



1. A對B及B對A之有關金錢借貸私的權利義務關係，除A、B之特別約定（covenants）外，均規定在民法中，故民法為實體法。
2. 如B不還錢，A不能私下搶回其錢，A應依民事訴訟法之程序向法院起訴請求返還借款，方為適法。蓋民事訴訟法乃規定當事人如何實現其權利、履行其義務之程序的法律，故民事訴訟法為程序法。
3. 如A勝訴，取得確定判決之執行名義，則可依強制執行法之規定查封、拍賣B之財產取償，此強制執行法為執行法，亦屬程序法之一種。

五、民法為繼受法兼固有法

（一）民法為固有法

固有法者，係指以本國固有的歷史規範為內容之法律，如民法中之典權、家庭制度均為我國固有之法律規範。

（二）民法為繼受法

繼受法者，係指繼受外國立法例之法律，其繼受之方法有：

1. 習慣法繼受，常表現於國際貿易法中，例如有關信用狀（L/C）之規範，幾乎悉由當事人依私法自治原則，而習慣地繼受國際商會（ICC）所頒布之信用狀統一慣例及實務（簡稱UCP，最新版為UCP 500以及電子化之 eUCP 500）。

2. 立法繼受，如公司法中之公司重整制度、動產擔保交易法中之最高限額擔保制度、公平交易法、期貨交易法、證券交易法、營業秘密法、信託法等是。

3. 條約繼受，例如國際工程保證公約、國際票據託收公約。民法中經濟性之法律大多是繼受法，民法之體制分為五編，即係繼受德國民法而來，採民商合一制。

（三）民法為繼受法兼固有法

民法乃規定一國家內私人間生活之權利義務關係，應以固有法為基礎，但因現今國際交流普遍，各國國民間之關係日漸複雜，故有繼受外國法律之必要，例如歐盟統一民法之構想是。我國民法除親屬、繼承編外，多為繼受法。

六、民法爲原則法兼例外法

(一)原則法與例外法之概念

原則法者，係指某一事項在一般情形下所應適用之法規；例外法者，則係指就某一事項，如有特別情形時，排除原則所適用之法規。通常民法中之原則法與例外法，可表說如下：

原則法	例外法
前面條文	後面條文
總則	債編、物權編
節之規定	款之規定
但書之上	但書之下

(二)單一條文之原則法與例外法

就法典之條文言，常有原則與例外之規定：

1. 同一條文：例如民法第77條規定：「限制行為能力人爲意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。但純獲法律上之利益，或依其年齡及身份，日常生活所必須者，不在此限。」此條文之架構，即為法條本文之「原則法」加上但書之「例外法」。

2. 不同條文者：例如民法第6條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」，係為原則法之規定，惟依民法第7條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」，則為例外法之規定。

(三)原則法之例外之例外

又民法之規定亦有原則+例外+例外之架構，即又回到原則法。例如不當得利者，依民法第179條規定，應返還其利益（原則），但依民法第

180條第1項規定，又不得請求返還（例外），然依同條第四款但書規定，不法之原因僅於受領人一方存在時，則又可請求返還利益（例外之例外）。

再如依民法第354條之規定，物之出賣人應負物之瑕疵擔保責任（原則），但依同法第355條之規定，買受人於契約成立時，知其物有瑕疵者，出賣人不負擔保之責（例外），但故意不告知瑕疵者，不在此限（例外之例外）⁶。又如有關不動產出租人之留置權，民法第445條第1項原則規定出租人有留置權，但同法第446條第1項例外規定承租人將留置物取出者，出租人之留置權消滅，而同項但書則又例外規定其取出係乘出租人之不知，或出租人曾提出異議者，留置權又不消滅⁷。

七、民法為任意法兼強行法

任意法者，係指法律規定之內容，僅用來補充或解釋當事人之意思，而當事人遵守與否，則不加限制，亦即當事人得依私法自治原則及契約自由原則，加以特約排除而不適用。凡法律條文中含有類似「……另有約定者，不在此限」、「未經約定者」、「另有意思表示外」者，即為任意法。惟應注意者，即法條中雖無此類文字規定者，並不表示其他條文規定均為強

⁶ 民法第354條規定：「物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵。」民法第355條規定：「買受人於契約成立時，知其物有瑕疵者，出賣人不負擔保之責。買受人因重大過失，而不知其物有瑕疵者，出賣人若未保證其無瑕疵時，不負擔保之責。但故意不告知瑕疵者，不在此限。」

⁷ 民法第445條第1項規定：「不動產之出租人，就租賃契約所生之債權，對於承租人之物置於該不動產者，有留置權。但禁止扣押之物，不在此限。」民法第446條第1項規定：「承租人將前條留置物取去者，出租人之留置權消滅。但其取去係乘出租人之不知，或出租人曾提出異議者，不在此限。」

行規定，法條特別為此類文字之規定，應係在訓示或提醒當事人可以特約排除，以免誤解法條之適用性質。例如間接給付（新債清償），依民法第320條規定，若新債不履行時（如支票不兌現），其舊債務（如貨款之債）仍不消滅，然因該條文中有「除當事人另有意思表示外」之規定，即表示當事人可特約使之消滅（即俗稱之債之更改）；反之，代物清償（債權人受領他物以代原約定之給付），依民法第319條之規定，其債之關係固然消滅，但吾人不得因法條文中並無類似「除當事人另有意思表示或約定」之文字，即表示係一種當事人不可特約排除代物清償消滅債之關係之強行規定。

強行法者，係指法律規定之內容，不容當事人之意思加以左右或約定排除，通常為關於公共秩序或公益之規定。法文中有「不得」、「無效」者，通常為強行法。例如民法第17條第2項規定：「自由不得拋棄。」民法第72條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」

民法債編中之規定，因基於契約自由原則，多為任意法規定；民法物權、親屬、繼承等編，因其所保護之公益大於私益，故有不少強行法規定，例如物權編中規定，除法律規定外，當事人不得創設物權（物權法定主義）（民法第757條）⁸。

八、民法為嚴正法兼衡平法（EQUITY）

嚴正法者，係指就一具體事實，在適用法律時，毫無斟酌餘地，必須強行適用之法律。如民法第16條規定：「權利能力及行為能力，不得拋棄。」

⁸ 蘇永欽教授認為民法第757條規定物權法定原則之目的在於降低交易成本，請參見氏著，民事財產法在新世紀面臨的挑戰，收錄於氏著《走入新世紀的私法自治》，元照出版有限公司，2002年5月初版1刷，第79頁。

第17條第1項規定：「自由不得拋棄。」，而衡平法者，係指就一客觀具體之事實，在適用法律時，可依各個客觀之關係而有合理的伸縮性適用之法律。如民法第220條第2項：「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」又如民法第187條第3項規定：「如不能依前二項規定受損害賠償時，法院因被害人之聲請，得斟酌行為人及其法定代理人與被害人之經濟狀況，令行為人或其法定代理人為全部或一部之損害賠償。」，及第188條第2項規定：「如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。」，亦為衡平法⁹之規定。

九、民法具有經濟法之性質

民法中亦有關於國家經濟秩序或個人經濟秩序之規定，經濟法之範圍甚廣，我國民法因採民商合一制，故民法兼具經濟法之性質，尤表現於債編及物權編之規定。大陸地區將民法納入經濟法體系，相信亦因民法係經濟法之一環所以然。

伍、民法之法源

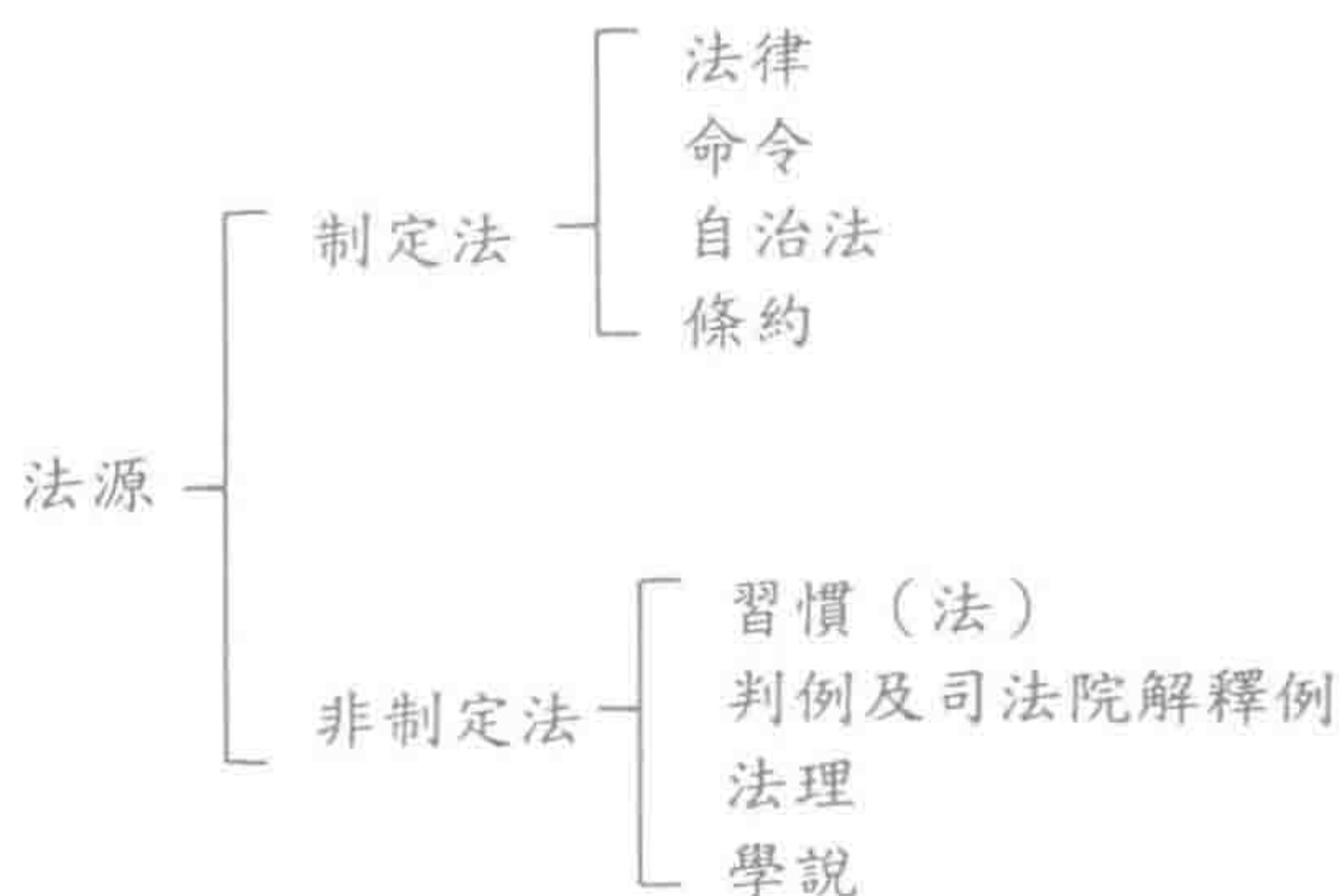
所謂法源，係指直接或間接構成民法法規之一切法則，即民法之構成

⁹ 關於衡平法（衡平原則），請參見拙著，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能——兼評最高法院八十八年度台上字第二八一九號民事判——，收錄於民法問題與實例解析，第一冊，瑞興圖書，2005年8月初版，第157-210頁。拙著，債務人之代理人及使用人與有過失之適用——兼評最高法院九十一年度台上字第一四三三號民事判決——，收錄於民法問題與實例解析，第一冊，瑞興圖書，2005年8月初版，第310-325頁。

來源。申言之，法源者，乃法院得據以為裁判依據之一切民事規範也。

法源（source of law）一詞，其概念指謂層次，依1990年去世的美國法學家Bodenheimer之見解，可區分為法的正式淵源（formal source of law）與非正式淵源（nonformal source of law）。前者指一切權力的法律文件，包括憲法、制定法（statutes）、法規命令、行政規則、條約及司法判例（judicial precedents）等等在內；而後者則指未為權力接受之一切法律資料而言¹⁰。又十九世紀歷史法學派如Hugo（1768～1859）則強調「法律形成於立法之外」，而Savigny（1779～1861）則主張法之淵源，即民族共同意識¹¹。

民法之法源，可圖示如下：



一、制定法（成文法）（Statute Law、Written Law）

所謂制定法，即以國家之意思，就一般抽象之規範以文字明訂之法規，亦即以法律或由法律授權之命令等具有普遍性，且有客觀規範性之成

¹⁰ 王寶輝，民法總則講義，第20頁。

¹¹ Savigny 著，System des Heutigen Romisch Rechts（1840），第14頁。轉引自博登海默著，法理學、法哲學及其方法結構群編譯（1980年10月），第98-99頁。

文法，其來源有：

（一）法律

法律，可區分為實質意義之法律與形式意義之法律，茲分述如下：

1. 實質意義之法律：即不問其外表形式，凡具有法律實質者，皆可稱為實質的法律，故習慣、法理、學說均可成為實質意義的法律。

2. 形式意義之法律：即專指成文法典而言，係指由議會或經人民所創制、複決之法律，亦即條文化之法律（condification）。依中央法規標準法第二條規定：「法律得定名為法、律、條例或通則。」

此處所稱之制定法之法律，應指形式意義的法律而言，即所稱法、律、條例（例如平均地權條例）、通則（地方稅法通則）是。依此而言，我民法典固為民法之法源，即民法之其他民事特別法，亦為民法之法源，例如公司法、票據法、海商法、保險法、土地法、證券交易法、期貨交易法、消費者保護法、勞動基準法、平均地權條例、農業發展條例等，均為民法之法源。

茲有問題者，乃憲法是否為我國民法法源之一？按憲法為我國基本大法，就純粹法學論言，屬於位階最高之法律，為所有法律之規範妥當性之來源，但其僅規定原則問題，如國家之基本組織、國家與人民之權利義務及人民之基本權利。憲法無法作為具體之請求權基礎，必須再由其所授權制定之法律執行其所揭櫫之基本原則。我國憲法並未明文民法之制定，惟基於憲法第15條保護人民之生存權¹²、工作權¹³、財產權¹⁴之意旨，以及憲

¹² 最高法院 92 年度台簡上字第 20 號判決：「土地法第九十七條之立法意旨為『城市房屋供不應求，為防止房屋所有權人乘機哄抬租金，造成居住問題，特設本條限制房屋租金之最高額，超出部分得由政府強制減定之，以保護承租人。』，是土地法第九十七條限制房屋租金之立法政策係基於居住乃人民生存之基本條件，為生存權之內涵，現代福利國家應滿足人民居住之需求，而立法當時之我國經濟環境，城市

房屋供不應求，為保護經濟上弱者之承租人，使其能取得適當之居住空間，以避免造成居住問題，則該條之規定，應僅限於城市地方供住宅使用之房屋，始有其適用。至營業用房屋，承租人用以營業獲取利潤，並非供居住安身，即與人民安居之基本需求及生存權之保障無涉，自無立法介入加以限制之必要。又營業用房屋類皆座落在商業區，不僅其建造、維修成本及應繳納之稅捐高於一般住宅房屋，並享有營業房屋所形成商圈之商業利益，自非一般居住用房屋可比。且營業用房屋之承租人原非經濟上之弱者，尤以連鎖企業，挾其龐大資金、市場優勢，已為經濟上之強者，又可獲取相當之利潤，更無立法限制租金額之必要；況租屋營業，租金之支出，原屬營業成本之一部，倘立法限制租金額，營業利潤並未相對受限，任其享有鉅額利潤，要非立法之原意；復就土地法第三章房屋及基地之立法結構觀之，土地法第九十四條第一項、第九十六條規定所稱之房屋類皆指住宅而言；再我國經濟現屬已開發國家，房屋之供需與往昔不同，營業用房屋租金之多寡，自應本諸契約自由之原則，回歸市場機制，方能促進都市之更新與繁榮。故土地法第九十七條所指房屋，應解為不包括供營業使用之房屋，以兼顧租賃雙方之利益，契合本條之立法本旨。」

¹³ 最高法院 87 年度台上字第 43 號判決：「憲法第十五條固規定：人民之生存權、工作權及財產權應予保障。但人民之工作權並非絕對之權利，此觀憲法第二十三條之規定自明。演藝人員之經紀人鑑於藝人須長期培訓及投資，因而於演藝人員經紀契約約定演藝人員在一定期間內不得從事與其經紀範圍相衝突之表演活動之限制，倘未逾越合理之範圍，既出於契約當事人之同意，自與憲法保障人民工作權之精神不相違背，亦難謂違反其他強制規定，且與公共秩序無關，自非無效。」

¹⁴ 最高法院 87 年度台上字第 1462 號判決：「按民法第七百六十五條規定：所有人於法令限制範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。此所謂之法令，係指法律及行政機關依法律之授權所頒布之命令而言，無法律依據之行政命令，不得對於所有權加以限制（憲法第十五條參照）。行政院三十五年七月一日公布之收復區私有土地上敵偽建築物處理辦法，台灣省政府三十七年一月二十六日頒行之台灣省各縣市暨鄉鎮公產清查辦法，核其內容均非屬限制人民所有權之法令。行憲前司法院於三十六年二月二十五日、五月六日、十月二十一日所為院解字第三三八一、三四六九、三六一五號解釋，係就收復區私有土地上敵偽建築物處理辦法之規定而為闡釋，尚非當然得適用於行憲後之台灣地區。次按日據時期日本政府於人民私有土地上興建房屋之初，既無合法權源，則台灣光復後，我國政府基於國家權力關係，所接受者，乃僅地上之房屋，並非房屋所占用之土地，即不得因該接收關係，而使原屬無權占有土地變成有權占有。至台灣省各縣市暨鄉鎮公產清查

法第24條對於代表國家之公務員，如侵害人民之自由或權利時，不但須負刑事或民事責任，且國家亦應賠償其損害，可知對於人民之自由或權利受侵害，關於民事部分之責任由民事法律加以規定，因此制定民法典及其他有關民事範圍之法律，為貫徹憲法保護人民權利之方式，故法院於判決時仍須考慮其他之民法法源是否有牴觸憲法之疑義，由是觀之，憲法自亦為民法正式淵源之一。

（二）命令

依中央法規標準法第3條規定：「各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。」，同法第7條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」，觀之該規定，命令有需下達或發布，對外部人民具有拘束力者需發布，其為機關內部之工作規則者須下達。因此，命令可再區分為拘束人民抽象規定之「法規命令」，以及拘束機關內部抽象命令之「行政規則」：

1. 法規命令（發布）：按我國行政程序法第150條規定：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。法規命令之內容應明列其法律授權之

辦法第七條第九款規定：『建築物為私有基地之清理：建築物為公有，基地為私有者，除依法租賃及為地上權之登記外，其有土地法第二百零八條各款需要之一時，得依法徵收之』，亦僅課縣市等政府機關以清理之行政責任，要求占用私有基地之縣市等政府機關，應依租賃、設定地上權或徵收之方式，以取得合法使用之權源而已，並非規定政府基於國家權力關係接收日產房屋者，即得當然合法占有他人之土地，而排除土地所有人行使私法上所有人之權利。此為本院最近所持之裁判上見解。本件倘日本政府於日據時期占用系爭土地建築如附圖所示B、D建築物，並無正當權源，被上訴人迄又未辦理徵收或與上訴人洽商租用或其他使用權源，上訴人自非不得本於所有權之作用，訴請被上訴人拆屋還地。」

依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」，由此觀之，行政機關經上級機關核定後所發布或會銜發布之命令（行政程序法第157條參照），關於民事部分者，例如法人及夫妻財產制契約登記規則、土地登記規則、有限公司及股份有限公司最低資本額標準、鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法及各種法律施行細則（如消費者保護法施行細則）、各類許可辦法等，此均為民法第一條所稱之「法律」¹⁵，蓋其亦有制定法之形式以及法律授權之實質。

2.行政規則（下達）：按行政程序法第159條第1項規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」，由此觀之，行政規則係指行政機關為規律行政體系內部事項所為一般抽象之命令，如各機關核定之處務規程、注意要點、營造物規則以及解釋法律或行政規則之行政釋示，其僅對內下達即可，無須對外發布，故不直接對外發生效力。至於其是否具有民法法源之性質，有不同見解：

(1)否定說

此說認為行政規則並非民法法源之一，蓋因行政規則為行政機關之內部規定，與人民之權利義務無直接關係，應不認其具法規範之效力，其民法之法源性值得懷疑。

(2)肯定說

此說認為行政規則屬民法法源之一，蓋行政規則勉強可認作民法之法源者，其拘束力亦應屬民法第一條所稱之「法理」，僅作為法院判決之參考資料之一，而非屬法律，蓋民法對於法源之承認應採從寬認定之原則，

¹⁵ 黃陽壽，民法總則，作者自刊，東吳大學法學叢書，2003年1月初版，第9頁。

以避免因無法規範之依據而使法院陷於拒絕審判之窘境。

(3) 實務見解

實務見解似採肯定說¹⁶。

(4) 本書見解

行政機關依行政規則對人民聲請之事件，依照行政自我拘束原則以及平等原則而為，對於人民因此產生間接拘束效力之規則，雖不應認其與法規命令同具法令之地位，惟以其為民法第1條之法理，使法院可於法律或習慣無規定時引為裁判之依據。故法院於判決時仍可引用行政規則，但其拘束力不若法律效力之強度，仍以法律之規定為優先，行政規則之民法法源地位僅屬民法第1條規定之法理而立於補充地位。

(三) 自治法規

我國為避免中央集權，於憲法第11章地方制度明文規定，地方自治由地方團體的公民組織自治團體，在國家法令許可範圍內，由國家監督制定地方性之法規。自治權即使認為係來自於國家之承認或授權，自治法規之制定非如授權行政機關制定法規性命令一般，需有形式意義之法律的明確具體授權，對於自治團體為其自治事項之立法的概括授權已足，本於該授權自治團體便可為其自治之實施制定必要之自治法規。此等自治法規，在其自治權限所及範圍之內，具有民法法源之地位，享有一般之規範上之拘束力。

依我國地方制度法第25條前段規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。」自治法規尚可區分為：

¹⁶ 司法院大法官會議釋字第137號解釋：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。」

1. 自治條例：自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例（同法第25條中段）。自治條例應分別冠以各該地方自治團體之名稱，在直轄市稱直轄市法規，在縣（市）稱縣（市）規章，在鄉（鎮、市）稱鄉（鎮、市）規約（同法第26條第1項規定）。某些法律亦明文授權地方制定自治條例，例如促進民間參與公共建設法第39條規定：「參與重大公共建設之民間機構在興建或營運期間，供其直接使用之不動產應課徵之地價稅、房屋稅及取得時應課徵之契稅，得予適當減免。前項減免之期限、範圍、標準及程序，由直轄市及縣（市）政府擬訂，提請各該議會通過後，報財政部備查。」各地方政府即配合制定自治條例¹⁷。

2. 自治規則：自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則（同法第25條後段）。直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，得依其法定職權或基於法律、自治條例之授權，訂定自治規則（同法第27條第1項）。前項自治規則應分別冠以各該地方自治團體之名稱，並得依其性質，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則（同法第27條第2項）。

（四）條約法

條約為國家與國家間、國際組織或其他國際法主體，為規範彼此權利義務關係所締結之契約。條約締結國只有二個者，稱為雙邊條約（例如自由貿易協定FTA）。若締結國有三個以上者，稱為多邊條約（例如WTO）。至於條約名稱繁多，有稱條約¹⁸、公約¹⁹、議定書²⁰、協定²¹等是。

¹⁷ 例如台北市、高雄市、桃園縣、新竹縣、嘉義縣、台南縣、屏東縣、基隆市、金門縣等直轄市、縣（市）。

¹⁸ 例如中美友好通商航海條約。最高法院 79 年度台上字第 3247 號判決：「民國三十五年一月四日我國與美國所簽訂之中美友好通商航海條約第九條規定，賦與中、美兩國國民、法人及團體相同且互惠之商標權，並明定此項互惠權利應以民事訴訟予

1. 條約生效之程序：條約本身已明文規定生效日，則自生效日起生效；若無規定生效日亦不需批准之條約者，則自簽字之日起生效；需批准之條約，在締約國批准後尚未發生國際法上效力，其為雙邊條約者，則須經締約國雙方互換批准書後，始發生效力，至於多邊條約，則必須將批准書依據條約規定放置於某個國家或某個國際組織，並依據條約規定，須有一定數目締約國存放批准書後始發生效力²²。

2. 條約生效之效力：對於條約本身之生效，在我國之程序，依司法院大法官會議釋字第329號解釋：「憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締約之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱，而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。」

以有效之保護。此種條約，於一九七九年三月二十四日美國制定之台灣關係法第四條A項，復承認其繼續有效適用。」（最高法院73年台非字第25號判決、73年台非字第69號判決均傾向於條約（協定）具有特別法性質，其效力應優於國內法。）前行政院75年度判字第767號、76年度判字第1055號及76年度判字第1531號等判決對於中美友好通商航海條約均認為該條約既未經締約國終止，自應繼續有效而直接適用。

¹⁹ 例如1970年布魯塞爾旅行契約國際公約，請參見拙著，民法債編各論，中冊，瑞興圖書，2002年3月出版，第177頁以下。

²⁰ 例如京都議定書、我國外交部與各國外交部所簽訂之各項合作議定書。

²¹ 例如駐美國臺北經濟文化代表處與美國在臺協會間之刑事司法互助協定。

²² 外交部民國83年3月11日修正「條約及協定處理準則」第11條規定：「定有批准條款之條約案，經立法院審議通過，咨請總統批准時，主辦機關應即送外交部報請行政院轉呈總統頒發批准書，完成批准手續。條約完成批准手續並互換或存放批准書生效後，由總統公布施行。」

3.條約之法源性：條約乃國家與國家或國際組織間訂立之契約，可否對於國內人民產生法律之拘束力而為民法法源之一？學者間有不同見解：

(1)肯定說

此說認為條約雖係國與國間之契約，然他方面則為國家之意思決定，其公布即對於人民之表示，當然發生拘束人民之效力，實際上各國憲法，多已規定條約有國內法效力（例如日本憲法第23條、德國憲法第4條），我國憲法第141條規定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」可知條約經公布後有拘束人民之效力，而條約中之民事規定，自得為民法法源之一²³。條約依法公布後，具有約束當事國人民之效力，如中美友好通商條約²⁴，依我國憲法與美國台灣關係法之規定²⁵，現仍為有效適用。

(2)否定說

此說認為條約既為國家與國家間之契約，僅能拘束國家本身，不能拘束第三者之國民，而且國家所締結之條約，是國家意思對外發動之結果，

²³ 史尚寬，民法總論，1975年10月再版，作者自刊，第6頁。梁代君編著，民法爭議問題——總則編，1990年修訂版，第2頁。

²⁴ 最高法院72年台上字第1412號判決：「中華民國與美利堅合眾國友好通商航海條約，於民國三十五年十一月四日簽訂，經立法院議決批准公布，並於三十七年十一月三十日互換，同日生效，依我國憲法第一百四十一條所定『尊重條約』及同法第六十三條所定條約定須經立法院議決之規定以觀，該友好通商航海條約，實已具有國內法之同效力，法院自應予適用。」

²⁵ 美國之臺灣關係法第4條第3款規定：「國會認可美國與一九七九年一月一日以前被承認為中華民國之臺灣統治當局所簽訂，並迄至一九七八年十二月三十日一直有效之各項條約，及包括多邊協定在內之其他國家協定，繼續有效，除非並直至依法終止為止。」轉引自許惠祐，旅行契約之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，第2之18頁。

與其對內意思，法理上並無直接關係，所以不能夠直接拘束國民，而為民法之法源。條約不能直接或依其本身效力而為國內法院所適用，除非條約經國內法採納或將其編入之程序，才會使條約對我國國民發生效力²⁶。

(3) 本書見解

現代學者及各國法例，多不贊同否定說，我國實務見解亦採肯定說²⁷。

²⁶ 旅遊契約相關問題之研究，交通部觀光局委託國立台灣大學法律學研究所，民國81年9月，第113頁。林瑞珠，旅遊契約暨定型化之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，民國84年6月，第57頁。

²⁷ 最高法院72年度台上字第1412號判決：「中華民國與美利堅合眾國友好通商航海條約，於民國三十五年十一月四日簽訂，經立法院議決批准公布，並於三十七年十一月三十日互換，同日生效，依我國憲法第一百四十一條所定『尊重條約』及同法第六十三條所定條約定須經立法院議決之規定以觀，該友好通商航海條約，實已具有國內法之同效力，法院自應予適用。」

同院23年度上字第1074號判例：「國際協定之效力優於國內法。」（同院23年度上字第1813號判例同旨）。

法務部民國72年2月21日(72)法律字第1813號函：「一 按『條約』是普通國際協定的名辭，但並非所有的國際協定都以條約稱之，名非條約而實為條約的國際協定很多，如公約、憲章、盟約、議定書、協定、協約等是。又學者間大都認為締結條約的作用並非純粹的執行行為而含有立法性質，有些條約固然只拘束締約當事國政府，而與人民的權利較無直接關係，但有些國際條約往往直接設人民的權利義務，故此等條約的締結不能單視為行政行為，亦應視為一種立法行為，因此我國憲法第六十三條規定，立法院有議決條約案之權。再從實務上而言，民國五十四年八月三十一日簽訂之『在華美軍地位協定』雖名為協定，仍由行政院函請立法院審議，經立法院於民國五十五年一月十一日通過批准，同年四月十二日正式換文生效。二 條約在我國憲法及有關法律中均未明文規定其具有國內法的效力，但立法院審查條約案時，與審查法律案的程序完全相同，條約亦和其他立法院通過的法律一樣，均刊登在立法院公報及立法專刊中，是條約在我國應具有國內法之效力。復從憲法第一百四十一條精神以觀，條約與國內法抵觸時，似宜優先適用條約。三 按條約內容，如與人民的權利義務有關，則其締結不僅對國家有極大影響，而於人民亦有休戚相關的關係，此種條約（包括協定）似應經立法院審議批准。本案關於中賴投資

蓋國家和國民實際上是分不開的，條約之內容，必定與國民之權利義務有直接之關係，否則將無實益。例如我國對外所訂立有關貿易、航空、農漁業、著作權、商標、專利等條約即與人民之經濟活動密切相關。又國家在締結條約之時，即有拘束國民之意思，蓋國家之意思乃單一的，對外締約之意思與對內決定之意思，事實上不能分開，因此以採肯定說較能符合實際。

相對於學說之見解，我國憲法第63條規定及第141條尊重條約之精神，我國對外所簽訂之條約本身經立法院議決並由總統公布後即生效，此種程序即在加強條約未經立法機關制定之不足。因此，現既有經立法院議決並經總統公佈之程序，即補足條約之民意代表性不足之缺點，與法律草案之經行政院送立法院審查並通過由總統公佈之生效程序相同，條約若經此程序而成為制定法之一，似無須再經國內之立法程序使其成為國內法，始對於國民產生拘束力，故條約若經此議決及公佈之程序者，本書認為其民法法源性無庸置疑。

二、非制定法（不成文法）（Common Law, Unwritten Law）

非制定法者，係指沒有以文字明文規定，而有法律強行效力之規範。非制定法包括：

促進與保護協定，其中多處有關人民權利義務之規定，如第二條投資之促進與保護、第三條最惠國待遇、第四條損害賠償、第六條投資之匯回等，並非屬技術性之協定，似不宜免除批准手續，而使其成為一『行政協定』。蓋本協定如不經立法院審議而免除批准手續，倘因本協定之規定與國內法之規定相牴觸時，要使國內執法人員執行本協定排除國內法之適用，似尚乏強有力之法律依據。」（法務部(79)法律字第10900號函同旨）

（一）習慣法

所謂習慣法，係指在當代社會生活中所反覆慣行之事項，經國家承認而具有法的效力之規範，英美法稱 Common Law 或 Customary Law。按民法第1條規定：「民事，法律所未規定者依習慣，無習慣者，依法理。」中之「習慣」，本書以為應指習慣法而言²⁸。依一般見解，習慣法之成立要件如下：

1. 須當代有習慣事實存在²⁹，且為社會一般人所反覆慣行，而成為行為準則，是為客觀的外部要素：例如國際貿易業界中有買賣人未開發信用狀（L/C）前出賣人無出貨義務之慣例（custom或 practice）事實存在。

2. 須經由普通一般人確信要加以遵守，即須具備法之意識，是為主觀的外部要素：如僅為單純之習尚（usage）或慣行（practice），尚未成為習慣法（Customary Law），是如新校長對於教員未經表示解約，則雖有以不另發聘書為默示解約之習慣，又訪客脫鞋入門雖亦為一種禮俗，但此種習慣上非一般人確信要加以遵守，故尚未成為習慣法，自不生解約或不脫鞋入門違法之效力³⁰。必也廣泛反覆慣行而有一般性、普遍性、抽象性及制裁性時，始具有法的確信。例如國際商會（ICC）將國際貿易過去慣行之信用狀之法律關係彙整而頒行之統一信用狀慣例與實務（UCP），廣

²⁸ 王澤鑑，民法總則，作者自刊，2003年9月11刷，第63頁。施啟揚，前揭書，同註2，第60頁。

²⁹ 最高法院17年度上字第613號判例：「習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。」

³⁰ 司法院院字第1410號解釋：「依民法第一條之規定，須法律無規定者，始適用習慣，解除契約，按照同法第二五八條規定，應向他方當事人以意思表示為之，如新校長對於教員未經表示解約，則雖有以不另發聘書為默示解約之習慣，亦不生解約之效力。」

為國際商業間所採用遵行³¹。

3. 須習慣事實不違背公序良俗：民法第2條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」蓋違背公序良俗之習慣，無予遵守之必要³²。本書認為民法第2條所稱之「習慣」，應指單純之習慣事實，而非習慣法³³，蓋不為如是解釋，必與民法第一條之習慣指「習慣法」，在法之確信上自相矛盾，故習慣法應以一般人所共信不害公益為要件³⁴，始有法律之價值可言。

4. 須法律未規定者³⁵：習慣法僅具有補充法之地位，而非取代法律之規定，故法律既有明文規定者，當事人自無主張應依相反習慣之餘地³⁶。但應注意者，乃法律中明訂習慣應優先於法律而適用者，則應依法律規定而優先適用³⁷。例如民法第207條規定：「利息不得滾入原本再生利息。但

³¹ 目前 ICC 所頒佈最新之 UCP 為 UCP500 及 eUCP500。

³² 最高法院 30 年度上字第 131 號判例：「賣產應先問親房之習慣，有背於公共秩序，不認為有法之效力。」

³³ 王澤鑑，前揭書，同註 28，第 63 頁。

³⁴ 最高法院 17 年度上字第 691 號判例：「習慣法則應以一般人所共信不害公益為要件，否則縱屬舊有習慣，亦難認為有法的效力。」

³⁵ 最高法院 33 年度上字第 3027 號判例：「失蹤人失蹤後未受死亡宣告前，其財產之管理依非訟事件法之規定，民法第十條定有明文，現在非訟事件法尚未頒行，按之我國習慣及法理，失蹤人未自置管理人者，其配偶有管理權，無配偶者其最近親屬有管理權，本件據原審確定之事實，被上訴人之父甲偕妻乙攜同幼子丙，於民國二十五年外出謀生久無消息，均屬生死不明，是原判決以被上訴人為失蹤人甲之最近親屬，認其對於甲之財產有管理權，就上訴人等向甲承典或為甲代贖之田土房屋，得代為請求放贖與交還，自非違法。」

³⁶ 最高法院 21 年度上字第 3253 號判例：「民事法律所未規定者方依習慣，承租人未得出租人承諾，將租賃物全部轉租於他人者，出租人得終止契約，法律既有明文規定，當事人自無主張應依相反習慣之餘地。」

³⁷ 最高法院 26 年度渝上字第 948 號判例(一)：「依民法第一條前段之規定，習慣固

當事人以書面約定，利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之。」準此，商業上銀行有複利之習慣者，應優先適用商業上慣行之習慣。（26年渝上字第948號判例）

早期民間通行之標會，在民法中並未規定，但此為一般人所反覆慣行之事實，且不違背公序良俗，乃為一良好之互助會，故承認其具有法之效力，而以習慣法視之。嗣民法各種之債已增訂「合會」一節，以規範防止目前民間合（標）會之各類弊端³⁸，故即不再以習慣法認定之。

另外，台灣尚有「祭祀公業」之習慣³⁹。按祭祀公業係為祭祀祖先之目的而設立，其財產為全體派下之共同共有，祭祀公業之派下權，依從習

僅就法律所未規定之事項有補充之效力，惟法律於其有規定之事項明定另有習慣時，不適用其規定者，此項習慣即因法律之特別規定，而有優先之效力。民法第二百零七條第二項既明定前項規定，如商業上另有習慣者不適用之，則商業上得將利息滾入原本再生利息之習慣，自應優先於同條第一項之規定而適用之，不容再執民法第一條前段所定之一般原則，以排斥其適用。」

³⁸ 關於合會，請參見拙著，民法債編各論，下冊，第十九章之一，瑞興圖書，2003年3月出版。

³⁹ 最高法院39年度台上字第364號判例：「(一)臺灣關於祭祀公業之制度，雖有歷來不問是否具備社團法人或財團法人之法定要件，均得視為法人之習慣，然此種習慣自臺灣光復民法施行後，其適用應受民法第一條規定之限制，僅就法律所未規定者有補充之效力，法人非依民法或其他法律之規定不得成立，在民法施行前，亦須具有財團及以公益為目的社團之性質而有獨立之財產者，始得視為法人，民法第二十五條及民法總則施行法第六條第一項，既設有明文規定，自無適用與此相反之習慣，認其祭祀公業為法人之餘地。(二)臺灣之祭祀公業，如僅屬於某死亡者後裔共同共有，不過為某死亡者後裔共同共有祀產之總稱，尚難認為有多數人組織之團體名義，故除有表示其團體名義者外，縱設有管理人，亦非民事訴訟法第四十條第三項所謂非法人之團體，自無當事人能力。」

慣，原則上固應由設立人之男系子孫繼承取得⁴⁰，祭祀公業之派下權不得讓與派下以外之第三人，但得將其派下權讓與同公業之其他派下，且無須經過派下全體同意⁴¹。

最後須注意者，依民事訴訟法第283條規定，習慣為法院所不知者，當事人有舉證之責任，但法院得依職權調查之。蓋習慣是否存在及其內容如何，乃事實問題，依同法第277條規定，當事人主張有利於己之事實者，自就其有利於己之習慣事實負舉證之責任。是故，若習慣法為法院所已知，或當事人已盡舉證責任時，法院若未予審酌適用者，其判決即有不適用法規之違背法令，而得據以為上訴第三審之理由（民事訴訟法第467條、第468條）。

⁴⁰ 最高法院 91 年度台上字第 1989 號判決：「按祭祀公業之派下權，依從習慣，原則上固應由設立人之男系子孫繼承取得，然該男系子孫倘被招贅，仍在招家，除祭祀公業另有規約或特別習慣，或得派下員全體同意外，尚難取得派下權（台灣省政府民政廳六十八年六月二十六日民一字第一五四四〇號函釋示參照）。經查依據被上訴人江謝○道及江謝○男之戶籍謄本所載，渠等似曾被人招贅，倘仍在招家，依上說明，江謝○道及江謝○男可否享有祭祀公業江梯之派下權，即非無再推求之餘地。次按祭祀公業之派下權，僅可轉讓於同一祭祀公業之派下，派下以外之他人，則不得受讓派下權。查受讓上訴人江○包之父江謝○宗本人派下權之江○爵，原審僅認其係非當然屬該祭祀公業派下之前管理人，對江○爵是否同為祭祀公業江梯之派下，則未加予認定，若江○爵果非該祭祀公業之派下，揆之前開說明，其受讓江謝○宗本人之派下權，似難謂為有效。」

⁴¹ 最高法院 92 年度台上字第 2485 號判決：「按祭祀公業係為祭祀祖先之目的而設立，其財產為全體派下之共同共有。祭祀公業之派下權固不得讓與派下以外之第三人，以防患祭祀公業派下權為外姓子孫取得，而使祭祀祖先之行為中斷，違背設立之意旨。惟祭祀公業之派下，將其派下權讓與同公業之其他派下既為習慣上所許，且無須經過派下全體同意。則公業派下權將其派下權先行讓與將來得繼承派下之子孫，而喪失其派下權，並未違背祭祀祖先及公業派下間得互相讓與之習慣，自無不許之理。」

（二）判例及司法院解釋例

1. 判例：下級法院對上級或同級法院所做成之判決要受其約束，是為裁判拘束原則（The Principle of Stare Decisis）。大陸法系國家法院所為之裁判，因法院獨立審判之觀念，原則上不受前判決之約束，但為使法院判決能相同一致，對於同類或類似之案子，如無特別堅強之反對理由，大多引用過去之判決，故判例亦為民法之法源之一，而具有法規範之效力，亦即所謂判決不適用法規、適用不當或適用法規顯有錯誤者，實務上係包括違背現仍有效之判例在內⁴²。依我國法院組織法第57條規定：「最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會議決議後，報請司法院備查。最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定。」綜合法律適用原則以觀，本書認為判例之引用，應注意下述原則：

（1）法律變更時

遇法律已有變更時，就已變更部份，舊判例與新法牴觸者，舊判例即不得再適用。如最高法院44年度台上字第1290號判例⁴³（關於代理權授與

⁴² 最高法院 71 年度台上字第 314 號判例：「當事人依民事訴訟法第四百六十八條規定以第二審判決有不適用法規或適用法規不當為上訴理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容，若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣，倘為司法院解釋或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容，如依民事訴訟法第四百六十九條所列各款事由提起第三審上訴者，其上訴狀或理由書應揭示合於該條款之事實，上訴狀或理由書如未依此項方法表明者，即難認為已對第二審判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。本件上訴人提起第三審上訴，核其訴狀所載，僅就原審取捨證據任加指摘，並未具體指出原判決違背何等法規，依上說明，其上訴即難認為合法。」

⁴³ 最高法院 44 年度台上字第 1290 號判例：「民法第一百六十七條所稱之代理權，與同法第五百三十一條所稱之處理權，迥不相同，蓋代理權之授與，因本人之意思表

為不要式行為—民法第167條參照），已因民法第531條增訂「為委任事務之處理，須為法律行為，而該法律行為，依法應以文字為之者，其處理權之授與，亦應以文字為之。『其授與代理權者，代理權之授與亦同。』」而有所牴觸，不再援用。又如最高法院40年度台上字第1496號判例（關於不動產贈與契約之生效要件），已因舊民法第407條規定：「以非經登記不得移轉之財產為贈與者，在未為移轉登記前，其贈與不生效力。」被刪除後，而不再援用（最高法院90年4月17日、90年度第4次民事庭會議決議刪除）。

(2)判例被宣告違憲時

判例宣示之法律意見，其經司法院大法官會議解釋而有所違背時，違背解釋之判例，當然失其效力。例如司法院大法官會議釋字第177號解釋認為最高法院60年度台再字第170號判例有見解未恰部分，應不予援用⁴⁴。又如釋字第349號解釋則認為最高法院48年度台上字第1065號判例關於「分管契約」如使受讓人仍受讓與人所定分管契約之拘束者，有違反憲法保障人民財產權之意旨，在此範圍內嗣後不再援用⁴⁵。釋字第576號解釋則

示而生效力，無須一定之方式，縱代理行為依法應以書面為之，而授與此種行為之代理權，仍不必用書面。原審適用民法第五百三十一條及第七百六十條各規定，謂被上訴人應以書面為代理權之授與方為合法云云，自難謂當。」（本則判例於90年3月20日經最高法院90年度第3次民事庭會議決議不再援用，理由為民法第531條於民國88年4月21日已修正公布。）

⁴⁴ 司法院大法官會議釋字第177號解釋：「確定判決消極的不適用法規，顯然影響裁判者，自屬民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所定適用法規顯有錯誤之範圍，應許當事人對之提起再審之訴，以貫徹憲法保障人民權益之本旨。最高法院六十年度台再字第一七〇號判例，與上述見解未洽部分，應不予援用。惟確定判決消極的不適用法規，對於裁判顯無影響者，不得為再審理由，就此而言，該判例與憲法並無牴觸。本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」

⁴⁵ 司法院大法官會議釋字第349號解釋：「最高法院四十八年度台上字第一〇六五號

認為最高法院76年度台上字第1166號判例，將上開保險法有關複保險之規定適用於人身保險契約，對人民之契約自由，增加法律所無之限制，應不再援用⁴⁶。

(3)新、舊判例之法律見解不同者

新、舊判例對同一法條解釋之法律見解不同者，以新判例之意見為適用之依據。例如最高法院55年度台上字第1798號判例對共同侵權行為採主觀意思聯絡之見解⁴⁷，已為66年6月1日最高法院例變字第1號決議改採客觀

判例，認為「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在」，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。至建築物為區分所有，其法定空地應如何使用，是否共有共用或共有專用，以及該部分讓與之效力如何，應儘速立法加以規範，併此說明。」

⁴⁶ 司法院大法官會議釋字第576號解釋：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。保險法第三十六條規定：『複保險，除另有約定外，要保人應將他保險人之名稱及保險金額通知各保險人。』第三十七條規定：『要保人故意不為前條之通知，或意圖不當得利而為複保險者，其契約無效。』係基於損害填補原則，為防止被保險人不當得利、獲致超過其財產上損害之保險給付，以維護保險市場交易秩序、降低交易成本與健全保險制度之發展，而對複保險行為所為之合理限制，符合憲法第二十三條之規定，與憲法保障人民契約自由之本旨，並無牴觸。人身保險契約，並非為填補被保險人之財產上損害，亦不生類如財產保險之保險金額是否超過保險標的價值之問題，自不受保險法關於複保險相關規定之限制。最高法院七十六年台上字第一一六六號判例，將上開保險法有關複保險之規定適用於人身保險契約，對人民之契約自由，增加法律所無之限制，應不再援用。」

⁴⁷ 最高法院55年度台上字第1798號判例：「本件車禍係計程車與卡車司機駕駛不慎

行為共同關連之見解⁴⁸，並為最高法院66年度台上字第2115號判例及同院67年度台上字第1737號判例⁴⁹所沿用，故最高法院55年度台上字第1798號判例即不再援用。

(4)新法係配合既有判例修正時

新法如僅為闡明維持既有判例者，該判例仍得援用之。例如民法第544條刪除原第2項「委任為無償者，受任人僅就重大過失，負過失責任。」之規定，即係闡明最高法院62年度台上字第1326號判例之意旨也⁵⁰，故此

肇事，依司法院第二三八三號解釋，無共同過失之侵權行為，法院僅得就各該司機應負過失責任程度之範圍內，令其與僱用人連帶賠償。」

⁴⁸ 最高法院例變字第1號決議：「右判例業經司法院於六十六年六月一日召開變更判例會議決議變更其理由謂：民事上之共同侵權行為，（狹義的共同侵權行為，即共同加害行為，下同）與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為。最高法院五十五年台上字第一七九八號判例應予變更。至前大理院五年上字第一〇一二號及最高法院二十年上字第一九六〇號判例，則指各行為人既無意思聯絡，而其行為亦無關連共同者而言，自當別論。」

⁴⁹ 最高法院66年度台上字第2115號判例：「數人因共同過失不法侵害他人之權利者，依法應負連帶賠償責任，苟各行為人之過失均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為。本件加害人某甲之過失責任，縱較加害人某乙為輕，然對於被害人之賠償，則應與某乙負連帶責任，原判決僅按十分之三給付，尚有未合。」

同院67年度台上字第1737號判例：「民事上之共同侵權行為（狹義的共同侵權行為，即加害行為）與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為，均為其所生損害共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為，依民法第一百八十五條第一項前段之規定，各過失行為人對於被害人應負全部損害之連帶賠償責任。」

⁵⁰ 最高法院62年度台上字第1326號判例：「委任關係中之受任人，依民法第五百三

一判例可繼續援用。

2. 司法院解釋例：我國民法之法源係採非正式的法源（informal source），亦即Pound所稱法院得據以為裁判之一切規範。故司法院解釋例，亦得為民法之法源。就歷史演變觀察，所謂司法院解釋例，包括前（司法院）院字、院解字及（大法官會議）釋字（憲法第78條、司法院組織法第2、3條、司法院大法官審理案件法第17條⁵¹）。例如：

(1) 釋字第2號解釋

憲法第78條規定司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。其於憲法則曰解釋，其於法律及命令則曰統一解釋，兩者意義顯有不同。憲法第173條規定憲法之解釋由司法院為之，故中央或地方機關於其職權上有適用憲法發生疑義時，即得聲請司法院解釋，法律及命令與憲法有無牴觸，發生疑義時亦同，至適用法律或命令發生其他疑義時，則有適用職權之中央或地方機關皆應自行研究，以確定其意義而為適用，殊無許其聲請司法院解釋之理由。惟此項機關適用法律或命令時，所持見解與本機關或他機關適用同一法律命令時所已表示之見解有異者，苟非該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束，或得變更其見解，則對同一法律或命令之解

十五條前段之規定，雖未受有報酬，其處理委任事務，仍應與處理自己事務為同一之注意，亦即對於具體之輕過失仍須負責，同法第五百四十四條第二項之規定，如解為此種受任人，僅以有重大過失為限始負責任，則與同法第五百三十五條之規定未免牴觸，故應參照同法第二百二十三條，認為此種受任人除與處理自己事務為同一之注意，欠缺此種注意，即應就具體過失負責外，如顯然欠缺一般人之注意而有重大過失，仍應負責。」

⁵¹ 司法院大法官審理案件法第17條規定：「大法官決議之解釋文，應附具解釋理由書，連同各大法官對該解釋之協同意見書或不同意見書，一併由司法院公布之，並通知本案聲請人及其關係人。大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法。」

釋，必將發生歧異之結果，於是乃有統一解釋之必要，故限於有此種情形時，始得聲請統一解釋本件。行政院轉請解釋未據原機關說明，所持見解與本機關或他機關適用同一法律時，所已表示之見解有異，應不予解釋。

(2)釋字第171號解釋

修正前民法第1090條規定：「父母濫用其對於子女之權利時，其最近尊親屬或親屬會議，得糾正之。糾正無效時，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部」之規定，所稱其最近尊親屬之「其」字，係指父母本身而言，本院院字第1398號解釋，應予維持。

但應注意，如遇法律有變更，就已變更部分，舊司法院解釋與新法不一致者，舊解釋即不得再適用，例如上開釋字第171號解釋，業因民法第1090條修正，已不再援用；又如民法第992條既已修正刪除，則司法院對該條所做成之解釋如院解字第1210號、第1213號、第3000號解釋等，即不得再適用。

(三)法理

何謂法理（legal theory）？學說不一，有稱法理為「事物當然之理」、「依法律全體精神所生之原理」、「法律通常之理」⁵²。王澤鑑教授認為：「法理，係指法律精神演繹而出的一般法律規則，為謀社會生活事物不可不然之理，與所謂條例、自然法、通常法律的原理，殆為同一事物的名稱。」⁵³鄭玉波教授則認為：「法理乃多數人所承認之共同生活原理是也。如正義、衡平利益之較量等均是。」⁵⁴依我國民法第1條規定，亦僅在補充法律及習慣法之不足，其具體的參考資料，可為學說（authorities）、立法沿革、外國立法例、判決先例……等，而其抽象的參考資料，如公平、正義、衡

⁵² 胡長青，中國民法總論，第32頁。

⁵³ 王澤鑑，前揭書，同註28，第65頁。

⁵⁴ 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法總則，2004年修訂9版2刷，三民書局，第46頁。

平、誠信、善良風俗等原則。

我國最高法院遇法律有漏洞時所為之類推適用，即係依法理而為司法造法之功能也⁵⁵。蓋制定法無事事規範之可能，遇當事人無約定，而又無

⁵⁵ 最高法院 60 年度台上字第 4615 號判例：「抵押人於抵押權設定後，與第三人訂立租約，致影響於抵押權者，對於抵押權人雖不生效，但執行法院倘不依聲請或依職權認為有除去該影響抵押權之租賃關係之必要，而為有租賃關係存在之不動產拍賣，並於拍賣公告載明有租賃關係之事實，則該租賃關係非但未被除去，且已成為買賣（拍賣）契約內容之一部。無論應買人投標買得或由債權人承受，依繼承取得之法理，其租賃關係對應買人或承受人當然繼續存在。」

同院 68 年度台上字第 2861 號判例：「法律行為成立時，其成就與否業已確定之條件即所謂既成條件，亦即法律行為所附條件，係屬過去既定之事實者，雖其有條件之外形，但並無其實質之條件存在，故縱令當事人於法律行為時，不知其成否已經確定，亦非民法第九十九條所謂條件。我民法關於既成條件雖未設明文規定，然依據法理，條件之成就於法律行為成立時已確定者，該條件若係解除條件，則應認法律行為為無效。」（評論：以下實務之見解，對「法理」一詞，有很多不同用法，或稱「之法理」、「依……之法理」、「當然之法理」，實則其中多數是法條適用之文法之理，而非作為法源之法理也。閱讀時，須注意及之。）

同院 64 年度台上字第 2916 號判例：「債權人代位債務人起訴，求為財產上之給付，因債務人之財產為總債權人之共同擔保，故訴求所得應直接屬於債務人，即代位起訴之債權人不得以之僅供清償一己之債權，如須滿足自己之債權，應另經強制執行程序始可，債權人雖亦有代受領第三債務人清償之權限，但係指應向債務人給付而由債權人代位受領而言，非指債權人直接請求第三債務人對自己清償而言，故債權人代位債務人起訴請求給付者，須聲明被告（第三債務人）應向債務人為給付之旨，並就代位受領為適當之表明，始與代位權行使效果之法理相符。」（同院 70 年度台上字第 1631 號判決同旨）

同院 57 年度台上字第 434 號判例：「合作社社員大會之決議有違反法令或章程者，對該決議原不同意之社員，雖得依民法第五十六條第一項之規定，請求法院宣告其決議為無效，然合作社社務會議，係社員大會選出之理事與監事所組成，其性質職權與全體社員組成之社員大會大不相同，法理上自不得援用上開法條提起同一訴訟。」

同院 50 年度台上字第 1000 號判例：「支票之背書如確係他人逾越權限之行為，按