

民商法 发展新议题

陈聪富 主编



清华大学出版社

民商法 发展新议题

陈聪富 主编

清华大学出版社
北 京

《民商法发展新议题》，陈聪富主编，2011年12月，ISBN：17271762

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权清华大学出版社有限公司出版发行
版权登记号：01-2012-5648

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签，无标签者不得销售。

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

民商法发展新议题/陈聪富主编. —北京：清华大学出版社，2012

ISBN 978-7-302-30073-1

I. ①民… II. ①陈… III. ①民法—研究 ②商法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第214592号

责任编辑：刘 晶

封面设计：傅瑞学

责任校对：王荣静

责任印制：沈 露

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦A座 邮 编：100084

社总机：010-62770175 邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈：010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印刷者：三河市君旺印装厂

装订者：三河市新茂装订有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：170mm×240mm 印 张：16.25 字 数：288千字

版 次：2012年9月第1版 印 次：2012年9月第1次印刷

印 数：1~3000

定 价：34.80元

产品编号：048042-01

序

随着全球金融国际化与欧洲法律统合化的趋势,台湾学界关于民商法的研究,基于社会变迁与国际化趋势,必须面对新兴议题,针对现行法的立法与法院实践,进行检讨与批判。

本书以《月旦民商法》杂志近年来出版的文章为基础,选取台湾重要学者在民商法方面的法学论著。在民法的议题上,主要为台湾“民法”解释学的论述,及现代契约法原则对于台湾地区法制的影响。

在商法方面,由于2008年全球金融风暴,对于公司法制及证券交易法规,产生无以伦比的冲击。本书收录数篇关于金融风暴发生后,台湾地区法制关于金融商品交易及保险法规的检讨与改进方案,并对于证券交易法的相关问题进行讨论。

此外,在公司法制方面,如何保护少数股权一直为商场上重要关心的议题,本书收录之二篇论著,则自多数股东权之限制进行论述,提出保护少数股东权益的另类思考观点,具有参考价值。

本书收录之论著,切合当前新兴的民商法发展趋势,展现台湾学界对于现代民商法议题的研究成果,对于两岸民商法的学术发展具有贡献。

目 录

一、两岸民法法解释学的发展	1
台湾“民法”解释之学说与实务	詹森林 1
台湾“民法”解释学之发展现况	
——着重在本土判决实践的印证	吴从周 23
二、欧洲契约法原则之启动	41
欧洲债务不履行类型与效力之统合	
——以学术版之共同参考架构草案(DCFR)为蓝本	向明恩 41
契约之成立与效力——错误	蔡晶莹 59
三、金融风暴	71
“金融服务业法草案”之评释	
——新瓶装旧酒?	王忠诚 71
独立董事是少数股东之守护神?	
——台湾上市上柜公司独立董事制度之检讨与建议	刘连煜 92
金融商品交易上关于说明义务之理论与实务上之运用	
——对连动债纷争之省思	杜怡静 123
四、多数股东权行使之界限	143
“股东”平等原则 vs. “股份”平等原则	
——初探股东平等原则复权之必要性及可行性	黄铭杰 143
多数股东权行使之界限	
——以多数股东于股东会行使表决权为观察	曾宛如 162
五、保险法之新展望	181
金融海啸对保险业之冲击	
——保险业务移转对被保险人之保障	江朝国 181
德国汽车强制责任保险上之代位求偿关系	叶启洲 199

六、证券交易法与证券市场	219
论证券投资人保护机构之股东代表诉讼新制	廖大颖 219
处罚交易或处罚未揭露？	
——内线交易规范法理基础之检视与规范之解构	
与再建构	陈俊仁 235

一、两岸民法法解释学的发展

台湾“民法”解释之学说与实务

詹森林·台湾大学法律学院教授

摘要

“民法”，如同其他法律，须经解释，始能阐明文字疑义、探求立法目的、发挥规范功能。

本文以“最高法院”裁判及大法官会议解释为例，从文义解释、体系解释、举重明轻与举轻明重、类推适用及目的性限缩等方面，说明台湾“民法”解释之学说与实务。

法律为文字之表现，但文字有时含义不明，故解释法律，以文义解释为开端。

不同法条相互之间，经常存在关联性，解释此等法条时，应兼顾体系调和。

举重明轻、举轻明重，亦为法律解释范畴，并可训练思维论辩，颇堪玩味。

类推适用与目的性限缩，皆为填补法律漏洞之法学方法，实务案例甚多，最值重视。

目次

壹、前言

贰、法律解释

一、文义解释

二、体系解释

三、举重明轻、举轻明重

叁、类推适用

一、概说

二、使用借贷与“民法”第四二五条之类推适用

三、雇用人之求偿权与有过失之类推适用

肆、目的性限缩

一、概说

二、“民法”第四九四条但书

三、“民法”第一〇七三条

四、“民法”第一〇七四条

五、“土地法”第三四条之一第四项

伍、结论

关键词

文义解释、体系解释、举重明轻、类推适用、目的性限缩

壹、前言

法律，乃文字之表现；法典，为法条之集合。文字，常有疑义，非经解释，含义不明。法条，或因用语抽象，或因过于专业，或因时空变迁，更是须经解释，始能妥善适用于具体案例之中，以发挥规范功能^①。

“民法”，如同其他法律，当然亦时常发生解释需求。本文以“最高法院”裁判及大法官会议解释为例，说明台湾“民法”解释之学说与实务^②。限于篇幅，本文仅探讨文义解释、体系解释、举重明轻与举轻明重、类推适用及目的性限缩等重要项目。

贰、法律解释

成文法国家和地区，法律为法官审判案件之主要依据。“宪法”第八十条即规定，法官须依据法律独立审判；依“民法”第一条规定，法律亦为解决民事问题之首要准绳。解释法条，因而成为法官重要工作。

法条解释之方法，一般认为可分为文义解释与论理解释^③。

① 关于法律解释之必要性，参阅施启扬，民法总则，2005年6月，45页；王泽鉴，法律思维与民法实例，2009年7月，254页；邱聪智，民法总则（上），2005年2月，30页。

② 关于民法解释学在日本之学说发展情形，请参见段匡，日本的民法解释学，2005年3月。

③ 施启扬，民法总则，2005年6月，48页；胡长青，中国民法总论，1976年，12-13页。

一、文义解释

法律之解释,以文义解释为最基本^④。文义解释,系指就法条用语,按其通常之理解方式而为解释,以确定该法条之意涵^⑤。

然而法律条文经常牵涉专门用语,非一般人所能理解,而有赖专业解读。兹以看似清楚浅显,实则莫测高深之“过失”及“危险”说明于后。

(一)“民法”第八十八条第一项但书之“过失”

“民法”第八十八条第一项规定:“意思表示之内容有错误,或表意人若知其事情即不为意思表示者,表意人得将其意思表示撤销之。但以其错误或不知事情,非由表意人自己之过失者为限。”本条项但书所称之“过失”,究何所指,学说意见不一,实务看法歧异,由于牵涉表意人得否撤销其错误之意思表示,颇关紧要,甚值重视。

1. 学说

“民法”上之过失,有重大过失(第一七五、二三七、二四五条之一第一项第二款、四一〇、四三四、六三八条第三项、六四八条第三项等)及轻过失之分;轻过失又有具体轻过失(第五三五、五九〇、六七二条等)与抽象轻过失(第四三二、四六八、五三五、五九〇、六七二、八八八条等)之别。

“民法”第八十八条第一项但书所称之过失,应如何解释,学说意见多样。有学者主张此之过失系指重大过失^⑥,有学者认为系指轻过失^⑦,亦有学者指出应指具体轻过失^⑧,多数学者则强调应指抽象轻过失^⑨。

2. “最高法院”裁判

“最高法院”之见解,亦未尽一致。最常见之裁判,系完全不明示“民法”第八十八条第一项但书之过失为何种过失。例如1972年度台上字第1108号判决称^⑩:

④ 王泽鉴,同注1,264页;黄立,民法总则,1999年10月,35页;Brox/Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, 32. Aufl., 2008, Rn. 60; Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, § 4, Rn. 35; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1992, S. 208。本书为德国最重要之法学方法论专书,在台湾地区,有陈爱娥教授翻译之中文版(1996年),译文流畅,颇值参考。此外,本书于Larenz教授去世后,由其得意门生Canaris教授续着(1995年版),并予叙明。

⑤ 杨仁寿,法学方法论,二版,2010年5月,192页。

⑥ 王伯琦,民法总则,1994年,162页。

⑦ 胡长青,同注3,274页。

⑧ 黄右昌,民法诠释总则编下,1948年,394页;郑玉波,民法总则,1981年,255页。

⑨ 史尚宽,民法总论,1980年,369页;洪逊钦,中国民法总则,1997年,383页;李模,民法总则之理论与实用,1998年,190页;施启扬,同注3,246页;王泽鉴,民法总则,2009年6月,410页。

⑩ “司法院公报”,14卷1期,1972年1月。

“意思表示之内容有错误,或表意人若知其事情即不为意思表示者,表意人得将其意思表示撤销之,但以其错误或不知情事,非由表意人自己之过失者为限,‘民法’第八十八条第一项定有明文,又土地使用种别经编定后,应由县政府公布之(‘土地法’第八十四条参照),人民不能诿为不知,如有不知,亦属自己之过失,故系争土地经编定为工厂用地,及经命令禁建店铺住宅,无论上诉人是否知情,均不容上诉人主张上开‘民法’第八十八条之撤销权。”^①

另有“最高法院”判决,明白将抽象轻过失排除于“民法”第八十八条第一项但书范围之外,参看 1973 年度台上字第 140 号判决:“‘民事诉讼法’第四百九十六条第一项第一款所谓适用法规显有错误,应以确定判决违背法规或现有判例解释者为限。若在学说上诸说并存,并无判解可据者,不得指为用法错误。‘民法’第八十八条第一项但书所谓之过失,究何所指,在学说上,虽有抽象之轻过失、具体之轻过失及重大过失诸说之存在,但采抽象上之轻过失说者,在现存判解中,尚难觅其依据,原确定判决对此过失之见解,不采抽象之轻过失说,自不得指为用法错误。况抽象之轻过失说,对于表意人未免失之过苛,致使表意人无行使撤销权之机会,本为多数学者所不采。”^②

最近“最高法院”2010 年度台上字第 678 号判决则指出:“按‘民法’第八十八条撤销权之规定,乃系为救济因表意人主观上之认知与事实不符,致造成意思表示错误之情形而设,其过失之有无,自应以其主观上是否已尽其与处理自己事务同一之注意为判断标准。”依本判决,此之“过失”,乃欠缺与处理自己事务为同一注意之具体轻过失。

3. 本文看法

理论上,错误之意思表示,鲜有不出于表意人之过失者。因此,“民法”第八十八条一方面允许表意人得撤销其错误之意思表示,他方面又以错误不得出于过失,为表意人得为撤销之前提,二者之间,不无矛盾。

“民法”第八十八条第一项前段及第二项,系仿效《德国民法》第一一九条,惟《德国民法》第一一九条并无表意人有过失者,不得撤销其错误意思表示之规定。德国学说与实务因而认为,表意人纵有重大过失,亦得行使撤销权,但应依《德国民法》第一二二条规定,对善意之相对人负无过失之信赖利益赔偿责任^③。

^① 另外,“最高法院”1980 年度台上字第 585 号、1994 年度台上字第 133 号、2000 年度台上字第 700 号等判决,亦均未表明“民法”第八十八条第 1 项但书之过失,是指何种过失。

^② 法令月刊,26 卷 6 期,1975 年 6 月,24 页。

^③ Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, § 36 Rn. 8, 108; Palandt-Heinrichs, 62. Aufl., 2003, § 119, Rn. 1; Tonner. Willingmann. Tamm, *Vertragsrecht Kommentar*, 2010, § 119 BGB, Rn. 1; RGZ 62, 205.

此外,《奥地利民法》第八七九条就错误意思表示,亦不论表意人有无过失,均容许表意人撤销其意思表示^⑭,足可参酌。

至于台湾“民法”第八十八条第一项但书规定:“但以其错误或不知事情,非由于表意人自己之过失者为限”,应系仿效《日本民法》第九五条后段。惟查,《日本民法》第九五条全文为:“意思表示于法律行为之要素有错误者,无效。但表意人有重大过失时,表意人不得自行主张其无效。”故《日本民法》之错误意思表示系属无效,与台湾“民法”之错误意思表示为得撤销,殊有差异。

综上所述,台湾“民法”错误意思表示之规定,基本上系仿效《德国民法》^⑮。详言之,台湾“民法”第八十八条第一项前段及第二项相当于《德国民法》第一一九条,另台湾“民法”第八九及九一条分别相当于《德国民法》第一二〇及一二二条。至于撤销权之除斥期间,台湾“民法”第九十条规定为自意思表示时起一年;《德国民法》第一二一条则规定撤销权人应自知悉撤销原因时起,立即行使撤销权,且自意思表示经过十年后,撤销权消灭。然而“民法”第八十八条第一项但书却又采纳《日本民法》第九五条第一项后段,而规定表意人有过失者即不得撤销其错误之意思表示。立法技术东拼西凑,确有可议。学者批评:“此种规定,是否允当,尚属问题”^⑯,诚属的论。

立法上既有缺失,解释上即应补正,以避免“民法”第八十八条成为具文。从而,“民法”第八十八条第一项但书所称之“过失”,应解为限于“重大过失”,俾仅有轻过失(不论为抽象轻过失或具体轻过失)之表意人,仍得撤销其错误之意思表示。《日本民法》第九五条第一项后段,亦仅就表意人有重大过失之情形,规定表意人不得主张其错误之意思表示无效,足供解释台湾“民法”第八十八条第一项但书所称“过失”之参考。

因此,“最高法院”1973年度台上字第140号判决认为“民法”第八十八条第一项但书之过失,不应解为抽象轻过失,以免对于表意人过苛,致使表意人无行使撤销权之机会,洵堪赞同。“最高法院”2010年度台上字第678号判决明示此处之“过失”,系指未尽与处理自己事务为同一注意之具体轻过失,虽较多数学者所采之“抽象轻过失”说,更能避免错误之规定沦为具文,且彰显“最高法院”应就争议问题明确表示意见之功能,但从贯彻“民法”第八十八条规范目的而言,容有斟酌余地。

^⑭ Bollenberger in KBB, 2. Aufl., 2007, § 871 Rz. 4.

^⑮ 关于《德国民法》第119条立法论之比较法检讨,参见 MünchKomm-Kramer, 5. Aufl., 2006, § 119 Rn. 7 ff; Kötz, Vertragsrecht, 2009, Rn. 296.

^⑯ 胡长青,同注3,274页、275页注5。

(二) “民法”第三七三条及第五〇八条第一项之“危险”

“民法”第三七三条规定：“买卖标的物之利益及危险，自交付时起，均由买受人承受负担。但契约另有订定者，不在此限。”又，“民法”第五〇八条第一项规定：“工作毁损、灭失之危险，于定作人受领前，由承揽人负担。如定作人受领迟延者，其危险由定作人负担。”此二法条所称之“危险”，系何所指，显非一般人所能理解。

学说上，此之“危险”，一致被解释为“价金危险”，亦即买受人或定作人应否给付买卖价金或承揽报酬之意。

在买卖契约，依“民法”第三七三条规定，因不可归责于双方当事人之事由，致标的物之所有权不能移转于买受人者，买受人是否仍应给付买卖价金，应视标的物是否已经交付于买受人而定。标的物尚未交付前，已发生前述不能移转所有权之情事者，买受人无须给付买卖价金；其已支付者，买受人得依“民法”第二六六条第二项规定请求返还。反之，标的物交付后，始发生该给付不能之情事者，则买受人仍应给付全部买卖价金，而仅得依“民法”第二二五条第二项规定，向出卖人行使代偿请求权^⑩。

实务上，“最高法院”裁判亦采相同见解。“最高法院”1942年上字第1040号判例谓：“‘民法’第三百七十三条规定买卖标的物之利益及危险，自交付时起，均由买受人承受负担。是买卖标的物苟已交付，虽所有权尚未移转，其危险亦由买受人负担。本件被上诉人向某甲买受之船，已由某甲交付被上诉人收受，如被上诉人与某甲并无‘民法’第三百七十三条但书所称之特别订定，该船之危险即由被上诉人负担，某甲自得向上诉人请求支付价金，而上诉人代被上诉人向某甲支付价金后，要非被上诉人所得请求返还。”足资参照^⑪。

在承揽契约，依“民法”第五〇八条第一项规定，因不可归责于双方当事人之事由，致工作物于定作人受领前毁损灭失者，承揽人丧失请求报酬之权利。反之，因不可归责于双方当事人事由所致之工作物毁损灭失，发生于工作物经定作

^⑩ 王泽鉴，同注1，265页；邱聪智、姚志明，新订债法各论（上），2002年7月，166-174页；林诚二，民法债编各论（上），1994年11月，113-115页；黄立、杨芳贤，民法债编各论（上），2002年7月，148页。

^⑪ “民法”第三七三条，依“民法”第三百九十八条规定，得准用于互易契约，参见“最高法院”1988年度台上字第1109号判决：“房屋即互易标的物既已交付陈○宝，其危险依‘民法’第三百九十八条准用同法第三百七十三条规定，应由陈○宝负担。陈○宝自仍有履行对待给付，即移转系争土地所有权于刘○善等五人义务。且上述规定为‘民法’第二百六十六条之特别规定，该第二百六十六条关于危险负担之规定，于本件已无适用余地。从而刘○善等五人请求陈○宝办理土地所有权移转登记。洵属正当。”

人受领后者,承揽人即仍得请求承揽报酬^⑩。

就此,亦可参见“最高法院”1996年度台上字第1833号判决:“上诉人于签约后虽完成工作进度75%,但因意外发生火灾而遭烧毁,即系因不可归责于双方之事由,于工作完成并由被上诉人依约验收收领前而灭失,依‘民法’第五百零八条第一项前段规定,其危险应由承揽人负担。被上诉人抗辩工作物未完工交付前,即已灭失,应由上诉人负担灭失之危险等语,即属可采。再查系争工程契约书第六条虽就上诉人之报酬有分三期给付之约定,惟并未涉及上诉人应分部交付或免除交付之义务,亦即上诉人仍负交付工作与被上诉人之义务。兹工作于未交付前,即因火灾而灭失,其危险既应由上诉人负担,则上诉人自无按该工作灭失前之工作进度,请求被上诉人分期给付报酬之权利,其请求被上诉人给付第一、二期工程款合计630万元并加付法定迟延利息,即非有据。”

二、体系解释

体系解释,系指依据某法条在整体法规范体系之地位,考虑与其他法规之关联性,解释该法条应有之意涵^⑪。

体系解释之实务,可以“最高法院”就“民法”第六三九条第一项与第六三四条关系之裁判为例,而为说明。

(一) 问题提出

关于运送物丧失、毁损或迟到,运送人应如何负责,各国立法例不一。台湾“民法”采无过失责任主义中之通常事变责任,并因运送物系一般物品或贵重物品,而有不同^⑫。

运送物为贵重物品以外之一般物品者,“民法”第六三四条规定:“运送人对于运送物之丧失、毁损或迟到,应负责任。但运送人能证明其丧失、毁损或迟到,系因不可抗力或因运送物之性质或因托运人或受货人之过失而致者,不在此限。”依据本条规定,只须运送物有丧失、毁损或迟到情事,经托运人或受货人证明属实,而运送人未能证明运送物之丧失、毁损或迟到系因不可抗力,或因运送

^⑩ 黄茂荣,债法各论,2006年9月,608页;邱聰智、姚志明,新订债法各论(中),2002年10月,115-118页;林诚二,民法债编各论(中),2002年3月,136-139页;刘春堂,民法债编各论(中),2004年3月,96-98页;黄立、杨芳贤,同注17,653页。

^⑪ 王泽鉴,同注1,268-271页;黄茂荣,法学方法与现代民法,四版,2002年9月,373-376页;杨仁寿,同注5,198页;Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, § 4, Rn. 40.

^⑫ 参见戴修瓚,民法债编各论,1979年9月,170-171页;郑玉波,民法债编各论(下),1976年,593页。

物之性质,或因托运人或受货人之过失所致者,则不问其丧失、毁损或迟到之原因是否为可归责于运送人之事由,运送人均应负法律上或契约之责任^②。是运送人所负者为通常事变责任^③。

运送物为贵重物品者,“民法”第六三九条规定:“金钱、有价证券、珠宝或其他贵重物品,除托运人于托运时报明其性质及价值者外,运送人对于其丧失或毁损不负责任。价值经报明者,运送人以所报之金额为限,负其责任。”依本条规定,托运之客体为贵重物品,而托运人于托运时,未报明该物品之性质及价值者,运送人就该物品之丧失或毁损,不负责任。然而此之所谓“不负责任”,应如何解释?

(二) 实务及学说见解

就前述问题,“最高法院”一直认为:“‘民法’第六百三十九条第一项规定中之所谓运送人不负责任,系指不负同法第六百三十四条之无过失责任(就通常事变负责)而言,非谓于运送人有故意或过失之情形下,就货物之丧失或毁损,均不须负其责任。换言之,运送人就‘民法’第六百三十九条所定之贵重物品之丧失或毁损,如有故意或过失之可归责事由,仍须负债务不履行之责任。”^④

学说上,亦持相同意见^⑤。

(三) 本文看法

本文认为,“最高法院”上开裁判,应可赞同。盖解释“民法”第六三九条第一项所谓之不负责任时,应注意该条系关于物品运送人债务不履行之规定,而关于物品运送人之债务不履行责任,除第六三九条外,尚有第六三四条规定,故应斟酌该二法条之关联性。此外,应考虑“民法”第六三四条与第六三九条系债编各论之债务不履行条文,惟债编通则亦设有债务不履行规定,且该规定之基本原则为“民法”第二二〇条第一项所揭示之“债务人就其故意或过失之行为,应负责任”。申言之,债务人就债务不履行有故意或过失时,即应负责(过失责任主义)。

综合观察“民法”第二二〇条第一项、六三四、六三九条,明显可知,各该条文所定之债务不履行责任,由轻而重。因此,“民法”第六三九条第一项仅得排除第六三四条之责任,而不得一并排除第二二〇条之适用。换言之,债务人应就其故

② 参见“最高法院”1960年台上字第713号判例。

③ 参见“最高法院”1977年度台上字第236号判决。

④ 2007年度台上字第2525号判决。相同意旨,参见2006年度台上字第2469号及2010年度台上字第814号判决。

⑤ 邱聪智、姚志明,同注19,517页;林诚二,同注19,438页;刘春堂,同注19,450页。

意或过失之行为，负债务不履行责任，乃民事基本法理，物品运送契约，不但没有排除此项法理，而且透过“民法”第六三四与六三九条，更强化运送人之责任。从而，贵重物品之托运人未报明其物品之性质及价值者，致使运送人未采取防范措施，以避免该物品丧失或毁损，“民法”第六三九条第一项因此免除运送人之事变责任。但托运人就该物品之毁损或灭失，如仍有故意或过失时，则不应继续适用仅在规范事变责任之“民法”第六三九条，而应适用规范过失责任之“民法”第二二〇条。

三、举重明轻、举轻明重

法律解释，尚有“举重明轻”(argumentum a maiore ad minus/Der Schluß vom Größeren auf das Kleinere)^②、“举轻明重”(argumentum a minori ad maius/Der Schluß vom Kleineren auf das Größere)之情形^③。“举重明轻”及“举轻明重”，皆为法律之推论方法，亦即藉由“在 A 之情形，尚且应/得……，在 B 之情形，当然更应/更得……”之思考方式，依照法律关于 A 之规定，解决法律所未明文规定之 B 问题。

关于“举重明轻”，“最高法院”有下列两则裁判，可资参考。

“最高法院”2004 年台抗字第 626 号裁定称：“原法院以：按不动产所有人设定抵押权后，于同一不动产与第三人订立租赁关系，致抵押权之价金有所影响，参照‘司法院院字第 1446 号解释’意旨，执行法院既可依法以无租赁状态径予执行，则抵押人于设定抵押权后，将抵押物出借他人，因对抵押权有影响，自得依司法院上开解释意旨、‘强制执行法’第九十九条第二项修正精神及举重明轻之法理，将无偿之使用借贷关系予以除去。……经核并无适用法规显有错误之情事。乃再抗告人以‘强制执行法’第九十九条第二项系属列举规定，且该条项亦未明定使用借贷关系得予除去为由，谓原裁定适用法规显有错误，自难采取。”

本裁定之推论方法，可分四步骤说明之：

(一) 不动产所有人设定抵押权后，于该不动产与第三人订立租赁关系，致影响系争抵押物拍卖时之底价者，执行法院得参照司法院就“民法”第八六六条

^② Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1992, S. 277; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., 1991, S. 479-480.

^③ Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., 1991, S. 479.

所作之“司法院院字第 1446 号解释”^②，而以无租赁状态径为执行。

(二) 不动产所有人设定抵押权后，于该不动产与第三人订立借贷关系，致影响系争抵押物拍卖时之底价者，执行法院应如何处理，法律并无明文，又无类似“司法院院字第 1446 号解释”可资参酌。此时，应由法官依法律解释之方法，推论合理之结果。

(三) 租赁为有偿，借贷为无偿。从权利人之保护必要性而言，有偿重于无偿，故租赁重于借贷。

(四) 不动产设定抵押权后，所有人又在该不动产为第三人(承租人)设定较值得保护之租赁关系，致影响抵押权人之利益者，执行法院尚且得以无该租赁关系而为执行，则不动产设定抵押权后，所有人又在该不动产为第三人(借用人)设定较不值得保护之借贷关系，致影响抵押权人之利益者，执行法院当然更得除去该借贷关系而为执行^③。

此外，“最高法院”1994 年台上字第 2701 号判例称：“邻地所有人知悉土地所有人越界建屋而不即提出异议者，依‘民法’第七百九十六条但书之规定，尚得请求土地所有人购买越界部分之土地，举重以明轻，不知情而得请求移去或变更建物之邻地所有人，当然更得不请求土地所有人移去或变更建物，而请求其以相当之价额购买越界部分之土地。”^④

本判例意旨之思考逻辑如下：

(一) 邻地所有人知悉土地所有人越界建屋而不即提出异议者，“民法”第七

② “司法院院字第 1446 号解释”内容为：“抵押权乃就抵押物之卖得价金得受清偿之权。其效力及于抵押物扣押后由抵押物分离之天然孳息。或就该抵押物得收取之法定孳息。故不动产所有人于设定抵押权后。虽得依‘民法’第八六六条规定。复就同一不动产与第三人设定权利。但于抵押物之卖得价金。或该物扣押后由抵押物分离之天然孳息。或抵押权人原得收取之法定孳息。有所影响。则依同条但书之规定。其所设定之权利。对于抵押权人自不生效。如于抵押权设定后与第三人订立租赁契约而致有上述之影响者。依同条之规定言之。不问其契约之成立。在抵押物扣押之前后。对于抵押权人。亦当然不能生效。其抵押权人因届期末受清偿。或经确定判决。声请拍卖抵押物时。执行法院自可依法径予执行。至于抵押权设定后取得权利之人。因其权利不能使抵押权受其影响。即不足以排除强制执行。除得依‘民法’第二百二十六条。向设定权利人求偿损害外。自不得提起异议之诉。”

③ 按 1930 年 5 月 5 日施行之“民法”第八六六条规定：“不动产所有人，设定抵押权后，于同一不动产上，得设定地上权及其他权利。但其抵押权不因此而受影响。”此之所谓“其他权利”是否包含成立租赁关系？所谓“抵押权不因此而受影响”，究何所指？均有疑义。2007 年 3 月 28 日修正公布之物权编，将本条修正为：“不动产所有人设定抵押权后，于同一不动产上，得设定地上权或其他以使用收益为目的之物权，或成立租赁关系。但其抵押权不因此而受影响。前项情形，抵押权人实行抵押权受有影响者，法院得除去该权利或终止该租赁关系后拍卖之。不动产所有人设定抵押权后，于同一不动产上，成立第一项以外之权利者，准用前项之规定。”

④ 关于本判例之评释，参阅王泽鉴，举重明轻、衡平原则与类推适用，收录于：民法学说与判例研究（第 8 册），1996 年 10 月，1-98 页。

九六条但书允许邻地所有人得向土地所有人请求购买越界部分之土地。

(二) 邻地所有人不知悉土地所有人越界建屋者,得否请求土地所有人购买越界部分之土地,无法从“民法”第七九六条但书直接得出答案。

(三) 邻地所有人知悉土地所有人越界建筑而不即提出异议,与邻地所有人不知悉土地所有人越界建筑,二者相较,就造成越界建筑成为事实而言,前者之归责程度较重,后者之归责程度较轻。

(四) 对于归责程度较重之前者(知悉),“民法”第七九六条但书尚且允许邻地所有人得请求土地所有人购买越界部分之土地,则就归责程度较轻之后者(不知悉),当然更应允许邻地所有人得请求土地所有人购买越界部分之土地。

叁、类推适用

一、概说

类推适用,乃就某项事务,法律应有规定却未规定,形成法律漏洞,且无法依法律解释方法解决,遂依据“相同事项,应为相同处理”之法理,援引其他相似之条文,以填补该漏洞^①。

“最高法院”所为关于类推适用之裁判甚多,仅以判例而言,即有多达三十则^②。例如1995年台上字第163号判例:“‘民法’第四百二十五条规定之适用,固以让与租赁物之所有人为出租人为其要件,然第三人如得所有人同意而为出租时,仍得类推适用该条之规定。”^③1991年台上字第2504号判例:“政府征收土地给与上诉人(即出卖人)之补偿地价,虽非侵权行为之赔偿金,惟系上诉人于其所负债务陷于给付不能发生之一种代替利益,此项补偿地价给付请求权,被上诉人(即买受人)非不得类推适用‘民法’第二百二十五条第二项之规定,请求让与。”^④1985年台上字第1170号判例:“驾驶机车有过失致坐于后座之人被他人驾驶之车撞死者,后座之人系因藉驾驶人载送而扩大其活动范围,驾驶人为之驾

① 关王泽鉴,同注1,305-320页;黄茂荣,同注20,512-516页;杨仁寿,同注5,261-273页。

② 参见司法院,网址:<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>(浏览日期:2010年11月19日)。

③ 参见王泽鉴,买卖不破租赁:“民法”第四二五条规定之适用、准用及类推适用,收录于:民法学说与判例研究(第6册),1992年9月,193-226页。

④ 参见王泽鉴,出卖之土地于移转登记前被征收时,买受人向出卖人主张交付受领补偿费之请求权基础,收录于:民法学说与判例研究(第5册),1992年9月,253-270页;王泽鉴,出售之土地被征收时之危险负担、不当得利及代偿请求权,收录于:民法学说与判例研究(第6册),1992年9月,101-114页;王泽鉴,土地征收补偿金交付请求权与“民法”第二二五条规定之适用或类推适用,收录于:民法学说与判例研究(第7册),1998年9月,129-142页;王泽鉴,赠与之土地被征收时,受赠人为何不得向赠与人请求交付受领之地价补偿费,收录于:民法学说与判例研究(第8册),1996年10月,187-210页。