

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

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

元照出版公司

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
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

——一個法律繼受的後設描述

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¹，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²」（Rechtsdogmatik³ 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。

¹ 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。

² 楊日然，法理學，三民，2005年10月初版，頁157。

³ 「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，成為一門獨立的學問領域……區分為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，又稱為（民）法學方法論⁴」，「在德國及台灣，稱為法學方法論，但在日本，同樣內容仍在民法解釋學名下進行討論。……另有學者稱之為民法解釋學方法論。……民法解釋學……亦可稱為民法解釋學方法論或民法方法論……三者為同義語。⁵」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，似乎頗為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⁶，包括最高法院楊仁壽院長之「法學方法論⁷」、黃茂榮大法官之「法學方法與現代民法⁸」以

⁴ 梁慧星，民法解釋學（繁體字版），五南，1999年初版，頁208。這本書被稱為大陸「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。

⁵ 梁慧星，民法解釋學，頁1，序言。引言中不同的字體為筆者自行強調。

⁶ 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。

⁷ 1987年2月修訂版，自版。此書之前身則為早期由最高法院出版，名為「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⁹」等。論述領域最爲接近民法方法論，由王澤鑑大法官撰寫、堪稱「民法方法論之經典¹⁰」的「法律思維與民法實例¹¹」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爲研究對象，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，作爲展示其方法論內容之主要素材¹²。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¹³：民法學爲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¹⁴。

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

⁸ 2009年8月增訂6版，自版。

⁹ 2009年10月初版，新學林。本書較多以公法的案例為主。

¹⁰ 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。

¹¹ 1999年5月修訂版，自版。

¹² Jan Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, Tübingen 1998, S. 38.

¹³ Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, S. 3-5.

¹⁴ 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爲研究對象……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¹⁵。

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¹⁶。

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。

¹⁵ Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, S. 2.

¹⁶ 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论發展走向

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¹⁷。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）¹⁸之主流傳承迄今¹⁹。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

¹⁷ 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。

¹⁸ 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。

¹⁹ 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²⁰，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，探請求權基礎方法，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²¹」。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²²，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²³。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！

²⁰ 參見吳從周，民事法學與法學方法第2冊，頁422。

²¹ 參見王澤鑑，民法總則，2000年9月增訂版，序言。

²² 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁851。

²³ 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