

王泽鉴法学全集（第八卷）

民法学说与判例研究

【8】

王泽鉴 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

王泽鉴法学全集·第八卷,民法学说与判例研究⑧/
王泽鉴著. —北京:中国政法大学出版社,2003.9
ISBN 7-5620-2490-1

I. 王... II. 王... III. ①民法—法的理论—文集
②民法—审判—案例—研究—世界 IV. D913.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 077271 号

书 名 王泽鉴法学全集·第八卷
——民法学说与判例研究⑧
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 23.625
字 数 230千字
版 本 2003年9月第1版 2003年9月第1次印刷
印 数 0 001-2 000
书 号 ISBN 7-5620-2490-1/D·2450
定 价 64.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序 言

中国政法大学出版社整理编纂拙著，以全集的方式出版，俾便于使用参考，易于保存，谨对出版社各位同仁的协助和辛劳，表示最诚挚的谢意。

本全集前八卷“民法学说与判例研究”，完成于一九七五年至一九九二年，乃笔者任教于台湾大学法律系教学研究的心得。此段期间是台湾民法发展的关键时期，作者应用法学方法，针对重要的裁判，分析检讨其理由构成，并就个别具体案件发掘阐释其所蕴含的法律原则，建构其理论体系。这八册著作在某种程度反映了民法为因应社会经济变迁所面临的问题，如何解释适用法律，填补漏洞，创设新制度而成长的过程，记录着民法的理论发展史。

“民法思维与实例研究”，旨在建立民法上请求权基础的理论架构，具实用法学方法论的意义。请求权基础的思考方法已广为法学界及实务所采用，有助于更有系统、有步骤地学习民法，应可增进论证的严谨、透明，更客观的检验法律解释适用的合理性。

“民法概要”刊行于二〇〇二年，主要是为学习民法者提供基本教材，兼作初学入门及综合复习之用。本书简明扼要地说明民法的价值理念，介绍民法的重要制度，并提供若干统计资料，使读者能较完整地了解民法与社会生活的关系，培养法律

2 序言

思维及论证的能力。

“民法总则”、“债法总论”与“民法物权”诸书则在论述民法的内容，说明其解释适用的争议，并探究其发展趋势。其中债编总论具专门著作的性质，尤其是“不当得利”，以类型化理论重新检视、综合评释数以百计的案例，兼具教科书及案例法的功能，乃写作方法上为新的尝试。“侵权行为法”关于特殊侵权行为部分，尚待补充。“损害赔偿”为民法的核心问题，正在积极整理稿件中，最大的愿望是撰写一部关于台湾民法与社会变迁的著作，希能早日完成。

民法全集的内容和体裁虽有不同，其所共同的是，致力于结合理论与实务，采请求权基础的思考方法，以实例突显问题争点，运用比较法探究各种规范模式，作为解释适用的参考。多年从事民法学的研究，使我更深刻的体认，民法系以人为本位，根基于自由平等的理念，保障人的价值和尊严。为民法而努力，乃为人的自由、平等、价值和尊严而奋斗。

三十年的写作生涯是个漫长和艰难的过程，承蒙师长、同事、同学以及读者的鼓励和支持，衷心铭感。最要感谢的是家人的爱心和宽容，尤其是得蒙 神的保佑和恩典，使我能在平安喜乐中持续不断的学习和工作。

二〇〇三年六月二日
六十五岁生日序于台北

目 录

举重明轻、衡平原则与类推适用	(1)
人格权、慰抚金与法院造法	(109)
契约上的不作为义务	(134)
私卖共有物、无权处分与“最高法院”	(160)
出卖之物数量不足、物之瑕疵、自始部分不能与不当 得利	(180)
赠与的土地于移转登记前被征收时受赠人得否向赠与 人请求交付地价补偿费?	(202)
捣毁私娼馆、正当防卫与损害赔偿	(229)
商品制造者责任与纯粹经济上损失	(252)
银行征信科员评估信用不实致银行因超额贷款受有 损害的民事责任 ——从纯粹经济上损失的保护，论契约与侵权 行为法的规范功能及民事责任的发展	(298)
动产担保交易法三十年	(329)

举重明轻、衡平原则与类推适用

一、问题的提出

近几年来，“最高法院”的判决有显著重大的突破，如以选择自由作为规范定型化契约的论点；^{〔1〕}提出交易安全义务（Verkehrssicherungspflicht）作为产品责任的依据；^{〔2〕}明确表示不完全给付为一种法律未明定之债务不履行的形态，应类推适用给付不能及给付迟延的规定予以填补，此项迟延了五十年的见解，有助于促进契约法的发展。^{〔3〕}其经过了多年的踌躇犹豫，终于在一项重要决议肯定了契约责任与侵权责任的竞合性。^{〔4〕}

理论（Dogmatik）的进步，需要有法学方法（Methode）

〔1〕 参阅一九九一年台上字第七九二号判决；《民法学说与判例研究》第七册。

〔2〕 参阅一九八九年台上字第二〇〇号判决；“商品制造者责任与纯粹经济上损失”，载于本书。

〔3〕 参阅一九八五年四月十九日第七次民事庭会议决议；“物之瑕疵担保责任、不完全给付与同时履行抗辩”，《民法学说与判例研究》第六册。

〔4〕 参阅“银行征信科员评估信用不实致银行因超额贷款受有损害的民事责任”，载于本书第二五三页；Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 204ff., 313ff., 367ff.

的协力，以更为自觉，更为透明的论点，更为严谨的理由构成来支持判决的结论。例如出卖的土地在所有权移转登记前被征收时，买受人得否向出卖人请求交付其所受领补偿费的重要案例类型，“最高法院”见解历经变迁，始则以情事变更为依据，继而发生有无不当得利的争论，最后系以第二二五条第二项为请求权基础。^{〔1〕}理论与方法的有力结合，使民法学的发展更为坚实和稳固。关于此点，一九九四年台上字第二七〇一号判决极具启示性，可作为一个例证，提供许多足供深思反省的观点。

二、一九九四年台上字第二七〇一号判决^{〔2〕}

一、判决理由

在本件，被上诉人所有的国王大饭店十一层楼房屋逾越疆界，占用上诉人所有土地面积二平方米。上诉人主张其权益受侵害，依第七六七条规定，请求被上诉人拆屋还地，并赔偿相当于租金之损害金新台币（下同）六万三千四百五十六万元。如法院认伊不得请求被上诉人拆屋还地，伊亦得依第七九六条但书之规定，请求被上诉人以相

〔1〕参阅拙著：“土地征收补偿金交付请求权与民法第二二五条第二项规定之适用或类推适用”，《民法学说与判例研究》第七册。

〔2〕《法令月刊》第四十六卷第五期，第三十二页。

当之价额三十六万三千四百五十六万元向伊购买系争土地等情，以先位声明：求为命被上诉人将其占用系争土地上房屋拆除，将土地返还伊，并赔偿伊损害金六万三千四百五十六万元之判决。备位声明：求为命被上诉人给付伊土地价金三十六万三千四百五十六万元之判决。

原审斟酌全辩论意旨及调查证据之结果，认为上诉人主张系争四十地号土地为伊所有，被上诉人所有国王大饭店十一层楼房屋逾越疆界，占用该土地如原判决附图 A、B、C、D、E 线所示部分面积二平方米之事实，并经鉴定要堪信为真实。被上诉人抗辩，伊未占用上诉人土地，不足采信。被上诉人对其系以行使地上权之意思占有系争土地之事实，不能举证以实其说，所谓伊已因时效而取得地上权云云，亦不足取。又系争土地之原有人台北市政府，对本件国王大饭店于兴建之初是否知悉其越界而未异议一节已无从查考，有函件附卷为证（原审卷第九十五页）。证人郭献良、林荣典亦不能证明“台北市政府”有明知被上诉人越界建筑而不提出异议之情事。被上诉人抗辩，原所有人明知伊越界建筑而未异议，亦不足取。被上诉人所有国王大饭店房屋，既有越界占用上诉人系争土地二平方米之事实，且被上诉人建筑该房屋当时系争土地之原所有人又无知悉其越界而不异议之情事，从而上诉人请求被上诉人拆屋还地原非无据。

原审虽表示上诉人请求被上诉人拆物还地原非无据，但进一步提出二项重要见解：

第一点见解为：权利之行使，是否以损害他人为主要

目的，应就权利人因行使权利所能取得之利益，与他人及社会因其权利之行使所受之损失，比较衡量定之。倘其权利之行使，自己所得利益极少，而他人及社会所受损失甚大者，非不得视为损害他人为主要目的，此乃权利社会化之基本内涵所必然之解释，一九八二年台上字第七三七号著有判例。查上诉人所有系争四十地号土地全部面积仅三平方米，邻接于台北南京东路一段之红砖人行道，占用其中二平方米者为被上诉人国王大饭店十一层楼之国际观光旅馆房屋（大柱子）（按其余一平方米则为诉外人靛师皮鞋店所占有——见一审卷证物袋中上诉人一九九四·三·二十六函及原审卷第一二三、一二四页上诉人之陈述），有建筑物登记簿誊本及照片附卷可稽（见另放证物及政大不动产鉴定股份有限公司鉴定报告书内照片第一页），且为两造所不争执。准此，则上诉人索回该二平方米土地，须拆除被上诉人高达十一层楼之房屋（大柱子），而上诉人取回该二平方米土地后又非可供大用，从而被上诉人抗辩，其结果上诉人所得极少，伊受损害甚大，上诉人有权利滥用之情形，即非无据。应认上诉人不得请求被上诉人拆屋还地，上诉人先位之诉，自属不应准许。

第二点见解为：“第七九六条规定，邻地所有人知悉土地所有人越界建屋而不提出异议者，虽不得请求土地所有人移去或变更建物，但得请求土地所有人以相当之价额购买越界部分之土地。被上诉人虽非知情而不异议，与该条文所定得请求购买越界部分土地之要件不符，但查知情而不异议，不得请求移去或变更建物者，尚且得请求土地所

有人购买越界部分之土地，举重以明轻，并依衡平原则，不知情而得请求移去或变更建物之邻地所有人，当然更得（类推适用该条之规定）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。是上诉人以备位声明，请求被上诉人以相当价额购买该越界部分之土地，自属应予准许。

“最高法院”赞成原审的见解，认为：“经核于法并无违背。”

二、分析讨论

（一）权利滥用

本件判决的第一个问题涉及权利滥用，系采一九八二年台上字第七三七号判例的法律见解。此项判例著于民法总则修正（一九八二年七月一日）之前，系以原第一四八条（现为第一四八条第一项后段）“行使权利不得以损害他人为主要目的”之规定为依据。在此判例之前，“最高法院”基本上已采相同见解，如一九六七年台上字第一六二一号判决谓：“权利滥用禁止原则，于适用时，除须注意权利人于行使权利时，在主观上有无以损害他人为主要目的外，在客观上尚须综合权利人因权利行使所能取得之利益与其权利之行使对他人及整个社会可能予以之损失，加以比较衡量。”著为判例，更能建立一般法律原则而发挥其规范功能。

原第一四八条系仿德国民法第二二六条“权利之行使，不得专以损害他人之目的”之规定。德国民法第二二六条系以“专以损害他人之目的”为要件，甚为严格，实务上案例打着灯笼亦难寻见。^{〔1〕}第一四八条则以“主要目的”为要件，解释空间较广，其适用范围不限于民法，诉讼法亦包括在内。^{〔2〕}实务上则以越界建筑拆屋返地为主要类型。^{〔3〕}

第七九六条规定：“土地所有人建筑房屋逾越疆界者，邻地所有人如知其越界而不即提出异议，不得请求土地所有人移去或变更其建筑物。但得请求土地所有人，以相当之价额，购买越界部分之土地，如有损害，并得请求赔偿。”^{〔4〕}邻地所有人不知其越界建筑，或虽知之而即提出异议者，得依第七六七条规定请求拆屋返地。对此所有人物上请求权，“最高法院”系依第一四八条规定采利益衡量的客观标准，认定其权利之行使，是否以损害他人为主要目的。“最高法院”虽强调此为权利社会化之基本内涵所必然之解释，但终属对所有权的限制，而所有权的保证为民法的基本任务，因此所有权人行使第七六七条的权利是否构成权利滥用，应从严认定，尤其是越界建筑者系出

〔1〕 MünchKomm/v. Feldmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 2, Aufl. 1986, § 226 RdNr. 1.

〔2〕 详阅洪逊欣：《民法总则》（修订本），第六五二页。

〔3〕 其他案例如一九八七年台上字第一三八九号判决谓：“被上诉人收回系争房屋后，倘确系无法自用，而又对上诉人所经营之整个百货商场构成重大损害，则被上诉人所为收回房屋之权利行使，是否非以损害他人为主要目的，即非无斟酌之余地。”

〔4〕 关于第七九六条的解释适用，参阅谢在全：《民法物权论》上册，第二二八页；拙著：《民法物权》第一册（通则、所有权），第一八五页。

于恶意的形态。

关于权利行使之限制，除原第一四八条外，尚有第二一九条规定之“行使债权，履行债务，应依诚实信用方法”。“最高法院”若干判决囿于第二一九条之文义及体系地位，常认为本条规定仅适用于债之关系，对物权并不适用之，故特藉原第一四八条，限制物上请求权的行使。一九六六年台上字第3235号判决谓：“第二一九条，乃就债权方面禁止权利之滥用，本件乃物权争执，是否有该条之适用，已不无疑问，纵就一般权利滥用应受禁止之原则言，于其适用时，亦非漫无限制，除须注意第一四八条所定权利人行使权利时在主观上有无以损害他人为主要目的外，尚须在客观上综合权利人因权利行使所能取得之利益与其权利之行使而对他人及整个社会可能予以之损失，加以比较衡量。”此见解可资参照。应注意的是，一九八二年总则修正，将第一四八条修正为：“权利之行使，不得违反公共利益，或以损害他人为主要目的。行使权利，履行义务，应依诚实信用方法。”^{〔1〕}依此规定，诚实信用原则于所有的权利皆得适用，而权利滥用系诚实信用原则的重要类型，其适用范围涵盖了权利之行使以损害他人为主要目的，盖于此情形其权利之行使殆无不违反诚实信用原则。

〔1〕关于行使权利违反公益的案例，参阅一九九〇年台上字第2419号判决：“设上诉人所辩系争土地上所建之变电设施，一旦拆除，高雄市都会区居民之生活势将陷于瘫痪，所有生产工厂均停顿云云，并非夸大其词，而事实上后无其他适当土地取代，则被上诉人仍本于所有权请求上诉人拆除变电设施，交还系争土地，其行使权利显然违反公共利益，依第一四八条第一项规定，应为法所不许。”

关于第一四八条第一项后段的适用，尚须说明的是，权利滥用虽为法所不许，但其权利本身（如第七六七条规定之物上请求权）仍属存在，仍有行使可能（如越界建筑之大厦其后遭台风刮倒）。权利的行使既为法所不许，具有违法性，故得对之为正当防卫（第一四九条）。权利之行使是否构成权利滥用，由法院依职权审查，^{〔1〕}惟其事实则应由主张之者，负举证责任。^{〔2〕}又第一四八条第一项后段系第一八四条第一项后段所谓违反保护他人之法律，应予注意。

（二）请求以相当价额购买越界部分土地之规范基础

本件判决第二个问题系本文研究的重点，即因权利滥用而不得请求移去或变更之邻地所有人，得否请求土地所有人购买越界部分之土地？对此实务上第一次出现的难题，“最高法院”援引第七九七条规定而予肯定，其理由为：“查知情而不异议，不得请求移去或变更建物，尚且得请求土地所有人购买越界部分之土地，举重以明轻，并依衡平原则，不知情而得请求移去或变更建物之邻地所有人，当然更得‘类推适用该条之规定’。不请求土地所有人移去或变更建物而请求以其相当之价额购买越界部分。”原审及“最高法院”为支持其结论，提出了详尽的理由，并用举重明轻、衡平原则及类推适用，作为依据，足见其

〔1〕 洪逊欣：《民法总则》（修订版），第六六六页。

〔2〕 Soergel/Kopp, Bürgerliches Gesetzbuch, § 226 RdNr. 12.

慎重其事，力求周全，深值敬佩。本文旨在藉此判决分析讨论此三个法学方法论上论辩方法（Argumentation）的功能，区别其在实务上的运用。

三、举重明轻与举轻明重

一、举重明轻

举重明轻（Argumentum maiore ad minus），是一项法律逻辑上的基本论证。在“最高法院”民事裁判中，本件判决似第一次使用此项概念。^{〔1〕}举重明轻的论辩方式为：“尚且……当然”；其所谓“重”者，指其法律要件较宽或法律效果较广，而所谓“轻”者，指其法律要件较严，法律效果较狭。

关于举重明轻，德国法上有二则重要事例，可以作为参考。在BGHZ6.290一案，德国联邦法院认为公权力不法侵害所有权，其效果同于合法征收者，亦应予以补偿请求权，Larenz教授认为此乃基于举重明轻，即合法征收者尚且（sogar）应予补偿（德国基本法第十四条第三项），在客

〔1〕关于举重明轻，在法律逻辑上的分析，参阅Klug, Juristische Logik, 3. Aufl. 1951, S. 132f.; Schneider, Logik für Juristen, 3. Aufl. 1991, S. 120ff. 关于法律逻辑的基本理论，参见Gast, Juristische Rhetorik, 2. Aufl. 1992; Weinberg, Rechtslogik, 2. Aufl. 1989.

观违法同于征收的情形，当然（erst recht）更应予以补偿。^{〔1〕}又德国民法上有一则著名的争论问题，即在拍卖场所举手对朋友打招呼时，其举手得否解为系属应买的意思表示。Lehmann 教授认为依德国民法第一一八条“非诚意之意思表示，如预期其诚意之欠缺，不致为人所误解者，其意思表示无效”之规定，可作为否定此项举手为有效意思表示的依据，盖欠缺效果表示的非诚意表示尚且无效，在不具表示意识之情形，当然更属无效。^{〔2〕}

二、举轻明重

在法律逻辑上，除举重明轻外，尚有举轻明重（Argumentum a minore ad maius），^{〔3〕}其所为论辩，亦如举重明轻一样，采“尚且……当然……”的方式。如法律规定因过失不法侵害他人权利者，愿负损害赔偿责任时，则行为人具有故意者，当然更应负损害赔偿责任。第二〇四条规定：“约定利率逾周年百分之二十者，经一年后，债务人得随时清偿原本。”举轻以明重，约定利率逾周年百分之三十者，经一年后，债务人当然更得随时清偿原本。

在“最高法院”民事判决中，尚未见到举轻明重的案例。在刑事方面，有以下问题，可供参照。台湾板桥地方

〔1〕 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, 6. Aufl., S.389.

〔2〕 Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, 19 S.250.

〔3〕 关于举轻明重在法律逻辑上的分析，参阅 Klug, Juristische Logik, S.132f.

法院检察署法律座谈会提出如下问题：雇主因经营不善而欲歇业时，如未依“劳动基准法”第十六条向劳工预告终止劳动契约即停止营业，不知去向，未发给劳工资遣费，则应否令负该法第七十八条之刑责？讨论意见之甲说：依该法第十七条规定，雇主须依该法第十六条预告终止劳动契约后始应发给资遣费。本件雇主既未预告终止劳动契约即歇业，不知去向，虽未发给资遣费，亦不能科以刑责。讨论意见之乙说：雇主既因经营不善而歇业，且行方不明，足可认为已默示终止劳动契约，其未依法发给资遣费，自须令负刑责，否则依甲说意见，狡诈之辈，尽可不预告终止契约，亦不发给资遣费，以脱免刑责，而守法者依规定预告终止契约后，却可能因无法筹款支付资遣费，反须受处罚，如此岂非有失公平正义精神？况“劳动基准法”第十六条“预告终止契约”乃系着眼于劳工之保证，依该条规定预告终止劳动契约而未发给资遣费者须负刑责，则依“举轻明重”之法理，不依规定预告又不发给资遣费者，自更有可罚性，应依该法第七十八条加以处罚，方为适法。决议：多数采乙说。台湾省高等法院检察署研究意见：采乙说。“法务部检察司”研究意见：同意原决议，以乙说为当。^{〔1〕}

三、举重明轻或举轻明重的性质

值得提出讨论的是，举重明轻或举轻明重的性质，实

〔1〕 本件判决取自法源资讯有限公司提供之资讯系统。

务上有认为举重明轻系属一种解释的原则，有行政法院一九八三年判字第二二五五号，其要旨略谓：按原告张结宝之长子张崇辉乃台湾省人，为原告等自认之事实，而张崇辉系一九六六年四月十九日出生，于原告等代为其申请出境时已年满十六岁，并无“接近役龄男子申请出境审查规定”第二条所列各款情形之一，依同规定第三条：“无论任何理由，一律不准出境”，故原告之申请未获核准。查该“审查规定”乃“为防止兵员外流，维护兵役制度”而设，于事理上为维护地区安全之所必须，于法理上则有“戡乱时期台湾地区入境出境管理办法”第四十九条为其依据。查该管理办法系为适应“戡乱时期”需要，确保台湾地区治安，特依“戒严法”订定者，见诸其第一条之明文，自应具有补充立法之效力。原告虽争执谓“戒严法”第十一条第九款仅有限制或禁止迁入戒严地域之明文，并无限制或禁止迁出之规定，但殊不知在今日，一九四九年一月十四日修正公布之该法寥寥十三条之有限条文，实不足因应瞬息万变之当前情势，而有待解释。依举重明轻之原则，该规定既有对迁入戒严区域得予以限制或禁止之规定，则为防止兵员外流，维护“兵役制度”，当局对接近役龄男子之申请出境加以限制，自应解为仍属“戒严法”之所许，未可斤斤拘泥文字。是原告指摘“接近役龄男子申请出境审查规定”违反“宪法”、民法及兵役法等，洵属其一己偏颇之见，非堪采凭。至其又攻讦该“审查规定”第二条第一款“父母为外交人员，随父母赴任所者”之例外情形有失公平一节，核属有关机关日后修订该规定