

台湾法学研究  
精要丛书

苏永钦 著

# 私法自治中的 经济理性

 中国人民大学出版社

台湾法学研究  
精要丛书

# 私法自治中的

# 经济理性

苏永钦 著



 中国人民大学出版社



UIBE 000496669

图书在版编目 (CIP) 数据

私法自治中的经济理性/苏永钦著.  
北京:中国人民大学出版社,2003  
(台湾法学研究精要丛书)

ISBN 7-300-05236-3 / D·960

I. 私…

II. 苏…

III. 民法—研究—台湾省

IV. D927.583.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 123474 号

台湾法学研究精要丛书

私法自治中的经济理性

苏永钦 著

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511239 (出版部)

010-62515351 (邮购部) 010-62514148 (门市部)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷厂

开 本 787×965 毫米 1/32

版 次 2004 年 1 月第 1 版

印 张 10.5 插页 2

印 次 2004 年 1 月第 1 次印刷

字 数 375 000

定 价 38.00 元

---

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

## 总 序

台湾法学研究精要丛书  
私法自治中的经济理性

近二十年中，随着国家的进步，我国的法学研究无论在公法或私法领域均取得长足的进展，法学成果丰硕，法学英才辈出。以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。我国要建立完善、合理的法律体系，其中的基础性工作，即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等，都有赖于法学研究的进一步深入，这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。事实证明，法学研究水平的不断提高，依赖法学家、法律工作者的不断努力，而他山之石可以攻玉，学术界的交流、沟通，更成为法律人开拓视野，激发创造力所必不可少的外部条件。

台湾地区与祖国大陆同属大陆法系，法律文化渊源相同，其法制自民国时期即承袭德、

2004/03

日大陆法传统，发展至今，在民商法等领域已形成较为完善的法律体系；加之两岸同宗，在同为市场经济和法制社会的情况下，对两岸法治实践与法学理念的研究，无疑会促进两岸法学的繁荣发展和两岸法治实践的共同进步。如此，以学术的推广在两岸之间架起沟通的桥梁，就成为一项极富意义的长期工作。

以科学的态度吸收一切优秀成果，促进学术交流与合作是中国人民大学出版社的重要特色。中国人民大学出版社成立以来，以其雄厚的出版实力、高水平的图书质量以及推广的丰硕学术成果，在中国出版业处于领先地位。

台湾政治大学、台湾东吴大学、台湾大学等是台湾地区高等院校中的佼佼者，其法学院更因拥有众多知名法学家而享誉学界，其严谨的治学作风、纵深的研究领域也使得一大批优秀的法学著作得以诞生。

为适应法学研究的新形势和新要求，中国人民大学出版社经过与台湾地区著名法学教授协商，决定共同推出“台湾法学研究精要丛书”，准备陆续出版一大批能全面反映和代表整个台湾地区法学领域高品位、高水准的学术著作。

这套“台湾法学研究精要丛书”包括民法、商法、诉讼法和行政法等四个部分，以台湾地区一批声望卓著的资深教授和中青年法学家为主体，聘请两岸法学研究、教学及立法机构的著名法学家组成学术委员会作为严格的评审机构，挑选若干部具有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社出版，以达到促进两岸学术交流的目的。



2002年7月26日

## 自序

这又是一本台湾法学工作者在大陆出版的民法论文选集,有的文章已经是十几年前发表的,重新拣出来看看,觉得更新一下法条、判决,里面要表达的意思还不算过时,面对大陆宽容的读者还可以不太汗颜,就放了进去,心里多少抱着一点期待,说不定在大陆进行民法典的立法时,能在什么地方起一点小小的作用,也就值得了。

虽然起步较早,台湾民法学界毕竟是一个较小的社群,过去半个多世纪的总产量,并没有多到什么程度,但如果深入观察,仍然可以看到若干典范式的改变,反映台湾社会的快速变迁。我们是从一部大陆带过来的民法典开始,手上有的“使用说明”,主要就是前二十年大陆民法学者如胡长清、梅仲协、史尚宽、戴修瓚等撰写的教科书。民法典本身是德国民法的钢骨结构,加上部分瑞士、日本等国民法的工料,但主要的建筑顾问还是日本人,而且当时中国的学者最能使用的

外文也是日文，这使得台湾光复以后，第一代民法学者薪传大陆时期的教科书法学，基本上做的只是透过日本理解的欧陆民法来注释台湾的民法。等到台湾培养的民法学者从欧陆拿到学位回来，如王泽鉴、曾世雄、戴东雄、林菊枝、黄茂荣等，“最高法院”也已经处理了很多复杂的交易争议，回应一个快速发展的经济体对法律的需要，这一代民法学者一方面以他们对于欧陆民法“原典”的深刻理解，对台湾地区“民法”进行第二手的注释，另一方面也据此检讨许多“最高法院”自行研发的见解，体系化和本土化的修缮工程，就这样开了头。80年代以后，台湾社会又起了一些本质性的变化，法律体系变得越来越复杂，新一代的民法研究者渐渐学着扩张他们的视野，包括在方法上从社会科学的观点去理解民事财产规范，在体系上理出民法和公法犬牙相错的关系，也可以说，一直到这个时候，学者才尝试从台湾社会的现实去认知和合理化这部算来高龄已经七十的“民法典”，从第二手注释走向第一手的注释。

我从1981年开始在政治大学法律系教民法、写民法，也有幸参与债编的修正工作，回头看过去写的东西，发现在问题意识和论证方式上，多少都还受到老师辈的影响，但有意无意的，已经有了一点不同，碰到民法解释出现争议的时候，总觉得仅仅找到德国学者或德国法院怎么解释相同的法条，还不能算功德圆满。第三手注释的阶段可以“知其然”为足，到了第二手注释已经要求“知其所以然”，但终究还是“原典”的所以然，要作为台湾地区“民法”的“所以然”，不能不掘得更深一点，做一些具有可移植性的社会分析，运用到台湾才算是第一手的注释，民法也才真正地本土化。因此当中国人民大学出版社的杜宇峰女士希望我给这本集子取个比较能反映其特色的名字时，我第一次认真地做了一点回顾，发现自己的思维好像常在民法的经济前提上打转，从经济理性去合理化民法的解释，这和我在德国主攻竞争法应该有点关系，观念上我总是把以私法自治为指导原则的民法看成市场经济的基础结构，因此民法的解释也必须对准市场经济的前提——理性经济人；市场有时候会受到人为的扭曲，有时候会因为某些经济因素而失灵，这时需要竞争法和其他经济法的调整，然而民法始终是市场经济的基本法，民法的解释，便不能不彰显它的规则性。我相信至少就台湾的语境而言，民法可以很适当地放在这样一个位置。

通过五南书局和中国人民大学出版社的协力，这本集子可以正式在大陆出版，实在是一大快事。最近因为“非典”肆虐，几场两岸民法学者的盛大交流都不得不中止，但思想交流不会也不应该受到任何影响，这使我的野人献曝，又多了一个理由。最后我要谢谢两位助理杨宏晖和赵佑全，帮我在很短的时间内做了一遍法条的更新。

## 目 录

第一篇	“民法”第一条的规范意义 ——从比较法、立法史与方法论 角度解析 …………… 1
第二篇	违反强制或禁止规定的法律行为 ——从德国民法 § 134 的理论与实务操 作看台湾地区“民法” § 71 …… 30
第三篇	无因管理中本人之承认 …………… 53
第四篇	侵害占有的侵权责任 …………… 67
第五篇	物权法定主义的再思考 ——从民事财产法的发展与经济 观点分析 …………… 84
第六篇	物权行为的独立性与无因性 …… 121
第七篇	物权行为的独立性与相关问题 …… 153
第八篇	动产善意取得若干问题 …………… 170
第九篇	善意受让盗赃遗失物可否即时 取得? …………… 195



第十篇		债权人可否留置非债务人之物? .....	202
第十一篇		相邻关系在“民法”上的几个主要问题 ——并印证于 Teubner 的法律发展理论 .....	216
第十二篇		论动产加工的物权与债权效果 ——兼论“民法”中赔偿金请求权的性质 .....	254

# 第一篇 “民法” 第一条的 规范意义

——从比较法、立法史与方法  
论角度解析

台湾法学研究精要丛书  
私法自治中的经济理性

## 目 次

- 一、问题提出
- 二、从比较法及立法史观察
- 三、回归原始目的重新理解
  - (一) 造法规范而非找法规范
  - (二) 不得拒绝填补法律漏洞
  - (三) 填补现行法漏洞的次序
- 四、法源概念与位阶的误解
  - (一) 私法自治下的契约规范
  - (二) 多阶与多层的规范结构
  - (三) 各种法源的不同拘束力
- 五、审判独立之于民事法官
  - (一) 依实质意义的法律审判
  - (二) 独立于法以外的人与势
  - (三) 法官造法有其宪法界限
- 六、结论

## 一、问题提出

从清末开始研讨，广泛参考欧亚各国民法典而制定的“民法”<sup>\*</sup>，开宗明义第一条就规定：“民事，法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理”。实务上向来没有太多争议，但理论上如何解读本条，却言人人殊。法律是否仅指成文法<sup>①</sup>，是否包括行政命令（法规性命令、行政规则、行政解释令等）<sup>②</sup>，条约<sup>③</sup>，乃至契约、团体协约、社团决议<sup>④</sup>习惯究为单纯习惯或习惯法<sup>⑤</sup>至于法理，则为外于法律的事物本然之理，或综合全部法律意旨所推得之理<sup>⑥</sup>判例和学说，该何所归<sup>⑦</sup>“大法官”的解释，“终审法院”的决议，“司法院”对各法院讨论争议问题所表示的意见，又当如何<sup>⑧</sup>宪法原则、公共政策是否也构成独立的法源<sup>⑨</sup>不仅如此，本条是否同时有确定不同法源优先性的功能，果如此，法律与法理对立，难道法律可以脱离法理？而习惯纵不悖于公共秩序或善良风俗（第二条），若有违公平法理，又为何优先？诸多争议始终没有形成大体的共识，一直到曾世雄五年前出版的总则教科书，还对本条提出相当原则性的批评：“体例优美而不正确，就法源之种类言，列举其三，遗漏其余”<sup>⑩</sup>，对一部实施将近七十年的法典来说，这种基本共识的缺乏，当然不是一件好事情。

值得玩味的是，理论尽管混乱，实务却显然没有受到影响；正如“民法”所师法的几个主要国家，或有法源规定，或付之阙如，却也无改于“民法”实际操作方式大同小异的事实，似乎说明这里有一些属于私法方法上的基本原理，或许也显示学者的争论很可能只是在使用某些概念语言时交叉而过，实质的争点并不多，甚至还可能涉及一些方法论上的混淆，把本属不同范畴、不同指涉的东西放在一起评比。因此先作立法史的回顾与比较法的对照，在此基础上再尝试从方法论上对本条的意义作更深一层的探讨，并厘清某些观念的误解，应该仍有相当价值。讨论到民法法源问题时，常常被提及的法官依法独立审判的“宪法”规定，究竟对本条的解释形成多大的限制<sup>⑪</sup>，也将略加说明。

## 二、从比较法及立法史观察

不论从立法体例或规范内容来观察，假设“民法”立法者制定第一条时，是

\* 本书内所称“民法”系指我国台湾地区现行“民法典”——编者注

以当时最新的瑞士民法典第一条为蓝本，应该都不太离谱，不过这里还需要作多一点的说明。

事实上，“民法”五编制的体例毫无疑问是以完成于1896年的德国民法为参考架构，在财产法和身份法前订一独立的总则编，也正是德国Pandektistik法学画龙点睛之笔，反映当时源于自然科学的自然法理念，使整套概念体系因为基本原则的宣示而可以像几何图形一样的由上往下演绎出所需的规范，排除人为的恣意。<sup>②</sup>在此之前的法国（1804年）、奥地利（1811年）、意大利（1865年）、西班牙（1889年）等法典都未见此编，日本民法（1898年）先继受此制而大幅修改了以法国民法为师、才实施了五年的旧民法<sup>③</sup>，再影响及于我国民法典的制定。1907年以Eugen Huber研订的草案为基础通过的瑞士民法典，特别强调法典的实用性与通俗性<sup>④</sup>，既未采五编制，也因为制定在前的债法已有若干通则性的规定，可径予类推适用（瑞民七），连总则都一起省略了。

有趣的是，有总则的德、日民法反而没有关于法源的原则性规定，倒是没有总则的瑞士民法在短短十条的“法例”（Einleitungstitel）中，第一条就对法源加以列举（Aufzählung），并对其做了优先次序（Rangordnung）的规定<sup>⑤</sup>：“法律问题，在文字上及解释上，法律已有规定者，概适用法律。法律所未规定者，依习惯法，无习惯法时，法官应推测立法者就此可能制定之规则予以裁判。于此情形，法官应遵循稳妥之学说及实务惯例”，这样的条文，完全未见于较早的法、奥、德、日民法。为什么在决定放弃总则性规定以后，反而又把第一条这样原则中的原则，某种程度可说是先验于实定法，而应留给法社会学<sup>⑥</sup>、法哲学乃至法律方法论去探讨的法源问题，破天荒地规定在法律中，把它变成制定法的内容？这大概只能从当时的民法趋势来理解。简单地说，就是实证主义和法典正好到了20世纪初，开始在欧陆受到严厉的批判<sup>⑦</sup>，法国以杰尼（Francois Geny）为首，德国则有自由法学派的盛行，使得瑞士的立法者很自然地在制定法典时，希望对这样一个时代性的质疑有所回应。特别是明确承认法典的不完美性，而赋予法官在发现法律的漏洞时，立于立法者的地位造法的正当性；同时也对法官造法的“补充性”作一警示，算是在法典主义与自由法之间找出一个适当的平衡点。与法国民法相比，后者固然在法例的第四条也明确地宣示了法官的裁判义务（不得以无法或法不明确、不完备而拒绝受理），但在孟德斯鸠的三权区分理论下，仍严格禁止法官以确立一般规则的方式裁判（第五条），充分显示对所谓“法官法”的嫌恶，由此亦可见瑞士民法第一条的时代意义。<sup>⑧</sup>

回头看“民法”第一条，仅从其区分三种法源，而定先后次序的外观来判

断，很可能就是以瑞士民法第一条为本，只是把已经以精简著称的瑞士法条文再从三项浓缩为一项而已。略作一点考据，这样的推断就更为可信。这一条的文字最早出现于宣统三年（1911年）的第一次民律草案第一条：“民事本律所未规定者依习惯法无习惯法者依条理”，这部分由日本人松冈义正起草<sup>①</sup>，与现行条文只在本律与法律、习惯法与习惯、条理与法理上有一字之差，距瑞士民法通过只有四年，而瑞士民法第一条第一项和第二项前段用的是依“法律”和“习惯法”，第二项后段和第三项则远比依条理或依法理要具体。

和瑞士民法比较，语言上最大的差异在于未明确以法官为规范对象，以及由法官补充立法漏洞。惟查同一时期从欧陆移植过来的民、刑、诉讼等法典，大体上都还保存了原来的淬炼语言，非常清楚的是以裁判者为规范对象（Normadressat），而所有人民基本上又都是至少是间接的规范相关者（Normbetroffene）。<sup>②</sup>这一点和后来的许多社会经济性立法在语言构造上已经颇异其趣<sup>③</sup>，但和我国唐律以来的立法传统，又完全可以衔接。故“民法”第一条虽然省略了主词，一般都解读为“法官”应依法律、习惯、法理“裁判”民事案件，与瑞士民法第一条相同，这一点倒没什么争议。看民律草案第一条的立法理由，也相当清楚：“凡关于民事，应先依民律所规定，民律未规定者，依习惯法，无习惯法者，则依条理断之。条理者，乃推定社交上必应之处置，例如事君以忠，事亲以孝，及一切当然应遵奉者皆是。法律中必规定其先后关系者，以凡属民事，审判官不得借口于律无明文，将法律关系之争议，拒绝不为判断，故设本条，以为补充民律之助”<sup>④</sup>。显示立法者确实只是省略了主词，且特别强调法官不得拒绝审判，及法官造法的“补充性”，都与瑞士民法第一条同旨。

至于为什么第二次民律草案又扬弃法例的规定，而在四年后的民法总则再予恢复，且恢复的内容与第一次民律草案除第一条外又大不相同，已不可考，只有学者提到是参酌了当时的最新法典，如泰国民法、苏联民法<sup>⑤</sup>，但二法典似乎都与第一条并无关系。“民法”修改第一次民律草案的文字，只是单纯文字的修改，或另有深意，也不十分清楚。我们不妨再对照瑞士民法第一条，就法律、习惯与法理三者的一字之差作一番推敲。

首先，“民法”用法律而不采本律，是否法官裁判不必限于民法典，还包括其他制定法。果然，法律又是否限于狭义的法律，或者还及于同样由国会议决而有一定规范性的条约，甚至包括授权行政机关制定的命令，乃至泛指“一切有效的法律规范”，包括私人订立的各种私法契约、协约，如某些学者所主张？<sup>⑥</sup>

事实上清末在研定民律之前，已因国际贸易需要订定若干基本商事法规，如

光绪二十九年（公元 1903 年）颁布的商人通例 9 条、公司律 131 条。开始研定民律时，也同时进行大规模的商事立法工作，在日本人志田钾太郎协助下，早于宣统元年（公元 1909 年）就编订完成大清商律、公司法、海商法、票据法等草案，既采民商分离，则民律第一条所称的民事自不包含商事，而称“本律”也就不可怪了。等到民国立法时，学说转而倾向民商合一<sup>②</sup>，国民党执政后，其意识形态更排斥有不平等嫌疑的分离立法<sup>③</sup>，遂不另定商法典，但商事规范无法并入民法者，如公司、票据、海商、保险等法，仍于民法外另外订定，成为民法的特别法，则第一条所称民事，自然已包含商事，称法律而不称本律或本法，应该是有意包括其他制定法，可以确定。此外，民国十七年中央政治会议议决送立法院的“民法总则编立法原则”第十点还提到，原草案有关外国法人的认可是依法律“及条约”，审查时删除只余依法律，理由是认为条约应采直接生效主义，与法律同而无须在法律外另为规定<sup>④</sup>，似乎也可推论立法者在第一条所称的法律，还有包含条约的意思。至于法律是否涵盖行政命令，以当时民事法律已多附有法规命令性质的施行细则，且立法行政分权观念尚不强烈来判断，应该也可肯定。人民以法律行为所创的规范，是否为法律概念所蕴涵，则较难想像。

瑞士民法第一条的用语是制定法（das Gesetz），解释上所有有效的民事制定法当然都是首先考虑适用的规范，不以民法典为限。“宪法”上的基本权，只在有明文规定的情形（如第四条第二项同工同酬的规定），可对民事关系发生直接的效力，除此依通说仍只有间接效力<sup>⑤</sup>，而与一般法律不同。行政命令则只有经联邦两院通过的具有一般效力的法规性命令，等同于法律（瑞士联邦宪法第八十九条第一项），比如 1910 年通过的土地登记规则（GBV）、1920 年通过的土地强制拍卖规则（VZG）等。国际条约经联邦两院通过者，也有法律的效力（宪法第八十九条第三、四项）。至于法律行为，当然不是制定法，可否像制定法、习惯法或法官法一样产生客观的“法律”（Recht），而为第一条遗漏的其他法源，则是另一问题（详后）。习惯法与制定法处于补充的关系，概念上自然不包含于制定法。这和较早的德国民法就不一样了。德国民法本身虽无有关法源的规定，但民法施行法（EGBGB）第二条特别对民法典中使用的制定法（Gesetz）概念补充了一个立法定义：“民法典及本施行法所称法律（Gesetz）指所有法律规范（Rechtsnorm）”，依通说及实务，此处所谓法律规范则可包括：形式的法律、法规性命令、条约、自治规章（地方、教会、其他公营造物等自治体所定者，乃至劳资团体所定协约等）、习惯法、宪法法院的裁判、欧洲共同体法规等。<sup>⑥</sup>同样常以 Recht 与 Gesetz 对称（比如联邦基本法第二十条第三项），德国的 Gesetz 较接

近“实定法”，瑞士的 Gesetz 则较接近“制定法”，涵盖面窄得多。故大体而言，不论从“民法”第一条的用语（法律所未“规定”者），或前面推敲立法者当时对“法律”一词的理解，应该都与瑞士民法第一条的法律概念较为接近。

其次，习惯法和习惯究竟是立法者有意调整还是同义字的互用。从大理院在民国初年民法位制定前的用语，习惯法与习惯每每互用看来<sup>④</sup>，当时二词似乎当成同义字使用，但从起草过程说明书，对于增设第二条的说明<sup>⑤</sup>，以及民法在其他多处的“习惯”用法，又应该仅指地方习惯（Ortsgebrauch），而不是以法的确信为中心的习惯法（Gewohnheitsrecht）。立法者真意如何实不得而知，很可能只是概念不清下的混用。

相反地，“民法”师法的国家，对于两者的区隔都毫不含糊。以瑞士为例，第一条所称的习惯法，与第五条第二项所称的习俗（Übung）与地方习惯，是截然不同的概念，地位也不可并论。习惯法有两大要素：法的确信（opinio iuris）与经久长行（longa consuetudo），而又以前者为最关宏旨，一旦在社会上形成法的确信，即所有人都应该受其拘束的信念，纵使历时不长，一样可以形成习惯法（时间只是形成确信的一种方法）。<sup>⑥</sup>与不强调法的确信而以经久长行为必要的习惯，各有所重。习惯法在各国民法几乎都取得重要的法源地位，比如德国的习惯法和制定法一样是包含在民法典施行法第二条“法律”的概念中<sup>⑦</sup>，习惯则是单纯事实，只在法律有明文规定时可以参考，如民法第一百五十七、二百四十二条。奥地利民法第十条规定：“风俗习惯（Gewohnheiten）仅于法律有规定时，始得予以斟酌”，最初的立法者本有意把习惯法也涵盖在内，但后来的通说仍认为此处仅限于单纯习惯，不包含习惯法；习惯法的发生既不受法律限制，其效力也不以法律有明文规定者为限。<sup>⑧</sup>日本则在法例（涉外民事适用法）第二条规定：“不违背公共秩序及善良风俗之习惯，经法令认可者及相关法令未规定之事项者，均具有与法律相同之效力”。所谓法令认可者，如相邻关系中从习惯的规定，未规定者，则如水流利用权、温泉权等。<sup>⑨</sup>两者在日本都有习惯法的地位，法院不待当事人主张和证明，原则上就该援用。另外民法第九十二条还有关于单纯习惯的规定：“与法令中非关公共秩序规定不同之习惯，如果得认定法律行为当事人依该习惯为意思表示者，则从其习惯”，即以习惯被法律行为主动依循时，一如法律行为（民法九一），有高于任意法的效力。由此可见，单纯习惯对法律行为当事人也没有当然拘束的法规范力，是否被当事人采用，还有待诉讼当事人主张并证明习惯的存在。<sup>⑩</sup>

最后，把条理改成法理，究为有意不同，或只是翻译的不同而可混用；和瑞

士民法第一条比较，依法理三个字，是否真能相当于该条第二项后段与第三项所要表达的全部内涵？也相当启人疑窦。<sup>②</sup> 民律草案立法者举事君以忠、事亲以孝为条理之例，虽在解决民事争议上予人“离题”之感，但或许只是反映那个时代的思考方式，其真意只是要法官寻求“外于”法律的社会规范，这和瑞士法强调法官要站在立法者的立场去填补漏洞，而且要依循稳妥的判例和学说，是否可认为是站在不一样的角度。也就是说，不论从法律形成的渊源（Erzeugungsquellen）或法律价值的渊源（Wertungsquellen）来理解法源<sup>③</sup>，两者都有相当大的差异？以条理补充，是要法官扮演社会规范维护者的角色，而瑞士民法期待于法官的角色，毋宁是个递补的立法者？从而若要把瑞士民法这一套想法像炼制三合一咖啡粉一样再浓缩成三个字，则“依法理”会比“依条理”更符合信达雅？

这里恐怕先要就漏洞的意义作一番澄清，瑞士学者一般认为漏洞如为立法者预见而有意留白时，是所谓法内（intra legem）的漏洞，此时固然应依循法律原有的资料及立法者的政策评价去补充。但如果漏洞已非立法者所能预见（惟仍属“立法计划内”，即依客观法律体系观察为应有而未有规定），即为所谓法外（praeter legem）漏洞时——多数学者认为此时才属真正的漏洞<sup>④</sup>，法官如何拟制立法者之意，去创设规则（Regelbildung），依循稳妥的判例和学说来造法补充，然后才依此规则去解决该系属待决的个案？瑞士的学说和实务都认为，正如一个“正确”的立法者，造法必须建立于多方面而非单方面的考量上。首先必须厘清该相关问题涉及的利益，并加以权衡；其次法官必须加入一些务实的考量，比如去了解社会上实际存在哪些解决问题的方法。<sup>⑤</sup> 当然，公平性与伦理性的因素也不可少，以利于社会共识的形成。如果法律正面临修正，则各方提出的意见及可能修正方向都应该斟酌。<sup>⑥</sup> 除了这些观点或因素外，法官也应尽量避免造成与现行法评价的不一致，实务上法官常常在填补漏洞时，采用类推的论点（argumentum per analogiam），以既有处理相类问题的模式略加调整地（mutatis mutandis）用在法无明文的待决问题上。<sup>⑦</sup> 由此可见，瑞士法官被要求做个递补的立法者，是要宏观地把法律以外的社会因素与法律内部的体系相容性作合并的考量，也就是条理和法理都不能偏枯！“民法”的立法者当时是在何种理解下把条理改为法理，现在确已不得而知，还好这两个概念都有相当大的解释弹性，立法者的真意不明，仍不妨参考外国经验作一合理的解释。

值得再深究的是，学说和判例在瑞士法的法源体系上到底占有何种地位？所谓依法理，有无可能指的就是学说和判例？首先须厘清，瑞士民法第一条第三项要求法官依循稳妥的学说（Lehre）与实务惯例（Überlieferung），并非只适用于



第二项补充漏洞的情形，而是同时涵盖第一项适用（解释）法律与第二项前段确认习惯法的情形。学说的“稳妥”（Bewährtheit），一般认为应指客观上足以反映通说者，而不是听由各法官主观认同。所谓实务惯例，在瑞士则指法院与行政机关形成的一致实务见解（la jurisprudence）。比较不明确的是“依循”（folgen）的涵义，按官定的法文与义文本，用语其实都比依循还缓和，较接近“参酌”，也因此学者对此的诠释，多认为这时对法官并不存在遵循“义务”，而只有参酌义务（Berücksichtigungspflicht），或不采用时的论辩义务（Auseinandersetzungspflicht）。<sup>④</sup>学者并且认为，法官在解释制定法、认定习惯法或为漏洞造法时，也不可能只依循学说和判例，第一条应只是择其最主要者加以阐释而已。其他的重要辅助工具（Hilfsmittel）还包括比较法、法制史等。<sup>④</sup>

认为学说和事实惯例只是辅助工具，而非独立法源，或如 Huber 的归类，仅为附条件法源（bedingte Rechtsquellen），而非如制定法与习惯法为完全法源<sup>④</sup>，一个很重要的原因是瑞士民法立法时的一段争议，事实上，1900 年草案第一条用的文字还是：“法律若未规定时，法官应依习惯法裁判。无习惯法时，应依稳妥之学说与实务惯例”（“Fehlt es in dem Gesetz an einer Bestimmung, so entscheidet der Richter nach dem Gewohnheitsrecht, und wo auch ein solches mangelt, nach bewährter Lehre und Überlieferung”），两相对照，即知瑞士的立法者刻意降低了学说和实务惯例（主要即判例）对法官的拘束力。从这个角度看，“民法”第一条中的法理，如果仅引据瑞士民法即认为相当于学说和判例，恐怕是不太能站得住脚了。

综上，比较法和立法史的探讨固然有助于还原当初立法的本意，另一方面，却也显示当时立法者只是在还不太能掌握某些概念，对于此一外来法如何运作也全无经验的情形下，勉强就这样一个原则性问题订出这样一个言简而意赅的条文。因此站在今天的时点，更应该从民法学发展的现状出发，在该条文字张延的极限内，寻找看来较为合理而能前后一贯的解释，并且在此基础上建立一套实用的方法论，果然，则条文的简略未必是缺点。以下即先确认本条的规范目的，作为后面论述的基础。

### 三、回归原始目的重新理解

当初民法的立法者决定参采德国、日本的五编制立法，却独钟瑞士民法第一条，其目的何在，也许是在莫衷一是的各种评释中理出头绪的关键。如前所述，