

國立臺灣大學法學叢書(三十八)

民商法問題研究(四)

鄭玉波著



國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

國立臺灣大學法學叢書(三十八)

民商法問題研究 (四)

鄭 玉 波 著

司 法 院 大 法 官

兼國立臺灣大學法律學系教授

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

著者簡介

中華民國五年十二月二十一日生

學歷 日本京都帝國大學畢業

現職 司法院大法官

兼國立臺灣大學法學院法律學系及法律學研究所教授

著作 見前頁一覽表

版權所有
翻印必究

國立臺灣大學法學叢書(三十八)

民商法問題研究^(四)

著者 鄭 玉 波
發行人

叢書編輯 國立臺灣大學法律學系法學叢書編輯委員會

印刷者 永 裕 印 刷 廠

總經銷 三 民 書 局

臺北市重慶南路一段六十一號

郵 撥：0 0 0 9 9 9 8 - 5

電 話：3 6 1 7 5 1 1

定價 平裝 新臺幣 貳佰壹拾元
精裝 新臺幣 貳佰陸拾元

中華民國八十年十月再版

自序

民商法問題研究（三），出版迄今，業滿三年，公務叢脞，餘暇有限，雖未停筆，但作品稀少，僅選出十五篇，輯成本書。顏曰：「民商法問題研究（四）」，付諸手民。茲當出版之際，應予特別說明者：

一、以憲法論文（論大法官解釋權之範圍）一篇，冠諸編首，示憲法為萬法之源，而大法官之解釋，亦涵蓋民商法有關問題故也。

二、以「有價證券法之研究」一篇，列為本書之中心，因該文係多年來，筆者在臺大法律學研究所擔任「商事法專題研究」一科之講義，茲願公諸社會，以廣就教。

三、編末列「民法研究資料之處理」一篇，不但介紹民法研究有關之中外資料，且指出資料之處理方法，可供研究上之重要參考。

惟筆者從事民法之研究，雖已有年，但「學然後知不足」，本書所輯，仍難免疏漏，尚望高明，不吝賜正，則無任企幸！至本書之編排、校對、付印，均承三民書局編輯部各位小姐，熱心代辦，備極辛勞，感戴之餘，謹此誌謝。

鄭玉波

序於司法院大法官辦公室

中華民國七十四年八月十五日

民商法問題研究(四) 目次

自 序

一、論大法官解釋權之範圍	1
二、民法五十年	19
✓三、論抗辯權	41
✓四、論不安抗辯權	61
✓五、論窮困抗辯權	73
✓六、論先訴抗辯權	87
✓七、債權不得讓與之特約與票據禁止轉讓之記載	101
✓八、抵押權之實行與一般債權之執行	111
✓九、共同抵押之研究	121
十、保險金與抵押物之代位	133
十一、有價證券法之研究	143
十二、論票據之期後背書	187
十三、民法與消費者的保護（講演詞）	199
十四、讀「法」漫談	215
十五、民法研究資料之處理	225

論大法官解釋權之範圍

目 次

- 一、前言
- 二、解釋憲法
 - (一) 憲法疑義
 - (二) 憲法爭議
 - (三) 憲法牴觸
- 三、統一解釋法令
 - (一) 法令疑義
 - (二) 法令爭議 (見解有異)
 - (三) 法令牴觸
- 四、結語

一、前 言

我國憲法上設有大法官制度，大法官者憲法之守護人也（簡稱護憲人 Hüter der Verfassung）。依憲法第七十八條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」及第七十九條第二項：「司法官設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項，由總統提名，經監察院同意任命之。」之規定，可知解釋憲法及統一解釋法令之權，屬於司法院，亦即採司法解釋，並由大法官掌理之，故大法官之職權有二：（一）解釋憲法，（二）統一解釋法令。此二者對於憲政之維護，法治

之推行，均具有莫大之助力。如釋字第三一號對於立法委員及監察委員繼續行使職權之解釋，即其一例。有此號解釋，立、監兩院職權之行使，始得免於停頓，結果我國憲政穩定成長。則大法官職權之重要性不言可喻矣。惟大法官專司解釋之制度，乃我國憲法所獨有，因而大法官之地位如何，難免議論，不但早年曾有「大法官非法官論」及「大法官不是憲法上之法官」等論調出現，^①而近來竟有「大法官會議解釋並無拘束力」之文字發表，^②乃引起學者之關切，著文論駁，認為大法官之解釋，其權威性，應受尊重^③。足徵此一制度，事實上尚待努力推進，理論上仍須充分闡明，俾國人對之有正確之共識，以利憲政之發揚光大。本文僅就大法官解釋權之範圍，聊抒管見，以就教於高明。

二、解釋憲法

憲法第七八條規定，司法院解釋憲法；其第一七三條復規定，憲法之解釋，由司法院為之。一再明定，而不厭重複者，顯示此事項之重要性也。此項解釋權，由大法官行使，憲法有明文規定，已如前述，然如

① 民國四十六年七月出版之法令月刊（八卷七期）第六頁載有：武忠森著「大法官非法官論」；同年十二月出版之法令月刊（八卷一二期）第七頁載有：何佐治著「大法官不是憲法上之法官」兩文。

② 民國七十三年十二月八日中國時報第八版，「批判自己的裁判，審級制度將失去意義」一文之末段有：「但由於大法官會議解釋並無拘束力」等字樣。

③ 民國七十三年十二月十日中國時報載有荆知仁教授著：「大法官會議權威應予尊重」一文有：「依據憲法及大法官會議法，大法官會議的解釋，才具有最高的權威，憲法把這個權威賦予大法官會議。負行使公權力之任者，應以尊重憲法的戒慎心情，遵行大法官會議之解釋，以為宏揚憲政共獻心力，同盡棉薄。」之結語。

何行使？憲法未設明文，依司法院組織法第三條規定：「司法院設大法官會議，以大法官十七人組織之；行使解釋憲法並統一解釋法律命令之職權。大法官會議以司法院院長為主席。」則大法官解釋權之行使須以會議之方式為之，而有司法院大法官會議法（以下簡稱會議法）以為依據，該會議法第二條規定：「大法官會議掌理司法院解釋憲法及統一解釋法律與命令之事項依本法行之。」關於解釋憲法之範圍，會議法有規定者如下：

一、憲法疑義

憲法疑義即適用憲法，對於憲法條文本本身發生疑義之謂。此項疑義須由大法官會議予以解釋（會議法第三條一項），始能澄清，而資適用。大法官會議自組成以來，公布此類解釋不少，其重要者，例如前述釋字第三一號關於立、監委員續行職權之解釋即是。

此項解釋只能由機關聲請，依會議法第四條第一項第一款規定，中央或地方機關於其行使職權適用憲法發生疑義者，得聲請解釋憲法，其聲請程序依會議法第六條之規定為之；其解釋程序則依會議法第一三條第一項之規定，應由大法官總額四分之三之出席，暨出席人四分之三之同意方得通過。可謂極端嚴格，慎重有餘，肆應不足。

二、憲法爭議

憲法爭議即兩機關因行使職權發生適用憲法之爭議即是。例如釋字第三號解釋，關於監察院得否向立法院提出法律案，監察院與立法院發生爭議，即監察院認為有權提出，而立法院則認為並無憲法條文上之根據，雙方見解有異，監察院乃咨請總統依憲法第四四條之規定會商解決，總統認為以由大法官會議解釋較妥，監察院乃聲請司法院解釋即

是。

此項解釋，亦只能由機關聲請，依會議法第四條第一項第一款規定，中央或地方機關因行使職權與其他機關之職權發生適用憲法之爭議者，得聲請解釋憲法。其聲請程序與解釋程序，均與前述憲法疑義同。

三、憲法牴觸

憲法牴觸乃法律或命令等與憲法牴觸之謂。其有無牴觸之解釋，即學說上所稱之「違憲審查」是。此可分下列各項言之：

(1) 法律牴觸憲法 法律，依憲法第一七〇條規定：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」即指中央所立之法而言。憲法第一七一條規定：「法律與憲法牴觸者無效。法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」（中央法規標準法第一一條亦有法律不得牴觸憲法之規定，斯乃由於「上位法優於下位法，Lex superior derogat legi inferiori」之原則而來）可見違憲審查乃司法院專屬之重要職權，而由大法官會議行使之，故會議法第三條第一項第二款乃將其列為大法官會議解釋憲法事項之一。

此項解釋，例如釋字第八六號關於高等法院及地方法院隸屬之解釋即是。依當時法制，高等法院及地方法院係隸屬於行政院（司法行政部），與憲法之規定牴觸。監察院乃聲請大法官會議解釋，同會議乃作成上號解釋，解釋文中雖未用牴觸憲法字樣，但其理由書末段則有：「高等法院以下各級法院及分院，自應隸屬於司法院，其有關法令，並應分別予以修正，以期符合憲法第七十七條之本旨。」不言違憲，而違憲自見矣。

法律牴觸憲法解釋之聲請，除機關得為之外，人民亦得為之。會議法第四條第一項第一款規定，中央或地方機關於其行使職權適用法律發

生有牴觸憲法疑義者，得聲請解釋憲法。此機關聲請之根據也。同條同項第二款規定，人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，此人民聲請之根據也。至於聲請程序，須依會議法第六條之規定，而其解釋程序須依會議法第一三條之規定爲之，均與前述憲法疑義之解釋同，茲不贅言。

應注意者，「省縣自治通則」屬於中央立法（憲法第一〇八條第一項第一款），應屬上述法律之一種（參照中央法規標準法第二條），若發生有與憲法牴觸之疑義時，其解釋自應包括於上述法律牴觸憲法解釋之中，亦勿庸贅論。

（2）命令牴觸憲法 命令，依中央法規標準法第三條規定：「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。」可知其名稱共有七種，均指法規式之命令而言。憲法第一七二條規定，命令與憲法牴觸者無效（中央法規標準法第一一條亦有命令不得牴觸憲法之規定）。至於命令與憲法有無牴觸發生疑義時，由何機關解釋？憲法無設與其第一七一條第二項法律牴觸憲法由司法院解釋同樣之明文，依會議法第三條第一項第二款之規定，屬於大法官會議解釋憲法事項之一，應由大法官會議解釋之。

此項解釋，如釋字第一五五號解釋：「考試院爲國家最高考試機關，得依法定職權，訂定考試規則及決定考試方式。『六十三年特種考試臺灣省基層公務人員考試規則』第八條關於實習之規定，暨『六十三年特種考試臺灣省基層公務人員考試錄取人員實習辦法』之核定，均未逾越考試院職權之範圍，對人民應考試之權亦無侵害，與憲法並不牴觸。」即其一例。

命令牴觸憲法解釋之聲請，不僅機關得爲之，人民亦得爲之（上例

釋字第一五五號解釋，即係人民聲請者)。會議法第四條第一項第一款規定，中央或地方機關於其行使職權適用命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，此機關聲請之依據也；同條同項第二款規定，人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，此人民聲請之依據也。至於聲請程序及解釋程序，均與前述法律牴觸憲法之情形同，茲不贅述。

(3) 省自治法牴觸憲法 省自治法乃省之基本法，憲法第一一二條規定：「省得召集省民代表大會，依據省縣自治通則，制定省自治法；但不得與憲法牴觸。」可見省自治法係由省民代表大會制定，有如國民大會之制定憲法，惟省自治法之制定須依據省縣自治通則為之，且不得與憲法牴觸耳。

其次依憲法第一一四條規定：「省自治法制定後須即送司法院。司法院如認為有違憲之處，應將違憲條文宣布無效。」此項違憲審查權，亦應由大法官會議行使之，自不待言。惟應注意者，省自治法施行後，某機關行使職權適用省自治法發生有牴觸憲法之疑義者，是否得請司法解釋，憲法並無明文規定，會議法第三條第一項第三款將其列為大法官會議解釋憲法事項之一，則上述疑義自得聲請大法官會議解釋之。至其聲請人、聲請程序及解釋程序，法亦無特定，似應與法律牴觸憲法之情形同，適用會議法第四條、第六條及第一三條等規定。

(4) 縣自治法牴觸憲法 縣自治法乃縣之基本法，憲法第一二二條規定：「縣得召集縣民代表大會，依據省縣自治通則，制定縣自治法；但不得與憲法牴觸。」可見縣自治法乃縣民代表大會所制定，亦應以省縣自治通則為依據，且不得牴觸憲法及省自治法。其與憲法有無牴觸，應由何機關解釋？憲法未設明文，但會議法第三條第一項第三款將其列為

大法官會議解釋憲法事項之一，自得由大法官會議解釋之。惟聲請人、聲請程序及解釋程序，法亦無特定，似亦應與法律牴觸憲法之情形同，適用會議法第四條、第六條及第一三條等規定。

(5) 省法規牴觸憲法 省法規者省所立之法也。依據憲法第一〇八條第二項及第一〇九條之規定觀之，省有立法權。此項立法權，由省議會行之（憲法第一一三條第二項），省議會乃省之「立法院」，其所立之法，即省法規是也。省法規牴觸憲法時，其效果如何？憲法無規定。但憲法第一一六條却有「省法規與國家法律牴觸者無效。」之規定。則舉輕明重，省法規牴觸國家法律，尚且無效，若牴觸憲法豈不更無效乎？至於省法規牴觸憲法之疑義，應由何機關解釋？憲法上亦無明文規定，但會議法第三條第一項第三款將其列為大法官會議解釋憲法事項之一，自應由大法官會議解釋之。而其聲請人、聲請程序及解釋程序，亦應適用會議法第四條、第六條及第一三條等規定。

(6) 縣規章牴觸憲法 縣規章者縣所立之法也。依據憲法第一一〇條之規定觀之，縣亦有立法權，此項立法權，憲法第一二四條第二項規定：「屬於縣之立法權，由縣議會行之。」則縣議會乃縣之「立法院」，其所立之法，即縣規章是也。縣規章牴觸憲法時，其效果如何？憲法亦無規定；但憲法第一二五條既規定：「縣單行規章與國家法律或省法規牴觸者無效。」則依舉輕明重之法理，自應解為無效也。至於縣規章牴觸憲法之疑義，應由何機關解釋，憲法亦無特別規定，會議法第三條第一項第三款將其列為大法官會議解釋憲法事項之一，應由大法官會議解釋之。而其聲請人、聲請程序及解釋程序，亦應適用會議法第四條、第六條及第一三條等規定。

於此應附述者，上述(3)～(6)之問題，因目前尚未制定「省縣自治通則」，則省自治法、縣自治法、省法規、縣規章等自亦無從制定，

故大法官會議亦未著有與此等有關之解釋例。僅釋字第一八九號：「臺灣省工廠工人退休規則關於工人自願退休之規定，與憲法尚無牴觸。」之解釋，似與此有關，然是項工廠工人退休規則可否認係省法規？抑屬行政命令？不無爭議，如係命令，自屬前述命令牴觸憲法之問題，不在省法規牴觸憲法範圍之內也。

(7) 司法解釋牴觸憲法 司法解釋有無牴觸憲法問題？可分別情形言之：

①行憲前司法院之解釋：行憲前司法院依據「司法院統一解釋法令及變更判例規則」，著有司法解釋四〇九七號。此等解釋既均在行憲之前所為，則行憲後如仍維持其效力，則難免有與憲法規定不合者在。然是否得聲請大法官會議解釋，法無明文，但釋字第八二號解釋，理由書中有：「查司法院大法官會議第一一八次會議議決：中央或地方機關就職權上適用憲法、法律或命令，對於本院所為之解釋，發生疑義聲請解釋時，本會議得依司法院大法官會議法第四條或第七條之規定，再行解釋」等語，已屬肯定。此項解釋，如釋字第一二二號：「地方議會議員在會議時所為之言論應如何保障，憲法未設有規定，本院院字第三七三五號解釋，尚不發生違憲問題。」即其一例。

②大法官會議解釋牴觸憲法：大法官會議所為之解釋有無牴觸憲法，而得聲請解釋之問題？應分兩點言之：

1. 憲法解釋有無牴觸憲法？按憲法之解釋權，既操之於大法官會議，則大法官會議對憲法所為之解釋，即為憲法之本義，不應再有牴觸憲法之問題，然大法官究竟是人而不是神，其解釋自亦不能「質諸鬼神而無疑；百世以俟聖人而不惑。」因時過境遷，仍不免發生與時代不合之問題，此時大法官會議非不得變更其見解，而為變更或補充解釋，有如憲法本身與時代不合，自得修憲，但不發生牴觸憲法之問題同。此項

解釋，依前述釋字第八二號解釋理由書之所示，亦得依會議法第四條之規定，提起聲請。至其聲請程序及解釋程序亦得適用會議法第六條及第一一條之規定，自不待言。其解釋例，如釋字第一六五號：「地方會議員在會議時，就有關會議事項所爲之言論，應受保障，對外不負責任；但就無關會議事項所爲顯然違法之言論，仍難免責，本院釋字第一二二號解釋，應予補充。」即是。

2. 統一解釋有無牴觸憲法？依以上所述大法官會議所爲之憲法解釋，尚不免有與時代不合之處，則其所爲之法令統一解釋，自亦難免有與憲法不合之時。此種情形，依釋字第八二號解釋理由書之所示，亦得依會議法第四條之規定，聲請解釋，自不待言。惟就此項解釋，至本文截稿時止，大法官會議尚未著有先例。

(8) 判例牴觸憲法 判例牴觸憲法，得否聲請大法官會議解釋，法無明文，但最高法院之判例，事實上得於裁判時適用，如有牴觸憲法，非不得依會議法第四條之規定聲請解釋（筆者一向作此主張，其詳細理由，請參照拙著：「論人民聲請解釋憲法」一文（原載憲政時代第四卷第三期，民國六八年元月出版，其後收刊於拙著：民商法問題研究（二），上述問題見該書二一九頁），茲不贅述。現此項解釋，大法官會議已公布者不少，如釋字第一五三號解釋有：「最高法院五十五年臺抗字第242號判例，雖與此意旨不符……尚不發生是否牴觸憲法問題」等語，即其一例。又釋字第一五四號就行政法院四十六年度第四十一號判例，所爲之解釋，亦其一例。

上述判例牴觸憲法之解釋，其程序亦應適用會議法第四條、第六條及第一三條各規定，自不待言。

三、統一解釋法令

憲法第七八條明定，司法院有統一解釋法律及命令之權，此項解釋權依憲法第七九條第二項之規定，亦由大法官行使，並解釋憲法同樣以會議方式爲之。惟何謂統一解釋？有下列兩說：

甲說：各機關適用法律或命令與本機關或他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者，得聲請統一解釋。即所謂統一解釋乃統一歧見之謂（司法院大法官會議規則第四條^④釋字第二號解釋、^⑤現行司法院大法官會議法第七條）。依此說則非有歧見，即不得聲請解釋，其得聲請解釋之範圍，可謂極其狹窄。

④ 司法院大法官會議規則，第四條：「中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持之見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時，所已表示之見解者有異者，得聲請統一解釋；但該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束或得變更其解釋者，不在此限。」（現行會議法第七條與此全同）

⑤ 釋字第二號解釋：「憲法第七十八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。憲法第一百七十三條規定憲法之解釋由司法院爲之，故中央或地方機關於其職權上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，而爲適用，殊無許其聲請司法院解釋之理由。唯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或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，未據原請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。」

乙說：統一解釋並非統一歧見之謂，否則前述憲法爭議之解釋（會議法第四條一項一款），亦係統一歧見，何以不曰統一解釋，可見統一歧見說之不當。然則統一解釋究屬何意？乃因憲法只有一個，故雖有爭議，亦不曰統一解釋，而法令則多無牛毛，其最權威之解釋，應統歸司法院劃一爲之，故曰統一解釋。行憲前之統一解釋，即係如此。行憲後之統一解釋係因襲前者而來，其涵義自應仍依舊貫。（桂裕教授著：「法令的司法解釋與行政解釋」一文，認爲：統一解釋法令，應解爲解釋權力之統一，而非謂就已有之歧異解釋而統一之。見法令月刊二八卷一期五頁、六六年一月版）。依此說則得解釋範圍爲廣。

以上係統一解釋權之範圍，至於法令解釋，其須解釋事項之範圍如何？有如憲法解釋，不外下列三者：（一）法令疑義，（二）法令爭議（即見解有異），（三）法令牴觸。茲依此三者，就上開甲、乙兩說加以檢討，以明其差異：

一、法令疑義

法令疑義即法律或命令本身有疑義之謂。此項疑義，依甲說則不許聲請解釋，依乙說則許聲請解釋。因現會議法第七條之規定係採甲說，故目前情形，此項疑義不得聲請大法官會議解釋，如竟聲請，亦不受理。

二、法令爭議

即兩個以上之機關適用同一法令，發生見解歧異是也。此項爭議，甲、乙說均認爲得聲請解釋，此乃兩說之所同，惟乙說現行法無規定，如何聲請當然無所依據，甲說則現行會議法第七條採之。依該條規定，所謂統一解釋，不但僅限於此項法令爭議之解釋，而其程序亦相當嚴格，茲將會議法第七條及第八條之規定加以分析如下：

- (1) 第七條 中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時，所已表示之見解有異者，得聲請統一解釋；但該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束，或得變更其見解者，不在此限。

上開條文係聲請統一解釋在實體上應具備之要件，可析分為下列四種規定：（茲以甲、乙代表中央機關，A、B代表地方機關）

1. 中央機關（甲），就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關（甲）適用同一法律或命令時，所已表示之見解有異者，得聲請統一解釋，但該機關（甲）依法應受本機關（甲）見解之拘束或得變更其（甲）見解者，不在此限。
2. 中央機關（甲）就其職權上適用法律或命令所持見解，與他機關（乙）（B）適用同一法律或命令時，所已表示之見解有異者，得聲請統一解釋；但該機關（甲）依法應受他機關（乙）見解之拘束或得變更其（乙）（B）見解者，不在此限。
3. 地方機關（A）就其職權上適用法律或命令所持見解與本機關（A）適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者，得聲請統一解釋；但該機關（A）依法應受本機關（A）見解之拘束，或得變更其（A）見解者，不在此限。
4. 地方機關（A）就其職權上適用法律或命令所持見解與他機關（乙）（B）適用同一法律或命令時，所已表示之見解有異，得聲請統一解釋；但該機關（A）依法應受他機關（乙）（B）見解之拘束或得變更其（B）見解者，不在