



國立政治大學法律學系法學叢書(二十六)

民法經濟法論文集

(一)

蘇永欽著

國立政治大學法律學系
法學叢書編輯委員會編印
中華民國七十七年十月出版



國立政治大學法律學系法學叢書(二十六)

民法經濟法論文集

(一)

蘇 永 欽 著

國立政治大學法律學系
法學叢書編輯委員會編印
中華民國七十七年十月出版

著者簡介：蘇 永 欽

民國四十年生

浙江省杭州市人

台灣大學法學士

西德慕尼黑大學法學博士

現任政大法律系副教授

版權所有

翻印必究

國立政治大學法律學系法學叢書（二十六）

民法經濟法論文集(一)

著 作 者：蘇 永 欽

發 行 人：蘇 永 欽

叢書編輯：國立政治大學法律學系
法學叢書編輯委員會

印 刷 者：瑞明彩色印刷有限公司
台北市康定路173巷33號
電 話：3089616

經 銷 者：三 民 書 局
台北市重慶南路一段六十一號

定 價：精裝500元
平裝400元

中華民國七十七年十月初版

序

這本集子收羅了我過去七年寫和譯的十四篇形式較完整的論文，加上十六篇短論。基於個別動機而寫，當然談不到什麼連貫的主題。勉強要說有些共同的地方，大概就是比較法的觀點，和從整個社會及法律體系來觀照的方法。此外，問題的選擇和切入，常常環繞在民法和經濟法的互補與衝突關係，多少也反映我這幾年的思考走向。

在此要感謝吳秀明、王信祝、吳彥宏、黃家慧、趙相文、黃玲玉、吳士琪、許惠珠、郭慧雯等同學幫忙校對。也要感謝老朋友林明宗接下打印出版的工作，忍耐我的拖泥帶水。

這本集子獻給我的父親，和兩年半前過世的母親。

蘇 永 欽

記於七十七年雙十國慶

目 錄

論文部份

一、試論判決的法源性	1
二、判決先例在德國私法中的意義(譯)	61
三、法律中的死亡概念—以民法為例	75
四、違反強制或禁止規定的法律行為—從德國民法 § 134 的理論與實務操作看我國民法 § 71	87
五、無因管理中本人之承認	123
六、侵害占有的侵權責任	143
七、動產善意取得若干問題	167
八、論動產加工的物權及債權效果—兼論我國民法中償金 請求權的性質—	205
✓九、消費者保護法——一個新法域的誕生？—	327
十、關於防止限制競爭立法的基本問題	353
十一、論不正競爭和限制競爭的關係—試從德國現行法觀察—	385
十二、營業競爭法在歐洲各國的發展與整合	431
十三、簡介西德及歐市卡特爾法(譯)	461
十四、我國勞基法的問題與展望(英文)	475

短論部份

一、關於老鼠會問題幾點法律上的看法	517
-------------------------	-----

✓ 二、消費者保護法—消費者應該開一份什麼樣的菜單？—	523
三、如何防止良藥變成毒酒？	
一談以產品比較試驗作廣告的法律問題—	531
✓ 四、不能忽視消費資訊的規範	541
五、用良性試驗廣告來驅逐低劣試驗廣告	549
六、不當競爭防止法能不能防止攤販活動？	553
✓ 七、消費者需要多少法律保護？	559
八、淺談不正競爭法上的仿冒	563
九、對公平交易法立法的幾點淺見	569
十、問題玉米引出來的問題	575
十一、管制廣告品質，提升生活品質	581
十二、書評：施啓揚著：民法總則（英文）	589
十三、經濟法—已開發國家的任務與難題	593
十四、突破心理迷障，提升勞資關係	605
十五、從兩玻案談卡特爾法的法律規範	609
十六、區分地上權的立法問題	617

試論判決的法源性

目 次

壹、引言	二、英美法系
貳、法源	三、混合法系
參、判決的法源性——問題概述	伍、判決的法源性——我國
肆、判決的法源性——外國	陸、總結、檢討、前瞻
一、大陸法系	

壹、引言

司法或行政機關的決定除了對當事人產生了拘束力（既判力）以外，是否還對爾後的案件有某種程度的規範作用（本文所用的拘束力），這個在學者間仍莫衷一是的問題對理論和實務都有很高的研究價值。

判例法的承認對大陸法系國家來說首先意味方法上的擴張，在單純的演繹（deduzieren）或化簡（reduzieren）以外更增加了歸納（induzieren），同時隨着實定法規範數量上的膨脹，法律註解必然益趨繁瑣，法學教育勢需轉向案例研究，法律資

訊的蒐集、整理、開放、甚至自動化，也成為刻不容緩的工作，而法律社會學的研究——尤其法官社會學——也因為法官角色的吃重而愈發不可輕忽了。

判例是不是，或者應不應該成爲一種法源，視法源的不同概念，可以從不同的角度去討論，而比較法的知識則是不可或缺的參考資料，這篇論文嘗試從外國法律實務和理論的現狀和發展出發，再回頭看這個問題在我國現行法的答案，最後提出幾點檢討和展望。

貳、法源

法的淵源，一般習稱法源（Rechtsquellen；the sources of law），是一個具有多層意義的概念。依認識目的的不同，A. Ross 很早就區分爲三種語義¹：一、取其爲法律規範認識上的素材，二、取其爲法律事實上的發生原因，三、取其爲法律倫理上的根據。P. Liver 分別稱之爲法律認識的淵源（Erkenntnisquellen）、法律形成的淵源（Erzeugungsquellen）和法律價值的淵源（Wertungsquellen）²，這三種認識角度都包含在廣義的社會科學研究範圍之內。

法律註釋研究的第一步，無非是確定實定法規範到那裡去找，這在各國現行法來說大多已不成問題，但是對法制史的研究，

1. A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen* 1929, S. 291, 轉述自 Luhmann 載於 König 紀念集, 1973, S. 387.

2. P. Liver, 收錄於論文選集: *Privatrechtliche Abhandlungen*, 1972, S. 33.

這一步就不簡單了，狹義的，如歷代典章詔令³，較廣義的還包括一切公、私法的法律文書，如官府判決、土地籍冊等，最廣義的則如稗官佚史古器等也斑斑可考。總之這一層意義的法源，主要見於法制史的研究，和本文關係比較小。

其次，每個社會的法律形態內容所以各具特色，必然「其來有自」，決定法律形成的因素，從個人的習慣、情慾到團體的風俗、宗教、民族性、意識型態，乃至外在的環境：地形、氣候、交通、資源等及經濟、社會、政治結構等等，再推進點看，立法者怎樣處理一個法案，法官怎樣處理一個實案，整個決定過程中那些因素最具分量？從這些實證的資料來檢討法律的形成，是法律社會學的興趣所在。

第三種意義的法源著眼於法律涵蘊的價值：如 Radbruch 提示的三個主要價值理念（Wertideen）——正義，合目的性、法律安定以及一般公認的維持秩序和促進社會進步兩大功能，乃至諸如理性、事理之常（Natur der Sache）等等，從這些「後設」的法律價值來理解法律，基本上是採取法律哲學的觀察角度⁴。

以上三層意義的法源分別從法制史、法律社會學、法律哲學觀察而得，似乎可以總稱之為基礎法學中的法源，以別於註釋法學（dogmatische Rechtswissenschaft）中使用的第四種概念

3. 如戴炎輝著「中國法制史」開宗明義就談「法源史」，所指法源即是狹義的認識上的法源，民國 55 年出版，一至十六頁。

4. 比如從亞里斯多德的正義論（Dikālogie）來看法律，對等的正義（iustitia commutativa）之於民法，分配的正義（iustitia distributiva）之於公法，再加上 Thomas von Aquino 所補充的一般的正義（iustitia legalis）之於社會立法。

——稱法規範形式效力的來源為法源。Liver 把這個在一般討論最常用的法源概念稱之為「法律技術意義上的法源」⁵，因為所謂規範的效力（juristische Geltung）在這裡指的是純粹形式的效力：凡是使被規範的對象——司法和行政機關以及人民⁶——有遵從「義務」的規範都有效力，不論它「實際上」是否被遵從，也不管它是不是符合法律理念的「正當」規範。這些規範的效力淵源，便是法源。註釋法學的法源有時候明文規定於相關法規裡，如瑞士民法第一條，我國民法第一條，刑法第一條，有時候就個別法律雖未直接規定，如德國民法，但是在憲法中設有間接的規定（詳後）。

僅僅這個歧義的概念的存在，便是一件耐人尋味的事。早在 1885 年 Andreas Heusler 在他的「德國私法制度」一書裡就指摘這個概念過於不確定⁷。然而撇開純粹語義上的混淆，法源理論隱然透露了政治發展的脈絡，面對急劇轉變的社會而政治權力集中的時候，主權者常有把形式的法律效力從事實規範中抽離而使法源也定於一尊的傾向，隨着社會的分化（differentiation），法出多源卻又不可避免，這時候應然和實然便處於一種混沌的狀態了。事實上，正如許多人嘗試建立一套和法制史、法律社會學、法律哲學完全分離的純粹法學，結果治絲益棼一樣，法律技

5. Liver, 前揭文, S. 38。

6. 法律的規範對象問題（das Adressatenproblem）從耶林（v. Jhering）以降始終聚訟紛芸，偏向實定法觀點的認為每個人都是對象，偏向法律實務的則認為只有了解命令的或必須執行命令的人才是規範的對象，其詳請參 U. Krüger 著 Der Adressat des Rechtsgebers 1969。

7. Liver, 前揭文, S. 32。

術意義下的法源幾乎註定了爭執不休的命運。把若干基礎法學理解的法源加以「技術化」而賦予實定法法源的地位，是一個妥協的辦法，如我國民法宣示習慣（法律形成的淵源）和法理（法律價值的淵源）具有補充法源（subsidia）的地位，我國憲法前言，第一條、第一百四十二條等宣示三民主義（當代政治思想主流——法律形成的淵源）的法源地位便是，儘管這些表面技術化了的法源在方法論上常常免不了要交白卷。

事實上爭執並不因此而中止。雖然註釋法學的法源問題（「形式上」應該拘束立法、司法、行政決定和人民行為的規範效力從那裡來？）和基礎法學的法源問題（那裡可以找到實定法的規範？「事實上」支配立法、司法、行政決定和人民行為的規範從那裡來？實定法規範背後有別於其他社會規範的「價值理念」是什麼？）本來截然不同，但是對於前一個問題的探討終究不能完全忽視後面問題的討論結果：畢竟形式有效的實定法規範體系仍然建築在這個體系大致上能有效運作的「事實」上，而且只有在它的內容不抵觸若干法律基本價值時，這個規範體系才真正合法（legitimate）存在⁸。因此，在所有關於實定法法源問題的討論中，最顯著的一點就是基礎法學的法源理論每每在不知不覺中穿梭於各種論點中，甚至成為主要的論點。

8. 不過認識到數種法源概念之間的牽連關係，並不表示在闡明這個概念的時候可以混同使用而不加區別，混同的例子很多，如管歐著「中國行政法總論」61年44頁以下，把行政法的法源分為成文法和不成文法，在不成文法下開列：1.主義 2.習慣 3.道德 4.宗教 5.法理 6.判決例 7.解釋 8.學說 9.外國法，只能從不同的法源概念去索解；另外如劉日安著「法學緒論」，第五版，66年，44頁以下，亦同。

N. Luhmann 從法律社會學（不如說是法律理論）的角度探索法源這個概念的曖昧存在，用他的體系理論（Systemtheorie）作了下面的詮釋：「法源這個法學概念在愈趨繁複的社會結構中對作決定（Entscheidungsfindung）有其特別意義」；「在強制作成決定的司法制度下，它不僅有法律一般的化簡（Reduktion）功能，同時提供了足夠的論點以備大量決定之需」；「每個法律體系的存續都有賴於社會價值觀的轉化為法律，這種繼受在把規範和效力問題的劃分予以制度化以後，它的自主性就更能提高了。這樣，法律的決定體系和社會的法律經驗之間就毋需在規範期待和事實的應然觀念上求其恒等了，法律以它的論理方式嘗試各種社會價值和價值的變遷，而逐漸協調變遷中的（zu Änderndes）和仍然有效的（Geltendes）因素，比如安全需要的增強以致社會上相應產生價值變遷，暴露了過失責任主義的困難，但是藉若干矯正的責任條件觀點，如危險責任、或者裁判上對某些情形排除過失責任，如國家賠償責任等，逐漸把這些需要和價值變遷吸收進現行有效法律，而社會生活中自我決定和安全保障兩種價值也得以並行不悖⁹」。

總之，從法源理論的發生和爭執的延續，已經可以了解它基本上是法學對社會的一種回應¹⁰。執此以觀判決的法源性，或許能理出一條新的思路。

9. Luhmann 前揭文，S. 3901 f.

10. Luhmann 前揭文，S. 388

叁、判決的法源性—問題概述

判決是否法源的一種？或者，從判決中可不可以產生具有法律拘束力（*Verbindlichkeit*）或具有效力（*Geltung*）的規範？對這個問題，在一般法律學者的討論中，大抵都是從法律技術的觀點出發¹¹，與這個問題有關，但是屬於另一層次的是法官造法（*Rechtsfortbildung*）的妥當性和合法性問題，對後面這個問題持否定態度的，通常對前面的問題不予肯定，但是對後一問題予以至少某種程度肯定的，並不當然肯定前一問題，其中原委頗值推敲（詳後）。

這兩個問題對較早期的法律文化和對法律實證主義鼎盛時期一樣是多餘的。在制定法出現以前，總是先有法官，由他來決定法律。「左傳」記載晉貴族叔向的話：「先王議事以制，不為刑辟」，即由貴族決定如何處理個別法律案件，而並無法律的制定。法國民法的主要起草人 *Portalis* 也說，西方歷史上是先有法官，以後才有制定法，法官造的法，通常也都有相當程度的持續性¹¹，因此在那個階段，判決的法源性根本不容置疑。至於法律實證主義一旦成為官方的意識形態，法律制定即由立法機關獨占，法院判決既無由創設規範，更無從產生形式的拘束力，從而判決的法源地位被否定得很徹底，毫無爭執餘地。在我國法律實定主義的極政，是戰國末期和大一統的秦朝，法家集大成者韓非子嚴厲警告法官：「不遊意於法之外，不為惡於法之內」（有度篇

11. Kriele 著 *Recht und praktische Vernunft*, 1979, S. 71 ff.

），「不引繩之外，不推繩之內，不急法之外，不緩法之內」（大體篇），而「法者，編著之圖籍，設之於官府而布之於百姓者也」（難三篇），到了秦朝更把「儒以文亂法」懸為厲禁，以致「偶語詩書者棄市」（史記李斯列傳）。歐陸的法律實定主義則在公元六世紀羅馬的優帝（Justinianus）勅纂羅馬法會典（corpus iuris civilis）以後首次達到高峯，會典以外別無法源，援引舊法或評論新法視為作偽依律科刑；十八、九世紀之交，法典制定再度風行，法國 1791 年刑法第一條禁止法官為任何裁量，條文多達一萬九千條的普魯士邦法典禁止法官對條文作擴張或限制解釋，遇有疑義但得聲請法規委員會決之（法例第 47 條），任何裁判不得參考學者見解或舊裁判先例（法例第 6 條）¹²。

然而，越過了法律實定主義的高峯以後，判決在各實定法體系中的法源地位便或高或低，或者「妾身不明」，比較粗糙的二分法則謂在大陸法系國家判決並無法源地位，而在英美法系國家傳統上卻是最重要法源，實際情形自然要複雜得多，尤其不能忽視介於二者之間的第三類國家（mixed jurisdictions）。下面便先就判決在這三種類型國家的法源性略作探討，再回頭看看我國的情形。

肆、判決的法源性—外國

一、大陸法系

優帝的名言：「裁判依法不依例」（non exemplis sed

12 參閱Rehfeldt/Rehbinder, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1973, Kap. 31。

legibus iudicandum est.) 至今仍相當程度地支配歐陸國家的法律方法論，儘管法律實務和理論之間已經顯示了不小的差距。以下僅就有代表性，而且對我國法律較具影響力的德國、法國和瑞士撮要述之。

甲、德國

現代的德國法制基本上仍以制定法 (Gesetz) 為重心¹³。法院的判決只對系爭案件有意義，既判力只及於訴訟當事人，對於處理類似案件的其他法院無任何拘束力。唯一的例外是聯邦憲法法院的判決，依聯邦憲法法院法第卅一條第一項該法院判決拘束聯邦和各邦憲法機關以至所有法院和行政機關，第二項進一步規定判決在特定情形有法律的效力。基本法第九十七條第一項宣示法官獨立的古老箴言，「只服從制定法 (Gesetz)」(法院組織法第一條與法官法第廿五條採用相同的語句)，但第廿條第三項的規定略有不同：司法裁判「受制定法和法律 (Gesetz und Recht) 的拘束，從而法官不受判決先例的拘束似乎相當清楚。然而再透視整個實定法體系，卻也不盡然。

首先，根據國家提供司法保障的義務¹⁴，法官不得以沒有法律為理由而拒絕裁判，因此法官在沒有法律的時候不但有權利，甚至有義務創設法律¹⁵，這種創設自然不違背基本法上法官服從法律的義務和三權分立的憲法設計¹⁶，綜合二十、九十七條來解

13. Engisch 著 Einführung in das juristische Denken, 7 Aufl., 1977, S. 43 ff.

14. Baumann 著 Einführung in die Rechtswissenschaft, 1967, S. 437

15. R. Fischer 著 Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971.

釋，後者只是爲了強調法官的獨立而保留的傳統語句，殊不能狹隘的解釋成法官只受制定法的拘束¹⁷，在制定法之外再加上「法律」，基本法的立法者已經爲法源問題開了一道大門。制定法指的是一切成文法，法律則指一切有效的不成文法¹⁸。因此法院組織法第 137 條第 1 項規定最高法院聯合庭有權在必要時「創設法律」（Fortbildung des Rechts）或促成「法律統一」（einheitliche Rechtsprechung）¹⁹；同法第 121 條第 2 項規定高等法院就刑事案件在一定情形下如要爲與其他高等法院或最高法院不同的裁判，應呈報最高法院，第 136 條規定最高法院聯合庭（die Großen Senate）和大聯合庭（die Vereinigten Großen Senate）在民事或刑事庭要變更他庭或聯合庭見解時的特別管轄權²⁰。雖然在解釋上這時候法院並不當然受判決先例的「拘束」，但是變更見解的自由確已大受限制，憲法法院卻不認爲這種限制與基本法第 97 條第 1 項保障的法官獨立性有所抵

-
16. 憲法法院在數次判決中對法院的造法活動認可，如 BVerfGE 20,162 (219)；25, 167 (181)；34, 269 (286 ff.)
 17. Maunz 著 Deutsches Staatsrecht, 21 Aufl. 1977, S. 270；而且制定法（Gesetz）在德國法中的使用常常不限於法律位階論裡的「法律」。德國民法施行法第二條，民事訴訟法施行法第十二條及法官法第卅八條就明文規定民法中制定法泛指一切「法律規範」（Rechtsnorm），雖然大多數學者依照「歷史解釋」方法把法律規範限制於制定的法令和習慣法，但這是 1900 年立法者的意思，在今天這個概念是否還可以擴張，不無斟酌餘地！
 18. Schmidt/Bleibtreu/Klein 編基本法評釋，4 Aufl., Art. 20, Rn. 13a.
 19. 參閱 BGHZ 3, 308.
 20. 參閱鄧忠科著：「中德司法制度比較研究」，69 年版，第 82 頁。

觸：因為本質上九十七條保護的是司法權不受行政和立法兩權的干涉，與司法權內部的彼此拘束無涉²¹。事實上，基本法第九十五條在 1968 年增列了第三項，明文規定「為維護裁判之統一，應設置第一項各法院之聯合庭，其詳另由法律定之」，同年通過此一法律，從此，法官獨立和法律統一這兩個看起來難免矛盾的價值在憲法上取得了同等的地位²²。

綜合上面的敘述至少可以得到一個結論：無論是法官的創造法律活動或者以法院判決為有拘束力的法源，與基本法的精神都無不合，從若干基本法和普通法的規定以及司法實務看來，甚至有這樣的傾向，不過實務同時充分顯示，判例無論如何不足與制定法等量齊觀，憲法法院在一個重要判決裡明白表示變更判決先例尚不構成憲法平等原則的違反，也不抵觸「法律不溯既往」原則²³。另一方面，實定法中卻也同樣找不出具體的規定為判決的法源提供有力的證明。因此學者的意見相當分歧。

傾向法律實定主義（*Rechtspositivismus*）的學者，如 Flume，對法官的造法活動自然比較保留，法官除了以個別法規範為準據以外，最多還能以全體法律秩序為依歸從事解釋活動，逾此便無合法性，而且實定法以制定法為重心，判決無法作為裁判的基礎²⁴；多數學者卻對法官造法活動不但認知而且予以程

21. 參閱 BVerfGE 12, 67.

22. Baur 文載於 Weitnauer 紀念集，1980，S. 247-259 詳細討論這個問題。

23. 參閱 BVerfGE 18, 224 (240 f.)

24. 參閱 Flume 著 Richter und Recht, 1967；另外與他思想接近的如 Diederichsen 在 Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 1974 一書中也指出所謂的法官造法活動有相當部分都造成了違法的結果，S. 62。