

基本案情·裁判要旨·学理研究·结论性观点

集萃200期《月旦法学》杂志的民事法判例

《月旦法学》

民事法判例研究汇编

CASE BOOK OF YUE DAN TAIWAN
LAW REVIEW CIVIL LAW VOLUME

中国政法大学民商经济法学院

西南政法大学民商法学院 《月旦法学》杂志编委会 / 编

主编 赵万一 郑佳宁



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

基本案情·裁判要旨·学研究·结论性观点

集萃200期《月旦法学》杂志的民事法判例

《月旦法学》

民事法判例研究汇编

CASE BOOK OF YUE DAN TAIWAN
LAW REVIEW CIVIL LAW VOLUME

中国政法大学民商经济法学院

西南政法大学民商法学院 《月旦法学》杂志编委会 / 编

主 编 赵万一 郑佳宁

编 委 侯东德 易 军 汪青松 寇广萍 戴孟勇
陈 汉 魏 华 李晶晶 袁淼英 韩 东



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

《月旦法学》民事法判例研究汇编/赵万一,郑佳宁主编. —北京:北京大学出版社,2016.7
ISBN 978-7-301-26625-0

I. ①月… II. ①赵… ②郑… III. ①民法—案例—中国 IV. ①D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 297979 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行。

- 书 名 《月旦法学》民事法判例研究汇编
《Yuedan Faxue》Minshifa Panli Yanjiu Huibian
- 著作责任者 赵万一 郑佳宁 主编
- 策划编辑 陆建华
- 责任编辑 苏燕英
- 标准书号 ISBN 978-7-301-26625-0
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱 yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印刷者 北京中科印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 730 毫米×1020 毫米 16 开本 30.5 印张 794 千字
- 2016 年 7 月第 1 版 2016 年 7 月第 1 次印刷
- 定 价 129.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

经由案例研究,形成“中国”民法学(代序)

一、案例研究与“中国”民法学

“中国”民法学如何形成?这个问题长期萦绕在我心头。

后发的中国法制领域,是各先进立法例之间的竞赛场。德国法、法国法、日本法、意大利法、瑞士法、英美法等,在中国都有代表,他们在中国法制的角斗场上翻翻滚滚地混战。热闹之余,静下心来一想,不禁有一股凉意涌上心头——如果从法条到理论,我们的民法就是一个各国民法的杂拼版,它就应当叫做德法日意等国民法学,凭什么叫“中国”民法学呢?中国民法学者的贡献在哪里?

中国民法形成的关键,在于形成一套中国的民法解释论体系。法条与理论居于上,本土案例居于下,上下两层之间的血肉联系,就是本土的法解释论。我们的法条和理论均可能源于域外,但它们之前没有被用于分析解决中国案例;再强大的外国教授,也不可能代我们去做这一上下联系的工作。我们一旦去做了,并在以本国法条为起点,再追求上有合体系性、下有个案妥当性地解决本土案例的过程中,形成一套本土的法解释论,这一工作就有了原创意义。这就是世界法学知识的增量,这就是中国民法学者的贡献。

可以说,如果缺乏本土案例研究,我们的工作就只是在搬运。有了本土案例研究,原创意义才会以这一点为源头迸发出来,犹如画龙点睛,赋予我们其余的工作以生命和意义。

二、判例研究与大陆法系的民法传统

重视判例研究,已是当下大陆法系的共同趋势。这一点貌似与常识有违,但却是不争的事实。

判例在英美法系是法源,受到重视理所当然。但在当下的大陆法系,判例一样受到极大重视,尤其是最高法院的判例,常被作为实质意义上的法源对待。笔者有在美国与德国长期访学经历,对以上体系深有体会。德国联邦最高法院的判例堪称当代德国民法研究中最优先的对象,新判例甫一公布,会立刻引来法学教授的争相评论,焦点一方面在于凸显和评价其创新,另一方面在于如何将其融入既有体系。代表德国民法最高水平的法典评注,就是法条、法理与判例浑然凝结形成的板块;法律人遇到问题时,就可以在其中翻检答案。

判例在成文法体系中为何重要?该问题可作如下的证成。众所周知,成文法纵有法条万千,也不足以涵盖所有待调整的社会现实,此即成文法的不周延性;成文法颁布之后,随着社会的无限发展,必定会有越来越多的新的待调整社会现实出现,此即成文法的滞后性。以上是成文法的天然局限性。从理论上说,成文法可以通过修订来弥补这些缺漏,但修订需要等待时日,且通常是积累相当多的问题之后才会进行一次修订。裁判中的法官却无法坐等,他们面对漏洞时的窘境可想而知。而一旦有了发达的判例制度,就意味着在不修订成文法的情况下,可以利用判例对法律缺漏进行定点补充或更新,这是从司法层面对成文法局限性的一个非常重要的弥补手段。

从方法论上说,法律的适用方法有三种:规则的适用方法是涵摄,原则的适用方法是权衡,而判例的适用方法是类比。以上三者完全可以在同一大陆法系立法例下统一起来,互为补充,相得益彰。

三、中国的案例制度与案例研究

最高人民法院在制度建设上,长期以来发展了不同形式的案例制度,如《最高人民法院公

报》、最高人民法院中国应用法学研究所编辑的《人民法院案例选》等。最受关注的,当数最高人民法院指导性案例。指导性案例迄今已经公布了11批共56个,最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条规定:“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照。”等于以司法解释的方式肯定了指导性案例的实质性法源地位。这是我国案例研究的利好。

我国案例研究的重要利空,是法院判决书的说理还很薄弱,越是基层人民法院,这种情况越突出。在我国的法院判决书中,充斥着列举事实之后“根据某法某条,判决如下”的表述,从条文到结论之间的过程尤如一个黑箱,隐置了法官的思维和判断,使得法律适用难以控制和检验,来自学说的力量难以与司法协力,也使判决书中蕴含的本国法治资源无法积累和生长。判决书说理薄弱有各方面的原因,其中一个重要的客观因素,恐怕是当下中国法官过高的办案量。试想,当一个基层法院法官每年要办四五百个案件(平均一个工作日两件)时,法官心里恐怕就只剩下最快地应付事务和最大限度地避免风险的念头,哪里还会想到去精心构想一个判决书呢?判决书说理的薄弱,影响了学说与司法的协力和本土法解释体系的形成。而判决书说理的增强,实须在司法改革的大背景下才能合理期待。

但是,学者不能因客观方面有待完善而放弃自己的责任。应当承认,随着我国民法学研究从立法论到解释论的变迁,案例研究也逐渐得到了一定的重视,研究成果中的本土案例分析成份在明显增加,一些中青年学者也开始将案例研究作为重心。但同样不能否认的是,本土案例研究还没有被当做法学作品中不可或缺的存在,本土案例研究的代表性成果还未出现,大规模、体系化、堪为法典评注奠基的本土案例梳理还未开始。一国的法学研究,最直接的目的就是服务于妥当判决的产生,这一点不经由大量本土案例研究,根本无从实现。对此,中国民法学界责无旁贷,也有很长的路要走。

我国台湾地区已有长期的判例研究传统和积累,王泽鉴先生的“民法学说与判例研究”是不朽的丰碑。但大陆民法学界对台湾地区的民法判例研究,却常常仅限于王先生的“天龙八部”,对王先生之外诸多优秀学者的优秀判例研究作品,却少有机会接触和学习,诚为遗憾。北京大学出版社蒋浩先生独具慧眼,发现了《月旦法学》杂志上刊载的诸多台湾地区优秀民事判例研究作品,并邀有能力的编者把它们集结成书,展现于广大读者面前——《〈月旦法学〉民事法判例研究汇编》。该书包括物权、债权、知识产权、婚姻家庭继承、侵权、商事法、民事程序法七部分,作者中既有前辈大家,也有新锐学者。论文普遍采取了法教义学与比较法相结合的研究方法,论述充分,说理透彻,是判例研究的精品佳作,值得大陆民法学界品读借鉴。

特别值得一提的是本书的两位主编。赵万一老师是民法学界的大家前辈,是西南政法大学民商法学科学术带头人;我作为后生晚辈,对赵老师的学术水平一向非常景仰。郑佳宁老师是民商法学界新秀,对外联系广泛,研究成果丰富,与我在同一教研室中经常交流。大家与新秀联袂,更使读者对合作成果多了一重期待。应佳宁之邀,在拜读了赵老师与佳宁主编的这部判例研究论文集后,结合自己以往的思考,谈一些感受,聊作序言,敬请大方之家指正。

希望经由本土案例研究,我们能够早日面无愧色地在民法学之前冠以“中国”之名。



中国政法大学教授、博士生导师

2016年5月

目 录

第一编 物 权

“土地与房屋不同属一人所有”不宜类推适用“民法”第四二五条之一

——“最高法院”2007 年台上字第 1359 号判决在法学方法论上的再思考 吴从周 003

债权、物权相对化(二)

——“最高法院”2007 年台上字第 1359 号判决评释 谢哲胜 013

对信托财产的强制执行

——“最高法院”2000 年台抗字第 555 号裁定评释 谢哲胜 021

违章建筑的事实上处分权

——“最高法院”1954 年台上字第 856 号判例、1978 年第二次民事庭决议(一)、1980 年台上字第 3726 号判决、1997 年台上字第 2272 号判决评释 谢哲胜 032

第二编 债 权

种类之债或选择之债?

——“最高法院”2008 年台上字第 1278 号民事判决评释 吴从周 041

一般情事变更原则于给付工程款案例之适用

——兼评“最高法院”2005 年台上字第 898 号判决 姚志明 056

承揽瑕疵损害赔偿与不完全给付于“最高法院”判决发展之轨迹 姚志明 072

预售屋广告之契约拘束力

——评“最高法院”2003 年台上字第 2694 号判决及相关判决 姜炳俊 083

连带债务与不真正连带债务

——评“最高法院”2000 年台上字第 1734 号民事判决 王千维 092

继续性契约下之阻却给付迟延责任之事由

——评“最高法院”1998 年台上字第 2259 号判决 陈洸岳 099

性质错误与动机错误

——评“最高法院”2000 年台上字第 465 号判决 陈洸岳 105

条件与期限

——评“最高法院”2000 年台上字第 2747 号判决 陈洸岳 111

预扣利息与金钱借贷之成立

- 评“最高法院”1998 年台上字第 2244 号判决 刘春堂 117

违约金分类标准之建立暨现行法违约金相关问题之省思

- 评“最高法院”1994 年台上字第 2879 号判决 林忠义 124

非对话意思表示的生效时点

- 评“最高法院”1997 年台抗字第 628 号民事裁定 黄立 131

旅游广告的效力以及异常条款问题

- 评台湾地区台北地方法院 1998 年重诉字第 760 号民事判决 黄立 135

预售屋契约适用“消费者保护法”之时点

- 兼论“最高法院”2001 年台上字第 443 号民事判决 黄立 142

板桥地方法院 2000 年重诉字第 65 号“博士的家”判决评析

- 黄立 146

论违背据实说明义务之解除权与意思表示被诈欺之撤销权

- “最高法院”1997 年台上字第 2113 号判例之检讨 刘宗荣 163

第三编 知识产权

均等论与禁反言之“权利纠葛”

- 评“最高法院”2007 年台上字第 1134 号民事判决及其下级法院判决 沈宗伦 177

第四编 婚姻家庭、继承

论破绽主义离婚法之转折与突破

- 兼评“最高法院”2009 年台上字第 1223 号判决 吕丽慧 203

台湾日据时期之养女与养媳

- 评“最高法院”1999 年台上字第 1943 号判决 邓学仁 215

日据时期夫与妾收养子女之效力

- 评“最高行政法院”2000 年判字第 598 号判决 邓学仁 222

虚伪出生登记之亲子关系

- 评“最高法院”1999 年台上字第 2318 号判决 邓学仁 229

论否认子女之诉与真实主义

- 评释字第 587 号解释 邓学仁 235

“民法亲属编施行法”第六条之一之适用

- 评“最高法院”1998 年台上字第 2316 号民事判决 郭振恭 244

确认亲子关系存否之诉与认领之无效

- 评析“最高法院”2008 年台上字第 1613 号判决 郭振恭 250

离婚后酌定、改定子女监护人之准据法

- “最高法院”1993 年台上字第 1888 号判决之评释 陈荣传 257

第五编 侵 权

从消费者保护之观点检讨金融卡盗领之风险分担原则

- 以“最高法院”2001 年台上字第 330 号判决为例 杜怡静 269

度假村会员权纠纷与“消费者保护法”第 19 条无条件解约权之适用

- 1998 年简上字第 91 号判决评释 杜怡静 278

棒球比赛中观众遭飞球击伤的责任探讨

- 评板桥地方法院 2006 年诉字第 1016 号判决 邵庆平 288

民法上的过失概念

- 以“最高法院”2007 年台上字第 1649 号判决为反思出发点 游进发 296

涉外亲子间法律关系判决之评析

- 评“最高法院”1993 年台上字第 1835 号判决 林益山 306

餐厅的商品与服务责任问题

- 评台北地方法院 1999 年诉字第 2039 号及同院 1999 年诉字第 541 号民事
判决 黄 立 309

第六编 商 事 法

劳动能力丧失与慰抚金的调整补充机能

- “最高法院”2004 年台上字第 1489 号民事裁判评释 陈聪富 321

受雇人执行职务之行为

- 评“最高法院”1997 年台上字第 1497 号判决 陈聪富 328

脱法行为、消极信托及借名登记契约

- “最高法院”2005 年台上字第 362 号民事判决评释 陈聪富 333

消极信托和借名登记形同脱法行为

- 实务相关判决评释 谢哲胜 343

第七编 民事程序法

“民事诉讼法”第 3 条于涉外案件之运用

- “最高法院”2004 年台抗字第 176 号裁定评析 吴光平 357

否认子女之诉与确认亲子关系不存在之诉

- “最高法院”2003 年台上字第 1643 号判决解释论之批判 李木贵 375

国际管辖权的合意

- 评“最高法院”2003 年台上字第 2477 号民事判决 陈启垂 398
- 法院为重整裁定前快速筛选机制之研究
- 从台湾高等法院 2002 年抗字第 4078 号民事裁定谈起 庄佳玮 409
- 申请本票裁定强制执行非讼程序上时效抗辩之审究
- “最高法院”2005 年台抗字第 308 号裁定评释 许士宜 416
- 民事诉讼当事人诉讼权之保障
- 兼评“最高法院”1940 年上字第 2003 号判例、1952 年台上字第 94 号判例、1969 年台上字第 3015 号判决、1992 年台上字第 90 号判决 张文郁 428
- 当事人变更与追加
- 评“最高法院”2010 年台抗字第 393 号裁定与台湾高等法院 2010 年抗字第 1332 号裁定 刘明生 444
- 特别法对消灭时效期间无规定时应回归原则
- 评台中地方法院 1999 年诉字第 561 号民事判决 黄立 454
- 再论以仲裁判断强制执行之执行名义
- 兼评台湾高等法院 2001 年重上字第 300 号民事判决 吴光陆 459

第一编 物 权

“土地与房屋不同属一人所有”不宜类推适用“民法”第四二五条之一

——“最高法院”2007年台上字第1359号判决在法学方法论上的再思考

吴从周*

基本案情

本件事实是依据第二审台湾地区高等法院之判决认定,略为:系争房屋,系于1984年由其基地之所有权人即被上诉人乙(即本件被告)之父亲林○成一人出资34万元,以被上诉人乙为起造人名义申请建造执照,委托刘○华建筑师兴建,作为林○成所营造连锁便当店之中央厨房之用,并取得使用执照,其后并以此形式缴纳税金,故“乃属赠与资金予儿女盖屋并且由儿女立即取得房屋所有权之情形”。因为类似情形亦曾发生过,亦即林○成于其长女林○净结婚前之1977年,林○成也是以林○净为起造人,于林○成所有之台中市○区○○段173之48/地号土地上,建造台中市○○路213巷10号房屋一栋,嗣于林○净结婚后房屋所有权亦归林○净所有。被上诉人乙则于2004年8月24日申办系争房屋之第一次(保存)登记。

嗣林○成于1997年病危后,却于1998年1月将系争土地赠与登记为其母谢○霞所有,谢○霞则于2005年7月将系争土地出售予上诉人甲(即本件原告),甲乃依“民法”第767条无权占有之规定,诉请系争房屋现占有人乙拆屋还地。

裁判要旨

一、高等法院判决理由

第二审台湾地区高等法院台中分院2006年重上字第130号判决采取否定见解,理由论述非常详尽,为求下文说明与讨论方便,将其分成以下两点臚列:

(1) 按土地与房屋为个别之不动产,各具相当之使用及经济价值等,各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,亦即房屋之存在及使用房屋必须使用该房屋之地基,而不容轻易变动,此为房屋基地之使用权恒定原则,为房屋与其基地使用关系之基本法理,而为近代民法权利社会化、物权相对化、债权物权化发展趋势之所在,是早在1959年,“最高法院”即以1959年台上字第1457号判例揭示“土地与房屋为个别之不动产,各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,亦即使用房屋必须使用该房屋之地基,故土地及房屋同属一人,而将土地及房屋分开同时或先后出卖,其间虽无地上权设定,然除有特别情事,可解释为当事人之真意,限于卖屋而无基地之使用外,均应推断土地买受人默许房屋买受人继续使用土地”之法旨,嗣“民法”于1999年修正,复基此而新增第425条之1,规定:“土地及土地上之房屋同属一人所有,而仅将土地或仅将房屋所有权让与他人,或将土地及房屋同时或先后让与

* 台北大学法律学系副教授。

相异之人时,土地受让人或房屋受让人与让与人间或房屋受让人与土地受让人间,推定在房屋使用期限内,有租赁关系。其期限不受第四百四十九条第一项规定之限制。”予以明文化,而确定上开债权物权化之大原则。

(2) 又按法律无规定者,相类事实得比附援引,类推适用相类之法理,此为“民法”第1条之基本精神。揆之上开判例及“民法”新增第425条之1规定之法旨,乃基于房屋及基地之使用权关系恒定暨房屋暨得使用权(笔者按:“暨”字为判决原文,似应为“既得使用权”之误)保护原则之考虑,而肯认基地使用权不因基地物权之嗣后变动而受影响之法则,是房屋所有权人对土地所有人原已取得基地利用权,嗣将土地或房屋出卖致房地异主时,虽与上开判例或“民法”新增之规定所称之“土地及房屋同属一人”情形未尽相同,惟乃与上揭基本法则相类,自可类推适用之,并据“最高法院”以2002年台上字第1919号、2003年台上字第1984号、2004年台上字第1328号判决要旨阐释甚详在案,可资遵循。是于房屋所有权人对房屋基地原已合法取得利用权者,虽其后基地物权发生变动,于房屋仍可使用之年限内,因受让而取得土地所有权者,当不得任意终止其使用关系,乃当然之结论,至该土地权利人得依租赁之法律关系请求房屋权利人给付租金,要属另一问题参照“最高法院”2004年台上字第1328号判决要旨。

二、“最高法院”判决之理由

“最高法院”对此作出之2007年台上字第1359号判决,基本上与第二审法院相同,但又另外单独补充一段独立论述,作为第三审判决的理由:“查系争房屋之建造即为系争土地原所有人林○成实际所出资,核与系争土地及房屋同属一人所有者相类,堪认林○成于出资建造时应已认知并允许该屋于堪用之期限内继续使用其基地,且上诉人于买受系争土地时,系争房屋已存在多年,当难诿为不知,自无不许类推适用民法第425条之1规定及本院1959年台上字第1457号判例之理由,应可推断上诉人已默许被上诉人乙之系争房屋继续使用系争土地,始与诚信原则及社会正义之要求无违,此与本院1970年台上字第2490号判例所揭房地现占有人与原所有人间订有单纯使用借贷契约之事实有别。原审因以上述理由,为不利于上诉人之论断,经核于法洵无违误。”

学研究

一、问题之提出

本判决所涉及的事实,其实“最高法院”曾经出现过多种不同的见解,为此该院还特别召开2006年第16次民事庭会议决议,以求统一不同见解之“最高法院”判决。“最高法院”此一判决之事实,其实不脱上开决议之提案讨论对象^①,但值得注意的是,在该决议作成之后的本件判决,见解似乎依然偏离“最高法院”之统一见解。

最近,学说上对此一“最高法院”判决(含第二审高等法院台中分院判决),从债权物权相对化的观点予以肯定与赞扬,学者见解固甚有见地^②,但如果从法学方法论的思考角度观察,则此一判决容有诸多可以进一步检讨之处,为此,本文拟从法学方法论的角度,对此一判决再作思考。

^① 本判决与2006年第16次民事庭会议决议事实的差异点,只在于:前者,也就是本判决,是土地所有权人异人,后者则是房屋所有权人异人而已。关于本决议之详细评释,参见吴从周:《债权物权化、推定租赁关系与诚信原则》,载《台湾本土法学杂志》2008年第111期,第1—25页。

^② 参见谢哲胜:《债权、物权相对化》(二),载《月旦法学》2008年第162期,第196—206页。

本件“最高法院”与高等法院台中分院之见解,其实是一致的,这两个判决共同涉及如下疑问:

(1) 本判决作出于“最高法院”2006年第16次民事庭会议决议之后,但在结论上却与该决议结论不同,逸脱“最高法院”决议统一解释适用法律之功能,是否妥当?

(2) 高等法院之判决谓“民法”第425条之1是“确定债权物权化之大原则”,是否正确?

(3) “民法”第425条之1规定以“土地及房屋同属一人所有”为要件,就“土地与房屋不同属一人所有”之情形,系立法者有意排除不为规定抑或疏未规定?

(4) 本判决倘不宜将“土地与房屋不同属一人所有”之情形,类推适用“民法”第425条之1规定,有无其他解决途径?

二、形式上的疑问

(一) 在2006年第16次民事庭会议决议之后

本判决所涉及之疑问,乃是“最高法院”曾经出现过的不同见解的通案案型,“最高法院”并为此于2006年11月14日作出2006年第16次民事庭会议决议,提出3种不同的看法进行讨论,分别从有无可能将使用借贷契约之债权效力物权化(甲说),在土地与其上之房屋不同属于一人时,有没有可能类推适用“民法”第425条之1(乙说),以及是否宜交由具体个案情形斟酌双方当事人的损益,而委诸诚信原则与禁止权利滥用等加以控制(丙说),最后作成结论。值得强调的是,“最高法院”上开决议的结论并未采取前面两种说法,而是采取第三种说法,决定交由具体个案,以诚信原则调整当事人之间的法律关系。决议结论为:“采丙说;视具体个案情形决定之。按使用借贷契约系债之关系,仅于当事人间有其效力。丙买受系争房屋,并不当然继受其前手与系争土地所有人间之使用借贷关系,原则上不得执该关系主张其有使用系争土地之权利。惟于具体个案,尚应斟酌当事人间之意思、交易情形及房屋使用土地之状态等一切情状,如认为土地所有人行使所有权,违反诚信原则或公共利益或以损害他人为主要目的,仍应驳回其请求。”

查本件台湾地区高等法院台中分院是在同年即2006年12月12日辩论终结,于同年12月26日作出判决宣示,已在该决议作成后将近1个月,却未能参考这个决议的见解,依然采取“最高法院”总会决议结论所不采纳的“类推适用民法第425条之1”。第二审法院或许未及参考嗣后始公布的该决议,虽属可惜,但尚可理解。

但令人惊讶的是,宣示判决日期为2007年6月21日的本件“最高法院”判决,由其判决文字固然可以推测其已经考虑到上开2006年第16次民事庭决议的结论,因此谓:“应……许被上诉人乙之系争房屋继续使用系争土地,始与诚信原则及社会正义之要求无违”,但却又同时认为,“系争房屋之建造既为系争土地原所有人林○成实际所出资,核与系争土地及房屋同属一人所有者相类,堪认林○成于出资建造时应已认知并允许该屋于堪用之期限内继续使用其基地,且上诉人于买受系争土地时,系争房屋已存在多年,当难委为不知,自无不许类推适用民法第425条之1规定及本院1959年台上字第1457号判例之理由”,似乎又兼采上开民事庭决议所不采、“土地与房屋不同属一人”得类推适用第425条之1的乙说,令人费解。足见“最高法院”即便在作出上开决议之后,其内部见解似仍未统一,对于法律的统一适用,影响甚巨。

(二) 四票赞成 vs. 十票反对

本判决的另一个形式上的疑问系,第二审判决提出用以支持其“土地与房屋不同属一人所有”的论据,是“最高法院”曾经作出的2002年台上字第1919号判决、2003年台上字第1984号判

决及2004年台上字第1328号判决,亦采相同说法。第二审法院引用“最高法院”的上开3个判决的见解,固非无据。其实,如果笔者没有遗漏,除了这3个判决以及本件“最高法院”2007年台上字第1359号判决外,应该还有一个采取相同见解的“最高法院”2006年台上字第551号判决。

在本判决之前的总共4个赞成类推适用的判决,可称为“赞成类推适用说”中理由论述最详尽、最具代表性者,堪推2002年台上字第1919号判决。笔者推测,本件第二审判决之说理应系受到此一判决相当大的影响。该判决谓:按本院1959年台上字第1457号判例谓:土地与房屋为个别之不动产,各得单独为交易之标的,且房屋性质上不能与土地使用权分离而存在,即使用房屋必须使用该房屋之地基,故土地及房屋同属于一人,而将土地及房屋分开、同时或先后出卖,其间虽无地上权设定,然除有特别情事,可解释为当事人之真意,限于卖屋而无基地之使用外,均应推断土地承买人默许房屋承买人继续使用土地。寻绎其规范之本旨,乃侧重于房屋所有权与基地使用权一体化之体现,并基于房屋既得使用权保护原则之考虑,进一步肯认基地使用权不因基地物权之嗣后变动而受影响,借以调和土地与建物之利用关系,庶符社会正义之要求。是房屋所有人对土地所有人原已取得基地使用权,嗣将土地或房屋出卖因致房地异主时,虽与上开判例所称之“土地及房屋同属一人”情形未尽相同,但就该判例规范之目的及债权物权化之趋势而言,得否依“相类事实,应为相同处理”之法理而为类推适用,即值深究。

但是,姑不论第二审判决忽略了前述其作出判决时已经存在的2006年第16次民事庭总会决议之不同结论,即便就第二审判决作出时已经存在的“最高法院”判决而言,绝大部分的判决都是采取反对“土地与房屋不同属一人所有”可以类推适用“民法”第425条之1的判决。因此,“反对类推适用说”其实才是居于多数。^③就笔者所搜集到采反对说的判决,至少尚有:“最高法院”2008年台上字第721号判决、2007年台上字第1322号判决、2006年台上字第2717号判决、2005年台上字第551号判决、2003年台上字第968号判决、2002年台再字第30号判决、2001年台上字第1366号判决、2000年台上字第273号判决、1997年台上字第3515号判决、1995年台上字第2886号判决共10个判决,均强调:“民法”第425条之1或1959年台上字第1457号判例,系以“土地及房屋同属一人所有”为适用之前提要件。

此处可举判决理由具有相当代表性的为最近“最高法院”2007年台上字第1322号判决。该判决的第二审见解(高等法院台中分院2006年台上字第245号判决)原本亦采“赞成类推适用说”,认为,系争土地与系争厂房屋非同属一人所有,虽无法直接适用“最高法院”1959年台上字第1457号判例及“民法”第425条之1,但被上诉人于1987年间经系争土地当时所有权人陈○长等三兄弟之同意,在系争土地上兴建系争厂房,嗣该等土地因分割、赠与辗转登记在上诉人名下,其情形既与“最高法院”1959年台上字第1457号判例及“民法”第425条之1,系基于房屋与基地之使用权关系恒定及房屋既得使用权保护原则之考虑,肯认基地使用权不因基地所有权变动而受影响之法理相类,自可类推适用上开判例及法条。故受赠取得系争土地所有权之上诉人,仍应受其前手同意被上诉人在该等土地上兴建系争厂房之拘束,亦即被上诉人得对上诉人主张其有使用系争土地之正当权源,上诉人以陈○长等三兄弟出具之土地使用同意书仅具债权之效力,而谓

^③ 笔者在2007年4月的一篇文章《推定租赁关系:民法第四二五条之一之适用与类推适用》中,即已指出此一争论之概况,参见吴从周:《推定租赁关系:民法第四二五条之一之适用与类推适用》,载《民事法学与法学方法》(第三册),2007年10月版,第123—125页。

其不受该同意书之拘束,亦不足采。但“最高法院”以下列理由将其废弃^④,改采“反对类推适用说”:惟按本院 1959 年台上字第 1457 号判例推断土地承买人默许房屋承买人继续使用土地,以及“民法”第 425 条之 1 推定土地受让人或房屋受让人与让与人间或房屋受让人与土地受让人间,在房屋得使用期限内租赁关系存在,乃以土地及其上之房屋同属一人所有为前提,而使用借贷契约既为债之关系,仅于当事人间有其效力,则原审认定被上诉人与陈○长等三兄弟间就系争土地有使用借贷关系,被上诉人嗣后在系争土地上建筑系争厂房,可否类推适用上开判例及法条,径对嗣后取得该等土地所有权之上诉人发生效力,自有再研求之余地。倘不得类推适用,则两造间就系争土地似无使用借贷或租赁关系存在,从而上诉人行使所有权,除别有违反诚信原则或公共利益或以损害他人为主要目的之情事外,其基于“民法”第 767 条之规定,请求被上诉人拆除系争厂房及返还系争土地,似难谓无据。

准此,实务歧见的现况应该是:“四票赞成 vs 十票反对”,“反对类推适用说”应该是实务通说,本判决理应跟随此说才对!当然,真理不能用表决,理论的对错,也不是以多数决为准,本件第二审判决在多数判决以及 2006 年第 16 次民事庭总会决议采“反对类推适用说”的前提下,仍然坚持采取不同的看法,在审判独立的原则上,确属难能。然而其类推适用的论述过程在法学方法论下是否正确无误,却有待进一步检验。

三、方法论上的实质检讨

(一)“土地与房屋同属一人所有”作为关键性要件

首应说明者系,“土地与其上之建筑物同属一人所有”,是与“民法”第 425 条之 1 立法目的完全相同的“物权法”第 876 条规定之关键性要件。因为“土地及土地上之建筑物不同属一人所有”时,并无拟制法定地上权存在之必要,殆为物权法学者间之通说见解。

谢在全教授谓:“土地及其上之建筑物如本即为不同之所有人,则其间利用关系或早有安排,或应由其自行解决之,法律并无介入之必要,故必以土地与建筑物同属一人所有,始有本条之适用。”^⑤姚瑞光教授谓:“苟非二者同属于一人所有,则无论仅以土地或仅以建筑物为抵押,或以土地及建筑物为抵押,于拍卖抵押物时,土地上之建筑物可继续原来利用土地之关系,无庸另行拟制已有地上权设定。”^⑥郑玉波、黄宗乐教授谓:“土地及其土地上之建筑物须属于同一人之所有,若原已异其所有人时,则利用关系已定,无适用本条之余地。”^⑦史尚宽教授亦谓:“抵押权设定时,土地及建筑物须属于同一人,二者属于个别之人,则利用关系已定。”^⑧在物权法学者中,主要似仅见谢哲胜教授采取不同见解,认为土地及其土地上之建筑物不同属一人所有时,为了减少基地与房屋所有权人间自行协商的交易成本,避免拆屋还地的社会成本,应将第 425 条之 1 类推适用于一开始“土地及房屋就不同属于一人”的基地使用借贷的情形,以平衡当事人的权义关系。^⑨

④ 本件废弃发回更审后,高等法院台中分院更一审判决[2007 年上更(一)字第 43 号判决]遵照这个“最高法院”2007 年台上字第 1322 号判决之见解,改采“反对类推适用说”,当事人不服上诉,经“最高法院”2008 年台上字第 721 号判决维持原判决驳回上诉而确定。

⑤ 谢在全:《民法物权论(中)》(修订四版),台北新学林出版股份有限公司 2007 年版,第 569 页。

⑥ 姚瑞光:《民法物权论》,1984 年 10 月版,第 245 页。

⑦ 郑玉波:《民法物权》(修订十五版),黄宗乐修订,台北三民书局 2008 年版,第 293 页。

⑧ 史尚宽:《物权法论》,1987 年 1 月版,第 273 页。

⑨ 参见谢哲胜,注②书,第 204 页。

就“民法”第425条之1规定之要件而言,研究债法的学者似乎也多采取与物权法学者相同的看法,否定“土地及房屋不同属一人所有”有类推适用的可能性。林诚二教授扼要强调:“本条规定适用上以土地及房屋同属一人所有为前提。”^⑩刘春堂教授进一步指出:“本条规定之适用,须土地及其土地上之房屋同属一人所有,其非同属一人所有者,如房屋属于基地承租人或地上权人所有是,则应适用“民法”第425条、第426条之1等规定。”^⑪洵属的论。^⑫

综上,不论是物权法学者还是债法学者对第876条或第425条之1规定的通说见解,都一致明白区分“土地与房屋同属一人”与“土地与房屋不同属一人”所有之情节不同,只有在前者,才会涉及需要法律介入“拟制(视为)有地上权设定”或者“推定租赁关系”,而创设一个新的法律关系,而在后者,则是涉及原有已存在的法律关系(例如使用借贷关系、基地租赁关系),是否“债权物权化”而被继受存在的问题,也就是要不要适用或者类推适用第425条、第426条之1等规定之问题。因此,就如同下文将要指出的,第425条之1与“债权物权化”之规定没有任何关系!

附带言之者,在比较法上,台湾地区“民法”第876条仿自《日本民法典》第388条,该条规定:“土地及土地上存在的建筑物属于同一人所有,而只以其土地或建筑物设定抵押权,又因抵押权实行致使所有权人不同时,视为已经就该建筑物设定了地上权。此时地租,根据当事人的请求,由法院确定。”^⑬亦以“土地及房屋同属于一人所有”为适用上重要的前提要件。

(二) “民法”第425条之1与“债权物权化”无关

由上开论述可知,第425条之1的立法目的,是为了避免危害社会经济所设的特别规定,与第425条所谓的“买卖不破租赁”,是为了保护社会经济之弱者而使得“租赁物权化”,取得某程度之物权效力而得以对抗租赁物之受让人,并不相同,因此,第425条之1之规定与债权物权化应无干涉,与第425条属于债权物权化的典型案例,应属二事。^⑭

准此以解,前述第二审法院判决理由第一点中,谓:“房屋之存在及使用房屋必须使用该房屋之地基,而不容轻易变动,此为房屋基地之使用权恒定原则,为房屋与其基地使用关系之基本法理,而为近代民法权利社会化……趋势之所在”,固可赞同。但随即又加上,也是“物权相对化、债权物权化发展趋势之所在,是早于1959年,‘最高法院’即以1959年台上字第1457号判例揭示……(此)法旨……民法于1999年间修正,复基此而新增第425条之1规定予以明文化,而确定上开债权物权化之大原则”,把第425条之1误为“债权物权化”原则之表现,则嫌误解矣!

(三) “土地与房屋不同属一人所有”是立法者有意排除抑或疏未规定?

前述高等法院第二点理由固然正确思考了“土地与房屋不同属一人所有”与法文所称之“土地及房屋同属一人”情形未尽相同,前者已超过后者之法律“可能文义范围”,无解释之可能,故属法未明文,应构成法律漏洞。因而求诸“民法”第1条之“基本精神”(按即“法理”),应类推适用相类似规定之法理,考虑应否将“土地及房屋同属一人”之规定,类推适用于法未明文的“土地

^⑩ 林诚二:《法律推定租赁关系》,载《民法问题与实例解析》(一),瑞兴图书股份有限公司2005年版,第358页;林诚二:《民法债编各论》(上)(修订二版),瑞兴图书股份有限公司2003年版,第395页。

^⑪ 刘春堂:《民法债编各论》(上),2003年版,第231页。

^⑫ 其他的债法各论教科书对于本条之论述,包括邱聪智:《新订债法各论》(上),姚志明校订,元照出版有限公司2002年版,第310页,以及黄立主编:《民法债编各论》(上),元照出版有限公司2002年版,第291—292页,虽均未特别区分说明,但在论述的前后脉络上显然都以限于“土地与房屋同属一人”之要件为限。

^⑬ 参见渠涛:《最新日本民法:日本民法典》,法律出版社2006年版,第81页。

^⑭ 参见吴从周,注①书,第16页。