



中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江 平 王泽鉴

主 编 张双根 田士永 朱庆育 王洪亮 张 谷



元照系列

本期主题

民法解释学的实践

主题报告

台湾民法解释学之发展现况——着重在本土判决实践的印证 [吴从周]

民法解释学在中国大陆的实务运用——一个对照观察 [戴孟勇]

专题文献

私法的重构 [卡尔·拉伦茨 著 魏曦岚 韦冠鹏 译]

民法总则的价值 [恩斯特·齐特曼 著 王洪亮 译 田士永 校]

民法典总则的功能及其作用的限度 [克劳斯-威廉·卡纳里斯 著 陈大创 译]

论“意思”与“表示”的关系——关于意思表示构成要件的探讨

[汉斯-约阿希姆·穆谢拉克 著 王剑一 译]

德国惩罚性损害赔偿的神话与现实 [贝福柯 著 王萍 译]

制度历史

动产善意取得作为“即时取得”——《德国民法典》第932条以下的一项新规定

[雅各布·福图纳特·施塔格尔 著 王立栋 译]

私法教室

当议共有之概念谱系——源起、型塑及评介 [唐勇]

玻璃娃娃案——以未成年人的责任能力为考察重点 [吴香香]

法律改革

传统与改变——德国有限责任公司面对欧洲竞争的现代化

[乌尔里希·诺亚克/米夏埃尔·博伊尔斯肯斯 著 钟云龙 译]



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

总第 10 卷 · 2014 年

荣誉顾问

江 平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米 健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄 立 黄茂荣

Rolf Stürner [德] Rolf Knütel [德] Thomas Raiser [德]

主 编

张双根 田士永 朱庆育 王洪亮 张 谷

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱庆育 朱 岩 许 兰 许德风 李 昊
吴从周 吴香香 沈冠伶 陈卫佐 陈自强 陈聪富 杨 继 杨淑文
张双根 张 谷 金可可 涂长风 唐 勇 黄 卉 常鹏翱 董一梁
詹森林 蔡明诚

Thomas Rübner [德] Sebastian Lohsse [德] Beate Gsell [德]

执行编委

吴香香 唐 勇



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究. 2014年. 总第10卷/张双根等主编. —北京:北京大学出版社, 2014. 12
ISBN 978-7-301-25241-3

I. ①中… II. ①张… III. ①私法—研究—中国 ②私法—研究—德国 IV. ①D923.04
②D951.63

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第292166号

书 名: 中德私法研究 2014年·总第10卷

著作责任者: 张双根 田士永 朱庆育 王洪亮 张 谷 主编

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-25241-3/D·3738

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>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730mm×980mm 16开本 17.5印张 353千字

2014年12月第1版 2014年12月第1次印刷

定 价: 39.00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

■ 主题报告

台湾民法解释学之发展现况

——着重在本土判决实践的印证 [吴从周] 3

民法解释学在中国大陆的实务运用

——一个对照观察 [戴孟勇] 19

■ 专题文献

私法的重构 [卡尔·拉伦茨 著 魏曦岚 韦冠鹏 译] 59

民法总则的价值 [恩斯特·齐特elman 著 王洪亮 译 田士永 校] 70

民法典总则的功能及其作用的限度

[克劳斯-威廉·卡纳里斯 著 陈大创 译] 86

论“意思”与“表示”的关系

——关于意思表示构成要件的探讨

[汉斯-约阿希姆·穆谢拉克 著 王剑一 译] 100

德国惩罚性损害赔偿的神话与现实 [贝福柯 著 王萍 译] 125

■ 制度历史

动产善意取得作为“即时取得”

——《德国民法典》第932条以下的一项新规定

[雅各布·福图纳特·施塔格尔 著 王立栋 译] 149

■ 私法教室

刍议共有之概念谱系

——源起、型塑及评介 [唐勇] 193

玻璃娃娃案

——以未成年人的责任能力为考察重点 [吴香香] 206

■ 法律改革

传统与改变

——德国有限责任公司面对欧洲竞争的现代化

[乌尔里希·诺亚克/米夏埃尔·博伊尔斯肯斯 著 钟云龙 译] 225

■ 典型判例

读者来信案 [沈建峰 译评] 255

契约法与侵权法中的损害赔偿責任

[安德烈亚斯·海涅曼 著 朱晓喆 任倩霄 译 冯洁语 校] 261

■

主题报告

台湾民法解释学之发展现况

——着重在本土判决实践的印证

吴从周*

一、民法解释学之用语与研究对象

(一) 民法解释学或民法方法论

本文所谓民法解释学^[1],在德文的相应名词应为“Juristische Auslegungslehre des bürgerlichen Rechts”,并非指中文世界翻译之“民法释义学”^[2](Rechtsdogmatik^[3] des bürgerlichen Rechts),系用以指称民法学作为讨论有关现行实证法之规范意义的科学,而是指法学之解释方法在民法学上之运用,换言之,它可以说是与民法方法论(Metho-

* 法学博士,台湾大学法律学院副教授。

[1] 笔者本身更倾向于用“民法方法论”这个名称来代替“民法解释学”之用语,下文中也是如此展现。

[2] 杨日然:《法理学》,三民书局2005年10月初版,第157页。

[3] “Rechtsdogmatik”或译为“法律教义学”或“法论理学”或“法律信条论”,指的是有关现行实证法规范意义之科学,包括民法学、刑法学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学等。其特征为:只在体系(体制)内批判现行法,在体制内进行论证,不超越及触及现行法是否正当的问题。参见考夫曼/哈塞默/诺伊曼(Kaufmann/Hassemer/Neumann)(主编):《当代法哲学和法学理论导论》(Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart),海德堡(Heidelberg)2004年第7版,第1页及下页。

denlehre des Zivilrechts)等义。

诚如大陆学者梁慧星教授在其经典著作《民法解释学》一书所指出：“在历史上，法解释学长期依附于民法学，而研究法解释方法属于民法学者的附带工作。因此，在法学史上，民法解释学即等于法解释学，民法解释学即等于民法学。值得注意的是，进入20世纪以来，民法解释学开始与民法学分离，成为一门独立的学问领域……区分为不具有解释学性质的民法学与具有解释学性质的民法解释学。这种解释学性质的民法解释学，又称为(民)法学方法论。”〔4〕在德国及中国台湾，称为法学方法论，但在日本，同样内容仍在民法解释学名下进行讨论。……另有学者称为民法解释学方法论。……民法解释学……亦可称为民法解释学方法论或民法方法论……三者为同义语。〔5〕这段话其实已经扼要地指出“民法解释学”或“民法方法论”这个名称的历史发展，及其在大陆与台湾的使用状况。

换言之，“民法解释学”一语，或许是受到日本文献的影响，似乎颇为大陆民法或法学方法论之学者的喜好，例如前引大陆学者梁慧星教授的《民法解释学》，即采此称呼，而其论述之内容则涵盖法律解释方法、法律漏洞及其补充方法，以及不确定法律概念及概括条款(一般条款)的价值补充等，一般属于法学方法论讨论之范围。相应而言，在台湾，几本比较重要的方法论著作都使用“法学方法论”之名称〔6〕，包括“最高法院”杨仁寿“院长”之《法学方法论》〔7〕、黄茂荣大法官之《法学方法与现代民法》〔8〕，以及最近李惠宗教授所著《案例式法学方法论》〔9〕等。论述领域最为接近民法方法论的，是由王泽鉴大法官撰写、堪称“民法方法论之经典”〔10〕的《法律思维与民法实例》〔11〕一书，亦未使用“民法解释学”一词。

(二) 民法方法论的研究对象

相应于刑法与公法也有其各自的方法论，多各以刑法及公法案例为研究对象，民法方法论之研究，则是以对民法规定之理解与运用而生之问题，作为展示其方法论内容之主要素材。〔12〕除了一般法学方法论所探讨的学科对象(包括法概念论及法效力

〔4〕 梁慧星：《民法解释学》，五南(繁体字版)1999年初版，第208页。这本书被称为大陆“民法解释学的一个开端”，可见，在大陆的民法方法论著作上有其里程碑的意义，参见段匡：《日本的民法解释学》，复旦大学出版社2005年3月版，第379页。

〔5〕 参见梁慧星：《民法解释学》第1页“序言”。引言中不同的字体为笔者自行强调。

〔6〕 如果不包括陈爱娥教授翻译卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)教授的法学名著《法学方法论》(五南出版)之中译本的话。

〔7〕 1987年2月修订版，自版。此书之前身为早期由“最高法院”出版，名为《阐释法律之方法论》。

〔8〕 2009年8月增订六版，自版。

〔9〕 新学林2009年10月初版。本书较多以公法的案例为主。

〔10〕 参见吴从周：《书评：法律思维与民法实例》，载《东亚法律评论》2010年3月第1期，第165页。

〔11〕 1999年5月修订版，自版。

〔12〕 参见杨·沙普(Jan Schapp)：《民法方法论》(Methodenlehre des Zivilrechts)，图宾根(Tübingen)1998年版，第38页。

论)外,民法方法论之研究对象则主要包括^[13]:民法学为解决民法实例问题而发展出来的“请求权基础论”“法条论”,以及“法律适用论”等三个主要部分。^[14]

不同于刑法及公法方法论的研究对象,民法方法论基于自己内涵上的特性以及历史发展的轨迹,受到耶林(Jhering)及黑克(Heck)的影响,利益法学所倡导的利益衡量与价值判断的方法,在对法条的解释适用上扮演着重要角色,但此种方法,在刑法及公法上就显得无足轻重了。^[15]

此外,民法体系以请求权为规范中心。民法方法论既然是要为民事法官处理民事案件,提供一个找到大前提的法律的方法,请求权规范作为此种可能的大前提,乃因此成为民法条文解释适用的核心范畴,因为民事法官无非是要在此种法律的解释适用中,判断被主张的请求权有无理由。“请求权基础论”乃为此而被发展成为解答民事案件最重要的方法。此种请求权基础的结构,或者也可称为请求权“内在体系”的建构,分别是:契约之请求权、类似契约之请求权、无因管理之请求权、物上关系之请求权、不当得利请求权、侵权行为损害赔偿请求权以及其他的请求权之审查顺序与架构。请求权基础之建构主要强调两点:第一,请求权基础应作为解答案例的思考与讨论之出发点;第二,多数的请求权应该以某种特定的顺序加以检查。^[16]

至于法条论,除了法条讨论的种类与结构外,主要课题则是研究法条的解释与适用,特别是解释之方法以及解释方法间有无位阶顺序关系;法律适用论则主要探讨三段论法之法律适用下的“涵摄模式”,以及辅以概括条款、不确定法律概念(须评价补充的法律概念)为内容的“利益衡量模式”、判例论以及对生活事实的认定等,此两部分,基本上仍沿袭着一般法学方法论之研究成果,并无显著不同。

二、民法解释学在台湾的理论发展走向

(一) 德国价值法学在中国台湾

民法方法论在解释适用上,也就是法律解释以及法律续造上,主要仍然遵循一般

[13] 参见杨·沙普(Jan Schapp):《民法方法论》(Methodenlehre des Zivilrechts),图宾根(Tübingen)1998年版,第3—5页。

[14] 参见梁慧星:《民法解释学》第1页序言指出:“民法解释学乃是微观的学问,它以民法解释适用的技术为研究对象……主要内容是学者对实定法及其他法源进行整理,并依一定逻辑顺序所构成的体系,即所谓法源论;以及学者运用解释方法针对判例事实或设例所提出的具体解释,即所谓解释论。”其所指之法源论及解释论,如前所述,一般都列入法律适用论中加以谈论。

[15] 参见杨·沙普(Jan Schapp):《民法方法论》(Methodenlehre des Zivilrechts),图宾根(Tübingen)1998年版,第2页。

[16] 参见梅迪库斯(Medicus):《民法》(Bürgerliches Recht),科隆(Köln);柏林(Berlin);波恩(Bonn);慕尼黑(München)/Heymanns出版社,2002年第19版,边码1。各个请求权基础的详细分析,参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第60—204页。

法学方法论的规则与原则。如前所述,从历史发展来看,民法方法论就如同一般法学方法论一样,特别受到鲁·冯·耶林(R. v. Jhering)及菲·黑克(P. Heck)的影响,经历了由概念法学、利益法学到价值法学的发展过程,沉淀在特别着重于“目的论”方法与利益衡量、价值判断的思维支配上。^[17]申言之,德国民法方法论的理论传统,始自19世纪末、20世纪初德国民法大儒耶林以及黑克在民法上奠立利益法学(Interessenjurisprudenz)的法学方法,继由当代民法大师卡尔·拉伦茨、约·埃瑟(J. Esser)、沃·菲肯切尔(W. Fikentscher)、汉-马·帕夫洛夫斯基(H. - M. Pawlowski)、弗·比德林斯基(F. Bydlinski)等人接棒形成价值法学(Wertungsjurisprudenz)^[18]之主流传承迄今。^[19]可以说,德国民法(释义学)的重要人物,必然也是民法方法论的指标性人物。这当中,当代关键性的人物当然首推王泽鉴大法官的老师卡尔·拉伦茨教授,因为自从1960年拉伦茨教授以《法学方法论》(Methodenlehre der Rechtswissenschaft)为标题出版同名的方法论经典著作后,“法学方法论”才正式成为德国大学的一门专业学问^[20],而拉伦茨也同时集当代德国民法教义学及民法方法论的代表于一身!

在理论继受上,因为受到王泽鉴大法官师承拉伦茨的影响,价值法学的论证理论与思考体系因此也展现在台湾民法方法论之理论发展上。此部分的支配性文献无非是以前述王大法官所撰写、实质上是民法方法论的专论之《法律思维与民法实例》为代表;在该书中,展现其“本诸价值法学的立场,采请求权基础方法,借着实例引导读者发掘问题,思考问题,及探求解决的途径”,“希望能有助于培养法律人所应该具备之归纳、演绎及来回穿梭于抽象规定及具体案件间思考的能力”。^[21]此外,另一本在台湾地区具有重要地位的经典,则是在法学方法上受到王泽鉴“大法官”启蒙的现“司法院”黄茂荣“大法官”撰写的《法学方法与现代民法》一书,该书完整地涵盖了一般法学方法论的主要研究课题,除了传统的法源论及法律解释、法律漏洞及其补充方法等法律的解释适用外,更进一步深入讨论“法律体系论”,通过对利益法学派及价值法学派的评

[17] 关于民事法学方法论从概念法学经利益法学到价值法学的发展过程,参见吴从周:《民事法学与法学方法》(第2册·概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史),2007年6月自版,特别可参考第469页之简要图表。

[18] 这些学者的主要代表文献可参见:Jhering, *Der Zweck im Recht*(1877及1887); Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*(1912); *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*(1914); Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*; Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*; *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*; Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*; Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*; *Einführung in die juristische Methodenlehre*; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*; *Recht, Methode und Jurisprudenz*. 可惜的是,以上著作除了拉伦茨的方法论(学生版)有中文翻译外(陈爱娥译,《法学方法论》,五南出版),其余似均无中译本。

[19] 参见吴从周:《民事法学与法学方法》(第2册),特别是第421—443页。

[20] 同上书,第422页。

[21] 王泽鉴:《民法总则》,三民书局2000年9月增订版,序言。

析,回归当代价值法学以“法律原则”建构法律“内在体系”的基本思想^[22],采用并且详述作为拉伦茨法学方法论核心概念的类型思维,以形成法律体系。^[23]这两本同以拉伦茨方法论思想为经纬,结合台湾本土案例展示的论著,共同呈现的乃是“德国价值法学在台湾地区的民法解释学”的基本面貌!

(二) 三阶层法律发现构造论作为通说

1. 法律解释

联结上述学说继受的现况,以法律的解释适用而言,德国现今作为通说、以拉伦茨所奠基的三阶层法律发现构造论[即法律解释、法律补充(或称制定法内的法律续造)以及超越法律的法之发现(或称制定法外的法律续造,亦有称创制性补充)等三阶层]为基础,文义、体系、立法数据与立法史、比较法与规范目的等解释方法,法律漏洞与类推适用、隐藏漏洞与目的性限缩作为法律漏洞填补之方法,同样在台湾地区也成为通说。

众所周知的,法律规范的解释都是在试着探究法律文字的意义及其真正内涵,这种解释作为意义探究的过程,在法律解释上,民法方法论主要仍然依循自萨维尼(Savigny)以来所倡议及联结耶林所发展出来的四个主要解释标准,亦即文法解释(或文义解释)、历史解释、体系解释以及目的论解释。

由于这部分在台湾地区文献上已有相当的介绍,读者较为熟悉,故以下仅作通论式的简要描述:

(1) 文法解释:从规范的字义出发,进一步探究该用语的意义以及立法者所使用的具体意涵。解释的界限在于“可能的文义”,有时也在于立法者的立法定义中。

(2) 历史解释:透过回溯寻找法律制定的历史过程以及立法数据,以便获得进一步理解一个特定法律规定的线索。对此,迄今仍有主观解释论与客观解释论的争论。前者认为,历史上立法者之真正意思才是解释的重要标准,后者则认为应该以制定法本身为标准,并且探求:该特定的法律规定依据当今的理解以及利益评价,其目的为何及应该含有如何的理性内容。

(3) 体系解释:从法规范与其他规定的脉络关联、规定的位置或者与其他法律规定间的比较,探究不同的观点与其内部脉络。

(4) 目的论解释:探究个别法规范的意义与目的而作解释。

此外,近代则更强调比较法解释作为另一种法律解释方法的重要性。^[24]

难题则在于:上述各个解释方法在于是否具有优先级?虽然有倡议应该赋予目的论解释以优先地位,不过,目前通说仍然认为,这些一般法学方法上所承认之解释的标

[22] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,台湾大学法学丛书编辑委员会2009年版,第851页。

[23] 同上书,第853页以下。

[24] 深入讨论可参见黄舒梵:《比较法作为法学方法》,载《变迁社会中的法学方法》,元照2009年9月版,第245页以下。

准与观点,是处于一个相互作用的关系上,没有彼此优先的顺序;“每一种解释方法的分量虽有不同,须相互补足,共同协力,始能获致合理结果”。^[25]

2. 法律续造

在法律续造上(法官造法),与法律解释相同,一般所普遍承认的法学方法论的基本原则,对民法仍有其适用。所谓法律续造,是指经由法官提出成文法或习惯法所未明文规定的新的抽象原则,法官造法的必要性与容许性,已无争议,有争论的只是:其界限何在。

法官造法的依据与现行法的远近,还可以分成两个阶段:第一阶段为制定法内的法律续造(或者 *praeter legem* 的法律适用);第二阶段为制定法外的法律续造(或者 *extrem legem*, 但 *intra ius* 的法律适用)。制定法内的法律续造,前提是有法律漏洞存在,包括公开的法律漏洞与隐藏的法律漏洞,主要是通过类推适用、目的性限缩或者反面推论来加以填补。除此之外,对于法律解释重要的上述所有应该考虑的包括立法目的等实质观点,在法律续造时,也有其适用。至于制定法外之法律续造,则是在现行法上即使通过类推适用或目的性限缩,亦无法找到规范依据,而依据事物本质有创造法律加以补充之必要。^[26]

整体而言,民法解释学在台湾地区的理论发展走向,与德国通说有着极高的重叠性,拉伦茨或者说价值法学的民法方法论思想,堪称在台湾地区具有支配性地位。

三、民法解释学在台湾的实务运用观察

方法论重在实务运用,因此又被称为“实务的方法论”^[27],因此,除了理论介绍,本文毋宁更多关注民法解释学在台湾实务的实践成果。为此,特配合上述民法方法论的研究对象与重点,挑选几个民法解释学上的重要概念,对应观察其在“最高法院”判决中之运用情形。

(一) 请求权基础

“请求权基础”的结构分析与检查顺序的介绍,在民法权威学者王泽鉴教授数十年来的倡导下^[28],已成为法律人耳熟能详之法律基础思维方法,在诉讼实务上,当事人

[25] 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,三民书局2010年版,第290页。

[26] 凡此基本论述,可参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,第254—344页;黄茂荣:《法学方法与现代民法》,第553—756页;吴从周:《民法上之法律漏洞、类推适用与目的性限缩》,载《民事法学与法学方法》(第1册),2007年2月自版,第133—144页;王鹏翔:《目的性限缩之论证结构》,载《月旦民商法》2004年第4期,第19页。

[27] 杨·沙普:《民法方法论》,第2页。

[28] 参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,第60页以下。

之主张或抗辩,也围绕着“请求权基础”作为攻防方法。^[29] 我们可以举出以下几个代表性判决加以观察。

在请求权基础的理论意义上,“最高法院”1997年台上字第3760号判决谓:“按因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任,故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人者亦同,民法第一百八十四条第一项定有明文。本项规定前后两段为相异之侵权行为类型。关于保护之法益,前段为权利,后段为一般法益。关于主观责任,前者以故意过失为已足,后者则限制须故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人,两者要件有别,请求权基础相异,诉讼标的自属不同。”^[30] 值得一提者系,此一判决早为王泽鉴教授指出,其在法院实务上作为请求权发展以及实务见解日益精致上,具有指标性的意义!^[31]

此外,2008年台上字第1863号判决亦谓:“按契约与不当得利,虽皆属于债之发生原因,惟二者之请求权并不能相容。前者之请求权乃基于一定契约而生之某种给付的权利,后者乃无法律上原因而受利益,致他人受损害;倘当事人间有契约关系存在,则一方因他方之给付受有利益,即有法律上之原因,自不成立不当得利。二者之构成要件及法律效果均属有异,乃个别独立之法律关系,在实体法上为不同之请求权基础,在诉讼上自属不同之诉讼标的。”

在指出“完全性法条”始具有成为请求权基础适格的结构分析上,同院2008年台再字第55号判决谓:“所谓诉讼标的,系指为确定私权所主张或否认之法律关系,欲法院对之加以裁判者而言。而法律关系,乃法律所定为权利主体之人,对于人或物所生之权利或义务关系。如为给付之诉,在实体法上须以可以作为请求权基础之完全性条文(具备构成要件及法律效果之法条)始足当之。再审原告主张之诚信原则、衡平原则、法理、平等互惠等法律原则或法源,并非诉讼标的。”^[32] 2006年台上字第2732号判决则相应谓:“民法第二百二十九条第二项乃无确定期限债务迟延履行之规定,并非独立之请求权,甲○○以该条为请求权基础,于法有违。”亦展现其将“民法”第229条理

[29] 如果以“请求权基础”作为关键词进行搜寻,至少可以在“司法院”的“法学数据检索系统”上找到超过100笔以上的“最高法院”判决,其中出现在当事人主张的部分,不计其数,足证其已成为法律人思考的一部分。

[30] 其后,沿用此段意旨之“最高法院”判决甚多,包括2000年台上字第2560号判决,2008年台上字第1350号判决、第2530号判决,2010年台上字第1439号判决(“高院”判决意旨部分)等,均全文相同地引用这段话。

[31] 参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,第63页。

[32] 同院2008年台上字第969号判决意旨几乎完全相同:“……如为给付之诉,在实体法上须以可以作为请求权基础之完全性条文(具备构成要件及法律效果之法条)始足当之。至于诚信原则、衡平原则、法理、平等互惠等法律原则或法源,并非诉讼标的。”

解为“不完全性法条”，因而不具有请求权规范适格的正确认识基础。^[33]

（二）法律解释的方法

在“最高法院”运用民法的解释方法，以得出某个法律问题的论证结论上，笔者读到最为详尽的一个判决，可以举“最高法院”2009年台上字第2261号判决为例，这个判决虽然主要涉及公司法问题，但就其作为民法的法律解释运用到广义的民事法上，仍值得一读。

缘“公司法”第199条第1项规定，“个别董事”的解任，得由股东会以决议随时为之，且此项决议依同条第2项必须以特别决议（有代表已发行股份总数2/3以上股东之出席，以出席股东表决权过半数之同意行之）。同法第199条之一则规定，股东会于董事任期末届满前，经决议改选“全体董事”者，如未决议董事于任期届满始为解任，视为提前解任；此等规定并于第227条为改选监察人所准用。问题是：“全体董事（或监察人）”之决议改选，是否也应该以如第199条规定之特别决议的方式为之？

此一疑义，在“最高法院”2009年台上字第2261号判决一案中，原审高等法院与“最高法院”均使用法律解释的方法，作为论证的理由，但却得出完全不同的结论，相当有趣。

原审台湾高等法院（判决案号2009年台上字第446号）采肯定说，认为：“查公司法（下同）第一百九十九条之一之规定，于监察人准用之（第二百二十七条）。由第一百九十九条之一为文义解释，应经特别决议者，未限于提前解任个别董事之情形，提前解任全体董事，亦包括在内。又依论理解释，第一百九十九条第二项系于2001年11月12日修正时所增订，其立法理由谓：‘董事之解任，对于公司经营运作有重要影响，爰增订第二项至第四项，由现行普通决议事项改为特别决议事项，以昭慎重。’提前解任全体董事较提前解任个别董事，对公司经营运作，有更重大之影响，基于举轻以明重之法理，提前解任全体董事，自应经特别决议程序。再从体系解释言，第一百九十九条之一系接于第一百九十九条之后为规定，而非规定于第一百九十五条有关董事任期或第一百九十八条有关董事选任规定之后，显然，第一百九十九条之一之立法重点，非仅解决董事任期问题，而是强调提前改选应经较慎重之特别决议程序，则提前改选董事、监察人，自应适用第一百九十九条第二项特别决议之规定。系争股东临时会提前改选董事、监察人，仅有代表已发行股份总数56.5%之股东出席，而未依第一百九十九条第二项及第二百二十七条规定经股东会特别决议，即有代表已发行股份总数三分之二以上股东之出席，以出席股东表决权过半数之同意行之，此有股东签到簿及选举开票结果报告单附卷可稽，则系争股东临时会作成改选董事、监察人之决议方法，违反法令，被

[33] 相对于完全性的法条作为请求权规范，不完全性的法条（仅具有构成要件或法律效果的法条），一般就称为“辅助性规范”。当然，民法上的辅助性规范，远比请求权规范来得多；据德国学者自己的统计，德国民法上有关财产上的请求权规范，约有50—60个左右（参见杨·沙普：《民法方法论》，第42页），在台湾地区粗估，应该比这个数目要少。

上诉人依第一百八十九条之规定,请求撤销系争股东临时会之决议,为有理由,应予准许。”

“最高法院”则以相同的法律解释方法,得出否定说的结论。理由谓:“按股份有限公司董事之选任方式,依公司法(下同)第一百九十八条第一项之规定,除公司章程另有规定外,每一股份有与应选出董事人数相同之选举权,得集中选举一人,或分配选举数人,由所得选票代表选举权较多者,当选为董事。至选任董事之股东会出席定额应适用公司法第一百七十四条所定,应有代表已发行股份总数过半数股东之出席。次按公司法第一百九十九条之一规定股东会于董事任期末届满前,经决议改选全体董事者,如未决议董事于任期届满始为解任,视为提前解任。上开规定依同法第二百二十七条准用于监察人。征诸第一百九十九条之一立法理由明谓:‘依第一百九十五条第一项规定,董事系采任期制。惟实务上公司于董事任期中提前改选者颇多,而依其所附会议记录及召集通知,均仅载明改选董监事议案;又依第一百七十二条规定改选案,系经董事会决议通过,始行通知各股东开会,虽未同时于议程中就现任董事为决议解任,而实务上均于新任董事就任日视为提前解任,爰增订本条,俾厘清董事与公司之权益关系。’显见,本条新增之立法目的旨在厘清股东会于董事任期届满前提前改选董事时,新旧任董事任期问题,而非规定董事选任或解任之方式,亦非强调提前改选应经较慎重之特别决议程序或股东会决议改选全体董事须先为解任董事之决议。另由立法体系观之,公司法第一百九十五条规定董事之任期、第一百九十八条规定董事选任之方式、第一百九十九条规定解任董事之方式,第一百九十九条之一系规定提前改选全体董事时,现任董事任期之末日为何,而非规定提前改选全体董事时,其决议方式应遵循第一百九十九条第二项之规定。又第一百九十二条第四项及第二百六条第三项规定公司与董事、监察人间之关系,属委任关系,于董事、监察人任期届满,两造间之委任关系即不复存在。而公司法关于董事之解任设有决议解任(第一百九十九条特别决议解任)及当然解任(第一百九十五条第一项任期届满自然解任、第一百九十五条第二项主管机关命令改选期限届满不改选当然解任、第一百九十七条第一项持股转让超过选任当时所持有公司股份总额二分之一当然解任)两种。上开规定依第二百二十七条亦均准用于监察人。第一百九十九条之一既曰‘视为提前解任’,当不以改选全体董事前,先行决议解任全体董事为必要,即改选全体董事前,无须经决议解任全体董事之程序,是其解任性质应属法律所定当然解任之一种,而非决议解任明灼,否则法即无须特别设定‘视为提前解任’。从而改选全体董事、监察人与解任董事、监察人之意涵不同,当无须于改选前先经特别决议解任全体董事、监察人,仅须以选任全体董事、监察人之方式,即以第一百七十四条所定应有代表已发行股份总数过半数之出席,并行第一百九十八条累积投票方式选任之。至股东会于董事任期末届满前,任意决议改选全体董事、监察人,经视为提前解任之董事、监察人尚非不得依民法委任规定,请求损害赔偿。原审以文义、论理及体系解释认为第一百九十九条之一非仅解决董事任期问题,而在

强调提前改选应经较慎重之特别决议程序,认为公司提前改选董事、监察人,应适用第一百九十九条第二项特别决议之规定,显逾越该条立法目的,所持法律见解尚有未当。”

对此判决,应说明者有二:第一,“最高法院”在比较文义与体系解释的结果后,最后似以目的论解释为准,似乎隐含着在各个法律解释方法上,“目的论解释”应优先于其他法律解释方法的倾向,而与前述德国的通说并不相同,值得注意。第二,高等法院在论证方法上所使用之“论理解释”,指的是一种“轻重相举的推论”,文献上一般也称为“当然解释”(但正确名称应为“当然推论”),但此种论证方法,其实并非(狭义的)“解释方法”,相反,它应该是一种取向于目的论的法律补充方法^[34]。“最高法院”似乎忽略了解任“全体董事”的决议方式为何,其实可能构成现行法的一种漏洞而有填补之必要。^[35]

(三) 类推适用

1. 实务判决论证说理之精致化

王泽鉴教授曾说^[36]:自民法于二〇年代施行以来,类推适用的案例,时常有之,七十年之后更为增多,具有三点重要意义:(1) 社会变迁迅速,问题丛生,法律有时而穷,必须造法,加以补充,以促进法律进步;(2) 法学方法论上的自觉性,法院更严谨地提出得以检验的论证;(3) 民法的进步,可以“类推适用”作为测试的指标,六十余年来民法的发展因类推适用而渐趋成熟。今年,恰逢民法债编修正于2000年5月5日公布生效满10周年,民法施行满80周年,王“大法官”这段针对类推适用这个实务上目前最广为运用的法学方法所作的观察,仍然说得恰到好处!80余年来,在台湾地区民法的实务见解中,出现以“类推适用”之方法填补法律漏洞,弥补诸多立法上不足之案例,实

[34] 关于“当然论证”的详细讨论,参见吴从周:《论民法第一条之“法理”》,载《民事法学与法学方法》(第1册),2007年2月自版,第65页以下,特别是第85页以下之分析检讨。

[35] 相同争论亦发生在同院2009年台上字第2159号判决,高等法院与“最高法院”之见解依然歧异,高等法院的论理与本件完全相同,反而是“最高法院”的说理略有不同,且对于此点有补充论述,录之一并供参:“按公司法第一百九十九条之一‘股东会于董事任期未届满前,经决议改选全体董事者,如未决议董事于任期届满始为解任,视为提前解任’,系于2001年11月12日增订,其立法理由谓:依第一百五十五条第一项规定,董事系采任期制,又依第一百七十二条规定改选案,虽未同时于议程中就现任董事为决议解任,而实务上均于新任董事就任日视为提前解任,爰增订本条,俾厘清董事与公司之权益关系。观其文义,无非厘清新、旧董事与公司之权益关系,并无股东会于董事任期未届满前,经决议改选全体董事,而未决议提前解任全体董事者,视为有提前解任之决议,应依第一百九十九条特别决议为之意思。次查公司法之立法体例,股东会决议如需经特别决议,均明文规定,例如第一百八十五条、第二百四十条、第二百四十一条、第二百七十七条、第三百一十六条等;如未明定,仅需依第一百七十四条普通决议之方法行之。股东会于董事及监察人任期未届满前,决议改选全体董事及监察人者,公司法既未规定应经特别决议,自仅需经普通决议。原审未见及此,遽以前揭理由谓系争改选全体董事及监察人之决议,应经特别决议,进而为上诉人败诉之判决,自有可议。”

[36] 王泽鉴:《举重明轻、衡平原则与类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第8册),北京大学出版社2009年版,第1页以下;王泽鉴:《法律思维与民法实例》,1999年5月自版,第302页。