

最新版

民法研究系列

民法学说 与判例研究

第八册

王泽鉴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民法研究系列

《民法学说与判例研究》（1—8册）

《民法思维：请求权基础理论体系》

《民法概要》

《民法总则》

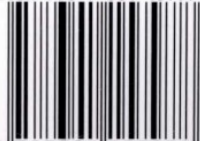
《债法原理》

《不当得利》

《侵权行为》

《民法物权》

ISBN 978-7-301-15797-8



9 787301 157978 >

定价：28.00元

民法学说 与判例研究

第八册

王泽鉴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-3929

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究·第八册/王泽鉴著. —北京:北京大学出版社, 2009.12

(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-15797-8

I. 民… II. 王… III. ①民法-法的理论-研究 ②民法-审判-案例-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第167431号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

民法学说与判例研究·第八册,王泽鉴著

2006年2月版

书 名:民法学说与判例研究·第八册

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:陆建华

标准书号:ISBN 978-7-301-15797-8/D·2407

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.yandayuanzhao.com> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印 刷 者:三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 15.25印张 238千字

2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷

定 价:28.00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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

拙著民法研究系列丛书包括《民法学说与判例研究》(八册)、《民法思维:请求权基础理论体系》、《民法概要》、《民法总则》、《债法原理》、《不当得利》、《侵权行为》及《民法物权》,自2004年起曾在大陆发行简体字版,兹再配合法律发展增补资料,刊行新版,谨对读者的鼓励和支持,表示诚挚的谢意。

《民法学说与判例研究》的写作期间长达二十年,旨在论述1945年以来台湾民法实务及理论的演变,并在一定程度上参与、促进台湾民法的发展。《民法思维:请求权基础理论体系》乃在建构请求权基础体系,作为学习、研究民法,处理案例的思考及论证方法。其他各书系运用法释义学、案例研究及比较法阐述民法各编(尤其是总则、债权及物权)的基本原理、体系构造及解释适用的问题。现行台湾“民法”系于1929年制定于大陆,自1945年起适用于台湾,长达六十四年,乃传统民法的延续与发展,超过半个世纪的运作及多次的立法修正,累积了相当丰富的实务案例、学说见解及规范模式,对大陆民法的制定、解释适用,应有一定的参考价值,希望拙著的出版能有助于增进两岸法学交流,共为民法学的繁荣与进步而努力。

作者多年来致力于民法的教学研究,得到两岸许多法学界同仁的指教和勉励,元照出版公司与北京大学出版社协助、出版发行新版,认真负责,谨再致衷心的感谢。最要感谢的是,蒙 神的恩典,得在喜乐平安中从事卑微的工作,愿民法所体现的自由、平等、人格尊严的价值理念获得更大的实践与发展。

王泽鉴

二〇〇九年八月一日

目 录

举重明轻、衡平原则与类推适用	(1)
人格权、慰抚金与法院造法	(70)
契约上的不作为义务	(86)
私卖共有物、无权处分与“最高法院”	(102)
出卖之物数量不足、物之瑕疵、自始部分不能与不当得利	(116)
赠与的土地于移转登记前被征收时受赠人得否向赠与人请求交付地价补偿费?	(130)
捣毁私娼馆、正当防卫与损害赔偿	(147)
商品制造者责任与纯粹经济上损失	(162)
银行征信科员评估信用不实致银行因超额贷款受有损害的民事责任	
——从纯粹经济上损失的保护,论契约与侵权	
行为法的规范功能及民事责任的发展	(191)
动产担保交易法 30 年	(210)

举重明轻、衡平原则与类推适用*

一、问题的提出

近几年来,“最高法院”的判决有显著重大的突破,如以选择自由作为规范定型化契约的论点^①;提出交易安全义务(Verkehrssicherungspflicht)作为产品责任的依据^②;明确表示不完全给付为一种法律未明定之债务不履行之形态,应类推适用给付不能及给付迟延的规定,此项迟延了50年的见解,有助于促进契约法的发展。^③其经过了多年的踌躇犹豫,终于在重要决议肯定了契约责任与侵权责任的竞合性。^④

理论(Dogmatik)的进步,需要有法学方法(Methode)的协力,以更为自觉、更为透明的论点、更为严谨的理由构成来支持判决的结论。例如,出卖的土地在所有权移转登记前被征收时,买受人得否向出卖人请求交付其所受领补偿费的重要案例类型,“最高法院”见解历经变迁,始则以情事变更为依据,继而发生有无不当得利的争论,最后以第225条第2项为请求权基础。^⑤理论与方法的有力结合,使民法学的发展更为坚实和稳固。关于此点,1994年台上字第2701号判决极具启示性,可作为一个

* 文中法律条文如无特别注明,皆为台湾地区现行“民法”之规定。——编者注

① 参见1991年台上字第792号判决;载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版。

② 参见1989年台上字第200号判决;《商品制造者责任与纯粹经济上损失》,载于本书。

③ 参见1985年4月19日第七次民事庭会议决议;《物之瑕疵担保责任、不完全给付与同时履行抗辩》,载《民法学说与判例研究》(第六册),北京大学出版社2009年版。

④ 参见《银行征信科员评估信用不实致银行因超额贷款受有损害的民事责任》,载于本书;Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 204ff., 313ff., 367ff.

⑤ 参见拙著:《土地征收补偿金交付请求权与“民法”第225条第2项规定之适用或类推适用》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2009年版。

例证,提供许多足供深思反省的观点。

二、1994 年台上字第 2701 号判决^①

(一) 判决理由

在本件,被上诉人所有的国王大饭店 11 层楼房屋逾越疆界,占用上诉人所有土地面积 2 m^2 。上诉人主张其权益受侵害,依第 767 条的规定,请求被上诉人拆屋还地,并赔偿相当于租金之损害金新台币(下同) 63,456 万元。如法院认伊不得请求被上诉人拆屋还地,伊亦得依第 796 条但书之规定,请求被上诉人以相当之价额 363,456 万元向伊购买系争土地等情。以先位声明:求为命被上诉人将其占用系争土地上房屋拆除,将土地返还伊,并赔偿伊损害金 63,456 万元之判决;备位声明:求为命被上诉人给付伊土地价金 363,456 万元之判决。

原审斟酌全辩论意旨及调查证据之结果,认为上诉人主张系争 40 地号土地为伊所有,被上诉人所有国王大饭店 11 层楼房屋逾越疆界,占用该土地如原判决附图 A、B、C、D、E 线所示部分面积 2 m^2 之事实,并经鉴定要堪信为真实。被上诉人抗辩,伊未占用上诉人土地,不足采信。被上诉人对其系以行使地上权之意思占有系争土地之事实,不能举证以实其说,所谓伊已因时效而取得地上权,亦不足取。又系争土地之原有人台北市政府,对本件国王大饭店于兴建之初是否知悉其越界而未异议一节已无从查考,有函件附卷为证(原审卷第 95 页)。证人郭献良、林荣典亦不能证明“台北市政府”有明知被上诉人越界建筑而不提出异议之情事。被上诉人抗辩,原所有人明知伊越界建筑而未曾异议,亦不足取。被上诉人所有国王大饭店房屋,既有越界占用上诉人系争土地 2 m^2 之事实,且有被上诉人建筑该房屋时系争土地之原所有人又无知悉其越界而不异议之情事,从而上诉人请求被上诉人拆屋还地原非无据。

原审虽表示上诉人请求被上诉人拆物还地原非无据,但进一步提出两项重要见解:

第一点见解为:权利之行使,是否以损害他人为主要目的,应就权利

^① 参见《法令月刊》第 46 卷第 5 期,第 32 页。

人因行使权利所能取得之利益,与他人及社会因其权利之行使所受之损失,比较衡量定之。倘其权利之行使,自己所得利益极少,而他人及社会所受损失甚大者,非不得视为损害他人为主要目的,此乃权利社会化之基本内涵所必然之解释,1982年台上字第737号著有判例。查上诉人所有系争40地号土地全部面积仅3 m²,邻接于台北南京东路一段之红砖人行道,占用其中2 m²者为被上诉人国王大饭店11层楼之国际观光旅馆房层(大柱子)(其余1 m²则为诉外人靓师皮鞋店所占有——见一审卷证物袋中上诉人1994.3.26函及原审卷第123、124页上诉上之陈述),有建筑物登记簿誊本及照片附卷可稽(见另放证物及政大不动产鉴定股份有限公司鉴定报告书内照片第1页),且为两造所不争执。准此,则上诉人索回该2 m²土地,须拆除被上诉人高达11层楼之房屋(大柱子),而上诉人取回该2 m²土地后又非可供大用,从而被上诉人抗辩,其结果上诉人所得极少,伊受损害甚大,上诉人有权利滥用之情形,即非无据。应认上诉人不得请求被上诉人拆层还地,上诉人先位之诉,自属不应准许。

第二点见解为:第796条规定,邻地所有人知悉土地所有人越界建屋而不提出异议者,虽不得请求土地所有人移去或变更建筑物,但得请求土地所有人以相当之价额购买越界部分之土地。被上诉人虽非知情而不异议,与该条文所定得请求购买越界部分土地之要件不符,但查知情而不异议,不得请求移去或变更建物者,尚且得请求土地所有人购买越界部分之土地,举重以明轻,并依衡平原则,不知情而得请求移去或变更建物之邻地所有人,当然更得(类推适用该条之规定)不请求土地所有人移去或变更建物而请求其以相当之价额购买越界部分之土地。是上诉人以备位声明,请求被上诉人以相当价额购买该越界部分之土地,自属应予准许。

“最高法院”赞成原审的见解,认为:“经核于法并无违背。”

(二) 分析讨论

1. 权利滥用

本件判决的第一个问题涉及权利滥用,系采1982年台上字第737号判例的法律见解。此项判例著于民法总则修正(1982年7月1日)之前,系以原第148条(现为第148条第1项后段)“行使权利不得以损害他人为主要目的”之规定为依据。在此判例之前,“最高法院”基本上已采相同见解,如1967年台上字第1621号判决谓:“权利滥用禁止原则,于适用

时,除须注意权利人于行使权利时,在主观上有无以损害他人为主要目的外,在客观上尚须综合权利人因权利行使所能取得之利益与其权利之行使对他人及整个社会可能予以之损失,加以比较衡量。”著为判例,更能建立一般法律原则而发挥其规范功能。

原第148条系仿《德国民法》第226条“权利之行使,不得专以损害他人为目的”之规定。《德国民法》第226条系以“专以损害他人为目的”为要件,甚为严格,实务上案例打着灯笼亦难寻见。^①第148条则以“主要目的”为要件,解释空间较广,其适用范围不限于民法,诉讼法亦包括在内。^②实务上则以越界建筑拆屋返地为主要类型。^③

第796条规定:“土地所有人建筑房屋逾越疆界者,邻地所有人如知其越界而不即提出异议,不得请求土地所有人移去或变更其建筑物。但得请求土地所有人,以相当之价额,购买越界部分之土地,如有损害,并得请求赔偿。”^④邻地所有人不知其越界建筑,或虽知之而即提出异议者,得依第767条规定请求拆屋返地。对此所有人物上请求权,“最高法院”系依第148条规定采利益衡量的客观标准,认定其权利之行使,是否以损害他人为主要目的。“最高法院”虽强调此为权利社会化之基本内涵所必然之解释,但终属对所有权的限制,而所有权的保证为民法的基本任务,因此所有权人行使第767条的权利是否构成权利滥用,应从严认定,尤其是越界建筑者系出于恶意的情形。

关于权利行使之限制,除原第148条外,尚有第219条规定之“行使债权,履行债务,应依诚实信用方法”。“最高法院”若干判决囿于第219条之文义及体系地位,常认为本条规定仅适用于债之关系,对物权并不适用,故特借原第148条,限制物上请求权的行使。1966年台上字第3235号判决谓:“第219条,乃就债权方面禁止权利之滥用,本件乃物权争执,是否有该条之适用,已不无疑问,纵就一般权利滥用应受禁止之原则言,

① MünchKomm-v. Feldmann, Bürgerliches Gesetzbuch, § 226 RdNr. 1.

② 参见洪逊欣:《民法总则》(修订本),第652页。

③ 其他案例如1987年台上字第1389号判决谓:“被上诉人收回系争房屋后,倘确系无法自用,而又对上诉人所经营之整个百货商场构成重大损害,则被上诉人所为收回房屋之权利行使,是否非以损害他人为主要目的,即非无斟酌的余地。”

④ 关于第796条的解释适用,参见谢在全:《民法物权论》上册,第228页;拙著:《民法物权》,北京大学出版社2009年版。

于其适用时,亦非漫无限制,除须注意第 148 条所定权利人行使权利时在主观上有无以损害他人为主要目的外,尚须在客观上综合权利人因权利行使所能取得之利益与其权利之行使而对他人及整个社会可能予以之损失,加以比较衡量。”此见解可资参照。应注意的是,1982 年总则修正,将第 148 条修正为:“权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。行使权利,履行义务,应依诚实信用方法。”^①依此规定,诚实信用原则于所有的权利皆得适用,而权利滥用系诚实信用原则的重要类型,其适用范围涵盖了权利之行使以损害他人为主要目的,盖于此情形其权利之行使殆无不违反诚实信用原则。

关于第 148 条第 1 项后段的适用,尚须说明的是,权利滥用虽为法所不许,但其权利本身(如第 767 条规定之物上请求权)仍属存在,仍有行使可能(如越界建筑之大厦其后遭台风刮倒)。权利的行使既为法所不许,具有违法性,故得对之为正当防卫(第 149 条)。权利之行使是否构成权利滥用,由法院依职权审查^②,惟其事实则应由主张者负举证责任。^③又第 148 条第 1 项后段系第 184 条第 1 项后段所谓违反保护他人之法律,应予注意。

2. 请求以相当价额购买越界部分土地之规范基础

本件判决第二个问题系本文研究的重点,即因权利滥用而不得请求移去或变更邻地所有人,得否请求土地所有人购买越界部分之土地?对此实务上第一次出现的难题,“最高法院”援引第 796 条规定而予肯定,其理由为:“查知情而不异议,不得请求移去或变更建物,尚且得请求土地所有人购买越界部分之土地,举重以明轻,并依衡平原则,不知情而得请求移去或变更建物之邻地所有人,当然更得‘类推适用该条之规定’。不请求土地所有人移去或变更建物而请求以其相当之价额购买越界部分。”原审及“最高法院”为支持其结论,提出了详尽的理由,并用举重明轻、衡平

① 关于行使权利违反公益的案例,参见 1990 年台上字第 2419 号判决:“设上诉人所辩系争土地上所建之变电设施,一旦拆除,高雄市都会区居民之生活势将陷于瘫痪,所有生产工厂均停顿,并非夸大其词,而事实上后无其他适当土地取代,则被上诉人仍本于所有权请求上诉人拆除变电设施,交还系争土地,其行使权利显然违反公共利益,依第 148 条第 1 项规定,应为法所不许。”

② 参见洪逊欣:《民法总则》(修订版),第 666 页。

③ Soergel/Kopp, Bürgerliches Gesetzbuch, § 226 RdNr. 12.

原则及类推适用作为依据,足见其郑重其事,力求周全,深值敬佩。本文旨在借此判决分析讨论此三个法学方法论上论辩方法(Argumentation)的功能,区别其在实务上的运用。

三、举重明轻与举轻明重

(一) 举重明轻

举重明轻(Argumentum maiore ad minus),是一项法律逻辑上的基本论证。在“最高法院”民事裁判中,本件判决似第一次使用此项概念。^①举重明轻的论辩方式为:“尚且……当然”;其所谓“重”者,指其法律要件较宽或法律效果较广,而所谓“轻”者,指其法律要件较严,法律效果较狭。

关于举重明轻,德国法上有两则重要事例,可以作为参考。在BGHZ6.290一案,德国联邦法院认为公权力不法侵害所有权,其效果同于合法征收者,亦应予以补偿请求权,Larenz教授认为此乃基于举重明轻,即合法征收者尚且(sogar)应予补偿(《德国基本法》第14条第3项),在客观违法同于征收的情形,当然(erst recht)更应予以补偿。^②又德国民法上有一则著名的争论问题,即在拍卖场所举手对朋友打招呼时,其举手得否解为系属应买的意思表示。Lehmann教授认为依《德国民法》第118条“非诚意之意思表示,如预期其诚意之欠缺,不致为人所误解者,其意思表示无效”之规定,可作为否定此项举手为有效意思表示的依据,盖欠缺效果表示的非诚意表示尚且无效,在不具表示意识之情形,当然更属无效。^③

(二) 举轻明重

在法律逻辑上,除举重明轻外,尚有举轻明重(Argumentum a minore

① 关于举重明轻,在法律逻辑上的分析,参见Klug, Juristische Logik, 3. Aufl. 1951, S. 132f.; Schneider, Logik für Juristen, 3. Aufl. 1991, S. 120ff. 关于法律逻辑的基本理论,参见Gast, Juristische Rhetorik, 2. Aufl. 1992; Weinberg, Rechtslogik, 2. Aufl. 1989.

② Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, 6. Aufl., S. 389.

③ Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, 19 S. 250.

ad maius)^①,其所为论辩,亦如举重明轻一样,采“尚且……当然……”的方式。如法律规定因过失不法侵害他人权利者,负损害赔偿责任时,则行为人为人具有故意者,当然更应负损害赔偿责任。第204条规定:“约定利率逾周年20%者,经1年后,债务人得随时清偿原本。”举轻以明重,约定利率逾周年30%者,经1年后,债务人当然更得随时清偿原本。

在“最高法院”民事判决中,尚未见到举轻明重的案例。在刑事方面,有以下问题,可供参照。中国台湾板桥地方法院检察署法律座谈会提出如下问题:雇主因经营不善而欲歇业时,如未依“劳动基准法”第16条向劳工预告终止劳动契约即停止营业,不知去向,未发给劳工工资遣费,则应否令负该法第78条之刑责?讨论意见之甲说:依该法第17条规定,雇主须依该法第16条预告终止劳动契约后始应发给资遣费。本件雇主既未预告终止劳动契约即歇业,不知去向,虽未发给资遣费,亦不能课以刑责。讨论意见之乙说:雇主既因经营不善而歇业,且行方不明,足可认为已默示终止劳动契约,其未依法发给资遣费,自须令负刑责,否则依甲说意见,狡诈之辈,尽可不预告终止契约,亦不发给资遣费,以脱免刑责,而守法者依规定预告终止契约后,却可能因无法筹款支付资遣费,反须受处罚,如此岂非有失公平正义精神?况“劳动基准法”第16条“预告终止契约”乃系着眼于劳工之保证,依该条规定预告终止劳动契约而未发给资遣费者须负刑责,则依“举轻明重”之法理,不依规定预告又不发给资遣费者,自更有可罚性,应依该法第78条加以处罚,方为适法。决议:多数采乙说。台湾省高等法院检察署研究意见:采乙说。“法务部检察司”研究意见:同意原决议,以乙说为当。^②

(三) 举重明轻或举轻明重的性质

值得讨论的是,举重明轻或举轻明重的性质,实务上有认为举重明轻系属一种解释的原则,有行政法院1983年判字第2255号,其要旨略谓:按原告张结宝之长子张崇辉乃台湾省人,为原告等自认之事实,而张崇辉系1966年4月19日出生,于原告等代为其申请出境时已年满16岁,并无“接近役龄男子申请出境审查规定”第2条所列各款情形之一,依同规

^① 关于举轻明重在法律逻辑上的分析,参见 Klug, Juristische Logik, S. 132f.

^② 本件判决取自法源资讯有限公司提供之资讯系统。

定第3条：“无论任何理由，一律不准出境”，故原告之申请未获核准。查该“审查规定”乃“为防止兵员外流，维护兵役制度”而设，于事理上为维护地区安全之所必须，于法理上则有“戡乱时期台湾地区入境出境管理办法”第49条为其依据。查该管理办法系为适应“戡乱时期”需要，确保台湾地区治安，特依“戒严法”订定者，见诸其第1条之明文，自应具有补充立法之效力。原告虽争执谓“戒严法”第11条第9款仅有限制或禁止迁入戒严地域之明文，并无限制或禁止迁出之规定，但殊不知在今日，1949年1月14日修正公布之该法寥寥13条之有限条文，实不足因应瞬息万变之当前情势，而有待解释。依举重明轻之原则，该规定既有对迁入戒严区域得予以限制或禁止之规定，则为防止兵员外流，维护“兵役制度”，当局对接近役龄男子之申请出境加以限制，自应解为仍属“戒严法”之所许，未可斤斤拘泥文字。是原告指摘“接近役龄男子申请出境审查规定”违反“宪法”、“民法”及“兵役法”等，洵属其一己偏颇之见，非堪采凭。至其又攻讦该“审查规定”第2条第1款“父母为外交人员，随父母赴任所者”之例外情形有失公平一节，核属有关机关日后修订该规定时参考审酌之事项，与本件行政争讼之认事用法无关，不予具论。被告机关未徇原告之申请，准许张崇辉出境，既有适当之法规依据，尚难认其有何违误。^①

认为举轻明重系属法理的，有大法官释字第182号解释谓：“强制执行程序开始后，除法律另有规定外，不停止执行，乃在使债权人之债权早日实现，以保障人民之权利。‘最高法院’1974年度台抗字第59号判例，认债务人或第三人不得依假处分程序声请停止执行，系防止执行程序遭受阻碍，抵押人对法院许可拍卖抵押物之裁定，主张有不得强制执行之事由而提起诉讼时，亦得声请停止执行，从而上开判例即不能谓与‘宪法’第16条有所抵触。”其解释理由谓：“强制执行法”第18条第1项规定“强制执行程序开始后，除法律另有规定外，不停止执行”乃防止债务人或第三人任意声请停止执行，致执行程序难于进行，债权人之债权不能早日实现。抵押权人声请拍卖抵押物，经法院为许可强制执行之裁定而据以声请强制执行，抵押人对该裁定提起抗告或依同法第14条提起异议之诉时，法院得依同法第18条第2项为停止强制执行之裁定，抵押人如以该裁定成立前实体上事由主张该裁定不得以执行名义而提起诉讼时，其

① 本件判决取自法源资讯有限公司提供之资讯系统。

情形较裁定程序为重,依“举轻明重”之法理,参考“公证法”第11条第3项及“非讼事件法”第108条第2项规定,并兼顾抵押人之利益,则抵押人自得依“强制执行法”第18条第2项规定声请为停止强制执行之裁定。假处分,乃债权人就金钱请求以外之请求欲保全强制执行,或当事人于有争执之法律关系声请定暂时状态之程序,并非停止执行之法定事由,前述1974年度台抗字第59号判例,认为债务人或第三人不得依假处分程序声请停止执行,系防止执行程序遭受阻碍,抵押人对法院许可拍卖抵押物之裁定,主张有不得强制执行之事由而提起诉讼时,既得声请停止执行,从而上开判例即不能谓与“宪法”第16条有所抵触。

据上所述可知,关于举重明轻或举轻明重,实务上有认为系解释原则,有认为系属法理。用语虽异,意义则同,即二者在论证上均属“尚且……当然”的推论,仍在解释的范畴,且属所谓的论理解释。韩忠谟教授谓:“论理解释亦称自然解释,唐代刑律已实认之,按唐律载‘诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻,其应入罪者,则举轻以明重,诸断罪皆须据引律令格式正文,违者笞二十’。所谓举重明轻、举轻明重,即为论理解释,暂行律例补笺亦谓,本律虽不许比附援引,究许自然解释,自然解释者,即所犯之罪与法律正条同类,或加甚之时,则依正条解释,而适用之也,同类者,例如修筑马路,法条上禁止牛马经过,则象与骆驼自在禁止之例,加甚者,例如法条禁止钓鱼而未及投网,然钓既不可,网更可知,故投网者自亦在处罚之列。”^①此见解可资参证。尚须指出的是,举重明轻或举轻明重不仅是逻辑问题,而且是一种具有目的性的论证方法,何者为重,何种为轻,应就法律要件与法律效果之间的关联为法律上衡量的判断。

(四) 本件判决的分析

在本件判决,“最高法院”兼采举重明轻、衡平原则、类推适用以支持

^① 韩忠谟:《刑法原理》,第68页。参见苏俊雄:《刑法总论》I:“刑法之基础理论、架构及适用原则”,1995年初版,第270页谓:“举重明轻原则(Argumentum a maiore ad minus),在同样的主位概念之下,就一定类型事务所规定之法则效力,对于其他所属的事物,亦有其适用性,例如对属于不能犯的未遂犯不处罚的法则效力,就幻想的未遂(非现实的未遂,irreale Versuch)自亦有其适用性。所谓举重明轻之原则,系一种立法原则的通例,本诸实害行为重于危险行为之法理,若法律对于实害行为不罚者,对于危险行为亦应本举重明轻之原则,认其为法律所容,这是刑事政策考量必循之准则,否则必然有失事理之平。”此见解可资参照。

因权利滥用不得请求移去或变更建物之邻地所有人,得请求土地所有人以相当价额购买越界部分之土地。对此理由构成,应说明的有两点:

其一,举重明轻、衡平原则及类推适用是三种个别不同论证方法,各有其结构及功能,不应同时并用。举重明轻(*Argumentum a maiore ad minus*)不同于类推适用(*Argumentum a similitudine*),虽同基于正义要求,前者系属“尚且……当然更得”的推论,仍属解释范畴,后者系基于平等原则,属法律补充的领域。^①

其二,本件究属第 796 条规定的举重明轻抑或类推适用,确值研究。在第 796 条,邻地所有人不得请求土地所有人移去或变更建物,其要件为知悉越界建筑而不提出异议。在本件判决邻地所有人不得请求土地所有人移去或变动建物,系因不知越界建筑,而其行使第 767 条的权利构成权利滥用。“最高法院”系就“知情而不异议”与“不知情而不异议”,比较其“重”、“轻”,认为此属举重明轻,固有相当依据。惟应说明者有三:

(1) 在本件,邻地所有人所以不得请求土地所有人移去或变更建物,系基于权利滥用,而权利滥用与知悉越界建筑而不提出异议,规范意义不同,难以比较其“轻”“重”。

(2) 若采举重明轻,则本件将属第 796 条规定的“解释”,显然忽略了此系适用原第 148 条而生的“善后”问题,本非属第 796 条规定的适用范围。

(3) 就方法论言,本件系法律漏洞及其填补的问题(详见后文)。易言之,即因适用原第 148 条规定使邻地所有人不能请求移去或变更建物,致发生邻地所有人得否请求土地所有人价购越界部分土地的问题,属于造法层次。

四、衡平原则

本件判决提到了衡平原则,提醒吾人警觉地注意到这个在民法学上应受重视的概念。在讨论衡平原则、相关案例及本件判决之前,拟对“衡

^① 参见 Gast, *Juristische Rhetorik*, 2. Aufl. 1992, S. 328, 336; Schmatz, *Methodenlehre für das juristische Studium*, 3. Aufl. 1992, S. 284, 317f.

平”的基本理论略作说明。^①

(一) 基本理论

衡平,在德文称为 Billigkeit(形容词为 billig),在英文称为 equity,具有多种意义。惟衡平作为一种法律概念(Billigkeit als Rechtsbegriff),具有一定的含义和机能,兹从衡平与法律(Billigkeit und Recht)及衡平与正义(Billigkeit und Gerechtigkeit)两个层面加以观察。

1. 衡平与法律

(1) 罗马法上的 ius strictum 与 ius aequum: summum ius summa iniuria(法之极、恶之极)

衡平与法律的关系是衡平的外部层面(Außenaspekt der Billigkeit),因各国法律文化及历史发展而有不同。^②

在罗马法因格式诉讼的僵化,导致法律的严格性 ius strictum(严格法),在后古典时期由法务官(Praetor)发展出 ius aequum(衡平法),以资缓和,而具有三种功能,即以衡平作为批评法律的准则,作为解释的方法及补充法律的不备,使法官得依衡平而为裁判,以适应个案的情形,避免造成所谓的 Summum ius summa iniuria。^③

Summum ius summa iniuria(法之极、恶之极)的格言,首见于罗马文豪、政治家及法学者 Cicero(西塞罗)在公元前44年所著 De officiis 一书(第1卷第10章第33段)。^④

此句格言,并非西塞罗所创,在罗马流传甚久,众所周知。就法律言,法制史学者 Paul Gavilovitch Vinogradoff 在其 Common Sense in Law(法之

① 关于衡平原则,德国文献资料甚多,参见 Binder, Philosophie des Rechts, 1925, S. 396ff.; Emge, Sicherheit und Gerechtigkeit, 1940, S. 26ff.; Gillis, Die Billigkeit, 1914; Gramsch, Die Billigkeit im Recht, 1938; Kiss, Billigkeit und Recht, ARWP Bd. 3(1990/10), S. 536ff.; M. E. Mayer, Rechtsphilosophie, 1922, S. 85ff.; Radbruch Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956, S. 127; M. Rümelin, Die Billigkeit im Recht, 1921; Sauer, Die Gerechtigkeit, 1959, S. 136ff.; "Summum ius summa iniuria", Ringvorlesung der Tübinger Juristenfakultät 1963; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 323f.

② David/Grassmann, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 1966, S. 649.

③ Summum ius summa iniuria, Ringvorlesung der juristischen Fakultät Tübingen, 1963.

④ Otto Seel, Cicero 2. Aufl. 1961, 455, 497; Karl Büchner, Römische Literaturgeschichte, 3. Aufl. 1962, S. 198.