

學術論文集

民事法學與 法學方法

第四冊

吳從周 著

二〇一〇年三月初版



新學林

 新學林出版股份有限公司

地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

TEL：(02)2700-1808 FAX：(02)2705-9080

郵政劃撥：19889774 新學林出版股份有限公司

E-mail: law@sharing.com.tw



005AY051003

ISBN 978-986-6419-84-3



9 789866 419843

00550



民事法學與 法學方法

第四冊

吳從周 著

二〇一〇年三月初版

民事法學與法學方法／吳從周著．-- 一版．--

臺北市：新學林， 2010. 03

冊； 公分

ISBN 978-986-6419-84-3（第4冊；平裝）

1. 民事法 2. 民事訴訟法 3. 文集

584. 07

99003671

民事法學與法學方法 第四冊

作 者：吳從周

出 版 者：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市和平東路二段339號9樓

電 話：(02) 27001808

傳 真：(02) 27059080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益

主 編：江承勳 版 權 部：林靜妙

製程管理：浩瀚

出版日期：2010年3月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定 價：550 元

ISBN 978-986-6419-84-3

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段 339 號 9 樓

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

序言

對於是否要將在台北大學法學院任教三年期間所撰寫的長短篇論文，集結成單一冊子，一直猶豫多時，主要是因為數十篇文章的長短不一，寫作的風格有時為了應邀稿所求，亦不一貫。最後仍決定將其彙編為論文出版系列的第四冊，目的是為了表達對於大學時代的母系國立台北大學法律系（前身為國立中興大學法商學院法律系）栽培之恩的感謝，特別是其中有多篇，是在台北大學民生東路校區由法學院所舉辦的學術研討會上所發表的文章，更具有特殊意義。

三年前因著偶然的機會，蒙師長提攜而返回台北大學司法系專任，一年後原來的法學系、財法系與司法系三系合併為現在之法律系，儘管三系磨合過程中不免的一些人事紛擾以及二〇〇九年秋天的一段兼課插曲，在三年的任教期間內，台北大學法律系始終提供給我一個自由地教學與研究，無虞地揮灑專業的學術空間。這本冊子中共二十四篇不成熟的嘗試作品，多少顯露了這樣的一個成果累積。雖然在二〇〇九年夏季末，因著學術生涯的規劃考慮，決定轉往我的另一個母系台灣大學法律系繼續任教，但對提攜與照顧我的台北大學法律系的師長們，我心中始終感念，在此僅以本書表達我心中萬分之感激。

這本冊子仍然延續我在民法與民事訴訟法領域，透過方法論的運用與實務判決對話的努力。本書在民法與方法論部分，特別是關於債權物權化理論與實務的探討，在民事訴訟法部分，特別

是關於否認子女之訴在比較法上的論述，最受到自己的關注。

本書的校對與出版，承蒙新學林出版社經理江承勳先生之熱心協助，使本書得以順利問世，併此致謝。

吳從周 2010/1/12 于梧桐屋

目 錄

序言	i
民法與法學方法	
1. 法律溯及既往適用與類推適用	1
——簡評最高法院九十六年度台上字第二〇八〇號判決	
2. 未出席社員能否提起撤銷總會決議之訴	11
3. 債權物權化、推定租賃關係與誠信原則	17
——最高法院九十五年度第十六次民事庭會議決議評釋	
4. 「土地與房屋不同屬一人所有」不宜類推適用民法 第四百二十五條之一	59
——最高法院九十六年度台上字第一三五九號判決在法學方法論上 的再思考	
5. 互易契約之債權物權化	81
——簡評最高法院九十七年度台上字第一七二九號判決	
6. 主人與狗 ——動物占有人責任之實務案例整理	99
7. 法律上的死而復活	113
——死亡宣告之撤銷及其效力	
8. 上司罵下屬，公司連帶賠!?	129
——受僱人「執行職務」概念之再探討	
9. 限制行為能力人之中性行為	145
10. 仲裁判斷與時效中斷	161
——最高法院九十六年度台上字第一四一二號判決在法學方法論上 的思考	
11. 在時效起算點決議仍採客觀基準說之後	181
——簡評台灣高等法院九十七年度上國字第一一號判決	

12. 借名登記與無權處分…………… 189
——簡評最高法院九十八年度台上字第七六號判決
13. 出租人之主給付義務與物之瑕疵擔保責任…………… 195
——評析最高法院八十九年度台上字第六九九號、九十一年度台上
字第一七三三號判決

民事訴訟法

14. 再訪否認子女之訴…………… 221
——以親生父提訴權之探討為中心
15. 子女提起婚生否認之訴的被告適格…………… 253
16. 民事法官懈怠案件之進行與當事人之權利救濟…………… 269
——從德國「不作為抗告法」(Untätigkeitsbeschwerdengesetz)之
制定思考我國法之出路
17. 遲誤準備程序期日、不預納訴訟費用與視為合意停止
訴訟程序…………… 311
——一個民事訴訟法學方法論的基本介紹
18. 接續觀察主觀預備合併在我國之發展…………… 345
——瀏覽德國學說、兼評最高法院九十四年度台上字第二八三號判決
19. 案件遲延之逆襲…………… 379
——從防止「逃避爭點簡化協議」與「逃避失權」之角度出發整理與
觀察相關最高法院判決
20. 再論第二審失權與補充第一審之攻擊防禦方法…………… 419
——觀察後續實務見解發展中所產生的諸多疑問
21. 於第二審始提出時效抗辯之失權效果…………… 447
22. 民事裁判書附記不同意見書？…………… 457
23. 醫療過失舉證責任的實務新發展：醫病鬥「法」第二回合… 469
——簡評最高法院九十六年度台上字第二七三八號判決
24. 以一訴「附帶請求」不併計標的價額之範圍…………… 489
- 附錄：Gustav Radbruch 原著
制定法的不法與超制定法的法…………… 503

法律溯及既往適用與類推適用

——簡評最高法院九十六年度台上字第二〇八〇號判決

目 次

壹、判決

一、高院見解

二、最高法院見解

貳、爭點

參、簡評

一、法律溯及既往？

二、法律類推適用

肆、結論

壹、判決

一、高院見解

九十二年十二月三十一日修正公布之公寓大廈管理條例（下稱管理條例）第二十九條第四項規定：「前項管理委員、主任委員及管理負責人任期屆滿未再選任……自任期屆滿日起，視同解任」，乙○○之主任委員任期至九十二年五月十五日屆滿，當時施行之管理條例就此雖無規定，然揆其嗣後增訂之立法目的，應為同一解釋較為妥適。上訴人雖認應類推適用公司法第一百九十五條第二項有關董事之規定，乙○○之任期應延長至改選之主任委員就任時止云云，惟股份有限公司與董事間之委任關係，不因任期屆滿而當然解任，實係因公司法第一百九十五條第二項之例外規定，管理條例既無相類似之規定，依委任關係，應認管理委員之任期屆滿即解任；且依修正後管理條例第二十九條第一項、第六項規定以觀，可知管理委員會並非公寓大廈法定必備機關，縱有未組成管理委員會，仍有其他方式因應，並無法律上漏洞，與公司之董事，乃董事會之構成員，而為股份有限公司之法定、必備、常設之業務執行機關有別，公寓大廈管理委員任期屆滿，自無從類推適用上開公司法規定，應認上訴人第八屆管理委員會包括乙○○在內之所有管理委員，均應於九十二年五月十五日任期屆滿而解任。

二、最高法院見解

惟九十二年十二月三十一日修正前之該管理條例，關於公寓大廈管理委員、主任委員及管理負責人之任期，僅於第二十七條第三項規定其任期一年，連選得連任；修正後之同條例第二十九條第三項、第四項始規定「管理委員之連任次數按其管理事務有不同規定，負責財務管理及監察業務者僅得連任一次。但區分所

有權人會議或規約未規定者，任期一年，連選得連任一次」、「前項管理委員、主任委員及管理負責人任期屆滿未再選任或有第二十條第二項所定之拒絕移交者，自任期屆滿日起，視同解任」。原審雖謂上訴人原主任委員乙○○之任期於九十二年五月十五日屆滿，修正前管理條例雖未規定，惟揆其立法目的，應為同一之解釋，即應認乙○○之職務因任期屆滿解任而喪失云云，惟所謂立法目的為何，原審並未說明，已嫌理由不備。又不溯及既往，為法律適用之大原則，故除法律明定新法應溯及適用，或該新法規定原即為法理，於施行前應為同一之解釋外，於新法施行前發生之事實，自不適用新法或得依該規定而為同一之解釋。修正後管理條例第二十九條第四項規定公寓大廈管理委員會之管理委員、主任委員及管理負責人任期屆滿未再選任或有同條例第二十條規定拒絕移交者，自任期屆滿日起，視同解任，既係規定於該特定情形始「視同」解任，自難以之為法理而予引用。次按修正前管理條例對於管理委員會之主任委員任期屆滿，是否即不得執行職務，未有明文；惟「公寓大廈應成立管理委員會或推選管理負責人。成立管理委員會者，應由管理委員會互推一人為主任委員，主任委員對外代表管理委員會。公寓大廈未組成管理委員會且未選任管理負責人時，以第二十五條區分所有權人互推之召集人或申請指定之臨時召集人為管理負責人。區分所有權人無法互推召集人或申請指定臨時召集人時，住戶得申請地方主管機關指定住戶一人為管理負責人」，修正前管理條例第二十七條第一項、第二項、第四項定有明文。依同條例第三條第八款規定，管理委員會係為執行區分所有權人會議決議事項暨公寓大廈管理維護工作，互選管理委員若干人設立之組織；其職務則依同條例第三十四條規定。公寓大廈之管理維護工作既由管理委員會執行，並由主任委員對外代表管理委員會，則管理委員任期屆滿，該公寓大廈本應召集區分所有權人會議改選之，然現行實務上，公寓

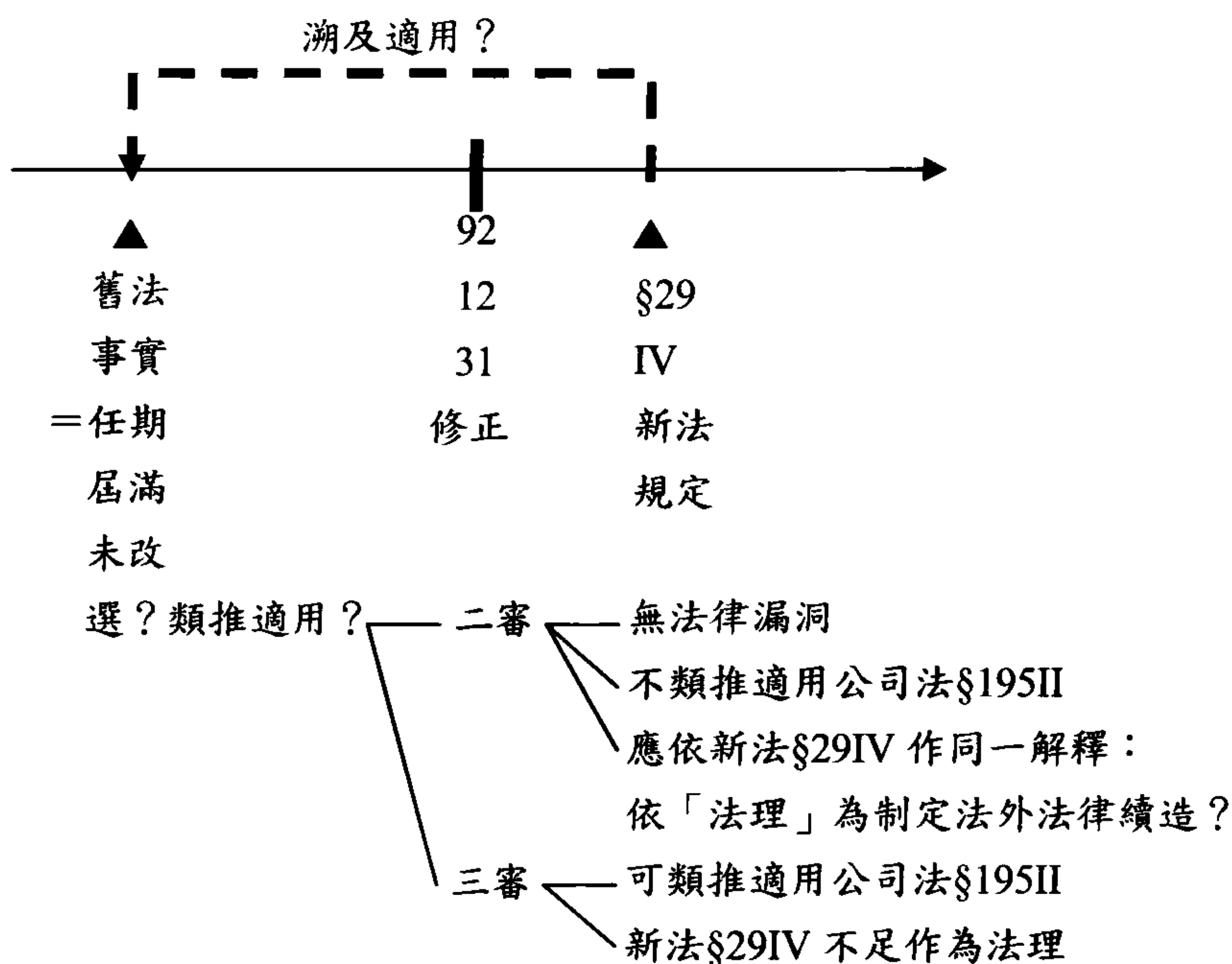
大廈管理委員會因故未能及時改選，或未能及時依修正前管理條例第二十七條第四項產生管理負責人之情形，所在多有，此與公司董事負責執行公司業務，惟於其任期屆滿常因事實上原因不及改選，致無法適時銜接之情形，並無不同；為保障該公寓大廈區分所有權人及住戶之權益，維持該公寓大廈管理維護事務之正常運作，是否不得類推適用公司法第一百九十五條第二項「董事任期屆滿而不及改選時，延長其執行職務至改選董事就任時為止」規定，延長主任委員職務至新選任之主任委員、或修正前管理條例第二十七條第四項所稱之管理負責人就任時為止？上訴人之原主任委員乙○○於任期屆滿後，以上訴人名義通知被上訴人不再續約，是否不生效力？均非無再事斟酌審究之餘地。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

貳、爭點

九十二年十二月三十一日修正前之公寓大廈管理條例，未規定公寓大廈管理委員會之管理委員、主任委員及管理負責人任期屆滿未再選任者，其任期如何處理。此時，究應與修正後之該條例第二十九條第四項規定：「任期屆滿未再選任……，自任期屆滿日起，視同解任」，作同一解釋，抑或應類推適用修正前即已存在之公司法第一百九十五條第二項規定：「董事任期屆滿而不及改選時，延長其執行職務至改選董事就任時為止」規定，延長主任委員職務至新選任之主任委員就任時為止？

高等法院顯然採「依新法作同一解釋」之見解，而與最高法院採取應類推適用公司法規定之見解，而有法律見解上之歧異。

為期明瞭，茲略圖解本件高等法院與最高法院在法律思維上的差異如下：



參、簡評

一、法律溯及既往?

近年來法律修正變遷迅速，民事法律亦同，因此在法院實務上一再出現一個疑問：新法所增修的新規定，法院能否將該規定「依法理」援引適用到舊法時代法律尚未規範的案例事實上？

實務上曾經出現過的疑問與爭論包括：民法第七百五十六條之三未定期間人事保證最長期間僅能為三年之規定，能否作為法理適用於修法前之事實（參見最高法院九十年度台上字第八三二號判決）？民法第二百四十七條之一定型化契約條款之控制規定，能否作為法理適用至新法生效前之案例事實（參見最高法院九十一年度台上字第一六六三號判決）？民法第四百二十五條之

一推定租賃關係之規定，能否作為法理適用於新法生效施行前之情形（參見最高法院九十二年度台上字第四八七號判決、九十五年度台上字第一六九號判決）¹？民法第二百四十四條第三項特定物債權受侵害不得撤銷之規定，能否適用於修正施行前有害於特定物給付為標的之債權之法律行為（參見最高法院九十五年度第四次民事庭總會決議）²？

筆者曾經一再地為文強調，在已經承認法官有候補立法權之造法權限的前提下，答案應為肯定；但在法學方法論上應該分辨的是，由於此時法律並未明文可以將新法規定溯及既往適用於舊法之事實，因此法官也沒有這樣的權限可以做此種越權之宣告，所以採肯定見解的理由並不是法官將新法「提早適用或溯及適用」，也不是比附援引而「類推適用」在舊法事實發生當時尚不存在的新法規定，而是將新法規定當作民法第一條「法理」（此時之「法理」，意指法律原則、法律思想）之內容，而對新法增訂前之案例事實進行「制定法外的法律續造」，它與類推適用是「制定法內的法律續造」，是屬於不同的法官造法的層次³。這是因為「制定法內的法律續造」已經不足以解決問題，因此有求諸「制定法外法律續造」手段之必要。

本件最高法院九十六年度台上字第二〇八〇號判決，在法學方法論上發生與前述相同的疑問仍是：九十二年十二月三十一日修正後之管理條例第二十九條第四項之規定：「任期屆滿未再選

¹ 以上判決之檢討請綜合參見吳從周，人事保證期間規定溯及適用之實務難題，載於民事法學與法學方法，第三冊，自版，2007年10月初版，頁134以下。

² 參見吳從周，詐害特定債權時撤銷權行使是否溯及適用之實務難題，註1書，頁93以下。

³ 吳從周，論民法第一條之「法理」，載於民事法學與法學方法，第一冊，自版，2007年2月初版，頁106以下。

任……，自任期屆滿日起，視同解任」，能否作為「法理」，適用於修正前發生之管理委員會之管理委員等任期屆滿未再選任之情形？

在本件，最高法院顯然已經注意到上開方法論上的思考，因此正確地指出：「不溯及既往，為法律適用之大原則，故除法律明定新法應溯及適用，或該新法規定原即為法理，於施行前應為同一之解釋外，於新法施行前發生之事實，自不適用新法或得依該規定而為同一之解釋」，亦即，最高法院亦明白承認，除立法者以法律明文溯及既往適用之外，司法者也有可能且可以「依法理」為「制定法外的法律續造」，而使得新法施行前發生的事實，適用法院所創造、跟新法明文規定一樣的「法官法」（Richterrecht）的。

雖然最高法院在本案進一步指出新法規定不足以成為「法理」而加以適用的理由為：修正後管理條例第二十九條第四項之規定，限於公寓大廈管理委員會之管理委員等「任期屆滿未再選任或有同條例第二十條規定拒絕移交」之「特定情形」，始「視同」解任，故「自難以之為法理而予引用」。姑不論「任期屆滿未再選任者，視同解任」，應該是法律所描述的構成要件，並非所謂的「特定情形」，是否不能一般化成為一個法律原則或法律思想，容有討論之餘地，但最高法院思考順序正確，且賦予詳盡之理由說明，值得佩服。

與此相對，高等法院顯然認為本件並沒有辦法僅透過「類推適用」公司法第一百九十五條第二項規定之「制定法內法律續造」來解決問題，因此乃進一步求諸於修正後管理條例第二十九條第四項規定，在思考順序上其是否認為該規定可「作為法理」，進行「制定法外法律續造」而加以適用，不得而知。只不過其在方法論的說理上僅謂：「當時施行之管理條例就此雖無規定，然揆其嗣後增訂之立法目的，應為同一解釋較為妥適」，其

中所謂「揆其……立法目的，應為同一解釋」，相較於最高法院對「法理」採取否定見解的詳細說理，說理上顯有不足之處。此一說理最大的疑義在於：如果係認為管理條例新法第二十九條第四項可作為「法理」進行法官造法，則在「制定法外法律續造」的造法層次，已經不再需要求諸於「立法目的」的探究，而係由司法者基於交易上實際需要等理由，探求法律原則或法律思想而創造法律即可⁴。明乎此，也就無怪乎最高法院要指責高等法院：「所謂立法目的為何，原審並未說明，已嫌理由不備」。

二、法律類推適用

本案與前揭向來最高法院判決中所出現的法律溯及既往適用的疑問，最大不同之處在於：本件提出了法律適用上可考慮的另一個焦點，亦即，在「依法理」適用管理條例新法第二十九條第四項（制定法外之法律續造）之前，有沒有可能「類推適用」舊法時已存在之公司法第一百九十五條第二項規定（制定法內之法律續造）？

關於此點，如前所提及，高等法院認為「公寓大廈管理委員會」與「股份有限公司董事會」二者並不相同，或者說並無類推適用所必要的「類似性」存在，因為前者「並非公寓大廈法定必備機關」，而後者則是「股份有限公司之法定、必備、常設之業務執行機關」，因此公寓大廈管理委員任期屆滿，自無從類推適用上開公司法規定。也就是說，高等法院採取以是否為「法定必備之業務執行機關」作為「公寓大廈管理委員會」與「股份有限公司董事會」有無類似性存在之判斷標準，進而決定能否類推適用公司法第一百九十五條第二項之規定，結果則得出否定之結

⁴ 參見 Larenz 原著，陳愛娥譯，法學方法論，1996 年 12 月初版，五南，頁 321。

論；相對於此，最高法院則以「公寓大廈管理委員會」為公寓大廈之管理維護工作的執行機關，與「股份有限公司董事會」為公司的業務執行機關，二者同為「執行機關」，因此在「任期屆滿常因事實上原因不及改選，致無法適時銜接之情形，並無不同」；所以「為保障該公寓大廈區分所有權人及住戶之權益，維持該公寓大廈管理維護事務之正常運作」，應得類推適用公司法第一百九十五條第二項「董事任期屆滿而不及改選時，延長其執行職務至改選董事就任時為止」之規定。

最高法院與高等法院所以在類推適用與否的結論上不同，主要原因其實是在於進行類推適用時所選擇的「類似性」與否的「比較點」不同（高等法院選擇是否為「法定必備之業務執行機關」作為比較點，最高法院則選擇是否均為「業務執行機關」作為比較點），在類推適用的操作上，一般都是以「立法目的」的探求作為是否類似的比較點，本件最高法院的說理基本上也是從管理條例第二十九條第四項的立法理由出發進行思考⁵，應值贊同。

但應強調者係，類推適用的說理上對於「比較點」的選擇，

⁵ 公寓大廈管理條例第 29 條第 4 項的立法目的為何，其實並不清楚，筆者查閱立法院公報之結果，發現公報上對該條項的立法理由說明也只是這樣記載：「明定管理委員、主任委員及管理負責人任期屆滿未再選任或有第二十條第二項之拒絕移交者，視同解任，爰增列第四項規定」（載於立法院公報第 92 卷，第 57 期，院會紀錄，頁 396，此部分公報上網可查閱網址 <http://lci.ly.gov.tw>），無異於把條文重複一遍，並沒有說明理由。最高法院判決中的這段「為保障該公寓大廈區分所有權人及住戶之權益，維持該公寓大廈管理維護事務之正常運作」之類似於立法理由的論述，應該是從該條例修正前第 3 條第 8 款（新法為第 9 款）對管理委員會職權之定義而來。明乎此，也就無怪乎高等法院在判決中只說到：「揆其嗣後增訂之立法目的，應為同一解釋」，卻說不出立法目的為何，而徒落得最高法院指責其判決不備理由了！