

# 民法學說、判例研究與民法發展

—50年的回顧與展望—

王澤鑑

前司法院大法官

國立台灣大學名譽教授

## 一、學習民法的回顧與展望

(一) 感謝台灣高等法院的邀請

(二) 研究民法受惠於法院的判決

(三) 學習民法的歷程

1. 1957～1961：台大法律系

2. 1964～1968：留學德國

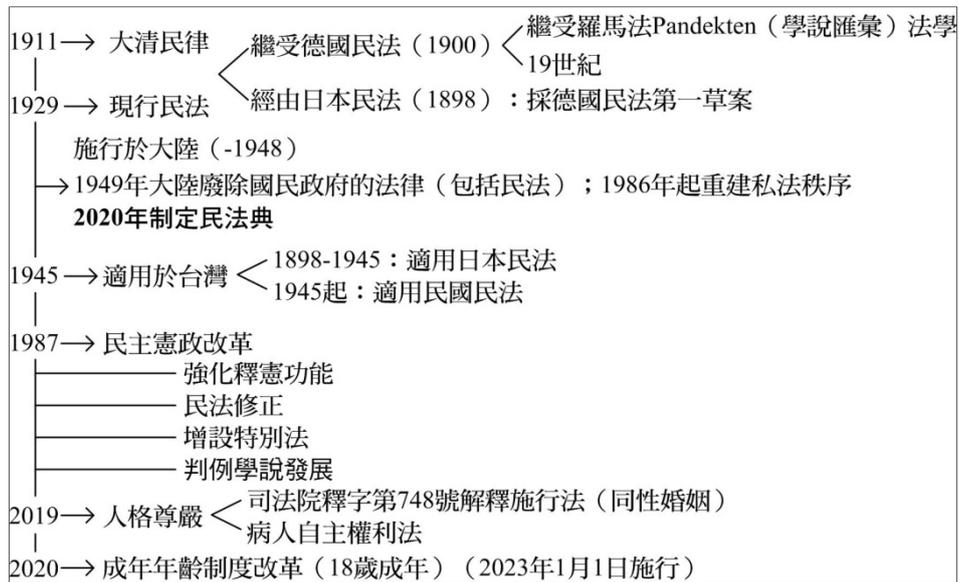
3. 1968～1969：財政部、中央銀行

4. 1970～2021：教學研究

(四) 高等法院的任務與貢獻

## 二、民法 90 年與台灣社會變遷

### (一) 民法 90 年



### (二) 民法與特別法：私法體系的建構與社會發展



### (三) 四個課題

1. 民法的變遷：體現於判決：案例法的建構
2. Rabel 教授的名言：判例學說的協力
  - (1) 立法（法律）：譬如身體
  - (2) 判例與學說：猶如筋骨神經
3. 法之適用：法學方法論、法釋義學
4. 法律教育：請求權基礎、案例研習

### (四) 1970 年代的轉變與台灣民法學的開展

1. 台灣的社會經濟發展
2. 留學生回國任教：世代交替
3. 民法的教學研究

## 三、民法學說與判例研究的寫作

### (一) 理論與實務的交流互動

1. 寫作的動機：台灣、德國學習法律的經驗
2. 促進理論與實務互動：法學及法律發展的機制
3. 結合最高法院判決、法學方法與法釋義的法學研究
4. 繼受德國法的學說及實務，內化於台灣法律的發展
5. 研究的課題
  - (1) 檢視法之適用過程
  - (2) 強化論證
  - (3) 發現法律原則
  - (4) 建構案例法的體系
6. 記錄長達 20 年台灣判例與學說的發展

### (二) 四個案例

1. 第三人與有過失
  - (1) 未成年子女應否承擔法定代理人的過失？（68 年第 3 次民庭決議：代理人包括法定代理人）
  - (2) Shock 案例：直接被害人應否承擔間被害人的與有過失？

2. 出賣他人之物與無權處分：債權行為與處分行為的區辨
3. 由法條競合到請求權競合：民法第 227 條之 1 的制定：債務不履行侵害他人人格權的慰撫金請求權
4. 不完全給付：最具台灣特色的民法發展

(三) 理論與實務的互動：感念與啟示

1. 錢國成：要有共識
2. 吳明軒：學說因實務而實踐；學說應為實務服務
3. 游開亨：所遇得人
4. 人格風範

(四) 四個案例的發展

1. 第三人與有過失：損害賠償的核心問題
2. 出賣他人之物與無權處分：成為通說共識
3. 法條競合說的復活

(1) 最高法院判決

①107 台上 398

「按債務人違反給付之義務，使債權人之債權無法獲得滿足，乃債務人侵害債權人債權之行為，民法既有債務不履行之特別規定，自應優先適用，而無關於侵權行為規定之適用。」(相同見解 106 台上 196)

②43 台上 752

「侵權行為，即不法侵害他人權利之行為，屬於所謂違法行為之一種，債務不履行為債務人侵害債權之行為，性質上雖亦屬侵權行為，但法律另有關於債務不履行之規定，故關於侵權行為之規定，於債務不履行不適用之。民法第 231 條第 1 項，因債務遲延所發生之賠償損害請求權，與同法第 184 條第 1 項，因故意或過失不法侵害他人之權利所發生之損害賠償請求權有別，因之基於民法第 231 條第 1 項之情形，所發生之賠償請求權，無同法第 197 條第 1 項所定短期時效之適用，其請求權在同法第 125 條之消滅時效完成前，仍得行使之，應為法律上當然之解釋。」

(2) 分析討論

① 請求權競合說的揚棄？對變更長期適用的法律見解，應否負舉證責任？

② 醫療事故的契約責任與侵權責任？

4. 不完全給付：邁向不完全給付與物之瑕疵擔保的一體化

(1) 買賣：物之瑕疵擔保（100 台上 1468）

(2) 承攬：適用民法第 227（101 台上 661）

(五) 共同協力

1. 康德的名言

(1) 有理論而無實務，殆如空言

(2) 有實務而無理論，猶如盲目飛行

2. 研讀判例是學習法律的入門，培養法學想像力；理解判例是法律人的基本素養

3. 學者的任務：研究判例，參與法律發展

四、法學方法與法院判決

(一) 法之適用與法學方法

1. 法之適用

2. 法學方法論

(1) Larenz（拉倫茲）教授的方法論

(2) 德國法學方法論在台灣的繼受與發展

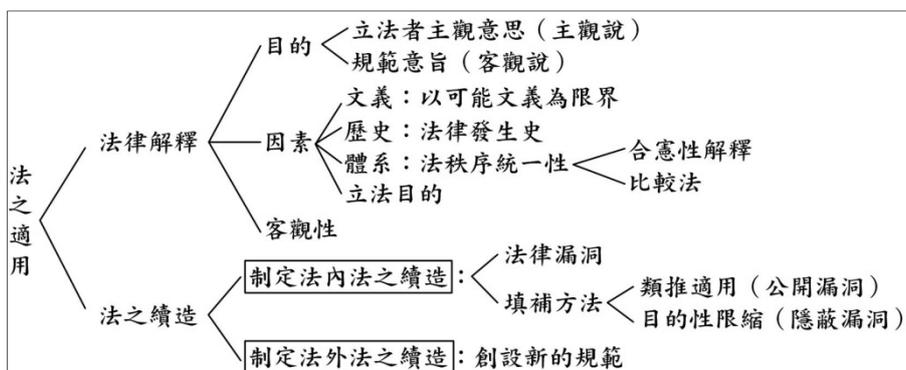
(3) 法律的進步在於方法的反省與更新

(二) 最高法院與法學方法論

1. 最高法院 101 台上 2037 判決

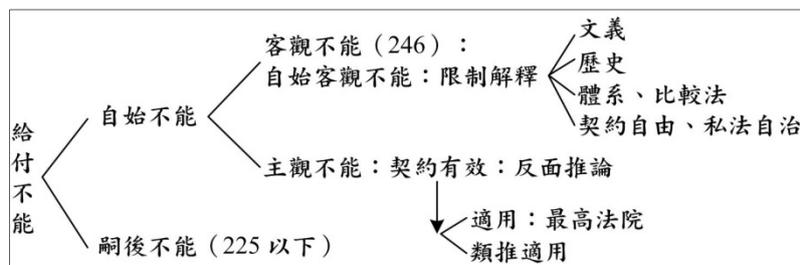
按適用法律為法院之職責，根據「法官知法」之原則，法院應就當事人主張之事實，依職權尋求適當之法律規範，作為判斷之依據。而民法第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」，所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理；法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續

造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）。因此，證交法第 2 條既規定：「有價證券之募集、發行、買賣，其管理、監督依本法之規定；本法未規定者，適用公司法及其他有關法律之規定」，則有關因證券交易所生之損害賠償事件，在事實發生時縱無實定法可資適用或比附援引（類推適用），倘其後就規範該項事實所增訂之法律，斟酌立法政策、社會價值及法律整體精神，認為合乎事物本質及公平原則時，亦可本於制定法外法之續造機能（司法自由造法之權限），以該增訂之條文作為法理而填補之，俾法院對同一事件所作之價值判斷得以一貫，以維事理之平。（參閱拙著，法律思維（2020），頁 155）



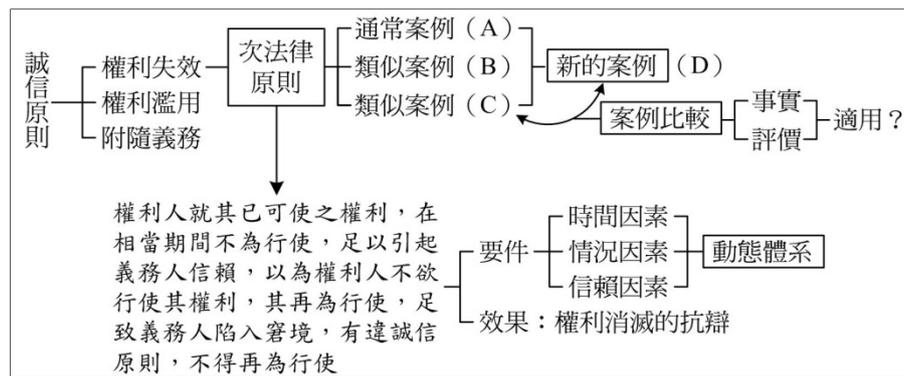
2. 一個具歷史意義的重要判決

(三) 法律解釋



(四) 概括條款的具體化：權利失效

1. 50 年的發展過程
2. 方法論上的意義



## (五) 類推適用與法之續造：代償請求權

### 1. 法律規定

(1) 民法第 225 條第 1 項：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。」第 2 項：「債務人因前項給付不能之事由，對第三人有害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。」

(2) 民法第 226 條第 1 項：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。」第 2 項：「前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。」

### 2. 最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決：借名登記

按民法第 225 條第 2 項所定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。又依民法第 225 條第 1 項、第 2 項規定之文義，固須不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人始得主張代償請求權。惟因可歸責於債務人之事由致給付不能者，參酌民法第 225 條第 2 項規定之立法理由謂「其不能給付，『不問其債務人應否負責』，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益」，應認債

權人得選擇行使損害賠償請求權（民法第 226 條第 1 項）或代償請求權以保護其利益。



(1) 重大突破性的法之續造

- ① 借名登記作為一個法學方法論的問題
- ② 二個類推適用
- ③ 雙重買賣

(2) 類推適用與民法發展

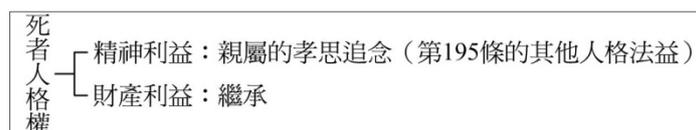
- ① 法律的進步與類推適用
  - a. 世事無窮，法律有限
  - b. 由類推解釋到類推適用
  - c. 類推適用體現法院的創造力
  - d. 台灣民法的發展
- ② 實務上的重要案例
- ③ 法人侵權責任（民法第 28 條）類推適用於合夥  
（101 台上 1695）
- ④ 知之歸責（Wissenzurechnung）的擴大：民法第 105 條的類推適用（104 台上 206）

……至為本人服勞務之使用人有此情形時，究以何人之意思表示以為斷？我民法雖未設有規範，惟使用人為本人為意思表示或從事一定事務，對外均未

自為意思表示，且其效力亦應同歸於本人，殊與本人藉代理人之行為輔助而擴大其活動範圍者相類。因此，使用人在參與本人意思表示形成之過程中，如因其被詐欺、脅迫；或為本人從事一定事務（包括法律及非法律行為）時，就其是否明知其事情或可得而知其事情？致其效力受影響者，各該事實之有無？參照民法第 1 條「相類似之案件，應為相同處理」之法理，自應類推適用民法第 105 條前段規定，就使用人決之，而由本人主張或承擔其法律效果（關於知之歸責詳細說明，參閱拙著，民法總則（2020），頁 535）。

#### （六）法律原則的創設：死者人格權的保護

最高法院 104 年度台上字第 1407 號判決：按傳統人格權係以人格為內容之權利，以體現人之尊嚴及價值的「精神利益」為其保護客體，該精神利益不能以金錢計算，不具財產權之性質，固有一身專屬性，而不得讓與及繼承。然隨社會變動、科技進步、傳播事業發達、企業競爭激烈，常見利用姓名、肖像等人格特徵於商業活動，產生一定之經濟效益，該人格特徵已非單純享有精神利益，實際上亦有其「經濟利益」，而具財產權之性質，應受保障。又人之權利能力終於死亡，其權利義務因死亡而開始繼承，由繼承人承受。故人格特徵主體死亡後，其人格特徵倘有產生一定之經濟利益，該人格特徵使用之權利尚非不得由其繼承人繼承，而無任由第三人無端使用以獲取私利之理。



（拙著，人格權法（2012），頁 297 以下）

#### （七）一個 Leading Case 的形成與誕生

1. 方法論的自覺
2. 所遇得人
3. 共同的努力
4. 值得研究的課題

### 五、法釋義學與民法發展

#### （一）法釋義學（法教義學，Dogmatik）的意義及功能

1. 法釋義學與法學方法

2. 功能

- (1) 判例學說的體系化

- (2) 穩定法之適用

- (3) 減輕論證負擔

- (4) 法之發展

- (二) 法釋義學與不當得利

1. 民法第 179 條：「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」

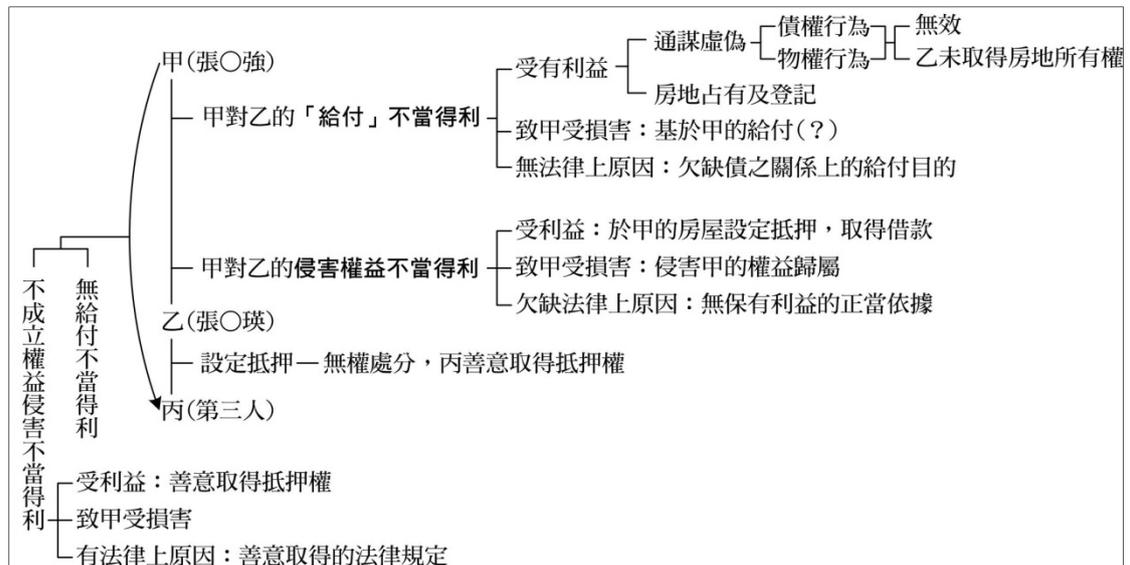
2. 統一說與非統一說的爭論

3. 最高法院 101 年度台上字第 1722 號判決

- (1) 不當得利依其類型可區分為「給付型之不當得利」與「非給付型不當得利」，前者係基於受損人有目的及有意識之給付而發生之不當得利，後者乃由於給付以外之行為（受損人、受益人、第三人之行為）或法律規定所成立之不當得利。又於「非給付型之不當得利」中之「權益侵害之不當得利」，凡因侵害歸屬於他人權益內容而受利益，致他人受損害，即可認為基於同一原因事實致他人受損害，並欠缺正當性；亦即以侵害行為取得應歸屬他人權益內容的利益，而不具保有該利益之正當性，即應構成無法律上之原因，成立不當得利。

- (2) 本件原審認兩造就系爭房地之買賣契約及物權移轉行為係出於通謀虛偽意思表示而無效，則張世強似非基於其有意識、有目的增益張逢瑛財產。張逢瑛以系爭房地為擔保，設定抵押權，侵害應歸屬於張世強之權益，張逢瑛因而受有借款利益，似可認係基於同一原因事實致張世強受有系爭房地附有抵押權之損害，並因張逢瑛所受之借款利益實係應歸屬於房地所有人張世強，而欠缺正當性，構成無法律上之原因，屬於非給付型不當得利。原審就此未遑詳查究明，遽以張逢瑛取得貸款係基於其與銀行間之消費借貸法律關係，非無法律上原因，而為不利於張世強之論斷，自嫌速斷。又原審認張逢瑛獲有第三人（即張世強）提供擔保之利益，復謂張逢瑛並無得利可言，前後理由自有矛盾之情形。

最高法院採相同見解的，尚有 100 台上 899 判決、99 台再 50 判決等，應已成為最高法院的通說。



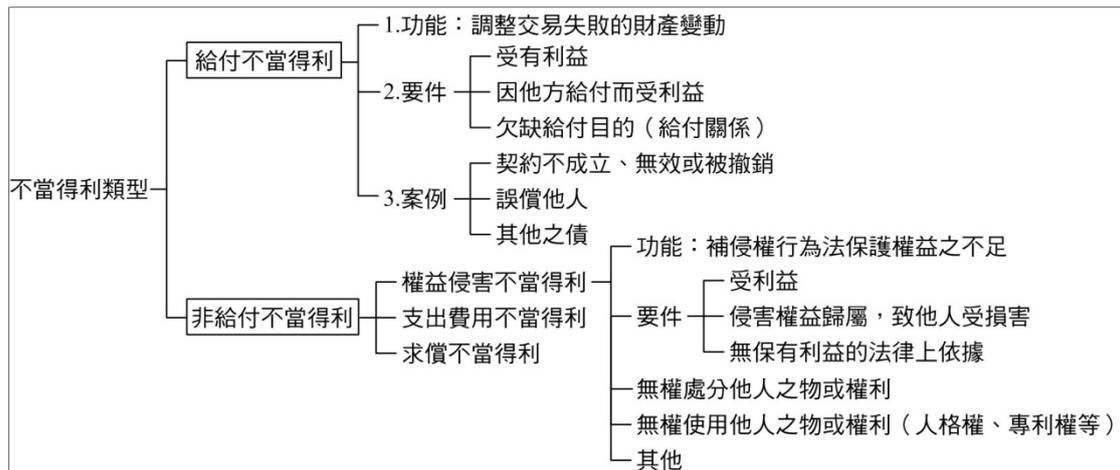
#### 4. 不當得利法法釋義學的建構

(1) 明確肯定非統一說，一方面體現多年累積性判決的發展，他方面亦深受學說的影響，結合理論與實務，承先啟後，實乃促進法律進步的典範。

(2) 最高法院認為給付型不當得利係基於受損害人有目的及有意識之給付而發生的不當得利，其關鍵特色在於強調給付關係，構成給付不當得利請求權的基本要件。

(3) 最高法院明確指出「非給付型之不當得利」包括「權益侵害不當得利」，非給付型不當得利以「權益侵害不當得利」最為重要。此外尚有支出費用償還不當得利及求償不當得利。

(4) 不當得利的類型論，使不當得利法易於理解，易於學習，易於法之適用。



## 5. 實務發展

(1) 給付不當得利的要件

(2) 侵害權益不當得利：無權占用他人之物

(三) 侵權行為法的發展

1. 最高法院 106 年度台上字第 1148 號判決：往來交易安全義務

按侵權行為之成立，須有加害行為，所謂加害行為包括作為與不作為，其以不作為侵害他人之權益而成立侵權行為者，以作為義務之存在為前提。此在毫無關係之當事人（陌生人）間，原則上固無防範損害發生之作為義務，惟如基於法令之規定，或依當事人契約之約定、服務關係（從事一定營業或專門職業之人）、自己危險之前行為、公序良俗而有該作為義務者，亦可成立不作為之侵權行為。經營商店者，既開啟往來交易，引起正當信賴，基於侵權行為法旨在防範危險之原則，對於其管領能力範圍內之營業場所及周遭場地之相關設施，自負有維護、管理，避免危險發生之社會活動安全注意義務。於設施損壞時，可預期發生危險，除應儘速（通知）修復，於修復前，並應採取適當措施（或固定、或隔離，至少應設置警告標示），以降低或避免危險發生之可能性，其未為此應盡之義務，即有過失。

2. 最高法院 108 年度台上字第 2035 號判決：法人應依民法第 184 條第 1 項前段負自己侵權責任

3. 請求權基礎的建構

法人自己侵權行為責任：請求權基礎：民法第 184 條第 1 項前段

(一)構成要件

1. 行為：不作為、間接侵害

(1)往來交易安全義務

(2)內容：適時採取必要防範措施的組織義務

(3)義務人：個人、法人

2. 侵害他人權利

3. 因果關係（責任成立）

(三)違法性：符合構成要件而具違法性

(三)有責性（故意、過失）：未盡善良管理人注意違反組織義務

## 六、法之適用、請求權基礎與法學教育

(一)問題提出

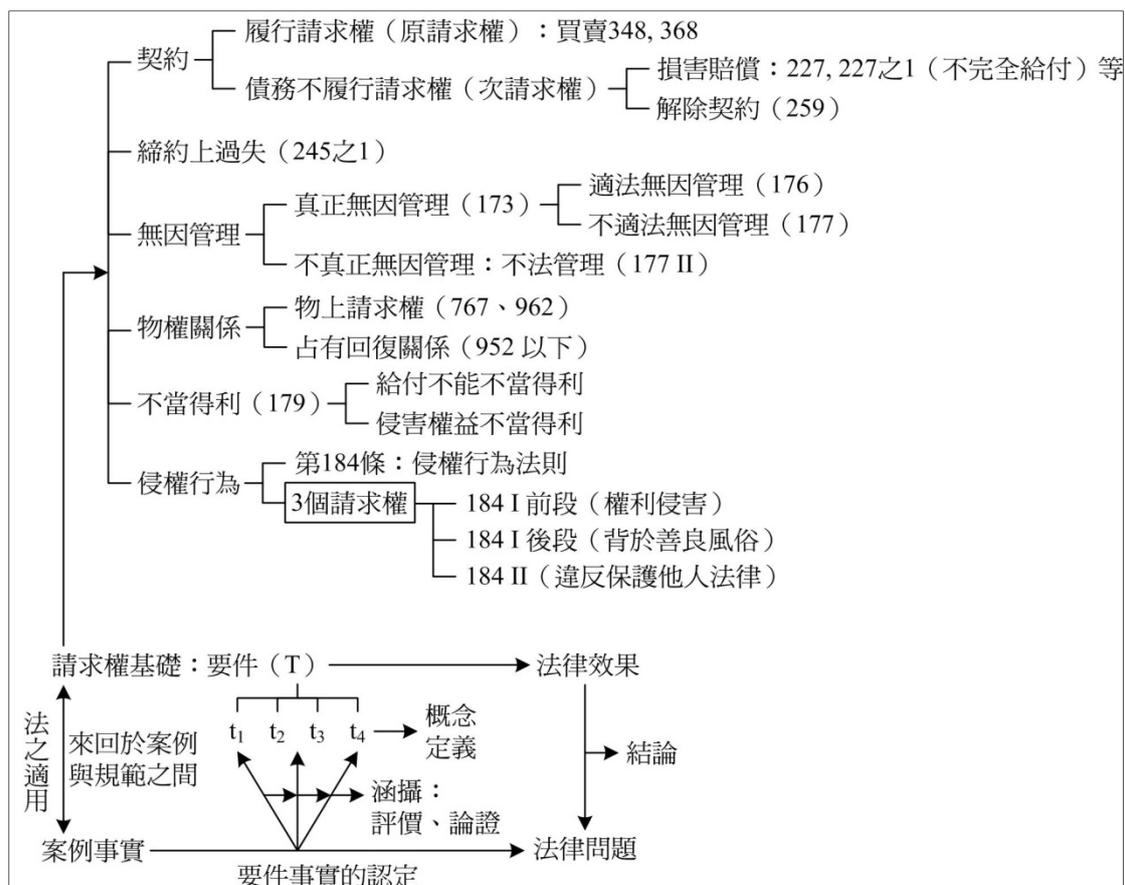
1. 107 年度台上字第 759 號判決

按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任；故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者亦同；違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任，民法第 184 條第 1 項、第 2 項前段分別定有明文。依此規定，侵權行為之構成有三種類型，即因故意或過失之行為，不法侵害他人權利，或因故意以背於善良風俗之方法加損害於他人之一般法益，及行為違反保護他人之法律，致生損害於他人，各該獨立侵權行為類型之要件有別。此於原告起訴時固得一併主張，然法院於為原告請求有理由之判決時，依其正確適用法律之職權，自應先辨明究係適用該條第 1 項前段或後段或第 2 項規定，再就適用該規定之要件為論述，始得謂為理由完備。查原判決先以上訴人有隱匿九層嶺公司 95 年度虧損、違法發放股利（共 380 萬元）等情，認定上訴人共同詐騙被上訴人買受無價值之九層嶺公司股票，繼又謂上訴人分別任職於九層嶺公司、均因違反證券交易法，雲文平另犯違法發放股息罪，均遭判刑確定等事實，逕認上訴人應負侵權行為損害賠償責任，惟究竟三種侵權行為類型兼具，或僅指其中一、二種類型？則有未明。原審未予釐清並逐一敘明，已嫌疏略。

2. 一個常見的發回原審的理由

3. 一個值得省思、重視的問題

(二) 法之適用的思考模式



1. 法律爭議始於案例，案例指向法律問題（徹底理解案例的重要）
2. 來回思考於案例事實與法律規範之間，從案例尋找法律規範，從法律規範認定事實。案例連結事實（存在）與規範（當然）
3. 解析請求權基礎的構成要件（T），分析其構成要件（ $t_1$ 、 $t_2$ 、 $t_3$ 、 $t_4$ ）、概念定義、涵攝。全面檢討請求權基礎及其競合關係
4. 法之適用形式上為邏輯三段，實質上則為評價及論證

(三) 法律教育

1. 法律教育是法治的基石
2. 法律教育與司法改革
3. 法律教育的現代化
4. 案例研習的重要：使所有的法律人（法官、律師、公務員、法務人員、仲裁人等）同具法之適用、法律思維及論證的能力

## 七、結論

### (一) 50年來判例學說的發展及貢獻

1. 各級法院共同的努力
2. 判例（實務）與學說（理論）的協力
3. 累積性的成果及創造力

### (二) 四個課題

1. 強化共識的機制
2. 更進一步提升台灣法學的水準
3. 司法的革新與進步：民事大法庭
4. 所遇得人：法律人的信念與使命

### (三) 感謝與期待