

《厦门大学法律评论》第1期
厦门大学出版社 2001.4 版
《台湾“民法”的司法运作》
第 206 页~第 217 页

台湾“民法”的司法运作

李景禧 林光祖*

目次

- 一、解释例
- 二、判例
- 三、会议录

编者按:本文摘自李景禧教授与林光祖教授合著的《台湾民商事法研究》(法律出版社 1996 年版),文字略有调整。李景禧(1912—1995),1933 年毕业于朝阳大学,留学于日本东京大学;回国后,历任朝阳大学法律系教授,民国时期“最高法院”推事(法官),南京《法律评论》主编,福建学院法律系教授兼系主任,厦门大学法学院教授;生前曾任中国法学会名誉理事,中国法学会民法学经济法学研究会顾问,中国消费者协会理事,第六、七、八届全国人大代表,民革中央委员。李景禧教授是我国法学界的老前辈,知名的民法学者,对我国法学教育事业和社会主义法制建设做出了突出的贡献。本刊特发此文,以示纪念。

大陆法系的民法典总是希冀建立一个天衣无缝“成文法至上”的体系,

林光祖:厦门大学经济学院教授。

以做到“法典以外无法”的境界。然而,事实上不但不可能将民法的所有规范收集无遗,即使原有条文规定,也有会受科技发展、时代变迁影响而落后者,有受社会化大生产发展和经营形态更迭影响而不合时宜者,亦有原有规定不明确或是有漏洞而相矛盾者,亟待解决。同时,由于民法所规范的是人类社会生活的基本经济关系,而且法典体系严谨,规模浩大,亦不宜辄予更改。故实践要求,必须在民法典这个立法手段之外,要有个执法者的辅助造法手段作为补充,以适应其时代变迁的现实和发展的需要。台湾“民法典”原非自己社会之传统产物,更多的是继受西洋法制而来的,同样也存在这个问题。台湾在其司法实践中,对民法的特殊运作是通过应用解释例、判例和会议录三种形式来弥补其立法的缺陷。故解释例、判例和会议录的应用,实质上是作为民法典的延长而运转也。这种司法运作方式对大陆司法运作体制之完善,不无参考和借鉴意义。

一、解释例

解释例,即“司法院”解释,1958年改称“司法院大法官会议”解释。大陆法系国家都强调成文法的作用,因此大陆法系的民法典在其初立时也认为“成文法至上”,甚至排斥了人们对法典的解释。但自19世纪末到20世纪初,随着社会政治、经济的发展变化,属于大陆法系的各国出现了许多法典条文规范所不可能预测的情况,社会生活的发展要求对法典条文规定所确立的法律原则和具体规定有所改变。迫于形势变迁,法国最高法院首席法官巴罗·波培在庆祝民法典颁布100周年所举行的仪式上,不得不宣布说,当法典“条文含糊不清、意思可疑之处,当某条文由其他条文加以限制或扩大及相互矛盾时,那么,我认为法官有广泛的解释权,不必固执地追求法典起草人一百年以前的原意,而应根据法国在思想、社会方式、体制、经济和社会条件已发生的变化来确定这些条文今天的含义,正义和理性要求把这些条文自由、合理地运用到现代生活的现实中去。”^①从此后,法国的法官才有了对法律的扩展解释权。例如,法国民法典制定时,并未出现飞机,因飞行器造成的

^① 达维·布利尔莱,《当代世界主要法系》,1978年第2版,第109~110页。

损害,法律并无明文规定,司法者乃运用法国民法第1384条规定:“在其管理之下的物件所致之损害,均应负赔偿的责任。”比附援引作类推解释。对现代的汽车、飞机所致损害,亦可适用,于是率开司法解释之先例。同类解释多次出现,就会形成某种具有指导意义的原则。例如,“无过失责任”原则就是对法国民法典1382条和1384条“过失责任”原则扩展解释而确立的,因为随着科技的发展,企业规模的扩大,客观上要求雇主、委托人对其雇佣人和受委托人在代行其职务时的侵权行为负绝对责任。台湾司法仿效运用。但是,台湾“司法院”把其属下大法官会议解释的职能,扩大为包括(一)统一解释法律和(二)解释“宪法”。依据台湾《司法院组织法》第3条规定:“司法院设大法官会议,以大法官十七人组织之,行使解释“宪法”并统一解释法律、命令之职权。”解释“宪法”仅对与“宪法”有无抵触的法律、命令和在发生有抵触“宪法”的疑义的适用法律或判决时,进行解释;而统一解释法律仅对法律的解释发生歧义时,由中央或地方机关声请进行统一解释(《司法院大法官审理案件法》第5条,第7条)。大法官会议解释“宪法”应有大法官总名额三分之二之出席,及出席人三分之二同意,方得通过(同上法第14条)。大法官统一解释法律及命令,应有大法官现有总额过半数之出席,及出席人过半数之同意,方得通过(同上法第14条)。大法官会议决议之解释文,应附具解释理由书,连同各大法官对该解释之协同意见书或不同意见书,一并由“司法院”公布之,并通知本案申请人及其关系人(同上法第17条)。

“司法院大法官会议”解释所涉法律甚广,从1958年建立大法官会议到1993年6月止,共进行司法解释315号解释例,其中关于“宪法”解释有127例解释例占40%,对各部门法解释共188例占58%,关于民法的解释也占相当的比例,计有43例解释例占12%。

关于民法的具体解释例的作成,可以概括为下列几种类型:

1. 新生事物需要定性者

“释字第九十三号”解释(适用“民法”第六十六条):轻便轨道,除系临时敷设者外,凡继续附着于土地而达其一定经济上之目的者,应认为不动产。

2. 条文规定不明确需要解释者

“释字第一七一号”解释(适用“民法”第一〇九〇条):“民法”第一〇九

○条：“父母滥用其对于子女之权利时。其最近尊亲属或亲属会议，得纠正之。纠正无效时，得请求法院宣告停止其权利之全部或一部”之规定。所称其最近尊亲属之“其”字，系指父母本身而言，本院院字第 1398 号解释，应予维持。

3. 法律冲突需要澄清者

“释字第一三九号”解释(适用“民法”第九一八条、八七三条)：不动产所有人于同一不动产设定典权后，在不妨害典权之范围内，仍得为他人设定抵押权。本院院字第一九二号解释毋庸变更。

4. 违宪而应停止适用者

“释字第二九一号”解释(适用“民法”第七六八条至七七二条、土登七〇条第一项)：取得时效制度，系为公益而设，依此制度取得之财产权应为“宪法”所保障。内政部于七十七年八月十七日函颁之时效取得地上权登记审查要点第一项规定：“以建物为目的使用土地者，应依土地登记规则第七十条提出该建物系合法建物之证明文件”，使长期占有他人私有土地，本得依法因时效取得地上权之人，因无从提出该项合法建物之证明文件，致无法完成其地上权之登记，与“宪法”保障人民财产权之意旨不符，此部分应停止适用。至于因取得时效完成而经登记为地上权人者，其与土地所有权人间如就地租事项有所争议，应由法院裁判之，并此说明。

关于解释例具有如何法律效力问题，依据司法解释释字第一八五号解释“司法院解释宪法，并有统一解释法律及命令之权，为宪法第 78 条所明定，其所为之解释，自有拘束全国各机关及人民之效力，各机关处理有关事项，应依解释意旨为之，违背解释之判例，当然失其效力。确定终局裁判所适用之法律或命令，或其适用法律、命令所表示之见解，经本院依人民声请解释认为与“宪法”意旨不符。其受不利确定终局裁判者，得以该解释为再审或非常上诉之理由^②，已非法律见解歧异问题，“行政院”六十一年判字第六一〇号判例，与此不合部分应不予援用。”从该项解释例告诉我们，“司法院”解释具有下列四个方面的法律效力：(1)“司法院”所为之解释，有拘束各机关

^② “非常上诉”是对于审判违背法令之确定判决所设立的救济方法。

及人民之效力；(2)违背解释之判例，当然失效；(3)经终审的裁判若与解释例不符，得以解释为依据要求再审；(4)经“司法院”解释所确定的意旨，成为法律的统一解释。从司法解释所具有这些法律效力还告诉我们，司法解释实是民法典的延伸运用，作为一种民法特殊运作的方法以弥补立法的不足。

二、判例

“最高法院”判例是辅助台湾“民法”特殊运作的第二个途径。判例实质上是“最高法院”的法律解释。英美法系国家，法律主要是由法院所创造，判例就是法律。但是，大陆法系的法律，系由议会所制定，法院专司审判、运用法律，故一般不承认判例具有普遍的法的效力。但是，进入 20 世纪后，大陆法系各国无视判例作用的态度，已有所改变。从理论上说，随着法官有了对法律的“扩展解释权”后，法官根据这种“扩展解释”作出的判决，对日后处理类似案件当然有参考价值，同类判决多次出现，就会形成某种具有指导意义的原则，如“无过失责任”原则的法的拘束力，就是通过“扩展解释”而确立的；再以实践方面说，当时法国下级法院的法官在新的形式下，不愿冒着自已作出的判决被上级法院否认的风险，就会本能地去仿效上级法院对同类案件的判决，尤其，由于中央集权的日益加强，“最高法院”随着自己地位的加强，它对法律未作出规范的问题所作出的判决，对下级法院就更具有重要意义。德国则公开明确地宣布：联邦宪法法院的判决对下级法院有强制性的约束力。因此，大陆法系的这种“判例法”是通过“扩展解释”权而衍生出具有法的拘束力的“判例法”，与英美法系的由法院创造的判决直接就是法律的“判例法”是不同的。台湾“最高法院”判例吸收了大陆法系“判例法”的精华，通过种种法律手段，找种种理由使判例在台湾“民法”的运用中，事实上具有法律的拘束力。

第一，用法律规定，间接默示其具有法的拘束力。判例与司法解释不同，司法解释是由法律明文规定其具有法的拘束力（台湾“宪法”第 78 条，“司法院大法官会议法”第 2、3、4 等条），而判例却只具有间接默示其具有法的拘束力的规定。《法院组织法》原第 25 条默示判例具有法的拘束力的规定：“最高法院各庭审理案件。关于法律上之见解与本庭或他庭判决先例有异时，应

由院长呈请司法院院长召集变更判例会议决定之。”这一规定明确告诉我们，“最高法院”各庭以前的判例，对后来的判决具有一定的约束力，若各庭审理案件在法律上的见解有异于以前的判例时，应由“司法院”变更判例会议来决定是否变更判例（“司法院变更判例会议规则”第2条）。这一举措实是仿照英美法系国家，判例一般具有法的效力，并且形成一个“遵循先例原则”，审理案件在法令上之见解若与判决先例有异时，如要变更判例则需经法定权利机关按法定程序办理方能生效。台湾采用判例作为民法特殊运作的途径，既吸收大陆法系的精华，又吸收英美法系的精华，故上引《法院组织法》原第25条的规定显然是间接默示肯定了判例法的拘束力。

第二，以同样判决屡经援用而发生法的拘束力。判例所作的法律解释按大陆法系裁判原则，只对所裁判的具体案件的当事人具有法律效力，而不受自己、同级或上级所下裁判之拘束。但实际上“最高法院”往往一判例既定之后，其后逢到同样事件发生时，如无特别反对的理由，则必仍下同样的判决。以同样判决屡经援用之后，人民之间也就视之为习惯，而发生法律之效力了。

第三，推出法理可作为判例的依据而具有法的拘束力。民事审判实践中，若遇到法律无规定之事项，同时习惯与判例上又无先例可以“对号入座”时，就只好依据法理进行裁判。这虽遭某些学者反对，但是却受到好多大陆法系以法典为主的国家的认可。例如，德国民法典第一草案第1条，意大利民法典第3条第2项，瑞士民法典第1条等的推崇，皆有明文规定。其中又以瑞士民法典第一条规定法官“依据自己作为立法人所提出的规则裁判。”第4条规定“法官应根据法理公平裁判。”以及日本《裁判事务须知》规定：“民事之裁判……无习惯者，应推考条理裁判之。”更为明确。台湾民法典第一条更进一步明文规定：“民事法律所未规定者，依习惯。无习惯者，依法理。”这样法律明定法理具有法的拘束力，判例不用说也就具有法的拘束力了。

判例作为台湾“民法”特殊运作途径，是通过下列三个方面法律活动来进行：

1. 解释法律条文适用疑义，应运作出示范判决

【案例】 关于因老鼠爬登电杆,发生电流短路,致损害土地上之权利者,土地上工作物之所有人应否负责问题。

适用“民法”第一百九十一条“土地上之建筑物或其他工作物,因设置或保管有欠缺,致损害他人之权利者,由工作物之所有人负赔偿责任,但于防止损害之发生,已尽相当之注意者,不在此限。

前项损害之发生,如别有应负责任之人时,赔偿损害之所有人,对于该应负责任者,有请求权。”

裁决要旨 土地上工作物之所有人,除能证明于防止损害之发生已尽相当之注意外,不能免责,为“民法”第191条第一项所明定。此之所谓相当之注意,即为善良管理人之注意,上诉人对于具有高度危险性之高压电路线之架设及路边电杆上电容器之设置,既明知因其他物件触及极容易发生短路之措施,则对此次老鼠登杆发生电流短路,要属其疏于防范所致,尚难诿为天灾或不可抗力之意外事变,而谓就被上诉人因此所受损害,可不负责任。(六十九年台上字第一〇二〇号)

评析 老鼠登杆发生电流短路是疏于防范而不是不可抗力,要负损害赔偿赔偿责任。

2. 填补法律空缺和立法不足,应运作出判决

【案例】 由于不正确行为而受诈欺,可否行使基于侵权行为之损害赔偿请求权问题

适用“民法”第一百八十条第四款:

“给付有下列情形之一者,不得请求返还:

一、给付系履行道德上之义务者

二、债务人于未到期之债务,因清偿而为给付者。

三、因清偿债务而为给付,于给付时,明知无给付之义务者。

四、因不法之原因而为给付者,但不法之原因仅于受领人一方存在时,不在此限。”

裁判要旨 为行使基于侵权行为之损害赔偿请求权,有主张自己不法之情事时,例如拟用金钱力量使考试院举行之考试,发生不正确之结果而受他人诈欺者,是其为此不法之目的所支出的金钱,则应运用“民法”第一百八

十条第四项前段之规定,认为不得请求赔偿。

评析 “民法”第 181 条第 4 项所规定者,系禁止请求不法给付,就条文文义言,仅能适用于不当得利请求权,判例所以将其适用于侵权行为而发生之请求权,是弥补法律空缺和立法不足,因为民法第 180 条第 4 项实质上隐藏有一个法律基本原则,好任何人行使权利不得主张自己不法之事实。

3. 为完善现行规定,创设新的制度,应运作出判决

【案例】 台湾“民法”的一大变革,是创设了不转移占有的动产担保交易新的制度。运用判例加以充实这个制度,是个现实的问题。

适用“民法”特别法——《动产担保交易法》第 1 条:“为适应工商业及农业资金融通及动产用益之需要,并保障动产担保交易之安全,特制定本法。”

裁判要旨 按动产担保交易之登记,其有效期间从契约之约定,契约无约定者,自登记之日起有效期间为一年,期满前 30 日,债权人得声请延长期限,其效力自原登记期满之次日起开始,《动产担保交易法》第 9 条第 1 项定有明文。本件系争小客车三辆,原本即已领有牌照,并经被告机关设定动产担保交易登记在案。现第三人尚未履行债务,则为贯彻保障动产担保交易之安全,纵该小客车三辆之牌照被监理机关注销,亦不难另以其他特别编号标识(见《动产担保交易法》第 27 条第 2 款规定),以资救济,加予继续列管,以确实保障债权人之权益。此与车辆自始未取得牌照,而不准办理动产担保交易登记者不同,被告机关只因嗣后车辆牌照被注销,即不准延长登记,则债权人未收取之债务,将顿失保障,自有违《动产担保交易法》第 1 条所定保障动产担保交易安全之立法本意,被告机关未见及此,自属不合。(六十九年判字第五六五号)

三、会议录

会议录是“最高法院”民刑庭总会决议的简称,它是辅助台湾“民法”特殊运作的第三个途径。台湾“民法”之特殊运作的途径是通过解释例、判例、会议录三种形式运转,解释例主管机关为“司法院”,而判例和会议录,则由“最高法院”主持之,由两个机构分管而基本上不发生重大矛盾者,乃由于解释例名义上是“司法院”主管,实则是由“最高法院”庭长会议所做出,大法官与庭长

相交叉,二个招牌,一套人马,故能从整体考虑问题,而不至发生解释例、判例、会议录三者之间相互矛盾,这是其运作的一个特点。即使如此,但是,由于情势变迁,也会出现个别解释例与判例不一致的情况和前后判例法律上之见解有异,需要变更判例以及事前需要协调某些法律见解,有助于法律体系内判决之统一,则以民庭庭长作出决议以协调之。下举二例说明其协调方法,附件第一例是协调解释例与判例不一致情况,附件第二例则是协调前后判例不一致情况。

【会议决议】

定有存续期间之地上权,于期间届满后,土地所有人对于地上权人继续使用土地,未即表示反对之意思,有无“民法”第四百五十一条之适用,有甲乙二说:

甲说:两造系依土地法第一百零二条规定设定地上权,则关于租赁之规定,当然有其适用。如出租人于租期届满后,不反对续租,仍向承租人收取租金,依“民法”第四百五十一条规定,应视为不定期限继续契约,在设定地上权后,其地上权亦应视为不定期限。(本院六十八年台上字第三六一三号判决)

乙说:按法律关系定有存续期间者,于期间届满时消灭,期满后,除法律有更新规定,得发生不定期限外,并不当然发生更新之效果。地上权并无如民法第四百五十一条之规定,其期限届满后,自不生当然变更为不定期之效果,因而应解为于期限届满时,地上权当然消灭。(本院六十年度台上字第四三九五号判决)

以上二说业经小组提出研究报告(见附件),究应以何说为当提请公决。

附 件

定有存续期间之地上权,于期间届满后,土地所有人对于地上权人继续使用土地,未即表示反对之意思,有无“民法”第四百五十一条之适用乙案,谨将研究意见陈述如次:

按:称地上权者,谓以在他人土地上有建筑物或其他工作物或竹木为目的而使用其土地之权(民法第八百三十二条),其性为物权,此与租赁谓当事人约定,一方以物租与他方使用收益,他方支付租金之契约(民法第四百二

十一条),属于债之关系,迥不相同。地上权之设定,如有支付地租之订定者(参照民法第八百三十五条规定),就其因使用土地而支付金钱为对价之点言,与租赁契约之租金相类似,依“司法院”院字第九八六号解释,关于民法第四百四十二条之规定,于地上权地租之增加,固应类推适用,惟有关地上权之存续期间,其定有期限者,于存续期间届满时,地上权即归消灭,未定期限者,依“民法”第八百三十四条第一项规定,地上权人得随时抛弃其权利,至于土地所有人是否得随时主张地上权消灭,法无明文规定。依学者见解,如当事人间约定,土地所有人得随时请求地上权人交还土地者,其约定因违反地上权设定之目的,应归无效(见史尚宽著物权法论一八三页)。此与“民法”第四百五十条第二项规定未定期限之租赁契约,各当事人得随时终止契约者,立法意旨迥异。因此,定有期限之租赁契约,依“民法”第四百五十一条之规定,视为以不定期限继续契约之情形,于地上权当不能类推适用。从而本案以乙说为可取。

又租用基地建筑房屋者,得依土地法第一百零二条规定。声请为地上权之登记,本院四十一年台上字第117号判例意旨,认为此种情形,系属地上权之设定。惟在未登记地上权以前,地上权之效力虽未发生,仍不影响于租赁契约之成立,至于已办理地上权之登记者,其存续期间则应依地上权之有关规定定之,因此,定有期限者,地上权于期限届满时,即归消灭,然其基础之法律关系,即两造间所订租赁契约,似非不得解为仍有民法第四百五十一条规定之适用(参照本院六十四年七月八日第五次民庭庭推总会决议(五))。果尔,其承租人即得凭此声请更新登记未定期限之地上权。此与甲说认为定有期限之地上权,依“民法”第四百五十一条规定,应视为不定期限者,意义尚有不同。决议:采乙说。(六九年四月一日第七次民庭会议)

此外,台湾还运用一种“司法座谈会之法律问题”这一形式,作为民法特殊运作的另一辅助手段。由各地院主持,就某个法律适用问题进行座谈,再把探讨意见归纳为甲说、乙说或丙说,并下结论和研究结果,呈报“司法部”再复函“台高院”转各地院参照,这样从下而上,再从上而下,该项座谈法律问题亦具有一定参照的拘束力。举例如下:

【法律问题】

问题 某甲执有某乙签发面额三万元之支票一张,届期提示因无存款而遭退票,经声请法院裁定,准由某甲提供担保为假扣押。某甲查悉某乙与第三人某丙合夥经营餐厅,遂声请法院就某乙对该餐厅之出资返还请求权及利益分配请求权予以执行。问执行法院应否准许?

讨论意见

甲说:依照判例,合伙人因退伙所得行使之出资返还请求权及利益分配请求权,得为执行之标的物(三十一上三〇八三)。故某甲得依民法第六百八十五条第一项规定,一面声请执行法院执行,一面将声请扣押之旨意通知某乙及该餐厅。盖如依同条项但书规定,于二个月前通知,则某乙必设法处分其合伙之股份,以规避执行,从而,应解为于通知同时为扣押,不过于通知之两个月期限届满始得就之请求清偿,执行法院应发执行命令对某乙在该餐厅之出资返还请求权及利益分配请求权予以执行。

乙说:出资返还请求权及利益分配请求权,固得为执行之标的,惟依民法第六百八十五条第一项但书规定,债权人应于声请扣押之二个月前通知合伙人,使该合伙人发生退伙之效力后(同条第二项),然后始能声请法院执行。某甲并未于声请法院执行前之两个月通知某乙及该餐厅,则执行法院不能准许某甲之声请。

丙说:合伙人之债权人,于合伙存续期间内,就该合伙人对于合伙之利益分配请求权,得代位行使,此观之民法第六百八十四条但书规定自明。某甲纵未于请法院执行之二个月前通知某乙及该餐厅,执行法院对于某乙之利益分配请求权应予执行,至某甲声请之出资返还请求权应驳回。

结论:多数赞成乙说。

研究结果:以甲说为是(参照史尚宽著债法各论下册六六四页)

发文字号:司法行政部民事司台(六八)民司函字第〇八八六号函复台高院

座谈机关:台南地院(六十八年第三次司法座谈会)

综上所述,台湾“民法”通过解释例、判例和会议录三个途径,作为“民法”特殊运作的法律手段,对于阐释或填补法律空缺或立法不足以适应时势变迁之需要,是发挥了一定的作用。但是,我们务必知道这些法律手段充其

量只是紧紧依附于民法典的制定法而居于次要地位和辅助法律规范的性质。同时还应注意到,台湾解释例或是判例其解释理由或判决理由都过于简略,尤其“最高法院”判决理由多采固定格式,即先重复原审法院之判决要点,再说明上诉人之见解,最后则下断语“被告上诉讼旨对原判决任意指责,难谓有理由。”至于为何无理由则付阙如。应该借鉴英美法系判例风格,对判决理由详为论述,一纸判决书,等于一篇小论文,使人明了胜诉或败诉道理安在,才使其具有信服教育的功能。