



《高大法學論叢》

第 18 卷第 1 期 (9/2022)，頁 1-52

# 判例研究、法學方法與民法發展 ——50 年的回顧與展望——

王澤鑑\*

## 摘要

2021 年 3 月 19 日王澤鑑教授應國立高雄大學法學院邀請，於高雄大學國際會議廳進行演講。藉由回顧學習民法的歷程與寫作經驗，說明我國五十年來民法判例學說的發展與貢獻。

王澤鑑教授於演講中分享數個案例與最高法院判決，講述其透過寫作「民法學說與判例研究」的過程，參與法律的 formed 與發展，促成理論與實務的互動，結合最高法院判決，運用法學方法

---

\* 國立台灣大學名譽教授；前司法院大法官；德國慕尼黑大學法學博士。

編按：2021 年 3 月 19 日王澤鑑教授應國立高雄大學法學院邀請，感謝時任台大法律學院陳聰富院長，特地陪同南下。王教授在可以容納 500 人以上之國際會議廳全程站立演講，會場座無虛席，更有來自各地之實務專家、學者共襄盛舉，場面熱烈、盛況空前。經王教授同意，特別刊出其演講內容，以饗讀者，謹致上最高崇敬與謝意。同時感謝法律學系呂麗慧教授引薦拜訪王教授本人討論稿件內容，並經法律學系張鈺光助理教授整理。

接受刊登日期：06/28/2022

責任校對：葉蕙禎、陳彥廷、張智龍、廖子萱

分析最高法院的判決，建構法律的體系。其指出法律教育與案例研習之重要性，以其在德國學習民法的經驗，強調法學教育首重於請求權基礎的訓練以及其在法律適用上之思考。

法學的發展在於法學方法上的反省與進步，法官處理個案的同時也在引導法學發展，法官藉由法院判決進行法的解釋與法的續造，啟動法的發展，讓我們的法律保持動態的進步。學說因為法院判決獲得生命，判決也因為學者的協助，形成規則或原則，藉由判決與學說相互協力，建構我國民法的成果及創造力。

王澤鑑教授認為，法律原則的形成與法律問題的產生，往往需要所遇得人，法的創造與形成過程，要感謝許多人共同的參與及努力，期許法律人應有此信念與使命，引導法律、創造法律，以求進步。

# **Case Study, Legal Methodology and Development of Civil Code -Retrospect and Prospect of 50 Years**

Tez-Chien Wang<sup>\*\*</sup>

## **Abstract**

On March 19, 2021, Professor Wang was invited by the College of Law, National University of Kaohsiung to give a speech at its International Conference Hall. By reviewing Professor Wang's experiences in studying and writing about civil law, he illustrated the development and contributions of civil law jurisprudence in Taiwan over the past fifty years.

In his speech, Professor Wang shared several cases and Supreme Court decisions, describing his involvement in the formation and development of civil law through the process of writing “Research on the Theory and Precedents of Civil Law,” and the interaction between theory and practice, as well as his use of legal methodology to analyze Supreme Court decisions and construct a legal system.

Professor Wang points out the importance of legal education

---

<sup>\*\*</sup> Professor Emeritus, College of Law, National Taiwan University; Former Justice, Constitutional Court, R.O.C. (Taiwan); Dr. jur., Munich University, Germany.

and case study, and uses his experience in Germany studying civil law to emphasize that it is vital for legal education in terms of training in the basis of a claim and thinking about its application of law.

The development of jurisprudence lies in the reflection and progress of legal methodology, and judges deal with cases and guide the development of jurisprudence at the same time. Judges interpret and build the law further through court decisions, which initiates the development of laws and keeps them improving. Theories are given lives by court decisions, and decisions are formed into rules or principles with the assistance of scholars. Through the synergy of jurisprudence and theories, the fruits and creativity of our civil law are constructed.

Professor Wang believes that the formation of legal principles and the exploration of legal problems depends on the people who meet them, and the process of law creation and formation is contributed by the participation and efforts of many people. He expects that legal professionals should have this belief and find his vocation to guide and build the law into progress.

# 判例研究、法學方法與民法發展

## ——50 年的回顧與展望——

王澤鑑

### 目錄

壹、學習民法的回顧與展望

貳、民法 90 年、社會變遷與法學發展

一、民法 90 年與社會變遷

二、私法體系的建構

三、法學方法

四、1970 年代的轉變與台灣民法學的開展

五、民法學說與判例研究的寫作

參、法之適用

一、請求權基礎與法學教育

二、法律教育

三、法之形成與發展的機制

肆、法學方法與法院判決

一、法之適用與法學方法

二、最高法院與法學方法論

三、法律解釋

四、概括條款的具體化：權利失效

五、類推適用與法之續造：代償請求權

六、法律原則的創設：死者人格權的保護

七、一個 **Leading Case** 的形成與誕生

伍、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

二、法釋義學與不當得利

三、侵權行為法的發展

陸、結論

關鍵字：請求權基礎、法學方法、法釋義學、類推適用、法之續造

Keywords: basis of a claim, legal methodology, legal doctrine, application by analogy, development of the law

## 壹、學習民法的回顧與展望

今天非常地榮幸，能再次到高雄大學演講，感謝高雄大學法律學院為法學界做出的重大貢獻。回顧個人學習民法將近 50 年，自 1957 年進入台大法律系就讀至 1961 年畢業，1964 年至 1968 年留學德國，回國後在財政部、中央銀行工作兩年，再回到台大任教。其中，進入台大任教前，曾在財政部及中央銀行的工作經驗，對我而言特別重要，對台灣法學發展上也相當有意義。

因為這段工作經驗，認識到財經法的重要性。1970 年，我曾與當時的財政部長李國鼎先生、中央銀行的總裁俞國華先生，參加 1970 年國際貨幣基金的年會，並與李國鼎先生旅行一個月期間，他不斷強調財經法對於台灣社會經濟發展的重要性。同年，我成為台大法律系主任，年僅 31 歲，開設了財經法課程，又成立法律學系財經法學組，對台灣整個法學的動向與發展做出一些貢獻，教學研究從 1970 年持續至今。

今天的報告是回憶式的，是共同學習民法的經驗，這經驗來自於民法制定本身，尤其是民法 50 年來實踐的經驗，所以，今天是一個學習的回顧，也是大家共同學習的一種記憶，希望對將來民法的發展能夠有所幫助。

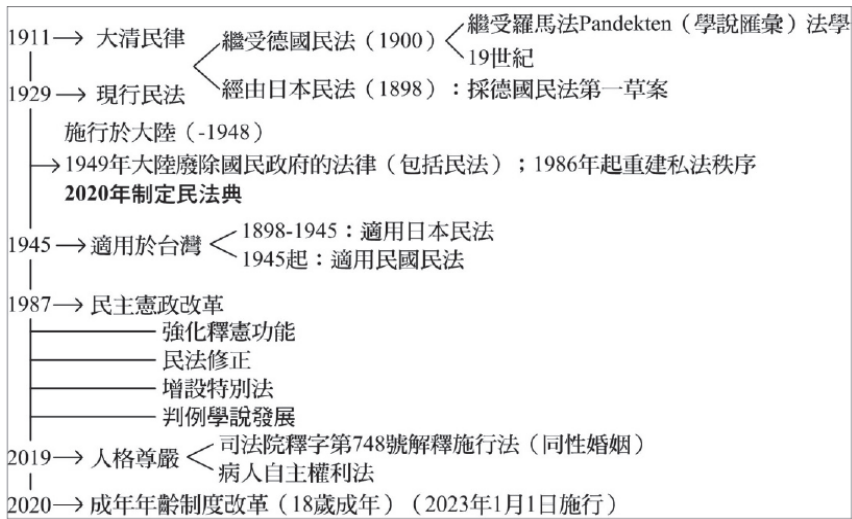
## 貳、民法 90 年、社會變遷與法學發展

### 一、民法 90 年與社會變遷

首先，民法的判例與學說無法孤立存在，要附合在民法上，我國民法將近 100 年歷史，也就是說，從 1929 年即民國 18 年的民法至今，再過幾年就要 100 年。德國民法 120 年，法國民法

200 多年，日本民法 120 多年，台灣的民法也將近要 100 年。這是件偉大的事，讓我們能在以民法實現自由平等的價值理念之上生活。台灣將近 7、80 年，在民法所實現的價值秩序上，給予社會共同生活之私法秩序，無論是法官、律師、教師等，對於民法的發展均做出了貢獻，塑造了一個以民法為基礎的法治社會。

同樣重要的是，中國大陸於 2020 年制定民法典，基本上以台灣民法為基礎。在台灣最大的改變是 1987 年的民主憲政改革，這裡有四個重點：釋憲功能的強化、民法的修正、特別法的增設、以及判例學說的發展。我們可以發現民法的發展，建立在一個重要的價值理念上：即人格尊嚴。自此，很多重要的判決，重要的立法都與此有關，即使 2023 年實行滿 18 歲成年制，也是跟人格尊嚴有關，讓未成年人加入法律生活，能夠實踐私法自治的功能。另外，很重要的一點，就是特別法的擴張，以民法為基礎，將作為民法理念的自由平等、人格尊嚴，擴充到整個私法的領域。





## 二、私法體系的建構

自 1963 年到 2020 年，以整個民法為基礎所建立的龐大法律體系。希望各位學習民法，不僅要注重民法，更要更注重民事特別法，並能夠專攻、專精於某一個領域，我特別將特別法列出來，有債的、有物權的特別法。顯然，債法是最重要的，債法是整個市場經濟的基礎，也是整個社會經濟活動的重心。

民法擴大： 私法秩序的建構	1963：動產擔保交易法（物權）
	1973：兒童福利法（親屬）
	1984：勞動基準法（債）
	1989：少年福利法（親屬）
	1991：公平交易法（債）
	1992：公害糾紛處理法（債）
	1994：消費者保護法（債）
	1995：公寓大廈管理條例（物權）
	1996：營業秘密法（債）
	1996：信託法（債）
	1996：強制汽車責任保險法（債）
	2003：兒童及少年福利與權益保障法（親屬）
	2007：祭祀公業條例（物權）
	2019：司法院釋字第 748 號解釋施行法（同性婚、親屬）
	2019：病人自主權利法（人格權、民法總則）
	2020：成年年齡制度改革（18 歲成年）（2023 年 1 月 1 日施行）

上述說明，以民法為基礎的私法秩序建構，台灣從 1945 年至今已將近 70 年，這對我國私法生活造成決定性的影響。在此私法體系發展上，最為重要者，就是判例與學說。

### 三、法學方法

#### （一）民法的變遷：體現於判決：案例法的建構

民法的變遷為判例與學說的發展，吾人都會注意到民法的規定、民法的條文，但民法的變遷，實際上體現於法院的判決。判決是法律生命的實踐，也是法理念的具體發展。所以，民法的變遷，實際上就是法院判決的變遷。

今天演講的重點，也是在敘述近幾十年來台灣判決的發展過程，尤其是台灣案例法的建構。雖然台灣沒有用案例法或判例法的名稱，但在台灣已經形成很龐大的案例法、判例法體系，這實質上是法律生命的真正所在。

#### （二）判決（判例）體現法律生命、法律人的食糧、法律思維方法

德國的 **Rabel** 教授曾說過，立法（法律）譬如身體，判例與學說猶如筋骨神經。若法律沒有學說，也沒有判例，它只是一個身體，因為有判例與學說，將其變成一個有機體，可以活動、可以創造、可以發展。

#### （三）法之適用：法學方法論、法釋義學

不斷強調判例、判決體現法律的生命、是法律人的糧食，也是法律思維的方法，判決發展就是在體現法的適用過程，這也是今天演講的重點。也就是說，判決是體現法的適用過程，這裡面牽涉到二個很重要的問題：法學方法及法釋義學。

#### （四）法律教育：請求權基礎、案例研習

這需要分幾個項目說明。當然整個基礎是法律教育，尤其是請求權基礎。若我對台灣的民法發展、法學教育有些微貢獻，這貢獻就在於我以實例研習的方式介紹、闡述、訓練請求權方法的運用，這是對於法律適用過程，較為科學化或可檢驗性的法的變動過程。

## 四、1970 年代的轉變與台灣民法學的開展

### （一）1970 年代的轉變

今天這會議廳裡大概我年紀最大，我已經 80 幾歲，王仁宏校長還比我年輕，我們早年一起在海德堡大學唸書。70 年代的台灣，有一個很重大的改變，經濟慢慢發展，也開始憲政改革，更重要的是 70 年代的世代交替，許多留學生回國。

### （二）世代交替：留學生回國任教

從國外回來，僅以法律領域而言，當年台大畢業生約有數十人在德國海德堡大學求學，包括在座的王仁宏校長、我，還有很多人，陸續回來台大任教後，台大當年最多曾有 20 個教授是由德國回來，在教學上、研究方法上引起一場世代的更替。

### （三）德國法與日本法

世代交替的結果，使得台灣的法律由日本法轉向德國法。現今教學或民法學理論，一直建立在以日本法為基礎，德國法為直接研究對象，所以我們鼓勵同學讀日文，如果未來要深一層地研究，需要研讀日文，也要研讀德文，二者能兼通更好。因為當時的世代交替，德國法與日本法間發生了一個值得重視的事情，就是我國慢慢趨向於德國法，而忽略日本法。

可能留學德國學生多，高雄大學老師留學德國也較多，其他學校亦復如此，但這是否疏忽了日本法。在大陸法系以德國法為基礎，日本法也有一百年以上的繼受經驗。希望各位在研究時要兼顧二者，在語言上、學習上同時注重德國法與日本法，取其長而補其短，創造出本土的法學。

## 五、民法學說與判例研究的寫作

### （一）理論與實務的交流互動

關於判例學說，個人一生幾十年的工作，就在於民法學說與

判例研究的寫作，這是我學習的過程。

### 1. 康德名言

康德有句名言：「有兩樣東西一直讓我心醉神迷，越琢磨就越是讚嘆不已，那就是一頭頂的星空和內心的秩序。」這句話刻在他的墓碑上。也就是道德與繁星的自然法觀念。他的名言常被引用：「沒有實務的理論是空的，沒有理論的實務是瞎的。」有實務而無理論，如同盲目飛行，沒有一個固定的方向、一個檢驗的可能性。

### 2. 寫作的動機：臺灣、德國學習法律的經驗

關於個人寫作的動機，剛回國的時候，思考到底應該寫論文？還是寫教科書？我決定寫判決研究，主要在於台灣的經驗。當年老師上課很少講判決，判決的研究很少，這當然有很多原因，例如判決沒有公佈，或是對判決研究的重視不夠，或是其他的限制。

但在德國的時候，大部分都在讀判決。讀判決和看題目不同，如果讀民法或刑法，幾乎每日的工作就在讀判決。判決如同法律人的糧食般餵養著我們，我們從它得到營養滋潤。我的著作除了德國法以外，就是從判例研究來學習民法。我寫判決研究的初衷不是要來批評、指正判決不對之處，而是藉由判決學習，從個案中學習法律，學習法律要由個案學習，每個案件隱含著法律的問題、法律的原則、法律的變動。

我寫作的動機：第一，藉著判例研究學習法律。讀判決是學習法律的開始，希望各位重視這件事。我直到現在仍然幾乎每天讀判決，可以說沒有一天不讀，就與在德國時相同。修改債法原理這本書時，就閱讀幾百個法院判決，並且，不能僅讀最高法院判決，還要讀原審判決，觀察兩個發展有什麼不同，比較案例事實。希望各位同學要保持讀判決的習慣，藉由判決學習法律。

第二，除了學習，另一方面也希望參與法律的形成與發展。不論是以撰寫教科書或其他方式，參與法律體系的構成與發展，而若想直接影響法律的發展，就是要寫判決評析，能夠提出一點見解，新的案子就可以參考，並且希望能被法院採納。

### 3. 促進理論與實務互動：法學及法律發展的機制

判例研究／判決評析，並非是批評或指正他人。判例是為促成共識的形成，要讓法律成長，必須要促進理論與實務的互動，這是法學與法律的機制。我努力朝向此一目標：結合最高法院判決，運用法學方法分析最高法院的判決，以建立法律的體系。

### 4. 結合最高法院判決、法學方法與法釋義的法學研究

最高法院的零星判決，均為法律適用的表現，一定有方法的支持，只是過去並未意識到。教書人的首要目的，是讓該法適用上，更有意識地使用，而非盲目飛行。有意識，方法上的意識，這是法律漏洞？還是擴張？抑或是限縮？創造？論證上要具有方法上的意識。

其二，以法釋義學建構體系，不要使其僅為零散的最高法院判決。法官著重實現個案正義，學說的任務則是為法院服務。要說明論證過程，必須將零星判決形成一個體系。今天演講的重點，在這方面會舉若干最高法院的判決，說明法學方法在重要案例的應用。尤其，如何建構重要領域中法律體系、判例體系，這是我 50 年持續至今的工作，為了保持一定心智活動，再加上我對法律的興趣，希望能繼續寫書提供意見，也期許大家能夠有更多參與。

### 5. 繼受德國法的學說及實務，內化於台灣法律的發展

我所寫的民法判例研究，完全是以德國法為中心，繼受德國法。法律的繼受有二種，一種是立法的繼受，比如說，德國民法第幾條、日本民法第幾條、或是其他國家法的第幾條，此為立法

的繼受。但我的工作並非立法的繼受，而是學說的繼受與判決的繼受，將德國的學說、德國的判決，引入我國民法解釋適用上。將德國的判例學說，內化於我國民法中，成為我國民法學說、判決。因為很多條文相同，自然地、沒有爭議地納入，這就是將德國判例學說，內化於我國法律中。因此，我回國後的目標，便是開始尋找判決。

## 6.研究的課題

我不寫台灣沒有判決的問題，當年取得判決非常困難，能找到很多判決，需要感謝很多人，感謝法令月刊。我盡量找最高法院判決，將德國的理論、學說附著在台灣判決上討論，為我國判決塑造理論基礎，並結合德國法發展。當年的目標就在於找法院判決，將台灣判決套上德國的理論。

### （1）檢視法之適用過程

第一，方法論的問題，檢視法的適用過程，由案例找請求權規範，如何適用、涵攝與論證。

### （2）強化論證

第二，論證的過程強化。法學就是論證，沒有絕對的好壞。判決的品質不取決於其結論，判決的品質取決於其論證，因為沒有問題有絕對的正確答案。各位同學學習法律，就是要學習論證，論證是法律能力的體現，我盡力在論證上，提供法院判決一些論證，或補充一些論證。

### （3）發現法律原則

第三，發現法律原則，對於法院系爭個案，努力從個案的事實探求法律原則，法律人的思考，總是來回於抽象與具體之間，來回於法條與事實之間，來回於法條與教科書之間。

### （4）建構案例法的體系

從具體個案中觀察它的原則，將原則適用於具體個案，法律

人能力的培養，不是背多少條文、記得多少判決、讀多少本書，最重要的是論證的能力，這可以由判決學習。

### 7. 記錄長達 20 年台灣判例與學說的發展

自 1970 年回到台大法律教書，開始寫民法學說判例研究，已經寫了 20 年。20 年是很漫長的時間，一共寫了 8 冊，更重要的是能持續不斷每 3 年完成一本，直到民國 90 幾年到司法院服務。雖然認為寫作對民法較有具體貢獻而希望繼續寫作，但翁岳生大法官（院長）認為既已在司法院服務，不宜再寫判決研究，因此沒有再繼續，現在想起來有點可惜。這 8 本民法學說判例研究，記錄台灣 20 年民法判例的學術發展。每一本都不一樣，因此可以看出每一本的重點、重要的法律問題，當年的重要問題在書上都有談到。中國大陸幾年前將該 8 本合成一本，聖經紙裝訂約 2000 多頁。閱讀上雖然較為方便，但也失去其時間上動態性的延伸。

這是我學習的過程，在某程度上影響台灣判例法，並參與其發展。有人說這是天龍八部，再加上我最近寫的法律思維跟案例研習，中國大陸有些人說它是九陽真經，這是一種形容，希望能夠對學習法律有所幫助，這 8 本書對中國大陸也形成一點影響。我曾經在幾年前得到對中國 1978 年法制改革貢獻獎，這 8 本書對於中國法制發展也有相當的貢獻，這是我的紀錄與學習，與各位分享。

#### （二）四個案例

下面以此作基礎，討論幾個判決。共有四個判決，討論此一問題，得從 1970 年代開始。

##### 1. 第三人與有過失

當年台灣法律很少討論此一問題。不是被害人與有過失，而是第三人與有過失，被害人應否承擔第三人的與有過失？未成年子女應否承擔法定代理人的過失？最有名的案子，就是子女應否承擔父母的與有過失？比如說，媽媽送兒子上學，媽媽發生車禍

有過失，而子女受傷，子女向加害人請求損害賠償時，是否應承擔父母的與有過失？

德國有一判決，我套用在這裡。當年台灣有個案子，有一個小孩走在路上，另一人在油鍋邊炸油條，媽媽沒有看顧好孩子，孩子碰觸而燒傷。孩子請求賠償，但媽媽沒有看顧好孩子，需不需要負責呢？我認為不應負責，理由在我書上有，這裡不多說。

後來，吳明軒法官告知我有判決採用該意見，我非常感謝。他認為學說必須要靠法院判決才能實現，我也認為法學是要為法院服務的。不久，吳法官告訴我，錢國成院長認為哪有子女不承擔父母與有過失的，因此作成決議，改變最高法院見解。當時，很多最高法院的意見，就是由院長提議，現在幾乎沒有院長提議了。這是 68 年第 3 次民庭決議，認為代理人包括法定代理人，子女應包括在與有過失內，這是第一個案子。

另一個 Shock 案件，父親載孩子發生車禍，孩子被撞到，可能父親有過失，血流很多，媽媽看到，心臟病發或墮胎流產。媽媽能否向加害人請求損害賠償呢？也就是說，直接被害人應否承擔間接被害人的與有過失？這是侵權行為法上有名的案例，學者學說也期待案件的出現。如果媽媽可以請求，是否應承擔父親的與有過失呢？這是有名的問題。

## 2. 出賣他人之物與無權處分：債權行為與處分行為的區辨

當年有個判決，出賣他人之物為無權處分，這是很重大的問題，我寫了一篇很短的文章，錢國成院長在最高法院民事庭推會議討論後，並未作成決議，他認為出賣他人之物，當然不是無權處分。但這樣的見解，區辨了一個很重要的概念。

## 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

當年最高法院判決好幾年都採法條競合說，但我認為應該採請



求權競合說。基於請求權基礎，制定了民法 227 條之 1，債務人因債務不履行，致債權人人格權受侵害時準用民法第 194 條、第 195 條。也就是說，在我國法律發展史上，第一次承認債務不履行侵害人格權也可以請求慰撫金，本來這屬於侵權行為的範疇。

這個條文很重要，中國大陸 2020 年制定民法典時，我向他們民法起草委員說，該條文值得採納，因此，中國大陸民法典第 227 條作相同規定，債務不履行違約侵害他人人格權，債權人亦可請求慰撫金。法律是互相交流的，並非何者好或何者領先，而是彼此學習的過程。

#### 4. 不完全給付：最具台灣特色的民法發展

當年不完全給付的問題很重要，包含錢國成老師、前院長鄭玉波先生，都寫了文章。民法第 227 條不為完全給付，就是不完全給付，我也寫了一篇文章討論。

##### （三）理論與實務的互動：感念與啟示

由以上四個案例，說明最高法院如何與學說互動的關係。我一直回憶這些事，充滿了感謝，也希望未來能夠更強化。

首先，「要有共識」。剛才提到，我向錢院長提到是否將 227 條不為完全給付改成不完全給付？錢國成院長是我的老師，當時就院長回了一句話「學說沒有共識啊」！我才認識到，要使法律進步，判例學說發展，共識是很重要的事。整個法學的發展必須要促成共識，學說要互相引用、互相支持、互相啟發，才能形成共識。我們現在共識不足，許多老師寫文章不太引用他人文章，引用則在批評，不會附和或讚賞，這樣很難形成共識，因為眾說紛紜，就無法影響法院判決。當學說研究後，形成見解的共識，法院採取會說這是學說，就不需花費過多時間，節省論證成本。

在座的同學老師，一定要努力先尊重他人學說，支持、補正、讚賞它，形成共識。若只會相互挑毛病，從小事情著眼，老

是說別人的法學，台灣是沒有希望的。通說的形成是法學的開端、進步的開端。形成通說、節省論證成本，這個機制要建立，是非常重要的事情。

第二，吳明軒法官說：「學說因實務而實踐，學說應為實務而服務。」我也認同。學者應該要感謝最高法院，沒有最高法院或高等法院的判決，學者的見解成為紙上談兵。一旦最高法院的法官判決引用、採納、或加以補充，學說才因此有生命，獲得實踐。

第三，是「所遇得人」。我要提到游開亨法官，我不認識他。在民法學說與判決研究第一冊中有一篇文章提到，最高法院有判決要採法條競合說，某人致他人於死，其子女依民法第 194 條請求慰撫金等等，由於死者跟該加害人有契約關係，不能主張侵權行為。我認為這不合理，因為德國的書都不採法條競合說，針對這種案例，是採取請求權競合說。我將理論套入分析寫成該文，幾天後，游開亨法官寫一封信給我，可惜這封信沒有保存，不然可作為歷史文獻，他說看了該文章，認為法條競合說確有商榷餘地，應改成請求權競合說。過了不久，又寄了一封信附上判決，該判決就是採取請求權競合說。

幾年沒有來往，有一天游開亨法官的孫女打電話給我，孫女是台大法律系的，告訴我她爺爺過世了，臨終之前交代，在殯儀館的追思會上，希望我去講話。我非常的感動，我跟他不相識，他長我幾 10 歲，為了小小一篇文章，他一生都沒有忘記它。當年的判決很多用詞不是很妥當，但我們要心存尊敬、謙卑地學習，共同為一個目標努力。這件事情，錢國成院長、游開亨法官、吳明軒法官、楊與齡大法官，還有很多最高法院法官前輩先進的人格風範，都值得學習，我也一直感念至今，我希望能夠維護學者與法院間的互相尊重，互相協力，法律才能夠發展。

游開亨法官講了一句話「所遇得人」，我在很多場合都有提

出來。這句話是什麼意思呢？一個法院法律原則的形成，一個法律問題的產生，要所遇得人。我遇到一個好的法官會採納見解，遇到一個好的法官認識到這個判決的重要性。

更擴充說，所遇得人，從開始就有，一個案件從律師到第一審法官、高院法官再到最高法院法官，一個重要法律判決能夠出現，誕生的過程何其艱難，要有律師引用，沒有律師引用，不會有這個案子，也不會有人採用。如果一審法官認為意見不同，將來可能被發回，自找麻煩。如果最高法官都不能認識說這個案件裡具有一重大法律原則，則不會有該案。所以，所遇得人也是非常重要，以後我再舉一些例子來說明。我談這些事情，就是感念這些偉大的法官，早年受到他們的啟示。

#### （四）四個案例的發展

法的發展，英文是 *evolution*，已經不是像 60 年前一個判決就結束，因為理念不同，在社會變遷中，理念不斷發展的過程何在，現以四個例子討論當前最高法院的若干判決。

##### 1. 第三人與有過失：損害賠償的核心問題

第一，第三人與有過失，最高法院很多判決有第三人與有過失，這個概念是我提出的，以前比較少或者沒有。這有很多案件，例如父母應否承擔子女過失，子女應否承擔父母過失，當然要區別很多情形，有債的關係、沒有債的關係。舉個例子，甲違規開車，被乙撞到，乘客丙等受傷（甲之父母、子女、友人、僱主等），受傷的人如果是甲的父母、甲的子女、甲的友人、甲的僱主等等，當這些人向乙請求損害賠償時，乙能不能主張其應承擔甲的與有過失，這個最近在實務上也是一個問題<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 關於第三人與有過失及類推適用之相關問題，請參閱王澤鑑（2020），《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》，二版，頁 259-260，台

## 2.出賣他人之物與無權處分：通說共識

第二，出賣他人之物與無權處分，這已形成共識，但這裡各位初學法律的同學，必須要認識負擔行為與處分行為的概念，亦即債權行為與物權行為。這個概念沒有理解，就無法讀懂民法。債權行為與物權行為的區分，是民法的任督二脈，每一個案件都牽涉到此問題。出賣他人之物、出賣他人的債權，設定抵押都是有關於此問題，是民法最核心的概念。

## 3.法條競合說的復活

第三，最近最高法院有二個重要的判決：

第一，是最高法院 43 年台上字第 752 號民事判例：「…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。…」

本判例是侵害債權，不法侵害他人的權利，是違法行為之一種，債務不履行不僅為侵害債權的行為，形式上亦是侵權行為，但法律上另有關於一部不履行的規定，侵權行為的規定也在債務不履行不適用之，給付遲延，不能主張侵權行為，因為不能主張短期時效。

---

北：作者自版；王澤鑑（2009），〈第三人與有過失與損害賠償之減免〉，《民法學說與判例研究（一）》，頁 63 以下，台北：作者自版；王澤鑑（2018），《損害賠償法》，三版，頁 366 以下，台北：作者自版。

第二，是最高法院 107 年度台上字第 398 號民事判決：「…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。而借名契約之出名人違反其與借名人之內部約定，擅將借名登記之不動產處分移轉所有權登記予第三人，係屬違反其應於借名契約終止後返還借名標的物與借名人之給付義務，乃侵害對借名人債權（借名關係終止後之返還請求權）之行為，依上說明，應依法條競合之理論，優先適用債務不履行之規定，而無關於侵權行為規定之適用。…」<sup>2</sup>

債務人借名登記，出名人將登記他名下的不動產出賣給他人，導致借名人之後不能請求返還。最高法院據上所述，借名關係終止後之返還請求行為等，說明應依法條競合理論。數十年後又出現法條競合，我對此質疑，不是都採請求權競合，現在為何法條競合說復活？如果復活的話，說理似有不足之處。最高法院是否揚棄請求權競合說？對變更長期適用的法律見解，應否負舉證責任？我不太了解。其一為何突然出現法條競合？其二目的何在？原因何在？是否有必要？

舉例而言，醫療契約上所發生的事故，是否只能主張債務不履行的契約責任，不能主張侵權責任嗎？最高法院突然在最近兩年提出法條競合說，應該在學術上、實務上作很大的檢討。我認為這兩種情形，給付遲延與給付不能不發生侵權行為這二個判決，都沒有必要。這二個判決根本不成立侵權行為，沒有用法條競合說排除侵權行為的適用，這二個判決，尤其最近最新的，是我前幾天才看到，是否有重新檢討的必要，負有重大的舉證責任。要推翻重大的、大家接受的通說法律見解，學說也好，法院也好，應該要負舉證責任。

---

<sup>2</sup> 採相同見解者最高法院 106 年度台上字第 196 號民事判決。

#### 4.不完全給付：邁向不完全給付與物之瑕疵擔保的一體化

第四個案子是不完全給付，台灣的民法最重要的發展就是不完全給付。台灣民法的本土性發展，是不完全給付、不能給付，這個契約有兩類，一類是沒有瑕疵擔保的，例如僱傭，當然適用民法第227條；另一類，例如承攬、買賣，其本身有規定瑕疵擔保，且買賣與承攬不同，則與不完全給付第227條有何關係<sup>3</sup>，直至今日仍未澄清。尤其是關於慢慢邁向物的瑕疵擔保與不完全給付的一體化，無論買賣、承攬，我們要走的方向和路途都很曲折，但曲折是必然的，畢竟法律未做規定，而方向是對的，就是要將物之瑕疵擔保與不完全給付一體化。也就是說，將物的瑕疵擔保納入不完全給付，尤其是在要件、瑕疵的擔保責任等問題上。

從四個案例至今天的發展，已過去了50年。50年持續不斷的問題還沒有解決，這是法律的發展過程。希望各位能有法的意識，透過對法的發展過程的認識，能夠一直關注它，它動態地隨著學說理論不斷變化，是一個動態的變遷與發展。

## 參、法之適用

### 一、請求權基礎與法學教育

#### （一）問題提出

前兩天我讀了一兩百個最高法院的判決，發現有很多判決，以這樣的理由指摘原審判決，有待商榷：例如虛報股票應如何適用民法第184條三個類型，到底是三種類型都適用，抑或其中之

---

<sup>3</sup> 關於買賣適用物之瑕疵擔保，最高法院100年度台上字第1468號民事判決參照。關於承攬適用民法第227條不完全給付，最高法院101年度台上字第661號民事判決參照。

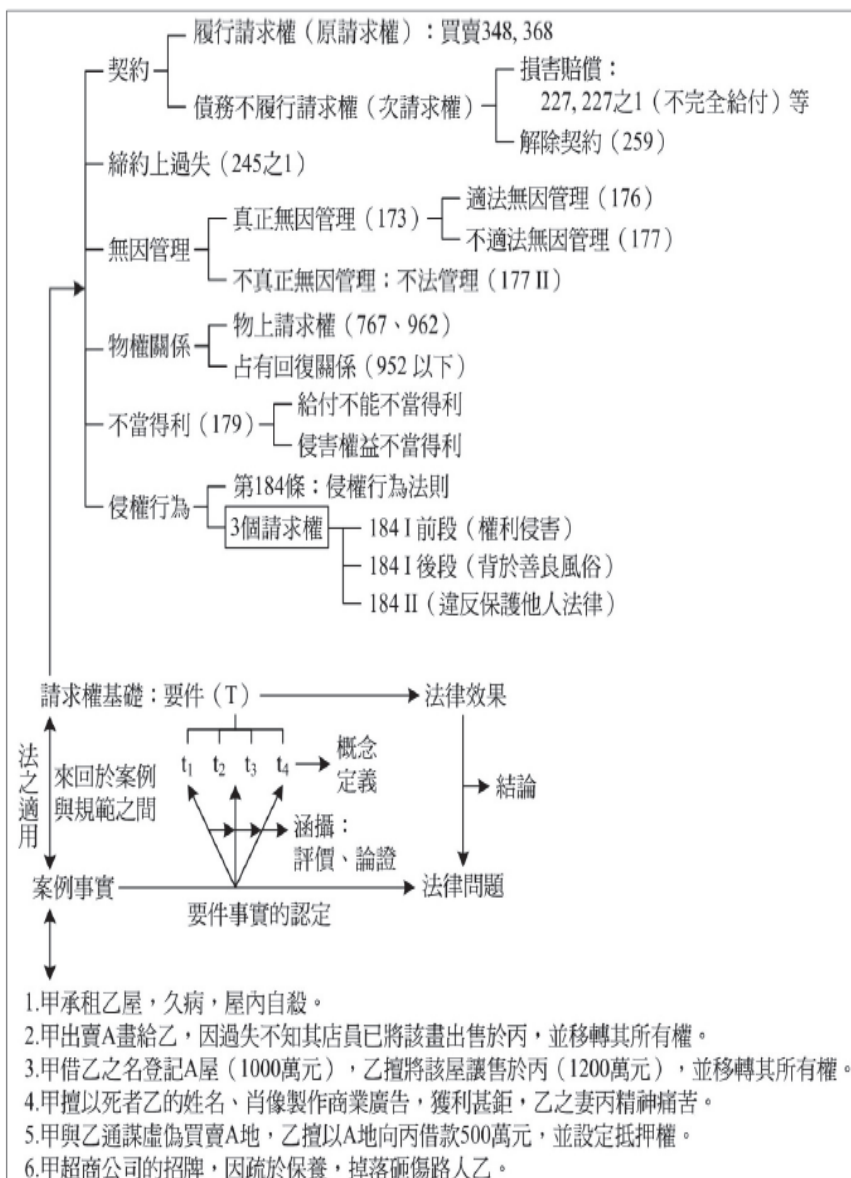
一，或其中兩者，則有未明，原審未予釐清、逐一敘明。

以最高法院 107 年度台上字第 759 號民事判決為例：「…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，繼又調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。…」這是一個常見發回原審的理由，也是一個值得省思、重視的問題。

民法第 184 條有三個類型，三個請求權基礎。我一直強調這件事，事實上就是三個請求權基礎。可是，三個請求權基礎要件不一樣、法律效果不一樣，而且差很多，最高法院卻還一直發回，認為未一一審查，令我想到法院在認事用法以及法律教育上的問題。

## （二）法之適用的思考模式及法律教育

關於請求權基礎的基本訓練，在德國唸書時，一個案例研習的三個請求權基礎未分別敘明、逐一論證的話，便無法通過司法官考試。以下圖說明法適用的思考模式：





關於法之適用的思考模式，尤應注意以下四點：

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 t1、t2、t3、t4）、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。

## 二、法律教育

### （一）法律教育是法治的基石

今天很多師長在座，值得沈思的是，檢討法律教育如何徹底落實於請求權基礎要件上，選擇此案並非要批評原審見解，而是要批評我們的法學教育，因為一切源自於法學教育。法學教育上，是否教侵權行為的老師有要求學生報告說明是適用第一項前段、後段、或第二項？要反省老師本身的法律教育，藉由此案，希望各位同學警醒，必須區辨是民法第 184 條第一項前段、第一項後段、或是第二項。

在德國念書時，要求針對每個請求權基礎徹底檢查，作為律師當有當事人詢問，其案件能否主張什麼，律師可能沉默五分鐘後，告知當事人一個請求權基礎都沒有，因為律師在腦中已經檢查過所有可能的請求權基礎，且採取否定的見解。當事人的案子，可能關於房子、損害賠償，攸關數百萬元，反覆確認真的沒辦法主張嗎？律師很慎重的思考後，認為還是沒有請求權基礎。

各位同學，當律師講這一句話時要負多大的責任？需要有多大的確信，或者說對自己有多大的自信，肯定向當事人告知該案當事人沒有請求權基礎，或者說三種侵權類型一個都沒有，這最終還是回歸到我們的法學教育。

## （二）案例研習的重要

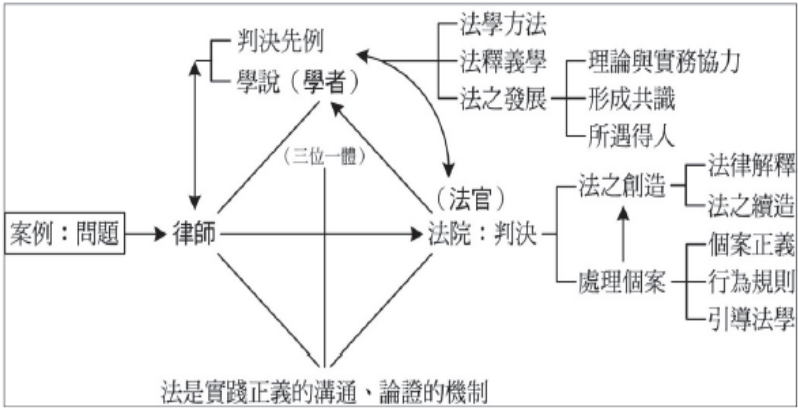
案例研習使所有的法律人，包含法官、律師、公務員、法務人員、仲裁人等，同具法之適用、法律思維及論證的能力。希望各位特別注意，老師教學更應注意。在德國念書時聽最多的一句話就是請求權基礎，台灣法官在問案時，也應注意請求權基礎。最近有一位楊明勳律師跟我說：「在北京開庭時，法官詢問：『你的請求權基礎呢？』」是不是有點基礎了？最近中國大陸舉辦全國性請求權基礎競賽，我幫它寫了序言，下次送一本給貴校圖書館，全國請求權基礎案例演習大賽，是全國性且每年舉行，今年是第一次。

前面舉的例子，最高法院認為原審查有未明，是沒有逐一檢查嗎？那麼可以隨便說一個嗎？德國的老師曾提過，隨便說一個很糟糕，因為這忽略了當事人的利益。我們必須徹底學習、逐一審查，徹底的認定事實要件的涵攝與論證，希望這對各位學習法律有所幫助。

## 二、法之形成與發展的機制

關於法的形成與適用的關係，是在說一個過程及法治，實踐正義的溝通與論證的機制。案例是法的生命起點，有問題找律師，好的律師找尋判決先例、找學者見解，將之納入起訴狀，法院的法官認同採納。法官採納前，必須要看判決先例、閱讀學者見解，雖然法官處理個案，創造行為規則，但也在引導法學發展，其中的工作就是法的創造，包括法的解釋與法的續造。

在形成一個論證機制的過程，論證的機制一直在循環，它使得我們的法律，一直保持一種動態的進步。這裡面最核心的就是法院的判決。因為法院的判決，啟動法的發展的過程。一個學說在書上，由法院的判決使它獲得生命，判決因為有學者的協助，也能夠形成規則、原則，這組合起來，就是法之形成與發展的機制。這個過程請如下圖：



## 肆、法學方法與法院判決

### 一、法之適用與法學方法

#### (一) 法之適用

法的學習是很重要的問題，法律學習什麼呢？不是去記憶法有幾種、物權有什麼種類、契約如何締結，這當然重要，但更重要的是法的適用。也就是說在一個抽象規範與具體案例的適用問題。這個適用過程，需要方法指導，而非漫無目的、隨便說說。

#### (二) 法學方法論

雖然法院不說方法，但實際上是有方法的。我們來發現法院的方法，予其合理化。判決一定有方法、規則蘊含在其中，只不過法官不願意說出來，或是沒有意識到。台灣法學發展上很重要的一點，就是學習到 **Larenz** 教授的方法論，這位是我的指導老師。他的學說在德國是支配的學說，因為很多人的努力與介紹，慢慢地被引進台灣，使台灣在方法論上反省。

70 年代以前很少有這樣的字眼：法律解釋、法律之續造，很

少用所謂的法律漏洞、公開漏洞、隱藏漏洞，很少用目的性限縮、目的性擴張。這些概念就是從德國法學一兩百年的發展，影響法的形成、創造規則，這些規則與思考方法，經過很多人的介紹，使德國法學方法論在台灣繼受與發展，包含最高法院楊仁壽先生、黃茂榮先生，還有我自己，大家慢慢地使其形成一個思考的方法。要強調的是：法律的進步，在於方法的反省與更新。

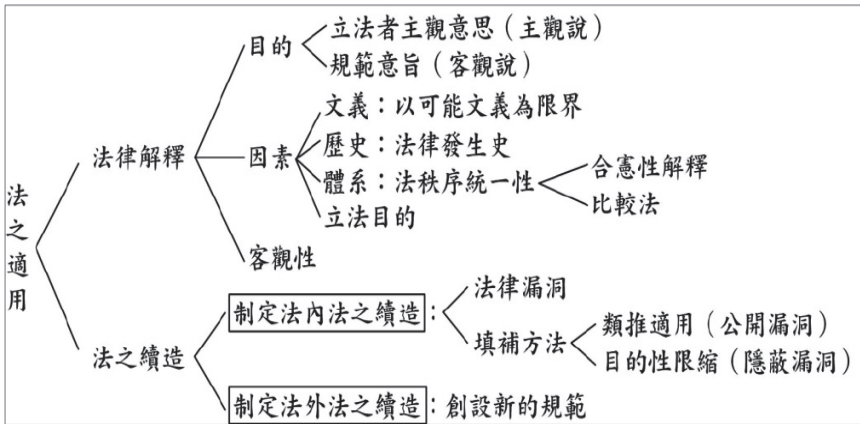
## 二、最高法院與法學方法論

最偉大的貢獻，那就是以下這個判決：

最高法院 101 年度台上字第 2037 號民事判決：「…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，適用公私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（私法自由造法之權限），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。…」

感謝這位法官，有時候不是一個人，而是一個發展過程，如果地院沒有贏，高院沒有贏，就不知道這個規則會如何寫。這個

案例很多人提到，請大家看本文，我的書上也有寫到<sup>4</sup>，不再細說。判決後面有一句話，認為法理乃為法律之和平事物當然之原理；法理之補充，在適用上包括制定法內之法之續造，基於平等原則所生之類推適用的制定法上法之續造，及超越法律計畫外的法的規範創造，整理如下圖：



這是一個具歷史意義的重要判決，是最高法院第一次關於方法論的認識，這個判決的偉大貢獻在於說明法律的適用，以及區別法律解釋與法之續造。

法律解釋的範圍包含在文義中，超過文義即非法律解釋。學說上有主觀說、客觀說、立憲說等，這裡不再贅述。它真正的貢獻，就是區別法律解釋與法之續造。法的續造是在制定法內法之續造。制定法內就是在法律本身，就是類推適用。

制定法外，則指創造新的規範，是全新的規範，整個法律發

<sup>4</sup> 參閱王澤鑑（2020），《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》，二版，頁 155，台北：作者自版。

展就是往這方向走。這個發展很重要，發展認識的方法，是一個法律解釋的問題。另一個是法之續造的問題，續造是在法律本身，是在法律條文規定之外，但在法的範圍之內的。

看似抽象，但這指導我們作成判決。律師在論證時向最高法院提出一個理由，以此方法說服法官，使其發覺類推、續造的可能性，由律師幫助法官，提醒法官注意是否有方法上可論證性、可檢驗性。因為只有可論證可檢驗，才能夠使法的適用安定、有可預見性。

請各位同學不要小看它，我們整個法院的創造活動就是基於此，希望老師上課注意、同學警醒，認識到一切的進步在於方法的反省與進步中。

### 三、法律解釋

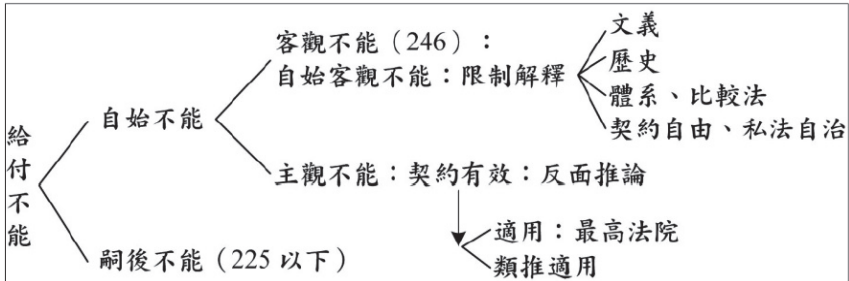
用四個例子來說明。

例子越簡單越好，法律則越簡單越難，越是複雜越容易應付。複雜時，只是一個特殊問題，簡單者，則是基本原則。

民法第 246 條第 1 項本文規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。」這句話大家都會背，但很少去想其蘊含許多法學方法的問題。其問題在於給付不能分類的問題，包含自始、嗣後；主觀、客觀的分類。第一個問題：第 246 條到底是自始還是嗣後？顯然是自始。第二個問題：是主觀還是客觀？有疑問。很多人認為包括主觀、客觀也沒關係，這由文義上看不出來，但是通說論證的結果，認為自始不能是客觀不能，自始不能不包括自始主觀不能。

如何得此結論？文義上不清楚，但由歷史解釋，因為我們立法理由是這樣說，體系上、比較法皆如此，而最重要的是，讓自始主觀不能契約能成立。若第 246 條採限制解釋，則反面推論自

始主觀不能契約有效，則應如何請求損害賠償？最高法院有一個判決適用第 225、226 條，不過有一點說得不是很清楚，應該不是適用，而是類推適用，因為第 226 條是嗣後不能。這麼一個簡單的案子，裡面就蘊含了若干的方法論上基本的思考方法。區別不能的概念，作限制解釋。整理如下圖：



很多爭論來自於學說、解釋方法的多樣性，沒有客觀的位序關係。留日學者說日本人怎麼說；留德學者說德國人怎麼說。引用自己留學國家比較熟悉的法律解釋，無可厚非，但要能客觀檢驗、論證。文義有疑問，必須由歷史檢驗，歷史能確認它，如仍有疑問，可用體系比較，最後歸諸於何原則，有位序關係。例如反面推論就是一個思考方法，類推適用可解決法律漏洞。法學著作亦是如此。沒有通盤合理的觀察，如何找到比較客觀性的論證說法。

#### 四、概括條款的具體化：權利失效

第二個例子說明具體化。具體化最重要的例子是權利失效。誠信原則是一個概括條款，而概括條款需要具體化。具體化即形成次原則，這個概念很重要。希望同學今天能夠記住幾個名詞，權利失效、次原則、具體化，以及通常案例與類似案例的比較。

案例的比較形成類型，凡是遇到概括條款皆可運用<sup>5</sup>。

權利人就其可行使的權利，在相當期間內不行使而引起他人信賴。形成一個次原則的目的，是讓其有要件及效果，因為有要件及效果，才能發揮規範的作用。要件包含時間的因素、情況的因素、信賴的因素這三個類型。可以由很多判決或學者論述發現，上面常有一段很籠統的話，看起來很漂亮，可是在該當案件如何適用，沒有詳細論證，前面有一段很空洞的原則，可是沒有就具體案件作涵攝。

誠信原則是原則，學習法律是從一般的案例，去推想解決思考特殊案例的問題。這是非常重要的，當各位同學遇到問題難以解答，不要去鑽案例，要運用法想像力去創造一個通常的案例，並相互比較異同，到底問題出在哪，由通常案例到特殊案例的思考方法，作二個案例的比較。

關於權利失效，在某種意義上是我的貢獻之一，我在德國唸書一直學到的一個名詞，就是「Verwirkung」。

#### （一）50 年的發展過程

我一直認為台灣有沒有這樣的概念，結果體現在最高法院 61 年的一個判決：出租一個房屋給他人，該他人違約轉租給別人。過了幾年都沒有向他主張什麼，照樣繼續收取租金，後來不知何故，才向他說幾年前違約了，現在要解除契約，還有損害賠償等等。這個判決認為，此情形引起相對人的信賴，其再為主張有背於誠實信用原則。

判決只有這一句話，但是我剛說過在德國唸書時，卻有好

---

<sup>5</sup> 關於不確定法律概念及概括條款之具體化、案例比較與類型化的詳細說明，請參考王澤鑑（2020），《法律思維與案例研習－請求權基礎理論體系》，二版，頁 236-243，台北：作者自版。

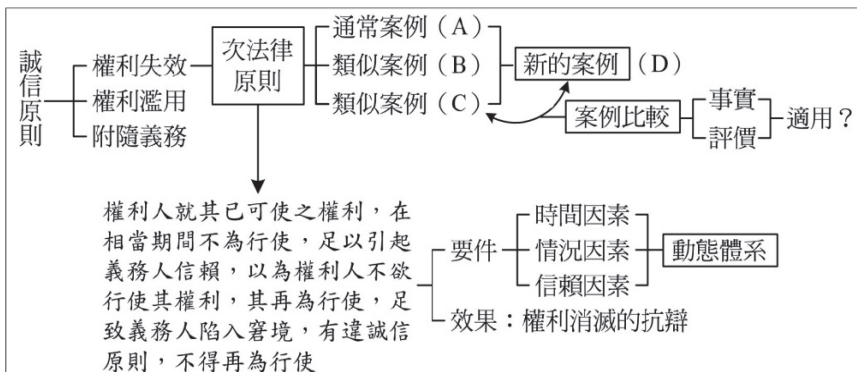


幾本書在論述這個。我寫了一篇文章，以權利失效為題。這個題目是我研讀日本書籍，有人說是失權，有人說權利失效，因此，我以權利失效為題，建立這個原則，變成我國民法上最重要的一個原則。權利失效，除在民法以外，公法也有，這個就是具體化。

概括條款，是原來的情形通常案例和類似案例的比較，然後形成類型，有要件及效果，而且這個因素，是個動態體系，這個方法論上的動態體系要斟酌個案，就各種情形來判斷，而且判斷的時候要落實，不能前面說空話、空理論，下面的結論沒有論證過程，否則無法檢驗。

## （二）方法論上的意義

關於此在方法論上的意義，整理如下圖：



## 五、類推適用與法之續造：代償請求權

### （一）法律規定

這是寫作或法院判決上需要重視的事情，這可能是台灣民法上最偉大的創造之一。感謝這一庭法官。

民法上有個很重大的問題：不可歸責於債務人時，有代償

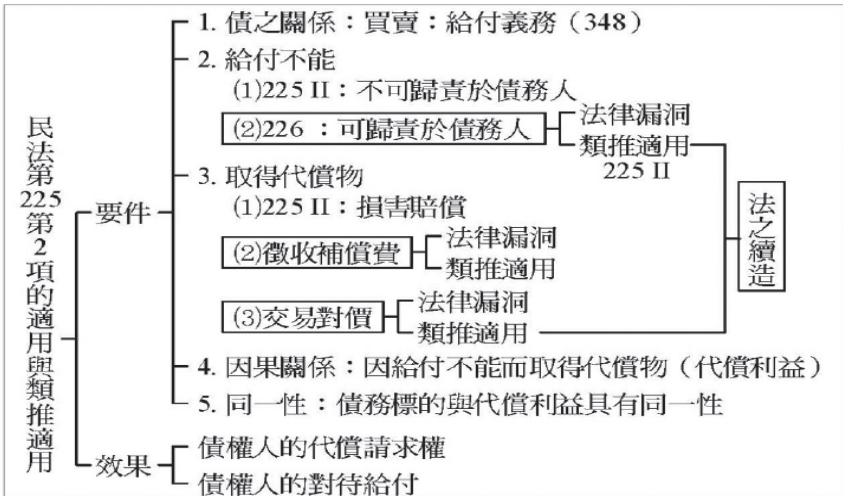
請求權。可歸責時，可不可以主張呢？舉個例子，我賣房屋給你新台幣 1000 萬，我後來再將該房屋 1200 萬賣給別人，移轉所有權，前買受人說你債務不履行，又多賣 200 萬。早期實務並沒有討論，因為法律只有規定不可歸責，但突然在這時冒出來一個重大的判決。

（二）最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決：借名登記  
最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決：「…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。…」這個判決具有歷史性<sup>6</sup>，以下圖表現，也希望各位同學能夠練習畫體系構造圖。

---

<sup>6</sup> 關於案例之代償請求權的詳細說明，請參考王澤鑑（2020），《法律思維與案例研習－請求權基礎理論體系》，二版，頁 387-390，台北：作者自版；最高法院判決與債務不履行法的發展，更深入詳細的論述請參閱王澤鑑（2009），〈出賣時之土地被徵收時之危險負擔、不當得利及代償請求權〉，《民法學說與判例研究（六）》，頁 101 以下，台北：作者自版。

一個好的圖表勝過千言萬語，我自己當年很忙，很年輕但也很用功、認真，坐電車、等公車、開會，都會拿一張圖再畫一個圖。法律人最重要的，就是能夠構想案例，從抽象條文看到具體案例適用的困難，去想像案例、去嘗試法律適用的各種可能問題，畫圖就能使腦筋清晰。民法第 225 條的類推適用變成如下圖。



### 1. 重大突破性的法之續造

可惜這個問題沒有學者討論，我認為在某種意義上，學者沒有盡到參與法律形成的工作，對學者而言，要自我反省。這若在德國的話，不知道又寫了幾本書。

關於借名登記作為法學方法論的問題，借名登記的出名人，將房屋賣給他人，標的賣給他人，賣得更高的價錢，我書上有分析的案子。這個法律漏洞，取得代償物，通常會說這 200 萬是損害賠償，可是以前最高法院有個徵收案例認為是不當得利，我建議用代償請求權。第一，它是法律漏洞，應該用類推適用，後來

最高法院也採用類推適用；第二，交易對價不是損害賠償，這也是個漏洞，可以類推適用，一共用到「二個類推適用」，這些都是法之續造。所以，在這個意義上來說，這個判決具有重大法學方法上的意義。希望各位同學好好、反覆地讀一讀，並且揣摩練習、思考重抄，抄一遍最高法院的判決，眼睛有時看不清楚，抄的時候，則每個字都會體會，由這個圖可以看到內在兩個漏洞的類推適用。

我很期待未來這個案子用在「雙重買賣」。感謝這位律師提出來，也感謝一審、二審及最高法院，這個判決寫得非常好，對促進台灣法律進步有重大的貢獻。

## 2. 類推適用與民法發展

剛才說到法律的發展，一個是解釋，一個是續造。續造分二種，一為制定法上基於平等原則的類推適用，另一則是新規範的創造。

### （1）法律的進步與類推適用

台灣法律的發展體現在其類推適用案子的增加。以前唸書時沒有注意到，現在寫書時，凡是遇到類推適用，我都會用黑體表示。如果同學看我的書，就會看到我以黑體來提醒這是類推適用的案件。一位不能類推適用的人，就不是一個法律人，法律的能力在於類推適用。整個法的發展，從羅馬法以來一直到今日，就是類推適用，所以，類推適用是測試我們對法的理解、法的適用的能力，我們能不能有一個平等原則的價值判斷。

千萬要注意，民法的發展是「事事無窮，法律有限」。以前法院的判決有時用類推解釋，現在不用類推解釋，而是用類推適用。這就是體現剛才說經歷的兩個過程，一個是解釋，另一個是續造。在續造的時候，不再說它是類推解釋。早期最高法院還有判決說是類推解釋，但現在幾乎都說是類推適用。

這沒什麼不對，日本法上也有學者這樣說，但是當清楚從類

推解釋到類推適用時，更應警醒平等原則適用的法律創造性，抑或是論證的加強，並非何者概念不對，而是使用該概念的方法以及加強論證的能力。

## （2）實務上的重要案例

實務上案例多得不得了。各位同學唸民法時，如果遇到教科書、法院判決用類推適用，就要用紅筆圈一下，可以發現書上都是紅的，因為我們民法的進步，就體現在類推適用上。

## （3）法人侵權責任（民法第 28 條）類推適用於合夥

例如，法人侵權責任，第 28 條類推適用於合夥、類推適用無權利能力社團，這是很大的進步。最高法院有一非常重要的判決，最高法院 101 年度台上字第 1695 號民事判決：「…查合夥雖僅為二人以上互約出資以經營共同事業之契約（民法第六百六十七條第一項參照），而不具有法人之資格，但參酌民法相關之規定，如各合夥人之出資，構成合夥財產，而存在於合夥人個人財產之外（第六百六十八條參照），合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行事務之範圍內，對於第三人為他合夥人之代表（第六百七十九條參照），另對於合夥所負之債務，不得以之對於合夥人個人之債權抵銷（第六百八十二條第二項參照），關於合夥之事務，可以採多數決方式為之（第六百七十條參照），並設有合夥人之加入、合夥人之退夥、合夥之解散、合夥之清算（第六百九十一條、第六百八十六條、第六百八十七條第一款前段、第二款、第三款、第六百九十二條、第六百九十四條參照）等規定，已見合夥人因經營共同事業，須有合夥代表、一定之組織、財產及活動管理機制，故於契約之外，亦同時表現團體之性質，與法人之本質並無軒輊。是以，合夥人若因執行合夥事務，侵害他人權利而成立侵權行為者，與法人之有代表權人，因執行職務加損害於他人之情形相類，其所生之法效應等量齊觀，被害人自可類推適用民法第二十八條之規定，請求

合夥與該合夥人連帶負賠償責任。…」。

(4) 知之歸責 (Wissenzurechnung) 的擴大：民法第 105 條的類推適用  
關於民法 105 條代理人知之歸責 (Wissenzurechnung) 的擴大適用，可以參考最高法院 104 年度台上字第 206 號判決：「…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…」<sup>7</sup>。

## 六、法律原則的創設：死者人格權的保護

舉這四個案例的目的，是為分析四個思考過程，包含法的解釋、具體化、類推適用、以及法律原則的創造。德國法續造為何呢？德國法一段期間後，一定會有方法論上的討論。所謂重大變遷，例如遇到問題，但法條沒有規定，須以類推的方式往前走一點，也就是說，類推適用就是一腳一腳伸出去踏在實體法上往前走，必須記住此事。

德國或日本學說上的討論，不會是很基本的問題，皆是法的創造問題。當他們走一步，我們的實體法，經過討論，認為

---

<sup>7</sup> 關於知之歸責詳細說明，參閱王澤鑑（2020），同前註，頁 535。

可以類推，也跟著走一步，就如同民法第 225 條第 2 項類推適用於可歸責事由般，一步一步走下去。在法的原理原則上，越走越多，走到最後，回頭一看會發現已經離開實體法很遠。雖離開現行規定很遠，但也可看到法律的形成與發展。

也就是說，因為實體法上爭論的一個個問題，當我認為應該類推，則我就走了一步，再經過大家討論、取得共識，這個問題就在所走出去的一步上再往前走，走到最後，就離開實體法的規定，但是沒有關係，因為它是一個連續性的發展。德國法、日本法、美國法，包含台灣也慢慢如此，但是未成為方法上的認識，或一個方法上的警覺，以在法律論證上強化。這成為我國繼受德國法、外國法的一個困難，因為很少學說討論此事，但見到德、日一步一步往前已走那麼遠，不會有什麼問題，而我們因為法條上沒有依據就不行嗎？以下以一個例子來說明：

最高法院這個判決，是偉大的判決，最高法院 104 年度台上字第 1407 號民事判決：「…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。…」民國 104 年這個判決，認為傳統人格權以精神利益為

標的，但現在的人格權有財產利益。

某種意義上來說，人格權的保障是整個民法發展最大的問題。以前人格權的保護，只有精神上的痛苦，有財產損害，但是指醫藥費，而非將人格權本身當作有財產價值。但美國、德國、日本等經過 100 年的發展，我在《人格權法》一書上花費相當多頁數討論人格權的精神利益與財產利益，精神利益沒有問題，請求慰撫金已經成立，民法第 195 條已是擴大保護。但財產利益，則透過這個判決實現。

該判決認為人格權含有財產利益，例如將姓名、肖像、隱私授權他人，以一定對價出賣，特定的人格法益具有財產性，可以作為交易客體。《人格權法》一書上有特別說明，我想他採用了我書上的見解，我的書也有介紹日本、德國 100 年的發展<sup>8</sup>。

死者  
人格  
權

— 精神利益：親屬的孝思追念（第195條的其他人格法益）  
— 財產利益：繼承

## 七、一個 Leading Case 的形成與誕生

### （一）方法論的自覺

德國學者一直呼籲，必須要肯定財產權、人格權，如同美國 the right of public, the right of privacy，同樣有二個受保護利益<sup>9</sup>。因此，1999 年聯邦最高法院做了一個判決，人格權

<sup>8</sup> 關於人格權主體、我國人格權上精神利益與財產利益保護機制的建構，請參閱王澤鑑（2012），《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》，初版，頁 57-64、347-356，台北：作者自版。

<sup>9</sup> 王澤鑑（2012），《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》，初版，頁



有精神利益與財產利益，德國學者認為該來的終於到來。台灣法上，該來的終於到來了，肯定我們法律的人格權有財產利益，但我們的和德國的不一樣。有一個關於人格權有精神利益很重要的判決。

## （二）所遇得人

關於蔣孝嚴告陳水扁侵害蔣介石的名譽權。前兩天，我與一位高等法院法官見面，提到這個問題，那位法官說該案是他當地院法官時寫的，我認為他作出重大貢獻。

關於請求慰撫金，如非遇到法官「所遇得人」，死者已矣，還有什麼權利呢？事情也就不了了之。早期實務可能這麼認為，但那位法官可能看了日本見解，死者子女可能會對孝思追念，感念也是一種人格利益，這個利益就是民法 195 條的「其他人格利益」，可以主張慰撫金。但德國並非如此認定，德國認為死者的精神利益已經消滅，他的子女、近親，只能請求妨害除去請求權。不能請求精神利益，因為沒有精神痛苦，但這也是間接保護，但是財產利益呢？這個判決值得肯定，感謝這位法官，所遇得人。很多法官同仁覺得寫判決只在解決個案，而非創造法律原則，但形成法律的發展，仍做出重大貢獻。

四個方法大家要記得，第一、法律的解釋方法，第二、抽象原則的具體化，第三、基於法之續造、基於平等原則制定法上的發展，最後，在制定法外，但在法制內之法的續造法律原則的創設，也可以說是法律續造喔。希望大家提升方法論上的認識。

## （三）值得研究的課題

究竟一個重要案例如何形成？我一直在思考這問題。剛

才說的四個案子，各位同學在唸書時，有無想過這些案子是否為值得研究的課題，教科書沒有提到的，怎麼突然跑到最高法院的判決上來呢？

#### （四）共同的努力

這是法的創造，大家共同參與了法的形成過程，要感謝很多人，因為要感謝大家共同的努力，也感謝某一些某個庭、某個學者、某個法官、某個律師，所以當律師時，不只是在幫當事人辯護，也是在創造法律原則、引導法律，法官也相同，創造法律以求進步。

## 伍、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

法釋義學（法教義學，Dogmatik）就是形成理論體系，它具有以下功能：1.判例學說的體系化、2.穩定法之適用、3.減輕論證負擔、以及 4.法之發展等功能<sup>10</sup>。

### 二、法釋義學與不當得利

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。」這個條文看似簡單，但何謂「法律上的原因」？不知道這條文的意思，就無法使用它。很多判例學說研究本條文應如何適用，使其具有可理解、可適用、可操

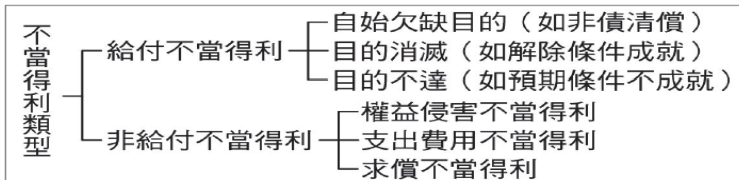
---

<sup>10</sup> 關於法釋義學與法學方法論的詳細說明，請參考王澤鑑（2020），《法律思維與案例研習－請求權基礎理論體系》，二版，頁 157-163，台北：作者自版。

作、可論證性。這還牽涉到統一說與非統一說的爭論。

經過很多學者的努力，最高法院 101 年度台上字第 1722 號民事判決：「…（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。…」

有關本判決說明，整理如下圖：



「…（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。…」

有關於此，整理如下圖：



該判決累積數十年台灣法學、德國法學的經驗與理論，就在這幾句話：「…不當得利依其類型可區分為給付不當得利與非給付不當得利，前者是基於受損人有目的有意識的機會而發生不當得利，後者乃基於以外的行為，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。…」

「侵害行為取得應歸屬他人權益內容的利益，而不具有該利益之正當性」是偉大的一句話，偉大地總結台灣不當得利立法，參考日本、德國、英國所得到的綜合性的結論，指導往後的最高法院判決，我個人對這個理論有點貢獻，尤其是侵害權益不當得利，主要是我所提出。感謝最高法院這個判決。這判決的重要性，在於讓我們遇到案子不會又回到最初，而是可以直接套用，不會回到空洞條文一直打轉。

關於台灣不當得利法法釋義學的建構，可歸納如下：

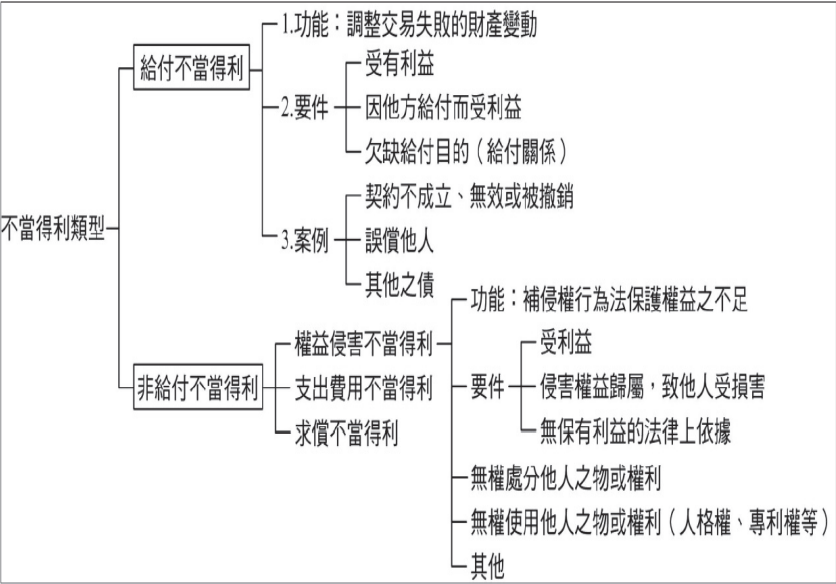
1.明確肯定非統一說，一方面體現多年累積性判決的發展，他方面亦深受學說的影響，結合理論與實務，承先啟後，實乃促進法律進步的典範。

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。

有關於此，我把它整理成下圖：



關於台灣不當得利法的實務發展，可觀察到以下現象：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。

此外，關於不當得利，中國大陸目前也與我國採相同見解，同樣的思考方法。感謝最高法院 101 年度台上字第 1722 號這個判決，採相同見解之最高法院判決，尚有最高法院 100 年度台上字第 899 號民事判決、最高法院 99 年度台再字第 50 號民事判決等，應該已成為最高法院的通說<sup>11</sup>。

以下舉例，希望同學認真研讀，寫成案例與同學討論、請教老師，確實做到的話，民法將可更上一層樓：甲乙通謀虛偽意思表示，甲將房屋移轉登記給乙。乙以該房子向銀行貸款，並設定抵押貸款 500 萬。後來被房屋的原所有人甲發現，甲向乙請求返

<sup>11</sup> 參閱王澤鑑（2020），《不當得利》，增訂新版，頁 40 以下，台北：作者自版。

還 500 萬貸款？該 500 萬就是不當得利。請各位同學不要看書，不要想，只要寫。只有寫才讓你懂，看 10 本書、100 本書效益不大，只有親自去寫才能深刻地思考。

### 三、侵權行為法的發展

台灣的侵權行為法之重構，建立在兩個判決上：

（一）最高法院 106 年度台上字第 1148 號民事判決：往來交易安全義務

最高法院 106 年度台上字第 1148 號民事判決：「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。」

「往來交易安全義務」此一概念是由我提出。《侵權行為法》一書有好幾十頁<sup>12</sup>，討論往來交易安全義務。最高法院在

---

<sup>12</sup> 參閱王澤鑑（2015），《侵權行為法》，增訂新版，台北：作者自版。

106 年此一判決中採用。超市招牌沒有掛好，導致路人被招牌砸傷，路人向該超市請求，但超市屬於法人。我早年是用「交易義務」，後來，見到中國大陸學者的研究加上「往來」，我覺得非常好，所以，我的書後來也改成「往來交易安全義務」，最高法院採用於此案。

（二）最高法院 108 年度台上字第 2035 號民事判決：法人應依民法第 184 條第 1 項前段負自己侵權責任

研究時一直思考：超市是法人，法人有無侵權責任？在當時不敢寫，而且還未進行深入研究，一直採取工作物責任。但最高法院前年的重大判決，改變我國的侵權行為法。

最高法院 108 年度台上字 2053 號民事判決，認為法人應依民法 184 條第 1 項前段自己負侵權責任，該判決本身很重要，但說理可能需要補充。這是學說的任務，而非批評判決，必須尊重法院，所以我結合當年的往來交易安全義務，跟最高法院的這個判決畫成下圖。

（三）請求權基礎的建構

有關於此，整理如下圖：

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



以請求權基礎建構成此圖，適用要件就是三階層要件理論，作為不作為往來交易安全義務的內容是違反組織義務，義務人則包括法人，結合成不作為或間接侵害所造成的侵權行為。不作為，因為間接侵害，例如商品責任，主體擴大到法人。但只有透過第 184 條論證法人自己侵權行為，我也認為有疑義，當時不敢說清楚，後來得知該判決，我也很支持。

加入往來改造了我國侵權行為法，使侵權行為法更完整更精實。今天的侵權行為法，不斷擴張其權利主體，包括法人，保護的客體則包含死者的利益，權利概念也不斷擴大。侵權行為法的擴大，倚靠二個機制，一個是對主體的認識、客體保護的擴大，另一個很重要的是義務的建構，也就是往來交易安全義務。

最後，建構請求權基礎最為重要，希望大家好好學習。在德國上課聽最多的一句話，就是請求權基礎，在餐廳吃飯也會聽到，用餐會爭論這個問題，希望同學也能針對每件事去思考誰對誰能夠主張什麼，其請求權基礎何在。請求權基礎是尋找法律規範，包括法律的解釋，法律的續造都在請求權基礎的建構上。不過，最近最高法院有幾個重要大法庭解釋，我有一點意見，由於篇幅有限，便不於此多論述，但這非常具有討論價值。

## 陸、結論

時間實在有限無法講完，不過下次再來。今天說明了我國五十年來判例學說的發展與貢獻，以民法為基礎的私法秩序建構體系發展上，最為重要者，就是判例與學說。因為各級法院共同的努力，藉由實務作成判例與學說形成理論上的相互協力，已經建構出我國民法累積性的成果及創造力。

我透過寫作民法學說與判例研究的過程，參與法律的形成與法展，促成理論與實務的互動，結合最高法院判決，運用法學方

法分析最高法院的判決，建構法律的體系。我認為未來研習民法的主要課題，除了強化共識的機制，更進一步提升台灣法學的水準以外，更應透過現行民事大法庭的功能，促進私法的革新與進步。

最後，法律原則的形成與法律問題的產生要所遇得人，法的創造與形成過程，要感謝許多人共同的參與及努力，期許法律人應有此信念與使命，引導法律、創造法律，以求進步。

## 參考文獻

- 王澤鑑（2009）。《民法學說與判例研究（六）》。台北：作者自版。
- 王澤鑑（2009）。《民法學說與判例研究（一）》。台北：作者自版。
- 王澤鑑（2012）。《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》。  
台北：作者自版。
- 王澤鑑（2015）。《侵權行為法》，增訂新版。台北：作者自版。
- 王澤鑑（2018）。《損害賠償法》，三版。台北：作者自版。
- 王澤鑑（2020）。《不當得利》，增訂新版。台北：作者自版。
- 王澤鑑（2020）。《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》，  
二版。台北：作者自版。

