

# 民法總則

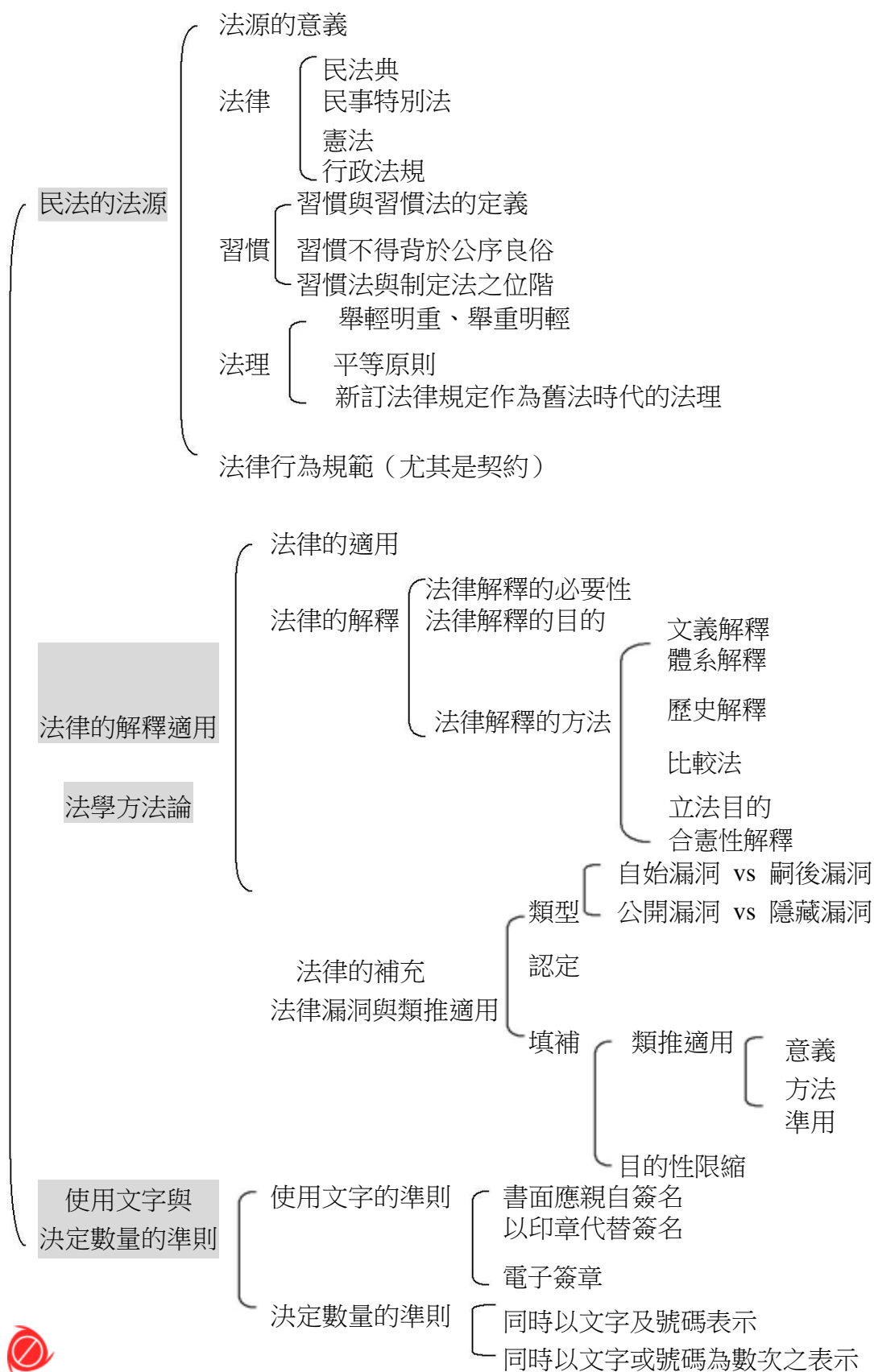
## 第二章 民法的法源與法律適用

國立臺灣大學法律學系 陳聰富教授



【本課程由陳聰富老師授權使用，您如需利用本作品請  
另行向權利人取得授權。】


## 第二章 民法的法源與法律適用



## 第二章 民法的法源與法律適用

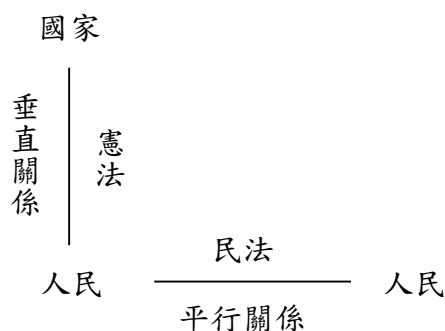
### 一、民法的法源


#### (一) 法源的意義

1. 民事法院可以據以裁判的法律基礎
2. §1：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」 
  - (1) 規定法源適用的順位
  - (2) 法官不能以法無明文拒絕審判
  - (3) 法官要自居於立法者的地位來裁判

#### (二) 法律



1. 民法典
  - (1) 中華民國民法典總共有五篇，從德國來
  - (2) 全世界有兩大法系
    - a. 成文法：歐陸法→codification（法典化過程）e.g. 民法（Civic Code）
      - (a) 來自於1800年左右的拿破崙法典，現拿破崙法典仍是法國民法典
      - (b) 德國人認為民法典體現民族精神  
→德國也要有自己的民法典  
→德國民法典  
→法、德的民法典影響全世界三分之二的國家
      - (c) 中華民國民法典制定於南京國民政府時期，受日本影響，日本的第一草案抄法國，第二草案由於普法戰爭時德國戰勝，改抄德國  
→日本民法典綜合法、德  
→中華民國民法典雷同於德國舊的民法典
    - b. 不成文法（判例法）：英美法
2. 民事特別法：土地法、消費者保護法、公寓大廈管理條例
3. 憲法




- (1) 直接適用說：憲法是根本大法，所以民事法官可直接引用
- (2) 間接適用說：透過民法的概括條款來引用—§72：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」  憲法精神是透過公共秩序展現。
- 4. 行政法規：對於權利義務案子僅供參考，不是絕對標準，仍依民法決定

### (三) 習慣

#### 1. 習慣與習慣法的定義

- (1) 通說：§1：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」  習慣法只具補充效力  法規競合：特別法優於普通法的原則
- (2) 實務上事實上的習慣有法的優先效力

#### 2. 習慣不得背於公序良俗

- (1) §2：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」  習慣法和習慣都不能違反公序良俗
- (2) 但法官都會尊重過去的習慣

#### 3. 習慣法與制定法之位階

### (四) 法理

#### 1. 舉輕明重、舉重明輕：

- (1) 88 年台上字第 482 號
- (2) 陳聰富，2003，〈民法總則：第二講—民法之法源〉，《月旦法學教室》，11: 52-63。

#### 2. 平等原則

#### 3. 新訂法律規定作為舊法時代的法理：101 年台上字第 2037 號

- (五) 法律行為規範（尤其是契約）：契約可以做為裁判基礎，因為契約是人之間的法律，除非契約違反公序良俗、強行規定

## 二、 法律的解釋適用、法學方法論

### (一) 法律的適用

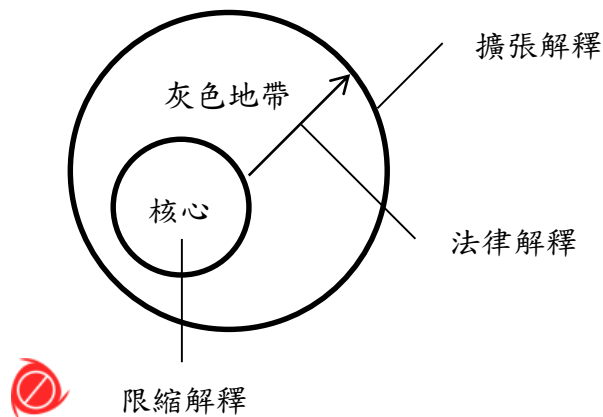
- 1. 大前提：構成要件→法律效果
- 2. 小前提：個案事實=構成要件
- 3. 結論：個案事實→法律效果

## (二) 法律的解釋

1. 法律解釋的必要性：法釋義學
2. 法律解釋的目的：
  - (1) 主觀說
  - (2) 客觀說：
    - a. 任何立法在離開立法機關的那一刻已經脫離立法者，很難探究當時立法者的意思是什麼
    - b. 如何探究法律客觀上的意義呢？就有以下六種解釋方法
3. 法律解釋的方法：這六種相輔相成，並非互相排斥，法律都可由這六種角度進行解釋，如果難以取捨就要做價值判斷



### (1) 文義解釋


- a. 文義解釋是法律解釋的開始
- b. 文字經常有它的核心意義




無論何種解釋都在文義之內，若超過文義解釋→法律類推適用—法官造法=法律續造

- c. §194：「不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」  
同居人、未婚妻都不算配偶，如果把他們包括進去就是法官造法，因為已經超越文字解釋。養父母包括在父母的文義之內，繼父母在法律上不是父母，是直系姻親，如果把繼父母包括在父母的文義之內，也是法官造法。私生子是灰色地帶，如果把子女的文義擴張到最盡頭也包括私生子（擴張解釋），乾兒子不是子女
- d. 文字就是法律的概念，只有相對的真理而沒有絕對的真理，文字的解釋最後要探討其立法的目的、法律的精神（the spirit of law）
- e. §188：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。」  
什麼是連帶


責任？§272：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。」 §273：「連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任。」 77 台上 1699：只要利用人擴張業務範圍，不論有無監督，都算是僱用人。


- f. 法律的概念都負載了一定的價值。§195：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」 被害人可以要求撫慰金。什麼是人格法益？愈來愈擴大、強化，基於對人格、人權、人性尊嚴的尊重

## (2) 體系解釋


- a. 依照法律規定的體制、依照條文來進行解釋
- b. §92：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。」、「被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。」 但被脅迫就可以對抗善意第三人
- c. 考慮法律位階問題

## (3) 歷史解釋

- a. 看法律當初做什麼用
- b. §191-3：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限。」 到底怎麼樣算是危險活動？去看這一條的立法理由，就有舉例：工廠排放廢水廢氣...

- (4) 比較法：性別工作平等法§26：「受僱者或求職者因第七條至第十一條或第二十一條之情事，受有損害者，雇主應負賠償責任。」  
100 台上 1062 號－參考德國民法§611-1 舉證責任轉換－公司負責人要舉證他沒有過失

## (5) 立法目的

- a. 美國法社會學家 Roscoe Pound
- b. 92 台簡上 20 號－土地法§97：「城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限。」  
有最高租金額限制，§97 立法意旨是保障人民生存基本權、

居住的權利，但本案是經營 KTV，最高法院：城市地方房屋是供住宅使用，除此之外營業的不算，營業不是經濟上的弱者，而且可以獲得利潤

- c. 94 台簡上 8 號—最高法院 balance 財產權和生存權，兩種衝突時生存權應優先於財產權。土地法§99 是保障生存權，限於居住使用的房屋，旅館是營業用的不能用§99

#### (6) 合憲性解釋

### (三) 法律的補充、法律漏洞與類推適用

#### 1. 類型

(1) 自始漏洞 vs. 嗣後漏洞

(2) 公開漏洞 vs. 隱藏漏洞

2. 認定：法律漏洞的填補：當法律依照它的規範計畫→但應該規定而沒有規定的就是漏洞→漏洞填補的方法就是法官造法

#### 3. 填補


##### (1) 類推適用

a. 意義



b. 方法


c. 準用

(a) 法律上的類推適用

(b) §787：「土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路。」 只規定所有人有袋地通行權，沒有規定使用人有袋地通行權，其立法目的是地盡其利，來發揮土地的經濟上的效用，基於平等原則（相類似的案件應為相同的處理）82 台上 580 號→類推適用

(a) 84 台上 1474 號→類推適用§787

(b) §816：「因前五條之規定而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償還價額。」 準用§179：「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。」

甲去建材行偷窗戶裝到自己的房子裡，甲有取得窗戶的所有權嗎？甲依然依照§811：「動產因附合而為不動產之重要成分者，不動產所有人，取得動產所有權。」


取得所有權，物權的變動是在考量怎麼樣的變動會發揮物的最大的經濟效用，窗戶已經裝在家裡，拔下來



就變廢鐵了，物權變動後產生的不公平用債權法來調整：侵權、不當得利。§816 類推§179 調整當事人之間的利益

(c) 法律應該規定而沒有規定




## (2) 目的性限縮

- a. 法律應該做限制規定而沒有限制規定
- b. 壓縮到傷及文義的內涵
- c. 贈與人甲、受贈人乙（無行為能力人）、法定代理人甲→自己代理，但如應用§106：「代理人非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為。但其法律行為，係專履行債務者，不在此限。」 乙並沒有受到利害衝突，把§106 目的性限縮→可以自己代理

## 三、使用文字與決定數量的準則

### (一) 使用文字的準則

#### 1. 書面應親自簽名

- (1) §3：「依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親自簽名。如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。」 以親自簽名為主
- (2) §1194：「代筆遺囑，由遺囑人指定三人以上之見證人，由遺囑人口述遺囑意旨，使見證人中之一人筆記、宣讀、講解，經遺囑人認可後，記明年、月、日及代筆人之姓名，由見證人全體及遺囑人同行簽名，遺囑人不能簽名者，應按指印代之。」  
86 台上 921 號
- (3) §3 III：「如以指印、十字或其他符號代簽名者，在文件上，經二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力。」 因為有人不識字，但票據行為不行
- (4) 100 台上 6842 號刑事判決

#### 2. 以印章代替簽名

#### 3. 電子簽章


### (二) 決定數量的準則



1. 同時以文字及號碼表示
2. 同時以文字或號碼為數次之表示



# 版權聲明

頁碼	作品	版權標示	作者／來源
2			本作品由「著作權人陳聰富」授權本課程使用，您如需利用本作品，請另行向權利人取得授權。
3,4	民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。		民法第 1 條 本作品屬公共領域之著作。
4	法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。		民法第 72 條 本作品屬公共領域之著作。
4	民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。		民法第 2 條 本作品屬公共領域之著作。
5			本作品由「著作權人陳聰富」授權本課程使用，您如需利用本作品，請另行向權利人取得授權。
5	不法侵害他人致死者…亦得請求賠償相當之金額。		民法第 194 條 本作品屬公共領域之著作。
5	受僱人因執行職務…由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。		民法第 188 條 本作品屬公共領域之著作。
6	數人負同一債務…為連帶債務。		民法第 272 條 本作品屬公共領域之著作。
6	連帶債務之債權人…全體債務人仍負連帶責任。		民法第 273 條 本作品屬公共領域之著作。
6	不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、		民法第 195 條 本作品屬公共領域之著作。

	信用、隱私、貞操...亦得請求賠償相當之金額。		
6	因被詐欺或被脅迫而為意思表示者...其撤銷不得以之對抗善意第三人。		民法第 92 條 本作品屬公共領域之著作。
6	經營一定事業或從事其他工作或活動之人...不在此限。		民法第 191-3 條 本作品屬公共領域之著作。
6	受僱者或求職者因第七條至第十一條或第二十一條之情事...雇主應負賠償責任。		民法第 26 條 本作品屬公共領域之著作。
6	城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限。		土地法第 97 條 本作品屬公共領域之著作。
7	土地因與公路無適宜之聯絡...土地所有人得通行周圍地以至公路。		民法第 787 條 本作品屬公共領域之著作。
7	因前五條之規定而受損害者...請求償還價額。		民法第 816 條 本作品屬公共領域之著作。
7	無法律上之原因而受利益...亦同。		民法第 179 條 本作品屬公共領域之著作。
7	動產因附合而為不動產之重要成分者...取得動產所有權。		民法第 811 條 本作品屬公共領域之著作。
8	代理人非經本人之許諾...不在此限。		民法第 106 條 本作品屬公共領域之著作。
8	依法律之規定...其蓋章與簽名生同等之效力。		民法第 3 條 本作品屬公共領域之著作。

8	代筆遺囑...應按指印代之。		民法第 1194 條 本作品屬公共領域之著作。
8	如以指印、十字或其他符號代簽名者...亦與簽名生同等之效力。		民法第 3 條 本作品屬公共領域之著作。