

一 概說

(一) 類比，類推適用 *analogy, analogie* 普遍的現象

詩，擬人化

教育/說明，以熟知者解說不熟知的事物類比的。

以已知者推論未知者，例如：對恐龍的一些想像，暴龍走路姿勢？

computer science

(二) 前提：非同一，但相似

1 同一？

法律以外

萬物是流動的→河水是流動的→你的腳不可能踏進同一條河流二次？

獅身人面獸，早上四隻腳，中午二隻腳，下午三隻腳，人，→是同一個人嗎？

每一片雪花都不一樣？

法律上的，例如：(概念-法律效果？)

1.1. 出身前胎兒-活產的嬰孩(無行為能力人)-限制行為能力人-成年=完全行為能力-(因老年痴呆而)被宣告禁置產

1.2. 設立中的社團-成立後的社團-企業合併/分割

1.3. 甲的所有權(物)-轉讓- 乙的所有權，視同一個物？

債之關係換了一個當事人，仍是同一債之關係？ § 425

1.4. 法律的適用？請求權競合-自由競合(多個請求權)？相互影響(多個請求權)？規範競合(單一請求權，多數規範作為依據)→訴之追加/變更 → 繼續判力範圍

1.5. 刑訴 同一事件/單一事件

*事物「必然」同一？-觀點 = 一般觀念/合目的性的考量

甲...身上要移植給乙的的器官=乙身上原先將被取代的器官(眼角膜？腎？...)

換到什麼程度，乙還是同一人？

*類似與否：觀點 = 一般觀念 + 法律上價值判斷的問題。

- 所有的法律適用基本上都是類比/類推適用(A. Kaufmann)-喪失類推適用原有說明力之虞=有說等於沒說

- 楊仁壽，≠類推適用的類推解釋=體系解釋 ← 文義 再細分為字典解釋...？

法律概念的相對性

方法論的概念的設定與分類的意義？合目的性的考量。

二 類推適用的歷史

Baldus, Christian, *Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert*, in Riesenhuber, Karl (Hrsg.) *Europäische Methodenlehre*,

S. 50 類推適用，從十六到十七世紀，實際上是一種基於類似性所為的推論方式（Ähnlichkeitsschluß），是一種法學上的論點（juristische Topik）的運用。到了十七、十八世紀，雖然論點的方法不再被視為是一種科學的方法，但類推適用此一論點仍然繼續被法學家所接受。十八世紀中期之後，它被冠上 Analogie 此一名稱，但實際上也並未和擴張解釋作嚴格的區分。到十九世紀後，才開始用可能的文義作為解釋的界限，而類推適用逐漸被歸屬於法律解釋以外的範疇。S.65 至於嚴格強調此解釋與類推適用的見解，是一直到德國民法實施後之才廣被接受的。

三 類推適用的前提

- 漏洞：法律文義無法支持該結論，而這是違反立法計畫的
 - 填補：貫徹/實現立法計畫，「適用」與係爭事實在事物上最相接近的規定
 - 類似性：是評價/價值判斷的問題；亦即兩件事實非必一定相似或不相似；僅當
 - * 依據特定的觀點，才有可能決定其相似與否
- 例如男/女：平等待遇？工資？兵役義務？

案例

（一）例如：使用借貸-租賃之異同

不同處理 最高法院民事判例 59 年台上字第 2490 號
「使用借貸，非如租賃之有民法第四百二十五條之規定，縱令上訴人之前手將房屋及空地，概括允許被上訴人等使用，被上訴人等要不得以上訴人之前手，與其訂有使用借貸契約，主張對現在之房地所有人即上訴人有使用該房地之權利。」

相同處理 最高法院民事判決 82 年台上字第 580 號

「民法創設鄰地通行權之目的，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利，以增進社會經濟之公益，是以袋地無論由所有人或其他利用權人使用，周圍地之所有人及其他利用權人均有容忍其通行之義務。民法第七百八十七條規定土地所有人鄰地通行權，依同法第八百三十三條、第八百五十條、第九百十四條之規定準用於地上權人、永佃權人或典權人間，及各該不動產物權人與土地所有人間，不外本此立法意旨所為一部分例示性質之規定而已，要非表示於所有權以外其他土地利用權人間即無相互通行鄰地之必要，而有意不予規定。從而鄰地通行權，除上述法律已明定適用或準用之情形外，於其他土地利用權人相互間，亦應援用「相類似案件，應為相同之處理」之法理，為之補充解釋，以求貫徹。」

（同意旨 最高法院 79 年度第 2 次民事庭會議（二）研究報告：

對台灣高等法院暨所屬法院七十八年法律座談會提案民事類第十號法律問題之研究意見。「按民事法律所未設之規定，苟非立法有意的不予規定，即屬立法時之疏漏或嗣後情事變更形成之立法不備，法官有義務探求規範之目的，依民法第一條立法之授權，援用習慣或法理為之補充解釋。查民法創設鄰地通行權，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利增進社會經濟之公益目的，是以袋地無論由所有權或其他利用權人使用，周圍地之所有權及其他利用權人均有容忍其通行之義務。民法第七百八十七條規定土地所有權人鄰地通行權，依同法第八百三十三條、第八百五十條、第九百十四條之規定準用於地上權人、永佃權人或典權人間，及各該不動產物權人與土地所有權人間，不外本此立法意旨所為一部分例示性質之規定而已，要非表示於所有權以外其他土地利用權人間即無相互通行鄰地之必要而有意不予規定。從而鄰地通行權，除上述法律已明定適用或準用之情形外，於其他土地利用權人相互間（包括承租人、使用借貸人在內），亦應援用「相類似案件，應為相同之處理」之法理，為之補充解釋，類推適用，以求貫徹。因之，原提案兩說，似以肯定說為是。」）

（二）地上權-租賃 之異同

異 最高法院 69 年度第 7 次民事庭會議決議（二）「法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，期滿後，除法律有更新規定，得發生不定期限外，並不當然發生更新之效果。地上權並無如民法第四百五十一條之規定，其期限屆滿後，自不生當然變更為不定期之效果，因而應解為定有存續期間之地上權，於限期屆滿時，地上權當然消滅（本院六十年度台上字第四三九五號判決）。（同乙說）」

同 司法院 22 年院字第 986 號 解釋「按地上權之地租與租賃契約之租金，固屬不同，然就其「因使用土地而支付金錢為對價」之點言之，則二者實相類似，故關於民法第四百四十二條之規定，於地上權地租之增加，亦應類推適用。」

*類似與否，主要依被類推適用的法規的目的/功能（立法計畫）、其他制定法內既已蘊含的價值判斷、社會通念、其他事物特徵加以決定

二 個別類推，類似性明顯，無須總體類推，但總體類推可能增加其說服力
總體類推，若類似性不明顯，可能須總體類推，透過內在體系，歸納法律原理，以作相同處理。

最高法院 84 年台上字第 2934 號判例要旨「查非財產上之損害賠償請求權，因與被害人之人身攸關，具有專屬性，不適用於讓與或繼承。民法第一百九十五條第二項規定，身體、健康、名譽、自由被侵害而發生之非財產上損害賠償請求權不得讓與或繼承，僅屬例示規定。同法第一百九十四條規定之非財產上損害賠償請求權，亦應作同一解釋。惟第一百九十五條第二項但書規定「以金額賠償之請求權

已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」基於同一理由，此項但書規定，於第一百九十四條之情形，亦有其適用。」

王澤鑑「就方法論而言，應認為民法第一九四條係對慰撫金請求權得否讓與或繼承，未設明文，衡諸民法第一九五條第二項、第九七七條第三項、第九七九條第二項、第九九九條第三項及第一〇五六條第三項規定，此係違反規劃的法律漏洞，應類推適用上開規定，以為補充，此種類推適用屬於所謂的總體類推，及民法第一九五條第二項等規定非財產上之損害賠償請求權，因與被害人的人格攸關，具有專屬性，不得讓與或繼承，但因契約承諾，或已起訴時不在此限，乃屬一般法律原則，於民法第一九四條情形，「基於同一法律理由」，應類推適用之。」

Q：其他如 § 977 是否亦因承諾起訴而得成為繼承的對象？

二 幾個待檢討的案例

1. 有「漏洞」？認定的依據？為何不用解釋？

意思表示的推定 亦或 §425-1 的類推適用？

最高法院 95 年度台上字第 2152 號民事判決「按民法第二百六十條規定，解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求；此為當事人**依法律規定**終止契約時所準用，復為同法第二百六十三條所明定。基於同一法理，如**依契約約定終止**之情形，應可類推適用。因此，約定終止權人於終止以前，如已有之損害賠償請求權，不因約定終止權之行使而受影響。本件上訴人王記公司交付如附表一所示定期存單為履約保證金，原審審酌系爭工程契約第二十二條第二項之約定，既認係用供擔保王記公司履行契約及違約時應負損害賠償責任之用，而王記公司似亦自認該履約保證金為違約金之性質（見二審卷(二)第二二頁），且原審復認營建署以王記公司落後進度達百分之三〇以上而終止契約為合法，足見王記公司確有違約情事，原審未依民事訴訟法第一百九十九條規定推闡究明營建署是否確無損害發生，遽以系爭工程契約既經營建署終止，而往後失效，且未依法起訴主張，認營建署不得依系爭工程契約第二十二條第二項第四款第七目約定為主張，已有可議。」

2. 最高法院 95 年度台抗字第 460 號民事裁定理由

-立法計畫何處尋？錯誤的理由、正確的結論。立法目的-保障抵押權人的利益？社會經濟利益？「本件債權人台灣土地銀行股份有限公司（下稱土地銀行）以其對債務人呂芬等所有坐落金門縣金寧鄉○○○○段五四九地號及五四九之一地號土地（下稱系爭土地）有抵押權，因向福建金門地方法院（下稱金門地院）就系爭土地聲請強制執行，經該法院對再抗告人於其上營造之同段八一至八九建號建物併付拍賣，再抗告人聲明異議，經金門地院裁定駁回其異議後，再抗告人不服提起抗告，原法院以：按**土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上營造建築物**

者，抵押權人於必要時，得將其建築物與土地併付拍賣，但對於建築物之價金，無優先受清償之權，民法第八百七十七條定有明文。其規定之目的，在於使房屋與土地能同歸一人，易於拍賣，以保障抵押權人，並簡化法律關係，避免或減少紛爭。如土地所有人於將土地設定抵押權後，雖未自行於該地上營造建築物，但容許第三人在土地上營造建築物，為避免單獨拍賣土地，可能使土地及建物非由同一人所有，法律關係趨於複雜，衍生糾紛，及為使土地易於拍賣，保障抵押權人之權益，本於上述法條之立法意旨，自應許抵押權人行使抵押權時，將第三人於抵押權設定後在土地上營造之建築物與抵押之土地併付拍賣，而將房屋賣得價金交還該第三人。本件土地銀行就系爭土地既有抵押權在先，則土地銀行就再抗告人於抵押權設定後，得土地所有人同意營造之建物，聲請併付拍賣，執行法院類推適用民法第八百七十七條規定，認符合併付拍賣之要件，且有其必要，並無不合，抗告為無理由，因以裁定駁回其抗告。再抗告人雖以依本院八十九年台抗字第三五二號判例反面解釋之意旨，抵押權設定後，若非土地所有人興建之建物，本即不得併付拍賣，必須建物於拍賣時已歸土地所有人所有始可為之。原裁定類推適用民法第八百七十七條之規定，准併付拍賣建物，顯違反物權法定主義及法條明確性，其適用法規顯有錯誤等詞再為抗告，惟尋繹民法第八百七十七條規範之本旨，乃側重於房屋所有權與基地利用權一體化之體現，並兼顧社會經濟，以調和土地與建物不同所有人之權益，避免單獨拍賣土地，可能使土地及建物非由同一人所有，法律關係趨於複雜，並使土地易於拍賣，以保障抵押權人之權益。原裁定本此意旨，認本件情形法律未明文規定而有漏洞，得類推適用民法第八百七十七條規定予以填補，經核並無違背本院上述判例或適用法規顯有錯誤之情形，且與物權法定主義無關。再抗告人所陳各節，要與適用法規是否顯有錯誤無涉，亦無所涉及之法律見解具有原則上重要性之情事，不合民事訴訟法第四百八十六條第四項、第五項規定，參照同法第四百三十六條之五第一項規定，其再為抗告，不應許可。據上論結，本件再抗告為不合法。」

3. 法人的「使者」被「詐欺」

-法人意思表示的決定與對外表示；類推適用§105 亦或直接適用§ 92-

最高法院 90 年台上字第 4 號判決「按使用人係為本人服勞務之人，本人藉使用人之行為輔助以擴大其活動範圍，與本人藉代理人之行為輔助者相類，且使用人為本人所為之意思表示，即為本人之意思表示，故使用人為本人所為之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時，宜類推適用民法第一百零五條規定，其事實之有無，應就使用人決之，但其意思表示，如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之。查杜智欽為上訴人公司之職員，上訴人於八十七年五月二十八日資遣被上訴人之公告，係由杜智欽在任職之管理部所為，且杜智欽證稱，伊於公告資遣名單前詢問被上訴人其是否已與董事長商談，被上訴人告知有，並稱董事長已答應其資遣，伊才公告資遣名單，而未向董事長求證云云（參見第一審卷三二頁），

為原審認定之事實。果爾，杜智欽乃上訴人之使用人，衡之首揭說明，其為上訴人所為前開資遣公告之意思表示有無被詐欺，其事實之有無，即應就杜智欽決之。原審未詳加研求，竟以上訴人未舉證證明被上訴人向上訴人之董事長施以詐術，或被上訴人向杜智欽所施用之詐術已轉達該董事長，致該董事長亦同陷於錯誤而為意思表示，是上訴人空言其上開資遣公告係受被上訴人之詐欺，不足採信等詞，而為上訴人不利之判決，其法律上見解不無違誤。次按證人為不可代替之證據方法，如果確係在場聞見待證事實，而其證述又非虛偽者，縱令證人與當事人有親屬、親戚或其他利害關係，其證言亦非不可採信（本院五十三年台上字第二六七三號判例參照）。查卷附上訴人八十七年二月二十三日簽呈之「會簽部門」欄記載：「職（即被上訴人）因家庭因素，且大部分工程也將告一段落，實無留下必要，擬請七月一日一併辦理資遣，不勝感荷」，雖經上訴人之董事長批示：「關（於）林副總（即被上訴人）待見面商討再議」（見第一審卷二三頁、二四頁）。但被上訴人陳稱：該簽呈一直到執行副總，從未有長官和伊談過資遣之事云云（見同上卷三一頁正面）。則證人杜智欽之前揭證詞與判斷其是否因被上訴人施以詐術而為上訴人上開資遣被上訴人之公告，所關頗切，原審未詳查究明杜智欽是否確係在場聞見其前開證述之事實，遽認其係上訴人之職員，有偏頗情事，亦有可議。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

4. 養魚池（獨立經濟價值之「土地上定著物」）非「土地上建築物」，但類似=立法計畫-而非一般事物觀點下-的類似性。

意思表示的推定 亦或 §425-1 的類推適用？

最高法院 91 年台上字第 815 號民事判決「按土地及其土地上所構築無頂蓋之鋼筋混凝土造養魚池設備同屬一人所有，而僅以土地為抵押，於抵押物拍賣時，該養魚池設備固非屬民法第八百七十六條第一項所稱之「土地上建築物」而無該條項法定地上權規定之適用。然該養魚池設備既非土地之構成部分而為繼續附著於土地上具獨立經濟價值之「土地上定著物」，與同法第六十六條第一項所定之土地應屬並列之各別不動產，分別得單獨為交易之標的，且該附著於土地上具獨立經濟價值之養魚池設備，性質上不能與土地使用權分離而存在，亦即使用養魚池設備必須使用該養魚池之地基，故土地及土地上之養魚池設備同屬一人所有，而將土地及養魚池設備分開同時或先後出賣，其間縱無地上權之設定，亦應推斷土地承買人默許養魚池設備所有人得繼續使用該土地，並應認該養魚池設備所有人對土地承買人有支付相當租金之租賃關係存在，要非無權占有可比。查原審既認定上訴人圍築之養魚池暨週邊設備為一具獨立經濟價值之「土地定著物」，則上訴人所有之養魚池及週邊設備占用被上訴人標得之系爭土地，是否如上訴人所辯之非無權占有？依上說明，即非無再進一步研求之必要，原審未詳為斟酌並予深究，徒以上開理由遽為上訴人敗訴之判決，未免速斷。」