



元照出版提供 請勿公開散布。

# 受讓地上權建築物第三人之 損失補償請求權 ——從概念法學到正義衡平

魏 大 曉\*

## 要 目

壹、序 言	三、法制比較
一、最高法院109年度臺上字第491 號判決	(一)適用範圍
二、研究主題及方法	(二)第三人買取請求權
貳、地上權土地上建築物補償權之 比較法觀點	四、兼論——第三人代位行使買取 請求權許否
一、日本「建物買取請求權」	(一)日本最高裁判所否定說
(一)《借地借家法》法制概說	(二)我國法之解釋
(二)借地權人建物買取請求權	參、補償權性質探究與法學方法運用
(三)第三人建物買取請求權	一、探究目的及方法論
二、我國法地上權人補償請求權	二、從概念法學到利益法學
	(一)概念法學基礎理論

DOI : 10.53106/102398202023090174002

\*

最高法院法官兼庭長，國立臺灣大學法律研究所法學博士。

投稿日期：一一一年一月八日；接受刊登日期：一一二年五月四日

責任校對：鍾淑婷



(二) 利益法學登場——生活利益	(二) 正當權利行使與對抗權源何在
(三) 概念法學、利益法學觀點下性質論	三、詮釋者前理解
三、立於評價法學方法論	(一) 正義感與前理解
(一) 評價法學與法條文義拘束	(二) 前理解之功過
(二) 評價法學之解釋標準	四、一般條款與個案衡量論證義務
(三) 從住房權時代意義觀點——解釋標準第一點	陸、利益衡量方法論
(四) 從規范文義及體系脈絡探究——解釋標準第五點	一、源起與基本主張
(五) 立法過程及雙方利益均衡關照——解釋標準第二點	二、海克利益衡量
(六) 相關損失填補法規整體系一致性——解釋標準第四點	三、加藤一郎與星野英一理論
肆、建築物補償權之損失填補	四、二大難題與解題
一、衡平補償性格	(一) 利益優先決定之難題
二、建築物損失之法定補償	(二) 異質利益衡量之難題
(一) 損害概念	五、利益衡量論之實踐
(二) 利益法學之利益損失概念	柒、個案正義衡平之追求
(三) 雙重的損害概念——自然損失之規範評價	一、法實證主義與自然法之法律哲學觀——正義、道德
(四) 自然意義之利益損失（差額說）	二、衡平及造法途徑
(五) 損失移轉及其原因	(一) 衡平與個案救濟
(六) 建築物補償權在損害賠償法體系位置	(二) 衡平之意義
伍、誠信原則與前理解	(三) 正義與衡平之辨
一、文義解釋與法之續造邊界	(四) 衡平與類型化
二、可否援用誠信原則之疑	三、衡平與本案例關鍵連結
(一) 第二審判決理由	捌、第三人損害補償制度法理運用
	一、德國法官造法原因
	二、我國法援引可能性
	三、五種損害偶然偏移類型
	四、三個要件滿足與法律漏洞
	五、立於平等原則為法律漏洞填補
	六、第三人損害補償制度法律效果及檢討



- |                  |                  |
|------------------|------------------|
| (一)法律效果          | (二)海克利益法學方法——第一次 |
| (二)依個案衡平或從規範解釋方法 | 漏洞與類推            |
| 七、第六類型建構與類推適用    | 玖、結論——正義、衡平造法    |
| (一)建構第六類型之嘗試     |                  |



## 摘 要

民法第840條第1項地上權存續期間屆滿後，地上權人得請求土地所有人按時價補償建築物。本條權利主體，不包括第三人。第三人如受讓地上權且為建築物所有人，因未辦理地上權移轉登記，要否承認有相同補償權。最高法院109年度臺上字第491號民事判決援引德國聯邦最高法院法官創造「第三人損害補償制度」法理，予肯定。該補償制度創設，係填補第三人受有損害，卻無請求權；有損害賠償請求權者未受到損害，其現象係因損害偶然因素偏移造成，加害人如因此免責，對第三人顯失公平，法官因個案衡平為法之續造，並獲學說肯認。為防法官恣意，德國已建立五種類型，但無第三人建築物補償制度。我國最高法院援引肯定此類型之補償權，是否妥適？

**關鍵詞：**第三人損害補償、地上權建築物補償權、學說匯纂法學、利益法學、評價法學、利益衡量、前理解、衡平、類型化、平等原則



## 壹、序 言

### 一、最高法院109年度臺上字第491號判決

原告x主張伊為系爭土地共有人，因被告y之被繼承人y1無權占有建造系爭建築物使用迄今，爰依民法第767條第1項、第821條，求為判令y拆屋還地。y辯稱系爭建築物為原土地共有人兼地上權人z1興建，地上權存續期間至民國88年。59年間y1向z1買受其土地應有部分及該建築物，伊非無權占有。並辯稱，地上權雖因期限屆滿消滅，因其上仍有系爭建築物，伊得代位z1之繼承人z行使，或類推適用民法第840條第1項之地上權人補償權，於x履行補償義務前，訴請伊拆屋還地，有違誠信原則及權利濫用情事。

第二審法院駁回x上訴。x提出第三審上訴。最高法院109年度臺上字第491號民事判決（下稱「最高法院第491號判決」）駁回其上訴。主要理由：地上權人之建築物補償權，為請求土地所有人收買建築物之權，雖規定於民法物權編，惟有債權請求權性質。補償權規範目的，在避免建築物取回困難或因拆除致建築物經濟價值滅失，由土地所有人按時價購買，有損失填補原理實質意義。受讓地上權之第三人僅因未依民法第758條規定完成登記之偶然因素，該補償權仍由原地上權人享有，再因其已將建築物移轉於第三人，不因建築物拆除受有損失。其情形，乃有補償權利者未受損失，受讓建築物及地上權之第三人，因建築物拆除受有損失，卻無補償權，該損失之移動，係因未辦理地上權移轉登記所致。惟地上權移轉登記目的，在保護第三人交易安全，非減免土地所有人依民法第840條第1項之補償義務，如因此使該第三人承受損失，有違損害填補原理。因認y於獲得補償前，得以對抗x拆屋還地請求。



## 二、研究主題及方法

民法第840條第1項規定之地上權人「建築物補償請求權」，亦有稱為「收買請求權」。補償權利主體，法條文義不包括地上權人以外第三人。惟第三人係受讓地上權且為建築物所有人，單因未辦理地上權移轉登記，可否類推適用之？

地上權關係消滅，地上權人有回復土地原狀返還義務。再因土地上之工作物或建築物拆除，不利於物之使用（物盡其用），立法者分別於物權編觀照兩造利益，制定第839條第3項土地所有人工作物收買權，及第840條第1項地上權人建築物補償權。二條法規文義、法概念內涵外延之邏輯特徵<sup>1</sup>，顯然無法包攝第三人之建築物<sup>2</sup>。但最高法院第491號判決理由，輾轉引用德國聯邦最高法院法官創設之「第三人損害補償制度」，而採肯定見解。本文擬檢討「到底、究竟、為何」<sup>3</sup>，第491號判決何需援引第三人補償制度，是否脫離文義範圍，進入法律漏洞填補？法律漏洞概念，僅在被適用之法規範總體規整範圍中，對特定案件類型，保持「沉默」時，始有

<sup>1</sup> 概念之內涵與外延之意義、概念間之全同關係，參看自吳家麟、林文雄（主編／校訂），法律邏輯學，頁26、30，2003年8月。

<sup>2</sup> 楊仁壽先生謂，三段論法過程，不能徒以形式邏輯學，需作法的評價。可見其在解說三段論法之態度，顯立於現今主流法學方法論思潮。楊仁壽，法學方法論之進展——實踐哲學的復興，頁397，2013年4月。

<sup>3</sup> 亞圖考夫曼《法律哲學》開宗明義：法律信條論是現行實證法的意義科學；法律哲學則是在探討正義存在的學說，正義是有關「應然法律、正當法、公正法」。法律哲學是哲學的一個分支，不是法學的分支；哲學是在探討「到底、究竟、為何有其存在」，因此法律哲學，係在探討：為何要有法律（正義）且到底什麼才是正當的法律；法律哲學與哲學其他分支之不同，法律哲學，是哲學方法反思、討論法律的根本問題與難題，並加以解決。Arthur Kaufmann著，劉幸義等合譯，法律哲學，頁7-8，2000年7月。



漏洞可言<sup>4</sup>。第840條第1項之補償權文義，不包括此類情形之第三人，是否屬法律漏洞？

狹義文義解釋界限在字義範圍，其超越如仍在立法者原本計畫或目的範圍內，所為法之續造，仍屬漏洞填補<sup>5</sup>。本條項規定文義僅指地上權人，第491號判決卻援引德國第三人損害補償制度，顯已入法之續造領域。本文擬從概念法學出發，引日本《借地借家法》作為證立我國法未將第三人建築物補償權納入補償對象，係法律漏洞。其次，藉第三人損害補償制度之基本要素說明，第三人建築物，如存在與第三人損害補償制度相同原因時，本於相同法理，有賦予補償權以符平等原則之需。文末並就個案正義衡平及類型控制（類型化）等，提出本文淺見。

## 貳、地上權土地上建築物補償權之比較法觀點

法條規範意旨解釋，或法律漏洞填補，援引制度相仿外國立法例或審判實務、學說見解，作為解釋依據或法理論述基礎，其解釋成果或法律漏洞填補，更具理性說服力。學者即謂「如果沒有比較法基礎，就不能客觀的進行法律發現和填補漏洞」、「藉助法律發現的比較方法所進行法官法的部分繼受，直接就具有正當性」<sup>6</sup>。地上權消滅後之建築物補償權，日本同有「建物買取請求權」規

<sup>4</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁281，1996年12月。

<sup>5</sup> Karl Larenz將法之續造分三種類型。法律解釋偏離先前之解釋、超越字義範圍而仍在立法者原本計畫或目的範圍內之法的續造、逾越立法者原本計畫或目的但仍在整體法秩序基本原則範圍內之法的續造。反之，只在重大事由情況，法官才會決定從事「超越法律的法的續造」。同前註，頁278-279。

<sup>6</sup> Ernst A. Kramer著，周萬里譯，JURISTISCHE METHODENLEHRE，法律方法論，頁232-235，2019年2月。



定，惟其類型、實質內容與適用範圍、要件，與我國法略有不同。尤其在第三人建物買取請求權方面，日本無須透過法官造法，法已明文化。

### 一、日本「建物買取請求權」

#### (一)《借地借家法》法制概說

日本明治年間，為保護未辦理地上權登記，及租賃土地興建建物之土地承租人，避免因地震建物倒塌造成資金損失，於42年制定《建物保護法》，承租人就倒塌建物可請求補償。大正10年改制為《借地法》，其後歷經多次修正，平成3年正名為《借地借家法》<sup>7</sup>。《借地借家法》係日本民法地上權（日民265條以下）及土地租賃相關法律之特別法。依同法第1條規定，其適用對象，包括以取得建物所有權為目的之地上權（物權），及土地租賃權（債權）。凡以建物所有目的，而與地上權或土地租賃權之期限、效力，及因建物租賃契約更新，或土地租賃條件變更有關事項，均優先適用本法<sup>8</sup>。

《借地借家法》保護對象為「借地權」<sup>9</sup>。借地權，分二部分：第一、與地上權有關之借地權，包括借地權之存續期間（2條）、更新請求權及未予更新時之借地權人建物買取請求權（4條）、法定更新權（6條）等。第二、與租賃權有關之借地權，包括租地權人（承租人）固有權利，及租賃權之讓與、轉租權規定

<sup>7</sup> 日本現行《借地借家法》為平成29年6月2日法律第45號修正法。本文以之為素材。

<sup>8</sup> 《借地借家法》分二部分，一為借地法、一為借家法。

<sup>9</sup> 太田幸夫「借地法の適用の範圍」水本浩／田尾桃二編集『現代借地借家法，講座1，借地法』日本評論社1頁以下（1987年）。



(9-2條、10條)。「建物買取請求權」之類型，分二種：第一類型、借地權人之買取請求權；第二類型、第三人之建物買取請求權。

### (二)借地權人建物買取請求權

借地權人買取請求權，明定於第13條第1項，土地租賃權期限屆滿未經更新者，借地權人得向土地出借人（土地所有人、設定人）請求按時價收買土地上之建物或其他工作物；第2項，係就借地權期間屆滿前，未經土地所有人同意而新建建物之買取請求權有關價金計付方法；第3項，借地權期屆滿後，受讓租地權之人與借地權設定者（此指原土地承租人）之買取請求權，準用前二項規定。

又因日本物權法，不以移轉登記為物權變動之生效要件（屬對抗效），原地上權人與第三人為地上權之讓與約定，可生地上權移轉效果，因此約定併就建物買賣者，地上權則隨同建物所有權之移轉而移轉。同理，《借地借家法》有關借地上之建物讓與第三人，除有特別情事外，實務及學說解釋，認為借地權係隨同建物之移轉而移轉於第三人。此種情形之第三人亦為借地權人，可主張「借地權人之買取請求權」（非下述之第三人建物買取請求權）<sup>10</sup>。此與我國法明顯不同（地上權移轉需經移轉登記）。

### (三)第三人建物買取請求權

按日本民法第612條規定，承租人未經出租人同意，不得將租

<sup>10</sup> 日本大審院明治33年3月9日、大正13年6月17日、最高裁判所昭和47年3月9日判決，學說無不同見解。藤浦照生／奧田正昭「建物等買取請求權」水本浩／田尾桃二編集『現代借地借家法，講座1，借地法』日本評論社228頁（1987年）。



賃權讓與或將租賃物為轉租。租地權如因土地租賃關係取得（債之關係），違反該規定，使第三人使用收益租賃物，出租人得解除契約。依此，未得土地出租人同意，自土地承租人受讓、轉租建物之人，不得對抗土地出租人，當其受除去建物返還土地之請求，即負除去返還義務<sup>11</sup>。但為防免具經濟效用建物，因其拆除不符國民經濟目的，因而於《借地借家法》第14條特設第三人「建物買取請求權」規定<sup>12</sup>。第三人在租賃權標的土地上取得之建物，或雖未經借地權設定人同意，向有借地權權源者受讓租賃權或轉租附屬物者，對於借地權設定人，仍得請求按時價購買該建物及其附屬物。

本條要件：第三人需係受讓自土地承租人所有建物之人，且係土地承租權之受讓人或轉租人。其次，受讓或轉租建物時，土地承租人之租賃權需在有效期間內，否則對土地所有人（土地出租人）無建物買取請求權<sup>13</sup>。

## 二、我國法地上權人補償請求權

民國19年民法第840條第1項即已有地上權人建築物補償權明文，學說則常以「收買請求權」稱之。其構成要件有二。第一、以建築物為補償對象，建築物不限於房屋，包括其他定著於土地之建築物。如已接近朽腐，因無經濟價值，學說認並無保護必要<sup>14</sup>。第二、本條以地上權存續期間屆滿為要件，拋棄地上權或因欠租而終

<sup>11</sup> 經土地所有人同意之租賃權讓與、轉租，應適用借地借家法第13條。

<sup>12</sup> 藤浦照生／奧田正昭，同註10，228頁；鈴木祿彌『借地借家法の研究I』創文社603頁（1984年10月）。

<sup>13</sup> 至於租賃權有效期間，於行使買取請求權時，要否仍在期限內，學說實務有各種判斷分類法，本文略之，詳可參看藤浦照生／奧田正昭，同註10，228頁。

<sup>14</sup> 謝在全，民法物權論（上），頁632，2020年9月。



止者，學說<sup>15</sup>、實務<sup>16</sup>，均認不適用。因為解除條件成就而消滅，仍許地上權人有補償請求權，將與該消滅地上權之意旨不符<sup>17</sup>。地上權之有償否，並不影響<sup>18</sup>。

### 三、法制比較

#### (一)適用範圍

日本《借地借家法》適用範圍，包括地上權及租賃土地建屋。我國法限於地上權，不包括承租土地建屋<sup>19</sup>。惟民法第422條之1已增訂，租用基地建築房屋者，承租人得於契約成立後2個月內請求為地上權登記。學說認為，其轉為取得地上權並非當然取得，亦非必需於2個月內登記，於租賃存續期間，均可為之，租賃關係消滅後，則否<sup>20</sup>。

#### (二)第三人買取請求權

我國並無日本第三人買取請求權制度。民法第840條之文義解釋及體系解釋，不能含括第三人建築物，亦難以類推適用。第491號判決案例事實，被告y雖抗辯，應適用或類推適用地上權人補償請求權規定。惟第二、三審法院並未採用其抗辯<sup>21</sup>。

<sup>15</sup> 同前註。

<sup>16</sup> 最高法院32年度上字第2588號民事判決。

<sup>17</sup> 謝在全，同註14，頁632。

<sup>18</sup> 謝在全，同註14，頁632。

<sup>19</sup> 我國有關租地建屋債之法律關係有無物權效力，雖學說及實務大多持肯定見解，惟其理論基礎之論述，並不一致。

<sup>20</sup> 謝在全，同註14，頁575。

<sup>21</sup> 第二審（臺灣高等法院105年度重上字第898號）判決理由，係認z1讓與系爭建築物時已併將地上權讓與y1，至少已「授權」y1行使地上權權利。最高法院第491號判決理由，亦未以y1因z1之授權或可代位行使z（z1之繼承人）地上權



#### 四、兼論——第三人代位行使買取請求權許否

##### (一)日本最高裁判所否定說

我國地上權人建築物補償權，及日本租地權人建物買取權，他人得否代位行使。日本最高裁判所一則關於建物買取權案例，持否認見解。x出租其土地與租地權人a興建建物，a未經x同意，將建物所有權讓與b（按借地法之建物買取請求權人，包括第三人之建物），b再將建物一部分出租予y1y2（依日本民法第612條規定不得對抗x）。x以y等人為被告，訴請自建物遷出騰空並交還土地。被告等人則主張代位b行使對x依《舊借地法》第10條之建物買取請求權，最高裁判所昭和38年6月16日判決，予以否決。理由：行使代位權之債權人（y等人）代位債務人（b）行使權利，債務人固可因代位行使獲得勝訴判決而享有利益，惟該利益需與債權人被保全權利有關。本件y等人代位債務人b行使對x之建物買取請求權（按b本無該權利），所保全之債權，係自己對系爭建物之租借權，而b被代位所可享有之利益，係該建物價金債權，行使買取請求權結果，係b對x之金錢債權，但也造成b對建物所有權喪失，對b言，係一種不利益非利益。且該金錢債權，非在保全y等人之承租權。因而駁回y等人代位權行使<sup>22</sup>。

##### (二)我國法之解釋

債務人怠於行使其權利時，除專屬於債務人本身權利外，債權人因保全債權，得以自己名義，行使其權利。代位權行使需被代位債務人怠於行使權利，債務人對他人無任何權利存在且達可以行使狀態，即無代位權行使可言。代位權之標的，為債務人現有權利，

---

人建築物補償權作依據。

<sup>22</sup> 荒木新五『要約借地借家判例』學陽書房178頁（2015年11月）。



此權利不問私權或公權均可。實體上權利，包括債權、物權（含物上請求權）、形成權、撤銷訴權、抵銷權、代位權、受領權、繼承回復請求權、特留分扣減權<sup>23</sup>。

地上權人對土地所有人建築物補償權，學說有債權請求權說與形成權說<sup>24</sup>。建築物於地上權存續屆滿時，仍為地上權人所有，其怠於對土地所有人行使補償權，無論該權利性質為何，符合法定要件之任何債權人，均可代位地上權人向土地所有人請求按時價補償，該對價成為地上權人之債權總擔保。本案例事實，地上權人z已將建築物讓與y非建築物所有人，並無可供對土地所有人x行使補償（收買）權之標的，y無從以自己名義代位z行使權利。

日本建物買取權立法目的，係從建築物之國民經濟目的維護觀點，該建物為第三人所有且其取得時間，需讓與人仍屬有借地權人（含地上權人及土地承租人），則受讓建物之人直接有買取請求權，無法官造法必要。

## 參、補償權性質探究與法學方法運用

### 一、探究目的及方法論

最高法院第491號判決，援引德國聯邦最高法院有關第三人損害補償制度法理，建構受讓建築物之第三人之補償權。援引時需先檢視我國法建築物補償權性質，究係「買賣價金」對價關係，或損害賠償性格。如屬前者，性質不同，自無援引可能。在此先從法學方法之選用，提出說明。

<sup>23</sup> 孫森焱，民法債編總論，下冊，頁612，2020年4月。。

<sup>24</sup> 按日本大審院採形成權說（大判昭和7年1月26日、14年8月24日）。藤浦照生／奧田正昭，同註10，237頁。



法學方法論發展，從概念法學（薩維尼）到目的法學（耶林）、利益法學（海克）再到評價法學（Larenz）。誠如Larenz所言，法科學是對特定時間歷史所形成的法律秩序，以其框架為基礎，致力於解決問題所運用之方法。各種法學方法選用，要否類推或衡量比較相對立法益時，均需以價值判斷作基礎；價值判斷固無法進行科學審查，或透過邏輯推理過程，確保內容之正確，但亦不能因此滿足於制定法，而以所謂「恰當解釋」方法，使之適用於具體個案上。又認為，制定法必需持續不斷透過司法裁判之具體化，方能獲得最終型態；法學原理是經由司法裁判，才能找到進入現行法之路徑；法之發現雖不能歸併入法之適用領域，亦不得即認法之發現無庸遵循法學方法，或認過去的法學方法已不堪再用；制定法扮演重要角色功能，法官應使制定法發揮其功能，在裁判過程中注入價值判斷時，需審查相關裁判及公認的法學原理是否相合；價值判斷在某些領域是可透過理性予以審查，就如數學一樣具有可靠性及精準性。Larenz再強調，法是複雜對象，沒有法哲學及法學方法，法根本無法自足<sup>25</sup>。本文就地上權人建築物補償權性質探究，擬運用Larenz之方法。

## 二、從概念法學到利益法學

### （一）概念法學基礎理論

概念法學之興起及發展，法國與及德國之基礎環境背景，有所不同。茲分述之，並說明概念法學之基本特徵。

#### 1. 法國概念法學概說

法國概念法學之社會背景，受二因素影響。首先、受三權分立

<sup>25</sup> Karl Larenz著，黃家鎮譯，法學方法論，頁10-13，2020年7月。



影響。創制法律是立法權力，法官只是法律代言人，任務在確認而非創造法律。其次、受自然法理性思維影響。法國大革命後法典編纂頻繁，編纂者多屬自然法學者，編纂而成之法典，人人皆可以自己理性理解、認知、創造一部完美無缺陷之法典，又認為法律無漏洞，任何問題均可從理性創造出來之法典中找到解決依據<sup>26</sup>。

1804年《拿破崙法典》立法完成，更提供了註釋法學派興起條件，該部法典深受自然法思想影響，認為法律只是通過人類理性所認識之法的體現，民法典是被寫下的「理性」，而拿破崙運用其權力，在短時間內完成第一部以資本主義為背景之民法典，法典成為唯一法源<sup>27</sup>。此環境背景，註釋法學派無法置喙，只能依立法體例逐條解釋法典，註釋者唯一任務，就是以一套嚴密的邏輯演繹，再次呈現法律中所包含之法。此種「理性註釋法學派」確實符合當時社會、政治及經濟環境條件<sup>28</sup>。

## 2.1900年《德國民法典》施行前後

19世紀德國概念法學，深受康德哲學及自然法運動影響。康德將法學以科學演繹方式，從抽象價值形式中建構出一整體性法律，形成與體系思想息息相關之概念法學<sup>29</sup>。其後薩維尼創立歷史法學派，成為概念法學的第一推動者。1814年德國民法學者蒂博（Thibaut）曾建議以《法國民法典》為藍本起草一部《德國民法典》，但為薩維尼反對，主張應回歸原始的羅馬法——羅馬法概念的價值體系，非羅馬法之近代慣用（羅馬法成為19世紀德國普通

<sup>26</sup> 梁上上，利益衡量論，頁7，2021年7月，3版。

<sup>27</sup> 同前註，頁8。

<sup>28</sup> 梁上上，同註26，頁9。

<sup>29</sup> Karl Larenz著，黃家鎮譯，同註25，頁26。吳從周，概念法學、利益法學與價值法學：探索一部民法方法論的演繹史，頁6-7，2007年6月。梁上上，同註26，頁10。



法)事實<sup>30</sup>。

薩維尼於《當代羅馬法體系》一書，整理羅馬法並加以分類，將「歷史的方法（特定歷史狀態下法律之產生）」，與「體系的方法（將法律規範整體理解為一個關聯的整體）」連結，整理成一完整體系，開創歷史法學派，延續體系思想，成為概念法學<sup>31</sup>。薩維尼認為，制定法目的或立法理由不是制定法內容，立法者賦予之理由也非被設定為普遍拘束力之規則，不能如規則一般的被適用，制定法是法條之語句、語句之邏輯和語法關係中立法者展示之內容，及體系脈絡中推理出之意義中已被表現出來之內容；又謂「目的論之解釋並非法律」；「法官只應理解制定法，不能創造性的為法之續造」；「制定法有完善之可能性，但只能由立法者予以完善」。就類推而言，薩維尼認為「類推是制定法中之特別規則、是一條上位規則，未被調整之案件可依此規則裁判，其與限縮或擴張解釋不同，類推並未給制定法添加任何內容」<sup>32</sup>。薩維尼另一重要觀點——「法律制度」及與法律原則之關係，指出一個有機的自然本質，不僅存在於各組成部分之脈絡中，且在不斷發展中展現，法律制度是典型的、可理解的人類關係（例如婚姻、親權、所有權），是不斷演變意義之整體，該整體意義不可能僅透過個別的或相關法律規則之簡單加總而得以描述，毋寧是先透過抽象人為過程，從法律制度之總體直觀被析取出來，因此法律規則儘管有自己的完整概念，但仍然在法律制度之直觀中保留其深層根基<sup>33</sup>。換言之，薩維尼之觀

<sup>30</sup> 梁上上，同註26，頁11。

<sup>31</sup> 梁上上，同註26，頁10。

<sup>32</sup> Karl Larenz著，黃家鎮譯，同註25，頁19-20。

<sup>33</sup> Larenz指出，晚期薩維尼「法律制度直觀」（法律制度之有機脈絡），係法律理解，不能只在一個平面上運作，應在概念與直觀中（整體）不斷游走，作整體理解。抽象概念及由概念形成規則，只是片面的，如能認識及此，其後



點，法律規則不能只從本身，而需由整體法律制度為直觀理解。

另概念法學者——普赫塔（Georg Friedrich Puchta），將19世紀早期成文法予體系化，其1841年出版《法學階梯教程》，以「概念金字塔」形式邏輯規則方式，思考法體系，此後概念法學成為德國「學說匯纂法學」。在體系關聯上，普赫塔從認識個別法條彼此間之關聯（薩維尼認為需從法律制度直觀），以便從個別系譜學向上追溯至其原則，並且可以從原則向下衍生至最外延部分。其方法需放棄個別法律規定之具體特徵，予以抽象化，逐步演化成一基本概念、形成一統一體，形狀就如金字塔，最上位概念為金字塔最頂端，涵蓋面最廣。概念金字塔要點，自最上位概念可以推導出非常抽象的、一般性的概念，從概念中又得出許多具體有內容概念；概念金字塔具備造法能力，法律規範只不過是對概念進行科學推理之產物，規範不需在民族意識中或在法律中存在，而是來自概念邏輯推演之結論<sup>34</sup>。

另位體系論者——溫德沙德（Josef Habert Bernhard Windscheid），將羅馬法訴權（actio）具體內容，以「請求權」為媒介移入實體法

---

繼者就不會走上「形式的概念法學」之途。又指出，薩維尼並未成功闡述：法律制度之直觀，究以如何方式過渡到規則的抽象形式，再由規則回溯至原始的直觀。Larenz再指出，薩維尼雖主張制定法之理由，需與制定法內容分離，制定法理由非制定法之組成部分，但最終薩維尼允許在謹慎態度下，可以立法目的進行法之解釋；制定法所表達之文義內涵不明確時，「制定法的內在脈絡」與「制定法之特定目的」應同等地被引用，只要特定目的可以證明。因校對有瑕疵之制定法，進行限縮或擴大解釋，可透過歷史途徑，辨識出立法者之思想與立法文義之不完善表達，內在脈絡與立法者特定理由，可對該不完善表達，提供校正服務，但不能依「普遍的理由或普遍的法思想」予校正，因已進入另一全新的法之續造。Karl Larenz著，黃家鎮譯，同註25，頁21-22、24-25。

<sup>34</sup> 吳從周，同註29，頁8-9；梁上上，同註26，頁11-12。



體系，請求權成為實體法概念。《德國民法典》即引用該概念，並於民法第194條第1款賦予重要定義——請求權係向他人請求作為或不作為之權利。在此概念下，請求權按所屬各法律部門，再分為債權法、物權法、親屬法及繼承法上的請求權<sup>35</sup>。簡單的說，請求權是一個將《德國民法典》五編貫穿起來的法律概念，乃典型的民法典體系性與邏輯性之呈現，請求權概念乃成請求權基礎理論基石。溫德沙德將法條構成一個概念，然後建立嚴密邏輯體系，法官執法時，自概念推理即足，無庸在法條外，另行尋找，當遇到疑問，則應探求立法者意思<sup>36</sup>。

總之，歷史法學派以建構體系性民法學為中心，形成「學說匯纂法學」，薩維尼《當代羅馬法體系》、普赫塔邏輯性概念發展推演出法條，及正當化法創造性之建構性法學，乃概念法學、學說匯纂法學最關鍵部分<sup>37</sup>。其後，耶林（Rudolf von Jhering）等人繼續擴充「學說匯纂學」之建構性。此階段係以法學實證主義的法律觀為基礎，且認為宗教、社會或學術評價與目的，均不具有創造或改變法律力量。至19世紀中葉開始，隨著德意志各法典制頒數量，尤其《德國民法典》頒布，「法律實證主義」取代了法學實證主義，其基本信條是：所有的法均由國家立法者創造，法只是立法者之命令，法律實證主義正式登場<sup>38</sup>。

### 3. 概念法學之基本特徵

概念法學既源於歷史法學派，並用自然科學方法，建立起精確概念且普遍有效的自然法則，排斥社會與政治因素，至19世紀後期

<sup>35</sup> 梁上上，同註26，頁13。

<sup>36</sup> 梁上上，同註26，頁15。

<sup>37</sup> 研究者即謂透過學說匯纂法學對概念運用的方式，才編織出一幅完整之彷彿制定法般的法秩序圖像。吳從周，同註29，頁9。

<sup>38</sup> 梁上上，同註26，頁15-16。



成為大陸法系國家法理論與實務共同思維方式。至於概念法學基本特徵，學者歸納出：第一、以成文法為唯一法源，排斥習慣法、判例；第二、因法律體系有邏輯自足性，法無漏洞，法官無造法權限；第三、法律解釋只重形式邏輯，強調文義解釋與體系解釋，解釋者對具體案件不得為利益衡量<sup>39</sup>。

## (二)利益法學登場——生活利益

### 1. 對概念法學批判

概念法學係一種機械式適用法律方法，適合於當時歐陸。但因法律概念抽離社會現實，無法解決19世紀後新興法律問題，新案件因缺乏法律規範或概念模糊，無從如過去般以機械式邏輯演繹適用法律解決。1848年德國法學家基希曼（Julius von Kirchmann）發表《論作為學術之法學的無價值》，演講中指出：「立法者修正三個字，整個法學文獻就變成一堆廢紙」，是對概念法學的攻擊<sup>40</sup>。而新興問題之解決，需擺脫概念法學方法，另尋途徑<sup>41</sup>，此時原本極力擁護概念法學之耶林，加入批評行列。新的法律思維「法律到底是概念或是生活」，成為整個問題核心與起點。

### 2. 耶林目的法學

耶林與同時期對「學說匯纂法學」及概念法學，提出批評者，主要論點，解釋法律必需結合實際的社會，不能離開法律之目的。指出法律應該是為生活服務，概念或形式概念法學，卻是將法律置於生活之上。概念法學時期之耶林，在其早期《羅馬法精神》，正是以建構方式（即法律分析、邏輯集中、體系建構三階段），為釋

<sup>39</sup> 梁上上，同註26，頁17。

<sup>40</sup> 梁上上，同註26，頁20。

<sup>41</sup> 梁上上，同註26，頁19。



義學提供許多頗具說服力理論，但從19世紀50年代末期起，耶林受奧古斯特·孔德（Isidore Marie Auguste François Xavier Comte，1798-1857）的社會學實證主義<sup>42</sup>、邊沁（Jeremy Bentham）功利主義，及達爾文物種選擇論影響，在法律思維方式，漸從邏輯轉向社會現實面。在1859年《論買賣契約之危險負擔》及《羅馬法精神》後卷，已呈現轉變取向於法社會學。思維轉換後之耶林，把主觀權利界定為：為滿足值得保護之利益而賦予的意志權力。在1872年《為權利而奮爭》書中，將權利變成貫徹權力與利益的手段<sup>43</sup>。研究者認為耶林思維轉折原因，係對抽象法律概念對實際社會生活漠

<sup>42</sup> 孔德是社會學、實證主義之創始人。1824年孔德與烏托邦社會主義者聖西門二人合編出版《工業》、《政治家》、《組織者》、《工業制度》、《企業家入門》等刊物。1830年《實證哲學教程》第一卷出版（其後共有六卷），在1842年第四卷中，正式提出「社會學」名稱，並建立起社會學的框架和構想。認為人類社會有統一特質，人性的感性、才智可以推動社會發展，而理想社會應該是人人都有實證思想，由企業家或科學家當主管，科學指導生活，沒有戰爭；理想社會是有秩序的工業社會，有統一信仰，不應按人之才智區分地位，而應重視精神地位。現實社會是不完美的，但會往理想社會進化，而進化動力來自於差異性；社會大於個人，語言、宗教、所有制、人數與財富，都在傳承及支撐著社會；分工對社會有利有弊，社會現象之間彼此聯繫，有一定的功能，未來之理想社會，將會自動實現。參看自維基百科《奧古斯特·孔德》，網頁<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%A5%A5%E5%8F%A4%E6%96%AF%E7%89%B9%C2%B7%E5%AD%94%E5%BE%B7>，最後瀏覽日：2021年8月14日。

<sup>43</sup> 1872年耶林告別維也納前往哥廷根大學發表《為權利而鬥爭》演說，其後出版《Der Kampf um's Recht》，係耶林從概念法學到利益法學過程重要著作，曾被譯成多國語言。王澤鑑教授譯為《法律的鬥爭》，係從「Recht」的客觀意義——法律；有從主觀意義譯為「權利」，例如劉權譯《為權利而鬥爭》。本書分六章：1. 法律的產生；2. 鬥爭是法律的生命；3. 為權利而鬥爭是個人義務；4. 為權利而鬥爭是對社會的義務；5. 為權利而鬥爭對國家的重要性；6. 為權利而鬥爭和現代羅馬法。參看Rudolf von Jhering著，劉權譯，Der Kampf um's Recht，為權利而鬥爭，2019年4月。



不關心之批判<sup>44</sup>。耶林在《法律的目的》（兩卷，1877-1884）中，區分：自然世界引起作用之「因果律」，與在人的意志世界中發生作用的「目的律」。指出法律係人類意志產物，有一定目的，應受「目的律」支配；「目的是法律創造者，目的就是利益」；利益有個人的與社會的，不可偏廢；「利益是權利的核心，法律是權利的外殼」；「權利是以法律對利益之確保為基礎，權利是法律上所保護的利益」，因此解釋法律，必須瞭解法律究欲實現何種目的，以之作為法律出發點<sup>45</sup>。

總體而言，耶林目的法學，「目的」是整個法律創造者，此即「目的法學」。耶林所指之目的，其實就是指利益，因此耶林亦是利益法學開創者（海克係最先使用利益法學名稱）<sup>46</sup>；更精準的說，耶林認為利益構成權利核心，權利可以用利益替換之，利益構成權利之目的與前提<sup>47</sup>。

### 3. 評價利益法學

耶林目的法學雖提出目的就是利益，惟未將利益作一完整有系統性整理。其後杜賓根大學海克（Philip Heck，赫克）提出生活利益主張，除批評概念法學外，也彌補目的法學上述缺陷。概念法學認為一般法律概念是發生法律規範之原因，因此間接影響生活，並透過歷史法學派獲得統治地位（法律地位原因性理論）等。海克則認為，在邏輯順序上，是「先有生活利益才能決定法律」（從事實到規範）。利益法學以社會學法理學為基礎，在歐陸形成一股風潮，惟海克只是反對技術性的概念法學，並非否定概念法學之重要

<sup>44</sup> 梁上上，同註26，頁22。

<sup>45</sup> 梁上上，同註26，頁23。吳從周教授對耶林回顧之小結說明。吳從周，同註29，頁133。

<sup>46</sup> 梁上上，同註26，頁23。

<sup>47</sup> 吳從周，同註29，頁83；梁上上，同註26，頁23。



性或科學性法律概念構成，並謂如果沒有概念就不可能思考<sup>48</sup>。

海克利益法學，有幾點基本主張：第一、立法者於決定法規範時，係先依據價值判斷以定人類之利益。海克延續耶林基本思維方式，以利益代替概念。「利益」則指確保生活需求之利益，是最廣義利益，包括物質與精神，稱為「現實之渴望」<sup>49</sup>。立法者在法律形成階段，需先作利益之實質判斷，並觀照各種利益與評價，再以概念的或語言的形式，將該給予之生活利益置入法條中<sup>50</sup>。第二、利益衝突是每個法律（誠命）基礎，正因有衝突，方有法律權威規定必要，而有權決定何一利益該被維護，需由法律決定（立法者）<sup>51</sup>。第三、法官之服從法律，在透過判決以實現法規範終局目的，其最近一條路，雖在將事實包攝入法律誠命所包含之法律概念中，但包攝並非一定能達成法律目的，而應探究立法者所考量之利益；法官不是盲目而是思考之服從；不是單純的邏輯適用概念，而是一種衡量利益評價。法律解釋方法需超越字義，擴展到誠命觀念（法律概念），再藉助概念擴展到法律所觀照之利益狀態，即擴展到法律的價值判斷與價值理念<sup>52</sup>。此為利益法學方法論之主要精義。第四、價值優劣順序之建構困難，同時可能造成法官恣意，因此價值秩序只能由法律共同體（如立法者）承認，並且必須放棄實質價值體系或擬定出來之世界觀（此部分屬法哲學領域）。而權力分立憲法原理，司法解釋者受法規範拘束，依法審判乃憲法誠命，因此探索立法者關於各個法律條文之規劃目的與價值，需先尋求立法之立足點，利益法學或可提供探究立法真意之探究方法。第五、利益法學

48 梁上上，同註26，頁28。

49 吳從周，同註29，頁255-256、258。

50 吳從周，同註29，頁264-265。

51 吳從周，同註29，頁263-264。

52 吳從周，同註29，頁289。



之基本方法，是以規範法條所衡量之利益分配歸屬為理解對象，此正為海克利益法學理論之重點。第六、利益法學方法論，係為司法審判實務之可操作性而存在，海克認為透過司法判決對日常生活之影響，法律誠命方能發生重大影響<sup>53</sup>。第七、海克利益法學，因研究方法具獨立性，不因滿足認識之興趣而依附於世界觀或哲學體系，而是從法學的角度，自生活經驗與需求獲取原則，透過中性之純粹法學方法，放棄實質之價值體系，以通往利益保護及利益衡量為終局目的<sup>54</sup>。

海克利益法學之利益評價，係嚴格課予法官服從法律義務，以立法者之利益決定為誠命，在規範之解釋，是純粹的主觀主義，且是立法之主觀主義<sup>55</sup>。1950年代後利益法學論，導入客觀主義，利益衡量解釋論因而興起，作為誠命基礎之利益，成為利害相對人間之利益衡量<sup>56</sup>。

利益法學基礎理論，來自對社會生活利益之關心，但如同Larenz之批評，海克之利益有時指立法原因，有時指立法者評價，有時是評價準則，為解決此一問題，利益法學者Harry Westermann，認為將利益概念「限制在指爭訟當事人所追求之欲望」，且「應與法律規定之評價準則嚴格區別」<sup>57</sup>。Harry Westermann（評價利益法學）認為海克之單純利益評價，固可以決定個別爭議，但所指之

<sup>53</sup> 吳從周，同註29，頁248-249。

<sup>54</sup> 吳從周，同註29，頁250-251。

<sup>55</sup> 法律解釋立於探究歷史上立法者之心理意願，作為解釋目標，稱為「主觀論」或「意志論」，代表學者有Windscheid、Bierling、Philipp Heck；以解析法律內存的意義為目標的，稱為客觀論。Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁221。

<sup>56</sup> 吳從周，同註29，頁219。

<sup>57</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁1。



利益只不過是單純的權力宣示（立法者），無法從內在的解決爭執或拘束個人，需將利益提升與正義連結。換言之，利益是客觀論的解釋方法，需個別探究規範本身之評價因素，非只是立法者之主觀決定因素而已，立法資料只是利益探究方法之一而已。Harry Westermann對利益概念探求雖採客觀解釋論，但仍立基於法官受規範拘束，所稱正義之具體化，仍在規範框架內進行，僅在制定法之法律效果牴觸正義理念時，法官才可脫離制定法為裁判<sup>58</sup>。

### （三）概念法學、利益法學觀點下性質論

民法第840條第1項權利性質探究方面。純粹概念法學因以文義、體系解釋方法，透過理性邏輯演繹，作為效果之決定，需先作屬性或概念建立。本條項有「補償請求權」說，與「價金請求權」說，如以兩者所建構之概念金字塔最頂端（普赫塔、溫德沙德方法），再按各個概念推理以獲致解答。因概念法學法之解釋適用，是由規範至規範之嬗遞，則損失補償權與買賣價金請求權，係二條不同法體系規整路線，最頂端位置之概念定位後，涉及當事人爭議事項相關法律問題，係按各規整體系（損失補償、買賣法律關係）尋求（法律發現）答案。但問題是，法律概念成為法源（統治頂端），在邏輯上是謬誤的，因為概念是學說上為了描述法律素材而建立，概念形成是自由的，豈能反過來從概念中得出法律內容。換言之，損失補償請求權或買賣價金請求權概念形成，是學術上之自由形成，並非民法第840條法律規定之內容，不能作為解釋本條內容意旨之「法源」。

耶林之目的法學、海克利益法學及Westermann之評價利益法學，利益探究及以利益為法律實質內容，固擺脫規範推演，回到現

<sup>58</sup> 吳從周，同註29，頁225、229。



實生活。惟利益法學之利益，仍以規範為框架。海克之利益無非是立法者權力之宣示，探究之利益係立法者主觀認識之利益，而 Westeman 之利益雖係客觀之利益衡量，但仍受規範拘束（除法律效果顯然背於正義外），則如——地上權人主張該建築物對伊有紀念價值、人生創作意義，不願讓售他人時，因第840條並無如同第839條第3項「地上權人非有正當理由，不得拒絕」之規范文義，執法者亦不得將有人格利益性質之利益，置入評價因素。因利益法學之利益探究或利益衡量，仍在規範內運作，則如何決定利益順位之評價？

### 三、立於評價法學方法論

民法第840條第1項之性質，最高法院32年度上字第2588號判決，以「補償」稱之<sup>59</sup>。學說固有將補償請求權以「收買請求權」稱之<sup>60</sup>，或認「按照該建築物之時價補償，實乃以時價購買建築物」<sup>61</sup>。

法文之「按建築物時價為補償」，非描述性語詞，有規範意義；亦非構成要件要素，乃法律效果。又買賣與補償法律關係之法規整體系不同，所建構之權利義務關係，既分屬二條不同規整體系，則規範目的、法律原則（如損害賠償歸責原則、買賣契約義務應履行原則），及具體權義內容，均有顯著差異，也影響本問題——受讓自地上權人所有建築物之第三人，可否類推適用本條項補償權問題。因此權利性質探究，猶顯重要<sup>62</sup>。況第491號判決，援德國

<sup>59</sup> 另已因無判決全文而停止適用22年上字第42號民事判例，亦同。

<sup>60</sup> 學說有引日本借地借家法第13條、第14條規定，以收買請求權稱之。謝在全，同註14，頁632。

<sup>61</sup> 王澤鑑，民法物權（第二冊）用益物權·占有，頁48，2002年2月。

<sup>62</sup> 如屬買賣性質，第三人不能類推適用。除「地上權人」係規範性構成要件因



第三人損害補償法理作為論述理由。如評價法學方法觀察，有何結果？

### (一) 評價法學與法條文義拘束

Karl Larenz之評價法學觀點，仍如同概念法學、目的法學、利益法學一般，堅持文義解釋是一切解釋之基石。文義解釋之意義：字義是探尋法條意義之出發點，同時也劃定解釋活動之界限，當解釋逾越字義範圍，則進入法之續造領域<sup>63</sup>。

法律概念縱使其多義性，亦有核心領域（文義內涵）與法規範概念之外延（邊際地帶、哈特所稱陰影地帶<sup>64</sup>），但不能逾越可能文義範圍。我國並無如日本《借地借家法》第三人建物買取權規定，而我國本條項明確指向物權編已有定義之「地上權人與土地所有人」，加以物權法定主義、登記生效主義，因此即便第三人建築物同具第840條法體系規整目的之社會經濟價值、國民生生經濟功能，有作相同解釋必要，則應另尋法律途徑。第491號判決，亦不採文義或體系解釋，輾轉援德國第三人損害補償制度，傳遞類推適用本條項地上權人建築物補償規定。

---

素外，法定買賣契約之締結，係契約自由限制，規範解釋不能任意擴張或類推適用於無地上權關係之第三人。如解為法定損失補償，或有透過平等原則，類推適用第三人損失填補法理之可能（後述）。

<sup>63</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁227。

<sup>64</sup> 哈特對德沃金對其承認規則誤解為是一種「全有或全無」（即全部符合規則要件時發生該效果，不符合則不生該效果，無中性地帶可言），哈特則回應：承認規則及其所鑑別出來的特定法律「規則」，可以有「陰影地帶」（不確定地區），法律的邊際不確定性是可以被容忍的，甚至對法律規則來說，是被歡迎的。詳見哈特著，許家馨、李冠宜譯，法律的概念，頁323，2018年11月，3版。



## (二) 評價法學之解釋標準

Larenz 評價法學方法，除受文義解釋拘束外，本文試再整理其理論重點如下：

第一、「解釋始終都與該法秩序的整體及其基礎的評價準則相關」、「一定程度，每個法律解釋都有其時代性」、「正確不是指永恆不變的真理，而是指法秩序於當時之正確性」<sup>65</sup>。

第二、「法律解釋最終目標只能是探求法律在今日法秩序的標準意義，只有同時考慮歷史上立法者規定意向及其具體的規範想法，才能確定法律在法秩序上的標準意義，該意義是一種思考過程的結果，過程中不論是主觀的或客觀的因素，均應列入考量，而且這個過程原則上沒有終極的終點」<sup>66</sup>、「客觀的目標及事物必然的要求」。

第三、「解釋標準，並非不同的解釋方法，毋寧是一些解釋觀點，任何主張其解釋結果正確者，必需對所有解釋觀點一併考量。且應容許有許多解釋可能性；不同的觀點間經常需要作比較衡量。只有在作個別說明後，或許才能澄清不同觀點的重要性」<sup>67</sup>。

第四、「當法律表達方式依其語言用法有多種意義可能時，可由其上下文脈絡確定某段文字應作何解釋，同樣地法律意義脈絡也有助於個別字句的理解」、並「促成個別法律規定間事理上的一致性」、「條文之間是否休戚相關，法律的外部體系可以提供一些指示」（外部體系）<sup>68</sup>。

第五、「答覆法律意義脈絡問題時，不能完全與可能的字義及

<sup>65</sup> Karl Larenz 著，陳愛娥譯，同註4，頁220。

<sup>66</sup> Karl Larenz 著，陳愛娥譯，同註4，頁224。

<sup>67</sup> Karl Larenz 著，陳愛娥譯，同註4，頁224-225。

<sup>68</sup> Karl Larenz 著，陳愛娥譯，同註4，頁229-230。



其他解釋標準分離。只有留意到規整的目的，才能理解法律的意義脈絡及其基礎的概念體系」<sup>69</sup>。

### (三)從住房權時代意義觀點——解釋標準第一點

評價法學主張作為評價之基礎，並非單以個別法條建構之體系為準，提出規整目的之整體評價。依此，普通地上權設定目的，本即以在他人土地上下有建築物或其他工作物為目的而使用其土地之權；如因地上權期間屆滿，或有其他終止之事由者（消滅事由），應回復土地原狀，將土地交還土地所有人（民832條、839條1項）。因此無論係工作物或建築物，均需拆除返還土地，惟第840條第1項之建築物，從現實社會面觀察（客觀目的論），建築物具有國民經濟價值、滿足人類居住需求，99年本條修法理由第1點已有說明。因此建築物——尤其是滿足人類居住需求之住房，與最低生存權保障、國家履行已內國法化《兩公約》適足住房權之公法義務相關<sup>70</sup>。《住宅法》第5條揭示，為使全體國民居住於適宜之住宅，且享有尊嚴之居住環境需要，中央主管機關應衡酌未來環境發展、住宅市場供需狀況、住宅負擔能力、住宅發展課題及原住民族文化需求等，研擬住宅政策等語。可見供人居住住宅之社會價值及意義，較諸於土地更具社會法性格，前揭日本《借地借家法》之建物買取權，乃本國民經濟目的之旨意。

<sup>69</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁231。

<sup>70</sup> 適足住房權部分，可參閱徐揮彥，論經濟、社會及文化權利國際公約適當住房權在我國之實踐：以司法院釋字第709號及其嗣後之裁判為中心，法學論叢，46卷3期，頁863，2017年9月。魏大曉，適足住房權作為房屋使用利益喪失求償之規範依據——最高法院105年台上第2293號民事判決評析（上）、（中）、（下），司法周刊，1992期、1993期、1994期，頁2-3，2020年2月、2020年3月。



此種公益目的特性，反應於關係人間，無論係建築物所有人或有買取義務人，房屋存續利用價值之維護，「有社會公共利益之義務性」，「非單純私法上之權利性」。在公共利益目的性之建築物概念所構築之法規範體系，本法第839條土地所有人之工作物收買權，及第840條第1項之地上權人補償權，兩條法律規整體系價值，即含公益性目的<sup>71</sup>。換言之，從價值法學方法「解釋始終都與該法秩序的整體及其基礎評價準則相關」觀點，建築物於今日之時代意義，當可列為考量因素。

#### 四從規范文義及體系脈絡探究——解釋標準第五點<sup>72</sup>

本於法治國原則，法律義務之履行，需依法為之（或授權明確）。法規範並非是文句敘述而是「應該或不應該」之效力規定，或評價規範，無論其為命令規範、禁止規範，或擔保規範（例如買賣雙方基於買賣契約互生請求權），或容許規範，立法時需先對「應為或不應為」之行為作出評價<sup>73</sup>。法律是法律規範之整體概念，以人類共同生活為對象，依實證法方式所形成之法律概念。權利亦屬法律概念，經由法律規定取得，以保護或實現其利益，此係立於通說法力說（法律效力說）之立場。

建築物補償權性質為何，立法者究欲透過規範實現何種目的，其保護之利益，究係平均正義意義具對立性之買賣關係，或有分配

<sup>71</sup> 最高法院95年度臺上字第2148號判決，認為地上權人存在於該土地上之工作物，如為建築物者，解釋上，包括在第839條第3項所指之工作物。

<sup>72</sup> Larenz：從正確的理解看來，規範「原本要表達的內容」。他不只想提出「他的」解釋，毋寧想說明規範本身、規範的規整脈絡本身所要求的解釋；藉著自己的陳述，他只想讓規範「本身開口」，Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁219。

<sup>73</sup> Arthur Kaufmann著，劉幸義等合譯，同註3，頁99。



正義具社會法性格之損失補償關係，評價法學理解方式，仍本於文義解釋為一切解釋基石態度（解釋標準第五點），則本條文義本身之語句，仍有決定性關鍵影響力，而本條項文義係以「補償」稱之，雖不能斷然否定實質內容有買賣意義，但至少文義本身，補償性格立於原則位置。

#### (五)立法過程及雙方利益均衡關照——解釋標準第二點

Larenz 評價法學之解釋標準意義，所指「標準意義」是一種「思考過程的結果」，思考過程不論是主觀的規範目的，或客觀因素（客觀目標及事物必然要求），兩者均應列入考量。

考諸民國18年第840條立法理由略謂，地上權因存續期間屆滿而歸於消滅時，地上權人取回其工作物及竹木，回復土地原狀，不生問題。設工作物係建築物，地上權人不能收回、再行使用，其所受「損害」重大，除契約另有訂定外，應使土地所有人「按照該建築物之時價而為補償」，以維持地上權人之「利益」。是依本條立法理由，直指本條補償請求權性質，係一種「損害補償」且在「維持地上權人利益」。

惟99年本條立法理由，又謂地上權人之建築物，因地上權存續期間屆滿消滅，究由土地所有人「購買」該建築物，抑或延長地上權期間，宜儘速確定，俾該建築物能繼續發揮其社會經濟功能，因於第1項增列地上權人得於期間屆滿前，定1個月以上之期間，請求土地所有人「按該建築物之時價為補償」等語。比較修法前後之立法理由，修法前規範目的，直指「損害補償」，修法後雖有「購買」文義，惟從整體規範目的觀察，發揮建築物社會功能，為立法者主要的主觀目的，加以建築物客觀經濟作用，乃性質判斷重點因素。因此綜合以上主客觀因素，「補償說」較諸於「價金對價給付說」，更具說服力。



學說方面。有認為本條項規定，原則上課該土地所有人以補償義務，此項義務若從地上權人方面觀之，則為一種補償請求權<sup>74</sup>。此種論述符合修法前之損害補償，修法後之按時價補償立法說明。本文贊同此說。

再從法文「時價酌定」觀察，補償說能否獲得更多支撐點。99年修法後第840條第3項增訂，如不能協議者，得聲請法院裁定之。立法理由(三)謂，裁定之程序，性質上屬非訟事件。並舉例說明，如同非訟事件法第182條第1項有關「收買股份價格」之裁定。所舉之例，乃程序規定並有如何計價之實體內容。惟股份價值，因流通性便利性，透過交易市場而有客觀性標準，建築物價值，則受流通不方便性、所在地繁華程度影響。日本最高裁判所昭和35年12月20日判決，改採與學說相同見解，認為建物之時價，固不含計入借地權之價值，但亦非以建物拆除後之動產價值計算，應將建物場所環境及場所利益，列入考慮要素<sup>75</sup>。昭和47年5月23日亦採相同見解。審判實務有關計價方式，並將場所環境（即場所利益）按土地更新權價值百分之10至20計入<sup>76</sup>。換言之，時價之意義，並非建物拆除後之動產價格，而是地上權人對建物所可享有之「利益」，該利益價值受建物周圍環境、所在地不同影響。影響價值最大因素，因建物所有權雖具法律上之獨立性，仍需依附在土地，離開土地，即失其法律賦予之不動產性格，非客觀事實之獨立。物之交換價值，係契約締結者雙方共議，非單方決定，如交易價格已無主觀共議性，單憑一方客觀利益決定，該法律行為之性格，顯非契約，而接近於因該法律行為成立，或因法律規定產生特定法效果，而賦予受有實

<sup>74</sup> 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，頁236，2010年10月，修訂17版。

<sup>75</sup> 鈴木祿彌，同註12，649頁以下。

<sup>76</sup> 荒木新五，同註22，186-187頁。



質利益損失者之一種補償制度。

又本條項立法者觀照之利益，是否完全忽視或從未觀照土地所有人？考諸修法前本條第2項立法理由謂，土地所有人負補償責任，但如無力補償或不欲補償時，亦得請求地上權人於建築物可得使用之期限內，延長地上權之期間，俾雙方均不致有所損害等語。可見修法前，已賦予延長地上權期限權之調整機制。修法日文內容雖稍有調整，但基本精神未變，係一種利益衡量<sup>77</sup>。

至於補償權立法，對土地所有人是否顯失公平，尤其是無償供地上權人使用並定有期限情形？最高法院認「土地所有人與地上權人設定定有存續期間且無地租之地上權者，當已認識土地無償供地上權人使用所受之不利益，民法第840條既明定土地所有人對於地上權人之補償義務，地上權人請求土地所有人履行此義務，並不發生情事變更或顯失公平之問題」<sup>78</sup>。

#### (六) 相關損失填補法規整體系一致性——解釋標準第四點

法規整體系一致性之解釋方法，具有指導性原理原則地位<sup>79</sup>，將本條項解為係損失補償性，會否造成與相關之其他規整，如民法第839條第3項、第422條之1（租地建屋）產生矛盾？以第422條之1為例。土地承租人，如未辦理地上權登記，承租期限屆滿後，承租人可否要求建築物拆除之損失補償？

<sup>77</sup> 學者謂，（修法後）地上權人行使補償請求權，土地所有人並不因而有同意義務，只是地上權之期間因而延長而已，係為顧及土地所有人之經濟能力或不欲補償時之救濟手段，其有利益衡量之考量。謝在全，同註14，頁834。

<sup>78</sup> 鄭冠宇，民法物權，頁382，2021年7月，11版。

<sup>79</sup> 法規範體系之一致性，除該被適用之法條規整外，與其他法規規整體系之一致性，而體系規整之一致性，居於指導地位之原理原則，有其重要功能。Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁355-356。



地上權人建築物補償權，立法理由說明，係「按時價補償」，數額由雙方協議定之，不能協議時，得聲請法院按時價裁定之，其程序依非訟事件程序為之<sup>80</sup>。補償與價金給付，係二條不同規範體系，補償不屬契約自由原則領域，執法者之法益衡量立場，定然會考慮雙方有無值得保護或更高價值秩序需要追求？其實第840條第1項立法理由說明，已相當清晰——維持地上權人之利益、俾該建築物能繼續發揮其社會經濟功能。顯係對土地所有人締約自由之限制。此種價值秩序安排，對締約自由之核心領域有無侵入，乃比例原則領域<sup>81</sup>。惟本條規範內容，同給予土地所有人得以延長地上權期限以代補償，對於補償義務之強制，已兼顧緩和手段。從以上分析，本文認為，第840條第1項以補償權視之，並無不妥。同理，租地建屋之承租人，雖不被含括入補償權範圍，因建築物具相同社會經濟價值，具體個案上，如有由法官為法之續造需求時，自不能排除其可能性，此屬正當性問題。

## 肆、建築物補償權之損失填補

### 一、衡平補償性格

本條項之性質實質上是一種財產上損失補償，但所指之「損失」是否與損害賠償法之「損害」概念相同？從第840條文字以觀，除前述立法理由（99年修法理由）外，並無任何有關「收買」語句，法律效果亦無準用民法買賣契約中，如瑕疵擔保、不動產物

<sup>80</sup> 就地上權應延長之期間，不能協議時，得請求法院斟酌建築物與土地使用之利益，以判決酌定之，並依訴訟程序行之，性質上屬形成之訴。延長期間以一次為限，延長期間屆滿後，除另有協議者外，即無補償請求權或再延長地上權之期間，此時回歸適用第839條之取回工作物、回復原狀規定。

<sup>81</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁319-320。



權移轉、危險移轉、價金給付明文，反以「按該建築物之時價為補償」（第1項）。探究法律規制之基礎——權利本質，不受呈現於外之現象——規範存在價值功能影響，則本條項權利本質為何？

「事物本質」之實然與應然，屬法哲學領域，可否作為法源，雖有爭議<sup>82</sup>，惟透過法規範本身之內涵——地上權期限屆滿、拆除回復原狀、按時價請求收買、延長地上權期限，及規範目的核心價值——建築物拆除有損社會經濟作用，並立於法力說，則本條項請求權之概念意義，顯非買賣對價關係，乃「利益損失」填補原理，較符合事物之本質。

利益損失填補方法，包括賠償與補償。「損害賠償」，原則上以賠償義務人有可歸責性為原則。私法法制面，主要規定於債務不履行，及侵權行為損害賠償。至於「補償」概念，係因財產權或權能被剝奪或受限制之損失填補，不以有可歸責性為前提。其填補原因固以公法原因居多，例如司法院釋字第516號「國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予合理之補償。此項補償乃因財產之徵收，對財產所有人因公共利益蒙受之特別犧牲，由國家予以補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失」。但不以此為限，私法關係，如因某特定目的，需調整私人間之法律關係，一方因犧牲一定財產利益，在符合正當性或比例原則下，立法者非不得特別立法，明定由受益者給予權益受損者補償。司法院釋字第580號解釋，耕地三七五減租條例第17條第2項第3款，關於租約期限尚未屆滿，而農地因土地編定或變更為非耕地時（同條1項5款），出租人欲終止租約者，應以土地公告現值扣除土地增值稅後餘額之三分之一補償承租人。即係立法者為保護土地使用人既有之法律地位，因耕地出租人欲於期前終止租約，因而賦

<sup>82</sup> Arthur Kaufmann著，劉幸義等合譯，同註3，頁35。



予出租人補償承租人之義務，係為平衡雙方權利義務關係，出租人雖依本條例享有期前終止租約權，但對承租人因此造成之耕地租賃權益損失之一種法定補償，並明定其補償額。補償義務則與有無可歸責性無關。又如職業災害補償制度，勞工職業災害補償目的，依勞動基準法及各種保護勞工之法規，將勞工損害轉嫁由雇主承擔責任，不以雇主有無過失為原因，規範目的即在藉由損害填補，保障勞工生活。以上均有衡平目的，而與不法性、故意過失無涉。

民法中亦有以「補償」代替「賠償」，或代替不當「利益之返還」者。例如共有物分割，第824條第3項，以原物為分配時，如共有人中有未受分配，或不能按其應有部分受分配者，得以金錢補償之（98年修法理由）。亦係基於「平允」之故。同法第840條第1項法文中，有「補償」文義，立法規範目的，又有維護建築物之經濟利益目的，及避免建築物拆除造成地上權人財產損失，復再給予土地所有人得以延長地上權期限作為金錢補償之緩和規定，可見係一種衡平、公允目的之損失補償制度，非買賣價金之對價給付。

## 二、建築物損失之法定補償

### (一)損害概念

立於本條規範請求權之權利本質係一種損失補償權，則補償之對象應是因某特定原因造成之損失。如從本條項立法目的及請求權成立要件觀察，建築物補償權以地上權期間屆滿為前提，立法理由說明（規範目的），係因期間屆滿，地上權人需將土地回復原狀返還，又因建築物定著於土地上，回復土地原狀需予拆除，必造成建築物重大損失。立法者因此構思將建築所有權移轉予土地所有人，保全該建築物之完整可利用，再以時價補償，所稱「補償」，與其認係「損害賠償」，毋寧認係一種建築物所有權移轉之「損失補償」。



大陸法系民事損害賠償制度，有「損害斯有賠償」、「無損害即無賠償」；另公法上常見私有財產因公益目的受特別犧牲時，國家應予「補償」。本條項之損失填補，究係賠償或補償？民事損害賠償責任制度，我國採德國法制度，侵權行為客體區分為不同類型構成要件，將權利、受法律保護利益，及純粹經濟損失，做概念及意義、構成要件為不同規定。另債務不履行之損害賠償法理，以可歸責為要件，惟民法債編之損害賠償，性質是否合於物權編之「損失補償」，本條項有無損害賠償性格？

我國民法並無「損害」定義性明文，損害之概念多係透過學說理論及個案審判實務於規範解釋形成之主觀認識，配合規範本身之「損害」之法律效果，建構規範本身適用之範圍，或與不同規範內容為比較後，在損害賠償法體系中尋求自己之體系位置。例如在以「損害」為內容之類型，構成損害賠償之原因，有因債務不履行所致，有因侵權行為，但法律效果均可依民法第213條之規定。惟何謂「損害」？從實質內容（利益）觀察，學說或實務所稱之損害，並未統一，有謂「損害」係指「就財產或其他法益所受之不利益，包括財產上及非財產上之積極的損害，履行利益及信賴利益」；亦有認為「損害係法益所受之不利益。受不利益之法益包括財產權與非財產權」。又有將損害分為積極損害與消極損害、對於履行利益之損害與信賴利益之損害。學者又提出，損害概念，可解為是一種「自然的損害概念」<sup>83</sup>，自然損害概念體現於差額說，從語意觀點，損害是「利益損失」、「不利益」、「自然的損害」。梅仲協先生詮釋「損害」，乃權利或法益受到侵害時之損失。差額說即以損害發生前之狀況與損害事實發生後之情形，兩相比較，「被害人

<sup>83</sup> 以上參看自王澤鑑，損害賠償，頁68，2017年10月。



所受之損失」之謂<sup>84</sup>。孫森焱大法官即謂「損害是法益所受之不利益」<sup>85</sup>。由此可知，損害之實質內容，是從「利益」之觀點，一種「利益之損失」。

### (二)利益法學之利益損失概念

法條之釋義方面，從概念法學至海克利益法學之思考方式，在法釋義學之重要性不言可喻，對審判實務工作者，法條詮釋方法選用，利益法學方法常被援用，被譽為「法律實務的方法論」，提供審判實務操作之方便性與可行性。本文即以海克利益法學之利益，作「損失」概念之立足點。

海克以利益代替概念，承繼耶林利益理論（目的法學），但認為耶林之目的概念細分不足，可以說海克之利益概念，是從目的概念細分而來<sup>86</sup>；利益是廣義的，包括日常生活利益、財產利益，不限於經濟上利益，其只是次位元而已；利益是一種生活渴望<sup>87</sup>。然而海克利益法學最受批評處，在於所謂的利益概念模糊，且求諸於權力宣示，利益是以有權立法者之主觀意志為中心。其後利益法學論者，如Westermann將利益轉向「價值評價之利益法學」，認為海克之利益概念，將「評價客體」與「評價標準」混為一談，因此將兩者分開。評價客體，是當事人所追求的渴望的觀念，只包括物質的利益及理想上之追求，不包括立法者之秩序觀——權利外觀及原因，例如交易安全、所有權保護。海克認為立法者之秩序觀，亦是利益所導出之利益，但Westerman則認為，那是價值評價標準不是

84 同前註，頁68。

85 孫森焱，同註23，頁429。

86 吳從周，同註29，頁256。

87 吳從周，同註29，頁257。



利益<sup>88</sup>。價值評價說目的，在將當事人所追求之利益，從單純的權力宣示（立法形成）提升至較深層並與正義產生連結<sup>89</sup>。

民法第213條之損害賠償方法——回復原狀、第216條填補債權人所受損害與所失利益，該被如何理解？以海克利益法學方法，損害是一種利益損失，對生活渴望利益之違反，則損害賠償方法之回復原狀，應填補其損失，學說上「差額說」之主張，正立足於行為人之行為造成被害人財產利益或非財產利益之損失，而被害人有無損失，衡量標準以損害事故發生後所有之總財產狀況及假設損害事故不發生時應有之總財產額，作數字之比較，是一種價值中立，且單以被害人之財產狀況為衡量，是立於被害人之個人主觀「利益損失」，不涉及價值評價，此正與海克利益法學基本主張相契合。

然而此種損害概念之解釋，所謂利益衡量之過程，只不過是被害人單方利益之不斷比較權衡、取捨，是利益損失概念，與損害賠償之客觀價值，未必相同，計算差額結果，也未必符合公平正義。但如依Westermann之修正說，將利益轉向價值評價之利益法學，則損害範圍及計算，是一種價值評價，非數字上之比較，則「每一個對爭執進行判斷之規範，都包含利益評價」<sup>90</sup>。

民事審判實務建構之損害概念，非由損害之抽象原則性定義，亦非全然以差額說為據，乃於個案中就各個損害項目作價值評價，雖屬事實認定，但透過評價，公平正義評價已被植入其中。最高法院88年度臺上字第1827號民事判決之損害觀，得列入損害之範圍，係以一般社會通念作為判斷標準，例如由被害人自己親屬擔任看護工作，該本應支付予第三人之看護費，並無現實之支出，依差額

<sup>88</sup> 引自吳從周，同註29，頁226-227。

<sup>89</sup> 吳從周，同註29，頁410-411。

<sup>90</sup> 吳從周，同註29，頁227。



說，應被否定可列入「損害範圍」內，但本判決採肯定見解，顯然的，損害範圍之認定並非差額說之總財產額利益損失。亦即，非自然意義之「損失」，乃將價值評價置入規範，所作解釋結果，是價值評價之「利益評價」。換言之，實務之利益損害概念，與Westerman之利益價值評價接近。

### (三)雙重的損害概念——自然損失之規範評價

Westermann之價值評價論，將利益法學導入「正義公平」作為評價標準，是其貢獻。亦即損害概念——利益損失之範圍及計算，基於自然損害概念之差額說，也有新的詮釋——「損害的規範評價」。王澤鑑教授於評論最高法院88年度臺上字第1827號民事判決「看護費」見解時，認係就損害本於公平正義及社會通念之評價<sup>91</sup>；又謂以社會共通觀念判斷損害與利益應否相抵，此種思考方法可稱為「損害的規範評價」<sup>92</sup>。教授並提及「雙重的損害」概念，認為差額說仍受到通說肯定<sup>93</sup>，但於特定案例之損害，如依法律規範意旨，應予包含者，同在賠償範圍。此即損害概念之規範化，或雙重的損害概念<sup>94</sup>。

### (四)自然意義之利益損失（差額說）

地上權存續期限屆滿，地上權人本應將建築物拆除返還土地予土地所有人，拆除係履行法律上義務造成之不利益，土地所有人取

<sup>91</sup> 王澤鑑，同註83，頁69

<sup>92</sup> 王澤鑑，同註83，頁69。

<sup>93</sup> 損害之學說有差額說及客觀說之分。有關客觀之損害或客觀最小損害，被質疑認為與德國民法第249條規定有違，而差額說因加入評價觀點，損害賠償法中損益相抵學說，或規範之損害概念，目前仍為損害概念之通說。參閱王澤鑑，同註83，頁76。

<sup>94</sup> 王澤鑑，同註83，頁75。



得建築物所有權，亦未必有利。因此第840條第1項補償權，法規範之立法形成，並不考慮土地所有人有無自建築物獲有利益，純粹發端於地上權人建築物之利益損失，屬自然意義之損失（差額說）。該損失強制由土地所有人補償，至於所謂兼顧建築物再利用之可能性——「俾該建築物能繼續發揮其社會經濟功能」<sup>95</sup>，則係整體社會經濟利益損失——可供居住或利用建築物滅失之考量。

將社會經濟利益損失納入民法「損失填補」體系，由土地所有人承擔補償責任，此與前述日本借地借家法基本思潮相通<sup>96</sup>。借地借家法第14條（舊法第10條）之「第三人建築物買取請求權」立法目的，學說認係為保全建築物之經濟效用，符合國民經濟要求，並可使借地人（含向地上權人承租土地建築之第三人，以及土地承租人）投下之資本得以回收，間接促使「借地權」之存續。兩國法制原理，應無不同<sup>97</sup>。

#### （五）損失移轉及其原因

損害既是利益損失，包括物之滅失之不利益。利益損失發生，如因天災當然由利益享有者、物之所有人自行承擔，此時區分損害與損失之概念意義，或作價值評價，無何意義。但當該損失與他人之行為發生關聯，仍由原利益享有者承擔，有違公允時，即應考慮損失不利益移轉承擔問題。在社會生活共同體之秩序形成，因此透

<sup>95</sup> 99年修法理由，已論及「俾該建築物能繼續發揮其社會經濟功能」，有物盡其用之國民經濟目的。

<sup>96</sup> 鈴木錄彌，同註12，604頁。

<sup>97</sup> 社會經濟與社會福利，扮演不同功能。福利國家主義，強調政府對弱勢或經濟上弱者有社會福利給付義務。社會經濟則認為，自由市場經濟原則，個人會依「理性自利」原則進行經濟活動，是藉由供給面與需求面機制運作，以獲取最大整體效益。此為古典經濟學所謂的效益最大化。



過法規範制度設計，將該損失移轉。決定移轉否之因素，一般建立在該損失發生，有可歸責性基礎上。法規範體系建構，乃損害賠償法，而法律概念以「損害賠償請求權」作為金字塔最頂端（普赫塔、溫德沙德之概念金字塔），屬損害賠償之債，其有「規範評價」意義。惟損失苟無任何規範得予評價，或評價結果確無可移轉事由，則仍由原利益享有者承擔。

規範意義下，損失應由他人承擔者，係他人就原利益享有者之利益造成「損害」，須負損害賠償責任（規範意義）。損失轉移之原因，除有可歸責性外，損失發生與承接人之行為需有一定因果關係。又因風險社會，人人有追求幸福、人格發展權利，並考慮人類整體社會發展必要，不能單因因果關係存在，即令其就損失負責。此外，損失之移轉，需先以規範預告並限制其原因<sup>98</sup>。

損害賠償之歸責或責任原因，今日因大規模企業、環境損害原因證明困難等因素，建立在過失責任之損害賠償，有重大變化，行為人雖無過失亦應負賠償之責，目的在追求更符合公平社會正義。損害賠償制度之社會意義，乃朝責任原因相對化、損害客觀化、賠償關係相對化發展<sup>99</sup>。責任原因相對化，含有強化行為注意義務，以防損害之發生，目的在抑制全體社會蒙受損害；損害客觀化，則與行為人主觀要素分離，所謂損害係指客觀之事實，不因故意或過失異其賠償範圍（懲罰性賠償除外）；損害賠償目的既在填補損害，不涉及債務人經濟能力而異其賠償額，但賠償結果如使債務人生計陷於困難，得斟酌行為人與被害人間之經濟狀況令其為全部或一部之賠償（民187條、188條）或減輕賠償責任（218條）<sup>100</sup>。

<sup>98</sup> 風險社會之損害賠償，參見王澤鑑，同註83，頁1。

<sup>99</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，頁432，2020年4月。

<sup>100</sup> 同前註，頁432-433。



建築物之拆除損失，顯非可歸責土地所有人行為所致<sup>101</sup>，亦無因果關係，收回土地係本於法律上原因，亦無不法，土地所有人無主觀（故意過失）或客觀（可歸責性）責任原因<sup>102</sup>。但責任原因相對化概念下，只因建築物拆除有損國民經濟利益，即便該建物對土地所有人毫無任何經濟價值，立法仍特設補償權規定，使地上權人得請求將建築物所有權移轉於土地所有人，取得補償金，作為損失補償。乃法定損失補償之特例。

#### （六）建築物補償權在損害賠償法體系位置

損害賠償法以規範損害之填補為目的，請求權基礎，存在於契約或類似契約中，或存在於不當得利、無因管理，或存在於物權關係、親屬關係，或存在於其他特別法中<sup>103</sup>。損害賠償之分類，有法定損害賠償與約定損害賠償，前者基於法律規定而發生，後者基於約定<sup>104</sup>。

地上權人建築物補償權實質內容，有「填補損失」意義，與土地所有人行為無關，亦無可歸責性，行為與損害間也無因果關係，單純因法律特別規定賦予地上權人補償權。此種補償制度，係從國民經濟、地上權人利益保護出發，又為兼顧土地所有人權益，再賦予土地所有人得以延長地上權期限，作為損失填補方法之緩和手段。凡此均屬法定損失填補原理，與一般損害填補原理之責任成立

<sup>101</sup> 損害賠償責任構成，行為人之行為有可歸責為要件。王澤鑑，同註83，頁91。

<sup>102</sup> 依孫森焱大法官之分類，責任原因分為主觀原因及客觀原因。前者指主觀上之故意或過失；後者指賠償義務人所以應負責賠償之原因事實，在侵權責任為權利或利益之不法侵害行為，在債務不履行則為義務之違反。孫森焱，同註99，頁434-435。

<sup>103</sup> 王澤鑑，同註83，頁56-60。

<sup>104</sup> 孫森焱，同註99，頁433。



原因、填補方法，固有不同，仍可將此類型之損失填補納入損害賠償法體系中，以法定特別損失補償視之。

## 伍、誠信原則與前理解

### 一、文義解釋與法之續造邊界

民法第840條第1項法條文義之詮釋，因以地上權人與土地所有人之關係為限，即使第三人之建築物係受讓自地上權人，並得地上權人允許使用該土地，當地上權期限屆滿，地上權人即無授與第三人繼續使用權，土地所有人請求第三人拆屋還地，符合第767條法規範意旨。

最高法院第491號判決案例事實，系爭建築物之所有權人原屬地上權人所有，其後讓與第三人，「原為地上權人所有」與「現為第三人所有」，且「第三人係受讓地上權之人」。從地上權人與第三人之內部關係觀察，兩者法律上地位，並無差別，在與土地所有人之外部關係，僅因未辦理地上權移轉登記，如採差別待遇，分別賦予地上權人、第三人能否主張建築物補償權之法律效果，是否為事理之平？一般無權占用他人土地建造房屋之第三人，土地所有人得依第767條規定請求拆屋還地，係合法權利之行使，無權占用之第三人非本條項之地上權人，自不能導出得享有與地上權人同等之法律地位之結論。惟第491號判決之第三人，占用系爭土地係受讓自地上權人，未辦理地上權移轉登記所致，占用之初係有權使用土地之人。參酌日本借地借家法，就此類情形已賦予其主張建物買取權。從平等原則角度觀察，此類情形之第三人之法律地位，如不能與地上權人享有同等待理，與「等者等之，不等者不等之」平等原則相背離？



雖則平等原則意旨，但得否透過法條文義之釋義，使該第三人獲得本條項補償權規範之適用？文義解釋是任何解釋起點<sup>105</sup>，另一功能在劃定法律解釋之範圍<sup>106</sup>。換言之，如解釋結果係在逾越或違反文義範圍情況下，作成解釋時，其方法已不屬狹義的法律解釋，而進入法之續造領域，類推適用即為適例，此時解釋者須檢視法之續造本身之合法性與正當性。當地上權期間屆滿後，要否承認該第三人之建築物之補償權，已難從第840條第1項獲得肯定答案。案例事實，純從法條文義或體系解釋方法，難期可以獲得肯定。此受法釋義學方法之侷限。

## 二、可否援用誠信原則之疑

### (一)第二審判決理由

第491號案例事實，第二審法院已意識，如排除y1之補償權援用，並不公允，判決理由謂，地上權之社會作用，在調和土地與地上物間之使用關係，建築物或其他工作物通常不能脫離土地存在，方能發揮其經濟作用，其讓與或設定其他權利，應同時為之，以免地上物失其使用土地權源。故在他人土地上有建築物而取得地上權時，如無相反之約定，地上權人僅將建築物及地上權讓與他人，縱未辦理地上權移轉登記，受讓人亦係經原地上權人授與行使地上權，而得對土地所有權人主張其有「占用基地之合法使用權」，非無權占有人。第二審法院解決上開事理之不平，判決理由謂，系爭地上權存續期間已屆滿，並未延長地上權期間，復未履行補償義務，x逕行請求拆屋還地，自非正當，因而駁回x之請求。惟x對未辦理地上權移轉登記之第三人y，何以有該條項之建築物補償義

<sup>105</sup> Ernst A. Kramer著，周萬里譯，同註6，頁26。

<sup>106</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁226。



務，第二審似未說明。

### (二) 正當權利行使與對抗權源何在

地上權存續期限屆滿，地上權人有返還土地義務，第三人雖受地上權人同意或授權使用土地，如因授與使用權源消滅，其繼續占有，亦構成無權占有。土地所有人何以不能依物上請求權規定訴請拆屋還地？其次，建築物補償權為地上權人權利，地上權人z因已無建築物可供請求補償，本身自無補償權授與y行使可言，y又何來以x未履行建築物補償權為由，作為抗辯事由？

## 三、詮釋者前理解

### (一) 正義感與前理解

傳統法學方法論之基本原則，法規範之詮釋，多少會帶入詮釋者之「前理解」，法學方法論之目的，本在尋求法律發現之客觀，儘量減少受詮釋者主觀價值評價或情緒觀感影響。惟實際情形（實存面），規範之詮釋，是詮釋者以自己主觀經驗知識（包括本身之法理立場、社會生活經驗、人生價值觀），對詮釋客體（法條）觀點之梳理、推論以獲致結論。

奧地利學者恩斯特.A.克來默指出，詮釋者與被詮釋者，密切不可分，詮釋者不可能是純然的中立對待文本，而不帶著某種前見、預斷（前理解）。詮釋結論更受詮釋者自我主觀的某種「正義感」驅使，朝自認「正確的」方向進行詮釋活動，如此詮釋結果「正確性」（妥適性）與「合法性」，難以區分，此正是哈特承認規則極力指正，強調法院依規則作成裁判之重要性，不能將規則視為是預測原因<sup>107</sup>。承認規則要解決的是「權利義務關係」、「合

<sup>107</sup> 哈特著，許家馨、李冠宜譯，同註64，頁213-214。



法否，而非正確否」，亦即不是道德或價值論之「實效」問題<sup>108</sup>。

詮釋者往「正確性」詮釋的背後趨動力，正是那股「前理解」，前理解引導著詮釋者之理解過程，並且不斷的以自己之人生經驗自我修正，其構成因素，有些是來自詮釋者個體心理學的偏見，偏見原因，有時是因受群體決定之有形無形影響（群體效應、同儕效應——例如民刑庭會議決議、法律座談會）；有些前理解，混合著倫理性法哲學與政治信念，而可歸入法政策領域；前理解有部分是立法規範所允許或期待，例如家事法規，要求法官立於未成年子女最大利益，作為規範解釋目的；「職業性的前理解」，尤其是受過專業訓練法官的「法感」，體現在「內化法秩序中的基本思想」，也是一種為自己裁判尋求站得住腳之理性思維，冀求在法官群體中獲得支持<sup>109</sup>。

## (二)前理解之功過

前理解是一種逆推式之推理方法，其支持者認為，逆推式推理之基礎是長期職業經驗之論證法律意旨，尤其在解釋不確定法律概念或一般條款（誠信原則），或法官自由裁量下所進行之具體化。逆推式之推理方法，從適應社會評價視角，或詮釋法律構成要件，即使其不無結果導向，在開放性社會中，無須過度擔心。因為「法律發現」（非法之創造）活動，盡可能以客觀的理解方法為之，並非意味著必須將法官個人評價因素等同於非理性，尤其是當某一規範本身有使法官以立法者之姿，作政治衡量、政策決定時，前理解之結果導向，不能被歸入係決斷主義所稱之「恣意」<sup>110</sup>。

<sup>108</sup> 哈特著，許家馨、李冠宜譯，同註64，頁325-326。

<sup>109</sup> Ernst A. Kramer著，周萬里譯，同註6，頁292-293、297-298。

<sup>110</sup> Ernst A. Kramer著，周萬里譯，同註6，頁298-299。但恩斯特教授本人並不完全贊同該見解。



對逆推式前理解，恩斯特.A.克來默教授則擔心：詮釋者無差別性、泛化性的認識（一般性認識），及因個人心理所引發之偏見<sup>111</sup>。因此，認為在法律發現中，如果主觀因素是主要作用，過度的以法官個人評價所作詮釋，或者完全依法官個性、法感，不受法官法拘束所建立之結論，事後再象徵性的進行正當化之說理，此種前理解是不可信任的<sup>112</sup>。

#### 四、一般條款與個案衡量論證義務

法官在個案審判，發現法秩序不能透過類推適用方法填補法律漏洞時，常援引一般法律原則填補漏洞，法律原則思維實受自然法影響。恩斯特.A.克來默教授指出，法典化之法律原則，例如奧地利民法第7條（案件不能依法律文字及其自然含義裁判時，法官應參照法律對類似案件的規定處理，仍無法解決者，應審酌各種情況，按自然法原則裁判），此類一般條款有法源性質；一般法律原則之描述雖有不確定性，在瑞士法可為支持法發現之導向性觀點，融入現行法秩序中，也可構成該法領域的「內在體系」，但不能直接用來涵攝；法律原則可以直接明確其形式，也可隱含成為法秩序基礎，構成法的基本原則（如比例原則、信賴原則等）；一般條款有指引作用，指引法官公平合理的為自由裁量，或指引法官價值評價時之應注意因素；某些具體法規範僅有法之外觀形式，實質上係授與法官有如立法，於法益衡量時，仍應依「公平正義」（一般條款）作出裁判；以一般條款為漏洞填補，並不意味著要求以決斷主義式進行「單純偶然的個案分析」，或憑感覺作出審判，需客觀地作全面性（非偶然單一因素）論證，在多重裁判可能中作出選擇，

<sup>111</sup> Ernst A. Kramer著，周萬里譯，同註6，頁302。

<sup>112</sup> Ernst A. Kramer著，周萬里譯，同註6，頁303。



需於判決中說明其確信之理由<sup>113</sup>。

民法第148條第2項誠信原則，民事審判實務認為，乃法律倫理價值之最高表現，具有補充、驗證實證法之機能，更為法解釋之基準，旨在實踐法律關係上之公平妥當，應斟酌各該事件情形衡量當事人利益，具體實現正義（104臺上552號判決）。惟如前述，一般條款之援引，詮釋者（法官）需先自我審視是否出於「前理解下之正義感」，或個人主觀偏見、不受法官法拘束之恣意？民法第840條第1項之補償權，文義解釋並不能含括第三人之建築物，並無疑義，而於地上權期限屆滿後，土地所有人對已無權占有土地之第三人依物上請求權規定，訴請該第三人拆屋還地，第三人援同法第840條第1項補償權規定抗辯，土地所有人之起訴與主張是否為權利利用、違反誠信，詮釋者有於判決理由中說明義務。

## 陸、利益衡量方法論

### 一、源起與基本主張

利益衡量方法論是近代法學方法論另一熱門探討主題，其基本論點：複雜社會，概念法學三段論法，已無法適應於新興社會所帶來問題，法律解釋適用中，法律必然存在漏洞，法官造法填補須運用利益衡量方法，才能在實際案例中呈現其實際價值。利益衡量論運用於法律漏洞填補，乃法官利益衡量價值判斷之結果，是一種「前理解」之評價，無論作為法律解釋，或作為法律漏洞填補，均屬價值判斷方法論，其方法正與法社會學方法一致，應可被肯定<sup>114</sup>。利益衡量論學說呈多樣化，日本研究利益衡量論者，基本

<sup>113</sup> Ernst A. Kramer著，周萬里譯，同註6，頁227-229、242-244。

<sup>114</sup> 梁上上，同註26，頁65-66、69。



觀點、理論內容，與耶林、海克之利益法學不同。本文僅以海克，及日本加藤一郎、星野英一教授之利益衡量方法論，稍加介紹。

## 二、海克利益衡量

利益衡量論源於耶林對概念法學之批評。耶林認為法律目的在保護利益主張（目的法學），此論點無疑係對概念法學之批判，但耶林並未就利益為系統性、體系性整理。

繼起者——海克則為利益之整理（利益法學），所稱之利益是最廣義之利益，指「生活之渴望」，因不同利益主體間對利益互有衝突，需由立法者決定何者利益值得保護，因此解釋者應就規範本身之立法者所觀照之利益為利益探究；利益法學不是生活哲學、不是法哲學之分支，只為法官提供幫助，因為法官職責不在創造新的法律制度，僅在現有法律制度上運作而已<sup>115</sup>。雖則如此，海克亦未提供立法者任何一般性的衡量標準。其雖曾提到「決定性利益」之功能，在界定利益之評價標準，卻未為生活利益設定優劣等級順序，認為實證法規範「追求秩序」之目的，與價值標準無關，當利益出現衝突時，其決定標準——利益衡量標準，應交予政治或立法者決定<sup>116</sup>。換言之，海克對利益衡量，並未提供任何可供價值評價之判斷基準。立法者未關照之利益，海克認為並非不值得法律保護，執法者應本於自己之生活經驗，如未關照之利益值得法律保護時，則屬法律漏洞，應予填補。

<sup>115</sup> 海克此段說明，見諸於1932年12月15日在梅因茲河畔法蘭克福大學客座演講。菲利普·海克著，傅寧廣譯，利益法學，頁8，2016年11月。

<sup>116</sup> 研究者指出，海克對於異質利益衡量，幾乎未曾提及此問題。而日本學者加藤一郎認為，此涉及價值判斷，視各個時代之社會狀況而定。梁上上，同註26，頁74。吳從周教授則謂，此係因利益法學學說範圍，海克自我限制過窄，並非理論本身架構矛盾或瑕疵。吳從周，同註29，頁452。



海克利益衡量，先依立法者之利益抉擇，執法者最終仍得本於自己之價值判斷為衡量，以補法律漏洞<sup>117</sup>。至於法律漏洞填補，海克著重於類推適用相近規範（後述）。

### 三、加藤一郎與星野英一理論

19世紀後日本因資本主義興盛，市民主義、個人主義思潮進入，社會經濟生活起了變化，與德國相同的，民法領域之概念法學已不能因運新興法律問題，民法學者有關法之理解，開始注重社會效應，法與生活結合，法社會學興起。在民法學方面，日本晚近運用サレイユ之法學方法，法之解釋，從「事實」角度觀察與解釋法律。法規範被認為是社會物質的及人的事實，以之作為「前法」，或為「法之構成」。法之解釋亦不需導入法規範理由，得直接以社會事實之觀察，作為法解釋之結果<sup>118</sup>。

留學美國受現實主義薰陶之加藤一郎教授，即謂「自己身上的概念法學痕跡受到很大衝擊」<sup>119</sup>。所稱概念法學痕跡之衝擊，正與其所主張的「獲致結論，並非透過法規，而是基於利益衡量之實質的妥當性，並將此結論透過法規等予以構成其理論」<sup>120</sup>，相互印證。又謂作為論理學，法解釋學之另一面為現實之學，現代法解釋學之方法，需從論理與利益衡量角度觀察，為避免偏見，除既存法規範意識外，法之第一次（最初）判斷過程，即賦予實質理由，從理論構成至論理過程，需要作實質的利益衡量<sup>121</sup>。

<sup>117</sup> 吳從周，同註29，頁492。

<sup>118</sup> 池田悠太「法解釋における事實的觀察と法的構成——サレイユの法學方法論を手がかりに」法學85卷2号79-81頁（2021年9月）。

<sup>119</sup> 參看自梁上上，同註26，頁38。

<sup>120</sup> 楊仁壽，同註2，頁443。

<sup>121</sup> 池田悠太，同註118，99-100頁。



同時期學者星野英一教授於1967年發表《民法解釋論序編》，提出「利益考量論」，即謂法律解釋論之決定，需判斷如何的利益應加保護（保護必要性）；作成解釋之決定性根據，必需判斷於現今有如何的價值，如何予以實現；何種利益，應如何加以保護<sup>122</sup>。換言之，法律解釋必然有需被保護之特定利益及其價值作用<sup>123</sup>。

加藤一郎與星野英一之利益論，成為1960年代日本民法之解釋方法論，惟彼二人在利益衡量及價值判斷標準、順序，並不一致。加藤一郎利益衡量之利益，係指功利主義（邊沁）以實現社會最大利益為目標；星野英一則循新自然法論之立場<sup>124</sup>，強調不能僅依利益考量決定結論，最後仍應由法官做價值判斷<sup>125</sup>。

加藤一郎之利益衡量方法，解釋順序係先有結論，其次再依據法規之理論構成，最後再按利益衡量所得結論，為修正、變更；星野英一則主張應先透過條文文義解釋、論理解釋、及探究立法者意思，得出結論後，再就結論之妥當性為利益考量、價值判斷，必要時則修正或變更其結論<sup>126</sup>。

<sup>122</sup> 楊仁壽，同註2，頁443。

<sup>123</sup> 梁上上，同註26，頁43。

<sup>124</sup> 廣義新自然法學派泛指19世紀末出現的自然法學說，包括從天主教神學的新托馬斯主義法學派和非神學的、世俗的自然法學說。狹義指二戰後興起的非神學的自然法學說。因法實證主義法學獲有優勢，其後新自然法學說復興，要求個人權利和社會權利在理性和正義的制度下相互結合，亦有主張「內容可變的自然法」（新康德法學派創始人R. 施塔姆勒）。亦有強調強調法應從屬正義（美國L. L. 富勒），將法律不溯既往等民主原則稱為「法的內在道德、法與道德不可分」。美國當代法學家德沃金，亦屬此學派。參看自網頁 <https://www.easyatm.com.tw/wiki/%E6%96%B0%E8%87%AA%E7%84%B6%E6%B3%95%E5%AD%B8%E6%B4%BE>，最後瀏覽日：2021年8月24日。

<sup>125</sup> 楊仁壽，同註2，頁444。

<sup>126</sup> 池田悠太，同註118，101-103頁；楊仁壽，同註2，頁443-444。梁上上，同註26，頁40-43。



加藤一郎利益衡量論，就法官功能，是積極期待其為「法之創造」活動，以求個案審判之具體妥當性，因此認為應為利益之比較衡量及價值判斷。又利益衡量、價值判斷，加藤一郎認為應尊重非專業者之常識，使外行人能理解、心服<sup>127</sup>。

星野英一利益考量論，認為除應考量對立利益關係外，應將該類社會問題類型化，使類型之利益狀態明確，目的在同類事物作相同處理，類型化背後目的是在為不同類型之處理，使非專業之「外行人」易懂——法律大眾化。但利益衡量，並不代表重大利益一方定然可以獲得全勝，此屬價值評價問題；至於，就利益與利益間之相互協調，星野英一之利益考量論認為只要依常識判斷即可<sup>128</sup>。

#### 四、二大難題與解題

利益衡量論一直存在二大難題：第一、利益優先之決定；第二、異質利益衡量，欠缺比較基準。

##### (一)利益優先決定之難題

###### 1. Larenz對海克利益法學之批評

Larenz對海克利益法學之批評，已提出如何決定利益優先之難題。海克利益法學對於價值秩序安排，無論私益與私益間、私益與公益間，何者優先，除未充分說明外，常被質疑：當法益衝突後之價值判斷（實質評價階段），客觀標準何在？就此，海克僅稱，可委由立法者決斷，又謂有時也會受繼受的法律誠命，即其他立法規範觀念之引導<sup>129</sup>。

<sup>127</sup> 楊仁壽，同註2，頁444。

<sup>128</sup> 梁上上，同註26，頁44。

<sup>129</sup> 吳從周，同註29，頁266-268。



利益法學需藉助於利益衡量，也正因此飽受批評，被認為利益衡量完全是無意義之內在關聯，使利益失去評價基礎<sup>130</sup>。Larenz指出，海克對於利益之定義不明，是多義性的。因此Harry Westermann就必需將利益概念限制在爭訟當事人所追求的欲望，並將利益概念與法律評價準則嚴格區別（如前述）。Larenz再指出，賦予優先地位本身即是一種評價，立法者可以有各種不同的動機，除被評價的個人利益或團體利益之外，立法者尚需考慮一般的秩序觀點（例如法定方式）、交易需求及法安定性，但在該規範脈絡中，立法者如何評價不同的利益、需求，如何給予優先地位？又當立法者尚未表達立場之新問題，或立法評價前提要件消失，或規範競合，法官如何辨讀認識何者為立法者決定之優先利益（地位）？此種情況，法官可否訴諸自己價值感受、審判經驗感受？超越法律的價值標準及裁判基準為何<sup>131</sup>？

## 2. 恩斯特.A.克來默客觀規範性要因說

利益衡量可能導致判決形成前，忽視法規拘束力，及對具體的利益衡量與價值判斷所提示之客觀基準。立於法治國原則，如將法益順位交由規範決定，立法技術有其難度，需授權法官衡量，但不能欠缺恣意防免控制機制，授權密度成為重點。除授權明確性原則外，授權本身亦是方法論問題，授權法官衡量，通常來自各個法規範本身，包括憲法。在技術上，授權規範密度過寬（概括授權），將造成法律不確定性，反之，則失其靈活性，法官難以按個案利益保護需求為取捨<sup>132</sup>。

恩斯特.A.克來默則指出，法官的衡量決定，法規本身應先訂

<sup>130</sup> 吳從周，同註29，頁248、250-251。

<sup>131</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁1-7。

<sup>132</sup> Ernst A. Kramer著，周萬里譯，同註6，頁248-250。



定考量衡量要因（衡量標準），法規如僅要求法律適用者必須對所有涉及的利益進行相互之間的衡量，但缺乏標準者，亦不能認合於法治國原則；被衡量的利益未經法律力量予以確定，則天平另一方之「重量」，即無從比較，僅能任由法官按自己所設定之權重比較，再以自己偏好進行論證<sup>133</sup>；利益衡量之規範要因，除作為衡量標準外，於審判實務亦可提供法官衡量利益比較之說理依據外，當事人可以之作為上訴不服提出否之判斷，及供上級審法院審查裁量是否恣意。法規範之「客觀化因素」（規範衡量要因）之重要，不言可喻。

## （二）異質利益衡量之難題

### 1. 難題

衡量亦是裁量權行使，其前提必須授權法規範已賦予有二個以上之處理方式（決定裁量），如僅為單一選擇時，即無裁量權行使可言。在決定性裁量或衡量類型，為免淪於恣意，授權規範常作限制，並以裁量或衡量要因為例示<sup>134</sup>。裁量或衡量要因輔助方法，效果有限，當法規範解釋，面臨兩個以上不同類屬性質之法益衝突時（異質法益衡量），定其價值順序時，因異質利益衡量之利益無法比較，各個規範裁量或衡量要因即使存在，亦難起作用，結果如同缺少「法規範事前拘束力」一般<sup>135</sup>。

利益衡量面臨的第二難題，也是最困難部分——異質利益或價值之比較衡量。因利益衡量涉及利益比較，比較需有標準，且該如何確保其合理性及妥適性，決定者，最後仍需藉助於法律專家，而

<sup>133</sup> Ernst A. Kramer著，周萬里譯，同註6，頁248。

<sup>134</sup> 戶松秀典「立法裁量論」『憲法訴訟研究Ⅱ』有斐閣19頁（1993）。

<sup>135</sup> 楊仁壽，同註2，頁446。



非一般社會大眾<sup>136</sup>。就藉助法律專家此點，係質疑加藤一郎利益衡量之本質論，同時也是一種主觀行為作用，其正當性與科學性之證立，需仰賴外部程序——即具客觀科學性之規範體系，如欠缺一套利益衡量「規則」（法規範），亦難期客觀公平。批評者因而提出——衡量規則，該規則應從法律條文語意學上，可產生之多數解釋可能中，選擇合目的之解釋<sup>137</sup>。

恩斯特.A.克來默提及利益衡量應有自己的、客觀的法規範性之要因，固可供同質利益衡量作規範性之控制，但如不同法規範保護之不同法益，甚或同一法規範之內涵或外延解釋，立足於不同法益角度觀點，勢必也會影響解釋結果。因為同質利益衡量，可依數學計算方式測量，而異質利益衡量，則無法獲得衡量標準<sup>138</sup>。為解決該難題，而有下述「個案實踐需求說」提出。

## 2. 解題——由抽象哲學轉到個案實踐

對於異質利益衡量難題，學者試圖提出理論上之解決方法。法律存在目的在於調和各種利益衝突，因而利益選擇不可避免，而現代社會存在諸多不同性質利益，某些利益在一定範圍內不能避免需被犧牲，例如環境保護與經濟發展。因此即有新的說理論，認為法律目的就在能夠梳理確認所處社會各種利益，劃定其合理邊界，以明確其在社會利益網路中位置，進而確定該否被保護及其範圍、順序。又利益衝突之性質不是邏輯矛盾，而是事物之間的價值衝突，可以在實踐過程中，依實踐理性予以比較、取捨<sup>139</sup>。

美國早期社會學法學及法律現實主義法學家羅斯科·龐德

<sup>136</sup> 楊仁壽，同註2，頁447。

<sup>137</sup> 梁上上，同註26，頁158。

<sup>138</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁313。

<sup>139</sup> 梁上上，同註26，頁76。



(Roscoe Pound)，是位反法律實證主義者，主張運用公共利益以解釋法律，著重實際發生法律過程<sup>140</sup>。氏受植物學影響，建立利益綱目列表所建構之價值等級秩序。利益列表分個人利益 (individual interests)、公共利益 (public interests) 與社會利益 (social interests)。分別是以個人、政治團體、整個社會名義，所提出之需求或慾望。在不同利益類別下，又列舉更具體之利益類型，形成一完整利益綱目。認為在不同類型利益衝突之解決，須先將相互衝突的利益視為同一類後比較，最後以整個利益綱目內最多數之利益獲得保障。惟此種最大利益決定，需以所保障利益之調查記錄正確，及利益分類妥當為前提，而備受批評。此外，不可能藉由抽象性、通約性標準，建構一套絕對的價值等級秩序<sup>141</sup>。

雖則抽象性價值等級建構之困難，論者轉換方法，不再循抽象路徑而轉換到從具體案件現實需求解決，認為抽象哲學難題與生活難題不同。前者之價值多元，其衝突、矛盾是無解的。但具體生活產生連結之具體個案，其難題則可解決。亦即，不從哲學角度思考問題，而從生活事實面切入。論者指出，自由、秩序、正義與效率是法律四大基本價值，任一價值都有自己不同內容構成。其展現在具體個案，不同價值內容間常存在衝突，但價值位階並非固定不變，而是浮動，其位階可由社會共識決定<sup>142</sup>。異質利益衡量之案件，發生在特定時空下之某具體生活事實，需依法解決時，所面對的並非全部的抽象世界，是應被適用於該具體案件之某個法律制度，該法律制度有其社會現實環境背景，該法規範制定時，係受該

<sup>140</sup> 參看自維基百科，<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%BD%97%E6%96%AF%E7%A7%91%C2%B7%E5%BA%9E%E5%BE%B7>，最後瀏覽日：2021年8月27日。

<sup>141</sup> 梁上上，同註26，頁78。

<sup>142</sup> 梁上上，同註26，頁84。



環境背景影響。例如平等權之意義及解釋標準，時空環境之不同，抽象世界之平等，固不因時空、環境而異，需放諸四海皆準，利害關係主體應受形式平等之保護，惟處特定時空之現代社會，所謂平等，所追求者為實質平等（實質正義）。私法規範實現之平等，係透過對特定群體利益之保護（例如弱勢者、消費者、公害藥害受害者，至少數民族）。因此，涉及平等原則導向之利益衡量，法官只需結合具體案件所處時空環境背景，作價值或利益之取捨，解決實際問題即可，無須作抽象哲學難題之解釋<sup>143</sup>。

然而異質利益衡量之價值基礎，如非絕對的、固定的價值秩序，又如何判定其符合價值基準？論者再指出，其實社會是存在著一些基本共識，此種社會基本共識，生命利益大於健康利益，是基本共識。但社會基本共識有時會因時代而異，包括行為規範之社會基本共識<sup>144</sup>。亦有論者指出，法律解釋之實質權威的或制度的論據，無法解決問題時，在實質之論據方面，應憑社會常識等獲得社會共識之正義及衡平感覺<sup>145</sup>。

現代型訴訟（環境權、文化權訴訟）涉及之利益與利益間，大部分屬異質利益衝突。例如生存環境利益保護與經濟發展利益取捨，環境基本法第3條已作價值抉擇，即「基於國家長期利益，經濟、科技及社會發展均應兼顧環境保護。但經濟、科技及社會發展對環境有嚴重不良影響或有危害之虞者，應環境保護優先」。公害藥害損害賠償訴訟因舉證困難，為強化被害人實體權益獲得補償可能，而採無過失責任，加害者一方之訴訟對審權保障一定程度之退讓，當然以立法規範最為妥適。蓋利益衝突一方之讓步，意味著利

<sup>143</sup> 梁上上，同註26，頁85、88。

<sup>144</sup> 梁上上，同註26，頁85。

<sup>145</sup> 楊仁壽，同註2，頁591-592。



益之犧牲。例如權利之行使或財產權不受干預之自由，現已由個人利益轉向含有社會責任，個人自由之限制，具正當性基礎，並形諸於各種法規範中。然而規範內容之執行，尤其一般性、抽象原理原則之執行，仍需藉由執法者之主觀判斷，為避免流於恣意，類型化成為第二層控制機制手段。誠信原則之四種衍生法則，即為適例。

### 五、利益衡量論之實踐

民法第840條第1項法條文義解釋或體系解釋，無從將第三人建築物，含括入內。而地上權存續期限屆滿，地上權人本有返還土地於所有人義務，其允許第三人使用之權源不存在，土地所有人依法請求第三人返還，係依法行使權利，如援誠信原則，因屬一般條款，論理之不足，或有「前理解下正義感」，或淪於個人主觀偏見之虞。最高法院第491號判決並未採用誠信原則理由。唯可否援利益衡量論之方法？

就如前述，利益衡量論一直存在著利益優先決定及異質利益衡量欠缺比較基準難題。本問題，如透過利益衡量方法，如何決定第三人與土地所有人間之利益，尤其本問題，本條項立法規範目的，有將建築物賦予「社會公共利益義務性」、「非單純私法上之權利性格」，在被植入公共利益目的性建築物補償權概念中，如採利益衡量論方法，恐將陷入前述美國羅斯科·龐德建立「利益綱目列表之價值等級秩序」，易被解讀為公共利益定然高於私人利益之迷思中。況衡量之決定性結論，要否考慮土地所有人對建築物全無經濟價值個人主觀因素（如土地所有人有新建築必要）？是以用利益衡量方法，作為支持第三人建築物補償權理由，衡量要因之論述，恐成難題。最高法院第491號判決，同未援用利益衡量論方法。



## 柒、個案正義衡平之追求

具體個案紛爭之解決，當正義圖像浮現在人們眼前時，無論其是否僅是詮釋者之前理解，或是專業法官之經驗論證，從符應社會評價視角，此種以正義觀作為問題解決方法，並非意味著詮釋者之「恣意」<sup>146</sup>。以正義、道德作為理論構成之前指導，仍具正面意義，雖然法實證主義與自然法之法學觀，正義道德被擺放位置不同。本案例第491號判決，雖未援引誠信原則或以利益衡量方法作為解決方法，仍未放棄尋求符合正義之個案衡平之努力。正義如等於平等，在實證法上是可以獲得依據<sup>147</sup>，憲法平等權釋憲案中，已有不少解釋，確可提供個案衡平造法之正當性立足點。

### 一、法實證主義與自然法之法律哲學觀——正義、道德

法實證主義與自然法各自支持者，何謂法、法律與道德（正義）關係，有截然不同基本立場。哈特承認規則，認為法律鑑別判準，只能從歷史事實構成（如立法），不涉及法律內容之詮釋。氏於反駁德沃金指伊係「純事實的法實證主義者」時，即謂某些法體系國家（例如美國），法效力之最終標準，除系譜外，還可包括正義諸原則、實質道德標準，此等原則或價值，可以構成憲法限制之內容<sup>148</sup>。換言之，哈特認為法實證主義關於鑑別法律之諸判準，可以包括價值，非單純的事實<sup>149</sup>。惟不能因此而謂法律本身全部

<sup>146</sup> 參看自Ernst A. Kramer著，周萬里譯，同註6，頁298-299。但恩斯特教授本人並不完全贊同該見解。

<sup>147</sup> Arthur Kaufmann著，劉幸義等合譯，同註3，頁154-157。

<sup>148</sup> 哈特著，許家馨、李冠宜譯，同註64，頁317-318。

<sup>149</sup> 哈特認為「慣習命題」功能並不是在做道德、正義之證立，法律除了導引人類行為和對行為提供批判的標準外，如想進一步為法律探求任何更特定的目



目的就是實現道德，只能說當法律主要功能失靈時，道德可以導引人民之行為；又自稱是「柔性法實證主義」者<sup>150</sup>。哈特在《法律的概念》後記中，又謂將道德、價值等導入法律，必需把承認規則視為是至高無上。此處所稱承認規則，乃指司法之「慣習規則」，只有被法院接受、實踐時才能存在<sup>151</sup>。德沃金則批評「慣習規則」之立場模糊且多此一舉，因為證成實證法之承認規則，將無法與屬自然法範疇之「實在道德」區分。

「正義」，無論以法實證主義立場或超實證之自然法思想，均需具體化後始能實際被運用（誠信原則亦同，且應如同亞圖考夫曼教授所言，法律思維必需要有普遍評價觀點<sup>152</sup>。作為法律原則之正義，亞里士多德分為對等正義（平均正義）與分配正義、分配正義與矯正正義；另在正義中，有自然的正義及慣例部分的正義<sup>153</sup>。一般則將分配正義解為在法律之前人人平等，指在對待多數關係人時應給予相當平等的對待；平均正義，指給付與對待給付言，例如買賣標的物與價金給付、損害與賠償。其後研究者，有透過第三種模式使正義更加具體、完整，即加入「法律正義」，認為私法關係多屬平均正義（個體正義），公法關係多屬分配正義（社會正義），而在聯繫兩者間另有法律正義，許多含社會法性格之法

---

的（道德、正義之證立），都將只是無用的嘗試。哈特著，許家馨、李冠宜譯，同註64，頁319。

<sup>150</sup> 哈特著，許家馨、李冠宜譯，同註64，頁320。

<sup>151</sup> 哈特著，許家馨、李冠宜譯，同註64，頁323。

<sup>152</sup> 亞圖考夫曼著，吳從周譯，顏厥安審校，類推與事物本質，頁29，1999年11月。

<sup>153</sup> Edgar Bodenheimer著，鄧正來譯，范建得校對，Jurisprudence, The Philosophy and Method of the Law, Revised Edition，法理學：法理哲學與法律方法，頁16-17，1999年1月。



規範屬之，例如勞工法、社會法等<sup>154</sup>。

以平等原則作為正義觀，民法第840條第1項之地上權人享有建築物補償權，規範目的及其上位概念之法律原則為何？本條項固在規範私法關係，但從所有權之社會化性格，土地所有人對於存在其土地上之他人建築物有補償義務，其義務性來源固由法規範明定，係「法律正義」藉由法規範具體化結果，法律正義正宣示：土地所有權之社會化立場。因而本條項功能不在實現對等正義（平均正義、個體正義），乃透過分配正義方式，課予土地所有人責任，有社會法性格。此種採取所有權限制，所有權社會法性格之立法手段，處現今社會是被肯認的正義、正面價值。

## 二、衡平及造法途徑

### (一) 衡平與個案救濟

民法第840條第1項之補償權，從立法理由觀察，有維護建築物社會經濟功能，與日本《借地借家法》建物買取權之國民經濟目的，兩相比較，並無不同，同具社會正義、法律正義性格。因此系爭建築物，為地上權人所有，與承受地上權之第三人（未辦理地上權移轉登記）所有，其事物本質——建築物之社會經濟功能，同一。然而法規範秩序（840條1項）被寫入法條文字之「建築物補償權」，僅及於地上權人，不包括第三人，解釋論上，如不能獲得相同之補償權結論，規範適用能否通過「正義感」，無論其是否僅為前理解。換言之，當透過文義解釋、體系解釋、誠信原則、利益衡量各種法學方法運用，難符合一般人正義觀感時，立於法實證主義，憲法平等原則之禁止差別待遇，正可提供法官造法之正當性基

<sup>154</sup> Arthur Kaufmann著，劉幸義等合譯，同註3，頁157-158。



礎，而追求個案正義之造法活動，係一種衡平手段<sup>155</sup>。

### (二) 衡平之意義

現實主義者亞里士多德與唯心唯理主義者柏拉圖之最大不同，亞里士多德注重社會現實情況，及人與制度之缺陷，認為當某人取得管理人類事務權力，如可以不承擔責任，就會產生傲慢和不正義，為避免重蹈柏拉圖所描繪的最完美的及次優的國家藍圖覆轍，認為為達到「善生活」的唯一手段就是以法律為基礎的國家；如果離開法律和正義，則人類將會是最惡劣的動物，而依正當方式制定之法律，具最終極性的權威，因人類的特性，當擁有權力時就會有濫用職權之慾望，無論他們是多麼精英，相對於人治，法治自為可取，因此應交由法律實行統治；法律可被定義為：不受任何感情因素影響之理性。惟亞里士多德因法律規則之一般性（通案性）與剛性，可能會使法官無法將該規則適用於個別案件之解決（例如法與道德、正義相抵觸之法律），因而提出衡平方法，並將衡平原則定義為：當法律因其原則不能解決具體問題時，對法律進行的一種矯正<sup>156</sup>。

### (三) 正義與衡平之辨

大陸法系法官之衡平造法，被認為對法治國原則有造成傷害之虞，因為其不是制定法，不具普遍性，而衡平是一種個案正義，從每個規範必需被普遍化角度思考，衡平容易造成對某人適用某規範，卻對另一人用另一規範，因而存在自我矛盾。

亦有認為，當個案無法被普遍法所包含，為立法者所忽略時，法官之衡平造法功能反而被期待。亞圖考夫曼教授指出，規範程度

<sup>155</sup> Arthur Kaufmann著，劉幸義等合譯，同註3，頁160。

<sup>156</sup> Edgar Bodenheimer著，鄧正來譯，范建得校對，同註153，頁14-15。



不同，無須適用於所有人，但確實需適用於同一類型之所有人，例如所有未成年人、所有商人、所有人犯。其方法，認為應區分「正義」與「衡平」二種不同概念，兩者之「視線方向」不同。正義，是立法者之視線方向；衡平，則是法官的視線方向；正義，存在著一個普遍性規範，是從規範出發到個案（演繹法）；衡平，是由個案到普遍規範（歸納法）<sup>157</sup>。

#### 四、衡平與類型化

亞圖考夫曼教授之說法，演繹是從規範出發；歸納是從多數個案之結論，使其成為規範，是經由多數相同案例事實之個案衡平需求，所建構之規則，可以普遍適用於相同事例類型上，經由審判實務之承認，及多數學說理論支持；被「類型化」之「個案衡平」，不能說是「一獨特的事件，一個完全自我觀察或評論」，或認為是一種「恣意以及一種荒謬地憐憫，憐憫在正義中實際上是被排除的，因為憐憫光芒超越正義與不正義」<sup>158</sup>。

換言之，衡平必需依賴相同案例事實之累積，由審判實務形成，經多數學說理論之支持。

### 三、衡平與本案例關鍵連結

第491號案例事實，第三審判決理由，不尋求傳統法條釋義或誠信原則，亦未作利益衡量比較，因追求個案正義（平等），另闢途徑。判決理由，提及德國聯邦最高法院創造之第三人損害補償制度。進而推論，第三人於獲得建築物補償權前，得以之對抗土地所有人。如前述，第三人損害補償制度，係德國法院具體案例審判

<sup>157</sup> Arthur Kaufmann著，劉幸義等合譯，同註3，頁160。

<sup>158</sup> Arthur Kaufmann著，劉幸義等合譯，同註3，頁160。



時，法官造法並經學說承認發展而形成，普遍被肯認可作為損害賠償法律漏洞填補功能<sup>159</sup>。採與德國損害賠償法相同原理之我國，此種制度有無援引參考價值<sup>160</sup>？如採肯定見解，第三人損害填補制度適用於債法，則屬物權編——即第840條第1項之建築物補償權，於第三人建築物，可否作為中間媒介，因而承認第三人建築物之補償權？

地上權人之補償權，學說實務雖有以「請求收買權」稱之，其實質內容乃法定損失補償，可納入損害填補法體系，本文前已詳述理由。再因法條文義解釋之侷限性，無法將第三人含括，如不承認第三人之補償權，難符「正義」——憲法平等權，則法官因個案衡平造法，此種思考模式，或許正如同考夫曼教授所稱「從個案到規範」模式之建立。

第491號案例，第三審判決援引第三人損害補償制度，除需究明物權法上本條項補償權規定之性質外，為免恣意或非理性之前理解，法官衡平造法，類型化建構尤顯重要。許政賢教授指出，在德國已建構類型有五大類型（如後述），但未見第三人建築物補償權類型，可否獲得學說支持，有待考驗。

## 捌、第三人損害補償制度法理運用

### 一、德國法官造法原因

1855年德國盧北克高等法院一則有關行紀契約訴訟事件。案例事實，運送人受託運送軟木一批，船抵目的港，行紀人提示載貨證券請求交付託運之貨物時，因天氣嚴寒，運送人擔心打開艙門將損

<sup>159</sup> 許政賢，民事法學之比較與整合，頁21以下，2020年3月。

<sup>160</sup> 參閱自王澤鑑，同註83，頁313。



及其他貨物而拒絕交付該批軟木。待實際交付時因遲延數月，委託人因而受有損害。行紀人向運送人請求賠償遲延所生之該損害。運送人辯稱因委託人非運送契約當事人，而行紀人並未因遲延給付受有損害，予以拒絕。該案上訴至聯邦最高法院時，法官造法創設「第三人損害補償制度」<sup>161</sup>。委託人雖屬運送契約之第三人，但實際上係受有損害之人，卻無請求權，而行紀人卻未受有損害，亦無法請求賠償。為解決此種不公平情形，因而創設此制。

上開案例事實，需經法官造法之主因，乃因德國採全部損害賠償主義，有請求權之權利主體，受到法定條件限制。侵權行為方面，限於「直接被害人」，債務不履行方面，則以「契約當事人」為限，例外的需法有明文，屬「債權人利益理論」一環。本案例運送契約當事人為行紀，未受有損害，受損害人為委託人（第三人），非契約當事人而無請求權。法院認為運送人如因此可免於賠償責任，當非公允。因認特殊類型損害賠償，為求公平及實現損害填補原理，有使該受損害之第三人，得以從加害人一方獲得賠償權，聯邦最高法院因而法官造法，創設此制。

## 二、我國法援引可能性

德國損害賠償法採全部損害賠償主義、債權人利益理論。在侵權行為損害賠償方面，權利主體限於直接被害人。法國侵權行為法，被害人並不以直接被害人為限，故無由法官創設第三人（間接被害人）損害補償制度必要<sup>162</sup>。日本法究採德制或法國制度，學說爭議頗大。惟主張採德制者，就非直接被害人損害賠償請求方

<sup>161</sup> 案例事實，參看自曾世雄著，詹森林續著，損害賠償法原理，頁253以下，2013年11月。

<sup>162</sup> 同前註，頁258-260。



面，有認為得透過「債權侵害」理論，將被害人解為包括間接被害人，由間接被害人直接取得損害賠償請求權。此外，日本損害賠償方法，以「金錢賠償」為原則（日民417條）。學說認為金錢賠償係一種評價，因此損害賠償屬法官裁量領域。又日本損害賠償理論發展，著重於「個別損害論」——如交通事故、公害藥害損害論，損害賠償範圍決定，較具彈性，由第三人直接以被害人身分請求賠償即可，此與德國之統一的、傳統損害賠償論不同。因此，德國「第三人損害補償制度」，於日本有無存在必要，非無探討空間<sup>163</sup>。

我國損害賠償法，一般認係採德國法制，因此如因公平需求，德國「第三人損害補償制度」，當有審酌參考必要。最高法院第491號判決案例情形，係援引第三人損害補償制度之法理，作為肯認第三人建築物補償請求權存在之理由。

### 三、五種損害偶然偏移類型

德國第三人損害補償權制度，需具備三要件，即有請求權之人無損害，受有損害之人無請求權，造成該現象之原因，乃因「損害之偶然偏移」之故。偶然偏移係因請求權人與被害人間內部約定，或因法律之規定造成<sup>164</sup>。

此制畢竟屬衡平原則，由法官造法，為免恣意，有待建立類型化必要。先由審判實務因特殊案例之公允需求，在符合該三項要件下，承認第三人損害賠償權（補償權），經累積一定數量相同案例後，再經學說檢驗後而成。換言之，在法學方法上，並非從規範到規範（即規範之演繹詮釋法），係從事實到規範型（歸納法）。

<sup>163</sup> 魏大曉，全部損害賠償主義之第三人損害求償途徑，台灣法學雜誌，353期，頁106，2018年10月14日。

<sup>164</sup> 許政賢，同註159，頁20。



亦即此係個案衡平造法，以歸納方法形成規範，而規範形成之歷程，首重於「防免恣意」。我國學者許政賢教授前於107年9月11日在最高法院107年度第2次學術研討會，以「第三人損害之補償」為題，發表專題報告，闡述德國聯邦最高法院創造此類型損害補償原因，除作上開三個要件分析外，同時作基礎分類，將第三人損害賠償，分為五大類型<sup>165</sup>。包括：間接代理、債法上危險免責、保管關係或看顧他人之物、信託關係、法律行為之合意（在契約中明示或默示就第三人利益之事項成立合意）。本文僅就間接代理、債法上危險免責類型，及所謂損害偶然偏移原因，略加說明<sup>166</sup>。

間接代理。甲委任乙，向丙購買A古董車，擬轉售獲利。乙即以自己名義為甲計算向丙購車，成立「間接代理」。如A車因可歸責於丙之事由而給付不能。依民法第226條規定，乙就A車之給付不能，得向丙請求損害賠償，惟因乙並無可歸責事由，乙對甲並不負委任契約之債務不履行責任，故乙並無損害（有請求權之損害）。而甲因A車滅失，無從依委任關係請求乙移轉A車所有權，因而喪失轉售之利益，受有損害。再因甲、丙間無契約關係，無從向丙主張損害賠償（受有損害但無請求權）。此種損害與請求權分屬甲、乙，形成損害偶然偏移現象，係因「間接代理制度」所致。如屬直接代理，即不生此情形。

債法上危險免責類型。甲向乙購買B電腦，原本約定於某地交付，嗣後甲請求送交住於異地之丙收受。乙交由丁運送人運送，嗣

<sup>165</sup> 本次研討會由劉福來庭長規劃指定以「第三人損害之補償」為研究主題，許政賢教授擔任報告人。認為採德國損害賠償法制之我國，有此制度適用可能與必要；因屬法官填補法律漏洞所形成，藉由案例之利益衡量，長期實踐結果，部分類型已具有習慣法效力。詳請參看最高法院學術研究會編印，研究會叢書第三十六冊，頁212，2020年3月。

<sup>166</sup> 其餘部分，請參看許政賢，同註159，頁21以下。



因丁所僱用司機之過失而發生車禍，致B電腦滅失。因甲、乙成立異地送付買賣。依民法第374條規定，B電腦於交付運送人丁時，標的物危險移由甲承擔。又依民法第622條規定，丁係運送人，運送契約存在於乙、丁間。因丁之過失，致B電腦滅失，乙得依運送契約規定，向丁請求損害賠償（乙為有請求權之人）。又甲雖未取得標的物所有權，仍有支付價金義務（受有損害但無請求權）。此損害偶然偏移，係因債法上危險負擔（民374條）之規定所致。

五大類型以外之其他第三人損害類型，可否援用第三人損害補償制度，一般認應予限制（非一般化）。許政賢教授認為「我國實務上迄今似無第三人補償相關案例，日後如出現類似案例，似得參酌德國法相關理論，以類型化之要件加以判斷」<sup>167</sup>。新類型之建構，應依實際案例需求而定，惟基本要素必需具備，即：有請求權之人無損害，受有損害之人無請求權，造成之原因乃因「損害之偶然偏移」。本文認為，在憲法平等原則控制下，因個案公允目的，不能排除其他類型「第三人損害補償制度」建立可能。第491號案例事實，最高法院即試圖建構第六種類型之第三人損害補償制度。

#### 四、三個要件滿足與法律漏洞

民法第840條第1項文義，補償權利人限於地上權人。而本件地上權人z雖為該條項之損失補償權人，但未受損失；y為建築物所有人，建物如遭拆除，則受有損失，但因未辦理地上權移轉登記，而無請求權。造成損失偶然偏移原因，係因民法第758條物權移轉非經登記不生效力，且地上權存續期間已屆滿，已不能要求補辦地上權移轉登記。從上開損失偶然偏移情形以觀，與德國第三人損害補償制度三項要件，正相契合。但上開情形，尚應思考判斷是否屬

<sup>167</sup> 許政賢，同註159，頁49-50。



立法者有意排除，或屬法規整不圓滿之法律漏洞？

參酌日本借地借家法第14條，未經土地出租人同意之租賃權讓與、轉租，而自承租人受讓取得建築物之第三人，同有「買取請求權」規定<sup>168</sup>，乃為符應「國民經濟」目的。我國法建築物補償權之立法理由，亦有相同說明（如前述），從此立場觀察，民法第840條第1項之補償權，未將第三人納入，應係立法計畫之不圓滿，非有意排除。

本案例情形，既具備三項基本要素，且非立法者有意排除，則所餘問題，乃法官造法之正當性、必要性，及如何尋求法律途徑解決問題而已。

## 五、立於平等原則為法律漏洞填補

受讓建築物之第三人（y）未辦理地上權移轉登記，如不予補償，法律上地位，是否較諸於地上權人顯失公平。同為建築物所有人，在地上權存續期間，同屬有使用土地正當權源者，當地上權存續期間屆滿後，立法者僅給予地上權人建築物補償權特別優惠，立法採差別待遇究為實現如何之規範目的，有此需求？

地上權有融通性、非專屬性<sup>169</sup>，如無特別約定或另有習慣，地上權人本得處分其地上權（838條1項）。地上權移轉固同有民法第758條非經登記不生效力適用，但登記目的在保障第三人交易安全（公示公信原則），未辦理地上權移轉登記，對土地所有人固不生移轉效力，惟如土地所有人已受告知，或顯然知悉其設定地上權之土地及其上建築物，已由第三人有權占有使用，學說方面不乏認

<sup>168</sup> 藤浦照生／奧田正昭，同註10，228頁；鈴木祿彌，同註12，603頁。

<sup>169</sup> 鄭玉波著，黃宗樂修訂，同註74，頁330。



屬「債權物權化效力」類型<sup>170</sup>，實務且已累積不少案例。又民法第422條之1，租用基地建築房屋者，承租人於契約成立後，得請求出租人為地上權之登記，漸有使地上權與租賃土地建屋效力物權化傾向。地上權本即以在他人土地有建築物或工作物為目的，均係土地上負擔，如為有權使用土地之人，則建築物所有人為何人，有給付地租義務者仍為地上權人，對土地所有人並無影響。再考諸本條項規範目的，有社會經濟目的，降低建築物拆除機率，以發揮經濟效益，該經濟目的發揮，亦適用於受讓地上權未辦理移轉登記之第三人建築物。日本借地借家法，借地權土地之建築物讓與第三人，除有特別情事外，借地權隨同建築物之移轉而移轉於第三人，第三人亦為借地權人，同有「買取請求權」<sup>171</sup>。換言之，立法規範目的，並無採差別待遇之必要性。此情形，憲法原理——平等原則同有適用，日本借地借家法之明文化，也可提供肯定說之證立方法。

或謂第三人因怠於辦理地上權移轉登記，故無補償權。惟從租賃建屋契約債權物權化效，學說面不乏支持者<sup>172</sup>，及民法第422條之規定以觀，受讓地上權及建築物之第三人，即使未辦理地上權移轉登記，非不得以之對抗土地所有人，惟就物權效地位言，與地上權人同，為實現建築物之社會經濟效益，基於平等原則，將此類型歸入立法計畫不圓滿，應屬有據。

<sup>170</sup> 有學者主張，租地或使用借貸土地建屋情形，因有占有使用土地之公示狀態，且基於維持物之價值、保護正當信賴及促進經濟活動功能，有使原已存在之租賃或使用借貸契約具有債權物權化之效力，得類推適用民法第425條規定。詹森林，最高法院關於二〇〇二年契約法裁判之研究，台灣本土法學雜誌，52期，頁89以下，2003年11月。

<sup>171</sup> 此為日本大審院明治33年3月9日、大正13年6月17日、最高裁判所昭和47年3月9日判決見解，學說亦無不同。參看自藤浦照生／奧田正昭，同註10，228頁。

<sup>172</sup> 詹森林，同註170，頁104以下。



## 六、第三人損害補償制度法律效果及檢討

### (一)法律效果

德國第三人損害補償之法律效果，係將第三人之損害，列入有請求權人所受損害一部，請求權人得向加害人請求賠償第三人所受損害<sup>173</sup>。例如前述危險移轉類型，運送契約當事人乙得向負賠償義務之丁請求損害賠償（有請求權之人），如成立第三人損害補償，則其法律效果，區分債權人乙與加害人丁之外部關係，債權人乙與第三人甲之內部關係，及損害之計算。外部關係上，就損害賠償之成立要件方面，將第三人損害列入，依此，成為有請求權之人乙受有損害（該損害係甲之損害），乙即得向丁為請求。在外部關係方面，債權人乙有義務將損害賠償請求權讓與，或將自加害人受領之賠償交付第三人甲<sup>174</sup>。

### (二)依個案衡平或從規範解釋方法

學說方面，固有質疑：有無建立第三人損害補償制度必要。因如能透過規範解釋方法達同樣第三人損害補償目的時，依解釋論即足，無大費周章透過法官造法——第三人損害補償制度必要。

質疑者，有認為從造成損害偏移規範本身著手解決。例如危險負擔法則本身主要規範對象，係價金風險問題，在送付買賣情形，法規（債法）規定自標的物交付運送時起，即需由買受人承擔其危險——「債法上危險免責」，另一方面卻無相應之「物上危險免責」規定，形成前者與後者偏離之現象。換言之，立法者所設計債法上危險負擔之規定，已偏離物權法上之所有權法則，致買受人在已承擔價金風險，卻非屬標的物之所有權人。因此，對第三人具有

<sup>173</sup> 許政賢，同註159，頁28。

<sup>174</sup> 許政賢，同註159，頁28。



重要性之物上所有權法則，與拘束契約當事人之危險負擔法則，兩者乃存在評價上之矛盾。質言之，在規範解釋面，有三種解釋方法：類推適用間接被害人請求賠償、損害歸屬之重新思考，及損害範圍之規範解釋。

### 1. 類推間接被害人損害賠償請求

解決之道，主張應使第三人得「類推適用」間接被害人向加害人請求賠償之規定<sup>175</sup>。此方法可以突破債權人利益理論限制，使被害人甲得轉而依侵權行為法律關係直接向加害人丁求償，而不再透過乙依運送契約債務不履行責任請求賠償後，再將該賠償轉交予甲。

### 2. 損害歸屬之重新思考

此方法為我國學者曾世雄教授主張，認為應從賠償義務人得否援引賠償權利人與第三人之關係而主張免責，根據法規之意旨決定是否准許<sup>176</sup>。

### 3. 民法第213條損害賠償範圍之解釋論

亦即民法第213條損害賠償範圍，作規範目的解釋，損害賠償權利人仍為有請求權之人，但將第三人之損害解為亦由加害人應賠償之責任範圍。此解釋方法涉及第213條之損害賠償方法規範所指之「損害」判定及損害概念之詮釋<sup>177</sup>。「損害概念」及「損害範圍」，需重新定義，本條之損害可否包括「第三人之損害」，應受法律評價，並綜合考量交易習慣、契約內容履行目的，始能決定，並同時觀察請求權人與第三人之關係，當發現該關係為造成「損害偏移」之原因，而規範目的不在使加害人可以因此獲得免責時，則

<sup>175</sup> 德國學者Stamm提出，參看自許政賢，同註159，頁35。

<sup>176</sup> 曾世雄著，詹森林續著，同註161，頁266-268。

<sup>177</sup> 此方法為著者之主張。魏大曉，同註163，頁116。



第三人之損害亦應列入第213條之損害賠償範圍。

上開方法，如能透過規範之詮釋，獲得公平時，則可減少法官造法可能帶來之主觀決斷風險，況法官造法係個案決定，極待類型化建構，長久累積實務經驗之檢驗，以習慣法之地位，以免因人而異。換言之，是規範解釋論領域，非個案衡平需求之法官造法論。

## 七、第六類型建構與類推適用

### (一)建構第六類型之嘗試

最高法院第491號判決，並非透過規範解釋論方法，而輾轉援引相同法制——德國聯邦最高法院法官造法建構之第三人損害補償制度，肯定第三人之補償權。此種補償制度，畢竟係因個案衡平為法之續造，防免恣意當然有待類型化建構。

許政賢教授提供之五種第三人損害補償制度類型，藉著諸多的聯繫因素，在不同型態之損害偶然偏移——或源自於法規範，或來自於當事人間內部約定，雖對「第三人損害補償」仍難有明確定義，但就此類補償制度之基本要素（有請求權之人無損害、受有損害之人無請求權、因損害之偶然偏移），已予明列，並說明制度之五種類型。循此理論脈絡發展，抱持第三人損害補償類型是開放性非封閉理論體系態度，當符合基本要素前提下，於具體個案審判，因衡平需求，執法者應勇於嘗試建構第六種、第七種新類型補償制度。

最高法院第491號判決，承認案例事實之建築物受讓人y同享有補償請求權以對抗土地所有人x，未嘗不是因平等原則（正義）理念，試圖建構另一類型化之第三人損害補償制度。

### (二)海克利益法學方法——第一次漏洞與類推

第六類型之第三人損害補償制度建構，固為第491號判決之衡



平嘗試，畢竟仍為法官造法，法治國原理，縱判定法律漏洞存在並需造法填補，又該如何填補？海克利益法學理論，認為法規範係立法者觀照各利害關係人利益衝突後，以規範決定各利益優先順序，形成一個規範秩序，基於權力分立，法官則應先予尊重。至於價值體系，海克認為屬哲學體系或世界觀，法官立於純粹價值中立，依制定法審判，並受其拘束即足<sup>178</sup>。惟其基本思維方式，常遭質疑：何以得因保護特定利益，而犧牲其他利益，且利益優先順序，亦是一種評價，豈能全然委由立法者評價。

利益法學雖備受質疑，司法審判實務運用面，確實提供執法者一條方便思考法律問題方法，且被認為係法治國原則當然之理。以利益法學方法論觀點，第840條第1項，立法者確只觀照過地上權人與土地所有人間之利益，不及於此類型第三人。惟海克亦認為，當某種特定情況有值得保護之利益，立法者卻漏未觀照形成規範誠命時，法規範即存在「第一次法律漏洞」<sup>179</sup>。法律漏洞存否之判斷方法，需作利益探究，從立法歷史資料，知悉法律價值傾向、立法時不同利益間立法者評價之階層秩序，法官得以從中探知法律本身對某一特定利益衝突，是否欠缺法律誠命<sup>180</sup>。

依上開方法，考諸本條項立法理由，立法所觀照之利益，包括建築物社會經濟功能之發揮、土地所有人與地上權人利益權衡等利益要因，可以推斷：地上權土地上，存有合法使用權源之人，於使用權源終止後，為繼續發揮建築物之經濟功能，如賦予建築物所有人補償權，並不背離本規範基本意旨，無論其為地上權人，或從地上權人合法受讓建築物之第三人。

<sup>178</sup> 參看自吳從周，同註29，頁248、250-251、256、258、263、265。

<sup>179</sup> 吳從周，同註29，頁309。

<sup>180</sup> 吳從周，同註29，頁311。



其次，規範本身既存在「第一次漏洞」，執法者應視個案實際需求決定要否為法之續造。造法決定之最終基準，憲法平等原則，正是從事物本質立論——事實出發型之規範依據，相同事件應作相同處理之謂。此部分本文前已述及：第三人有同等權利，方符公平，不再贅論。

末者，法律存在漏洞，需予填補，究應以何種素材填補？第491號判決係透過法官造法，非尋求既有規範之解釋方法論。雖則非從前述三種規範解釋論，但如得以類推已經存在之規範，自係最妥適途徑，充分尊重立法者，並符法治國原理。

類推適用是藉由事件之比較，相同事件性質之類型化，使開放性之價值標準更加具體化。研究利益法學者指出，類推是一種從概念法學轉向「評價法學」，使之與價值法學方法相結合，此種方法並未放棄法定規則之規範目的之基礎。海克利益法學所承認之第一次法律漏洞，亦主張以類推方式為主，認為類推是制定法之「遠距作用」<sup>181</sup>。所謂遠距作用，指積極的類推適用至可比較的利益狀態，以及消極的界定法官價值觀點形成的範圍<sup>182</sup>。惟遠距作用延伸到法律秩序的內涵上，如立法者在決定法律評價利益衝突時，已經排除之法律價值觀點時，則無類推空間。

以海克利益法學方法論之遠距作用——類推方法，則案例情形，地上權人z（z1之繼承人）本有補償權，但因建築物所有權移轉於y（y1之繼承人）未受損害，y受有損害但無請求權，損害偏移原因，在於民法第758條物權移轉非經登記不生效力之故。審諸本條項立法目的，地上權因期限屆滿，地上權人需將建築物拆除回復土地原狀返還予土地所有權人，為填補地上權人拆除建築物之損

<sup>181</sup> 吳從周，同註29，頁315。

<sup>182</sup> 吳從周，同註29，頁315-316。



害。填補損失，係立法政策，為使建築物能繼續發揮社會經濟價值，使土地所有人支付補償金，以換取建築物所有權。立法者又已考慮土地所有人無力補償或不欲補償時，因而規定土地所有人可以延長地上權期限以代補償。受讓地上權及其上建築物，未辦理地上權移轉登記之第三人，本無差別待遇之事由，應一體適用。因而本條項未將此情形列入法規範計畫，乃立法不圓滿之積極漏洞，執法者本於衡平原則，應予填補漏洞。填補方法應類推適用同條項之規定<sup>183</sup>。

類推適用範圍，包括建築物之按時價補償、土地所有人得延長地上權期限以代補償、地上權人不願延長者，視為喪失補償權。如因地上權期限延長者，則受讓地上權之第三人亦得請求地上權讓與人y（y1之繼承人）辦理移轉登記，及請求土地所有人同辦理之。換言之，應作整體類推方式以填補法律漏洞。

## 玖、結論——正義、衡平造法

事物之本質，係一抽象的自然法思維，或將上綱至道德等法哲學觀，事物本質方法論，其實並未過時，是一種從「事實到規範」之方法。實證法規範之解釋方法，從概念法學、目的法學、利益法學至評價法學，是一種解釋方法之時代推演，後者已為現今法學方法主流。無論何者方法，法規範之解釋適用始於文義，但不應終於文義。民事審判各個案例事實所擬歸向的法規範本身，需先經解釋，三段論法之涵攝，是必然過程。民法第840條第1項規定補償權適用主體，為地上權人與土地所有人法條規範目的或事由，係因地

---

<sup>183</sup> 積極漏洞填補方法，可透過類推適用。Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁290。



上權期限屆滿，地上權人有回復土地原狀義務，其上建築物如予拆除，除有損地上權人財產利益外，且不利於社會經濟，因而特別賦予其可請求按時價補償，建築物歸土地所有人之權。法條文義並不包括受讓自地上權人建築物之第三人，但第三人如係受讓地上權者，只因未辦理移轉登記，是否同應給予補償權？

同為建築物所有者之第三人，原本因受讓地上權有合法占用土地權源，如不能享有同等權利，是否為事理之平，與平等原則有違？規範文義未注意及之，有無法律漏洞。本案例事實，第二審法院即認土地所有人未履行補償義務，逕行請求拆屋還地，「自非正當」，而駁回原告拆屋還地請求。惟地上權存續期限屆滿，占用土地者屬無權占有，土地所有人行使物上請求權，不能逕認係權利濫用有違誠信。又案例事實，既與建築物補償權有關，立法目的包括建築物社會經濟目的，有社會法、公益性格，能否因此即認因公益性目的，於衡量第三人與土地所有人間之利益時，應將之列入衡量因素，作成「公益目的高於私益」之決定性判斷，不無疑義，法益權衡理論難以發揮其功能。最高法院第491號判決，捨誠信原則與利益衡量方法論，藉由德國聯邦最高法院法官造法創設之「第三人損害補償制度」作整個判決理由論述中核，肯認此類型之第三人建築物補償存在。

第三人損害補償制度，屬損害賠償法領域，縱使我國與德國損害賠償法同採全部損害賠償主義等，惟民法第840條第1項補償權性質，究係買賣價金請求權，或「損害填補性格」，如為前者，性質不同即難援引。補償權性質探究，本文從Larenz法學方法提出「解釋標準」逐一分析，認為屬「法定損害補償」性格，有援引第三人損害補償制度可能性。其次，第三人損害補償制度目的，德國審判實務係因為衡平解決：受有損害之第三人，因損害之偶然偏移，卻無請求權之不公平現象。受讓卻未辦理地上權移轉登記之第三人建



築物，其已具備該損害補償制度三項基本要素，有援引相同法理之先決條件。第三人建築物補償具體案例審判，法官發現有正義需求——平等原則，被期待法之續造時，第三人損害補償制度，正可提供一條造法途徑，但如何避免恣意，成為重點。

Larenz曾提及Ralph Christensen一則法律拘束著作，如果法官裁判必需將案例事實「歸入」立法者制定之規範文本中，則歸入必需「依憲法要求的方法水準得以審查」<sup>184</sup>。Larenz自己亦認為法律處處存在漏洞，需要法官填補漏洞，但有些並非法律「違反計劃的不圓滿性」卻作了「超越法律的法的續造」，因此必需注意界線。氏則特別提及「正義的要求」——相同事物作相同處理，不同事物作不同的處理——乃「事物本質」重要性，立法者與法官均要遵守，當判斷有無形成規整必要，及應考慮何等因素時，事物本質亦有重大意義<sup>185</sup>；「假使就同一規定，法院於同類事件忽焉如此，忽焉如彼解釋，則將抵觸正義的要求，以及——法律追求的——法安定性」<sup>186</sup>。可見，平等原則於法官造法，成為「恣意」控制機制。

正義與平等是抽象概念，所謂相同事物，是一種相同「類型」之謂。Larenz認為類型是無法定義，只能說明事物之本質，其與抽象的、一般的概念理解，正好相反，類型思考形式是一種相對具體事物性的思考方法，非「封閉性的，反是開放的」，藉著「聯繫諸多因素，可以使吾人意識到法規範意義之脈絡的連結關係」<sup>187</sup>。許政賢教授就第三人損害補償制度，已詳細介紹德國所建構之五種

<sup>184</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁15-16。

<sup>185</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁321、324。

<sup>186</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁219。

<sup>187</sup> Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註4，頁17。



類型，而最高法院109年度臺上字第491民事判決，藉由第三人損害補償制度，承認第三人建築物補償權存在，其實有試圖建構第六種類型之意，惟未來發展，能否獲得學術界肯定，值得關注。

執法者脫離文義範圍，就某社會紛爭事實，本於事物本質——相同事情作相同處理，因而為該個案採取衡平手段，法治國原理，除在憲法規範中尋求合法性支柱，亦可穩定法官造法之正當性基礎，合於平等原則解釋方法，乃法官造法之正當路徑，使平等原則具體化於個案審判中。未完成地上權移轉登記第三人，其建築物拆除，受有損害，卻無請求權，損害偶然偏移原因，乃物權移轉需經移轉登記之故。其法律地位與地上權人無異，移轉登記目的在保護交易安全，不在免除土地所有人之補償義務。觀諸日本借地借家法第14條已明定有「買取請求權」，得以證立我國法相同類型案例，採肯定見解之正當性。最高法院第491號判決肯定論，為衡平造法，有平等原則具體化於個案審判意義。

最後應提出者，當法律存在漏洞需予填補時，如得以整體類推已有法規範時，是開放性價值標準之具體化，也是一種從概念法學轉向「評價法學」方法。而法律漏洞填補採「類推方法」，亦係執法者宣示並未放棄遵循法定規則，表達仍受制定法拘束立場，可降低法官造法對實證法之衝擊。本案例之填補法律漏洞之素材，如能整體類推適用地上權人建築物補償權相關制度，當具最妥適性原則。



## 參考文獻

### 一、中文

1. Arthur Kaufmann著，劉幸義等合譯，法律哲學，2000年7月。
2. Ernst A. Kramer著，周萬里譯，JURISTISCHE METHODENLEHRE，法律方法論，2019年2月。
3. Edgar Bodenheimer著，鄧正來譯，范建得校對，Jurisprudence, The Philosophy and Method of the Law, Revised Edition，法理學：法律哲學與法律方法，1999年1月。
4. Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月。
5. Karl Larenz著，黃家鎮譯，法學方法論，2020年7月。
6. Rudolf von Jhering著，劉權譯，Der Kampf um's Recht，為權利而鬥爭，2019年4月。
7. 王澤鑑，民法物權（第二冊）用益物權·占有，2002年2月。
8. 王澤鑑，損害賠償，2017年10月。
9. 吳家麟、林文雄（主編／校訂），法律邏輯學，2003年8月。
10. 吳從周，概念法學、利益法學與價值法學：探索一部民法方法論的演繹史，2007年6月。
11. 亞圖考夫曼著，吳從周譯，顏厥安審校，類推與事物本質，1999年11月。
12. 哈特著，許家馨、李冠宜譯，法律的概念，3版，2018年11月。
13. 孫森焱，民法債編總論，上冊，2020年4月。
14. 孫森焱，民法債編總論，下冊，2020年4月。
15. 徐揮彥，論經濟、社會及文化權利國際公約適當住房權在我國之實踐：以司法院釋字第709號及其嗣後之裁判為中心，法學論叢，46卷3期，頁801-876，2017年9月。
16. 梁上上，利益衡量論，3版，2021年7月。
17. 許政賢，民事法學之比較與整合，2020年3月。
18. 曾世雄著，詹森林續著，損害賠償法原理，2013年11月。
19. 最高法院學術研究會編印，研究會叢書第三十六冊，2020年3月。



20. 菲利普·海克著，傅寧廣譯，利益法學，2016年11月。
21. 楊仁壽，法學方法論之進展——實踐哲學的復興，2013年4月。
22. 詹森林，最高法院關於二〇〇二年契約法裁判之研究，台灣本土法學雜誌，52期，頁89-106，2003年11月。
23. 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，修訂17版，2010年10月。
24. 鄭冠宇，民法物權，11版，2021年7月。
25. 謝在全，民法物權論（上），2020年9月。
26. 魏大曉，全部損害賠償主義之第三人損害求償途徑，台灣法學雜誌，353期，頁98-119，2018年10月。
27. 魏大曉，適足住房權作為房屋使用利益喪失求償之規範依據——最高法院105年台上第2293號民事判決評析（上），司法周刊，1992期，頁2-3，2020年2月。
28. 魏大曉，適足住房權作為房屋使用利益喪失求償之規範依據——最高法院105年台上第2293號民事判決評析（中），司法周刊，1993期，頁2-3，2020年3月。
29. 魏大曉，適足住房權作為房屋使用利益喪失求償之規範依據——最高法院105年台上第2293號民事判決評析（下），司法周刊，1994期，頁2-3，2020年3月。

## 二、日 文

1. 太田幸夫「借地法の適用の範圍」水本浩／田尾桃二編集『現代借地借家法，講座1，借地法』日本評論社（1987年）。
2. 戶松秀典「立法裁量論」『憲法訴訟研究Ⅱ』有斐閣（1993）。
3. 池田悠太「法解釋における事實的觀察と法的構成——サレイユの法學方法論を手がきりに」法學85卷2号（2021年9月）。
4. 荒木新五『要約借地借家判例』學陽書房（2015年11月）。
5. 鈴木祿彌『借地借家法の研究Ⅰ』創文社（1984年10月）。
6. 藤浦照生／奥田正昭「建物等買取請求權」水本浩／田尾桃二編集『現代借地借家法，講座1，借地法』日本評論社（1987年）。



# On the Third-Party Transferee of Superficies' Right to Compensation for Damage: From Jurisprudence of Concepts to Equity

Ta-Liang Wei\*

## Abstract

As stated in Paragraph 1, Article 840 of the Civil Code, after the expiration of the superficies' duration, the superficiary is entitled to request the landowner for compensation according to the current market price of the building that once existed on the land. This article explains that the subject of the right to compensation is the superficiary, excluding the third party. However, if the third party is both the transferee of superficies and the owner of the building but failed to go through the registration of transfer of superficies, should it be recognized that the said third party has the same right to compensation? This is affirmed by the Supreme Court Judgment 109 Tai Shang Zi No. 491, which cited the legal principle of "Drittschadensliquidation" (third-party claims liquidation) created by the German Federal Court of

---

\* Judge and Division-Chief Judge, Grand Court; Ph.D. Graduate Institute of Law, National Taiwan University.

Received: January 8, 2022; accepted: May 4, 2023



Justice judges. The Drittschadensliquidation system was established to compensate third parties who suffer damages but have no right to claim. If the subject person has the right to claim but does not suffer any damage, such phenomenon is due to the accidental shift of the damage. Should it cause the perpetrator to be exempted from the liability for compensation, it will be unfair to the third party. Deeming the equity of the case as a continued development of law, the judge affirmed the third party's right to compensation, with the judgment being recognized academically.

On the other hand, five types of compensation systems have been established in Germany to prevent judges from making arbitrary decisions. Yet, third-party building compensation system is outside the established systems. In this regard, is it lawful and appropriate for the Supreme Court Judgment No. 491 to cite the same Drittschadensliquidation principle and affirm that third parties have the same right to compensation for buildings as the superficiary? This article aims to examine each of the above queries through various legal methods.

**Keywords:** Drittschadensliquidation, Right to Compensation for Superficies (Building), Pandectists, Jurisprudence of Interests, Jurisprudence of Values, Interest Measurement, Pre-Understanding, Equity, Typification, Principle of Equality



元照出版提供 請勿公開散布。