

使用借貸物權化？-兼論法學方法論上「漏洞」的幾個問題-

林更盛^{*}

目 次

壹、引言	二、無償、對信賴保障及風險觀點的檢討
貳、我國實務見解-否定說	三、對使用借貸不具社會性觀點的檢討
參、我國學說概況	四、對長期投資保障觀點的檢討
一、贊成實務見解-否定說	五、作為類推適用的前提：「漏洞」並不存在
二、反對實務見解-肯定說	六、附論：為何類推適用應當以有漏洞為前提？
肆、比較法-德國法上的觀點	陸、結論
一、通說：否定說	
二、少數說：肯定說	
伍、本文見解	
一、作為債之關係的使用借貸契約	

中文關鍵詞：使用借貸、租賃、類推適用

Key Words: commodatum, lease, analogy

^{*} 東海大學法律系教授，德國雷根斯堡大學法學博士。本論文曾發表於 2010 年 11 月的民法法研討會上，經修改而成。其他新近實務見解，參看，陳聰富，債權物權化之適用基礎--最高法院 96 年度臺上字第 334 號民事判決評釋，法令月刊第 61 卷第 10 期，2010 年 10 月，頁 26 以下。

投稿日期：99 年 11 月 26 日；審查通過日期：100 年 7 月 15 日。

中文摘要

使用借貸契約是否具有物權化的效力？近來頗有爭論；德國法上也有類似的討論。對此，本文從比較法和法律解釋論的觀點，認為應採否定見解；對使用借貸契約不賦予物權化效力，與立法計畫相符，並無漏洞可言。肯定說實際上是牴觸現行法的價值判斷：對有償/無償契約作出不同的保障，並不足採。

Abstract

The question of whether *commodatum* has the equivalent legal effect as to the property right or not is much debated recently, which we could also find similar discussion under German jurisprudence. Focusing on this question, this paper argues for negative answer based on the perspectives of comparative legal study and legal interpretation mythology. This paper argues that to deny property right effect to *commodatum* conforms to the legislation goal, and there is no gap in terms of legal interpretation. To give the property right effect to *commodatum* is in contradict with the core value of current law, and in particular, to give different legal effect to onerous contract and gratuitous contract is not persuasive.

壹、引言

由於租賃契約在日常生活上的重要性，「買賣不破租賃」、或是較精確地說「讓與不破租賃」的現象，在過去以及現在都廣受注意；相形之下，使用借貸的標的物所有權若經轉讓、對既存的使用借貸的影響如何？應當賦予其物權（化）的效力嗎？若採肯

定見解，則應當類似於租賃契約的情形、採取讓與不破使用借貸的見解嗎？亦或是賦予其他型態的物權化效力？對此，向來少有詳細的討論。惟在涉及借地耕種、以及近來針對借地建屋，在我國法上實務與學說上則有不少論述。這不僅呈現出一個相對較新而值得關切的民法議題，而且其中不少學說又同時引據法學方法論上的觀點，使得此一問題又同時兼具了方法論上的意義；特別是本議題同時提供了反思法學方法論上有關「漏洞」的幾個問題的適當機會。是以本文以下首先整理我國法上對此問題的論述，並以德國法上相關論述作為對照。之後將逐一檢討在此常被引據的幾個論點，並藉以反思幾個「漏洞」的相關問題。

貳、我國實務見解-否定說

對於使用借貸的使用人得否對於標的物的受讓人繼續主張使用權，我國實務見解一貫地採取否定見解。

針對借地耕種，最高法院早於 59 年台上字第 2490 號民事判例¹中表示：「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。」。於 91 年度台上字第 278 號民事判決，最高法院仍然維持該見解，認為「按使用借貸本係無償借用性質，不能與租賃相提並論，難認有民法第四百二十五條之適用。故土地（不動產）於所有權移轉於他人後，除已得該他人即現在之所有人同意允予繼續使用外，縱經前所有人無償提供或允許借用人使用，亦不能以之拘束

¹ 引自法源法律網（最後瀏覽日：2010/10/26），以下實務見解出處亦同，故不再另行附註出處。

現在之所有人，而對現在之所有人主張有使用該土地之權利（參見本院 59 年台上字第 2490 號判例意旨）。查上訴人乙○○一再抗辯，紀金波於五十五年間將系爭土地所有權應有部分移轉登記於伊等六名子女後，已非系爭土地所有人，渠未經伊等同意，縱與被上訴人成立使用借貸關係，對伊等亦不生拘束力云云...，徵諸卷附土地登記簿謄本記載，系爭土地係於五十五年四月八日以買賣為原因移轉登記於乙○○等六人共有，及紀金波係於五十七年中風後，始將系爭土地交由被上訴人管理用益，與之成立類似使用借貸契約關係等情，復為原審所認定。果爾，紀金波於未經乙○○等現在之土地所有人同意情形下，逕與被上訴人訂立系爭土地使用借貸之債權契約，能否據以對抗上訴人乙○○即非無疑。」

針對借地（使用借貸）建屋的情形，土地所有權若經轉讓、借用人是否仍得主張使用權？對此，實務基本上也採取否定見解；這反映在最高法院 95 年度第 16 次民事庭會議決議²。該決議

² 最高法院 95 年度第 16 次民事庭會議記錄如下：討論事項：壹、九十五年民議字第四號提案（台灣高等法院暨所屬法院九十二年法律座談會民事類第九號提案）院長提案：甲同意乙無償在甲所有土地上建造三層樓房一棟，未約定使用土地期限，不久之後，乙所有房屋經其債權人聲請查封拍賣，由丙拍定買受，並取得不動產權利移轉證書，甲即以丙不得繼受伊與乙間之使用借貸關係，屬無權占有為由，依民法第七百六十七條規定，訴請丙拆屋還地，是否應予准許？甲說（肯定說）：按使用借貸契約僅有債之效力，不得以之對抗契約以外第三人，系爭房屋如已出賣並移轉所有權予他人，則買受該房屋之人自不得再執其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，對系爭土地所有人主張其有使用該土地之權利，蓋上開使用借貸契約，僅存在於契約當事人間，故甲訴請丙拆屋還地，於法有據，應予准許。乙說（否定說）：按民法第四百二十五條之一規定：「土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。」此規範目的應係調和建築物所有人與基地所有人間之關係，使原存在之建築物不因其所占用之基地移轉他人，而成無權占有土地，致遭土地所有人以所有權之作用，請求將之拆除，

內容為：院長提案：甲同意乙無償在甲所有土地上建造三層樓房一棟，未約定使用土地期限，不久之後，乙所有房屋經其債權人聲請查封拍賣，由丙拍定買受，並取得不動產權利移轉證書，甲即以丙不得繼受伊與乙間之使用借貸關係，屬無權占有為由，依民法第七百六十七條規定，訴請丙拆屋還地，是否應予准許？：…丙說：土地與其上之房屋之關係，究屬使用借貸、租賃或其他情形，及當事人間如何行使權利，應由個案查明衡酌當事人繼受情形、當事人間之關係、意思、使用情形、付費與否、雙方間所得利益與所受損害、有無權利濫用、是否違反誠信原則及公共利益等情，分別認定。本則提案題意不甚明確，關於土地所有人對於房屋受讓人可否請求拆屋還地等此類法律問題宜視個案之具體案情決定之。決議：採丙說：視具體個案情形決定之。按使用借

對建築物所有人及社會經濟造成不利之影響，乃側重於房屋所有權與基地利用權一體化之體現，並基於房屋既得使用權保護原則之考量，進一步肯認基地使用權不因基地物權之嗣後變動而受影響，藉以調和土地與建物之利用關係。是本件案例雖與上開規定所稱之「土地及房屋同屬一人」情形未盡相同，但揆諸上開法文規範之目的及債權物權化之趨勢考量，應依「相類事實，應為相同處理」之法理，而類推適用前揭法文之規定，推定房屋受讓人與土地所有人間於房屋得使用期限內，有使用借貸關係，從而，丙所有系爭房屋使用系爭土地，並非無權占有，甲本於所有權作用，請求丙拆屋還地，不應准許。丙說：土地與其上之房屋之關係，究屬使用借貸、租賃或其他情形，及當事人間如何行使權利，應由個案查明衡酌當事人繼受情形、當事人間之關係、意思、使用情形、付費與否、雙方間所得利益與所受損害、有無權利濫用、是否違反誠信原則及公共利益等情，分別認定。本則提案題意不甚明確，關於土地所有人對於房屋受讓人可否請求拆屋還地等此類法律問題宜視個案之具體案情決定之。

以上三說，應以何說為當？提請 公決。決議：採丙說：視具體個案情形決定之。按使用借貸契約係債之關係，僅於當事人間有其效力。丙買受系爭房屋，並不當然繼受其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，原則上不得執該關係主張其有使用系爭土地之權利。惟於具體個案，尚應斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，如認土地所有人行使所有權，違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的，仍應駁回其請求。

貸契約係債之關係，僅於當事人間有其效力。丙買受系爭房屋，並不當然繼受其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，原則上不得執該關係主張其有使用系爭土地之權利。惟於具體個案，尚應斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，如認土地所有人行使所有權，違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的，仍應駁回其請求。

觀察以上決議的文字、特別是其中的第一句，似乎有令人認為對此問題只能個案決之，然而若繼續閱讀其內容，應當認為本決議對於「讓與不破使用借貸」的問題在基本上是採取否定見解；這特別是反應在決議文認為惟有在例外（違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的）情形，才能駁回新的所有權人的請求；因為所有的權利的行使，皆須受此限制。至於其理由，本決議則是以債之關係的相對性作為根據。

參、我國學說概況

對此問題，我國學說上見解不一。

一、贊成實務見解-否定說

學說上和實務一樣採取否定說者，理由亦多頗多類似。

（一）其中針對借地耕種，有以使用借貸則為無償、無社會性、未設如第 425 條之規定並非漏洞等為理由，認為：「於使用借貸的情形，借用人得否主張『類推適用』民法第四二五條之規定，須以民法對使用借貸未設如第四二五條之規定，係違反法律規範計畫，具有『法律漏洞』為前提要件。法律對某項事物未設規定，是否違反規範計畫，通常應依『基本上相同者，應相同處

理』之平等原則判斷之。使用借貸與租賃，雖同為物之使用，但有其根本之不同；租賃為有償，使用借貸則為無償；租賃為居住之問題，涉及多數人，承租人多為經濟上之弱者，有特殊保護之必要，使用借貸則不具此等社會性。使用借貸與租賃之法律性質及社會功能，殊有不同，不能同等待之，故民法對使用借貸未設類如第四二五條之規定，並未違反規範計畫，非屬法律漏洞，無類推適用民法第四二五條之餘地，借用人自不得主張『買賣』不破『使用借貸』。」³

（二）有原則上採取否定說者，惟於借用建築基地時，認為當事人或有設定地上權之意，「因為使用借貸僅是無償的用益之債。所以民法對之並無像對於租賃一樣，給予一些法定物權效力的規定。因此，基於債之效力在主體上的相對性，借用人並不得對於借用物之受讓人主張其用益權、優先承買或承租權。在借用物為建築基地是否得對於貸與人請求設定地上權，這是一個值得探討的問題。這涉及到，以使用借貸的方法同意他人使用建築基地的法效意思，是否含為其設定地上權的解釋問題。」⁴

（三）針對借地建屋的討論，與前說學說（一）的理由類似，主要是以使用借貸之無償性質、並不具有社會性、現行法對於係爭問題並不存在著漏洞等為理由，而贊成實務見解者，其主張如下：「按使用借貸與租賃，雖同為以物供人使用，但本質上租賃為有償，使用借貸為無償；租賃旨在處理有關居住之問題，涉及一般民眾生計，且承租人多為經濟上弱者，有特別保護之必要；使用借貸通常為特定關係或交情之人間，提供方便之行為，不具有社會性，立法政策上尚無超越債權相對性而予以物權化之必

³ 王澤鑑，買賣不破租賃：民法第二四五條之適用、準用及類推適用，民法學說與判例研究（六），三民，2002年3月，頁223。

⁴ 黃茂榮，債法各論，第一冊，植根，2006年9月，頁205-206。

要。二者之法律性質與社會功能，各有不同，不能等同待之。因此，民法對使用借貸為涉如同第 425 條規定，並未違反規範計畫，非屬法律漏洞，尚無類推適用民法第 425 條之餘地，使用人自不得主張「買賣」不破「使用借貸」...又民法第 425 條之 1 規定...乃係民國 88 年債編修正時，採納實務之見解即最高法院 48 年台上字第 1457 號判例及 73 年 5 月 8 日第 5 次民事庭會議決議而增訂之條文。上開條文既係參考實務上已發生案例所形成之見解而制定，並非繼受外國法制或由立法者預為設定，則對於土地及其土地上之房屋非屬同一人所有之情形...未規定在條文適用範圍之內，應係立法者有意之沉默，而非無意之疏忽，以避免過度破壞債權相對性之原則，自亦未違反規範計畫，非屬法律漏洞，仍不宜類推適用民法第 425 條之 1 之規定。」⁵

（四）另有反對以有償 / 無償的區分作為理由，而認為應從保障長期投資的觀點加以立論者，認為：「按本文主張讓與不破租賃的功能，在於確保承租人有長期投資的意願。而此之所以可能，是因為在租賃期間內，出租人無論發生了什麼事，都不會影響到承租人的利益。但此一特徵，在使用借貸關係，卻不存在。民法第 472 條第 1 項規定「貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者」貸與人得終止契約。在定義上，貸與人既然保有了此隨意的契約終止權，因此就與讓與不破租賃的設定功能不符了。使用借貸之所以無法類推適用讓與不破租賃，也只有在此觀點下，才能被清楚瞭解。」⁶。至於針對：使用借貸為無償、因此不類推適用有償的租賃契約的說法，主此說者認為：「在現實上，有償的租賃與無償的使用借貸間的區辨，其實不容易。...與其在此

⁵ 林大洋，使用借貸對第三人效力-實務上相關見解在法學方法上之探討，法令月刊第 59 卷第 4 期，2008 年 4 月，頁 4 以下、頁 11-12。

⁶ 簡資修，買賣（讓與）不破租賃及其類推適用：長期投資保障觀點之分析，政大法學評論第 78 期，2004 年 4 月，頁 121 以下、頁 137-138。

有償或無償之間找縫，不如從當事人間是否有長期使用的默契，而有長期投資的事實，來論斷是否有租賃關係，因此有讓與不破租賃之適用。」⁷至於何謂「長期投資保障」的「長期」？其界限何在，主此說者並未言明，觀其同文註 16 所引耕地三七五減租條例第 5 條前段之規定，似為不少於六年⁸；又參照同文「肆、租賃物權之形式限制：公證」的說明⁹，又似乎是與民法第 425 條第 2 項所稱規定的情形--特別是期間超過五年--畫上等號。

二、反對實務見解-肯定說

學說上採取肯定見解者，有主張應「類推適用」一定的現行規定，以獲得相當於「讓與不破使用借貸」的效果。

（一）有針對最高法院 91 年度台上字第 278 號民事判決所涉及的借地耕種的問題，認為有償/無償之區分並不構成反對的理由，而基於對使用借貸人信賴的保護、風險的合理分配，認為應類推適用民法第 425 條；其意見如下：「僅以有償、無償而區分民法第四二五條規定得否類推適用於使用借貸，似乎有待商榷。蓋本條規定之意旨，在於宣示：凡已合法取得標的物占有之人，於其合法占有期間內，得持續依其原先之信賴，而為標的物之使用或收益，至該期間依法終止之時。從而本條不但具有保護善意第三人之作用，且在維持物之價值、保護正當信賴及促進經濟活動上，扮演重要功能。而且，本條規定適用之前提為：使用人取得標的物使用權於先，並繼續占有之中，而所有人取得該物之所有權在後。故在本條所欲處理之使用人與所有人發生法益衝突之

⁷ 簡資修，同前註，頁 137-138。

⁸ 簡資修，同前註 6，頁 130。

⁹ 簡資修，同前註 6，頁 133-136。

問題上，規定所有人應讓步，顯屬風險的合理分配，而符合效率之要求。蓋基於使用人持續占有標之物之事實，所有人於決定仍然願意取得該物所有權之前，已明知或可得而知將與現在之使用人產生法益衝突，故其係處於可得避免風險之地位，卻不予避免。反之，使用人於取得使用權之時，無從得知，亦無從避免將來與新所有人之法益衝突，故不應由使用人承擔嗣後由所有人造成之風險。在租賃，其契約定有期限者，出租人不得任意提前請求返還租賃物，固有民法第四五〇條第一項可稽，並為民法第四二五條之立法基礎，亦即承租人得信賴期限利益屬於自己。在使用借貸，綜合民法第四七〇條、第四七二條規定亦可得知其契約定有借用期限者，貸與人亦無任意請求提前返還借用物之權利；未定借用期限者，於借貸目的未達成前，亦同。由是可見，立法者在維持使用權人得信賴其已取得之期限利益上，並未區分使用權係屬有償或無償。以使用權人係以有償方式或無償方式取得標之物之占有而區分其使用權得否對抗嗣後取得標之物所有權之第三人，亦屬課以使用人無法負擔之風險。蓋使用權人向原所有人要約以收取對價之方式，而同意使用權人於一定期間內使用其物，卻無法強迫原所有人必須接受該有償之要約。故契約係以有償方式成立、或以無償方式成立並非使用人必然可以控制之風險，而有賴原所有人之共同參與。法律所應設計之狀態為：使用人一旦合法占有標之物，不論係有償或無償取得占有，均可信賴在原已約定或正當期待之期間內，不致僅因標之物所有權之變更，即提前消滅自己之合法占有權源。」¹⁰

（二）有針對最高法院 95 年第 16 次民事庭會議決議所涉及到的借地建屋，主張應類推適用民法第 426 條之 1 的規定，認為：

¹⁰ 詹森林，最高法院關於二〇〇二年契約法裁判之研究，台灣本土法學雜誌第 52 期，2003 年 11 月，頁 89 以下、104 以下。

「本決議提案討論的案型其實與民法第四二六條之一之情形類似，都是房屋所有人在他人土地上建造房屋，嗣房屋所有人將房屋所有權讓與他人，只不過在第四二六條之一係基於『租用基地建屋之租賃契約』，在本決議提案之案型則是『使用借貸基地建屋之使用借貸契約』而已，在考量到二者均涉及該條立法理由所保護的：避免基地所有人可請求拆屋還地，有害於社會經濟之安定與土地之利用；同時在使用借貸土地而建屋之情形，與租用基地建屋之情形，房屋所有人『占有』使用土地之『公示狀態』應屬相同，故應使原已存在之使用借貸契約有債權物權化之效力，而對房屋受讓人繼續存在」。至於在法律效果上，「若是類推適用民法第四二五條之一...，得出的結論都應該是：由法律『推定』在房屋得使用期限內，「有租賃關係」...而不是該決議乙說所謂的「推定房屋受讓人與土地所有人間於房屋使用期限內，有使用借貸關係」¹¹。

（三）肯定說中有主張應類推適用民法第 425 條之 1、而得到「推定租賃關係（或法定地上權）」的法律效果；認為：「原來有權占有的房屋，因為是使用借貸關係，無法類推適用民法第四二五條之一的結果，就變成無權占有。雖然房屋所有人可以與基地所有人協商取得使用權，但是因為是處於獨占的情形，除了交易成本可能很大外，也可能造成拆屋還地的後果，因此...本文認為在房屋所有人為基地借用人的情形，仍可類推適用民法第四二五條之一，類推適用的結果，並非使房屋所有人可以繼續借用基地，而是使房屋所有人可以主張與基地所有人間有推定租賃關係（或法定地上權）」¹²。

¹¹ 吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則-最高法院九五年第十六次民事庭會議決議評釋，台灣法學雜誌第 111 期，2008 年 9 月，頁 1 以下、頁 20、18。

¹² 謝哲勝，租賃的推定，台灣本土法學第 78 期，2006 年 1 月，頁 107 以下、

（四）肯定說中的有主張於標的物讓與後，應使原先使用借貸關係的借用人轉變成為具有法定利用權人（修法前：地上權人、修法後：「不動產役權」人），認為：「在確認房屋和土地的取得皆非違法侵權，而卻異其所有、無任何基地利用的交易安排時，因房屋和土地產權處於相互衝突的狀態，應認為民法如無類似民法第 876 條的特別規定，即為違反立法計畫的漏洞，此時可類推適用相關處理房地產權合法衝突的規定，認定屋主有對基地的法定利用權（其性質在未來物權編在修正通過後應屬「不動產役權」，修正前則為以房屋占用土地範圍為限的地上權），但利用權人必須支付償金，地主和屋主若無法就此達成協議，得聲請法院按市價裁定。」¹³

肆、比較法-德國法上的觀點

以下謹引借德國法上的討論，以為參考。

一、通說：否定說

就使用借貸標的物讓與時，借用人得否向標的物受讓人主張繼續使用之權？德國聯邦最高法院¹⁴採取否定見解，認為借用人

頁 115。

¹³ 蘇永欽，非線性的體系思考，法令月刊第 59 卷第 6 期，2008 年 6 月，頁 142 以下、頁 144-145。該文同時收錄於氏著，尋找新民法，元照，2008 年 9 月，頁 507 以下。

¹⁴ 德國聯邦法院二戰後的判決，BGH Urteil vom 8. 1. 1964, NJW 1964, S. 765 f 對於分居期間，夫妻雙方約定由夫將一個房間無償提供給妻使用，以盡其扶養義務者，對於該約定，德國聯邦法院判決認為並無德國民法第 571、580 條之規定類推適用之餘地。較近的判決，參 BGH 17. 3. 1994, unter II 5 d) dd) der Gründe, NJW 1994, S. 3156, 3158（德國民法第 571 條之規定不適用於使

不得主張類推適用舊德國民法第 571 條（即現在的 566 條）有關讓與不破租賃的規定，其理由多以該規定係基於特殊的社會與經濟考量，係屬例外規定，因此不得類推適用之。對此，多數學說¹⁵採相同見解。其中 Häublein¹⁶雖贊同 Schön 所提（詳如後述）的質疑，主張不應一概否認德國民法第 566 條（讓與不破租賃規定）類推適用的可能性。惟氏認為：在使用借貸，若採贊成類推適用的結果，將使得借貸契約轉變為租賃；而如何確定租金的額度，卻存在著過度的不確定性，以至於原借用人實難以選擇是否應支付租金繼續使用該標的物。有鑑於此一法律狀態的不安定性，Häublein 因而反對在使用借貸時得類推適用德國民法第 566 條的見解。

二、少數說：肯定說

反對說中學者 Canaris¹⁷認為：在有償的使用契約時，得類推適用舊德國民法第 571 條（即現在的 566 條）的規定。氏對於系爭規定是例外規定的觀點，認為例外規定仍有類推適用之可能；對於該規定是基於所謂的特殊社會經濟情況，Canaris 認為這一點並未表現在法律規定的構成要件上；因此以上二個觀點皆不

用借貸)；BGH Urteil vom 29. 6. 2001, NJW 2001, 2885; BGH Urteil vom 17.7. 2002.後二判決，引自 beck-on line.beck.de (2010.10.26).

¹⁵ 例如 Bamberger/Roth/Herrmann, Kommentar zum BGB, 2. Aufl, 2007, § 566 BGB Rn 4 (以無償為由)；Erman/P. Jendrek, 11. Aufl, 2004, § 566 BGB Rn 2; Palandt/Weidenkaff, 69. Aufl, 2010, 566, Rn 2 (對基於使用借貸或其他債權契約的占有，不適用之)；Schmidt-Futter/Gather, Großkommetar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 2007, § 566 BGB Rn 15; Staudinger/Emmerich, 2006, § 566 BGB Rn 20 (以其係例外規定為由)，j.m.w.H.

¹⁶ MünchKomm/Häublein, 5. Aufl, 2008, § 566 BGB Rn 10 f.

¹⁷ Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, F. S. Flume, Band I, 1979, S. 371 ff, 394 f.

足以作為反對該規定得類推適用的理由。惟參酌德國民法第 816 條第 1 項第 2 句、第 822 條之對有償 / 無償的占有作不同程度的保護；Canaris 主張無償的使用借貸契約不得類推適用系爭規定。

另外學者 Schön¹⁸則主張得廣泛地（包括在使用借貸）類推適用舊德國民法第 571 條（即現在的 566 條）規定。氏強調該規定的重點在於強調信賴的保護；而從是否值得保護的觀點而言，其他的使用權人只要是值得保護，即應類推適用該規定而獲得相同的保護。借用人和承租人一樣，都可能因為信賴而為經濟上支出，因此也同樣是值得保護的。何況有償 / 無償未必能明確地區分，就德國帝國法院曾經所作判決、不得類推適用系爭規定的案例的事實：當事人間先前就土地約定為營業租賃

（Pachtvertrag）、之後約定改為無償的使用借貸，就使用借貸的部分，德國帝國法院判定並不能類推適用系爭規定；Schön 認為就該案例所涉及的使用借貸的部分，亦可解釋為：出租人嗣後免除承租人之租金；若然，則之後的使用關係即仍有讓與不破租賃規定的適用。若然，則在單純的使用借貸契約，亦應得類推適用之。惟參酌舊德國民法第 571 條的規定，類推適用的結果，使用者仍然要支付對價。然而在另一方面，原借用人並不應被迫繼續此一有償的使用關係，因此法律上應使其保有選擇權，或是支付租金而繼續使用該物，亦或放棄該使用權而返還標的物。至於和原先使用借貸規定相牴觸的、特別保護承租人的相關規定（例如限制出租人終止權利的相關規定），對於使用人並無適用，以免過度保護之。又參酌（舊）德國民法第 573 條第 2 句、受讓人應受其知悉的原先使用關係的拘束的規定，標的物的受讓人若知悉原讓與標的物上的使用借貸關係，即應受到該法律之拘束；Schön 主張在此情形，原借用人即得例外地、繼續無償地使用該標的

¹⁸ Schön, Wolfgang, Zur Analogiefähigkeit des § 571 BGB, JZ 2001, S. 119 ff.

物。對於以上 Schön 的意見，學說上有傾向於贊成者¹⁹。

伍、本文見解

本文原則上贊同否定說，亦即：就使用借貸的一般情形而言，並無賦予其物權化效力的必要；針對借地耕種、借地建屋的情形而言，亦同。主要理由在於債之關係的相對性（本文以下伍、一）、無償的借用人其使用權法律上較不受保護（伍、二），至於所謂使用借貸並不具有社會性（伍、三）以及長期投資的保障的論點（伍、四），似非關鍵性的理由。肯定說主張於「借地耕種」、「借地建屋」時，應類推適用一定的現行法規，賦予其物權化效力，這特別是在方法論上以及法律效果上都存在著諸多的疑義（伍、五）。至於為何須以漏洞的存在作為類推適用的前提，此一觀點在方法論上有何正當性？本文將一併討論之（伍、六）。

一、作為債之關係的使用借貸契約

債之關係的相對性，謂債權人（特定人）僅能向債務人（特定人）主張其權利。作為債之關係的使用借貸契約，基本上僅具有相對效力，並無對抗第三人之效力。使用借貸為債之關係，為維持法律概念上以及效果上的一致性、法律的安定性，除非另有堅強的理由，否則對於使用借貸契約，基本上僅應當賦予其效力具有相對性，並無拘束未參與該法律關係形成之第三人的效力。

¹⁹ Jauernig/Teichmann, 2007, § 566 BGB Rn 1 傾向於贊成 Schön 的見解。

二、無償、對信賴保障及風險觀點的檢討

（一）至於我國學說上有認為有償 / 無償之區分不易；德國學者 Schön 亦有類似的主張，認為在同一標的物先成立租賃、後來改為使用借貸的情形，就後一部分亦得解釋為免除租金的租賃契約。以上說法，在吾人僅以有無負擔對價：租金作為區分時，或許看似如此。然而吾人若更進一步地觀察出租人與貸與人間義務的差別時，則有償租賃和無償使用借貸間的區分，或許就變得更加明顯。例如出租人有保持標的物合乎約定之使用狀態義務（民法第 423 條）、修繕義務（民法第 429、430 條）、較重的債務不履行以及瑕疵擔保責任（關於後者，準用民法第 347 條）。因此，特別是就 Schön 所舉的案例，在原為營業租賃、後來變更為使用借貸關係中，除非後來貸與人的權利義務、基本上保持和原先出租人情形一致，特別是上述幾個出租人的義務仍然存在，否則吾人並不能如 Schön 所言，將後來的使用借貸契約、解釋成為是免除租金的租賃契約。準此，則有償 / 無償、租賃與使用借貸契約的區分，基本上還是清楚的，至少不會僅因租金過低、甚或被「減免」而變得難以區分。

（二）作為無償契約的使用借貸契約，借用人之使用權、其信賴皆較不受保障。蓋現行法對於無償契約的債權人，多給予較少的保護。例如：

- 非予債務人利益時、債務人過失責任之從輕酌定（民法第 220 條第 2 項）。
- 不當得利之受領人，以其所受者，無償讓與第三人，而受領人因此免返還義務者，該無償受讓之第三人於其所免返還義務之限度內，負返還責任（民法第 183 條）。

-
- 作為無償契約的贈與契約，贈與人於贈與標的移轉前，得不具理由撤銷贈與契約（民法第 408 條）；於受贈人有忘恩負義等行為時、得於除斥期間內撤銷之（民法第 416、417 條）；或得主張窮困抗辯而拒絕履行贈與契約（民法第 418 條）。此外贈與人在給付遲延（民法第 409 條第 2 項）、給付不能（民法第 410 條）的情形、瑕疵擔保（民法第 411 條）的問題上所要負的責任，亦被減免。在上述案例，相較於一般的債權人-特別是買賣契約的買受人-，作無償契約之受贈人，其債權顯然較不受保護。
- 與以上規定相對照，對於使用借貸，民法規定預約貸與人得撤銷之（第 465-1 條）；就貸與人之瑕疵擔保責任予以減輕（第 466 條），在價值判斷上顯然是一致的。又就經過相當時期，可推定借用人已使用完畢者，貸與人亦得為返還之請求（第 470 條第 1 項但書）；未（能）定期之使用借貸契約、貸與人得隨時請求返還（第 470 條第 2 項）；第 472 條並規定：「有左列情形之一者，貸與人得終止契約：一、貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者」。根據上述規定，貸與人對於使用借貸契約明顯地擁有廣泛的終止權限；相對地，借用人對標的物的使用權限顯然僅僅受到較低程度的保護。這種情形，若是和租賃契約的規定相比較，就更為明顯：租賃契約並無相當於第 465 條之 1、第 470 條第 1 項但書、第 470 條第 2 項的規定。就承租人使用權利之保障，除有其效力物權化相關規定（第 425、426-1 條）外，更有設定地上權（第 422-1 條）、優先承買 / 承典權（第 426-2、460-1 條）、默示更新（第 451 條）、出租人行使終止權之預告（第 450 條第 3 項）、終止期之限制（第 460 條）、終止事由之限制（第 458、459 條）。何況特別法上對債權使

用權人的保護規定，以承租人為限（如土地法第 94 條以下、第 106 條以下；耕地三七五減租條例），明確地並不包括使用借貸的借用人。

綜上，吾人可認為：相較於租賃契約的出租人，貸與人對於使用借貸契約明顯地擁有廣泛的終止權限，法律上對於借用人就標的物的使用權限及其信賴，僅僅給予較低程度的保護。因此，肯定說主張對於借用人標的物轉讓時、賦予相當於承租人、甚或物權人之的保護，不論是就現行法的明文規定或是價值判斷而言，皆不相符。

（三）對信賴保障與風險觀點的檢討

1、就信賴保障的觀點而言，借用人若果真有所信賴、且該信賴是值得保護者，則無非是其基於使用借貸契約的使用權限；借用人並無法期待享有超過使用借貸契約以外-無論是相當於承租人或其他物權人-的使用權限。因此，首先這意謂著：借用人使用權所得主張的對象，乃是針對貸與人。若因標的物所有權移轉、以致於妨礙其使用權而受有損害時，在使用借貸契約仍然並未終結、仍然繼續存在的前提下（民法第 472 條第 2 項、第 472 條參照），令借用人得向原先的貸與人主張債務不履行的責任，對其權益保護，似已足夠，並符合其原先合理的期待。若然，為獲得此一結論，根本無類推適用任何規定的必要-當然，在此情形，借貸契約是否繼續存在，涉及的是原借貸契約如何解釋的問題-。準此，令借用人超出其原先期待的範圍之外，得對第三人-新的所有權人-繼續主張其使用借貸契約上的使用權限，應無必要。何況，肯定說甚至賦予其承租人、或其他物權人的使用權，這是根本變更了當事人間的權利義務。因為，一來，這根本地變動了契約主體。二來，這可能將使用人轉變成承租人或甚至是物權人的法律地位。除非借用人恰好是專攻民法的法律專業人士

時，否則此類法律效果，當已遠遠超過一般借用人合理信賴、且值得保護的期待之外²⁰。

2、至於肯定說中有關「風險」的說法；其中以無法締結租賃契約作為一種「風險」，此一見解，固屬創新。惟一來，若當事人間根本未曾試圖締結租賃契約，則此一「風險」純屬想像。二來，當事人不選擇租賃契約，或許有其考量（包括不願受到租賃契約物權化效力、終止得限制等等的拘束），基本上應予尊重；而在現行法底下，這本來就是契約自由的可能結果；縱屬「風險」，主要仍應歸由無法有效締約的當事人，而不是由第三人（標的物的受讓人）承擔。至於針對標的物嗣後轉讓的「風險」，固然並非借用人所能控制或可得知者，但是因為借用人的使用權與信賴本來就較不受保護，這既然是選擇締結使用借貸契約當然的結果，標的物嗣後轉讓的「風險」，縱非借用人所能控制、得知，至少是其可合理預見的風險；歸由借用人承擔，並無不當。何況在此情形，貸與人若構成債務不履行，則由借用人向貸與人請求損害賠償，就其權利之保護，似為已足，已如前述。又是否值得保護，乃價值判斷的問題，並非僅僅取決於對一定事實之知悉與否。設若在和原使用借貸之貸與人，幾經協商、付出相當成本與對價之後，方才（案例 a）訂立租賃契約的承租人，亦或是（案例 b）獲得該物之所有權的受讓人；在該承租人或受讓人幾經努力、付出相當成本與對價之後，終能獲得一般而言和使用借貸相

²⁰ 或有主張：在此，應令新所有權人承擔原有的使用借貸關係。對此，除了涉及原使用借貸應如何解釋、以及這通常已超過了使用人合理的期待，已如本文所述外；就實質而言，如何正當化新所有權人必須繼續無償提供標的物供原借用人使用，有待說理。此外，形式上而言，這並無法透過類推適用民法第 425、425-1、426-1、或是 876 條等規定而獲得此一結論，蓋類推適用此類規定的結論是將借用人轉變成為租賃關係的承租人、或是物權人；然而除非吾人願意創設一種新的類推適用型態、其法律效果是與被類推適用的法規範不同的，否則，這就更顯出此一見解在現行法制內是欠缺依據的。

比、法律上更受保障、甚至範圍更廣的使用權利，終能排除其自身所可能面臨的種種「風險」時；為何(a)無法締結租賃契約-不論基於何種原因-，僅能締結使用借貸契約的借用人，僅僅因為嗣後標的物所有權變更，就能因此享有相當於承租人的保護？為何(b)僅僅因為知悉原有借貸契約一事，標的物受讓人必須承擔原先使用借貸之借用人無法締結適當契約的「風險」？足見該說所根據的價值判斷，在現行法內，欠缺足夠的基礎。

三、對使用借貸不具社會性觀點的檢討

至於否定說中關於使用借貸不具社會性的論述，應與現行的立法政策相符。惟應注意者：誠如 Canaris 所言，此一特徵並未充分反映在相關規定的構成要件上。因為例如向百事達租看 DVD 影片、在旅遊場所租腳踏車騎乘，雖為租賃契約，應無社會性可言。反之，使用借貸在法律的規定上以及社會生活上，皆不排除可能牽涉重要的民生經濟標的，這特別是在涉及借地耕種、借地建屋的情形，更有可能。而較承租人在經濟上更為弱勢、租不起的人，或許也只好透過使用借貸的形態而獲得標的物的使用。因此，針對借地耕種、借地建屋的案例，若借用人恰好又是某種意義的經濟上弱者，則以所謂使用借貸不具社會性作為否定的理由，似有待補充。

四、對長期投資保障觀點的檢討

對於長期投資的保障觀點，不論是從法律經濟分析或利益衡量的觀點，固然有其吸引力，惟若離開現行法的規定與價值判斷，要判斷何謂值得保護的長期投資，甚有困難；藉以支持否定

說的見解，更有疑義。蓋何謂「投資」？或許見仁見智；惟若對標的物的（長期）使用是一種投資，則不論是基於租賃或使用借貸契約，似乎都是一種投資。換言之，若租地建屋是一種投資，則借地建物又何嘗不是呢？若然，則在投資保障的觀點下，使用借貸和租賃契約豈非一樣值得保護？特別是所謂的「長期」究所指？值得保障的長期與不受保障之非長期投資之界線何在？在現行法底下能否找到一個明確的標準，甚有疑問。主此說者雖引用租賃相關規定作為依據，然而究竟是五或六年，畢竟還是欠缺一個一致的答案。是以從內在批判的觀點而言，此一論證方式，顯有不足。而且更重要的是：民法第 425 條第 2 項所呈現的價值判斷，主要是以是否經公證、而非以是否為「長期投資」作為值得保護的區分。甚且恰好相反，未經公證的「長期」(?)-五年以上-租賃契約（投資）反而是更不受到保護、而非更受保護。可見所謂的「長期投資」並非現行法作為是否值得保護的區分標準。可見，法律之所以未賦予借用人相當於承租人、甚或地上權人的保障，其主要理由不在於標的物或當事人之經濟情況是否具有社會性、更不在於這是否為構成某種意義的「長期投資」，而在於其所選擇的契約/權利的類型的不同。

五、作為類推適用的前提：「漏洞」並不存在

針對「借地耕種」「借地建屋」的情形，肯定說認為在此類案例，應當普遍地賦予借用人繼續有使用土地的權利。對此，本文認為：（一）作為類推適用的前提：「漏洞」並不存在，因此並無類推適用可言。而且（二）肯定說在結果上過度介入當事人的法律關係，亦有不當。

(一) 作為類推適用前提的「漏洞」

1、「漏洞」的意義與界定

對於法學方法論上的「漏洞」，我國學說多認為是：「法律漏洞，指關於某一個法律問題，法律依其內在目的及規範計畫，應有所規定，而未設規定。法律漏洞的基本特徵在於違反計畫。」

²¹；又類似的說法，認為針對漏洞的認定，「在這裡作為標準的既然是規範意義上的應然，而且所牽涉之規範又是人造的，因此該應然標準便取向於牽涉到之人的，特別是主權者的意圖，是故我們有稱呼它為「計畫」。前述所描述之漏洞，從而也被界定為「違反計畫的不圓滿性」（die planwidrige Unvollständigkeit）。」²²

上述見解，實係繼受德國法上-特別是 Canaris-的說法。Canaris²³說道：「漏洞乃是在積極法（亦即：制定法的可能文義範圍以及習慣法）之內，根據現行有效的法秩序整體加以衡量，有違反計畫的不完整性。或是說：當依據整體法秩序的要求，應當有一規定，惟制定法在其可能文義的界限內，以及習慣法，對此一規定卻付諸闕如時，因而存在著漏洞。」²⁴。此一定義在德文法學文獻上-包括奧地利²⁵、瑞士²⁶-都廣被接受。當然，此一「整

²¹ 王澤鑑，法律思維與民法實例，三民，2009年6月，頁302。

²² 黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書編輯委員會，1982年8月，頁307。

²³ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl, 1982, S. 39.

²⁴ 原文如下：Eine Lücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts (d.h. des Gesetzes im Rahmen seines möglichen Wortsinnes und des Gewohnheitsrechts) gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung. Oder: Eine Lückeliegt vor, wenn das Gesetz innerhalb der Grenzen seines möglichen Wortsinnes und das Gewohnheitsrecht eine Regelung nicht enthalten, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine solche fordert.

²⁵ 奧地利法學家 Gschnitzer/Faistenberger/Barta, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1992, 亦說道：「類推適用是以有法律漏洞為前提，僅當有違反立法

體法秩序」的說辭甚為模糊，有待進一步地具體化；否則任意的認定漏洞，將淪為法官任意「補充」、任意「造法」的後門。對此，在德國法學方法論上的經典之作中，Larenz²⁷補充說道：「是否存在著法律漏洞，應從制定法本身的角度、作為其基礎的規範意圖、所企圖實現的目的、立法者之「計畫」加以觀察。制定法的漏洞乃是制定法之違反計畫的不圓滿性。作為制定法基礎的規範計畫應從制定法本身、藉由歷史以及目的論的解釋加以決定」。Larenz 又繼續說道：「在此關聯下，作為法律漏洞補充的內在目的，不應過度狹隘地加以理解。不僅是立法者的意圖以及有意識地決定，而且法律的客觀目的以及在制定法裡面蘊含的一般法律原則，亦應一併加以考慮。作為所有的制定法內在的、以及使制定法有資格稱為正當的法的一個原則，乃是對相同事物為相同的處理」²⁸。奧地利重要的法學家 Bydlinski 亦說道：「因此，

計畫之不圓滿狀態時，才有法律漏洞可言。於此，制定法依據其意圖以及內在目的，即有補充之必要，而此一漏洞之補充並不會違反制定法原先所企圖達成之限制。」(Analogie setzt das Vorhandensein einer Gesetzeslücke voraus; eine solche liegt nur bei planwidriger Unvollständigkeit des Gesetzes vor. Das Gesetz ist dann, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, ergänzungsbedürftig, ohne daß seine Ergänzung einer vor ihm gewollten Beschränkung widerspricht.)

²⁶ 針對瑞士民法，Honsell, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, 2. Aufl, 2002, Art. 1 Rn 27 說道：「一個務實而合乎目的考量的法漏洞的定義是：法漏洞乃是規定之違反計畫的不圓滿性。此一通用的定義可回溯到 Canaris 的見解。」

(Eine praktikable und daher zweckmässige Definition besagt, dass eine Rechtslücke eine planwidrige Unvollständigkeit einer Regelung ist. Diese gebräuchlich gewordene Definition geht auf Canaris... zurück...).

²⁷ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl, 1991, S. 373. 原文如下：Ob eine derartige Lücke vorliegt, ist daher zu beurteilen vom Standpunkt des Gesetzes selbst, der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht, der mit ihm verfolgten Zwecke, des gesetzgeberischen "Plans". Eine Gesetzeslücke ist eine "planwidrige Unvollständigkeit" des Gesetzes. Der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan ist aus ihm selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu entscheiden.

²⁸ Larenz, a.a.O., S. 347 "Die immanente Teleologie des Gesetzes darf in diesem

是否存在著法律漏洞此一問題，應當依據法秩序、以及所有作為解釋標準應當考慮到的觀點加以判斷；當然，這不應當只是根據“實證“的法規範而已”²⁹。

2、對於「借地耕種」、「借地建屋」未賦予物權（化）效力，並非漏洞。

（1）對於肯定說中的第一說主張針對借地耕種、應類推適用民法第 425 條的規定，本文認為並不適當。蓋從該規定之文義、外在體系而言，該規定明顯地只是針對租賃的情形而設。參酌該規定的立法說明，亦同。就該定在民國 18 年 11 月 22 日的立法理由，幾乎與法規文義相同³⁰；而民國 88 年 04 月 21 日的修法時的立法理由³¹，亦反映出立法者有意設定該規定的適用範圍、僅及於租賃關係；因此立法機關的意圖與該規定的文義之間，並無

Zusammenhang freilich nicht zu eng verstanden werden. Nicht nur die Absichten und bewußt getroffene Entscheidungen des Gesetzgebers sind zu berücksichtigen, sondern auch solche objektiven Rechtszwecke und allgemeinen Rechtsprinzipien die in das Gesetz Eingang gefunden haben. Ein Prinzip, das jedem Gesetz innewohnt weil und soweit es beansprucht, „Recht“ zu sein, ist das Gleichbehandlung des Gleichartigen.”

²⁹ Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl, 1992, S. 473
“Die Frage, ob eine Gesetzeslücke vorliegt, ist somit auf Grund der Rechtsordnung einschließ aller dieser auch schon als Auslegungskriterien heranzuziehenden Maßstäbe zu beurteilen; selbstverständlich nicht allein auf Grund der “positiven” Rechtsnormen.

³⁰ 「謹按出租人於租賃物交付後，將為租賃標之物之不動產所有權讓與第三人時，其第三人依法律規定，當然讓受出租人所有之權利，並承擔其義務，使租賃契約仍舊存續，始能保護承租人之利益。故設本條以明示其旨。」

³¹ 「一、第一項增列「承租人占有中」等文字，使買賣不破租賃之規定，僅適用於出租人於租賃物交付後，承租人占有中之情形，以保障第三人之權益。二、在長期或未定期限之租賃契約，其於當事人之權義關係影響甚鉅，宜付公證，以求其權利義務內容合法明確，且可防免實務上常見之弊端，即債務人於受強制執行時，與第三人虛偽訂立長期或不定期限之租賃契約，以妨礙債權人之強制執行，爰增訂第二項。」

落差。換言之，法律上未對使用借貸與租賃相同地賦予物權化的效力，並非漏洞。何況關於借地耕種，最高法院早於 59 年台上字第 2490 號民事判例中，表示並不賦予其相當於民法第 425 條的效果。對此，立法者若有意更改，於民國 88 年民法修法時已有機會為之，而立法者確實也曾就部分使用借貸的規定加以增修，卻未賦予使用借貸有物權化效力，因此合理的推論是：這是立法者得有意的決定、並非無意的闕漏。特別是一般而言，對一個相對較新的規定，原則上應給予立法機關的意圖更多的尊重。否則，實難稱得上是依法審判。吾人實難認為從該次修法迄今，在短短不到 12 年的期間，社會上的價值觀或社會、經濟環境已有重大改變，以致於吾人可以對上述立法者的意圖棄之不顧。準此，吾人可認為對於借地耕種、借地建屋的情形，法律未賦予此類使用借貸契約有相當於民法第 425 條對抗第三人之效力，並無違反立法計畫的不圓滿性，並非立法疏漏，自無透過類推適用填補漏洞之可言。

(2) 對於肯定說中的第二說主張針對借地建屋、應類推適用民法第 426 條之 1，本文認為亦有前述相同的疑義。該規定目的固然在保障房屋租地建屋者、免於拆屋還地的命運，惟綜觀其文義³²、立法前的法律狀態³³、以及民國 88 年該規定的立法說明

³² 「租用基地建築房屋，承租人房屋所有權移轉時，其基地租賃契約，對於房屋受讓人，仍繼續存在。」

³³ 最高法院 43 年台上字第 479 號民事判例：「租地建築房屋除當事人間有禁止轉讓房屋之特約外，應推定出租人於立約時，即已同意租賃權得隨建築物而移轉於他人。」；最高法院 48 年台上字第 227 號民事判例：「租地建屋之契約如無相反之特約，自可推定出租人於立約時，即已同意租賃權得隨房屋而為移轉，故承租人將房屋所有權讓與第三人時，應認其對於基地出租人仍有租賃關係之存在，所謂相反之特約，係指禁止轉讓地上所建房屋之特約而言。」；最高法院 52 年台上字第 2047 號民事判例：「租用基地建築房屋，如當事人間無禁止轉讓房屋之特約，固應推定出租人於立約時，即已同意租賃權得隨建築物而移轉於他人，但租賃權亦屬債權之一種，其讓與非經讓與人

³⁴，皆係針對當事人間原有法律關係為租賃關係而設，在該規定文義與立法機關的意圖之間，並無落差存在；立法者並無意圖將該規定擴大到該規定文義範圍外的其他案例類型。

(3) 肯定說中的第三說主張針對借地建屋、應類推適用民法第 425 條之 1 的部分，亦有同樣的疑義。蓋依民法第 425 條之 1 的文義³⁵、立法前的法律狀態³⁶、以及民國 88 年該規定的立法

或受讓人通知出租人，對於出租人不生效力，此就民法第二百九十七條之規定推之而自自明。」

³⁴ 民國 88 年 4 月 21 日之立法說明：「...二、房屋所有權移轉時，實務上認為除當事人有禁止轉讓房屋之特約外，應推定基地出租人於立約時，即已同意租賃權得隨建築物而移轉於他人；房屋受讓人與基地所有人間，仍有租賃關係存在(最高法院 43 年台上字第 479 號、48 年台上字第 227 號及 52 年台上字第 2047 號等判例參照)，爰參酌最高法院判例意旨，增訂本條，並明定其租賃契約繼續存在，以杜紛爭。」，引自陳忠五主編，民法，2009，新學林。以下立法說明出處亦同，故不再另引出處。

³⁵ 「土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。其期限不受第四百四十九條第一項規定之限制。前項情形，其租金數額當事人不能協議時，得請求法院定之。」

³⁶ 最高法院 48 年台上字第 1457 號民事判例：「土地與房屋為各別之不動產，各得單獨為交易之標的，且房屋性質上不能與土地使用權分離而存在，亦即使用房屋必須使用該房屋之地基，故土地及房屋同屬一人，而將土地及房屋分開同時或先後出賣，其間雖無地上權設定，然除有特別情事，可解釋為當事人之真意，限於賣屋而無基地之使用外，均應推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地。」；最高法院 73 年度第 5 次民事庭會議決議：「土地與房屋同屬一人，而將土地及房屋分開同時或先後出賣時，依本院四十八年台上字第一四五七號判例，應推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地，參照該判例之原判決全部裁判意旨，係認為使用土地之房屋所有人對土地所有人應支付相當之代價，則其法律關係之性質，當屬租賃。至其租金數額，如當事人間不能協議決定，當可訴請法院裁判。其再因轉讓而承受土地所有權之人，應有民法第四百二十五條之適用，其再因轉讓而繼受房屋所有權之人，則除有反對之特約外，應推斷土地所有人對之默許其繼續承租，故不問其後為轉讓土地或轉讓房屋，其土地所有權之承受人對房屋所有人或房屋所有權之承受人對土地所有人，均繼續其原來之法律關係。」

說明³⁷，皆係針對土地及其上之房屋原同屬一人，之後異其所有人的情形而設，在該規定文義與立法機關意圖之間，並無落差存在。蓋在原先同屬一人的情形，無須、亦無法對此，誠如肯定說中的第四說所主張的-預先設計房屋之使用土地之權限，因此才有透過法律規定介入、調節土地使用權的必要。而這樣的想法也反映在民法第 876 條（對此，詳如後述）。反之，若對於房屋使用土地的問題，當事人原先已有所安排，基本上對於之後標的物的讓與所可能產生的影響，應當視其原先使用的法律關係（例如租賃、地上權亦或使用借貸等等）、讓與的原因（例如繼承亦或買賣等等）等加以決定即可。蓋當事人既然能夠預先選擇、安排，基本上亦應承擔其所選擇的後果，法律原則上即無須再特別地加以介入的必要。

（4）類似的問題也發生在主張類推適用民法第 873 條的第四說。按民法第 876 條的文義、民國 18 年 11 月 30 日的立法說明³⁸、民國 96 年 3 月 28 日修法時的立法說明³⁹，皆以「土地及其

³⁷ 民國 88 年 4 月 21 日之立法說明：「...二 土地及房屋為個別之不動產，各得單獨為交易之標的。惟房屋性質上不能與土地分離而存在。故土地及土地之上房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，實務上見解(最高法院 48 年台上字第 1457 號民事判例、七十三年五月八日七十三年度第五次民事庭會議決議參照)，除有特別約定外，應推斷土地受讓人默許房屋受讓人繼續使用土地，但應支付相當代價，故其法律關係之性質，當屬租賃。為杜爭議並期明確，明定當事人間在房屋得使用期限內，除有反證外，推定有租賃關係，其期限不受第四百四十九條第一項二十年之限制。爰增訂第一項。...」

³⁸ 「查民律草案第一千一百五十四條理由謂本條使土地及土地上之建築物，得獨立而為抵押權之標的物。若土地及土地上之建築物，屬於一人所有時，得祇以土地或建築物為抵押權之標的物。土地與建築物既分，則實行抵押權將拍賣時，拍定人與土地所有人或建築物所有人間之關係，應規定明確，以杜爭執。而拍賣之物為抵押之土地時，其建築物之所有人，視為取得地上權人，仍得以其建築物利用其土地，拍賣之物為抵押之建築物時，其拍定人視為取得地上權人，使得利用其土地。至以土地及建築物抵押於人，而其拍定人各異者亦同，故亦適用此規定。」

土地上之建築物，同屬於一人所有」為前提；何況於修法前對於借地耕種的問題已有討論，立法者若果真要賦予此類使用借貸具有物權效力，當更有機會透過立法加以規定，否則合理的推論是立法者對此有意的沉默，是以現行法對此並無漏洞存在。

（5）綜上論述，現行法內在係爭案例中對於土地之使用權利人的保障，除了其他的要件外，若不是以當事人間曾有一有償的租賃契約（民法第 425、426 條之 1 參照），就是以原有使用權人在法律上不可能就其使用權限預先為約 / 設定（民法第 425 條之 1、876 條參照）為前提。蓋在前者，一般可認為承租人是值得保護的，這應當較無疑問。在後者，既然當事人在法律上事前不能預為約 / 設定，對此，法律即有嗣後介入救濟的必要。其救濟的方式，是保障房屋受讓人有合法的使用權限，惟需支付對價。至於為何在一般轉讓是賦予租賃權，在實施抵押權拍賣，卻是賦予法定地上權，或許值得進一步的思考；其理由也許在於提高法律關係的明確性，從而提高抵押權實現的機會。因此，現行法內並不存在著、如肯定說所預設的法律原則：每一種對土地有合法的使用權利的形態，法律上都一概給予（相同程度的）保護。因此吾人既無法根據對前述任何一個法律規定的個別類推、亦無法透過對前述所有的規定的總體類推，而賦予使用借貸借用人物權化的效力。

³⁹ 「一、於以建築物設定抵押權時，土地業已存在，固無問題，於僅以土地設定抵押權時，建築物是否以當時已存在，始有本條之適用？學說上爭議頗多，參照第八百六十六條、第八百七十七條規定之意旨，避免拍定後建築物無從利用土地致拆除之結果，有害社會經濟發展，似以肯定說為是，實務上亦採相同見解（最高法院 57 年度台上字第 1303 號判例）。為杜爭議，爰於第一項、第二項「土地及其土地上之建築物」等文字上增列「設定抵押權時」，以期明確。…」

（二）類推適用在結果上的疑慮-過度介入當事人的法律關係

又依我國法上肯定說的結果，有過度介入當事人的法律關係的疑慮。

1、肯定說中的第一說主張在借地耕種的案例，應類推適用民法第 425 條的規定。對此，若借用人之信賴果真值得保護，則應當其繼續有借用權，而不是承租權，已如上述。-至於根據德國學者 Schön 的見解，一方面要求借用人必須支付租金，另一方面又不准其享有和使用借貸契約相牴觸之保護承租人的規定，這不僅在理論上頗不一致，而且更是製造了無謂的問題：例如將來若就使用權利有所爭議，究竟要是用使用借貸或租賃的規定？-。又從結果而言，此說實意味著原使用借貸關係的終結，以及新的租賃契約的強制締約，這種法院介入與變更當事人契約關係的權限，究應如何加以正當化？不無疑問。特別是當這種變更的結果、已經超過了被保護人（借用人）原先的合理期待時，其正當性實在令人懷疑。

2、肯定說中的第二說，就借地建屋而土地所有權讓與時，應將原先的使用借貸契轉變成為租賃，也具有上述第一說相同的疑慮，茲不再贅述。

3、肯定說中的第三說主張在系爭案例，應類推適用民法第 425 條之 1、而得到「推定租賃關係（或法定地上權）」的法律效果；該說除與前述第一、二說有類似的疑慮外，另值得注意的是：類推適用民法第 425 條之 1 的結果是：推定有租賃關係、而非推定有法定地上權；在此主此說者或有筆誤。其次，就借地建屋的案例而言，法律已規定、最相類似的是民法第 426 條之 1 的租地建物的情形，因此縱然應當類推適用，被類推適用的規定，也應當是民法第 426 條之 1，而非第 425 條之 1。而這也影響到

了法律效果：假設類推適用是適當的，則其結果應是相當於第 426 條之 1 的租賃關係的創設、而非第 425 條之 1 的租賃關係的推定。

4、肯定說中的第四說主張在系爭案例，主張賦予原先借用人轉變成為具有物權法上的使用權人（修法前：地上權人、修法後：「不動產役權」人）；該說首先有前述三說有共同的疑慮之外，特別是針對借地建屋的情形，現行法上最相接近、應當被類推適用的是民法第 426 條之 1 的租地建物，法律效果是相當於第 426 條之 1 的租賃關係的創設、而非賦予其任何的物權型態。最後，相較於民法第 425、426 條之 1、承租人僅繼續保有其原先的、物權化的承租權，該說卻藉由類推適用、將借用人之借用權，轉化成效力甚至較承租人更受保護的物權，賦予原借用人較租賃契約承租人更多的保護-姑不論有無牴觸民法物權法定原則（民法第 757 條）-，在價值判斷上恐將更形失衡。

六、附論：為何類推適用應當以有漏洞為前提？

參酌前述論述，類推適用應當以有法律漏洞為前提，與漏洞的定義在於違反立法計畫的不圓滿性一樣，皆係繼受德國法。然而這些看法，若從法制史以及比較法的觀點而言，並非理所當然。

（一）法制史的觀點

依 Baldus⁴⁰的研究，從十六到十七世紀，歐陸法學上所謂的類推適用，實際上是一種基於類似性所為的推論

（Ä hnlichkeitsschluß），是一種法學上的論點（juristische Topik）的方式。但是到十七、十八世紀，雖然論點的論證方法不再被視

⁴⁰ Baldus, Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert, in Riesenhuber(Hrsg.) Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2006, S. 50, 65.

為是一種科學的方法，但類推適用此一看法仍然被法學家所接受。十八世紀中期之後，它被冠上 *Analogie* 此一名稱，但一直至此，它實際上仍然並未和擴張解釋作嚴格的區分。到了十九世紀後，才開始用可能的文義作為解釋的界限，而類推適用便逐漸被歸屬於法律解釋以外的範疇。至於嚴格區分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。

(二)比較法的觀點

1、就義大利法，其見解與德國法的情況頗為相似。一般認為⁴¹：解釋，只是掌握其規範的正確意義；至於漏洞及其補充，則是在欠缺特定規定時，(1)找出一可以間接適用到某一案例的規定 (rule) (「法規類推」, *analogia legis*)，亦或是在該目標無法達成時，(2)找出蘊含在法秩序整體內、可資適用的法律原則 (principle) (「法類推」, *analogia iuris*) 於「法規類推」 (*analogia legis*)，被類推適用的規定所規範的對象和待審理案例間，必須具有類似性。至於是否具有類似性則應依規範目的 (*ratio legis*) 決之。「法類推」 (*analogia iuris*) 是在無法律規定可以透過解釋直接適用、亦無法透過個別類推時所為之法律的間接適用。至於擴張解釋與類推適用的區分，在於前者預設了法律體系內存在著一特定規定可以直接適用，後者則否。但實務上，法官多宣稱是直接適用某規定，甚少是以類推適用為之。

2、就法國法的情形，和德國法有所不同。一般認為⁴²並無相當於德國法上以漏洞作為前提要件的類推適用，而僅以「類推解釋」(藉由類推而為解釋, *interprétation par analogie*) 作為和其他

⁴¹ Torre/Pattaro/Taruffo, Statutory interpretation in Italy, in MacCormick/Summers, *Interpreting Statutes*, 1991, p 213 ssq, 218-219, 225.

⁴² Baldus, *Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert*, in Riesenhuber(Hrsg), *Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 2006, S. 34.

的解釋型態的區別。至於法律是否存在著漏洞，有認為⁴³：若漏洞是指著對於某一法律爭議、欠缺任何的法律規定（形式意義的漏洞），則此類意義的漏洞並不存在（法國民法第4條）。若漏洞是指著對特定案例欠缺一定內容的規定（實質意義的漏洞），由於立法者無法巨細靡遺地加以規定，此類漏洞是被承認的，而且依法國民法第4條的規定，法官有權利及義務為漏洞之補充。但縱然如此，學者間仍然謹慎地儘量不去承認有漏洞存在，而說是「新案件」、「因司法行為所產生的新問題」、「立法者未能預見的案例」。在承認有漏洞的學說中，多數認為解釋與漏洞的填補是不同的，解釋乃是對法規正確地理解以及適用；至於漏洞，則是經由立法者之立法、亦或一部分透過法院對於法律的適用，予以填補。至於法國最高法院（Cour de Cassation）則根本不用「漏洞」此一概念，而是使用所有可能的解釋方法，以避免漏洞的產生，因此法國法院傾向藉由於解釋的型態以填補漏洞，而對此二者不加以區別。至於法院對於漏洞的認定，之所以採取如此嚴格的態度，意在⁴⁴避免牴觸國會的權威；此實受到孟德斯鳩思想所影響，基於嚴格的權力分立，以及1790年8月16-24日所定的基本法第10條規定禁止法院直接或間接參與立法權力規定的影響。

3、在英國法⁴⁵，當說到對成文法的解釋與漏洞補充之區分時，通常意味著對後者的正當性的否定。對此，Viscount Simonds以下的說法最具代表性：漏洞的補充「對我而言無疑是在薄弱的解釋的偽裝下，赤裸裸地篡奪立法權限。若果真發現有漏洞，解決之道應以修法為之」（*Magor & St. Mellons RDC v. Newport*

⁴³ Tropper/Grzegorzczuk/Gardies, *Statutory Interpretation in France*, in MacCormick/Summers, *Interpreting Statutes*, 1991, p171 ssq, 175-177.

⁴⁴ Steiner, *French legal method*, 2002, p 61-62, 66, 76.

⁴⁵ Bankowski/MacCormick, *Statutory interpretation in the United Kingdom*, in MacCormick/Summers, *Interpreting Statutes*, 1991, p 359 ssq, 362, 373, 369.

Corporation and [1952] A.C. 189 at p. 191.)⁴⁶。因此解釋和漏洞補充的界限，可一般地認為：解釋，甚至在某程度上因為能避免產生漏洞，而被認為是正當的。反之，若是構成成文法範圍內的瑕疵的修補、具有法官造法之結果，則不被允許。換言之，前者，亦即透過解釋以補充漏洞（interpretative gap-filling）是被允許的，反之，後者，亦即涉及實質的填補漏洞（substantive gap-filling）則否。嚴格言之，就英國的成文法的漏洞補充，不外乎是透過解釋加以為之。至於和德國法上類推適用相接近的，或許是所謂的「依據類推所為的論證（arguments from analogy）」，意指某一規定的文字和規範相同或類似事物的其他規定的文字是相同或類似的，而後者透過判決先例或現今的解釋所賦予給它的意義，也可以適用到前者。至於比較法的論證（comparativist arguments），是參考足以相互比較的其他體系（例如通常是參考歐盟國家以及美國的判決先例對法律解釋的看法），被認為實際上也是一種類推適用。

4、至於美國法上的情形，似與英國法相近。有⁴⁷認為：美國並沒有公認的區分解釋以及漏洞補充的標準。對於漏洞的性質、種類及其補充也欠缺有系統的學術研究。若吾人認為有漏洞存在，法院也多以解釋的方法加以補充。至於以類推適用作為論證的方式，被認為是一種對於成文法的規定、應採一定的解釋方式，因為這將使得在相關規定之下，對相似的案件作出類似的處理。

⁴⁶ [This] appears to me to be a naked usurpation of the legislative function under the thin disguise of interpretation....If a gap is disclosed, the remedy lies in an amending Act.

⁴⁷ Summers, *Statutory Interpretation in the United States*, in MacCormick/Summers, *Interpreting Statutes*, 1991, p 411-412, 414.

(三)為何類推適用應當以有漏洞為前提

綜上論述，類推適用應當以有法律漏洞為前提，漏洞的定義在於違反立法計畫的不圓滿性，皆非理所當然。若果真如此，則採取以上見解的正當性又何在呢？對此，有待法學界更全面而深入的反思，在此無法詳述。惟底下的幾點理由，或能對此有所釐清：

1、德國法學方法論上的看法，多將成文法的運用區分為底下的三階段⁴⁸：一、法律文義可涵蓋範圍，此即所謂的「解釋」。二、法律文義雖然無法涵蓋、惟可透過「立法計畫」而獲得的結果。由於還在「立法計畫」範圍之內，因此司法者在此階段所為者，亦無非是彌補法規文義與立法計畫之間的落差（漏洞），貫徹原先的「立法計畫」，因此可以適當地稱為「漏洞補充」或是「制定法內的法的續造」。三、制定法外的法的續造，在此法院所獲得的結果，既非文義、亦非立法計畫所能涵蓋，而是已經逾越制定法的範疇之外，而涉及侵入立法政策、亦即立法機關立法權限的問題，因此欠缺民主正當性的司法者，原則上不應為之⁴⁹。惟基於事物本質、倫理道德或交易上的強烈需求等等的原因，因此例外地為制定法外的法的續造。

對於區分以上三階段的必要性，可說明如下：第一、二階段的區分，在禁止（對當事人不利益的）類推適用時（例如刑法基於罪法定主原則、稅法、行政罰法、民法的物權法定原則），有其必要性；而且若可能的文義正是此一區分界線所在，則在其他法律領域亦應採取相同的標準。至於第二、三階段的區分，尤其是基於權力分立（Gewaltenteilung）、尊重國會的立法權限、盡

⁴⁸ Larenz, a.a.O., (Fn 27), S. 370ff, 413 ff.

⁴⁹ 關於立法政策錯誤並非漏洞，參閱 Larenz, a.a.O., (Fn 27), S. 347; 黃茂榮，同前註 22，頁 312。

量避免法官恣意、依法審判、法律安定性（*Rechtssicherheit*）的要求等等考量，實有其必要。準此，我國所繼受的德國方法論上對漏洞的論述，較能令吾人意識到制定法內與其外的法的續造的區分、漏洞的認定標準及其補充方法，顯然是較為妥當的理論，值得採取。

2、至於為何類推適用應當以有漏洞為前提？這又同時涉及「類推適用」在概念上究竟與所謂的「類推解釋」有無差異？若有，其不同處又何在？其區分的妥當性又何在？主張在前述第一階段：「解釋」之內、亦即在文義可涵蓋的範圍內，獨立出一個「類推解釋」的分類，究竟有何意義？參酌以上法制史和比較法-特別是法國法上-的觀點，都是值得吾人更進一步地反思。不過，較無疑的是：若是如我國方法論上主流見解，將「類推適用」作為第二階段：「開放漏洞」的補充方法，則和其他漏洞的補充方法一樣，其前提應當是有違反立法計畫的不圓滿性；這在理論上也才是一致的。否則，隨意的認定漏洞、藉口加以補充，不論是就權力分立（*Gewaltenteilung*）、尊重國會的立法權限、盡量避免法官恣意、依法審判、法律安定性（*Rechtssicherheit*）等等考量而言，都是不適當的。

陸、結論

對於使用借貸的標的物所有權若經轉讓、對於既存的使用借貸的影響如何？應當賦予其物權（化）的效力嗎？這特別是在涉及借地耕種、借地建屋的情形，在我國法上實務與學說上近來有相當的討論。實務見解特別是以其為無償的債權契約、且在使用借貸契約並無相當於民法第 425 條等類之明文規定，一貫地採取否定見解。學說上與實務意見相同者，亦多採相同理由，並以使

用借貸為無償、不具社會性，或是以其並非長期投資為由，未設如第 425 條等規定並非法律漏洞等，主張並無類推適用相關規定之餘地。學說上有採相反見解者，以使用借貸人之信賴亦值得保護、風險的合理分配等，認為現行法未賦予其物權（化）效力，係屬漏洞，應類推適用相關規定，使標的物在讓與後，原使用人得主張相當於承租人、地上權人或其他物權型態之權利。而有趣的是：對照德國法上的討論，其通說亦基於類似的理由，和我國實務一樣採取否定說；而其少數說的部分見解亦與我國肯定說之理由相似。

依本文見解，應以否定說為可採。主要理由在於(1)基於債之關係的相對性，採取否定說係當然之結果。(2)無償的借用人其使用權在法律上較不受保護，此符合民法上的一般原則（§220II; §183; 贈與契約贈與人責任之減免：§§408; 409 II; 410; 411; 416; 417; 418）。且證諸使用借貸的相關規定（§§465-1; 466; 470I 但;II;472），借用人對標的物的使用權限、顯然僅僅受到較低程度的保護。又若對照民法及特別法，對債權使用權人的保障，亦多僅明文針對承租人而已，更顯示出就現行法整體而言，並無意賦予使用借貸有物權（化之）效力。在借用的標的物所有權移轉時，若使用借貸契約仍然並未終結、借用人因而受有損害時，令借用人向原先的貸與人主張債務不履行的責任，對其權益保護，似已足夠。至於以使用借貸之具社會性，似非關鍵性的理由。而長期投資保障的觀點，既無法明確地界定何為值得保障的「長期」投資、甚且與民法第 425 條第 2 項所蘊含的價值判斷不符，當不足採。

至於肯定說主張在「借地耕種」、「借地建屋」時，應類推適用一定的現行法規，賦予其物權化效力，這特別是在方法論上以及法律效果上都存在著諸多的疑義。蓋參酌民法第 425 條、425

條之 1、426 條之 1、876 條規定之文義、體系、立法理由所呈現的立法意圖，現行法對此並無漏洞存在。民法上並未存在如肯定說所預設的一個法律原則：對於每一種對於土地有合法的使用權利的形態，法律上都一概給予（相同程度的）保護；實情反而是：現行法在此不是以當事人間已有租賃契約（§425、426-1），就是以原有使用權人在法律上不可能就其使用權限預先為約 / 設定（§425-1、876）作為保護的前提。因此吾人既無法根據對前述任何一個法律規定的個別類推、亦無法透過對前述所有的規定的總體類推，而賦予借用人物權（化的）效力。何況根據肯定說主張類推適用的結果，實意味著終結原使用借貸關係、就新的租賃契約為強制締約，這顯然是過度干預與變更當事人契約關係（無償變有償、債權變物權（化效力）、契約主體變成第三人），特別是當這種改變已經超過了被保護人（借用人）原先的合理期待，究應如何加以正當化？令人質疑。最後針對為何類推適用應當以有法律漏洞為前提？本文認為從法制史以及比較法的觀點而言，這並非理所當然。惟若是如我國方法論上主流見解，將「類推適用」作為第二階段：「開放漏洞」的補充方法，則和其他漏洞的補充方法一樣，其前提應當是有違反立法計畫的不圓滿性；這不僅在理論上是一致的，也比較符合權力分立、尊重國會的立法權限、盡量避免法官恣意、依法審判、法律安定性等等的要求。

參考文獻

一、中文部分

1. 王澤鑑，法律思維與民法實例，自版，2009年6月。(Tse-Chien Wang, Legal reasoning and cases of civil law, Tse-Chien Wang, Jun. 2009.)
2. 王澤鑑，買賣不破租賃：民法第二四五條之適用、準用及類推適用，民法學說與判例研究（六），三民，2002年3月，頁193-226。(Tez-Chien Wang, Kauf bricht nicht die Miet: § 425 Civil Code, presumption of lease and good faith, in Civil Law Studies, Vol. 6, Sanmin, Mar. 2002, pp.193-226.)
3. 吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則-最高法院九五年第十六次民事庭會議決議評釋-，台灣法學雜誌第111期，2008年9月，頁1-25。(Chung-Jau Wu, “Verdinglichung” presumption of lease and good faith, Taiwan Law Journal, [111], Sep. 2008, pp.1-25.)
4. 林大洋，使用借貸對第三人之效力-實務上相關見解在法學方法上之探討-，法令月刊第59卷第4期，2008年4月，頁4-16。(Da-Yang Lin, “Verdinglichung” of Loan, Law and Regulation Monthly, 59[4], Apr. 2008, pp. -16.)
5. 黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書編輯委員會，1982年8月。(Mao-Zong Huang, Legal method and modern civil law, University of Taiwan legal science collection, Aug. 1982.)
6. 黃茂榮，債法各論，第一冊，植根，2006年9月。(Mao-Zong Huang, Contracts, Vol. 1, Root, Sep. 2006.)

7. 詹森林, 最高法院關於二〇〇二年契約法裁判之研究, 台灣本土法學雜誌第 52 期, 2003 年 11 月, 頁 89-106。(Sheng-lin Jan, On the decisions of Supreme Court Taiwan about contractual disputes in 2002, Taiwan Law Journal, [52], Nov. 2003, pp.89-106.)
8. 謝哲勝, 租賃的推定, 台灣本土法學第 78 期, 2006 年 1 月, 頁 107-116。(Jer-Shenq Shieh, Presumption of lease, Taiwan Law Journal, [78], Jan. 2006, pp.107-116.)
9. 簡資修, 買賣(讓與)不破租賃及其類推適用: 長期投資保障觀點之分析, 政大法學評論第 78 期, 2004 年 4 月, 頁 121-147。(Tze-Shiou Chien, Bayer vs Lessee and it's Analogical Reasoning, Chengchi Law Review, [78], Apr. 2004, pp.121-147.)
10. 蘇永欽, 非線性的體系思考, 法令月刊第 59 卷第 6 期, 2008 年 6 月, 頁 142-145。同文亦收錄於氏著, 尋找新民法, 元照, 2008 年 9 月, 頁 509-513。(Yeong-Chin Su, Non-linear thinking, Law and Regulation Monthly, 59[6], Jun. 2008, pp.142-145. Yeong-Chin Su, The searching for new civil law, Angle, Sep., 2008, pp. 509-513.)

二、外文部分

1. Baldus, Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert, in Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2006.
2. Bamberger/Roth/Herrmann, Kommentar zum BGB, 2. Aufl, 2007.
3. Bankowski/MacCormick, Statutory interpretation in the United Kingdom, in MacCormick/Summers, Interpreting Statutes, 1991.

4. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl, 1992.
5. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl, 1982.
6. Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, F. S. Flume, Band I, 1979, S. 371 ff.
7. Erman/P. Jendrek, BGB Kommentar, 11. Aufl, 2004.
8. Gschnitzer/Faistenberger/Barta, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1992.
9. Honsell, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, 2. Aufl, 2002.
10. Jauernig/Teichmann, BGB Kommentar, 12. Aufl, 2007.
11. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl, 1991.
12. MünchKomm/Häublein, BGB Kommentar, 5. Aufl, 2008.
13. Palandt/Weidenkaff, BGB Kommentar, 69. Aufl, 2010.
14. Schmidt-Futter/Gather, Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 2007.
15. Schön, Zur Analogiefähigkeit des § 571 BGB, JZ 2001, S. 119ff.
17. Staudinger/Emmerich, BGB Kommentar, 2006.
18. Steiner, French legal method, 2002.
19. Summers, Statutory Interpretation in the United States, in MacCormick/Summers, Interpreting Statutes, 1991, p 411 ssq.
20. Torre/Pattaro/Taruffo, Statutory interpretation in Italy, in MacCormick/Summers, Interpreting Statutes, 1991, p 213 ssq.
21. Tropper/Grzegorzcyk/Gardies, Statutory Interpretation in France, in MacCormick/Summers, Interpreting Statutes, 1991, p171 ssq.

三、外文資料庫

1. <http://www.beck-online.beck.de>.