

重要論文導讀 ①

習慣在臺灣民法債編之適用

編目：民法

出處	月旦法學雜誌，第 243 期，頁 22~34	
作者	姚志明教授	
關鍵詞	習慣法、事實上的習慣、法的確信、法源、公共秩序或善良風俗	
摘要	我國民法總則第 1 條規定之「習慣」，係指「習慣法」，其成立須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎；「習慣法」於法律無明文規定時，有補充之效力，當法律有明文規定時，則不能以習慣法作為法源排斥已存在法律明文規定。「事實上的習慣」則指一種慣行，但尚缺法的確信；「事實上的習慣」於法律規定「另有習慣者，依其習慣」時具有優先效力。	
重點整理	本案爭點	民法第 1 條所規定之習慣與債編所規定之習慣在學理及實務適用之情形。
	解評	<p>一、習慣之意義</p> <p>(一)習慣法</p> <p>1.起源</p> <p>(1)瑞士之習慣法 瑞士民法第 1 條亦將習慣法明定為法源；因此學說多認為我國第 1 條乃仿其而來。習慣法之功能為次要之法源，目的在填補法律漏洞。學說及實務亦認為，習慣法須存在一段相當時間且被反覆實施，並達到法律之確信程度。</p> <p>(2)德國之習慣法 德國民法雖欠缺習慣法規定，但學理普遍承認習慣法得作為法源依據。學說認為習慣法與法律並列為同位階之法源。而習慣法之存在，須經由長期之實施，並廣泛的被確信其具有拘束力。而習慣法存在及有效之理由，形成說者認為係基於立法者明示或默示授權；承認說則認為係基於普遍之確認而來。</p> <p>2.習慣法之意義</p> <p>(1)民法第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」通說認為民法</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>第1條之「習慣」，係指「習慣法」，其成立須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。</p> <p>(2)然法律實務上，習慣法之形成則係經法院之判決承認而普遍使用下而來。故學者黃立認為，原始意義之習慣法已失其重要性。</p> <p>3.習慣法存在與否之確認，實務上強調除主張之當事人依法提出證據外，法院應盡調查之職權，例如：</p> <p>(1)最高法院18年上字第2259號民事判例、最高法院91年度台上字第1562號民事判決：習慣法則之成立，必先有習慣事實存在，故法院認定習慣法則與認定事實，同應依法為種種之調查，以資認定，不得憑空臆斷。</p> <p>(2)最高法院19年上字第916號民事判例：習慣法則之存在與否，除主張之當事人依法提出證據外，法院應依職權調查之。</p> <p>(3)最高法院40年度台上字第1945號民事判決：主張習慣法則以為攻擊防禦方法者，自應依主張事實之通例，就此項慣行為該地方人均認其有拘束其行為之效力之事實，負舉證責任。</p> <p>(二)事實上的習慣</p> <p>1.學說認為，與「習慣法」在概念上應嚴格區別者，乃為「事實上的習慣」。所謂「事實上的習慣」，係指一種慣行，但尚缺法的確信，或稱為單純之事實。係交易上習慣上為人所慣用實施，惟一般人尚欠缺此種慣行必須遵從之確信。</p> <p>2.事實上習慣有時被納入法律條文中（如：民法第161、207、314、369、429、483、524、560、602、654條等），而具有法律效力。</p> <p>3.通說認為，除民法第1條之習慣係指「習慣法」外，其他有關習慣之規定者，均係指「事實上的習慣」。</p> <p>二、習慣法與事實上的習慣之效力</p> <p>(一)習慣法之補充效力</p> <p>1.民法第1條之習慣法乃為補充法所未規定者，其係具補充效力，僅於法律無明文規定時，有補充之效力。</p> <p>2.當法律有明文規定時，不能以習慣法作為法源，</p>
-------------	-----------	---

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>而排斥已存在法律明文規定。</p> <p>3.實務（如：最高法院 17 年上字第 691 號民事判例）認為，習慣法亦應適用民法第 2 條，不得背於公共秩序或善良風俗。</p> <p>(二)事實上習慣之效力</p> <p>1.優先效力</p> <p>(1)學說認為，當法律另有特別規定「另有習慣者，依其習慣」，應優先適用習慣，故此時習慣具有優先效力。</p> <p>(2)例如民法第 450 條第 2 項規定：「未定期限者，各當事人得隨時終止契約。但有利於承租人之習慣者，從其習慣。」此項習慣即因法律之特別規定而有優先效力。尚有民法第 314、372、429、537、579、592 條等。</p> <p>2.不具優先效力之事實上習慣</p> <p>例如民法第 483 條規定：「如依情形，非受報酬即不服勞務者，視為允與報酬（第 1 項）。未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付（第 2 項）。」僱傭契約之報酬額以約定為第一優先，以價目表為第二優先，若均無始以習慣定報酬額。此時習慣則不具適用上之優先效力。此亦有民法第 491、566 條等。</p> <p>3.習慣不得背於公共秩序或善良風俗</p> <p>(1)民法第 2 條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」縱使被納入法律條文之事實上習慣，亦不得違反公共秩序或善良風俗。</p> <p>(2)公共秩序係指國家社會之一般利益，即國家存立及發展所必要且表徵於法律本身價值體系之共同生活秩序要求，例如：立國精神、基本人權及基本國策等。</p> <p>(3)善良風俗指國家社會之一般道德觀念，即國家存立及發展所必要且表徵於法律本身價值體系外之一般國民倫理及道德觀念，例如：文化傳統、生活方式及民間習俗等。</p> <p>三、習慣於民法債編之實務適用</p> <p>(一)民法第 207 條之複利計算：</p> <p>1.民法第 207 條第 1 項規定：「利息不得滾入原本</p>
-------------	-----------	--

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>再生利息。但當事人以書面約定，利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。」乃採複利計算禁止原則。但第 2 項則明定：「前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之（第 2 項）。」亦即，如有商業習慣計算複利者，當事人間之利息計算則得採複利計算之，且無須受到前項但書之限制。</p> <p>2.實務案例</p> <p>(1)最高法院 43 年台上字第 477 號民事判例：「但在銀錢業方面，如確有將利息滾入原本再生利息之特別習慣，當亦不失其為民法第二百零七條第二項，所稱之商業上習慣，應優先於同條第一項之規定而適用之。」</p> <p>(2)最高法院 26 年渝上字第 948 號民事判例：「民法第二百零七條第二項既明定前項規定，如商業上另有習慣者不適用之，則商業上得將利息滾入原本再生利息之習慣，自應優先於同條第一項之規定而適用之，不容再執民法第一條前段所定之一般原則，以排斥其適用。」</p> <p>(3)最高法院 42 年度台上字第 1061 號民事判決：「商業上得將利息滾入原本再生利息之習慣，自應優先於民法第二〇七條第一項之規定而適用。此觀民法第二〇七條第二項之規定至明，因此，在習慣優先於法律而適用之情形，無民法第一條之適用。」</p> <p>(二)違反公序良俗之習慣為無效：</p> <p>1.最高法院 30 年上字第 131 號、19 年上字第 1863 號民事判例：「賣產應先問親房之習慣，有背於公共秩序，不能認為有法之效力。」</p> <p>2.最高法院 18 年上字第 153 號民事判例：「凡租房以開設工廠或商店之長期租戶，如依該地方習慣應有先買權，固無妨認其習慣有法之效力。惟認許此種先買權之習慣，應以期限較長或無期之租戶為限，若其他短期租戶主張先買權，不獨限制所有權人之處分自由，且於地方之發達暨經濟之流通不無影響，為維持公共之秩序及利益計，縱令該地方有此習慣，於法亦斷難認許。」</p> <p>3.最高法院 17 年上字第 691 號民事判例：「習慣法則應以一般人所共信不害公益為要件，否則縱屬</p>
-------------	-----------	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>舊有習慣，亦難認為有法的效力。」 (三)民法第 1 條之習慣僅具補充效力，須民事法律所未規定者方依習慣： 1.最高法院 32 年上字第 796 號民事判例：「未定給付期之議單買賣，買方至比期（每月十五及月底）不交款，賣方得通知買方取銷議單，縱為臨川縣之商業習慣，但與民法第二百五十四條之規定不無抵觸，除當事人於訂約時有作為契約內容之意思者，應依其習慣外，自無民法第一條所稱習慣之效力。」 2.最高法院 21 年上字第 3253 號民事判例：「民事法律所未規定者方依習慣，承租人未得出租人承諾，將租賃物全部轉租於他人者，出租人得終止契約，法律既有明文規定，當事人自無主張應依相反習慣之餘地。」 四、結論 現今習慣法之形成，主要係法官對於法律續造，亦即經由法院知使用而普遍被接受而形成之習慣法。惟習慣法在現行法律體系中已少見於實務判決。蓋在成文法國家中，生活規範之依據多已大量透過立法方式加以規範，習慣法隨之少被作為實務判決之依據，其重要性已遠遜於成文化之法典。</p>
<p>考題趨勢</p>	<p>習慣法之效力及適用</p>	
<p>延伸閱讀</p>	<p>一、簡資修，〈法律經濟分析系列(七)-習慣：游移於事實與法律之間〉，《月旦法學雜誌》，第 110 期，頁 172-177。 二、王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 44:1 期，頁 1-69。 ※延伸閱讀推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！</p>	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！