

民事法專論

葉賽鶯 著

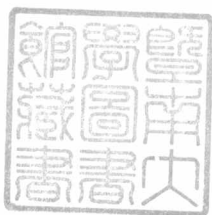


新學林

港台書

民法專論

葉賽鶯 著



民事法專論 / 葉賽鶯著. -- 一版. -- 臺北市：
新學林, 2011. 03
面； 公分.

ISBN 978-986 - 295 - 000 - 5 (平裝)

1. 民事法

584

100004684

民事法專論

著 作 者：葉賽鶯

出 版 者：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市和平東路二段339號9樓

電 話：(02) 27001808 傳 真：(02)
27059080

網 址：<http://www.sharing.com.tw>

總 經 理：毛基正

主 編：林靜妙 版 權 部：林靜妙

製程管理：浩瀚

出版日期：2011年3月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定 價：350 元

ISBN 978-986 - 295 - 000 - 5

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw>

孫前大法官 序

深具法學素養的葉賽鶯法官

葉賽鶯法官是由北二女保送臺灣大學法律系司法組的資優生，於 1970 年畢業當年即考上司法官特考，自 1972 年開始司法官生涯。於歷任一、二審法官後，在 1990 年受法務部呂有文部長賞識，轉調法務部，於 1993 年至 1996 年間任法律事務司司長。在此期間，森焱因參與民法債編研究修正委員會委員，與葉司長共事，因而瞭解葉司長具深厚的學識經驗。法律事務司是負責擬議草案的業務單位，於會議中提供的參考資料甚為豐富，於本論文集刊載的「旅遊契約有關立法例簡介」一文，介紹 1970 年布魯塞爾旅行契約國際公約及 1979 年德國民法有關旅行契約規定，對於我國民法債編「旅遊」規定之立法，影響甚夥。葉司長任事認真盡責，由此即可窺見端倪。

葉法官有深厚學識，森焱早在之前即已領教。1986 年 3 月葉法官送我大著「給付不能之理論與實務」，當時她是二審法官調司法院辦事，擔任科長。在鄭玉波教授所寫序文中提到，葉法官當時已獲得臺灣大學法學院法律研究所碩士學位，照葉法官說，她是在 1976 年考進臺大法律研究所，當是在初擔任桃園地方法院法官時有此勇氣，此

後又調職台中及桃園地方法院擔任法官兼庭長。於擔任台中地方法院庭長時已生有一男一女，葉法官擔任審判工作，平常案牘勞形，固不待言，要照顧子女，料理家庭事務之餘，還有毅力從事學術研究，鑽研中、日、德文文獻，撰寫論文，實非常人所能及。難能可貴者，給付不能為民法債編歷來學說紛紜之難題之一，葉著從理論與實務，詳加分析，提出創見，深值欽佩。

葉法官服務於法務部期間參與制定或修正法律草案工作，先後完成「信託法草案」、「犯罪被害人補償法草案」、「二二八事件處理及補償條例」、「行政法程序法草案」、「電腦處理個人資料保護法草案」及「通訊監察法草案」等，涉及人權保護、科技法學、行政程序等，在當時是新穎的先進法學。涉獵無數中外文獻，參訪德國學者、奧國憲法法院法官，研究討論各項問題，備極辛勞。亦因經此歷練，葉法官是目前國內研究信託法的佼佼者，已在中原大學及東吳大學擔任教席有年。

本論文集是葉法官彙集任職司法官生涯中撰寫的論文，是從事審判、司法行政經驗中，研究學術獲得的結晶，包括實體法九篇及程序法五篇，另有日文資料之翻譯三篇。涉及男女平權、更生保護制度、基地租賃、旅遊契約、典權等課題。程序法論文中有關訴訟標的新理論的介紹及新舊理論之調和，更是困擾實務之難題，葉法官之論文題為「嘗試」，應是有先見之明。

葉法官的尊翁是臺灣歌壇上赫赫有名的葉俊麟先生，

是森焱在民法債編研究修正委員會時獲知的。葉老先生的歌詞具有濃厚的文學品味，同時又有豐富的浪漫、樂觀的韻律，葉法官何以選擇從事拘謹的法官生涯？令我感到意外。可是葉法官的文學、音樂基因，樂觀的氣質，在她自最高法院法官任內退休後，表露無遺。她是臺灣 21 世紀婦女協會創會會長，同協會合唱團團長、臺語詩吟唱班班長；臺灣美滿婚姻促進會副理事長；文化公益信託葉俊麟臺灣歌謠推展基金諮詢委員會召集人。不但為尊翁遺留的臺灣文化歌謠作推展工作，更促成前臺北縣政府在淡水漁人碼頭豎立「淡水暮色」歌碑，刻有歌詞，讓遊客在日落水面染五彩的景色裏，體會風中漂流的歌謠曲調，浸潤在令人情意難捨的幽美氣氛。

孫森焱

前司法院大法官

王前大法官 序

本書《民事法專論》作者葉賽鶯女士畢業於國立台灣大學法律學研究所，師從民法學大家鄭玉波教授從事民法研究，歷任地院、高院及最高法院法官、法務部法律事務司司長，並在大學講授民事特別法。我在台大任教期間，常與葉法官共同研討民法問題，其後曾同時擔任法務部信託法研究制定委員會委員，知其對民法有精湛造詣。前曾拜讀本書所收集的若干論文，茲有機會綜合研讀，對其廣博的學識，關於民事法全面透澈的認識，及整合民法與民事特別法、實體法與程序法的能力，深感敬佩，相信本書的刊行將有助於民事法學的研究與發展。

民事法專論收集十七篇論文，涵蓋實體法、程序法及其他論文，體現作者的實務經歷（司法）、司法行政工作（立法）及教學研究（學術）的成果。民法的部分涉及民法總則、債編、物權及親屬法的核心問題，包括理論建構（如住所與男女平等原則），案例分析檢討（如基地租賃權讓與，典物所有權之取得），以及立法研修（如父權條款之過去現在與未來）。在程序法方面除深入探究事實上推定外，最值得指出的是《辯論主義與訴訟標的理論之關係》與《訴訟標的新理論之難題及調和新舊法理論之嘗試》二篇論文，具有高度學術性，致力於建構我國訴訟標

的理論體系，深具啟示性。

本書的論文寫作完成於不同時間，反映了我國民法演變過程中的基本問題，其所討論的，固係針對當時的重要議題，但具有前瞻性，其法律見解及理論架構可供更深刻認識民事法的變遷，具有溫故知新、啟發思想的學術價值。

一個法律人能夠像本書作者具有司法、行政（包括法律研修）及學術經歷的，誠屬幸事，其能發揮所長，著書立說，更值欽佩。我國法學的進步多獲益於實務家的論著，因其能更敏銳地發現爭點，明確地找出解決途徑，而在具體個案中實現正義。若能有更多司法界人士撰寫論文，結合判例與學說，探究諸如不當得利統一說與非統一說在實務上的檢驗等問題，對促進我國民事法更進一步的開展，將有重大長遠的貢獻。

王澤鑑

台大名譽教授

前司法院大法官

二〇一一年二月十九日

楊院長 序

剖析毫芒，廣徵博採

我自民國九十六年九月奉派到最高法院服務以來，最令我覺得有意義的事，莫過於可先睹法官們的裁判正本。我一直把每一件裁判都當作一件精雕細琢的藝術品，從各種角度來觀賞法官們的用心以及其思維過程。雖然偶會見到小瑕疵，不免覺得有點遺憾，但本諸審判獨立的精神，即使作為首長，也不敢逾越我的本份，畢竟「批判」是屬於學者們的工作而非首長。裁判能夠盡善盡美，固然是美事一樁，但「瑕不掩瑜，瑜不掩瑕」，亦可引發學者們的批判，審判纔會精進，這應也是當初設計「審判獨立」制度的「週邊機制」吧！

祇是與英美德日等國相較，我國法學者似乎怠惰了些，而社會乃至國家對類此週邊機制也不甚重視，沒有提供相對的酬勞與資源，以致他們興趣缺缺，未把這個機制運轉起來。再者，少部分媒體工作者也每每以為修了幾學分的「法學緒論」，就自認已精通法律，自詡為專家，經常在媒體上半生不熟的大事評論一番，使人們目之所接，耳之所聞，盡係一片歪理，不免令人大興「惡紫之奪朱」之嘆！

長此以往，欲人民尊重司法，猶若緣木而求魚。尊重司法之途，當然越走越悖離；若當事人（包括檢察官）也來參一腳，未加克制，不循救濟途徑在訴訟體制內主張，反而經常在體制外胡亂指責，煽惑聽聞，也會使人們如墜入五里霧中，讓人不想蔑視司法也難！

葉法官賽鶯學驗俱優，素有才女美譽，早年洞察及此，本其經年累月培養出剖析毫芒、廣徵博採的能力，經常客串「學者」撰述論文，公諸於世，期能在「黃鐘毀棄，瓦釜雷鳴」當下，力矯其弊，令人敬佩。其於本書中所集各篇讜言宏論，都是結合學術理論與其將近三十年的實務經驗所獲得的結晶，殊屬難能可貴，其中，篇篇內容豐實，段段見解精湛，深信必能發揮與當初發表論著時一樣，再次讓人醍醐灌頂，使審判更能精進，人民更瞭解法律。

有一件事大家也許淡忘了，值得在此大書特書，相信大家對她的法學功力，必會有更深一層的認識。我國民法第二百四十七條第一項規定：「契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人，負賠償責任」，究竟其所稱「不能之給付」，僅指「客觀不能」，抑亦包括「主觀不能」在內？在民國六十九年六、七月間，曾引發民法兩大巨擘王澤鑑與孫森焱二氏的大論戰。

當時王氏是台大教授，主張民法第二百四十六條所稱

「不能之給付」，係指客觀不能，不包括主觀不能在內，故以主觀不能之給付為標的者，契約仍為有效。王氏最主要的論據，是採「立法者之意思說」，認為該條立法理由稱：「按民律草案第五百十三條及第五百十七條謂當事人，得自由以契約訂定債務關係之內容，而其標的，則以可能給付為必要。故以客觀之不能給付（不問其為相對的不能或絕對的不能）為標的之契約，法律上認為無效，所以防無益之爭議也。但係主觀之不能給付，其契約仍應為有效，使債務人負損害賠償之責，此無待明文規定」等語（按王氏尚有其他理由），因而力主所謂「不能之給付」，僅指「客觀不能」而言。

孫氏當時為最高法院庭長，主張民法第二百四十六條所稱「不能之給付」，苟屬自始不能給付，不論依何標準將其劃分為主觀不能或客觀不能，均屬標的不能。孫氏最主要的論據，是採「法律規範意思說」，認為若法律制定時日已久，社會情況已有變遷，仍要求拘泥不合時宜之立法者意思，不免不符人民的法律感情，因而他運用「社會學的解釋方法」，力主「不能」之意義，係指依社會通常觀念，債務人應為之給付，不能依債務本旨實現而言。因而極力主張認定「不能」之標準，唯有求諸「社會通常觀念」之一途，而且僅有單一之標準，並無主觀不能及客觀不能之雙重標準（按孫氏尚有其他理由），進而推出：「不能之觀念，既應以社會通常觀念認定之，則其所以不能給付，究係由債務人個人之原因，抑或由於事物之原因所

致，其不能給付則一。倘若債務人之無資力及種類之債，應排除於給付不能範圍之外，則關於給付不能再細分為主觀不能及客觀不能，即屬無意義」等語。

當時王、孫二氏論戰不休，在學界譽為一時盛事。其後王、孫二氏同時被提名為第六屆大法官，一時瑜亮，被認為係屬法界一大佳事，此是後話，表過不提。

以是之故，葉法官於民國七十五年出版「給付不能之理論與實務」一書時，學界及實務界莫不翹首以待，莫不想先睹為快，想看這位才女之卓見，究竟偏於何方，最重要的當然是其理由安在。孰知她四兩撥千金，以法學方法論加以說明，認為給付不能係一種法律上之事實，而給付義務則為一種法律上之義務。前者為「存在」(Sein)之問題，而後者則係「當為」(Sollen)之問題。前者所陳述者係事實，後者與價值判斷有密切關係，二者並無邏輯上必然的關連性。

葉法官在王、孫二氏之間輕輕一閃，不願捲入論戰的漩渦，其拿捏分寸，可以說恰到好處，不差累黍。一方面其輕描淡寫的指出：「我國與德國學者『通說』，於自始不能主張區分為主觀不能與客觀不能，堅持僅自始客觀不能導致契約無效，對於法律明文例外規定之解釋，則儘量從寬，其用心良苦」，另方面又意在弦外，指出：存在不能演繹出當為，事實不能導出價值。彷彿認為解釋法條，無非係一種價值判斷，不能偏離人們的社會通念。

她把爭論的問題所在，不著痕跡地點出來了，自己又

置身事外，如非具有大智慧者，曷克臻此。無怪乎，她自八十八年七月辭卸最高法院法官一職後，大家對她辦案的睿智及果斷，仍留在腦海中，把她列為「思慕的人」，認為她的離職，對司法而言，「真可惜」，也算司法界一段佳話。

楊仁壽

最高法院院長

自序

1986 年 1 月間，拙著「給付不能之理論與實務」出版，當時序言中曾謂：「迄今年屆不惑，始有第一本書問世」云云；如今，已過「知天命」之齡，方能將數十年來散落各論文集或期刊雜誌的民事法相關論文，彙編成書；歲月匆匆，怠惰因循至此，思之頗令人汗顏。

本書彙集之論文，最早為 1978 年刊載於法學叢刊之「論事實上之推定」，時於台灣桃園地方法院任法官，另於 1979 年刊載於同雜誌之與訴訟標的有關兩篇拙文，亦同；另「『典物所有權之取得』案例一則之分析檢討」及「從最高法院若干裁判探討『定暫時狀態假處分』」兩篇拙文，則係自公職（最高法院）退休（1999 年）前之 1997 年及 1998 年間所作；最近者，則為 2001 年刊載於前大法官楊與齡主編「民法總則實例問題分析」中之「住所與男女平等原則」一文，時已自最高法院退休；其餘拙文多係任職於高等法院（於司法院兼任科長、1984 至 1990 年）或法務部（1990 至 1996 年間）時，利用公餘之暇所撰；故均已逾十年以上（近年來之撰述，多在兼任教職相關之信託法方面，此方面拙文當另集結成冊，再行出版）；其間本書內文所涉之民法債編、物權編、親屬編、民事訴訟法及商務仲裁條例等，近年來均有重大修正（上述條例於

1998 年修正為「仲裁法」)，另有電腦處理個人資料保護法之制定（現已於 2010 年間更名並修正為「個人資料保護法」）；個人得幸參與上述相關法案之制定或修正，或從事民事審判工作，相關論文大多與所任職務攸關，如今或已成歷史文件，鑑於「敝帚自珍」之理念，乃予彙整成書；如能對相關法律之制定、修正或實務之運作，有些微之助益，當屬個人之萬幸。

承蒙厚愛，能榮獲備受敬重與尊崇的司法界前輩孫前大法官森焱、民法學界泰斗王師澤鑑前大法官、暨於法學及實務界素享盛名並曾多次為作者長官之最高法院楊院長仁壽，分別撥冗惠賜鴻序，鼓勵溢美有加，為拙書增添無限光彩，謹此再申崇高的敬意與深刻的謝忱！又個人就學及任職時其他多位師長的教導、提攜與栽培，雖未能一一備述，亦應在此致敬與感謝！

另本書得以彙集成冊及出版，中原大學研究生陳佳聖及現任職於新學林出版公司副理之林靜妙（曾為作者於文化大學兼課時之學生）多方協力，尤其佳聖並費時不少，為多次校對，二人均功不可沒；又外子肇昌及一雙兒女在精神上的支持與生活上的寬容，家母與先父自幼迄今無怨無悔的浩瀚親情，以及親朋好友的溫馨協助，均應一併致謝！

本書係彙集數十年來所撰之論文，並無體系可言，勉強依其性質，分別納入實體法及程序法兩部分；至於附錄三篇拙文，則係譯述資料，且非民事法專論，故不列入本

文；再者，近年來民事法修正頗多，加以個人才疏學淺，失誤難免，當祈各位先進教正為感。

民事法專論

目 錄

孫前大法官 序	i
王前大法官 序	v
楊院長 序	vii
自序	xiii

壹、實體法

一、民法

住所與男女平等原則	001
更生保護會之法律上地位暨其與法務部之關係	017
基地租賃權讓與案例二則之分析檢討	039
旅遊契約有關立法例簡介	073
「典物所有權之取得」案例一則之分析檢討	097
父權條款之過去現在與未來 ——以相關規定之研修始末為中心	117