

民法问题 与实例解析

Analysis on
Issues and Cases
of Civil Law

林诚二 著



D927.583/3

2008

民法问题 与实例解析

Analysis on
Issues and Cases
of Civil Law

林诚二 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法问题与实例解析 / 林诚二著. —北京: 法律出版社, 2008. 4

ISBN 978-7-5036-8327-5

I. 民… II. 林… III. 民法-法的理论-研究-中国 IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 038719 号

©法律出版社·中国

民法问题与实例解析

林诚二 著

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11 字数 274 千

印次 2008 年 5 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5036-8327-5

定价: 30.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

法律理论有关正义概念的论述,犹若一座巴贝塔,或朝平行线进行,或朝多角形进行,甚至有如仙女散花似的凌空飞舞,法律的坐标——正义——模糊了。因此,什么叫做法律,也就更模糊了。H. L. A. Hart 为了要界定“什么是法律”写了一部经典著作 *The Concept of Law*,然而从 Hart 书中对法律的定义,亦无法获得令人信服的答案。正义概念亦复如此。林诚二教授在财团法人满宽文教基金会支持下完成的近著《民法问题与实例解析》一书中,从“烟雾弥漫中”寻到了烟害侵权行为之请求权基础,找到了正义的答案。林教授穿透烟雾森林在现实的社会生活中指出正义的所在,同时印证了世界知名法学家 Edgar Bodenheimer (1908—1991) 方法论的科学性,法律上所谓的正义,是可以,而且本来就应从事实的角度去观察理解的。

“正义”概念倘不从事实的角度加以具体化,根本就是一席说不清楚的空话。仅游走顾抽象的法律概念,而不切入其社会具体情事及其实用目的,一味从事形式法律概念分析者, Rudolf von Jhering

即讥诮其为“概念法学”(Begriffsjurisprudenz)。荀子讥“马非马也”(即白马非马)之说,惑以用名以乱实。以法律抽象要件事实直接视为社会具体事实,本来就是逻辑思考物化的谬误(fallacy of reification),追逐法条概念,格物而不能致知,实属貽患学林。果真“尽信书,不如无书”乎?!

台湾地区民法学界开始以案例事实阐释抽象法律概念的学者,首推王泽鉴教授,王教授的案例分析方法泽被无数台湾学子,也间接影响司法判决。桃园地方法院一位法官在他的判决中引述王教授的见解,大胆的写出某则“最高法院”^{*}的判例“为本院所不采”的司法意见,一时法律正义似乎失去了现时的判断准则,实则多了一个未来的判断准则,后来台湾地区“民法”^{**}第407条终于被修正删除了。实例分析,正如已故王伯琦教授所描述的,往往可以为超前立法找出一条出路。林教授擅长于民法体系的分析,涉及的课题在林教授的表列中一览无遗,而林教授巧妙地将抽象法律概念融入案例事实,再将具体事实反推出法律概念的法学方法,放眼当今民法学界的论述中,极具特色,不可多观。林教授的实例分析方法,逸出1870年代美国哈佛大学 Christopher Columbu Langdell 建立的“案例研究”法(case law study),只侧重归纳、演绎而钻入牛角尖,形成形式主义(formalism)的牛角尖正义。林教授以实例分析追寻法律正义的法学方法,贯穿法律与社会生活,颇具实用主义的功夫,其与日本关西大学学者高森八四郎在平成3年,就日本民法第110条逾越代理权表见代理之正当理由所作案例分析,两者比较之下,但见林教授论述铺陈及概念实质性之说明,于法律正义具体化之过程更见明晰,更易于理解。法律案例分析法,可以远离法律虚无主义(nihilism),林教授诸多民事案例分析的论述中,正义从来就不是一种令人看不懂的虚拟语辞。虽然,我不好意思公开承认我的肤浅民法知识得之于林教授的实例分析著作。然而,平日一遇有民法上的疑义,首先参阅的资料就是备置在书桌

* 以下所称“最高法院”等均指台湾地区“最高法院”。——编者注

** 以下所称“民法”等均指台湾地区“民法”。——编者注

上几部林教授案例分析的论著。林教授这部《民法问题与实例解析》近作,出现在我的书桌上,犹如 20 世纪 50 年代美国知名女作家 Anne Morrow Lindbergh 所描述的“gift from the sea”,在我民法知识困顿中,漂来护体,一头钻进去,弥足珍贵。

林教授这部近著是一部值得精读的民法经典著作,其实例分析的视野宽广,将民事法学带入 Law ands 的领域,格局放大。值此民事法律思潮朝向全球化的趋势中,前有日本东京大学田中耕太郎早年提出的世界私法,后有 2003 年当代美国学者 Harold J. Berman 主张,“多元文化世代法律”(multicultural world law)必须透过后革命信念(postrevolutionary belief)始能维护变迁中社会的需求及价值,林教授的这部近作,正迎合了这种法律思维的潮流。未来世界法律潮漂,将流向一个难以预测的空间,已非任何人所能掌握与预断。而就台湾地区民事法律体系进行实例分析的法学著作,汇引世界法律思潮注入法律生命中,其宏观的视野必将开创台湾地区民法走向全球化的领域。

林教授这部《民法问题与实例解析》巨著,不仅可贵亦值得一读,至于其余的价值就留待读者自我评断了,是为之序,期勉共享一顿民法盛餐。

2005 年 5 月 3 日

王宝辉 谨志

作者序

欣闻财团法人满宽文教基金会董事长邱庆山先生有意出版法律丛书,藉以提升台湾地区之法学研究、造福社会大众,作者深感有幸,蒙邱董事长之邀,将近年来研究民法之心得,即发表于各期刊之文章,共计论文三篇、判决评释二篇及实例分析十六篇,集结成册,名为“满宽文教基金会法学丛书(二)民法问题与实例解析(第一册)”。作者自知口才疏学浅,书中论点难免谬误丛生,尚盼先进专家不吝指正,以为切当,使民法之学说与实务更加进步。

本书之成,承挚友王宝辉教授百忙之中添序为荣,不胜感激;另蒙贤棣叶张基君帮忙搜集资料、汇整编辑与缮打,亦谨此致谢;最后感谢瑞兴图书股份有限公司慨予出版发行。

林诚二

序于东吴大学法学院研究室

2005年5月20日

目 录

“民法”债编不动产债权契约公证与特殊侵权行为 实例研究 /1

案例 /2

壹、不动产买卖契约与租赁契约之公证 /2

一、不动产买卖契约之公证 /2

二、不动产租赁契约之公证 /9

三、本次“民法”债编修正公证之规定 /14

贰、工作物所有人责任与动力车驾驶人责任 /14

一、工作物所有人责任 /14

二、动力车驾驶人责任 /17

叁、侵害生命权损害赔偿之范围 /22

一、财产上之损害赔偿 /22

二、非财产上之损害赔偿 /24

肆、案例解析——代结论 /26

一、房屋所有权属于丙 /26

二、租赁契约对于不动产受让人丙仍继续存 在 /26

三、戊之死亡应由乙负责 /26

四、己与庚得请求损害赔偿之范围 /27

在烟雾弥漫中寻找正义

——论烟害诉讼在美国法上之请求权基础 /29

壹、前言 /30

贰、问题之提出 /30

叁、请求权基础之分析 /31

一、契约法上之请求权基础 /31

二、侵权行为法上之请求权基础 /33

三、反托拉斯法上之请求权基础 /36

肆、结语 /38

营业合并时最高限额抵押权之让与 /40

案例 /41

前言 /41

壹、营业合并 /42

一、营业合并之意义 /42

二、营业合并之程序 /42

三、营业合并之效果 /43

贰、最高限额抵押权 /44

一、最高限额抵押权之意义 /44

二、最高限额抵押权之确定 /46

三、最高限额抵押权之移转 /47

叁、营业合并时最高限额抵押权之让与 /48

肆、案例解析 /49

一、B、G 为营业合并 /49

二、B 对 A 之债权 /49

三、B 对 C 之债权 /51

四、B 对 D 之债权 /51

五、B 对 F 之债权 /52

伍、结语 /53

情事变更原则之再探讨 /54

前言 /55

壹、情事变更原则之意义 /56

一、台湾地区法情事变更之意义 /56

二、英美法情事变更之意义 /57

贰、情事变更原则之理论依据 /58

一、约款说 (terms or conditions) /58

二、相互性说 /59

三、行为基础说 /59

四、法律制度说 /60

五、诚信衡平说 /60

叁、情事变更原则之构成要件 /62

一、须有情事变更之事实 /62

二、必须发生于法律行为成立后法律效果消灭前 /63

三、须非当事人于法律行为当时所得预料 /63

四、必须情事变更系因不可归责于当事人之事由所致 /64

五、情事变更依其原有效果必须显失公平 /65

六、适用上不以法律行为所生之法律关系为限 /65

肆、情事变更原则之适用效果 /65

一、第一次效力 /66

二、第二次效力 /68

三、二次效力间之关系 /68

伍、台湾地区情事变更原则之规定 /69

一、立法过程 /69

二、“民事诉讼法”第 397 条 /70

三、“民法”第 227 条之二 /73

四、个别法条之探讨 /75

五、特殊问题 /82

陆、案例评析——代结论 /84

一、“最高法院”1999 年度台上字第 2693 号判决 /84

二、“最高法院”1999 年度台上字第 2695 号判决 /84

三、“最高法院”1999 年度台上字第 2921 号判决 /85

论捐助行为之撤销及捐助财产之处分 /87

案例 /88

壹、财团法人之设立 /89

一、捐助行为 /89

二、订定捐助章程或遗嘱 /89

三、向主管机关申请许可 /90

四、向法院办理设立登记 /90

贰、捐助行为之撤销 /91

一、法人设立登记完成前 /91

二、法人设立登记完成后 /93

叁、主管机关为设立许可后，董事怠于办理财团登记及移转捐助财产

所有权予财团法人等行为之效果 /94

一、“行政法”方面 /94

二、“民法”方面 /96

肆、财团法人设立登记后，捐助财产之处分 /96

一、不动产之处分与设定负担 /96

二、其他财产之处分 /97

伍、案例解答——代结论 /100

一、在未得主管机关许可设立财团前，甲之继承人 C 得否撤回该三千万元之捐助？/100

二、主管机关许可设立财团后，设立登记完成前，甲之继承人 C 得否撤销该三千万元之捐助？/101

三、主管机关为设立许可后,董事 D 拒不办理财团登记,该捐助之三十万元应如何处理? /101

四、财团法人设立登记后,捐助财产之处分可否修改章程规定,将该全部三十万元再捐助设立另一财团法人? /101

论劳工服劳务受害之赔偿请求权 /103

案例 /104

前言 /104

壹、保障劳工生命、身体、健康之法令规定 /105

一、法令规定 /105

二、违反法令强制规定之效果 /107

三、请求权之竞合问题 /118

贰、与有过失规定之适用问题 /120

一、债务不履行与侵权行为损害赔偿请求权 /120

二、职业灾害补偿请求权 /121

三、劳工保险给付请求权 /121

四、职业灾害补助请求权 /122

叁、雇用人之使用人(受雇人)之介入 /122

一、加害之受雇人与被害之受雇人间之法律关系 /122

二、雇用人与受害之受雇人间之法律关系 /122

三、雇用人与加害之受雇人间之法律关系 /124

肆、案例解析——代结论 /125

一、A 可向 B 主张何种权利 /125

二、如该机器爆炸系因工厂之另一员工 C 不慎误触机器所导致,其结果有无不同? /125

三、A 右手残废,除前述请求权外,A 得向“劳工保险局”主张何种请求权? /126

四、如 B 未为 A 投保劳工保险,得向 B 主张何种权利? /126

再论诚实信用原则与权利滥用禁止原则之机能

——兼评“最高法院”1999年度台上字第2819号民事判决 /127

判决摘要 /129

前言 /135

壹、问题提示 /135

贰、诚信原则及权利滥用禁止法理 /140

叁、诚信原则之机能考察 /142

一、具体化机能 /142

二、正义衡平机能 /143

三、法修正机能 /146

四、法创设机能 /146

肆、权利滥用机能之考察 /147

一、侵权行为机能 /147

二、权利范围明确化机能 /148

三、权利行使范围缩小化机能 /148

四、强制调停机能 /148

伍、二者关系学说探讨 /149

一、学说 /149

二、实务见解 /150

陆、近年实务发展 /150

一、定型化契约与附合契约 /150

二、同时履行抗辩权 /152

三、劳工调动与预告终止劳动契约 /153

四、租赁关系 /154

五、承揽关系与押标金、保证金 /156

六、保证关系 /157

七、损害赔偿额之计算 /157

八、法律适用问题 /159

九、占有 /159

十、争点效 /161

柒、依诚信原则与权利滥用禁止法理形成之法则 /163

一、禁反言原则 /163

二、权利失效原则 /163

三、洁手原则 /163

四、情事变更原则 /163

五、背信行为论 /164

六、忍受限度论、环境权论及日照权论 /164

七、恶意排除原则 /165

八、相邻关系理论 /165

捌、研究意见 /165

一、关于“民法”第 148 条 /165

二、关于适用问题 /166

玖、判决评析——代结论 /168

资产管理公司 (AMC) 法制初探 /171

壹、前言 /172

贰、资产管理公司之意义、功能及种类 /173

一、意义与功能 /173

二、种类 /174

叁、各种不良金融资产处理机制之比较观察 /175

一、各种法制 /175

二、大陆地区法制 /179

肆、台湾地区建立资产管理公司法制的问题与挑战 /181

一、公营抑民营 /181

二、设立的型态：信托公司抑一般公司 /182

三、受让债权 /182

四、拍卖法制 /184

五、流质(押)契约 /185

六、重整法制 /185

七、资产证券化 /188

伍、结论 /188

一、配合金融体制的整体改革,尽速制定一个完备且实用的“金融资产管理公司条例” /188

二、“金融资产管理公司条例”所应解决之问题与内容 /189

三、配合 RTC (Resolution Trust Cooperation) 制度,健全金融法制 /189

四、AMC 的设立必须审慎为之,尤其应作好监督与警报系统 /189

最高限额保证 /191

案例 /192

壹、最高限额保证之意义 /193

贰、最高限额保证之性质 /193

叁、最高限额保证之效力 /194

一、定有期间 /194

二、未定期间 /194

肆、最高限额保证所担保债权额之确定 /195

伍、最高限额保证契约之移转 /195

一、于债权额未确定前 /196

二、于债权额确定后 /197

陆、最高限额保证之消灭 /197

一、合意终止或解除 /197

二、最高限额保证人死亡 /197

三、债权人抛弃担保物权 /197

四、未定期间保证经催告而不请求 /198

五、连续债务保证之终止 /199

六、主债务延期之允许 /200

七、主债务之承担 /202

柒、案例解析——代结论 /202

- 一、此保证契约之性质为何? /202
- 二、丙是否应负保证责任? /203
- 三、丁是否应负保证责任? /204
- 四、承前二题,如应负保证责任,其应负责之范围为何? /204
- 五、假设乙于2000年4月间将甲已借贷之壹仟万元让与戊银行者,
该壹仟万元是否受最高限额保证契约之担保? /204
- 六、乙于甲无力依约清偿债务时,应如何让与对甲债权及最高限额保
证契约于戊? /204

论指示证券之让与及“票据法”上之类推适用 /205

案例 /206

壹、指示证券让与之意义 /207

贰、指示证券让与之方式 /208

叁、指示证券让与之效力 /208

一、权利移转效力 /208

二、权利证明效力 /210

三、权利担保效力 /210

肆、指示证券之特殊问题 /210

一、指示证券背书之方式 /210

二、背书之涂销问题 /211

三、指示证券抗辩权行使之问题 /212

四、指示证券之善意取得 /213

伍、案例解析 /213

一、持有人F故意涂销C之背书者,C、D、E并未同时免除给付责任 /213

二、A签发于C所为禁止背书转让之记载发生禁止背书之效力,C背 书于D时所为禁止背书转让之记载不生禁止背书之效力 /214

三、B得否以自己与A间之法律关系,对抗C或F /214

四、F善意取得指示证券之权利 /214

损害赔偿总额预定违约金之损害举证问题 /215

案例 /216

壹、违约金之意义 /216

贰、违约金之种类 /218

一、损害赔偿总额预定违约金 /218

二、惩罚性违约金 /221

叁、损害赔偿总额预定违约金之损害举证 /221

肆、采购契约要项之违约金 /222

一、依据 /222

二、采购契约要项违约金之性质 /223

三、违约金之免除 /223

四、逾期违约金计算 /223

伍、案例解析 /225

一、乙公司不得向甲公司请求给付违约金 /225

二、乙为政府采购机关，结果并无不同 /225

瑕疵担保责任解除权与减少价金请求权除斥期间之新、旧法适用
问题 /226

案例 /227

前言 /227

壹、解除权与价金减少请求权行使之期间 /227

贰、出卖人故意不告知瑕疵之效力 /228

叁、新、旧法规定之适用问题 /229

一、新、旧法适用时点之认定以物之交付时为准 /229

二、“民法”债编施行法第3条规定之准用问题 /229

肆、图表解析 /231

一、新、旧法规定之内容说明图 /231

二、新、旧法规定之适用表 /232

伍、案例解析——代结论 /232