

台湾法学研究
精要丛书

财产法

专题研究 (二)

谢哲胜 著

三A 118

0.324

中国人民大学出版社

台湾法学研究
精要丛书

财产法

专题研究 (二)

谢哲胜
著



中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

财产法专题研究 (二) / 谢哲胜著.
北京: 中国人民大学出版社, 2004
(台湾法学研究精要丛书)

ISBN 7-300-04734-3/D · 833

I. 财…

II. 谢…

III. 民法—研究—台湾省

IV. D927.583.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 080696 号

台湾法学研究精要丛书

财产法专题研究 (二)

谢哲胜 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部) 010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司) 010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

开 本 787×965 毫米 1/16

版 次 2004 年 8 月第 1 版

印 张 14 插页 2

印 次 2004 年 8 月第 1 次印刷

字 数 255 000

定 价 39.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

总 序

台湾法学研究精要丛书
财产法专题研究(二)

近二十年中,随着国家的进步,我国的法学研究无论在公法或私法领域均取得长足的进展,法学成果丰硕,法学英才辈出。以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。我国要建立完善、合理的法律体系,其中的基础性工作,即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等,都有赖于法学研究的进一步深入,这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。事实证明,法学研究水平的不断提高,依赖法学家、法律工作者的不断努力,而他山之石可以攻玉,学术界的交流、沟通,更成为法律人开拓视野,激发创造力所必不可少的外部条件。

台湾地区与祖国大陆同属大陆法系,法律文化渊源相同,其法制自民国时期即承袭德、日大陆法传统,发展至今,在民商法等领域已

形成较为完善的法律体系；加之两岸同宗，在同为市场经济和法制社会的情况下，对两岸法治实践与法学理念的研究，无疑会促进两岸法学的繁荣发展和两岸法治实践的共同进步。如此，以学术的推广在两岸之间架起沟通的桥梁，就成为一项极富意义的长期工作。

以科学的态度吸收一切优秀成果，促进学术交流与合作是中国人民大学出版社的重要特色。中国人民大学出版社成立以来，以其雄厚的出版实力、高水平的图书质量以及推广的丰硕学术成果，在中国出版业处于领先地位。

台湾政治大学、台湾东吴大学、台湾大学等是台湾地区高等院校中的佼佼者，其法学院更因拥有众多知名法学家而享誉学界，其严谨的治学作风、纵深的研究领域也使得一大批优秀的法学著作得以诞生。

为适应法学研究的新形势和新要求，中国人民大学出版社经过与台湾地区著名法学教授协商，决定共同推出“台湾法学研究精要丛书”，准备陆续出版一大批能全面反映和代表整个台湾地区法学领域高品位、高水准的学术著作。

这套“台湾法学研究精要丛书”包括民法、商法、诉讼法和行政法等四个部分，以台湾地区一批声望卓著的资深教授和中青年法学家为主体，聘请两岸法学研究、教学及立法机构的著名法学家组成学术委员会作为严格的评审机构，挑选若干部具有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社出版，以达到促进两岸学术交流的目的。



2002年7月26日

自序

台湾法学研究精要丛书
财产法专题研究(二)

拙著《财产法专题研究》于1995年出版至今已有四年多，四年多以来陆续撰写论文十余篇，扣除已集结为专论和已让与著作财产权的八篇论文，尚有八篇，特再编印成书，名为《财产法专题研究(二)》，将来再将《财产法专题研究》改为第一册，用来鞭策作者将来能在财产法领域陆续有论文提出，以供研究财产法相关人士的参考。

《财产法专题研究(一)》所收录的论文，许多篇引起众多讨论，其中有关共有土地出租，“物权编修正条文草案”已采多数决为之，既成道路已为释字第400号解释宣告为“违宪”，作者所主张的见解得到印证。而“物权行为独立性之检讨”一文在大陆则有许多学者附和，而成为祖国大陆草拟中物权法的主流见解。本书《财产法专题研究(二)》收录的八篇论文，其中“准征收之研究——以美国法之

研究为中心”一文所主张的见解，在释字第440号解释已看到相同的意旨。另外作者就全民健保门诊次数超过一定次数以上应调高部分负担的主张，也在“全民健保法”实施数年后得到印证。自己的见解得到印证，就是对作者写作最大的精神上鼓励。

六年多以来教学研究方面受到许多师长、同事们的鼓励，爱妻文珍料理内外并照顾小儿，使我无后顾之忧，元照出版社林总编辑美惠小姐协助出版事宜，对本书之成，都有重大贡献，谨表示作者由衷的谢忱。

谢哲胜

谨序于中正大学法律学系

1999年11月

目 录

第一篇	惩罚性赔偿	1
一、引言		1
二、惩罚性赔偿的意义及其 经济功能		3
(一) 损害赔偿的概念		3
(二) 惩罚性赔偿的意义		4
(三) 惩罚性赔偿的目的 (经济功能)		4
(四) 与填补性赔偿本质 上的区别		6
三、惩罚性赔偿的成立要件 及赔偿范围		7
(一) 成立要件		7
(二) 赔偿范围		16
(三) 与精神上损害赔偿 (慰抚金) 之关系		18

四、适合请求惩罚性赔偿的事件	19
(一) 概说	19
(二) 故意的侵权行为	20
(三) 过失的侵权行为	20
(四) 产品责任	21
(五) 契约责任	22
五、有关惩罚性赔偿之批评及其评析	22
(一) 违反民事损害赔偿没有惩罚功能之原则	22
(二) 违反正当法律程序保护	23
(三) 违反重复评价禁止	23
(四) 原告取得横财	24
(五) 赔偿额计算并无客观标准	24
六、惩罚性赔偿与责任保险	24
(一) 概说	24
(二) 承保与否的政策考量	25
(三) 美国法院的见解	26
七、台湾地区现行法惩罚性赔偿之规定	27
(一) “消费者保护法”第五十一条	27
(二) “公平交易法”第三十二条第一项	28
(三) “商标法”第六十六条第一项第三款	29
(四) “专利法”第八十九条第三项	29
(五) “著作权法”第八十八条	29
(六) “营业秘密法”第十三条第二项	30
(七) “证券交易法”第一百五十七条之一第二项	30
八、台湾地区法院有关惩罚性赔偿的判决评析	30
九、惩罚性赔偿引进台湾地区之展望与建议——代结论	32
参考文献	33
第二篇 侵权行为被害人之法定代理人有过失	
——“民法”第二百十七条修正评析	37
一、引言	37
二、第三人与有过失	38
(一) 第三人与有过失的意义	38
(二) 第三人与有过失的理论基础	39

第三篇

(三) 第三人与有过失理论的适用范围	41
三、被害人之法定代理人与有过失	42
(一) 美国法	42
(二) 德国法	43
四、台湾地区法之分析	44
(一) 台湾地区学者见解	44
(二) 台湾地区实务见解	46
(三) 检讨分析	47
五、“民法”第二百十七条修正评析——结论	49
(一) 第三人与有过失明文化应予肯定	49
(二) 准用徒增争议应规定更加明确	49
(三) 法定代理人与有过失应明文排除于第二百十七条 的准用范围	50
参考文献	50
不动产仲介的法律关系与斡旋金的法律效力	52
一、引言	52
二、不动产仲介的意义及其经济作用	54
(一) 不动产的意义	54
(二) 仲介的意义	55
(三) 不动产仲介	56
(四) 不动产仲介的经济作用	57
三、不动产仲介的法律性质及关系人的权利义务	58
(一) 概说	58
(二) 卖方与不动产仲介人之间	58
(三) 不动产仲介人与买方之间	69
(四) 代理的问题	72
(五) 定型化契约条款内容控制之问题	74
四、斡旋金的意义及其经济作用	76
(一) 斡旋金的意义	77
(二) 斡旋金的经济作用	78
五、斡旋金的法律性质及法律效力	79
(一) 概说	79
(二) 买方与不动产仲介人之间	80

第四篇

(三) 不动产仲介人与卖方之间	80
(四) 买方与卖方之间	80
(五) 小结	81
六、斡旋金纠纷态样及其法律效果评析	82
(一) 仲介人收受斡旋金, 交易未完成, 亦不返还买方 斡旋金	82
(二) 仲介人向不同买方收受多次斡旋金	82
(三) 于斡旋期间, 仲介人尚未将斡旋金交付卖方前, 买方终止委托, 斡旋金被没收	83
(四) 仲介人已依约定将斡旋金交付卖方, 买方后悔 不买, 斡旋金被没收	83
(五) 卖方收受斡旋金后, 后悔不卖	83
(六) 卖方向不同仲介人或买方收受多次斡旋金或定金	83
(七) 交付斡旋金应行注意事项	84
七、斡旋金与“内政部”拟定的“要约书”之比较	85
(一) “要约书”之特点	86
(二) 斡旋金与“要约书”对关系人等的利弊得失	87
(三) 斡旋金与“要约书”之选择	88
八、结论	89
后记	90
赠与的生效要件	95
一、引言	95
二、无偿契约之特性	96
(一) 概说	96
(二) 要式性	98
(三) 要物性	99
(四) 小结	100
三、赠与契约的要式性或要物性	100
(一) 概说	100
(二) 德国法	101
(三) 日本法	101
(四) 美国法	101
(五) 小结	102

第五篇

四、“民法”第四百零七条和第四百零八条的解释与适用	102
(一) 概说	102
(二) “民法”第四百零七条的适用	102
(三) “民法”第四百零八条的适用	105
(四) 小结	106
五、“民法”债编修正草案第四百零七条和第四百零八条	
规定之完美性	107
(一) 概说	107
(二) 修正适用结果	107
(三) 完美性	107
六、结论	108
合会契约	109
一、引言	109
二、合会的意义	110
三、合会的种类	111
四、合会的法律性质	112
(一) 个别性合会	113
(二) 团体性合会	113
五、合会的特点	113
(一) 定期存款以上的利息	113
(二) 活期存款的流动性	114
(三) 免提供担保	114
六、合会的法律效力	114
(一) 共同效力	114
(二) 个别效力	115
(三) 倒会后的民事责任	116
七、结论——“民法”债编各论各种之债第十九节之一条	
文草案修正建议	118
参考文献	120
第六篇 民法上相邻关系与社区管理之探讨	122
一、引言	122
二、不动产相邻关系	124
(一) 不动产财产权之特性	124

第七篇

(二) 不动产财产权细分之趋势	127
(三) 不动产相邻关系规范之必要性	127
三、相邻关系在所有权之地位	128
(一) 相邻关系之意义	129
(二) 相邻关系之制定目的与性质	131
(三) 相邻关系法律规定之性质	132
(四) 相邻关系之适用范围	134
(五) 小结	135
四、相邻关系权利义务之态样	135
(一) 现行法律之规定	135
(二) 物权编修正草案之规定	138
(三) 综合检讨	141
五、社区管理之法律基础	145
(一) 社区管理之重要性	145
(二) “公寓大厦管理条例”规范社区管理之规定	145
(三) 随不动产所有权移转的契约之适用	148
六、修法建议——代结论	154
准征收之研究	
——以美国法之研究为中心	156
一、引言	156
二、征收理论之演变——由公用征收至公益征收	158
(一) 征收之概念	158
(二) 征收理论之演变	160
三、美国法准征收之理论	165
(一) 警察权行使限制私有财产权	165
(二) 管制性法规(governmental regulations)之合宪性	166
(三) 准征收之态样	166
(四) 准征收之救济	176
(五) 准征收之规范目的	181
四、以准征收理论检视台湾地区若干“政府行为”和法规之妥当性	183
(一) 各种构成准征收态样之介绍及检视	183

	(二) 构成准征收态样之现况评析	190
	五、本文意见——代结论	190
	(一) 无益及有害经济活动之禁止, 不予补偿	192
	(二) 管制准征收	192
	(三) 占有准征收	192
	(四) 准征收之救济	192
	后记	193
第八篇	“全民健康保险法”节制医疗费用规定之经济分析	195
	一、引言	195
	二、法律的经济分析	196
	三、社会安全制度之经济分析	197
	(一) 社会安全制度概说	197
	(二) 社会安全制度给付之种类	198
	(三) 社会安全制度各种给付之优缺点	198
	(四) 社会安全制度之选择	200
	四、“全民健康保险法”节制医疗费用之规定及其经济 分析	202
	(一) 概说	202
	(二) 医疗费用支付制度	202
	(三) 给付范围	205
	(四) 部分负担	207
	(五) 诈领保险给付或虚伪申报医疗费用之处罚	209
	五、结论	210

第一篇 惩罚性赔偿

一、引言

填补性赔偿一般并不衡量加害人或债务人主观可归责程度(culpability)的轻重,因此并无吓阻的作用,尤其对于大型的企业经营者更是如此。然而,惩罚性赔偿则是依加害人或债务人主观的可归责程度酌订其赔偿金额,以吓阻同样不法行为之再度发生,因此,惩罚性赔偿对于维护基本权利并督促大企业善尽社会责任提供了一个绝佳的机会。¹

台湾地区民法传统上见解,系沿袭德国等欧陆法系国家的传统见解,认为损害赔偿仅在

1 Jeffrey Needle, *Books Review: Punitive Damages in Tort Law*. By Gerald W. Boston, *Trial* 88 (July 1994).

填补被害人之损害², 并没有惩罚的功能, 然而惩罚性赔偿并非现代英美法³ 所独有, 在古代的巴比伦、以色列、罗马、印度及中世纪的英国的法律制度都有此种概念⁴, 欧陆法律亦继受罗马法, 可见继受欧陆民法的台湾地区民法并不当然解释排斥继受惩罚性赔偿⁵, 事实上也有些大陆法系国家准许惩罚性赔偿的请求。⁶ 而德国最高法院亦在 1992 年 6 月 4 日承认美国的惩罚性赔偿判决可以在德国境内强制执行。⁷

台湾地区近一二十年, 各种特别法陆续引入惩罚性赔偿的观念, “消费者保护法”明确使用此一字眼, 又因“消费者保护法”适用范围十分广泛, 因此, 在“消费者保护法”第五十一条出现惩罚性赔偿之规定后, 对台湾地区民法损害赔偿概念即造成直接冲击, 如何妥当解释适用惩罚性赔偿, 将惩罚性赔偿融入民法体系中, 即为当前之急。

本文第二部分从损害赔偿的概念出发, 说明惩罚性赔偿的意义及其经济功能, 以作为全文探讨的基础。第三部分分析惩罚性赔偿的成立要件及赔偿范围, 并厘清惩罚性赔偿与慰抚金之关系。第四部分进一步探讨适合请求惩罚性赔偿的事件。第五部分提出惩罚性赔偿所遭受之批评及其理由, 并评析此等批评之合理性。第六部分探讨惩罚性赔偿与责任保险之关系。第七部分列举台湾地区现行法有关惩罚性赔偿之规定及其应有之解释适用。第八部分评析台湾地区法院准许惩

2 台湾地区大多数学者认为损害赔偿的本旨在填补损害, 参阅王泽鉴著, “侵权行为法之危机及其发展趋势”, 民法学说与判例研究 (1983 年 10 月), 第 174 页; 曾世雄著, 损害赔偿法原理 (1989 年 10 月), 第 7 至 9 页; 孙森森著, 民法债编总论 (1985 年 2 月), 第 317 页; 黄立著, 民法债编总论 (1996 年 10 月), 第 362 至 363 页; 邱聪智, 民法债编通则 (1993 年 8 月), 第 216 页; 陈聪富等著, 美国惩罚性赔偿金的发展趋势——改革运动与实证研究之对峙——民法研究会第九次研讨会记录, 法学丛刊第 169 期第 43 卷第 1 期 (1998 年 1 月), 第 105 页杨淑文教授发言内容; 林诚二著, 民法债编总论讲义 (1992 年 3 月), 第 25 页则认为损害赔偿制度, 是人为的制度, 各国制度不一, 损害填补并非真理; 杨靖仪著, 惩罚性赔偿金之研究——以评析“消费者保护法”第五十一条为中心, 台大法研所硕士论文, 1996 年 6 月, 则以管制损害的角度剖析损害赔偿。

3 英美法系国家均有惩罚性赔偿制度, 包括英国 (含英格兰、威尔士、北爱尔兰)、爱尔兰、美国 (含 47 个州和华盛顿特区)、加拿大 (含魁北克省)、澳大利亚、新西兰、印度。参阅 Gotanda, *Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.* 38 Harv. Int'l L. J. 59, 110-112 (1997).

4 M. Rustad, *The Social Functions of Punitive Damages and the Law of Evidence* 14-15 (1986); Ausness, *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 Ky. L. J. 1, 2 (1985).

5 大陆法系国家排斥惩罚性赔偿制度的情形, 参阅杨靖仪著, 前揭注 2 书, 第 37 至 50 页。

6 例如挪威、波兰、巴西、以色列、菲律宾, 参阅 Gotanda, *supra* note 2, at 109-110.

7 See *The American Society of International Law*, American Society of International Law Newsletter, September, 1993.

罚性赔偿的判决。第九部分为结论，提出台湾地区引进惩罚性赔偿之展望与建议。本文认为惩罚性赔偿可适用于故意及重大过失的侵权行为及债务不履行责任，而其适用范围应限于法律规定、契约约定或对可能发生之侵权行为所为之警告告示三种情形，以符合当事人之期待，又为配合对轻罪、经济犯罪、过失犯罪予以除罪或以罚金代替有期徒刑之趋势，本文亦建议修法时可以惩罚性赔偿代替刑事处罚，或由当事人给付惩罚性赔偿后，而为不起诉或免除其刑之宣告。惟作者才学有限，而惩罚性赔偿又引入台湾地区不久，许多争议尚无定论，若论述有错误疏漏之处，敬请法学先进指教。

二、惩罚性赔偿的意义及其经济功能

（一）损害赔偿的概念

人蒙受财产上或非财产上的不利益，称为损害⁸，损害一旦发生，即需决定由何人承担此一损害，有些损害是由于天灾等不可抗力所造成，并无加害人，原则上由所有人承担。其他因人的行为所造成的损害，即有必要由可归责的人承受此损害的必要。如果加害人和受害人是同一人，亦无向他人请求承担此损害（即赔偿）之必要，但如加害人和受害人并非同一人，法律即规定在符合一定要件下，应由加害人赔偿受害人，使加害人加害行为所造成的损害，由促成此损害发生的行为人（即加害人）承担。使受害人不至于无辜受到损害，加害人既需承担此损害，造成其不利益，也会避免为加害行为。

以上所述均是以填补损害作为损害赔偿的原则的概念。然而加害人为加害行为，不但不值得鼓励，更有必要吓阻，以免造成社会整体的损失。因此，如拘泥于损害填补的框框，则对于未造成损害或损害轻微难以证明的加害行为势必无适当方法加以阻止，徒然造成无损害的或损害轻微加害行为猖獗。况且加害人若从加害行为所造成的满足，高于其所需赔偿的金额，加害人亦有肆无忌惮为加害行为的可能，因此，为了避免法益的损害，亦有必要课以高于损害范围的赔偿额，以惩罚并吓阻此种加害行为之必要，因此，英美法上亦承认象征性赔偿⁹和惩罚

⁸ 参阅曾隆兴著，现代损害赔偿法论（1996年1月7版），第1页。

⁹ 象征性赔偿是给付原告小额（象征性的）金钱赔偿，当侵权行为或债务不履行已发生，而无损害应予填补，或虽有损害，但原告完全无法证明其数额，参阅 *Black's Law Dictionary* 392 (6th Ed. 1990)。