

滿寬文教基金會法學叢書(2)

民法問題 與 實例解析

(第一冊)

作者/林誠二

滿寬文教基金會法學叢書（二）

民法問題與實例分析 （第一冊）

林誠二 著

瑞興圖書股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民法問題與實例解析（第一冊）／林誠二著：—初版

台北市：瑞興， 民 94

面： 公分

參考書目： 面

ISBN 957-8815-63-8（平裝）

民法問題與實例分析（第一冊）

著者 ／ 林誠二

責任編輯 ／ 葉張基

出版者 ／ 瑞興圖書股份有限公司

地址 ／ 台北市民生東路二段 147 巷 6 弄 25 號 1 樓

電話 ／ (02) 2504-1866 (02) 2505- 6542 傳真 (02) 2501- 2049

登記證 ／ 局版台業字第 4057 號

郵政劃撥 ／ 18022693 陳秀奇

印刷 ／ 益誠彩色印刷有限公司

定價 ／ 新臺幣 500 元

西元二〇〇五年八月初版

本書若有缺頁、破損或倒裝，請寄回更換

有著作權 請勿侵害

序

法律理論有關正義概念的論述，猶若一座巴貝塔，或朝平行線進行，或朝多角形進行，甚至有如仙女散花似的凌空飛舞，法律的座標—正義—模糊了。因此，什麼叫做法律，也就更模糊了。H. L. A. Hart 為了要界定“什麼是法律”寫了一部經典著作《The Concept of Law》，然而從 Hart 書中對法律的定義，亦無法獲得令人信服的答案。正義概念亦復如此。林誠二教授在財團法人滿寬文教基金會支持下完成的近著《民法問題與實例分析》一書中，從“菸霧瀰漫中”尋到了菸害侵權行為之請求權基礎，找到了正義的答案。林教授穿透菸霧森林在現實的社會生活中指出正義的所在，同時印證了世界知名法學家 Edgar Bodenheimer（1908-1991）方法論的科學性，法律上所謂的正義，是可以，而且本來就應從事實的角度去觀察理解的。

“正義”概念倘不從事實的角度加以具體化，根本就是一席說不清楚的空話。僅遊走顧抽象的法律概念，而不切入其社會具體情事及其實用目的，一味從事形式法律概念分析者，Rudolf von Jhering 即譏諷其為“概念法學”（Begriffsjurisprudenz）。荀子譏“馬非馬也”（即白馬非馬）之說，惑以用名以亂實。以法律抽象要件事實直接視為社會具體事實，本來就是邏輯思考物化的謬誤（fallacy of reification），追逐法條概念，格物而不能致知，實屬貽患學林。果真“盡信書，不如無書”乎？！

我國民法學界開始以案例事實闡釋抽象法律概念的學者，首推王澤鑑教授，王教授的案例分析方法澤被無數台灣學子，也間接影響司法判決。桃園地方法院一位法官在他的判決中引述王教授的見解，大膽的寫出某則最高法院的判例“為本院所不採”的司法意見，一時法律正義似乎失去了現時的判斷準則，實則多了一個未來的判斷準則，後來民法第 407 條終於被修正刪除了。實例分析，正如已故王伯琦教授所描述的，往往可以為超前立法找出一條出路。林教授擅長於民法體系的分析，涉及的課題在林教授的表列中一覽無遺，而林教授巧妙地將抽象法律概念融入案例事實，再將具體事實反推出法律概念的法學方法，放眼當今民法學界的論述中，極具特色，不可多覯。林教授的實例分析方法，逸出 1870 年代美國哈佛大學 Christopher Columbus Langdell 建立的“案例研究”法（case law study），只側重歸納、演繹而鑽入牛角尖，形成形式主義（formalism）的牛角尖正義。林教授以實例分析追尋法律正義的法學方法，貫穿法律與社會生活，頗具實用主義的功夫，其與日本關西大學學者高森八四郎在平成 3 年，就日本民法第 110 條踰越代理權表見代理之正當理由所作案例分析，兩者比較之下，但見林教授論述鋪陳及概念實質性之說明，於法律正義具體化之過程更見明晰，更易於理解。法律案例分析法，可以遠離法律虛無主義（nihilism），林教授諸多民事案例分析的論述中，正義從來就不是一種令人看不懂的虛擬語辭。雖然，我不好意思公開承認我的膚淺民法知識得之於林教授的實例分析著作。然而，平日一遇有民法上的疑義，首先參閱的資料就是備置在書桌上幾部林教授案例

分析的論著。林教授這部《民法問題與實例分析》近作，出現在我的書桌上，猶如 20 世紀 50 年代美國知名女作家 Anne Morrow Lindbergh 所描述的“gift from the sea”，在我民法知識困頓中，漂來護體，一頭鑽進去，彌足珍貴。

林教授這部近著是一部值得精讀的民法經典著作，其實例分析的視野寬廣，將民事法學帶入 Law ands 的領域，格局放大。值此民事法律思潮朝向全球化的趨勢中，前有日本東京大學田中耕太郎早年提但的世界私法，後有 2003 年當代美國學者 Harold J. Berman 主張，“多元文化世代法律”（multicultural world law）必須透過後革命信念（postrevolutionary belief）始能維護變遷中社會的需求及價值，林教授的這部近作，正迎合了這種法律思維的潮流。未來世界法律潮漂，將流向一個難以預測的空間，已非任何人所能掌握與預斷。而就我國民事法律體系進行實例分析的法學著作，匯引世界法律思潮注入法律生命中，其宏觀的視野必將開創我國民法走向全球化的領域。

林教授這部《民法問題與實例分析》鉅著，不僅可貴亦值得一讀，至於其餘的價值就留待讀者自我評斷了，是為之序，期勉共享一頓民法盛餐。

2005 年 5 月 3 日

王寶輝 謹誌

作者序

欣聞財團法人滿寬文教基金會董事長 邱慶山先生有意出版法律叢書，藉以提昇我國之法學研究、造福社會大眾，作者深感有幸，蒙 邱董事長之邀，將近年來研究民法之心得，即發表於各期刊之文章，共計論文三篇、判決評釋二篇及實例分析十六篇，集結成冊，名為「滿寬文教基金會法學叢書（二） 民法問題與實例分析（第一冊）」。作者自知才疏學淺，書中論點難免謬誤叢生，尚盼先進專家不吝指正，以為切當，使我國民法之學說與實務更加進步。

本書之成，承摯友 王寶輝教授百忙之中添序為榮，不勝感激；另蒙賢棣 葉張基君幫忙蒐集資料、彙整編輯與繕打，亦謹此致謝；最後感謝瑞興圖書股份有限公司慨予出版發行。

林誠二

序於東吳大學法學院研究室

2005 年 5 月 20 日

目 錄

一、民法債編不動產債權契約公證與特殊侵權行為實例研究.....	1
案 例	1
壹、不動產買賣契約與租賃契約之公證.....	2
一、不動產買賣契約之公證.....	2
二、不動產租賃契約之公證.....	11
三、本次民法債編修正公證之規定.....	17
貳、工作物所有人責任與動力車駕駛人責任.....	18
一、工作物所有人責任.....	18
二、動力車輛駕駛人責任.....	22
參、侵害生命權損害賠償之範圍.....	28
一、財產上之損害賠償.....	28
二、非財產上之損害賠償.....	31
肆、案例解析—代結論	32
一、房屋所有權屬於丙.....	32
二、租賃契約對於不動產受讓人丙仍繼續存在.....	32
三、戊之死亡應由乙負責.....	33
四、己與庚得請求損害賠償之範圍.....	34
二、煙霧瀰漫中尋找正義—論菸害訴訟在美國法上之請求權基礎.....	37
壹、前 言	37
貳、問題之提出	38
參、請求權基礎之分析	39
一、契約法上之請求權基礎.....	39
二、侵權行為法之請求權基礎.....	40
三、反托拉斯法上之請求權基礎.....	45
肆、結語	47
三、營業合併時最高限額抵押權之讓與	51
案 例	51

2 民法學說與判決研究

前 言	52
壹、營業合併	52
一、營業合併之意義	52
二、營業合併之程序	53
三、營業合併之效果	54
貳、最高限額抵押權	55
一、最高限額抵押權之意義	55
二、最高限額抵押權之確定	58
三、最高限額抵押權之移轉	59
參、營業合併時最高限額抵押權之讓與	60
肆、案例解析	61
一、B、G 為營業合併	61
二、B 對 A 之債權	62
三、B 對 C 之債權	63
四、B 對 D 之債權	64
五、B 對 F 之債權	65
伍、結語	66
四、情事變更原則之再探討	67
前 言	68
壹、情事變更原則之意義	69
一、我國法情事變更之意義	69
二、英美法情事變更之意義	69
貳、情事變更原則之理論依據	71
一、約款說 (terms or conditions)	71
二、相互性說	72
三、行為基礎說	72
四、法律制度說	73
五、誠信衡平說	74
參、情事變更原則之構成要件	76

一、須有情事變更之事實.....	76
二、必須發生於法律行為成立後法律效果消滅前.....	77
三、須非當事人於法律行為當時所得預料.....	77
四、必須情事變更係因不可歸責於當事人之事由所致.....	78
五、情事變更依其原有效果必須顯失公平.....	79
六、適用上不以法律行為所生之法律關係為限.....	80
肆、情事變更原則之適用效果.....	80
一、第一次效力.....	81
二、第二次效力.....	83
三、二次效力間之關係.....	84
伍、我國情事變更原則之規定.....	85
一、立法過程.....	85
二、民事訴訟法第三九七條.....	86
三、民法第二二七條之二.....	91
四、個別法條之探討.....	94
五、特殊問題.....	102
陸、案例評析—代結論.....	105
一、最高法院 88 年度台上字第 2693 號判決.....	105
二、最高法院 88 年度台上字第 2695 號判決.....	105
三、最高法院 88 年度台上字第 2921 號判決.....	106
五、論捐助行為之撤銷及捐助財產之處分.....	109
案 例.....	109
壹、財團法人之設立.....	110
一、捐助行為.....	111
二、訂定捐助章程或遺囑.....	111
三、向主管機關申請許可.....	111
四、向法院辦理設立登記.....	112
貳、捐助行為之撤銷.....	113
一、法人設立登記完成前.....	113

4 民法學說與判決研究

二、法人設立登記完成後.....	116
參、主管機關為設立許可後，董事怠於辦理財團登記及移轉捐助財產所有權予財團法人等行為之效果	116
一、行政法方面.....	117
二、民法方面.....	119
肆、財團法人設立登記後，捐助財產之處分.....	119
一、不動產之處分與設定負擔.....	119
二、其他財產之處分.....	120
伍、案例解答—代結論	124
一、在未得主管機關許可設立財團前，甲之繼承人 C 得否撤回該三千萬元之捐助？	124
二、主管機關許可設立財團後，設立登記完成前，甲之繼承人 C 得否撤銷該三千萬元之捐助？	125
三、主管機關為設立許可後，董事 D 拒不辦理財團登記，該捐助之三千萬元應如何處理？	125
四、財團法人設立登記後，捐助財產之處分可否修改章程規定，將該全部三千萬元再捐助設立另一財團法人？	126
六、論勞工服勞務受害之賠償請求權	127
案 例	127
前 言	128
壹、保障勞工生命、身體、健康之法令規定.....	128
一、法令規定.....	128
二、違反法令強制規定之效果.....	131
三、請求權之競合問題.....	146
貳、與有過失規定之適用問題.....	148
一、債務不履行與侵權行為損害賠償請求權	148
二、職業災害補償請求權.....	149
三、勞工保險給付請求權.....	150
四、職業災害補助請求權.....	150

參、僱用人之使用人（受僱人）之介入.....	150
一、加害之受僱人與被害之受僱人間之法律關係.....	150
二、僱用人與受害之受僱人間之法律關係.....	151
三、僱用人與加害之受僱人間之法律關係.....	154
肆、案例解析—代結論	155
一、A 可向 B 主張何種權利.....	155
二、如該機器爆炸係因工廠之另一員工 C 不慎誤觸機器所導致，其結果有無不同？	155
三、A 右手殘廢，除前述請求權外，A 得向勞工保險局主張何種請求權？.....	155
四、如 B 未為 A 投保勞工保險，得向 B 主張何種權利？.....	155
七、論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—兼評最高法院八十八年度台上字第二八一 九號民事判決—.....	157
判決摘要	158
前 言	165
壹、問題提示	165
貳、誠信原則及權利濫用禁止法理.....	171
參、誠信原則之機能考察	173
一、具體化機能.....	174
二、正義衡平機能.....	175
三、法修正機能.....	179
四、法創設機能.....	179
肆、權利濫用機能之考察	180
一、侵權行為機能.....	181
二、權利範圍明確化機能.....	181
三、權利行使範圍縮小化機能.....	181
四、強制調停機能.....	182
伍、二者關係學說探討	183
一、學說.....	183
二、實務見解.....	184

陸、近年實務發展	184
一、定型化契約與附合契約	184
二、同時履行抗辯權	187
三、勞工調動與預告終止勞動契約	188
四、租賃關係	189
五、承攬關係與押標金、保證金	191
六、保證關係	193
七、損害賠償額之計算	194
八、法律適用問題	195
九、占有	196
十、爭點效	198
柒、依誠信原則與權利濫用禁止法理形成之法則	201
一、禁反言原則	201
二、權利失效原則	202
三、潔手原則	202
四、情事變更原則	202
五、背信行為論	203
六、忍受限度論、環境權論及日照權論	203
七、惡意排除原則	204
八、相鄰關係理論	204
捌、研究意見	205
一、關於民法第一四八條	205
二、關於適用問題	206
玖、判決評析—代結論	207
八、資產管理公司（AMC）法制初探	211
壹、前言	211
貳、資產管理公司之意義、功能及種類	212
一、意義與功能	212
二、種類	213

參、各國不良金融資產處理機制之比較觀察.....	215
一、各種法制.....	215
二、大陸地區法制.....	221
肆、臺灣地區建立資產管理公司法制的問題與挑戰.....	223
一、公營抑民營.....	223
二、設立的型態：信託公司抑一般公司.....	224
三、受讓債權.....	225
四、拍賣法制.....	228
五、流質（押）契約.....	229
六、重整法制.....	229
七、資產證券化.....	232
伍、結論.....	233
一、配合金融體制的整體改革，儘速制定一個完備且實用的金融資產管理公司條例.....	233
二、金融資產管理公司條例所應解決之問題與內容.....	233
三、配合 RTC（Resolution Trust Cooperation）制度，健全金融法制.....	233
四、AMC 的設立必須審慎為之，尤其應作好監督與警報系統.....	234
九、最高限額保證.....	236
案 例.....	236
壹、最高限額保證之意義.....	237
貳、最高限額保證之性質.....	237
參、最高限額保證之效力.....	238
一、定有期間.....	238
二、未定期間.....	238
肆、最高限額保證所擔保債權額之確定.....	239
伍、最高限額保證契約之移轉.....	240
一、於債權額未確定前.....	241
二、於債權額確定後.....	242
陸、最高限額保證之消滅.....	242

一、合意終止或解除.....	242
二、最高限額保證人死亡.....	242
三、債權人拋棄擔保物權.....	243
四、未定期間保證經催告而不請求.....	244
五、連續債務保證之終止.....	244
六、主債務延期之允許.....	246
七、主債務之承擔.....	249
柒、案例解析—代結論	249
一、此保證契約之性質為何？	249
二、丙是否應負保證人責任？	249
三、丁是否應負保證人責任？	251
四、承前二題，如應負保證人責任，其應負責之範圍為何？	251
五、假設乙於民國八十九年四月間將甲已借貸之壹仟萬元讓與戊銀行者，該壹仟萬元是否受最高限額保證契約之擔保？	251
六、乙於甲無力依約清償債務時，應如何讓與對甲債權及最高限額保證契約予戊？	252
十、論指示證券之讓與及票據法上之類推適用.....	254
案 例.....	254
壹、指示證券讓與之意義	255
貳、指示證券讓與之方式	257
參、指示證券讓與之效力	257
一、權利移轉效力.....	257
二、權利證明效力.....	259
三、權利擔保效力.....	259
肆、指示證券之特殊問題	260
一、指示證券背書之方式.....	260
二、背書之塗銷問題.....	261
三、指示證券抗辯權行使之問題.....	262
四、指示證券之善意取得.....	263

伍、案例解析	263
一、持有人 F 故意塗銷 C 之背書者，C、D、E 並未同時免除給付責任	263
二、A 簽發於 C 所為禁止背書轉讓之記載發生禁止背書之效力、C 背書於 D 時所為禁止背書轉讓之記載不生禁止背書之效力	264
三、B 得否以自己與 A 間之法律關係，對抗 C 或 F？	264
四、F 善意取得指示證券之權利	264
十一、損害賠償總額預定違約金之損害舉證問題	266
案 例	266
壹、違約金之意義	267
貳、違約金之種類	269
一、損害賠償總額預定違約金	269
二、懲罰性違約金	273
參、損害賠償總額預定違約金之損害舉證	273
肆、採購契約要項之違約金	275
一、依據	275
二、採購契約要項違約金之性質	275
三、違約金之免除	275
四、逾期違約金計算	276
伍、案例解析	278
一、乙公司不得向甲公司請求給付違約金	278
二、乙為政府採購機關，結果並無不同	278
十二、瑕疵擔保責任解除權與減少價金請求權除斥期間之新、舊法適用問題	280
案 例	280
前 言	280
壹、解除權與價金減少請求權行使之期間	281
貳、出賣人故意不告知瑕疵之效力	282
參、新、舊法規定之適用問題	282
一、新、舊法適用時點之認定以物之交付時為準	282

二、民法債編施行法第三條規定之準用問題.....	283
肆、圖表解析	285
一、新、舊法規定之內容說明圖.....	285
二、新、舊法規定之適用表.....	285
伍、案例解析—代結論	286
十三、商品製造人責任之法律適用—以洗臉盆爆炸案為中心—.....	288
案 例.....	289
前 言.....	289
壹、乙對甲之責任	290
一、民法侵權行為損害賠償責任.....	290
二、民法商品製造人責任.....	290
三、消費者保護法商品責任.....	291
四、三法律規定之適用順序.....	293
貳、如該洗臉盆係於民國八十三年七月由乙生產者，並無不同.....	293
一、民法第一八四條第一項前段之規定.....	293
二、民法第一九一條之一之規定.....	294
三、消保法第七條之規定.....	294
參、如該洗臉盆係於民國七十年七月由乙生產者，不適用消保法第七條之規定	294
一、民法第一八四條第一項前段之規定.....	294
二、民法第一九一條之一之規定.....	295
三、消保法第七條之規定.....	295
肆、承上，如該洗臉盆係於民國七十年七月由乙生產後不久即爆炸之法律適用	295
一、民法第一八四條第一項前段之規定.....	295
二、民法第一九一條之一之規定.....	295
三、消保法第七條之規定.....	296
伍、承上，如該洗臉盆係於民國八十三年七月由乙生產後不久即爆炸之法律適用	296
一、民法第一八四條第一項前段之規定.....	296
二、民法第一九一條之一之規定.....	296
三、消保法第七條之規定.....	296