

# 論立法準則、 立法技術、立法常識

姚 瑞 光

## 要 目

- |                 |                 |
|-----------------|-----------------|
| 壹、立法準則          | 六、民法物權編第三章（地上權） |
| 貳、立法技術          | 無增設區分地上權一節之必要   |
| 參、立法常識          | 七、將質權人改為受質人，係不知 |
| 一、不應規定「社團法人」、「財 | 「質權人」之意義        |
| 團法人」            | 八、必須合一確定之訴訟，不得選 |
| 二、董事與法人之關係非委任關係 | 定當事人            |
| 三、改變身分的行為或訴訟，不得 | 九、行政訴訟向民事法院起訴，不 |
| 代理              | 應裁定移送           |
| 四、民法第一五二條之自助行為， | 十、社團（法人）開除其社員或撤 |
| 關於拘束他人自由部分，無法   | 銷其社員資格發生爭議，非民   |
| 實施              | 事事件             |
| 五、非財產上之損害賠償，不以使 |                 |
| 精神上受有痛苦為必要      |                 |

---

DOI : 10.3966/102398202014060137001

## 壹、立法準則

近十餘年來，新設或修正法律頻繁，十之八九均非必要，僅為消耗預算而修法，並有假造理由而增設規定情事（見後文）。如不防止。後患無窮。蓋法律之制定（新設）或修正，必有制定或修正必要，始得為之，中央法規標準法（下稱「中標法」）第二十條第一項第一款規定甚明，此制定或修正之必要，即為「立法準則」（除憲法外，其位階較任何法律為高。所有法律的制定或修正，都必須遵守的準繩），不備該條項各款規定之要件，而恣意增修者，即係不依「準則」而濫修法律、亂修法律，害國（國家耗財而無從實施或執行）、害人（法律人及一般人，都認為於法有據，依法為之，結果落空）情節顯然。筆者建議：於刑法瀆職罪中增設，恣意制定或增修法律之瀆職罪，以期杜絕濫修、亂修法律之惡行。條文大意如次：

制定或增修法律之公務員，不顧中央法規標準法或其他法律之規定，而恣意制定或增修法律者，處五年以下有期徒刑，並褫奪公權十年。

茲將恣意制定或增修法律之名稱及條文，舉數例如次：（不以近十餘年所制定或增修者為限）：

一、公司法第一條「本法所稱之公司，謂登記成立之社團法人」。該條之原條文，非規定公司為「社團法人」，係規定公司係「以營利為目的而設立之團體」（原第三條另規定「公司為法人」）。其所以不稱社團法人、財團法人之理由，民法第一編第二節之立法理由已明示「其不曰社團法人、財團法人，而簡稱社團、財團者，以未經登記或許可之社團、財團，在法律上尚未取得人格，而已經登記或許可之社團、財團，其為法人，又無疑義，故……可省去法人二字」。其後修正，改稱「社團法人」，顯然不

合中央法規標準法（下稱「中標法」）第二十條第一項各款（一、基於政策或事實之需要，有增減內容之必要者。二、因有關法規之修正或廢止，而應配合修正者。三、規定之主管機關或執行機關已裁併或變更者。四、同一事項，規定於二以上之法規，無分別存在之必要者）之規定，其為恣意之修正甚明。且「社團」「法人」，二者文字雖異，其法律上之意義則同，併合為一，即成為「法人法人」，不通之極。

二、民法親屬編公布當時（民國十九年十二月二十六日）並無「撤銷認領」之規定，九十六年五月二十三日修正第一〇七〇條時，以「本條規定，生父認領非婚生子女後，不得撤銷其認領，但民訴第五百八十九條卻有撤銷認領之訴的規定，依民訴規定，認為沒有真實血統之認領，可訴請撤銷。造成實體法與程序法的規定相衝突。本條立法目的，基於保護非婚生子女及符合自然倫常之關係，對於因認領錯誤或經詐欺、脅迫等意思表示瑕疵之情形，亦不得撤銷其認領，爰增設但書規定，准許有事實足認其非生父時，可撤銷認領，以兼顧血統真實原則及人倫親情之維護」之理由，修改為在「因認領錯誤或經詐欺、脅迫等意思表示瑕疵之情形」，得撤銷其認領。此修正理由，係完全不懂法律的親屬法專家之謬見。蓋提起撤銷某種法律行為之訴，必須法律有明文規定者，始得為之。例如：因被詐欺、脅迫而結婚者，須起訴請求法院撤銷之（民法第九九七條），因被詐欺、脅迫而為買賣者，則不得起訴請求法院撤銷之（民法第九十二條、第一一六條）生父認領非婚生子女後，法律未設如何情形，得訴請法院撤銷之規定。親屬法之修法專家，以自己之私見（基於保護非婚生子女及符合自然之關係），認為應准許撤銷認領，顯然違反中標法第二十條第一項之規定。此種違法錯誤之增修，不但無立法技術之可言，而且應負上述恣意增修法律之瀆職罪責。

三、民法第七八六條原條文規定之「安設電線、水管、煤氣管或其他筒管」，絕無中標法第二十條第一項（有增、修必要）第一款所定「基於政策或事實之需要」情事，民國九十八年一月二十三日修法時，明示：「配合共同管線法第二條第二款規定，將煤氣管修正為瓦斯管，筒管修正為管線」。顯然不合上述中標法所定必須修正之準則（他法規定之用語不同，不在應配合修正之列）且(一)煤氣即瓦斯「瓦斯」是日文ガスの譯音，日文的瓦斯燈即煤氣燈。日文的瓦斯發動機即煤氣發動機。我國民法物權編立法當時（民國十八年十一月三十日），所有法律條文，有關「煤氣」之規定者，絕無用「瓦斯」表示之例。臺灣被日本統治五十年，一般民眾，講日語，寫日文，已成習慣，遂誤認「煤氣」並非瓦斯。修法者不知「瓦斯」之來由，將「煤氣」改為「瓦斯」，不無數典忘祖之憾。(二)筒、乃粗大的圓管（如直徑數公尺的排水管）管、僅指中空的圓柱而言，不能包括「筒」。因此，原規定能概括大小之管形物，修改為管線，「筒」之安設，即不在民法第七八六條之範圍（無權通過他人之土地而安設），顯不合理。故九十八年一月二十三日之修改，顯然違反中標法第二十條第一項之規定。不應修正而修正，無立法技術之可言。

#### 四、假造理由，增設區分地上權之規定

「區分」一詞，法律條文少用。民法第七九九條之區分所有，專指在分別共有之建築物（土地不在內），於應有部分以外，共有人共有一物之情形而言。該條之區分所有，係仿日本舊民法第二〇八條而規定者，而日本舊民法第二〇八條，早已刪除，另設「關於建物區分所有等之法律（現仍有此法律）」的規定。此建物區分所有，必有共用部分（如共用之正中門宅）。現在日本民法第二編（物權）第四章（地上權），僅六個條文（第二六五條至第二六九條之二。分別規定地上權之內容、地租、相鄰關係之準用、地上權

之存續期間、工作物等之取去、地下或空間得為地上之標的) (無第二六九條之一), 已無區分所有之規定, 其最後一個條文, 係規定地下或空間, 得為地上權之標的, 並非區分地上權之規定 (無上述區分所有必有之共用部分)。修法者謂係仿日本民法而為規定者, 係假造理由而增設, 顯然違反中標法第二十條第一項之規定, 應負上述增設之恣意修法之瀆職罪責。

#### 五、違反政策增設農育權

任何國家的物權法, 都沒有「農育權」的規定。我國在政策上, 政府自民國八十六年起, 推動休耕政策, 每年編列一百一十億元預算, 作為休耕補助金。總計休耕面積逾二十萬多公頃 (見一〇一年七月一日中國時報A5版)。又有農地的農民, 年老者已無力耕作, 年輕者, 不願做勞苦的農作。因此, 實際上從事農耕工作者, 為苗栗地區能吃苦耐勞的客家人。他(她)們自春耕至秋收, 從屏東到臺北, 出賣勞力給自己不種田的農民, 賺取優裕的工資, 慢慢成為富有的農業工人。

修法者昧於上述農民有田不耕(休耕), 農民不種田, 及出賣勞力給農民的現實狀況, 而增設由農民取得他人土地為農作之農育權, 係反政策之修法, 嚴重失職。應處以上述增設之恣意修法瀆職罪最高刑度之刑。以儆濫修、亂修法律。

#### 六、沒有第三人撤銷之訴, 而增設該訴之規定

九十二年二月七日修正民事訴訟法時, 增設第三人撤銷之訴, 增設之主要理由有二: (一)擴大訴訟制度功能。(二)貫徹保障第三人之程序權。姑不論此二理由, 均非中標法第二十條第一項各款所定得增設之原因, 縱令此二理由成立, 亦因在法理上及事實上沒有此訴而成空文。

修法者之主要成員, 民訴法專家邱姓教授, 於92、8、13、20日撰文(下稱「邱文」)刊登司法周刊(共二期)舉了二例: 一為

民法第八二一條之未共同提起返還共有物之乙、丙，於共有人甲起訴受敗訴判決確定時，乙、丙即為第三人，得提起第三人撤銷之訴。二為民訴法第五八二條之婚姻無效之訴（民國一〇一年一月十一日新定之家事事件法，已將該訴訂入該法第三條第一項第一款），父甲、母乙之婚姻如果無效，其子女丙不知情（不知父母之婚姻無效），宜承認丙得提起第三人撤銷之訴，可主張原判為不存在。

筆者認為：邱文所舉二例之判決主文，均未對原告以外之任何第三人不利，因此，任何第三人，均不得提起第三人撤銷之訴。第一例（民法第八二一條）之判決主文「原告之訴駁回」，僅駁回甲之訴，無不利於乙、丙之判決）該條明文規定「各共有人，對於第三人，得就共有物之全部，本於所有權為請求」。依此規定，乙、丙各得起訴請求返還，無提起第三人撤銷之訴之必要。

依增設第五〇七條之一之規定，提起第三人撤銷之訴，其訴之聲明，必須表明「請求撤銷對其不利部分之判決」。上述共有人甲，提起返還共有物之訴，受敗訴之判決主文，僅載「原告之訴駁回」，並無不利於乙、丙部分，乙、丙顯然無從提起第三人撤銷之訴。邱文所舉此例，並非適例。

邱文所舉第二例，父甲、母乙，提起婚姻無效之訴，其子女丙不知情（不知父母之婚姻無效）。如果法院判決駁回原告之訴（婚姻有效），與子女全無關係，不生子女得提起第三人撤銷之訴之問題。如果法院判決確認父母之婚姻無效，父母所生之子女仍為子女，身分、地位、財產，均不受影響，子女更無提起第三人撤銷之訴之可能。邱文所舉此例，尤非適例。

再者，婚姻無效之訴，必須先有結婚行為，然後主張該結婚依法為無效者，始足當之（結婚違反民法第九八八條規定者，無效：（一）不具備第九八二條之方式者。（二）違反第九八三條近親結婚之規定

者。(三)違反第九八五條重婚或同時與二人以上結婚者)。邱文之第二例有謂：子女不知父母之婚姻無效，「其並非私生子……甲、乙仍為其父母，而有婚姻關係存在……其可主張原判決為不存在」。倘真如此，該例係自相牴觸（矛盾）之例。蓋婚姻無效之訴，以男女當事人有結婚行為為前提，若無結婚行為，即無婚姻無效之可言。其主張「原判決為不存在（無該判決）」。子女對不存在之判決訴請撤銷，豈非矛盾？

## 貳、立法技術

何謂「立法技術」？其意義尚未完全確定，言人人殊。依筆者意見：立法技術者，制定或修正法律時，必須具備，使法律合法、合理、合情之專技性的方法（技巧）也。如：一、社團法人、財團法人，在法律上能否使用？（涉外民事法律適用法第十四條第三款、公司法第一條、私立學校法第二條，二、民事判決確定之效力，應稱既判力或確定力（民訴法第四百條第一項），三、祭祀公業條例規定：祭祀公業係「由設立人捐助財產以祭祀祖先……為目的之團體」（該條例第三條第一款）是否妥適？四、民事訴訟法第六十八條至第七十一條，均用「委任」律師為訴訟代理人的文字，該選請律師的行為，在法律上是否委任？五、將行政訴訟誤向民事法院起訴，應否依職權移送至行政法院？（民訴法第三十一條之二第二項），六、已無為訴訟所必要之允許之規定，而不刪除（民訴法第四十八條），七、既規定參加須在訴訟繫屬中（民訴法第六十八條第一項），又規定判決確定後，參加人得輔助提起再審之訴（同條第三項）。八、將聲請訴訟救助原條文規定「請求救助之事由，應釋明之」修改為「無資力支出訴訟費用之事由應釋明之」是否妥修？（民訴法第一〇九條第二項），九、法律上無區分地上權

的名稱，而假造理由，增設區分地上權的規定，是否失職？（民法第八四一條之一），十、無增設農育權之必要而增設農育權，是否違反中標法第二十條第一項之規定。均屬法律專技性的事項，非但一般不研習法律的人，無判斷能力，而且法律學者、法律博士、修法專家，也難判斷清楚者，故為立法技術之問題。至於立法（含制定、修正）的文字，須明確、簡潔，則不在立法技術之列（與專技性的技術無關）。因為政府一般公文，小學、國中的教材，學者的法律論文，甚至任何想使讀者看懂的文件，其文字都須明確、簡潔，係從事文字工作者起碼的要求，故非立法技術應討論之問題。

茲依筆者意見，列舉若干不遵循（違反）立法技術之實例如次：

一、「社團法人」、「財團法人」之「法人」二字，係屬贅文  
民法總則第二章第二節「法人」之立法理由明示：其不曰社團法人、財團法人，而簡稱社團、財團。以未經登記或許可之社團、財團，在法律上尚未取得人格，而已經登記或許可之社團、財團，其為法人，又無疑義，故可省去法人二字。詎料發布法人及夫妻財產制契約登記規則之最高司法機關司法院，竟不知上述之立法理由，於該規則第十六條規定：「登記之法人名稱，應標名為社團法人、財團法人」。如上所述「社團」、「財團」為法人，則「社團法人」、「財團法人」，即成為「法人法人」之規定。故「社團」、「財團」與「法人」並用，「社團」、「財團」，即成贅文。

二、誠信原則，並非概括規定

誠信原則，是十九世紀以來盛行社會本位立法（法律是社會生活的規範，欲求社會生活安定、發展，社會各分子間，必須誠信相



處，不虞、不詐），期能實現社會各分子間的公平、正義，而逐漸成為各種法律的共通原則。概括規定是對例示規定而言。指法律上相同性質之事有多種，無一一並舉之必要。舉一、二為例，而以「其他」概括其餘者，舉一、二為例部分，稱例示規定。以「其他」概括部分，稱「概括」規定。「例示」規定之後所為之「概括」規定，其性質不得與「例示」規定有異（須相同、相類）。又一、既用列舉方式，就不應併用「概括」規定。二、無「例示」規定在前，若逕用「概括」規定，亦屬違誤。例如：民法第三條第三項之指印、十字，第六十九條第一項果實、動物之產物；第二項之利息、租金；第一三九條之天災，第一九一條之土地上之建築物，第七五九條之繼承、強制執行、徵收、法院之判決，第七七七條之屋簷、工作物為例示規定、其後文之「其他」，為概括規定。近年之修法者，不知例示規定、概括規定之意義及用法，恣意亂修，而違反中標法第二十條第一項之規定。例如：民法第七七四條原條文之「經營工業」為例示規定，「行使其他權利」為概括規定，修正理由竟謂「經營工業，為行使所有權之例示規定」……爰……將「及行使其他權利」，修正為「或行使其所有權」。成為並無「概括（其他）」規定，亦得單獨稱為「例示」規定，其不懂立法技術，極為顯然。

從上可知：法律條文中，無在前之「例示」規定，及在後之「概括」規定者，即非立法技術中之概括規定（概括條款）。上述之誠信原則，係各種法律的共通原則（與立法技術無關），而非概括條款。但著有「立法程序與技術」之羅姓教授，卻謂：「行使權利，履行義務，應依誠實信用方法」，就是典型的概括條款（該書一五四頁），應屬謬誤。

### 三、參加人不得輔助當事人提起再審之訴

民事訴訟法第五十八條第一項、第二項規定：有利害關係之第三人，得輔助當事人為各種訴訟行為，包括上訴、抗告，或其他訴訟行為在內。但須「於該訴訟繫屬中」（此處之「訴訟繫屬」，指訴訟尚存在法院而言）參加，始符規定。訴訟繫屬消滅，訴訟已不存在法院，即無參加之可言。九十二年二月七日修正時，以原規定認為參加人對於兩造之確定判決，縱有法律上之利害關係，亦不得為其所輔助之當事人提起再審之訴，「對於參加人程序上權利之保障，尚嫌欠周。爰增訂第三項，規定參加人於此種情形，得輔助其於前訴訟程序中所輔助之一造當事人，提起再審之訴」。此為修法者不了解原條文意義之說辭。蓋前訴訟之參加人，必輔助當事人之一造，於訴訟繫屬中（見上文），為一切訴訟行為（民訴法第六十一條）。否則，即非參加人。提起再審之訴，係於原訴訟判決確定後，重新所為之另一起訴行為（須繳再審裁判費），顯然不在原訴訟繫屬中，無參加訴訟之可言（起訴行為，非訴訟繫屬中之行為）。既係另一起訴行為，任何第三人，都不得輔助該起訴之原告，為上述第六十一條所規定之各種行為。倘得為之，祇須於第五十八條第二項「上訴、抗告」之後，加入「再審」二字即可，何必另增第三項之規定？故九十二年二月七日參與修正民訴法之各成員，均係完全不懂民訴法的假專家，以致第一項之規定（訴訟繫屬中參加）與第三項之規定（原訴訟已經消滅，尚得輔助原來的當事人提起再審之訴）互相衝突。有明文規定者，尚且有如此顯然之差錯，其藐視中標法第二十條第一項之規定而恣意修法，實係舞文弄法，應在受懲處之列，不配談立法技術。

### 四、無訴辯論及判決

民事訴訟之判決本於當事人之起訴並經言詞辯論（有明文規定得不經辯論者除外）後為之（民訴法第二二一條）故無「訴」未經

「言詞辯論」而判決，係顯然違法之判決。但民國八十八年二月三日修正民事訴訟法時於第四三六條之十二（增設）規定：依法應經調解之小額事件，當事人之一造，於調解期日五日前，經合法通知，無正當理由而不於調解期日到場，法院得依到場當事人之聲請，命即為訴訟之辯論，並依職權由其一造辯論而為判決。

按調解係起訴前之程序，當事人於調解期日不到場，無「訴」存在，無為「訴訟之辯論」及「依職權由其一造辯論而為判決」之可言。修法者不顧上述法律之明文規定，恣意作違反法律之增設。膽大包天，目空一切，訛舛殊多，理應從重懲處。

#### 五、無撤銷認領之訴而以非法之理由增設得提起該訴

私法上有「形成權」之人，並非均得提起形成之訴。例如同為被詐欺而為行為，被詐欺而為買賣，不得起訴撤銷（民法第一一六條第一項）。被詐欺而結婚，則非起訴撤銷，即不能達到目的（民法九九七條）。同為撤銷破產人（債務人）所為之行為，依破產法第七十九條規定撤銷者，以意思表示為之即可，依同法第七十八條規定撤銷者，則必須起訴請求撤銷之（六十臺上三七九五判例）。民國十九年十二月二十六日公布之民法親屬編並無撤銷認領之規定，民國九十六年五月二十三日修正第一〇七〇條時，以「但民訴第五百八十九條卻有撤銷認領之訴的規定……造成實體法與程序法的規定相互衝突……對於因認領錯誤或經詐欺、脅迫等意思表示瑕疵等情形，亦不得撤銷認領。爰增設但書規定，准許有事實足認其非生父時，可撤銷認領……」兼顧血統真實及人倫親情之維護的理由，而於該條增設但書「但有事實足認其非生父者，不在此限（即得撤銷認領）」筆者認為：

（一）如果確因錯誤、被詐欺、脅迫而認領者，如上所述，民法第一一六條已有明文，非提起撤銷之訴之問題。

(二)如果無血統關係(無父子、女關係)而認領者，不因認領而取得父子、女身分，其認領為無效，亦非撤銷認領之訴之問題。故增設但書之規定，仍係空文。此種以非法之理由修改法律，必然阻礙立法技術之發展。

六、刪去民訴法第二〇四條後段「本訴及反訴亦同」(本訴及反訴同樣得命分別辯論)之規定，而維持同法第三八二條之「本訴或反訴，達於可為裁判之程度者，亦同」(本訴或已達可為裁判程度之反訴，同樣得為一部判決)之規定，亦係互相衝突之修正。

反訴，指訴訟繫屬中，被告對於原告，在本訴繫屬之法院，就與本訴之標的或其防禦方法相牽連(關係密切、互相牽涉)之事件，合併本訴之訴訟程序，提起之訴而言。惟牽連並非不得分開，祇須先辯論、裁判其中之一，尚不知他一是勝是敗者，即得先就其一為之。例如本訴原告甲(出租人)對被告乙(承租人)訴請交還租期已滿、租賃關係已經消滅之房屋。乙承認甲之主張，但反訴請求償還有益費用五十萬元(民法第四三一條)。甲主張現存之增價額僅值五萬元，尚須鑑定(未達可為判決之程度)。即得就無爭執之交還房屋部分先為辯論及裁判。九十二年二月七日修正時，修法者不懂法律，以「該數項標的或其攻擊或防禦方法有牽連關係者，即不宜分別辯論。爰增訂但書(但有牽連關係者不得為之)規定之」的理由，而將原條文後段「本訴及反訴亦同」刪去。但與此有關之第三八二條「訴訟之一部或以一訴主張數項標的，其一達於可為裁判之程度者，法院得為一部終局判決。本訴或反訴達於可為裁判之程度者，亦同」則一字不改(肯認本訴或反訴，達於可為裁判之程度者，得為一部終局判決)，亦係前後互相衝突。參與修法之各位專家，作此種前後衝突之修正，嚴重違反中標法第二十一條第一項之規定，應予重懲。

七、因不備訴之追加之要件（追加不合法），被駁回確定後，得於十日內，聲請就該追加之訴為審判

訴狀送達後，原告得依法（民訴法第二五五條）追加起訴。若追加不合法，法院以裁定駁回其追加之訴，該追加之訴即不繫屬於法院，絕對無審判之可能。民國八十九年二月九日修正該法第二五八條時，以「原告追加之訴，僅不備訴之追加要件，而已具備一般起訴之合法要件，或雖有欠缺其他起訴之合法要件，而得補正者，於駁回訴之追加之裁定確定後，應許原告得聲請法院就該追加之訴為審判」之理由，增設該條第二項規定「……原告得於該裁定確定後十日內，聲請法院就該追加之訴為審判」。如上所論，法院既以裁定駁回原告追加之訴確定，表示該追加之訴不可能「已具備一般起訴之合法要件」（追加之訴，與一般起訴應具備程序上之要件無別，駁回追加之訴，與駁回一般起訴，同係引用民事訴訟法第二四九條第一項第六款為依據）。如果駁回追加之訴之裁定有違誤，係對該裁定提起抗告之問題（民訴法第四八二條）。既然不對駁回之裁定提起抗告，該裁定即屬合法確定，該追加之訴，已不存在法院，無聲請就該追加之訴審判之可能。又、如果該追加之訴，被裁定駁回確定後，仍存在法院，而追加該訴之原告，不於十日內聲請審判，該追加之訴，豈非永遠存在法院？修法者對此問題，則謂：「如原告未於期限內聲請就新訴為審判時，應認原告有撤回該新訴之意思，該新訴之訴訟繫屬，即歸消滅」（司法院印送筆者之修正總說明有此語，現在坊間印行之六法全書所附之修正理由，則無此語。自應以官方司法院印送之說明為準）。按原告撤回其追加之訴，依法應以書狀或於期日以言詞向法院為之（民訴法第二六二條二項）。今原告既無書狀，又未於期日向法院表示撤回之意思，何得憑空「應認原告有撤回該新訴之意思，該新訴之訴訟繫屬，即歸消滅」？如此明顯之錯誤，竟係最高司法機關司法院之意見。無異

顯示：(一)法律教育全部崩敗（法律系畢業，不懂訴應如何撤回），參與修法之專家、學者，均係不懂法律之人。(二)核可該民事訴訟法修正總說明之司法院長，係無法律常識之官僚。同時，可以證明，民事訴訟法無中標法第二十條第一項所定之各種情形，而恣意濫行修正，均應同負上文所論，應增設之恣意增修法律之瀆職罪責。

#### 八、看不懂原法律條文的修正

民事訴訟法第三四〇條原條文，係規定「囑託機關或團體陳述鑑定意見或審查之者（或將法院已有之鑑定意見，囑託其審查）」。修法者看不懂原條文之意思，誤認為係囑託鑑定。雖差若毫釐，但謬以千里。原條文之囑託，非囑託鑑定，受囑託之機關、團體，非鑑定人。修正條文之囑託，受囑託之機關、團體為鑑定人。依第三二九條規定「鑑定人不得拘提」之意旨，鑑定人必為自然人（機關、團體，無拘提之問題）非自然人之機關、團體，不可能為鑑定人。故該條之修正，係看不懂法律條文之修正。

#### 九、調解有無效或得撤銷之原因，當事人不必向原法院提起宣告調解無效或撤銷調解之訴

民事訴訟上調解之法律性質，為私法行為與訴訟行為並存。二者有一無效或得撤銷之原因，全部調解均歸無效或得撤銷。而無效乃當然無效、自始無效。例如婚姻無效（民法第九八八條），自始即不生結婚之效力。如果已生子女，在法律上為非婚生子女，須經生父認領或撫育，始視為婚生子女（民法第一〇六五條）。因被詐欺或脅迫而為意思表示者，表意人如果未撤銷其所為之表示，並非當然無效（仍屬有效），經合法撤銷後，始視為自始無效（民法第一一四條第一項）。此當然無效，有五十五年臺上字第二七四五號判例可據。既係當然無效、自始無效，前此成立之調解已不存在。當事人應係得聲請續行調解程序（參看民訴法第三八〇條第二項「和解有無效或得撤銷之原因者，當事人得請求繼續審判」），而

非第四一六條第二項（修正條文）規定之「得向原法院提起宣告調解無效或撤銷調解之訴」。該項修正規定，違背中標法第二十條第一項之規定，甚為明顯。作此修正之專家（不懂法律的專家），應負上文所述，增設恣意修法之瀆職罪責。

十、提起第二審上訴，不應規定應提出記載上訴理由之書狀

我國現制，係採言詞審理主義（民訴法第二二一條「判決，除別有規定外，應本於當事人言詞辯論為之」）判決之資料，僅記載於書狀，而未以言詞提出者，不得以之為判決之基礎（三八臺上二九二判例）民事訴訟之當事人，多數僅受國中教育，無法自撰第二審上訴書狀（民訴法第四四一條第二項：「上訴理由，應表明下列各款事項：一、應廢棄或變更原判決之理由。二、關於前款理由之事實及證據」）。該應廢棄或變更原判決之理由，必須律師或大學法律系畢業之人，始能勝任。現今第二審上訴，非採律師訴訟主義（第四六六條之一規定：第三審之上訴應委任律師為之，但自己或配偶三親等內之血親、二親等內之姻親，具有律師資格，經法院認為適當者，亦得為訴訟代理人……餘略，可稱為變體的律師訴訟主義）一般當事人，幾乎無法自撰第二審上訴理由之能力。故此種修正，顯然不合國情，也顯然違反中標法第二十條第一項之規定（亦即立法技術不及格）。

十一、提起第二審上訴，未具上訴理由者，修正之規定，形同虛設

依上文所述，提起第二審上訴，必具上訴理由。此為修正後提起第二審上訴應具備之程式，不備此項程式者，其上訴為不合法（民訴法第四四四條）。但修正條文第四四二條第三項規定：「上訴狀未具上訴理由者，不適用前項之規定（不得裁定駁回）」。設此不得駁回之理由，謂：「惟因另有第四百四十四條之一之特別規定，故不適用第二項之規定」。查該特別規定，係第四四四條之一

第五項「……第二審法院，得準用第四百四十七條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之」。此為修法者之夢中囈語，全無法律常識。蓋提起第二審上訴，未具上訴理由者，係上述之不合法之上訴，無準用第四百四十七條「不得提出新攻擊或防禦方法」之可能。又、合法之上訴，始有「辯論」程序，第二審上訴不合法，依第四百四十四條之規定，應以裁定駁回之。不可能「於判決時依全辯論意旨斟酌之」。故除夢夢之人外，不可能作如此之修正。

十二、祭祀公業條例規定之「祭祀公業」的定義，與現實不符，差錯甚大

臺灣之祭祀公業，自日據時期迄今，於公文書之土地登記簿上，直接登記祭祀公業之公號（名稱）為不動產之所有權人。例如新北市板橋之林家花園，土地登記簿上直接登記「林本源祭祀公業」為所有權人。亦即政府之公文書土地登記簿，已承認祭祀公業為權利主體（與自然人、法人，同為享受權利、負擔義務之主體），而民國九十六年十二月十二日公布的祭祀公業條例第三條（用詞定義）第一款規定：「祭祀公業：由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體」。民法上所謂「捐助」，非謂以財物幫助他人（此係文字上之意義）而言。僅於設立財團時，以文書訂立章程，或以遺囑表示，捐出一定數額之財產，以設立財團（法人）為目的之單獨行為。財團為財產組織體，無構成員，而祭祀公業必有派下（祭祀公業之構成員，即設立人及其有派下權之繼承人），不可能為財產組織體之財團。故(一)參與制定祭祀公業條例之成員係無法律常識之人（不知法律上「捐助」之意義），(二)政府公文書之土地登記簿，已承認祭祀公業與自然人、法人，同為權利、義務之主體，上文所述祭祀公業條例第三條第一款所為「祭祀公業」之定義，即屬多餘（不應、亦不可能為自然人張三、法人中國國民黨予以定義）。



由於對「祭祀公業」之定義的訛誤，祭祀公業條例內，其他條文，在法律上亦多難解。如：(一)本條例施行前，已存在之祭祀公業（如上述林本源祭祀公業），依該條例申報並登記者，何以能變為「祭祀公業法人」（該條例第二十一條）？「祭祀公業法人」，是什麼法人（社團、財團）？(二)該條例既承認祭祀公業必有派下（第三條第四款），第五十條第一項第二款，又規定經派下員過半數同意，依民法規定，成立財團法人，並申辦所有權更名登記為財團法人所有。財團為財合組織體，並無構成員。前後規定，顯然衝突。

依上論述，祭祀公業條例所定「祭祀公業」的定義，與現實的「祭祀公業」（如林本源祭祀公業）完全相左（現實的祭祀公業，與自然人、法人，同為權利主體）。由此觀之，參與制定此條例之成員，不具法律常識，提出須制定該條例法案之政府機關（可能為內政部）首長，亦為法律上之盲人，不知今世為何世。竟於第五十九條規定：「新設立之祭祀公業，應依民法規定，成立社團或財團法人」。彼等均不知現今社會進步，祖先及親族觀念，日趨淡薄。自臺灣光復迄今，並無新的祭祀公業成立。又、上文已述，祭祀公業必有派下，其組織不可能為財團（財團為財合組織體，不可能有派下）。因此，縱令有新設立的祭祀公業，亦不可能依民法規定，成立「財團法人」（法人二字應刪）。

十三、刑事訴訟法第一五五條第二項之「證據能力」，是「無證據資格」，抑「不得作為判斷之依據」

民事訴訟法無「證據能力」一詞，通說認為「於證據方法（人或物）中，有為證據方法之資格，稱證據能力」（即「證據能力」之「能力」，與「訴訟能力」、「當事人能力」之「能力」相同，係「資格」之意）。刑事訴訟法學者之著作，對於此詞，並未加以詮釋。依該條項之文意，證據得作為「判斷之依據者」，以「經合法調查者」為限，無證據能力之證據（依民訴法第三〇二條規定於

「他人」之訴訟的法意，證人必須為第三人。訴訟當事人本人，即為無證據能力的證據方法），因其根本沒有資格做證據方法，其結果應為「不必調查」，而非「不得作為判斷之依據」（合法的證據，始能作為判斷之依據）。因此，刑事訴訟法第一五五條第二項中之「無證據能力之證據，不得作為判斷之依據」部分，非但不足以言立法技術，而且為不通的規定。

#### 十四、撤回上訴，不應喪失上訴權

民事訴訟之當事人，於起訴或上訴後，向法院表示，不求就其提起之訴或上訴，予以裁判之意思，謂之撤回訴或撤回上訴。從此「撤回」之意義，可知：撤回，僅係向法院表示，不求就其提起之訴或上訴，予以裁判而已（亦即此次之起訴或上訴，自願放棄不要，並不牽涉其在該訴訟上的其他權利喪失的問題。此觀民訴法第二六三條第一項本文規定，「訴經撤回，視同未起訴」（如有必要，得再起訴）自明。基於同一理由，民事訴訟法第四五九條第三項（原第二項），不應規定「撤回上訴者，喪失其上訴權」。民國九十二年二月七日修正該條時，修法者不知該條原第二項有誤，其修正理由謂「原第二項不修正，移列為第三項」。

我國民事訴訟法，頗多條文，係參照德國民事訴訟法而為規定者，前述民事訴訟法第四五九條原第二項，係參照德國民事訴訟法五一五條第三項而為規定者，其規定為「撤回上訴，已提起之上訴失效」（即此次上訴之效力消失）。表示這次的上訴，已不存在。如有必要及可能（二十日之上訴期間尚未屆滿），可以再行上訴（參看筆者著民事訴訟法論七二三頁）。參與修正本條項之修法者，其法學專業知識及法學常識，兩皆欠缺，遂將應修正的條文，妄作「原第二項不修正」的決定，不配擔任修法重責。

### 十五、增設依職權免為假執行之規定，亦係妄作

民事訴訟法關於假執行之規定，原條文已顧及兩造權力的平衡，於第三九二條後段規定「……或准被告於假执行程序實施前，預供擔保，或將請求之標的物提存，而免為假執行」。設此規定，係針對第三九〇條第二項所定「原告陳明，在執行前，可供擔保而聲請宣告假執行者，雖無前項釋明，法院應定相當之擔保額，宣告供擔保後，得為假執行」。何以言原條文已顧及兩造權力的平衡？即：原告欲求達到假執行之目的，其方法有二：(一)為釋明有假執行之必要，(二)為願供法院所定之擔保額（被告如因假執行而受損害，以此擔保金供作賠償）。被告亦有二種方法，防免原告之假執行。(一)為釋明因假執行恐受不能回復之損害（以釋明對原告之釋明），(二)為聲請預供擔保，或將請求之標的物提存（以供擔保對原告之供擔保），而免為假執行（第三九二條）。九十二年二月修正時，修法者看不懂原條文。其修正理由謂：「原條文……除依被告之聲請外，是否包括得依職權為之，論者不一其說，為期明確，爰予明定（明定「或依職權宣告，被告預供擔保或將請求標的物提存而免為假執行」）」。查訴訟尚未確定，即對被告之財產假執行，對於被告甚為不利，故除民事訴訟法第三八九條明定，法院應依職權宣告假執行外，均不得依職權宣告假執行，更不得依職權准被告免為假執行。如上所述，第三九二條原條文，並未規定法院得依職權，准被告預供擔保，或將請求之標的物提存，而免為假執行。且依原條文「或准被告……預供擔保……」之「准」字詮釋，當然係依被告之聲請而准其免為假執行。因為被告如不聲請，法院何來「准」其免為假執行。故修法者增設明定「或依職權，宣告被告預供擔保……而免為假執行」之規定，係既不懂條文文義，又不懂立法技術之謬修。

十六、第三審上訴理由未指摘之事項，雖原審言詞辯論筆錄有記載，第三審法院應不得斟酌其記載而為判決

第三審為法律審，其判決應以原判決確定之事實為基礎（民事訴訟法第四七六條第一項）。上訴人以原判決違背法令遺漏事實為上訴理由時，所舉之該遺漏事實，第三審法院始得斟酌之，同條第三項規定甚明。依此規定，原法院裁判，雖違背法令，遺漏事實，但其上訴理由未指摘者，第三審法院亦不得斟酌之（即上訴理由未指摘原審違背法令遺漏事實者，第三法院不得於其指摘之外，自尋理由，判斷原判決係違背法令，遺漏事實）。因此，原法院之言詞辯論筆錄，記載當事人陳述之事實，當事人自己未以為遺漏，而據為上訴理由，第三審法院自不得加以斟酌而為判斷之依據。九十二年二月七日修正時，於第四七六條增設第二項，其理由謂：「第二審言詞辯論筆錄已記載當事人陳述之事實，而法院於判決中未予認定，亦與言詞辯論目的不符，為達公平審判及訴訟經濟目的，爰增設第二項，明定於此情形，第三審法院得斟酌該漏未認定之事實而為判決」。此理由係論述言詞辯論之目的，及訴訟經濟，而非論述第三審法院，於上訴理由指摘原判決違背法令之外，亦得以自己之意見，依職權認定其他部分有違背法令，並得據此認定而為判決，故上述增設理由，在法律上不能成立。

從上述增設規定可知：九十二年二月七日之修法者，非但缺乏法制（修正法律）之專門知識，而且缺法一般法律常識。凡法律系畢業並受過法官訓練所訓練之人員，無有不知第三審為法律審，不得依職權認定事實。修法者竟然不知，而謂「第三審法院得斟酌該漏未認定之事實而為判決」。此第二項之增設，與第三項「以違背法令遺漏事實為上訴理由時，所舉之該（遺漏）事實，第三審法院亦得斟酌之」顯然衝突。作此顯然衝突之增設而不自知，誤修之責除修法者外提出該修正案之司法院，應負選任人員不當之責。

## 參、立法常識

本文所謂之立法常識，別於一般國民應具備之法律知識（如幾歲為兒童？幾歲為老人？對於幾歲兒童，不得使其獨處？勞工工作每日不得超過幾小時？）指立法者（制法者、修法者）於立法技術上，應具備之通常的法律知識而言。如：稱社團法人、財團法人是否適法？董事與法人之關係，是否委任關係？親屬行為得否代理？民法第一五二條規定之自助行為，能否落實？非財產上之損害賠償，是否以使精神上受有痛苦為必要？在他人土地上下之一定空域，設定之地上權，於法可行，有無另行增設區分地上權之必要？有無增設農育權之必要？將質權人改為受質人，是否可通？訴訟拘束，是否訴訟繫屬？民事訴訟之當事人，合意定外國法院為管轄法院，是否可行？有無主參加？必須合一確定之訴訟，得否選定當事人？選定當事人為訴訟行為，應否設加以限制之規定？民事訴訟法第四十八條之「能力」，是否亦含當事人能力？代理權是否依委任而取得？民事訴訟法原第二五五條第一項之「不甚礙」，與原第二五六條立法解釋之「無礙」，是否相同？起訴時，主張其起訴所據之法律關係為委任，其後稱該法律關係為僱傭，是否原第二五六條（現第二五六條）第一款規定之「不變更訴訟標的而更正法律上之陳述」？訴狀應否記載「訴訟標的」？小額訴訟之判決書，得僅記載主文（民訴法第四三六條之十八）而無法官簽名，是否合法？行政訴訟向民事法院提起，應否裁定移送？何謂訴訟繫屬？「當然違背法令」，得否另設例外規定？第三審判決，有無經言詞辯論之必要？婚姻無效之訴，是確認之訴，抑形成之訴？於親屬法第一〇七〇條增設得提起撤銷認領之訴之規定，是否適法？

上列種種疑問，非但一般未修習法律之人，無法確答，而且已任法官多年，甚至已被稱為法律專家者，也不免出錯，如前輩石志

泉先生為民事訴訟法權威，曾任大理院推事，司法院副院長，臺灣大學法學院法律系司法組民事訴訟法教授，司法官訓練所所長，其所著「民事訴訟法釋義」第二六五頁載有「原告先稱其契約為委任，後稱該契約法律上之性質為僱傭。即係未變更訴訟標的而更正法律上陳述」。筆者的專長是民事訴訟法，但依筆者淺見（即法律常識）將「委任」更正為「僱傭」，乃訴訟標的之變更，而非不變更訴訟標的，不在民事訴訟法第二五六條規定之範圍（即不得作如此的變更）。蓋該條之規定，以「不變更訴訟標的」為前提，將「委任」更正為「僱傭」，訴訟標的已經變更，當然不得任意為之。何以言訴訟標的已經變更，民事訴訟法第二四四條第一項第二款規定，訴狀應表明「訴訟標的」，起訴當時，訴訟標的為「委任」法律關係，其後更正訴訟標的為「僱傭」法律關係，何能謂不變更訴訟標的。

從上釋論，可知：參與制定或修正法律之專家，必須具備法律常識。缺乏法律常識，其制定或修正的法律，必定有誤。茲將筆者認為制定或修正有誤的法律，論述如次：

### 一、不應規定「社團法人」、「財團法人」

民法第一編第二章第二節（法人）原始立法理由已明示：「其不曰社團法人、財團法人，而簡稱社團、財團者，以未經登記或許可之社團、財團，在法律上尚未取得人格，而已經登記或許可之社團、財團，其為法人，又無疑義。故……可省去法人二字」。若稱「社團法人」、「財團法人」，即成為「法人法人」可笑、不通的法律名詞。如此可笑、不通的法律名詞，竟係全國最高司法機關之司法院所制定發布之「法人及夫妻財產制契約登記規則」第十六條所明定（「登記之法人名稱，應標明其為社團法人或財團法人」）。可見司法院民事廳（主管廳）、秘書長、副院長、院長，

均不具法律常識或均漫不經心。否則，不會有如此可笑的情事發生。

因為司法院制訂的上述法人登記規則，將社團稱社團法人、將財團稱財團法人，全國所有的社團、財團，都必須跟隨作同一之稱謂及登記。私立學校法第十三條第一項規定：學校法人……應為財團法人設立登記。公司法第一條規定：本法所稱公司，謂以營利為目的……之社團法人。祭祀公業條例第五十條、第五十六條、第五十九條，分別有社團法人或財團法人之規定。各該不合法稱謂之法律名詞，誤人無數。其責任均應由司法院負之。

## 二、董事與法人之關係非委任關係

法人與其代表人之關係（董事長或董事），學者皆主張類似於委任，應準用關於委任之規定。公司法第一九二條第四項，並有此項意旨之明文。惟民法第二十七條第二項規定：「董事就法人一切事務，對外代表法人。第二十八條規定：法人對於其董事因執行職務所加於他人之損害，應與該行為人連帶負賠償之責任，不無衝突。蓋法人之董事（代表）執行職務之行為，即為法人之行為（代表與本人之關係，在法律上為二而一的關係），而非董事自己之行為，理應由法人賠償，不應由董事連帶賠償（董事自己無加害行為）。法律規定法人與執行職務之董事連帶負賠償之責任，表示董事執行職務，係董事自己之行為，而非法人之行為，前後自屬衝突

委任是委任人委託受任人處理事務的契約，雙方都須為意思表示（一方表示委託他方處理事務，他方須表示允受處理）委任關係之受任人，處理委任事務，應依委任人之指示（民法第五三五條）受任人處理委任事務所收取之金錢、物品，應交付於委任人。受任人以自己名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人（民法第五四一條）。法人之董事長或董事執行職務，非受法人指示。其執行

職務所收取之金錢、物品，或取得之權利，不必移轉於法人。可見委任是委任人與受任人雙方（二個人格者）的關係，非代表（是二而一的關係，無二個人格者）關係。法人無法自己向董事長或董事表示委託其處理事務的意思，故法人與董事長或董事之關係，非類似委任關係。

### 三、改變身分的行為或訴訟，不得代理

大法官釋字第五八七號解釋聲請人之聲請為：甲夫乙妻民國八十年十月十九日結婚，婚後感情不睦。八十五年乙妻離家出走，在酒家工作，無與甲同居事實。且經醫診斷，甲因精蟲稀少，無法生育。八十六年十一月二十五日辦離婚登記。八十六年十一月十二日，甲之妻乙，生一女丙。依民法第一〇六二條（受胎期間）推算，乙受胎期間，約在民國八十六年一月至五月，甲乙尚未辦理離婚登記（即丙女出生，甲乙尚未離婚），因此，丙之父為甲。但乙認為，自己自八十五年離開甲家後，未與甲見面同居，甲不可能為丙之父。遂以丙之法定代理人資格，對甲提起「確認原告與被告親子關係不存在」之訴。訴狀表明，係依民事訴訟法第二四七條提起確認之訴，但法院認為該訴為民法第一〇六三條第二項否認生父之訴，「應推定乙妻所生之子女，為婚生子女。受此推定之子女……在法律上不能不認為夫之婚生子女，無論何人，皆不得為反對之主張」，而駁回乙代理丙提起之訴。（民國九十六年五月二十三日修正時，始於該條增列「或子女」三字，使子女亦得提起否認之訴）。該駁回訴之判決，是否正確，非本文討論之範圍，不予評論。

釋字第五八七號解釋理由末段的前一段謂「惟由法定代理人代為起訴者，應為子女之利益為之。以與民法關於父母子女間之規範，皆以追求及維護子女之最佳利益為考量之意旨相符」。並未顧



及乙代理丙，提起確認丙與甲親子（父子）關係不存在之訴，係改變身分之訴訟，在法律上應由當事人自主，不得由他人代理提起。此觀民事訴訟法第五八四條規定「前條之訴（收養無效，終止收養無效，撤銷收養，確認收養關係成立、不成立，終止收養關係，撤銷終止收養之訴）養子女雖不能獨立以法律行為負義務，亦有訴訟能力」。及民法第九七二條「婚約，應由男女當事人自行訂定」，同法第一〇四二條「夫妻兩願離婚者，得自行離婚」（「自行」，表示必須自己為之，不得由他人代理）自明。為該號解釋之大法官翁岳生、城仲模、王和雄、謝在全、余雪明、曾有田、廖義男、楊仁壽、徐璧湖、彭鳳至、許宗力，無一人對於民事訴訟法、親屬法有專長，亦均缺乏法律常識，對於上述法律明文規定之事項（改變身分之訴訟、改變身分之行為，不得代理），毫無所知。遂於解釋文中指示：「由法定代理人代為起訴者，應為子女之利益為之」。此種背道而馳之指示，害人無數。

#### 四、民法第一五二條之自助行為，關於拘束他人自由部分，無法實施

為保護自己之權利，對於他人之自由……施以拘束者，應即時向法院聲請處理（民法第一五一條、第一五二條）。設債權人（未取得執行名義者）深夜在機場目覩其債務人欲逃亡出境，債權人自己或僱請大力士二人，強力攔阻，將該債務人押往附近空屋看守（拘束其自由），即向機場警察機關請求援助，機場警察機關，以依警察法規定，警察無拘束民事債務人自由之權為理由，拒絕援助處理。債權人向法院請求援助，因我國民事訴訟法，並無與德國民法第二三〇條第三項人身保全之假扣押相同之規定，法院亦無法處理。因此，民法第一五二條之自助行為，關於拘束他人（對其未取得執行名義之債務人）自由部分，無法實施。此種立法，係立法者

缺乏法律常識，致所定上述自助行為之條文，與空文無異。

### 五、非財產上之損害賠償，不以使精神上受有痛苦為必要

民法第一九五條規定：侵害他人之身體、健康、名譽、自由者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。此項損害賠償，一般法律著作及判例，均稱為慰藉金或慰撫金，五十一年臺上字第二二三號、六十二年臺上字第二八〇六號判例謂：慰藉金之賠償，須以人格權受有侵害，使精神上受有痛苦為必要；公司係依法組織之法人，其名譽受損害，無精神痛苦之可言，自無請求精神慰藉金之餘地。判例於法律規定之外，另加須使精神上受有痛苦為必要之限制，違反「有侵害即有救濟」之法則。若依判例意見，則精神喪失人（植物人）之人格權受侵害，無論如何，不得請求非財產上之損害賠償，自無此理。上述非財產上之損害，得請求賠償相當之金額，稱為慰藉金或慰撫金，係依瑞士民法第二十八條第二項中（*Leistung Einer Geldsumme als Genugtuung*）之規定，其文義為支付金額作為賠罪（賠罪金）而規定者，立法當時，求文字之雅，而譯成慰撫金。惟就法律條文言，應重在信（忠於原文），雅（文字美好）則次之。當時捨「信」就「雅」，致用法者將慰藉金釋義為「須使精神上受有痛苦為必要」。從此可見，制定民法第十八條第二項之工作者，法律常識，尚嫌不足。不知人格權較財產權為重要，於受侵害時，應較財產權之受侵害，易於獲得賠償，不應另加「須使精神上受有痛苦為必要」之限制。加此限制，使上述判例事件起訴之當事人，均受其害。各該判例，應予廢止。

### 六、民法物權編第三章（地上權）無增設區分地上權一節之必要

民國九十九年二月三日修正物權時於第三章（地上權）增設第

二節「區分地上權」。第八四一條之一規定：「稱區分地上權者，謂以在他人土地上下之一定空間範圍內，設定之地上權」。修法者假造理由，謂係仿日本民法而為規定者。經查日本民法第二六九條之一（地上權最後一條），並非「區分地上權之規定（無「區分」二字）」。該條不過規定：「地下或空間……得為地上權之標的」而已。此「在他人土地上下設定地上權」之規定，在我民法，係第七七三條（土地所有權及於土地之上下）之當然解釋，不必另設規定。例如：甲係用土地建築五十公尺高房屋；乙係在不妨礙甲房屋安全情形下，使用深層土地，建築地下健身房；丙係在不妨礙甲屋頂四周安全情形下，使用在甲屋頂上空一定空域，做為空中氣球廣告之地上權。甲、乙、丙之地上權，各有一定範圍，互不相妨，自無不可。

「區分」二字，在法律上必與「共用（同）部分」同時規定。區分部分，係自己專（獨）有；共用（同）部分，係各區分所有人共用、共有（如走廊、電梯）。民法第七九九條、公寓大廈管理條例第三條第二款、第四款，規定甚明。上述修法者增設之區分地上權，僅有自己之專用部分（在他人土地上下之一定空間），並無「共用（同）部分」，根本不應使用「區分地上權」一詞。可見修法者有二違失：一為假造理由，謂係仿日本民法而增設。二為缺乏法律常識，不知「區分」一詞，在法律上如何使用，恣意盲目增設區分地上權之規定，應受嚴重之懲處。

## 七、將質權人改為受質人，係不知「質權人」之意義

質權之設定，係要物行為，必須將動產交付（移轉占有）於債權人（受交付後即為質權人），始能成立。原民法第八八四條（占有由債務人或第三人移交之動產）、第八八五條（質權人不得使出質人代自己占有質物）規定甚明，修法者不知質權人之意義，盲目

的謂：「原條文之質權人既尚未取得質權……其用語易滋疑義，爰仿第八百〇一條規定，將質權人修正為受質人」。

經查民法第八〇一條，係善意取得（不知對方就該動產有無所有權，對方將該動產交其接受占有，受交付占有者，即取得該動產之所有權）之規定。交付之一方，稱讓與人；受交付之一方，稱受讓人，係當然之法理，與動產質權之如何成立，風馬牛無關。設定動產質權，係出質人以動產為擔保（該動產未必為出質人所有，亦可能為第三人所有），向債權人借款之人。常見者為以物（例如金戒指）向當舖借錢，經當舖收質（收該戒指）時，質當始告成立，如未收受占有，不得稱為「受當人」（無受當人之可言）。修法者不但無法律常識，而且無一般常識（以金戒指向當舖借錢，就是想設定動產質權。如果當舖認為該金戒指不是純金的，不收受該戒指，質（當）權就不成立，無「受質（當）人」一詞，也不知道）。有關機關選任不知「質權人」意義之人修正物權法，必定愈修愈壞。

## 八、必須合一確定之訴訟，不得選定當事人

民事訴訟法第四十一條規定：多數有共同利益之人，不合於非法人團體設有代表人（有當事人能力）之規定者，得由其中選定一人或數人，為選定人及被選定人全體起訴或被訴。必須合一確定之訴訟（即固有必要共同訴訟）是否亦得選定，見解不一。最高法院之判例，均為得選定之判示。舉三個判例如次：

(一)民事訴訟法第四十一條關於選定當事人之規定，於提起分割共同共有物之訴，既無特別規定，自非不得適用。（三三上八七一判例）

(二)訴訟標的對於多數人必須合一確定者，亦與民事訴訟法第四十一條第一項所謂多數有共同利益之人之情形相當。自得由其中選

定一人或數人，為全體起訴或被訴……。（四二臺上九八二）

（三）多數有共同利益之人，不合於民事訴訟法第四十條第三項所定者，固得依同法第四十一條第一項規定，由其中選定一人或數人，為全體起訴或被訴。（四三臺上六〇五）（理由與第二判例同）

第一例之理由，「既無特別規定」，即得適用選定之規定，在法理上，非必定正確之論。例如上文所述，1. 法人得否稱為社團法人、財團法人，2. 得否提起撤銷認領之訴，3. 應否增設區分地上權之規定，法律均無特別規定，若依判例意見，均非不得為之（即均可得為之），其結論與真理相反，故判例所持該項理由，無說服力。

第二例僅謂：「訴訟標的對於多數人必須合一確定者，亦與民事訴訟法第四十一條第一項所謂多數有共同利益之人之情形相當，自得由其中選定一人或數人，為全體起訴或被訴」，而未論及必須合一確定之訴訟，又稱為不可分的共同訴訟。該必須合一確定之多數人，須視為一體（一人），不得分為數人處理。其中固有必要共同訴訟（依法律規定或依法理，必須數人一同起訴或被訴，否則，當事人即不適格者，稱固有必要共同訴訟），如果選定當事人，即非全體為原告、被告（僅被選定人為原告或被告），必受敗訴之判決，故第二例之理由，顯然缺乏法律常識。

親屬會議（張一、張二、張三、張四、張五）、合夥（甲、乙、丙三人開設興隆號商店）在訴訟上為當事人，必須親屬會議會員五人，興隆號合夥三人全體為當事人，當事人始為適格（若缺一人，當事人即不適格，必受敗訴之判決）。又分割共有物之訴，係合兩造而言之固有必要共同訴訟（無論分別共有、公同共有，各人必有應有部分或隱藏的應有部分。各共有人應有部分之總和，必等於一。缺一共有人為當事人，應有部分之總和，即不等於一。表示該訴非全體共有人起訴或被訴）。上述之親屬會議、合夥為當事人

之訴訟，及共有人（無論分別共有或共同共有）分割共有物之訴訟，因須將數人視為一體（一人），故在法理上，不得選定當事人。為上開判例之最高法院法官，謂得選定之判示，顯然缺乏法律常識。

### 九、行政訴訟向民事法院起訴，不應裁定移送

民事訴訟法第三十一條之二第二項增設：「普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院」之規定。增設此項規定之理由略謂：參酌司法院解釋（實係大法官解釋）釋字第五四〇號及行政訴訟法第十二條之二第二項。經查大法官釋字第五四〇號解釋係解釋依國宅條例所為之出售、出租或向銀行貸款等行為，係私權關係之民事事件（此係法律人當然應知之事理，不待解釋），而非行政訴訟事件，不得以另有行政法院可資受理，而駁回當事人之聲請。並未涉及普通法院認其無受理權限者，應依職權裁定移送至有受理訴訟權限之管轄法院之問題。行政訴訟法第十二條之二第二項：「行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權，而原告有指定者，移送至指定之法院」。應係指行政法院若認該事件自己為無管轄權者（例如最高行政法院認為應由高等行政法院管轄者），應移送至就該訴訟有受理權限之管轄法院（即高等行政法院）而言（即雖係行政訴訟，但自己無管轄權），非指將無審判權之訴訟，移送至有審判權之法院而言。蓋對於無管轄權之訴訟，始生移送之問題（民事訴訟法第二十八條）對於無審判權（無受理權限）之訴訟，其訴為不合法（參看原始立法理由），應以裁定駁回之，無移送之可言。茲以釋字第八十九號解釋之事實說明此理。當年政府因實施基本國策扶植自耕農，將公有耕地，放領與農民承領後，撤銷放領而生之爭執，最高法院認為係行

政訴訟事件，駁回承領人之訴。承領人向行政法院起訴，行政法院認為：撤銷放領，係放領機關之政府，解除買賣契約，應係民事訴訟，亦駁回該承領農民之訴，而無應否移送之爭執（僅生「放領」、「撤銷放領」，究係行政行為，抑為私法行為之爭執）。此種各自堅持己見判決，雖耗費時日，訴訟不經濟。但在民事訴訟與行政訴訟分立之國家（我國、德國），係屬理所當然。又縱令如上文所述，增設應移送之規定，亦未必能解決問題。例如原告對於享有治外法權之外國使、領人員起訴，應以裁定駁回之，不可能依職權移送至外國法院。修法者看不懂行政訴訟法第十二條之二的真正意義，並缺乏法律常識，以為無管轄權與無受理訴訟權限（無審判權）相同，不知無管轄權之移送，以有審判權為前提，受移送之法院，始能就該訴訟，視為該訴訟自始即繫屬於受移送之法院（民事訴訟法第三十一條第一項，即該訴訟係在受移送之法院起訴之意）。對於無受理權限之訴訟（無審判權之訴訟），如上文所述，被告為享有治外法權之外國使、領人員者，其訴為不合法，不生移送問題，故行政訴訟向民事法院起訴者，不應設裁定移送之規定。

#### 十、社團（法人）開除其社員或撤銷其社員資格發生爭議，非民事事件

民事，指由平等的（雙方地位同等無差）私人間，日常生活關係（買賣、租賃、借貸、贈與，婚姻、收養、認領、監護）而生之私法事件而言。上文所述之政府放領公有耕地給無耕地的農民，雖然收取地價，但非買賣而係政府施政行為。政府居於統治者地位，農民是被統治者，雙方地位，並不平等。故因撤銷放領而生之爭執，應非私法（民事）事件，釋字第八十九號解釋，採行政法院之見解，認應由普通法院（民事法院）管轄審判，係缺乏法律常識之錯誤解釋。

社團（法人）與社員（黨員、會員）之關係，是不平等的關係，社員須繳入社（黨、會）費，須依章程服從領導，違反章程時，可能被開除或撤銷其社員（黨員、會員）資格，因此發生之爭執，自非民事事件。但最高法院五十七年臺上字第四三四號判例謂：「合作社社員大會之決議，有違反法令或章程者，對該決議原不同意之社員，雖得依民法第五十六條第一項之規定，請求法院宣告其決議為無效」（當時的條文與現在的條文不同）。無異承認社團（法人）開除其社員，或撤銷其社員資格，發生爭議，是民事事件（否則，何得起訴請求法院審判）。惟該判例之見解，違反合作社法第四十九條之一：「社員大會之召集程序或決議方法，違反法令或章程者，社員得於決議後，一個月內，以書面請求該管主管機關撤銷其決議……」。該違反法律明文之判例，自應無效。據上論述，社團（法人）開除其社員（黨員、會員），或撤銷其社員（黨員、會員）資格，所發生之爭執，非民事事件，不得提起民事訴訟，向法院請求審判。