

淺論立法技術與法律常識

姚瑞光

何謂立法技術？何謂法律常識？在筆者曾經過目的法律文獻中，尚無學者論及。依筆者拙見：立法（含修正法律）技術，指立法能力與立法專門技巧（如何擬定條文，如何分條、分項，如何用「例示」及「概括」規定，如何用「但書」，何種情形用「適用」，何種情形用「準用」，如何正確的使用法律上的慣用語，如「不生效力」、「不得對抗第三人」等）而言。法律常識，指各階層的人（因階層、崗位不同而異）於表示有關法律上的意見時，應具備的知識而言。司法院院長談話，要求法官便民、禮民（considerate），或者於司法會議時，責罵最高法院院長「一案兩判」（六十一年一月至同年五月，筆者任職於最高法院時，曾親聆當時的司法院院長，就高雄縣縣長余登發違背省府明令，放領不應放領的耕地給農民，被判違背職務圖利他人罪刑確定，而民事訴請承領該地的農民返還耕地，政府卻受敗訴之判決，指責為「一案兩判」。在短短數月內連罵四次，並因此撤換最高法院院長，均

係不具備法律常識。前者非司法院院長職掌，後者並非「一案」，自非「兩判」。依憲法規定，法官獨立審判，院長不得過問，且刑事、民事判決均正確，院長不應置喙）。

依上所述，立法技術與法律常識，尚無文獻研論。二者內涵，諸多互相牽涉、影響。對於立法技術外行者，其法律常識必定缺乏。不具備法律常識者，其立法技術必非常門外。二者如何界定及區分，自必言人人殊。茲依筆者個人拙見，分論如次：

壹、先論立法技術

現今政府，從其單位名稱看來，可能掌管立法技術者，行政院有法規委員會（組織法無規定，但三十多年前，筆者曾受聘擔任該委員會委員，並開會多次）。立法院有法制局（組織法第二十條），司法及法制委員會（組織法第十條一項七款）。惟均非掌管立法技術之機構。由此可見，政府完全忽視此事。

言立法技術，必須遵依中央法規標準法（以下簡稱中標法）行之。不依此法所為之立法或修法，均屬違

法。

筆者之專業知識，於民事審判方面，稍多經歷，對於立法技術，僅隨時用心注意而已，並無深入研究，故本文題目，名為淺論。

一、不應增設農育權為用益他人土地之物權

依憲法規定，國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人為原則（憲法第一四三條）。此項原則，早已實施完成。實施耕者有其田條例之廢止，表示所有農民，已均受相當土地之分配。又因傳統農業，難獲厚利，農民原已取得之農地，全臺灣有五千六百公頃休耕，行政院須支出龐大之休耕補助經費，造成政府財政負擔（見民國一百年二月十八日聯合報A六版）。農民依上述之扶植及分配，取得農地後，無意願長期務農者，為確保農業永續發展，總統公布農業發展條例，該條例第二章，農地利用與管理，全章條文十八條，非但沒有一個條文，係就農民如何取得農地而為規定者，反而就農業用地變更為非農業用地有所規定（第十條）。從上各情，可知目前我國農民之實況，為有地不耕（休耕）或將農業用地變更為非農業用

地，而無農民無地，須使用他人之土地為各種農作（含漁、牧）之情形。至於造林，因收益時間極長（最少十年），事實上現今已無以造林為業營生之人。修法者不顧實情，不求甚解，遽依農業發展條例第三條第十二款，增設農育權專章，規定「稱農育權者，謂在他人土地為農作、森林、養殖、畜牧、種植竹木或保育之權」。顯然違反上述中標法第二十條第一項第一款「基於政策或事實上之需要」之規定，即係不具備立法（修正法律）能力，無立法技術之可言。

二、增設區分地上權之規定，係假造理由

日本民法第二六九條之二第一項上段，並非區分地上權之規定，其條文的文字如次：

「地下或空中，得定其上、下之範圍，以所有工作物為目的（客體）而為地上權之設定」。

該項地上權所使用之土地，在地上、空中或地下，與該國民法第二六五條（我民法原第八三二條）之地上權不同者，僅排除以有建築物（通常為房屋）及竹木（任何科技，無法在空中建房屋、種竹木）為目的而設定，其餘則無不同。該條文之要

旨為：以地下或空間為客體之地上權，並無「區分」地上權的文字。日本民法物權編全部條文，均無「區分」一詞。在我民法，「區分」一詞，見諸第七九九條。該條之「區分」，指分別共有之數人，於應有部分外，共有一物而言。如共用屋頂、階梯、正中門宅等是。在同一土地之上、下，分別設定疆域不同之地上權，甲係使用土地建築五十公尺高房屋之地上權，乙係在不妨礙甲房屋安全情形下，使用深層土地之地上權（如建地下停車場），丙係在不妨礙甲屋頂四周安全情形下，使用在甲屋頂上一定空域之地上權（如長期停留空中之氣球廣告），依第七七三條規定，土地所有權及於地之上、下，係理所當然之事，無假造理由，謂係仿日本民法第二六九條之二第一項之立法例，增訂區分地上權之定義性規定之必要。

三、最高額抵押權可以不設規定，或僅設一個定義性條文即可，無照抄日本有關「根抵當」條文之必要。

最高法院於三十多年前即有關於最高額抵押權之判例錄，其要旨如次：最高額抵押，係就將來應發生之

債權所設定之抵押權，其債權額在結算前，並不確定，實際發生之債權額，不及最高額時，應以其實際發生之債權額為準。（六二臺上七七六）

最高限額抵押契約，係指所有人提供抵押物，與債權人訂立在一定金額限度內，擔保現在已發生及將來可能發生之債權之抵押權設定契約。在抵押權存續期間內，已發生之債權，因清償或其他事由而減少或消滅，原契約仍然有效。（六六臺上一〇九七）

新增第八八一條之一之立法理由亦謂：「實務上行之有年之最高限額抵押權……其要件宜予明定」。既已行之有年又不發生窒礙，何必就此增設一節（第二節）計十八個條文？豈非多餘？當然違反中標法第二十條第一項之規定（基於政策或事實之需要），依著者意見如要規定僅設如下的一個定義性條文即可：

最高額抵押權，謂債務人或第三人，以其不動產為擔保，在存續期間內，於現在或將來，就一定法律關係，或基於票據，實際發生之債權，在最高額內，至存續期間屆滿，或合意另定之結算日止，所設定之抵押權。

四、法人之權利能力始於何時？應規定而未規定

人（自然人）之權利能力始於出生，民法第六條已有規定。法人之權利能力始於何時，法律未設規定。學者著書，亦鮮詳確論及，僅謂依民法第三十條登記後，即成為權利主體（未明確指出一定之時點）。最高法院六十四年一五五八號判例謂：依法聲請登記，一經依法登記於法人登記簿，即行成立而取得法人資格，得為權利主體。施啟揚著民法總則（八十五年版一二九頁）指明「所謂登記，指登記完畢，並發給法人登記證書者而言（非訟三四）」。筆者認為：依非訟事件法第八十六條（即上述施著所言之「非訟三四」）規定：「登記處於登記後，應發給專用於辦理法人取得財產登記簿謄本，並限期命聲請人繳驗法人已取得財產目錄所載財產之證明文件……」（第一項）。「聲請人繳驗前項財產證明文件後，登記處應發給法人登記證書……」（第二項）。又所謂登記完畢，指依法登記於法人登記簿，並校對完竣，加蓋登記簿及校對人員名章，記明年、月、日、午、時、分後，為登記完畢（用電腦處理者，經

依系統規範登錄、校對完竣後，為登記完畢。參考土地登記規則第六條）。究竟係登記完畢，法人即取得權利能力，抑或「並發給法人登記證書」時，始取得權利能力，尚有仔細推敲之必要。

法人取得權利能力之準確的時間點（年、月、日、午、時、分）與人（胎兒）取得權利能力之時間點，在法律上非常重要（例如在一胎多嬰之情形，最先出生者，因呼吸器官，微有障礙，稍後開始呼吸，仍為同胎者之兄、姊）。法人依上述規定（非訟第八六條）登記完畢，即可憑「法人取得財產登記簿謄本」，聲請將法人「財產目錄」所載之財產，登記為法人所有（即已由法人取得），並繳驗法人已取得該項財產之證明文件後，登記處始應發給法人登記證書，可見發給法人登記證書，顯在登記完畢之後（法人享受權利取得財產在先，登記處發給登記證書在後）。從而法人之權利能力，應規定「始於登記完畢」，始合法理。應規定而未規定，就此法律上的缺漏，有提案權之機關，不予理會，應屬失職。

五、修改文化資產保存法的奧秘

文化資產保存法，於九十四年

二月五日，全部修正。在此之前，該法第一條條文為：「本法以保存文化資產……發揚中華文化為宗旨」。依此規定，無「中華」文化歷史價值之「歷史建築」，即非「古蹟」。去此二字之後，不論何國古時候之建築，均為我國之古蹟。從而，凡日治時期之建築物，總統府、司法大廈、原臺灣銀行、嚴家淦總統官邸……均為該法所稱之古蹟（該法第三條第一款）。如果在該時期，在臺灣公、私機構任職之日本人們，現在來到臺灣並知此情形，必然懷疑何以臺灣政府，把我們的「臺灣總督府」作為他們總統的辦公廳，並指定為「古蹟」。難道不知道，這不是臺灣古代的建築物嗎？但他不知這是當時流行「去中國化」的結果，這就是當時把文化資產保存法修改的奧秘。

就立法技術及法律常識言，該法第三條第一款「古蹟、歷史建築物，指人類為生活需要，所營建之具有歷史、文化價值之建造物及附屬設施群」而言。所謂「歷史、文化」，當然係指制定該法國家之歷史、文化而言，不可能係指日本或其他外國之歷史、文化而言。因此，縱使依修正後之文化資產保存法之上開規定，亦不

能說日本建築的「臺灣總督府」，係我國（臺灣）歷史建造物，而現存的臺南市的「鄭成功祠」，臺北市的南（城）門、北（城）門遺址，則為我國（臺灣）的古蹟。非我國（臺灣）古代建築物，而指定為古蹟，係指定機關之誤指，不因之而成為古蹟。當年用心奧略的修法，在法理上，並未達到目的。

六、依習慣不得設定物權

民法第七五七條原規定：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設」。原始立法理由謂：「物權，有極強之效力……若許其……依習慣創設之，有害公益實甚，故不許創設」，此稱為物權法定主義。其意為習慣如有必要成為法律者，應制成法律，不得逕以習慣作為法律。自民法物權編公布施行後，其他法律規定有物權之條文者甚多，如海商法第三十條之船舶抵押權，礦業法第八條之礦業權，漁業法第十五條之漁業權，水利法第十五條之水權，民用航空法第十九條之航空器得為抵押權之標的，動產擔保交易法第十五條之動產抵押權，民事訴訟法第一〇三條第一項，被告（受擔保利益人）就提存物，有法定質權之規定（其他無法枚

舉），均能於事實上有需要時，適時制定公布。不但無「新物權秩序」出現，「法律未及補充」，遂致原規定難免「過於僵化」，而無法律可用之事，而且足以反證，修法者自行虛擬之「物權法定主義過於僵化，若新物權秩序，法律未及補充，應許習慣予以填補，習慣形成之新物權，若明確合理，與物權法定主義無違」，均係幻想的空言（一、未舉出什麼新物權出現，法律未及補充。二、未說明原規定中，哪裏「過於僵化」應許「習慣」來填補。三、「新物權」後之「秩序」（次序或依序守規）」，是何意思？無法與其上之「新物權」連接而成法律名詞，應屬文理不通。四、依中標法第二十條第一項第一款（基於政策或事實之需要）之規定，修法者憑自己之假設（用兩個「若」字，自行假設修法理由）而修法，係屬違法行為，應受譴責。五、修法理由載：「爰仿韓國民法第一八五條規定增設本條」，更屬欠缺法律常識。修法者不知我國民法及民事訴訟法水準甚高，「足以躋於最優良的現代法典之林」（中華民國民法制定史料彙編下冊九四三頁，美國哈佛大學教授龐德所撰報告）。韓國原為我

國清廷屬國，光緒二十年獨立，建韓國，宣統二年為日本所併，二次大戰後獨立，民國三十七年（一九四八）七月，建大韓民國。一九五八年二月二十二日公布施行之民法，大部分脫胎於日本民法（編排、形式，全依日本民法，其編名、編次為：總則、物權、債權、親屬、繼承）。民法總則第一條：「關於民事，法律所未規定者，依習慣法無習慣法者，依條理」。其親屬法中之親屬會（第九六〇條至第九七三條），則係仿依我國民法第一條及有關親屬會議之規定。法律係須經長時間實驗、研究、檢討、施行，始能達較高水準之規範。任何新興、崛起國家（美國在內）之民法，不可能較我國民法為優。修法者以韓國民法第一八五條為藍本而修正本條，實係認劣為優，矮人觀場之作。

七、不諳「例示」規定、「概括」規定之用法

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」總括其餘者，謂之「例示」、「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」規定者有異（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，其後若用「概括」規定，亦屬違誤。此為法制（含修正法律）人員應知之體例（立法技術）。例如：民法第三條之指印、十字，第六十九條之利息、租金，第一三九條之天災，第一九一條之土地上建築物，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，其後文的「其他」，為「概括」規定。

修法者近年修正物權法，不依上述體例而為之修改，舉數項如次：

（一）第七七四條原條文「土地所有人經營工業及行使其他權利，應注意防免鄰地之損害（經營工業為「例示」規定，行使其他權利，為「概括」規定）」。修正理由謂：「經營事業，為行使所有權之例示規定……爰……將『及行使其他之權利』，修正為『或行使其所有權』」。修正後之該條，並無「概括（其他）」規定，何來「例示」規定？可見修法者完全不知「例示」、「概

括」規定之用法。

（二）第七七七條原條文「土地所有人，不得設置屋簷或其他工作物，使雨水直注於相鄰之不動產」。修正時改為「……屋簷、工作物或其他設備，使雨水或其他液體，直注於相鄰之不動產」。原條文係就「水」之相鄰關係而為規定，「其他液體」非「水」若有使鄰地損害情事，得適用相關規定解決，不宜在此處增入規定。增入「其他液體」之當否，姑不置評。就「例示」、「概括」規定之用法言，原條文之「工作物」，涵蓋一切以人工造作之物，當然包括「其他設備」在內（任何「設備」，都係用人工造作而成），修法者於「工作物」之外，增入「其他設備」四字，其立法技術及法律知識，在一般水準之下。

（三）非「概括規定」模式卻用該模式予以規定

第八一〇條所舉之拾得漂流物、沉沒物，均與「拾得遺失物之情形相同」，原立法理由已分別載明。修法者於該

條增入「或其他自然力而脫離他人占有之物」一語，其理由謂：「漂流物、沉沒物，均為因水之自然力而脫離他人占有之物，事實上尚有其他自然力。例如颱風、大雨，致使物品脫離他人占有之情形……爰以漂流物、沉沒物為例示，增列概括規定」。修法者不知因颱風、大雨，致物品脫離物主占有，該物品即成為遺失物（非基於占有人的意思，而喪失占有之動產），應適用拾得遺失物之規定處理，無以「例示」、「概括」模式規定之餘地。

八、如何善用「適用」與「準用」

法律上所謂「適用」，指此條規定之情事與他條欲規定者完全適合，即可當然應用於他條（逕行援用於他條），不須另作規定者而言。所謂「準用」，指此條規定之情事，與他處欲規定之情事相類似，須改變此條條文部分文字，使與他處之情事相合後而援用之者而言。例如民法第七六九條規定，不動產所有權取得時效之要件為：「以所有之意思，二十年間和平、繼續、占有他人未登記之

不動產者」，準用於依時效取得地上權時（第七七二條），須改變上述條文（要件）之部分文字，使與地上權之規定相合而援用之，其結果為：「以行使地上權之意思，二十年間和平、繼續、公然在他人土地上（不以未登記之土地為必要）有建築物或竹、木者」（參看第八三二條），得請求登記為地上權人（參看六十臺上四一九五判例）。「適用」，則係將某條條文，不改變任何文字，當然應用（逕行援用）於須應用之場合。例如民法第八十七條第二項：「虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定」。甲實係以土地贈與乙，雖與乙通謀作成（訂立）買賣契約，但仍適用（不必改變任何文字，逕行援用）關於贈與之規定。

最高限額抵押權，除第八八一條之十七所列舉之特別規定，當然排除原始立法所稱之抵押權外，其餘事項均係「適用」（逕行援用）關於抵押權之規定，而非「準用」（改變條文部分文字而援用）。修法者不知「適用」與「準用」之差異，於增設第八八七條之十七時，妄為「準用關於普通抵押權之規定」，使學法、讀

法、用法者，誤信修正後之條文為正確，遺害無窮。

上文（第八一〇條，修法者所舉因颱風、大雨，物品脫離物主占有者，「準用」關於拾得遺失物之規定）。該因自然力脫離物主占有之物品即係遺失物，應「適用」拾得遺失物之規定處理，而非「準用」關於拾得遺失物之規定，修法者不諳「適用」、「準用」之用法，即係不諳立法技術。

依筆者上述意見，「適用」與「準用」的正確用法，雖極簡明，但誤用者卻甚多，再舉數例如次：

（一）民事訴訟法第二十八條第一項規定：法院認為管轄錯誤者，依聲請或依職權，以裁定移送於管轄法院。此為總則之規定，於其他各編的條文，就此無特別規定時，即適用於其他各編。第五編再審程序，就此並無特別規定，則上述第二十八條之規定，當然「適用」於再審程序，而四一臺再五判例，卻謂「此項規定，並依同法第五百零一條，應準用於再審訴訟程序」。

（二）法院（獨任法官）在審判上，

凡一切有關審判之權限，均皆享有，並得行使。受命法官之職權，以闡明訴訟關係為止（民訴法第二七〇條二項）。其權限為獨任法官的一部分，因此，受命法官除闡明訴訟關係外，欲為其他審判行為，須經法院另行命為（同上條文但書），不應規定當然準用法院（獨任法官）之權限。修正後之民事訴訟法第二七二條第一、二項，增設「關於法院或審判長權限之規定，於受命法官行準備程序時準用之」（第二項之準用，須經兩造合意）將應由法院或審判長裁定之事項，改由受命法官行之，在訴訟法上，受命法官為合議制法院成員之一，並無法院之裁判權。從而，增設各該項準用之規定，顯然不合裁判應由有裁判權之法院或審判長（僅有裁定權）行之之法理。

（三）民事訴訟法第二四九條第二項：「原告之訴，依其所訴事實，在法律上顯無理由者，法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之」。此項規定，於第二

審程序準用之（同法第四六三條）。若第二審上訴，不提出理由書，係不合程式，但第四四二條規定，不適用該條第一項「應以裁定駁回之」之規定。究應如何處理，八十九年修正時，漏未規定。遇此情形，當時臺灣高等法院民事庭張姓庭長撰文刊登司法周刊，表示該項案件，該庭曾經辦四件，均係依上述第四六三條準用第二四九條第二項，以上訴人之上訴，顯無理由，用裁定駁回之，亦係不諳「準用」之意義及用法，致構成「適用法規不當」之違法。蓋當事人之第二審上訴，必已具備理由，然後依其所載理由觀之，顯然不能獲得上訴有理由（同法第四五〇條）之判決者，始與條文規定之法意相符。其上訴既未具理由，即非依其所載理由觀之，顯然不能獲得上訴有理由之判決者，殊無「準用」民事訴訟法第二四九條第二項之餘地。

九、不動產物權之得、喪、變更，應登記而未登記者，其效果非「不

得對抗第三人」

原第八七三條第二項規定：

「約定債權已屆清償期，而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，其約定為無效」。九十六年三月二十八日修正時，增設第八七三條之一，改為「約定於債權已屆清償期而未為清償時……非經登記，不得對抗第三人」。其理由為「約定……原則上為法所不許（未說何項例外，為法之所許），爰將流抵約款，修正為非經登記不得對抗第三人」。但其所述理由，並未言及何以在法律上，須將「其約定為無效」，改為「不得對抗第三人」之理由。

法律上用「不得對抗第三人」之語法（語式）時，以有「無效」或「限制他方權限」為前提。前者如民法第八十七條第一項但書（不得以其無效對抗第三人）。後者如民法第二十七條第三項（對董事代表權所加限制，不得對抗善意第三人）；公司法第三十六條（對經理人職權之限制，不得對抗善意第三人）。修正時增設之第八七三條之一，既不規定於清償期前，以抵押物抵償之約定為「無效」，又不規定為該項約定者，受如何之限制，憑空冒出「不得對抗

第三人」之規定，顯係外行的、虛名的修法專家。

上述於清償期前，以抵押物抵償之約定，其內容為「抵押物之所有權，移屬於抵押權人」當然發生不動產物權得、喪、變更之效果（第七五八條），依法係「非經登記，不生效力」何以得轉變為「不得對抗第三人」，修正理由之說明為：「二、為配合……有關流抵約款之規定……並將原條文其約定為無效，修正為『非經登記，不得對抗第三人』。三、約定……抵押物之所有權移屬於抵押權人者，原則上為法所不許，爰將流抵約款修正為不得對抗第三人」。筆者閱讀此二段修正理由多次，均不知何以修正為「非經登記不得對抗第三人」，蓋何謂「流抵」，無法從詞書（一般詞書或法律詞書查知其意義，任何國家的法律，亦無此詞，故上述兩段修正理由，說了仍然是沒說）。

依修正後之條文文義，其約定有效，該約定經登記者，得對抗第三人。在我國民法，凡依法律行為，為不動產物權之得、喪、變更者，一經登記、公示，對任何人均依登記簿之記載定其效力，而非僅得對抗第三

人。從而，此種不說明法律上理由之修正，係違法（中標法第二十條第一項第一款，民法第七五八條第一項）之修正。

十、不動產物權，依法律行為而得、喪、變更，經依法登記者，即有登記簿所載之效力，而非「推定登記權利人適法有此權利」

不動產物權之登記，為不動產物權變動之表徵（標識）。觀此表徵，即可認識不動產物權已否變動，此與第七六一條所定之交付動產，合稱為物權變動之公示原則。係指凡信賴物權變動之表徵認有其物權存在而與之交易者，縱令該表徵與實際權利之存在不符，為求交易安全起見，亦受法律之保護而言。

在不動產物權之得、喪、變更，採行意思主義之日本，各該變動因當事人之意思表示而生效力（日本民法第一七六條），非經登記，不得對抗第三人（同上第一七七條）。我國民國十一年五月二十一日公布實施之不動產登記條例（因民法物權編公布施行而失效）第五條：「不動產物權，應行登記之事項，非經登記，不得對抗第三人」，同係採行意思主義。其意旨為：當事人意思表示合致，即

生不動產物權得、喪、變更之效力，登記僅為對抗第三人之要件而已。質言之，不動產物權之得、喪、變更，如無第三人否認，當事人無爭執之可能。因此，在不動產物權之得、喪、變更，採行形式主義（登記主義）之我國，凡係發生不動產物權之得、喪、變更之行為，非經登記，不生效力（第七五八條）。不可能轉為「非經登記，不得對抗第三人」。設定抵押權，約定債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權，移屬於抵押權人者，當然為不動產物權得、喪之行為，依第七五八條規定，當然「非經登記，不生效力」。九十六年三月二十八日修正物權編時，未說明任何法律上之理由（見上文第二段所載修正理由）竟修改其效力為「非經登記，不得對抗第三人（第八七三條之一）」（在當事人間有效）。此種將原來架構的條文，翻版、重製八十九年前的不動產登記條例已作廢的條文，改為非原意的、劣質的、害人的條文，係無修法知識及能力、不辨二者差異、不懂法理的、負德的修改。

十一、司法不應立法

大法官的解釋，是司法權的行使（憲法第七十九條二項），不應逾限

行使立法權（同法第六十二條）。某種具體的訴訟（如離婚、收養、認領子女、否認子女），應以特定之人為被告，始能受本案判決者，在民事訴訟上，稱為「當事人適格」。當事人如不適格，法院即以此為理由，逕以判決駁回原告之訴（離婚之訴，如由第三人為共同原告，或以第三人為共同被告，應認為當事人不適格，三一上一三四八判例）。

大法官釋字五八七號解釋之事實為：甲（未成年女子，由母乙為法定代理人），以母之夫丙為被告，起訴請求確認親子關係不存在。主張乙、丙婚後不和睦，乙離家在酒店上班，無與丙同居之事實，故甲非丙之女。但因乙、丙辦離婚登記在甲出生之後，依民法第一〇六三條規定，推定甲為丙之婚生女。因而提起確認親子關係不存在之訴，經最高法院於九十年四月二十七日，以九十年度臺上字第七六〇號判決，以「受民法第一〇六三條規定，推定之子女，惟在夫妻之一方，能證明妻非自夫受胎者，得依同條第二項之規定……以訴否認之。逾該期間，未提起否認之訴，無論何人，皆不得為反對之主張……維持第二審所為甲敗訴之判決」。甲遂

以確定判決有牴觸憲法第十六條，聲請解釋」。釋字第五八七號解釋認為：「本件聲請人，如不能以再審之訴救濟者，應許其……以法律推定之生父為被告，提起否認生父之訴，其訴訟程序，準用民事訴訟法關於……否認子女之訴（民訴法第五八九條）部分相關之規定。至由法定代理人代為起訴者，應為子女之利益為之」。

上述解釋文「應許其：以法律推定之生父為被告，提起否認生父之訴」，即係大法官（司法）立法。因為在解釋當時（九三、十二、三），民法第一〇六三條第二項，僅規定「夫妻之一方……得提起否認之訴」，並無子女……得提起否認之訴之規定。解釋文「應許其……以法律推定之生父為被告，提起否認生父之訴」，自係大法官（司法）以解釋立法，此種逾越權限的解釋，實係立法，屬於違憲行為，應歸無效。

上述第五八七號解釋第二段之末釋示：「由法定代理人代為起訴者……」，亦係外行之見。何以故？在法律上，凡有關決定某人身分之事項，均應由當事人自主，不得由他人代理。例如：婚約應由男女當事人自行訂定（民法第九七二條）；收養無

效、終止收養、撤銷收養……之訴，養子女雖不能獨立以法律行為負義務，亦有訴訟能力（民訴法第五八四條）；未成年之夫妻，就婚姻無效或婚姻不成立之訴，亦有訴訟能力（民訴法第五七〇條）。大法官就法律明定不得由法定代理人代理之事項，懵然不知，竟解釋由法定代理人代為起訴，害人不淺。

大法官第三七一號解釋：法官認為應適用之法律，有牴觸憲法疑義時，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序。筆者認為亦係實質的立法。蓋訴訟程序之停止有當然停止、裁定停止、合意停止三種，其中之裁定停止，僅民事事件有之。此種停止之原因，須法律一一規定（有七個條文，見民訴法第一八一條至第一八五條）。法律未規定者，法院（法官）不得以「應適用之法律有牴觸憲法疑義」為由，裁定停止訴訟程序。民事訴訟法第一八二條（訴訟之裁判，以他訴訟之法律關係是否成立為據）所定之裁定停止，與「應適用之法律有牴觸憲法疑義」無關，刑事訴訟法並無有關裁定停止訴訟程序之規定（刑事訴訟法第二九六條、第二九七條係得停止審判，非裁定停止）。上述解

釋謂：法官（包括民事、刑事在內）得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，就辦理刑事案件之法官言，即係不依法律，而依大法官於法無據之解釋裁定停止，寧非笑話？

基上理由，大法官之解釋（司法）不應立法，法理昭然。

十二、依法不得提起之訴，誤修法律或增設法律，改為得提起該訴

- （一）依民事訴訟之法理，形成之訴，並非凡有形成權之人，均得提起。必須法律規定。該形成權須起訴行使，始能達其目的者，才得為之。同為行使撤銷權（形成權），撤銷被詐欺而為之買賣行為，不得訴請法院為之（民法第一一六條，應以意思表示為之），而撤銷被詐欺之結婚，則須向法院請求撤銷（民法第九九七條）。因此，民法（實體法、主法、本法）未規定得或應訴請法院撤銷之行為，縱令民事訴訟法規定有該

訴，亦無從提起該訴。原民事訴訟法第五八九條雖有撤銷認領之訴之規定，但民法並無如何情形得撤銷認領之規定。九十六年五月二十三日修正民法時，於第一〇七〇條增設但書「但有事實，足認其非生父者，不在此限」。其理由略謂：「實體法與程序法互相衝突……對於因認領錯誤或經詐欺、脅迫等意思表示瑕疵之情形……爰增設規定可撤銷認領」。修法者顯然不知撤銷認領之訴係形成之訴，民法（實體法、主法、本法）未規定認領錯誤、被詐欺、脅迫者，得向法院訴請撤銷，亦即無從訴請撤銷。其未具立法（含修法）能力，逞能修法，胡亂修法，非常失職。

- （二）無第三人撤銷之訴，而以造有之理由增設該訴

九十二年以前之民事訴訟法，並無第三人撤銷之訴之規定。同年二月七日修正時，增設第五編之一「第三人撤銷訴訟程序」。其理由畧謂：「為擴大訴訟制度功能……保障受判決效力所及第三人之權益：倘其係非因可歸責於己之事由……而未參與訴訟程序……故為貫徹程序權保障之要求，應使該第三人得請求撤銷原確定判決。」

依第五〇七條之一、第五〇七條之四之規定，提起第三人撤銷之訴，應具備下列之要件：

- 1.有法律上利害關係之第三人
- 2.非因可歸責於己之事由，而未參加訴訟
- 3.以兩造為共同被告
- 4.請求撤銷對其不利部分之判決

上述增設五個條文未另

定「有法律上利害關係之第三人」之意義，其意應與民事訴訟法第五十八條第一項所定者相同（當事人勝訴，第三人在法律上有利。當事人敗訴，第三人在法律上有害）。但依主導增設該第三人撤銷之訴之修法成員邱聯恭教授，在九十二年八月十三、二十日撰文（以下簡稱邱文）刊登司法周刊，表明「不該當」（不相同之意）民事訴訟法第五十八條第一項所定之有利害關係之第三人。該文舉有二例：一為民法第八二一條之他共有人（例如共有人甲、乙、丙，甲提起回復共有物之訴，乙、丙為他共有人），二為民事訴訟法第五八二條婚姻無效之訴，父母甲、乙，被判婚姻無效，不知情之子（女）丙，「可提起第三人撤銷之訴，主張原判決為不存在」。

邱文所舉民法第八二一條甲提起回復共有物之訴（敗訴），丙為他共有人（有法律上利害關係之第三人）得提起第三人撤銷之訴之例，與上述

提起該訴應備之要件無一相合，其最顯著者為：甲敗訴與乙、丙無關，依該條規定「各共有人」（甲、乙、丙）均得提起該訴，不受甲敗訴之影響，無提起第三人撤銷之訴之必要。

甲受敗訴之判決，判決主文為：「原告之訴駁回。訴訟費用由原告負擔」。無對乙、丙「不利」之判決，乙、丙無從起訴聲明「原判決關於乙（丙）部分撤銷」，則第五〇七條之一所定「請求撤銷對其不利部分判決」，同條之四所定「應撤銷原確定終局判決對該第三人不利部分」，豈非夢囈語言？從而，修法者自己所舉之例，亦與修正條文所定之要件不合，亦即舉不出有第三人撤銷之訴的實例，各該規定不過空文而已。

邱文所舉第二例：民事訴訟法第五八二條，父母提起婚姻無效之訴，其不知情之子（女），於父母之婚姻被判無效時，就子（女）言，「其並非私生子……宜承認子（女）

可提起第三人撤銷之訴……主張原判決不存在」，此例更屬荒謬。乃因：（一）父母所生之子、女，其身分（血統）不可能因父母之婚姻無效而喪失或變更。（二）上述第五〇七條之一、同條之四，均規定提起第三人撤銷之訴者，須「請求撤銷對其不利部分之判決」，提起該訴之子（女）「主張原判決不存在」，豈非自相矛盾（判決不存在，何能撤銷）？

綜上理由，邱聯恭教授撰文所舉二例，不過空中樓閣，虛構有該訴而已。

貳、次論法律常識

本文所論之法律常識，非指一般國民應有並瞭解之法律知識（如：滿幾歲為成年，結婚應用什麼方式，拾得遺失物應如何處理）而係指各階層的法律人在其工作崗位所應具備之一般法律知識（因階層、崗位不同而異）而言。

民國六十年十二月至六十六年八月，前後兩任司法院長依法（司法院組織法第三條第二項）任會議主席開會時，於大法官發表對於聲請解釋

案之意見後，均不知如何處理，筆者當場目睹，均由列席會議之秘書長程德受從旁遞給條子後，院長始能照條宣念，係司法院院長不具法律常識。曾任最高法院院長的吳姓法律人，以「移轉登記及塗銷登記」為題，撰文刊登於九十九年六月臺灣本土法學雜誌，認為：「照價收買」，係依法律規定強制取得非繼受取得（土地由原所有人移歸收買該地之政府，政府繼受為所有人，不可能非繼受取得），所辦登記非移轉登記，由地政機關囑託登記機關為所有權登記（僅不須會同原所有人辦理登記而已）即可。又分割共有物之判決，依民法第八百二十五條規定係各共有人互相移轉，實質上仍屬移轉登記（分割共有物之判決係形成判決，因判決確定，共有即變為單獨所有，不可能實質上仍屬移轉登記）之一種，均屬不具備足夠之法律常識。

又選舉權並非私權，選舉發生爭議（訴訟），除總統、副總統、公職人員選舉，有法律規定，準用民事訴訟法之規定者，得提起訴訟（總統選罷法第一百十二條，公職人員選罷法第一百二十八條）外，其他任何選舉爭議，均不得提起訴訟請求法院審

判。

民國九十九年八月間，臺北地院九九訴四〇二號（係不得訴請法院審判之事件）竟以判決確認原告與被告間〇屆〇任中常委（是由選舉產生的）之委任關係存在（原告勝訴）。依上述理由，可知審理該事件的合議庭各法官，都是沒有法律常識的法官。此種情形，顯示法律教育、法官訓練都有缺失（學非所用），司法院審核裁判的官員也屬失職，遂至任何民事庭的法官都應知道其所審理的事件當事人（原告）之請求有無請求之正當利益（有無以本案判決解決之必要，為訴訟要件之一，不備此要件者，不得受本案判決）也不知道，根本談不上「精進裁判品質」（法官守則第五條），理應受到淘汰。

月旦法學雜誌於九十四年十二月，刊登臺大法學院蔡姓教授有關「公用地役關係」類推適用民法取得時效規定的論文，其結論是偏向同意最高行政法院九十二年度判字第一一二四號判決之意見（經過時間已三十年），但「建議未來有關公用地役關係之法律要件，能朝向有更明確年限之法律規劃或設計，將有利於公用地役爭議問題之解決……」。蔡教

授既未先辨明法律上有無「公用地役關係」一詞，又未說明「關係」即係「權利」（非「權利」即無時效可言），貿然同意上述最高行政法院九二年判字第一一二四號判決之意見，顯然欠缺法律常識。

已故戴炎輝教授，早年為「法律辭典」（中華叢書委員會出版發行）執筆撰稿人之一，就「取得時效」之效果，註釋為：「占有人當然且原始的取得動產或不動產所有權……在不動產所有權，得向地政機關聲請為所有權人。這祇是讓實體上已取得所有權或他物權之人，能夠於登記簿上，名符其實而已」（該辭典五六四頁）。其認為登記不過「名符其實而已」。同樣欠缺法律常識（土地登記規則第二十七條十五款：依民法第七六九條、第七七〇條、第七七二條規定，因時效完成之登記，由登記權利人或登記名義人單獨聲請之）。

茲依筆者觀點，論述欠缺法律常識之規定或用語如次：

一、不知「原始取得」之意義

原始取得，係私權取得方法之一。其意為：非基於他人既存之權利，而獨立的取得權利，例如漁民在公海捕獲之魚（在捕獲之前，不屬任

何人所有）。繼受取得係對原始取得而言，是從他人之手（前手）取得其權利者。典權人依民法第九二三條第二項、第九二四條規定，取得典物所有權，均係從出典人之手（前手）取得所有權，其為繼受取得，極為明顯。但鄭玉波著民法物權（一五三頁），卻謂此種取得為原始取得，實係害人之著作。

又公用徵收，乃國家因公共利益，有償強制的剝奪人民之不動產所有權的行政行為，需用土地人係從原土地所有人（被徵收土地人）之手，取得需用之土地，其為繼受取得，亦極明顯，但鄭玉波著的民法物權，同樣謂係原始取得（三四頁），若使用該書者愈多，受害者即愈眾。

近年修正民法物權編，由謝在全任召集人（會議主席），其所著民法物權論中冊二三四頁，論及地役權消滅之原因時，列舉「土地徵收」為地役權消滅原因之一，並加說明謂：「徵收……乃屬原始取得性質」。如上所述，徵收之結果，需用土地人，係從原土地所有人（被徵收土地人）之手，取得需用之土地，其為繼受取得，極為明顯。該書竟謂「乃屬原始取得性質」，比上述鄭玉波（已故多

年)所著者,害人更眾、更甚(著者尚在執教中)。

二、不知關於請求分割共有物之權利,無時效完成問題

九十八年一月廿三日,修正物權編第八二四條時,增設第二項規定「……於協議決定後,因消滅時效完成,經共有人拒絕履行者」,其理由係參照最高法院六十九年第八次民事庭會議之決議。殊不知民法第八二三條規定之各共有人,得隨時請求分割共有物之「請求」,並非債法上之「請求權」(係隨時得「要求」分割之意),更非「形成權」(不可能因該要求,共有即變為單獨所有),如果受要求分割之共有人,不應其要求時,為此要求分割之共有人,即得以其他共有人全體,起訴請求分割(原第八二四條第二項,不能協議分割者,即得訴請分割)。

民法條文規定之「請求」非必為「請求權」,第四九四條、第五一四條規定「減少報酬之請求」,無適用消滅時效之餘地(參考七一臺上二九九六)。依第一四四條規定,罹於時效之客體,以債權之請求權為限,須一方有給付請求權,他方有給付之義務,並得提起給付之訴者,始

足當之。

就分割共有物之方法曾經協議,事後於任何一共有人,要求履行而不履行時,即回復不能協議之狀態(與無協議同),已符合第八二四條第一項所定,得請求法院分割之要件,不生「因消滅時效完成,經共有人拒絕履行」之問題。修法者無足夠之法律常識,不知關於分割共有物之請求,既非債法上之請求權,又非其他共有人(他方)有給付之義務者,與債法上之時效,毫不相干,遽爾人云亦云,而為上述之修正,愧對法曹。

三、不知「共同共有」無依「習慣」成立者

共同共有者,依法律規定,或依法律行為,成立共同關係之數人,基其共同關係,而共有一物之狀態。此共有雖名為「共同共有」,實亦隱藏有應有部分「例如甲、乙、丙三人合夥經商,資本額一百萬元(共同共有),甲四十萬元,乙、丙各三十萬元(隱藏之應有部分。甲為十分之四,乙、丙各為十分之三)」,惟鄭玉波著民法物權(一一九頁),則列表說明「各共同共有人,無應有部分」。從此說明,可知其法律常識不足。

規定共同共有之第八二七條第一項，並無「依……習慣……成一共同關係」之規定，九十八年一月廿三日修正該條時，認為「依習慣或單獨行為為成立者，所在多有」，並舉五個例如次：

1. 祀產（十八年上字一四七五）

此判例未言及祀產係依「習慣」成立，亦未言及祀產係族人「共同共有」。

2. 祭田（十九年上字一八八五）

此判例也未言及祭田係依「習慣」成立，又未言及該祭田係「共同共有」，僅說明族人如何處分「祭田」之事。

3. 祭祀公業（三十九年臺上字三六四）

此判例成立於民國三十九年，當時最高法院法官，自大陸初到臺灣，人地生疏，不知台灣之祭祀公業，與大陸上之祭田、祀田不同，遽以「如僅為某死亡者後裔共同共有」的虛擬之辭而為判決（依民訴法第四七六條第一項，應以第二審確定之事實為判決之基礎。因此，該判例係違法的判例）。

4. 同鄉會館（四十二年臺上字一一九六）

此判例僅謂：「訟爭會館基地，為兩廣會館所有……兩廣會館解散，其財產仍應歸屬兩廣旅臺同鄉共有，自不能由捐資人取得其所有權」。既未言及兩廣會館係依「習慣」成立，亦未表示該會館為兩廣旅臺同鄉「共同共有」。

5. 家產（九十三年臺上字二二一四判決）

此判決未經選為判例，其內容有關「共同共有」有依「習慣」成立之見解，未經多數法官認同。修法者竟援引為「共同共有」有依「習慣」成立之論據，可見詞窮理罄，濫引充數而已。

四、不知負連帶責任之意義

連帶責任，係指數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任的債務而言。如無「連帶」之明示，而以法律規定為「連帶」者，必須法律上有相當之理由。例如民法第一八七條：無行為能力人或限制行為能力人，不法侵害他人權利者……與其法定代理人連帶負損害賠償責任，

乃因法定代理人監督欠周所致。又如民法第一八八條：受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人負連帶賠償責任。乃因受僱人（行為人）經濟能力較弱，以及僱用人可能「選任受僱人及監督其職務之執行，未盡相當之注意」所致。地上權讓與時，前地上權人（讓與人）欠租，係對土地所有人負地租債務，與後地上權人（受讓人）於受讓後是否欠租，以及欠租多少無關，無連帶之可言。修法者改為受讓人「與讓與人連帶負清償責任」（民法第八三六條第二項）其理由謂「因該地租經登記者，已為地上權之內容，具有物權效力：應合併計算……並與其連帶負清償責任」。殊不知地上權之地租，已登記於登記簿，有公示效力，應為受讓人（後地上權人）所明知，明知而仍願受讓，當然應負全部（前後合計）清償之責。因此，「應合併計算」，並非「並與其連帶負清償責任」之法律上的正當理由。無法律上正當理由，而濫行規定，受讓人與讓與人負連帶清償責任，即係法律常識不夠修法者應具的水準。

五、「撤銷」一詞，非必有「溯及效力」

民法第八三六條原規定地上權人欠租達二年之總額時，土地所有人得「撤銷」地上權。修正時以「本條所謂撤銷地上權，並無溯及效力……其性質應為終止權。爰將撤銷二字，修正為終止」。從此修改，可知修法者只知民法第一一四條所定之撤銷，而不知其他規定之撤銷。該第一一四條所定之撤銷，依條文明定僅指「法律行為」之撤銷而言，若所撤銷者並非法律行為，即無「自始無效（溯及效力）」之可言。例如民事訴訟法（以下同）第四九〇條之「撤銷」原裁定，第五二七條之「撤銷」假扣押，第五三七條之四之得依聲請或依職權「撤銷」假扣押，第六〇九條之提起「撤銷」監護宣告之訴，第六三五條之「撤銷」死亡宣告之訴。各該「撤銷」係取消、廢止、失效之意，均非「自始無效」（不溯及）。上述因地上權人欠租而被撤銷者者，為其享有之「地上權」，並非撤銷其所為之「法律行為」，顯無第一一四條之適用。修法者原欲自炫其獨到之才能，豈料反而自曝其法律常識之不足，貽笑法曹。

又「契約」存續中，使其效力歸於消滅之行為，稱為「終止」。此

觀民法第四二四條（承租人得終止租約）、第四三五條（租賃關係存續中，租賃物一部滅失，不能達租賃之目的者，承租人得終止租約）、第四三六條（承租人因第三人就租賃物主張權利，致不能為約定之使用、收益者，承租人得終止租約）、第四三八條（承租人違反約定方法，使用、收益租賃物，經出租人阻止，而仍為之者，出租人得終止租約）各規定甚明。經登記之地上權並非契約，欲於地上權存續中，使其權利消滅，不得用終止契約之規定為之。原規定用「撤銷」甚為正確，修法者對於基本法律用詞，不知分辨使用，貽笑士林。

六、將「煤氣」改為「瓦斯」，將「竹木」改為「植物」，豈非嘯諾

凡修習過二、三年英語的國小學生，都知道「煤氣」就是「瓦斯（gas）」。

修法者十九擁有大學以上學位，不可能不知民法第七九三條之「gas（瓦斯）」即係「煤氣」。明知二者名稱雖異，實為一物，依法（中標法第二十條第一項第一款，基於政策或事實之需要）絕對不必修改，而執意

修改，乃居官無事可為（嘯諾）的修改，專為消化修法預算而修改，非常失職、失德。

至於修正理由謂配合「共同管道法」規定，將「煤氣」修正為「瓦斯」，係反常之配合，無理的配合。蓋「瓦斯」係英文gas之音譯，「煤氣」係該英文之中譯。用音譯（瓦斯），不能望文生義，用中譯（意譯）「煤氣」，望文即知其義，因此，通常情形，用中譯而不用音譯。例如「的士」、「水門汀」，「沙龍」均係音譯，多數人不知其為「出租汽車（計程車）」、「水泥」，「探討文學客廳或展覽會」。修法者不依法（上述之中標法第二十條第1項第1款）修改法律，而配合為他人（與瓦斯公司有關之機關）方便，而制定之共同管道法修改法律，既違上述中標法之規定，又違反常情、常理，缺乏法律常識，亦屬「嘯諾」。

又同法第七九七條原規定竹木根枝越界，土地所有人得請求竹木所有人刈除之。修法者以「可能越界者不宜限於竹木，爰將其一律修正為植物……以期周延」。其不知百穀草木，皆為植物，草本植物之莖為草質，無堅硬之枝、根，其中一年生、

二年生之草本植物，自種子萌發，以迄全部枯死，不逾一、二年，無枝根越界之可能。多年生之草本植物，既無枝，其根又細、短、軟，縱令越界，亦無妨害土地所有人利用其土地，不生刈除問題。德國民法第九一〇條之用語為「樹木或灌木」及「越界樹木之根枝」，並規定越界之根枝「若於土地之利用無妨礙者，無刈除之權利」。瑞士民法第六八七條之用語為「樹枝越界」及逾界之「枝根」，無任何國家的法律，就鄰地竹木「根枝越界」，得向其所有人請求刈除之規定，使用「植物」一詞者。從此可見，修法者確係欠缺法律常識，不具備修法之資格，不過上文所述「嘯諾」而已。

七、法定地上權之地租，不能協議時，僅「聲請」法院定之，法院無從「以判決定之」

「裁、判」係法院就當事人之訴訟事件，所為公法上的意思表示。何種情形用「判決」表示，何種情形用「裁定」表示，民事訴訟法第二二〇條規定：「裁、判，除依本法應用判決者外，以裁定行之」。因此，必先有「訴訟」事件，始有「判決」或「裁定」。無訴訟繫屬於法院，即無

「判決」之可言。

又「判決」有三種：確認判決（原、被告間有不明確之事項，請求法院以判決使其明確）、給付判決（命被告向原告為給付）、形成判決（以判決之力，使法律關係發生、變更、消滅）。就法定地上權之地租，不能協議，並非有不明確之事項（意見不一致已明確），無從提起確認之訴；地租若干尚未協議，無從命地上權人給付；法律並未賦與土地所有人形成權，無從提起形成之訴。

綜上所論，法院無從以「判決」定地上權之地租，修法者竟作如此不能行的修正，其法律常識之差，出乎意料之外。

八、將「質權人」改為「受質人」離譜太甚

質權之當事人為出質人、質權人，任何國家皆然（德國民法第一二〇七條規定「出質人」，第一二〇八條規定「質權人」，瑞士民法第八八四條規定「質權人、出質人」，日本民法第三四五條規定「質權人、質權設定人」）。質權之設定係要物行為，出質人（質權設定人）必須將標的物動產，交付於質權人受領占有，始能成立。如未交付受領，無

「質權人」或「受質人」之可言。若已交付受領（移轉占有）質權即告成立（第八八五條第一項）。修正理由竟謂：「原條文援引之「質權人，既尚未取得質權……其用語易滋疑義，為避免混淆，爰仿第八〇一條規定，將「質權人」修正為「受質人」。查第八〇一條（善意取得動產）係動產之讓與人，將動產讓與受讓人之規定。其當事人之一方為讓與人，他方為受讓人，與設定動產質權之當事人風馬牛無關。修法者無法律常識，不知「質權」之意義（如上文所述，出質人必將標之物之動產，交付於質權人，設定質權始告成立。否則，無質權人或受質人之可言），亂援引無關之第二百零一條將「質權人」修改為「受質人」，離譜太甚，害人不淺。

九、條文規定「準用」，修正理由則謂「適用」，不知二者異義。

任何國家的法律均無「區分」地上權的規定。修法者假造理由謂「仿日本民法第二六九條之一立法例」，增設「區分地上權」（第三章第六節）的規定，上文論（「立法技術」二、）已有論述，增設條文第八四一條之六規定：「區分地上權，除本節另有規定外，準用關於普通地上權之

規定」。其修正理由則謂：「關於普通地上權之規定……皆在適用之列」。可見修法者不知「準用」、「適用」，二者異義（參閱上文論「立法技術」八、如何善用「適用」與「準用」的詳細論述），其法律常識，非常缺乏，不勝任修法工作。

十、將「無記名」修改為「未記名」，係無事生事、消化修法預算之失德行為

民法第九〇八條原條文「質權以無記名證券為標的物者」，該無記名之「無」字，依國語辭典及辭海之註釋，其常用之義為「未」、為「不」。如「無之有也」，即「未之有也」。「無偏無黨」，即「不偏不黨」。依此註釋，「無」、「未」同義。「無記名」，即「未記名」。九十六年三月廿八日修正時，修正理由謂：「本條所稱無記名證券，實係指未記載權利人之證券，與第七百十九條規定，無記名證券之定義無關。為避免混淆，爰將無記名證券，修正為未記載權利人之有價證券」。從此修正理由可知：修法者認為「無記名證券」與「未記載權利人之……證券」，係不同證券。殊不知任何法律條文，就有關「證券」所

規定之「無記名」，其義必指「未記載持券人姓名之證券」而言。除民法第七一九條至第七二八條各條文如此規定外，公司法第一六四條、第一六六條、第一六九條第一項第四款亦有「無記名」股票（證券）之明定。票據法第三十條第一項有「無記名」匯票（證券）之規定。德國民法第一二九三條明定「無記名證券」，日本小切手法（支票法）第五條第三項規定「無受款人記載之支票」，未見有以「未記載權利人之……證券」定入有關證券之法條者。可見「無記名證券」，係國際性之法律名詞，無其他規定之方式，即無「混淆」之可言。修法者自銜聰明，將第七一九條之「無記名」指為「未記載權利人」（指狗非犬）之證券，據此異義（「無」與「未」不同）而將正確之原條文，修改為「質權人以未記載權利人之有價證券」（無任何國家的法律條文用此名詞）為標的物者……」，顯為無事生事，消化預算，虛耗公帑之作為。

十一、證據能力與證據力的混淆

民事訴訟法未設證據能力及證據力的規定，刑事訴訟法第一五五條第一項之「證明力」（調查證據之

結果，足生認定待證事實真偽之效果。其能證明待證事實者，稱為有證據力。其不能證明者，稱為無證據力），即證據力。第二項規定「無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」。究竟何謂「證據能力」則未規定。該條立法理由，也無說明。依筆者意見，「證據能力」之「能力」，指「資格」而言，與當事人能力、訴訟能力之「能力」同義。於人或物中，有為證據方法之資格（適格），稱為證據能力。例如證人（證據方法有四：人證、書證、鑑定、勘驗），必須為第三人（民事訴訟法第三〇二條「……不問何人，於他人之訴訟，有為證人之義務」。若以當事人本人為證人，此「本人」非第三人，故為無證據能力，而非無證據力）。依此解說，上述刑事訴訟法第一五五條第二項之「無證據能力」，應係「無資格」為證據方法，而非「不得作為判斷依據」（此為無「證據力」）之問題。

綜上論述，證據能力與證據力，極易混淆，刑事訴訟法第一五五條第二項規定之「證據能力」，是否確為證據「能力」（有為證據方法之資格），甚有疑問。若非「證據能

力」，則為此規定之立法或修法者，亦係缺乏法律常識。

十二、誤將機關、團體作為鑑定人

鑑定人，係受法院選任，以自己之專門知識，於他人之訴訟，向法院（法官）陳述關於特別法規、經驗定則，或其他專門知識之意見，或以其專門知識，就特定之應證事項，所為判斷意見之第三人。以鑑定人為證據方法，其陳述專門知識之意見，或判斷特定之應證事項之意見，曰鑑定。

鑑定人於陳述前應具結，其陳述如有虛偽，即犯偽證罪（刑法第一六八條），故鑑定人以自然人為限，機關、團體非自然人，無從具結（參看民事訴訟法第三四〇條第二項，囑託機關、團體陳述鑑定意見，或審查他人之鑑定意見者，不準用同法第三百三十四條鑑定人具結之規定），故法院（法官）不得囑託機關、團體為鑑定人。民國八十九年二月九日修正民事訴訟法第三四〇條時，竟將正確無誤的原條文「囑託機關或團體陳述鑑定意見或審查之者」，誤修為「囑託機關團體……為鑑定」。試問機關、團體，如何對法官陳述？法官命機關、團體如何具結？如此顯淺之法理，修法者亦不知

正、誤，是、非，其法律常識，可謂全無，理應自反、謝罪。

十三、追加之訴不合法，被駁回確定後，何以尚得聲請就該訴為審判

追加之訴，即追加起訴。起訴不合法，經法院駁回確定後，該駁回裁定，係終局裁定，訴訟繫屬即歸消滅。例如：原告以租期屆滿為由，訴請被告返還承租之房屋，於訴訟中，追加起訴，請求因被告毀損承租房屋之損害賠償一百萬元，被告不同意追加，法院裁定駁回該追加之訴確定，該追加之訴即合法終結，不可能尚有一個合法的損害賠償之訴繫屬於法院。民國八十九年二月九日，修正民事訴訟法時，於第二五八條增設第二項「因不備訴之追加要件，而駁回其追加之裁定確定者，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」。修正理由謂：「駁回其訴之追加時，並不當然認為該追加之新訴，亦同時欠缺一般起訴之合法之要件而消滅：不應僅因其不具備訴之追加要件而喪失起訴之利益……應許原告得聲請法院就該追加之新訴為審判」。依上述之例，追加之訴只有一個損害賠償之訴，並無另一「追加之

新訴」，修法者認為尚有另一「追加之新訴」，係虛擬的、幻想的，如果確有該新訴，當然尚存於法院，而修正理由又謂：「如原告未於期限內聲請，就新訴為審判時，應認為原告有撤回之意思，該新訴之訴訟繫屬即為消滅」（司法院印送筆者之修正總說明有此語）。試問依何法律或法理，得認為原告有撤回該新訴之意思？此種毫無法律常識之修正理由，萬難服人。

十四、「准兩造離婚」的判決主文不能表示「形成判決」之意

民事判決，有給付、確認、形成三種，其判決主文，必須顯出各種判決之意思。離婚判決，係形成判決，判決確定時，兩造之婚姻即因而消滅，此稱判決之形成力。「准兩造離婚」之「准」字，僅能顯示兩造請求離婚，已經准許（有行政機關批准人民的申請之意）而已，不能顯出「形成」判決之意思，在民法頒布前，大理院的離婚判決主文為「兩造之婚姻離異」，能顯出「形成」判決之意思。但民法頒布後，「離異」非民法用語，不應援用。七、八十年以來，各級法院都想不出適合的離婚判決之主文，因此，「准兩造離婚」的

判決主文，就一成不變。筆者於法院任職時，亦同樣用此通用的離婚判決主文，現在老來無事，想出一種表示方法，雖不理想，但有「形成」之意思，即用「被告應與原告離婚」（表示離婚之事由，出於被告），似較合法、合理。

參、結論

立法技術與法律常識這論題，以往尚無學者撰文抒意論列，在無文獻可資參考之情形下，全憑筆者己見，完成斯篇。目的在提倡該二者之應重視。上文所舉各例，均係忽視立法技術與法律常識所致。今後立法、修法，首須遵依中央法規標準法第二十條第一項為之（基於政策或事實之需要）。次須仔細推敲法律或法理之依據。再次為培養法制人才。最後，如有可能，在各大學增設立法技術或法律常識課程，以資補救。惟說易行難，合適師資，無人可教、可聘，各該課程，難以開成。筆者所知有限，拋磚引玉。尚祈高明指教！