

民事法學與法學教育



許政賢 著



元照

民事法學與法學教育

許政賢 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民法法學與法學教育／許政賢著. -- 初版. -- 臺北市：
元照，2014.05

面：公分.

ISBN 978-986-255-420-3（精裝）

1.民法法 2.民事訴訟法 3.法學教育 4.文集

584.07

103007512

民法法學與法學教育

5D323GA

2014年5月 初版第1刷

作者 許政賢
出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 650 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-420-3

謹以本書獻給敬愛的

父親 許耀輝 先生

母親 許陳秀碧 女士

自序

本書是近年讀書心得的小結。先哲有言：人生是不斷認識自我的過程，筆者生性駑鈍，早年求學階段，恣意漫遊書海，或通俗科學，或人文社會，常能忘我。直逾不惑之年，始知讀書為最愛，遂於四十五歲之年，重返校園，追求浪漫主義的自由、快樂。徜徉於書海、音樂、旅行、自然，恬靜安適、心曠神怡。及至知命之年，方悟教育為天命，讀書、教書或寫書，教學、研究或服務，無非分享閱讀心得、啟發學習興趣、助人快樂生活；美好生活之道，在於確立個人絕對目標、內在目的，終能實現自我、怡然自得，庶免競逐相對目標，流於世俗比較的困境。愛讀書、追求智慧，實乃此生最大獎賞，悅樂之心，油然而生！

今人有謂：正確教育幾近人類最崇高志業。教育是一切改革的根本，觀念則是正確教育的基礎。對於外在宇宙的浩瀚穹蒼，及內在宇宙的道德良知，康德心生讚嘆與敬畏，迄今仍是博雅教育的範本。哲人日已遠，典型在夙昔。法諺有云：法乃善良與公平之藝術，筆者愚昧執著，崇尚人格為人文學問之本，道德與學問合一，慈悲與智慧融合，終生景仰典範。做學問之道或有多端，契合本性者，最能引人入勝、水到渠成。日本現代法之父Boissonade曾道：為學需理想與良師兼備，

個人效Osler醫師之鑿，認法學乃以法律為據之藝術；並因嚮往閒適，以蒙田為師，以Vielweg為例，近年就比較民事法學基礎問題，或有所思，偶有一得，或上課分享，或下筆為文，雖顯粗略，尚能反映生命片段。

書中收錄近年著作十二篇，其中實體、程序法各五篇，法學教育與司法改革各一篇，頗能投射所思比重。大物理學家波耳（Niels Bohr）嘗言：「對立乃互補」（*Contraria sunt complementa*），部分文章雖呈現不同思考的對立或衝突，但人文學問貴在多元、寬容，於自由探究、各抒己見之餘，如能取其中道、兼容並蓄，雖不中亦不遠。無論方法論層次，有關公理與觀點式論證的對立，抑或釋義論層次，有關職權主義與當事人主義的衝突，其所關懷的終極價值應屬共通：追求良善解決之道。凱因斯所憧憬烏托邦的美好生活，為經濟學的倫理價值重構基石；法學的終極價值，在於追求良善解決之道，應是它屹立不搖的深層基礎。

當代物質文明固高度發達，心靈滿足似未見成長，近年快樂、幸福研究，復漸成顯學，東西方皆然，益見永恆價值。達賴喇嘛所指，人生以追求快樂為目的，真正、恆久的快樂，與善良、包容等基本人性價值有關，蘊涵圓融、透徹的高度智慧。在校園悠遊五年，雖無世俗成就，卻充滿親情關愛。父親許耀輝先生、母親許陳秀碧女士，自半世紀以來，無論何時、何地，對筆者始終關懷備至，不求任何回報，個人蒙受親恩，如山似海，愧無反哺良方，僅能敬獻本書，聊表心意於萬一！

內子陳正芬於案牘勞形之際，分擔家務之累，始能致力於學，特此深致謝忱！政治大學法律系碩士班陳俐伶、鄭咏欣、何盈青、廖芸萱及林吟濃同學，於論文校對方面，多所費心，併致謝意！書中淺薄、謬誤之處，在所難免，尚祈方家斧正，無限感恩！

許政賢

於政大法學院

2014年母親節前夕

作者簡介

許政賢

現任政治大學法學院副教授。

自1991年起擔任法官，先後在屏東、高雄地方法院任職，分別審理民事、非訟及刑事案件。其間經教育部公費資助，前往德國進修五年，獲頒慕尼黑大學法學博士學位。

於2002年底返國後，曾在司法院司法行政廳任職三年，負責案件流程管理制度的專案規劃。

於2009年初，在板橋（新北）地方法院法官兼庭長任內離職，執教於成功大學法律學系，後來轉任政治大學法學院助理教授。

目前研究興趣及領域，主要是比較民事法學（財產法、程序法）、比較司法制度及法理論，著有《民事法學與司法制度》一書。

目 錄

自 序

作者簡介

第一編 實體法

契約結果導向的司法控制

——初探民事裁判結果導向案例

壹、契約司法控制的誕生	5
貳、契約法典範	8
參、契約司法控制的結果導向考量	17
肆、民事裁判中的結果導向方法	54
伍、結 語	77

定型化契約條款內容控制的問題導向論證

壹、問題提出	84
貳、法律適用方法的典範式微	91
參、判決評析	106
肆、內容控制在實務運用上的建議	115
伍、展望——代結論	129

財產權保障與基地利用權

——評最高法院99年度台上字第1705號判決

壹、事實摘要	131
貳、判決要旨	132
參、判決評析	133
肆、結語	152

基於特定親屬關係之房地分離問題淺析

——以最高法院96年度台上字第1359號判決為例

壹、問題之背景	155
貳、實務案例一則——最高法院96年度台上字 第1359號判決	157
參、方法論上之再商榷	160
肆、結語	181

中國大陸民法總則草案建議稿部分疑義的商榷

——比較法學脈絡的觀察

壹、問題界定	183
貳、比較法學的觀察脈絡	184
參、建議稿第一章的部分疑義	185
肆、結語	207

第二編 程序法

集中審理與案件管理

——理論與實務的反思

壹、集中審理形成背景	211
貳、集中審理實務運作	218
參、理論與實務互動難題	236
肆、未來展望	250
伍、結語	261

人事訴訟的典範轉換？！

——以家事事件合併審理制度為例

壹、前言——探索知識的樂趣	263
貳、由人事訴訟程序到家事事件程序	265
參、合併審理的新紀元——由訴訟、非訟程序到 第三程序？	274
肆、結語——進步或退步的立法？	288

新家家事事件法暫時處分制度之初探

壹、前言	291
貳、憲法基礎	293
參、法理基礎	295
肆、制度分析	309
伍、結語	337

智慧財產刑事附帶民事訴訟實務運作之淺析

壹、前言	339
貳、刑事附帶民事訴訟制度之基本架構	341
參、實務問題類型分析	367
肆、結語	386

Das Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit und einheitlicher Rechtsprechung in Taiwan

——Eine vorläufige Untersuchung am
Beispiel des Zivilprozessrechts

I. Einleitung	393
II. Die Problematik bezüglich der Einheitlichkeit der Rechtsprechung nach der taiwanesischen ZPO	397
III. Die Aufgabe des obersten Gerichtes	411
IV. Reformvorschläge nach dem deutschen Modell	414
V. Zusammenfassung	422

第三編 法學教育與司法改革

法律在職教育的沿革與展望

壹、前言	427
貳、臺灣法律人在職教育的背景	429
參、律師在職教育部分	432
肆、檢察官在職教育部分	447

伍、法官在職教育部分	459
陸、法律人在職教育的未來走向	478
柒、結語——專業倫理的再發現	482

全國司法改革會議十週年之省思 ——以建構合理審判環境為例

壹、前 言	501
貳、我國司法改革之背景	502
參、全國司法改革會議之成果	508
肆、司法行政之改革	517
伍、建構合理審判環境之策略	526
陸、結 語	555

第一編



實體法

- ◆ 契約結果導向的司法控制
——初探民事裁判結果導向案例
- ◆ 定型化契約條款內容控制的問題導向論證
- ◆ 財產權保障與基地利用權
——評最高法院99年度台上字第1705號判決
- ◆ 基於特定親屬關係之房地分離問題淺析
——以最高法院96年度台上字第1359號判決為例
- ◆ 中國大陸民法總則草案建議稿部分疑義的商榷
——比較法學脈絡的觀察



契約結果導向的司法控制

——初探民事裁判結果導向案例*

摘 要

在契約法的發展過程中，調和契約自由與契約正義的緊張關係，或契約自由的範圍及內容控管的界限，殆屬最具爭議問題之一。雖然藉由法院裁判以形成司法控制，早已成為廣泛承認的事實，但在方法論上，如何建構更切合現實的模型，而更能發揮引導實務運作的功能，乃成為當代契約法的重大挑戰之一。本文藉由實務案例的觀察，認為考量結果早已是法院裁判的實然，而就契約的司法控制而言，本文主張結果導向方法的引進，將為契約法的適用過程注入新元素。同時，為使理論建構得以切合詮釋實務運作的功能，本文初步嘗試針對我國民事裁判，發掘其中可能涉及結果導向方法的相關案例，並試圖藉由所提理論架構的分析，建立基本類型及解析運作模式，以供未來理論分析及實務運作的參考。

* 本文為國科會專題研究計畫「民事裁判中的結果導向方法」（編號：100-2410-H-004-034）的部分成果，並參酌兩位匿名審查人所提寶貴意見予以增訂，特此深致謝忱！原刊載於：政大法學評論，第135期，頁87-173，2013年12月。

Abstract

The problems regarding the conciliation of the tensions between the freedom and justice of contracts, or the judicial review of contracts from the aspect of contemporary development, can be evaluated as one of the most controversial disputes in modern contract law. Taking into account the fact that the judicial review of contracts has been recognized comprehensively not only in the Anglo-American but also in the European-Continental legal system, the development of a pragmatic mechanism in methodology, which the court may apply in dealing with the cases concerning the judicial review of contracts, seems to have a highly significant value. It is argued in this article that consequentialist arguments in broad meaning are widely accepted in judicial argumentation. On the other hand, the vague definition and inaccurate scope of this method has led to a relatively obscure phenomenon of the application of legal method. In order to establish a set of pragmatic methodological rules and principles, this article attempts to introduce a framework of consequentialist arguments in a narrow sense, by which the cases in practice would be analyzed and evaluated. It is the hope of the author that this framework could contribute to the explanation of the realistic process of decision making in court, and also to the establishment of a guideline for judges who are struggling for a better resolution in hard cases.