

民事

實務

法律問題研究

The Research of Civil Law Practice

The Research of Civil Law Practice 林大洋 著

基礎法學

民事實體法

民事程序法

法律小品

六 大偉



民事 **實務** 法律問題研究

The Research of Civil Law Practice

林大洋 著

國家圖書館出版品預行編目資料

民事實務法律問題研究／林大洋編著．-- 初版．

-- 臺南市：世一，民 98.07

面：公分 --（大偉法律叢書系列）

ISBN 978-986-193-468-6（平裝）

1.民事法

584

98011023

民事實務法律問題研究

編 著／林大洋

發行人／莊朝根

出版者／世一文化事業股份有限公司
ACME Cultural Enterprise Co., Ltd.

登記證／局版臺省業字第83號

總代理發行／世一文化事業股份有限公司

地址／臺南市新樂路46號

電話／06-2618468(代表號)

傳真／06-2646349

郵撥／03880637（國內郵購金額若不足500元，
請加附掛號郵資60元）

印刷／世一文化事業股份有限公司

E-mail：acme00@ms4.hinet.net

世一幼教資訊網：www.acme0-6.com.tw

世一網路書店：www.acmebooks.com.tw

2009年7月初版

著作權所有·請勿翻印

訂書專線 06-2923077(代表號)

作者簡介

作者 林大洋

學歷 國立臺灣大學法律系法學組畢業
司法官訓練所法官班第13期結業

經歷 臺灣台南地方法院推事、庭長
臺灣高等法院台南分院法官
臺灣高等法院高雄分院法官、庭長
臺灣花蓮、雲林、台中地方法院院長
臺灣高等法院花蓮分院院長
臺灣高等法院台南分院院長
司法官訓練所、司法人員研習所講座
國立成功大學兼任講師

現任 最高法院法官
國立成功大學兼任助理教授

著作 企業法導論
民法概要
多層次傳銷法律問題之研究
票據抗辯與背書問題之探討

序

民事法學，博大精深，架構嚴謹，體例分明，概念細緻，乃規範國民社會生活之基本規範。由於社會快速變遷，時代不斷推移，民事法律之解釋及適用，必須體察社會變化與時代脈動，透過目的考量及價值判斷，尋求法律所蘊含之公理與正義，方能與社會法意識、國民法感情及時代價值觀念相脗合。

邇來，國內甚多學者先後投入民事法之研究，累積相當可觀之成果，對於民事法學水準之提升，居功厥偉，令人讚佩與仰止。惟因法律貴在實用，實務而無理論，固有如盲目，學說不顧實務，亦不免流於空談。職是，學術與實務應加強交流，互相整合，彼此激盪，相輔相成，俾使民事法體系愈形完善，法院裁判更趨妥當，殆為從事法律工作者責無旁貸之任務。

筆者自民國六十四年濫竽法曹，歷任一、二、三審審判工作，對於民事法向有高度興趣。七十一年承前台灣台南地方法院劉院長惠霖女士推轂，兼任國立成功大學交通管理學系民商法講席。近年來又蒙該校法律學系郭前系主任麗珍教授及許系主任育典教授雅聘，在該系四年級開授「民事實務法律問題研究」，課堂中每擷取實務上較具爭議性與啟發性之問題，與同學相互切磋。為免資料散佚，輒將教學心得及職場感懷，撰成拙文，先後發表於台南律師通訊、中律會訊雜誌、全國律師、

法令月刊及司法周刊。公務倥傯，餘暇有限，染翰操觚，本止於敝帚自珍。詎去（97）年歲末，內人突因病驟逝，悲慟之情，難以言喻，乃銜哀將近年所發表之文章，整理付梓，藉以感念先室生前對筆者無微不至之扶持，並典藏筆者對其無盡之思念。

本書之成，承最高法院朱庭長建男、顏法官南全、沈法官方維、鄭法官傑夫、蘇法官清恭教正良多。復勞該院法官助理趙德韻小姐及台灣高等法院台南分院王玉鳳小姐、李淑華股長、李珍鳳股長、許美惠股長及徐瑞清科長協助繕打及校讎，心感之餘，併誌謝忱。

林大洋

2009年元月 序於高雄住家

民事實務法律問題研究

目 錄

基礎法學

法律的生命	2
法官造法與法理	18
變遷中的法律適用	40
法的續造之基準與界限	59
使用借貸對第三人之效力	92

民事實體法

權利競合論	124
契約責任與侵權責任競合之適用關係	160
契約法與侵權行為法適用上之分際	180
論民法第184條第1項前段與後段保護之客體	204
侵權責任與契約責任競合之時效期間	229
違反保護他人法律之侵權責任	235
侵害債權之侵權責任	243
通姦行為與損害賠償	251

瑕疵擔保與不完全給付之適用關係（一）	257
瑕疵擔保與不完全給付之適用關係（二）	263
承攬的瑕疵擔保與不完全給付之競合	275
契約解除與不當得利之適用關係	291
物的瑕疵擔保與不當得利之競合	301
給付遲延與侵權責任	312
分別共有與處分行為	318
無權處分共同共有物之效力	324
事實上處分權與物上請求權	331
抵押權拍賣標的物之擴張	338
債權的相對性與物權化	344
契約之附隨義務	350
內線交易民事責任之請求權人	357

民事程序法

法官知法與訴訟標的之特定	366
法律的適用與辯論主義	392
訴之主觀預備合併	398
訴的選擇之合併	404
定暫時狀態之假處分	410
論國際裁判管轄權	416

法律小品

司法三十年抒感	452
春節遐思	459
風中的沉思	464
雨中雜感	471
滄桑與風華之間	475
一甲子的回顧	479
一甲子的祝賀	490
榕園舊事	495
平民法律服務中心的回顧與期勉	500
歲末感言	507
盈盈的祝福	508

基 礎 法 學

法律的生命

壹、前言

記得30餘年前，筆者就讀臺大法律系時，教行政法的林紀東教授及法學緒論的韓忠謨教授，常在課堂上提到美國法律系畢業的學生，在社會上的發展與成就，尤其是總統、副總統及其他政治領袖，出身於法學院（Law school）者比比皆是。二位教授言下之意，當然是想在士氣低迷，前途茫茫的同學身上，注入一股強心劑。由於當時尚處戒嚴及動員戡亂時期，在威權統治下，法律人僅能侷限於司法圈發展，欲求在其他領域出人頭地、頭角崢嶸、殆屬不可能之事，因此，對於二位教授之期勉，同學無不以天方夜譚、夏蟲語冰視之。豈料，未及30年，臺灣歷經了政黨輪替，政府的一些重要職位，如總統、副總統、五院院長、部會首長、直轄市市長等等，大多為學法之人，法律人治國，儼然成真。同時，各大學法律系亦水漲船高，成為大學入學考試之首選。法律學在我國社會，從過去不受重視的冷門科系，晉身到今日的熱門顯學，不能不說是另類的「臺灣奇蹟」。惟凡事物極必反，盛極必衰，法律系被過度設置

及炒作的結果，畢業生在現今的社會中，已呈供過於求的現象，加上社會的快速變遷，法律的制定與修正頻繁，不僅法律畢業生的出路大不如昔，法律的學習亦越來越艱辛，對法律人而言，無疑面臨了空前的重大挑戰。本文係以法律系的學生為對象（註1）就法律的內涵及學習提出一些個人的看法，期使同學瞭解法律人的美麗與哀愁。

貳、法律的生命

法律是一種社會生活規範，乃吾人在社會上各項行為之準則。法律既然為社會規範，自與社會的進展密不可分。惟社會現狀係不斷在急速變遷，各種現象變化萬端，日新月異，而法律一旦制定公布以後，即固定僵化，難免與社會逐漸產生差距。因此，法律的條文均盡量以簡潔的文字作抽象性的規定，以便法官在適用時可以有較大的彈性，使法律能適應社會的需求，與時俱進，享有較久的生命力。是以，法律的解釋與適用，無疑是法律科學（註2）中最核心的基本課題。

- 1、本文係筆者於96年5月24日，應財團法人法律扶助基金會臺南分會之邀，假國立成功大學社會科學院會議室，對該校法律系及興國管理學院財經法律系學生演講之內容，嗣後經增刪補充整理而成。
- 2、法律是否可以稱為科學，乃見仁見智之問題。然法律的形成，係從社會生活作多方面的觀察，再經歸納演繹，而尋求出一個最足以維護公平正義的法則，以規範國民的行為，俾維持社會的秩序和安寧，乃屬一門極有系統與條理的學問，自可稱之為科學。參見李模著，「法律的解釋與適用問題」，載刁榮華主編，法律之解釋與實用，頁1。

法律的解釋與適用，乃互為表里，相輔相成，蓋法律必須經由解釋，才能妥當的適用在具體的個案上。申言之、法律的適用，必須以一定的法律解釋做為前提。但法律的解釋與適用，二者並非完全相同的概念。法律的解釋是在闡明法律的旨意，法律的適用則是以一般性的法律規範為前提，以認定之事實為小前提，再透過邏輯演繹的方法去導引出結論，也就是判決的結果（註3）。易言之，法律的解釋乃透過文義、體系及法律目的等各種解釋方法（準則），以詮釋解明法律條文所規範的旨趣，法律適用則是經由涵攝（Subsumtion）的過程，將抽象的法律條文適用於具體的案例事實中。在民事事件中，倘經由解釋的機能仍無適當的條文可資適用，基於法官不得因法無明文而拒絕審判之原則，必須透過「法官造法」（法律內的法的續造及超越法律計畫外的法的續造）之功能，依法理（民法第1條）作為裁判之依據（註4）。至於刑事方面，雖因囿於罪刑法定主義（刑法第1條），法官不能造法，但仍可透過法律

3、楊日然，「判決之形式妥當性與實質妥當性」，收錄於法理學論文集，頁517以下。

4、楊日然，「民法第1條之研究」，載鄭玉波主編，民法總則論文選輯，頁206以下。吳從周，「論民法第1條之法理——最高法院相關民事判決判例綜合整理分析」地，載東吳大學法律學報第15卷第2期，頁1以下。Karl、Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁181以下。黃茂榮，「法律解釋」，載法律哲學制度——基礎法學，馬漢寶教授8秩華誕祝壽論文集，頁299以下。

解釋（如輕重相舉之當然解釋或擴張解釋）以強化法律的功能。惟有如此，法律的生命方能生生不息，歷久彌新。

國內的法學教育，一向以講解式的教學方法為主，亦即以坊間學者著作的教科書為綱本，就法律理論作有系統的介紹，使學生明瞭法律的內容與意義。此種教學方法固易使學生對法律體系及架構有通盤的認識，對法律原則與規範目的有相當的瞭解，但因過分重視理論的薰陶及邏輯的推演，忽視了法律實用本旨及實證工作，缺乏適用法律的經驗，導致臨事判斷能力嚴重不足。不僅如此，即使在法律的解釋方面，亦因欠缺豐富的人生閱歷及知識，往往只能就法律條文望文生義，作概念或機械性的解讀，久而久之，不免又落入19世紀概念法學或機械法學的窠臼。

在19世紀，因資本主義的高度發達，需要法律的安定性，以維持社會的秩序，且基於傳統的三權分立的理論，法官應忠實的遵守及執行法律。當時德國著名的歷史法學家薩維尼（Savigny）認為法律的概念是非常精密的，如能透過法律概念嚴密的分析，對於各種案件即可像數學邏輯一樣，只要將法律概念加以演算一番，即可獲得正確的判決。其後代學士普希達（Puchta）更認為把許多法律概念歸納綜合，即可變成許多不變的法律原理原則（註5）。此種概念法學對於法律秩序及法

5、同註3。楊日然，「法學上利益衡量」，收錄於法理學論文集，頁245。
。楊仁壽，法學方法論，頁74。

律體系的建立，固有其不可抹滅的貢獻，但倘堅守此種信念，則法律的適用將有如自動販賣機般的呆滯，法官只能像機械般的根據邏輯演繹來適用法律，其不流於法匠之譏者幾希，且將使法律條文失去靈魂與生命力。因此，美國前聯邦最高法院大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes 1841-1935）在其鉅著「普通法」（The Common Law）的開端，即提出膾炙人口、發人深省的經典名言：「法律的生命不在邏輯，而在經驗」（The life of the law has not been logic；it has been experience），指出一切法律邏輯的背後，都存有關於立法理由的相對價值的判斷，邏輯的方法與形式、雖可滿足人民對於法律確實性與安定性的要求，但法律的背後常包含許多目的論的考量及利益的衡量，法官在適用法律時，不能僅機械性的運用邏輯去推演，而須透過價值判斷與利益衡量，乃帶有一種創造性的功能（註6）。

前述霍姆斯的名言，對習於作法律概念的建立分析，法律體系的歸納整理，法律邏輯的思考演繹的法律人而言，恰似暮鼓晨鐘，足以振聾啟聵。法律人如果只偏重於抽象的原理原則及法律文字的釋義，不斷的在條文中打轉，即容易養成法律人的匠氣及目光如豆的狹隘個性，對於法律只知其然，而不知其所以然及所應然，久而久之，更會形成法律人凡事想當然爾的

6、楊日然，「美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討（二）——Oliver W. Holmes, Jr.的法律思想」，收錄於法理學論文集，頁174以下。

獨斷及思考的僵化（註7）。故法律人除了要作邏輯思考的訓練外，更須培養創造思考之能力。而所謂創造思考，並非憑空冥想，無中生有，而須依據經驗作價值判斷，方能導出最合乎國民法律感情的結論。職是，法律人除了應有足夠的人生閱歷外，尚須有豐富的知識，以便借重他人寶貴的智慧與經驗。芝加哥大學前校長哈金斯（R. Hutchins）認為法學教育，除了法學以外，法律人訓練也要吸收科學、人文、藝術等通識，在法律領域內，更應注重各項法律的延伸貫穿與科際整合（結合）。哈氏並指出，律師最須修習的三門課分別為法理學、比較法學與法制史，蓋法理學強調哲學理論穿透，比較法學著重跨國地域穿透，法制史則注重時間穿透（註8）。揆其理由，無非要求法律人應具有學貫中西、通曉古今的淵博知識，以充實人生豐富的經驗（自己的體驗及經由學習所獲得的他人經驗）。我刑事訴訟法第155條第1項規定：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」民事訴訟法第222條第3項規定：「法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。」其道理亦在此。

7、林子儀，「請注意法律學習過程中的陷阱」，載洪美華編輯，正義與慈悲—給法律人的一封信，頁29。

8、朱敬一，「法律若疏離世事，就一定不自然」，刊載於96年7月2日中國時報第4版時代論壇。

法律人必須具備豐富的經驗，方能在認事用法中作出最妥適的判斷。因此，美國的法學院所招考之學生皆原非就讀法律之學生，美國的法官亦均由資深績優的律師轉任。我國司法改革的目標，亦擬訂自民國100年起，停止法官之考試，而改由檢察官、律師及學者轉任，亦著眼於此。

參、變遷中的法律

我國社會形態，自農業社會到工商社會，盤桓時間甚長，迨進入資訊（高科技及通訊）時代，卻進步神速，一日千里。政治環境、經濟結構、人類思想及價值觀念，均產生重大變化。法律為社會生活規範，必須順應時代潮流及社會脈動，與時俱進，方能深植民心，蔚為民用。所謂法與時轉則治，治與世宜則有功，應屬不爭之論。

近20年來的臺灣社會，堪稱是中國歷史上變遷最快速的時代，有人說這20年來的變化，超過過去的200年，應屬不虛。自從民國76年政府解除戒嚴（96年適逢解除戒嚴20週年，政府特制定中華民國96年罪犯減刑條例以資紀念）後，民主化的浪潮有如排山倒海般，無人能擋。報禁、黨禁、集會、遊行、通訊、郵電各種管制逐一開放，言論自由，大鳴大放，思想的桎梏徹底解除（廢除刑法第100條之思想犯），呈現價值觀念的多元化。加上資訊化及高科技時代的來臨，產業輪動快速，市