

國立政治大學法學叢書 105

私法學之國際視野

The International Perspectives of Private Law

政治大學法學院民事法學中心

許政賢 主編

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11861>

國立政治大學法學叢書 105

私法學之國際視野

The International Perspectives of Private Law

政治大學法學院民事法學中心

許政賢 主編

Thomas Ackermann、黃松茂、Stephan Lorenz

呂彥彬、吉田邦彦、牛曰正、河上正二

徐婉寧、王千維、許政賢 合著

(依文章發表順序排列)

 元照出版公司

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11861>



元照出版

搶先試閱版

序 言

政治大學法學院民事法學中心自2000年成立以來，迄今20年間，在中心老師協力合作下，積極從事國際學術交流，本書主要收錄2019年度的部分成果。以民法學為基礎的私法學，自查士丁尼法典編纂後，因其集羅馬法之大成，遂成歐陸法系的核心領域，奠定該法系傳統的重要基礎，不僅體系博大、內涵精深，影響力更跨越時間、空間維度，堪稱「上下兩千年、縱橫四萬里」。

德國、日本及我國同屬歐陸法系國家，雖在社會、文化上存在差異，但就繼受外來法制而言，僅有時間次序、繼受方式的不同，形成無論法源、法典或法律運作，仍有共通的基礎，也成為同法系學者的通用語言，彌足珍貴！有趣的是，自迎接新千禧年以後，各國在政治、經濟、社會發展等層面，均面臨前所未見的重大挑戰，連帶引發對法學基礎理論及應用實務的反思。基此背景，本中心於2019年邀請德國、日本著名學者，以民法、消費者法為對象，藉由基礎性理論思考及應用性案例解析，並就關於體系思維、制度變革的探究，及民事法學如何因應社會的變遷等議題，進行專題演講及意見交流。

本院與慕尼黑大學法學院為姊妹院，雙方學術交流相當密切。Thomas Ackermann教授時任法學院長，應邀訪台的演講主題，跳脫德國本位的立場，深入觀察「民法中的體系思維」的質變，藉以回應民法學如何在歐盟整合過程中，賦予基礎理論成長的契機。同院Stephan Lorenz教授，

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11861>

亦為本校兼任講座，藉由「德國2018年買賣法的新修正」一文，運用執簡馭繁的釋義能力，清楚解析新買賣法的架構、規則。北海道大學法學院為本院另一所姊妹院，該院吉田邦彥教授曾多次訪台，本次演講以「民法學與公共政策——從近年日本民法學的轉變談起」為題，涵括方法論及各論研究，兼具宏觀視野及微觀分析，先介紹日本民法學劇烈轉變的歷史背景，再闡析法律與公共政策如何接軌，實質上為個人學問心路歷程的獨白，頗具啟發性。青山學院大學河上正二教授（東京大學榮譽教授），為日本消費者法、高齡社會法律問題研究的翹楚，針對長年關注的當代議題——「修正消費者契約法的運用與課題——消費者委員會與行政的緊張關係」，反覆將法律理論與社會現實相互辯證，令人印象深刻。而由幾位法學界菁英的論述，一方面呈現歐陸法系代表性國家對於跨領域議題的研究視野，另一方面展現德國、日本重量級學者對於相關議題的研究功力，深值我國學界參考！

2019年國際學術交流活動，承蒙本中心全體同仁通力合作，始能順利落幕！值此新冠病毒疫情肆虐全球，國際交流大受影響之際，人類面臨空前變局，上述成果更值珍惜！蘇永欽、劉春堂及楊淑文等教授，惠允擔任專題演講及工作坊主持人；徐婉寧、黃松茂、牛曰正及呂彥彬等老師，在百忙中協助翻譯，個人代表中心深致謝忱！王千維教授多次邀訪Lorenz教授，無論聯繫、接待等事務，費心費力甚多，在此特申謝意！陳泐岳教授系出學術名門，受業於日本二戰後民法學名家——東京大學平井宜雄教授，長年承擔本中心對日交流的重擔，備極辛勞、貢獻良多！此

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11861>

次來訪日本學者與東大淵源甚深，陳教授不辭勞苦，獨力綜理交流事務，謙謙君子之風，令人十分感佩！政治大學法律學系碩士班學生黃靜雯、謝宗霖、蔡明翰、陳心慧、宋羿萱、彭繹豪、張書欣、掌苑善、謝祐綸、陳義龍、趙蕙涵、馬偉桓及陳俊宏等人，在協助研討會舉辦及論文校對相關事宜上，盡心盡力，併致謝意！

許政賢

於政大法學院
2020年7月14日



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11861>



元照出版

搶先試閱版

目 錄

序 言 許政賢

第一編 德 國

- ◆ Systemdenken im Zivilrecht *Thomas Ackermann* 3
 民法中的體系思維 黃松茂 譯 21
- ◆ Die Reform des Kaufrechts zum 1.1.2018
 Stephan Lorenz 33
 德國2018年買賣法的新修正 呂彥彬 譯 55

第二編 日 本

- ◆ 民法学と公共政策
 ——近時の日本民法学変貌を踏まえて
 「債権法改正」を考える 吉田邦彦 75
 民法學與公共政策
 ——從近年日本民法學的轉變談起 牛日正 譯 113
- ◆ 改正消費者契約法の運用と課題
 ——消費者委員会と行政の緊張關係 河上正二 147
 修正消費者契約法的運用與課題
 ——消費者委員會與行政的
 緊張關係 徐婉寧 譯 163

緊張關係

元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11861>

第三編 臺 灣

- ◆出租人之修繕義務與承租人之
自行修繕權 王千維 179
- ◆財產權保障與正當法律程序原則之
憲法解釋
——以大法官解釋宣告違憲案例為中心 許政賢 191



元照出版

搶先試閱版

財產權保障與正當法律程序 原則之憲法解釋 ——以大法官解釋宣告違憲案例為 中心*

許政賢**

目 次	
壹、問題說明	五、財產權保障與建設公債 條例債票不得掛失止付
貳、正當法律程序原則之憲法 觀點	肆、基於正當法律程序原則保 障財產權
一、憲法規範基礎	一、正當法律程序原則之憲 法上地位
二、釋憲實務詮釋	二、財產權保障與正當法律 程序原則之釋憲案例
三、正當法律程序原則之創 造性詮釋	三、以正當法律程序原則為 財產權保障之基礎
參、財產權保障之憲法觀點	四、以正當法律程序原則為 基本權之「程序性基本 權」
一、基本背景	伍、結 論
二、財產權保障與時效取得 地上權	
三、財產權保障與共有物分 割分管契約	
四、財產權保障與無異議公 告確定地界之爭訟	

* 本文曾於2016年12月3日，在司法院大法官105年度學術研討會（主
題：正當法律程序原則之憲法解釋）中報告，嗣經部分修訂。

** 政治大學法學院教授，德國慕尼黑大學法學博士。

壹、問題說明

依據學者研究，正當法律程序（due process of law）的歷史，可追溯至1215年的大憲章（Magna Carta）¹。其後，曾任王室法院首席大法官的柯克（Sir Edward Coke），在17世紀所出版的名著²中，詮釋大憲章所指「law of the land」（即柯克所指「普通法」，common law）的內涵，並宣稱普通法要求「正當程序」（due process）³。有趣的是，藉由柯克如同神來一筆般，在著作中加以巧妙詮釋補充後，此一用語嗣經美國人權法案起草者繼受，並進而成為憲法增修條文的內容，「正當法律程序」乃成為標準美國用語⁴。自此以後，「正當程序」這一抽象而不確定概念⁵，在美國法學中遂擁有

¹ 其中影響深遠的第39條英譯為：no free man shall be taken or imprisoned or disseised or outlawed or exiled, or in any way ruined, nor will we go or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. 英譯參考J. C. HOLT, MAGNA CARTA 326-27 (1965); 轉引自JOHN V. ORTH, DUE PROCESS OF LAW: A BRIEF HISTORY 7 (2003).

² EDWARD COKE, INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND (London, 1648).

³ 在普通法中，正當程序常與其他類似術語混用，例如：自然正義（natural justice）、程序公平（procedural fairness）或基本正義（fundamental justice）。See Roderick A. Macdonald, *Natural Justice*, in II THE PHILOSOPHY OF LAW: AN ENCYCLOPEDIA 573, 573 (Christopher Berry Gray ed., 1999). 此外，與正當程序相關而常被提及的理念，包括形式正義（formal justice）、法治（the rule of law）、法律平等保護（equal protection of the law）；See James W. Nickel, *Due Process*, in I THE PHILOSOPHY OF LAW: AN ENCYCLOPEDIA 228, 229 (Christopher Berry Gray ed., 1999).

⁴ 柯克此一用語實源於法國法。See JOHN V. ORTH, *supra* note 1, at 7-8.

⁵ 所謂正當程序之意涵，本文係採用如下定義：正當程序係某種法律、政治之價值，在某些領域中具有法律上權利之地位，指稱在適

神聖而不可侵犯的崇高地位⁶，並與德國基本法上的「人性尊嚴」類似，同具繁殖相關觀念的高度生產力⁷。

在美國憲法文本中，兩度出現正當法律程序之用語⁸，而在美國憲法史上，最常見質問之一，即在於「憲法所保障正當法律程序之要求為何？」。由於正當法律程序為一般抽象用語，只有藉由個案適用而逐漸具體化，以特定其相關內涵，而格言、法諺或典範性案例（*paradigmatic cases*）則有助於縮小一般與特定之間的鴻溝⁹。有趣的是，上述美國法繼受英國法的歷史進路中，藉由有意繼受及改造，發展過程逐漸與英國法分道揚鑣。而在美國以外的普通法國家中，雖未如美國賦予正當程序憲法上之保障地位，但在20世紀後期，同樣運用另一較正當程序涵義為廣之用語——程序公平

用政府體制之法律、規則和政策時所應遵循公平、準確及人道之程序。See James W. Nickel, *supra* note 3, at 228-29.

⁶ TOM BINGHAM, *THE RULE OF LAW* 29 (2011).

⁷ DONALD P. KOMMERS & RUSSELL A. MILLER, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 355 (2012).

⁸ 分見憲法增修條文，其中第5條規定：「非經大陪審團提起公訴，人民不受死罪或其他不名譽罪之審判，但戰時或國難時期服現役之陸海軍或國民兵所發生之案件，不在此限。同一罪案，不得令其受兩次生命或身體上之危險。不得強迫刑事罪犯自證其罪，亦不得未經正當法律程序剝奪其生命、自由或財產。非有公正賠償，不得將私產收為公用」，及第14條第1項規定：「凡出生或歸化於美國並受其管轄之人，皆為美國及其所居之州之公民。無論何州，不得制定或執行損害美國公民特權或豁免權之法律；亦不得未經正當法律程序使任何人喪失其生命、自由或財產；並不得否定管轄區內任何人法律上平等保護之權利」。譯文參照司法院，美利堅合眾國憲法中譯本，<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-03.asp>，最後瀏覽日：2016年10月14日。但該譯本將*due process of law*譯為「正當法律手續」，本文則改為「正當法律程序」。

⁹ See JOHN V. ORTH, *supra* note 1, at 5-6.

（procedural fairness），使法院得就非裁判性質之公共決策過程，行使正當程序之審查¹⁰。

上述法律制度繼受的觀察，如對照我國有關正當法律程序的發展，亦有類似現象。在我國憲法文本中，並未出現「正當法律程序」之表達，但卻有多件大法官解釋使用「正當法律程序」一語，甚至將其與憲法上比例原則、法律明確性原則等量齊觀，共同作為個案違憲審查之檢驗標準¹¹。另一方面，人民財產權為憲法所保障，而普通法上正當法律程序的起源，原以人身自由與財產權之保障為主，但我國大法官解釋運用正當法律程序原則，以審查財產權保障之相關案例，為數仍極為有限。如觀察歷來涉及財產權並經宣告（全部或部分）違憲之釋憲案例，其理由包括：與憲法要求之正當行政程序不符、違反憲法第23條之法律保留原則、不符憲法第23條之比例原則、有違授權明確性、法律明確性原則（實質意義法律保留原則）或逕認有違憲法保障人民財產權之意旨（如附表），其中所謂與憲法要求之正當行政程序不符，在解釋理由書中則訴諸正當法律程序原則，並認相關行政程序與此不合，乃認與憲法要求之正當行政程序不符。

¹⁰ Roderick A. Macdonald, *supra* note 3, at 574.

¹¹ 參閱釋字第585號解釋。

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11861>

國家圖書館出版品預行編目資料

私法學之國際視野／Thomas Ackermann等合著；
政治大學法學院民事法學中心主編．-- 初版．--
臺北市：元照，2020.08
面：公分 --(國立政治大學法學叢書；105)
ISBN 978-957-511-371-1 (平裝)

1.民法 2.私法 3.文集

584.07

109010436

國立政治大學法學叢書 105

私法學之國際視野

The International Perspectives of Private Law

5D567PA

2020年8月 初版第1刷

主 編 政治大學法學院民事法學中心 許政賢
作 者 Thomas Ackermann、黃松茂、Stephan Lorenz
呂彥彬、吉田邦彥、牛曰正、河上正二
徐婉寧、王千維、許政賢 (依文章發表順序排列)
編印總經銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 400 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-371-1

私法學之國際視野

政治大學法學院民事法學中心成立20年以來，積極從事國際學術交流，本書主要收錄2019年度的部分成果。其中以民法、消費者法為對象，藉由基礎性理論思考及應用性案例解析，透過關於體系思維、制度變革的探究，及民事法學如何因應社會的變遷，一方面呈現歐陸法系代表性國家對於跨領域議題的研究視野，另一方面展現德國、日本重量級學者對於相關議題的研究功力，深值我國學界參考。

ISBN 978-957-511-371-1



5D567PA

定價：400元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw