

學術論文集

走入新世紀的私法自治

蘇永欽 著



元照出版

D913.04/20=2

2002

走入新世紀的私法自治

蘇永欽 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

走入新世紀的私法自治 / 蘇永欽著. - 初版.

-- 臺北市：元照，2002 [民 91]

面； 公分

ISBN 957-2022-63-6 (精裝)

1. 民事法 - 論文, 講詞等 2. 公平交易法 -
論文, 講詞等

584.07

91006437

走入新世紀的私法自治

1D74GA

2002 年 5 月 初版第 1 刷

作 者 蘇永欽

出 版 者 元照出版有限公司

100 台北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 480 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (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 957-2022-63-6

自序

在世紀之交的盤點和禮讚氛圍中，寫些比較巨視的東西，好像是蠻自然的一件事。我們所處的世界，以十年為單位累積的變化，也的確只有爬升到一定的高度去鳥瞰，才能看得比較清楚。就民法領域來說，正在歐洲這個盛產法典的大陸進行的統合，和中國大陸方興未艾的法典化討論，有著全然不同的政治經濟意義，但電子和傳播科技帶動的全球化，猶如一個大漩渦，把這兩個各自運動的大陸板塊，逐漸推到一個「公轉」的方向。臺灣也在快速變化中，債編已經完成翻修，物權的修改只差立法院臨門一腳，作為大潮流下的小支流，私法自治和國家管制的辯證發展，能不能跟上潮流，乃至在板塊的互撞過程，藉其先發同文的小小優勢，發揮一定的牽引緩衝作用，對臺灣的民法學者來說，是一個不小的考驗。

德國民法學者喜歡用「實質化」來描述德國民事財產法在上個世紀的發展，我不知道用「形式化」來形容其公法的某些發展是不是很恰當，但如二次戰後基本法不再規定基本國策，特別權力關係的淡出，或七十年代完成聯邦行政程序的立法，確有其指標作用，我們真的可以普遍的看到公私法的某種對向發展：私法關係從抽象而具體，公法關係反倒從複雜多線而開始簡化和標準化。到了世紀末，公私法之間又起了微妙的變化，沿用我在上一本書「跨越自治與管制」的二分法來理解，或許可以這麼說，現在擴及全球的管制革新風潮，其實只是硬幣的一面，另一面也就是自治革新。即使到了新世紀的高科技社會，社會學所謂的規範

饑渴並未真正減少，管制革新只是在法律技術上把公私法做了某種對位調整，而非單純的「除法化」，自治和管制的範圍其實是一起擴大了，變成你泥中有我，我泥中有你。在這之前，工業國家的民事法院適用法律，雖然已經涵蓋了各種行政法規，甚至憲法，但最近的發展不同以往之處，在於管制常常倒過來成為自治的工具，管制的目的只是為了讓私法自治有更大的發揮空間，顛覆了長期以來「管制等於排除自治」的共識，不論對行政機關或民事法院，這都是全新的一課。

臺灣基本上複製了整套的辯證過程，只是各個發展階段嚴重的擠壓，所謂的「典範」幾乎都是在還沒有消化的時候就又發生遞移，使得管制和自治的機制，常常亂了套，而承擔了體系化、合理化規範適用功能的法學界，要趕上並適應這樣的變化，似乎也有點力不從心。其實規範國家生活的公法與規範社會生活的私法，本來就有多重牽連，抽離公法思考的民法研究固然無法適當解決許多實務上的問題，發展滯後的公法釋義學若不懂借用民法的精密概念邏輯，洞視民法背後的體制理念，也很難不陷入過猶不及的錯誤。不僅如此，臺灣除了要面對外來一波波的衝擊，本身還須克服民主轉型和產業升級的強大壓力，國家和新興民間社會間的關係仍在不斷調整，法學承擔的功能之重，已經不是邯鄲學步，做一點規範比較就可以交差。這是我硬著頭皮，遊走公私法領域而不改其志的原因（或藉口）。這本書把我過去二、三年在這方面作的思考兜攏起來，包括對龐雜的民事規範作體系功能面的分析，整體財產法的趨勢觀察，大陸立法可以參考的臺灣經驗，公平法在行政和民事執行上的適當功能分配，侵權法體系應該如何操作來回應管制和自治的新關係，物權法上役權如何重構

以利自治，乃至公平會的再造，調和產業管制與市場競爭的公平法第四十六條如何操作等等，可以說都是沿著同一條思路，所作的多角度的嘗試。

選出的十二篇文章都已經在不同的期刊雜誌上發表過，有幾篇還曾在大陸的專業期刊或網站上刊登。三年前第一次到北京開會，認識了許多位傑出的法律學者，以後每年都有機會過去，包括兩年前隨王澤鑑老師參加社會科學院主辦的一場物權的國際研討會，深深感受到那裡法學進步的快速。兩岸在管制和自治的辯證上，可說是殊途同歸，經濟法在臺灣原是民法的例外，是「偏房」，在大陸卻是正室，民法很長的一段時間連個名分都沒有。等到一九九三年憲法給市場經濟定了調，情形已經大不一樣。八年後兩岸加入世貿組織，經濟體制更是快速趨同，大陸在私法自治的建構上當然還有很長的路要走，民法和經濟法的學者承擔了比我們重得多的任務，但臺灣的許多經驗應該還是有相當參考價值。所以到目前為止，臺灣在兩岸的法學貿易中仍能取得大幅出超，這樣的局面可以維持多久，很難預料。法學知識的交流，本來就是不通自通，任何管制都徒勞無功。我希望兩岸法學菁英的智慧可以加乘，私法自治在新世紀的中國應該具有何種內涵，還需要很多巨視和微視的、法律和非法律的討論，這本磚塊書如果能引出很多的玉來，就是莫大的榮幸了。

蘇永欽

謹識於政治大學法學院

2002年3月28日

目 錄

自 序

壹、私法自治中的國家強制

——從功能法的角度看民事規範的類型與 立法釋法方向

前 言	5
一、民法維持體制中立的奧秘	6
二、特別民法的四種功能類型	11
三、正確認識民事規範的性質	16
四、再探成立與生效要件爭議	23
五、民事規範性質與行為定性	31
六、不同民事規範的解釋原則	40
七、本土化與社會化的新挑戰	51
結 語	57

貳、民事財產法在新世紀面臨的挑戰

前 言	61
一、交易結構的改變	62
二、主客體差序格局	64
三、跨越管制與自治	66

四、科技危險的分攤	69
五、風險社會第七倫	72
六、契約更貼近現實	74
七、物權走向自由化	78
八、民間立法的控制	81
九、全球化下的法系	83
十、法典主義的黃昏	86

參、社會主義下的私法自治

——從什麼角度體現中國特色？

一、物權法草案的自治法定位	94
二、自治法的超越性與地域性	101
三、自治法的體系性與經濟性	107
四、臺灣移植物權法制的經驗	113

肆、經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範

——從昔日德國的爭議來看今日臺灣的回應之道

問 題	125
一、德國經濟憲法爭議的時代背景	126
二、臺灣在世紀初面對的政治經濟	137
三、經濟憲法辯證中釋憲者的角色	145
四、經濟基本法陷入雙重論述矛盾	155
結 語	159

伍、私法自治與公平法的管制

——公平法第二四條的功用與濫用

前 言	165
一、公平法的經濟法性格及其功能分析	166
二、三種法律途徑的合目的與合憲解釋	175
三、第二四條的規範功能及其案例類型	182
四、有關本條操作方向調整的檢討建議	190
結 語	196

陸、公平交易法第四六條修正後的適用問題

一、公平法第四十六條在適用上有何疑義	203
二、公平法第四十六條修正前的體制功能	204
三、公平法第四十六條修正後的體制功能	222
四、公平法立法意旨應從什麼角度去探求	236
五、公平會如何為具體審查：基準與密度	245

柒、公平會的再造

——從國際比較與政府再造的角度觀察

一、第三波競爭法與政府再造	253
二、公平會定位與國家競爭力	256
三、為下一階段再出發而改造	258
四、簡化功能成為競爭委員會	261
五、單純執法或兼理競爭政策	265
六、消費者保護融入競爭政策	268

結語	271
----------	-----

捌、重建役權制度

——以地役權的重建為中心

一、物權法定主義與役權的重建	275
二、地役權的本質與其社會功能	278
三、地役權意定與便宜的類型化	280
四、不動產役權可涵蓋房地互役	285
五、誰有權為不動產役權的設定	291
六、對物權修正草案的修正建議	297

玖、從效率觀點看幾個共有關係的爭議

前言	303
一、何種共有關係最有效率？	303
二、分管和分割契約的繼受	310
三、法院應否介入分管協議？	316
四、法院應從什麼角度分割？	322
結語	331

拾、再論一般侵權行為的類型

——從體系功能的角度看修正後的違法侵權 規定

問題	337
一、侵權行為的保護標的	337

二、違反對世規範的行爲.....	339
三、可特定化的侵害行爲.....	343
四、侵權法的體系和競合.....	346
五、因果關係和行爲過失.....	354
六、轉介條款的司法控制.....	365
結 語	370

拾壹、關於租賃權物權效力的幾個問題

——從民法第四二五條的修正談起

前 言	377
一、立法政策的主要瑕疵並未消除	377
二、出租他人之物的類推適用問題	383
三、法定物權效力的善意取得問題	389
結 論	393

拾貳、Competition Authorities in Competition

1. Ideological Background.....	399
2. Independent Agencies.....	402
3. The Attorneys General and the Courts	406
4. The Ministers	410
5. The Regulators	414
6. Taiwan's Case	416
7. The International Perspective	423
8. Concluding Remarks	426

壹、私法自治中的國家強制

——從功能法的角度看民事規範的類型與立法釋法方向

民事財產法的翻修是近年法界的一件大事，債編已經完成，物權編還在進行，討論批評的煙硝則迄未歇止。本文嘗試從比較宏觀的體制功能角度，去認識這部法典，特別是它在我們這個充斥管制法規的法體系中，如何相容的運作，而不但不相刺謬，還頗有相輔相成的味道。也從這個角度，對釋義學上若干爭議不休的問題，提供不太一樣的思考，並對這次債編修正，包括整體方向和部分細節，做出評價。作者相信，正因為當初民法典的制定，掌握了公私法領域在規範和價值上相互流通的動線，使它在引進臺灣社會以後，很快的就能發揮引導和止爭的作用，對經濟和社會的現代化，有其不可磨滅的貢獻。但民法學的研究，基本上還是沿襲「前公法時代」的典範，潛意識中把民法當成一個自給自足的獨立王國，而不太注意私法自治與國家強制辯證下，方法上應有的調整，以致在法律解釋和立法上，始終不能擺脫狹義的規範比較，某些爭議變成夫子自道式的各說各話，欠缺真正的說服力，而立法在不少地方，則予人抓不住方向的感覺。事實上脫胎於羅馬法的歐陸民法，也是在公法發達以後，才真正擺脫了概念法學的典範，建立了更入世的思考方式。臺灣的民法學，在走過二十世紀漪歟盛哉

的社會重建與法制變革之後，或許也到了調整視野，重新認識這個領域，並改變若干操作方式的時候。

關鍵詞：私法自治，任意規範，強制規範，成立要件，生效要件，解釋方法，本土化

目 次

前 言

一、民法維持體制中立的奧秘

二、特別民法的四種功能類型

三、正確認識民事規範的性質

四、再探成立與生效要件爭議

五、民事規範性質與行為定性

六、不同民事規範的解釋原則

七、本土化與社會化的新挑戰

結 語

前 言

如果把我們的法律體系當成一個社區從上空俯瞰，民法典就會像一個典雅的中古城堡，立刻進入眼簾。城牆上高聳「私法自治」的大纛，迎風招展。夾處於櫛比鱗次、風格各異的現代建築中，顯得十分不搭調。但來到社區近觀，卻只見穿著入時的人們在古堡和公寓大廈間進進出出，全無窒礙。原來城堡還是城堡，只是功能已經不同。外觀的不協調，並不影響建築之間動線的流暢。堡內長伴黃卷青燈的僧侶，還在激烈爭辯一些亙古的難題，其實只要走出城堡，看看社區居民的真實生活，也許很多問題根本不是問題。

私法自治始終還是支撐現代民法的基礎，它的經濟意義可以上溯亞當·史密斯的國富論，倫理內涵則又源於康德理性哲學中的自由意志。私法自治使私人成為法律關係的主要形成者，正如法律關係所要創造和維繫的經濟關係。然而一直到制度學派開始強調，經濟學家才憬悟到，國家在私法關係的形成到消滅過程中，從來就不是一個旁觀者¹，從民法典到外於民法典的民事規範，國家的強制處處可見，只是強制的性格、目的和效果不盡相同而已。埋首鉅訂條文字義的法律學者，則對私法自治和國家強制的關係，實際上已經因國家角色從單純的經濟秩序維護者、仲裁者，演變為結果取向的干預者，與積極的市場參與者，近年又

¹ 參閱North, D.C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, 有中譯本；Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986, 把法律的經濟分析也歸類於新制度學派的一支, S.3f.

逐漸退出市場，轉而為結構取向的管理者，而發生了微妙的變化，鮮予置意。因此我們不妨以民法通往其他法律領域的動線作為切入點，用比較巨視的、社會的觀點，再對現代民法中自治和強制之間呈現的複雜關係，從體系功能的角度作一番整理和反思，或許只有這樣，我們才能對剛剛完成修繕粉刷，慶祝建城七十週年的民法典，做出比較公允的評價。

一、民法維持體制中立的奧祕

民法的法典化，從羅馬帝國的國法大全開始，就顯示了驚人的超越體制特質，事實上羅馬法所發展出來的人法、物法和債法，從概念類型到基本規範，歷經拜占庭式的統制經濟、中古行會組織的手工業、乃至近代的國際貿易，重商主義和自由主義，在適用性上並無太大改變。繼受羅馬法而孕育於十九世紀的法國、德國和瑞士民法典，同樣也在二十世紀出現的各種極端對立的社會體制下，成為民事立法的主要參考架構。從遠東的日本、中國到近東的土耳其乃至南美的智利和非洲的伊索匹亞，從三十年代的蘇聯民法一直到九十年代的中共民法，以其文化、歷史和體制差異之大，對照於民法內容差異之小，更是令人歎為觀止。韋伯有關現代法律趨於「形式理性」的論述，或許可以提供一個非常概括的解釋——正是民法這樣高度精粹、技術性的語言，才有可能抽離於各種社會的生活條件和世界觀，放之四海而皆準²。也

² 註釋法學則同時承擔了提煉（歸納）和再製（演繹）的雙重功能，使高度抽象的法律語言能恰如其分的運用到完全不同的時空環境，比如以交付作為動產所有權移轉的要件，日耳曼農民的交付是以手交手，現代複雜貿易下的交付，就常常只要是指稱交付（Übergabe auf Geheiß）即可，參閱Baur/Stürner,