

民法七十年之回顾与展望
纪念论文集（一）

总则·债编

苏永钦	黄立	王千维
郭丽珍	杨秀仪	谢哲胜
陈聪富	姚志明	林诚二
	合著	

09.2.06-13
891

民法七十年之回顾与展望纪念论文集（一）

总则·债编

苏永钦 黄 立 王千维
郭丽珍 杨秀仪 谢哲胜
陈聪富 姚志明 林诚二
合 著



A1055431

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法七十年之回顾与展望纪念论文集 .1, 总则·债编/苏永钦等著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2002.6

ISBN 7-5620-2240-2

I. 民… II. 苏… III. ①民法-研究-中国-文集②民法-总则-研究-中国-文集③债权法-研究-中国-文集 IV. D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052112 号

书 名 总则·债编

民法七十年之回顾与展望纪念论文集(一)

出 版 人 李传敦

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京博诚印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 11.875

字 数 285 千字

版 本 2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷

印 数 0 001—5 000

书 号 ISBN 7-5620-2240-2/D·2200

定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆ ☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

序 言

现行民法典分为五编，各编于一九三〇年至一九三一年间公布施行。五编公布施行以来，陆续届满七十年。其间在财产法部分，除于一九八二年修正总则编若干条文外，较大幅度的修法为一九九九年通过并于二〇〇〇年五月五日施行的债编规定，修改二百余条，修正幅度高达近百分之四十。至于物权编除于一九九五年小幅修改第九四二条外，“法务部”于一九八八年间组成“民法研究修正委员会物权编研究修正小组”，历时十一年有余，提出物权编修正草案，目前正由“立法院司法委员会”审议中，其修正幅度更几乎高达百分之百。而在身份法部分，亲属编及继承编除有零星修正外，主要于一九八五年间亦曾有较大幅度的修正。

七十年来，我民法发展与社会变迁相互辉映，民法学说与判例研究相互协力，民法的修正以及民事特别法的制定验证社会多元价值体系的形成。在迈向二十一世纪前，为庆祝民法七十年，并为民法发展史留下若干足迹，元照出版公司乃有策划本论文集之动机，藉邀集台

2 序 言

湾民法学者，依其钻研擅长者，一同撰文共襄盛举，为民法七十年祝贺。全集收录论文近三十篇，共分三册，依序为（一）总论·债编；（二）债编；（三）物权·亲属编。每篇论文力求针对特定议题向来于学说及实务上的发展实况进行分析、检讨，并有进一步提出修法建言及对未来之展望者。此外为便利读者研读，每篇文前均附导读。

庆祝民法七十年，特别应感激所有为民法研究奉献心力者，因为有他们无私的付出及加倍的努力，民法学方有今日的成绩。在迎向瞬息变化万千的新世纪中，社会即将面临更快速的变动、制定民事特别法以及适时修改民法的必要性亦将更形迫切。盼民法学者能共同持续努力，民法研究能更加蓬勃，为三十年后我民法迎接百年之日，留下完美的注脚。

编辑委员会

二〇〇〇年十月

目 录

- 私法自治中的国家强制
 - 从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向…………… 苏永钦/1
- “民法”第一六六条之一的法律行为形式问题…………… 黄 立/55
- 由“民法”第一八四条到第一九一条之三
 - 以违法性的思考以及客观证据负担的倒置为中心…………… 王千维/90
- 论制造人之产品召回与警告责任…………… 郭丽珍/152
- 论医疗伤害赔偿责任适用消费者保护法之争议…………… 杨秀仪/203
- 无过失医疗责任：医师的梦魇？病人的救星？…………… 谢哲胜/232
- 保险给付、损益相抵与赔偿代位
 - 评一九九九年台上字第三五三号判决…………… 陈聪富/260
- 回顾不完全给付制度于民法七十年来之发展…………… 姚志明/290
- 论旅游契约之法律关系…………… 林诚二/326

私法自治中的国家强制

从功能法的角度看民事规范的类型
与立法释法方向

苏永钦

作者简介

学历：德国慕尼黑大学法学博士

经历：政治大学法律系副教授、教授；政治大学
法律系主任兼法学院院长；公平交易委员
会副主任委员

现职：政治大学法律系教授

导 读

民事财产法的翻修是近年法界的一件大事，债编已经完成，物权编还在进行，讨论批评的烟硝则迄未歇止。本文尝试从比较宏观的体制功能角度，去认识这部法典，特别是它在我们这个充斥管制法规的法体系中，如何相容的运作，不但不相刺谬，还颇有相辅相成的味道。也从这个角度，对释义学上若干争议不休的问题，提供不太一样的思考，并对这次债编修正，包括整体方向和部分细节，做出评价。作者相信，正因为当初民法典的制定，掌握了公私法领域在规范和价值上相互流通的动线，使它在引进台湾社会以后，很快的就能发挥引导和止争的作用，对经济和社会的现代化，有其不可磨灭的贡献。但民法学的研究，基本上还是沿袭“前公法时代”的典范，潜意识中把民法当成一个自给自足的独立王国，而不太注意私法自治与国家强制辩证下，方法上应有的调整，以致在法律解释和立法上，始终不能摆脱狭义的规范比较，某些争议成夫子自道式的各说各话，欠缺真正的说服力，而立法在不少地方，则予人抓不住方向的感觉。事实上脱胎于罗马法的欧陆民法，也是在公法发达以后，才真正摆脱了概念法学的典范，建立了更入世的思考方式。台湾的民法学，在走过二十世纪漪欤盛哉的社会重建与法制变革之后，或许也到了调整视野，重新认识这个领域，并改变若干操作方式的时候。

目 次

前 言

壹、民法维持体制中立的奥秘

貳、特别民法的四种功能类型

叁、正确认识民事规范的性质

肆、再探成立与生效要件争议

伍、民事规范性质与行为定性

陆、不同民事规范的解释原则

柒、本土化与社会化的新挑战

结 语

◎关键词：私法自治、任意规范、强制规范、成立要件、生效要件、解释方法、本土化、债编修正。

前 言

如果把我们的法律体系当成一个社区从上空俯瞰，民法典就会像一个典雅的中古城堡，立刻进入眼帘。城墙上高竖“私法自治”的大纛，迎风招展。夹处于栉比鳞次、风格各异的现代建筑中，显得十分不搭调。但来到社区近观，却只见穿着入时的人们在古堡和公寓大厦间进进出出，全无障碍。原来城堡还是城堡，只是功能已经不同。外观的不协调，并不影响建筑之间动线的流畅。堡内长伴黄卷青灯的僧侣，还在激烈争辩一些亘古的难题，其实只要走出城堡，看看社区居民的真实生活，也许很多问题根本不是问题。

私法自治始终还是支撑现代民法的基础，它的经济意义可以上溯亚当·史密斯的《国富论》，伦理内涵则又源于康德理性哲学中的自由意志。私法自治使私人成为法律关系的主要形成者，正如法律关系所要创造和维系的经济关系。然而一直到制度学派开始强调，经济学家才憬悟到，国家在私法关系的形成到消灭过程中，从来就不是一个旁观者，^{〔1〕}从民法典到外于民法典的民事规范，国家的强制处处可见，只是强制的性格、目的和效果不尽相同而已。埋首短笈条文字义的法律学者，则对私法自治和国家强制的关系，实际上已经因国家角色从单纯的经济秩序维护者、仲裁者，演变为结果取向的干预者，与积极的市场参与者，近年又逐

〔1〕参阅 North, D. C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, 有中译本；Schäfer/Ott, *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986, 把法律的经济分析也归类于新制度学派的一支，S. 3f.

渐退出市场，转而成为结构取向的管理者，而发生了微妙的变化，鲜予置意。因此我们不妨以民法通往其他法律领域的动线作为切入点，用比较巨视的、社会的观点，再对现代民法中自治和强制之间呈现的复杂关系，从体系功能的角度作一番整理和反思，或许只有这样，我们才能对刚刚完成修缮粉刷，庆祝建城七十周年的民法典，做出比较公允的评价。

壹、民法维持体制中立的奥秘

民法的法典化，从罗马帝国的国法大全开始，就显示了惊人的超越体制特质，事实上罗马法所发展出来的人法、物法和债法，从概念类型到基本规范，历经拜占庭式的统制经济、中古行会组织的手工业、乃至近代的国际贸易，重商主义和自由主义，在适用性上并无太大改变。继受罗马法而孕育于十九世纪的法国、德国和瑞士民法典，同样也在二十世纪出现的各种极端对立的社会体制下，成为民事立法的主要参考架构，从远东的日本、到近东的土耳其乃至南美的智利和非洲的伊索匹亚，从三十年代的苏联民法一直到二〇〇一年代的中国大陆民法，以其文化、历史和体制差异之大，对照于民法内容差异之小，更是令人叹为观止。韦伯有关现代法律趋于“形式理性”的论述，或许可以提供一个非常概括的解释——正是民法这样高度精粹、技术性的语言，

才有可能抽离于各种社会的生活条件和世界观，放之四海而皆准。^{〔2〕}也只有像 Franz Wieacker 这样的法律学家，凭其深邃的史识，才足以洞视几部民法典背后不尽相同的社会模式。^{〔3〕}

民法当然还是有它的意识形态，不是全然价值中立，上个世纪几部欧陆民法所创造的典范，与平等主义取向、实施民主政治、保障私有财产、开放市场的经济社会，无疑还是最为相容。此亦所以在社会主义国家，如过去的苏联和今天的大陆，制定和实施民法始终还是一件相当敏感的大事，民法学者和经济法学者之间不可避免地要经过一场意识形态的恶斗，^{〔4〕}民法在整个社经结构中也还摆脱不了边缘化的实际定位。但尽管影响力和影响的方式因社会而异，民法典范的持续扩散，以及它在二十世纪波涛汹涌的社会变迁中屹立不摇，仍然是一个令人目眩的事实，印证了韦伯的形式理性说，虽然一些不小心留下时空痕迹的小斑点，有时反而让人发思古之幽情，比如现行民法中的“浴室”（第六〇七条）或“埋藏物”（第八〇八条）。这里要强调的，

〔2〕 注释法学则同时承担了提炼（归纳）和再制（演绎）的双重功能，使高度抽象的法律语言能恰如其分地运用到完全不同的时空环境，比如以交付作为动产所有权移转的要件，日耳曼农民的交付是以手交手，现代复杂贸易下的交付，就常常只要是指称交付（Übergabe auf Geheiß）即可，参阅 Baur/Stürner, Sachenrecht, 17A., 1999, 573 ~ 574.

〔3〕 参阅 Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 9.

〔4〕 一九八六年民法通则的通过，实际上是主张“纵横统一”的经济法学派和主张“综合调整”的民法学派斗争下的产物，到了去年通过合同法，废除经济合同法、涉外经济合同法与技术合同法，民法的独立地位才真正确立，可参梁慧星、王利明合著，经济法的理论问题，一九八六年，特别是 69 ~ 110 页；王文杰，大陆统一合同法之评析与介绍，全台律师，二〇〇〇年，一月号，68 ~ 83 页。

是所谓形式理性，除了语言的压缩提炼和体例的对仗排比外，最后而绝对不是最不重要的，就是保持民法和整个社会体制动线的流畅。换言之，民法条文不仅在概念上抽离于具体社会的物质条件与精神状态，而且还要使这些抽象条文一旦适用于具体社会时，能和该社会其他部分的运作不至扞格。形式理性绝对不是塑造一个民法的独立王国或租借地，果如此，它仍只是另一种形式的实质理性。只有当民法和体制的其他部分不只是和平共存，而是相互包容，乃至出“社”入“资”，或出“资”入“社”，才可见其形式理性的精髓。可惜多数人都还没有看到这一层。^{〔5〕}

以现行民法为例，第一条有关法源的规定，当初立法者把草案原定的“本律所未规定者”，改为“法律所未规定者”时，^{〔6〕}基本上已经放弃了尽收所有民事规范于一法的“法典”想法。由于现代民事规范必然兼容政策性规范（详后），这一字之差，也就是以政策性规范的“外接”模式替代了“内设”模式，换言之，通过这一条的宣示，“立法机构”恒可以另外针对特定政策目的而订定特别民法或特别民事规定，不改变民法典内在价值的一致性，而与其共同组成广义的民法。故人民在本法中找不到适当法条时，不必立刻跳到民事习惯或求诸法理来填补“漏洞”，而毋宁应先进入法体系的其他部分快速梭巡一遍，也许会在消费者保护法找到解约权的依据（第十九条），铁路法找到无过失赔偿请求权（第六十二条），在“土地法”找到先买权（第一〇四

〔5〕作者在十三年前一篇讨论民法第七十一条适用问题时，即曾尝试绘图来说明此一公私法间的重要动线，请参考拙文，违反强制或禁止规定的法律行为——从德国民法第一三四条的理论与实务操作看我民法第七十一条，收于民法经济法论文集（一），一九八八年，120页。

〔6〕参阅拙文，民法第一条的规范意义——从比较法、立法史与方法论角度解析，收于“跨越自治与管制”，一九九九年，287~288页。

条),或甚至在集会游行法找到对游行负责人请求连带赔偿的基础(第三十二条)。七十岁的民法典,不仅从一开始就为各种“特别民法”预留了通路,对于更直接反映社经体制的管制法令,民法典也为它们在几个重要关卡开了大门,比如针对人民自治最主要的工具一契约,“民法”第七十一条概括地否定了所有“违反强制或禁止规定”的法律行为,有主张规范效力的余地。而第一八四条第二项,则针对人民未侵害他人权利,或未构成“故意以背于善良风俗之方法”,但有“违反保护他人之法律”而致人损害的情形,也概括课予损害赔偿的责任。这两个条文,使得在民法之后陆陆续续订定的多如牛毛的法令,像躲在木马里面的雄兵一样涌进特洛伊城,管制法令摇身一变成民事规范,私法自治的空间,包括法律行为和事实行为,实际上随着管制强度的增减而上下调整。私法自治的另一个支柱,那个在大陆法系被高度抽象化的所有权(和低度抽象化的英美财产法相比尤其明显^{〔7〕}),当它的内涵被界定为“于法令限制范围内”(第七六五条)时,实际上已经为所有权日后的分类和分级预埋了管线通路,各种农业法规、工业法规、都市计划法规、文化保存法规等等,创造了不同品级、不同市场价值的所有权、让民法典的动产、不动产二分法,像一幅泼墨山水一样地远离实景。甚至比民法还要年轻一个世代的“宪法”,本来只以公权力机关为其规范对象,“民法”第二条、第七十二条及第一八四条第一项后段的“公序良俗”,也为它提供了间接“投射”(einstrahlen)的窗口,使“宪法人权”规定所涵蕴的价值秩序可以产生一定的“第三人

〔7〕 英美法上根本不存在一个相当于大陆法系所有权的概念,详参许明桐,英美法土地使用私法控制制度之研究,一九九六年政大法律研究所硕士论文,31页以下。

效力”。^{〔8〕}这些都是我们民法典为出社入资、出资入社预留的主要动线。

当然，我们民法的体制中立性毕竟不是绝对的，尤其当“宪法”已经就经济、社会体制作了若干基本决定，使得体制的左右摆动有其不可跨越的界限时，民法也不可能是纯然的技术规则，某些不可让渡、必须护持的价值，正是基于“宪法财产权”、营业自由等基本决定的要求。因此，民法对法律行为的控制仅能止于法律和公序良俗，对事实行为的规范也只能扩张到法律和善良风俗，和基本上仍未放弃计划经济的中国大陆，必须在这些以外，加上“基本政策”、“经济计划”等相比，仍可看出体制之间的鸿沟。^{〔9〕}不仅如此，民法在引进这些管制规范时，也还保留了权衡自治与管制理念的空间，如“最高法院”对大量存在的强制禁止规范，区隔所谓效力规定和取缔规定——虽然对于如何区隔始终未能提出比较明确的标准。^{〔10〕}从德国民法移植过来的“保护法规”（第一八四条第二项），若参酌德国最高法院的实务，也可依三项测准来加以过滤，并非照单全收。^{〔11〕}换言之，民法在

〔8〕 参阅陈新民，宪法基本权利及对第三者效力之理论，收于“宪法基本权利之基本理论”，下册，一九九〇年，57~137页；拙文，宪法权利的民法效力，收于“合宪性控制的理论与实际”，一九九四年，15~75页。

〔9〕 比如民法通则第六条：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”；第七条：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序”；第五十八条：“下列民事行为无效：（一）……（六）经济合同违反国家指令性计划的……。”

〔10〕 参阅“最高法院”一九七九年三月二十日民事庭会议决议，不过“最高法院”并未使用学者所提的“取缔规定”，而称“乃属行政上之问题”。

〔11〕 参阅王泽鉴，违反保护他人法律之侵权责任，收于“民法学说与判例研究”，第二册，一九七九年，196~197页；拙文，侵害占有的侵权责任，收于“民法经济法论文集”，一九八八年，159页。

形式的开放中，仍有其坚持。但以上说明应已可显示民法对不同体制的包容性，以及回应社会变迁的弹性。台湾在过去半个世纪的经济的发展，从相当薄弱的工业基础出发，尽管扮演火车头的公营企业，乃至“政府机关”的私行为，如各种采购、民生物资的给付，一开始即纳入民法规范，法院并不区隔民事与经济契约，但大量经济法规通过前述管道的介入，无形中仍压缩了私法自治的空间，一直到八十年代中期自由化政策开始落实，八十年代解除管制与民营化政策的跟进，民法实质适用的范围才大幅扩大。民法面对巨大的社会变迁，竟然可以好整以暇的慢慢调整，财产法部分一直到今年才完成债编的第一次修正，原因正在于此。

贰、特别民法的四种功能类型

形式上，经由第一条进入民法的各种特别民事规范，与经由第七十一、七十二、一八四、七六五等条进入民法的各种管制法规，有明显的不同。前者是广义的民法，后者则多属行政法、刑法乃至“宪法”的规范。前者“扩大”了民法的适用范围，理论上应即扩大了私法自治的空间；后者则排除了大量民事规范（契约）的适用，大幅限制其他民事行为及所有权的权限，从而“限缩”了私法自治的空间，两者对民法领域而言，似乎是两种刚好相反的外来影响。深入思考，则又不然。或许应该从私法自治与管制这两种对立的理念谈起。自治是从理性经济人的假设出发，相信每个人会做出最有利于己的决定，而经由自由交易，有限资源即可在最低成本下产生最大效益，整体的公共福祉也自然达成。国家扮演的角色，不是公共利益的界定者，也不是市场参与者，而只是单纯财产权的界定者及市场秩序的维护者，包括对经

济活动中产生的争议，做出裁决。国家管制的理念，或者从公共利益必须由国家来界定，或者从市场机制在某些领域会失灵出发，国家不仅参与市场，而且干预人民的市场行为。表现在法律上，自治规范和管制规范，一为裁判法、技术法，一为行为法、政策法，即有其本质的不同。裁判法的主要规范对象是法官，因此求其精准，技术性可以很高，人民只要依其个人利益判断决定其行为即可，国家制定的自治规范不仅不须“使知之”，甚至不必“使由之”。反之，管制法既是基于一定政策目的而设，主要规范的对象就是人民，为影响其行为，自应宣导周知；且法律的解释偏重合目的性，技术的精准反而不是最重要。法律社会学者 N. Luhmann 用“条件程式”（Konditional-programm）和“目的程式”（Zweckprogramm）来描述二者，即凸显自治法的条件反应性格，及管制法的目的导向。^{〔12〕}

把这个二分法用在现行法律体系，就会发现古典民法非常符合自治规范的特征，虽然它的纯度也不是百分之百。比如保护农民的政策，在有关耕地承租人（第四五七条至四六三条）及永佃权人（第八四四条，相对于第八三七条）的规定，即非常明显；“让与不破租赁”的规定（第四二五条），一般也认为含有保护经济弱者的社会政策；侵权行为制度中的衡平责任规定（第一八七、一八八条）亦同。但整体而言，民法的内容确实较符合自治规范的特征，在“形式理性”上，远高于其他法律领域。另一方面，许多的行政法令则又是典型的管制规范，其立法目的鲜明的表达于法律名称及第一条，有专责执行机关，并往往赋予对违反者的裁罚权，或用以引导的诱因工具。不少法律还在行政制裁之

〔12〕 Luhmann, Niklas, Rechtssoziologie, Bd. 1, Hamburg, 1972, 88; ders., Organisation und Entscheidung, Opladen, 1978, 52.