

苏永钦 著

往长远看，大陆法系民法引以为傲的债物二分，一如英美法系契约与财产权的二分，都可能因为交易的快速与复杂化、财产权登记制度的自动化，而在界面上面临重新调整，民事财产法确实已经到了重构的时候。中国市场潜力之大，早被视为未来世界最大投资与贸易地区，这个建立在社会主义初级阶段的市场经济，需要回填何种民法的基础结构，又是另一个受到民法理论界高度瞩目，乃至竞相献策的国际新角力场。

寻找新民法



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

In Search of New Civil Code

寻找新民法

苏永钦 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2011-1396

图书在版编目(CIP)数据

寻找新民法/苏永钦著. —北京:北京大学出版社, 2012. 7

ISBN 978-7-301-19783-7

I. ①寻… II. ①苏… III. ①民法-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 237915 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权发行

寻找新民法, 苏永钦著

2008 年 8 月版

书 名: 寻找新民法

著作责任者: 苏永钦 著

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-19783-7/D·2991

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京世知印务有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 32.5 印张 516 千字

2012 年 7 月第 1 版 2012 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

修 订 版 序

这本书是2008年在台湾出版的《寻找新民法》的新版,选择在大陆修订出版,是因为增加了几篇文章,可以看到我在这两年推动两岸学者研究民法典时,最常在脑海里盘桓的一些想法。是不是操之过急,我不知道,马齿徒增,很想见到一些结果,这份心境确实是有的。中国大陆民法典的讨论,始终未见第二波热潮,我在擂了一阵鼓后,自己也转往公职,投入繁重的司法改革工作,对民法典的研究暂时只能搁下,世事真是难料。

在这里我想对所有参与2010年三场两岸研讨会的学者朋友表示由衷的感谢,因为人多,就不一一颂名了。在我的观念里,大陆法系几代的民法典都源于罗马法,国际间广泛继受,传承中有竞争,不断加入新的元素,很像今天推陈出新的三C产品,各领风骚多少年,早就跨越了主权国家的界线,是其他法律领域比较少见的。心里难免期待与会的年轻学者中出一个下一代民法典的盖茨或乔布斯,谁知道呢?

苏永钦写于2011年11月10日

自序

民法到了世纪之交,再度掀起法典化与去法典化的争辩,《荷兰民法典》与《俄罗斯民法典》,一西一东,代表资本主义西方社会和后社会主义东方社会两个新民法典的样板。绝非巧合的,两岸刚好也兴起了重修/制定民法典的热潮,如果不能从比较宏观的角度,回顾整理以德国五编制民法典为典范的20世纪民法发展经验,并尝试在此基础上,加入新世纪的一些明显变化,包含越来越居于主导地位的知识产业所凸显的知识产权的重要性,公法与私法相互工具化的管制革新浪潮,契约关系在许多方面的实质化,以及信息社会来临对交易成本的革命性变化等,将很难掌握修立民法典的方法和方向。民法典可以说从处理的素材,到处理的方法,乃至法典本身的功能,到了高度信息化的社会,都不可能再一味因循旧惯。

还有一个不能不提的因素就是以法典为核心的大陆法系和以判例法为核心的英美法系,这两大民法传统的各拥半边天。二十年前,因为3C产业骤兴带动的全球化浪潮,包括世界贸易组织这样制度化的呈现,使这两套民事法制,两种法律思考,必须在很多地方相互妥协,甚至融合。往长远看,大陆法系民法引以为傲的债物二分,一如英美法系契约与财产权的二分,都可能因为交易的快速与复杂化,财产权登记制度的自动化,而在接口上面临重新调整,民事财产法确实已经到了重构的时候。一方面,欧盟正在如火如荼进行的民法统合,无疑是最具指标性的实验场。另一方面,大陆已把21世纪第一个十年定为民法典完成立法的期限,2002年12月在第九届全国人大常委会第三十一次会议上,法工委主任顾昂然甚至已提出多达九编的民法典草案,2007年通过《中华人民共和国物权法》后,其民法典的主建物只剩侵权法部分有待完成。以大陆市场潜力之大,早被视为未来世界最大投资与贸易地区,这个建立在社会主义初级阶段

的市场经济,需要回填何种民法的基础结构,又是另一个受到民法理论界高度瞩目、乃至竞相献策的国际新角力场。台湾地区的民事法学与民事立法不但能从这两个法系汇流的热区得到启发,如能充分利用同文、先发的优势,通过更积极的参与而影响其民法典立法,更可降低两岸社会制度上的差异,不论在经贸、社会或政治上,都将产生巨大的效益。

我从事民事财产法的教学研究已逾二十五年,并有幸参与民法债编与物权编的修正工作达二十年,非常深刻的感触就是台湾立法者所持的“接续移植”、“培元固本”心态,因此,在大幅变动的表面下——增或修的条文数几乎已经翻了两番,其实是一个超稳定结构,除了身份法有真正原则性的调整外,财产法不但没有任何原则的更迭,连体例都全部仍其旧惯,如备受批评的代理制度分置两章,都未见任何修改。立法者最常挂在嘴边的说法是,先补正当初移植德瑞日民法错误与不足之处,再把某些实务纳入法条即可,至于原则性的调整则等以后再说。与同时进行修正的其他民法典相比,几乎存在着改建与内部装修的差别。此一落差虽不造成任何经济上直接的不利益,但凸显了台湾民法发展与国际上逐渐浮现的典范转移已明显脱节。1999年中国台湾地区债法因完成修正而更接近德国债法制度,却立刻因2001年德国债法重编而陷入一种“我捡你丢”的尴尬情境——特别是契约法部分,脱节导致的更多问题还会随着全球化的快速发展而一一浮现。此一立法视野的狭隘,与大陆民事立法的无惧创新和突破,在许多地方几如天马行空,形成强烈对比,但同样暴露了体系思考能力的不足。也就是说,两岸的民事立法都受限于基本理论的贫乏,大陆立法的暴冲和其民法学者还不习于释义学的严谨有关,台湾则反过来因为跳不出释义学的框框而在立法上绑手绑脚。因此,如何回到民法典的根源去反思,在基本理论方面下更扎实的工夫,应该是两岸民事法学共同面临的挑战(第一篇)。

这本书关切的另一个议题是公私法的接轨,民法规范的社会生活,国家的手从来就是清晰可见,此所以七十年前日本学者美浓部达吉已经就公私法的关系作了很有条理的论述。然而物换星移,今天国家介入社会生活,不论从方式或程度来看,其复杂与多元都远超过当年美浓部教授所能想象。民法的自治和公法的强制,有着先天的矛盾,当国家的干预,不仅领域上早已无所不在,而且方式上从强制、半强制到“遁入私法”可谓

不遗余力时,即使仍然坚守自治与强制间的原则例外关系,要想通过周延的立法,预先排除公私法的紧张关系,已无可能。此所以我提出动态法规范体系的概念,让各阶各层法规范的生产者和操作者从整体、动态的体系观点去执行职务,特别要能善用公私法间的转介条款,使法规范的生产和操作不至于外溢为法体系越来越难以承受的成本。这里涉及法律释义学与法学教育的新方向,倒不意味着民法典的高度形式理性需要作根本的改变。在十年前我写《私法自治中的国家强制》时,曾用城堡和公寓的意象来描述民法典和许多单行、部门民法的关系,说明只要自由进出没有障碍,民法典不是非得改建为公寓不可。另一个值得注意的发展,是“私法秩序的宪法化”,不同于转介条款的政策矛盾调和功能,这里强调的是民法和基本价值矛盾的调和。像我们这样区隔大法官审判权和普通法院审判权的地方,基本上宪法的落实与个案审判仍应由普通法院承担,但如何把高度抽象、需要价值填充的“宪法条款”用到具体的私人争议,而又不致破坏民法严谨的体系,已成为民法方法论的新难题(第二篇)。

我个人一直不认为民法背后的高度形式理性,必须作根本的改变,就像语言变得复杂以后,文法反而越来越重要。因此,当我们谈新思路或新方法时,不过是回到形式理性背后的一些假设,比如人的自利心,资源效率的最大化,规范的体系化(可以是开放的体系)等,而把建立于同一假设上的社会科学知识引进来,让民法尽早摆脱传统方法论不时陷入的以问答问的困境(第三篇)。

这本书其实是2005年北京大学出版社为我出版的《民事立法与公私法的接轨》的修正版,只有三点不同:第一,从简体字改成繁体字;第二,内容作了小部分更新[主要因为《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)的制定];第三,我另外加入了几篇短文。书中论文大部分写于2005年我去北京清华大学讲学的前一两年,可以说主要就在为这趟讲学预做准备,因此,好几篇文章预设的读者本来就是法律人。把书名改为《寻找新民法》,一则为了凸显寻求民法新典范的普世性,二则希望能配合未来三年的研究计划,激起中青年学者参与的热情。我常常觉得,如果宪法代表一个国家的良心,则民法反映的应该是一个国家的智慧。大陆人喜欢讲“软国力”,民法绝对是一项重要的指标。我不相信台湾的民法学者到了今天仍然只能跟着别人的脚步前进,对于新民法典范的建立作不出任

4 寻找新民法

何贡献。以中国大陆与台湾、香港和澳门地区民法积累的丰富而多样的经验,我也不相信中国人的智慧不能在这个领域发光发热。这倒不是什么民族主义在作祟,把它看成文明继受者应该作的回馈,也未尝不可。

苏永钦

谨志于政大研究室

2008年8月1日重返校园的第一天

目 录

第一章 民法典的时代意义

——对中华人民共和国民法典草案的大方向提几点

看法 (1)

前言 (1)

一、民法典的历史功能 (1)

二、法典理念面临重估 (5)

三、民法典保有的优势 (8)

四、民法典的几种选择 (12)

五、大陆的民法典草案 (18)

第二章 借箸代筹中华人民共和国的民事立法 (27)

前言 (27)

一、民事立法者的位置 (29)

二、民法的双重工具性 (35)

三、纯粹民法典的意义 (37)

四、构筑理想自治空间 (42)

五、以专业为对话对象 (46)

六、与公法接轨的转轴 (54)

七、人格权的民法保护 (62)

八、身份法的宪法任务 (70)

结语 (73)

第三章 现代民法典的体系定位与建构规则

——为中华人民共和国民法典工程进一言 (74)

前言 (74)

2 寻找新民法

一、民法典的法体系定位	(75)
二、民法典的十二项规则	(84)
三、大陆民法典如何组装	(97)
结语	(114)

第四章 物权法定主义松动下的民事财产权体系

——再探中华人民共和国民法典的可能性	(117)
--------------------------	-------

前言	(117)
一、再访物权法定主义	(118)
二、法定主义已经松动	(141)
三、建构新财产权体系	(150)

第五章 可登记财产利益的交易自由

——从两岸民事法制的观点看物权法定原则松绑的 界线	(159)
------------------------------------	-------

前言	(159)
一、重探物权的本质	(160)
二、物权法定的成本	(168)
三、中国台湾已大幅松绑	(176)
四、大陆面对的问题	(183)
结语	(192)

第六章 法定物权的社会成本

前言	(195)
一、物权法定与法定物权	(196)
二、检视法定物权的理由	(201)
三、法定物权的社会成本	(212)
四、法定物权的立法政策	(227)

第七章 制度的移植从所有人与占有人之间的特殊关系

谈起	(238)
一、制度的内容与目的	(238)

二、移植外国的情形	(241)
三、给立法者的启示	(242)

第八章 从动态法规范体系的角度看公私法的调和

——以民法的转介条款和宪法的整合机制为中心	(249)
前言	(249)
一、公私法多层而交错的关系	(250)
二、民法的三个水平转介条款	(257)
三、宪法的主要垂直整合机制	(278)
四、为动态的法规范体系奠基	(290)

第九章 以公法规范控制私法契约

——两岸转介条款的比较与操作建议	(293)
前言	(293)
一、走向二分法操作	(294)
二、都陷入以问答问	(298)
三、建立案例法方法	(300)
四、八项可衡酌的因素	(303)
五、八种可裁量效果	(305)
六、动态体系的观点	(308)
七、四个常见的误区	(309)
结语	(314)

第十章 民事裁判中的人权保障

前言	(315)
一、分权体制	(317)
二、方法问题	(327)
三、程序问题	(367)
结语	(369)

第十一章 缔约过失责任的经济分析

——从交易阶段化的发展谈起	(371)
---------------------	-------

前言	(371)
一、契约和契约法	(374)
二、交易的阶段化	(378)
三、缔约过失责任	(388)
结语	(397)

第十二章 物权堆叠的规范问题

——以次序为轴心的堆叠原则	(399)
前言	(399)
一、物权堆叠的概念与类型	(401)
二、堆叠的法理与经济分析	(404)
三、以次序贯穿的堆叠原则	(408)
四、物权编修正的几点建议	(425)

第十三章 再谈共有物分割问题

——从比较法和法政策角度分析	(428)
前言	(428)
一、共有物分割的规定	(429)
二、草案对问题的响应	(432)
三、其他立法例的比较	(434)
四、法政策观点的评价	(438)
五、台湾民法的修正建议	(443)

第十四章 民法随笔

第一篇 非线性的体系思考	(461)
一、如何找法有三说	(461)
二、症结在房地分离	(462)
三、效率决定于市价	(463)
四、三说都未搔到痒处	(464)
五、“最高法院”的高度	(465)
第二篇 民法典与卷轴式教学	(466)
一、五编制民法与卷轴式教学	(466)

二、作为法学的基本功	(467)
三、卷轴式教学浮现的问题	(467)
四、反思背后的体系问题	(468)
五、建构新体系的挑战	(469)
第三篇 堪培拉的启示	(470)
一、纯粹民法还有空间吗?	(470)
二、颜色的迷恋最难将息	(471)
三、一百年前的“两克”论战	(472)
四、忘掉了积木怎样堆叠	(473)
五、构建更大产能的体系	(474)
六、堪培拉给我们的启示	(474)
第四篇 物权自由了	(475)
一、明修栈道,暗度陈仓	(475)
二、复数物权的两种类型	(476)
三、从量共有转为质共有	(477)
四、想象多大自由就多大	(477)
五、养老权的高度未来性	(479)
六、建构新的财产权体系	(480)
第五篇 重新认识限制物权	(480)
一、被误导的物权图像	(480)
二、新法凸显相对关系	(482)
三、只是一种交易选择	(482)
四、与契约自由的关系	(483)
五、新物权法启动蜕变	(484)
第六篇 找到漏洞了吗?	(485)
一、不能挖西墙补东墙	(485)
二、为何规避通说解释	(486)
三、债权凭什么物权化	(487)
四、回到建物用地问题	(489)
五、例外规范隐然成形	(489)

第七篇 促销不动产役权	(491)
一、主体属物客体属物的权利	(492)
二、特定目的为必要登记事项	(493)
三、异于一般物权者不在内容	(494)
四、第三人设定的不是人役权	(495)
五、操之于起造人的公寓役权	(496)
第八篇 全输的共有物分割制度	(497)
第九篇 科技创新下的绝对权	(499)
一、中国为何侵权成风?	(500)
二、溃堤式创新的观点	(500)
三、私权的效益与成本	(501)
四、一旦无法自己保护	(503)
五、对权利的不同冲击	(504)

第一章 民法典的时代意义

——对中华人民共和国民法典草案的大方向提几点看法

前 言

台湾的民法经验,对于同文同种的大陆,参考价值是毋庸置疑的。但谈起要不要制定民法典,制定什么样的民法典,小锅小灶用了半个多世纪的经验,对于食指浩繁,决心重起炉灶,开放自由市场,既承受更多包袱,又面对更多选择的大陆,恐怕能借鉴的就有限了。欧洲方兴未艾的民法典运动,最大的一块以统合为目标(未来欧洲联邦的民法典),个别的国家有的彻底翻新(荷兰),有的追求转型(前社会主义国家),共同面对的则是全球化下英美法家族的招手。祖国大陆的民法典运动很难摆脱这样的公转,虽然它也不可能放弃在亚洲的自转。从此一味提出和讨论民法典问题,即不能不重新寻找并确认它的时代意义。民法毕竟不等同于民法典,如果说人类的经验肯定了民法的不可替代性,民法典始终还只是一种可能的选择,它的内容和形式,当然也有响应时代新变化,因地制宜的必要。

一、民法典的历史功能

历史上的法典,从最早巴比伦的《汉谟拉比法典》、印度的《摩奴法典》、罗马的《十二铜表法》,到中国的唐律,都反映了那个时代、国度的精神状态和物质条件。我们这里只谈以民事规范为内容的民法典,最早的

2 寻找新民法

当然要追溯到公元3—6世纪罗马帝国的历次民法典,而以6世纪中叶整编完竣的国法大全,影响后世最为深远。但在内容和形式上直接对现代民法典有引路之功的,还是源于17世纪中叶、逐渐笼罩全欧的启蒙精神与政治上的绝对主义,而从18世纪中期就陆续在许多欧洲国家开始摸索、尝试的民法典,其中无疑要以1804年的《拿破仑民法》,无论在理性主义价值的展现上或立法技术的成熟上,堪称巅峰之作^[1],一百年后问世的《德国民法》(1900年)和《瑞士民法》(1912年)则踵事增华,更进一步反映了欧洲工业化后的新面貌。^[2] 1922年苏联制定、1964年重新制定的民法典,虽然不够耀眼,但也标示了社会主义国家民法可以摆放的最佳位置。^[3] 总的来讲,20世纪在世界各角落产出应该不下一百部的民法典,直接或间接几乎没有不受法国或德国民法影响者^[4],而此二法典在概念体系上则又处处可见罗马法的影子。整理各方的评价,欧陆民法典有以下几个功能是普遍受到肯定的:

(一) 统一国法

欧洲大陆的民法典运动开始于18世纪,绝对不是偶然。民法典取代了原来散见各地的习惯法、领地法、宗教法等,其意义与其说是满足民事交易的规范需要,更重要的毋宁在借此宣示和稳定其统一的、无上的主

[1] 参见 Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2A., 1967, 339 ff.

[2] 德国在19世纪初还是百分之百的农业国,到了1870年农业人口还有50%,再过43年,已经只剩33%,当时的民商法完全反映了新社会的需要,参见 Coing, Helmut, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, 2A., 1971, 102 ff.; 以经常引起争议的“物权行为”来说,萨维尼的独立而无因理论会被学说及立法者接受,绝对不只是较能满足逻辑性的要求,至少在两方面,此说响应了工业化后德国在交易上的需求:其一是使银行取得所有权而由融资企业继续占有有机器的让与担保成为可能;其二是在善意取得制度还未建立前,使交易者不必担心他方和前手的买卖会不会出问题。参见 Prange, Ulrike, *Friedrich Carl von Savigny und das Abstraktionsprinzip*, in: Hoeren, Thomas (Hrsg.), *Zivilrechtliche Entdecker*, 2001, 73-104.

[3] 参见 Varga, Csaba, *Codification as a socio-historical phenomenon*, 1991, 205-243; 1982年的《中华人民共和国民法草案》即曾借鉴苏联民法,参见梁慧星:《中国对外国民法的继受》,载《月旦民商法杂志》特刊号,2003年3月,第8页。

[4] 或直接移植法律,或受到学说的熏陶,其过程往往长达百年,故即使建立于全然不同法律哲学上的社会主义国家民法,如苏联1922年的民法典,因学说向来承袭潘德克吞学派而采用几乎相同的结构,有关民法间借鉴的交错关系可参见 Sacco, Rodolfo, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2001, 133-136.

权^[5],对于民族国家的建立,法典以民族语言象征统一而唤起认同,加上其内容散发的共同价值,可以不带强制地轻易深入民间角落,实为最佳的统合工具。相对的,同一时期的英国,其王室法院判决形成的普通法早已成为主要法源,而海岛天险、单一语言也使民族国家自然形成,民法典的制定就显得没有那么迫切了。^[6]

(二) 揭示价值

近代民法典也代表一种乐观的理性主义,相信个人自由和自利机会给社会带来最大的福祉。《拿破仑民法》成功的主要原因,就在于它从所有权绝对、契约自由到男女婚姻自由、平等继承,非常一致并全面地建立了个人主义的价值秩序。^[7]这种“一次说清楚”的民法典,可为初期资本主义社会奠定稳固的基础结构,是“修东墙补西墙”式的零星立法难以望其项背的。同一时间,北美洲以宪法形式做到了,欧洲大陆也用民法典实现了,可谓异曲同工。^[8]

(三) 建立体系

Max Weber 在他的巨著《经济与社会》中曾把法典分为两种类型^[9]:第一种类型是由某位启蒙的领导者锐意革新,借法典的公布和实施来开创新纪元,上述两种功能在此类民法典即十分显著;第二种类型则不强调原则的创新,其主要功能反而在于提高法律的理性程度,把多年累积的实务和学说加以体系化,使法律的适用和法律的专业教育都容易得多,这类法典的学院味道比较浓厚,罗马帝国的国法大全实际上就是法律和法学

[5] 参见 Merryman, J. H., *The Civil Law tradition*, 2 ed., 1985, 28; Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1, 1985, 39.

[6] 参见 Lawson, F. H., *A Common lawyer look at codification*, in: *selected essays I*, *Many laws*, 1977, 43-44.

[7] 并不是所有民法典都能这样理念一致、技术成熟,较早问世的《巴伐利亚民法典》(*Codex Maximil-ianus Bavaricus Civilis*)就因为还缠绕在罗马法教条及中世纪的地方细节而备受批评,参见 Schlosser, Hans, *Kodifikationen im Umfeld des Preußischen Allgemeinen Landrechts, der französischen Code civil (1804) und des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (1811)*, in: Merten, Detlef (hrsg.), *Kodifikation gestern und heute*, 1995, 65 f.

[8] 参见 Basedow, Jürgen, *Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex*, *AcP200* (2000), 469.

[9] 参见 Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5A., 1972, 488-495.