

民 商

争议与实例
系列

民商法争议与实例系列

苏永钦
著

经济法的挑战

清华大学出版社

民商法争议与实例系列

经济法的挑战

苏永钦 著

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

随着市场经济的发展和法律规范的膨胀,经济法的挑战已不容回避,经济学理论也大幅侵入“法律的帝国”,本书即是苏永钦先生对此的反思与回应。

五南图书出版股份有限公司授权出版发行

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2004-1997

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

经济法的挑战/苏永钦著. —北京:清华大学出版社,2005.6

(民商法争议与实例系列)

ISBN 7-302-10911-7

I. 经… II. 苏… III. 经济法—研究—中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 039816 号

出 版 者:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 客户服务:010-62776969

责任编辑:聂 鑫

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:三河市化甲屯小学装订二厂

发 行 者:新华书店总店北京发行所

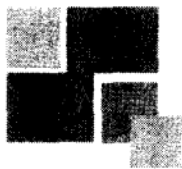
开 本:148×210 印张:6.25 字数:159千字

版 次:2005年6月第1版 2005年6月第1次印刷

书 号:ISBN 7-302-10911-7/D·173

印 数:1~4000

定 价:15.00元



自序

这本书收录了《民法经济法论文集》出版五年以来陆续写的论文,数量不多,但我确实都花了很大的心思去写,其中“非正式程序与补充性规则”是1990年政大法律研究所博士班“经济法”课程的副产品,我和班上研究生陈荣傅、杨富强、魏杏芳、何君豪四人,分别执笔完成,是我们五人共有的著作,首先说明,并志谢意。

书名题为“经济法的挑战”,呼应我在上本书里的一篇小文章:“经济法——已开发国家的任务与难题”。当时自由化、民营化、国际化虽已成为明确的政策目标,但还没有太多具体的行动,更谈不上制度化。九年以后,台湾地区已经是个人年平均所得超过一万美元的经济体,“公平交易法”已经有声有色的实施了两年多;重要的经济法,如“促进产业升级条例”、“中小企业发展条例”、“贸易法”、“国外期货交易法”、“消费者保护法”等先后通过,“银行法”、“国营事业移转民营条例”等已做重大修正,“奖励民间参与公共投资条例”则将完成“立法”。变化实在很大,经济法的课程每年都有新的材料。

不过真正的挑战还不在于规范的膨胀,而在这些规范的操作。法律和经济专家发现他们对诸如“正当”或“滥用”的诠释,竟有如此的差距,而不得不小心翼翼地拉近彼此的距离——“公平交易委员会”提供了难得的对话场所。经济学家和法律学者共同写书,已经蔚为一种风气。这些经济法的论文,从问题切入到论述风格,都颠覆了我们这里从二十世纪六十年代以来才慢慢建立的法学创作典范。法律的解释,不再像自动贩卖机那样简单,输入法条、事实,即产出结论。而通常要再从产出反馈回解释者,作成本效益的分析。对法律人来说,这种新思维真是前所未有的挑战。我的回应可说微不足道,但总



算做了一点。

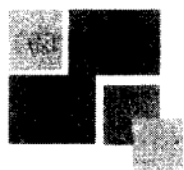
经济人的大举侵入,其实还不限于经济法。当传统法律领域的规范也因为社会发展而陷入某种不易合理化的困难时,经济分析的理论或者为它提供有力的说明,或者给予致命的一击。我在台大经济系举办的“法律的经济分析”学术研讨会中发表:“物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展及经济观点分析”,是对这种分析方法的尝试,也油然而产生一份期待,希望它真能为传统法学注入新生命。

在这些看起来只是“西风东渐”的小潮流背后,隐隐然仍可感受到台湾地区社会走向合理化的大潮流,“社会成本”一类的新词已经用得近乎泛滥。然而说到合理化,韦伯的进化论真能毫无困难地解释台湾这半个世纪的发展吗?“韦伯理论在儒家社会的适用——谈台湾地区法律文化与经济发展间的关系”,这篇发表于加州大学柏克莱分校东亚研究所研讨会的文章,基本上肯定具有高度“形式理性”的民法与台湾经济发展的关系,可以说是从社会学的角度观察经济与法的关系。在这篇文章中我也指出,当法律再度“实质理性化”(经济法、社会法当道)时,我们将面临真正的调适困难。

苏永钦

1994年4月志于政大研究室





目 录

自 序	(I)
第 1 篇 物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展与经济观点分析	(1)
一、绪论	(3)
二、从民事财产法的发展分析	(4)
三、从经济观点分析与检讨	(20)
四、结论	(46)
第 2 篇 韦伯理论在儒家社会的适用——谈台湾地区法律文化与经济发展间的关系	(47)
第 3 篇 “非正式程序”与“补充性规则”——简介两个落实公平交易法的重要机制	(65)
一、绪论	(67)
二、“非正式程序”	(69)
三、“补充性规则”	(105)
第 4 篇 事业团体的联合行为	(139)
一、绪论	(141)
二、公平法下的事业团体	(142)
三、公平法下的事业团体行为	(149)



四、结论与建议	(163)
第 5 篇 德国民间工商组织法制	(167)
一、简史	(169)
二、宪法基础与限制	(171)
三、工商组织之成立与内部组织	(174)
四、工商组织之任务与监督	(179)
附 录 评“政府的事业活动是否应受‘公平交易法’ 的规范”	(187)



第 1 篇

物权法定主义的再思考 ——从民事财产法的发展 与经济观点分析

一、绪 论

十九世纪出现于欧洲而影响几及全世界至今的几部民法典,可以说都植基于启蒙时代的自由主义与观念主义^{〔1〕},强调个人的自由、平等,绝对的私有财产,契约自由与结社自由。这些当年汇聚了法学菁英整编出来的法典,现在却像格列佛巨人一样,被无数的劳工、社会、经济法规捆绑在海边,听到的不再是法学家的咏叹调,而是一张张的诊断书^{〔2〕}。意大利一九四二年重订的民法典已经让大量的公法规定登堂入室,其他保持私法架构的法典,也面临内在的“典范变异”,契约自由越来越少,所有权越来越社会化^{〔3〕},在“公共利益”(“中民”§ 148)与社会正义的新时代精神下,私法自治不再是凌驾一切的指道原则。

就在这样一个民事财产法的大气候中,原来属于私法自治除外领域的“物权”,反倒出现了不断扩张自治的小气候,实在是一个值得正视的现象!事实上,物权法定主义的两大支柱:“债权与物权二分”与“所有权绝对”,从来就不是很稳固;我们现在虽不能说,物权法定主义的理论基础已经整个破裂,至少是到了重新检讨的时候(本文第二部分)。法律学者面对民事财产法这样的吊诡性发展,除了再一次走出传统法学圈圈,另外寻找理论支柱,显然已别无选择。用 R. Coase 的社会成本及财产权理论来分析检讨物权法定主义,便是此一心境下的一项尝试(本文第三部分)。作者知道 Coase 理论,乃至

〔1〕 详参 F. Wieacker, Das Sozialmodell der Klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, 收录于氏著 Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt, 1974, S. 9-35。

〔2〕 最具代表性者应推 L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, Berlin, 1972。

〔3〕 参 Erich-Hans Kaden, ZfRV 1961, S. 193-208。

经济分析方法运用到法律制度,尤其是民法上的局限^[4],但如果对首次发生在“中华民国”的这种“第三类接触”不太苛求的话,小小的撞击也许还是会迸出些许火花?

二、从民事财产法的发展分析

2.1 基本概念与社会功能

物权法定主义(numerus clausus Prinzip)在十九世纪欧陆诸国制定民法典时早已确立^[5],不过都没有明白写在法典上。比如德国民法,就只在立法理由书中提到物权不适用契约自由原则,当事人只得设定法律许可的权利,因此其种类自然有限^[6],学说则一向认为此一原则可从民法有关物权皆为“得设定”的用语反面推论而得^[7]。倒是继受欧陆民法的日本民法率先明定此一原则(日民 § 175),以后我国及韩国民法也跟进(“中民” § 757,韩民 § 185)。这个原则主要强调的是物权的法源只限于“法律”一种,当事人不得任意创设。所谓不得创设,原来仅指物权的种类,即所谓类型强制(Typenzwang),后来又有学者认为物权内容原则上也不得与法律规定抵触,而产生

〔4〕 参阅 R. H. Coase, The Problem of Social Costs, 德译本, 收录于 Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, Frankfurt, 1978, S. 140ff, 有关其批评, 可参 L. Wagehenkel, Coase Theorem und Marktsystem, 1980.

〔5〕 罗马法上已有此项原则, 参阅陈朝壁著: “罗马法原理” 下册, (商务), 一九三六年, 第 294 页; 英美法系对此完全陌生; 北欧法系中, 芬兰、瑞典承认, 丹麦、挪威却又无此原则; 参阅 J. H. Beekhuis 的说明, Property and Trust, p. 10, in Frederick H. Lawson (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 6, Tübingen, 1973.

〔6〕 德国民法立法资料 Mot. III, S. 3; Mugdan III, 2.

〔7〕 参阅 BGB-Komm. Staudinger-Seiler, 12A, Vor § 854, Rn. 38; Jauernig, 3A Vor § 854, Rn. 26



另一个类型固定(Typenfixierung)的要求^[8]。实际上类型即决定内容,类型强制应即包含类型固定,此一区分相当勉强^[9]。

物权法定主义的主要功能,一般认为有三:(1)自由保护,使所有权不致承受太多负担或限制,或为了一些不值得保护的利益而牺牲物的整体利用价值^[10]。在十九世纪,采行此一原则更有防止封建制度复辟的政治意义。大陆法系采用罗马法的原则,果然使得世袭贵族借各种物权维持其特权的企图无法得逞,自由市场经济因此而得确立^[11],反倒是封建制度更早开始瓦解的英国,因为未采取此一较激烈的原则,封建制度的残余一直到二十世纪中期才完全消除^[12]。(2)财产秩序透明化,唯有透过类型限制一般人才有对任何私有财产的归属一目了然的可能,而登记制度也才能负荷公示的功能^[13]。(3)交易便捷,物权交易不需要花很多时间去研究权利的内容细节^[14]。另外一个常被提到的“维持物权独立性”,则只能说是一个形式的理由,尚非具有社会意义的功能。

2.2 债权与物权二分

物权法定主义第一个隐藏的前提就是物权和债权的可分与对立性。这个沿袭罗马法上对物权(ius in rem)与对人权(ius in personam)的二分法,在十九世纪欧陆出现的民法典可说有不同程度的体现,其中以德国民法把债法和物法划分为两个独立的财产法领域,最为彻底,瑞士法继之,“民国”“民法”立法时便参考了当时最“先进”的

[8] 参阅 Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 13A München, 1985, § 1 II 26; M. Wolf, Sachenrechts, 6A, München, 1985, Rn. 23.

[9] Staudinger-Seiler, aaO, Rn. 38.

[10] Heck, Grundriss des Sachenrechts, 1930, 23, 2ab.

[11] Wiegand, AcP 190(1990), S. 119.

[12] Copyhold tenure 便一直到 1935 年才完全废止,参 Lawson, in Lawson(ed.), supra n. 5, p. 27.

[13] Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 5A, 1966, S. 20.

[14] Baur, aaO., 1 II 3a.

德国、瑞士民法。多数的德国学者认为物权之异于债权,就在其对于物的“直接支配性”^[15],债权虽同样可达到使用物的目的,如租赁权,但其内涵仅为对特定人的请求,使用不过为债务人给付的结果,债权人最多基于物的占有而可直接排除第三人的干预,但占有并非债权的内容。也有些学者,则强调物权人可“排除”所有其他人对于物的使用或干预^[16]。瑞士现行通说则认为物权的本质包含了以上的积极和消极面^[17]。近代德国流行的新理论,已把所有权内涵的变化考虑在内,认为既是一种附带社会义务的权利,其性质即宜解为“物之归属权”(Zuordnungsrecht)^[18],而排除他人干预及对社会的义务均为归属的结果。此一学说的争论延续至今未有定论^[19]。

从直接支配又可衍伸出特定性、排他性、追及性、优先性、独立性、持续性等,正如从对世的排除权可衍伸出物上请求、侵权保护、相邻关系的请求、强制执行的异议、破产财产的别除或取回、征收补偿等权能或效力^[20],从而与不具直接支配及对世性格的债权,在法律关系上产生更明显的区别。这种全面性便常被认为是必须锁定其类型的一个原因。

2.3 所有权中心

大陆法系国家继受了另外一个源自罗马法,而在注入了自由主

[15] 参阅 Meier-Hayoz, FS Otfinger, 1983, S. 172f.

[16] 在德国以 Schloßmann 为代表,瑞士则以 Burckhardt 为代表,参 Meier-Hayoz, aaO., S. 174.

[17] 参阅 Tuor/Schnyder, Das Schweizer Zivilgesetzbuch, 8A., Zürich, 1968, S. 480ff.

[18] Westermann, aaO., § 2 II.

[19] 但也有学者一针见血地指出此一争议的虚无性,如 Bucher, Rechtstheorie 1970, S. 23ff.

[20] 我国学者对于物权的性质、权能或效力也颇有争论,参谢在全,民法物权论,一九八九年,页 26-41;胡国栋,土地审判实务之研究,载于“司法研究年报”,第九辑上册,pp. 551-561.

义与观念主义哲学后更为强固的理念,就是“所有权”,一种对物的完完整整(in toto)、无所不包的支配权。它使物的支配原则上成为“全有或全无”,而很自然地倾向于抵制“有一些”的支配方式,使得“限定

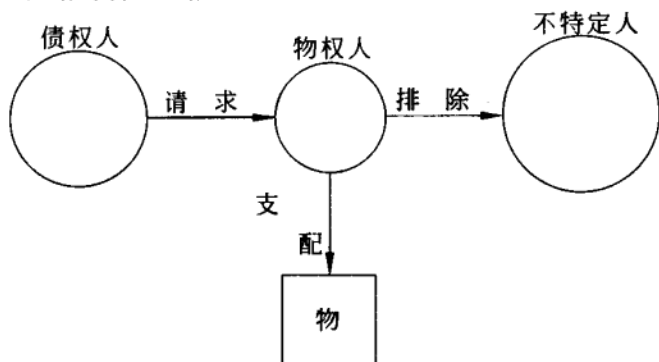


图1 债权与物权

物权”仅能以“必要的罪恶”而有限的存在。个人主义理念下的所有权,可以容忍数人“共同”(in comune)享有,但是强烈排斥在英美法系十分普遍存在的功能性区分所有权,如“法定名义”(legal title)与“衡平名义”(equitable title),或时间性区分所有权,如现有产权(present estate)与“未来产权”(future estate)。

任何物上“应该”都有一个所有权,一个所有人,尽管这个所有权可能已经因为其他限定物权的存在而已几乎没有什么权能。Merryman 曾用“盒子”作了一个生动的比喻:大陆法系的所有权就像个盒子,所有人可以打开盒子,让与这样或那样的东西给别人,但即使全掏空了,他仍是盒子的“所有人”。英美法的财产权(property right)概念却没有这个盒子,只有一件一件的法律利益组合,最接近“所有权”概念的 fee simple absolute 则是其中最大的一件^[21]。在大陆法国家,所有权是中心,是原则,限定物权是附庸,是例外。所以所有权消灭,限定物权也跟著消灭(“中民” § 815),所有权和限定物权

[21] 详参 John H. Merryman, Ownership and estate, 48, Tulane Law Review 916, 924-945(1974)

同归一人,后者原则上也消灭(“中民”§ 962),限定物权消灭,则所有权会像一个除去了压力的皮球一样回复圆满状态^[22]。相对地,英美法完全没有所有权中心的观念,不同物权随需要而不断衍生,便一点不觉有何不妥了。

2.4 物权法定主义的实际

台湾地区继受德国、瑞士、日本等国民法,采行物权法定主义,实际上还留给当事人多少自治空间,债权与物权之间出现了多大的“灰色地区”,所有权中心的观念又能贯彻到什么程度,最后,社会发展使得那些新物权亟待立法者创设或承认?以下即就这些问题分别作简单的检讨:

2.4.1 物权交易的形成空间

首先,受到限制的是契约内容,至于“是否”设定物权,自然仍在自治范围。就现有物权类型而言,民法规定了所有权与七种限定物权类型(地上、地役、永佃、典、抵押、质、留置),土地法规定了一种耕作权,另外矿业法、渔业法、水利法规定了几种取得权(Erwerbsrecht)性质的准物权,此外在民法和其他法律还有若干次类型(Subtypen)的物权,如权利抵押权、权利质权、法定抵押权、航空器抵押权(“民用航空法”)、船舶抵押权(“海商法”)、动产抵押权(“动产担保交易法”)、采矿权抵押权(“矿业法”)等^[23]。针对这些物权类型,法律往往明文留有若干形成空间,比如地上权的让与性可以契约排除(§ 838),实际上变成某种属人性(subjektivpersönlich)的物权。至于原非属人性的永佃权,是否亦可约定成为不得让与的物权(§ 843),则颇有争论。地上权与地役权并不以地租约定为成立要

[22] 不过在瑞士也有少数学者主张“分割说”(Teilungstheorie),如 Roguin, von Tuor 等,认为所有权与限定物权的关系不像个皮球,而像一个切分的蛋糕,参 Paul Piotet, Dienstbarkeiten und Grundlasten, in Schweizerischen Privatrecht, 5 Bd. Sachenrecht, 1 Halbb., Basel, 1977, 5-3.

[23] 早期还有少数在物权编施行前即已存在的权利,如不动产质或土地债务,依物权编施行法第一条仍然有效存在,现已寥寥无几。

件,但因土地登记实务上,地租属于可登记事项,正如抵押权担保范围,既经登记便可成为物权内容。地役权的内容,“民法”仅规定“便宜之用”,解释上只要符合土地役权的特性,所谓“主客观属地性”(subjektiv-dinglich-objektiv-dinglich),诸如通行、汲水、观望、收视等皆可设定,当事人有相当大的创设空间,其目的及关于报酬或维持费用的约定,均属于可登记事项。

其他法律未直接或间接规定得以契约调整的事项,有的属于纯粹的强制法(ius cogens),当事人的特约,比如设定“住家权”,或质权人得使用质物的质权,均因抵触 § 757 处分权的限制而不生效力^[24],有的尚不涉及物权本质或物权的得丧,而仅为物权界限的问题,如有关相邻关系的某些规定,应可依特约调整(在德国相邻关系权利的不行使可设定地役权),借登记公示而生物权效力,唯台湾地区土地登记实务均把此类约定归于“声请登记之以外事项”,从而仅能发生债权效力。最后,借限制物权移转的约定迂回达到变更,甚至创设物权目的,有无可能,也是一个颇堪玩味的问题^[25],不过此类约定在台湾地区也因为不许登记而无法使某种特殊的债权内容间接“物权化”(verdinglicht)。

契约以外,可以突破“法律”限制的,就只剩社会逐渐形成的习惯了。但除了法律明白容许的习惯外(如“中民”§ § 793、846,“渔业法”§ 5),可否认为某些习惯已具有习惯法地位而加以承认,又因为 § 757 未如韩国民法(§ 185)明文规定,学者肯定否定者皆有^[26],实务上则向来持否定的态度。惟如最高限额抵押及达章建筑处分权是

[24] 此处与民法 § 71 的强制或禁止规定无关,学者常有误会,详参拙文,违反强制或禁止规定的法律行为,收录于民法经济法论文集(一),自版,一九八八年,第 87—121 页。

[25] 参阅 Raible, Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten, Tübingen, 1969, S. 106—134.

[26] 肯定者有刘志敏、郑玉波、王泽鉴、谢在全等,否定者有曹杰、张企泰、史尚宽、姚瑞光等。

否已具有习惯法物权的地位,仍相当暧昧^[27]。

2.4.2 债权物权化与物权债权化

债权和物权之为两种主观财产权利,在 Savigny 的概念世界里是纯净得掺不进一粒砂子的:“债法是自由意志的领域,债权是自由人对自由人的请求权。物法则处理不自由的自然世界,是自由意志加诸不自由的物的支配权”^[28]。虽然在同一时期的大法学家 Thibaut 即已指出两者的区别只能视为一种法律的“技术”,而不能涉及什么“本质”。事实上这种区分对特定人或对所有人发生效力的法律技术自始就无法贯彻。只有德国把债和物的二分发展到极致,不但在民法典里分成独立的两编,而且不得不承认在使财产权发生变动的原因行为以外,还有一种“物权行为”存在,后来的瑞士法已做了相当的修正^[29],德国学者对这种僵硬的二分,事实上从未停止质疑^[30]。采取相同的二分法的台湾地区,恐怕也到了重新思考的时候了。

如果我们用前面的图来说明债权和物权的不同“本质”,很快会发现所谓“对物”与“对人”的暧昧性。把物权真正的内涵定性为“排除权”的学者,就很正确地指出,纯粹“对物”的支配是不具有任何规范意义的^[31]。包括对物的“处分”权能,精确地说也只是对物“权”的处分,就此而言,债权同样包含了处分的权能(§ 294)。若落实到“排除权”,物权便只是无数潜在的请求权的集合,但个别的物上请求权

[27] “最高法院”一九四一年上字 2040 号判例,即否定习惯法上的“先买权”;近年有关违章建筑的事实处分权,有认为即属习惯法上的物权,参阅郭松涛,“物权可否以习惯法创设之”,载于法务通讯,1224 期 74 年 7 月。

[28] 参阅 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, S. 338f, 转引自 Schwerdtner, Verzug im Sachenrecht, Berlin, 1973, S. 49.

[29] 详参 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. 1, 1971, S. 213—227, 认为“物权行为”正是日耳曼法系最大的特色。

[30] 如 Fuchs, Wieacker 等大师均有严厉批评,可参 Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Recht und Staat, 158/159, Tübingen, 1951, S. 28ff.

[31] Schwerdtner, aaO., S. 59.