

國立政治大學法學叢書 69

轉型中的中國大陸法制

Legal System in China's Transformation

政治大學法學院
中國大陸法制中心 編

國立政治大學法學叢書 69

轉型中的中國大陸法制



政治大學法學院
中國大陸法制中心 編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

轉型中的中國大陸法制／蘇永欽等作；國立
政治大學法學院中國大陸法制中心編輯.-- 初版.--
臺北市：元照，2011.05
面：公分.--（國立政治大學法學叢書；69）
ISBN 978-986-255-115-8（平裝）

1.法規 2.論述分析 3.中國

582.18907

100006833

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

國立政治大學法學叢書 69

轉型中的中國大陸法制

1D182PA

2011年5月 初版第1刷

編者 國立政治大學法學院中國大陸法制中心
作者 蘇永欽、王利明、陳弘毅、方流芳、季衛東
鈴木賢、宇田川幸則、王文杰
出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 420 元
專線 (02)2375-6688
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 978-986-255-115-8

院慶叢書 總序

政治大學法學院走過了半個世紀的歲月，在時代更迭之際即將度過五十歲生日。本叢書之出版，即係為祝賀政大法學院五十週年院慶。專書的出版恰可見證過去本院老師對社會議題的關切與努力。

質言之，法律本身是一門強調應用的學科，法律存在的意義就是為了解決社會發生的問題。然而要能妥適處理現實世界各種錯綜複雜的難題，勢必須有深入的分析研究，作為政策選擇背後的堅實依據。

本著這樣的初衷，政大法學院七大研究中心邀集76位教授，提筆撰寫103篇學術論文，將超過163萬字的研究成果集結成七冊專書，希望以專業所學回饋社會，共同實現法學院對國家的使命與承諾。

這套叢書從七個不同的法領域出發，切合社會時事並針對當代重要的新興議題，開展法學研究新頁。書中觀點勇於挑戰傳統概念，突破現行制度盲點與思想窠臼，彌平法律規範與社會生活事實間的落差，以符應快速變動中的社會需求，深刻關懷社會轉型期的弱勢保障。

此外，我們也期待藉由本叢書之出版，將我國之法學研究由傳統的單純比較法學，昇華至對全球化與本土化議題之高度關懷，展現作為法制繼受國家深刻的反思與自省，為未來社會之發展以及華人文化法系的創設，建構適切之法規秩序。

當然，法學院能有今日這般豐碩甜美的研究成果，必須感謝教育部頂尖大學計畫，讓我們能無後顧之憂追求知識份子治學淑世的理想，有計畫有系統的完成影響深遠的研究，為政治大學厚植學術能量真正邁向頂尖大學，更為國家奠基人文社會科學的軟實力。

政治大學法學院 院長

方嘉麟

2011年4月

序 文

中國大陸自改革開放逐步恢復法制以來，在三十餘年期間法律制度的建構速度由荒廢中快速全面鋪陳，猶如其經濟發展的成就一樣值得肯定。一九七〇年代末以來，整體法律制度的內涵與框架，從計畫經濟體制的基礎上轉向市場經濟的體制發展，其法律制度建構速度好像石頭從空中向地上降落般，越接近地面，速度就越快。而這樣的發展歷程中，兼揉著從計畫到市場、從傳統到現代、從封閉到融入國際社會，這三個態勢是同時發生，而非階段性的過渡歷程，使得對中國大陸法制的觀察與理解充滿著許多驚訝與絢奇。正因為快速的建構過程，加上市場經濟年代後體制進入調整之際，使得中國大陸法制面臨一個建構的過程，卻又是需要急遽調整與轉型的壓力。

適逢政治大學法學院在臺五十年的院慶之際，我們也面臨了一個新的轉變與挑戰。在臺半個世紀後，我們將迎接第一批的中國大陸學生入學、中國大陸法制中心正式掛牌運作、逐步以中國大陸法制作為觀察與交流發展的重心之一。轉型也是我們的面臨的新挑戰與新機遇。

作為政大法學院的七個研究中心之一，在院慶之際，我們特別邀約了中國大陸極富代表性的三位傑出研究者中國人民大學王利明教授、中國政法大學中歐法學院方流芳教授、上海交通大學季衛東教授為我們賜稿；而長期關心中國大陸法制發展的幾位出名學者並在中國大陸法學界獲有高度關注的研究者

蘇永欽教授、香港大學陳弘毅教授、北海道大學鈴木賢教授、名谷屋大學宇田川幸則教授為我們撰文共同祝賀院慶五十年，他們在不同視野與議題的精彩論著，也扣緊著中國大陸在法律制度轉型中的核心，同時他們的著作也讓以本中心為名的第一本論文集得以增色不少。

中國大陸法制中心 主任

王文杰

2011年3月29日

目 錄

院慶叢書 總序

方嘉麟

序 文

王文杰

- 現代民法典的體系定位與建構規則
——爲中國大陸的民法典工程進一言 …………… 蘇永欽… 1
- 法典化：中國大陸民事立法體系化之必由路徑 …………… 王利明… 57
- 中國大陸法制六十年（1949-2009）：回顧與
反思 …………… 陳弘毅… 93
- 從法律視角看中國事業單位改革
——事業單位「法人化」批判 …………… 方流芳… 125
- 網絡社會中的有限憲政革命
——中國政治改革與組合最優化的制度設計 …………… 季衛東… 179
- 中國法院的「審判獨立」的實際狀況及其
構造上的特徵 …………… 鈴木賢… 221
- 中國市民與行政關係的特性之考察
——透過中國國家賠償訴訟之分析 …………… 宇田川幸則… 253
- 不均衡發展下的中國法制 …………… 王文杰… 281

現代民法典的體系定位與 建構規則

——為中國大陸的民法典工程 進一言

蘇永欽*

目 次

一、前 言

二、民法典的法體系定位

(一)大陸法系的體系思維

(二)追求最大的體系效益

(三)公私法匯流下的選擇

(四)衛星體系與第三法域

三、民法典的十二項規則

(一)形式方面的六項規則

(二)實體方面的六項規則

四、大陸民法典如何組裝

(一)民事立法現狀的盤點

(二)回填地基的逆向工法

五、結 語

* 政治大學法學院兼任講座教授。

一、前言

各國民法典的制定，不可能跳出所處的歷史發展階段，擺脫種種社會文化、乃至政治經濟的條件。但理性的立法者在反芻人類累積的共同經驗後，應該還是可以整理出一些客觀、科學的規則，而以其為基礎，再去吸納、回應相關的條件。一方面可藉此省去不必要的試錯摸索，另一方面仍可呈現自己的特色。此部分比較屬於立法學或法典理論的思考¹，對於即將開啓第二波民法典討論的中國大陸²，至少應該和民法理論一樣的不可或缺。因此本文先從體系建立的角度確認現代民法典普遍的體系定位(一)，接著就整理在此一定位下存在著何種體系建構的規則，可使體系的效益最大化(二)，最後才回到中國大陸現實的語境，對於未來是否建構此一定位的民法典，如何操作這些規則，提出一些淺見(三)。

¹ 歐陸國家發展出來的立法學 (Gesetzgebungslehre)，結合了規範理論、法典理論、公共政策、資訊學、議學和立法技術，比英美法系國家著眼於立法技術 (legislative drafting) 的研究視野要寬很多，原因當然就在歐陸法系國家以制定法為中心的體系思維，因此除了單純技術、形式面的議題外，立法學還會從下游法律適用的角度研究上游的法律制定，涵蓋一些實質的議題，使立法有更高的合目的性，有代表性者如 Rödiger, Jürgen (hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976。法典理論又是立法學的一環，有關法典的理論化，可參 Varga, Csaba, Codification as a socio-historical phenomenon, 1991; Harmathy, Attila, Codification in a period of transition, 31 U.C. Davis L. Rev. 783 (1998)。

² 有關民法典的解構和重構，在第一波的討論中有不少精彩之作，這裡只提兩個重要國際研討會論文集供有興趣者參考，王衛國主編，荷蘭經驗與民法再法典化，2007年，中國政法大學出版社；張禮洪、高富平主編，民法法典化、解法典化和反法典化，2008年，中國政法大學出版社。

二、民法典的法體系定位

(一)大陸法系的體系思維

作為大陸法系主要特徵的民法典，其原始的功能多已不復存在，比如200年前的法國民法典，150年前的義大利民法典和100年前的德國民法典，背後最主要的動力就在統合蕪亂的封建法制，通過法典化的努力來加速民族國家的建立和鞏固³，對於二十一世紀的國家而言，此類考量自然已無意義。以法典聚合所有相關的有效法律規範，到了資訊科技發達，透過數據庫的檢索和連接，法規範可以輕易取得並組合的今天，其便利性更是相形見拙。

然而穿透民法典的形式，背後更重要的意義毋寧即在大陸法系國家對於法規範體系的追求⁴，體系的演繹思考事實上標示了大陸法系和英美法系在基本找法方法上的差異，既已形成以制定法為主要法源，所有法律的適用必須建立在以制定法為大前提的論證上⁵，制定法的解釋就會受到體系化程度的影響，換言之，

³ 參閱Merryman, J.H., *The Civil Law tradition*, 2 ed., 1985, 28; Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht*, Bd.1, 1985, 39. 德國部分可參蒂堡／薩維尼著，朱虎譯，論統一民法對於德意志的必要性，中國法制出版社，2009；義大利部分可參徐國棟，義大利統一前諸小國的民法典制定與1865年義大利民法典，收於比較法視野中的民法典編纂（一），北京大學出版社，2007，頁42-43；法國部分可參余能斌主編，民法典專題研究，武漢大學出版社，2004，頁72。

⁴ Merryman對於大陸法系「法律科學」（legal science）傳統的形成背景和其抽離實務的意識型態描述得特別準確，前註，第10章。和法國民法典比較起來，德國民法典的「革命性」要少得多，但從Savigny開始強調的「科學性」又明顯強得多，也就是規範的體系性。

⁵ 以當代德語文獻中具有經典地位的方法論為例，如Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 1977, 7A., Kap. 3; Larenz, Karl,

4 轉型中的中國大陸法制

體系化的程度越高，制定法的解釋就越穩定，這和建立在先例類推的基礎上、逐步歸納為適用原則的英美法系，可說正相對立⁶，英美法系在找法上既沒有體系的包袱，也無法享受體系的效益。從這個角度來看民法典的存廢，就比較容易理解，為什麼在法典的去功能化，導致去法典化呼聲高漲的二十世紀⁷，新的法典仍然不斷公布，大陸法系以法典作為體系化標竿的傳統，事實上是愈見強韌⁸。

(二) 追求最大的體系效益

作為一種實用的社會規範，法律的體系化追求不可能只是基於一種單純的美感，體系化最原始的功能還是在幫助找法，法律

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 中譯本陳愛娥，法學方法論，第3章；Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, 8-51; Fikentscher, Wolfgang, Methoden des Rechts, Band 4, 129 ff. 儘管在方法論上這些大師對於如何找到及適用法條（Rechtssatz），彼此意見非常分歧。

⁶ 民法典的體系效應取代了源於經驗的判決先例的主導性，雖然判例在大陸法系國家仍然重要，但在法典化後已經從紅花的角色轉變為綠葉，就此可參Alan Watson, The making of the civil law, 1981, 中譯本，李靜冰、姚新華，民法法系的演變及形成，中國法制出版社，2005年，第8、11章。

⁷ 義大利學者Natalino Irti發表於1978年的民法典的分解時代一文，最具代表性，翌年再以專書發表，之後又於1989、1998年兩次修訂，引發歐洲民法學界討論熱潮，可參張禮洪，民法典的分解現象和中國民法典的制定，收於前註2同作者所編書，頁509-511；Irti也有短文發表於該書，頁516-517。

⁸ 進入21世紀以後，新民法典仍然大量湧現，網路上可以輕易搜尋到比如菲律賓、越南、魁北克、烏克蘭、羅馬尼亞、立陶宛、土耳其、巴西等國公布的新民法典，近鄰如日本也已經開始研擬民法典的全面翻修，目前已有不同學者群組織的「改正研究會」和「檢討委員會」所提的兩份草案。

適用形成的解釋學，又會不斷強化體系。和英美法的個案類推比起來，體系不僅儲存了大量規範，而且透過統一的概念和規範間邏輯的排列組合⁹，體系可內化規則間的矛盾，便於推論出規則適用的優先次序，大量減少找法過程中的搜尋、比較、權衡、紀錄成本，其效益十分宏大。惟另一方面，體系建立的成本又明顯較高，如果每個國家都從基本概念開始推敲，到建立體系的雛形，可能需要投入極為龐大的人力和時間，此所以在中世紀開始即有羅馬法的繼受，歐洲優秀的民法典又被其他地區繼受，繼受者透過立法的選擇與混合，以及法律社群在解釋學上的在地化，便可以在短期內建立自己需要的體系，這是體系在人類經驗傳遞上的卓越功能，非案例法所能望其項背¹⁰。

體系的效益又不以找法、用法為限，必然還惠及立法和專業教育。立法者在既有體系的基礎上，更清楚的知道「下一個」立法如何更好的「嵌入」既有的體系，哪些必須著墨較深，哪些可以大幅省略。甚至在法理相通的情形，借鑑不同領域的概念或規則——比如行政程序法對民法典的借鑑。再就是法律專業的教育，如果基礎的教育終究只能傳承「釣魚」的技巧，而非直接授

⁹ 有關大陸法系的體系思維以及體系的概念，可參Larenz，前註5中譯本，頁46-54；以及Canaris, Claus-Wilhelm早期的兩篇代表作（升等論文和博士論文）：Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2A. 1983; Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2A., 低度體系化的法典，空有法典之名卻不能創造太多體系效益，古老的漢摩拉比法典即可作為典型，信手拈來如第198條：「毀敗平民之眼或折斷平民之骨者，賠償銀一名那。」

¹⁰ Mattei, Ugo, Comparative law and economics, 1997, 肯定法典移植在資訊、溝通、教育等成本上的優勢，特別是對於轉型國家（207-208），反之，案例法的移植幾乎只限於殖民國對殖民地移植的情形，自願移植十分罕見。

與幾大桶的魚，則其重心必然就是體系的基本思維。所以體系化的程度越高，對於立法和法律專業的教育，也能提供越大的便利。一部好的法典，就是最好的教科書。

(三)公私法匯流下的選擇

二十世紀的民法典在體系化上碰到的最大困難，應該是反映國家管制和私人自治間越來越複雜的關係，公與私的規範明顯糾纏不清¹¹。從主體上的相互擴張——有時國家授與私人公權力，有時國家又遁入私法關係；到實體上的相互為用——公法中加入私法的工具，私法中則常需公法的協力；乃至程序上的互為先決條件——民事交易的關鍵環節操之於主管機關的核備或許可，或行政處分建立於當事人契約或法人董事會決議的生效上；以致民法中的「市民」角色經常會和公法中的「公民」角色重疊。在這種情形下，如何進行體系化才能創造最大的體系效益？

此外，以語言構築文本的法律規範，受限於其條件程式「若如何，則如何」，往往需要數個法條才能構成一個完整的規則。一般情形下立法者即以一定功能、目的為範圍，將相關法條、規則作系統的組裝，成為一個一個的法律，當民事規範的擴散，如前所述，在數量上已經龐大到一定程度，而且功能目的也已經複雜到一定程度時，再想要用一部民事法作統包式的處理，已經談不上規模或範圍經濟，反而因為不具可操作性而完全無意義。這可以說是透過立法進行民事規範的體系化時，文本上始終無法跨越的障礙。換言之，大量的民事規範是需作某種切割的處理。若把公私法糾結的困境一併納入考量，則所謂切割的方式，實際上只有兩種：垂直切割，或水平切割。切割的方式越一致，體系

¹¹ 公私法的分野正是大陸法傳統的一項主要特徵，從來不是英美法傳統的包袱，可參Merryman，前註4，頁91-97。

的操作越流暢而有效率，反之，任意混合則會增加體系運作的困難，降低體系的整體效益。

垂直的切割就是按照社會部門或者功能的領域，制定一個一個的法律，也就是面對民事規範的複雜性，不再自我局限於「私法」的純淨要求，而在體系化處理可能的範圍內，圍繞特定的社會部門或社會功能，就私法關係把相關的公私法規範，甚至程序性規範，作統合式的處理，比如針對農業領域制定農業交易法，或針對擔保功能制定擔保法，此一體系化的模式可以稱之為「部門民法」。因為在範圍上作了界定，從交易的公平，到作為交易前提的市場參進者（主體）、交易標的的資源初始分配，乃至基於公共政策考慮對某些交易行為的管制，全都放進去作系統化的編排，儘可能用一個法律解決所有相關問題，以方便機關的執法、司法的用法和民眾的守法¹²。這種垂直切割的民事立法，特別是對於一個從計畫體制轉型到市場體制的社會，正因為公私法的糾結還難以理清，會有特別明顯的好處。但個別法律間在技術的接軌和政策的協調上，又難免有層出不窮的問題，有時候A法律的適用得到解決，潛在的卻製造了B、C、D法律更多的問題，原因就在少了跨越各法的體系化規範。對於以成文法律為主要法源，講究體系一致性的大陸法系國家而言，此一外部調適的邊際成本會隨著市場複雜性的不斷升高而變得難以承受。

¹² 義大利學者Irti觀察到的法典分解現象，也是在法典之外出現一些「民事微觀制度」，「它們都採用獨特的術語和獨特的原則，這些民事微觀制度不斷披上『部門單行法典』的外衣，不斷制定只涉及特定經濟和技術領域的法典。在法國，這樣的法典有50個左右，義大利有大約10個」。這裡界定的民事微觀制度，和本文所說的部門民法已經非常接近。

部門民法模式

A 法	B 法	C 法
--------	--------	--------

水平的切割則是按照普通特別的關係，把屬於最普通、可以適用於各種私法關係、各個功能領域的民事規範集結起來，而把所有公法的介入，或在人事時地物上有其特殊性的規則，都留給特別法去處理。為擴大體系的效益，從德國民法典開始，其內部的法條結構也是按照普通特別關係去作體系化，從而形成一種雙重的普通特別關係，操作起來特別流暢。

民法典模式

特別法的特別法
特別法
民法典

德國五編制民法典的雙重普通特別法結構圖

特別法的特別法
特別法
民法典 總則・〔債・〔通則・（各論）〕・物・〔通則・（各論）〕 ・親屬・〔通則・（各論）〕・繼承・〔通則・（各論）〕

此一體系化方式最大的優點在於透過最普通的普通法，一次涵納了所有私法關係，可以避免部門民法因涵蓋面不足所衍生的調和成本，因為以此普通法為基礎，特別立法只就需要特別調整部分加以規定即可，不僅可以避免概念、規則的混淆和不一致，

立法者在權衡、辯論政策時也不致模糊焦點。從長程的觀點來看，其成本效益明顯優於部門民法，這也正是傳統民法典普遍選擇的體系化方式，故可稱「民法典模式」。其缺點則是如果不能匯聚民法菁英以學說形成的體系為基礎，並廣泛汲取其他成熟民法典的經驗，且以堅強的政治意志全力推動，不易在短期內完成，甚至有可能功虧一簣。如果為了及時產出市場經濟所需的規範，也可能改以分編方式逐次通過，乃至夜長夢多，使法典的完成充滿不確定。

(四) 衛星體系與第三法域

如前所述，民法典外的特別法，多半有其公共政策的考量，此一政策工具的性格使其不適合放在普通法的民法典內，其中有成規範叢集者，而與相關的公法、程序法等混合，台灣的土地法即為代表。也有零星的作為配套工具的民事規範，如各環保單行法中的特別民事規定，公平交易法或甚至集會遊行法中的特別民事規定。這些特別民事規定和民法典之間，以特別法優先於普通法的規則來適用，問題不大。

另有一些性質上無疑應歸類於自治民法，但其規範抽象度不高、非屬民法典核心的規範，放在民法典的末稍（分則部分）又嫌數量太大，技術上改以單行法的方式處理，可能更為順暢，台灣有關物業管理的公寓大廈管理條例就是很好的例子，既然獨立出來，相關的公法規範自然也放了進去。此時立法者仍應檢視，作為普通法的民法典與此單行法應有何連結。區分所有權不同於一般所有權之處只在權利客體，民法典上的物限於動產與不動產，以專有部分和共有部分結合的區分所有權，其標的雖可擴張解釋為「定著物」的一種類型，畢竟不夠清楚，因此如果在民法典為這個新生事物找個位置，好比在民法典內裝上銜接的樁頭，