

中國法制比較研究論文集

Essays on Comparative Studies of
Chinese Legal Systems

二〇〇四年（第十屆）海峽兩岸法學學術研討會

程家瑞・潘維大・洪家殷 主編

山西大學法學院

主 辦

東吳大學法學院

協 辦



東吳大學法學院

Soochow University School of Law

D920.0-53
14

920.0-53
14

中國法制比較研究論文集

二〇〇四年八月廿二日至廿三日

太 原

中國法制比較研究論文集

海峽兩岸法學學術研討會

二〇〇四年八月廿二日至廿三日於太原

山西大學法學院主辦・東吳大學法學院協辦

程家瑞・潘維大・洪家殷 主編

ESSAYS ON COMPARATIVE STUDIES OF CHINESE LEGAL SYSTEMS

Proceedings of the Cross-Strait Conference on Legal Science Studies
from August 22-23, 2004, Taiyuan

Edited by

Chia-Jui Cheng • Wei-Ta Pan • Chia-Yin Hung

東吳大學法學院

Soochow University School of Law

中國法制比較研究論文集

—初版。—台北市

東吳大學法學院，2005 年 6 月 [民 94]

ISBN 957-8847-77-7 (精裝)

1. 法系—中國—比較研究

中國法制比較研究論文集

發行者：東吳大學法學院

出版者：東吳大學法學院

主編：程家瑞、潘維大、洪家殷

助理編輯：陳芊諭

校對：李惟平、楊秀菁、李嘉莉

出版地址：台北市貴陽街一段五十六號

電話：(02)2311-1531 ext. 2510

出版日期：二〇〇五年六月初版一刷

印刷者：協你成彩色印刷企業有限公司

定價：新台幣 800 元

版權所有・翻印必究

院長序

二〇〇四年八月，正值晴朗清爽的好天氣，歷經一年充足的策劃及準備，第十屆海峽兩岸法學學術研討會終於在太原山西大學隆重舉辦。山西大學不僅校園廣大，景色優美，各項硬體設備更是齊全而先進，因此，一天的會議流程進行的極為順暢而成功，尤其研討會期間，兩岸學者專家們自然且真誠的互動，在在都顯示彼此長久交流以來，所共同培養的深厚情誼。

此次研討會除延續一貫優良傳統舉辦法學學術研討會外，更逢山西大學梅汝璈先生誕辰一百週年紀念，梅汝璈先生乃一代著名法學者，獲芝加哥大學法學博士後，先後於多所大學任教，1946年更擔任遠東國際軍事法庭法官，以其深厚之法學素養、崇高之人文精神，維護國家與民族之尊嚴及利益，獲得舉世之讚譽與尊崇。為紀念梅教授，大會辦舉了簡單而隆重的儀式，會中擺放梅汝璈先生之相片及相關事蹟，其子梅小璈先生並現場敘述了這位法學先進生平的點點滴滴，在場人士莫不感受到梅法官翩翩君子的哲人風範。

參與此次研討會之學者專家將近百位，經過整天的討論，在會議上共提出十七篇文章，分別就國際法、行政法、民商法以及兩岸法學教育的現況等，做既深且廣的探討，又因規模宏大，舉行閉幕式時已屆晚間八點，仍有少數與會學者之

大作未及發表，為此，我們將彙集當天各篇論文正式出版「第十屆海峽兩岸法學學術研討會論文集」，以減少遺珠之憾。

山西大學法學院在王繼軍院長及全體師生的共同努力下，除了學科發展有長足的進步之外，對於人文關懷更不遺餘力。主辦單位在最短的時間之內，將會議過程製成精美的彩色刊物，並將山西大學法學院及本院二院之院徽均設置其中，設計之用心，效率之快速，令在場學者感佩萬分，我院行政同仁也大呼不可思議，這本刊物也成為本次會議送給與會人士最特別的禮物。除正式研討會之外，王院長及其他各位師長更費心安排精緻之參訪行程，讓我們一行人深刻體驗了山西豐盛的人文風采。

此次會議遠赴山西舉辦，各項行政事務至為繁雜，所以我要特別感謝法學院王玉梅秘書事前的統籌安排，以及四位助教——蔡岡霖助教、劉惠佩助教、陳芊諭助教、賴佩霞助教的實際支援協辦。當然還要感謝本院所有教師以及行政同仁的支持及付出，使得「第十屆」法學學術研討會更具有紀念價值，期待今後在各位法學先進的參與下，能持續發揚東吳大學法學院在兩岸法學交流的先驅角色，並建立起兩岸交流的新里程碑！

潘維大 敬書

二〇〇五年六月

於台北市東吳大學法學院

主任序

「第十屆海峽兩岸法學學術研討會」在兩岸學者的盛情參與下，於二〇〇四年八月假太原山西大學隆重舉行。本次會議蒙各方法學精英之參與，使海峽兩岸的法學交流更形密切。由初次舉辦研討會至今，已歷經數載，念及往日開辦伊始，兩岸之接觸不易，籌辦異常艱辛，感謝眾人之助，每每於急難之時，終能化解，而使得歷次會議皆順利完成，並獲致豐碩成果。

由於兩岸長期之隔閡，加上制度及社會經濟上之差異，使雙方之間形成一道難以跨越的鴻溝，非常不利於兩岸間之交充及往來。因此，如何加強彼此間之交流及了解，以促進雙方之共識及合作，乃為有識之士所重視。東吳大學故校長章孝慈教授與法學院前任院長程家瑞教授有感於兩岸法學交流之重要性，乃開風氣之先，於開放接觸之始，即克服萬難，在一九九二年十月於台北舉辦第一屆海峽兩岸法學學術研討會，除與大陸很多學校及學者建立良好之關係外，並成為台灣與大陸學術交流之先趨，並為日後兩岸各種學術交流之典範。

本次第十屆學術研討會，共有台灣及大陸學者等近百位共同參與，在會中兩岸學者分就各項議題發表論文，並從事深入之討論，尤其對兩岸法制之異同比較，更具極大的啟發

性，可供日後雙方法制發展之重要參考。經由此種密切之研討，亦獲致非常豐碩之成果，為兩岸學術交流又往前邁進了重要之一步，並為以後之交流奠定堅實之基礎。

本次的會議之順利成功，有賴參與本次會議規劃之東吳大學法學院學術活動委員會及大陸交流委員會各成員、法學院秘書王玉梅小姐及全體助教同仁們的辛勞，在此一併表達衷心的感謝。

洪 家 殷 敬 書

二〇〇五年六月

於台北市東吳大學法學院

目 錄

院長序言	i
------------	---

主任序言	iii
------------	-----

◎ 公法學

一、論遷徙自由在中國的實現	何建華、秦坤 ... 1
---------------------	--------------

二、論電話監聽的合理性及其限度	李 麒 ... 13
-----------------------	------------

◎ 國際法學

一、競爭法國際合作的現狀和前景	黃 勇 ...29
-----------------------	-----------

二、論國際國內經濟法視野下的	
----------------	--

區域經濟立法	董玉明、張明星 ...49
--------------	---------------

三、歐盟保險市場一體化的法律	溫樹英 ...67
----------------------	-----------

四、國際私法體系國際化發展之趨勢	程家瑞 ...87
------------------------	-----------

五、當代國際私法立法最新趨勢之研究	賴來焜 ...119
-------------------------	------------

六、國際公約與海峽兩岸海商法之適用	吳博文 ...167
-------------------------	------------

◎ 比較法學

一、法德兩國法制近代化比較論略	王霄燕、張浩 ...183
-----------------------	---------------

◎ 基礎法學

一、大陸地方高校法學教育的缺陷分析	
-------------------	--

與完善對策	趙肖筠 ...197
-------------	------------

二、永佃權的歷史考察及其當代價值	周子良	…205
三、台灣法學教育之現況與前瞻	潘維大	…233
四、二十一世紀法學教育之革新		
—從實證試驗再論案例教學法	成永裕	…247
五、論法學研究之浪漫因素	楊奕華	…281

◎ 行政法學

一、行政執法程序的基本實現	陳晉勝	…299
二、論行政補償的歸責原則	彭雲業	…323
三、台灣行政罰法典化之進程	洪家殷	…333
四、台灣行政程序法之實施對行政機關 的衝擊及因應	朱 甌	…351
五、台灣醫療糾紛民事過失責任探討	曾育裕	…373

◎ 民商法學

一、對新《對外貿易法》中反壟斷 與反不正當競爭條款基本問題的思考	王繼軍	…405
二、民法中的不完全性法條	汪淵智	…423
三、論關聯擔保	孫淑雲	…439
四、我國婚姻無效與撤銷損害賠償制度探析	任鳳蓮	…457
五、試論我國反壟斷法的適用除外	李 冰	…467
六、我國商事登記制度若干問題探析	劉麗萍	…481
七、漁業權法律性質之探討	尹章華	…495
八、從計畫經濟走向新經濟時代 政府管制思維的應有變遷	王冠璽	…507

九、台灣公司治理規範的新方向	
—由內部人控管到外部人控管	楊君毅 ...527
索引	567

公法學

論遷徙自由在中國的實現

何 建 華* 秦 坤**

- 一、新中國遷徙自由的歷史發展
- 二、遷徙自由內涵之界定
- 三、遷徙自由的法理基礎
- 四、我國確立遷徙自由現實基礎
- 五、建構遷徙自由制度的選擇

摘 要

遷徙自由是公民的基本人權，在我國經歷了一個由肯定到否定再到一定程度的默認的曲折過程。隨著我國市場經濟的建立和發展，戶籍制度改革的深入，恢復遷徙自由已經勢在必行。通過憲法確認遷徙自由，改革戶籍制度和建立違憲審查制度來實現。

關鍵字：遷徙自由 憲法權利 憲政

*何建華，山西大學法學院副教授，從事憲法學與行政法學專業教學與研究。

作為公民的一項基本權利，遷徙自由的發展深深地紮根於豐富的歷史土壤之中，將人們對應然權利的追求融於實然的動態過程之中，使其內涵隨著時代的變遷而不斷豐富、發展，充實和體現著公民權的特質——鮮明的時代性、階級性和國別性。

一、新中國遷徙自由的歷史發展

回顧我國新中國憲法的歷史沿革和遷徙自由的發展脈絡可發現，遷徙自由的發展是與時代的步伐同步的，遷徙自由在我國經歷了一個由肯定到否定再到一定程度的默認的曲折過程。我們可以把這個歷程分為三個階段：1958年以前，屬自由遷徙期；1958年至1978年，為嚴格控制期；1978年以後是半開放期。（註一）

1949年《中國人民政治協商會議共同綱領》第5條規定：“中華人民共和國人民有思想、言論、出版、集會、結社、通訊、人身、居住、遷徙、宗教信仰及示威遊行的自由權。”1954年《憲法》規定：中華人民共和國公民有居住和遷徙的自由。但是這一規定並沒有得到認真的遵守。特別是農村合作化以及人民公社化以後，城鄉之間的界限日趨嚴格，遷徙自由也被國家以立法形式和政策形式加以限制乃至嚴厲禁止，真正開始從法律上對人口的自由流動實行嚴格限制的是

註 一：祝翠霞：經濟浪潮衝擊戶籍制度，經濟觀察報，2001年12月31日。

另有學者認為，我國公民流動自由權的演化經歷了完全的自由流動時期（1949-1958）；非流動自由時期（1958-1982），限制因素有戶口遷移的審批和人口流動限制制度；生活資料的票證供應制；農村人民公社制等；限制流動自由或准流動自由階段（1982-至今）得益於農村生產體制改革；社會主義市場經濟體制的逐步建立。參見王新華主編中國戶籍法制度研究，中國人民公安大學出版社2001年7月版，第185頁。

1958 年通過的《中華人民共和國戶口登記條例》，它將我國居民分為：“農村戶口”與“非農業戶口”，並規定“公民由農村遷往城市，必須持有城市勞動部門的錄取證明，學校的錄取證明，或者城市戶口登記機關的准予遷入證明，向常住地戶口登記申請辦理遷出手續”，從而將城鄉有別的戶口登記制度與限制遷徙制度固定下來，在事實上廢棄了憲法所確認的公民享有遷徙自由的基本權利，一直到 1975 年《憲法》取消有關遷徙自由的規定，這段時期只是在形式上確認而已。此後 1978 年《憲法》、1982 年《憲法》都沒有涉及到公民遷徙自由權。

20 世紀 80 年代初期以來，隨著經濟體制的轉變和市場經濟體制的確立，人口的自由流動已突破了原有的自然地域限制，雖然遷徙自由並未實現憲法意義上的恢復，但戶籍制度的限制性功能逐漸弱化，戶籍制度逐年有所鬆動。1984 年 10 月 13 日國務院發佈《關於農民進入集鎮落戶的通知》，規定凡申請到集鎮（不含縣城關鎮）務工、經商、辦服務業的農民和家屬，在集鎮有固定住所、有經營能力或在鄉鎮企事業單位長期務工的，公安部門應准予落常住戶口，及時辦理入戶手續，發給《自理口糧戶口簿》，統計為非農業人口。“集鎮自理口糧戶的出現是中國戶籍銅牆鐵壁即將鬆動的第一個信號。”（註二）1997 年 6 月國務院批轉了公安部《小城鎮戶籍管理制度改革試點方案》和《關於完善農村戶籍管理制度的意見》，由此正式啟動了小城鎮戶籍制度改革的程序；1998 年 7 月國務院批轉了公安部《關於解決當前戶口管理工作中幾個突出問題的意見》，放寬了對幾類人的戶口管理；2001 年 3 月國務院批轉了公安部《關於推進小城鎮戶籍管理制度改革的意見》，全面推進小城鎮戶籍制度改革。

註 二：俞德鵬著：《城鄉社會——從隔離到開放》，山東人民出版社 2002 年 1 月版，第 371 頁。

但需要指出的是戶籍制度改革並未使限制遷徙自由的現實，尤其是農村人口向城市流動，得到實質的改變，而陷入了尷尬的局面。一方面，法律和政策上對於自由遷徙特別是農村勞動力進城問題上持嚴格限制的態度，而另一方面，對於農村勞動力進城在事實上又持認可的態度。正是在這種特殊的背景下，大量農村人口湧入了城市，但由於戶籍制度的控制無法獲得與城市市民同等的待遇，引起了一系列的社會問題。特別是在 1998 年 10 月我國簽署了《公民權利和政治權利國際公約》，該條約第 12 條規定：“一、在一國領土內合法居留之人，在該國領土內有遷徙往來之自由及擇居之自由。二、人人應有自由離去任何國家，連其本國在內。三、上列權利不得限制，但法律所規定，保護國家安全、公共秩序、公共衛生或，或風化或他人權利和自由所必要，且與本公約所確認的其他權利不抵觸之限制，不在此限。四、人人進入其本國之權，不得無理褫奪。”按照“條約必須遵守”這條古老的國際法準則，一旦加入國際公約，即對國內法產生了拘束力。因此，如何實現遷徙自由，保障公民的權利，也就成為了一個亟待解決的問題。

二、遷徙自由內涵之界定

遷徙自由是人權範圍不斷拓寬、公民應有權利回歸的產物。從遷徙自由的起源看，英國是最早規定遷徙自由的國家。1215 年的《英國大憲章》第 42 條規定“自此以後，任何對余等效忠之人民，除在戰時為國家與公共幸福得暫加以限制外，皆可由水道或旱道安全出國或入國。”^{（註三）}但這裏的“人民”特指商人，出國或入國是商人的特

註 三：姜士林、陳瑋主編：《世界憲法大全》，中國廣播電視出版社，1989 年版，第 1125 頁。