

法学名篇小文丛

# 私法自治中的 国家强制

苏永钦 / 著



中国法制出版社

## 法学名篇小文丛

为权利而斗争

[德] 鲁道夫·冯·耶林

法律程序的意义

季卫东

大陆法国家民法典研究

谢怀栻

契约的死亡

[美] 格兰特·吉尔莫

契约的再生

[日] 内田贵

侵权行为法有未来吗?

王泽鉴等

合同损害赔偿中的信赖利益

[美] L.L.富勒等

私法中的人

[日] 星野英一

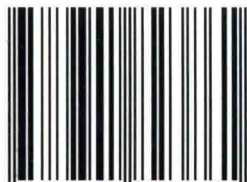
私法自治中的国家强制

苏永钦

封面设计  
◎  
蒋云羽

责任编辑  
◎  
周文娟

ISBN 7-80182-386-9



9 787801 823861 >

ISBN7-80182-386-9

定价: 6.00元

法学名篇小文丛

私法自治中的  
国家强制

苏永钦 著

中国法制出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

私法自治中的国家强制/苏永钦著.

—北京: 中国法制出版社, 2005.7

ISBN 7-80182-386-9

I. 私… II. 苏… III. 私法自治-国家强制

IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 105543 号

法学名篇小文丛

**私法自治中的国家强制**

SIFA ZIZHI ZHONGDE GUOJIA QIANGZHI

著者/苏永钦

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/3.125 字数/46 千

版次/2005 年 7 月第 1 版

2005 年 7 月印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-386-9

定价: 6.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66070041

市场营销部电话: 66033393

编辑部电话: 66078158

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

## 作者简介

苏永钦，台湾大学法学士，德国慕尼黑大学法学博士。历任台湾政治大学副教授、政治大学法学院院长兼法律系主任、“行政院公平交易委员会”副主任委员，现任台湾政治大学法律系教授。研究领域跨越民法、经济法、宪法。王泽鉴教授评价他是“一位具有宏观洞见、思维精致的法学者，多年来致力于阐释司法改革的理念，探讨基本问题，提出许多异于传统，深具开创性的见解”。

本文系作者为  
台湾民法 70 周年而作

# 目 录

前 言 .....	( 1 )
一、民法维持体制中立的奥秘 .....	( 4 )
二、特别民法的四种功能类型 .....	( 13 )
三、正确认识民事规范的性质 .....	( 22 )
四、再探成立与生效要件争议 .....	( 34 )
五、民事规范性质与行为定性 .....	( 47 )
六、不同民事规范的解释原则 .....	( 61 )
七、本土化与社会化的新挑战 .....	( 80 )
结 语 .....	( 91 )

## 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，显得十分不协调。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斯密的国富论，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<sup>①</sup>，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。埋首恒订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

---

<sup>①</sup> 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.

## 私法自治中的国家强制

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。

## 一、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、中国到近东的土耳其乃至南美的智利和非洲的埃塞俄比亚，从三十年代的苏联民法一直到九十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，或许可以提供是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<sup>②</sup>。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<sup>③</sup>。

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

---

<sup>②</sup> 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。

<sup>③</sup> 参阅 Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, in: ders., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, 9.

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<sup>④</sup>，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，比如台湾民法中的“浴堂”（第 607 条）或“埋藏物”（第 808 条）。这里要强调的，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

---

<sup>④</sup> 1986 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》，1986 年，特别是 69~110 页；王文杰，“大陆统一合同法之评析与介绍”，《全国律师》，1990 年，1 月号，68~83 页。

神状态，而且还要使这些抽象条文一旦适用于具体社会时，能和该社会其他部份的运作不至扞格。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<sup>⑤</sup>。

以台湾民法为例，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<sup>⑥</sup>，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

---

<sup>⑤</sup> 作者在13年前一篇讨论民法第71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国民法第七一条”，收于《民法经济法论文集》（一），1988年，120页。

<sup>⑥</sup> 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》，1999年，287~288页。

式替代了“内设”模式，换言之，通过这一条的宣示，国家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 19 条）、在铁路法找到无过失赔偿请求权（第 62 条）、在土地法找到先买权（第 104 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 32 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——契约，民法第 71 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 184 条第 2 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为民事规范，私法自治的空间，包括法律行为和事实行为，实际上随着国家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<sup>⑦</sup>），当它的内涵被界定为“于法令限制范围内”（第765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

---

<sup>⑦</sup> 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”，1996年政大法律研究所硕士论文，31页以下。



法，本来只以公权力机关为其规范对象，民法第2条、第72条及第184条第1项后段的“公序良俗”，也为它提供了间接“投射”（einstrahlen）的窗口，使宪法人权规定所蕴含的价值秩序可以产生一定的“第三人效力”<sup>⑧</sup>。这些都是台湾民法典为出社入资、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，尤其当宪法已经就国家经济、社会体制作了若干基本决定，使得体制的左右摆荡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“国家政策”、“经济计划”

---

<sup>⑧</sup> 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，1990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》，1994年，15-75页。