

尋找新民法

學術專論

蘇永欽 著



元照出版

尋找新民法

蘇永欽 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

尋找新民法 / 蘇永欽著. -- 初版. -- 臺北市
：元照，2008. 08
面：公分.

ISBN 978-986-6842-94-8 (精裝)

1. 民法

584

97014100

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

尋找新民法

5D150GA

2008 年 9 月 初版第 1 刷

作 者 蘇永欽

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 600 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 978-986-6842-94-8

自序

民法到了世紀之交，再度掀起法典化與去法典化的爭辯，荷蘭民法典與俄羅斯民法典，一西一東，代表資本主義西方社會和後社會主義東方社會兩個新民法典的樣板。絕非巧合的，台灣海峽兩岸剛好也興起了重修／制定民法典的熱潮，如果不能從比較宏觀的角度，回顧整理以德國五編制民法典為典範的20世紀民法發展經驗，並嘗試在此基礎上，加入新世紀的一些明顯變化，包含越來越居於主導地位的知識產業所凸顯的知識產權的重要性，公法與私法相互工具化的管制革新浪潮，契約關係在許多面向上的實質化，以及資訊社會來臨對交易成本起的革命性變化等等，將很難掌握修立民法典的方法和方向。民法典可以說從處理的素材，到處理的方法，乃至法典本身的功能，到了高度資訊化的社會，都不可能再一味因循舊慣。

還有一個不能不提的因素就是以法典為核心的大陸法系和以判例法為核心的英美法系，這兩大民法傳統的各擁半邊天。二十年前因為3C產業驟興帶動的全球化浪潮，包括世界貿易組織這樣制度化的呈現，使這兩套民事法制，兩種法律思考，必須在很多地方相互妥協，甚至融合。往長遠看，大陸法系民法引以為傲的債物二分，一如英美法系契約與財產權的二分，都可能因為交易的快速與複雜化，財產權登記制度的自動化，而在介面上面臨重新調整，民事財產法確實已經到了重構的時候。歐盟正在如火如荼進行的民法統合，無疑是最具指標性的實驗場。另一方面，中國大陸已把21世紀第一個十年定為民法

典完成立法的期限，2002年12月在第9屆全國人大常委會第31次會議上，其法工會主任顧昂然甚至已提出多達九編的民法典草案，2007年通過物權法後，其民法典的主建物只剩侵權法部分有待完成。以中國大陸市場潛力之大，早被視為未來世界最大投資與貿易地區，這個建立在所謂社會主義初階的市場經濟，需要回填何種民法的基礎結構，又是另一個受到民法理論界高度矚目、乃至競相獻策的國際新角力場。台灣自己的民事法學與民事立法不但能從這兩個法系匯流的熱區得到啓發，如能充分利用同文、先發的優勢，通過更積極的參與而影響其民法典立法，更可降低兩岸社會制度上的差異，不論在經貿、社會或政治上，都將產生巨大的效益。

我從事民事財產法的教學研究已逾25年，並有幸參與民法債編與物權編的修正工作達20年，非常深刻的感觸就是我國立法者所持的「接續移植」、「培元固本」心態，因此在大幅變動的表面下——增或修的條文數幾乎已經翻了兩番，其實是一個超穩定結構，除了身分法有真正原則性的調整外，財產法不但沒有任何原則的更迭，連體例都全部仍其舊慣，如備受批評的代理制度分置兩章，都未見任何修改。立法者最常掛在嘴邊的說法是，先補正當初移植德瑞日民法錯誤與不足之處，再把某些實務納入法條即可，至於原則性的調整則等以後再說。和同時進行修正的其他民法典相比，幾乎存在著改建與內部裝修的差別。此一落差雖不致造成任何經濟上直接的不利益，但凸顯了我國民法發展與國際上逐漸浮現的典範轉移已明顯脫節。1999年我國債法因完成修正而更接近德國債法制度，卻立刻因2001年德國債法重編而陷入一種「我撿你丟」的尷尬情境

——特別是契約法部分，脫節導致的更多問題還會隨著全球化的快速發展而一一浮現。此一立法視野的狹隘，和中國大陸民事立法的無懼創新和突破，在許多地方幾已如同天馬行空，形成強烈對比，但同樣暴露了體系思考能力的不足。也就是說，兩岸的民事立法都受限於基本理論的貧乏，大陸立法的暴衝和其民法學者還不習於釋義學的嚴謹有關，台灣則反過來因為跳不出釋義學的框框而在立法上綁手綁腳。因此如何回到民法典的根源去反思，在基本理論方面下更紮實的功夫，應該是兩岸民事法學共同面臨的挑戰（第一篇）。

這本書關切的另一個議題，是公私法的接軌，民法規範的社會生活，國家的手從來就是清晰可見，此所以七十年前日本學者美濃部達吉已經就公私法的關係作了很有條理的論述。然而物換星移，今天國家介入社會生活，不論從方式或程度來看，其複雜與多元都遠超過當年美濃部教授所能想像。民法的自治和公法的強制，有著先天的矛盾，當國家的干預，不僅領域上早已無所不在，而且方式上從強制、半強制到「遁入私法」可謂不遺餘力時，即使仍然堅守自治與強制間的原則例外關係，要想通過周延的立法，預先排除公私法的緊張關係，已無可能。此所以我提出動態法規範體系的觀念，讓各階各層法規範的生產者和操作者從整體、動態的體系觀點去執行職務，特別要能善用公私法間的轉介條款，使法規範的生產和操作不至於外溢為法體系越來越難以承受的成本。這裡涉及法律釋義學與法學教育的新方向，倒不意味民法典的高度形式理性需要作根本的改變。在十年前我寫「私法自治中的國家強制」時，曾用城堡和公寓的意象來描述民法典和許多單行、部門民法的

關係，說明只要自由進出沒有障礙，民法典不是非得改建為公寓不可。另一個值得注意的發展，是「私法秩序的憲法化」，不同於轉介條款的政策矛盾調和功能，這裡強調的是民法和基本價值矛盾的調和。像我們這樣區隔大法官審判權和普通法院審判權的國家，基本上憲法的落實於個案審判仍應由普通法院來承擔，但如何把高度抽象、需要價值填充的憲法條款用到具體的私人爭議，而又不致破壞民法嚴謹的體系，已成為民法方法論的新難題（第二篇）。

我個人一直不認為民法背後的高度形式理性，必須作根本的改變，就像語言變得複雜以後，文法反而越來越重要。因此當我們談新思路或新方法時，不過是回到形式理性背後的一些假設，比如人的自利心，資源效率的最大化，規範的體系化（可以是開放的體系）等，而把建立於同一假設上的社會科學知識引進來，讓民法及早擺脫傳統方法論不時陷入的以問答問困境（第三篇）。

這本書其實是2005年北京大學出版社為我出版的「民事立法與公私法的接軌」的修正版，只有三點不同：第一，是從簡體字改成正體字；第二，是內容作了小部分的更新（主要因為大陸物權法的制定）；第三，我另外加入了幾篇短文。書中論文大部分寫於2005年我去北京清華大學講學的前一兩年，可以說主要就在為這趟講學預作準備，因此好幾篇文章預設的讀者本來就是大陸的法律人。把書名改為「尋找新民法」，一則為了凸顯尋求民法新典範的普世性，二則希望能配合未來三年的研究計畫，激起中青年學者參與的熱情。我常常覺得，如果憲

法代表一個國家的良心，則民法反映的應該是一個國家的智慧。大陸人喜歡講的「軟國力」，民法絕對是一項重要的指標。我不相信台灣的民法學者到了今天仍然只能跟著別人的腳步前進，對於新民法典範的建立作不出任何貢獻。以兩岸四地民法積累的豐富而多樣的經驗，我也不相信中國人的智慧不能在這個領域發光發熱。這倒不是什麼民族主義在作祟，把它看成文明繼受者應該作的回饋，也未嘗不可。

蘇永欽

謹誌於政大研究室

2008年8月1日重返校園的第一天

作者簡介

蘇永欽

1951年出生於台灣省宜蘭縣，1972年畢業於台大法律系，1981年取得德國慕尼黑大學法學博士，同年開始任教於政大法律系，教學和研究範圍及於憲法、民法、經濟法和法社會學，是長期處於創作高峰的學者，曾獲國家講座殊榮。業外活動包括國大代表、公平交易委員會副主任委員、國家通訊傳播委員會主任委員等。

目 錄

自 序

作者簡介

第一篇 兩岸民事立法

第一章 民法典的時代意義——對中國大陸民法典草案的大方向提幾點看法

前 言	5
壹、民法典的歷史功能	5
貳、法典理念面臨重估	9
參、民法典保有的優勢	14
肆、民法典的幾種選擇	19
伍、大陸的民法典草案	27

第二章 借箸代籌中國大陸的民事立法

前 言	41
壹、民事立法者的位置	43
貳、民法的雙重工具性	50
參、純粹民法典的意義	54
肆、構築理想自治空間	59
伍、以專業為對話對象	65
陸、與公法接軌的轉軸	74

柒、人格權的民法保護.....	86
捌、身分法的憲法任務.....	95
結語.....	100

第三章 物權法定主義鬆動下的民事財產權體系——再探大陸民法典的可能性

前言.....	103
壹、再訪物權法定主義.....	103
貳、法定主義已經鬆動.....	135
參、建構新財產權體系.....	147

第四章 法定物權的社會成本

前言.....	161
壹、物權法定與法定物權.....	162
貳、檢視法定物權的理由.....	169
參、法定物權的社會成本.....	184
肆、法定物權的立法政策.....	204

第五章 民法制度的移植——從所有人占有人間的特殊關係談起

壹、制度內容與目的.....	219
貳、移植外國的情形.....	222
參、給立法者的啓示.....	224

第六章 從債物二分的底蘊看債物分編的體例

壹、債權物權二分的底蘊.....	235
貳、債物混合的三種型態.....	238
參、債權行為與物權行為.....	239

肆、物權法定下的舊體例.....	241
伍、物權自由後的新體例.....	243

第二篇 公私法的接軌

第七章 從動態法規範體系的角度看公私法的調和——以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心

前 言.....	251
壹、公私法多層而交錯的關係.....	252
貳、民法的三個水平轉介條款.....	262
參、憲法的主要垂直整合機制.....	289
肆、為動態的法規範體系奠基.....	304

第八章 民事裁判中的人權保障

前 言.....	309
壹、分權體制.....	311
貳、方法問題.....	324
參、程序問題.....	375
結 語.....	378

第三篇 民法的新思路

第九章 締約過失責任的經濟分析——從交易階段化的發展談起

前 言.....	385
壹、契約和契約法.....	388
貳、交易的階段化.....	395

參、締約過失責任.....	407
結語.....	419

第十章 物權堆疊的規範問題——建議修法明訂以次序為軸心的堆疊原則

前言.....	423
壹、物權堆疊的概念與類型.....	426
貳、堆疊的法理與經濟分析.....	429
參、以次序貫穿的堆疊原則.....	435
肆、物權編修正的幾點建議.....	457

第十一章 再談共有物分割的問題——從比較法和法政策角度分析

前言.....	463
壹、共有物分割的規定.....	464
貳、草案對問題的回應.....	467
參、外國立法例的比較.....	470
肆、法政策觀點的評價.....	475
伍、我國民法修正建議.....	482

第十二章 非線性的體系思考

前言.....	509
壹、如何找法有三說.....	509
貳、癥結在房地分離.....	510
參、效率決定於市價.....	511
肆、三說都未搔到癢處.....	512
伍、最高法院的高度.....	513

第一篇



兩岸民事立法

- 第一章 民法典的時代意義——對中國大陸
民法典草案的大方向提幾點看法
- 第二章 借箸代籌中國大陸的民事立法
- 第三章 物權法定主義鬆動下的民事財產權
體系——再探大陸民法典的可能性
- 第四章 法定物權的社會成本
- 第五章 民法制度的移植——從所有人占有
人間的特殊關係談起
- 第六章 從債物二分的底蘊看債物分編的
體例

第一章



民法典的時代意義 ——對中國大陸民法典草案的 大方向提幾點看法

前 言

壹、民法典的歷史功能

貳、法典理念面臨重估

參、民法典保有的優勢

肆、民法典的幾種選擇

伍、大陸的民法典草案

