

尋找 新民法

蘇永欽·方流芳
對話中國民法法典化

蘇永欽
方流芳
朱慶育
著
主持

 元照

本書簡介

本書為蘇永欽教授及方流芳教授就中國民法法典化展開的對談錄，全書對話由朱慶育教授主持。

從民法典的社會基礎與制度供求到其功能定位與制度資源，從其法律適用與法官造法到其法源構成與民事習慣，從其規則中立與自發秩序到其法人制度與公私界限，兩位基本立場相去甚遠的民法學專家就民法典的基礎理論，探幽民法典的編制技術與體例，訪微民法總則的具體規範，圍繞多個議題展開分歧與共識，闡發思考與洞見，高手過招處留下一段令人神往的學術佳話。

ISBN 978-957-511-129-8



9 789575 111298



5X076HA

定價：380元



元照網路書店



月旦實務講座



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

尋找新民法

蘇永欽、方流芳對話中國民法法典化

蘇永欽、方流芳 著

朱慶育 主持

元照出版公司



蘇永欽教授、方流芳教授、朱慶育教授合照



學術交流與會學者大合照

(左起：王軍、田士永、蔣浩、方流芳、蘇永欽、朱慶育、王洪亮、李雲波、吳香香、章程)

作者簡歷

蘇永欽

現 職

- 兼任政治大學、浙江大學及南京大學講座教授

最高學歷

- 德國慕尼黑大學法學博士

主要經歷

- 政治大學法學院教授、院長
- 司法院大法官、副院長



作者文獻

方流芳

主要經歷

- 1986年起，先後在中國人民大學、中國政法大學任教
- 2009年春季學期，任哈佛法學院訪問教授

最高學歷

- 中國人民大學法學博士（1991）



作者文獻

開設個人學術網站 www.fangliufang.com，個人微博「方流芳」，經常發表「非主流」法學觀點。

目 錄

作者簡歷

壹、開 場	1
貳、民法典的社會基礎與制度供求	4
參、民法典的功能定位與路徑選擇	28
肆、民法典的制度資源與後發優勢	50
伍、民法典的法律適用與法官造法	69
陸、民法典的法源構成與民事習慣	87
柒、民法典的規則中立與自發秩序	102
捌、民法典的法人制度與公私界限	113
玖、餘 音	138

壹、開 場

王 軍

歡迎蘇永欽教授的到訪。請允許我介紹一下今天（2017年5月30日）參加會議的各位老師和同事。跟蘇永欽老師對談的是方流芳老師，主持這次對話的是浙江大學光華法學院朱慶育老師（現任教於南京大學法學院）。在座的還有清華大學法學院王洪亮老師、浙江大學光華法學院章程老師、外交學院吳香香老師（現任教於中國政法大學）、揚州大學李雲波老師、北京大學出版社蔣浩老師、中國政法大學田士永老師，我是中國政法大學公司法研究所的王軍。下面請方老師致歡迎詞。

方流芳

歡迎蘇永欽教授光臨中國政法大學進行學術交流。蘇老師多次訪問中國政法大學。每一次訪問，蘇老師的學術見解都給師生帶來思考、討論，這就是學術交流的價值。

最早和蘇老師的學術交流是1998年，當時，在福特基金會資助下，中國政法大學有一個教授團到臺灣訪問；1999年，蘇老師有一次回訪。在2005年5月，蘇老師在中國政法大學有一次影響力深遠的演講，這次演講的文本發表在當年《比較法研究》，我對蘇老師的演講做了一個點評，記得那次演講的主題也是民法法典化。

2010年，蘇老師應邀給中歐法學院學生上了一門36課時的民法課。那一屆中歐法學院學生至今還常常談到蘇老師的淵博、嚴謹和親和。今天，蘇老師在七年之後再次到昌平校區進行學術交流，我由衷地表示歡迎。

2 尋找新民法

朱慶育

非常感謝二位老師。我先簡單報告一下這次對談的緣由。

無論持什麼立場，民法典編纂對於任何一個國家來說都是一件大事。民法典正在迅速推進，既然有幸躬逢其盛，個人認為，需要留下一些學者經過慎重思考後發出的聲音。各自撰寫學術文章當然是發出聲音的一種方式，法學大家之間的對話也許會是另外一種有意義的方式。

上個月，確切說是4月18日（2017年），在蔣浩老師的安排下，我有幸主持了江平老師和王澤鑑老師的法典對談。兩位老先生的對談坦誠而富有洞見。受此啟發，我向蔣老師建議請蘇老師和方老師您二位再談一場。蔣老師非常支持。之後，我分別與二位老師溝通，也非常榮幸得到二位老師首肯。恰好蘇老師這幾天在大陸學術交流，協調好時間後，方老師邀請蘇老師今天重返昌平。我相信，今天的對談必定會成就一段學術佳話。

之所以邀請二位老師對談，除了我對二位的學術造詣衷心景仰外，另外還有三個原因。第一，以我多年從學於二位老師的體會，二位老師治學都具有「致廣大而盡精微」的風格，不僅法學本門功夫爐火純青，更在經濟學、社會學乃至哲學各相關領域遊走自如。這樣，二位老師比較容易相互理解，並且在相互理解的基礎上展開深度對話。第二，關於民法典，二位老師的基本立場相去甚遠。如果我的理解大致無差，蘇老師對民法典化的態度比較積極，方老師則有著深刻的懷疑。同時，二位老師又都長於理性思辨。高手過招，令人神往。第三，江老師和王老師是上世紀30年代出生的前輩耆宿，對中國大陸與臺灣法學有著奠基開拓之功；生於50年代的蘇老師和方老師則

是華人法學祭酒，以我愚見，二位老師所達到的學術高度，至少在華人法學圈，迄今仍無人超越。個人有點好奇，兩代法學大家在面對民法典時，會有怎樣相似或不同的思考與言說？

稍有點遺憾，對談時間只有一天。那我們就儘量充分利用這一天時間。上午還剩兩個小時，咱們中間就不休息了，午餐後下午繼續。

我冒昧擬了一份對話提綱，已事先呈閱二位老師。提綱只是大致線索，另外，既然是談民法典，話題基本上都是在朝著法典化方向上設計的，這個思路對方老師來說可能會稍有點「不公平」，所以，二位老師完全不必受制於提綱，依您論說脈絡打開話題就好。

貳、民法典的社會基礎與制度供求

朱慶育

讓我們先從比較遠的地方談起。18世紀、19世紀的歐洲在世界範圍內掀起了法典化運動的高潮。我們正在進行的民法典編纂則被期許「引領21世紀」，這顯然是想接力歐洲法典化運動的輝煌。如今，《民法總則》已獲通過，今年（2017年）10月開始施行。按照立法規劃，下一步是分則編，順利的話，2020年我們就有民法典了，屆時將正式進入所謂的「法典國家」行列。看起來，「引領21世紀」指日可待。

德國是法典化的一座高峰，可德國最負盛名的法學家薩維尼卻是法典的反對者。當然，薩維尼反對的未必是法典化本身，也許只是對當時編纂法典的能力尤其是學術能力表示悲觀。薩維尼留下一些著名論斷，例如，他說法典是學術和政治的結合，二者不可偏廢。所以，我想請二位老師先談一談，為什麼需要法典？法典的追求到底值不值得？或者說，追求法典有什麼意義？假如法典是值得追求的，需要具備什麼樣的學術與政治條件？畢竟時代不同了，跟一兩百年前的歐洲相比，社會環境發生了巨大變化，當然可能也有相通之處。可以的話，也想請二位老師結合當時歐洲與當下我們的社會背景談一談。

先請蘇老師。

蘇永欽

好的。我想不浪費時間，但我還是一定要衷心感謝方老師，因為您，才有這個機會讓我們再見到面。剛剛講起的這一段，有很多溫馨的回憶，回想第一次見到中國大陸的學者，方

老師真的是第一位，到今天有這個機會，我覺得這是很重要的因緣。我對大陸的法學持續關注，並且一直覺得它是很可以期待的，當然也跟這些因緣有關。也要謝謝朱老師，讀完你這個大綱，我覺得你考慮的點是遠遠超過我的，這些問題都很重要，有時候我自己也想過，但沒有做那麼好的整理。也謝謝蔣老師的這些安排，以及各位老師耐心來聽，還請不要期待太高。

那我就回應第一個問題。我是覺得這是一定要去思考的，要不要法典是一個大的決定，而且它影響很遠。最近有機會接觸一些比較法教科書類型的研究，我發現所謂的混合法系（mixed jurisdiction）是一個新的研究熱點，有很多人在開始在談這個。

不過到今天，對混合法系也研究不出一個所以然來——它是一個第三條路還是其他，目前還看不出來。但倒是可以確定地講，那些國家周圍的環境都是案例法的文化或者制度，但因緣際會有了一本民法典，就變成混合法系了，比方美國的路易斯安那州或是加拿大的魁北克，所以你就知道民法典的影響力有多大。當然也有一些被歸類到混合法系的國家並沒有民法典，但其他的因素使然，使得它在有些特徵上是非常清楚的英美法，可是又保留了一些大陸法系特徵，讓它勉強在運作。不過在那些因為歷史因素保留了法典的國家，法典接下來要跟周圍環境那樣一起運作就不容易了，雖然都是美國人，都是一樣的文化。這個我就不扯遠了，我只是想說這個決定很重要。

同樣，中國在有了法典以後，即使將來還有很多因素讓它去做其他選擇，最後的結果頂多就是一個混合法系，而要去找到一個混合之道，那是很辛苦的。所以我覺得，這確實是要多

6 尋找新民法

想一下再去做決定。

從這裡出發，法典可以說是現代化的一個表徵，一部憲法，一部民法典，一個國家差不多就好像等於現代化了。特別是在19世紀的歐洲，這好像真的就是標準本，從法國開始，民法典一部接著一部出來，它代表一種進步，代表一種新的文明，也代表一種治國的能力。結束分裂的地方法，建立新的主權國家，法典非常有利於這方面的提升，而且，那時候的印刷技術也讓他們有條件開始這樣做。總之，在那個時代，法典有它的背景。

但當那些背景都一一消失，今天再用剛剛講的那些條件來合理化中國的民法典工程，恐怕就不容易。這些不必一一去講，地方分裂、主權國家、用法典快速實現落後地方法律的現代化，這些因素都過去了。而且以現在的資訊技術，即使不用民法典，你也很容易把規範整理起來去找法。所以法典的好處是一點一點在減少。它的壞處呢，卻是看得越來越清楚。

特別到了20世紀，當國家變得很多元，當問題變得很多面，用一部法律來解決一些問題，在這部法律中個別地去反映風格、政策，顯然容易得多。但訂一部法典，是要動員起那些忙碌的國會議員花上十年時間，才能把它真正很仔細地做完。現代的國會越來越沒有這樣的功能，所以法典反而變成一個負擔，因為它要大一統，要把什麼都放進去，所以才會出現所謂的解法典化或者反法典這樣的思潮。

但以我整個這樣的思考，之所以到最後，我覺得中國大陸可能在今天也還是會做民法典，而且目前就在這樣做，它仍然是一個可以理解的方向，原因之一是看到剛剛講的這些情形之後，又出現一些正反合的發展，看到20世紀後期民法典又一部

一部出來。包括一些像以色列這樣你想像不到的國家，2010年左右以色列民法典的草案出來後，引起比較法學界非常多討論，另外還有越南等幾個國家新訂民法典，包括原有的民法典重新再法典化，又是一個新的法典熱潮。

那是基於什麼樣的新的考慮來做這件事情？我自己想，如果仍然只是把一些個別法去包裝、整合起來，其實大可不必，因為現在電腦更容易去做，基本上已經不需要國家再去把合同法、侵權法這些整合在一起。所以，為什麼那些國家還要來做法典，為什麼中國大陸要做這個決定，我認為這是在討論很多問題前一個非思考不可的前提。而且要簡單地去說哪個看法一定是對的，恐怕都未必，就像剛剛朱老師提到的，19世紀薩維尼在當時就積極反對，他跟蒂堡去辯論，結果有效阻擋了法典的進程。可是後來呢，德國民法典反而實際上是在他的影響之下形成的。

昨天（2017年5月29日），我在南京大學參加了一個民法和法理對話的研討會。會上舒國滢教授就提出這個問題，在講潘德克頓法學這段歷史時，他意味深長地講，中國大陸現在的情況好像比較像前期的薩維尼那種判斷，還不夠成熟，也許等一下會更好。假如我沒聽錯的話，他意思應該是說，至少從某些角度他並不反對法典這個想法，可是關於時機的判斷，各人可以有他自己的看法。

而我自己正在讀了《民法總則》的立法說明後，之所以對它整套的思考還是比較能理解，就在於有幾位學者也提到的一個想法——現在也許沒辦法做出一部大家都滿意的多麼先進的、多有突破性的法典，可是以現在中國的經濟發展狀況以及法制狀況，原有那種立法持續下去，往長遠看成本是會增加的。你

8 尋找新民法

看在那個立法說明裡，這個分析其實是意在言之外的。它的意思是說，沒錯，2011年基本上該有的法律都到位了，所以我們並不缺什麼東西。可是當法院開始每年生產上萬的判決，學者開始去整理這些法律，其實法律在某種程度上就已經在體系化。這個體系化是在一個個部門民法之下的，部門民法形成各自背景的小體系，學者再從自己的觀點去切入，開始去弄小法典。在過去，這樣的部門民法的邊際效益長期是大於邊際成本的，因為它可以很快解決合同法、侵權法、物權法上的問題，可是再往後，這種做法就會製造很多大體系內部的矛盾。

隨便舉個例子來講，比方在立《物權法》的時候，因為還沒有《侵權責任法》，它要考慮到侵權請求權，所以就加了一個物權保護的專章，把侵權也放了進去，但等《侵權責任法》出來以後，前法後法的關係就弄得有點複雜了。以我們在臺灣的經驗，這種立法上的複雜性一旦出來，馬上就會有甲說乙說丙說，法院也要亂一陣子，等到有通說又要再隔一陣子。

所以，如果說法典還有什麼好處的話，我想現在即使還不夠成熟，但是我們朝向一個大的體系去建構，體系矛盾就會減少。比方以後我們在想侵權責任的時候，就要想到他講的權利是物權、智慧財產權，整個兒放在一起想清楚。

以今天中國面對的不可逆的發展趨勢，它已經不只是世界工廠，而且是世界的市場，所有的問題都可能用到中國的法律來解決，它必須具有很強的規範生產能力和規範統整能力，這種找法造法的系統就變得很重要。那種部門民法過去曾經成功，但如果一直用下去的話，後面成本會越來越高。所以在這一點上，我覺得我們完全不必再用德國的輝煌或是誰的成功來合理化今天這樣的法典。

在今天看中國大陸的發展，我看到法律經常是跟在實踐後頭跑的，很多新的問題用現在的法制來解決常常跟不上。當然《合同法》也有留一些空間去給法官造法，可是將來恐怕會越來越亂，但如果有一個一層一層最後到總則的民法典，那無論再怎麼樣，面對那些不斷產生的新的交易形態、新的社會問題，學者或司法實務總還有一個法典空間去造法。也就是說，從一般的規則整理到新規範的尋找，法典都有這些功能。所以法典要非常體系化、嚴謹，具體要怎麼去定位，我們後面會再去涉及，朱老師提綱上也有談到。

我個人之所以會傾向一個更中性、更抽象、更體系邏輯的法典，原因也在於我覺得民法典的正當性就在這裡，而不是像部門法一樣要去做利益的分配、政策的落實。我認為，如果把法典的功能簡化到一個找法的最後體系、一個基礎關係，而把那些利益分配擺到別的地方的話，可能會更適合中國大陸。

很抱歉已經占用太多的時間，容我最後再講一點。我深知，像中國這樣的社會，公權力還無所不在，私人又往往承擔一些公的任務，所以很多人會講，比起西歐國家，像這種公私高度混合的社會，19世紀法典是不能用的。我的看法是剛好反過來，在這裡它可以起到更大的作用。以德國為例，德國也歷經了這些變化，可是它的民法典始終可以用，不但給私人用，也給政府用，政府施政很多時候需要透過私法的工具去落實。在我們的經驗裡，很多新興的問題，像老年照護、環境保護，如果全靠公法來做效果可能並不好，它常常要透過對私人力量的激勵或引導，讓他們也有利可圖，讓他們能去配合政策。所以建立在這個基礎上的民法，反而需要本身去政策化。當然我這個看法是簡化了一些，但我期待往這個方向走，目前的總則

10 尋找新民法

給我的感覺是大體上還符合這樣的方向。

對不起，我已經超出太多時間了。

朱慶育

沒有時間限制的，無所謂超時。有請方老師。

方流芳

蘇老師剛才的講話給我帶來一些思考，諸如：「法典化」究竟是指什麼？是實在法的法典化，還是法律的重構？

19世紀歐陸國家的民法法典化，實際上是一次法律重構，而不是實在法的法典化。如何重構？就是按照學術彙纂的體例，把羅馬法、教會法、制定法，以及所謂的——用薩維尼的說法——「科學化的法院慣例」組合在一起。為什麼要重構？一方面，國民國家（實際上就是歐洲帝國主義興起）及其帶動的共同市場需要把那些分散的、各自為政的法律統一起來，民法典因應了國內的政治需求。對外而言，民法法典化一直是擴大歐陸國家法治文明的國際影響力的「高端產品」，透過輸出法律文本而輸出歐陸國家的法學教育、語言、價值觀，並在法律進口國建立一種永久的、比殖民地統治更為難以撼動的體制優勢。

中國在21世紀再次重複「民法法典化」的實踐，實際上就是歐陸法治文明的輸出對中國產生了先入為主的支配力，這種支配力隨著法學院的知識傳授，隨著法學著述的傳播，隨著一代代法律精英追本溯源的知識尋根，已經被固化。在中國法律精英的話語裡，「我們是大陸法系」已經成為一種關於身分意識的表達，無人爭辯、無人懷疑，甚至沒有人想到：沒有一個