

淺談新民法典結構的省思

—荷蘭學者 Hesselink 的觀點淺介—

楊宏暉

(政治大學法律系博士候選人)

在歐洲民法典運動方興未艾的背景之下，對於歐洲私法結構的討論，荷蘭學者 Martijn W. Hesselink¹曾在「新歐洲私法結構」(The Structure of the New European Private Law)²一文中提出八大主要問題，對於傳統意義下的民法典是否仍符合當代民法典的需求，從理論面與實務面提出質疑，其觀點亦可作為民法新典範的省思，頗具參考價值，茲將其主要觀點摘錄整理如下³。

1. 傳統民法典的特徵

傳統的民法典，以 1804 年的法國民法典⁴和 1900 年的德國民法典為其代表，這類民法典具有二大特徵：「廣泛性」(comprehensive)與「一致性」(coherent)。所謂「廣泛性」，係因法典基本上是抽象規定的總集，藉由抽象化的條文規定，將所有的私法事務均加以規範，當然，立法者仍可在民法典之外，再制定特別法，就特定私法事務另為特別處理。

所謂「一致性」，意指法典內的規定和規則並無互相矛盾的情形，並試圖對各種法律問題提供唯一的正確解答。因此，在傳統民法典中，具有體系化及抽象化的特色。

2. 公法與私法的區分

認為民法典可以處理所有的私法事務及解決私人間的利益衝突者，係奠基在一項根本的假設之上——即認為公法與私法的區分是可行的。不過，實際上，在很多國家的法制裡，公法與私法混合的情況非常的多。而且，法律的部門化，更加深二者區分的困難，例如有些私法規定被分散到不同的部門區塊去，如勞工法、

¹ Hesselink 教授現為荷蘭阿姆斯特丹大學的私法學教授，主要研究領域為歐洲私法、私法理論、法學方法論及比較法。其個人網頁如下：<http://home.medewerker.uva.nl/m.w.hesselink/>

² Martijn W. Hesselink, The Structure of the New European Private Law, EJCL Vol. 6.4, Dec. 2002。該文亦收錄於氏著，The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe, Kluwer Law International, 2002 一書中頁 227-245。

³ 關於民法典制定的結構思考，亦可參見蘇永欽，民法典的時代意義，月旦民商法雜誌，第 3 期，頁 111-130 (2004 年 3 月)。

⁴ 關於法國民法典的風格特徵，可參閱 Andre Lucas/曾品傑 譯，拿破崙民法典兩百年：法國民法及其挑單，台灣本土法學雜誌，第 106 期，頁 74-83 (2008 年 5 月)。

醫事法、環境法、資訊法、建物法、公寓大廈管理條例等等，這類法律都具有公私法混合的特點，而且這些部門法也都有相當的務實傾向，並未設有類似私法通則的規定。

在歐陸法上，更會因公私法的問題，使得適用上更加複雜，如果要將這些部門法中的公私面向拆開，分由不同的規範加以處理，比如說歐洲民法典處理私法事務、歐盟會員國內國法處理公法事務，恐也不合時宜，除非說會員國的行政法規定被納入歐洲民法典，而使得行政法也要作進一步的歐洲整合。

對於公私法的區分，一般認為私法在處理私人事務，公法在處理私人與國家或公部門與公部門間的事務，其實，這樣的定義方式是相當敘述性的 (descriptive)。如果從較為政策面的觀點來看，私法係指涉及私人領域的法律，不受國家的干預，私法的功能在於「分配」(allocation)，因此，私法是政策中立的 (politically neutral)，只關心「給予每一個人應得的東西」(suum cuique tribuere)⁵，在此觀點下，私法並無分配統帥或干涉主義的任務，也不是政策目的的工具，故私法的主要支柱為「所有權絕對」(absolute property)、「契約自由」(freedom of contract)跟「過失責任」(fault liability)。

不過，這個觀點也是有受到批評的，特別是美國的批判法學(Critical Legal Studies)運動⁶，認為上述概念跟放任自由主義(laissez-faire)有關，其認為並無所謂先於法律存在的所有權(pre-legal entitlement)，且所有的法律皆是公法⁷。但在歐洲，這樣的論點並不容易被接受。

但是，實際上在二十世紀裡，私法的許多部分，確實受到國家的干預，並且受到政策考量的影響，諸如嚴格責任、勞工、承租人、消費者保護、權利濫用、誠實信用等等。這些發展對於維持公私法嚴格區分的實益，產生疑義，在英美法中，向來也無公私法區分的強烈傳統。

因此，歐洲立法者所採的功能取向和部門取向的方法，而非將所有私法統攝於單一民法典內，也許是值得跟隨的，而且，從政策和務實的觀點，區分公私法似乎並不可行，因此，在個別部門法，如公司法、勞工法，形成一個或數個的歐洲法典，也許是可行的。

3.民法、商法、消費者法

在第一波的法典化浪潮中，大部分歐陸國家採取民商分立的立法模式，如法國和德國。不過，在二十世紀前半葉，民商區分的重要性大減，義大利(1942)和荷蘭(1992)已在其新民法典中放棄這樣的區分。然而，有趣的是，在二十世紀末又出現另一種新的發展—消費者法，因此，產生新的區分方式，以當事人自治為

⁵ 參閱 Daniela Caruso, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, 3 *European Law Journal*, 3–32 (1997).

⁶ 參閱 M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 669 (6th 1994).

⁷ 參閱 Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960; the Crisis of Legal Orthodoxy*, 1992.

基礎之「一般民法典」跟提供較多保護色彩之「特別的消費者法」。

在歐盟法上，有不同的指令跟規範在處理共同市場和消費者保護的問題，特別是為消費者和商人分設不同的規則。但也有些反向發展，有些國家儘可能地將消費者法整合進民法典中，以維持民法典的完整性，如 1992 年的荷蘭民法典⁸、2001 年的德國民法⁹，而歐洲契約法原則(PECL)也未就身分差別而分設規範。

對於這樣的分裂方式還是有反對意見的¹⁰，首先，消費者契約和商事契約的區分，還是有困難的，並沒有所謂個別存在的消費者需求市場或生產者供給市場，契約法必須處理結合供給需求之單一市場上所發生的問題，忽略這些現實而將之分裂成個別法律制度，將會減少建立有效率私法制度的機會。其次，地位(status)(消費者或專業人士)的定義跟證明，在分裂的私法中會變得非常重要，然而，私法應是更有效地去正視「契約」而非地位。¹¹

單一的歐洲契約法或如同歐洲契約法原則的方式，也是會有一些風險的，如果認為歐洲契約法中應有足夠的社會性¹²，則一般抽象化的契約法將不太容易有社會性跟弱性保護的成分。

如果認為普通契約法應該是中性的(neutral)，則對於消費者、勞工等弱勢的保護規定，應歸入「特別私法」，當然這種作法也是有風險的，首先，並無所謂中性的普通契約法，以當事人自治為基準的契約法，其實不是中性的，而是自由的(Liberal)、保守的、或右派的，當然，普通契約法現今是否仍以當事人自治為主要基石，是有質疑的¹³；其次，將所有的保護規定移至特別私法，並保持普通契約法的自治元素，將使其缺少適宜性，因商人將會研訂冗長而仔細的契約條款，以涵蓋所有想像得到的偶連性(contingency)，並會發覺到普通契約法內的預設規定對其目的達成欠缺實用性，而對於消費者、勞工、承租人和其他弱勢當事人而言，普通契約法的規定亦無適用實益，因大部分的重要規定已存在於特別法中。

4.多階體系

歐盟法的發展可能是多階管理的體系，許多個別的機構掌理民法中的一部

⁸ 荷蘭民法對於弱勢當事人保護之規定，呈現在第七編有名契約的規定中，包括消費者、承租人、雇員、遊客、保證人等，主要還是受歐盟消費者保護相關指令的影響。

⁹ 如德國民法第 13 條及第 14 條分別明定消費者(Verbraucher)和企業(Unternehmer)的定義，並於民法第 312 條至第 312f 條，規範消費者和企業間關於特殊銷售形式所締結之契約，將歐盟關於消費者保護的相關指令予以整合進來。

¹⁰ 參閱 Ugo Mattei, Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law: Mandatory, Default and Enforcement Rules, 39 Va. J. Int'l L. 537.

¹¹ 關於交易結構改變與主客體差序之討論，可參閱蘇永欽，民事財產法在新世紀面臨的挑戰，收於氏著，走入新世紀的私法自治，頁 62-66 (2002 年)。

¹² 支持社會性契約法者，如 Brigitta Lurger, Vertragliche Solidarität, Baden-Baden 1998. Thomas Wilhelmsson, Social Contract Law and European Integration, Dartmouth 1995.

¹³ 參閱 Duncan Kennedy, The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law, 10 EPRL (2002), pp. 7-28.

分，但卻沒有單一機構掌理整個民法典¹⁴。這個問題並不會因為歐洲普通契約法或歐洲民法典的實施而消失，單一法典的出現，仍免不了要處理跟其他法律部分的連結問題。首先，有些私法的部分，很可能仍保持在內國法的層級，如債法通則、特定的有名契約(特別是內含保護規定的)、國家締結的契約(可能是在行政法)、不動產法、身份法、繼承法、證據法、民事程序法。其次，一部分的私法，可能是歐盟層級的，但卻不在民法典中，如競爭法，違反競爭法的結果，通常會對私人間的契約關係有決定影響力，如經銷契約或加盟契約，但這些也不太可能從歐盟條約移至歐洲民法典中。

另一個則是人權的規定，有些歐洲國家，憲法也是私法的法源之一，人權規定不只有「垂直效力」(人民對國家)，也在人民之間有「水平效力」(人民對人民)，可能是直接的、也可能是間接的透過侵權行為或誠信原則來轉介¹⁵。此外，在歐洲，有些基本權不只受內國法保護，也受國際法或人權公約的保護，人民可個別向法國斯特拉斯堡(Strasbourg)的「歐洲人權法院」請求救濟，因此，其他的機構也會被牽涉進私法。

另一層次的問題，則是私法的某些部分具有全球性，例如一些關於國際交易的重要契約，都會適用聯合國的國際貨物買賣契約公約(CISG)處理。

因此，從法源位階的觀點，歐州私法的適用，不太可能只在同一階層或單一歐洲民法典中去處理，私法仍可能維持多階體系。

5.完整性

法典化的結果，係建立在一個假設前提之上，即從法條字義及法典體系中，可以得出特定個案的正確法律解答。然而，今日對此假設的懷疑論，有所增加。另一較緩和的看法，則是認為法典的制定跟實施，不必涵括所有的正確解答，但其風格及結構上必須開放，承認在任何爭議解決中，不管法典的抽象規則跟體系如何精密，仍不免要作出重要的選擇，因此，當代法典的風格，應該是「開放鬆散的」(open and discursive)，對於爭議，其應該提供有效的語言跟術語(Terminology)，並應指示哪些利益是攸關的及立法者作了哪些政策選擇。例如美國法律整編第二版(American Restatements, Second)，即從強調基本的法律規定轉向強調評論(comments)，其是試圖陳述哪些立場(position)已被採納，並交由法院去決定。同樣地，歐洲契約法原則(PECL)中有些規定也是相當鬆散的，很多時候只是提到應被考慮的因素是哪些¹⁶。

6.任意規定或強制規定

¹⁴ 參閱 Oliver Remien, Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, 62 RabelsZ, 1998, S.627ff.

¹⁵ 如德國聯邦憲法法院關於親屬間保證的判決(BVerfGE 89, 214)。

¹⁶ 例如第 4:107 條關於緘默詐欺的規定，即指示應依誠實信用及公平交易，考量當事人的特殊專業、資訊取得成本、資訊平等接近和資訊重要性等因素。

歐洲私法討論的傾向，是把焦點放在「任意規定」(default rules)上，歐洲契約法原則即為適例，其理由為私法中強制規定(mandatory rules)的部分，被視為太過於政治，歐洲契約法原則的起草者是學者、是法律科學家(legal scientist)，而非政客，因此，渠等將焦點放在私法中的通則部分，而這部分被認為是政治上相當中立的。不過，如果說歐洲契約法原則只是一部學術研究或是一部學術界的草案或提議的話，實際上也無理由將自己限制在所謂非政治部分的法律之內。同樣地，von Bar 所領導的「歐洲民法典研究小組」(Study Group on a European Civil Code)¹⁷，也應該表達更多的政治面。如果這些提案要作為歐盟立法參考的話，則其看起來並不適當，因為這些提案都太過類似於十九世紀自由主義的民法典，相當欠缺保護規定，或者該說，這些提案都未能適當地描述當代私法，忽略了許多相關的私法部門。

另一個以任意規定為主要討論對象的理由，則是認為共同市場需要的是普通契約法及作為有效運作市場基礎的契約自由¹⁸。不過，亦有論者認為市場必須受到規制，因而需要有一部「硬法」(hard code)¹⁹，而且，強制規定的歧異，也會造成共同市場有效運作的障礙，因當事人無法約定排除強制規定，如果認為要擴大共同市場功能的話，則實際上該統合的，是契約法中的強制規定，而不是非強制規定，如果是這樣的話，則歐洲民法典很可能大部分都是強制規定，而使其跟傳統的民法典，風貌上大異其趣。

7.意識形態

大部分歐洲的民法典係服膺十九世紀自由放任的意識形態，雖然在十九世紀末及二十世紀，所有權絕對、契約自由和過失責任等觀念受到壓力，但其基礎並未受到破壞，而是在體系內將變革需要，予以內部化(internalization)或是進行所謂的實質化(Materialisierung)²⁰。權利濫用、誠信原則(善意)、嚴格責任、不當得利等制度成為緩和壓力的活門，此外，外生於民法典外的特別規定，也日漸增加，並進而導致「普通民法」跟「特別民法」的區分，前者係處理正常情形，其當事人係立於相等的立足點上，後者則是例外地保護弱勢當事人。因此，大部分的普通民法典，仍是維持在對等協商力量的假設上。

這種十九世紀的私法模式是否足以作為二十一世紀的模式，是有疑問的。自由放任的模式已在二十世紀中受到調整，二十一世紀的法典需要的是將這些重要的社會成就，予以納入²¹。現今的私法已不再是完全奠基於自治之上，而是應該

¹⁷ 其網址如下：<http://www.sgecc.net/pages/en/home/index.htm>

¹⁸ 參閱 Klaus Peter Berger, Auf dem Wege zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode, ZEuP 2001, S.4ff.

¹⁹ 參閱 Ugo Mattei, Hard Code Now!, Global Jurist Frontiers (2002), Vol. 2 No.1, Article 1.

²⁰ 關於實質化的討論，可參閱 Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts-Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 200 (2000), S.273ff.

²¹ 參閱 Thomas Wilhelmsson, Social Contract Law and European Integration, 1995. Brigitta Lurger,

將所謂的例外，以修正措施方式(如誠信原則或權利濫用)加以納入，歐洲(普通)契約法應建立在「自治和團結」(autonomy and solidarity)的雙重基礎之上，歐盟基本權憲章前言所揭示之人性尊嚴、自由、平等和團結，可作為歐法私法的四大支柱，而不再是以當事人自治為主石。

8.抽象化

法典抽象化的實際功能，在於「效率的溝通」(efficient communication)，不過，抽象化的結果，實際上只能在法律專家之間形成溝通效率，但卻會導致非法律專家者受到排斥，一般民眾不易認知其意義，而法律是適用於全部市民的，因此，會造成重大的社會成本。

另一個法典的溝通功能為「教育」，結構完整的法典有助於向法律學生傳達法律所包含的政策，同時也有助於法律人表達其專業的形象²²。然而，以法典作為法律傳授的始點，仍有其風險，一來法律學生可能會認為他所學習的法律術語是真實存在的，也是建構真實的唯一途徑，此會導致其與其他專業人士(如經濟人、社會人)的溝通困難，也會在跟不同法系之法律人在國際共同研究上，發生溝通問題；其次，法典教育會導致法律概念和法律問題，可以從一般規則出發，依據邏輯，平順地解決問題，然而，事實上的法律問題是很難跟抽象體系及術語相吻合的，實際問題是很混亂無章、複雜且不可預期的，遠超乎法典的體系。因此，法典起草者不宜費力於促成法典的理性與邏輯，雖然抽象化容易達成一致性跟明確性，然而，最抽象的法典，可能在實務上是最無用的，實務上，很多律師的專業分化，不是依債法、法律行為而分，而是依併購、訴訟、公司法、醫事法、環境法、勞工法等區分，這樣的功能區分還比較切合實務需要。

傳統法典抽象化另一面，表現在條文上，條文常常是冷冰冰且抽離相關事實的，因此，法律看起來是非人性化的，出賣人、買受人、地主、醫師的角色標籤遠比債權人跟債務人，來得有血有肉，過度的專業術語將導致法律語言的過度重視，然而，法律真正關切的人跟人的關係，以及立法者對於私人衝突解決所作的政策選擇，語言的功能只是在傳達這些政策，然而，現實上，法律實務跟法學卻被法律語言所擄獲。雖然，不精確的法律用語可能會造成一些困擾，但若其能將法律政策充分表達，實際上也有助於法律規定真正意涵的瞭解跟掌握。

9.其他

除上述之外，還有其他方面的發展應該加以考慮，例如現今社會裡，法典不再是私法的唯一來源，二十世紀歐陸私法的重要發展中，法院對於私法的發展和創造，扮演重要的角色，此外，法律學者、法學教育者、法律實務工作者等角色，

Vertragliche Solidarität, 1998.

²² 參閱 Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System* (1983).

對於法律的發展，亦均有貢獻²³。當代的歐洲法典應將此現象考慮在內，現代法典應明確處理不同法律群體間的關係，法典不再是所有法律推理的始點跟焦點。

另一方面，法律具有動態性，法律的發展不是靜態僵固的，私法結構應將此事實考慮在內，提供適當架構(framework)以供私法的動能發展。

在資訊時代裡，法律編輯一開始應以電子法典(electronic code)方式呈現，善用當代的技術，在這樣的法典中，通則部分、抽象化等等，可能不再需要，因其不像紙張印刷時代，需要大量的重製成本，而且電子法典的更新也相當容易，甚至也可進行直接民主，如透過網路公民投票調查法典是否應修改的意見。

10.小結

雖然上述的發展，在十九世紀的法典化時代跟二十世紀的再法典化時代，尚未全面發生，但今後實在不太可能逃避這些問題，因此，實有必要重新省思當代的私法結構，上述的討論只是將一些應該考慮的因素呈現出來，Hesselink 認為經由這些討論，很可能會出得以下的結論——**傳統意義下的民法典不再是當代私法的適當發展方式，應該另尋更好的替代方案。**

雖然 Hesselink 教授所提的幾個問題，有些是歐盟法律整合背景下特有的，如多階體系與強行規定的整合，這是來自於內國民法典與歐盟私法調和的性質對立所產生的緊張關係，例如：完整性 v.部分性、系統性 v.非系統性、多階 v.單階、靜態 v.動態。但是，其他面向所顯現的問題，仍然是一國制訂或修改民法典時，必須加以正視的，相關觀點亦值得思考。

²³ 參閱 Rodolfo Sacco, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, 39 AJCL (1991), pp. 1-34, 343-401.