法學的想像

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集

［第一卷］

大民法典

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會

元照

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集

法學的想像

〔第一卷〕

大民法典

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會　主編

元照出版公司

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

一場兩岸法律人的雙向奔赴

華人世界自有現代法制以來，於今不過百年。然民初法制初備之際，國家即遭逢戰禍，法治蹣跚成長於兵火之間，法學自亦隨之。第一代法律人在大陸時期的諸多努力，盡數歸於承日襲德的訓詁注釋，其所願所成，也多在增益實務對外來法典的理解。法學在戰後臺灣獲得的成長與蛻變，幾與臺灣的經濟起飛相伴相隨，從民事法領域開始的判例研究，使得司法實務與法學研究真正開始有雙向的互動，從而塑造了繼受法學新的研究範式。而這些法學研究的成果，最終在數十年之間又一一回饋於法典的再造。另一端中國大陸的法制與法學，則在經歷了數十年法律虛無主義之後，也終於隨著市場經濟的轉型重新上路。法制的重塑與社會的改革相互震盪，使得法學從一開始就有馳騁想像的多元性格，兩岸法律人在相隔三十年後的再相逢，彼此所見的法學已是兩重世界。在兩岸法律人重逢多年後的此刻回首來路，過去三十年間，兩岸彼此的法學範式顯然又有了相當大的轉變，在匯流與趨同的路口遠眺華人世界未來法學的種種可能，最能當仁不讓的指路人，應該是幾乎全程見證戰後兩岸法治與法學進程的壽星蘇永欽老師。

以論文集的形式為傑出學者祝壽，是大陸法系的學界傳統。我們作為蘇老師的學生，從十年前就開始向老師提出編輯祝壽論文集的構想，但老師一直以各種理由婉拒。老師從2019年秋天開始，以「法學的想像」作為系列課程名稱，連續四個學期講授四個不同的主題：大民法典、部門憲法、跨域教義及社科法學，我們知道機會即將到來。在老師七十大壽之前，我們提出以祝壽論文來充實這四個主題，讓老師的祝壽活動，帶動法學的集體想像的構想，終於給老師一個不再拒絕的憑據。光是獲得老師同意，我們都像是中了大獎一般。

上述四個主題，是老師對法學長期創新構思的成果，目的在展現當代法律人的想像與法學的風華。我們決定讓每個主題的論文集合成

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID□14226

卷，再讓四卷合成一套法學的想像，並設定問題邀請海峽兩岸的法律學者分別執筆，彩繪他們各自心目中的法學想像的圖像，再將各個圖像按照原先的佈局，組合成為完整的巨幅畫像。這種想瘋了的祝壽方式，讓我們不敢驚動資深的前輩，而把畫筆交給在這一次集體想像之後，會迸放出更多想像力的年輕學者。有多位資深教授主動要求參與集體的想像彩繪，讓我們特別感動，因為想要釋放想像力的資深教授，都是和老師一樣的法學藝術家。

第一卷是大民法典。它的宏構早在三十年前老師反思物權法定主義時業已發端，物權自由化的構想，也曾在臺灣民法物權編的修改中留下伏筆。不過這一構想真正掀起一時理論颶風，卻是在本世紀初中國大陸民法典的起草過程之中，成長於那個年代的中國大陸民法學者，無一例外地銘刻上了這一印記。在本卷中齊齊登場的大陸八〇後的學者的論文，便是對這一宏構的致敬——在大陸民法典初成的時刻，用這種方式記述下另一種民法典體系構成的可能，也是為未來可能的體系解釋留作參考。

第二卷是部門憲法。它的發想原本來自於臺灣的憲政實踐進入深水區之後，老師對憲法理論混合繼受的憂心與反思。中國大陸的憲政實踐尚未至此一階段，但由於違憲審查的窒礙難行，這一發想與老師對合憲性解釋的研究成為推動大陸憲法走向規範化的兩足，從而備受大陸憲法學界的矚目，在海峽兩岸共成了一曲變奏的共鳴。

第三卷是跨域教義。公、私法的接軌是老師研究中用力最深也開創最豐的領域之一，轉介條款及憲法與民法權利關係的研究，在臺灣法學界均可謂開一時之風氣。對直面體制轉型、公私法關係更為交錯的中國大陸而言，跨域教義的研究更是最迫切的現實急需，因而也得到了大陸學者最多的響應——從繼受法學的本土化而言，法域介面教義學也是最可能產生本土特色教義學的法學領域。

第四卷是社科法學。老師對民眾法意識的調查、對物權的經濟分析，都是華人世界社科法學的先驅之作，也是繼受法學真正本土化的路標。當這些作品在以教義學為中心的臺灣法學界逐漸有越來越多的

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

共鳴者與合作者之時，在社科法學甚具傳統的中國大陸，這些作品努力去示範的，是跨越法教義學與社科法學的鴻溝，使二者真正能夠合力，去創造一種新的法教義學典範。

以上四卷的基本架構，可謂均發端於臺灣，恢弘於兩岸，不僅記述了老師的學術生命的軌跡，也見證了兩岸法學界數十年交流中的種種激盪與徘徊。老師2019年開始「法學的想像」課程，兩岸眾多的頂尖大學都願意共同參與，跨越海峽、跨越世代、跨越法學的不同分野的兩岸法律人，也都在課堂中快意分享、討論甚至激辯。這四卷論文集的主題及子題，其發端與形成並非偶然，所有作者的志趣匯聚於此，更非偶然，我們對於編排的順序及方式，也因而僅著眼於體系安排，未參考傳統的輩分或兩岸分流。

法學的想像，或許對某些人來說，仍然難以想像。我們利用為老師祝壽的機會，為法學的想像，編輯這一套handbook式的祝壽論文集，目的是在化想像為具體的作品，讓想像從此落地生根，並期待以後開花結果。對於本套論文集的所有作者，以及在2021年3月27日，共同擘畫、執行及參與兩岸同步的祝壽研討會的所有同儕及先進前輩，我們在此要獻上誠摯的感謝與祝福。

今年因為疫情的阻隔，使很多作者無法在臺北當面為老師祝嘏，但盛大的宴席也總要散場，只有思想的激盪永不謝幕。就讓這四卷充滿想像的論文集，為老師未來法學的藍圖宏願，為學者們自由馳騁的思想冒險，也為跨越兩岸的這許多因緣際會，留下見證吧！

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會

2021年11月

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

讓法學長出翅膀

幾位在兩岸教書的學生知道我怕任何形式的祝壽活動，但看到我最近連四學期開「法學的想像」系列課程，且因這些課都有兩岸中青年學者蒞課或遠距參與，累計有四五所大陸高校的同學連線共襄盛舉，想打鐵趁熱用系列的四個主題徵文，讓想像真的起飛，徵求我的同意，我不伎有求的原形於是畢露，人生七十，何不小瘋一下？只是為什麼要開這樣的課，還是得簡單說說。

智力活動和想像的連結，從來不受質疑的就是藝術，藝術也是唯一可以啟發其他智力活動的想像者，此所以在未來機器人和生化人趴趴走的世界，公認有最大機會倖存的人類行業就是藝術家。但以自然世界為研究對象的各種自然科學，和以人類社會為研究對象的各種社會科學，因為事實的浩瀚和因果的交織，不論發現或解釋也都需要想像力爆發的瞬間，像阿基米德那樣忘我的從澡盆一躍而起。甚至抽離所有具象而無關乎直接發現或解釋的數學，也因為它的純淨、精確而能終局找出各種科學思維的盲點，在科學家看到的事物總和之外，指出大千世界的最大可能性，數學家絕對需要最多維的想像。

至於法學，基本上就是在法律條文之間（大陸法系）或法律案件之間（英美法系）不斷做比對，通過某種規範邏輯的連結去找出背後的原則，人為的law不像自然世界或者人類社會運轉的law那樣有待發現，不論良窳，這些強制人們遵循的規範在完成一定程序後就有了「效力」，法學家的主要貢獻是在層出不窮的社會衝突中指引這些人為法的有序運作，使其一方面有較高的可預見性，另一方面還保有一定的調適空間。但不論法律條文或事實型態的比對，都使法學的活動看起來更像一個匠人，蒐集足夠資訊和基本邏輯訓練是不可少的，但不是想像力。

這樣的自我懷疑並不少見，業外對法學這種智力活動含金量不足的苛評更不用說。即使走過許多輝煌時代的德國法學，近年密集反思

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID□14226

教義學的發展現狀，普遍的結論也是實用教義學（主要功能在提高法的可預見性）和理論教義學（主要功能在提高法的可調適性）比重上已經明顯失衡—法匠過剩，大師稀缺。在法學的路似乎愈走愈窄的今天，我最近幾年的思考反而傾向於危機就是轉機，創新薄弱其實是法學研究自我封閉的結果，而不是原因。只要站在更高的位角去窮盡法學的各種可能性，應該不難看到大陸法系法學的遠景，尤其對從不同歷史起點先後走向法治的兩岸中國而言，告別繼受法學而建立新的議程，此其時矣！

在我看來，繼受法學正因為伴同法律直接繼受他國的法教義學，而使繼受者忽略了前手在教義形成過程的諸多創新努力，繼受者為克服法律移植無可避免的排斥性，其法學的重心也很自然的放在實用上，更不利於理論的創新。所以斯時斯地來談法學的想像，反而更要回到大陸法系法教義學的原點，強調我們需要的是更好而非更少的教義學：在民法方面，建議朝一個具有更大規範容量的大民法典去努力，在憲法方面，建議反過來從更能反映各國社會歷史條件的部門憲法出發去形塑總體的憲法教義；另外認為有必要從以法領域為教義學單位的傳統走出來，把法域間互動介面也納入體系化；社會科學已趨成熟的知識如能直接間接挹注於法教義學，更可縮短效力和實效的差距。這就是我所構思的大陸法系教義學的新議程。

兩岸學者回應的熱烈，至少說明方向沒有太大偏差，我對犧牲寶貴時間參與思考激盪的所有學者，心懷無限的感激。幾百年前的歐洲，羅馬法的重註結合了人文主義和各民族法的精髓，大陸法系的法學何嘗少過創新！我輩若要看到昔日歐陸的風華再現東亞，何不一同繼續築夢，或許終能以最優質的法治連結兩岸？

蘇永欽

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

目　錄

一場兩岸法律人的雙向奔赴
蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會
讓法學長出翅膀　蘇永欽

體系思維

理解大民法典　朱慶育
壹、引　言 …… 4
貳、大民法典的理論建構 …… 5
參、大民法典的體系架構 …… 12
肆、結　語 …… 18

民法典與特別民法關係的建構　謝鴻飛
壹、歐陸傳統民法典、技術中立與自然法 …… 21
貳、特別民法的功能類型及其與民法典的關係模式 …… 24
參、中國大陸民法典與特別民法的關係模式 …… 28
肆、結束語：返本與開新 …… 32

論中國大陸《民法典》採用新法學階梯體系及其理由
——兼榷蘇永欽教授中國大陸《民法典》
體系化失敗論　徐國棟
壹、中國大陸學者對《民法典》體系的研究以及
蘇永欽教授對此等體系的批評 …… 35
貳、基本概念的澄清：體系的含義及功能 …… 37
參、中國大陸《民法典》體系對潘得克頓體系和法學階梯
體系的萃取 …… 41

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

肆、蘇教授建議的財產法典體系的缺陷 49
伍、結論與體系問題外質疑 52

民商合一下的商法與商事契約 王文宇
壹、序　言 58
貳、民商合一對商法與契約法的衝擊 59
參、商法案例說明——票據法與民法之適用關係 66
肆、商事契約案例說明——民事保證與商事保證 70
伍、結　論 74

契約請求權體系之素描 陳自強
壹、前　言 77
貳、請求履行 79
參、損害賠償之請求 83
肆、返還請求 85
伍、結　語 88

債法總則體系的基礎反思與技術重整 朱　虎
壹、問題緣起 90
貳、爭論實質 91
參、觀念基礎 97
肆、重整方式 107
伍、結　論 112

通往財產法總則之路
——以荷蘭民法典為鏡鑑 李　宇
壹、民法總則之下的財產法總則 116
貳、財產分類及財產公示 117
參、財產的變動 120
肆、占　有 121
伍、財產管理與信託 121

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

陸、共　有 125
柒、用益權和擔保 125
捌、其他內容 129
玖、總結與藍圖 129

論知識產權法上的定限權法定主義 解　亘
壹、問題的提起 133
貳、現　狀 134
參、定限權法定抑或自由的正當性 139
肆、代結語 144

中國大陸民法典侵權責任編的外在體系 李　昊
壹、中國大陸民法典侵權責任編的編纂 146
貳、《民法典》侵權責任編同其他分編在外在體系上的牽連 ... 149
參、從公私法銜接角度審視《民法典》侵權責任編的外在體系 158
肆、結　語 159

中國大陸《民法典》的「新」與「舊」——歷史回望、未來適用與繼續發展 聶衛鋒
壹、中國大陸民法典的制定史與編纂史 162
貳、《民法典》的「新」 167
參、《民法典》的「舊」 175
肆、《民法典》的缺憾 181
伍、《民法典》的未來適用 188
陸、《民法典》與私法的繼續發展 193
柒、結　語 197

體系解釋的論理構造——以最高法院及高等法院相關裁判為中心 王耀霆
壹、前　言 200

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

貳、體系與體系解釋 202
參、體系解釋的類型 207
肆、法典型體系解釋 209
伍、法條型體系解釋 218
陸、法理型體系解釋 222
柒、結　語 228

債物關係

《民法典》體系中處分行為問題之研究　姚明斌
壹、特殊動產所有權雙階處分合意 235
貳、土地經營權處分的類型與層次 237
參、未登記動產抵押權的物上債務 239
肆、無權處分效力規則的類推更新 243
伍、超級優先權效果的意定與法定 247

物上之債的構造、價值和借鑑　常鵬翱
壹、引　言 251
貳、瑞士學理 251
參、學理優勢 258
肆、借鑑價值 260
伍、結　語 264

損害賠償（之債）作為公因式？
——大民法典理論下的反思　張永健
壹、前　言 266
貳、導　論 266
參、極度不精確的損害賠償概念 269
肆、債法的損害賠償 272

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

伍、民事救濟的一般理論 277
陸、結　論 282

從債物二分的底蘊看德國物上之債 張譯文
壹、前　言 285
貳、所謂「物上之債」 287
參、債物二分原則的例外 291
肆、我國法上展望 295

法定返還之債規則的合與分 趙文杰
壹、《民法典》規範概觀和呈現的異同 299
貳、可統合的共性 301
參、應保留的差異 305
肆、結　論 309

論物權行為的非處分性
——以土地經營權的規範適用為例 章　程
壹、土地經營權的用法困境 311
貳、處分行為與內容自由限制物權的設定 314
參、處分行為與登記對抗的物權變動 325
肆、結　論 328

從新興科技趨勢，看物權法定原則 陳丁章
壹、前　言 331
貳、從物權的定義展開 331
參、再談物權自由（創設）原則 336
肆、新興科技對於公示成本的改變 341
伍、結　論 350

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

物與物權

財產權登記與物權體系建構 葉金強

壹、問題的提出 356
貳、物權體系與物的基礎性分類 357
參、《民法典》之下的財產權登記 358
肆、登記物、非登記物區分基礎上的物權體系 364

Ginossar所有權理論評析 張　靜

壹、引　言 372
貳、Ginossar所有權理論的主要內容 373
參、Ginossar所有權理論的體系衝擊 377
肆、Ginossar所有權理論的學術評析 379
伍、Ginossar所有權理論的應用前景 384
陸、結　語 389

土地空間開發利用的理論框架與實踐運用
——「卡-梅框架」下空間役權、公共役權與相鄰關係的體系再造 汪　洋

壹、重構土地空間開發利用的權利體系 392
貳、空間建設用地使用權：獨占利用模式 396
參、空間相鄰關係：法定無償的利用協調模式 402
肆、空間役權與公共役權：有償、非獨占的利用模式 405
伍、土地空間權利體系的實踐運用 410
陸、「卡-梅框架」下空間役權、公共役權與相鄰關係的體系再造 415
柒、結論與結語 422

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

債法問題

從預售屋交易新爭議條款觀察私法自治原則的發展隱憂 楊淑文

壹、預售屋交易之新爭議條款對任意性規範之衝擊 429
貳、預售屋交易買受人風險 434
參、預售屋廣告相關爭議條款 438
肆、結論、德國法相關法制之借鏡 452

試論酌減形成權——從臺灣高等法院107年度重上字第900號判決之啟發論民法第218條之性質 吳從周

壹、問題意識 456
貳、民法第218條生計酌減規定之法律性質 460
參、依民法第218條提起之後訴訟不受前案既判力遮斷 475
肆、結　論 477

與租賃物相關之事實上現象及解除契約——評最高法院94年度台上字第168號民事判決 王千維

壹、本案事實 480
貳、爭　點 480
參、判決理由 480
肆、評　析 481
伍、結　論 493

締約上過失之法典化與體系定位 楊宏暉

壹、前　言 495
貳、締約上過失理論之發展與類型 496
參、締約上過失法典化之問題 504
肆、締約上過失規定之性質 526
伍、結　語 530

搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID□14226

網路遊戲虛擬財產債權論的展開 繆　宇
壹、實踐和理論的紛爭 533
貳、物權說的問題 535
參、債權說模式下用戶與網路遊戲運營商之間的法律關係 542
肆、債權說模式下用戶之間的法律關係 550
伍、結　論 558

擔保制度

民法典中的動產和權利擔保體系 龍　俊
壹、引　言 564
貳、消滅隱形擔保 565
參、建立統一的人的編成主義登記系統 572
肆、構建統一的擔保物權優先順位規則 575
伍、擴張正常經營活動中的買受人規則的適用範圍 579
陸、合併一般動產抵押與浮動抵押的對抗規則 584
柒、引入超級優先權規則 588
捌、外部體系成型 590
玖、內部體系昇華 594

法國2021年擔保法制之改革方向初瞰 林慶郎
壹、前　言 599
貳、法國擔保法制之改革背景 599
參、法國擔保法制之改革特點 602
肆、結　論 615

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

家事民法

論大民法典下之親屬法體例與親子關係血緣法制——民法親屬編九十年部分規範之比較法回顧與展望 林易典

壹、導論：民法典之體例變遷 620
貳、親屬法制獨立於民法典外立法之成因 623
參、典範移轉與親屬法制重返大民法典 625
肆、民法以外相關法規中之親屬法制省思 627
伍、大民法典下之親屬法制與民法總則規範間之關係 632
陸、婚生與非婚生子女之身分類型與婚生性用語檢討 638
柒、血緣法制下部分區別對待非婚生子女規範之檢討 643
捌、血緣法制下體制間差異之調和可能 647
玖、結　論 658

走向整合的家庭法 劉征峰

壹、民法典內部的整合模式 660
貳、私法內部的並存整合 667
參、超越私法的領域整合 671
肆、結　論 675

重婚有效的困境與出路 婁愛華

壹、獨上高樓：民法史上的第一次 678
貳、伊人憔悴：司法實務的不買帳 680
參、驀然回首：修法為何背離初衷 683
肆、燈火闌珊：羅馬古法與新思潮 686

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID□14226

原始發想

大民法典的理念與藍圖 蘇永欽

壹、前　言 694

貳、民法典和部門民法的抉擇 695

參、薩維尼教義學的昨日今日 703

肆、解放物權廣納各財產關係 710

伍、初步製作大民法典的藍圖 718

陸、結　語 736

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

體系思維

- 理解大民法典　朱慶育
- 民法典與特別民法關係的建構　謝鴻飛
- 論中國大陸《民法典》採用新法學階梯體系及其理由
  ——兼榷蘇永欽教授中國大陸《民法典》體系化失敗論　徐國棟
- 民商合一下的商法與商事契約　王文宇
- 契約請求權體系之素描　陳自強
- 債法總則體系的基礎反思與技術重整　朱　虎
- 通往財產法總則之路
  ——以荷蘭民法典為鏡鑑　李　宇
- 論知識產權法上的定限權法定主義　解　亘
- 中國大陸民法典侵權責任編的外在體系　李　昊
- 中國大陸《民法典》的「新」與「舊」
  ——歷史回望、未來適用與繼續發展　聶衛鋒
- 體系解釋的論理構造
  ——以最高法院及高等法院相關裁判為中心　王耀霆

元照出版　搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID□14226

理解大民法典

朱慶育*

摘　要

大民法典是自德國民法典以來最具雄心、原創度最高的體系構建之舉。本文旨在透過梳理大民法典的理論建構與規範體系，站在作者立場尋訪大民法典的脈絡架構，為理解大民法典提供一種可能的視角。本文認為，大民法典的理論建構在維持體制中立、重構債物二分、放棄物權法定與彰顯意定法定四個層次步步推進，呼應其理論構造的規範體系則由私法規範之全集、以財產法為原型、三重總分則體例與意定法定二分制四根支柱撐起。大民法典藍圖表明，作為後發者，漢語法學已經開始自覺擺脫既有知識框架的路徑依賴，在知識傳承的軌道上邁出力圖超越前人的第一步。

* 南京大學法學院教授，中國政法大學法學博士。

元照出版　搶先試閱版

關鍵詞：大民法典、體制中立、債物二分、物權法定、意定關係、法定關係

更多相關文獻，請上月旦知識庫http://lawdata.com.tw/tw/。

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

壹、引　言

現代法典家族的基本格局，迄今仍是法國開創的法學階梯式和德國開創的潘德克頓式二分天下。二範式猶如法典二原色，其他非典型樣態不過是該二原色不同比例的調色結果而已。二原色的世界難免單調。新世紀的法學思考能否發現第三原色，開創三足鼎立的格局，或者，至少實現法學階梯或潘德克頓的升級版，從而帶來某種程度的法典範式轉換，是一個考驗百年來法學家知識生產能力的問題。

蘇老師「大民法典」的思考，屬潘德克頓升級版的努力。依筆者管見，這也許是自德國民法典以來最具雄心、原創度最高的體系構建之舉。僅從「大民法典」之稱謂，便可略窺其宏大格局。無可否認，範式更新從來都是最具挑戰性的科學事業。為了創造有別於法學階梯的法典新範式，德國數代潘德克頓法學家窮經皓首，歷經百年始有大成。很遺憾，法學家的思考力似乎亦因此被開發殆盡，以致於在剛過去的百年，宏大的體系思考漸趨式微。法學家不再對如何構建更科學的法學體系感興趣，而只在乎如何更精準的捕捉法律細節；製造這些細節的，往往又是作為政治家的立法者。於是，唯政治家馬首是瞻，日漸成為法學家的新準則。在此背景下，蘇老師之追求大民法典，無疑是在逆流而上，也正因為如此，其苦心孤詣才更值得認真對待。

蘇老師最新系統思考，集中體現於新近發表的「大民法典的理念與藍圖」一文。文章「結語」中，作者清醒意識到：「對於法學技術上仍未脫離借鑑階段的後發國家，提出這樣的新思維當然要考慮，這裡談的已經不只是個別規則的創新，而主要在於體系的再造，沒有理論的積累與法學的共識，無疑會有甚高的論證困難與實施風險。因此更多學者的投入，提出批判或修正，是絕對有必要的。」[1]確實，原創程度越高，論證難度越大。管見以為，至少在新理論新體系始創之初，對其表示支持或反對之前，首要之務當在理解。唯有沿著作者視角作最大限度的同情理解乃至補強論證，方可明瞭作者問題意識及其展開路徑與邏輯，並由此呈現作者所追求的知識貢獻。

元照出版　搶先試閱版

1 蘇永欽：《大民法典的理念與藍圖》，載《中外法學》2021年第1期，第82頁。

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

本文可稱「投入」的一種嘗試，但囿於學識與積累，只能暫對「大民法典」作讀書筆記式的解讀。基本思路是，以「溫情與敬意」之心，透過梳理大民法典的理論建構與規範體系，努力站在作者立場尋訪大民法典的脈絡架構，為理解大民法典提供一種可能的視角，並藉此恭賀蘇老師古稀之壽。

貳、大民法典的理論建構

大民法典的規範體系架構是理論的產物，此類似於《德國民法典》係潘德克頓法學的條文化。因此，欲要理解大民法典的規範體系，必先瞭解其理論建構，瞭解作者為何以及如何。據筆者理解，大民法典的理論建構，主要在維持體制中立、重構債物二分、放棄物權法定與彰顯意定法定四個層層推進相互呼應的問題意識上展開。

一、維持體制中立

體制中立是民法典作為私法普通法擺脫政策影響超然政治的根本之點，之所以存在「公法易逝，而私法長存」的說法，原因亦在於此。[2]在蘇老師所列民法典體系各項規則中，此規則居於實體規則首位。[3]在某種程度上說，大民法典之構思，正是基於維持日益遭到衝擊的體制中立之問題意識。

蘇老師注意到，衝擊體制中立的危險來自於兩方面：

第一，國際環境上，在經歷十八、十九世紀民族國家的興起後，從二十世紀下半葉開始，歐洲各民族國家又回首尋求超越主權的一體化，私法一體化係其重要內容。然而，以維持主權獨立為前提的法律一體化，必然伴隨著政治抵制與妥協，結果是，私法不斷因為片段化而呈現分裂為垂直部門法的趨勢，至於水平面的體系化，「漸漸連向來對民法的體系化懷抱最高理想的德國，對於歐洲民法的何去何從，都感到焦慮且已開始分

2 〔英〕弗里德利希・馮・哈耶克：《法律、立法與自由（第1卷）》，鄧正來等譯，中國大百科全書出版社2000年版，第212頁。

3 蘇永欽：《現代民法典的體系定位與建構規則》，載氏著：《尋找新民法（增訂版）》，北京大學出版社2014年，第84-97頁。

搶先試閱版

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID□14226

歧。」[4]

第二，中國大陸實證法上，合同法、物權法、侵權責任法等垂直的單行法及其配套條例各行其是又自成系統，將原本體系高度相關的法律規範切割成部門條塊。「以《物權法》為例，因為在範圍上作了界定，從交易的公平，到作為交易前提的市場參與者（主體）、交易標的的資源初始分配，乃至基於公共政策考慮對某些交易行為的管制，全都放進去作系統化的編排，盡可能用一個法律解決所有相關問題」[5]，這種垂直切割的民事立法，「往長期看，並立而欠缺整合的部門立法或部門式法典，個別法律或各編之間在技術的接軌和政策的協調上，又難免有層出不窮的問題，有時候A法律的適用問題得到解決，潛在的卻製造了B、C、D法律更多的問題，原因就在少了跨越各法的體系化規範。」[6]不僅如此，將深嵌政策因素的垂直單行法合成一部民法典後，由於政策易變，「其結果就是民法典可能面對必須不斷修正，卻仍無法避免另訂特別法的窘境，找法者甚至無法確知法典與單行法之間的選擇（比如侵權責任編與醫療法之間發生規範矛盾時），是否還有特別法優於普通法原則的適用，或者只能決之於後法優於前法？」[7]

體制中立曾是《德國民法典》的立法精神。蘇老師指出，普朗克（Gottlieb Planck）回應基爾克（Otto Friedrich von Gierke）對法典「極端個人主義立場」的質疑時回應：需要對弱勢者作特別考量的規定都放在特別法，法典本身並不承擔這個功能。[8]至於安東・門格爾（Anton Menger）指責契約自由導向強者恆強的「契約專制」（Vertragsdiktat）、私有制與繼承法只保護有產者利益之激烈批評，在當時則幾乎未受關注。[9]《德國民法典》制定後，見證帝制、魏瑪共和、納粹、戰後資本主義聯邦制、經改造後在社會主義民主德國以及兩德統一的聯邦德國諸意識

4 蘇永欽：《大民法典的理念與藍圖》，載《中外法學》2021年第1期，第62頁。
5 蘇永欽：《大民法典的理念與藍圖》，載《中外法學》2021年第1期，第63頁。
6 蘇永欽：《大民法典的理念與藍圖》，載《中外法學》2021年第1期，第63頁。
7 蘇永欽：《大民法典的理念與藍圖》，載《中外法學》2021年第1期，第63頁。
8 蘇永欽：《大民法典的理念與藍圖》，載《中外法學》2021年第1期，第59頁。
9 〔德〕茨威格特、克茨：《比較法總論（上）》，潘漢典等譯，中國法制出版社2017年版，第267頁。

購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14226

國家圖書館出版品預行編目資料

法學的想像. 第一卷, 大民法典：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集／蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編. -- 初版. -- 臺北市：元照, 2022.01
面；　公分
ISBN 978-957-511-665-1（精裝）

1.CST：法學　2.CST：文集

580.7　　110022649

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集

法學的想像〔第一卷〕大民法典

5D618HA

2022 年 1 月　初版第 1 刷

主　　編　蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會
出 版 者　元照出版有限公司
　　100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網　　址　www.angle.com.tw
定　　價　新臺幣 1000 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.
元照出版　搶先試閱版
登記證號：局版臺業字第 1531 號　　ISBN 978-957-511-665-1

法學的想像

[第一卷]

大民法典

德國民法典因其體系謹嚴，在法典繼受中呈現出跨越社經文化與意識型態的普適性，然其物債二分體例所對應的財產動靜秩序，卻限制著法典體系容量的提升。面對經濟全球化與公私混合治理的型態轉變，新世紀的民法典應思繼往而開來，在自治與管制之間開創新典範。立基於此的大民法典，其宏構伏脈於蘇永欽教授三十年前對物權法定主義的反思，物權自由化的命題亦曾在中國大陸民法典編纂進程中掀起理論颶風，而終於臺灣民法物權編修改現其精神。在本卷論文集中，兩岸民法學者分就體系思維、債物關係、物與物權、債法問題、擔保制度、家事民法等六大議題撰文，嘗試在意定關係與法定關係的二分架構下重構民法體系，與蘇永欽教授共繪大民法典的藍圖。

ISBN: 978-957-511-665-1
9 789575 116651
5D618HA
定價：1000元

元照網路書店　元照讀書館

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