



法學的想像

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集

[第三卷]

跨域教義

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會

 元照

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集

法學的想像

〔第三卷〕

跨域教義

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

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，盡數歸於承襲日襲德的訓詁注釋，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成

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

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

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，我不攸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

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

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

基礎理論

競合法律規範與重複制裁

——問題框架

鄧 峰

壹、問題的提出和現有規則的檢討	5
貳、多重法律責任的實踐挑戰	9
參、檢討與反思	15
肆、結 語	20

轉 介

公、私法跨域教義學之實踐

——以公法學視野出發

詹鎮榮

壹、序 言	26
貳、公法轉介私法之現況分析	27
參、公、私法域的耦合	34
肆、結論與展望	38

作為介入和擴展私法自治領域的行政法

章劍生

壹、引 言	41
貳、作為公法的行政法	42

參、作為介入私法自治領域的行政法	50
肆、作為擴展私法自治領域的行政法	56
伍、結語	61
尋找私行政法	程明修
壹、問題：公法—行政私法—私行政法—私法	63
貳、私行政法之建構	66
參、私行政法之衝擊	68
肆、未竟之語	70
金融法與民法第71條規定跨域轉介調和之探討	郭土木
壹、前言	72
貳、金融管理法令之強制與禁止規定	73
參、民法第71條取締與效力規定之界線與適用標準	77
肆、實務見解與比較評析	84
伍、結語	98
中國大陸法秩序下自然資源國家所有權 在公私法域間的分工協同	和佳佳
壹、問題的提出	101
貳、自然資源國家所有憲法規範的統合	102
參、自然資源國家所有權客體決定於公法秩序的正當形成	111
肆、自然資源國家所有權主體的身分轉換	115
伍、以自然資源國家所有權內容為中心的客體轉介	120
陸、認真對待自然資源國家所有權在公私法域間的變與不變 ...	129
論強制性規定對法律行為效力的影響 ——以中國大陸的立法、司法、理論發展為中心	胡相宜
前言	132
壹、中國大陸相關立法的變遷	132
貳、司法適用狀況之概覽	137

參、理論研究的到達點	143
肆、總結與展望	155

義 和

第三法域之跨法域現象與法律之解釋適用

——以公平交易法為例說明

吳秀明

前 言	164
壹、「跨法域」和「問題解決導向」作為第三法域之特色	164
貳、從公平法之制度與幾項問題之處理管窺第三法域之 跨法域現象	166
參、公平交易法上跨法域問題之幾項觀察與歸納	174
肆、結論——以全方位的跨法域思維促進第三法域中的法域 共榮	178

大法官釋字第726號之評析

——未依勞基法第84條之1經主管機關核備

勞動契約的法律效果

劉士豪

壹、序 言	180
貳、大法官釋字第726號對契約未經核備效力之解釋	182
參、評析大法官釋字第726號本文及理由書	184
肆、結 論	204

應 和

涉外民事法律適用法與民事實體法的應和

陳榮傳

壹、前 言	210
貳、立法形式的應和	211
參、體系安排的應和：配偶繼承權	217
肆、法律概念的應和：離婚後的親權	218

伍、規則內容的應和：載貨證券的約款	219
陸、法律價值的應和	221
柒、結 論	224

國際私法與民法典的體系關聯

宋 曉

壹、序 言	226
貳、理論發展史的關聯與昭示	228
參、現實立法的關聯模式	234
肆、體系兼容問題	242
伍、價值判斷之關聯	250
陸、結 論	255

停止侵害判決的實體法與程序法視角

曹志勛

壹、強制執行中的停止侵害判決	258
貳、兩大法系的停止侵害請求	259
參、中國大陸的停止侵害請求	262
肆、停止侵害之訴的訴訟標的	265
伍、結 論	269

扣押物發還

王士帆

壹、前 言	271
貳、發還要件——無留存之必要	275
參、應受發還人	279
肆、受領權顯著性	285
伍、結 論	289
後 記	290

論債務人保護案件中三角債權詐騙的認定

徐萬龍

壹、民法中債務人保護規定引起的定性難題	292
貳、債務人錯誤給付的行為定性	296
參、債務人保護規定對認識錯誤的影響	298

肆、源於第三人的財產獲利可符合素材同一性要件	301
伍、結 論	305

債權人代位權行使的法律效果

——以《民法典》第537條的體系適用為中心

金 印

壹、問題的表象與本質	308
貳、請求問題與歸屬問題的二元劃分	311
參、直接受償規則的純粹債法性質	314
肆、代位所得財產的最終歸屬問題	323
伍、結 論	328

統 合

網路社群媒體時代政府公關事務的法律界線

翁曉玲

壹、前 言	334
貳、政府公關事務的概念與運作	335
參、政府公關事務之憲法評價	336
肆、政府公關事務之法律規範	341
伍、政府公關事務與網路社群媒體的距離	346
陸、結 語	353
後 記	354

初探美國性侵犯住居限制之相關規範與違憲爭議

法思齊

壹、前 言	356
貳、立法背景	356
參、各州現行法概況	359
肆、相關違憲爭議	363
伍、結 論	370

耦 合

論股份收買請求權

——評價與法律領域之交錯

方嘉麟

壹、簡 介	374
貳、評價方式多元價格差異性大	376
參、股份收買請求權的功能與沿革	380
肆、我國法律規範與實務運作	388
伍、私有化併購顯現的問題	392
陸、股份收買請求權功能的再檢視（代結論）	399
後 記	407

金融管制法與競爭法之調和

——法釋義學上平行法域耦合之模式設計

王志誠

壹、楔 子	410
貳、競爭法與金融管制法之適用關係	411
參、金融業適用競爭規範之模式設計	418
肆、相關主管機關之執法策略及協調機制	430
伍、結 論	436

設計專利、競爭法與誠實信用原則

——以帝寶車燈外觀侵害暨Daimler售後市場

拒絕授權案一審判決為例

王立達

壹、前 言	440
貳、案件基本事實、當事人主張與判決結果	442
參、智慧財產權不等於獨占，但不能一概排除構成獨占、 違反競爭法的可能性	443
肆、相關市場界定	448
伍、拒絕授權	459
陸、違反禁反言與誠實信用原則	468

柒、權利失效與誠實信用原則.....	475
捌、結 論.....	483
行政程序與刑事訴訟程序交錯	
——以違反公平交易法事件為例	王銘勇
壹、前 言.....	486
貳、公平法違法行為之罰責類型.....	487
參、公平法行政程序法與刑事訴訟法交錯分析.....	488
肆、公平交易行政程序與刑事訴訟程序交錯檢討.....	491
伍、結 論.....	497
論職務命令與行政罰法第11條第2項	
	蔡聖偉
壹、前 言.....	500
貳、刑法第21條第2項的解釋.....	500
參、公務員法中的行為指示.....	503
肆、行政罰法第11條第2項本文的適用.....	505
伍、行政罰法第11條第2項但書.....	506
陸、結 論.....	508
智慧財產權之交互運作及過度刑罰化之省思	
	鍾鳳玲
壹、前言——以賦予排他的智慧財產權來保護創作.....	510
貳、權利人尋求更高、更久、更容易、更有效率的保護.....	514
參、結 論.....	524
民法中的「稅制構件」	
——以德國近期的「房產開發商案」為中心	班天可
引 言.....	527
壹、「房產開發商案」的來龍去脈.....	527
貳、稅制變動時的價格調整：以增值稅中性原則為視角.....	531
參、民法和稅法的協動：在增值稅中性原則與國庫之間.....	536
肆、結 語.....	541

行政程序法上和解與行政訴訟法上和解之比較

——以微軟案及高通案為例

謝杞森

壹、行政程序法對於行政和解的規定與適用	544
貳、行政訴訟法對於行政和解的規定與適用	548
參、行政訴訟的審理	552
肆、結 論	553

原始發想

法域介面教義學

——也許我們需要的是更好的教義學？

蘇永欽

壹、前 言	558
貳、以法域為界的法教義學	559
參、主要赤字在於法域介面	565
肆、多元動態的介面教義學	567
伍、教義學產業的分工調整	580
陸、結 語	582

基礎理論



➤ 競合法律規範與重複制裁
——問題框架

鄧 峰

競合法律規範與重複制裁

——問題框架^{*}

鄧 峰^{**}

摘 要

中國大陸的經濟改革和市場化的進程之中，民商法扮演著主導性的作用，因此形成了一些獨特的規範以解決責任競合的問題。法典化的過程中，受制於法律移植的路徑、方法和層次，一些根本性的、基礎性的規則包括其理論基礎並未得到反思。隨著近年來的強監管、協調或聯合執法，當公法的執行背景開始發生變化的時候，會出現由於規範競合而可能存在的重複或者過度懲罰問題。本文試圖對這些問題進行一個框架性的梳理，並揭示了現有法律中的規範混亂、理論空白，也表明了改革路徑對立法、司法和法學理論的新挑戰。

^{*} 本文為祝賀蘇永欽教授古稀壽辰而作。我在攻讀碩士和博士研究生階段就受益於蘇永欽教授的各類著作。在北大期間，蘇教授多次參與了我所主持的青年教師工作坊，與各位同仁共同受教良多，數次訪臺期間也均有拜會蘇教授。蘇教授也受邀訪問北大參與了我所組織的「財產的公共性與治理」論壇。承蒙不棄，我也參與了蘇教授在浙江大學組織的《跨法域教義學》的課程與談討論。在許多關鍵法律問題的認識上，包括本文所涉及的一些命題，以及物權法定和登記制度、反壟斷實施能力、民事裁判中的困惑等，我都得到了蘇教授的啟發與指教。蘇教授是中文法律界少見的能夠站在國際視野，尤其是超越兩大法系的隔閡而進行相應的法律研究的學者，學識深邃，溫潤敦厚，所提出的民事與憲法的關係，也是當下兩岸法律界迫在眉睫而又極其薄弱的環節，這一問題的提出表現了蘇教授的遠見卓識。本文是在這一道路上的一個初步探討，僅以此文為蘇教授70壽辰賀。

本文的問題，受益於與蘇永欽教授在浙江大學組織的《跨法域教義學》的課程討論，同時，本文也提交了北京大學青年教師工作坊作為論文討論，對各位先進、同仁的批評指正特此致謝。北京大學法學院碩士研究生李舒豪提供了文字校正，以及補充了本文的註釋，謹此致謝。

^{**} 北京大學法學院教授，中國人民大學法學博士。

關鍵詞：規範競合、責任競合、重複懲罰、過度懲罰
更多相關文獻，請上月旦知識庫<http://lawdata.com.tw/tw/>。

4 法學的想像（第三卷）：跨域教義

當阿里巴巴遭到反壟斷法上的處罰之後，比起反壟斷調查更早出現的就「二選一」出現的「京東訴阿里」民事訴訟案件還尚未結束，並且拼多多、唯品會也加入了原告的陣營，後者作為民事執法程序，將如何處理在反壟斷處罰中已經就反壟斷法上的損害作出法律責任判斷並已經提供了法律救濟的事實呢？是各行各法，還是針對原告的具體損害已經包含在了反壟斷法執法所實現的法益之中？¹回答這一問題並非易事。各行各法，顯然是構成了重複或者重疊處罰，也和反壟斷法的目標是維護市場競爭而非個別競爭者的利益衝突的。但是，民事賠償似乎又常常被認為是「優先」的。對同一行為的重疊的法律責任甚至「過度懲罰」的問題從未如此嚴峻。

並非個案，在當下，聯合執法行為已經成為一種越來越強的中國大陸的法律特色，諸如七部委聯合進駐滴滴公司對其是否存在違法違規行為進行調查，是這種持續已久的執法實踐的一種近期出現的政策式加強。²與之同時，在一些已有的制度之中，也存在「刑民交叉」、「民行交叉」的問題，甚至法律規範；進而，由於法典化的不足，也出現了諸如不同的法律子部門之間的銜接問題，比如合同法與公司法等，一些司法解釋甚至民法典也規定了相應的規則。在出現針對同一行為的法律規範競合時，相應的問題涉及到執法權的管轄分配、實體裁量的規則，以及相應的法律責任疊加的問題。

這些問題會引發針對同一違法行為的不同法律規範適用。然而，法律規範的適用，必然存在著從規範性文件、法律制度乃至於法律部門，甚至法典的選擇問題，這涉及到法律部門的劃分問題。同樣，不同的法律規範，除了判斷標準的不同之外，也會存在著法律責任的不同，因此會出現同一行為的執法成本的不同，以及法律責任疊加問題。³隨著中國大陸的

¹ 參見國家市場監督管理總局國市監處〔2021〕28號行政處罰決定書、（2019）最高民轄終130號裁定書。

² 參見國家網信辦官方網站：「國家互聯網信息辦公室等七部門進駐滴滴出行科技有限公司開展網絡安全審查」，網址http://www.cac.gov.cn/2021-07/16/c_1628023601191804.htm，最後訪問時間：2021年8月30日。

³ 基於規制權力的重疊而產生的效率損失，較早的分析，參見James M. Buchanan and Yong J. Yoon, "Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons", *Journal of Law and Economics*, Vol. 43, 2000, pp. 1-13.

立法不斷增加，現有的法律理論之於這類系統性問題，或存在著「視野盲點」，或形成了制約或阻礙。

試圖在一個短文中提出解決問題的系統性方案有力所不能及之處，但本文試圖歸納提出這一問題的框架，並就現有理論的缺失提出方向性或者框架性的強調。

壹、問題的提出和現有規則的檢討

當出現了違法行為的時候，存在著法律規範和法律責任的競合問題，這是「諸法一體」之後的部門分化的必然結果，比如傳統上的侵權和犯罪的劃分問題；⁴也會存在著同一法律對不同法律目標（懲罰或者賠償）的切割和協調處理問題，比如刑事附帶民事賠償問題；還會存在著由當事人選擇法律規範適用或者法律責任追究問題，比如刑事自訴案件和侵權損害賠償之間的選擇。這其中儘管存在著諸多的爭議，並且許多倫理問題尚未得到解決，但大致上，一些根本性的憲政制度限制了這些問題的嚴重性，主要包括：第一，公權力的執法權力分配和行使範圍以憲法為邊界；第二，存在著明確的相對方權利的邊界作為約束條件；第三，存在著執法上的分權並且相互制約，從而導致任何一個執法部門的權力行使不超過前兩個邊界，並在法律規範的明確約束之下；第四，存在著法院，無論是明確的還是默認的，一種針對過度懲罰的衡平式救濟，透過各種原則對責任人的總體責任進行衡量；第五，存在著法定的最高責任限制或者責任終結制度，比如破產，或者以刑事處罰作為根本性解決方案。

上述的法律原則更多是一種法律制度的基礎設計，並且更多屬於憲法層面的制度安排和相應的更高層面的「法治」原則。雖然其中有一些原則在不同的立法例之中，側重不同，但總體上形成了對法律責任的上限，以及不同法律部門的重疊執行的限制。

相應的，具體到不同的法律部門之中，本身也存在著一些法律原則，從而限制了過度懲罰或者執行的情形，比如刑法中刑罰法定原則和罪行相適應原則，或者說「矯正正義」；民法中的賠償原則，具體為「受害人損

⁴ See Franklin E. Zimring, "The Multiple Middleground Between Civil and Criminal Law", *Yale Law Journal*, Vol. 101, 1992, pp. 1901-1908.

6 法學的想像（第三卷）：跨域教義

失」標準或者合同中特定的「可預見損失」邊界，或者說「校正正義」；以及行政法中的「一事不再罰」原則，或者說「比例原則」。

甚至，在中國大陸的現行法中還有一些特殊的規範，似乎是用於上述問題，或者至少是相關的法律規則，比如《公司法》中的第214條，「公司違反本法規定，應當承擔民事賠償責任和繳納罰款、罰金的，其財產不足以支付時，先承擔民事賠償責任」；目前最重要的是《民法典》第187條，「民事主體因同一行為應當承擔民事責任、行政責任和刑事責任的，承擔行政責任或者刑事責任不影響承擔民事責任；民事主體的財產不足以支付的，優先用於承擔民事責任」。這一類條款被稱之為「責任聚合」條款，⁵儘管在不同的版本之中隨著立法時間的不同，有所損益，但本質上都是強調了「民事責任優先」的原則。這可以在《刑法》第36條之中得到驗證，「承擔民事賠償責任的犯罪分子，同時被判處罰金，其財產不足以全部支付的，或者被判處沒收財產的，應當先承擔對被害人的民事賠償責任」。其他的諸如《證券法》第232條、《食品安全法》第147條、《合夥企業法》第106條、《產品質量法》第64條、《證券投資基金法》第151條、《個人獨資企業法》第43條，和原來的《侵權責任法》第4條等，大部分都是與《公司法》的規定類似的。這些條文幾乎從來未被使用過，偶爾有個別的情形下會得到法院的引用，也並不屬於爭議的焦點或者用來作為裁量的依據，更多是引用來作為對當事人減免責任的反駁。⁶

民法學者會主張「責任聚合」與「責任競合」有所區別，「兩者的共同之處在於均符合同一事實引起數個法律責任的特徵，區別在於責任聚合所包括的數個責任之間並無衝突，而責任衝突則是責任競合的最基本特徵」。⁷這顯然是一種基於部門法內的受限視野，從這些規範的本意而言，僅僅是強調了如果出現了同一違法行為的法律責任分離和民事責任優先。但是這些規範，實際上更多是對法律部門不同法律責任的分割，是基於法律規範、文件、制度甚至部門的劃分，而非相反，因此實際上存在著一個默認的前提，即法律部門、制度、文件的分工、劃分是清晰的，同時

⁵ 參見王利明：《論責任競合》，載《判解研究》2003年第2輯，第9頁。

⁶ 例如僅有的案例，（2021）黑01民終3260號民事判決書。

⁷ 參見王利明主編：《中華人民共和國民法總則詳解》，下冊，中國法制出版社2017年版，第871頁。

國家圖書館出版品預行編目資料

法學的想像，第三卷，跨域教義：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 978-957-511-667-5（精裝）

1.CST：法學 2.CST：文集

580.7

110022651

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集

法學的想像〔第三卷〕跨域教義

5D620HA

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 900 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 978-957-511-667-5

法學的想像

[第三卷]

跨域教義

法教義學的本質，即是透過相同、不同與類似的比對去連結概念、規則、原則和制度，而由此形塑出指導理念相異的法域，則是法教義學發展的必然。法域的界分有助於在學術分工的基礎上迅速凝聚共識，但也使法學研究者容易忽略法域之間存在的規範重疊與衝突。因此，倘能把比對的研究延伸到法域之間，發現、整理其間的各種介面，法教義學將更為完整，體系化的效益也必然大幅增加。循此理念，兩岸跨法域研究的精銳學者於本卷論文中分就蘇永欽教授提出的轉介、假借、義和、應和、統合與耦合六個介面作出體系整合，嘗試以全觀法律人的視角，共同構築跨法域教義學這一最後拼圖。

ISBN: 978-957-511-667-5



9 789575 116675

5D620HA

定價：900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