

民事財產法在新世紀面臨的挑戰

蘇永欽 / 政治大學法律學系教授

經過大規模調整的台灣民法，唯有在新世紀法律體系的溶解重組過程中，在理念上和其他法律領域，乃至其他法律家族更相容並存，才能回應未來社會挑戰的能力。

前言

十九世紀的法國小說家Jules Verne，因為準確的描繪了人類登陸月球的情景而聞名於二十世紀，在各種科技正以加速度改變整個世界的今天，我們可能需要十數倍於Verne的想像力，去預測二十一世紀人類社會的面貌，以及民事財產法的回應，那當然遠遠超過了這篇小文的負載能力。還好在世紀即將交會的此刻，一些可預見的變化已經浮現，也足夠我們去思考，民法有沒有作好至少初期的準備。歷史讓我們樂觀的相信，概念體系達到相當成熟度的民法，有能力適應累積式的社會變遷，歐陸第一代的法國、奧地利民法典，第二代的德國、瑞士民法典，都通過了世紀的考驗。而若再追其源頭，則古羅馬的查士丁尼法典內涵的諸多制度，更是歷千禧而彌新。我國民事財產法繼承的是第二代的歐陸法典，在台灣紮紮實實的施行了半個多世紀，也終於在世紀末幾近完成全部的調整，故我們確有理由相信，未來民法在

規範技術層面，仍將繼續扮演台灣法律體系領航者的角色，值得觀察的，毋寧是最近二十年公法的發展與第三領域的出現，在理念和方法上對民法的衝擊，乃至某種程度的使其「工具化」；以及在全球化趨勢下，隨著法系藩籬的逐漸模糊，民法中頻頻出現的異種接枝。台灣民法能否在法律體系的溶解重組過程中找到適當的定位，在理念上和其他法律領域，乃至其他法律家族更相容的並存，將直接關係到它繼往開來，回應未來社會挑戰的能力。以下即分從幾個面向略加論述。

一、交易結構的改變

新世紀將延伸本世紀末期已經開其端的「私化」(privatization)風潮，在交易的主體和標的上，不斷擴展。不論公營事業的民營化，機關組織的財團法人化或單純的業務委外，都使國家在引進民間活力的同時，受到的規範也從公法擴張到私法，乃至「遁入」私法，公法關係和私法關係將以更複雜的方式糾結在一起。

另一方面，在交易的型態上，電腦、網路和資料庫結合所創造的電子商務，未來在企業對企業（B2B）方面可望躍升為交易的主流，即使在企業對消費者（B2C）方面，也有不容忽視的潛力。目前電子商務已經有相當發展的，至少涵蓋了電子支付系統、網路出版與數位圖書館、網路行銷、網路銀行、網路理財等，其間產生的契約成立問題 - 該採發送主義、到達主義或是了解主義，電子簽章問題 - 是否該納入法律行為的成立或生效要件，以及數位財產權的承認問題等，都有待民法在相關技術發展到一定程度時，做系統性的回應。

網路社會一旦成形，更深層的改變將是時空象限的突破。如果說反映農業社會交易形態的第一代民法，基本上還不需要區分負擔和處分行為（意思主義），到了多層分工、大量生產的工業社會，卻難免捉襟見肘的話；以德國民法為典型的第二代民法，雖已可用高度抽象的法律行為概念來處理遠距和未來物的交易，但它是不是足夠應付二十一世紀網路社會的虛擬產品交易，架構在舊時空象限上的時效制度、交付原則或法律行為基礎理論，又需要何種補充，甚至根本的改變，都還不得而知。十九世紀的Pandekten學派在堅守形式概念的同時，面對撲天蓋地而來的工業革命浪潮，仍能發揮創造與整合能力，而使其建構的體系保有回應的彈性，這或許也是二十世紀民法學者，面對一個交易結構快速轉變的新世紀，不能迴避的使命。

二、主客體差序格局

理念上可溯源於啟蒙時代的現代民法典，最大的特色就是消除了羅馬法在權利

義務主體上鮮明的差序格局，僅保留了行為能力的差異，民法樹立的「人像」，基本上是一個平均的理性人，無分強弱智愚，人的主體性也和物的客體性完全對立，故人與人間只能有「請求」，而人與物間則為「支配」；人格權不得作為處分標的，物則以任意處分為原則。到了二十世紀，為反映現實生活中存在的差距，如消費者在資訊結構上處於弱勢，農民和勞工在談判能力上處於弱勢，雖在立法上有「從契約回到身分」的辯證發展，但多半是另以特別法去作調整，並未對民法典上的主體平等性與主客體對立性作基本的改變。

這個民法前提性的決定（或假設），在生命科學引領的新世紀很可能必須重作調整。事實上我們在二十世紀末葉已經聞到了高齡社會到來的濃厚氣息，醫學讓人的生命全部或「局部」的延後結束，人瑞、失智、漸凍、植物，各式各樣的生理上的「非自由人」和「半自由人」，將在新世紀占了總人口的相當比例。日本的立法者即針對此一發展，決定在現有的禁治產（心神喪失）和準禁治產（心神耗弱和浪費）兩種類型之外，再對高齡癡呆者增列第三種類型，分別設計「監護」、「輔佐」與「輔助」三種制度，但是否足以應付不同情形的需要，仍有待觀察。

基因科技的突破，更使科學家扮演起上帝的角色，這種將主體當作客體的操作（subjekt-objektiviert-operational），對民法的前提決定才真正具有顛覆性。當科學家可以用不傷害人體的方式複製器官之後，今天在國際上已經十分活絡的活體器官交易，是不是可以允許地上化，甚至量產？「自己」的訂做，又是什麼性質的契

約？人與物的對立性，也同時從另一端相對化。德國的立法者在1990年就在民法第九十條物的定義之後，增列九十條之一，規定：「動物非物，動物應以特別法保護之。有關物之規定準用於動物，但另有不同規定者，不在此限」。從結果幾乎沒有任何不同來看，此一修正宣示尊重生命的意義，顯然更大於回應社會的需要。但當科幻小說中的機器人、生化人進入我們的生活，當這些非上帝傑作擁有的人工智慧，已經複雜到可以在一定程度內「自主」的和人們親密互動以後，民法要把它們放在什麼位置 - 物、動物，還是半自由人？

這一天也許還不會來得太快，但前一次啟蒙時代建立的人文價值和倫理準則，顯然已經不能支應未來嶄新的科技社會，奠基在這一套價值準則上的民法，不可能不作相應的調整。因此現在開始法律、科技和倫理的對話，已經不早。

三、跨越管制與自治

國家和社會的關係如何演變，則攸關未來民法的角色功能。十九世紀淘汰了初期的資本主義，二十世紀淘汰了各種品牌的社會主義，接下來會怎麼走？淵源於上一世紀的私法自治（Privatautonomie）理念，在社會主義國家固然遭到邊緣化的命運，即在福利國家發展到高峰的西方世界，由於國家對市場的干預之廣與深，自治在很多領域事實上也僅具補充地位，民事請求權的規定有時也會出現在行政單行法中，被當成行政管制的輔助工具。這種情形到了二十世紀末，福利國家逐漸退潮以後，有可能重新調整。

基本上，大政府不再被選民青睞，自由

市場的活力與彈性重新得到肯定。但回歸市場不代表自由放任，從布萊爾的第三條路，施若德的新中間，到小布希的悲憫保守主義，都仍然強調政府對社會應負的責任，減少的只是直接干預，不是不管，而是管得更有智慧。政府的角色更像夥伴，而不是統治者，像社區組織者，而不是分配者。民法在這樣的轉變過程中，一方面固然因為財貨的流轉歸屬又開始依賴交換而非分配，而重新取得社會主導規範的地位。另一方面，怎樣把國家和社會的新關係恰如其分的表現在各種公權力退出後的民事領域，即將成為民事立法者的一大考驗。

強制自治或許最可以代表替代自治和管制的第三條路，也就是國家在必要情形下迫使人民完成一定的交易，卻不干預交易的內容。基於「勢均力敵」（counterveiling power）理念，從十九世紀就開始的勞雇團體協商固然是強制自治的典型，1942年的義大利民法有關土地重劃、開墾、改良及流水利用的強制團體規定，也是基於地盡其利考量，而強制自治的另一種類型。我國施行不久的公寓法，強制區分所有人訂定規約自治，而放棄原來由國家管制的想法；新修正的電信法強制第一類電信事業就網路互連和費率問題在一定期間內完成協商，則顯示類似的觀念也在我國萌芽。如果再把視野伸展到同樣受私人自治理念支配的程序法領域，最近基於改革民事審判冗長無效率的考量，而修法課予當事人種種促進訴訟義務，諸如爭點整理制度的引入，強制當事人進行有關訴訟爭點的協商，而非直接由法院介入訟爭內容，又何嘗不是強制自治理念的體現？法院如果能用程序強制來替代，最

好不要直接介入契約內容的調整，在處理繼續契約爭議衍生的有關當事人「重新協商義務」（*Neuverhandlungspflicht*）的討論，或許即是未來替代情事變更原則的新出路。再舉一反三的話，像物權編草案大量增加的法院介入規定，是否都有必要，也還有檢討餘地，比如由法院介入共有物的分管，是否反不如維持現制，聽由共有人在「分管不成即分割」的壓力下自治，來得妥當。

四、科技危險的分攤

建立在自由主義倫理準則上的民事侵權法，以過失責任為原則，推定過失責任為例外，基本上都是以行為人主觀上可歸責為必要。在充滿不測風險的工業社會，能否適當回應，早已受到相當質疑，故從社會倫理出發，基於分攤危險考量設計的民事賠償責任，在二十世紀也已毫不新鮮。工業國家多半是在民事侵權法之外，以特別法的方式，設計某種不以行為人可歸責為要件的民事責任，往往還伴隨舉證責任的減輕、一定情形的免責、賠償責任範圍的限定，乃至責任保險等等規定，主要針對交通事故、商品瑕疵意外、公害、勞動災害、工業設備災害等五類情形，近年基因工程科技帶來的危險，也在許多國家引起討論，甚至有完成立法者，少數國家（義大利、葡萄牙）更把一般性的危險責任植入民法，採狹義侵權與危險（行為與物）責任雙元制，多數國家則還在觀望。

我國在今年開始實施的債編修正，正好在這一部份受到最大的注意，第一九一條之一規定商品製造人責任，第一九一條之二規定動力車輛駕駛人責任，第一九一條之三規定：「經營一定事業或從事其他工

作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限」，更是大膽的繼義大利、葡萄牙之後，把一個相當概括的「危險」要件植入民法典，但責任又和前二條一樣採過失推定，與原有的動物占有人、工作物所有人責任似無二致，以致三條都納入侵權行為章，體例上不做任何調整，從而這三條可否歸類為特別與一般危險責任，即不能無疑，王澤鑑大法官將該條定性為「推定過失的危險責任」，並評為「比較法的異數」，自非無故。惟從民法研修會記錄可知，立法者正是因為考量到我國有關危險責任的立法相對落後，立即在民法中訂定一般性危險責任規定，恐怕跑得太快，且欠缺足夠配套。但又不能無視於社會廣泛存在的危險，故勉強增訂一不限於公害類型的危險責任，卻在責任上刻意採緩和的過失推定，留給法院就個別類型在過失認定上寬嚴制宜的空間。既非真正無過失責任，則納入侵權制度內，在形式上也還不能說有太大扞格。

不論理論上如何不圓滿，由於危險責任制度的建立非一蹴可幾，如果把第一九一條之三看成走向一般危險責任前的過渡規定，作為民法對社會大眾因危險環生所生焦慮的回應，應該還是可以接受的。但以各種科技製造的危險實際上是源源而至，這個條文的存在，不僅是對司法者的授權，同時也可看成對立法者的提醒：建立更有效的危險責任制度，這應該只是一個起點。

五、風險社會第七倫

不過相對於社會學上的「風險社會」論述，民事法制上若只有危險責任的回應，顯然還十分不足，或許可以說，從上個世紀末就已經開始的危險責任討論，基本上還是以工業社會為其思考基礎，對於我們已經一腳跨入的後工業、後匱乏（post-scarcity）社會，風險將替代財富成為分配的主要問題，因此從資源匱乏的前提下提供資源流轉和歸屬規範的民法，恐怕需要做出更全面的回應。

簡單的說，風險社會就是災難社會，科技克服了匱乏的問題，卻也為人類帶來逸出控制的無限危險。德國社會學者Ulrich Beck認為現代由核能、化學、基因工程及生態污染所釋放的風險，已侵蝕了風險計算的四根支柱：（1）風險的全球化以及無從彌補的特性，使得金錢補償的概念不再有效；（2）對人們可想像的最嚴重災變來說，任何預先設計的救援計畫都無濟於事，因此預防性監督的概念同樣失效；（3）「意外」的發生不再受時空限制，人民必須面對一波波糾纏不清的破壞性連鎖反應；（4）這同時意味各種標準值、測量程序的無效，風險計算變成相當模糊。其結果是現代（未來）的政治和社會行動，有很大一部分是為了解決科技發展所衍生出來的巨大風險與不安全感。新世紀的人們熙熙皇皇，念茲在茲的，不是財富的取得，而是災難的趨避。

傳統政經制度對於這樣一個逐漸形成中的風險社會茫然無措，從核四案決策的反覆已經表露無遺。Beck所提的生態民主或許還是一個十分遙遠而不具可操作性的概念，但當溫室效應及其他生態變化以更

驚心動魄的方式展現時，社會、政治、經濟以至法律，所有的制度可能都會自動大幅調整，大概沒有什麼文明價值是不能改變或放棄的。但即使在現行以財富分配為基礎的政經體制下，環境生態也必須慢慢推到其他價值、利益的前面。同時在民法、經濟法和法律人類學卓然有成的Wolfgang Fikentscher曾經在1991年發表一篇題為「環境社會市場經濟 - 從法律的角度觀察」的專文，認為現代社會應該像致力於控制市場獨占力一樣，把環境保護融入市場經濟的機制。民法雖不能像行政法一樣，透過強制或誘導手段去改變人們的行為，但作為市場經濟的基礎結構，如果它能吸納社會既存的倫理作為市場規範，就我國民法而言，即經由習慣（第二條）與法律行為的控制（第七十二條），事實行為的貶抑（第一八四條第一向後段），乃至使物權負有一定社會義務（第一四八、七六五條），並非不能把民事關係調整到與生態環境永續發展理念更相容的方向。換言之，脫胎於十九世紀歐陸民法典的我國民法，在詮釋所謂「善良風俗」的時候本來就不應自限於儒家文化的五倫，但面對二十世紀快速工業化的台灣，必須強調的還只是屬於第六倫的「群己關係」，到了二十一世紀，就更應特別重視生態取向的「天人關係」，或許可以稱為第七倫。

六、契約更貼近現實

如果說工業化社會造成了侵權法的「沒落」，或至少典範的轉移，從二十世紀頭到二十世紀尾，有更多人搶著敲契約法的喪鐘。最早的攻擊是著眼於勞動契約的不對等性，然後是消費契約的附合性。

Stewart Macaulay在1963年發表的「商場上的非契約關係」，現在已被列入法社會學經典作品，則是從契約實際上在商場是否被使用及如何使用的角度，根本質疑契約法對現代交易的主導性。之後Grant Gilmore更在1970年的一場演講中，像尼采宣佈上帝死訊一樣，哲學式的宣告「契約死亡」，指出美國契約法教義的狹隘性，其功能已被更能回應社會需求的侵權法所吸收。英國學者Patrick S. Atiyah也全面檢視現代市場經濟各種不利於契約自由的條件，認定契約自由已近黃昏，康涵真則用Macaulay以來的實證研究方法，對八十年代到九十年代初期台灣中小企業的非正式融資活動進行調查，而得到「關係運作」才是關鍵，法律體系其實已被邊緣化的結論。

契約和契約法當然還大量的用在法院的判決中，法社會學的檢討，應該只是促使契約法釋義學尋求更貼近生活的解釋方向，比如受到Macaulay關係理論的啟發，Jan R. Macneil在1974年提出「契約交易」(contract transaction)和「契約關係」(contractual relation)的兩極理論，前者如在加油站發生的加油契約，前後不到五分鐘，後者則可以許諾一生的婚姻契約為例，契約法勢須針對這兩極建構截然不同的規範理念。日本學者的反省更徹底，鑑於日本社會對法律解決爭端的排斥，契約在日本的商場操作實際上對契約外的社會關係依賴尤深，因此近年有學者提出所謂的「關係性的契約理論」，主張契約的拘束力及圍繞著契約的各種義務都是基於社會關係而發生，從而契約條件是隨契約關係的進展而逐漸形成或修正，試圖把契約外的社會關係也納入契約法的註

釋中。

同樣著眼於社會現實因素的反映，Claus-Wilhelm Canaris回顧德國契約法百年來的發展趨勢，對於從「形式」到「實質」的普遍論斷，反而認為需要做更精確的釐清。他從契約自由、契約正義和契約法背後的政治意理三個角度觀察，認為實務和學說所謂從形式到實質的典範轉移，大部分只是更強化了實質的決定自由，通常是經由特別法，把因資訊、資力、交易地位不對等的現實因素納入，使弱勢一方有較大的不受契約拘束的自由。只有小部分觸及程序以外的「公平」，而在政治意理上，更是始終未脫自由主義的基調。至於締約過失、積極侵害債權等發展，都還在原來民法典預設的架構內，真正比較實質的、非程序的改變，還是行為基礎的理論與實務。Canaris並未對契約法的未來發展做出任何預測或期待，似乎認為在形式的契約自由之上，隨社會發展而在若干領域朝實質決定自由調整，即足以回應，頗能反映德國法學界在世紀交替之際，普遍洋溢的「歷史終結」式的樂觀主義，與其對其民法典的超越性的自傲。

台灣契約法的發展，包括實務和法學，也未自外於這個潮流，或許在步調和方向上更趨近德國。比如通過解釋和修法把積極侵害債權和締約過失納入契約法，並未引起基礎太窄而須依賴侵權法補強的爭議。就實質契約決定自由的強化而言，民國八十三年通過的消費者保護法具有里程碑的意義，而以定型化契約、特種買賣的規定為其典型，但在此之前，最高法院已經在若干案例運用民法中的概括條款對消費者定型化契約加以控制。超越契約自由的「實質化」，德國在行為基礎理論方面

有可觀的發展，台灣實務上雖有心朝此方向發展，卻似乎欠缺理論的後援而成績有限，債編修正納入第二二七條之二，為法院提供了依實質正義調整契約內容的點放手槍，但如果仍然沒有子彈供應（指具體操作的理論），恐怕還是不會有太大的改變。另一個值得注意的發展，是憲法人權規定的第三人效力，特別在有關男女平權上，實務界已經試探性的跨出幾步。整體而言，未來如果在體系化和實質化上，能繼續做更大幅度的改善，特別是理論方面，對於吸納社會現實，間接的縮短社會正義觀與契約法之間的差距，會有一定的幫助。

七、物權走向自由化

民法上區隔債與物，雖早在羅馬法已開其端，但是到了十九世紀薩維尼重建羅馬法體系，才被賦予鮮明的哲學基礎 - 人是自由的，物是不自由的。物權嚴守法定主義的結果，使得私法自治只實行了前半段，規範財產流轉的契約法標榜自由，規範財產分際的物權法則充滿強制。但民事財產法實際的發展，卻顯示債與物的不可切割，絕不只限於擔保物權的「從屬」而已，這也證明為德不卒的契約自由已造成民法回應社會變遷的重大侷限。此所以德國學者檢討物權法的發展趨勢，無不強調和鼓吹物權的「債權化」，也就是自由化。

物權所以要法定，不論源於啟蒙時代所有權絕對性的哲學思考（定限物權只能例外存在），或對封建體制復辟的疑慮，在今天看來，都很難再合理化。比較有說服力的，恐怕是從資源效率角度所作的分析，最近一篇論文，是從第三人資訊成本

的角度切入，認為強制標準化才可以避免自由創設帶來的過高資訊成本。且從制度選擇的角度來看，由立法機關負起創新的責任，也比由司法機關在個案中調控更能降低資訊成本。但此處所謂第三人資訊成本，作者比較強調的是所有人以外的第三人「防免侵權」的資訊成本。至少就我國所參考的德、瑞民法而言，經由占有的一體保護規定（無分動產、不動產），加上「任何人不得為大於自己處分」的原則，還會滋生多少第三人防免侵權的資訊成本，實不能無疑。因為開放創新的物權既不能超越所有權範疇，所有權原則上又可藉占有來推定，則無論創設何種物權，應不必顧慮增加太多防免侵權的資訊成本。故真正關鍵的，還是開放創新對「物權交易」可能增加的資訊成本，因為物權對世性衍生出來的公示要求，此一資訊成本主要即為因應交易支出的公示成本，而不論動產的占有或不動產的登記，自由化無疑都將大幅增加公示成本，尤其是不動產登記制度，在使用傳統的書寫儲存方式時，此一成本有相當大的外部性，未必都能內化於交易中（比如藉登記費用的提高）。只有從這個角度，可以合理化物權種類和內容的限制。

如果以上分析可以接受的話，未來因為電腦、網路和數位化傳媒擴大的登寫、儲存和傳輸產能，將大幅降低上述資訊成本，甚至較有價值的動產，也都可以建立某種產權登記制度，這將使得物權創設自由的限制，逐漸失去正當性。即使在登記制度的產能仍難以大量擴充的今天，立法者也應該體會物權種類限制所構成的交易障礙，而適時研發新品種的物權類型，從這個觀點來看本次物權修正，自然是不能

讓人滿意。無論如何，物權走向開放應該是新世紀無法阻擋的趨勢。物權自由化後，體例上是否還要自成一編，即非無重新審酌的餘地。基本上，債權和物權的區隔會有相當程度的動搖，比如對世性和對人性的對立，公示性和隱密性的對立，即因債權也同樣可藉登記而生一定追及效力及公示效果，不再是理所當然。但兩者間在負擔性與處分性的對立，也就是請求與支配效力上的對立，並非一定要放棄。比如租賃，可以是債權性質，也可以是物權性質，前者可以登記，也可以不登記。不登記的租賃債權不能對抗第三人，但登記的租賃，如果「只是」債的約定，承租人對於出租人不交付租賃物，仍只得為債務不履行的請求，而不得行使物上請求權。故債和物的二分在物權自由化後不是不能維持，只不過兩編在體例上的區隔，不能再強調物權種類的強制性，各種物權和債編的有名契約一樣，將屬於例示的任意規範。而且當物權走向自由化，而使物法和債法一樣屬於財產流轉的交易法（Verkehrsrecht）以後，物權行為也不能再堅持其倫理的中立性，必須和債權契約一樣受到內容的管制，也就是在「實質化」上同步跟進。

八、民間立法的控制

當大部分的生產和交易關係在世紀之交已逐漸回歸市場，換言之，十九世紀Sir Henry Maine在古代法一書中所說的「從身分到契約」，經過二十世紀的社會改革而回到身分後，在新世紀又將擺盪到契約。我們可能看到的變化，是一種與Maine觀察到的不盡相同的契約社會。某種「社會契約」，將取代個別契約與國家

法律，成為主導交易關係的規範。

其實在很多方面，這樣的發展早已開始進行。比如勞工法上的團體協約，在二十世紀的歐洲已是社會秩序的重要穩定機制，我國的情形雖不能相比，但隨著社會力的解放，其成長應可預期。團體協商不只限於勞雇關係，公平會在處理中小企業聯合問題時，即把團體協商的構想，用在相對的企業團體之間，以及企業團體和消費者團體之間。有大量減省交易成本功能的定型化契約，也很自然的在許多行業中發展出通用的範本，我國近年甚至常常是由政府鼓勵訂定。另外民間行會基於市場秩序考量而訂定自律公約、競爭規則，基於標準化要求，訂定各種生產、管理、銷售的標準規範，基於智慧財產權共同管理的要求，訂定利用付費規則，或在科技領域，則訂定各種操作、管理的技術規範，不一而足。這些由民間藉組織的力量所生產，而有一定拘束力的自治規範，也許可以統稱為民間立法，在國家管制退潮之後，極有可能成為滿足社會規範饑渴最主要的法源。

國家的角色從管制者變成社區組織者，從立法者變成立法控制者。因此如何健全民間的組織，使其在代表性和功能性上都能符合一定要求，便不容忽略。就民事法而言，民間立法的主要控制者當然還是法官，法官必須在審判時檢驗這些一般性的規範是否抵觸法律，或公共秩序善良風俗。這時在制度上，可能會面臨類似違憲審查的抉擇，即採取某種集中審查，以收統一、迅速之效，還是維持分散審查，而較符合司法權本質。也可能要考慮是否引進某種專業參審方式，以提升裁判的公信力。對於民間立法，國家除了控制應該還

要負起引導之責。民法上各種之債和各種之物的規定，即必須掌握社會實存的典型交易，描述該類交易在權利、義務、風險、責任上「正常」的分配方式，一方面引導民間立法的方向，另一方面提供司法審查有無「顯失公平」的參考。故國家的立法者仍須適時增修民法，以回應社會的變遷。

九、全球化下的法系

資訊化的資本主義，最大的特色就在它創造了一個不同於世界經濟（world economy）的全球經濟（global economy），使全球變成一個單位而且是即時運作，在遍佈全球的電子迴路中，數十億美元的交易可以在幾秒鐘內完成。全球化對以主權國家為單位構成的國際秩序（包括國際法秩序）造成的衝擊，已經有相當多的論述，但解民族化、解中心化，跨國社會空間的形成，實具有更多面向的意義和難以評估的影響，其中之一就是原來被疆域隔開的文化被迫展開對話。這裡說的被解構的疆域，當然包括比較法上所說的法系或法律家族，由於法系涉及法源、法律思考、裁判風格、法律職業等等的複雜因素，過去學者的興趣多在比較，少談匯合（convergence），只在面對類如歐洲融合的過程時，才有人意識到如何調和英美法系、拉丁法系和日耳曼法系的問題，全球化把這樣的問題意識快速的擴散到世界各角落。民法當然也不能免於這樣的衝擊。

民法制度的匯合，以歐洲正在進行的實驗來判斷，有難有易，比如同樣是買賣，動產的買賣制度因為國際貿易的要求，早有匯流的趨勢，現在只需考慮要不要把國

際買賣法納入未來的歐洲法。源於羅馬法的不當得利制度，原來在英國十分陌生，但從1966年Goff/Jones提出完整的理論以後即已改觀，與大陸法國家殊途而同歸，學者認為至少原則的統合已非難事。但如物權變動，不僅英倫海峽的鴻溝難跨，就是法國和德國間也有原則性的差距。因此即使對政治上走向統一的歐洲，統一的民法典，仍然是可望而不可及。對其他地區而言，跨法系的對話更只能在「有脈絡關係的普遍主義」前提下，審慎的進行。我國民事財產法自始全盤移自外國，且混合繼受德、瑞、日等國民法制度，因此對於外國法並無強烈的文化排斥，比較令人擔心的，反而是如何「生根」的問題，或者說，過度忽略原法制「脈絡關係」的問題。近年在民事立法上，更有從「小混合」到「大混合」的趨勢，動產擔保交易法與信託法即是最有代表性的二例。

在不同脈絡關係下尋找普遍性，也許更值得開發的是民法學，而不是直接從盤根錯節的民法下手。特別是當大陸法系民法方法論的貧乏已無法回應社會變化時，從社會科學中尋找新的方法，以其普世性及客觀可驗證性，不僅有利於解釋說服力的提高，也可作為聯繫不同法系制度的共同語言，從二十世紀六十年代開始有系統發展的經濟分析法律理論，就是其中最具有成就的一支。美國的法院運用經濟分析方法處理民事爭議已相當普遍，大陸法系國家基本上還在民法學者的操練階段，目前比較欠缺的似乎是跨法系的語言，來聯繫兩邊做法律經濟分析的研究社群，這可能是未來跨越法系鴻溝的真正捷徑。台灣民法學界對於經濟分析方法的引介雖然甚早，但迄今還談不到任何系統化的發展，努力

的空間還非常大。

十、法典主義的黃昏

民法在新世紀會面臨的另外一個重大決定是，當法律內容必須經常大幅更新，當各種法源 - 法條、解釋、判例、決議、學說等 - 經由數位化處理而可以輕易檢索組合時，法典這樣的老古董到底還有沒有保存的必要？其實遠在資訊科技運用到法律之前，德國學者已經開始質疑封閉的法典與多元開放社會間的相容性，在他們看來，民法典之外會滋生許多民法規定，毋寧是極其自然的事。義大利學者Irti則認為全歐洲都呈現這樣的「解法典化」（decodification）現象。

不容易解釋的是，二十世紀又是盛產民法典的世紀，不僅在歐洲，德國之後，瑞士、希臘、義大利、葡萄牙、西班牙、東德（1975年）先後制定了法典，在亞洲，日本之後也有泰國、中國、韓國等跟進，其他亞非發展中國家及社會主義國家就不用說了，據一位義大利學者在1983年作的統計，僅僅二次戰後就出現至少四十七部民法典。這還沒有把社會主義國家非共化後的新法典算進去，中共也在完成民法通則和合同法的立法之後，預計在五年內完成物權法，2010年通過民法典的整編。如此看來，民法典在世紀之交不但沒有趨於沒落，反而發展到歷史的高峰。其中原因，頗值咀嚼。

或許可以用1992年1月1日全盤修訂生效，備受矚目的荷蘭民法作個例子來說明，它受到重視的原因，還不在於修正幅度之廣（多達九百多條），而在它顯示一個古老民法（一八三八）面對現代社會可能作的調適，同時透露了未來歐洲民法統

合的風向，因為它不但擷取了許多其他歐陸國家的經驗，還融入了不少英美法的制度精華。對於此一法典化的構想，贊成反對兩方有過激烈的辯論，反對者認為，如此大規模的立法只適合於靜態的農業社會，且事實上以其內容之技術性，也只能在少數專家中進行討論，並不能得到社會大眾的共鳴；即就法典所標榜的公示作用（plakative Funktion）而言，因為法律文字的艱深，猶如教科書，很難期待人民可以很快的在這裡找到處理民事問題的答案。贊成者則認為，透過新概念和新觀念的注入，至少就法律人而言，新法典可以大幅改善民法的適用；而且無論如何，法典的集中和體系化效果，是分散各處的特別法無法企及的。

荷蘭民法典的整編，從一開始就放棄了全盤納編的野心，很多的特別民法還是留在法典之外，這正是各國整修民法典共同的困難：全部納編會使法典蕪亂到不忍卒讀，選擇性納編，又該用什麼原則？德國在重編債法時對這個原則問題就有甚大的爭議，有偏向於法典的資訊完整而主張多多益善的，也有偏向只把具有「一般性」的民事規範納入法典。這涉及到民法典的基本定位，資訊完整在未來法律資訊化程度大幅提高後，既不再是法典的優勢，如果不想改變民法典的自由主義意識形態，如Canaris所見，則除了有關契約自由實質化的修改可以加進去以外，其他基於社會政策或經濟政策所作的調整（Canaris所稱的實質契約正義），最好還是留在民法典以外，通過民法典預設的「動線」，這些特別法當然還是可以優先於民法典的普通法而適用，但一等到這些特別規定因為政策目的達到而不再需要時，又可自動

回復適用普通民法。也就是把民法典當成一部「原則法」，既可提供市場經濟一套體系完整、理念清晰的法律規範，又容忍因市場失調所設的「例外」規定優先適用。何者「外接」，何者「內設」，即端視該特別規範是否具有原則性、一般性而定，後說應該較為可取。從這個角度來看我國民法的修正，把定型化契約的規定一分為二，其中具有一般性的規定於民法債編（第二四七條之一），而消費契約則保留於消費者保護法。似乎正是採取前述「原則法」的定位。但另一方面，又把土地法上基於保護土地使用人政策而設的特別規定納入民法典（第四二二條之一、第

四二六條之二），明顯偏離了原則法的定位，既不能充分到讓被規範者在此找到完整的民法資訊，反而使民法典原有的精神面貌趨於模糊，對於進入二十一世紀的我國民法，難免予人方向不明的感覺。

總之，濫觴於十九世紀的法典主義不一定已近黃昏，但民法典在經過二十世紀和特別民法的反覆糾纏之後，如果還不能在功能定位上理清楚，走進二十一世紀的，可能就只是一堆斷爛朝報，這時還不如解構為一個個政策理念清晰的單行法，對裁判者和被規範者而言，同樣隨手上網檢索可得，反而更為實用。