

马俊驹 著

民法基本问题研究

马俊驹教授论文集

清華法學文叢



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

馬俊駒 著

民法基本問題研究

馬俊駒教授論文集


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法基本问题研究:马俊驹教授论文集 / 马俊驹著
—北京:法律出版社,2015.9
ISBN 978-7-5118-8418-3

I. ①民… II. ①马… III. ①民法—中国—文集
IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第209759号

民法基本问题研究
——马俊驹教授论文集

马俊驹 著

责任编辑 刘文科 李峰沅
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16
版本 2015年9月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京中科印刷有限公司

印张 26.5 字数 411千
印次 2015年9月第1次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8418-3

定价:70.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

马俊驹

清华大学法学院教授，博士研究生导师；西南财经大学法学院特聘教授、博士研究生导师。曾任清华大学学术委员会副主任兼法学院学术委员会主任，中国法学会民法学经济法学研究会副会长等学术职务。先后在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》《法学评论》《政法论坛》《现代法学》等核心刊物上发表学术论文一百余篇，出版《民法原论》《现代民法学》《法人制度通论》等十余部著作。主要研究领域为民法和商法，在民法总论、法人制度、物权、合同及公司治理等领域的研究具有较强的学术影响力。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932 年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这 20 年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到 2014 年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20 年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

目 录

第一编 民法典制定相关问题

对我国民法典制定中几个焦点问题的粗浅看法	003
漫谈民法走势和我国民法典的制定	046
21 世纪民法展望	056
我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想	072
制定民法典的指导思想及其体系构想	093
我国当前民商法研究的几个重要问题	104

第二编 民事主体制度

法人制度的基本理论和立法问题探讨(上)	133
法人制度的基本理论和立法问题探讨(中)	153
法人制度的基本理论和立法问题探讨(下)	176
法人责任形式与我国民事主体制度的构建	204
民事主体功能论	
——兼论国家作为民事主体	223

第三编 人 格 权

论法律人格内涵的变迁和人格权的发展	
——从民法中的人出发	241
论人格权的理论基础及其立法体例	
——以人的伦理价值的外在化观念为出发点	272

对我国保护隐私权制度若干问题的探讨
——以中美两国比较为研究视角 295

第四编 财产权法

论附条件买卖买受人期待权效力的扩张
——兼论其在破产法上的影响 315

无形财产的理论 and 立法问题 330

对财产上法益间接损害的民法救济：保护与限制 344

物权法的定位及基本体系分析 359

第五编 商事法律及其他

公司法人治理结构的当代发展
——兼论我国公司法人治理结构的重构 371

我国股份回购的现实意义与立法完善 391

高等法律教育与法律职业 403

论文合作者 414

后记 415

第一编 民法典制定相关问题

对我国民法典制定中几个 焦点问题的粗浅看法*

目 次

- 一、主张承认合伙的民事主体地位,重构法人的分类,明确国家是特殊民事主体
- 二、在物权法中,是否应当分别规定国家所有权、集体所有权和个人所有权?我同意分别规定。我还认为,物权法要适应市场经济发展的需要,解决好土地权利的流转问题
- 三、债法总则要不要独立成编,这是学者之间争论的一个焦点。我认为,《民法典》中可以不设债法总则
- 四、知识产权一般性规则应在《民法典》中加以规定,具体规定和编纂方案还有待于进一步研究
- 五、摆脱民法为财产法的偏狭,积极主张人格权独立成编,促进民法平等、自由观念的深入
- 六、婚姻法和收养法在《民法典》中分别列编不妥,应将其内容设置亲属编
- 七、突破传统债法体系,将侵权行为法作为民法典独立一编,符合民法发展和时代要求
- 八、顺应国际立法趋势,多听取国际私法专家意见。根据我国目前立法状况,建议将《民法通则》中有关条款,经修改规定在《民法典》的相

* 原载《私法研究》(第4卷),中国政法大学出版社2003年版。

关编章中,不必再设专编统一规定。并创造条件加紧《国际私法》立法

九、赞成民法典草案分编审议、分编通过,应在修订《民法通则》基础上尽快审议、通过民法总则编,物权编问题较多,还需认真研究,其后审议、通过为宜

新中国成立后,我国民法典的起草经历了三起三落,直到去年岁末(2002年12月23日)人大法工委正式将《中华人民共和国民法(草案)》(以下简称《民法典草案》)提交给全国人大常委会审议,并立即引起社会各界和人民群众的广泛关注,成为各种新闻媒体追逐报道的焦点。中国人民大学王利明教授在接受新华社记者采访时讲道:“作为一部保障人的生存,促进人的发展的法律的‘人法’,民法的问世不仅将促进中国经济的长远发展,对于科学进步、文化繁荣、社会安定等,都将有深远影响,是治国安邦和人民安居乐业的基本法。”这是我看到的对这次《民法典草案》最通俗、深透的正面的评价。就制定民法典的意义而言,它对我国民事主体权利的尊重和保障、社会经济的促进和发展、文明政治的建立和完善所能产生的影响,将是无法估量的。

但是,民法典所涉理念深邃、内容庞杂,人们在具体编纂之中产生不同意见是非常正常的,这恰恰表明我国立法趋于民主、趋于科学,法律界的整体素质在提高。我国民法典制定之中,正值你们在法学院学习之时,这很幸运。你们应该关注这次立法过程,学会分析和思考问题,从中提高自己的法学理论水平。这次民法典在编纂和审议过程中确有一些问题存在不同意见和争议。在这里,我告诉同学们,在我参加关于民法典问题的一些讨论中,学者、专家和官员之间不仅畅所欲言地发表自己的意见,而且还能虚心地听取他人的意见,整体气氛非常热烈、友好、舒心,没有发生传说的那种不愉快的场面,一些文章和网上的讨论曾出现过少数过激的言辞,但大家也都没有在意。下边,我主要是向同学们做些情况介绍,当然也会谈些自己的看法。人在认识问题时难免有片面性,我也是如此,所以凡是涉及本人的观点,仅供你们学习时参考。这绝不是什么“标准答案”,我甚至愿意听到你们不同的声音,并接受你们那些有说服力的批评和建议。现在,我讲第一个问题。

一、主张承认合伙的民事主体地位,重构法人的分类,明确国家是特殊民事主体

(一) 应该赋予合伙组织民事主体地位

早在 20 世纪 80 年代制定《民法通则》时,参与制定工作的专家之间曾就合伙的民事主体地位问题展开过激烈地争论,双方各持己见,都没有能够说服对方,结果形成了《民法通则》的折衷立法模式,即一方面将合伙分别规定在第 3 章公民(自然人)和第 4 章法人部分;另一方面在个人合伙和联营的规定中又没有明确合伙是民事主体。此后,在民商法学界,逐渐有越来越多的学者开始赞成将合伙列入民事主体的范畴。最早是 1988 年由中国政法大学出版社出版的,由王利明、方流芳、郭明瑞、吴汉东几员大将撰写的《民法新论》,首次将合伙列为民事主体,具体撰写人是方流芳教授;随后 1990 年由法律出版社出版的,由佟柔教授主编、王利明和我做副主编的《中国民法》,又一次将合伙列为民事主体,并进一步作了较为系统的论述,具体撰写人是我本人。不过,我发现 2000 年由中国人民大学出版社出版的,由王利明教授任主编的《民法》一书,则没有再承认合伙的民事主体地位,此书民事主体部分是由王轶博士撰写的,不知当时又做何种考虑了。最近,我在自己的书架上翻出十余年来大陆出版的民法教材(包括少数几部民法总论的专著)共 35 部,其中将合伙作为一种民事主体加以阐述的 19 部,按照《民法通则》二元主体(自然人、法人)划分阐述的 14 部,其他阐述方法的 2 部。可见,在这个问题上,合伙作为第三民事主体的存在已为学界较多的学者所承认,而且其内容也逐步形成了完整的学理体系。2002 年 9 月,在我参加法工委召开的一次《民法典草案》的讨论会上,几乎一个上午与会的大部分专家都在讨论并表示要确认合伙的民事主体地位,我甚至没有听到相反的论辩。当然也应该承认,还有相当多的学者是不同意将合伙直接规定为民事主体的。可能正是由于这种原因,这次《民法典草案》并没有采纳我们的意见,而且也没有采取《民法通则》的折衷路线,而是完全回避和否定了合伙的民事主体地位,这种立法方案有些让人遗憾。不过,在顾昂然主任所作《民法典草案》的说明报告中,表示对此问题并未作定论,显然还有讨论的余地。

我的观点很明确,合伙应该是民事主体。主要有这样几点理由:其一,现

代合伙在人格、财产、利益结构和责任承担等方面已经具有了相对的独立性,具有了团体的属性。团体性的取得使合伙完成了对它固有契约性的超越,使它成为集契约性与团体性于一身的组织体。也可以说,合伙的契约性仅是一种合伙人之间关系的粘合剂,是构成合伙内部凝聚作用的手段,而真正的目的在于通过内部的凝聚形式,共同对外发生民事法律关系,以聚合后的组织体从事对外活动或对抗第三人。合伙的上述属性为它取得民事主体地位提供了法理上的根据。同时,作为合伙成立的必经过程——签订合同,它的有关规则可以在合同法中加以规定,这并未与传统民法体系发生冲突。其二,以不能独立承担民事责任为由否认合伙的主体性欠缺说服力。从本质上讲,某种社会组织是否能够独立承担民事责任,是立法者在权衡“交易效率”与“交易安全”两方案的利益得失之后,实施特定立法政策的结果。因此,能够独立承担民事责任并不是社会组织取得民事主体资格的决定性条件,况且合伙对外承担民事责任并非没有相对的独立性。最近,对外经济贸易大学梅夏英博士在中国民商法律网上发表一篇文章“民法上人格的变迁与民法价值体系的衰落”,全文我还没有好好消化,不好作出整体评价。但他有一句话说得很好,他说:“人被完全抽象化了,个人和组织在交易关系中没有必然界限,只要能成为财产载体,完成交易的使命,就可以是法律确认的主体。”我基本同意这个观点。其三,合伙能否取得独立的民事主体资格最终取决于它在社会经济生活中的地位和作用。在现代商品社会,商事主体集资和经营的基本形态有三种:独资、合伙和公司,大陆法系还有无限公司,无限公司在本质上也是合伙。现在,我国法律已经根据社会生产方式的需要赋予独资和公司以民事主体地位,唯独否定合伙成为第三民事主体,实在是没有道理。(当然,那些临时性的简易合伙,特别是非经营性的合伙也可以用合伙合同规则去调整,对此我并不反对。)我想问一下,我国的《合伙企业法》是属于商事主体形态的立法呢还是属于调整商行为(合同行为)方面的立法呢?实际上,我们在具体的民商事立法中,也包括在理论上早已把合伙看作是民事主体了。那么,为什么一个活生生的主体就站在眼前,而我们又要在《民法典》中去回避它、否定它呢?这是一种什么样的思维观念和理论逻辑在束缚着我们呢?我真是想不通。

(二) 关于法人的分类问题

由《德国民法典》确立的将法人在性质上区分为公、私两部分,然后将私法人划分为社团与财团,继而又将社团细化为营利法人和公益法人的分类方法,得到了大多数大陆法系国家的认可。即使在未采纳上述法人分类的俄罗斯和英美国家,其立法也均不同程度地融入了上述划分理念。在我国,理论界缺乏对法人分类问题的深入探讨,而目前《民法通则》对法人分类的规定则与各国通行的立法模式存在明显的不同。《民法通则》把法人分为企业法人、国家机关法人、事业单位法人和社会团体法人。现在看来,这种划分方法有着明显的缺陷。首先,缺少公、私法人的严格划分,致使民法无法实现描绘市民社会界域、制约公权力对私权利不当侵夺的社会功能。公法人与私法人承担的社会责任是不同的,它们享有权利的类型是不同的,法律给予保护的方式也是不同的。特别应该指出,公法人不能享有和私法人一样的人格权。其次,《民法通则》因未采用财团法人的概念,而限缩了法人制度的功能,同时又因基金会等财团法人形态被归入社会团体法人或合伙,因此带来了理论上的混乱。按照大陆法系学者的认识,财团法人只是财产的组合,虽然它没有组织成员,但同样可以成为主体,它可以享有权利,可以独立对外承担责任,这就是财产性人格的重要体现。可见,一项财产在符合创设人设立目的和经济秩序之下,是可以成为法人的,这是由商品经济的规律和逻辑决定的。财团法人制度附载着个人意志自由的价值取向,是法律尊重个人权利和人本意识的重要体现。如果能将这项制度引入我国民法典,将为解决一些现实的社会问题提供一种新的制度工具。再次,我国现有的法人分类的方法存在逻辑缺陷。这种基于经济功利考虑的分类方式,忽视了法人自身发展规律在法人类型化过程中的意义。由于在每种分类内部的具体类型之间往往不具有共同的成立基础,法律无法完成对亚分类层面具体类型共同特征的再次抽象,而使分类本身丧失了意义。比如《民法通则》中的事业单位法人包含的类型就过宽。其中,既有国家拨款成立的兼有部分行政职能的准公共法人,又有依国家行政命令组建的公益法人,还有基于自然人、法人自愿组建并办理登记的法人等。由于在这些具体的法人类型之间不具有再抽象的基础,法律又要分别对其设立、组织机构、责任承担等事项作出规定。这既浪费了有限的立法资源又造成了体系上的混乱。因此,我认为应该考虑采纳大陆法系