

民法典

◎ 马俊驹 主编

MINFADIAN

探索与展望

TANSUO
YUZHANWANG



中国民主法制出版社

D923.04

56

2005

民法典探索与展望

主 编 马俊驹

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法典探索与展望/马俊驹主编. —北京:
中国民主法制出版社, 2005

ISBN 7-80078-967-5

I. 民... II. 马... III. 民法-法典-
研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 001519 号

书名/民法典探索与展望

MINFADIANTANSUOYUZHANWANG

作者/马俊驹 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100054)

电话/63056983 63292534(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 850 毫米×1168 毫米

印张/18.125 字数/470 千字

版本/2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

印刷/三河市德隆彩印包装有限公司

书号/ISBN 7-80078-967-5/D·856

定价/30.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

市民社会与民法法典化

——代序

马俊驹^①

民法，是市民社会关系的基本准则。市民社会是个人利益的社会关系的总和，个人利益的平等性决定了民法所固有的平等、自治及权利本位的品格，这一品格又反过来维护着市民社会关系的良性发展。正是在这个意义上，孟德斯鸠指出，“一个人只有受民法的支配才有自由。因此，我们自由，是因为我们生活在民法之下。”^②可见，民法对于市民社会关系的维持，是须臾不可或缺的。

作为民法的起源，罗马法是当时市民社会，发展的结果。从发展过程来看，幼年时期的罗马法以习惯法作为主要渊源。公元前449年《十二表法》的颁布，标志着罗马法进入了成文法时期。《十二表法》是平民与贵族反复斗争的结果，它是建立在进一步分离于政治国家并开始获得更趋明显的独立性的古罗马市民社会的基础之上的。作为市民社会与政治国家对峙格局的反映，《十二表法》以成文法的形式，将法律公之于众，打破了由贵族祭司团对于法律的垄断，限制了贵族官吏的专横，是人类法律文明的一大进步。及至帝政后期，东罗马查士丁尼皇帝在公元6世纪，为清理《十二表法》以来各种繁杂、混乱的法律规范，同时

^① 清华大学教授，西南财经大学兼职教授，博士生导师。

^② (法)孟德斯鸠：《论法的精神》(下)，张雁深译，商务印书馆1963年版，第194页。

也为维护罗马法传统免受异族文化影响，遂对以前的法律规范中过时的、错误的、重复的、矛盾的内容予以清理，对前人的理论学说进行系统的汇编，并颁布新的法律与法学教程，于是形成了由《查士丁尼法典》、《法学阶梯》、《学说汇纂》和《新律》四部分组成的《查士丁尼国法大全》。由于《国法大全》首开成文法体系化之先河，奠定了民法之法典化的基础，并对后世民法典产生了深远的影响，所以其被誉为“民法法典化的起源”。散发着浓厚理性气息的《国法大全》，标志着集希腊哲学的理性与罗马法学的抽象为一体的、注重形式理性的民法法典化最终形成。

在欧洲中世纪中后期，城市的出现和商人阶层的形成，标志着异质于封建社会性质的另一种经济关系，即资本主义商品经济关系开始产生、发展。新兴的社会经济关系对于适宜于自身平等、自治特性的法律调整的需求，为公元12世纪罗马法在欧洲的复兴，提供了市民社会上的基础。“当工业和商业进一步发展了私有制（起初在意大利，随后在其他国家）的时候，详细拟定的罗马私法便立即得到恢复并重新取得威信。”^① 市民社会与民法之间源流相生的关系，再次得到印证。罗马法的复兴，同时就意味着由罗马法所承载的民法法典化传统的复兴——“西方民法极具形式理性，是尊奉《民法大全》的结果。”^②——这个传统直接导致了近代欧洲大陆法系国家的法典化运动。

作为这场法典化运动的两个里程碑，如果说《法国民法典》“旨在消灭往昔的封建制度，并在其废墟上培植财产、契约自由、家庭以及家庭财产继承方面的自然法价值”^③，从而适应新兴的资产阶级国家市民社会对于法律的要求的话，那么《德国民法

① 《马克思恩格斯全集》第3卷，第71页。

② （美）艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰等译，中国政法大学出版社1992年版，第34页。

③ （德）K·茨威格特，H·克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第144页。

典》在将传承于罗马法的形式理性传统推向极致的同时，却未能及时反映出因垄断出现而引起的市民社会关系的重大变化，因而被拉德布鲁赫称为“与其说是 20 世纪的序曲，毋宁说是 19 世纪的尾声。”由此导致的直接结果，就是诸如竞争法和卡特尔法、住房建筑法、租赁法、农地租赁法以及特别劳工法等法典以外的法律领域的相继出现，以及司法判例对于民法典大量的解释性的修改，这些现象使得有的学者甚至认为，民法典早在 1900 年就已变得过时与不完整了^①。

中国古代社会，法律作为一种统治者的人治之术，其与市民社会对政治国家的限制无干，而与国家权力的不受限制相生相伴。在这种政治环境之下，加之长期奉行的重农抑商政策，市民社会在中国古代无由产生。由此就决定了在中国固有法制中，虽不乏民事习俗、规则，但是却无法形成彰显着市民社会平等与自治精神的民法。中国对于西方民法的移植，始于清末。清末变法作为中国面对外来压力变法图存的一次努力，其并不是因应国内市民社会发展的结果。因此，附着在《大清民律草案》之上的外来价值，在当时中国既找不到得以栖身的社会关系土壤，也无法与腐朽、专制的清末封建统治相容。民国初期的立法活动，本质上是清末变法的延续，是在中国尚不存在市民社会的背景下对于西方法制的“无机移植”。这就决定了 1929 年至 1930 年颁布的《中华民国民法典》，由于欠缺市民社会的土壤环境下，其“未能突然改变中国人的思想，也未能在几年的时间内使中国的法学家和人民接受一千多年来西方天主教法学家研究发展的罗马法观念。”^② 因此，在当时的社会条件下，民法典的作用仍然是有

^① 参见（德）K·茨威格特，H·克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社 1992 年版，第 274—278 页。

^② （法）勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社 1984 年版，第 490 页。

限的。

新中国成立后，1954年、1962年两次起草民法典，但是由于历史条件的限制，均未成功。1979年，为适应我国进行社会主义现代化建设和经济体制改革的需要，第三次民法典的起草工作被列上议事日程。然而，由于经济体制改革刚开始，各种社会关系正处在变动之中，制定一部民法典的时机尚不成熟，于是在立法上退而求其次，于1985年制定了一部具有准基本法性质的《民法通则》，形成了我国特有的以《民法通则》为核心，若干民事单行法并存的民法体系。

二十余年的改革开放实践，不可逆转地将我国带入了社会主义市场经济的航线，并融入全球经济的轨道。这个过程，在取得了举世瞩目的辉煌成就的同时，也引起了我国社会关系结构的深刻变化：人民的个人权利意识与独立于国家的自我意识不断增强；国有企业的主体性地位不断上升；非公有制经济已经在国民经济中占据了举足轻重的地位，并开始形成一股新兴的社会力量；国家行政公权者的身份与民事私权者的身份的分离日益明显，其公权的行使正在“依法行政”的要求下，受到越来越严格的限制，而这种限制的根本性来源，就是日益壮大的个人利益……所有这一切，都反映出这样一个事实：中国的政治领域与个人领域之间的分野正在清晰，一个新兴的市民社会正在形成。

然而，不可否认的是，我国目前的市民社会较之于政治国家而言，仍然是十分弱小的，在某些场合下，甚至是依附于政治国家的。在我国至今仍然受到等级制度、权力崇拜等观念影响下，国家公权侵入个人领域，损害乃至践踏私权的现象仍时有发生。与此同时，长期依赖于国家权威来维持秩序的中国社会，非政府性的自律、自治机制相当脆弱，人与人之间理性的、成熟的交往方式，仍未形成。在这种情况下，一旦国家的权力约束有所松动，绝对自由主义、极端利己主义的行为模式便会迅速蔓延。这两个方面虽然分属两极，但是其结果却是相同的，即都会扭曲乃

至葬送正在形成的市民社会。在这个背景之下，民法典又一次成为人们关注的对象。民法典作为“私人权利的宪章”，其所固有的界定公法、私法之间的疆界，保护市民社会免受政治国家侵蚀的作用，在今天的中国社会中格外引人注目。同时，由民法典所确定的一个成熟的市民社会中人们之间关系的理念与准则，对于引导我国市民社会的健康发展，也具有不可替代的现实意义。因此，制定一部完善的民法典，正是我国形成中的市民社会的需要，是转型中的中国社会的当务之急。

基于此，在上个世纪末，新中国启动了第四次民法典的制定工作。如果将民法典的制定，放置在我国现时的社会背景之下，那么我们就可以在以下几个问题上，得到一个清晰的认识。

首先，自1979年改革开放至今，我国的民事立法已经取得了丰硕成果，也已建立起相对完备的民事法律体系。如果说这个体系还存在这样或者那样的法律漏洞和冲突，那也是现行法律的完善与协调的问题。既然如此，为什么还要制定民法典？事实上，民法典之于我国社会的意义，并不仅仅在于提供一套完整的法律规范群，使得社会生活“有法可依”——虽然这个意义是非常重要的——然而更为重要的是，民法典应当在我国起到界定市民社会与政治国家之疆界的中流砥柱的作用，缔造出分散的民事立法所不可能企及的私法观念，并在私法观念的引领下，使得我国新兴的市民社会走向成熟，并进而使得政治国家走向成熟。因此，在西方国家作为人文主义思想结果的民法典，在我国必须通过法律对于社会关系的反作用，担负起思想启蒙的使命。

其次，民法在古罗马时期即完成了由习惯法到成文化再到法典化的转变，从此法典的形式理性与民法规范如影相随。罗马法的法典化形式在中世纪经过注释法学家的系统整理，于近代由《法国民法典》承袭改造之后，在《德国民法典》那里被推向了一个顶点。由此，法典化所蕴涵那种使得包罗万象的内容浑然一体的严密的逻辑性，成为了人类法律文化中一笔宝贵的财富。虽

然在现代社会,民法的形式理性被冠之以“概念法学”,受到质疑与批评,但是其锋芒所向者,并不是与法典化的质的规定性联系在一起的法律后果的可预测性与法律逻辑的严密性——这作为法律所追求的永恒的目标,是无法指责的——而是封闭的逻辑体系所导致的内容的僵化以及与社会生活的脱节。因此,我国民法典的制定所应克服的,是法典逻辑的封闭性,而不是法典逻辑本身。换言之,我们一方面应制定一部开放性的民法典,避免民法典因故步自封而脱离于社会生活;另一方面,民法典的开放性只是意味着保持法典逻辑性的可延展性,而不是对于法典逻辑的解构以及对法典化的否定。这一点,对于我国民法所肩负的权力制衡和市民社会塑造的使命,尤为重要。就权力制衡而言,法律的法典化其实是以成文法方式实现公权限制的延续——“明瞭以零星方式公布的法律之内容,对于以司法事物为业的执法者并不困难,但对于往往以非司法为业的被执法者,却甚为困难。因此,零星公布的成文法,使执法者与被执法者在对法律的可接近性上处于不平等地位,很难确保后者的监督功能之实现。”^①就市民社会塑造而言,我国民法这一使命的完成,不仅需要一部完整的法律规范体系的运作,而且需要一套以完整的民法典作为载体的私法理念的弘扬,而一个松散的、支离破碎的民法,则对于完整的私法理念的产生与发展是不利的。

那么,如何制定出一部适用于中国转型时期的社会生活,并能够反映出二十一世纪民法发展的最新成就的民法典,如何在维持民法法典化的形式理性的同时,能够实现民法法典逻辑结构的开放性,对于这些问题的解决,业已成为中国当代法律人的历史使命。

笔者作为一名以民法教学与研究为业的学者,关注和探索中国民法典制定问题是本职使然。近几年,笔者不但自己,而且结

^① 徐国栋:《民法典与权力控制》,载《法学研究》1995年第1期。

合教学引导自己指导的研究生（主要是博士研究生）思考中国民法典制定问题。中国民法典制定是一个浩大的系统工程，需要研究的问题很多。笔者在作系统构思之后筛选了其中一些在我看来意义重大的问题，由笔者和研究生们先后共同或分别进行研究。这些选题分属不同的层面（有的是法哲学层面，有的是文化背景层面，有的是制度层面，有的是技术层面，还有的是几个层面的结合），相同层面的选题又有各自重心的差异（有的着眼于纵向的历史分析，有的着眼于横向的现实分析；有的着眼于宏观或中观分析，有的着眼于微观分析），本书汇集了我们对这些选题所作探索的结果。对我国民法典制定而言，我们出版本书不敢有影响立法的奢望，只是想真实记载我们对其学习、探索所作的努力。如果它能够引起人们对这些问题的关注，那已是我们意外的满足了。

由于本书内容最初的表现形式不尽相同（有的是讲演稿，有的是学习习作，有的是课堂讨论记录），因而各部分的风格也不尽相同。又由于各个论题只是相对独立，因而论述的内容难免有某些交叉。再由于是不同作者各论各题，因而不同作者对交叉的相同问题的具体观点可能不尽一致。还由于这些研究是在不同时间完成，因而对相同或类似问题即使是同一作者，前后观点亦可能有某些变化。更由于本书的内容都是探索性的，因而其研究都未必成熟。然而，我们仍然将这些文字结集出版，目的就在于通过本书，如实记录在中国民法典的编纂过程中，作为法学工作者的我们，面对这一历史使命，所进行的思考和探索的过程。为实现真实记载我们对探索中国民法典制定问题所作努力的初衷，本书不追求形式的和谐与观点的统一，全部按实载录。书中编入那些已经公开发表的部分，也是想记载下另一种真实——我们探索的全貌。

本书作者除笔者之外，其他主要是笔者在西南财经大学指导的博士研究生，有部分是笔者在清华大学指导的博士研究生。他

们有的是学业有成的教授、副教授，有的是蓬勃向上的青年教师。本书是由西南财经大学法学院几位民商法教师倡议，具体由胡启忠副教授编辑而成。值此本书出版之际，我要感谢那些为本书之出版给予支持、付出辛劳的西南财经大学法学院、中国民主法制出版社。作为民商法学人，我们对于中国民法典制定的探索还将继续。我们深信，中华民族在吸收了人类 250 年左右的民法典造法经验之后，一定能为世界民法典文明史书写更为辉煌的一页。

目 录

市民社会与民法法典化——代序	马俊驹 (1)
现代民法的发展与我国未来民法典体系的构想	马俊驹 (1)
一、现代民法的发展趋势	(1)
二、我国民法典体系与主要内容构想	(7)
中西文化比较与中国民法典的制定	张 霄 (20)
一、法律文化的特征考察	(21)
二、中国传统法律文化	(25)
三、西方法律文化	(32)
四、法律文化滋润下的法国民法典	(35)
五、法律文化滋润下的德国民法典	(41)
六、评析与借鉴——制定我国民法典的思路选择	(47)
我国民法典之构造	胡启忠 (55)
一、民法典的结构设计及其特点	(56)
二、“人身权法编”设置之论证	(63)
三、“民事责任编”设置之论证	(67)
四、民法典《草案》基本结构简析	(77)
关于民法典制订问题的讨论	马俊驹等 (81)
一、关于中国民法典的立法基础	(82)
二、关于设置民事财产法总则	(92)
三、关于民法总则的反思	(99)
四、关于人格区分与人格权立法	(105)
五、关于债权法的立法体例	(111)
六、关于物权法的立法体例	(118)
当代域外民法典编纂动态考察	杨春禧 (123)

一、立法理念·····	(123)
二、方法论·····	(126)
三、立法体例·····	(129)
四、法律文化·····	(141)
民法的理念与中国民法典制定的社会基础····· 柴振国	(148)
一、引言·····	(148)
二、民法理念的意蕴及社会基础·····	(150)
三、我国民法理念的社会基础缺陷·····	(157)
四、我国民法理念的制度基础缺陷·····	(161)
五、中国民法典的社会基础重构·····	(166)
六、我国民法理念的弘扬途径·····	(169)
七、结束语·····	(173)
论中国民法发展的社会动力····· 章群	(175)
引 言·····	(175)
一、民法发展动力的基本原理·····	(176)
二、推动中国民法发展的基本力量·····	(181)
三、中国民法正常发展的阻碍因素·····	(188)
四、中国民法正常发展的保障条件·····	(191)
余 论·····	(196)
现代化与我国民法的发展····· 辜明安	(197)
一、我国民法现代化发展研究引论·····	(198)
二、我国民法发展的回顾与初步分析·····	(200)
三、我国民法现代化的基本目标定位·····	(211)
四、我国民法现代化的困境与进路·····	(224)
五、制定民法典对我国民法现代化的 意义·····	(236)
从“物权法”与“财产法”的争论看我国 未来民法典····· 梅夏英	(243)
一、财产法和物权法法律关系的逻辑解析·····	(243)
二、财产法体系的丰富样态决定了民商事立法	

的相互独立·····	(250)
三、无形财产与立法分散化趋势·····	(254)
四、我国民法典立法功能的历史转变·····	(260)
五、未来法典化的去向及我国民法典的回应·····	(273)
民法上人格的二元性与民法典的结构····· 梅夏英	(279)
一、近代民法财产性人格的确立·····	(279)
二、民法上另一类人格：生物意义上的人身性人格·····	(286)
三、两种人格的“相互作用”·····	(290)
四、对民法上一些现象的解释·····	(293)
五、关于人格权·····	(295)
六、关于人格二分法的质疑及方法论解释·····	(297)
七、关于人格权财产化的分析·····	(299)
八、关于人格二元结构对民法典结构的影响·····	(302)
我国未来民法典中设置财产权	
总则编的理由和基本构想····· 马俊驹 梅夏英	(304)
引 言·····	(304)
一、民法典总则编的结构性缺陷：	
权利一般规定的缺失·····	(305)
二、设置民法财产权总则的基本理由·····	(312)
三、财产权总则设计的基本思路·····	(319)
民法典制定过程中的主要论争及述评····· 刘 文	(329)
一、民法典制定的可能性·····	(329)
二、民法与商法的关系·····	(335)
三、民法典的立法体例和内容编排·····	(341)
对我国民法典制定中几个焦点问题的看法····· 马俊驹	(365)
一、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·····	(366)
二、在物权法中分别规定三种所有权，	
解决好土地权利的流转问题·····	(371)
三、《民法典》中可以不设债法总则·····	(380)

四、知识产权一般性规则应在《民法典》	
中加以规定·····	(385)
五、人格权应独立成编·····	(389)
六、设置亲属编·····	(396)
七、将侵权行为法作为民法典独立一编·····	(399)
八、不必再设专编统一规定国际私法规范·····	(408)
九、民法典草案应分编审议、分编通过·····	(411)
法人制度的基本理论和立法问题探讨·····	马俊驹 (415)
一、法人分类·比较考察与立法思考·····	(415)
二、法人责任形态·主体形式的多元构想·····	(424)
三、法人组织结构·意思形成与内部关系·····	(437)
四、法人权利·财产权构造与人格权界定·····	(454)
无形财产的理论 and 立法问题·····	马俊驹 梅夏英 (476)
一、无形财产的概念诠释·····	(476)
二、无形财产的性质和法律地位·····	(481)
三、无形财产的功能·····	(489)
四、无形财产的立法模式·····	(497)
关于人格、人格权问题的讨论·····	马俊驹等 (502)
一、刑一、从“人格”的历史演进，看	
“人之所以为人”的原因·····	(503)
二、“人格权”概念辨析·····	(513)
三、现代社会中，“人格权”概念兴起的原因·····	(520)
四、我国民法典人格权立法的模式选择·····	(527)
罗马法财产权构造的形成机制及近代	
的演变·····	马俊驹 梅夏英 (545)
一、罗马法上的“所有权”·····	(545)
二、罗马法上的所有权与债的法律构造·····	(552)
三、近代大陆法系财产权构造的演进·····	(558)

现代民法的发展与我国未来 民法典体系的构想

马俊驹*

20 世纪中叶以来,由于现代科学技术的进步和现实社会政治经济的变迁,各国民法正处在由近代法向现代法的快速演变之中。我国在建立和发展社会主义市场经济中,民事活动日益频繁和复杂,其规模和范围在不断扩大,与此相适应,各种民事法律制度得到了前所未有的发展和进步。现在,我们要制定民法典就须适应现代民法的发展趋势,总结我国民事立法经验,吸收外国民法的精华。在确定立法的指导思想和基本原则之后,应先从民法典的结构体系入手,勾画出一幅我国未来民法典的总体轮廓。

一、现代民法的发展趋势

(一) 民法国际化趋势与民事立法。由于市场经济国际化的要求,特别在垄断时期国际垄断组织瓜分世界市场的结果,使得一方面各国民法大量借鉴移植外国民法规范、制度、原则,并在法律中规定对涉外民事关系的适用,而使国内民法出现国际化趋势;另一方面由于国际贸易组织和国际经济联合市场的形成,为调整共同市场的关系,又制定了一些共同的民事法律为各国共同遵守,因此使民法开始出现走向统一的趋势。^② 在立法技术上,

* 本文系作者为 1997 年在厦门大学召开的中国民法、经济法年会所著,曾发表于《清华法律评论》第一辑第 37—48 页,清华大学出版社出版,本书新加了二级标题。

^② 余能斌,吕小武《市场经济与民法现代化》,见余能斌、马俊驹主编《现代民法学》绪言。武汉大学出版社 1995 年版。

各国制定民法典有其超国界的共同标准。这是因为：第一，制定法典时，在法律规则与法律方法两方面都有相同的传统；第二，法典形式本身简洁、抽象及无背景解释的特征，意味着任何国家的民法起草者可以轻而易举地参照任何别国的民法典；第三，每部法典都因为要精确，所以起草起来非常困难，因而都不愿改弦更张是很自然的。^①

当今，任何一个国家在制定和修正自己的法律，特别是民事法律时，都不得不重视比较法的研究，都不得不力争从各国包括不同社会制度、不同法系国家的法律文化和立法经验中去汲取更多的营养。如荷兰重新编纂民法典时，仅第六编（债务法总则）的注释就“包含有 220 个脚注，其中 120 个涉及到了制定法、法院决议以及其他国家的法律文献（这些国家是奥地利、比利时、英国、法国、德国、瑞士、匈牙利、意大利、葡萄牙、瑞典、斯堪的纳维亚国家、加拿大、美国、南非、日本）。并且立法中还参考了法律史、国内国外的法学著作以及立法”^②。以至“新法典是否还属于法国法传统很令人怀疑。正如有关资料所证实的那样，法典的每一部分都是在充分比较衡量的基础上作出的。可以说新法典是在欧洲大陆统一法的基础上建立起自己的风格”^③。荷兰对民法典所作的重大修改，从编纂方法和修正内容上都反映了现代民法的发展动向。荷兰和其他一些国家在民事立法中所取得的经验，正是我们制定民法典时所应参考和借鉴的。

民法国际化趋势也反映在两大法系的差距日趋缩小。大陆法国家，对判例的重要性被普遍承认，判例法逐渐成为这些国家法律的渊源；英美法国家，对法条的优越性被普遍重视，成文法在法律中

① [美] 艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，第 176—177 页，中国政法大学出版社 1992 年版。

② 阿瑟 S. 哈特坎普：《1947 年至 1992 年间荷兰民法典的修改》，见：姜宇、龚馨译《民商法论丛》，法律出版社 1997 年版，第 428—439 页。

③ 同上。