

共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

民为邦本

法治天下

民商法卷

柳经纬/主编 | MINSHANGFAJUAN

 厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

民商法卷



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

共和国六十年法学论争实录·民商法卷/柳经纬主编. 厦门:厦门大学出版社,
2009.10

(共和国六十年法学论争实录/江平总主编)

ISBN 978-7-5615-3372-7

I. 共… II. 柳… III. ①民法-法学史-中国-1949~2009 ②商法-法学史-中
国-1949~2009 IV. D909.27

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 188319 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门集大印刷厂印刷

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:30.5 插页:3

字数:552 千字 印数:1~5000 册

定价:60.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



总主编：江平

执行总主编：柳经纬、齐树洁

编委会

编委会主任：朱崇实

编委会成员：(按姓氏笔画)

马怀德

卞建林

江平

齐树洁

曲新久

朱崇实

朱福惠

张恒山

陈福郎

柳经纬

蒋东明

韩大元

廖益新

秘书：施高翔



自1949年10月1日开国大典至今,新中国走过了不平凡的历程。六十年风雨砥砺,沧桑巨变。抚今追昔,展望未来,令人感慨万千。

新中国建立后,由于废除了国民党的“六法全书”,全盘学习苏联,建立了权力高度集中的经济体制和政治体制,民主法治缺乏必要的社会经济基础和政治基础,因而法律工具主义(实用主义)、法律虚无主义盛行。共和国前30年,民主法治建设遭受严重挫折,“文化大革命”期间甚至出现了“无法无天”的局面。1978年十一届三中全会之后,以市场化为取向的经济体制改革不断深入,为民主法治建设奠定了必要的社会经济基础,而依法治国方略的确立则为民主法治的发展提供了必要的政治条件,民主法治建设由此走上了正轨,呈现出欣欣向荣的景象。今天,我国的法律体系日趋完备,司法运行机制基本健全,公民法律意识普遍加强。但是,我们应当清醒地认识到,依法治国、保障人权虽然已经写进了宪法,但是离真正实现还有漫长的道路。

与社会主义民主法治进程相适应,我国法学理论发展大体上也以1978年为界分为前后两个时期:前一个时期的法学理论受到法律工具主义和国家意志主义的支配,具有浓厚的意识形态色彩。在那段时期,法律被认为是统治阶级意志的体现,是阶级专政的工

具,人类社会创造的一切法律文化和法律文明都被视为剥削阶级的法学而遭受彻底的否定,正常的法学学术讨论变成“打棍子”、“扣帽子”的政治运动,大批法学教授被打成右派,成为阶级专政的对象,法学因此丧失了科学性而沦为一定意识形态的奴仆,法学园地一片荒芜。后一个时期的法学理论随着民主法治的进步逐渐得以重建与发展,从构建法学的基本理论开始,法学界以极大的热情投入到改革开放的伟大实践中去,研究改革开放过程中不断涌现的新问题,为解决实践中的难题提供理论支持,为社会主义民主法治建设献计献策,法学也从以往的“荒蛮之地”发展为日益繁荣的“显学”。近年来,我国法学理论研究彻底抛弃法律工具主义和法律虚无主义观念,逐渐摆脱了对特定意识形态的依附,有了对国家民主法治的独立的价值判断和理论追求,法学理论体系的框架初见端倪。法学不仅仅是一门“显学”,而且已成长为一门科学。然而,我国法学的成长并非一帆风顺。总体而言,我国法学的成长面临着两大问题:一是旧观念的束缚。新中国成立以后逐渐形成的特定的意识形态,如阶级斗争理论、法律工具主义观念等,是横亘在我国法学成长道路上巨大的理论障碍。法学研究必须摆脱这些旧的观念的束缚,必须冲破这些理论樊篱,才能获得成长。二是由于在很长时期内,对人类社会一切法律文明都持否定态度,导致了我国法学严重的先天不足,相关知识匮乏,研究视野狭窄,理论水平低下,“幼稚的法学”曾是较长时期内人们对法学的基本评价。法学要发展,法律人就必须发愤努力,扩大理论视野,吸收人类社会一切法律文化和法律文明的知识养分,以后天的努力来弥补先天的不足,摘掉“幼稚”的帽子。

经过改革开放30年来所有法律人的艰苦努力,站在今天的角度,我们可以乐观地说,我国法学基本解决了上述两大问题,法学理论中的意识形态色彩逐渐褪去,法学不再是“幼稚”之学,我国法学成长起来了!

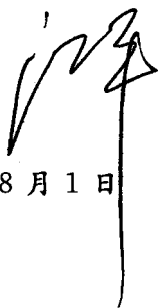
在共和国 60 年的历程里,虽然 20 世纪 50 年代即有关于“法的阶级性与继承性”的讨论,但是,这些论争的声音极为微弱,合理的意见和主张非但不能进入主流,反而被作为“反党反社会主义”的谬论加以批判。最能集中体现法学成长的当属改革开放以来发生在法学各个学科领域的一次又一次的论争。从 20 世纪 80 年代的“法的本质”的论争、“法治与人治”的大讨论、民法调整对象之争、无罪推定的争议,到 90 年代的公私法理论讨论、免于起诉制度存废之争,再到新世纪由北大法学教授的一封“公开信”引发的《物权法(草案)》“违宪”大论战,关于沉默权、废除死刑、死刑复核程序、辩诉交易、宽严相济刑事政策的争论等,无不引起全社会的关注。回顾共和国 60 年来尤其是改革开放以来法学的论争,其间既有事关国家法治前途的重大理论问题(如法治还是人治问题),也有改革实践中提出的具体实际问题(如国有企业改革问题),还有法学理论体系构建层面的一般学术问题(如民法学中的物权行为理论问题),可谓千姿百态。与五六十年代的动辄政治运动、上纲上线不同,改革开放以来的法学论争,主要是在学术层面上展开,基本做到了百家争鸣。这也从一个侧面表明我国法学理论研究趋于理性,日臻成熟。

60 年来,我国法学的发展如同唐僧西天取经那样,历尽波折,备尝艰辛,其间的经验教训是一笔宝贵的财富,值得记录总结,留给后人评判。有鉴于此,《共和国六十年法学论争实录》试图以史家的笔法,以“实录”的方式,从学术史的层面上再现共和国 60 年历史进程中发生的一次又一次关于法学重要问题的论争,从一个侧面揭示我国法学从“荒蛮之地”走向“显学”,从“幼稚之学”走向成熟,与时俱进、不断开拓的历程。《实录》参照我国法学学科的划分,分为法理学卷、宪法卷、行政法卷、民商法卷、刑法卷、诉讼法卷、经济法卷和国际法卷,由一批具有较高学术成就的中青年学者担任主编。各卷的主编多是改革开放以来法学论争的见证者或参

4 总序

与者,他们的勇于担当,必将使《实录》的初衷得以更好的实现。读者不仅能从其间领略到我国法学成长过程的点点滴滴,同时也能真切感受到共和国60年民主法治与法学发展的艰辛历程。

以“实录”的方式再现共和国60年间发生的法学论争,这在我国法学学术史的理论研究方面还是第一次。民为邦本,法乃公器。我期待并且相信,《实录》的组织编写和出版必将有助于促进法治精神的传播,使法治精神进一步体现在民众的言论和行动中,落实到国家的法律政策中。法治天下,其日可待。



2009年8月1日



总 序/江 平

第一专题

民法调整对象之争	(1)
一、引子	(2)
二、民法还是经济法	(3)
三、“商品关系说”VS“纵横关系说”	(6)
四、《民法通则》一锤定音	(13)
五、谁抓住了“牛鼻子”	(14)
参考文献	(17)

第二专题

关于民法私法属性问题的讨论	(21)
一、引子	(22)
二、被贴上“资产阶级”标签的私法	(22)
三、理性对待私法理论	(25)
四、寻找民法的私法属性	(28)
五、最重要的理论收获	(33)
参考文献	(36)

第三专题

关于民法典编纂问题的讨论	(39)
一、引子	(40)
二、三起三落的民法典起草工作	(40)
(一)第一次起草民法	(41)
(二)第二次起草民法	(42)
(三)第三次起草民法	(43)
三、关于民法典制定时机(条件)是否成熟的争论	(44)
(一)第一阶段：“条件不成熟论”占上风， “批发改零售”方案下诞生《民法通则》	(45)
(二)第二阶段：市场经济体制的目标刚刚确立， 制定民法典的时机尚早	(47)
(三)第三阶段：时机成熟，民法典的制定提上议事日程	(48)
(四)在“一步到位”与“逐步到位”的讨论中迎来《中华人民 共和国民法(草案)》和《中华人民共和国物权法》	(52)
四、关于民法典编纂体例的争论	(54)
(一)“争论”的主要焦点	(54)
(二)德国民法典体例：废弃还是维持？	(55)
五、启示：决定和影响民法典编纂的因素	(62)
(一)市场经济是市民社会民法典得以产生的必要条件	(63)
(二)政治因素对于民法典编纂的影响	(64)
(三)影响民法典编纂体例的文化和学术因素	(65)
参考文献	(66)

第四专题

关于人格权立法问题的论争	(71)
一、引子	(72)
二、“一分为二”还是“合二为一”	(73)
三、是宪法权利还是民事权利	(78)
四、法人也有人格权吗？	(82)
(一)关于法人人格权的权利属性	(83)
(二)关于法人的具体人格权和一般人格权	(84)

(三)民法的平等原则与法人的人格权·····	(87)
(四)人格权的两重性与法人的人格权·····	(88)
五、尾声·····	(89)
参考文献·····	(90)

第五专题

关于法律行为性质问题的讨论·····	(93)
一、引子·····	(94)
二、质疑与反质疑·····	(95)
三、重新认知·····	(98)
四、关于“民事行为”的概念问题·····	(105)
五、结语·····	(109)
参考文献·····	(111)

第六专题

《物权法(草案)》“违宪”之争·····	(113)
一、引子·····	(114)
二、一封公开信引爆大讨论·····	(115)
(一)史上最牛的公开信·····	(116)
(二)公开信引起官方重视·····	(118)
(三)学界、媒体中形成两大阵营·····	(119)
三、《草案》是否违宪?——法学界的学理大讨论·····	(121)
(一)《草案》未写入“公共财产神圣不可侵犯”的作法 是否构成违宪?平等保护原则是否违宪?·····	(122)
(二)《草案》没有写入“依据宪法,制定本法”是否违宪?·····	(127)
(三)《草案》的平等保护原则是否背离了公有制?·····	(129)
(四)平等保护原则是否背离社会主义?·····	(131)
(五)《草案》是“奴隶般的抄袭”还是具有中国特色?·····	(133)
四、《物权法》审议通过——有坚持也有妥协·····	(134)
五、论争的实质——要不要改革开放·····	(136)
参考文献·····	(139)

第七专题

物权二元论与三元论之争	(141)
一、引子	(142)
二、“三元”还是“二元”？	(143)
(一)三元论	(143)
(二)二元论	(149)
三、物权二元论与三元论之争的意义	(152)
参考文献	(156)

第八专题

关于物权行为理论问题的讨论	(159)
一、引子	(160)
二、我国现行立法是否承认物权行为？	(161)
三、我国未来立法是否应当采纳物权行为？	(169)
(一)有关物权行为有利于保护交易安全的讨论	(169)
(二)物权行为是让法律关系更加明晰	(173)
(三)物权行为为公示公信原则提供理论基础	(174)
(四)使民法的体系更加清晰合理,具有逻辑性	(175)
四、《物权法》出台,争论渐平息	(177)
五、小结	(180)
参考文献	(181)

第九专题

关于国有企业法人财产权的争论	(183)
一、引子	(184)
二、“扩大自主权”时期的讨论	(184)
三、“两权分离”理论时期的讨论	(186)
(一)国有企业财产权概念的定义和澄清	(187)
(二)国有企业财产权性质的定位	(188)
四、十四大之后对法人财产权的讨论	(198)
(一)关于法人财产权概念的发展	(200)
(二)关于法人财产权性质学说的的发展	(201)

(三)企业法人财产权内容的界定	(203)
(四)对1993年《公司法》第4条第3款的质疑	(204)
五、公司(企业)法人财产权与股权	(206)
(一)股权性质	(206)
(二)股权与公司(企业)法人财产权的关系	(209)
六、结语	(210)
参考文献	(211)

第十专题

关于居住权立法问题的讨论	(215)
一、居住权论争的背景	(216)
二、居住权肯定与否之论争	(217)
(一)居住权肯定论	(217)
(二)居住权否定论	(223)
三、居住权法律制度构建之争	(227)
(一)居住权的立法框架体系之争	(227)
(二)居住权人的收益权之争	(229)
四、论争结果及其意义	(230)
参考文献	(231)

第十一专题

关于典权立法问题的讨论	(233)
一、引子	(234)
二、典权存废论	(235)
(一)典权废止论	(236)
(二)典权保留论	(240)
(三)物权法定原则的缓和:典权纳入物权类型中	(242)
(四)典权传统保留论与典权改革论	(243)
(五)第三种声音:以商事特别法的方式规定典权及其他	(245)
三、典权论争的立法结果及简约评述	(246)
参考文献	(247)

第十二专题

关于债的概念及立法问题的讨论	(249)
一、引子	(250)
二、债的概念：“存”还是“废”？	(252)
三、侵权行为法：“独立”还是“不独立”？	(257)
四、债法总则：“要”还是“不要”？	(262)
五、概念已定，体系未明	(268)
参考文献	(269)

第十三专题

关于民商立法模式的讨论	(273)
一、引子	(274)
二、民商分立的观点：形式上的分立与实质上的分立	(275)
三、民商合一的观点：法典主义的民商合一 与实质主义的民商合一	(279)
四、孰优孰劣：两种立法模式的较量	(281)
（一）历史与理性	(281)
（二）实质与形式	(282)
（三）商人特权与人人平等	(283)
（四）私法二元化与私法一元化	(284)
（五）基本法与特别法	(285)
五、商事通则：超越民商合一与民商分立的第三条路？	(286)
六、结语	(288)
参考文献	(290)

第十四专题

关于公司治理问题的讨论	(293)
一、引言	(294)
二、关于公司治理的内涵与外延的讨论	(294)
（一）以股东利益为基础的单边治理理论	(295)
（二）以利益相关者利益为基础的多边治理理论	(297)
（三）单边治理理论与多边治理理论的融合	(299)

(四)公司社会责任理论	(300)
三、关于公司的自治与管制的讨论	(305)
(一)理论界的反思:对公司自治理念的认识	(305)
(二)2005年《公司法》:公司自治理论之秉持	(309)
(三)和而不同:管制与自治的调和	(310)
四、关于独立董事制度的讨论	(313)
(一)我国是否需要独立董事制度的争论	(314)
(二)关于独立董事与监事会的关系的争论	(316)
(三)关于独立董事功能定位的争论	(318)
参考文献	(320)

第十五专题

关于一人公司问题的讨论	(323)
一、引子	(324)
二、一人公司争议的缘起	(324)
(一)改革开放后我国的立法状况	(324)
(二)立法价值取向的取舍问题	(326)
三、一人公司存废的观点及其理由	(326)
(一)否定说	(326)
(一)肯定说	(329)
四、一人公司的“社团性”问题	(331)
(一)股份社团说	(331)
(二)潜在社团说	(331)
(三)特别财产说	(332)
五、一人公司对传统公司法理论的挑战	(332)
六、结语	(334)
参考文献	(334)

第十六专题

关于婚姻法定位问题的讨论	(337)
一、引子	(338)
二、思维定式:婚姻法是独立的法律部门	(338)

三、重新认识:婚姻法“回归”民法	(341)
四、立法构想:大法典模式 VS 小法典模式	(347)
五、路途遥远:婚姻家庭法在我国未来民法典中独立成编	(350)
六、认识已“回归”,研究待深化	(352)
参考文献	(354)

第十七专题

关于离婚法定标准问题的讨论	(357)
一、引子	(358)
一、离婚是否要附加条件?	(358)
三、“感情论”与“理由论”	(361)
四、“感情破裂”还是“婚姻关系破裂”?	(366)
五、离婚:永恒的话题	(374)
参考文献	(375)

第十八专题

关于离婚救济制度的讨论	(377)
一、引子	(378)
二、离婚经济帮助制度的性质与完善措施	(379)
(一)离婚时经济帮助性质的观点分歧	(381)
(二)修改还是取代离婚经济帮助制度	(382)
三、离婚经济补偿制度的适用范围	(384)
四、离婚损害赔偿制度的设立、责任性质等	(385)
(一)是否应增设离婚损害赔偿制度	(385)
(二)离婚损害赔偿责任的性质是违约还是侵权	(388)
(三)离婚损害赔偿的法定事由是否应扩大	(391)
(四)离婚损害赔偿的责任主体是否应包括第三人	(392)
(五)是否只有无过错方配偶才享有离婚损害赔偿请求权	(394)
(六)离婚损害赔偿的范围是否包括物质损害赔偿	(396)
五、“只有更好,没有最好”	(398)
参考文献	(399)

第十九专题

关于事实婚姻问题的讨论	(403)
一、引子	(404)
二、事实婚姻的界定	(407)
(一)主体“有无配偶”之争	(407)
(二)事实婚姻与非法同居、非婚同居之区分	(411)
(三)事实婚姻与无效婚姻之区分	(414)
三、事实婚姻的效力	(415)
参考文献	(423)

第二十专题

关于知识产权与民法典的关系及其法典化问题的讨论	(427)
一、引子	(428)
二、民法典是否专编规定知识产权?	(428)
三、民法典中的“知识产权编”应当如何编纂?	(435)
四、当前我国知识产权法典化是否必要和可行?	(438)
五、态势明朗、讨论未结:《民法(草案)》初次提交审议	(445)
参考文献	(448)

第二十一专题

关于制定“物权法”还是“财产法”的争论	(449)
一、引子	(450)
二、对物关系还是对人关系?	(451)
三、财产法还是物权法?	(453)
四、无形财产的重要性与物权立法的关系	(462)
五、立法选择:《物权法》	(466)
参考文献	(467)

后记	(469)
-----------------	-------