

西南民商學人文庫

法性自然

——民法精神散论

赵万一 著

法律出版社

西南民商學人文庫

法性自然

——民法精神散论

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法性自然:民法精神散论/赵万一著. —北京:法律出版社,2009.5

(西南民商学人文库)

ISBN 978-7-5036-9583-4

I. 法… II. 赵… III. 民法—文集 IV. D913-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 079230 号

法性自然——民法精神散论

赵万一 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 6 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14.625 字数 416 千

印次 2009 年 6 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 978-7-5036-9583-4

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《西南民商学人文库》学术委员会

主任：

赵万一（教授 博士生导师 民商法学院院长

中国法学会民法研究会副会长）

李开国（教授 博士生导师 中国法学会民法研究会顾问）

委员：

张玉敏（教授 博士生导师 中国法学会知识产权法研究会副会长）

刘俊（教授 博士生导师 中国法学会社会法学研究会副会长）

刘云生（教授 博士生导师 民商法学院副院长）

张耕（教授 民商法学院副院长）

陈苇（教授 博士生导师 中国法学会婚姻法研究会副会长）

谭启平（教授 博士生导师 中国科技法学会会长助理）

唐烈英（教授 博士生导师 房地产法研究室主任）

汪世虎（教授 博士生导师 商法研究室主任）

李雨峰（教授 博士生导师 知识产权法研究室主任）



赵万一 1963 年 4 月生，山东巨野人。现任西南政法大学民商法学院院长、民商法学教授、博士生导师，兼任中国法学会理事、中国法学会民法学研究会副会长、中国仲裁法学研究会常务理事、中国法学会商法学研究会常务理事，福建省人民政府顾问，上海大学、福建师范大学兼职博士生导师，英国《法律与管理国际杂志》(*ML-The International journal of Law and Management*) 编委。主要研究领域为民商法基本理论和公司法、证券法、竞争法。独立完成的专著有：《证券法的理论与实务》(1991)，《中国竞争保护法律问题研究》(1996)，《商法基本问题研究》(2002)，*《民法的伦理分析》*(2003)。先后在《中国法学》、《法学研究》、《现代法学》等杂志发表论文约 90 篇。

让我们一起见证辉煌

西南政法大学民商法学学科发展至今已经历了接近56个年头,几乎与新中国的法学教育事业同步。西政民商法学学科的前身可以追溯到1953年9月7日成立的西南政法学院教务处教研室民法组。1956年2月15日在原民法组的基础上成立了西南政法学院民法、民诉法教研室。1977年5月西南政法学院恢复招生后民法教研室成为学校复办后首批成立的教研室,除了将因学校停办而未来得及遣散的教师如金平教授、杨怀英教授、张序九教授等重新聚集起来之外,先后从最高人民法院和北京、四川、贵州等地调回邓大榜、黄名述、聂天旻、李开国等老师,从而初步奠定了民商法学学科基本的教师队伍。在金平、杨怀英等学界前辈的不懈努力下,民商法学学科的师资队伍不断壮大,从教研室成立初期时的4个人,发展到80年代末32个人,师资结构也有了明显改善,一大批硕士研究生先后充实到教师队伍。并在长期的教学实践中创造出了求真务实的良好学风。1988年成立法律系时,民法教研室隶属于法律系。1999年学校在对校内法律教学资源进行调整和整合组建法一系时,民商法学学科成为该系的中坚力量,无论是师资队伍还是组织建构都得到进一步充实和完善,民商法学学科也被析分民法和商法两个教研室。2003年6月以民商法学学科为基础组建了全国第一个民商法学院。在内部机构设置上,在保留原民法教研室和商法教研室的基础上,分别从民法教研室中分出婚姻家庭法与妇女理论教研室,从商法教研室中分出知识产权法教研室,并从民法教研室和商法教研室中各抽掉一部分教师成立了房地产与劳动法教研室,从而奠定了我校民商法学学科的现有基本结构布局。

五十多年的风雨兼程,半个多世纪的沧桑更迭,在民商法学学科的曲折发展历史中,学科经历了草创——被撤销——复建——积极开拓——

创新发展等几个不同的发展阶段。改革开放之初,本学科在金平教授、杨怀英教授等前辈大德的带领下筚路蓝缕、艰苦创业,创造了我校民商法学科的第一次辉煌。1981年,经国务院批准,本学科获得了全国第一批法学硕士学位授权点,1983年3月至6月承办了首届全国法学专业民法学师资班,佟柔、江平、赵中孚、谢邦宇、林诚毅、关怀、金平、杨怀英等国内知名学者亲执教鞭、传经布道,为全国培养出了改革开放后第一批民法学基本教学科研骨干。在以后的发展过程中,后继者李开国、黄名述、王卫国、尹田、张玉敏、赵万一、陈苇、刘俊等一批中青年骨干殚精竭虑、绍继前贤,继续巩固了本学科在全国的优势地位。1995年,本学科成为四川省首批省级重点学科,重庆直辖后,又被确定为首批市级重点学科。1998年经国家批准,本学科获得博士学位授予权,2004年经国家批准设立民商法博士后流动站。本学科迄今为止已为我国培养了三千余名硕士研究生以上的高级民商法专门人才,其学子遍布神州,延及海外,他们在各自的工作岗位上为我国的法制建设和社会发展做出了卓越贡献。

本学科现有专职教师(不含行政管理和学生管理人员)76名,其中教授16名,副教授28名。拥有1个重庆市人文社会科学重点研究基地,7个校级科研机构,1个国家级人才培养模式创新实验区(复合型知识产权应用人才培养模式创新实验区),4门重庆市精品课程。本学科长期专注于民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法、劳动与社会保障法、房地产法、金融法、医事法等8大方向的教学与研究,先后组织出版了《中国不动产法研究》、《家事法研究》2份学术刊物以及“民商法学博士文库”、“西南知识产权博士文库”2个博士文库。为了弘扬民商法精神,本学科在继续组织出版原有出版物系列的基础上,又推出了这套“西南民商学人文库”、“西南民商法学阶梯”、《民法哲学研究》、《西政民商教授讲演录》等四个学术系列。其中“西南民商学人文库”收录了本学科16名教授和部分副教授的前沿性研究成果,既是对我校民商法学科近几年学术成就的一次集中展示,也是与其他学校同行专家进行切磋和交流的良好平台,相信会对我国民商法学的研究事业和本学科的进步起到巨大推动作用。

II

值得说明的是,本文库的出版得到学校领导和法律出版社的大力支持,特别是法律出版社学术分社编辑刘文科先生和钱小红女士亲临重庆,现场办公,为本文库的编辑出版付出了大量心血,他们的高度敬业精神令人十分钦佩。本文库的出版还得到金平老师、黄名述老师、聂天凯老师、邓宏碧老师、赵勇山老师等诸多离退休前辈和王卫国、尹田等部分外地校友及本学科诸多博士研究生和硕士研究生的大力支持。没有他们的努力和帮助要想出版这样一套较大规模的丛书是完全不可能的。在此我谨代表西政民商法学全体同仁,向为本丛书的出版提供了各种形式帮助的老师、领导、校友和同学表示衷心的感谢。同时也向长期以来关心、支持本学科发展的各位同行专家和各位领导表示诚挚的谢意。我相信在各位专家学者的继续支持下,经过西政同仁坚持不懈的努力,西政民商法学科的明天一定会更加灿烂辉煌!

是为序。

赵万一

2009年5月18日于西南政法大学

明心见性 矢志追求(代序言)

记得在就读西政民法学研究生后的第一次师生见面会上,金平教授曾谆谆告诫我们说要多关注中国的改革实践,同时要勤思考多动笔,及时将自己的感悟表达出来。在此后三年的研究生学习中,我一直把金老师的这段话时刻铭记在心中并尽量付诸行动,除进行系统的民商法基础知识训练外,开始尝试进行一些粗浅的研究。在读研及留校任教的初期,我的研究主要集中在三个方面,即民法基础理论、国有企业改革和物权理论。在民法基础理论方面,1985年在《法学研究》第1期上,发表了我和金平教授、聂天凯教授和吴卫国同学合写的《论我们民法的调整对象》(该文收录在“西南民商法学阶梯”第1卷中)一文,这也是我公开发表的第一篇有一定学术影响的论文。该篇文章对聚讼纷纭的我国民法调整对象理论提出了一种不同于前人的独立见解,即我国民法应调整民事主体之间的“平等财产关系和人身关系”。对这种“平等财产关系”可以从以下两个角度加以理解。从横向看,它有三层含义:一是人们平等地占有和支配财产;二是人们在相互关系中处于平等的经济地位,人身上互不依附;三是产品的交换和分配按同一尺度,即劳动或劳动的凝结来进行。从纵向看,它既包括人与人之间在生产过程中的平等关系,也包括人与人之间在交换、分配和消费中的平等关系。这里的“人”既包括单数或复数的自然人,也包括具备一定条件的社会组织(即法人)。这一观点不但在理论学界引起广泛的社会认同,而且在立法上为我国《民法通则》的制定提供了理论支持。同年在《法学季刊》上发表了我独立撰写的第一篇论文《论所有权的权能》,该本得以发表的主要原因是文中提出了所有权权能的扩张理论,认为完整的所有权除应包括占有、使用、收益和处分四项权能之外,还应包括决定权能和终属权能。前者是指所有人在不变更财产的所有权而将其转交给他人占有时,通过对直

接占有人的强制性活动,间接利用该项财产或决定该项财产命运的能力。后者是指对所有财产的最终控制收回能力。在所有权六项权能中,占有、使用、处分、收益四项权能是表面的权能,通过对它们的行使可以直接满足所有者的某种需要或取得某种利益,因而这部分权能可以称之为“经济所有权”。而决定权能和终属权能则是隐藏在内部的内在权能,它只存在于法律的规定中。由于它们本身不能为所有者直接带来经济利益,因而仅是一种单纯所有权。

在国有企业改革方面,主要的学术观点是提出国有企业的“委托经营权理论”。这一理论最先成稿于我的硕士学位论文《所有权与经营权的统一与分离》,时间为1985年底至1986年初。经王利明同志推荐,1987年以《论委托经营权》为题,作为有代表性的学术观点之一,被收入佟柔教授主编的《论国家所有权》一书。这一理论主要有三层含义:其一是国家与企业之间的关系是一种委托经营关系,委托的方式可以是法律性的,也可以是契约性的。其二是国营企业作为国有财产的受托经营人,是独立的商品生产者,必须享有从事商品生产活动所必需的权利,即受托经营权,这是国营企业独立承担风险和经济责任的逻辑前提。并在此基础上将国营企业的经营权具体细化为经营占有、经营使用、经营收益和经营处分。其三是国营企业的受托经营权并不是绝对的,它既不能超出国家法律和合同所设定的约束,也不能超出法人章程所设定的限制。而且国家还保留有计划指导,价格、税收、信贷杠杆的宏观调控等诸项手段。这一观点为从法律上理顺国家和企业之间的关系提供了一个有建设性的思路,受到法学界的重视。

在民法物权理论方面,1987年第1期的《中南政法学院学报》上,发表了我与金平教授合写的《我国民法应确立物权制度》。认为物权制度是特定历史条件下的产物,衍生于一定经济关系之中的物权制度,总是为它所赖以产生的经济基础服务的。物权制度之所以会受到这么多国家的如此重视,其根本原因除了在于这种制度本身有其存在的合理性之外,更主要的还在于这种制度确实适合社会经济发展的客观要求。资本主义各国正是利用物权和债权这两大法律制度对私有权的确认和交易安全的保证,才由此确立了社会生产所必需的正常的外部条件。我国有

计划的社会主义商品经济制度,必然要产生出与其相适应的所有权及其他财产权制度,也必然要产生出特有的物权体系。根据这一理念,在1987出版的由金平教授主编的《民法学教程》(内蒙古大学出版社出版1987年9月第1版)一书中,由我撰写的物权部分对他物权制度,特别是其中的用益物权制度进行了系统深入的探讨,初步构筑了较完整的他物权体系,并首次在民法教材中引入了经营权和使用权的概念,认为经营权是非所有人基于法律、合同或其他合法根据,以创造社会财富为目的,对他人财产所享有的直接支配权。它又可具体分为国营企业经营权(国有财产经营权)和承包经营权。前者是指国营企业在国家授权的范围内,对国家授予其经营的财产所享有的占有、使用及法律规定范围内的收益权和处分权。这种经营权独立于国家所有权和行政干预之外,所有人非依法律规定并经法定程序不得任意干涉和变更。承包经营权则是公民个人或集体经济组织,在法律或合同规定的范围内,对于集体所有的或国家所有集体使用的土地及其他自然资源,依法享有的占有、使用和收益的权利。这种承包经营权的特点是该项权利的取得必须以签订承包合同为前提;合同的双方当事人之间存在一定的隶属关系。这一物权体系为以后出版的许多同类教材所原则采纳。

在上世纪80年代中期到90年代初,我的研究兴趣开始向其他方面发散,在民法学(法学)基础理论方面,相继发表了《建立适合我国经济发展的新型法律观》(与王威同志合作,《法学季刊》1986年第4期);《民法与社会进步》(与金平教授合作,《西北政法学院学报》1986年第4期);《法律手段在经济运行综合机制中的地位和作用》(与顾培东合作,《政治与法律》1987年第6期)。在商法学研究方面,发表了《重庆市股份公司的现状与趋势》(《经济体制改革探索》1986年第1期),《试论社会集资的法律调整》(《中国法制报》1986年2月3日),《浅析破产法实施的文化——心理环境》(与张卫平合作,《学习与探索》1988年第6期),《无价证券透视》(《中国社会科学〈未定稿〉》1989年第6期)。其他方面则发表了《经济体制改革与农村家庭职能的发展变化》(《中国社会科学〈未定稿〉》1986年第6期),《政治体制改革刍议》(《探索》1987年第2期),《人民调解制度与中国传统文化》(《法律学习与研究》1987

年第3期),《民事诉讼时效制度初探》(《河北法学》1987年第5期)。这一阶段较为重要的学术成果主要是与顾培东、张卫平同学合作出版了我国第一本破产法专著——《企业破产法论》(1988年10月四川省社会科学院出版社出版),出版了我的第一本个人专著(也可能是我国第一本证券法方面的专著)——《证券法的理论与实务》(1991年6月云南大学出版社出版),主编了《中国房产法的理论与实务》(1992年5月成都科技大学出版社出版)和《香港法要论》(1994年12月成都科技大学出版社出版),并与伍再阳同志和李开国教授合作出版了《商法原理》(1993年4月中国政法大学出版社出版)。尤其值得一提的是,这个阶段我参加了由种明钊教授主持的国家社科基金“七五”重点规划项目《中国农村经济法制研究》,并于1992年出版了同名专著。在本书中创立了比较完整的中国农村土地产权改革理论。认为我国的土地产权改革应与农村总体经济改革相适应,步骤上应分两步进行:第一步即土地产权制度改革的初始模式——承包权的强化与变通和适度的规模经营,同时相应建立和完善土地的招标承包制度、转包制度和合伙承包制度;第二步即我国土地产权制度改革的目标模式,应是在国家所有基础上的家庭占有和农场并存制的经济结构。与此相配套应逐步改变现行的农业税负制度,实行租、税分流。同时还应强调土地管理的法制建设,制定全国统一的土地大法并建立相应的土地管理机构。在农村劳动力转移和劳动就业理论方面。认为中国的农村劳动力转移应区别不同的经济发展水平,分别采取不同的转移方式。对东部经济发达地区,应以发展中大城市为主;西部欠发达地区,农村劳动力转移的重点应放在中小城市和乡镇企业的发展上;中部次发展经济区则应以大中小城市同时并举的网络结构为主。对于农村和城市剩余劳动力的就业问题,认为现行的劳动就业政策不但阻碍了新就业人口的安置和农村剩余劳动力向城市的转移,加大了国家安置就业人员的压力,而且助长了在职职工的贵族化恶习和城市自身的退化态势。提出应改革现行的户籍制度,加速人口的流动;保持一定的失业人口比例,以激励和震慑在职职工;同时变一次定终身的单向选择为双向选择基础上的合同制,以强化职工的危机意识等。

在1993年出版的《走向21世纪的中国法学》一书中,对民法学的发展现状进行了冷静审视,在一片颂扬声中提出在民法学表象繁荣的背后隐伏着滞碍自身进步的理论危机。其主要表现是:法律规范严重滞后于经济体制改革的实践,现有的理论无法对新生事物做出科学回答;民法学自身缺乏严密的逻辑体系;法律实现保障体系薄弱等。明确提出民法学应为权利法学的构想,认为民法作为一个独立的法律部门,区别于其他部门的最本质属性就是应以权利作为整个法律体系的核心,权利在民法体系中起着关键性的和主导性的作用。为了实现民法作为权利法学的构想,首先应实现民法学观念的更新,确立社会主义平等观、民主观和权益观。其次应实现民法学体系的更新,变以法律关系为主线为以权利为主线的法律体系。最后应实现民法作用的更新,将民法的作用贯穿于生产领域、流通领域、分配领域和消费领域。在对民法学研究的前瞻上,非常精确地预见到民商分野的鸿沟将逐渐消亡;人身权在民法中的地位会逐渐得到加强;传统民法中的某些法律制度会重新唤起人们的重视(如占有制度、典当制度、信托制度等);比较民法学与外国国别民法学会逐渐引起社会关注;中国古代民事法律制度和民法史会成为纯理论研究的一枝奇葩等。

1996年出版了我的第二本个人专著——《中国竞争保护法律制度研究》。该书的主要理论贡献表现在:一是在研究基点上侧重于从正面即从竞争保护的角度对竞争关系进行系统深入的探讨,并构筑了较为完整的竞争关系规则体系和保护体系。二是提出了竞争保护立法的主要内容应包括竞争条件立法和竞争规则立法两个方面,其中竞争条件立法又可具体分为明确的市场主体、严格的财产界限和完备的市场体系。提出竞争规则应具有公正性、强制性、协调性、严密性和可操作性等几个基本要求。竞争规则的内容应包括引导性规范、行为性规范和保护性规范。三是在竞争保护法律制度的实施方面提出竞争保护制度的实施有赖于良好的竞争道德和理想的社会环境。良好的竞争道德应当包括遵纪守法守信;尊重社会公德;正确利用合同手段、切实履行合同义务等内容。而理想的社会环境则包括先进的法律意识、公正的执法程序和完善的法律监督机制。四是对涉外关系中颇为引人注目的商品倾销行为和

反倾销立法进行了较为深入的分析,认为频繁遭致的反倾销指控和外国产品的大量倾销行为已成为阻碍我国经济发展的主要因素,提出作为今后我国竞争保护立法的主要内容之一就是加快反倾销立法,并对加强我国的反倾销立法提出了一些具体建议。

进入本世纪前后,在民法学研究领域,我的研究兴趣主要集中在以下几个方面:一是市民社会与民商法的关系。在2001年主编的《商法学》、2002年出版的《商法基本问题研究》等书中,提出中国现代民事法律制度的建立和完善有赖于市民社会观念的弘扬。认为市民社会观念与民事立法和民法文化密切相连。传统民法文化不过是市民社会人本主义思想和“天赋人权”思想在法律上的表现,是“私权神圣”原则的充分体现。提出中国现代民事立法的推进首先要进行法律观念的现代化,明确树立公私法的观念,确立民法的私法属性和私权属性。认为民法领域强调的是私权神圣和私权至上,国家公权应当服从和服务于私权,并以不阻碍私权的行使为其作用界域。并总结出没有私法观念和私权观念就没有以公平、自由、意思自治为核心的民事法律制度和完整的民法体系。同时提出要树立大民事观念,建立以民法为基础的法律体系。认为只有民事法律制度才能有效保障市场主体平等独立地进行经济活动,才能切实维护市场主体的合法权益,才能真正实行整个市场经济运行的有序化和法制化。民法的重要性不仅仅体现在它对市场经济关系的巨大调整作用上,而且还表现在它对整个法治社会的建立所产生的巨大推动作用上。民商法以其对主体人格平等和行为自由的明确肯认,对公平理念的大力弘扬,对主体财产和人身权利的充分保护,对权利义务相一致的强制性要求,对交易安全的有效保障,对效益追求的鼓励和对交易迅捷的推动等明确的价值观取向和具体的法律规则,为法治社会的建立提供坚实的法律观念基础和法律规则基础。在规范形态上,民法规范不是表现为以限制性规范、惩罚性规范为内容的消极性规范,而是主要表现为以引导性规范、行为性规范和界定性规范为内容的积极性规范。作为市民社会民事立法的一项基本要求是要严格区分政治国家和市民社会的界域,合理限制政府行为的活动范围,强化市民社会经济主体的权利保护机制,弱化国家权力对市民社会经济活动的不适当干预。二是在

民法与商法的关系问题上。在《商法基本问题研究》一书和《论民商法价值取向的差异及其对我国民商立法的影响》(《法学论坛》2003年第6期)及《论民法的商法化与商法的民法化——兼谈我国民法典编纂的基本理念和思路》(《法学论坛》2005年第4期)等文章中,认为作为私法,民商法有许多相同的价值取向,这些价值取向包括公平价值、效益价值、平等价值、诚实信用价值、合法性价值等。但同时认为民商法作为两个不同的法律部门,之所以为绝大多数大陆法国家确认,主要的原因在于民法和商法在调整对象和调整内容上具有明显的差异性,除此之外,民法和商法在价值向上具有显著不同以及在产生基础上具有较大差异性,也是区分民商法分属不同法律部门的重要原因。因为调整对象的差异固然可以直接界定不同部门法的独立调整范围,而价值取向的不同则会决定不同法律立法的最终追求目的,从而使性质各异的法律部门的划分成为必要。民法和商法在立法价值取向上的主要差异性表现在:在民法的诸项价值目标中,最基本的价值取向是公平,即当公平原则与民法的其他基本原则发生冲突与矛盾时民法首先会选择公平,在处理公平与其他民法原则的关系时采取的是公平优先兼顾效益及其他。而在商事立法中最高的价值取向则是效益,在处理效益与其他法律原则的关系时其基本原则和要求是效益至上兼顾公平与其他。民商法在对待公平与效益的关系与地位上所采取的这种不同的价值取向,既反映了民法和商法在立法上的不同的价值追求,也反映了民法和商法在调整市场经济关系时所具有的不同作用和各自独特的存在价值。在法律模式的选择,认为无论是基于中国现实的立法现状还是基于建立社会主义市场经济体制的发展目标的需要,都决定了我国应采取“民商合一”的立法体例。因为作为社会主义市场经济体制的一个重要特征就在于它强调市场主体法律地位的平等性,不承认不同主体因其职业或经济性质的不同而受到不同的法律对待。因此,人为地把商人作为一类特殊主体进行规范,以至于制定一部与民法典相并行的商法典,不但在理论上弊端多多,而且也与我们正在推行的社会主义市场经济背道而驰。三是民法与伦理的关系。在这方面的主要成绩是:出版了一本个人专著——《民法的伦理分析》(法律出版社2003年出版),发表了《契约自由与公序良俗》(《现

代法学》2003年第3期)、《对民法意思自治原则的伦理分析》(《河南省政法管理干部学院学报》2003年第5期)、《论民法的伦理性价值》(《法商研究》2003年第6期)、《民法公平原则的伦理分析》(《重庆社会科学》2004年第2期)等几篇文章。提出特定的社会伦理观念和伦理规则是各国民法制度赖以建立的基础,也是评价民法制度优劣的主要标准。各国民法无一不是将本国基本伦理制度上升为法律规定的结果。目前中国民事立法所存在的主要问题并不是对外国先进法律制度的移植不够,而是对传统文化的借鉴不足。中国未来的民法典必须同时兼顾其先进性和民族性,应当是在扬弃和继承的基础上构建出一套既适应现代市场经济体制的要求又可得到广泛社会接受的新型民法典体系。四是关于民法和宪法的关系。在这方面我相继在《中国法学》2006年第1期上发表了《从民法与宪法关系的角度谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》,在《法学》2007年第4期上发表了《再论民法与宪法之间的关系——与童之伟教授商榷》,在《清华法学》2009年第2期上发表了《再谈民法与宪法的关系》3篇文章,提出市民社会与政治国家的分野是公、私法划分的理论基础,也是处理宪法和民法关系的主要依据。认为在民法与宪法的关系上认为宪法与民法的关系不是“母子”关系,民法不是宪法的实施细则。提出宪法是公法的基本法,民法是私法的基本法,民法和宪法分别是调整私法领域和公法领域的基本法律制度;宪法的触角不能延伸到私人领域,宪法不能干涉纯粹的私人生活领域。在民法与宪法的定位和作用上,提出民法应当是以自治为核心的最基本的私法规范的总和,相对于宪法而言民法具有更为基础的地位。宪法的主要功能在于规范政府行为和保护人民的权利,且必须以尊重和实现公民权利自治作为其最高价值目标。各国民法典中强调的个人私有财产神圣不可侵犯和契约自由,强调当事人意思自治和效益公平,均是为了避免国家对个人权利的侵犯。提出民法的立法重点在于有效保障公民的财产权利。由于财产权本质上是一种对他人的限制和束缚,从这一意义上说,没有财产权就没有现代法治。文章发表后,引起了广泛的社会影响,中国人民大学法学院院长、博士生导师、中国法学会宪法学研究会常务副会长韩大元教授在《迈向专业化的中国宪法学——以2006年发表的部分宪

法学学术论文的分析为例》(发表在《中国法学》2007年第1期);华东政法大学教授、博士生导师、中国法学会宪法学研究会副会长童之伟教授在《宪法民法关系之实像与幻影——民法根本说的法理评析》(发表在《中国法学》2006年第6期),刘志刚先生在《立宪主义语境下的人性分析》(发表在《现代法学》2006年第3期)等多篇文章中都对本文进行了评价和驳议。

这一阶段的另一重点是为了配合物权法的制定而开展的相关研究。主要有:《财产权制度存在的基础》(《现代法学》2004年第5期)、《冷静而理性地看待物权法中的争议》(《河南省政法管理干部学院学报》2006年第3期)、《论国家所有权在物权法中的特殊地位》(《河南省政法管理干部学院学报》2007年第1期)、《物权法是对公民财产权的有效保障》(《法制日报》2007年3月21日)、《从公权与私权关系的角度解读国家征收征用制度》(《华东政法学院学报》2007年第2期)、《论我国物权立法中的平等保护原则》(《上海大学学报(哲学社会科学版)》2007年第5期)、《论国家征收征用制度的正当性基础》(《福建政法管理干部学院学报》2008年第4期)等。认为相对于民法的其他部分而言,物权法更加关注人的基本生存条件和其他基本需要,也与人的生存和发展联系最为密切。财产权之所以可以作为民法的核心内容,其主要原因在于公民的财产权是限制国家权力的最可靠和最有效的屏障,是建立法治、保障人权的基础。对公民财产权的有效确认,就从根本上限制了国家政府对公民财产权的任意侵害和剥夺。没有财产权,其他一切权利的实现都是不可能的或是非常困难的。认为物权立法并不是通过法律方式对现存所有制关系的简单确认,而且具有十分丰富的经济内涵和政治内涵。物权法的制定不但将民众通过自己的辛勤劳动和其他合法方式所获得的财富通过法律形式固定下来,而且还可以进一步激发社会公众获取财富的热情。

这个阶段的另一项成果是关于经济法的基本理论研究方面的。在《经济法若干基本理论问题研究》(《现代法学》2002年第4期)一文中,认为与其他法律部门相比,经济法在调整目标上具有明确性和单一性、调整内容上具有经济性、调整手段上具有多样性,经济法对社会关系的