

乔军 著

M INSHANGFA

民商法

与

和谐社会的构建

YU HEXIESHEHUI DE GOUJIAN

青海人民出版社

民商法与和谐社会的构建

乔 军 著

青海人民出版社

2006·西宁

图书在版编目(CIP)数据

民商法与和谐社会的构建/乔军著. —西宁:青海人民出版社, 2006. 12

ISBN 7-225-02876-6

I. 民... II. 乔... III. ①民法—研究—中国②商
法—研究—中国③社会主义建设模式—研究—中国

N. ①D923.04②D616

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 159999 号

民商法与和谐社会的构建

乔 军 著

出 版 青海人民出版社 (西宁市同仁路10号)
发 行 : 邮政编码 810001 总编室 (0971)6143426
发 行 部 (0971)6143516 6123221
印 刷: 青海新华印刷厂
经 销: 新华书店
开 本: 850mm×1168mm 1/32
印 张: 10.25
字 数: 250 千
版 次: 2006 年 11 月第 1 版
印 次: 2006 年 11 月第 1 次印刷
印 数: 1—2 000 册
书 号: ISBN 7-225-02876-6/D·114
定 价: 28.00 元

版权所有 翻印必究

(书中如有缺页、错页及倒装请与工厂联系)

本书出版受中共青海省委党校课题资助，受青海正源有限责任公司董事长乔正祎先生的资助，特此致谢！

此故美尼
以已乔爷
谨念姐姐舅
纪姐和
书的英玛！

前 言

奉献给读者的这本书是笔者近几年对民商法研究的部分成果，绝大部分在杂志或论文集上已公开发表。本书之所以起名《民商法与和谐社会的构建》，基于笔者长期坚持的一个信念：一个国家的法律制度是整个社会运行的基础，而民商法在建立法治秩序、追求和谐社会目标中担负着非常重要的职能。从这个视角看，民商法律制度的完善是构建和谐社会的一项重要任务，建立私法秩序是构建和谐社会的关键环节。之所以得出这样的结论，乃是因为人类社会生活可以分为两大领域，一是政治国家生活领域，二是市民社会生活领域。对前者予以规范的法律就是公法，比如宪法、刑法、行政法等。对后者予以规范的法律就是私法，私法的主要内容就是民商法。与此相对应，依据公法享有的权力为公权力，如立法权、司法权、行政权等，依据私法享有的权利为私权利，如财产权、人身权等；公法强调国家意志，私法强调个人意志，二者既对立又统一。真正实行法治的国家，公权力与私权利始终处于平衡状态。否则，公权力的极度膨胀，就是专制，就是中央集权制；私权利的极度泛滥，就是自由主义，就是无政府主义。而和谐社会是一个多元利益协调和平衡的社会，和谐社会的关键在于平衡国家利益、社会公共利益和个体利益的冲突，协调公权力与私权利的关系。私法精神即民商法精神是法治精神的核心，它以政治民主为前提，以人的生存价值体系为核心，以民法

特有的权利神圣、身份平等、私法自治之理论为内涵，其特质与和谐社会理念有高度的一致性。

本书在体例安排上，遵循民商法的基本体系，按民法总论、物权法、合同法、侵权行为法、公司法、证券法、保险法的体例安排，总共分十六个专题。

专题一：构建和谐社会的关键是建立私法秩序。以构建社会主义和谐社会为目标，在区分公法与私法、公权力与私权利、政治国家与市民社会的基础上，就我国如何建立私法秩序提出了建议。

专题二：民法法典化与中国现代化进程。以正在制定的民法典为视角，从世界各国民法法典化的趋势、民法典的编纂与中国社会发展、编纂民法典的必要性及中华人民共和国民法草案的内容四个角度，对正在制定的民法典进行全方位的分析。

专题三：完善公民私有财产制度。以 2004 宪法修正案中确立的公民私有财产权为视点，就私有财产权的内涵、确立私有财产权的意义及如何完善私有财产制度进行思考。

专题四：中国社会权利结构的变迁与民事法律制度。以中国社会发生的社会权利结构变迁为突破点，着重对公权与私权、物权与产权、物业管理中业主的权利与物业公司的权利等作了简单的梳理，并对未来民法典中如何设计民事权利提出了建议。

专题五：物权法的区分原则。以正在制定的物权法作为参考系，以物权理论为指导，就如何解决物权变动的原因与物权变动的结果之间的关系，从理论、立法、实践三个层面进行分析。

专题六：商品房买卖合同法律问题研究。针对司法实践中商品房买卖合同中遇到的问题，以《合同法》和最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》为依据，主要就商品房认购书、不动产登记对商品房买卖合同效力认

定的影响及惩罚性赔偿金在商品房买卖中的适用等三个问题予以展开探讨。

专题七：农地承包经营权流转制度的完善。以《中华人民共和国农村土地承包法》为视角，主要对农地承包经营权流转的特征、农地流转的意义及农地承包经营权的物权化等问题进行探讨。

专题八：人身损害赔偿制度创新。以最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》为视角，就《人身损害赔偿司法解释》对侵权法理论与相关规则的创新内容从十个方面作了分析。

专题九：校园伤害赔偿案件的法律问题。从校园伤害案件的请求权基础入手，主要就校园伤害赔偿案件的构成要件、归责原则进行探讨，并对《人身损害赔偿解释》中的几个具体规则予以分析。

专题十：完善商事登记法律制度。主要分析了我国现行商事登记制度的立法缺陷，提出借鉴外国立法经验，改变立法模型，建立和完善我国的商事登记制度，以维护社会主义市场经济的正常秩序。

专题十一：公司制度与传统国有企业制度比较的启示。从二者设立目的、产权主体、组织形式、政企关系、民事责任、治理结构、职工地位等七个方面进行比较分析，进而得出七个启示。

专题十二：解读新《公司法》。对我国 2005 年新修订的公司法，从修订背景、修订意义、修订内容及实践价值等方面全面解读。

专题十三：建构新型公司治理结构模式。通过对美、德、日三国公司治理结构模式的比较分析和对我国公司治理结构现状的具体分析，对如何构建中国特色的公司治理结构模式提出了建设性的意见，并就新《公司法》对公司治理结构的完善作了介绍。

专题十四：有限责任合伙的法律问题。以 2006 年修订的《合伙企业法》为依据，对有限责任合伙与普通合伙、有限合伙、有限责任公司进行系统比较，从而对有限责任合伙企业合伙人的构成、合伙人适用范围及合伙人责任的特殊性进行了分析。

专题十五：从分业经营到混业经营。在比较美、英、日等主要发达国家金融业发展改革经验的基础上，结合我国实际，对我国金融业从分业经营、分业监管到混业经营、统一监管的发展路径和法律制度模式进行理论思考。

专题十六：保险法基本原则价值分析。以我国 2002 年修订的《保险法》为视点，着重对保险法确立的诚实信用原则、保险利益原则、近因原则、损害赔偿原则等四个原则的价值作了分析，以加深对保险法的理解。

民商法学理论博大精深、体系完美精致，要了解其全貌、领悟其精神是很困难的。由于本人浅薄的民商法理论功底，书中难免存在纰漏，敬请学界同仁批评指正。

目 录

构建和谐社会的关键是建立私法秩序·····	(1)
一、重新对法律的含义进行界定·····	(3)
二、完善以民法典为核心的民商法律体系·····	(4)
三、积极推进培育市民社会的历史进程·····	(5)
四、加强对公权力的限制和约束·····	(7)
五、着重提高公民的私法观念和私权意识·····	(9)
六、建立多元化的社会纠纷解决机制·····	(10)

民法法典化与中国现代化进程

——民法典编纂历史的回顾及 2002 年民法 草案的评析·····	(13)
一、民法法典化是世界各国民法发展趋·····	(13)
二、编纂民法典是我国走向法治国家的 必由之路·····	(17)

三、1998 以来我国民法典的编纂及必要性分析·····	(24)
------------------------------	------

四、2002 年中国民法草案的主要内容及争论点·····	(28)
------------------------------	------

完善公民私有财产制度

—— 兼评 2004 宪法修正案对私有财产

规定的意义·····	(35)
------------	------

一、私有财产权内涵的界定·····	(35)
-------------------	------

二、私有财产权入宪的意义·····	(39)
-------------------	------

三、完善私有财产权制度的具体设想·····	(43)
-----------------------	------

中国社会权利结构的变迁与民事法律制度 ····· (47)

一、中国社会权利结构的历史性变迁·····	(47)
-----------------------	------

二、民事权利的论争及立法规定·····	(50)
---------------------	------

三、未来中国民法典对民事权利规定的展望·····	(55)
--------------------------	------

物权法的区分原则·····(57)

一、理论层面：何以解释区分原则·····	(57)
----------------------	------

二、立法层面：区分主义立法模式的选择·····	(61)
-------------------------	------

三、实践层面：区分原则的价值分析·····	(66)
-----------------------	------

商品房买卖合同法律问题研究····· (71)

一、商品房认购书的性质与效力·····	(71)
---------------------	------

二、不动产登记对商品房买卖合同效力的影响·····	(81)
---------------------------	------

三、商品房买卖中惩罚性赔偿责任的适用·····	(97)
-------------------------	------

农地承包经营权流转制度的完善

——以《农村土地承包法》为视角的思考·····	(113)
一、农地承包经营权流转的特性·····	(113)
二、农地承包经营权流转的意义·····	(118)
三、几个相关问题的探讨·····	(125)

人身损害赔偿制度创新

——对最高人民法院法释[2003]20号的解读·····	(131)
一、共同危险行为的责任·····	(133)
二、未尽安全保障义务的侵权行为·····	(134)
三、学生伤害事故责任·····	(136)
四、法人或其他组织的侵权替代责任·····	(137)
五、雇用活动中的雇主责任·····	(138)
六、定作人的指示工作责任·····	(141)
七、工伤事故人身损害赔偿·····	(142)
八、义务帮工致害的人身损害赔偿·····	(144)
九、制止侵害行为的受益人补偿责任·····	(145)
十、物件致害中的人身损害赔偿·····	(146)

校园伤害赔偿案件的法律问题····· (147)

一、校园伤害受害方请求权的法律基础·····	(147)
二、校园伤害赔偿责任的归责原则·····	(151)
三、校园伤害赔偿责任的构成要件·····	(155)

四、诉讼中应注意的几个问题·····	(159)
--------------------	-------

完善商事登记法律制度·····	(163)
-----------------	-------

一、商事登记与商事登记法·····	(163)
二、我国商事登记制度的立法缺陷·····	(166)
三、完善商事登记法律制度的几点建议·····	(170)

公司制度与传统国有企业制度比较的启示·····	(175)
-------------------------	-------

一、比较·····	(175)
二、启示·····	(179)

解读新《公司法》

——公司法修订的历史意义、内容及实践价值·····	(189)
一、时代背景及历史意义·····	(189)
二、内容评析·····	(192)
三、实践价值·····	(216)
四、结束语·····	(220)

建构新型公司治理结构模式·····	(221)
-------------------	-------

一、西方公司治理结构的典型模式·····	(222)
二、我国公司治理结构的现状分析·····	(225)
三、建构我国公司治理结构模式的路径选择·····	(233)

有限责任合伙的特殊问题

- 与普通合伙、有限合伙的比较分析…………… (245)
- 一、有限责任合伙的价值分析…………… (245)
- 二、有限责任合伙适用范围的特殊性…………… (251)
- 三、合伙人承担责任的特殊性…………… (258)
- 四、对我国新《合伙企业法》的简要评价…………… (259)

从分业经营到混业经营

- 中国金融业发展路径及监管制度
的选择…………… (267)
- 一、分业——混业：美、英、日等国家的经验…………… (267)
- 二、混业——分业——混业：中国金融业的发展
趋势…………… (273)
- 三、中国金融业混业经营的路径选择及制度设计…………… (288)

保险法基本原则价值分析…………… (295)

- 一、诚实信用原则…………… (295)
- 二、保险利益原则…………… (299)
- 三、近因原则…………… (302)
- 四、损失补偿原则…………… (305)

后 记…………… (309)

构建和谐社会的关键是建立私法秩序

党的十六届四中全会通过的关于加强党的执政能力建设的决定，正式提出了“构建社会主义和谐社会”的社会发展目标。和谐社会构建理念的提出，意味着我国今后要形成全体人民各尽其能、各得其所而又和谐相处的社会。如何构建和谐社会，是摆在全国人民面前的一项重大理论与实践课题。

构建和谐社会是法律追求的目标，和谐社会与法治社会的目标是统一的，建设法治社会是构建和谐社会的一个主要方面。从这个意义上说，和谐社会应当是法治社会，因为，法律是构建和谐社会的保障，现代社会中法律及其调整机制已经成为社会调整的主要手段，依法治国建设法治国家，已经成为人们的共识。然而，在坚持和谐社会法治构建的前提下，如何选择具体的进路，即和谐社会的构建在根本上是依靠公法之治还是私法之治，则存在理论分歧。^①

① 以罗豪才、宋功德为代表的行政法学派认为和谐社会主要依赖公法之治；公法是支撑和谐社会的脊梁，社会和谐与否直接取决于公法是否平衡。而以王利民、郭金龙为代表的民法学派认为私法作为市民社会的法，是和谐社会法治构建的基本法，和谐社会的构建应当以私法构建为核心，私法在和谐社会构建中的作用发挥主要通过私法的系统结构的功能实现。私法构建是和谐社会的法治核心。参见罗豪才、宋功德：《和谐社会的公法建构》，《中国法学》2004年第6期。王利民、郭金龙：《论“和谐社会”的私法构建》，《河北法学》2006年第2期。

和谐社会是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。而人与人之间的关系，应该是平等、团结、友爱、互助的和谐关系。按照和谐社会理念，人是和谐社会的主体，为了人类的最终福祉，应在人与国家、人与社会、人与人以及人与自然之间，构建适当和协调的关系。而私法精神即民商法精神是法治精神的核心，它以政治民主为前提，以人的生存价值体系为核心，以民法特有的权利神圣、身份平等、私法自治之理论为内涵，其特质与和谐社会理念有高度的一致性。私法以市民社会为调整对象，作为私法调整对象的市民社会关系与和谐社会的本质一致，是和谐社会的基础社会形态，从而私法作为市民社会的法，是和谐社会法治构建的基本法，社会主义和谐社会需要私法（民商法）的构建，同时需要公法的支撑和社会法的规制。

其实，和谐社会的构建实际上是建立与市场经济相适应的社会秩序。几乎所有迈向现代化的国家都面临同一个难题——即如何使社会结构的安排适应于现代化的要求，并在现代化进程中兼顾“动力”与“秩序”的双重标准。因为，现代化即意味着社会结构的不断变革，同时也就意味着旧的秩序的打破和新的秩序的确立。^①现代中国正在经历着巨大的经济变革和社会转型。这种变化表现在社会结构上就是社会主体结构从一元化向多元化、社会权利结构从单一化向多样化、社会关系结构从身份向契约的变迁。在新的社会结构下，如何构建市场经济体制下的社会秩序，是一项长期的战略任务。与构建和谐社会一样，问题是我们建立以公法为为主的秩序还是私法为主的秩序。笔者认为构建和谐社

① 张树义：《中国社会结构变迁的法学透视》，中国政法大学出版社2002年版，第219页。

会的关键是建立私法秩序，同时要求公法、私法与社会法三者的协调发展。主要从以下几个方面入手建立私法秩序。

一、重新对法律的含义进行界定

按照传统的观念，法律是统治阶级意志的体现，它是由国家制定或认可的、由国家强制力保障实施的行为规则的总和。其实，这种理解不能完全解释中国的法治秩序。我国一些偏远的少数民族地区，不仅经济不发达，而且谈不上正规的法治进入该地区，但这些地区人民“安居乐业”，刑事、民事案件比较少，即使有一些民事纠纷通过以往通过风俗习惯来解决，甚至刑事案件也有通过调解解决的，尤其在青藏地区的部落习惯有强大的生命力。有时这种习惯甚至比成文法律更为便利和有效，它降低经济学上所说的交易费用，对各种社会交往起到了建立预期、规制人们行为的作用。^① 尽管有人认为这是公民法律意识薄弱的表现，也有人认为是政府软弱的表现，但是，笔者认为，需要反思的是我们对法律狭窄的、不全面的认识。

按照新制度经济学的观点，制度有正式制度和非正式制度两种，正式制度就是国家颁布的正式法律法规，而非正式制度就是民间的风俗习惯等，有人俗称为“民间法”。因此，什么是法律，什么是秩序，需要我们重新反思。站在不同的角度，人们对“法律是什么”的理解和认识是多种多样的。古今中外，人们对法律多角度的视察形成了各式各样的法律观。从立法者的角度看，法律就是统治阶级意志的体现；从司法者的角度看，立法者所创立

^① 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 8 页。