

私法 与 法治经济建设

张文显 / 主编

S I F A Y U F A Z H I J I N G J I J I A N S H E

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

私法与 法治经济建设

张文显 / 主编

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法与法治经济建设 / 张文显主编. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1522 - 9

I. ①私… II. ①张… III. ①私法—研究—中国②经济法—研究—中国 IV. ①D90②D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 254962 号

私法与法治经济建设
SIFA YU FAZHI JINGJI JIANSHE

张文显 主编

策划编辑 郑 导
责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 郭艳萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 47.25
字数 762 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1522 - 9

定价: 138.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

加快建设法治经济,把经济发展 纳入法治轨道 (代序)

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央围绕中国社会主义经济建设提出了一系列新的重大战略思想和重要理论观点,创造性地发展了中国特色社会主义政治经济学原理,为法治经济建设培植了更加深厚、更加科学的理论基础,为“社会主义市场经济本质上是法治经济”“厉行法治是发展社会主义市场经济的内在要求”“认识新常态、适应新常态、引领新常态”等科学命题提供了学理支撑。根据“市场经济本质上是法治经济”的科学定位,《十三五规划纲要》进一步提出要“加快建设法治经济和法治社会,把经济社会发展纳入法治轨道”。本次论坛聚焦私法和法治经济建设,彰显出鲜明的现实意义和理论创新特征。

系列化、常态化的“法治与改革国际高端论坛”在浙江举办,具有特殊的历史背景和深厚的实践基础。

在中国近代法治史上,包括开启中国近代法治大门的沈家本先生在内,许多著名的法学家都来自浙江。他们一起推动了中国法治的历史进程。

浙江是新中国宪法草案的故乡。毛泽东主席当年就是在杭州历时三个月完成了新中国第一部宪法即“五四宪法”的起草工作,为新中国新民主主义和社会主义制度奠定了“四梁八柱”。

浙江是较早提出依法治省的地方之一。习近平

同志在浙江工作期间,明确提出了“建设法治浙江”,把法治作为浙江社会主义现代化目标和任务,指出,“法治建设是政治文明建设的重要内容,法治进步是社会文明进步的重要标志,法治社会是人民梦寐以求的理想社会。法治为党的执政提供基本方式,为发展社会主义民主政治提供制度之源,为落实科学发展观提供制度支持,为构建社会主义和谐社会提供基本保障,为参与经济全球化提供必要条件”。这些论述与十八大之后党中央提出全面依法治国、建设“法治中国”的战略部署都是一脉相承的。

浙江是法治经济的试验场。改革开放以后,浙江在发展商品经济 and 市场经济、建构社会主义市场经济体制方面一直处于“排头兵”位置。特别是习近平同志在浙江主持工作期间,就法治经济作出了精辟论述,增强了浙江人民建设社会主义市场经济和法治经济的理论自觉。他指出:“市场经济必然是法治经济。……推进法治建设的一个重要动因,就是要反映和坚持社会主义先进生产力的发展要求,坚持为社会主义市场经济服务,坚持平等、自由、正义、效率等社会主义市场经济内在价值的追求。”“要在完善社会主义市场经济体制上走在前列,首先就要在法治建设上走在前列。”在这些正确思想的指引下,浙江省始终走在法治与改革的前沿,市场经济发达,共享经济兴盛,法治先行先试,为全国范围内的法治经济和法治社会建设提供了丰富的实践经验和理论成果。

浙江也是法学教育和法学研究的大省、强省。多年来,浙江省法学会和以浙江大学法学院为代表的高等法学院校和科研机构,以法治浙江和法治中国建设为中心开展研究,积极推进法治理论创新,产出了一大批高水平研究成果,特别是有关法治政府、法治经济、法治社会的研究成果丰富了中国特色社会主义法学理论体系,也为法治建设实践作出了突出贡献。

建设社会主义法治经济,是实现全面建成小康社会总目标的基本手段。本届论坛以“私法与法治经济建设”为主题,紧紧抓住了时代的命题。

建设社会主义法治经济,一要坚持和完善社会主义基本经济制度。

法治经济的基石是基本经济制度。建设法治经济的第一要务是以宪法和法律确认和巩固社会主义基本经济制度,引领经济体制改革的社会主义方向,完善和发展社会主义基本经济制度。对此,必须坚持和完善公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。这是中国共产党确立的一项大政方针,既是中国特色社会主义制度的重要组成部分,也是完善社会主义市场经济体制的必然要求。

在社会主义法治体系的建设过程中,从中华人民共和国第一部宪法到现行宪法的四次修改,从《民法通则》的制定到《物权法》的颁布,我国立法机关始终跟进基本经济制度的完善和发展,适时立法、修法,巩固和发展社会主义基本经济制度,为法治经济建设铸就了制度基石。

建设社会主义法治经济,二要完善社会主义市场经济法律制度。

法治经济的本质要求就是把握规律、尊重规律。法治经济建设的基础性工作就是坚持社会主义市场经济改革方向,遵循社会主义基本制度与市场经济有机结合的经济规律,以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向,不断完善社会主义经济法律制度,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用并更好地发挥政府的作用。

完善社会主义经济法律制度,首要的是加快建立和完善现代产权制度。十八届四中全会《决定》就曾明确提出,要“健全以公平为核心原则的产权保护制度,加强对各种所有制经济组织和自然人财产权的保护,清理有违公平的法律法规条款。创新适应公有制多种实现形式的产权保护制度,加强对国有、集体资产所有权、经营权和各类企业法人财产权的保护”。《十三五规划纲要》又进一步提出:“健全归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度。推进产权保护法治化,依法保护各种所有制经济权益。”

推进现代产权制度建设,一个重要的工作是要确保和维护广大农民的土地权益。要始终把维护好、实现好、发展好农民权益作为土地制度改革的出发点和落脚点,坚持“土地公有制性质不改变、耕地红线不突破、农民利益不受损”这三条底线。要在坚持农村土地集体所有的前提下,促使承包权和经营权分离,形成所有权、承包权、经营权三权分置、经营权合理流转的格局。要让农民成为土地适度规模经营的积极参与者和真正受益者。

建设社会主义法治经济,三要营造公平竞争、规范有序的经济法治环境。

十八大以来,党和政府致力于为经济发展营造良好的法治环境。习近平总书记多次强调:“全面深化改革,关键是要进一步形成公平竞争的发展环境”;“要积极推进全面依法治国,营造公平有序的经济法治环境。”

营造良好的经济法治环境,首先是要保障各类市场主体享有公平竞争的权利,特别是确认和保障非公经济的平等主体地位和平等权利。习近平总书记提出的“三个没有变”让非公经济企业家吃了颗定心丸。“三个没有变”就是:“非公有制经济在我国经济社会发展中的地位和作用没有变,我们毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展的方针政策没有变,我们致力于为非公

有制经济发展营造良好环境和提供更多机会的方针政策没有变。”根据“三个没有变”的方针政策,党中央和国务院明确宣布:要着力放开市场准入,凡是法律法规未明确禁入的行业和领域都应该鼓励民间资本进入,凡是我国政府已向外资开放或承诺开放的领域都应该向国内民间资本开放。中央全面深化改革领导小组还审议通过了《关于建立公平竞争审查制度的意见》,明确指出,建立公平竞争审查制度,要从维护全国统一市场和公平竞争的角度,明确审查对象和方式,按照市场准入和退出标准、商品和要素自由流动标准、影响生产经营成本标准、影响生产经营行为标准等,对有关政策措施进行审查,从源头上防止排除和限制市场竞争。健全统一规范、权责明确、公正高效、法治保障的市场监管和反垄断执法体系。

营造良好的经济法治环境,其次是要打造一个法治化、国际化、便利化的营商环境。“以开放促改革、促发展,是我国改革发展的成功实践。……以扩大开放促进深化改革,以深化改革促进扩大开放,为经济发展注入新动力、增添新活力、拓展新空间。”同时,要促进国际关系民主化和全球治理平等化,创造公平竞争的市场环境,提高我国在全球经济治理中的制度性话语权。要建立公平开放透明的市场规则,提高我国服务业国际竞争力。要反对任何形式的保护主义、反对任何形式的歧视性政策,积极推动建立均衡、共赢、关注发展的多边经贸体制。要进一步破除一切阻碍对外开放的体制机制障碍,加快形成有利于培育新的比较优势和竞争优势的制度安排,从制度和规则层面进行改革,完善市场准入和监管、产权保护、信用体系等方面的法律制度,着力营造法治化、国际化、便利化的营商环境。

营造良好的经济法治环境,还必须积极推进和完善自贸区和经济法治示范区的建设。自贸区是新形势下法治经济的试验田和示范区,为法治经济的形成提供重要的制度创新来源。正如习近平总书记所指出的,“加快实施自由贸易区战略,是我国新一轮对外开放的重要内容,是适应经济全球化新趋势的客观要求,是全面深化改革、构建开放型经济新体制的必然选择,也是我国积极运筹对外关系、实现对外战略目标的重要手段”。十八大以来,党中央、国务院先后三批批准了包括上海、广东、天津和浙江等在内的11个自由贸易试验区,自贸区建设的核心任务是制度创新。要深化完善基本体系,突破“瓶颈”、疏通堵点、激活全盘,聚焦商事制度、贸易监管制度、金融开放创新制度、事中事后监管制度等,率先形成法治化、国际化、便利化的营商环境,加快形成公平、统一、高效的市场环境。

建设社会主义法治经济,四要适应、把握、引领经济新常态,以法治化方式领导和管理经济。

党的十八大以来,用“经济新常态”来概括当前和未来一段时期中国经济发展的阶段性特征和经济法治的新逻辑,这已经成为全党全社会的共识。要按照适应新常态、把握新常态、引领新常态的总要求,加快完善引领和保障经济发展新常态的法律规范体系,改进党领导经济工作和政府管理经济的思维、方式和方法。

适应、引领经济新常态,必须着力转变政府职能,处理好政府与市场的关系。在处理两者关系上,理论和实践都证明,市场配置资源是最有效率的形式。市场决定资源配置是市场经济的一般规律,市场经济本质上就是市场决定资源配置的经济。但同时必须看到,市场在资源配置中起决定性作用,并不是起全部作用。我国实行的是社会主义市场经济体制,我们仍然要坚持发挥我国社会主义制度的优越性,发挥党和政府的积极作用。所以,问题的关键是加快转变政府职能,“该放给市场和社会的权一定要放足、放到位,该政府管的事一定要管好、管到位”。

正确处理市场与政府的关系,使政府依法调控和治理经济,一个行之有效的机制就是实行市场准入负面清单制度。实行这一制度对发挥市场在资源配置中的决定性作用和更好发挥政府作用、建设法治化营商环境、构建开放型经济新体制具有重要意义。要坚持社会主义市场经济改革方向,加快构建市场开放公平、规范有序,企业自主决策、平等竞争,政府权责清晰、监管有力的市场准入管理新体制。

建设社会主义法治经济,五要加快私法体系建设。

法治经济是经济与法治高度融合的经济类型。要形成充分体现现代法治精神的法治经济,需要尽快完善和创新以民商法为主体的私法体系,形成更加完备的市场经济法律体系,培育更加公平的市场经济法治环境。

就当前来说,必须以新发展理念为指导,加快编纂具有中国特色、时代精神和世界水准的民法典。党的十八届五中全会提出了以“创新发展、协调发展、绿色发展、开放发展、共享发展”为主要内容的新发展理念,为我国“十三五”乃至今后更长时期的发展指明了方向,也为我国法治建设确立了基本理念。民法典的编纂,同样应当遵循和融汇新发展理念,形成一部闪耀着创新、协调、绿色、开放、共享光芒的民法典。

除了编纂民法典,也要重视商法体系的建设。就市场经济和法治经济而

言,民法与商法是鸟之两翼、车之双轮的关系,法律工作者应积极推动与营商模式新技术革命相适应的商事规则变革和商事立法,推进商法体系的创新与完备。还要推进兼具公法和私法双重属性和特征的知识产权法、经济法、环境法等专门法律的完善和创新,与民法、商法共同构建出适应和引领经济发展新常态的社会主义经济法治体系。

我们生活在一个法治的时代,如何运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、促进和谐,如何建设中国特色社会主义市场经济法治体系,如何在法治经济的形成过程中充分发挥公法和私法的作用,是摆在我们法学理论工作者和法律实践工作者面前的重大命题。我们一定要聚精会神,凝心聚力,抓住时代的脉搏,承担起历史的责任,为法治经济的形成作出我们应有的贡献。

王乐泉

2017年5月20日

一、主旨报告

对大陆民法典制定的建议	王泽鉴	3
中国民法总则的制定:介绍《民法总则草案(第二次审议稿)》	梁慧星	7
法律与私法自治	Natalino Irti 陆 青 译	13
民法典编纂背景下合同法编的制定意见	王利明	17
中国证券法的修改:关于中国内幕交易规则的修改建议	Nicholas Calcina Howson 王 好 译	21
日本的消费者法的动向与课题	河上正二 王冷然 译	29
民法典“物权编”能否“浴火重生”?	张 谷	44

二、法治经济建设基础理论

意义与路径:加快建设法治经济的时代任务	公丕祥	57
没有法治政府就没有法治经济	胡建森	67
党的领导权与法治原则相互兼容的可能性及其制度条件 ...	郑成良	69
基于规则与事实的司法哲学范畴	孙笑侠	73
意大利司法管辖体系与最高司法官理事会简介	Alessio Zaccaria 王 好 译	95
欧洲和意大利私法的有效司法保护原则:法官创设 救济体系的捷径?	Stefano Troiano 王 好 译	100

三、民法与法治经济建设

中国民法典的法人分类：一个值得再认真思考和讨论

的重大问题	谭启平	115
市场经济中的私法主体及其私权	尹 田	121
中国民法“典”的制定基础		
——以现代化转型为视角	龙卫球	128
“平等主体关系说”的前世与今生		
——未来《民法典》调整对象条款之抉择	蔡立东	145
合同解释理论的一元模式	叶金强	157
法人概念的私法性申辩	屈茂辉 张 彪	176
民法典的法治品性	汪习根	198
私法和行政法在解释论上的接轨	方新军	201
论民法的裁判法、权利法品格与我国民法典编纂		
的语言表达取向	翟新辉	207
当代中国民法典的功能	张新锋	221
农村土地三权分置的法理逻辑		
——从政策和法律双重视角切入	张学博	231
民法典中立法目的条款的表达与设计		
——兼评《民法总则》(送审稿)第1条	刘 颖	247
从“反歧视原则”进入民事交易关系观察当代民法理念		
的革新	刘征峰	275
典型合同与合同法分则的完善	周江洪	299
论民法典编纂视角下的返还制度	朱晶晶	307

四、商法、经济法与法治经济建设

资本信用与资产信用的学说分析及规范分野	陈 甦	323
民法典的编纂与商事立法	赵旭东	341
论领域法学：一种立足新兴交叉领域的法学研究范式	刘剑文	360
新一轮证券法修订的理念与若干基本性制度研究	郭 锋	387
中国(上海)自由贸易试验区的司法试验	郑少华	407
优化债券市场监管体系的法律思考	冯 果 刘秀芬	417

异质利益衡量的公度性难题及其求解

——以法律适用为场域展开	梁上上	429
论法定公共职能组织的资格、权能及改革	于立深	461
基于内容分析法的上海市科技创新政策研究	彭 辉	488
论私法上之律师责任		
——兼论《律师法》第 54 条之完善	赵 毅	508
保险消费者保护、对价平衡与如实告知义务	李 飞	527
融资型消费信用交易中的“抗辩接续”	高 翔	564
论个人信息权的正当性	彭 宁	579
住宅不受侵犯的源与流		
——公法视角下的私权变迁	廖 丹	600
公私执法：中国证券市场法律治理的核心变量	吕成龙	610
论信用监管	钱弘道 窦海心	640
互联网金融法治化研究	李有星 柯 达	661
反垄断法中的公共利益及其实现	蒋悟真	679
道德风险之金融法救济：系统性风险、信义义务制度	吴 泓	697

五、学术实录

法治与改革国际高端论坛(2016)开幕	713
法治与改革国际高端论坛第一单元	715
法治与改革国际高端论坛第二单元	719
法治与改革国际高端论坛第三单元——第一会场	723
法治与改革国际高端论坛第三单元——第二会场第一部分	730
法治与改革国际高端论坛第三单元——第二会场第二部分	734
附录 1 嘉宾名单(以下嘉宾以姓名拼音为序)	738
附录 2 议程	741

一、主旨报告

对大陆民法典制定的建议

王泽鉴*

一、制定民法典的重大任务

大陆正在积极推动依法治国,从事法治建设,迈向法治国,因此浙江大学光华法学院于2016年11月12日至13日举办“私法与法治经济建设”国际研讨会,深具意义。

从1986年以来,大陆陆续完成了《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》等立法,为社会经济发展作出了重大贡献。民法典的制定不仅攸关法治建设、法学进步,也将影响东亚私法共同法的形成及开展。今天诸多外国著名法学家参与盛会,可知中国大陆民法典的制定有重要的比较法上的意义。关于大陆民法典的构造及内容,我想提出几点建议。

二、民法典与宪法

民法典的制定应该以宪法上所保障的人格尊严、自由平等及财产权为基础,一方面做原则性的宣示,一方面形成具体化于合同、侵权、物权与婚姻家庭等的重要制度,从而建构一个根基于宪法价值理念的私法秩序。

* 台湾大学名誉教授、浙江大学兼职教授、光华法学院教授委员会委员。



三、法典化的理念

制定民法典旨在实现法典化的理念及法律的体系化,包括外在构造与内在价值。基于法典化的理念,有四个问题值得考虑。

其一,如何从庞大的最高人民法院司法解释意见中,抽取出具有价值的原则性规定纳入民法典,并检讨何种解释意见应予继续适用,何种应予废止,而这是个重要艰难的工作。

其二,是否需要债编,是个具有争议的问题,依目前的趋势是不制定债编。债法是法律文化发展的重大成就,各国民法典中多有债编,大陆可能考虑立法技术上的原因暂时不制定债编,不能不说是个遗憾。

其三,无因管理、不当得利及承担民事责任的方式显不具总则性特点,将它们简略地规定在民法总则,与法典化的体系不尽相符,难谓具有典范性,比较法上亦属罕见。是否会因此影响此等民法基本制度的发展,是个值得深思的问题。

其四,采用请求权基础的思考方法,以精确的概念明确法律要件及法律效果。

四、比较法上的基础与创新

民法典的制定应继续建立在比较法(立法、判决和学说)之上,重视民法应具有的开放性和发展性,并能够有所创新。瑞士民法典起草人 Eugen Huber 特别提出一句名言,不要使民法的制定成为中国的万里长城。制定民法典,要有开阔性的视野,慎思中国特色的立法理由及合理必要性,不要刻意创造或凸显亮点,避免太过细节性的规定。存有争议的问题应该让位于判决、学说形成共识,民法典的成长和发展有赖于立法、判决(法官)与理论(学者)的共同努力。

五、民法现代化的课题

关于民法的现代化,我想简单提出几个问题。

其一,人格权是否单独成编是民法典最具争论的课题。若不单独成编,

人格法的发展将由判决和学说来承担。德国民法典未设人格权,而是通过判例和学说形成一个完善的人权保护规范体系。人格权的发展将体现中国人的智慧和法律发展的能力。

其二,合同法最大的特色与成就在于它的国际性,我想提出四点建议:(1)进一步明确违约责任、无过错责任与过错责任,以及债务人就第三人行为应负的责任。(2)更精确地建立法律概念体系,尤其是区别出卖他人之物和无权处分,此涉及负担行为(债权行为)与处分行为(物权行为)的核心问题。(3)应该在请求权竞合的基础理论上,明定因债务履行侵害他人的人格权时债权人可以请求非财产损害的金钱赔偿,此对民法体系的构成发展具有重要意义。(4)在合同分则应增设医疗合同,最近的德国民法规定可供参考。

其三,关于侵权责任与人的自由。人的自由是受宪法保障的重大权利。《侵权责任法》第1条特别强调保护被害人的权益,但我们也应当重视保护行为人的自由。侵权法不仅是被害人保护法,也是一部自由的法律,应以自由与责任的合理界限作为侵权立法以及法律适用的原则。《侵权责任法》第2条未明确规定自由应当受到保护,理由不得而知,未来的修法应明确将自由列入侵权保护的客体。

《侵权责任法》第2条规定的“等财产权益”,较诸于《民法通则》第106条第2款“财产”,较为明确。在解释上应包括财产权利与财产利益(纯粹经济损失)。这与如何区别人的自由与责任的界限,亦具关联,是侵权立法与解释适用上的难题。

其四,物权法与体制改革。《物权法》最大的成就在于引进物权概念,建构了物权的种类及规范体系,显具高度体制改革的意义,具有一定程度的妥协性与过渡性。因此,如何回应社会经济变迁,加以检讨修正,是未来民法典的重要任务。在此难以议论,兹仅提出三点拙见:(1)是否采用物权行为无因性理论,仍然是个有价值的问题。(2)应增列关于金钱、有价证券的善意取得制度。(3)进一步完善占有制度。

六、制定一部长治久安的民法典

制定一部完整的、长期适用的民法典,不仅要立足于当前问题,更要有前瞻性,结合体系思考与法律原则。

《法国民法典》制定于1804年,《德国民法典》制定于1900年,在台湾适