

博學篤行
厚德重法

西南政法大学 法学学术文库

转型时期的国家所有权问题研究：
面向公共所有权的思考

张建文/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学学术文库



西南政法大学

转型时期的 国家所有权问题研究： 面向公共所有权的思考

张建文/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

转型时期的国家所有权问题研究 / 张建文著. —北京:
法律出版社, 2008. 9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8501 - 9

I. 转… II. 张… III. 国家—所有权—研究—中国
IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 122423 号

© 法律出版社·中国

西南政法大学
法学学术文库

转型时期的国家所有权
问题研究

张建文 著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008 年 9 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 16 字数 334 千

印次 2008 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

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 - 8501 - 9

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



总序

受命为《西南政法大学法学学术文库》(以下简称《法学学术文库》)写序是件幸运的苦差事。言其幸运是组织的信任,言其苦差实颇费心力。

愚意以为,《法学学术文库》的出版是学校科研的盛举。述其作用论其特点,必须回放在一定的历史背景下予以说明。伟人说过:忘记过去就意味着背叛。伟人还说过,没有比较就没有鉴别。

众所周知,今天的西南政法大学(1995年前名为西南政法学院,人们常简称其为西政)已经五十有五啦,假如是个自然人,当此年龄段该是知天命多时了。五十五个年头,它有过创业的艰辛,有过成功的喜悦,有过失败的悲哀,有过耀眼的光环。它少年惨遭磨难,青年恰逢盛世。从纵向看,大致可切分为三个时期:

第一,奠基期。时间跨度当从1953年建校算起至1966年上半年。学校从批准到选址,从选址到成立,从成立到教学,基本是顺应政治之需。司法改革运动又“使一大批并无政治问题的法学专家、教授被拒之于新的司法机关和大学讲坛之外”彼时不以做学问为时髦而以讲政治为荣耀。虽有少许著述出台但基本上是谈不上法学研究的。尽管如此,世人也不得不承认,她还是为国家做出

过贡献：招收过本科，培训过干部，为立足西南奠定了一定的人、财、物根基。

第二，磨难期。“文革”十年不堪回首：学校停办、校园被占、图书遭劫、教师遣散……哪里还谈得上法学研究？

第三，振兴期。十一届三中全会后，法学教育迎来了发展的春天。学校开始步入正轨走向辉煌。从1978年招生算起，整整三十年。这三十年是共和国改革开放的黄金时期，这三十年也是西政日新月异的明媚春天。沐浴着改革开放的春风，在五大院校中它最早复办本科，成为品牌的“七八级”由此而生、由此而长；它第一批招收法学硕士生，它较早招收法学博士生。1982年新宪法的颁布，又为法学教育与科研营造了一个较好的环境。如果记忆没有出错的话，在此期间它至少实现了三个第一：第一次组建统帅全校科研事宜的科研处；第一次成立编辑部发行自己的学报（后更名为《现代法学》）；第一次在无出版社的情况下出版了自己的系列教材。这是多么的不易啊！

西政之科研，我想应从78级的墙报算起。那时，各个小班在教室四壁会定期的出版大约一平米见方的墙报，字体公正，楷书抄就，有报头有花边，有散文有诗歌，从案例分析到学习心得，图文并茂，丰富多彩。学子放言贵无忌，新论叠出敢争鸣，它是西政学子学术探讨的阵地，思想火花迸发的源泉。

西政之科研，铸就了不少学问家。有人放言，西政是培养高官的摇篮，对外宣传对内报告动辄说我们培养了多少多少部级干部、司（局）级干部，并引为自豪。此话属实，亦可陶醉一下。但类似的话说多了，说久了就会产生片面性。其实，西南政法大学并不是一所培养干部的学校，它是学府！是做学问出学问的地方，是学

习、研究民主法制建设重要问题的摇篮！君不见，学校培养了数以千计的教授、副教授！不少人还当了硕导、博导！而今他们已是中国特色法制建设的中坚！据笔者所知，在全国各类法学研究学会中任会长、副会长、常务理事、理事者，出自西政的几占四分之一。全国中青年法学家中有西南政法大学血缘者占15人之多！进入中南海讲课的教师之中与西政有千丝万缕联系者几占半数！

西政之科研，凭籍西政人的顽强拼搏，真是芝麻开花节节高！资料显示，公开发表的文章、著述一年比一年多！中标的研究项目一次比一次增加！获得奖项等级一届比一届高！

目睹西政今日之科研，我们振奋、高兴。但振奋高兴之余，时不时也会冒出一种危机感。如果从横向看，与先进的兄弟院校相比的确存有不小的距离。诚然，在客观上有天时、地利之差异，但主观努力程度也值得反思。故不陶醉，不自满，不回避，不放弃，契而不舍，持之有恒，应是西政科研今后之定向。

西政之科研，有其自身的特点：第一，它是在没有自己出版机构的情状下推出自己的专著的；第二，它是在经费极少的态势下完成自己的写作的；第三，它之科研并非纯研究的科研，而是科研著述与教学活动紧密相连，相得益彰，以教学带科研，以科研促教学；第四，科研主体强势。从领导到群众，从教授到助教，从博士生到本科生乃至专科生、自考生，人人参与，个个著文；第五，校园的科研是西政“论辩文化”的有机组成部份。课堂内外手不释卷，林荫道上玄思妙想，宿舍卧谈唇枪舌剑，学术思想撞击的火花或化成登大雅之堂的长篇文章，或草就油印小报上的豆腐块，或变为讲坛上的慷慨陈词。

为庆贺学校复办招生三十周年而隆重推出的《法学学术文

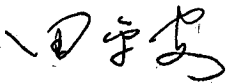
库》就充分地再现了以上特点。

《法学学术文库》各书作者均系学校的骨干精英。是他们，一面承担着繁重的教学任务，一面为国家的民主法治呕心沥血笔耕不止；不难看出，作者们的选题均源于教学系有感而发；文中论辩阐发不泛闪光耀眼之点，而光点之形成恰离不开“论辩文化”的熏陶；此外，立意新颖，题涉广泛，有实体的，有程序的，有宪法法理的也有法史法思的。

《法学学术文库》的出版，是学校科研实力三十年来第一次对外的整体亮相；文中之立论必将有助于教学改革深化；文中闪耀的亮点必将推动社会主义法治建设的步伐。我相信，读完《法学学术文库》，一定会给读者以收获，给诸君以启迪。当然，书中也存有争点，留有瑕疵，聪明的人会从中引发新的思绪或触动新的灵感，这，或许是《法学学术文库》的又一作用。

寥寥数语，是为序。

西南政法大学教授、博士生导师



2008年8月22日于安怡斋

目 录

摘要 /1

一、要旨与基本线索 /1

二、内容简介 /4

绪论 /16

引子 /17

第一节 转型的意义 /18

一、转型的含义 /18

二、转型之于中国法学的意义：作为一种自觉地研究问题的视角 /21

第二节 民法学的转型与转型时期的民法学 /23

一、民法学的转型：回归传统民法学 /23

二、转型时期的民法学：必须回应中国的现实问题 /32

第三节 转型时期国家所有权问题研究概述 /36

一、转型时期国家所有权问题研究概述 /36

二、《论国家所有权》评介 /38

三、《国家所有权研究》评介 /45

四、《论国家所有权制度发展中的若干问题》
评介 /46

五、《国家所有权的法律神话》评介 /48

六、《国家所有权的行使论》评介 /51

七、小结 /53

第四节 转型时期的国家所有权问题研究的任务与方法 /54

一、转型时期的国家所有权问题研究的
任务 /54

二、转型时期的国家所有权问题研究的
方法 /56

本章小结 /57

第一章 转型时期的国家所有权理念问题 研究 /60

引子 /61

第一节 国家所有权制度的功能与不同经济体制国家的
所有权结构模式 /62

一、国家所有权制度的功能 /63

二、传统社会主义国家的所有权结构模式 /73

三、发达市场经济国家的所有权结构模式 /76

第二节 转型时期我国国家所有权概念的
转型 /81

一、自由主义所有权概念对国家所有权概念的
渗透和影响 /81

二、转型时期我国国家所有权概念的转型 /89

第三节 公共所有权视角下的所有权类型的
重构 /102

一、一种新的独立类型的所有权：公共

所有权 /102
二、我国物权法的所有权结构模式选择与所有权类型体系重构 /111
本章小结 /120
第二章 转型时期的国家所有权主体问题研究 /124
引 子 /125
第一节 转型时期关于国家所有权主体的争论 /126
一、关于国家所有权主体的争论 /126
二、对转型时期我国国家所有权主体问题的思考 /134
第二节 国家作为民事主体的特殊性 /144
一、国家主体性的理论 /144
二、对传统国家民事主体性理论的反思 /151
三、国家主体性的实现方式：对我国公共机构法人化的反思 /159
四、作为民事主体的国家的特殊性 /168
第三节 国家作为所有权主体的特殊性 /170
一、国家作为所有权主体的意义 /171
二、国家作为所有权主体的特殊性 /173
本章小结 /177
第三章 转型时期国家所有权客体问题研究 /180
引 子 /181
第一节 传统大陆法系国家的国有财产双重结构理论 /183
一、国家公产和国家私产的概念 /184
二、国家公产和国家私产制度的历史沿革 /186

三、比较法中的国家公产和国家私产制度 /190	
第二节 不同类型的国有财产的法律地位 /200	
一、国家公产的法律地位 /200	
二、国家私产的分类及其法律地位 /211	
第三节 我国立法与司法对国有财产双重结构的态度 /212	
一、我国民事实体法中关涉国家公产制度的规范 /213	
二、我国民事程序法视野中的国家公产问题 /216	
三、在法理论上建构国家公产理论的必要性和可行性问题 /224	
第四节 我国法学理论对国家所有权客体双重结构的构建 /226	
一、国家公产制度与国家专有财产制度的比较 /226	
二、我国理论界对国家所有权客体双重结构问题的研究 /231	
第五节 对我国国家所有权客体双重结构问题的建议 /245	
一、国家所有权客体双重结构的设计 /245	
二、公共国有财产的认定标准和范围 /248	
三、国家对公共国有财产的权利性质 /250	
本章小结 /259	
第四章 转型时期的国家所有权权能结构研究 /261	
引子 /262	
第一节 国家所有权权能结构的比较法研究 /263	
一、一般所有权的权能结构理论 /263	

- 二、国家所有权的权能结构理论 /273
- 第二节 公共国有财产所有权的权能结构分析 /286
 - 一、我国法关于国家所有权权能结构的观点 /286
 - 二、公共国有财产所有权的权能结构分析 /288
- 第三节 普通国有财产所有权的权能结构分析 /301
 - 一、普通国有财产所有权的权能结构分析概述 /301
 - 二、普通国有财产所有权的权能结构分析(以收益和处分权能为中心) /302
- 第四节 作为国家所有权的权能结构的组成部分的管理权能 /314
 - 一、管理权能是否成为国家所有权权能结构的组成部分 /314
 - 二、管理权能的内容 /321
- 本章小结 /331
- 第五章 转型时期国家所有权公共性的实现机制 /334
 - 引子 /335
 - 第一节 公众对公众用国有财产的使用(权) /336
 - 一、公众对公众用国有财产的使用 /336
 - 二、自由使用 /339
 - 三、许可使用 /350
 - 四、特许使用(权) /352
 - 第二节 国家机关和事业单位对公务用和事业用国有财产的业务管理权 /357
 - 一、国家机关和事业单位对公务用和事业用国

有财产的使用的性质 /358

二、国家机关和事业单位对公务用和事业用国

有财产的使用权的设计构想 /361

三、我国法上的业务管理权的构造 /365

第三节 国有企业对企业用国有财产的经营
管理权 /375

一、公司化方向改制对以经营权为模式的国有
企业的存在方式的挑战 /376

二、我国国有企业经营权理论的实践效果的
反思 /379

三、我国国有企业经营权的应然设计 /383

本章小结 /392

第六章 转型时期的国家所有权民营化 问题 /395

引子 /396

第一节 民营化概说 /397

一、民营化的含义 /398

二、民营化的分类与方法 /406

三、民营化的功过评说 /409

第二节 转型时期我国国家所有权民营化的历史与
现状 /416

一、我国国家所有权民营化的动因 /417

二、我国国家所有权民营化的发展历程 /419

第三节 我国国家所有权民营化的缺陷及风险
防范 /434

一、我国国家所有权民营化的意义 /434

二、我国国家所有权民营化的特点 /436

三、我国国家所有权民营化存在的主要
缺陷 /441

四、我国国家所有权民营化的风险防范

机制 /444

本章小结 /449

结束语 /451

一、我国国家所有权问题研究回顾 /451

二、本文关于国家所有权问题的结论 /454

主要参考文献 /458

一、中文类(含中译文) /458

二、外文类 /489

摘 要

一、要旨与基本线索

(一)要旨

自 20 世纪 70 年代末 80 年代初,我国实行改革开放政策以来,中国社会和经济生活开始了结构性的变迁。从经济角度而言,改革的思路,无论是提倡以计划经济为主商品经济为辅,还是认定我国经济为有计划的商品经济,抑或明确提出建立社会主义市场经济,最终的方向还是朝着市场化方向迈进。市场化方向的经济改革为传统民法的复活和新生创造了经济上的基础,以维护私人自由为己任的传统民法上的所有权制度受到了极度推崇和广泛关注,其早已超出了民法学的范围。法哲学、宪法学、行政法学等任何一个法学部门都无法回避私有财产问题,而且都表明了对保护私人

所有权的肯定性态度,才无须为自己存在的合理性辩护。

市场经济内在地要求尊重、承认和保障私人的经济自由,私人所有权奠定了私人经济自由的物质基础。以私人所有权为中心的所有权制度的研究,给人们造成一种错觉:国家所有权、集体所有权与私人所有权之间,并没有什么本质性的差异,只是主体不同而已,因此,国家所有权、集体所有权与私人所有权应当得到完全平等的保护。于是就有人提出了国家为什么不能在竞争性经济领域中存在的问题。既然是市场经济,就应该各种经济成分平等,没有必要刻意地去追求谁进谁退,合理的进路应是国进民亦进。在市场经济规律的支配下,各经济主体平等地参与市场竞争。认为国家所有权与私人所有权本质上相同的观点,实际上意味着国家所有权被私人所有权化了,那么国家所有权与私人所有权之间真的是除了主体不同之外,就没有任何本质性差异了吗?国家所有权与私人所有权作为所有权的基本类型,其制度的价值追求何在?完全平等论是否就真的是放之四海而皆准的真理?必须从将国家所有权私人所有权化的人手中拯救国家所有权!

本书认为,所有权的基本类型可以分为两种:一是私人所有权,包括公民所有权和法人所有权;二是公共所有权,包括国家所有权和集体所有权。两种基本类型的所有权制度在价值追求、主体性质、客体结构、权能结构上相似但并不相同,而且公共所有权,特别是国家所有权在其公共性的实现途径上有其特殊的结构。国家所有权属于公共所有权的基本类型,其本质上属于国家为完成国家所负担的公共任务而作出的一种相似但不同于私人所有权的制度安排。所谓的相似是指国家所有权在制度上源自于传统的私人所有权制度,但是相似并不等于相同。这是由国家

所有权制度的公共性所决定的。

(二)基本线索

自国家所有权研究的角度而言,我国改革开放的过程也是一个国家所有权从被私人所有权化到公共所有权化的过程,这个过程还在继续之中。伴随着国有经济的战略性结构调整,国家所有权的公共性更加凸出,研究的视角和研究者的构成更加多元化,尤其是行政法学者的加入为国家所有权问题研究提供了新鲜的血液。

本书对国家所有权的研究,以公共所有权为向度,以我国改革开放以来与国家所有权有关的法学理论以及立法和司法实践为基础,参照传统大陆法系的理论和实践,着重研究国家所有权的内部问题。

全书总共六章,其基本线索,具体而言可以分为三个层面:一是揭示本文研究国家所有权问题的背景,这个背景就是我国所处的转型进程,它渗入和震动了中国社会和经济生活的各个方面,推动着我国的传统社会经济体制向现代社会经济体制的根本性转变。绪论部分主要研究转型的含义、改革开放以来民法学的转型和国家所有权问题研究的转向。二是研究国家所有权的内部问题,主要包括国家所有权的理念、主体特性、客体结构、权能结构等方面的特殊性。这主要是第一章到第四章所要解决的问题。三是在前述国家所有权内部问题的研究基础上探讨国家所有权公共性的实现机制问题(第五章)。对中国而言,国家所有权的公共性的实现还有一个特殊的问题,那就是民营化问题,因为在建国后相当长的时期内,国家掌握了巨额的物质财产,尤其是为数众多分布极广的国有企业。这些财产既是财富,也是负担,为