

梁慧星  
by Liang HuiXing  
著



Civil Law  
around You



法学家讲演录  
Voice of Jurists

第二版

法律出版社

# 生活在民法中

(第二版)

梁慧星 著  
by Liang HuiXing

# 生活在民法中

(第二版)

法学家讲演录  
Voice of Jurists

精编版



Civil Law  
around You

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

生活在民法中 / 梁慧星著. —2 版. —北京: 法律出版社, 2010. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0281 - 1

I. ①生… II. ①梁… III. ①民法—中国—文集  
IV. ①D923.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 002322 号

生活在民法中(第二版)

梁慧星 著

责任编辑 孙东育  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2010 年 7 月第 2 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 21 字数 278 千

印次 2010 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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 - 5118 - 0281 - 1

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 法学家讲演的意义

民众之争端,公权与私权、私权与私权之冲突,系社会发展中常存之现象。对此之解决,或以压制赢得暂时平静,或以强调冲突而使秩序更为混乱。当此,正义与正义感、程序与程序理念、权利救济与权利意识,意义凸显。这些建制与观念,是对构建社会秩序的共识。这种共识愈多,社会秩序之建设便愈和谐无乱。

法学家及其讲演正可谓是增进秩序共识的推力之一。社会之发展,秩序之构建,当以法律职业群体之出现为基础。而法学家则为法律职业群体之中坚与先锋,其以饱读法典而学识天下,以公共关切而怀仁民众。法学家授业解惑于学堂,传道普法于四野,其声音或振聋发聩,或细雨霏霏,其演讲沟通庙堂与民间、学府与商界,既关心规则的形成,也关切个案正义与公民尊严。法学家的讲演,不仅是独立之见解与批评,更是充满建设性的公共情怀。法学家的讲演,言辞与形式或“富于激情”,内容却理性毕具。法学家的讲演,强调秩序与和谐、自由与权利、公平与正义,其理念之创新,精神之卓越,或使民主更趋进步,或促社会更尊民权,其意义在于国家更显强盛,人民更为幸福。

本社推出此“法学家讲演录”,殷殷之情,端在于

增进建设社会秩序之共识,端在于为和谐发展增利器,为建制助其力。当此,我们也向勇敢且智慧的法学家致敬,向年轻的法律人致敬,向关心民主法治的公民致敬。这一群作者和读者,是此社会中的理性发光体。

法律出版社 谨识

## 再版序言

法律出版社于2006年中策划出版“法学家讲演录”系列丛书。按照编辑同志的建议,挑选了九篇讲演稿,作为该丛书之一。考虑到人的一生无时无刻不处在民事法律关系之中,民法对于我们每一个人均有极其重要的意义,故以“生活在民法中”为书名。今年年初,据编辑同志说,读者对本书的反映尚可,建议再版。因诸事繁忙,迁延至今。因物权法已经正式颁布实施,特增加了三篇关于物权法的讲演稿,删去了三篇物权草案的讲演稿,希望有助于读者理解和运用这一法律。此外,增加一篇“怎样进行法律思维”,希望给法律学人一些启示。

作者 2009 年 9 月 2 日于京城南清芷园

# 目 录

## 第一编

### 法律观念和私有财产的保护

---

≡≡≡ 宪法修正案对非公有制经济和私有财产  
003 的规定

≡≡≡ 社会主义市场经济法制的几个法律观念  
039

## 第二编

### 民法典

---

≡≡≡ 民法典起草中的几个主要问题  
057

## 第三编

### 物权法

---

≡≡≡ 物权法草案的几个问题  
087

≡≡≡ 《物权法草案第六次审议稿》的若干问题  
114

≡≡≡ 物权法基本条文讲解  
151

≡≡≡ 物权法的若干问题  
196

#### 第四编

### 裁判的方法与法律思维

---

≡≡≡ 法官怎样裁判案件  
217

≡≡≡ 怎样进行法律思维  
243

#### 第五编

### 答学生问

---

≡≡≡ 民法学习与民法典起草的若干问题  
275

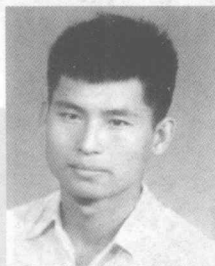


第一编

法律观念和  
私有财产的保护

我认为，坚强的性格、不屈不挠的意志、  
面对困难和挫折决不退缩的精神等等，  
是一个人成功的关键因素。

梁慧星



学生时代





常重大的意义。对此,应当做一个简单的回顾。我们新中国成立的时候,我们对于经济的基本方针究竟是什么,我们究竟要建立一个什么样的经济制度?这需要回顾中国共产党的党章规定的目标,就是要消灭私有制。消灭私有制是马克思政治经济学里面提出来的一个最终的任务。共产党的宗旨,不就是要消灭私有制,建立一个没有剥削的社会吗?但是,新中国刚成立的时候能不能够做到消灭私有制呢?做不到。新中国刚成立,从中华民国那里接过来的是一个烂摊子。如果当时把私有制经济都消灭了,我们老百姓的衣食住行都要成问题,就没有办法生活。因此,当时就需要保留私有经济。当时除了对官僚买办资本给予消灭,对汉奸卖国贼的财产给予没收以外,对民族资本是保留的。为什么要保留呢?按照我个人的理解,是不得已,是消灭不了。真消灭了,我们老百姓没有饭吃,没有衣穿,因此就暂时保留它。保留私有经济,就决定了我们中国革命成功以后和苏联走的道路是不一样的。苏联是彻底地消灭私有制,资本家、地主、富农都撵出去了。我们却保留民族资本,保留私有制。

保留私有制既然是一种策略,那就要考虑,万一它壮大了怎么办?它要是发展壮大,岂不和我们的宗旨相矛盾吗?这就决定了我们的经济政策,对私有制经济是利用、限制、改造、消灭。这个政策,我们小的时候知道它,但是不理解它。保留是为了利用,但是你利用它,它趁机发展壮大,那就违背了我们革命的目标,违背了我们建立社会主义新中国的宗旨。因此,一定要限制。但是,光限制还不行,当我们的国有经济壮大了,我们就没有必要保留它、利用它了,就一定要消灭它。怎么消灭呢?我们当初既然保留它、利用了它,你后来再来一次像苏联那样的剥夺、没收,像我们新中国成立初期没收地主土地那样做不合情理。因此采用改造的方式来消灭,这就是我们20世纪60年代的社会主义改造运动。经过20世纪60年代中期的社会主义改造运动,我们就消灭了私有制经济,实现了单一公有制。按照我们宪法上的讲法:实行公有制基础上的计划经济。我们就建立了这样的经济体制。紧接着,我们在单一公有制的计划经济的轨道上前进,结果不是那么理想,

由于时间关系就不再详细地回忆了。消灭私有制之后,我们紧接着就进行了总路线、大跃进、人民公社这些运动,再进一步就是“四清”运动、“文化大革命”,最后到了“文化大革命”后期,国民经济越来越恶化。按正式文件中的说法,国民经济“到了崩溃的边缘”。就是现在想起来,我们也心有余悸。

当时,老百姓的生活都成了严重的问题,非常非常的困难。“文化大革命”的后期,国民经济到了非常困难的时候。这不用说前面的大饥荒。大饥荒的那几年,更不用说。大饥荒的时候,我所在的四川,自古就是“天府之国”,饿死过很多人。当时讲的是三年自然灾害,现在回过头来想,并不完全是天灾。这与经济体制有关系,就是说单一公有制和计划经济,不是解决整个社会发展的一个完好的药方。它最终导致了这样的结果。在国民经济面临崩溃的时候怎么办呢?不就是改革开放嘛。十一届三中全会为什么有如此重大的意义,就在于它决定了改革开放。改革开放是开放什么?就是开放私有经济。但是当时没有想到要开放私有制。改革开放的第一个口号叫“开放、搞活”。搞活就是搞活市场交易,但过去没有市场吗?过去没有市场,把市场消灭了。直到20世纪80年代初期,在很多地方都不准农民赶集,消灭了市场。搞活市场,靠谁来搞活市场,国有企业搞活不了市场,就是靠个体户。

改革开放是一种危机对策,有点像20世纪30年代美国的罗斯福推行的新政,是面临巨大的困难和危机时不得已采取的措施。采取这样果断措施的时候,没有可能进行研究,没有可能事先想好,形成一种经济理论和经济政策。过去的理论和过去的经验不足以为改革开放提供基础。过去的经验回答不了这个问题,这个时候也来不及去研究它,不可能去研究它,没有可能提出什么完整的经济思想、经济理论,来为改革开放提供一个根据。改革开放,是不得已。所以小平同志说,“摸着石头过河”。为什么要“摸着石头过河”?中国共产党领导人民革命的经验,都是有理论、有政策、有方针、有战略目标、有战术目标的。一个国家怎么在重大问题上莽莽撞撞地这么做呢?是不得已,是危机对

策。当时我们没有办法,我们就开放。开放什么呢?当时并没有想到要开放私有制,于是就开放个体户,并在个体户前面加一个谨慎的限制,就是城乡劳动者的个体经济。为什么?如果个体经济前面没有这一个限制,就有疑问:个体户不就是私有经济吗?私有经济不就和我们党的宗旨矛盾吗?所以说要加一个“城乡劳动者”的限制。

不管怎么说,宪法规定了这条,就为改革开放提供了一个最起码的依据。也就是说,改革开放虽然是危机对策,但不能一点法律根据也不讲,于是就在宪法上设了第11条,承认城乡劳动者个体经济的地位,这就使我们的改革开放有了宪法上最起码的根据。既然规定了个体经济,就需要给它一个定性:在法律规定范围内的城乡劳动者个体经济,是社会主义公有制经济的补充。这个定性和位置就是,个体经济是一个“补充”。“补充”两个字很重要,与前面讲的对私有经济的“利用、限制、改造”,是一脉相承的。现在国民经济遭遇困难,为了渡过难关,有必要利用它一下,让它来起“补充”作用。将来这个困难时期度过了,国民经济恢复了、壮大了,不再需要你补充了,国有经济能解决一切问题了,干嘛还要你这个补充呢?到那时也会要消灭它。因此,这个对个体经济的定位,是很谨慎、很灵活的。这与改革开放本身的危机对策的性质有关。

下面讲1988年的宪法修正案对这个条文的修正。1982年宪法刚在第11条规定了个体经济,到1988年就对本条进行了修改。

原条文:

在法律规定范围内的城乡劳动者个体经济,是社会主义公有制经济的补充。国家保护个体经济的合法的权利和利益。

国家通过行政管理,指导、帮助和监督个体经济。

修改后条文:

在法律规定范围内的城乡劳动者个体经济,是社会主义公有制经济的补充。国家保护个体经济的合法的权利和利益。

国家通过行政管理,指导、帮助和监督个体经济。

国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是

社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法的权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理。

实际上,本次修正的内容,是在第11条原文基础上,增加了第3款关于私营经济的规定。想一下,为什么1988年宪法修正案要规定这一款?这是因为改革开放一旦进行,个体经济就会发展,有的个体户在经营中成长了、壮大了,雇工人数增加了。个体户一开始是自己带两个徒弟,忙不过来的时候请两个帮工,老板自己也参加劳动。但是,只要你一开放,到了20世纪80年代中期以后,有些个体户已经成长壮大了,雇工已不止几个,而是十几个、几十个,相当于我们过去政治经济学教科书说的那种手工业作坊。有些地方出现了雇工上百人的企业。到这个时候,我们社会中就出现了议论,出现了争论,个体经济以什么为限?个体经济和私营经济(私有制经济)的界限划在什么地方?如何对待剥削的问题也提出来了。社会主义是不允许剥削的,我们要消灭私有制、消灭剥削。雇佣工人的人数总要有个限制,超过多少个工人,他就成了剥削者,雇佣工人在这个人数以下,他就还是劳动者。个体户他还是劳动者,他自己从事劳动,雇几个帮工、几个徒弟,我们把他划在劳动者的范围当中,宪法原来的条文叫“城乡劳动者个体经济”。但是,他雇佣的工人数超过了这个标准,他自己不劳动,完全靠剥削剩余价值生活,就成了我们说的资本家、资产阶级、剥削者了。

这就是当时社会上争论的焦点问题。与这个问题有关的,就是在政治层面上的“姓社、姓资”的争论。中国的改革开放,我们改到哪里去,我们改到资本主义,还是坚持社会主义?“姓社、姓资”的争论,关键就在个体经济的雇工人数。如果个体经济的雇工人数都一律不超过7个人的话,“姓社、姓资”的争论就不必要了。按照计算,他还是劳动者,我们就没有资本家、没有私营企业主,就没有马克思政治经济学上说的以剥削剩余劳动为生的阶层产生的基础,我们当然就是社会主义,就不必要讨论了。问题在于,这不是由人的意志决定的。社会生活中产生了好些个体经济,它成长壮大了,雇工人数超过7个、8个,而且雇佣几十个、几百个工人的企业有的是。所以说,这两个讨论是相关的,

雇工人数的讨论是从政治经济学层面的讨论,“姓社、姓资”就是政治层面上的讨论,关系到国家的前途,改革开放的方向,社会主义的性质和政治经济制度。因此,1988年的宪法修改,也是经济发展的结果,是不得已的。非修改不可,如果不修改,就面临一个矛盾:宪法上说的是“城乡劳动者个体经济”,但社会生活中存在很多的企业,名称上叫个体户,实际上雇工人数很多,老板不劳动,就靠剩余价值生活。这就是很大的矛盾,宪法上说的是个体经济,但现实中好多个体经济是名实不符。因此,这次修改也是不得已的。这就是经典著作中说的“不能对经济生活发号施令”。岂止不能对经济生活发号施令,而是反过来,经济生活的发展不断提出要求,要求修改法律、修改政策等。因此,通过这次宪法修改,就正式承认了私营经济在宪法上的地位,这一点非常重要。就是为个体户和私营企业的大发展提供了法律上的根据。私营企业在法律上是什么地位呢?仍然是“公有制经济的补充”,这是比照个体经济的。

不管怎么说,宪法上承认私营经济这一点很重要,使中国的改革开放在20世纪80年代后期能够继续前进。如果我们不承认私营经济,仍然仅限于个体户,改革开放就不会继续发展。如果当时规定,凡是超过7个雇工的不允许,那样一来,改革开放就将停止在那里,不仅停步不前,还会倒退。所以说,这次宪法修改有重大的意义。由于1988年4月宪法修改规定了私营经济的法律地位,6月国务院第七次常务会议就通过了《中华人民共和国私营企业暂行条例》。我们看《中华人民共和国私营企业暂行条例》下面的这三个条文:

第1条:为鼓励、引导私营企业健康发展,保障私营企业的合法权益,加强监督管理,繁荣社会主义有计划商品经济,制定本条例。

第2条:本条例所称私营企业是指企业资产属于私人所有、雇工八人以上的营利性的经济组织。

第3条:私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营企业的合法权益。私营企业必须遵守国家法律、法规和政策规定的范围内从事经营活动。



请特别注意第2条：“本条例所称私营企业是指企业资产属于私人所有、雇工八人以上的营利性的经济组织。”首先，在这个定义中有一个企业的概念。什么叫企业，就是营利性的经济组织。什么叫私营企业，就是资产属于私人所有、雇工8人以上的企业。私营企业有两个要件：一是资产属于私人所有；二是雇工8人以上。这就划定了个体经济和私营经济的界限。不仅使私营经济合法化了，而且给它提供了法律基础，《私营企业暂行条例》颁布后，我们的工商登记就增加一类私营企业，并且此条例规定了企业的形式、内部关系等，这有利于促进私有经济的发展。

到了1993年，我们宪法又有了一次修改，这次修改虽然不是对第11条的修改，但与第11条和第13条都有关系。1993年的宪法修改是修改第15条，修改我们国家的经济体制。原来的条文规定：“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济。”这就是我们中国当时的经济体制，是我国的基本经济制度。我们平常说的单一公有制基础上的计划经济，讲的就是这个基本经济制度。实际上，计划经济必然是单一公有制，只有单一公有制才能够实行计划经济，私有制不允许实行计划经济。公有制是实行计划经济的前提，计划经济本身可以包括它。这是原来的体制，也是由党的基本目标所决定的，我们新中国成立后，就是要建立这样的经济体制，所以1982年宪法把它规定下来，没有任何新意，只是表明仍然要坚持原来的经济体制。

但是到了1993年，我们通过修改宪法第15条，改变了原来的经济体制，修改后的条文非常简单，就是：“国家实行社会主义市场经济。”社会主义市场经济，与公有制基础上的计划经济，是截然不同的，这是非常大的改变，实际上就是经济性质的改变。回顾起来，改革开放初期，已经提出经济体制改革的目标，不然的话，为什么叫改革开放？但怎么样改？改成什么样？当时并不清楚。就是我们国家的高层领导人，对这个改革开放的方向问题的认识也是左右摇摆的。初期的提法是“发展社会主义商品生产和商品交换”，后来提“计划经济与市场调节相结合”，再后来改为“社会主义商品经济”。