

浙江省法学会 主办

长三角

法学论坛

胡虎林 主编

——
论非公经济的法律保障



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大學出版社

长三角法学论坛 :论非公经济的法律保障

主编 胡虎林

责任编辑 周卫群

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310028)

(E-mail : zupress@mail. hz. zj. cn)

(网址 : <http://www.zjupress.com>)

排 版 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 浙江大学印刷厂

开 本 787mm×960mm 1/16

印 张 30.75

字 数 510 千

版 印 次 2006 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-89490-292-6/D·58

定 价 48.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571) 88072522

目 录

第一部分

复活的私权

——对“民营经济”权利制度的考察

…………… 孙笑侠 林来梵 钟瑞庆 陈柳裕 郑 磊 刘 义 (3)

促进上海民营经济发展法制环境建设的调研报告

…………… 上海市工商业联合会 (54)

上海非公经济发展机遇及权利保障研究 …………… 卢 冰 (71)

完善我国民营企业法律保护的建议案 …………… 徐澜波 (78)

民营企业发展的法治环境研究 …………… 李乾贵 (85)

进一步改善法治环境 为民营经济发展保驾护航

…………… 南京市工商业联合会 (101)

民营企业权利保障的法律体系及完善 …………… 朱少华 (109)

建国以来民营经济法制的演变轨迹 …………… 陈柳裕 (119)

第二部分

关于民营经济的宪法论

——基于奥尔多学派的慎思与重构 …………… 林来梵 刘 义 (135)

以地方性政策法规的不断完善推动民营经济跃上一个个

新的台阶 …………… 孙建昌 (151)

民营经济与行政法治 …………… 浙江大学法学院课题组 (162)

民营公司股权转让制度研究	陈信勇	郭召军 (202)
再论对非公经济予以《反垄断法》保护的制度构建	贾权鑫	李 铮 (241)
长三角区域性小额资本市场之法制架构 ——关于构建一种中小非公企业新融资体系的探讨	孙 放	刘书燃 (262)
动产让与担保及其在长三角中小企业融资中的应用	林 锋	(274)
长三角地区民营资本实施 BOT 项目的法律保障	杨 亮	(282)
民营企业参与基础设施投资为何不采用信托？ ——以上海港口建设为视角的思考	康 锐	(290)
经济发达地区民营经济发展与金融支持的路径选择	陈成忠	曹小鹏 (301)
建立长三角地区民营企业国际反倾销中心的设想	上海民营企业法制研究会 (筹)	上海欧博律师事务所 (310)
浙江民营农产品企业进入国际市场的法律问题研究	翁 里	胡尚慧 (318)
健全刑事法制 确保民营经济顺利健康发展 ——浙江省法学会刑法专业委员会“民营经济的 刑法保障”研讨会综述	邓楚开 (执笔)	(330)
私营经济的刑法保障	于世忠	(337)
涉诉民营企业成因及司法对策研究	南京市中级人民法院研究室	(347)

第三部分

民营企业自主创新法律保障制度的构建	蒋 坡	(359)
试论民营企业信任机制法制化	高根忠 孙亦飞	王晓圆 (371)
营造民营经济发展环境的重大问题 ——企业投资项目法律制度规范	吴道富	(380)
论民营企业的风险及其防范	郑金都	(385)
论自然人企业、合伙企业立法的完善	陆介雄	(395)
保障交易安全 提高经济效率 ——我国合伙企业立法及其完善若干问题的思考	朱建农	(424)

从社会负担到社会责任

——论苏南乡镇企业所承担的社会责任	张 鹏 (454)
我国民营企业破产保护法律制度研究	鞠海亭 (466)
“非公经济发展的法律保障”研讨会综述	陈柳裕 王海明 袁华明 (480)

第一部分

复 活 的 私 权

——对“民营经济”权利制度的考察

孙笑侠 林来梵 钟瑞庆 陈柳裕 郑 磊 刘 义*

导言 “民营经济”权利问题的法律学界定^①

在我国现行法律体系中,与“民营经济”一词相接近的词汇是“个体经济”、“私营经济”和“非公有制经济”。“民营经济”的提法是由我国经济学界最早提出来的,它不是严格意义上的法律概念。有关它的理解与定义一直存在诸多的争议,大致可以分为两类原则性的界分:一是强调经营形式,即认为经营者是民间私人;二是强调所有权类型,即财产权归属在于私人。

考察改革开放以来的民营经济发展沿革,我们可以得知“民营经济”个中的奥秘和真实的本相。改革开放以来的民营经济发展大致可以分为三个阶段:^②在第一阶段的1978—1986年,十一届三中全会开始了中国改革之路,民营经济开始出现,但当时只有个体工商户,而且只在农村,家庭联产承包责任制逐渐演变出专业户,1981年7月国务院肯定了个体工商户的存在

* 孙笑侠 浙江大学法学院副院长、教授、博士生导师;林来梵 浙江大学法学院教授、博士生导师;钟瑞庆、郑磊、刘义 浙江大学法学院博士研究生;陈柳裕 浙江省社会科学院法学研究所所长、副研究员、法学博士。

① 近年来,各社会学科,尤其是经济学、社会学,对民营经济的关注成为热点;然而,法学的规范视角常常是缺位的,法学的关注几乎是停留于外围景象的粗糙的法社会学关注,考察民营经济组织及其业主的权利状况的成果实不多见。而现行权利保障体系的探讨,乃属于法律学或规范法学的视角,这一角度的尝试将为权利制度的重构提供理论依据。

② 茅于軾、张玉仁:《中国民营经济的发展 and 前景》(亚洲开发银行课题)。资料来源: http://www.usc.cuhk.edu.hk/wk_wzdetails.asp?id=1426

与发展。第二阶段是 1987—1992 年,此期间出现的民营经济通常称为“私营企业”,即雇工超过八人的民营企业,个别私企通过承包或租用国营企业积累了资产,逐渐改变了企业的所有权。1988 年宪法修正案明确了“私营经济”的说法,在《中华人民共和国宪法》第 11 条中增加规定私营经济保护监督条款。同年,国务院还颁发了私营企业暂行条例,规定了三种私有制结构,即独资、合伙和有限责任。1993 年至今则属于第三阶段。政府确定了市场改革的方向,民营经济得到快速发展。^① 民营对应的是国营,而 1993 年宪法修正案就已经将“国营经济”和“国营企业”分别修改为“国有经济”和“国有企业”,显示了我国在市场经济下将所有权和经营权分开的理念。三个阶段中的国企改革经验显示:停留于经营权层面的改革并不能取得预期的效果。^② 而且,民营可以是国有民营,^③ 而这似乎并不在民营经济问题的视野范围之内。

为避免对民营企业外延的界定囿于字面的理解,有学者提出可对它作广狭两义的界定。字面的理解可以看成广义的理解,即以经营方式为标准来界定,非国营经济的经济形态(表 1 中的 II、IV 区域)都属之。狭义的理解,特指中国改革开放以后出现的种种民营经济的具体组织形式,包括私营经济、个体经济、外资经济^④ 等,也就是说,国营、非国营经济的经济形态(表 1 中的 IV 区域)属于民营经济的范畴。^⑤

① 1988 年颁布的《中华人民共和国私营企业暂行条例》采用了私营企业的表述,其第 2 条规定:“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。”并在第二章中专章规定了私营企业的种类,包括独资企业、合伙企业、有限责任公司三种(第 6 条),并专条对每一种形式进行界定,这些定义为后来的 1999 年通过的《个人独资企业法》、1997 年的《合伙企业法》以及 1993 年的《公司法》(于 2004 年修订)的相应条款所刷新。

② 在这个过程中最大的收获在于切实体会到国家兼具裁判员、运动员双重身份所暴露出来的弊端,并在此意义提出了政企分开。然而仅基于此的改革只是隔靴搔痒而已。

③ 这涉及另一个问题,即国有企业的民营化问题。各国民营化的形式是多种多样的,大致可以分为两类,可以是不改变所有权状况而进行的民营化,也可以通过拍卖实现股权转化而进行的民营化。

④ 当然,外资经济一般不包含在民营经济的讨论中,可见,这里其实存着一个预设,民营经济指的是本国的民营经济。

⑤ 上海方策管理咨询有限公司民营经济发展研究课题组:《发展模式的战国时代——中国民营经济发展模式的本质特征分析》。资料来源:<http://news.sohu.com/2004/06/14/06/news220520631.shtml>

表 1 民营企业的界定标准

	国有	非国有
国营	I	Ⅲ
非国营	Ⅱ	Ⅳ

笔者认为,民营企业标准应基于经济实体的财产权归属。换言之,民营企业即民有或者是非国有(non-state-own)的经济组织,它不是国家拥有的经济组织,而不仅仅是非国家经营(run)的经济组织,^①在这个意义上,民营可以置换成非国有,其实质在于私有,^②只是顾及用语习惯以及敏感规避,而继续沿用这一属于经济学的概念。^③在表 1 中体现为Ⅲ、Ⅳ区域,然而Ⅲ区域所代表的国营非国有的经济形态除了民间参股达到控股等类型外,是十分少见,所占据的比例也几乎是可以忽略的。质言之,以财产权归属标准划得的民营经济的外延与前述狭义的理解的区别并不大,但标准的不同,突出侧重点的不同,这正是彰显民营经济权利保障的观念变迁的一个缩影。

需要说明的是,当我们在谈论“民营经济权利”的时候,其实是指称民有经济组织及其业主的经济权利。民营经济的权利体系大致可包括民营经济的产权、民营经济的生存权、民营经济的竞争权和民营经济发展权。

民营经济的产权就是指民营经济组织及其业主所享有的各种以所有权为核心的财产权利,是对民营经济组织及其业主的财产所有权、土地使用权以及知识产权等各种权利的抽象。民营经济组织及其业主的产权是民营经济业主参与市场竞争的现实基础,是民营经济业主积极从事市场竞争的内在动力。

民营经济的生存权主要是指民营经济的法律地位,也就是民营经济的合法性问题。这是一个基于我们曾经宣布民营经济非法地位的历史而产生的中国特有的问题。

民营经济的竞争权主要是指民营经济业主在市场竞争中免受行政垄断和经济垄断之害,从而得以自由竞争的权利。竞争权主要通过反垄断法和行政法予以保护。竞争权是民营经济业主参与市场竞争的必须具备的重要

① 海闻:《WTO 与中国民营经济》。资料来源: <http://old.ccer.edu.cn/faculty/haiwenc.htm>

② 有学者认为,非国有化、民营化和私有化三个概念具有相同的内涵,是同义语。吴易风:《关于非国有化、民营化和私有化》,《当代经济研究》1999 年第 10 期。

③ 值得一提的是集体经济,在计划经济的三元所有制结构下,所谓的集体所有制其实质是国家所有制。参见周其仁:《产权与制度变迁:中国改革的经验研究》,社会科学文献出版社 2002 年版。

条件,民营经济业主的竞争权关系到民营经济业主能否自由地参与市场竞争问题。

民营经济的发展权主要指民营经济业主能否享有公平待遇,从而不受歧视地与国有企业、集体企业和外商投资企业在同等条件下公平竞争的权力,以及多数民营企业作为中小企业,作为市场竞争中的弱势群体,在市场经济体制中应当受到的特殊优惠和照顾,从而获得进一步发展的权利。民营企业的发展权由此划分为平等发展权和特殊发展权两者,前者的核心要求是平等待遇,后者的核心要求是特殊照顾。民营企业发展权主要通过民法、经济法、商法等部门法予以保障。

民营经济生存权、竞争权和发展权其实是民营经济的外在法治环境问题,也是要求国家作为义务主体,来保障民营企业生存、竞争与发展的空间。比如,就民营企业的竞争权而言,在行政法和竞争法中明确规定了行政机关负有不得实施各种形式的行政垄断行为的义务,同时在竞争法中也集中地规定了企业和其他市场主体不得进行经济垄断行为的义务,这些义务对于民营企业来说就表现为一种权利——竞争权。

再如,民营企业的发展权,在商品经济中,各市场主体应当平等地参与市场竞争,因此,国家具有保障民营企业不受歧视平等发展的义务。这个义务从另一个方面讲就表现为民营企业的平等发展权。

另外,在现代市场经济中,绝大多数民营企业作为中小企业是市场竞争中的弱者,国家具有扶持、促进中小企业发展的义务,这些义务从反面讲也就表现为民营企业的特殊发展权。因此,国家保障民营企业平等参与市场竞争和对民营企业负有的特殊扶持义务构成民营企业的发展权。此外,由于民营企业的财产所有权、土地使用权和知识产权等权利在民商法中均已有了明确的规定,因此,可以将这些权利统一抽象为产权。因此,从总体上看,民营企业的生存权、竞争权和发展权实质上是有关的主体如国家、行政机关和其他组织对民营企业应当承担的义务的集中概括;或者说,民营企业的生存权、竞争权和发展权就是这些相关主体所承担的具体义务的抽象的转化形式,而民营企业的产权则是其享有的各种财产性权利的总和。

权利、权利制度对于民营企业以及民营企业家来说,意味着什么?如果这个问题得到解答,那么,权利制度对民营经济的发展意味着什么,这个问题也就很容易回答了。

我们知道,企业家在市场上活动的目的是营利^①。其具体表现就是收入减去成本后的余额的最大化,即利润最大化。在其从事的市场活动中,企业家通过各种手段减少成本,增加收入。那么,这与权利有什么关系呢?在法学上,权利的具体含义一直是众说纷纭的,其中有意思说、利益说、法力说。从企业家的角度来说,在一个法治健全的社会里,权利实际上是在获得收入时的对应物,也就是说,收入增加,就表现为权利增加^②,反之,权利的丧失就表现为成本。重新表述一下利润最大化,就是追求权利的净增加的最大化。当然,因为权利本来是一个质的概念,要能够对权利进行量的计算,企业家对待权利,就必须是经过货币化的衡量之后。某种意义上说,企业家看重的是权利所代表的货币价值。这样来看,企业家实际上是从利益说的角度来看待权利的。^③

这样的话,对企业家而言,追求营利与追求权利,其实是一回事。企业家所追求的目标,就是权利的增加。

民营经济发展可以从两个方面来加以衡量:质的改善和量的增加。从质的角度衡量民营经济发展,主要是指民营经济的素质,素质又表现为能力。这种能力可以从两个不同方面来衡量:一是民营经济为消费者提供效用满足程度的能力。换言之,民营经济为社会整体福利水平的贡献份额。二是民营经济在整个经济体中的作用和地位。也就是说,民营经济是属于经济生活中的主导力量,能影响经济发展的方向,抑或仅仅是一个配角而已。从量的角度衡量民营经济发展,主要是指民营经济在数量上的表现。这些量的方面,可以间接反映质的方面。例如,民营经济贡献的GDP,可以间接反映民营经济对社会整体福利水平的贡献份额。民营经济的企业总数增加,也可以说明民营经济在整体经济中的地位提高。民营经济雇佣人数的增加,也可以表明民营经济在创造就业岗位方面的能力。

① 争论当然是存在的。例如,相当多的学者认为,企业家应当以承担社会责任为主要目标,营利只能是其所承担的社会责任的内容之一,而不是唯一的目标。

② 反过来说法并不成立。也就是说,权利增加,并不一定是收入增加,因为,权利的增加可能同时伴随义务的增加(例如通过举债获得资金),或者,此权利的增加与彼权利的增加可能成替换关系(例如用某物换取另一物),这两种情况都不存在收入的增加。

③ 从利益说的角度来看待权利,就必然包含着权利的可量化性。

一、民营经济权利保障的沿革轨迹

从建国一直到 2004 年修宪,我国民营经济权利保障发展所呈现的是一个曲折的发展过程,其发展轨迹是伴随着民营经济的不断壮大而逐步完善的。

非公有制经济在我国的宪法地位大致可以划分为两个阶段:第一阶段是从发展到限制,通过公私合营最终实际予以消灭的过程。从 1954 年和 1975 年两部宪法的内容变化,就可以清楚地看到私营企业在我国建国头 26 年由生存到死亡闪电般消失的轨迹。第二阶段,是在 1978 年党的十一届三中全会确定改革开放的基本路线以后,私营企业在我国重现并迅速发展。自此,我国非公有制经济进入快速发展时期。据统计,至 1987 年底,我国已有私营企业 22.5 万户,其中以个体工商户名义存在的约 11.5 万户,另外近一半则是以合作经济组织形式或者集体经济组织名义存在的个体经济。一方面非公有经济在我国的空前发展,另一方面私营企业主仍然心有余悸,以至有近一半的私营企业不敢“现身”名正言顺地合法经营、赚钱。^①

1988 年 4 月,七届人大一次会议面对非公有制经济在我国发展和发挥积极、重要作用的实际,对现行宪法作第一次修改。1993 年 3 月八届人大一次会议对宪法作第二次修改。1999 年九届人大二次会议对宪法进行第三次修改,将宪法第 11 条修改为:“法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。”“国家保护个体经济、私营经济的合法权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。”这样,非公有制经济作为我国“社会主义市场经济的重要组成部分”的宪法地位,最终得以根本确立。

我国立宪与修宪的过程,充分说明了民营经济宪法地位的提高。而民营经济宪法地位之保障,是对其合法性的最高效力的肯定,也是其得到其他各部门法律保护的前提,各部门法以宪法为依据对民营经济进行更为有力的保护。下面分四方面来梳理这段历史:民营经济之法律地位从限制到否认再到确立;民营经济权利的范围与重点的演变;权利保障的方式的沿革;我国民营经济权利保障历史演变的特点与经验教训。

① 张军:《非公有制经济的宪法地位与刑法保护》,《法制日报》2000 年 7 月 16 日。

（一）民营经济之法律地位 限制—否认—确立

民营经济权利保障的核心和实质在于对其市场主体地位的保障，只要使作为民营经济载体的民营企业成为市场平等主体，那么其权利保障本身就应该是和其他市场主体（如国有企业）享有同样的待遇。在相当长的一段时期内我国的民营经济被法律所禁止，这当然就失去了市场主体的地位，失去了合法性（legitimacy），也就无从谈权利保障问题。探究新中国民营经济权利保障的历史，我们发现，民营经济的市场主体地位是从被有限制地承认至彻底否定，再从彻底否定演变到法律上的确认。

民营经济是怎样成为市场主体的？

民营经济的市场主体地位首先是由宪法的规定来确立的。我们认为，宪法对民营经济的确认和保障主要是通过一系列制度的安排，包括宪法关于民营经济法律地位、经济体制、公民私有财产以及经济自由等方面的规定，正是通过一系列相关制度的安排，民营经济才能得到完全的确认和有效的保障。^① 其中对于保障市场地位的最重要的路径就是在基本经济制度层面上承认民营经济的合法地位。由于民营企业是民营经济的具体组织形式，民营经济是对各种心态的民营企业的抽象，因此承认民营经济的合法地位就意味着必须承认民营企业的生存与发展的权利。^②

从新中国成立以来宪法对民营经济法律地位的相关规定，我们可以看出它的发展轨迹：从有限承认到彻底禁止，再到逐步重新承认并加以保障。《共同纲领》第26条规定，当时国家的经济成分包括国营经济、合作社经济、农民和手工业者的个体经济、私人资本主义经济和国家资本主义经济。五四宪法第5条规定：“中华人民共和国的生产资料所有制现在主要有下列各种：国家所有制，即全民所有制；合作社所有制，即劳动群众集体所有制；个

① 陈柳裕、王坤：《法治视野下的民营经济：历史、现状和前瞻》，载《法治视野下的民营经济》，浙江人民出版社2004年版，第3页。

② 在英国、美国、日本、德国、意大利、澳大利亚等发达资本主义国家的宪法中，都没有关于生产资料所有制等基本经济制度的规定，这些国家的宪法主要侧重于公民的权利义务以及国家机构方面的规定。但由于生产资料私有制是资本主义社会存在和发展的基础，是一个不需要在宪法中强调的既存事实。因此，可以说，民营经济的合法地位实际上得到这些国家宪法的默认。据笔者所掌握的资料，在发达资本主义国家宪法中，只有葡萄牙宪法中直接规定了生产资料所有制，规定了拥有生产资料的三大部门：公营部门、私营部门、合作社与社会的部门。参见许崇德主编、韩大元副主编：《宪法学（外国部分）》，高等教育出版社1996年版，第156页。

体劳动者所有制 资本家所有制。”七五宪法和七八宪法都没有保障民营经济的市场主体地位,七五宪法第 5 条规定:“中华人民共和国的生产资料所有制现阶段主要有两种:社会主义全民所有制和社会主义劳动群众集体所有制。国家允许非农业的个体劳动者在城镇街道组织、农村人民公社的生产队统一安排下,从事在法律许可范围内,不剥夺他人的个体劳动。同时,要引导他们逐步走上社会主义集体化的道路。”七八宪法第 5 条则规定:“中华人民共和国的生产资料所有制现阶段主要有两种:社会主义全民所有制和社会主义劳动群众集体所有制。国家允许非农业的个体劳动者在城镇或者农村的基层组织统一安排和管理下,从事法律许可范围内的,不剥夺他人的个体劳动。同时,引导他们逐步走上社会主义集体化的道路。”八二宪法才开始有限承认民营经济,其第 11 条规定:“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。”此后 1988 年修宪时进一步确立“私营经济是社会主义公有制经济的补充”,1999 年修宪时更确立了“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分”。

(二) 民营经济权利的范围与重点的演变

表 2 新中国宪法及宪法性文件对私有财产权利保护相关规定的变迁

名 称	内 容
共同纲领	第 3 条规定:“……保护国家的公共财产和合作社的财产,保护工人、农民、小资产阶级和民族资产阶级的经济利益及其私有财产。”
五四宪法	第 14 条规定:“国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权。”
七五宪法	第 22 条规定:“国家保护公民的劳动收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权。”
七八宪法	第 9 条规定:“国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料的所有权。”
八二宪法	第 13 条规定:“国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。”
2004 修宪	修改为:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

对民营经济权利的保障至少应当包括内在的产权和外在的法治环境两大方面。产权是现代企业的核心问题,离开产权谈论市场经济是不可能的,对民营经济主体产权的保护本身也经历了一个曲折的过程。关于外在的法治环境问题,我们认为就是要求国家作为义务主体来保障民营企业生存、竞争与发展的空间。

综合来看,在《共同纲领》和五四宪法中,对民营经济的宪法态度是承认的,但基本上局限于生存权,对于发展权和竞争权并没有太多涉及。尤其是五四宪法否认了市场经济模式,将社会经济的发展定性为计划模式,包括在此后的社会主义三大改造当中,对于私有性质的经济成分采取的是国家统筹和国家订购的方式,民营经济的发展空间非常狭小,也日渐失去与公有制经济竞争的实力。除去 20 世纪 50 年代中期到 70 年代末的一段时间,在改革开放以后制定的宪法和法律中,对民营经济的发展权开始加以重视,逐步将民营经济作为社会主义经济制度的补充和组成部分,将民营经济的发展从制度外逐步引导到制度内。关于民营经济竞争权的保障,我们认为将是今后一个重点。到目前为止,对民营经济竞争权的直接表述还非常少见,在《反不正当竞争法》等一些法律法规中,涉及了对民营经济竞争权的保障问题,一些部门规章也开始变化,力求使民营经济能渗透到公用建设领域;但是我国垄断现象依然比较严重,而且自然垄断与行政垄断相互交织,使问题更加复杂化。随着近年来反垄断立法步伐的加快,民营经济竞争权将得到进一步保障。

(三) 民营经济权利保障方式的沿革

整个民营经济权利保障的发展史,其保障方式也是在不断变化的。我们认为,在从政策到法律的大背景下,立法技术、保障方向、保障手段等也都有了很大的发展。

1. 从政策控制到法律规范的演变

民营经济保障方式是一个从政策到法律的过程,这也是我国这方面立法的一个重要特点。以刑法为例,我国刑法与政策、宪法的关系,往往是宪法修改晚于政策,而刑法修改晚于宪法修改,这样的一种立法程式必然导致立法的更加滞后。法律本身就是滞后于社会实际的,政策尽管要比法律及时,但其本身也是对社会实际的一种客观反映,因此本身也具有滞后性,所以说从政策到宪法修改、再到刑法修改,其中可能会拖延相当长的时间,从而从时间上看是更不利于保护应当被保护的对象。另外也应当说明的是我

国在民营经济权利保护的问题上曾经有过较长时间的理论争论,在理清思路之后再出台政策,最后才是法律的变动和修改。例如,改革开放以来,我国宪法逐步放开对民营经济发展的各种限制,中共十四大提出建立社会主义市场经济,十五大又提出了公有制的多种实现形式,公有制体现在控制力上的新论点,相应的 1988 年,对八二宪法进行了第一次修改,1993 年再次修改宪法,非公有制经济取得“社会主义市场经济的重要补充”的地位,其合宪性得以肯定,1999 年三度修宪,非公有制经济获得“社会主义市场经济的重要组成部分”的宪法地位。而在刑法立法方面,在旧刑法的基础上,全国人大常委会以决定的方式,加强对民营企业的保护,出台的决定有《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》、《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》、《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》等,并最终催生了新刑法的出台,对民营企业产权保护有了很大的进步。

改革开放以后,对民营经济的法律调整逐步体现了一个“四权并举”的趋势。

在民营企业的生存权保障方面,一方面通过对八二宪法的四次修正,使得民营经济从没有地位到有一定地位,从政策地位到法律地位,从不完全的法律地位到完全的法律地位,最终成为社会主义市场经济体制的重要组成部分。另一方面,通过强化公民私有财产权的保护强化民营企业的生存权,十届人大二次会议通过的 2004 年《宪法修正案》,规定了“公民的合法的私有财产不受侵犯”,“国家依照法律保护公民的私有财产权和继承权”,“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”,从而使得民营企业的生存权从公民私有财产保护角度得到进一步的保障。

有关民营企业产权确认、产权交易和产权保护的法律法规,计有《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国乡镇企业法》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国个人独资企业法》、《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国房地产管理法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国行政复议法》、《中华人民共和国国家赔偿法》、《中华人民共和国刑法》等等,另外,还有大量配套的实施细则以及各种法规、规章,形成了综合民事、行政、刑事等法律手段,对民营企业的产权进行全方位的确认和保障的制度体系。

在民营企业竞争权保障方面,我国虽然还没有制定统一的反垄断法,但已经先后制定了《关于推动经济联合的暂行规定》、《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》、《关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》、《关于制止低价倾销工业品的不正当价格行为的规定》、《关于打破地区间市场封锁、进一步搞活商品流通的通知》、《中华人民共和国反不正当竞争法》、《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》、《关于制止低价倾销行为的规定》、《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》、《关于禁止串通招标投标行为的暂行规定》、等等专门调整竞争问题的法律、法规。除此以外,还颁布了诸如《中华人民共和国价格法》、《中华人民共和国招标投标法》等内含规范制约政府的行政行为,防止并惩治行政垄断行为,维护民营企业的合法权益的法律法规。

在民营企业发展权保障方面,制定了《中华人民共和国中小企业促进法》、《关于科技型中小企业技术创新基金的暂行规定》、《中小企业融资担保机构风险管理暂行办法》、《中小企业服务体系试点工作方案》、《上海市人民政府关于促进本市小企业发展的决定》、《上海市人民政府关于促进本市小企业发展的若干政策意见》、《上海市工商局关于促进本市小企业发展的具体实施意见》等等,有力地促进和保障了民营企业的发展权。总的来说,目前我国的民营经济法律制度已经初步实现了对民营企业的生存权、产权、竞争权和发展权的全方位的确认和保障,尽管还存在着很大的缺陷,但民营经济法律制度已经初步实现了系统化。

2. 立法语言从政治色彩到法律技术的转变

这个演变的总趋势是立法语言逐步趋于中性化。在民营经济消亡和蛰伏时期,在阶级斗争理论的指引下,与民营经济有着直接或者间接关系的法律制度和政策性文件中使用的概念也具有明显的政治色彩^①。五四宪法直

① 例如,1949年《共同纲领》第3条规定了“保护工人、农民、小资产阶级和民族资产阶级的经济利益及其私有财产。”第26条规定:“国家应在经营范围、原料供给、销售市场、劳动条件、技术设备、财政政策、金融政策等方面,调剂国营经济、合作社经济、农民和手工业者的个体经济、私人资本主义经济和国家资本主义经济,使各种社会经济成分在国营经济的领导之下,分工合作,各得其所,以促进整个社会经济的发展。”在这里,法律把民营经济表述为“私人资本主义经济”,并认为民营企业投资者已经形成了一个阶级——民族资产阶级,从而大大地突出了民营经济的政治性和阶级性,初步形成或者强化了民营经济与国营经济、合作经济之间,民营企业投资者与国内其他阶层的人民之间的对立格局。