



理性市场经济与 中国民间资本保护

A Research on the Rational Market Economy
and the Protection of Chinese Private Capital

——
刘晓明 著

3



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

理性市场与 中国民间资本保护

Research on the Rational Market
and the Protection of Chinese Private Capital

刘晓明 著



法律出版社

LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

理性市场经济与中国民间资本保护 / 刘晓明著. --
北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2360 - 6

I. ①理… II. ①刘… III. ①私营企业—投资—法律
—研究—中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 138783 号

理性市场经济与中国民间资本保护
LIXING SHICHANG JINGJI YU ZHONGGUO
MINJIAN ZIBEN BAOHU

刘晓明 著

策划编辑 李 群
责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 陈明泽

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 北京虎彩文化传播有限公司

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物第一出版分社

开本 A5

印张 8.25

字数 192 千

版本 2018 年 7 月第 1 版

印次 2018 年 7 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 - 2360 - 6

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)



作者简介

刘晓明，北京市隆安律师事务所高级合伙人。西北政法大学本科、中国政法大学硕士、武汉大学法学博士，至今已从事专职律师工作二十年，代理了大量非诉讼和诉讼案件，著作有《商事合同风险及其防范》（法律出版社）、《公民诉讼指引》（法律出版社）等。在《新华文摘》《法学文摘》《学习与探索》《学术交流》等期刊发表了多篇法学文章。主要从事公司、证券及金融法律实务和研究，积累了丰厚的法律实践经验。长期研究民营及国有企业的公司治理结构、民间资本的法律地位及保护等问题，担任多家央企、上市公司、外企的法律顾问、独立董事。中国大陆、香港两地注册执业律师；北京市优秀律师；北京朝阳律师事务所管理与发展委员会主任；中国政法大学、对外经济贸易大学法学院、北京理工大学法学院兼职教授。

序 一

自 1992 年年初小平南方谈话后,中国开始社会主义市场经济体制至今已有近 26 年的历史,取得了巨大成就,但是也产生和存在一些问题。中国的市场经济制度与一百多年前德国学者马克斯·韦伯提出的“理性”资本主义精神,进而发展的“理性”市场经济制度有何异同?中国民间资本在中国的市场经济中的角色是什么?如何在宪法和法律制度层面对民间资本加以保护,以解决民间资本不断外流问题?本书以大量数据和事实对这些现实问题进行了较详细的分析和论述。阐述了“理性”市场经济、民间资本与宪法及法律制度三者之间的关系,反映出政治、经济与人三者之间的相互影响和作用。

书中提出新教伦理以及物质的和非物质的资源共同构成了“理性”资本主义的精神,进而演变为“理性”市场经济的精神。近代“理性”市场经济经过两百多年的发展,已经成为主导全球经济的绝对因素,逐渐成为市场规则成熟、法律制度健全、可持续循环发展的现代市场经济

制度。但是,随着“理性”市场经济的发展,最初萌发这种经济形式的伦理基础却逐渐淡出,给未来“理性”市场经济的发展提出了新的挑战。全球一体化时代,劳动并非仅体现为资本获取剩余价值的手段;现代市场经济环境中,劳动与资本共同构成了创造美好生活的必要条件。负有使命感的“劳动”是市场经济的驱动力,“理性”市场经济的核心并非资本,而是其中的“创造精神”。

书中进一步提出,与中世纪欧洲“理性”市场经济的起源和发展相对比,近代中国民间资本由于缺乏“理性”市场经济产生的信仰文化根源,以及限制君主权力、重法治、赋予人民自由财产权利等,而无法孕育产生“理性”市场经济。现代中国虽然建立了全球第二位的市场体系和经济规模,但是距离“理性”市场经济仍然有较大差距。这种差距并非市场的发展规模,也不是市场的指标和数据,而是建立市场的文化信仰根基。

本书作者刘晓明在中国政法大学的研究生导师是王涌教授,王涌是我的博士生,因此,我与晓明亦有师生之缘。晓明现在北京隆安律师事务所做合伙人,而我与隆安所也有很深的渊源。多年来,我与晓明有过多次的沟通与交流,他为人谦和,在工作和学术上有着执着的精神。民间资本制度与市场经济的关系,是晓明近些年来研究和关注的重点。本书以其博士论文为基础,做进一步修改完善而成,向读者展示了其多年探索和研究的成果,对于借鉴域外法治经验,加强中国民间资本的宪法和法律保护、进一步从社会“理性”及文化基础角度完善我国的市场经济制度,提出了有益的建议。

江 平

二〇一八年三月十四日于北京

序 二

自战国形成“奖耕战”“抑商贾”政策始,历经秦汉,“农本商末”渐成中国传统经济思想之主调,“重农抑商”则为两千余年封建王朝惯持之国策,至宋元“专卖”法乃至明清“海禁”,均不过是这种“重农抑商”国策政策之表现而已。因此,在士、农、工、商“四民”中,士为贵,农为本,商属下品,成为中国传统文化中根深蒂固的价值观——在这种价值观念体系中,贩夫走卒、引车卖浆之辈殆无政治地位可言,即便富商巨贾亦鲜有仕途进阶之机会。

晚清之后,随着农耕文明的衰落,资本经济生产方式趁机崛起,工商业在国民经济中的占比逐渐提升,工商阶层的社会地位也因此跟过往“非同日语”。至民国,资本经济工商业取代传统农耕经济,成为国民经济的主导力量。新中国成立后,国家对资本主义工商业实行利用、限制、改造的政策,逐步把生产资料的资本主义所有制改造成为社会主义的公有制。

自1978年以来,经过40年的改革发展,中

国成功地突破了传统的计划经济体制束缚,建立了社会主义市场经济体制。党的十八届三中全会已经明确市场在资源配置中的决定性作用,以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度也不断成熟。党的十九大报告指出,中国特色社会主义进入了新时代,并且明确了2035年和2050年的发展目标,这些都要依靠我国的社会主义市场经济体制去实现。因此,如何明确民营资本在国家经济政治生活中的地位,构建一套行之有效的民营资本的保障体制,便具有了特别的时代意义。

历史地看,商品交换与货币产生是市场经济产生的起点,工商繁荣是经济发展样态的应有之义。对待工商业发展的态度,历史总是惊人的相似。政治与商业总是息息相关,却又充斥着各种交错利益的纷争,可谓暧昧不清却断舍不净。先秦吕不韦操盘政治阴谋,终究逃不过秋后算账;东晋石崇王恺斗富,一方面炫耀其资产实力的强大,另一方面石崇以谋反为由身首异处宣示了商人之固有地位不得僭越政治;明代的沈万三因国际贸易富可敌国,朱元璋令其犒赏三军导致悲剧产生;清代的胡雪岩与盛宣怀商业斗争的背后隐喻了左宗棠与李鸿章之间的权斗。专制政体下的商人与政客的联手,往往被世人诟病为“官商勾结”,但倘若无此殊途,其自身何以在夹缝中寻求生存发展?无不例外的是,不论何种政体下倘若缺乏应有的市场信息公开,公正公平的市场竞争机制,那么任何独大的民间资本均可归结于具备同政治联姻的“原罪”。不论是由政客决定商人生存法则和活动秩序抑或由商人左右操纵政治格局,均已僭越其自有本位。本质上,有利于社会进步的营利乃是商人的天职所在,因而在公益属性上与国有资本存在共性。但在胡雪岩被誉为红顶商人现象的背后,似乎掺杂着更多的商业外利益属性,因其“红顶”标签代表了政治亲密性,在集权政治下的

市场交易行为中不免透视出行政优益之倾向。

有企业家曾言：“企业家要远离政治，但要亲近政府。”此语一方面道出政治斗争的复杂性有别于商业竞争，另一方面商业的发展却离不开政府的关心、关爱、关照和支持。自先秦以降，士农工商的阶层顺位揭示了商人的固有地位与天然的依附特征。不论何种历史时期，商人所能代表的均为同种资本形态，即民间资本。有别于国有资本的是，民间资本必须在国家允许的政策范围内“戴着脚镣跳舞”。国家设置行政许可让民间资本的进入形成天然门槛，而往往这些门槛的背后代表的是高附加值的产业链条。但凡国家以法律明文禁止的或者设定高准入门槛的，若非暴利行业即呈现为与维护国家政权稳定有关的行业。以秦代的“盐铁官营”为例，当政府圈定了部分行业为国家垄断时，其运营的国有属性意味着私人市场主体不得任意进入的领域使得商人的行为作出须时刻以国家政策动向为前提。对于民间资本而言，“理性”是其作出商业行为的核心准则，此同经济学大厦之基“理性经济人假设”趋同。“理性”的背后并非商人天生冷漠所致，而是维持生存所历经的必然选择。在部分政治经济学著作中阐述的市场经济具有天然自发性、盲目性和滞后性，这与民间资本的“理性”行为密切相关。如何将商人之“理性”与民间资本保护联系，应将“理性”之本质纳入考量。作者基于宗教等因素不同国家的“理性”观，道出了民间资本的地理、宗教、历史与国别属性，而在我国民间资本制度规范层面作者更鲜明地指出了法律制度对民间资本发展和保护的重要意义。

不同于国有资本和境外资本，民间资本与前者地位力量对比之悬殊即可知其生存之艰。因此，在不同国家的经济、政治、制度与文化状况下，民间资本均可受到不同程度上的影响。而在诸多

因素的综合影响中,基于宪法对公民财产权的保护是最根本、最本质的影响。倘若民间资本保护在法律规范层面失效将从根本上动摇经济制度之基,社会主义市场经济秩序亦无从得到保障。如何体现民间资本的理性价值,给予其平等自由的发展空间,如何实现民间资本健康、合理、良性的发展并防止其流失等是本部著作探讨的主旨论题,其着力于宪法设计层面强调对公权力的约束,着眼于法律规制层面强调对民间资本的正当识别,可谓是制度理性的本位回归。

是为序。

周叶中

二〇一八年六月二十八日于珞珈山

前 言

对近代“理性”资本主义精神的产生,马克思·韦伯从宗教伦理观的角度认为:传统的资本主义以赢利为全部工作和生活的核心,未将赢利本身视为一种创造和社会“伦理”。传统商人的理想是通过资本赢利来谋取社会地位,过上一种舒适的贵族生活是其最终目的。一旦达到目的,则原有的奋斗精神和工作热情随之消失。还有一种“政治取向的冒险家资本”或者“掠夺式资本”,即希腊、罗马、波斯、近代的荷兰、英国、法国等国家,依靠能够获得巨额利润的奢侈品进行远程贸易,如贩卖印度的香料、中国的丝绸瓷器甚至非洲人为奴隶,或者建立种植园、霸占贸易路线。韦伯称此为兼有军事和政治远征性质以期获得商业利润的投资形式,这些形式都是以军事优势、国家实力为条件和基础的,一旦国家没落、军事衰落,则其远程贸

易优势随即荡然无存。^{〔1〕}与这些传统资本形式相区别的是近代信奉新教、以新教伦理观为商业理念而形成的“理性”市场经济。以往我们在分析资本主义的起源问题时过于看重工业和商业的因素,忽视了信仰、伦理和文化的影响力,忽视了“理性”资本主义和市场经济产生的社会人文环境:信仰、个人权利、人身和思想自由、法律对私有财产权的认可和保护、政府权力的限制等。这里最为重要的是对人的价值的重新审视和尊重,只有真正认识到人的尊严和人性的尊贵,社会才能够赋予每一个人应当享有的人格尊严、自由和权利。一个享有财产权并且人格受到尊重的人,才能够真正成为“理性”市场经济的参与主体;而一个充分保障自由、公平竞争的市场,才能够使得市场的参与主体真正享有和承担市场经济的权利与义务。^{〔2〕}

本书以马克斯·韦伯在其《新教伦理与资本主义精神》一书中提出的,新教伦理对于“理性”资本主义精神的产生作用为主线,从“理性”资本主义产生的背景和历史发展、核心理念、文化根源与中国的市场经济以及民间资本的对比等方面,对新教伦理观念与市场经济的关系做进一步的比较分析和论证。同时通过对产生理性市场经济的必要条件和因素进行分析,对照剖析中国历史上民间资本为何没有能够促成和产生理性资本主义,以及现时代中国的民间资本与构成理性市场经济的间隔与差距。

本书除了从“理性”市场经济的角度对中国民间资本进行分析和考量以外,还从宪法地位和宪法保护的层面对中国民间资本

〔1〕 [德]马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第34~35页。

〔2〕 侯建新:《新视角:资本主义起源再探讨》,载《史学理论研究》2013年第3期。

的现实情况进行分析和论证。从而找出民间资本要想促成中国的理性市场经济,在信仰、宪法地位、社会影响力等方面的切实需求。通过对近年来中国民间资本外流现象日趋严重的现实情况进行分析,提出这不仅是经济问题更是一个法律问题。民间资本外流的主要原因在于,非公有制经济主体缺乏应有的市场地位和宪法地位,导致民间资本主体长期存在怀疑和恐慌,缺少对国家法律制度稳定性的信心,致使社会经济越发展,民间资本外流越严重。

对资本、民间资本、财产权等概念进行分析,对民间资本与国有资本的关系进行辨析,分析民间资本的内涵、本质及其法律属性。进而对民间资本在中国宪法以及国家政策中的保护现状、内容、地位等方面的缺失进行研究,并提出对民间资本予以平等保护,给予民间资本应有的社会地位和法律地位等建议,以在中国建立“理性”的市场经济。

本书采用了定性分析法,对民间资本进行“质”的分析,阐述了民间资本的本质是私人 and 私人企业的财产权问题,其含义为:“掌握在民营企业和股份制企业中属于私人的股份,以及其他形式的所有私人资本的统称。”本书还采用了逻辑分析和语义分析法,对民间资本、国有资本与公有制经济、非公有制经济之间的关系进行了对比和分析,阐述了民间资本与国有资本在本质上都体现了公民的财产权问题,区别在于民间资本体现为公民个人和私人企业的财产权,国有资本则体现为公民全体财产权即国家财产权。本书通过社会实证研究方法,对于民间资本的社会地位、法律困境、对外流失等问题进行了实证研究和分析,指出民间资本对外流失越来越严重的原因在于,民间资本缺乏应有的信仰理念、文化背景、社会影响力、宪法地位和部门法的保护。中国宪法中仍然以所有制代替财产权的表述,除了公民个人的财产权在现行宪法中

有规定之外,民间资本其他主体的财产权在现行宪法中均没有体现,因此,因所有制不同而产生的权利缺失及不平等问题,仍然是困扰中国民间资本的最大障碍。

结构上,本书共分为以下八章进行论述:

导论,介绍本书的写作背景和写作意义。

第一章,论述“理性”市场经济的核心是新教伦理和创造精神,以及产生的文化背景和发展历程,具体介绍了意大利、佛兰德、荷兰和英国“理性”市场经济的起源和发展。

第二章,论述中国民间资本与“理性”市场经济的关系。近代中国民间资本的产生背景和发展历程中,缺乏“理性”市场经济萌生的文化根源。中国社会发展需要“理性”市场经济的精神。

第三章,通过对资本、民间资本、财产权等概念的解析,阐释了中国民间资本的基本意涵。对民间资本包含的财产权内涵的分析,阐释了民间资本的财产权属性。

第四章,论述中国民间资本的特性及其产生发展的历程。通过对中国民间资本产生背景和发展历程的叙述,分析民间资本在中国历史发展中的特殊性。新中国成立后,国家政策对民间资本的历次变迁,反映出政府对于民间资本的基本政治立场和态度。

第五章,中国宪法历次修订对民间资本的规制、保护及发展变化。阐述中国宪法对民间资本立法观念的转变原因及其过程,分析和揭示民间资本在中国宪法中的地位。

第六章,中国民间资本在宪法范畴内的概念分析和保障范围,以及民间资本在民法范畴内的概念分析和保障范围归纳。对民间资本的宪法性保护与民法性保护进行对比和分析,剖析民间资本宪法保护的本质。论述中国现行宪法对民间资本保护规定的分析及对民间资本与国有资本的不平等竞争关系,突出当前中国民间

资本保护所面临的困境。

第七章,通过对美、英、法和德国宪法中公民和法人财产权保护相关规定的介绍,以及对民间资本财产权保护的判例分析,阐述域外宪法对民间资本保护的相关理论和经验,探讨对中国有益和可借鉴之处。

第八章,从经济所有制结构、宪法地位、财产权保障体系、立法技术等角度分析中国宪法对于民间资本保护的缺失与不足。建议赋予民间资本各主体以宪法财产权以及平等的宪法地位、使中国宪法对不同所有制形式的经济主体予以平等保护、健全宪法审查制度,完善民间资本在中国宪法中的保护体系和可能路径。

目 录

导 论 1

第一章 “理性”市场经济的精神 14

第一节 资本及“理性”市场经济的产生背景及 发展历程 14

一、对于“理性”的理解和定义 14

二、对于资本的理解和定义 19

第二节 “理性”市场经济的核心并非资本,而 是其中的创造精神 26

一、“创造”的意义与价值 26

二、“理性”市场经济的核心是“创造” 28

第三节 负有使命感的“劳动”是理性市场经济 的驱动力 29

一、历史上对于“劳动”的认识和观念的转 变 29

二、劳动和资本同是创造美好生活的必要条 件 31

第四节 “理性”市场经济精神产生的文化根源 32

一、积极的入世观 32

二、禁欲论 34

三、天职观 36

四、做好管家 39

五、预定论 41

六、回馈社会 42

第五节 “理性”市场经济国家的经验 44

一、意大利“理性”市场经济的起源 44

二、佛兰德“理性”市场经济的起源 48

三、阿姆斯特丹“理性”市场经济的起源 50

四、英国“理性”市场经济的起源 50

第二章 中国民间资本缺乏“理性”市场经济的精神 53

一、民间资本与“理性”市场经济的关系 53

二、近代中国民间资本的产生背景及发展历程 57

三、中国民间资本缺乏“理性”市场经济精神产生的文化根源 59

四、中国需要“理性”市场经济的精神 61

第三章 民间资本的基本意涵及其财产权属性 64

第一节 资本的一般解释 64

第二节 民间资本的中国语境 66

第三节 民间资本财产权属性 68

一、财产权的概念 68