

形而下法理丛书

孙笑侠 主编

复活的私权

孙笑侠 钟瑞庆 等著

中国政法大学出版社

孙笑侠 主编

复活的私权

孙笑侠 钟瑞庆 等著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

复活的私权/孙笑侠等著. —北京:中国政法大学出版社, 2007. 6

ISBN 978 - 7 - 5620 - 3051 - 5

I. 复... II. 孙... III. 个人财产 - 所有权 - 法理学 - 研究 - 中国

IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 086619 号

书 名 复活的私权

著 者 孙笑侠 钟瑞庆等

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

(010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880 × 1230 32 开本 9.625 印张 205 千字

版 本 2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 3051 - 5/D · 3011

定 价 26.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

老僧三十年前未参禅时，见山是山，
见水是水。及至后来，亲见知识，有个入
处，见山不是山，见水不是水。而今得个
休歇处，依前见山只是山，见水只是水。

——唐朝禅师青原惟信《五灯会元》（第十七卷）

总 序

自 1832 年英国法学家约翰·奥斯丁发表《法理学的范围》以来，已经 170 余年过去了。在此期间，无论是作为形而上学的法理学，还是作为严格科学的法理学都正逐步走向成熟，并随着哲学的语言学转向而呈现出彼此整合的新趋势，法理学的实践性格也愈显突出。在西方法治国家，法理学与时俱进，它与法律实践的困惑与进步同在，它总是理解与解释着不断出现于法律实践中的困惑并为之提供解决问题的新方法，它的发展也总是显然标志着法律实践的不断进步！因此法理学决非空洞无物的玄学，而是真正有用的实践智慧的理性结晶。

在这样的理念指导下，浙江大学光华法学院法学理论学

2 总 序

科确定了自己的学术方向与特色，我们提出的“返回形而下的法理学”基本上涵盖了我们的上述理念，也承载了我们以往学术探索的内容。《形而下法理丛书》创设和出版，是这种学术定位的拓展和结晶。霍姆斯曾言“当我们研究法律的时候，我们不是在研究一个神秘莫测的事物，而是在研究一行众所周知的职业”，我们希望本丛书的出版，能够在一定程度上推动法理学的实践转型，至少，能够折射出我们这一代法理学人在相关领域的学术关怀和学术努力。

本丛书是一个开放的、持续性的学术园地，今后将持续推出浙江大学法学理论学科点教师和博士的著作，同时拟选取国内法律界的研究成果出版。举凡司法程序、法律职业、法律方法、判解研究以及财富与法律、阶层与法律、地理与法治等方面的专著、文集和译著，只要符合本丛书之旨趣和标准，均在采集之列。因此，热忱欢迎海内外理论界和实务界的关注与参与。

丛书编委会

2006 年 10 月于杭州

序

中国正经历一个史上规模最大的社会转型。理解和推进转型，是我们这一代学者的共同使命。然而，即使如邓小平同志这样的转型启动者，也无法对转型的进程和结果，进行准确的预测。举个简单的例子，邓小平同志也承认，在改革的初期，有两个“没想到”：一是没有想到“农村改革见效非常快”，粮食和经济作物都大幅增长；二是没有想到“乡镇企业发展起来了”。^{〔1〕}原因很简单，这不是根据预设的框架来推进的转型，而是根据情势的变化而不断调整的“摸着石头过河”的过程。

在这样的背景下，如果我们想要真切地认识和理解中国

〔1〕《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第238页。

所发生的变化，就只有专注于事实和问题本身。几年前，我们提出法学研究要转向“形而下”，^{〔2〕}所要求的就是，离开抽象的幻想，将目光转向我们所生活的世界本身。确实，形而上的世界具有巨大的吸引力。在那个世界里，“单纯、洁净和高尚，没有实际生活的矛盾”。相反，我们所生活的世界，却总是“意想不到的杂乱、纷繁、污浊、痛苦和烦扰”。^{〔3〕}但作为“被抛的存在”，^{〔4〕}我们不能选择我们生活的世界：已经生为中国人，就无法——在完整的意义上——变成别国人；已经生活在地球上，就无法让自己同时生活在天堂。对我们所生活的世界，我们只有选择面对，努力去理解它，尽量去改善它。

这本文集是理解我们所生活的世界的一种尝试。我们选取私权这个角度，作为观察的“窗口”。从建国到社会主义改造完成，是一个私权“消亡”的过程，而从改革开放到现在，则是一个私权“复活”的过程。私权的复活和扩张，构成转型中国最为浓墨重彩的一章。从各个不同的角度——历史、制度、经验——来理解“私权的复活”，即构成研究报告“复活的私权”的核心内容。在文集的其他部分，我们分别从理论、宪政、具体制度和个案，遵循从抽象到具体的程序，来理解中国权利制度中的各种问题。

〔2〕 孙笑侠等主编：《返回法的形而下》，法律出版社2003年版。

〔3〕 〔美〕威廉·詹姆士：《实用主义》，陈羽纶、孙瑞禾译，商务印书馆1979年版，第14页。

〔4〕 〔德〕海德格尔：《存在与时间》，陈嘉映、王庆节译，上海三联书店1999年版，第3、5章。

文集既成，乐既乐矣，忧亦随之。“蓬头稚子学垂纶”，^{〔5〕} 我们的尝试，在有识者看来，或许是幼稚的，甚至是错误的。心有鸿鹄之志，却不自知其能至否也。著者在此也只能怀诚惶诚恐之心，谨待方家指正了。

本文集是国家 211 项目“民营经济与制度创新”子课题研究成果的一部分，得到教育部 211 工程建设经费的资助。课题由孙笑侠教授主持，参与研究的主要人员有林来梵教授、钟瑞庆博士、陈柳裕博士、方立新教授、石毕凡博士、郑磊同学和刘义同学等等。

著者谨识

〔5〕 胡令能：“小儿垂钓”。

/目录/

研究报告

3 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

理论探讨

91 经济发展与权利假说:以中国问题为例

唐纳德·C. 克拉克(著) 邵亚萍 杨吉(译) 方立新(校)

123 财产权与知识利用

——以经济学和哲学解释学为知识背景的初步研究

孙笑侠 钟瑞庆

民营经济与宪政

- 165 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
- 188 两个村庄的宪政
——以农民的选举权意识为切入点
郑 磊
- 212 农民负担问题中所体现的冲突解决模式
钟瑞庆
- 241 民国元年南京临时政府对私营经济的法律保障
石毕凡 林海

民营经济与具体制度

- 257 城市拆迁、土地国有与交易权利
钟瑞庆

研 究 报 告

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*

一、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

* 孙笑侠，浙江大学法学院教授，法学博士，博士生导师。林来梵，浙江大学法学院教授，法学博士，博士生导师。钟瑞庆，浙江大学法学院博士后，法学博士。陈柳裕，浙江大学法学院博士后，法学博士。郑磊，浙江大学法学院博士研究生。刘义，浙江大学法学院博士研究生。

〔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。

4 复活的私权

多的争议,大致存在两类原则性的界分:①强调经营形式,即认为经营者是民间私人;②强调所有权类型,即财产权归属于私人。

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”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] ①1978年~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与发展。②1987年~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8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《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》,规定了三种私有制企业的形式,即独资、合伙和有限责任。③1993年至今。在此期间,政府确定了市场改革的方向,民营经济得到快速发展。^[3]

[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,来源: http://www.usc.cuhk.edu.hk/wk_wzdetails.asp?id=1426.

[3] 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8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。

从概念上来分析,“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。^[4]而且,民营可以是国有民营,^[5]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义和狭义两种界定。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^[6]等,也就是说,非国有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。^[7]

[4] 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。

[5] 这涉及到另一个问题,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。

[6] 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。

[7] 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>。

6 复活的私权

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，民营经济即民有或者是非国有（non-state-owned）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，^[8]在这个意义上，民营可以置换成非国有，其实质在于私有，^[9]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。^[10]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，十分少见，所占据的比例也几乎是可以忽略的。换言之，以财产权归属标准划得的民营经济的外延与前述狭义界定的区别并不大，但标准的不同，突显出侧重点的不同，这正是彰显民营经济权利保障的观念变迁的一个缩影。

[8] 海闻：“WTO 与中国民营经济”，资料来源：<http://old.ccer.edu.cn/faculty/haiwenc.htm>。

[9] 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”，载《当代经济研究》1999 年第 10 期。

[10] 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。