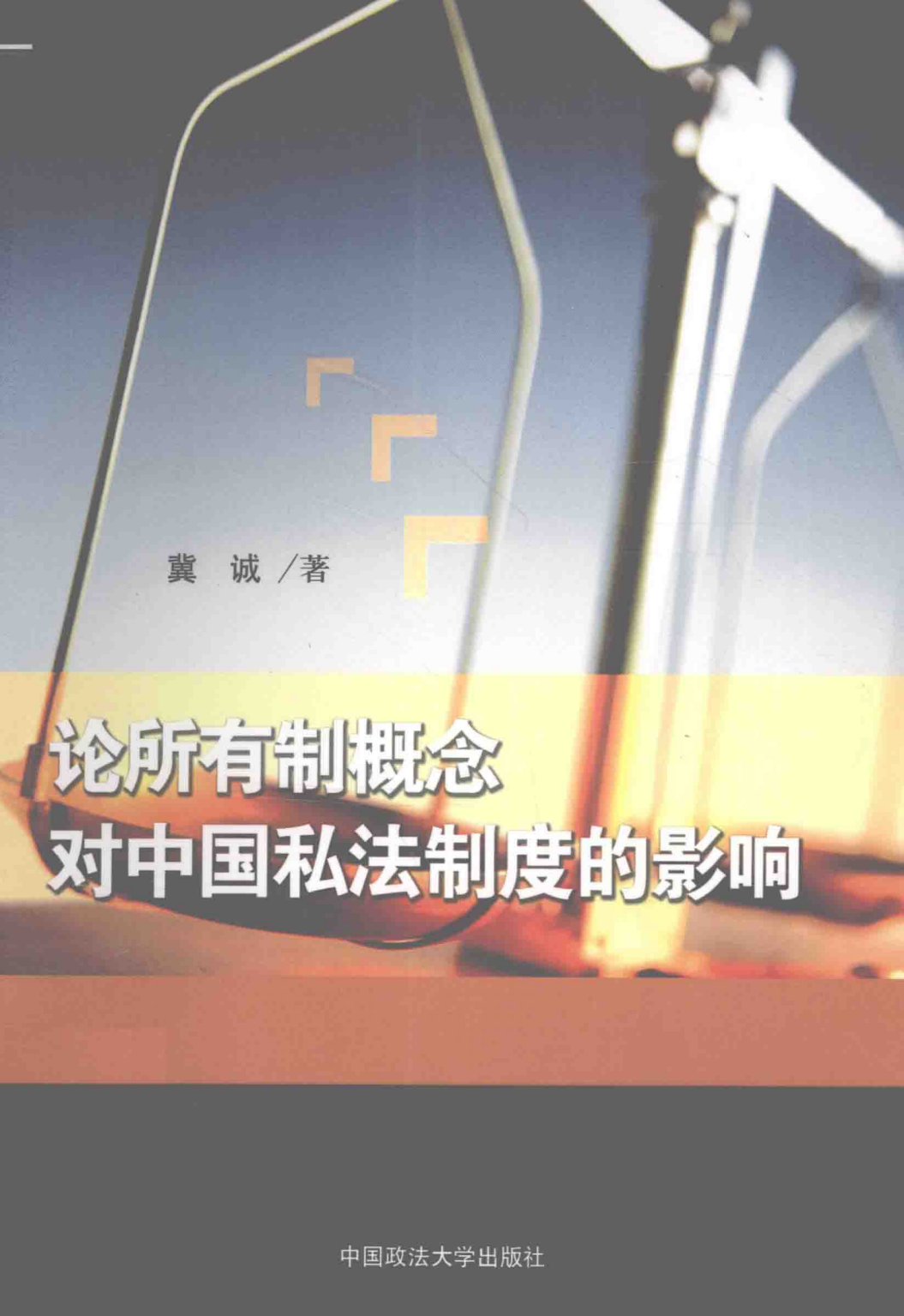




冀 诚 / 著

论所有制概念 对中国私法制度的影响

中国政法大学出版社



中国政法大学

经济法与私法 对中国私法制度的影响

感谢中国公法研究基金的资助！

冀 诚 / 著

论所有制概念 对中国私法制度的影响

◆ 中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

论所有制概念对中国私法制度的影响 / 冀诚著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2010. 10

ISBN 978-7-5620-3738-5

I. 论... II. 冀... III. 所有制-影响-私法-研究-中国 IV. D923

中国版本图书馆CIP数据核字 (2010) 第172566号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 论所有制概念对中国私法制度的影响 |
| 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 邮编 100088 cuplpr@163.com
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908441 (译著室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880 × 1230 32 开本 6.875 印张 170 千字 |
| 版 本 | 2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3738-5/D · 3698 |
| 定 价 | 20.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

谨以此书献给我敬爱的爸爸、妈妈



目 录

第一章 导 论	1
第一节 对已有研究的简述与反思 / 2	
第二节 本书的分析框架 / 4	
一、作为研习之重心的私法 / 4	
二、作为外来话语权威的所有制概念 / 6	
三、作为切入点的法律表达、法律实践与法的有效性 / 7	
第三节 布局结构和研究方法 / 13	
一、对布局结构的简要说明 / 13	
二、对研究方法的几点期待 / 14	
第二章 寻求理解中国私法制度的另一种思路	15
第一节 对“私法”概念有效性的论证 / 15	
一、问题的提出 / 15	
二、研究现状与本书的进路 / 18	
三、反思之一：否定之理由在何种意义上能够成立？ / 19	
四、反思之二：支持的理由是否充分？ / 21	
五、思路的转换：丰富的内涵与不同类型的有效性 / 23	
六、总结 / 28	

2 论所有制概念对中国私法制度的影响

第二节 所有制：造成中国私法制度落差的重要因素 / 30

一、切入点的建立 / 30

二、阶段的区分 / 31

第三章 对所有制话语的初步解析…………… 33

第一节 是否必须以原著的考证为起点？

——对词义考证工作的回顾与总结 / 33

一、研究现状的简介 / 34

二、追问之一：区别是如何发现的？ / 34

三、追问之二：既生“权”，何生“制”？ / 36

四、考证的初衷与共识 / 40

第二节 解析制度背景下不同层面的所有制话语 / 41

一、把原著考证放在合宜的次序上 / 41

二、作为企业分类标准的所有制概念 / 43

三、所有制话语在其它层面的分布 / 44

第四章 建国之前的所有制话语及其影响 …………… 45

第一节 所有制话语在我国社会中的早期传播 / 45

一、马克思主义最初传入我国时的历史背景 / 45

二、对党内重要人物所有制学说的简介与总结 / 46

第二节 所有制话语在中共革命政权范围内的表达与实践 / 50

一、待遇难测的私营企业 / 50

二、“公有制”实践的起点——以国营公司为考察重点 / 54

三、“惊鸿一瞥”中的外资企业 / 61

四、被没收的官僚资本 / 63

第三节 所有制话语的内部逻辑结构 / 65

第四节 民国时期的私法制度与中共政权范围内所有制话语的关系 / 66

一、对民国时期私法制度表达与实践之张力的概述 / 66

二、私法制度的表达与实践和所有制话语的关系 / 68

第五节 所有制话语与私法原理之间的关系 / 70

一、私有财产在话语体系中的不同地位 / 70

二、实践与表达中的差别待遇 / 72

三、政策变动的频繁度对私法秩序成长的影响 / 75

第五章 1949 年 ~ 1978 年期间的所有制话语及其影响 77

第一节 制度背景因素变化的概述 / 77

第二节 中共领导经济政策的转变和所有制格局的相应调整 / 80

一、建国初期的各类经济成分的格局 / 80

二、1952 年以后所有制格局的转变 / 82

第三节 社会主义改造前后不同所有制类型企业待遇的变化 / 85

一、从存续到消亡的私营企业 / 85

二、合作化背景下的集体企业 / 98

三、发展进程中的国有企业 / 106

第四节 所有制话语内部逻辑结构的演进 / 110

一、社会主义与所有制类型的联系得到更加明确而具体的表达 / 111

二、作为配套话语的计划与市场在所有制话语体系内部合法性地位的变化 / 111

4 论所有制概念对中国私法制度的影响

- 三、所有制话语内部的逻辑矛盾与自圆其说的可能理由——以新民主主义时期的所有制经济格局在社会主义时期的转变为例 / 115

第五节 立基于私法原理的继续反思 / 117

- 一、政策变动的难以预测性仍然阻碍着信任和秩序的建立 / 118
- 二、自愿与同意在表达和实践中的背离 / 119
- 三、主体平等理念之缺失状态的继续保持 / 121

第六章 改革进程中的所有制话语及其对法律表达的影响 ... 123

第一节 随改革的推进而变迁的制度背景 / 123

第二节 所有制经济格局在政策和宪法层面的变化 / 126

- 一、从具体的类型到概括的表达 / 126
- 二、所有制的类型和格局的演进 / 127

第三节 所有制话语内部逻辑结构的保持与调整 / 134

- 一、初级阶段理论的功能与局限 / 134
- 二、对“目的与手段”论式之实效的评析 / 135

第四节 差别待遇的法律表达 / 137

- 一、非公有制企业在行业准入方面所受到的限制 / 138
- 二、个体企业和私营企业从事对外贸易资格的限制 / 140
- 三、不同类型的企业获取银行贷款的条件 / 141
- 四、对个体企业与私营企业在雇佣人数上的不同要求——对“8人”标准来历的初步考证与评析 / 143
- 五、法院对国有企业的“保驾护航” / 145
- 六、总结与反思 / 146

第七章 解析改革以后的法律表达与法律实践	151
第一节 对表达与实践之关系的概述与研习进路的说明 / 151	
一、研习表达与实践之关系所涉及的三个方面 / 151	
二、对研习进路的简要说明 / 151	
第二节 表达中的描述与实践中的真实 / 153	
一、作为“私法主体”的国有企业? ——对“企业自主权”的落实状况的初步考察 / 153	
二、名实分离的“挂靠”企业 / 156	
第三节 行为规范的遵守、审判规则的运用与规则有效性的反思 / 160	
一、违反强制性规定的法律行为——以金融业的准入规则为例 / 160	
二、从审判实践中的两类个案看“挂靠企业主”在民事活动中所面临的实际风险 / 172	
第八章 结论：法理学层面的关联定律	185
第一节 回顾中的反思：对一般性问题的提出 / 185	
第二节 从具体到一般的归纳：制约制度有效性的话语定律 / 186	
一、需求相通性与有效性之间的关联 / 186	
二、功能兼容性与有效性之间的关联 / 188	
三、话语权威形成机制的决定作用 / 191	
四、核心命题的提炼 / 193	
参考书目	194

导 论

回顾中华民族法治建设数十年的艰辛历程,可以看到,因“所有制”而衍生的许多复杂问题,无论在观念层面还是制度层面,均对私法秩序的成长构成了相当大的阻力。然而,当我们直面这一法律现象,进而从比较法的视界对其进行观察时却发现,在历史上,几乎找不到解决同类问题的先例可供借鉴。^{〔1〕}

随着学识和阅历的逐渐增长,笔者更深地体验到,对待上述问题既不能采取“那种简单贴标签的态度,以为只要意识形态和政治

〔1〕 比较法研究曾将所有制现象列为社会主义法系国家的共有问题,参见〔法〕达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1986年版,第276~281页;〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,中国政法大学出版社2003年版,第474~486页。就此而论,社会主义国家尤其是前苏联的情况与我国不无相似之处。然而,值得注意的是,就制度背景而论,前苏联与我国所面对的真实问题仍有相当程度的差异。这主要体现为:第一,经济史的研究表明,从20世纪50年代起,我国与所有制相关的经济格局就具备了与前苏联不可化约的特征。参见杨小凯:“中央与地方的经济关系”,载杨小凯:《当代经济学与中国经济》,中国社会科学出版社1997年版;钱颖一、许成钢:“中国非国有制经济出现和成长的制度背景”,卜永坚译,载甘阳、崔之元主编:《中国改革的政治经济学》,牛津大学出版社1997年版。第二,对中俄两国在当代进行的法制改革进行简略的比较即可发现,前者是在以“确保公有制”作为政策宣言的前提下进行的渐进改革,后者却以制度层面大规模的私有化为特征。参见鄢一美:“俄罗斯所有制关系的变革及其法律形成”,载《中国法学》1997年第2期;周其仁:“产权改革与新商业组织——中国与俄罗斯农业改革的一个比较”,载周其仁:《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。准此以观,因所有制而生的一系列真实问题在我国仍具其独特性。

2 论所有制概念对中国私法制度的影响

体制一变就可以万事大吉”,^{〔1〕}又要超越“欲说还休”的无奈情结,对学术努力的现实意义给予合宜的肯定。为了对上述问题的原委形成相对全面而深入的认识,不妨记取前辈们治学经验的提醒,对学界已有研究成果的脉络略作梳理。

第一节 对已有研究的简述与反思

如果我们把视野集中在“所有制概念对中国私法制度的影响”这一范围之内,并以此为线索对学说史作一番回顾,可以发现相关的研究至少可以追溯到20世纪的50年代。^{〔2〕}依据笔者的初步整理,已有的研究可大致分为以下几类:

类型一,对“所有制”概念的词义与来源进行梳理和考证,主要包括对“所有制”概念在马克思原著中的含义进行解释和再考证;就“所有制”的中文译法是否得当进行反思。^{〔3〕}

类型二,从所有制概念与学说、成文规则、司法判例等法源的结合点出发,探讨其在制度的不同层面所产生的具体影响。例如概述所有制问题在法律上的主要表现;^{〔4〕}就所有制和所有权的关系

〔1〕 语出季卫东:“法治中国的可能性”,载季卫东:《宪政新论:全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版,第81页。

〔2〕 在当时的语境下,对相关问题较为全面和深入的论述,可参见芮沐、枯周:“关于全行业公私合营后资本家生产资料所有制的讨论”,载《政法研究》1957年第2期。

〔3〕 参见孙宪忠:“公有制的法律实现方式问题”、“中国的财产权利制度的几个问题”、“确定我国物权种类以及内容的难点”,载孙宪忠:《论物权法》,法律出版社2001年版;鄢一美:“所有制概念考源”,载方流芳主编:《法大评论》第1卷第1辑,中国政法大学出版社2001年版,第191~211页。

〔4〕 参见谢怀栻:“从经济法的形成看我国的经济法”,载谢怀栻:《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版。

进行比较分析；^{〔1〕}以所有制为标准对企业进行分类，并且结合经济改革的背景和司法实践中的个案，对此种立法例的得失进行评价。^{〔2〕}

类型三，从历史的进路出发，对所有制话语变迁的概观和制度背景进行考察。例如以经济体制改革为背景来考察所有制的相应变革，揭示其造成的理论困境，并对其日后的走向进行展望；^{〔3〕}以公司法和国企的关系为主线，对作为“权威话语”的所有制学说在不同历史时期的制度功能进行解析；^{〔4〕}考察历次宪法修改中所有制话语的变迁状况，并在此基础上探讨了形成私法秩序和落实宪法原理之间的条件关联。^{〔5〕}

以上各类研究，无疑为我们进一步的研习提供了有益的资源。然而，经过反思之后，笔者亦发现，现有的研究在下列领域还蕴涵着向前推进的潜能：

首先，就所有制词义考证的工作而论，对“所有制概念在马克

〔1〕 参见梁治平：“超越所有制的所有权”，载《21世纪经济报道》2003年1月2日。

〔2〕 参见郑立、王益英主编：《企业法通论》，中国人民大学出版社1993年版，第42~45、55~69页；江平主编：《新编公司法教程》，法律出版社1994年版，第56页；江平主编：《法人制度论》，中国政法大学出版社1994年版，第74~91页；王建平等：“企业组织法律形态划分标准辨析”，载《政法论坛》1997年第2期；方流芳：“论事实上存在的合伙”，载全国人大财经委编：《合伙企业法、独资企业法热点问题研究》，人民法院出版社1996年版；郭锐：“‘挂靠’企业的历史和语法”，中国政法大学2002~2003年度硕士学年论文（未刊稿）。

〔3〕 参见许惠祐、陈东璧：“大陆所有制改革的实践与理论”，载中国法制史协会编辑：《中国法制现代化之回顾与前瞻》，台湾大学法学院1993年版。

〔4〕 参见方流芳：“试解薛福成和柯比的中国公司之迷——解读1946年和1993年公司法的国企情结”，载梁治平编：《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社2002年版。

〔5〕 参见季卫东：“宪法改革的途径和财产权问题”，载季卫东：《宪政新论：全球化时代的法与社会变迁》，北京大学出版社2002年版；季卫东：“旁观民法典编纂的得与失——兼论宪政与私法秩序的关系”，载 <http://www.law-thinker.com>。

4 论所有制概念对中国私法制度的影响

思原著中的含义究竟是什么？”这一问题，学界并未建立共识。与之相关，却未引起学界足够重视的重要问题是：对此问题进行追问是为了实现哪些法律上的实益？从认识论和研究方法来看，上述追问对解决问题的必要性和效用究竟有多大？

其次，从所有制话语的传播途径来看，所有制概念是在怎样的背景下进入中国的？从何时起，所有制学说开始成为影响中国私法制度的权威话语？在从始至今的过程中，权威话语在影响范围、表达方式和实质内容等方面发生了哪些变化？已有的研究于此虽略有提及，但对相关的历史事实还缺乏“长程跟踪式”的细致描述。

再次，大体上说，私法制度在中国经受了被建立、被消灭又得到复苏的“生命历程”。对于在此期间其所受到的所有制话语的影响，学界已有关关注，但具体到对相关规范的实证性归纳，现有的研究还不够充分。

最后，从研究方法上来说，把民法学中的具体问题和法理学意义上的一般性问题结合起来的学术先例尚不多见。那么从何处着手，才能够在所有制概念对私法制度的诸般影响中探寻出某些规律性的结论呢？

在本书中，笔者将对上述各类问题作进一步研究，力求给出自己的回答。

第二节 本书的分析框架

一、作为研习之重心的私法

所有制学说和私法传统是本书所关注的两套话语系统，在处理两者互动关系的论式安排上，笔者将自始至终保持“私法本位”的局内人立场。具体说来，尽管在某些章节的行文顺序上，可能先从所有制谈起，而且论域所及的范围除了私法传统自身所受到的直接

影响之外，还包括其与公法话语中所有制概念之间的法内互动以及政策话语中所有制概念的法外关联，但研习的最终目的还是为了探求影响私法秩序成长的因素与原理。

在本书的某些语境之下，民法与私法是可以互换使用的同义语。然而，笔者仍选用了“私法”作为贯穿本书的关键词，主要是基于如下考虑：

第一，在涉及与公法的互动关系的语境中，只有私法才能作为公法的对称概念。

第二，在比较法上，民法通常是大陆法国家的内部术语，^{〔1〕}私法则为两大法系所共同采用，其表达功能具有更强的兼容性。

上述第二点理由看上去似乎难以成立，因为按照通常的说法，在普通法系国家并无公法与私法的区分。^{〔2〕}当然，如果我们把区分公法与私法的作用定位于划分法院的管辖权，那么通常的说法无疑是正确的。^{〔3〕}然而，若我们能够放宽法学的视界，则不难发现，在普通法系国家，公法与私法的划分仍有不可低估的学理意义，我们不妨通过以下几个实例来略作说明：

实例1：根据哈佛大学法学教授霍维茨（Morton J. Horwitz）的考证，在美国法律史上，公法与私法的区分曾被作为经典话题来探讨。^{〔4〕}

实例2：纽约大学的施瓦茨教授曾经采用区分公法与私法的进

〔1〕 参见〔美〕艾伦·沃森：《民法法系的演变及形式》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，第1章。

〔2〕 参见方流芳：“公司审批制度与行政性垄断——兼论中国公司法的走向”，载《中国法学》1992年第4期。

〔3〕 参见谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社2002年版，第51页；陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年版，第7页。

〔4〕 参见Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870 ~ 1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 10 ~ 11.

路来对美国法律的发展进行分期考察。^{〔1〕}

实例3：美国法人类学家霍贝尔教授的研究表明，“公法与私法的概念，在着重理解初民社会的法律与更高的文明社会组织中的法律制度差别时，具有很大的价值”。^{〔2〕}

实例4：哈耶克在研究普遍的正当行为规则和政府组织规则之间的区别的时候，曾经将刑法置于私法范畴之中而不是公法范畴之中，并且指出，这种划分法与主流的盎格鲁—撒克逊的做法是相一致的。^{〔3〕}这就从侧面印证了普通法传统中亦存在着公法与私法的划分。

以上的学术先例提醒我们，在比较法意义上，“私法”概念的确蕴涵着更多的潜在实益，盼望我们能够通过进一步的研习去开采。

二、作为外来话语权威的所有制概念

在本书中，笔者将所有制概念理解为产生持续性影响的一套外来话语权威。这一思路包括的要点如下：

第一，追溯持续性影响得以产生的历史起点，并且考察在不同时期其强弱程度的变化。

第二，不仅对所有制概念在学说、政策、法规等各个层面之间的互动进行考察，而且对制度背景下与其共同发挥功能的“配套话语”（例如社会主义、计划管理、自由市场等）亦给予必要的关注。

〔1〕 参见〔美〕伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1997年版。

〔2〕 参见〔美〕E. A. 霍贝尔：《初民的法律：法的动态比较研究》，周勇译，中国社会科学出版社1993年版，第29页。

〔3〕 参见〔美〕弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由：规则与秩序》第1卷，邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第208～209页。

第三,“外来话语”在本书的语境中具有双重含义。其一,借“体用二分”的视角来划分内外,以私法的传统理念、具体规则和内生秩序为体,以与之互动的包括制度和观念层面在内的外来话语为用,恰合于本书所采的私法本位的局内人立场。^{〔1〕}其二,无论是从原初语境的本源含义来看,还是就意识形态化的话语在现实生活中的所作所为而论,所有制都与私法的传统理念在价值观层面存在着难以调和的对立与冲突。如何解析二者这“互为异己”的关系,是研习过程中始终不可忽略的重要问题。

三、作为切入点的法律表达、法律实践与法的有效性

(一) 法律表达与法律实践

依据笔者的初步考证,在我国法学的语境中,“法律表达和法律实践”最初是由美国学者黄宗智先生所提出的。^{〔2〕}然而,如果我们将其置于法学史的背景之下进行观察,则会发现一些与其相似的家族成员。在笔者所了解到的知识范围内,与“法律表达和法律实践”最为接近的一组概念,恐怕要数由美国法学家庞德所提出的“书本上的法律(Law in Books)和行动中的法律(Law in Action)”^{〔3〕}。依笔者所信,如果以“合适的分析工具”为需求,令两组学说处于被选择的竞争的地位而一并对其加以考察,会增强本书论证方式的合理性。因为常识与经验提醒我们,言不达意是人类全体和个体生而具有的困境,而表达和表达竞争则是摆脱困境的尝

〔1〕 在本书的语境中,“体”即根本,“用”则指为立定根本而可供吸收和借鉴的外来资源。对于其他语境中“体”和“用”的不同含义的简要介绍,参见汤一介:“现代与‘后现代’”,载《中国社会科学季刊》第9期。

〔2〕 参见〔美〕黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版。

〔3〕 参见Roscoe Pound,“Law in Books and Law in Action”,*American Law Review* Vol. 44 (1910), pp. 12~36.