

华东政法大学65周年校庆文丛

我国私法规则的形成

——以财产制度为核心

高富平 / 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

华东政法大学65周年校庆文丛

我国私法规则的形成

——以财产制度为核心

高富平 / 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国私法规则的形成:以财产制度为核心 / 高富平
著. —北京:法律出版社, 2017
(华东政法大学65周年校庆文丛)
ISBN 978-7-5197-1462-8

I. ①我… II. ①高… III. ①财产权—中国—文集
IV. ①D923.24-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第241670号

我国私法规则的形成
——以财产制度为核心
WOGUO SIFA GUIZE DE XINGCHENG
—YI CAICHAN ZHIDU WEI HEXIN

高富平 著

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 汪奇峰

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 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 26.25
字数 410千
版本 2017年10月第1版
印次 2017年10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 978-7-5197-1462-8

定价: 75.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学
65周年校庆文丛编委会

主 任：曹文泽 叶 青

副主任：顾功耘 王 迁

委 员（以姓氏笔画为序）

马长山	王立民	朱应平	刘 伟	孙万怀
杜 涛	杜志淳	杨忠孝	李 峰	李秀清
肖国兴	吴新叶	何益忠	何勤华	冷 静
沈福俊	张 栋	张明军	陈 刚	陈金钊
林燕萍	范玉吉	金可可	屈文生	贺小勇
徐家林	高 汉	高奇琦	高富平	唐 波

崛起、奋进与辉煌 ——华东政法大学 65 周年校庆文丛总序

2017 年，是华东政法大学 65 华诞。65 年来，华政人秉持着“逆境中崛起，忧患中奋进，辉煌中卓越”的精神，菁莪造士，栢朴作人。学校始终坚持将学术研究与育人、育德相结合，为全面推进依法治国做出了巨大的贡献，为国家、为社会培养和输送了大量法治人才。一代代华政学子自强不息，青蓝相接，成为社会的中坚、事业的巨擘、国家的栋梁，为社会主义现代化和法治国家建设不断添砖加瓦。

65 年栢风沐雨，华政洗净铅华，砥砺前行。1952 年，华政在原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学、上海学院、震旦大学九所院校的法律系、政治系和社会系的基础上组建而成。历经 65 年的沧桑变革与辛勤耕耘，华政现已发展成为一所以法学为主，兼有政治学、经济学、管理学、文学、工学等学科的办学特色鲜明的多科性大学，人才培养硕果累累，科研事业蒸蒸日上，课程教学、实践教学步步登高，国际交流与合作事业欣欣向荣，国家级项目、高质量论文等科研成果数量长居全国政法院校前列，被誉为法学教育的“东方明珠”。

登高望远，脚踏实地。站在新的起点上，学校进一步贯彻落实“以人为本，依法治校，质量为先，特色兴校”的办学理念，秉持“立德树人，德法兼修”的人才培养目标，努力形成“三全育人”的培养管理格局，培养更多应用型、复合型、高素质的创新人才，为全力推进法治中国建设和高等教育改革做出新的贡献！

革故鼎新，继往开来。65 周年校庆是华东政法大学发展史上的重要里程碑，更是迈向新征程开创新辉煌的重要机遇。当前华政正抢抓国家“双一流”建设的战略机遇，深度聚焦学校“十三五”规划目标，紧紧围绕学校综合改革“四梁八柱”整体布局，坚持“开门办学、开放办学、创新办学”发展理念，深化

“教学立校、学术兴校、人才强校”发展模式，构建“法科一流、多科融合”发展格局，深入实施“两基地（高端法律及法学相关学科人才培养基地、法学及相关学科研究基地）、两中心（中外法律文献中心、中国法治战略研究中心）、一平台（“互联网+法律”大数据平台）”发展战略，进一步夯实基础、深化特色、提升实力。同时，华政正着力推进“两院两部一市”共建项目，力争到21世纪中叶，能把学校建设成为一所“国际知名、国内领先，法科一流、多科融合，特色鲜明、创新发展，推动法治文明进步的高水平应用研究型大学和令人向往的高雅学府”。

薪火相传，生生不息。65周年校庆既是对辉煌历史的回望、检阅，也是对崭新篇章的伏笔、铺陈。在饱览华政园风姿绰约、恢弘大气景观的同时，我们始终不会忘却风雨兼程、踏实肯干的“帐篷精神”。近些年来，学校的国家社科基金法学类课题立项数持续名列全国第一，国家社科基金重大项目和教育部重大项目取得历史性突破，主要核心期刊发文量多年位居前茅。据中国法学创新网发布的最新法学各学科的十强排名，学校在法理学和国际法学两个领域排名居全国第一。当然我们深知，办学治校犹如逆水行舟，机遇与挑战并存，雄关漫道，吾辈唯有戮力同心。

为迎接65周年校庆，进一步提升华政的学术影响力、贡献力，学校研究决定启动65周年校庆文丛工作，在全校范围内遴选优秀学术成果，集结成书出版。文丛不仅囊括了近年来华政法学、政治学、经济学、管理学、文学等学科的优秀学术成果，也包含了华政知名学者的个人论文集。这样的安排，既是对华政65华诞的贺礼，也是向广大教职员工长期以来为学校发展做出极大贡献的致敬。

65芳华，荣耀秋菊，华茂春松，似惊鸿一瞥，更如流风回雪。衷心祝愿华政铸就更灿烂的辉煌，衷心希望华政人做出更杰出的贡献。

华东政法大学65周年校庆文丛编委会

2017年7月

序

法律规则来源和应用于社会,体现特定社会的文化和追求,并随社会发展而不断发展。社会是法律生存的根基,法学研究者应当将法律放入社会中研究,不应当盲目地、直接地移植他国制度,而应在学习借鉴的基础上提炼和设计符合中国国情的制度和规则。同时,法律也超越于特定社会,体现了人类社会的共同价值观。法学研究既需要在特定社会中发现法律,又需要寻求法律的一般原理或规则,为立法者提供既与社会环境和目标相吻合,又能够规范和引导人们行为的制度规范。法律本身具有变革社会、塑造社会和引领社会发展的功能。自改革开放以来,我国开启了由计划经济运行体制到市场经济运行体制的伟大变革时代,而这一时代实质上是私法制度的形成时代。这是因为,在计划经济体制下,国家或政府主导了社会的资源配置,而社会主体只是被配置的资源,而市场经济体制则是由社会主体自主配置资源和利用资源,并对资源利用结果负责的制度。支撑这一变革的法律基础便是私法上的财产权制度。由于我国的市场经济仍然是社会主义公有制的市场经济,所以公有制下的财产如何按照私法规则运行,就成为公有制经济与市场经济接轨的重要环节,成为我国社会能否确立并按照私法规则运行的关键。

民法物权制度是建立在以个人所有权为模板的私人财产权制度上的,其本身只能提供私人所有财产的私权制度构建参照物,而不能提供公有制下财产的私权制度构建的模板,因而我们必须建构中国特色财产权制度,使公有制下的社会资源配置

接入私权,纳入私法规则。如果我们的土地资源及其两种公有制下经营性资产不能按照私法规则运行,那么,我们就不可能建立按照统一的私法规则运行的市场经济。于是,设计与市场经济接轨。适用私法规则的公有制财产权制度,促进中国社会的转型和变革,便成为中国私法的使命,也是民法学者应有的担当。在21世纪初,我国再次提起制定民法典,试图全面系统地确立我国的私权制度和私法规则,显然,私法化的财产权制度也是绕不过的坎儿,甚至也是中国私法规则形成的关键。如何制定既体现中国特色的,又面向21世纪的民法典一直是笔者的学术追求,也是作为民法学者的使命。笔者在本书集结了不同时期的一些学术研究成果,以“我国私法规则的形成——以财产制度为核心”为主题出版,试图系统展示笔者长期的思考。

第一编,民法典的中国使命。在人类历史上重要的民法典制定均既有统一私法的使命,更具有特定时期实现社会转变的政治使命。我国民法典的政治使命便是使社会转型成功或私法制度规则确立。一个社会存在两类权利(力)、两个领域、两类规则:一是私权利,对应的是私人领域、是社会、是市场;二是公权力,对应的是公共领域、是国家、是政府。私人领域的私主体行使的是私权利,追求私人利益的最大化,通过平等、自愿和等价有偿的私权交换,实现资源流动和财富的配置;公共领域行使的公共权力(公权),追求公共利益的最大化,通过普遍适用的规则、采取强制措施规范人们的行为并惩罚危害社会的行为,维护公正、公平的社会秩序。如何清晰地区分和建立两类权利(力)和规则,显然关系着我国私法规则的确立和市民社会的建立。民法典是否能够完成这一任务取决于其是否能够将政府的私法行为纳入私法规则。这便是《社会转型时期私法的使命》一文希望阐释的思想。接下来的5篇文章是笔者在2004年之前陆续撰写的有关民法法典化的文章,其核心是将民法法典化放在人类历史长河,在不同社会 and 不同时代,民法典制定所处的环境和其要完成的任务均有所不同,甚至在当今出现解法典化的浪潮下,如何实现我国私法规范的体系化,也不是不容讨论的事情。最后两篇是这两年笔者有关民法典制定的再思考,仍然贯彻笔者的一贯思想,即让我们的民法典不要流于形式,而能够承担实现社会转型的使命。我们制定民法典不是为了宣示我们有了民法典,而是为了建立和统一我国私法规则。

第二编至第四编集中探讨我国特色物权制度,探讨实行公有制为基础多

种经济成分的财产纳入私法规范的制度选择和路径。其中,第二编,中国特色的不动产物权,首先从物权法是否违宪的问题探讨起,着重研究我国特有的土地物权的实现方式,论证了我国土地物权化是通过土地使用权实现的,而不是所有权。土地使用权既使土地特定化为物权法上的物(宗地),又使土地成为可以流通交易的财产,完成了中国土地物权化,而土地所有权的民法意义主要体现在设定土地使用权上。那场不应当发生的物权法违宪之争实际上暴露了民法学者并没有很好地回答公有制下的财产如何纳入民法规范的问题。其中最为重要的是,物权法需要建立在法律上的公共财产(公有物)和私人财产(私有物,指可以交易且可以为私人取得的财产)基础上,只有相同性质的财产(同为可私有财产),其所有权才是平等的(权利内容相同、保护相同和规则相同),离开此前提不能笼统地讲平等保护,更不能拿政治经济学上的公有制和私有制概念来谈平等保护。但是,我们的宪法并没有民法上的公有物和私有物的概念,而只有传统公有制下的“公共财产”概念,宪法规定“公共财产神圣不可侵犯”显然给了私人财产以平等保护以违宪的托辞。因此,在笔者看来,归根结底还是宪法问题。接下来的两篇文章与这篇文章的思想有关:一篇是集中研究在笔者平等保护理念和规则下,国家所有权的实现;另一篇是公共利益的实现,核心是呼吁明确法律上实现公共利益目的的公共财产概念,将公有制财产区分为满足公共利益的物和非满足公共利益的物(可私有物),建立不同的规则,只有国家拥有的可私有物才适用私法规则,才与私有财产平等保护。

第二编中的《我国土地权利体系设计与不动产物权的构建》一文集中阐述我国不动产物权的基础——土地使用权,认为土地使用权完成了我国土地物权化,而其他不动产物权均建立在土地使用权基础上,因而清晰的土地使用权分类有利于清晰的不动产物权分类和规则的建立。笔者提出应当将我国的划拨和出让土地使用权改造成为公益目的的土地使用权和私益目的的土地使用权,以明晰我国土地使用权规则。同时该文还探讨了在物权法施行之后的国有土地租赁和土地使用权出租、土地使用权终止和续期问题。另一篇文章《我国不动产物权设定的基本规则》认为在我国特有的土地和土地之上(中)附着物(建筑物、林木)、矿藏、水资源分离体制下,我国应当摒弃土地吸附理论,以土地附着物、土地成分的独立为中心构建我国的不动产物权。该文着重探讨

哪些土地附着物、土地成分可以独立并设定物权,运用物权法原理对我国不动产物权进行了体系化的解构。

第三编之所以取名“农民集体土地的财产化变革”,是因为我国农民集体土地虽然在法律形式上完成了物权化,但是这些物权仍然具有身份性,不具有可自由流转财产属性。众所周知,农用地上存在承包经营权,农民集体成员享有宅基地使用权,农民集体成员也可以利用农村土地兴办企业、从事工商生产,这些土地使用权均排他占有支配土地的效力,因此自然为物权,但是,这些土地使用权均不能脱离农村、农民而自由流转,还不是民法上的财产。农民集体土地被贴上“农村”或“农民”标签,就丧失了商品属性或市场流通属性,导致农村土地得不到市场化配置。而新一轮农地制度改革归根结底是要解决农村与城市土地同地同权的问题,进行集体土地去身份、可流转的财产化改革。因此,本编集中展示了笔者自研究物权制度以来对农村土地财产化改革的思考。

第四编,国有资产私法规范,主要论述在法律上公与私观念下的国有资产分类改革主要成果。其中,《公有和私有的法律含义——一种新的公有和私有观念》是笔者在20世纪90年代完成的一篇论文,应当算是笔者有关公有制下财产如何纳入私法规范的奠基性的论文,也是本书许多论述的理论支撑。在该文基础上,笔者研究国有资产分类规范,提出原来意义上的全民财产或国有财产应当做两个层次分类:一是从客体物可否交易的角度区为公共财产和国有财产;二是国有财产中区分为国家可有限处分的不动产和可自主处分的动产。最后两篇文章是在党的十八届三中全会决议提出混合所有制改革之后,笔者撰写的两篇未公开发表的文章,其中《混合所有制改革的再认识》一文再次提出,混合所有制改革本质上是通过混合,进一步淡化资本或企业的“所有制标签”,实现资本平等(财产平等保护),实现企业不分出身或来源的“权利平等”“机会平等”“规则平等”。最后一篇论文则提出国企分类本质上是明晰政府行为规则。要建成市场经济,政府必须区分两种角色,具备两种能力,学会应用两种权利(力),从经济建设政府转变为公共服务型政府,从现在的运行方式转变为政府创造条件和环境,让市场创造财富的新型运行方式。而国有企业分类只是实现分离的前提和手段,政府职能转变才是核心和关键。

以上四编可以说是笔者在探索我国公有制下财产私法化的路径,回应我

民法典创制全面统一的财产法规则的困境。因这涉及深层次的理论问题，触及政治制度和宪法等敏感话题，它需要法学、政治学、经济学等多学科协同研究。笔者整理出自己不同时期的论述，在这里出版公开，权且作为抛砖引玉的一家之言。

目 录

序	1
---	---

第一编 民法典的中国使命

1 社会转型时期私法的使命	3
2 民法法典化的历史回顾 ——民法法典化研究之一	17
3 近代民法典的原则和精神 ——民法法典化研究之二	31
4 中国民法典的使命及其实现 ——兼论民法典的意义和形式	49
5 现代民法视野下的中国民法定位 ——民法私法性及其在现代社会的挑战	62
6 当今世界法律环境及其对中国民法典制定的影响	74
7 制定让市场发挥作用的民法典 ——民法典应当引入的基本概念	87
8 民法平等原则在民法典中的实现 ——以物权平等保护原则为例	95

第二编 中国特色的不动产物权

9 是物权法问题, 还是宪法问题 ——由物权法是否违宪引发的思考	107
10 平等保护和国家所有权实现的物权法框架 ——兼谈物权法对政府行为规范	119

11	物权法与公共利益实现	136
12	我国土地权利体系设计与不动产物权的构建	155
13	中国不动产物权的基本结构	170
14	不动产物权与现行法的衔接	
	——以建设用地使用权为线索	181
15	我国不动产物权设定的基本规则	
	——以不动产物权样态厘定为核心	212
16	土地权属争议解决方式的民事化	
	——兼论民行交叉案件的处理规则	237
17	封闭小区公共道路和设施开放的合法化路径	248

第三编 农民集体土地的财产化变革

18	农村土地制度创新论纲	
	——农村建设用地使用权流转的制度思考	257
19	重新定位“集体”：寻找农村集体所有制与市场经济接轨的路径	291
20	农村土地使用权流转的法律思考	
	——十七届三中全会提出农村土地制度改革的解析	304
21	农地三权分置改革的法律解析和制度意义	326
22	“长久不变”应当理解为农民终生财产权	339
23	推进农村建设用地改革，实现农村自主发展	
	——城乡一体化背景下的农村土地制度改革思考	343
24	村法律地位和组织重构	
	——基于经济事务和公共事务分离的一种构想	357

第四编 国有资产私法规范：法律上公与私观念下的国有资产改革

25	公有和私有的法律含义	
	——一种新的公有和私有观念	367
26	建立国有资产分类规范的法律体系	384
27	混合所有制改革的再认识	390
28	国企分类是清晰政府行为规则的路径	401

第一编 民法典的中国使命

1 社会转型时期私法的使命

法律是调整社会关系或人们行为的制度工具,法学是建立在社会认知基础上的一门科学。而对社会的认知,不仅是对人类社会一般规律的认知,更重要的是对历史时期的特定社会认定。由于法律的政治属性,其被国家用来调整其主权范围的社会关系。人类社会法制历史上形成的法治经验和当今世界各国的普遍法律规则,可以为我们所借鉴。但是,中国的法律应当是建立在人们对中国社会的认知基础上的科学。中国的法学家当然以中国社会为认知对象,中国法学的科学性在一定程度上建立在学者们对中国当代社会的认知准确、深刻程度之上。

众所周知,中国正处于计划经济体制到市场经济体制变革时代,这场变化不仅是经济运行方式的变革,也是财产制度和整个社会运行方式的变革。这种变革最终导致社会变革,即政治社会向市民社会转型。这便是我们身处的时代。

民法一向被认为是重构社会秩序制度的工具。认知我们身处的社会的目的是要准确地定位法律的价值、明确法律发展的目标和任务,通过前瞻性、科学的制度设计,培育人们的行为规范和理念,引导社会朝既定的目标发展。因此,在变革时代,需要真正地了解社会、对社会有真正认知的法学家,需要能够肩负时代使命的法学家。而私法领域更是如此。

一、社会转型时代

改革开放或经济体制改革是一场社会革命(被誉为中国的“第二次革命”),它不仅引发经济运行方式的转变,而且会引起

整个社会运行方式的变革,导致整个社会制度变革。

计划经济体制是与传统社会主义的公有制联系在一起的,这种经济运行模式有以下特点:

第一,个人不拥有生产资料,国家或政府替代了个人成了经济活动的发起人(决策人)和责任人,个人成了受国家或集体单位调配的、从事劳动并获取工资收入的、不承担任何责任的生产要素。

第二,在这样的经济运行体制中,财产权湮没在政治权力之中,成为政治权力的附属品,财产权对人经济行为的约束和激励作用丧失殆尽,政治评价和政治地位成为主要约束和激励机制。

第三,由于计划经济剥夺了个人生产资料所有权,也就剥夺了个人独立的经济权利(个人不能独立营业,发起经济活动),因而国家承担了社会(公民个人)应当承担的责任,一个人的就业、住房、养老、医疗等均由国家直接承担。计划经济是一个国家与社会高度融合的社会。

20世纪70年代末,我国开始探索一条新的社会主义建设道路,经过十多年的探索,终于在90年代初确立了建立社会主义市场经济新体制的改革方向。这意味着从计划经济体制到市场经济的彻底“转轨”。

市场经济是社会主体(自然人和法人)主宰经济活动的经济,市场经济有两个基础性条件:独立的可自由参与市场活动的主体;可自由处分的财产权,使社会资源实现市场化、社会化配置。计划经济到市场经济的转变也基本上围绕这两个条件而展开。笔者认为,经济体制改革基本内容表现为发育私主体(人的解放)和培育私有财产(财产的解放)。

其一,人的解放:将人从传统政治社会中解决出来,还原为独立的人。

市场主体本质上均可以还原为个人。经济体制改革初期,主要通过自主经营、自负盈亏的国企主体改造,塑造独立市场主体;但后来,逐渐地转向将人从传统体制下释放出来,允许个人自由就业、自由营业、自由投资,并保护人们劳动和投资取得的财产。因此,市场主体的发育根本上是个人主体或人格的发育,是社会基本主体——人——的再造,国有企业和集体企业的改造只是这一过程的“表层”。

过去,个人生活在政治社会之中,个人从出生到死亡均由国家(政治社会)安排,个人不允许自由择业,也不允许自由营业;人不是社会生活中独立的主