

抽象理论与现实关怀*

——以法人概念研讨和中国经济转型为例

郭 锐**

1986年通过的《民法通则》之所以为无数法律学人所铭记,是因为由此中国进入了民事立法蓬勃发展的时期。进入新的世纪,我国立法机关开始讨论制订统一民法典,这让民法学者获得对民事法律体系进行更为周延完备地设计的机会。在这个历史机遇面前,我们回顾《民法通则》制订的历史和思想背景,会帮助我们对民事法律进行总体性考察评估、破旧立新,以更有意识地推动法律发展和社会进步。这也是我们践行古人“温故而知新”古训的良机。

哈佛历史学家柯伟林(William Kirby)教授在回顾上个世纪中国立法历史时记述:一百年前,晚清的改革者推动公司立法,意在达到下列三个目标:其一、推动中国经济发展,特别是推动建立中国私营公司,与外国公司竞争;其二、建立西方式法律体系,以便废除领事裁判权;其三、强化中央政府的权力。此后尽管政权更迭,公司法的三个目标却大体没变。回顾一个世纪的历史,柯伟林认为三个目标中的后两个已经达到,而借助立法推动中国私营公司的建立以便发展经济——历届立法者推出公司立法的首要目标——却远未成功。^[1]柯伟林的研究指引读者思考一个问题:当立法者将法律仅仅作为发展经济的工具而采纳时,法律是否可以如立法者预期发挥其功用?纵观上个世纪的中国公司立法,柯伟林认为这样立法实难奏效。即使是仿效了先进的立法,也会因被政治精英作为实现国营经济主导经济的工具而失却功效、无法促进发展。在立法可“包治百病”的观点盛行之时,柯伟林关于20世纪中国立法的研究不啻逆耳忠言。

受到柯伟林的研究启发,笔者希望在立法工具化批评之外,进一步思考法律及法律学者在推动制度变迁乃至经济发展中所起的作用。柯伟林的研究固然强调了立法为政治主导时法律失效的危险,但这种强调带来了对法律在推动制度变迁、进而促进经济转型的作用的忽视,相应地也对参与立法的法学家的贡献未及强调。倘若经济发展离不开制度变迁与经济转型,说法学家在参与立法过程中没有贡献恐怕并不成立。本文拟以民事立法重要制度之一的法人人格的确立为例,来探讨法律学者如何以抽象法律理论来推动经济转型、进而促进经济发展。^[2]

* 本文写作过程中得到方流芳、安守廉(美)、韩大元、王轶、邓肯·肯尼迪(美)、龙卫球、聂鑫、齐红、王军、张守东、翟志勇、泮伟江、田夫、周林刚、熊丙万、聂卫锋等师友的斧正与支持,并在两岸民商法前沿论坛(北京航空航天大学法学院)报告和得到参与者的点评,中国人民大学法学院学生杨紫翌帮助完善了引注,特此致谢。

** 郭锐,哈佛大学SJD,中国人民大学法学院副教授。研究方向为民商法。

[1] Kirby, William C, "China Unincorporated: Company Law and Business Enterprise in Twentieth-century China", *The Journal of Asian Studies*, Vol.54, Iss. 1(1995): 59.

[2] 本文所言公司法,采纳汉斯曼和克拉克曼教授的功能主义定义:公司法并不限于一部以公司法命名的法律,而是包含确立法人人格、有限责任、股东所有权、可转让股份和集中式管理等制度特征的相关立法。以公司法命名的法律包含

从1950年代到1970年代末, 商业公司在中国毫无存在的余地。经过1950年代的社会主义改造, 中国消灭了私营企业, 建立了国家经济计划主导的社会主义公有制经济。负责生产的组织——尽管有时被称作公司——并不具备商业公司特性, 却更类似于官僚机构。^[3] 当时国营企业生产什么、生产多少、销往何处一律由国家计划决定, 经理由国家任命, 工人由国家雇佣并支付工资。从这些特征看, 国营企业不是任何意义上的商业组织。被称为“公司”的机构, 大致是为了承担行政管理职能。^[4] 从1970年代末开始, 商业公司重新回到了中国。最早的商业公司出现于外商投资企业之中; 随后, 国有企业、集体企业也开始向商业公司转化——尽管这个转化过程费时经年, 直至现在国有企业的转化尚未完成; 几乎在同时, 私人利用注册为公有制的方式, 组建了大量企业并采纳了类似商业公司的组织形式; 到1990年代末, 随着中国政府“规范化”政策的推行, 集体企业大量转制为商业公司, 原先冒充公有制的私营企业也重新登记为私营商业公司。^[5] 至此, 商业公司终于在消失三十多年后回归中国, 而中国也终究确立了商业公司为主要组成部分的市场体制。这些变化得以发生, 受惠于1979到1986年间的民法和经济法的论战。尽管论战的主题是抽象的部门法的调整对象, 立法是否应确立法人人格, 却是这场学者争辩背后重要的实践问题。随着论战的展开, 法学家们引用了大陆法系传统资源、苏联法律理论等探讨了诸多问题, 除了论战本身导向法人人格在立法中的确立以外, 在论战中法学家们还开始接受和主张一种区别于以往通行的法律工具主义的法律形式主义的方法。^[6] 后者在随后的岁月中帮助法律学者将敏感的意识形态问题排除在法律讨论之外, 实现了诸多当时难以想象的制度变迁: 尊重财产权利、保护合同自由直至建立市场经济。如此种种制度变迁, 为中国商业公司的复兴奠定了坚实基础。

通过回顾法人人格相关立法讨论的历史, 本文试图阐明中国法律学者是如何在一个具体的历史语境中通过研讨抽象法律概念的方式参与决策、进而推动制度变迁的。

上述制度特征, 但这些制度特征也许在上述法律颁布之前已经得到确立。在这个意义上, 1994年《公司法》颁布之前的《民法通则》和许多行政法规乃至地方法规, 都包含在公司法的范畴内。见 Henry Hansmann and Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, *Yale ICF Working Paper*, No. 00-11 (2000).

[3] 哈佛大学经济学家科尔奈 (Janos Kornai) 在《社会主义体制》中写道: “在国有企业的产权形式下, 一切剩余收入的规模完全由官僚机构任意决定, 支配权属于官僚机构……官僚机构中没有一个人能够拥有剩余收入支配权……”, “经典体制下任何人都不能行使国有企业的转让权”, 而“对国有企业行使直接控制权的官僚机构与负责管理国家财政事务的官僚机构是相互分离的”。总之, “财产不仅被非人格化, 而且变成了无主之物……国家财产属于所有人, 但又不属于任何人”。见 Janos Kornai, *The Socialist System*, Oxford University Press, 1992, page 75-76. 方流芳教授对计划体制下的公司评论道: “公司是垂直系统内的一个承上启下的主管部门; 它没有独立的意志, 没有自主支配的财产, 唯一的作用是在经济领域里分担政府职能。”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》, 《中国法学》1992年第4期, 第56页。

[4] 公司和行政机构, 只不过是行政管理的不同路径而已。这一点可从当时不少主管经济的领导人的言论看出来。例如, 刘少奇认为: “中央成立部, 各省成立厅, 都是行政机构, 管理企业, 恐怕不合适。企业要搞经济核算。组织专业公司管企业, 可能比行政机构管得好一些。”见刘少奇: 《组织专业公司, 减少行政干预》, 载中共中央文献研究室编: 《刘少奇论新中国经济建设》, 中央文献出版社出版, 1993年, 291-293页。按照方流芳教授的考察, 这类“公司”大致可以分为三类, 第一类是纯粹作为行政机构设立、全无生产或经营职能的地方性专业公司, 第二类是在全国范围内拥有专营权和行业归口统制权的贸易公司, 第三类是兼有同业行政管理和生产、经营双重职能的工业、交通联合公司。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》, 同前注。

[5] 郭锐: 《“挂靠”企业的历史和语法》, 《洪范评论》第1卷第1辑, 中国政法大学出版社2004年12月版, 第28-30页。

[6] 法律形式主义 (legal formalism) 通常被定义为一种在司法审判中单单对法律规则应用逻辑推理、不考虑其立法意图或适用法律结果的法律方法, 其主要代表人物是美国法学家兰代尔。见 Richard Posner, “Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution”, 37 *Case W. Res. L. Rev.* 179 (1986); 陈锐: 《法理学中的法律形式主义》, 《西南政法大学学报》2004年第6期, 第3-8页。

一、法学论战与立法

文革之后法制建设重新开始之时,民法和经济法各自独立发展。民法学在文革之前就有基础,而经济法则始于领导人重视经济建设的指示。在两者一段时间的齐头并进之后,一个偶然的機會引发了民法和经济法的论战。1979年8月,中国社会科学院法学所邀请在京法律院系的学者召开的“民法与经济法问题学术座谈会”,与会学者对民法和经济法的理论问题提出了不同的认识。这场1970年代末北京的学术座谈会,揭开了长达7年之久的民法学与经济法学大论战的序幕。^[7]

在研讨会上引发激烈争论的问题是一个今天看来极为抽象的理论问题:经济法和民法的调整对象分别是什么?在座谈会上,法律学者魏振瀛、齐珊、佟柔、江平、余鑫如、孙亚明、王家福、芮沐先后发言,表明各自对经济法是否具有独立调整对象、是否应成立一独立部门的观点。此后数年里,论战的范围远远超出了当初参与研讨会的学者的预料。除在座谈会上发言的学者之外,国内众多法律院校的知名教授通过写文章、公开发言参与了论战,例如,中国人民大学的潘静成教授、北京大学的杨紫煊教授、北京政法学院的徐杰教授。^[8]社科院法学所的谢怀栻研究员、王家福研究员和陈汉章研究员等也参与了论战。在此后七年中,法学界发表了数以百计的论文,出版了数十种教科书,民法、经济法学界大部分人士都参与其中。

民法和经济法各自的调整对象到底是什么?法律学者在1979年座谈会上对这个问题处理慎之又慎。时值恢复文革时期完全停滞的法学研究和法律教育之初,这个问题涉及到民法和经济法研究的合法性和重要性的问题。传统上,民法的合法性来源于其私法属性,亦即其对私人、经济生活的规范。但社会主义传统之下私法的合法性被完全否定。列宁的一段话常常被人们引用作为否认民法的私法属性的根据:“我们不承认任何私法,在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不属于私法范围。”^[9]苏联法学家据此认为公法与私法只是资产阶级对法的分类,而“在废除生产工具和生产资料私有制的苏联并没有‘私法’——表现私有制关系的法律”。因此民法非但不能用私法理论证成,反而必须抛弃全部与私法的关系。^[10]论证民法的性质因而成了十分棘手的问题。中国学者不得不再次从苏联理论中寻求帮助。在苏联,一种以社会关系为调整对象的法律体系理论发展起来,其根据是马克思主义关于法的基本认识——法是国家根据统治阶级的意志调整社会关系的行为规范,只要论证有其特殊的调整对象,就可以作为法律体系的一个部门而存在。这正是民法调整对象问题在1979年提出的理论背景。^[11]根据这种法律体系理论,民法学者必须证成其有特定的调整对象以便合法化民法的研究。对经济法学者而言,若要论证经济法本身的合法性和重要性,则必须论

[7] 关于论战,最详细的回顾是梁慧星:《难忘的1979—1986——为祝贺导师王家福先生八十大寿而作》,载于中国法学网, <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=2665>, 2014/10/18。

[8] 按照梁慧星先生的回顾,经济法学最早其主张者是北京大学的魏振瀛教授、中央政法干校的齐珊(刘岐山)教授、北京政法学院的江平教授和中国社会科学院法学研究所的余鑫如研究员,但这几位学者至80年代初均改变了观点。见铃木贤:《中国民法经济法论争的展开及其意义》,《北大法学论集》第39卷第4号,第1013—1015页。转引自梁慧星:《中国民法学的历史回顾与展望》,《望江法学》第1期,法律出版社2007年版,第10页。

“一开始有几位著名的教授,人民大学的潘静成教授,北大的杨紫煊教授,政法大学的徐杰教授。这几位教授比较传统,继承的是苏联的拉普捷夫的理论。”参照熊伟:《梁慧星教授访谈》,采访时间:2006年2月28日,见:http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?PID=6972(最后访问时间2016/7/21)。

[9] 王家福教授在论述民法调整对象这一问题为什么会提出时,举出了三点原因:一是制定《民法通则》这个基本法的客观要求;二是确立民法观念的客观需要;三是统一认识和实践的客观需要。换言之,民法调整对象的法定化是确立民法自身合法性的需要。见田夫:《对民法调整对象法定化的政治社会学检讨》,《比较法研究》2008年第3期,第104页。

[10] 陈汉章:《论民法在法的体系中的地位和作用——兼谈经济法问题》,《法学》1983年第7期,第7—8页。

[11] 陈汉章:《论民法在法的体系中的地位和作用——兼谈经济法问题》,第7—8页。

证其有特定调整对象, 特别是区别于民法的调整对象。

在座谈会上提出讨论调整对象的结果, 是民法、经济法学学者发现了双方主张彼此冲突。魏振瀛教授提出的主张是经济法应该独立成立部门法——按照我国的情况, 在经济法部门之下还应划分为企业法、计划法、合同法等, 理由是经济法调整了中国经济关系, 特别是社会主义计划经济, 这是专事调整商品经济关系的民法不能胜任的。齐珊教授提出, 从调整对象、权利主体、调整原则、处理程序上看, 经济法和民法都应独立的部门法。佟柔教授反对经济法成立独立部门法, 理由是当前中国是社会主义制度下自觉发展商品经济的阶段, 是民法——而不是经济法——调整商品经济关系。江平教授认为经济法独立的调整对象是社会主义生产领域的商品关系, 且该对象独立于民法所调整的消费领域的商品关系。余鑫如教授认为, 社会主义组织间的关系是民法不能调整的, 应单独划分给经济法来调整。孙亚明教授没有对争议主题提出明确意见, 只是强调中国经济体制改革正在向市场化推进。王家福研究员认为经济法没有统一的调整对象、倾向突出行政管理、内容与民法重复, 故而不成立独立部门法。芮沐教授同意余鑫如教授的主张, 即经济法调整公有制经济组织之间的关系, 民法调整个人间的关系。^[12]

1979年座谈会上形成的议题成为此后民法和经济法辩论的核心问题。此后诸多学者的讨论围绕这个议题展开。经济法学者的主导理论被称为“纵横统一论”。该理论认为经济法的调整对象是经济管理关系和经济协作关系。^[13] 杨紫煊教授在此基础上进一步提出经济管理关系是在经济管理过程中发生的物质利益关系, 经济协作关系则是在经济协作过程中发生的物质利益关系。^[14] 民法学者的主导理论则为“商品关系论”。该理论认为民法所调整的社会关系的核心是一定社会的商品关系。^[15] “商品关系论”的理论渊源可追溯至1950年代: 当时受到苏联民法学家的启发, 佟柔先生形成了民事法律关系与价值规律相联系、民法的平等原则系由价值规律所决定等观点。价值规律所反映的就是商品经济的要求, 故而民法和商品经济下的社会关系——商品关系——密不可分。到1970年代末, 佟柔先生进一步提出: “几乎整个民法的规范对于由它所调整的社会关系都反映了价值规律所要求的平等和等价的方法。不仅民法的三项基本制度(民事主体、所有权、债和合同)都是为商品关系服务的, 而且各项配套制度, 如法律行为、代理、时效、损害赔偿以及合同、公司、保险、破产、票据、证券、合伙和海商等制度都深深地植根于商品经济的土壤, 并且是规范商品交易关系的基本规则。”^[16]

论战最引人瞩目的焦点是企业之间的关系究竟归民法调整还是归经济法调整的问题; 落实到具体法律规则的冲突, 则是法律中应否规定企业具有法人人格概念。^[17] 民法学者主张企业之间关系属于民法调整。他们的论证是: 这是因为企业是法人。按照法人的定义, “凡具有独立财产, 能以自己的名义享有民事权利、承担民事义务的社会组织就是法人。”民法学者主张的法人人格, 其核心内容在于有独立财产的社会组织独立进行民事活动的能力。^[18] 民法学者认定企业符合该定义, 所以

[12] 魏振瀛、齐珊、佟柔、江平、余鑫和、孙亚明、王家福、芮沐:《关于民法、经济法的学术座谈》,《法学研究》1979年第4期,第14-22页。

[13] “纵横统一论”的倡导者是刘隆亨教授,该理论取自苏联的经济法学说,其代表人物是B.B拉普捷夫。见(苏)B.B.拉普捷夫主编:《经济法理论问题》,中国人民大学法律系民法教研室译,中国人民大学出版社1981年版,第7页。

[14] 杨紫煊:《论经济法的若干理论问题》,《北京大学学报》1986年第3期,第60页。

[15] 佟柔:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第5页。

[16] 杨立新、孙沛成:《佟柔民法调整对象理论渊源考》,《法学家》2004年第6期,第65-74页。

[17] 魏振瀛:《参加〈民法通则〉起草的片断回顾》,《判解研究》2006年第7期。

[18] 佟柔:《佟柔中国民法讲稿》,北京大学出版社2008年版,第154-157页。

企业是法人。经济法学者则主张以“单位”或“组织”的法律概念来定义企业。有些经济法学者尽管并不否认法人概念,却主张法人概念所强调的独立性并不被经济法律关系所认同。例如杨紫煊教授认为,企业之间的关系应属于经济法律关系。经济法律关系主要发生在国家机关与企业之间、企业与企业之间以及企业内部。^[19]在他看来,企业和企业内部的机构,同属于国家机关计划调控的对象,并不具有特殊性。

就法人人格问题而言,经济法学者的主张与当时的经济管理体制以及主流的意识形态是相符的。在1980年代初计划经济占主导地位的条件下,几乎全部的企业都是国营企业,国营企业采购原材料、生产、销售全部受国家计划支配。实际生活中,企业就与国家关系而言并不具备任何独立性。同时,当时的主流意识形态也不容许法人的独立性。中国的官方意识形态认定,社会主义国家必须实行公有制,而公有制的特征就是以国家计划克服资本主义自由放任市场条件下的无序性。故而,以国家计划支配经济生活在当时是主流意识形态。而经济生活中的企业,只是计划执行单位而已。^[20]强调独立法人人格的民法学者,其主张与计划经济管理体制不相容,而且与意识形态的要求不符。^[21]他们关于法人人格的主张与其说是一种描述,不如说表达了对中国企业发展方向的期待:企业应作为平等的主体参加经济活动,而不是事事受到计划指令的约束。

在双方论战中,民法学者大半处于下风。在1979年之后民法和经济法的九次大的讨论中,经济法学者节节胜利。^[22]佟柔先生回忆:“当时经济法主张曾经一度很占优势,民法学者似乎有几次很难招架”。^[23]谢怀栻先生也记得当时“经济法理论在整个法学界占了很重要的地位,对民法形成冲击。使民法学界陷入近乎消沉的境地。”^[24]民法学者历时三年草拟的《民法草案(征求意见稿)》被搁置,民事立法进而转向单行法的起草和制定。^[25]民法学者参与起草、已经立法机构讨论的《法人条例》不得不搁置。^[26]而在经济法学者推动下,《经济合同法》等单行立法率先推出。^[27]

按照谢怀栻先生的回忆,转机发生在1985年。^[28]尽管经济法学者的竞争十分有力,《民法通则》终究进入了起草过程,尽管经济法学者已经组成法案起草小组起草《中华人民共和国经济法

[19] 杨紫煊:《论经济法的若干理论问题》,《北京大学学报》1986年第3期,第62页。

[20] 见中国人民大学政治经济学系资料室编:《政治经济学(社会主义部分)》,1980年版,第28-30页。

[21] 民法学者所主张的则是超出当时社会条件的法律关系。不同于经济法的思路。这样的争议其实在经济合同法立法的时候就初见端倪了。表面上,经济法学者和民法学者同样重视企业本身和它们之间的合同关系,但其出发点完全不同。

[22] 陶和谦:《我国社会主义经济法基础理论的现状与前景》,《政法论坛》1986年第1期,第13-15页。

[23] 佟柔:《佟柔文集》,中国政法大学出版社1996年版,第413页。关于相关历史事实,参见梁慧星:《难忘的1979-1986——为祝贺导师王家福先生八十大寿而作》。

[24] 谢怀栻:《谢怀栻法学文选》中国法制出版社,2002年版,第79页。转引自梁慧星:《中国民法学的历史回顾与展望》,载于中国法学网, <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=2131>, 2014/11/3访问。这种现象的产生有其独特的时代背景。根据周大伟先生的说法,改革开放之初,中央领导人要求实行法制,于是“一个极为现实的需要随即浮上台面:原来的经济政策需要向法律条文演化;原来的经济政策研究者们需要向法学靠拢。在民法和民法学尚未获得充分复兴的情况下,经济法便由此应运而生,并成为一块诱人的‘奶酪’。在短短几年的时间里,研究经济法的书刊和学习经济法的人数在中国几乎以几何级数递增,成为世界法律史上的一个泡沫般的奇观。”见周大伟《追忆:佟柔先生与中国民法学》,《南方周末》2007年3月28日,第D29版。

[25] 刘春茂:《陶希晋先生与新中国的法制建设——纪念陶希晋诞辰一百周年》,《比较法研究》2008年第2期,第138-145页。

[26] 刘春茂:《陶希晋先生与新中国的法制建设——纪念陶希晋诞辰一百周年》,第138-145页。

[27] 张维伟:《陶希晋:新中国法制建设的时代先锋》,《中国人大》2012年第1期。

[28] 谢怀栻先生回忆:至1985年初经济法与民法论争进入一个新阶段,经济法对民法的冲击不再是那么强烈了。见《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第79页。

典》, 希望通过国务院行政渠道同时提交人大法工委讨论。^[29] 时任全国人民代表大会常务委员会委员长的彭真决定选择《民法通则》。在1986年颁布的《民法通则》中关于民法调整对象的规定将企业之间关系纳入民法调整范畴, 企业具备独立法人人格也用专门条款作了规定。^[30]

二、学术与立法

从民法通则的立法到今天已经将近三十年。不少回顾这场论战的学者把它看作是一场不堪回首的“饭碗之争”: 在一个特殊历史条件下, 学者为学科存在的合法性、为自己的生计而进行了一场论战。^[31] 这种说法不无历史依据: 文革之后不少法学院校、大学法律系被取消之后正值重建之机, 倘若失去了本学科调整对象的合法性证明, 民法、经济法整个学科可能取消、学者可能被边缘化甚至失去工作。然而, 尽管上述说法有部分历史依据, 本文作者认为仅仅着眼于此会让我们失去对这场论战整体意义的把握。

究竟我们应当如何看待这场对法学、对经济、对社会影响至深的论战? 周大伟教授回忆这个过程, 认为“整个《民法通则的》制定和颁布过程, 自始至终都带有强烈的中国特色——一群学者的执著坚守、一次对立学派的绝地反击、一位领导人的重要指示, 然后是一场旷日持久的学术争论的偃旗息鼓。”^[32] 周大伟所言“中国特色”, 似在强调论战的政治属性: 尽管学者论战提出的似乎是一个学术问题, 领导人对立法思想的取舍及立法工作的批示在这个过程中起到的作用恐怕最大。与此说相呼应的是时任民事立法工作主要领导人陶希晋先生秘书的刘春茂教授回忆。刘教授所回忆的民法通则的立法过程, 同样指向了领导人对法人概念认识的差异和其后的妥协对立法选择的直接影响。^[33]

学者的描述旁证这场发生于立法讨论中的热烈论战来并非纯粹的学术讨论。在学术讨论中, 学者们通常就某一问题分别提出了可供检验的命题, 而讨论的过程是各方学者分别提出论证来检验这些命题是否成立。但民法和经济法的论战却不是如此。表面看来, 论战双方似乎是在试图描述一个现存的事实, 即民法和经济法的调整对象分别是什么。然而双方心里又都很清楚, 其实并不存在这样一个可供描述的事实。讨论民法和经济法的调整对象, 本不是出于学术方面的考量: 在调整对象争议的背后, 隐藏的是学者们对“社会主义经济关系基本性质应当是什么”的判断。^[34] 双方的描述不构成可供检验的命题, 也就无从判断真伪——论战从一开始, 就是一场双方各自发表意见、却又不可能互相说服的论辩。

当然, 发生在学者之间的论战有其学术性质。这或许从双方对外来理论的译介中有所反映。经

[29] 周大伟:《佟柔先生与中国民法学》,《南方周末》2007年3月8日,第D29版。

[30] 见《中华人民共和国民法通则》第三十六、七条:第三十六条 法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人的民事权利能力和民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭。第三十七条 法人应当具备下列条件:依法成立;有必要的财产或者经费;有自己的名称、组织机构和场所;能够独立承担民事责任。

[31] 近年来学者也对此有批评,例如王全兴:《经济法学三十年回顾的历程》,华东政法学院网站, http://www.economiclaws.ecupl.edu.cn/E_ReadNews.asp?NewsID=464 (最后访问日期:2015年3月15日)。

[32] 周大伟:《追忆:佟柔先生与中国民法学》,《南方周末》2007年3月8日,第D29版。

[33] 刘春茂:《陶希晋先生与新中国的法制建设——纪念陶希晋诞辰一百周年》,《比较法研究》2008年第2期。

[34] 例如:魏振瀛教授认为经济法的与民法同是调整社会主义经济关系的基本法,原因是计划经济和商品经济共存于社会主义经济关系里;齐珊教授虽未直接回答这个问题,却在民法和经济法调整对象的探讨中暗示了则区分了国民经济管理和社会主义组织的经济活动与民事活动的不同;佟柔教授的论述比较间接,他认为民法是基本法的原因,是当前中国是社会主义制度下自觉发展商品经济的阶段,而民法是调整商品经济关系的法律。魏振瀛、齐珊、佟柔、江平、余鑫和、孙亚明、王家福、芮沐:《关于民法、经济法的学术座谈》,同前注,第14-22页。

济法学者很早就翻译、介绍了来自苏联和东欧国家的经济法理论^[35],特别是苏联法学家拉普捷夫的作品。^[36]经济法学家所主张的“纵横统一论”大半来源于拉普捷夫的经济法理论。刘隆亨的《经济法简论》(北京大学出版社1981年版)、陶和谦主编的《经济法学》(群众出版社1983年版)、北京政法学院经济法教研室的《经济法讲义与经济法专题讲座》(1983年编印)等,大多采纳“纵横统一论”。^[37]北京大学杨紫煊教授主张其“经济管理关系和经济协作关系”论不同于“纵横统一论”,但多数民法学者以为并无实质不同。^[38]民法学者的理论来源则有欧陆民法和苏联民法两个源头。德国、法国等欧陆民法的理论,早在清末就已大量引入中国。按照俞江的研究,欧陆民法养育了中国三代民法学家。参与论战的民法学家如谢怀栻先生,年轻时在胡长清先生门下受教,在欧陆民法理论上造诣精深。1980年代初期,台湾的民法著作也大量进入中国大陆,中国法学家大量阅读了台湾著作。由于台湾继受欧陆民法,这成为欧陆民法理论影响中国法学家的又一途径。^[39]苏联民法理论,则是在1950年代就被翻译到中国。当时的中央政府还派人去苏联学习法律。留学生中,陈汉章先生、江平先生都从事民法研究。执教中国人民大学的佟柔先生的民法理论受到苏联民法学家坚金、尤金、维涅吉克托夫和阿列克谢耶夫等人的影响,而罗马法以来的欧陆民法学传统则是佟柔先生民法思想的主要渊源。就法人人格问题而言,民法学者的理论论证遵循了源自罗马法的传统民法理论。佟柔先生以罗马法上对国库等社团权利主体资格的规定作为法人的历史渊源,并援引《法国民法典》、《德国民法典》等来论述法人的制度沿革。^[40]经济法学者对法人人格的抵制也自有外来理论渊源。例如苏联法学家拉普捷夫主张在经济法中取消法人制度,用“经济机关”的概念来代替,因为法人概念只适用于横向经济关系,而经济机关的概念既适用于横向经济关系,又适用于垂直经济关系。^[41]

但是我们应当看到,即便在上述外国理论的引用和讨论中,论战真正与学术相关之处也不多。大部分时候外来理论的引用仅仅是作为双方支持自己主张的事实依据而已。例如,经济法学者发布苏联经济立法发展的消息和译介相关理论,意在增强自己对经济法独立成部门的主张的合法性;^[42]民法学者在讨论中也借苏联多年来不采纳经济法的事实来论证中国民法学者对经济法的反对意见。^[43]这种引证的非学术化还表现在外来理论在论战中被归入不同的意识形态阵营。例如1986年1月,国务院经济法规研究中心却在广州召开所谓经济法大纲专家讨论会,指名批判民法通则是“资产阶级民法观点”。^[44]民法学者最实用的抵抗,就是引述苏联民法理论——此时苏联的理论,被认为是正宗的马克思主义学说。

那么,这场讨论的意义究竟何在?前人回顾这场论战纠结于民法或经济法的成败。当然,民法

[35] 例如: B.M. 切克瓦泽:《苏联和东欧国家的经济法问题》,《国外社会科学文摘》1981年第1期;王正泉:《苏联法学界关于经济法问题的争论》,《法学杂志》1981年第6期;陶和谦:《经济法的发展概况和经济法的概念》,《政法论坛》1982年第3期。

[36] [苏] B.B. 拉普捷夫:《经济法理论问题》,(苏) B.B. 拉普捷夫主编:《经济法理论问题》,中国人民大学法律系民法教研室译,中国人民大学出版社1981年版,第7页。

[37] 李秀清:《试论苏联经济法理论对中国的影响》,《政治与法律》2002年第1期,第84页。

[38] 魏振瀛:《参加〈民法通则〉起草的片断回顾》,《判解研究》2006年第7期。

[39] 俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003年版,第117-125页;梁慧星:《中国民法学的历史回顾与展望》,载于中国法学会网, <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=2131>, 2014/10/18访问。

[40] 佟柔:《佟柔中国民法讲稿》,第159-161页。

[41] 王正泉:《苏联法学界关于经济法问题的争论》,《法学杂志》1981年第6期,第34页。

[42] 安德列耶夫、马柳春:《苏联讨论经济法典草案》,《国外社会科学文摘》,1986年第9期,第17-19页。

[43] 梁慧星、王利明:《苏联立法机关为什么不采纳部门经济法主张》,《法学评论》1986年第6期,第29-34页。

[44] 梁慧星:《难忘的1979-1986——为祝贺导师王家福先生八十大寿而作》,《中国民法学的历史回顾与展望》。

学者和经济法学者对《民法通则》的立法是否证明一方的胜利各有表述。周大伟教授认为《民法通则》的立法标志着民法学者主张的胜出，但我们须看到尽管《民法通则》采纳了法人人格等民法学者的主张，这也很难看作民法学者主张完全胜出：在《民法通则》之前，立法机关已经先后推出了《经济合同法》等体现经济法理念的单独部门法，1986年的《民法通则》只是与经济法诸多单独部分民法并列的一项立法。^{〔45〕}

在笔者看来，这场论战的意义更多地在于它对后来关于中国的市场制度变迁的政治决策的影响：第一、佟柔先生为代表的民法学者在文革刚刚过去的80年代初冒着风险提出商品关系论，是在意识形态严寒之中盗火之举；第二、就国有企业的具体问题而言，佟柔先生为代表的民法学者坚持法人理论，实际是提出在国有企业建立一种现代美国学者称为“财产区隔”的重要制度，这对市场经济的建立有根本的作用。第三、参与论战民法和经济法的学者在论辩抽象问题之时，实际是在发表对一个重要的宪政问题的不同主张：在个人和国家之外，是否可以出现一个受国家认可的法人主体，其成员的权利义务源泉可以在自治的意义上自行设定？从法律学者自身的角度看，这场论战真正的价值并不是分出了民法和经济法学者的胜败，而是论战中双反探索和实践一种法律形式主义的论证方法——这区别于将法律看成党和国家的政策、或者认为法律不能独立于政策的法律工具主义方法。以下部分作者将对上述各个方面逐一进行讨论。

三、“商品关系论”与意识形态禁忌

参与论战的很多当事人都认为，在决定是否通过《民法通则》的过程中，佟柔先生主张的“商品关系论”起到了一锤定音的作用。^{〔46〕}佟柔先生主张，民法自罗马法以来就是调整商品关系的；在社会主义中国仍然存在商品关系，民法调整的对象就是中国社会的商品关系。^{〔47〕}1984年，中国共产党十二届三中全会通过的《中共中央关于经济体制改革的决定》首次明确指出：社会主义经济是在公有制基础上的有计划的商品经济。中国共产党一直把商品经济当作和计划经济——社会主义经济的典型模式——的对立面，此次承认商品经济是一个重大的经济体制改革决策。而佟柔先生的“商品关系论”恰好契合了当时中共决定进行的改革方向，于是出现了1985年对民法学者有利的转机。^{〔48〕}此后，随着商品经济思想的进一步巩固，主张“商品关系论”的民法学者越来越得到改革派领导人的青睐。

对于当代民法学者而言，“商品关系论”是传统民法理论和当时的意识形态无可奈何的调和，以至今天的民法教科书里已罕有提及。但从历史背景看，“商品关系论”展现了佟柔先生对中国社会的洞识和对改革方向的远见。将民法调整对象问题建立在价值规律、商品经济理论之上，无疑是佟柔先生对中国改革方向的建言——中国从1950年代开始，理论家都是通过讨论价值规律来对中国

〔45〕 这与论战起初齐珊教授提出的的经济法和民法都应独立的部门法相一致。前注。

〔46〕 梁慧星教授在《佟柔先生与民法经济法论争》一文中认为：“佟柔先生的这一理论是继承了苏联著名学者坚金教授的观点……是这一学术见解，在中国改革开放的历史条件下，经过佟柔先生的改造、阐发、论述和宣传，最后成了决定中国民法和民法学在危急关头转危为安、化险为夷、获得胜利的利器。”梁慧星：《佟柔先生与民法经济法论争》，载中国民商法律网，<http://www.civillaw.com.cn/tongrou/004.html>，2009/12/24 访问。

〔47〕 佟柔：《佟柔中国民法讲稿》，北京大学出版社2008年版，第21页。

〔48〕 根据张新宝教授的回忆：据佟柔年代教苏联民法，讲“两个一定”的民法调整对象，佟老师就不满意这种对民法调整对象的描绘性而非本质性逻辑揭示的表述方式。在其后的近20年时间里，这个问题一直困扰着他，催促着他去不停地思考。到了“文革”结束和改革开放的初期，老师终于将自己几十年的思考进行提炼和升华，……，提出了著名的“商品关系说”。张新宝：《怀念佟柔老师：课外二三事》，载佟柔：《佟柔文集》，中国政法大学出版社1996年版，第453页。

的经济问题提出建议的。^[49] 1979年4月在无锡举行了全国性的关于社会主义经济中价值规律作用的讨论会,是对改革方向这一重大政治问题的又一次讨论。这几乎发生在民法与经济法讨论的同时。提出“商品关系论”的佟柔先生对此心知肚明,当然也深知提出这种主张所冒的风险。^[50] 由此,民法学者的命运就和主张商品经济的改革派休戚相关了。^[51]

民法学者在1980年代初期的失势,如果考虑到主张改革计划体制、建立商品经济的观点受到批判,就不显得奇怪。例如,在1981年,由于中共中央确定的“经济上实行进一步的调整”的方针,使坚持计划经济主体地位的观点在政治上占据了上风,主张社会主义经济应是商品经济的观点受到指责。从1981年第二季度起,社会主义经济是商品经济的观点受到了公开批判。^[52] 由此,民法学者在1980年代初期的论战中处于下风,属自然而然。

论战局势在1985年转折,也可从价值规律、商品经济问题在改革决策中的重获重视得到解释。1984年,马洪受命组织中国社会科学院的几位学者撰写了一篇为商品经济翻案的文章,受到中央高层的赞成。时任国务院总理的赵紫阳在1984年9月9日写给胡耀邦、邓小平、李先念、陈云的信中提出:“各项改革都牵涉到计划体制,这是经济体制的核心。”“社会主义经济是以公有制为基础的有计划的商品经济。计划要通过价值规律来实现,要运用价值规律为计划服务。‘计划第一,价值规律第二’这一表述并不确切,今后不宜继续沿用。”当前和今后的方针“应该是逐步缩小指令性计划,扩大指导性计划”。邓小平、陈云分别于9月11日和13日批示同意。^[53] 1984年10月,中共十二届三中全会通过了《关于经济体制改革的决定》,文件中正式认可了商品经济的合法性。^[54] 至此,佟柔先生“商品关系论”已经不再为主流意识形态所敌视。相应地,在论战中一直处于劣势的民法学者看到了前景的光明。

四、法人人格与市场经济

晚近的比较公司法研究发现,为债务提供财产担保是经济生活的一大需求,而法人人格在设定债务的特定财产担保方面起到关键作用。从债权人的角度看,如果债务人是一群自然人,即便每个债务人都以自己的全部财产为债务提供担保,因为每个人的财产还对可能对各个债务人的其他债权

[49] 例如,薛暮桥于1956年10月28日在《人民日报》发表《计划经济和价值规律》一文,揭开了对价值规律和商品经济讨论的序幕。孙冶方在1956年提出了把计划放在价值规律的基础上的观点,顾准在1957年发表的一篇论文中提出社会主义经济是计划经济与经济核算的矛盾统一体,价值规律是通过经济核算制度调节社会生产的。

[50] 1979年4月在无锡举行了全国性的关于社会主义经济中价值规律作用的讨论会,是本次讨论的高潮。见佟柔:《佟柔文集》,中国政法大学出版社1996年版,第180-193页。

[51] 尽管佟柔先生为代表的民法学者并非脱离立法机构提出主张,考虑到这些主张远远超越立法机构领导人的认识,民法学者在提出主张上的独立性仍然是鲜明的。例如,尽管立法领导人陶希晋一力推动民事立法,他对民法的认识还是公法性质的,这与民法学者提出的主张有差距。易清教授指出,《陶希晋文集》中“法治文论”里存在七处“公法”“私法”论述的失实修订:凡涉及社会主义民法的指导原则是公法、而不是私法的原则或公法原则的论断,均改为是“公法与私法相结合的原则”的判断;凡涉及社会主义民法的性质的论断,“我们的民法是公法、而不是私法”则变为“我们的民法是公法,也是私法”或“社会主义的民法不是纯粹的私法”或被删除;两处删掉陶希晋对列宁关于“公法”“私法”论述的引证。易清教授从陶希晋关于“公法”“私法”的全部论述之论点、论据和论证等方面,考证了陶希晋并没有也不可能提出“公法与私法相结合的原则”、“我们的民法是公法,也是私法”之类的观点。见易清:《陶希晋社会主义民法“公法”性质观考——兼论〈陶希晋文集〉的相关修订之失实》,《河北法学》2010年第6期,第102-109页。

[52] 从1978年开始,中国就开始选择少数企业开始了扩大国有企业自主权的试点。仅仅用了两年,试点企业就发展到6600个。它们占全国预算内工业企业数的16%左右,但产值和利润分别占60%和70%。扩大自主权最重要的内容之一就是给企业以一定的生产计划、产品购销和资金运用的权力,以打破企业是政府机关的附属物、吃国家“大锅饭”的体制。见薛暮桥著:《薛暮桥回忆录》,天津人民出版社1996年版,第375-376页。

[53] 肖冬连:《1978-1984年中国经济体制改革思路的演进——决策与实施》,《中国当代史研究》2004年第5期,第69页。

[54] 肖冬连:《1978-1984年中国经济体制改革思路的演进——决策与实施》,第69页。

人提供了担保，债权人的债权仍然没有足够的保障。对债权人来说，如果债务得到特定财产的担保、且该财产所担保的债务范围有限，那么偿还债务就更有保障。法人人格的一大经济功能是创造一个不受自然人投资者自身财务状况影响的特定资产池，以便让公司债权人的债权得到应有保障。汉斯曼教授和克拉克曼教授将法人人格制度的这一功能称为财产区隔(asset partitioning)，而因为这一功能法人人格可以提高整个社会的经济效率。从理论上讲，这一功能可以通过交易各方的合同约定去实现。但在现实中，通过自行约定在市场上形成类似制度实在交易成本太高，故而财产区隔的功能需要法律的强制才能实现。^[55]

企业在市场化的过程中逐渐实现了将其财产作为担保企业债权的特定资产池的作用，这一财产区隔对经济发展意义重大。但在我国企业中形成特定资产池所遇到的困难和汉斯曼教授和克拉克曼教授所言“自然人之间用合同实现交易成本太高”完全不同。在财产区隔形成之前，我国企业面对的问题并非自然人债权人和企业债权人之间权利要求的冲突，而是代表国家来承担企业所有者角色的地方政府（或者其他政府主管部门）对企业财产的支配和企业自主财产权利之间的冲突。^[56]这一点体现在参与立法的官员所描述的对法人制度期待解决的问题中。在1982年立法机关组织的研讨中，官员和学者期望立法确立法人制度能够对“分清企业与国家之间的财产责任关系，促进企业独立负责地搞好经营管理，选贤举能，克服政企不分、一平二调、瞎指挥、吃大锅饭等弊病”有解决的功效。^[57]

在企业对抗代表国家来承担企业所有者角色的地方政府的财产支配要求的过程中，学者、企业经营管理者、官员乃至普通职工认识到民法上的法人制度的独特之处。杨振山教授指出：“…因为我们没有在国家立法上把法人作为明确的法律制度，所以…在经济活动中…运用行政手段过多，对国营企业实行统收统支，无偿调拨财产，对集体经济认为‘越大越公越好’，搞‘急过渡’、‘穷过渡’、‘一平二调’…”^[58]陈汉章先生写道：“…要彻底根除两个吃大锅饭的弊病，正确解决国家与企业的关系、企业与职工的关系、增强企业的活力〔问题〕，使它真正成为具有自我改造和自我发展能力的经济实体，必须赋予企业以法律上的独立人格（法人资格）。舍此别无他法！”^[59]

尽管法律学者并未从法律经济学的角度提出论证，他们对法人人格的经济功能的认识与当代法律经济学研究的成果可谓异曲同工，同时也得到了参与政策讨论的经济学家们的支持。例如蒋一苇写道，改革就是要让“全体职工是企业的法人”，以使“企业成为自主经营、自负盈亏，并具有自我改造、自我发展能力的经济实体”。^[60]作为国有企业主管部门的行政机关对企业财产支配的权

[55] Henry Hansmann and Reinier Kraakman, The Essential Role of Organizational Law, Yale ICF Working Paper, No. 00-11 (2000). 另参见李清池：《商事组织的法律结构》，法律出版社2008年版，191-197页。

[56] 这一冲突表现在1980年代一系列中央政府制止企业主管部门“乱摊派”的通知中。1982年国务院颁发了《关于解决企业社会负担过重问题的若干规定》（国发〔1982〕133号），1983年国务院、中纪委联合发出了《关于坚决制止乱涨生产资料价格和向建设单位乱摊派费用的紧急通知》（国发〔1983〕104号），中共中央办公厅、国务院办公厅根据中央书记处和国务院的指示发出了《关于坚决制止以“集资”为名向企业事业单位和个人乱摊派的通知》（中办发〔1983〕59号），1986.04.23，国务院发出《关于坚决制止向企业乱摊派的通知》。

[57] 梁慧星：《难忘的1979-1986——为祝贺导师王家福先生八十大寿而作》。

[58] 杨振山：《论我国的法人制度》，《政法论坛》1985年第6期，第54页。另见郭锋、楚建：《在城市经济体制改革中建立企业法人制度》，《中国法学》1985年第1期，第21-30页。

[59] 陈汉章：《中共中央关于经济体制改革的决定》，《政法论坛》1986年第3期，第54页。另可见郭锋、楚建：《在城市经济体制改革中建立企业法人制度》，《中国法学》1985年第1期，第21-30页。

[60] 蒋一苇、林凌、纪中：《论有中国特色的社会主义企业领导制度》，《中国工业经济学报》1985年第3期，第17-19页。更早的论证，可追溯到孙治方先生在国有企业建立独立核算制度的讨论。可以说是中国经济学者对效率的考虑最终引向法人人格的建立。

力,由此成为改革重点处理的问题。^[61]通过对法人人格的主张,法学和经济学者共同改变了立法者的看法。^[62]

除了法人人格立法之外,司法在企业财产成为担保企业债权的特定资产池这一过程中作用虽不明显,却值得研究者重视。尽管司法审判在1980年代的中国尚未成为企业解决经济方面纠纷的主要途径、在代表国家承担企业所有者角色的地方政府和企业之间产生财产纠纷的方面司法更是鲜见身影,司法审判机关的角色却不容忽视。例如,司法机关通过设定诉讼当事人的法人资格的条件,确立了政府和企业之间财产责任的界限。在最高法院发布的司法解释中,特别处理了联营、合伙在诉讼中由谁作为当事人的问题,同时在具体案件中司法机关明确了只有法人机构才能作为诉讼参与人独立承担责任。^[63]企业因此可以在经济生活中有占有和支配独立财产的可能性。相应地,对于那些继续以计划经济的方式对待企业的主管机关,企业也开始以保障法人财产权等说法来应对。^[64]

有立法、司法的支持和公共讨论的接受,法人制度的确立至今已无疑问,但域外观察者今天仍可看到法人人格的不明晰。日本学者川井伸一评论中国的法人人格制度,认为:“从企业组织来看,所有者财产与公司财产之间的区分十分暧昧,企业财产交易市场基本上没有形成。”^[65]这对当代中国立法决策者和民法学者应是一提醒:法学前辈开创的讨论空间,今天仍然有深化的可能,且深化法学学术讨论对制度变迁和经济转型仍有现实意义。

五、法人人格与个人权利

就企业是否有法人人格的问题而言,按照魏振瀛教授分析,经济法学者的主张意味着的一切经济活动都要继续受指令性计划管理。^[66]而民法学者的见解则意味着企业作为平等主体参加经济活动,而受计划指令内容将减少。^[67]经济法学者认为:中国改革的方向是国家继续承担对经济进行计划的职能,企业则需要服从计划;法律的作用是把国家和企业间这样的关系固定下来,以便双方各安其位,进而提高国家计划以及企业跟随国家计划进行生产效率。^[68]经济法强调国家计划,故而其基本原则是服从国家利益原则。民法学者认为,中国改革的方向是国家减少计划职能,更多地放开商品市场;民法的作用,就是促成企业之间平等地经济来往。民法强调商品经济,故而主张平等原则。针对经济法学者的主张,佟柔教授反驳道:“经济体制改革的实践已经承认企业是相对独立的商品生产者,承认生产资料是商品。……承认企业之间的联系就是平等、等价的商品关系。

[61] 肖冬连:《1978—1984年中国经济体制改革思路的演进——决策与实施》,《中国当代史研究》2004年第5期,第69页。

[62] 立法者最早认定国有企业这样的公有制组织不应有独立财产,见刘春茂:《陶希晋先生与新中国的法制建设——纪念陶希晋诞辰一百周年》,《比较法研究》2008年第2期,第138—145页。

[63] 见关于审理经济纠纷案件具体适用《民事诉讼法(试行)》的若干问题的解答(1987年7月21日发布)。

[64] 法人概念中强调企业财产独立性的意义,在此期间得到了政府官员的赞同和支持。例如国家经贸委官员在1985年撰文指出“大多数人认为,国有企业在所有权与经营管理权适当分离的情况下,法人制度是可行的。”见丁卫国:《什么是法人制度》,《经济管理》1985年第7期,第64页。

[65] 川井伸一译:《中国公司的历史性格:从法人的二重性观点来看》(中国の会社の歴史的性格:法人の二重性の視点から),娜鹤雅译,《日本当代中国研究2009》,早稻田大学现代中国研究所,2009年,东京。

[66] 经济法学者另一主要代表人物陶和谦也持同样观点,其理论和纵横统一论不尽相同。陶和谦先生认为,经济法调整的是部分的经济关系,是调整“国家机关、企业、事业单位和其他社会组织内部及其相互之间,以及它们与公民之间”的那部分经济关系。这种观点认为经济法仅调整“经济组织”参加的经济关系,而把只有公民参加的经济关系归于民法调整。见陶和谦主编:《经济法学》(高等学校法学教材),群众出版社1986年版。

[67] 佟柔等主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第5页。

[68] 潘静成教授、北京大学的杨紫煊教授、北京政法学院的徐杰教授等《法学研究》文章;吕润成:《论经济法同民法的联系与区别》,《社会科学》1982年第10期,第28—30页。

这样，横的平等和等价的关系怎样和纵向的行政隶属关系统一起来？”^{〔69〕}民法学者看到的中国改革方向，是国家计划的指令范围逐渐减小，商品经济逐渐发达，公民和企业逐渐都获得独立财产并得以自主自愿做出决定。^{〔70〕}

上述讨论，学者讨论的实质是参与一个于中国经济转型关系重大建言。学者之所以对法律调整对象有异议，关键在他们无法对下列问题达成一致：在个人和国家之外，是否可以出现一个受国家认可的法人主体，其成员的权利义务源泉可以在自治的意义上自行设定？这个问题当然和学者对个人权利与国家权力之间合理关系的认识直接关联。学者看似抽象的论述，处处关涉他们对个人基本权利和国家权力平衡的思考。尽管他们从未明言将围绕着法人人格出现的种种争议提升到宪法层面考量，他们的主张却实实在在不输任何宪法建言的份量。

而后法人概念的法律确认作为一项立法成就，除了弱化了原有的指令性计划管理之外，论战中逐渐清晰的个人权利主张也深刻地影响了当时的社会和后来的发展，甚至拓展到民法、经济法范围之外。在解释“法律面前人人平等”原则时，学者认为这里的“人”也包括法人在内，这就意味着“无论国家、集体或公民，只要是民事关系的主体，权利义务都应是平等的；当权力遭到破坏时，都应得到法律同等的保护”^{〔71〕}——这一理念在十多年后终于在《公司法》制定中终于得到了张扬，以所有制规定商业组织的制度被法律所废除；在合同法立法过程中，学者们通过十多年的努力，终于去掉了国家管制合同以及违反国家政策导致合同无效等条款；^{〔72〕}学者们以法人概念所内涵的独立性为依据呼吁将公司成立的审批制改为审核制终于在十几年后实现。在《民法通则》刚刚通过之后，立法机关立即着手进行保障个人权利不受政府侵犯的行政法立法工作。^{〔73〕}

四、结论：什么是法学家的贡献

兴起于20世纪六七十年代的“法律与发展”运动提出的基本问题是法律是否在经济发展方面发挥作用。^{〔74〕}面对中国的例子，在法律与发展领域的学者常常困惑是否可以总结这方面的经验。国外学者的困惑是，中国法律常常并未符合所谓“促进经济发展的法律”的标准，但中国的发展却毋庸置疑。这是否构成法律与发展理论的反例？本文认为，从中国的实践出发、不再以法律是否有对财

〔69〕 佟柔等主编：《民法概论》，第5页。转引自魏振瀛：《中国的民事立法与民法法典化》，《中外法学》1995年第3期，第1—10页。另见邹瑞安：《试论我国民法调整的对象——兼谈民事立法的改革》，《政治与法律》1982年第2期，第88—93页，转引自姚新华：《对近年来我国民法学研究的综述》，《政法论坛》1985年第2期，第67—72页。

〔70〕 佟柔：《关于经济法作为一门新兴法律学科的探讨》，载佟柔：《佟柔中国民法讲稿》，第106页。

〔71〕 张佩霖、江平：《试论调整经济关系的民事手段和行政手段》，《中国政法大学学报》1983年第1期，第68页。

〔72〕 见杨立新、张少锋：《关于制定统一合同法中的几个问题》，《河北法学》1996年第3期；梁慧星：《中国合同法起草过程中的争论点》，《法学》1996年第2期；王卫国：《论无效合同制度》，《法学研究》1995年第3期。

〔73〕 此项立法的宪法意义，是立法领导人一开始就非常清楚的。陶希晋向参与立法咨询工作的学者明言：“宪法规定的一些重大原则，都需要由行政法加以具体贯彻……”作为立法咨询学者负责人的江平教授，则是从一开始就参与民法典草案的主要学者之一。见张维伟：《陶希晋：新中国法制建设的时代先锋》，《中国人大》2012年第1期，第51—53页。

〔74〕 最早的研究者看到法律在发展中国家经济现代化过程中的作用是帮助建立新的制度，提出的方案是用法律的移植实现经济转型所必须的诸多政策条件，如建立关税制度、进行产业补贴等。上述研究所倡导的发展中国家的实践并未产生明显效果。受挫之后，法律与发展领域的学者认为失败是由于零打碎敲式的法律改革无法实现单个法律的目的，要想保证单个成功必须移植西方的法律体系。于是，在美国政府、国际组织、私人基金和其他组织的推动下，发展中国家尝试建立起西方式法律制度以促进发展。但这场运动同样遭遇失败。过去二十年中，受到新古典自由主义经济学思想的影响，法律与发展领域的学者强调对财产和合同权利的保护。但实践并未支持上述四项。近年来法律与发展运动离开了从理论出发的倾向，转而试图从中国、印度、巴西、俄罗斯、南非“金砖五国”经验中寻求突破。参见D. 楚贝克：《论当代美国的法律与发展运动》，《比较法研究》1990年第2、3期；近期在中国的讨论，参见冯玉军：《法律与发展的中国经验》国际研讨会综述》，《河南省政法管理干部学院学报》2008年第5期。

产和合同权利的保护对内容为标准来衡量成败、而是考察它对中国制度转型的作用,应对法律与发展的研究有新的推动。本文以法人人格制度的确立为例,探讨法律对中国的经济转型的作用、以及民法学者是如何在一个具体的历史语境中通过研讨抽象法律概念的方式参与政治决策、进而推动制度变迁的。从商业公司在中国的重生的例子来看,作为公司法核心制度特征之一的法人人格制度的确立居功至伟,法律学者在推动经济转型、进而促进经济发展方面的作用也不可或缺。^[75]

当代不少当代评论家认为法学家对推动中国经济转型毫无建树,一般的改革史论述甚至不提及法学家的作品。^[76]公共讨论中有学者断言中国法学的“幼稚”,^[77]至今仍被包括法学界接受。^[78]从事这“幼稚”法学研究的学者,自然不会中国经济发展有什么大的思考和作为,乃至被认为作为一个整体对中国几十年的改革实践“集体失语。”^[79]不少外国学者也接受这样的看法,以至对中国法学家群体心存芥蒂。例如,德沃金教授把中国的法律学者看作是“一批典型的机会主义分子——他们假装没有看到中国现实的人权状况;他们精通世故,只谈大而无当的抽象话题,小心翼翼地自我检索言论,以免惹恼政府;他们在外国人面前众口一词地对中国的前景表示乐观;他们甚至沾沾自喜地认为自己享有政府默许的特权——只要不出格,就比一般民众有更多的自由发牢骚。”^[80]

在和德沃金教授的讨论中,中国学者的回应是:法律学者往往“用抽象的语言表达了他们的现实关注,并且影响了法律的创制。”在面对国外学者的质疑时,方流芳教授指出:“关于行政复议的学术讨论催生了允许个人挑战行政决定的法律,而允许个人挑战一般性规则的法律正在酝酿之中;民法的学术讨论促成较为尊重个人财产和合同自由的《民法通则》、《合同法》;司法改革的讨论启动了全国统一的法律职业考试和法官队伍的专业化,等等。”^[81]方教授的回应提醒我们关注中国法律并不广为人知的一面:从中国1970年代末到1980年代中的民法和经济法论战的历史来看,法律学者对中国制度变迁、进而对经济转型有相当多的贡献。如果今日中国经济的繁荣可归因于大量商业组织的建立,考虑到后者只有在公司立法的起步后方始发生,应该说法律在中国经济社会的转型中发挥了导向性的作用。参与立法的法学家们为此贡献卓著——尽管这些功绩甚至在法学界也尚未广为人知——特别表现为他们不惧意识形态上的风险、引入法人概念推动决策者与原有计划经济体制决裂、并以法人概念支持新生的企业改革。

[75] 本文所言公司法采纳汉斯曼和克拉克曼教授的功能主义定义:公司法并不限于一部以公司法命名的法律,而是包含确立法人人格、有限责任、股东所有权、可转让股份和集中式管理等制度特征的相关立法。以公司法命名的法律包含上述制度特征,但这些制度特征也许在上述法律颁布之前已经得到确立。在这个意义上,1994年《公司法》颁布之前的《民法通则》和许多行政法规乃至地方法规都包含在公司法的范畴内。见 Henry Hansmann and Reinier Kraakman, The Essential Role of Organizational Law, Yale ICF Working Paper, No. 00-11 (2000).

[76] 回顾中国改革史的学者很少提及法律的作用。见吴敬琏、马国川:《从“吴市场”到“吴法治”(下)》,《读书》2008年第10期,第21页。

[77] 在1988年春召开的“两会”上,人民大学的戴逸先生提出了一个著名论断,叫作“哲学的贫困、历史学的危机、经济学的混乱、法学的幼稚。见齐海滨:《受教燕园——为沈宗灵老师执教50周年而作评》,载沈宗灵、罗玉中、张骥编:《法理学与比较法论集——沈宗灵学术思想暨当代法理学的改革与发展》,北京大学出版社1999年版,下,第1101页。

[78] 参见,例如,张文显、姚建宗、黄文艺、周永胜:《中国法理学二十年》,《法制与社会》1998年第5期,第1-12页;邓正来:《中国法学向何处去》,《政法论坛》2005卷第1期至第4期;张海斌:《“幼稚的法学”是否已成熟?——对法学研究若干问题的反思》,《社会科学论坛》2007年第12期,第74-77页;苏力:《发现中国的知识形态》,《学术思想评论(第四辑)》,辽宁大学出版社1998年版;周林彬:《从法学的不自足到法律经济学的推进——兼论法律经济学课程的设置》,《中山大学学报(社会科学版)》2005年第4期,第100-105页,第142-143页。

[79] 马光远:《反思改革:法学家集体失语》,载于北大法律网, http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=32396,最后访问日期:2014年10月25日。

[80] 方流芳:《如何认真地看待学术游戏——读德沃金访华报告有感》,载于中国民商法律网, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=60766>,最后访问日期:2014年10月25日。

[81] “用一般问题涵摄现实关注,用回避敏感问题的方式去解决敏感问题,这恐怕是许多中国知识分子今天正在做出的贡献。”见方流芳:《如何认真地看待学术游戏——读德沃金访华报告有感》。

当代人更应当看到的一点是: 1970年代末开始的民法与经济法的论战中, 民法学者们转向了一种法律形式主义的方法——区别于将法律看成党和国家的政策、或者认为法律不能独立于政策的法律工具主义观点。在对法人概念的研讨过程中, 民法学者主张法人是适应商品生产要求发展起来、经过了从罗马法以来几千年的发展而出现, 法人因而产生了一些固有特征, 这些必须反映在立法之中。^[82]换言之, 一旦把企业看作是法人, 法律必须保障企业的这些特征。保障企业的独立性与党和国家的政策关系并不大, 而是出于法人概念本身的要求。这与此前通行的法律工具主义大相径庭。^[83]这样的论证体现出鲜明的法律形式主义特征: 强调依据法律规则逻辑上的必然性来决定法律的适用, 而不是根据法律适用的效果来决定法律规则应该如何。与民法相比, 早期的经济法理论对法律工具主义似乎天生不能完全免疫。从经济法诞生之日起, 它的目的就是为将国家的计划指令贯彻到基层。^[84]但随着讨论的进行, 参与论战的主要经济法学者也清醒地认识到从法律工具主义之中挣脱出来的必要性, 并在论战后期及论战之后的法律研究中多有阐发。例如经济法学者对经济法作用进行论述, 认为经济法的作用是防止政企职责不分、企业成为国家机构的附属物, 而采纳经济法则意味着取代依靠“行政层级、行政区划、行政手段”对经济的调整。^[85]经济法学者的主张在这个意义上越来越和民法学者类似: 越来越多的经济法研究强调依靠法律、摆脱政策主导的观点, 如1989年一篇对经济法与民法论战回顾的文章所评论: “诚然, 现在的经济法制还不能有效地防止官僚主义和长官意志, 但它毕竟对人治经济起到了较好的遏制作用。”^[86]

在提出法律形式主义的论证方法上, 包括民法学者和经济法学者在内的法学界人士有共同主张之功。相当多的民法学者和经济法学者同时参与了民法和经济法研究和立法工作, 提出“经济行政法”等理论。以“经济审判”的名义出台的诸多经济法司法解释, 更对上述法律形式主义的主张提供了实践的支持。对法律工具主义的拒斥和对法律形式主义的运用让法学界第一次可以独立地就一个对中国现实影响巨大的理论问题进行公开辩论和商讨。^[87]论战双方尽管具体观点不一致, 但逐渐

[82] 这三个特征是: 1. 法人是社会组织; 2. 法人有独立财产; 3. 法人可独立参加民事活动。见佟柔:《佟柔中国民法讲稿》, 第154—156页。另参见赵炳霖:《经济体制改革与法人制度》,《上海社会科学院学术季刊》1985年第2期, 第84页。

[83] 1949年以来, 法律工具主义在中国大行其道: 法律一直被看作是国家政策的工具, 没有任何独立存在的意义。认为法律有独立作用的民法学研究和法学家们都受到了批判。从1959年起, 作为法学教育专业基础课的“民法学”, 改称“民事政策学”, 民法学科自此名存实亡。民法学家谢怀栻先生就是因为1957年发表主张“不能以政策代替法律”而被划成右派, 在牢狱中度过了二十一年。见梁慧星、孙宪忠《君子之风, 山高水长——追忆我们的老师谢怀栻教授》, 载于中国民商法律网, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=12749>, 最后访问日期: 2014年10月24日。

[84] 时任中国经济法学会会长的顾明先生指出, 经济法立法的意义在于可以“平衡全国各个部门之间的利益, 利用法律手段来管理经济活动。”而经济法立法的步骤, 则需要“根据国民经济调整的需要, 区别轻重缓急, 有计划、分步骤地进行。”国务院副总理谷牧在经济法研究会成立大会上的讲话中, 论及经济法在中国的意义时明言: “五年多时间里, 国家制定、颁布了一大批经济法规, 对于保证党在新时期的路线、方针、政策的贯彻, 保障社会主义现代化建设的顺利进行, 发挥了重要作用。”见顾明:《当前经济法制工作理论和实践的若干问题》,《政治与法律》, 1983年第3期, 第83页; 谷牧:《在中国经济法研究会成立大会上的讲话(摘要)》,《法学评论》1984年第4期, 第1页。

[85] 席月民:《中国经济法基础理论的变革与创新》, 载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛》(第8卷), 群众出版社2011年版, 第3—24页。

[86] 孙皓晖、马晓琳、廖德功、杨春平、黄志正:《经济法民法学派之争的历史启示》,《中外法学》1989年第1期, 第15—19页。

[87] 法律形式主义不仅限于论战初始的关于调整对象的讨论。王利明教授和梁慧星教授在论战的过程中对经济法提出了“经济行政法”的定性同样是法律形式主义的应用。“经济行政法”的定性, 将具体部门法的论战放进了公法和私法划分的法理学语境中, 让公法学者有机会了解论战和参与讨论。见王利明:《经济行政法论》, 1984年硕士论文(中国人民大学); 王利明《关于经济法的几个基本问题》,《中国社会科学》1984年04期, 第123—132页; 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》, 中国政法大学出版社, 1986年12月版。关于经济行政法, 参见方昕、张新宝:《经济行政法与综合法律调整体制》,《法学研究》1987年第1期, 第93—96页。

地将对法律工具主义的排斥和对法律形式主义的肯认当成了共同的追求。^[88]初生的法律形式主义为中国的法律学者带来了希望。尽管立法、司法仍然无法完全排除政策的干预,^[89]学者们清楚地知道法律形式主义本身蕴含着超出当时立法的意义。晚近有学者描述八十年代法学理论的变迁,认为法律形式主义的兴起代表了从“强调法律背后的阶级统治和国家暴力之类的政治要素,强调法律服务于政治统治的工具性特征”转向“强调法律自身的内在特性”,总体而言构成了“对马克思主义法理学的遗忘、抛弃甚至反叛”。^[90]这些描述固然不无偏颇,却难掩民法学者推动法律形式主义兴起之功。对于佟柔、谢怀栻等老一辈法学家而言,尽管他们倡导的是看似如自然科学一般与政治无涉的法律形式主义、使用的语言是抽象的法律术语,但他们参与立法讨论并非无涉民生的象牙塔中的学术,而是坚定的政治行动。作为政治参与者,他们行为果敢、目的明确。他们的目的,是彻底改变无视人的尊严、将人看作实现国家计划手段的体制。他们曾深受计划体制及其政治之害,故而冒着与主流意识形态为敌的风险,毅然决然与这个庞然大物争战。^[91]他们的政治行动的结果,是诸如确立法人制度这样影响巨大的制度变迁进而推动经济发展。

抚今追昔,今人应知“法学幼稚”的批评,绝不应落在参与论战并敢于行动的民法学者的头上。^[92]他们深知这些抽象理论对中国的意义,只是不便在公众面前一一明言:倘若把这些术语带来的政治改变都交代清楚,在仍然敏感的政治环境下以法律改善社会的努力恐付诸东流。中国法学家参与政治的方式,借昂格尔教授对古典法律思想的评价,是“高贵而必要的谎言”——在社会没有激烈改良的可能时,它承诺了“适度而现实的进步”。^[93]

(责任编辑 陈夏红)

[88] 随着民法对经济法论战的进行,民法学理论中的法律形式主义得到了广泛的传播,这逐渐在中国培育起一种将法学研究看作科学的观点。随着1980年代台湾民法学书籍不断被引入中国,德国的概念法学理论逐渐成为民法研究的主流。德国的概念法学源自潘德克吞学派的罗马法研究基础之上。以萨维尼为代表的潘德克吞学派认为,罗马法的最大的特征在于其逻辑的严密和规范的整全。潘德克吞学派致力于从罗马法中发现高度的理性化的概念体系。其结果,就是法学研究越来越被看作是自然科学研究。中国学者在消化德国理论的过程里,也逐渐发展出概念体系式的法律方法,体现在中国民法教科书的体系编排上。见王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》,中国政法大学出版社,1988年。

[89] 当然,尽管民法学者在论战中的胜利体现了“党的政策大于法律”的法律工具主义的挫败,民事立法却仍然无法完全排除政策的干预。换言之,取得了胜利的法律形式主义面对政策对法律的要求仍然必须屈服。例如,《民法通则》规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策”;在法人成立,按照《民法通则》规定,必须经过国家机关批准;合同不仅要经过国家机关审批,如其违反国家政策,还会导致合同无效。

[90] 在强世功教授的回顾中,法律形式主义的论证直接体现在权利概念及与之相关的法律推理。见强世功:《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思》,《中国社会科学》2005年第1期。

[91] 例如,江平教授认为佟柔先生贡献是在一个市场经济改革远未成为改革共识的条件下,“能够把民法基本原则定位于国际基本通行的原则,能够把民法的体系和框架定位于市场经济的权利关系”。见江平:《新中国民法的发展与佟柔先生》,载《佟柔文集》,中国政法大学出版社1996年版,第397页。

[92] 孙沛成博士总结佟柔先生法律思想时,谈到他的思考着眼于解决制度问题。佟柔先生出身于旧式士大夫家庭,有传统知识分子对“道”的关怀。孙沛成博士写道:“在他的眼中,这个‘道’是全方位的,既包括经济制度,还包括政治制度和法律制度,既有制度转型也有观念更新。权利观念、商品经济、民主政治和法治与宪政是其现代化模式的有机的体系,当然还不能放弃他美好的共产主义理想。”见孙沛成:《崩溃与重建——佟柔民法思想的形成及演变》,中国人民大学博士学位论文(杨立新教授指导),人民大学图书馆藏,第191页。

[93] 昂格尔:《法律分析应当为何?》,李诚予译,强世功校,中国政法大学出版社2004年版,第77-78页。