

# 产权变迁、行政诉讼与科层监控

## 以“侵犯企业经营自主权”诉讼为切入

卢超\*

**摘要** 基于经济分权与市场转轨的特定背景,上世纪80年代末《行政诉讼法》的诞生部分程度上源自中央控制地方官僚、顺利实现市场转轨的制度性需求,这种特征最明显体现在“侵犯企业经营自主权”的行政诉讼案件中,通过对“侵犯企业经营自主权”行政诉讼司法政策与司法判例的微观考察,不难发现,行政诉讼在纠正地方基层政府干涉辖区内集体企业、私营企业经营自主权事项上,起到了一定的拘束监控作用。从产权变迁的角度而言,尽管相关证据表明,与其他制度因素相比,行政诉讼在产权变迁流程中并未起到主导作用,但行政诉讼司法实践却一定程度上体现了中央意图借助行政诉讼工具来拘束“法团化”的地方政府,推动地方层面上关系产权、混合产权向现代产权转型的国家意志。

**关键词** 经营自主权 混合产权 行政诉讼 科层监控

### 一、经济分权下的科层监控需求:行政诉讼的另一种解释路径

从行政诉讼立法史的角度而言,早在正式的《行政诉讼法》颁布之前,1982年《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定:“法律规定由人民法院受理的行政案件,适用本法规定。”据此,诸多法律中开始规定人民法院可以受理有关行政诉讼的案件,

\* 中国社科院法学所助理研究员。感谢清华大学法学院何海波教授对初稿提出的极为深刻的批评意见,尤其感谢南开大学法学院宋华琳副教授与华东政法大学陈越峰副研究员慷慨提供了大量原始文献与相关判例材料,同时感谢上海交通大学朱芒教授主持的“都市法读书会”上诸位师友对文章的批评建议。在此一并感谢,当然文责一概自负。

在当时行政诉讼的审理是由民事审判庭和经济审判庭分别审理,因此,1982年可以视为行政诉讼的历史渊藪。为了满足行政审判专业化的需求,从1986年下半年开始,诸多地方法院相继设立专门的行政审判庭,由其专门负责审理行政案件。<sup>〔1〕</sup>在《行政诉讼法》1990年施行前夕,行政审判工作进入了新的发展高潮,最高人民法院和一些高级人民法院开展了行政审判的试点工作,许多法院结合行政审判,积极宣传行政诉讼法和行政法知识,为行政诉讼法的实施作了大量准备工作。<sup>〔2〕</sup>在此期间,通过《行政诉讼法》地方试点的方式,积累了大量的地方审判经验,<sup>〔3〕</sup>同时借助群众宣传动员的传统模式,通过广泛的普法活动,实现了普通公众对《行政诉讼法》的认同感。<sup>〔4〕</sup>到1990年10月1日《行政诉讼法》正式实施之后,30个高级人民法院全部建立了行政审判庭,90%以上的中级人民法院和基层人民法院均设立了行政审判庭。<sup>〔5〕</sup>从外观上来看,从中央到地方基层,行政审判所需的制度因素似乎在上世纪80年代中后期历经改革渐次实现。然而,从制度史的角度观察,一个疑问是,行政诉讼为何产生于上世纪80年代?何种社会结构变迁因素引发了对于行政诉讼的制度性需求?行政诉讼的出现与1978年之后的经济分权与市场转轨存在何种关联?这些问题似乎一直游离于规范法学的视野之外。

从立法史的角度而言,十一届三中全会后,国家推行了政治经济体制改革和对外开放的政策,在这种客观形势的要求下,《行政诉讼法》应运而生。作为政治经济体制改革背景下的产物,<sup>〔6〕</sup>通过对早期立法史材料的简单耙梳,不难发现,行政诉讼制度背后反

---

〔1〕 有关行政诉讼早期史,参见何海波:《法治的脚步声——中国行政法大事记(1978—2004)》,中国政法大学出版社2005年版;何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2011年版,页15—16;马怀德主编:《行政诉讼制度的发展历程》,北京大学出版社2009年版,页1—101;应松年、袁曙宏主编:《走向法治政府——依法行政理论研究与实证调查》,法律出版社2001年版,页463—476;皮纯协:“行政诉讼法的诞生及其实施”,《群言》1995年第4期。

〔2〕 详见任建新:《最高人民法院工作报告》,第七届全国人民代表大会第三次会议,1990年3月29日。

〔3〕 “在行政诉讼法实施前,最高人民法院选择若干人民法院进行试点,为1990年10月1日全面贯彻行政诉讼法创造条件,积累经验,这是全国人大法律委员会,全国人大常委会法制工作委员会的要求。各试点法院应当将试点工作计划报同级人大常委会备案,以取得权力机关的支持。”详见《最高人民法院关于〈中华人民共和国行政诉讼法〉实施前行政审判试点工作中几个问题的答复》,法(行)函(1989)73号,1989年11月20日。

〔4〕 群众宣传的动员实践,可见《中宣部、司法部关于组织干部群众认真学习〈中华人民共和国行政诉讼法〉的通知》,1989年4月27日,中宣通[1989]14号、(89)司发宣字第097号(现已失效);《司法部在宣传行政诉讼法时应当全面宣传的通知》,1990年11月26日,司发[1990]220号(现已失效)。

〔5〕 统计数字可见任建新:《最高人民法院工作报告》,第七届全国人民代表大会第四次会议,1991年4月3日。

〔6〕 韦宗、阿江:“行政诉讼立法要论”,《中国法学》1988年第6期;应松年、袁曙宏主编:《走向法治政府——依法行政理论研究与实证调查》,法律出版社2001年版。

映了国家—社会之间的渐次分离对峙，〔7〕体现了社会主义民主法治精神，〔8〕以及对公民基本权利的救济保障功能。〔9〕从立法目的上考察，在立法过程中亦存在权益救济说〔10〕与行政法治监督说〔11〕两种观点，尽管两种价值目的并不相互排斥，但对于其两者间优先顺序却存在不同的认识。〔12〕直到《行政诉讼法》第1条的规定，将两种价值判断融涵一起，并赋予其法定规范效力。〔13〕

本文并不意图颠覆或者否定传统上的关于行政诉讼立法目的的解读，不可否认的是，从国家—社会的分离视角与权利保障的纬度，来考察行政诉讼立法目的，这具有学术上的天然正当性，并且也获得了立法史的充分佐证，更何况权益救济说与行政法治监督说已然通过《行政诉讼法》第1条的规定，获得了法定规范拘束力。然而，本文仅仅试图从另外一种社会科学的角度切入，从经济分权改革与市场变迁的路径出发，以一种国家中心主义的视角，来观察行政诉讼在其中所起到的科层监控、拘束地方政府的制度功能。从市场改革、经济分权的角度观察，始于20世纪80—90年代、以经济权力下放为特征之一的经济体制改革，首先体现在地方政府获得了原本属于中央政府计划控制的经济管理权，其次，在财政分权改革方面，1980年到1993年底的财政包干制使得地方政府拥有财政自治权，从而将其财政状况与当地经济发展联系起来。随着经济分权与市场因素的增强，地方政府逐步增强为一股重要的政治力量，原本计划体

〔7〕 陈端洪：“对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路”，《中外法学》1995年第4期。

〔8〕 详见蒋朝阳整理：“民主和法制建设的重要步骤——行政诉讼法座谈会记述”，《中外法学》1989年第3期；雷华锋：“民主政治建设和法制建设的一个重要步骤——浅析《中华人民共和国行政诉讼法》”，《探索》1989年第5期；王名扬：“我国行政诉讼立法的几个问题”，《法学杂志》1989年第1期；项淳一：“中国行政诉讼法的特点和重要作用”，《中外法学》1989年第4期。

〔9〕 崔卓兰：“公民本位：我国行政诉讼法的目的”，《法学》1989年第3期。

〔10〕 譬如，可详见蒋朝阳，见前注〔8〕，其中龚祥瑞教授的观点。

〔11〕 “行政诉讼固然也有解决行政纠纷、实施权利救济的性质，但其根本性质在于，国家司法机关根据宪法和法律的授权，通过审理行政案件的形式，对国家行政机关行使职权的一种司法监督和制约。”详见费宗祯、江必新：“建立我国行政诉讼制度的若干问题”，《法学季刊》1987年第4期；以及张尚鷟先生亦认为，“建立行政诉讼制度的目的，主要是要求在国家行政机关内部实施行政监督的基础上，进一步运用法院审判行政案件，对各级政府以及各级国家公务员的各种行政管理活动从司法的角度来进行监督，以便有效地保障其在实施行政管理活动过程中，严格依法行政。”可见张尚鷟：“试论我国的行政诉讼制度和行政诉讼法”，《中国法学》1989年第1期。

〔12〕 譬如有学者认为，“制定行政诉讼法的指导思想，主要应着眼于保护公民的民主权利与其他合法权益，同时也应考虑到支持国家行政机关依法行使职权。”详见王礼明：“对行政诉讼法的几点建议”，《法学》1986年第12期；另外则有观点认为，“行政诉讼法只存在唯一目的，便在于维护公民合法权益。”可见张树义：“《行政诉讼法（草案）》若干争论问题再思考”，《法学》1989年第3期。

〔13〕 《行政诉讼法》第一条，“为保证人民法院正确、及时审理行政案件，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权，根据宪法制定本法。”关于该条款中体现的“权利救济说”、“纠纷解决说”与“行政法治监督说”等几种学说的评判，可详见杨伟东：“行政诉讼目的探讨”，《国家行政学院学报》2004年第3期；杨伟东：《权力结构中的行政诉讼》，北京大学出版社2008年版，页71—80。

制下上令下行的中央—地方—统模式已经不复存在。<sup>[14]</sup>同时,市场分配因素自1978年之后进入到旧有的政治系统后并没有发展成为独立的制度因素,更没有改变传统的政治分配机制,市场的发展更多受控于地方政府的斡旋。<sup>[15]</sup>因此,国家—市场的分野在当时却更多体现为中央—地方间的科层利益摩擦。上世纪80年代诸多与市场经济相关的私法与公法规范的颁布,<sup>[16]</sup>均旨在保护新兴市场实现经济转轨,减少地方政府对市场的不当干预,尤其《行政诉讼法》的颁布在某种程度上也间接体现了这一制度目标。时任国务院法制局局长的孙琬钟在一次官方讲话中,也透露了行政诉讼在监控拘束地方政府方面所欲实现的制度功能:“各级政府承担着稳定经济、维护社会安定局面的艰巨任务,需要运用各种手段和措施来完成这些任务,但无论是运用经济手段还是行政手段,都要以法律为依据,都要符合人民的意志。”<sup>[17]</sup>

相对于权利保障说、法治监督说<sup>[18]</sup>等传统的理论解释,从中央—地方关系的视角切入,以科层治理的需要来解释行政诉讼法的产生与发展,这种社会科学的解释路径一直并未得到多少重视与关注。转轨体制模式下行政诉讼的一个重要目的在于实现科层监控的需要,对此其实不乏大量的学说理论,譬如,汤姆·金斯伯格(Tom Ginsburg)便认为:“权威体制下赋予司法以更强权威与自主性的重要原因,一方面在于增强市场的可预测性,以此减少政府的不当干预而促成经济增长;另外一方面,更为重要的原因则在于,通过司法机制实现对地方科层官僚的监控,以此实现对地方官僚越轨行为之纠偏。”<sup>[19]</sup>

[14] 有关经济分权对中央—地方关系的重塑,可见 Susan Shirk, *The Political Logic of Economic Reform in China*, University of California Press, 1993; Zheng Yongnian, *De Facto Federalism in China: Reforms and Dynamics of Central Local Relations*, World Scientific Publishing, 2007; Dali Yang, *Beyond Beijing: Liberalization and the Regions in China*, New York: Routledge, 1997; Richard Baum, Alexei Shevchenko, “The State of the State”, in Merle Goldman, Roderick MacFarquhar, ed., *The Paradox of China's Post-Mao Reforms*, Harvard University Press, 1999, pp.333-360.

[15] 最明显的便是“地方政府统合主义”的理论阐释,详见后文第三章更为详细的分析。

[16] 具体可见 Linda Yueh, *Enterprising China: Business, Economic and Legal Development Since 1979*, Oxford University Press, 2011, pp. 9-55; Donald Clark, Peter Murrell, Susan Whiting:“法律在中国经济发展中的作用”,载劳伦·勃兰特、托马斯·罗斯基:《伟大的中国经济转型》,方颖、赵扬等译,格致出版社、上海人民出版社2009版,页319-361。

[17] 孙琬钟:“提高认识转变观念,认真做好行政诉讼法施行前的准备工作——在行政诉讼法研讨会上的讲话”(1989年12月11日),载《中国法律年鉴(1990)》,中国法律年鉴社1990年版,页827-830。

[18] 尽管在某种程度上而言,“科层监控理论”类似于“法治监督说”,但两者仍然存在区别,首先,法治监督说(或者称之为“行政法治维持说”)仍然属于法教义学的规范解释路径,那么科层监控说更多是一种社科路径的解释方法;其次,法治监督说强调的是,国家权力在横向层面的分割,通过司法权实现对行政权的拘束,而科层监控说强调的则是,经济分权背景下中央借助行政诉讼制度实现对地方的控制,是国家权力在纵向层面的拘束控制;最后,相比较法治监督说,科层监控理论的解释范围明显较窄,较为适用于解释特定时期以及特定类型的行政诉讼实践。

[19] Tom Ginsburg, “Judicial Independence in East Asia: Lessons for China”, in Randall Peerenboom ed., *Judicial Independence in China: Lessons from Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, 2010, pp. 249-250.

同样,在皮文睿(Randall Peerenboom)看来,“基于经济分权导致的中央—地方政府的代理关系,中国行政诉讼体制的制度目标便主要在于通过司法机制来代替中央拘束地方官僚。”<sup>[20]</sup>一个类似的观点也可见贺欣,在他看来,当代中国行政法的发展根源自经济分权之后,中央监控地方政府的制度性需求。<sup>[21]</sup>相对于传统的权利保障说,行政诉讼法的科层监控理论不拘泥于传统的国家—社会的传统研究范式,而是将传统权利保障理论中被虚置化、模糊化了的“国家”概念,重新予以微观定量,以国家中心主义的视角来微观考察不同科层政府间,在行政诉讼起点以及制度运作中的动态博弈。当然,笔者并不认为,这种科层监控的理论路径就能取代权利保障说、国家—社会研究范式的核心地位,况且从现有的立法史材料来看,科层监控作为单独的一项立法目的,证据并不明显,更多还是起到行政诉讼的一种客观制度效果。但需要指出的是,科层监控理论的相对优势却在于,能够将国家—社会范式下相对模糊化了的“国家”,重新予以厘定,发现国家内部不同科层之间复杂的利害平衡;另外,对于那些涉及转型经济的行政诉讼案件类型,科层监控理论相比权利保障学说,更能解读揭示出市场主体从国家中萌生脱嵌,到地方政府统合主义的庇护,再到获得完全市场地位的复杂历程中,针对基层地方政府的政策变迁,行政诉讼所起到的拘束功能。

因此,基于特定转轨经济的历史背景,从科层监控理论的视角来看,上世纪80年代后期《行政诉讼法》的诞生一定程度上部分源自经济分权、市场转型的制度性需求,由于1978年之后市场的发展一直受控于地方政府的主导,中央政府需要借助特定法律装置来拘束地方政府对市场主体过度的侵涉介入,<sup>[22]</sup>防止地方政府的经济政策逐步偏离中央控制。《行政诉讼

---

[20] Randall Peerenboom, “More Laws, Less Courts, Legalized Governance, Judicialization, and De-judicialization in China”, in Tom Ginsburg and Albert H. Y. Chen ed., *Administrative Law and Governance in Asia: Comparative Perspectives*, Routledge, 2009, pp.186—189.

[21] 详见贺欣:“作为政治控制机制之一的行政法——当代中国行政法的政治学解读”,载《法哲学与法社会学论丛》2005年卷(总第8期)。同样,皮文睿与贺欣都清醒地指出,行政诉讼仅仅是拘束地方官僚的诸多机制之一,而且甚至并非是很有效的机制,官僚晋升体制、党内监控方式等等手段往往效果更为显著。有关经济分权背景下,晋升机制对地方官僚的拘束机制,详细分析可见 Pierre F. Landry, *Decentralized Authoritarianism in China: The Communist's Party's Control of Local Elites in Post-Mao Era*, Cambridge University Press, 2008; Barry J. Naughton, Dali Yang, *Holding China Together: Diversity and National Integration in The Post-Deng Era*, Cambridge University Press, 2008, pp.1—148; Huang Yasheng, “Administrative Monitoring in China”, 143 *The China Quarterly*. 828—843(1995).

[22] 譬如,张树义教授便认为“我国当前提出建立行政诉讼的任务,与经济体制改革的特定背景有着很大关系,经济体制改革的成功与否相当程度上取决于商品生产者独立地位的确定,为了经济体制改革的成功,通过行政诉讼制度来实现和保障商品生产者的独立地位势在必行。”详见张树义:“我国行政诉讼制度刍议”,《政治学研究》1987年第4期;从经济体制、市场改革的观察视角,同样类似的观点,可见朱维究:“我国应当建立独立的行政诉讼制度——兼论民事诉讼与行政诉讼的关系”,《政法论坛》1987年第3期。

法》的这一制度目标直接体现于第 11 条有关受案范围的规定，<sup>[23]</sup>尤其是其中“侵犯企业经营自主权”的条款最为明显的体现出转轨经济的时代特征，以及国家希冀通过行政诉讼监控地方政府、实现市场经济转型的制度目标。<sup>[24]</sup>

## 二、行政诉讼中的经营自主权：法定构造与司法实践

《行政诉讼法》第 11 条第 3 款有关受案范围的规定，以法定的方式将“侵犯企业经营自主权”的行为纳入了该法的调整视野。然而，何为“经营自主权”却并非那么清晰可辨。与一般的财产性权利不同的是，经营自主权概念无法用古典经济学的权利概念来厘定，只有将其置于市场逐步脱嵌出国家的转轨时代坐标下，<sup>[25]</sup>才能明晰经营自主权的真正内涵。在当时官方讲话中经营自主权被大概界定为“主要包括生产计划权、产品销售权、固定资产依法处分权、拒绝摊派权以及工资、奖金、机构设置等方面的权利”。<sup>[26]</sup>按照 1988 年 4 月 13 日通过的《全民所有制工业企业法》和 1992 年国务院制定的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》的规定，国有企业经营权是指企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利，具体可划分为企业享有经营决策权、产品和劳务定价权、产品销售权、物资采购权、进出口权、投资决策权、留用资金支配权、资产处置权、联营或者兼并权、劳动用工权、人事管理权、工资和奖金分配权、内部机构设置权、拒绝摊派权。《全民所有制工业企业法》第 58 条规定：“任何机关和单位不得侵犯企业依法享有的经营管理自主权；不得向企业摊派人力、物力、财力；不得要求企业设置机构或者规定机构的编制人数。”同样，《城镇集体所有制企业条例》、《乡村集体所有制企业条例》以及《乡镇企业法》中对于企业经营自主权的界定也与之基本类似。

从企业经营自主权的繁杂内容也不难看出，1980—90 年代末的企业经营自主权与其说是一种财产权利构造，不如视为一种经济过渡期的政治宣誓。<sup>[27]</sup>国家通过经营自主权的创设旨在表明从计划体制向市场分配模式转轨的制度目标，在此期间中行政诉讼发挥主要功能便是服务于市场转轨的历史进程，通过企业经营自主权的司法裁判来拘束地方政府对市场的侵入干涉。1992 年 7 月 23 日国务院发布的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》第 22 条规定：“企业经营权受法律保护，任何部门、单位和个人不得干预和侵犯。对于非法干预和侵犯

[23] 第 11 条受案范围规定中的(一)、(三)、(四)款直接与市场经济的出现息息相关。有关行政诉讼受案范围的一个变迁史研究，可见何海波：“行政诉讼受案范围：一页司法权的实践史(1990—2000)”，载《北大法律评论》第 4 卷第 2 辑(2001 年)。

[24] 杨克佃：“行政诉讼在市场经济中的作用”，《人民司法》1995 年第 10 期。

[25] Barry Naughton, *Growing Out of The Plan: Chinese Economic Reform, 1978—1993*, Cambridge University Press, 1996.

[26] 孙琬钟，见前注[17]，页 827—830。

[27] 有关经营自主权法律规范的一个详细梳理，可见林鸿潮、栗燕杰：“经营自主权在我国的公法确认与保障——以改革开放三十年为中心的考察”，《云南行政学院学报》2009 年第 3 期。

企业经营权的行为,企业有权向政府和政府有关部门申诉、举报,或者向人民法院起诉。”不仅如此,最高院也以文件与复函的形式强调了行政诉讼在保障国有企业经营自主权的重要作用,1993年最高人民法院专门以通知的形式,要求“各级人民法院要组织审判干部结合学习十四大文件和八届人大一次会议有关文件,认真学习《全民所有制工业企业转换经营机制条例》和中发〔1992〕12号文件,解放思想,提高认识,通过审判活动,积极保障和促进企业转换经营机制;……对侵犯企业生产经营决策权、产品销售权、投资决策权等案件,要依法受理,切实保障企业的经营自主权;对企业在改革中发生的承包经营合同纠纷,试行股份制中发生的纠纷,企业联营、兼并中发生的纠纷等,起诉到人民法院的,要依法立案,及时审理。”〔28〕1994年最高人民法院所作的一个复函中认定:“当事人对行政机关强行作出的关于全民所有制工业企业分立的决定不服,依法向人民法院提起行政诉讼的,人民法院应作为‘侵犯法律规定的经营自主权的’行政案件受理。”〔29〕

对于企业经营自主权行政诉讼案件的强调,也反映在上世纪90年代历年的《最高人民法院工作报告》中,譬如1993年《最高人民法院工作报告》中便总结:“人民法院在过去五年期间(1989—1993),通过对侵犯企业生产经营决策权、产品销售权、投资决策权等案件的审理,制止侵犯企业经营自主权的违法行政行为,促进国有企业特别是大中型企业经营机制的转换。”〔30〕1994年的《最高人民法院工作报告》亦指出:“94年人民法院行政审判工作着重抓了有关企业转换经营机制和加重农民负担的行政案件,通过审理企业在转换经营机制中出现的行政案件,对向企业乱集资、乱摊派、乱收费、侵犯企业经营自主权的违法行为,依法予以制止和纠正。”〔31〕1995年《最高人民法院工作报告》则直接表明:“95年经济体制改革的任务,是以深化国有企业改革为重点,巩固和完善宏观管理体制改革的措施,实现国民经济持续、快速、健康发展。人民法院要运用司法手段,处理好与深化企业改革有关的案件,促进现代企业制度的建立。”〔32〕

不仅如此,从1992年开始直到2000年,历年人民法院审判工作回顾中,行政审判部分均十分刻意强调企业转换经营机制案件的审理,将其作为行政诉讼审判工作的首要核心事项,譬如:

1993年期间,人民法院主要对侵犯企业生产经营决策权、产品销售权、投资决策权等行政案件和企业根据国家产业政策导向调整生产经营范围变更登记而引起的行政案件,

〔28〕《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用保障和促进全民所有制工业企业转换经营机制的通知》,法发〔1993〕13号。

〔29〕《最高人民法院关于当事人对行政机关作出的全民所有制工业企业分离的决定不服提起诉讼,人民法院应作为何种行政案件受理问题的复函》,法函〔1994〕34号,1994年6月27日。

〔30〕任建新:《最高人民法院工作报告》,第八届全国人民代表大会第一次会议,1993年3月22日。

〔31〕任建新:《最高人民法院工作报告》,第八届全国人民代表大会第二次会议,1994年3月15日。

〔32〕任建新:《最高人民法院工作报告》,第八届全国人民代表大会第三次会议,1995年3月13日。

依法及时审理,正确裁判。通过审理企业在转换经营机制中出现的行政案件,对企业乱集资、乱摊派、乱收费、侵犯企业经营自主权的违法行为,依法予以制止和纠正,切实保障企业的经营自主权,维护企业合法权益,积极促进和保障企业转化经营机制。<sup>[33]</sup>

.....

1998年间,全国法院着重处理好有关侵犯企业经营自主权的行政案件,依法保障、促进政府改变职能,即维护政府的监督权、调控权以及国家作为资产所有者的合法权益,又监督、纠正行政机关不当干预经济活动、侵犯企业经营自主权的行为,依法保护企业的生产经营自主权,促进现代企业制度的建立,规范政府和企业的行为,实现政企分开。<sup>[34]</sup>

以1994年12月全国11省市司法代表在上海专门召开的审理“侵犯经营自主权案件座谈会”为标志,<sup>[35]</sup>审理侵犯经济自主权案件在1993—1998年间成为行政司法审判中的核心议题之一。一方面,从最高院司法政策角度来看,似乎鼓励地方法院积极受理经营自主权的行政案件,时任最高人民法院行政庭庭长的黄杰强调指出:“必须将‘解放思想’用于受理侵犯经营自主权案件,各级法院一定要积极大胆,而不能等待观望,对于确实一时拿不准的问题,不应当简单拒之门外。”<sup>[36]</sup>然而实际情况却是,尽管地方政府侵犯经营自主权的现象极其普遍,但实践中地方法院实际受理的相关案件数量却不多,以上海为例,从《行政诉讼法》实施至1994年年底,上海市各级人民法院立案审理涉及侵犯经营自主权案件仅50件,结案49件;<sup>[37]</sup>另一方面,司法政策对审理侵犯经营自主权案件的宣传,更多集中于国有企业转制中的侵犯自主权现象,然而在实践中,真正借助行政诉讼来维护自身经营自主权的,却大部分是地方集体企业与私营企业(很多是实际上为私企的红帽子企业)。以北京市为例,自行政诉讼法实施至1999年年底,北京市各级人民法院受理涉及企业经营自主权行政诉讼案件90余件,其中从诉讼主体来看,集体企业与企业原法定代表人起诉的约占70%左右。<sup>[38]</sup>实践中反映出的悖论便是,尽管上世纪90年代最高院在司法政策上强调借助司法审判来加强对国有企业经营自主权的维护,然而实践中地方法院受理涉及国有企业经营自主权的案件却十分罕见。<sup>[39]</sup>司法政策与司法实践运作之间体现出的重大差异,其原因在于:首先,国有企业负责人任免争议倾向于被排除行政诉讼之外,最高人民法院1991年的一个批复中明确指出:“根据《全民所有制工业

[33] 《中国法律年鉴》,中国法律年鉴社1994年版,页100。

[34] 《中国法律年鉴》,中国法律年鉴社1999年版,页118—119。

[35] 有关该次探讨会的介绍,详见梁立新:“审理侵犯经营自主权行政案件的有关问题”,《法律适用》1995年第6期。

[36] 转引自孟天:“用行政审判保护经营自主权”,《人民司法》1995年第1期。

[37] 上海市高级人民法院行政庭:“审理侵犯经营自主权行政案件的几点做法”,《人民司法》1995年第1期。

[38] 相关数据详见朱世宽:“对审理经营自主权行政案件的情况调查”,《人民司法》2000年第4期。

[39] 在当时诸多学者已经注意到这一现象,譬如,方世荣、张泽想:“关于行政诉讼对保护国有企业经营权的几个问题探讨”,《中国法学》1993年第2期。



企业承包经营责任制暂行条例》的规定,国有企业经营者因政府有关部门免去或变更其厂长(经理)职务而向人民法院起诉,要求继续担任厂长(经理)的,属于人事任免争议,人民法院不予受理。”<sup>[40]</sup>人事任免争议的排除使得实践中大量经营自主权争议无法进入行政诉讼;其次,从条块关系的视角来看,国有企业(尤其较大的企业)受到地方政府的控制远远小于集体以及私营企业,国有企业的市场转轨困境似乎并非主要源自地方政府的恣意干涉,从理论上讲,中央完全可以通过人事任免手段控制国有企业的市场转制,因此,并不十分迫切需要通过行政诉讼的方式来防止地方政府对企业经营权的干涉;<sup>[41]</sup>最后,相比较集体与私营企业,国企负担着的就业、住房等种种附加社会保障功能,使得市场方向的改革极易引发大规模的工人抗争行为,<sup>[42]</sup>此类典型的多中心议题远远超出了行政诉讼的制度能力,因此基层法院必然会选择性的将此类案件尽可能排除出受案范围之外。<sup>[43]</sup>实际上,最高院的司法政策也悄然发生变化,2000年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》中再次提到企业经营自主权的内容时仅针对非国有企业,<sup>[44]</sup>国有企业的经营自主权问题却似乎被忽略搁置了,而诸多地方法院在司法实践中据此认为,只有非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的,该企业或者其法定代表人才可以提起行政诉讼,<sup>[45]</sup>使得国有企业经营自主权纠纷进入诉讼的可能性更加微乎其微。

笔者通过北大法宝、北大法意以及《人民法院案例选》收集到的以“侵犯经营自主权”为案由的行政诉讼案例共计32个,尽管这32个案例仅仅是实践中发生的侵犯经营自主权行政诉

[40] 《最高人民法院关于企业经营者依企业承包经营合同要求保护其合法权益的起诉人民法院应否受理的批复》,法(经)复[1991]4号,1991年8月13日。

[41] 实际上国企市场化改革的主要问题反而并不在于地方政府的过度介入,“国企制度改革旨在通过所有权与管理权的分离,赋予企业管理权以此提高经济效率,然而改革并没有达到预期的效果原因在于,国有企业自主权的增强一定效果上确实有利于摆脱国家的控制,然而却随之产生了内部管理人问题。在缺乏外部监控机制以及破产威胁与硬预算约束的条件下,缺乏责任机制的经营自主权(Autonomy without Accountability)并不会促成市场拘束的效果。”分析详见 Cao Lan, “Chinese Privatization: Between Plan and Market”, 61 *Law and Contemporary Problems*. 60-61 (2000).

[42] 有关国企市场化改制引发的工人抗争行为,分析详见 Ching Kwan Lee, *Against The Law: Labor Protests in China's Rustbelt and Sunbelt*, University of California Press, 2007; Cai Yongshun, *State and Laid-Off Workers in Reform China: The Silence and Collective Action of the Retrenched*, Routledge, 2006; Chen Feng, “Subsistence Crises, Managerial Corruption and Labor Protests in China”, 44 *The China Journal*. 41-63 (2000).

[43] 关于此类议题的讨论,详见汪庆华:“中国行政诉讼:多中心主义的司法”,《中外法学》2007年第5期;应星、徐胤:“立案政治学与行政诉讼率的徘徊——华北两市基层法院的对比研究”,《政法论坛》2009年第6期。

[44] 其中第17条规定,“非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的,该企业或者其法定代表人可以提起诉讼。”第十八条规定,“股份企业的股东大会、股东代表大会、董事会等认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业经营自主权的,可以企业名义提起诉讼。”

[45] 典型案例譬如,儋州市那大自来水厂与儋州市人民政府侵犯企业经营自主权纠纷上诉案,海南省高级人民法院(2006)琼行终字第93号。

讼案件中很小一部分,但其中却也基本反映出了同类案件的一般规律。其中搜集到的 32 个判决中仅有两起涉及国有企业经营自主权的案件,<sup>[46]</sup>也反映了在实践中集体企业(包括红帽子企业)、私营企业才是经营自主权行政诉讼中真正的制度行动者。

司法实践中的这些案件,地方政府通过行政手段随意任免、撤换集体企业负责人占了很大一部分。譬如,1994 年引发社会广泛关注的“陈呈富不服义务市建设局免除经理职务决定案”(下文简称“陈呈富案”)便是其中典型的代表。<sup>[47]</sup>在该案中,法院认为:原告陈呈富任经理的原义乌市第三建筑工程公司是集体所有制企业,其法定代表人依照《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》的规定应由全体职工大会或职工代表大会选举或罢免。被告义乌市建设局采用行政手段任免集体所有制企业经理人员的行为无法律、法规依据,应予撤销。<sup>[48]</sup>

与“陈呈富案”相似的案件还有“古田县服装厂不服古田县二轻工业局侵犯企业经营自主权案”(下文简称“古田案”),<sup>[49]</sup>在古田案中法院的思路与陈呈富基本一致,认为:原告古田县服装厂系城镇集体所有制企业,集体企业实行厂长负责制,厂长必须由企业的职工代表大会选举或招聘产生。被告直接任命城镇集体所有制性质的企业古田县服装厂厂长的具体行政行为,缺乏事实根据和法律依据,明显超越职权范围,是违法行为,应予撤销。<sup>[50]</sup>

同样,在“王占明等二十六名职工不服芷江侗族自治县商业局任职决定案”中,一审法院与二审法院均认定:糖酒食杂公司是集体所有制企业,职工大会是企业的权力机构,企业法定代表人的产生程序是职工大会,糖酒食杂公司的上级主管机构芷江商业局未通过该公司职工大会同意,而直接对该公司经理给予任命,违背法定程序,应予撤销。<sup>[51]</sup>

类似的案件譬如,“临海市第四建筑工程公司不服原临海市城关镇人民政府企业人事任免决定案”、<sup>[52]</sup>“广安县第二建筑公司不服广安县农业机械局任免决定案”、<sup>[53]</sup>“周坊镇硅石矿

[46] 儋州市那大自来水厂与儋州市人民政府侵犯企业经营自主权纠纷上诉案,海南省高级人民法院(2006)琼行终字第 93 号。该案中法院裁定,“那大自来水厂虽登记为集体企业,其实质上是国有企业,属全民所有制。根据 2000 年《若干问题的解释》仅非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的,该企业或者其法定代表人才可以提起行政诉讼,因此原告不具备起诉资格。”在“白山市公共汽车公司诉白山市建设局案”中,二审法院判定,“白山市建设局对国有财产的处分,属于行政机关内部管理问题,不属于人民法院管辖范畴。”吉林省白山市中级人民法院(1999)白山行终字第 29 号。

[47] 当时 1994 年《人民日报》、新华社、《中国工商报》、《浙江工人日报》曾公开报道此案,引起社会广泛关注。

[48] 浙江省义乌市人民法院(1994)义行初字第 20 号。

[49] 福建省古田县人民法院(1996)古法行初字第 1 号。

[50] 福建省古田县人民法院(1996)古法行初字第 1 号

[51] 湖南省芷江侗族自治县人民法院(1994)芷行初字第 10 号;湖南省怀化地区中级人民法院(1994)怀中行终字第 21 号。

[52] 浙江省三门县人民法院(2000)三行初字第 6 号。

[53] 四川省广安区人民法院(1993)行初字第 02 号。

诉周坊镇人民政府侵犯企业经营自主权案”、<sup>[54]</sup>“北京市向阳机械厂不服崇文区工商行政管理局注销企业法人决定案”<sup>[55]</sup>以及“龙泉市宝剑厂徐承业等26名职工诉龙泉市经济委员会任命厂长侵犯企业经营自主权纠纷上诉案”，<sup>[56]</sup>均为地方政府通过任免企业负责人的方式干涉集体企业经营自主权的判例，在这些判例中法院均判定地方政府的行为违法并予以撤销。

除了任免集体企业负责人事项引发的行政诉讼，另外一种常见类型则是随意撤销、联营、兼并、平调集体企业财产。譬如，“吉首市福利装潢材料公司不服吉首市政府侵犯企业经营自主权案”<sup>[57]</sup>中，吉首市政府以文件的形式将属于劳动群众集体所有制性质的企业吉首市五金装璜厂等三厂合并成立全民所有制性质的企业吉首市民族卷烟材料厂，对此法院判定：吉首市政府的行为违反了《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》第五十五条关于政府不得改变集体所有制性质和损害集体企业财产所有权，不得干预集体企业生产经营和民主管理的规定，其行为属超越职权，非法侵犯集体企业经营自主权，依法应予撤销。

同样，在“晋江市深沪网绳厂不服晋江市深沪镇人民政府撤销镇办企业决定案”中，一审与二审法院均判定：深沪镇人民政府以深沪网线厂等集体企业由于经营管理不善、资产长期失控为理由并予以撤销企业的行为，违反《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》第二十一条规定，严重侵犯集体企业经营自主权，该行政行为应予以撤销。<sup>[58]</sup>

类似的案件还可见“金城江面条厂黄炳尤等53名职工及家属不服金城江镇人民政府企业财产处理决定案”<sup>[59]</sup>以及“胡淑英、达宏泉等诉南通市港闸区唐闸镇政府和区工商局侵犯企业法定经营自主权案”。<sup>[60]</sup>

第三种情况则是地方政府针对红帽子集体企业(实为私营企业)的侵犯经营自主权行为。这类案件随着企业转制、市场转型的加速而层层涌现。诸多基层政府在红帽子企业逐步摘掉红帽子之际，试图趁机撤换企业负责人或者以公开决定的形式将企业收归集体所有。这类案件中最为著名的便是1994年《最高人民法院公报》第2期刊登的“刘本元不服蒲江县乡镇企业管理局侵犯财产权、经营自主权处理决定行政纠纷案”，<sup>[61]</sup>在该案中四川省高级人民法院认为该案中的三个企业名为集体实为私营企业，建厂资金均为个人投资，企业分配形式与经营管

[54] 江西省贵溪市人民法院(2000)贵行初字第3号。

[55] 北京市崇文区人民法院(1997)崇行初字第18号；北京市第二中级人民法院(1998)二中行终字第10号。

[56] 浙江省丽水地区中级人民法院(2000)丽中行终字第27号。

[57] 湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院(1994)州行初字第4号。

[58] 福建省晋江市人民法院(1993)晋行初字第004号；福建省泉州市中级人民法院(1993)泉行终字第017号。

[59] 广西壮族自治区高级人民法院(1996)桂行终字第4号。

[60] 江苏省南通市中级人民法院(1994)南终字第42号。

[61] 《中华人民共和国最高人民法院公报》，1994年第2期(总第38期)，第85页。

理实际上均按私营企业进行,因此企业财产应归刘本元个人所有。蒲江县乡镇企业管理局作出的免职以及查封企业财产的行为,侵犯了私营企业的经营自主权,应当予以撤销。与之类似的案件譬如“江夏塑料一厂不服武昌县纸坊镇政府行政处理决定案”,同样在该案中法院判定:

武昌县江夏塑料一厂名为集体,实际是由个人筹资兴建的自产自销、独立核算、自负盈亏的私营企业,被告武昌县纸坊镇政府无权决定其撤销、合并。政府对私营企业的管理,主要是进行引导和监督。私营企业的撤销或合并,是法律赋予私营企业的经营自主权,任何单位和个人都不得干涉。〔62〕

通过判例可以发现,行政诉讼尽管在国企改制中似乎并没有实现司法政策所预期的制度功能,但在实际运作中却一定程度上部分起到了拘束基层政府,实现乡镇企业、私营企业市场转轨的目标。但是行政诉讼在解决该类议题上也面临着巨大的难题,一方面源自行政诉讼制度在政治框架中的弱势地位,〔63〕法院相对缺乏解决该类议题的制度能力,基层法院往往会寻找各种理由拒绝进行合法性审查;〔64〕而另一方面,则在于1978年之后产权变革本身的复杂性,在某种程度上说,市场从国家脱嵌历程并没有自一开始便清晰屈分出国家—市场的二元边界,渐进式的产权变革自始却是以基层地方政府而非市场为驱动的,这非常明显的体现在地方乡镇企业与私营企业的发展历程中,由此直接导致了行政诉讼在监控地方政府、防止其侵犯企业自主权事项上往往捉襟见肘,因为地方政府尽管在实定法上缺乏支撑,却往往能从企业发展历史中寻找到了干涉企业产权的正当性依据。〔65〕

### 三、产权变迁背景中的经营自主权:混合产权的确立与瓦解

从产权变迁的角度来看,无论国家所有权还是集体所有权并没有随着1978年经济体制改革而私有化,而仅仅在国家内部不同科层体系内重新进行了分配,上世纪80年代经济分权的直接效果是赋予了地方政府广泛的资产控制权,所有权界定的模糊性使得企业所有权并非依照法律运转,而更多受到地方层面的政治调控。企业的微观运行要更

〔62〕 湖北省武汉市武昌区人民法院(1994)昌行初字第10号。

〔63〕 可见何海波:“困顿中的行政诉讼”,《华东政法大学学报》2012年第2期;汪庆华,见前注〔43〕。

〔64〕 其实在实践中不仅仅是国企案件,即便是涉及集体、私营企业侵犯经营自主权案件,基层法院也往往以高度政治性为由拒绝裁判。譬如在“衡东县城关镇乡镇企业管理站诉衡东县人民政府案”中,法院认为“在企业体制改革过程中,由行政机关具体行政行为引发的行政争议,具有高度政治性、政策性,就现阶段我国的实际情形而言,难于进行合法性判断,因此不属于人民法院行政诉讼审判权限范围。”详见湖南省衡阳市中级人民法院(2011)衡中法行终字第15号;同样,法院也有可能通过对规范的曲解来拒绝合法性审查,在“北京市海淀区五道口综合修配厂诉北京市海淀区商业委员会侵犯企业经营自主权案”中,法院便认为“海淀区商业委员会作出的《关于海淀区商业改革的实施方案》并对集体企业的财产平调行为,处理需要原告的配合才能实现,实际上《方案》只具有指导性质,它不是行政机关行使行政职权的行为,不具有强制执行的法律效力,是一个行政指导行为,而不是一个具体行政行为,据此裁定驳回原告起诉。”详见北京市海淀区人民法院(1997)海行初字第33号。

〔65〕 在前文诸多判例中被告的陈辩理由均体现了这一点。

多依赖地方政府的种种政策优惠,而非取决于所谓的市场那双“看不见的手”,旧体制下的制度框架在注入市场因素后反而发生巨大的化学反应,引发了经济的高速增长,<sup>[66]</sup>同时,地方官僚在此阶段体现出明显的“官僚企业家”(Bureaucratic Entrepreneurs)的特征,其行为在一定程度上既依循市场逻辑,又在官僚晋升体制下表现出极强的政治动机诉求。<sup>[67]</sup>基于各种制度激励作用,在地方政府的扶植下,乡镇企业(包括实为私营企业的红帽子企业)在上世纪80年代的异军突起便是最具备转轨经济特色的表现。<sup>[68]</sup>按照戴慕珍(Jean Oi)的“地方政府法团主义”理论,1978年之后的基层地方政府(县、乡、村三级)在地方经济中扮演了直接管理的角色,在辖区内地方政府、管辖企业以及党委形成了一个类似企业化的利益共同体。因此这种呈现出法团化特征的地方政府在经济分权、财税包干改革的制度激励下,拥有巨大的经济、政治动机推动地方经济的发展,基层地方政府与辖区企业之间也形成了一种互利互惠的依附关系。<sup>[69]</sup>同样,魏昂德(Andrew Walder)的“地方政府公司化”理论<sup>[70]</sup>也是依循同样的思路。在此期间,乡镇企业的资产管理控制权实际上掌握在地方政府手中,在某种程度上甚至可以将乡镇集体财产称之为“乡镇地方政府财产”,企业发展的决策权被地方官僚牢牢控制,基层官员也经常直接干涉企业的经济决策,干预管理人员的任命、资金的筹集,甚至可以通过

[66] Andrew G. Walder, “China's Transitional Economy: Interpreting Its Significance”, 144 *The China Quarterly*. 963-979 (1995); Steven M. Goldstein, “China In Transition: The Political Foundations of Incremental Reform”, 144 *The China Quarterly*. 1105-1131 (1995); Lance L.P. Gore, “The Communist Legacy in Post-Mao Economic Growth”, 41 *The China Journal*. 26-30 (1999); 有关计划体制下遗留的制度框架对78年之后经济增长的积极作用,详细分析可见 Lance L.P. Gore, *The Market Communism: The Institutional Foundation of China's Post-Mao Hyper-Growth*, Oxford University Press, 1999.

[67] 有关经济分权与市场改革对地方官僚的制度影响,详见 Lance L.P. Gore, “The Communist Legacy in Post-Mao Economic Growth”, 41 *The China Journal*. 31 (1999); Lance L.P. Gore, *The Chinese Communist Party and China's Capitalist Revolution: The Political Impact of Market*, Routledge, 2010.

[68] Brett H. McDonnell, “Lessons From The Rise and (Possible) Fall of Chinese Township-village Enterprises”, 45 *Wm. & Mary L. Rev.* 953 (2003-2004); Barry Naughton, “Chinese Institutional Innovation and Privatization from Below”, 84 *The American Economic Review*. 266-270 (1994).

[69] Oi Jean, “Fiscal Reform and the Economic Foundations of Local State Corporatism in China”, 45 *World Politics*. 99-126 (1992); Oi Jean C, *Rural China Takes Off: Institutional Foundations of Economic Reform*, University of California Press, 1999; Oi Jean C, “The Role of The Local State in China's Transitional Economy”, 144 *The China Quarterly*. 1132-1149 (1995).

[70] “地方政府公司化”理论与“地方政府法团主义”理论相类似,也是强调在经济分权、财政包干的背景下,地方政府对辖区内的所有企业作为统一的公司一样来进行管理,地方官僚在其中扮演了一个市场化取向的行动者的角色。可见 Andrew G. Walder, “Local Governments as Industrial Firms: An Organizational Analysis of China's Transitional Economy”, 101 *American Journal of Sociology*. 263-301 (1995).除却上述两种理论解释框架之外,林南的“地方市场社会主义”在前述理论的基础上增加了乡村家族网络这一变量,同样,彭玉生“村镇公司理论”也对“地方政府法团主义”进行了一定补充,但基本上仍然属于同一解释范式。分别可见 Lin Nan, “Local Market Socialism: Local Corporation in Action in Rural China”, 24 *Theory and Society*. 301-354 (1995); Peng Yusheng, “Chinese Villages and Townships as Industrial Corporations: Ownership, Governance and Market Discipline”, 106 *American Journal of Sociology*. 1338-1370 (2001).

非正式手段实现几家企业之间利润的拆借,以最直接的方式再分配管辖区域内企业的收支。<sup>[71]</sup>从中也可以看出,地方政府对乡镇企业内部事务以一种直接干预企业经营权的模式运作,而非通过间接方式来影响企业发展。

从产权变迁的视角来看,特定时期下不确定产权的相对优势在于,在转轨经济体制下更能提供经济活动所需的灵活性,这种实用主义的产权构造也构成了1978年之后经济起飞的制度基础。<sup>[72]</sup>不确定产权、模糊产权体制下集体企业、以及私有企业(红帽子企业)更能够得到地方政治权力的庇护。<sup>[73]</sup>因此,在倪志伟看来,特定时期下混合产权的企业反而更加适应政治权力与市场机制并轨的转型体制,因为混合产权体制大大降低了企业的交易成本。在市场化改革初期短缺经济条件下,这种互动方式延续了计划经济时代政府对经济生活的干预以及企业在资金、原料、销路等方面对国家的组织化依赖,也由于市场化改革初期许多改革与实践缺乏正式制度支持,部分政策对私营企业产权的限制使其生存和发展必须依托基层地方政府的政治保护。<sup>[74]</sup>同样,按照周雪光的“关系产权”的概念:

转轨经济特殊背景下,企业所面临的挑战不仅是通过效率生产而取得市场竞争优势,更为重要的是要获得生存所需要的资源与商机,这些资源并非通过市场来进行配置,这些商机也并非出现在市场上,因此企业与地方政府之间藉此关系产权建立一种长期稳定的关系,即组织通过出让产权、弱化产权、融合产权等做法来将关键资源的渠道纳入自己的

---

[71] Louis Putterman, “The Role of Ownership and Property Rights in China's Economic Transition”, 144 *The China Quarterly*, 1052 (1995); Oi Jean C, “The Role of The Local State in China's Transitional Economy”, 144 *The China Quarterly*, 1140—1141 (1995).

[72] 譬如阿帕汉与郭丹青教授认为,中国经济发展的源泉建立在模糊产权的制度背景下,因此以韦伯—诺斯理论为支撑的法律与经济发展理论,似乎因此受到了一定的挑战。相关实例讨论,详见 Frank K. Upham, “From Demsetz to Deng: Speculations on the Implications of Chinese Growth for Law and Development Theory”, 41 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 551 (2009); Donald C. Clarke, “Economic Development and The Rights Hypothesis: The China Problem”, 51 *The American Journal of Comparative Law*, 89—111 (2003). 同样,皮特·何教授也认为,“转轨时期产权法律规则的不确定性是一种人为的制度创设,通过制度的不断试错与试验来回应社会发展的需求,并为最终确定化的制度模型提供参考借鉴。”Peter Ho, *Institutions in Transition: Land Ownership, Property Rights and Social Conflict in China*, Oxford University Press, 2005; 有关明晰产权的一个反面例子便是东欧、俄罗斯等前共产主义国家匆忙私有化所造成的产权“反公地悲剧”现象, Michael A. Heller, “The Tragedy of Anticommons; Property in The Transition From Marx to Markets”, 111 *Harvard Law Review*, 621 (1998).

[73] 由于个体工商户政策对个体私营经济生产规模与生产方式的严格限制,私营企业通过依附主义的关系网络以“挂靠”的方式注册为集体企业以规避政策约束。分析可见 Doug Guthrie, *Dragon in a Three — Piece Suit: The Emergence of Capitalism in China*, Princeton University Press, 1999.

[74] 但是,他认为这种混合产权机制仅仅是一种过渡体制,其最终会被市场化机制所完全取代,因为倪志伟对于混合产权的理解,是与其提出的“市场转型理论”一脉相承的,详见 Victor Nee, “Organizational Dynamics of Market Transition: Hybrid forms, Property Rights, and Mixed Economy in China”, 37 *Administrative Science Quarterly*, 1—27 (1992).

圈内归属,从而为企业获得资源与政治保护提供渠道。<sup>[75]</sup>

可以说,1978年之后的经济分权更多是指经济权力的地方化分配,而并非将经济自主权赋予市场中的一个微观的企业组织,个体化的企业并没有被赋予现代意义上的产权激励,更多是在地方政府的主导与统合下实现经济竞争与增长,这种过渡机制在市场配套制度不完备的背景下具有相当的正当性,随着市场机制的渐次完备,经营自主权有必要分配到每个微观企业组织中以便形成真正意义上的现代产权。(如下图1所示)<sup>[76]</sup>

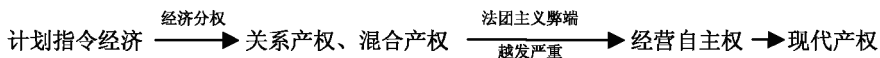


图1 产权变迁图示

1994年财税改革通过对企业统一税率的改制,为所有类型的企业提供竞争平台,同时,日益完善的生产要素与产品市场也相应提高了私营企业竞争力,各类不同产权的企业开始纳入公平竞争的环境中,政党方面意识形态的变化也逐步改善了私营企业所处的政治氛围,<sup>[77]</sup>在宪法层面上私营企业得到承认与保护,<sup>[78]</sup>随着市场化的加速,最具备混合产权特色的乡镇企业也逐步走向衰落而纷纷私有化,<sup>[79]</sup>地方政府所控制的诸多资源,企业可以逐步通过市场获

[75] 周雪光:“关系产权:产权制度的一个社会学解释”,《社会学研究》2005年第2期;同样可见 Zhou Xueguang, Wei Zhao, Qiang Li & He Cai, “Embeddeness and Contractual Relationships in China’s Transitional Economy”, 68 *American Sociological Review*, 75-102 (2003).

[76] 需要指出的是,该示意图所解释的产权变迁流程,更多适用于地方层面的集体企业,并不涵盖国有企业。

[77] 对此可详见布鲁斯·迪克森(Bruce J. Dickson)的一系列作品, Jie Chen, Bruce J. Dickson, *Allies of the State: China’s Private Entrepreneurs and Democratic Change*, Harvard University Press, 2010; Bruce J. Dickson, *Wealth into Power: The Communist Party’s Embrace of China’s Private Sector*, Cambridge University Press, 2008; Bruce J. Dickson, *Red Capitalists in China: The Party, Private Entrepreneurs, and Prospects for Political Change*, Cambridge University Press, 2003.

[78] 1988年《宪法修正案》增加“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理。”1999年《宪法修正案》中进一步更订为“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分”。“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。”

[79] 乡镇企业在市场化之后逐步退出历史舞台,重要的原因在于乡镇企业在转轨时期混合产权制度优势,随着市场因素的不断完善而竞争优势逐步削弱,地方政府的深入干预已经成为市场转型的制肘,这可以归为“市场转型理论”的解释范式。一个有关乡镇企业市场化制度动因与历史的描述,可见 Hongbin Li and Scott Rozelle, “Privatizing Rural China: Insider Privatization, Innovative Contracts and The Performance of Township Enterprises”, 176 *The China Quarterly*, 981-1005(2003);另外一种相反的解释路径则认为,乡镇企业本身大部分实际上就是私营企业,之所以90年代中后期走向没落是由于国家针对农村经济歧视性政策的结果。详见 Huang Yasheng, *Capitalism with Chinese Characteristics: Entrepreneurship and The State*, Cambridge University Press, 2008, pp.126-137.

得,市场分配机制同政治分配机制的二元博弈中开始逐步占据上风,也可以说,倪志伟(Victor Nee)的市场转型理论似乎得到了部分印证。<sup>[80]</sup>由此,原有的地方政府统合主义模式的制度优势已经逐步褪却,非正式制度的种种弊端使地方政府与企业间的“利益共同体”呈现脆弱的平衡,企业暴露于地方政府的裁量权之下从而较为依赖人际关系网络等非正式规则。<sup>[81]</sup>这种以地方基层政府为核心的混合产权装置,以及地方政府对企业经营自主权(集体、私营企业)的深度介入已经不符合历史发展需求。

据此,从产权变迁的视角分析,随着市场化进程的加速,地方层面上,混合产权、模糊产权的制度优势逐步消退,基层地方政府对企业的干涉愈发成为掣肘之时,在此特定背景下,借助实定法上“经营自主权”的权利构造,行政诉讼通过合法性审查手段,部分纠正了基层地方政府长久以来对辖区企业的干涉控制行为,在一定程度上实现了中央对地方政府的科层监控目的,从而加速从混合产权到现代产权的制度变迁。<sup>[82]</sup>尽管基于行政诉讼本身的制度能力局限,进入司法系统中的案件数量也远远小于实践中发生的侵犯经营自主权数量,但不得不承认,通过当事人的诉讼行为,行政诉讼即便无力做出合法性审查,其作为报警装置一定程度上也起到了在市场转制过程中为中央收集信息的监控功能。

但同时必须再次强调指出的是,首先,尽管“企业经营自主权”具备了实定法上的意义,但其本身并不构成一种固定意义上的产权形态,在实际的产权变迁过程中,更多起到一种由混合产权向现代产权过渡的政治宣誓功能,并借助于法定化装置与行政诉讼的合法性审查,加速了产权形态的变迁流程;其次,尽管在关系产权向现代产权的转型过程中,行政诉讼发挥了部分监控拘束功能,但在这种变迁过程中,行政诉讼仅仅是诸多机制的一种而已,同官僚晋升激励手段、财税改革机制等等诸多因素相比,行政诉讼甚至远远不是最重要的机制;最后,通过产权变迁的复杂流程,也并非意图证明行政诉讼在其中发挥了主导作用,而是旨在说明经济分权的大背景下,行政诉讼也是国家治理中的重要组成部分,服务于公共政策的需要,并配合其他治理机制手段来实现产权变迁的政策目的。

[80] 有关市场转型理论,详见倪志伟(Victor Nee)的相关作品,Victor Nee,“A Theory of Market Transition: From Redistribution to Markets in State Socialism”, 54 *American Sociological Review*. 663—681 (1989); Victor Nee and Rebecca Matthews, “Market Transition and Societal Transformation in Reforming State Socialism”, 22 *Annual Review of Sociology*. 401—435 (1996); Victor Nee and Peng Lian, “Sleeping with the Enemy: A Dynamic Model of Declining Political Commitment in State Socialism”, 23 *Theory and Society*. 253—296 (1994).

[81] David L. Wank, *Commodifying Communism: Business, Trust, and Politics in a Chinese City*, Cambridge University Press, 1999.

[82] 90年代后期经过一系列市场化改革后,地方政府对企业的介入力相比之前大大缩水,直接侵犯企业经营自主权的现象大幅减少,即便发生政府对企业的干涉现象也能够被定型化的行政行为所吸收,有学者据此认为当代中国在低层级的商品市场领域,开始萌生出现代规制国家的雏形。玛格丽特·皮尔逊对中国规制国家中三种规制模式共存的分析,可见 Margaret M. Pearson, “Variety Within and Without: The Political Economy of Chinese Regulation”, in Scott Kennedy ed., *Beyond the Middle Kingdom: Comparative Perspectives on China's Capitalist Transformation*, Stanford University Press, 2011, pp.25—43.



## 四、结 语

从《行政诉讼法》中“侵犯企业经营自主权”条款出发,通过司法政策与基层司法实践的微观考察,不难发现,在经济分权、产权变迁的转轨时代背景下,行政诉讼在拘束基层地方官僚、促成现代产权确立过程中所发挥的科层监控功能。从“侵犯经营自主权”的个案条款也不难进一步推出,上世纪80年代经济分权与市场转轨的社会变迁,如何触发对于行政诉讼的制度性需求。

尽管从一般司法理论来看,基于当代中国司法系统在整个国家政治序列中的结构性地位,<sup>[83]</sup>司法从来都是服务于公共政策的需求,服务于特定期限内政治的制度需要。<sup>[84]</sup>这种特征在上世纪80年代末至90年代中后期企业产权改制时代体现的亦非常明显,尤其反映在破产等私法领域内的司法政策中。<sup>[85]</sup>在此类关于法治的叙事话语中,司法对于公共政策的过分回应,往往被暗示批评为牺牲法治的自治性与独立性为代价,体现出明显的法律服务于政治的“适应性司法”(Adaptive Legality)特征。<sup>[86]</sup>但从本文的外部视角来看,行政诉讼司法活动的特殊性却在于,行政诉讼制度原点本身就是充满政治性的,按照本文的解释路径,其可能部分源自经济分权背景下中央拘束地方政府的制度性需要,此时,行政诉讼作为司法的一环,就是要服务于中央约束地方政府的科层监控需求,而本文通过“侵犯企业经营自主权”行政诉讼的个案叙述,阐明了国家如何通过行政诉讼的司法裁判,在一定程度上拘束了经济分权背景下基层政府对企业产权的过分干涉,旨在贯彻中央层面关于产权改制公共政策的政令畅通。当然,必须承认的是,基于中国司法地方化的特征,这种监控功能在实践中也很难尽如人意。但是,作为现代化治理的一种技术装置,行政诉讼旨在实现中央对地方的有效治理,本身便是国家政权建设的重要一环,因此,其不仅是法治的,也必然是政治的一部分,从国家治理的视角来看,行政诉讼在制度移植继受历程中的步履蹒跚也是国家政权建设所必经的阵痛。<sup>[87]</sup>

(责任编辑:章永乐)

[83] 中国法院在政治框架中的尴尬地位,被形象地称之为“笼中之鸟”,可见 Stanley B. Lubman, *A Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, 2002.

[84] “灵活性法制主义模式下法律的发展并非旨在约束国家政策,与之相反,法制主义的功能在于为国家公共政策提供制度服务,尤其体现在经济增长的政策目标上。”参见 Pitman Potter, “The Chinese Legal System: Continuing Commitment to the Primacy of State Power”, 159 *The China Quarterly*. 673-683 (1999).

[85] 一个具体分析可见刘思萱:“论政策的司法回应——以1979年以来我国企业改革政策为例”,《社会科学》2012年第4期。

[86] 有关中国司法的“适应性司法”(adaptive legality)的分析,详见 Benjamin Liebman, “A Return to Populist Legality?” in Sebastian Heilman and Elizabeth Perry ed., *Mao's Invisible Hand: The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Harvard University Press, 2011, pp.165-200; 中国司法回应于政治需要的这种司法特征,不仅体现为司法服务于公共政策的需求,也表现为公共舆情、大众媒体对于司法的介入干涉,可详见 Benjamin Liebman, “The Media and the Courts: Towards Competitive Supervision?” 208 *The China Quarterly*. 833-850 (2011); Benjamin Liebman, “Changing Media, Changing Courts?” in Susan Shirk ed., *Changing Media, Changing China*, Oxford University Press, 2011, pp.151-174; Benjamin Liebman, “A Populist Threat to China's Courts?” in Margaret Woo and Mary Gallagher ed., *Chinese Justice: Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, 2011, pp.269-313.

[87] 刘思达:“法律移植与合法性冲突——现代性语境下的中国基层司法”,《社会学研究》2005年第3期。