

论物权分与制

余元洲

(武汉大学)

摘 要 根据我国农村实际存在的土地使用权分与取得制度,通过分析和推论上升为物权分与制理论,并将其应用于国有企业产权改革的应然法研究,为笔者建议的“上下分股信托经营制”改革方案奠定了必要的民法理论基础¹⁹.

关键词 物权;分与;制度

分类号 D 923.2

1 物权分与制的概念及其研究方法

物权分与是物权取得的一种方式¹⁹从最广泛的意义上说,罗马法关于共有财产分割的规定,以及中国农村的分家析产也可以算是物权分与制,因为它们也都是通过分与而取得物权的合法方式¹⁹但本文所说的物权分与制则指的是公有制条件下特有的物权取得方式,包括所有权的分与取得和使用权的分与取得¹⁹.

然而,这并不是说中国现在已经有了通过分与取得物权的法律规定¹⁹从严格的实在法角度看,物权分与并没有法律上的依据¹⁹但是,从中国当今的实际情况来说,则物权分与制既有应然法上的依据,又有客观存在的现实根据¹⁹前者指的是国有企业建立现代企业制度过程中出现的产权虚拟多元化的需要;后者指的是中国改革开放过程中诞生的一些与纸面上的法律规定不相吻合的习惯作法或习惯法¹⁹.

这产生一个问题,即在实在法并无规定的情况下,怎么能够推论出物权分与制来呢?相对来说,前述第二种情况(即与法律规定不相吻合的习惯作法)还是比较好办的,可以通过法律逻辑的推理揭示其本来面目,并在此基础上重新加以准确的定性和表述¹⁹第一种情况就困难了,因为在现实生活和实在法中都并无根据的改革需要,是不能通过逻辑推理的方法推出来的¹⁹在这种情况下,唯一的办法是依据道法论的原理并通过规范研究来找出答案¹⁹.

这里,所谓“道法论”,是笔者在研究国际法与国内法之统一法理学过程中提出的对于马克思主义法哲学原理的一种中国化表述¹⁹道法论中所谓的“道”,是指自然界和人类社会的客观规律,即那种隐蔽在法的背后对一定法律规范的产生、发展或演进起决定和支配作用的因素¹⁹用道法论来指导实在法研究,可以使人明了现行法律规范的“所以然”;用它来研究法律制度史,可以使人看清人类法律演进发展的脉络、规律、趋势及其“所以然”;用它来研究现行法律规定

之改进和完善的途径、办法及未来发展趋势,则可以引导人们得出正确的结论¹⁹道法论认为,无道之法也还是法(即“恶法亦法”),但是随着时间的推移终究会“法将不法”¹⁹同样道理,现实中尚不存在的应然法规范,只要有“道”的支持,则总有一天会成为现实,转化为实然法上的法律规范¹⁹.

本文所说的“物权分与制”,特别是其中关于国有资产所有权的分与取得方式,就是在这种理论指导下通过规范研究(而不是实证研究)得出来的¹⁹.

2 农村耕地用益权的分与取得

当代中国的土地所有权制度,分为国有和集体所有两种形式¹⁹根据法律的有关规定及学者的一般理解,城镇国有土地的他物权之一称为“土地使用权”,农村集体土地的他物权之一称为“承包经营权”¹⁹.

这里几点值得研究¹⁹首先,使用权可以有广义和狭义之分¹⁹狭义的使用权不包括收益权,广义的使用权则包括收益权,故与用益权大体相当¹⁹其次,“承包经营权”的中心词是“经营权”,“承包”一词是限定语,实际上是指经营权的取得方式,二者合起来指的是通过承包而取得的经营权(用益权)¹⁹.

这样一来,问题就产生了:我国农村中农民家庭经营的集体土地的使用权或用益权果真是通过“承包”得来的吗?从当前农村的实际情况来看,答案是否定的¹⁹.

在农村,虽然法律明文规定了“承包经营”,人们在报告和文章中通常也这么说、这么写,甚至许多地方还煞有介事地组织各家农户与村委会或村民小组一一订立农用耕地承包经营合同,但实际上各家耕种的土地并不是承包来的,而是按人口“分与”来的¹⁹要明白这一点并不难,只要我们向随便一个什么村的村委会或村民小组或村民们提出以高出他们目前各家实际上缴钱粮数量的条件承包下他们村的全部或部分土地进行农业生产经营,就会从他们拒绝的理由中得到启示¹⁹他们中的绝大多数不大可能告诉你说“我们目前的承包合同还未到期,您想承包的话,得等到我们的合同到期才行”¹⁹相反,他们几乎会一无例外地叫道:“我们的土地都是按人口分的,您不是我们村的人,凭什么来这里‘承包’我们的土地耕种?”

当然,允许外地人来承包本村土地进行耕种的情况也是有的,但那要么是实行“两田制”的地方口粮田之外的所谓“责任田”,要么是被当地人抛荒而由村里收回后重新发包的土地¹⁹.

针对上述情况,有人可能会认为这仅只表明本村人相对于外地人享有“优先权”即优先承包权,并不意味着村民们的耕地用益权是分与得来的¹⁹对此,我认为,优先权之说可以成立,但也仅只适合于口粮田之外的“责任田”或被抛荒后由村里收回的那部分口粮田,除此之外,不存在优先不优先的问题¹⁹而且,从法理上说,承包的要义是当事人双方自由自愿的合意,如“承包”一词在英语中就是“订合同”(contracting)的意思¹⁹这样,如果我国目前农村中农民对集体土地的用益权真的是通过承包得来的话,那么,在这些合同签订之前,作为发包方的村委会、村民小组或农村集体经济组织就应有权将其所有的土地自由地发包给任何愿意缴纳更多钱粮的人,而不一定将成片的土地分割为许多小块并一无遗漏地发包给每一家农户¹⁹这当然是不行的¹⁹由此即可以见得,在广大农村实际通行的根本就不是承包经营制,而是物权(用益权)的分与制,只不过表面上徒具承包的形式和空名而已¹⁹.

物权分与制的提出,可以在一定程度上解释长期以来困扰经济学家们的一个百思不解的问题,那就是:为什么我国农村的有限的耕地不能通过竞争投标的方式由少数种田能手集中承包下来进行更有效率的规模经营呢?由于将耕地交由种田能手(或者更确切些说是农业生产经营能手)集中承包下来进行规模经营必然会迫使至少一部分农民因失去生产和生活资料而不得不充当前述农业生产经营能手的雇佣工人,所以人们很容易撇开法律权利不谈而从“耕者有其田”的政策角度、政府害怕政治风险的现实政治及意识形态角度对此加以解释¹⁹但是,这却不能回答为什么外村的“耕者”不能到本村来做“耕者”并“有其田”的问题¹⁹这其中的原因,说起来很简单:农村的耕地是集体所有的,因此,不是“耕者有其田”,而是各该集体的“成员有其权”;耕与不耕,倒在其次¹⁹当然,如前所说,外村人来本村做“耕者”并通过承包而取得土地用益权的情况是有的,本村或外村的种田能手承包大片耕地进行规模经营的情况也是有的¹⁹但这些都仍然只是实行“两田制”地方的“责任田”或被抛荒后由村里收回的土地¹⁹在那些人均不足一亩甚至只有三、四分地因而无法实行“两田制”也无人抛荒的地方,是绝然行不通的!这就充分说明,村民“承包”的土地实际上是“分与”得来的,是作为集体成员固有权利的体现¹⁹。

这同时也提示我们,将来农村若推行规模经营以提高有限耕地的利用和经营效率的话,有两种形式可供选择,其中之一是,允许农民在一定期限内依法有偿转让其所分与得来的集体土地用益权——这是目前人们广为谈论的一个方案¹⁹而另一个更好的办法则是:先将集体土地的所有权股权化,再将村民对此公有土地之用益权的分与取得权利改为对此土地之股权化的所有权的分与取得权利,即以家庭为单位,每个家庭有几口人分得几股¹⁹这样,就可以使村民家家为股东,并且其股权除依法调整外不可剥夺¹⁹在此基础上,则可通过对该土地用益权的竞争性发包、出租或拍卖,实现土地这种稀缺资源对村民集体及作为其成员的村民个人双方的收益最大化¹⁹那时,只有那时,即各当各集体之所有成员都能通过股权分与制体验到自己是集体土地真正的主人(即股东)并获得其应有的收益时,他们才会同意放弃对该土地使用权之平均主义的分与取得权利,从而,其中的一部分人才会乐意到种田能手经营的农场上接受农业工人的地位和待遇¹⁹也只有那时,建立在坚实的土地公有制基础之上而由农业生产经营能手来承包、租赁或购买土地用益权进行适度规模经营的现代化的农场企业才能够大量出现并得到发展¹⁹——这是中国农业现代化的一种较为理想的制度选择¹⁹。

需要指出的是,笔者使用的“物权分与”与农民们习惯上说的“分田分地”的“分”字在概念上是不同的¹⁹通常,当人们讲到“分田分地”的“分”字时,往往理解为分配¹⁹但“分与”不等于“分配”¹⁹分配的东西可能不再收回,而由受分人永久持有或作为生活资料消费掉¹⁹分与则不同¹⁹它可能指的是经过一定的时间后将分与物收回来不再分下去,也可能指每过一段时间将分与物收回并根据变化了的情况重新分与¹⁹我国农村目前的土地制度就是后一种情况¹⁹不过,现阶段的政策是坚持“大稳定、小调整”的原则¹⁹所谓“大稳定、小调整”就是仅只针对情况发生了变化了的部分加以调整,如自然减员、合法生育、婚迁及农转非迁出等¹⁹这里,所谓的“调整”,其实质就是重新分与,只不过涉及面较小、影响不大而已¹⁹农业部《关于稳定和完善土地承包关系的意见》说的是提倡在承包期内实行“增人不增地,减人不减地”¹⁹这里,有两点值得注意:其一是“承包期内”增人不增地、减人不减地就意味着“承包”合同到期后可以甚至必须增人则增地、减人则减地;其二是所谓的承包“合同”就其实质来说是“农村集体土地用益权分与证书”,只不过由于“分与”也有一个公平与否及是否为各受分人接受的问题,故尔采取“合同”这样一种表示双

方合意的法律形式罢了¹⁹另一方面,这种纯属形式的“承包合同”关于期限的规定,也正好适应了土地使用权分与制度下每过一定时间后才能对这种分与加以调整的客观需要¹⁹不过,这种调整虽然理论上可行,而在实践中则有许多技术上的难题,如所谓保留5%的预留田以备调增之用就非常地不切合实际,此外还有其他困难,等等¹⁹假如实行前述第二方案,即以集体土地所有权的股权定期分与制度代替目前的土地使用权分与制度,就可以很容易地加以调整并具有其他多方面长处¹⁹。

总之,当前我国农村中实际通行的土地制度是一种与成文法纸面规定不相吻合的习惯作法,其这质是一种物权分与制,即土地用益权的分与取得制度¹⁹一旦我们在此问题上取得了共识,就可以转而研究国有企业改革中的所有权分与制度及其相关问题了¹⁹。

3 国有资产所有权的分与取得

如果说农村耕地用益权的分与取得只是与成文法不相吻合而在现实生活中确有习惯法或习惯作法作为根据的话,那么,国有资产所有权的分与取得就无任何实在法上的根据了¹⁹在这种情况下,就只能从应然法的角度对其必要性和合理性加以研究¹⁹。

另一方面,由于科学的应然法规范必有“道”的支持,而“道”又是不容违反的客观规律——如果违反,必受惩罚¹⁹这样,从应然法角度对国有资产所有权的分与取得进行研究也就同样具有坚实的基础和依据,并因此而理论和实践上具有不可替代的意义¹⁹。

那么,对国有资产所有权实行分与取得制的“道”或客观必要性何在呢?

众所周知,迄今为止国有资产的所有权都是由中央政府代表全国人民行使的¹⁹在此基础上,才有所谓“统一领导,分级管理”的原则和办法¹⁹其“分级管理”也只是把一些企业划分给中央,一些企业划分给各级地方,分别由中央和地方各级政府的企业主管部、委、局、办按行政方式加以管理,近年则逐渐形成了一种由中央和地方各级政府的国有资产管理局或委员会代表国家实施统一管理的趋势,但仍然未能摆脱按行政方式加以管理的旧思路¹⁹由于每个国有企业基本上都只有一个并且不是真正老板的“老板”(行政机关)对其加以监管,加上各级政府的行政官员与国有企业的经营效果在利益上不相关,就很自然造成国有企业在与私营企业的竞争中处于不利地位的局面,不能适应社会主义市场经济新形势及国有企业建立现代企业制度的需要¹⁹实际上,国有企业的“所有者缺位”或所有者代表与企业经营效果之间“利益不相关”以及“所有者代表单一”,正是造成国有企业“内部人控制”及经营亏损或效率低下的根本原因¹⁹。

因此,要从根本上解决国有企业的经营亏损或效率低下问题,必须解决国有企业所有者缺位、所有者代表单一及与国有企业经营效果利益不相关等一系列问题¹⁹有鉴于此,笔者先后提出了“司产与行政分离”和“上下分股信托经营制”等改革办法¹⁹其中,“上下分股”就是建立在“物权分与制”的假定之上的¹⁹。

这里,“上下分股信托经营制”是笔者建议的一种改革方案,其大体内容是:每一个国有企业(至少是其中的大型企业)的股权之半数由中央专职司产机构或组织持有;另一半股权则按各省、自治区和直辖市的人口多少“分与”各省、自治区和直辖市的专职司产机构或组织持有;中央和地方的司产机构则将所持股权凭证交由中央和地方的多家国有资产信托经营机构(信托公司或商业银行信托部)经管,后者再以此为据向其持股的国有企业派出股权代表行使股东

职权,并互选产生企业董事会,进入企业的治理结构参与经营决策¹⁹。

为便于理解,让我们随便举一家国有企业(如九江大化肥厂)作为假设例来加以说明¹⁹不管该企业的国有资产价值几何,为简便计,我们假定将其划分为260股,其中130股由中央司产机构直接持有,另外130股则按各省、自治区和直辖市的人口多少分与各省、自治区和直辖市的司产机构持有,分与的大体原则和方法是:各省、市、区每1000万人口分1股;不足1000万人口的,视同1000万人口分1股;尾数超过500万人口的,另外增加1股¹⁹中央和各省、市、区司产机构各将其所持有的股权证书交由同级多家信托公司经管,这些信托公司再以此为据向该企业派出股权代表组成股东会或股权代表会,由股东会选举产生董事会,再由董事会依公司法之规定聘任总经理,负责企业的日常经营管理工作¹⁹。

于是,一个国有独资企业就这样被虚拟多元化了¹⁹根据“一人为私,二人为公”的原理,加上成龙配套的监督制约和奖惩机制,从中央和各省、市、区派往该企业任职的股权代表对董事会、董事会对总经理的选聘、监督、奖惩机制无论如何将比目前的体制和办法更完善、更优越、更有效¹⁹由此决定,该企业所有者缺位、所有者代表单一及利益不相关的问题都将迎刃而解,相应地,经营效率也必会有所提高¹⁹。

不言而喻,所有这一切都有赖于“上下分股信托经营制”,而“上下分股”又有赖于“物权分与制”,即在民法物权法上对“国有资产所有权的分与取得制度”作出规定¹⁹这样的规定不仅是必要的,而且是合理的¹⁹其合理性在于:既然全国人民的人口数量是由各省、自治区和直辖市人民的人口数量所组成的,那么,将一部分股权按各省、市、区人民的人口数量之多寡分与各省、市、区的专职司产机构持有,就丝毫也不会改变各个国有企业的资产归全国人民所有这一根本的利益格局,不同的只是为国有企业找到了一个实现股权虚拟多元化和建立现代企业制度的理想形式罢了¹⁹至于各个国有企业之一半的股权在各省、市、区之间按人口多少平均分配有可能使人口少而经济发达的省市吃亏的问题,我认为,这一方面确实有利于改善人口众多但经济欠发达地区的状况,另一方面则因“税在当地”而不致使经济发达省份吃很大亏,故尔无碍¹⁹。

需要指出的是,与农村集体土地用益权分与取得的情况一样,国有资产所有权的“分与取得”也不同于“分配取得”¹⁹因此,随着时间的推移,如果某些省份的人口在符合国家计划生育政策的前提下增加了而另一些省份的人口减少了的话,此种分与所得的股权也应按照前述物权分与制原理重新分与¹⁹。

结合前面讲的农村土地用益权的分与取得,我们看到,“物权分与制”与俄罗斯私有化过程中实行的“股权分配制”及主张将集体土地化公为私的“分田到户制”的实质是根本不同的¹⁹这是适应建立社会主义市场经济新体制需要而在理论上创造出来的独特的物权法制度¹⁹虽然,它还有待于通过国家的立法来加以认可,但“道之所存,法之所依”,道既如斯,法必随之¹⁹只要真正符合于“道”,迟早一定会为国家的立法机关所认同的¹⁹。

(下转第77页)

同创造的,他们都应当占有剩余价值,同时为了维护社会公平和国家机器的运转,国家也要参与剩余价值分享,并由国家进行二次分配¹⁹这样,社会主义市场经济条件下,剩余价值由国家、商品生产者和经营者三方共享,劳动关系主体的一方——劳动者参与剩余价值分享¹⁹资本主义社会,资本家仅仅把劳动者看作是生产要素的载体而存在,生产过程实际上是各种要素的有机结合过程¹⁹这种过程所产生的剩余价值理所当然归资本家所有,劳动者无权参与分享¹⁹。

第四,两种劳动关系中劳动对资本的隶属关系不同¹⁹社会主义市场经济条件下,劳动者暂时让渡劳动力使用权,其中一个重要目的也是为了获取经济收入(当然还存在着其他目的,如实现自我价值等),从这种意义上看,租赁制劳动关系存在着劳动对资本的隶属关系¹⁹根据马克思的政治经济学观点,劳动对资本的隶属分为形式隶属与实际隶属¹⁹社会主义市场经济条件下,劳动者与生产资料公有制经济仍然保持着直接或间接的联系,并不是完全丧失生产资料而不得不靠出卖劳动力谋生,这就决定了租赁制劳动关系中劳动对资本的隶属关系只能是松散的、形式上的隶属¹⁹资本主义市场经济条件下,随着新的科学技术的广泛使用,劳动对资本的隶属关系进一步强化,表现在:以电子计算机为中心的自动化机器体系的出现和发展,强化了劳动资料对劳动的支配作用;随着技术条件的变化,劳动力被吸收的、排斥的动荡加剧;资本主义管理加强,在人身精神上控制劳动者;消费信贷的增长和国家垄断资本主义的发展,不仅使劳动者的将来劳动隶属于资本,而且使劳动隶属于社会总资本¹⁹这些都表明资本主义雇佣劳动关系中所体现的劳动对资本的隶属关系是一种实际隶属¹⁹。

参 考 文 献

- 1 赵履宽等.重建新型的企业用人制度.管理世界,1995,(5):102~111
- 2 姚裕群.论我国经济社会发展中的劳动问题.成人高教学刊,1997,(4):3~7
- 3 刘文忠.劳动力的商品与社会二重性.华东交通大学学报,1994,(2):76~79
- 4 魏坝等.政治经济学.西安:陕西人民出版社,1991

(上接第73页)

参 考 文 献

- 1 [意]彼德罗·彭梵得.罗马法教科书.北京:中国政法大学出版社,1992.230~234
- 2 郑立、王作堂主编.民法学.第二版.北京:北京大学出版社,1995.220
- 3 《中华人民共和国民法通则》第八十条第二款.
- 4 王利明.关于我国物权法制订中的若干疑难问题的探讨(下).政法论坛,1995,(6):47
- 5 周楠等.罗马法.北京:群众出版社,1983.187~189
- 6 [罗马]查士丁尼.法学总论——法学阶梯.北京:商务印书馆,1989.62~63
- 7 《中华人民共和国民法通则》第八十一条
- 8 王卫国.中国土地权利研究.北京:中国政法大学出版社,1997.101