

国企改革与国家所有权神话

王 军*

我们应该仔细地研究政治神话的来源、结构、方法和技巧。为了认识对手、战胜对手,我们必须面对面地观察对手。

——恩斯特·卡西尔:《国家的神话》^{〔1〕}

以往关于国有企业和国家所有权的绝大多数研究都从企业绩效的角度提出问题,或者探究国企效率普遍低下的原因(如市场的、产权的或其他原因),或者寻求改善国企效率的方案。本文试图尝试一种“经济的法律分析”路径:在重新界定国家所有权法律属性的基础上,从法治的维度剖析当前国企改革理论和政策的内在不足,进而探讨国企改革和国家所有权的法律走向。本文的基本问题是:如果国家所有权是一种公共权力,那么,让这种公共权力通过公司制而商业化的正当性何在?

本文第一部分首先指出,当前国企公司制改革的主流观念乃是一种视国家所有权与个人所有权机制同一的理论,这一理论在经济学和法学观点中已成主流意见,成为制定有关公司制改革的法律和政策的理论依据。第二部分,从内部损益分配和控制机制的角度实事求是地分析了国家所有权的法律属性,指出国家所有权本质上是以国家强制为基础、以政治程序为运行机制的公共权力。第三部分,从法治维度辨析了作为一种公共权力的国家所有权与企业营利目标和商业化运作的不可相容之处,分析了当前国企改革理论和政策的不足。最后是本文的结论。

一、理 论

自1980年代以来,各种试图通过公司制或股份制“搞活”国有企业的改革方案、政策措施和法律设计,都自觉或不自觉地把以下观念作为理论根据:国家所有权和个人所有权都属于所有权,除所有者不同外再无其他区别,二者可以适用同样的企业制度。^{〔2〕}因此,国有企业可以

* 法学博士,中国政法大学民商经济法学院讲师。

〔1〕 恩斯特·卡西尔:《国家的神话》,范进、杨君游、柯锦华译,华夏出版社1999年版,页358。

〔2〕 当时主张股份制改革的人士引经据典论证说,股份制既不姓“资”,也不姓“社”,它是一个中性事物,既可以为资本主义服务,也可以为社会主义服务。参见蒋一苇、陈佳贵(主编):《股份制的理论与实践》,中国人民大学出版社1988年版,页3;曹凤岐(主编):《中国企业股份制的理论与实践》,企业管理出版社1989年版,页5。

像私有企业一样有效率,只要国有企业认真效法以个人所有权为基础的资本主义的公司制度。

1990 年代以后,上述改革思路被明确为以“现代企业制度”为目标的公司制改革。“现代企业制度”适用于各种所有权类型的企业。其首要条件是“产权清晰”,即企业的所有者和所有权必须是清楚的。坚信国家所有权与个人所有权无实质差别(以下简称“同一论”)的人士认为,所有者是国家还是个人并不重要,只要产权是清晰的,并且清晰地归属于某个主体,就符合“产权清晰”的要求。^[3]在他们的议论中,作为所有者的国家在法律上与资本主义企业的业主或股东没有实质差别。只要把国家所有权的诸项权能集中于某个主体,为国家设立一个行使所有权的“人格化”代表,国家也能够成为合格的“股东”或者“业主”。^[4]通过实行公司制度,政府公共职能将与国家所有权职能分开(即“政企分开”),国家所有权的代表可以像真正的“股东”那样行动和承担责任。^[5]持“同一论”的人士通常还会强调国有企业与私有企业都必须面对“委托代理”问题,以此暗示两种所有权并无实质差别,并主张国有公司借鉴西方公司治理的有关制度。^[6]还有的学者尽管承认国家所有权和个人所有权存在实质区别,但又认为,只要满足一定条件,国家就可以模仿机构投资者,以商业化方式控制国有企业,从而改善国有企业业绩。^[7]2003 年初,世界银行对中国的国企改革提出进一步商业化的建议,例如:国有资产管理机构应当采用商业化和专业化的运作模式;国有资产管理机构的资产组合应当仅包括以盈利为目的的非金融类国有企业;应当按照适用于私营公司的同样法律来管理国有企业。^[8]

在法学领域,国家所有权与个人所有权的差别淹没在概念的完美体系中。“同一论”获得了法学的全面“武装”。我国当代民法理论通常将所有权按照“所有制性质”划分为国家所有权、集体所有权和个人所有权,三者并列为所有权的三种类型。在所有权概念之下,国家所有权只是其中的一种类型,在法律上与个人所有权和集体所有权地位平等,权能和效力相同。按照民事(权利)主体理论,“人”这一抽象概念可以涵盖所有从事民商事活动的个人和组织,包括国家。凡是纳入该理论框架的个人或组织统统可以无视个性而被一律定义为“民事法律关系的参加者”——人。分析实证主义法学素有将国家视作法人的观点。^[9]而社会主义民法学鼻祖——苏联民法理论则将苏维埃国家作为“特殊的民事权利主体”。^[10]我国学者景从其后,多数人主张将国家列为“特殊的民事主体”,^[11]也有人认为国家参与民事活动时是作为“公法人”

[3] 梁慧星:“以公司形式改组国有企业”,载梁慧星《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社 1999 年版,页 107。

[4] 韩康:“法人治理结构为什么会失灵”,《中国经济时报》2000 年 12 月 22 日。

[5] 陈清泰:“法人治理结构是公司制的核心”,《经济社会体制比较》2000 年第 5 期,页 7~13。另见该作者在《经济社会体制比较》2000 年第 9 期发表的文章“公司治理——解开中国国企改革的关键一环”。

[6] 林毅夫、蔡昉、李周:“国有企业改革的核心是创造竞争的环境”,《改革》1995 年第 3 期;简新华:“代理成本与公司治理结构”,载中国(海南)改革发展研究院编《中国公司治理结构》,外文出版社 1999 年版,页 220。

[7] 张春霖:“国家所有者的商业化:模仿机构所有者”,《国际经济评论》2003 年 9—10 月。张春霖的观点并非首创,早在 1980 年代就有人提出类似看法,参见范恒山:《所有制改革:理论与方案》,首都经济贸易大学出版社 2000 年版,页 167~191。(作者指出,所有权和经营权的全分离,可以实现“国家所有制”转变为“虚拟私有制”,而“虚拟私有制”不过是全新的公有制模式)。

[8] “改革国有资产管理:从国际经验看中国”,《中国经济时报》2003 年 1 月 14 日。

[9] 凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 1996 年版,页 203。

[10] 格里巴诺夫、科尔涅耶夫(编):《苏联民法》上,中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译,法律出版社 1984 年版,页 120~128。

[11] 江平、张佩霖(编著):《民法教程》,中国政法大学出版社 1986 年版,页 51;佟柔(主编):《中国民法》,法律出版社 1990 年版,页 156;王利明:《国家所有权研究》,中国人民大学出版社 1991 年版,页 266。

出现的。^[12] 近来还有民法学者在建议物权立法时指出,国家所有权可参考德国民法中的“公法法人的所有权”,而德国公法法人的所有权和一般自然人与法人的所有权并无本质不同,法律保护方式也无根本区别。^[13] 总之,无论从所有权类型还是从民事主体理论的角度,当代民法学都能为国家所有权与个人所有权的“同一论”自圆其说,即便二者的所有者——前者是国家,后者是个人——不同,这种不同在法律上也是无关紧要的,因为国家和个人都属于民事主体。

“同一论”还是民法学者倡导财产权平等保护的主要论据。这些观点包括,反对给予国家所有权特殊保护;^[14] 主张国家所有权应当“服从”民法关于所有权的一般规定;^[15] 主张各种类型的所有权应当“一体承认、平等保护”。^[16] 于是,“同一论”又增加了一圈捍卫财产权平等保护的耀眼光环。

经济学和法学的主流意见无疑是认同国家所有权与个人所有权同一论的,“同一论”已成为指导立法和政策制定的理论信条。^[17] 例如,1993 年公司法所设计的“现代企业制度”既不姓“资”也不姓“社”,它统一适用于由国企改制而成的公司和个人所有的公司。改建为有限公司或者股份公司的国企至少都在表面上按照公司法建立了标准的组织结构。近年来,国有大中型企业、国有独资公司、国有控股的股份公司又纷纷效仿西方发达国家的公司治理机制,建立董事会,聘请独立董事,设置专业委员会,对公司高级管理人员施行高薪、年薪,设置认股期权等激励措施。国家所有权已经全方位地模拟个人所有权基础上的公司制度了。

但是,不要以为在“同一论”的基础上个人所有权可以与国家所有权平起平坐了。法学家的财产权平等保护理想不会这么简单地变为现实。“同一论”的真实含义是,国家所有权控制的企业(即国有企业)完全可以运用私有制的公司形态,从而像私有企业一样富有效率和竞争力,仅此而已。而从历史决定论角度说,国家所有权仍然代表着先进的生产方式(“社会化大生产”),代表着社会的进步方向。因此,国家所有权认准的方向也是个人所有权的发展方向。正如中共十四届三中全会决议指出的,“建立现代企业制度,是发展社会化大生产和市场经济的必然要求,是我国国有企业改革的方向。……所有企业都要向这个方向努力。”^[18]

即便在当前的初级阶段,国家所有权也是大公无私、为全民服务的楷模制度。而个人所有权则永远摆脱不了惟利是图、目光短浅和无序竞争的原罪。所以,国企可以拥有更多自由,而私企必须严加管束。譬如 1993 年公司法给私人公司设置的重重禁区对国有公司却是自由之地:公司法禁止个人设立一人公司,但允许国企改建为国有独资公司;^[19] 以防止募股欺诈的名义,公司法规定设立股份公司须有五个以上发起人,但国企改建为股份公司的,国企可以独任

[12] 彭万林(主编):《民法学》,中国政法大学出版社 1994 年版,页 45。

[13] 孙宪忠:“德国民法对中国制定物权法的借鉴作用”,载孙宪忠《论物权法》,法律出版社 2001 年版,页 646。

[14] 梁慧星:“民法通则对原来民法理论的突破”,《中国法制报》1986 年 11 月 7 日,第 3 版;王利明、郭明瑞、吴汉东:《民法新论》下,中国政法大学出版社 1988 年版,页 157~163;王利明,前注[11]揭,页 314~318。

[15] 王利明,前注[11]揭,页 18。

[16] 孙宪忠:“中国财产权利保护的法律制度”,前注[13]揭,页 289~298;梁慧星(主编):《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,页 212。

[17] 中共“十五大”报告(1997 年)指出,“股份制是现代企业的一种资本组织形式,有利于所有权与经营权的分离,有利于提高企业和资本运作效率,资本主义可以用,社会主义也可以用。不能笼统地说股份制是公有还是私有,关键看控股权掌握在谁手中。国家和集体控股,具有明显的公有性,有利于扩大公有资本的支配范围,增强公有制的主体作用。”引自江泽民在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告(1997 年 9 月 12 日)。

[18] 中共中央“关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定”(1993 年 11 月 14 日)。

[19] 中华人民共和国公司法第 20、64 条。

发起人;^[20]在股票上市和发行债券方面,国企也享有异常的优惠。^[21]其他法规政策中的例子不胜枚举。这些专门照顾国企的“自由”其实就是国有公司独享的法律特权。其理论依据恐怕就是,国家所有权是大公无私、为全民服务的,不可能滥用自由和特权。

二、事实

以上便是本文所谓国家所有权神话的要点及其在法律和政策上的体现。神话总是用美妙的幻想掩饰不美妙的现实,在人们不加思索的集体性重复中把自己装扮成真理。神话的本质特征是与事实不符,因此事实本身就是神话的天敌。

尽管我国宪法和法律对国有经济所有者的规定有不一致之处,^[22]但是,鉴于宪法所宣称的国家一切权力属于人民之原则和国家应以人民利益为最高利益之共识,国家所有权所指的所有者显然应是全体人民。基于所有者的不同,国家所有权与个人所有权具有本质区别。

首先,国家所有权的权益和成本无法量化于个人,需要国家分配,而个人所有权的这种量化是自动的,无需国家分配。“人民”是一个不容分割的整体,不确指任何个体,“人民”的权力只能以全体名义行使。国家所有权绝对排除人民的个体成员主张任何个人的所有权。对某一具体的国有企业而言,作为人民个体成员的个人不可能确知其个人的控制权和收益份额,不可能直接行使国家所有权,也不可能以其个人财产承担相应风险。^[23]由此导致的结果是,国家所有权的权益和风险必须依赖于国家分配才能落实到个人。所以,国家所有权首先是一个国家通过公共权力分配权益和风险的国家机制。而个人所有权不需要这种机制。国家所有权与个人所有权在这点上的本质区别决定了二者完全是不同的两种机制。

其次,作为所有者的全民只能通过政治机制而不是公司治理机制控制和约束国家行使国家所有权的行为。个人所有者可以亲自也可以委托代理人行使所有权,不需要政治程序的介入。但国家与全民的关系与民法上的代理人和委托人的关系却有本质区别,因为全民只能让国家“代理”行使所有权而不能另行选择其他代理人。^[24]国有企业也决不可比拟为以全民为股东的股份公司。^[25]因为,国企的“全民股东”无人知道自己拥有多少股份,更不得转让股份、变更投资。在这个意义上,“全民股东”被牢牢锁定并深深依附于国家所有权体制。因此,在国家所有权体制内,所有者的个体成员不可能运用公司治理机制控制和约束作为代理人的国家,相反,个体成员只能服从国家的支配。

理论上,人民只能通过政治机制控制和约束国家行使国家所有权的行为。人民可以通过民主程序选举人民代表组成国家权力机关,进而由权力机关委派行使国家所有权的各级官员。许多人因此认为,通过适当的政治体制(例如每年的预算编制过程),国家就可以忠实贯彻全民

[20] 中华人民共和国公司法第 75 条。

[21] 中华人民共和国公司法第 152、159 条。

[22] 我国宪法第 7 条明文宣示国有经济即“社会主义全民所有制经济”。“民法通则”第 73 条和“全民所有制工业企业法”第 2 条也明确规定,国家财产和全民所有制工业企业的财产“属于全民所有”。然而,国务院 1994 年颁布的“国有企业财产监督管理条例”第 5 条却将“全民所有”等同于“国家所有”。

[23] 董辅礪:“所有制改革与经济运行机制改革”,《中国社会科学院研究生院学报》1987 年第 1 期。

[24] 周其仁更认为,“委托代理”框架根本不适用于分析公有产权的经济性质,公有制企业的特征是“没有最终委托人的代理人”。周其仁:“公有制企业的性质”,《经济研究》2000 年第 11 期。

[25] 林毅夫和刘培林执笔的一篇论文认为,国有企业无非是以全民为股东的股份公司。北京大学中国经济研究中心发展战略研究组:“中国国有企业改革的回顾与展望”,北京大学中国经济研究中心讨论稿系列 NO. C2000006,2000 年 4 月。

的意志和利益，^[26]全民就可以约束国家行使所有权的行为，从而使国家模仿机构投资者。^[27]然而，本文要指出的是，全民通过政治程序控制国家与个人所有者通过公司治理控制公司（包括机构投资者）是完全不同的两种机制，前者无法模仿更无法替代后者。首先，如果政治机制可以代替或模仿公司治理的话，那么世界上民主政治比较发达的国家就应当是国企比较普遍的国家，而随着我国民主政治的日益进步，我国国企也应当越来越多，但众所周知，国内外的现实皆与此相反。其次，民主政治的过程是极少数人（如人民代表）决定和取舍全体人民需求的过程，在此过程中，一部分人的需求得到肯定并被提升为全民意志而其他人的需求则被忽略，尽管决议程序会采用多数通过原则。^[28]这与个人所有者可以按照自己的意愿行使所有权（包括转让股份退出公司）完全是两回事。^[29]这里讲的尚且是民主的政体，如果是不民主的政体，少数权贵假全民之名行损害全民利益之实的行径将更为严重。

主张国家所有者商业化的学者认为，国家满足两个条件就可以模仿机构投资者。除了上文所说的通过政治机制强化全民对国家的约束（从而制造出来自原始投资者的对国家的硬约束，使国家面对明确的融资成本和必须实现的门槛回报率）外，第二个条件是，国家作为为全民管理资产的一个机构，必须面对来自其它资产管理人的竞争。制造上述“竞争”的基本途径之一是严格控制公共财政和国有企业部门之间的资金对流，使国家作为国企所有者面对更大的筹资压力，使国企不得不在资本市场上与其它企业一起竞争有限的资金。^[30]然而，按照这种方法制造出来的“竞争”并不是国家与其它资产管理人之间的竞争，而是国企与其它企业间的竞争，竞争的目标也不是全民资产而是全民资产以外的资金。事实上，这种“竞争”目前已经存在了，国家控股的大中型企业竞相改建为股份公司上市募集资金就是例证。显然，这种“竞争”并不会使国家在管理全民资产方面遇到任何对手，没有任何资产管理人可能与国家竞争全民资产的管理权，所以，国家所有者不会因这种“竞争”而商业化。

与此相关的另一个不切实际的观点是，国家所有权与个人所有权、国企与非国企可以在市场经济中进行公平竞争，这也是一个神话。一般而言，国企的原始资本要么直接来自公共财政，要么是凭公共财政担保而获得的银行贷款，而公共财政主要是国家运用强制性税收权力从纳税人的收入中汲取的。在这个意义上，国企通过国家强制力筹集资本是以压缩民间自主投资为代价的。因此，国企自始即在资本筹集方面具有民间投资者无法企及的特权，并占据了排挤民间投资的天然优势。试问，公平竞争从何谈起？当然，纳税人在理论上能够通过民主程序控制国家对国企的财政支援。但是，除非彻底断绝这种财政支持，否则任何形式的支持（即便受到法律程序的限制）都将延续国企自始就具有的那种优势和特权。然而，彻底切断财政支持又与国家设立国企自相矛盾。既然投资设立了一个企业，作为股东的国家在企业需要资金支持的时候，自己腰缠万贯却袖手旁观无动于衷，让企业到资本市场上竞争资金、自生自灭，人们不禁要问：国家投资设立这个企业的意义何在？国家出于什么动机愿意这样作？民间投资同

[26] 王利明，前注[11]揭，页79~81。作者指出，“问题的关键在于，国家如何通过建立和健全民主和法律制度而切实代表人民的意志和利益。”

[27] 张春霖，前注[7]揭。

[28] 阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，页335。作者指出，“人民——选民们相当难以胜任亲自制定一项政策的任务……他们必须选择他们的代表，一旦选出之后，他们就只能听凭他们的代表按照他本人认为最好的方式去行事。”

[29] 米尔顿·弗里德曼、罗斯·弗里德曼：《自由选择》，胡骑、席学媛、安强译，商务印书馆1982年版，页68—69。

[30] 张春霖，前注[7]揭。

样能够实现这种效果,国家何必进行这种无意义的投资?所以,彻底断绝公共财政对国企的支援既没道理也不可能。因此,仅在企业筹资方面,国家所有权与个人所有权、国企与非国企就不可能存在公平竞争。

国家所有权的内部控制机制和权责损益分配机制都清楚地表明,国家所有权本质上不是以个人意思自治和契约自由为基础的私权,而是以国家强制为基础、以政治程序为运行机制的公共权力(或称国家权力)。

三、法治维度的剖析

可能威胁人类安全的不仅是自然界的各种不可抗力,而且还有人类文明的制度性产物——国家及其权力。国家权力来源于人民又凌驾于人民之上,它是法律和秩序的后盾,但也是对个人自由最具威胁的强制力量。在这个意义上,法治其实就是国家权力受到法律适当制约的政治状态。既然国家所有权属于国家权力,那么,许多滋生于国家权力的弊害都可能由国家所有权而生。一个法治的或者追求法治的社会对一切国家权力严加防范的时候,决不当遗漏国家所有权。

首先,防范国家权力滥用就必须在有限政府的原则下限制国家权力的运用范围和自我扩张。有限政府原则是指政府自身在规模、职能、权力和行为方式上受法律和社会制约的原则。有限政府是市场经济和法治的政体基础。^[31]国家所有权作为一种公共权力,作为国家实现特定职能的手段,应当接受有限政府原则的限制。我们经历过国家所有权无限膨胀的极端年代。我们深受国家所有权神话之苦。国家所有权的无节制运用和扩张必然导致国家权力的滥用。其一般规律是:国家所有权控制的企业数量越多、规模越大、范围越广,国家占用的资源和向全民汲取的财富就越多,民间可支配的资源和财富就相应越少,个人自由和市场经济的发展空间也相应越狭小,而国家分配所必定导致的公民间的不公平就越发严重,因国家无法克服的不当决策和官员腐败所造成的浪费、迫害和灾难也势必越来越多,直至无法控制。因此,作为一种必要的国家强制力量,国家所有权应当严格限定于国家为实现特定的社会或者政治目标而不得不拥有企业的范围之内——国家拥有这些企业的目的不是打造富有经济效率和市场竞争力企业,不是追求利润,而是承担特定的社会或者政治任务。简言之,国企的目标应当是非营利、非商业性的,这种限制符合国家所有权的公共权力本质。

然而,从国家所有权各种神话理论的视角看,将国家所有权排除于营利目标之外是毫无道理的。因为,在这些理论看来,国家所有权与个人所有权同是所有权,既然国家所有者可以模仿机构投资者,可以商业化,可以适用现代企业制度,可像个人所有权一样有效率甚至更为优越,那么,个人所有权能经营的事业国家所有权也同样可以涉足,甚至个人所有权不应垄断的行业也可以交给国有企业独家经营。因此,被神化的国家所有权是不受法律和社会制约的,相反,法律将为国家所有权“造福全民”的无限扩张鸣锣开道、保驾护航。

其次,防范国家权力滥用的另一法律机制是分权制衡。^[32]国家权力应当分立,目的是使权力之间相互制衡。^[33]如果把国家权力区分为立法、司法、行政三权的话,国家所有权应属行

[31] 刘军宁:“市场经济与有限政府”,载《学问中国》,江西教育出版社 1998 年版,页 73—90。

[32] 洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆 1964 年版,页 89。

[33] 孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆 1978 年版,页 154—156。

政权力。显然,国家所有权应受立法和司法机关的严格制约。在一般意义上,人民控制和约束国家所有权的有效性须依赖于政治体制的民主化和法治化。针对国家所有权的特殊问题是,立法机关必须为国家所有权的投资范围、运行方式、人事管理等规定严格、细致甚至不惜呆板的规章和准则。国家的任何投资行为和对国企业的政策优惠和补贴均应征得立法机关的批准,甚至特别立法,并受司法审查的监督。国家对国企高级管理人员的任免和监察程序应当与一般政府官员相同。国家所有权还必须像其他行政权力那样把公开和合规置于效率之上,接受社会监督。而作为公共权力,国家所有权是无法执行“政企分开”政策的,因为,“政企分开”意味着国家一方面将公共权力性质的企业控制权移交给国企管理者,另一方面却限制自己对国企管理者的干预和控制——这无疑是在下放权力却放松监管,放任权力滥用。要保持公共权力的内控链条、防范权力滥用和落实国企承担的社会或政治任务,政企合一是一必要和合理的,国家所有权应当按照行政权力的方式运行,国企应当成为行政机构的附属物甚至本身就变成行政机构,国企的管理者不应当是以利润最大化为天职的企业家而应是循规蹈矩的行政官员。另外,从分权的角度说,国家所有权在运行中应当尽量分权,即权力由多个部门行使,以便部门之间相互监督制衡。以上是将国家所有权作为行政权力对待时必须遵循的法律机制。

然而,这与二十多年来国企改革的政策趋向正好相反。政府最初向企业放权让利和至今坚持的政企分开政策,目的就是要彻底改变企业的行政附属地位,把干部变成企业家,把企业推向市场,让国家所有者商业化。并且,改革不是按照分权而是按照集权的思路,逐步把在各部门条块分割的国企控制权集中起来,以减少部门间掣肘。毫无疑问,改革的主导方向是把国家所有权向商业化推进。但不容否认的事实是,政企分开的实际效果并不是越来越多的国企被“搞活”,而是越来越多的国企,尤其是非垄断行业的中小型企业,在市场竞争中逐渐消亡,或者倒闭、破产、重整,或者民营化。实践证明,市场化改革的客观趋向必定是国家所有权的收缩,只是不同政策导致的成本和成效不同而已。政企分开对国企而言既缺乏正当性又不现实。现在是重申国家所有权的公共权力本性的时候了,与其让国企在政企分开后的失控状态中被动消亡,不如制定明确政策,主动有序地从商业领域撤出国家投资,重新定位国家所有权的目标和运用范围。

第三,以公民权利制约国家权力也是防范权力滥用的有效机制。这种机制有两重含义:一是,宪法和法律承认公民权利,诸如财产权、人身自由权和隐私权等,国家权力非经正当法律程序不得侵入;二是,当国家逾越法定界限、滥用权力或有不当行为时,公民有权作出积极反抗,迫使国家收回它的权力触角或改变不当行为。例如公民对政府提起行政诉讼,当然,这又须依赖于国家权力的分权制衡。一般说来,可以发挥积极制约作用的公民权利至少有:选举权、言论自由权(言论、出版、新闻自由和集会游行示威的自由等)、结社权、知情权、检举和控告的权利,以及在遭受来自公权力侵害时获得救济的权利,例如申诉的权利、申请行政复议和提起行政诉讼的权利等。公民选举权通过立法程序实现对国家所有权的控制。结社权在此主要是公民组建企业的自由。这种结社权与国家所有权的冲突在于:国家拥有的企业越多越大,国家所有权垄断的行业越多,公民可用于投资的资源和进入市场的自由度就越小。当然,国企如果很好地提供了公共服务和填补了市场空白且不借助行政垄断的话,公民的结社权将得益于国家所有权。因此,公民结社权自然要求通过法律机制限制国家的投资范围。以公民权利制约国家权力的前提是信息公开。但国家所有权按照公共权力的标准进行信息公开将导致国有企业无商业秘密可言。因此,国家所有权要接受公民权利的制约就必须放弃参与市场竞争、与民争利的打算。否则,国有企业的任何商业秘密都将直接构成对公民知情权进而其他权利的侵犯,

而行使国家所有权的各级各部门官员也将在保护商业秘密的幌子下创造出更为惊人的腐败记录。

国家所有权神话的观念根源是国家拟人化。所谓国家拟人化是指把国家拟制为自然人,赋予国家独立于国民的人格,用自然人的属性和特征来修饰国家。诸如国家的意志、理性、精神甚至道德等说法,以及国家可充当股东或业主等观点,都是国家拟人化的产物或同类产品。拟人化的国家无论在哪个方面都要比个人伟大和高贵。因为,国家所体现的集体性人格一定比个人的个体性人格伟大,国家的集体性意志集中了全民的智慧和意愿,显然也优于个人意志,国家所代表的全民利益就更是比个人利益高贵和重要了。尤其当国家被标榜为全体人民的代表时,其意志的高尚和伟大更是无以复加。

国家被拟人化之后,迟早要被神化。正如许多宗教或神话故事中的神都是比附人而塑造和加以神化的一样。拟人化的国家不是凡人而是集人间一切美德、智慧和力量的超人。国家意志高于其他任何意志,意味着没有任何意志有资格纠正国家意志。换言之,国家意志不可能犯错,任何限制或妨碍国家意志贯彻落实的思想、行为和制度都是邪恶的,应当毫不留情地予以铲除。这是保卫永远正确的国家意志和拯救思想错误者的最佳办法。用卢梭的话说,公意永远以公共利益为依归,永远公正,任何人拒不服从公意,全体就要迫使他服从,这意味着人们要迫使他自由。^[34]按照以上逻辑,一切针对国家权力的法律限制都是没有必要和不能容许的,^[35]宪政、法治、分权制衡、公民权利等等都是一文不值的废话。

国家拟人化进而神化的危害在于,它将成为反对制约国家权力亦即反对法治的负面力量。当前,公然宣称国家意志永远正确和反对限制国家权力的观点已不多见(当然,将来未必不会再度流行),但在不同领域盲目主张国家拟人化理论者大有人在。^[36]当国家投资的扩张压缩市场空间和扰乱竞争秩序的时候,当国家要建立或维护某种垄断的时候,当国有垄断企业呼吁政府强化行业准入以确保其特权地位的时候,当国有经济的收益和成本分配导致城乡和不同地区发展失衡的时候,我们总会听到不同版本的国家所有权神话被当作辩护词反复宣讲。这些令人们心驰神往的神话似乎还没有真正遭遇到无神论的严肃挑战。

国家拟人化很早就得到了民法和民法学的承认,国家如同自然人一样具有法律人格,被界定为公法人或特殊民事主体。但法律起初承认国家具有法律人格的意义仅在于使国家能够像自然人一样平等地从事民事交易。^[37]国家所有权的公权本质与国家所有的财产进入市场交易时必须遵守民法一般规则并不矛盾:公权本质决定国家所有权必须建立不同于私权的内部控制机制,而市场交易法则则要求各类所有权(无论是国家的所有权还是个人的所有权)在外部关系上一律地位平等、公平交易。国家所有权的内部控制和外部交易关系完全可以适用两种截然不同的法律机制。也就是说,以对待公共权力的方式严格限制国家所有权的范围和运行,在法律上对其采取非私权化和非商业化的规制政策,这与宪法和法律平等保护公共财产和

[34] 卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,页29、39。

[35] 莱昂·狄骥:《公法的变迁·法律与国家》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,页414。

[36] 如前文所述的各种国企改革观点。也有学者主张把国家拟人化的改革方案(如国家模仿机构投资者)作为倒逼国家所有权收缩范围的对策,但是,这种方案首先是不现实的,其次这种“新思维”有点像饮鸩止渴,不仅不能限缩国家投资范围,反而极可能为国家所有权的扩张提供理论依据。

[37] 在古代罗马,国家财产是神圣之物,不能作为买卖等民事行为的客体,国家也不是“人”(民事主体)。但这个原则不符合民事交易的需要。中世纪时,人们发明法人制度将国家和城市纳入民事主体“人”的范畴,使它们跟自然人一样平等地参加民事交易。参见弗兰克·闵策尔:“求大同:德国民法典立法的成果和错误”,《中外法学》2001年第1期,页10。

私有财产并无冲突。

四、结 论

只要国家存在,国家所有权就必不可少。但国家所有权究竟应当为什么目标而控制企业,在什么范围内才是必要的,如何才能增进全民利益,却是颇具争议和缠绕许多神话的问题。真理源自真相而不是神话。国家所有权最基本的真相就是,它是按照政治方式运行的以国家对个人的强制性支配权为内容的不折不扣的公共权力。任何公共权力的商业化运作都必然导致权力滥用和政治腐败,必然背离法治和市场经济的基本原则。作为公共权力的国家所有权没有理由为争取商业利润而控制企业。

因此,国企改革的当务之急不是全面推进公司化和商业化,而是在有限政府、分权制衡和保障公民权利等法治维度下,重新界定国家所有权在市场经济框架内的目标和职能,区别不同目标的国企给予不同的政策和法律待遇。对于为社会或者政治目标服务的国企,国家应保留所有权、给予财政支持并按照行政机构的治理模式(而不是商业性公司的治理机制)严加监管;对于身处竞争行业、具有营利或商业目标的国企,国家应当分离并承接其原有的社会职能(例如提供职工福利甚至暂时缓解当地失业压力),通过适当的方式(包括公司化和股份化),使国家所有权在充分公开信息和遵循公正程序的前提下尽早退出企业。