

依此文字表述，则情事变更原则适用条件如下：1.须有情事变更。所谓“情事”指订约时作为合同基础及环境的客观情况；所谓“变更”指此种客观情况发生异常变动。具体判断是否构成情事变更，应以是否导致行为基础丧失（包括自始欠缺和嗣后丧失），是否致当事人目的不能实现，及是否造成对价关系障碍，作为判断标准。2.须该情事变更之发生不可归责于当事人。如可归责于一方当事人，则该当事人应承担因而发生之危险，因此不适用情事变更原则。3.须该情事变更有不可预见的性质。仅一方当事人不可预见，则仅该当事人可以主张情事变更。4.须维持合同原有效力显失公平。此显失公平应依一般人之看法，包括债务人履行困难和债权人受领不足及其履行对债权人无利益。

其法律效果为赋予受不利益的一方当事人以变更或消灭合同的可能性，属于实体权利，但以诉讼（仲裁）方法行使为必要。因此区别于解除权，相似于民法通则所规定的撤销权。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：张 涵

## 经营权产生根据新探

张 玲

《民法通则》第82条规定：“全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产依法享有经营权，受法律保护。”据此，经营权构成了我国全民企业的合法财产权利。经营权作为全民企业在社会主义条件下所享有的财产权，有其深刻的依据。但是，该依据究竟为何，人们却论及很少。笔者认为，为了能更好地理解 and 把握经营权，并澄清目前存在的一些模糊认识，我们有必要对其进行讨论。

### 一、从纵向发展的角度考察，经营权是经济发展和所有权演变的一个必然结果

一般来讲，每一事物都有其纵向的发展，这就是它的历史。人们在对历史的考察中，总能得到一些有益的启迪。我们纵观经济和所有权的发展，就能够看到经营权产生的必然性。

在奴隶制社会中，其经济基础是：奴隶主阶级完全占有生产资料，并占有从事劳动的奴隶本身。这决定了法律确认奴隶主对生产要素一人和物享有所有权，使奴隶主能够按照自己的意愿，决定奴隶与生产工具通过一定方式的结合，为其生产一定的产品。此外，由于这时的生产力水平非常低下，生产出的产品主要被用于满足维持生命的基本需求，因此法律特别注重对占有的保护。罗马法规定了各种制度来保护奴隶主对私有财产在事实上的管领。逃跑的奴隶如被发现，将被处以残酷的刑罚。由此我们可以看出，奴隶制社会的所有权具有这样的特点：1.奴隶制社会的经济状况使所有权主体非常注意财产的使用价值，所有权的客体指向是财产的物质形态本身。2.所有权主体把财产牢牢控制在自己手中，由自己直接在客体上为占

有、使用、处分行为。也就是说，所有权主体、客体统一不分，中间不存在任何中介。

人类发展到封建社会，经济基础、社会关系都发生了变革。首先，作为封建社会的两大阶级——地主与农民之间已不再是完全隶属性的人身依附关系。农民有了独立的人格，可以作为权利主体参加民事法律关系。其次，封建社会的土地所有制反映在法律上，虽因各个封建国家的经济、历史情况的不同而有国家土地所有权与地主土地所有权之别，但不管是这两种形式中的哪一种，土地都是由已经上升为法律主体的农民耕种。换句话说，作为所有权主体的国家或地主已不再直接经营土地，他们的所有权要通过他人（农民）的行为间接得到实现。所有权主体与客体由奴隶制社会的统一不分，到封建社会在整个社会形态下分开了：土地所有权虽然仍归国家或地主享有，但客体实际控制在农民手中，是农民在进行事实上的土地管理、耕种。农民耕种土地要求以一定的权利为基础，由此，永佃权产生。所有权主体与客体分离导致他物权出现。他物权成为所有权主体实现其权利的中介。

农民享有永佃权后，地主不再实际占有、使用土地，而只享有到时收取一定租金的权利。这样，所有权就突破了罗马法所下的三权能定义而发展到日尔曼法时期。日尔曼法把收取一定利益的行为抽象为一种新的权利：收益权，并把它并入到所有权中，构成了所有权的四权能说。

收益权的产生说明了所有人已经淡化了对物实际控制的观念，把目光从占有、使用、处分移到了收益上。只要能取得收益，所有人便可以放弃对物的控制。另外，收益的取得，通过所有人自己的行为能够实现，通过别人的行为也能够实现，这也为所有权主体放弃对物的控制以及主体与客体相分离提供了基础。

收益权的产生使所有权观念发生演变。在此基础上，收益权进一步的发展又使所有人由注重使用价值逐渐转到了价值量上。封建社会初期，由于生产力发展水平尚低，生产的产品除消费外，还没有太多的剩余，因此，地租采用了实物地租形式，地主得到的是粮食以及其它农作物，以满足他们的直接生活需要。也就是说，所有权的重点权能虽然转移到收益权上，但它还是侧重于实物形态。生产力发展到一定阶段后，生产的产品使地主有了足够的奢侈生活品，于是，地租就由实物地租改为货币地租。地主开始追求货币财富的积累。实物地租到货币地租的变化标志着收益权的指向由使用价值转到了价值量。

资本主义社会是建立在生产资料私有制基础上的高度发达的商品社会，资本家的唯一目的就是为了取得更多的剩余价值。封建社会所有人追求价值量的内在冲动，在这里得到了进一步的强化。尤其是股份公司的出现，使这种强化发展到了最高点。在股份公司形式下，各个股东——货币资本家——把一定数量的股金交给股份公司，由具有管理才干的企业家进行经营，股东只在一定时期内以红利和股息的形式取得收益。也就是说，货币资本家为了取得收益，不惜放弃所有权，把所有权转移给股份公司，自己只享有债权。

以上三个社会的分析明显地显示出：所有权观念随着经济的不断发展在逐步地发生变化。1. 所有人的追求由注重使用价值——满足直接需要，转到了价值——积累财富上。2. 所有权实现方式最初是所有人亲自对物进行占有、使用，控制着物本身，之后，就逐步放弃，以致到最后干脆转让所有权，而仅享有债权。

以上两个变化到社会主义社会继续发展，其结果就导致了经营权的产生。社会主义经济是建立在生产资料公有制基础之上的商品经济。该经济性质决定了国家作为所有人，它的追求目标既不是单纯的使用价值，也不是单纯的价值，而是两者的统一，是一定的利润和一定

的实物产品。追求实物产品使国家不能放弃所有权，追求利润又使国家可以不直接经营。于是就产生了这样的状况：国家保留所有权，而经营又由各个企业进行。企业独立经营作为国家所有权实现的中介，要有经营的权利，于是，经营权产生。

所有权本身的发展是一个财产所有与财产经营从统一到分离的过程。在这个过程中，所有人逐渐退出财产的生产经营领域，非所有权人逐渐进入该领域。经营权正是在这退与进的交替中诞生的一种民事权利。

## 二、经营权是马克思主义理论在社会主义条件下发展的产物

目前，在所有权与经营权分离问题的讨论中，有些人提出，两权分离并不是社会主义的独创，它在奴隶制社会、封建社会、资本主义社会早已存在。这种观点能否成立呢？我的回答是否定的。我认为：所有权与经营权分离是我国在发展社会主义商品经济中，对马克思主义理论的贡献。

马克思在论述信用在资本主义生产中的作用时讲到：“在股份公司内，职能已经同资本所有权相分离”<sup>①</sup>，“实际执行职能的资本家转化为单纯的经理，即别人的资本的管理人，而资本所有者则转化为单纯的所有者，即单纯的货币资本家。因此，即使后者所得的股息包括利息和企业主收入，也就是包括全部利润，这全部利润仍然只是在利息的形式上，即作为资本所有权的报酬获得的。而这个资本所有权这样一来现在就同现实再生产过程中的职能完全分离，正象这种职能在经理身上同资本所有权完全分离一样。”<sup>②</sup>货币资本家所持的“股票只是对这个资本所实现的剩余价值的相应部分的所有权证书”<sup>③</sup>。“是对一个股份公司拥有的实际资本的所有权证书”<sup>④</sup>。从这些论述中我们可以看到：资本所有者在向股份公司投资购买股票后，就与社会生产过程相分离，成为“单纯的所有者”，只享有对一定剩余价值的索取权。在这同时，职能资本家取得“经济所有权”，承担起实际经营的任务。但由于职能资本家在这时的身份是经理即股份公司的法定代表人，因而他享有的“经济所有权”实际上是股份公司的权利。如果我们从法律角度观察这一切，那么，货币资本家的“单纯所有权”，实际上是一种股权即债权<sup>⑤</sup>，而股份公司的经济所有权才是我们严格意义上的所有权。货币资本家把所有权让渡给股份公司，由所有人转为债权人，是他实现所有权的一种方式，这样，我们就得到了马克思暗含在上述论述中的基本思想：资本主义社会，由于生产复杂性加大，使得所有人不可能再亲自经营管理，而需要借助别人的行为，才能使自己的权利得到实现。我们将该思想引申，即：社会化大生产条件下，存在着所有权主体与客体相分离，所有者与实际经营者由两个不同主体来承担的必要性的。这对我们来说是一个非常重要的思想，我们的两权分离理论也正是在这种思想指导下产生的。

在过去集中统一的经济体制下，由于我们把全民所有同国家机构直接经营企业混为一谈，导致国家对企业管得太多太死。根据马克思的以上思想，建立在社会化大生产基础上的社会主义社会，全民财产不能完全由国家亲自去管理，而应该通过授权，由企业自主经

① 《资本论》第3卷，第494页。

② 同上书，第493—494页。

③ 同上书，第29页。

④ 《资本论》第2卷，第387页。

⑤ 股权是债权抑或是所有权，目前尚有争议。我认为，股权的最主要之点是请求公司到期支付一定的货币。而请求他人一定行为，这正是债权的特征。故股权是债权。

营。<sup>①</sup>于是，企业经营权的产生就成为必然了。可见，国家所有权与企业经营权的分离是社会主义条件下马克思主义理论的新发展。

既然两权分离理论是我们对马克思主义理论的新发展，为什么还会有“两权分离早已存在”的看法呢？综观这些同志的论述，可以发现他们混淆了所有权各种实现方式中民事主体的不同地位以及由此决定主体所享有的不同性质权利之间的差别。在他们看来，所有人亲自对财产进行经营的即为所有权与经营权合一；所有人与财产分离，由其他人经营的即为所有权与经营权分离。我们认为，在现实生活中，所有权的实现方式是很复杂的，不能简单地一概而论。根据民法基本原理，所有人对财产的经营实际上是在行使所有权，承租人经营土地是在行使永佃权，而承租人如经营机器设备，享有的又是租赁权。可见，客体不同，主体所处的法律关系不同，虽然都是对财产的使用，但享有的权利性质各不一样。因此，把民事主体对财产的使用统称为经营权是不科学的。

在这里，我们有必要再着重说一下股份公司的问题。因为现在法学界、经济学界的一部分同志在论述全民财产所有权与经营权分离的正确性、必要性时，常常以股份公司为例证，认为股份公司之所以在资本主义经济中起到重大作用，正在于所有权与经营权相分离。那么，股份公司是否使所有权与经营权分离了呢？我认为恰恰相反，股份公司是财产所有与财产经营的统一体，它不存在经营权，因而也谈不上所有权与经营权相分离。

众所周知，股份公司是最典型的法人形式。作为法人需要有承担民事责任的物质基础。股份公司的物质基础就是它所具有的财产所有权。股份公司既然对各个股东投入的资金享有所有权，根据“一物不能二主”，股东自然也就失去了所有权，而转为债权人，股东由所有人转为债权人后，为了能更有效地实现他的债权，组成了股东大会，有的还直接充当董事或经理，经营管理企业。股东直接经营企业表面上好似他仍是所有人，但实际上他是以公司权力机关或法定代表人的身份在行使股份公司的所有权，而不是作为股东本身的权利。20世纪以来，随着社会化大生产的发展和市场、企业日渐复杂的趋势，大部分股东不再进行公司的经营，参与经营的心理也不断淡化。在这种情况下，职能资本家逐渐取代股东在公司中的法人机关地位，承担起管理公司、行使公司法人所有权的职能。相应地，股东就只剩下债权人的身份了。由此可见，在股份公司的发展中，股东自始至终不是所有人，在当初只是由于他充当了法人机关的角色，才得以经营企业。但不管是股东经营还是以后的非股东经营，经营的本身都是在行使公司法人所有权，而并非经营权。

综上所述，我们得出结论：两权分离并非古已有之，股份公司也不是它的典型形式。它只能是运用马克思主义基本原理解决社会主义全民财产所有与经营问题上的特有产物，

### 三、我国现阶段经营权产生的客观基础

在我们原来的计划经济体制下，国家对企业大包大揽，企业只是国家机关的一个无生命力的附属物。实践证明，这样作不仅违背了马克思主义基本原理，同时也不符合我们国家当前的生产力发展水平以及具体的国情。

首先，我国正处在社会主义的初级阶段，有计划商品经济的特点决定了劳动者与生产资料的结合呈现为两个层次的联合：全社会层次上的间接联合和企业中的直接联合。企业构成了联合经济的最基层单位——商品生产者、经营者。基层单位的地位决定了企业应有一定的

<sup>①</sup> 这里要与马克思所设想的自由人联合体式的社会主义区别开来。

独立性和局部利益，而不能由国家全部包揽，直接经营。否则，只能窒息企业的生机和活力。

其次，我国有上千个大中型工业企业，国家作为一个所有者要进行统一管理是很难办到的。即使它聘请大量职员专门进行各方面、各地区生产信息的搜集整理，在此基础上制定计划，进行经营，也不能保证符合各企业、各地区的实际情况。因为，在这里存在着提供信息的准确性、搜集信息的全面性以及事物本身的发展变化、供与求的关系等问题。所以，在我国地区广、企业多的具体条件下，由国家直接控制企业，并给它们指定生产目标，配给所需投入，不能不说是一个极大的失策。

第三，在全民所有制内部，地区之间、企业之间生产力发展水平参差不齐。有的企业已跨入电子时代，但多数企业还停留在机械与半机械化生产水平上。此外，由于地理环境的限制，造成了沿海地区与内地，东部与西部的发展极不平衡，产业结构相差极大。面对这样一个差异悬殊的生产状况，国家如只按一种标准用一种简单的行政方式强权管理，结果只能是阻碍生产力的发展。而在社会主义初级阶段，发展生产力是全部工作的中心。于是，管理方式的改革，就成为必然。政府对企业必须由直接管理为主转变到间接管理为主，把经营权真正交给企业，使企业真正做到自主经营，自负盈亏。

以上我们从三个不同的角度分析了经营权的产生根据。从中可以得出一个结论：经营权是社会经济发展到社会主义阶段后，根据马克思主义理论及当前生产力发展水平等具体国情，为解决全民财产所有与经营，而赋予全民企业的特有权利。

(作者单位：南开大学法学研究所)

责任编辑：张广兴

## 公证人的双重性初探

### ——兼谈我国公证制度改革

赵霄洛

公证人的双重性是指公证人一方面具有公共职务的属性，另一方面又具有自由的职业属性。公证人的双重性是一个十分引人注目的问题。国际拉丁公证联盟主席卡波拉认为仅此一点就可以写出好几本书。在我国，公证人的双重性一直未引起应有的重视，这是我国公证理论研究中的一个缺陷。目前，我国公证制度改革正在酝酿。认真研究公证人的双重性，对于开阔公证制度改革的思路，迅速推动公证事业的发展，具有一定的积极意义。

公证制度在世界上有着悠久的历史。它的诞生和发展一直是与国家的统治权利联系在一起的。公元前6世纪以后，在古罗马奴隶主贵族家庭中有一种私人书记，专门负责处理其主人的信函和拟定法律文件。后来，在罗马法和罗马诉讼程序的形式主义的影响下，广大平民也