

国企改革的政府定位及制度重构

顾功耘, 胡改蓉

(华东政法大学, 上海 200042)

摘要: 在当前的国企改革中, 政府“出资人”身份和“监管者”身份的双重性以及国有企业“经济人”身份和“准政治人”身份的复合性, 使得政府与国有企业之间的关系难以厘定。这直接造成了国有企业在经营中的方向迷失, 也造成了政府在面对国有企业时“放权”与“收权”间的举棋不定。对此, 应当依据国有企业所肩负的不同功能, 将其分为公益性国有企业与营利性国有企业, 并进而改变我国当前国有企业的立法模式, 从资本结构分类走向功能分类, 明确政府在不同类型国有企业中的定位与职能, 并有针对性地设计出不同的“政企”关系。这应成为今后我国国有企业法律制度改革与完善的应然方向。

关键词: 公益性国有企业; 营利性国有企业; 政府管制; 企业自治

中图分类号: DF412 文献标识码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2014.03.08

改革作为一种制度变迁, “实质上是权责利在各种利益相关主体之间的重新划分与再分配过程, 亦即对既定权力和利益格局以及相关责任负担的调整。”^[1] 在我国, 国企改革始终是影响市场经济建设进程的关键因素之一。2013年11月, 党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》) 用千余字的笔墨对国资国企改革进行了重点阐述, 引起了各界对该问题的高度关注。

纵观我国30多年的国企改革, 始终绕不开的问题便是政府定位。尽管此次《决定》明确了今后国企改革的市场化理念, 但该理念的真正贯彻还需

依靠对政府职能的准确界定, 依靠对其与国有企业关系的合理厘定, 这始终是影响国企改革进程的核心所在。正如有学者所指出的那样, 中国目前国有企业改革的困难主要还在于政府自身^[2]。

为此, 对当前国企改革中政府定位的现状进行反思, 进而合理界定政府职能, 并从制度层面对国有企业与政府之间的权责利关系进行调整, 应成为今后国有企业法律制度不断完善的立足点之一。这也是将十八届三中全会所制定的深化国资国企改革的精神从法律制度层面予以确立, 使其具有可操作性的基本路径。

一、当前国企改革中政府定位的困惑

在当前的国企改革中, 政府“出资人”身份和“监管者”身份的双重性以及国有企业“经济人”身份和“准政治人”身份的复合性, 使得政府与国有企业之间关系的厘定非常困难。就政府而言, 其所追求的社会政治稳定和企业经济效益“双重目标”通

收稿日期: 2014 - 01 - 20

基金项目: 国家社会科学基金重点资助项目“国有企业法律制度重构研究”(12AFX011); 上海市哲学社会科学规划课题“地方政府融资平台公司法律制度研究”(2011EFX003)

作者简介: 顾功耘(1957 -), 男, 江苏靖江人, 华东政法大学教授, 博士生导师; 胡改蓉(1977 -), 女, 山西临猗人, 华东政法大学副教授, 法学博士。

过行政管理关系和产权关系自然而然地延伸到了“国有企业”身上;就国有企业而言,其“公益性”与“企业性”的双重属性,更是加深了其“准政治人”和“经济人”的烙印。一方面,“企业”一词要求其注重经济效益,以获取利润为其本职工作;另一方面,“国有”一词又要求其生产或提供公共产品(包括纯公共产品和准公共产品),发挥其“公益性”特质。可以说,政府的双重身份、国有企业的双重属性,造成了国有企业在经营中的方向迷失,也使得政府在面对国有企业时,在“放权”与“收权”间摇摆不定。

“放权”的目的在于还原国有企业的经济组织属性,让企业尽快回归市场,使其按“经济人”原则行事,以利润最大化为中心,这样才能更好地实现国有资产保值增值的任务,这种理念与当下国有资产经营管理体制对经济效益的追求高度契合。尤其是随着《中华人民共和国企业国有资产法》(以下简称《企业国有资产法》)的颁布,国有企业被进一步界定为“国家出资企业”,国有资产的资本化不断显现,“保值增值”目标不断强化,为使国有企业能够更好地参与市场竞争,“放权”自然成为确定政府与国有企业关系的基本立足点。

然而,“放权”在恢复国有企业“经济人”本性、激发国有资产经济效益的同时,也给政府带来了诸多“不安”。尤其是随着国有企业市场化意识的增强,对经济效益的过度追求,使得国有企业存在大量短期投资行为和重复建设行为,不利于社会资源的整体优化配置。同时,国有企业在公共事业领域的高利润、低服务,不断引起民众对国有企业行为正当性的质疑。为此,政府又希望利用国有企业的“准政治组织”属性来矫正其在市场上的“经济人”行为,使其表现出为社会利益、公众利益服务的“准政治人”品性。

可以说,正是这种“经济人”与“准政治人”的混乱,直接导致了政府与国有企业之间关系的混沌。以国有企业的内部治理为例,这一典型的企业自治事项,目前仍然体现着浓重的政府管制色彩。公司化的国有企业,尽管在形式上建立了“董事会”,但“形骸化”现象严重。一方面,董事会职权范围狭小

且往往受制于政府行政主管部门,无法真正发挥作用;另一方面,董事会成员甚至经理层人员往往由上级行政主管部门或者组织部门直接任命,且大都具有行政级别,“准官员化”现象突出,即使是现行的外部董事制度,仍然受到政府的较多控制。对于这种治理机制,有学者曾尖锐地指出,自1993年以来,“在国有企业中实现的公司治理机制一直是一种内部人控制和党政机关行政干预的混合物”^[3]。

总之,当前政府在面对国有企业时,处于一个两难境地:放得过多,担心不能控制国有企业,影响社会效益;放得太少,又总是政企不分,难以保障经济效益。这种“两难”可以说已成为当前政府处理与国有企业关系时的主要困惑。

二、政府与国有企业关系的重新审视

重新审视政府与国有企业的关系,就不得不提及“政企分开”。作为国有企业改革目标的经典概括,“政企分开”的提法本身就存在诸多争论。早年便有学者指出“政企分开”的提法存在误区,在国有企业与政府的关系上,是难以“完全分开”的^[4-6]。还有学者进一步指出,政企分开论存在两个主要缺点,其中之一便是“否定了国家(政府)作为所有者在国有企业中的作用”^{[5]77-80}。实际上,在经济转轨时期,国有企业改革的目标是为了建立起“企业”这一基本的市场主体形式,弱化国有企业的“公共性”特征,强化其“经济人”身份就成为改革的基本走向,因此,“政企分开”作为一种改革方向无疑是正确的。然而,经过30多年的改革后,再来审视我国的国有企业,人们不难发现,当市场经济的主体制度已基本建立、民营企业得到快速发展时,仍不加区分地以国有资产资本化思路进行全面的国企改革,显然不妥。过度追求经济效益,弱化公共服务功能,只能加剧公众对国有企业的困惑和质疑。当然,对国有企业的过度干预又会影响国有企业的经济效益,这既不符合市场竞争的需要,又会给政府造成沉重的财政负担。那么,“政企分开”的“度”到底该如何把握,政府在面对国有企业时,究竟应如

何在“放权”与“收权”间进行平衡呢?

从本源来看,国有企业的“天性”就是经济与政治的混合,但在实践中,这两种使命很难在一个组织内得以很好地调和。正是因为“经济人”与“准政治人”的二元性,直接导致了实践中党政机关官员与国有企业领导人之间的身份互换,也造成了国有企业的“精神分裂”,从而诱发了政府在面对国有企业时“收权”与“放权”间的摇摆不定。

既然国有企业的双重属性在客观上存在矛盾,以至于对多个目标的追求反而影响到了任何一个目标的实现,那么,现行的制度设计就应当借鉴域外的成熟经验对国有企业进行分类管理。例如,在法国,政府把国有企业分为垄断性国有企业和竞争性国有企业,并采取不同的管理方式。前者主要集中在能源、交通、邮电通信等基础产业和基础设施部门,政府控制程度较高,管理较为严格,企业的自主权相对较少;对后者而言,政府的管理仅限于任命企业的主要领导人和对资产的流入流出进行监督,并非直接控制企业经营,企业拥有较大的自主权,基本与私人企业处于平等竞争地位^[7]。在罗马尼亚,在市场经济转轨过程中,政府也依据国有企业所处领域不同对其进行了两类改造:公益公司的改造和商事公司的改造。公益公司一般都在社会重要性和战略重要性的领域活动,如水、电、气的供应、军火制造、石油钻探和供给、公共交通、电信服务等^[8]。在新加坡,根据企业功能和运作方式的不同,国有企业也被分为两类:一类是法定机构,按议会的专门立法建立和运作,由政府主管部门提供创立资金和流动资金,它属于半政府性的官方机构,要承担一定的社会职能,如营造良好的投资环境、为公众利益服务等,但又是独立的经济法人,专门法规规定了其投资领域和范围;另一类是政府控股公司,包括淡马锡控股公司、政府投资有限公司、新加坡科技控股公司和国家发展部控股公司等,这些控股公司依据《公司法》成立和运作,完全由政府投资,代表政府对所属国有企业进行参股和控股,这类公司的投资领域不受限制,以营利为主要目的^[9]。

以上述经验为例,我们也可以依据国有企业所处领域和主要功能的不同,将其分为公益性国有企业与营利性国有企业。前者主要是为了弥补市场缺陷而存在,其所肩负的功能天然地不具有营利性,目标在于保证经济安全、国家安全和社会安定。有学者将其概括为基础服务职能、经济调解职能和社会政治职能三个层面^[10]。这三大职能也直接决定了该类国有企业一般仅存在于战略性垄断行业和提供重要公共产品和服务的行业。可以说,这类国有企业在本质上就是政府职能的延伸,是政府保障其经济政策得以实施、其经济调控职能得以履行的重要手段和工具。这类国有企业职能的特殊性决定了这些企业事实上难以做到完全的“政企分开”,政府和企业的关系不纯粹是股权与法人财产权的关系,为保证其公益性目标的实现,政府会较多地介入企业的经营管理活动中。营利性国有企业则不同,其主要在市场竞争性领域进行投资经营,在参与市场竞争时,是“以经济效益为指导,哪里利润高,就把资本投到哪里,……基本目标是国有资本总体上的保值和增值。”^{[10]254}因此,政府应与企业保持“一臂之距”,不干预企业的日常经营管理。

如此一来,不同类型国有企业的功能和定位就变得明晰。此时,再来审视政府与国有企业的关系,理解“政企分开”的内涵就会相对科学、合理。当下,无论是学者的研究还是相应的立法都忽视了这种不同,仅仅是从企业的资本结构出发,以国有独资公司、国有控股公司甚至国有参股公司^①来进行制度的区分设计,未深度考虑提供公共产品及准公共产品的公益性国有企业与营利性的商事国有企业在本质上的区别。正是这种思维模式造成了今天市场经济背景下国有企业定位、治理及运作的迷失,随之也造成了政府在面对不同类型国有企业时存在的困惑。

① 国有参股企业往往并不属于国有企业,仅是国家出资企业的一种。国有企业在本质上应当强调国家对企业的控制权,而国家参股企业往往并不具有这样的特性(除非该参股企业通过协议将企业控制权转移给国有小股东或其他国有企业)。

三、公益性国有企业中政府管制与企业自治间的平衡

著名经济学家萨缪尔森曾指出“与来自纯粹的私有物品的效益不同,来自公共物品的效益牵涉到对一个人以上的不可分割的外部消费效果。相比之下,……公共物品常常要求集体行动,而私人物品则可以通过市场被有效地提供出来。”^[11]因此,在成熟的市场经济国家,国有企业通常被作为政策实施的工具,对公共目的的实现起着促进作用^[12];而政府也总是趋向于利用国有企业完成其政治目标^[13]。就性质而言,这类国有企业应属于特殊法人。其主要从事公益性活动,且被置于国家的强力保护和监督之下。之所以设立这些特殊法人,主要是因为“有些事物不适于国家直接插手,但也不适合直接交给私营企业去运营。在政策制定方面,国家可以站在大局的高度,以财政税收为后盾进行规划,而在具体实施政策的时候,有许多情况并不适于国家直接参与,例如铁路、公路、机场等的具体建设及建成后的运营,如果实行企业式经营管理,效率和效果就会好于政府直接经营。”^[14]由此可见,这类法人与私法人完全不同。“公益性”决定了其不能以经济利益最大化为目标,往往需要政府批准方可设立,同时,在组织机构和治理方面和政府的关系相对密切,受国家的影响和控制较大。有时候,尽管这类国有企业采用了公司形态的组织形式,并尽可能地采取了市场化的经营模式,但其特定目的使它在治理机构的权能设置上、在董事等高管人员的选任上以及相应的管理制度上都会受到政府一定程度的控制,而非纯粹的商业化运作。正如美国学者 Francis 所言“切莫将美国的联邦公司视为普通的商业企业组织。尽管它采取了私人商业企业——公司的法律形式,但它从来就既不是作为普通商业企业设立的,也不是只进行纯粹的商业活动。无论其实际的经营效果如何,就其根本性质而言,美国的联邦公司并不是一般的经营管理国有资产并使其增值的形式,而主要是履行联邦管理和干预社会经济和提供公共服务职能的一种组织形式

和工具。”^[15]在美国的司法实践中,法官通常也不认为这类公司属于普通的商事公司。^①

当然,尽管政府应保证这类国有企业履行其天然的“公益性”职能,维护社会公共利益,但这绝不意味着二者间还是传统计划经济体制下的命令与服从关系。在市场经济体制下,政府应主要通过如下两种途径来实现该类国有企业的“公益性”目标:一是作为出资人通过出资人权能的行使来实现政府设立该类企业的意图;二是作为社会管理者从企业外部对这类企业给予政策支持和监督。当然,作为企业,这类国有企业在保证社会目标实现的前提下,可以获得微利,以保证其能维持自身运作,不给财政造成负担。为此,除非法律有特别规定,政府不能随意侵犯企业的经营自主权,这里就存在政府必要管制和企业自治间的平衡与协调问题。

(一) 政府依据出资人身份进行的内部特殊治理

在通常情况下,政府不应过多干预国有企业自身经营活动。但由于“公共性是其(公益性国有企业——笔者注)提供产品区别于普通商事企业的一个显著特征;政府往往将特殊企业的服务内容作为自己公共政策的自然延伸,为维护公共利益、协调彼此行动,政府对特殊企业之组织设置和重要人事任免方面的干预较普通商事企业为甚。”^[16]通过对域外国家的考察也不难发现,在市场经济成熟的西方发达国家,对于这类国有企业的治理,政府也有着一些特殊权利。一是“黄金股”制度,又称为“特殊权利”(special rights)制度,是西方政府在国有企业私有化过程中用来保留控制权的一种特殊工具,政府通过持有该特殊股份,有权在特殊事项上行使决定性投票权。实行该制度的典型公司有英国机场管理局、德国大众、西班牙石油天然气集团、法国能源公司、荷兰典型集团等^[17]。据欧盟 2004 年的调查数据显示,在其范围内大约有 141 家公司保留

^① 例如,在 U. S. Grain Corp. v. Phillips 案中,法官就认为,即使 Grain 公司在形式上采用的是私人公司的模式,但它实际上仍然是为政府服务的一个代理人,有着强烈的政治利益。(参见: U. S. Grain Corp. v. Phillips, 261 U. S. 106 (1923).)

有政府特殊权利^[18]。二是设定“优先选择权”(preferential option)即对一定股份设定“优先选择权”在一定情况下,政府有权按固定价格重购这一部分股份,从而加强对企业的控制权。三是董事会或监事会的多数席位权,即通过特别法规定,在一定情形下,企业中持有少量股份的国家股东,可派代表在董事会或监事会中占多数席位。

可见,政府基于出资人身份从国有企业内部治理层面加强对公益性国有企业的管理是一种较为普遍的做法。我国的制度设计也可对此进行积极探索。在通常情况下,政府除了对该类企业的章程制定或修改、注册资本的增加或减少、企业的分立或者合并、解散或者申请破产等事项拥有最终决定权外,为保障“公益性”目标之实现,对下列事项同样享有最终决定权:

第一,企业主营业务的确定及其更改。由于该类国有企业往往从事某一领域公共产品或者公共服务之提供,或者是为某特殊目的事业而设立,因此,往往有着明确的主营业务,这也是其承担的主要社会功能。这一业务范围往往在设立时便已经由政府确定,非经政府同意,企业经营管理层不得随意更改。

第二,投资经营方针、计划以及投资方向的限制。诚如上述,该类国有企业往往关涉政府公共职能的推行,牵涉众多公共利益,因此其经营方针和经营决策要和政府的政策保持一致,要符合服务区域内大多数人的利益,故而,政府有权对企业具有战略意义的决策活动施加干预。

第三,企业改制和资产转让的特别处理。鉴于该类国有企业所从事领域的特殊性,在通常情况下,它应当是所投资企业的唯一股东或者控股股东。如果其重要的子企业涉及改制或者其在市场上转让股权致使其不再对该企业拥有控股地位,那么,该事项应当由政府决定,而不能由国有企业的董事会自行决定。

第四,企业经营管理机构席位配置及人员选任的特殊考虑。以该类国有企业的董事会为例,董事会的构建不应像营利性国有企业那样以独立董事

为主,当然,也不能由内部董事来主导,而是应建立一个“三三三”的模式,即政府董事、独立董事、内部董事(包括执行董事与职工董事)各占董事会1/3的席位。通过政府董事体现政府意志,反映该类企业的本质;通过独立董事体现经营需求,促使决策的科学化;通过执行董事与职工董事满足信息沟通的需要,同时兼顾其所代表的人力资本的权益。如此一来,便可以达到一种企业内部的利益平衡与制约。此外,在经营管理人员的选任上,政府可以发挥较大作用。在国外,尽管各国对国有企业高管人员的选任规定各不相同,但总体而言,在“由政府任免”这一点上,各国基本一致。在日本,国有企业实行的是决策机构和执行机构一体化模式,企业的最高决策机构是董事会,其成员来自各方代表,对董事会成员及总经理的任免由主管大臣或国会批准^[19]。在法国,董事、董事长和总理由内阁会议以法令形式任命。根据《公共部门民主化法案》的规定,董事会由三类代表组成,国家代表由各有关部门的部长任命,社会知名人士代表也由主管部的部长选定。其中,董事长、国家代表的免职或撤职,由政府决定^[20]。在英国,选举董事会成员首先是由大臣根据政府的意见进行的,而且董事长和副董事长由大臣任命而非董事会成员选举产生^[21]。这些做法实际上也体现了政府通过选任董事、高管来控制管理国有企业的思想。

第五,企业分配机制的限制。公益性国有企业的分配问题,尤其是高管的薪酬和职工的工资,是当下较为敏感的问题。由于这些企业往往处于垄断性行业,在缺乏竞争压力的情况下,其完全有能力依靠垄断地位获取高额利润,进而将该利润分配给本企业高管和职工。这种借助于垄断地位、以侵害公众利益为代价的分配机制,显然缺乏正当性。

当然,为了防止政府的过度干预,保障企业的经营自主性,除上述权力外,企业的其他经营决策权应由企业的董事会这一经营管理机构行使,政府不得干预。

(二) 政府依据管理者身份进行的外部支持与监督

由于公益性国有企业主要提供公共产品或准公共产品,不以利益最大化为目标,有时还需要提供虽然亏损但社会发展所必需的公共产品或服务,为使这类企业能够得以持续发展,国家依据社会管理者身份对其进行外部支持就极为必要,这种支持主要体现在税收优惠、财政补贴等方面。

此外,鉴于公共服务行业的“合同失灵”(contract failure),即市场机制本身并不能对产品质量进行有效鉴别,由政府对该类国有企业进行监督,以实现其公益目标,也极为必要。当然,这种监督必须是适度监督。对于涉及国家经济政策和社会公众基本权益的事项,应进行监管,但对于仅涉及企业私益的事项,政府则不应介入。在对这类企业进行有效的外部监管前,政府应首先制定相关的行业规则,并以此为依据进行监管,以防止资源配置低效和社会福利受损。这种监管主要体现在如下几方面:

其一,强制缔约义务的履行。该类国有企业所提供的产品或服务,如水、电、煤气等,往往关系到民众最基本的生存条件,政府应当保障一定范围内的公众可以平等地、无差别地获得该产品或服务。例如,在法国,对于从事公共服务业的特许权受让人来说,其首要义务就是“确保服务的运行”,如果有违反,受让人将会受到“罚款、查封、失去经营权”等处罚^[22]。即使对该类国有企业进行民营化改革后,政府肩负的这种监管责任也不应被免除。

其二,公共产品或服务质量的保障。进行公共事业经营的市场主体必须对其市场范围内的所有消费者提供不间断、无限制和安全的服 务,以满足公众的基本需要。政府的行业主管部门应对此进行严格检查。

其三,产品价格的限制。在市场经济条件下,私人产品的生产者,在价格机制和竞争机制的作用下,自发生产、自主定价,谋取自身效益最大化,这是市场“无形之手”的理论精髓。特殊法人大多处于垄断地位,竞争架构无从形成,以竞争调整价格的能力得不到发挥。此时,为衡平社会整体利益,特殊法人供给产品的价格及利润率应当由立法进

行规制^{[17]275-276}。因此,对于该类国有企业的定价权应当有所限制。一般而言,在价格的确定思路上应当遵循两个基本原则:一是价格不能过高,必须让公众有能力消费;二是价格可以略高于成本,做到保本微利经营,使其不成为财政负担,同时具有持续发展能力。由于该类产品的价格牵涉到广大公众的切身利益,因而在价格的确定程序上,应注重有普通消费者参加的听证会,以便征询公众意见。

四、营利性国有企业中政府对 企业自治的充分尊重

经典经济学理论认为,国有企业不应进入竞争性领域“与民争利”。但在我国,国有企业的发展有着不同于西方的特定背景。由于历史原因,我国国有企业的部门配置比其他市场经济国家更为分散,而当前转轨时期的特殊需要和后赶超战略的特定要求,又使得国有企业在市场发展不成熟的情形下,充当着利益冲突的协调器和缓冲器。可见,在我国经济发展的特定情势下,国有企业并非经典经济学理论所定位的市场补充者或者简单的公共产品提供者。正如有学者所指出的那样,“制度形成的逻辑,并不如同后来学者构建的那样是共识性的,而更多是历史性的。”^[23]当然,随着改革的推进,市场主体的成熟以及后赶超战略的发展,国有企业应当逐渐减少在该领域的投资,但这种减少只能采取渐进的方式,因此,在一定时期内,营利性的国有企业在我国还将存在和发展。

由于这类企业是在竞争性、商业性部门进行投资经营活动,因此,应将其视为私法人性质的商事公司。在该类企业参与市场竞争时,政府应最大限度地做到“政企分开”,减少介入,由具备丰富商业经验的职业经理人来负责企业经营管理,为企业创造最大化的经济价值。然而,国有企业是由政府投资并具有控制权的企业,如何在政府控股甚至独资的状态下,发挥职业经理人的积极作用?这就需要 对当前营利性国有企业的治理模式进行重新思考。

按照传统公司治理理论,股东会是公司最高权力机关,对公司事务享有最终决定权;董事会是执

行机构,应当对股东会负责。在理论上,股东会会被设想为股东控制经营者的一种工具^[24],公司治理机制的设计以此为中心而展开。但是,随着“股东本位”向“社会本位”的转变,“董事会中心主义”成了公司治理模式的导向。在该模式下,董事会作为公司治理结构的核心,拥有明确的法律地位及公司的经营决策权;股东会仅享有由法律和公司章程规定的有限的权力,除此之外的公司所有权力,即剩余控制权均由董事会行使,股东会不得干预。

这种模式为处理政府与国有企业的关系尤其是政府与营利性国有企业的关系提供了很好的路径。在我国,“顽固”的历史和现实使得“政企分开”理念的实现困难重重,而由董事会在公司治理中起核心作用,通过强化董事会的独立性、专业性,尽可能摆脱政府这一出资人代表的“行政”身影,对于实现“政企分开”提高营利性国有企业的经济效益大有裨益。这种模式实际上产生了一种“双赢”效果:一方面,保证了国有企业的独立运作,防止政府干预;另一方面,政府把企业交给值得信赖的具有专业才能的董事管理,既取得了大量的国资利润,又不必在所有权与经营权的纠葛中耗费自己的时间和精力。实际上,在国外,国有企业治理中的“董事会中心主义”有着诸多成功的经验,如新加坡的淡马锡公司、意大利的国家电网公司以及加拿大的皇冠公司(即中央国有企业)等。在新加坡,淡马锡公司虽由财政部全资持股,但投资或商业决策却是淡马锡董事会的责任,无论是民选总统还是新加坡政府,均不介入到商业决策中来;^①在加拿大,43家中央国有企业都进行了公司化改革,且都建立了董事会,并将经营权交予董事会行使^[25]。这些成功的经验,可以为我国国有企业“董事会中心主义”的确立提供实证支持。因此,在营利性国有企业中,“董事会中心主义”是界定政府与国有企业关系的基本理念。在制度设计中,可以具体体现在如下几方面:

其一,通过法律对政府这一出资人代表的经营权进行限制。也就是说,以法律的形式明确规定政府在营利性国有企业中的最终控制权。这类控制权所涉及的往往是企业的“根本性”事项,这些事项

必然是重大的,但同时也必然是极为有限的。例如,制定、修改公司章程;增加或者减少注册资本;分立或者合并;解散或者申请破产。一旦政府这一出资人代表的“最终控制权”被明确后,剩下的“经营决策权”就应当由董事会享有。因此,一般情况下,董事会会有权决定公司经营方针和经营计划,在投资决策、资金使用、产品价格等方面,享有经营自主权,不受政府制约。在实践中,国有企业尤其是国有独资企业章程对出资人权利的规定,通常采用的都是“列举+概括”的模式,经常能够看到“概括性”的“兜底条款”,即“出资人认为应当由其行使的职权”。这种规定,实际上会无限扩大出资人的职权边界,很容易对董事会的职权形成“蚕食”和“威胁”,非常不利于“政企分开”目标的实现。

其二,严格限制政府及其部门通过修改章程的方式随意扩权。例如,我国《公司法》第66条规定,国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定,或者由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。仔细分析可知,该规定并不利于保障营利性国有企业董事会的独立性。为防止行政性越权冲动,政府及其部门不得通过修改章程的方式而随意扩大其“最终控制权”范围。这一点不同于普通的“董事会中心主义”,而是更为严格的规定。因为在国有独资企业中,政府是“国家”这一唯一股东的代表,而且拥有极大的权力,如果政府及其部门可以通过章程更改其“控制权”范围,会对该类企业的独立性产生很大威胁。

第三,对于董事会的合法决议,政府不得任意干预或否决。股东会权力的终点便是董事会权力的起点。为确保董事会的独立性,一旦法律将公司的事务授权给董事会行使,则出资人不得以其产权关系进行干预。对于政府的过度干预,要赋予董事会法定权力来与其抗衡。也就是说,对于董事会依法定程序作出的决策,除非违反法律、行政法规或章程规定,否则政府不得以出资人身份加以否决,

^① 参见: Temasek Review 2007 [EB/OL]. (2008-05-06) [2013-11-10]. <http://www.temasekholdings.com.sg>.

或责令其作出新的决策。^①对于这一点,应特别予以强调,因为政府往往可能凭借自己的权威再加上自己的出资人身份对董事会在权限范围内作出的决议进行干预,这对董事会的独立性构成了极大威胁。

上述三点的目的,无非是通过保障营利性国有企业中董事会的独立性,来最大限度地保障“政企分开”,防止政府利用自己的控股地位,依靠资本多数决原则,介入企业的具体经营活动。由于政府机构的性质、政府官员的能力等“先天”条件的限制,政府并不具备经营企业并使企业在“残酷的”市场竞争中获胜的能力,此时,就需要依靠具有丰富商业经验的职业经理人,通过建立由独立董事主导的独立的、专业的董事会,实现营利性国有企业经营业绩的提升。

五、政府合理定位的前置条件与实现路径

(一) 功能主义视角下国有企业的合理区分

从上文的分析可知,合理区分公益性国有企业与营利性国有企业是界定政府与国有企业关系的前提和逻辑基点,否则,就会出现游走在市场边缘的特殊经济实体。这些经济实体往往是具有“混合性”特色的国有企业,它们一方面以“公益性”的名义逃避竞争,赚取超额垄断利润,另一方面,又以“生存和发展”为借口,争取大量的财政补贴。政府在面对这些企业时,常常也是进退两难。界定其为“营利性企业”,它却发挥着政府的延伸功能;但界定其为“公益性企业”,它却又注重利润,要最大化地实现国有资产的“保值增值”。可见,如何厘定二者间的关系,是解决问题的关键。

依据经济学理论,只有在具有很强外部溢出效应同时又不大可能由市场竞争自发解决的领域,才有必要设立政府公益性企业。据此,公益性国有企业就是指由中央或地方行政性国家投资机构投资,向社会提供具有公共产品和服务为其主要经营活动,并受政府特殊制约的、不以营利为目的的企业实体。这类实体的特征包括:(1)效率限制性。

该类企业的经营往往因投资大、耗时长、收益慢、利润低等特点而受到产品开发、运营成本及运营效率的限制,因而私人往往不愿投资。(2)非营利性。这是该类国有企业与营利性国有企业的根本区别,否则其便失去了存在的正当性基础。对该类企业的业绩评价,也并非营利性国有企业中的经济效益标准,而是依据该类企业对政府所赋予的各项政策目标的实现程度。当然,非营利性并非指该类企业的生产经营不考虑成本,恰恰相反,为使该类企业能够持续运行,且不给财政造成负担,今后能够继续发挥政府的延伸作用,该类企业的产品或服务定价应考虑成本因素,尽量做到涵盖成本,可以略有盈余。但是,这与营利性企业中以投资人经济效益最大化为经营目标的思想完全不同。(3)公益性。该类企业所提供的产品或服务具有普遍的社会公益性,它是为了满足社会公众的基本生产生活需要而从事的经营活动。换言之,公用企业以保证与满足社会公众的基本生产生活必需品的供应,推进社会经济进步与社会福利为主要目的,这就使其区别于纯粹以营利为目的的其他企业。(4)政府管制性。由于该类企业所提供的产品属于人们生产生活必需品,这些产品供给的好坏直接影响社会公众基本的生活状况与生产状况,也关系到社会福利状况与社会稳定,具有重要的外部收益性,往往需要政府对公共产品的质量、价格、服务等进行监督,以实现其公益目的。

^① 这种思想首先体现在1906年英国上诉法院对 Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame 案的判决中。该案的案情是: Cuninghame 公司的股东会以简单多数通过一项决议,指示公司董事会把公司出售给一家新设的公司。公司董事会不同意这一方案并拒绝执行这一决议。他们的理由是,公司章程明确将公司业务的管理权授予董事会,并授权他们依照他们认为合适的条件出售公司的任何财产。上诉法院法官裁定,公司章程一经把特定的权力授予董事会,股东会就不得干预他们行使此项权力。(参见: L. S. Sealy. Cases and Materials in Company Law [M]. London: Butterworths, 1992: 187-190.) 此外,1909年英国上诉法院在 Quin & Axtens v. Salmon 案中进一步指出,除非董事会违反法律和章程,股东会不得干涉董事们的决定。1935年,上诉法院法官更加明确地指出,“公司是一个既不同于股东也不同于董事的实体,根据公司章程,公司的一些权力授权董事会行使,而另一些权力则保留给股东会。一旦管理权授予董事会,则这些权力就归他们行使,而且只有他们能够行使。股东会只有通过变更公司章程才能控制他们行使此项权力,或者在下届董事选举时拒绝再选任那些他们不满意的董事。正如董事会不能剥夺公司章程赋予股东会的权力一样,股东会也不得擅自剥夺章程授权给董事会的权力。”(参见: Salmon v. Quin & Axtens Ltd. [1909] 1 Ch. 311.)

总体而言,公益性国有企业往往存在于关系国家安全(包括政治安全和经济安全)的领域以及市场不能有效配置资源的领域。前者如军工、核工业、航空航天、兵器装备制造、具有战略价值的稀有资源和高新技术产业等,对这些领域,国家可设立国有独资公司或绝对控股公司,以保持控制力;后者如市政道路建设等纯公共产品领域以及供水、供电、供气等基础设施建设的准公共产品领域,对这些领域,国家没有必要设立独资公司,只要保证控制地位即可。同时,随着经济的发展,市场不能有效配置资源的领域会表现出动态性,因而在这些领域设立特殊国有企业也并非绝对。除此以外的领域,则应当属于营利性国有企业的范畴。

(二) 国有企业立法模式由资本结构分类向功能分类的转变

在我国,现有的理论研究和立法实践对政府与国有企业的关系构建都是以单纯的资本结构为依据进行分类,例如,将公司化的国有企业分为国有独资公司、国有控股公司,甚至国有参股公司,并进而予以制度设计,却忽视了国有企业所处领域及其功能之不同对国有企业与政府关系的影响。

以《企业国有资产法》第33条为例,尽管该条对国有控股公司主要事项的决策权进行了规定,即企业合并、分立、改制、上市、增加或者减少注册资本、发行公司债券、进行重大投资、为他人提供大额担保、转让重大财产、进行大额捐赠、分配利润以及解散、申请破产等重大事项,依照法律、行政法规以及公司章程的规定,由公司股东会、股东大会或者董事会决定,但在实践中,当国有控股公司出现上述事项时,通常需要国有资产监督管理委员会(以下简称国资委)的审批方可进行,因此,其实质上仍然是“股东会中心主义”的体现。该做法实际上是在不区分国有企业类型的情形下,赋予政府对国有企业广泛的经营管理权。在实践中,这种制度设计在给政府控制国有企业提供强有力的制度支持的同时,也极易给政府造成困扰,甚至使政府深陷诉讼之苦。2009年,就因沈阳市大城县人民政府批准大城沈大电缆有限公司国企改制而引发124名国

企职工起诉沈阳市大城县人民政府的案件。在该案件中,原告以国企改制侵犯了其合法权益为由,请求法院宣告经政府批准的公司改制方案无效^[26]。

由此可见,对国有企业进行分类,在厘清公益性国有企业和营利性国有企业的基础上,针对不同类型国有企业进行分类制度设计极为必要。以上述条款为例,今后可以规定,对于公益性国有企业,当出现企业合并、分立、改制、增加或者减少注册资本、进行重大投资、转让重大财产、分配利润以及解散、申请破产等重大事项时,应由股东会或股东大会予以决定;对于营利性国有企业,除了企业合并、分立、增加或者减少注册资本、解散、申请破产等“根本性”事项外,则应由董事会予以表决。

总之,从资本结构分类走向企业功能分类,进而构建相应的政府与国有企业关系,才是科学合理的立法模式。今后,应当对我国现行的国有企业法律制度体系进行改革。一方面,删除《公司法》中关于“国有独资公司”的规定,将《公司法》修改为纯粹的商事主体法,若国有企业是营利性的,无论是独资还是控股,均应与非国有企业一样,统一适用商事《公司法》;另一方面,应当针对提供公共产品和准公共产品的公益性国有企业,建立专门的《公共企业法》,就该类特殊法人的特殊制度进行专门规定,如该类企业的立法宗旨、投资决策机制、特殊治理结构、价格机制、收入分配机制、监督机制等。

(三) 国有企业内部治理中政府出资人权利的区分设计

如上分析,政府在面对不同类型的国有企业时,作为企业的出资人代表,在与企业内部经营管理机构(如董事会)之间的职权配置上应当区别设计。对于公益性国有企业,尽管政府也应尊重企业经营自主权,但是,为保障其“公益性”目标的实现,政府对于企业主营业务范围、投资经营方针、计划以及投资方向、企业改制、重大资产转让、经营管理机构的人员选任及席位配置,甚至企业的分配机制等都有权予以限制。对于营利性国有企业,政府则应尽力保持与企业的“一臂之距”,尊重企业内部独立的、专业的经营管理机构的管理活动;立法应将

政府的出资人权利限制在极为有限的“根本性”事项上,公司正常经营过程中的经营方针和经营计划、投资决策、资金使用、产品价格确定等均由董事会行使,不受政府制约;同时,政府也不得通过修改章程的方式随意扩权,从而“蚕食”董事会的合法权力;对于董事会职权范围内的合法决议,政府更不得以自己是唯一出资人或者控股股东的身份予以任意干预或否决,以此保障董事会权力的独立行使,从而提高营利性国有企业的经营能力和业绩。

(四) 公益性领域中政府对国有企业“公益性”目标的保障

由于公益性领域国有企业的特殊性,政府除了需要从企业内部治理角度对其进行必要的管理外,还需要基于社会公共管理者的身份,从企业外部对公共产品和服务的提供进行适当的监督。这种监督职能应由国资委来履行。尽管《公司法》、《企业国有资产法》等将国资委界定为国有企业的出资人代表,但是,这种定位并不准确,相对而言,其作为监管者更为合适。单从“国务院国有资产监督管理委员会”这一名称来看,国资委就是国务院下属的一个机构,其功能应是对国有资产进行监督管理。如果将其定位为出资人代表,就没有人来监管国有资产的经营行为,国资管理就会出现真空。鉴于其自身也缺乏经营国有资产所需之能力,因而,使国资委的监管功能理性回归,维护一个完整而健全的国资管理体制是应然之举^[27]。

对于公益性国有企业,国资委的监管应当主要集中于如下几方面:首先,该类国有企业对相关法律、行政法规以及部门规章的执行情况;其次,该类企业的投资计划和投资方向,以保障政府出资目的和社会公益的实现;再次,在相关行业主管部门的配合下,就该类企业提供的产品或服务的质量、价格等进行检查;最后,监督企业的经营行为,防止非法的、不合理的低价资产处分行为,维护国有资产的安全。^[ML]

参考文献:

- [1] 严若森. 政府的治理边界与中国国有企业改革深化[J]. 人文杂志, 2008 (3): 82 - 85.
- [2] 程承坪, 程鹏. 国有企业性质: 市场与政府的双重替代物[J]. 当代经济研究, 2013 (1): 26 - 31.
- [3] 张春霖. 国有企业改革的新阶段: 调整改革思路 and 政策的若干建议[G]//吴敬琏. 比较. 北京: 中信出版社, 2003 (8): 194.
- [4] 杨子平. 走出政企“真正分开”的误区——对政府与国有企业关系的再思考[J]. 当代经济研究, 1999 (6): 15 - 18.
- [5] 郭新京. 试论社会主义市场经济下的政企关系[J]. 中国工业经济, 1998 (3): 77 - 80.
- [6] 肖兴志, 刘宝宏. 国有企业政企关系再探讨[J]. 中国工业经济, 1998 (11): 74 - 77.
- [7] 邸伟, 刘民. 经济发达国家国有资产管理模式及借鉴意义[J]. 辽宁经济, 2006 (5): 130.
- [8] 卡塔纳. 罗马尼亚国有企业的公司治理[G]//徐文静, 译. 吴越. 公司治理: 国企所有权与治理目标. 北京: 法律出版社, 2006: 432 - 433.
- [9] 罗建钢. 委托代理: 国有资产管理体制创新[M]. 北京: 中国财政经济出版社, 2004: 124 - 126.
- [10] 柳华平. 中国政府与国有企业关系的重构[M]. 成都: 西南财经大学出版社, 2005: 6.
- [11] 保罗·A·萨缪尔森, 威廉·D·诺德豪斯. 经济学[M]. 12版. 北京: 中国发展出版社, 1992: 1194.
- [12] Peter Hettich. Governance by Mutual Benchmarking in Postal Markets: How State - Owned Enterprises May Induce Private Competitors to Observe Policy Goals [J]. Dayton Law Review, 2007, (32): 199.
- [13] Anthony E. Boardman and Aidan R. Vining. Ownership and Performance in Competitive Environments: A Comparison of the Performance of Private, Mixed and State - Owned Enterprises [J]. Journal of Law and Economics, 1989, (32): 1.
- [14] 谢地, 高鹤文. 中国国有经济角色的演进——反思与前瞻[J]. 国有经济评论, 2010 (2): 1 - 25.
- [15] Frances J. Leazes, Jr. The Structure of Federal Corporation [M]. New York: Praeger Publishers, 1987.

- [16] 胡海涛. 国有资产管理法律实现机制若干理论问题研究[M]. 北京: 中国检察出版社 2006: 275.
- [17] 张立省. 黄金股研究综述[J]. 首都经济贸易大学学报 2012 (1): 93 - 100.
- [18] 张立省. 欧洲黄金股研究及对我国的启示[J]. 管理现代化 2012 (1): 9 - 11.
- [19] 国务院国有资产监督管理委员会研究室. 探索与研究——国有资产监督和国有企业改革研究报告[M]. 北京: 中国经济出版社 2006: 413.
- [20] 王远明, 蒋安. 国有企业改革的经济法视野[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社 2001: 170.
- [21] 陈宝明. 国有企业之路: 英国[M]. 兰州: 兰州大学出版社, 1999: 114.
- [22] 古斯塔夫·佩泽尔. 法国行政法[M]. 廖坤明, 等, 译. 北京: 国家行政学院出版社 2002: 198 - 199.
- [23] 苏力. 制度是如何形成的[M]. 增订版. 北京: 北京大学出版社 2007: 53.
- [24] Paul L. Davies. Gower's Principles of Modern Company Law [M]. Sweet & Maxwell, 1997: 596.
- [25] 经济合作与发展组织. 国有企业公司治理: 对OECD成员国的调查[M]. 李兆熙, 谢晖, 译. 北京: 中国财政经济出版社 2008: 129.
- [26] 黄国昌, 郑克清. 国有企业改制中的政府行为分析——兼评河北省首例诉政府国企改制无效案[J]. 北华航天工业学院学报 2011 (2): 34 - 36.
- [27] 顾功耘. 国有资产立法的宗旨及基本制度选择[J]. 法学 2008 (6): 67 - 72.

The Study on the Government Positioning and System Reconstruction in the Reform of State-owned Enterprises

GU Gong-yun, HU Gai-rong

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: In the current reform of state-owned enterprises, the dual identity of government, being investor as well as regulator, and the complex character of state-owned enterprises, being economic entity as well as quasi-political entity, make it complicated to define the relationship between government and state-owned enterprises. Hence, it not only leads to the disorientation of state-owned enterprises in their operation but also places the government in a dilemma of decentralization and centralization. In order to solve the problem, state-owned enterprises should be categorized into public-welfare-oriented and profit-making-oriented ones according to their different functions. The legislative pattern of state-owned enterprises should also be transformed by emphasizing their functions rather than the capital structure. With the clear positioning of governmental function in different state-owned enterprises, we should design the correspondent relationship between government and state-owned enterprises which shall also be the proper direction to perfect the legal system of state-owned enterprises in the future.

Key Words: public-welfare-oriented state-owned enterprises; profit-making-oriented state-owned enterprises; government regulation; enterprise autonomy

本文责任编辑: 邵海