

超越国企改革的概念谬误

蒋大兴

北京大学法学院教授

现在中国的国企改革是一个很热的话题，国内外很多人都在讨论——他们基于自己的理想、立场/地位，甚至特别境遇，根据宪法赋予的监督权对国企“予以批评”，而被批评者多半只有“容忍的义务”。

可是，在浩如烟海的讨论中，存在诸多似是而非的模糊论断，甚至还有一些可能是谬误的理解，厘清这些理解会有助于我们正确推进国企改革。因此，超越国企改革的概念谬误，是当下国企改革中颇值关注的问题。

一、到底什么是国企：概念系统的争论

国企改革首先面临的问题是，什么是国企（国有企业，state-owned corporation）？在欧洲及美国，对国企有或宽或窄的不同认定，大多是指基于政府出资并取得控制权的企业形态。在中国，从宪法到法律、法规甚至行政规章，国企的概念被广泛使用，但到底何谓国企却从未被认真对待过。

在北大法律信息网上，以“国有企业”为关

键词搜索法规名称，可搜到中央法规、司法解释284篇。其中，行政法规25篇，部门规章219篇、司法解释3篇。可这些法律规范都没有准确地解释国企的内涵。国企是否仅是传统意义上的全民所有制企业？是否包括改制后的公司？若包括公司，是仅包括国有资本控股公司，还是也包括国有资本参股公司？现有法律文件要么对此语焉不详，要么环顾左右而言他，国家统计局有关企业类型的划分，也仅是基于统计需要，并不十分科学。可见，国企的法律概念与范围在现行规范体系中并不清晰，而“国企是什么”本身是国企改革的前置性问题，也是涉及国企的法律规制，甚至刑事规制的前提。例如，刑法中涉及国企及国有资产的犯罪，也需与其他法律关于国企及国有资产的概念与范围一致。

因此，中国在未来立法中须对国企的内涵及外延予以准确界定。尤需讨论的有：其一，法律中的“国企”概念是否仍需保留？能否以《企业国有资产法》中的“国家出资企业”取代之？其二，在偏重主体的概念——“国企”与偏重客体

的概念——“国有资产”之间如何协调，法律上是否需同时使用这两个概念？其三，若保留国企之概念，是继续使用“国企”概念，还是使用“公共企业”概念？若同时进行主体保护与客体保护，有关国有资产保护的范围是否仍仅限于企业国有资产？是否应制定“统一的国有资产法”，扩张目前“局限于企业”的国有资产法之调整范围？这些问题涉及中国未来有关国企改革，到底是单独采取主体规制——制定某种“国有企业法”，还是单独采取客体规制——制定某种“国有资产法”，或者同时保留主体规制与客体规制的问题？若采主体规制模式，制定专门的“国有企业法”，又应采何种国有企业法之模式——是坚持所有权标准，沿用传统的“国有企业法模式”，还是改采功能主义标准，新设“公共企业法模式”更好？

遗憾的是，这些基础性问题在有关国企改革的讨论中，经常被使用、误用，却未被认真对待、精细对待及正确对待。

二、国企的性质是什么：商事公司抑或公共企业

现行有关国企的诸多讨论，都与国企的性质定位有关，但国企到底是什么性质的企业？目前的法律定位及理论认识都是模糊的：例如，有人批评国企不能盈利，这其实是用“商事企业的标准”去评价国企；再如，有人褒扬国企的社会贡献，甚至主张国企对政权安定、社会安定的意义，这可能是用“公共企业的标准”去评价国企。因此，若不事先厘定国企的性质，就无法准确定位国企的功能，更不可能找准国企改革的正确方向与方案。

历史上有有关国企改革的措施，多以商事公司的标准衡量、评价国企，故强调国企须解决所有权主体缺位问题、须两权分离、权责清晰、能保值增值。国有资产监督管理委员会（以下简称国资委）因此也乐于采用“偏向经济评价”的EVA考核指标。国企能否赚钱，成为衡量国企是否成功的重要指标。2015年国企改革政策的拟订者注

意到“纯商事国企思维”所存在的问题，接受了“分类管理”的策略，将国企区分为“商业类国企”与“公益类国企”，进行区分干预与管理。由此，又衍生了“商业类国企”是否属妥当概念（因“商业”一词，在中文习惯里乃相对工业、农业而言的行业术语，“商事”则可能是更合适的概念），如何界定、谁来界定“商业类国企”与“公益类国企”的区分标准，以及公益类国企能否从事或利性行为等诸多问题。尽管存在上述有待明确的争论，但国资委已经注意到不能用“纯粹商事企业的标准”或“单一的经济标准”去评价国企；而且，已经考虑从“功能主义”角度理解国企的性质，这已是非常不错的进步。但若仅停留在这样的分类管理阶段，对国企性质的理解还不够彻底——有关国企改革步伐还“走得不够快”。

在我看来，国企在性质上属于“公共企业”，应当废除传统基于所有制区分而产生的国企概念，用“公共企业”的概念取代“国有企业”的概念。此处所谓公共企业，是指以公共财产投资或基于公共目的而设立的企业。公共企业系从功能主义角度理解及定位国企之性质。由此，在制度设计上，应调整现行有关国企的分类，国企在功能上可区分为两类：其一，公共商事公司（public business corporation），那些从事商事经营的国企，属于公共商事公司，如商业类房地产公司、投资公司。此类公司以营利为目的，对其考核，需考虑商业/营业指标。其二，公共非营利公司（public non-profit corporation），那些在公益性领域活动的企业，属公共非营利公司。此类公司，非以商事经营为目的，且公司之设立，多为实现某种公共目的，如支持农村扶贫贷款的公司。此类公司不以营利为目的，对其考核，毋需过多考虑商业目标，但并不意味着其不可以从事商事活动。与私人商业公司不同的是，上述公共企业因要么涉及公共财产的运用，要么涉及公共目的，应适用公法规范其行为，而非仅适用商业公司法。因此，国企总体上应从现行“商业公司法”中撤退，制定专门的《公共企业法》予以规制。

可见，不同的企业性质决定了不同的规制方式，从而影响了适用于国企的法律体系。

三、私有化是国企改革的方向吗

多年前张五常教授在南京大学的一次演讲中，有人问他：“如何才能解决中国国企的问题？”他的回答是“关掉国企，就解决了国企的问题”；言下之意是“中国不可能解决国企的问题”。还有一些非常著名的自由主义/市场主义经济学者（如张维迎教授等）也在不断地支持——私有化才是国企改革的未来。历史证明，张五常教授的观点是错误的，历史可能也将继续证明，张维迎教授等人的观点是不正确的。

国企的存在是一个全球现象。即使在最自由、市场经济最发达的美国，也存在数目不少的国企（美国有时称为政府公司，government corporation）。而且非常有趣的是，中国国企存在的几乎所有问题，美国国企也都存在，如政企不分、效率低下。甚至从某种意义上来说，美国对国企的控制比中国还要严格，一些国企的董事要总统任命；还有一些是财政部部长兼任，政企不分似乎比中国还严重。非常吊诡的是，指导中国进行自由主义/市场化改革的美国学者或者认同美国模式、非常喜欢“比较美国”的中国学者，却在批评中国国企问题的同时，并不太在意援引美国的实例。

欧洲国企私有化改革的历史表明，私有化并非国企改革的一条通畅道路。即便在欧洲，其国企私有化，也以设计“黄金股”、保留国家控制权为前提。中国国企公司化改制的历史也表明，私有化从某种意义上来说，只是或者主要是权贵“瓜分国企”的代名词。当然，今天当我们换用“公私合作”“混合所有制”来暗度陈仓时，应当持有更谨慎的态度——改制过程应当有更高的透明度，混改不应当一拥而起，是否进行混改不应当是一种运动，而应当是一种“商业判断”的结果。但是，从目前来看，这种期望可能只是奢望。因为，在中国，一旦某一种措施、某一项决策成为

统一政策，我们可能也就离“运动”不远了。国企私有化，其目的乃旨在消灭国企，可现在全世界，要全面消灭国企只是一场梦。更何况，国企本身是“宪法规定的事项”，站在法律人的角度，要谈国企私有化，先要谈修改宪法。因此，虽然宪法并非不可以改，但站在实定法的立场，主张放弃国有经济主导地位之“国企私有化”的主张，确实违反了现今宪法。

因此，法律人不要动辄主张私有化，这在中国目前无疑有宪法上的障碍；如果我们真的在践行法治，当提出私有化的学术主张时，请先考虑好，是否需要先主张修宪？——尽管我并不认为这是关于国企改革的正确方向。制度是文化的反映，经济基础并不仅决定上层建筑，上层建筑中的一些文化因素和观念也会反过来形塑经济形态——在中国这样一个有几千年官本位观念的社会，“权力”很多时候会事实上成为资源配置的手段，“权力性资源配置”可能通过立法的方式进行，也可能通过行政的方式展开；可能通过合法的方式存在，也可能以违法的面貌出现。虽然近三十年来，我们在官方文件和改革实践中，一直试图使市场成为资源配置的主导方式，但这样的一种理性逻辑，目前还是在路上。关于国企的私有化改革，也许每个人内心都有一幅自己创设的理想图景——很多人认为，私有化会改善我们的境况。可是，这样的一种判断未必正确。国企私有化之后的生活，未必比现在更美好——没有社会保障的私有化，只能是对底层民众的又一次剥夺。回顾“平均主义的大锅饭时代”，人们虽然可能牺牲了效率，但却得到了公平；虽然可能牺牲了挑选商品房的机会，但却得到了最低的住房保障和安宁，甚至不用整天全城“乾坤大挪移”地去上班。在很容易抛弃历史的今天，回顾过去也许可以使我们重新认识到——国企私有化其实是有很多局限的。即便在美国，现在也存在一种新型的社区经济形式，这是私人合作的新形式，可见，世界经济的发展，并不只有私有化，还有合作和公共的方向。因此，主张国企全部私

有化，对中国而言可能会是一场灾难。

四、国企应撤出竞争性领域么

坚持国企私有化，从根本上否定国企的另一个重要原因在于“官不与民争利”的传统。有人认为，这是传统中国一项古老的原则；因此，国企应全部撤出竞争性领域，政府只能将国企保留在提供公共产品的狭小范围中。或者说，国家不能从事商事经营，所有商事营业均需对私人开放。可是，在中国历史上，是否真有官不与民争利的传统，却是颇值怀疑的。

首先，在盛行集体主义的中国，“小民”往往被“强大的国家”吸收。国家优位是一种常见的现象。相应地，在中国历史上，一些最重要的生产资料和生活资料一直由官方把控；常常提到的“重农抑商”，其实抑的也主要是私商，而官商从来都是得到特殊保护的。例如，在清朝洋务运动初期，新式企业最初都由官方垄断创办，朝廷禁止民办企业使用新式机器，违令者将予以查封。因此，沿海某些想经办现代企业的商人，只能给洋人当买办，形成中国极强的买办资本主义特点。事实上，历朝历代，重要的经济资源都是掌握在国家或其代表手中。再如，在土地重要的时代，土地属国家或代表国家的皇帝/皇族所有；在盐铁重要的时代，国家对盐铁实行专卖，贩卖私盐予以重罚；即便在现代商业社会，利润最为丰厚的产业，也几无例外都由国家控制，如烟草专卖。国家垄断重要的资源及金融产业；并且，国家还以法律的方式，不断强化这种垄断的权力。至于国际贸易，很大程度上也是垄断在国家手中——在西方，有国家授予特权、甚至能代表国家征税的东印度公司范本；在东方，也有明朝郑和下西洋推动的茶叶及瓷器贸易之先例。这些重要的商事活动，要么是由国家直接经营，要么是商人背后站着国家。国家频繁参与重要行业的商事经营，一方面是因为这些领域的重要性，占有这些生产及生活资料，本身就是一种权力的象征，更何况这种垄断占有还能产生丰厚利润；另

一方面是因为国家作为公众利益的代言人，通过官方参与控制或经营，可抑制私商哄抬物价、损害百姓利益。就此而言，国家参与商事经营，在一定程度上是对弱小百姓的保护，以防其受奸商欺诈——用现代的话来说，此种国家商行为有激励性规制之效果。

其次，从国家的征税权可以解释出国家有与民争利的权力。按照“举重以明轻”的权利解释原则，国家既然有权从老百姓处无偿取得/分配财产，也有权以更文明的“商业竞争”方式从老百姓那里获得利润。无论如何，商业竞争是通过付出对价而取得利益，比凭借收取财要来得文明。

再次，即便在极为自由主义的国家如美国，国企也并不是仅存在于提供公共产品的领域，虽然这些领域有大量国企存在。在美国，一些房地产、金融、港口、交通甚至经济发展领域都有政府公司的影子。尤其是2008年金融危机之后，政府更是大规模进入经济领域，试图通过国家控制解决经济危机。

因此，认为官不与民争利——国企应退出竞争性领域，只留存于提供公共产品的领域，是似是而非的判断。基于以上论及的诸多原因，国家毫无疑问可以参与商事经营，在一些紧急情势下，国家参与市场更是调控和保护市场的重要手段，例如，中国在2015年“股灾”发生时组织“国家队”救市即是典型实例。即使将国企理解为公共企业，也并不排斥其参与商事经营。甚至，当其作为“公共非营利企业”时也是如此——只是对该类企业而言，从事商事经营只是一种手段而非目的，其参与商事经营所取得的利润，应用于实现公共目的；而非像商事公司那样，直接用于对其投资者进行分配。国企作为人民的企业形式，最终应“回馈人民”——只要心中有人民，国家参与商事经营，国企参与竞争性领域，其实“并不是什么大不了的事”。在现代美国，甚至连慈善组织都可基于慈善目的而从事商事经营、积累慈善资金，从而形成所谓“福利公司”现象，甚

至还促动了美国 30 余个州通过专门的“福利公司法案”（Benefit Corporation Law）。那种要求国企一定要退出竞争性领域的观点，是国企改革中很严重的谬误。

五、国企的领导应当一律限薪吗

另一个很重要的方面是颇富争议的“国企领导限薪令”。自美国金融危机以来，对公司董事及高管的管制，导致限薪成为一种现实。从理论上而言，管理层的薪酬被视为“优秀代理”的回报。对国企来说，由于涉及国有财产的投入，管理层在经营一般的情形下，不受限制地拿高薪，总给人感觉是“变相的国有资产瓜分”。因此，国企的限薪也比一般私人企业更严。可是，一个很麻烦的问题在于，国企当中有很大一部分是在与私人商事公司竞争，管理层的薪酬自然会成为“竞争筹码”——若一味限制国企管理层的薪酬，会导致人才流失，进而影响国企的管理绩效。在限薪令下发后，一些国企领导人为维持自己的薪酬水平不降低或减少不至过多，不得不整体提高全体员工的薪酬总额，限薪令最终整体上提升了企业员工的福利及工资支出总额。尽管一味地限制国企高薪，也许有助于缓解国企领导人的“旋转门”现象（这是指在中国非常常见的国企领导与政府官员身份置换的现象：一些看不到政治前途的政府官员，很容易摇身一变成为国企高管；而一些追求政治发展的国企高管，也很容易摇身一变成为政府官员）。这种“旋转门”现象据说极大地加剧了国企的行政垄断。

其实，若将国企定位为公共企业，则应将其管理层进行分类，同时对其薪酬实行分类管理——例如，国企董事应区分为“公共董事”与“商业董事”，其中，公共董事可能由政府部门委派，主要代表国家行使公共监管职能，或者代行出资人职责。基于此种身份的“公共性”，公共董事之薪酬应参照公务员序列对待，甚至其可能在企业不取酬。至于商业董事，其职能是执行企业商事业务，负责企业经营，为确保国企在商事领域

的市场竞争力，该部分商业董事之薪酬应坚持市场原则——不能限薪。因此，对国企管理层若做此种分类管理，则其薪酬安排自然十分明了。不加区分地限薪，不利于国企吸引人才、参与商事竞争。

与国企薪酬相关的另一个重要问题是，还要尽快明确“国企负责人”的范畴。目前诸多管理国企负责人薪酬的规范性文件，都频繁使用“国企负责人”的概念，但对其基本范畴欠缺一致界定，有些规范性文件之间还存在冲突，应尽快予以统一明确。此外，国企内部还存在广泛的“人员兼职”现象，根据“按劳取酬”原则，在有多项实职兼任之情形，应累计取酬，方合“按劳分配”原则，但现有规范性文件并未完全贯彻此原则。尤其是当企业部门负责人兼任多种职务时，例如，集团部门负责人同时兼任子公司董事长等现象，此时若累计取酬，该部门负责人所得薪酬可能超过集团公司董事长或总经理，从而在经济权力方面直接挑战董事长及总经理之权威，此种现象在现实生活中经常发生争议。一些有关国企的规范性文件虽曾对此种职务兼任之计酬进行处理，但未完全彰显按劳分配，有悖公平。因此，存在“复数职位”兼任现象时，兼任者如何计酬，才能既不打击多劳者之积极性，又不致兼任权被滥用？此种薪酬决定权，是完全交给企业自行决定，还是以规范形式统一安排？均需尽快明确。

六、国企的治理能否改善

内部治理瘫痪，是国企以及中国多数企业的通病。民主化的公司治理，在中国仿佛总是水土不服。这在中国引入公司制度之初的明清时代，就已表现得非常明显。这可能是因为中国历史上权力文化过强、民主意识不昌，也可能是因为社会心理学所证明过的“独裁式的精英治理”确实有助于提升效率。与普通商事公司不同，作为公共企业的国企，其治理改善需要解决或者澄清以下认识：

其一，协调好内部监管与外部监管的关系。

在中国,“陌生化”的外部监管应优越于“熟人化”的内部监管——看似存在制衡机制的公司内部治理,很容易被熟人关系所捕获。基于国企的公共企业品性,未来应进一步强化其外部监管——通过强力的外部监管,提升国企的透明度。国企应借鉴新西兰经验,推广类似于上市公司的信息披露制度。尤其在大数据时代,建议国企改革政策的制定者应考虑时代之需求,以强制性规范的形式,建立公共企业的电子信息平台,持续披露重要的财务及经营信息,允许民众在公众信息平台上对国企进行评论举报,将国企置于群众监督的汪洋大海之中,以强力的外部监管改善软弱的公司内部治理。与此同时,还应协同公司内部及外部的各种监管机制,实行联动监管。国资委应充分协调国企内外监管力量,发挥联动监管的效果。例如,应重点推进企业党委(纪检)、外部董事、外部监事、内部审计机构之间建立联席会议机制,使企业内设监督机构与外派监督机构能互通信息,形成良性合力,促使协同监管常态化。

其二,改善外部董事机制。从实践运行效果来看,国资委委派的外部董事相较于上市公司的独立董事而言,有更大的权威和独立性,其监督绩效要好于上市公司的独立董事。但目前外部董事薪酬太低,直接影响其在国企内部的监督地位——薪酬在某种程度上代表权力。因此,长远来看,应改善外部董事薪酬,由企业通过国资委,直接配给外部董事年度工作经费,使其可从企业外部聘任工作人员,收集日常经营管理中的信息,更好地分析评价议案,提高监督绩效。

其三,赋予监事对董事会议案之异议权。按照现行制度安排,监事有权列席董事会,但无表决权,使得监事会的现场监督难以发挥有效的作用。建议以规范之形式,赋予列席监事对董事会议案的异议权——使得监事对待表决之议案,虽无表决权,但有提出异议的权利,以便及时制止不合规之议案通过。

虽然目前国企之治理仍存在诸多问题,但以笔者个人的企业调研经验,相较于其他公司甚至上市公司而言,国企的治理规范性是目前中国公司中最好的。这在很大程度上得益于国资委成立以来的严格管控,而且,国企近十年来的绩效是在逐步改善向好,这都证明了国资委的存在意义。近年来,一些学者在媒体发声——主张“废除国资委”,是缺乏实践理性的判断。在中国,国资委的设立,意味着国企监管的进步,国资委事实上也发挥了预设的价值——改善了国企的治理,规范了国企的行为,强化了国企的风险管控。国资委在中国国企改革战役中,仍具有非常重要的存续价值。

人的认识总是在不断廓清错误的基础上深化。数十年来的国企改革,仍然存在诸多观念性谬误,这些谬误可能源自立场的不同,也可能源自知识的差异。只有充分认识到厘清这些谬误的重要性,国企改革才能从“唯经济论”“偏私有化”“弱公共性”等误区中脱离;唯其如此——中国国企改革才可能为全球公共企业法的演进,做出独特而重要的“东亚贡献”。■