

政府董事： 国有企业内部治理结构重建的切入点^{*}

肖海军

摘 要：在国家直接投资情形下，政府董事作为国家股权代表人，由政府直接委任到公司制国家出资企业董事会中任职，为典型的股东董事和内部董事。通过统一政府董事委任主体、控制委任权限、规范委任流程，由国务院或地方政府分别对中央、地方国家出资企业的政府董事进行统一任命或分级委派，并将其分设为政府非执行董事和政府执行董事两类，使其相互之间既有适当的分工、配合，又能有一定程度的监督、制约。如此，公司制国家出资企业的内部治理结构才能既合乎资本权源逻辑、又可适应现代企业竞争而规范地建立。

关键词：国家出资企业；政府董事；国家股权代表；董事会

国有企业源于国有资产投入营业领域而衍生的经营主体和企业法人，其表现形式可分为政府以国家名义直接投资设立的国家出资企业和国有企业以企业国有资产进行转投资设立的国有企业投资企业等两种典型形式^①。完善国有企业的法人治理结构，是国有资产监管体制和国有企业改革的重要议题和核心环节。其中，在国家（政府）直接投资的国家出资企业中，作为具体履行国家出资人（国家股东）职责的政府或授权机构委派到公司制国家出资企业中的董事，其性质、地位、权限、行权、控权、责任等到底如何界定，作为公司制国有企业“法人治理结构”的源头性问题，其制度上作何通盘安排和顶层设计，对新一轮国有资产监管体制与国有企业改革具有极其重要的基础意义，因之，国家股董事的立法定位与制度安排，就成为决定新一轮国有资产监管体制和国有企业改革成败的关键。但是，既有政策文件和规范性文本，对国家出资人及委派董事之法律定位往往语焉不详，学者们之间的分歧则更大，很显然，此一课题的重要性、解决的紧迫性与这一问题的既有立法供给、理论支撑形成强烈的反差。基于此，本文试就政府董事提出一些看法，以期裨益改革。

一、现行公司制国有企业国家股董事制度的检讨与改革路径

（一）国有企业国家股董事制度之检讨

我国自1992年启动国有企业公司制改革、特别是1993年《公司法》通过以后，逐步在国有企业中引入了董事会制度。但有关国家股董事的设置却一直未在规范、清晰的道路上运行。究其原因，其制度安排与立法设计，存在如下明显缺陷：

其一，国家股董事代表的缺位。我国现有由政府或国有资产监管机构、财政部门及其他履行国家出

作者简介：肖海军，法学博士，湖南大学法学院教授、博士生导师，湖南大学商事法与投资法研究中心主任。

^{*} 本文系国家社会科学基金项目“我国商事登记制度统一化改革研究”（文号：11BFX036）。

^① 国家出资企业为《中华人民共和国企业国有资产法》（2008年）第5条所创设的新概念，系指国家出资设立的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司和国有资本参股公司，所表征的是某一企业的国家直接出资背景，与国有企业不是同一概念，只有国家出资企业中的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司属于严格意义上的国有企业范畴。

资人职能的机构或部门(下称政府履行国家出资人职责的机构)所任命和委派到国家出资企业任职的董事,或称为外部董事,或称为非执行董事,或与一般非国家股董事毫无区别,尚无国家股董事代表这一制度设立和立法规定。如《企业国有资产法》(2008年)第22条对涉及由履行国家出资人职责的机构任免、提名董事的性质与所代表的国家股权利益,就没有加以明确规定和特别限定;国务院国资委《董事会试点中央企业专职外部董事管理办法(试行)》(2009年)第3条则把国资委任免的董事称之为“专职外部非执行董事”。

其二,法律定位上的外部性。在既有的研究成果中,理论界普遍认为由政府委任董事的权力产生于公司之外,把国家股董事代表归类为外部董事范畴;在立法文本和具体执行层面上,也一再把本属股东董事范畴的国家股董事代表划入外部董事的类别,作出让外人费解的规定。如国务院国资委于2004年6月7日发布的《关于中央企业建立和完善国有独资公司董事会试点工作的通知》(国资发改革[2004]229号),就把建立“外部董事制度”(其实应为国家股董事制度)解读为制度创新,进而在《董事会试点中央企业专职外部董事管理办法(试行)》(2009年)中把国资委任免的董事定性为“专职外部非执行董事”。

其三,委任主体的庞杂与混乱。目前,根据《企业国有资产法》第22条和其他相关法律、行政法规的规定,在公司制国有企业董事的委任过程中,涉及国家股背景的董事之委任主体既有由政府委任的,也有由政府履行国家出资人职责的机构任免或委派的,更有授权特定的政府投资机构负责委任的。委任主体的不统一,导致其隶属关系、管辖事权、委任路径、监管内容的各自为政。

其四,职能定位上的模糊。国家股董事代表本为代表国家股东行使国家出资人权利(力)、履行义务的董事代表,他属于股东董事代表范畴乃当然之理、应有之义,但现行公司制国有企业任职的董事也好,是代表股东在行使权利(力)、执行业务?还是代表公司或其他股东的利益?还是代表社会的公共利益?法定的、授权的职能并不十分清晰。职能上的模糊,导致现有公司制国有企业中董事的职权与职责、权利与义务、风险与责任极不明晰。

其五,授权路径不甚清晰。国家股董事代表与一般股东出任或委派的董事代表一样,也存在由股东委任权在公司内部治理机制契合下向公司内部权利(力)转换的过程,这其中经过多次授权与行权的转换、行权与控权的制衡。但由于国资委和其他机构委任到现有公司制国有企业任职的董事没有定位为国有股董事代表,从而导致国资委和其他机构委任的董事具有先天的非正当性,源头性上授权的不清晰,导致其后续授权的不规范,因此,整体而言,从董事的委任、任职、行权、执业、代理等不同阶段、不同层面的任职履历,其授权路径均是不清晰、不规范的。

其六,权利(力)配置上的严重失衡。现有公司制国有企业中董事会的集权和内部人控制现象十分普遍,早已为公众、社会和国际上所诟病,究其原因在于国有独资公司、国有资本控股公司内部治理结构中董事会与监事会、董事会内部、政府机构委任的董事与其他董事、政府机构委任的董事之间权利(力)配置严重失衡,而失衡又缺乏监督的权利(力),无异于为国有企业内部的集权、腐败提供了制度上便利。

(二) 国有企业国家股董事制度的改革路径

综上,我国现有公司制国有企业董事会整体上被纳入一般公司法予以调整,而没有考虑到国家股东这一特殊情况,本已是一个方向性的错误。但即使是这样一个方向性的错误,国家这一特殊股东地位和所持有的股权却没有象其他股东那样得到应有的肯定和尊重,这才是目前公司制国有企业董事会制度陷于尴尬境地的根本原因。笔者认为,解决的路径为:一方面须把公司制国有企业从一般公司法中抽出来,对其单独立法,引入双层制公司治理结构;另一方面,就是旗帜鲜明地亮明国家股东和国家股权的身份,把政府委任代表国家股行使职权的董事代表确定为政府董事,建立以政府董事为核心的全新国有企业董事会制度。

二、政府董事的界定与分类

(一) 政府董事的界定与法律意义

1. 政府董事的意义厘定

在国家直接投资情形下,在公司制国家出资企业的制度框架内,遵循国家股权代表中的国家股监事代表和国家股董事代表分别由中央与地方分级分类委任的制度构想,国家股董事代表则由中央政府和地方政府分级任命或委派。笔者认为,由于国家股董事代表均是以政府的名义委任到所在公司中任职,我们可以更为直接地将其称为政府董事。因此,政府董事的准确含义应是:在国家直接投资情形下,作为具体履行国家出资人职责的政府及其所设立或授权的履行国家出资人职责的机构,依照法律、行政法规、公司章程和其他特别授权,委任特定的自然人代表到国家股所在公司董事会担任董事、并行使公司经营管理决策权或执行公司具体营业事务的国家股董事代表。

政府董事从公司实践层面,最具典型的为德国大众汽车公司中的州政府董事,德国下萨克森州政府持有国家股并占大众公司全部股权20%,州政府2名官员代表国家股东进入大众公司董事会^[1]。又如,在美国,由联邦全资拥有的公司,董事会中的董事也大部分甚至全部由联邦雇员担任;而在诸如联邦年金利益保证公司等混合股权公司里,也有近40%的董事是由联邦雇员担任^{[2][3]}。

需作特别说明的是,笔者所定义政府董事,与既有某些学者所论的“政府董事”不是同一概念。如有学者把2005年国务院国资委向宝钢等7家中央企业派驻的5位以央企退休人员为主的外部董事,界定为“政府董事”^{[4][5]}。有学者认为,“政府董事”应从狭义和广义上区分,狭义上的“政府董事”主要是为进入国有企业董事会中具有一定级别的、由政府支付其薪酬的外部董事;广义上的“政府董事”主要是指政府选派的国有企业董事会人员,包括企业董事长、部分董事等。^[6]有学者则从2009年6月23日华伦集团向四川金顶“空降”董事这一案例,把“政府董事”阐释为有“政府背景”的董事。^①有学者认为“政府董事”在本质上属于外部董事的范畴,是政府供给主导型董事的一种制度安排。^[7]也有学者认为“政府董事”是由作为出资人代表的政府直接向国有公司董事会派出的董事,这类董事在身份上仍然是公务员,是相对于独立董事、内部董事、执行董事和职工董事之外的董事类型,属非执行董事的范畴。^[8]

就我国国有企业董事会实践层面而言,政府董事在我国现行董事会试点中央企业中也被称为专职外部董事和非执行董事。如国务院国资委2009年10月13日发布的《董事会试点中央企业专职外部董事管理办法(试行)》(国资发干二[2009]301号)第3条就规定“专职外部董事,是指国资委任命、聘用的在董事会试点企业专门担任外部董事的人员”;“专职外部董事在任期内,不在任职企业担任其他职务,不在任职企业以外的其他单位任职。”

笔者所定义政府董事,其本质意义为政府委任的国家股董事代表,与既有规范性文本和代表性学者的上述观点相比较,具有以下特定内涵:(1)政府董事首先是国家股权的代表人。政府董事产生于国家直接投资情形下,由于国家的具体投资均是由政府代表国家履行国家出资人职责,为更具体地行使国家出资权益,使国家股权得以实现,政府就必须通过委任特定自然人代表作为董事人选到该国家股所在公司中任职,名义上是代表政府、实质上是代表国家以具体地行使国家这一特殊股东在公司内部的一系列资本权利。(2)政府董事并非一般意义上的外部董事。政府董事虽为政府外派,但它是国家股东通过政府委任的具体实现,除国有独资公司外,其作为公司正式董事的资格与身份,须经公司内部股东(大)会等机构的选举或表决确认,其合法性和有效性必须符合公司内部组织构建和治理制度的基本程

① 相关论述,参见林喆“政府背景董事‘空降’四川金顶”,载2009年6月25日《中国证券报》B1版;余玮“我国董事的专业性与政府背景分析”,载《华东经济管理》2011年第5期。

序。(3) 政府董事是典型的股东董事。政府董事是国家股的董事代表人选,其提名、委派、产生和任命的法理逻辑依据为股东有权被当选为公司董事。国家既然为公司的直接出资人,就是公司的当然股东,就应当委任特定的自然人作为公司的董事人选。由于国家只是一个主权的拟制体,其具体权利(力)只能通过具体的国家机关来行使,其中绝大部分权利(力)是由行政机关即政府来行使的。因此,政府委任的董事人选,实质就是国家股东委任的董事人选;自然政府董事就是国家股董事,是典型的股东董事。(4) 政府董事并不一定是非执行董事。一般认为,执行董事(Executive Director)和非执行董事(Non-Executive Directors)的区分标准是其是否在公司经理层担任职务。政府董事在经法定程序得到正式任命和确认后,就必须在国家股所在公司中任职,在其任职时,如果有一部分政府董事在董事会的委托授权下,继续在公司经理机构中任职,就应为执行董事;只有部分不在经理机构中任职的政府董事,才是非执行董事。(5) 政府董事更非政府官员。政府董事是政府委任进入国家股所在公司董事会中任职的董事,为典型的公司经营管理人员,与政府公务员不同,应该实行严格的任职回避。

2. 政府董事概念提出与边界厘清的法律意义

政府董事概念的提出与边界的厘清,具有重要的理论意义和实践价值:

其一,有利于厘清国家直接投资与国家出资企业的法律关系。从法律关系的逻辑建构而言,原生意义上的国有企业,是国家直接投资的副产物,是国家股东发起设立而衍生的营业主体,国家出资企业成立后,国家与企业的关系则由成立前的国有资产所有关系(国家与国有资产)转变为国家股权控制关系(国家股东与公司)关系。国家就是该国家出资企业(公司)的惟一(国有独资企业、国有独资公司)、控股(国有资本控股公司)、参股(国有资本参股公司)出资人或股东。但在现有国有企业里,政府所派董事和国资委系统、财政部门所委派的董事,被界定为外派董事,给人一种与公司资本权益完全无关的印象。而政府董事概念的提出,本着国家对国有资产的所有权→国家直接出资→国家拥有因国有资产转化而来的国家股权→国家通过政府行使其在公司制国家出资企业中的国家股权→政府通过委任特定自然人代表担任政府董事参与公司内部事务以具体行使国家股权并维护、实现其资本权益这一理论逻辑和实践流程,则可完全厘清国家直接投资与公司制国家出资企业之间的各种法律关系,使目前理论上、政策上、立法上有关国家投资、政府代表、企业自主、国家股权等问题上的模糊认识和混乱关系,能正其本而清其源,从而解决公司制国家出资企业的源头性投资、股东、股权、股权代表等问题。

其二,有利于表征国家股董事代表的身份。既有理论和规范性文本中的外派董事、国有股背景的董事均不能表征其国家股董事代表的身份,而政府董事系由政府代表国家委任,其为国家这一特殊出资人(股东)的代表,则名正言顺,理所当然。提出政府董事这一概念,恰恰使公司制国家出资企业中国家股东、国家股权回归到权利原本意义上的状态,这既是对实然事实与法律关系状态的回归,更是国家直接投资关系与公司制国家出资企业内部关系的还原。

其三,有利于弄清国家股所在公司的真正权源。权利(力)源是公司内部权利(力)配置与运行的逻辑起点,以往我国大陆政策文件和立法文本把国家授权国有企业自主经营,视为国有企业享有独立经营权的政策与法理依据,其实无论从法人制度的应然逻辑还是从公司权利(力)建构的法律关系上,均是一种莫大的误读。从法人主体的独立性和意思的自治性角度看,法人企业包括国有企业法人,只要依法成立并获得法人资格,就享有独立的民事权利能力和民事行为能力,其行为就不受政府、其他法人主体甚至其出资股东的管辖、干预、约束和控制,因此,法人型企业享有独立的经营自主权乃应然之权、当然之理、法权之义,它与政府是否授权无关。过去包括法人型企业在内的所有企业之所以没有经营自主权,不是因为政府没有授权,而是因为政策、立法没有定位好政府的职能,摆正政府的位置,把本该属于市场主体的自主经营权给截留或限制了。现在由民间资本发起设立的企业(公司),其享有独立的自主

经营权已经没有人再有疑问了,但国有企业自主经营权的逻辑依据何在,如何解决企业经营自主权与国家、政府在企业中的必要角色,则长期为人们所困惑。笔者认为,企业特别是公司制企业的主要权利(力)源于出资人的权利^{[9] [P. 171-176]},就公司而言,作为资本本位企业,其主要权利(力)源为股东的股权,股东之股权的契合,构成公司股东(大)会的最高权力,公司在股东(大)会的基础上通过资本民主与多数表决的选举、授权,产生董事会、监事会,分别授权其负责公司经营管理与营业监督,董事会则代表公司,依照法律、章程行使对公司的自主经营管理权,并代理公司对外营业。这样,通过公司内在的治理机制、组织构建和授权流程,单一的股东权利就契合为公司内部机构的权力,并转化为公司集中的权力和对外的代理能力,股权与公司法人财产权、经营自主权之间的关系就这样合乎逻辑地定位、转换和运行着。可见,如把国家股董事代表界定为政府董事,则政府此时所行使的是资本私权利,而非管理性的公权力,其委任董事在公司董事会或经理机构中任职,又完成了政府资本私权利向公司内部治理机构权力的契合与转换,进而政府董事无论是作为非执行董事在董事会中参与公司决策,还是作为执行董事在公司经理机构中执行营业事务,此时均不仅仅是代表国家股东的利益,而是代表整个公司、全体股东的利益。如此,国有资产所有权→国家直接投资→国家出资企业→国家股权之关系才能理顺,国家出资企业内部权利(力)配置与运行才合乎法理与逻辑。

其四,有利于构建规范的国家股所在公司内部治理机制。明确了国家直接投资与国家出资企业的上述法律关系和权利(力)逻辑之后,政府通过委任政府董事而非通过截留、限制企业自主经营权的方式,使政府董事内化为公司董事会、经理机构的主要成员,从而实现政府对公司制国家出资企业的影响。而政府董事被委任到国家股所在公司后,其地位已不纯粹是国家股东代表,更非政府官员,而是国家股所在公司内部治理机构董事会和经理机构的核心成员,在保持其国家股权代表身份的同时,其处事思维、权利(力)范围、行权程序和表决方式,须受公司法、公司章程的制约,政府董事的这一双重身份和职位内置化的制度安排,无疑有利于国家股所在公司内部治理结构的建立和公司内部权力规范、有序运行。

其五,有利于明确担任国家股董事代表的职位性质与法律责任。目前国有企业中最大的问题是法定代表人、经营者地位的不明与权利(力)配置的失衡,这是导致国企领导人腐败、渎职的根本原因。如引入政府董事这一概念,则现有国企领导人,对国家政府而言,是代表国家股东的政府董事;对公司而言,则为接受股东(大)会授权的董事会核心成员和公司的决策者、经营者。政府董事这一双重代理的身份,使其既应对国家、政府尽谨慎代理之职;也应对公司和其他股东尽善良管理义务,无论哪一方面的违法、渎职、擅权、贪腐,均属未尽代理职责或滥用代理权,不管是给国家股东还是对公司、其他股东造成损失,均须负损害赔偿赔偿责任。如果对政府董事、也就是对国企领导人既授予明晰的权利(力),又明确其具体的职责、责任范围,则完全可以把政府董事、进而把国企领导人之违法、渎职、擅权、贪腐行为压缩之最低程度。

(二) 政府董事的分类

既然政府董事是国家股董事、内部董事,则可按其是否在公司经理机构中任职,分为政府执行董事和政府非执行董事。第一类,政府执行董事,是政府委任到国家股所在公司董事会任职董事之外,还在公司经理机构任职并具体执行公司营业事务的董事。典型的如政府董事兼任公司董事长、总经理、副总经理、部门经理、分公司经理或财务负责人等。第二类,政府非执行董事,是政府委任到国家股所在公司董事会任职董事之外,不再在公司经理机构任职或具体执行公司营业事务的董事。政府非执行董事虽然不具体执行公司营业事务,但因为是公司董事会的当然成员,有权并应当出席董事会会议、行使表决权,事实上对公司经营决策的作出会产生不同程度的影响。

三、政府董事的法律地位与基本职能

(一) 政府董事的法律地位

政府董事的法律定位,应从两个视角去考察。其一,从国家直接投资的角度,把政府董事界定为国家股董事代表;其二,从公司内部治理和委托经营的角度,董事是国家股所在公司董事会的主要成员,接受包括国家股东在内的全体股东共同委托,对公司重要经营事项进行决策,并在董事会的授权下执行公司营业事务。不难看出,政府董事具有既代理国家股东利益、又代理国家股所在公司利益的双重代理人地位。

1. 政府董事是国家股权代表人

从本质意义上讲,政府董事是国家股董事代表,只是因为国家出资的职能是由政府及政府设立、授权的机构来具体履行和组织实施,其董事也就由政府代表国家进行委任。因此,政府董事实质上就是国家股董事代表,更直接体现着政府与董事之间的委任关系。但即使如此,政府董事与国家、政府之间的关系,不是公权力意义上的上级与下级、机构与成员的隶属关系,而是一种基于国家直接投资而形成的国家股权和依据特别委托授权契约(委任书)而产生的国家股权委托与代理关系,是一种典型的商事契约和股权代理关系。

2. 政府董事是国家股所在公司董事会的成员

需要特别强调的是,政府董事虽然可由政府官员担任,但在担任政府董事的任职期间或任职行为,则已不是特定行政机构职位上的官员,而是被派驻国家股所在公司董事会的董事成员,他们和公司股东(大)会选举产生的非国家股董事、公司聘请的独立董事、职工代表大会选举的职工董事,共同组成国家股所在公司的董事会。政府董事虽然具有国家、政府出资的背景,其理所当然要代表国家股权的利益,维护国家股权的权益;但是,政府董事一旦进入了公司董事会,所接受的是公司和全体股东的委托,所代表的就不仅仅是国家股权的利益,而应是公司和全体股东的利益,其在董事会的表决行为和经理机构的事务性工作,就应当遵循公司利益和全体股东利益最大化原则,严格按照法律、行政法规、公司章程和特别委托契约所规定的权限范围、规范程序、行事方式,履行其忠实于公司利益、勤勉于公司事务的义务。因此,相对于公司、公司全体股东而言,政府董事仅仅只是公司董事会成员,其职位和职责决定了他们同时属于公司的代理人。

(二) 政府董事的基本职能

政府董事的上述法律地位,决定其基本职能应从两个方面来分析:一是作为国家股权代表的政府董事所应当负有的基本职能;二是作为国家股所在公司董事会成员的政府董事所应当负有的基本职能。

1. 代理国家股东行使和维护国家股权各种权利和权益

国家股权是国家直接投资后在公司制国家出资企业中的财产、资产、权益转换形式,其权利的标的已不是原来、具体的财产或资产,而是表现为一定资本份额、并按此资本份额享有对公司的内部参与、资本表决、被推选为公司内部常设治理机构成员(如董事、监事)、执行公司事务(如经理、财务负责人)、按照资本份额分取公司利润以及其他一系列权利。与自然人投资人(股东)不同的是,国家股东、法人股东均须通过委任特定自然人代表,代理其行使所持的股权。对国家这一特殊股东而言,其股权的代理人就是笔者所主张设立的国家股监事代表和国家股董事代表(即政府董事),他们均是国家股东的自然人代表,其中国家股监事代表,所代理行使的是国家股东的监督性权利(力);而政府董事,所行使的是国家股东实质性地参与、决策、执行公司内部事务的权利,具体表现为参与公司经营决策的表决、公司日常事务的执行、对外营业交易的代理和国家股权利润的分享等。

2. 受托决策公司重大经营事项、执行营业事务

政府董事自其正式任职公司董事会之后,其身份和地位就具有双重性,但董事职位决定其接受公司和全体股东的委托后,就必须依照法律(《公司法》和《国有企业特别法》)、行政法规、公司章程和特别委托契约所规定的组织架构、权限范围、会议程序、议事规则、表决方式、行事程式,谨慎地行使其表决权、决策权、执行权和代理权,理性地、妥当地对公司经营事项进行决策,努力提高公司的管理效益和市场竞争能力,使公司生产、经营、利润、收益达到最大化。

四、政府董事的分级委任与企业任职

(一) 既有国有企业国家股董事委任的评价

现行国有企业中没有典型的国家股董事,类似于国家股董事的是专职外部董事,且均设置为非执行董事。此外,专职外部董事的任免和委派权也是由政府设立、授权的履行国家出资人职责的机构分别行使,如国资委、财政部门、国有资产经营公司等,只有极少数企业是政府直接委任的。《企业国有资产法》(2008年)第22条也只涉及到有关国有独资公司、国有资本控股公司、国有资本参股公司董事长、副董事长、董事的任免或者建议任免,但此处所规定的董事到底是国家股董事还是一般公司的董事,则不甚明了;而根据国务院国资委2009年在中央国家出资企业大力推行的董事会规范与试点工作中对其委任董事的界定,如《董事会试点中央企业专职外部董事管理办法(试行)》(2009年)第12条至第14条规定,现行国务院国资委所委任的董事即为非执行专职外部董事。

由于中央或地方国家出资企业有相当部分尚不属于国务院、地方政府国资委管辖,特别如金融类、文化类的中央国家出资企业,基本上是由财政部、银监会等代表国务院履行其出资人职责,并负责对国家股董事代表的委任与派出。足见,既有国家股董事代表的任命或委派,存在着国家股董事代表定位模糊、委任主体不统一、委任程序不规范等诸多值得改进的地方。考虑到短时期内,我国金融类、文化类国家出资企业划归国务院、地方政府国资委管辖的可能比较少,因此,为统一任命程序和委派流程,规范国家股董事代表的任命、委派权限,笔者建议以后到中央、地方国有独资公司、国有资本控股公司、国有资本参股公司中董事会任职的国家股董事代表,应在现行由国务院、地方政府或国务院国资委、财政部等机构以任命、委派等方式的基础上,作必要的、适当的改革,即应从构建全新的政府董事制度入手,按照中央与地方的分级代表权限,由国务院与地方政府(一般限于省、地或市两级)分级委任。具体包括,其一,统一国家股董事代表的名称。即所有到中央国家、地方政府出资企业中任职的国家股董事代表,统一改称为政府董事或政府董事代表。其二,统一政府董事任命主体和权限。即所有中央、地方国家出资企业的政府董事,统一以国务院或地方政府的名义进行任命或委派。其三,规范委任流程。即先由国务院、地方政府国资委、财政部或其他授权的部门、机构进行公开招聘、考察、提名人选,然后提请国务院或地方政府以常务会决议形式作出决定,并以国务院或地方政府的名义进行统一任命或委派。

(二) 政府董事的分级委任

如前所述,政府董事应按照中央与地方投资的限定领域和管辖范围,由中央与地方分级委任。中央、地方国家出资企业中政府董事以每家国有独资公司或国有资本控股公司5名为限,其中政府非执行董事3人,政府执行董事2人,政府执行董事中1人作为中央企业董事长,1人出任总经理,被派驻的中央企业应当为政府执行董事配备足够的工作辅助人员。如通过改组,把中央国家出资企业数量控制在30-50家,则由国务院负责委任的政府董事人数为150-250人左右;省级地方政府出资企业数量控制在10-15家,则由省级政府负责委任的政府董事人数为50-75人左右;至于市(地)级政府如只有3-5家公用事业类国有企业,则市(地)级政府负责委任的政府董事人数则为15-25人左右。如此,从管理对象和绩效来看,则更具针对性和有效性。

(三) 政府董事的任职与工作机构

被任命或委派的政府董事人选,在国有独资公司内部,依照《公司法》和《国有企业特别法》的程序,可直

接到董事会任职;在国有控股公司或国家参股公司内部,则经股东(大)会进行必要的选举或表决程序后,到董事会任职。

被任命或委派的政府董事,与特定国有独资公司、国有控股公司内部股东(大)会产生的非国家股董事代表、职工代表大会或代表会议所产生的职工董事代表或其他方式所产生董事代表(如上市公司的独立董事)组成公司董事会。政府董事作为公司制国家出资企业董事会的当然成员或经理机构的主要负责人(如总经理、财务负责人等)和其他非国家股股东董事、职工董事、独立董事,利用董事会这一决策机构或经理这一经营事务性机构,依法或在授权范围内容,对公司制国家出资企业进行独立的经营、管理和资本营运。

国有独资公司、国有控股公司的政府董事,通过行使董事职权和履行董事职责,利用董事会这一公司常设机构,选择公司的职业经理人到公司经理机构中任职,授权其负责国有独资公司、国有控股公司的经营管理和资本营运,并对其经营管理和资本营运进行代理监督。

(四) 政府董事之间的适度分工

笔者认为,按照职能的需要,在拟委任的5名政府董事中,之所以要设置为3名政府非执行董事和2名政府执行董事,是使政府非执行董事和政府执行董事相互之间有适当的分工;其中政府非执行董事主要侧重于公司经营决策,而政府执行董事则侧重于公司的经营管理。在董事会闭会期间,政府执行董事应与政府非执行董事保持经常性的联系,以沟通、共享企业信息,并接受政府非执行董事的质询与监督。在涉及重要问题产生争议时,政府董事之间可以通过协商或表决等方式,作出初步决议。政府董事的职位、职数、职能、分工作如此定位,既能明确其国家股权代表的职责,又能在适度分工中彰显出政府非执行董事和政府执行董事的不同价值和功能,并达到既相互配合又有一定程度的监督、制约。

五、结论

在国家直接投资情形下,政府董事作为国家股权代表人,由政府直接委任到公司制国家出资企业董事会中任职,为典型的股东董事和内部董事。政府董事虽系政府委任,但其法律身份却为私权意义的国家股股权代表人与公司受托经营者,而非具行政隶属关系的政府官员。政府董事概念的提出与性质、边界的厘定,对表征国家直接投资与国家出资企业的法律关系、国家股董事代表的身份、国家股所在公司的真正权源、国家股所在公司内部治理机制的规范构建、国家股董事代表的职位性质与法律责任,具有正本清源的基础意义。通过统一政府董事委任主体、控制委任权限、规范委任流程,由国务院或地方政府分别对中央、地方国家出资企业的政府董事进行统一任命或分级委派,并把政府董事分设为政府非执行董事和政府执行董事两类,使其相互之间既有适当的分工、配合,又能有一定程度的监督、制约。这样,以政府董事为中心,结合其他非国家股董事、职工董事、独立董事共同组成公司制国家出资企业的董事会,依照公司法、国有企业特别法、公司章程和特别授权契约所规定的组织构架、权限范围、会议程序、议事规则、表决方式、行事程式,再结合严格的企业内部监督制度(包括企业党组织的纪律监督)和政府董事的经常性工作报告制度,公司制国家出资企业的内部治理结构才可既合乎资本权源逻辑、又能适应现代企业竞争而规范地建立起来。

参考文献:

- [1] 鲁利玲 “德国国有企业股份化的成功案例——大众汽车股份公司的考察报告”,载《经济研究参考》1993年第3期。
- [2] 赵旭东 “美国的国有企业——联邦公司”,载《中外法学》1996年第2期。
- [3] 刘戒骄 “从三个联邦企业看美国的国有经济和垄断行业”,载《经济研究参考》2014年。
- [4] 郭大鹏、杜亮 “央企董事会革命”,载《中国企业家》2006年第4期。
- [5] 余玉苗等 “聘请退休政府官员背景独立董事给上市

- 公司带来好处了吗?” ,载《经济评论》2015 年第 1 期。
- [6] 王树文 “完善我国大型国有企业政府董事制度建设的途径” ,载《中国行政管理》2008 年第 11 期。
- [7] 冯梅 “国有独资企业外部董事、外派监事会制度: 一种政府供给主导型的制度安排” ,载《生产力研究》2006 年第 3 期。
- [8] 胡改蓉 《国有公司董事会法律制度研究》,北京大学出版社 2010 年版。
- [9] 肖海军 《企业法原论》,湖南大学出版社 2006 年版。

Government Director: the Penetration Point to Reconstruct the Internal Governance Structure of State – owned Enterprises

Xiao Haijun

Abstract: In the case of national direct investment ,government director as the representative of state shareholder is typical shareholder and internal director who is directly appointed by the government to the board of directors in the state – invested company. Therefore ,we should unify appointed subject ,control appointed authority ,regulate appointed process to appoint government director; it should be appointed uniformly or graded assignment by the State Council and local governments respectively for central or local state – invested enterprises in China; and it should be divided into the non – executive government director and the executive government director ,so that it not only has proper division of labor or cooperation ,but also has certain degree of supervision or restriction. In this way ,the internal governance structure of state – invested company could be constructed regularly in order to both conform to the right capital source logic and adapt to the modern enterprise competition.

Keywords: State – invested Enterprises; Government Director; Representative of State Shareholder; Board of Directors

(责任编辑 鄢梦萱)