

# 从国企到公共企业的法律 调整与所有制调整

缪因知\*

---

## 目次

- 一、国家控制企业的三种所有制形式
- 二、混合所有制企业可能的治理缺陷
  - (一) 政府同时成为企业出资者和监管者时的角色冲突
  - (二) 混合所有制企业中的利益冲突问题不能通过上市来解决
  - (三) 经营效率问题
- 三、从国企到公共企业之过渡的法律调整模式
- 四、所有制调整对国企的公共企业化具有根本作用
  - (一) 从国企出现的两大依据看国企的组织形态
  - (二) 所有制调整有利于实现公共企业的主体性
  - (三) 纯国有和私有国管模式与法治化和市场化改革方向不冲突
  - (四) 所有制调整并不激进：当前国企股权式控制已名不副实

**摘要** 国家控制的企业从所有制上可以包括纯国有、混合所有、纯私有三种形式。混合所有制结构的企业更易令同时作为监管者和所有者的政府产生角色冲突，从而产生不公平、不效率的情形。为了更好地令国家控制的企业行使预设的公共职能，除了制订专门的公共企业法外，还可以考虑在所有制上实现“国进”和“国退”并行的策略，即将混合所有制企业改造成纯国有企业或纯私有企业。国家则通过法律对这些企业的外部行为和内部治理机构进行控制，而不再拘泥于以往的、已然失效的股权控制路径。

**关键词** 国有企业 国有企业改革 公共企业 混合所有制

---

混合所有制是 2013 年 11 月《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》推出的一项关键词。不过无论在中国还是其他国家，混合所有制并非新事物。其内涵即指在同一经济体/企业内同时存在国有和非国有资本。不难发现，混合所有制本身早就我国 20 世纪 90 年代以来的国

---

\* 中央财经大学法学院副教授、法学博士。本文系国家社科基金重大课题《社会主义市场经济中的公共商行为及其规制》(14ZDC019)的部分成果。

企改革的一项重要内容。只不过在之前十年,由于国进民退和中央企业集团的强势崛起,使得今日的国企改革面临着一个重新大力引入民间投资的“再出发”的任务。混合所有制既是我国企业界长期以来一个现实,也是对未来的一个鲜明指向,即并非笼统地指国有资本和非国有资本的混合,而是侧重民营资本进入国有企业的动态过程。

本文旨在讨论一般概念下的混合所有制的问题,并无背书或质疑特定政策的目的。基于以往对国企问题的诸多研究,笔者亦坚决支持决策者对国企用人机制、公司治理和股权结构等多方面的进一步改革。国退民进的混合所有制选择可能是当下现实中最合适的进路。不过,在当下理论界和民营企业对混合所有制的疑虑之声渐强的背景下,反思混合所有制潜在的缺陷,形成多维度的理论思考,也可能不无学术价值。

2015年9月国务院《关于深化国有企业改革的指导意见》提出分类改革、分类发展、分类监管、分类定责、分类考核,混改不设时间表等,也意味着对国企改革有一个开放的思路,而给了多元模式改革的理论探索更多的空间。学界新近的理论认识也提出“混合所有仅是近期目标而非终极目标,防止为改而改”,“转变传统的控股思维”。〔1〕

## 一、国家控制企业的三种所有制形式

国企即国家所有的企业(State owned Enterprises)是一个庞大的群体,2010年末,仅上市国有企业的市值就占到了全球股市市值的五分之一。〔2〕不过还有一个更大的范畴,即国家控制的企业。按所有制分类,国家控制的企业在各国可表现为三种形式:(1)国家/政府全资所有、直接经营管理的企业;(2)政府持股的企业或曰混合所有制企业(Mixed Enterprise),包括控股和参股两种形式;(3)私人所有、但政府对之进行信用担保的企业。

我国的国企主要体现为前两种形式:第一种企业在我国一般表现为《全民所有制工业企业法》调整的企业,但有的也以“公司”冠名,如中国铁路总公司、东风汽车公司。第二种企业主要表现为符合《公司法》标准的国有独资企业、国有控股企业和国有参股企业。混合所有制企业在德国、法国、意大利等国家也多有存在。

前述第三种国家控制的企业在我国几乎不存在,但在英美颇为盛行。事实上,普通法国家中混合所有制的企业较为少见。如美国传统上的主流做法是政府成为企业的独资所有人(sole proprietor)或担保人(guarantor),而不是共有人。1945年国会通过了《政府公司控制法》〔3〕来试图约束政府公司的建立,增强它们的问责性。政府公司既可能是政府财政投资并独家所有的公司,也可能是私人所有但政府支持(sponsor)的公司。所谓支持,实际上是政府对企业债务的隐性担保。这种担保降低了企业的融资成本。这类公司的代表如较为著名的发放房贷的房地美、房利美公司。时至今日,美国已经有数十家由联邦许可设立的政府公司和数千家由州许可设立的政府公司。曾有的混合所有制企业也被转化成为政府或私人全资所有的企业。〔4〕尽管在2008年金融危机期间,美国政府应急性收购了一些金融机构的股权以维护金融系统稳定,但这在总体上只是

〔1〕 吴越:《国企混改中的问题与法治追问》,载《政法论坛》2015年第3期。

〔2〕 See “China Buys Up the World”, 13 The Economist (2010).

〔3〕 See C. Herman Pritchett, “The Government Corporation Control Act of 1945”, 40 Am. Pol. Sci. Rev. 495, 509 (1946).

〔4〕 A. Michael Froomkin, “Reinventing the Government Corporation”, U. Ill. L. Rev. 543, 573(1995).

一种例外。<sup>〔5〕</sup> 诺贝尔经济学奖得主克鲁格曼亦强调这系师法英国而非源于美国固有的意识形态。<sup>〔6〕</sup>

政府在上述三种国家控制的企业中的地位是不同的，其对企业经营效率、治理结构和相关法制的的影响也会不同。

## 二、混合所有制企业可能的治理缺陷

诚然，我国近三十年来的改革实践和国际主流观点均认同在全资国企中引入私人投资者能够改善企业经营绩效、推动市场经济发展。混合所有制企业对推进我国经济发展功不可没。但这种看法的不足在于：孤立地看，一家国企在引入私人投资者后的确通常会有更高的灵活性和更好的对经营者的激励机制，从而改善经营效率。在原先相对僵化的经济体制中引入此类企业的效果也更为卓著。可如果考虑到整个动态的政治经济环境中政府可能扮演的角色，问题就会变得更为复杂。毕竟，现有政治经济格局下的强势主体会影响法律规则的制定来服务自身利益，这是企业治理的一般规律。<sup>〔7〕</sup> 混合所有制企业的治理缺陷将不可忽视。

### （一）政府同时成为企业出资者和监管者时的角色冲突

仅有国有企业存在的行业，一般没有私有企业参与竞争。而如果行业内都是私有企业但又均受国家控制，政府也不会因为仅在部分国企持有股权而陷入利益冲突，实施袒护。但在混合所有制模式中，政府身上明显存在着两种角色的冲突：一种角色是一般性公司法律和投资者保护制度的制定者和执行者，另一种角色是混合所有制企业的股东或终极所有者。所以政府在制定和执行法律时，可能会由于自身的经济利益考虑而不能保持应有的中立。

在我国的经济体制改革史上，此类事情可谓屡见不鲜。例如，尽管民营企业融资难，但长期以来，为了维护国有银行、证券交易所对融资渠道的垄断，立法者和执法者不是扩大证券法的口径、把各种实质性的证券发行行为纳入金融监管渠道，而是斥之为“非法集资”而交由警方进行处置。在国有股权管理上，股权国有者取得了超乎一般股东所具有的对股权转让的决定权。即使非控股性国有股份的转让，仍然要层层上报审批，有时延宕数年、无疾而终，危及正常的商事交易安全。<sup>〔8〕</sup> 政府无法在国企和民企、外企之间的竞争中保持中立，也已经成为我国对外经济谈判时经常被指责、需要被解决的问题。<sup>〔9〕</sup>

值得注意的是，这一现象在全世界都具有普适性，而不只是政治体制的问题。例如，在19世纪早期，当公司设立许可受到高度管制时，对商业性公司有投资的美国州政府就往往不愿意为竞争性公司颁发许可。<sup>〔10〕</sup> 而巴西这样的发展中国家政府更会以直白的方式牺牲国有控股上市公司

---

〔5〕 事实上，一开始美国政府只打算收购受困公司的资产，而避免卷入所有权事宜，所以也不具备对企业治理的侵入性。但后来政府受到了指责，认为在经济困难时期还购买金融机构的“有毒资产”损害了纳税人的利益，而改为购买更为优质的股权。

〔6〕 See Paul Krugman, “Gordon Does Good”, N.Y. Times A29 (Oct. 13, 2008).

〔7〕 See, e.g., Lucian Arye Bebchuk & Mark J. Roe, “A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance”, 52 Stan. L. Rev. 127, 131 (1999).

〔8〕 参见缪因知：《国有股转让协议审批要求对合同效力之影响：以“史上最大股权纠纷”为例》，载《中外法学》2015年第5期。

〔9〕 参见胡改蓉：《竞争中立对我国国有企业的影响及法制应对》，载《法律科学》2014年第6期。

〔10〕 See, e.g., Anna Jacobson Schwartz, “The Beginning of Competitive Banking in Philadelphia, 1782 - 1809”, 55 J. Pol. Econ. 417 (1947).

中的中小股东利益,如在决定出售企业中的控制性国有股权时,先修改法律,取消了小股东的异议股份收购请求权和在公司被收购时以同等价格出售股权的溢价分享权等。<sup>〔11〕</sup>

所以,这一角色冲突可能具有必然性、长期性,而不是所谓发展中的阶段性问题,对其造成的危害不能简单指望通过具体环节的制度完善来解决。

#### (二) 混合所有制企业中的利益冲突问题不能通过上市来解决

对此问题的解决,以前的一种思路是通过上市来促进国企建立“现代企业制度”,约束政府行为。但上市只能促进股权适度分散化和为企业施加更多的外部行为规则,不能在本质上改变国企的性质特别是政府主导的性质,所以不能改变其中的利益冲突格局。

上市国企中的利益冲突主要是两个维度。第一个维度是国企作为上市公司的盈利性会受到影响。上市公司需要为股东特别是追求财务回报的中小股东负责。但国企诞生的本来意义不应该是追求利润最大化,而是提供特殊的社会功能服务。这就难免要求它们在必要时牺牲盈利目标。对上市公司来说,这意味着国家大股东放弃利润的同时,中小股东甚至外国股东也要分担损失。

第二个维度是相反的,在我国也更为现实,即为了照顾上市公司的利益而损害社会利益。例如,由于上市公司本身严格的信息披露制度和财务要求(如三年连续亏损就会带来被强制退市的风险),近年来通过向国有母公司溢价出售资产来扭亏为盈,或直接获取财政补贴,已经成了国有上市公司屡试不爽的一招。甚至境外上市的国企在遭受重大亏损时也会求助于全国有的母公司的财务援助。<sup>〔12〕</sup>

在此过程中,虽然上市公司的中小投资者的利益得到了维护,但从法理上讲,他们是商业活动的参与者,投资遭受风险与损失并非不正常。令名义上是全民所有的上市公司国有母公司作为“深口袋”来承担损失,有悖国企上市的初衷。亏损转嫁通道的存在也降低了市场投资者事前参与上市国企治理,对经营者进行监督的激励。

诚然,可以说国有母公司适当承担责任以维护上市主体在证券市场上的形象,有利于相关国有企业集团的长远与整体利益,但实践中,这些操作往往并不伴随着对相关责任主体个人的惩戒机制,加之国企较为严重的内部人控制问题,上市国企与母公司之间的利益往返可能成了高管层的资本游戏,社会大众可能成为最后的输家。

所以,面对此等利益冲突问题,法律应当将社会公众利益放在国企的投资者利益之前。因为投资者对上市国企的投资毕竟是出自自愿,其应当预见到国企的特质对盈利的影响。虽然在目前,一个中国国企的投资者或许就是冲着国企具有垄断经营和政策照顾优势。但国企的此种特殊地位被取消、逆转也是其应当预见的风险。毕竟,政府和国企都没有也不应该承诺国企超常利润的长期存在。

不过,国企承担更多的公共责任、利润变薄不必是一个激进的过程,而可以是一个渐进的过程,注重利润的投资者可以在此过程中选择用脚投票,逐步退出,使得上市国企的投资者变得以追求稳健的长期(虽然未必丰厚)回报的投资者为主。确实不适合上市的(如经常不能维持盈利标准的)国企也可以逐步退出资本市场。

〔11〕 Mariana Pargendler, “State Ownership and Corporate Governance”, 80 Fordham L. Rev. 2917, 2938 (2012).

〔12〕 See Miao Yinzi, “The Governance Effect of Oversea Listing on the Chinese SOEs: The Role of the State Matters”, 4 Peking University Journal of Legal Studies (2013).

### （三）经营效率问题

尽管对于政企合一、市场机制匮乏的经济形态来说，混合所有制企业的出现可能意味着效率的提高。但总体上说，大量文献已经指出混合所有制企业的经营效率不仅大大不如私企，<sup>〔13〕</sup>还可能比纯国有企业更差。<sup>〔14〕</sup>所以，不少国家在 20 世纪八九十年代遭遇经济发展的困境时，纷纷选择了私有化，出售了混合所有制企业中的国有股权。

## 三、从国企到公共企业之过渡的法律调整模式

混合所有制企业的角色冲突等治理缺陷可能会从根本上影响国企之社会公共功能角色的发挥。对此，我们应当凸显国企作为不同于普通商事企业的公共企业特质，强调其履行社会公共职能的核心指向，消除国有、国营、营利性应当是此类企业之固有特质的观念，从而做出制度反思与改良。

从总体上说，为了更好地发挥国企的公共性，应对的进路主要有两类：一类是调整企业的股权即所有制结构，一类是调整法律。但两种进路互相影响，全局性地调整企业所有制结构，必然也以法律的同时调整为保障。

调整法律的方式相对缓和，需要付出的改革努力相对较少，对既得利益集团的触动也较少，其具体有两种：第一是将现有的《全民所有制工业企业法》废止，对特定行业的企业制定《公共企业法》，<sup>〔15〕</sup>对该类主体规定不同的行为目标和行为准则（如保证高质量的产品服务供给优先于追求利润最大化），以区别于商事公司，如 2015 年 9 月国务院《关于深化国有企业改革的指导意见》中提出的公益类国企。

这么做的基本理由首先是公共企业应当不同于追求自身利润最大化的私企，也即不应该追求自身利润最大化。这在涉及自然垄断的行业特别有意义。因为普通商事企业的合理追求是实现利润最大化，因此可能有动机去维持所提供产品或服务的高价，甚至为此不惜缩减供应量。故而，各国一般都在水、电、燃气、电信等领域实行国有企业或私有但国家管控的企业形式。阿根廷、以色列等少数国家还彻底实现了法律双轨制。

通过法律分别调整的另一个理由在于：当国企和私企适用同样的法律时，由于国企总是政治经济生活中更接近立法者的一种势力，总是更能影响立法（包括在民主政体中），所以结果往往是法律会变得更适应国企而非私企的需求，从而损害了私企的灵活性和效率。例如，我国《公司法》设置了过多的强制性规定，即便 2005 年《公司法》已经比 1993 年《公司法》改观不少，还是对董事会

〔13〕 例如 Rafael La Porta et al., “Government Ownership of Banks”, 57 J. Fin. 265, 290 (2002) (发现在银行中更高的国有比例与更低的金融发展和经济增长率相关联); William L. Megginson & Jeffrey M. Netter, “From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization”, 39 J. Econ. Lit. 321, 380 (2001); Mary M. Shirley & Patrick Walsh, “Public Versus Private Ownership: The Current State of the Debate” (World Bank Policy Research, Working Paper No.2420, 2001), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=26185](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=26185), p.51.

〔14〕 Anthony E. Boardman & Aidan R. Vining, “Ownership and Performance in Competitive Environments: A Comparison of the Performance of Private, Mixed and State-Owned Enterprises”, 32 J.L. & Econ. 1, 26 (1989).

〔15〕 参见蒋大兴：《国企应从公司法中撤退：从商事公司向公共企业演进》，载《中国工商管理研究》2013 年第 12 期，该文第 22~23 页列举了不少国家的类似立法。

的人数范围等本来应当由股东自行通过章程约定的细节问题作了规定。

第二种法律调整的方式是通过境外上市令国企/公共企业置身于内国和外国双重法律规制下。如前所述,国企特别是纯国有企业在国内政治经济生活中势力较大,不易有效地为法律所约束。所以,令国企接受法制更为严格的境外市场的约束,可以增强其在全球包括境内市场上的合规度。<sup>[16]</sup> 全世界较为普遍的现象是国企比私企更有可能选择交叉上市或发行美国存托凭证。在美国交叉上市的阿根廷企业基本上是政府控制的企业,智利企业中这一比例是35%,巴西、法国和意大利企业中约为60%。<sup>[17]</sup> 跨境上市总体上对国企有约束作用。不过有研究认为即使在美国,证券监管机构对境外发行者也更为宽容、执法数量更少。<sup>[18]</sup> 由于中国经济影响力日趋增长,这一过度宽松问题对境外上市的中国企业来说亦可能更为明显。<sup>[19]</sup>

#### 四、所有制调整对国企的公共企业化具有根本作用

法律调整路径自然可以适用于混合所有制企业。但从根本上讲,从国企过渡到公共企业需要在所有制上做出调整,以最大化地消除对国企的错误观念和斩断不必要的掣肘改革之利益纠缠。

调整企业的股权结构的方式有三种:政府以全资方式设立特定行业的企业,并接受单独的法律规制,而不同于普通的公司法,即至今仍然在法律上有效的《全民所有制工业企业法》模式;政府只成为小股东或优先股股东,不具企业控制权,对政府所投资部分也不具有超越普通股东层面的越级审批权;政府资本完全退出,但国家通过特别立法对具有特别经济社会功能的企业进行监督制约,包括外部行为约束和派驻人员入驻董事会。

从所有制的角度看,第一种可谓“国进”,后两种可谓“国退”。其适用的不同领域可以依据行业性质而定。这种安排可以摆脱传统框架下营利性国企“应不应当多赚钱”的纠葛。

“国进”和“国退”之目的都是令国企或曰公共企业的调整模式回归本意,即实质上的“行为控制”,而非形式上的“股权控制”。

##### (一) 从国企出现的两大依据看国企的组织形态

从法理上看,国企或曰公共企业出现从根本上是出于两大法理依据:一是利用企业/公司更为灵活的机制来更好地行使过去由政府机关承担的职责。例如,19世纪30年代的大萧条时期,美国政府公司广泛兴起,联邦政府和州政府有意选择使用更为灵活的公司形式和企业所具有的能动性来安排一些机构行使公共职能和权力,<sup>[20]</sup> 这些政府公司甚至能行使行业性监管职能,如联邦存款

---

[16] See Miao Yinzi, “The Interplay of The State And The Firms: Overseas Listing As A Governance Institution For Chinese SOEs”, 1 *Frontiers of Law in China*(2015).

[17] Peter Alexis Gourevitch & James Shinn, *Political Power and Corporate Control: The New Global Politics of Corporate Governance* (Princeton University Press, 2005), p.114.

[18] See Natalya Shnitser, “A Free Pass for Foreign Firms? An Assessment of SEC and Private Enforcement Against Foreign Issuers”, 119 *Yale Law Journal* 1638, 1668-83, 1693 (2010); Jordan Siegel, “Can Foreign Firms Bond Themselves Effectively by Renting U.S. Securities Laws?” 75 *J. Fin. Econ.* 319, 321 (2005). Larry E. Ribstein, “Cross-Listing and Regulatory Competition”, 1 *Rev. L. & Econ.* 97 (2005).

[19] 参见缪因知:《境外上市对国企治理之影响》,载《证券法苑》第十一卷(2014)。

[20] 参见小罗斯福总统对田纳西流域管理局(Tennessee Valley Authority)的描述,From the New Deal to a New Century, Tennessee Valley Auth., <http://www.tva.gov/abouttva/history.htm>.

保险公司，它们往往被称为“临时(ad hoc)政府”“公共利益公司”“特别目的政府”等。<sup>[21]</sup> 2015年美国联邦最高法院在 *Department of Transportation v. Association of American Railroad* 案中以 9:0 再次确认根据 1970 年《铁路客运服务法》(Rail Passenger Service Act) 设立的营利性的国家铁路客运公司 (National Railroad Passenger Corporation, AMTRAK) 是政府机构。20 世纪 90 年代末，中国改革开放中大量地将过去的行业管理机构 (如纺织部、冶金部、钢铁部、化工部等) 改制为总公司也有异曲同工的效果。

国企或曰公共企业出现的第二大依据是在关系国计民生、存在市场失灵的领域，利用政府作为公共利益代表的角色来对企业行为做出制约、监督，引导企业的方向，以保证经济社会生活的有序进行，如在水电燃气通信领域保障民生需求。这个方面是我国国企改革进程中较为强调的一点。<sup>[22]</sup>

但是，国家基于公共利益对企业行为的约束可以通过法律来实现，而不一定需要通过股权持有来实现。美国大量的私人所有的政府支持企业正表明了这一点。国家可以通过立法来框定重要领域的企业的行为准则、必须承担的义务和责任，从外部来影响其行为。国家也可以根据法律来直接向特定领域的特定企业委派董事来从内部影响其决策。如根据 1962 年《通信卫星法》设立的美商大电信服务商通信卫星公司 (Comsat) 完全是私人所有，但其联邦注册章程授权总统委任三名公共利益董事到公司十五人的董事会中。<sup>[23]</sup> 一些阴谋论人士热衷渲染所谓美国联邦储备委员会由商业银行控股、是私有机构时，被他们忽视的一个关键即为 1913 年《联邦储备法》等法律对美联储行为的控制。倘若只是着眼于美联储的资金来源，<sup>[24]</sup> 就会想当然地认为资金来源方是美联储的实际控制人。

可见，从国企设立的根本目的看，并无混合所有制企业必须存在的绝对空间。“纯国有”和“私有国管”两种形态已经足够。前者可适用于政府管理功能性较强、私人资本进入兴趣不大的领域。后者可适用于社会服务功能性较强、私人资本进入兴趣大的领域。混合所有制企业的存在更多的是历史与现实中之必要妥协与过渡的产物，如解决融资难的问题。就治理制度而言，于公于私的优点都并非混合所有制企业独有，其兼容公私的性质虽然有一定的优越性，但如前所述，由于带来了问题更大的政府角色冲突，而显得相对不可取。

## (二) 所有制调整有利于实现公共企业的主体性

“国进”与“国退”并行的本质是打造新的公共企业体系。这一体系可以包括纯国有的企业，也可以包括私人所有、国家管控的企业，其体系特征是令公共企业成为不同于普通商事公司的体系，改变以往承担特殊非经济使命的国企和普通商事公司在《公司法》的大框架下“水油难融”的局面。

[21] Mariana Pargendler, “State Ownership and Corporate Governance”, 80 *Fordham Law Review* 2917 (2012), n28.

[22] 认同营利型国企存在的现实合理性的学者也多认识到其出现和我国“特殊的历史原因”有关，宁金成：《国有企业区分理论与区分立法研究》，载《当代法学》2015 年第 1 期，第 112 页。而且随着其他方面体制改革的深化，此等形式上的理由也正在削弱。如 2015 年国家发展和改革委员会修订了中央定价目录，中央政府定价项目减少了 80%，实行负面清单管理，故中央不再定价的行业是否还需要通过国企运营来维护公共利益，值得讨论。

[23] Herman Schwartz, “Governmentally Appointed Directors in a Private Corporation — The Communications Satellite Act of 1962”, 79 *Harv. L. Rev.* 350, 353 (1965).

[24] 美国有 12 个联邦储备区，三千多家联储会员银行必须以其资本的 3% 承购所属地区储备银行的股票，并获取每年 6% 的固定股息。联邦储备银行在扣除这些股息后的盈利悉数上交财政部，通常为股息总额的数十倍。

传统的国企调控模式下,法律缺乏对国企的主体性关注,《公司法》和《企业国有资产法》同时对国企适用,而后者是资产法,关注对象是“国家对企业各种形式的出资所形成的权益”(第2条),更多地将国企视为资产的组合,是国家可以调配的一种资源、财产,只不过恰好安置在国企这个法人外壳中罢了。所以政府对名义独立的国企资产的划拨、国企管理人才的调用,都随意性较大,将国企视为政府所掌握的一种资源,是客体而非主体。国企资产划拨重组实际上不是经过董事会和股东会层面的决策,而是经由政府红头文件的行政划拨。国企经营者也被等同公务员使用,随意从政府调入人员担任国企高管,或者是将卓有成效的国企高管调入政府部门。这些都在一定程度上妨碍了国企按照商业逻辑的自主性发展,也损害了国企的非政府投资者的利益。<sup>[25]</sup>

通过所有制调整将混合所有制企业变成纯国资或纯私人投资的企业,可以减少政府对企业的行政干预之随意性,减少涉及外部私人投资者的利益冲突,而更为充分地在法律框架下发挥公共企业的社会功能。

### (三) 纯国有和私有国管模式与法治化和市场化改革方向不冲突

只要制度设计得当,坚持法治化的原则,纯国有企业并不意味着改革的倒退或政企不分,因为纯国有企业主要只是为了利用企业形式行使公共职能,而不是利用政府平台谋取商业利益。私有国管企业也不构成对私有企业经营自主权的侵蚀。因为一方面,随着混合所有制企业的退场,竞争性的行业应当全面交由私有企业经营。另一方面,令私人所有但在特殊行业经营的企业受到法律内外和外在的多方面行为管束,是合理的。哪些行业的哪些企业可以由国家进行经营行为约束,本应由法律明确规定。法律基于必要性做出一般性的范围界定,并用特别立法来对相关企业的行为目标、行为标准做出规定时,企业进入有限的特定行业将被视为一种特许,故接受国家的特别管制也并无不公。在有限、明示、可列举的限制性目标之外,公共企业仍然可以追求商业利益最大化。如在美国,大量的政府公司并不讳言其行使的是商业职能,有的公司在章程中就明确指出其将“和营利性公司一样运作管理”,法院也对此做出了确认。<sup>[26]</sup>

在改革开放的初期,“私有国管”企业的模式或许容易导致大量的设租行为,即将可以通过自由竞争来调节的行业设定为特许行业,政府对本来应该自由经营的私人企业施加过多的控制。但时至今日,社会各方对特许行业的有限性已经有了较多共识,这一进路的采取也有了更多的现实可能性。

### (四) 所有制调整并不激进:当前国企股权式控制已名不副实

强调对国企的行为约束而非股权控制的路径的另一重现实意义在于这并非是一次剧烈、激进的变革:我国的国有控股或参股企业虽然名义上是政府持股,但在相当程度上,政府并不符合对股东的标准定义。

首先,国企向所有者缴纳的利润极少,绝大部分都是自我留存了。

从法律上言,2007年《国务院关于试行国有资本经营预算的意见》实施后,国家作为所有者享有的国企资本收益开始进入财政预算。但国家从国企获得的“资本经营收入”(根据财政部《中央国有资本经营预算编报办法》,这包括国有独资企业上交国家的利润、国有控股参股企业对国有股享有的股利和股息、国企产权或股份转让或减持收入等)在国企利润中只占了很小的比重。

<sup>[25]</sup> 参见缪因知:《央企高层高管调换、抽象商业秘密与忠实义务:一种可能的法律风险》,载《北大法律评论》第18卷第1辑。

<sup>[26]</sup> *Lebron v. Nat'l R.R. Passenger Corp.*, 513 U.S. 374, 386 (1995).



表 1 中央企业对国家的资本收益

	中央企业 营业收入	中央企业 利润	中央国有资本 经营收入	中央国有资本 经营支出
2012 年	22.5 万亿元	1.3 万亿元	970.8 亿元	929.8 亿元
2013 年	24.2 万亿元	1.3 万亿元	1 058.27 亿元	978.19 亿元
2014 年	25.1 万亿元	1.4 万亿元	1 563.1 亿元	1 419.1 亿元
2015 年	27.2 万亿元	1.6 万亿元	1 612.9 亿元	1 359.67 亿元
2016 年	23.4 万亿元	1.2 万亿元	1 340 亿元	937 亿元

数据来源：作者根据国务院国资委与财政部每年发布的报告编制。

国有资本经营收入远远小于中央企业实际利润，是由于央企要在扣除所得税、少数股东权益、法定公积金之后才向母公司上缴利润，母公司可支配利润仅占利润总额的四分之一左右。作为名义所有人的政府又只从国企母公司可支配利润的基础上收取一定比率。这样下来，2013 年央企向财政上缴利润仅占其利润总额的 8.7%、2012 年为 7.7%、2011 年为 8.7%、2010 年为 6.7%。<sup>[27]</sup>这个数值尽管已经逐年提高，但国家作为所有者最后从国企那里取得的投资回报还是至为微小。<sup>[28]</sup>

与为数不多的国有资本运营收入并存的是大量用于国企自身的国有资本经营支出。这包括资本性支出即向企业进行国有资本投入，费用性支出即对国企的补贴。实际上，国家从中央企业收取的九成以上的资金又回馈给了中央企业，仅有极小比例用于民生。

相比之下，美国在 20 世纪中期开始实施的思路值得借鉴，即政府退出混合所有制企业，转而通过较高的税收来实现对企业经济收益的分享。以发现美国股权分散化现象而著称的美国法学家伯利在名著《现代公司与私有财产》中指出，在公司利润超过 25 000 美元的情形中，联邦所得税已经占到了一半。政府在利润分享上成为企业的平等合伙人。<sup>[29]</sup>此外，当政府的主要经济利益体现为税收而不是垄断性企业的股东收益时，其也更可能制定促进有效的公司和证券规制的法律规则。<sup>[30]</sup>

其次，不仅政府作为国企持股者享有资产受益的现金流权徒具形式意义，股权作为控制手段的作用也很不明显。国企经营者实际上是通过中国共产党的组织部门物色和任命的，而非通过国企股东会或董事会。国企经营的重大决策亦不是简单经由股东会机制决定，而是受到了政府的强有力的审批控制。

[27] 潘鑫磊：《2013 年央企上缴红利 1 130 亿 民生支出占比仅 5.8%》，载网易财经 (<http://money.163.com/14/0305/16/9MJAB5U800254TFQ.html>，最后访问时间 2017-08-01)。不过这些数据把上年结转的国有资本经营收入也列入分子，故高估了其相对于国企当年利润的比例。

[28] 2014 年 5 月财政部《关于进一步提高中央企业国有资本收益收取比例的通知》将国有独资企业应交利润收取比例提高 5 个百分点，现在第一类企业（只包括中国烟草总公司）为 25%；其他四类企业的应交利润比例为 20%（资源、电信类）、15%（一般竞争类）、10%（军工、文教体类）和 0（中储粮）。

[29] Adolph A. Berle, “Property, Production and Revolution; A Preface to the Revised Edition” (Dec. 1967), reprinted in Adolph Berle & Gardiner C. Means, *Modern Corporation and Private Property* (2d ed., 1991), at xxviii.

[30] Mariana Pargendler, “State Ownership and Corporate Governance”, 80 *Fordham L. Rev.* 2917, 2932 (2012).

一是国资监管机构的企业重大经营事项决定权。对于一般的本应由股东会决定的重大事项如重大投资、转让重大资产,经授权国有独资企业可由企业负责人集体讨论决定,国有独资公司可由董事会决定。但对特别重大事项,如合并、分立,增加或者减少注册资本,发行债券,分配利润,以及解散、申请破产,由履行出资人职责的机构决定,必须由国资监管机构决定(《公司法》第66条、2009年《企业国有资产法》第31、32条)。

二是本级政府的企业重大经营事项决定权。重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的合并、分立、解散、申请破产等重大事项,在决定或决议前,应当报请本级政府批准(《公司法》第66条、2009年《企业国有资产法》第12、34条)。

三是国资监管机构对国企经营事项“管多层”的权力。一般的股东包括国有股东的权利只在于对直接投资企业的重大事项决策做出影响,即“管一层”。但特别法专门赋予了国资监管机构超越股权结构对国企所投资企业无限层级监管的权力。如《企业国有资产监督管理暂行条例》第24条规定,国家所出资企业投资设立的重要子企业的一些重大事项,需由所出资企业报国有资产监督管理机构批准。事实上,相关规定颇多,即便按照上述法条只属于一般重要事项的国资转让,也有《企业国有产权转让管理暂行办法》《金融企业国有产权转让管理办法》《国有股东转让所持上市公司股份管理暂行办法》等一系列文件,并往往在现实中引发漫长的审批。<sup>[31]</sup>

简言之,现行法律并不讳言政府及其国资监管部门自身可以作为终极所有人(而非股东本身)实质性地参与企业的重大决策。这种参与虽然形式上以国有股的存在为依托,但其权威性与其说来自股权,不如说来自法律和行政的规范,因为这超出了一般公司法原理中股东权利可行使的范围,不受实际持股层级数的限制。其正当性不应在于政府对国有资产本身代表的财富价值的关注,而应当是作为公共利益代表之政府对国企运作前景的关注。甚至实践中,在存在多个国有股东时,国企高管的人事任免权和决策权也可能会按照“惯例”由某个少数股东行使(如当地国资委),并排斥非多数国有股东(如资产管理公司)依照股权行使权利。<sup>[32]</sup>

所以,在未来的公共企业法架构中,政府对企业的控制力度可以和政府的实际资本投入脱钩,而由企业所在行业及企业的性质决定。之前以股权表征政府控制力的国企格局之出现,与我国国企改革初期法治化程度不够,政府对运用法律进行经济和社会调控的能力与经验还不足息息相关。但2011年第十一届全国人民代表大会第四次会议上,时任全国人大常委会委员长吴邦国作工作报告时,即已宣布“涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全,各法律部门中基本的、主要的法律已经制定,相应的行政法规和地方性法规比较完备”,“把国家各项事业发展纳入法制化轨道,从制度上、法律上解决了国家发展中带有根本性、全局性、稳定性和长期性的问题”。

故今天我们已经有条件考虑走向经由法律的行为控制进路,摒弃实际上作用不大的股权控制进路,来培植一个健康的新型公共企业体系。现有的国家持股则可以通过无表决权优先股制度等逐步予以淡出,仅通过金股制度等象征性存在保持国家对公益事项的控制力。

(责任编辑:黄韬)

[31] 对《企业国有资产监督管理暂行条例》第24条在现实司法案例中的理解运用所引发之争议的详细解读,见缪因知:《国有股权转让协议审批要求对合同效力之影响:以“史上最大股权纠纷”为例》,载《中外法学》2015年第5期,第1380~1382页。

[32] 吴越:《国企混改中的问题与法治追问》,载《政法论坛》2015年第3期,第33页。