

合宪视角下混合所有制的法律途径

● 蒋大兴*

【内容摘要】 正在进行的混合所有制改革基本是在私法层面展开的,故对其的各种解释和争议并不完全。对于一个法治国家而言,所有政治决策以及商业决策都可以找到其宪法上的理由和根据,当从宪法角度理解混合所有制改革的法律途径时,我们也许就不仅找到了“实现宪法”的道路,也发现了混合所有制改革的妥当方式。宪法对经济的调整区分为三种层次:从“所有制”到“经济形式”再到“企业形式”,照此逻辑,混合所有制就是指公有制与私有制在所有制结构、经济形态以及企业形式上的混合,混合所有制可能表现为多元股权投资,但并非所有多元股权投资都是混合所有制。而且,因为宪法对公共财产与私人财产采取区分保护的方法,这同样给混合所有制改革设定了边界和约束。只有注意到这种宪法边界和约束,我们才会明了和主动避开混合所有制改革对公有制经济主导地位以及公共财产保护方式、公共公司治理的不当影响。因此,只有牢记《宪法》第 5 条,才能使我们的政治决策、商业决策及其履行不至于影响到宪法的权威及其实施,我们才有可能真正建成法治国家。

【关键词】 国有企业 混合所有制 宪法 改革 法治

自党的十八届三中全会以来,有关混合所有制(the mixed ownership economy)的讨论非常活跃。^①中国从上到下、从理论界到实务界、从国企到民企都在热谈如何有效地实施混合所有制,^②以撕开垄断性国企市场准入之道,从而在经济改革过程中能再分得一杯羹。在新浪财经举行的一场网络调查中可以发现,当被问及是否关心混合所有制改革时,截止到 2014 年 12 月 2 日 7:53 分,共有 1 979 人参与了

* 作者单位:北京大学法学院。本文系 2010 年国家社会科学基金重点项目“我国国企的法律调控模式研究”(10AFX013)的成果。

① 实际上,混合所有制并非新事物,我党“十四大”、“十五大”以及“十六大”报告中,皆涉及到混合所有制的内容,“十五大”报告更是明确提出了混合所有制的概念,但十分吊诡的是,此前混合所有制多以私有化、企业出售、企业改制等方式存在,并未引起今天如此大的反响。例如,“十四大”报告指出:“在所有制结构上,以公有制包括全民所有制和集体所有制经济为主体,个体经济、私营经济、外资经济为补充,多种经济成分长期共同发展,不同经济成分还可以自愿实行多种形式的联合经营。”(参见《加快改革开放和现代化建设步伐,夺取有中国特色社会主义事业的更大胜利——江泽民在中国共产党第十四次全国代表大会上的报告》,1992 年 10 月 12 日)。“十五大”报告指出:“公有制经济不仅包括国有经济和集体经济,还包括混合所有制经济中的国有成分和集体成分。”(参见《高举邓小平理论伟大旗帜,把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪——江泽民在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》,1997 年 9 月 12 日)。“十六大”报告指出:“国有企业是我国国民经济的支柱。要深化国有企业改革,进一步探索公有制特别是国有制的多种有效实现形式,大力推进企业的体制、技术和管理创新。除极少数必须由国家独资经营的企业外,积极推行股份制,发展混合所有制经济。实行投资主体多元化,重要的企业由国家控股。”(参见《全面建设小康社会,开创中国特色社会主义事业新局面——江泽民在中国共产党第十六次全国代表大会上的报告》,2003 年 10 月 9 日)。

② 参见卢肖红:《争议混合所有制:是国企改革的良好方还是假药》,http://finance.qq.com/a/20140213/000134.htm;2014 年 12 月 3 日访问。

投票,其中79.7%的人表明关心这一改革,仅有20.3%的人表明不关心。^③而在这些关心的人当中,又以北京(13.1%)、广东(9.3%)、江苏(7.1%)、山东(7.0%)、上海(6.0%)、浙江(5.8%)等发达区域居多,而贵州(1.6%)、广西(1.4%)、云南(1.4%)、甘肃(0.8%)等经济非发达区域,则参与者显著减少。^④很显然,在这些经济发达区域,要么国企较多,要么民间投资人实力较为雄厚,最有可能参与混合所有制改革,从而在这场经济盛宴中占据主导地位。^⑤

尽管混合所有制已成为中央的决定且是全民热议的话题,但在这场热闹的改革中,法律人理应有自己的思考,应当去考虑混合所有制的合宪途径,从而在法治的背景下,有序地推进政治决策之履行。因此,对混合所有制而言,我们需要明确其本质含义以及其在宪法局限下的法律路径。

一、混合所有制不等于混合所有权

在理论和实务中,有一种流行的观点认为,混合所有制就是混合所有权。因此,在论及混合所有制改革的法律途径时,就有观点认为,混合所有制就是股权多元化,既包括国有企业与私人企业混合投资,也包括国有企业与国有企业、央企与地方国企之间的混合投资。^⑥这样的判断是不符合宪法安排的。而且,如果混合所有制就是混合所有权,那就真的不过是“新瓶装旧酒”,与此前的国企改革、股权多元化没无区别。如此,混合所有制的途径也就无需再重新考虑,以前所有国企改制用过的途径皆可用于所谓的混合所有制,甚至可以央企与央企混、央企与地方国企混、地方国企与地方国企混。这样的判断准确吗?混合所有制到底混的是什么、如何混?这些疑问皆须从宪法角度进行解释。

在宪法层面,混合所有制可能有三种解释,即不同所有制的混合、不同经济形式的混合和不同企业形式的混合。

其一,不同所有制之混合。我国《宪法》根据生产资料所有制形式的不同,将“生产资料所有制”区分为“社会主义公有制”形式和“其他所有制”形式。^⑦因此,在《宪法》层面,混合所有制可能是指生产资料公有制与其他所有制形式之混合。由此,混合所有制只可能是公有制与其他所有制形式的混合,也即是全民所有制和劳动群众集体所有制与其他所有制经济形式的混合。全民所有制之间以及全民所有制与劳动群众集体所有制之间,或者劳动群众集体所有制之间的混合,都不属于混合所有制。这就像煮饭一样,五常大米与湖南大米混合煮,不是混合所有制,因为都是大米,而五常大米与湖南小麦混合煮,就是混合所有制了,因为一个是大米,一个是小麦。

其二,不同经济形式的混合。根据所有制的不同,《宪法》还将经济形式区分为国有经济、集体经济及其他经济形式。^⑧因此,在《宪法》层面,混合所有制还可能是各种具体经济形式的混合。虽然劳动群

^③ 参见《混合所有制改革大调查》, <http://survey.finance.sina.com.cn/result/91916.html>, 2014年12月2日访问。

^④ 同上注。

^⑤ 当然,另外一个可能的原因是,这些区域本来网民就相对较多,故参与网络调查的活跃度也远高于其他区域。

^⑥ 例如,湖南出台有关文件,在谈及如何大力发展混合所有制经济时提到:“推动开放性市场化重组整合,重点引进中央企业、大型民营企业、国内外其他优势企业,通过产(股)权转让、增资扩股、资产重组、规范上市等方式,实现国有企业投资主体多元化、经营机制市场化。”很显然,将央企与国企的混合也视为混合所有制改革了。参见《湖南省人民政府关于进一步深化国有企业改革的意见》[湘发〔2014〕7号]。

^⑦ 我国《宪法》第6条规定:“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度,实行各尽所能、按劳分配的原则。国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”

^⑧ 我国《宪法》第7条规定:“国有经济,即社会主义全民所有制经济,是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”第8条规定:“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者,有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。城镇中的手工业、工业、建筑业、运输业、商业、服务业等行业的各种形式的合作经济,都是社会主义劳动群众集体所有制经济。国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益,鼓励、指导和帮助集体经济的发展。”第11条规定:“在法律规定的范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”

众集体经济也属于公有制经济形式,但在《宪法》中是将其与国有经济并列规定的,这与所有制规定中的从属规定不同,因此,就经济形式之混合而言,混合所有制可能是国有经济与集体经济、个体经济、私营经济等多种经济形式的混合,这其中也有可能包括了公有制经济相互之间的混合。但从体系解释的角度,为保持宪法规范内部体系的一致,混合经济仍应作狭义解释,应解为公有制经济形式与其他非公有制经济形式之混合。

其三,不同企业形式之混合。《宪法》还根据企业所有权之形态差异,将企业区分为不同的形式,^⑨因此,混合所有制在企业所有权层面,应当是不同所有权之企业混合,也即多元股权之混合,但此种多元股权之混合不是广义上的,而是与公有制及其他所有制相区分基础上的混合,也就是公有制企业形式(国企、集体企业)与其他所有制企业形式(个体企业、私有企业、外商投资企业等)之间的混合。

可见,宪法对经济的调整区分了三种层次:从“所有制”到“经济形式”再到“企业形式”,这种调整逻辑遵循的是从宏观到微观、从抽象到具象的事物认识规律,贯彻的是从生产资料所有权到经济形态再到资本组织形态的逻辑。无论如何,宪法是采取公私二元区分的方法对所有制、经济形态、企业形态进行区分的,因此,我们讨论混合所有制,就不能脱离宪法的上述逻辑——混合所有制就是指公有制与私有制在所有制结构、经济形态以及企业形式上的混合,混合所有制可能表现为多元股权投资,但并非所有多元股权投资都是混合所有制,例如,国企与国企之间、国企与集体企业之间、集体企业与集体企业之间、私人企业与私人企业之间、外企与外企之间以及外企与私企之间形成的多元投资结构,都非宪法意义上的混合所有制。

实际上,党的十八届三中全会决定也是从公私混合的角度界定混合所有制的。^⑩所以,这样的判断基本上是准确的,即混合所有制经济是指财产权分属于不同性质所有者的经济形式。从宏观层次来讲,混合所有制经济是指一个国家或地区所有制结构的非单一性,即在所有制结构中,既有国有、集体等公有制经济,也有个体、私营、外资等非公有制经济,还包括拥有国有和集体成分的合资、合作经济;而作为微观层次的混合所有制经济,是指不同所有制性质的投资主体共同出资组建的企业。^⑪

但在实务中,对混合所有制到底是混什么,并无很严格与科学的区分,一些不属于混合所有制的改革,也被称之为混合所有制改革。比如,银川市自来水有限公司出让43.21%的股权给中铁一局,另外要求投资人增资1亿元,公司净资产由8.8亿增加到9.8亿,投资人股权从43.21%增加到49%,对应所有者权益为4.8亿元。实务界认为,由银川市国资委与投资人设立合资公司,属于典型的政府与社会投资人合作经营的PPP(Public-Private-Partnership)项目。^⑫这应当属于对混合所有制的误解。又如,在中石化混合所有制改革过程中,其全资子公司中国石化销售有限公司于2014年9月12日与25家境内外投资者签署了《关于中国石化销售有限公司之增资协议》,25家投资者以现金共计1070.94亿元

^⑨ 我国《宪法》第16条规定:“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。国有企业依照法律规定,通过职工代表大会和其他形式,实行民主管理。”第17条规定:“集体经济组织在遵守有关法律的前提下,有独立进行经济活动的自主权。集体经济组织实行民主管理,依照法律规定选举和罢免管理人员,决定经营管理的重大问题。”第18条规定:“中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资,同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营的企业,都必须遵守中华人民共和国的法律。它们的合法的权利和利益受中华人民共和国法律的保护。”

^⑩ 十八届三中全会决定指出:“积极发展混合所有制经济。国有资本、集体资本、非公有资本等交叉持股、相互融合的混合所有制经济,是基本经济制度的重要实现形式,有利于国有资本放大功能、保值增值、提高竞争力,有利于各种所有制资本取长补短、相互促进、共同发展。允许更多国有经济和其他所有制经济发展成为混合所有制经济。国有资本投资项目允许非国有资本参股。允许混合所有制经济实行企业员工持股,形成资本所有者和劳动者利益共同体。”参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过)。

^⑪ 参见 <http://baike.so.com/doc/576502.html>, 2014年12月2日访问。

^⑫ 参见赵婧:《专家建议将融资平台改造成专业PPP机构——“PPP沙龙”探讨混合所有制改革新模式》, http://www.cfen.com.cn/web/meyw/2014-12/02/content_1141819.htm, 2014年12月2日访问。

认购增资后中石化销售公司 29.99% 的股权(参见表 1)。⑬ 其中,竟然还有中国双维投资以及中国人寿保险股份有限公司这样的国有独资或者控股企业。虽然上述公司未最终参与增资,但其申请参与标购混合所有制改革增资显属不合混合所有制改革的初衷。

表 1 中国石化销售有限公司增资投资者情况汇总(单位:人民币亿元)

序号	投资者名称	认购注册 资本	认购价格	持有销售公 司股权比例
1	北京隆徽投资管理有限公司	1.20	15.00	0.420
2	渤海华美(上海)股权投资基金合伙企业(有限合伙)	4.80	60.00	1.680
3	长江养老保险股份有限公司	4.00	50.00	1.400
4	CICC Evergreen Fund, L. P.	2.06	25.75	0.721
5	Concerto Company Ltd.	1.14	14.21	0.398
6	Foreland Agents Limited	0.97	12.18	0.341
7	工银瑞信投资管理有限公司	1.60	20.00	0.560
8	Huaxia Solar Development Limited	0.32	4.00	0.112%
9	Huaxia SSF1 Investors Limited	6.20	77.50	2.170%
10	嘉实基金管理有限公司	4.00	50.00	1.400%
11	嘉实资本管理有限公司	8.00	100.00	2.800%
12	Kingsbridge Asset Holding Ltd.	2.88	36.00	1.008%
13	New Promise Enterprises Limited	2.72	34.02	0.953%
14	Pingtao (Hong Kong) Limited	1.72	21.53	0.603%
15	青岛金石智信投资中心(有限合伙)	1.20	15.00	0.420%
16	Qianhai Golden Bridge Fund I LP	8.00	100.00	2.800%
17	深圳市人保腾讯麦盛能源投资基金企业(有限合伙)	8.00	100.00	2.800%
18	生命人寿保险股份有限公司	4.40	55.00	1.540%
19	天津佳兴商业投资中心(有限合伙)	1.94	24.25	0.679%
20	新澳能源中国投资有限公司	3.20	40.00	1.120%
21	信达汉石国际能源有限公司	4.92	61.50	1.722%
22	中国德源资本(香港)有限公司	2.40	30.00	0.840%
23	中国人寿保险股份有限公司	8.00	100.00	2.800%
24	中国双维投资公司	0.80	10.00	0.28%
25	中邮人寿保险股份有限公司	1.20	15.00	0.420%
	合 计	85.67	1 070.94	29.99%

⑬ 参见《中石化“混改”引资名单公布:25家投资者认购近三成股权》, <http://money.163.com/14/0915/08/A65UQGG800253B0H.html>, 2014年12月3日访问。

二、混合所有制改革的宪法限制

如果我们明确了混合所有制改革的混合途径,那么在设计混合所有制改革的法律方式时还需明确其“宪法限制”,否则,混合所有制改革就可能出现所谓的宪法障碍。既然混合所有制是在公有制、公有制经济、公有制企业与私有制(或其他所有制)、非公有制经济、非公有制企业之间的混合,那么,就必须明确对这些不同类型所有制、经济形态及企业形式的宪法态度,从而在设计混合方式时做到心里有宪法,不违反宪法逻辑。在宪法逻辑上,虽然公有制经济与非公有制经济都受到法律保护,但并非都受到同等对待、同等保护,其地位是有明显差异的。

(一)混合所有制改革如何不影响公有制经济的宪法地位

有人认为,在全球化竞争的前提下,公共企业所在领域单单依靠民营资本的力量是无法发展壮大的,更遑论进入全球竞争的市场。因此,国有资本的介入以及国家公权力的规范都是必须的。^⑭在法律地位上,公有制经济明显受到了宪法的优越保护,因此,混合所有制的改革应当注意到此种宪法局限。例如,宪法认为公有制经济是社会主义经济制度的基础/主体,国有经济是国民经济中的主导力量,国家要鼓励、指导和帮助集体经济的发展,国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,只是社会主义市场经济的重要组成部分。^⑮党的十八届三中全会决定也重申了这样的判断。^⑯

基于以上宪法约束,在设计混合所有制的法律方案时,就需要明确混合所有制改革如何不影响公有制经济的主体地位?对此,最为关键的是,需要明确“国有经济”在国民经济中的“主导力量”的含义。

首先,在主体方面,要明确所谓“国有经济”的含义。国有经济在国民经济中的主导地位是否仅仅等于国有企业在国民经济中的主导地位?答案是否定的。因为,从《宪法》的规定来看,国有经济不仅仅体现为国有企业——诸多不表现为国有企业的国家所有权形式,也应属于国有经济范畴。例如,《宪法》第9条规定:“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,都属于国家所有,即全民所有;由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。”第10条规定:“城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。”很显然,构成公有制基础的所谓国有经济的主体地位,不仅体现在国有企业的重要性方面,还体现在《宪法》直接将某些重要的经济资源、生产资料直接归属于国家所有,从而夯实国家的经济地位。当然,这是从所有权含义上讲的,这些经济资源属于国家所有,并不意味着其他主体不能利用,只不过在利用过程中需要充分体现国家的所有权权能,包括占有、使用、收益和处分的权能。国有经济占据主导,至少从一个角度否定了将全部国有企业私有化的主张,这样的主张是没有宪法依据的,因此,试图透过混合所有制实现所谓私有化的目的,在未对《宪法》进行修改之前,是不符合“法治国家”的含义的。近几年来,一些自由主义经济学者及法学者不断呼吁国企私有化,其在本质上属于违宪主张。事实上,关于国有企业/公共企业的优势,在国外有很多研究,例如,有学者认为,至少在当今时代及未来一段时期内,有关公共企业的立法是持久必要的。在英联邦体系内部,反对独断专治始终是法治的基本含义。公共企业法也是因此而诞生与发展的。^⑰还有学者认为,公共企业在一些公共领域中具

^⑭ See Sigrid Quark, Glenn Morgan and Richard Whitley, *National Capitalisms, Global Competition, and Economic Performance*, John Benjamins Publishing Company, Amsterdam/Philadelphia, 2007.

^⑮ 参见我国《宪法》第6条、第7条、第8条、第11条之规定。

^⑯ 例如,决定指出:“公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,是中国特色社会主义制度的重要支柱,也是社会主义市场经济体制的根基。公有制经济和非公有制经济都是社会主义市场经济的重要组成部分,都是我国经济社会发展的重要基础。必须毫不动摇巩固和发展公有制经济,坚持公有制主体地位,发挥国有经济主导作用,不断增强国有经济活力、控制力、影响力。必须毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展,激发非公有制经济活力和创造力。”参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过)。

^⑰ See Rick Bigwood, *Public Interest Litigation: New Zealand Experience in International Perspective*, Wellington, Lexisnexis NZ Limited, 2006.

备天然的优势,能够节约较多的成本,这也是民营资本所不具备的优势。第三人无论是选择合作伙伴,还是基于互惠互利的角度考虑某次合作的利益,都会倾向于选择公共企业。^⑩ Pier Angelo Toninelli 在《西方世界的国有企业兴衰》一书中总结复述了西方各国国有企业的兴起与衰落,并进而预测到在未来的时期内,国有企业仍然有其存在的必要性。这—是因为从事资源分配所必须;二是因为对于新科技等趋势的追寻,国有企业在资源配置上具有天然的优势。^⑪

其次,在客体标准方面,要明确所谓“主导力量”的含义。国有经济作为“主导力量”是相对于何种标准/对象而言的?是指“行业主导”——在有关国计民生的关键、重要行业领域中,国有经济都应占据主导地位/垄断地位,还是指“产值主导”——在国家的 GDP 构成中,国有经济/资本的贡献占据 50% 以上,又或者是指“资本主导”——国有资本的价值,在全部企业投资的价值构成中所占的比重要达到 50% 以上,又或者是指“控制权主导”——在每一个国家参股的企业中,都要达到控制地位,占股 50% 以上(或者至少达到控制程度),拥有控制性表决权,等等。不同的主导性标准会直接影响到混合所有制改革法律途径的设计。例如,若属“行业主导”,则意味着在有关国计民生的关键、重要行业领域中,无论如何进行混合所有制改革,国有企业都需要占据主导地位,私人经济最多只能是少数的参与者;若属“产值主导”,则意味着在混合所有制改革中,要注意保证国有企业的保值增值,国有企业不能退出那些收益高/产值高的竞争性领域,因此,试图透过混合所有制改革让国企撤出竞争性领域,是不合宪的;若属“资本主导”,同样意味着要追求国企在资本管理方面的保值增值,同时,也要求国家投资总量上的控制地位;若属“控制权主导”,则意味着在设计混合所有制方案时,要保障国家股东的控制权,甚至诸如“黄金股”制度等也可以运用,对此,也就不存在所谓“公私平等”的问题。可见,在合宪视角下,对“主导力量”所作的不同理解和解释,会直接影响到混合所有制改革的法律途径,影响到相关权利义务的设计(参见表 2)。

表 2 主导力量的不同理解

主导力量的类型	合宪措施	不合宪措施
行业主导	国企在关乎国计民生的关键、重要行业占主导地位	国企全面私有化/全民股东
产值主导	国企保值增值,国企不能退出那些收益高/产值高的竞争性领域	国企退出一切竞争性领域
资本主导	国企在资本管理方面保值增值/国家投资总量上的控制地位	弱化国企投资总量/全民股东
控制权主导	保障国家股东的控制权,甚至诸如“黄金股”制度等也可以运用	在表决权设计方面强调绝对的公私平等/将国家股设计为无表决权的优先股

在有关国有企业及国有资本改革的法律文件中,所谓“主导力量”的标准也存在一些变化。有时是指关键行业、关键领域应由国有资本控制;有时又指国有资本的控制力、经济力和影响力,甚至指公有资产在社会总资产中所占优势和数量;有时还指其产值而言——要求国有资本保值增值(参见表 3)。这些表述呈现出一个明显的变化过程,即对国有经济主导力量的表述,逐渐从关注其经济总量(例如,社会总资产中的数量优势)转向关注经济控制力;从保值增值转向关注结构和布局的调整,尤其是对关系国民经济命脉的重要行业和关键领域一直强调要保持国家控制权;从关注国企对经济发展的贡献,到开

^⑩ See Kern Alexander, *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Palgrave Macmillan, 2009.

^⑪ See Pier Angelo Toninelli, *The Rise and Fall of State-owned Enterprise in the Western World*, Cambridge University Press, 2000.

始关注其公共服务的职能。事实上,国有资本金在经济总量上已不占据主导地位,从2007年到2011年国家统计局发布的各类资本金数额比较中(参见图1)已经可以看出,个人资本金总额已经超过了国有资本金总额。^②因此,若以此标准衡量,显然无法解释为何国有经济仍居于国民经济中的主导地位?

表3 有关国有企业及国有资本改革的法律文件

文件	主导力量的表述	类型
“十四大”报告(1992)	国有企业、集体企业和其他企业都进入市场,通过平等竞争发挥国有企业的主导作用。……转换国有企业特别是大中型企业的经营机制,把企业推向市场。这是建立社会主义市场经济体制的中心环节,是巩固社会主义制度和发挥社会主义优越性的关键所在。通过理顺产权关系,实行政企分开,落实企业自主权,使企业真正成为……市场竞争的主体,并承担国有资产保值增值的责任。	产值主导/ 市场主导
“十五大”报告(1997)	公有制的主体地位主要体现在:公有资产在社会总资产中占优势;国有经济控制国民经济命脉,对经济发展起主导作用。公有资产占优势,要有量的优势,更要注重质的提高。国有经济起主导作用,主要体现在控制力上。要从战略上调整国有经济布局。对关系国民经济命脉的重要行业和关键领域,国有经济必须占支配地位。在其他领域,可以通过资产重组和结构调整,以加强重点,提高国有资产的整体质量。只要坚持公有制为主体,国家控制国民经济命脉,国有经济的控制力和竞争力得到增强,在这个前提下,国有经济比重减少一些,不会影响我国的社会主义性质。	资产主导/ 行业主导/ 控制权主导/ 竞争力主导
十五届四中全会决定(1999) ^②	在社会主义市场经济条件下,国有经济在国民经济中的主导作用主要体现在控制力上。(一)国有经济的作用既要通过国有独资企业来实现,更要大力发展股份制,探索通过国有控股和参股企业来实现。(二)国有经济在关系国民经济命脉的重要行业和关键领域占支配地位,支撑、引导和带动整个社会经济的发展,在实现国家宏观调控目标中发挥重要作用。(三)国有经济应保持必要的数量,更要有分布的优化和质的提高;在经济发展的不同阶段,国有经济在不同产业和地区的比重可以有所差别,其布局要相应调整。国有经济需要控制的行业和领域主要包括:涉及国家安全的行业,自然垄断的行业,提供重要公共产品和服务的行业,以及支柱产业和高新技术产业中的重要骨干企业。其他行业和领域,可以通过资产重组和结构调整,集中力量,加强重点,提高国有经济的整体素质。随着国民经济的不断发展,国有经济有着广阔的发展空间,总量将会继续增加,整体素质进一步提高,分布更加合理,但在整个国民经济中的比重还会有所减少。只要坚持公有制为主体,国家控制国民经济命脉,国有经济的控制力和竞争力得到增强,这种减少不会影响我国的社会主义性质。积极探索公有制的多种有效实现形式。国有资本通过股份制可以吸引和组织更多的社会资本,放大国有资本的功能,提高国有经济的控制力、影响力和带动力。国有大中型企业尤其是优势企业,宜于实行股份制的,要通过规范上市、中外合资和企业互相参股等形式,改为股份制企业,发展混合所有制经济,重要的企业由国家控股。	控制权主导/ 行业主导/ 数量主导/ 竞争力主导/ 控制力、影响力、带动力/ 资本主导

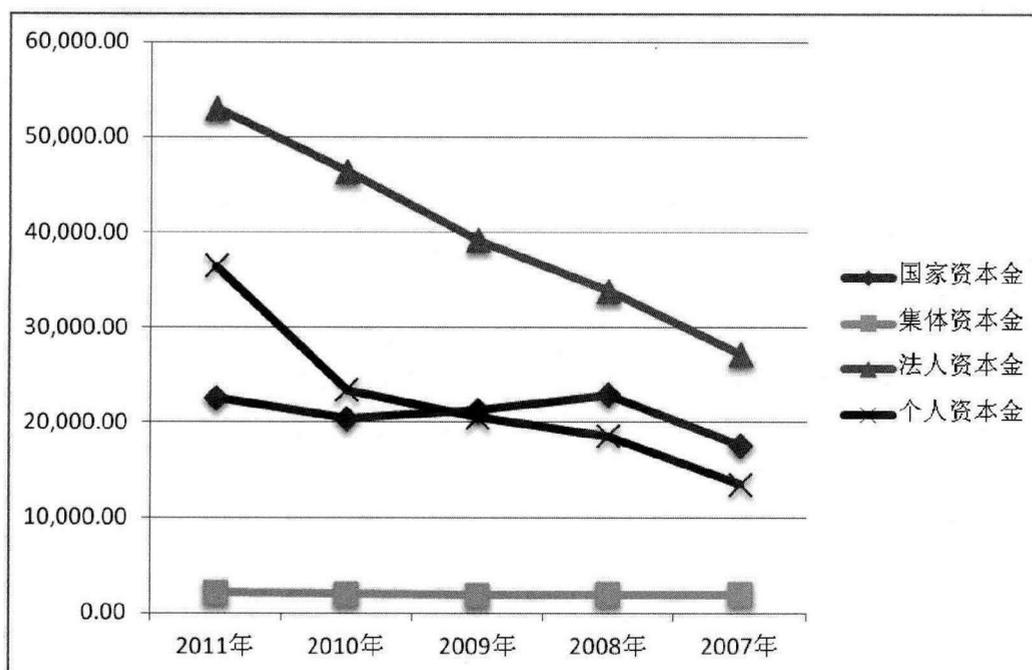
^② 参见 <http://www.stats.gov.cn/tjsj/>, 2015年4月12日访问。

^② 参见《中共中央关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定》(1999年9月22日中国共产党第十五届中央委员会第四次全体会议通过)。

(续表)

文件	主导力量的表述	类型
“十六大”报告	发展壮大国有经济,国有经济控制国民经济命脉,对于发挥社会主义制度的优越性,增强我国的经济实力、国防实力和民族凝聚力,具有关键性作用。关系国民经济命脉和国家安全的大型国有企业、基础设施和重要自然资源等,由中央政府代表国家履行出资人职责。实现国有资产保值增值。	行业主导/ 产值主导
关于推进国有资本调整和国有企业重组的指导意见(2006)	推进国有资本向重要行业和关键领域集中,增强国有经济控制力,发挥主导作用。重要行业和关键领域主要包括:涉及国家安全的行业,重大基础设施和重要矿产资源,提供重要公共产品和服务的行业,以及支柱产业和高新技术产业中的重要骨干企业。有关部门要抓紧研究确定具体的行业和领域,出台相应的产业和企业目录。鼓励非公有制企业通过并购和控股、参股等多种形式,参与国有企业的改组改制改造。对需要由国有资本控股的企业,要区别不同情况实行绝对控股和相对控股;对不属于重要行业和关键领域的国有资本,按照有进有退、合理流动的原则,实行依法转让,防止国有资产流失。对国有资产转让收益,应严格按照国家有关政策规定进行使用和管理。	行业主导
“十七大”报告(2007)	深化国有企业公司制股份制改革,健全现代企业制度,优化国有经济布局 and 结构,增强国有经济活力、控制力、影响力。	控制权主导 (经济活力、控制力、影响力)
“十八大”报告(2012)	深化国有企业改革,完善各类国有资产管理体制,推动国有资本更多投向关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域,不断增强国有经济活力、控制力、影响力。	行业主导/ 控制权主导 (经济活力、控制力、影响力)
十八届三中全会决定(2013)	坚持公有制主体地位,发挥国有经济主导作用,不断增强国有经济活力、控制力、影响力。国有资本投资运营要服务于国家战略目标,更多投向关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域,重点提供公共服务、发展重要前瞻性战略性新兴产业、保护生态环境、支持科技进步、保障国家安全。国有企业总体上已经同市场经济相融合,必须适应市场化、国际化新形势,以规范经营决策、资产保值增值、公平参与竞争、提高企业效率、增强企业活力、承担社会责任为重点,进一步深化国有企业改革。准确界定不同国有企业功能。国有资本加大对公益性企业的投入,在提供公共服务方面做出更大贡献。国有资本继续控股经营的自然垄断行业,实行以政企分开、政资分开、特许经营、政府监管为主要内容的改革,根据不同行业特点实行网运分开、放开竞争性业务,推进公共资源配置市场化。	控制权主导 (经济活力、控制力、影响力)/ 行业主导/ 产值主导

图1 2007~2011年国家统计局发布的各类资本金数额比较



此外,从A股国有企业所在行业的分析中可以发现,目前国企并未完全居于重要行业和关键领域。在诸多传统行业都有国企的影子——从微观行业结构上看,A股国有企业多分布在石油石化、黑色金属、金融、采掘、交通运输、公共事业(电力、燃气、水)等传统具有垄断性质的行业上,国资占比最高,控股市值占比平均达到90%以上。相对地,在医药、电子、家电、纺织等竞争性行业中国资控股占比较低(参见表4)。^②这种所存行业广泛的现象受到了普遍批评,这也可能是此轮混合所有制改革关注的焦点,不仅一些垄断性行业会有民资进入,而且,一些竞争性行业国资可能会更大规模地退出。德银经济学家认为,中国的国企改革可以有4条路径:(1)垄断行业中(比如,油气、电信和运输)的全国性央企可能允许私人资本持有少数股权或投资于特定业务部门。(2)竞争性行业中(比如,餐饮、服装、电力和医疗)的地方国企可能被私人投资者整体收购。(3)出售竞争性国企所获收益可能由国有资产管理公司来管理,向公用事业和战略性板块注资。(4)更多国有资产可能会上市或者注入上市公司。^③

表4 A股国有企业所属证监会行业占比

行业	占比	行业	占比
制造业	60%	金融业	3%
电力、热力、燃气及水生产和供应业	8%	农、林、牧、渔业	2%
交通运输、仓储和邮政业	8%	租赁和商务服务业	1%
房地产业	7%	住宿和餐饮业	1%
采矿业	5%	综合	1%
建筑业	4%		

^② 参见《改革信号进一步释放 国企改革引燃资本市场热情》, <http://stock.eastmoney.com/news/1406,20140919426059435.html>, 2014年12月3日访问。

^③ 同上注。

(二)混合所有制改革如何不影响公共财产的保护方式

Yash Ghai 在《公共企业政治经济学中的法律》一书中以非洲、欧洲的部分案例为参考,分析认为无论是在经济发展中国家,还是在发达国家,在一些涉及公共资源的领域中,都需要有较强政治色彩的立法例介入,这在政治经济学上是广大学者的共识。^⑭事实上,在法律保护方式上,也体现了此种政治介入——公有制经济/公共财产也受到宪法的优越保护。例如,宪法对公共财产和非公共财产采取区分保护的方式,并且,对前者的保护力度要明显甚于后者。我国《宪法》第12条规定:“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。”第13条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”很显然,在法条的表述上,公共财产是神圣不可侵犯的,而私人财产并未用类似的措辞——只是合法的私有财产不受侵犯,并且,为了公共利益需要可以征收或者征用私人财产,但并未看到为了私人利益需要,可以征收、征用公共财产并给予补偿或者对价的安排。

虽然在我国物权法中,对于国有财产权的这种特殊保护被人为地“淡化”,但区分保护的设计仍然存在。例如,《物权法》第56条规定:“国家所有的财产受法律保护,禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。”而第66条对私有财产保护的規定是:“私人的合法财产受法律保护,禁止任何单位和个人侵占、哄抢、破坏。”显然,国有财产的保护方式至少在文义上仍比私人财产的保护方式要丰富。《物权法》未能充分凸显国有财产的特殊保护,是在崇尚权利平等的民法学者的鼓吹下完成的,其本身确实带有“修正宪法”的味道——当然,以《物权法》修宪这本身即是有悖立法逻辑的“不适轨道”。这样的修正也影响到一些党的决定,出现“决定安排”与“宪法安排”并行的现象。^⑮即便如此,国有财产在实践中仍然是得到特别保护的,还存在其他大量的法律、行政法规甚至刑事法规对国有财产进行着特殊的保护。以国有股权转让而言,在评估、确认等方面,就有着比一般股权转让更为严格的要求。而且,在合同法上,我们看到国家利益是受到特别对待的,损害国家利益的合同视为无效,^⑯而在刑法领域,我们可以看到对国有财产与私人财产存在完全不对等的保护,侵犯国有财产构成的犯罪及遭受的刑事处罚远甚于侵犯私人财产可能构成的犯罪及遭受的刑事处罚。因此,那种认为国有财产与私人财产是一体保护的观念或者理想,看起来符合私法平等原则,但实际上是有悖于宪法精神的,亦不符合中国目前的法治实践。

至于为什么公共财产要比私人财产受到更多、更严格的保护,可以作专门的研究。比如,公共财产涉及公众法益,基于此种公共性本质,在法律中向来是单独或特别对待的。又如,私人财产有特定的主体守护,更不容易受到损害;公共财产往往缺乏类似于私人财产那样的专门的守护主体,更容易受到损害。因此,按照“弱者优先”的原则,要为“弱小的公共财产”安排更多的保护措施。公共财产与非公共财产非平等保护的主张,也可见于著名法官的言论,例如,美国联邦宪法第14条修正案虽然强调:“任何人,凡在合众国出生或归化合众国并受其管辖者,均为合众国及所居住州的公民。任何州不得制定或执行任何限制合众国公民特权或豁免的法律。任何州,未经正当法律程序,均不得剥夺任何人的生命、

^⑭ See Yash Ghai, Law in the Political Economy of Public Enterprise, Scandinavian Institute of African Studies, Uppsala International Legal Center, New York, 1977.

^⑮ 例如,党的“十七大”报告直接提出:“坚持平等保护物权,形成各种所有制经济平等竞争、相互促进新格局。”参见《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗——在中国共产党第十七次全国代表大会上的报告》(2007年10月15日)。

^⑯ 虽然,合同法上的国家利益未必等同于国企利益,但国家本身有着两种身份:其一,是作为强制性机构;其二,是作为经济实体的身份。例如,国家占有资源、雇佣劳动力,有大量的消费,也生产许多产品,其中既包括像国防、法律体系这样的公共产品,也包括某些私人产品。国家作为经济体在很大程度上是依托国有企业完成的。可在商事交易中,我们很容易忽略国家此种经济实体的身份,而将国家视为一种强制性机构予以排斥。关于国家的两种身份,可以参见王一江等:《国家与经济——关于转型中的中国市场经济改革》,张平、王义高编译,北京大学出版社2007年版,第4~5页。

自由或财产;亦不得对在其管辖下的任何人,拒绝给予法律的平等保护。”^{②①}但卡多佐在论及不确定所有权时还是认为:“公众的权利应高于私有财产”,“以便保护公众接近重要的自然资源”。^{②②}因此,我国《宪法》中所谓平等保护往往是就作为公民的个体而言,而且,往往强调的是在同样状况下,一种人的平等,而非任何状况下权利的绝对平等。否则,就不会有公司法上类别股东权的合法存在,也不会有未成年人保护法的合法存在。

如果理解了国有财产作为公共财产在宪法上的特别待遇,那么在混合所有制改革过程中,任何方案的设计都不能降低国有财产作为公共财产的保护力度、不能影响国有资产的收益,一些明显损害国有财产的混合所有制改革方案,应当被停止。例如,在资本认缴制下,国企与民企共同设立公司进行公司合资时,公司章程要求国企股东实缴出资,而私人股东则认缴出资,同时,在股东权分配方面又未进行区别对待,这就损害投资公平,导致国有资产流失。对此,无论是以何种具体方式——增资扩股、股权转让、职工持股、可转债、合并重组等进行混合所有制改革,^{②③}都需要保护国有资产的定价公平、定价准确、定价完整,以实现宪法及国有资产法对公共财产的特别保护政策(参见表5)。

表5 混合所有制改革的法律途径

混合所有制改革的法律途径	合宪措施	不合宪措施	终极目标
增资扩股	发行定价公平、准确	股价过低 或者折价发行	强化财产的 透明度监管
股权转让	定价公平、准确、完整	估价过低 或者折价转让	
职工持股	定价公平、准确	股价过低 或者折价发行	
可转债	利率合理/转股定价机制 公平、准确	利率过低/转股定价 过低或者转股折价	
合并重组	涉及多种交易方式 但必须对价公平	对价不公平	

总之,混合所有制不能成为新一轮瓜分国有资产的盛宴。实践调查也表明,对混合所有制改革人们最担心的是会产生国资瓜分。如在新浪关于混合所有制改革的调查中,在被问及“您对混合所有制改革最担忧的是什么”,截至2014年12月2日9:53分,共有1980人参与投票,被调查对象中有52.6%的人最担忧的是“国企私有化、资产被瓜分”(参见表6)。但令人遗憾的是,在我国有关国企的法律改革政策中,国企财产权已逐渐被等同于私人财产权,因此,“平等原则”而非“优越保护”一直是国企公司化改制过程中追求的目标。这不仅与有关国企财产特殊保护的法律规定相矛盾,而且直接影响到国资的有效保护。在中国,应将运用公共财产投资设立的国企视为公共企业——无论该企业在竞争性还是非竞争性领域——都应对公共企业的财产及其运行进行特殊保护,以实现宪法的既定安排。一旦我们将国企财产视为公共财产,则需要按照公共财产的管制规则,强化对国企财产的透明度监管,包括强化

^{②①} 参见邱小平:《法律的平等保护——美国宪法第十四条修正案第一款研究》,北京大学出版社2005年版,第39页。

^{②②} 参见[美]A. L. 考夫曼:《卡多佐》,张守东译,法律出版社2001年版,第421页。

^{②③} 关于混合所有制改革的法律途径可以参见周友苏、钟洪明:《法治思维下的国有企业混合所有制改革——以〈公司法〉的运用与完善为视角》,载《依法治国背景下的国有企业改革与国有资产保护》(2014年中国资本市场法治论坛论文集,2014年11月15日),第55~69页。

公共预算、公共决算,解决目前国有资本预算范围过窄、预算约束软化等问题。^⑩

表6 您对混合所有制改革最担忧的是什么?

项目	人数	占比
国企私有化、资产被瓜分	1288	52.60%
不能排除垄断格局	753	30.80%
个人利益被侵犯	313	12.80%
不关心	94	3.90%

(三)混合所有制改革如何影响国企的公司治理

Jonathan Garton 在《组织性私人社会之规制》一书中比较了澳大利亚、英国、美国三个法域对民间有组织社团的不同规制策略,认为需对一些公共领域的组织及其行为进行更多约束,以保证法律公共目的之实现。^⑪ Stuart Holland 在《作为企业家的国家》(The State as Entrepreneur)中将国家作为国企管理者,论述了公共企业与国会、政府间的关系,认为公共企业在一些行业准入上具有天然优势,但应当适当考虑约束其自主权,以免滥用该等权力对社会公共福利造成危害。^⑫ 国有企业在本质上属于公共企业,因此,其公司治理应凸显公共企业“约束更严、更多”的特点——提升公司治理的透明度,透过公司治理,确保国企能实现其公共目的。^⑬ 但我们迄今为止仍主要将国企视为商事公司,^⑭就此而言,在公司治理方面,很难凸显其作为公共公司的一面,在混合所有制改革过程中,同样无法凸显这种特质。并且,在宪法层面,我们也未直接对国企的公司治理做出特殊安排,只是在公司法中,有涉及职工董事的设计。但基于《宪法》对公共财产的特殊保护,在混合所有制改革中,对国有投资所获得的股权,仍有必要在公共财产的框架中进行专门保护——提升财产出资、股权变动的透明度管理。而且,因混合所有制改革的法律途径不一,是否会影响到公司治理,还要区分对待(参见表7)。但无论如何,只要是涉及国有资本的,无论是否进入竞争性领域,都应当按照公共财产对待,以此提升公司治理的透明度。只是对进入了竞争性领域的国有资本仍需遵守市场竞争规则而已。

表7 混合所有制改革对公司治理的影响

混合所有制改革的法律途径	是否会影响公司治理	终极目标
增资扩股	可能影响	提升公司治理的透明度 (无论是否进入竞争性领域)
股权转让	可能影响	
职工持股/股权激励	可能影响	
可转债	转换前不影响/转换后可能影响	
合并重组	可能影响	

^⑩ 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》,《中国工商管理研究》2013年第12期;蒋大兴:《国企为何需要行政化的治理——一种被忽略的效率性解释》,《现代法学》2014年第5期。

^⑪ See Jonathan Garton, *The Regulation of Organized Civil Society*, Oxford and Portland, Oregon, 2009.

^⑫ See Stuart Holland, *The State as Entrepreneur*, International Arts and Sciences Press, Inc., White Plains, New York, 1973.

^⑬ 参见蒋大兴:《国企为何需要行政化的治理——一种被忽略的效率性解释》,《现代法学》2014年第5期。

^⑭ 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》,《中国工商管理研究》2013年第12期。

三、结论

受自由、民主意识浸润的人对国家没有好的印象,国家总被视为政治领域中“恶的东西”,这种“政治之物”与其代理人都被认为是应当退出市场的。可是,我们忽略了国家始终具有双重身份,“它既是有消费和生产功能的经济实体,也是经济规则的制定者和强制执行者。国家对经济,可以是为之手、扶持之手和掠夺之手”。^⑤ 对以国有企业形态存在的公共财产施以特别保护,是国家作为经济实体的重要方式。

无论如何进行混合所有制改革,国企不会彻底灭亡——只会被公共企业所取代。经济学家指出,公司国有化的动因并非仅仅出于政治目的,而更大程度上是出于对经济因素的考量。^⑥ 也许正是因为此种私法面的考量——正在进行的轰轰烈烈的混合所有制改革基本是从私法层面展开,因此,关于混合所有制改革仍然存在各种各样的“私法性”争议,但这样的讨论忽略了混合所有制改革的另一面——宪法/公法的一面。对于一个法治国家而言,所有政治决策以及商业决策都可以找到其宪法上的理由和根据,当我们从宪法角度理解混合所有制改革的法律途径时,我们也许就不仅找到了“实现宪法”的道路,也发现了混合所有制改革的妥当方式。

宪法采取公私二元区分的方法,将其对经济的调整区分为三种层次:从“所有制”到“经济形式”再到“企业形式”,按照这一宪法逻辑——混合所有制就是指公有制与私有制在所有制结构、经济形态以及企业形式上的混合,混合所有制可能表现为多元股权投资,但并非所有多元股权投资都是混合所有制。而且,因为宪法本身对公共财产与私人财产采取区分保护的方法,这同样给混合所有制改革设定了边界和约束。只有注意到了这种宪法边界和约束,我们才会明了和主动避开混合所有制改革对公有制经济主导地位以及公共财产保护方式、公共公司治理的不当影响。混合所有制改革才不会成为又一场瓜分国有资产/资本的盛宴。

也许,一些“非法治”的改革派会认为“违宪”是因为“宪法有问题”。可是,无论宪法存在何种问题,在宪法没有修正的情况下,我们需要的只是尊重宪法。难怪,福斯特霍夫会“极力强调宪法的安定作用以及宪法解释的静态特征”。他认为,宪法作为成文法,也应适用与法律相同的解释规则,如是“始能证实其意义,并控制其执行行为”,^⑦ 法律不能容许恣意而行的解释方式,其将因此等恣意性而被否定,或趋于解体。^⑧ 因此,我们需要始终牢记《宪法》第5条,^⑨ 才能使我们的政治决策、商业决策及其履行不致于影响到宪法的权威及其实施,我们才有可能真正建成所谓“法治国家”。

(责任编辑:谢 青)

^⑤ 同前注^②,王一江等书,第30页。

^⑥ See John Redwood, *Public Enterprise in Crisis - The Future of the Nationalized Industries*, Basil Blackwell Oxford 1980, pp. 1 - 15.

^⑦ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第234页。

^⑧ 同上注,第235页。

^⑨ 我国《宪法》第5条规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”