

doi: 10.14089/j.cnki.cn11-3664/f.2020.07.001

引用格式:蒋大兴.公司法改革的“社会主义(公共主义)逻辑”[J].中国流通经济,2020(7):3-16.

公司法改革的“社会主义(公共主义)逻辑”

蒋 大 兴

(北京大学法学院,北京市 100871)

摘 要: 国有企业改革本应是《中华人民共和国公司法》(简称《公司法》)修订中的重大问题,但学界似乎并不重视如何在公司法改革中完善国企制度,仿佛国企改革的出路就是减少或被消灭,或进一步私有化,此种改革逻辑并不符合宪法。我们应当关注宪法对公共经济形式尤其是国企地位的设计,通过公司法的改革进一步夯实国企的宪法地位。首先,在法律调整模式上,对国企最优的调整模式是制定《公共企业法》,次优的调整模式是在《公司法》中设立公共企业专章,无论何者都应废除《全民企业法》,修订《企业国有资产法》。其次,应当重构国企概念,对现实生活中纷繁复杂的国企类型进行“选择性定义”,扩大《公司法》对国有公司的调整范围,并以法定方式明确国企的存在领域,使国企主要服务于促进国家创新和满足民生需求,解决目前“主业控制”完全失效的现状。再次,应通过扁平公司治理层级、优化党组织参与方式、认可外部董事的法律地位、赋予公司自主设立监事会的权力等优化国企内部治理。最后,应通过强化出资人监管和民众参与方式,改进国企外部治理,鉴于国资监管已从“管资产”转向“管资本”,国有资产监督管理委员会应尽快变更名称。鉴于国资委所持国企股权是不同于普通股股东权的“公共性股东权”,应仿照证券监督管理委员会的权力构造,以立法方式扩张国资委的出资人权力,赋予国资委对国有企业的特别调查权和特别制裁权;建立统一的网络信息披露平台,建立公民代表诉讼制度或公民集团代表诉讼制度,方便公民对国企董事、高管滥权现象进行诉讼监督。唯此,我们才会看到一个完全不同的国企世界。

关键词: 宪法; 国有企业; 国资委; 公司法; 公共企业法

中图分类号: F279.33

文献标识码: A

文章编号: 1007-8266(2020)07-0003-14

中国的公司法改革一直被视为应当在市场化的道路上前进,而此种市场化道路在惯习上通常是用“西方市场经济”模式作为参照的,这种模式与我们通常所谓的社会主义逻辑是不太相干的。在市场化的改革派看来,社会主义逻辑是与中央集权相关的、是反市场、反自由的。因此,在论及“社会主义市场经济模式”时,也大多只是偏重强

调其“市场经济的一面”。在实践中,“社会主义市场经济”迄今不被美国、欧盟等视为一种“市场经济体系”,相反,海外的一些学者将我们称为“国家资本主义”(State Capitalism)^[1-4],以表示此种市场经济形态与西方流行的市场经济形态存在极大不同。我们认为,社会主义市场经济是存在极强国家干预和公共规制,试图克服自由市场经济缺陷

收稿日期:2020-06-16

基金项目:国家社会科学基金重大项目“社会主义市场经济中的公共商行为及其规制”(14ZDC019)

作者简介:蒋大兴(1971—),男,湖南省邵阳市人,北京大学法学院教授,博士生导师,经济法学博士,青年长江学者,第二届“首都十大杰出青年法学家”,中国证券法学研究会副会长,中国商法学研究会常务理事,最高人民法院案例指导专家委员会委员,主要研究方向为公司法与证券法、商法与经济法、私法伦理。

的一种经济形态。本文正是在此种意义上使用“社会主义”的概念,将其视为一种“公共性”的范畴去理解。这种公共性的市场经济形式,也完全不同于“个人主义”的市场经济形式,是一种“人民性”的经济形式。有学者认为,中国式政府—市场关系的演变经历了四个阶段:以行政思路解读市场逻辑;以行政措施培育市场机制;以政策调整引导市场主体;以行政力量补充市场作用。从产业政策的角度来看,中国式政府—市场关系在形成过程、内部结构以及实质内容上具有明显的本国特征^[5-6]。

西方长期流行的关于市场经济的“定式思维”,对国企改革路径的影响极大。针对国有企业,市场化的改革逻辑基本上是将“国企私人化”“国企私有化”,所谓“国企公司化改制”“混合所有制改革”等基本上都是在往这一方向前进。与此相关,公司法对国企的法律调整也基本上是在“去国企化”“平等对待”“不搞特殊性”,甚至极端的观点主张“消灭国企”这样的逻辑和背景下展开。主张为国企留有一席之地、肯定国企的学术立场是不那么受欢迎的,而且,很容易被情绪化地贴上政治标签。这样的一种不利处境,一直到习近平同志视察国有资产管理监督委员会(简称“国资委”),强调国企作为国家政治经济及执政基础的重要意义之后,关于国企消灭论的声音才逐渐弱下来。所以,在2018年一次学术研讨会中,我把中国此种重视国企、重视党的领导的公司法模式称为“习近平公司法”。这其实是一件很有趣的事,学术争议经常需要依托政治家的言论去平息。这意味着我们的学术独立还存在很大的问题——不仅国企问题如此,《中华人民共和国证券法》关于注册制的改革、科创板的出台,无不如此。本文试图讨论的是,在国企基本全面进行公司化改制后,公司法改革是否还有必要保留关于国企的“个别规则”?这已经成为本次公司法改革中最为核心的内容之一。

在本次改革过程中,国资委则一直试图强化和扩大国企在《中华人民共和国公司法》(简称《公司法》)中的调整空间,诸如,强化关于国有公司的调整范围、补充关于党组织的规定、规定关于社保基金划转的股权行使、彰显国有公司组织机构的特殊性、让国资委对二级以下国企进行穿越式监

管、强化国企的合规管理、赋予国资委特别调查权等^①。因此,在《公司法》正在进行全盘修订之际,有必要解决“国企的法律规则如何调整”这一“路线问题”,唯此,才能进一步推进《公司法》改革的理性发展^[7]。

一、走不出的宪法背景:《公司法》改革的宪法约束

宪法,是一国的根本大法。任何法令的改革都有其宪法约束,公司法改革也并非只是在商事法的逻辑中独立展开的,《公司法》改革也应关注其宪法背景,受到宪法约束。学术界也有人对公司治理与宪制的关系进行了比较深入的研究,认为公司治理在自治性、民主性、程序性、公开性和问责性五个方面体现了宪制主义的实际运用^[8]。尤其是,宪法关于社会主义市场经济及国有企业的安排,是《公司法》改革中无法脱离的宏观背景。下一阶段中国的《公司法》改革,应当在这一宪法背景下展开。那么,在《公司法》改革中,宪法给定的背景又是什么?

(一)根本制度约束:社会主义制度与党的领导

《中华人民共和国宪法》(简称《宪法》)在其总纲部分第一条中明确规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”社会主义制度是我国的根本制度,共产党的领导是中国特色社会主义最本质的特征,公司法制度设计中是否应当体现我国的根本制度,是否应当体现以及如何体现中国特色社会主义最本质的特征——党的领导?

(二)经济机制约束:社会主义市场经济的公共性

按照张维迎^[9]的观点,西方经济学界一般把市场信仰划分为四个层次。第一层次是对市场经济无任何信仰,不相信市场经济,此为传统马克思主义经济学;第二层次是怀疑主义,对市场经济的信仰摇摆不定,此为凯恩斯主义经济学,也即主张政府干预主义的经济学;第三层次是对市场经济非常信仰,但也认为政府在必要时应介入市场,此

为芝加哥学派。例如,弗里德曼认为,经济萧条时期政府应采取积极的货币政策让经济走出低谷;第四层次是对市场坚定不移,完全信仰,此为以米塞斯和哈耶克为代表的奥地利学派,该学派当今的代表人物主要在美国。^[10-11]

我国《宪法》第十五条规定:“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法,完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”社会主义市场经济与资本主义市场经济的本质区别在于其“公共性”的差异。因此,社会主义市场经济在经济运行机制上,试图通过加强经济立法(形成公共性经济法),完善宏观调控,以维护公共性的经济秩序^[12]。如同有学者所说的那样,社会主义市场经济强调的是市场经济的中国特色——中国特色社会主义是“政府和市场”双强模式,此种双强模式是一个新事物,需要在全面深化改革过程中进一步探索与完善,一要顺应“强市场”的内在要求;二要坚持“强政府”的优秀传统;三要探索双强模式的最优路径^[13]。我国社会主义市场经济体制的重要特征之一是“坚持党的领导,发挥党总揽全局、协调各方的领导核心作用”,形成了“党、政府、市场”的稳定结构,这是经济学的“三维谱系”。^[15]还有学者认为:“社会主义市场经济”的宪法内涵包括三个方面:在权利方面,表现为市场主体的经营自主权;在权力方面,表现为国家干预权力及其法治化要求;在价值方面,表现为公民的“经济自由”与国家干预的市场优先原则^[12]。

可见,社会主义市场经济具有“强公共规制”的特点,这种公共规制不仅仅是一种“事后的干预”,也可能是一种“事前的调控”。例如,我们对房地产市场的干预,很多规制措施就是事前调控,而不仅仅是在当事人出现违法违规行为之后进行事后规制。此与资本主义市场经济主要是一种自由的经济秩序,国家干预主要体现为事后规制之间存在巨大差异。这就意味着中国公司法相较于资本主义公司法,在公共规制方面的规范群会更为丰富和明显。因此,我们的公司法呈现出极具公共性的一面,与“自由主义公司法”比较,可能会呈现出更多的“公共性公司法”的一面。

(三)企业形态约束:公共企业作为主导

《宪法》通过经济制度、经济形态、公共财产保护等规则,为《公司法》关于企业形态的设计建立

了约束规则,尤其是特别规范了公共企业的法律地位和经济地位,这在《公司法》改革过程中是必须予以重视的。例如,《宪法》第六条规定:“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。”《宪法》第七条规定:“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。”同时,《宪法》第十二条规定:“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。”

可见,社会主义市场经济是以公有制为主体的经济形式,该种经济形式要充分发挥国有经济在国民经济中的主导地位,同时,宪法对社会主义公共财产的保护采取了“神圣不可侵犯”的方式,将公共财产上升到一种特别的高度进行保护。这也就意味着在《公司法》的改革过程中,应当重视对国有企业尤其是公共财产的特别保护。

(四)企业治理方式约束:民主管理作为基本形态

《宪法》也通过人民权力的安排、国企民主管理形式的规范等,为企业治理方式建立了约束规则。例如,《宪法》第二条规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”《宪法》第十六条规定:“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。”

可见,人民行使国家权力不仅仅通过政治民主的方式,还可能通过经济民主的方式,通过管理经济事业来实现,参与公司管理是实现人民民主权力的一种重要途径。因此,《公司法》在改革过程中,也应考量如何便利民众参与企业治理,以在经济领域实现公民的治理参与权。尤其是在流行“以资本为中心”分配企业内部权力的“资本性公

司法”中,具有极为重要的“矫治”意义。

二、国企的规制:《宪法》规范精神的“公司法折射”

对于《宪法》与部门法律之间的关系,最近几年理论上存在不少讨论^[14-16]。《宪法》是最高法,是一切立法的依据,立法是在《宪法》约束下在法秩序的各个领域的规范展开。“立法一直担负着实施《宪法》的任务,负有具体化《宪法》规范内涵,并将之体现在生活关系中的义务”。^[17]具体而言,《宪法》对部门法的立法约束可概括为两个层面:内容形成和越界控制。前者意味着,立法者必须考量《宪法》的哪些规范构成了对该部门立法的委托,《宪法》在此领域设定了何种国家目标,要求达到何种基本权利保障标准;后者意味着,在考量该法律部门的规范领域的特定情形而形成具体规范时,立法者不能逾越《宪法》设定的边界,不能背弃国家目标,不能侵害基本权利,在权衡各种利益时,应谨慎裁断,避免草率放弃《宪法》的价值设定^[14]。

可见,《宪法》对部门法的约束并非意味着,《宪法》作为根本大法,要将其所有条文直接嵌入部门法之中,但至少在对部门法进行规范构造时,要折射《宪法》的规范精神或规范意旨,如此才能便利《宪法》的实施,使部门法的规范构造不至于脱离《宪法》背景,成为独立的王国。因此,“对每一个法律部门都必须首先以其宪法性基础为源头来理解”^[18],如果部门法在其规范构造时不折射《宪法》的规范精神,《宪法》条文又不能直接在法院裁判过程中引用,则《宪法》必将成为空文,难以进入司法过程,而不进入司法过程的立法,是难以保障其实施效果的。因此,“在法理上不宜将宪法视为一个与行政法、刑法、民法、诉讼法等部门法相提并论的独立的法律部门,宪法应当在法理上作为各个部门法的法律原则而存在,宪法对社会生活的各个领域都具有根本法的法律约束力”^[19-20]。

鉴于以上《宪法》背景的分析,《公司法》在其立法和改革过程中,无法回避社会主义制度的体现,尤其是无法回避国企如何规制的问题,因此,未来的《公司法》改革,尤其应通过其制度构造,在《公司法》的基本性格、公司企业的基本类型、公司治理的基本形态等方面彰显或折射《宪法》精神。

(一)《公司法》的基本性格:自由主义的还是公共性的

社会主义制度作为我国的根本制度,意味着我们在领导体制方面要贯彻共产党的领导,而共产党的领导是一种“民主集中制”的领导形式。这种领导形式,在政治要求上是“以人民为中心”的,此种政治性要求自然会影响到我国《公司法》的基本性格。

如前所述,社会主义市场经济,不仅应彰显经济自由的一面,更应当彰显经济规制的一面。因此,我们已经或将要形成的《公司法》的基本性格,可能不是一种纯粹自由主义的试验,不是完全由“资本决定”的《公司法》逻辑。相反,这意味着我们《公司法》的基本性格应当是“公共主义的公司法”。所谓“公共主义的公司法”,是一种“社团主义的法律”,即中国《公司法》的存在价值是以建立社会主义市场经济秩序为目标,这意味着我们的《公司法》并非是纯粹支持私人企业实现营利目标的《公司法》,公司企业在市场经营中应当“善意经营”,不应当仅仅成为一种“谋利的机器”,法律必须规制公司此种“非人性的一面”,要让公司为良好社会秩序的建立服务。尤其是在中国当下商业道德丧失、市场秩序失范的背景下,《公司法》的改革更要重视对公司的经营行为、公司营利目标的修正,使公司尤其是国有公司能为良善秩序的形成树立样板。中国今日之《公司法》,对企业营利支持过度,企业社会责任规制难以落到实处,公司企业以营利为中心,诚信缺失、违约严重、不尊重法律的现象比比皆是。例如,违反《公司法》第十六条违规担保的现象极为严重,甚至在上市公司也不尊重公司内部的决议程序,公司治理形同虚设;古玩市场制假、售假现象泛滥,却不正常地被视为行业惯例;一些网上商城假货云集,如此种种都意味着中国当下企业信用已降至冰点——“治理乱世用重典”,于此情形,我们所欲形成的《公司法》秩序应当彰显更多的“规制主义”要素,在法价值层面,我们在追求实现市场主体契约自由的同时,更应在制度设计上强调市场道德、市场诚信、市场秩序的价值,以实现“规制的平衡”,唯此,才不至于最终使得我们国内乃至国际的市场崩溃。

(二)公司企业的基本类型:公共公司占据主导地位

公共主义《公司法》的另一个逻辑是,在公司企业的类型构造上,国有公司/公共公司会占据主导地位,这也是《宪法》关于国有经济的基本定位所决定的。鉴于各种政治、经济及社会因素的考量,中国不会拒绝国有公司的存在,只会考量国有公司以何种方式存在会更合适——国有公司是在《公司法》中续存,还是单独制定国有公司法调整?

鉴于前述《宪法》规范及精神的约束,我们无论对国有企业采取何种调整形式,在重要性方面,国有(公共)公司都应当在企业形态中占据主导(主要)的地位。此种主导/主要地位,主要不是就企业数量而言,而是就企业的经济力和控制力而言,是就企业对国民经济、公民生活的影响力而言。法律如果不能确保国有(公共)公司在法律地位上起到主导作用,则很难说此种立法较好地贯彻了《宪法》的基本精神。

因此,我们必须打破现实生活中“害怕谈论国企”“害怕国企占据主导地位”“害怕国企压抑了民企的竞争力”,因此,主张不断打压或限制不加区分、全面限缩国企范围的各种不当言论。要敢于承认中国这样的市场经济体制,就是国企占据主导地位的经济体制,虽然我们不否认民企也是社会主义市场经济中极为重要的主体,但我们也不应避谈国企。国企是社会主义市场经济中的一种企业形态,也是全球很多国家普遍存在的企业形态,在中国的合法性有其宪法基础,因此,中国的社会主义市场经济就是以公共公司为主导的市场经济形式,这样的一种制度自信是有助于我们做到表里如一、实现宪法的规范精神的。

(三)公司治理的基本形态:党的领导与民主治理

公共主义公司法的另一个体现是,在公司治理的基本形态上,要折射党的领导与公民参与企业治理的一面。党的领导不仅在国有企业中要有所体现,在非国有企业中同样也应有所体现,这在《公司法》中其实早有安排,只是在实践中未能得到充分落实^[21-22]。同时,《公司法》应创造诸多机制,方便公民在经济生活中参与民主治理。

因此,我们要改变国企内部“恐党症”状态,一些观点基于西方公司治理的逻辑,认为党组织介入公司治理是对公司治理的破坏,不当增加了企业内部治理成本。在实践中,一些国企负责人也

是“表面上支持党对国企治理的介入”,但实质上并不认同党组织对公司治理的参与。

因此,我们有必要从宪法角度理解党组织对企业治理的介入是落实《宪法》规范精神的体现,是有其“法教义学”基础的。当然,党的领导以及民主治理,都要顺应企业治理效率提升这一目标,不能以“党的领导”或“民主管理”为借口,对企业董事会、经理层的正常经营进行不当干预,因此,如何在公司治理中导入有效的机制,以实现党的领导、民主治理与公司治理绩效提升的多赢,是我们在《公司法》改革过程中需要直接面对的问题。

三、《公司法》改革如何包容国企的调整需求?

基于上述《宪法》约束,在本次《公司法》改革过程中,对于国企的法律调整,可能涉及以下几个问题,需要进一步明确。

(一)立法模式重构:单独立法还是附属立法?

《公司法》改革如何包容国企调整首先需要面对的问题是,对国企是采取单独立法调整,还是在《公司法》中设专章进行调整?在《全民所有制工业企业法》(简称《全民企业法》)时期,我们对国企采取单独立法调整的模式,在国企进行公司化改制以后,我们对国企主要采取附属立法调整的方式——已经改制为公司的国企被附属于《公司法》中进行调整,从而形成了《公司法》中的“国有独资公司的特别规定”一节。但在国有公司类型日益多样化以后,此种立法安排已经完全不能适应国企改革形势发展对立法调整的需求。例如,多元投资主体的国有股份公司是否需要专门立法做出特别规定?对此,可能有最优模式和次优模式两种选择。

1. 最优模式:制定《公共企业法》或《公共投资法》

从最优制度设计而言,应当让国企退出《公司法》,专门制定《公共企业法》予以调整^[23],俄罗斯、新西兰、美国、加拿大等很多国家都是采取此种“单独法案”的方式对政府公司或国家投资的企业予以特别调整。然而,在以私人企业为核心的西方市场经济模式和“持续贬低国企”的双重压力下,中国理论界似乎对“凸显国企独特性”的立法模式并无充分自信,我们在企业形态设计上更倾

向于追求融入西方的自由市场体系——一些监管部门也认为,只要中国融入了西方的市场体系,就可以减少经济及贸易冲突,进而改变国企在海外长期面临的不利处境。尤其是WTO上诉机构在一些个案中,常常发生国企是否属于“公共机构”的争论,更是阻挠了我们在立法上认可国企公共性的勇气^[4]。欧盟最近的案例也围绕同在国资委控制下的央企所控制的市场在并购投资中是否需要合并计算的争议^[24-25]。

在这样的现实压力下,中国的国资监管机构在有关国企性质的问题上,总是避谈独特性/公共性,乐讲其商业性。这种“避谈国企”背后的担忧弥漫在我们的决策机关和实业界。由于担心在全球化过程中,一谈国企就会被特别对待甚至被歧视,中资企业在海外投资时对国资背景也都是讳莫如深,在各方面尽量削弱国内极度强调的“中国特色”。例如,一些海外央企不在其网站上公开董事的党务任职或党员背景,弱化关于党组织参与公司治理的特别要求^②;在一些内部会议上,相关部门工作人员也不太支持或试图回避关于国企特殊性/公共性的讨论,更乐于强调国企的商业性质^③。我们以为,这样就可以使国企在全球得到更多的制度认同。此中担忧,其实完全多余。中国企业今天面临的全球经济竞争环境的实质问题并非仅是国企问题——无论我们如何回避国企的特殊性,国企在客观上、在实践中就是一种极度特殊的企业形态。而且,作为《宪法》确定的主导性经济形态,国企是我们执政的经济基础,将在中国长期存在,并将长期居于优势地位。我们法律制度的设计虽然并不能完全屈从于现实,但现实是我们形成或改变任何制度的重要基础,是不可忽视的重要背景。

中国近四十年来的经济成就,在很大程度上也是依托国企的贡献^[26]。因此,中国的理论界和实务界都要对中国的国企模式充满信心。也正是因为有了国企这样的“经济国家队”,中国才可能通过短短四十余年的奋斗,在全球化进程中占一席之地。目前,位列世界五百强的中资企业,也主要是国资背景的企业。我们的此种经济模式也被西方学者标签为“国家资本主义”^[4]“经济民族主义”^[27],或者中国参与“全球经济奥运会的国家队”^[1]。所以,尽管国企本身还存在各种需要改进

的问题,但就最优制度设计而言,我们不应忌讳在立法中对其予以明确规定,而要正视国企在诸多方面的“规范特殊性”。例如,国企在存在范围、追求目标、治理机制、分配方式、监督机制等方面,都有其巨大的特殊性,国企也是公共商事企业的主导形态。也正因为存在此种巨大的特殊性,我们用普通《公司法》其实无法完全调整国企问题,最适合国企的规制模式是采用特殊《公司法》进行调整^[23]。因此,对此类公共商事企业的最佳调整模式是制定专门的《公共公司法/公共企业法》。然而,遗憾的是,在前述极不自信的心态影响下,立法机关下决心采行“最优立法模式”的可能性非常小。

2. 次优模式:在《公司法》中设定公共企业专章退而求其次,如果我们不能制定统一的《公共公司法/公共企业法》对国企进行调整,那么,也应顺应国企的发展形势,在《公司法》中设定“专章”,明确修订关于国有独资公司的不当设计,扩展国企的法律调整空间。目前,《公司法》对国企的规范安排太过偏狭,不仅未能充分照顾到国企的特殊性,也未能考虑到国企改革的发展现状。若在修订过程中以专章方式调整国企行为,必须考虑到国企改革的巨大变化。

与全民所有制工业企业及国企改制初期比较,现今中国的国企无论是在经济规模、市场重要性还是企业形态等方面,都发生了巨大变化。截至2018年底,国务院国资委监管中央企业资产总额达到58.1亿元,营业收入达到29.2万亿元,利润总额达到1.7万亿元。地方国资委监管企业资产总额达到122.6万亿元,营业收入55.4万亿元,利润1.7万亿元。国务院国资委监管一级企业户数97家,法人企业4万多家,目前已全部完成公司制改制。地方国资委监管一级企业户数9100家,法人企业10万多家,96%省属企业完成了公司制改制。国资委系统还积极推进混合所有制改革。国务院国资委监管国有控股上市公司约306户,约占A股市场总户数的8%。中央企业各级子企业混合所有制企业户数占比已达70.9%。地方国资委监管国有控股上市公司约604户,约占市场A股总户数的17%,不少地方混合所有制企业户数占比已经超过50%。^④此种国企发展的实践表明,《公司法》关于“国有独资公司”的安排已经明显不能满足国企调整的现状需求。因此,若不让国企撤出

《公司法》,不采取单行立法的调整模式,则应当在《公司法》中专设一章“公共公司”或者“国有公司”,对国企的特殊性进行专门安排,集中回应国企改革实践的发展需求,此为国企法律调整的次优模式。

3. 废除《全民企业法》/废除或调整《企业国有资产法》

无论是否以专门立法方式调整国企的行为,我们都将面临《全民企业法》与《企业国有资产法》如何调整的问题。对此,应当明确废除《全民企业法》与《企业国有资产法》,或者,至少应对其中的核心制度予以重大调整,以适应企业实践的需求。我们呼吁废除《全民企业法》已有十余年时间^⑤,长期维持《全民企业法》此种“僵尸法律”,是一种极不严肃的“立法事件”。

首先,应当废除《全民企业法》。《全民企业法》已经随着国企公司化改制的结束完成了其历史使命,目前基本上属于没有意义的“废法”,在法院的裁判中几乎从未援引过,即便《宪法》也还曾经被某法院在裁判中予以引用,因此,应当立即废除《全民企业法》。与此同时,制定中国的《公共企业法》或《公共投资法》或《公共资本法》,一体调整各类公司化的国企,让国有企业完全撤出《公司法》。当然,退求其次,如果不制定《公共企业法》,至少也应当在《公司法》内设立公共企业专章,废除目前《公司法》仅调整“国有独资公司”的偏狭的制度安排。

其次,应当废除或调整《企业国有资产法》。《企业国有资产法》强调“管人”“管事”“管资产”,在国资改革从“管资产”走向“管资本”之后,《企业国有资产法》从名字到内容都不再适应国企改革的需要。因此,应当立即废除《企业国有资产法》,另行制定《公共企业法》或者《公共资本法》,或者退求其次将《企业国有资产法》的名称修订为《国有资本法》或《公共投资法》或《公共资本法》,删除其中不适应现行国资管理体制的内容,补充相应的管资本的内容。而且,还应扩张该法的适用范围与国资委的职能范围,国资委不仅应监督管理国企的公共资本,还应监督管理高校等事业单位的公共资本,解决目前国有资产由国资委、财政部、教育部等多头管理,政出多门,九龙不能治水的问题。

(二)企业形态与概念重构:是否需要超越纯粹的国有独资公司?

如前所述,目前,国有企业的表现形式是多样化的,从控制权和投资主体的多元性而言,既有国有全资子公司(由多个国有投资主体设立),也有国有独资公司(由一个国有投资主体设立),还有国有控股公司、国有上市公司,以及国有参股公司等多种企业形态;从公司的营利目标而言,既有国有商事公司,又有国有公益企业;从监管主体归属而言,既有中央管理的国有企业(央企),也有地方管理的国有企业(省属国企和市属/县属国企);从主营业务而言,有国有资本投资公司,还有国有资本运营公司。由此产生的问题是,《公司法》到底采取何种标准构造国有企业的基本形态?很显然,目前关于国有独资公司的制度设计已经完全不能包容国有企业的多样化存在形式。

因此,在《公司法》改革过程中,首先应当明确国有公司的定义。包括如何完善现行《公司法》对国有独资公司的定义,其范围是仅限于国资委直接出资的一级企业,还是也包括二级企业?随着国有企业部分股权划转社保基金,这些企业将不再是国有独资公司,但社保基金实际上主要享有收益权,不行使其他股东权利。对此,是否应当明确划转后的公司仍参照国有独资公司执行?同时,国企改革文件及国资监管规章还提到了“国有全资子公司”,此一概念是否应当引入《公司法》中?国有控股公司在实践中广泛试用,《公司法》是否应对其予以界定,如何界定?

再有,国务院国资委分三批在21家中央企业开展国有资本投资、运营公司试点,30个省级国资委已改组、组建国有资本投资、运营公司76家,但在试点实践中,对国有资本投资、运营公司的权利、义务、责任等边界均不太清晰,有必要在《公司法》改革中,对国有资本投资及运营公司予以明确界定。

(三)明确国企的存在范围:限定公共企业的生存空间?

1. 限制国企的存在范围

国企到底应当在什么领域存在,理论上与实践上一直存在争议。通常认为,国企应当在国计民生领域存在,可是,何谓国计民生?从实践中的情况来看,国企的存在领域/范围非常广泛。既有

高科技领域,又有传统制造业领域,既有民生领域,又有军事等国防安全领域。有人认为,“国企应在一般竞争性领域退让,如建筑、金融、交通、房地产、汽车、商贸、烟草、传媒等领域,并且应该退足、退够”。^[28]那么,从理性设计的角度而言,到底国企存在于何种领域比较合适?

国企的存在是基于国家的需要。如果说,早期国家的需要是在一穷二白的情况下满足人民群众基本的物质文化生活需要,解决数亿人的生存问题,那么,今天中国面临的“国家问题”已经发生了巨大的转向——中国目前面临着巨大的“国家创新能力不足”的问题,因此,在现在以及将来很长一段时间,国企应主要服务于、助力于“国家创新需求”。基于现代社会变迁的需求,国企应成为“国家科技攻关”“全球科技竞争”的主战场,就此而言,目前关于国企的“主业控制”政策基本是失败的,应改变央企和地方国企经营范围“无处不在”的现状,进一步进行“关键主业”“核心主业”的控制——国企应将主要经营范围和投资力量集中于国家重大科技需求和民生安全需求方面,例如,人工智能、关键军事与科技领域、关键民生领域、重大健康安全领域,才是国企存在的主要空间。

结合科创板促进创新的行业定位,具体而言,未来在以下领域应充分发挥国企资金实力雄厚、科技力量突出的优势,集中国企科研力量进行重点攻关:(1)新一代信息技术领域,主要包括半导体和集成电路、电子信息、下一代信息网络、人工智能、大数据、云计算、软件、互联网、物联网和智能硬件等;(2)高端装备领域,主要包括智能制造、航空航天、先进轨道交通、海洋工程装备及相关服务等;(3)新材料领域,主要包括先进钢铁材料、先进有色金属材料、先进石化化工新材料、先进无机非金属材料、高性能复合材料、前沿新材料及相关服务等;(4)新能源领域,主要包括先进核电、大型风电、高效光电光热、高效储能及相关服务等;(5)节能环保领域,主要包括高效节能产品及设备、先进环保技术装备、先进环保产品、资源循环利用、新能源汽车整车、新能源汽车关键零部件、动力电池及相关服务等;(6)生物医药领域,主要包括生物制品、高端化学药、高端医疗设备与器械及相关服务等;(7)关键民生领域,主要包括满足民众日常基本生存需要,对安全度要求高的食品、住房

(主要是保障房)等领域。由此,在公司法改革过程中,应当将国企的存在领域予以明确限定,在法律层面确保国企对国家创新能力的贡献。

当然,民营企业尤其是科创板的企业,在产业政策上国家也鼓励其在上述领域中存在和发展,这与我们对国企的上述主业控制有何区别?本文认为,二者的区别主要在于产业政策的强制性“刚性”不同。国企的存在领域是“强制性”的产业政策要求,而私人企业在上述领域扩展是基于一种“私人自治”的逻辑而存在的,产业政策最多采取激励性规制方式,而不能采取刚性的方式。

2. 限制国企的无效投资

中国的国企热衷于对外投资,但国企的整体投资效率并不高,无效投资大量存在。研究表明,国企境外投资行为对注册会计师(CPA)审计质量存在明显的影响,目前国企对外直接投资行为在一定程度上会对企业CPA审计质量产生积极影响,但过度投资会降低企业CPA审计质量。因此,优化国企境外直接投资产出投入比例,可以在一定程度上提高CPA审计质量^[29]。国企乱投资是国有资产损失的重要原因,在某种意义上,控制了国企投资也就控制了国企的风险。国企乱投资问题严重,可能与其特殊的产权结构有关——公共产权的主体缺位、产权分离导致国企产生内部人控制等委托代理问题,从而,国企经理人在进行投资决策时,可能偏向考虑自身/利益集团利益,甚至明显背离企业价值最大化原则,衍生出大量无效投资。自2010年起,国资委在国企全面推行经济增加值(EVA)业绩考核体系。EVA考核将净资产收益率替换为经济增加值,能更为切实地反映企业经营业绩,从而有助于督促经理人改进投资效率。以2007—2015年沪深两市的A股国有上市公司对外投资的样本数据为例,实证检验表明,在实施EVA考核后,国企经理人的过度投资行为明显得到了抑制^[30]。一旦无效投资得到抑制,国企效率就会显著改善。

因此,应当以立法方式严控国企对外投资。对此,可从两方面展开:首先,应当控制国企的海外投资——公共企业究其本质,应当主要进行国内投资,解决国内经济发展需求及国内民众的公共需求。而且,鉴于国企海外投资所产生的巨大损失,以及中外贸易摩擦所潜藏的巨大风险,应当

在法律上以明文规则严控国企海外投资,避免以海外投资方式损害国有资产^[31]。除非基于特定全球战略资源储备及“一带一路”建设输出需要,不应再提倡国企进行无节制的海外投资。而且,应全面清理大量存在的“无效海外投资”,特别要关注打击海外投资的资源浪费及腐败现象。其次,对国企的国内投资也应予以严格限制,转变国企通过投资扩大规模的粗放经营模式,实现国企改革从“重投资”的粗放管理阶段向“重经营”的精细化管理阶段转型。

(四)竞争规则:竞争中立还是竞争优位

1. 从“竞争中立”到“竞争优位”

鉴于国企作为公共性的特殊存在,应从立法层面废除理论界普遍认同的“竞争中性”原则^[32-33],对国企实行“竞争优位”原则。所谓国企与民企平等保护,虽然是一项“中央政策”,但其在法理论和法规范现实层面上都是不能成立的。因为在《宪法》层面,国企所拥有的公共财产被视为是“神圣不可侵犯”的,国企所代表的是一种公共性法益,公共性法益的保护存在优先性。例如,国家可因公共利益需要而征收征用私人财产,但很少因私人商业利益需要而征收或征用公共财产。因此,市场经营中的“平等保护”其实并无《宪法》基础。“平等保护”应让位于法律实际构造的“区别保护”。而且,相反,鉴于国企的此种公共属性,对国企的经营行为应实行特别对待,此即应当认可“竞争优位”原则,而非“竞争中立”原则。

当然,对此需要评价最近通过的《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)中关于平等保护的不当安排。《民法典》第二百零六条规定:“国家坚持和完善公有制为主体、多种所有制经济共同发展,按劳分配为主体、多种分配方式并存,社会主义市场经济体制等社会主义基本经济制度。国家巩固和发展公有制经济,鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。国家实行社会主义市场经济,保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。”第二百零七条规定:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护,任何组织或者个人不得侵犯。”该法所设定的平等,只是法律地位平等和发展权利平等,这主要是一种“机会意义上的平等”,至于现实权利的不平等也并未明确予以否定。

2. 从“商业判断”到“社会判断”

鉴于国企的公共属性,国企在从事商事经营时,不仅需要考量商业利益,而且需要考量政治利益及社会需求。因此,国企的商业决策并不纯粹是“商业利益的衡量”,还应当包含政治利益、社会利益的衡量。例如,中粮集团赴非洲种粮食,中铁集团赴国外进行基础设施投标建设,中石油、中石化在海外收购油田,五矿集团在澳大利亚、加拿大等国收购矿山,除了有商业利益需求以外,还可能存在社会政治利益考量。虽然,此种政治利益考量在WTO以及国际交易中常常成为攻击的对象^[34],但我们仍不宜否认此种现实存在的“社会—政治判断”。因此,应当在立法上明确规定,国有公司的董事会在进行决策时,应进行商业判断和社会判断,不能仅仅将经济价值作为决策依据。当然,还可区分国有公司不同的类型,对其董事会的责任目标分别予以规定。相应地,还应改变国企的考核评价指标,从纯粹的经济评价(EVA)考核,转向兼顾政治及社会评价。

当然,一种声音可能会担心,如此强烈地凸显国企的政治立场,是否会导致西方对中国国企的打压,对此其实不必担心,因为无论是否凸显国企的政治立场,只要企业中有国家投资,甚至只要来自中国,就会在目前日益凸显的民族主义及新贸易保护主义的国际经济贸易环境中受到打压。美国的政策不管是不是国企,而主要看是不是中国企业。美国对华为的打压,以及最近专门立法对中概股进行全面打压,就是鲜明例证。在美上市的中概股,很多是纯粹的私人企业,可依然受到制度歧视。这可能与其是否有国家投资关系并不大。国家投资,在很多情况下只是一种打击的借口而已。

(五)企业内部治理的重构:党组织的政治地位如何落实?

1. 扁平国企治理的层级

国企内部治理层级过多,决策环节重复,导致决策效率极度低下,多层治理最初存在的动因是试图进行决策监督以确保决策科学,但追求多层次决策的科学性已在实践中异化为追求“决策留痕免责”,国企内部决策看起来规范,实际上是为免责而进行重复决策,极大影响了国企治理决策的效率与科学性。例如,对外投资可研报形式

化,投资盈利预测虚化/随意性大,投资效果后评价有名无实,董事会决策一言堂,决策形式化现象严重,市场化明显不足,等等。因此,应当重新定位董事会的职责,将其聚焦于战略和监督,经营事项完全下移到经理层,并由其进行决策担责,同时,强化董事会对经理层的考核。以此种结构性改变扁平国企的决策环节,提升决策效率。

此外,还应进一步对一级企业下放权力,在董事及高管任免、员工及管理层持股激励、工资总额控制(管理层工资)决定权、政策支持的并购领域决定权等方面,应进一步下放对国企的权力控制,使国企能尽快适应市场发展的需求,及时应对市场竞争的需要。尤其是,应当改变目前国资委不对央企等国企董事发任命状的窘况。国企包括央企的人事任免权应从中组部回归法律的安排——由国资监管机构具体行使任命权,应当改变目前由组织部门直接任命央企领导的惯常做法。党管干部主要应体现为对干部进行任前考察、任中监督和任后检查,但央企负责人的任免仍应依法由国资委直接进行,由此方能彰显国资委的人事权威,有助于国资委完成国有资本的具体监管工作。一旦国资委在重要人事任免方面成为傀儡甚至完全不颁发任命状,则国资委对央企各项工作的监管就缺乏权威,只能成为人事工具,难以正常履行出资人职责。当然,从长期来看如果将国资委转变为公共性监督机构,弱化其产权主体职能,则央企的人事任免权可能需要再行调整。

此外,应当在公司法改革中认可职业经理人制度。目前,大约有40家中央企业制定了职业经理人制度,977户子企业共选聘职业经理人4374人,各地共有95家省属一级企业开展了职业经理人市场化选聘^⑥。职业经理人制度的改革对推动国企内部经理层流动、形成市场化的竞争机制具有极为重要的意义,有必要在公司法改革中明确国企管理层的市场化选聘机制。

2. 优化党组织参与方式

党组织如何参与公司治理是国企改革过程中存在巨大争议的问题。习近平指出,中国特色现代国有企业制度,“特”就特在把党的领导融入公司治理各环节,把企业党组织内嵌到公司治理机构之中,明确党组织在公司法人治理结构中的法定地位,明确党组织研究讨论是董事会、经理层决

策重大问题的前置程序。《中国共产党章程》规定,国有企业党委(党组)发挥领导作用,把方向、管大局、保落实、依照规定讨论和决定企业重大事项。

本文认为,党组织嵌入国企治理的方式可以多元化。我们讲究“实事求是”,实践是检验真理的唯一标准,党组织参与公司治理以来,实务界积累了很多经验。每个企业状况不同,党组织参与内部治理决策的方式也要一企一策,允许实现多元化。要改变目前害怕承担政治风险而一律采取事前决策的方式,这极大地增加了企业运行成本,形成重复决策、效率低下、保密责任增大、责任风险增加等问题。如此统一嵌入公司治理,未来可能会发生针对党组织决策不当的诉讼,或者将其视为实际控制人追责的诉讼,这将极大影响党组织的政治形象。鉴于此,党组织参与公司治理决策,应当根据企业情况,可以采取事前参与、事中异议、事后追责等多种方式进行。其中,必须进行事前参与的,应在党组织决议中以“董事会建议”的方式提出,最终由董事会负责决策,以避免“刚性决议”导致其承担实际控制人责任的风险发生。

3. 规范内部治理监督机构

首先,应当明确外部董事的设立机制。自2005年以来,国资委积极推进中央企业规范董事会建设,中央企业普遍聘请外部董事参与公司治理,目前外部董事占多数已成为央企公司治理的一项基础性制度安排,不仅有利于在董事会内部有效制衡,防止“一言堂”和内部人控制,也有利于提供公司内部决策的科学性和有效性。目前,外部董事制度已在向二级、三级企业推广,一些地方国企也纷纷聘任外部董事。《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》也明确提出在国有独资、全资公司建立外部董事占多数的董事会。从实务运作来看,因为有国资委的强力撑腰,国企的外部董事表现普遍比上市公司独立董事更好,但外部董事尚存合法性问题,在《公司法》层面并无国企外部董事制度之设计。因此,应以立法方式确认外部董事这一治理形式。同时,对外部董事的选任条件、选任方式、职责及权利、监督机制等予以刚性设计。

其次,应当明确如何设置监事会的问题。在本轮党和国家机构改革后,不再设立国有重点大型企业监事会。目前中央企业集团实际上已经没

有监事会这一内部组织机构,地方国资委的做法不完全一致,理论上也存在争议^[35],需要研究下一步如何处理。如果在集团层面,不再委派监事或监事会,可以避免出现与审计、纪检监察、巡视等重复监督的问题发生,但若不委派监事或监事会,又如何保障国资委作为出资人的知情权,以及如何能及时准确了解企业的财务信息?审计、纪委等监督形式主要是事后监督,监事因列席董事会可以行使事前监督权,而且其相较于外部董事而言,属于企业内部常设机构,监事通常都在企业坐班,如何在各级国企层面设计监事会的设置形式,以满足不同层级国企对内设监督机构的需要,则是在《公司法》改革过程中需要进一步讨论的问题。本文认为,《公司法》只应对此做出原则规定,最好的处理方式应当是交给企业自主决定,由其在章程中安排是否需要以及如何设置内部监事机构。

(六)企业外部治理的重构:如何落实出资人的外部监督权?

企业国有资产属于全民所有,相较于其他所有制企业,国企存在所有者缺位、委托代理冲突等突出问题,国资委作为国家层面的出资人代表,是否需要具备比一般民事股东更多的监督权,才能守护好人民的共同财富,^⑦这是最近国资委在进行机构改革时尤为关注的问题,但理论上并无太多深入研究。

国资委内部机构如何设计才能最有效率地发挥监督作用?近几年来,在国资委对中央企业实行全面风险管理与合规经营管制下,国企的风险管理与合规管理能力大大提升。2018年7月,国资委又出台了《中央企业违规经营投资责任追究实施办法(试行)》,在内设机构改革中新设了综合监督局和监督追责局。但总体上,国资委作为出资人对于国有企业高管违规经营投资造成资产损失的追责力度还是非常弱的,手段也十分缺乏。需要进一步研究国资委出资人监督与一般股东的“监督”权利有何区别,如何完善现行《公司法》关于董事、监事、高级管理人员的责任义务条款,如何通过制度设计优化国资委的机构及权力设计、保障各级国资委能有效地行使出资人的监督权等问题。

1. 改革国资委的名称:管资产,管资本,还是管企业

目前国企改革已经从管资产转向管资本,因此,“国务院国有资产监督管理委员会”的名称已经过时。应当将其修正为“国务院公共企业监督管理委员会”,或者“国务院公共资本监督管理委员会”,或者最次,应当修改为“国务院国有资本监督管理委员会”。如此,方能名副其实。

与此相关的问题是,如何设计国资委的机构性质,国资委到底是履行行政监管职能的机构,还是维持现有公共股东的角色,这是需要进一步讨论的问题。如果维持其目前的公共股东角色,则可能面临来自WTO上诉机构等将国企视为“公共机构”的风险;如果将其公共股东角色褪去,另以信托方式设立不具有行政监管职能的全民持股机构——例如全民持股中心或公共持股中心,同时让国资委回归行政监管的角色,又可能会存在“股东缺位”“国资监管走老路”的风险。因此,如何定性国资委的机构性质,可能需要综合考量海外投资贸易环境与国内公共机构改革的实践,综合权衡。

2. 扩张国资委的权力:基于公共性股东权的角度

目前国资委所拥有的出资人权力,虽然在《公司法》以及《企业国有资产法》中都被设计为“股东权”,但是,此种股东权是基于“公共财产”的保护而产生的,是一种“公共性股东权”。由于《宪法》对公共财产的保护是采取了一种“特别保护”的机制,因此,应当建立“公共股东权”或“公共控制权”的概念,使其区分于私人股东权和普通股东权。在立法待遇上,对基于公共原因而产生/行使的公共性股东权应予以特别关照。实际上,欧洲各国对国有资本采取特别的“黄金股”安排^[36-38],赋予国有股东特别控制权,就是此种“公共性特权”的一种典型表现形式。此种公共性股东权在权力性质上不是一种纯粹的私人权力,其既有私人股东权的因素,又有公共行政权的因素,是一种“混合型的权力结构”。由此,我们就能理解为何对国资委的权力行使在法律上一直是予以特别处理。《企业国有资产法》在坚持普通《公司法》逻辑构建国有资产监管体制的同时,也运用了一些公共性权力机制、责任机制在维护履行出资人职责的机构对公共财产的保护上。

鉴于国资委的上述特殊地位,以及公共性股东权的特别性质,应当在立法上充实和扩大国资委的权力。简言之,应当仿照证券监督管理委员会

会(简称“证监会”)监管权的设计,扩张国资委的权力结构。例如,赋予国资委调查权、特别制裁权等,以此推进对国企违规经营的追责。目前,尽管有相关专门规范对中央企业违规经营损失追责进行规定,但在实践中国资委主动追责处罚的极少,这与制度设计上未能赋予国资委刚性的监督手段有关,国资委充其量只是一个行政监管部门,缺乏行政执法手段,这也是为何国资监管不如证监会对上市公司监管有效的重要原因。鉴于国企合规风险日益严重,还应当在国资委内部司局建设中建立公共企业争端解决局或者诉讼局,或者在法规局内部专门建立该种机构,负责国企争端解决及诉讼指导。以避免目前法规局人手不够,根本无暇应对处理中央企业上报的各种重大纷争,因处理延误而导致央企在具体纠纷中处于不利境地的个案也时有发生。

3. 强化公众对公共财产/公共企业的监督

长期以来,因为多重代理机制的存在,社会公众对公共财产/公共企业处于一种缺位及无权的状态,这使得公共财产/公共企业的监督手段十分单一,国资委经常感觉力有不逮。因此,应当改进公共监督渠道,强化公众对公共财产及公共企业的监督。对此,可在《公司法》改革时从两方面优化制度设计。

其一,解决公众监督信息偏在的问题。全部国企应当建立统一的网络信息披露平台,便于国企披露公共信息,便于公众进行公开监督。除非有特别保密需求的企业以外,国企应当在该公开平台上进行财务及重大投资信息披露。

其二,解决公众监督渠道不畅的问题。可以仿照股东代表诉讼制度,建立公民代表诉讼制度,或者公民集团代表诉讼制度,落实全民所有制的救济机制,方便公民对国企董事、高管滥权现象进行诉讼监督。

四、结论

国企改革本应是《公司法》修订中的重大问题,但坊间其实并不特别重视如何在修订时完善国企的规制,仿佛国企改革只有一条出路,就是减少或消灭国企,或者进一步私有化。此种声音在自由市场改革呼声日高的现代颇有市场,但该种

改革逻辑并不符合《宪法》设定的公共约束。《宪法》是国家的根本大法,任何部门法的改革都应当受到《宪法》限制,在《宪法》设定的道路上前进——《公司法》的修订也有其《宪法》背景,应当关注《宪法》对公共经济形式尤其是国企地位的设计,并通过《公司法》的改革进一步夯实、贯彻国企的《宪法》地位。就此而言,在即将如火如荼的《公司法》改革过程中,我们尤其应当关注国企改革的以下重大问题:

首先,我们要明确国企的法律调整模式何者为佳——到底是采取单独立法,还是附属立法的方式予以调整?对此,本文认为,最优的调整模式是制定《公共企业法》,对国企此种公共商事组织进行集中立法调整,次优的调整模式是在《公司法》中设立公共企业专章,对国企进行相对集中的立法调整,对于该章未做规定的则准用商事公司法的其他章节予以调整。这两种方式,都可以更有效率地推进国企的改革。当然,无论采取何种调整模式,都要废除《全民企业法》,修订《企业国有资产法》,这是国企改革的实践所决定的。

其次,我们应当重构国企的概念,对现实生活中纷繁复杂的国企类型进行选择性的定义,扩大《公司法》对国有公司的调整范围。在现实生活中,因为国企的概念与范围不明确,经常导致实务争议,以及制度适用的困难。与此同时,我们还要以立法方式明确国企的存在领域,减少国企的无效投资,使国企主要在促进国家创新和满足民生的领域存在,解决目前“主业控制”完全失效的现状。对国企存在领域的科学界定,是解决国企与民企之间竞争冲突非常重要的问题,也是对国企与民企是否应当采用“竞争中立”规则的直接回答。鉴于国企的公共属性,国企在从事商事经营时,恐不应坚持“竞争中立”原则,而应贯彻“竞争优位”原则。

再次,我们应通过扁平治理决策层级、优化党组织参与方式、认可外部董事的法律地位、赋予公司自主设立监事会的权力,优化国企的内部治理。通过这些公司治理环节的改革,可以进一步提升国企的决策效率,强化国企的内部监督,以实现治理效率与治理公平的内部均衡,解决目前国企内部多龙治水、治理效率低下、治理公平缺失的问题。

最后,我们应通过强化出资人监管和民众参

与的方式改进国企的外部治理效果,鉴于国企改革已从管资产转向管资本,国资委早已“名不副实”,我们应尽早对国资委的名称进行变更,凸显其管企业/管资本而非管资产的一面——国资委的名称可以更名为公共资本管理委员会或公共企业管理委员会。鉴于国资委所持有的公共性股东权不同于普通股东权,应仿照证监会的权力构造,以立法方式扩张国资委的出资人权力,赋予国资委对国有企业的特别调查权、特别制裁权。同时,还应建立统一的网络信息披露平台,仿照股东代表诉讼制度,建立公民代表诉讼制度或者公民集团代表诉讼制度,方便公民对国企董事、高管滥权现象进行诉讼监督。

唯此,我们才可能看到一个不同的国企世界。

注释:

- ①参见国务院国资委法规局撰写的国资委关于《公司法》修改的建议稿(内部资料)。
- ②例如,一些在香港注册的中央企业,在其董事身份中,通常不披露有关董事的党员身份。具体参见文献[21]。
- ③在笔者参与的课题讨论中,国资委的一些工作人员呈现出此种倾向。
- ④以上数据,系笔者在参与国资委关于《公司法》改革的会议上获得。
- ⑤早在2008年,本人就曾在国务院法制办举办的一次内部会议上,提出应及时废除《全民企业法》、转立《公共企业法》的观点,此后,多次在各种场合建议应以《公共企业法》取代《全民企业法》,也曾向立法机关有关人员提出建议,但反馈难度太大,并未引起足够重视。
- ⑥⑦参见国务院国资委法规局公司法修改国企专题座谈会参阅资料(内部资料)。

参考文献:

- [1] LIN L W, MILHAUPT C. We are the (national) champions: understanding the mechanisms of state capitalism in china [J]. *Revista chilena de derecho*, 2013(40): 801-858.
- [2] DU M. China's state capitalism and world trade law [J]. *International and comparative law quarterly*, 2014(2): 409-448.
- [3] GERARD L. State Capitalism: The rise of sovereign wealth funds [J]. *Law and business review of the americas*, 2008(1): 242.
- [4] YANG Y P, LEE P H. State capitalism, state-owned banks, and wto's subsidy regime: proposing an institution theory [J]. *Stanford journal of international law*, 2018(1): 117-158.
- [5] 周文. 新中国70年中国经济学的发展与新时代历史使命 [J]. *中国高校社会科学*, 2019(5): 4-14, 156.
- [6] 宋磊, 谢予昭. 中国式政府—市场关系的演进过程与理论意义: 产业政策的视角 [J]. *中共中央党校(国家行政学院)学报*, 2019, 23(1): 123-128.
- [7] 蒋大兴. 撞了南墙请回头: 矫正国企改革的十大错误——一些国企改革纲领方向的“夺命问” [EB/OL]. (2020-05-18) [2020-05-20]. <https://mp.weixin.qq.com/s/0Zybp1qDqscDO23e8d-nyw>.
- [8] 施天涛. 公司治理中的宪制主义 [J]. *中国法律评论*, 2018(4): 89-106.
- [9] 张维迎. 把属于市场的还给市场 [J]. *财经界*, 2015(6): 38-44.
- [10] 夏珊珊. 国际金融危机成因及对策的理论解析——基于四大学派的比较视角 [J]. *内蒙古农业大学学报(社会科学版)*, 2011, 13(5): 75-77, 86.
- [11] 郭亚楠. 议政府与市场关系 [J]. *中外企业家*, 2013(17): 108.
- [12] 单飞跃, 徐开元. “社会主义市场经济”的宪法内涵与法秩序意义 [J]. *东南学术*, 2020(2): 136-142.
- [13] 袁恩桢, 刘柯杰. 再论中国特色社会主义的“政府和市场”双强模式 [J]. *毛泽东邓小平理论研究*, 2019(9): 1-6, 108.
- [14] 张翔. 宪法与部门法的三重关系 [J]. *中国法律评论*, 2019(1): 26-33.
- [15] 张翔. 具体法治中的宪法与部门法 [J]. *华东政法大学学报*, 2016, 19(1): 14.
- [16] 钱宁峰. 宪法与部门法关系命题的困境与求解 [J]. *江苏社会科学*, 2011(1): 144-149.
- [17] 郑贤君. 宪法虚伪主义与部门法批判 [J]. *中国法律评论*, 2016(1): 107-115.
- [18] 弗里茨·里特纳, 迈因哈德·德雷埃尔. 欧洲与德国经济法 [M]. 张学哲, 译. 北京: 法律出版社, 2016: 30.
- [19] 莫纪宏. 论宪法与其他法律形式的关系 [J]. *法治论丛(上海政法学院学报)*, 2007(6): 1-11;
- [20] 董书萍. 宪民界分论 [D]. 济南: 山东大学, 2012.
- [21] 蒋大兴. 政治/政党与企业——政治权力参与资源分配的文明结构 [J]. *当代法学*, 2018, 32(1): 11-31.
- [22] 蒋大兴. 走向“政治性公司法”——党组织如何参与公司治理 [J]. *中南大学学报(社会科学版)*, 2017, 23(3): 27-33.
- [23] 蒋大兴. 超越国企改革观念谬误 [J]. *中国法律评论*, 2016(2): 227-232.
- [24] SMEJKAL V. Chinese state-owned enterprises and the concept of undertaking under eu competition law [J]. *Inter eulaw east: journal for international and european law*, 2019(6): 31-52.
- [25] BRIGUET J. The state's invisible hand: chinese soes facing euanitrust law [J]. *Journal of world trade*, 2018(5): 839.

- [26]蒋大兴.废除国资委?——一种理想主义者的“空想”[J].清华法学,2016,10(6):84-100.
- [27]CHOW DANIEL C K.Economic nationalism: u.s. and chinese style[J].Ohio state business law journal, 2020(1): 1-14.
- [28]马晓河.国企应在房地产等领域退足退够[J].山东经济战略研究,2016(4):4.
- [29]许汉友,赵悦,汪璐璐.境外直接投资对CPA审计质量的影响——来自国企的相关证据[J].财会通讯,2020(3):23-28.
- [30]卫秋转.国企EVA业绩考核体系对过度投资的影响效应研究[J].金融经济,2018(24):58-60.
- [31]刘雪红.中国海外投资保护的法律障碍与制度重构——基于北京城建诉也门等五案的分析[J].华东政法大学学报,2019,22(2):168-180.
- [32]LONG T T.Anti-competitive behavior of state monopolies from the economics approach with reference to vietnam's state monopolies[J].Asian journal of law and economics, 2019(10):1-11.
- [33]MULLADY R K. Regulatory disparity: the constitutional implications of communications regulations that prevent competitive neutrality[J]. Pittsburgh journal of technology law & Policy, 2007(7): 1-20.
- [34]LEE J. Trade agreements' new frontier - regulation of state-owned enterprises and outstanding systemic challenges[J].Asian journal of wto and international health law and policy, 2019(14): 33-72.
- [35]蒋大兴.国资监管职能的重组——如何应对国企外派监事会的取消?[J].南开学报(哲学社会科学版), 2019(3): 86-99.
- [36]VAN B J. Golden shares: anew approach[J].European company law, 2010(7): 13-19.
- [37]SZYSZCZAK E. Golden shares and market governance[J]. Legal issues of economic integration, 2002(3): 255-284.
- [38]KUZNETSOV I. The legality of golden shares under eclair[J].Hanse law review, 2005(1): 22-29.

责任编辑:林英泽

“The Socialist (Public) Logic” in the Reform of the Company Law

JIANG Da-xing

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: The reform of state-owned enterprises (SOEs) should be the critical issue in the revision of the Company Law of the People's Republic of China (the Company Law). But the academic community does not seem to attach importance to improving the SOE system in the reform of the Company Law, as if the destination of the state-owned enterprise reform is to reduce or eliminate the SOEs, or to further privatize them. And this kind of reform logic is not consistent with the Constitution. We should pay attention to the constitutional design of the public economic form, especially the status of SOEs, and further consolidate the constitutional status of SOEs through the reform of the Company Law. First, in terms of the legal adjustment mode, the optimal mode for the SOEs is to formulate the Public Enterprise Law; and the second-best mode is to set up a special chapter for public enterprises in the Company Law; and in any case, the National Enterprise Law should be abolished, and the Law on State-owned Assets in Enterprises should be amended. Second, the concept of SOEs should be reconstructed; the complicated types of SOEs in real life should be selectively defined; the scope of adjustment of the SOEs under the Company Law should be expanded; and the existence field of SOEs should be clarified in a legal way so that the SOEs can mainly serve promoting national innovation and meeting the needs of people's livelihood, and the existing problem of the completely ineffective "main business control" should be solved. Third, the internal governance of SOEs should be optimized by flattening the level of corporate governance, optimizing the way in which party organizations participate, recognizing the legal status of external directors, and empowering companies to set up independent supervisory boards. And fourth, we should improve the external governance of SOEs by strengthening investor supervision and public participation; and in view of the fact that state-owned asset supervision has shifted from "asset management" to "capital management", the State-owned Assets Supervision and Administration Commission (SASAC) has been more in name than reality, and its name should be changed as soon as possible. In view of the fact that the state-owned assets held by the SASAC are "public shareholder rights" that are different from common shareholder rights, we should follow the power structure of the Securities Regulatory Commission and expand the power of investors in the SASAC by legislative means, and give the SASAC special investigation and sanction power on SOEs; and we should establish a unified online information disclosure platform, and establish a citizen representative litigation system or a citizen group representative litigation system to facilitate citizens to conduct litigation supervision on the abuse of power by directors and executives of SOEs. Only in this way will we see a completely different world of SOEs.

Key words: the constitution; SOEs; SASAC; the company law; the public enterprise law