



JINGMAO FAXUE LUNCONG

经贸法学论丛

总主编 柴振国

GUOYOU ZICHAN GUANLI FALV SHIXIAN JIZHI RUOGAN LILUN WENTI YANJIU

国有资产管理 法律实现机制 若干理论问题研究

胡海涛/著

中国检察出版社

河北省科技厅软科学研究项目

国有资产管理法律实现 机制若干理论问题研究

胡海涛 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国有资产管理法律实现机制若干理论问题研究/胡海涛著.

—北京: 中国检察出版社, 2006. 8

ISBN 7-80185-641-4

I. 国… II. 胡… III. 国有资产—资产管理—法规—中国
IV. D922.291

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 096726 号

国有资产管理法律实现机制若干理论问题研究

胡海涛 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 14.25 印张

字 数: 393 千字

版 次: 2006 年 9 月第一版 2006 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-641-4/D·1617

定 价: 36.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

作者简介



胡海涛，1972年生，河北正定人。现任河北经贸大学法学院国际私法教研室主任，河北省法学会WTO研究会副秘书长，主要研究经济法学、经济分析法学和国际经济法学，曾主持参加过“地方国有资产监管制度研究”、“河北省国有资产两级管理的法律实现机制研究”等多部省部级课题，并在《河北法学》、《国家检察官学院学报》等刊物发表学术论文30余篇，并出版《当代国际经济法理论与实务》、《经济法通论》等著作五部。

经贸法学论丛

我国所有权制度的变迁与重构

专家民事责任制度研究

中国企业融资法律问题研究

民法方法论

契约法律制度的经济学考察

当代法治视域下的民法实现

国有资产管理法律实现机制
若干理论问题研究

责任编辑：王 冕

技术编辑：张郑元

封面设计：耀午书装
010-84473188

总 序

燕赵大地，人杰地灵。河北经贸大学就坐落在太行山脚下风景秀丽的滹沱河畔。它以经济、管理和法学学科为支柱，是省属综合性重点大学之一。声声不息的滹沱河河水，孕育着一代代经贸学人，也孕育着法学院的法律学人和学子们。

正是这种无息的孕育，使法学院的学人们在这块田园里春夏秋冬不辞劳苦、辛勤耕作和无私奉献，也正是这种耕作和奉献，使得法学学科这棵幼苗得以快速成长。从1993年其前身经济法系成立到今天初具规模的法学院，经过12年的努力，已拥有民商法、经济法和国际法三个硕士点和经济法一个在职硕士点。年轻的法学院充满朝气与活力，集聚和培养了一群风华正茂，立志为学的年轻学者，他们分别毕业于不同的学校，汇聚了全国各大重点院校的不同学术风格，吮吸着京畿大地丰厚的历史文化滋养。他们以无私无畏的精神白手起家，充分发挥着自身的后发优势，他们还利用环绕北京、贴近祖国心脏的地缘优势关注和感受着法学前沿问题和法治社会的重大事件。他们与这个伟大的时代同呼吸、共命运。尽管他们所在的还算不上名门名校，但他们正在凭借自身的力量与智慧，努力争得一席之地。

法学院的发展关键在于学科建设，学科建设的基础关键在于学术成果的支撑，而学术成果的取得在于法律学人不断地发现问题、思考问题和解决问题，在于对学术价值的正确判断和刻苦追求。正是在这种理念下，法学院的学人们刻苦追求，努力奋斗，不断进取，在教学和科研上取得了可喜的成绩。为了展示和反映河北经贸大学法学院的科研实力和最新研究成果，发现和支持新



人新作，鼓励和培养科研精神，加强学科建设，就要开拓一个固定的园地或搭建一个平台，给法学院学人们提供一个展示和创新的机会。这就是出版本论丛的目的所在。

河北经贸大学法学院与中国检察出版社共同组织出版这套《经贸法学论丛》。之所以命名为《经贸法学论丛》主要有两方面考虑：其一，“经贸”是河北经贸大学之意，因为河北经贸大学是这套丛书的发起者；其二，“经贸”是经济贸易的简称，从选题范围来说，这套丛书主要包括民商法、经济法和国际经济法，同时也兼顾其他法律部门，不受部门法划分的局限。今后，我们计划每年陆续安排若干种课题的出版，使这套论丛更加完善和丰满。

在这套《经贸法学论丛》出版之际，我们衷心感谢中国检察出版社领导与编辑朋友们的信任和支持，是他们给我们创建了这个平台，提供了机会。我们也殷切期望这套丛书能得到社会各界的支持与关注，同时，真诚欢迎来自各方面的批评与指教，所有这些都将作为激励和鞭策我们继续前行的力量。

柴振国

2005年8月

国有资产管理体制的法律实现机制

(代前言)

国有资产管理体制的变革是我国实现现代化道路上一个重大的政治、经济和社会命题。长期以来，对科学、高效国有资产管理体制的摸索和探求一直伴随着我国各项改革事业的进程，而对当下国有资产管理体制的理性探讨成为我国理论界和实务界永恒思考的话题。2002年11月，中国共产党第十六次全国代表大会在总结我国国有资产管理体制改革和国有企业改革经验的基础上，提出了国有资产管理体制改革的新思路；2003年3月召开的第十届全国人民代表大会第一次会议上通过了新的国有资产机构改革方案，方案确定国务院要设立专门负责国有资产管理的机构——国有资产监督管理委员会。两次会议及其相关的决策使我国国有资产管理体制改革进入了一个新的历史阶段。至此，十六大所确立的“中央政府和地方政府分别代表国家履行出资人职责，享有所有者权益，权利、义务和责任相统一，管资产和管人、管事相结合的国有资产管理体制”初步建立。建立国有资产管理新体制涉及方方面面，既关系到中央政府和地方政府的机构改革，又影响到人员的工作变动及有关企业等组织的利益关系的调整，而且关系到一系列制度和法律的变化。在贯彻实施中央政策及新的管理体制运作实践中还存在不少问题，其中至为突出有两点：一是越来越强势的国资委。中央国资委和地方国资委人员拿的是公务员工资，走的是政府序列，而且任命程序也跟政府一样，行政色彩日益浓厚，而特设机构的特征却表现不足；其身膺“出资者”和“管理者”两任，操行“管人”、“管事”和



“管资产”三权，使其俨然又回到了政资不分（政企合一）的原点上，与设立国资委的目标完全相悖。二是国有资产流失现象未得到根本的遏制。国资委主任李融荣在年初召开的中央企业不良资产责任认定和处理工作经验交流会上透露，2004年中央企业清产核资清出各类资产损失3521.2亿元，相对于2004年中央企业利润4784.6亿元来说可谓损失巨大。^①究其根源，与转轨时期社会问题的系统性（即政治、经济、社会问题多因多果、互为因果、交相互动、彼此影响的特征）有关，但“在商言商，在法言法”，笔者认为国有资产管理体制的变革过程中法律参与程度尚浅、法律实现机制残缺以及改革措施的制度化不足对上述问题的出现不无干系。

一、制度、体制、机制

系统论认为，任何事物都是一个系统。所谓系统，就是由相互联系、相互制约、相互作用的元素组成的具有一定结构和功能的整体。根据系统的等级层次原理，系统有其相对性，整体大系统可以分解为若干部分的子系统，子系统内部还可以由若干层次的子系统；根据系统与环境互塑共生的原理，系统与其外部环境通过物质、能量、信息交换的方式实现相互作用和相互联系，两者相互塑造，达到复杂的动态平衡。系统方法就是把研究对象作为一个具有一定组成、结构与功能的整体，从整体与部分之间、系统与外部环境之间的相互联系、相互制约、相互作用的关系中进行综合考察，以求得最佳的处理问题的科学方法。就系统而言一方面构成上层建筑这一大系统的一个子系统，另一方面它又是一个独立的大系统，有其内部的结构。从完整意义上讲，制度决然不是一些规则的直白的堆砌，它是有规则、对象、理念和载

^① 杨大鹏、熊贝妮：“去年国资流失3500亿元 专家认为：只是冰山一角”，载《经济参考报》2005年11月8日，http://news.xinhuanet.com/fortune/2005-11/08/content_3748371.htm。



体等要素所构成的有机结构体。

1. 规则是构成制度的重要因素，但规则并不简单地等同于制度。“哲学意义上的制度（和制度事实）显然与规则有某些关系，但并不与规则相同。”^① 制度“存在于规范或规则的背景下，并为规范或规则而存在，这些规范或规则（以复杂的组合形式）各自对人在社会背景中的行为赋予意义，使之合法、加以管理甚至予以认可”。^② 制度概念是“使用规则或通过规则表述的，规则的任何出现，发展或进化的过程都可能是制度的出现、发展或进化的过程。这要取决于有关的机构将规则的发展或进化加以概念化的方式”。^③

2. 对象是制度的指向和及其含摄范围。我们的世界是对象化的，任何事物都是一个对象，每个对象都有自己质的规定性和运动变化的规律。不同对象的属性及其相互关系就构成了制度要反映、作用和影响的客观实在。马克思指出“这取决于对象的性质以及与之相适应的本质力量的性质；因为正是这种关系的规定性形成一种特殊的、现实的肯定方式”。^④ 同时，制度本身也是一种对象化的产物。马克思指出“一个存在物如果在自身之外没有对象，就不是对象性的存在物。它没有对象性的关系，它的存在就不是对象性的存在”，而“非对象性的存在物是非存在物”，或者说“是一种非现实的、非感性的、只是思想上的即只是虚构出来的存在物，是抽象的东西”。^⑤ 制度作为集体生活的人们存在方式，是客观事物及过程的内在必然性在一定程度上形式化和对象化。制度在对象化活动中根据自身需要通过有目

① [英] 麦考密克、魏因·贝格尔：《制度法论》，中国政法大学出版社1994年版，第63页。

② 同上，第20页。

③ 同上。

④ 马克思：《1844年经济学哲学手稿》，人民出版社1985年版，第54页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》（第四十二卷），人民出版社1979年版，第168、169页。



的地对客体对象进行能动作用和改造，使客体对象按制度的目的发生符合制度理念需要的变化，从而实现对象的占有、支配，达到对自身存在的真实理解和把握。^①

3. 理念是制度规则所体现出来的价值判断与目标定位。理念是制度发酵的面肥，是滋养制度活力的不竭的源泉；理念实乃塑造制度不同特质的基因和元形式，不同理念浸润及辐射下的制度会呈现出不同的性质。没有理念指导的制度仅是一具没有灵魂的躯壳。中国的市场经济不是从中国文化体系中生长出来的，而是由国家自上而下推行的，国家在培育市场经济的过程中，不可能立即改良文化土壤，促成整个社会价值观念的变革，故而这种市场经济从一开始便处于中国文化系统的表层；而且，在固有的中国文化系统对它进行消融时，它也只能以适合于这种文化结构的方式缓慢地向内隐性层（主要包括思维方式和心理定势等潜意识）和内核层（主要包括价值观）渗透。^②

4. 载体是制度的形式，是制度具体的、直观的、可感知的物质定在。法的渊源乃制度最重要、规范程度最高的形式。不同的制度形式表达不同的制度内容，且反映着不同的制度要求。以法律条文为载体，制度体现为法律控制；以红头文件为载体，制度体现为行政控制；以习惯为载体，制度就体现为社会习俗；亦不可言传的心理认同为载体，制度就体现为潜规则。在农业文明发达的东方传统社会是一个熟人的礼俗世界，人们之间是一种“有机的团结”，^③ 长期共同定居的经历营建出一套完善的礼仪规范；而在游牧文明发达的西方传统社会是一个生人的法理世界，人们之间是“机械的团结”，^④ 飘忽不定的流动生活繁衍出一套

① 辛鸣：《制度论——关于制度哲学的理论建构》，人民出版社2005年版，第89页。

② 林喆：《权力腐败与权力制约》，法律出版社1997年版，第138页。

③ Durkheim语，转引自费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社1998年版，第9页。

④ 同上。



完整的法律规范。在我国市场导向的经济体制改革过程中，对于制度载体的规范化、统一化、公开性、透明性要求日益增加，这是“市场经济就是法治经济”这一命题的必然要求。

以制度系统运行形态的不同，它可以划分为制度、体制和机制三个大致不同的层次。三者彼此之间的界限是交叉的、重叠的，因而存在灰色区域，尤其是制度和体制之间在现实的社会话语系统中，它们往往是通用的。制度是人为设定的决定人们相互关系的制约性规则。人类从最原始的社会状态演变到最发达的状态都对自己施加了一些制约，以便给出一个与他人发生关系的结构。^①一方面，制度是多个遵循同一规则的交易的集合；另一方面，制度是经过交易多次重复形成的。因此，制度是在多人、多次重复的情境中人与人之间的行为规范，或者按照博弈论的说法，制度是所有参与人的均衡解。体制是指某一组织结构形式，体制是对制度组成要素所作的框架结构安排，体现为一种静态的形式。所谓机制，泛指一个工作系统的组织或部分之间相互作用的过程和方式。^②它的本来含义是“机器的构造和工作原理”，后来泛指事物之间的较为稳定的相互联系和相互作用。机制构成主体之间的相互联系可以看做是机制的静态关系结构，各主体之间的相互作用可以看做是机制的动态关系结构，这种相互联系和相互作用具有稳定性和规律性，但又构成一个动态互动的运作过程。在这个层级化存在的制度系统中，彼此之间相互影响、相互依存，共同发挥制度系统的功能，这又表现为一个动态的过程。一方面下层子系统必须依托上层子系统来形成和运行，没有上层子系统的依托，下层子系统就会失去赖以存在的基础；另一方面，下层子系统是上层子系统发挥作用的载体和运作形态，下层子系统需要借助上层子系统来实现自身的作用和价值。

① 钱弘道：“法律经济学的理论基础”，载《法学研究》，2002年第4期。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（2002年增补本），商务印书馆2003年版，第582页。



国有资产系统是相对于私人产权系统而存在的一个特殊的社会经济系统，它是由国有产权制度、国有资产管理体制和国有资产运作机制（国有资产代表机制、国有资产监管机制、国有资产运营机制、国有资产使用机制等）所构成的一个复杂的、有机的制度安排。国有资产管理体制处于上述国有产权系统的中间环节，它是国有产权制度的制度化落实，同时也是国有产权运作机制统领和精神指导。长期以来，我们只重视对于国有资产管理体制的改革，却对国有产权制度和国有资产运作机制研究不足，根据系统“整体大于部分之和”的原理，大系统内部的子系统之间具备一定的结构，整体的大系统具有各子系统所不具备的功能。一个制度系统好比一辆汽车，制度是汽车的方向盘、体制是汽车的车体、机制则是汽车的轮子，彼此之间必须协同作用才能发挥汽车整体的功能、才能综合体现汽车质的定在。因而系统并非其构成子系统的简单组合和堆积，彼此之间构成对方并且包括系统整体的功能性存在。这种复合的外部效应的叠加和映射，是我们应以系统的眼光对我国国有资产管理体制进行反思和检讨。衡此以解，我国国有资产管理体制作为体制支撑的国有资产运作机制不完善及法治化程度不足之过。^①

二、法律实现机制

制度是人和人、人和社会交往活动的中介性存在。在上述交往过程中人的行为具有意识性的特征：人具有对客观物质世界的反映能力，同时人还有将自己的主观臆断再现于客观世界的能力。人在满足自身行为方面与某些动物相比区别是不大的，“蜘蛛的活动与织工的活动相似，蜜蜂建筑蜂房的本领使人间的许多

^① 因本文论述的侧重点在于国有资产管理体制和国有资产运作机制之间的关系，故而本书将围绕这两者之间的关系作为论述的主要内容，而对国有产权和国有资产管理体制及机制之间的关系的论述主要起辅助说明作用，非谓其不重要。



建筑师感到惭愧”。^①然而，人类的高明之处在于在它的活动开始之前，作为他行动的结果已经通过他的思维活动观念地存在于他的思维当中了。“最蹩脚的建筑师从一开始就比最灵巧的蜜蜂高明的地方，是他在用蜂蜡建筑蜂房以前，已经在自己的头脑中把它建成了。劳动过程结束时得到的结果，在这个过程开始时就已经在劳动者的表象中存在着，即已经观念地存在着。”^②此所谓“胸有成竹”、“胸中有沟壑”。恩格斯也指出：“一切动物的一切有计划的行为，都不能在自然界烙下他们意志的印记。这一点只有人类才能做到。”^③当然，这是理论家对于人与自然交往的精彩描述，但是，作为人与人交往的结晶的制度又何尝不是如此？它一样也物化着人类的智慧和能力，物化着人类的努力和人类。这是人与动物生命活动的本质区别：“动物和它的生命活动是直接同一的。动物不把自己同自己的生命活动区别开来，它就是这种生命活动。人则是使自己的生命活动本身变成自己的意志和意志的对象，他的生命活动是有意识的。”^④制度利用其系统化的存在累积并且媒介着人与人的交往，这也构成人的本质的基本内涵。作为物化于制度当中的人类的意志是依凭制度系统逐层、渐次展开的，绵延于制度体系中的人类的意志如同蒸汽对蒸汽机一样起着制度原动力的作用。在原动力源源不断地推动之下，制度系统各层级子系统及各构成要素形成一个变动不羁的动态结构体。其中体制和机制之间的相互作用集中演绎着制度系统的动态内涵：一方面机制的目的必须依托体制来形成和运行，没有体制的依托，机制终将失其赖以存在的基础；另一方面，机制是体制发挥作用的载体和运作形态，机制尚需借助体制来实现自身的作用和价值。换句话说，体制发挥功能的过程就是藉由一系

① 《马克思恩格斯全集》（第二十三卷），人民出版社1972年版，第202页。

② 同上。

③ 《马克思恩格斯全集》（第二十卷），人民出版社1971年版，第518页。

④ 《马克思恩格斯全集》（第四十二卷），人民出版社1979年版，第96页。



列的机制的运作将其所秉持的理念“制度化”于对象，使其改变自在性而带有制度印记的而彼此交相作用的运动经历。其结果是体制通过机制的媒介使其制度化所指向的对象具有了规范意义。

为了与本书主题一致，我们将研究的论述限定于体制和机制的关系层面。诚如上述，制度作为实现人类意志的功能性手段，具有浓厚的目的色彩。为了实现体制所赋存的目标（体制设计者意志的制度化表达），机制就构成了将上述目标转化为设计者所预期的社会现实的制度安排和路径。体制仅是对制度的框架性诠释，其对于制度目标的实现简明有余而规范不足。就国有资产管理体制而言，体制参与主体的地位、权力（利）、义务及责任缺乏明确的规定，所以最终制度目标的实现还需要通过体制的细化才有可操作性和规范意义。促成国有管理体制目标实现的机制又构成一个子系统，一般是由包括心理机制、激励和约束机制、市场机制、法律机制等所组成的机制系统。机制之设计与存在旨在通过调整行为人的预期利益结构而达到引导行为人的具体行动至制度所设想的目的上来。管仲在《管子·禁藏》曾说：“夫凡人之情，见利莫能勿就，见害莫能勿避。其商人通贾，倍道兼行，夜以继日，千里而不远者，利在前也；渔人之入海，海深万仞，就彼逆流，乘危百里，宿夜不出者，利在水也。故利之所在，虽千仞之山，无所不上，深渊之下，无所不入焉。”因而，机制系统建设要做到“牵之以利，围之以害”才能对调整对象的行为形成有效的激励。借鉴管理学中木桶原理，整个国有资产管理机制系统就如同有许多块机制木板箍成的木桶，最短的那一块木板决定着木桶的容积，只有共同作用才能发挥合力，对调整对象的行为形成有效的激励。遗憾的是法律机制就恰恰成为国有资产管理机制系统木桶上那块最短的机制木板。

在实现体制目标的机制系统中法律实现机制因其规范化、代表民意的普遍性、国家强制力的保障等区别于其他实现机制的显著特征，使它在整个体制实现机制系统中占据着十分重要的位



置。法律实现机制是指纸面上的法（law in paper）向现实生活中的法（law in reality）的转化，是将法律规范中的权利、义务的可能性向权利的享有、义务的履行和责任承担的现实性转化，是人类认识（精神）向现实（物质）转化的动态系统。^① 首先，法律实现机制有着规范化的特征。这不仅指法律规范有着严密的逻辑结构，在法律创制、实施、适用的过程有着严密、完善的程序规范。其次，法律实现机制在整个实现机制系统中具有最广泛的民意基础。它是全体有选举资格的公民依照选举制度推选自己的民意代表，由他们组成民意代表机关制定经过严格的立法程序所创制的，所以能够代表最广泛范围内的人民的意志。最后，法律的实现有着国家强制力的保障。由于合成谬误、边际效益递增等规律，在公共产品的提供上存在自然垄断现象，所以人类历史上国家的出现并存续是一个历史的必然；与此同时，国家也垄断地掌握了国家暴力机器和组织资源，这为国家法律获得实现外部强制。即便如此，作为人们行为的社会调节器，创制出来以后需要通过执法机关对法律的执行，司法机关对法律的适用和公民对法律的遵守等活动使法律规范中的权利义务得以具体落实，这是一个漫长而复杂的过程。

三、体制的法制化，实现机制的法制化

长期以来，我国政治、经济及社会管理以政策为主导，其法律参与程度和制度化程度较差。改革开放以来，我国历次重大的

① 在法学界不少学者主张法的实现和法的实施两个不同的概念，法的实施是为了实现立法者的目标的法的执行、法的适用和法的遵守，其所强调的是在社会生活中贯彻实行法律的活动过程；法的实现则是强调这些法律实施的结果，即侧重考虑把体现在法律规范中的要求转化为现实生活中的实施的实际情况，它是以立法的目的为标准来检视法的实施的结果，凡达此标准者即认定为法的实现。参见孙国华主编：《法的形成与运作原理》，法律出版社2003年版，第271页。这一主张故有其道理，但本书考虑到法的实现过程和结果的不可分割性，对法的实施和法的实现未作严格区分。



改革都是靠政策推动的，并且在很多时候都是领导人讲话推动。改革就是破旧立新，所以每一次改革都是在一定程度上对既有制度的突破。以国有资产体制的改革为例，实质就是国有资产监管、营运过程中各方主体之间的权利、义务关系重新调整的过程，是国有资产管理框架中各主体之间法律关系调整的过程，涉及到对企业的出资结构（股权结构）、内部治理结构、企业收益分配结构、劳动用工制度、职工福利和社会保障制度等微观企业制度进行的一系列相配套的调整与重塑。但是国家政策也好，领导人讲话也好都不可能对上述各方主体的利益、义务及责任作出明确的界定，这就容易导致政策实施过程中落实程度比较差。

究其原因，与我国农业文明的长期影响、历史上亚细亚生产方式解体的不彻底以及植根于这种文明之上的东方社会所特有的“政经联盟”治理模式有着深厚的渊源。这种社会中人们的生活理念、文学、艺术、管理思想等无不深深地打上农耕文明的烙印。农业文明与机械文明的不同之处在于，影响农业生产的各种因素，诸如日照、水分、土壤、肥料等具有时令性和地域性，不可能有统一的、整齐划一的标准，只能因时因地制宜，所谓“头伏萝卜二伏菜”、“谷雨前后栽瓜种豆”，至于头伏的第几天以及谷雨前后多长时间则有着很大的弹性，全靠当时的实际情况以定夺；所以，人们对客观事物的把握是主观的、富有浓厚的个性特征的，抛开了对于客观世界“写实的”理解而“直指人心、见性成佛”侧重于对事物内在精神的捕捉。中医里就有“同病不同药，同药不同病”的说法，这需要长时间的归纳与体悟，于是导致了人们对于经验的崇敬，从而产生了东方社会的敬老的传统以及“权变文化”，就使东方文化具有“务虚”的特征。^①在儒家文化家国一体的社会控制模式影响下，“国”为“家”的放大，“忠”是“孝”的延伸，经验崇拜和敬老传统就表现为对行政权发自内心的敬畏和遵从。历朝历代的统治者为了维护其统

① 我国法制建设中“立法宜粗不宜细”的传统与此有着历史的传承。