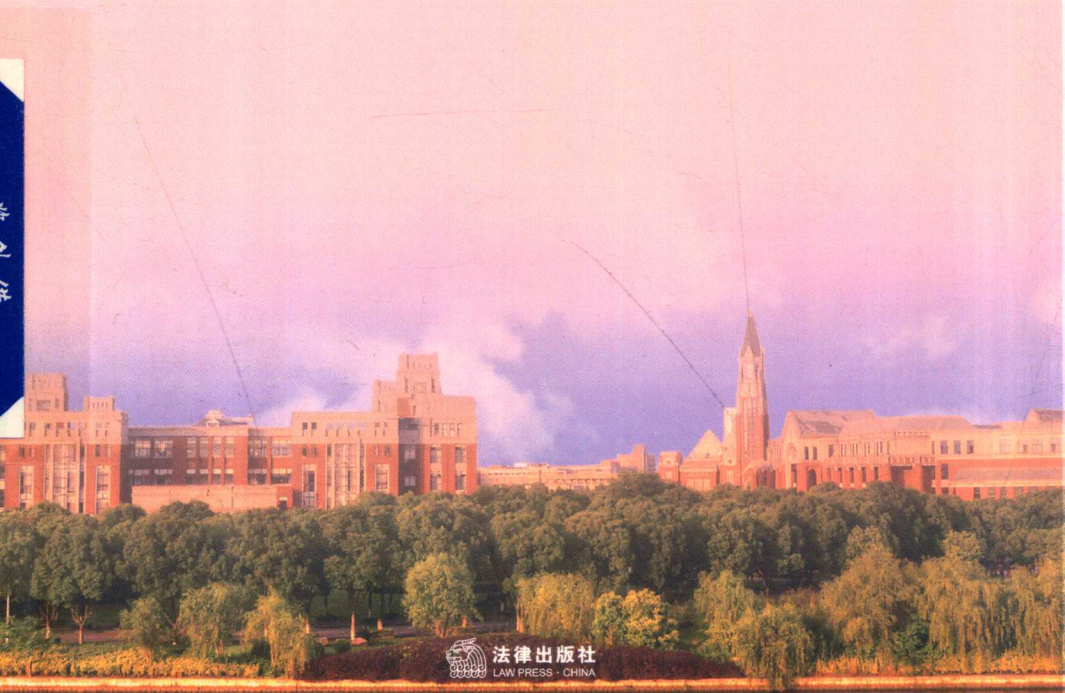




华东政法大学“65芳华”校庆系列丛书
2017年·华东政法大学博士精品文库

国家企业权力规制论

张 俊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



华东政法大学“65芳华”校庆系列丛书
2017年·华东政法大学博士精品文库

国家企业权力规制论

张 俊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国家企业权力规制论 / 张俊著. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2550 - 1

I. ①国… II. ①张… III. ①企业法—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 177642 号

国家企业权力规制论
GUOJIA QIYE QUANLI GUIZHILUN

张 俊 著

责任编辑 刘 琳
装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 A5
印张 11.75
字数 350 千
版本 2018 年 8 月第 1 版
印次 2018 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2550 - 1

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学博士精品文库

编 委 会

主 任

叶 青

副主任

应培礼 顾功耘 刘晓红 林燕萍 唐 波

委 员

(以姓名拼音为序)

陈金钊	程金华	丁绍宽	董保华	杜志淳
范玉吉	高富平	龚汝富	何 敏	何益忠
黄武双	李秀清	刘宁元	刘宪权	马长山
屈文生	孙万怀	童之伟	王 戎	王月明
吴 弘	杨正鸣	易益典	张明军	赵劲松

总 序

我们组织“华政博士精品文库”丛书,每年遴选若干部优秀博士学位论文出版,以期助推博士生学术发展,鼓励博士生精心治学。我们希望“华政博士精品文库”能够像一川清流,如一缕烛光,展现新时期学术青年的深思与创造,为我国的法学研究和法治实践事业注入自己的理想与力量!可以说,文库的每一本著作都满含着博士们的追求、志向与期望。这种志气和期望,体现着青年学子对我们国家法治建设的期许和信心,是博士们品德修养和科研底蕴的展现。他们将这种底蕴和情怀幻化为一种博大的向往,包含着对法治和真理的不懈追求,并将其内化为一种既定的生活方式。正如彼得·德恩里科所说,“每个人都有一个博大的襟怀:通过法治来构建并维系一个和谐社会,通过彼此努力和共同参与来解决社会冲突。这不仅是我们的襟怀,也是我们寻求的生活方式”。

——摘自《2014年·华东政法大学
博士精品文库》总序

序

回顾中国的经济改革历程,国企改革是其中一个无法回避而又始终伴随争议的话题。在目前我国经济结构面临重大调整的情况下,国企改革再度成为经济改革的焦点。党的十八届三中全会以来,我国启动了新一轮的全面改革,2015 年中共中央、国务院《关于深化国有企业改革的指导意见》提出,要按照“四个全面”战略布局的要求,以经济建设为中心,坚持问题导向,继续推进国有企业改革,切实破除体制机制障碍,坚定不移做强做优做大国有企业。

问题导向很重要。当前我国国企改革存在的问题表现在国资监管关系仍未理顺、国资投向及规模缺乏预算约束、国企治理机制仍不健全、国企和民企竞争环境有待优化等诸多方面,但归根结底,核心是国有企业性质、定位、目标的问题。为什么要有国有企业?做强国有企业与做强国民经济的关系是什么?理念问题决定着改革的“顶层设计”。尽管分类改革方案已提出公益类国企的概念,但对于国有企业和国有经济整体而言,公共性理念在改革中仍然是“稀缺品”。从市场经济的发展规律来看,需要政府承担提供公共产品的责任,国有经济作为政府管理和发展经济的手段,本身具有公共性,这决定了

国企要以回应社会公共需要为主要职责,而法治则是确保国企公共性的重要保障。

本书名为《国家企业权力规制论》,试图从一个全新的视角来观察和剖析国有企业改革中的公共性问题,即国企在设立、经营到退出的过程中无不受着国家权力,特别是其中政府权力的影响,同时又将这种权力有形或无形地传递给其他市场主体和全社会。权力本来是为保障公共性而生,因公共性而具有合法性,但不受制约的权力极易异化为对公共性的悖反。一方面,这个主题具有普适性,现代各国无论其社会制度为何,大多存在一定数量的国企,对这些企业如何有效监管,特别是如何规范其中的政府权力因素,是一个世界性的难题。另一方面,这个主题又极具中国特色,在社会主义制度和本土文化的双重背景下,国家对于国企在权力的表现形式、运行方式及制约手段等方面都有值得研究的特殊性。

张俊博士的这部作品立足于理论性与实践性的结合,在国家权力与国企改革法研究的交叉领域,提出国家企业权力作为一类特殊国家权力的概念,初步论证了国家企业权力是通过“政府支配企业—企业行使权利”的机制发挥作用的公权力,具有“政府—国有企业”双层式的权力构造,并根据我国国企的不同分类,分析了其中的权力异化问题,进而构建对国家企业权力法律规制体系的设想。目前,从权力规制角度系统论述国有企业改革的著作并不多见,本书观点新颖、思路清晰、富有特色,具有一定的理论创新与实践参考价值。

张俊博士笃实好学、敏于思考、勤于践行,有良好的法学教育背景,学术基础扎实,长期在法院从事司法实务研究工作。本书是其多年求学和实践积累的成果,在本书即将出版之际,应邀特作此序,希望其再接再厉,进一步深入研究,取得更多更大的新成就。

顾功耘

2017年5月18日

目 录

绪 论 / 1

- 一、研究背景 / 1
- 二、研究综述 / 5
- 三、研究结构 / 17
- 四、研究方法 / 20

第一章 权力的基本问题分析 / 23

第一节 权力的概念和分类 / 23

- 一、权力概念的多义性与确定性 / 23
- 二、权力概念的核心要素 / 28
- 三、权力的分类 / 31

第二节 权力的合法性问题 / 39

- 一、权力合法性问题的含义 / 39
- 二、现代权力合法性的本质——公共性 / 43
- 三、权力合法性问题的推论 / 47

第三节 公权力的异化与矫正 / 48

- 一、公权力的异化 / 48
- 二、公权力异化的原因 / 51
- 三、公权力异化的矫正 / 54

第二章 国家企业权力的证成与异化 / 59

第一节 国家企业权力的证成 / 59

一、国家观念与国家权力的发展历程 / 59

二、国家权力与企业形式的结合 / 68

三、国家企业权力的定位 / 78

第二节 国家企业权力公共性的理论支持 / 88

一、企业性质理论与国家企业权力的公共性 / 88

二、公共物品理论与国家企业权力的公共性 / 95

三、企业社会责任理论与国家企业权力的公共性 / 99

第三节 我国国家企业权力的异化 / 104

一、国家企业权力异化的现象梳理 / 104

二、国家企业权力异化的原因分析 / 110

三、对我国国家企业权力异化的立法反思 / 113

第三章 国家企业权力的规制框架 / 116

第一节 一定秩序下的国家企业权力规制 / 116

一、国家企业权力问题的张力 / 116

二、宪法对国家企业权力的制度安排 / 120

三、一定秩序下的国家企业权力规制 / 125

第二节 国家企业权力规制的客体结构 / 127

一、国有企业的域外分类例证 / 128

二、我国国有企业的分类 / 131

三、国家企业权力与国有企业分类改革 / 137

第三节 国家企业权力规制的主体结构 / 141

一、外部规制主体 / 142

二、内部规制主体 / 152

第四章 公共型国有企业中的权力规制 / 171

第一节 企业设立权规制 / 171

一、公共型国有企业的法人制度 / 171

二、公共型国有企业的设立原则 / 187

三、公共型国有企业的设立程序 / 189	
第二节 企业业务权规制——以政策性银行为例 / 192	
一、公共型国有企业的经营领域与业务权力 / 192	
二、我国政策性银行的业务权力失范 / 199	
三、德国复兴信贷银行的业务权规制镜鉴 / 204	
四、我国政策性银行的业务权规制路径 / 209	
第三节 国家调控权规制——以价格调控为例 / 219	
一、国家宏观调控与国家企业调控权力 / 219	
二、国家价格调控权力的规制 / 222	
 第五章 商业型国有企业中的权力规制 / 236	
第一节 国有资本运营体制 / 236	
一、国有资本运营的权力性与异化风险 / 236	
二、我国国有资本运营体制及突出问题 / 240	
三、国有资本运营公司的体制定位 / 244	
四、国有资本运营公司权力规制 / 250	
第二节 国有资本预算权规制 / 254	
一、公共财政的控权功能 / 254	
二、公共财政对国家资本权力的预算规制 / 258	
三、国有资本经营预算收益规制 / 264	
第三节 企业合并权规制 / 271	
一、《反垄断法》规制国有企业合并的落空 / 272	
二、国有企业合并规制的本质是规制政府权力 / 277	
三、完善国有企业合并规制的进路 / 279	
 第六章 混合所有制改革与国家企业权力规制 / 285	
第一节 作为权力规制切入点的混合所有制改革 / 285	
一、混合所有制改革的实践与目标定位 / 286	
二、混合所有制改革的内在矛盾与激励困境 / 291	
三、混合所有制改革的理念问题 / 294	
四、混合所有制改革中的国家企业权力规制 / 298	
第二节 竞争性行业混合所有制改革中的权力规制 / 304	

一、混合所有制改革的决策规制 / 304

二、混合所有制改革的产权交易规制 / 310

三、混合所有制改革的员工持股规制 / 317

第三节 垄断性行业混合所有制改革中的权力规制——以铁路行业
混合所有制改革为例 / 323

一、垄断行业混合所有制改革的竞争规制与规制机构 / 323

二、混合所有制改革的竞争性市场结构规制 / 332

三、混合所有制改革的铁路企业权力规制 / 337

结束语 / 347

参考文献 / 350

后 记 / 363

绪 论

一、研究背景

社会科学的研究不能只是“象牙塔”内的“出世”自我封闭、自我欣赏,还要具有“入世”的态度,关注周围活生生的现实,去发现问题、解释问题,进而找到解决问题的对策。对于中国的研究者来说,研究和解决这块土地上正在发生的、中国特有的问题更是责无旁贷。这三十余年来,或者更长的时间以来,中国最大的问题,也是最大的难题就是“改革”,它每天在上演,从未终结。

自近代中华文明遭遇西方文明的挑战、改革,或者说变法,一直是国家决策者和社会各阶层一种自觉、自发的应激反应。先是要“救亡”,而后是要“图存”,再是要“发展”,从清末的维新变法直到今天的改革,每一次都是应对巨大内外压力的产物,整个国家被逼到绝境不得不改,改革是“必选项”而不是“可选项”。

这样一种背景和环境使改革在当下成为一个带有强烈的正面指向的词汇,似乎其本身就具有某种不容置疑的天然的正当性。对于政府、企业和其他一切的组织来讲,但凡推出一项新举措、新动作,都被冠以“改革”的名义,被贴上正当合理的标签。对

于公众而言,改革是其不得不面对、不得不接受的一个事实,只要是涉及改革,都被宣称是为了所谓国家和集体的利益,为了所谓长远的利益,代表了正确的方向,这是“政治正确”。

但是改革本身一定是正确的吗,一定是合法合理的吗?从逻辑上讲,改革就是一种变化,可能向好的方向改,也可能向坏的方向改,这取决于改革设计者的理念、目标、方法、途径,以及改革实施者的贯彻落实。因此,改革本身并不是终极目的,好的改革,或者说通往正确方向的改革才是目的。那么什么才是“好的改革”,什么才是“正确的方向”,长期以来决策者相信中国有中国的特色,必须“摸着石头过河”,先改起来再说。而且,什么容易改就改什么,怎么好改就怎么改,不容易改的以后再说,这被称为改革的“智慧”。但是经验表明,这种所谓的“智慧”只是一种权宜之举,更不能把它绝对化。正确的道路往往是看上去最困难的那条路,事先缺乏理性设计和整体规划的改革,尽管在初期可以避免很多矛盾,看似更加容易,显效也更快,但这种方法不仅将矛盾后移,延误了改革的最佳时机,而且造成利益的固化,走偏了的改革要再回到正确的轨道上来则更加困难。如果将这种改革模式的缺点当成特色,甚至是优点,而加以发扬光大,那就贻害无穷了。

所以,要让改革通往正确的方向,一开始就必须明确改革要解决什么问题,用什么方法来解决什么问题,就是改什么、怎么改。这适用于经济体制改革、政治体制改革,包括国有企业的改革。本书研究的出发点就在于此,具体来说,是基于对以下三个问题的思考。

(一)我国改革的核心问题到底是什么

根据历史唯物主义的观点,经济基础决定上层建筑,上层建筑必须适应经济基础发展的要求,否则将对经济基础产生负面的反作用,阻碍经济基础的发展。实行市场经济是被现代各国发展经验所证实的一条可行之路。如果承认社会主义市场经济确实是一种市场经济,那它就应当具备市场主体地位平等、公民权利受保护、政府权力受制约、竞争秩序公平透明、制度规则可预期等这些市场经济必备的共通要素。那么改革的目的是要改变我国上层建筑中不符合或者不适应这些市场经济要求的部分。从我国历史上看,专制主义的传统十分强大,权力在国家的经济生活、政治生活中长期处于主导地位,受到约束很弱,更加没有牢固树立政府的一切权力必须受法律限制的这种文化。即便曾经有所萌芽,

终究也归于昙花一现。一方面国家和社会管理者信奉权力,偏爱集权能够带来集中力量办大事的强大能量;另一方面有相当部分民众也相信依靠权力,特别是个人专权能够为他们的利益带来保护。不可否认,时至今日这种权力崇拜和权力万能的思想还具有相当大的市场,这完全是与市场经济格格不入的。2008年国际金融危机发生后,不能迷信市场,必须加强政府权力,强化政府力量的声音在全球范围内普遍高涨。国际政治经济环境的变化对我国改革的市场化取向也产生了影响。是要加强权力、扩张权力,还是收缩权力,强化对权力的约束和控制,这是两种完全不同的改革思路,也会导向完全不同的结果。实际上,公权力过强且不受约束,是我国上层建筑改革中的最核心的问题。如果不能对公权力的产生、行使、责任承担划定边界,形成强有力的约束,那么个体的权利就不能够从根本上得到保护,社会中的每一个个体,无论处于什么位置,都将面临权力滥用的威胁,都是不安全的、不稳定的。若无安全,何来积累和发展?加强对权力的约束和控制,特别是法治对权力的约束控制,是我国目前各项改革都必须解决的核心问题。而且应当能够看到,随着现代社会的高度复杂化,公共领域越来越多,公权力涉及的范围越来越广,权力行使的手段越来越丰富多样,权力主体也不仅仅局限于政府自身,政府以公共财产设立的企业,如果对公共利益实施干预和影响,在广义上也具有权力主体的性质,而且其对公共利益的作用和影响,有时并不亚于政府本身。

(二) 国有企业改革的症结到底在哪里

国有企业改革之所以这么难,是因为它是我国整个经济、政治体制改革的缩影,在它身上浓缩了从集权体制向市场体制转轨的所有问题,其中最主要的就是公权力的制约问题。在集权体制下,公权力几乎控制一切资源的生产和支配,社会中的个体也只有通过依靠公权力的分配获得资源,国有企业是公权力实现其垂直控制功能的一个环节;而在市场体制下,作为一般意义上的企业,它是横向竞争主体关系中的一员,为确保竞争的有效性,必须与公权力划清界限。因此,国有企业改革的本质就是体制转轨中对公、私身份的再定位,而这在我国需要突破一系列经济、政治“瓶颈”问题。如果仅仅因为国有企业中包含有“企业”二字,就把国有企业改革简单归入企业制度改革的范畴,幻想通过套用新的企业治理模式就能完成这一改革,必然落入概念的陷阱。为什么国有企业改

革改了三十多年,依然是问题重重、无法达成共识? 归根结底,关键是对国有企业的性质认识不清。它们到底是和其他企业一样的企业,还是具有其特殊性质? 我国推进政企分开、建立“现代企业制度”的改革就是遵循将国企改造成一般企业的思路。但是,政府作为国有企业的出资人,不管中间设置多少层的授权出资主体作为“隔离带”,只要是政府对企业的还拥有控股权或控制权,“政”和“企”就不可能真正分开,国有企业建立政企分开的“现代企业制度”就是一个逻辑上的悖论。国有企业一方面可以作为市场主体在经营中获取利益,另一方面又作为政府的“有形之手”,运用公共资源去干预和影响市场,这样的“超级企业”不可能是与其他企业平等的市场主体。这种不平等的根源在于,这些国有企业内部包含国家公权力,这种公权力或者来自企业所处的特殊领域和承担的特殊职能,或者来自对企业所经营的国有资产的处分。它从表面上看似乎是国有企业的某种“特权”,但是究其权力的来源和实质,是政府代表全民行使的国家权力,是国家公权力的一种特殊形式——国家企业权力,政府实际掌控着国家企业权力实现的范围和程度。在市场体制下,这种权力是政府通过设立国有企业输出权力、国有企业通过行使权利实现权力两者共同完成的,缺一不可。这种包含政府和企业双方行使主体的权力正是国有企业的特殊性所在,也是国有企业改革中的关键因素。因此,好的国企改革,本质就是要识别和规范这种特殊的国家公权力,从而才能保障个体自由和财产权利,维护市场的公平秩序,促进公共利益的实现;坏的国企改革就是模糊特殊企业和一般企业的界限、公权力和私权利的边界,维持和扩张权力对资源不受约束的控制。

(三) 如何把国有企业运营和改革中的国家权力“关进笼子”

既然对公权力的规范是我国改革的核心问题,既然国有企业改革难就难在对其中所涉及的公权力的识别和制约,那么改革的中心任务就是对涉及国有企业运营和改革中的国家权力的规范。规范权力的手段可以有多种,首先有政治的手段,我国国有企业不仅作为政权的一种经济力量而存在,而且是一种重要的政治力量,甚至被认为是执政的基础力量。为了政治稳定,就必须对国家企业权力实施一定的监督和规范,国有企业与政府机关一样,遵循同样的“体制内”的行为规则,企业中党委和党组织事实上拥有较大的决策和监督权,“党管干部”的原则在国有企业内同样适用,党内的廉政监督对国有企业特别是领导干部的权力事

实上是一种威慑。其次有法律的手段,如对国有企业的经营预算、国有资产的监管等方面有一系列的立法。最后还有道德的手段,党和政府倡导社会主义核心价值观,国有企业作为“共和国长子”,人们对其经营的合法性、规范性,以及承担社会责任的要求更高,国有企业特别是大型国有企业的权力越界行为往往会成为舆论关注的焦点,受到社会的批评,舆论的压力有时也会对企业权力的行使造成一定压力。在这些规范权力的手段中,法律规制本应是最主要的手段,因为通过立法的方式,使这种规制具有民主性、稳定性和反复适用性。它是明确和可预期的,人们可以合理地期望政府对国有企业在设立、运行和退出过程中会如何行为,公共利益包括自己的利益将如何受到影响,也能够依据法律对国家企业权力的失范进行纠正。从世界各国来看,实行严格的法律规制也是规范政府管理国有企业的有效经验。但遗憾的是,我国对国家企业公权力的法律规制却较为薄弱和有限。这其中既有整体法治水平较低、立法不完善的影响,也有上述对国有企业性质和功能的模糊和错位,特别是对国有企业转轨性、公权性的认识不足。在理论上,目前无论是宪法和行政法学界,还是经济法学界,都未对国家企业权力这种集中围绕国有企业体现的特殊国家权力作为重点研究对象,致使这一处于交叉、边缘领域的权力成为理论研究的盲区。在实践中,目前涉及国有企业改革的法律法规和规范性文件不仅立法层次普遍较低,而且缺乏从社会公共立场出发,对公权力进行规制的法治特性和独立价值。对国有企业在设立、运行到调整全过程中所涉及的公权力进行全面的清理,清晰地划定国有企业及其背后的政府权力边界,促进市场经济的运行更加健康有序。而这也正是本书研究的目的。

二、研究综述

目前学界从国家权力角度对国有企业所涉及的规制问题,特别是法律规制问题进行系统性研究很少。涉及本书研究范畴的文献资料主要集中在国家经济权力及规制、国有企业的性质和分类、对一般国有企业的法律规制、对特殊国有企业的法律规制四个方面。

(一)关于国家经济权力及规制的研究

国家权力,特别是其中的经济权力,是研究国家企业权力和国有企业规制的逻辑起点。这部分的研究有很强的理论性和交叉性,各学科对国家经济权力的研究的共通内容主要针对:国家经济权力的产生和作

用、对国家经济权力的制约。

1. 国家经济权力的产生和作用

亚当·斯密早在1776年出版的《国富论》中就已论述了国家经济权力的产生原因和实现方式。斯密不仅洞见了市场机制这一“看不见的手”的作用,^[1]同时也敏锐地提出,君主或国家的最终职责就是要建立和维护公共机构和公共工程,以方便普通商业和特殊商业的需要,而这些都是需要国家权力作为费用的支撑。为服务普通商业的目的,国家通过税收权力建立和维护公共交通设施、邮政等公共设施;为服务殖民地贸易等高风险、高收益的特殊商业需要,国家授予这些商业团体垄断权,甚至政治和军事权力。^[2] 亚当·斯密的国家经济权力理论虽然具有浓厚的时代烙印,但对今天的国家经济权力及其作用机制仍有很强的解释力。

韦伯从社会学角度研究经济活动的团体性,认为经济权力包括国家经济权力,都是产生于“共同体的经济关系”。他将经济共同体称为“经济统制团体”(wirtschaftsregulierende Gemeinschaften):“团体的规范节制着所有参与者的经济行为,然其组织并未经由直接介入、具体指示(或禁止)而持续性地指导经济活动。这类团体包括了所有的政治团体、许多宗教团体以及其他许多的团体。”^[3] 韦伯指出了国家经济权力对私人经济发展存在抑制作用。“若一个政治共同体依赖公营企业或营利经济以满足其需求,私人的营利经济亦不易出现。”^[4]

罗素从哲学角度对人类社会的各种权力现象进行了系统的研究,在1938年出版的《权力论》中明确提出“经济权力”的概念,并且在多种权力的互动中理解国家经济权力的产生。“经济权力和政府的关系,在某种程度上,是交互作用的关系;也就是说,一群人可以联合起来取得军事

[1] [英]亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下卷),郭大力、王亚楠译,商务印书馆1974年版,第27页。

[2] [英]亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下卷),郭大力、王亚楠译,商务印书馆1974年版,第284~318页。

[3] [德]马克斯·韦伯:《经济与历史》,康乐等译,广西师范大学出版社2010年版,第33页。

[4] [德]马克斯·韦伯:《经济与历史》,康乐等译,广西师范大学出版社2010年版,第46页。