

洪范评论



主编 吴敬琏 江平

执行主编 梁治平

洪范评论

JOURNAL OF LEGAL AND ECONOMIC STUDIES

第13辑

本辑主题

垄断与国有经济进退

生活·读书·新知 三联书店

洪范评论



主编 吴敬琏 江平

执行主编 梁治平

洪范评论

JOURNAL OF LEGAL AND ECONOMIC STUDIES

第13辑

本辑主题

垄断与国有经济进退

Copyright © 2011 by SDX Joint Publishing Company

All Rights Reserved.

本作品著作权由生活·读书·新知三联书店所有。

未经许可，不得翻印。

图书在版编目(CIP)数据

洪范评论. 第13辑 / 吴敬琏, 江平主编. — 北京:
生活·读书·新知三联书店, 2011.8

ISBN 978-7-108-03715-2

I. ①洪… II. ①吴… ②江… III. ①法学—文集②
经济学—文集 IV. ①D90-53②F0-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第060591号

责任编辑 贾宝兰

封面设计 罗 洪 崔建华

责任印制 郝德华

出版发行 生活·读书·新知 三联书店
(北京市东城区美术馆东街22号)

邮 编 100010

经 销 新华书店

印 刷 北京隆昌伟业印刷有限公司

版 次 2011年8月北京第1版

2011年8月北京第1次印刷

开 本 635毫米×965毫米 1/16 印张18.25

字 数 250千字

印 数 0,001—3,000册

定 价 29.50元

编者弁言

近几年来,有关国有企业进退的话题逐渐升温,成为学术界、传媒界乃至社会公众关注的问题,在国际金融危机背景下,这些问题更因为政府采取的一系列经济政策和措施而变得愈加重要和敏感。也是在这样的背景下,洪范法律与经济研究所于2009年末,联合中国社会科学院法学研究所和东方公益法律援助律师事务所,召开了题为“国企垄断、公共利益与法治建设”的学术研讨会。本辑主题研讨收录的16篇文章,就是由此次会议发言选编而成。本刊主编吴敬琏先生没有参加当日的会议,但之后针对这次讨论撰写了评论意见,是为本辑总评。

吴敬琏先生由当今国内外大形势入手,从三个方面讨论了国有经济进退问题,即国有经济在国民经济中的定位,国有企业与公共利益的关系,以及国有企业的效率问题。本刊另一位主编江平先生则从法律角度讨论了国有企业垄断问题,重点是不久前实施的《反垄断法》,以及政府产业政策同法律的关系。

在后续的讨论中,这些问题被进一步地思考和展开。如,韩朝华利用大量统计数据,比较了国有工业、三资工业和私营工业的资源利用率,发现国有工业的利润主要来自于低竞争性行业(与非国有工业方面的情形恰成对照),而且其总资产利润率远不及私营工业,他因此将反垄断列为当务之急。戚聿东的文章由垄断企业在国民经济中的地位入手,就垄断行业改革的必要性与可

行性作了说明。王晓晔指出,权力寻租是实施《反垄断法》的大敌。盛杰民则以一个立法参与者的身份,谈了对《反垄断法》中涉及国有企业垄断的第7条的理解。他认为,该条内容中的“保护”一词,正确的读法应当是“监管”。张昕竹认为,国有企业在经济学上是一个复杂的问题。他主要从监管角度探讨了打破国有企业垄断的途径。刘俊海从国有企业产权结构和社会责任的角度,讨论了国有企业与公共利益的关系;李曙光则从国有企业资本经营预算入手,把这个问题进一步具体化了。盛洪的文章,提供了一个对国有企业垄断的政治经济学和宪政经济学分析框架。秋风的文章则把所谓国进民退现象置于现代国家建构的视野之下加以考察。不过,“国进民退”的说法也并非无人质疑。韩朝华认为,至少在工业领域,没有普遍的国进民退迹象,近一年多出现的某些国有企业的强势扩展,仍属局部现象。更可注意的是卢周来的看法。他认为,问题的核心不在于“国”还是“民”,而在于什么样的领域适合于“国”,什么样的领域适合于“民”,以及适合于“国”的领域,宜采取什么样的“管控”(Regulation)方式。他尝试以经济学理论,结合若干中外案例,对这些问题予以说明,并对“国营”与“公营”加以区分。最后,他还以近年来推行的“供暖市场化”为例,说明在“非市场领域”强行“市场化”的恶果。本期主题研讨还包含另外几个案例分析,如毛晓飞和陈国卫对盐业垄断的分析,张曙光对政府主导下的山西煤矿重组事件的分析,以及朱晓飞对反垄断公益法律行动的介绍和分析。这些个案分析加深了我们对这些领域中存在问题的了解,也有助于我们对本期主题作进一步的思考。

因为篇幅的缘故,我们无法收录这次会议的全部发言,尤其是报告人及其他参会者之间的各种批评、回应和讨论。有意了解这部分内容的读者,可以登录洪范法律与经济研究所的网站查阅。

一般人会认为,国有企业及其垄断地位等,均为经济问题,主要对效率以及社会福利造成影响。然而,正如本期讨论中的一些

文章所指出的那样,国有企业垄断现象不只是经济问题,同时也是政治问题、法律问题和宪政领域的问题。因此,后面这些问题也应当纳入我们的视野,并在更为广阔的时空范围内加以思考。

20 世纪的中国政治思想和实践,似乎是各色激进主义竞胜的舞台,而在今天正统的历史叙述当中,不够激进的思想传统,要么被贴上保守甚至反动的标签,打入另册,要么被刻意遗忘,而至淡出历史。姚中秋的文章,以现代国家构建为着眼点,梳理出一个他所谓的保守—宪政主义思想传统。他力图证明,这样一个注重制度建设的思想与政治谱系,根源于传统儒学,发展于清末民初,而成就于 20 世纪三四十年代在思想、政治和社会领域均甚活跃的一个知识群体,并以或明或暗、或强或弱的形式延续至今,可以被视为现代中国历史演进的基轴。这种对历史的发掘与重构,在揭示新的历史意义的同时,也为人们观照、介入和改变现实提供了新的思想资源。

同样采取历史文化的视角,梁治平提出的却是一个当下的问题:在中国,法律是什么?在作者看来,人们名之为法律的事物一经诞生,便有了自己的生命和表现形式。它们从历史、文化、社会以及当下的实践中汲取养分,在由特定制度、实践和行为策略构成的现实生态中生长。它们被塑造和利用,同时也塑造着行动者。作者以 2008 年开始实施的《劳动合同法》为例,透过一系列法律与社会分析,试图揭示当下中国法律内在的矛盾、紧张和多义的现实性格。作者认为,只有不但意识到并且不断追问法律是什么的问题,我们才能既摆脱对法律的迷信,又不至堕入法律虚无主义的迷津,从而保有对法律与社会的现实感和[未来的]想象力。

迷信法律的一个原因,是脱离具体语境去构想法律的功效,以为弊端丛生,是因为法律不备,法立则弊除。殊不知,法律绝非万能,运用不当,还可能是弊害之源。这样的事例,在中国当代法律发展过程中比比皆是。朱桐辉针对刑事诉讼改革中一味增加权利以保障嫌疑人和被告人权益的现象,提出他所谓条件论的思

想方法和改革路径,据此,制度上的配合、政策的调整和激励机制的改变,被置于更重要和优先的位置。这种视角转换的方法论意义,应当不限于刑事诉讼制度领域。

最近有消息说,美国出现多例沙门氏菌感染病例,相关企业已经召回数亿只鸡蛋。而就在不久之前,美国刚刚通过针对鸡蛋生产企业的法例,希望通过加强政府监管,减少消费者的潜在风险。有趣的是,鸡蛋安全问题正是希尔博教授在他关于美国的消费者保护的论文里援用的一个重要事例。这篇文章追述了美国百年来消费者保护的历史,对此问题产生的历史和社会根源以及嗣后的发展,尤其是政府以监管手段介入、消费者保护法的功效等,作了明晰的讨论。作者认为,尽管互联网时代的到来改变了传统的消费方式,但在买方与卖方之间的不平衡关系继续存在的情况下,干涉主义的消费者保护就仍然是必要的。

本辑研究报告把我们重新带回到《劳动合同法》。这篇报告重事实,有分析,简明扼要,不但有助于我们了解《劳动合同法》的实施对珠三角地区纺织企业的影响,对于人们思考当下中国立法的一般问题也很有帮助。自然,将本文与前面梁治平的论文参照阅读,可能会增加读者的心得。

目 录

编者弁言 1

[洪范评论]

吴敬琏

国有经济进退 1

[主题研讨:垄断与国有经济进退]

江平

国企垄断的法律思考 7

盛洪

国企垄断的政治经济学和宪政经济学 11

秋风

现代国家构建视野下的国进民退 15

毛晓飞

反盐业垄断与公益法律行动 19

陈国卫

盐业体制改革回顾 26

张曙光

山西煤炭重组的法律与经济分析 31

戚聿东

深化垄断行业改革 促进社会全面发展 35

韩朝华

国有工业的资源利用率和发展态势 42

卢周来

超越“国有”与“民营”,推进分类改革 56

刘俊海

国有企业的产权结构与社会责任的 70

李曙光

国企垄断与国有资本经营预算 74

刘海波

中国国有企业法人的概念与资本社会化 79

张昕竹

如何打破国企垄断 83

王晓晔

权力寻租是对《反垄断法》实施的最大挑战 87

盛杰民

《反垄断法》第7条不是国企实施垄断行为的保护伞 90

朱晓飞

国企垄断、公共利益与公益法实践 93

[论文]

姚中秋

论现代中国的保守

——宪政主义思想与政治传统 97

梁治平

在中国,法律是什么?

——以《劳动合同法》为中心展开 143

朱桐辉

约束条件下的刑事诉讼改革

——从在场权移植切入 177

诺曼·希尔博

从《丛林》到《黑客帝国》

——从消费者保护的过去看消费者保护的未來 205

[调查报告]

夏楠

劳动合同法实施情况研究

——以珠三角纺织企业为考察对象 228

国有经济进退

吴敬琏*

进入 21 世纪以后,人们原以为在上世纪末已经解决的关于国有经济进退问题的争论再起。一些论者认为,政府不但不应该退出市场,反而应当强化它对国民经济的控制。政府和国有经济的这种强势控制,使有别于自由市场经济的所谓“中国模式”具有很大的优越性,特别是 2008 年国际金融危机发生以后,美国经济陷入萧条,于是美国也出现了以政府资金拯救某些足以引起系统性危机的金融机构。某些论者据此认为国家和国有经济的全面控制乃是历史大势所趋,而这正是所谓“中国模式”的核心内容。于是,他们认为“中国模式”将为世界各国所仿效。这样一来,国有企业问题成为争论的中心。

一、关于国有企业在国民经济中的定位

1949 年中华人民共和国建立以后,通过 50 年代中期的社会

* 吴敬琏,国务院发展研究中心研究员。

主义改造,建立了苏联式的社会主义经济体制。这种体制的主要特征,是在国家的强力控制下实行国民经济的计划化。原来以为一旦建立起这样一个政府全面控制资源的“举国一致”体制,经济社会就会获得一日千里的进步,中华腾飞于世界也就指日可待。殊不知,中国的苏式经济体制和其他社会主义国家一样,表现极为不佳。继而发生的文化大革命使整个社会濒临崩溃的边缘。

巨大的灾难使官民同心谋求改弦更张,确定了市场经济取向的改革目标。所谓市场经济,是指这样一种经济,由自由竞争形成的市场价格,在资源配置中起着基础性的作用。市场机制是由独立的经济主体之间的互动造就的,所以,市场经济必然主要由私有企业作为主要的经济成分。在市场经济中也会存在一些国有企业,但这类企业主要存在于公共产品的领域中。为了建立市场经济,就必须对原来国有企业占统治地位的所有制结构进行调整,使国有经济从一般的竞争性领域退出,同时,大力发展多种类型的民营经济,形成多种所有制共同发展的格局。在中国改革中认识这种必然性经历过一个长期的过程。1997年的中共十五大指出,国有经济需要控制的只是“关系国民经济命脉的重要行业和关键领域”。1999年的中共十五届四中全会把十五大所说的“重要行业”和“关键领域”,进一步明确为三个行业 and 一类企业,这就是:(1)涉及国家安全的行业;(2)自然垄断的行业;(3)提供公共产品和服务的行业;(4)支柱产业和高新技术产业中的重要骨干企业。在以上四项中,(1)和(3)两项没有太大的争论,而(2)和(4)两项不但有认识上的分歧,而且在往后的实践中已经突破。

虽然中国的经济改革一直遭遇来自传统意识形态和特殊利益的阻碍,直到世纪之交改革大体上还是沿着市场化的方向推进。但是,当进入彻底改变政府职能和对国有大型企业进行产权重组的深水区时,改革的步调就放慢了下来。不仅如此,2003年以后,出现了“国有经济是共产党执政的经济基础”、“中央国企是共和国的长子”等说法,要求提高国有经济在国民经济中的比重,

提高国有经济对国民经济的控制力。在一些领域中甚至出现了“国进民退”，由国有企业强行兼并民营企业的开历史倒车的现象。这些做法，都是有悖于中国社会经济发展的大方向和执政党公开宣示的改革路线的。任其发展，必将对国家的发展造成严重损害。

二、国有企业是否是公共利益的当然代表

主张强化国有经济控制的一个论据，是说国有经济是公共利益的体现。只要若干个体组成为社会，就会发生以个体利益（私益）为怀的私人意志和以公共利益为怀的公共意志的关系问题。而不同的政治思想和政治派别，往往就是以怎样看待两者之间关系区别开来的。许多学人指出过，如果以公意压制和排斥私益，并且不对执行公意的公权力进行监督和约束，即使革命起义所建立的政权，也难免走向暴民专政，或者出现马克思在总结 1871 年巴黎公社经验时谆谆告诫的，必须注意防止政府“由人民的公仆变为社会的主人”的极权统治。

在中国，这一区分具有更重要的意义，因为在中国专制主义的传统语境下，“公”只是官家和皇家的代称。郑玄注《礼记》说，“公犹官也”。“公车”就是“官车”，“公服”就是“官服”，“公庭”就是国君的庙庭。加之在顾准所说的 1789—1871—1917 的思想潮流下，斯大林主义的国家主义（statism）在执政党内影响深远。崇尚全能国家，把政府和党政官员看做公共利益的当然代表，就成为主导的意识形态。1949 年以后，好几代人都受到这种意识形态的灌输，因而影响深远。

在这样的体制和文化背景下，20 世纪 80 年代中期初步建立起计划经济为主、市场调节为辅，国有经济为主、民营经济为辅的体制框架以后，利用权力寻租的活动就逐渐滋生。于是，两种截

然相反的前途摆在中国的面前：一条是逐步铲除寻租活动的政治经济体制基础，走向政治文明下法治的市场经济道路；一条是增强权力干预和国有垄断地位的道路，沿着这条道路，只能走向权贵资本主义，即毛泽东所说“封建的、买办的、国家垄断资本主义”。当改革得到推进，权力寻租的空间得到压缩，腐败受到抑制，人民满意的声音会占到主导地位；而当党政官员不受约束的权力得到增强，腐败就会加剧，大众愤懑不平的情绪也会与日俱增。

如果不能把权力“关进笼子”，缩小国有经济的规模并且把有必要存在的国有企业置于公众的严格监督之下，在普遍寻租的环境下，一些政府官员和国企领导人就会以“公共利益”为名义，运用垄断权力谋求小团体乃至个人的私利。在这方面，案发后获死刑、缓期两年执行的原中国石化集团董事长陈同海的言行最有代表性。“我们是共和国的长子，我们不垄断谁垄断？！”此公不但一个月花销公款120万元，每天平均4万元，还创造了一次受贿1.6亿元的纪录。如果不是受到其他案件的牵连，他还会长期坐在世界500强企业一把手的高位上。

让这样的人来“为民做主”，充当人民利益的当然代表，无异于让狼看管羊群。

三、国有企业是否具有效率上的优势

主张“国进民退”的另一个论据，是国有企业具有效率上的优势。他们说，2009年中国国有经济的盈利增长9.8%（高于GDP增长1.2个百分点，更高于民营企业的盈利增长），达到1.3万亿元的高位，可见国有企业较之民营企业在效率上具有优势。其实，这只是知其一而不知其二的短期印象。

第一，国有经济得以存活和转为盈利，是耗费数万亿元纳税

人的血汗救助的结果。在改革开始以前,国有企业一家独占,效率再低也全由国民承担,显现不出来。一旦面临其他经济成分的竞争,它们的效率劣势就会暴露出来,亏损逐年增加,全靠财政补贴。到1994年,国有经济陷入全面亏损的境地。这时财政已无力负担,就靠国有银行贷款支撑。这使国有银行的不良资产大量积累,资本充足率也下降到大大低于巴塞尔协议所要求的水平。在亚洲金融危机发生以后,中国政府认识到不良资产积累对中国金融体系造成的系统性风险,在1998年发行2700亿元的特别国债,用以充实国有专业银行的资本金。1999年又陆续成立4家资产管理公司,承接1.4万亿元的国有商业银行的不良债权。但是,到2002年年末,四大国有商业银行的不良资产率又达到4家银行贷款总额的26.1%。从2004年开始,国家成立专门的投资机构:中央汇金公司动用国家外汇储备向国有商业银行注资,总注资量约为1000亿美元。与此同时,剥离不良资产2万余亿元,使其达到上市的要求。1998年以后的10年,仅政府用于救助国有商业银行的资金就高达5万多亿元。

第二,在近20年城市化过程中,政府从低价征收农民土地中获取了总额高达20万~30万亿元的差价收入。其中相当一部分转移到了国有部门。国有企业从无偿占有公共资源中取得巨大收益。据这次会议上盛洪教授的估计,仅无偿占用国有土地资源,国有企业每年就从应交未交的地租中取得约1.4万亿元的收益。许多高盈利的国企属于采矿业等资源产业,它们无偿或低价使用国有自然资源,收益也十分可观。

第三,国有企业的盈利基本不上缴。2009年中央国企盈利6900亿元,上缴547亿元,不到盈利总额的10%,其余的近6000亿元留在企业里。除此,金融类国有企业,如五大国有商业银行、四大资产管理公司、中投、社保理事会以及宣传口的企业,包括中央电视台、党报、出版社等,都不上缴利润,这笔本应属于所有者即全体人民的巨额利润。

第四,许多国企拥有垄断特权,获得垄断收益。《中华人民共

和国反垄断法》第7条规定：“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者的合法经营活动予以保护，并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和调控，维护消费者利益，促进技术进步。”“前款规定行业的经营者应当依法经营，诚实守信，严格自律，接受社会公众的监督，不得利用其控制地位或者专营专卖地位损害消费者利益。”从表面上来看，这一法律规定靠国家公权力的支持获得了特殊权利的垄断企业负有一定的垄断责任，但是在这里，对设立专卖等行政垄断的条件未作任何限制性规定；而且对于垄断企业特权的保护是实的，他们的责任却是虚的。于是，就出现了本次讨论会中举出的国有垄断企业获得暴利的奇怪现象。

除此而外，2009年10万亿元以上的银行贷款主要贷给了国有企业，以及地方政府为“引进央企”把地方国有企业划拨给央企等，都构成国有企业特别是中央国企垄断地位加强和垄断人利润暴增的重要因素。

从以上的分析可以看到，从账面利润的一时增加来论证国有制的“优越性”是完全没有说服力的。

国企垄断的法律思考

江平*

我们的《反垄断法》已经实施了,里面涉及到国企垄断的问题。第7条讲到了国有经济占控制地位、关系到国民经济命脉和国家安全的企业,以及实行专营和专卖的企业。这二者并不完全包括在《反垄断法》的范围内。但是这句话,就是保护它的合法经营地位,这是指两大部分一个是在国民经济的命脉和国家安全的部门允许一些国企的垄断,另外,就是实行专营和专卖的行业。我认为实行专营和专卖的行业,应该包括在国家垄断的范围,比如烟草、盐业行业的专营专卖。从表面看,《反垄断法》似乎把这些领域排除在调整范围之外了,但需要注意的是,《反垄断法》所讲的是保护“合法的经营地位”。如果专营企业有不正当的经营行为,仍然属于《反垄断法》的调整范围。

《反垄断法》在涉及行政垄断的行为方面,应该说也做了一些规定,当然是经过了激烈的争论以后写进去的。因为行政机关并不是反垄断的对象,行政机关也不可能作为反垄断行为的主体出现,但是,这个问题在中国实在太严重了,也就是说权力寻租现象比比皆是。几乎每个部门都可以利用它的行政权力出

* 江平,中国政法大学终身教授。