



经济法文库 (高法系列)

Economic Law Library

国有公司董事会 法律制度研究

LEGAL SYSTEM OF BOARD OF
DIRECTORS IN STATE-OWNED COMPANY

© 胡改蓉 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



国有公司董事会 法律制度研究

© 胡改蓉 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国有公司董事会法律制度研究/胡改蓉著. —北京:北京大学出版社,2010.9
(经济法文库·商法系列)

ISBN 978-7-301-17737-2

I. ①国… II. ①胡… III. ①国有企业-董事会-公司法-研究-中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第172178号

书 名: 国有公司董事会法律制度研究

著作责任者: 胡改蓉 著

责任编辑: 张兴群 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-17737-2/D·2672

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 14.75印张 257千字

2010年9月第1版 2010年9月第1次印刷

定 价: 40.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《经济法文库》总序

我国改革开放三十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉,不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

三十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入WTO以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

……

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

内容摘要

在公司治理机制中,董事会上受制于“股东会”,下监督“经理层”,处于“承上启下”的枢纽地位,其职能定位是否准确、人员构成是否合理、激励机制与约束机制是否完善,直接决定了公司经营绩效的好坏。在以公司制为国企改革方向的时代背景下,董事会制度自然成为国有公司治理机制良性运转的关键。

自1994年《公司法》实施以来,国有公司董事会制度逐步得以确立。然而,现实中形似神非的董事会建设难以实现制度设计之初衷,其运作机理的异化、人员构成的“准官员化”造成了国有公司治理机制徒具其表,传统流弊难以根除。2004年,国务院国有资产监督管理委员会以大型央企为切入点,积极探索、着力推动国有独资公司董事会试点工作,彰显了政府希望借助于董事会制度来完善国有公司治理机制的迫切愿望。一时间,“央企改革命系董事会”成为国企改革的经典写照。然而,为时近五年的试点工作,远未达到预期效果。董事会的职权究竟应该如何设计、其人员构成究竟如何配置、评估机制该如何构建、激励机制与约束机制又该如何完善,这一系列问题,现有制度并未给出令人满意的答案。正是在这样的困惑下,本书以国有公司董事会法律制度为研究对象,将公司法原理与我国国有公司的“个性化”特点进行对接,就相关制度进行反思与重构,希冀能对当下国有公司董事会法律制度建设起到“抛砖引玉”的作用。

本书沿着基点论—角色论—结构论—绩效论—激励论—责任论的逻辑线索逐层展开,以国有公司类型的“纵横”剖析为切入点,探究了国有公司董事会的角色定位,并在此基础上,从功能主义出发,设计了董事会的内部构造。为检测上述角色定位与内部构造之合理性、董事履职之适格性,文章构建了董事会评估机制,并认为在完善相关激励机制与约束机制的基础上,以评估结果为参数对董事进行奖惩,能够有效促使董事为公司利益恪尽职守、勤勉工作,最终实现国有公司董事会制度设计之目的。

第一章 基点论:国有公司及其董事会法律制度基本解析 该章是本书研

究的逻辑起点,主要是对国有公司类型进行重新梳理并对国有公司董事会法律制度进行基本解析。在此部分中,国有公司类型的梳理对本书研究思路起着指导作用,也是本章的核心内容所在。在我国,现有的理论研究和立法实践,对国有公司董事会法律制度的构建都是以单纯的资本结构为依据进行分类设计(即对于国有独资公司和国有控股公司规定了不同的董事会法律制度),而忽视了国有公司所处领域以及国有资产经营管理体制等因素对国有公司治理结构的影响,如此一来,使得政府对国有公司的管理一直在“放权”与“收权”之间摇摆不定。本书的研究突破了上述传统框架,就国有公司类型进行了“纵横立体式”梳理,并以此为脉络,对董事会各项具体制度进行研究。就“横向”分类而言,目前我国国有公司可分为非竞争性领域国有公司与竞争性领域国有公司。前者发挥着“政治功能的延伸”作用,不以营利为最终追求,社会性是其本质所在,在根本上属于特殊法人,无法做到政企的绝对分开,其运作必然受到政府一定程度的干预。后者则是基于我国国情的特殊考虑。尽管依照经典经济学理论,国有公司应当退出竞争性领域,然而在当下的中国,不可能采取极端的退出方式,必然需要一个过程,在这个过程中,国有公司治理问题同样存在。因该类公司在本质上属于商事公司,所以政府应当与其保持“一臂之距”,还企业于市场。就“纵向”分类而言,目前对于我国国有资产经营管理体制,应当采取“政府—控股公司—被投资实体”的“三级经营模式”。在该模式中,处于中间层的控股公司(即国有资产经营公司)最为关键,是国有资本与市场运作对接的平台,事关整个经营模式的成败。由于国有资产经营公司割裂了政府与处于市场的被投资实体间的直接联系,因此,企业实体受政府干预的力度必然较小;相比之下,国有资产经营公司直面政府,必然容易受到政府的过度干预,因此,对其独立性的保障应成为国有公司董事会法律制度构建的核心之一。由于上述的“纵”“横”类型必然存有交叉,这就形成了本书研究国有公司董事会的“纵横立体式”模式,即“非竞争性领域国有资产经营公司—非竞争性领域普通国有公司”及“竞争性领域国有资产经营公司—竞争性领域普通国有公司”。当然,由于国有公司出资人的固有“虚位”、政府身份的特殊以及委托代理关系的复杂,无论是针对何种类型的国有公司进行董事会法律制度构建,都应当在顾及“国有”特色的前提下,体现董事会的独立、专业以及责任的严格。

第二章 角色论:国有公司董事会之职权设计 董事会的职权界定是研究董事会法律制度的首要问题。本书以公司权力配置的法经济学分析为视角,基于效率对制度的需求、控制权与风险的匹配以及“股东本位”向“社会本位”的转变,并结合我国国有公司对政企分开以及国有资产保护的特殊需求,提出了国有公司中“董事会中心主义”的立法模式,将董事会的经营决策权予以扩展,同时,

确保其对经理层的监督权。本书以经营决策权为分析重点,就不同类型的国有公司进行了分类设计:对竞争性领域国有公司提出了以“商业化”为方向的董事会职权设计思路,并就国有资产经营公司与处于市场的普通国有公司进行了分别阐述;而非竞争性领域国有公司,基于其“社会性”因素的考量,虽然也强调董事会对公司剩余控制权的享有,但是对主营业务的转变、投资方向的更改、产品价格的调整等特定事项的决策权予以了限制。由于董事会的独立性是董事会职权得以正当行使的保障,为使其权能不受“蚕食”,本书就董事会与国有资产监督管理委员会、党委会、经理层的关系分别进行了厘定,这对于防止政府过度干预和“内部人控制”有着极为关键的作用。就国有资产监督管理委员会与董事会关系,本书认为应由授权经营关系向监管关系转变;董事会与党委会的关系,应当切实实现“经营决策中心”与“政治核心”的分野;而董事会与经理层的关系,则应当强调各自角色的回归,前者监督后者,后者辅助于前者。

第三章 结构论:国有公司董事会之内部构造 再好的职权设计必须依靠良好的组织机制才能得以实现。因此,董事会的组织结构是董事会职能有效发挥作用的基础。在本部分,本书对董事会的规模、构成、专业委员会的设置以及董事的选任机制、董事长的确定方式等进行了深入探讨。对于董事会的构成,本书认为基于不同领域国有公司功能之不同,应当进行区别设计:对非竞争性领域的国有公司董事会,应建立“三三三”的制衡模式,即三分之一的政府董事、三分之一的独立董事以及三分之一的内部董事(执行董事和职工董事);而对竞争性领域的国有公司董事会,则应采纳独立董事为主的构建机制。此外,本部分还重点就国有公司的政府董事制度、外部董事制度以及职工董事制度进行了详细分析。对于政府董事,本书认为,应当由适格的政府公职人员担任,在本质上其与公司形成的是混入了政治因素的服务契约,既需要向公司负有忠实义务和注意义务,也需要向国家负有特定的报告义务和信息沟通义务;对于外部董事,当前最大的问题是仅仅独立于经理层而未独立于政府,这虽然有利于对“内部人控制”现象的抑制,却不利于政企分开目标之实现,因而应向独立董事制度迈进;对于职工董事,目前急需走出“两栖身份”的尴尬,明确以公司利益为其决策依据,当然,为实现该制度设计之初衷,在具体权义配置上要彰显职工董事之特色,使其能够在董事会平台充分反映职工之利益诉求。

第四章 绩效论:国有公司董事会评估机制之构建 董事会的职权设计是否合理、组织结构是否科学、所选任的董事是否适合、权义配置是否得当,这一系列问题的答案都必须“用事实说话”,而对该事实的公正判断就需依靠评估机制。规范、科学的评估机制既是国有公司董事会有效运作的保障,又是选拔国有公司董事,并对其进行激励和约束的重要参数。通过建立符合国有公司实际特

点的董事会评估体系,可以对董事会以及董事的行为进行引导和矫正,提高其履职能力,以实现公司的有效治理和国有资产的保值增值。目前关于董事会的评估方式主要有董事会的自我评估、社会机构的评估以及出资人的评估。基于国有资产的特色,本书尤其强调的是后者,即出资人对国有公司董事会的评估,其中又以国资委享有的评估权为重。在具体的评估内容上,本书认为,对于董事会的整体评估,应当从董事会结构之合理性、董事会履职之尽责性以及公司发展及业绩之良好性三方面进行;而对于董事个人的评估,则主要依据普通标准和个性化标准分别展开。所谓普通标准,即为董事对公司所负之忠实义务和注意义务;而所谓个性化标准,则为执行董事、独立董事、政府董事以及职工董事基于制度设计的本源而各自负有的特定义务。

第五章 激励论:国有公司董事激励机制之不足及其补正 依据评估结果,公司应当对履职情况较好的董事进行激励,这是对“人力资本”投入的一种认可。因此,激励机制的完善是董事会法律制度构建的关键环节之一。国有公司中委托代理关系的复杂性使得代理人的机会主义与逆向选择更为明显,因此,国有公司董事的激励机制设计必然与私人公司不同。这种不同主要体现在以下三点:首先,政府应对国有公司董事的激励机制享有决策权和监督权。尽管书中对执行董事、独立董事以及职工董事薪酬的确定构建了不同的程序,但是,始终保障了出资人的最终决策权。对于政府董事,本书在借鉴国外有关制度的基础上,认为该类董事不应从公司取得报酬,对该类董事的激励方式可以采取“经营优而升”的模式。其次,激励机制设计应当体现法律的“分配正义”。对于目前较为敏感的国企管理者高薪问题,本书认为不应进行“一刀切”的“倍数”管理,而应区别对待:对于竞争性领域的国有公司,政府不应过度干预,由市场自行决定,体现激励机制的外部公平性,以此吸引有能力的管理者加入国有公司;而对于非竞争性领域的国有公司,由于公司业绩的取得不仅是依靠董事等管理者的经营才能,更多的是依靠其垄断地位或者国家资源,因此,可进行一定的“倍数”管理。最后,为保障激励机制的公允性,本书提出应建立和完善有限的司法审查制度、充分的信息披露制度以及国有公司特有的经济责任审计制度,以防止畸高的董事激励对公司利益的“蚕食”。

第六章 责任论:国有公司董事法律责任体系之完善 降低代理成本的措施应当是对业绩突出者给予丰厚的、可预期的回报,而对经营失败者则施加切实的、可预期的惩罚。此时,责任机制就成了董事会能够有效运作的保障。笔者从民事责任、行政责任、刑事责任三方面入手,对完善国有公司董事法律责任体系提出了相关建议。就民事责任而言,笔者以董事对公司的责任为视角,从民事责任的强化和民事责任的限制“正”、“反”两反面进行了制度补正,尤其是在民事

责任的限制上,对于经营判断原则在我国国有公司中的个性化适用、董事责任限制制度对政府董事和职工董事率先适用的可行性等,分别进行了详细论述。就行政责任而言,本书主要是针对目前制度设计的“统一”做法提出质疑,认为基于政府董事与非政府董事的身份差别,应当分别适用行政处分和行政处罚,不能仅因公司的“国有”身份而一律采取行政处分。就刑事责任而言,本书主要就国有公司与非国有公司的“差别保护”进行了剖析,认为在涉及罪与非罪的问题上应当平等对待;在罪名认定上,除政府董事仍适用现行规定外(即按国家公职人员定罪),亦应体现形式平等;但在具体刑罚设定上,基于刑法之法意,对国有公司董事应“从重”处罚,通过对国有资产的“差别保护”,实现实质正义。此外,本书还就背信罪在我国引入的可行性进行了分析,认为立法应引入普通背信罪,并与现行的特别背信罪相结合,构建一个例示加概括的“背信罪”立法模式,体现法律的确定性和灵活性,维护委托人利益。

CONTENTS 目 录

| | |
|----|---|
| 绪论 | 1 |
|----|---|

| | |
|----------------------------------|-----------|
| 第一章 基点论:国有公司及其董事会法律制度基本解析 | 14 |
| 第一节 国有公司界定及其类型梳理 | 14 |
| 第二节 国有公司治理对董事会法律制度的需求 | 27 |
| 第三节 国有公司董事会法律制度解读 | 30 |

| | |
|-----------------------------|-----------|
| 第二章 角色论:国有公司董事会之职权设计 | 37 |
| 第一节 国有公司董事会之角色定位 | 37 |
| 第二节 国有公司董事会职权之演进及其评析 | 45 |
| 第三节 我国国有公司董事会职权之重构 | 49 |
| 第四节 国有公司董事会独立性之保障 | 60 |

| | |
|---|-----------|
| 第三章 结构论:国有公司董事会之内部构造 | 75 |
| 第一节 国有公司董事会构建之基本设想 | 75 |
| 第二节 特殊董事之个性化制度设计——由观念 走向现实的“利益相关者”理论 | 99 |

| | |
|-------------------------------|------------|
| 第四章 绩效论:国有公司董事会评估机制之构建 | 122 |
| 第一节 国有公司董事会评估机制之设计 | 122 |
| 第二节 国有公司董事评估机制之检讨与完善 | 136 |

CONTENTS 目 录

| | |
|---------------------------|-----|
| 第五章 激励论:国有公司董事激励机制之不足及其补正 | 147 |
| 第一节 国有公司董事激励机制之理论探源 | 147 |
| 第二节 国有公司董事激励机制中决策权之配置 | 152 |
| 第三节 国有公司董事激励机制中公允性之保障 | 164 |

| | |
|-------------------------------|-----|
| 第六章 责任论:国有公司董事法律责任体系之完善 | 178 |
| 第一节 国有公司董事法律责任之理论分析 | 178 |
| 第二节 民事责任之补正——以董事对公司的 责任为视角 | 182 |
| 第三节 行政责任之矫正 | 191 |
| 第四节 刑事责任之重构 | 197 |

| | |
|------|-----|
| 参考文献 | 207 |
| 后记 | 221 |

绪 论

世界银行前行长詹姆斯·D. 沃尔芬森曾说：“完善的公司治理对世界经济的影响将变得和国家治理影响一样关键”^①。在国有经济占主导地位的中国，完善的国有公司治理机制也必然决定着中国经济发展的走向。

一、选题缘起

在中国三十年的改革画卷中，国有企业的改革可谓是最为浓墨的一笔。多年来，我们一直围绕着国企改革，苦苦探寻着最适合的路径。从高度计划体制的国有国营阶段，到两权分离阶段，再到现代企业制度阶段；从国家全权管理企业经营、国有企业不拥有法人财产权，到企业经营权形式上的下放、企业拥有不完全的法人财产权，再到国家仅行使出资人职能、国有企业法人财产权最终得以确立，整个改革进程无不体现出这一点。以历史的眼光看，我们确实取得了进步，这一客观事实不容置疑，但就现实的需求看，我们的国企改革仍面临着诸多难题。国有企业究竟能否治理好？它与政府的关系究竟如何厘定？该怎样建立一个真正适合中国的国有企业治理机制？这些问题至今仍使人深感困惑。

（一）国有企业治理法律制度研究：并非无解的命题

本书写作之前，笔者对国有企业治理问题的研究也是“望而生畏”。当下，法学界研究商事公司治理的学者很多，研究成果也颇为丰富；相反，在查阅了诸多资料后，笔者发现，进入 21 世纪以来，法学界对于国有企业治理的研究却极为匮乏。究竟是如我国公司法学者蒋大兴教授所言，“数十年来举步维艰的改革实践和理论探讨已使我们思考这类传统命题的思维疲惫不堪，老生常谈而衍生

^① 转引自刘银国：《国有企业公司治理研究》，中国科学技术大学出版社 2008 年版，第 16 页。

的精神麻痹致使我们不愿睁开双眼再严肃审视这样的问题”^①，还是说国有企业治理真的是一个无解的命题？

环顾当今世界，国有企业存在的客观性不为人的主观意志所左右，无论是在国内还是在海外，无论是在计划经济体制下还是在市场经济体制下，国有企业都确实确实存在着，并未退出历史舞台。西方国有企业私有化浪潮的实质，其实是市场化、民营化，而绝非简单意义上的“私有化”。^② 那些作为公共经济部门重要延伸的国有企业、政府公司仍然在西方各国发挥着调节社会经济和市场经济的功能，在国民经济中具有重要地位。^③

通过对西方主要国家国有企业治理机制相关资料的梳理，笔者发现以下三点：其一，市场经济并不排斥国有企业。即使像美国、法国、日本等这样市场经济高度发达的国家，仍然存在着许多国有企业。它不仅可以作为政府解决特定问题，例如市场失灵和市场不足的重要工具，而且也是政府影响宏观调控的有生力量和实现形式。其二，良好的公司治理机制可以提高国有企业的经营效率。在规范治理的前提下，国有企业制度“并非一种天然低效率的制度安排”^④。在新加坡，国有企业的效率远远高于私营企业和跨国公司，如淡马锡控股公司；在法国，国有企业的竞争力也可以远高于私营企业，如雷诺汽车公司。可以说，国有企业的高效来自于良好的公司治理。其三，政府应当扮演一个明智的、负责任的和积极进取的所有者代表角色，它不能以管理者的身份将一些社会目标通过行政手段强加于企业身上，也不能向国有企业发布经营指令，干涉企业的经营活动。

可见，国有企业治理固然会面临诸多特殊困难，这些困难或多或少来自于国

① 蒋大兴：《国企改革、国家所有权的法律迷思》，载吴越主编：《公司治理：国企所有权与治理目标》，法律出版社2006年版，第34页。

② See Neftali Garro, *Insurance Privatization in Costa Rica: Lessons from Latin America with Special Reference to Uruguay*, 7 Conn. Ins. L. J. 359, 2001.

③ 在OECD成员国中，国家所有权的重要性经常归因于其所经营领域的“战略性”。虽然“战略性”这个概念是有争议的，但是它经常包含了主要能源与资源（如水力发电、石油、天然气和煤炭）、邮政和电信系统、主要的运输系统（如铁路和航空）以及略微显得不那么重要的一些金融服务领域的生产和开发。国家过去控制着这些领域，现在仍然在这些领域中占有很大的直接利益，只不过这种关系的性质已经有了变化的趋势。几乎所有的OECD成员国政府仍然在参与以上所提及的某些领域，尤其是在一小部分国家（如捷克共和国、丹麦、芬兰、意大利和挪威），国家仍然是邮政系统和铁路的唯一所有者，是大部分航空运输公司和能源企业的主要所有者。此外，即使在金融部门私有化之后，一些国家仍然保留着部分金融机构的重要股份，通常是在30%—100%之间。参见经济合作与发展组织：《国有企业公司治理：对OECD成员国的调查》，李兆熙、谢晖译，中国财政经济出版社2008年版，第29页。

④ 纪宝成：《国有经济制度创新的几个理论与实践问题研究》，载《中国人民大学学报》2004年第5期。

家的行政传统、近期的国营部门改革以及所在国的经济自由化程度。^①但即便如此,在许多国家,国有企业改革还是取得了很高的收益。因此,如果找到好的治理机制,那么就可以实现更加合理的资源配置以及更加有效的企业治理方式。在此启发下,笔者进入了国有企业治理机制的研究领域。

(二) 国有公司董事会法律制度研究:解决问题的焦点

公司制是当前国企改革的基本方向,而董事会是公司治理的重要组成部分,一个强有力的董事会可以促进国企改革的成效,而软弱的董事会只会将国有企业置于各种有害的“掣肘”之中。因此,提升国有公司董事会质量是改进国有企业治理机制的一个基本步骤。为此,必须保证国有公司董事会的能力、增强其独立性、改进其履职方式,同时,明确董事责任以确保其诚实工作。^②美国、法国、新加坡等国家的经验也表明,发挥董事会作用,使董事会承担起企业经营的责任,是改善国有企业治理、提升国有企业绩效的有力措施。经济合作与发展组织制定的《OECD 国有企业公司治理指引》特别强调了国有公司董事会的重要意义,即政府应当促使国有企业董事会承担起董事会的职责,并且限制自己直接参加到董事会中;同时,政府不应参与国有企业的日常事务管理,应放手让国有企业自主经营,以达到政府所设定的目标。

就我国而言,国有企业的公司制改造虽然已历经十多年实践,国有公司董事会的建设自1994年《公司法》实施以来也在不断探索和推进,但实施效果很不理想。^③在2004年,国资委从大型央企入手,开始推动国有独资公司董事会试点工作,彰显了我国希望借助于董事会制度来完善国有企业治理机制的愿望。然而,截至目前,改革的进度与成效却难以令人满意。国资委当初曾设想在2007年完成所有央企董事会的构建,但是,时至2009年6月,真正步入董事会制度建设轨道的不过区区24家。^④一大批按照企业法登记的国有大型企业还未建立董事会,而已建立了董事会的国有独资及控股公司,董事会也作用甚微。

^① 参见经济合作与发展组织:《国有企业公司治理:对OECD成员国的调查》,李兆熙、谢晖译,中国财政经济出版社2008年版,第4页。

^② 参见经济合作与发展组织:《OECD国有企业公司治理指引》,李兆熙、谢晖译,中国财政经济出版社2005年版,第69页。

^③ 根据国家发展与改革委员会经济体制与管理研究所2004年6—9月对中央大型企业、国有及国有控股大型骨干企业的改革情况进行的样本问卷调查,已建立完整的公司治理结构的只占31.7%,建立了董事会、监事会和经理层的企业占21.9%,仅建立董事会和经理层的企业占7.3%。一些企业即使建立了董事会,但运作也不规范,沿袭着老的国有企业的运作模式,董事会充其量相当于厂长、经理办公室。参见国家发展与改革委员会经济体制与管理研究所:《对国有大型企业股份制改革的调查与分析》,载《中国经济时报》2005年3月28日。

^④ 参见邢莉云:《国资委落槌:七央企新入选董事会试点名单》,载《21世纪经济报道》2009年6月12日。

在专业的、独立的、高效的董事会缺失的背景下,政府作为国有公司出资人代表,似乎有着更加充分的理由来干预企业经营活动,政企关系始终无法摆脱“放权”与“收权”的怪圈。一方面,政府若继续放权,不干预公司经营活动,面对国有资产及其利润的流失,政府无能为力;另一方面,政府若收权,又显然不利于政企分开,企业难以成为真正的市场主体,不符合改革的方向。^①由此可见,一个能够使公司的独立性与国家的股东利益保持适当平衡的董事会对国有公司治理而言极为必要。

二、研究动态

诚如上所言,国内外关于商事公司董事会的法律制度研究已成果颇丰,但对于国有公司董事会问题的研究却明显滞后。在很长一段时间里,它并不是公司治理所关注的焦点,时至今日,情形基本未变。

(一) 国内研究综述

目前,国内法学界对国有公司董事会制度的研究较为匮乏,还没有直接以“国有公司董事会”为研究对象的法学著作,相关的论述主要包含在有关“国有经济”的法律研究或者“国有企业改制或治理”的法律研究中。^②这些著作作为本书国有公司董事会法律制度的构建提供了诸多理论上的指导,具有极大的借鉴意义,如顾功耘等著的《国有经济法论》为本书“三级经营模式”中国有公司的定位提供了坚实的理论基础;杨文著的《国有资产的法经济学分析》开阔了本书的研究思路和方法;徐晓松等著的《国有企业治理法律问题研究》使得本书对国有公司管理者的激励约束机制有了更新的认识。但遗憾的是,在这些著作里,对国

^① 参见王远明、蒋安:《国有企业改革的经济法视野》,中国人民公安大学出版社2001年版,第45页。

^② 有关“国有经济”的法律研究中,代表性的著作主要有:顾功耘等:《国有经济法论》,北京大学出版社2006年版;顾功耘主编:《国有经济与经济法理论创新》,北京大学出版社2005年版;胡海涛:《国有资产管理法律实现机制若干理论问题研究》,中国检察出版社2006年版;杨文:《国有资产的法经济学分析》,知识产权出版社2006年版;史树林、庞华玲等:《国有资产法研究》,中国财政经济出版社2003年版;曲茂辉:《中国国有资产法研究》,人民法院出版社2002年版。有关“国有企业改制或治理”的法律研究中,代表性的著作主要有:徐晓松等:《国有企业治理法律问题研究》,中国政法大学出版社2006年版;吴越主编:《公司治理:国有企业所有权与治理目标》,法律出版社2006年版;李建伟:《国有独资公司前沿问题研究》,法律出版社2002年版;黄建文等:《国有企业改革的法律问题研究》,中国人民大学出版社2003年版;曾淑珍:《国有企业市场化与法律理念研究》,经济出版社2003年版;吴天宝等:《国有企业改革比较法律研究》,人民法院出版社2002年版;钱卫清、徐永前主编:《国有企业改革法律报告》,中信出版社2004年版(第1卷)、2005年版(第2卷);王远明、蒋安:《国有企业改革的经济法视野》,中国人民公安大学出版社2001年版;肖海军:《国有股权法律制度研究》,中国人民公安大学出版社2001年版;程合红等:《国有股权研究》,中国政法大学出版社2000年版;徐晓松:《公司法与国有企业改革研究》,法律出版社2000年版;王文杰:《国有上市公司改制之法律分析》,中国政法大学出版社1999年版。

有公司董事会法律制度的研究往往仅是其中一个章节,论述较为粗疏,未构建出一套完整的制度体系。

在法学论文方面,有关国有公司董事会的法律制度研究也鲜有专门讨论,相关的论述同样是散见于有关“国有企业治理机制”的文章中。^① 这些研究通常仅涉及董事会法律制度的某一方面,有的是关于国有企业治理机制的总体构架;^② 有的是专注于董事会与国资委的关系认定;^③ 有的是关于某类董事的具体权利义务设计;^④ 还有的是专门讨论董事会与经理层的关系。^⑤ 这些问题的研究,具有一定的理论与实践价值,但是却存在以下三方面的缺陷:其一,这类研究基本都是以前独资公司和国有控股公司为依据进行分类制度设计,这固然有其合理性,但是学者却忽略了不同类型国有企业功能之不同,以及因功能不同对于公司治理机制需求之不同;其二,有些研究主要是套用西方商事公司治理理论,缺乏对“国有”特色的分析,论述欠缺足够的针对性;其三,这些研究往往仅关注国有企业董事会制度中的某一点,视野较为分散,没有形成一个制度化的体系,缺乏系统性和完整性。这一点在商事公司董事会法律制度研究业已成熟的今天,或许并不是问题,因为学者的讨论往往建立在诸多“共识”的基础上(如董事与公司的关系、董事会与股东会的关系等等),但是,在国有企业治理法律制度研究中,这种“共识”是缺失的,例如,国有资产经营管理体制不同,那么处于该体制中的国有企业治理机制必然不同,而目前,对于国有资产经营管理体制究竟该如何构建,在学界还未形成一个“共识”。

① 代表性的论文主要有:王军:《论国有企业所有权的内部约束机制》,载《清华法学》(第八辑),清华大学出版社2006年版;李哲君、曾江洪:《论国有企业董事会规范建设的难点》,载《求索》2006年第9期;叶祥松:《国有企业治理结构存在问题研究综述》,载《广东社会科学》2006年第1期;涂凌波、吴同兴:《完善国有企业治理的现实选择》,载《国家行政学院学报》2006年第1期;《国有经济法律度研究》课题组:《国有经济发展中的重要法律问题研究》,载《法学》2004年第8期;李昌庚:《国企改革的另类思考——公司治理结构的法律分析》,载《前沿》2004年第6期;阳东辉:《国有企业改革的法哲学基础及多元模式构想》,载《法商研究》2002年第1期;邹开亮:《我国国有企业治理结构的完善》,载《重庆社会科学》2002年第3期;王红一:《〈公司法〉修订与国有企业公司制改革》,载《学术研究》2001年第6期。

② 参见邹爱华、胡杰峰:《国有企业治理结构的法理分析》,载《湖北大学成人教育学院学报》2004年第2期;徐念沙:《国有独资公司治理结构的法律分析》,中国政法大学2003年博士学位论文,载“中国知网”,2007年2月3日访问;刘齐文:《国有企业治理结构的法律思考》,贵州师范大学2004届同等学力申请硕士学位研究生毕业论文,载“中国知网”,2007年2月3日访问;王明辉:《国有企业治理结构的法律分析》,黑龙江大学2005年法律硕士论文,载“中国知网”,2007年2月3日访问。

③ 参见范世乾:《国资委与国有独资公司董事会的关系初探》,载《经济研究导刊》2008年第1期。

④ 参见王树文:《完善我国大型国有企业政府董事制度建设的途径》,载《中国行政管理》2008年第11期;安林:《职工董事首先是董事》,载《上海国资》2008年第2期。

⑤ 参见叶祥松:《内部人控制与公司治理结构的失效——基于转轨时期我国国有企业治理结构失效的特殊原因剖析》,载《西北大学学报(哲社版)》2002年第3期。