

# 政府利益对国有公司利益的影响路径研究

## How Government Interest Influences Corporate

## Interest in the SOEs

沈 晖

SHEN Hui

**【摘要】** 政府既是国有企业的股东，又是其规制者。对国有公司中政府利益的判断，是由不同角色的政府进行的价值判断。作为股东的政府利益可以参与模式与信托模式融入公司利益。而在政府作为规制者时，政府所代表的公共利益可以信托模式融入公司利益，公共利益也可构成对国有公司利益的外部限制。当前对国有企业的规制注重国有资产保护，而忽略了在此过程中对政府意思形成的规制。政府如何行使股东权利的意思形成，应当引起理论与立法实践的更多重视。

**【关键词】** 政府利益 国有公司 国有企业 公司利益 公司治理

**【中图分类号】** DF411.91 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2017)05-0112-14

**Abstract:** The government may not only be the company shareholder but also the regulator. In the state-owned companies, the different governments who play the different role make the value judgement about whether a certain behavior improves their interest. Through fiduciary model and participation model, corporate related subjects' interest can be integrated into corporate interest. The interest of the governments who act as the shareholders can be integrated into corporate interest through fiduciary model and participation model. When the governments act as the regulators, their interest can only be integrated into corporate interest by fiduciary model, and the public interest imposes restrictions on the corporate interest. At present, when we regulate the state-owned companies, we pay too much attention to how to protect the stated-owned assets and ignore the process of how the government make a decision about the state-owned company.

**Key words:** Government's interest State-owned company SOE Company interest Corporate governance

**【收稿日期】** 2017-06-09

**【作者简介】** 沈晖，男，1972年5月生，江苏经贸学院公共服务与管理学院讲师，法学博士，中国证券法学研究会理事，研究方向为民商法。

**【基金项目】** 江苏省社会科学基金项目“国有企业中政府利益保护研究”（项目编号：13FXD017）。

无论中外,对国有企业(或政府企业)中政府利益如何保护,是一个历久弥新,反复讨论却又似乎始终没有答案的问题。保护的前提是清楚界定国有企业中“政府利益”究竟是什么?政府利益以何种方式影响国有公司利益?在此基础上,我们方可有的放矢地进行调整和规制。

根据《企业国有资产法》第5条,国家出资企业,是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司,以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。鉴于上述国家出资企业多为公司,且公司为现代企业的典型组织形式,本文中不区分非公司类与公司类国有企业,除另有说明外,均以国家出资企业中的国有公司(含国有独资公司、国有资本控股公司与国有资本参股公司)为研究对象。

《企业国有资产法》所称的国家出资企业,指由各级国资监管机构作为直接股东来履行出资人职责的企业,而不包括国家出资企业本身作为股东投资设立的下属企业。《企业国有资产法》第12条规定:“履行出资人职责的机构代表本级人民政府对国家出资企业依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等出资人权利”。对比《公司法》第4条,此处的“资产收益、重大决策和选择管理者等”“出资人权利”均为“股东权利”,亦即此处的国家出资企业系指国资监管机构作为直接股东的企业,在国家出资企业投资设立的下属企业,则由国家出资企业而非国资监管机构作为股东行使权利。解读《国有企业资产监督管理暂行条例》第23、24条对国资监管机构“所出资企业”及“所出资企业投资设立的重要子企业”所做之区分亦可得出同样结论。<sup>〔1〕</sup>尽管现实中,我们谈及国有企业时,通常也包含此类国家出资企业的下属企业,但国家出资企业对此类企业的具体管理与决策行为(例如行使表决权)是否符合终极出资人的“政府”利益的判断,涉及政府如何将其利益判断通过国家出资企业传导与贯彻至下属企业。本文仅研究政府利益如何影响国家出资公司的利益,所指国有公司仅指国家出资企业中的国有公司。至于体现了政府利益的国家出资企业的利益与意志如何影响其下属子公司乃至孙公司利益等,涉及下属公司的利益形成机制,笔者已另撰文进行了研究。<sup>〔2〕</sup>

## 一、国有公司中政府利益的判断是不同角色的政府的价值判断

### (一) 政府在国有公司中的双重角色

在国有公司中,政府扮演着双重角色:股东与规制者。以国有公司为媒介,政府一方面作为内部股东,政府利益内化为公司利益的构成因子;另一方面,作为国有公司的外部规制者,政府所维护的利益构成了对国有公司利益的外部限制。当然,作为国有资产代表的政府与作为规制者的政府往往并不相同也不应相同,进而,作为股东与作为规制者的政府的利益并不相同。

政府作为国家所有权的代表,代表国家履行出资人职责,具有股东身份。例如,《企业国有资产法》第3条、第4条规定,“国务院代表国家行使国有资产所有权”、“国务院和地方人民政府依照法律、行政法规的规定,分别代表国家对国家出资企业履行出

〔1〕 参见缪因知:“国有股权转让协议审批要求对合同效力之影响——以‘史上最大股权纠纷案为例’”,《中外法学》2015年第5期,第1380页。

〔2〕 参见沈晖:“公司利益的构成因子——以主体的视角观察”,《财经法学》2016年第5期,第58~66页。

资人职责，享有出资人权益”。

政府作为国家（政府）利益或公共利益的代表，对包括国有企业在内的各经济组织的经济活动进行规制。当代社会国有企业的经营领域主要集中于公共事业等涉及公共利益的领域，这些领域是政府规制的主要领域。

当然，扮演上述两种角色的“政府”的具体体现者并不相同。在涉及的国有企业场合，政府既做运动员又做裁判员现象很可能发生，故应当将相关角色分别由不同的政府部门承担。“公共部门作为市场参与者与监管者的角色必然发生潜在的冲突。如果各种角色由不同的政府机构分担，这种冲突可能会减少。”〔3〕按照《OECD国有企业公司治理指引》要求，“应该明确区分国家的所有权职能和其他那些可能影响到国有企业经营环境的国家职能，尤其是关于市场规制。”〔4〕在我国，行使股东人职能的政府机关一般为国务院国有资产监督管理机构和地方国有资产监督管理机构。而行使规制职责的则是与规制方式相对应的行政部门，例如进行价格规制的价格管理部门，进行许可证管理的审批部门等。可见，作为股东的“政府”与作为监管者的“政府”是不同的。即使是同作为股东的“政府”，也可能是不同层级的政府国有资产监督管理机构。

## （二）国有公司中政府利益的判断是不同角色的政府的价值判断与意思形成过程

对利益的涵义存在种种不同的见解，认为利益是一种价值判断为其中之一。例如，密尔认为，“毋庸置疑，人们的行为服从于他们的意志；他们的意志服从于他们的欲望；他们的欲望产生于其对善或恶的理解；换句话说，产生于他们的利益”，即利益即人们对善或恶的理解。〔5〕其他学者也认为，利益是一种价值判断，它是离不开主体对客体之间所存在某种关系的一种价值形成，是被主体所获得或肯定的积极的价值。〔6〕利益是对主体与客体关系的一种价值判断。〔7〕

无论如何，当我们说特定主体对某一客体拥有利益时，这意味着该客体对该主体而言是有用的/有益的。诚如德国学者所言，利益表现为某个特定的（精神或者物质）客体对主体具有意义，并且为主体自己或者其他评价者直接认为、合理地假定或者承认对有关主体的存在有价值（有用，必要，值得追求）。〔8〕个人是自身利益的最佳法官。“每个人根据他自己所处的环境，比之别人能更好地判断什么对他有利和有用。”〔9〕对

〔3〕 Jeffrey Carmichael：“公共部门的治理与金融部门”，载罗伯特·E·利坦、迈克尔·波默里诺、V.桑德拉拉加：《金融部门治理——公共部门与私人部门的作用》，陆符玲译，中国金融出版社2006年版，第117页。

〔4〕 经济合作与发展组织：《OECD国有企业公司治理指引》，李兆熙译，中国财政经济出版社2005年版，第3页。

〔5〕 See James Mill, *An Essay on Government*, Cambridge University Press, 1937, p. 62, 转引自彭诚信：《主体性与私权制度研究——以财产、契约的历史考察为基础》，中国人民大学出版社2005年版，第122页。

〔6〕 W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1948, S. 43; M. Lauer, *Prinzipien des Enteignungsrechts*, 1902, S. 207, 转引自陈新民：《德国公法学基础理论》，山东人民出版社2001年版，第182页。

〔7〕 参见胡建森、邢益精：“公共利益概念透析”，《法学》2004年第10期，第4~5页。

〔8〕 参见〔德〕汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·斯托贝尔：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第324页。

〔9〕 〔英〕约翰·雷姆塞·麦克库洛赫：《政治经济学原理》，商务印书馆1997年版，第75~76页，转引自郝云：《利益理论比较研究》，复旦大学出版社2007年版，第275页。

该有益性/有用性的判断,在正常(非争议)情形下,应由该主体自身做出价值判断,做出该价值判断是一种组织决策,“任何组织活动归根到底都是组织决策的结果,……‘活动’是组织将决策付诸实施的行为”〔10〕。组织决策系组织的意思形成行为,决策中必然包含对特定行为是否符合该组织利益的价值判断。

鉴于政府在国有公司中的双重角色,国有公司中政府利益的判断实际上是不同角色政府的价值判断,是政府的意思形成过程。

### (三) 特定公司利益相关人利益/价值判断以参与模式或信托模式融入公司利益

尽管公司具有独立利益,但作为一个商事组织,其仍然不过是据以实现特定主体利益的工具罢了。“当我们说起公司的时候,……我们只是运用一种简便的方式来描述公司成员的利益和负担是如何计算出来的这样一种独特和复杂的过程。”〔11〕从终极意义上讲,公司利益由一些特定主体享有。在公司运营中,利益主体或者通过参与模式参与特定决策机关而使其利益得以融入公司利益,或者通过信托模式下董事自由裁量权的行使而将该主体的利益或然地融入公司利益之中。所谓参与模式,是指特定团体选出代表组成决策机关,通过该机关的决策行为,该团体利益得以融入公司利益,这些决策机关包括股东会、董事会、监事会等其决策能对公司产生拘束力的公司机关。信托模式,则是指通过董事在决策时考虑特定主体的利益的方式使该主体利益融入公司利益。〔12〕

以政府在国有企业运营中的双重角色为视角进行分析,政府利益以如下方式作用于公司,使国有公司在对其公司利益进行考量时必须考量相应的政府利益。

## 二、作为股东的政府：政府利益如何成为公司利益的构成因子

履行出资人职责的政府机构作为股东享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。政府代表通过参加股东会,或者选举董事进而由董事在决策时考量作为股东的政府利益,使作为股东的政府利益融入国有公司利益。

### (一) 参与模式下

在不同法域下,公司股东权利有所不同。一些法域对股东权利的界定非常严格,很少为公司之间的差异化留下空间。其他一些法域法律规则仅做出一般性规定,股东权利主要由公司的章程和细则决定。〔13〕然而,股东会是由全体股东所组成之会议体,依股东之总意在公司内部决定公司意思之股份公司必备之最高机关。〔14〕如同《OECD公司治理原则》II. A所指出的,参加股东大会并投票是股东的一项基本权利。〔15〕股东需要通过参与股东大会并投票表决,才能使股东利益得以融入公司利益。自然,作为股东/出

〔10〕 李伟阳、肖红军：《ISO26000的逻辑：社会责任国际标准深层解读》，经济管理出版社2011年版，第79页。

〔11〕 Holfeld, *Fundamental Legal Conception*, 1923, p. 197, 转引自〔美〕罗伯特·W·汉密尔顿：《美国公司法》（第5版），齐东祥等译，法律出版社2008年版，第37页。

〔12〕 详细分析请参见前注〔2〕，沈晖文。

〔13〕 参见经济合作与发展组织：《〈OECD公司治理原则〉实施评价方法》，周清杰译，中国财政经济出版社2008年版，第36页。

〔14〕 参见柯芳枝：《公司法论》，中国政法大学出版社2004年版，第205页。

〔15〕 参见前注〔13〕，经济合作与发展组织书，第37页。

资人的政府利益也需通过此种方式融入公司利益。在国有公司中,可能存在着不止一个履行出资人职责的国有资产监督管理机构及其出资企业,这些机构可能分属的政府机构不同,其利益也并不一致,但无论如何,这些不同的政府利益最终通过股东大会这一机制而融入了公司利益。

## (二) 信托模式下

在信托模式下,董事在履行其职责过程中,被要求为“公司利益最大化”而行事。尽管在此模式下,没有国家将公司利益简单地等同于股东利益,进而普遍许可董事在决策时考虑非股东利益相关者的利益甚至公共利益。但是,股东无疑是所有与公司利益相关者中最重要,以至于人们常常用“股东整体利益”或“股东长远利益”来定义“公司利益”,例如,“公司的利益正是股东整体的利益”<sup>[16]</sup>,“人们认为公司的利益就是股东的利益,包括‘现在和将来’的整体利益”<sup>[17]</sup>。正是通过此种定义方式,即便董事考虑非股东利益相关者的利益而实施的行为在短期内可能给公司造成损失,也被视为可能有益于全体股东的“整体利益”或“长远利益”而得到诸多国家司法实践的认可,从而使作为股东的政府之利益得以融入公司利益。

## (三) 政府参与公司治理的特殊形式:黄金股

有些时候,国家在一些公司中仅占有少数股权,一些西方国家通过黄金股制度实现国家对国有企业的控制。黄金股是拥有特殊权利的股权,其起先是公共部门在公司私有化之后保留的优先股。通过拥有黄金股,国家对公司决策,尤其是战略“敏感”行业的决策保留否决权。在某种意义上说,这种特权超越了与正常股权相匹配的权利,比如反对超出一定限额的投资、否决兼并与收购、预先批准其他一些战略性管理决策或仅仅通过限制其他投资者的表决权来提高自己的表决权。<sup>[18]</sup>出于对国家安全的考虑,英国、法国和意大利都曾经采用黄金股行使防止若干战略性企业(如英国的罗尔斯·罗伊斯公司)不被外资控制,但德国没有在这方面采取措施。<sup>[19]</sup>

经济合作与发展组织《OECD国有企业公司治理指引注释》<sup>[20]</sup>指出:正如《OECD公司治理原则》所述,“当法律制度允许且市场接受时,控股股东作为所有者并没有采

[16] [韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第339页。

[17] Gaiman v. National Association for Mental Health [1971] 1 Ch 317, 转引自何美欢:《公众公司及其股权证券》(上册),北京大学出版社1999年版,第416页。

[18] 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78页。

[19] 参见李俊江、史本叶、侯蕾等:《外国国有企业改革研究》,经济科学出版社2010年版,第90页。

[20] OECD公司治理指导小组2002年要求民营化和国有资产公司治理工作组制定一个不具约束力的国有企业公司治理指引和最佳实践方案。这个工作组由OECD成员国的代表和作为观察员的世界银行与国际货币基金组织组成,在起草制定《OECD国有企业公司治理指引》的过程中进行了众多的磋商。《指引》还广泛咨询了各种利益群体,例如国有企业董事会的成员、首席执行官、国家审计机构、工会和国会议员,并且广泛征求了非成员国家的意见。该《指引》应被视为对《OECD公司治理原则》(以下简称《原则》)的补充,《指引》是基于这个《原则》制定的,而且它们是完全相容的。《指引注释》分为两部分,第一部分为《OECD国有企业公司治理文件》,第二部分用注释对《指引》进行补充,包括了对《指引》条款的解释,有助于读者理解。注释还包括了对主导趋势的描述,并提供了可供选择的实施方法以及范例,这会使《指引》更具有操作性,参见前注[4],经济合作与发展组织书,“导言”部分。

取法定方式把控制权从所有权中分离出来、而运用的控制水平又与风险水平不对称时,潜在的滥用情况就会显现出来”。因此,政府应当尽可能地限制使用黄金股,并披露那些与公司股东的所有者权益、现金流权利不相称的、允许一个股东超越公司行使一定程度控制的股东协议和资本结构。任何可能扭曲国有企业的所有权或控制权结构的特殊权利或者协议(例如黄金股和否决权)都应该予以披露。<sup>[21]</sup>在2002年和2003年所做的针对葡萄牙、法国、比利时、英国和西班牙的具有里程碑意义的判决中,欧洲法院“封杀”了各种特权机制,并建立了各国立法的原则,即各国有责任阻止限制《欧共体条约》中资本自由流动和建立机构自由的法律的出现。各国政府不能再依赖黄金股这种可靠的政策工具了。这对于建立公司控制的欧盟内部市场有着深远意义。部分由于欧洲法院判决的结果,特殊权利包括黄金股本身的使用范围已经受到了限制。<sup>[22]</sup>特殊权利在韩国、挪威和希腊等国已陆续被废除。<sup>[23]</sup>

不过,仍有一些国家与地区的公司法对黄金股制度予以认可,而其法理基础不仅在于特定股东的特殊性,还在于不平等表决权制度的普遍适用。这包括两个方面,一是特别多数的表决要求,以赋予少数股东表决权;二是直接赋予特定股东更高的表决权。

在美国不公开招股公司中,实现股东对公司控制的一个有用的方法是增加表决要求,以便给予少数股东以某种否决权。这种否决权可以适用于股东层面,也可以适用于董事会层面,还可以同时适用于这两个层面。现在美国所有州中,都可以把批准一项议案所需要的百分比提高到任何的数字。尽管有几个法院判决一致同意的要求无效[最著名的案例是贝宁坦迪诉肯顿旅馆(1945年)一案],现代成文法对这种做法一般是允许的。增加表决要求的做法的有效性在今天也毋庸置疑。<sup>[24]</sup>例如,根据美国《标准商事公司法》第7.27(a)条规定,公司章程可规定比该法更高的股东(或股东的投票团体)法定人数或投票要求。<sup>[25]</sup>表决权不同的股份仍然可以公开发行,并尤其盛行于科技公司中。基于此法理,对不同于普通股东、承担着更多公共利益维护职能的政府拥有特别强的表决权,也就有了一定的合理性。

在捷克,国家财产基金(NPF)<sup>[26]</sup>对公司持有“黄金股”,国家可以在公司专注于自己的业务时行使否决权。<sup>[27]</sup>我国台湾地区2000年11月修正公布《国营事业移转民营条例》时,于第17条明文引进黄金股制度,对于具有公用或地区防御特性之公营事

[21] 参见前注〔4〕,经济合作与发展组织书,第46、65页。

[22] 参见欧洲银行和财政法律杂志出版的S. Grundmann和F. Moslein的《黄金股:私人公司中的国家控制——比较法、欧洲法和政策特征》,转引自前注〔18〕,经济合作与发展组织书,第78~79页。

[23] 参见前注〔18〕,经济合作与发展组织书,第79页。

[24] 参见〔美〕罗伯特·W·汉密尔顿:《公司法概要》,李存捧译,中国社会科学出版社1998年版,第210~211页。

[25] 参见沈四宝编译:《最新美国标准公司法》,法律出版社2006年版,第78页。

[26] 国家财产基金是捷克共和国于1991年特设的一个自治机构,其负责对“非战略性的”和部分国有的企业实行私有化改革并行使所有者职能。不过,捷克共和国已于2003年6月决定对转型时期建立的临时机构(包括国家财产基金)进行清算。参见前注〔18〕,经济合作与发展组织书,第62~64页。

[27] 同上,第62~63页。

业办理民营化时,得由事业主管机关令事业发行“特别股”,由事业主管机关依面额认购之,并于一定期间行使法定之权利。事业主管机关认购特别股后,即成为特别股股东,而对于变更公司名称、变更所营事业及让与全部或主要部分之营业或财产等事项,享有同意权。<sup>[28]</sup>

笔者认为,尽管黄金股制度在当今已日渐式微,但其仍可为我国国企改革实践所采纳,特别是就有限责任公司而言,《公司法》第43条第1款规定,“股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定”,即原则上并不限制公司章程就特定事项约定较之公司法要求更高的表决权定足数(quorum)。因此,对于关系国计民生的或者较重要公共利益的企业如公共事业企业,使国家/政府可在其中持有一股或适当少量持股,并通过公司章程约定特定重要事项需要股东会表决权通过以及对应的表决权定足数,使此类事项的通过如无政府股东的同意则无法通过,例如,对供水、供电企业的价格调整事项。如此,即可使政府通过参与企业管理实现关系国计民生的涉及重大公共利益事项的知情权、否决权,亦不与现行公司法相违背,实现在现有法律框架内国家/政府以参与方式实现政府利益。

### 三、作为规制者的政府:公共利益对公司利益的限制

对于私人以其财产投资而产生的与诸多社会公众发生关联的公司,公众对其具有重大利益关联。<sup>[29]</sup>今天,公司与其说是真正的私人机构,不如被视为具有公共义务的、在一定程度上以与政府相类似的方式行为的负责任的公共机构。<sup>[30]</sup>在欧洲,公司关于公共利益方面的责任已引起关注,人们认为公司在公共利益方面的责任随着它的变大而增加。<sup>[31]</sup>

政府/国家通常作为公共利益的代表而参与社会生活。传统理论认为,公共行政的根本目的是追求和实现公共利益。<sup>[32]</sup>公共行政的目的是促进公共利益和大众福祉。为了实现公共利益,人民赋予国家以公共利益代表的身份。<sup>[33]</sup>公司作为一种社会存在,其在进行自身利益追求时应受到社会公共利益的约束,作为规制者的政府所代表与追求的公共利益,也以各种方式融入国有公司利益。

我国《民法通则》第7条规定,“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共

[28] 参见王志诚:“公营事业民营化之台湾地区经验——思潮发展及法制因应”,载《月旦民商法研究:国有企业民营化》,清华大学出版社2005年版,第19页。

[29] See Michael Diamond, Preface for Robin Paul Malloy & Michael Diamond, *The Public Nature of Private Property*, MPG Books Group, 2011, p. 1.

[30] D. Branson, *The Death of Contractarianism and the Vindication of Structure and Authority in Corporate Governance and Corporate Law*, in L. Mitchell (ed), *Progressive Corporate Law*, Noulder, Westview Press, 1995, p. 93.

[31] M. Kaye, *The Theoretical Basis of Modern Company Law*, *Journal Business Law* 235, 1976, p. 239. in Andrew Keny, *The Corporate Objective: Corporations, Globalization, and The Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 6.

[32] 参见马骏、叶娟丽:《西方公共行政学理论前沿》,中国社会科学出版社2004年版,第118页。

[33] 参见前注〔8〕,汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔书,第323页。

利益……”《合同法》第7条规定,“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”据此,作为民事主体的公司,在通过订立、履行合同乃至其他民事活动追求自身利益过程中,不得损害社会公共利益成为其行为的边界,社会公共利益构成了对公司利益的限制。

对于个体利益与公共利益之间发生冲突时,公共利益应当优先于个体利益得到保护,学者们已多有论述。例如,卢梭在《社会契约论》中即早已指出,个人利益应服从于公共利益,否则将会造成共同体的毁灭。<sup>[34]</sup>美国学者博登海默也认为,公共利益和个人利益并不是“位于同一水平上的”,公共利益优先于个人利益。<sup>[35]</sup>而英国学者米尔斯除指出“共同体的每个成员所负有的一项义务就是使共同体的利益优先于他的自我利益,不论两者在什么时候发生冲突都一样”外,还进一步指出,社会责任并不要求人们放弃对个人自我利益的追求,但他们必须用与共同体利益相一致的方式去追求。<sup>[36]</sup>公司作为社会共同体的成员,其在追求自身利益时,自应当受到社会共同体共同利益——社会公共利益的限制,而这种限制,通过体现了米尔斯所称的两种体现共同体利益与个体利益不同关系的方式予以实现:一种是公司利益与作为共同体利益的公共利益一致的自我限制方式,另一种则是公共利益优先于公司利益外在限制方式。

### (一) 信托模式下的公共利益融入公司利益

公共利益对公司利益限制的第一种方式是一种信托模式下的自我限制,即通过公司董事履行信托义务时,将公共利益的要求纳入对公司利益的权衡与考量,从而使公共利益的要求得以融入公司利益。

在信托模式下,公司利益的构成因子呈现出开放的结构,董事在履行其信托义务时,可以考虑公共利益的要求。<sup>[37]</sup>例如,美国法律研究院(American Law Institute,简称ALI)在1984年通过的《公司治理的原则:分析与建议》第2.01条规定:“商业公司从事商业行为,应以提升公司利润与股东利得为目标。唯有下述情形之一者,则不问公司利润与股东利得是否因此提升:(a)应以自然人在同一程度内,受法律之约束而为行为;(b)得考虑一般认为系适当之伦理因素,以从事负责任之营业行为;(c)得为公共福祉、人道主义、教育与慈善之目的,捐献合理数目之公司资源。”<sup>[38]</sup>2006年英国《公司法》第172条规定:董事在以他善意地认为为了公司成员的整体权益而将最大可能地促进公司成功的方式行事时,可以考虑公司运作对社会和环境的冲突。<sup>[39]</sup>德国1965年《公司法》尽管正式通过时删除了其原草案中规定的“董事会应当‘为公司雇员、股东以及一般公众的利益’管理公司”的条款,但人们在立法讨论时看法是一致的,即董事会今后在领导企业时也须顾及公共利益、股东利益以及股份有限公司员工利益这三个因素。立法规定这一点则是多余的,因为它是不言而喻的。顾及公共利益的义

[34] 参见〔法〕卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2004年版,第24页。

[35] 参见〔美〕E.博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第384~385页。

[36] 参见〔英〕A. J. M. 米尔斯:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第52页。

[37] 参见前注〔2〕,沈晖文,第59~61页。

[38] 美国法律研究院通过并颁布:《公司治理原则:分析与建议》(上卷),楼建波、陈炜恒、朱征夫、李骥译,法律出版社2006年版,第88页。

[39] 参见《英国2006年公司法》,葛伟军译,法律出版社2008年版,第105页。



务可以从该法第396条以及其他条款中推导得出。而顾及员工利益的义务则在一个社会福利的法治国家无须特别强调,并且可以从众多的也适用于股份有限公司的劳动法律中推导得出。<sup>[40]</sup>其他诸多国家立法与判例中也有类似规定。

公司董事在履行信托责任时对公共利益予以考量,使公共利益的要求得以通过信托模式而融入公司利益并使公司利益与公共利益相一致,这是一种自觉地将公共利益融入公司利益的公司实施的自我限制与约束,是以米尔斯所称的“用与共同体利益相一致”的方式去追求公司利益。

## (二) 公共利益对公司利益的外部限制

当公司不能通过使公共利益融入公司利益而自觉遵从公共利益对其利益的限制时,可通过公共利益的要求外在地为公司追求利益的行为划定边界,使之实现米尔斯所称的共同体利益优先于个体利益。这种外在的限制方式也有利于促进公司权衡利弊,进而主动通过第一种方式将公共利益融入公司利益而转化为公司自觉的行为。

在公司设立与运营阶段,公司法不少规范均体现了公司利益不得背离/应当服从公共利益的要求。在公司设立阶段,公司设立目的不得违反社会公共利益,在诸多国家,此为公司设立无效的原因。<sup>[41]</sup>公司追求自身利益实施经营活动的过程中也不得违背社会公共利益,否则,公司可能会被依法撤销或解散。例如,根据英国1986年《破产法》第124(A),国家商业、革新和技术部大臣可基于公共利益对公司提起清算申请。<sup>[42]</sup>根据英国1985年《公司法》第438条,国家商业、革新和技术部大臣被授权为公共利益,以公司名义提起诉讼。不过,这需要通过根据该法第431条指定的稽查员进行调查而取得的报告或基础上进行。<sup>[43]</sup>根据德国1965年《公司法》,于公司违反公共利益却不解雇公司管理者的情形,国家可以勒令公司解散。<sup>[44]</sup>我国《公司法》第214条也将利用公司名义从事危害社会公共利益的严重违法行为列为吊销公司营业执照的行为之一,并进而导致其进入解散清算。

## (三) 参与模式不应用于公共利益融入公司利益

国家作为股东,当然可参与公司治理,并可基于股东权选任董/监事参与公司治理。对于非国家参股的企业,国家/政府可否向其公司机关派出政府代表/公共代表直接参与公司治理,进而使公共利益/政府利益通过参与模式得以融入公司利益呢?

我国台湾地区“证券交易法”第126条第2项将政府单位指派代表参与公司董事会付诸实施,规定:“公司制证券交易所之董事、监察人至少应有1/3,由主管机关指派

[40] 法律委员会报告和政府法案,见 Kropff (Hrsg), Aktg, 1965, S. 97 f. 转引自〔德〕格茨·怀克、克斯斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》(第21版),殷盛译,法律出版社2010年版,第480页。

[41] 参见王保树:“经济体制转变中公司法面临的转变——《公司法》修改中值得注意的几个问题”,载王保树主编:《商事法论集》(第5卷),法律出版社2000年版,第15页;张沁、罗根达、张明亮:“历年《公司法》的修改意见总汇”,载顾功耘主编:《公司法律评论》(2004年卷),上海人民出版社2005年版,第85~86页。

[42] See Andrew Keny, *The Corporate Objective: Corporations, Globalization, and The Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 18, 249.

[43] 同上,第18、251页。

[44] See Alfred F. Conrad, *Corporate Constituencies in Western Europe*, pp. 79~80, 转引自王文钦:《公司治理结构之研究》,中国人民大学出版社2005年版,第119页。

非股东之有关专家任之”；据台湾地区“行政院”对该条之修正理由解释，该条规定设定之目的，系为增加证券交易所之公益性并提升其实际功能。<sup>〔45〕</sup>

此外，多年来，欧盟一直在讨论是否应该要求那些在欧洲拥有特许经营权的大型企业在董事会中为公众利益代表预留一定的席位。其中一种方案是把整个董事会一分为三：1/3的股东、1/3的雇员以及1/3的公众利益代表。而公众利益代表可以由雇员和股东代表共同遴选，或者采取更为民主的做法——效仿地方和联邦政府通过投票来选举公职人员的方法。这些公众利益代表在企业的董事会中将从整个社会的角度来表达意见，而不仅仅是代表利益相关者群体。<sup>〔46〕</sup>一些学者也主张在公司中设立其他公共董事。例如，Christopher D. Stone即建议公司对每10亿元资产或者销售设立10%的公共董事职位。该公共董事的最重要的职能就是激励董事对行为负责。“对行为负责”是指，“在某些领域行为前考虑一下：充分考虑其行为将要带来的后果，考虑其他方案，扩展实现限制，将其分析与各类的社会判断相联系；只做那些他可以在社会公众面前宣称是社会所认可的负责任的为的事；考虑有关环境是部分由它所做成的这个事实。”<sup>〔47〕</sup>而早在一个世纪以前，美国国会便为太平洋联合铁路公司指定了公众利益代表（对于铁路公司而言，可以自由地使用公共土地的确是政府送上的一份大礼）；20世纪70年代，类似的事情层出不穷。尼克松总统也为美国通信卫星公司指定过3名公众利益代表。<sup>〔48〕</sup>

然而，笔者认为，尽管存在着理论上的主张以及少数立法例，政府作为公共利益代表参与公司治理是完全不必要的。

第一，正如学者们已经指出的，一般公众并非公司合同中的一方团体。<sup>〔49〕</sup>除非要推翻公司利益与社会利益的概念区分，否则就不应当在公司董事会中引入政府任命的公共董事。<sup>〔50〕</sup>生活的现实和历史的教训告诉我们，政府向私人董事会任命董事对保护公共利益、防止私人滥用权力是无效的。<sup>〔51〕</sup>政府任命不仅无效，实际上还带来坏处，因为它做出政府支持该公司的假象，抑制规制机构的工作热情。<sup>〔52〕</sup>

第二，此类立法例并不多见，“引人瞩目的是没有哪个现代公司法律制度寻求利用董事会提供这种广泛的利益代表”<sup>〔53〕</sup>。我国台湾地区的上述规定仅仅是对公司制证券交易所适用，而证券交易所是须经特许设立并经特别规制的。规制存在着一个不同于效率

〔45〕 参见1988年“证券交易法”修正条文“行政院”修正草案之修正理由，转引自刘连煜：《公司治理与公司社会责任》，中国政法大学出版社2001年版，第44~45页。

〔46〕 参见〔美〕查尔斯·德伯：《公司帝国》，闫正茂译，中信出版社2004年版，第277页。

〔47〕 Christopher D. Stone, *Where the law ends: The Social Control of Corporate Behavior*, New York: Harper—Row, 1975, p. 161, 转引自前注〔17〕，何美欢书，第521页。

〔48〕 参见前注〔46〕，查尔斯·德伯书，第278页。

〔49〕 See Lan B. Lee, *The Role of the Public Interest in Corporate Law*, p. 16, available at: <http://ssrn.com/abstract=1909014>, last visited at 08:05 on October 17, 2012.

〔50〕 同上，最后访问时间：2012年10月18日。

〔51〕 See Herman Schwartz, *Governmentally Appointed Directors in a Private Corporate — The Communications Satellites Act of 1962*, 79 *Harv L Rev*, p. 363, 转引自前注〔17〕，何美欢书，第521页。

〔52〕 同上，第363~364页，转引自前注〔17〕，何美欢书，第521页。

〔53〕 〔英〕保罗·戴维斯：《英国公司法精要》，樊云慧译，法律出版社2007年版，第287页。

的目标,就是为了达到一个“公平”的或“正义”的资源分配。<sup>[54]</sup>总体而言,对多数活动进行许可有着强大的公益理由支持。<sup>[55]</sup>因此,作为特许经营的公司制证券交易所受政府指派公共董事参与管理,是作为其获得特许权而获得一定垄断地位的对价,这一特例并不能不加区分地推广适用至一般商业公司。对此种尚未经过广泛的成功试验的制度的引进,应当持一种谨慎的态度。

第三,从实践看,在公司中由政府指派代表公共利益的董事或者设立公共董事的观点在立法与商事实践中并未流行。美国有限的经验是负面的。政府在铁路公司和通信卫星公司任命的董事在改进管理方面被证明是无效的。<sup>[56]</sup>在那些试行公共董事办法的地方,很难找出这种代表董事会的形式所实施的管理与以往有什么重大差异的确切证据。<sup>[57]</sup>

第四,公共利益内涵极其丰富,将随着时间、地点及特定社会所追求的具体价值而改变,<sup>[58]</sup>具有不确定性。“政府所采取的一切强制性行动,都必须由一个稳定且持续的法律框架加以明确规定,而正是这种框架能够使个人在制定计划时保有一定程度的信息,而且,还尽可能地减少人为的不确定性。”<sup>[59]</sup>因此,对于政府所欲实现的利益,应通过立法的形式实现,“如果国家认为某些规则十分必要,那么就必须要将它制定成有约束力的规定”<sup>[60]</sup>。政府利益通过参与模式融入公司利益,难以有效抑制公共利益内涵的不确定性可能导致的政府权力的滥用,因此,对公共利益/政府利益在公司利益中的实现,应通过立法的形式而非政府直接参与公司治理的形式。

第五,政府恐怕也难以真正地成为公共利益代表。政府可能陷入当前的政治中,因而不会是严格中立的。<sup>[61]</sup>他们往往会成为公司的俘虏。<sup>[62]</sup>公司对政府的影响其实不比政府对公司的影响小。具有政治言论(和政治献金)权力的公司“市民”已经对用于规范自身行为的法律的制定和实施产生了强有力的影响。从理论上说,公司支持自由市场,强调政府对企业的干预尽可能地少。但是,现实中的公司只要有机会说服政府通过设置反对市场竞争的措施,他们就会毫不犹豫地这样做。<sup>[63]</sup>正如刘连煜教授所指,政府的公益代表可能因利益纠葛而无以发挥功能,且政府法令一般具有普遍之适用性,足以防范一定程度之公司风险外化行为(如环境污染)。例如,环保法令可规定公司必

[54] 参见〔英〕安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第47页。

[55] 同上,第236页。

[56] 参见前注〔17〕,何美欢书,第521~522页。

[57] 参见前注〔24〕,罗伯特·W·汉密尔顿书,第8页。

[58] 参见前注〔54〕,安东尼·奥格斯书,第29页。

[59] 〔英〕哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第282页。

[60] 〔德〕托马斯·莱塞尔、吕迪克·法伊尔:《德国资合公司法》(第3版),高旭军、单晓光、刘晓海、方晓敏译,法律出版社2005年版,第166页。

[61] 参见〔美〕约翰·W·巴德:《人性化的雇佣关系——效率、公平和发言权之间的平衡》,解格先、马振英译,北京大学出版社2007年版,第119页。

[62] 参见〔美〕约翰·肯尼斯·加尔布雷思:《经济学和公共目标》,于海生译,华夏出版社2010年版,第183页。

[63] 参见罗伯特·孟克斯·尼尔·米诺:《监督监督人:21世纪的公司治理》,杨介棒译,中国人民大学出版社2006年版,第22页。

须具备最低限度之污染防治设施，否则不得继续营业。从而，政府法令在一定程度内是无法且不应被任何设计所取代的。否则，如误认某些法令可被内部控制手段替代，将后患无穷。<sup>〔64〕</sup>

#### 四、被忽略的课题：政府利益价值判断意思的形成

长久以来，在对国企治理的研究中，存在着一种“重资产、轻管理”的倾向，这从专门制定《国有企业资产法》以“加强国有资产的保护”等也可见一斑。实践中，对国有企业经营者的考核，也多强调“国有资产的保值增值”。

然而，“国有资产保护”与“国有资产保值增值”关注的实际上是国有企业的经营效益。而事实上，“效率是政府的一个目标，但只是政府追求公共利益时的众多目标之一。”<sup>〔65〕</sup>在服务公共利益的过程中，政府所面临的根本性挑战就是要平衡追求效率目标和追求其他同样重要、有时甚至是更为重要的目标之间的关系。<sup>〔66〕</sup>以国有资产保护或保值增值为考核目标实质上忽略了诸多目标在政府利益的构成中优先序列的考量而不自觉地将效率目标放在了首位。这显然与政府目标的真实状况并不一致。

是否符合政府利益的判断本质上是一种意思形成过程。应当将国有企业的经营是否符合政府利益的考察回归到意思形成的视角观察。无论是作为股东的政府利益，还是作为规制者的政府利益，都绝非一个抽象、模糊的概念，而是一个由承担上述不同角色的不同的政府机关所做出的具体的价值判断。在此过程中，政府利益判断需要遵循团体意思形成的规则与程序，遵循政府机关的决策权限与决策程序分配。当代世界各国政府管理的效率往往与该国国有企业的管理与效率呈正相关关系。例如，新加坡吏治较为廉洁、高效，与之对应，其国有企业经营效率与效益也较好。<sup>〔67〕</sup>因此，我国应当关注国有企业中所涉政府利益价值判断决策的意思形成过程。具体而言：

1. 就作为股东的政府而言，履行出资人职责的机构委派的代表仅仅是该政府机构的代理人，其应按该机构的意思在国有公司中行事，例如行使表决权，政府机构作为小股东时对大股东损害公司利益的行为行使股东代表诉讼权。该履行出资人职责的机构则应依政府决策机制依法做出决策，立法应当关注代表国家行使出资人职责的国有资产监督管理机构对国有企业决策权的划分、决策程序等的规制，对此现行立法规制显然缺失。

例如，《企业国有资产法》第13条规定，“履行出资人职责的机构委派的股东代表参加国有资本控股公司、国有资本参股公司召开的股东会会议、股东大会会议，应当按照委派机构的指示提出提案、发表意见，行使表决权，并将其履行职责的情况和结果及

〔64〕 参见刘连焜：《公司治理与公司社会责任》，中国政法大学出版社2001年版，第135~136页。

〔65〕 〔美〕唐纳德·凯特尔：《权力共享：公共治理与私人市场》，孙迎春译，北京大学出版社2009年版，第5页。

〔66〕 同上，第14页。

〔67〕 当然，从这一角度出发，在吏治存在较大问题，行政系统的高效性、廉洁性难以得到保证的情况下，暂时舍弃对过程的控制，而采取目标控制的方法，即从国有资产保值增值或国有资产保护的角度评价国有企业的经营业绩与经营目标，或许也是一种无奈或权宜之举。

时报告委派机构。”此处却未对“委派机构的指示”如何形成做出任何规范与要求。不能排除出资人对国有资本控股公司、国有资本参股公司所实施的损害公司利益，实现转移财产的关联交易行为等。在关联交易审查中，该法第46条仅要求“履行出资人职责的机构委派的股东代表，应当依照本法第十三条的规定行使权利”，仍未就此种情形下作为委派机构的政府指示这一决策如何做出进行任何规范。

《企业国有资产法》第34条规定，“重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的合并、分立、解散、申请破产以及法律、行政法规和本级人民政府规定应当由履行出资人职责的机构报经本级人民政府批准的重大事项，履行出资人职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本控股公司股东会会议、股东大会会议的股东代表作出指示前，应当报请本级人民政府批准。”该条在一定程度上体现了对政府利益判断这一政府意思形成过程的关注，并将该政府的价值判断融入公司意思而成为对公司利益的判断。一则，就该条所涉重大事项，该条确定的决策程序是：本级人民政府批准——履行出资人职责的机构根据政府批准的方案向其委派的代表做出指示——国资机构委派的代表在股东会上按指示行使表决权。二则，该条所适用的对象是“国有独资企业、国有独资公司、国家资本控股公司”，在这些公司中，履行出资人职责的机构得依资本多数决而将前述本级政府做出的意思通过国家出资企业的股东会决议转化为公司意思。

可见，不论就上述重大事项的终极决策主体为何，其最终是通过国家出资企业的股东会这一公司意思形成机关对其是否符合公司利益做出判断，使政府利益得以通过参与模式融入公司利益。该条规定确立了就国家出资企业上述重大事项决策中“政府意思”形成中“审批”的程序要件，不过，该条以“审批”方式将政府决策主体上移，却仍未就上移后的决策主体的意思形成过程做出任何规范，且以笔者目力所及，相关政府规范中也未见这一方面的规范，是为该条规定之不足。并且，当国家出资公司政府股东意思形成决策权上移至政府而对该行为之监管权仍属该政府下属机构，或者监管权同样上移至该政府，如何避免该政府“既做运动员、又做裁判员”所引发的利益冲突？

再如《企业国有资产监督管理暂行条例》第23条“国有资产监督管理机构决定其所出资企业的国有股权转让。其中，转让全部国有股权或者转让部分国有股权致使国家不再拥有控股地位的，报本级人民政府批准”，该规定并未将本级政府“批准”纳入作为出资人的国有资产监督管理机构的意思形成过程之中，以至于关于该审批应在股权转让协议之前还是之后进行、适用的具体范围、其对股权转让协议的效力影响如何等产生诸多争议。<sup>〔68〕</sup>以上关于国有公司中政府机构意思形成规制的空白应为今后规范国有公司治理、保护其中政府利益的研究所关注。

本人建议将国家出资企业中政府意思形成的要求以立法明定，使之成为国家出资公司意思形成的法定要件，在此基础上，则在判断国家出资公司实施的特定行为效力时，可以以公司做出的关于实施该行为的公司意思形成合法性的角度判断相关行为的“公司意思”是否形成，并结合公司对外的意思表示、公司意思对该行为成立的影响等角度分

〔68〕 参见前注〔1〕，缪因知文，第1376~1399页。

析该行为的效力。<sup>〔69〕</sup>

2. 就作为规制者的政府而言,其在规制过程中的政府意思则通过以下两种途径予以形成并表达:其一,通过立法机关制定关于规制的法律法规,将其规制意思具体化于法律法规之中,“稳定且持续的法律框架……能够使个人在制定计划时保有一定程度的信息,而且,还尽可能地减少人为的不确定性”<sup>〔70〕</sup>。域外国家很少将国企视为普通商事公司,对国企具体运行的法律调整或多或少地偏向公法规范,国企的设立、公司治理、财务制度以及信息披露监管等方面,都充满了公法因素。<sup>〔71〕</sup>依多数国家的规制路径,运用公共财产(国家、集体财产或者所谓财政资金)设立或以实现公众利益为目的的公共公司,其公司治理的管制比商事公司严格得多。例如,在美国,作为公共企业的政府公司在财务预算、信息披露等方面受到公共权力的严密控制。有关政府公司设立的法案一般要求政府公司向议会报告其财务状况,其财务支出受公共预算控制,这和实行民主体制的西方国家行政权力运行机制完全吻合。同时,一些法律还要求政府公司向议会披露年度报告,在信息披露方面受到严格的公法规制。<sup>〔72〕</sup>在中国,国企也基本属于此公共企业范畴,亦可进行类似的立法规制。在此立法规制过程中,政府意思的形成应遵循相应的立法程序,形成国家意思的体现——法律。其二,在具体的规制过程中,例如对相应经济活动进行行政许可、价格管制,乃至对违反上述规定的行为予以行政处罚时,则应遵守相应的行政程序法如《行政许可法》、《价格法》,以及《行政处罚法》等。

总体而言,对作为规制者的政府意思形成的规制而言,当前立法体系较为完备。而对于作为股东的政府,其如何行使股东权利的“政府”意思形成,则在当前立法与理论研究中被有意无意地忽略了,这应当引起我们将来在理论上与立法实践中足够的重视。

## 参考文献

- 〔1〕刘连焯.公司治理与公司社会责任[M].北京:中国政法大学出版社,2001.  
〔2〕沈晖.公司利益的构成因子——以主体的视角观察[J].财经法学,2016(5).

(责任编辑:缪因知 赵建蕊)

〔69〕关于公司意思形成与意思表示分离路径下的分析模式,可参见沈晖:“背离公司担保决议规制的法效果——分析路径的困境与出路”,载《南京大学法律评论》(2011年秋季卷),法律出版社2011年版,第207~219页。

〔70〕前注〔59〕,哈耶克书,第282页。

〔71〕参见蒋大兴:“国企为何需要行政化的治理——一种被忽略的效率性解释”,《现代法学》2014年第4期,第18页。

〔72〕参见蒋大兴:“论公司治理的公共性——从私人契约向公共干预的进化”,《吉林大学学报(社会科学版)》2013年第6期,第82~83页。