

## 国有企业走出公司法的新路径： 以《国有资本投资运营公司法》建构为核心

王鹤翔\*

**内容提要：**在《公司法》修订的背景下，学界已经意识到对国有企业施行公司制改革并不等同于国有企业必须接受《公司法》的调整，反而应当借助设立特别法的方式将国有企业剥离出《公司法》的调整范围。这类“剥离说”是对于传统的“商事公司说”矫枉过正的反思，但在立论基础上同样陷入与传统观点类似的“从属性出发”建立国有企业与公司种属关系的主观性路径，且与我国的历史实践相违背。在借助法律形式主义与法律工具主义、法律权威与政治权威之间关系演变分析再度得出剥离国有企业的必然性后，对代表性剥离方案进行系统地审视，发现《公共企业法》方案未能与“国有企业过度商事化”的问题相匹配，无法“撩开国有企业的商事面纱”；而《国有公司法》方案则因国有公司概念的解读困境，不能满足立法中对核心概念的规范性需求，并且可能在立法后对国有企业的国际法地位与公司制改革成果产生不利影响。为实现对传统观点、《公共企业法》方案与《国有公司法》方案的超越，提出以《国有资本投资运营公司法》的建构为核心的全新剥离路径，进而以投资公司与运营公司制度的分立为基本架构，逐次明确各主体间的法律关系、两种公司的权限范围及其治理结构，并借此立法契机初步展望国有资本监管权与国有资本所有权的分离。

**关键词：**国有企业 公共企业 国有公司 公司法 国有资本投资运营公司

国有企业制度的存在是一个普遍现象，即使在最为追求自由市场经济的美国也在联邦法律层面设立有与国有企业相似的政府公司，<sup>〔1〕</sup>而在新加坡、<sup>〔2〕</sup>法国、德国以及日本等发达市场经

\* 王鹤翔，西南政法大学经济法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金重点项目“创新社会治理背景下社会企业法律规制研究”（18AFX018）、重庆市研究生科研创新项目“《公司法》修改背景下董事会实质化问题研究”（CYB21147）的阶段性成果。

〔1〕《美国联邦法典》第31编下属第91章即“政府公司”的规制专章。参见顾功耘主编：《当代主要国家国有企业法》，北京大学出版社2014年版，第10页。

〔2〕参见王怀勇、王鹤翔：《描述与重构：国有资本投资运营公司外部董事独立性研究》，载《商业研究》2021年第3期。

济国家也广泛存在着与自身经济基础、文化氛围以及社会需求相适应的各类国有企业法律制度。<sup>〔3〕</sup>在我国，国有企业制度更是作为《宪法》第7条规定的“全民所有制”的实现方式，<sup>〔4〕</sup>与国有资产法形成“主体—客体”<sup>〔5〕</sup>的全民所有制法律谱系，彰显着社会主义的理念与价值。

可以认为，国有企业在制度层面并不面临存在性焦虑，<sup>〔6〕</sup>真正让人们疑惑不定的是国有企业制度的存在方式，又或者说，国有企业应当栖身于何种法律。在《公司法》修订的背景下，学界已经敏锐地意识到对国有企业施行公司制改革并不必然等同于国有公司须受《公司法》调整，一种既往出现过的“公司法帝国”想象或难成就。以《国有公司法》、<sup>〔7〕</sup>《公共企业法》<sup>〔8〕</sup>等立法动议为代表的理论观点放弃了纯粹公理式思考，不再仅仅关注以“公司”为核心的概念树的建构，回归了法学应有的实践性与论题学取向。<sup>〔9〕</sup>是故，即使已有方家论述的珠玉在前，考虑到中国国有企业改革的恢弘历史，仍有本土资源有待发掘和思索。本文便乘此“问题而非主义”的学界东风，对国有企业如何走出公司法略论一二，以回答国有企业与公司法相分离的必然性并提供更加多样的理论路径。

## 一、缘何出走：剥离国有企业动机的三阶思考

传统观点认为，“所有制企业法与企业组织法并存”是我国企业立法体系的结构缺陷，<sup>〔10〕</sup>尤其在公司法上，应当“遵守市场主体平等理念，不应因公司资本来源的所有制不同而区别对待”<sup>〔11〕</sup>，换言之，构建普适平等的公司法规则，抹平国有企业缘于所有制形成的优势地位方能解“中国公司之谜”。这一方面要求公司法中不再有关于所有制的独特表述，删除国有独资公司的特别规定；另一方面需要公司法树立至高无上的权威，排除各类法规规章、政策文件对国有公司的行政化治理与针对性调整。然而，问题在于，国有企业虽然需要接纳公司治理改革，但并不等同于必须接受公司法的调整。近年来学界便展现出对传统观点的反思，并提出了反公司法帝国的呼吁，建议新设单行法对国有企业进行单独规制。这类“剥离说”的立论基础是对我国现实情形的体察与肯认，迈出了构建回应型国有企业法律制度的关键一步。但其对我国国企改革的认识较多关注制度表象，未能注意到制度选择背后的深层动因，为公司法对国有企业的再度捕捉留下了空

〔3〕 参见王保树：《完善国有企业改革措施的法理念》，载《中国法学》2000年第2期。

〔4〕 参见李忠夏：《“国家所有”的宪法规范分析——以“国有财产”和“自然资源国家所有”的类型分析为例》，载《交大法学》2015年第2期。

〔5〕 蒋大兴：《超越国企改革观念谬误》，载《中国法律评论》2016年第10期，第227页。

〔6〕 在早期“国有”与“全民所有”关系的讨论结束后，这一问题便不再出现在理论视野中。参见江平：《国企改革与〈公司法〉的诞生（上）》，载《中国经济周刊》2013年第5期。

〔7〕 《国有公司法》的提议又区分为两种：一是纯粹组织法模式（参见胡改蓉：《〈公司法〉修订中国有公司制度的剥离与重塑》，载《法学评论》2021年第4期）；另一是综合组织法与资产法的模式（参见郭富青：《论公司法与邻近法律部门的立法协同》，载《法律科学》2021年第6期）。

〔8〕 参见蒋大兴：《公司法改革的“社会主义逻辑”》，载《中国流通经济》2020年第7期；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》，载《现代法学》2014年第5期。

〔9〕 参见舒国滢：《寻访法学的立场——兼论“论题学”法学的思考方式》，载《法学研究》2005年第3期。

〔10〕 参见李建伟：《中国企业立法体系的改革与重构》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2013年第6期。

〔11〕 方流芳：《试解薛福成和柯比的中国公司之谜》，载梁治平编：《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社2002年版，第284页。

间。是故，尚需借助对剥离动机的进一步追问，得出剥离的必然性。

#### （一）表象：国有企业与公司的种属关系之争

“清晰界定国有企业的法律属性是相关法学理论研究的起点。”<sup>〔12〕</sup> 传统观点认为国有企业的性质应当是“商事公司”，甚至就是“股份有限公司”。<sup>〔13〕</sup> 这种认识下，国有企业自然被包含于公司，由之纳入，并受公司法调整。这实际反映的是市场经济建立之初，法学家对市场中的国有企业的期待，并因之作出了符合时代需求的理论贡献。同时，从目前的实定法来看，国有企业也确实几乎尽数委身于公司之下，其法律构造是沿着“民事主体—法人—营利法人—公司—国有公司”的逻辑理路梳整而出的，公司在形式上是国有企业的上位概念，国有企业被公司所规定。为此，传统观点中的其他制度建议，如实现两权分离、政企分开，实际便是对这一种属关系的具体落实。

但在近年来“后市场经济时代”的语境下，学界开始重拾国企的公共性价值，形成了“特殊公司法人说”、<sup>〔14〕</sup>“公共企业说”<sup>〔15〕</sup>与“私法化的行政组织说”<sup>〔16〕</sup>等彰显国企公共面向的法律属性理论。迥异的法学主张背后反映的是不同的社会现实：一方面国企分类改革产生的公益类国有企业使得“商事公司”的构想独木难支；另一方面自由市场经济走下神坛，使得国有企业的公共性，或称社会性，再度得到学界的理解与支持。新的关于国有企业本质的观点将国有企业与公司法中的公司平行，因而为“剥离说”创造了基础。“剥离说”的其余论据，如公司法的私法性质，也是该平行关系的延伸而已。

“剥离说”所依仗的“平行论”确实更能回应国企改革的本土性。但一方面，其与传统观点依靠的“包含论”相同，来源于法学家对某种经济体制与公司法理想的情愫，具有一定的主观性，不能客观确证国有企业应当独立于公司法。另一方面，我国公司法的历史也不为“平行论”背书。众所周知的是，我国第一部《公司法》是为国企改革服务的，立法目的在于使国企从计划经济下的政企合一体制转向适于在市场经济中生存与发展的现代企业。这种“为他人做嫁衣裳”的基因仍保留于现今的《公司法》中，《公司法》第3条规定的“法人财产权”即是与国家分享的双重所有权中的下阶所有权。<sup>〔17〕</sup> 可以认为，《公司法》至少在核心的产权安排上，仍然由人们对国有企业的认知来定义着。这便从历史的角度对“平行论”的真值性提出了质疑。因此，“从属性出发”的理论路径确实可以对传统观点提出挑战，为国有企业剥离公司法提供可能，但不能确证其必然性。

#### （二）追问：法律工具主义与法律形式主义的历史演变

隐藏在种属关系之争背后的是两种立法模式之间的矛盾：一种被称为法律工具主义，指代法律不能独立于政策甚至应当与之等等的立法思想。<sup>〔18〕</sup> 如前文所述，《公司法》的制定实际上就是

〔12〕 何源：《国有企业法律属性的困境与出路》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2021年第1期，第125页。

〔13〕 参见王保树：《国有企业走向公司的难点及其法理思考》，载《法学研究》1995年第1期。

〔14〕 参见顾功耘、胡改蓉：《国企改革的政府定位及制度重构》，载《现代法学》2014年第3期。

〔15〕 参见前引〔8〕，蒋大兴文，《国企为何需要行政化的治理——一种被忽略的效率性解释》。

〔16〕 参见前引〔12〕，何源文。

〔17〕 参见前引〔6〕，江平文。

〔18〕 参见郭锐：《抽象理论与现实关怀——以法人概念研讨和中国经济转型为例》，载《中国政法大学学报》2016年第5期。

相关经济社会政策在法律方面的落实，《公司法》中的公司实际由政策规划的国有企业所定义着。另外一种被称为法律形式主义，本意是指不考虑立法目的与适用后果而仅仅应用逻辑推理来进行司法审判的法律适用方法。<sup>〔19〕</sup>但也被学者用以描述使法律与政策相分离的立法思想，如“一旦把企业看作是法人，法律必须保障企业的这些特征。保障企业的独立性与党和国家的政策关系不大，而是出于法人概念本身的需求”<sup>〔20〕</sup>。这种意义上的法律形式主义源自人们对现代法律的呼唤，认为现代法律自有其目的，即“使人类行为服从于一般性规则的指导和控制”<sup>〔21〕</sup>。

传统观点萌生的时代，正是法律工具主义退场、法律形式主义来临的立法区间。彼时学界更多关注既有法律因与计划经济政策的紧密关联而缺乏主体性与现代性的显著缺陷，期待借助私法的逻辑体系对之予以矫治。“商事公司说”就是对“公司实际被国有企业定义”的对症施治，期待以前者容纳后者的方式实现《公司法》的纯洁性。但随着《公司法》在几次修订中不断完善，尤其是2005年的修订对国有公司产权安排、设立规则、融资规则的修正与删除，<sup>〔22〕</sup>《公司法》已然形成较为完备的自治体系，政策的色彩已经不再浓厚，传统观点期待法律形式主义的前提已然不复存在。也是在这一时期，功能主义、<sup>〔23〕</sup>回应型法<sup>〔24〕</sup>等关注法律实效与社会需求的法律思想开始被学界接受。同时，随着私法立法的热潮褪去，诸多重要的经济单行法与行政部门法推行，人们也不再认为私法品格是现代法律的唯一选择，“剥离说”的理论与现实论据逐渐充分，期望通过构建特别法满足国企治理的现实需要，服务于国有企业的改革走向。如果认为《公司法》确实因为归属于私法而有必要保留逻辑至上的法律形式主义的立法模式，那么一部具有工具主义倾向，独立于《公司法》的特别法便是调整国有企业所必需的，国有企业的剥离也因而具备了必要性。

### （三）真相：法律权威与政治权威之间的协调

不同的立法思想为国有企业走出公司法提供了论据，但仍然与具有决定性的立法动机有一定距离。在法律形式主义与法律工具主义背后，分别是法律权威与政治权威<sup>〔25〕</sup>在发挥实际作用。即使近现代法学已经不再将权威视作法之为法的唯一条件，但在我国，“法律是主权者的命令”的经典论述仍然具有解释力。如《公司法》便是立法机关的命令，并凭借立法机关的权威得以施行，其对于法律逻辑的崇尚与其说是法律形式主义使然，不如认为是立法机关的权威使其得以与政策相独立。与之相对，国有企业改革的决策者是党的领导集体，作为一种有别于传统认识中的主权者的领导者，其命令发挥着实际效力。这正是《公司法》对国有企业的调整屡屡面临“外部冲击”的真实原因。在这种政治权威的领导下，调整国有企业的法律必然与政策更加亲密。

传统观点在根本上是希望借助《公司法》对国有企业无差别的调整树立法律权威至高无上的地位。但正如学者总结出的，具有中国特色的立法过程是“一群学者的执着坚守、一次对立学派

〔19〕 参见陈锐：《法理学中的法律形式主义》，载《西南政法大学学报》2004年第6期。

〔20〕 前引〔18〕，郭锐文，第111页。

〔21〕 〔美〕富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第170页。

〔22〕 参见前引〔7〕，胡改蓉文。

〔23〕 参见马姝：《论功能主义思想之于西方法社会学发展的影响》，载《北方法学》2008年第2期。

〔24〕 参见图依布纳、矫波：《现代法中的实质要素和反思要素》，载《北大法律评论》1999年第2期。

〔25〕 此处采取的是周永坤教授对两种立法模式与两种权威之间关系的认识。参见周永坤：《论中国法的现代性十大困境》，载《法学》2006年第6期。



的绝地反击、一位领导人的重要指示，然后是一场旷日持久的学术争论的偃旗息鼓”〔26〕，立法中发挥决定性作用的仍然是政治权威，尤其在国有企业制度领域，“政治规制与法律规制”的竞争殊为明显。〔27〕为此，如何用一种立法方案协调存在于《公司法》中的两种权威的矛盾，便是理论界对“中国公司之谜”的新解。是故，只有剥离国有企业，使其走出公司法的调整范畴，用单独的法律承载政治权威的命令，才是最为合适的出路。

## 二、国有企业走出公司法的既有方案及其评述

在坚实的立法思想指引下，国有企业走出公司法才终于拥有必然性。而学术界目前提出的剥离方案中，以《公共企业法》与《国有公司法》方案最为体系化与完善，对两种方案予以评述，一方面证明该提议本身具有可证伪性，符合证伪主义中对科学性的判断与要求，因而具有理论价值；〔28〕另一方面有助于进一步开拓视野，在法律可能性的范围内寻找更加符合改革目的的剥离路径。

### （一）《公共企业法》方案评述

我国学术话语中的“公共企业”可分别指向两种不同的企业。一是以产品属性为界定标准，“为社会提供具有公共性质的产品与服务”〔29〕的公用企业。〔30〕二是以所有制为标准的公营企业，“是指所有权或控股权归属于政府，并受其直接控制，具有企业法人地位的经济实体”〔31〕，实际上就是我国的国有企业。而《公共企业法》方案指向的实际是前一种含义——“制定统一的《公共企业法》，统一规范私营与国有的公共企业”，并进一步利用该法构建了公共企业的各项制度，包括厘定非营利目标、建立严格的审批设立程序、采纳公共董事与商事董事的混合治理、适用财务监管与信息披露并在退出机制上施行听证解散制度。〔32〕可以认为，这一方案代表着学界对国有企业商事性质定位的反思与公共性价值的重拾，然而，正是因为该方案将公共企业解读为公用企业，使得作为问题的“国有企业商事化”与作为答案的《公共企业法》之间产生了口径的偏离。

#### 1. 商业性国有企业何去何从

为“撩开国企的商事面纱”，就必须对全部存在过度商事化的国有企业进行调整与矫正。但在“公用企业”的实质意蕴下，学者设计的《公共企业法》却无法与这一需求相匹配。具体而言，自从国有企业实施分类改革以来，国有企业便区分为商业性（或竞争性）与公益性两类。如果切实设立《公共企业法》，那么碍于公共企业的概念取向在于产品属性而非所有制，会使得那些在行为与产品属性上并未体现公共性，但又在治理结构与产权安排等方面极为特殊的商业类国

〔26〕 周大伟：《追忆：佟柔先生与中国民法学》，载《南方周末》2007年3月8日，第D29版。

〔27〕 参见陈晓华：《国有企业法律规制与政治规制：从竞争到融合》，载《法学论坛》2019年第6期。

〔28〕 参见张华夏：《波普尔的证伪主义和进化认识论》，载《自然辩证法研究》2003年第3期。

〔29〕 胡改蓉：《论公共企业的法律属性》，载《中国法学》2017年第3期，第145页。

〔30〕 参见孙晋：《竞争性国企市场支配地位取得与滥用以及规制的特殊性》，载《法学评论》2016年第1期。

〔31〕 朱柏铭编著：《公共经济学理论与应用》（第2版），高等教育出版社2013年版，第259页。

〔32〕 参见前引〔8〕，蒋大兴文，《国企为何需要行政化的治理——一种被忽略的效率性解释》。

有企业仍交由《公司法》进行调整。也正因如此，在《公司法》内外会继续广泛存在着两种权威之间的冲突，无法实现“剥离说”的立法使命，凸显了该方案的未竟之功。

## 2. 私营性公共企业规制障碍

同时，也是由于公共企业的概念取向，《公共企业法》方案不得不将私营性公共企业纳入调整范围，并一概取用国有公共企业的标准进行调整，这将面临一系列问题与障碍。如一律需要“向各级人大报告其运营状况”，并在解散时“经过各级人大或其常委会核准”，这对于国有企业是极其妥善的制度建设，有利于减少国有企业的代理链条与代理成本，<sup>〔33〕</sup>但同时要求私营公共企业履行这一义务便存在法理上的障碍，至少与前者义务的实质——接受“人大股东”的监督——绝不相同。再如设立不予分配利润的目标，这对于国有企业确实能够减少内部人私分利润的渠道，但对于私营公共企业而言无疑等同于扼杀举办人与投资人的创办热情，不利于其发展。再如引入政府机构指派的公共董事的措施，在国企中既是司空见惯的事实，也是制度建设的方向，但在私营公共企业中尚有讨论余地，并非理所应当，完全可以借鉴日本公共企业中第三方社会组织监督的做法。<sup>〔34〕</sup>总而言之，在这一点上，再度体现出《公共企业法》方案存在明显的“对象错误”。

## （二）《国有公司法》方案之评述

《公共企业法》方案的核心是利用与商事公司相异的公共企业的概念重塑国有企业，但却未能考虑到其与国有企业或是国有公司是实质平行的关系，因而调整范围对内无法融入商业性国有企业，对外错误纳入了私营性公共企业。这提供了一个启示——应当尽量以国有企业或是国有公司本身为核心概念构建剥离的法律路径。在这一点上，《国有公司法》确实是更加匹配的立法方案，但也存在无法解决的立法疑难与不可低估的立法影响。

### 1. 何为“国有公司”：立法技术的疑难

什么是“国有公司”？这是《国有公司法》方案需要首先回答的问题。如果首先将国有公司等值转换为公司型的国有企业，那么问题也将等值转换为“什么是国有企业”。对此，实定法尚未“认真对待过”<sup>〔35〕</sup>。《国有公司法》方案对之采取了兼顾“所有权”与“控制权”的认定标准，即“国有资本直接或间接持股半数以上，以及虽然持股比例少于半数，但对公司享有实际控制权的”<sup>〔36〕</sup>企业，便是国有企业。该种界定符合目前的制度实践，也与理论主流观点保持一致。但对其仔细观察，便能发现该种界定标准面临边界不清的适用困境。

#### （1）国际性难题：国有企业的“控制权标准”

《国有公司法》方案认为对企业享有的实际控制权主要是指“对公司主要事项具有重要影响力，如企业重大事项的决策、半数以上董事会与监事会人员的任免等”，这一标准可以识别实质的国有企业，但难以回答如下追问：首先，实际控制权的边界在何处？即究竟怎样判断该企业已经被国家或出资人代表机构控制？如果按照“对主要事项具有重要影响力”的内涵界定方式，怎

〔33〕 参见蒋建湘：《委托代理视角下国企公司治理的改进》，载《法律科学》2014年第6期。

〔34〕 参见陈美颖：《日本公共企业经营治理的制度改革及其启示》，载《现代日本经济》2019年第5期。

〔35〕 前引〔5〕，蒋大兴文，第227页。

〔36〕 前引〔7〕，胡改蓉文，第138页。

样区分“主要事项”与“非主要事项”、“重要影响力”与“一般影响力”？如果按照类型划分的方式，在掌握重大事项决策权、董事会与监事会人事权以外，还有哪些典型的类型？立法是否能够周延地规定这些类型？其次，对实际控制权的判断是个案的还是普遍的？如企业的某次决策、某项人事任命被国家或出资人代表机构控制，是否可以认为其掌握了该公司的实际控制权？最后，实际控制权判断的逻辑是“后于行为的”，但《国有公司法》的适用逻辑是“先于行为的”，也即实践中只能依据国家以及企业已经作出的行为及其效果认定是否被实际控制，但《国有公司法》的适用却要求首先确定企业是否为国有，这之间的时差矛盾如何处理？

如何判断被国家或政府实际控制不仅困扰中国学术界，域外学者对之的态度也十分消极。在美国，表面上仅存在所有权界定标准，联邦层面的《政府公司控制法》规定的“政府公司”仅包括政府混合所有权与政府全资公司两类，<sup>〔37〕</sup>但实际上也存在大量私人所有，并接受政府支持（sponsor）的实质“政府公司”。一般而言，这种支持非常模糊，其形式也十分多样，其中最为典型的一类，如著名的房地美与房利美公司，<sup>〔38〕</sup>会接受政府提供的隐性债务担保，从而大幅减少融资成本，但其经营方针也必须与政府的政策协调一致。因此，美国学界一般称美国政府是这些公司的担保人（guarantor）。<sup>〔39〕</sup>可以看出，这一类实际控制便十分脱离人们对控制权的典型认识，以至于美国学者指出，（美国）政府公司的存在远比外界观察到的更普遍。<sup>〔40〕</sup>此外，在国际法领域，如何判断某机构（包括企业）受该国政府的实际控制也是莫衷一是，众说纷纭。并不仅仅考虑“政府拥有多数股权”的“政府控制说”，认为“政府官员在该实体的董事会中任职、政府能够控制该实体行为、该实体响应政府政策或利益追求”是认定实质控制的关键要素。而“政府权力说”则认为只有该机构被赋予了政府权力，才形成“有意义的控制”。<sup>〔41〕</sup>综上所述，“实际”“控制”这两种本身含义模糊的概念所组成的偏正短语必然难以得到细致的解释。

#### （2）本土性疑虑：国有企业的所有权标准

依据《国有公司法》方案中“持股半数”的规定，国有企业将包括国有独资公司、国有全资公司与国有控股公司，而不包括国有参股公司。这是对出资人权利与出资人份额等比例相关的法律常理的遵从，但却面临国有企业治理制度的质疑。如最近推出的《国有金融资本管理条例（征求意见稿）》就将国有金融机构的穿透式管理对象界定为“各级控股及参股企业”。虽然在该稿总则部分将国有金融机构类型化为国有独资、全资、控股与实际控制四种，<sup>〔42〕</sup>但无疑在上述“穿透式管理制度”的具体规定中，参股企业被纳入到了特殊治理规则下，实际上已然是国有企业。<sup>〔43〕</sup>与中央法规层面经常以“分则与总则”打架的方式将国有参股企业实质认定为国有企业不同，地方出资人代表机构往往更直接地规定国有参股企业归属于国有企业行列，诸多地方文件

〔37〕 参见《美国联邦法典》第31编第4卷第91章第一节；前引〔1〕，顾功耘主编书，第10页。

〔38〕 参见缪因知：《从国企到公共企业的法律调整与所有权调整》，载《交大法学》2017年第3期。

〔39〕 See Micheal Froomkin, Reinventing the Government Corporation, 47 (3) University of Illinois Law Review 543 (1995).

〔40〕 参见前引〔39〕，Micheal Froomkin文。

〔41〕 参见陈卫东：《中美围绕国有企业的补贴提供者身份之争：以WTO相关案例为重点》，载《当代法学》2017年第3期。

〔42〕 参见《国有金融资本管理条例（征求意见稿）》（2020）第2条。

〔43〕 参见王怀勇、王鹤翔：《国有金融机构穿透式管理之见疑》，载《现代经济探讨》2022年第3期。

对国有参股企业的董事会与监事会人选、<sup>〔44〕</sup> 股东权益保护、<sup>〔45〕</sup> 企业决策规则与财务管理<sup>〔46〕</sup>等事项进行的特殊规定，使之与国有企业无异。面对上述这些超出所有权标准的实践，《国有公司法》应当如何应对？若仍然排除国有参股企业，或许很难得到中央层面出资人代表机构与相关部委的支持，进而导致在中国独特的部委立法体制下，《国有公司法》很有可能只停留于理论的构想。

## 2. 过于特殊的国有公司：立法影响的疑虑

### （1）对国际法地位的影响：《国有公司法》与《私有公司法》的分立

《国有公司法》方案对公司型国有企业进行特别调整，极有可能影响这类国企的国际法地位。从目前国际贸易仲裁的实践来看，该举有可能使国有企业被识别为 WTO《补贴与反补贴措施协议》中的“公共机构”（public body），从而被直接认定为补贴提供者，在调查与争端解决中处于极其被动的地位。具体而言，该协议认为补贴提供者有三类：政府、公共机构与私营机构。<sup>〔47〕</sup>但碍于国际法对“公共机构”缺乏明确的定义，国家或政府全资或控股的企业如何定性仍然未形成统一做法。在美国多主张运用的“五要素分析法”中，“是否依据法律成立，以及依据何种法律成立”<sup>〔48〕</sup>具有重要的判断作用。如果确实颁布《国有公司法》，将使得原《公司法》成为实质上的“私营公司法”，一“公”一“私”形成强烈对比，加之五要素分析法中的其他四项，即“政府所有权”“政府官员在该实体的董事会中任职”“政府能够控制该实体行为”“该实体响应政府政策或利益追求”，国有企业多数占尽，其如“希腊船方诉中国案”中被认定为公共机构<sup>〔49〕</sup>或将成为常态。

### （2）对公司制改革的影响：脱离《公司法》的“保护”

《国有公司法》方案对国有企业的另一影响，是有可能阻碍其公司制改革。此前由《公司法》作为调整公司型国有企业基本法的做法，虽然造成了诸多矛盾，但也正是因为《公司法》的辖制，国有企业的公司制改革获得了法制保障，即使在部分领域受到了外部规范性文件的侵袭，进行改革的国有企业仍然保持了公司的基本要素，形成了所有权与经营权相分离的现代企业基本架构，与“新三会”为代表的公司治理结构。出资人代表机构欲伸展权力，加强行政性治理，始终不得不忌惮《公司法》的制度刚性。但如果将公司型国有企业尽数剥离，在特别法内进行统一调整，就很难继续维持这一局面。在我国特别的部委立法体制下，行政权力很大程度上与立法权力有所重合，由出资人代表机构草拟或参与的《国有公司法》，势必体现其对公司型国有企业的治理理念。这一点在国资委起草的《公司法》建议稿中就有所体现，该稿建议赋予国资委对二级以下国企的穿越式监管权力以及国企内部的特别调查权力，<sup>〔50〕</sup>这就很大程度上已经突破了基于“出资—被出资”形成的股东与公司之间的层级关系。由此，面对维持公司制改革的正确方向、

〔44〕 参见《海口市国有及国有控股、国有参股企业领导人员管理暂行规定》。

〔45〕 参见上海市《章程示范条款（国有参股股东权益保护）》（沪国资委法规〔2018〕371号）。

〔46〕 参见《萍乡市人民政府关于印发萍乡市国有参股公司管理暂行规定的通知》（萍府发〔2018〕12号）。

〔47〕 参见刘雪红：《“国家资本主义论”下的国企投资者保护——基于投资协定革新的视角》，载《法学》2018年第5期。

〔48〕 前引〔41〕，陈卫东文，第21页。

〔49〕 参见刘纪鹏、曾斌：《从“希腊船方诉中国案”看国资改革的基本模式》，载《中国政法大学学报》2012年第4期。

〔50〕 参见国务院国资委法规局撰写的《公司法》修改建议稿（内部资料）。转引自前引〔7〕，郭富青文。



保留公司制改革成果的立法任务,《国有公司法》或难承其重。

综上所述,《国有公司法》方案确实更加切题,是对国有企业法律调整模式改革的有益尝试。但一方面国有公司与国有企业认定标准的不确定性使得该方案无法满足立法中确立核心概念的规范性需求,另一方面该方案也或将造成不利于国有企业发展的立法影响,故而不能称作是剥离路径的最优设计。国有企业如何走出公司法,仍然可以有其他的回答。

### 三、执两用中:针对国有资本投资运营公司的有限剥离与适度重构

国有企业走出公司法,一是需要回归问题的本源,成功协调法律权威与政治权威之间的矛盾,完成“剥离说”的立法使命,从而对传统观点与《公共企业法》方案实现超越;二是必须克服或是避免《国有公司法》方案在核心概念规范性方面的力有不逮与立法影响方面的无心之失。这并非是理论不能胜任的构想,在授权经营体制改革的背景下,针对国有资本投资运营公司进行的有限剥离与适度重构是为最佳的立法路径。

#### (一)《国有资本投资运营公司法》方案的提出

所谓《国有资本投资运营公司法》方案,是指构建特别法,专门调整国家直接出资的国有资本投资运营公司,同时搭配对普通国有企业相关法律法规的清理,删去《公司法》关于国有独资公司的特殊规定,使之仅受《公司法》中普适的组织规则与《企业国有资产法》中的资产规则的调整。这一方案绝非故意标新立异。一方面,在国际上,对国家直接出资企业施行特别法管控,而对这些企业下属的国家间接出资企业通过普通商事企业法进行调整的做法非常普遍。如美国《政府公司控制法》中的“政府公司”便仅指政府直接出资设立的混合所有权公司与全资子公司。<sup>[51]</sup>再如加拿大法律中的“国有企业”虽然同时指代“国有企业母公司”及其“全资子公司”,但也同时要求对子公司的调整必须符合其章程,此外也仅有内阁总理有权力要求某全资子公司直接适用国有企业的特殊规定。<sup>[52]</sup>这是对全资子公司适用国有企业特殊规定的双重限制,致使其在一般情况下只被认定为普通公司。再如新加坡也在《宪法》中明确,受到特殊规制的仅包括列明的政府直接出资的国有控股平台企业,如著名的淡马锡控股有限公司等,这些公司下属的企业则依照商业规则与普通公司法施行自治。<sup>[53]</sup>另一方面,该方案确实具有超越《公共企业法》与《国有公司法》方案的可能,并且其本质就是对新一轮授权经营体制改革的实现。

#### 1. 对《公共企业法》方案的超越

《国有资本投资运营公司法》方案创造了国有资本投资运营公司(以下简称“平台公司”)这一法律概念,并借助规范性文件的清理与梳整,使组织法意义上的公司型国有企业概念消弭于《公司法》之中。新增的平台公司概念归属于特别法,并不因为采取公司制而受到《公司法》调整,这就使得平台公司可以与《公司法》的私法属性保持距离,不需要在资本制度、治理结构、决策规则等方面与《公司法》中的公司发生纠缠,保留政治权威的介入空间。同时,《公司法》也不

[51] 参见前引[1],顾功耘主编书,第10-13页。

[52] 参见前引[1],顾功耘主编书,第71页。

[53] 参见前引[2],王怀勇、王鹤翔文。

必再因为包含所有制成分而饱受政治权威的侵扰，得以借助法律权威的力量塑造符合市场经济逻辑的理想公司，实现本次《公司法》修订中“为中国企业的创新创业保驾护航，提升国际化的竞争力”的立法目标。这种剥离方案一方面与传统观点有所关联，彻底消除了国家间接出资的国有企业的特殊地位，有助于实现国有企业向现代企业转型；另一方面也避免了《公共企业法》方案仍然陷于两种权威纠葛的立法结果，为两种权威之间的协调提供了路径，实现了“剥离说”的立法使命。

## 2. 对《国有公司法》方案的超越

平台公司作为三级授权经营体制改革的中间一级，其识别标准相当明确，不会出现类似国有企业的界定难题，因此满足立法中对核心概念的规范性需求。平台公司由国家直接出资设立，在立法中完全可以将“国家直接出资”作为其核心规定。同时，出于授权经营体制改革仍在继续，既有两级体制（出资人代表机构—国有企业）在部分领域有所保留，为与这些领域中的国家直接出资企业相区别，还需要将平台公司特殊的功能定位纳入定义。其中国有资本投资公司的功能是针对市场失灵、社会民生以及重要战略领域通过产业投融资，实现政府的政策性目标；国有资本运营公司的功能则是通过资本运作与资本整合相结合的方式，在市场机制中推动国有资本的保值与增值。<sup>[54]</sup>借助国家出资方式与功能定位的双重标准，平台公司概念便可拥有明确的指向，《国有资本投资运营公司法》的调整范围也较为稳定。

在立法影响的维度，《国有资本投资运营公司法》方案没有改变间接出资国有企业受《公司法》调整的现状，同时削弱了《公司法》的所有制色彩，不会影响其国际法地位，也不会使国有企业的公司制改革成果付之东流。因此，相比《国有公司法》，一部针对国有资本投资运营公司进行有限剥离的法律更接近“剥离说”的最优设计。

## 3. 新授权经营体制改革：《国有资本投资运营公司法》方案的实质

以平台公司为纽带，连接出资人代表机构与国有企业的三级授权经营体制存在“出资人代表机构与国有资本投资运营公司之间”“国有资本投资运营公司与国有企业之间”的两组法律关系。对于前者的性质，学界仍然莫衷一是，而对于后者，则一致认为属于股权关系。<sup>[55]</sup>《国务院关于改革和完善国有资产管理体制的若干意见》（国发〔2015〕63号）指出国资委通过授权的形式将政府授予国资委的“出资人职责”向平台公司授出，而平台公司对于下属国有企业仅行使股东权利。这便表明，在授权经营体制改革的顶层设计中，对后一种关系的认识与学界保持了一致意见，而前一种关系则被认为是一种有别于信托、代理等私法法律关系，更具有公共特征的特殊法律关系。因此，抹去普通国有企业的特殊性，统一交由《公司法》调整，使其解脱于传统的行政治理，只由国有资本投资运营公司进行股权管理，便是对顶层设计中股权关系的确认与落实；而把国有资本投资运营公司从《公司法》的管辖下剥离出来，借助特别法承载特殊的法律关系，也是实现授权经营体制改革的题中之意。《国有资本投资运营公司法》方案绝非毫无基础的“万丈高楼平地起”，更不是简单宣介域外经验的“海客谈瀛洲”，而是实现授权经营体制改革的必要途径。

### （二）《国有资本投资运营公司法》方案的基本架构

方案的两方面中，对普通国有企业法律调整模式的塑造并不复杂，仅需要删除《公司法》中

[54] 参见何小钢：《国有资本投资、运营公司改革试点成效与启示》，载《经济纵横》2017年第11期。

[55] 参见赵旭东、王莉萍、艾茜：《国有资产授权经营法律结构分析》，载《中国法学》2005年第4期。

的国有独资公司条款,以及排除包括《企业国有资产法》在内的其他规范性文件中对国有企业组织规则的规定即可。较为困难并充满争议的是《国有资本投资运营公司法》的构建,为此需要进一步阐明该法的基本线索与重点问题。

### 1. 国有资本投资公司制度与国有资本运营公司制度的分立

两种公司制度应当分立还是统合,是《国有资本投资运营公司法》需要首先解决的问题。现实中,许多地方筹建了统一的平台公司。然而在相关政策文件的顶层设计中,两种公司的功能迥异。其中,投资公司专注于实现政府的政策性目标,克制市场失灵、保障社会民生、扶持战略产业;运营公司则是借助市场机制实现国有资本的交换价值,促进国有资本的保值增值。<sup>[56]</sup> 顾耕耘教授也曾判断:“政府也可以对这两种公司实行必要的分工,比如一个重点投资公共领域,一个重点投资竞争领域。”<sup>[57]</sup> 如果对两种公司制度统合立法,势必再次在同一制度、同一类组织中重现国有企业普遍存在的经济性与公共性之间的经典矛盾。<sup>[58]</sup> 也正是这种属性之间的差异,为两种公司的制度构建与权责配置提供了“他治”与“自治”的立法指引。

### 2. 在分立的基础上明确法律关系

明确两类公司分立后,还需要明确出资人代表机构与平台公司之间的法律关系。对于此前学界盛行的“委托代理”说,已有学者指出其仅是经济学话语的复述,只关注代理人与被代理人之间的内部合意,远远宽泛于法律中的代理。<sup>[59]</sup> 而更符合法学口味的“信托关系说”<sup>[60]</sup>一方面并未得到官方政策文件的承认,与现实有着严重的背离;另一方面也仍然是传统观点“商事公司说”的延续,旨在构建政府与国有企业之间平等的私法关系。实际上,国有企业的法律改革并不排斥行政监管,人们忌惮的是这种监管权与经营权混为一体时展现的非中立性。而两种公司的设立目的就在于将经营权分离出来,使监管权恢复公平的本色。为此,可以将国资委与平台公司之间的法律关系界定为规制法意义上的监管与被监管关系。考虑到运营公司更加具有商业性,国资委对之的监管可以秉持一种“包容审慎”的理念,采取正面列举的方式缩小监管范围,并在监管方式上更强调柔性的指导与劝诫;而投资公司的公共性则要求国资委对之施加更加严格的“行为监管”,对投资公司的重大决策实施覆盖,在监管方式上着重加强前端的审批与控制。

### 3. 在分立的基础上明确两种公司的权限范围

依据顶层设计的安排,平台公司承接的是从国有资本监管权中剥离出来的国有资本经营权。<sup>[61]</sup> 为此,国有资本经营权的范围就是平台公司的权限范围。国务院2019年颁布的《改革国有资本授权经营体制方案》围绕战略规划和主业管理、选人用人和股权激励、工资总额和重大财务事项几方面对国有资本投资运营公司进行了授权规划,但却未进行分类授权安排。具体而言,投资公司必须实现公共性,国家对之投入的资本是为公益性国有资本,因此在权限范围上应当体现受到监管权限制而表现出的保守,与基于对下属公益性国有企业管理的需要体现出的扩张。因

[56] 参见前引[54],何小钢文。

[57] 顾功耘:《论国资国企改革的政策目标与法治走向》,载《政治与法律》2014年第11期,第85页。

[58] 参见前引[14],顾功耘、胡改蓉文。

[59] 参见前引[55],赵旭东、王莉萍、艾茜文。

[60] 参见前引[55],赵旭东、王莉萍、艾茜文。

[61] 参见王志强:《基于“保持距离型”理论的“管资本”为主的国资监管新框架》,载《江西社会科学》2019年第5期。

此，应当取消其在战略规划与主业管理方面的权限，加大其对下属国有企业委派董事与监事的力度，并将公司工资总额备案制恢复为审批制。而运营公司更加偏向商业性，国家对之投入的资本则是商业性国有资本，其经营权范围以及公司权限范围则应当与投资公司相反，体现出对“上”偏强，对“下”偏弱。是故，应当限制甚至取消其对于下属国有企业强制委派董事与监事的规则，交由下属公司股东会按照《公司法》规则自行决定；同时扩展更多授权范围，使运营公司的资本制度、决策规则与治理结构更符合市场经济的要求。

#### 4. 在分立的基础上区分建立治理结构

作为公司制企业，投资公司与运营公司应当具备公司治理的制度基础，由董事会掌握决策权、监事会掌握监督权、经理层掌握具体执行的权利。在这种共同的基本架构下，还应当根据两种公司不同的属性作出区别式的安排。对于投资公司应当建立治理重心更加偏向“外部”的治理结构，保证其尽职尽责地实现公共性职能。这首先要求在董事会中建立外部董事占多数的结构，并进一步在外部董事中引入更多由出资人代表机构选出、并对之负责的股东董事，<sup>〔62〕</sup>保障决策权不因内部人控制而异化；其次，强化董事会对经理层的监督职能，保证以经理层为实质治理中心的夹层主义不在投资公司中出现；<sup>〔63〕</sup>再次，恢复对投资公司设立外派监事会的规定，强化来自出资人代表机构的监督；最后，充分落实党组织对投资公司治理结构的嵌入，构建党委会职能的确权路径，保障党委会在投资公司中担当领导核心。对于运营公司，则必须尊重其自治需要，建立治理中心偏向“内部”的治理结构。这首先需要运营公司在董事会的外部董事中为既独立于出资人代表机构，又独立于公司内部独立董事<sup>〔64〕</sup>保留更多席位，通过决策权的独立使自己不被出资人代表机构与内部人掌控；其次，应当进一步加大经理层的社会化程度，拓展其权限范围；再次，明确要求运营公司设立内部监事会，结束政策变动后运营公司内部监管权力空白的局面；<sup>〔65〕</sup>最后，指出党组织在运营公司中所发挥的领导作用偏向政治维度，不对公司的日常经营与商业决策进行领导。

#### 5. 以修法为契机促进国有资本监管权与所有权的分离

将其他国家机构引入国有企业与国有资本治理领域的提议始终不绝于耳，如“公共企业说”中认为公共企业负有向人民代表大会报告的义务。<sup>〔66〕</sup>另有学者指出，应当建立与人民代表大会同性质的人民代表股东会制度从而减少国有企业代理成本。这不禁引人追问，这些机构参与对国有企业的治理的权利基础是什么？

与此同时，理想构型下的平台公司承担国有资本经营权，而以国资委为代表的监管机构则掌握国有资本监管权，这便使得应然层面的国有资本权力链条产生了断裂，由谁来行使本源性的权利——国有资本所有权？将两种问题综合考虑，不难发现，人民代表大会或是人民代表股东会与

〔62〕 关于政府董事的概念参见肖海军：《政府董事：国有企业内部治理结构重建的切入点》，载《政法论坛》2017年第1期。

〔63〕 关于“夹层主义”的概念参见蒋大兴：《公司董事会的职权再造——基于“夹层代理”及现实主义的逻辑》，载《现代法学》2020年第4期。

〔64〕 关于此处独立董事的概念参见前引〔2〕，王怀勇、王鹤翔文。

〔65〕 参见蒋大兴：《国资监管职能的重组——如何应对国外派监事会的取消》，载《南开学报》2019年第3期。

〔66〕 参见前引〔8〕，蒋大兴文，《国企为何需要行政化的治理——一种被忽略的效率性解释》。



国有资本的真正所有者——人民——距离最近，由之代理产生的链条最短、成本最低，这是政府机关永远无法比拟的优势，因而是最为适宜的国有资本所有权代理者。然而，目前国有资本改革的实际情况是国资委被授予的出资人职责中混合了监管权与所有权，使得整个国有资本权力的分布呈现两点一线的线状结构——国资委权力过重，而平台公司受到国资委单方面的管控，有产生行政异化的风险。是故，应当借《国有资本投资运营公司法》建构的契机，正式在法律中规定国有资本所有权及其归属，形成国有资本权力的三角结构。当然，在具体规定形式上可以有所折衷，仅要求平台公司在部分事项上对所有权代理机构负责，而非向国资委负责即可，以换得立法过程的平稳进行。在具体代理机构的选择上，新设国家机构的做法成本或许过高，涉及《宪法》与我国根本体制的调整，因此仍然以既存的人民代表大会为最佳。

---

**Abstract:** In the context of Company Law revising, the academia circle had realized that the corporate reform of SOEs was not equal to force SOEs to accept adjustments of the Company Law. On the contrary, SOEs should be separated from the adjustment scope of the Company Law by means of establishing special laws. This kind of “stripping theory” was a reflection on the over-kill of the “commercial company theory” upheld by the traditional viewpoint. However, it also falls into a subjective path on the basis of its arguments, and goes against the historical practice of our country. After analyzing the evolution of the relationship between legal formalism and legal instrumentalism, legal authority and political authority, the inevitability of divesting state-owned enterprises is again drawn. Through a systematic review of the representative divestiture plan, it is found that the “Public Enterprise Law” plan fails to match the problem of over-commercialization of state-owned enterprises. However, the “State-owned Company Law” program cannot meet the normative needs of legislation due to the difficult interpretation of the concept of state-owned companies, and may have an adverse impact on the status of state-owned enterprises in international law and the results of corporate reform. In order to achieve the transcendence of the above point of view, a new stripping path is proposed with the construction of the “State-owned Capital Investment and Operation Company Law” as the core.

**Key Words:** state-owned enterprise, public enterprise, state-owned company, company law, state-owned capital investment and operation company

---

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)