

论公司法规制国家出资公司的口径与路径

李建伟, 何健

(中国政法大学民商经济法学院, 北京, 100088)

摘要: 新修订的公司法增加了第七章“国家出资公司组织机构的特别规定”, 实现公司法对国家出资公司的规制体例编排“从节到章”、条款数量“从少到多”以及适用范围“从国有独资到国家出资”的重要进步, 相当程度上克服了原公司法中存在的规制理念陈旧、口径局限、路径紊乱等缺陷。但新公司法仍存在规制口径模糊、组织规范制度供给不足等痼疾, 需要进一步校准国家出资公司的规制口径, 将国有独资公司的全资子公司纳入其中, 保证规制逻辑的周延性; 继续改进规制路径与立法技术, 通过引致技术简化关联部门法的重复性规定, 增加具有制度特色的治理规则供给, 包括完善党组织条款, 细化外部董事条款, 鼓励并引导国有控股公司章程设置赋权性的差异化治理条款, 以提升公司法的适应性品格。

关键词: 国家出资公司; 规制口径; 规制路径; 公司法

中图分类号: D922.291

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2024)03-0066-11

一、公司法规制国家出资公司的再反思

第十四届全国人大常委会第七次会议于2023年12月29日审议通过了新修订的公司法, 其中, 完善国家出资公司相关规定是本次修订的重要方面。新公司法增加了第七章“国家出资公司组织机构的特别规定”^①, 对国家出资公司的规制实现了体例编排“从节到章”、条款数量“从少到多”以及适用范围“从国有独资到国家出资”的重大进步, 相当程度上克服了原公司法规制国家出资公司的缺漏, 但仍然存在规制理念陈旧、口径局限、路径紊乱等缺陷。

1993年公司法是在服务国企改革的政策目标下制定的, 其所蕴含的过度管制因素不当削弱了公司法作为商事主体法的私法品格, “着眼于国有企业改革的公司法在许多制度设计和安

排上未有遵循公司制度的一般规律, 使其难以成为真正意义上的商事主体立法, 更像一部‘国有企业的改革促进法’”^[1]。2005年的修订案则力图还原公司法为一部与域外市场经济体相通的、具有普通公司法品格的现代公司法, 并取得了世界范围内的认可。“我国公司立法的进程充分表明, 公司法当然有其自身规定性, 但同时又有体制决定性, 是公司内在结构与经济体制有机统一的规范体系。”^{[2](35)}时至今日, 原公司法中关于国企规范生成的社会土壤发生了翻天覆地的变化, 但相应法律规范未能及时更新, 导致公司法对国家出资公司的法律规制失灵, “这其中既有《公司法》自身规则难以满足国家出资公司治理现实需求的先天不足, 也有《企业国有资产法》以及大量政策性文件对《公司法》的外部冲击”^{[3](131)}。对这些先天不足和外部冲击的充分省思, 是改良公司法规制国家出资公司的必要前提。

收稿日期: 2023-11-29; 修回日期: 2024-01-25

作者简介: 李建伟, 男, 河南周口人, 法学博士, 中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 民商法学; 何健, 男, 甘肃平凉人, 中国政法大学民商经济法学院博士研究生, 主要研究方向: 商法学, 联系邮箱: hjzgzf@outlook.com

(一) 规制理念陈旧与立法目的变迁

前文已经指出, 公司法制定的背景是推动国企改革, 在国企中普遍实现公司制。“公司法所被赋予的基本任务和所体现的基本精神可以说是改革, 即为企业改革设定法律途径和组织形态, 促进现代企业制度的建立和市场经济的发育。”^[4]在彼时公司制等同于现代企业制度的认知条件下, 公司法专节规定“国有独资公司的特别规定”, 足以完成其时代使命^②。但是, 当前国企改革的目标和重心已然发生重大变化。中共中央、国务院 2015 年出台的《关于深化国有企业改革的指导意见》(下称《指导意见》)对在国有企业中完善现代企业制度提出的要求为: 推进公司制股份制改革、健全公司法人治理结构以及建立国有企业领导人员分类分层管理制度等, 最终目标是完善产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学的现代企业制度。相较于制定公司法时着眼于企业形式从非法人企业转换为公司制的单一目标, 《指导意见》中提出的要求更加立体与复杂。简言之, 旧的理念是建立公司(完成企业转型)、建立现代企业制度, 新的理念则是公司治理的立法精细化, 核心在于组织规制, 进而完善中国特色的现代企业制度。

(二) 规制口径局限与主体类型变迁

原公司法规范的国家出资公司仅有国有独资公司, 规制口径有限。当时之所以仅规定国有独资公司, 一方面, 因为国企的性质主要为国家独资的全民所有制企业, 将其从非法人企业改制为公司, 被认为是建立现代企业制度的正确方向; 另一方面, 因为当时“股份制”思潮方兴未艾, 甚至有观点认为“即使股份制作作为一种形式可以被采用, 那也只适合于新组建的企业, 并且仅限于一些无关国计民生的新企业, 原有的国有企业不宜采取股份制”^[5]。因此, 由全民所有制企业转换后所对应的公司类型仅限于国有独资公司。经过二十多年的市场经济体制发展, 具有国家出资因素的公司早已不再局限于国有独资公司, 国有资本控股公司、国家参股公司雨后春笋般涌现, 在数量上远超国有独资公司。这也就有了 2008 年《企业国有资产法》对国有独资公司、国

有资本控股公司和国家参股公司的一体规制。但以所有制为逻辑起点的《企业国有资产法》的资产规制无法代替公司法的组织规制, 使得公司法对大量具有国家出资因素的公司组织规制大面积缺位。

原公司法的规制局限体现在三个方面: 第一, 未将国有资本控股公司等国家出资公司纳入规制范围, 与《企业国有资产法》等脱节; 第二, 国家出资公司的认定标准不明晰, 导致实践中响应混合制改革而引入国家出资的民营企业易被认定为国家出资公司, 造成产权争议; 第三, 难以规制国家出资公司的纵向发展。如公司法欠缺对国有独资公司全资子公司的调整, 但实践中大量国有独资公司均设立子公司经营, 资产下沉在二级、三级子公司, 导致集团公司“空心化”特征明显^{[3](132)}。此类国家间接投资公司的股东并非国家或地方政府, 不属于国有独资公司, 又因不存在非国有股东, 也不属于混合所有制范畴下的国家控股、参股公司, 导致此类实质上富集了大量国家资产的公司却没有受到公司法之国家出资公司规范的规制, 造成公司法规范目的的落空。为了填补公司法的规范缺位, 国资委于 2014 年发布的《关于促进企业国有产权流转有关事项的通知》创造性地采纳“国有全资企业”的概念, 以弥补制度缺漏。2016 年国务院国资委、财政部联合发布《企业国有资产交易监督管理办法》, 进一步将国有全资企业明确为“政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业(公司), 以及上述单位、企业直接或间接合计持股为 100% 的企业”。以上规范性文件的出台, 表明新公司法回应规制对象之主体类型变迁所带来的新难题正当其时。

(三) 规制路径紊乱与规制地位变迁

原公司法是以有限公司为基本组织形式、以所有制为出发点构建国有独资公司制度体系的, 所有制是不能忽视的制度基因^[6]。由此可见, 公司法规制国有独资公司的正当理由和逻辑起点是通过组织法路径保护国有资产。“国有资产出资人制度是围绕如何通过国有产权的行使实现国有资产有效经营为中心来构造的一组制度安

排集合,包括出资人代表制度、治理制度、经营管理制度、激励与约束制度、监管制度、收益分配和投资制度等。”^[7]这些内容是将保护国有资产这一规制目标落实在公司法的应有之义。但原公司法“国有独资公司的特别规定”一节的内容主要集中在组织机构方面,并未在资产规制方面作特别规定,规制理念和规制路径之间明显错位,“从形式上看是没有廓清所有制法与组织法之区分,核心则是国有企业立法与国有资产监管立法的混淆”^{[8](91)}。正由于规制路径紊乱,原公司法虽然意在组织规制,却承载了过多的资产规制任务。

二、公司法语境下国家出资公司的口径厘定

准确界定国家出资公司的范围,关涉公司法与其他部门法的协调。如《刑法》中部分罪与非罪的标准就在于案涉公司的性质是否为国家出资公司。“在刑事司法领域,其与受委派从事公务的国家工作人员主体身份的认定息息相关。遗憾的是,由于该概念在立法上表现出类型化规范特征,导致司法实践中因语境判断、价值取舍等不同出现不少争议。”^[9]举例言之,当涉及国家出资公司工作人员的行为是否构成贪污、挪用公款等罪名时,均应先认定该公司是否为国家出资公司。对此,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》第7条规定:“本意见所称‘国家出资企业’,包括国家出资的国有独资公司、国有独资企业,以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。”该意见规定的国家出资公司还包括国有资本参股公司,明显较新公司法规定的国家出资公司范围更广。在司法实践中,可能导致对同一公司在刑事诉讼中将其认定为《刑法》上的“国企”,在民事纠纷中却不属于公司法中的“国企”这一法律冲突问题。

准确界定国家出资公司的概念还关系到公司法与《企业国有资产法》等国资监管法规的协调,关涉到国企/国资的组织规制与资产规制的协

调机制。新公司法关于国家出资公司的概念源于《企业国有资产法》,后者将国家出资企业分为国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司以及国有资本参股公司。新公司法将其中的国有独资公司与国有资本控股公司涵摄在国家出资公司的概念之下。今后,国家出资企业的规制体系将形成以《企业国有资产法》为代表的资产规制与以《公司法》等为代表的组织规制的基本格局(见表1)。

表1 国有企业规制的基本法律格局

规制手段	涉及的法律及其规制对象
资产规制	《企业国有资产法》(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)
组织规制	《全民所有制工业企业法》(国有独资企业) 《公司法》(国有独资公司、国有资本控股公司)

尽管新公司法已规定国有独资公司、国有资本控股公司适用国家出资公司的特别规定,但并未界定这两类公司的认定标准。由于法律条文语言固有的模糊性和开放性,以及国家出资问题自身的复杂性,新公司法没有同时对国家出资公司的认定标准作出规定,极可能引发司法实践新的适用混乱。

(一) 国有独资公司的认定标准

新公司法没有规定国有独资公司的认定标准,也没有“若本法无规定则可适用其他法律”的转授权规定,导致国有独资公司的认定标准缺失。应依据“出资来源标准”还是“股东人数标准”认定国有独资公司,以及国有独资只计算“直接投资”抑或合并计算“间接投资”的认定标准问题亟须厘清。

1. 股东人数标准与出资来源标准

原公司法框架下,国有独资公司规定在有限公司一章,且明确规定国有独资公司由国家单独出资。因此,“单一投资主体”是国有独资公司的基本特征^[10]。从新公司法第172条国有独资公

司不设股东大会的规定来看, 似乎新公司法也持“股东单一标准”; 但按照国资监管的穿透式思维, 出资来源标准更符合实质监管原则, 国务院国资委等部门发布的《上市公司国有股权监督管理办法》第8条也规定, 与国有控股股东属于同一控制人的, 其所持股份的比例应合并计算。如由两个以上地方国资委出资成立的公司, 倘若按照“股东单一标准”, 则不属于国有独资公司; 反之, 按“出资来源标准”, 则属于国有独资公司。但国有独资公司中不设股东会, 此时若存在多个国家出资股东, 可能难以协调出资人之间的利益关系。更进一步的问题是, 如果不能确定统一的认定标准, 存在多个国家出资股东的公司是否适用国有独资公司特殊的规定。

2. 直接投资与间接投资问题

国有独资公司仅以“国家直接投资”为限还是也包括“国家间接投资”, 这个问题值得讨论。新公司法关于国有独资公司的规范设计针对的仍然是由中央或地方政府直接投资的情形, 出资人权利主要由“履行出资人职责的机构”行使, 而对于国有独资公司的全资子公司在内的国家间接投资的公司, 将其纳入国有独资公司范畴并由“履行出资人职责的机构”穿透式行使管理职权, 有违公司法法人人格独立的基本法理, 但不将其纳入规制视野, 无疑极大削弱了公司法规制国家出资公司的力度。新公司法苦心孤诣设置的特殊规范极容易被绕过, 故有必要通过司法解释的方式进一步界定国有独资公司的认定标准。

(二) 国有资本控股公司的控制权识别

国有资本控股公司的认定实质上涉及控制权的认定。新公司法未明确规定何谓国有资本控股公司, 从第265条第2项的规定似可推知, 国有资本控股公司当指两种情况: 一是国家持股超过百分之五十的绝对控股; 二是国家持股低于百分之五十的, 但国家出资股东依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东大会的决议产生重大影响的相对控股。如此界定国有资本控股公司, 在概念上似乎已严密周全, 但实际上仍有诸多需要明确的地方。

1. 国有资本是否合并计算

新公司法并未明确同一公司中不同国有出资主体持有的股权是否合并计算, 而这恰恰是实践中不可回避的问题。新公司法第169条规定, 国家出资公司由国务院或者地方人民政府分别代表本级人民政府依法履行出资人职责, 享有出资人权益。可见, 如合并计算, 会涉及重大事项由哪位国有出资股东批准或共同批准, 以及董事会成员如何委派或选任等问题。总之, 国有资本合并计算的问题对于认定国有资本控股公司非常关键。一个基本共识是, 公司法不能仅因国家出资因素而将不同的投资主体强行捆绑、一体认定, 这也超出了公司法的功能与使命。实际上, 这些国有出资股东的股权比例本身就是市场竞争的优势结果以及市场流动性的最佳体现, 公司法应当尊重各个国家出资公司的独立法人地位以及资本的动态性特征。如担心国有资产流失, 可以通过建立法定的一致行动人概念、建立国企内部的国资协调机制甚至是诉讼协调等方式, 在组织法的视野中降低国有资本的联合成本。

2. 类别股对国有资本控制权认定的影响

“因应个性化的公司融资与治理需求, 以合同手段重新架构公司的利益、风险与控制权分配格局, 正在成为我国公司实践中的重要方法。通过合同安排, 将股权的各项财产性、治理性子权利分离并重新组合, 扩张或限制股权的某些权能, 形成了不同于传统普通股的股权或股份类型。”^[11]新公司法第144条规定, 股份公司可以按照章程规定发行类别股, 包括分配优先股和超级表决权股等。由于分配优先股只涉及优先分配利润和剩余财产等经济性利益, 并不额外享有或减损以表决权为核心的共益权, 因此无论国有股为分配优先股抑或劣后股, 都不影响按照出资比例认定持股比例及控制权; 超级表决权股“将表决权与财产权非等比配置类别股设计, 从根本上仍然是以表决权数量的多寡来获取相应控制力的”^[12], “只要国家能够凭借其享有的表决权对企业的生产经营发挥支配性影响, 使社会政策目标得以落实, 国有股股东就实现了对该企业的控制”^[13]。可见, 超级表决权股的制度归依就在控制权, 在国有股东持有超级表决权股的情况

下,应当以其所持有的包括超级表决权在内的全部表决权比例为标准认定该公司是否属于国有资本控股公司。

“法律的确切性对于法律本身的意义毋庸讳言。如果法律变化无常,使人无法预知行为后果,那么法律所应具有的对人的行为的指引价值就此丧失。”^[14]虽然新公司法对国家出资公司相关规定的立法体例、条文数量等都有不小幅度的修订,但规制口径尚需校准,否则再完美的制度设计也徒具形式之华巧,规制实效十分有限。

三、公司法规制国家出资公司的路径选择

在国家出资公司中建立现代企业制度,是本次公司法修订的重要任务之一^[15]。修订过程中,关于公司法应当如何规制国家出资公司的重大问题莫衷一是。究竟是采取单独立法的外部规制模式还是仍在公司法中单设章节的内部规制模式,引发了学界的广泛讨论。立法机关延续法制传统,选择单独成章的内部规制模式,旗帜鲜明地彰显公司法对国家出资公司的组织规制,有效保持了我国市场主体的整合性,避免制度上的叠床架屋,谨守公司法组织规制的畛域,但在具体制度设计方面仍有诸多值得商榷的地方。

(一) 内部规制模式的制度优势与价值引领

所谓内部规制模式,是指在公司法内专设章节对国家出资公司予以规定。内部规制模式具有明显的制度优势,也能起到价值引领的作用。对规制模式的选择有赖于对公司法性质的整体把握。“公司法是关于公司这一典型商事法人的设立、组织、运行的法,因此有关公司的设立条件、组织机构、表决规则等,都属于组织法范畴。组织法的意义在于构建符合法定要求的商事主体,并确保相关利益者的合法利益和交易安全。”^[16]公司法第1条也开宗明义地指出,其首要立法目的即是规范公司组织,为公司制企业提供基本通用的组织制度,这些制度规则当然适用于以现代公司制度为构建目标的国家出资公司。因此,从立法的经济性来看,无须为其单设法律。即使考

虑到国家出资公司在所有制方面的特殊之处,也完全可以在公司法国家出资公司一章(或多章)作出特殊规定,或者授权国务院、国有资产监管部门作出更细化的规定,既有助于实现公司法的体系效益,也能够最大限度地节省立法成本。

内部规制理论认为,无论是国家出资还是个人出资的公司,都是平等的市场主体,应当平等参与市场竞争、平等适用公司法。宪法已经明确规定各种所有制平等保护,如再以所有制为区分标准对国家出资公司单独立法,会对其他市场主体造成制度性不平等。“企业立法必须跨越所有制的藩篱来统一企业法律形态,所有企业无论姓公姓私、内资外资,在法律适用上一律平等。”^{[8][89]}而适用同一部法律是平等的基础和起点。“除国有股东对国有公司行使股权的特殊规则由《企业国有资产法》统一规定外,所有公司法律关系均回归公司法。”^[17]在国企与民企存在不平等竞争的现实背景下,公司法改革更应强调公司法规则的普遍适用性,以此推动平等原则的实现。两相比较,内部规制模式的理念无疑更成熟、立法成本更低,也符合法制惯性。新公司法坚持内部规制方案,不失为最合理的立法安排。

(二) 对单行立法的外部规制模式之评述

在本次公司法修订过程中,有学者提出单独制定《国有公司法》或《国有资本投资运营公司法》,“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”^[18]。这种在公司法之外另立一部法律的构想可称为外部规制模式。虽然外部规制模式并未被新公司法所采纳,但仍有必要对此进行检讨,以廓清理论争议并反面证成内部规制的优越性。

主张外部规制的理由包括:①国企改革更多是政策推动、政策先行,将国家出资公司悉数纳入,可能导致立法为跟进政策而频繁修改,不利于法律稳定。②国家出资公司与普通公司的规范目的根本不同。“国有企业要考虑国有资产流失,资产有没有为了公共利益而服务,而不是利润最

大化……监管逻辑不一样。从这个角度来讲, 国有企业应该有一套特殊的专门法律。”^[19]③国家出资公司与普通公司的规范逻辑不同, “特殊国有企业的存在是为了解决市场自身的问题, 并不是纯粹的市场主体, 它们是难以适用公司法中针对市场主体设立的规则的”^[20]。④有利于理顺公司法与其他国资监管法规之间的关系。国企改革四十多年来, 我国累积了洋洋大观的国资监管法规, 据不完全统计, 包括了国务院国资委授权制定公布的 21 个行政规章、115 个规范性文件, 以及各省市自治区国资委起草制定的 1 800 多个地方规章和规范性文件^[21], 而公司法的体量不足以全部囊括, 应当将它们统一整合为一部特别法。

主张单行立法的外部规制理由并不充分。首先, “按照当时公司法的建构理念及应用预设, 就是通过公司法的规范效应使国企与其他所有制企业一样, 成为市场经济中普遍存在的商事公司”^[21(25)], 在公司法之外另立《国有公司法》, 显然与国企改革的方向背道而驰。其次, 虽然国家出资公司和其他公司的设立目的不同, 但二者都是社会主义市场经济的参与主体, 除极少数全民所有制企业外, 绝大多数国企都已经改制为公司^⑤, 公司法足以适配国家出资公司的运行逻辑, 且并不妨碍国家出资公司对公共利益的实现^[22](143)]。再次, 如对国家出资公司单独立法, 将导致公司法调整范围的狭隘化与形式化, 使得其更加缺乏调整规范市场现实的能力。最后, 单设《国有公司法》有违平等原则, “有悖于《民法典》规定的营利法人制度平等对待不同所有制企业的基本精神, 会将本质上不属于公司法规范的事项作为国家出资公司的特色加以维持甚至会放大其不应有的效果, 严重妨碍公司法作为组织体法的自身逻辑体系的发展和完善”^[23]。

(三) 对新公司法组织规制乏力的检讨

新公司法对国家出资公司采取内部规制模式, 并将规制中心聚焦于组织规制, 是本次公司法修改的重大进步。但从制度设计的实效观之, 新公司法明显存在组织规制乏力的问题。第七章“国家出资公司组织结构的特别规定”

之条文共 10 条, 大致分为两类: 其一, 是适用于全部国家出资公司的定义性规定和宣示性规定, 包括国家出资公司的定义、代为履行出资人职责的机构以及党组织的地位; 其二, 是只适用于国有独资公司的专门规定, 包括章程制定机构、公司机关的设置以及高管的任免和任职限制。而这些规定大多来自既有规范性文件或自身重复。如表 2 所示。

从表 2 可以看出, 剔除照搬《企业国有资产法》和重复自身的规定与一些宣示性规定后, 第七章的实质内容所剩无几。如此的制度供给质量, 让立法体例由节到章的价值大打折扣, 条文数量由少到多徒具形式, 不仅浪费宝贵的立法资源, 也招致对公司法规制国家出资公司必要性的质疑: “在治理机制方面, 公司法修改草案对于国家出资公司的特殊性以及治理方面的特殊需求的回应不够充分。”^[24]在此展开而论: ①第七章标题为“国家出资公司组织机构的特别规定”, 但实际上所有关于组织机构的特别规定都是关于国有独资公司的, 没有涉及国有资本控股公司, 名实不符; ②关于国有独资公司的特别规定, 也均来自原公司法“国有独资公司的特别规定”一节和《企业国有资产法》的既有规定, 这种规则的简单承接未能解决公司法与《企业国有资产法》之间的立法资源分配问题, 将给后续的《企业国有资产法》修订带来体系安排的难题; ③从规制对象来说, 《企业国有资产法》等对国有独资公司的规制已经很全面, 反而是国有资本控股公司因为多种所有制的出资并存, 亟待平衡国资行政监管和企业经营自由以及各种所有制平等保护之间的张力, 但新公司法对此涉及有限, 规制失焦; ④从立法技术看, 第 69、121 条已明确规定, 可以在董事会中设置审计委员会代替监事会或者监事, 第 176 条又重复规定, 显属冗余。

可见, 新公司法虽然采取了科学的规制路径, 但制度设计失焦, 未能将国有资本控股公司等纳入规制视野, 新增内容也沿袭《企业国有资产法》, 制度增量有限, 无法体现公司法规制国家出资公司的独特价值, 组织规制乏力。

表2 公司法第七章各条文及其规范来源

新公司法规定	规范来源
第168条第2款:本法所称国家出资公司,是指国家出资的国有独资公司、国有资本控股公司,包括国家出资的有限责任公司、股份有限公司	《企业国有资产法》第5条:本法所称国家出资企业,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
第169条:国家出资公司,由国务院或者地方人民政府分别代表国家依法履行出资人职责,享有出资人权益。国务院或者地方人民政府可以授权国有资产监督管理机构或者其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资公司履行出资人职责; 代表本级人民政府履行出资人职责的机构、部门,以下统称为履行出资人职责的机构	《企业国有资产法》第11条:国务院国有资产监督管理机构和地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构,根据本级人民政府的授权,代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责; 国务院和地方人民政府根据需要,可以授权其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责; 代表本级人民政府履行出资人职责的机构、部门,以下统称履行出资人职责的机构
第170条:国家出资公司中中国共产党的组织,按照中国共产党章程的规定发挥领导作用,研究讨论公司重大经营管理事项,支持公司的组织机构依法行使职权	《中国共产党国有企业基层组织工作条例(试行)》(2020)第11条第3项:国有企业党委(党组)发挥领导作用……研究讨论企业重大经营管理事项,支持股东(大)会、董事会、监事会和经理层依法行使职权……
第171条:国有独资公司章程由履行出资人职责的机构制定	《企业国有资产法》第12条第2款:履行出资人职责的机构依照法律、行政法规的规定,制定或者参与制定国家出资企业的章程
第172条:国有独资公司不设股东会,由履行出资人职责的机构行使股东会职权。履行出资人职责的机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权,决定公司的重大事项,但公司章程的制定和修改,公司的合并、分立、解散、申请破产,增加或者减少注册资本,分配利润,应当由履行出资人职责的机构决定	公司法第66条:国有独资公司不设股东会,由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权,决定公司的重大事项,但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券,必须由国有资产监督管理机构决定;其中,重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的,应当由国有资产监督管理机构审核后,报本级人民政府批准
第173条第2款:国有独资公司的董事会成员中,应当过半数为外部董事,并应当有公司职工代表	《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》(2015):国有独资、全资公司的董事会和监事会均应有职工代表,董事会外部董事应占多数
第174条:国有独资公司的经理由董事会聘任或者解聘; 经履行出资人职责的机构同意,董事会成员可以兼任经理	新公司法第74条第1款:有限责任公司设经理,由董事会决定聘任或者解聘; 新公司法第128条:公司董事会可以决定由董事会成员兼任经理
第175条:国有独资公司的董事、高级管理人员,未经履行出资人职责的机构同意,不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职	《企业国有资产法》第25条第1款:未经履行出资人职责的机构同意,国有独资企业、国有独资公司的董事、高级管理人员不得在其他企业兼职
第176条:国有独资公司在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使本法规定的监事会职权的,不设监事会或者监事	新公司法第69条:有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会,行使本法规定的监事会的职权,不设监事会或者监事
第177条:国家出资公司应当依法建立健全内部监督管理和风险控制制度,加强内部合规管理	《企业国有资产法》第17条第2款:国家出资企业应当依法建立和完善法人治理结构,建立健全内部监督管理和风险控制制度

四、公司法规制国家出资公司的制度形塑与优化路径

公司法对国家出资公司的规制范式迭经从全面规制到资产规制与组织规制的转型。改革开放后, 国营企业逐渐改称为国有企业, 一字之差映射出对国家出资公司的规制从以经营权为抓手的全面规制调整为着眼于财产权的资产规制^[25]。2008年《企业国有资产法》出台后, “切实保障国家对企业出资所形成的出资人权益”^[26], 从法律层面建立了对国家出资公司的资产规制体系。原公司法第二章第四节“国有独资公司的特别规定”基本都是关于组织机构的内容, 以确立国有独资公司独立经营权的法律正当性。新公司法第七章将“国家出资公司的特别规定”限缩为“国家出资公司组织机构的特别规定”, 终于名实相符。这一标题的变化表明新公司法主动聚焦规制对象, 有意识地将对国家出资公司的规制范式转型为组织规制, 回归公司法的功能定位。

(一) 从全面规制到组织规制的范式转型

从立法背景看, 1993年公司法承载着推动国企从政企不分的前现代企业形式中涅槃、建立现代企业制度的时代使命。“国企建立现代企业制度的过程, 就是国企公司化的过程, 即依据公司法改建为公司的过程。”^[27]在公司制等于现代企业制度的理念支配下, 公司法制度设计初衷是全面规制国家独资公司, 但最终只局限于组织机构方面。即使是组织机构方面的特殊规定, 也被之后制定的《企业国有资产法》吸收。可以说, 原公司法对国家出资公司的特殊规制基本落空。这既有公司法的私法品格与国家出资公司的公法属性相抵牾的深层次原因, 也有《企业国有资产法》等国资监管法规架空公司法的外部因素。在全面规制范式已经被证明不可行的情况下, 新公司法顺势而为转型为组织规制的做法值得肯定。

组织规制是指, 公司法主要从组织机构的建立、运行、权力配置、监督等方面进行规制, 而非追求大而全的全面规制。相比于全面规制, 组织规制范式具有以下优势: ①保持公司法规制逻辑

的一贯性。“公司法作为最重要的规范基本商事主体的法律, 其基本任务就是要为投资人合作关系的有效形成与维系提供法律保障, 并为投资财产的有效运作提供法律保障”^[28], 公司法的功能决定了其对适用对象是价值中立性的组织规制。而之所以强调对国家出资公司的特殊规制, 是基于政策和政治的考量, 对国家出资的财产权益施以特殊保护, 其中蕴涵着鲜明的价值取向。由公司法全面规制国家出资公司, 无疑会导致组织逻辑和政治逻辑的纠缠不清, 破坏公司法规制逻辑的一贯性。②保持公司法私法品格统一性。“公司法是针对纯粹市场主体进行的立法, 法律规则是在市场法则基础之上建立的, 而国有公共企业并不是纯粹的市场主体, 它们的存在本身是为了解决市场内部自身的问题。”^[29]“国有公司产权的特殊性决定国有公司治理不能采取纯粹私法自治”^[30], 对国家出资公司的规制必然伴随着强制与干预, 追求全面规制将导致国资监管的公法因素渗入, 势必削弱公司法的私法品格。③公司法无力全面规制国家出资公司。国家出资公司是政府达成公法目标或公共政策的私法手段, 是国家所有权在私法领域的代表^[31]。目前, 国资委等部门制定的国资监管行政法规、规章等规范性文件已经蔚然大观, 反映出公司法无法囊括国家出资公司全部制度的窘境和现实。种种理由表明, 应当限缩公司法对国家出资公司的规制范围, 进而缩小规制目标与规制实效之间的客观落差, 新公司法主动将对国家出资公司的规制保持在组织机构层面, 具有理论正当性和现实必然性。

(二) 合理调整国家出资公司认定口径

新公司法规定的国家出资公司包括国有独资公司、国有资本控股公司, 公司形式也不再局限于有限公司, 大大拓宽了规制口径。但仍有继续完善的空间, 主要是应当将两类公司纳入规制: ①将国有独资公司的全资子公司纳入规制范围或允许参照适用相关条款。国有独资公司的全资子公司数量众多, 尤其是在大型央企总部逐渐定位为战略管理中心和资本运作主体, 不再从事具体生产经营活动的背景下, 公司资产都沉淀在二、三级子公司, 这些全资子公司具有重大的规

制价值,应当将国有独资公司的全资子公司纳入规制范围,以此来弥补制度缺漏。②对于其他类型的国有资本参股的公司,应当考虑赋予适当的自治空间,在一定情况下允许其参照适用国家出资公司的相关规定来完善公司治理,但应以尊重公司意愿为前提。“在混合所有制下,非国有股东权利的正常行使可能会受到国有股东基于公共利益行使权利的限制,以及在政府对混合所有制企业的监管下行使权利能动性受到的限制”^{[32](105)},允许其他国有资本参股公司参照适用公司法关于国家出资公司的规定,有助于实现公司法和其他法律关于国家出资公司的口径对齐,为双方提供公平的制度博弈平台。

(三) 优化调试国家出资公司组织规制

新公司法对国家出资公司的规制聚焦在组织机构方面,将有效解决《企业国有资产法》没有顾及的问题。如《企业国有资产法》忽视了董事会职权的落实、管理层履职的具体要求、出资人代表机构如何借助董事体现出资人意志等公司治理的关键问题,这些重要方面的缺失导致公司治理实践的规范性不足。这正是公司法所应致力解决的问题,但新公司法在这些方面尚有优化空间。

其一,立法技术有待优化。有学者指出,立法中有三类不会被适用的僵尸条款:一是从别的立法照搬过来的,二是显然成立的正确废话,三是构成要件残缺的规定^[33]。反观新公司法关于国家出资公司的规定,有将近三分之一的条款来自《企业国有资产法》,这部分大有沦为僵尸条款的可能。首先,对于可以通过引致适用的《企业国有资产法》已有条文,无须公司法赘述。其次,公司法本身的一般规定也没有必要在第七章中重复。既然第七章是对国家出资公司组织机构的特殊规定,如果所谓的“特殊规定”并没有变更一般规定的内容,则无须重复规定,第176条关于国有独资公司设置审计委员会的无须设立监事会或监事即属此类。

其二,公司治理机制有待理顺。新公司法规定,党组织在国家出资公司发挥领导作用,研究讨论公司重大经营管理事项,支持公司的组织机构依法行使职权。这是对国家出资公司中党组织

治理机关角色的法律确认,具有坚持党的领导的政治意涵的同时,也具有肯认党组织作为公司机关的私法价值。“党组织嵌入国企公司治理,确实能够有效抑制特殊的两权分离问题导致的内部人控制,但是,作为政治机制的党组织,应当维持适当的嵌入强度,以免影响经济效益的实现。”^[34]如不能妥适设计党组织嵌入公司法的路径和强度,则可能无法实现政治逻辑和经济逻辑的契合。在一则案例中,当事人之间就股东会决议是否因未就相关事宜与党委沟通、听取党委(党组)的意见而无效等问题发生了争议,三级审理法院均未对此予以正面回应^④,这暴露出公司法上党组织的私法职能有待明确的问题。可以考虑通过司法解释或指导性案例的方式明确,党组织职权的私法效力通过章程实现,党组织根据章程的规定对国家出资公司的重大事项进行决策,引导公司为党组织设定参与公司治理的深度和强度。

其三,外部董事机制亟须进一步的立法回应。《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》规定国有独资、全资公司的董事会和监事会均应有职工代表,董事会外部董事应占多数。2017年《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》重申这一规定,并强调要进一步完善外部董事的选任机制、考核方式。实证研究表明,国企外部董事的确发挥了防止内部人控制、提高公司决策科学性等积极的治理效果^[35]。但政策逻辑不能取代法律逻辑,国企改革政策需要通过法定机制才能发生制度功用^{[22](142)}。新公司法仅有第173条第2款规定国有独资公司董事会应当有过半数的外部董事,欠缺更为细化的制度设计,包括外部董事的选任条件、选任机制、职责权利,因此,应当在后续的法律修改过程中予以完善,让外部董事真正成为维护国家出资公司利益的“有牙老虎”。

其四,国有控股、参股公司由于非国有股东的存在,股东异质化现象格外突出,国有股东对经济与社会利益的双重追求与非国有股东对经济利益的单一追求之间的紧张关系需要公司治理规则的回应。鉴于新公司法对国有控股、参股公司的组织机构规范屈指可数,应当允许这些公

公司的股东根据授权性规范通过股东协议、章程等自治形式对控制权限制、营业自由限制、社会责任承担、三重一大决策限制等事项作具体约定^[32](107)。如此,既可以防止因过度行政干预而影响非国有股东的积极性,又能实现国有股东承担的社会责任,彰显公司法对混合所有制改革实践的适应性品格。

五、结论

公司法对国家出资公司规制缺陷的根源在于规制理念落后于经济体制变革和社会发展。专章规定国家出资公司,反映出立法者对规制模式的选择已有了理念自觉,进而发展为制度自觉。构建以公司法为核心的组织规制,辅之以《企业国有资产法》为核心的资产规制,形成国家出资公司的双重规制体系,有助于实现统一市场主体构建和国有资产保值增值的立体目标。但应当明晰并限定公司法直接规制国家出资公司的合理边界,鼓励公司通过章程等自治手段实现治理规范化,允许其他存在国有资本的公司参照适用本章规定,完善自身的公司治理,借此填补立法漏洞。此外,针对国家出资公司组织机构特殊规范供给不足的问题,应当着力完善党组织条款,细化外部董事条款,鼓励与引导国有控股、参股公司在章程中设置差异化的公司治理赋权条款,充分发挥公司法的适应性品格。

注释:

- ① 对具有国家出资因素的公司,实践中存在国有企业、国企等称谓。本次公司法修订借鉴《企业国有资产法》中国家出资企业的概念,引入国家出资公司这一概念统合具有国家出资因素的公司。为统一表述,除引用及背景介绍中涉及国有企业、国企等概念外,本文均表述为国家出资公司。
- ② 1993年颁布的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》第二条指出,“国有企业实行公司制,是建立现代企业制度的有益探索”。
- ③ 根据《中国统计年鉴》(2022),截至2021年12月31日,登记的全民所有制企业为78357家,而国家控股公司为323277家,后者约为前者的4倍。

- ④ 甘肃农垦金昌农场有限公司、金昌水泥(集团)有限责任公司公司决议效力确认纠纷再审查与审判监督民事裁定书,最高人民法院(2021)最高法民申3524号。

参考文献:

- [1] 冯果. 现代化视野中的中国公司立法——中国《公司法》修订之思考[J]. 法学杂志, 2004, 25(6): 20-23.
- [2] 陈甦. 我国公司立法的理念变迁与建构面向[J]. 中国法律评论, 2022(3): 22-36.
- [3] 胡改蓉. 《公司法》修订中国有公司制度的剥离与重塑[J]. 法学评论, 2021, 39(4): 130-139.
- [4] 漆多俊. 中国公司法立法与实施的经验、问题及完善途径[J]. 中南工业大学学报(社会科学版), 2002, 8(1): 86-91.
- [5] 厉以宁. 沉沙无意却成洲: 中国经济改革的文化底色[M]. 成都: 四川人民出版社, 2021: 95.
- [6] 陈洁. 商法界论集: 第8卷: 《公司法》修改的本土逻辑[M]. 北京: 中国金融出版社, 2021: 6.
- [7] 陈晓华. 国有企业法律规制与政治规制: 从竞争到融合[J]. 法学评论, 2019, 37(6): 111-124.
- [8] 李建伟. 中国企业立法体系的改革与重构[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2013, 35(6): 87-95.
- [9] 李雪山, 徐旭. 准确把握国家出资企业的范畴[N]. 检察日报, 2014-05-05(003).
- [10] 王涌. 一人公司导论[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 1997(4): 48-54.
- [11] 潘林. 优先股与普通股的利益分配——基于信义义务的制度方法[J]. 法学研究, 2019, 41(3): 93-110.
- [12] 肖金锋, 杨梦. 类别股的类型化分析及制度建构——以股权融资与控制权兼顾为视角[J]. 证券法苑, 2017, 20(2): 325-340.
- [13] 冯果, 杨梦. 国企二次改革与双层股权结构的运用[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014, 32(6): 150-157.
- [14] 卡多佐. 司法过程的性质及法律的成长[M]. 张维, 译. 北京: 北京出版社, 2012: 93.
- [15] 姚均芳. 公司法修订草案三审稿进一步落实产权平等保护要求[EB/OL]. (2023-08-28) [2024-01-17]. http://www.news.cn/politics/2023-08/28/c_1129829481.htm.
- [16] 孙晋. 商法学[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2016: 122.
- [17] 刘俊海. 新《公司法》的设计理念与框架建议[J]. 法学杂志, 2021, 42(2): 1-20.
- [18] 王鹤翔. 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[J]. 财经法学, 2022(6): 52-64.
- [19] 彭冰. 从零思考公司法修改[J]. 金融法苑, 2021(3): 187-201.
- [20] 宁金成. 国有企业区分理论与区分立法研究[J]. 当代

- 法学, 2015, 29(1): 110-120.
- [21] 何源. 国企法律规制的理念转型与体系融贯[J]. 政治与法律, 2023(3): 130-146.
- [22] 胡国梁. 国家出资公司进入《公司法》的逻辑理路[J]. 政治与法律, 2022(12): 132-146.
- [23] 邹海林. 《公司法》修订的制度创新: 回顾与展望——以《公司法》修订草案二次审议稿为蓝本[J]. 法律适用, 2023(8): 3-8.
- [24] 汪青松. 国家出资公司治理模式选择与法律制度保障[J]. 政治与法律, 2023(9): 147-161.
- [25] 蒋大兴. 作为“人民的”企业形式: 超越国企改革的“私法道路”? [J]. 政法论坛, 2023, 41(1): 104-116.
- [26] 杨绍华. 企业国有资产法: 一部保障国有资产权益的重要法律——访全国人大常委会法工委副主任安建[J]. 求是, 2009(9): 36-38.
- [27] 刘股东. 推进国有企业公司制改革的法学思考[J]. 中国法学, 2000(1): 18-30.
- [28] 沈贵明. 基本商事主体规范与公司立法[J]. 法学, 2012(12): 111-118.
- [29] 张安毅. 国有公共企业制定专门法的必要性与制度设计——从适用《公司法》到制定《国有公共企业法》[J]. 理论与改革, 2014(4): 172-175.
- [30] 冯果. 整体主义视角下公司法的理念调适与体系重塑[J]. 中国法学, 2021(2): 61-83.
- [31] 蒋大兴. 公司法的观念与解释: 法律哲学&碎片思想[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 249.
- [32] 付翠英, 葛宝东. 国企混改基础及公司治理机制[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2022, 35(6): 102-111.
- [33] 葛云松. 物权法的扯淡与认真评《物权法草案》第四、五章[J]. 中外法学, 2006, 18(1): 52-62.
- [34] 楼秋然. 党组织嵌入国有企业公司治理: 基础理论与实施机制研究[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2020, 34(1): 8-16,47.
- [35] 蒋大兴. 公司法改革的“社会主义(公共主义)逻辑”[J]. 中国流通经济, 2020, 34(7): 3-16.

On the scope and path of regulating state-invested companies by company law

LI Jianwei, HE Jian

(School of Civil, Commercial and Economic Law, China University of Political Science and Law,
Beijing 100088, China)

Abstract: The newly revised company law has added Chapter 7 "Special Provisions on the Organization of State-Invested Companies", realizing an important progress in the arrangement of the regulation of state-invested companies "from section to chapter," the number of articles from "from few to many" and the scope of application "from wholly state-owned to state-funded." This progress has, to a considerable extent, overcome the defects of the original company law such as the regulation concepts being obsolescent, scope being limited, and paths being disordered. However, in the new company law, there still exist such chronic problems as ambiguous regulatory scope, insufficient supply of organizational norms, and the like. We need to further calibrate the regulatory scope of state-invested companies to include wholly-owned subsidiaries of wholly state-owned companies to ensure that the logic of the regulation of the perimeter. We also need to continue to improve the regulatory path and legislative technology, to simplify the repetitive provisions of related sectoral laws by introducing technology, and to enhance the supply of governance rules with institutional characteristics, including perfecting the provisions on Party organization, specifying the provisions on outside directors, encouraging and guiding the articles of association of state-owned holding companies to set up empowering and differentiated governance provisions in order to boost the adaptive character of the company law.

Key Words: state-invested; companies; regulatory scope; regulatory path; company law

[编辑: 苏慧]