

第六章国有企业改制中的一般法律问题(三) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_AC_AC

[_E5_85_AD_E7_AB_A0_E5_c122_483579.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_AC_AC_E5_85_AD_E7_AB_A0_E5_c122_483579.htm) 第三节 国有企业改制中涉及的行政法律关系如何让国有企业真正与社会主义市场经济体制相适应，成为具有效率的市场竞争主体，是中国经济改革面临的重大难题。目前国有企业改革的问题有很多，但最最关键的是正确处理政企关系问题。可让人为难的是政企关系是个很难理清的问题。政企分开作为国有企业建立现代企业制度的措施和条件之一，尝试了多年，收效甚微，不是因为政府没有做这方面的努力，而是按现代通行的企业制度，依据现有的企业理论有难以解释和实行的困难。从理论上说，企业经营的这种委托代理关系都会存在经营权侵蚀所有权的可能。但可以通过一种叫做法人“治理结构”的机制来制约和遏制这种现象。治理结构通过资本市场、企业家市场、兼并市场和相关行业四种方式形成分享剩余的激励机制、“用脚投票”和证券市场的信息披露形成的监督机制、市场决定企业命运的制约机制构成。这种治理结构用于国有企业首先碰到的问题是国有企业市场难以形成。因为治理结构的关键是通过所有者在市场选择企业而获得对企业的最终控制权的，如果政企彻底分开，国有资本的所有权将失去对企业的终极控制权；要使所有权的所有权不致丧失，作为所有者代表的政府就不得不控制企业经营者的的人选。此外政府作为所有者还必须对企业实施监督权。政府的这一切行为又必须由政府官员去执行，履行这些职能的官员无权分享剩余，缺乏激励机制；企业领导人的命运掌握在政府官员

手里；如此政企非但不能分开，而且还产生企业经营者与某些政府官员“合谋”的败德行为。政府如果真的只是像对待私有企业一样“政企分开”了，国有企业经营者将成为企业的最终控制者。这不但与国有制的性质背道而驰，而且与现代企业制度理论相悖。国有企业建立现代企业制度的这种两难处境是国有企业改革难点的真正所在。实践中试图通过国有控股公司或国有投资公司等形式将政府的所有者职能剥离出来，没取得预期的效果，因为国有控股公司和国有投资公司本身也是国有企业，亦存在“代理问题”需要治理。按公有制的本质，企业职工是企业的主人，可以参加企业管理，甚至行使所有者职能，但国有资本是全民的资本而不是企业职工的资金，仍难免使国有资本受到侵蚀。派遣特派稽查员，但特派员本身也是政府官员，政企分开的问题还是没得到解决。看来，国有企业建立现代企业制度不能照搬西方通行的模式，要充分考虑到国有企业的特点，应该在既不损害所有者利益，又能使企业成为真正的市场竞争主体的前提下，探索新的企业治理机制，尤其是新的政企关系。

一、政企分开的现状和主要问题

1998年的中央政府机构改革对于理顺政府与国有企业的关系起到了积极的作用。政府机构与所办企业脱钩，撤并一些主管部门并且规定新建的行业管理部门（国家局）不再直接管理企业，这都有助于政企分开。但是目前各级政府部门与国有企业关系中仍然比较普遍地存在着一些妨碍国有企业成为“产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学”的市场竞争主体的问题。在政企分开这个总题目下，国有企业改革需要做两个层次的工作：首先，将政府作为国有企业资本所有者的职能同它作为政府的职能分开。其次

，在实现这种“政资分开”的基础上，根据市场经济的要求规范各级行政机构的行为，改善政府的公共服务。迄今政府机构改革所解决或正在解决的，是前一个层次的问题。在后一个层次上，目前最迫切需要解决的是以下问题：第一，巩固“政资分开”的成果，政府的所有行政机构都不再干预企业的人财物、产供销等微观决策。传统计划经济中的政府是集宏观经济权力和微观经济权力于一身的全能政府。它不但拥有和直接经营国有企业，而且对集体经济等非国有企业的微观决策进行多方面的干预。在成立专门的国有资本管理部门行使国有企业所有者职能后，有些政府机构仍然按照原有的行为方式干预作为独立市场主体的企业的内部事务，例如，组织人事部门会同有关“主管部门”考核和任免企业的主要领导人；计划部门审核批准企业基本建设投资；经贸部门审核批准技术改造项目；财政和审计部门对企业财务状况作出评价，对经营管理不善造成亏损的作出处分决定和限期扭亏；劳动和财政部门审核批准企业的分配方案等等。这类越俎代庖式的微观干预，使企业自身的治理结构难以真正发挥作用，相应地，也无法要求企业执行机构对他们的经营决策的后果负责。以上的问题表明，政府在对国有经济进行布局调整和国有企业进行企业制度改革的同时，要彻底转变工作方式。那些过去由政府执行的对企业日常经营指导的职能和对企业及其经理人员业绩评价的职能，应当尽量通过与政府完全脱钩的支持性组织（即通常所说的“中介组织”），如律师事务所、会计（审计）事务所、咨询公司、信用评级机构以及行业自治组织来执行，这些组织在市场经济国家广泛存在，作为企业所需服务提供者的非政府组织，通常比政府

行政机构效率更高。第二，在精减政府机构和人员的过程中强化政府的公共服务职能，保证公共物品供给的数量和质量，避免出现公共服务空白。在市场经济中，由政府提供的国防、外交、司法、治安、消防、邮政、基础教育以及针对贫困阶层的福利等公共服务，是维持经济活动乃至社会生活正常进行所不可或缺的。但目前有些人误解了政府原则上应当从竞争性部门退出的含义，以为政府管的事情越少越好。这造成了公共服务方面的某些“真空”：（1）由于“无主管企业”的大量出现而导致某些公共服务的“盲点”，例如在计划经济的条件下，大部分居民都有自己所归属的“单位”为他们办理出国护照等事项，而改革中大量出现的非国有企业却没有人为它们办理有关事务，造成了很大的不便。（2）由于财政开支被其他方面的需要挤占，支持公共服务的财政资源减少，导致公共服务数量不足、质量下降，从而使投资环境和居民生活环境恶化。（3）原由国有企业提供基础教育、医疗、公用设施等方面的服务未由政府接管，使公共服务水平下降，企业则难以从“企业办社会”的重负中完全解脱出来。解决这一问题的基本思路是，明确中央政府和各级地方政府在公共服务上的职责并完善相应的转移支付制度，在机构编制和财政上优先保证政府提供公共服务的需要，同时鼓励成立承担公共服务职能的非政府、非营利性组织，充分发挥它们在这方面的优势。此外，某些可以确定使用对象的“准公共物品”，应尽量采用企业化经营的办法，满足社会需要。第三，政府行政部门应当着力维护市场竞争秩序，保护消费者权益。在市场监管，包括商品、劳动力和金融市场的监管中，政府部门起着“裁判员”即市场规则执行人的重

要作用。本届政府致力于推进政府部门与所办经济实体脱钩方面的工作，有助于切断政府部门与企业的特殊利益联系，克服“裁判员下场踢球”的不正常状态，提高公共机构执法的公正性。但从总体上看，目前政府对市场的规制工作仍然存在几个比较突出的问题：一是缺乏明确、公开的市场规则以及对监管机构本身的有效监督，导致执法过程中政府工作人员过大的自由裁量权和随意性；二是地方保护主义和部门保护主义仍是一种常见的现象；三是有些规制机构的工作不力，对违法违规和损害消费者权益的行为听之任之；四是一些垄断性部门企业与政府脱钩不彻底的现象仍然相当普遍，新的竞争者受到行政权力的压制，很难进入。针对竞争性部门和天然垄断部门的不同情况，可以从以下几方面着手加强和改善政府的规制工作：第一，在目前仍保持垄断经营的非天然垄断行业要在政企分开的基础上大力引入竞争机制，逐步放开经营。第二，对于具有天然垄断性质因而今后还要实行垄断经营的行业，则要尽快制定在服务标准、价格等方面实行社会规制的法规，建立包括消费者、社区等利害关系者代表在内的机构来加以执行，防止企业利用垄断地位损害消费者利益。第三，对于竞争性部门，主要是在完善全国统一的竞争法规体系（如反不正当竞争法、反垄断法、反倾销法、消费者权益保护法等）的基础上，依法维护竞争秩序，并且通过各行业的自治组织加强行业自律。第四，规范政府的采购行为和分配国家资源的行为。目前许多政府部门如国土资源、科技、财政、经贸、人事等都拥有一部分分配国家资源的权力。这方面的突出问题是，分配规则不透明，分配过程不公平，或者竞争不充分，降低了资源的使用效率，并且

导致大量钱权交易的腐败行为，造成了很坏的经济和社会影响。比如，在国有土地协议批租的过程中，发生大量“寻租”活动就是一个突出的事例。少数人利用自己与权力部门的特殊关系或者利用贿赂开路获得权力支持而大发横财。又如在运用财政资金进行投资时，由于缺乏相应的公开的投资优先顺序（地区优先序、产业优先序等），随意性太大，使投资流向容易受“寻租”活动的影响，投向缺乏效益的项目，甚至被人中饱私囊。经贸、科技部门在实施国家促进技术进步的扶持措施时，同样因为规则不透明，标准不严格，企业之间竞争不充分，分配不公平，导致有限的经费被浪费。以上问题同样存在于政府部门以其控制的财政资源进行采购活动的过程中。最近，国家制定了规范各级政府采购活动的法规，为情况的改善提供了法律的基础。现在的问题是严格执法，完善相应的监督、检查、稽核制度，并且保证把整个采购过程置于社会监督之下。

第五，肃贪反腐，建设廉洁、高效的政府。改革开放以来，由于计划和市场双轨并存和企业产权没有明晰的界定，各种贪污腐败行为迅速蔓延，侵入了各级政府的机体。这不仅对市场化改革本身造成了障碍，而且对经济持续发展和社会稳定构成了威胁。我们需要充分认识这一问题的严重性和解决问题的紧迫性，加大工作力度予以综合治理。需要采取的措施包括：加快市场经济体系建立的速度，以便消除双轨并存、产权不清等导致腐败蔓延的制度因素；通过多种手段，推行政务公开，完善人民群众和人民代表大会对公务人员的监督制度；广开言路，加强舆论监督，建立畅通的投诉渠道等，把所有行使权力的政府部门和人员置于社会监督之下；厉行法治，实现司法独立，严惩一

切贪污渎职、以权谋私的不法分子和各级政府的违法行为；在精减机构和人员的基础上提高公务人员的工薪待遇，使克己为公的公务人员能够过上体面的生活。

二、国有股减持政企分开的新举措

国家信息中心一份最新报告称，国有股减持可分三步走。首先设立国有持股公司，将国家股、国家法人股拨至持股公司名下。其次，按高于每股净资产、低于3年平均每股收益的10倍向公众股股东配售，国有持股公司获得现金，国有股直接上市流通，已变现国有股市价除权。之后由国有持股公司购买或发起设立若干开放式基金或现有证券投资基金，现金回流二级市场。报告认为，按此方案操作，将会出现国家、社会公众与市场三赢的格局，国家变现一部分资产，实现了国有股的保值增值。国有股减持后所得的收益应主要用于社会保障体系的建立，为国有企业的改革创造一个良好的社会保障环境。正是由于这份报告，国有股减持的话题成为了人们探讨的焦点。

国有股减持是在我国国有企业改革处于攻坚阶段的经济背景下展开的，其目的是从根本上解决我国资本市场中的上市公司股本结构不合理及国民经济发展与改革过程中的重大课题。减持国有股对证券市场既有压力，也有机会。根据有关数据计算，目前沪深两市国有股的市值超过沪深两市总市值的60%。如果这些国有股全部流通，对于现有的流通股规模只有其一半左右的市场来说，无疑将会产生很大的压力。但是，国有股的逐步减持可以改变国有股一家独有的产权结构，实现投资主体多元化，使资源在市场力量下得到有效配置，上市公司也才能健康发展，市场经济才能从中受益，广大投资者的根本利益才能得到保障，资本市场才能更有效地发挥功能。但是，国有股的减持中也存在着一些问题。有关

专家学者对此进行了探讨。首先，国有股减持是一个内容宽泛的概念，减持1%国有股属“减持”，减持10%国有股也属“减持”，减持50%以上国有股仍属“减持”，将国有股100%卖出还属“减持”。由于在国有股减持中，减持比例不同，对深化国企改革的效果大相径庭，所以，减持数量具有决定性意义。具体来说，在国有独资企业中，减持49%的国有股份，企业仍属国有控股性质，其管理体制和运行机制在很大程度上可以继续贯彻原有的“一套”；在股份有限公司中，如果国有股为第一大股且其他股份相当分散，即便国有股减持至公司总股份的30%，有关政府部门仍可直接干预企业的运作。减持国有股作为深化企业改革的一项重要举措，其基本目的在于，实现“政企分开”，转变企业的运行机制，使它们能够真正成为市场经济中的一个经济主体，为实现经济体制的根本转变奠定必要的微观基础。据此，减持国有股不应简单停留在“减持”上，而应从政企是否分开、企业运行机制是否转变的实效出发，具体讨论减持国有股的数量关系。在实际过程中，与其各家国企各减少10%的国有股份，哪家都不能实现“政企分开”，不如将一部分国企的国有股份减少到足以实现“政企分开”的数量限度，先在这些企业中实现运行机制的转变。正所谓“伤其十指不如断其一指”。其次，对于国有股减持与流通，不能将其独立来看，而是要从证券市场能否保证资金供给与股票供给的供求关系平衡来看，只有这样才能保证证券市场的稳定。这就是说，在减持与流通过程中要充分考虑其与新股发行上市的合理安排、与配股及增发新股的有机协调，以保证证券市场的供求平衡和稳定发展。如果因为国有股减持与流通这一“偶然”事件，而造成

市场长期低迷,使证券市场作为“晴雨表”的功能不能有效发挥,则得不偿失。第三、更多的人则认为,目前坚持国有股的比例不宜太大,否则将会造成严重的不利后果。三、政企分开的“逆向”思考在现代社会中,不论是发展中国家还是发达国家,要完全脱离政府而进行全面而成功的经济体制改革是无法想象的,自由放任的经济政策并不是永远使用的,尤其是在象我国这样经济形势是复杂的国家里,完全由企业自行发展、改制,可以说其可行性十分小,即使最终也能够达到企业改制的效果,但是其所需要的时间和所需要付出的代价恐怕会非常的大。就以电信业和铁路为例,如果完全依靠市场,要想完全打破其不正当垄断地位,恐怕是十分困难的事。因此,在我国进行政企分开的同时,我们还需要考虑如何进一步完善政府在企业改制中的积极作用。正是出于这种考虑有人提出了企业改制中的国家干预政策的命题。基于维护社会公共利益或者全局性利益之考虑,国家将其意志不断深入至社会经济生活,并在此基础上形成国家经济的干预法律制度,这是近世、尤其是二十世纪30年代以来各国经济、政治和法律等领域中所呈现出现象之一。国家经济干预职能的强化以及相应的法律制度建立,不仅确立了国家对市场经济的宏观调控,而且也使作为国民经济微观基础的企业的运行机制展现出一些新的时代特色。事实上,无论怎样信奉自由企业制度,当今世界各国总是自觉不自觉地运用包括法律手段在内的多种手段对企业运行实施间接甚至直接的干预;无论国家经济干预的具体方式是否是专门针对企业而提出,它们对企业的运行都会产生或多或少的影响。近年来,中外理论界对国家经济干预及其法律制度的探讨甚多,相关著

述亦可谓汗牛充栋。当前，我国正在建立社会主义市场经济体制，其中的一项基本任务，就是要重塑社会主义市场经济的微观基础，确立政企分开、产权明晰、权责分明、管理科学的现代企业制度。在此情况下，研究国家干预及其法律制度，无疑具有重大的理论和实践意义。（一）政府干预经济体制改革的理论基础 政府干预经济体制改革甚至整个企业的运营不是偶然出现的，这是多方面的原因所共同决定的。1

· 社会本位及社会利益原则的确立。从个人本位或权利本位转向对社会本位的偏重，这是西方法哲学或立法指导思想在当代的重大变化。经济法的出现正是这种变化在规范上的表现。社会本位作为一种法哲学原则并不是对个人私权本位的否定或绝对替代，而只是将传统民法中的“公序良俗”原则延伸到更为广泛的社会生活中，用以制约权利行使过程中的某些非理性行为，如市场经济中的“外部不经济”行为。但尽管如此，社会本位受到青睐，无疑为企业运行中的国家干预法律制度的确立营造了适宜的氛围。对社会本位的日益关注必然衍生出社会利益原则。在对企业、尤其是对社会主义制度下的企业以及资本主义制度下的国有企业和国营企业存续与运行的价值评判上，社会利益原则得到了突出的强调。可以说，在当代，企业已被作为社会的重要构成部分，看待企业的行为也已被当作社会行为来认识；企业及其行为的价值已不仅仅体现为增进微观利益，其经济价值只有在符合或有益于社会整体功利的前提下才能得到肯定性的评价，尽管符合或有益于社会整体功利的标准不可避免地带有一定的主观色彩。注重社会整体功利的政治、伦理意识上升为一种法哲学思想，便导致了立法对社会利益的倾斜。国家干预法律

制度即是这一偏重的结果。其主旨之便在于矫正和克服自由企业制度所固有的偏离甚至损害社会利益的趋向。

2. 企业在社会中角色的转换。

在传统经济学中，企业的最终目标被认为是最大限度营利，以实现出资者利润的最大化。此种观念不考虑企业行为的社会后果，不考虑企业获取利润手段的文明程度和道德性质；同时也不考虑企业行为的社会评价，而将是否有利于实现企业及其出资者利润最大化作为评判企业以及企业经营管理人员行为是否妥当的具有优势地位的乃至唯一的价值标准。这种观念在早期的企业立法中有一定程度的反映。然而，此种传统观念应当说仅仅是经济学上的一种假设，其不能全面体现社会经济生活的实然状态。有鉴于此，理论界开始对企业在社会生活中的角色定位予以重新思考。在当代，主流观点已放弃了绝对一元主义的利润最大化理论，认为企业的角色不仅仅是出资者谋取利润最大化的工具，而且也应是实现社会福利的实体；企业在追求利润的过程中，亦须充分考虑相关者的利益。观念的转变导致了立法的变革。近世以来，为使企业的行为符合并充分尊重社会公众的利益，各国立法界都在强化企业的社会责任问题上作了不懈努力：一方面颁布大量的引导和强制企业履行社会责任的专门法规；另一方面，又在传统企业法或公司法中增设保护企业利益相关者的条款。这些立法，对于国家干预法律制度之建立，无疑具有不可忽视的作用。

（二）政府干预企业改制与企业自主经营的关系

在政府干预的情况下，必将追求政府干预与保护传统法律模式下的企业自主经营的双重发展。从表层上看，政府干预及其法律制度与企业自主经营二者是相冲突的。因为，前者意味着国家依其意志对企业实施引导

甚至强制；后者则意味着企业按照自己的意愿安排并从事经营活动。然而不可忽略的是，尽管此二者在理论上存在着相左的本质，但当代各国的现实却是另一幅景观，这就是此二者和谐共存于市场经济体制之中，共同维系着当代市场经济的健康、稳定发展。这个基本事实表明，政府干预法律制度与企业自主经营是可以统一并协力对市场经济发生积极作用的。深层次地看，政府干预法律制度与企业自主经营的这种统一、和谐与良性互动，缘于此二者在当代市场经济体制中所给确定的价值取向的互补性。

1. 企业自主经营存在着不足。企业自主经营由传统民法构建和支撑，其主要价值关注是效率。如果对效率的本意与企业自主经营的效应作进一步分析，则不难发现，在企业自主经营与效率之间，事实上存在一种逻辑上的必然联系。效率即效益，其基本意义是：从一个给定的投入量中获得最大的产出，即以最少的资源消耗取得同样多的效果，或以同样的资源消耗取得最大的效果。也就是经济学家常说的“价值极大化”或“以价值极大化的方式配置和使用资源”。企业自主经营的效应及其与效率相联系的主要体现在于：首先，企业自主经营使企业得以根据市场的供求状况、按照自己的意愿组织生产经营活动，缘于企业的趋利秉性，它会倾其全力将资源投向效益高的领域，从而使经济资源得到有效的利用，进而实现资源的优化配置。其次，企业自主经营由于赋予企业以经营自主权，从而有利于调动企业的主动性、积极性和创造性，这些无疑是效率的重要源泉。第三，企业自主经营由于将企业的经营活动及其后果完全交由企业负责，因而可使企业与出资者、企业与政府的关系明晰化，并且消除出资者和政府对企业的经营活

动承担责任的可能性。革除“大锅饭”格局存在的经济前提。这无疑给企业施加了多种市场的压力。这种压力与企业的趋利秉性相结合，必将转化成一种经营上的动力。这种动力于效益而言是至关重要的。第四，有效率的经济体制须以健全的价格体系为前提。企业自主经营与企业的趋利秉性相结合，可使企业尽可能地了解相关资本稀缺程度的信息并尽可能地提高其所提供的资本的价格。正是这种努力，使得资本稀缺程度的信息被包括企业在内的单个资本所有者带到市场并加以综合，从而形成反映资源稀缺程度的健全的价格体系。第五，经济发展的历史表明，竞争机制是最富效率的经济机制，而包括企业在内的市场主体的自主经营，正是竞争机制得以形成的逻辑前提。应当说，正是企业自主经营对提高企业经济效益和推动整个国民经济发展所起到的积极作用，才促使我国企业一定要改制。企业自主经营也有其自身难以克服的弊端，这就是企业自主经营所导致的企业对效益的追求与实现，可能产生无视甚至损害社会公平这一作为人类美德的价值观念之现象。例如，企业自主经营使企业成为独立的市场主体从而具备参与市场竞争的基本条件。但与竞争及其所带来的效率相伴随的，是各种不公平现象，企业自主经营由于不关注企业之间、企业于其他其市场主体之间在竞争机会、实力等方面的差异，因而将引起资源分配上不应有的不公平现象；企业自主经营使企业的内外关系处于一种自我调节的状态，缘于趋利的原始冲动，企业自然也就疏于关心诸如社会弱者的不利地位、外部不经济、白搭车等事关社会公平的社会问题。企业自主经营的这些流弊，意味若在企业运行问题上，仅有自主经营是远远不够的。现行企业改制过

程中所出现的许多问题都说明了这一点，比如忽视职工利益、损害小股东利益、侵犯债权人利益等等。完全靠市场自行调节这个问题所需要付出的代价往往是很大的，而且通过市场自行调节势必将会造成某些利益受到长时间的损害，因为市场调节虽然具有灵敏性的特点，但是，在一定的条件下，经济主体之间地位的不平等使得市场调节会失控导致某些不正当现象出现很强的惯性。

2. 政府干预亦有其不足之处。如果说企业自主经营关注的是企业自身利益的最大化，那么，政府干预关注的则是整个社会的公平和正义。现代社会，个体经济单位的实力越来越大，有些企业甚至直接控制着或者某个行业或者部门的经济走向。这样就使公平竞争的理念受到了冲击。因为市场的法则就是优胜劣汰，而经济实力的不平等很难保证不同的企业具有平等的竞争条件，此时需要国家，而且也只有国家才能以社会管理者的身份对竞争前提作出比较公平的设定。只有国家才能保证整个社会主体在公平有序的环境中完成推动经济发展的任务。同时，由于个体的经济单位越来越大，使得消费者阶层在整个社会中处于弱者的地位，这同样要求国家主动予以干预。在经济法领域，社会公平具有多重意义。作为经济法重要组成部分的政府干预法律制度，正是从多维的角度，维持不同意义上的社会公平。因此，当代各国都本着效率优先，兼顾公平的原则，将按劳分配和按资分配作为其基本分配标准和分配形式，并适当考虑社会成员的需要和普通福利，将按需分配适用于一定范围和情形下。显然，各层次的分配公平的最终实现，都需仰赖国家的适度干预。政府干预法律制度即是因应这种需要而产生的一种制度安排。它一方面通过对企业各种分配形式及

其实现机制的确认，为各种意义上的分配公平之落实提供依据。另一方面，通过社会保障、最低工资的法律规定，使企业为社会弱者的基本生活需要提供保证，同时通过对企业税费义务的设定，为社会福利事业筹措资金，以达到缩小贫富差距、增进人类普遍福利之目的。综上，政府干预法律制度通过对企业行为的调控，可使企业的运行符合社会公平的一般要求。作为经济法律制度的重要构成部分，政府干预法律制度也要关注效率，并且从理论上讲，通过对企业运行的干预及其相应的制度安排，完全可以引导企业朝着效率的方向发展。然而各国现实表明，政府干预及其相应的法律制度在解决效率问题上是有其固有不足的。其主要原因在于，国家及代表国家的政府无论怎样努力地关注效率，但缘于其远离市场，都无法全面、准确、及时地了解资源稀缺程度等市场信息，从而也就难以完全真正地将资源配置到最有效益的领域，也不能形成反映价值规律和供应状况的健全价格体系。此点，正是市场机制发挥作用的必然性之所在。

3. 政府干预企业改制与企业自主经营的协调

起源于传统民法的企业自主经营，以传统民法偏重的效率原则为其基本价值取向，而作为经济法重要组成部分的政府干预法律制度主要以社会公平为其价值目标。效率奠基于经济运行的规律之上，而经济规律往往并不迎合人的“等份”心理，社会公平则奠基于公正、平等进行经济权利义务配置的理念之上，它关心的重点是“是否等份”而不是“等份的大小”。换言之，“效率关心的是饼的大小，而公平关心的是如何对饼进行分割。”并且，效率与社会公平还存在一定的冲突，这是因为，对效率的追求不可避免地会产生出各种不平等，对社会公平的追求也

可能损害效率，所以效率与社会公平经常处于深沉的张力之中。自主经营与政府干预法律制度所关注的主要价值的这种差异与冲突，决定了二者的区别和矛盾。企业自主经营与政府干预法律制度也有统一和互补的一面。这主要是因为，首先，企业自主经营以效率为标准配置资源，可以促进经济增长，财富，并在此基础上实现高层次的社会公平，即共同富裕；政府干预法律制度以社会公平为价值目标，着力于解决社会生活中的非公正和非平等现象，因之可减少和避免两极分化、社会不稳定等损害效率的现象。其次，效率与社会公平有时是同时存在于一项具体的抉择之中的。例如，对于故意侵犯他人财产权的案件，法律和法院将强制侵权方返还财产和赔偿损失，这种强制体现了社会公平与效益的统一：从社会公平的角度说，“任何人不得从其错误中获利”，造成损害，理应补救；从效益的角度说对财产权的保护可为财产所有人营造一种良好的法律环境，以便使他们无顾虑地、尽其所能地、高效益地利用资源，发展自己的财富，这样，就可以促进整个社会财富的增值。效率与社会公平的这种统一，决定了企业自主经营与政府干预法律制度在作用和客观效果上存在某些一致的可能性。第三，从价值判断的角度看，企业自主经营与政府干预法律制度都有其各自的优点和不足。由上可知，企业自主经营的优点恰是企业运行中的政府干预法律制度所不具备或难以完全具备的，它的不足正好又是政府干预法律制度可以发挥优势之处；反之亦然。这就意味着二者和谐共存、取长补短才是最佳选择。事实上，企业自主经营并非绝对的自由行事；政府干预法律制度也绝非要把企业管死，任何极端的作法都将造成难以估量的恶果，不是

当代各国的实态状况。（三）我国政府干预法律制度的完善可以说，我国企业改制的整个过程都渗透着如何完善政府干预法律制度的问题。从某种意义上说，企业改制的过程也就是完善政府干预法律制度的过程，就是转变政府干预经济的方式的过程。我国向来有着政府干预企业运行的传统。如果从国家介入企业运行的手段角度考察，则不难发现，我国历史上政府干预有行政主导型和法律主导型之分。在社会主义市场经济体制确立之前，尤其是党的十一届三中全会决定进行经济体制改革以前，我国对企业运行实行的是行政主导型的政府干预。在这一时期，尽管法律对政府干预问题有了规定，但以经济计划为主的行政手段仍不失为制约企业运行的主要力量。社会主义市场经济体制确立后；我国综合运用法律手段、经济手段和行政手段上升为法律形式；政府干预亦相应地由行政主导型转化为法律主导型。我国新经济体制下颁布的以及计划经济体制下出台但迄今尚未废止的涉及企业运行政府干预的法律规范，成为现时构架。应当说，我国政府干预法律制度的内容是较为丰富的。然而，由于支持这种制度的法律规范部分产生于计划经济体制下，部分形成于经济转轨的特定时期，因而难免有其不甚完备之处。以下，拟依据我国现行立法、尤其是企业立法，并结合市场经济发达国家的相关规范，就政府干预法律制度的几个主要方面及其尚待完善之处加以分析。

1. 关于企业治理结构运作中的政府干预法律制度。严格讲，企业治理结构及其运作属于企业的内部问题，国家不宜就此作过多的干预；国家的主要任务在于为财产经营过程中的内部人际关系提供成功的法定范式，将市场经济中行之有效的某些使不同利益主体相容于同一实

体的机制法定化。然而，企业的治理结构涉及到企业的行为是否规范，企业承担的社会责任和对国家的责任能否得以付诸实现等重大问题，故与世界各国的立法例类似，我国企业法确认了对企业治理结构进行有限干预的措施。其中政府干预色彩较为明显的措施主要包括以下几项。（1）对国有企业的治理结构进行特别干预。这种干预在社会主义市场经济体制确立之前和之后有关国有企业的立法中均有程度不同的体现。根据社会主义市场经济体制确立前颁布的《全民所有制工业企业法》的规定，国家对国有企业治理结构的干预主要表现在三方面：第一、在企业内部组织机构的产生问题上，政府或政府主管部门拥有最终决定权。按照规定，不仅政府或政府主管部门可以直接委派企业的厂长(经理)，而且，即便是职工民主选举的厂长(经理)人选亦需政府或政府主管部门批准，同时，政府或政府主管部门还对副厂级行政系统的领导人拥有一定的决定权。第二、在企业内部组织机构的构成方面，立法确认了厂长(经理)、职工代表大会和党委共存于一体制度，厂长(经理)负责生产经营决策；职工代表大会对有关职工生活福利的重大事项以及其他与职工利益密切相关的重大问题享有决定权；党委则对国家的路线、方针和政策在企业中的贯彻、实施实行保证、监督。这种将职工代表大会和党组织作为企业机构的制度安排，意旨即在推动企业承担并实现国家所担负的对劳动者的社会责任，以及在企业中切实贯彻国家的意志。第三、在企业内部组织机构的权限问题上，立法会予了多表面的限制，旨在为政府主管部门干预企业运行留下余地或者提供依据。其突出体现确认了政府或者主管部门对企业决策的参与体制，诸如企业的计划决策

权、人事任免权、奖惩权等基本的权限均由政府或者政府主管部门与厂长（经理）分享。社会主义市场经济体制确立以后，国家对国有企业治理结构的干预主要规定在《公司法》之中。《公司法》中可视为国有企业的公司，包括国有独资公司以及两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体共同投资设立的有限责任公司。按照国家行政权与国家所有权、国家所有权与企业经营权分离的原则和改革思路，代表国家的政府或政府主管部门此时已不直接从事作为私权行为的公司设立、经营活动，其在公司的治理结构中的作用也远不如在传统国有企业中那样明显，然而国家对属于国有企业的公司的治理结构的干预依然在一定程度上存在。只不过国家的意志采取了一种有别于传统的新形式来深入企业的治理结构之中，这就是通过代表国家行使私权的国家授权投资的机构或国家授权的部门之中介，间接地贯彻国家的干预意图。从这个意义上讲，国家授权投资的机构或国家授权的部门对董事会人选的决定，对国有公司决策的参与，既是股东行使股权的体现，在一定程度上也是政府干预的一种具体形式，尤其是对于国家确定的生产特殊产品或属于特定行业而应当采取国有独资公司的企业，正视甚至强调这种干预无疑具有重要意义。（2）对多数决定原则进行限制。这主要是应保护公司股东的股权、尤其是保护小股东的股权而采取的一项干预措施。在西方国家，尽管公司中侵犯股权的现象极为普通且由来已久，但对于立法是否为股权提供切实的保护问题却长期犹豫不决，人们担心这样做可能会对公司的内部事务带来过度的干预。因此，早期公司法一般都实行多数决定原则，即股东会或者股东大会的决议或行为是否合法、有

效，完全取决于持有多数表决权的股东的意志。然而随着多数决定原则在实践中日益成为大股东操纵公司和股东会议，侵犯中小股东权益的工具，对小股东的权益加以保护被认可。受害股东得请求法院解散公司、请求法院对不当行为进行干预或者请求法院指定审计人对公司予以审计，甚至可以提起派生诉讼。此外，发端于美国并为世界其他一些国家采纳的积累投票，更是本着保护股权的思想而对多数决定原则的限制。多数决定原则的限制实际上是对“按资说话”这一经营企业的市场基本法则的一种修正，且此种修正在一定程度上体现了政府干预。严格讲，我国立法中还缺乏旨在保护股权的上述规范，但在《公司法》第111条中确立了股东个别诉讼制度。按照规定，股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规，侵犯股东合法权益的，股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵权行为的诉讼。显然，此项规定对于多数决定原则具有一定的限制作用；一旦这种诉讼得以启动，则作为国家审判机关的人民法院即可以对股东的意志实施干预，以保护股权。（3）对充任企业机构的自然人的任职资格进行限定。这方面的限定可追溯到80年代我国关于厂长条件的规定。1986年9月国务院发布的《全民所有制工业企业厂长工作条例》对厂长的政治、业务、思想品质、文化、身体等各种条件作了全面要求。《公司法》第57条本着维护公司和股东利益、确保交易安全的精神，对不得担任董事、监事、经理的各种情形作了规定。这里也包含了政府干预的意义。我国法律对企业治理结构的政府干预的规定尚存在一些值得完善之处，其中有干预过多需要放权的问题；也有少数干预不足有待建立相应制度的问题。依笔者之见，目前主要有

以下几个问题应予解决：(1)新旧“三会”的关系。这是公司、尤其是国有企业经改制转化而成的公司在内部治理结构构建上所遇到的一个棘手问题。公司都按新的运行机制要求，设立新“三会”（即股东大会或股东会、董事会和监事会）作为其基本的组织机构。传统的旧“三会”（一说职工代表大会、企业管理委员会、党委会；一说职工代表大会、工会、党委会）在这种情况下如何定位：怎样发挥各自的作用，对此迄今尚无妥当的解决办法，因此，应是今后完善企业治理结构的政府干预法律制度中应予认真研究的问题。(2)“一长制”的适用范围。“一长制”即厂长（经理）负责制，其在我国计划经济体制下的企业特别是国有企业中确立，初衷之一就是为了便于实现国家对企业的干预。实行社会主义市场经济体制以后，国有企业呈现出传统形态与现代形态（公司制国有企业）并存的局面。《公司法》规定，国务院确定的生产特殊产品或属于特定行业的企业若实行公司制，应采取国有独资公司的形式，其目的也在于实现对这些非竞争性企业的有效干预，但尽管如此，《公司法》对这类企业放弃了“一长制”的体制。而一方面，我国尚未改制的传统国有企业几乎一概实行“一长制”。如果对非竞争性企业而言这种体制尚有其一定的合理性的话，那么对于竞争性企业，“一长制”已有其不适应的性，它不仅可能导致更多的决策失误，而且将产生国家的过度干预。因此，将竞争性企业从“一长制”的束缚中解脱出来，这是必要的。(3)董事对第三人的责任之确立。许多国家的公司均规定，董事代表公司进行活动致第三人损害的，应当承担赔偿责任。公司董事仅对公司负有善管义务，对公司以外的第三人是没有直接义务的。因此，即使董事

违反善管义务，使第三人受到损害，如无特别法规定，也不会对第三人承担责任。由是观之，董事对第三人的责任是一种法定责任，是国家为了保护公司的外部人员所作的强制性安排，具有一定的政府干预色彩。从其他国家的实践看，这一责任制度对于规范公司和董事的行为，保护社会第三人利益具有重要意义。

2. 政府对企业变更和终止的干预。

与企业的设立一样，企业的变更和终止不仅涉及到企业及其出资者的自身利益，而且对于社会公共利益乃至国家利益也会产生直接的和间接的影响。因此，企业的变更和终止并非完全的当事人自由决定事项，而是同时受着当事人意志和政府干预制约的事宜。在某些极端的场合（如企业违法而被政府或者政府主管部门责令撤销），政府干预还呈现出绝对的权威性。依照我国现行法，国家对企业变更和终止的干预主要体现在以下几个方面：（1）对企业的变更和终止实行一定程度上的行政许可。这在我国社会主义市场经济体制确立前后的企业法中都有体现。如《全民所有制工业企业法》规定，由政府或者政府主管部门批准。《中外合资经营企业法实施条例》规定，企业发生严重亏损，无力继续经营；合资一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务，致使企业无法继续经营；因自然原因、战争等不可抗力遭受严重损失，无法继续经营；合营企业未达到其经营目的，同时又无发展前途等等，应由董事会提出申请书，报审批机构批准。此外，《中外合作经营企业法》及其《实施细则》、《外资企业法》及其《实施细则》也有类似的规定。社会主义市场经济体制确立后颁布的《公司法》放松了对企业变更和终止的行政管制，以利于企业按照市场的情况，根据效率的原则运行

，但仍然保留了股份有限公司的合并和分立由国务院授权的部门或者省级人民政府审批的制度。对企业变更和终止实行行政许可，其主要的目的在于保证企业的活动符合国家利益和社会公共利益，尤其是符合国家的产业政策。（2）对企业的变更和终止实施登记管理。企业变更和终止应向企业登记主管机关办理登记，这是我国企业法的一项基本要求。为使企业登记管理有所依据，我国先后发布了《企业法登记管理条例》、《公司登记管理条例》等专门规范。同时，立法还确立了企业的年度检验和证照管理制度，从而使企业的等级和管理更紧密地结合起来，并使登记管理经常化。对企业变更和终止实施登记管理，主要目的在于确立企业的主体资格，向社会公众公示企业基本情况以确保交易安全，同时使登记管理机构及时掌握社会经济生活中企业的构成级各个企业的状况，从而为制定国民经济和社会发展规划、进行工商管理和宏观经济调控提供依据。（3）引导企业实现资源优化配置。资源优化配置是指按效用最大化原则组合多种资源。经济发展的历史表明，市场是实现资源优化配置最有效的手段，然而这并不意味着国家在促进资源优化配置方面是无能为力的，在确保市场对资源配置发挥基础作用的同时，保留适度的政府干预，可以避免资源的低效配置和浪费。为此，我国企业法对企业的变更和终止规定了一些引导措施，以适应资源优化配置的需要，进行产业结构、产品结构和企业组织结构的调整。《全民所有制工业企业转换经营机制条例》关于产品不符合国家产业政策或者无市场销路的企业实行转产的规定，对转入国家继续发展的产业的企业给与减免所得税的规定，即为此种引导的实例。此外，现行企业法关于企业

设立条件的规定，关于企业设立、变更和终止的审批规定，都对引导企业变更和终止以实现资源优化配置依据有直接或者间接的作用。（4）防止企业变更和终止中形成垄断势力。企业的变更和终止在很多情况下都涉及到企业资产的重组问题。在没有外在力量制约的条件下，企业变更和终止的结果，往往是社会资源集中度的提高。这种资源集中度的提高有利于形成企业的规模优势，取得规模经济的效果。但是，资源的过度集中又会造成市场集中度不适当提高，从而形成垄断，限制和排斥竞争。因此，早在20世纪80年代初期及中期，我国在有关推动联合保护竞争的规定中，便出现了既要推定企业联合，允许甚至鼓励企业通过兼并、组建企业集团等方式实现合并，又要反对过大规模的企业合并，防止经济过度集中的垄断企业产生的思想。企业法中关于企业变更和终止的行政许可，以及实践中政府部门以产业政策为指导对企业变更改制进行审批，其初衷之一亦即在于此。我国对企业变更和终止的法律制度也存在一些亟待解决的问题。其中尤为突出的，便是对企业合并中反垄断性企业合并的思想，但当实务界着眼更多的是我国企业在市场竞争中、特别是国际市场竞争中规模小、竞争力不足的问题，而忽视企业合并业已或者即将对市场特别是国内市场形成的垄断势力。因此，目前我国经济生活中还出现了大量购并、尤其是外资并购国内企业特别是国有企业的现象，然而相应的制度建设并未跟上，因而出现了诸如外资对我国某些行业控股过多、违背国家产业政策并购等不正常现象，故强化这方面的立法，这也成为现实人们的共识。当然我国目前的首要任务依然是如何将政企分开，政府干预的法律政策只有在完成了政企分开的

任务后才能够实现。相对而言，政府干预的任务将比政企分开的任务更加沉重。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com