

DOI: 10.15918/j.jbitss1009-3370.2016.0218

# 国企改革与国有资产流失风险的耦合性及法律治理

黎桦

(湖北经济学院 地方法制研究中心, 武汉 430205)

**摘要:** 国企改革的阶段性特征与国有资产流失存在耦合性。国企改革不同阶段表现出国有资产治理不同层面的缺陷, 3类国有资产流失行为因此呈现出“此消彼长”的特点。起步阶段和过渡阶段以投资流失型为主, 攻坚阶段以管理流失型为主, 规范阶段以交易流失型为主, 在调整阶段, 国有资产流失的行为有很大收敛, 数量减少, 但国企改革在这阶段也渐趋中止。十八届三中全会开启国企改革新时期, 应以过往改革与风险的耦合性对未来国有资产流失的风险进行预评估。在资产流转前, 须建立大宗国有资产转让公示制度; 在资产流转过程中, 须明确国有资产监督管理权力的责任机关与具体职责; 在资产流转完成后, 须以公益诉讼制度实现对国有资产流失的司法审查。

**关键词:** 耦合性; 国企改革; 国有资产流失; 国有股减持; 交易流失型

中图分类号: DF412.1

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2016)02-0120-07

## 一、国企改革的现实背景与国有资产流失的类型

中国改革开放已经30余年, 国有企业改革一直是最为关注的议题, 可以说是举足轻重的大议题。此特点在20世纪90年代表现得尤为明显, 彼时堪称国企改革大刀阔斧的时代。到2004年、2005年, 国企改革探索的步伐明显放缓, 进入调整期。党的十八届三中全会后, 官方权威文件再次高度重视国企改革。

根据十八届三中全会对改革的部署, 国企改革的侧重点主要有: 首先, 将积极发展混合所有制经济作为未来国企改革的基本目标和方向, 允许非公有资本参股国有资本投资项目, 允许混合所有制经济实行企业员工持股, “形成资本所有者和劳动者利益共同体”。在此基础上完善国有资产管理体制和优化国有资本的投资运营, 将国有资本的投资定位为“提供公共服务、发展重要前瞻性战略性新兴产业、保护生态环境、支持科技进步、保障国家安全”, 并着重提出要划转部分国有资本充实社会保障基金。其次, 重提国企之现代企业制度的完善。强调提高国有资本投资的公益性和破除行政垄断, 并要健全协调运转、有效制衡的公司法人治理结构, 以及合

理增加国企高管市场化选聘的比例。最后, 在非公有经济政策上着重提出要“鼓励非公有制企业参与国有企业改革”, 并“鼓励发展非公有资本控股的混合所有制企业”<sup>①</sup>。

在30余年的国企改革进程中, 总有一个在国企改革进程中屡次出现的“魔咒”, 即国有资产流失。如何在推进国企改革的同时又能避免国有资产流失, 是众多学者和实践工作者意图解决的关键问题。

广义而言, 国有资产流失是指国有资产在投资、经营、管理等过程中发生的资产价值减损的所有情况。但是, 将多种不同性质的资产流失类型混同, 既包括正常经营风险所致的流失, 又包括相关责任主体具有可追责的法律过错所致的流失, 由于贪污、侵占等其他违法犯罪行为所间接导致的国有资产流失状况, 这便使得行为类型的性质不统一。从问题解决的视角来看, 此种概念界定方式并不利于探讨真正意义上的国有资产流失问题, 因此, 应当以狭义视野考察国有资产流失; 由于相关责任主体的过错所造成的在国有资产运营过程中, 非基于正常经营风险所发生的资产价值减损。此处的“国有资产”亦作狭义理解, 属于企业国有资产或曰经营性国有资产, 而不包括广义国有

收稿日期: 2015-05-23

基金项目: 教育部人文社会科学研究规划基金资助项目“审计实务中企业合同效力控制研究——以防范国有资产流失为考察点”(11YJA820034)

作者简介: 黎桦(1968—), 男, 法学博士, 副教授, 湖北经济学院地方法制中心主任, 武汉大学法学博士后, E-mail: lihua98877@163.com

①2013年中国共产党十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

资产概念下的非经营性国有资产和资源型国有资产<sup>[1]</sup>。

中国国有资产的安全与否与公平正义的实现直接相关,具有重要的政治、经济和社会意义。对国有资产流失的类型化有助于研究和把握,进而探讨治理方案,因此成为众多学者关注的焦点。有的学者依照流失客体的不同,将国有资产流失分为有形国有资产流失和无形国有资产流失2种<sup>[2][34-41]</sup>;有的学者梳理了易于发生国有资产流失的几类渠道,进而总结企业产权变更改制重组过程中的流失、企业在国有资产管理过程中的流失和企业投资决策中的流失3种典型行为<sup>[3]</sup>。

如果以国有资产运营的流程——投资、管理或交易——为线索,则可以将国有资产流失分为投资流失、管理流失和交易流失3种<sup>[4]</sup>。3种流失的特点各不相同:第一,从行为主体上看,3种流失的责任主体都是对国有资产负有一定经营、管理职责的人,但与投资流失型和管理流失型不同的是,交易流失型是发生在国有资产流转过程中的,所以有可能发生企业内部责任人员与外部人员共谋条件下的国有资产流失行为。当然,也不排除国企内部人士“自买自卖”的情况,或表面上是企业外部人员的交易相对人实际上是其代理人。这类企业外部人员参与行为造成资产流失的特点,在投资流失和管理流失中并不常见。第二,从主观过错上来看,3种行为所造成的国有资产流失既有可能基于故意,又有可能基于过失,但在投资流失这一类型中,行为主体的过错形态为故意的可能性不大,因为这是一个单纯的投资决策行为,即使存在资产流失的故意,也通常是待投资的国有资产进入交易或管理渠道过程中发生的。第三,从行为表现上看,投资流失型案件的行为持续期限长、外部表现少,难以察觉,再加上通常由责任主体的过失而非故意造成,社会关注度低;管理流失型案件的行为集中于企业内部,亦难以察觉,一旦披露即已到国有资产被严重掏空的地步,社会关注度高;交易流失型案件涉及与外部经营者互动,容易存在票据、账单、契约等文书性证据,由于国有企业的经营行为本身有很强的公共性,与前两者相比更易于察觉,社会关注度也高,因此新闻媒体经常披露的此类案件比较多,比如著名的“顾雏军案”。

## 二、国企改革与资产流失的耦合性： 基于改革进程的现实考察

### (一) 国企改革的阶段性特征

国企改革最大的特征就是其阶段性,学界一般流行以国企改革基本指导思想的不同为依据,以建立社会主义市场经济体制被明确为改革目标为界,将国企改革分为两个主要阶段<sup>[5][277-285]</sup>:1993年以前为两权分离理论指导下的扩大企业经营自主权改革<sup>[6]</sup>,先后经历了扩大企业自主权试点、试行经济责任制、试行利改税、推行承包经营责任制等环节;1993年以后,确立社会主义市场经济体制的改革目标和基本路线,中国国企改革目标确立为建立现代企业制度<sup>①</sup>,经历了国有企业的公司化改造、国有股减持、股权分置改革等阶段。1993年以前,现代企业制度并未被引入,彼时流行的改革指导思想依据为前苏联学者维涅吉克托夫《论国家所有权》(1948年)中提出的两权分离理论,即认为国家对国企资产享有所有权,企业本身只享有经营权利<sup>[7]</sup>。以现代民法学的权利体系观点来看,两权分离理论有缺陷,如果国企中的国有资产仍然属于国家所有,企业便不具有其独立的可占有、使用、收益、处分的财产,又何谈法人资格?在不具有独立财产的背景下,企业怎么可能真正享有经营的自主权?两权分离理论实际上混淆了政治意义上的“所有制”与法学意义上的“所有权”,借此回避国企改革过程中可能产生的政治风险,显然也无法真正解决国企运营过程中因政企不分所造成的低效状态。到1992年和1993年,社会主义市场经济和现代企业制度的改革目标被引入,两权分离理论才逐渐受到冷落和抛弃。1986年,《企业破产法(试行)》出台,将“破产”这一现代企业制度中必备的终止企业法人人格的行为正式引入国有企业经营管理之中,这实际上是对现代企业制度和公司治理观念的一种启蒙<sup>②</sup>,为社会主义市场经济和现代企业制度改革目标的确立奠定了意识形态基础。在1992年和1993年之后,公司治理结构开始在国有企业中推广,这其中最具标志性的事件是1993年底《公司法》的出台。彼时,一批国企引入现代企业制度,经营效益得到了改善,治理机制也得到了优化。但是,由于与现代公司制所绑定的股份制之核心理念为投资主体的多元化与流动性,因此,当国有企业改革进行到一定程度

①1993年中国共产党十四届三中全会《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》。

②彼时的《企业破产法》只适用于全民所有制企业,尽管以现在的眼光看这一适用范围十分狭隘,但这一直指企业国有资产的行为,迅速地引入了企业法人格“死亡”这一理念,既有利于优胜劣汰的竞争文化的普及,又为现代企业法人格的基础——公司治理结构——在中国的推广埋下有力的铺垫。

的时候,优化国有经济比重、推进多种所有制主体共同投资就成为重要的议事日程<sup>[5]282-283</sup>。在此指导思想下,作为现代企业制度改革后的深化改革阶段,从21世纪初开始,以2001年6月国务院正式发布《减持国有股筹集社会保障资金管理暂行办法》为标志,国企开始有计划地开展国有股减持。但在开展国有资产管理层收购(Management Buy-Outs, MBO)过程中发生了极高的国有资产流失风险,加之2008年发生的金融危机客观上加重了经济发展负担,近年来国有股减持计划逐渐中止,甚至在萧条期间开始采用以提高国有经济比例的形式来缓解经济发展的压力,国企改革慢慢地步入了调整时期。

在以1993年为界进行的两阶段分类的基础上,分别以扩大企业经营自主权、破产法的出台和实施、建立现代企业制度、国有股减持等关键性事件为标准,可以将30多年来中国国企改革进程划分为起步阶段、过渡阶段、攻坚阶段、规范阶段与调整阶段。十八届三中全会以后,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)对国企改革的新一轮方案进行了部署,但无论是混合所有制改革、建立现代企业制度以及推动非公经济发展,实际上都是1993年以来国企建立公司治理结构和减持国有股计划等方法的继续。这并不意味着《决定》的内容不具有重大意义,它意味着在历经多年“调整阶段”中的改革停滞,国有企业将再次按照曾经的逻辑和路径进行深化改革,这对于改进和完善中国基本经济制度、深入推进改革开放具有重大的意义。尤其是发展混合所有制经济以及对国有经济投资立足点主要定位于公共领域的提法,意味着曾经的减持国有股以优化国有经济投资结构的路径将得到继续。国有企业将在竞争性领域进行战略性收缩,把注意力更多地投放到提供公共产品和服务、弥补市场失灵等社会公益性事项上来。

## (二)国企改革与资产流失风险的耦合性

国企改革与资产流失风险的耦合性是指,伴随着国企不同阶段的改革展露出国有资产治理不同层面的缺陷,因此在不同阶段表现出以特定的某类国有资产流失行为为主的阶段性特征:主要表现是起步阶段和过渡阶段以投资流失型为主,攻坚阶段以管理流失型为主,规范阶段以交易流失型为主,在调整阶段,国有资产流失的行为有很大收敛,数量减少,但国企改革在这阶段也渐趋中止。

在国企改革的起步阶段,国企内部推行的“一把手负责制”即厂长(经理)负责制,由于缺乏股东会、董事会和监事会的相互制约机制,再加上两权分

离理论之下企业缺乏经营自主权,市场竞争行为受到来自主管行政部门的干预,这一时期的国有资产流失主要表现为决策失误的投资流失型。若干重要数据也印证了这一结论:“七五”期间国有单位固定资产投资累计19746亿元,但国有资产存量却只有16500亿元;“八五”期间的这一数据则分别为4.3万亿元和不到4万亿元<sup>[2]48-49</sup>。国企改革的过渡阶段,投资流失型仍然因为现代企业制度的尚未正式引入而占据主流地位,并表现出新的特点:《企业破产法》已经出台和实施,相关的制度供给尚不健全,发生了很多企业以破产逃避债务的情况,银行贷款在破产后被核销,由此造成了大量国有资产流失<sup>[2]50</sup>。进一步导致大量的投资因为破产高潮的到来而“打了水漂”。

在攻坚阶段,两权分离学说逐渐退出,取而代之的是股东会、董事会、监事会等现代公司治理结构,分权制衡机制有效地促进了决策的理智与民主,投资性流失案件大大减少。但是,作为国有资本实际股东的全民不可能真正行使微观的股东权,实际只能交由一定的公共职能部门行使,这便决定了国有企业必然与政府存在联系,不可能完全像民营资本那样实现政企分开;在实际的经营过程中,国有资产监督管理机构尾大不掉,难以落实监管权限,从而为公司管理层合谋以实现内部控制制造了机会。非公资本适度进入国有企业,实现资本形式的多样化和分散化,能在一定程度上对这种内部控制形成有效制约。但此阶段的国有企业仅实现了形式上公司制与股份化,并未减持的国有资本通常在大型企业中占据绝对控制地位,非国有经济话语权甚微。在这一阶段形成了以内部控制为主要特征的管理型资产流失,众多国有企业变成了管理层及其裙带关系联合构成的“一言堂”,大量国有资产以恶意侵吞、内部交易等形式发生价值减损。

在规范阶段,减持国有股的计划逐渐开启,多种所有制以同一企业混合经营的形式成为消解内部控制和提高国企效益的有效方式,管理型流失案件有所减少。但是,减持国有股必须建立在国有资本大量转化的前提下,国有资本的转让又必须依托于管理层,在管理层对国有企业保持一定控制力的情况下,国有资本的转让被恶意以低估、不估的形式被侵吞。交易流失型事件在这一阶段大量发生。在21世纪初,为了推动国有股减持,大规模开展了国有股的MBO,国有企业管理层利用借贷所融资本或股权投资的方式收购本公司。2004年8月9日,郎咸平在复旦大学做了一场名为《格林柯尔:在“国退民进”的盛宴中狂欢》的演讲,直指顾雏军在收购活动中侵吞国



有资产;郎咸平还在自己主持的财经节目《财经郎闲评》中做了名为“顾雏军:在收购的盛宴中狂欢”的专题节目<sup>①</sup>。以此为开端所发生的“郎顾之争”引起了决策层对MBO过程中国有资产流失的重视,并最终导致国企MBO叫停,顾雏军也因此事件受到相关执法部门关注,并最终入狱<sup>②</sup>。经历过“郎顾之争”后,国有股减持的计划因为面临资产流失风险而暂缓,改革进入了调整阶段。这一阶段实际上已然暂停任何实质性的改革步伐,国有股非但没有继续减持,反而由于经济危机到来后,由于经济增长压力过大,国家采取了以大规模投资政策和产业政策的形式刺激经济,国有股减持时的“国退民进”计划反而以完全相反的“国进民退”取而代之<sup>③</sup>。

伴随着国企改革的阶段性特征,不同类型的国有资产流失对应地此消彼长;进入调整阶段,国企改革步伐放缓,国有资产流失的案件也相应地有所减少。

产生这种耦合性特征,原因不外乎两个方面:第一,中国渐进式改革中自上而下组织中的“试错性”特征<sup>④</sup>。“社会主义市场经济体制”是一项前无古人的事业,缺乏可直接参照的经验,中国若干改革都是通过决策层自上而下地进行,带有摸索色彩。国企改革的阶段性尝试,且每一阶段都不可能是在充分论证和目标明确的前提下进行的,只能“摸着石头过河”,对于各阶段产生的风险也只能采取“亡羊补牢”式的事后救济。第二,改革中的实用主义造成的制度难以配套。试错式改革缺乏明确指导思想和目标,信息匮乏决定了决策层倾向于以短期效果来判断改革绩效,保证风险可控的一揽子配套性制度难以跟进。如果同时建立现代企业制度、国有股减持和国企代理人的有效监管3项制度,实现综合配套式的整体性改革,资产流失风险就不会如此一再呈现。

### 三、耦合性视野下本轮国企改革的风险评估与治理框架

#### (一)本轮国企改革的风险评估

国企改革与资产流失风险的耦合性,存在不良后果和消极影响:第一,改革陷入了“一放就乱,一收就死”的怪圈,进而影响改革的整体规划和效率。第二,造成了改革中的风险恐慌,进而演化为改革恐慌。由于每次改革的开展都暗示着风险将至,而国有资产流失又恰恰具有比较严肃的政治敏感性,

这便会因为对风险的恐慌而传导至对改革的恐慌,进而抑制改革动力,阻却社会进步。因为顾雏军案大规模叫停MBO的现象即是明证,此后国企改革在“调整期”内基本停滞,直至十八届三中全会才下决心重启改革。第三,会使阻却社会进步的现象在恐慌改革风险的思维倾向下再度产生。其中最典型的例子便是经济下行时期出现“国进民退”现象。尽管有学者认为这只是危机时期的一些局部现象,但也不得不承认,其中确实存在一定程度政府干预下的“拉郎配”,来促使国有企业整合和壮大的非市场行为<sup>⑤</sup>。作为全民所有的国有经济,应该主要投注在纠正市场失灵、提供公共服务和保证公共安全等领域,在竞争性领域则应实现“战略性收缩”,这也正是1992年以来建立现代企业制度和国有股减持的基本精神,而经济危机将投资和产业政策大规模偏向于国有经济的做法,则实际上有悖改革开放30多年来的经济建设的社会主义市场化方向<sup>⑥</sup>。

十八届三中全会《决定》的出台预示着国企改革进入新时期。系统地审视国企改革与国有资产流失风险的耦合性特征,对未来改革进程中可能发生的资产流失风险进行预评估,进而预先设计综合治理措施,有助于打破改革与风险并存的魔咒,进一步推进社会主义市场经济体制的建设和完善。从《决定》的文本来看,此次国企改革实际上是规范阶段逻辑的继续,因此,国企改革将在建立和完善现代企业制度的指导思想下对国有股进行继续减持。根据对改革与风险耦合性的分析,基本可以断言,在未来这一阶段,最有可能发生的国有资产流失类型为交易流失型。申言之,即在发展混合所有制、优化和调整国有资本投资结构的过程中,必然会出现以减持国有股为目的的国有资产流转行为,这将在一定程度上把国有资产暴露于交易流失型案件的风险之中,国企的内部责任人员有可能利用其信息优势和对国有资产经营管理的权利,与国有资产转让过程中的相对人进行共谋,以低估、不估的形式转让国有资产,达到对国有资产价值减损部分的侵占。如何预防这一类违法行为,保证在风险可控的前提下推进改革,将成为未来几年国企改革的重要课题。

做出未来将发生以交易流失型为主要特征的国企改革风险预测,是基于本轮改革在原则上体现出的若干典型特征。首先,此轮改革的指导思想实际上是

<sup>①</sup> 视频资料可参见搜狐网:<http://my.tv.sohu.com/us/532062/900741.shtml>,2014/8/17 访问。

<sup>②</sup> 顾雏军入狱罪名是虚报注册资本罪、违规披露和不披露重要信息罪以及挪用资金罪,与国有资产流失并无直接关系。从当时的事件进展来看,顾雏军之所以受到查处,确实与“郎顾之争”过程中自己积极回应的姿态受到颇多关注有关。如今顾雏军已出狱,在2013年底案件正式开启再审,实际情况如何还有待进一步观察。在国企改革再次开启的现在,有学者认为,已经被视为国有资产流失标志性人物的顾雏军之重审,将极大有利于重振改革信心。

规范阶段逻辑的继续,换言之,是在经过调整阶段的改革停滞对国有股的再次减持和投资结构调整。按照对耦合性的基本考察,这种国有资产投资结构和数量的调整必然要面临大幅度地与非国有资本的交易,在此背景下,交易流失型的事件必然有着更高的曝光率和危险性。其次,在社会主义市场经济法治建设已然较为完善的今天,投资流失型和管理流失型案件的发生已经能得到制约,2008年《企业国有资产法》的出台以及与之相配套的一系列法规和规范性文件,能对此形成有效制约。最后,从2014年逐渐展开的对本轮改革的探讨和论证来看,无论是学者还是实践人员,都对未来交易流失型案件可能频发这一现象做了提前预测<sup>[125]-66</sup>。2014年8月,新华网文章总结了广州白云农工商联合公司4亿元流失案、广西国发林业造纸有限公司7000万元流失案等典型案件,称“发展混合所有制将涉及大量资产的重新组合,需要重新评估定价,”如果不坚持“程序规范、透明,市场定价机制进一步完善”,在这种交易过程中,必然发生国有资产流失的案件<sup>[13]</sup>。在混合所有制改革阶段,“当国有资产‘切换’为非国有资产时,不仅公众总持怀疑态度,而且代表国有资产当事人也冒着‘贱卖’风险。事实上,不管要处置的国有资产‘贱卖’还是‘贵卖’,代表国有资产的当事人都背负‘怕说不清’的危险。”<sup>[14]</sup>在这种背景下,对2015年必须要出台《关于防止国有资产流失和内部人控制的意见》的建议<sup>[15]</sup>,就是社会各界提前为交易型国有资产流失设计预防性制度的体现。

基于国有企业改革与国有资产流失风险的耦合性,新一轮改革过程中国有资产流失风险的防范对策实质是斩断改革与风险并存的魔咒,在风险可控的前提下推进改革。在此过程中,既要防止由于对风险的恐惧而影响改革进程;又要防止因为在改革中急于求成而忽略风险,从而放任违法行为的发生的做法,这样有违法学上的公平正义观念。因此,要树立公正与效率并重的理念,要贯彻利益衡平时的比例原则,不能因为对其中任何一方面的过度偏重而有损另一方的基本底线。

## (二) 风险预防的制度框架

“在一个系统构建、风险可控的稳步改革体系中,时刻不能忘记对改革风险的防控。中国改革开

放三十余年以来历次国有企业改革都几乎伴随着各种形式的国有资产流失风险……构建起保障性的经济法律制度,对未来有可能发生的国有资产流失风险进行预防和治理,为混合所有制的实现提供制度保障。”<sup>[11]-59-66</sup>根据交易流失型案件的发生特点和国有资产转让的不同环节,可以基于3个方面建立制度框架:首先,在资产流转前,须建立大宗国有资产转让公示制度;在资产流转过程中,须明确国有资产监督管理权力的责任机关与具体职责;在资产流转完成后,须以公益诉讼制度实现对国有资产流失的司法审查。这3方面相互配合、缺一不可,综合构成风险防范的制度框架。

第一,在国有资产发生流转前的阶段,要以大宗国有资产转让公示制度进行信息规制,这是防范以共谋型交易侵吞国有资产的重要制度设计。对国有资产转让的公示制度早已有之,依照现行《企业国有资产法》《证券法》《政府采购法》或《政府信息公开条例》等法律、法规,部分国有资产转让必须履行一定的公示程序,或尽管不进行公示,也要以法定妥善保存的方式接受可能的监督检查<sup>①</sup>。但这种制度设计存在若干缺陷,难以对防范国有资产流失形成有效制约:相关立法并不必然与经营性国有资产的转让公示有直接关系,如《政府采购法》《政府信息公开条例》中的相关规定,更多地具有财税法或宪政价值,这便与防范国有资产流失没有直接的关系。由于制度设计的分散而导致公示不集中,欲形成对国有资产转让的整体了解,则必须分别通过证券交易所、证监会、国资委、各级政府部门尤其是财政部等多种途径获取,且每一机构的公示方式和内容均有所差别,被施加具有披露义务的主体也有不同。因此,最有效的方法是建立大宗国有资产转让公示制度,即通过出台集中性的法律制度或规范性文件的形式,明确公示的标准和程序,对于达到法定标准的国有资产转让行为,进行统一程序、统一形式、统一平台和同一主体的集中公示。

第二,在国有资产转让的整体过程中,应通过明确国有资产监督管理权力主管机构的形式将监督职责落实。2008年《企业国有资产法》出台以来,国有资产监督管理立法方面已经实现了基本的体

<sup>①</sup>如《企业国有资产法》第66条第1款规定,“国务院和地方人民政府应当依法向社会公布国有资产状况和国有资产监督管理工作情况,接受社会公众的监督。”再如《证券法》第4章“上市公司收购”为上市公司收购中的持续性信息披露提供了基本的制度设计,依此规定,当发生类似于以MBO进行国有资产转让的行为时,应当按照证券法的相关规定进行信息披露。再如《政府采购法》第42条第1款规定,“采购人、采购代理机构对政府采购项目每项活动的采购文件应当妥善保存,不得伪造、编造、隐匿或者销毁。采购文件的保存期限为从采购结束之日起至少保存十五年。”又如《政府信息公开条例》第10条规定,“县级以上各级人民政府及其部门应当依照本条例第九条的规定,在各自职责范围内确定主动公开的政府信息的具体内容,并重点公开下列政府信息:……(六)政府集中采购项目的目录、标准及实施情况”。这些法律规定均涉及国有资产转让信息的公示或保存。



系化,但是在国有资产监督管理权力的落实上依然存在若干问题:依照《企业国有资产法》第7章“国有资产监督”的相关规定,各级人大常委会、各级政府、以国资委为代表的履行国有资产出资人职责的机构乃至会计、审计部门均具有对国有资产一定程度的监督管理职责<sup>①</sup>,换言之,现行立法并没有赋予一个明确的机关在国有资产监督管理方面的首要执法权。监管权限分散的结果是监管实效难以落实,在国企内部人控制以及外部受让人共谋的情况下,这种机构设置上的缺陷极度不利于监管信息的集中获取和职能的综合调度,从而为国有资产流失制造了缺口。从机构设置、专业人员和执法传统上来看,这一监督权力落实于国资委是合适的,但现行《企业国有资产法》的逻辑是将国资委视为国有资本履行出资人职责的机构,而非落实监管职责<sup>②</sup>。将出资人职责授予国资委这一行政机构的做法其实有悖现代企业制度“政企分开”精神。应当在法律层面将国资委做实为在企业国有资产监管方面的首要执法者身份,负责将经营性的国有资产审查批准交由若干国有资产经营管理公司进行投资,后者再以国有独资公司、国有控股公司或国有参股公司的形式进行以保值增值为目的的经营。在这个法律关系中,国资委的法律定位是“监管者”,而国有资产经营管理公司的法律定位是“投资者”,即行使国有资产的股权,而具体包含国有资本的独资、控股或参股公司则是“经营者”,享有实际的公司财产权。这一结构有利于保证监管者职权明确,有利于防止政企不分,保证国有企业的自主化运营。也符合近年来在若干领域建立独立监管机构的尝试,比如“银监会”“保监会”“证监会”等,其名称的语法构造也与国资委相类似,均为“XX监督管理委员会”的形式。在配套法律制度的构建上,还需要若干法规和规范性文件将具体的监管方案落实,实现对交易型国有资产流失行为的有效治理。

最后,在建立大宗国有资产转让公示制度和落实具体的国有资产监督管理权限的前提下,仍无法完全确保国有资产流失行为完全杜绝。在这种情况下,另行设计一个事后的司法审查制度以实现有效补救,将显得尤为必要和紧迫。目前在国有资产流

失案件诉讼环节的突出问题是,除非涉及私分国有资产罪<sup>③</sup>等刑事案件,普通的民事或经济纠纷恪守不告不理的消极保守原则,而在交易流失型的国有资产流失案件里,国企内部人通常构成资产流失的罪魁祸首,而他们又恰恰是对国有资产流失享有是否决定起诉的关键人员。任何一个理性的经济人都不可能自己起诉自己,这便造成国有资产流失案件中有相当一部分无法提起诉讼,从而失却了对违法行为施加司法审查的机会。因此,针对这种弊端,最有效的方式是建立起国有资产流失领域中的公益诉讼制度,即在国有资产运营领域中,通过落实经济公益诉讼的形式,赋予社会中的一切组织和个人在国家利益和社会整体经济利益遭受侵害或有侵害之虞时有权申请法院予以救济<sup>④</sup>。而这也恰恰切合了国有资产实质上属于全民所有的法律性质。限于制度改进的渐进性要求和防止滥诉的目的,也可暂时不向社会大众开放诉权,暂时赋予各级人民检察院对本地区的国有资产流失案件提起诉讼的权利<sup>⑤</sup>,这也能有效实现对国有资产流失行为进行司法审查。这一经济公益诉讼制度只有在防范企业国有资产流失法律制度的完善前提上才真正有可能发挥作用。另外,在一般性的国有资产流失刑事诉讼问题上,现行《刑法》亦存在值得完善的地方,目前与国有资产流失有关的罪名实际上只有“私分国有资产罪”,调整范围限于将国有资产集体私分给个人的行为,这种违法行为实际上具有很强的历史局限性,即在20世纪90年代中期厂长(经理)负责制仍有制度空间时的国有企业改制阶段中比较常见,如今这类现象已经非常罕见。因此,有学者建议根据当今现实状况,设置新的罪名如“侵吞国有资产罪”“重大国有资产流失事故罪”等等,对转让过程中造成国有资产流失的案件进行处罚<sup>⑥</sup>。

无论是大宗国有资产转让公示制度、监管权力的主体落实还是国有资产流失公益诉讼制度,都是建立在交易流失型案件将很有可能成为频发案件预测之上的。这些制度的构建都有赖于法律的制定或修正,从现行有关国有资产的法律制度体系上来看,将这些制度框架在《企业国有资产法》当中予以明确最具有合理性和现实紧迫性。

①详情可参见《企业国有资产法》第63条至第67条。

②《企业国有资产法》第11条第1款规定,“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。”

③私分国有资产罪是《刑法》较为少有的对国有资产流失案件进行规定的行为,根据《刑法》第396条的规定,它是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,违反构架规定,以单位名义将国有资产集体私分给个人,数额较大的行为。但是这一罪名在目前的国有企业改革“中兴时期”将很难具有适用性。原因在于:其一,本罪中的“国有资产”广义国有资产,并不仅指经营性国有资产;其二,私分行为更像是管理流失型案件而非未来最有可能频发的交易流失型案件。这便说明,目前《刑法》对国有资产流失行为的规定几乎是空白。

#### 四、结语

国企改革与国有资产流失风险的耦合性特征,实际上是中国改革开放实践摸索的一个缩影。在法治建设不完善和改革缺乏总体智识基础的综合作用下,国企改革必然伴随风险,这一现象会引发对

改革的恐慌,进而造成排斥改革的社会心理。十八届三中全会再一次规划改革全景,其中把法治建设放在防范改革风险的高度上予以重视,以实现公正与效率的有效平衡,这将构成决策者、管理者以及法律人的艰巨使命。

#### 参考文献:

- [1] 杨文. 国有资产的法经济分析[M]. 北京:知识产权出版社,2006:4.
- [2] 年志远. 国有资产流失及其治理机制研究[M]. 北京:经济科学出版社,2012.
- [3] 顾功耘. 国有资产法论[M]. 北京:北京大学出版社,2010:345-350.
- [4] 刘守芬,申柳华. 抗制国有资产流失犯罪对策研究[J]. 河北法学,2006(10):50-54.
- [5] 漆多俊. 经济法:第2版[M]. 北京:高等教育出版社,2010.
- [6] 朱锦清. 国有企业改革的法律调整[M]. 北京:清华大学出版社,2014:40-152.
- [7] 刘士国. 评“国家所有权主体的唯一性与统一性”[J]. 山东法学,1998(1):3-8.
- [8] 应品广. 经济衰退时期的竞争政策:历史考察与制度选择[C]//顾功耘,罗培新. 经济法前沿问题(2011). 北京:北京大学出版社,2011:96-98.
- [9] 段先盛. 1978年以来中国改革成功的原因探究——有限理性政府试错式改革与满意实现[J]. 浙江社会科学,2008(2):8-15.
- [10] 李政. “国进民退”之争的回顾与澄清——国有经济功能决定国有企业必须有“进”有“退”[J]. 社会科学辑刊,2010(5):98-102.
- [11] 许小年. “国进民退”背离改革方向[J]. 商界(评论),2009(11):103.
- [12] 段宏磊,刘大洪. 混合所有制改革与市场经济法律体系的完善[J]. 学习与实践,2015(5):59-66.
- [13] 何宗淦,汤玉华. 发展混合所有制会否造成国资流失? [EB/OL]. (2014-08-24)[2015-01-15]. [http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-08/24/c\\_1112204530.htm](http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-08/24/c_1112204530.htm),2015-01-27.
- [14] 刘奇洪. 对实行混合所有制的顾虑[J]. 中国经济报告,2014(4):15.
- [15] 刘丽靓. 国企改革现加速迹象:防止国资流失等意见望出台[EB/OL]. (2015-01-07)[2015-01-17]. <http://finance.people.com.cn/GB/n/2015/0107/c1004-26338619.html>.
- [16] 刘大洪,殷继国. 论经济公益诉讼[C]//漆多俊. 经济法论丛:第12卷. 北京:中国方正出版社,2007:65-89.
- [17] 孙彩虹. 检察机关提起国有资产流失公益诉讼制度研究[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版),2009(3):79-82.

## Reform of State-owned Enterprises and the Risk of Loss of State-owned Assets in the Coupling and Law Governance

LI Hua

(Local Legal Research Center, Hubei economy academy, Wuhan 430205, China)

**Abstract:** Reform of state-owned enterprises and the stage characteristics of loss of state-owned assets exist strong coupling. Along with the reform of state-owned enterprises, and show the different stages of the reform of state-owned assets management defects of different levels, three kinds of loss of state-owned assets behavior thus exhibit the characteristics of "with". At the early stage and transitional stage is given priority to with investment loss type, crucial stage is given priority to with loss of management model, perfecting stage is given priority to with trading loss type, adjustment stage is due to the soe reform is suspended, the behavior of the loss of state-owned assets has to change. In 18 open the third plenary session of the reform of state-owned enterprises in the new period, should with the coupling of past reforms and risk the risk of loss of state-owned assets for the future to carry on the preliminary assessment. Before the assets transfer, shall establish bulk transfer of publicity system of state-owned assets; In the process of asset transfer, must clearly the responsibility of the state-owned assets supervision and administration authority organ and specific duties; In the asset transfer is completed, must be on the public interest litigation system to realize the judicial review on loss of state-owned assets.

**Key words:** Reform of state-owned enterprises; The loss of state-owned assets; Coupling; The reduction of state-owned shares; Trading loss type

[责任编辑:箫姚]