

论国资委与国有独资公司董事会的关系

范世乾

(中国政法大学 民商经济法学院, 北京 100088)

摘要: 经济学中对股东会与董事会关系的理论主要是围绕股东和董事之间的关系展开的,包括企业的企业家理论和代理理论。企业的企业家理论认为,股东的股权与董事等经营者行使的经营权都是所有权职能的一种分裂,是企业家职能的一种分裂。代理理论认为,股东是委托人,经营者是代理人。企业的企业家理论更深刻、清晰地把握了股东会与董事会之间的关系。在法学上,关于股东会与董事会关系的理论主要包括委托代理说、委任说、信托说、双重关系说、法定关系说等。由于公司本身属于一种复杂的组织体,因公司类型、规模的不同,股东会与董事会之间的关系也特征各异,因此很难用一种单一的学说来解释。国资委与国有独资公司董事会之间的关系应当以股份公司,尤其是上市公司为模型来构建,而不能以一人公司为模型。在进行具体制度构建时,应该在法律上明确规定国资委享有小于其他类型公司股东会的权限。

关键词: 国资委; 国有独资公司; 董事会

中图分类号: DF411. 91 文献标识码: A 文章编号: 1008-2204(2012)04-0033-07

The Relationship between SASAC and Boards of Directors in Wholly State-owned Corporations

Fan Shiqian

(College of Civil and Economic Laws, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: In economics, the theory of relationship between general meetings of shareholders and committee of directors is generally described under the title of relationship between shareholders and directors, which includes enterpriser theory and agency theory. Enterpriser theory considers that shareholder's equity and director's management are both functions split from ownership. Agency theory thinks that a shareholder is a principal and a director is an agent. In a sense, enterpriser theory discloses deeper character of relationship between shareholders and directors. In jurisprudence there are mainly five theories about this area, namely principal-agency theory, deputy theory, trust theory, double relationship theory and legal relationship theory. In essence, corporations are complicated organizations and differ in type and scale, thus the relationships between shareholders and directors in different corporations are different accordingly. Any single theory can hardly describe all such relationships precisely. The relationship between State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council (SASAC) and wholly state-owned corporations is similar to that in stock corporations, especially like that in listed corporations. Regulations should explicitly prescribe that legal rights of SASAC are smaller in scope than that of shareholders in any other corporations.

Key words: State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council (SASAC); wholly state-owned corporations; committee of directors

一、引言

国务院国有资产监督管理委员会(以下简称“国资委”)设立以后,其与国有企业之间的关系就

一直成为人们的关注点。如何摆正国资委的地位,实现政企分开的目标,成为国有企业改制能否成功的关键。由于国有企业改革的基本途径是将可以进行公司制改制的企业^①改造为规范的公司制企业,而现代企业理论表明,操作公司具体运营的是公司

的董事会,因此国资委与国有企业的关系实际上主要就是指国资委与国有公司董事会之间的关系。又由于中国目前由国资委直接行使出资人职责的中央企业有很多是按照《全民所有制工业企业法》设立的全民所有制企业,改革的突破首先是将全民所有制企业改制为国有独资公司,然后对于具备条件的国有独资公司逐渐实现股权的多元化。因此,从一个可预见的较长久时期来看,国有独资公司将成为国有企业改制时首要选择的方式,而对于一些国家要保留控制权的自然垄断企业,可能会长久地以国有独资公司的面目存在。因此,研究国资委与国有独资公司董事会的关系,具有重要的实践意义和理论价值。

国资委作为行使国有资产出资人职责的法定特殊机构,其主要职能为出资人职责^②(更学术化的称呼是“所有者职能”),具体到公司制企业中就是股东的职能。但从法律和实践上来看,不同种类的公司中股东会与董事会之间的权利划分并不相同,实际职责的区分也有差异,因此单纯讲国资委应定位为履行出资人职责并不能解决任何实际问题,真正有意义的是要探明国资委与国有独资公司董事会之间究竟应该按照哪一类公司模式来进行制度设计,并且有哪些独特的制度要求。

二、股东会与董事会关系的经济学解释

经济学中对股东会与董事会关系的理论主要是围绕股东和董事之间的关系展开的,这体现了法学与经济学的不同。经济学更重视对实质内容的研究,而不像法学对术语的使用比较严谨。因此,以法律的角度,在公司内部股东和董事只能通过股东会和董事会以集体决策的方式来管理公司,股东与董事之间不存在直接的联系;但在经济学上却将股东和董事做复数概念使用,股东与董事之间的关系是指股东会与董事会之间的关系。所以,笔者在介绍主要经济学理论时,为照顾经济学的使用习惯,使用的表达依然是股东与董事之间的关系,但实质上却是指股东会与董事会之间的关系。

(一)企业的企业家理论

奈特的“企业的企业家理论”认为,企业家是承担经营风险、从事经营管理并取得经营收入的人格代表。基于这一认识,从私人企业向股份制企业的转化,与其说是所有权与经营权的分离,不如说是企业家职能的分离。因为在股份制之下,股东即便不直接从事经营活动,也要从事资本经营活动。因此,

股东成为所有者企业家,经营者成为职业企业家。^{[1][2-8]}在股份制企业中,企业家职能中的生产经营职能由经营者行使,这种职能本身也是所有权职能的一种。因此股东的股权与董事等经营者行使的经营权都是所有权职能的一种分裂,也是企业家职能的一种分裂。因此,现今董事会权利的扩大形成董事会中心主义,与其说是董事会行使(或侵蚀)股东会权利,不如说是企业家职能的重新分配;而董事会行使的生产经营职能,本身就不是股东会的职能,股东会行使的就是一种资本经营职能,说董事会行使了股东会的部分权利是不准确的。当然,有些时候不能如此清晰地区分某项职能是资本经营职能还是生产经营职能。这种思想体现在公司法中就是各国法律一般规定了股东会和董事会对某种事项都享有决策权。

(二)代理理论

对于代理理论,由于视角和研究的侧重点不同,学者们得出的结论也不相同。如阿尔钦和德姆塞茨认为,企业实质上是一种“团队生产”方式。由于团队生产的结果依赖于团队所有成员的努力,不可能对每个成员的个人贡献进行精确的分解和观测,因此也不可能按照每个人的真实贡献支付报酬。这就要求有部分成员专门从事监督其他成员的工作,而监督者只有占有剩余利益,才有足够的监督积极性。为了使监督有效率,监督者还必须掌握修改合约条款及指挥其他成员的权利,否则他就不可能有效地履行其职能。另外,监督者还必须是团队固定投入的所有者,因为由非所有者的监督者监督投入品的使用成本更高。^{[1][45]}代理理论将股东与经营者之间的关系界定为一种代理关系,认为股东是委托人,经营者是代理人,这种观点在法学中也有相应的反映。

三、对经济学解释的评价

经济学关于企业理论的发展主要可以分为四个阶段。第一阶段是马歇尔以前的企业理论,可以称为古典企业理论,其代表人物是亚当·斯密(Adam Smith)、约翰·穆勒(John Stuart Mill)、坎替龙(Richard Cantillon)以及马歇尔等;第二阶段是新古典的企业理论;第三阶段是新制度经济学企业理论;第四阶段是企业理论的最新发展,具体研究影响交易成本的各种因素。新古典企业理论主要探讨了企业如何在既定技术条件下实现利润最大化;而新制度经济学理论用交易成本来解释企业的存在和边界,从市场与企业的关系探讨企业的本质和规模。^[2]有学者认为,从现代企业理论的观点看,新古典经济学是

没有企业理论的。^[1]³⁰在古典和新古典经济学的视野中,由于不考虑制度成本因素,认为所有的制度都能毫无成本地予以运行,因此不同制度之间没有差异,企业就是一个投入产出的组织(古典经济学)或一个生产函数(新古典经济学),是一种单纯的技术关系,企业只需考虑生产成本,企业追求的就是如何降低成本,实现收益最大化(主要通过规模经济实现)。因此,在古典和新古典经济学理论中,所有者与经营者之间的关系并不重要,基本没有人论及于此。而制度经济学则从研究各种制度成本出发分析最有效率的企业制度,它将企业看作一种人与人之间的交易关系。制度经济学的企业理论主要有两个分支:交易费用理论和代理理论。前者是从公司外部论述公司与市场机制的替代作用,分析公司与市场间的界限;而后者是从公司内部分析公司的组织机构以及不同成员之间的代理关系。其中代理理论与文章的论题密切相关,探讨的正是公司内部组织机构的关系,其中主要是股东与董事的关系。^[1]³²⁻⁵³另外,在新古典经济学与制度经济学之间,奈特提出了企业的企业家理论,最早将企业看成是一种人格化的装置,并分析了股东与董事之间的关系。

企业的企业家理论虽然创建于20世纪初期,但其将董事的地位提高到与股东相同的层面,认为二者之间是一种企业家职能的分工。而现代公司法中的一个核心理念就在于董事会地位和职责的法定化。因此,这种观点与现代公司法中提高董事地位的做法完全吻合。委托代理理论虽然产生较晚,并以制度经济学为分析工具,而且其中很多分析都有一定的实践价值,但就股东会与董事会关系的角度而言,将二者的关系界定为代理关系本身就是一种以股东会中心主义思想为基础的思考方式,这与当今社会董事会中心主义的潮流不符。虽然经济学中的委托代理理论与法学中的代理理论有根本的区别,经济学中的委托代理理论同时承认董事的地位由法律明确规定,而不是完全依赖于股东的授权,但这一观点很难突破股东会中心主义的视野,将股东会视为委托人就暗含着将股东会作为公司最高权力机构的假设。因此,笔者认为,企业的企业家理论更深刻、清晰地把握了股东会与董事会之间的关系。

四、股东会与董事会 关系的法学解释

目前法学界对董事和董事会地位的论述较多,而这些研究主要从董事会与公司之间关系的角度切入,很少有直接研究股东会与董事会之间关系的。

但对股东会与董事会关系的定位也完全可以从关于董事会地位的诸种学说中找到结论。关于公司与董事会之间法律关系的观点主要包括委托代理说、委任说、信托说、双重关系说和法定关系说等。

(一) 委托代理说

德国立法采用此种观点。德国《民法典》第26条第2款规定:“1. 董事会、经理在诉讼及非诉讼事件中代表社团,具有法定代理人的身份。2. 董事会代表权的范围得以章程加以限制,其限制得对抗第三人。”^[3]³⁶⁰⁻³⁶¹德国《股份法》第78条对“代理”的规定进一步予以明确:“章程还可以规定,董事会成员可被授权单独或与一名代理人共同代表公司。”^[4]¹⁴¹英美法系早在19世纪中期的 Ferguson v Wilson 案中也确认了董事是公司代理人的观点。董事在代表公司同第三人签订契约的时候,必须受传统英美代理法律关系的调整。但与一般代理人相比,董事的代理权要更充分些,并且,根据案件的客观情况,董事在作为公司代理人行为时很少受公司的控制。董事属于商事组织中的管理性代理人(managing agent),^[5]²⁸⁻³⁰作为商事代理人,其代理权限要远远广于民事代理权,包括经营管理权和执行权。而股东会只对重大事项行使表决权。

(二) 委任说

日本立法首创这种观点。日本《商法》第254条规定:“公司与董事间的关系,依照有关委任的规定。”^[4]⁶³⁸由于信赖是委任关系的前提,因此如果委任合同没有规定,委任是无偿的。这体现在日本《民法典》第648条的规定中,依据该条,“受任人除非有特约,不得对委任人请求报酬”^[6]¹¹⁴。依此,日本《商法》第269条规定:“董事应得的报酬,未在章程中规定其数额时,以股东大会的决议规定。”^[6]⁶⁴⁶因此,如果章程中没有规定,股东大会也没有做出决议,则董事对公司的劳务是无偿的。中国台湾地区的《公司法》也有相似规定。很多台湾学者也持此观点。如武忆舟认为:“董事,因发起人,或创立会、股东会所为选任之决议,经其承诺时,发生委任关系。”^[7]郑玉波认为:“但董事因报酬之关系,故属于一种有偿的委任,因而其执行职务,应以善良管理人之注意为之。”^[8]按照委任说,董事会享有的权力完全依靠股东会的授权,因此该种学说下对董事会权力的界定最为狭窄。

(三) 信托说

信托说在英美法系比较流行。早在1742年的 Charitable Corporation v Sutton 一案中,Hardwicke L C 就认为依特许证设立的特许公司,如果其董事滥用公司资本,实施违反公司细则的违法行为,则董事应

对其“信托违反”行为承担受托人责任。尽管从适用方面来讲董事并不是严格意义上的受信托人,但是,他们一直被认为和被看作是掌握在他们手中的或处于他们实际控制之下的金钱的受信托人,并且自股份公司创设以来,董事一直被责令对他们滥用的金钱承担受信托人的法律责任。^{[5]32-33}从信托说的视野来分析,因为受托人属于普通法上的所有权人,因此董事的法律地位最高。即使公司法在引入信托制度的同时未承认董事享有信托财产的所有权也不能否定董事对公司财产的管理和处分权力。

(四) 双重关系说

该种观点以英美法系国家的立法和学说为代表。如英国的诸多判例中,法官在不同的场合,认为董事或为“代理人”或为“受托人”。英国判例之所以认定董事是公司的代理人,是因为其机关观念不甚发达。而英国公司董事之所以被视为受托人,是因为英国在股份公司制度发展的过程中,曾经导入了信托法理念,使无人格的公司在衡平法院亦能享受与取得人格的公司相同的保护,从而促使了信托型公司的产生。因此,董事不仅应当尽到代理人对本人应尽的义务,而且应当履行受托人作为类似善良管理人对受益人应尽的义务。^{[3]363-365}在双重关系说的视野下,董事的权限与信托说中的基本相同,因为两者都承认董事的受托人地位。

(五) 法定关系说

有学者认为,现代公司董事的权利、义务、利益和责任直接来自于法律的规定,因此应当将董事与公司的关系定位为“法定”关系,即就公司内部关系而言,董事与公司已成为一法定的“有机统一体”;就公司外部关系而言,董事亦为公司的法定个别机关。^{[3]370}作为公司法定的机关,董事的权限也必然是法定的。这决定了董事享有的权力可以不受股东会的干涉。由于董事会是公司的常设执行机构,而股东会只是非常设临时机构,因此在制度设计上,立法机关通常会先规定股东会享有的权力,而后将所有的剩余权力赋予董事会。

五、对法学解释的评价

上述观点虽然是对公司与董事会关系的论述,但由于公司是由股东投资建立的,因此实际上公司与董事会的关系可以大致等同于股东会与董事会之间的关系,因此股东会与董事会之间的关系也可以用委托代理说、委任说、信托说、双重关系说和法定关系说这五种观点来阐释。笔者发现,由于公司本身属于一种复杂的组织体,因公司类型、规模的不

同,股东会与董事会之间的关系也特征各异,很难用单一的学说来解释,因此这五种学说主要对特定类型的公司具有较强的解释力。

(一) 对代理说的评价

从代理说的视角出发,股东会处于被代理人的地位。而根据法律的规定,代理分为法定代理和意定代理。法定代理人享有不受限制的代理权限;而意定代理人则只能在约定的代理权限内从事代理活动。从德国的规定可以看出,德国采用法定代理学说,认为董事会享有公司的法定代理权。而根据民法的相关理论,法定代理制度建立的出发点是为了保护未成年人和精神病人等心智不完全的人,因此赋予了代理人最广泛的代理权限,可以不受被代理人的意志约束,以自己的名义行使代理权;^③同时又通过被代理人与代理人之间的血缘联系来限制代理人的背德行为,防止代理人因自利而出现损害被代理人的行为。但德国法中关于董事享有法定代理权的表述却不意味着董事享有不受限制的权力,而只是表明其权力来源于法律明确规定,因此行使时不必事事要求董事证明其具有合法的代理权。所以,代理说并不能完全解释股东会与董事会之间的关系。据此观点对股东会与董事会权限进行划分也不十分合理。

(二) 对委任说的评价

委任说中关于股东会与董事会权限的区分也大体与代理说相似,只不过委托关系只涉及委托人和受托人两者之间的关系,属于一种内部关系,而代理关系则包括代理人与第三人之间的外部关系。另外,委任是以委任契约的存在为基础的,无合同则不属委任。^{[3]369}由于董事除了执行公司内部管理职责外,还要代表公司执行一系列外部事务,因此代理说比委任说更为合理。

(三) 对信托说的评价

信托说在英美法系国家是逐渐发展起来的。直到 19 世纪晚期,股东会是公司最高机关,董事会只是公司的代理人并受股东会控制的观点还广为人们接受。但 1906 年上诉法院在 *Self-Cleaning Filter Syndicate Co v Cunningham* 一案中明确提出注册公司的董事会与股东会的权力分配完全依赖于公司章程的规定。当权利被授予董事会时,股东会也不能干预董事会行使权力。公司章程被视为股东间签订的一份同意董事管理公司的合同。除非董事违反法律或章程的规定,否则股东会不能干预董事会的决策。^[9]后来,英美法系中董事作为公司受托人的观点逐渐成为主流。但董事作为受托人与一般信托法中的财产受托人存在一定的根本区别。

首先,信托法中的受托人是财产的普通法上的所有权人,在处理财产时有权以本人、所有人、主人的身份来进行,并且也仅对某些与他有信托关系的信托受益人承担衡平法上的说明义务。但董事作为公司的雇员,在处分公司财产时是以公司名义而非自己的名义。

其次,作为公司商事组织的商事管理人,董事在公司资本投资方面所享有的权力比严格意义上的受信托人所享有的权力要大,一般受信托人在通常情况下承担的义务是对他们管理的财产进行保管与维持,他们不得将信托财产用于投机事业,否则,会受到法律的制裁。而对公司董事而言,为了使公司股东取得最大的投资回报,人们期望并鼓励董事去从事更具冒险性的事业。可以说受信托人追求的是财产的安全,而董事追求的是财产的回报。

最后,董事虽然同严格意义上的受信托人一样要承担技能运用和注意的义务,但董事的此种义务比一般受信托人所承担的义务要更加灵活,要求更低,董事只要未涉足其自身利益,即使其行为造成公司损害,董事因其义务违反行为所承担的法律责任可以被公司股东、董事或法院免除,^{[5]34—35}同时还受商业判断规则的保护。

以上区别决定了将董事视为公司受托人的观点只在某种意义上合理和有效,董事在某些方面不能视为公司的受托人。对私人公司而言,如果完全按照信托说来构建股东会与董事会的权力,则董事会有可能享有过多的权力,这会损害股东的利益。

(四) 对双重关系说的评价

双重关系说试图通过将董事在不同情况下解释为具有不同的法律地位来摆脱前几种学说中存在的问题。但也许结果恰恰相反,将董事既定位为代理人又定位为受托人的观点反而让人感到难以适从,给人以一种概念混乱的印象。实际上,由于代理制度、委托制度属于民法中的一种制度,而信托制度则属于英美法系的一种创造,这些制度都是一种独立的法律制度,其适用就有自身的领域限制,因此很难将其简单地类比适用于公司法领域。正是因为这一点,学者提出了法定关系说。

(五) 对法定关系说的评价

法定关系说与公司机关说一脉相承,都将董事会视为公司的一个法定机关,认为其与股东会和公司的关系由法律明确规定。因此,这种学说突破了前述学说的局限性,具有更强的解释力。但笔者认为,公司形态是各异的,其组织形式、规模等千差万别,在不同的历史时期公司法理念也不相同,由此决定了不同公司之间股东会与董事会的关系也有很大

的区别,因此,应当采取分类描述的方法来界定股东会与董事会的关系。

六、小结

如上所述,笔者分析了经济学和法学中有关股东会和董事会关系的种种学说,这些学说在某些方面具有一定的意义,为理解国资委和国有独资公司董事会的关系提供了理论和实践素材。

从公司发展的历史来看,早期的公司多为业主式公司。所谓业主式公司是指公司股东人数较少,股东一般直接参与公司经营管理的公司。这类公司在现代主要表现为有限责任公司,其极端形式为一人公司。一人公司由于只有一名股东,因此股东可以直接控制公司的经营管理。公司内部组织机构的设置比较随意,如中国公司法中对一人公司的组织机构没有任何规定,原则上股东可以自由设置任何机构。而从国外立法来看,一般规定一人公司可以不设董事会。如美国1948年示范公司法第21条规定,若公司章程中有规定者,法定闭锁公司可不设立董事会。日本虽无与美国相似之规定,但学说上也作相同的解释。^[10]由此可见,业主式公司一般是股东直接控制公司,股东可被视为公司的最高权力机关。从这种公司模型出发,形成了股东会中心主义。而随着经济的发展,公司的规模越来越大,股东的人数也越来越多。对于大公司而言,由于股东人数过多,股东会召集的成本较大,因此很少能够经常召开股东会来管理公司的运行。很多股东购买公司股票只是为了炒作以赚取差价,这些股东根本不关心公司的具体经营状况。更多的股东出于搭便车的心理而对参与公司管理持消极态度。而且,多数股东并不是经营专家,因此不适宜操纵公司的具体运营。股东之间也存在多种利益冲突,解决这种冲突的最好方式就是由独立的第三方进行决策,而董事会正是由具有经营决策能力的专家构成的独立的第三方。因此董事会成为公司管理的中心,负责公司的具体运营。从这种公司模型出发形成了董事会中心主义。从各国法律规定来看,有限责任公司的股东享有的权利一般比较大,而股东有限公司的股东享有的权利则相对较小。如中国《公司法》第34条规定,有限责任公司的“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的,应当向公司提出书面请求,说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的,可能损害公司合法

利益的,可以拒绝提供查阅,并应当自股东提出书面请求之日起 15 日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅”。第 98 条规定,股份有限公司的“股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告,对公司的经营提出建议或者质询”。显然,有限责任公司股东的查阅权范围包括了财务账簿,而这是股份有限公司的股东所没有的。而且,有限责任公司股东还具有复制权,这也是股份有限公司股东所没有的。

由此可见,代理说和委任说更符合业主式公司的现实情况和股东会中心主义的思想;而信托说、双重关系说和法定关系说更符合股份制公司的现实情况和董事会中心主义的思想。现实中,由于业主式公司与股份制公司并存,而且每一个公司的具体运作情况又不相同,因此这两种思想都在某些方面符合实际情况,具有一定的合理性。所以无论是委托代理说、委任说、信托说、双重关系说,还是法定关系说,都只对某一类公司甚至每一个具体的公司具有最好的解释力,但如果推广到所有类型的公司上则可能并不合理。

对国资委与国有独资公司董事会关系进行制度设计,出发点应当是如何使国资委像一个真正的股东一样行为。因此,首先要考虑股东应当享有哪些权利,董事会应享有哪些权利;其次要考虑国资委作为特殊的国有股东适合行使哪些权利。既然每一类公司中股东会与董事会的关系都不相同,那么如果要回答国资委与国有独资公司董事会的关系,就要先知道国有独资公司与哪一类私人公司最为相似,然后才能对国有独资公司中国资委与董事会的关系进行界定。

从形式上看,国有独资公司属于一人有限责任公司。从中国的《公司法》立法体例中可以看到,国有独资公司是规定在第 2 章有限责任公司之中的,而且是位于一人公司之后。并且,第 56 条规定:“国有独资公司的设立和组织机构,适用本节规定;本节没有规定的,适用本章第 1 节、第 2 节的规定。”因此,立法将其作为一种特殊的有限责任公司来进行规制。从这个角度来说,国有独资公司中国资委与董事会之间的关系似乎也应当比照一人公司的规定来安排,即国资委作为公司的股东享有最高的权利,能够完全控制公司的运营,其与董事会之间适用代理关系的规定。

但是,如果深入分析国有独资公司的特征,国资委行使出资人权利的国有独资公司具有一些特殊的

性质,如果比照私人一人公司的规定来构建国有独资公司的治理机制并不合理。

第一,国有独资公司与普通业主式公司的区别在于其真正的所有者缺位。国家所有权的特征就在于没有法律上的最终的自然人所有者,国家在某种程度上只是人民的代理人,而国资委更是受国务院委托行使出资人职责的代理机构,因此,国有企业是一种代理人控制的企业。这跟大股份公司中公司实际由董事会控制的情况相似,都是一种所有者与经营者分离的形式。

第二,国资委控制的中央企业本身规模较大,多数企业比目前的上市公司都要庞大,即使将其视为一人公司,国资委既没有精力,更没有能力来直接管理一百多家^④国有大型企业,因此不可避免地要通过雇佣董事和经理来进行具体运营。而对于私人业主式公司而言,一般股东只设立一个公司,因此能够专心管理公司的具体运营。所以,从实质来看,国有独资公司也必然要实行所有者与经营者分离的经营模式;否则的话,由国资委来集中行使经营管理权,必然会使国资委人员膨胀、机构臃肿。而且,由于国资委工作人员不能像各公司内部董事会成员一样专职于某一公司,国资委工作人员与公司经营管理者的信息不对称会更加严重。如欲解决这种信息不对称,就要在国资委内部专门设置针对各个出资企业的监管组织或指定个人专门负责监督某一国有企业的运营,其效果无异于在国有企业外部又设立了一个董事会,倒不如直接在国有企业内部设立完善的董事会及各职能委员会。

第三,由于国资委不是真正的所有者,其与董事会都是最终所有者的代理人,因此与其将股东权全部赋予国资委,导致缺少监督与制衡,不如将一定的股东权赋予董事会来行使,并发挥国资委与董事会之间互相监督和制衡的作用。通过国资委与董事会之间的互相监督,可以实现国有资产的保护和保值增值。因此,国资委享有的权利可以比股份公司的股东更少,只包括部分股东权利。

第四,业主式公司的股东以自己的出资对公司的经营失败承担责任,因此有动力监控经营者,甚至亲自管理经营;而国资委只是国有资产的代理人,其组成人员只是国资委的代理人,他们在行使管理权时,就可能偷懒或侵害国有资产,这就是经济学上所谓的“廉价投票权”。因此,从代理成本的角度来看,也不宜由国资委掌握国有独资公司的经营管理权。

第五,从权利制衡的角度来说,将权利赋予任何一个主体都涉及对权力行使者的监督和约束机制。

对国资委的监督主要是一种国家机构内部的监督机制以及党组织的监督,而对董事会和董事的监督则还包括经理人市场、声誉机制的监督等。因此,将国有独资公司的经营管理权赋予董事会可以更好地建立监督机制。

第六,国外最新立法和理论研究动向均认为,公司法正在向企业法转变。^{[11][28]}根据公司的大小而分别制定相应的规定,已经成为公司法最新发展中的一个不可避免的新趋势。^{[11][18]}因此在考虑国资委与国有独资公司董事会之间的关系时,要明确国有独资公司都属于国有大型或特大型企业,二者的关系不同于股东与小公司之间的关系。

第七,国资委掌握过多的权利从表面上看有利于加强国资委对国有企业的监督,但过多的权利同时意味着过多的责任,而过重的责任反而会成为阻碍国资委客观、积极决策的因素,会使国资委的行动过于保守。而且,对国资委以及决策者的失误也很难进行责任追究。即使追究,也多限于行政责任和政治责任,难以追究其法律责任。

由上可知,国资委与国有独资公司董事会之间的关系应当以股份公司,尤其是上市公司为模型来构建,而不能以一人公司为模型。从《公司法》第67条的规定中,可以看到一人公司的规定不适用于国有独资公司。国资委主要享有一种最终控制的权利^⑤,主要包括任免董事、修改章程、重大事项的批准以及其他一些监督的权利。这些权利远远小于其他类型公司的股东会,甚至是股份公司股东大会的职权,而国有独资公司董事会则享有比一般公司董事会更为广泛的权利。

由于国资委只是一个行政机构,其与董事会相比更不适合负责公司的具体经营管理,因此针对每一个具体的国有独资公司,国资委可以视公司的经营领域和经营情况来进一步放权。但国资委与国有独资公司董事会的关系从基本的法律性质上来看,属于“法定的股东会权利范围小而董事会权利范围大”的特殊类型,在很多方面可以参照上市公司的模式,但也有自身的独特性。所谓“法定的股东会权利范围小”是指在法律明确规定股东会享有小于一般公司股东会所享有的权利,这不同于上市公司的情形。在上市公司中,虽然股东会实际上很少行使经营决策权,但这并不妨碍股东会在法律上享有较大的权利,只不过在实际上股东会一般将大部分经营管理权授予董事会行使,这种类型可以称为“法定权利较大但实际行使的权利较小”。基于这种对国资委与国有独资公司董事会关系的认知,可

以从法律上构建国有独资公司的治理模式,明确规定二者的权利和义务,从而保证国有独资公司能够有效运作。

注释:

- ① 所谓的可以进行公司制改制的企业,主要是指存在于经营性领域的国有企业,而对于非经营性领域的国有企业,尤其是关系国家平安的军工等企业,国外的经验一般是采用公法人的方式设立,并且要保留国有国营的形式。中国也应遵循相似的改革思路。
- ② 《中华人民共和国企业国有资产法》第11条规定:“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。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。”
- ③ 实际上,法定代理的全称是法定间接代理。所谓间接代理,就是代理人可以自己名义行使代理权。
- ④ 国资委成立之后,对于中央一级国资委行使出资人职责的企业一直在进行整合,最初为189家,截止2011年11月30日,共有123家。数据参见国务院国资委官方网站,网址为 <http://www.sasac.gov.cn/n1180/n1226/n2665/12406674.html>,访问时间2011年11月30日。
- ⑤ 《公司法》第67条规定:“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。前款所称重要的国有独资公司,按照国务院的规定确定。”

参考文献:

- [1] 张维迎.企业理论与中国企业改革[M].北京:北京大学出版社,1999.
- [2] 韦伟,周耀东.现代企业理论和产业组织理论[M].北京:人民出版社,2003:60.
- [3] 梅慎实.现代公司法人治理机构规范运作论[M].北京:中国法制出版社,2001.
- [4] 卞耀武.当代外国公司法[M].北京:法律出版社,1995.
- [5] 张民安.现代英美董事法律地位研究[M].北京:法律出版社,2000.
- [6] 日本民法典[M].王书江,译.北京:中国人民公安大学出版社,1999.
- [7] 武亿舟.公司法论[M].台北:三民书局,1992:363.
- [8] 郑玉波.公司法[M].台北:三民书局,1971:132.
- [9] Gower. Gower's Principles of Modern Company Law[M]. 4th edition. London: Steven&Sons, 1979:183—184.
- [10] 赵德枢.一人公司详论[M].北京:中国人民大学出版社,2004: 269—270.
- [11] 托马斯·莱塞尔,吕迪格·法伊尔.德国合资公司法[M].高旭军,单晓光,刘晓海,等,译.北京:法律出版社,2005.