

# 转轨时期国家投资经营二元化法制逻辑

胡国梁

(江西财经大学 法学院,江西 南昌 330013)

**摘要:**在当前经济转轨时期,国家投资经营领域的分类改革已成共识,但在如何具体分类上仍存分歧。调节型投资和营利型投资的分类方式能较好地回应国家经济调节的现实需要和转轨时期特定的经济背景。就理论而言,调节型投资相比营利型投资更具正当性,转轨过程中营利型投资阶段性存在的实践根据在于避免扰乱现有经济秩序、民众观念转变需要一个过程、防止权力失控下国有资产流失等。从法制逻辑来看,应当根据调节型投资和营利型投资的不同情况做出二元化处理。调节型投资应当紧紧围绕经济调节这一核心功能,营利型投资应当逐步缩减经济规模,防止与民争利。

**关键词:**转轨时期;国家投资经营;国有企业

**中图分类号:**F830.591

**文献标识码:**A

**文章编号:**2095-929X(2017)01-0110-08

## 0 引言

在市场经济体制建设实践中,对于市场规制权和宏观调控权形成了越来越多的共识,国家在市场规制和宏观调控领域的地位、功能等都大体比较明确,围绕着市场规制和宏观调控的制度建设也在不断细化和优化。相对而言,国家投资经营权则在很多重大问题上还未形成共识,既有的理论学说并没有充分认识到其在国家调节经济中的独立地位和特有功能。国家投资经营往往与公共产品、自然垄断或经济危机联系在一起,后者共同构成国家投资的方向与边界。但随着经济社会的发展,很多原本应当属于国家垄断的领域也逐渐具备了可竞争性,加上我国处于经济转轨时期,有着特有的转轨背景,这些都必须反映到国家投资经营的制度建设中去。

## 1 调节型与营利型:二元化分类改革路径的提出

2013年11月12日十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出,要“准确界定不同国有企业功能”。国有企业是国家投资经营的重要形式,学界围绕国有企业的分类改革也形成了多种不同的看法。有的学者认为“从理论层面对国企从市场属性上进行划分,分为公益性(包括公共性、资源性、垄断性)国有企业和市场经营性国有企业两大类。”<sup>[1]</sup>“我国国有企业实际上应包括两种:一种与西方国家的公共企业类似,不以营利为目标,专门履行公共职能,可称之为特殊国企;一种与普通企业一样,也追求利润的最大化,可称之为普通国企。”<sup>[2]</sup>还有学者认为应当以三分法的形式对国有企业进行分类,比如宁金

修回日期:2016-11-15

作者简介:胡国梁,男,江西泰和人,法学博士,江西财经大学法学院讲师,研究方向:经济法,Email:csuhgl@126.com。

成<sup>[3]</sup>就认为,我国国有企业应按照企业的目标、职责进行分类,区分为营利性国有企业、公共服务性国有企业、战略功能性国有企业,并以区分立法保障不同类国有企业实现分类治理、分类监管、分类评价。上海国有资本运营研究院国有企业分类监管研究课题组将国有企业也从总体上划分为三类:公益型国有企业、竞争型国有企业和介于两者之间的混合型国有企业。<sup>[4]</sup>在地方国资改革的实践中,也有对国有企业进行三分法的尝试,例如《关于进一步深化上海国资改革促进企业发展的意见》提出,国有企业分为竞争类、功能类和公共服务类,竞争类企业以市场为导向,以企业经济效益最大化为主要目标,兼顾社会效益;功能类企业以完成战略任务或政府重大专项任务为主要目标,兼顾经济效益;公共服务类企业以确保城市正常运行和稳定,实现社会效益为主要目标,引入社会评价。<sup>[5]</sup>2016年8月,上港集团全员持股顺利完成,这个竞争类型的企业有2万名员工,其中1.6万名参与持股,成为上海又一个通过增发实现全员持股的国有企业;而承担公共服务的上海久事(集团)有限公司则采取完全不同的改革路径,由传统的全民所有制企业整体改制为国有独资公司。<sup>[6]</sup>

从当前理论界对国有企业的研究和地方所开展的国资改革实践来看,对国有企业或国家投资经营进行类型化已成共识,但具体的分类标准和名称形态各异。2015年8月24日出台的《中共中央国务院关于深化国有企业改革的指导意见》进一步明确了国有企业分类改革的实施路径,提出“根据国有资本的战略定位和发展目标,结合不同国有企业在经济社会发展中的作用、现状和发展需要,将国有企业分为商业类和公益类。”笔者认为,从我国建立和完善社会主义市场经济的长远目标与当前转轨时期矛盾重重的现实困境来看,必须以调节型投资和营利型投资二元论的分析框架重构国家投资经营的基本路径。以调节型投资替换公益性投资更能够体现国家在该领域的功能和地位,形成正确的改革导向。调节型投资和营利型投资的划分方式在表明两种不同的国家投资的功能的同时,也体现了对二者正当性的评判。即,从改革的长远角度来看,调节型投资可以继续存在,甚至在某些领域可以甚或应当扩张,但营利性投资本身与国家的公益性存在一定的张力,其存在的正当性是可以质疑的,因而其长远发展方向应当不断收缩。

## 2 调节型国家投资经营的范围与改革路径

调节型投资根源于市场失灵,市场失灵是市场缺陷在生产社会化时代下不断膨胀的结果。虽然我国的市场经济并不发达,但市场经济已经初步建立,市场缺陷不可避免地存在,面对社会化大生产,市场失灵现象同样突出。垄断、不正当竞争、公共服务不足等一系列问题在这个转型的国家并不少见,拯救市场失灵的国家调节不可或缺。从我国的转轨现实来看,调节型投资的重点主要是:住房、医疗、教育等领域中的基本需求;欠发达地区的基础设施建设;公共文化服务及其保障;战略性新兴产业的培育;经济危机下的公共投资;其他公共产品和服务。

### 2.1 住房、医疗、教育等领域中的基本需求

本质而言,住房、医疗、教育属于私人产品是毫无异议的,由个人支付相应对价也是符合市场经济基本规则的,但随着居住权、健康权和受教育权等人权理念的勃兴,国家义务日益凸显。政府必须加大投资力度建设经济适用房、廉租房等保障性住房,努力实现住有所居。1966年联合国的《经济、社会和文化权利国际公约》明确要求国家对健康权有尊重、保护和实现的义务,我国对公民健康权的保障仍有缺位,导致“医疗资源可获得性低、卫生资源可接近性差、医药医疗费用可支付性差”<sup>[7]</sup>等问题丛生。据调查统计,贵州地区农村平均每个乡镇拥有的卫生院不足一个,且一个乡镇一般包含15个行政村,这些数据都低于全国平均水平。<sup>[8]</sup>在新一轮医改中,必须强调政府对基本医疗服务的供给责任,不能完全将其市场化。教育问题更是关系到一个民族长远发展的重要因素,“所有主权国家都应担负起尊重、保护和施行受教育权的义务,并竭其资源建立起符合现代国际人权法要求的国家教育制度和教育体系”<sup>[9]</sup>,当前教育领域过度市场化现象引发了越来越多“上学

难”的问题,加上由于经济发展不均衡导致的教育不均等,迫切需要调节型投资作用的发挥。

## 2.2 欠发达地区的基础设施建设

基础设施是在特定地理区域内分配产品或服务的网系统,是为社会生产和居民生活提供公共服务的物质工程设施<sup>[10]</sup>,在现代市场经济条件下,资源的流动必须依靠完善的基础设施,经济的发展与基础设施的建设密切相关。从目前的情况来看,东部沿海发达地区的基础设施已经比较发达,并且其融资通道更加多元,利用外资能力日渐增强,民间资本的投资热情也不断提高。但在中西部欠发达地区,基础设施建设对国家投资的依赖性十分明显,并且大量必要的基础设施还不完善。有学者根据社会属性将基础设施分为体现社会公平的公益性项目、体现控制力的基础设施项目、风险分担性基础设施投资项目、前期开发型基础设施项目四大板块<sup>[11]</sup>,从振兴中西部欠发达地区的经济角度而言,前期开发型基础设施尤为重要,是筑巢引凤,吸引投资的必要举措,而私人资本对前期基础设施的建设通常积极性不高,必须通过国家投资进行开发建设。

## 2.3 公共文化服务及其保障

如果说住房、医疗、基础设施等方面的基本需要是民众在物质文明方面的诉求,那公共文化服务则是在精神文明方面的需要。公共文化服务的供给对全社会凝聚力的形成、国家软实力的提升等都具有重要意义,但在转轨时期的中国,公民社会还远未形成,社会力量尚不充足,公共文化服务的外部性以及私人资本的唯利性必然要求政府积极作为。2005年10月党的十六届五中全会通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十一个五年规划的建议》要求:“加大政府对文化事业的投入,逐步形成覆盖全社会的比较完备的公共文化服务体系。”2011年9月,广东省率先出台《广东省公共文化服务促进条例》,明确了政府在公共服务的供给和保障等方面的基本职责。2013年十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》也指出要“构建现代公共文化服务体系”。无论从中央的政策意图还是从地方的制度实践来看,政府在公共文化服务方面的投资都是必需的,公共文化服务也是政府职能由“管理型”向“服务型”转变的内在要求。

## 2.4 战略性新兴产业的培育

2010年10月,国务院出台《关于加快培育和发展战略性新兴产业的决定》,系统阐述了发展战略性新兴产业对实现可持续发展、推进产业结构升级和转变经济发展方式等方面的重大意义,并明确了节能环保、新一代信息技术、生物、高端装备制造、新能源、新材料、新能源汽车这七大重点发展方向。战略性新兴产业发展的重要动力之一是基础性研究的重大突破,而基础研究是一种公共物品<sup>[12]</sup>,战略性新兴产业的正外部性极大影响着私人资本的研发热情。不仅如此,囿于“市场的不确定性”,产品的推广和消化也面临巨大的不确定性,制约着产品的后续开发。有鉴于此,部分学者提出:“对市场需求前景广阔但进入市场初期价格较高的新产品,政府可以通过优先采购的方式帮助企业回笼资金;对新兴产业消费品给予不同程度价格补贴。”<sup>[13]</sup>无论如何,战略性新兴产业是经济转型时期必须大力发展的领域,同时,加大政府的投资力度也是不可或缺的。《关于加快培育和发展战略性新兴产业的决定》也指出,必须在整合现有政策资源和资金渠道的基础上,设立战略性新兴产业发展专项资金,建立稳定的财政投入增长机制,增加中央财政投入。

## 2.5 经济危机下的公共投资

经济危机是市场失灵最剧烈的表现,经济危机发生之时也是最需要国家调节之时。伴随经济危机而来的,往往是消费萎缩,进而导致生产下降,失业增加,消费进一步萎缩,如此恶性循环。此时完全依靠市场的自发调节很难让经济回到正轨,或者说恢复周期太长以致民众难以承受,极易引发社会动荡。通过国家在基础设施和公共工程方面的投资建设,带动能源、原材料等领域的生产性消费,进而提高就业率,增加最终消费,无疑可以快速走出经济危机,这就是凯恩斯给出的药方。2008年中央出台的4万亿投资计划虽然在决策程序和经济后果上都遭到了诸多批评,但在短期内对经济的带动作用还是显而易见的,至少可以将经济危机造成

的后果分散化。值得警惕的是,这种大规模的公共投资必须在经济危机背景下才能展开,“凯恩斯主义只是对亚当·斯密市场经济理论的一种修正,而不是替代,它的目的只是短期的,或者讲是一种政策行为而不是经济理论,经济运行的基础依然是市场,市场依然是最有效的经济运行工具”<sup>[14]</sup>,国家的公共投资只能用以“调节”经济,而不能完全“主导”经济。

调节型投资的出发点和落脚点在于弥补市场缺陷、纠正失灵现象,具有鲜明的公共性特征,因此,不论通过设立国有企业,还是通过其他方式,都不能以营利为目的,损害公共福利。本质而言,调节型投资是国家发展经济和保障民生的一项重要义务,也是服务型政府建设的必然要求,对调节型投资的规制属于公法的范畴。

### 3 营利型国家投资经营存在的理论基础与实践根据

营利型投资主要体现在国有企业之中,政府通过国有企业的经营获取利润,作为重要的财政收入来源。但这种类型的国有企业却遭到了经济学界的广泛批评,“效率低下”、“与民争利”、“产权不明”等成为主要的批判理由。据天则经济研究所测算,从账面财务数据中还原企业的真实成本后,2001年至2009年,国有及国有控股工业企业平均真实净资产收益率则为-1.47%。<sup>[15]</sup>效率低下似乎成为国有企业的代名词,垄断经营成为国有企业“营利”的必不可少的手段。对于营利型的国有企业,笔者的基本观点是:这种投资是缺乏正当性的,但却不能立即完全退出,在经济转轨时期会长期存在。

#### 3.1 营利型国家投资经营缺乏存在的正当性基础

细致梳理当下有关论证国有企业应当参与竞争性领域的思路,大致可以归纳出三大理由。

第一,公有制的实现形式。赵岳阳认为,针对中国现实,必然选择以国有企业为公有制经济萌芽,通过使其融入市场经济来实现和完善其公有制属性的途径。<sup>[16]</sup>公有制是与私有制相对的,是建立在反对私有制带来的社会不公正的思想基础之上的,所谓“在没有私有制的地方,是不会有不公正的事情发生的”<sup>[17]</sup><sup>192</sup>。应当承认,公有制在一国经济恢复时期发挥着不可替代的作用,新中国建立之后从经济几近崩溃的边缘逐步走入正轨也与公有制密切相关,但随着经济的发展以及市场经济的建立,对公有制的实现形式必须重新反思。从我国现实情况来看,公有制背景下仍然存在因政治地位和社会地位不平等导致的社会不公正问题,看似保障公有制形式的国有企业在经济运行中日渐为民众所诟病。一方面,国企高管的“天价薪酬”现象不断出现,有些地方国企的薪酬管理甚至总体上已处于无序和失控状态<sup>[18]</sup>,收入水平的两极分化与国有企业薪酬分配不无关系;另一方面,国有企业往往依凭在资本、资源等方面的优势借着“市场化”的口号挤压着民营企业的生存空间,不断满足着自身的私益诉求,公共性日趋式微。事实上,公有制并不必然与国家独资或控股的国有企业挂钩,国家参股同样可以保障公有制的实现。有限的学术资源应当致力于对公有制其他实现方式的探索,而不应当继续将目光仅仅锁定在国有企业之上。

第二,国有企业的效益正日渐提升。国有企业经过这些年一轮又一轮的改革,其经济效益改善不少,但这种改善是相对而言的,只是表明其亏损的减少,并不能从正面为社会增加多少福利。根据天则经济研究所的研究报告,国有企业利润的增加并非源于成本的下降、技术的革新、管理的完善等,而是主要依靠两大“法宝”:垄断和政策优惠。根据天则所的数据,2009年,在央企实现的利润中,中国石油、中国移动、中国电信、中国联通和中国石化等10家企业占到70%以上;其中,中石油和中移动分别实现1285.6亿元和1484.7亿元,仅这两家企业就超过了全部央企利润的三分之一,国企垄断地位不言自明。不仅如此,国有企业在政府补贴、融资成本、土地和资源租金等方面都享受大量政策优惠,在起点上就已经远远将民营企业甩在身后。即便如此,依然有些国有企业盈利能力堪忧。在铁道部改制为铁路总公司的三年后,铁总依然处于巨亏状态。该公司最新发布的财报显示,今年上半年亏损额接近73亿元。<sup>[19]</sup>

第三,国有企业具有平等参与市场竞争的权利。有学者指出,国有企业非竞争论将国有企业的存在囿于非竞争性领域,具有人为地剥夺国有企业平等参与市场竞争的权利,先验地宣判国有企业“死刑”之嫌。<sup>[20]</sup>这种手握平等竞争原则大旗的论调看似正义无比,也仿佛能够与法律的平等理念相吻合,并且给人以成功运用“以子之矛攻子之盾”辩术的错觉,因为我们正是运用平等竞争原则来批判计划经济时代人为地对私有经济进行压制的,按照该学者的观点,如果我们强行要求国有经济退出竞争性领域也是违反平等原则的,与我们一贯主张的平等相背离。但是,这种论调显然没有注意到一个前提,那就是国有经济和私营经济虽然在形式上地位平等,但在实质上却有着天壤之别,私营经济在融资、资源获取等各方面根本难以和国有经济分庭抗礼,何谈平等竞争?一方面给国有企业大量政策优惠,一方面又祭出平等竞争原则之大旗,显然难以服众。

### 3.2 营利型国家投资阶段性存在的实践根据

虽然营利型投资缺乏足够的正当性,并因扮演与民争利的角色而屡遭非难,但在转轨时期,出于制度变迁所面临的各种复杂原因,仍然有必要保留这种投资方式,不能立即完全退出。具体而言,现阶段暂时保留营利型投资的理由可以从三个方面进行分析。

第一,避免扰乱现有经济秩序。营利型投资,尤其是国有企业,经过几十年发展已经渗透到了经济领域的各个部门之中,与诸多产业形成了密不可分的一环扣一环的产业关系,包括上下游之间的供需关系、转投资的股权关系、内部劳动关系等等,加上中国人口众多、地域差异明显等特征,如果将营利型投资立即收缩,必定对经济秩序产生难以估量的消极影响。为防止“休克疗法”式的悲剧上演,我们必须选择渐进式改革之路。也许我们不得不接受这样一个略显无奈的基本逻辑:自由和平等的理想市场,在现实经济中通向这一理想市场的最有效(最快速)之路,却是不平等自由的。<sup>[21]</sup>在建设平等竞争的市场经济过程中,为保持经济发展的持续和稳定,必须接受由营利型投资或国有企业带来的暂时不平等。

第二,民众观念的转变需要一个过程。狄更斯笔下“这是一个最好的时代,也是一个最坏的时代”似乎也能恰当地描述当下的中国,在这个急剧转型的社会,左右时代转向的可能并不是政治人物们的求变决心,也甚至不是社会精英阶层贡献的改革智慧,而必定是民众的思想观念。国有企业的长期发展及其“主导”地位,让民众形成了一种奉国有企业为“正统”的思想倾向,进入国有企业似乎就成了体制内的人,为国企打工似乎比为私企打工更加光荣,每年高校毕业生对国有企业的青睐无疑是这一观念的缩影。向市场经济转轨当然离不开广大民众观念的转变,但这需要一个很长的过程,不是简单的一厢情愿的宣传所能办到的,因此,主张营利型投资或国有企业立即退出竞争性领域难以获得群众支持,必定会遭遇强大的阻力。

第三,防止权力失控下的国有资产流失。在2013年亚布力中国企业家论坛上,著名经济学家吴敬琏教授表示:“权力控制的市场经济不叫市场经济。”反观我们当前的市场经济,几乎处处受到权力的制掣,权力的傲慢几乎渗透到了经济生活的各个领域,哪里有利可图,哪里就有权力寻租,在此背景下如要将国有企业从竞争性领域迅速退出,极有可能给权钱交易创造更大的空间,极有可能造成大量国有资产流失。

因此,尽管营利型投资或国有企业缺乏正当性,但不能立即完全退出。笔者的基本建议是,不再扩大营利型投资规模,并逐步减少对国有企业的政策优惠,破除国有企业不必要的垄断地位。此外,我们必须明确的是,在转轨完成之后,国家投资选择必须完全回归调节型投资,不能通过营利型投资获取经济利润,国家财政收入主要依靠税收,而不是利润。一个正常的经济运行机制应当是通过增加老百姓的收入,藏富于民,进而拉动内需,促进经济增长,老百姓收入的增加必然带来国家税收的增长,国家因而获得更多的资源提供公共服务,调节经济运行。

## 4 转轨时期国家投资经营的法制模式

调节型投资和营利型投资在投资主体上虽然都是国家,但却是分处于不同法域的两种行为,前者侧重公

法领域,后者侧重私法领域,应当经由不同的法律体系进行规范。当前对于国家投资经营立法,尤其是国有企业立法的批评无不体现出对立法体系混乱的诘问。国家投资经营立法体系混乱的根源就在于对国家投资经营本身没有进行深度划分,将所有国家投资经营混为一谈。如果对调节型投资和营利型投资的二元划分能够被接受的话,那么就必然要相应地在国家投资经营的立法模式上进行二元化改革。

#### 4.1 调节型国家投资经营的法制模式

在其他国家的立法实践中,对于这类国家投资的法律建构,既有统一立法,也有分散立法。如土耳其、新西兰、澳大利亚等国通过专门的《公共企业法》明确这类特殊国有企业的功能、地位、权利义务以及与国家的关系等,而日本则采取了“一对一”的立法模式,针对103个国有企业特殊法人制定了103个特殊法规进行规范。<sup>[22]</sup>从我国的立法情况来看,既有一部类似专门的统一立法《企业国有资产法》,也有诸多分散立法,比如《邮政法》、《烟草专门法》等。尽管存在的未必是合理的,因为其可能恰恰是要改革的对象,但正如苏力教授所指出的那样,“制度形成的逻辑,并不如同后来学者构建的那样是共识性的,而更多是历史性的。”<sup>[23]</sup><sup>53</sup>从遵从制度演进的历史性考量,统一立法和分散立法相结合可能更是一条可行之道。

除了基于历史性这一稍显无奈的考量之外,另外一个理由似乎更具说服力。从以上对调节型投资的分析来看,调节型投资有常态调节和危机调节两种基本类型,前者是在经济发展常态中的调节,比如公共文化服务、教育、医疗等领域的国家投资,后者是在经济危机发生时的调节,例如2008年金融危机发生后出台的救市计划等。对于常态下的调节型投资,以“一对一”的方式进行法律规制,既有合理性,也有现实性。而对于危机下的调节型投资,以统一立法的方式则更能够保持必要的弹性。但这并非否定常态调节统一立法的必要性,这里所说的统一立法是就整个调节型投资而言的,当然包括对常态调节的规制。调节型投资并非普通的民事行为或行政行为,而是经济法行为,无法纳入民商法体系或行政法体系,在缺乏经济法法典的情况下,对整个调节型投资进行专门规范极为必要,无论是常态调节还是危机调节都必须在此专门规范下展开。

在具体立法内容上,必须紧紧围绕调节经济运行这一内核。其一,在立法宗旨上,必须明确国家投资的经济调节功能,以保持经济持续、平稳、均衡发展为要务,将其与营利型投资区别开来。其二,要建立并完善国家投资的退出机制。国家对经济运行的调节并非单纯的进入,而是包括进入和退出两个管道,进入和退出都是重要的调节方式。但当前我们只重视国家投资的进入,而没有充分认识到国家投资的退出对经济调节的重要意义,更没有建立完善的退出机制。缺乏退出机制必然导致国家投资在某些领域不合时宜的堆积,形成对市场机制的扭曲。其三,要建立有效的监督系统。调节型投资并不以营利为目的,不能通过利润考核对其进行监督。但调节型投资所涉及的利益极为复杂,如果不对其进行有效监督,不仅会导致大量腐败现象与国有资产流失,还会深刻影响市场机制作用的发挥。由此,“英国基于种种经验和教训,就建立了由包括产业界、消费者、独立专家系统与行政官员组成的市场规制机构。”<sup>[24]</sup><sup>86</sup>我们也可以借鉴此例建立对调节型投资的监督系统。其四,要类型化调节型投资的具体方式。通常认为,国家投资经营主要是通过国有企业来进行,虽然国有企业是国家投资经营的重要载体,但国家投资经营远不止于国有企业。德国有公法人的概念,公法人的概念是继受民法而来,公法人被区分为三种类型:公法社团、公营造物和公法财团。<sup>[25]</sup>这三者都有可能是国家投资经营的重要载体,此外,在实践当中还有其他一些国家投资经营的方式。只有对这些具体方式予以类型化,才能对其进行更好地法律规制。学术界目前对国家投资经营分类改革的研究主要局限于国有企业,这仍显不够。

#### 4.2 营利型国家投资经营的法制模式

与调节型投资多样性不同,营利型投资主要体现于国有企业,因此,营利型投资立法主要解决的是营利型国有企业的法律规制问题。对此,学界早有共识,“那些不承担公共职能的国有企业,应被作为普通企业看待,需要与普通企业公平竞争,不得再享受国家的任何特别优待。”<sup>[26]</sup>我国目前存在的国有企业,实际上大量是以营利为目的的,在这一点上与普通民营企业别无二致,但受体制因素的影响,这类国有企业在税收优惠、

融资等诸多领域都优越于民营企业,导致在市场上的不公平竞争。因此,如果说调节型投资立法主要立足于经济调节,则营利型投资立法主要关注的是竞争中立。竞争中立政策的宗旨是抑制国有企业享有的不正当竞争优势,其判断标准在于国有企业是否因其公共部门的性质而获得高于其他私有企业竞争者的“净竞争优势”。

从竞争中立的角度来看,学界普遍认为,营利型国有企业必须同民营企业一样受《公司法》调整,但要真正实现这一目标,还需要解决两个问题,也是对营利型投资进行法律规制的最大障碍。一是市场准入问题。如果在某些竞争性领域存在对民营企业的禁区,即便国有企业和民营企业接受同一套法律体系的调整,二者也并不能形成真正有效的竞争。因此,打破竞争性领域的垄断是保障营利型国有企业营利正当性的前提。二是国资委的问题。《公司法》解决的主要是公司治理的问题,公司治理当中最重要的决策机构是股东会或股东大会。但在国有企业中,重大决策必须经国资委审批,虽然《企业国有资产法》将国资委定位为出资人,行使股东权益,但《公司法》中的股东是民商事主体,而国资委是政府机构,民商事主体的私益导向与政府机构的公益关怀存在内在张力,因此,将国资委作为国有企业的股东并不妥当。对此,学界也有诸多讨论,比较一致的意见是由国资委建立国有资本投资公司,以国有资本投资公司作为国有企业的出资人,行使股东权益。这种做法能够进一步淡化营利型国有企业的国家依附性,强化其公司色彩,实现竞争中立,是营利型国有企业立法可以考虑的改革方式。另外,对于营利型国有企业的法律规制还需要着力解决其滥用市场支配的问题,营利型国有企业市场支配地位的取得具有“非市场性”、“行政性”、“传导扩张性”<sup>[27]</sup>等特点,对其进行的法律规制方式也应当据此有针对性地设计。

## 5 结论和政策建议

由于经济发展历史和市场经济改革实践等多方面因素的影响,我国当前的国家投资经营呈现出十分复杂的局面,分类改革理念的提出有助于突破当前的改革困局。在具体分类模式上,调节型投资和营利型投资的二元结构更契合中国国情和改革方向。

在制度建设层面,围绕调节型投资的相关制度和政策还十分不足,必须从国家调节经济这一出发点系统完善相关制度。营利型企业虽然在当前仍有存续的必要,但从长远来看,应当逐步减少营利型投资的规模,让利于民。因为,无论采取何种技术性手段,都无法彻底根除营利型国有企业的行政性。尤其是在地方,由于我国中央与地方的事权和财权极不匹配,不断增加的事权同日益紧张的财政资源形成巨大反差,地方国有企业成了地方政府缓解财力不足的主要依靠。当国有企业为地方政府提供持续性的利润和税收时,地方政府自然具有强烈动机阻止民企与本地国企进行竞争,以“保护”国企良好发展<sup>[28]</sup>,这必然导致对市场竞争的人为限制。因此,在立法上强化营利型国有企业和民营企业平等竞争的同时,应当在政策导向上逐步缩减营利型投资的规模。

### 参考文献:

- [1]赵虹君.北京市属国有企业分类监管研究[J].北京行政学院学报,2009(6):75.
- [2]焦海涛.国有企业的立法定位——以国有企业职能为视角[J].法治研究,2012(10):62.
- [3]宁金成.国有企业区分理论与区分立法研究[J].当代法学,2015(1):110.
- [4]上海国有资本运营研究院.国有企业分类监管法则[J].上海国资,2013(4):23.
- [5]中共上海市委上海市人民政府关于进一步深化上海国资改革促进企业发展的意见[J].企业与文化,2014(1):12.
- [6]谢卫群.上海全方位推进国资国企分类改革[N].人民日报,2016-8-2.
- [7]林志强.论健康权的国家义务[J].社会科学家,2006(4):95.
- [8]岳公正,魏琴.中国欠发达地区农村基础设施建设的战略调整与产业化扶贫[J].改革与战略,2013(12):70.

- [9]杨成铭. 受教育权的国家义务研究[J]. 政法论坛, 2005(2):64.
- [10]邢鸿飞,徐金海. 论基础设施权[J]. 法律科学, 2011(1):156.
- [11]彭清辉,曾令华. 我国政府投资基础设施的边界研究[J]. 求索, 2009(11):67.
- [12]李晓华,吕铁. 战略性新兴产业的特征与政策导向研究[J]. 宏观经济研究, 2010(9):22.
- [13]李姝. 中国战略性新兴产业发展思路与对策[J]. 宏观经济研究, 2012(2):54.
- [14]鲍盛钢. 重新认识凯恩斯[EB/OL]. (2012-06-30). <http://www.aisixiang.com/data/54948.html>.
- [15]天则经济研究所课题组. 国有企业的性质、表现与改革[EB/OL]. (2011-05-01). <http://www.aisixiang.com/data/40395.html>.
- [16]赵岳阳. 中国国有企业公有制属性实现途径的认知与辨析[J]. 社会科学战线, 2012(11):61.
- [17][法]卢梭. 论人与人之间不平等的起因和基础[M]. 李平沅,译.北京:商务印书馆,2007:192.
- [18]蒋建湘. 国企高管薪酬法律规制研究[J]. 中国法学, 2012(1):117.
- [19]葛丰. 从铁总三年后仍巨亏看国企分类改革之难[EB/OL]. (2016-09-19). <http://www.cweekly.cn/2016/0919/164537.shtml>.
- [20]王仪祥. 国有企业不宜完全退出竞争性领域[J]. 经济学动态, 2010(10):44.
- [21]李绍荣,程磊. 渐进式与休克疗法式改革的比较分析[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版), 2009(6):66.
- [22]安蓉泉. 西方国家管理国有企业的基本方式[J]. 中共杭州市委党校学报, 2000(1):57-61.
- [23]苏力. 制度是如何形成的[M]. 北京:北京大学出版社, 2007:53.
- [24]谢地. 自然垄断行业国有经济调整与政府规制改革互动论[M]. 北京:经济科学出版社, 2007:86.
- [25]贾小雷. 公益类国有企业特殊法律规制的理论与实践[J]. 北京行政学院学报, 2014(2):85.
- [26]焦海涛. 国有企业的立法定位——以国有企业职能为视角[J]. 法治研究, 2012(10):64.
- [27]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[J]. 法学评论, 2016(1):50-52.
- [28]胡改蓉. 竞争中立对我国国有企业的影响及法制应对[J]. 法律科学, 2014(6):167.

## Dualistic Legal Logic of State Investment Management in Transitional Period

HU Guoliang

(School of Law, Jiangxi University of Finance and Economics, Nanchang 330013, China)

**Abstract:** In current economy transitional period, the classification reforms in national investment and management field has become a consensus, but divergences exist in specific classification. The classification of regulatory investment and profitable investment can respond well to the practical needs of national economic adjustment and the economic background of transitional period. Theoretically, regulatory investment is more legitimate compared with profitable investment, and the practical basis of the stage existence of profitable investment during the transitional period lies in avoiding disrupting the existing economic order, the need of a process for public view change, and preventing state asset loss when the power is out of control. From the legal logic point of view, regulatory investment and profitable investment should be treated dualistically based on their differences. Regulatory investment should focus on the core function of economic regulation while profitable investment should gradually reduce its economic scale to prevent competing with the public for profits.

**Keywords:** transitional period; state investment management; state-owned enterprise

(责任编辑 刘小平)