

国有资产法实施机制之探讨<sup>①</sup>

漆思剑

(江西师范大学政法学院,江西 南昌 330022)

**摘要:** 实施机制是法律的生命。我国现行的国有资产法实施机制存在诸多缺陷。为此,在今后的改革中,必须厘清国有资产管理机构的职责及其权限,完善国有资产法实施程序,强化国有资产法法律责任,加大国有资产法实施监督力度,健全国有资产法实施救济方式,把我国国有资产法的实施真正落实到实处。

**关键词:** 国有资产法;实施机构;实施机制

**中图分类号:** DF521      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1674-117X(2010)06-0009-04

Discussion on the Implementation Mechanism of National Asset Act

QI Sijian

(School of Politics and Law, Jiangxi Normal University, Nanchang Jiangxi 330022)

**Abstract:** Implementation mechanism is the life of the law. The current implementation mechanism of National Asset Act in China has many defects. In the future reform, the responsibilities and authority of state-owned assets management institutions must be clarified, the implementation procedures must be improved, the legal responsibility of National Asset Act and its supervision must be strengthened, the relief ways must be perfected, so as to carry it out thoroughly in the practice.

**Key words:** National Asset Act; enforcement body; implementation mechanism

时至今日,国有企业改革依然是我国经济体制改革的中心环节。我国经济体制改革的成效如何,在某种程度上与我国国有资产法的实施密切相关。法的实施包括法的遵守、法的执行和法的适用等方面。在我国国有资产法实施过程中,涉及到国有资产管理机构及其权限划分、国有资产法实施程序、国有资产法法律责任、国有资产法实施监督和救济等内容。

一 厘清国有资产管理机构的职责及其权限

建立健全的管理机构是国有资产管理法实施的前提条件,也是实现国有资产法治的根本要求。

“法治诞生于法律机构取得足够独立的权威以对政府权力的行使进行规范约束的时候”。<sup>[1]</sup>

严格说来,我国目前尚未建立真正的国有资产管理机构。国资委的成立从宏观管理层面上基本解决了国有资产出资人的缺位以及“五龙治水”多头管理的问题,但随之又产生了新的问题:其一,国资委的独立性不强。就国资委的性质而言,属于特设的行政机构,隶属于国务院,在国有资产管理过程中摆脱不了行政机关的干预。其二,国资委的权力过大。既是出资人,又是管理人,处于“老板加婆婆”地位,且缺乏监督机构对国资委进行监督。

西方发达国家国有资产管理机构设置有很多

① 收稿日期: 2010-07-10

基金项目: 司法部法治与法学理论项目“经济法实施机制研究”(08SFB2044);广西师范大学博士基金项目“国家投资经营法的性质和地位研究”(200907)

作者简介: 漆思剑(1969-),男,江西新干人,江西师范大学副教授,法学博士,主要从事经济法基础理论和宏观调控法研究。

有益的经验借鉴。它们移植了政治上的分权与制衡原理,以利于制约管理机构权限的过度膨胀。比如,德国、英国、法国、美国、日本等国建立了以财政部为核心的管理模式,由财政部作为国有资产的所有者代表,对各行各业的国有企业进行统一管理和监督。与我国不同的是,这些管理机关只是对资本实行管理和监督,不负责资本的运营。其职责和权限非常明确。

因此,就我国国资委改革模式而言,当务之急就是增强国资委的独立性;同时,把国资委的权力限定在出资人的权限范围内。按照独立性要求,国资委专司国有资产管理,严禁染指其他事务。可以借鉴西方国家经验,割断管理机构与社会上其他人与事的利害关系,把国资委的权力限制在资本所有者权限内。根据当初的改革意图,国资委的性质由过去的政府公共管理者转变为国有资产出资人代表;从管理方式看,由过去政府的行政管理转变为出资人的产权管理。<sup>[2]</sup>但这种转变没有落实到实处。今后必须把国有资产的运营权剥离出来。前几年,上海、武汉、广州等市尝试建立三级管理模式问题,取得了一些成效。<sup>[2]</sup>这个经验可以不断总结和推广。国资委的地位应该像银监会、证监会、保监会一样,专门从事行政性管理。至于国有资本的重组和运行,则应该设立新的调节经济功能机构,诸如国有资产运行机构来完成。国有资本投资和国有企业重组事宜,可以交给运营机构负责。同时,还必须建立中央和地方分别管理体制。与西方国家不同,我国地方机关权力来自于中央政府,缺乏独立性,难以对地方国有资产实行有效管理,我国分税制度改革的瓶颈也在于此。因此,国有资产管理应该与我国分税制改革结合起来,在分级管理上做足文章。

## 二 完善我国国有资产法的实施程序

法律程序是实体权利的保障。如果没有适当的法律程序,实体权利就无法实现。

我国国有资产法的实施程序立法比较缺乏。目前,我国国有资产法体系主要包括《国有企业监事会暂行条例》、《中央企业投资监督管理暂行办法》、《关于推进国有资本调整和国有企业重组的指导意见》、《企业国有资产法》等。国有资产法律体系不完备,程序性规定就更少,仅仅在《关于推进国有资本调整和国有企业重组的指导意见》中对企业改制方案的审批工作、国有及国有控股企业之间重组的审批程序作了一些规定,而其它程序性规定并不多见。目前,我国国有资产法实施大都是依据行

政程序来进行的,实施机关自然由行政部门来充当。比如,在2008年的金融危机中,中国政府决定投资4万亿元救市,行动可谓非常及时果断。4万亿元救市实质也是国家财政转移支付,应该依照法定程序执行。但是,2008年中央政府作出此项决策时,事先并没有经过最高权力机关审议和立法;事后也没有经过2009年3月召开的全国人大履行法律程序予以追认,完全是国务院一手操办。

而在西方国家,国有资产法的实施有着严格的法律程序,表现在对国有资产管理、私有化和国有化、国有资产经营、法律责任、救济程序等众多方面。如美国,国会通过立法,确定国有企业的建立、撤销、经营方式以及企业内部管理体制及其改革。同时,国会通过立法对国有企业进行监督。私有化和国有化也是按照严格的法律程序进行的。比如德国,“联邦政府的私有化只是,比如说,将它拥有的大众公司百分之十六的股份卖掉。德国政府从没考虑过出售关键的公用实施,它只是想将诸如生产邮政和远距离通信实施的公有公司进行重组而已”。<sup>[4]</sup>美国则采用“美国式的出租方式”,即政府将大部分国有企业出租或委托给私人资本经营,政府只进行间接的管理。所有这些,都是先制定法律,且严格依法进行。美国2008年的救市是一个更好的证明。在2008年金融危机中,美国奥巴马政府投入了7000亿美元救市。这7000亿的来源、投入方向、使用和监督等,都是经过议会审定的,完全符合法定程序。与上文提到的我国救市程序大不相同。

因此,完善我国国有资产法的实施程序是一项非常紧迫的任务。在今后的国有企业改革中,要通过严格程序,切实维护小股东和职工利益。保障职工对企业重组、改制等改革的知情权、参与权、监督权和有关事项的决定权,充分调动和保护广大职工参与国有企业改革重组的积极性。对于涉及财政、劳动保障等事项,须报经同级人民政府有关部门审核同意后,报国有资产监管机构协调审批;涉及政府公共管理审批事项的,依照国家有关法律法规,报政府有关部门审批。要充分发挥企业职工代表大会和工会的作用。国有独资企业引入非国有投资者的改制方案和国有控股企业改制为国有资本不控股或不参股企业的方案,必须提交企业职工代表大会审议,充分听取职工意见;职工安置方案须经企业职工代表大会审议通过后方可实施改制。同时,完善国有及国有控股企业之间重组的审批程序。对国有及国有控股企业之间的重组,由国有资产监管机构报本级人民政府审批或国有资产监管

机构审批。具体重组方案应及时向职工代表大会通报。通过严格的实施程序,切实保障各利益主体的权益。

### 三 强化国有资产法实施的法律責任

我国国有资产法的实施,历来缺少相关法律责任的规定。我国国有资产法不多,涉及到责任的条款更是寥寥无几。比如,2006年的《中央企业投资监督管理暂行办法》,只有第15条涉及到法律责任,但仅存的这条责任条款也有不少漏洞。如“责令其改正”是我国独有的一种责任表达方式,意味着基本不承担任何经济责任、行政责任和刑事责任;“追究有关人员的责任”,到底应该如何追究,相关人员到底应该承担什么责任,没有下文;而“情节严重的,依法给予行政处罚”,到底是何种行政处罚也无从知晓。整个条文还避重就轻,把刑事责任等责任形式排除在外。试问这样的责任条款如何具体操作?

《企业国有资产法》法律责任的规定也很不明确,对责任认定、承担责任形式等也缺乏具体的规定。该法虽然有8个条款涉及到法律责任,但存在不少缺陷。比如,对于履行出资人职责的机构,只是规定了一般工作人员的责任,而没有规定主要负责人的法律责任;更没有规定国资委的责任。也就是说,否定了国资委也应该承担民事责任、行政性赔偿责任的一般法理。另外,只规定了微观层面的管理责任,而对诸如决策等宏观运行,缺乏相应责任规定。对于刑事责任,只有一条原则性条款。对于法治国家普遍存在的政治责任,根本没有涉及到。

法律的实施离不开法律责任的保障。完善国有资产法法律责任非常有必要。如果缺乏法律责任条款,那国有资产法就没有威慑力,违法行为没有办法追究,势必影响到法律的实施。

民法的一般责任理论以及行政法的国家赔偿理论仍然适用于国有资产法。此外,还必须完善刑法和行政诉讼法的相关规定。对于国有企业法实施过程中的诸如渎职罪、重大责任事故等职务性犯罪,都要有所规定。学术界对《行政诉讼法》第12条抽象行政性行为的法律责任豁免,也提出了许多不同观点。这一条,其实也与国有资产法实施的法律责任豁免有关,立法应当吸收有价值的理论成果。

宏观调控责任有待强化。我国有学者认为国有企业的投资和运营等行为是国家对经济的宏观调控行为,属于国家行为。根据法理一般规定原则,宏观调控行为属于责任豁免范围。其实,有些所谓的国家行为的法律豁免规定是不公平的,强调

对国家公权力的过分保护。把国家的宏观调控行为完全等同于豁免行为,不利于国家宏观调控的决策和执行。在难以适用法律责任的前提下,可以适用政治责任。法治国家的政治责任已经非常普遍,引咎辞职和内阁解散已经习以为常了。这些政治责任制度值得我们借鉴。近年来,我国政治责任理论有所发展,行政问责机制也得到了一定完善,开始引入了政治责任理论。有些教材引入了西方国家的违宪责任理论,认为对于违宪行为,可适用弹劾、罢免、撤消等责任形式。<sup>[5]</sup>这些理论成果,应当总结、宣传和推广。

### 四 加大国有资产法实施的监督力度

一提到监督,人们首先想到的是对国有资产管理的监督。这有一定道理,因为我国国有资产流失太严重了。但国有资产法实施监督的含义不局限于此。除了对国有资产监督外,还包括对财政预算的监督、对投资过程和运营过程的监督、对国资委的监督、对法律适用的监督等等方面。国有资产管理法执法和司法都必须监督。如果没有制约监督,国有资产管理法司法和执法也未必就公正。

但我国目前对国有资产管理法实施监督不力,缺乏专门的监督机构,也缺乏有效的监督措施,同时缺乏相应的监督程序。《企业国有资产监督管理暂行条例》、《国有企业监事会暂行条例》、《中央企业投资监督管理暂行办法》、《企业国有资产监督管理暂行条例》等基本没有监督条款。《企业国有资产法》的监督主要是对国有资产的监督,且缺乏监督部门、监督权利和监督程序等相关规定,可操作性不强。而对国有资产法实施的监督,则没有任何规定。国资委是监督机构,但没有任何机构来监督国资委,缺乏权力制衡机制。

有着分权与制衡传统的西方,历来重视监督制度的建设,各国根据本国特点创造了不同的监管模式。如美国采用的是分级监管模式。美国对国有企业的监管是通过以国会为主的监管体系进行的,形成以国会立法为核心进行监管的特点。日本采用的是政企合一的监管模式。日本的主要监督手段是通过相互派代表进入对方董事会来进行相互监督。法国采用的是财政与行业主管相结合的监管模式,强化了董事会监管机制。英国主要采用国家企业局控股的监管模式。<sup>[6]</sup>这些国家在制度设计中,特别注重对监管机构的监督,强化议会的监督作用。如英国,由政府充当监管机构,同时强调议会对企业的监管和对监管机构的监督。英国政府监管国有企业的政府机构主要是财政部,它从整体

上对国有企业的财务负责。而议会则通过立法来监管国有企业和财政部。

于我国而言,加强国有资产管理法实施的监督,也应从制度上着手。<sup>[7]</sup>我国在国有企业改革过程中进行了一些监督方面的制度创新。比如,在国有独资公司制度中引入了独立董事制度。在国有企业改革过程中,结合本地实际,创立了深圳模式、上海模式和武汉模式等监管模式,加强了对国有资产法实施的监督。上述属于内部监督。外部监督也必须加强,应该构建完整的监督体系。这个体系包括工商、税务、海关、审计、监察等部门的行政监督和公安、检察、法院等的司法监督,以及行会、协会和会计、审计、律师事务所、大众传媒等的社会监督。通过层层监督,把国有资产法的实施纳入法治轨道。监督措施必须法律化,使之具有合法性和权威性。同时,要不断完善监督程序,监督程序也必须合法化,使监督工作有序合法地进行。

## 五 健全国有资产法实施的救济方式

救济程序包括调解、仲裁、诉讼等。而就国有资产法而言,因为公权力的影响,诉讼是最为有效的救济形式。国有资产法的诉讼包括行政诉讼、刑事诉讼和公益诉讼等。就刑事诉讼和行政诉讼而言,一般偏重国家公权力的保护。而公益诉讼则比较注重公民权益的保护,是在国有资产法实施中应该尽快完善的救济形式。

目前,我国公益诉讼的理论还相对薄弱,只停留在少数学者研究的层面上。法学本科教材至今还没有出现公益诉讼相关内容。

在西方国家,公益诉讼有比较悠久的历史,古罗马曾设定了公益诉讼程序来保护公共利益。古罗马认为,公诉是因为一般来说任何一个公民都可以提起的诉讼,其目的是保护公共利益。<sup>[8]</sup>西方一些国家继承了古罗马公益诉讼理论,并广泛使用。如早在1863年,美国就有了类似国有资产公益诉讼的规定。<sup>[9]</sup>

我国具有公益诉讼的政治和法律基础。根据我国《宪法》规定,人民(公民的大多数)是国家的主人,享有管理国家事务,管理社会事务的民主权利。既然大多数公民是国家的主人,任何侵犯国有企业利益的行为也是对公民权益的侵犯。那么公民也

就是适格的诉讼主体。因此,对于任何损害国有资产法实施的行为,任何公民都具有提起诉讼的权利。可见,国有资产公益诉讼在我国具有政治和法律土壤。

目前,我国所谓的公诉只是在刑事诉讼中存在,指的是检察机关作为公权力机关而代表国家而提起的诉讼,而不是指为了公共利益的诉讼。虽然也具有为了公共利益而进行诉讼的成分,但广大公民被排除于诉讼主体之外,公民的诉讼权力没有保障。不过,我国民事诉讼制度中的代表人诉讼和公司法中规定的股东派生诉讼,具有一定的公益诉讼成分。因此,公益诉讼在我国也具有诉讼制度的基础。

欲完善国有资产法的实施机制,就必须完善我国的公益诉讼制度。把国有资产法的实施置于全民的监督之下,打一场人民战争,充分发挥广大公民的积极性和主动性。2009年,我国首例状告国资委的案件终审胜诉,国资委陷入了从来没有过的尴尬境地。<sup>[10]</sup>希望这个案例可以推动国资委功能的改进和国有资产法实施机制的完善。

## 参考文献:

- [1] 诺内特,塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:59.
- [2] 王新红. 论国资委的性质——兼评《企业国有资产监督管理暂行条例》之不足[J]. 当代财经,2005(5):49-52.
- [3] 顾功耘. 国有资产法研究[M]. 北京:北京大学出版社,2006:120.
- [4] 斯蒂格利茨. 政府为什么干预经济[M]. 北京:中国物质出版社,1998:185.
- [5] 周叶中. 宪法[M]. 北京:高等教育出版社,2005:413.
- [6] 曹均伟,李南山. 探索国资监管的创新之路——宝钢派出董事会的国有资产监督模式[M]. 上海:上海财经大学出版社,2005:53-79.
- [7] 邱本. 经济法实施研究[J]. 法学评论,2000(3):116-122.
- [8] 查士丁尼. 法学总论[M]. 北京:商务印书馆,1997:240.
- [9] 高小田. 美国实施反政府欺骗法[N]. 法制日报,1990-04-20.
- [10] 谷辽海. 全国首例企业国有资产界定纷争尘埃落定[J]. 中国商界,2009(7).

责任编辑:黄声波