

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2022.02.004

美国政府董事制度的缘起、发展及其启示

羊淑青¹, 蒋科², 旷凤平²

(1. 湖南司法警官职业学院, 湖南长沙 410131; 2. 湖南工商大学法学院, 湖南长沙 410205)

摘要: 政府董事制度自 1833 年发端于美国第二银行以来在美国一直延续至今。政府董事系政府依据国会特别立法授权委派到政府公司及政府支持企业履行公务职责的董事, 其具公私法上双重法律地位, 对实现政府的目标具有重要意义。我国各级政府国资委代表政府向公司制国有企业委派的国有股权董事以及外部董事, 同样承担着企业国资经营监督之公务职责, 事实上为我国的政府董事。但我国的政府董事仅具公司法上董事的私法身份, 这使得其可能在公司私法人地位的保护下逃避公法性义务。对此, 我们可借鉴美国的有益经验并结合我国国情, 将政府董事定位为公职董事, 以发挥其作为政府董事的应有功能, 为当前国企混合所有制改革提供制度保障。

关键词: 政府董事; 公务职责; 双重身份; 制度借鉴

中图分类号: F271; F276.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674-117X(2022)02-0024-08

引用格式: 羊淑青, 蒋科, 旷凤平. 美国政府董事制度的缘起、发展及其启示 [J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2022, 27(2): 24-31.

The Origin, Development and Implications of Government Directorship in the United States

YANG Shuqing¹, JIANG Ke², KUANG Fengping²

(1. Hunan Judicial Police Vocational College, Changsha 410131, China;
2. Law School, Hunan University of Technology and Business, Changsha 410205, China)

Abstract: The government directorship has been in place in the United States since 1833, when it began with the Second Bank of the United States. Government directors, which have dual legal status in public and private law and are of great significance to the realization of the government's goals, are directors appointed by the government to perform official duties in government companies and government-supported enterprises under the authority of special legislation of Congress. The state-owned equity directors and external directors appointed by the State-owned Assets Supervision and Administration Commissions at all levels of government in China on behalf of the government to the state-owned enterprises in the corporate system also undertake the official duties of supervising the operation of the state-owned assets of the enterprises, and are actually the government directors in China. However, the government directors in China only have the private law status of directors under

收稿日期: 2021-10-15

基金项目: 国家社会科学基金资助项目“政府董事法律制度研究”(15BFX169)

作者简介: 羊淑青(1970—), 女, 湖南邵东人, 湖南司法警官职业学院教授, 研究方向为经济法;

蒋科(1970—), 男, 湖南洪江人, 湖南工商大学教授, 研究方向为民商法;

旷凤平(1997—), 女, 湖南衡山人, 湖南工商大学硕士研究生, 研究方向为民商法。

the company law, which makes them evade their public law obligations under the protection of the company's private legal person status. In this regard, we can learn from the beneficial experience of the United States and position government directors as public directors in accordance with China's national conditions, so as to play their proper functions as government directors and provide institutional protection for the current reform of the mixed ownership system of state-owned enterprises.

Keywords: government director; public duties; dual identity; institutional reference

在美国, 政府对其出资企业或涉及某种公共利益的私人企业, 往往委派公职人员或聘请专业人士担任公司董事, 同时赋予其特定的公务职责以代表公共利益, 该类董事即“政府董事”。在我国, 国务院国有资产监督管理委员会等代表政府履行出资人职责的机构, 同样向公司制国有企业委派了国有股权董事, 向国有独资公司还委派了外部董事, 该类董事均承担了相应的国资经营监督之公务职责, 事实上为我国的政府董事。但我国的政府董事仅具公司董事的私法身份, 与美国的公职政府董事存在较大差异。本文拟对美国政府董事制度的发展历程进行考察, 以期发现其内在实质及发展规律, 从而为完善我国政府董事制度提供借鉴。

一 美国政府董事制度的缘起

美国是一个以私营经济为基础的国家, 在其发展过程中, 始终面临着一个反复出现的问题: 国家如何才能在不使少数私人过度受益的情况下促进经济发展。19世纪, 这个问题主要体现在交通和自然资源开发等领域, 后来则涉及太空、药物、原子能和超音速飞机商业发展等方面。为了回应前述问题, 政府最好的办法就是在受益于公共援助的企业任命政府董事^{[1]350}。

政府董事以政府公司及政府支持企业为载体。在美国, 政府公司是“由美国政府所有或控制的公司”, 包括“政府独资公司”和“混合所有制政府公司”。美国国家公共行政学院(the National Academy of Public Administration, NAPA)认为, 政府独资公司是依照法律授权为执行特定任务而成立的企业, 其资产归政府所有, 由总统或部长任命的董事会或官员管理; 混合所有制公司是公私产权混合, 并由总统和私人股东推选的董事会

管理且倾向于私有化的企业。联邦政府公司依国会单独立法设立, 兼具公共性与营利性特点: 公共性体现在公司目标为执行政府特定公共政策; 营利性体现在公司须向市场销售产品或服务并赚取适当利润以维持公司正常运营。此外, 联邦政府立法授予部分私人企业特许经营权, 以执行政府特定公共政策, 该类企业即政府支持企业^[2]。

第一家政府公司为美国第一银行, 其是1791年由国会特许设立的一家混合公司, 政府持有其20%的股份。1816年, 美国第二银行替代了第一银行, 其创新在于立法授权总统在获得参议院同意下任命政府董事。据此, 1833年1月8日, 吉尔平(H. D. Gilpin)、约翰·沙利文(John T. Sullivan)、彼德·魏格纳(Peter Wager)和休·麦克尔德里(Hugh Mcelderry)等人被时任总统安德鲁·杰克逊(Andrew Jackson)和参议院选定为政府董事^{[3]4}。

对于为何设立政府董事, 早在美国第一银行设立时, 其创办人汉密尔顿(Gen. Hamilton)就设想通过任命公职人员担任政府董事, 检查银行的往来账目, 监督银行管理。在美国第二银行立法进程中, 相关人士认为: “建立银行的真正意图是赋予银行双重职能, 将公共利益和私人利益结合起来。要确保政府对银行的控制, 因为创建该银行的政府对实现其目标负有责任。与采取严格的纠正措施相比, 使用预防手段要明智得多, 而任命政府董事是适当的和必要的。”^{[3]5}

关于其法律地位, 政府董事在1834年的年度报告中表示: “作为被总统和参议院选定的政府董事, 在过去的一年中, 我们努力忠实地履行这一信托职责……我们不仅把自己看作是那些向银行注资人的代理人, 而且把自己看作是美国人民任命的官员。”杰克逊总统也明确指出: “政

府任命的董事不能被视为股东任命的普通董事,他们有更高更重要的职责——他们是公职人员,进入董事会不仅是为了代表美国政府持有的股份,更是为了观察公司的行为并监督公共利益……银行这种巨大的金钱垄断的管理方式可能会危及国家的利益,因此有必要设置政府董事,随时向政府的适当官员报告董事会每一项可能损害公共利益的行为。”^{[4]387}

综上,政府董事制度起源于美国第二银行,其设立依据为国会的特许立法授权,总统在获得参议院同意下有权任命政府董事,通过政府董事检查银行往来账目从而维护公共利益。可见,政府董事从最初的身份定位及其职责来看,其虽为银行董事会的成员,但同时被视为公职人员并承担监督银行经营事务的公共职责。

二 美国政府董事制度的发展

(一) 19世纪:政府董事在公用事业领域的初步运用

在19世纪早期,政府董事制度经常被美国各州和市政当局采用,尤其是在运河和铁路领域;然而,联邦政府却较少采用这种方法。政府董事制度最突出的应用实例当属美国第二银行以及1862年国会特许设立的联合太平洋铁路公司(the Union Pacific Railroad, UPR)。该公司是大型公用事业垄断企业,经营着连接东海岸和太平洋的一条铁路项目,为了经济、社会和军事目的支出了大量公共费用。尽管政府给予了公司土地和贷款,但该公司的最终法定安排并不涉及政府的股票所有权。不过,1862年的特设法案授权政府董事进入董事会,1864年进一步通过法令扩大了政府董事的比例,各常务委员会设政府董事代表一名,并赋予他们具体任务:检查公司账簿和记录,向内政部长提交年度报告。作为法定的“政府董事”,他们被禁止持有公司股票,并代表政府监督企业的公共事务管理:监督公司偿还政府贷款,监督企业开发不发达地区如美国西部,确保企业采用适中及公平的费率,确保企业实行非歧视性准入,防范企业在设备采购和建设中的非法运营等^{[1]359}。由于其代表政府监督公共利益,政府董事往往被董事会其他成员当作间谍或对手,而且因担任政府董事的政府官员流动率非常高,对铁路

事务也缺乏经验,导致这些目标大部分没有实现,至1897年该公司进入破产管理时,政府董事的职位也被终止。

(二) 20世纪:政府董事载体多元化并着力促进经济发展

在20世纪30年代以前,大多数政府公司是在第一次世界大战期间为了满足生产需求而成立的,很快就被清算。进入20世纪30年代,许多政府公司的成立是为了促进经济发展。如1933年成立的联邦存款保险公司(the Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC)是一家混合所有制政府公司,其设立是为了促进和保持公众对银行的信心,其职责主要是通过为银行存款提供保险和定期检查来保护货币供应,充当破产银行的接管人,要求银行遵守美联储的规定并提交报告等。作为独立监管机构的政府公司,其3名董事会成员均由总统任命并经参议院批准,同一政党的董事会成员不得超过2名^{[5]72}。又如1934年成立的联邦国家抵押贷款协会(the Federal National Mortgage Association, FNMA)是一家政府支持企业,其成立目的是为住宅按揭设立二级市场,以私人资本提供最大可能的融资,改善流入住宅按揭的资金。作为政府资助的私人公司,其债券的利率、到期日和发行需由财政部部长批准,住房和城市发展部可为公司设定债务资本比率,要求公司的抵押贷款与中低收入家庭提供充足住房的国家目标相关。公司董事会包括13名成员,由股东选举产生,其中总统任命的5人中至少有1人应来自抵押贷款业或房地产业。再如1938年成立的联邦农作物保险公司(Federal Crop Insurance Corporation, FCIC)是一家政府独资公司,其设立目的是通过完善的农作物保险制度来提高农业经济的稳定性。作为美国农业部的下属机构,其董事会由7名成员组成,其中4人是农业部官员,另外3人为来自美国不同地区的农民投保人。该董事会是由美国农业部部长任命并担任公务的,而农业部部长则被禁止加入该委员会^{[5]66}。

进入20世纪40年代,为了满足战时生产需求,又成立了其他几家政府公司。到40年代中期,美国有63家独资公司和38家混合所有制联邦公司。1945年,基于政府公司在数量和责任方面的失控,国会通过了《政府公司控制法》。该法案颁布的

目的是让企业就其经营向国会负责, 同时仍允许其保持商业活动所需的灵活性和自主权。该法案要求总审计长(国家审计总署)负责审计政府独资公司和混合联邦公司, 这加强了国会对政府独资公司预算的监督^{[6]539}。

例如 1945 年成立的美国进出口银行(Export-Import Bank of the United States, EXIM)是一家政府独资公司, 其设立目的是向美国和外国的银行、买家及政府提供信贷、保险和担保, 以鼓励美国工农业产品和服务出口, 另外还为美国和外国实体之间有关商品与服务的进口提供便利。这家公司董事会的 5 名成员全部由总统指定, 其中同一政党的成员不得超过 3 名, 小企业的成员至少 1 名。EXIM 每年需向国会提交一份报告, 介绍其总体活动, 以及为维持美国关键行业的竞争地位而采取的具体行动。又如 1948 年成立的商品信贷公司(the Commodity Credit Corporation, CCC)也是一家政府独资公司, 其设立目的是稳定、支持和保护农产品价格, 协助维持农产品的平衡和充足供应。CCC 为农业部的内部机构, 农业部通过公司董事会成员参与公司的政策制定。公司董事会由 8 名成员组成, 全部由总统委任。农业部长为当然董事并担任董事会主席, 公司经营由董事会负责并受农业部长的监督和指导^{[5]24}。

20 世纪 60 年代, 联邦政府开始倾向于政府支持企业模式而不是传统的政府公司模式。政府支持企业被明确为非联邦政府机构或实体, 不受《政府公司控制法》约束。典型代表如 1962 年成立的通信卫星公司(the Communications Satellite Corporation, COMSAT), 其是一家私人公司, 主营开发全球卫星美国部分的通信网络。根据《通讯卫星法案》授权, 董事会 15 名成员中的 3 名成员由总统任命并经参议院批准。该 3 名总统任命的董事被认为是公众利益的特殊守护者, 其明确的目的之一是防止新技术被美国电话电报公司垄断, 其公共目标至少包括该法案所规定的如下目标: 将通讯服务扩展至欠发达地区, 维持低收费及改善服务, 维持并加强通讯及设备采购行业的竞争, 确保所有获得授权的用户都能无歧视地使用卫星。政府董事应作为总统和其他政府机构的双向“窗口”, 使他们了解公司内部的活动, 并向董事会传达政府特别是总统的意见。同时, 政

府董事要利用自己在董事会中的投票权, 在董事会中对有关公共利益的决策施加影响。此外, 该公司章程规定, 所有董事包括政府董事都对公司负有相同的信托责任^{[1]354}。

20 世纪 70 年代左右, 美国公共部门和私营部门之间新型联系形式激增。例如根据 1968 年颁布的《住房和城市发展法》, 曾由混合所有制组成的房利美(Fannie Mae)更改为私人所有的政府支持企业, 但是三分之一的董事仍由总统任命。同时, 设立了国家房屋所有权基金会, 其任务是鼓励公共和私人组织提供更多的住房, 并从私人领域中选出政府任命的董事人选, 以监督基金会对捐赠资金和拨款的管理和使用; 还设立了国家住房合作公司(National Corporation for Housing Partnerships, NCHP), 其是联邦特许的私人公司, 设立目的是鼓励私人投资者最大限度地参与提供中低收入住房的计划和项目, 董事会 15 名成员中的 3 名由总统任命, 其余 12 名由股东选举产生^[7]。另外, 1970 年成立了国家铁路客运公司(National Railroad Passenger Corporation, AMTRAK), 其是一家混合所有制政府公司, 设立目的是提供现代、经济、节能的城际铁路客运服务; 其公司董事会 9 名成员中的 4 名由总统选出, 其中交通部长作为董事会的当然成员, 另外 3 名由总统在参议院的建议和同意下选出, 1 人必须来自铁路劳工协会推荐的名单, 另外 2 人是企业代表^{[5]173}。

20 世纪 80 年代, 美国政府对部分企业实行救助计划, 如 1984 年联邦存款保险公司(the Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC)对伊利诺伊州银行的救助。FDIC 不仅任命了新的首席执行官和董事会主席, 还征聘和挑选了新的管理人员。FDIC 实际拥有该银行 80% 的股份, 虽然其没有投票权, 但对任何董事的提名都有否决权^{[8]578}。此外, 1988 年成立了联邦农业抵押贷款公司(Federal Agricultural Mortgage Corporation, FAMC), 公司设立的目的是以稳定的利率增加对农民和牧场主的长期信贷, 帮助农村社区个人获得中等价格住房的融资等。作为联邦特许的美国机构, 董事会 15 名成员中的 5 名由总统任命^{[5]60}。

20 世纪 90 年代, 美国政府公司面临被视为非“政府行动者”的社会舆论, 一些政府公司主张其不受宪法约束。例如 1995 年“勒布朗诉美国铁

路客运公司”一案中,关于该公司是否为政府实体问题成为争议焦点。最高法院判定该公司隶属政府,应受宪法约束,不能因为公司的形式逃避宪法规定的义务;公司是由特殊法律创立的,其存在是为了促进政府目标,且政府为自己保留了永久任命公司多数董事的权力^{[6]540}。

(三) 21世纪:政府董事趋向于依托政府股权实现政府经济目标

进入21世纪,政府董事制度在美国继续发展。金融危机后,美国政府更是收购了多家私企股权并委派政府董事。2008年,美国国会通过了经济稳定紧急法案(the Emergency Economic Stabilization Act, EESA),创建了不良资产救助计划(the Troubled Asset Relief Program, TARP),通过TARP计划,政府成为美国五大公司的主要股东。政府出于对金融市场冲击的担忧,对相关企业出手救助,例如对美国国际集团(American International Group, Inc, AIG)和花旗集团(Citigroup Inc)进行救助。对于美国国际集团,财政部和纽约联邦储备银行向其提供了超过1800亿美元的财政援助,作为融资结果,财政部通过信托持有公司优先股并拥有79.77%的投票权。之后,由于该公司未能按时对财政部持有的优先股进行季度派息,财政部在2010年4月行使了额外任命两名董事的权力^{[8]579}。对于花旗集团,2008年秋财政部以优先股和认股权证的形式向其支付了450亿美元的TARP资金;2009年7月,应花旗集团的要求,政府将部分优先股转换为普通股,并拥有充分的自由裁量权投票选举或罢免董事。自政府救助以来,董事会提名并选举了8名新的独立董事。财政部对自己作为股东的角色感到满意,虽然花旗集团的首席执行官没有被替换,但财政部替换了部分董事,同时在幕后行使相当大的控制权^{[8]586}。

政府出手救助的企业还有通用汽车公司、克莱斯勒集团公司和通用汽车金融服务有限公司(通用汽车的子公司)。根据与通用汽车公司的股东协议,财政部可以指定13名董事中的10名董事;对于克莱斯勒集团,财政部可以指定9名董事中的4名;而通用汽车金融服务有限公司,2008年12月美联储批准了该公司创建一家银行的申请,政府向其注资163亿美元,2009年12

月再次投资后,政府的股权从之前的35%增加到56%,财政部有权任命9名董事中的4名,迄今为止,政府任命了3名董事^{[8]591}。

三 美国政府董事制度的特征

政府董事制度自1833年在美国第二银行首创以来,在政府公司及政府支持企业中得到了普遍运用,对实现政府目标发挥了重大作用。大体而言,美国政府董事制度呈现出以下特征。

(一) 政府董事功能定位的公共性

如前所述,政府董事以政府公司及政府支持企业为载体。两个多世纪以来,联邦政府一直利用政府公司来实现其政策目标。实践表明,公司组织形式特别适合于政府项目管理,这些项目主要是商业性质的——这些项目能够产生收入,至少具有自我经济维持潜力,并涉及与公众商业类型的交易^[9]。国会发现政府公司是实现其政策目标的较好选择:一个设计精良、运作良好的政府公司不需要政府每年拨款,因为它通过提供商品和服务产生收入;每一个政府公司都可能被赋予实现其政策目标所需的行政灵活性,同时对国会和总统负责;政府公司的设立可以是为了实现一个持久的目标,也可以是私有化的一种手段^{[10]1}。除了政府独资公司和混合所有制政府公司外,联邦政府还将政府支持企业作为一种执行公共政策的工具。政府支持企业作为联邦法律创建的私有公司,其虽然不是政府实体,没有权力代表政府作出承诺,但政府可能会为其提供隐性担保,因为其是为公共目的而特设并为公共利益服务的^{[6]539}。

为了保障政府公司及政府支持企业公共性目标的实现,在公司董事会中委派政府董事成为必然选择。对于政府公司而言,无论其履行何种职能或在公众或其自己看来如何“私人”,其都是受宪法控制的国家代理人。而政府公司董事会是依据专门立法或授权性文件成立的,被誉为“政府公司的商标”,是政府公司的基本要素^{[10]9}。政府公司董事会成员大多由总统或部长任命且由联邦官员担任,作为政府董事,在任何情况下其首要任务是监督政府投资并保护和促进公众利益。即使在政府支持企业,政府也会通过政府董事来保留对私有化公司一定程度的控制。政府董事有

义务让政府了解董事会面临的所有问题, 其提供了一个方便信息沟通的渠道, 被视为“政府在场的发言人”。其在幕后的影响也相当大, 如定期与负责行业审查的政府部门沟通, 出席内阁和部际委员会会议并发表意见, 积极参与决策过程等。虽然最终结果是由政府作出的, 但据以作出的决定在很大程度上受到政府董事的影响^[11]。

(二) 政府董事法律地位的双重性

政府董事作为国会特许立法授权总统或部长委派到政府公司及政府支持企业的董事, 基于其功能定位及承担的公务职责, 其具有公法上的法律地位, 同时作为公司董事也具有私法上的法律地位。如前述美国第二银行的政府董事被视为公职人员并对政府承担信托责任, 而美国通信卫星公司章程则明确规定政府董事也应当对公司承担信托责任。当然, 政府董事的信托责任在公私法上不尽一致: 依政府委派而取得受托人地位的公职人员当为公职受托人, 其应当对受托的公共财产及公共事务勤勉尽责; 而英美公司法上董事对公司的信托责任则为私法上董事的受托责任, 其应当对公司事务勤勉尽责, 谋求公司利益最大化。显然, 政府董事公私法上信托义务的对象及内容是分离的, 其可同时具有公私法上双重法律地位。

有学者认为, 政府董事可缓解公司与政府之间的紧张关系, 其最有资格解释政府的担忧, 并倾听管理层的呼声。由于政府董事参与公司重要的业务决策, 按股东利益最大化原则行事并能够很好地监督政府投资, 故其可以更明智地平衡相互竞争的利益, 这样, 政府的公共目标和公司的商业目标可以一种更持久、更注重政策、更少对抗的方式推进^{[8][595]}。然而, 政府董事作为政府雇员, 显然认为执行政府的意图是其首要职责, 但另一方面作为公司董事要把公司利益放在首位, 因此, 在理论上, 政府董事面临着站在政府这边还是公司那边的矛盾, 可能引起职责冲突^[12]。

正是这种可能的冲突, 导致政府董事受到其他董事的排挤, 如美国第二银行、联合太平洋铁路公司、通信卫星公司的政府董事等均遭遇过这种排挤。在最早采取政府董事制度的美国第二银行, 参议院在审议其章程草案时, 曾有人提出废除授权任命政府董事的条款, 但这一提议遭到了抵制, 理由为政府董事是公共利益的守护者, 并对银行

事务进行公正管理和监督^{[4][391]}。尽管政府董事的双重法律地位可能会带来其角色冲突, 但其双重法律地位一直保持至今。这一方面是因为政府董事的存在对政府公共目标的实现至关重要, 另一方面是由于国会相关特设法案对公司中政府董事特定的公务职责作出了明确规定, 政府董事对政府公法上的受托责任与其对所在公司私法上的受托责任是分离的。此外, 公司法上政府董事与非政府董事法律地位的同质性以及“商业判断规则”等保护机制的统一适用, 可避免政府对政府董事的不当干预, 使政府董事在决策时尽可能考虑政府目标与公司目标的平衡。

(三) 政府董事选任及管理的公法性

联邦政府公司基于其特定公共使命, 由国会特设法案设立, 其董事会成为连结国会和公司的纽带及决策中枢, 政府董事的选任由总统或主管部长“按需”委任或选拔。“政府委任董事的目的, 是代表可能与公司有关的政府利益, 而个人的遴选则由这方面的考虑决定。”^{[13][425]} 政府董事来源多样, 其既可能是政府官员, 也可能是无薪兼职的社会名流, 还可能是相关利益方代表。此外, 政党派别、专业性需要以及经验等也是政府董事选任需考虑的因素, 董事会多元化组合实际源于公司行政任务的需要^[14]。

政府公司董事会的组成受到联邦政府的直接控制和影响, 其影响程度取决于政府对公司拥有股权的比例。在政府独资公司中, 大多数董事由总统任命, 其他则按法定要求由相关方面代表组成^[15]。例如联邦农作物保险公司 (Federal Crop Insurance Corporation, FCIC) 董事会 7 名成员有 4 人为来自农业部的官员, 另外 3 人是来自美国不同地区的农民投保人。在混合所有制政府公司, 政府董事仍占主导地位。例如国家铁路客运公司 (National Railroad Passenger Corporation, AMTRAK) 董事会 9 名成员中的 4 名由总统直接选出, 另外 3 名也是总统在参议院的同意下选出的 (1 人来自铁路劳工协会), 另外 2 人是企业代表。虽然国会一再表示美铁董事应尽量以私人公司董事的身份行事, 但美铁董事的资格是由国会决定的^[16]。在政府支持企业中, 由于政府没有股权, 只有少数联邦官员担任董事, 董事会成员主要由股东选任。

政府公司与政府对经济生活的干预密切相关,

可以说,没有政府管理经济的需要,就没有政府公司的存在,而政府公司董事会一般倾向于行政化,董事会大多由专职官员组成,他们将全部时间用于管理公司活动,同时充当决策者和管理者^[17]。政府官员担任董事职务只是政府公务的延伸,故适用于公职人员的管理也应适用于政府董事。只有要求政府董事遵守公务员的无私标准,才能避免政治上的裙带关系以及预防营私舞弊等不良行为^{[13]426}。对于政府支持企业,尽管其为私有企业,但仍然是政府实现公共政策的工具,而任命政府董事能够使政府保持对公司事务的密切监督,同时允许其作为一般的营利企业运营。在这种情况下,由政府任命的私营企业董事会成员在法律和政治上具有模糊性,但不可否认的是,他们代表的是政府的利益,即“公共利益”^[18]。故当公务员担任政府董事时,其应当适用公职人员的管理;而从私人领域中选出的政府董事,基于其所代表的“公共利益”,对其选任及考评、激励与监督等管理制度也应体现公职人员的规定。

四 美国政府董事制度对我国的启示

美国政府公司及政府支持企业对政府实现特定时期的政策目标及提供公共产品与服务发挥了重要作用,而该类公司董事会中的政府董事作为公务人员,对公司事务的密切监督保障了政府目标的实现。在我国,各级政府国资委代表政府向公司制国企委派国有股权董事,在国有独资公司还委派了外部董事,该类董事均承担了企业国资经营监督之公务职责,事实上为我国的政府董事。但我国的政府董事依托商事公司而存在,且仅具公司董事的私法身份,其职能与美国的政府公司及政府支持企业的公职董事存在较大差异。不过,基于政府董事在企业中履行公务职责的共性,美国的政府董事制度对我国仍有借鉴价值。

(一) 我国政府董事公共性功能的实现

我国各级政府国资委委派或推选的董事以公司制国有企业为载体。需要注意的是,我国的公司制国企均为商事企业,与美国政府公司作为政府机构的替代品而不是商业机构有本质区别。尽管二者均设立董事会,但设立依据不同:我国公司制国企董事会依据《公司法》设立,而美国各政府公司均由国会单独立法设立,其董事会构成

及职责等也在法定的公司章程中明确规定。进一步而言,我国国企董事会依据私法即商事公司法运作,而美国政府公司董事会依据带公法性质的特设法案运作。即使是美国政府支持企业,也有相关立法规制其政策性运营,如前述美国通信卫星公司(COMSAT)受到《通讯卫星法案》的约束,该法案授权总统任命3名政府董事监管公司以实现其公共利益。可以说,美国的政府董事受到公法的严格规制,而我国的政府董事仅受公司法的规制,其所依托的公司载体的私法性难以保障其公务职责的履行。

当然,我国现行相关行政性法规、部门规章及政策性文件,对国资委委派或推选的董事,规定了相关行政性职责并将其纳入各级党委组织部门管理,如国务院《企业国有资产监督管理暂行条例》、国务院国资委《董事会试点中央企业董事会规范运作暂行办法》等。但作为下位法的行政法规与部门规章,显然难以克服作为法律的公司法的私法性,而同为法律的《企业国有资产法》,其对公司制国企董事会及董事的规定则与公司法完全吻合。由此带来的问题是,我国的政府董事可借由公司法的私法地位逃避其公法义务。对此,我们可借鉴美国政府公司及政府支持企业“一企一法”的经验,将公司制国企统一纳入《公司法》规制下,通过公司内部的“宪法”即公司章程,规定公司的经营目标、公司董事会的议事规则以及政府董事的职责义务,从而借助私法机制实现我国公司制国企及政府董事的公共性功能。

(二) 我国政府董事双重法律地位的确认

在我国现行立法上,国资委委派或推选的董事与非国家股东推选的董事具有同等的法律地位,作为公司法人机关成员对公司负有忠实与勤勉义务,以公司利益最大化为目标。然而,在混合所有制国企中,国家股东与非国家股东的利益不尽一致,国家股东可能更倾向于实现一定的公共目标,而非国家股东以利润为最大目标,而且作为商事公司,公司整体上是以营利为目的。在此情形下,国资委委派或推选的董事在董事会决策时,到底应该站在国资委这边还是公司那边?如若其仅为公司私法人的董事,则应当对公司负责而不是对个别股东负责,否则有违对公司的忠实与勤勉义务;但如此一来,公司制国企承担的公共性

目标就难以实现, 而政府董事的相关行政性职责也难以落实。

公司治理研究表明, 成熟的公司治理应在政府适当且充分的监管下, 形成内外部治理机制协调互动的系统效应^[19]。据此, 我们可借鉴美国对政府公司及政府支持企业委派公职人员担任董事的做法, 由国资委代表政府委派或推选公务员担任董事, 由此既便利其履行国资经营监督之公法性职责, 又便利其在董事会中维护国有股权之利益。在公司法上, 国资委作为股东委派或推选公职人员担任董事并无障碍, 只要其符合公司法上的董事资格即可。现实中, 国资委委派或推选的董事也均具潜在的行政级别, 只需将其潜在的公职身份显露于外, 避免其借助董事的私法身份逃避公法义务。至于现职公务员担任董事资质不足的问题, 可依《公务员法》, 面向市场选拔专业人士担任政府董事并实行聘任制公务员管理。此外, 为保障政府董事国资经营监督公务职责的履行, 相关行政性法规或公司章程应规定其仅为非执行董事, 防止其因兼任经理层职务而沦为企业内部人。同时, 为避免国资委利用对政府董事的行政控制而成为幕后董事, 相关法律应创设“影子董事”责任制度并规定相应的国家民事赔偿制度, 从而有效区分政府董事的公私法行为, 协调其双重法律地位带来的冲突^[20]。总之, 我国国资委委派或推选的董事当具公私法上双重法律地位, 如此才能保障其作为政府董事功能的实现。

(三) 我国政府董事选任及管理的公法完善

当前, 我国政府董事依法由国资委代表政府选任, 同时由于我国政府董事(除市场选聘的外)均享有一定的行政级别, 根据党管干部原则, 各级党委组织部对其选任严格把关。也就是说, 在公司法层面, 国资委代表政府统一委派政府董事, 而在党政机关内部, 还有一套复杂的选任程序。当该类人员就职国企董事后, 其名为公司董事, 实则是在企业中履行公务的国家工作人员, 对其管理也自然适用国家公职人员的相关规定。

在美国, 政府董事大多由总统任命并经参议院批准。在选任过程中, 要求对被提名者的资格与适合度进行双重审查。一方面, 审查被提名者是否拥有足够的政治忠诚; 另一方面, 审查被提名者是否拥有足够的专业知识与工作经验。当总统认为被提

名者符合这些条件之后, 才将名单送至参议院, 并且参议院在审批过程中会再次考虑资格与合适度问题^{[4]389}。相较而言, 我国政府董事的选任更注重其政治素质, 这是其作为政府董事的必然要求, 但在专业知识与工作经验等方面弹性较大。此外, 由于我国政府董事选任主体多元, 党政机关内部选任程序复杂, 对选任主体难以追责等, 导致选出的政府董事与其董事岗位要求不尽匹配。

对此, 我们可借鉴美国有益经验。一是统一选任主体。在公司层面政府董事的选任当由国资委代表政府统一行使, 而在党政机关内部层面则由国资委提名并提交组织部审议, 最终报政府首长批准任命。二是完善选任标准。在坚持政治性的前提下, 更加注重政府董事的专业技能, 可从市场选聘专业人士担任政府董事并实行聘任制公务员管理, 以此兼顾其政治性与专业性要求。三是规范选任程序。在党政机关内部应当贯彻国资委与组织部分权制衡原则并实行全过程监督, 落实相关主体责任。此外, 在政府董事的管理上, 鉴于其在企业中履行公务职责的本质属性, 当在《公务员法》中确立企业类公务员类型, 明确其公职身份并依法管理。

参考文献:

- [1] SCHWARTZ H. Governmentally Appointed Directors in a Private Corporation: The Communications Satellite Act of 1962[J]. Harvard Law Review, 1965, 79(2).
- [2] 徐孝新. 美国国有企业监管制度研究: 以美国联邦政府公司为例[M]. 北京: 经济科学出版社, 2019: 4-9.
- [3] GILPIN H D. Government Directors of the United States Bank, Doe. No. 12[R]. Philadelphia: U S Congressional, 1833.
- [4] BENTON T H. Thirty Years' View: A History of the Working of the American Government from 1820 to 1850[M]. Whitefish: Kessinger Publishing Co., 2010.
- [5] U S Gao. Profiles of Existing Government Corporations: A Study Prepared by the U.S. General Accounting Office for the Committee on Government Operations[R]. Washington D C: General Accounting Office, 1989.
- [6] CHAN H S, ROSENBLOOM D H. Public Enterprise Reforms in the US and the People's Republic of China: A Drift Towards Constitutionalization and Departmentalization of Enterprise Management[J]. The Public Administration Review, 2009, 69(9).

(下转第104页)