

TPP 国有企业的定义对中国国企分类改革的启示

余烨

(同济大学 法学院, 上海 200092)

摘要: 当中国加入 TPP 后, 国有企业将受 TPP 竞争中立规则的规制, 国有企业产权结构优化、提高企业合规性等改革与 TPP 竞争中立规则的适用性成为中国推进国有企业混合所有制改革需要关注的重要问题。在对 TPP 第 17.1 条的协定文本进行文义解释的基础上, 归纳 TPP 国企界定的标准, 并结合国企分类改革的相关政策性文件, 分析 TPP 国企定义对国企分类改革的启示。研究认为, 充分竞争类国企更可能被 TPP 认定为国有企业, 应优化股权结构, 即将此类国企的国资比例设置为国有资本相对控股或国有资本参股, 直至实现国有资本的完全退出; 鼓励设置优先股, 严格限制金股、复数表决权股等特殊管理股制度在充分竞争类国企的适用, 以弱化国家股的绝对表决权地位, 达到合理规避 TPP 竞争中立规则的目的。

关键词: TPP; 竞争中立规则; 充分竞争类国企; 公益类国企; 优先股

中图分类号: F276.1; F744

文献标志码: A

文章编号: 1671-6248(2017)04-0086-09

Inspiration of the definition of TPP stated-owned enterprises for the reform of classification of Chinese stated-owned enterprises

YU Ye

(School of Law, Tongji University, Shanghai 200092, China)

Abstract: State-owned enterprises were regulated by competitive neutrality rules of TPP after China entering TPP. The optimization of the property right structure of state-owned enterprises, the improvement of compliance of enterprises and the applicability of TPP competitive neutrality rules became an important issue for China to promote the reform of state-owned enterprises' mixed ownership. On the basis of the literal interpretation of the agreement text of article 17.1 of TPP, standards of the definition of TPP state-owned enterprises were inducted. Combined with the relevant policy documents of the reform of

收稿日期: 2017-05-29

作者简介: 余烨(1988-), 女, 贵州威宁人, 法学博士研究生。

classification of stated-owned enterprises, inspiration of the definition of TPP stated-owned enterprises for the reform of classification of stated-owned enterprises was analyzed. Research shows that fully competitive state-owned enterprises are more likely to be identified as the TPP state-owned enterprises. Equity structure should be optimized, which means that the proposition of state-owned assets of state-owned enterprises is set as relative state-owned holding or state-run equity participation, until state-owned capital is completely withdraw; the set of preferred stock is encouraged, and the application of special stock management system such as gold shares, plural voting shares and so on in the fully competitive state-owned enterprises is strictly restricted, in order to weaken the absolute voting status of state shares and reasonably avoid competitive neutrality rule of TPP.

Key words: Trans-Pacific Partnership; competitive neutrality rule; fully competitive state-owned enterprises; public welfare state-owned enterprises; preferred stock

2016年2月4日,美国、日本、澳大利亚等12个国家在奥克兰正式签署了跨太平洋伙伴关系协定(Trans-Pacific Partnership Agreement,以下简称TPP)^①。针对给商品贸易、服务贸易及投资带来不利影响的某些国有企业行为予以规定,确保国有企业以“纯商业的方式”经营,并与私营企业公平竞争,尽管如今美国退出TPP,该协定难以维系^②,但TPP为美国建立了一套适用于对外经贸谈判的标准。TPP竞争中立规则^③可能成为即将重启的北美自由贸易协定以及中美双边投资协定谈判的美方基础要价。最终,竞争中立规则或将成为中国难以绕开的“国际造法”^[1]。因此,TPP竞争中立规则仍旧具有很大的文本研究价值。

目前,中国正分类推进国有企业混合所有制改革,这一改革理念与TPP竞争中立规则的实质相契合,但是具体制度仍需不断完善。本文以TPP国有企业的定义为参照,针对国企分类改革制度选择进行研究,使更少的国有企业受到TPP竞争中立规则约束。

一、TPP竞争中立规则中国有企业的定义

TPP第17章确定了非歧视、商业考量、非商业

援助等一系列高标准的义务。这些条款的适用依赖于国有企业的界定,国有企业概念的外延越大,竞争中立规则的适用范围越大。因此,有必要对国有企业的定义予以厘清。

TPP第17.1条条文规定了国有企业指的是:(a)主要从事商业活动的企业,及(b)一缔约方在其中:(i)直接拥有50%以上股权(以下简称为“股权标准”);(ii)或通过所有者权益控制超过50%表决权的行使(以下简称为“表决权标准”);或拥有对大多数董事会或其他同等管理机构成员的任命权(以下简称为“任命权标准”)^④。

上述定义可提炼出国有企业的下列界定标准:

① TPP缔约国包括美国、日本、澳大利亚、文莱、加拿大、智利、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、新加坡和越南。协定签署的详情参见新西兰外交贸易部官方网站,http://www.tpp.mfat.govt.nz/about.最后访问日期为2016年5月18日。

② 2017年1月30日,美国贸易代表办公室(USTR)正式发出通知:美国退出TPP。通知的内容参见美国贸易代表办公室官方网站https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/january/US-Withdraws-From-TPP.最后访问日期为2017年3月21日。

③ TPP第17章的核心思想来源于“竞争中立”,因此作者将其表述为“TPP竞争中立规则”,该概念贯穿全文。“竞争中立”发端于澳大利亚,指的是“政府商业活动不应当仅凭其公共部门所有权而享有高于私营部门竞争者的竞争优势。参见Antonio Capobianco and Hans Christiansen, Competitive Neutrality and State-owned Enterprises: Challenges and Policy Options, OECD Corporate Governance Working Papers No. 1, 2011, p. 3.

④ 张宇燕借鉴中国社会科学院世界经济与政治研究所国际贸易研究室的译文:中国社会科学院世界经济与政治研究所国际贸易研究室《〈跨太平洋伙伴关系协定〉文本解读》,中国社会科学出版社,2016年版,第262-263页。

(a)项中“主要从事商业活动”是认定一企业是否属于国有企业的基本前提;在满足该前提的基础上,符合(b)项中标准之一,该企业即为 TPP 竞争中立规则语境下的国有企业^[2]。

(一) 基本前提

TPP 第 17.1 条条文将国有企业的类型限定为“主要从事商业活动”。该条文规定的商业活动,“即企业从事着以营利为导向(以非营利性经营,或成本回收性经营的企业所从事的活动,是不以营利为导向的活动),生产货物或提供服务,并以企业确定的数量和价格在相关市场上向消费者销售的活动。”此规定意味着主要服务于公众利益的实体,例如健康、教育机构等,即使进行某些商业性活动,或对某些服务进行收费,也并不受本章义务的约束。

(二) 股权标准

双边、多边不同版本的竞争中立规则的规制对象,皆是从企业所有权或者与政府的紧密程度上予以定义^[3]。TPP 也不例外,TPP 第 17.1 条(b)(i)项下股权标准背后的逻辑是,国家持股的比例与不正当利益的传递直接相关。缔约方享有过半数的股份资本,政府与企业之间利益关联度高,使得缔约方政府有可能存在实施补贴、税收减免等优惠措施的驱动力。国有企业凭借政府的资金力量和信用,很容易形成垄断,扭曲市场竞争。

(三) 表决权标准

表决权通常被视为“公司所有与公司经营的连接点”^[4],拥有表决权即意味着掌握公司经营的话语权。如果缔约方政府对企业拥有绝对表决权,可能导致政企不分,国家权力介入市场竞争,因而该企业应被纳入 TPP 规制。

公司股份的所有者股东(出资人)理所当然地享有其所有者权益^[5]选择管理权、重大经营决策权与剩余财产索取权等^①。股东根据其股东资格向公司直接投资而享有前述权利,与狭义“股权”的概念

一致。因此,表决权标准也可以表述为:“一缔约方通过股权控制超过 50% 表决权的行使”。

股权标准与表决权标准在一定程度上有重合之处:传统公司法中所谓的“一股一票”原则,决定了表决权重应当与股东持有的股份比例相同,即每份普通股对应一表决权。一缔约方既然已经对该公司拥有 50% 以上的股权,便相应地拥有 50% 以上表决权。从这一层面来看,符合了股权标准的企业,实际上也应当符合表决权标准。但 TPP 之所以将该表决权作为与持股比例并列的一种界定标准,必定是二者存在差别。不同于前述股权与表决权是同等配比的情况,有的表决权通过不同的法律方式设计和安排获得^②。

“一股一票”并非所有国家公司立法必须遵循的刚性原则,现实中存在允许发行不同投票权股份的国家^③。在美国,就有极少数的公司拥有不同种类的普通股,其表决权重不同^{④[6]}。在表决权方面比较常见的特殊股权安排是:双层普通股^⑤,此类股权安排赋予部分股东超出股权比例的超级表决权,以实现对公司的控制。

如不将表决权标准独立于股权标准予以规定,将使得不符合股权标准,但缔约方通过股权自治性配置使超过 50% 表决权的企业不被认定为国有企业。总之,TPP 将表决权标准作为独立于股权标准,

① 参见《中华人民共和国公司法》第 4 条。

② 美国学者 Berle 和 Means 总结的公司控制形态中,包含一种“通过法律方式的控制(control through a legal device without majority ownership)”,即经营者虽然并不拥有过半数的股权,但是通过某些法律方式的设计来控制过半数的表决权,从而控制公司的经营。See Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, The Macmillan Company, 1932, pp. 70-90.

③ “不同投票权的资本结构在美国、加拿大、德国、丹麦、芬兰、意大利、挪威、瑞典的上市公司中都不同程度地存在”。参见张舫《一股一票原则与不同投票权股份的发行》,《重庆大学学报(社会科学版)》,2013 年第 1 期,第 50-56 页。

④ 例如美国内华达州将普通股分为非表决权股普通股、复数表决权普通股、部分表决权普通股等类型,不同类型的普通股对应大小不等的表决权。参见任尔昕《关于我国设置公司种类股的思考》,《中国法学》,2010 年第 6 期,第 100-108 页。

⑤ 双层普通股即 A 类普通股是一股一个表决权,B 类普通股是一股十个表决权。参见朱慈蕴、沈朝晖《类别股与中国公司法的演进》,《中国社会科学》,2013 年第 9 期,第 147-162 页。

就是为了避免前述情形被遗漏。

(四) 任命权标准

“大多数”(a majority of)在牛津英语词典以及韦式词典(Merriam-Webster)中均表示“总数中超过半数”的意思。TPP并未对“同等管理机构”作出解释,本文将其理解为,在没有设立董事会的企业中,承担与董事会同等监督管理职能的管理机构。这应当也是规则制定者考虑到各国公司立法的不同,行使董事职责的机构名称可能存在差异而作出的安排。一个企业在满足“主要从事商业活动”这一基础条件上,只要符合“一缔约方有权选举和任命该企业超过半数的董事会成员,或其他承担与董事同等职能的管理机构成员”这一标准,便应被认定为TPP竞争中立规则语境下的国有企业。

一般而言,强调国家与企业之间的资本联系与强调国家对企业的控制性地位的含义是一样的。从表面上看,后三个标准是环环相扣、层层递进的逻辑关系:根据“一股一票”原则,在国有企业的股本结构中,国家作为出资最多的大股东,其根据国有资产出资而获取的表决权,足以绝对控制公司的运作。在股东权益中,对股东最有价值的除了股利分配请求权外,便是董监选举权。该权利在根本上也是股东表决权的行使^[7]。表决权越大,意味着控股股东享有对大多数董事会成员或其他同等管理机构成员的任命权。似乎单独将股权比例列为国企的界定标准即可涵盖后两项标准,但TPP之所以将“股权”“表决权”“任命权”列举为独立的标准,无非是为了避免遗漏。这在客观上扩大了国有企业的内涵,将更多的国企纳入TPP规则的适用范围。

二、对中国国企分类改革的启示

中国虽然没有普及“竞争中立”这一理念,但致力于推动政企分开、促进深度市场化、构建公平竞

争环境的国有企业改革早已逐步进行,国企分类改革便是其中一项重大改革任务。这是一种与TPP竞争中立规则核心要义相符的改革思路。2013年11月,党的十八届三中全会明确指出,要进一步深化国有企业改革,并准确界定不同国有企业的功能^[8]。《中共中央国务院关于深化国有企业改革的指导意见》等政策性文件提出了分类推进国有企业改革的总体要求。

国企分类改革的顶层设计分为划分类别和分类施策两个层次。第一,划分类别。《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》指出,要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发展中的作用、现状和发展需要,将国有企业分为商业类国有企业和公益类国有企业。商业类又包括“主业处于充分竞争行业和领域的商业类国有企业”(下文简称为“充分竞争类国企”)、“主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担重大专项任务的商业类国有企业”以及“处于自然垄断行业的商业类国有企业”(后两种国企下文简称为“特殊的商业类国企”)。本文旨在解决划分类别中的哪一类可能受到TPP竞争中立规则的约束这一问题。第二,分类施策。政府对不同类别国有企业的功能目标、国有股权比重、考核与薪酬管理等方面有着不同要求。以TPP国有企业定义所提炼的界定标准为范本,研究选择何种恰当的股权结构和股权类型,有益于减少符合TPP界定标准的企业数量,是本文要考察的一个重点。

(一) 重点关注充分竞争类国企

TPP第17.1条规定“主要从事商业活动”指的是:“企业从事着以营利为导向,生产货物或提供服务,并以企业确定的数量和价格在相关市场上向消费者销售的活动。”其中,该规定蕴含两个特征:营利性以及企业定量、定价销售。本文基于既有的政策文件所赋予的商业类国企、公益类国企的特点,

分析其与上述特征的契合度。

1. 营利性

营利性是指“企业的出资者或股东为了获取利润而投资经营,依法得从所投资的企业获取资本的收益”^[9]。《关于国有企业发展混合所有制经济的意见》规定充分竞争类国企的目标是:增强活力、放大功能、保值增值^[10],这些特征意味着提高经济效益是此类国企的导向。《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》进一步提出充分竞争类国企的定责考核要求是:重点考核经营业绩指标、国有资产保值增值和市场竞争能力。可见,国资委对此类国企的考核也是利润导向型的。由此,营利性是充分竞争类国企的重要特质。

TPP 第 17.1 条规定了:“不以营利为导向的活动,指的是以非营利性经营,或成本回收性经营的企业所从事的活动。”根据分类改革相关的指导意见赋予企业的功能和目标,特殊的商业类国企是否具有营利性不能一概而论。虽然顶层设计将其归类为商业类国企,但特殊的商业类国企实际上是介于公益类和充分竞争类国企之间的企业,可以将其分为两类:一类以营利性为主、以公益性为辅;一类以公益性为主、以营利性为辅^[11],例如自然垄断性和稀缺资源垄断性国企基本上是追求社会公共目标,即使有一定的经济目标,也仅为了弥补相关社会公共目标部分的支出。有观点认为将此类国企认定为具有半营利导向更为切合^[12],但其特征应属于成本回收性经营的企业,不具有营利性。

《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》规定“公益类国企以保障民生、服务社会、提供公共产品和服务为目标”,而不再是以保值增值为目标,例如中储粮、中储棉等;考核方式也着重在成本控制、产品质量、服务水平等方面提出要求。这意味着公益类国企本质上是国家职能的延伸,此类国企应仅存在于战略性垄断行业或提供重要公共产品和服务的行业。这种公益性使得公益类国企不能

以经济利益最大化为目标。有时公益类国企甚至已亏损,但仍为社会公众提供所需的公共产品或服务。当然,这种非营利性不是指此类企业的生产经营不考虑成本^[13];即使是提供有偿服务的资源垄断性公共服务(如石化、煤矿),其利润空间也受到管制,更何况是提供纯粹的公共产品和服务。对于其他如科技推广、咨询服务等有偿性公共服务,其利润也仅限于覆盖成本的程度。

综上,充分竞争类国企符合营利性的特征,而公益类国企不属此列。特殊的商业类国企由于类型多样,不能直接归类为营利性或非营利性,应视具体情况具体分析。

2. 企业定量、定价销售

《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》对于两类国企运行方式价格机制有着不同的表述。第一,“商业类国有企业必须按照市场化要求实行商业化运作,依法自主独立开展生产经营活动”。“市场化”“商业化”“自主”这些措辞蕴含自主定量、自主定价的特征。在市场经济条件下,典型的市场型国有企业也即充分竞争类国企,依据市场规律有完全自主的定价权,向特定的用户群提供竞争性产品或服务^[14]。充分竞争类国企自然也可以直接根据市场需求和价格变化,决定生产和经营的品种和数量。

然而,特殊商业类国企的生产经营活动是否完全由自由价格机制所引导,则有待进一步讨论。“对于资源稀缺品、自然垄断品、重要公用事业和公益性服务的价格,政府在必要时可以实行政府指导价或者政府定价”^[12]。一些特殊的商业类国企,例如石油、天然气、电力等战略物资储备,属于《中央定价目录》所囊括的 13 类商品和服务项目之一,实行政府定价。其他具有自然垄断性的公用事业,政府进行合理的价格管制,使其价格定在能够弥补平均总费用的水平上^[15]。因此,特殊的商业类国企不符合企业定量、定价销售特征。

第二,《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》明确了“公益类国企必要的产品或服务价格可以由政府调控”。为平衡社会整体利益,公益类国企供给产品的价格和利润率应由立法进行规制,采取政府核准定价^[13]。产品或者服务的价格由政府控制,企业自身并没有定价权,是公益性国企的共同特征之一^[12]。故公益类国企并非由企业定量、定价销售。

综上,仅充分竞争类国企契合 TPP 国企界定的前提,属于主要从事商业活动的企业。此类企业一旦符合 TPP 国企界定的其余三类标准,便将被认定为国有企业。因此,在推进分类改革的进程中,中国应当重视确保充分竞争类国企不会有悖 TPP 的相关规则,提高其合规性。本文将探讨如何针对充分竞争类国企在分类改革中的股权结构、表决权设计等方面予以优化,避免其符合股权标准和表决权标准而被认定为 TPP 语境下的国有企业。

(二) 优化股权结构安排: 国有股权的减持

TPP 第 17.1 条(b)(i)规定,“一缔约方在其中直接拥有 50% 以上的股份资本”是国企的界定标准之一。完全竞争类国企一旦符合股权标准,即为国有企业。

《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》规定:根据不同企业的功能定位,逐步调整国有股权比例。完善现代企业制度,重要的就是要完善股权结构^[11]。不让竞争性的企业由于所有权不变的约束,无法实现真正的市场化、竞争化,是国企分类改革基于不同功能企业的区分^[16]进行股权调整的初衷。本文将分类调整国有股权比例视为避免中国的更多主要从事商业活动的企业,被认定为 TPP 竞争中立规则所规制的国有企业的良好契机。

1. 股权结构设计及缺陷

从《关于国有企业功能界定与分类的指导意

见》来看,国有股权比例使用的是“可以”一词。按照文义解释,“可以”乃授权性规定,赋予了相关机构在国有资本比例充分的自由选择权。国家在公益类国企保持绝对的控制力,国有资本绝对控股,甚至是保持国有独资无可厚非^[15]。但是,对于市场化程度理应更高的充分竞争类国企,国有资本的比例要求仍旧是“可以绝对控股、相对控股和参股”,显得并不太合理。根据《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》规定,地方国企的分类标准按照“谁出资谁分类”的原则行事,“由履行出资人职责的机构负责制定所出资企业的功能界定和分类方案”。有关负责人也表示,“允许各地结合实际,界定国有企业功能类别”^[17]。各地方政府国资委在践行混合所有制改革时有充分的政策空间,其可能会选择符合自身利益的股权结构,即坚持国有资本控股。事实上,“各地方政府也往往更愿意由自己独享利润分成,而不愿引进民间资本分享原本可以独享的垄断利益”^[18]。问题在于,一旦相关机构选择国家作为出资人持有充分竞争类国企 50% 以上的股份,该企业不仅是“主要从事商业活动的企业”,还满足了股权标准,因此属于 TPP 竞争中立规则的适用范围。那么,尽量缩小可能被规制的义务主体范围,减少 TPP 用“所有权优势”来约束中国国企参与国际竞争无疑是明智的选择。

2. 股权优化建议: 国有股的减持

国内有专家笃信,“无论发展什么具体形式的混合所有制经济,它们都可以从根本上改变国有企业国有全资或‘一股独大’的股权结构,提高国有资本的流动性,为企业打下真正通向市场化改革方向的产权制度基础”^[19]。然而,国内也有学者对国企分类改革的效果存疑:政府能否拿出优质资产予以混合? 民营资本能占多大比例? 甚至有国外学者直言,将国有企业分成两种类型进行规制可能造成更多对国有企业的保护^[20]。可见,如不对国有股权

比例进行明确安排,分类推进国企混合所有制改革的实践效果难以如愿。

既然 TPP 规制的是主要从事商业活动的企业,那么使该规则对中国影响最小化的策略,莫过于国有企业退出竞争性市场领域,也不乏经济学界的学者如此呼吁^[21]。然而,让充分竞争类国有企业在短期内迅速退出竞争市场,遗留的产业空白,是私营企业一时难以弥补的,这可能给对国民经济带来摧毁性的打击。因此,目前这一阶段的国企改革应以国有股权的减持为主要手段,优化国有企业股权结构安排。

对于哪些具体行业需要国有资本控股、控股程度如何等问题,国资委应尽快推出实施细则方案^[22]。在区别对待国有资产在各产业中地位的基础上的分项改革实施方案原则设定为:对不涉及公共品的充分竞争类国企进行国有股权减持,减持后的国有股权比例上限参考 TPP 国企定义设定为 50% (不含 50%)。方案还应明确规定,国有资本可以在哪些领域绝对或相对控股,否则不必追求控股地位。另外,在不影响国家安全、对资源的获取要求不高的充分竞争类行业,应当鼓励民营资本实现绝对控股,这也是一种国家参与性经济模式的尝试。例如,轻工业和服务行业需要民营资本占有主导地位,获得所有权、经营权和处置权^[22]。简而言之,建议充分竞争类国企的国资比例设置为:国有资本相对控股、国有资本参股^①,直至实现国有资本的完全退出。

无论何种国企,只要产权归属于国家,无疑要接受国家意志的支配。国家意志的支配往往包含非商业性考量,在非商业性考量与商业性考量抗衡时,前者占优^[23]。然而,商业性考量却是 TPP 竞争中立规则的题中之义,国有资本在营利性领域的存在,可能对竞争的公平性和充分性构成威胁。《国务院关于投资体制改革的决定》将政府投资的范围限定为:“关系国家安全和市场不能有效配置资源的经济和社会领域”^②。可见,“国有持股(无论比例

多少)的目的必须是利用持股企业在市场中的活动实现某一公共目标。”如果偏离了实现这些特定的社会和政治目标,便不存在政府投资的应然性,国有股的减持、直至彻底退出充分竞争类企业就是必然。

(三) 鼓励设置优先股,控制设置国家特殊管理股:弱化国家股的绝对表决权地位

TPP 竞争中立规则规定,满足国企界定前提的基础上,即使缔约方持股比例不足 50%,只要满足“通过所有者权益控制超过 50% 表决权的行使”这一标准,该企业即可界定为国有企业。

《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 103 条规定,“股东出席股东大会会议,所持每一股份有一表决权。按照“一股一票”的原则,拥有 50% 以上股权等同于拥有 50% 以上表决权。因此,符合股权标准的中国企业无疑也符合表决权标准,这样的企业将被 TPP 认定为国有企业。但中国也可能存在股权和表决权分离的情况。

在国有资本不绝对控股的场合,为了保证国有资本的保值增值,《关于国有企业发展混合所有制经济的意见》允许在“国有资本参股非国有企业或国有企业引入非国有资本时,将部分国有资本转化为优先股”;为了保障国有资本在特定领域的控制力,还明确“可在少数特定领域探索建立国家特殊管理股制度,依照相关法律法规和公司章程规定,行使特定事项否决权”。优先股和特殊管理股制度

① “国有参股企业因其对企业没有控制权,而往往并不属于国有企业,仅是国家出资企业的一种。除非该参股企业通过协议将企业控制权转移给国有小股东或其他国有企业。”参见顾功耘、胡改蓉《国企改革的政府定位及制度重构》,《现代法学》,2014 年第 3 期,第 87 页。

② 参见《国务院关于投资体制改革的决定》(2005 年 8 月 12 日)(国发[2004]20 号):“政府投资主要用于关系国家安全和市场不能有效配置资源的经济和社会领域,包括加强公益性和公共基础设施建设,保护和改善生态环境,促进欠发达地区的经济和社会发展,推进科技进步和高新技术产业化。”

在本质上“是在法律允许的公司自治范畴内,各股东针对国有股东在公司特定事项上享有的表决权及收益权所作的特殊安排”^[15]。

有学者提出对于“已经属于充分竞争市场但又关系到国计民生的混合所有制企业”,以金股、双层股权制等股权制度创新体现国有资本在混合所有制改革中的“主导性”^[24]。然而,这些特殊股权设计可能使该企业满足 TPP 国企界定的表决权标准,从而被界定为国有企业。因此,应鼓励设置国有股东表决权受限的优先股,控制设置国家特殊管理股。

第一,优先股^①的股东享有优先权,其表决权受到极大的限制,因而通常不掌握公司控制权。由此看来,充分竞争类国企混合所有制改革宜实施国有资本无表决权优先股的转化,国有股东在股东大会上无表决权,但在公司利润和剩余财产分配上享有累积优先权。如此既可确保国有资本保值增值,提高民营资本积极性,又不触及企业控制权和经营权问题,这也意味着国有出资人不干涉企业的高管任免,避免企业因满足任命权标准而受到 TPP 规制。此类特殊的股权设计符合 TPP 竞争中立规则减少政府干预的初衷。因此企业的民间资本增加至 50% 以上,其余的国有资本转变为没有表决权的优先股。

第二,与优先股弱化表决权的性质不同,特殊管理股制度^②的目的是赋予国家股以特别股的绝对表决权地位,以实现国家控制的目的。从发达国家的经验来看,特殊管理股主要有金股和复数表决权股。这两种特殊管理股均是政府为了防止控制权旁落做出的特殊安排。政府通过对这种特殊股的持有,有权在特殊事项上行使决定性表决权。而国有股东拥有绝对表决权,是 TPP 国有企业的界定标准之一。因此,严格限制金股机制、复数表决权等特殊管理股制度在充分竞争类国企中的运用,仅在关系国计民生的准公共性企业中,探索建立股东特

殊管理股制度。

三、结语

TPP 竞争中立规则的国企定义提炼出的 4 个标准:“前提”“股权标准”“表决权标准”“任命权标准”就如同堤坝的 4 个出口,本文的研究目标是堵住这些出口,避免更多的中国企业被认定为 TPP 项下的国有企业,受到竞争中立规则的冲击。本文一方面参考 TPP 国有企业的定义,明确了充分竞争类国企符合 TPP 国企界定的“前提”;另一方面,建议在对充分竞争类国企进行分类施策时,分项改革实施方案应着力实现充分竞争类国企的国有股减持,让国资退到 50% 绝对控股底线之下,直至完全退出,通过特殊股权结构设计,弱化国家股的绝对表决权地位。总之,能使中国的企业合理规避适用 TPP 竞争中立规则的举措,就应有意为之,但归根结底,依照 TPP 竞争中立规则的义务要求,对企业进行合规性改革,确保充分竞争类国企不遭受不正当竞争,才能标本兼治,构建公平市场竞争环境。

参考文献:

- [1] 黄志瑾. 国际造法过程中的竞争中立规则——兼论中国的对策[J]. 国际商务研究,2013(3):54-63.
- [2] 余烨. 中国上市公司与 TPP 国企界定标准的契合度考察——基于 A 股上市公司的数据[J]. 国际商务研究,2017(3):65-74.
- [3] Willemyns I. Disciplines on state-owned enterprises in

① 优先股是指依照公司法,在一般规定的普通种类股份之外,另行规定的其他种类股份,其股份持有人优先于普通股股东分配公司利润和剩余财产,但参与公司决策管理等权利受到限制。参见《国务院关于开展优先股试点的指导意见》(国发[2013]46号)。

② 所谓的设置特殊管理股是指:“通过特殊股权结构设计,使创始人股东(原始股东)在股份制改造和融资过程中,有效防止恶意收购,并始终保有最大决策权和控制权。具体是将公司股票分为 A 类股和 B 类股两种,股票(B 类股)具有特别投票权,包括董事选举和重大公司交易的表决等。”参见《<中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定>辅导读本》,北京:人民出版社,2013 年。

- TPP; have expectations been met? Leuven centre for global governance studies and institute for international law working paper No. 168[R]. 2016.
- [4] 梁上上. 股东表决权:公司所有与公司控制的连接点[J]. 中国法学, 2005(3):108-119.
- [5] 常健. 回归与修正:对公司本质的重新解读——兼评《中华人民共和国公司法》的相关规定[J]. 法商研究, 2007(1):30-37.
- [6] 罗培新. 公司法研究的法律经济学含义——以公司表决权规则为中心[J]. 法学研究, 2006(5):44-57.
- [7] 刘俊海. 论股东的表决权[J]. 法律科学:西北政法学院学报, 1995, 13(6):62-68.
- [8] 中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定[N]. 人民日报, 2013-11-16(1).
- [9] 史际春. 论营利性[J]. 法学家, 2013(3):1-13.
- [10] 国务院. 关于国有企业发展混合所有制经济的意见[EB/OL]. (2015-09-24)[2017-04-08]. http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-09/24/content_10177.htm.
- [11] 李锦. 国企改革顶层设计解析[M]. 北京:中国言实出版社, 2015.
- [12] 罗新宇. 国有企业分类与分类监管[M]. 上海:上海交通大学出版社, 2014.
- [13] 顾功耘, 胡改蓉. 国企改革的政府定位及制度重构[J]. 现代法学, 2014(3):81-91.
- [14] 上海国有资本运营研究院《国有企业分类监管研究》课题组. 国有企业分类监管法则[J]. 上海国资, 2013(4):22-24.
- [15] 国家发展改革委改司. 国企混改面对面——发展混合所有制经济政策解读[M]. 北京:人民出版社, 2015.
- [16] 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):110-120.
- [17] 佚名. 《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》有关问题答记者问[EB/OL]. (2015-06-10)[2016-06-18]. <http://www.sasac.gov.cn/n85881/n85901/c2169614/content.html>.
- [18] 蒋琳. 国有投资公司的产权结构特征与治理[J]. 经济体制改革, 2008(3):53-57.
- [19] 余菁. 十三五时期国资国企改革展望[J]. 求是学刊, 2015(6):47-54.
- [20] 刘胜军. 中国国企改革:回溯、亮点与突破[EB/OL]. (2015-09-15)[2016-06-10]. <http://www.ftchinese.com/story/001063950? page = rest>.
- [21] 天则经济研究所课题组. 国有企业的性质、表现与改革:第二版[C]//汪丁丁. 新政治经济学评论:19. 杭州:浙江大学出版社, 2012:6-133.
- [22] 程志强. 国有企业改革和混合所有制经济发展[M]. 北京:人民出版社, 2016.
- [23] 陈宇峰. “十二五”:国企改革将陷入迷途[J]. 中国西部, 2012(4):24-26.
- [24] 吴越. 国企“混改”中的问题与法治追问[J]. 政法论坛, 2015(3):26-37.