

国有企业特殊对待与市场主体 平等保护的规范势差及其限缩

张 力 *

内容提要：宪法对公有制经济主体地位与国有经济主导力量的定位，催生了国有企业相较其他企业形态被特殊对待的规范内容，其中重点是向国企运营的关键环节嵌入职责与担当，这本身并不导致国企特殊对待与国企民企平等保护的规范对立。但两者间“主”与“非主”的宪法渊源差、“最佳化命令”对“内容空洞”的规范结构差、体制内与外的规范动力差、改革先与后的规范时间差，会不同程度地影响国企民企平等保护的效果。通过采用在民法端推动市场主体发展权的权利化与可诉化、辨别国企功能性分类中的特殊对待内容、校正国企与民企间非对称均衡等规范势差限缩手段，可改善平等保护的规范运行环境，引导国企特殊对待与平等保护规范良性互动机制的形成，促进民营经济健康发展。

关键词：国有企业 市场主体 平等保护 国企功能性分类 民营经济促进法

习近平总书记指出，“各类市场主体最期盼的是平等法律保护”。〔1〕《优化营商环境条例》规定，“国家坚持权利平等、机会平等、规则平等，保障各种所有制经济平等受到法律保护”。〔2〕相比民法典对国家“保障一切市场主体的平等法律地位”的表述方式，“各类市场主体”“各种所有制经济”都提示了市场主体平等保护法治命题中“分类”与“平等”间的辩证关系：遵循“同其所同、异其所异”公式，同类事物同等对待，不同事物区别对待。〔3〕在关于市场主体各类划分维度的平等保护体系中，国企与民企平等保护具有在我国政策与法律语境中的特殊性。这是因为，相比引起本地与外地市场主体之间平等保护问题的分税制改革，引起本国企业与外国企业平等保护问题的国民待遇落实，引起科技企业与传统企业、大企业与小微企业平等保护问题的产业政策更新等划分原因，引起国企民企划分的“不同所有制经济”

* 西南政法大学民商法学院教授。

〔1〕 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第254页。

〔2〕 类似地，2024年10月10日公开征求意见的民营经济促进法草案征求意见稿第3条第3款规定：“国家坚持平等对待、公平竞争、同等保护、共同发展的原则，促进民营经济发展壮大。民营经济组织与其他各类经济组织享有平等的法律地位、市场机会和发展权利。”

〔3〕 参见路平新：《论平等权的解释难题：结构性成因与诠释学思考》，《学术月刊》2022年第11期，第110页。

在宪法上的分别定位，直接关系到社会主义基本经济制度的实现。同样，在“两个毫不动摇”的大政方针中，对公有制经济的“巩固”“发展”与对非公有制经济的“鼓励”“支持”“引导”的动词区分，被前置于“保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护”的要求。〔4〕当前，民营经济促进法制定要求“将坚持‘两个毫不动摇’明确为法律制度”，〔5〕这就要求对国企民企区分与平等之间的辩证关系进行规范化阐释调整，避免国企特殊对待与平等保护之间的关系悖论。〔6〕国有企业“既要体现社会主义制度的本质属性又要适应市场经济的运行”的“特殊市场主体”定位，〔7〕则更凸显了这一阐释调整任务的焦点与难点：如何使基本经济制度赋予国有企业的特殊使命，能规范化地兼容于国企与民企被法律平等对待、平等保护的要求，反之亦然。

一、国有企业特殊对待的规范来源与内容表达

关于国有企业特殊性的法源，首先出现在宪法的国家经济目标（或政策）条款中。〔8〕宪法第6条宣示了“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度”的政策目标；宪法第7条明确了“国有经济”在“国民经济中的主导力量”定位。结合其后“国家保障国有经济的巩固和发展”的任务表述，此处的政策目标即是确保国有经济在国民经济中主导力量的巩固与发展。国有经济是公有制经济的主要构成，“主体地位”“主导力量”的任务强调式话语体系，诱导相关政策与法律规范的生成主要、优先、着重聚焦于国有经济的具体实现方式。国有企业是公有制经济的基本实现方式，是国有经济的主体构成。关于公有制经济及国有经济着重与优先聚焦的制度生成任务，必然落实为通过国有企业实现公有制经济主体地位与发挥国有经济主导力量的制度生成任务，成为相对于那些未能获得类似制度生成优先聚焦的非国有企业相关政策与法律的事实上的特殊对待。这里的“特殊”，是在基本经济制度视角下，相对于前社会主义企业形态以及当代非国有企业形态的社会使命而言的，对于国有企业依宪承担的社会任务而言是应有之义，并不特殊。

（一）对实现公有制经济“主体地位”的规范生成

公有制经济的主体地位系通过对生产资料私有制的社会主义改造而确立，其主体地位的意义非止于拥有，而是通过拥有推动“消灭人剥削人的制度，实行各尽所能、按劳分配”“实现共同富裕”等社会主义制度优越性的全面体现。习近平总书记指出，“国有企业是中国特色社会主义的重要物质基础和政治基础，是我们党执政兴国的重要支柱和依靠力量”。〔9〕这些要

〔4〕“两个毫不动摇”出自2012年11月8日党的十八大报告《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗》。

〔5〕《关于〈中华人民共和国民营经济促进法（草案征求意见稿）〉的说明》，司法部官网，https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lffjzj/202410/t20241010_507325.html，2024年10月31日最后访问。

〔6〕有学者认为，国企特殊对待与平等保护的共存，导致国企与民企的关系构造上存在悖论。参见蒋大兴：《论国有企业的“公司法构造”——一种法律技术主义的路线》，《吉林大学社会科学学报》2023年第6期，第21页。

〔7〕参见谭家超：《国有企业公平参与竞争的逻辑与路径——基于社会主义市场经济立场》，《贵州民族大学学报（哲学社会科学版）》2023年第1期，第170页。

〔8〕国家目标（或政策）条款是我国宪法总纲的基本内容，它规定了国家发展的目标以及国家为实现这些目标应当承担的责任。参见殷啸虎：《对我国宪法政策性条款功能与效力的思考》，《政治与法律》2019年第8期，第17页。

〔9〕《习近平在全国国有企业党的建设工作会议上强调 坚持党对国有企业的领导不动摇开创国有企业党的建设新局面》，《人民日报》2016年10月12日第1版。

求在部门法上具化为企业经营性国有资产保值增值的公益目的性规范体系。根据企业国有资产法、民法典等法律规范，作为经营性国有资产（全民所有生产资料）的持有者运营者的国有企业，应在实现资产保值增值基础上完成财产“归国家所有即全民所有”的公益信托任务，形成超越企业常规营利性目的的专门方法。在政策端，历史上形成过普遍的国有企业利润补充国库、国有企业“办社会”的泛福利体制，以及相对严格的国有企业就业与劳动保障等，在今天则有在一般税负外征缴国有企业利润以转增国家社保基金，按行业以不同比例上缴红利解决教育、医疗、养老等社会保障资金不足等国企收益的社会分享机制。^{〔10〕}由此“确保国有经济的发展成果在根本上属于全体人民、主要用于民生事业”，^{〔11〕}承担起满足国家政治需求与民众社会需求的“公共性信义义务”。^{〔12〕}

作为对企业国有资产公益性目的的企业结构匹配，宪法第16条以“法定经营权”限缩国有企业经营自由。这在部门法上具化为国有企业特有的资本授权运营与治理规范体系。企业国有资产法、公司法等建立了“国家所有权—国家（通过各级机构代表）出资者权—国企自主经营权（法人财产权）”的弹性分权架构。这里的“弹性”是指，一方面，政府按照“社会公共管理职能与国有资产出资人职能分开、不干预企业依法自主经营的原则”限缩与明确国家出资人职责职权，实现政企分开；^{〔13〕}另一方面，公共财产的“任何实际利用都是公共事务”，^{〔14〕}需充分发挥党的领导在企业中的治理能力，通过政府机构（国资委）主导的投资者权向企业组织与运营关键环节嵌入科层制管理，加强“审计委员会”的治理权重，^{〔15〕}以将国有企业经营权发展变化的可能空间框定在公有制经济允许的范围之内。

政府“社会公共管理职能与国有资产出资人职能分开”有利于在法律上实现国库（财政）资产与被投入国有企业运营的目的资产间的界分，实现资本化的企业国有资产与其他行政、金融国有资产间的界分。这既推动了国家出资者权脱离公共财政而股权化并支撑有限责任、公司人格等现代企业制度结构，实现国有企业与民营企业的治理架构、市场主体地位等方面的技术通约，又推动消除政资不分带来的政府财政对国有企业制度化地补贴、担保、风险托底等优待的法理基础，^{〔16〕}促使政府财政对待国企与民企走向可量化、可比较、均等化。

（二）对发挥国有经济“主导力量”的规范生成

国民经济是一国各行各业经济部门的总和，动态上还包括社会再生产的各环节。当前，国有企业是“发展新质生产力的主阵地和主力军”，其在国民经济中的主导力量权重已发生由“数量”“比重”到“控制力”“影响力”的转变。这些要求在部门法及产业政策文件中具化为国有企业依据行业区分而发挥不同主导作用的分类发展与管理规范体系。根据反垄断法、企业国有资产法、《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》（国资发研究〔2015〕170号）等法律与规范性文件，国有企业要在关系国民经济命脉的重要行业和关键领域形成支配或政策

〔10〕 参见吴海民：《国有企业红利上缴：理由、原则与制度设计》，《中外企业家》2007年第8期，第67页以下。

〔11〕 李响：《论国有经济的主导力量定位——〈宪法〉第7条的规范诠释》，《现代法学》2016年第4期，第30页。

〔12〕 参见前引〔6〕，蒋大兴文，第28页。

〔13〕 参见企业国有资产法第6条。

〔14〕 谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，《中国法学》2016年第2期，第92页。

〔15〕 参见公司法第170条、第176条。

〔16〕 在国资管理部门看来，当前我国不存在对国有企业、中央企业基于所有制的政策性补贴，不存在制度化的对国有企业选择性政府担保或其他形式的风险财政托底安排，也不存在国有企业破产风险豁免。参见《国资委就“国有企业改革发展”答记者问 中央企业没有基于所有制的补贴》，《北京青年报》2019年3月10日第A03版。

性垄断，^[17] 在实现国家宏观调控目标中发挥关键作用，同时基于对不同领域国企发挥主导力量的要求不同，引导一般商业性、关键商业性与公益性的国企功能性划分形成。^[18] 一般商业性国有企业面向充分竞争领域，投资范围处于严格的“负面清单”与“白名单”管制之下，被责成“抓大放小”“聚焦主业”，布局从“不符合国家产业政策的投资项目”领域退出。^[19] 关键商业性国有企业的主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业领域，主要承担重大专项任务，对特殊业务和竞争性业务实行业务板块有效分离。公益性国企是从事基础民生、公用事业维持以弥补市场缺陷的企业，需受严格的预算约束并承担防止公共服务中断的亏本运营职责。^[20]

国有企业的功能性划分只有对不同类型国企特殊对待的内容与程度的弹性区分意义。不同类型国有企业可能功能重合、相互转化。一般性与关键性商业国有企业都被产业政策不同程度地添加了引领新兴产业链布局生长、弥补产业链缺环、确保重要领域产业链安全、担任“链长”等职责，^[21] 都被要求在解决“三角债”危机时“带头清偿债务”，^[22] 都被要求通过投资并购等方式承接兜底产业链上的私营经济，在经济衰退期积极发挥逆周期作用。^[23] 充分竞争的一般商业性国企也不能豁免关于公有制经济主体地位的落实义务，不能减轻相比民营企业更为苛刻的经营自由限制，^[24] 而是要承担更大经营成本的产业风险、更高标准的企业社会责任，^[25] 以及更重的民生保障、社会分红等方面的公共任务。^[26] “任何国有企业都必然会有国家赋予的特定使命”，都必须加强党的领导，都必须“高水平实现经济属性、政治属性与社会属性的有机统一”。^[27]

国有经济“主导力量”的任务核心是使国有企业追求利润最大化及竞争优势等一般经营性目标能够兼容于公共性信义义务，其规范表现侧重向企业运营资质、能力、行为等关键环节嵌入与其功能类型相适的职责与担当。这样的特殊要求本身不会带来利润，也不会制度化地寻

[17] 参见反垄断法（2022）第8条第1款。

[18] 2015年8月《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》明确了国企分类改革思路。同年国资委等部门印发《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》，把国有企业分为商业类和公益类，商业类追求国有资本运营效益，推动实现国有资产保值增值，经济目标属于首要的考核指标；公益类以社会效益为先，以保障民生、服务社会为主，社会责任属于首要的考核指标。

[19] 《国有企业参股管理暂行办法》（国资发改革规〔2023〕41号）第6条第1款规定：“严格执行国有资产投资监督管理有关规定，坚持聚焦主责主业，符合企业发展战略规划，严控非主业投资，不得通过参股等方式开展投资项目负面清单规定的禁止类业务。”国资委《中央企业投资项目负面清单（2017年版）》规定了“不符合国家产业政策的投资项目”等十类禁止性项目。

[20] 参见黄群慧：《国有企业分类改革论》，《经济研究》2022年第4期，第7页。

[21] 例如，在风力发电、太阳能发电等新行业，因投资变现周期长、利润率长期偏低而缺乏对私人企业的吸引力，国有企业则必须担当起重要产业的高质量供给责任。参见付敏杰：《国有企业作为“特殊市场主体”：事实、理论与政策》，《河北学刊》2024年第1期，第153页。

[22] 2023年9月20日国务院常务会议审议通过《清理拖欠企业账款专项行动方案》，要求为解开企业之间相互拖欠的“连环套”，央企国企要带头偿还。

[23] 参见王文成、才琳：《经济周期波动下国有经济对经济增长的影响研究》，《经济体制改革》2013年第1期，第166页以下。

[24] 有学者指出，“很多改革和政策措施甚至在有意压制国企利润率。这个悖论产生的原因是，与私人企业追求利润最大化的天然属性不同，国有企业从设立之始就不是为了赚钱或者盈利，而是为了特定领域的国家经济事业发展”。前引〔21〕，付敏杰文，第149页。

[25] 参见王丹：《国有企业社会责任特殊性的法学思考》，《河北法学》2010年第11期，第120页以下。

[26] 参见前引〔11〕，李响文，第33页。

[27] 张玉卓：《深化国资国企改革》，《人民日报》2024年8月16日第9版。

求相对其他企业的非公平竞争优势，故不应被混淆为具体经济行政、招投标或企业个体行为中“旋转门”“隐形门”之类蓄意错配国企民企市场主体待遇的歧视性举措，〔28〕不应被混淆为在行政执法与刑事司法中对民营企业与企业家财产权人身权的歧视性剥夺与限制，不应被混淆为以刑代民滥用职权，更不能将国有企业特殊对待与市场主体平等保护在制度上对立起来。但这也让国有企业特殊对待对市场主体平等保护规范效果的影响机制变得更为复杂：它主要不是特殊对待事件对平等保护的个案影响机制，而是特殊对待规范体系对平等保护规范体系的整体机制性影响。

二、国有企业特殊对待与平等保护规范势差的构成

物理学中的“势差”（potential difference）概念，用于解释能量场强弱势能差异及其引起的能量流动扩散向度，被迁移至社科领域后，可用于描述比较项之间情势、地位、推动力等要素态势差异关系及效能扩散方向。〔29〕国有企业特殊对待与平等保护间的规范势差，是指国有企业特殊对待与国企民企平等保护两大规范体系赖以形成与运行的渊源、条件、动力、手段等因素，在支撑规范效能方面的强弱势比较及互动机制。

（一）“主”对“非主”的宪法渊源差

国有企业与民营企业受法律平等保护的宪法渊源——宪法第6条关于国家坚持“多种所有制经济共同发展”的基本经济制度内涵规定、第11条非公有制经济“是社会主义市场经济的重要组成部分”的判断，与国有企业特殊对待的宪法渊源相比存在差距：公有制经济在基本经济制度中的主体地位、国有经济在国民经济中主导力量的定位，均导致非公有制经济在基本经济制度中“非主体”地位、非国有经济在国民经济中“非主导力量”的宪法上反对解释。“共同发展”的“多种所有制经济”受到“非主体性”的限定，作为市场经济组成部分的“非公有制经济”受到“非主导力量”的限定。由此，国有企业特殊对待与国企民企平等保护在部门法上被引向不同的规范层级与规范结构能级。

宪法第15条规定，国家实行社会主义市场经济；国家加强经济立法，完善宏观调控。由此，国有企业特殊对待是国家借助国有企业实现对国民经济有效宏观调控，渐进式兑现社会主义基本经济制度优越性承诺的规范实现形式。国企与民企的平等保护则是市场主体地位平等获得社会主义市场经济法治保障的重要场景。民法典第206条规定，“国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利”。因此，国企与民企受法律平等保护只能在市场经济法治维度上才能成立，〔30〕而不能将国企与民企在发挥宏观经济调控职能担当上平等相待。只有当国有企业特殊对待所涉及的国民经济领域，与该国企与民企相互关联共同域于的市场经济领域交叉重合时，才需要并可能分析特殊对待与平等保护之间的规范关系。由于对市场经济的宏观调控的纵向与单向性，国有企业特殊对待与民营企业市场经济地位的交叉重叠也具有单向性：宏观调控可借道被特殊对待的国有企业的市场活动而影响民营企业的市场经济

〔28〕历史上确实不乏一些地方进行政府采购及招投标项目时，明确要求投标竞标企业为“中字头”“国字号”，损害民营企业竞争机会利益。参见汤新华、邓嵘：《我国民营经济发展法治保障研究》，《经济研究参考》2015年第28期，第11页以下。

〔29〕参见郑文力：《论势差效应与科技人才流动机制》，《科学学与科学技术管理》2005年第2期，第112页以下。

〔30〕参见刘大洪：《市场主体规则平等的理论阐释与法律制度构建》，《中国法学》2019年第6期，第189页。

地位,但相反的影响渠道却难以制度化地建立。

基于此,政策文件中“坚持对各类所有制企业一视同仁、平等对待”、^[31]法律法规中关于国家“保障各种所有制经济平等受到法律保护”^[32]等原则要求,会被限缩解释为:通过在国有企业与民营企业之间“坚持权利平等、机会平等、规则平等”的法治建设,营造国企与民企间个体或群体微观经济关系中平等相待、公平竞争的法洽环境,^[33]激发国企与民企被宪法分别赋予的社会功能潜力,落实不同所有制经济在我国基本经济制度架构下“共同发展”的宪法上制度保障要求。^[34]这就要求国企与民企平等对待、平等保护的规范命题不能溢出市场经济范畴,不能在更大范围内与国有企业特殊对待进行攀比与复刻。例如,事关竞争机会在国企与民企之间初始配置的产业准入政策,源自不同所有制经济在宪法上职能分工的实现需要,不应以“国进民退”“国退民进”产业潮涨落中国企民企数量规模、产值水平、就业人口等指标,直接衡量国企民企平等保护水平。又如,关于对民营企业的刑法平等保护问题,不能攀比国有企业相关罪名体系与处罚幅度,因为企业国有资产不可脱离于全民所有的公益性目的,侵害国有企业财产犯罪的危害必然被企业国有资产属性放大,引来更大刑罚力度。总之,国有企业享有在国民经济维度上被特殊对待与在市场经济场景中被同等对待之双重法律待遇的叠加耦合,而民营企业仅享有在市场经济场景中被平等对待、平等保护的单重法律待遇,这造成了国企相较民企在法律待遇构成上的复合性与规范能级上的强势。

(二)“最佳化命令”对“内容空洞”的规范结构差

作为国有企业特殊对待宪法渊源的宪法第6、7条,在性质上属于国家目标(政策)条款。国家目标条款突出宪法对特定事务的“纲领性要求”与“概括性诫命”功能。因缺乏行为规范中明确的要件前提和相应法律后果间的条件程式,国家目标条款不构成“确定性命令”规则,而属于为实现确定目标的“最佳化命令”原则规范,其适用方式主要是综合相关法律与事实可能的衡量,而非分析性的涵摄。^[35]这造成其实施过程——引导通过国有企业特殊对待的内容规范生成以具体实现公有制经济的主体地位、发挥国有经济的主导力量——优先采用便于“最佳化命令”灵活生成的软法体系,^[36]再辅之以底线性硬法规范体系。从国有经济、国有企业制度变革对规范类型的偏好来看,集中彰显中国特色社会主义优越性的当代公有制经济本身,就是人类历史上前所未有的经济社会形态“最佳化”设计。它需要既能实现解放生产力目标,又能容纳与支撑不断探索理想实现方法的最佳化而非确定性规则,淡化边界,拒斥“法无授权不可为”的公法束缚。由初级、中级到高级的社会主义进阶划分,更要求社会主义初级阶段的相关规范体系能为服务深化国有企业改革、鼓励探索创新而形成充分的政策弹性边

[31] 2023年7月14日发布的《中共中央、国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》。

[32] 《优化营商环境条例》(国务院令722号)第10条。

[33] 正如佟柔教授在改革开放初期就已指出的,“全民所有制的企业法人不得以‘所有制优越’为由,在具体的民事法律关系中向集体所有制企业主张不平等的权利;全民和集体所有制企业与公民进行民事活动,不能以其‘财产的社会主义性质’为由,向作为私有财产所有者的公民主张特别的权利”。佟柔主编:《中华人民共和国民法通则简论》,中国政法大学出版社1987年版,第17页。

[34] 非公有制经济与公有制经济的功能对比并非一成不变,但其改变只能通过宪法修改本身而非通过部门法解释来完成。“八二宪法”及其后的宪法修正案中,从“个体经济”到“私营经济”再到“非公有制经济”,从“补充”到“重要组成部分”,从国家“指导、帮助和监督”到“引导、监督和管理”再到“鼓励、支持和引导”等表述变化,都描绘了一条非公有制经济地位不断上升的历史主线。参见前引〔7〕,谭家超文,第168页。

[35] 参见〔德〕罗伯特·阿列克西:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆2015年版,第76页以下。

[36] 参见赵万一:《市场经济背景下国有资本运营的法律制度构建》,清华大学出版社2024年版,第32页以下。

界与容错空间，〔37〕由此为产业政策能灵活应对复杂经济形势保留尽量宽松的规范条件。〔38〕

国企与民企受法律平等保护的规范构造，系通过平等原则来比较并取平二者在市场经济法律中赋权性保护性规范的待遇。其中，赋权性保护性规范一般应具有明确的要件前提和相应法律后果间的条件程式，构成确定性命令规则。但赋权性保护性规范本身不仅不能直接带来平等对待的理想效果，而且在历史上，基本经济制度对国企与民企的功能区分性定位导致二者的保护要件存在前提性区别，进而导致国企与民企在法律上被长期与普遍地区别对待。今日，国企与民企法律待遇的平等对待效果，取决于平等原则对过往区别对待规范事实的校正范围、程度与能力。

但问题在于，与国有企业特殊对待最佳化命令规则所自带的、国有企业最佳化发展目的及软法内核所赋予的自足的价值正当性解释能力相比，平等原则缺乏自给自足的价值内核。平等本身“并不包含任何实质性的规范内容”，“是一个空洞的容器”，无法自证正当。〔39〕这带来了特殊对待与平等保护规范结构自足性方面的能级高下差异。规范语境中的平等并不等于可比项之间等同、同等、平均之义。根据亚里士多德“同其所同、异其所异”的“平等公式”，〔40〕平等的规范意义是基于求同求异并用的逻辑方法，对各主体相同（或不同）法律事实与相同（或不同）法律对待作出匹配性判断。平等内含“差异”“不平等”因素，平等对待是兼容特殊对待，包含“一套合理差别的判断基准”。〔41〕由于内容空洞，平等无法独立辨别具体场景中异同因素的合理分布与配比，独立形成可兼容“合理差别判断基准”的校正平等观，也就无法独立形成用于界定不同主体受法律平等保护的合理范畴与边界的规范要件。为此，平等必须依附于诸如自由与责任，又或者市场经济与社会主义等内涵相对自足的价值上，才能被呈现。平等也借此成为推动其所依附的不同甚至彼此冲突的价值交叉融合、文明妥协的协商平台与规范化中介，成为促成这些不同价值观共商利益分配方案并使之正当化（规范化）的一套说辞。〔42〕为“防止漫无边际的内涵被纳入平等”，需要引入“权威”（authority）确保不同群体的价值对话，调和冲突，确立某种核心规范。〔43〕

在国企民企平等保护的规范命题中，平等同样必须依附到国有企业、民营企业所分别代表的不同市场主体身份地位上，在这些身份价值的角力中被呈现。只是这一角力也受制于特殊对待与平等保护之间的规范结构能级差：平等保护规范需要对国有企业特殊对待规范开放其边界，方便特殊对待承载的社会主义元素嵌入市场主体平等保护的规范生成机制中。例如，虽不

〔37〕“探索建立更加包容审慎的新产业新业态新模式国资监管体系，加强新领域新赛道制度供给，支持国有企业大胆试错，着力当好发展实体经济的长期资本、耐心资本、战略资本。”国务院国资委党委：《推动国资国企改革展现新气象取得新突破》，《旗帜》2024年第9期，第18页。

〔38〕有学者指出，“对国有企业给予专向性特殊对待尚未进入法制化轨道，关于国有企业受特殊对待的法律法规至今处于缺位状态”。李国海：《国有企业的特殊性与公平竞争审查之实施》，《吉首大学学报（社会科学版）》2017年第4期，第73页。

〔39〕See Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 *Harvard Law Review* 547-548 (1982).

〔40〕参见前引〔3〕，路平新文，第110页。

〔41〕参见韩钢：《中国私产宪法保护探析——基于马克思私有财产思想的分析》，中国社会科学出版社2017年版，第107页。

〔42〕“平等的语言并没有为其基础的权利增添任何实质内容。‘平等保护’是一种修辞手法。”See Peter Westen, *The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply*, 81 (3) *Michigan Law Review* 663 (1983).

〔43〕如美国司法实务界认为，法院越是希望在对平等保护的理解中吸收更多的理论数量和种类，实际上能够做到的可能性就越低。See R. G. Wright, *Equal Protection and the Idea of Equality*, 34 (1) *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice* 25 (2016).

妨说公有制市场主体（主要是国有企业）与其他所有制市场主体在市场准入、竞争机会、要素获取、法律地位、发展权利等方面的权利能力内容大体类似暨初始机会配置大致平等，但国有企业在此基础上被制度性添加的引领科技与产业进步、巩固国防力量、保障公共产品供给、弥合产业链空缺、稳定经济周期波动、保障和改善民生、强化国家经济整体竞争力等公共性负担与责任，诱导其权利能力与权利内容作相应的特别衍生或限缩。^{〔44〕}这种明确的公共政策优先充当了权衡多元价值的“权威”角色，主导了平等保护核心规范的生成机制：在公有制市场主体与非公有制市场主体之间，只有在上述关于公有制市场主体特殊负担以外的剩余可比领域内，才存在权利能力等法律待遇取平空间，这便是“先异后同”的平等保护规范生成路径。但是反过来，当主导市场主体平等保护的市场经济内涵要嵌入国有企业特殊对待的规范生成机制中，去争取一种围绕市场经济而形成的平等保护核心规范，即“先同后异”地推导特殊对待剩余的平等保护规范路径时，却要困难得多。碍于内容空洞性之困的平等保护规范，相对于价值明确自足的特殊对待规范，处于规范结构能级的低端，要从规范低能级向高能级实现价值扩散，要以价值相对含混的平等原则去限缩价值明确自足的国有企业特殊对待，需要注入额外的规范生成动力。

（三）体制内与外的规范动力差

“国家”在市场主体平等保护语境中多居于第三者地位，这凸显了推动平等保护规范生成与运行的“品字形”动力结构：“处于‘品字形’上端的国家干预主体通过竞争政策、财税政策、货币政策等各种手段对各类市场主体进行正当干预，但在这些干预活动中，它有义务确保处于‘品字形’下端的各类市场主体处于一个法律地位平等、竞争机会均等、权利与义务关系对等的关系中”。^{〔45〕}但当将这一品字形结构代入国企民企平等保护场景时会发现，“国家”并非以同样超然的第三者角色、以同等方式与力度运用各类干预工具进行国企民企市场法律待遇的分配。在国家对各类市场主体与活动的各种宏观调控与干预手段中，对国有企业的特殊对待本身就是一类为国有企业专享的特殊干预，不存在让此类干预为国企与民企平等分享的合法性。这一特殊干预机制的独特性还在于，它既不同于舶来的“竞争中性”假设中的国家的外部第三者干预，也不同于国家对国有企业的单纯行政管理。作为国务院直属特设机构的国资委代表国家履行出资人职权，总领政企分开改革：在数量上“抓大放小”引导国有企业收缩布局以对关键产业形成聚焦，在质量上将仿如公司股权架构的“国家所有权—政府出资者权—企业法人财产权（经营权）”弹性分权模式嵌入国有企业治理，赋予了国有企业相对民营企业所独有的、在特殊对待与市场主体平等保护效力之间的规范穿凿能力。

从政企不分向政企分开的历史变革，并不是要推动国有企业重走“团体脱离国家权力而形成私法上的独立人格”^{〔46〕}的私法人创生之路。政府推动政企分开，是希望在国家与国企之间营造一种既方便对企业履行宪法上特殊职能过程嵌入科层制监管，又能兼容私法上公司治理的弹性分权控权架构。^{〔47〕}一方面，推动政企分开的国有资本授权经营链条不断延长：国家所有权代表（国务院与地方政府）—专门管理人（国资委及地方国资管理机关）—各类政府性资本平台、集团公司、控股公司的蔓延生长，同时终端国企独立的市场主体地位借助私法上法

〔44〕 参见前引〔21〕，付敏杰文，第152页。

〔45〕 前引〔30〕，刘大洪文，第186页。

〔46〕 方流芳：《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，《比较法研究》1999年第4期，第436页。

〔47〕 参见张力：《法人功能性分类与结构性分类的兼容解释》，《中国法学》2019年第2期，第158页。

人财产权、公司治理与资本架构等不断充实。另一方面，通过国家出资者权管道嵌入国有企业治理结构的监管因素也正相关地发展：将党的领导制度化地嵌入国有公司治理结构，〔48〕对重要资产处分的专门审批机制改革，向企业关键业务环节嵌入政府审计巡视整改等监督机制，行政主导重要人事任免机制，与行政部门对接兼容行政职级与人力资源互认互动机制，以及在国有企业出现企业财经纪律普遍涣散、自我约束机制废弛的非常时期，形成矫枉过正查错纠弊的财务收支审计、违纪专项审计、行业审计等严格内控机制，等等。〔49〕这些无不是行政推动，又无不是在我国国企完成股份制改造、确立独立法人地位与现代企业治理架构过程中进行的。

一个基本事实是，再花样翻新的投资机构、资本平台与复杂金融技术的组合，再繁复冗长的国资授权链条，也只是构筑了面向公众和监管部门的专业壁垒，增加了国有资产运行量化监管的难度，〔50〕而不具有阻断经济行政权向下游任何一级国有资产运行平台穿透嵌入其认为必要的科层制管理的合法性。〔51〕政府对国企而言不是作为中性的调控者或者监管者，“国有企业本质上尚包含国家所有权及国家公权力行使的一层含义”，〔52〕“行政化的治理是国家或者其代表作为企业股东的必然，是国企作为公共企业的本质使然”。〔53〕意图通过政企分开摒弃政府与国有企业的特殊关联，在制度上行不通。〔54〕对国有企业因政企难分而面临不当行政干预之积弊的根治，只能通过“完善符合全民所有理念的各级权力机关对政府主导的日常公共财产管理、运营的严格外部监督机制”，以权力制约权力的方式实现，而不是令国企遁入私法。〔55〕在可为的范围内，政企分开的实质是政府针对不同功能类型国有企业在特殊市场主体与一般市场主体之间可即可离程度的弹性把控，使国家与企业“保持适当距离”。〔56〕来自政府的行政推动，始终是国有企业法律地位中特殊对待部分与一般市场主体部分组合配比的决定因素。

民营企业市场主体地位的规范生成与运行，无从获得此类强效的体制内驱动力。这一差距固然使民营企业法律地位的规范构造免于被行政科层制直接嵌入，免受政企不分之苦，但也就此无法分享国有企业在市场主体地位构造方面的规范组合弹性空间与穿凿能力，无法分享与之匹配的规范驱动力与执行力。本属于国有企业特殊对待的调控干预，因被纳入仿如股权的国家出资者权渠道而名义上私法化，从而可以通过结合那些为民营企业通约的私法上市场主体传统要素，变造出令民营企业无法企及的、方便国有企业按政策要求进退自如的市场主体弹性结

〔48〕 公司法（2023）第170条在国家出资公司组织机构的特别规定中突出了党组织的法定地位，明确党组织的职能是“研究讨论公司重大经营管理事项”。历史上，党委会从未放弃在国有企业治理中发挥重要作用，“党管干部”原则对国有企业严格适用。2010年，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于进一步推进国有企业贯彻落实“三重一大”决策制度的意见》，企业内部的第一落实主体就是党委会。2017年修改的《党章》第33条规定，国有企业党委（党组）发挥领导作用，把方向、管大局、保落实，依照规定讨论和决定企业重大事项。2019年中共中央印发的《中国共产党国有企业基层组织工作条例（试行）》与《党章》的表述一致。

〔49〕 《为国企健康发展保驾护航（政策解读）——审计署企业审计司主要负责人解读〈意见〉》，《人民日报》2017年4月1日第2版。

〔50〕 不乏学者认为中介于国家与终端国企的投资平台具有推动行政权与企业经营权分离的“隔离带”作用。参见前引〔36〕，赵万一书，第53页。

〔51〕 参见张力：《国家所有权遁入私法：路径与实质》，《法学研究》2016年第4期，第14页。

〔52〕 周林彬：《新〈公司法〉视野下国有企业治理的中国问题与中国方案》，《上海政法学院学报（法治论丛）》2024年第2期，第9页。

〔53〕 蒋大兴：《国企为何需要行政化的治理——一种被忽略的效率性解释》，《现代法学》2014年第5期，第27页。

〔54〕 参见前引〔7〕，谭家超文，第172页。

〔55〕 参见前引〔51〕，张力文，第22页。

〔56〕 参见王志强：《基于“保持距离型”理论的以“管资本”为主的国资监管新框架》，《江西社会科学》2019年第5期，第238页以下。

构：当政策强调某类国有企业的竞争与营利职能时，令特殊对待部分隐入市场主体地位，令公平竞争审查对特殊对待与一般市场主体要素的分辨变得困难；当政策强调某类国有企业的非竞争性职能时，又可令特殊对待亮出特殊性实质而重归制度前台，以求能尽力豁免于市场主体公平竞争审查。

（四）改革先与后的规范时间差

国有经济的主导性还体现在国有企业对探索我国现代企业制度及相关规范建构的先行先试上。早在1993年党的十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》中，就首次明确提出了要建立产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学的现代企业制度，并以之作为推动市场对资源配置起基础性作用、推进国有企业经营机制转换的经济体制改革抓手。“这种对内代表国家（全民）、对外代表市场主体的改革让国有经济具备了直接的表现形式，也让公有制与市场经济之间具备了链接机制。”^{〔57〕}但直到上述改革发起的三十年后，在2023年《中共中央、国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》及随后民营经济促进法的制定中，才正式提出“鼓励有条件的民营企业建立完善中国特色现代企业制度”。由此造成在政策视野与法治进程中，由国有企业向民营企业的现代企业制度范式生成的先后与扩散向度，造成民营企业对国有企业治理范式与政策的依赖。“国有企业的组织结构范式具有很强的意识形态合法性，因此在组织变迁时也具有较强的组织惯性，在经济体制转型过程中，国企中已经形成的现代企业制度将通过改制企业以及跨体制企业主而得以传承下去。”^{〔58〕}

规范层面，在根据公司法、合伙企业法、《个体工商户条例》等法律法规实践相关企业制度多年后，民营企业才通过《中共中央、国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》的发布以及民营经济促进法的制定，被正式引导“完善法人治理结构、规范股东行为、强化内部监督，实现治理规范、有效制衡、合规经营”，渐进与被动地纳入“中国特色现代企业制度”范畴。兼容特殊对待的国企现代企业制度暨市场主体构造探索，反成为在人类经济史上远较社会主义国有企业更为古老的民营企业制度暨一般市场主体架构发展完善的规范标杆。这包括：国有企业经营权与国家出资者权间的弹性分权架构，成为推动民营企业“企业法人财产与出资人个人或家族财产分离，明晰企业产权结构”的规范标杆，成为引入民营资本参与国有企业“混合所有制”改革的组织架构；国有企业加强党的领导、建设社会主义、服务国家战略的特殊职能定位，成为民营企业加强党建，加强“经营者思想政治建设”“坚持中国特色社会主义制度”“维护国家利益和社会公共利益”的规范标杆；国有企业相对严格的就业与劳动保障、社会责任履行，成为民营企业“培育和弘扬企业家精神”“做爱国敬业、守法经营、创业创新、回报社会的典范，践行社会主义核心价值观”以及“遵守法律法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信、公平竞争，履行社会责任”的规范标杆，等等。

三、规范势差对平等保护规范效果的影响

在经过改革开放以来国有企业特殊对待与国企民企平等保护间长期的政策磨合以后，在国

〔57〕 前引〔7〕，谭家超文，第170页。

〔58〕 李路路、朱斌：《效率逻辑还是合法性逻辑？——现代企业制度在中国私营企业中扩散的社会学解释》，《社会学评论》2014年第2期，第16页。

有企业特殊对待本身也可被纳入公平竞争审查范围，且国有企业曾经制度化地专享补贴、豁免破产等经营风险的优待被官方否定以后，对民营企业在资金资源获取、市场准入与参与公共资源交易活动等方面遭受的显性歧视以及“旋转门”“隐形门”之类国企民企间的隐性歧视的识别判断，已不再困难。^[59]未来，对民营企业关于平等保护预期构成长远与根本影响、且更为隐蔽也更难于判断的，便是依法依规的国有企业特殊对待规范体系与平等保护规范体系之间的势差带来的机制影响。

（一）消解国企民企竞争机会平等的内涵

市场经济以竞争自由为运行基础。宪法渊源差会在国企与民企之间非竞争性地配置市场竞争机会。在市场经济中，各类市场主体被错综复杂的直接或潜在交易关系、竞争关系链接成局域有中心而全局分布式的圈层套叠网络。其分布式中心是围绕具体交易目的建立的海量民事合同（交互）关系，其外围是直接、间接及潜在竞争场景中市场机会、发展权利的分配关系。市场经济范畴中的竞争，是市场主体为在特定行业有限可投入资源与市场需求中获取更大份额而作出的努力。竞争的直接目的是在与同业、近业或关联行业市场主体的产业共同发展中，博得更大的资源与市场占有率。理想中，市场主体竞争公平首先要求“实行全国统一的市场准入负面清单制度。市场准入负面清单以外的领域，包括民营经济组织在内的各类经济组织可以依法平等进入”，^[60]实现发展机会的分配平等。嗣后的自由竞争会进一步引导不同市场主体差异化发展，进入不同产业与市场细分，组建产业链并在其中获得自身发展位置，兑现发展权利。但事实是，“在与国有企业直接相关的情况下，政府所主张的经济政策或职能很难形成中立立场”。^[61]仅仅是产业政策关于国有企业的内部分类，就能决定广泛适用于各类市场主体的准入负面清单范围，导致限缩民营企业与国有企业之间有效竞争机会的分布与内容。旨在弥补市场失灵的公益性国有企业所进入领域，被假定为缺乏对社会资本的吸引力暨民营企业的竞争机会需求。服务支撑社会主义国家重大经济发展战略、保障国家经济安全等特定战略功能的关键商业性国有企业，需匹配政策性垄断而排斥民营企业的竞争机会。即使是充分竞争的一般商业性国有企业所在领域通过负面清单向民营企业平等开放，但嗣后产业分工与链上组合并不主要通过各自在市场准入以后的自由竞争完成，而仍要受制于国有经济主导性所带来的产业政策分类引导。尤其当前产业政策赋予国（央）企在维护重要产业链安全与发展中的链长职责担当：应对国际产业链供应链复杂局面，“抓大放小”积极承担产业链中事关战略安全、产业引领、国计民生和公共服务的重大项目；在经济逆周期中托底产业安全，弥补缺环，在顺周期中引领发展方向与产业整合，凝聚产业核心竞争力，放大国有资本促进各类市场主体共同发展的功能。国有企业的链长定位，容易反射解释出对民企在相关产业链中的配套者定位，并在一定程度上标注了民营企业在该产业链中的发展空间上限暨发展权内涵。

国有企业的链长职责仅仅是产业政策提出的“要求”而非“任命”，产业政策也并不禁止民营企业争当链长的竞争自由，这看似并未有违平等。但国有企业特殊对待的规范动力差，会大大提升国有企业获得链长地位的机率。这是因为，政企分开理路中的国有资本授权经营模式本身就是一种链式结构。介于国家出资者与终端企业之间的，以央企集团公司为代表的国资投

[59] 真正困难之处在于发现“旋转门”“隐形门”之后的处理，但这也仅仅涉及严格执法的一般问题，而不涉及据以判断的理论与标准方面的困难。

[60] 民营经济促进法草案征求意见稿第10条。

[61] 前引〔7〕，谭家超文，第173页。

资平台公司，本身就是相关产业集聚及相关国资运营体系的直接代表者与调控者，负有产业链搭建完善更新升级职能。它通过推动集团内部企业兼并重组、资产与业务划拨决定资本优先投向，以及通过央企集团公司之间的合并重组等方式，在搭建现代产业链关键架构的同时，也打造集团内部关键企业，遴选链长。相比之下，民营企业既不拥有体制内（国资系统）相关产业集聚链接效应，也不可能获得国资运营平台对控股国有企业的链长培养打造，要么被动接受由国资系统主导搭建的产业链安排，成为链上的协同者配套者乃至依附者挂靠者，与国有企业以产业链上下游配套关系替代角逐链长的产业竞争关系，要么主动加入国有企业因“抓大放小”而退出的产业领域，避免与国有企业的正面竞争。无论何者，都因消减了相关国企与民企之间的可竞争性，削弱了相关公平竞争保护的内涵与意义。

国企与民企的公平竞争保护以存在彼此间竞争可能与竞争意愿为前提。在缺乏同业近业范围内直接竞争时，国企与民企公平竞争的保护重点会向间接竞争领域退而求次，即因某些具有稀缺性的经营资源与条件是各种产业市场主体的共同追求对象，如对资金、技术、人力资源、数据、土地及其他自然资源等各类生产要素和公共服务资源的使用需求，对政府资金安排、土地供应、排污指标、公共数据开放、资质许可、标准制定、项目申报、职称评定、人力资源等方面的政策措施的需求等，^[62]引起跨产业赛道市场主体之间间接竞争关系中的机会平等保护要求。但无论如何保护此种弱竞争关系（甚至无竞争关系）的市场主体基础性平等，都无法提升民营企业因在与国有企业直接竞争可能性格局中所处位置的政策预设，而被限定的竞争机会与发展权空间。

（二）弱化国企与民企间合同（交互）平等的信用基础

市场经济是信用经济。规范动力差会规模性地造成国企与民企在以合同为代表的民事交互关系中的信用强弱对比。根据民法典第4条，国企与民企在合同关系中法律地位平等。这里的法律地位平等是指双方合同自由均等、合同权利义务对等。但来自国资系统内部有组织规范化推动的国有企业“抓大放小”改革，会造成基于对政府“隐性担保”预期的国有企业在民事合同关系中的信用优势。隐性担保概念本身意味着，国有企业的政府信用兜底非出于正式规范与制度安排，而是关于政企分开亦不能割断的政府与国企间科层制嵌入关联的衍生担保预期。隐性担保与显性担保的最大不同在于隐性担保存在于投资者预期之中。^[63]在交易对象看来，“抓大放小”使国企改革向相对重要产业集聚出更大的企业规模，国企规模的巨大化结合国企公共信义义务，更会形成“不能倒”的“大局”关联性。^[64]一旦隐性担保成为关于国有企业“大而不能倒”的关联性预期，要如何兑现反倒变得不重要了。

国企的政府隐性担保预期会吸引金融资源优先流向国有企业，放大民营企业的信用劣势，在造成所谓金融系统对民营企业的“所有制歧视”的同时，^[65]使国企增信由虚转实，进一步放大其对民营企业的信用优势。国有企业因此成为民营企业寻找优质甲方时的竞逐对象，叠加

[62] 参见民营经济促进法草案征求意见稿第12、13条。

[63] “企业资产规模越大，政府隐性担保转换为信用增级强度也越高，与大而不倒论相吻合。即国有企业资产规模庞大，其在政府心中的地位也就越重，当企业遇到危机时，政府出手相助的可能性也就越高。”李腊生等：《国有企业政府隐性担保对社会资源非对称影响效应研究》，《现代财经（天津财经大学学报）》2020年第4期，第11页以下。

[64] 参见李娜等：《政策脱钩与市场信念：来自隐债清零事件的证据》，《财贸经济》2023年第10期，第24页。

[65] 参见刘大洪、段宏磊：《混合所有制、公私合作制及市场准入法的改革论纲》，《上海财经大学学报》2017年第5期，第93页。

国民企产业链主辅业分化效应，会进一步围绕国有企业核心形成“国企—民企”信用关系网。^{〔66〕}在普通商业合同以外，民营企业通过长期合同、联营入股（或被入股）或挂靠等合法或灰色形式依附国有企业，以削弱甚至放弃合同关系中的平等地位为代价，求得分享国有企业的政府增信及稳定业务带来的长期利益。面对民营企业的依附竞逐，国有企业难免化自身信用优势为在合同当事人选择以及缔结过程中的不公平对待，或在选择乙方过程中违反法律要求的招标等公平竞争性程序要求，或向乙方强加不公平的苛刻条件等，这已为过往民事司法实践所证明。^{〔67〕}

从表面上看，进入信用关系网的民营企业因分享了国有企业的政府增信，获得了相较其他民营企业的信用优势，但这一优势是不稳定不真实的。这不仅缘于它必须面对其他民营企业对成为乙方的持续竞逐，更因为政府隐性担保本身的虚化。近年来，地方政府财政日趋严峻，过去基于地方政府隐性担保而获得增信的国有企业信用优势会转化为作为对立面风险来源。通过依附国有企业增信链而获得相比其他企业更大支付保障的优质乙方民企，会因国有企业背后政府财政负担能力的削弱，也同样分担增信失败甚至是国企信用丧失的风险，反倒处于被国企长期拖欠的更不利地位。但同时，这些信用关系网中的民企却并不会因为分享增信失败，而恢复其为了挤入这样的信用关系网而舍弃的合同独立性与平等性。此时，当位于信用关系网中心的国有企业继续利用业已形成的信用关系网内相较民营企业的地位优势，将自身因获取政府隐性担保弱化而带来的支付能力弱化，稳定化为相对债权人企业的单方面不断展期的履行迟延，并迫使民营企业容忍时，民营企业所损失的市场主体独立性与平等性，便因失去对价而更显得不公。

（三）国企竞争力谦抑所反射民企经营力扩张的异化

市场经济是法治经济。宪法渊源差、规范动力差会造成对国企与民企合法合规经营监管力度的强弱差异。被嵌入行政科层制的国资国企弹性分权架构，是确保向国有企业经营自主权行使关键环节依法嵌入的公共职责与担当得以实现的重要内部驱动力，是国有企业在纳税、社会保障缴费、环保和清洁生产、还贷等方面守法度更高，并为此在经营和竞争中负担更高制度成本的治理机制保障。^{〔68〕}这种机制保障在客观上束缚国有企业经营自由暨竞争能力的同时，也会反射带来国企相对民企竞争优势的抵消，扩张民企的经营能力与发展空间。但问题是，规范动力差也导致行政治理暨弹性分权架构在民营企业治理结构中天然阙如，宪法与产业政策对民营企业承担公共职责与担当要求的相对欠缺，也同时消弭了推动其合法经营、履约崇德的内部驱动力，疏失了对其同等严格的外部法治环境营造。

规范时间差正好反映了，在国有企业先行先试现代企业制度的相当长时间里，民营企业治理处于表面有法可依而实际被执法放任的悖谬状态。相比国有企业，政府对民营企业企业合规、治理完善、纳税自觉、资本正当、劳动保障以及更为广泛的社会责任履行等方面的干预力

〔66〕 See Liwen Lin, *A Network Anatomy of Chinese State-Owned Enterprises*, 16 (4) *World Trade Review* 585 (October 2017).

〔67〕 参见《人民法院依法保护民营企业产权和企业权益典型案例》之“一、全面贯彻平等保护原则”，《人民法院报》2023年8月1日第2版。

〔68〕 有学者指出，中国的国有企业往往要用竞争性业务的收益反哺公益性、政策性事业，比如邮政、电信、铁路企业开展邮政和电信普遍服务、中西部铁路建设等，财政支持远远不够，所需资金须企业用其竞争性业务的收益或通过市场融资加以补充。这是社会责任，也是社会主义制度优越性的表现。参见史际春、罗伟恒：《论“竞争中立”》，《经贸法律评论》2019年第3期，第112页。

度偏弱。这如，公司法实施对民营企业建立现代公司治理体系的约束效能相对低下。民营企业多来源于且固守的家族企业治理构造，持续阻碍名为公司的民营企业真正落实现代企业架构，企业法人财产与股东财产混淆互化、法人人格滥用与形骸化、实际控制人掏空企业等屡见不鲜；公司授权资本制实际废弛，资本不实与抽逃司空见惯，公司信用度与抗风险能力普遍低下。又如，资本市场法治对民营企业滥用股市等资本平台欺诈上市、投机套现、转嫁经营风险、损害投资者长期权益、扰乱金融市场等行为执法相对轻缓。再如，社会保障法治对民营企业长期且普遍的欠漏社保费的非正式豁免。^{〔69〕}以及，劳动法对民营企业长期与普遍的违反劳动法律法规，严重侵害劳动者休息权、报酬权等基本劳动权益的普遍劣行惩处不力，等等。执法放任客观上可以帮助民营企业非正当地降低经营成本、提高利润率，使相对国有企业“民营企业反而具有某种不当竞争优势”。^{〔70〕}

国有企业因承担公共性职责与担当而遭受的竞争谦抑，未能有效地反射出民营企业在合规经营与竞争能力方面的建设性增长。相反，借助平等的结构空洞性，以及现代企业制度对民营企业市场主体地位构建严格规制介入的时间差，不少民营企业以“经济自然状态”的方式自我赋能、自我找补，自发校正意识形态、规范势差及执法歧视等原因导致的在法律地位、竞争机会、权利保护等方面的“不平等”。对官方而言，对民营企业的执法放任也不失为在正式解决平等保护难题之前一种成本低廉的过渡性的补偿与安抚手段。执法者与民企就此达成一种关于国企民企市场地位实现的非正式非对称均衡。但这是一种互害公害性均衡，它将民企背德违法成本转嫁给更为弱勢的消费者、劳动者、债权人、资本市场普通参与者以及全社会，破坏了关于合法经营共同富裕的宪法要求，损害了政府厉行法治的权威性与公正性。经营合法合规性相对低下，又成为民营企业及其企业家普遍“原罪”的社会观念来源，成为在行政执法与刑事追诉个案中对其过度过激、以刑代民甚至歧视性执法司法的推手，^{〔71〕}造成长期以来对民营企业一般与面上规制松懈，却临时个案点上规制过苛的相反相成。这更是一种混淆性均衡，它干扰了对国企与民企市场地位与竞争优劣势对比与平等保护真实状态的认识，损害了民营企业改善市场主体地位与权利保护状态之诉求的正当性基础，也妨碍了在正式制度中国企民企平等保护的前提预设、评价标准、校正目标与手段机制等关键规范要素的准确形成与实施，还挑起了国有企业特殊对待与国企民企平等保护的规范冲突与认识对立。

四、规范势差的限缩

限缩国有企业特殊对待与国企民企平等保护之间的规范势差，有助于解决平等保护规范生成与运行中的民企被动与附从问题，改善其整体制度环境，并量化特殊对待规范生成最佳化命令的标准。限缩势差并非消除势差（尤其是宪法渊源差），而是需在不违背社会主义基本经济制度要求、不损害国有企业制度及其被特殊对待地位的合宪性范围内，依校正正义标准进行。

〔69〕 2018年国家曾降低社保费率为民营企业纾困，虽然名义费率降低，但实际征管加严。因此前民营企业欠缴漏缴社保费相对普遍，故民营企业实际负担反而加重，以至于官方提出，“对包括民营企业在内的缴费人以前年度欠费，一律不得自行组织开展集中清缴”。参见国家税务总局《关于实施进一步支持和服务民营经济发展若干措施的通知》（税总发〔2018〕174号）。

〔70〕 参见前引〔68〕，史际春等文，第111页。

〔71〕 参见刘雅玲：《依法平等保护原则指导下对民营经济的刑法保障》，《法学》2023年第1期，第96页。

（一）“一切”市场主体的法律地位与发展权“先同后异”

在民法典第 206 条关于国家“保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利”的规定中，“一切”屏蔽了“各类”市场主体间差异性的先入为主，为实现平等保护规范生成机制的“先同后异”创造了规范基础，也因此为角力国企民企平等保护“先异后同”机制强势进行规范赋能。但这需要首先提升民法自身在市场主体平等保护规范体系中的层级与能级。在经济法学界看来，旨在调整平等主体间横向关系的民事法律，“不能有效调整国家的经济干预活动，不能为国家在面向社会经济各领域、调动各工具和手段实施干预活动时，建立起有效的拘束性规则”，其市场主体平等保护的规范体系建构中，效能后位于专司调整国家干预各类市场主体的品字形关系的经济法规范。^{〔72〕}这可能过于单一地理解了位于品字形关系上端的“国家”含义。国家不仅可以通过行使经济立法权与政府行政权的方式，对品字形关系下端各类市场主体的经济生活进行平等干预，也可以通过行使民事立法与司法权的方式进行类似干预，两者相辅相成。民法典第 206 条的规定，就是关于国家通过行使民事立法与司法权，由品字形关系上端确保下端各类市场主体在民事活动中地位与权利平等的保障性规范，而非寄居在民法典中的经济法条文。它责成民法应以其最擅长的赋权确权及权利救济的方法，从民事相对（合同）关系与绝对关系两个方面，对一切市场主体的平等法律地位与发展权利展开具体保护。

在合同关系中，民法应加强校正民营企业因在产业链信用链上对国有企业的依附性而遭受的合同地位失衡，抵消国有企业内部科层制向民营企业的合同风险转嫁势能。行政化的内部人员变动、复杂的内部付款流程是国有企业科层制度内部管理体制中的常见情形，决算审计等更是对国有企业运营过程的基本嵌入式财务管理手段。对此，应围绕被现有政策文件与法规列举的，诸如大型企业不得以内部人员变更、履行内部付款流程或在未作约定情况下以等待竣工验收批复、决算审计等为由，拒绝或迟延付款，^{〔73〕}国有企业不得强制要求以审计机关的审计结果作为结算依据等要求，^{〔74〕}举一反三地总结出可归入违约行为构成、显失公平而可撤销、违法或违反公序良俗而无效等合同效力判断机制中的，关于民营企业合同地位校正的民法上一般方法与标准。对基于民企对国企的信用依附性而形成的债务链清理，应将体制内对国有企业带头还债的软法与政策要求，转化为民事司法对督促国有企业形成带头还债能力的硬法措施供给：通过对债务重整与履行期再续展、担保实现方式变通、违约金幅度调整、抵债财产类型拓展、强制执行程序控制等债权债务关系内容实现环节的司法调整，推动国有企业承担信用链链长职责。对于在招标投标、政府采购等公共资源交易活动中违法限制或者排斥民营企业的行为，应支持民营企业以诉究缔约过失责任的方式，维护自身平等议约缔约权益。

在合同关系外，民法应从市场主体经营竞争能力形成，到微观经营交易活动及竞争环节维护（如市场交易活动调整），续到经营成果安全维护，再到市场退出的市场主体全生命周期内，填充关涉为经营安全、自由与发展所必需的规范内容。这包括民法固有规则之平等衍生内容：同类财产权具有同等保护内容（民法典第 113 条）、不同所有制背景的同名物权具有同等保护内容（民法典第 206 条），也包括由政策文件规定及民营经济促进立法已经或即将直接列举或反射推知的部分。其中由“国家保障”直接推知的包括：负面清单以外经营领域平等进

〔72〕 参见前引〔30〕，刘大洪文，第 186 页。

〔73〕 参见前引〔31〕。

〔74〕 《保障中小企业款项支付条例》第 11 条规定：“机关、事业单位和国有大型企业不得强制要求以审计机关的审计结果作为结算依据，但合同另有约定或者法律、行政法规另有规定的除外。”

入；平等使用资金、技术、人力资源、数据、土地及其他自然资源等各类生产要素和公共服务资源，适用国家支持发展的政策。由政府政策平等在相对较弱程度上反射推知的包括：对政府资金安排、土地供应、排污指标、公共数据开放、资质许可、标准制定、项目申报、职称评定、人力资源等方面的公平获取。继而，针对上述内容以在国企与民企之间抽取公约数的方式，形成民营企业发展权利的民法上请求权基础，推动发展权利的民法上权利化。抽取发展权公约数最简单的方法是，全面上靠国有企业待遇基准：除非有明确的关于国有企业特殊对待的法律排除或保留，否则国有企业待遇一律向民营企业开放，由民营企业自由争取；再基于民营企业自身争取意愿、争取能力或发起公平竞争审查等方式个案化地排除；在此基础上进一步形成民营企业发展权之诉。对于来自平等主体的歧视、限制与剥夺等侵害，这主要包括与民营企业交互的国有企业、在国有企业与民营企业之间进行竞争性比选的民事主体第三人，则可主张排除妨碍、消除影响以及赔偿损失等救济手段。民营企业发展权的性质是其为维护商业竞争机会自由与成果安全的“广义财产”，〔75〕在民事权利体系中并非一种具体财产权类型，而应归于商事人格权，在具体确权前可类推一般人格权的确权与保护方法。〔76〕民营企业发展权的民事权利定位，使之不能通过支持民事诉讼而直接对抗政府对国企与民企经济干预中的政策内容不平等。但随着“把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督重要标尺，不得违背法律法规随意作出减损公民、法人和其他组织合法权益或增加其义务的决定”，〔77〕发展权利的确权也明确了在市场主体平等保护场景中不得被随意减损的“合法权益”范围，成为可衡量关于国有企业特殊对待的行政决策、管理与监督的具体标尺，由此进入公平竞争审查以及相关行政诉讼中所应适用的规范构成。民法上的民营企业发展权利对平等结构空洞性的填补机制，不仅有助于平衡国企民企平等保护规范生成中的“先异后同”机制主流，也形成了对体制内的规范动力强势方的体制外市场端规范角力。

（二）国有企业功能性分类中的特殊对待内容辨别

一般商业类、关键商业类与公益类国有企业功能划分，是基于行业营利性与公益性的比例标准作出。它试图通过分出与民企商业目的同质的竞争性国有企业，而划定与民企（及外企）平等对待的国企范围，并与舶来的“竞争中性”国际贸易规则接轨。但它未能有效反映出社会主义市场经济条件下特殊对待对所有国有企业（而非仅仅是公益类国有企业）而言与生俱来不可分割这一基本前提，〔78〕难以洞察对不同国有企业的不同特殊对待与对本国民营企业平等保护规范之间的关联机制暨规范势差症结的不同。它在试图消除商业类国有企业竞争“特权”的同时，也掩盖其公共性职能与科层嵌入式治理等固有特质，也就难以通过针对性地缩减规范势差而改善国企民企平等保护的规范效果。故应在国企一般功能性分类中加强对国有企业特殊对待内容的辨别。

公益类国有企业因负责提供公共产品而具有与政府公共服务的相似性，离不开公共财政托

〔75〕“广义财产”概念由法国学者于19世纪提出，后被尹田教授引入国内，指用于支撑主体人格塑造的财产整体，诠释了法谚“无财产即无人格”中“财产”的基础性与均等化意义。参见尹田：《无财产即无人格——法国民法上广义财产理论的现代启示》，《法学家》2004年第2期。

〔76〕现阶段，居于主流的以法人与非法人组织形式存在的企业无法适用一般人格权保护条款。如何通过类推方法发展出商事人格权意义上的民营企业发展权，并对接宪法上关于“企业公民”基本权利的合理拓展，需要继续讨论。

〔77〕前引〔1〕，习近平书，第281页。

〔78〕正如有学者指出的，“一些‘市场派’支持者总是有意无意地忽略国企的‘政治经济特殊性’以及‘全民所有权’背景，主张以‘私人化’或者‘竞争中立’的国际规则改革我国国企”。前引〔6〕，蒋大兴文，第17页。

底、破产豁免，〔79〕应坦然承认其政企分不开的事实并赋予其非公司制“国库企业”地位，〔80〕制定有别于公司法的专门性国库企业法。公益类（国库）企业与民营企业间难以发生有效竞争，其行业垄断、政企不分所带来特殊对待的强规范势差对民营企业平等保护的影响面较小，但其市场主体地位也决定了在较小影响面上一旦发生影响，则因势能巨大而后果甚大。故国库企业不能依赖产业政策主导实现发展路径与规则的弹性最佳化，必须通过专门立法对其特殊对待规范内容及其扩散范围进行刚性限定。一企一法或专门立法，对国库企业从业范围，权利能力，治理体系，运营状况，财政补贴条件、幅度与使用范围等，进行明确限定与公示，提升透明度，法无授权不可为；从而严格鉴别出其与民营企业可能也可以发生市场关系的领域，防止特殊对待中非市场内容向这一领域穿凿偏移，防止交叉补贴；更不能任由其扩张出本不应涉足的商业活动领域；并将以上方面严格纳入公平竞争审查范围。

未经立法赋予国库企业地位者，即推定为商业类国有企业。商业类国企治理结构中同样无法廓除的行政主导科层制嵌入，以及国有企业布局限缩所强化的“大而不能倒”社会预期，是其特殊对待规范势差形成的关键内外因。对关键与一般商业类国有企业的次分，反映了这一规范势差对造成民企竞争机会利益与民事合同地位对等盈亏的影响机制与程度区别。关键商业类国有企业具有普遍的产业主导性、战略性，基于国资系统内部的政策驱动力而可非竞争性地普遍成长为链长企业，可以用对民企在产业链与信用链上的普遍吸附关系替代竞争关系，弱化国企与民企彼此合同地位的对等性。一般商业类国有企业则是在相对充分的竞争场景中，通过代表性企业出任链长，而在相对较弱程度上以及在经济逆周期中替代与民企竞争关系，弱化合同地位对等性。无论何者，都应当对民企被非竞争性地弱化产业链发展机会与合同对等实力，作出比例化的补偿，即政府国资系统与其所推动的链长化国有企业，应承担起对产业链与信用链下游民企的真实增信义务。例如，国企为信用链下游民企提供长期合同、提供政策性优先担保，政府与国企为消除金融机构对民企的所谓“所有制歧视”共同组建担保基金，各自分担注资，等等。以上方面亦应纳入公平竞争审查范围。应通过立法制定一般商业类国有企业逐步退出时间表，严格限制经济逆周期中对充分竞争领域困难民企政策性托底的条件，为鼓励民营经济互助互援建立政府与国企出资的政策性基金。应通过立法严格禁止与商业类国企产业主导地位及所有制性质相关联的商业补贴。

国企混合所有制改革可在一定程度上拓展商业类国企的资本金来源，同时帮助民企迂回相对严格的企业准入限制而拓展市场参与范围，但它不具有混淆国企与民企概念、帮助相关企业“混”过“竞争中性”原则考验的可能。在混合所有制企业必有国资或民资控股（或控制）之分，从而仍会被归为“竞争中性”标准中的国企或民企地位。国资控股（控制）的混合所有制企业无法消除混改前国企特殊对待相较平等保护的规范势差。国资控股权仍会处于政企分开弹性分权架构的作用之下，只是将国企与民企间的外部平等保护关系，内化为国有股权与民资股权在企业治理中的同股同权问题。国资不控股的混合所有制企业因无法实现国企国资的主导性，只是国资从企业正式退出前的暂时载体。〔81〕

〔79〕 参见前引〔6〕，蒋大兴文，第22页。

〔80〕 参见前引〔36〕，赵万一书，第103页。

〔81〕 参见王新红：《国家出资企业概念群的界定问题探析——对〈企业国有资产法〉第五条的审读》，《福建江夏学院学报》2023年第4期，第42页。

（三）对国企与民企非正式非对称均衡的校正

特殊对待的规范动力差所造成的国企相对民企“强责”（即承担公共职能）、“限权”（即限制其企业经营权）、“缩量”（即退出非关键竞争领域）的竞争谦抑效应，理应反射出民企面向合法经营的“放权”“增量”等竞争力提升效果，此消彼长，推动长远与根本地扭转国企与民企市场及法律地位的对比态势。但“无论是市场领域，还是垄断领域，国有企业退出需满足两方面的标准：一是退出后不至于产生社会剥削结构，二是民营企业能够很好经营”。^{〔82〕}这就需要对长期以来被官方漠视的民企为扭转平等保护不利地位提升经营能力而采取的背德违法“降本增效”自助手段，进行合法合规化改造。

为此，在民营经济促进法的制定中应强化民营企业规范经营与公平竞争、平等保护之间的正相关性。^{〔83〕}将“着力推动民营经济实现高质量发展”的政策要求，内化于直接体现市场“主体平等保护”的“持续优化民营经济发展环境”“加大对民营经济政策支持力度”“强化民营经济发展法治保障”的政策要求与规范体系的形成过程中。^{〔84〕}“坚持对各类所有制企业一视同仁、平等对待”“使各种所有制经济依法平等使用生产要素公平参与市场竞争、同等受到法律保护”的规范落实，应是提升民营企业市场竞争公平地位的获得与获得感，与严格民营企业合法经营良善经营之间自觉性与水平强正相关的齐头并进。民营企业对其家族企业传承的现代治理改造程度、产业发展聚焦主业的务实程度、资本安全防范投机的规范程度、尊重劳动者保障的和谐程度、依法纳税合理避税的自觉程度等高质量发展表现，不仅是市场主体平等保护视域下民企合法合规的应有之义，也参与构成了提升民企市场竞争公平地位的正当性基础。政府在加强对民企合法合规经营的法律规制的同时，也应通过不断扩大民企的税收优惠幅度，加强对其科创鼓励、劳动保障鼓励以及资本市场与金融服务帮扶等正式赋能方式，缓解合法合规化可能给民企带来的经营能力短时冲击。

对民企提出高质量发展要求，绝非是在公平竞争地位之外对其勉为其难的过高要求，而只是对标现代市场主体基本标准的平等与基础性要求，是将企业善治标准平等地融入针对各类市场主体平等保护的价值目标与评价体系中的本分之举。只有这样，才能将国有企业特殊对待中关于企业善治的有益的可推广经验部分，向其他类型市场主体推广，落实宪法关于国有经济在我国市场经济发展中的主导性要求，尽快形成有中国特色的“民营—现代”企业制度内涵。同时也防止民企因在获得竞争地位的提升增量的同时，却继续保留各种非正当竞争手段与“优势”，反造成对国有企业的所有制“歧视”，损害我国基本经济制度。

结 语

国企与民企受法律平等保护的最大难点在于，日益发展的平等保护要求的校正目标及方法，与无法祛除的国有企业特殊对待之间的可兼容空间的确定。宪法对公有制经济主体地位与国有经济主导力量的要求，催生了国有企业相较其他企业形态被特殊对待的规范内容。随着社会主义市场经济的发展，这一内容逐渐聚焦国有企业承担产业引导福利保障等公共职能的强

〔82〕 前引〔7〕，谭家超文，第176页。

〔83〕 民营经济促进法草案征求意见稿在第二章与第五章分别规定“公平竞争”与“规范经营”，容易造成规范割裂。

〔84〕 《中共中央、国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》第五部分“着力推动民营经济实现高质量发展”，位于“持续优化民营经济发展环境”“加大对民营经济政策支持力度”“强化民营经济发展法治保障”之后。

责、被控制经营自由的限权、退出非关键竞争领域的缩量等竞争谦抑主题。故国有企业特殊对待与国企民企平等保护之间并不存在简单直接此消彼长的内容矛盾关系，无法试图通过消除国有企业特殊对待内容来实现国企与民企的同质化及平等保护，更不应为了满足国际贸易条约缔结需要、迎合“竞争中性”而全面否定竞争领域社会主义国有企业制度的运用。^[85] 应将关注焦点转向国有企业特殊对待与国企民企平等保护两大规范体系赖以形成与运行的渊源、条件、途径、手段等因素，从中发现因国有企业特殊对待的规范强势而妨碍国企民企平等保护应有规范内容获得实现的关键因素，通过在合宪范围内针对性地采取对强弱势差的校正手段，间接提升国企民企平等保护的规范效果，并以此引导我国国企特殊对待与平等保护良性规范互动机制的形成——这也正是民营经济促进法的关键词“促进”的关键实现机制所在。为此，我国国企民企平等保护的最终目标，应是在保留国有企业核心政策性功能的基础上，激发市场对配置资源的决定性作用，促进国企与民企高效协同公平竞争的长远与可持续共同发展。

Abstract: The constitutional positioning of the public ownership economy as the main body and the state-owned economy as the leading force has given rise to the normative content that treats state-owned enterprises (SOEs) differently from other forms of enterprises. The focus is on embedding responsibilities and commitments into key operational aspects of SOEs, which does not inherently lead to an opposition of norm between the special treatment of SOEs and the equal protection of SOEs and private enterprises. However, differences in constitutional sources between “primary” and “non-primary”, normative structures between “optimization commands” and “empty content”, normative dynamics between institutional and extra-institutional, and normative timing between reform priorities and sequences can affect the effectiveness of equal protection of SOEs and private enterprises to varying degrees. Measures for limiting these normative disparities, such as making the right of market entities to develop in civil law a justiciable legal right, embedding special and distinct treatment contents into the functional classification of SOEs, and correcting the asymmetric balance between SOEs and private enterprises, can improve the normative operating environment for equal protection and guide the formation of a positive mechanism for interaction between the special treatment of SOEs and equal protection of SOEs and private enterprises, thereby promoting the healthy development of the private economy.

Key Words: state-owned enterprises, market entities, equal protection, functional classification of SOEs, Private Economy Promotion Law

[85] 依美国版“竞争中立”原则，国有企业的“公共机构”属性使其具有扰乱市场的本性，只有国有企业退出市场竞争、礼让私营企业，市场才不会被扰乱，国际竞争秩序才能被维持。归根到底，国有企业等同于不正当竞争优势本身，要祛除这种优势就只有取消国有企业才能实现，但这显然为我国基本经济制度所不容。See Phoebe Bolton, *The Regulation of Preferential Procurement in State-owned Enterprises*, 2010 (1) *Journal of South African Law* 101 (2010).