



国有资产与国企改革 法律问题研究

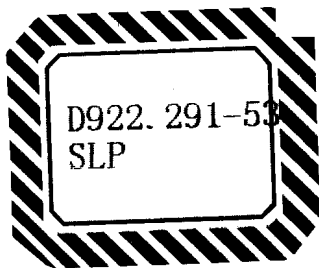
► 主编 沈乐平 刘晓明



中南大学出版社

国有资产与国企改革 法律问题研究

主编 沈乐平
刘晓明



中南大学出版社

国有资产与国企改革法律问题研究

主 编 沈乐平 刘晓明

☐责任编辑 陈雪萍

☐出版发行 中南大学出版社

社址:长沙市麓山南路 邮编:410083

发行科电话:0731-8876770

传真:0731-8710482

☐经 销 湖南省新华书店

☐印 装 长沙市华中印刷厂

☐开 本 850×1168 1/32 ☐印张 10 ☐字数 245 千字

☐版 次 2004 年 12 月第 1 版 ☐2004 年 12 月第 1 次印刷

☐书 号 ISBN 7-81061-988-8/D·069

☐定 价 20.00 元

图书出现印装问题,请与经销商调换

目 录

代序:论国家投资经营的若干法律问题	沈乐平(1)
-------------------------	--------

国有资产方面的法律问题研究

国有资产管理体制改革的法学思考	后 易(15)
浅析我国国有资产出资人制度	郭 平(21)
用信托方式运作国有资产的可行性分析	何 炜(29)
国有资本信托的构想	欧阳白果(34)
关于我国国有资产监督管理体制的法律思考	方明寨(44)
国有无形资产流失法律问题研究	曾 佳(52)
国家授权投资企业与受资企业法律关系初探	李 敏(62)

国企改革方面的法律问题研究

长沙国有企业改制的经验:基于合约理论的解释 ...	刘晓明(71)
从契约角度论国有企业剩余索取权的安排	陈晓雯(78)
国有企业公司治理的制度安排	莫述村(87)
浅析国有独资公司的性质	刘 毅(95)
完善国有独资公司法人治理结构的法学思考	吴 蕾(103)
论我国国有独资公司监事会制度	蓝 澜(110)
关于职工董事和职工监事参与公司治理结构的思考	

.....	田睿娟 凌 琳(117)
论我国国有上市公司对独立监事制度之引入	
——兼谈独立监事与独立董事职能之区分 ...	肖小晶(125)
公司股份回购的制度研究	
——兼议股份回购对我国国企改革的立法完善	
.....	纪丽芬(133)
论法律在自然垄断型国企改革中的作用	戚红梅(140)
浅议我国国有企业管理层收购(MBO)及其法律障碍	
.....	李 怡(146)
论我国上市公司实施管理者收购的问题	彭 玲(155)
国有企业“内部人控制”问题及法律规制	汪箭舸(159)
浅析国有企业改革中债转股的法律问题	何 丽(165)
论股东派生诉讼制度在国有企业监督中的运用 ...	黄晓权(169)
国有企业改制中职工权益的法律保护	陈豫军(175)
信托制度在国企改革中的运用	陈 光(182)
试论国有企业经理控制权的膨胀与再控制	罗 剑(188)
国企人力资本产权特性与经营效益	任 刚(198)
试论国有商业银行公司治理问题	赵 斌(204)
国有企业改革的一点新思路	
——铁路行业引入竞争机制的可行性分析 ...	李亮国(215)

配套改革措施方面的法律问题研究

企业国有产权交易探析	刘向阳(227)
国有股减持挫败法律反思	
——《减持国有股筹集社会保障资金管理暂行办法》之检讨	
.....	余艺颖(233)
外资并购国有企业相关法律问题研究	庄知宇(239)

浅谈社会保障制度与国有企业改革的问题	姚一鸣(250)
浅议保险市场国家监管的完善	吴 征(258)
试论以信托方式实行职工持股	李 晶(266)
国有破产企业职工失业救济浅析	朱艳萍(274)

国外相关问题立法研究

浅议西方发达国家国有资产管理模式	徐菲悦(285)
英美公司治理模式及其独立董事制度	杨雪宾(291)
日本旧三公社民营化的过程	(日本)上田尾一宪(297)
后 记	(309)

代序：论国家投资经营的若干法律问题

沈乐平

要掌握国企改革的全局和实质，就必须首先掌握和解决好国家投资的法律问题，即正确认识国家投资的来源、构成和分类，并按市场经济规律和现代企业制度的要求，选择国家投资的方式和形式，正确处理好国家与国有企业的法律关系。当前，我们理论界谈国企改革，却很少有人关注国家投资的问题。我认为从国家投资经营的角度来分析国有企业改革的法律问题才是问题的关键。

一、国有资产的构成与分类

1. 国有资产的构成

国有资产的构成，从法律上来说包括三个部分，它们是：①自然资源。我国《宪法》和有关法律的规定，山川河流、土地矿藏、森林草原、海洋滩涂等自然资源属于国家所有。②没收资本。国家凭借政治统治权力取得的各种类型的财产或财产权益。根据党的七届二中全会决定，人民共和国接管了帝国主义在华资本，没收了官僚资本，至1949年底共没收官僚买办企业2858家，从而奠定了国有经济的基础。③投资收益。国家以各种方式拨款、投资、入股及其采取各种政策措施，在社会再生产过程中取得各种收益、增大原有资本总量而形成的国有产权及其收益。

2. 国有资产的分类

上述国有资产从不同的角度可作出不同的分类，通常我们从三种角度来划分：①从资产的形态上分，包括有形资产和无形资

产。有形资产是指具有一定形状的实物资产，具体指货币、土地、房产、机器设备、各种自然资源等；无形资产是指不具有具体形状的非实物资产，如专利、技术、商标、著作等知识产权及商誉、商业秘密等。从形态上，还可以分为实物资产和价值资产。实物资产即有形资产；价值资产即有价证券，它是代表一定财产权利的法定要式凭证，是证券化的财产，包括股票、债券等，可以与实物资产实现交换。②从资产的地域上分，包括境内资产和境外资产。境内资产是指国家在中华人民共和国境内依法拥有的全部资产及其权益；境外资产是指国家在中华人民共和国境外，以各种方式拨款建设、投资、入股、购置等形式形成并作为出资者依法拥有的全部资本及其权益。③从资产的效能上分，包括资源性资产、公益性资产和经营性资产。资源性资产是指具有开发价值的国有自然资源及其权益和属国家所有的知识产权等无形资产及其权益；公益性资产是指国家以拨款、投资等方式形成并作为出资者在非竞争性生产经营企业、事业组织和作为所有者在国家权力、公共行政管理机关和社会公益事业单位依法拥有的资本及其权益；经营性资产是指国家以拨款、投资、入股等多种方式形成并作为出资者，在竞争性生产经营企业中依法拥有的资本及其权益，涉及到国有企业改革问题的主要是这部分经营性资产。

二、国家投资的法律形式

国家为了使国有资产增值保值，必然要进行投资经营。国家投资的形式是多种多样的，国有资产的存在形态自然也是多种多样的。从法律上分析，国家投资的形式主要有三种，即股权、债权和国有独资企业。

1. 股权投资形式

国家将经营性国有资产经过投资行为的转换，使其资产形态不再表现为实物资产，而是表现为价值资产，具体就是股权。国

有资产形态的这种变化是与市场经济和现代企业制度的建立相适应的。

目前，股权已成为经营性国有资产存在的主要形态。据统计，2001年，我国的国有资产有109316.6亿元（不含资源性资产），经营性资产73149.3亿元，而其中国有企业中国有资产量为59827.2亿元，大多表现为股权形式。

当国家将经营性国有资产，通过授权投资机构用于股权投资时，授权投资机构与国有企业的关系就表现为股东与公司的关系，二者的关系应受《公司法》的规范。具体表现为：①国家授权投资机构持有国有企业的股份，无论源于投资形成，还是国家划拨，一旦形成持股关系，二者关系就应当受《公司法》规范。②国家授权投资机构持有的国有企业的股份，是普通股份，不应再被视作特殊的“国家股”，其运作由国家授权投资机构持股运作。除特殊公司外，股份转让不需要国资管理部门批准，某些特别重要企业的股份交易要报国资委备案。③用多种方式形成的国家授权投资机构对国有企业的持股关系，被持股的国有企业大体分为两类：一类是产业型集团的成员，其股份由集团的母公司持有即可；另一类是现在还由政府直接管理的企业，其股份可以用划拨或拍卖的办法给国家授权投资机构持有。

对国有资产采用股权形式进行管理，最关键的就是要与现代企业制度相适应，严格按《公司法》的规定来操作。

公司制的特征是责权的有限性和公司治理的法人性。责权有限包括责任有限和权利有限两个方面。有限责任是指公司出资人以其全部出资额为限对公司的治理承担有限责任。这种有限责任和有限权利是对称的，出资人同样以其全部出资额为限享有有限权利。那么，由谁来承担无限责任呢？这便涉及公司制的另一个特征，即公司治理的法人性。公司作为一个法人，能够独立对外承担民事责任。那么公司依据什么来承担民事责任呢？公司依据

其法人财产权对外承担民事责任。也就是说，公司法人享有对出资人出资所形成的实物资产的全部治理权利，同时也承担全部责任。出资人权责的有限性和公司治理的法人性使现代企业制度与传统的企业制度存在着根本的不同。

2. 国有独资企业的形式

是不是改革之后的国有资产形态仅仅表现为国有股权呢？答案当然是否定的。这是因为，并不是所有的国有企业都要进行股份制改造，甚至有些国有企业不能采取公司制的形式。

我们按照是否适于开展竞争，可以将一国产业划分为竞争性产业和非竞争性产业。非竞争性产业的特点是公共性、外部性和垄断性。正是由于这三性的存在，使得非国有经济不愿或无力进入该产业，从而也使得在该产业中主要存在国有独资企业。国有独资企业向社会公共产品领域、自然垄断领域自然应当是占绝对主导地位的。所谓“公共产品”，是来自于西方经济学的概念。它是指“那种不论个人是否愿意购买，都能使整个社会的每一个成员获益的物品”。国防就是典型的公共产品。公共产品的特点是消费没有排他性，享用与代价不对称。因此，国有独资企业介入公共产品行业也是国家职能的一种必然选择。既然企业的性质是国有独资，那么国有资产在这里的存在形态与传统的国有资产形态便没有什么区别，国家所拥有的仍然是国有独资企业中的实物资产。虽然由于这里的国有独资企业与其他公司制企业一样同处于市场经济的大背景下，其资产也表现为一定的价值，但该种价值形态与处于竞争性产业中的企业资产的价值形态具有完全不同的意义。该种价值形态只表现为对外交往中的价值计算和企业对内管理上的经济核算，不表现为内部出资人所有权和法人财产权的分离，企业仍然具有出资人所有权和法人财产权合一，从而价值资产和实物资产合一的性质。

3. 债权投资形式

债权投资也是使资产增值的一种重要形式。当国家投资于债券，特别是公司债券时，国家作为债权人，债权便成为国有资产的一种重要形态。需要进一步指出的是在现代市场经济中，有两种债权投资，即存量债权投资和增量债权投资。增量债权投资就是大家较为熟悉的出资购买某公司债券的形式；存量债权投资则是对已经存在的资产放弃所有权而取得债权的一种资本运营形式。存量债权投资在我国也已存在，比如在企业改革中出现的租赁制，实际上就是将存量国有资产由原来的实物形态变为债权形态的一种方式。

作为债权形态存在的国有资产与作为股权和国有独资企业存在的国有资产在性质上是完全不同的。无论是股权也好，国有独资企业也好，都还能表明国家的投资者身份，国家能够以投资者的名义对投入到企业中的国有资产的运营发挥一定的作用，承担一定的职能。在国有独资企业中，基本上是国有国营，国家的作用达到极限。即使在股份有限公司制的企业中，虽然国家不能直接干预企业的经营活动，但国家还是能够通过国家授权投资机构的持股对企业运营间接产生影响。但是，当国有资产表现为债权时，国家便完全从企业的实物资产的运营中跳了出来。债权人是没有资格参与企业的经营管理的，也就是说，国家债权投资形式，仅仅只是一种投资，国家作为债权人是外在于企业的。对于国有资产，除投资外还需经营的只有股权投资和独资经营两种。而这两种投资形式都涉及到国企改革的问题。

三、国家持股经营的法律问题

随着改革的深入，人们已经认识到必须要有一个持股机构来代替政府，成为国有资产的股东。也只有这样才能将政府的资产所有者职能与一般的社会经济管理职能分开，从而促进并最终实

现政企分开，从根本上保证国有资产的运营效率。因此国家授权投资机构应运而生。

国家授权投资机构这一概念第一次出现是在1993年12月颁布的《公司法》中，其中第20条规定：“国家授权投资的机构或者是国家授权的部门可以单独设立国有独资的有限责任公司。”但《公司法》及以后出台的中央有关政策法律文件中都没有对授权投资机构的概念进行解释。

国家授权投资的机构，实质上就是由国家单独出资形成的，经国务院或国务院授权的省级人民政府批准新设或改建设立的，代表国家对授权范围内的国有资产行使出资者权利，对国有资产承担保值增值责任，并经工商部门登记注册的特殊企业法人。其具体实现形式主要有国家投资公司、国家控股公司、国有资产经营公司和大型集团公司，它们一般都以母子公司的形式来构建，母公司国家授权投资机构，子公司是大量的国有企业。

国家授权投资机构，从法律形式来讲，和一般企业没有区别，仍然要按《公司法》来运行。但它的特殊性在于：①它是经营国有资本的最高级次的经营实体，一般股份公司和有限责任公司都在它之下，在它之上没有其他经营实体，只有代表国有资产所有者的政府；②它是经国家批准而采取国有独资形式的公司，它依据批准的公司章程运作，进行公司化经营；③它比一般的国有企业拥有更大的权力，主要包括投资权、融资权、资产收益的分配权、资产处置权、对外贸易权等；④它可以单独出资设立国有独资公司；⑤它的对外投资可能超过自身净资产的50%。

国家授权投资机构，对政府来说，它是资产经营者；对国有资产的使用者（子公司）来说，它又是法人控股股东或业主，也是国有资产的管理者、监督者，负有经营国有资产并使其增值保值的义务，它在政府与国有企业之间起着中介作用。

从经济性质上分析，国家授权投资机构是一种资产经营管理

机构，从法律地位上分析，它应该是国有资产的产权代理人，因为：①政府与国家授权投资机构的关系是政府（通过国资委）将国有资产委托或授权给国家授权投资机构经营管理而形成的，通过授权，政府已将国有产权让渡给了国家授权投资机构；②国家授权投资机构根据政府委托和授权对国有资产行使的是法人股东的监督和管理权力。同以往的国有企业不同，国家授权投资机构对其监督、管理只能依公司法，通过行使股东权利来实现，而不是直接干预。③政府和国家授权投资机构的行为都具有承受的责任关系。就是说，政府虽不对国家授权投资机构经营的后果承担直接的民事责任，但资产经营的最终结果，或使资产增值保值，或使资产损失减值，都由政府来承受。

这些分析表明，国家授权投资机构作为国有资产经营者与民法中规定的代理关系的法律特征基本相符。这也反映了国家授权投资机构作为国有资产产权代表人的法律地位。但国家授权投资机构的代理人的法律地位，与我国民法规定的代理人的法律地位还是不尽相同的。我国民法中规定，代理人必须以被代理人的名义实施法律行为，被代理人对代理人的活动承担直接的法律后果。而国家授权投资机构往往是以自己的名义进行产权运营活动，政府对它们并不承担直接的法律后果。

与其他大陆法系的国家一样，我国民法只承认那种以被代理人名义活动的直接代理行为。对于代理人以自己的名义进行活动的代理没有作出规定，但这种代理形式在我国经济体制改革中已经出现，如外贸代理。这是我们不能否认的事实。在英美法系中，这种代理人以自己名义活动，被代理人对代理人承担间接法律责任的代理被称为“间接代理”。因此，间接代理的规定也是有先例的。

综上所述，我国国有资产的持股经营主要是通过设立授权投资机构来进行的，其意义在于：通过设立国家授权投资机构，建

立起了“国有资产管理部門—国有资产授权投资机构—企业”三个层次的国有资产管理新体制。在上层实现了政府的社会经济管理职能与资产所有者职能的分开，建立了专门国有资产管理职能的机构；在中层实现了国有资产管理与国有资产经营职能的分开，政府将国有资产经营权以授权方式交由控股公司或集团公司等类似的授权投资机构，专职国有资产的经营；在下层，实现了国家终极所有权与企业法人财产权的分开，使国有企业真正成为独立自主、自负盈亏、自我积累、自我发展的商品生产者。

四、国家独资经营的法律问题

国家进行投资经营，作为国有独资企业形态与作为股权形态和债权形态存在的国有资产，其存在的国有资产在性质上是完全不同的。在国有独资企业中，基本上是国有国营，国家的作用达到极限。在股权形态中，国家不能直接干预企业的营运活动，仅仅是通过对国有股权的管理对企业运营间接产生影响。当国有资产表现为债权时，国家便完全远离企业的运营了，债权人是没有资格参与企业的经营管理的。

通常我们将企业按其法律形式分为独资企业、合伙企业和公司企业。从立法上来看，应当说，独资企业 and 公司企业有着不同的目的。独资企业由一个自然人投资并对其承担全部责任。而公司企业是为了累计更多的资本并将各投资人的风险限制在一定范围内而形成的一种法定的企业模式。两者存在的立法基础不尽相同。当随着某些行业的私人资本不能够累积到足够多而进入，或者即使能够进入却无利可图甚至于需要冒巨大的风险时，就必须有一个更加强大的市场主体来介入，那就是国家。相应的，也必须要有个与之相适应的法定的载体来运行。这一载体需要突破传统的公司法理论以便弥补传统公司的缺陷，发挥国有资本的最大效力。于是，结合了独资企业 and 公司企业的优点的国有独资企

业便应运而生。

我国《公司法》第64条规定，国有独资公司是指国家授权投资的机构或者国家授权投资的部门单独投资设立的有限责任公司。该条规定说明：①为了实现政资分开，国家并不直接经营国有企业，而是通过国家授权投资机构来经营；②国有独资公司是有限责任公司，具有有限责任公司的一般特征，也即从财产责任方面来看，作为国有独资公司惟一股东的国家对公司债务只承担有限责任。

公司法的规定也说明，我国公司法把我国的国有独资公司分为两类：一类是“国务院确定的生产特殊产品的公司或者属于特定行业的公司”。这一类基本上就是从事生产经营的那一部分国有独资企业。另一类是“可以由国务院授权行使资产所有者的权利的、经营管理制度健全、经营状况较好的大型的国有独资公司”。我们可以看出，国家投资公司、国家控股公司、国有资产经营公司和大型集团公司都是符合这一条款的国家独资公司，它们一般都是以母子公司的形式来构建。显然，本文在这里所说的国有独资公司是指的第一类国有独资公司，即从事生产经营而不从事控股、投资的那部分国有独资公司。

国有独资公司从理论上说应当属于外国法中的一人公司。一人公司是指股东为一人的有限责任公司。在国外，逐渐承认一人公司是公司法发展的潮流。各国对于一人公司的态度也在逐渐转变，经历了从“普遍禁止存在—有条件确认—允许设立”的发展历程。时至今日，在立法上允许一人公司的设立与存续，已经逐渐成为了大多数国家公司立法的通例。不过，关于一人公司的法律性质在理论界存在很大的争议。当前占主导地位的学说是特别财产说。该学说认为，一般公司享有权利能力的前提，是多数股东的联合，而一人公司享有权利能力的前提，则是单独股东将其财产作为对公司债权人的担保。这一观点突破了传统公司法认

为公司必须是股东联合的限制，将法人的独立财产与独立承担责任的法人基本理论运用于公司法，解决了一人公司的立法基础问题。

国有独资公司是特殊的一人公司，代表国家向国有独资公司出资人只有一个，即国家授权投资机构或国家授权投资的部门。从我国国有企业改革的实践来看，选择公司制除了筹措资金的考虑外，更多的是在建立现代企业制度以后，利用其特有的产权结构和治理、运行结构，转换企业经营机制，建立适应市场经济发展要求的产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学的现代企业制度。对于大多数国有企业而言，股权多元化和分散化是实现改革目标的必要手段，而在非竞争行业，在国民经济中必须要由国家独资经营。非竞争行业的国有企业，改革的目标主要侧重于其经营机制的转换，不可能也不必要用股权的多元化和分散化来实现其经营机制的转换。因此，一人公司具有的独资、股东有限责任的特点正好满足了这些特殊形式改革的需要，不但保证了国家作为出资者的权益，也能在产权关系和企业经营上实现政资、政企分开。这表明，国外的一人公司与我国国有企业改革的实践相结合，催生了我国的国有独资公司。

国有独资公司是适应我国国有企业改革的目标适时地建立的一种符合中国国情的，具有中国特色的特殊的有限责任公司形式。由于是一种制度的创新，在世界范围内都没有范本可以参照，是一种在我国国有企业改革实践中产生的一种特殊的有限责任公司形式，它不可避免地存在着一些局限性，这一制度还需在实践中不断发展和完善。

首先，在一般的有限责任公司中，股东的多元化会导致利益主体的多元化，从而使股东之间因为利益方面存在着对立而在行为上互相制约。同时，公司的内部组织机构健全，股东会、董事会、监事会分工协作互相配合、互相制约，股东会行使决策权、

董事会行使管理权，监事会行使监督权，这些决策行为、监督行为和执行行为都属于公司的自身行为。而在国有独资公司内部，投资主体的单一性决定了国有独资公司不可能实现股东多元化，也就不可能组织股东大会。因此，我国公司法规定国有独资公司不设股东会，由国家授权投资机构，授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项。这显然对于公司的发展存在障碍，为外部干预提供了条件。公司的股东虽然很明确，是国家，或者说是国家授权投资机构，但是，由于不设股东会，公司的决策将会受到来自公司外部的影响。国家授权投资机构如果过多地干预公司的内部决策，将会形成股东权的相对扩张。按照公司的传统理论，股东会作为公司的权力机构，行使公司的决策权。但是，如果没有了股东会，公司的全部决策都是来自于一个外部机构，将会没有公司的自主意志，无法按照公司本身的情况来制定适合于公司发展的决策。对于公司的发展来说，是没有益处的。此外，由于公司缺乏完备的监督制约机制，导致国有独资公司的内部人，特别是内部的高层形成“内部人控制”，而造成国有资产的损失。虽然在国有独资公司中有监事会的规定，但是，由于监事会“主要由国务院或者国务院授权的机构、部门委派的人员组成”，这些外部的人员很难真正有效地实施监督，使公司法的规定流于形式。因此，对国有独资公司内部监督机制的完善和健全是一个重要的新课题。

其次，公司法规定的国有独资公司的资产转让，依照法律、行政法规的规定，由国家授权投资的机构或者国家授权投资的部门办理审批和财产权转移手续。这一条是针对实践中大量国有资产的流失现象，为防止私人侵占或者变相侵占国有资产而制定的。但是，在实践中，却造成另外的负面结局，就是说国有独资公司的实行，并没能真正解决法人所有权与国家财产权的关系，也没能让国有独资公司真正享有公司法人财产权利，更没有为国