

国有企业治理法律 问题研究

徐晓松等 著

中国政法大学出版社

D922.291.914

15

2006

国有企业治理法律 问题研究

徐晓松等 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国有企业治理法律问题研究/徐晓松等著. —北京:中国政法大学出版社,2006.8

ISBN 7-5620-2947-4

I.国... II.徐... III.国有企业-企业法-研究-中国
IV.D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 102315 号

书 名 国有企业治理法律问题研究
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 12.375
字 数 300千字
版 本 2006年9月第1版 2006年9月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2947-4/D·2907
定 价 30.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所



内容提要

本书的基本命题是：在经济转型的背景下，中国国有企业治理法律问题的核心是国家出资人利益的保护，解决问题的根本途径，是以解决内部人控制问题为核心，全方位地建立对企业经营管理层的约束制度。具体而言，是在多边治理模式下，以改革和完善企业国有资产出资人制度、建立和完善国有企业高级管理人员的约束和激励制度为重点，同时调动利益相关者参与治理的积极性，引入银行债权人和职工对国有企业高级管理人员的监督。

围绕基本命题的论证，本书分以下五篇展开：

第一篇，国有企业治理的法律框架。首先，除布局的适当调整外，国有企业在中国存在的意义无须争论，因此国有企业的效益问题及资产流失问题不可能通过一部分国有企业的退出得到解决。其次，作为最终属于全体人民的国有资产，其运营过程中产生的特殊产权关系决定了，国有企业效益的提高在很大程度上依赖于国有企业高级管理人员的工作状况。因此从狭义的角度看，“代理”问题的特殊性仍然是国有企业诸问题产生的根源。在这个意义上，目前国有企业的效益问题以及国有资产流失的问题都是国有企业治理问题的表现。换言之，无论是国有企业的效益问题还是国有资产流失的问题，都与国家出资



人对企业失去控制有关。再次，尽管与公司治理具有密切联系，但国有企业治理与公司治理具有区别。国有企业治理的特殊范畴为：国有资产管理体制改革背景下的国有出资人制度、特殊银企关系下的银行参与治理、企业高级管理人员的严格监管等。上述三点决定了，在法律层面上，解决国有企业治理问题的途径与一般公司治理不同：国有企业治理法律框架的基础，一是国有出资人制度的进一步改革和完善，二是国有企业高级管理人员的约束与激励机制的建立。与此同时，考虑到企业国有资产出资人具有法律拟制的特性，为加强对国有企业高级管理人员监督的力度，应当采用多边治理模式，调动职工和银行债权人参与治理的积极性。

第二篇，企业国有资产出资人制度及其完善。首先，所有权主体的特殊性决定了企业国有资产的有效运营必须依赖一个完善的国有资产出资人制度体系。这一制度的核心是国有资产出资人的权利与企业经营自主权或自治权之间的相互独立和制约关系。因此，企业国有资产出资人制度是国家作为所有权人对国有资产经营管理进行控制的重要手段，是解决国家与国有企业经营管理层之间的利益冲突、防止企业国有资产流失、推进国有企业产权改革的重要保障。其次，笔者认为，就目前中国的情况而言，企业国有资产出资人制度的完善是国有出资人（国有股东）参与国有企业治理的关键，国有出资人制度完善的关键又在于实现其对企业国有资产的有效监管。而所有这些，都必须建立在对国有资产监管机构科学定位，并对其权利、义务、责任进行具体规定的基础之上。具体而言，针对目前国有企业普遍存在的经营管理者控制问题，必须以国有资产出资人监管权的强化为核心，完善现行法律制度，实现对企业国有资产的有效监管。对处于改革攻坚阶段的国有企业来说，对企业



国有资产的有效监管应当包括两个方面：一是常规性监管的完善，一是特殊性监管的强化。前者是对企业经营常态下国有资产的监管，后者是指对企业产权改革情况下国有资产的监管。由于目前我国国有经济进入了布局和结构调整阶段，因此后一类监管对实现国有资产的有效监管具有更加重要的意义，在某种程度上，此类监管的效果决定着改革的进程。

第三篇，职工参与国有企业治理的法律制度及其完善。首先，在我国，由于社会制度及经济体制的差异，作为企业主人的职工，其利益一直由国家来代表，因此在原有企业制度中，职工参与制度并不发达。虽然目前经济已经处于转型时期，但由于法律地位的差异，即使在多边治理框架中，职工治理在整个公司治理中作用的力度仍然不大。但在目前中国经济转型背景下，中国国有企业的职工所承受的更大的人力资本风险决定了他们参与公司型国有企业治理的必要性和迫切性，出于对人力资本的投资运作和投资回报的保护以及回避风险带来的监控动力，职工具有参与公司型国有企业治理的内在动力。其次，结合中国目前的情况，在实行职工等利益相关者参与的“共同治理”机制下，大力推行职工董事及职工监事制度是职工参与治理途径的有效选择。再次，现有一些法律、法规的规定虽然在一定程度上为职工参与公司型国有企业治理提供了法律保障，但这些规定由于未能明确规定职工作为治理主体的法律地位，加之过于简单、可操作性差，难以真正发挥职工在公司型国有企业治理中的作用，有待于进一步的修改和完善，为职工有效参与公司型国有企业治理，实现真正的“共同治理”机制扫除法律障碍。

第四篇，银行参与公司内部监督的法律问题研究。在转型经济的背景下，中国特殊的银企关系决定了银行在国有企业治



理中的重要地位，因此有必要通过立法强化银行在国有企业治理中的作用。笔者提出：以立法赋予银行享有公司内部监督权是银行参与国有企业治理的有效途径。基本思路是：首先，在转型经济背景下，我国公司特殊的融资结构所形成的特殊银企关系、国有企业股权监督虚置、外部控制权市场监督失灵、经理人市场未形成等无法在短期内解决的现实问题，决定了通过制度变革，允许银行通过行使公司内部监督权参加国有企业治理，是符合中国国情的现实选择。银行参与公司内部监督不仅有利于公司内部监督机制的完善，约束管理者的机会主义行为，提高国有独资公司和国有控股公司的公司治理效率，而且还有利于在我国目前情况下，保护银行和其他债权人的利益，防范金融风险。其次，笔者认为，目前经济学界及法学界对公司债权人参与公司治理的研究所形成的基本理论，在一般意义上论证了我国银行进入公司内部监督机构、参与公司治理在制度改革方面的合理性和正当性。再次，从具体制度设计的角度，银行参与国有企业公司治理的形式是行使监督权；参与途径是通过谈判派人进入监事会担任监事；与职工监事的监督权一样，银行监事的权力也将来源于《公司法》上的直接规定；银行参与国有企业公司治理在理论上是扎实的，也是符合我国目前实际情况的；与此相对应的法律制度框架应在《公司法》中以赋权性规范设立，同时需要加强监事的权力。

第五篇，国有企业高级管理人员约束与激励制度的完善。

首先，国有企业与一般商事企业在委托代理关系上具有迥然不同的特性，这将直接影响到国有企业高管激励约束机制的构建和有效运作，进而要求我们从一个新的视角去理解和运用代理理论，即现阶段中国国有企业高管激励与约束问题的解决必须以对国有企业特性分析为基础。其次，从法律层面对国有企业



高管激励与约束问题进行探讨，这一特殊角度限定了我们解决约束问题的切入点是主体权利、义务、责任的统一，并以此为基点建立委托人与企业高管之间的权利义务关系，最终将国有资产的经营责任落实到具体的人。再次，在国有企业高级管理人员权利、义务、责任统一的基础上，在约束到位的前提下，探索和寻找以市场经济为背景的现代企业制度下的激励手段，扭转目前国有企业高级管理人员激励错位的现状。根据以上思路，笔者提出，充分利用现有法律资源、结合中国国有企业的特殊性、构建国有企业高管对国家的信托责任制度，是建立国有企业高级管理人员约束与激励机制的关键，而以股权激励的方式建立新的国有企业高管产权激励制度是这一机制的重要环节。为此，必须对现行的相关法律制度进行改革。





前言

一、问题的提出

国有企业改革一直是中国经济体制改革的中心环节。1979年起至今，改革经历了以扩大企业自主权、承包经营和租赁经营为内容的放权让利阶段，以股份制改造、建立现代企业制度为内容的产权改革阶段，进入了以国有经济布局和结构调整为支撑的企业治理阶段。“据国务院国资委财务决算统计，2004年，全国13.78万户国有企业实现销售收入123 300亿元，比上年增长14.8%；实现利润7 525.4亿元，比上年增长52%；实际上交税金10 107.2亿元，比上年增长24.7%。国务院国资委履行出资人职责的中央企业实现销售收入55 997亿元，比上年增长26.6%；实现利润4 879.7亿元，比上年增长61.9%；平均净资产收益率达到8.5%，较上年增加3.5个百分点。”^{〔1〕}

实践证明，随着改革不断向纵深层层推进，国有企业从完全的政府附属逐步向市场经济主体转变，政企分开、搞活企业、

〔1〕数据来源：国务院国资委主任李荣融2005年7月12日在中国改革高层论坛上的演讲：“进一步推进国有资产管理体制和国有企业改革实现国有企业的体制创新和可持续发展”。载 <http://www.sasac.gov.cn/index.html>，访问时间2005年8月10日。



提高效率的改革目标在一定程度上得到实现。但与此同时，国有资产管理体制和国有企业改革还面临许多深层次的矛盾和问题。目前，国有资产监督管理体制框架虽然初步建立，但距政资分开、政企分开的目标还有相当距离；国有企业改革虽然取得新的进展，但大型国有企业公司法人治理结构尚有待完善；国有企业经营状况和经济效益虽然有了很大改善，但核心竞争能力不强、经营效率不高的问题仍然十分突出。而在国有企业仍然存在的诸多问题中，笔者认为最为突出的一是国有资产流失现象呈加重的趋势，二是国有企业经营效益仍然不高。

（一）国有资产流失问题

资产流失是改革以来国有企业的—个顽疾。但值得注意的是，近年来随着改革的深入这个问题呈发展态势。据有关资料统计，从20世纪80年代至今，国有资产平均每年流失达3500多亿元^{〔1〕}，流失渠道之广、流失数目之大堪称惊人。国有资产流失主要表现为：第一，隐蔽利润、虚假盈亏，私设“小金库”，搞账外循环造成国有资产流失。据有关地方调查，国有企业各类账外资产高达账内资产的20%以上。第二，乱投资、乱借款、乱担保造成国有资产流失。2002年，审计机关审计查出由于违规担保、投资和借款等，已给国家造成损失72.3亿元。^{〔2〕}第三，隐瞒土地使用权价值或人为降低土地权收益造成国有资产流失。据对6000多个股份制企业调查，依法处理土地使用权的不足9%，即使是对国有土地资产进行评估、处置

〔1〕 毕征才：“国有资产流失现状及对策”，载《铁道工程学报》2002年第3期。

〔2〕 财政部财政科研所课题组：“国有企业资产流失问题研究”，载《财政研究》2003年第11期。



的企业，土地使用权真实的价值也是难以体现的，采用国家股形式处置的，往往只是部分土地资产进入企业法人资产，而且，作为土地资产收益的那部分股息收入也没有安全保障。即使办理了土地有偿使用手续的改制企业，也只交纳了少量的土地使用权出让金。^{〔1〕}第四，低价折股、低价转让、职工股发行管理不严格、产权交易不规范或不当资产处置等造成国有资产流失。第五，逃避银行债务、拖欠税费造成国有资产流失。截止到2000年末，在工、农、中、建、交五家商行开户的62 658户改制企业中，被金融债权管理机构认定的逃废企业32 140户，占改制企业的51.29%，逃废银行贷款本息1 851亿元，占改制企业贷款本息的31.96%，其中，非国有企业9 844户，逃废金融机构贷款本息578亿元，占逃废改制企业贷款本息的31%。^{〔2〕}第六，低价贱卖造成国有资产流失。2003年秋，广西柳州农用运输车总厂所属的近1 000万元的房产以及价值超过5 000万元的职工生活区土地（5万多平方米），被下属公司以50万元卖给了一家私营房地产公司。^{〔3〕}第七，大股东掏空上市公司、子债母背、境外运作造成国有资产流失。第八，权钱交易、贪污受贿、侵吞公款、挥霍浪费造成国有资产流失等。

（二）国有企业经营效益低下问题

首先，国有企业效益的增长主要集中在少数大型企业和少数垄

〔1〕 财政部财政科研所课题组：“国有企业资产流失问题研究”，载《财政研究》2003年第11期，第29—30页。

〔2〕 纪益成：“经营性国资管理有关问题的探讨——企业重组中的国资流失问题及对策”，载《国资管理》2003年第5期。

〔3〕 “国企改制处置国有资产要有理有节”，载中国国企改革网，网址为 <http://soe.cnpre.com>，数据编号：SOE-C01130014212，发布时间：2004-03-09。



断行业，其他多数国有企业或非垄断行业效益未有明显改善，仍处于微利甚至亏损状态。以2000年为例，2000年实现利润排名前六家的国有大型企业实现利润达1457亿元，占全部国有企业实现利润的60.5%；与此同时，国有亏损企业占到国有企业总户数的50.7%，亏损额达1846亿元。2000年石油、石化、电力、电信四大行业国有企业实现利润共计1740.9亿元，占全部国有企业实现利润的72.3%，而其他多数行业利润未有明显提高，有的行业甚至全行业亏损。^[1]

其次，国有及国有控股企业的亏损状态仍然比较严重。2002年1—3季度，国有及国有控股企业每季度的亏损额都占规模以上工业企业的60%左右。一季度亏损企业亏损额414亿元，其中国有及国有控股企业亏损额257.1亿元，占62.1%；前二季度亏损企业亏损额664亿元，其中国有及国有控股企业亏损额398亿元，占59.9%；前三季度亏损企业亏损额897亿元，其中国有及国有控股企业亏损额540亿元，占60.2%。1—10月份，亏损企业亏损额961亿元，其中国有及国有控股企业亏损额578亿元，占60.1%^[2]。2002年，国有亏损企业7.9万户，其中，处于一般竞争性行业的有6.2万户，占到78.7%^[3]。

再次，与其他经济类型工业企业相比，国有及控股企业经济效益不高，竞争力低下（参见表1、表2）。以总资产贡

[1] <http://paper.studa.com/2003/11-6/2003116163633.html>.

[2] 国家计委宏观经济院课题组：“2002年工业经济运行特点及2003年趋势预测”，载《国有资产管理》2003年第3期。

[3] 侯孝国、陶瑞芝：“2002年我国国有企业资产分布结构基本态势分析”，载《国有资产管理》2003年第9期。



献率和全员劳动生产率两个经济效益指标为例：1998年，国有及控股企业总资产贡献率为6.51%，低于集体工业企业、联营工业企业、股份有限公司、港澳台工业企业和外商投资企业，其中集体工业企业总资产贡献率为10.35%，比国有及控股企业高出3.84个百分点；全员劳动生产率为每人每年29054元，低于联营工业企业、股份有限公司、港澳台投资企业和外商投资企业，其中外商投资企业为64682元，比国有及控股企业高出一倍还多。2002年，国有及控股企业的总资产贡献率上升为8.71%，但依然低于集体工业企业、联营工业企业、股份有限公司、港澳台工业企业和外商投资企业，其中集体联营工业企业总资产贡献率为11.77%，外商投资企业为11.30%，股份有限公司最高，为12.59%，高出国有及控股企业3.88个百分点；全员劳动生产率提高为65749元，依然与全员劳动生产率最高的股份有限公司差46613元。另外，国有企业的净资产收益率很低。2002年，国有工商企业平均净资产收益率仅为2.4%，一般竞争性行业国有工商企业的净资产收益率更低，为1.2%〔1〕。2003年，国有工业企业净资产收益率为6.9%，而非国有工业企业为11.7%，国有的净资产利润率远远低于非国有的净资产利润率，而且，这只是一个账面上的利润〔2〕。

〔1〕 黄景安、王海琳、徐赫：“2002年我国国有资产总量增长的基本特征”，载《国有资产管理》2003年第8期。

〔2〕 张文魁：“不要让国企来养人新国资时代（一）”，载《经济观察报》，2003年12月29日。



表 1^{〔1〕} 按主要登记类型划分的工业企业总资产贡献率之比较 (1998—2002) (%)

	1998	1999	2000	2001	2002
国有及控股企业	6.51	6.77	8.43	8.17	8.71
集体企业	10.35	10.39	10.98	10.93	11.77
联营企业	7.42	6.68	8.50	9.52	9.52
有限责任公司	5.89	5.58	6.63	7.17	7.40
股份有限公司	8.44	8.84	14.41	12.85	12.59
港澳台投资企业	6.70	7.34	8.89	8.68	9.35
外商投资企业	6.82	8.46	10.52	10.74	11.30

表 2^{〔2〕} 按主要登记类型划分的工业企业全员

劳动生产率之比较 (1998—2002) (元/每人每年)

	1998	1999	2000	2001	2002
国有及控股企业	29 054	35 741	45 998	54 772	65 749
集体企业	28 627	31 577	35 581	38 916	43 556
联营企业	30 245	36 521	46 465	53 156	64 185
有限责任公司	26 366	29 950	36 140	43 338	50 744
股份有限公司	40 827	48 231	89 639	103 293	112 362
港澳台投资企业	44 147	49 267	58 102	59 139	62 508
外商投资企业	64 682	79 046	89 976	98 413	106 075

综上, 经过三个阶段国有企业改革的推进后, 国有企业效益状况有了明显改善, 但主要集中在少数大型企业、中央企业

〔1〕 数据来源:《中国统计年鉴 2003》, <http://www.gse.pku.edu.cn/year-book/dataset/index.htm>。

〔2〕 数据来源:《中国统计年鉴 2003》, <http://www.gse.pku.edu.cn/year-book/dataset/index.htm>。



或少数垄断行业，效益改善很不平衡，多数企业或行业效益改善并不明显，处于微利甚至亏损状态；国有及国有控股企业的亏损状态依然严重；国有及控股企业相对于其他类型的企业，整体效益依然偏低，竞争力不高。国有企业效益低下的状况并未得到根本改善，深层次的矛盾仍然存在。

（三）评价及思考

笔者认为，上述问题不是老调重弹。首先，随着放权及股份制的实施，政府行政权逐步脱离国有企业的管理，但面向市场、具有自主权或自治权的国有企业却仍然不能摆脱效益低下的命运，说明其仍然缺乏经营动力；其次，在许多国有企业改制为公司、国有企业的产权关系较之改制前相对清晰的情况下，国有资产流失反而日益严重，甚至成为进一步改革的瓶颈，^{〔1〕}至少说明国家作为出资人，在一定程度上对国有企业失去了控制。

因此笔者进一步推论：作为搞活国有企业、提高其效率的主要改革手段，早期的放权让利及后来的公司制改造，一方面取得了政企相对分离、提高国有企业活力的效果，另一方面却由于政府国有资产管理体制改革的相对滞后，相关的国有资产管理运营管理制度——特别是国有企业高级管理人员控制制度的缺失，无论是已经改造为公司，抑或是仍然在传统体制下，自主权（自治权）扩大之后的国有企业，均程度不同地表现出内部人控制现象，对改革产生了消极影响。概而言之，在产权改革取得进展的同时，国有企业的治理问题开始显露出来。

那么，什么是国有企业的治理问题？学术界对此进行了哪

〔1〕 2004年由“郎顾之争”引发、涉及国内经济学界和法学界的关于国有企业改革的大讨论充分说明了这一点。



些研究？

二、国有企业治理问题的研究现状

检索中国学术期刊网，1994年—2005年间，国内以国有企业治理为篇名的相关文献总计135篇，以国企治理为篇名的相关文献总计21篇，中国优秀博士及硕士学位论文全文数据库（1999—2005）以国有企业治理为篇名的相关论文总共10篇，（截止日期2005年6月17日，以下同）。如此多成果似乎昭示国有企业治理理论研究已面面俱到、很难突破。但若详阅上述论文则可发现，现有理论成果多为经济学、管理学之学术眼光，而法学视角的审视则尚付阙如（上述166篇论文中直接以国有企业治理为题从法学角度探讨的仅仅1篇《国有企业治理结构的法律思考》，由贵州师范大学马克思主义哲学专业硕士生刘齐文所著），而在著作方面也是乏善可陈，至少在我们的阅读视野内，专门论述国有企业治理的法律著作不曾发现。

若扩大范围，就国有企业为题之法学论文检索中国学术期刊网，1994年—2005年间，以国有企业为篇名的相关文献总共22484篇，其中在法学刊物上发表的法学类论文有200余篇（不完全统计）；中国优秀博士及硕士学位论文全文数据库（1999—2005）国有企业为篇名的法学论文总共8篇。从这些法学类论文的内容看，对国有企业法律视角的研究大致围绕以下问题进行：国有企业产权、国有企业破产、国有企业改制、国有企业并购、国有企业定义、国有企业职工持股、国有企业债



转股等。^{〔1〕}

以公司型国有企业为检索对象，中国学术期刊网（1994年—2005年）以国有公司为篇名在法学刊物上进行模糊检索，查到法学类论文共约60篇（不完全统计），其中与国有企业治理相关的约40篇，涉及的主要内容为：国有独资公司的治理结构、国有控股公司的组建及运作、国有公司治理结构的法律问题。^{〔2〕}另外，就国有公司治理而言，在其他一般公司治理方面的法学论著中偶也涉及，因不为专题论述在此从略。

综上所述，笔者作出以下简评：首先，国内学术界对国有企业治理的研究多集中在经济学领域，法学界对此着力甚少，因此对国有企业治理的研究缺乏法律制度层面的思考和设计；其次，法学界为数不多的研究成果具有两个特点：一是缺乏对国有企业治理问题的专门系统研究，二是对国有企业治理提出系统论点之作，往往也囿于公司治理固有理念之禁锢，仍有意无意以股东利益至上为前提，仅侧重于企业内部机构制衡之完善。因此存在的问题是，由于缺乏对中国转型经济背景下国有

〔1〕 代表性论著有：刘凯湘：“经营权与国有企业产权性质”，载《中外法学》1997年第2期；方杰：“国有企业破产兼并的法律思考”，载《政法论坛》1997年第3期；刘股东：“推进国有企业公司制改革的法学思考”，载《中国法学》2000年第1期；李国海：“论股份制改革条件下国有企业的法律界定”，载《法商研究》2001年第5期；聂德宗：“职工持股与我国国有企业的股份化”，载《政法论坛》1999年第2期；项宏峰：“可转换公司债与国有企业”，载《法学》1999年第5期，徐晓松：《公司法与国有企业改革研究》，法律出版社2000年版。

〔2〕 代表性论文见：柳经纬：“论国有独资公司”，载《法学研究》1996年第5期，徐晓松：“论国有独资公司的运行及国有资产所有权行使方式的变革”，载《现代法学》1995年第6期；徐晓松：“论国有控股公司组建及运作的法律规范”，载《政法论坛》1998年第6期；张悦、周或：“对我国国有企业公司治理结构的几点思考”，载《云南大学学报（法学版）》2004年第2期。