

最新修订

全面收录《证券法》、新《合同法》相关内容

现行法律漏洞

的不当利用与防范全书

主编 袁仁辉



九洲图书出版社

0103687

D7-1

4-1

9400308

现行法律漏洞 的不当利用与防范全书

(中卷)

主 编 袁仁辉
本卷主编 翟 东

九州图书出版社

DANGLIYONGYUFANGFANQUANSHU

现行法律漏洞

的不当利用与防范



九州图书出版社

DANGLIYONGYUFANGFANQUANSHU

第二编

经济法律漏洞 · 不当利用与防范

第一篇 市场主体法律漏洞： 不当利用与防范

第一章 企业法律漏洞：不当利用与防范

一、 国企治理结构：亟须规范

【法条摘抄】略

【专家指漏】产权过分集中，决策政企合一 代理成本过高，代理效率低下 “内部人控制”严重，法人治理机构失衡，集体合谋寻租 董事会并非一定“懂事” 企业家形成机制存在障碍

现代公司制度中，投资者所有权转化、分离为股权和法人所有权，而在公司运行过程中，股权与法人所有权、法人所有权与经营权进一步发生分离，从而形成股东、公司法人、公司经营者之间的清晰的产权关系，构成了现代公司的权力机构、决策机构及执行机构的三权有效制衡。这就是我们所说的现代公司法人治理结构。我国国有企业改革的方向是建立现代企业制度。现代企业制度的基本组织形式是股份有限公司和有限责任公司。而公司制企业的核心制度是具有完善的法人治理结构。我国不少国有企业已转为公司制企业，但由于法人治理结构不健全，致使企业经营机制没有根本转变。

专家以为，我国公司企业治理结构存在的主要问题有：

（一）产权过分集中，决策政企合一

我国公司制改造由于是在传统的国有企业基础上进行的改革，因而不可避免地出

现了现阶段公司制中的产权过分集中的现象，国有股和法人股处于绝对控制地位（一般占70—80%的股权比例），产权的过分集中会带来许多非效率的结果，最主要的是企业经营机制很难得到真正转变，政企很难真正分开。

1. 股权设置不合理。一般强调直接设置“国家股”，并必须占有绝对控股地位，而由于目前“国家股”代表尚未落实，所以国家股代表仍多是政府官员参与董事会，并实际上以控股身份控制董事会。

2. 董事会决议，甚至股东大会的决议，仍需报主管部门审批，董事长（总经理）依然是上级主管部门委派，企业决策机构依旧带有执行机构的功能。

（二）代理成本过高，代理效率低下

1. 关于代理成本问题

根据代理理论的分析，出资者（股东）与决策者、经营者（董事、经理）之间存在着委托——代理关系。委托人力图有效地监督代理人的行为，考核代理人的业绩，并防止代理人的经营行为偏离委托人的目标和利益，而代理人由于与委托人目标和利益有不一致之处，有摆脱委托人控制倾向。当委托人无法完全有效控制代理人的行为时，就

必然产生代理人的机会主义行为,在一定的条件下,经营者作出违背出资者利益的事情来,这就是代理问题。

产生代理问题的原因主要是,所有者与经营者之间的信息不对称,当所有者直接控制着企业时,就不会存在这种代理问题,而现代公司由于规模扩大,股权分散,出现了没有持股的经理人员却掌握着实权的所谓“经理革命”以后,众多的股东由于把资产支配权交给了公司的经营者,他们不可能深入了解公司全部的经营情况,在这种情况下,再完善的制衡机制也不可能避免经营者的“侵权”行为。

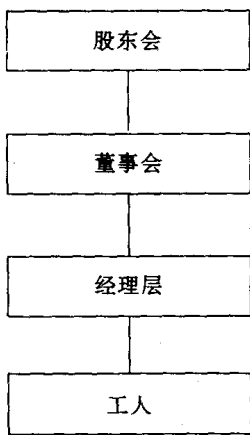
2. 中国目前企业中代理结构与代理问题

中国企业的代理结构主要是中央政府、地方政府、企业领导阶层以及工人,中央是通过地方和企业两层中间代理人来对国有

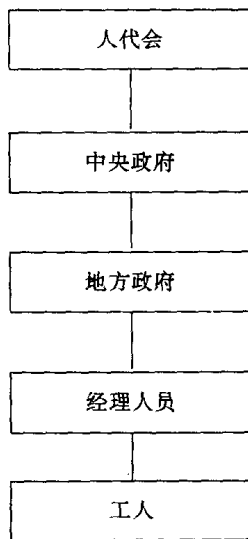
企业的运转进行管理。我国传统国有企业以及目前公司制企业与西方股份公司的委托——代理关系层次图见下页:

可见,传统的国有企业及目前我国现代公司的委托——代理层次都要比西方公司多,而委托代理层次是决定代理成本的主要方面之一。国有资产的代理是由多层次、多主体的代理者构成的一个代理体系,这种代理关系扩大了委托与代理的距离,增加了剩余索取者的人数,扩大了信息不对称。由于每个层次的代理者都不同程度地存在机会主义行为倾向,所以每一级代理人的权利、义务在多层代理中被稀释,最初委托人的产权目标得不到贯彻,代理者的效率将会随着委托——代理层次的增加而不断降低。

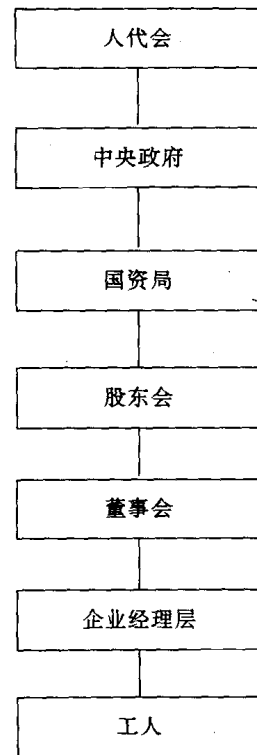
(三)“内部人控制”严重,法人治理结构失衡,集体合谋寻租



(1)西方股份公司委托—代理关系



(2)中国传统国有企业委托—代理关系



(3)中国现代公司制改造中的委托—代理关系

“内部人控制”问题是由美国斯坦福大学的青木昌彦针对前苏联、东欧社会主义国

家特有的情况而提出来的,是指从前的国有企业的经理或工人在企业公司化的过程中获得相当大一部分控制权的现象(青木昌彦,1994)。实际上,从广义上讲“内部人控制”问题就是代理问题。

随着企业改革,自主权的扩大,企业内部人控制问题因为产权及制度性的原因可能更严重,因此导致了下列结果:

1. 公司治理结构失衡

我国现代公司制改造出现的治理结构表现为两种模式:一是行政干预的公司治理结构。这种企业制度与以往的国有企业制度没有什么区别,公司的董事长、总经理等仍由上级主管部门任命,企业内部的生产经营、投资、决策、劳动人事、工资分配等仍由上级直接干预;二是企业出现了“无所有者控制”的内部人控制状态。企业内部的国有股代表仅是形式,或干脆由原厂长、经理担任,公司董事长、总经理、党委书记集三者于一身,使得决策职能、执行职能、监督职能合一,没有有效的监督机制。上述两种状态都使我国现行公司的治理处于失衡状态,特别是我国企业内部人控制的一个极为重要的特征是“事实上的”内部人控制,即掌握控制权的内部人在法律上并不拥有企业的产权,但由于这种内部人掌握的剩余控制权与剩余索取权和资本所有权没有统一,因此就会造成资本的浪费、效率的损失,结果就会出现集体合谋寻租的行为。

2. 集体合谋寻租

经理人员一方面与职工结成联盟,在企业留利中,尽量减少积累基金,增加消费基金,使分配向消费倾斜,出现了企业效益下降,甚至亏损,而企业职工人均工资和奖金却一直在增长的怪现象,这与典型的资本主义企业因为经理人员代表所有者的利益与工人有利害冲突是根本不同的;另一方面企业经理又与地方政府联盟,希望总利润在国家与企业之间分割中尽量增加企业的份额,

企业留利越多越好,导致了企业短期行为严重,这种双重的合谋行为使企业经理人员扮演了双重的复杂的角色:一方面经理人员代表政府,在我国人事任免制度中企业经理人员主要由政府任命,经理人员眼睛盯着政府的官位,而不是市场,他们没有摆脱计划经济的影响,往往听从于上级的行政命令,来安排企业的重大经营决策;另一方面,他们的目标也是追求自己收入的最大化,在固定酬金已定的情况下,他们会寻找工资以外的其它消费来增加自己的收入,或利用自己的权力地位来进行权钱交易。

(四) 董事会并非一定“懂事”

1. 董事会的产生和运作不规范

我国公司法规定,企业的一切重大经营决策由董事会决定,公司董事会由股东大会选举产生,但一些公司股东大会根本没召开,董事会就产生了,董事长的选举多是上级任命或选举之前与主管部门协商,征得上级主管部门的同意,董事的任命或解聘也不是召集股东大会来决定,实际上董事会的产生具有相当大的随意性,由政府机构指派,由于没有立法及合理的报酬,董事往往不敢或无意发挥独立行事的功能,使董事会变成承转上级行政领导命令的傀儡,失去了董事会应有的作用。

2. 董事会的构成不合理

如何有效地发挥董事会的作用,最重要的取决于董事会的人员构成。董事应当具有本公司经营的专门知识和经验。理想的董事人选是企业 and 金融机构的高层管理经理人员,以及法律、财会和教育方面的专家。而我国公司董事会中的董事大多是党政干部或上级主管部门的人员,董事会和经营管理层往往合一,常常是一班人员两个机构,董事会的作用相当于管理委员会,所以我国董事会的职能主要是管理职能而非监督职能。董事长对内应是股东大会和董事会开会的主席,对外代表公司。由于我国董事长成为

事实上的委派,董事长兼任国有企业国有资产代表的身份,很容易把企业引向老路,使所有权与经营权合一,更无法代表企业。

3. 董事会、职代会、工会的关系没理顺

有些企业改组公司制,热心于成立新三会,而把职代会和工会的职能削弱,或者因为公司董事会中有职工代表,监事会中也有一定比例的职工代表而取消职代会和工会组织;或虽然设置职代会、工会组织,但形同虚设,根本不开大会讨论企业的重大问题。

4. 董事会、监事会和党委会的关系没有理顺

由于三者都有监督保证的含义,因而往往把三者的职能混同,因此削弱或取消监事会、党委会的情况都有,这样也影响了董事会作用的发挥,因董事会主要是决策指挥权,监事会是监督企业的正常合法的经营,而党委会是保证监督企业贯彻执行党的路线、方针、政策,三者应明确分工,各负其责,确保董事会的决策指挥功能的正常有效地发挥。

(五) 企业家阶层形成机制存在障碍

在传统的体制下,在国有企业中,很难说有真正的企业家存在,这是企业管理体制决定的。目前我国企业家阶层问题,主要来自以下原因:

1. 传统体制影响企业家阶层的形成

传统体制下,对企业家的约束机制主要靠行政约束,行政主管部门对企业的人、财、物、产、供、销自上而下按严格的行政等级进行管理;结果企业的领导人一般也与企业的行政地位有相应的行政级别,国有企业的领导人不是企业家,而是官员、干部。企业的领导人是由上级主管部门直接任命,考核的依据也并不是以经营企业好坏为主,而是看其行政表现,因此,企业领导人追求的目标不是资产的有效增殖,而是完成上级的行政计划,企业领导人的眼睛不是盯着市场,

而是盯着市长,盯着上级领导,追求自身职位的晋升和权力的大小。

传统企业下的领导人根本没有生产经营自主权,企业经营的好坏也与他无关,企业领导人处于服从、被动及依附的地位上,这种体制必然造成企业领导人没有潜力,也没有动力,缺乏企业家应有的创新意识和创新精神,因而直接影响了企业的生产经营。

2. 企业家阶层形成的激励机制空缺

长期以来,我国国有企业对企业领导人几乎没有激励机制,企业的厂长、经理往往是凭借自己对工作的责任心、事业心、使命感甚至良心去工作,他们所得的往往是一些荣誉,如优秀企业家、劳模等称号的精神鼓励,企业家承担的责任、风险与所得利益不对称,不成比例。企业家的收益并没有与承受的风险、付出的劳动以及取得的成果挂钩,而往往是与职工工资挂钩,一般规定不应超过职工平均工资的一定数量和一定比例,这显然是不合理的。其主要是不重视企业家的特殊贡献和利益,不承认人们在经营和创新能力上的差别和由此产生的不同经济效益,进而抹煞了人们在收入分配上的差距。

3. 企业家阶层形成的约束机制空缺

一方面我国企业家的收入与贡献不对称,名义上收入不高,另一方面弄虚作假,化公为私的现象又不少,在职消费现象严重,国有资产因之造成的损失浪费相当惊人,国家却无力约束企业领导人的行为,这就形成了我国企业家阶层特有的怪现象,也因此制约了我国企业家的健康成长。这种约束机制的缺乏表现为:(1)企业家决策风险机制不健全。改革开放以后,企业有了更多的经营自主权,企业经营者也有了更大的决策权,但决策的成功与失败对经营者没有很大的联系,尤其是百万元、上千万元的决策项目失误,对经营者没有风险责任,这也就造成经营者对决策不负责任的态度,反正损失

的是国家资产,国家法律在刑事上又没有制裁措施。(2)市场约束机制不健全。企业经营者的好可以或多或少有些奖励,而干的不好,也不存在优胜劣汰的市场竞争机制,经理市场还没有形成,也构不成对企业兼并的威胁。常常发生的情况是:在这个厂经营亏损,国家又将其调入另一厂当厂长,他一不丢职,二不丢钱。所以,在这种毫无约束机制的环境下不可能存在真正的企业家。

【典型案例】“官倒”公司成立 问题接踵而至

原告(二审上诉人、申请再审人):广东省阳春县人民政府

被告(二审被上诉人、被申请再审人):广东粤海进出口公司惠阳分公司

案情介绍:

1986年6月3日,广东省阳春县开发总公司(以下简称:开发总公司)企管部、广州购销部的承包人方基与原惠阳地区外经咨询服务公司(惠阳粤海公司的前身,以下简称:咨询公司)签订了购销油绿豆合同。合同约定:企管部与广州购销部供给咨询公司中等级油绿豆5000吨,每吨1100元,总金额为550万元;在南通港船上平仓交货,6月25日前交完;咨询公司预付30%货款,余款于交货后三天内付出;违约方按货款总额3%罚款。同年6月5日,咨询公司依约将165万元预付款汇票转入开发总公司企管部在广州开设的银行帐户。同一天,开发总公司企管部出具了收款收据给咨询公司。同年6月7日,方基以自带汇票的形式转给安徽省阜阳市农业银行、河南省周口市农业银行100万元和20万元作为购货款;余款以退夹板款联营的名义汇给广州市木材供应公司第三供应站和封开县平风农工商贸易公司广州购销部等单位。后因合同约定的绿豆货源无法落实,咨询公司遂要求退回预付货款。同年9月11日,开发总公司广州购销部、企管部向咨询公司制订退款计划,

保证在年底退清,但未履行。此后,方基除将2989.5公斤兔毛交给咨询公司折款164422.5元抵作退款外,尚欠1485577.5元没有归还。咨询公司为收回欠款,遂于1986年10月15日对开发总公司广州购销部、企管部提起诉讼。因广州购销部、企管部随开发总公司一起被撤销,原惠阳地区中级人民法院遂将广州购销部与企管部的诉讼主体变更为阳春县人民政府。

一审法院受理后查明以下事实:

(1)开发总公司设立及脱钩情况。1984年10月10日,县政府批准成立开发总公司,企业的开办及主管部门为县政府办公室,申报的注册资金80万元,但县政府并未投入任何资金。阳春县工商局于同年10月12日核发了营业执照。总公司实行独立核算,赵和担任经理,下设企管部、广州购销部等机构。

1985年3月9日,赵和又被任命为阳春县外经委副主任。同年5月13日,县政府以春府发(1985)39号文通知开发总公司与县政府脱钩。同年6月15日,县政府以春府开(1985)15号文,免去赵和外经委副主任的职务,并将赵和的工资关系从县外经委转至开发总公司。同年7月31日,开发总公司到阳春县工商局办理了政企脱钩后换发营业执照的手续。

1986年5月19日,县政府以春府办发(1986)56号文重申开发总公司撤销后有关问题的处理意见。同年10月8日,开发总公司向阳春县工商局提出了工商企业歇业申请,县政府办公室在歇业申请登记表的主管部门一栏里盖章同意,并加具了处理意见。同年10月21日,阳春县工商局批准该公司的歇业申请。广州购销部、企管部等亦随之歇业。但开发总公司撤销时并未成立清算组织。

(2)广州购销部情况。1985年10月7日,开发总公司申请设立广州购销部,注册

资金 50 万元,开发总公司也未投入分文。广州市工商局于同年 10 月 19 日核发了有效期为一年的临时营业执照。负责人由总公司经理赵和兼任,实行独立核算。广州购销部没有经营阳春县境外农副产品的权利能力。总公司下设的企管部没有向工商局申领营业执照。1985 年 11 月 12 日,开发总公司将企管部发包给广州市居民方基承包,后双方又签订补充协议,开发总公司将广州购销部也发包给方基经营。但本案纠纷发生后无法找到方基的下落。

(3) 咨询公司情况。1987 年 1 月 3 日,咨询公司变更为惠阳地区外经实业公司,随后又于 1987 年 7 月变更为广东粤海进出口公司惠阳分公司(以下简称:惠阳粤海公司)。该公司有农副土特产品的经营权。

审判理由及结果:

本案的争议焦点和解决问题的关键,均是如何认定阳春县政府与开发总公司的关系,即两者是否真正达到了国家政策所规定的“脱钩”标准,因此,在案例选材上也主要涉及这一问题。

(一) 一审审判理由及结果:

原惠阳地区中级人民法院审理认为:双方签订的合同应认定为无效,广州购销部应将 165 万元预付货款返还咨询公司。咨询公司违反规定预付货款的利息应作追缴处理。开发总公司是县政府批准开办的企业,广州购销部是经县政府同意,由总公司申请登记的。广州购销部在正式歇业前所签订的经济合同,作为批准设立总公司及广州购销部的县政府负有清理债权债务之责。开发总公司及其广州购销部属党政经商的产物,根据国务院《关于进一步清理和整顿公司的通知》第 3 条和中共中央、国务院《关于进一步制止党政机关和党政干部经商、办企业的规定》第 6 条的规定,县政府对其直接批准成立的开发总公司及其广州购销部的债务承担连带清偿责任。根据《中华人民共和国经

济合同法》第 7 条第 2、4 项和第 16 条的规定,判决:(1) 双方签订的购销合同无效;(2) 阳春县政府应返还惠阳粤海公司 1485577.5 元;(3) 165 万元的利息 294410 元予以追缴,上交国库,由阳春县政府负责交纳。

(二) 二审审判理由及结果:

阳春县人民政府不服一审判决,向广东省高级人民法院提起上诉。广东省高级人民法院审理认为:双方签订的购销合同应认定为无效。广州购销部收到的预付货款,并非经办人方基用于私人开支。因此,县政府提出诈骗的理由不能成立。其预收的货款和利息应予返还。开发总公司与广州购销部已歇业,作为直接批准成立的县政府,依法应承担连带清偿责任。根据《中华人民共和国合同法》第 16 条第 1 款、《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第 151 条第 1 款第 1、2 项的规定,作出判决:维持一审关于购销合同无效的认定和阳春县政府负责返还惠阳粤海公司货款的判决。

二审判决之后,阳春县政府向最高人民法院和广东省高级人民法院提起申诉,请求依法再审改判。以后又向广东省人大常委会提出申诉。

(三) 关于阳春县政府与开发公司脱钩问题的调查:

1. 广东省法院的复查结论:

对阳春县政府与原阳春县开发总公司的脱钩问题,广东省法院审监庭合议庭复查后认为:县政府在一、二审时均未提供有关脱钩的证据材料,现在申诉时向本院补充了春府干(1985)15 号文和开发总公司 1985 年 7 月 31 日到阳春县工商局办理的政企脱钩后换发的营业执照手续。经审查,1985 年 5 月 19 日开发总公司被县清理整顿公司领导小组下文撤销后,同年 10 月 8 日开发总公司在工商企业歇业申请登记表中关于人员、设备、物资、税务、债务等处理安置情

况栏目注明：人员由县政府安排，原则上从哪里来回哪里去，公司没有欠债，八甲欠公司2万元货款由主管部门追回。在主管部门一栏里盖章的为县政府办公室，该办还加具了“请给予办理歇业手续”的意见。因此，认定县政府办公室在办理歇业登记手续时仍然是主管部门，并享受该公司应退回债权（2万元）的权利，根据权利义务相一致的原则，县政府对开发公司的债务负连带清偿的责任。省高级法院向省人大领导汇报时，认为县政府与开发总公司的脱钩，仅仅是表面的，是“明脱暗不脱”，或者至少可以说，这种脱钩是不彻底的。

2. 广东省政法委的调查结论：

(1) 县政府与开发总公司已经脱钩。省政法委认为：开发总公司的成立是有其一定的历史背景的，当时正值全民经商的浪潮兴起，应该说县政府也不可避免地受到这股浪潮的影响，除成立了开发总公司以外，在同一时期还分别成立了春发、春华、协和、兴华等党政机关开办的公司。但是，1984年12月4日中共中央、国务院下发（1984）27号《关于禁止党政机关和党政干部经商、办企业的决定》后，县委和县政府重视贯彻落实决定的精神，于同年12月13日作出了停办春发公司的决定，随后相继停办了春华、协和等公司。在多次会议上，县委、县政府都把进一步贯彻落实决定作为重要议题，并因此采取了一系列相应的措施，对现有的党政机关开办的公司进行停、转、并。

1985年3月3日，阳春县政府明确开发总公司为预算外企业，“实行自主经营、独立核算、自负盈亏，照章纳税，接受县财政审计的管理和监督。公司现职人员如属党政机关编制的，一律脱钩，列入公司编制。”同年5月24日县政府决定将赵和的工资关系从政府部门转给所在公司，接着于6月5日免去了赵和县外经委副主任的职务（县府同时也相继决定将其它公司经理的工资关系

转出政府部门和免去其所担任的政府部门的领导职务）。同年7月31日，开发总公司到县工商局办理了政企脱钩后换发营业执照手续。同年11月11日县政府为了贯彻《国务院关于进一步清理和整顿公司的通知》成立了清理整顿公司领导小组，重申政企分开原则，对全县228个公司企业进行有计划有步骤的清理整顿。1986年5月19日根据清理整顿的结果，春府办发（1986）53号印发了县清理整顿公司领导小组《关于清理整顿公司的处理意见》，决定撤销包括开发总公司在内的89个公司。同年6月15日，又对开发总公司撤销的有关问题作了补充规定，并强调“有关撤销公司的各项工作，限于今年6月底之前办理完毕。”但由于开发总公司经理赵和抓得不紧，以致使该公司于同年10月8日才申请办理歇业登记手续。

上述情况表明，县委、县政府确实作了相应的清理整顿工作。县政府与开发总公司脱钩的问题是有各种证明材料相互印证的，不是因发生经济纠纷后才拼凑补充的。因此，县政府与开发总公司在人、财、物方面已彻底脱钩之事属实。

(2) 县政府与开发总公司之间不存在“明脱暗不脱”的问题。省政法委认为，审核县政府与开发总公司是否脱钩，应以中共中央办公厅、国务院办公厅《关于贯彻执行〈中共中央、国务院关于进一步制止党政机关和党政干部经商、办企业的规定〉几个问题的说明》中的说明为准。据查，开发总公司经理赵和早在1985年5、6月间就已免去了政府部门的职务并将工资关系转入公司，春府（1985）39号明确开发总公司“公司现职人员如属党政机关编制的一律脱钩，列入公司编制。”春府发（1985）9号印发的《阳春县预算外企业管理办法》将开发总公司列为预算外企业，并规定：“预算外企业实行自主经营、独立核算、自负盈亏、依法纳税。”

春府发(1985)76号《关于加强预算外企业管理的通知》第7项规定：“主管部门不得参与利润分成，不得采用任何方式平调企业利润。”春府发(1985)100号《关于建设工程开发总公司等四个公司利润上交、留用问题的规定》规定，开发总公司“实行利润企业留用”。至于开发总公司的办公地方一直租用县委组织部招待所和春城镇居民林铁的房屋，并按时交纳租金。因此，仅以在歇业申请登记表中主管部门加具了意见、加盖了公章就认定其没有脱钩，是没有法律、政策依据的。是否“彻底脱钩”的认定标准只能根据1986年3月29日中共中央办公厅、国务院办公厅关于贯彻执行《中共中央、国务院进一步制止党政机关和党政干部经商、办企业的规定》几个问题的说明中第五项来衡量。从上述事实看，显而易见县政府和开发总公司是符合“彻底脱钩”规定的，并不存在“明脱暗不脱”的问题。至于开发总公司歇业登记表中注明由主管机关追回2万元货款的问题，应实事求是看待。据了解，当时开发总公司在撤销时，没有发现债务，根据公司债权债务情况，在歇业登记表中注明“公司没有欠债，八甲公司2万元由主管机关追回”，这是符合有关政策规定的。县政府在撤销开发总公司以后的追偿行为属清算性质。根据当时清算的客观实际，开发总公司没有欠债。法院认定县政府只承认权利，不承担债务是与当时的实际不符的。

(3) 开发总公司应以其自身经营管理的财产承担民事责任。通过调查，省政法委作出最终结论：开发总公司与县政府已根据中央有关政策精神及时脱钩，并在脱钩后依法在工商管理部門核准登记，取得法人资格，随后，县人民政府又根据《国务院关于进一步清理和整顿公司的通知》等有关政策及时撤销了该公司。在此之后出现新的经济纠纷与“因审核不当而造成严重后果的”是有区别的。所以，广州购销部与惠阳粤海公

司购销油绿豆合同纠纷案，应依照《民法通则》第48条规定的“全民所有制企业法人以国家授予它经营管理的财产承担民事责任”执行，由企业所经营管理或所有的财产承担清偿责任。因此，原审判认定事实不清，与客观实际有重大出入，根据《民事诉讼法》第177条第1款规定，省法院应对该案依照审判监督程序重新审理。

(四) 再审审判理由及结果：

县政府申请再审称：(1) 方基是广州购销部的承包人，应列为本案的共同被告；(2) 方基签订购销合同的目的是为了诈骗预付货款，本案应移送公安机关侦查；(3) 县政府成立开发总公司后，已与其彻底脱钩，应承担连带责任；(4) 广州购销部是实行独立核算的企业法人，应独立承担民事责任。请求再审撤销一、二审判决，改判县政府对开发总公司的合同只承担50万元的清偿责任。

惠阳粤海公司答辩声称：(1) 方基并没有虚构事实进行诈骗的行为，而是代理企业进行民事活动，不能列为本案的共同被告；(2) 广州购销部也是经县政府同意在广州设立的，是开发总公司的分支机构，不具有法人资格；(3) 县政府一、二审时均无法提供所谓“脱钩”的事实根据，开发总公司在歇业时，县政府仍是其主管部门，开发总公司的债务应由县政府清偿。

1992年12月7日，广东省高级人民法院再审认为：广州购销部、企管部与咨询公司在1986年6月3日签订的购销油绿豆合同，因广州购销部超越经营范围违法经营，企管部未进行工商登记而对外进行经营活动，违反了工商管理法规的有关规定，依法应认定为无效。合同无效的责任在于广州购销部与企管部。方基签订购销合同的行为，是企业授权范围内所进行经营行为，因此而产生的民事责任应由广州购销部与企管部承担。方基的行为是否构成犯罪，不影响经济纠纷案

件的审理，更不能免除企业应负的民事责任。由于广州购销部其开业申请登记表上载明的主管部门和申报单位均为开发总公司，故开发总公司应承担连带民事责任。开发总公司是政府开办的企业，在开办总公司时未投入注册资金，但县政府在再审期间向本院提供了于1985年间根据中央关于清理整顿公司的规定，在人、财、物方面与开发总公司脱钩的证据，经审查，应认定县政府已与开发总公司脱钩。开发总公司应承担的广州购销部的债务，不宜再逐级向上追究至县政府。鉴于开发总公司已撤销，应由县政府负责组织开发总公司的清算组清偿债务。经该院审判委员会讨论决定，以（1992）粤法经监字第2号民事判决书判决如下：

（1）维持原惠阳地区中级人民法院于1986年作出的判决和本院于1988年作出的上诉判决中关于认定合同无效及一、二审诉讼费分担部分的判决；

（2）广州购销部所欠的1485577.5元及其从1986年6月6日起至还款之日止的银行利息，应由阳春县开发总公司的清算组负责清偿给惠阳粤海公司。

1992年12月9日，广东省高级人民法院致函阳春县人民政府：关于你府与惠阳粤海公司购销油绿豆合同货款纠纷一案，已经本院再审查理终结。对于广州购销部应返还惠阳粤海公司的1485577.5元及银行利息，本院判决由其直接批准开办的主管单位阳春县开发总公司负责清偿，但开发总公司已被撤销，你府是开发总公司的开办及主管单位且你府在撤销该公司时，未按规定成立清算组织清理开发总公司的债权债务。根据省人大常委会法律委员会关于开发总公司撤销后债务由其清算组织负责清偿的意见，你府应尽快成立开发总公司的清算组织，负责对开发总公司的债权债务进行清理，以偿还惠阳粤海公司的债务，履行本院的再审判决。

注：

本案争议最大的问题是阳春县开发总公司是否与其主管部门及主办单位“脱钩”。这也是中国公司法上的一大特色，在这几年发生的经济合同纠纷中，有许多涉及到这一问题。本案虽然解决了，但读者仍可以根据所述案件事实对审判涉及到以及审判尚未涉及到的问题进行讨论。譬如：

1. 阳春县开发总公司是否是一个“官倒”公司？

在中国开始进行经济改革、从计划经济体制向市场经济转轨的时候，出现了许多由党政机关发起兴办或由其作为主管部门而设立的各种各样的公司，这些公司大多有这些特点：一是公司注册资金与实有资金相差甚远，实有资金往往仅占注册资金的10%左右。或者根本没有实有资金，成为人们所讲的“皮包公司”；二是在经营方式上，是利用国家权力来从事营利活动，或是利用计划物资分配权，对某些商品进行专营，转手倒卖短缺原材料或紧俏商品，或是直接实现权力所包含的经济价值而无需商品为中介，如出卖许可证，营业执照，让其他单位挂靠，坐收利益等等。

2. 阳春县政府是否与阳春县开发总公司之间实现了真正的“脱钩”？

根据中央关于清理整顿公司的文件精神，判断是否“脱钩”的标准有两个：一是公司与党政机关在经济利益上“脱钩”；二是兼任公司职务的党政干部脱离公司职务或脱离党政职务。但是，由于“政企不分”的情况十分严重，有些公司与党政机关形成“明脱暗不脱的情况”。在本案中，也涉及到这个问题，可以对此展开讨论。

3. “主办单位”、“主管部门”、“脱钩”在公司法上的性质是什么？在有“主办单位”或“主管部门”的情况下，公司处于什么样的法律地位？“脱钩”或“不脱钩”将在法律上产生哪些后果？党政机关应以其主

办或主管的公司应在什么范围内承担责任，应承担什么样的责任？

方流芳教授对上述问题及有关政策规定作过很深入的分析：

(1) 在审判中，是否脱离行政权力，被作为检验公司人格是否真实存在的主要依据。经过三次清理、整顿公司，终于总结出—条符合中国国情的经验——营利性组织只有与行政权力完全分离之后，才能成为独立承担民事责任的主体。这应当成为我国公司法的一项重要原则。(2) 党政机关是所办公司受益人的，就其受益数额对公司的债务承担责任。这项规定包含了两条规定：其一，党政机关不应操纵营利组织或成为营利组织主要的唯一的受益人；其二，如果第一项规则被违反的话，党政机关就以受益数额为限对营利组织的债务负责。第一项规则的合理性是无懈可击的，但这一规则的适用并不意味着绝对禁止党政机关成为营利组织的受益人——在保险制度、住房制度改革之后，党政机关将保险基金、住房基金委托投资公司经营，似乎不应受到限制。第二项规则是违反第一项规则的罚则，但违反责任范围限定于受益数额，则缺乏令人信服的理由——为什么不以第三人受到的损失，却以党政机关从营利组织获益多少作为责任范围呢？党政机关操纵的企业在给第三人造成损失的同时，未必会给党政机关带来任何利益，或者只带来很少利益，却使第三人蒙受重大损失，甚至有可能既损害第三人，也损害党政机关的利益。“损人又不利己”的事，在商业交易中并非罕见。因此，这一规定不违反公平原则。(3) 公司实有资金少于注册资金，“由直接批准开办公司的主管部门或才开办公司的申报单位、投资单位在注册资金范围内，对公司债务承担清偿责任。”公司法的一般原理是，公司实有资金低于法定最低限额，自始不存在公司的人格，股东因此直接暴露于公司的债权人，也就是说，股

东对公司全部债务都要直接承担个人责任。……若股东未能按认购股份投资，或购回投资，或转移公司财产，个人责任决不能仅以他应当投入的资本为限，而是应当涉及全部个人财产。在这种情况下，如果仅仅让股东补足公司资本，那就是把非法存在的公司与合法存在的公司置于同等地位。（参见方流芳教授的博士论文：《公司：国家权力与民事权利的分合》第182页）

本案涉及的主要法律规定有：

(1) 《中华人民共和国民法通则》第48条：全民所有制企业法人以国家授予它经营管理的财产承担民事责任。集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任。中外合资经营企业法人、中外合作经营企业法人和外资企业法人以企业所有的财产承担民事责任，法律另有规定的除外。

(2) 《中华人民共和国合同法》第7条第2、4项：下列经济合同为无效：二、采取欺诈、胁迫等手段所签订的合同；四、违反国家利益或社会公共利益的经济合同。

第16条：经济合同被确认无效后，当事人依据该合同所取得的财产，应返还给对方。有过错的一方应赔偿对方因此所受的损失；如果双方都有过错，各自承担相应的责任。

(3) 中共中央、国务院《关于进一步制止党政机关和党政干部经商、办企业的规定》（1986年2月4日）第6条：党政机关及所属编制序列的事业单位及其干部开办的企业停办以后，应由直接批准的业务主管部门负责清理。由于违法经营导致亏损倒闭、资不抵债或者造成其他严重后果的，要由直接批准的业务主管部门和企业共同承担经济责任和法律责任，同时还应追究有关人员的责任。

(4) 中共中央办公厅、国务院办公厅《关于党政机关干部不兼作经济实体职务的补充通知》（1985年7月9日）第1条：根

据政企职责分开原则，所有在职和退居二线的党政机关干部，一律不得兼任全民所有制各类公司、企业等经济实体（包括以民间面目出现的全民所有制企业）的职务（包括名誉职务）。已经兼任的，应辞去兼任的职务或辞去党政机关的职务。

第2条：不论在职、退居二线或离休、退休的党政机关干部，一律不准受聘担任集体或个体公司、企业等经济实体的职务。已受聘担任的，应辞去。

第3条：党政机关干部兼任各类公司、企业等经济实体的职务的原则，同样适用于中外合资、合作企业。

(5)《中共中央办公厅、国务院办公厅关于贯彻执行〈中共中央、国务院关于进一步制止党政机关和党政干部经商、办企业的规定〉几个问题的说明》第5条：《规定》中所说的“彻底脱钩”，是指企业在人、财、物方面与党政机关分开管理，即：企业人员不得列入行政编制；企业实行自主经营、独立核算、照章纳税、承担经济责任，其经济收益党政机关不得占用；企业占用机关的房屋、设备、运输工具等，必须有偿使用，合理收费。

【防范措施】建立法人财产权制度 塑造合格的国家股东 完善董事会制度 创造企业家形成的内外部环境 完善职工参与管理制度

以下是专家们关于完善我国现代公司治理结构的思路：

(一) 建立法人财产制度是完善我国公司治理结构的有效前提

法人财产制度就是要承认企业有法人所有权，承认企业有法人财产或独立的企业财产，企业对其所经营的资产完全负责，并以此资产为限承担法律上的责任。企业以此资产独立地进行生产经营，具有独立的民事权利能力和民事行为能力。公司的法人财产制度是保证公司有效治理的前提条件，我国

目前的公司制改造，首先就要改变以往传统企业产权模糊，国有资产无人负责的状况，塑造出能独立经营的法人实体。

如前所述，我国传统的产权结构单一，企业效率低下，公司制改造以后的产权结构仍过分集中，因此应借鉴国际经验，通过产权多元化、分散化的方式来理顺产权关系，这有利于国有资产存量的结构调整和保值，增大国家资产的控制和调整范围。从而淡化行政主管部门的直接干预，突出经营的作用，达到转换经营机制的目的。

多元产权结构，使企业真正成为自主经营、自负盈亏、自我发展、自我约束的法人。现代公司不是所有权与经营权的简单分离，而是股权、法人产权和经营权在企业内部的分离与统一，为了提高企业组织效率，必须正确地处理三者之间的关系；而且在像美国投资基金一样的法人持股情况下，会出现三权的“双层分离”，即投资基金的股东是个人，由投资基金经理掌握经营权，另一方面他代表基金股东行使对股份公司的所有权，又形成股份公司的股东，在股份公司内部又形成股东、法人产权及经营权的分离。这种双层分离是在不降低经营效率的情况下加快法人股东控制的一种较好形式。那么如何将我国单一的高度集中的股权结构分散化，而又能保持国有企业的公司化改造实现所有者对经营者的有效控制呢？目前我国公司企业中除国有股权以外可以增加以下股权：

1. 增加基金投资 如在我国可以设立退休基金、保险基金等“基金公司”的法人股份，这在我国目前企业改革中成为必要也有此可能。一方面我国社会保障制度的改革，企业的社会职能逐步分离，由社会上的基金公司统一管理这些退休、保险基金，由它们向企业入股可以保证这些基金的合理使用与增殖；另一方面基金公司入股可以保证监督职能，使企业管理者更好地经营企业。

2. 增加金融机构投资 我国目前企业亏损严重,在三角债仍制约企业经营发展的情况下,理论界提出由“债权变股权”的思路是解决企业债务负担的一种方法,也是分散国有股权的一个办法,通过建立投资银行体制,参与企业创业、改组,这样,会促进资金的合理使用,而且对监督、控制企业的经营活动起到了很好的作用。

3. 增加经营者的股权 我国所有的经营者在企业股份中没有持股或持股很少,这不论对经营者的积极性还是对企业的经营目标都是不利的,更为重要的是经营者没有剩余索取权便不会对企业的资产增殖尽力去关心,因此经营者应拥有剩余索取权。

4. 增加职工持股 这是作为让职工以合乎现代企业制度要求的方式参与企业管理和企业决策的一种有益尝试,建立职工持股基金来管理内部职工持股,可以加强对企业经营者的监督,提高企业的决策水平。

(二) 合格的国家股东是我国公司有效治理的关键

在我国目前国有资产管理体制没有理顺的情况下,国家股东不一定能真正关心他们出资企业的经营,不一定能认真挑选合格的董事会成员,因而董事会也就不能真正挑选出合格的经理人员,这样也就会直接影响企业的经营。因此,必须彻底改革国有资产管理体制,塑造出合格的国家股东。

1. 要建立专门机构对国有资产的经营负责。

建立专门国有资产经营机构经营国有资产,并对国有资产的经营结果负总责,把经营权集中起来,责任也集中起来。国有资产经营好了,是该机构的成绩;经营不好,就是它的失职,就是它的责任。可以保证经营目标的实现,即国有资产的保值和增殖。其它如现在企业承担的社会责任:办学校、办医院、建职工住房、提供退休金等,应统一由社会(政府)承担起来。国家产业政策、

对贫困地区的支援、控制通货膨胀等,也不通过该机构来实施,而是由其专门机构负责。

2. 国有资产管理局通过任免国有资产投资主体董事会成员实现其职能,国有资产管理局并不直接经营国有资产,而是由直接隶属于它的国有资产投资者经营主体负责。这些投资经营主体可以设立独资公司、分公司,或投资于其它企业,成为股东,行使股东权利。国有资产投资主体及其以下经营单位(独资公司、分公司、控股公司、参股公司)按公司的一般规则运作,但它们有效运作的前提是国有资产投资主体董事会认真负责。

(三) 完善我国现代公司治理结构中的董事会制

目前由于我国的公司董事会成员中,来自公司管理层的内部董事占绝大多数,即使有外部董事参加,也多是上级主管部门任命的成员,这是很不科学的。借鉴国外董事会制的经验,如美国的董事会中,外部董事占50%以上;我国的公司董事会中内部董事的构成应主要包括总经理、经营副总经理、财务副总经理、党组织的代表以及职工代表参加,既要保证公司战略规划可行,又要体现我国的职工民主参与管理的特点,党组织代表可由其他内部董事兼任,既发挥了党组织对企业重大经营决策的保证监督作用,又较好地处理了我国的公司中新老三会的关系,体现了我国公司治理的特殊性。董事会中除上述主要内部董事以外,其余应为外部董事,外部董事主要应由国有资产代表、其他法人机构代表以及有关的专家来担任,这些人要有强烈的责任心、使命感,能够公平合理地对总经理和管理层的业绩进行科学的评价,这样才能从公司外部对其生产经营进行有效的监督,才能防止经理人员的“中层合谋”及“低层合谋”行为,防止出现内部人较强控制的局面,最终是为了保障所有者

资产的保值与增殖。董事会要对全体股东负责,对企业的投资方案进行严格的审议,再决定是否投资,如果经过董事会的决议导致投资决策失误,董事会要负决策失误的责任。董事会要有真正聘任总经理的权力。我国要建立一种董事会与总经理相互制衡的机制,即总经理的地位、荣誉等与企业兴衰成败密切有关,也与董事长及全体董事的前途、名誉紧密相连,这样他们才会真正对选择总经理的成败负责,才感到有压力。

(四) 创造企业家阶层形成的内外部环境

市场经济要求公平竞争,市场经济崇尚创造性与开拓性精神,市场经济条件下的企业家应该具有创新意识和开拓精神,但这必须得有外部环境的培育,这是企业家阶层形成的必不可少的基本因素。

1. 政企分开是企业家阶层形成的首要外部环境

只有当企业在法律上成为民事权利和民事义务的主体,才能独立地承担财产责任。现在的国有企业仍是政府的附属物,没有独立的法人机构,所有企业人员都由行政委派,投资收益分配不明,不可能自主经营,更不可能自负盈亏。另外,国有企业背负沉重的职工养老的负担,沉重的债务负担等,造成不对等的竞争,使人们无法评价企业的经营优劣。所以中国企业改革最为紧迫的任务应该是为国有企业创造一个能够与其它类型企业公平竞争的条件。应通过所有权和经营权的分离和政企分开,使企业成为拥有由它自己独立支配的法人财产并承担经营风险和民事责任的法人。这样,企业的经营者才能具有承担风险的意识,才能具有开拓精神,才能根据所有者的利益要求去谨慎地从事经营活动。

2. 加快市场体系的建立,特别是有效的经理市场的建立

可以通过经理市场的竞争,一方面企业

之间竞争上岗,形成自我约束、自我监督的市场激励机制;另一方面,企业竞争造成对企业经营者的压力,使他们能更好地经营。

3. 建立健全法制保障制度

目前我国经济法规不完善、不配套、不协调,法律没有形成权威。一些管理机构还在对企业的经营活动进行强制干预和控制,还在搞一些硬性摊派的活动,这些都束缚了经营者的手脚,而对其造成的损失,谁也不承担责任,也没有什么法律后果,这些都严重制约了企业家的成长。

4. 完善企业家阶层形成的制约和激励机制

(1) 完善内在制约机制

即董事会对经理阶层的制约,由于董事会是投资人利益的代表,投资人是享有剩余利益索取权的主体,企业的经营成果直接影响投资人的利益,因而出资人对约束、激励经理有强烈的要求。

通常,董事会的控制手段有两种,即经济手段和行政手段。经济手段主要是调整经理的货币(或非货币)收入,行政手段主要是职位的升迁。

(2) 建立有效管理的激励机制

彻底改变旧的用人机制。为了促使企业真正的市场导向运转,保证资产的保值增值,提高经济效益,就必须从根本上打破旧的“干部任免”式的“用人机制”,让市场和竞争来选择真正的企业家,使真正的企业家脱颖而出。

专家认为,与此同时应完善我国公司治理结构中的职工参与管理制度:

(一) 职工参与管理应是我国公司治理结构模式的特色

1. 职工参与管理可以很好地体现社会主义主人翁的特点

社会主义制度下的每一公民都是生产资料的拥有者,他们将资产委托给国有资产管理机构来进行管理,而企业的职工又是社