

承包与租賃的 法律問題

張友漁題

CHENG BAO YU ZU LIN DE
FA LU WEN TI

中国政法大学出版社

承包与租赁的法律问题

中国法学会民法学经济法学研究会编

中国政法大学出版社

承包与租赁的法律问题

编著／中国法学会民法学经济法学研究会

印刷／人民教育出版社印刷厂

发行／新华书店首都发行所

开本/32 毫米787×1092 印张 字数201千

版次/1987年11月第1版 1987年11月北京第1次印刷

印数/1—31,000册

D · 中国政法大学出版社 统一书号：6416·146
定价：2.00元 ISBN7—5620—0051—4/D·47

序

我国的经济体制改革从搞活企业开始，走过了八年的历程。八年来搞活企业方面的改革取得了令人欣喜的成绩，也面临着一些急待解决的新情况、新问题。搞活企业经过扩大企业自主权、实行利改税，近年来又采取租赁、承包方式，企业的所有权仍属于国家，经营权转给集体、小组和个人，透过所有制内部的变化，正在使企业变成相对独立的经济实体，成为自主经营、自负盈亏的社会主义商品生产者和经营者，逐步增强自我改造和自我发展的能力。现在看来，对企业实行各种形式的租赁、承包，不是一个权宜之计，而是在学习农村改革基础上，在坚持社会主义公有制的前提下，发展社会主义商品经济的一种好形式。它有利于使企业实现所有权和经营权的分离，使具有创新精神的企业家在执行国家有关规定的前提下，拥有更大的经营自主权；可以使国家、企业、职工的关系在一定时期内稳定下来，既逐步克服企业的“短期行为”，又防止“鞭打快牛”；可以促进企业进一步搞好按劳分配，改善经营管理，进行技术改造，增强后劲和实力，适应商品生产、市场竞争的需要。

应当指出，实行租赁、承包正处在探索前进的过程中，从法律的角度看，在确认租赁、承包的法律性质、法律关系、法律保护以及行为的规范性和稳定性方面，还有一些需要研究解决的理论和实践问题。现在人们议论得比较多的问题是：第一，所有权和经营权之间是何种关系。所有权与经

营权之间是自物权与他物权相联系又相分离的关系，还是经营权是所有权的“衍生”？第二，承包经营合同的法律性质。承包合同是一种民事合同，还是承包合同是典型的纵横交叉的经济管理关系，既有民事合同的特点，又有经济法律关系的特征？第三，关于承包企业的短期行为问题。承包经营制是以利益驱动经营人的积极性，其经营方式决定了短期行为难以避免，但解决这个问题，是用行政干预呢？还是要靠法律来调整，通过合同来规范，采用经济杠杆和经济政策来协调和引导？第四，关于租赁法律关系的主体和客体问题。企业租赁法律关系的出租方具有单一性的特点，但主体是谁？是企业的主管部门还是企业法人？企业租赁法律关系的客体是企业总体财产，但它应包括的内容是什么？是多种财产还是对这些财产的经营权利？第五，国有企业税后留利的所有权问题。所有权归于国家，还是归于企业，或是应当划分比例，既有国家所有权又有企业所有权。

正是基于这些想法，中国法学会民法学经济法学研究会邀请全国民法学、经济法学的专家、教授，珠联璧合，编写了《承包与租赁的法律问题》。这是从事这方面工作的专家、教授和实际工作者，在改革的实践中找题目，从理论上进行研究，积极投身改革的实际行动。我相信，这本书的出版，对深化认识当前改革中一个根本性、关键性的问题——所有权和经营权分离的问题，无疑是大有裨益的。

我期待着广大读者喜爱它！我也愿意和大家一道继续研究这方面的问题，在改革的“试场”上写一份合格的“答卷”！

王 明 权

1987年10月11日

目 录

序	王明权 (1)
企业改革的深化及其方向	吴文翰 姜建初 (1)
全民所有制企业经营权若干问题的 探讨	史 越 (13)
论国有资产关系的债权化	王利明 顾培东 (24)
所有权与经营权分离的法律问题 刍议	魏振瀛 (38)
试论国家所有权与企业经营管理权适当 分开	徐 杰 田予 (52)
国家所有权与企业经营权的分离及其法 律保护	李静堂 (59)
经济体制改革与完善企业经营机制	王保畚 (70)
国家财产所有权与全民所有制企业经营 权关系的民法探索	刘书铎 (88)
论所有权与经营权适当分离及形式	余能斌 (99)
经营权的性质与特征	周 力 (108)
试论经营代理制	王安乐 (117)
试论“两权分离”形式下企业长期行为的 法律调整	靳振中 叶石宇 (124)
招标在深化企业改革中的作用及其法制 保障	王保畚 成 实 (133)
试论国营企业承包经营的民事法律关系	陈又遵 (145)

论企业承包经营.....	罗玉珍(153)
资产经营责任制法律问题初探.....	郭明瑞(160)
企业租赁经营的法律特征与法律保障.....	武汉市人民政府办公厅(170)
企业租赁经营合同初探.....	王 忠 王家成(181)
关于国有企业租赁经营法律问题的探讨.....	王保树(193)
试论企业租赁当事人的主体资格和地位.....	马俊驹(211)
对企业租赁经营的考察与分析.....	佟 柔 方流芳 刘兆年(223) 李晓斌 杨华柏 熊德州
浅议企业租赁经营的法律形式.....	陈梦浓 陈 明(237)
企业租赁经营法律关系辨析.....	孙光才 蔡超行(244)
也谈企业租赁经营.....	袁振标(252)
企业租赁经营的若干民法问题研究.....	孟勤国(259)
关于股份制的法律问题.....	王俊岩(268)
后记.....	(281)

企业改革的深化及其方向

吴文翰 姜建初

从1986年以来，经济学界明确提出了重新构造微观经济基础的命题，探索全民所有制企业的改革。针对这一命题，经济学界提出并论证了多种改革思路。选择哪条思路去深化企业改革呢？这一问题随着改革引起的经济权利的重新配置，也开始推动法学界对这一问题进行深化研究。

一、企业改革深化方向的选择

商品经济是独立的商品生产者通过市场交换而进行生产的经济。社会主义有计划的商品经济既然把落脚点置于商品经济上，国有企业也必然是独立的商品生产者。在法律上，企业应具有三个必备特征：①独立的人格；②独立的财产权利；③独立的财产责任。从法学角度衡量、评价企业改革，企业只有具备了这三个法律特征，才意味着企业基本实现了自身性质的转化，由行政隶属体变为商品经济的细胞体。我们以此注目于重新构造微观经济基础的企业改革及其进展。

经济学界的改革思路概括起来说，有三种：企业所有制、股份制和资产经营责任制。

企业所有制，根据南斯拉夫的经验 and 我国经济学界的论

证，很难成为我国企业改革的目标模式。股份制在当前受到了许多人的欢迎和宣传，从西方资本主义国家中公司的经营、发展经验来看，确实是一种适应社会化生产的有生命力的企业形式。在我国经济学界提出将其主要为私人股份改为主要是国家股份、集体股份，以保证企业社会主义性质的设想后，是可能成为我国企业改革的目标模式的。但是，国有企业全部股份化却不大可能。仍以经验来看，即使在西方国家中，企业形式也不是单一色的股份制，还存在着大量其他形式的企业，例如独资企业、合伙企业、有限公司等。因此，股份制只能成为转轨后的经济体制中的一种企业形式。股份制的改革思路并不能完全解决国有制企业的改革问题。企业所有制和股份制改革思路的主重特点，是企图通过改变所有制来完成微观经济基础的改造、重建。它们的论证把一切行政性企业的缺陷都归因于实行国有制，这种理论是不是是一种偏离事实的信仰飞跃，是值得怀疑的。

在不改变国有制的前提下进行企业改革的思路是资产经营责任制。它是受农村承包责任制的启发而提出的。其改革思路是运用利益制导。以招标方法竞选经营者，用经营责任、财产抵押约束经营者，通过契约方式授予经营者以权利来搞活企业。试行的结果，正如设计者自我评价的那样，成功地解决了经营权问题，在理论和实践中产生了广泛的影响。但是资产经营责任制并没有彻底切断行政联系，使企业从行政隶属下解放出来。它只是用契约减弱了行政控制。所暴露出来的突出问题有二：一是体现资产经营责任制的法律关系问题。资产经营责任制说到底，是一个经营承包契约。经过招标选中的经营者，与行政部门是一种契约关系。契约关系在本质上是与企业经营事业不相符合的。企业经营是一

项长期持久的事业，自负盈亏、自主经营的企业，应该有自己的永久性权利。契约的期限性、中断性从根本上限定了它难以满足企业的这种权利要求，不能使企业具有自身的长期行为。相反，它更容易使企业产生短期行为。因此，以契约关系来解决企业改革问题，不是微观经济基础的重新构造，只不过是一种冲击，它所引起的经济关系的变革是表层的。二是权利载体问题。企业是一个三方利益的组合体，其权、责、利、险应由三方共同享受，承担。把企业的权、责、利、险系于经营者一人或几人之身，是不恰当的。在各方利益冲突的情况下，经营者难有立身之地和有效的协调办法。尤其是忽视生产者在企业经营中的应有地位，不符合社会主义企业性质，也不符合现代化企业管理方法。企业改革是一项社会性事业，只有提高全体职工的企业文化，才是企业改革成功的真正保证。

在改革实践中，目前推行的承包、租赁、厂长任期目标责任制等，也有资产经营责任制的以上两点问题。这些经营形式，作为改革的短期措施、刺激手段和过渡性方案，有可能富有成效。但作为基本的企业制度，甚至认为是定型的企业经营模式，却是值得研究的。

在企业改革的思路中，股份制提出了一条可行之路，也提出了一个难以回避的挑战：企业改革是否要坚持国有制？资产经营责任制虽未对此作出正面回答，它所进行的二权分离的尝试，却一举结束了二权分离理论长期徘徊不前的局面，为国有制的企业改革闯开了一条大有希望的缺口，但又面临着如何进一步深化的问题。

我国是一个大国、穷国，要想在较短时期内实现现代化，不付出造成社会不平等鸿沟和两极分化的代价，有市场经

济的活力,又避免市场经济容易引起的剧烈动荡,使社会、经济长期稳定发展,应该有进行宏观决策的物质基础和有力手段,而这些在今天,大部分是国有制形成的。因此,在没有令人信服的论证,一定要取消国有制才能更好地发展经济之前,慎重地坚持国有制是稳妥的。撇开国有企业也有经营成功的经验不谈,仅就二权分离和独立企业的宏观管理来看,在市场经济中,股份制度形成的二权分离,无论怎样解释,无论称它是经营权与所有权,还是股东所有权与公司法人所有权的分离,二权分离总是一个事实。国家为什么不可以作为一个单一“股东”而使国有企业实行二权分离呢?关键在于,取消行政管理,使企业成为法人,有自己独立的物权。日本的非股份制企业,产生了一个经济奇迹,日本企业的长期行为是由银行债权制约引导的。这表明,独立企业,可以通过其它手段例如银行债权来制约引起企业行为的合理化。西方国家中政府与大企业、企业集团的宏观协调管理方法也是可以为我国宏观管理独立企业所借鉴的。南斯拉夫自治虽然有着种种弊病,但工人的主人翁精神符合社会主义原则,工人参与决策管理焕发出的积极性,是令人鼓舞的。将这些经验吸收过来,熔于我国的企业改革之炉,创造出一种新型的中国式国有企业是可能的。资产经营责任制在实践中的发展和最近提出的新二权分离理论,为这种可能增添了现实性。

试行资产经营责任制的重庆——武汉方案,对原来的设计作了有深刻意义的改进,提出了进行企业组织重建、构造新的权利载体的设想,由资产者、经营者、生产者三方组成理事会作为企业权利载体,代表三方利益共同行使决策权,以三方利益的制约均衡使企业行为合理化。总结试行经验,

资产经营责任制课题组提出了新的二权分离理论^①，企业与国家实行企业法人所有权和国家资产终极所有权的分离。

新设计的企业权利载体，通过资产分红、经营收入、劳动收入的利益分配方式，使三方利益与企业的生存、发展结合起来，为改造企业内部机制，促使企业自身行为合理化打开了思路。通过资产者代表把国家管理职能的一部分转为内部参与决策、协调方式，使得在企业独立之后，国家仍能享有一定的直接管理权，加上国家经济管理组织从外部通过各种经济手段进行制约引导，为取消行政管理提供了条件，将使企业真正成为法人，并具有自己的独立人格和代表，使生产者代表直接进入决策机构，与经营者、资产者代表一起参与决策、经营企业，体现了民主管理。新的二权分离理论，更新二权分离概念，把企业权利重新配置，使国家享有资产终极所有权，给企业以专属的法人所有权，把以前经营者由契约而暂时获得的企业权利变为永久性物权，为界定企业的财产范围和承担独立的财产责任奠定了基础。在社会发展中，由契约权利关系向物权关系转化，是经济关系由表层到深层，由变革到定型的法律体现。国有企业经过这样的改革，民法所规定的企业权利、法人地位、有限责任，便具有了现实内容，初步呈现出独立的商品生产体的基本轮廓。因此，这是一条坚持国有制，完成企业由行政隶属体转变为商品经济细胞体的可行之路，它展示了企业改革光明的深化方向。

① 关于资产经营责任制思路提出的新二权分离理论，重庆一武汉方案的组织重建设计，可参看：1986年第12期《经济学动态》中《联合公有制与商品经济的桥梁》，1987年第3期《经济研究》中《历史性的转折与希望》和1987年第5期《经济研究》中《公有制企业改革再认识、起步、深化、升华》等三篇文章。

二、企业改革深化的制度变革

按照新的方向深化企业改革，需要变革企业制度以资产体现和保障新的企业制度主要有两类：一类是企业组织管理制度；另一类是企业权利制度。

股份有限公司，在一定意义上体现了企业所有权的社会化，与国有制企业属全民所有，有类似之处。现代公司法，是现代企业的组织法规，我们不实行股份化，意味着我们不能从现代公司的组织构造和管理制度中吸取启示，用来构造新型的国有企业。变革企业组织管理制度的目的在于切断企业的行政关系，建立新的权利载体，改造企业内部机制，借鉴公司法，我们设想，新的企业组织管理制度可由以下制度构成：

(1)理事会制度。a、理事会设立制度。企业建立时，应组织理事会，作为企业的最高决策机构，理事会由资产者、经营者、生产者三方代表组成。资产者代表可由国家经济管理组织派任、委托和招聘（在过渡时期，可由上级主管机关代理此项职能，待新的国家经济管理组织如国家资产管理局成立后，再逐步移交）。生产者代表由工会选任、委派或招聘。生产者代表与资产者代表先组成理事会筹备组，主持招聘经理人员。然后，被招聘人员或组阁中的主要经理人员，即成为当然的理事会成员。理事会组成后，作为企业常设机构，即开始正式行使职权。任期内的资产者代表和生产者代表，无正当理由或重大事由，一般应不得被随意撤换，以保持理事会的稳定和防止向他们施加不正当的压力和影响。b、理事会工作制度。理事会工作方法为召开会议，理事会形成决议应达到或超过规定的投票比例。理事会成员可

为单数，也可为双数。如为双数时，可授与董事长（一般由国家代表担任）特殊投票权，在投票比例均衡不能形成决议时，理事长票可为决定票。理事会作为常设机构，应规定会议的定期举行（一月一次或半月一次）。c、理事会成员及经理人员的权责制度。应由法律和企业章程分别明确规定理事长、副理事长、秘书和其他理事会成员的职权、责任；经理和其他主要经理人员的职责、责任；经理和理事会的相互关系等。

（2）审计监督制度。为了保证理事会正确履行自己的职责，保证企业行为的合法和合乎企业章程，保证资产者、经营者、生产者的利益，除加强国家和工会对企业的管理外，还应当建立与理事会制度相互制约的审计监督制度。a、审计监督委员会的设立。企业内应设立审计监督委员会，其成员的产生，可由国家、工会派任委托、招聘。b、审计监督员的权责制度。应由法律和企业章程规定审计监督委员会和审计监督员的权责，审计监督员可以列席理事会议。c、审计监督工作方法。审计监督委员会应定期，也可随时检查企业帐簿表册，审核企业年度财务和经营状况报告，发现理事、经理人员、财务人员有违法或违反企业章程，侵犯企业和职工利益时，有权进行调查。按事件性质、内容向国家经济管理机构、工会、企业理事会、法院等分别或同时反映，请求处理。

（3）公告制度。我国国有制企业既然是属于全民所有，理应对全体人民和整个社会负责，由整个社会予以监督。为了保证企业履行社会义务，增进社会公益，实行社会监督，应当建立企业公告制度。a、企业的财务状况，表册帐簿、年度经营报告，应定期向主管的国家机构存档存案。

企业应接受国家检查其经营状况，企业档案可供国家社会机构和有关人员必要时查阅。b、编印出版企业公报，在企业公报上公布必要的企业状况，如：企业的设立、变更、终止、破产；企业登记地址及其迁移；企业营业机构的情况；企业的经营状况；企业的产品质量；企业诉讼；企业家个人情况等等。法律应明确规定企业必须要在企业公报上进行公告的内容。

（4）企业章程制度。企业独立之后，权利扩充，活动自由幅度增大，企业应进行自我设计，自我约束，不仅为其内部机制正常运行，而且为国家、社会、工会、审计的监督提供依据。企业的自我设计、自我约束主要体现为企业章程制度。a、企业设立时，必须制订企业章程。b、企业章程的主要内容，有 I、名称；II、形式；III、登记处地址；IV、企业字首；V、理事会构成及其权责；VI、利润分配；VII、是否发放内部股份等。c、企业章程应经审批、登记，并在企业公报上公告社会。

（5）内部股份制度。在资产经营责任制课题组的新理论中，提出应使经营者、生产者拥有企业的一部分产权，以促进经营者、生产者与企业生存、发展更紧密地联结起来。并提出用奖励资产或划出部分企业资产的办法，使生产者、经营者把现期收入转为生产积累和发展投资。这种设想可以借鉴有限公司的一些规定，用设立内部股份制度来体现，由企业自行决定是否采用。内部股份制度应包括：a、内部股份的来源，一般应在企业发展时，由经营收入、劳动收入的一部分转化而成，也可将企业原有资产的一部分划出来，由经营者、生产者购买。内部股份无论由收入转化，还是由原有资产转化，是否愿意，应由经营者、生产者决定或

由理事会决定。b、内部股份发行、转让的限制。内部股份不得向外发行、转让。只能限于企业内部，以保持国有制不变。否则，在股份有限公司也成为一种企业形式时，二者将容易混淆，并丧失新型单一国有制企业的特性。c、经营者、生产者离开企业时，企业的赎还义务、赎还方法和期间。

(6) 利润分配制度，企业独立后，应进行税利分开，以区别对所有企业都应征缴的税收和国家作为资产者应得到的资产分红。交纳税收后的利润，应分二部分，一为不可分利润或必留利润，这是为企业生存所必须从利润中扣除的部分，可包括：技术发展、资产更新资金；专项准备金；保险金等。一为可分利润，资产分红等均从此中予以分配。使所有者、经营者、生产者三方的利益真正以企业为中心紧密连结起来，使三方利益与企业的生存发展同荣共损。

新企业制度的第二类，是企业权利制度，这是在国家和企业之间重新配置权利，真正实现二权分离，体现国家和企业既互相独立，又互相制约的制度。

法学界在二权分离的探讨中，曾经有过多种设想，典型的有二种：一是哲学语言式的二权分离，理论上虽正确说明了企业的权利应是占有、使用、收益、处分四权能的统一，却未提出企业经营权与国家所有权如何划分，只是用绝对、相对、宏观、微观等类似的哲学式语言，来模糊地表达一下二权不同的意义而已。这种设想不能变为明确的法律语言，以付诸实践，只能作为纯理论被人津津乐道。二是烦琐列举式的二权分离，试图以许多条款一一列举企业应有哪些权利。但列来列去，企业权利总是被国家权力包裹着，不能形成独立的完整权利，难以跳出行政管理的框架，虽以明确语言表达了企业的权利，却不能使企业具有作为独立商品生产体应

有的权利，实质上体现的仍是行政性放权，扩大自主权，以至于在实践中不得不引入某种契约法律关系，来再次确定经营者和行政双方的权责。但是，每当行政干预并寻找理由时，它总可以引证企业物权为自己辩护。于是，契约往往只适用于经营者，而难于真正约束行政方，契约的遵守、契约的所谓硬约束，实际上是依赖于行政方是否自愿。这仍是人治，不是法治。契约法律关系的不稳定，极易流产，根源就在于：契约关系终究是受着物权的限制。

以上二种设想的缺陷表明：二权分离的胶着症结在两个关节点上，一是企业是否应有独立的完整物权？二是企业物权应怎样作法律语言的表达？法学界关于企业经营权是物权或者准所有权的观点，经济学界新的企业法人所有权和国家终极资产所有权的概念，解开了第一个关节点上的症结，也为解决第二个症结奠定了条件。

对于第二症结，可以用法律语言表达对象的换位方法来解决。在现实中，企业是企业经营活动的直接进行者和主要承担者，其具体权利是难以一一指明列举的。而国家对企业的直接管理，一般是在有限的时候和有限的事务中，这些情况没有被人们清醒地认识，我国法律对国家权利往往采取总括性语言，即只言国家拥有所有权，并不一一具体指明，而对企业权利则采取一一列举的方法。这符合国家行政管理无所不包，国家直接经营企业时的情形。但企业独立之后，却不再符合现实了。法律语言应反映社会现实。因此，对于改革所要求的互相独立，互相制约的企业权利和国家权利，在法律语言表达方式上，应该让对象换位，对于企业权利，采用总括性语言表达，只笼统地规定企业享有法人所有权即可。对于国家的资产终极所有权，采取一一列举的表达方