

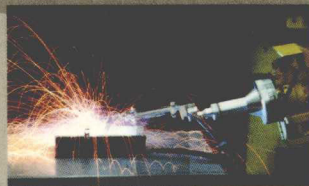
Xin GongSiFa Yu GuoQi

Gaizhi Falü Shiwu Yanjiu

新公司法与国企改革 法律实务研究

【 翦继志 □ 著 】

- ◇ 新公司法在国企改革中的运用
- ◇ 国企改革法律程序操作实务
- ◇ 总体方案设计与文书参考样式



贵州人民出版社

Xin GongSiFa Yu GuoQi

Gaizhi FaLü Shiwu Yanjiu

新公司法与国企改革 法律实务研究

[翦继志 □ 著]

◇ 新公司法在国企改革中的运用

◇ 国企改革法律程序操作实务

◇ 总体方案设计与文书参考样式

贵州人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

新公司法与国企改制法律实务研究/翦继志著. — 贵阳: 贵州人民出版社, 2006. 7

ISBN 7 - 221 - 07449 - 6

I. 新... II. 翦... III. 国有企业 - 经济体制改革 - 公司法 - 研究 - 中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 080281 号

责任编辑 程 立

封面设计 唐锡璋

书 名 新公司法与国企改制法律实务研究

著 者 翦继志

出版发行 贵州人民出版社

社址邮编 贵阳市中华北路 289 号 550001

印 刷 贵阳经纬印刷厂

850 × 1168 毫米 32 开本 16.375 印张 410 千字
2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7 - 221 - 07449 - 6/F · 516 定价: 32.00 元

新公司法与国企改革 法律实务研究

翦继志 著

贵州人民出版社

目 录

第一章 国企改革法律关系概述	(1)
第一节 国有企业改制的法律思考	(2)
第二节 国企改制的法律依据	(19)
第三节 国有企业改制的法律性质	(22)
第四节 国企改制的法律关系	(31)
第二章 新公司法与国有企业改制	(41)
第一节 国有企业的公司化改制	(41)
第二节 新公司法的重大创新	(53)
第三节 新公司法修改的主要内容	(61)
第四节 新公司的登记管理	(71)
第三章 按新公司法对国企进行公司制改造	(90)
第一节 国有企业改制为有限责任公司	(91)
第二节 国有企业改制为股份有限公司	(109)
第三节 一人有限责任公司与国有独资公司	(133)
第四章 国企改革的其他法律方法	(142)
第一节 国有企业改制中的重组	(142)
第二节 国有企业改制中的企业合并	(149)

第三节	国有企业改制中的并购	(164)
第四节	国有企业改制中的租赁	(172)
第五节	国有企业改制中的承包	(181)
第六节	国有企业改制中的控股	(187)
第七节	外资参与国有企业改制	(194)
第五章	国企改制的法律程序	(203)
第一节	国有企业改制的审批程序	(203)
第二节	产权界定与清产核资程序	(217)
第三节	财务审计与资产评估程序	(233)
第四节	产权交易程序	(255)
第六章	国有产权交易	(256)
第一节	产权交易市场	(256)
第二节	产权交易的方式与操作程序	(268)
第三节	国有企业产权交易法律文书范本	(285)
第七章	国企改制方案设计的主要文件制作	(310)
第一节	国有企业改制方案	(310)
第二节	公司章程	(328)
第三节	公司股权设置方案	(335)
第四节	公司法人治理结构设计	(337)
第八章	国企改制中的职工安置	(347)
第一节	国企改制中的职工权益保障	(347)
第二节	国有企业职工安置的相关规定	(353)
第三节	改制企业与职工劳动法律关系	(360)

第九章 国企改制中的法律服务	(366)
第一节 国企改制中法律服务的意义及作用	(366)
第二节 律师服务国企改制的工作内容	(371)
第三节 律师服务国企改制的风险防范与自我完善 ...	(383)
 第十章 国企改制相关纠纷处理的法律规定	 (395)
第一节 国企改制纠纷的法律属性及受案范围	(396)
第二节 国企改制合同效力的认定	(402)
第三节 国企改制后基本债务的承担问题	(412)
 附录一:文书参考样式	 (429)
附录二:法律法规与规范性文件参考索引	(505)
参考书目	(513)

第一章 国企改革法律关系概述

国企改革是国家经济体制改革的中心环节。国企改制的成败,关系到整个国家经济体制改革的全局。在经历不同发展阶段后,现已进入到企业产权制度改革的关键阶段。从1979年国务院发布的《关于扩大国营企业经营管理自主权的若干规定》后,企业从“扩权让利”为中心的改革到中共十六届三中全会通过的《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》,强调要加快调整国有经济布局 and 结构,大力发展混合所有制经济,实现投资主体多元化,建立健全归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度。我国的国企改革改制经历了二十多年的历程。国有企业改制是一项系统工程,它涉及政治、法律、法规、政策、地方经济、资本市场和企业经营者多方面的因素。中央推动国有企业改制的基本方针和具体政策日益明确。在中共十六届五中全会上,温家宝总理在《关于制定国民经济和社会发展第十一个五年规划建议的说明》中指出:“国有经济布局 and 结构调整、国有企业改革已取得了重要进展,但仍然需要加大力度,继续推进。要加快国有大型企业股份制改革,健全现代企业制度。深化垄断行业改革,放宽市场准入,实现投资主体和产权多元化。建立健全各类国有资产监管体制和制度”^①,为进一步深化国企改革指明了方向。

^① 《中国共产党第十六届中央委员会第五次全体会议文件汇编》,人民出版社2005版,第52页。

整个国企改革的进程,是伴随着我国市场经济法制建设不断完善的进程,国企改制的每一个环节都离不开法律法规及政策的引导和规范。1993年我国颁布的《公司法》,曾被喻为国企改制的法,对我国国有企业的公司化改造产生了重要的影响。2006年1月1日生效的新修订的公司法,在规范公司法人治理结构、规范完善国企改制、鼓励投资与公司自治、公司诉讼等方面,有着重大创新。研究新公司法环境下的国企改制中的法律问题,对于建立现代企业制度有着十分重要的意义和作用。

第一节 国有企业改制的法律思考

一、国企改制的概念

企业改制在我国主要指国有企业为适应现代商品经济和市场经济的要求而进行的转换企业经营机制和建立现代企业制度的社会系统工程。从法律的角度看,企业改制实际上是改制企业与其他参与改制的主体之间的权利、义务关系重新调整的过程;从改制的内容来看,主要是对企业的出资结构(股权结构)、内部治理结构、企业收益分配结构、劳动用工制度、职工福利和社会保障制度等微观企业制度进行的一系列相配套的调整与改革;从改制的目标来看,在我国现阶段,对企业改制可以从不同层面上来理解。

在广义上或宏观上看,国有企业改革涉及到国有经济的布局 and 结构的根本性调整,即通过企业改制实现国有资本从一般竞争性行业和领域的退出,在完成“国退民进”的任务后,结束国有资本“与民争利”的局面。

企业改制在狭义上或微观上看,指国有企业的企业制度的改革与创新,即是要把国有企业从计划经济体制下的主要由政策和行政指令调整的政府部门附属物改制为自觉接受公司法、劳动法、

社会保障法等法律法规、调整独立自主的市场竞争主体和经营主体;从行政调拨、配置社会资源的工具改制为通过市场竞争机制优化资源配置的主体;从“小社会”、“大而全、小而全”的封闭性组织改制为高度专业化、开放性的法人;从国家作为单一投资主体和经营主体的工厂企业改制为投资主体多元化、经营管理合理化以及风险分散化的公司;从不承担任何经济责任的单位式企业改制为权利与责任共存、权利与义务均衡的现代企业法人实体。

二、国企改制的历程

中国二十多年来实行渐进式改革带来的成果是举世无双的,社会飞快发展,经济持续增长,从总体上已经全面进入小康社会。但渐进式的改革往往使人遇到问题绕道而行,留下了一系列深层次的难度巨大的政治与经济问题。2004年6月以来,一位香港的著名经济学家郎咸平教授点名批判国内三家著名上市公司,抨击它们在“国退民进”过程中瓜分国有资产,化公为私,损害中小股东的利益;进而质疑产权改革是瓜分国有资产的盛宴,质疑国有企业领导人的信托责任。那么国企改制究竟应当如何推进,国企改制出路何在?我们只有了解历史,才能理解今天。国有企业的改革,始于20世纪70年代末,可以分为五个阶段。^①

第一阶段:80年代初以“放权让利”为中心,扩大企业自主权阶段。主要政策依据是国务院1979年发布的《关于扩大国营企业经营管理自主权的若干规定》。国有企业在改革之初,仅以提高经济效益、实现社会主义与商品经济的结合为目标。作为我国国有企业管理体制改革的早期探索,国家选择的重心就是放权让利、扩大企业自主权。国家赋予了企业以下“自主权”:给企业确定增产增收目标,允许企业在实现经营目标的前提下提取少量的利润

^① 李国光主编:《企业改制司法解释》,人民法院出版社2003版,第1页。

留成,可以作为职工的奖金。1979年5月,国家经贸委、财政部等六部委在全国选择了8家企业作为扩大企业经营自主权的试点。许多部门和地方仿照试点办法自行扩大试点。次年,4200多家试点企业的产值、利润均有大幅度增长。但是,作为上层建筑的经济管理体制并不能真正适应企业扩权的要求,除了利润留成这一刚性指标外,其他扩权措施落实很难。

第二阶段:1984~1986年,以实行承包经营责任制为方向的多种经营方式阶段。1984年10月,中共十二届三中全会通过《中共中央关于经济体制改革的决定》,企业的所有权与经营权分离成为重要的理论创新。决定提出,要使企业真正成为相对独立、自主经营、自负盈亏的经济实体,成为有资格独立承担义务、行使权利的法人。党的这一决定肯定了企业在当时的商品经济社会中的主体地位,促进了企业主体意识的觉醒,从此走上了摆脱政府附属地位的改革历程。以所有权与经营权两权分离为特征的承包制被广泛地引入到了国有企业的改革试验中。承包制在完善企业经营机制,正确处理国家、企业与职工三者利益关系方面显示出了一定的优越性。但是,在承包制下政企依然难以分离,企业依然无法真正自主经营。随着改革的深入,承包制所包含的短期经营、以包代管、经营责任落实难等问题逐渐暴露出来。国有企业迫切需要新的改制之路。

第三阶段:1987~1993年,以转换企业经营机制为主要内容。这一阶段我国颁布的《民法通则》、《全民所有制工业企业法》、国务院颁布的《转换国有企业经营机制条例》成为国企改革的重要法律依据。以法律的形式首次确认了企业的法人主体地位,赋予企业以经营自主权;国务院颁布了《关于深化企业改革、增强企业活力的若干规定》、《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》、《全民所有制工业企业转换经营机制条例》和《全民所有制工业企业法实施条例》等,进一步确定了企业的经营自主权,从立法

上制约了政府对企业的非正常行政干预。这一阶段仍处于国有企业在与特定历史阶段的上层建筑的博弈中的艰难探索。

第四阶段:1993年至90年代末,以建立现代企业制度为国企改革方向。在这一阶段,我国于1993年颁布了《公司法》,基本解决了现代国有企业的模式即建立现代公司制的思路,把国有企业建成现代公司正式成为企业改制的方向,并以法律的形式规范国企改革。这部重要法律对推进国企改革产生了积极的推动作用,为国有企业的股份制改造提供了法律基础。从此,我国开始了以公司制改建为形式、以建立现代企业制度为目标的新的历史时期,国有企业的改制操作进入了比较成熟的时期。中共十四届三中全会《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决议》提出要进一步深化国有企业改革。中共十五届四中全会又专门作出《中共中央关于国有企业改革和发展若干重大问题的决议》,要求从战略上调整国有经济布局,推进国有企业战略性改组,建立和完善现代企业制度。

但是,就是在这一阶段,国有经济领域出现了一股“翻牌”浪潮,企业改革仅仅取其形式而不顾内容,许多企业在产权制度不变的前提下摇身而变为公司,或国有资本占据了总股本的绝大部分,厂长经理更名为董事长,领导班子其他成员在担任董事的同时兼任经理层全部职务,治理结构未发生任何变化。若干年后,人们终于认识到了改制中产权制度改革、重塑公司治理结构的重要性。

第五阶段:从本世纪初全面启动的企业产权体制改革阶段。2003年10月14日,中共十六届三中全会通过的《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》,强调要加快调整国有经济布局 and 结构,大力发展混合所有制经济,实现投资主体多元化,使股份制成为公有制的主要实现形式;要建立健全归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度,并指出这是完善基本经济制度的内在要求,是构建现代企业制度的重要基础;要建立健全

国有资产管理 and 监督体制,维护所有者权益,维护企业作为市场主体依法享有的各项权利;要完善公司法人治理结构,按照现代企业制度要求,规范公司股东会、董事会、监事会和经营管理者的权益,完善企业领导人员的聘任制度。产权改革是割断政企之间脐带的主要方法,是深化国有企业改革的重要途径。这一阶段企业改制完成后,我国的现代企业制度将全面建立。

三、国企改制形式的法律分析

企业的改制,从形式上来说,可以分为公司化改制、股份合作制改造、公司(企业)的兼并或分立、企业出售、企业托管、企业债权转股权以及企业承包租赁等。从法律主体的角度来讲,企业的改制分为原有法律主体的消灭、原有法律主体的变更以及原有主体保持不变而仅仅改变资本结构等形式;从改制行为的性质上来说,有的改制行为是法律行为,即当事人通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为;有的属于事实行为;从改制行为的结果来说,有的行为是债权行为,不发生物权变动的效力,有的行为属于引起物权发生变动的行为。企业改制从法律的角度来看,实际上是一个改制企业与其他参与改制的主体之间的权利义务关系重新调整的过程。

企业的公司化改制,是企业按照公司法的有关规定,由企业之外的其他法人、自然人和其他经济组织对该企业投资入股,将原资产结构单一的企业改制成由多个投资主体投资的股份有限公司或者有限责任公司的法律行为。从法律主体来看,原有企业的法人资格并不消灭,而只是发生了变更;从改制行为性质上来看,公司化改制属于法律行为,更进一步说是合同行为,即两个或两个以上当事人意思表示一致,决定设立一个公司法人的行为(不属于新设公司,而属于改组设立)。企业的公司化改制受到公司法以及相关国企改制法律的调整。

公司的兼并是指两个以上企业通过一定的方式合并为一个企业的法律行为;而企业分立是指按照法定程序,将原公司(企业)分立为两个或两个以上新公司(新企业)的法律行为。

企业的托管、承包以及租赁经营,其性质属于委托合同、承包合同以及租赁合同。企业的托管经营就是企业的资产管理人将该企业委托给有经营能力的其他企业加以经营,受托企业按照诚实信用原则,按照托管合同的约定,管理、经营该委托企业;对于由于经营管理该企业而支出的费用,由委托人加以预付,或在委托事务完成之后向受托人支付;由于受托人经营管理该委托事务而受到损害的,委托人应当承担赔偿责任;受托人有权请求委托人支付报酬,因为虽然委托合同一般为无偿合同,但是企业之间的委托经营合同则为有偿合同。企业的承包经营的合同关系受有关法律、法规以及合同法的调整。企业承包经营是企业的发包人为了一定的经济目的,在不改变企业的性质和法人资格的情况下,将企业经营权有期限地交由承包人行使,并由其交纳承包费,完成一定的经营目标的经营方式。承包经营合同从本质上来讲属于承包人以企业经营权设立合同,是一种准物权合同。承包权的性质一般认为属于用益物权,而企业承包经营合同就是设立这一用益物权的法律行为。对于承包企业的财产,承包人有权对其进行占有、使用、收益,但是没有处分权。处分权只能由承包企业的资产管理人或出资人(发包人)行使,除非承包合同中双方已经明确约定将处分权交由承包人行使。承包人的义务主要是按照约定的时间和数量向发包人交纳一定的承包费用,未经发包人同意不得将企业转包给第三人经营,同时还应当保持承包企业的财产不致减少或受到损失。承包人的权利主要是依照合同取得对企业的经营权;在经营中取得的收益除上缴发包人外,其剩余归承包人所有。企业租赁合同是指作为出租人的企业资产管理人或投资人将企业租赁给承租人,承租人在租赁期限内向出资人交纳租金,并完成一定经营目

标的法律行为。根据企业租赁合同,承租人负有交纳租金的义务,同时也负有未经出租人同意不得将企业转租给第三人经营的义务。企业承租人的权利主要是对于企业进行占有、使用、收益。

企业的产权转让和企业出售从法律性质上来讲属于权利转让合同或买卖合同。买卖合同的标的物是作为一个整体的企业全部资产,这与一般的买卖合同以某一项标的物作为交易对象完全不同。企业整体出售的标的物是包括一个企业的有形财产、债权债务、知识产权、非专利技术以及土地使用权、担保物权、用益物权等全部财产,是一个整体概念。

四、依法推进国企改制的法律思考

(一)建立科学的产权制度,架构新型的国有资产管理体制

在建立现代企业制度的“产权清晰,权责明确,政企分开,管理科学”的基本要求中,产权清晰居于首要地位。在国企改革中,如何实现产权清晰?一是要采用现代企业的产权模式,二是要实现国家出资代表人到位。政企分开,是实现企业产权清晰化的重要目标。在这个问题上,要防止两种倾向:一是政府干预过多,企业不能充分地自主经营;二是国家出资人虚位,导致国有资产流失。按照现代公司法的产权制度原理,公司作为一个社会化的资本实体,必须在产权上和人格上与投资者划分出明确的界限。为此,需要作出一种制度安排,把投资者的财产所有权转换为两种权利,即股权和法人财产权,从而形成“投资者拥有企业,企业拥有财产”的现代产权结构。在必须保留有产权的领域,不可能实现彻底的政资分开和政企分开,但可以通过改革国有资产管理体制和进行公司制改造,改变传统国有产权形式,使之股权化,实现相对的政资分开和政企分开。中共十五届四中全会明确提出了对国有经济进行战略性调整的要求。国有企业作为国有经济战略性调整的一个主体,按照“有所为有所不为”的原则,大部分国有企业

都要从不具备竞争优势的领域退出,在国有企业进退中,要确保国有资产流动不流失,就必须实行国有资产人格化管理,明确国有资本的投资主体。

要确立企业法人财产权,使产权主体责权利对称统一,首要的环节是搞好清产核资。搞好清产核资,有利于全面摸清企业单位国有资产的家底,也有利于对企业单位现有资产存量、增量、结构分布管理和使用效益等方面进行分析,从而为加强管理,堵塞漏洞提供依据。为了避免企业资产所有者特别是国家政权机关作为控股单位对企业进行超经济的干预,保证企业法人产权主体和企业终极产权主体各自职能得以发挥和各自收益得到保障,还要明确他们之间的相互责任关系:(1)作为法人产权主体的企业拥有企业资产的现实所有权,有权占有、经营、使用、支配企业资产;作为终极产权主体的各个投资者,拥有按股份额获得相应回报的资产收益权。(2)法人企业与终极所有者在缔结产权关系契约时处于平等地位。法人企业有权直接支配、使用全部资产并承担其保值增值的责任,并定期或不定期地向资产所有者提供资产收益;资产的终极所有者不干预企业的正常生产与经营活动,但对企业资产的处置和重大决策行使决定权。(3)企业法人必须独立承担财产责任,独立承担风险,对资产终极所有者负责。

中共十五届四中全会提出:“政府对国家出资兴办和拥有股份的企业,通过出资人代表行使所有者职能”。从制度上落实这一要求,就必须实现企业中的国家出资人代表主体到位、职权到位和责任到位。中共十六大报告进一步明确指出:“继续调整国有经济的布局 and 结构,改革国有资产管理体制,是深化经济体制改革的重大任务。在坚持国家所有的前提下,充分发挥中央和地方两个积极性。国家要制定法律法规,建立中央政府和地方政府分别代表国家履行出资人职责,享有所有者权益,权利、义务和责任相统一,管资产和管人、管事相结合的国有资产管理体制。关系国民

经济命脉和国家安全的大型国有企业、基础设施和重要自然资源等,由中央政府代表国家履行出资人职责。其他国有资产由地方政府代表国家履行出资人职责。中央政府和省、市(地)两级地方政府设立国有资产管理机构。继续探索有效的国有资产经营体制和方式。各级政府要严格执行国有资产管理法律法规,坚持政企分开,实行所有权和经营权分离,使企业自主经营、自负盈亏,实现国有资产保值增值。”根据这一要求,中央政府和地方政府国有资产监管机构相继建立。国有资产管理部门是国家股权的政府专职管理机构,依法履行对国有股权的管理职能,制定保障国有资产保值、增值的法规和管理制度,监督和检查国有资产运营效益,总揽国有资产收益的征收管理,以推动经济结构调整和经济效益的提高。然而,如何真正实现国家出资代表人到位,如何进一步完善国有资产监管的法律、法规,还需根据实际探索和规范。这对于完善国有资产管理体制、实现国有资产的保值增值有着十分重要的意义。应以法律形式确立国家法人制度,从中央到地方各级设立国有资产监督管理委员会,作为法人机构,通过有效途径实行国有产权主体的人格化,把国有资产的管理权能与目前财务部门的行政属性脱钩。

(二)关于完善公司法人治理结构

中共十五届四中全会指出:“公司法人治理结构是公司制的核心”。全会对形成“各负其责、协调运转、有效制衡的公司法人治理结构”提出了具体要求。落实这些要求是国企改革法制建设的一项十分重要的任务。

1. 合理配置公司机关职权是完善法人治理结构的前提

现代企业的法人治理所遵循的基本原则就是分权制衡。实现分权制衡的基本要素是结构、程序和责任。具体说,就是以科学的职权配置形成法人内部各机构间的功能互补和权力制约,以周密的程序安排形成各机构的高效有序运行,以严格的制约措施对各