

83/9

1922.291.914

w84

国有企业改革比较 法律研究

吴天宝 武宜达 著
陶晓林 张媛媛

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

国有企业改革比较法律研究/吴天宝等著. —北京:
人民法院出版社, 2002. 4
ISBN 7-80161-275-2

I. 国… II. 吴… III. 国有企业-经济体制改革
-法律-研究-中国 IV. D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 020332 号

国有企业改革比较法律研究

吴天宝 武宜达 陶晓林 张媛媛 著

责任编辑 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号(100745)

电 话 64813516(出版部)

64813540 64813518 64813514(发行部)

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 河北省大厂回族自治县第一胶印厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 669 千字

印 张 24.875

版 次 2002 年 5 月第 1 版 2002 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-275-2/D·275

定 价 45.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与出版社联系调换)



吴天宝 1962年生,毕业于南京大学法律系,现为中国法学会会员,江苏神州大地律师事务所主任,南京师范大学兼职研究员,中国人权研究会理事。曾在《中国法学》等杂志发表法学论文多篇。



武宜达 1976年生,连云港人,南京大学经济法硕士,主攻方向《金融法》、《公司法》、《信托法》、《合同法》等,曾在国家法学核心期刊发表过数篇论文。



陶晓林 1953年生,江苏溧阳市人,中国社会科学院研究生院研究生毕业,现为中国法学会会员、中国法学会世界贸易组织法研究会常务理事、中国法学会董必武法学思想研究会副秘书长。曾撰写法学论文多篇。本书课题组负责人。



张媛媛 1976年生,江苏宜兴人,南京大学法学硕士。在核心期刊发表《我国商标确权司法审查制度之构建》、《关于票据表见代理的立法思考》、《关于刑事证据立法的若干问题》等论文,参编《经济法》教材。

序

公元 20 世纪末，社会主义理论和社会主义制度遭遇了前所未有的危机。有人兴高采烈，有人惶恐迷惘。当此危难之际，是中国共产党人、中国人民，在发展的马克思主义和毛泽东思想的邓小平理论指引下，解放思想、实事求是，进行了一场“世无前例”和“史无前例”的社会主义经济体制改革的伟大实践，明确提出建立社会主义市场经济体制的目标，为社会主义发展指明了方向和道路。

我们要建立的社会主义市场经济是一种既具有现代市场经济一般共性的时代特色，又具有自身中国特色个性的市场经济。这就是要在以公有制经济为主体、多种所有制经济共同发展的基础上建立市场经济。此中的关键在于公有制经济与市场经济的结合；两者结合的关键点又在于国有企业与市场经济的结合。这些关键问题能否解决，直接关系到我国经济体制改革的成效和社会主义目标的实现。

我们的国有企业在共和国的成长壮大中立下了汗马功劳；在经济体制改革中也付出了代价，做出了牺牲，保证了多种经济成分的蓬勃兴起和经济体制改革的顺利进行。但当其进入市场经济时，却由于历史和现实的、经济的和政治的、制度的和机制的多方面的原因，遭遇困难，举步维艰。二十年来，在经济体制改革的进程中，中央关于国有企业改革的方针是明确的，步骤是循序前进的。随着我国由计划经济为主和有计划的商品经济，进而又向社会主义市场经济的发展，国有企业也由生产、经营单位向商品生产者、经营者，进而又向市场主体转变。党的十五大以来，党和国家为深化国有企业改革，针对国有经济的数量和质量、所有权的实现形式、建

立现代企业制度、借鉴外国与立足国情等问题，又提出了一系列重要的理论、原则、方针和途径。

当前的形势是国有企业多数解困，情况正在好转。但实际问题仍很多，理论争论仍激烈。急需进一步对国有企业改革，从理论上阐明，从法律上规制，从实践中落实，正确地为国有企业定位、定前途。

《国有企业改革比较法律研究》一书为进一步深化国企改革提供了相当丰富的资料和可行的思路。有关国企改革的基本理论、产权制度、治理结构、组织形态和外部环境，我们都可以从中找到相应的内容，找出在法律上，我国过去如何规定、如何做；现在如何规定、如何做；将来应如何规定、如何做；外国如何规定、如何做。外国特别是发达国家在长期商品经济实践中积累起来的有关市场经济一般规律的经验、理论和制度，我们还是要借鉴的。当然，借鉴应该是共性的东西，单纯反映它们特性的东西，我们不可盲目照搬。一切“以我为主，为我所用”。

当前，党和国家有关国有企业改革的一系列方针、政策和法律、法规亟待进一步贯彻实施，WTO的加入，西部大开发的兴起，国有企业又面临着许多新的机遇和挑战，本书的出版在理论和实际方面都有相当的价值和意义。开卷有益，望诸君读之。

曹海波
2001/4/10 18日

目 录

序.....	(1)
--------	-----

第一篇 总 论

第一章 国有企业概论.....	(2)
第一节 企业的概念.....	(2)
第二节 国有企业的概念	(20)
第三节 国有企业的分类	(30)
第四节 国有企业的性质与特征	(49)
第五节 国有企业的目标	(64)
第二章 国有企业改革的历史沿革	(84)
第一节 扩权让利阶段	(84)
第二节 承包责任制阶段	(90)
第三节 建立现代企业制度阶段	(98)
第三章 国有企业法及相关问题.....	(105)
第一节 国有企业法概述.....	(105)
第二节 我国企业立法的现状及问题.....	(115)
第三节 我国企业法律制度的构建与完善.....	(130)
第四章 现代企业制度.....	(142)
第一节 现代企业制度概述.....	(142)
第二节 建立和完善现代企业制度的若干问题.....	(149)
第五章 有限责任制度的构建与完善.....	(164)

第一节	有限责任制度概述·····	(164)
第二节	有限责任制度的缺陷与修正·····	(170)
第三节	我国国有企业有限责任制度的构建与完善·····	(187)

第二篇 产 权

第六章	国有企业的产权问题·····	(200)
第一节	产权的概念、性质和分类·····	(200)
第二节	产权制度的功能与特征·····	(206)
第七章	国有企业的法人财产权·····	(216)
第一节	法人财产权的概念·····	(216)
第二节	确立法人财产权的相关问题·····	(232)
第八章	国有企业的所有制问题·····	(242)
第一节	“十五大”对于所有制理论的突破·····	(242)
第二节	所有制的法律表现形式与实现形式·····	(246)
第九章	国有股权·····	(258)
第一节	国有股权的法律性质·····	(258)
第二节	国有股权的价值选择·····	(270)
第三节	国有股权的设立·····	(273)
第四节	国有股权的转让·····	(288)
第十章	国有资产管理与国有控股公司·····	(302)
第一节	国有资产管理·····	(302)
第二节	国有控股公司·····	(325)
第十一章	国有企业的资产重组·····	(343)
第一节	资产重组概述·····	(343)
第二节	国有资产重组的必然性·····	(345)
第三节	国有资产重组的法律问题·····	(349)
第十二章	国有企业的债转股·····	(358)
第一节	国有企业的债转股背景分析·····	(358)

第二节	债转股应当注意的几个问题·····	(366)
-----	-------------------	-------

第三篇 治理结构

第十三章	公司治理结构概述·····	(374)
第一节	公司治理结构概念及历史·····	(374)
第二节	美国、日本、德国的公司治理结构模式·····	(386)
第三节	我国国有企业治理结构的构建·····	(396)
第十四章	股东大会制度·····	(407)
第一节	股东大会概述·····	(407)
第二节	股东大会制度的完善·····	(422)
第十五章	董事会制度·····	(464)
第一节	董事会概述·····	(464)
第二节	董事会制度的完善·····	(488)
第三节	完善国有企业经理制度的法律思考·····	(504)
第十六章	监事会制度·····	(512)
第一节	监事会立法体例·····	(512)
第二节	监事会制度的完善·····	(520)
第十七章	职工参与公司管理制度·····	(547)
第一节	相关的理论与各国立法概况·····	(547)
第二节	职工参与公司管理的基础、方式及制度完善·····	(559)

第四篇 组织形态

第十八章	有限责任公司·····	(576)
第一节	有限责任公司的法律特征·····	(576)
第二节	有限责任公司形态的选择与操作·····	(585)
第十九章	股份有限公司·····	(594)
第一节	股份有限公司的法律特征·····	(594)

第二节	股份有限公司形态的选择·····	(607)
第二十章	企业集团·····	(613)
第一节	企业集团概述·····	(613)
第二节	中国企业集团的发展与法律规制·····	(626)
第二十一章	股份合作制·····	(638)
第一节	股份合作制企业概述·····	(638)
第二节	国有中小型企业股份合作制的选择与规范·····	(646)

第五篇 外部环境

第二十二章	公平竞争环境的法律缔造·····	(656)
第一节	国有企业改革与竞争·····	(656)
第二节	国有企业与反垄断法·····	(668)
第三节	国有企业和反不正当竞争法·····	(686)
第二十三章	国有企业破产法律制度·····	(690)
第一节	破产法概述·····	(690)
第二节	国有企业破产申请和受理·····	(693)
第三节	债权人会议·····	(698)
第四节	和解程序、破产宣告与破产清算·····	(699)
第五节	国有企业破产程序终结·····	(706)
第六节	破产责任·····	(707)
第二十四章	社会保障制度·····	(709)
第一节	社会保障法的概念及作用·····	(709)
第二节	中国社会保障立法的现状·····	(712)
第三节	国有企业改革对社会保障的要求·····	(715)
第四节	我国社会保障制度的发展与完善·····	(719)
第二十五章	市场中介制度·····	(727)
第一节	建立健全市场中介组织·····	(727)
第二节	国有资产评估·····	(732)

第三节 资产评估机构·····	(743)
第四节 律师事务所·····	(750)
第二十六章 入世与中国国有企业·····	(760)
第一节 世界贸易组织概述·····	(760)
第二节 WTO 规则对国有企业的适用 ·····	(765)
第三节 入世对国有企业的积极影响·····	(769)
第四节 入世给国有企业带来的挑战·····	(772)
第五节 国有企业应采取的对策·····	(775)
跋·····	(782)
后 记·····	(783)

第一篇

总 论

第一章 国有企业概论

长期以来,对于国有企业改革的研究,仅是就“改革”而论“改革”,缺乏一个系统的全面深刻的理论研究。这主要表现在,国有企业改革措施的出台,仅仅是为了解决当时国有企业存在的问题,或是为了解决先前的国有企业改革措施的缺陷而设计的。国有企业改革措施缺乏长期性、根本性和全局性的改革思想的指导。而这一思想的缺乏,又与对国有企业的定义、种类、性质、特征、目标等深刻精细研究的匮乏密切相关。本章试图通过对国有企业的定义、种类、性质、目标等问题的研究,来给国有企业改革提供一个基础性的理论铺垫。

第一节 企业的概念

概念作为反映事物本质属性的思维形式,不论在哪一门学科中,都具有基础性的重要地位与作用。正如J.L 奥斯丁教授所言,我们可以用对词的深化认识去加深我们对现象的认识。^①而法律概念,是进行法律判断、法律推理的前提,是创制法律规范、构建整个法律制度的基础,也是实现法律的公平、正义目的的必要条件。

完整、准确、清晰地搞清一个概念的内涵与外延,一直是学术界“可欲而不可求”的事情。一方面,是因为人的认识能力是有限的。人们对于客观事物本质属性的认识,总是停留在一定历史阶

① 转引自〔英〕哈特:《法律的概念》,张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译,中国大百科全书出版社1996年版,序言。

段、一定范围内的对客观事物本质属性的把握。另一方面,是因为客观事物是处于不断发展变化之中,其本质属性也处于不断发展变化之中,由于人们认识的滞后,往往也制约着人们对于客观事物本质属性的准确理解。但“理论学术只是一种暂时的解说,不会有永恒的真理,但追求真理的学术品德却始终如正义之剑一般高悬在学者的头上。”^①为此,我们应在动态之中永恒追求概念的全面性、历史性、深刻性的严谨的内涵及外延,尽管其“路漫漫兮”,我们仍将“上下而求索”。

作为现代意义的“企业”,并非中国的本土产品,而是由日本传入中国的舶来品。企业一词,源于英语中的“enterprise”,原意为企图冒险从事某项事业。日本人用汉字将其意译为“企业”,在中日文化交流过程中,其被引进到中国来。^②

企业起初只是一个长期沿用的商业术语,并没有被纳入到法律概念的范畴之中。例如颇具影响的《牛津法律大词典》中,根本就没有企业这个词条。但是随着社会生产力的向前发展以及社会经济关系的不断向前演进,企业在整个社会活动中的地位日益重要,成为社会经济活动的基本细胞。一个国家的企业的国际竞争力如何,往往在很大程度上影响着一个国家的国际地位以及综合国力。作为经济关系的反映的法律,最终也接纳了来自经济领域中的企业这一概念。虽然在1808年《法国商法典》第632条关于商业交易中就使用了“企业”这一概念,但“企业”在法律中地位突出起来却是在一战以后。

随着企业这一概念由经济领域走向法律领域,企业的含义也在悄悄地发生变迁,即由企图冒险从事某项事业,变为某种经营组织或经营体。这一含义变迁的背后隐藏着经营习惯化、经营人员的职业化以及企业与社会生活的日益密切化的深刻历史背景。

① 范健、蒋大兴:《公司法论》(上卷),南京大学出版社1997年版,序言第1页。

② 《汉语外来语词典》,上海辞书出版社1984年版,第284页。

我们遵循企业概念历史变迁的轨迹，来分别探讨企业的经济含义与法律含义。

一、企业的经济学解释

（一）古典经济学中企业的含义

依据传统经济学的观点，企业是以产出最大化或利润最大化为目的的生产单位或经济单元，其基本功能是把土地、劳动、资本等生产要素投入转化为一定的产出。因此，传统经济学把企业视为一种生产函数，来描述投入与产出之间的转换关系。此处的生产函数指的是一种产品的产出与生产这一产品所需的要素投入之间的技术关系。正因为如此，企业的产出以及其存在发展，主要归功于技术因素。与企业存在有关的最重要的一个技术因素，是“协作生产”和“规模经济”。企业在技术上具有不可分割的协作关系，由此决定企业将按一定的组织规模产生和存在。而企业生产规模的扩大，则导致了单位产品成本的下降以及劳动生产率的提高。将企业定义为追求产出最大化或利润最大化的生产单位或经济单元，实际上是把企业视为理性经济人。所谓理性经济人，是指按照自身利益最大化的原则，能够对自己的行为做出正确选择的自私自利的人。

传统经济学从“理性经济人”的假设前提出发，把企业视为生产单位，即单纯从企业行为本身考察来给企业下定义。显然，它对于企业概念的解释也有不可忽视的缺陷。其主要表现在：

第一，在经济发展过程中，随着企业出资者权利的日益衰弱，经营者的权利与日俱增，对于企业的生存目标的控制权日益旁落到经营者手中来。在此种情形下，企业是追求利润最大化的生产单位这一定义能否在理论上站得住脚以及能否完全符合客观实际，便存疑问。

面对这一挑战，传统的经济学提出了两条主要理由，来论证其确保追求利润最大化目标的实现。其一，出资者“用脚投票”来决定、影响、支配和监督经营者的行为，也就是说，企业的出资者通

过有效的资本市场运作，一旦经营者行动目标与企业出资者的目标不一致时，那么企业的股票价格将会下降，企业也将会面临被接管的风险。而接管企业通常意味着企业的人事组织将会被调整，这也必然涉及到经营者的处置更新问题。因此，经营者为了避免“下岗”的风险，不得不去努力实现企业出资者的利润最大化的目标。其二，因为企业利润最大化的目标体现和代表了企业出资者的利益，故企业出资者有动力、有能力设计一整套适用经营者的激励约束机制，来确保经营者的行为体现出资者的意志，实现出资者的利益。然而，这两条主要理由也存在着一些疑问。

首先，对第一条理由进行反思：（1）若经营者的行动并未按照利润最大化的目标来进行，在现实生活中，是否必然导致企业被接管，尚须待分析论证。企业接管者在实施接管行为前，必然会通过调查、分析、论证，来比较实施接管所能带来的预期受益与实施接管企业所需支付的各种费用二者之间的大小。若前者大于后者，企业有可能被接管；若前者小于后者，企业往往不可能被接管。既然经营者偏离利润最大化的目标不一定导致企业被接管，这就意味着，经营者的既得利益也不一定必然被改变、调整，从而经营者仍可以“为所欲为”。（2）“搭便车”现象的存在，也会削弱企业接管者进行接管的动机。举例言之，如果某一企业利润大大低于其应有的正常的利润，以至于一旦实施接管，其预计收益将明显超过接管成本。但是，这一企业的经营状况，不论原来企业的出资者还是对于企业的接管者，都是清清楚楚的。因而企业的出资者完全有理由期待着从接管者手中获取相当高的利润。正是基于此，企业的出资者，要么完全有可能不愿意放弃基于对企业的出资份额而享有的权力，要么以接管者无法或难以接受的价格来保持其对于企业的既得利益。这势必导致潜在的企业接管计划无法实现，或偏离其接管的原先意图。因此，即使企业的经营大大地背离了利润最大化目标，企业接管也可能无法发生。

其次，对于第二条理由进行反思：（1）利润最大化是企业的所

有出资者的共同利益这一命题，是以商品市场处于完全充分的竞争为内在的必要前提。在现代企业制度中，企业的出资者通常不是一个人，而是由众多的人所共同组成，而出资者群体中的某些出资者，往往会对两个或两个以上的企业分别出资，此时处于同一出资者群体中的出资者之间甚至会发生严重的利益冲突。总而言之，当企业的出资者不是一个人，而是一个出资者群体时，由于彼此的利益和利害关系的不尽相同甚至尖锐冲突，以及由此决定他们彼此的立场也不尽相同，因此，他们的行动目标一直保持在利润最大化之上也并非具有必然性。(2)即使所有出资者都具有一致的利润最大化目标，此时，也仍然存在着所有者对于经营者进行激励约束的有效性的问题。①这是因为出资者与经营者目标不一致。出资者以货币、实物、知识产权等形式对企业出资的原因，是他们通过企业的经营运作，实现企业资本增值和资本收益最大化，从而实现利润最大化这一目标。而企业的经营者所追求目标则是多元的，其包括较高的工资、名誉、权力、地位以及诱人的职务消费。在很多情况下，经营者的多元化目标与出资者的单一目标往往会发生冲突，经营者为了自己的目标而肆意侵害出资者利益的现象常有发生。②这是因为二者信息不对称。经营者直接经营管理企业，直接从事企业的生产经营活动，在运营企业过程中利用其职务、业务的便利条件以及自身的生产经营技能，掌握出资者无法及时、甚至事后也难以知晓的许多对企业有重大影响的有价值的信息，而出资者对于企业信息的获取、往往是表面性的、事后性的，因而无法对经营者进行完全有效的监督。③这是因为二者责任风险不同。因为，企业的最初资本毕竟是由出资者提供的，一旦企业发生破产等重大不利事件时，责任最终还是落到出资者身上；而经营者在企业发生意外时，损失的最多只是经营者的职务以及相应的名声，其损失远远小于出资者的“血本无归”、“倾家荡产”。鉴于以上三个原因，致使企业的所有者很难设计出一套行之有效的激励约束机制。

第三，把企业定义为一个追求利润的生产单位，尽管抓住了企

业的一个基本特征，但仍存在着不周全之处。^①这是因为并非一切追求利润的单位都可以定义为企业。比如，工厂里的车间和班组也在追求利润，但不能称之为企业。

第四，传统经济学是单纯从企业的行为这一角度来考虑企业的性质，而没有从企业的组织即内部结构这一视野来定义企业。这就是说，传统经济学完全没有考虑到企业内部的各生产要素的转化过程，因为在其看来，企业内部不存在任何交易成本。而从实际中的企业运行来看，这种观点是不现实的。^②

第五，传统经济学没有令人信服的解决企业与市场的“边界”的确定问题，以及没有清楚地解释企业与市场的关系。传统经济学偏重于或仅仅以协作生产力、规模经济等技术因素来解释企业的存在。分工与协作不仅能通过企业这种经济组织实现，而且也能通过市场交换来实现。这就是说，传统经济学没有解释，市场的调节是一种有效率的调节形式，那么，为什么还会出现以企业的形式来调节各种生产要素。科斯及其追随者在“交易费用假说”的基础上提出交易费用经济学，并以此为武器，向传统经济学的企业理论发动了进攻，得出了一个更为全面和更为深刻的企业的定义。

（二）交易费用学派关于企业的定义

企业契约理论的产生，以交易费用经济学派的代表人科斯 20 世纪 30 年代在美国《经济学》杂志上发表的题为《企业的本质》为标志。随后，阿尔顿、德姆塞茨、威廉姆森、克莱因、詹森、麦克林和张五常等学者继承和发展了企业契约理论。他们各自的理论观点不尽相同，对于企业的定义的阐述也存在着一些区别。

科斯在《企业的本质》一文中写道：“在企业之外，价格变动

① 吴敬琏等：《大中型企业改革：建立现代企业制度》，天津人民出版社 1993 年版，第 3 页。

② 哈特：《企业、合同与财务结构》，费方域译，上海三联书店 1998 年版，第 19 页。