

浅议我国公司法之缺失 PDF转换可能丢失图片或格式，建议  
阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/479/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B5\\_85\\_E8\\_AE\\_AE\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_c122\\_479742.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E6_B5_85_E8_AE_AE_E6_88_91_E5_c122_479742.htm) 我国公司法于1993年12月29日经第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过，自1994年7月1日起施行，1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议对其进行了第一次修改，2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议对其进行了第二次修改。本文旨在分析作为商法的我国现行公司法中存在的诸多问题与不足，以期起到抛砖引玉之作用。

一、公司法中存在不利于各市场竞争主体平等竞争的法律规定 公平竞争原则是市场经济中最为重要的一个原则，公平的竞争应当是平等的竞争。在市场经济条件下，必须营造并维护一个平等、公平、统一、有序的外部竞争环境，使各市场竞争主体站在同一起跑线上。平等竞争的环境主要通过商法制度、税法制度、产业政策法律制度等来实现。如公平税负、统一税率；又如竞争性行业或领域的“进入壁垒”的打破等。我国逐步统一税率，对外商实行国民待遇即其努力之一。同时，在我国特殊的情况下，还必须通过社会保障法律制度，建立起完善有力的社会保障体系，以解决竞争性国有企业历史上背负的沉重社会负担，使其与其他企业一样轻装上阵，平等竞争。

我国公司法中与公平竞争原则相冲突的不利于各市场竞争主体平等竞争的法律规定主要表现为市场准入方面的条件不平等。（一）市场准入方面---设立条件不平等 根据我国公司法第二十条第一款的规定，有限责任公司由二个以上五十个

以下股东共同出资设立。这是一般的情况，即要求股东人数在2 - 50人，可是对于投资主体为国家的，则不受此限制，因为该条第二款规定，国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以单独投资设立国有独资的有限责任公司。而且该法第二十一条也规定，“本法施行前已设立的国有企业，符合本法规定设立有限责任公司条件的，单一投资主体的，可以依照本法改建为国有独资的有限责任公司；多个投资主体的，可以改建为前条第一款规定的有限责任公司。”，这充分表明，“国字当头”的企业在设立时享有特殊，这是违反公平竞争原则中的平等竞争原则的。同样的情况也发生在关于股份有限公司设立条件的规定中。我国公司法第七十五条规定，设立股份有限公司，应当有五人以上为发起人，其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。这是一般情况，即要求发起人在五人以上且这些发起人中须有过半数的在中国境内有住所。但国有企业改建为股份有限公司的不受此限制，因为该条第二款规定：“国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于五人，但应当采取募集设立方式。”，这就不利于营造并维护一个平等、公平、统一、有序的外部竞争环境，使各市场竞争主体站在同一起跑线上。（二）市场准入方面---上市条件不平等 当非原国有企业改建而设立的公司需要通过上市来筹集资本，扩大自己的实力和影响时，同样又会遇到不公正的待遇。因为根据我国公司法第一百五十二条的规定，股份有限公司申请其股票上市必须符合六个条件：1、股票经国务院证券管理部门批准已向社会公开发行；2、公司股本总额不少于人民币五千万元；3、开业时间在三年以上，最近三年连续盈利；原国有企业依法改建而设立的，或者

本法实施后新组建成立，其主要发起人为国有大中型企业的，可连续计算；4、持有股票面值达人民币一千元以上的股东人数不少于一千人，向社会公开发行的股份达公司股份总数的百分之二十五以上；公司股本总额超过人民币四亿元的，其向社会公开发行股份的比例为百分之十五以上；5、公司在最近三年内无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载；6、国务院规定的其他条件。而其中第3个条件“开业时间在三年以上，最近三年连续盈利；原国有企业依法改建而设立的，或者本法实施后新组建成立，其主要发起人为国有大中型企业的，可连续计算；”明显体现出不公平，为什么一般的有限责任公司或是其他非国有投资主体投资设立的股份有限公司在申请上市时就不能将公司成立前各投资主体的盈利连续计算而偏偏原国有企业改建而设立的股份有限公司或者公司法实施后新组建成立并且其主要发起人为国有大中型企业的股份有限公司这两种情况就可连续计算；要知道，一个股份有限公司要成为上市公司本身就相当的困难，而“国字当头”的企业再次受到优惠的待遇，会给民营公司或非国有企业改建的公司造成极大的不公，加之各外商投资企业享受到各种优惠，更加造成这种人为的竞争条件的不平等，所以民营公司生存和发展的环境非常不利，现在国家的政策是放手发展非公有制经济，但如果不修改包括公司法在内的现行相关法律制度，民营公司就很难真正发展起来。（三）市场准入方面---筹资条件不平等 当非原国有企业改建而设立的公司，即一般意义上的有限责任公司需要通过直接融资的方式来筹集资金时，同样受到不公平的待遇，因为它根本得不到法律的支持，这是由于我国公司法第一百五十九条规定：“股

份有限公司、国有独资公司和两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，为筹集生产经营资金，可以依照本法发行公司债券。”也就是说，在我国可以通过发行公司债券的方式来筹集资金的市场主体只有四种：股份有限公司、国有独资公司、两个以上的国有企业投资设立的有限责任公司、其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司。而非由国企改建也非国家投资设立的有限责任公司，比如由两个以上自然人或非国有法人设立的有限责任公司就不能通过发行发行公司债券的直接融资方式来融资，这就使得这类公司筹集资金的方式局限于向金融机构借贷的间接融资方式，或只能向其他企业借款（而现行国家政策又不允许），那么这类公司要发展壮大的愿望就会往往因为资金问题而落空。

二、组织管理方面存在较大的特殊性（一）有国企历史渊源的公司中职工有权进入公司董事会、监事会等组织机构，民主管理形式呈现多样化，导致责权不分、机构重叠、角色错位。根据我国公司法第十六条第二款的规定“国有独资公司和两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，依照宪法和有关法律的规定，通过职工代表大会和其他形式，实行民主管理。”，而该法第四十五条又规定：“有限责任公司设董事会，其成员为三人至十三人。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。”，第六十七条规定，“国有独资公司监事会主要由国务院或者国务院授权的机构、部门委派的人员组成，并有公司职工代表参加。监事会的成员

不得少于三人。监事会行使本法第五十四条第一款第（一）、（二）项规定的职权和国务院规定的其他职权。”，第六十八条规定：“国有独资公司设立董事会，依照本法第四十六条、第六十六条规定行使职权。董事会每届任期为三年。公司董事会成员为三人至九人，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门按照董事会的任期委派或者更换。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。董事会设董事长一人，可以视需要设副董事长。董事长、副董事长，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门从董事会成员中指定。”也就是说，“国字当头”或者说有国企历史渊源的公司中为体现职工当家作主既规定了通过职工代表大会和其他形式来实行民主管理，同时还规定其董事会成员中应当有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。那么，这里职工“民主管理”，具体管理那些事务？是职工自身的事务还是公司的事务？如果是后者，会不会与董事会的职权相冲突？笔者认为，有第十六条第一款“公司职工依法组织工会，开展工会活动，维护职工的合法权益。公司应当为本公司工会提供必要的活动条件。”就足够了，第二款纯属多余，还会引起不必要的麻烦和冲突。（二）国有独资公司不设股东会，由经授权的公司董事会行使股东会的部分职权使得权力机构与决策机构合为一体，使得公司法人具有双重身份。我们知道，在作为现代企业的公司中，股东的投资行为引起“两个转变”，一是“财产所有权人变为公司的股东”；二是“传统所有权在公司中变为股权和公司法人权利”，其中的股权表现为资产受益权、重大问题决策权和管理者选择权，由股东行使；而

公司法人权利则由法人行使，而根据我国公司法第六十六条的规定：“国有独资公司不设股东会，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门，授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增减资本和发行公司债券，必须由国家授权投资的机构或者国家授权的部门决定。”，这就就会出现股权和法人财产权均由同一个主体，即公司法人这一主体行使，使得公司法人的角色具有双重身份（既是股东的代表又是公司法人的代表），从而使国家这一唯一股东的股权，尤其是资产受益权无法最大限度的实现，也不利于建立产权明晰、权责分明、管理科学、激励与约束相结合的现代企业制度，因为该国有独资公司到底能不能代表、在多大程度上代表国家这一股东的权利不得而知，加之缺乏有效的监督和制约，更让人无法相信该国有独资公司的这种能力。还有，该法第六十九条规定：“国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经理依照本法第五十条规定行使职权。经国家授权投资的机构或者国家授权的部门同意，董事会成员可以兼任经理。”，第七十条则规定：“国有独资公司的董事长、副董事长、董事、经理，未经国家授权投资的机构或者国家授权的部门同意，不得兼任其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经营组织的负责人。”也就是说，在经国家授权投资的机构或者国家授权的部门同意的情况下，董事会成员可以兼任经理。这就使得该经理既享有决策权又享有执行权和日常经营管理权，这必然会导致该经理的权力过分集中，不仅很容易孳生腐败，造成国有资产无法保值和增值，还会严重损坏党和政府的形象，弊端异常明显。三、规定的公司种类无法满足社会主

义市场经济改革的需要 我国现行的公司法只规定了有限责任公司和股份有限公司两种形式，而在我国企业的改制中，尤其是中小企业的改制，无论是国有企业还是集体企业，往往由于生产结构单一、资金不足、人员素质不高、传统思想观念的影响过大等一系列主客观原因而在实践中不得不采取股份合作制企业的方式，这种企业是独立法人，它以企业全部资产承担民事责任，主要由本企业职工个人出资，出资人以出资额为限对企业的债务承担责任。股份合作制既不是股份制企业，也不是合伙企业，与一般的合作制企业也不同。它是采取股份制一些做法的合作经济，是社会主义市场经济中集体经济的一种新的组织形式，它有四个特征：第一，在股份合作制企业中，劳动合作和资本合作实现有机结合；第二，职工投资入股；第三，职工民主管理，职工享有平等权利；第四，实行按劳分配与按股分红相结合的分配方式。但由于我国现行的公司法未规定股份合作制企业这种形式，所以目前规范该种企业的法律规范只停留在部门规章这一层次上，如1994年10月由国家劳动部、国家体改委、国家税务总局、国家国有资产管理局联合发布的《劳动就业服务企业实行股份合作制规定》和1997年国家体改委制定的《关于发展城市股份合作制企业的指导意见》，这就给股份合作制企业的设立、发展和管理带来困难，因为很多权利和义务在这些规章并没有得到体现，加之规章的效力毕竟太低而不利于得到最普遍的推广，如果我国公司法在再次修改时能将这一形式纳入，必将对社会主义市场经济体系的建立起到相当大的促进作用。主要参考资料：1、《公司法》徐晓松 主编 中国政法大学出版社2002年1月第一版 2、《中华人民共和国公司法

》 编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)