

江平:公司法与商事企业的改革与完善（六）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B1_9F_E5_B9_B3__E5_85_AC_c122_485276.htm 本文原载于《中国律师》1999年第七期 公司法制定特别考虑到了我国公司的一个特点，就是大多数公司是原来的企业改制成的，因而在股份公司的设立中体现出了它的特点。所以西方的学者，以及我国台湾地区的学者研究我国公司法时注意到了这一点，公司法的总则中具体规定中都有国有企业的改制的痕迹存在。在总则中最重要的是第7条，第7条讲的国有企业改建成公司而且是针对国有企业改制中的基本原则和步骤，它讲国有企业改建为公司必须依法律、法规规定的条件和要求转换经营机制，有步骤的清产核资，界定产权，清理债权债务，评估资产，建立规范的内部经营管理机制，叫做一个转变、五个步骤。一个转变是要转变经营机制，包括原来的产权机制、政企机制和内部的管理机制。我认为五个步骤特别重要，第一个是清产核资，这个概念比较准确，国有企业转换成公司法的公司必须要清产核资，其目的是将原来国有企业的资产有一个比较准确的界定，不要因为转换成股份制而使国有资产流失，国有资产可能在评估的过程中减损，贬值，但这个问题在实施的过程中有几个难点，比如有的固定资产折旧已经到期了，有的是评估了一个价格，但实际上没有买，再有无形资产怎么来评估，无形资产中的非专利技术和商誉怎么办？我们对商誉没有一个明确的概念，如果这些都评估成了资产也不好，绝对的不评估也不好，我说的是在商业名称中所凝聚的信誉而不是服务商标，服务商标可以归纳为商标权。

全聚德在国外已经作为资产了，在国内还不可以，我国现在不允许用企业名称中所凝聚的商誉作为出资，公司法只规定五种出资，货币、实物、工业产权、非专利技术、土地使用公，没有“等等”。第二个是界定产权。我认为是界定哪些是国有资产。因为国有企业中也有非国有资产，现在叫集体企业的有的是真正的集体企业，有的是国有财产，这要界定清楚。我国东北的一些老公司，据他们介绍，十万人的国有企业，注册为集体的已有四至五万职工，这样的国有企业中的集体企业的资产到底怎么界定，它应界定为国有财产还是集体财产呢？为这个甚至闹了很大的纠纷，如劳动服务公司注册为集体所有制，但是由国有企业来投资，用的房子和水电都是国有企业的，这与职工完全拿自己的钱来建立的企业又不一平。这是非常难划分的，包括用国有企业的名义贷款自己来增值的问题，弄不好会发生冲突。国有资产的界定产权有第二个内容，如果里面有投资的话还要界定不同企业、事业单位的产权。上次华能与本溪钢厂的纠纷就是这样，本溪钢厂有很多是华能公司的投资，现在要改制了，华能投资的这部分怎么办，是贷款还是投资，华能笼统界定为国有股，再有要界定哪些是国家股，哪些是国有企业股，也是明晰化的过程。第三个是要清理债权债务，这有一个原则是只要国有企业改制为公司法的公司不论国有股在里面占多大比例，它都是另外一种性质的企业了，不能把原来的债权债务带走，如果债权大于债务转来由公司股东享有，则国家吃亏，如果债务大于债务转达来由公司中则股东就吃亏了，所以公司法在这个问题上是很严格的，律城作这个问题一定要明确。国有企业转成公司以前，所有的债权债务要清理，这个清

理是不是指必须要还清呢？有的经过新公司的股东会同意也可以转过来，但必须在信息披露中说清楚。现在清理债权问题不太大，关键是债务，债务要区分银行的债务和非银行的债务，欠银行的债务作为呆帐、坏帐来冲销或清还。对于企业之间的债权债务，经企业同意可以将债权转为股权，这条已有了明确的政策，它能促使公司改制中更方便的进行，一个企业欠另一个企业的债务变成了股权，一个国有独资企业变成了两个或三个有限责任公司或股份有限公司。第四个是评估资产，这里用评估资产不好，容易与此同时前面的清产核资弄混。很多人问这评估资产是什么意思，我认为这是将国有企业的哪一部分作为新设立的公司的注册资本。这里有几个问题，一个是非生产性的要剥离，不能将工厂附属的学校都作为资本来投入；第二个是土地怎么办？原来的国有企业往往土地的面积很大，上面已经盖好了厂房或宿舍，这部分如果无偿的转过去是不行的，一旦成为股份制的公司，土地绝对不能无偿使用。所以土地如何折价入股是一个相当复杂的问题，根据理力争实践中出现的问题和现实中转轨的需要，土地管理部门通常采取三个办法来解决土地有偿使用的问题，第一个是折价入股，这通常是在上市公司，第二个办法是土地使用权出让，国家把这块土地使用权以出让的办法来转给公司，这也有一定的难度。第三个也是用的比较多的是土地出租的办法，租金并不是按面积而是可以根据效益情况来调整。第三个评估资产的问题实际上不是评估资产了，而是如何解释退休职工的退休金和福利待遇的问题，不能有原有企业的这些问题都转嫁到新的公司。现在的办法是将这部分转成都市社会来负担。第五建立规划派内部管理机构即

董事会、监事会和股东会的制度。我想公司法第7条对今天国有企业改组成公司仍有现实的意义。除了改制就是公司的重组和兼并，我想谈一点是，作为公司也好，作为国有企业也好，搞兼并，现在正在搞一个兼并条例，有什么优惠政策里面会规定。我想从广义的企业来说有三种兼并的模式，一个是购买式，一个是合并式，另一个是股权转让式。我国发生过两个较大的金融机构资不抵债，为了使它不至于破产，所以没有实行公开的法院宣告破产的办法而是采取了行政解决的办法，一个是中银信托投资公司，另一个中国农业信托投资公司。它们不是股份公司，中银是一个股东的，中农信是带有国有企业和性质。中银由于资产很差，资不抵债，先由中国人民银行托管了一年，一年后如果宣告破产，国内外的债权人得不到偿还，那么我国的金融信用要受到很大的影响，所以中国人民银行决定由广东发展银行来购并，中银的所有债权债务都由广东发展银行来负责，广东发展银行为什么要背这个呢？因为中国人民银行给它优惠政策，让它在上海、北京设立分行，它的业务可以从广州到全国各地，这样就防止了金融危机。广东发展银行也很巧妙，因为它只能对中银的分支机构的债务进行偿还，它的合资公司和控股公司的债务它还不不定期？另外它采用什么方式，当时考虑的可以有这么和个方式，第一个就像荷兰银行以一英镑买下了巴林银行。现在报纸上也有很多国有企业以一美元的价格卖出，这是一个买卖协议，这种方式世界各国都相当多，好处就是不需要对企业进行清算，甚至都不需要进行资产评估了。买下来以后，我可以利用你原来的机构，利用你原来的关系，指把你的债权债务拿过来，买了你这种无形的客户的价值，

当时我是中银信托投资公司的法律顾问。第二种方式是公司合肥市并，看起来中银采取的是这种模式，我请大家特别注意公司合并的模式，它也包括企业法中规定的企业的模式，合并可以是新设式的合并，也可以是吸收式的合并，这实质上就是兼并。公司法中对公司合并时有一个特别的规定，严格按《公司法》第185条的规定，就是公司合并时，应作出合并的决议，所以兼收并蓄并一方和被兼收并蓄并一方都要有股东会的决议，这是代表股东的意志。只有股东大会有这个权，董事会都没有这个权。第二必须有合并的协议，这不是股东之间签订而是公司之间签订，签订了协议后就要编制资产负债表和财产清单，这个意思是公司合并不要清算，但是必须把财产清单拿出来。第四个很多人不好理解，就是为什么《公司法》第184条规定公司自作出合并决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上至少公告三次，接到通知的自接到通知之日起30日内，未接到通知的自第一次公告之日起90日内，全要求公司清偿债务或提供担保，否则公司不得合并。我们设想，广东发展银行要将中银公司吸收过来，中银公司的债权人好说，但可能有的债权人担心，你兼并我的公司有多大偿还债务的能力，我有权了解广东发展银行有多大偿还债务的能力，反过来兼收并蓄并一方的债权人也有这个问题，债权人可能会想你把一个亏损很大企业吸收进来就增加了我的风险，所以法律唱歌求合并之前必须要告诉债权人。未看到公告的可以在90日后要求公司偿还债务，或者要求提供担保，我想作公司合并也好，企业合并也好，都要掌握这种精神。公司合并债权人的利益必须得到保障，不能不通知他。这是公司规定的，我认为企业法也应贯彻这种精

神。现面有这这样一种意见，将来母公司可以变成股份公司，甚至有限公司。但大家认为这有困难，兴化是一个效益很好的上市公司，另一家效益不太好，当然就是一家愿意合并，另一家不愿意合肥市并，所以合并既要有股东的意志，也要有债权人的意志。第三种模式是通过股权转让的方法，原来的中银公司是11个股东，资不抵债就可以通过股权转让买入股权，股权转让最大的一个问题是所有的股东同意转让股权，但看起来也有两大障碍，第一能不能把来来11个股东的股份全转让给一个后来的股东，成为法人独资公司，这在工商注册时是否允许。第二是股权转让了以后，企业名称还在，没有消灭，只是股东换了，然后再通过决议来改变名称，走的是两步。（全文完）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