

江平:公司法与商事企业的改革与完善（五）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\\_485279.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B1_9F_E5_B9_B3__E5_85_AC_c122_485279.htm) 本文原载于《中国律师》1999年第六期现代企业应是独立法人 我们在起草公司法时强调的是合同自愿原则，在西方国家也叫契约自由原则。到底自由和自愿有什么区别？除了自由和自愿，我国还有自治，公司法中还有经营自主，这都是自由竞争的体现。从公司的角度看，我认为企业的自治，公司的自治包含着三层意思，第一层意思是他必须是独立的法人，包括公司法中的公司和股份合作制的公司，能够做到真正的经营自主，盈亏自负。我认为我们现在的市场经济最重要的问题是没有建立起真正的法人机制，这是改制的非常得要的原则和目标，我们的公司法、民法以白纸黑字向全世界宣布我们的国有企业和集体企业是独立的法人，但大多数企业不能做到独立的法人。在向市场经济转变时，这个问题还是要解决。撇开书本，我说独立的法人要有两个条件，一个是这个公司能支配它的全部财产，二是它能以它的全部资产来抵债。1992年我国制定了《全民所有制工业企业转换经营机制条例》，给了企业14项权利，当时把这个条例看成是避免国有企业死亡的最后一副仙丹妙药，看起来这个转机条例没有达到效果，因为光有这14项权利还不行，大刑机器设备、厂房、土地还是不能处理，当我们的公司不能支配他的全部资产的时候，怎么说是独立法人呢？国有企业现在能拿它的全部资产来抵债呢？不能，三角债这么严重就说明这个问题。三角债是很多外国学者最难理解的中国问题，债不是双方当事人的债权、债

务吗？怎么会出现三角债？第三人叫什么人？你对它说就是欠来欠去？他又不懂为什么要欠来欠去，他想不通。他问什么欠债，我说帐户上没钱，他部为什么不能用机器，设备等来抵债。可见，国有企业还是不能拿全部资产来抵债，所以这既是理论问题，又是我国最实际的问题。公司法想解决这个问题，但公司法的第4条怎么写？公司法规定是三大权，谁出资，谁受益，谁出资，谁作重大决策，谁出资，谁来选择管理者即董事会。公司享有的权是法人所有权，完全支配权。原来的草案中写的是现代企业享有是法人所有权，国家享有的是终极所有权。公司存在，国家就可以公司享有支配权，公司一旦不在了，财产归国家，在有关机构讨论时提出问题，第一是和宪法不符，宪法规定国家对国有财产享有所有权，现在是国家享有终极财产权，多这两个字是什么意思？第二是法学中没有双重所有权，企业的法人所有权，国家的终极所有权是什么关系？所以后来就还是避免使用法人所有权又要体现出能支配全部财产的意思，最后就用了全部法人财产权，全部法人财产权到底是什和东西？实际上它应是所有权，可是在国有资产法讨论时，它不能与公司法抵触，企业享有的全部法人财产权是股东出资形成的，有一次在国有资产去讨论时，一位经济学家提出，要确定企业对国有资产享有的是什么权，全部法人财产权怎和理解。这位经济学家说它是比所有权小一点，比经营权大一点的权利。这不就越来越混乱了吗。照相馆我们的观点，全部法人财产权就是所有权，企业法人享有所有权，股东享有股权，就这三种权。国有企业不能支配它的全部财产，一旦它改组成了公司，公司就能享有所有权，包括土地、厂房都能支配，而且它能拿

它的全部资产来抵债。我给法院讲课时强调，在贯彻公司法方面，请法院注意以后依公司法建立的企业以后不能再存在三角债，因为如果帐户上没钱，那它变卖一切财产也要抵债，再不行就破产，不严格执行，哪来的现代企业制度。我请律师们注意，现代企业一能支配它的全部财产，二能用它的全部财产来抵债，三抵不了债要破产。这才是真正的现代企业。现代企业应是自治企业 自治企业的第二层意思是现代企业是章程企业，它靠章程来维系。我为什么要强调章程呢？现在很多人把章程看成是可有可无的东西，我们的国有企业就没有章程，也无需章程，而现代企业有别于其他的就是它有章程。如果我们说任何国家都要对企业的行为进行约束是千真万确的，企业在任何国家都不是个人行为，它是重要的社会经济的问题，因为它的生产直接影响社会的利益。但国家靠什么来约束企业的行为呢？在计划经济下国家约束企业的行为是靠两个法宝，一个是指令性计划，一个是上级主管部门，生产什么计划规定好了，重大的事项要向政府报告，企业当然也管住了。市场经济下怎么办呢？市场经济下国家靠什么来约束企业的行为呢？我认为主要靠两个东西来约束企业的行为。从西方国家的经验看一靠法律，二靠章程。法律是国家的意志，章程和合同一样是当事人的意志。只有当事人自己意志，没有国家意志也不行。公司法是将当事人意志和国家的意志统一的法律，公司法中有不少强制性规定。公司法规定的都可以用章程来补充。公司法中规定可由章程另行规定的还可以与章程规定不一样，从这个方面说，公司法必须掌握好国家的意志和当事人的意志。我想讲两个例子来说明这个问题。第一是章程和合同的关系。我国三资企业

法中常有章程和合同规定不一样，但按外经贸部的解释，章程与合同不一样，以合同为准，这个问题在三资企业法可以这么说，在我国公司法中没有合同的规定，公司不是合同行为而是章程行为，只有有限责任公司规定章程需全体股东签字，这有点类似于合同。严格说来，公司的行为就是章程，交易的行为是合同，所以有人说以后公司法与三资企业法合起来后，也不要规定什么合同，只规定章程就可以了，但这是后话。首钢前几年出了一个案子一直打到最高人民法院。那时首钢还是以承包为本，首钢和深圳一个公司合起来搞一个海运公司，买了两条船，各出了两百多万，在公司章程中写了这个海运公司是联营性质，是有限责任公司。这家公司成立后效益不好，首钢就决定把这海运公司承包出去，后来首钢的海运部出了事，很多人被抓起来了，首钢公司和海运公司的董事会就签订合同将海运公司承包了出去。承包合同中写承包期间全部产供销、人财物由首金刚负责，又写了承包期间的全部债权债务由首钢负责。现在人们还在争论这些事情，按公司法成立的公司能不能承包？有人认为按三资企业法成立的公司可以承包，我说按公司法成立的公司不能承包，它应按董事会、监事会和股东会来管理，不能按承包一个人说了算。但那时没有这样的规定，所以按公司法成立的公司就承包了。当时钢材比较紧张，海运公司和海外公司订了一笔数额极大的钢材，然后首钢以深圳海外公司订了一笔数额极大的钢材，然后首金刚以深圳海运公司的名义订了6个销售合同，规定如到时海运公司不能交付钢材，则双倍返还定金。到后来上家的钢材没来，首金刚就要返还几亿的定金，这案子是省高院一审，最高院二审，其中一家到了最高人

民法院。按合同规定是全部债以债务由首金钢承担，如果按章程的规定海运公司承担有限责任，要是这样首钢就太高兴了，只用一百多万来承担责任就行了。他们找了北京的专家学者征求意见，有人认为应按合同来承担责任，这是揭破公司面纱，应按合同来承担现责任，也有人认为合同是经营方式的转变，但不能改变公司的性质，承包不能改变有限公司的性质。到底章程和合同发生冲突时依那个来办，法院认为这个案件的判决会产生合同和章程那个效力为先的问题，所以最后搞了一个调解，避免了这个问题，将定金退回去，利息少拿一点。可是问题没有解决。第二个例子是律师应知道的我国公司法的一个重要的特点，就是公司的高级管理人员，董事、监事、经理对公司承担什么责任，这个问题很有意思，世界各国都存在这个问题。我国在1986年制定民法通则时曾争论一个问题，就是国有企业的厂长、经理搞了违法的经营活动，给企业造成了损失由谁承担责任，比如一个企业的厂长明知买走私汽车违法，但为了发工资，为了把企业搞兴旺，买了10辆走私车，以为一转手会赚，结果却被没收，给企业造成了损失。按民法通则的第49条规定，企业法人的法定代表人就是厂长，超出经营范围的活动除由法人承担责任外，还可以由法定代表人承担责任，构成刑事责任的承担刑事责任，损失由国有企业，也就是国家承担。和第49条相适应的还有一个第43条，企业的法定代表人和工作人员在经营范围内的活动由法人承担责任，这条很多人不懂。当时民法通则通过以后，我国和澳门的东亚大学有个高级经济法文凭班，我去讲的民法通则，最后开卷考试，我出了一道题：企业法人对其工作人员在什么范围内承担责任，香港律

师99%写的是在权限范围内的活动由企业承担责任，越权自负。如果按我国民法规定的经营范围来理解，不管合法的，违法的，只要在经营范围内的活动就由企业来承担责任，这在西方是不可理解的。在这里必须有个界限，什么情况下给企业造成损失由企业承担责任，什么情况下由自己承担责任。法律要在责任里寻找一条最合理，最公平的界限。所以大家看看公司法的第118条讲董事要对董事会的决议承担责任，董事会的决议违反法律，法规或公司章程，给公司造成重大损失的，由参加决议的董事对公司承担赔偿责任，如果有人反对，而且有记录的，可以免除责任。我是想说现代企业必须有一个依照法律和章程的明确的权限范围，公司法就是规定董事会会有哪些权利，监事会有哪些权利，股东会会有哪些权利的法律，凡违法和越权的由自己来承担责任，这就和我国民法通则第49条，第32条不一样了。所以企业章程要对责任作出明确的界限，违法是违反法律，越权是违反章程。第三人是自治企业要独立于政府，应是没有上级领导机构一说，不过国有企业是国家授权给企业经营，国家当然要管你，现代企业的公司是跨所有制，跨部门，跨地区，跨国界，所以不应由任何主管部门来看。现代企业是民主企业 现代企业是资本企业是就它的产权而言，自治企业是就它和政府的关系而言，而就其治理结构而言企业应是民主企业。董事长的权限和性质在公司法中写得比较清楚，只有董事长能作法定代表人，以前这条很多人有不同的异议。在德国可以是董事长为法定代表人，也可以由经理作法定代表人。在我国就存在问题，经理的地位到底是什么，经理的权限是什么。现在在三资企业中也存在这样的问题，董事长和总经理为两方各出

一人，董事长常以自己是法定代表人来干预经理的权限，所以也有人提出经理的权限是不是法定的，董事长能不能干预经理的权限，章程中是否可以对其作出限定。我认为首先应将经理的法律地位加以规定，从目前情况看，我国没有商法，也无商法典，按规定经理的权限不会只规定在公司法中，应写在所有商事准则里面，合伙企业和独资企业也在经理人，合作社将来也会有经理人，经理的地位不应只限于公司法中的经理。从商法来说，经理的地位是全权的代理人。从这点说，第一它是代理人，是通过代理这一民事关系来说的，董事长是选出来的代表公司的，法定代表人和代理人一个是代表人，一个是代理人，自身就写明代表是根据代表权，代理权是由于经理的聘任确定的，也不是选举制。我认为聘任的机制有三个特征，第一个特征是合同制，有聘任的期限，有聘任的要求。第二个特征是它应是竞争的机制，在竞争中选更好的人来担任，第三个特征是它需要公开的机制，要有透明的机制。第二，它是全权，它不需要授权委托书，也不用对权限作出另外的规定。另一个大家讨论比较多的是经理人签订合同。董事长签署公司的股票、债券，公司法规定公司要发行股票、债券，要由董事长亲自签字才能有效，现在比以前多了一点的规定是在公司董事会期间，公司根据需要可以授权董事长在闭会期间行使董事会的部分职权，这是相当谨慎的，法律上没有董事长可以行使董事会全部权利的规定。我们应确立这样的制度，合同的签字不一定要有法定代表人。现在在外贸的实践中常出现这样的问题，外贸的一些合同往往就是业务员签字，如股票的交易，如在新加坡发生的巴林事件，它的业务员就可全权代表公司在东京股票市场，

期货市场进行交易，我们在涉外事件中遇到不少这样的情况。有一个国际仲裁的案子，黑龙江农垦公司与中国化工日本公司订了一个合同，是由业务员签的字，发生的问题是业务员签的字生不生效？按外贸惯例，业务员就是代表，但外方不承认，他认为只有董事长能代表公司。如果仅看有没有法定代表人的签字，那我们在实践中许多合同都会发生问题，大家知道这次合同法中有表见代理的规定，如果这个公司是明显的代表了公司的行为，对外签订的合同，公司不加以否认的而且对方也同意的，就认为是表见代理，此合同有效。这样就又出现了第三个问题，就是经理人的权限到底是法定还是约定。股东会，董事会，董事长的权限是法定的，法律没有写的，公司章程可另行规定，而唯独在经理的权限方面有一个单独的规定，公司章程或董事会授予的其他职权，允许在公司的章程里扩大或限制经理的权限，这也是世界的通例，比如按公司法的规定，经理可对外签订合同。虽然没有这么写，但包含着这方面的意思，但我这个公司就是在章程中明确写了，公司的经理只能签订100万元钱以内的合同，超出100万元钱，必须经过董事会讨论，或规定超出100万的合同必须由董事长来签字，能不能通过章程的规定来约束经理的权限，这是可以的，理由就是公司法的119条。有人提问，对法律规定的权利加以限制的时候，能不能对抗其他人，受不受这个限制。因为这要通知与公司作生意的人，告诉他我们的经理只能作100万元以下的合同，100万元以上的合同是无效的，如果你告诉他了，主可以对抗。如果没有告诉怎么办呢？就是通过章程有所约束的，未告诉第三人的，不得对抗善意第三人，如果别人不知道，与经理签了500万元的合同



，除非他是恶意的，否则他不受限制。第四个问题是撇开了股东会、董事会、监事会的权限不说，另一个制约机制是董事长和总经理之间的关系。由于我国在国有企业中实行的是厂长负责制。它最大的问题是一人负责制。在这种情况下，很多人就想用企业法中的某些概念来表述，认为公司是董事会（长）领导下的经理负责制，这是不准确的。应该说公司法中董事长的权限和经理的权限都是法律所规定的，各国公司法的发展都认为董事会的权限不是股东所赋予的，董事会的权限来自法律的规定而不完全是股东会，股东不可能开会决定将董事会的权限缩小。同样董事会可以聘任经理，但经理的权限是法律所规定的，按道理讲董事长只是管董事会决议的执行，公司的大政方针是否得贯彻，公司的日常经营指挥权都在经理、副经理以下的人员，他们都是由经理来任命的，所以说经理的权限是相当大的，在这种情况下，董事长、董事会只能在认为经理不合格或违法而免他的职。在公司的管理中往往董事会是虚设的，董事长只是名誉性的而实权完全在经理，这样经理就变成了一切权力集中的人物。另外一种模式是董事长认为我是法定代表人，工厂里不仅决策大权我要来管，而且日常经营管理，乃至一般人事变动都管，这样就把董事长的权限扩大，他享受了一些本应由经理享有的权利。在这个意义上说，我们很容易走两个偏向。这是实施公司法中问题最多的。当然我们刚才也讲了在三资企业中，一方担任董事长，董事长能干预经理的权限，作经理的一方又希望将董事长的权利拿来一部分。在现代企业制度中，怎么处理好董事长和经理的权限分工和制约是一个很重要的问题。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)