

江平:公司法与商事企业的改革与完善（四）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_485282.htm 本文原载于《中国律师》1999年第四期 现代公司的基本特征是什么？有的认为国有企业也可以叫现代企业，有的说合伙了可以叫现代企业，有的说合伙了可以叫现代企业，我个人的观点始终坚持现代企业的最基本特征是它作为资本企业出现。这次九届人大时我看到有个代表发言说为什么现在不明确的叫资本，而叫资本金，国有企业开始叫资金，现在叫资本金，资本金和资本有什么区别？这个问题很尖锐，实质上资本金就是公司法中的资本。开始制定公司法时，争论最大的问题就是能不能用资本二字，当时有人极力反对叫资本，现在看来，公司作为一个企业，它的本质特征是以盈利为目的，是以追求最大利益为目的的。作为国有资本来说，它也要追求最大利润，和私营资本本身一样，国有资产法是讨论过国有资产怎样分类进行管理，这个法还没出来。最后决定国有资产是按三类来管理，第一类的国有资产是经营性的，经营性的国有资产就是资本管理，追求最大利润；第二类是国有机关和事业单位按预算形成的资产，这不能按资本来管理，更不能追求最大利润，这部分资产要按其目标进行管理，如中国政法大学的教育经费只能用在教育上；第三类是资源性的国有资产，像矿藏资源、土地资源、森林资源等，也不能按资本来管理，不能按让它产生最大利润的目标去开发，资源必须合理使用，以让子孙后代还有一些能用。按这几个原则，国有企业改制就是改制为以资本为红线的企业，要树立资本的观念。公

司制度体现了资本企业的三个重要原则 第一个是资本信用原则，有限责任公司都是资本作为信用，不是人作为信用，我们强调资本的信用就是淡化人的信用和所有制的信用。过去银行只借给国有企业钱而不借给其他企业钱是所有制信用。我认为资本企业的资本信用体现在两个方面，一个是实有资本的信用，另一个是注册资本的信用。但注册资本标志着什么东西呢？我认为注册资本在市场经济中标志着三个信用，第一它是股东承担责任的界限；第二它是公司成立时原始的自有资本的标志；第三个是公司盈利还是亏损的法律标准。一个公司以它的全部资产作为对久信用，当它资不抵债时就破产，所以一个公司的资本信用是与它的破产制度紧密联在一起的。第二是资本真实原则，这是公司法贯彻中最复杂的一个问题。前些天中央电视台焦点访谈登了一个消息我吃了一惊，它讲上海登记公司时，花5000块钱就可以将所有手续都办完，也不问你注册资本交了没有。后来我问上海工商局的人，他说注册的不是公司法意义上的公司，5000元办的是个承担无限责任的。在全国各地，皮包公司或类似的皮包公司很严重，我认为这个问题和国务院的某些政策是分不开的。因为那时国有企业有一个改革措施叫拨改贷，“拨”是建一个国有企业本来应该国家拨款，当然预算拨款不等于投资，改成贷了就是建一个厂子，国家本来要拨给5000万自有资金或流动资金，一变成贷款就要还了，那贷款生下来的东西归谁呢？这是个很复杂的问题。我认为拨改贷后，国家虽不拿一分钱，但国家要批准你立项，要不立项，就贷不到款，而且这个贷款，长期的低息贷款，所以原来拨改贷的企业在资产评估时全是国家的。现在我们搞企业的公司制改组，实

际上是确定了贷改投的原则，大家可以看到在企业的改组、兼并过程中，国家拿出一定的额度把呆帐、坏帐消掉，但是在企业改制的过程中形成的坏帐不好还，在清理债权债务，欠银行的钱不还怎么能改成股份公司呢？不能把这留给新的股东，在改制的过程中，如果确实还不起，经国家批准，可以作为呆帐、坏帐来处理，但一定要拿到额度，赖掉不行，朱总理特别强调欠银行钱不能赖，但可以按一定的额度免掉。但有了额度以后，大家眼睛就盯着这个额度了，只要拿到了这个额度就可以不还钱了，所以现在是欠了钱的也想拿额度，没欠钱的也想拿额度，这是行政给的指标。另外原来的拨改贷造成了很大的问题，现有的国有企业自有资金不足，国家也没有投入，这违背公司法的原则，所以要改成贷改投。在一次会上李鹏明确宣布，国有企业破产后，原欠国家的拨改贷的就不还了，这是很明智的说法，因为还拨改贷的部分是很不合理的。本来国家该投入5000万，改成了贷款，破产后还要还是很不合理的，按公司法的原则，公司一旦破产，股东投入的钱是不还的，债权人能拿到点钱。拨改贷的不用还了，但欠商业银行的还要还，第二拨改贷要逐步改成贷改投，这说明我国企业的资本原则到位了，拨款不是资本，贷款也不是资本，贷改投就成为了资本，从这里可以看出国企改革三部曲，因为我国已意识到资本企业的重要性，我们认识到现在企业的重要性是投资，贷改投后关系就明确了，国家投入了5000万，赚了钱，国家就可以以国有资产股东的身份来享有收益权，要亏损了，国家也不能分到利益，一旦破产，国有资产也要受损失。国家投入的资本也和其他资本一样。这是从拨改贷的角度谈资本真实原则的重要性。股

股份有限公司是现代企业的标志 资本的第三个原则是资本的社会化原则，现代的公司和以前的公司不同点就在于资本的社会化，我现在讲的资本企业是作为公司出现的，现代企业的标志是股份有限公司，股份有限公司出现的年代一般是1600年，1600年的英国东印度公司，1602年的荷兰东印度公司，为什么这些与殖民地作生意的先成为股份有限公司呢？主要是与殖民地作生意，利益大，风险也大，于是就产生了和1600年以前的公司截然不同的公司形式，即股份公司。与以前相比，他们在性质上不同。第一个是在1600年以前，不论无限公司、两合公司至少有一个股东要承担责任，而1600年以后股份有限公司的股东都承担有限责任，这是划时代的。第二，他要到殖民地作贸易的话，需要大量的资本，靠一个人，几个人不行，要社会化出资、股份向社会来募集，从这个意义上说，现代企业的革命，就是于资本的社会化，这是现代企业的重要特征。我国在很长时间里没有将其看成社会主义的形态，经过这十几年的发展，懂得了这么一个道理，就是如果我向社会募集，让社会公众出资，国家不需出一分钱，只要给了一个股票发行额度，企业就可以筹集到很多钱。人们买股票，每买一次，国家都收税，股票买卖越多，国家收税越多，对社会主义大有好处。现在国家认识到了国有企业的改制要走社会化的道路，社会化到底是什么性质，社会化有大社会化和小社会化，我把大社会化叫全社会的公众持股，小社会化就是这个公司、企业的职工持股。过去对于大社会化有点担心，所以控制比例受限制，过去对小社会化也持有戒心，对职工持股限制多于鼓励。职工持股要分成两种职工持股，一种是公司法范围内的职工持股，它的特点

是职工持股不能占大多数，第二是走股份合作制的职工持股，就是职工持股至少占50%以上，这样我国现在有两种意义上的股份制改组，一种是公司制上的改组，一种是股份合作制的改组。当时为什么要提股份制改组而不提公司制改组呢？是因为那时还没有公司法，怎么能叫公司制改组。公司法出来后，大家提议不再叫股份制改组而叫公司制改组，是因为股份制改组的股份二字不太清晰，原来公司包括股份有限公司和有限责任公司，有限责任公司不再叫股份而叫出资额了。如果那个时候再叫股份制改组则很多人会误认为成股份有限公司，而没有愿改组成有限责任公司了。所以股份制乞讨组和公司制改组本来意义差不多，但在不同的时期有不同的含义，但今天又提股份制改组了，因为多了个股份合作制，股份合作制不是公司法上的公司，这个提法不是那么绝对，股份制改组、公司制改组又到股份制改组有一个历程。我们现在来分析公司法上的职工持股，第一类是上市公司，上市公司的政策比较明确，就是上市发行的10%由职工来持有，因此职工持股的比例不大。第二按规定上市公司的职工股应是个人股，应归个人。但实践中作法不一样，有的地方发行上市的不是给职工，还是由集体来管理，我认为上市的那部分，既然上市了，职工也可卖。第三个是上市公司的职工股是带有福利性质的，因为职工买到原始股就便宜，上市之后就涨，所以很可能一上市就卖掉了。这里没有太多的新的法律问题的难点。第二是不上市的股份公司，是过去叫定向募集的那部分，不上市的股份公司按原有的规定，职工股的比例可以占到25%，这个股票将来可以上市，可以有25%给职工，这说明不上市的公司职工持股的比例大了，至少目前不

带有福利性，带有集资性。三年之内不能转让，职工之间也不能转让，所以带有明显的集资性。这不上市的股份公司是个个人持有还是集体持有，从理论上说，不上市公司完全可以职工个人持有，因为股份公司的股东无上限。实践中有两种作法，一个是由每一个职工来持股，也有的把职工持股变成一个职工股。我举一个例子，这是我亲自调查的，青岛制药厂是个全国很有名的企业，它是不上市的股份公司，很有意思，它的股份是两股，国有股一个股，职工股一个股，它原来的厂长现在就是董事长，我问他你们的国有股股权怎么行使，他说他们国有股的股权大约占75%，国有资产管理部门确定由我和另一个人各行使国有股权一半的权利，职工股授权给一些职工代表来行使，他也是职工选出来的行使职工股的代表之一，另外他还是董事长，还是总经理兼党委书记，我想这样股东大会就不要开了，你说是就是，你说不是就不是。由此可以说明，有的职工股是采取这种形式，即选出代表来行使。这种作法的优点是职工持股的比例增大了，但仍有限制，不得超过25%，另外它限于在职工之间转让，没有上市额度之前，职工股怎么转让呢？另外它可能集体行使也可能个人行使。有限责任公司的内部持股 公司法中的第三种形式，是有限责任公司。有限责任公司中怎么搞内部职工持股是比较复杂的。有限责任公司的第一个障碍是有限责任公司的股东是2到50人，除非工人人数很少，否则很少有职工不超过50人的，所以职工人数多一点的都受到2到50人限制，我们知道有限责任公司成立经较方便，而股份公司成立需部委或省政府审批。这样人们就要想出一个突破办法，第一个办法是用车间或班组作为一个股东，这证明是失败的，因为

它既非自然人又非法人，如果工人离开这个车间或班组怎么办？所以这个方法是不可取的。另外的方法是组成一个职工持股会，来行使职工股，5000个，9900个职工都可以作为职工持股会的成员，但对外是一个股，这样哪怕只有一个国有股，一个职工股，也可以成立毅力份有限公司。现在看起来，这是有限责任公司的很好的模式，就是职工作为一个股，由一个机构来行使，不上市的股份公司也可以这样。我们的职工持股到底采用什么模式，美国的经验也可以采用。70年代末80年代初制定公司法时我们吸取了这样的经验，美国的第七大钢铁公司，叫做威尔顿钢铁公司，拥有的职工将近8000人，这个公司由于经营不好，快要破产了，一旦破产，8000个职工要失掉工作，会给美国社会造成很大的压力，它的债权人或拿一部分或拿不到钱。所以这家职工提出了一个很新的思想，这是一个上市公司，上市公司经营不好，股票价格就会下跌，已跌破了面值，如果有人要收购，这是最好的时机，这家职工提出，不要别人来收购，要职工自己来收购。这个计划被美国政府接受了，形成ESOP即美国的职工持股计划，把上市股票分期由美国政府给予低息贷款，给一些减免税的优惠，在两三年的期限内逐渐将其买回来，就把本来上市的变成了不上市的，这怎么操作呢？它是采取了信托的办法，搞了一个股票的托管机构来保管所有上市股票，每个工人离开工厂的时候必需将股票卖给这个托管机构，有人进厂的时候也要先买一部分股票，实际上是用投资买股来换取公司破产失业的风险，这样入厂时必需买一部分股票，工厂有钱就不会破产，工人也不会失业。由托管机构来托管，内部职工股不能转给工厂以外的职工就是这样形成的，

经过三年多的改组，这家公司一直生存下来。据新的资料，美国现在有几百万的职工采取这种内部职工持股，美国对这种内部职工持股向来有不同的意见，赞成的认为股票不上市了，由职工持有，企业有了向心力。反对的人认为这样的作法主要是想换取政府的优惠政策。也有人认为劳动者和持股者身份不明，他一旦成为持股者，他可能不好好干了，我是股东了，你不能解雇我了。所以也有人认为这种东西不三不四。1997年我到哥伦比亚大学去作访问学者，我问美国的教授，美国的职工持股计划到底现在执行的怎么样？社会上学者对它的评价如何？他说现在对职工持股是有不同的意见，而且争论很大，但美国最大的航空公司，联合航空公司是美国最大的职工持股企业，在全世界拥有十多万职工，这个消息很新鲜，我们正在搞职工持股，在美国这个资本主义最发达的国家竟有这么多的职工持股企业，所以后来我让一个学生去问问，问美国航空公司在芝加哥的总部，现在美国航空公司的职工持股基本占到75%，按安的计划，到2000年，职工持股要占到80%以上。在一些国家，职工股奖励，在西方国家，职工持股都有不同程度的发展，这也许我们不可理解，也是马克思政治经济学不好解释的。如果100%的职工持股，就意味着职工自己剥削自己，西方就发展了这种职工持股的公司。由哪个组织来行使职工持有的股份是一个争论很大的问题。我看报纸上写着上海已由工会来行使，国家体改委也有这样的意见，由工会来统一行使，但在讨论中有很多人反对由工会来行使，认为工会是代表劳动者的利益。持股人的利益和劳动者的利益并不一样，第二我国的工会领导委任很多是上面任命的，是官方性质的工会，如果搞不好，职工

干不干？这个问题一直没有很好解决。以前我问国有体改委的人，你们一直提倡搞职工持股会，但你说职工持股会怎么产生呢？职工持股会是什么性质？信托怎么搞？是自己职工搞，还是像基金一样从外边聘任？这些都是需要探讨的。有限责任公司和不上市的股份公司的内部职工持股到底怎么搞？每个人独自行使好办，股东大会我愿去就去，不愿去就不去，分配股利时我想拿就拿，集中行使时怎么办？风险怎么办？所以请大家思考。职工持股的几个问题我想这个意见中有几点需要考虑：第一国有企业股份制改组要拿出什么样的企业来改组，让职工来持股，拿出亏损的企业职工买不买，没有前途的企业职工买不买？所以第一就是搞职工持股要选择什么样的企业，要让职工有利益它才持股，不能强迫他们。第二不入股的人要解雇怎么办？因为现在实践中很多问题就是不入股就受解雇，美国也存在这样的问题。入了股就是股东，怎么好解雇他呢？解雇了他还要将股票卖给职工持股会。第三个现在非常重要的是职工持股要体现大体平均的原则，其理念就松有制实现的另一种形式，集体可以由集体成员来所有，也可以量化到个人来行使，否则我们绝不会将股票上市作为公有制的一种形式，因为只有少数灵敏人拥有股票，大部分人都没买，有的人扔有的很少，有的人拥有的很多，如果只有10%的人持有，90%的人没持有，叫什么公有制的实现形式？这10%的部分也要大体平均，在这时，有的职工拿不起钱怎么办？拿得起的人不让拿，拿不起的人非让拿，这是否合理，广东就出现这样的问题，厂长有钱，可以买40万股，或技术人员有钱，可以买20万股，职工则最多买2万股，这是否违反股份制的原则。第四个是只能在职工之间转让

，不能上市，也不能转到职工以外的人持有，职工持股严格意义上只限于职工，老子死了，如果儿子不是职工，儿子也不能继承，是完全封闭型。完全封闭型和开放型到底哪个好现在也有争论。有一次开会时，国家体改委的同志也参加了，我说国家体改委在制定时观念非常明确，如果有非职工出资，就去搞股份合作，就只能搞股份合作，所以请大家注意这条界限，股份公司和有限公司是开放式的，股份合作制封闭型的，这是明确的。但职工怎么转给其他职工还没有明确，如果职工离厂了，交给谁？第四个问题是明确的，就是这样的职工股都是普通股，可能有一部分国有股，但国有股不能占一半以上。只能职工股和职工集体股合起来占一半以上，这样股东大会就成为职工股东大会，其他的持股人不能参加，在这个意义上说，它是一个真正的职工持股的机构，而且实行一人一票制、不是一股一票，体现了劳动结合的性质。第六是应真正实行职工持股会决策，让职工持股了，但还是党委说话算数，还是上面的人说话算数，这是不行的，职工持股必然要和现行的干部任命制度相联系。很多人问我，我国的职工扭亏为盈股有没有前途，股份加合作能加的起来吗？这是资本社会化原则，作为上市公司的社会化大家都能接受，但作为内部职工持股的社会化还是在探讨中，我们在搞国有小企业改革中这是一个很有意思的方案，我们律师可以在其中起到作用。 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