

江平:公司法与商事企业的改革与完善（三）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_485285.htm 本文原载于《中国律师》1999年第四期我国不能成立一人公司 现在困扰着公司法的是独资企业问题。因为公司法出台时就讨论写不写一人公司，世界各国潮流都是一人公司。欧共体基本上都是一人公司，美国都是一人公司，日本近几年修改了公司法允许成立一人公司，香港现在还不行，但实践中也存在一人公司，我国在起草公司时也反复讨论这个问题，考虑有三种独资，一人公司，一个法人、一个国家民事主体等三个，即自然人、法人和国家。一个自然人办公司，承担有限责任，在我国没有健全的财产登记制度，一人成立公司承担有限责任，在我国是不可以的。办国有独资公司实际上很多人反对，但考虑我国的实际情况，有些垄断的行业如要搞两个以上股东，像银行、电力怎么办？立法意图是只对国家占垄断行业的才搞国有独资公司，不是普遍地来设立国有独资公司，国家要承担有限责任。但在实践中有越来越多的国有企业超地了这个范围，竞争性的国有企业也搞国有独资公司，要是这样国有企业改制太容易了，今天是百分之百的国有企业，明天是百分之百的国有独资公司，所以国有独资公司在实践中造成了很大的混乱，难点就在于法人的国有独资公司，原来的公司法草案中有个第三章第四节法人独资公司，想承认法人独资公司承担有限责任，这一部分最后还是删掉了。理由是法人独资公司在现今中国的市场经济情况下很可能变成皮包公司。既然法人注册一个百分之百由我法人投资的公司，今天注册

了500万，明天全拿走谁也不知道，所以抽逃资金就很容易，尤其像海南注册了很多内地来的资金，大多数由内地去注册的独资有限责任公司实际上都是小金库，海南的房地产如兴旺了，就来了几千万资金，明天海南房地产落了，这500万就抽回去了，或者母公司需要，我也可以拿走，所以法律上规定不搞法人独资公司。公司有两个以上股东有利于监督，拿中外合资企业来说，中方出资100万，日方出资100万，如中方出资了，日方没出资那中方不干，当然还有社会化集资的作用。可是在经营中有些觉得两个不合适，就又变成一个了。这个问题从开始就陷入了困境。事实上现在已有大量的法人独资公司存在，怎么办？公司法生效时是不是让这些公司都改组，过去的既往不咎，以后的不许成立，如这样仍有法人独资公司。公司法1993年12月通过，1994年7月1日生效，在这半年就大理成立了法人独资公司，因为7月以后不许再注册登记法人独资公司了。既然不许法人成立独资公司，两上股东的公司很可能规避，方法是再找一个股东，我出99%，他出1%，法律没禁止这个，有的规避是违法的，有的规避是合法的。他不参加管理，也不参加经营，最后分他1%的利润就等于借给他几个钱，这样可不可以。那次在深圳开会时，国家工商局的曹副局长也谈到这个问题说：我们已经注意到了规避两个股东出资的现象，所以国家工商局准备规定业个办法，两个股东出资时，一方股东的出资不得少于注册资本的20%，我说如果你有这个规定，那我就三个股东出资，我出98%，另两上都是1%，因为你规定了两上却没有规定三个，如果你规定三个，那我就四个人出资。上海工商局作了一个规定，说两个以上的股东，一方出资不得少于90%，那如

果我出90%，另外10个都1%，则公司还是在我控制下。这给我们律师提出了一个问题，以后不许法人独资，公司注册怎么办？各地方做法又不一样，那将来我们怎么规定合适呢？实践中虽然从国家工商管理总局的作用有是死守公司法的这条规定，法人独资公司不允许设立，但据我所知，下面作法已经不一样了。其理论根据一种是公司法中的子公司，可以将其理解为控股性的子公司，也可理解为全资性的子公司。有的地方采用企业设立的非法定主义理论，既然公司法没禁止设立法人独资的子公司，就意味着允许设立，有的地方已开始设立了。从这个角度上讲，我国在设立法人独资的子公司问题上造成了混乱，这是困扰我国实际工作中的很大问题。

揭破公司面纱理论 这个问题又涉及另外一个问题，就是已经设立的或公司法生效后又设立的全资性子公司遇到法律纠纷时的责任怎么办？是有限责任、无限责任还是连带责任？法院判决有时是子公司自己来承担责任，有时是设立了公司的母公司来承担责任，这在法律上到底有什么依据没有？这在国外也很重要，有一个人公司的揭破公司面纱理论，我国现在有没有这方面的根据，最高法院能不能这样解释呢？这个问题在公司法生效之前或说公司法通过之前，最高人民法院就有过这么一个案便征求专家的意见，我讲的是典型化了的，但仍有很现实的思考意义。甲企业有100万元财产，他拿出50万成立了B企业，B企业注册资本50万，按公司法，转投资额不超过净资产的50%就可以，假设甲公司，B公司，即母公司和全资性子公司的注册财产都是100万，现在有两个问题，第一个问题是子公司欠的债务是200万，母公司要不要拿他的100万来抵债，第二个问题是母公司欠了200万，要不要拿

他的全资性子公司的财产来抵债。这个案例可以简化为母公司，子公司，母公司与全资性子公司之间的关系。一个母公司要不要对他的全资性子公司的债务承担责任，全资性子公司的财产要不要对母公司的财产承担责任。我们先来分析第一个就是揭破公司面纱的问题，按最高人民法院1994年的解释，一个公司设立另一个公司承担责任的规定，拿A公司与B公司来说，A公司的50万确实出资了，那他只承担50万的责任，再欠100万他就不承担责任了。按最高院的解释如果50万没出足，如果他出资达到了工商部门规定的最低标准，即生产和批发性50万，零售性30万，咨询服务性10万；比如他办了一个批发性的公司，他出了30万，另20万没到位，那他只需补足20万就不再承担责任了。那什么情况下母公司要对子公司的债务承担连带无限责任呢？有三种情况，第一是子公司根本没出资，按法院理解如母公司对子公司是全资性的，它就相当于你的分支机构，按公司法，分公司的财产不足以抵债时，也视同为它没有出资，它要对子公司的全部债务承担责任，这两条是硬性的东西，虽然它也有不科学的地方，它不科学在达到取低标准的要补差额，未达最低标准的要负无限责任，这不是增大增大作弊吗？我开办一个生产性的公司我知道最低标准是50万，我将它注册为1000万，但我只出60万，出现问题我再把不足的部分补足就可，但如果我出的是40万就惨了，就要承担无限责任。这20万的出资就有这么大的差别？当然最高法院可能会出别的解释又将这个作废，最难的是最高法院解释中的第三个，是说如果被设立的企业事实上不具备法人资格，这时设立的企业要对其债务承担连带责任，这个问题解释起来有意思。前两年我碰到这么一个

案子，我国的五矿公司的一个很小的全资性的子公司与美国订了一个合同，最后由于我方违约，美方在美国法院提起诉讼，他想如果告与他摩登中同的公司那么此公司的财产很有限，如果这公司一破产，则美方拿不到钱，所以美方将母公司即五矿公司也列为被告。这时五矿公司就提出意见，子公司是独立的法人，你与它签订的合同，你为什么告我，所以美国法院先让美主拿出一个意见，中国法律到底怎么规定，美方找到一个著名的中国专家，请他出具一个法律意见，他看了中国的很多材料，说中国最高法院司法解释有揭破公司面纱的理论，如果子公司确实不是独立的法人，母公司就要承担连带责任。后来他也让我提意见，说五矿公司下的这个小公司没有自己的住址，它的住址与总公司是一样的，它们的电话号码是一个，负责人是一个，凭这三个就证明它不是独立的法人，所以要告五金矿产总公司。我国的五矿找了一个美国的律师事务所，因为出庭要找美国的律师，这个美国律师事务所找了我给他写一个关于中国的法律意见，我也引用了最高人民法院的司法解释。我在意见中写到，在中国两个公司有同样的地址是经常的事，在一个大楼里往往有很多牌挂在那；第二，中国的电话号码同样的太多了，因为中国都是总机号相同，但分机号不同，不能说总机号相同就是同一号码；第三中国现今还没有法律规定母公司的负责人不得兼任子公司的负责人，我国往往母公司的总经理当子公司的董事长，或兼他的总经理，公司法只规定不能在竞争性行业中同时担任两个公司的总经理，没有说母公司与子公司不同业务的不能担任，所以最重要的是解决好母公司与子公司的独立人格的问题，这从实践上看需要不同的特征。我国公司

改组中最大的危险是在集团化的过程中母公司对子公司实行行政控制，因为行政控制就可认为你不具有独立法人资格，产供销都由集团公司管理起来。有一家很有名的进出口公司提出一个方案，想把某个省的同样名称的公司作为它的子公司，在改组方案中说，它想作为我的子公司的目的，是想利用我外贸方面的政策得到好处，我想利用这个控股，但我怎么能控它呢？这位老总想出一个办法来，他说我想它的总会计师由我来派驻，这样它的财务情况我全能掌握了，我就能把它控制住了。我说它的会计由你来派驻，这在外国一旦发生纠纷，这就是子公司失去了独立法人资格的最好证据之一。我国企业改制改成企业集团仍是上面派干部的办法这就是子公司不具独立法人资格，而是母公司的分支机构的证据。母公司与子公司不应是行政命令的办法，而是我的股份占多少，由子公司的董事会来任命它的人员。法人独资公司确实存在，他是否独立承担民事责任仍然要看母公司与全资性子公司是什么关系，这在外国不是揭破公司面纱，在日本是不承认公司独立法人资格，与最高法院的解释基本上差不多。现在我只对上面问题回答了一半，即母公司是否要对子公司的债务承担责任。应当允许法人独资公司存在 那次最高人民法院读者讨论的是倒过来的案例，是母公司欠了200万，它财产只有100万，但它在子公司投入了50万的财产，现在子公司的财产也有100万了，要不要把子公司的债务拿出来抵母公司的债务，这个问题因为最高法院有不同的意见，所以要听取专家的意见，这个问题因为是在公司法还没有出现的情况下发生的争议。一种意见是子公司不对母公司的债务承担责任，理由是既然都是独立的法人，既然母公司不对子公司的财

产承担责任，那子公司也不对母公司的债务承担责任，任何一个法人都不为其他法人财产承担责任，这是法人说。第二种是财产说，因为子公司的财产都是母公司投入的财产，投入了50万，后来形成了100万，如果以后变成了1000万也都是母公司的财产，所有投资形成的财产都是股东的，谁投资归谁所有，谁投资形成的财产是谁的。这是从法律上说的两种观点，现在公司法通过了，这个问题就明确了，第一要肯定子公司的财产归子公司所有，母公司投资形成财产仍归子公司所有，因为公司法第4条，股东投资形成的财产公司享有全部法人财产权，实际上就是所有权，子公司的财产只能用来还子公司的债务，不能用来还母公司的债务，他们只是股权关系而不是所有权关系。但是母公司以子公司投入的股权、股份如果不是股份公司的话严格说来是出资额它既然独资的不是股份公司，出资的这部分应是母公司的，它必须拿这部分来抵债。它可以表现为股票的形式或出资证明书的形式，不论什么形式，它都是母公司财产的一部分，财产中有有形财产，有无形财产，不能清偿债务时这部分不算。所以母公司投入的50万要拿来抵债，而不是将子公司的财产拿来抵债。那用股权来抵债意味着什么呢？就是子公司的法人人格不能消灭。子公司的名称仍然存在，但股东要换了，股以要卖了，有限公司就要将股权转让给别人了，那到底这个股权转让要多少钱呢？要根据市场价格，这种转让是在什么场合，要依法律规定，独资的有限责任公司就不需别人同意了，如果公司经营得相当不错，出卖时原50万股权现在变成100万，而且还看好，要按股权价值来抵债，如果企业经营得不好，股权价格可能低于投入的价值。所以拿财产来抵债和拿股

权来抵债不是一回事，一个示人资格未消灭，但在工商注册时要变换股东了。从这个意义上看，独资企业不仅在公司法出台后能不能成立的问题，又有一个原先成立的和公司法生效这段时间成立的甚至公司法生效生成立的母公司和独资的子公司的关系，如果两上股东转让，大家都知道了，一个股东怎么办呢？所以这种法定主义是必须的。这个问题解决不好会影响我国公司法的发展。学者主张将来公司法的修改要顺应世界的潮流，应允许法人的独股公司的存在，然后在它的成立条件和监管方面加以控制，认为现在不许法人独资公司成立并不是最好的办法，当时这么作是因为市场秩序的混乱。这一部分也与市场环境的完美有密切的联系，如果市场环境好了，允许法人独资公司，法人儿资的有限责任公司就有了基础。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