

江平:公司法与商事企业的改革与完善（二）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_485288.htm 本文原载于《中国律师》1999年第二期 独资企业法和合伙企业法是同时起草，同时召开的会议，包括两次国际会议。但独资企业法还没有通过，理由是独资企业法还需中央来研究。第一个问题是独资企业法出来了以后，私营企业条例就要废除，这意味着我们不再用私营这个名称了，而改用独资、合伙、有限公司了。第二个问题是独资企业法出来后个体经济还有没有，个本经营有的是企业，有的不是企业，作为律师，以后再进行企业登记时要明确哪种是企业要进行企业登记，即：第一要有企业名称，第二要有企业住址，第三要有经营人员，更重要的要有商业帐簿，纳税是按商业帐簿中记载的经营额来纳税。这样个体的要领就要一分为二，以前雇七个以下都叫个体，现在要区分了，具备企业形态的不管雇工多少都叫独资企业，这样必然要划分出一种东西，即非个体形态的个体经营者摊点、小商小贩，这些不用营业地点，不用帐簿，是按点不纳税，这概将来的私营企业和个体企业就会变成这样两个东西：独资企业和小商小贩。我们要有小商小贩管理和例，这也与世界各国比较一致了。独资企业法到现在还没有出来，最大难点就在于两个问题：独资企业要不要注册资本，独资企业抽逃资本？为什么要讲这个问题呢，与公司有关系，因为公司是不许抽逃资本，要有注册资本。那既然独资是承担无限责任，我拿来我的家产来抵债，10万也好，5万也好，有什么意义呢？因为都是拿全部家产来抵债，只有股东承担有

限责任的才要有注册资本，如股东承担无限责任，则不管注册10万、50万都是以全部家产来承担责任。反过来再说第二个问题，如我出资了50万，又抽走了40万那没人管得了，这不算违法，而股份公司抽逃资本是犯罪，严重的还可判五年以下徒刑，独资反正是以全部资产来抵债，那你就管不了他抽逃资本了。比较多的人认为独资企业不需注册资本，抽走了也不算违法。但第二个问题就更复杂一些，原来草案中写的一个人只能成立一个独资企业，这个规定是很严格。在国际讨论会上，外国学者都觉得不可理解，说为什么要规定一个人只能办一个独资企业呢？起草人解释说，如果在一个地方赔本了，要拿其他地方的资产去抵债，我怎么知道你在别的地方开的企业是不是亏损的呢？又没有一个人设独资企业公告、登记，我怎么知道你开了多少。这实际涉及两个我国在立法上比较难解决的问题：一个是我国将来独资来办企业的财产登记制度，否同无法知道他有多少财产？你怎么知道他用多少财产来承担无限责任呢？起友要有一个明确的范围，要不要登记他的财产呢？但一注册登记财产就谁也不敢干了。第二个问题大家知道我们现在正在制定破产法，中华人民共和国破产法老早就有好几稿了，我先不讲企业破产问题，现在的稿子中就有自然人破产，就是从事经营的自然人破产，既然人事经营法人能破产，自然人能不能破产，这次搞合伙企业法就急诊合伙企业有没有破产，合伙企业按道理说没有破产，如果合伙企业的钱不能不定期债，那还能找合伙人呢？只有到合伙人资不抵债时，才有破产。所以合伙企业法中没有合伙企业破产，最后只有合伙人破产。独资企业的经营人有没有破产，最后只有合伙人破产。独资企业的经营

人有没有破产，如独资经营，我欠了10个人的钱，如第一个欠1万，第二个欠2万，第三个欠3万，那我现在财产只剩下2万了，如没有一个公平清偿的制度就是谁先来要我先还谁。破产制度本质上来说是一个公平还债的制度，是当有两个以上债权人，而债务人的财产不足以清偿时，要公平偿还。法人有这个问题，自然人也有，因为他不会只欠一个人的钱。独资经营，如果他的债权人多，没有破产行吗？但许多人反对自然人破产，自然人破产与法人破产有什么区别？法人宣告破产则法人消灭，自然人破产后自然人还活着，他财产还在，谁知道他财产挪哪儿去了？也不能不允许他一辈子不再经营，各国自然人破产都有一个剥夺他经营权的期限，如过了两年、三年要复权，那自然人破产就很容易藏匿资产。所以没有一种严格的财产管理登记制度，弄不好破产就成为自然人逃避债务的方式。我国的独资企业法将来要搞商事企业制度，到底怎么搞，将来是个大问题。第二个是合伙企业法，虽然世界各国合伙企业数量不多，但仍是一种很重要的企业形态。我们的律师就是合伙，合伙法就把律师都包括进去了，律师可以准用合伙企业法中的一些规定，但他不是以盈利为目的。现在正在起草统一的中华人民共和国股份合作企业法。应该说还有第五种法，这就是合作社法，世界各国尤其是欧洲大陆有很多合作社，在北欧，丹麦，合作社还很发达。有人说合作社中国是老祖宗，但它的合作社与中国集体的全作社不一样。原来草案中提出想搞一个合作社法，但领导同志提出如果颁布合作社法，农民会不会害怕认为又要搞合作化了。但请大家注意我们正在制定供销合作社法，已经讨论了许多次了。从现在看，合作社只有两种：一个是供

销合作社，一个是信用合作社。信用合作社现在看起来问题很大。农村的合作社50万元就可以成立，我遇到的一个湖南信阳合作这注册了50万元，可连10万都没有拿出来，但搞了很多借贷、存款、大额存单已达上亿。这是一定要整顿的。可以看出将来有五种企业形式，独资、合伙企业、公司、股份合作和供销合作，或再加上信用合作社，实际上就是人合、资合、劳合的问题。人合就是承担无限责任，合伙就是人合，独资就一个人，不能叫人合，资合是股份公司，资合加人合是有限责任公司，纯粹的劳合是合作社，资合加劳合是股份合作。用这样一个模式来构造现代企业制度，就会走向一个科学化的企业制度。我国的企业法没有国籍限制 第三种是按外商投资的形式，这也是很的特色的。现在看起来外商投资的三资企业也存在一些问题，首先一个问题，合伙企业法颁布以后，有人来问一个外国人，一个台湾人到大陆来与国内人合办合伙企业，能不能注册登记，是否允许境外的人当合伙人，再进一步问，如三个外国人，或三个台湾人到大陆来办合伙企业，合伙企业法中主体有无国籍限制？我说没有，我国的企业法完全没有国籍的限制，独资企业法出来后，外国人是否可到中国来开办独资企业，我说可以，但他不享有三资企业的待遇，因为他是按合伙企业法设立而不是按三资企业法来设立，这个问题是最典型的，我说有法律依据，可以参照公司法中股份有限公司的发起人的规定，公司法中规定股份公司的发起人至少是五人，当然国有企业作为发起，向社会募集的有例外，国有企业改制的一个就够了，但一般来说要有五个发起人，而且规定在五个发起人中，至少一半以上在中国境内要有住所，住所是营业地总部的所在地

，可见可以有外国人作为股份公司的发起人，五个发起人之间就有合伙关系，最后有些债务，发起人就要承担连带责任，从这点看合伙人也可以是外国人。第二是我们在中外合资经营企业法规定的合资企业的组织形式是有限责任公司，没有说股份有限公司，但现在外经贸部发布了一个只能是规章的东西，就是允许设立中外合资的股份有限公司。这个规章出来后有些学者有看法，认为有点越权。因为《中外合资经营企业法》是人大通过的法律，写的是有限责任公司，现在规章写可以设立股份有限公司，中外合资企业的所有优惠待遇他都适用，是否有点超出权限，允许设立中外合资的股份有限公司不是公司法上的公司，但首先是适用三资企业法的，这是新的发展。第三个应该说从我们的企业法里面还有一个问题没有解决，就是中外合作企业，1988年通过的《中外合作经营企业法》中是这么规定的，中外合作经营企业可以是法人也可以不是法人，是法人他是什么法，适用什么形式，必然是有限责任公司，不是法人的是什么形态呢？1988年的《中外合作经营企业法》没写，不写有两个目的，一个是纳税不一样，不是法人的以合作一方来纳税，但形式可能不同一点，是法人的可以有董事会，不是法人的可以有联合管理机构，但忽略了一个问题，就是，不是法人的是什么组织形式，他的出资人承担什么责任，是有限责任还是无限责任？那时从上海到北京来了一个年轻的律师，他找我，我那时刚刚上任全国人大法律委员会副主任，他说刚通过的《中外合作经营企业法》只写了可以设立不是法人的中外合作企业，没出写不是法人的中外合作企业是什么形式，出资人承担什么责任，日本人理解不是法人就是合伙，合伙出资人就承

担无限责任，他问我们是不是合伙，我国那时合伙企业法还没出台。这个问题当时没有讨论到，我必须谨慎的回答，我就反问他，如果你是日本的投资者到中国来投资，是希望承担无限责任还是有限责任呢？他说如果我作为日本的投资者当然希望承担有限责任了。实际上我含糊的回答了他的问题。他说我不是作为投资一方的律师来回答这个问题。我是作为与中外合作经营企业交易的一方来问你的，如果中外双方只承担有限责任，那和你作生意时就要不心了，不敢与你打大交道，如果你是合伙性质，双方承担无限连带责任，我就可以放心大胆的与你订几千万、几亿的合同，你有了更高的作用。我们现在这个问题始终在回避着。中外合作企业不是法人的，到底股东承担什么责任，是连带无限责任还是有限责任，不是法人怎样承担有限责任都没有很好解决，所以从这几点来看，合作经营企业也在我们总的合作的框架中，这是第三种划分，这从长远看也是过渡的。有人提出建议把三资企业云消雾散都并入公司法，对投资者的优惠待遇可以专门搞一个，至于组织形式都是公司、合伙企业。以所有制划分企业的方式将改变 第四种我要先说明一下，还有另外一个企业法叫乡镇企业法，从标准来看是人地域来划分，凡在乡镇的都叫乡镇企业，不管你是集体的还是独资的都叫乡镇企业，这个法在人大讨论时引起很大争论，有人说制定这个法有什么用处？它又不是一种独立的企业形态，将来是不还要有与之相对应的城镇企业法？最后这个法修定了以后，变成了一个近乎于企业振兴法似的东西。日本有一种法不是企业法而是企业振兴法，就是国家用政策去支持这类企业，叫中小企业振兴法。我请大家注意，乡镇企业不是一种企业形

态，而是只要它具有劳动和是农村吸收的，产品是为农业服务的等几个条件，国家就按乡镇企业法给予优惠政策，所以他构不成一个独立的企业形态。将来我国也会有某些行业的振兴法，如日本有电子行业的振兴法来振兴电子行业。之所以分析我国现有的企业形态，就在于今后企业划分将从以所有制来划分四种企业甚至包括外商投资的这三种企业要逐渐的统一合并为以出资者的责任，出资的形态来划分。目前，多种企业并存出现了许多混乱的问题，现代企业制度混乱就在于多种所有制形式并存。我想举两个例子来说明，第一个是公司名称，到底公司名称怎么使用，现在叫公司的可以适用哪几种不同的法律，我看起友有五种甚至有六种、七种，第一种是适用公司法的公司必须冠以有限责任或股份有限字样，但是我想请大家注意，有的名称上下不加以股份有限或有限责任的也适用公司法，银行就是这个东西，撇开中国工商争行是国有独资银行不说，交通银行是股份制的，但名称上不加股份有限几个字，它也适用公司法。西方国家银行都是公司制的，从这个意义上讲虽然综不叫交通银行股份有限公司，它也是适用公司法的公司。第二类是适用全民所有制企业法的公司，在公司法起草时就有人主张专门设一章节，国有公司就是百分之百适用国家的，适用全民所有制企业法的公司，如首都钢铁公司，机械进出口公司，公司法现在没有将其包括进去，但它仍用公司的名称；第三类是公司法规定的公司就是外商投资的公司，首先适用三资企业法，三资企业法未规定的才适用公司法；第四类适用什么法需要探讨。我们先看合伙企业法，合伙企业法草案中有这么一句话：“依照本法设立的企业不得使用公司二字”，这么写的意图

是不叫把这种股东承担无限责任的叫公司，因为我国的公司法没有无限公司，如果合伙也叫公司就容易出现混乱，后来在讨论中大家认为这个问题很难。企业法定主义企业是法定主义还是非法定主义，我认为应把物权和企业设立的法定主义区分不求甚解，法定主义的概念是只有法律规定的才能设立，非法一主义是只有法律禁止的不能设立，没有明文规定不可设立的就是可以设立，那么企业在这个问题上就相当重要了。我举四个例子与大家来探讨，第一是无限责任公司，这是从1983年起草公司法就争论的，要不要规定无限责任公司，造成不要无限责任的说，现在都搞有限责任，谁还搞无限责任公司呢？世界潮流是向有限现任发展，反对的观点说世界各国都有无限公司，无限公司的信用是很高的。当时制定公司法的时候没写，无限公司信用是很高的。当时制定公司法的时候没写，当时在起草报告中是这么说的，我在搞公司法时对要不要办无限公司有不同意见，公司法中没有写并不意味着在实践中不能成立无限公司，这就不是法定主义了，也许以后无限公司多了，我们会搞个无限公司法，但国家工商部门会说，没有一个依据我拿什么给你登记？所以我国以后要不要搞无限公司，合伙企业法要不要在其形式上加以变动？合伙人搞了一个股东会，再搞一个董事会可不可以？公司冠以无限责任公司名称可不可以？现在有不同的观点，有的说合伙企业可以冠以公司名称，不就等于无限公司，那为什么不可以成立无限公司？德国没有规定可以成立无限公司，但无限公司可以准照合伙的规定？在我国这样可不可以？第二个问题是合伙企业法在起草过程中争论的最大的问题是法人能不能成为合伙人，实际就是公司法上的无限公司，

能不能成为无限公司，股东承担有限责任的公司股东能不能成为无限公司的股东？能不能成为一个合伙企业的合伙人，能不能成为连带责任的股东或合伙人？开始草案中明确写着禁止，当时起草时是把这个当作国际惯例，可是合伙企业法和独资企业法开了两次国际讨论会，没请日本和台湾，在座和德国和英美法的学者都说法人可以成为合伙人，有限公司可以成为无限公司的股东，如国际银团借贷就是法人的合伙的例子。起草人开始认为禁止的作法是国际通例，一查主要是日本和台湾有这个规定，主要是台湾。出台的合伙企业法把法人作为合伙人给划掉了，也没说可以，也没说不可以。合伙人的资格上写了一句话，合伙人必须具有权利能力和行为能力。法人也有权利能力和行为能力，依这条来猜，原草案写的法人可以作合伙人的规定给删了。立法者回答法人能不能成为合伙人，依《民法通则》去看，合伙人只能是自然人，法人与法人之间有合伙性的联营，法人仍要承担无限连带责任，《民法通则》没写法人与自然人能不能搞联营或合伙。所以现在问题就复杂了，按《民法通则》，法人和法人之间可以搞联营或合伙，自然人没规定，合伙企业法中就没提法人，没提他能不能成为合伙人。在讨论的过程中，政府部门不希望写上法人可以成为合伙人，法制局负责合伙企业法起草的人说：要写上法人能成为全伙人我们要请示总理和副总理，那个法就不知道结果怎么样了。当时担心国有企业和独资的来搞合伙，如果我有50万元，我用综和首钢搞合伙，首钢也出50万，赚钱后一人一半，负债后负连带无限责任，我财产总共才有50万，可首钢有50个亿，当然债权人会找国有企业去要债，容易造成赚钱法人和自然人一人一半，

赔钱后则由国有企业来负担。所以把它删掉了。现在法人与法人仍可以按《民法通则》规定不和叫联营也好，叫合伙也好，自然人与自然人也可以，法人与自然人的没有规定，法律没写，等于还是不可以。第三个是有限合伙的问题，原合伙企业法中的专门一章写有限合伙问题，这有限合伙是学的美丽的方式，也就是一部分合伙人承担无限责任，另一部分承担有限任力，大陆法叫隐名合伙，我听说有些律师事务所也想搞隐名合伙，能不能搞我没有研究。大陆法原来的两合公司就是这种形式。合伙企业法出台时，将这个也删除了，有人说美国不是也有有限合伙企业法吗？将来我国合伙企业多了，就可以成立有限合伙法。我说没这个法，它能成立吗？他说等多了不就可以作这个法，立法者说没写不可成立就可以成立，工商说没有依据我不能给你成立。我们陷入了鸡生蛋、蛋生鸡的怪圈。到底我们能不能成立有限合伙，依据什么来成立呢？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