

论我国公司立法的障碍

胡 群

随着清理整顿公司工作的深入,时下公司立法已成为法学界的热门话题之一,并已列为政府优先立法的对象。笔者认为,如果我们客观地面对现实,在可预料的将来,我国公司法将很难出台,也不必急于求成,理由如下:

一、尽管我国公司立法的呼声甚高,但是对公司法调整对象的主体——“公司”的认定并不确切。首先,从立法上看,在1988年7月1日前,既有《工商企业登记管理条例》,又有《公司登记管理暂行规定》,它们分别规范“企业”与“公司”,但立法又未将两者的内涵区别开来。1985年国务院《关于进一步清理整顿公司的通知》认为,“公司应是从事生产经营或服务性的、具有法人资格的经济实体,是实行独立核算、自负盈亏、照章纳税、能承担经济责任的企业”。《公司登记管理暂行规定》第2条指出:“本规定所称公司指依本规定程序设立,有独立财产,自主经营,自负盈亏,依法承担经济责任的从事生产经营或服务性业务的经济实体。”《全民所有制工业企业法》给“企业”下的定义是:“依法自主经营、自负盈亏、独立核算的社会主义商品生产和经营单位”。“企业依法取得法人资格,以国家授予其经营管理的财产承担民事责任。”在此,除了规定的对象是国营企业以外,这个定义满足了一般企业所应具备的基本要素。从以上这些关于“公司”和“企业”的定义中,看不出公司与企业的区别,因而在实践中,有的公司依《公司登记管理暂行规定》注册登记,有的则按照《工商企业登记管理条例》程序办理。1988年7月1日以后,我国的公司与企业始统一依《企业法人登记管理条例》注册登记。

其次,在理论上,一种观点认为:“公司必须是两个以上的人或单位出资,或者是两个以上的企业联合而形成的具有法人资格的从事经营的企业。”^①该观点认为公司是企业,但企业不一定是公司,即公司除了应具备企业要素外,还必须是“联合体”。从逻辑上看,两个概念之间的关系是种属关系。该观点源于西方,如《布莱克法律辞典》给公司下的定义是:一些人为经营工商业而结成的团体(Union or association of persons for carrying on a commercial or industrial enterprise)。《牛津法律大辞典》也有类似的解释。另一种观点认为,公司“是指营利性的、订有章程的、依照本法(公司法——笔者注)成立的法人”^②,从这个定义中可以看出公司即企业,企业即公司,两个概念之间的关系是等同关系,只是名称不一罢了。这种观点主要基于现实中的公司与企业的关系而言。我国公司法与企业法不分的立法实践在一定程度上也反映出这种观点。

① 江平主编《公司法教程》,法律出版社1987年版,第31页。

② 王峻岩,《我国公司立法中的几个问题》,《中南政法学院学报》1988年第2期。

再次，现实中的公司与企业之间的界限不明。按照前述第一种观点，公司的外延应小于企业（因为其内涵多了一个“联合体”的要素）；第二种观点是公司的外延应等于企业，可现实的公司的外延却大于企业，因为很多行政职能性公司便不具有企业的性质。

目前立法、理论和实际的不一致，必然要增加公司立法的难度。因为国情是立法的基础，理论是立法的指导，现有法律是立法的参照系，三者之间不协调，立法何以适从？

二、在我国实际生活中，公司与企业是不分的（除了名称上的差异外），它们都涉及生产、流通、服务各个领域。我国企业法（广义的）已初具规模，自成体系，各种与之相适应的配套法律均已先后付诸实施。我国企业法调整各种不同性质的企业，包括国营（全民和集体企业）、私营（私人、外资独资企业）、混营（中外合作、合资企业）。并且从企业的设立、经营管理方式、税务、审计、信贷、劳保、破产、保险、环保、劳动等各个方面均有有关法律的明确规定。现实中，企业法不但规范企业的行为，同时也调整公司的行为。如私营有限责任公司由《私营企业暂行条例》调整；有限责任公司形式的合资经营企业由《中外合资经营企业法》调整。中外合作经营企业属于“人合”，也由企业法规范。公司的设立也依《企业法人登记管理条例》的程序办理。此外有关公司的税务、经营管理方式、破产程序等问题也必须依照有关企业的相应法律来处理。

从另一方面看，我国公司大多都不符合“人合”的标准。绝大多数的公司是企业（除了行政职能性公司外），因而就目前的公司现状而言，我国现有企业法基本上足以调整公司，目前的“公司”也应纳入企业法的调整对象之列。企业法只是在有关流通领域的规定显得薄弱了一些。

如果必须制定公司法，首先要确定我国公司的范围，同时还要对我国企业法的作用和调整对象作出界定，明确公司法与企业法的关系，比如私营有限责任公司、合营、合资企业是否仍属企业法调整等。公司法与企业法并存的立法在国外也有，如美国是小企业法和各州的公司法分别对这两种经济组织形式——企业与公司加以调整。日本有中小企业法规范企业，商法典和有限公司法调整公司。上述国家的公司法与企业法之所以可以并存，就是两者分别有自己独立的调整对象。法律对此作出了明确的规定。

三、从要求制定公司法的目的和内容来看，有两种不同的立法主张。一种意见是由于治理整顿公司而引发出来的，要求尽快制定公司法以规范流通领域里的公司行为。这种观点将公司法仅仅视为流通领域秩序法的一种，它在政府官员中很有代表性。这种观点仍然没有区分“企业”与“公司”，如果依照该思路制定公司法，势必又与企业法重叠，这将使现在已经交叉的调整企业与公司的法律更加混淆。且这种观点在法理上是缺乏根据的，因为任何一个部门法都应该有自己的独立调整对象。目前“公司”的内外关系与企业基本上一致，依此为立法对象，不可能成立一个独立的法律部门。可取之处是在一定程度上可以弥补企业法在涉及流通领域的规则方面的欠缺和不足。

第二种立法的目的是要借鉴西方公司法，力图建立一套多元合作和多元投资的企业制度，以改变目前国内政企合一、所有权与经营权不分的现状。这无疑意味着对我国企业制度的革命。这种观点在学术界很有影响。这种主张又可分为两种立法意见。一为我国公司法应以股份制为主要内容，特别是中共十三届三中全会提出要逐步推行“以公有制为主体的股份制”后，这种立法呼吁普遍高涨。股份制的生命力就在于它的最基本的功能——集资。由于投资主体的多元化，资本来源的广泛性，而对集合资本只能设立一个所有权，以便对该资本

行使统一的、唯一的所有权。如此，社会交易才有可能并取得安全保障，从而使股东所有权与投资资本的经营权分离，并在此基础上两权又重新合一，为公司所有。这一切都是由集资的广泛性、多元化决定的，集资的单一性很难引发出这种两权分离制度。但我们提倡股份制的目的，并不在于集资（因为国家可以通过发行债券、提高银行利息、提高税率来集资），而是追求附属于这一功能的其它功能，以改善国家、企业和个人三者之间的关系，使政企分开，两权分离。如此，追求附属功能的最后结果可能是“皮之不存，毛为焉附”——由于集资功能的严重弱化所致。再者，有的同志想以股份公司的形式达到两权分离的目的，也许他们忽略了或混淆了国家与企业、股东与公司的关系是两种不同性质的关系，前者是行政隶属关系，后者是一种民事关系。尽管企业法确立了两权分离的原则，但这种分离同股东与公司两权分离有本质区别。国家与企业是不平等的法律主体，因而它们之间不存在自愿的民事关系。经营管理权对企业与其说是一种权利，不如说是一种义务，因为企业无权拒绝国家授予的经营权。而股份公司与股东是平等的法律主体，他们之间的关系是依照民事法律关系的原则来处理的，股份公司可以自决其注册资本、上市股票数额以及单位股票的票面价值，股东自愿决定是否购买股票及购买数额。股东认购股票的行为，实际上是与股份公司签定合同的行为。因此想以民事法律原则处理国家与企业的行政法律关系，以求两权分离，是不可能的。

第二种主张中的另一种立法要求是：根据目前实际情况，我国公司法应以有限责任公司法为主，主要调整《民法通则》第51条规定的企业之间和企事业单位之间的联营。关于有限责任公司我国立法已有所规定，如私人有限责任公司、合资企业的有限责任公司等在我国企业法中都有规定。要制定一部以调整有限责任公司为主要内容的公司法，必须解决这样一个问题，即怎样使企业（指国营和集体企业）成为一个真正有自主权的独立法人。这在法律上已是一个不是问题的问题，因为《民法通则》和企业法等都对此作了明确规定。但在公有制条件下，不可能使政企彻底分开。国家所有权是一个事实，也是一个政治宣言。在此，国家充当了一个三位一体的角色，即既可以以所有人的身份对自己的财产行使完全的支配权（包括占有、使用、收益、处分），又可以以社会组织管理人的身份行使指挥权，还可以以法律名义确认并保护自己的所有权。两权分离不是一个需要法律加以确认和保护的事实关系，而是国家作为所有人为更有效地发挥自己财产的效用而主动提出的一种改善其财产使用的制度。国家始终没有，也不可能放弃作为所有人的全部权利。因此，企业要求的经营权，本质上是一种委托经营权，经营权范围的大小及独立的程度总是取决于国家意志，而非经营权本来应该怎样——这只不过是很多人论证的出发点而已，但时常以结果的形式表现出来。

我国产业结构的调整不是通过市场来实现。国家要鼓励或压缩某一产业时，一般通过各级政府扩大或减少对该产业的投资以及调整物价、税收等手段来实现，而不是通过企业自主地为适应市场要求而合并、分立或破产来调整产业结构。国营和集体企业的关、停、并、转、分立等只能是行政干预下的被动行为。这一问题更多地是个实际问题和制度问题。但这一问题解决不了，有限责任公司的立法也将无甚实际意义。

为第二种立法主张（包括有限股份和有限责任公司的立法）进行辩解的理由主要有三点。一是股份公司和有限责任公司是使政企分开、两权分离的好形式，是企业改革的新途径。关于这一点，上面已经论及，不再重复。二是，公司是社会化大生产的产物，它能适应社会化大生产。而社会化大生产具有一般生产的共性，因此，公司对我们所进行的社会化大生产来说，只需略加改造，便可推广适用。私有制条件下社会化大生产的产物是否必然适应

于公有制条件下的社会化大生产是值得探讨的。西方式的公司移植过程中很可能异化（这已在一些试点中有所印证，如企业股的出现），这种异化是否有利于我们的企业改革，笔者尚不能作出一个绝对的判断。第三条理由是法律的制定应具有超前性，以主动地适应发展的需要。即尽管我国的公司不规范，但现在制定公司法具有指导意义，也可使法律在这方面的空白得到填补。笔者认为：制定这样一部公司法，法律将不是对事实的认定并在此基础上加以调整，而是努力创造出（由于法律的硬性规定）一种事实（或社会关系），以使现存事实（或社会关系）适应之。如此，其立法指导思想是值得怀疑的。因为法律的根本作用是对现有的、主要的事实（或社会关系）加以认定，以保障社会的稳定性、连续性。法律从来都不可能创造什么社会关系，只是由于某种社会关系的存在需要法律加以调整时，法律的制定才有可能（西方公司法的诞生本身就是一个极好的例子）。公司不是法律也不是权力的产物，而是经济生活的胎儿。

四、1982年以来，中央对治理整顿公司发过一系列的文件，基本上是清理流通领域的公司。流通领域里的公司行为非常化，主要是由于“双轨制”，要制定公司法，就必须解决“双轨制”的问题。在目前这是一个既回避不了又极难克服的障碍。国家现在既不可能也不愿意恢复原来的旧的经济体制，当然也不适宜实行市场经济，更不可能建立在商品经济高度发达基础上的马克思式的产品经济。因此，“双轨制”的存在是必然的，但实践又否定了“双轨制”作为一种目标模式的价值，它只能是一种过渡形式。而这个过渡所需要的时间是无法预料的。这是由于社会总供给与总需求之间的矛盾不可能在短时间内得以解决。我国目前经济体制的改革正处在一个两难境地。改革到今天，许多问题是我们所始料不及的，公司行为的非常化即是其一。表面上看，公司行为超常是人为的结果，其根源在体制上。禁止党政干部、高干子女经商等，虽然对整顿公司和改善党的形象不无积极意义，但要从根本上解决公司问题，便不能仅限于上述措施。因为“双轨制”才是公司行为非常化的温床。面对“双轨制”这个棘手的问题，短期内我们很难克服，而目前公司问题的症结恰恰就在这上面。

面对我国公司立法的困境（在此主要讨论国营公司），笔者认为或许可以从以下几个方面寻找解决公司问题的办法：

首先，有一个重大的理论问题，即对国营生产经营单位是采取企业法还是以公司法（在此指西方式的公司法，否则两者之间便无法比较）调整的问题。企业与公司的关系十分密切，因而企业法与公司法的关系也很容易混淆。从本质上而言，企业法与公司法属于两种不同性质的法，这也是区别两法的根本意义所在。企业法属于经济法，也有人认为属于行政经济法，它强调的是国家对企业的指导或控制，尽管我国企业法力图使企业摆脱或相对独立于行政权，目的是削弱行政权对企业的干预。而在西方，如日本的中小企业法是加强国家对企业的管理和控制，两者的立法指导思想不同，但都属于经济法范畴。公司法属于商法，在民商合一的法律体系中属于民法，它强调的是平等自愿、等价有偿的原则，这与企业法强调对国家计划的服从性和依赖性有很大区别。公司法在市场体系中发挥其作用，企业法在计划体系中占有重要地位。由此可见，两者的属性不同，并且在不同的经济模式中的作用也不同。目前，我国对国营经济组织的立法调整基本上采取的是一元制——企业法（虽然在企业法中可以散见公司法的内容，但作用尚不显著）。现在要求制定公司法，这意味着对国营经济组织的立法调整的二元制，也可称之为“双轨制”——企业法与公司法并存。公司法作用的大小，很大程度上依赖于市场的发达和完备。而我国对市场的评价，至少在政策上是有保

留的，在措施上是谨慎的，加之我国的具体国情（尤其是供需矛盾尖锐，人口众多），因而市场作用在我国将十分有限，在这样的条件下，制定公司法没有实质意义。而且立法上的“双轨制”会导致何种结果，难以预料。因此，调整公司（绝大部分是企业）行为，还是应立足于现有的企业法，在此基础上改善对公司的领导及内部管理体制。

其次，既然公司法不宜制定，目前的“公司”行为又必须规范化，何以应之？笔者认为，除了坚持贯彻企业法外，只能在经济体制的“双轨制”（计划、流通、价格三位一体的双重体制）上作文章。公司问题说到底，就是国家利益的大头受到严重侵害，公民的个人收入显失公平，从而可能引起社会动荡。在“双轨制”下解决公司问题，笔者认为或许可以从计划法、物资分配法、价格法上寻求出路。当然以上立法难度不言而喻，极不易跨越，但我们至少可以确定这样一个指导思想，使这两种体制自成体系，首尾衔接，前后一贯，避免两种体制在任何领域、任何层次、任何时候随意发生横向交叉，从而引起混乱。因为国家计划的完成需要有相应的物资作保证，而国营经济组织生产经营能力的大小及成本的高低又受价格影响，因此，计划的单一性必须要有相应的物资供应和价格的统一性配套。公司行为非常，主要是由于目前物资供应和价格两种体制可以在任何水平随意发生横向交叉，从而使公司在任何时空都可以寻得交叉点，藉此谋利。

在“双轨制”不依我们的意志为转移、仍将继续下去的条件下，一是要划清两种体制的界限，防止无规则交叉；二是在必须发生横向联系的交错点，应由国家有关机关统一把关，以防各级权力的滥用；三是对国家批准可以从事“双轨制”方式经营的单位，应当征收特别税，以保证国家利益。依此，或许我们的公司可以走上健康之路。

第三，解决目前公司行为非常化问题的出路不在于立公司法，前已论证。我国现存的公司（国营的）基本上（除行政职能性公司外）可以划归企业法调整。公司行为非常化的重要原因之一是没有依法办事，另一个原因就是公司内部管理混乱。公司内部管理目前应依企业法规定的原则行事，尽管有人提出企业法规定的厂长（经理）负责制，从理论和实践上都并非国营企业管理的最佳模式，但企业法毕竟使企业与国家、企业与其行政主管机关、企业与其他组织、企业内部各成员之间的关系相对来说较之以前明确了许多，不可否认这是企业改革的一个进步——责、权、利逐步明确化。当然企业和公司内部管理在公有制基础上有待于进一步改善，使公司和企业的权利、义务、责任与国家授予其经营管理的财产和规定的目的相适应。如果我们放弃企业法有关企业内部管理制度的原则，而又没有新的、切实可行的相应措施与之衔接，势必使企业内部管理制度上出现真空，同样会出现混乱和不安定的现象。公司行为非常化的再一个原因是缺乏监督。国营公司行为不轨与其主管机关责任不可分——行政监督不力；司法机关对之显得无所适从；公司内部成员由于其利害关系的制约也无从监督。此外现在认为公司过“多”，其实“多”不足以虑，关键是公司的赢利大量的最终未能流入国库。

总之，西方式的公司在我国目前条件下是行不通的，就事论事的公司法很可能是个不伦不类的公司法（虽然可以冠之以“有中国特色的公司法”）。目前要从根本上治理好公司，一是严肃法律，二是针对“双轨制”建立相应的法律制度。

（作者单位：湖南省商检局）

责任编辑：张广兴