

大陸公司法總則章中幾個核心 問題的探討

劉 渝 生 *

目 次

- 壹、前言
- 貳、法人財產的歸屬及其演進
- 參、國有企業的體制改革與現代化管理
- 肆、公司權利能力的限制
 - (一)我公司法之相關規定
 - (二)大陸公司法之相關規定
- 伍、後語

壹、前言

大陸經濟近七年以來，以平均兩位數的速度成長著，其速度與實力，除吸引外商直接投資外，更造成西方學者研究的高潮。台資向大陸大量的湧入，以及兩岸間接貿易所帶來台灣對大陸的經濟依存度，均在逐年升高中。職是，大陸的相關投資法令，特別是 1993 年 12 月 29 日其全國人代會通過，自 1994 年 7 月 1 日起正式施行之大陸公司法——規範企業組織、行為之共同秩序的基本法律，自有其時代的意義。

* 德國漢樂威大學法學博士，東海大學法律系暨法研所專任副教授

貳、法人財產的歸屬及其演進

法人的權利能力早在十九世紀的德國，即成爲法律政策上經常研討的課題，並被視爲相對於國家統制權下的一種重要的基本自由權（註一）。在台灣初學法律者亦知，法人在與其本質相符的範圍內，特別是財產法上的權利，與自然人的權利能力範圍相同（我民法第二十六條參照）。公司爲法人的一種，故公司亦得爲權利義務的主體；此在我方認爲當然者，於彼岸卻未必然。大陸 1982 年憲法第六條第一項規定：「中華人民共和國的社會主義經濟制度的基礎是生產資料的社會主義公有制，即全民所有制和勞動群眾集體所有制。」同法第十一條第一項稱：「在法律規定範圍內的城鄉勞動者個體經濟，是社會主義公有制經濟的補充。」據此，除公有制經濟度外，似僅承認城鄉之個體經濟。全民所制和集體所有制可取得法人資格，此此爲 1986 年通過之民法通則第四十一條所規定，問題是，法人是否僅限於上述憲法所允許的國有企業法人及集體所有制之企業法人？由於大陸城鄉勞動者之「個體經濟」，僅屬公民（自然人）依法經核准登記，並可以起字號，從事工商業經營之個體工商戶（大陸民法通則第二十六條），且其債務僅以個人或家庭財產承擔（大陸民法通則第二十九條），故此所謂之「個體經濟」，自非以法人形式所組成之。至於私營企業得否以法人方式組織公司？1988 年 4 月大陸憲法修正案第一條，對 1982 年憲法第十一條增加規定如下：「國家允許私營經濟在法律規定的範圍內存在和發展。私營經濟是社會主義公有制經濟的補充。」據此，法人之制除國有企業國企業、集體所有制企業得適用外，1988 年 6 月中共國務院頒布了「私營企業暫行條例」，亦確立私營企業的組織形式，除獨資、合夥企業外，尚包括有限責任公司，且三者中唯有限責任公司依法可取得法人資格，該法人之成立要件，除暫行條例特別規定者外，仍有民法通則的適用。

「法人是具有民事權利能力和民事行爲能力，依法獨立享有民事權利和承擔民事義務的組織。」（大陸民法通則第三十六條）此固說明法人獨立承擔民事責任的資格，至於財產的所有權方面，僅於民法通制第三十七條法人應具備的條件中，確

（註 一） 考閱 Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, Heymann 1991, S. 157f. ; 劉得寬，法人之本質與其能力，法學叢刊六三期，（60 年 7 月），59 頁。

認法人「有必要的財產或者經費」，解釋上，必要的財產和經費係法人進行其活動的基本物質條件，故應明定為法人應具備之條件之一，應無疑義。

至於法人除應有「必要的財產或者經費」外，其財產之所有權誰屬？公司對其財產有無完全的、獨立的支配權，此無論從民法通則，或是私營企業暫行條例中，都找不出確切的答案。而此答案的重要性誠如大陸學者高程德所言：「財產權是生產資料所有制的法律形態，它的基礎是生產資料所有制。所有制和財產所有權的關係，就是經濟基礎和上層建築之間的關係，所有制形成歸根到底決定著所有權的性質和內容。財產所有權制度又反過來確認和保護作為經濟基礎的所有制形式。」（註二）

1993年之公司法之所以備受重視，特別是大陸學者譽之為「歷史的突破」、「前所未有的建立現代企業制度的運動」乃至「浴火鳳凰」等（註三），其原因之一？即公司法明確的說明了公司法人的財產不僅是「必要的」，更重要的是「獨立的」「自由的」享受利益、承擔責任，此可由大陸公司法下列條文得知：

第三條第二項：「有限責任公司，……公司以其全部資產對公司的債務承擔責任。」同條第三項：「股份有限公司，……公司以其全部資產對公司的債務承擔責任。」

第四條第一項：公司股東作為出資者按投入公司的資本額，享有所有者的資產受益、重大決策和選擇管理者等權利。」同條第二項：「公司享有由股東投資形成的全部法人財產權，……。」

綜合以上所述，吾人可明確作以下結論：大陸法人制度發軔於民法通則，惟現代化法人精神與制度之確立，乃肇始於公司法。

參、國有企業的體制改革與現代化管理

大陸公司法的重要性之二，是確定了包括國有企業在內的自主性及符合現代化的經營理念。大陸的國有企業是由國家所興辦，包括三種類型：(一)不具法人資格的

（註 二） 高程德，經濟法，上海人民出版社，第三版，第六十七頁。

國有獨資企業；(二)具備法人地位之國有獨資企業；(三)具備法人資格，由國家與其他主體共同投資組成，而國家居於控股地位之國有控股公司。國有企業是中國大陸經濟的主導力量，截至 1988 年為止，國營企業有九萬家以上，其總產值占全大陸工業總產值的 70% 以上，上繳稅利占大陸全國財政收入的 80%（註四），但其經濟效益的逐年低落（從 1978 年到 1992 年，其資金利潤率由 15.5%。降至 2.7%，虧損金額之擴大（估計 1992 年即達三千億人民幣，三分之一國有企業明虧，三分之一暗虧），以及資產因「內盜」而大量流失，均長期為人所詬病（註五）。由於大陸公司法的頒佈，國有企業得依該法第七條之規定「改建為公司」；雖然其資產所有權仍屬於國家（大陸公司法第四條第三項），但如上述，企業對法人財產的獨立、自主的支配權原則下，改建為公司後的國有企業，自得依公司法之相關規定，處分、出租公司的資產或營業，決定公司資金之有效運用，必要時透過會理的管道發行新股或公司債；此外，依大陸公司法第六條之規定：「公司實行權責分明、管理科學、激勵和約束相結合的內部管理體制。」國有企業得因此擺脫大陸傳統的「計劃經濟」及「政企不分」的階段，藉由公司現代化的組織系統，自行安排產銷、自訂計劃及指標、甚至拒絕不適當的生產任務，合理的分派盈餘及保留公積、以及價格的決定、企業人員的編制等等。（註六）

美中不足的是，大陸公司法第十七條明定：「公司中中國共產黨基層組織的活動，依照中國共產黨章程辦理。」筆者對此看法如下：

(一)若言此立法之意旨，在規範正常之黨務基層活動，惟按集會、結社之公民基本

（註 三） 江平，公司法實用指南，陳曉偉主編，北京中國商業出版社 1994，第三頁（企業立法對話錄）。

（註 四） 參閱黃湘平，確立法人產權制度是國有企業股份化的發展方向，收錄於中南工業大學出版之「證券市場理論與實踐」，1994，第一五〇頁以下；兩岸經貿通訊，海峽交流基金會出版，1995 年 5 月 10 日，第四十一期，第三頁。

（註 五） 參閱黎健，中共解不開的經濟難題，「中國大陸」雜誌，八十四年二月，第二十三頁以下；鈴聲，大陸私有經濟的覆滅與再興，「中國大陸」雜誌，八十四年四月，第五頁以下；宋國雙等著企業法指南，大陸經濟管理出版社，1998，第十四頁以下。

（註 六） 參閱黃湘平前揭文，第一五二頁；鄧文全、左向紅，國有企業股份制改造實踐探索，收錄於中南工業大學出版之「證券市場管理與實踐」，1994，第一七四頁以下。

權利，已為大陸憲法第三十五條所明載，初不必在營利性的公司社團法人中再予說明。若言此立法之目的，在約束黨員之活動，即應「依照中國共產黨章程辦理」，此又屬政黨內部規範之問題，亦無在公司法中提及之必要。

(二)依上推論，立法原意似仍冀望強調黨及黨員在公司中有「相當」或「適當」的影響力。此固與大陸憲法序言中所稱：「中國各族人民將繼續在中國共產黨領導下，……發展社會主義民生，……逐步實現工業、農業……的現代化……。」相符，但又與此次公司法制定時，特別要擺脫國營事業「政企不分」的缺失相違（註七）；由於中國大陸以黨領政，將來可見的結果即是「黨政不分」，以致「黨企不分」。

(三)此次大陸公司法的制定，其為人所稱許之突破者即為法人財產的獨立性，及企業之自主性。所謂企業自主實即以投資人為主體的股東大會，作為公司的「最高權力機構」（大陸公司法三十七，一〇三），同時尊重董事會的專業職權，諸如同法第四十六條，賦與董事會決定公司的經營計劃和投資方案、制訂公司的利潤分配和彌補虧損方案等是。而今，無論公司章程之制定，董監事之選任，以致股東會的決議，公司各方案的擬訂等，均可能因黨內「上級」的「指導」而遠離現代化企管的目標。

(四)股東大會既為法定之最高權力機關，與基層黨員的意見不一時，固然形式上仍尊重股東會之決議，但是否因之而造成鬥爭？黨員的意見（如為個人股東或法人股東之代表）儘可在股東大會充分表達，作成民主式的決議，何須勞動黨員為公司操勞。特別是在三資企業中的中外合資或中外合營企業，依中共黨章規定，在一單位裡，只要有三名或三以上的黨員，即可建立黨的組織，進行所謂「監督和保證作用」（註八），如此公司監察人外尚有監督者，即使不形成對立，亦可能造成外商忐忑不安，何苦來哉？

(五)論者或謂，大陸政權既以無產階級之工農革命起家（大陸憲法序言參照），自應對公司基層之職工人員之權益，特別維護。惟大陸公司法第十五、十六條已分別規定，「公司必須保護職工的合法權益，加強勞動保護，實現安全生產。公司採用多種形式，加強公司職工的職業教育……。」以及「公司職工依法

（註 七） 參閱宋國雙前揭書，第二十七頁。

（註 八） 程信和主編，企業法制通論，中山大學法學研究所、廣州市經濟貿易律師事務所合作編著，廣東人民出版社，1989，第一四二頁。

組織工會，展開工會活動……。」此外，股份有限公司監事會由股東代表和適當比例的職工代表組成，具體比例由公司章程規定。」（大陸公司法第一章總則第十五、十六條）等，在在對職工之權益已有明文保障。

肆、公司權利能力的限制

（一）我公司法之相關規定

我公司法對公司法人權利能力的限制，分別規定於第十三條至第十六條，其中特別值得研究的為第十三、十五兩條，茲將其缺失分論如下（註九）：

（1）轉投資的限制

我公司法自民國十八年迄今，有關公司轉投資的總額限制，已作六次修正，不但企業界有朝令夕改，無所適從之感，亦充分顯示出立法之缺乏前瞻性（註一〇）。現行公司法第十三條規定，原則上任何型態的公司轉投資均以不得超過本公司實收股本百分之四十為限，例外章程另有規定或不同種類之公司，於取得股東同意或股東會議者，其所投資總額在一定情況下，仍可不受上述百分之四十之限制。依此，吾人不禁要問：

（甲）既然公司章程可自定轉投資額，章程未定者亦得於取得股東或股東會之同意、決議下作成決定，那麼百分之四十之規定限制，尚有何意義？

（乙）公司章程之內容，一般祇要在不違背公序良俗及強行法之情形下，其制定及修改均屬公司股東會之權限。而股東之同意及股東會之決議，如屬特別決議——如公司法第十三條第一項各款情形，亦可於公司法第四十六、一八五一併規範之，似無於公司第十三條重複之必要。

（丙）公司轉投資總額在公司章程有規定，或股東同意或股東會之決議之情況

（註九）請參攷拙作「公司轉投資限制的根本解決之道」，東海大學「國際工商法律」，76年7月，第二版。該文雖登載於八年前，且八年來公司法有關轉投資之規定，迭經修正，惟該文所討論有關轉投資之基本精神似可作立法者今後再修法時之參攷。

（註一〇）有關轉投資規定之先後修正，請參攷柯芳枝，公司法論，三民書局，民國八十年九月版，第二十五頁，註三之說明。

下，固可超過實收股東百分之四十，但其上限如何？若本法無上限之規定，則本條之制定原意又何在？

(丁) 違反第十三條第一項後段有關轉投資之規定，本法僅於同條第三項規定有公司負責人之刑事責任，以及該負責人對公司之民事賠償責任，至於該違法轉投資之行為本身效力如何，公司法學者見解不一，採有效說者有之，採無效說者有之，採負責人無權代理說者亦有之（註一一）。如此涉及公司投資行為之重要條文，歷經六次修正，竟落此下場，（其實，公司法第十五條第一、二項之違反效力，亦同此眾說紛云）。筆者反對以學說見解，來解決上述之效力問題，以有效說之主要見解而言，不外「為維護交易安全」之考量。交易安全涉及第三人之權益固當保護，惟公司本身亦為一人（法人），違法行為何以要其承擔，又股東及債權人之權益又置於何地？負責人之個人違法行為，涉及法人、股東、債權人之利益，何以獨厚與公司交易之第三人。綜合言之，此一問題涉及立法政策問題，美國公司法著重股東及債權人之保護，德國則重視交易安全之維護，各有其緣由（註一二）。而我公司法於此則任憑學者研判雖各具理由，但已失法律之規範性。茲以民法為例，因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能時（我民法二六六條），其危險負擔於立法例上即有（子）義、法、瑞、日諸國所採之債權人主義，（丑）德、奧、泰、以及我國所採之債務人主義（寅）英美法所採之所有人主義等；三立法例各有其理，各見所長，立法者必須配合國情予以採擇，作為共同生活的規範，殊不可等閒視之，致學者百家爭鳴，而企業界仍然莫衷一是。

(2) 業務之限制

我公司法第十五條第一項規定：「公司不得經營登記範圍以外之業務。」筆者曾針對此條文發表淺見（註一三），茲綜合拙文結論為如下三點，並另補充意見於后：

（註一一） 學者不同之意見，詳參柯芳枝前揭書第三十一頁，註二五。

（註一二） 詳參 Johannes C. D. Hahn, *Wirtschaftsuehertum und Vertragsethik*, 1934, S. 10ff.

（註一三） 劉渝生，從歐體指令論我國有限公司之立法，美歐月刊，第九卷，第九期，第七一頁以下。

- (甲) 學者冠以「目的上的限制」一詞，仍有斟酌必要。
- (乙) 承襲英國立法例與我國法人本質之理論不相容。
- (丙) 縮小第十五條「無效」行為之範圍，解釋上尚有困難。

美國 1984 年之「修正模範商業公司法」(Revised Model Business Corporation Act) 第 3.04 條規定，除 (b) 項 (公司行為之能力得受質疑) 之若干情形外，公司有效之行為得不受公司缺乏能力而受質疑。換言之，即使超越公司能力外之行為，亦不得限制董事的代表權，該能力外之行為僅在公司內部關係上對公司負責。

我國實務上各公司為規避公司法第十五條第一項之規定，其登記之經營範圍無論種類及內容均極寬廣，致第十五第一項幾乎形同具文。以中國力霸股份有限公司為例，其已登記之營業計二十三項，其種類並不必然相關，諸如設計及承辦鋼架、製造及買賣鋼製品、經營國際觀光旅館及餐廳、水泥製造業、電視機等加工製造及買賣、蔬菜、醬油 火腿等加工 乳製品、冰品、汽水 之製造加工、大宗穀物、黃豆、玉米、飼之加工與買賣、百貨業、遊樂場之經營、國際貿易進出口、經營及投資國內、外其他有關事業等等，幾乎無所不包，無所不能。即使登記項目尚有不足，尚可藉「章程修改」之方式，堂而皇之的再予增加。至於已登記之營業項目，祇要有一、二項於登記後開始營業，即不致遭受我公司法第十條「命令解散」之處分。

登記營業項目如此廣泛，尚有其他副作用發生；依我公司對公司名稱專用權之規定：「同類業務之公司，不問是否同一種類，是否在一省（市）區域以內，不得使用相同或類似名稱。」如上所述，第一家「力霸」公司所登記經營之業務，日後經營同類業務之公司，即不得以「力霸」之名申請之。如此一來，中國人特殊喜好及習慣上認為吉利的名稱，即成為先登記者之專用，此僅以「登記」先後為準，且登記之範圍又無限制，似難稱公允。

至於違反第十五條第一項之法律效果，除同條第三項對公司負責人之民刑責任規定外，該違法行為本身之效果亦應以立法方式明文規定，俾免意見不一（註一四），其理由同前（轉投資之效力說明）。縱使在未立法統一其爭議以前，姑且同意折衷說（註一五），似亦應進一步說明：除學者主張該行為違反強行法或公序良

（註一四） 學者不同之意見亦請參註 11 所載註解處。

（註一五） 柯芳枝，前揭書第三十二頁雖未言明為「折衷說」，惟筆者揣摩其意，姑且定為折衷說。

俗（最可能者為脫法行為），當然無效外（註一六），公司負責人對與之交易者之詐欺行為，則仍應有民法第九十二條撤銷之適用；亦即惟在無效與撤銷之情形外，始有採放寬解釋上開條之效力為有效之餘地；換言之，在主張當然無效與有效以外，亦應保留撤銷之可能性存在。實則，在我公司法第十五條第一項目前之規定下，能力外之行為為兼顧公司利益及交易之安全性，其行為之絕對有效或無效之說均不能符合現實，而如上述，僅視該行為是否違反強行法或公序良俗以為無效之斷，亦屬過簡，是否尚應考量該逾越能力行為之交易階段，如公司代表之行為雖非公司經營範圍以內者，但若該行為已由當事人全部履行完畢者，則仍有拘束當事人之效力，僅逾越代表權之董事對公司內部負責而已。惟當事人已成立之無權契約而尚未完全履行者，雙方均得解除契約，不得請求履行之。

（二）大陸公司法之相關規定

（1）轉投資之規定

大陸公司法第十二條與我公司法第十三條有關轉投資之規定，其主要異同點如下：

- （甲）二者均認許公司向有限公司及股份有限公司轉投資，（因大陸公司法無兩合公司之型態），並均以出資額為限負其責任。且投資後，接受被投資公司以利潤（盈餘等）轉增的股份，其增加不包括在內。
- （乙）轉投資之總額，我公司法規定原則上不得超過實收股本百分之四十。何謂實收股本，一般教科書似未說明，惟黃川口先生釋為「在現行授權資本制下，係以實際發行股份數額為計算之準據（註一七）」，或有不當，因我公司法轉投資之規定，並非僅限於股份有限公司而已。有限公司並無所謂授權資本之存在，（此參閱公司法第一〇〇自明），故所謂「實收股本」，針對有限及股份有限公司而言，係指經股東認股且實際已繳納之出資總額而言。大陸公司之轉投資總額則係以「不得超過本公司淨資產的百分之五十」為原則。所謂淨資產係指一企業資產總額減負債總額後的淨額，淨資產的金額即一企業的資本額。然而淨資產的資本額已非單純股東的出資額，尚包含了可能的無形資產、遞延費用等資產

（註一六） 同上註第三十一頁下段。

（註一七） 黃川口，公司法論，民國 77 年修訂版，第十四頁。

在內，故範圍較大。依此分析得知，就原則上而言，大陸公司法轉投資之總額，不但計算基礎較廣，且百分比亦較我為高，此為法律政策上鼓勵多角化投資經營所使然，應無立法優劣而言。

(丙)大陸公司法有關轉投資之規定，並無我公司法第十三條第一項所列，以章程規定或股東同意或決議之方式排除百分之四十之上限。該法係1993年立法通過，我公司法關於轉投資之最新修正係於1990年(民國79年)，顯然的，彼方未仿照我方之立法，故仍能保存公司轉投資限制之基本立法精神，似為明智之舉。

(2)業務之限制

大陸公司法第十一條第二項規定：「公司應當在登記的經營範圍內從事經營活動。」此外大陸之「企業法人登記管理條例」第十三條後段亦有相同之規定。違反上開規定，超出核准登記經營範圍從事業務者，依「企業法人登記管理條例」第三十條之規定，登記主管機關可以根據情況分別給予警告、罰款、沒收非法所得、停業整頓、扣繳、吊銷營業執照之處罰，並依違法行為之情節，追究法定代表人的行政、民事責任，觸犯刑律的，由司法機關依法追究之。

茲將兩岸公司法對公司業務限制之規範比較如下：

兩岸之規範，除我公司法係採禁止式之立法，而大陸採強行法式之立法，文字上略有不同外，其規範之實質意義則完全相同，即公司之經營範圍，應以向主管機關登記者為準，不得超越之。惟大陸公司法關於法人之本質，尚無定論，其意見包括：(甲)法人制度是適應有計劃的商品經濟的需要，為了社會主義的利益，根據現階段社會主義公有制的水平而建立的；(乙)法人是客觀存在的具有獨立活動和自我發展能力的社會經濟實體的法律組織形式；(丙)法人的權利主體資格是法律賦與的(註一八)等。上述(甲)之見解，僅係基於實用的理由及社會目的，說明法人存在之必要性，但並未能闡明其本質，以其「為了社會主義的利益，.....而建立的」一語觀察，係以實際之觀察法人制度的存在，理由似較接近法人否認說中之受益者主體說。(丙)之見解，對於法律何以賦與法人為權利主體，並未提及故無從判斷其主張。(乙)之說法較符合法人實在說之組織體說，不僅法人之實體為客觀的存在，且為可獨立活動(作為權利主體)之法律組織形式。綜合言之，法

(註一八) 張新寶等撰稿，新中國民法研究綜述，「法學研究」編輯部編著，北京中國社會科學出版社，1990，第一一五頁及其引註。

人之法律本質在中國大陸尚未形成共識，是以，尚難推斷大陸公司法第十一條有關業務之限制之立法，是否與法人本質之理論完全吻合，至於有關業務之限制（即英美法上能力外的理論），除上述大陸「企業法人登記管理條例」所列對公司之行政處分及對法定代表人所追究之責任外，該違法行為本身之效力，因與法人本質理論之確定尚有關連，故不能遽然認定其為無效。上述依（甲）之見解所作法人否定說之推論，似與本文開頭所述大陸新公布之公司法第四條第二項公司擁有獨立財產之實際規定不符，故不予採納。若言法人本質之理論為擬制說或實在說，則所導致之法律效力並不相同。依劉甲一教授之見：「依法人疑制說，認為公司既只有在其目的範圍內始能存在，則（我）公司法第十五條第一項應係（英美法上）目的上限制其能力之規定（應屬無效）；反之依法人實在說，則就公司之目的限制公司之權利能力，實與法人之本質不相容。是故，（我）公司法第十五條第一項，並不發生限制公司權利能力之效力。」（註一九）

伍、後語

兩岸關係撇開政治不談，經濟上互助互補的關係已然形成，中共雖於七月份兩次試射飛彈致在台灣造成股票，匯率的大跌，惟根據本年九月號遠見雜誌所進行的意見調查顯示，儘管企業家認為到大陸投資風險增加，未來三年考慮首次進入大陸投資的比例，從過去的百分之三十一點七，提昇至百之三十六點三。是以，未來大陸法制的研究，對於法律人而言，必有「利人利己」的作用。最近，筆者拜讀大陸最近出版之少數具權威的公司法書籍，赫然看到此段文字：「公司名稱不得與其他已成立公司的名稱重複或相近似。公司名稱的含義一般應與其規模和經營範圍一致，例如，不能隨便使用“中國”，“世界”等字樣。」（註二〇）讀者以為然否？

（註一九） 劉甲一，公司法要論，五南出版公司，民國 69 年修訂初版，第四十四頁。

（註二〇） 陳曉偉主編，公司法實用指南，北京中國商業出版社，1994，第三十頁。