

商法系列丛书

主编：徐学鹿

夏利民、包锡妹 著

企业法

市场主体法的基础理论与实务

人民法院出版社

商法系列丛书之三·市场主体法的基础理论与实务

丛书主编：徐学鹿

企 业 法

夏利民 包锡妹 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

企业法/徐学鹿主编. —北京: 人民法院出版社, 1999
(商法系列丛书·市场主体法的基础理论与实务)
ISBN 7-80056-882-2

I. 企… II. 徐… III. 企业法-中国-普及读物 IV.D
922.292.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 66950 号

企 业 法

夏利民等著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 9 印张 22.4 千字

1999 年 12 月第 1 版 2001 年 1 月第 2 次印刷

印数: 3000—6000 册

ISBN 7-80056-882-2/D·954

定价: 14.00 元

丛书编委会

编 委:

- 刘凯湘 北京大学法学院教授、博士
司玉琢 大连海事大学前校长、教授、博士生导师
吴志攀 北京大学法学院院长、教授、博士生导师
吴慎宗 法制日报、中国律师报、长安杂志原总编、高级编辑
范 健 南京大学法学院院长、教授
徐学鹿 北京商学院商法研究所所长、教授
张文显 吉林大学副校长、教授、博士生导师
曹建明 华东政法学院院长、教授
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
王亦平 北京商学院教师、中国人民大学博士

名誉编委:

- 安德鲁·麦克吉 英国利兹大学法律系商法教授、商事
Andrew McGee 法律与实务研究中心主任
岩原绅作 东京大学法学部教授，日本法制审议会商法
部会委员
朴容燮 韩国海洋大学教授、韩国海事法学会会长、博士

主 编 徐学鹿

副主编 刘凯湘 王亦平

序

我们这个时代法律舞台上最重要的发展之一，是商法作为世界通用的法律越来越成为更多人的共识，商法世界统一化的潮流汹涌澎湃，势不可挡。但是，亚洲、非洲等发展中国家“他们之中的许多国家还没有来得及发展其本国的商法，就已经获得独立了”，把这些“国家所急需的商法提供给他们”，是对他们提供的最好的“技术上的帮助”，对他们来说“是无价之宝”^①。对这种现象我们可称作为“补课”。有名望的和公正的国际组织，以及不少的国际知名专家、学者，在亚太国家商法“补课”活动中，作了大量的工作，值得指出的是亚太法协一届又一届的会议总是研讨商法的理论与实务问题，目的无非是从理论导向上使亚太国家重视商法，从而使亚太国家从“无价之宝”中获得实际收益，让更多的人掌握商法“技术”，使这些国家因此而走向繁荣富强。在“补课”过程中，还值得提到的是《外国法律文库》的组织者，向我国推荐的两本有关商法的著作：《法律与革命》、《国际贸易法文选》，这两本书回答了商法补课的必要性，从理论上澄清了商法的诸多界限，可以说是商法“补课”的基本教科书。我国是亚太国家之一，1949年才结束了半封建、半殖民地的统治，走上了独立自主的发展道路，属于发展中国家。我国的商法“补课”情况至今如何呢？我想介绍我的学生在求职中的实际经历来说明问题。当

①〔英〕施米托夫著，江平主编，赵秀文译：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社1993年版，第200页。

求职者表明自己是商法方向研究生时,对方总是发出这样的问题:什么是商法;商法与经济法有什么不同;什么是民商法;商法与民商法有什么不同等。发问者有法院、检察院等司法机关的,也有工商行政管理等政府机关的,有律师事务所的,有公司企业的,还有高等学校的领导人员等。这些有关商法的典型实例,充分说明了商法在我国“补课”的必要性。发达国家也经历过农业社会,但是,他们从农业发展中积累起来的资本,很自然地就转化成为商业资本,实现了商业革命;而我国漫长的农业社会延续了数千年,农业资本不仅很难转化成为商业资本,发了财的商人转而投资土地,使自己也成为不承担风险的地主。商业革命造就商法,商法也有助于推动商业革命。发达国家在这种良性循环中发达了,而我国却在资本不离土,以土地为中心的经济中,使小农经济社会保持了数千年。在一个存在自然经济、小生产方式汪洋大海的国度里,接受简单商品生产的理论、文化包括法律在内,具有天然性,可以说是根深蒂固、驾轻就熟,而对适应社会化大生产的理论、观念,包括法律,特别是商法,会自觉不自觉地采取种种办法加以阻挠。我们认识这些障碍,“这些障碍包括与法律本身相关的思想和行动的狭隘性和孤立性”^①。我们就要更加增强在商法问题上“补课”的自觉性。既然是“补课”必然有异于常规,它必然要比在常规中付出更大的精力。我们组织编撰这套《商法系列丛书》,就是为了在商法“补课”中,让人们能集中了解商法是什么,而且花较少的精力,获得较多的对商法的了解。从而把我们长期以来在这方面耽误了的时间,在短期内有效地追回来。并且,在市场经济条件下商法是市场交易的基本规则,商法对于市场经

①〔美〕伯尔曼著,江平主编,贺卫方等译:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第Ⅲ页。

济，犹如空气对于人一样重要。因此，在商法问题上不能仅是被动地“补课”，而是要在市场经济立法体系的模式选择、总体设计、具体立法规划等诸多方面，充分享受后发性利益，主动地“开新课”，全面创新适应中国社会主义市场经济的新的商法体系。《丛书》在这方面作了一些尝试，以便引起大家共同来探讨建立我国市场经济创新制度体系的兴趣。19世纪问世的近代商法，延续了近两个世纪，20世纪50年代问世的《美国统一商法典》，结束了近代商法的历史。在商法世界统一的时代潮流中迎来的21世纪，将是一个商法的新世纪，让我们与世界上所有的国家满怀激情的迎接商法的新时代。

《商法系列丛书》在组稿和编写中，得到了中国人民大学、北京大学、吉林大学、南京大学法学院，中国政法大学、华东政法学院、大连海事大学、北京商学院等的大力支持，在此谨表诚挚的感谢。《丛书》成书时间仓促，加之水平等方面原因，存在的谬误敬请读者批评、指正。

商法在我国是一个崭新的领域，为便于展开学习、研究、讨论，主编在编稿中没有将丛书作者的不同观点、见解加以统一。这样更有助于读者思考、鉴别不同的观点、主张，从而有利于形成科学的、创新的、具有社会主义市场经济特色的我国的商法体系，有利于这一领域理论与实务的繁荣。

徐学鹿 于北京商学院商法研究所 1999年3月

主编简介

徐学鹿 北京商学院
商法研究所所长、教授。主要著作有《商法概论》(1986年),《商法》(1991年),《改革开放中的商法理论与实践》(1991年),《商法教程》(1997年),普通高等教育“九五”国家级重点教材《商法学》(1998年)等专著、主编、参编著作逾千万字。在各种法律类核心期刊发表商法、经济法论文逾百万字。多项作品获奖。系部级及享受国务院特殊津贴专家、获英国剑桥国际名人传记中心“20世纪杰出人物”称号,并获“20世纪杰出成就奖”。

责任编辑：胡玉莹 王亦平

封面设计：海之帆

目

录

序	徐学鹿 (1)
1 企业组织基本理论的法理研究	(1)
1.1 企业概念的经济学和法学分析	(1)
1.2 企业制度及其构成	(9)
1.3 企业演进的历史考察	(13)
1.4 企业法律形态及其选择	(20)
2 中国企业法律制度的完善	(33)
2.1 中国企业立法的现状与问题	(33)
2.2 中国现代企业法的价值取向	(38)
2.3 完善我国企业法律制度的法律思考	(45)
3 独资企业法律制度刍议	(51)
3.1 独资企业立法之必要性分析	(52)
3.2 我国独资企业的法律性质分析	(57)
3.3 我国《个人独资企业法》的现实价值和调整范围	(62)

3.4 我国《个人独资企业法》的主要法律制度分析	(66)
4 合伙企业法律制度若干问题的探讨	(73)
4.1 合伙企业立法比较研究	(74)
4.2 合伙企业法律地位的界定	(85)
4.3 合伙企业的合伙人资格问题	(92)
4.4 合伙企业财产制度分析	(101)
4.5 合伙企业事务的经营管理	(112)
4.6 合伙企业债务责任的立法设计	(122)
5 股份合作制企业制度设计	(133)
5.1 股份合作制企业的法律属性	(133)
5.2 股份合作制企业的产权界定原则	(140)
5.3 股份合作制企业的股权设置和股权管理	(145)
5.4 股份合作制企业的收益分配	(152)
5.5 股份合作制企业的内部治理结构	(154)
5.6 股份合作制企业的立法思考	(156)
6 国有企业改革的法律问题研析	(163)
6.1 国有企业改革的回顾与思考	(163)
6.2 国有企业法人财产权探讨	(169)
6.3 国有企业的股权结构设计	(177)
6.4 国有企业债务重整的法律对策	(193)

6.5 国有企业改革的法律检讨	(199)
6.6 完善国有企业改革的法律思考	(207)
7 中小企业的法律制度构建	(219)
7.1 中小企业的法律定位	(219)
7.2 我国中小企业发展面临的问题	(223)
7.3 中小企业法律规范的检讨	(226)
7.4 保护和扶植中小企业发展的制度构想	(231)
8 外商投资企业法几个具体问题的讨论	(236)
8.1 外商投资企业的组织形式分析	(237)
8.2 外商投资企业注册资本制度与投资比例 的完善	(239)
8.3 外商投资企业的并购行为规制	(243)
8.4 外商投资企业优惠制度的重构	(245)
9 关联企业与企业集团的法律规制	(249)
9.1 关联企业与企业集团的法律界定	(249)
9.2 关联企业与企业集团的法理基础	(255)
9.3 关联企业与企业集团的表现形式	(257)
9.4 我国关联企业与企业集团发展中存在 的问题	(261)
9.5 对我国关联企业与企业集团的法律规制	(264)
主要参考书目	(270)

1 企业组织基本理论 的法理研究

要全面认识我国企业法律制度，对其所涉及的、关系到我国市场经济发展的一些重大理论和实践问题进行探讨，首先需要对企业组织的基本理论进行研究。这些研究涉及到有关企业组织的一些基本问题，比如，什么是企业？企业的经济概念和法学概念如何区分？企业制度的基本涵义和内容是什么？什么是企业法律形态？作为企业基本法律形态的独资企业、合伙企业和公司制企业各自的特质？人们如何根据自身的需要选择最适宜的企业组织形式？等等。客观地说，在我国企业法学中，对上述问题的研究委实薄弱，不免影响到我们对企业法律制度的全面、深刻的认识。因此，有必要对上述问题进行较为具体的阐释和研究。

1. 1 企业概念的经济学和法学分析

企业作为企业法律制度中的基本概念频繁地出现在法律规定中，甚至作为法律的名称：如《中华人民共和国全民所有制工业

企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国合伙企业法》等。但如何准确地定义它，至今仍是经济学家和法学家讨论的话题。而法律概念又是识别和区分法律现象和非法律现象的工具，是进行法律推理、适用法律规范、实现法律目的的必要条件。离开科学的法律概念，法律制度的运作就变得难以预测。所以，准确把握企业概念，有利于我们了解企业的社会、经济方面的属性，认识企业的本质和基本特征，为我国企业法律制度建立一个坚固的概念基础。

第一，企业概念的经济学分析

企业一词为舶来语，源于英语中的“Enterprise”一词，日本人将其译为汉字“企业”，并传入中国。^①Enterprise的原意是企图冒险从事某项事业，且有持续经营的意思，后来引申为经营组织或经营体。^②由此可以看出，企业一词本身仅反映出某一组织具有经营的性质。企业是作为社会经济现象而成为企业法律制度调整对象的，它自然首先出现和反映在直接以经济生活为研究对象的经济领域。正如日本学者中村一彦先生在其《现代企业组织法》一书中指出的：“本来，‘企业’是经济学、经营学上的概念，并且是争议很多的概念”，“商法上的企业概念是在经济学、经营管理学的企业概念基础上形成的”。^③因此，要进行企业概念的法律分析，首先应明确企业的经济概念。

企业是什么？传统经济学对此并未进行过专门研究，只是在描述和解释企业的生产活动和经济行为时有所涉及。传统经济学认为，企业仅仅是一种谋求产出最大化或利润最大化的生产单位

① 参见《汉语外来语词典》，上海辞书出版社1984年版，第284页。

② 史际春：《企业、公司溯源》，《商事法论集》第1卷，法律出版社1997年版，第40页。

③ 转引自赵旭东：《企业法律形态论》，中国方正出版社1996年版，第3页。

或经济单元，其功能是把土地、劳动、资本等生产要素投入转化为一定的产出。因此，传统经济学把企业视为一种生产函数，用生产函数来描述投入与产出之间的转化关系。企业的存在和发展是技术因素的结果。这实际上是单纯从企业行为考察企业，把企业仅看成是一种有一定行为特征的经济单元，而把企业组织本身排除在考察范围之外，不去深究它的内部结构，不去深究它为什么具有这样的行为特征。所以这种考察也就不能真正从本质上揭示企业的内在特性。

20 世纪 30 年代，交易费用经济学的代表人科斯在美国《经济学》杂志上发表的题为《企业的本质》一文，使关于企业本质的认识在理论上产生了新的突破，开创了企业理论领域。科斯写道：“在企业之外，价格变动指挥生产，它是由一系列市场上的交换交易来协调的。而在企业之内，这种市场交易被取消，复杂的市场结构连同交换交易被企业家这种协调者所取代，企业家指挥生产。显然十分清楚的是以上二者是可以相互替代的协调生产的方法。然而，考虑到这样的事实，如果生产由价格变动协调，它在没有任何组织的情况下也完全能够进行，我们就要问，为什么还要有企业组织存在呢”？他认为，企业 and 市场是两个性质不同，然而又可在一定条件下相互替代的资源配置的机制，企业不同于市场的特征就在于行政命令取代了价格机制成为资源配置的动力。因此，科斯把企业看成是“价格机制的替代物”，^①由于交易成本的存在，“市场的运行是有成本的，通过形成一个组织，并允许某个权威（一个‘企业家’）来支配资源，就能节约某些市场运行成本”。^②设立企业的原因在于以企业内部的生产组织取代企业外部的市场价

① 科斯：《企业、市场和法律》，上海三联书店 1990 年中文版，第 3—4 页。

② 科斯：《论生产的制度结构》，上海三联书店 1993 年中文版，第 7 页。

格调节,从而减少交易的成本。换言之,交易成本的节省是企业产生、存在以及替代市场机制的唯一动力。

80年代以来,企业理论得到进一步发展,主要形成“财产控制权”观点、“议价费用和影响费用”观点,以及“声誉”观点三种学说。它们的共同点是:契约是不可能完全的;在不完全契约条件下剩余控制权的配置方式影响交易费用;企业不同于市场是因为权威的存在;在权威下,市场式的议价消失,代之以上下级的代理人关系;这种代理人关系不可避免产生费用。最后,企业的形态是使这些费用最小化的结果。^①

我国经济体制改革的现实需要是中国的企业理论发展繁荣的根本动力。就企业概念而言,学者们虽多有说明,但相互间并无实质差异。如有说企业是“在社会分工的条件下从事生产、贸易、运输等经济活动的独立单位”;^②有说“企业是必不可少的市场主体,它有营利的追求,有投入必须少于产出收益的机制约束,是通过一定的组织形式,将分散的生产要素集中起来进行产销活动的经济实体”。^③1984年出版的《中国企业管理百科全书》将企业定义为:“从事生产、流通等经济活动,为满足社会需要并获取盈利、进行自主经营、实行独立经济核算、具有法人资格的基本经济单位”。可见,学者们从经济学角度对企业概念的分析,主要侧重于企业目的、企业行为的特质。概言之,企业是在追求利润最大化的目的下,通过一定的组织形式,以契约将劳动、资本、土地等生产要素集中起来,从事生产经营和服务性活动的经济实体。

然而,上述经济学理论或学说虽然对企业的本质有所揭示,但

① 参见曹翔:《企业和企业法》,《法学天地》1997年第1期。

② 许涤新主编《政治经济学辞典(上)》,人民出版社1980年版,第562页。

③ 吴振国:《西方发达国家企业法律制度概观》,中国法制出版社1999年版,第2页。

它们毕竟更多的考察企业的经济属性,限于经济学领域,缺乏法律分析的周全性和法律概念的确切性。因此,全面深刻地认识企业的本质,把握企业的基本法律特征,仍需对企业概念进行法学分析。

第二,企业概念的法学分析

在现实社会中,企业从成立到发展到终止,它所经历的每一个阶段以及它的所有内部关系和外部关系都融入了法律的因素。企业总是存在于一定的法律框架之中,企业也是法律的创造物,离开了法律就不会有企业的存在。然而,企业概念进入法学领域已是20世纪以后的事了。法律上最初使用企业概念的是国家干预经济生活的经济立法和调整劳动关系的劳动立法。在此以前,民商法中已有与其接近的商人概念。《法国商法典》第1条把商人定义为:“以实施商行为作为其经常职业的人”,它包括商自然人和商法人两大类。但随着商品经济的发展,商业组织日益发展壮大,成为社会商业活动的主要力量。商业组织除了为数众多的公司外,还有蓬勃兴起的无法人资格的商业团体,即独资企业和合伙企业以及各种企业的结合形态。传统的商人概念已不足以包括全部商事活动的主体,在这种情况下,“商人是商法主体这一观念实际上已被企业是商法主体的新观念所替代,现代社会的企业和中世纪的商人并不完全相同”。^①“企业概念以其对所有商业组织的包容性,取代了商人和商法人概念在许多场合下的使用,并大大地突出了商业组织的地位,表现了其法律特性”。^②经济学领域早已广泛使用的企业概念在进入劳动法和经济法领域的同时,也自然而然地被引入了商法领域。

① 王书江:《外国商法》,中国政法大学出版社1987年版,第8页。

② 赵旭东:《企业法律形态论》,中国方正出版社1996年版,第6页。