

企业公司化改组的 法律性质及其表述

王 军 *

内容提要：企业公司化改组的法律性质取决于原企业的营业重组方式，可能是分立、合并、减资、分立与合并相结合或整体变更，也可能是营业转让或者未经法律承认的营业出资。以“净资产折股”等术语表述公司化改组，规避了出资类型限制和分立企业债务承担规则，使发起人向新公司转移原企业债务的行为合理化。在原企业债务纠纷中，企业改组的法律性质成为争议焦点。司法解释试图平衡新设公司与原企业债权人的利益，但其表述上的紊乱阻碍了司法政策的贯彻。公司化改组之表述及相关司法困境的法律根源在于：公司法对出资方式过度限制，民法通则等法律的分立企业债务承担规则过于严苛。

关键词：净资产折价入股 企业分立 企业改制 营业出资

引 言

自国有企业改组而来的股份有限公司一律声称其系依公司法发起或募集设立，其法律文件亦按出资入股的样式表述发起人组建公司的活动。但事实上，发起人（国企或国企的出资人）向股份公司投入的财产显然超出了公司法规定的出资财产种类，发起人不仅向股份公司投入财产，同时也转入债务；股份公司既是刚成立的新公司，又可能是已有三年财务记录的老企业。国企公司化还运用了许多公司法所没有的术语，如“改制”、“重组”、“资产/债务剥离”、“生产经营性净资产折价入股”、“生产经营性资产及相关负债折价入股”等。

公司化改组的法律性质究竟是发起人出资新设公司，还是原企业的变更（即分立、合并或整体变更）？为什么要运用上述另类术语加以表述？这并非纯粹的概念之争。一方面，国企改组运用的这套术语已被广泛沿用。民营有限公司改组为股份公司、上市公司资产重组以及金融机构分业经营等，都运用“净资产折股”进行表述。另一方面，对公司化改组及其表述的理解和解释又决定了法院对原企业债务纠纷的审判观点。最高人民法院为此制定了专门的司法解释，但司法解释的制定者和适用者都遭遇了解读和重述公司化改组之法律意义的困难。

本文试图在规则和实例的基础上，分析企业公司化改组的法律性质，揭示“净资产折价入股”等表述方式得以流行的经济原因和制度基础，并分析司法审判和司法解释对公司化改组的理

* 中国政法大学教师。

解和重述，最终指出相关立法和司法困局的症结所在。

一、观点综述

对国企公司化改组方式的分类及其法律性质的界定可谓众说纷纭，归纳起来大致有两类观点。一类观点可称“外观说”。它们从改组行为的外观进行界定，凡以原企业全部生产经营系统改建股份公司的，叫“整体改制”；以部分生产经营系统改建的叫“部分改制”。〔1〕但“整体”和“部分”之称仅是外观描述，没有揭示改组的法律性质。而且，何为整体，何为部分，也存在不同观点。有些部门规章提到的整体改制是指原企业全部资产进入股份公司，“整体”意味着全部资产。〔2〕而实际的改组活动却表明，“整体资产”仅指企业全部营业资产（不包括非营业资产）。〔3〕事实上，企业进行所谓整体改制时，通常也不得不“剥离”其非营业资产或非主业资产，并非将全部资产原封不动地转入股份公司。〔4〕

另一类观点可谓“实质说”。它们从改组行为的法律性质上区分不同的改组方式，认为公司化改组实质上是对原企业进行分立、合并或整体变更。例如，财政部将国企改组方式区分为整体改建、分立式改建和合并式改建三种。〔5〕有学者认为，改组通常有三种途径：合并途径、分立途径和混合途径。〔6〕还有学者在分立、合并或整体变更的基础上进一步细分出六种模式：整体改组模式、分立模式、控股分立模式、部分分立模式、合并模式和控股合并模式。〔7〕

以“外观说”和“实质说”的不同视角分析原企业“以净资产折价入股”或“以经营性资产及相关负债折价入股”，将得出不同结论。很多人认为，“净资产折股”是一种出资行为。〔8〕有人直接称之为“净资产出资”。〔9〕股份公司的法律文本倾向于将改组过程表述为发起设立或募集设立股份公司。某些股份公司将改组中的净资产折股表述为“实物资产出资”。〔10〕某些有限公司

〔1〕 参见中国证监会从业资格考试委员会办公室编：《证券发行与承销》，上海财经大学出版社2001年版，第64页。最高人民法院的司法解释也接受了这两个概念。参见最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院关于企业改制司法解释条文精释及案例解析》，人民法院出版社2003年版，第25页以下。

〔2〕 参见国家体改委《股份有限公司规范意见》（1992年）第11条；国家国有资产管理局、国家体改委《股份有限公司国有股权管理暂行办法》（1994年）第8条；财政部《企业公司制改建有关国有资本管理与财务处理的暂行规定》（2002年）第9条第2款。

〔3〕 参见前引〔1〕，中国证监会从业资格考试委员会办公室编书，第64页；黄清：《国有企业整体上市研究——国有企业分拆上市和整体上市模式的案例分析》，《管理世界》2004年第2期；石铁军、易宜松：《整体改制与部分改制之辨》，载《国有企业改革法律报告》第2卷，中信出版社2005年版。

〔4〕 参见国家经贸委企业改革司编：《企业股份制改组运作指南》，法律出版社2000年版，第131页。

〔5〕 参见财政部《国有企业公司制改建有关财务问题的暂行规定》（1995年）第3条；财政部《企业公司制改建有关国有资本管理与财务处理的暂行规定》（2002年）第9条。

〔6〕 See Fang Liufang, *China's Corporatization Experiment*, 5 Duke J. Comp. & Int'l L. 220-222 (1995).

〔7〕 参见朱昌明、楼迎军：《国有企业改制上市中资产重组模式分析》，《北京商学院学报》1999年第5期。类似观点见张忠军：《上市公司法律制度》，法律出版社2000年版，第48页以下。

〔8〕 参见上引张忠军书，第50页；前引〔3〕，石铁军等文；周昊：《国有企业分拆上市的法律分析》，中国政法大学博士学位论文（2005年），第13页，第50页；彭冰：《中国证券法学》，高等教育出版社2005年版，第72页；蒋大兴、沈晖：《企业改制：债权人的视角》，载《公司法律报告》，中信出版社2003年版；楼建波：《化解企业部分改制下债权僵局的制度设计》，《清华法学》2009年第3期。

〔9〕 参见洪海：《对公司制改制中三种非法定出资方式思考》，《中国工商管理研究》2002年第6期；杜烈康、郑梅莲：《股权出资应如何审验》，《中国注册会计师》2003年第9期；杨庆岗：《国企改制中经营性净资产出资有关问题的探讨》，《河北企业》2006年第4期；高靖杰：《关于股权出资的探讨》，《中国资产评估》2009年第1期。

〔10〕 例如上海中科合臣股份有限公司首次公开发行股票招股说明书（2003年6月6日），第35页，载上海证券交易所网站（www.sse.com.cn）上市公司公告，2010年12月13日访问。

的工商登记信息则将净资产折股登记为“实物出资”和“货币出资”。^{〔11〕}政府部门也接受并经常使用“净资产出资”的表述方式,^{〔12〕}有时又称之为“经营性资产出资”。^{〔13〕}还有观点把“经营性资产及相关负债折股”解释为“整体资产出资”,认为企业改组是将原企业的整体资产(包括资产和负债)转移给公司作为股东的出资,属于法定出资类型之外的出资形式。^{〔14〕}

然而,如果从“实质说”的视角看,“净资产折股”未必都表明发起人出资入股。“折股”只是企业完成营业重组后进行的股权界定。营业重组的具体方式决定了公司化改组究竟是出资新设公司还是变更原企业。以下将基于公司化改组的规则和实例予以分析。

二、改组规则及实例

1992年5月,国家开始推行股份制企业试点。试点方案的构想是,国企整体改组为股份有限公司或有限责任公司:“原有企业全部资产投入公司”,公司设立后原企业自行终止;^{〔15〕}原企业全部净资产折换为国有股份。^{〔16〕}青岛啤酒股份有限公司(下称青岛啤酒)就是以这种方式组建的。青岛啤酒的前身是青岛啤酒厂。该厂吸收合并了另外三家啤酒企业,整体改组为股份公司,其“生产经营性资产”折换为国家股,青岛啤酒厂消失,其出资人青岛市政府持有股份公司的国家股。上市公告书将股份公司组建过程表述为“发起设立”:“青岛啤酒厂作为独家发起人,在吸收合并青岛啤酒第二有限公司(中外合资)、青岛啤酒第三有限公司(中外合作)、国有青岛啤酒四厂的基础上发起设立青岛啤酒股份有限公司。”^{〔17〕}在股份制试点早期,这种改组方法较多应用于规模较小、效益较好、非经营性资产很少的企业,但不适合大多数债务负担和社会负担较重的国企。^{〔18〕}

以原企业全部资产改组之所以难以实施,还有以下两个原因。首先,股份有限公司向社会公开发行股票的数量受发行配额限制,^{〔19〕}而社会公众股在公司拟发行总股本中的比例不得低于25%。^{〔20〕}这就迫使企业必须根据股票发行配额决定公司拟发行总股本和投入股份公司的资产数额,而不能将全部资产投入股份公司。其次,股份公司净资产占总资产30%以上才能公开发行股票,最近三年连续盈利始可申请股票上市交易,^{〔21〕}而待改组国企的资产状况很难满足上述要求。

因此,企业必须重新配比资产和负债,重编财务报表,以满足发行上市的条件。大多数企业只能将部分资产和负债投入拟设立的股份公司。例如,上海石油化工股份有限公司(下称上海石化)的前身是中国石油化工总公司(下称中石化总公司)所属的上海石油化工总厂(下称上海石化总厂)。上海石化总厂首先通过重组一分为二:以生产、经营、贸易、科技、管理等主业部门的资产和负债组建股份公司上海石化,全部股本(国家股)由公司唯一股东中石化总公司持有;

〔11〕 广东省食品实业有限公司债务纠纷案,广东省广州市中级人民法院(2006)穗中法民二终字第1393号民事判决书。

〔12〕 如中国证监会对包头市信托投资公司的一个批复指出:“同意你公司与中原信托投资公司以经评估的证券类净资产出资,联合其他有资格的出资人共同组建新时代证券股份有限公司。”(证监机构字[2002]87号)

〔13〕 如中国证监会发行监管部《股票发行审核标准备忘录第15号》(2002年)。

〔14〕 参见赵旭东主编:《公司法》,高等教育出版社2006年版,第278页。

〔15〕 参见国家体改委《股份有限公司规范意见》第11条。

〔16〕 参见财政部、国家体改委《股份制试点企业会计制度》(1992年)第48条第3款。

〔17〕 参见青岛啤酒股份有限公司人民币股票(A股)上市公告书(1993年8月24日),载金融界网站(www.jrj.com)个股档案。

〔18〕 参见前引〔7〕,朱昌明等文。

〔19〕 《股份制企业试点办法》第8项。

〔20〕 《股票发行与交易管理暂行条例》(1993年)第8条第5项。

〔21〕 同上,第9条,第30条。

其余非主业部门的资产和负债归属改组中新设的中国石化上海金山实业公司。^[22]可以说，分割、重组原企业的资产、业务和债务是大多数企业公司化改组的必经途径。

1993年公司法实施对国企改组方式没有产生实质性影响。该法第74条规定，股份公司应通过发起或募集设立方式组建。但事实上，依公司法“新设成立”只是设立股份公司的途径之一，而国企仍然因循“改组设立”的路径。^[23]其改组方法有三：

方法一：国企以其全部资产改建为股份公司，原企业撤销，原企业的净资产折为国家股。^[24]该方法同样受股票发行配额、上市要求、上市后发展前景考虑的限制，只适用于极少数企业。实际上，日后所谓“整体改制”均指分离原企业的非经营性资产后，对全部营业性资产的改组。^[25]证券监管部门要求的“完整重组”也只是原企业将全部或大部分营业资产转入股份公司，而不是转入包括营业单位和非营业单位的全部资产。^[26]这种方法并非国企改组的典型方式。

方法二：在国有企业部分资产和负债基础上改建股份公司。例如上海宝钢集团公司（下称宝钢集团）2000年独家发起设立宝山钢铁股份有限公司（下称宝钢股份）。招股说明书介绍：改组前，宝钢集团的主要生产性资产包括原宝山钢铁（集团）公司主体一、二期和三期工程，还拥有其他下属子公司、下属企业。组建股份公司时，宝钢集团把一、二期工程形成的大部分生产性资产、三期工程形成的部分生产性资产以及一些生产辅助性资产投入股份公司，同时将一些生产职能部门也划入股份公司，从而使股份公司拥有“完整生产工艺流程，以及完整的科研、生产、采购和销售体系”。^[27]宝钢集团经重组，将大部分营业资产投入宝钢股份，折换为国家股。

方法三：国有企业（或集团公司）以下属企业或公司（包括有法人资格的和无法人资格的企业、公司）的全部或部分资产改建为股份公司。^[28]例如：中国北京同仁堂集团公司（下称同仁堂集团）组合其下属的北京同仁堂制药厂等六个生产经营单位的资产和负债，募集社会公众股，组建北京同仁堂股份有限公司（下称同仁堂）。招股说明书将改组过程表述为：同仁堂集团独家发起，投入其下属六个单位的“生产经营性资产合计22998万元”，“按1:1.533的比例折为国有法人股15000万股”。^[29]

由上可知，绝大多数国企公司化改组的必经和核心步骤是对原企业的营业（包括资产、负债、业务、人员等）进行分解、组合，而“净资产折股”或“经营性资产及相关负债折股”则是在营业重组的基础上对股权予以界定和配置的步骤。

如今，民营有限责任公司变更为股份有限公司进而公开发行股票并上市交易的，同样以净资产折股方式改组。^[30]例如，郑州三全食品有限公司（下称三全有限）股东以有限公司净资产折股，整体变更为郑州三全食品股份有限公司（下称三全食品）。验资报告称此次变更为发起设立股份公司，原三全有限的股东均为发起人，三全有限的账面净资产等额折合为三全食品的股本。^[31]

此外，净资产折股也经常用于国企改组为有限责任公司，例如广东省食品实业有限公司的组建。^[32]

[22] 参见上海石油化工股份有限公司人民币股票（A股）上市公告书（1993年11月2日），载金融界网站个股档案。

[23][24] 国家国有资产管理局、国家体改委《股份有限公司国有股权管理暂行办法》（1994年）第8条。

[25] 参见前引[1]，中国证监会从业资格考试委员会办公室编书，第69页。

[26] 参见中国证监会《拟发行上市公司改制重组指导意见》（公开征求意见稿）第13条。

[27] 参见宝山钢铁股份有限公司招股说明书概要（2000年11月16日）和宝山钢铁股份有限公司（上海市）上市公告书（2000年12月7日），载金融界网站个股档案。

[28] 参见国家国有资产管理局、国家体改委《股份有限公司国有股权管理暂行办法》第8条。

[29] 参见北京同仁堂股份有限公司（筹）招股说明书概要（1997年5月27日）和北京同仁堂股份有限公司股票上市公告书（1997年6月23日），载金融界网站个股档案。

[30] 法律依据为1993年公司法第99条、第100条和现行公司法第96条。

[31] 参见郑州三全食品股份有限公司首次公开发行股票招股意向书（2008年1月10日），载金融界网站个股档案。

[32] 前引[11]，广东省广州市中级人民法院判决。

金融机构应政府监管要求而分业经营时,也可能采用净资产折股方法,例如联合证券有限责任公司的组建和原中国科技国际信托投资有限责任公司的分业。^[33]

三、改组的法律性质

以上实例表明,“折股”以营业重组为前提和基础,营业重组的结果通过“折股”即股权的界定和配置而得以确定,二者是前因后果、不可分割的步骤。不能仅从文字表述上解读,认为“净资产折股”或“经营性资产及相关负债折股”是以“净资产”或“经营性资产及相关负债”出资入股,这种表述本身也不能说明企业改组的法律性质。企业改组的法律性质取决于其营业重组的方式和方法。具体而言,可能是企业分立、合并、减资、整体变更,也可能是营业转让或者未经法律承认的营业出资。

1. 净资产折价入股不符合公司法的出资规则

出资是指个人或组织体向筹建中或已成立的公司交付符合法定出资类型的财产,换取公司股份,成为公司股东。合法的出资至少应具备两个特征:一是用于出资的财产符合公司法规定;二是出资完成后,出资者取得公司股份。据此,净资产折股不是原企业对股份公司的合法出资。

第一,“生产经营性资产及相关负债”不是合法的出资财产。众多股份公司招股说明书所披露的会计报表显示,被改组企业投入股份公司的所谓“生产经营性资产及相关负债”,除包括货币、实物(如厂房、设备、原料、存货等)、工业产权(如商标权、专利权)和土地使用权外,通常还包括债权(如银行存款、应收账款)、股权(如长期股权投资)、生产线、在建工程、探矿权、采矿权、特许经营权和商誉等。不仅包括财产、财产权,还有大量债务。无论从何种意义上说,1993年公司法规定的出资类型都无法涵盖上述资产和债务。现行公司法扩大了可出资财产的范围,^[34]但仍然无法涵盖所谓“生产经营性资产及相关负债”。

第二,所谓“生产经营性资产及相关负债”实为一个或若干营业单位。首先,所谓“生产经营性资产”并非货币和物资的简单组合,而是一个或若干包含了财产和财产性权利以及生产、服务、经营和管理人员等各类生产要素的集合。它们构成一个或若干具有生产、服务或经营能力的营业单位。其次,为公开发行人股票之目的,按照证券监管部门的要求,原企业分离出来的“生产经营性资产”均须为完整的、可独立经营和具有一定盈利能力的营业单位。^[35]再次,股份公司申请股票上市交易的,须最近三年连续盈利,由国企改组的股份公司可将公司成立前的国企业绩视为股份公司的业绩。^[36]因此,原国企通常分离出盈利性较强的营业系统,组建股份公司,并假设该股份公司已存续三年,通过编制会计报表模拟出该股份公司前三年连续盈利的数据,以满足股票上市的要求。基于上述原因,“生产经营性资产及相关负债”是且只能是一个或若干营业单位。而依我国公司法,营业单位并非合法的出资财产。

[33] 参见胡君:《公司成立中出资失败纠纷案件法律问题初探——联合证券有限责任公司诉华诚投资管理有限公司参股协议案法律问题研究》,载北京市高级人民法院编:《公司法新型疑难案例判解》,法律出版社2006年版;最高人民法院(2004)民二终字第198号民事判决书。

[34] 除货币、实物、知识产权、土地使用权为可出资财产外,现行公司法还规定,其他可以货币估价和可转让的非货币财产也可作价出资(第27条)。但劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设立担保的财产不得作价出资(《公司登记管理条例》第14条)。

[35] 中国证监会要求改组建成的股份公司具有“独立完整的供应、生产、销售系统和直接面向市场独立经营的能力”。参见中国证监会《关于做好1997年股票发行工作的通知》(已废止)。此后的监管规范一直坚持这个要求,见中国证监会《首次公开发行股票并上市管理办法》(2006年)第14—20条。

[36] 1993年公司法第152条。

第三，“净资产”也不是合法的出资财产。“净资产”是会计上表示股东权益的概念和数额，不是法律意义上的、可转让的财产。某些公司的法律文本将改组过程表述为原企业“以净资产投入股份公司”，甚至使用“净资产出资”的说法。有人认为，公司“净资产”是指公司的自有资产，即公司总资产减去公司负债。^[37]还有人将净资产折股解释为股权出资。净资产是会计用语，是企业所有者权益（或股东权益）的另一叫法。所有者权益是“企业资产扣除负债后由所有者享有的剩余权益”，^[38]并非股东拥有的、针对公司某一特定财产的排他性权利，而是表示“抽象存在的、量化的价值”，与民法上的物权截然不同。^[39]所有者权益也不同于股东拥有的股权，因此净资产折股显然不是股权出资。净资产是会计报表上的一个数额，不是一种财产，故谈不上谁是它的所有者，也不能被支配、转让或者出资。“以企业净资产出资”的说法本身就不合逻辑。

第四，许多企业（作为发起人）以自身净资产折股组建股份公司后，并未成为股份公司股东，不符合出资的第二个典型特征。此类情形如：发起人上海石化总厂一分为二，其营业单位组建为上海石化，发起人的出资人中石化总公司控股上海石化；青岛市政府整合包括发起人（青岛啤酒厂）在内的四家啤酒厂，组建青岛啤酒，发起人不持股，青岛市国资局成为控股股东；发起人广州造船厂以评估后的“全部资产净值”折为广船国际的国家股，由其出资人中国船舶工业总公司持有；^[40]发起人原呼市回民奶食品总厂以其评估后的“全部经营性净资产”折成伊利股份的国家股，由其出资人呼市国有资产管理处持有。^[41]上述实例的共同之处是，发起人完成“经营性净资产折股”后，均未成为股份公司的股东，而是其出资人成为股东，持有国家股。这显然无法解释为发起人实施了出资行为。

2. 改组的法律性质取决于企业的营业重组方式

公司化改组的核心步骤是对被改组企业的诸生产要素（包括各种资产、人员、管理部门等）进行分解、整合，改组的法律性质因具体的营业重组方式不同而有区别。

首先需要说明企业分立与转投资的区别。我国法律并无企业或公司分立的定义。立法机关在制定公司法的过程中提到了公司分立的两种形态：新设分立和派生分立，其中，派生分立的定义看起来与公司转投资难以区别。^[42]但是，学理解释通常认为公司分立有别于公司对外投资（即转投资）。^[43]司法机关的观点也倾向于区分企业分立和转投资。^[44]综合法律规则、学理解释和司法观点，分立与转投资的区别计有四点：（1）从程序上看，公司分立须由股东会或股东大会作出特别多数支持的决议，^[45]公司转投资则不需要。（2）从操作方法上看，分立导致被分立公司的资产转移至新设公司，被分立公司的股东权益（净资产）因分立而被分割，被分立公司须解散或减少注册资本，^[46]转投资则不减少公司总资产，只是公司资产的具体形态发生变化，无需办理减资手续。（3）从股权归属上看，公司转投资后成为接受其投资之公司的股东，而公司分立

[37] 卞耀武主编：《中华人民共和国公司法百问解答》，人民日报出版社1994年版，第24页。

[38] 参见财政部《企业会计准则——基本准则》（2006年）第26条。

[39] 江平主编：《新编公司法教程》，法律出版社2003年版，第77页。

[40] 参见广州广船国际股份有限公司A股股票上市公告书（1993年10月24日），载金融界网站个股档案。

[41] 参见内蒙古伊利实业股份有限公司股票上市公告书（1996年3月9日），载金融界网站个股档案。

[42] 卞耀武：《关于对〈中华人民共和国公司法（草案）〉的意见的汇报》，《全国人民代表大会常务委员会公报》1993年第7号。

[43] 前引[39]，江平主编书，第93页；前引[14]，赵旭东主编书，第478页。

[44] 参见前引[1]，最高法院民二庭编书，第30页；樊荣禧、曹艳：《公司分立和转投资的区别与认定》，《人民司法》2008年第6期。

[45] 1993年公司法第39条、第106条；现行公司法第44条、第104条。

[46] 参见安青松、范永武：《公司分立的会计处理初探》，《中国注册会计师》2008年第7期。

后,由被分立公司的股东而不是被分立公司拥有新公司的股权。^[47](4)二者的债务承担规则不同:公司转投资的,被投资公司不承担其股东的债务,但分立后存续的公司须连带承担原公司分立前的债务。企业改组为公司的过程,未必遵循公司法的分立程序,而债务承担规则又取决于对改组性质的认定,故判断企业改组究竟是分立还是转投资主要应从上述第2点和第3点考察。

其次需要说明,所谓“生产经营性资产及负债”,实为“营业”。我国法律上虽无此概念,但比较外国法律和学说可知,企业投入股份公司的所谓“生产经营性资产及负债”与外国所谓“营业”或“营业资产”完全一致,均为包含各种财产权益和债务的营业组织体。^[48]“营业”或“营业资产”在很多国家都是常见的可出资财产,^[49]而我国法律并不承认营业出资,故下文的分析中使用“未经法律承认的营业出资”一语。

厘清此两点之后,以下具体分析改组的法律性质。

第一,企业为改组而进行资产分割,其法律性质是企业分立、减少资本或营业转让。如前所述,由于股票发行配额和上市规则的限制,以及考虑到公司未来的盈利能力,拟改组企业通常不将其全部资产悉数投入股份公司。因此,将拟进入股份公司的营业单位与不进入股份公司的非营业资产(如职工宿舍、食堂、幼儿园、医院、学校、消防等原企业用于职工福利或承担社会职能的非营利资产)和部分营业资产予以分割,是公司化改组的必要步骤。该步骤被称为“资产剥离”,包括两种方式:一种是将非营业资产与营业单位分离,另一种是将部分营业资产与拟进入新公司之营业单位分离。^[50]凡是声称将“全部经营性净资产”投入股份公司的改组企业,通常是分离非营业资产而将全部营业单位转入股份公司。而声称以“部分经营性净资产”投入股份公司的,则不仅分离了非营业资产,而且分离了一部分营业资产。

就“资产剥离”的法律性质而言,如原企业存续并持有未进入新公司的资产,原企业净资产总额因营业单位被分出而减少,“剥离”其实是原企业派生分立出新公司;如原企业在“资产剥离”中消失,两个以上的实体接收原企业资产,则“剥离”构成新设分立;如果原企业的出资人接管未进入新公司的资产或将之出售、租赁给他人,而这些资产(如房产)又不构成营业单位,这种“剥离”通常构成对原企业的减资;原企业还可以将部分资产和负债捆绑转让给他人,这种方式的“剥离”属于财产转让、营业转让或者财产与债务概括移转。

第二,从“折股”后的股权界定看,以企业部分资产和负债改建公司的,其法律性质是企业分立或未经法律承认的营业出资。以《股份有限公司国有股权管理暂行办法》规定的“折股”规则和改组方法二和方法三为样本,分析如下:(1)股份公司发起人(国企或国企集团公司)以其下属的具有法人资格的企业的一部分营业组建股份公司,并按该部分营业的净资产额取得股份公司之国有法人股的,是对其下属企业的分立(或分立合并)。例如同仁堂集团以下属六个营业单位的一部分经营性资产为基础募股组建同仁堂,六个营业单位进入股份公司的净资产折为国有法人

[47] 财政部、国家税务总局《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》(2009年)指出,“分立,是指一家企业(以下称为被分立企业)将部分或全部资产分离转让给现存或新设的企业(以下称为分立企业),被分立企业股东换取分立企业的股权或非股权支付。”

[48] 参见谢怀栻:《外国民法精要》,法律出版社2006年版,第257页。

[49] 在德国,营业(Handelsgeschäft)包括各种非现金出资标的物(物和债务,可用于出资。在瑞士,“物全体”(营业全体、基础财产、破产财团等)可作为现物出资。日本也允许营业出资。参见[日]志村治美:《现物出资研究》,于敏译,法律出版社2001年版,第140页,第143页,第221页。在法国,公司可以其“部分资产出资”,该种出资不同于实物出资,它将使出资公司的“包括动产与不动产、资产与负债在内的部分概括转移”至接受出资的公司。参见[法]居荣:《法国商法》第1卷,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第696页,第701页。

[50] 参见王东江、张新文主编:《企业股份制改组指南》,改革出版社1997年版,第35页;前引[1],中国证监会从业资格考试委员会办公室编,第69页以下。

股，由同仁堂集团持有。(2) 股份公司发起人以自身部分营业为基础募股组建股份公司，该部分营业的净资产折为股份公司之国家股，发起人之出资人（即代表国家投资的机构或部门）拥有该国家股的，是发起人自身的分立。例如上海石化、广船国际和伊利股份的组建。(3) 发起人以自身部分营业为基础募股组建股份公司，该部分营业的净资产折为股份公司之国家股，该国家股尽管由发起人持有，但改组仍属于发起人自身的分立。因为从权属上看，国家股归国家所有，本应由代表国家投资的机构或部门持有，发起人持有国家股，是基于国资管理部门的授权或委托。^[51] 例如宝钢集团组建宝钢股份并持有全部国家股。(4) 发起人以自身部分营业（其净资产额低于原企业净资产额的 50%）或者下属无法人资格的企业的部分营业组建股份公司，该部分营业的净资产额按规定折为股份公司国有法人股并由发起人持有的，属于以营业出资入股。前者如上海中科合臣化学公司改组成立上海中科合臣股份有限公司，后者如中国乐凯胶片公司以下属的无法人资格的第一胶片厂部分资产改组成立乐凯股份。^[52] 但我国公司法还未承认营业可以作为出资入股的财产。

第三，合并是营业重组的另一常用方法。一种做法是，拟改组企业吸收合并其他企业或其他企业的部分营业单位，作为募集股份、组建股份公司的主体。例如青岛啤酒厂合并其他啤酒生产企业的营业单位后，募集股份，组建青岛啤酒。另一种做法是，国企集团合并其下属企业的全部或部分营业单位，组建股份公司或有限公司。合并之前，可能先对下属企业进行分立、减资（即“资产剥离”）。如同仁堂集团合并下属六个营业单位，并募股组建同仁堂；广东省食品企业集团以下属二子公司分立出的营业单位，合并组建实业公司。^[53]

第四，如拟改组企业未进行资产分割，其以全部资产为基础，增资募股，组建股份公司，法律上属于企业的整体变更。具体包括：原企业以自身全部净资产折为股份公司的国家股，原企业的出资人持有该国家股；有限公司整体变更为股份公司；发起人以其下属的具有法人资格的企业的全部净资产折为股份公司之国有法人股，并持有该国有法人股。原企业整体变更为股份公司的过程中，可能同时吸收合并其他企业的全部或部分资产，或者吸收其他人的投资。

四、“净资产折价入股”为何成为行话

既然企业分立、合并、减资、整体变更、营业转让或营业出资是对公司化改组合法而准确的表述，众多涉及公司化改组的法律文本、规范性文件为什么还要刻意（有时甚至是牵强地）将企业变更说成“发起或募集设立新公司”？为什么需要不断重复“经营性资产及相关负债折股”或“净资产折股”等不合逻辑、含糊其辞的说法？为什么要回避准确的表述？

萨义德认为，将某项工作套上一个外行人听不懂的专业术语或者行话，实际上起到了混淆并排除外行人探问的自我保护作用。^[54] “净资产折股”看起来就像这种行话。那么，什么原因使之成为行话呢？

首先，重复官方表述是改组活动当事人自证合法的最佳策略。以“净资产折股”为例，最早使用该表述的是政府规章。早在 1992 年发布的股份制试点规章中，中央政府规范性文件就要求企

[51] 规范依据有《股份制试点企业国有资产管理暂行规定》第 13 条；《股份有限公司国有股权管理暂行办法》第 16 条；财政部《企业公司制改建有关国有资本管理与财务处理的暂行规定》第 9 条第 3 款。

[52] 参见乐凯胶片股份有限公司（筹）招股说明书概要（1997 年 12 月 22 日）和乐凯胶片股份有限公司股票上市公告书（1998 年 1 月 20 日），载金融界网站个股档案。

[53] 前引 [11]，广东省广州市中级人民法院判决。

[54] [美] 爱德华·W·萨义德：《知识分子论》，单德兴译，生活·读书·新知三联书店 2002 年版，第 74 页。

业以“净资产折股”方式进行改组。^[55]显然,无论是被改组企业还是为改组提供专业服务的机构,依赖和重复官方权威表述都是增加行为合法性、合规性的最佳选择。

其次,以“发起或募集设立新公司”、“净资产折股”而非企业变更表述公司化改组,可避免适用分立企业债务承担规则。民法通则第44条第2款规定,分立后存续的企业须对分立前企业的债务承担连带责任。改组如被表述为企业分立,因改组而新成立的公司就不得不对“剥离”出来并留在原企业或转给其他企业的债务承担连带责任。这样的连带责任将阻断被改组企业公开发行股票并上市的道路。与老企业债务藕断丝连的股份公司不仅不符合证券监管部门的上市要求,而且也得不到公众投资者的认可,其公开发行股票的计划极可能无法启动。如果不能筹集资金,股份制改组对企业就毫无吸引力了。被改组企业的出资人、主管部门或地方政府同样无法接受这种连带责任,因为让新公司承担老企业的全部债务等于没有进行资源的“优化配置”。另外,如果比照1993年公司法的分立规则进行改组,改组成本势必大增,甚至无法推进。因为1993年公司法要求公司在作出分立决议后的一定时间内通知债权人并公告;债权人有权要求公司提前清偿债务或者对债务提供担保,否则公司不得分立。^[56]可见,如将改组如实表述为企业分立,募股筹资的目标可能难以实现,改组工作也无法顺利推进。

第三,“净资产折股”的表述还可规避出资类型限制。如严格按照1993年公司法的出资要求,国有企业大概只有两种途径设立新公司。途径一:先解散、清算,再由出资人以剩余财产中的货币、实物等出资设立新公司。按这一方案,且不说解散程序复杂和清算费用过高,许多负债较多的企业恐怕会在清算中消失。不仅新公司无从产生,企业的巨额不良贷款还将立即转化为银行的风险。途径二:企业以合乎出资类型的财产转投资设立新公司。这一方案的主要局限性在于:一是受企业转投资数额不得超过本企业净资产50%的限制,^[57]原企业的营业单位无法完整地进入新公司,人为造成营业和管理上的分裂;二是不能出资的资产、合同关系等如要由原企业转移给新公司,将产生大量关联交易;三是新公司成立前,原企业的大量债务无法转移给筹建中的公司,新公司成立后再转移,又很难找到正当理由说服公众投资者认股,而新公司如不消化原企业部分债务,改组的意义就不大了。可见,严格按照1993年公司法的出资要求,大多数国企几乎无法进行公司化改组。^[58]改组如直接使用“营业出资”或“经营性资产及相关负债出资”的表述,显然与公司法抵触,而“折股”这一含糊之辞却提供了一个既不明显违法又能满足营业出资之需的表述。

第四,“净资产折股”的表述可使发起人向股份公司转移债务的行为合理化。“投入净资产”意味着发起人向股份公司转入资产的同时也转入了原企业的债务。理论上,只要资产的评估值高于负债的评估值,净资产就是正值,发起人的“出资”就不是虚假的。资产评估事实上对净资产折股的数额和新公司的股本数额起决定性作用。而发起人在选聘和委托资产评估机构时几乎拥有完全的自主权。通过资产评估、资产与负债的重组和净资产折股,发起人得以有选择地向新公司转移原企业债务。债务显然不能作为出资财产,但净资产折股使债务转移合理化了。而发起人转

[55] 如国家国有资产管理局《〈股份制试点企业国有资产管理暂行规定〉的几点说明》(1992年);财政部、国家体改委《股份制试点企业会计制度》(1992年)第48条第3款。

[56] 1993年公司法第185条。现行公司法保留了公司的通知和公告义务,取消了债权人请求提前清偿和提供担保的权利,见第176条。

[57] 1993年公司法第12条第2款。对非公司制企业也适用同样规则,参见财政部《关于加强国有企业财务监督的意见》(1997年),其中规定:“除国家有特殊规定外,企业累计对外投资不得超过本企业净资产的50%”;国家工商管理总局《关于非公司企业法人对外投资比例问题的答复》(1998年)。

[58] 来自地方工商行政管理部门官员的意见表明,1993年公司法对出资财产类型的限制严重制约了中、小企业的公司化改组。他们呼吁,国家应该修改法律,允许企业以部分净资产、债权和股权出资。前引[9],洪海文。

入股份公司的负债总额只要不超过资产总额的70%，即有资格申请公开发行股票。^[59]

因此，“以净资产折股”或“以经营性资产及相关负债折股”尽管含糊其辞并具有误导性，^[60]但对改组活动的所有参与者而言，它似乎是最正确、最安全、最管用的行话。

五、表述歧异与司法观点之分歧

但是，当原企业改组前的债务（如贷款债务、担保责任）引发诉讼时，如何理解企业改组的法律性质就成了无法回避的法律问题。人民法院的诸多判决显示：如果改组被认定为原企业向股份公司的出资入股，则股份公司无需承担原企业债务；如果改组被认定为原企业发生分立、合并、减资或先分立、后合并，则基于分立、合并而组建的公司须与原企业连带清偿改组前的债务，除非原企业与其债权人另有约定。

在原企业债务纠纷案件中，人民法院不得不依据各种法律文本提供的信息复原企业改组过程，认定其法律性质。尽管对法院来说不存在不可推翻的绝对权威表述，但法院的调查是受成本约束的。于是，选择并依赖某种“权威表述”去认定企业改组的法律性质就成了法院的首选路径，尽管“权威表述”未必符合事实。案例显示，公司向股东出具的出资证明书、^[61]公司的工商登记、公司章程、政府批文、招股说明书、上市公告书等，都有可能成为法院所信赖的“权威表述”。但是，各种法律文本常常对企业改组作出不一致甚至相互冲突的表述。依赖不同文本对同一改组过程的不同表述，法院可能作出截然相反的认定和判决，例如以下两则案例。

1. 广东华龙集团股份有限公司债务纠纷案

1993年2月，广东省政府批准阳江市长发实业公司（下称长发公司）、阳江金岛实业开发公司（下称金岛公司）、阳江市龙江冷冻厂（下称龙江冷冻厂）三家企业改组为广东华龙集团股份有限公司（下称华龙股份）。2000年11月，华龙股份获准公开发行股票。其招股说明书将华龙股份1993年的组建过程表述为：长发公司、金岛公司和龙江冷冻厂共同发起，以定向募集方式设立华龙股份；设立时三家发起人分别将评估确认后的部分经营性净资产按1:1折价入股。^[62]

2001年12月，长发公司的债权人起诉华龙股份，要求其清偿长发公司的债务。一审法院依赖华龙股份2000年招股说明书对改组过程的表述，认定发起人“投入经营性资产”并“折股”属于出资行为。法院认为，长发公司为华龙股份的股东，公司不因接受股东出资而承担股东债务，故华龙股份没有义务清偿长发公司的债务。一审判决还特别指出，长发公司以其全部净资产投入华龙股份违反了1993年公司法第12条限制公司转投资的规则。

而二审法院根据1993年广东省政府对长发公司等三企业合并改组的批文（招股说明书省略了这一事实），认为华龙股份是在阳江市市政府合并长发公司等三企业全部经营性资产的基础上通过增资募股而成立的股份公司。因此，依民法通则第44条第2款关于法人合并的规则，长发公司等三企业的全部债权债务应由华龙股份概括继受。故推翻一审判决，支持原审原告的诉讼主张。^[63]

[59] 《股票发行与交易管理暂行条例》第9条之（一）。

[60] 较早注意到此一现象的学者称“净资产折股”为“误导公众的表述”，因为股份公司没有向公众充分披露作为发起人的国企与股份公司之间自我交易的准确信息。方流芳：《一个误导公众的表述》，《21世纪经济报道》2001年5月7日。

[61] 如北京市高级人民法院在联合证券诉华诚公司案中，依出资证明书等将“证券营业部净资产折股”认定为出资，并按照出资瑕疵的思路审理案件。前引[33]，胡君文。

[62] 参见广东华龙集团股份有限公司招股说明书概要（2000年11月17日），载金融界网站个股档案。

[63] 刘敏：《公司上市不影响对其原有债务的承担——上诉人中国信达资产管理公司西安办事处与被上诉人阳江市国阳实业发展公司、阳江市长发实业公司和广东华龙集团股份有限公司拖欠借款纠纷上诉案评析》，载《民商事审判指导》2006年第1辑，人民法院出版社2006年版。

2. 广东省食品实业有限公司债务纠纷案

1998年,广东省食品集团公司(下称省食品集团)改组下属两家全资子公司(简称A公司和B公司),成立广东省食品实业有限公司(下称实业公司)。改组方案称:A、B两公司评估后的部分净资产折算为实业公司股本;其中,40%由省食品集团持有,其余60%由省食品集团分别转让给中国食品集团公司(20%)和省食品集团员工(40%)。实业公司成立后,其工商登记材料记载:公司注册资金为1677.95万元,其中省食品集团以实物出资占40%股权,中国食品集团公司以货币出资占20%的股权,省食品集团工会委员会以货币出资占40%股权。后来,A公司的担保权人起诉A公司,要求其清偿担保债务,并主张实业公司承担连带责任。一审法院认为:实业公司是在A公司和B公司分立基础上组建的新公司,故实业公司应该在所接收财产范围内与A公司连带清偿A公司的债务。二审法院则依赖工商登记认为:省食品集团以下属二企业部分净资产组合实业公司,是以“实物出资”,实业公司与A公司各为独立法人,前者不必为后者债务承担清偿责任。^[64]

根据判决书的陈述不难发现,实业公司的组建过程实际是:A、B公司先分立出部分营业单位,继而合并为实业公司;省食品集团(作为A、B公司的出资人)持有实业公司40%的股权,其余60%股权分别转让给中国食品集团公司和省食品集团员工。中国食品集团公司和省食品集团员工如何支付受让股权的对价,判决书未披露,但接受对价的应该是省食品集团而非实业公司。中国食品集团公司和省食品集团员工看来并未向实业公司支付现金。而且,很难相信A、B公司分出并转入实业公司的资产全部是“实物”,所以,实业公司成立时的股本不可能由40%的实物和60%的现金组成。然而,工商登记却按股东出资设立新公司的样式将这一分立、合并过程表述为实物和货币出资,而二审法院正是依赖工商登记的表述作出与一审截然不同的判决。

六、司法解释的表述及其适用

2003年1月,最高人民法院公布《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》(法释〔2003〕1号)(下称“改制解释”)。改制解释适用于七类企业改制情形:公司制改造、股份合作制改造、分立、债权转股权、企业出售、兼并及其他。关于公司制改造,共有四个条文,分别适用于“整体改制”(第4、5条)和“部分改制”(第6、7条)。以下着重讨论与“部分改制”有关的问题。

最高人民法院民二庭编著的《最高人民法院关于企业改制司法解释条文精释及案例解析》一书指出,“部分改制”是指“企业将部分财产和相应债务从企业总资产中剥离,与其他民事主体共同组建有限责任公司或者股份有限公司,同时原企业法人资格仍然存在的法律行为”。^[65]根据这一理解,司法解释将改组法律文本中常见的“发起人以生产经营性资产及相关负债折股”翻译成“法言法语”——“企业以其部分财产和相应债务与他人组建新公司”。^[66]

1. 表述问题

改制解释第6条规定:“企业以其部分财产和相应债务与他人组建新公司”,债权人同意该债务转移的,新组建的公司承担该债务;债权人未表示同意的,债务仍应由原企业清偿;原企业无力清偿债务,债权人向新设公司主张债权的,新设公司应在所接收的财产范围内与原企业承担连带责任。如果企业以“优质财产”折股,则适用第7条:“企业以其优质财产与他人组建新公

[64] 前引〔11〕,广东省广州市中级人民法院判决。

[65] 前引〔1〕,最高法院民二庭编书,第29页。

[66] 参与制定改制解释的法官认为:“企业资产包含企业债务”,而“企业财产是不包含企业债务的”。同上书,第38页。

司”，原企业的债权人以新设公司和原企业为共同被告起诉主张债权的，新设公司应在接收财产的范围内与原企业承担连带责任。^[67]

这两个条文出现了词不达意的问题。最高人民法院的法官认为，第6条和第7条所规范的“部分改制”属于派生分立，应参照公司法关于公司分立的规则处理相关债务纠纷。^[68]但是，第6条和第7条规定的债务承担规则却不同于民法通则第44条第2款的分立企业债务承担规则，其对适用对象的表述（“企业以……与他人组建新公司”）看起来更像是企业转投资行为。而且，改制解释另设“企业分立”条文（第12、13条）。因此，从文意上看，有理由认为，改制解释第6条和第7条的适用对象不是企业分立，而是企业出资设立新公司。^[69]但这样理解的话，又产生新的矛盾：第6条和第7条要求新公司在一定限度内承担其出资者（或股东）的债务，显然又与公司法人独立承担民事责任的规则（1993年公司法第4条第2款）相抵触。

改制解释第6条和第7条的适用对象究竟是企业转投资还是分立，司法观点莫衷一是。有的地方法院将“经营性资产及相关负债折股”认定为企业分立并适用第6条，得到最高人民法院的支持。^[70]最高人民法院的判决也表明，企业转投资不应适用第6条。^[71]但仍有地方法院将第6条适用于企业转投资案件。^[72]不当适用第7条的现象更是受到最高人民法院的关注。^[73]

以下两个案件，案情相似并且都与“万宝冰箱企业”的改组有关。前者在改制解释公布前审理，后者适用了改制解释第6条，判决结果大相径庭。从中可见改制解释对审判的实际影响。

1999年3月，广州市政府决定对“万宝冰箱企业”实施资产重组。方案要点有：重组万宝冰箱企业有效资产并按比例承接等额抵押登记的银行债务，接纳万宝冰箱企业的1200名职工；成立国有控股的广州市万宝冰箱有限公司（下称万宝冰箱）；保留原冰箱企业，除进入新冰箱公司的资产、债务外，其他资产债务仍留在原冰箱企业（保留法人地位），逐步进行清理和处置。

3月29日，广州万宝家电控股有限公司（下称万宝控股）和卢杰鸣出资成立万宝冰箱。同日，转让方万宝电器工业公司、万宝集团冰箱工业公司、广州万宝冰箱电器有限公司（下称万宝冰电）与受让方万宝冰箱签订“转让协议”，约定受让方购买转让方资产，受让方不支付现金，而是按交易价等额承接转让方欠中国工商银行等三家银行的已办理抵押担保手续的债务。

2001年2月，万宝冰电的债权人中国进出口银行（下称进出口银行）起诉万宝冰电及其保证人，并请求法院判令由万宝冰电分离出的万宝冰箱承担债务。一审法院认为：万宝冰箱是万宝控股和卢杰鸣出资设立的法人企业，与万宝冰电无隶属关系；万宝冰箱依1999年3月29日签订的资产“转让协议”而取得万宝冰电的部分资产，并未同意承接进出口银行的债权，该债务仍应由万宝冰电承担。进出口银行不服一审判决，上诉至最高人民法院。上诉理由称，万宝冰电向万宝

[67] 最高人民法院法官的观点是，“本条所说的优质财产，是指在企业经营活动中占据重要地位，起决定作用的财产。企业优质财产还被称为企业良性财产。这里也可以被理解为企业大部分财产”。前引〔1〕，最高法院民二庭编书，第38页。

[68] 同上书，第30页，第37页。另见宋晓明、张雪梅：《企业改制纠纷案件审理中的疑难问题》，载《民商事审判指导》2007年第1辑，人民法院出版社2007年版。

[69] 参见沈贵明：《企业改制若干法律问题研究——析相关司法解释》，《河南省政法管理干部学院学报》2004年第5期；解志国：《企业公司化改制与债务承担》，载吴晓求主编：《现代金融：理论探索与中国实践》第4辑，中国人民大学出版社2004年版。

[70] 如中科证券债务纠纷案，最高人民法院（2004）民二终字第198号民事判决书。

[71] 参见刘敏：《财产与债务相抵的约定不能对抗其他债权人——山东信诚化工股份有限公司与中国工商银行山东省分行、滕州市化肥厂、山东鲁南化学工业集团公司、滕州市国有资产经营有限公司借款合同纠纷上诉案》，载《民商事审判指导》2004年第2辑，人民法院出版社2005年版。

[72] 例如辽宁省沈阳市中级人民法院（2004）沈中民二房初字第140号民事判决书。

[73] 奚晓明：《当前民商事审判工作应当注意的几个法律适用问题》，《中国审判》2007年第7期。

冰箱转让资产和等额债务，实为法人派生分立，应适用民法通则第44条第2款。

最高人民法院最终改判：万宝冰箱在接受万宝冰电财产价值范围内对后者的债务承担连带责任。其理由是，公司部分财产和债务从公司分离出来而设立新公司，属于“简单分立”，存续公司应对分立前公司的债务承担连带责任；分离出的财产和债务如与其他公司合并，则属“合并分立”，接受分立财产的公司应在接受财产价值范围内对分立前公司的债务承担连带责任。万宝冰电的改制构成合并分立，资产转让协议对原企业债务划分的安排未经进出口银行同意，对进出口银行不生效。^{〔74〕}

由广州市政府的改制方案可知，万宝冰电向万宝冰箱转移的不仅是资产、负债，还有数百名职工，实际上转移的是营业单位。万宝冰电并未因此取得万宝冰箱的股权，故不属于万宝冰电对万宝冰箱的投资。最高人民法院将该交易认定为企业分立和合并。判决认为，“合并分立”与“简单分立”不同，后者应适用民法通则第44条第2款，前者则应适用另一规则——接受分立财产的公司在接受财产价值范围内对分立前公司的债务承担连带责任。但“合并分立”的有限连带责任规则的法律基础至少存在两个疑点：第一，所谓“合并分立”，实为两个步骤的组合：原公司分立出A公司，A公司再与B公司合并成C公司。先分立、再合并，两个步骤均应适用民法通则第44条第2款，即C公司应对原公司债务承担无限连带责任。第二，依1989年《关于企业兼并的暂行办法》，万宝冰电向万宝冰箱转移资产和等额债务实为“承担债务式兼并”，^{〔75〕}而兼并交易无疑也应适用民法通则第44条第2款。因此，“合并分立”的有限连带责任规则实为最高人民法院在个案审判中创造的新规范，并被2003年改制解释第6条和第7条采纳。

但是，2005年“万宝冰箱企业”另一债权人提起的类似诉讼却得到了不同判决。^{〔76〕}广州番禺伟达制冷设备有限公司（下称伟达公司）素与万宝电器工业公司（下称万宝电工）有供货关系。2005年，伟达公司起诉要求万宝电工清偿货款及利息，并认为万宝冰箱在改制过程中接收了万宝电工的财产，应对本案债务负连带责任。但一、二审法院均认为本案不适用改制解释第6条，因为第6条适用于“部分改制”，即“企业将其部分财产和相应债务从企业总资产中剥离，与其他民事主体共同组建有限责任公司或者股份有限公司，同时原企业法人资格仍然存在的法律行为”。而工商登记显示，万宝冰箱由万宝控股和卢杰鸣出资设立，不是万宝电工“以部分财产和相应债务与他人组建新公司”。

伟达公司案与进出口银行诉万宝冰箱案，案件事实和诉讼请求几乎完全相同，被告之一亦为同一公司，本应得到类似判决。但伟达公司案的裁判思路又回到了进出口银行诉万宝冰箱案中二审撤销的一审观点，其原因与改制解释将“部分改制”固化为解释制定者所理解的某种改组方式不无关系。

2. 分析

按现行法律，被改组企业的债务清偿要么按转投资规则处理（新公司不承担清偿责任），要么按企业分立、合并处理（新公司与存续企业连带清偿原企业债务）。改制解释走了一条中间路线：新公司要承担债务，但限于一定数额内。也许，司法解释的制定者无意澄清净资产折股的法律含义并以分立、合并规则审理债务纠纷。因为那样的话，绝大多数通过分立、合并方式改建的股份公司都将面临承担原企业全部债务的危机。改制解释令新公司在接收资产的范围内承担原企业债务，似乎意在平衡以下两方面利益：一方面是原企业债权人（主要是银行等金融机构）的利

〔74〕 参见最高人民法院（2001）民二终字第166号民事判决书；前引〔1〕，最高法院民二庭编书，第125页，第133页。

〔75〕 国家体改委、国家计委、财政部、国家国资局《关于企业兼并的暂行办法》规定，企业兼并的主要形式之一是“承担债务式，即在资产与债务等价的情况下，兼并方以承担被兼并方债务为条件接收其资产”。

〔76〕 广州番禺伟达制冷设备有限公司与广州市万宝冰箱有限公司买卖合同纠纷上诉案，广东省广州市中级人民法院（2006）穗中法民二终字第838号民事判决书。

益，避免其产生过多不良债权；另一方面是改组成立的新公司的利益乃至公司化改组政策本身的正当性，避免在司法上否定企业改组的既成事实。这或许就是改制解释所隐含的司法政策。

但是，表述障碍妨碍了该平衡政策的贯彻。改制解释第6条和第7条在已有的各种表述外，无疑又增加了一种权威表述。但改制解释沿袭了原有的表述套路，只是把会计用语“资产”和“负债”更换为法律术语“财产”和“债务”，由此产生了一系列问题：

第一，对改组方法的片面表述导致对同类案件不合理的区别对待。依解释制定者的理解，“部分改制”仅限于“企业以其部分财产和相应债务与他人组建新公司”。而以下情形均非“部分改制”，不适用第6条：（1）“企业以其部分财产和相应债务与他人组建新公司”，企业的出资人成为新公司股东，如伊利股份和广东省食品实业有限公司。（2）“企业以其部分财产和相应债务”单独组建新公司，如上海石化和宝钢股份等所谓“独家发起设立”的股份公司以及许多国有独资公司。（3）“企业以其部分财产和相应债务”与其他企业的“部分财产和相应债务”合并组建新公司，如华龙股份和广东省食品实业有限公司。（4）“企业以其部分财产和相应债务”分立出去、继而合并入已存在的公司，如万宝电工分出部分营业并入万宝冰箱。以上四种情形实为所谓“部分改制”的常见形态，但看来都不能纳入第6条的适用范围。事实上，法院的确在广东省食品实业有限公司案、华龙股份案和伟达公司案拒绝适用改制解释第6条。

第二，创建了新规则，但适用对象不清楚，使法律愈加复杂难辨。如果第6条和第7条指的是企业转投资，则它们改变了公司不承担股东债务的既有规则；如果它们指的是企业分立，则改变了分立后企业须对分立前企业债务承担无限连带责任的规则。因此，第6条和第7条实际上从司法审判立场将“企业改制”承认为一种既非出资又非企业变更的公司生成方式，并配以独特的债务分担规则：新设公司应清偿原企业债务，但清偿额限于其所接收的财产数额内。

改制解释第6条还有一个待澄清的问题：新公司“所接收财产的范围”究竟如何界定？对此，即便最高人民法院的判决也各持不同见解。有的判决认为“所接收财产”应是新公司接收的原企业的总资产数额。^[77]有的判决认为“所接收财产”应是与负债总额相等的资产数额，^[78]理由是超出负债总额的那部分资产属于原企业的对外出资，换取了股权（即净资产额折为股权），并未减少原企业的法人财产数额。^[79]该观点实际上认为“净资产折股”就是以净资产出资。

七、结论和建议

公有制企业的公司化改组无疑是中国经济转型的重要步骤。它甚至催动了1993年公司法的制定。然而，一个奇特的现象是：尽管各种改组方法不符合公司法规定的出资方式，但各种法律文本仍然按出资新设公司的模样讲述公司成立的故事——改组过程被千篇一律地表述为发起人“以净资产折股”或“以经营性资产及相关负债折股”，发起设立或募集设立新公司。

“以净资产折股”或“以经营性资产及相关负债折股”并不符合公司法的出资规则，不应理解为以“净资产”或“经营性资产”出资。公司化改组的法律性质取决于企业的营业重组方式。

[77] 参见李京平：《如何确认企业改制司法解释“新公司接收原企业的财产范围”以及新公司与原企业在诉讼中的地位——中国银行山西省分行与山西航空有限责任公司、山西航空实业公司借款担保合同纠纷上诉案》，载《民事审判指导》2004年第1辑，人民法院出版社2004年版；王宪森：《企业改制司法解释第六、七条的适用及改制企业转让股权是否影响新设公司承担责任——中国建设银行山东省分行与山东禹城中农润田化工有限公司、山东兴禹化工集团公司等借款合同纠纷上诉案》，载《民事审判指导》2004年第2辑，人民法院出版社2005年版。

[78] 工商银行山东分行诉信诚公司等借款合同纠纷案，最高人民法院（2003）民二终字第106号民事判决书，载《最高人民法院公报》2004年第11期。

[79] 山东信诚化工股份有限公司债务纠纷案，前引[71]，刘敏文。

具体而言,可能是原企业的分立、合并、减资、分立与合并相结合或整体变更,也可能是营业转让或者未经法律承认的营业出资。以“净资产折股、发起或募集设立”的说法,而非以企业变更或者营业转让、营业出资等术语去表述公司化改组,其缘由除了有对官方表述的习惯性依赖外,更重要的或许是“折股”的说法使原企业向新公司注入大量债务的行为合理化,规避了出资类型限制和分立企业债务承担规则,从而使改组得以推进,筹资目标得以实现。

然而,在法院看来,“净资产折股”或“经营性资产及相关负债折股”却不是一种规范的法律表述。在原企业债务引发的许多诉讼中,法院依据不同的表述对“折股”行为予以定性。最高法院2003年改制解释试图平衡原企业债权人和新公司两方面的利益,用法律语言表述公司化改组并规定统一的裁判方法。但由于因袭原有表述套路,产生了一系列问题:第6条和第7条的适用对象模糊不清,实践中出现混乱;第6条对“部分改制”的片面表述导致对同类案件产生不合理的区别对待;这两个条文还新创规则,使法律愈加复杂难辨。第6条和第7条未能降低裁判难度,亦未提高同类案件裁判的一致性,本身又成为一个需要更多解释但又难以解释清楚的权威表述。

上述所有围绕表述而生的混乱均根源于法律本身,因为法律限定了公司化改组的方式和表述方法。首先是出资规则。净资产折股方法早在1993年公司法实施前就被广泛运用于企业改组。但1993年公司法对此现象视而不见,以列举方式限定出资财产,营业单位无法成为合法的出资方式。现行公司法尽管放宽了可出资财产的范围,但营业出资仍然缺乏合法性。^[80]在此背景下,以营业单位(包含资产、负债)转投资便不得不表述为“以经营性资产及其负债折股”。

其次是分立企业债务承担规则。按民法通则第44条第2款、合同法第90条、现行公司法第177条,企业分立前的债务由分立后的企业承担连带责任。该规则意味着分立对原企业债权人实际上没有约束力,分立后存续的若干企业仍被视为一个法人,须共同清偿原企业的分立前债务。如此严厉的债务承担规则令企业避之唯恐不及,更别以分立为名进行重组了。于是,在企业分立基础上进行的改组也自称为“以经营性资产及其负债折股”。

因此,有必要考虑修订我国法律中的出资规则和分立企业债务承担规则,使之符合现实需求。首先,从比较法视角看,分立后存续的公司对被分立公司的分立前债务承担连带清偿责任是普遍规则,所不同的是清偿责任是否有所限制。有些立法采用“有限连带责任模式”,规定存续公司应在受让被分立公司的净资产限额内承担清偿责任。例如:欧共体1982年关于公司分立的指令规定,公司分立协议如对某项债务未予分配,则该债务应由所有受让被分立公司资产的公司承担连带责任,但各成员国可以立法规定该连带责任限于每个公司所受让的净资产数额内。^[81]德国、日本的法律将受让分立资产的公司的清偿责任限于其所受让的净资产数额内。^[82]我国台湾公司法亦有类似规定。^[83]另一种立法是“无限连带责任模式”,如韩国商法。^[84]我国的分立规则显然属于第二种模式。但最高人民法院2003年改制解释第6条和第7条事实上已在涉及企业改组的部分案件中适用了“有限连带责任模式”。从鼓励企业正常运用分立方式进行重组、减少法律规避和理顺法律规则的角度看,修订民法通则、合同法和公司法的分立规则,以“有限连带责任模式”替代现行的“无限连带责任模式”,值得考虑。其次,实践表明,营业出资、营业

[80] 现行公司法将出资限定于可折价、可合法转让的“财产”,而基于我国当前的法律和法律理论,恐怕难以将包含了各种资产和负债的“营业”承认为“财产”。

[81] Sixth Council Directive of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies (82/891/EEC), Article 3, 3. (b), 载欧洲委员会网站(http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm), 2010年10月20日访问。

[82] 参见王志诚:《企业组织重组法制》,北京大学出版社2008年版,第110页以下。

[83] 参见2001年修订之台湾公司法第319条之1。

[84] 韩国商法第530条之9。中译本参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社1999年版,第141页。

转让是公司设立、变更和运营的必要手段，事实上早已广泛存在于企业改组和资本运作实践中（例如上市公司的资产重组）。国资管理部门、证券监管机构都认可营业出资，某些部门规章也承认营业出资的合法性。^{〔85〕}因此，公司法应当顺应现实，承认营业出资和营业转让。

公有制企业的公司化改变了中国的经济和社会格局。但公司法至今也没有对公司化实践中普遍存在的营业出资、分立重组和营业转让需求作出回应。公司化改组不得不借助一个含糊其辞的表述去规避法律限制，并掩饰其合法性上的瑕疵。而这个表述一旦被沿用、重复和传播开来，便成为公司实践和更多官方文件、商业文本所依赖的观念和制度基础。扭曲的表述反过来又扭曲了人们的实践和观念。法律、现象和表述之间的交织和冲突提出了值得深思的一般性问题：中国公司法应如何建立真正的立法自主性，如何实事求是地应对本国的真实问题，而司法体制又该如何平衡个案裁判与统一司法解释的关系？

Abstract: Generally speaking, corporatization of a state-owned enterprise (“SOE”) in China means converting a SOE into a limited liability company or a joint-stock limited company according to the Company Law of China. Its legal nature depends on the approach of restructuring, which could be division, merger, changing in the whole, transfer of business, or paying contribution with business.

In most cases, corporatization is expressed as establishing a new company with contributions paid by a SOE or its own investor. Terms such as “converting the net asset of enterprise into shares” and “converting operating assets and debts of enterprise into shares” are usually used to describe the process. But neither “net asset” nor “operating assets and debts” is a lawful contribution under the Company Law. The first reason to use such expressions and terms may be that the newly established company intends to avoid the rules for division and merger, which require both the new company and the SOE to be jointly and severally liable for the obligations of the SOE. The second reason may be that the new company tries to avoid the rules for contribution, which do not acknowledge business contribution.

When a creditor of the SOE which retains after its partial business corporatized into a new company claims her right and brings both the SOE and the new company to a court, the question of the legal nature of corporatization would arise. However, the expressions above often mislead the courts. Even the judicial interpretation from the Supreme People’s Court also lost in the misreading of “converting net asset into shares”. The conflicts and confusions between legislation, legal practices and expressions due to law itself. It is necessary to revise the rules for division and contribution in the Company Law of China.

Key Words: converting net asset into shares, division of enterprise, restructuring of enterprise, contributing with business

〔85〕 例如，财政部和国家工商行政管理总局均承认净资产折股属于出资，并规定了相应的验资要求。参见《中国注册会计师审计准则第1602号—验资》（2006年）第14条和《公司注册资本登记管理规定》（2006年）第17条第2款。中国证监会的监管规范中的实例则不胜枚举。