

11

月旦民商法研究丛书

月旦民商法研究

最新两岸公司法与证券法评析

公司
证券

清华大学出版社



C r o s s - S t r a i t L a w R e v i e w

11

月旦民商法研究丛书



月旦民商法研究

最新两岸公司法与证券法评析

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

就在去年与今年年初,两岸公司法与证券法不约而同地都作了相当程度的修改。为使两岸读者分享到学者专家对于新修正公司法与证券法之分析,本期特别规划了双主题:公司法方面,由中国政法大学赵旭东教授及清华大学施天涛教授专文论述,皆有相当精辟之见解;证券法方面,由台湾政治大学刘连煜教授与北京大学彭冰教授分别执笔。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

最新两岸公司法与证券法评析/王文杰主编. —北京:清华大学出版社, 2006. 12

(月旦民商法研究丛书: 11)

ISBN 7-302-14084-7

I. 最… II. 王… III. ①公司法—研究—中国 ②证券法—研究—中国 IV. ①D922. 291. 914 ②D922. 287. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 129068 号

责任编辑:张德军

责任校对:王凤芝

责任印制:杜 波

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

c-service@tup.tsinghua.edu.cn

社 总 机:010-62770175 邮购热线:010-62786544

投稿咨询:010-62772015 客户服务:010-62776969

印 装 者:北京国马印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:155×230 印 张:13.75 字 数:216 千字

版 次:2006 年 12 月第 1 版 印 次:2006 年 12 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:24.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:023055-01

月旦民商法研究

Cross-Strait Law Review

编辑顾问 (中国大陆)

王利明 王保树 方流芳
江 平 朱苏力 吴汉东
梁慧星 贺卫方

编辑顾问 (台湾地区)

王文宇 江朝国 林秀雄
林国全 陈自强 詹森林
刘连煜 苏永钦

主编

王文杰

副主编

申卫星 朱德芳



本丛书简介

随着市场经济的发展与深化，法学研究与对所处社会之关怀互动更为密切，新兴的法律议题与运用亦呈现多元之趋势，期许法学研究更为周延与可操作性已成为法学界的使命。

月旦民商法研究尝试建立一个交流的平台，提供法学界一个激荡的园地，以期开启法学研究的新视野。虽曰民商法研究，广义的私法议题都是本丛书所期待的。

前 言

本辑文章收录的范围很广，题材也十分多元，议题也是最近两岸法学者所关注的。2005 年可以说是两岸商事法学界热热闹闹的一年：两岸公司法与证券法都进行了相当程度的修改。

台湾“证券交易法”已经连续三年修正，今年 1 月份修正幅度颇大，或者可以视为公司治理制度之进一步完善。而“证券交易法”与公司治理中的一个核心问题——公司财报不实之法律责任，也在此次修正之列。台湾政治大学刘连煜教授特别针对此次新增第 20 条之一财报不实之损害赔偿责任人义务人为何、因果关系之建立，与赔偿范围如何确定等问题，进行深入之分析。

大陆公司法自 1994 年实施以来，历经 1999 年与 2004 年两次的微调调整，2005 年 10 月修正幅度之大，学者认为甚是可视为一次公司法的重新制订。新公司法之出台，各界毁誉各有评说。清华大学施天涛教授从全观角度，给予新公司法“八、二分功过”之评价，中国政法大学赵旭东教授则从中小股东之保护提出精辟之见解。

大陆证券法自 1999 年实施以来，2005 年 10 月进行了迄今为止最大规模的一次修正，这对于逐步与国际接轨的中国资本市场，有着十分深远之意义。北京大学彭冰教授则针对新修正证券法第 10 条对于证券公开发行之定义，进行了十分深入的分析。

法学论述方面，台北大学何之迈教授与林怡君法官针对之前广受台湾各界瞩目的“荷兰皇家飞利浦光盘案”之判决进行评析，文中对于本案之关键问题——事业构成独占地位之判断及独占性定价管制，有深入之分析。农业在两岸的经济发展与产业政策中，一向占有独特之地位，两岸自 2001 年先后成为 WTO 会员后，WTO 关于农业补贴规范之研究亦逐渐受到重视；尤其是 WTO 争端解决上诉机构在 2005 年 3 月于美国高地棉的补贴案件中，首度针对农业补贴作出违反相关协议之裁判，此举将使得农业补贴之国际贸易争端白热化，台湾政治大学张南熏博士

对于此议题有相当深入之分析。

中南财经政法大学教授，同时也是历史学博士的孙丽娟老师，透过大量史料分析得知，中国于清代已经形成一明显之商人阶层与社会，大量的商业活动也以商人自治中的规则与商事习惯进行调整。此一研究成果对于现今两岸商事法规多选择继受欧美等国规范的思考模式，或者有相当程度之启示作用。

网络科技的发展日新月异，在许多方面撼动传统法规范概念。台北地方法院则于2005年9月针对飞行网公司（即Kuro软件及网站）负责人三人及使用者，分别判处四个月至三年不等之有期徒刑。台北Kuro案绝非一时一地之问题，同一时间包括美国、澳洲与香港地区在内，均有不少件音乐著作权人与P2P业者间之诉讼大战正在进行中。本辑特邀请台湾交通大学科技法律研究所林三元老师及清华大学法学院崔国斌老师，分别从两岸相关法规之角度，评析台北地院Kuro案之判决。



目 录

主题研讨 最新两岸公司法与证券法评析

- 公司法修改中的中小股东保护 赵旭东/1
- 新公司法是非评说：八、二分功过 施天涛/15
- 财报不实之损害赔偿责任：法制史上蜥蜴的复活？
——“证券交易法”新增订第 20 条之一的评论 ... 刘连煜/60
- 证券公开发行之研究 彭冰/75

法学论述

荷兰皇家飞利浦光盘案判决评析

- 以“公平交易法”对于“独占”之规范为中心
..... 何之迈、林怡君/111

世界贸易组织下农业补贴规范之研究 张南熏/131

清政府与清代商业社会秩序的建立

- 兼论清代商事习惯法的历史基础 孙丽娟/155

两岸案例评析

向左走还是向右走？

- 台北地方法院 2003 年度诉字第 2146 号判决

(Kuro 案) 评析 林三元/177

P2P 软件背后的版权责任认定——飞行网案评析 崔国斌/194



Contents

Special Feature New Corporate Law and Securities Law in Taiwan and Mainland

Minority Shareholder Protection in New Corporate Law	Xu-Dong Zhao/1
Commentary on New Corporate Law: Merits vs. Demerits	Tian-Tao Shi/15
A Study on the Civil Liabilities of Untrue Financial Statements; Comments on the New Article 20-1 of "the Taiwan Securities Exchange Act"	Len-Yu Liu/60
Defining Public Issuing of Securities in Securities Law	Bing Peng/75

Articles

An Analysis of the 2003 "Taipei Administrative High Court", Decision on the Philips CD-R Case; Concentration on Monopoly Regulations of "the Taiwan Fair Trade Act"	Ji-Ming Ho & Yi-Chun Lin/111
Study on Agricultural Subsidies under the WTO	Nan-Hsun Chang/131
Qing Government and the Establishment of the Public Order of the Commercial Society; Additional Discussion on the Historical Basis of Commercial Law of Qing Dynasty	Li-Juan Sun/155

Case Comments

Case Comments Concerning Copyright Liability in P2P Context	San-Yuan Lin & Guo-Bin Cui/177
--	--------------------------------



公司法修改中的中小股东保护

赵旭东 中国政法大学法学院教授

目次

壹、前言

贰、中小股东保护的理論根据

叁、各国公司法中小股东保护的 legal 途径

一、实体法上的保护

二、程序法上的保护

肆、新公司法对中小股东保护的 legal 设计

壹、前言

中小股东保护是公司法理论和实践中的热点话题,也是公司法修改的重心之一。公司法实施十余年,各种公司组织快速发展,在市场经济中发挥了巨大的作用。与此同时,公司大股东压制中小股东的现象也经常发生,并在各种公司中程度不同地存在,尤其在上市公司中,控股股东完全操纵公司,掏空公司资产,普通公众投资者被任意宰割的情况更是十分严重。^{〔1〕}因此,近几年来,公司法、证券法理论对于中小股东保护问题已经给予了极大关注,并形成了相当程度的理论共识。立法、行政、司法各部门也都通过各自的立法、执法和司法活动对此作出了不懈的努力。^{〔2〕}

〔1〕 廖理主编,《公司治理与独立董事案例》,清华大学出版社,2003年,170页,注2;刘伟华、傅刚、潘清,《谁掏空了上市公司的钱袋》,《上海证券报》,2001年11月23日,5版。

〔2〕 赵旭东主编,《新公司法制度设计》,法律出版社,2006年,196-201页。

贰、中小股东保护的理論根据

对中小股东的特别保护,已经成为现代公司法的基本原则和重要制度。当然,这一原则和制度的形成走过了相当长的历史,历经复杂的演变过程。长期以来,面对公司中十分普遍的多数股东欺压少数股东的现象,各国公司法对于是否应当给予少数股东以特殊保护曾一度犹豫不决,其原因是担心可能会对公司内部事务造成过度的干预。例如,英国早在1843年即通过判例确立了所谓“多数规则”或“内部管理规则”。根据这一规则,如何对待公司董事及管理人员的行为,应以股东大会中多数股东的意志为准;除非经多数股东表决同意,少数股东不得仅因公司经营况不佳或管理人员的行为违反公司内部细则而对其提起诉讼。

少数股东保护的主要理论障碍之一是西方经济理论中的“法律的经济分析学派”的学说。该学说认为,公司的经营权较多地集中于小部分人手中,尽量减少少数股东对经营的参与,在大多数情况下是更有效率的。一方面,它可以降低股东的监管费用,同时也可以避免个别股东为其个人的短期利益而干扰和影响公司的长期发展。因此,该学说主张,只要给予少数股东合理的经济补偿,法院便不应多数股东排挤少数股东的行为进行干涉或制裁。

然而,对公司法功能更深层的认识和定位、对资本多数决原则的辩证分析以及新的公司法原则的形成,最终为少数股东保护提供了坚实、充分的法理支持和根据。就公司法的使命而言,其一项重要的功能在于维护社会正义和保护弱者的合法权益。即使从经济学角度来看,当少数股东面对多数股东的侵害而得不到应有的法律保护时,这必然影响他们的投资热情和投资信心,从而遏制他们的投资行为,阻滞公司企业的发展,而这恰好是以整个社会经济效率的牺牲为代价的。

资本多数决本是无可争议的法律原则和表决机制,也是公司法最可选择的公平手段。这一原则对于保护大股东的投资热情、平衡股东间的利益关系和提高公司决策效率等均有十分重要的作用,这也是股东平等的基本体现。然而,资本多数决的不公平和不合理又是显而易见的,它不过是公司法无奈的选择,其实多数决本身就意味着多数人对少数人的压制和强迫。

对资本多数决的逻辑分析表明,多数决的结果是多数权利意味着全部权利,少数权利意味着没有权利。或者说,多数与少数的意义只表现在表决权行使的过程之中,而最终的结果总是对多数股东意志和利益的全部肯定和对少数股东意志和利益的全部否定,在表决的结果中是无法体现少数股东意见和利益的。这正是发生在表决权上最为奇特、也是最为普遍的现象,可以称为权利的吞并或权利的淹没。即“在控制股东实际控制公司的时候,一股一权的原则受到了威胁……大股东的意见往往将中小股东的意见吸收了”〔3〕;“控股股东与少数股东之间存在着事实上的不平等,控制股东对公司事务有着决定支配权,少数股东往往为控制股东所征服”。〔4〕

的确,表决权在股东的权利构成中是极为特殊的权利。与其他股东权不同,这种股东权的权利范围或大小与权利行使的目标之间并无逻辑的对应关系。对股利分配权、公司剩余财产分配权、股份认购权等一般股东权而言,股份多、比例大,股东行使权利所获得的利益就大;股份少、比例小,股东所获得的利益也就小。但无论大小,股东所获利益与其所拥有的股份比例总是相称的,股份再少的股东也总会有相应的利益。而表决权呈现的却是另一种景象。虽然在股份的持有比例上,可能并不拥有全部的股份,但只要达到了多数决所要求的比例,就可以产生如同拥有全部股份相同的表决结果。反之,虽然在股份比例上,还是拥有一定数量的股份,但只要处于少数的地位,对于决议的结果就如同不拥有任何股份一样。这种对股权本身与其实现利益之间的对应关系的破坏,恰是资本多数决的固有缺陷和不公。

资本多数决的这一先天缺陷决定了其可能存在被滥用的危险。如果单纯地强调资本在公司中的作用、片面追求股权的平等,一旦资本多数决原则被滥用,就会使股东的平等变为形式上的、表面上的平等,而非实质上的平等。“如果控制股东合理行使控制权,其意志拟制为公司意志,并无不当。但如果控制股东滥用其控制权,把只反映其自身利益的意志拟

〔3〕 朱慈蘧、郑博恩,论控股股东的义务,投资者利益保护,社会科学出版社,2003年,327页。

〔4〕 冯果、艾传涛,论控股股东的诚信义务,投资者利益保护,社会科学出版社,2003年338页。

制为公司意志,强迫少数股东接受和服从,则会违反股东平等原则的要求。”〔5〕它不仅会损害或限制其他股东或公司的利益,而且会危害公司债权人、公司劳动者、消费者乃至全社会的利益,破坏市场经济所需要的法律和道德秩序。因此,在坚持资本多数决原则的前提下,通过各种法律形式或手段,尽可能地矫正这一原则的偏颇,补救它的缺陷,防范或减少它的弊端,就成为公司法理论殚精竭虑的课题,成为现代各国公司法孜孜不倦的目标追求。

需要指出,中小股东的特殊保护并非对股东平等原则的否定;相反,股东的平等正是其欲实现的最终目标和价值。不过它所追求的股东平等不再是表面上的、形式上的平等,而是内在的、实质的平等;不再是简单的形式公平,而是真正的实体公平。这一原则的逐步确立和实行,表明现代公司法已经走出了简单、武断的幼稚时期,站得更高,看得更远,日渐丰富、成熟和完善。

叁、各国公司法中小股东保护的途径

大股东的压制与中小股东的保护是公司治理关系中永恒的矛盾。面对复杂多变的利益冲突,在法律规则与行为方式之间道高一尺、魔高一丈的对抗之中,各国公司法经过长期的实践和经验积累,建立起了一系列的制度和规则,逐步形成了对中小股东予以特殊保护的法律制度 and 规则体系。而通过公司法的理论注释和阐述,这些制度和规则也逐渐成为被普遍认可的理论学说和法律原理。各国公司法主要从实体法和程序法两方面对少数股东进行保护。

一、实体法上的保护

(一) 董事对公司股东的义务

传统公司法认为,董事是公司的代理人和受托人,是对公司而非直接对公司股东承担忠实义务和注意义务。在现代公司法中,逐步确立了董事对股东承担义务的原则,尤其是在特定情形下对于少数股东更应承担相应的义务。如股东为行使其股东权而实施法律行为需要依赖董事提供

〔5〕 冯果、艾传涛,同注4。

信息和咨询时,少数股东往往处于不利地位,基于诚信原则,董事应对股东特别是少数股东承担注意义务和忠实义务。

(二) 多数股东对少数股东的受托义务和其他特别义务

对少数股东的受托义务,不仅是董事的义务,而且也扩展到多数股东^[6]。处于控制地位的股东也应对少数股东承担一定的注意义务和忠实义务,在行使表决权时,不仅要考虑其自身利益,而且还必须考虑公司的整体利益,不得滥用权利对少数股东实施欺诈,不得违反社会的善良风俗。^[7]

(三) 异议股东的股份购买请求权

对于公司的某些重大决议或重大事项,不同意的少数股东有权请求公司对其所持股份的价值作出评估并予以回购,这种重大事项通常是指公司的合并分立、资产收购、章程变更和股份交换。股份购买请求权最初是美国公司法上的一项制度,后来被日本、韩国等国家的公司法采纳,成为保护少数股东权利的一项重要制度。

(四) 对多数股东表决权的限制

即对持有公司一定比例以上股份,能有效影响甚至控制公司决策的股东所持有的股份表决权予以限制。其限制的方法主要有两种:(1)直接由法律或章程对多数股东的表决权加以限制。如规定任何股东不论其持有多少股份,最多只能享有 20% 的表决权。(2)发行无表决权股。无表决权股是指在公司章程中对股东应有的表决权予以剥夺或限制的股份。作为补偿或利益的交换,公司一般都在章程中特别赋予无表决权股股东以分派盈余的优先权,或给予优厚的股息。

(五) 董事、监事选举的累积投票制

累积投票制形成于 19 世纪的美国,20 世纪以来为其他许多国家的公司法普遍采用。与直接投票制不同,累积投票制允许股东将其选举董事或监事的表决票累加,即在股东会选举两名以上的董事或监事时,股东所持有的每一股份都拥有与当选的董事或监事总人数相等的投票权,股东拥有的总票数为其持有的表决权数(股份数)乘以要选举的董事或监事人数。股东既可以把所有的选票集中投在一个董事或监事候选人名下,

[6] Robert W. Hamilton, *The law of corporations*, 法律出版社, 1999 年, 379 页。

[7] 王远明、唐智宏,论控股股东的诚信义务对我国公司法的借鉴,求索,5 期,2002 年。

亦可分散投给数人,最后按得票数多少决定当选的董事或监事。如此,便可以有效地保障少数股东将代表其利益和意志的代言人选入董事会或监事会。

(六) 赋予少数股东股东大会召集权和提案权

公司股东会一般由董事会召集,但是,在少数股东与多数股东或董事发生矛盾冲突时,董事会经常会拒绝召集股东会。为了保护少数股东的利益,公司法赋予少数股东以股东大会召集权。同时,为防止召集权流于形式,在赋予少数股东股东大会召集权的同时,亦赋予少数股东提案权。

二、程序法上的保护

(一) 请求法院宣告决议无效或予以撤销

在股东大会的决议损害中小股东权益时,少数股东可以以决议实体内容违法或决议程序存在重大瑕疵为由提起决议无效或撤销之诉,请求法院依法确认股东大会决议无效或予以撤销。

(二) 请求法院强制解散公司

在董事或控股股东实施不合法、不公平的行为,或对其他股东实施欺诈,或侵占、浪费公司财产等情况下,为制止其对公司和其他股东利益的进一步侵害,股东可以请求法院颁布命令,强令公司解散,并对公司进行清算。

(三) 替代性不公平损害之救济

由于公司解散是一种最为严厉的法律救济措施,它的过度采用不仅不利于股东利益的保护,当然也会影响到其他债权人的利益乃至影响社会经济的发展,因此一般不应轻易采用此种方法,而可以通过采取其他一些合理措施来指导、规范和调整公司事务,以消除不公平行为,这就是所谓替代公司解散的法律救济制度,同时也是对少数股东遭受不公平行为损害的法律救济制度。

(四) 赋予股东提起各种诉讼的权利

诉讼权利是少数股东保障自身利益最根本也是最后的手段。在少数股东自身权益受到侵害时,股东可以以自己为原告并为自己的利益提起直接诉讼,要求公司或公司董事、经理等承担民事责任。在公司利益受到侵害而间接损害股东利益时,股东可以为公司利益提起代表诉讼或派生诉讼,要求公司董事、经理或他人对公司承担民事责任。

肆、新公司法对中小股东保护的法律规定

对中小股东的保护,在本次修订之前的公司法中虽也有几个条款有所体现,但并未成为一个突出的主题,更未形成一个精心设计的完整体系。上述各国公司法建立的中小股东保护的法律法规和规则,只有小部分在修订前的公司法中得到了体现和规定,其中包括:(1)持有公司股份10%以上的股东召开临时股东大会的请求权(第104条);(2)股东知情权和质询权(第110条);(3)股东权益受到侵害时的直接诉讼权(第111条)。

相对各国公司法已经较为完备细密的中小股东保护制度,修订之前的公司法的缺陷和不足显而易见,其原因则在于公司法制定时历史条件的限制。作为中国的第一部公司法,在制定当时,其主要任务是建立中国公司的基本制度,确定公司的基本类型,确立公司制度的基本原则和架构。因而,初创时的公司法更多关注的是对公司组织的规范和管理,而对于中小股东保护这种公司法纵深发展之后才暴露凸显的问题,还没有作为一项紧要的课题进入立法者的视野,还很难为当时的立法所重点关注。

十余年过去,伴随公司组织丰富多彩的实践,中国的公司法理论在不断地创新和发展,中小股东保护的法律法规理论日趋成熟。新修订的中国公司法已经把中小股东保护作为一项重点内容加以规定,并在以下制度和规则的设计中表现出了对中小股东保护的良苦用心和精心安排。

一、股东知情权、建议权与质询权(第34、98、151、166条)

股东的知情权是股东(特别是中小股东)的一项非常重要的权利。享有和行使知情权是中小股东监督公司经营管理的的重要手段,也是股东重大决策权、受益权等其他核心权利得以实现和落实的前提和基础。原公司法虽对股东知情权做了规定,但规定的股东查阅权范围过于狭窄,也流于形式,只规定了有限责任公司股东对股东会会议记录、公司财务会计报告的查阅权;而新公司法对有限责任公司股东知情权范围作了扩展,并进行了较为详细的规定,使公司股东除了享有原公司法规定的知情权外还可以主动地查阅、复制公司章程、董事会会议决议、监事会会议决议这些对于获知公司经营信息具有重要意义的资料。此外,新公司法还特别规定了对股东权益保护最为要害的基础性权利——查账权,并对由此引起

的与公司正常经营的冲突及相应的司法救济作了系统的法律设计。

对于股份有限公司股东的知情权,新公司法也进行了较大程度的拓宽与增加。首先,对于股东查阅权的权利行使范围,增加了股东对股东名册、公司债券存根、董事会会议决议、监事会会议决议的查阅权;其次,新公司法还对股东对公司董事、监事、高级管理人员报酬知情权做了规定。

二、代表 1/10 以上表决权的股东临时股东大会请求权、召集权和主持权(第 40、41、101、102 条)

股东会作为公司最高权力机关,其对于公司的经营发展和中小股东的利益保护具有重要的意义。对于中小股东来说,全然地将公司权力交由董事会来行使,而无股东会作为最后的保障存在着极大的风险,尤其在公司股权较为不分散、存在相对强势股东的情况下,控股股东会藉由股东会选举董事等而控制了公司的权力,此时赋予中小股东以股东会召开请求权就对他们自身利益的维护具有重要的意义。新公司法赋予了符合条件的股东、董事、监事以股东会召开请求权。在原公司法中,法律只规定了符合条件的股东、董事、监事可以提议召开股东会,但董事会完全可以置这种提议于不顾,因而这种提议能否引发股东会的召集程序无任何法律的保障。而依据新公司法,当符合条件的股东、董事、监事提议召开股东会时则公司必须进行启动股东会的召集程序。可见,新公司法把符合条件的股东、董事、监事的召开请求权落到了实处,使其有了法律的明文规定。同时,新公司法也修改了对有权提议召开股东会从而启动股东会召集程序的股东所设定的条件限制,将有权请求召开股东大会的少数股东的比例从持股 25%降低到持股 10%。

召集权与主持权作为一种程序性权利,对于公司股东会的正常召开与进行具有重要的意义。一般而言,股东会召集权与主持权由董事(会)来行使较为有利,这是因为董事(会)在公司权力配置体系中处于优势的地位,拥有较多的公司资源,可以方便地实现对股东会的召集与主持。但在实际中,由于股东会可能拟决议对董事进行罢免等事项,而这些事项与董事利益是冲突的,因而董事(会)在维护自身利益的考虑之下会消极行使股东会的召集与主持权,甚至拒绝履行召集与主持职责。因而,法律必须对这种情况有所预计,而避免这一情况产生的有力措施则是赋予监事(会)和符合条件的股东以股东会召集与主持权。原公司法对出现董事