



企业经理人法律书架

公司与产权法律实务 ⑩

根据最新修订公司法撰写

LEGAL PRACTICE OF
CORPORATE GOVERNANCE

公司治理 法律实务

李雨龙 朱晓磊 著

成功进行公司治理的 **必备工具**

- 股权设置与公司治理
- 股东（大）会制度与公司治理
- 董事会制度与公司治理
- 独立董事制度与公司治理
- 监事制度与公司治理
- 债权人与公司治理
- 公司章程与公司治理
- 企业集团治理与母子公司体制

附赠价值28元光盘
下载打印即可使用



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



企业经理人法律书架

公司与产权法律实务 ⑩

根据最新修订公司法撰写

LEGAL PRACTICE OF
CORPORATE GOVERNANCE

公司治理 法律实务

李雨龙 朱晓磊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司治理法律实务/李雨龙,朱晓磊著. —北京:法律出版社,2006.6

(公司与产权法律实务)

ISBN 7-5036-6418-5

I.公… II.①李…②朱… III.公司法—研究—中国 IV.D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 056045 号

©法律出版社·中国

责任编辑/周瑾 张戢

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16

印张/27.25 字数/452千

版本/2006年8月第1版

印次/2006年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6418-5/D·6135 定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

公司治理是现代公司规范运作的永恒话题。无论是英美发达国家那些为迎接新经济格局带来的机遇和挑战而正激烈竞争的跨国企业,还是日韩那些因公司内部权利制衡机制不善而正设法渡越难关的大集团、大公司,或是中国众多面临国际化、全球化市场竞争正在积极寻求新的利润增长点的现代企业,都不同程度地面临着公司治理机制的再造、重构和制度创新问题。当前,在我国完善市场经济体制、建立现代企业制度的过程中,很多有限公司和股份公司都出现治理失衡的现象:大股东任意控制公司资金走向,管理层任意挥霍公司财产,董事长大权独揽,监事会形同虚设,独立董事被戏称为花瓶董事,等等。无论是政府层面的制度设计者,还是市场领域的广大投资者,都在探求如何建立科学有效的现代公司治理机制。可见,对现代公司治理问题进行系统研究,就显得相当迫切和必要。

对公司治理的比喻,大者犹如国家治理,小者犹似人体器官运转,构件明白而机理复杂。公司治理的核心是一系列有关股东(大)会、董事会、管理层和监事会之间权利义务相互协调与制衡的制度安排。现代公司治理除了依法选择某种公司治理模式,配置股东(大)会、董事会及经理、监事会的权利义务外,还不可避免地涉及公司债权人等公司治理中重要的利益相关人。随着经济的发展,投资者为了规模经济的拓展、降低经营风险,将单一公司通过股权关系、协议、人事纽带等方式结合在一起,这就对以规范单一公司为主要对象的《公司法》所规定的公司治理框架提出了新的挑战。

2005年10月27日,十届全国人大常委会第十八次会议表决通过了《公司法》修订案,新《公司法》于2006年1月1日起正式施行。本次修订是1993年《公司法》颁布以来最全面最系统的一次,立法者吸收了近年来我国改革不断

深化所取得的经验和成果,广泛调查和吸取了社会各界的意见和建议,并就修改草案进行了充分讨论和论证,借鉴了其他国家的立法,也总结了自《公司法》实行十多年来的实务经验。这次修订从结构上看,在原《公司法》基础上增加了“有限责任公司的股权转让”和“公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务”两章;从内容上看,在股东的出资、公司的设立条件、公司的对外投资和对外担保、成立一人公司等方面,充分体现出法律对股东意思自治的尊重和对小股东权益的保护。

由于我国社会处于转型期,原《公司法》给公司自治留下的空间较为有限。随着《公司法》的修改实施,股东被赋予了较大的自主权,股东可以在法律框架下通过公司章程自主进行权利的配置。这也给我国的公司治理研究带来了新的课题:即如何既能通过公司章程的规定,缓解公司治理的制度供给与需求之间的紧张关系,又能充分实现公司章程与公司法的设置目的。笔者在本书中从法律实务的角度,结合案例,较为系统、全面地探讨了公司治理中的种种问题。

本书共分九章。第一章概括介绍了国际上的公司治理模式及其基本理论,主要讲述公司治理的理论发展及各国公司治理的模式选择,分析了公司治理的全球化发展趋势和我国公司治理现状及其方向选择。第二章专门阐述了股权设置与公司治理的相互关系,在分析各国股权结构特点的基础上,针对我国股权结构的现状,提出了若干完善现代公司股权设置的建议。接着,笔者各用一章(第三章至第六章)篇幅分别阐述了公司治理视角下的股东会或股东大会、董事会、独立董事、监事会,全面介绍了国内外对公司治理结构中传统机构的制衡机制,并为合理配置公司内部机构的权利义务提出了自己的观点。最后,就我国现代公司发展中的公司债权人利益保护与公司治理(第七章)、公司章程与公司治理(第八章)以及现代公司治理中的企业集团治理(第九章)三大话题进行专章阐述。

本书力图立足实务需求,通过全面总结国内外公司治理结构研究的理论成果和实践经验,在深入分析国内外现代公司的治理现状的基础上,提出若干建设性意见。不足之处,尚请广大读者指正。

李雨龙 朱晓磊

2006年7月20日

目 录

前言	1
第一章 公司治理的理论与模式	1
第一节 公司治理的理论	3
一、公司治理问题产生的背景	3
二、公司治理的内涵及原则	4
三、国外公司治理结构的理论与立法	8
第二节 各国公司治理的模式比较	10
一、美英模式	11
二、德日模式	15
三、公司治理模式趋同化的评价	18
第三节 中国公司治理的发展之路	20
一、我国新公司法对公司治理结构的影响	20
二、构建有效的中国公司治理机制	22
第二章 股权设置与公司治理	28
第一节 股权概念与公司治理	29
一、现代公司的产生与股权	29
二、股权与所有权、法人财产权	31
三、股权与公司治理结构	34
第二节 股权结构与公司治理	36
一、世界主要国家股份公司股权结构概述	37

二、股权结构与公司治理的一般关系	39
三、我国上市公司股权结构与公司治理	41
四、完善中国上市公司股权结构的措施	47
第三节 股权激励机制与公司治理	50
一、股权激励机制概述	50
二、股票期权制度	50
三、员工持股计划(ESOP)	52
四、管理层收购(MBO)制度	53
五、我国股权激励机制的实践与立法	54
第三章 股东(大)会制度与公司治理	60
第一节 股东的权利和义务	61
一、股东	61
二、股东的权利	65
三、股东的义务	69
第二节 股东(大)会	70
一、股东(大)会的概念和特征	70
二、股东(大)会的职权	73
三、股东(大)会的运作制度	73
第三节 股东(大)会对董事会、监事会的制衡机制	86
一、股东(大)会对董事会的制衡机制	86
二、股东(大)会对监事会的制衡机制	89
第四节 我国股东(大)会制度的完善	90
一、股东大会的组成	91
二、股东大会的召集	91
三、股东大会决议	92
四、表决权代理行使与书面行使	92
第四章 董事会制度与公司治理	94
第一节 董事会制度概述	95
一、董事会制度的起源和发展	95

二、董事会的类型和职能	98
三、董事、董事会与公司之间的法律关系	102
四、对董事会的监督机制	103
第二节 董事会的组成与公司治理	112
一、董事会的组成	112
二、董事长的重新解读	119
三、经理层在公司治理中的作用	122
第三节 我国董事会制度的现状及其完善	126
一、董事会制度的现状	126
二、董事会制度的完善	127

第五章 独立董事制度与公司治理	134
第一节 独立董事制度概述	136
一、独立董事概念的界定	136
二、独立董事制度的起源与发展	140
三、独立董事制度在公司治理中的作用	142
四、国外独立董事制度的基本架构	145
第二节 独立董事制度在我国的实践	149
一、我国引入独立董事制度的必要性	149
二、独立董事制度在我国的引入过程	152
三、我国上市公司实施独立董事制度面临的问题	154
第三节 完善我国独立董事制度的思考	159
一、建立健全有关独立董事制度的法律体系	159
二、合理定位独立董事的功能	160
三、完善独立董事的职能	161
四、加强独立董事的人力资源建设	162
五、建立独立董事的行业自律体系	164
六、建立独立董事独立性的保障机制	165
七、建立独立董事的责任和约束机制	168
八、协调好独立董事与监事会的关系	169

第六章 监事制度与公司治理	170
第一节 英美法与大陆法的监事制度比较	171
一、监事制度与公司治理的法理学分析	171
二、英美法的监事制度	173
三、大陆法的监事制度	174
四、几种监事制度模式的比较	178
第二节 监事制度在我国的实践	179
一、我国公司法对监事制度的设计	179
二、我国监事会职能虚化及其原因	184
第三节 我国监事制度的完善	190
一、从立法上完善我国的监事会	190
二、监事的义务与责任	196

第七章 债权人与公司治理	198
第一节 债权人治理概述	199
一、债权人治理的理论基础	199
二、各国对债权人的立法保护	201
第二节 债权人治理在我国的立法实践与前瞻	205
一、我国新公司法中有关债权人保护的制度	205
二、债权人保护的相关问题	208
第三节 债权银行与公司治理	220
一、银行主导型公司治理结构的形成	220
二、银行参与公司治理的途径	222
三、我国建立银行主导型公司治理结构的探讨	224
第四节 对我国债权人治理的立法完善	227
一、完善我国债权人治理的原因	227
二、完善我国债权人治理的措施	229

第八章 公司章程与公司治理	235
第一节 我国的公司章程概述	236
一、公司章程的概念和法律特征	236

二、公司章程的性质	237
三、公司章程的作用	238
四、公司章程的内容	239
五、公司章程的修改	241
第二节 两大法系的公司章程比较	242
一、英美法系公司章程制度	242
二、大陆法系公司章程制度	247
三、公司章程在公司法上的意义	249
第三节 我国的公司章程实务	250
一、公司章程的制定与修改	250
二、公司章程与公司设立协议的关系	251
三、公司章程制定中的问题	253

第九章 企业集团治理与母子公司体制	258
第一节 企业集团和集团公司	260
一、企业集团概述	260
二、集团公司概述	261
三、西方国家企业集团的发展历程	263
四、我国企业集团的发展概况	264
第二节 企业集团的法律规制	267
一、我国企业集团的发展分析	267
二、我国发展企业集团的政策法规轨迹	269
三、德国、韩国的企业集团立法	273
四、我国企业集团法律制度的完善	276
第三节 我国企业集团治理与母子公司体制	278
一、母子公司体系的设想	278
二、企业集团的内部法律关系	279
三、合理规范企业集团间的不公平关联交易	279
四、企业集团内关联交易的纳税问题	283

参考文献	286
附录一:公司治理法律文书范本	290
1. 有限责任公司章程	290
2. (一人)有限(责任)公司章程	294
3. 国有独资公司章程	297
4. 股份有限公司章程	300
5. 企业集团章程	305
6. 股东会议事规则	308
7. 董事会议事规则	312
8. 监事会议事规则	316
9. 总经理工作细则	318
附录二:公司治理相关法律、法规、规章	321
1. 中华人民共和国公司法	321
2. 中华人民共和国公司登记管理条例	344
3. 中华人民共和国证券法	354
4. 上市公司治理准则	379
5. 上市公司章程指引	386
6. 上市公司股东大会规则	408
7. 国有企业监事会暂行条例	414
8. 国有重点金融机构监事会暂行条例	416
9. 关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见	419
10. 企业国有产权向管理层转让暂行规定	422
11. 关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司 对外担保若干问题的通知	424
12. 关于规范境内上市公司所属企业到境外上市 有关问题的通知	427

第一章

公司治理的理论与模式

- ◎ 公司治理的理论
- ◎ 各国公司治理的模式比较
- ◎ 中国公司治理的发展之路

[内容摘要] “公司治理”不仅在我国,即使在发达的市场经济国家也是个很新的概念。20世纪80年代以来,公司治理问题日益引起国际社会的广泛关注,并形成了全球性的公司治理浪潮。90年代以来,公司治理业已成为发达国家持续关注的政策性问题。本章分三节对公司治理理论作了全面概述,主要阐释了公司治理的理论发展及各国公司治理的模式选择,并结合当前状况分析了公司治理的全球化发展趋势和我国公司治理现状及其方向选择问题。

第一节主要探讨了公司治理的理论问题,从公司治理的全球化发展现象出发,探求公司治理兴起的背景及原因,进而分析公司治理的内涵和原则。当国外公司治理结构的理论经历了一个从“股东本位论”到“利益相关论”的发展过程时,与此相适应,立法模式也经历了一个从“资本基本主义”到“利益共同体主义”的演化过程。

第二节总结了各国公司治理的模式,主要介绍了美英模式、德日模式。其中,美英模式主要是指,按英美法系的基本要求订立公司法国家所普遍实行的一种公司治理结构模式,也称新古典式公司治理模式。采用这种模式的国家除英、美外还有意大利等。而采用德日模式的德国和日本,则依大陆法系传统,强调公司应平等地对待股东和雇员,因此,一般更侧重于公司的内部治理,较少依赖证券市场“用脚投票”^①的外部治理机制。采用和效仿德日模式的国家还有瑞典、比利时、挪威等。笔者通过分析各国治理模式的特征,简述了两种模式的各自演变过程,并比较了美英模式与德日模式的利弊,从而总结了公司治理模式趋同化的规律。

第三节讲述了我国公司治理的发展之路。“公司治理”概念在20世纪90年代初期被引进到我国,形成了由股东(大)会、董事会、高级管理人员以及监

^① 在政治生活中,人们通过举手表决的民主投票形式来显示自己的政治偏好。而在资本、人才和技术市场上,我们却常见到“用脚投票”(voting by foot)的现象。所谓“用脚投票”,是指在市场经济条件下,资本、人才、技术等可以自由流向更能够发挥其作用的地方。“用脚投票”机制的核心就是“偏好显示”。市场经济是充分尊重人们的选择权的经济,理性的消费者正是通过“用脚投票”的方式来实现其选择权。例如,在股票市场上,投资者可以通过资本市场“用脚投票”的方式,抛售经营业绩不好的公司的股票,来表达其对公司的否定态度。

事会构成的公司治理的制度体系。本节以新《中华人民共和国公司法》(以下简称公司法)为突破口,探讨了我国公司治理结构的立法现状;从法学角度提出我国公司治理结构中股东(大)会、董事会、高级管理人员以及监事会构成的缺陷;在借鉴国外经验的基础上,通过分析我国公司治理现状,提出了构建有效的中国公司治理机制的方式;从改革现有公司机关到构建完善的外部治理环境等方面,对我国的公司治理问题进行了思考。

第一节 公司治理的理论

■一、公司治理问题产生的背景

资本的集中和技术的进步促进了现代工商业的巨大发展,公司的规模迅速扩大,股东急剧增加并高度分散化,公司经营也日趋复杂。在这种情况下,股东直接参与公司管理和亲自担任公司经理就日渐困难,于是,在大公司中所有权和经营权开始分离,而公司治理问题正是在这种所有权和经营权相分离的背景下产生的。

1980年以来,公司治理问题日益引起国际社会的关注,并形成了全球性的公司治理浪潮,其原因主要有:

第一,机构投资者的兴起。1955年,美国机构持股者(包括各种退休基金、互助基金、保险基金等)持有的普通股占至全部上市普通股的23.7%,1980年这一比例上升到了35.8%,国际资本市场的结构发生了根本性的变化;各种机构投资者持有资产占企业总资产的比例由1970年的12.4%,提高到1997年的48%,对资产的实际持有量明显加大。

机构持股者持有公司股票主要是为了确保受益人的利益,他们作为战略投资者进行长期投资,客观上给公司经营造成了外部压力。股东进一步法人化和机构化的趋势,使得美国、英国等发达国家的股东状况发生了很大变化,出现了从“管理人资本主义”向“投资人资本主义”的转化,这种所有权结构的变化要求直接关注公司治理问题,进而要求恢复所有者主权。^①

第二,经济全球化的发展,企业之间的竞争加剧。20世纪80年代开始出现了并购浪潮,其中涌现出大量的敌意收购、杠杆收购等兼并形式,公司时刻

^① Michael C. Jensen, Kevin J. Murphy, Performance pay and top-management incentives, *Journal of Political Economy*, 1990, 98(2), pp. 225~264.

面临着被并购重组的威胁。基于保护自身利益的目的,股东和各公司利益相关者纷纷要求健全公司治理机制。

第三,不与公司绩效挂钩的经理人员高薪制度,引起了普遍的不满。经理人员肆意侵吞公司资产的行为使人们对现行公司治理机制产生怀疑,从投资者的角度看,一个公司高级管理人员的薪金水平及其组成,可以很好地说明该公司的有效治理程度。美国投资者责任中心凯西·鲁克斯顿前不久对美国标准普尔统计的1500家大型公司的1141名公司总裁的报酬进行了研究,研究表明在机构投资者的压力下,美国公司总裁的报酬结构发生了明显变化,即报酬中的很大一部分是股票或股票期权,形成了与公司业绩挂钩的激励机制。

第四,信息技术的发展使公司股东和利益相关者获取信息的成本大为降低,大大便利了相关主体对公司治理的参与。

第五,各种公司假账丑闻、泡沫、公司倒闭案件的出现,使得公司治理问题引起国际社会的普遍关注。^①

■二、公司治理的内涵及原则

(一)公司治理的内涵

公司治理是当前一个世界性的理论研究与实践操作课题,也是一个世界性的难题。公司治理问题之所以如此重要,原因在于良好的公司治理是现代市场经济健康运作的微观基础,不仅影响到企业和个人,也影响到国家经济的稳定和增长。

公司治理是一个多角度多层次的概念,很难用简单的术语来表达。但从公司治理这一问题的产生与发展来看,可以从狭义和广义两方面去理解:(1)狭义的公司治理是指所有者,主要是股东对经营者的一种监督与制衡机制,即通过一种制度安排,来合理地配置所有者与经营者之间的权利与责任关系。公司治理的目标是保证股东利益的最大化,防止经营者对所有者的利益的背离。其主要特点是对股东(大)会、董事会、监事会及管理层所构成的公司治理结构的内部治理。(2)广义的公司治理则不局限于股东对经营者的制衡,而是涉及广泛的利害相关者,包括股东、债权人、供应商、雇员、政府和社区等与公司有利害关系的集团和个人。在这个层面上,公司治理是指通过一套包括正式或非正式的、内部的或外部的制度或机制来协调公司与所有利害相关者之间的利益关系,以保证公司决策的科学化,从而最终维护公司各方面利益的

^① 叶向阳:“公司治理模式的国际比较及发展趋势”,载于《东南亚纵横》2003年第8期。

制衡机制。广义上,公司已不仅仅是股东的公司,而是一个利益共同体,所以公司治理也不仅限于以治理结构为基础的内部治理,而是由利益相关者通过一系列的内部、外部机制来实施共同治理;治理的目标不仅限于股东利益的最大化,确切地说应是要保证公司决策的科学性,从而保证公司各方面的利益相关者的利益最大化。因此,要理解公司治理的概念,需要转变以下两个方面的观念:^①

第一,从权利制衡到决策科学。传统的公司治理所要解决的主要问题是所有权和经营权分离条件下的代理问题,通过建立一套既能分权又能相互制衡的制度来降低代理成本和代理风险,防止经营者对所有者的背离,从而达到保护所有者利益的目的。这一制度通常称为“公司治理结构”,它主要由公司股东(大)会、董事会、监事会等公司机关所构成。这一制度或称治理结构,其建立的基础是公司的权力配置,即无论是所有者还是经营者,都以其法律赋予的权力承担相应的责任。股东以其投入公司的财产对公司拥有终极所有权并承担有限责任,因此,在法律意义上公司是股东的,股东对公司拥有无可争议的利润分配、剩余财产索取等权利。经营者则作为代理人拥有公司的法人财产权而非所有权,但他直接控制着公司,控制着公司财产的剩余。由于法人财产权和终极所有权的不一致性,从而导致经营者和所有者在公司利益上的不一致性。因此,以权力配置为基础的公司治理制度,对于维护各方权力的存在和权力的实施是十分必要的。

但是,公司治理并不是为制衡而制衡,况且,制衡并不是保证各方利益最大化的最有效途径。南开大学公司治理研究中心认为,衡量一个治理制度或治理结构优劣的标准应该是:是否使公司最有效地运行,是否使各方公司参与人的利益得到维护和满足。因此,科学的公司决策可以说是公司治理的核心,原因在于:理顺与公司相关的各方权责关系、保障公司实体有效运行的前提便是决策科学化。由此可以说,公司治理的目的不是相互制衡,至少最终目的不是制衡,公司治理应是保证公司科学决策的方式和途径。

第二,从治理结构到治理机制。传统的公司治理大多基于分权与制衡而停留在公司治理结构的层面上,较多地注重对公司股东(大)会、董事会、监事会和高层经营者之间的制衡关系的研究。因此,公司治理可以说是侧重于公司的内部治理结构方面。但从科学决策的角度来看,治理结构远不能解决公司治理的所有问题,建立在决策科学观念上的公司治理,不仅需要一套完备有

^① 南开大学公司治理研究中心:“公司治理内涵”,载于中国公司治理网。

效的公司治理结构,更需要若干具体的超越结构的治理机制或称治理原则来实现治理目的。

公司的有效运行和科学决策不仅需要由股东(大)会、董事会和监事会发挥作用的内部监控机制,而且需要一系列通过证券市场、产品市场和经理市场来发挥作用的外部治理机制,如公司法、证券法、信息披露、会计准则、社会审计和社会舆论等。在上世纪末经济合作与发展组织(the Organization for Economic Co-operation and Development,简称 OECD)制定的《公司治理原则》中,已不单纯强调公司治理结构的概念和内容,而是涉及许多具体的治理机制,如利害相关者的作用、信息披露和透明度、董事会责任等。显然,治理机制是比治理结构更广泛、更深层次的公司治理观念。^①

(二)公司治理的原则

随着全球经济一体化的发展和世界经济环境的变化,许多国家与组织都清楚地认识到:良好的公司治理既需要国家通过强制性的法规对治理结构进行规定,又需要制定与市场环境变化相适应的、具有非强制性和灵活性的公司治理原则。从根本上讲,公司治理原则是改善公司治理的标准与方针政策,也是公司管理层次的实务原则。它可以帮助政府对有关公司治理的法律制度与监管制度框架进行评估与改进,对股票交易所、投资者公司和其他在建立良好的公司治理中起作用的机构提出指导和建议。据统计,目前世界上已出台各类公司治理原则八十余个,这其中还不包括像英特尔、通用汽车等众多大型国际化公司所制定的董事会准则。总的来说,公司治理原则的制定者可以归纳为以下几种类型:

1. 国际性组织。在国际性组织中,既有全球性的组织,也有区域性的组织,主要包括:经济合作与发展组织(OECD)、国际公司治理网络(ICGN)、英联邦(The Commonwealth)、欧洲政策研究中心(CEPS)、欧洲证券商自动报价协会(EASDAQ)、欧洲证券商协会(EASD)以及国际性的股东协会(如瑞典股东协会、欧洲股东协会)等。这些组织制定公司治理原则的目的,是促进其成员国公司治理与企业经营的良好标准的形成,建立能够使这些标准得到提升与推广的制度。

2. 政府与各类中介组织。目前世界上已有二十多个国家制定了公司治理原则,但由政府部门直接组织制定的国家较少,主要有德国(联邦司法部)、意

^① M.C.Jensen and W.H.Mecking, Theory of the Firm: Managerial, agency costs and Ownership Structure. [J], *Journal of Law: Economics and Organization* 4.