

张 力 ——— 著

ON CORPORATE GOVERNANCE

A Lawyer's Perspective

律师谈 公司治理

律师谈 公司治理

ON CORPORATE
GOVERNANCE
A Lawyer's Perspective

张力
——
著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

律师谈公司治理 / 张力著. —北京: 社会科学文献出版社, 2018. 10

ISBN 978-7-5201-3325-8

I. ①律… II. ①张… III. ①公司-企业管理 IV. ①F276.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 193457 号

律师谈公司治理

著 者 / 张 力

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 周 丽 王楠楠

责任编辑 / 王楠楠

出 版 / 社会科学文献出版社·经济与管理分社 (010) 59367226

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083

印 装 / 天津千鹤文化传播有限公司

规 格 / 开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 16.25 字 数: 201 千字

版 次 / 2018 年 10 月第 1 版 2018 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-3325-8

定 价 / 69.00 元



本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

▲ 版权所有 翻印必究

勤而
不怠



常言心不可
用然必律師
服務客戶興
普及法律并
重當此不務
正也

付洋



北京市康达律师事务所合伙人会议主席付洋先生题词

是什么让公司治理问题提上日程？

韦尔-戈查尔-曼格斯律师事务所（Weil, Gotshal & Manges）公司治理实践项目合伙人律师霍莉·J. 格雷戈里（Holly J. Gregory）在所著的《公司治理：国际趋同已露端倪》一文中提出：“过去十年发生的事情已经生动地说明，每当有动摇投资者信心的事件发生时，全球公司治理的局面就会改变。在这个紧密联系的时代，一个国家或地区的公司丑闻、财务危机会使其他经济体做出反应并进行改革。1997~1998年的亚洲金融危机引发了横扫发展中国家和新兴市场的治理改革；2001~2002年的美国安然公司财务造假丑闻在发达国家也产生了类似的广泛影响。”¹

当然，国内虽然发生过几次大的股价下跌以及大面积债券违约事件，但还没有发生像上述严重动摇投资者信心的情形或事件。

作为律师，对公司治理这个题目的关注更多来自法律服务实践中的困惑：同样是创业，为什么有的公司成功了，而更多的失败了？同行业规模相当的公司为什么有的能够抓住行业发展机遇迅速上一个台阶；而有的始终徘徊不前，最终沦落到倒闭，连被收购的价值都没有了。对于家族企业来说，为什么有的公司老板和管理团队都非常勤奋，却多年不能突破发展的瓶颈？同为上市公司，为什么有的公司频频通过收购、增发等手段进行行业和资源整合，使自己的股票价格、市值不断攀升，迅速居于行业前茅；

有的却始终没有动作，最终沦落于卖壳。好好的公司为何经历一次股东争议瞬间就土崩瓦解了？

上述种种，看起来各有各的原因：盈利模式不成熟，关键时刻没有做出正确的决策，老板的格局、胸怀受限，等等。但是不是仅限于此？或者说除了这些表面的原因外，有没有其他深层次的原因？

后来我们发现，成功的公司各有各的秘籍，但无一例外，都有着良好的公司治理，即一方面股东之间、股东与董事会之间需要就公司运营的大事达成一致，另一方面管理层还要有好的制度和架构保证执行。反之亦然：诸如股东吵架、公司僵局、控股权争夺、公司重大投资决策失误、会计师出具无法发表意见的审计报告、现金流崩溃导致的公司破产等问题，究其实质，无一不是公司治理出现了问题。也就是说，良好的公司治理虽然不敢说是公司成功的充分条件，但一定是必要条件，是公司能够走得更远的制度保障。

这正是本书的由来——以律师的视角，从法律角度给商务人士分析、解读公司治理这个课题，希望给大家提供一点关于公司治理的法理、法律和操作层面的框架性认识。一方面，使大家有机会在思考和审视自己公司法人治理的时候不仅能够发现问题，也能够正确地处理和解决这些问题，从而可以逐步改善公司的治理架构，为公司未来能够走得更远创造条件。另一方面，也是承蒙读者厚爱，兑现自己在 2016 年 9 月所著《领读公司法》出版后关于部分专题可以独立成册的承诺，优先将公司治理这个专题独立成册。

为便于大家阅读，说明如下。

1. 本书阅读对象主要是商务人士。

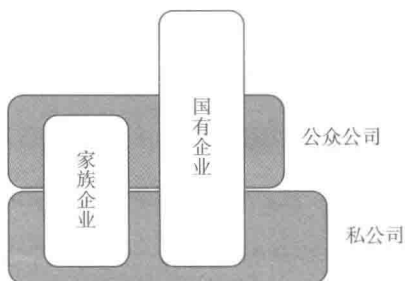
2. 承接《领读公司法》中关于私公司（又称封闭公司）与公众公司的分类，本书主要从私公司和公众公司角度对法人治理制度的设计与实施进行深入分析。2人以上股东的有限责任公司、股东人数低于200人且公司股票不上市交易的股份有限公司合称为私公司，沪/深证券交易所上市公司、新三板挂牌公司、由任何原因导致股东人数超过200人但股票不在上述三地挂牌的股份公司以及公开发行债券的公司合称为公众公司。这种划分方法，是实践中解决王保树教授所提出的我国《公司法》立法中存在“我们所面临的有限公司是封闭公司、股份公司也大部分是封闭公司的实态，并没有根本改变。并且，同是封闭公司却受到不同的规制”²这个问题的一种方法。

3. 从法人治理角度讲，私公司拥有更多的意思自治，即在遵守法律强制性规定的前提下，按照公司股东自己的意愿安排相关事项；公众公司则需承担更多的义务与责任，并全面、主动、公开履行信息披露的义务。《领读公司法》对公司治理也有较为详尽的表述，除书中“私公司的组织架构和法人治理”“公众公司的组织架构与法人治理”两个专题外，“股东与股东权利”“董事、监事与经理层”“股权激励”“信息披露”“独立董事”“同业竞争与关联交易”等几个专题也包含了公司治理的内容。本书在系统论述过程中，相同的部分不再赘述，大家可以结合起来看。

4. 根据国内企业的实际情况，本书还关注了实践中大量存在的家族企业和国有企业³的法人治理问题。外商投资企业按照是否公开发行股票或债券可以分别归至私公司与公众公司。通常来说，跨国公司在国内设立的外商独资企业或中外合资企业在法人治理方面做得都比较好，这些年国内公司在法人治理方面的理论和实践更多来自对跨国公司的学习。合伙企业不

是主要的运营模式，目前业务主要集中在对外投资和股权管理方面，本书不单独讨论。实行集团化管理的公司在法人治理问题上除需要特别关注对子公司的股权管理问题外，其他与单一公司没有实质性差异，本书也不单独讨论。

私公司数量最多，公众公司数量少于私公司；家族企业中部分属于私公司，部分属于家族控股的公众公司；国有企业部分属于私公司，部分属于国有控股的公众公司，部分为非公司制企业。私公司、公众公司与家族企业、国有企业之间的自然逻辑关系如下图所示。



由于国有企业在法人治理上有自己的特点，所以，本书从法人治理角度，将上述企业分为国有企业与非国有企业两类，即国有独资和国有控股的私公司、公众公司归入国有企业，其他为非国有企业。

5. 文中内诉讼案例均来自中国裁判文书网，关于公众公司的信息来自中国证监会、上海和深圳证券交易所、股转公司、香港联交所网站。

6. 文中所提《公司法》是指2013年12月28日修订、自2014年3月1日起实施的《中华人民共和国公司法》，为更好地理解，大家可以打印一份参阅。

还是那句话，希望这本公司法人治理方面的小册子能够对大家有用。

注 释

1. 霍莉·J. 格雷戈里 (Holly J. Gregory): 《公司治理: 国际趋同已露端倪》, 载于 [美] M.J. 爱泼斯坦 (M. J. Epstein)、K. O. 汉森 (K. O. Hanson) 主编《公司治理》, 聂细忠、张悦等译, 北京大学出版社, 2014, 第 207 页。
2. 王保树主编《最新日本公司法》, 于敏、杨东译, 法律出版社, 2006, 《日本公司法告诉我们什么》(代序) 部分第 13 页。
3. 本书之所以称“国有企业”而不是“国有公司”主要是基于实践中还有许多未进行公司制改制的全民所有制企业和集体所有制企业, 所以, 国有企业的称谓可以包括这类主体。即国有企业包括国有独资公司、国有参股公司以及非公司制全民所有制和集体所有制企业以及这些企业投资设立的公司。国务院国资委和财政部 2016 年 6 月 24 日联合颁布的《企业国有资产交易监督管理办法》(32 号令) 第四条规定: “本办法所称国有及国有控股企业、国有实际控制企业包括: (一) 政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业(公司), 以及上述单位、企业直接或间接合计持股为 100% 的国有全资企业; (二) 本条第(一)款所列单位、企业单独或共同出资, 合计拥有产(股)权比例超过 50%, 且其中之一为最大股东的企业; (三) 本条第(一)、(二)款所列企业对外出资, 拥有股权比例超过 50% 的各级子企业; (四) 政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过 50%, 但为第一大股东, 并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业。”本书国有企业范围同此规定。

目 录

什么是公司治理

- 001 一 公司治理的概念、内容与表现形式
- 006 二 公司治理的价值取向
- 007 三 如何评价公司治理架构的优劣
- 012 四 公司治理的法律规制
- 017 五 公司治理的全球化

公司治理内部

法律关系架构

- 023 一 公司治理方面的法律强制性规定
- 025 二 控股股东的诚信义务
- 037 三 股东与董事会在重大事项决策上的科学分权与有效监督
- 053 四 开好股东（大）会与董事会会议
- 060 五 执行架构、制度的建立与有效实施
- 064 六 股权结构对公司治理优劣的影响

公司治理外部	068	一	供应商、客户对公司治理的影响
法律关系架构	070	二	债权人对公司治理的影响
	077	三	环境保护对公司治理的影响
	079	四	劳动、合规、社区与其他外部因素对公司治理的影响

失败的公司	081	一	从股东争议到法人人格否认
治理案例	090	二	从不能好好开会到公司僵局
	095	三	董事经理违反忠实与勤勉尽责义务
	097	四	没有建立和实施有效的内部控制制度

私公司法人治理	105	一	私公司法人治理的特点与主要内容
	107	二	动态调整股权结构与股东权益
	116	三	“让肉烂在锅里”?
	117	四	确定私公司未来发展方向
	119	五	私公司法人治理发展趋势

公众公司法人治理	123	一	美的集团：持续不断地推出多层次股权激励计划
	125	二	中国平安：最新公司章程修订案
	129	三	华为：董事会工作制度有看点
	132	四	新三板挂牌公司法人治理情况

137	五	再谈万宝之争
148	六	从香港主板上市规则中的“同股不同权”说起
149	七	独立董事、监事会与中小股东对公众公司法人治理的影响
154	八	如何让证券市场的“看门人”在公司治理中更好地发挥作用
165	九	公众公司法人治理未来发展趋势

关于家族企业

176	一	私公司中的家族企业
181	二	公众公司中的家族控股企业
183	三	家族财富管理与传承
192	四	关于配偶一方主张另一方股权转让行为无效的的几个案例

关于国有企业

200	一	国有企业实际控制人和出资人代表（股东）的特点
201	二	国有企业法人治理的痛点与关注重点
204	三	国有企业法人治理方面的特别要求
218	四	关于是否构成国有资产流失的几个案例

222	附录	公司法司法解释（一）、（二）、（三）、（四）
-----	----	------------------------

245	致谢
-----	----

一 公司治理的概念、内容与表现形式

公司治理/法人治理，起源于 20 世纪 70 年代，威廉·汤姆森 1979 年最早在《现代公司的治理》（*On the Governance of the Modern Corporation*）这一文献中将“公司治理”（Corporate Governance）明确为一个概念。公司治理的研究范畴跨越了管理学、经济学、法学、金融学、社会学等多学科。不同专业的学者从不同角度做不同的分析，得出不同的结论，对公司管理提出不同的意见和建议。

从法律角度，本书认同公司法权威教授崔勤之的观点，崔教授认为：“公司治理就是公司组织机构的现代化、法治化问题。从法学角度讲，公司治理结构是指为维护股东、债权人以及社会公共利益，保证公司正常有效性地经营，由法律和公司章程规定的有关公司组织机构之间权力分配与制衡的制度体系。公司治理机构是一个法律制度体系，主要包括法律和公司章程规定的公司内部机构分权制衡机制以及法律规定的公司外部环境影响制衡两部分。公司的存在是离不开外部环境的。”¹

（一）内部法律关系与外部法律关系

从法律关系角度讲，法人治理法律关系又分内部法律关系和外部法

律关系。

内部法律关系主要是股东与股东之间、股东与公司之间、股东与董监高之间、公司与董监高之间的法律关系，内部法律关系调整的价值取向是在遵守法律强制性规定前提下允许公司和股东最大程度的意思自治。从这个角度讲，公司与员工之间的关系属于内部法律关系，一方面公司可以根据自身实际情况制定关于劳动用工方面的管理制度，另一方面，公司制定的劳动用工方面的管理制度又受到《劳动法》等强制性规定的约束。公司所有工作都需要通过人的劳动来完成，所以合法、适当地处理好劳动关系既是公司需要履行的社会责任，也是形成公司文化、实现公司可持续发展的基础。劳动法律关系不属于公司法律关系，不在本书讨论之列。

外部法律关系则是指公司与供应商、经销商、债权人、社区乃至政府之间的法律关系，外部法律关系法律规制的价值取向是维护交易秩序和交易安全，最大限度尊重交易的稳定性。

其中，内部法律关系又分为两个层面：股东、董事与经理层之间的关系，公司内部组织架构设置以及各部门之间的关系（见图1）。

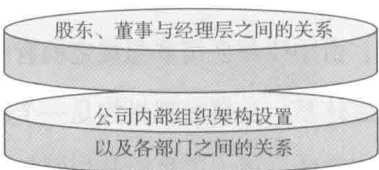


图1 内部法律关系

第一层面股东、董事与经理层之间的关系又可以继续分解为四部分：股东与股东之间的关系，股东与公司之间的关系，董监高与股东之间的关系，公司对董事高管的授权、激励与约束（见图2）。



图2 公司股东、董事与经理层之间的关系

（二）公司治理的功能模块

从公司治理的功能角度讲，可以分为决策、执行和监督三大功能，三大功能之间的关系如图3所示。



图3 公司治理三大功能关系

（三）包含法人治理的文件

公司内部法律关系当然会以章程等文件形式表达出来；外部法律关系如客户对公司的要求（如ISO标准）、公司对供应商的要求以及公司注册地、经营地法律规定都需要转换为公司的内部具体规定才能确保执行，因此，也需要以各部门制度、流程等方式表达出来。

以法人治理相对完善的公众公司为例，包含法人治理内容的文件大致包括如下几种。

（1）公司章程：约定股东与股东之间的权利义务，公司董事

会、监事会基本组成，股东大会、董事会、监事会和经理层职权等，是可以长期适用于公司、股东、董事、监事和高管的基本行为准则。

(2) 特别股东协议：指公司与个别股东之间在某个事项上的特别约定，如通过定增协议、重大资产重组协议中约定的事项。

(3) 不适合出现在章程中的对股东、董监高等特别约定的事项，如临时性、阶段性安排，可以以股东（大）会决议的方式呈现。

(4) 根据公司章程确定的基本原则制定的股东大会议事规则、董事会议事规则和监事会议事规则，涉及会议的召集、召开、表决等程序。

(5) 根据公司章程确定的基本原则制定的战略、薪酬、审计等董事会各专业委员会工作职责，独立董事工作办法、董事会秘书工作办法。

(6) 信息披露管理办法。

(7) 对外投资、关联交易、对外担保等非经常性行为管理办法。

(8) 公司组织架构设置图以及各部门工作职责、工作流程衔接。

(9) 财务管理制度，生产管理制度，销售管制制度，研发、仓库管理制度等。

(10) 人力资源管理制度，高管薪酬、考核、激励与约束制度。

(11) 结合 OA 的信息化管理制度。

(四) 公司权力层级和部门设置

以制造业的公众公司为例，表达公司权力层级和部门设置的组织结构一般如图 4 所示。

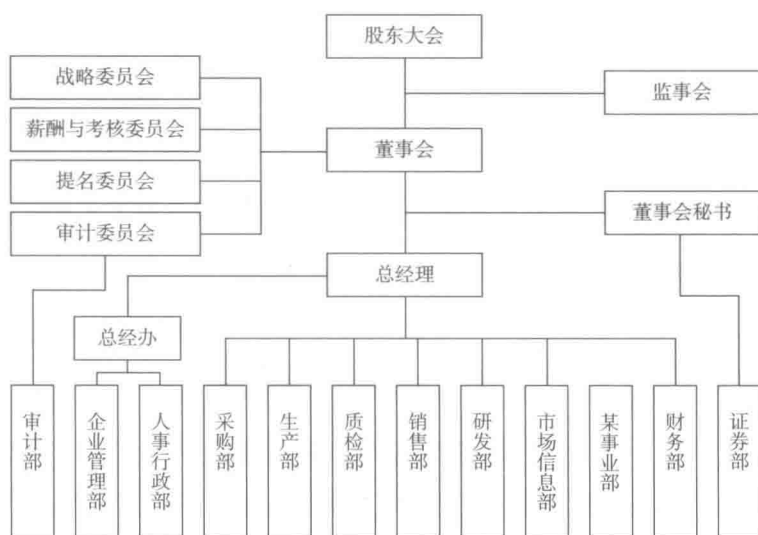


图 4 公司组织结构

（五）为什么是法律角度

（1）从法人治理的内容看，法人治理是股东、董监事、高管关于公司设立与运营的组织架构设置，既有共向性，如适用于全体股东、董事和高管；也有非共向性，如对大股东在股权处置权上的约束、对技术股东以及股权激励获得的股权表决权上的限制。究其实质，都是权利、义务安排，而权利、义务当然是从法律角度对市场经济做的诠释。

（2）从对公司治理的规制角度看，部分是强制性的，部分是意思自治，如何辨别，法律是最准确的角度。

（3）从公司治理的表现形式看，最终都将以具有法律意义的文件方式表现，也就是规则，所以，通过法律语言，能够把理说透，把问题说清楚。一方面设定合理的权利、义务和制度安排，最大限度地避免争议发生，另一方面，也会提前预判争议发生的节点，并能够在争议发生时