

法律科学文库

主编 曾宪义

公司治理与 上市公司收购

汤

欣

／
著

 中国人民大学出版社

法律科学文库

F279.246

14

主编 曾宪义

北方工业大学图书馆



00500042


公司治理与 上市公司收购

汤

欣

／

著

 中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公司治理与上市公司收购/汤欣著.
北京:中国人民大学出版社,2001.
(法律科学文库·曾宪义主编)

ISBN 7-300-03637-6/D·523

- I. 公…
II. 汤…
III. ①股份有限公司-治理-研究-中国
②上市公司-收购-研究-中国
IV. F279.246

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 75632 号

法律科学文库

主编 曾宪义

公司治理与上市公司收购

汤 欣 著

出版发行:中国人民大学出版社
(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)
邮购部:62515351 门市部:62514148
总编室:62511242 出版部:62511239
E-mail:rendafx@public3.bta.net.cn

经 销:新华书店
印 刷:北京市丰台丰华印刷厂

开本:850×1168 毫米 1/32 印张:13.5 插页 2
2001 年 3 月第 1 版 2001 年 3 月第 1 次印刷
字数:312 000

定价:23.00 元
(图书出现印装问题,本社负责调换)

序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会文明的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在

摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简捷明快、也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是20世纪中叶发生的电子讯息革命，给人类社会带来了天翻地覆的变化，不仅直接改变了讯息交换的规模和速度，而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式，使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下，宗教、道德等维系社会人心的传统方式，在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择，似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制，给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则，在保障社会共同利益的前提下，给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样，既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定，又能在此基础上充分保障个人的自由和个性，发挥每一个社会成员的创造力，促进社会文明的进步。惟有如此，方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此，近代以来的数百年间，在东西方各主要国家里，伴随着社会变革的大潮，法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中，尚法、重法的精神也一直占有

重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同，内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融，故而在 19 世纪中叶，随着西方列强对中国的侵略，绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体，中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以 20 世纪初叶清代的变法修律为起点的话，中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争，道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等，使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说，社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇，但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变，在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以，尽管曾经有过许多的机遇，无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力，中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至本世纪 70 年代末期，“文化大革命”的“十年动乱”宣告结束，中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界，用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路，中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复兴运动，也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说，自 1978 年中国共产党十一届三中全会以后的 20 年，是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的 20 年。在过去 20 年中，中国人民高举邓小平理论伟大旗帜，摆脱了“左”的思想的束缚，在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革，并取得了令世人瞩目的成就，使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设，也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改

革开放的初期，长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除，“加强社会主义民主，健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近 20 年的努力，到 90 年代中期，中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看，我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看，一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立，并在不断完善之中。更为可喜的是，经过近 20 年的潜移默化，中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强，党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略，已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变，为中国当前法制建设进一步完善和真正以依法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知，法律的进步和法制的完善，一方面取决于社会的客观条件和客观需要，另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强，同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升，有赖于法学研究水平的提高，有赖于一批法律专门家，包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升，也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之，社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的 20 年中，随着国家和社会的进步，中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过 20 年的努力，中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响，迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设，并适应国家建设和社会发展的需要，针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究，为国家

的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时，新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学教育体制改革，当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚，这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说，在过去 20 年中，法学界的努力，对于中国新时期法制建设的进步，贡献甚巨。其中，法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用，也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑，以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化，势必要对法律提出新的要求，同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言，经过近 20 年的奋斗，改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入，国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来，如全民道德价值的更新和重建，市场经济秩序的真正建立，国有企业制度的改革，政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比，这些问题往往更为复杂，牵涉面更广，解决问题的难度也更大。而且，除了观念的更新和政策的确定外，这些复杂问题的解决，最终都归结到法律制度上来。因此，一些有识之士提出，当前中国面临的难题或是急务在于两个方面：其一，凝聚民族精神，建立符合新时代要求的民族道德价值，以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向；其二，设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”，以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则，将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上，如果考虑到特殊的历史文化和现实情

况，我们会认识到，在当前的中国，制度的建立，亦即一套“良法美制”的建立，更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制，当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作，即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等，都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年，是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里，中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果，在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列，并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来，中国人民大学法学院的法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套《法律科学文库》，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。此套《法律科学文库》是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干部具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精装出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

《法律科学文库》的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版《文库》这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，《法律科学文库》能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

序

梁定邦*

我国公司法颁布于 1993 年 12 月，并于 1994 年 7 月 1 日开始实施，该法意在规范三种不同类型的公司：国有独资公司、有限责任公司和股份有限公司。在我国建立社会主义市场经济的过程中，它们是设计出来满足特定需要的不同的法律构架，联系在公司法中一项重要的共同原则之下，

* 梁定邦先生系中国证券监督管理委员会首席顾问。

那就是所有权与经营权相分离的原则。此项原则又来源于一个假设，即，将资本运营托付给经理的资本所有者，所有者有权得到合理的回报。至少在一个条文中，公司法要求那些计划发行新股的公司在预期利润率上不低于同期银行存款利率。客观而言，世界各国的公司法都在努力克服由上述两权分离而带来的代理成本问题，但很少有立法例选择了绝对的标准。而在我们国家，硬性指标常被采用，原因是它们易于操作。遗憾的是，硬性标准只适用于一些有限的场合，而当市场状况发生变化时，硬性标准便成为发展的障碍。也许更为重要的是，对硬性标准的偏好会使人们忽略了对各种情形进行认真评估的需要。法律应当接受其所适用的情形的各种挑战，公司法需要在变革中的市场和经济社会条件下复杂多变的环境中得到运用，这意味着，各国公司法均选择制订一套广泛适用的原则。虽然偶尔也会有一些“硬性指标”出现，例如当公司要处分重大比例（通常是 25% 或以上）的资产时，应当召开股东大会进行表决。但此类情形只是例外而非原则本身，而且它们通常代表着法律中所蕴藏的基本原则体系在具体情形中的运用。

我国公司法颁布实施的时候，证券市场仍处于肇始之初。那时在地方法规的规制之下，公司形式只有数年的发展，由此可以理解立法者何以表现出相当的谨慎和小心。公司法颁行时，代表诉讼——即少数人可以代表许多人进行的民事诉讼，在我国民事诉讼体系中仍然少见，由此可以理解公司法的起草人并未就股东，尤其是少数股东保护的实体性及程序性规范详设规定，而后者在各国公司法中是相当常见的。例如，我国公司法未能在广泛的意义上规定公司董事和高级经理的行为准则，该法第 59 条第 1 款仅仅要求公司董事、监事和经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公

司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利，但该条并未指明即使董事为多数派股东所提名，并且同时是多数派股东的董事或高级经理，该董事也应纯然为了公司及其所有股东的利益独立行事。上述的一些立法空白可以经由司法解释来进行填补，我们希望有关主管机关在拟订这些司法解释时，能够时刻牢记维护股东利益的基本原则。

我国公司法上的另一欠缺，是未能规定如何保护少数派股东免受多数派股东的压制。虽然中国证券监督管理委员会的许多行政规章力图加强对于中小股东的保护，在没有得到司法系统的有力支持的情况下，它们的力量仍嫌单薄。为保护少数派股东的利益，我们需要一套实体及程序规则，而它们需要得到法院的强制执行。举例而言，应当修改公司法及最高人民法院的有关指令，使得中小股东可以起诉对他们不当进行压制的多数派股东及代表后者利益的公司董事。

在我国证券市场进入发展的第二个十年时，加强股东保护的 need 日趋紧迫，汤欣博士的专著由此显得非常及时。在本书中，汤博士仔细分析了主要的普通法和大陆法国家的股东保护法律制度，并力图使其思维范式与我国实践相联系。对于有志于从事公司法律制度改革的人们来说，本书提供了相当有价值的参考材料。我对汤欣博士极为重要的贡献表示祝贺。

2001年1月

序

王保树*

直到 20 世纪 90 年代中期，“公司治理”一词在国内仍然很少为人所知，在法学学术著述中更是少有提及，但是随着我国《公司法》的实施，公司企业在运营中出现了大量的问题，尤其是公司股东大会和董事会的分权，董事的权利、职责与义务，中小股东权利的保护，机构投资者的

* 王保树系清华大学法学院院长，教授，博士生导师。

作用与影响，接管（买壳）的规则等日益引起人们的重视，从国外引入的公司治理的基本概念、原则和方法终于成为公司法中重要的研究课题之一。《公司治理与上市公司收购》一书借鉴国外的大量研究文献，结合作者的研读和考察心得，以治理结构问题为切入点，对公司法的基本性质、功能和原理进行法律、社会和经济角度的分析，提出公司法立法和司法要注意探究和遵循法律背后的经济规律，特别要注意市场这只“看不见的手”的重要作用，追求法治的效率，争取以最小的法治投入换取最大的法治收益，并在此基础上对完善我国公司治理结构的立法和司法提出了极有价值的建议。

“公司法与合同自由”分析公司法的基本性质，探讨参与公司制度的各方当事人是否有选择法律规范的自由，论证有限责任公司法和股份有限公司法中强制性和授权性规范的相互关系。作者主张，由于公司有纷繁复杂的形态，把公司法断言为纯然的强行法或任意法都难免有偏颇之处，应以发展和辩证的眼光来看待问题，简言之，股份公司法中的基本规则和有关权力分配的普通规则适用于管理层与股东之间利益冲突最激烈的领域，原则上它们应该是强制性的，有关利润分配的普通规则则允许有一定的灵活性。在此基础上，作者对我国的公司法体系和结构进行了颇有见地的分析，提出有关立法论的重要建议。

“公司监督机构法比较研究”认为英国法上的职业审计人制度、美国法上的独立董事制度与日本法上的监察人制度，出发点均在于分权（从董事会手中分割决策复核、财务检查的权力）及制衡（直接对股东负责，拥有限制、抵消董事会行为的实力），在职能及作用方面事实上具有同质性。以此为借镜，在我国公司法上建立公司的内部监控手段，当

然应以建立有效能的监督机构为中心，而具体措施当不囿于法系、国别，广泛吸收英美及日本立法例中卓有成效的制度创新之处，此种建议不乏创新之处。

本世纪 60 年代以来的公司收购 (Take Over) 风潮，在西方企业、金融界引起轩然大波，对公司、证券法的发展造成深远影响。在我国，自 1993 年宝安—延中事件以后，公司收购也已引起业界和学界的重视。“公司收购的价值争论与立法取向”拟探讨公司收购背后的经济因素，介绍西方学者有关其价值的论战，评析美、英、欧共体与日本的立法及其效率，提出公司收购是公司外部治理环境中极为重要的环节之一的观点，主张修订我国立法时应对公司收购持鼓励态度，放松管制，在坚持证券市场上基本公平、信息公开、提倡竞价的基础上，限制目标公司管理层的抵抗行为。“上市公司协议收购研究”则针对我国公司收购的主要形式，就所涉的重要法律问题进行专题研究，并在此基础上对我国法律进行诠释、提出修改建议，富于应用价值。

“目标公司管理层的行为限制”一文，在制度经济学有关“控制权损失的不可补偿性”命题基础上，认为上市公司收购活动中，管理层阻挠收购的防御行为涉及公司的“委托—代理”机制中利害冲突最为激烈的领域，必须加以适当的管制。值得注意的是，文章从以上结论更进一步提升到公司治理的高度，指出我国公司治理结构属机构主导型，尤其从公司内部机关的设置上观察，更类似于同属机构主导型的日本所采取的“二元”、“单层”制，但从银行监控、职工参与和内部监督机构的作用方面观察，我国公司的治理结构极不完善。当务之急是内外兼修，建立“一整套内部和外部的监控手段”，其中发展统一的股票市场及公司控制权市场为诸多措施中的重中之重。这样的结论是很有现实意义的。

呈现在读者面前的《公司治理与上市公司收购》一书，立论严谨，见解深刻，资料翔实，文笔流畅，显示作者在商法这一领域已经处于较为前沿，并且下了很大功夫搜集整理资料。此外，据我对作者的了解，他在中国人民大学攻读博士学位期间、在北京大学博士后流动站工作期间，以及现在清华大学从事教学科研的岗位上，治学严肃、工作勤奋，为商法研究投入了大量的心血，也取得了相当的成绩。因此，愿向读者推荐本书。

特此作序。

2000年12月30日