



经济论丛
JINGJIFA LUNCONG



北京市社会科学理论著作出版基金资助

公司治理 法律制度研究

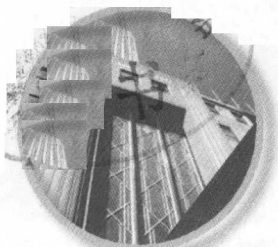
甘功仁 史树林 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

公司治理 法律制度研究

甘功仁 史树林 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市社会科学理论著作出版基金资助

图书在版编目(CIP)数据

公司治理法律制度研究/甘功仁,史树林著. —北京:北京大学出版社,
2007.9

(经济法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12672 - 1

I. 公… II. ①甘… ②史… III. 公司法 - 研究 - 中国 IV. D922.291.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第131799号

书 名: 公司治理法律制度研究

著作责任者: 甘功仁 史树林 著

责任编辑: 陈新旺 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12672 - 1/D · 1849

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市新世纪印务有限公司

经销者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 18.5印张 317千字

2007年9月第1版 2007年9月第1次印刷

定 价: 29.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

近年来,有关公司治理的法律约束与规范一直是法学界重点关注的问题,其原因主要是国有企业改革的需要以及我国社会主义市场经济对现代企业制度的追求。正如有的学者指出的那样:“公司治理法律制度的研究,是我国法学界 21 世纪所面临的重大课题。”围绕着这一课题许多法学工作者已经展开了研究,并且推出了许多研究成果。通过分析现有的公司治理法律制度方面的研究成果,可以发现学者们着重从以下三个侧面研究公司治理的法制化问题:

一、从经济学角度研究公司治理

公司治理的概念源于经济学,许多经济学家现在仍在研究公司治理方面的问题。有些法学学者借鉴和利用经济学的理论和方法研究公司治理方面的法律问题。这类研究是法学与经济学结合层面的研究,属于边缘性研究。

二、从国外相关法律制度和法学角度研究公司治理

公司治理问题在国外早已有之,相关研究成果和理论颇丰。我国有些法学学者以此为突破口,通过介绍外国的相关法律制度和研究成果,来推动我国公司治理法律问题的研究。这类属于比较法层面的研究。

三、从我国现行公司制度的角度研究公司治理

我国的公司制度尚不完善,公司治理方面存在的问题很多,使得以解决实际问题为目的的实用性法学研究显得十分迫切和必要。但是此类研究往往缺乏深度和理论性。

由此可见,我国有关公司治理的法学研究虽然已经受到广泛重视,但仍处于初级阶段。单项问题研究的多,系统研究和综合性研究的少。出于改造和完善我国现代企业制度的需要,法学界有必要继续对我国公司治理问题进行深入探讨和研究。我们认为对公司治理问题应采取多种研究方法,而且特别需要结合我国实际进行研究,不能简单地引入国外的经验和做法。对我国公司治理方面的问题进行充分的了解和认识无疑是有价值研究的前提。在进行公司治理法律制度问题的研究时,我们对相关国情的认识主要有:

一、我国的公司治理还存在许多不尽如人意的地方。如产权制度不完善、所有权与经营权不分、大股东滥用控股权、经营者违规经营、监督机制不健全、公司内部关系混乱等等。

二、我国《公司法》自 1993 年 12 月 29 日第八届全国人大常委会第五次会议通过以来,已经过两次修正(1999 年,2004 年),但无论法律规定方面还是法律实施方面,仍存在诸多不足。

三、很多人对公司治理缺乏了解,认为成立公司,建立起公司机构就是公司治理了,因此造成许多企业在公司制改造后并没有改变经营机制,只是换汤不换药而已。

四、加入 WTO,我国的公司治理需要与国际接轨,研究和借鉴外国公司治理的先进经验是当务之急。

五、致力于解决公司治理问题实际上是在解决如何提高企业竞争力的问题,这是我国加入 WTO 后必须要面对的问题。

六、传统的公司法理论与现实的需要之间存在矛盾。例如,按照传统理论,股东大会是公司的权力机关,应当反映全体股东的意志,但股份有限公司的股东大会往往不能代表中小股东的意志。类似的矛盾还有许多,所以应当在理论方面寻求突破,解决理论与实践的矛盾。

综观各国公司制度,我们认为,公司治理结构没有统一的标准,但公司治理的理念有普遍认可的原则。正是在这些原则的基础上形成了公司法的国际交流与借鉴。例如,英美法的独立董事制度在我国上市公司中的实践等。然而,我国的国情有其特殊之处,不可能照搬国外的规定和做法。所以,探索有中国特色的公司治理制度比单纯引进和消化国外的制度更重要。公司治理的目标,说到底是要处理好公司中的和与公司密切相关的各种关系,使公司中的各种关系人能够和谐相处、荣损与共。

正当本书初稿快要完成之际,我们高兴地看到盼望已久的《公司法》修正案已由第十届全国人大常委会第十八次会议于 2005 年 10 月 27 日通过,并于 2006 年 1 月 1 日起开始实施。根据新修订的《公司法》,浙江温州一个公民投资 10 万元人民币率先注册了我国第一家真正的“一人公司”。新修订的《公司法》给我国的公司制度还带来了诸多其他变化,例如:

1. 在公司结构中对上市公司确定了独立董事制度,并授权国务院制定具体的规则,从而使证监会有关上市公司的独立董事规定有了适当的依据;
2. 关于公司法定代表人的规定,给予了公司的选择余地;
3. 细化了股东权的内容及其保护,特别是对中小股东的利益加强了保

护,如在选举董事、监事的投票方式上增加了“累积投票制”;

4. 加强了董事、监事和公司高管人员的责任,如规定这些人对公司承担忠诚义务和勤勉义务等;

5. 加强了对公司职工的保护力度以及参与公司管理的权利,完善了清算制度,加强了对公司债权人利益的保护;

6. 降低了公司的设立门槛,并且除了发行股票上市外,一般不使用审批手段约束公司的设立;

7. 减少了对国有独资公司的特别规定,使各类公司的待遇更加趋于平等;

8. 强化了监事会的规定,有利于使监事会切实起到监督的作用等。

《公司法》的修订既全面又细致,比较系统地体现了我国公司实践的经验,反映了现阶段多数人对公司制度的认识。毫无疑问,新修订的《公司法》的实施将会大大促进我国公司治理水平的提高,改善我国公司的经营环境。但是,我们也应看到,新修订的《公司法》不可能超越我国当前的经济环境和社会背景。只要我国的市场经济环境还处于不稳定和不成熟的状态,公司法的进一步改革就仍会受到人们的关注。如果说新修订的《公司法》尚存在不足,那么以下问题是值得考虑的:

第一,需要进一步减少法律和政府对公司的干预。新修订的《公司法》虽然在减少干预上有所体现,但还有进一步体现的空间。例如,既然董事会与经理之间是一种聘任与被聘任的关系,那么经理的职权应当由公司章程和聘用合同加以规定,不需要法律具体规定。

第二,有些规定需要具体化。例如有关职工如何参与民主管理、监事如何具体发挥职能作用等。

第三,在股东会是公司的权力机关,董事会向股东会负责的情况下,独立董事的独立性问题仍然有待于解决。

第四,对一人公司如何治理的约束不多。成立一人公司是否只是为了承担有限责任,其社会责任如何体现,是否需要在治理上有更多约束?

第五,是否需要将外资企业纳入完全由公司法调整的范围,实现真正的国民待遇?

第六,是否可以降低设立一人公司的门槛?一般的有限责任公司有3万元就可以成立,而一人公司却至少需要10万元。如此规定,其结果将影响到设置一人公司制度的初衷的实现。

当然,这里所列举的公司法需要进一步完善的问题并不是问题的全部。

上述有关我国公司治理法律制度的状况以及对相关国情的认识,构成了本书写作的基础。本书的内容安排强调公司治理法律制度的系统性,整体上可分为一般性问题研究和具体问题研究两个部分。前九章为一般性问题研究,后六章为具体问题研究。本书注重理论和实践相结合,力求理清一些脉络,例如公司治理制度是如何产生、形成和发展的;澄清一些问题,例如董事会建设中的问题;提出一些观点,例如公司治理的本质特征是民主治理等等。

中央财经大学法学院经济法专业和民商法专业硕士研究生朱璠、李小鹏、张阳、陈沛、王国秀、石鑫、高宁、潘莹、姚晓静、闫黎丽、张文祎、李欣、周园等参加了本书资料收集和部分章节初稿的写作。

本书作为中央财经大学重点研究课题的最终成果,得到了中央财经大学科研处、法学院、财经法律研究所、经济学院等单位专家学者的大力支持和帮助,在此一并表示最诚挚的感谢。

作 者

2006年8月于北京

CONTENTS 目 录

第一章 公司治理与我国的公司法改革	1
一、公司法在公司治理中的基础性作用	1
二、我国《公司法》的缺陷与修订	5

第二章 公司治理的本质特征	11
一、公司治理形成的原因及本质特征分析	11
二、公司治理——我国企业的追求与困惑	13
三、公司治理的必然要求——民主治理	17
四、公司治理的本质特征呼唤相关理论与实践的创新	18
五、公司治理的透明度规则	22

第三章 公司中的不同利益关系及法律保护	24
一、公司中的各种利益及其法律保护状况	24
二、公司主导利益与治理结构	30
三、公司相关利益间的协调与共赢	33
四、美国的公司法中对“相关利益者保护”的实践	35

CONTENTS 目 录

第四章 公司治理制度的形成与发展	36
一、公司治理结构的载体——股份制的产生和发展	36
二、公司治理制度的演变	41
三、外国有关公司治理的立法及比较	43
四、公司治理的新发展——以典型国家为例	46
第五章 公司治理模式的比较与分析	54
一、公司治理主要模式的比较	54
二、公司治理模式未来走向的讨论	75
三、我国的公司治理模式	83
第六章 企业产权结构与公司治理结构	86
一、产权结构多元化是建立现代公司治理结构的前提	86
二、产权结构多元化必然导致所有权与经营权的分离	90
三、产权结构形式对公司治理机制的影响	92
第七章 政府管制下的国有公司治理	96
一、我国国有企业管理方式改革的发展历程	96

CONTENTS 目 录

二、国有资产出资人及相关问题	99
三、关于建立新型国有资产管理制度的思考	104
四、国有公司治理结构的改革与创新	106
第八章 公司内部风险的法律防范	108
一、公司风险防范的一般理论	108
二、公司风险防范的两个视角	110
三、公司治理结构与内部风险防范	112
四、利益相关者理论与公司内部风险防范	120
五、公司的业务执行与内部风险防范	128
第九章 公司治理中的诚信保障机制	134
一、“诚信”原则在公司治理中的地位 和作用	134
二、公司治理中的诚信保障机制	138
第十章 关联企业公司治理	160
一、有关国家和地区关联企业立法的 比较研究	161
二、外国法对从属公司少数股东和 债权人的保护	170

CONTENTS 目 录

三、我国关联企业公司治理立法的初步构想	175
第十一章 国有商业银行的公司治理	182
一、国有商业银行公司治理的必要性	183
二、国外商业银行公司治理的分析与借鉴	187
三、我国国有商业银行公司治理的理想选择	191
第十二章 股东权利保护及股东会的完善	202
一、对股东的考察	202
二、对股东会的考察	211
三、股东权的司法保护与股东会决议瑕疵的法律救济	223
第十三章 加强董事会建设	229
一、股东会中心主义向董事会中心主义转变	229
二、审慎地引入独立董事制度	232
三、建立健全董事会的内部制衡机制	245
四、强化董事会的经营决策权	251

CONTENTS 目 录

第十四章 完善监事会制度	253
一、我国公司监事会的监督现状评析	253
二、完善我国监事会制度的具体措施	258
三、监事会制度建设的两个特别问题	264
第十五章 经理层的激励与约束机制	269
一、经理层的性质	269
二、经理层的法律地位	270
三、建立经理层的激励机制	271
四、建立经理层的监督约束机制	277
主要参考文献	282

第一章 公司治理与我国的公司法改革

一、公司法在公司治理中的基础性作用

(一) 公司治理的相关概念分析

公司治理是一个外来概念,英文称“Corporate Governance”。译文中除“公司治理”比较通用外,还有“公司治理结构”^①、“法人治理结构”^②、“公司机关权力构造”^③以及直译版“公司管制”^④等称谓。

“Corporate Governance”出现了多种译本的原因主要有两个:

第一,学者们站在不同角度有不同的理解和认识。例如,经济学家倾向于使用含义灵活的“公司治理”,以便使其能够包含更多的内容;而一些法学家则认为“公司治理结构”更能反映法学研究的主旨^⑤。

第二,不同历史时期有不同的理解。我国自 20 世纪 90 年代中后期开始逐渐接受和研究“Corporate Governance”。由于缺乏权威的解释和共同认识,形成了多种译文共存的局面。

现在随着共识的不断形成,情况发生了变化,公认的流行译文只剩下了两种,即“公司治理”和“公司治理结构”。尽管有些学者试图将这两个概念分别对待,认为“公司治理”和“公司治理结构”在侧重点上是不同的,但同源的特征以及所涉及内容基本一致的现实表明二者同义。

① 参见倪建林:《公司治理结构:法律与实践》,法律出版社 2001 年版,第 2 页。

② 参见邓荣霖:《建立和规范公司法人治理结构》,载《人民日报》1999 年 10 月 26 日。

③ 参见梅慎实:《现代公司机关权力构造论》(修订本),中国政法大学出版社 2000 年版,第 1 页。

④ 参见刘冠伦:《英国上市公司管制制度近况》,载《中外法学》1998 年第 5 期。

⑤ 参见倪建林:《公司治理结构:法律与实践》,法律出版社 2001 年版,第 2 页。倪建林认为:“从经济学的角度出发,公司治理当然不仅是公司治理结构方面的问题。但是从法学研究的角度出发,公司治理所面临的主要问题是公司治理结构特别是利益制衡机制的构架,因此……译为公司治理结构也是可以理解的。”

(二) 经济学和法学关于公司治理的认识

毫无疑问,公司治理首先是一个经济学概念,其所涉及的公司经营管理制度和结构等问题是经济学界普遍关心的问题。现有的以公司治理为名称的文献多数是经济学研究成果,而且一般由经济学学者为其定义^①。不论是中国的经济学界还是外国的经济学界都十分重视涉及公司治理的研究,尽管研究的内容有明显的差异。

外国的公司制度比较成熟,经济学学者研究的重点往往是公司治理中的具体问题,例如股东、董事及董事会之间的关系问题等等,较少涉及公司的整体制度研究;我国的公司制度正处于初创阶段,经济学界正在努力学习掌握这一制度,所以学者们比较侧重于研究公司的整体制度和结构等问题,而较少介入公司治理的具体问题。并不是我国的经济学界不愿意在公司治理研究方面与其他国家保持同步,只是由于现行公司制度中仍存在诸多不确定性以及公司治理实践的不足阻碍了经济学研究的进程,使得我国的经济学家不得不首先关注公司制度的确立问题。在市场经济国家,一项经济制度的确立通常依赖于相关法律的到位调整。为了使有关公司治理的法律既具有科学性又符合社会发展的需要,我国的经济学界一直十分热衷于介入与公司相关的立法和法制宣传工作。^②

在公司治理研究方面,经济学界与法学界之间存在着一种天然的联系。经济学界希望通过法律将自己的研究成果和观点主张上升为具有国家强制力的制度和规范,并且以此为基础进一步展开深入和具体的研究;法学界也

^① 关于公司治理的定义很不统一。经济学界并不如法学界那样注重概念含义的准确和完整,也不怎么推崇权威或规定。例如,梁能在《公司治理结构:中国的实践与美国的经验》的前言中认为:“公司治理结构研究的是各国经济中的企业制度安排问题。这种制度安排,狭义上指的是在企业的所有权和管理权分离的条件下,投资者与上市企业之间的利益分配和控制关系;广义的则可理解为关于企业组织方式、控制机制、利益分配的所有法律、机构、文化和制度安排,其界定的不仅仅是企业与其所有者之间的关系,而且包括企业与所有相关利益集团之间的关系”;吴冬梅在《公司治理结构运行与模式》中认为:“公司治理实质上是公司出资者借助公司权力机关来统治和支配公司,以实现公司目标并最终实现其自身目标的过程”;吴敬链在《现代公司与企业改革》中认为:“所谓公司治理结构是指由所有者、董事会和高级执行人员即高级经理人员三者组成的一种组织结构”。简言之,一百个经济学家会对公司治理有一百个解释,但其研究涉及的内容大同小异。

^② 例如,被认为是改革开放后我国公司研究第一人的中国人民大学经济学教授邓荣霖就十分关心有关公司的立法。他曾发表过《〈国有资产法〉是国有企业产权制度改革的准绳》、《〈公司法〉和现代企业制度》、《〈公司法〉是国有企业改革的基本法律依据》等文章为公司治理的法制化摇旗呐喊。

希望通过法律对公司行为进行规范和调整,研究法律在公司治理中的地位和作用,研究公司治理结构中各种关系的表现情况,进而对相关法律制度作出评估和改进,使法律真正成为我国市场经济制度的基石。正因为经济学和法学都关心公司治理问题,才使得公司治理不再单纯是一个经济学概念,而且也被法学界所接受,成为一个法学概念,并且逐渐有了一些法学者开始专门针对公司治理问题进行研究^①。

由于受到各自研究领域和研究方法的限制,对公司治理的经济学研究和法学研究是两种明显不同的学术研究。经济学研究不受法规条文的限制,也不对已经形成的制度负责。他们可以将法律仅仅作为公司秩序的一部分任意对待和解释。例如,北京大学光华管理学院的张维迎在《所有制、治理结构与委托——代理关系》中就认为,公司治理结构具体由一系列的契约所规定。这些契约分为正式契约和非正式契约。正式契约“包括由政府颁布的一整套法律、条例,如公司法、破产法、劳动法、证券法、信托法、企业兼并条例等”组成的适用于所有企业的“通用契约”,也包括由“章程、条例,以及一系列具体的合同”组成的只适用于单个企业的“特殊契约”;“非正式契约是指由文化、社会习惯等形成的行为规范”。“将公司法等法律理解为企业参与人之间‘签署’的契约的一部分是非常重要的。……理论上讲,即使没有公司法,当事人也会通过磋商得出这些条款。但因为这些条款类似‘公共产品’,由国家统一提供更为有效。”^②然而,从法学角度分析,将法律理解为“契约”的上述认识,仅仅是强调了法律作为一种“公共产品”的属性,而没有指出既有法律本身所具有的特征。法律的基本特征体现为规范性和强制性,虽然包括契约在内的“私法”中存在适用上的任意性特征,但此特征在我国公司法中的体现并不明显。因此,我国有关公司治理的安排和行为都应符合法律的规定,否则只能成为不切合实际的空想。

(三) 法律在公司治理中的作用

法律在公司治理中并不是可有可无的“摆设”,也不是仅仅体现“契约”一般精神的“公共产品”。法律是公司治理的基石,有关公司治理的法律不仅包含有契约精神,而且体现出政府干预的权力和公司治理中社会责任的

^① 例如汤欣的《公司治理与上市公司收购》、倪建林的《公司治理结构:法律与实践》等。

^② 参见梁能主编:《公司治理结构:中国的实践与美国的经验》,中国人民大学出版社2000年版,第24页。

承担。法律在公司治理中的作用主要体现为:

1. 确定公司治理的基本结构

我国《公司法》将公司机构确定为股东会(权力机关)、董事会(执行决策机关)、监事会(监督机关)和经理(经营管理机关),并规定了各自的职权和责任;而有些国家的公司法中只有股东会和董事会的规定,没有监事会和经理的规定^①;还有些国家公司法中有股东会、监事会和董事会(理事会)的规定,但很少对经理作出规定^②。各国通过公司法规定的公司结构并不相同,反映出各国对公司治理结构的不同认识。法律规定公司结构简单的国家往往授予公司更多的选择权和自我决策权,公司可以通过章程和其他法律认可的方式自行规定自己认为有效的治理方法和模式,例如美国在发挥董事会作用方面就有着十分成功的经验,不仅有成功的独立董事实践,而且通过成立各种专门委员会辅佐董事会的工作也取得了令人瞩目的效果;法律规定公司结构复杂的国家往往会限制公司的自主性和决策权,例如我国的《公司法》虽经过了2005年的修订,但对公司治理权的限制仍显得过多。

2. 为各种公司关系定位

公司中有各种需要法律调整和确认的关系,例如股东与公司的关系、公司内部机构之间的关系、公司与雇员之间的关系、所有权与经营权之间的关系、公司的债务债权关系、公司与政府有关机构之间的关系等。各国都有许多调整公司关系或与公司有关的关系的法律,如公司法、证券法、破产法、劳动法、担保法、税法、合同法、竞争法等。通过这些法律使各种公司关系得以确认和处理。如果相关的法律缺位或者法律规定不完善,有关公司关系将难以确定和处理。

3. 确定公司的责任和义务

公司作为独立法人有自己的财产并承担法律责任和义务。公司的义务存在于成立、经营、变更、终止等各个阶段,并分为公司责任和公司代理人责任两个类别。公司责任是法律规定由其代理人或雇员的行为引起的而由公司承担的责任;公司代理人的责任是该代理人违反作为公司代理人应承担的法定义务而承担的责任。如果没有法律的规定,公司责任和公司代理人的责任都是不明确的。当然,公司可以通过合同的方式确定其与代理人的关系,但合同对第三者是没有约束力的,而且第三者也不可以用公司与其代

① 主要是英美法系国家。

② 如德国、日本等国家。

理人的合同追究公司的或公司代理人的责任。目前我国公司的法人制度比较明确,公司的权利、义务、责任等都有相应的法律加以规范和调整,但是公司代理人制度尚不明确,没有相应的法律加以明确规范和调整。一般认为公司代理需要特殊对待,很难用一般的代理规则加以调整。^①此外,公司代理人制度中分董事代理、经理代理、雇员代理等不同的代理制度,其中还涉及是代理股东还是代理公司的一些问题。同为公司代理的董事和经理代理权不同。董事是股东选任的,经理是董事会聘任的,但代理权和代理关系的确认还需要法律的规定。另外,在公司中是否存在信托向下的责任义务关系,也是一个存在争论的问题,法律尚未给出一个明确的答案^②。

4. 通过法律规定和认可与经济学有关公司治理的研究成果

许多经济学者在公司治理问题研究中提到了“代理”、“契约”等公司关系。这些关系在经济学者看来是天然存在的关系,是对公司实际状况的理解和总结。但是,如果公司中的“代理”和“契约”等关系只是一种理解或认识的话,并不能带来一种稳定的公司秩序。只有将经济学的认识上升为法律规范,才能形成公司治理制度和秩序。制订公司法不能仅仅根据国情和国际经验,否则会使公司法缺乏长久的生命力。有关公司研究的经济学理论应当成为订立公司法的基础。将经济学研究与立法结合起来有利于形成科学、有效的经济法律体系。

二、我国《公司法》的缺陷与修订

我国于1993年底制定的《公司法》是新中国成立后的第一部公司法。该法的出台几乎与党和政府提出的建立现代企业制度的改革主张同步,因此为我国企业建立以公司制为主体的现代企业制度提供了法律支持。《公司法》实施初期,我国开展了大量的宣传工作,希望《公司法》能够深入人心并被改制后的企业所接受和遵守。在《公司法》的规范下,我国建立起统一的公司注册登记制度,大量的国有企业和非国有企业转制或注册为公司。可以说《公司法》对我国建立现代企业制度功不可没。

^① 例如,南京大学的范健在《公司经理权法律问题比较研究》一文中就认为:“经理权即为代理权。然而商法上的代理权是一种特殊的代理权,它以民法上的代理权为基础,但又有自己的特殊性质。”

^② 2005年修订《公司法》第148条规定,“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务”。但是无法判定上述义务属于何种类型。