



“民商法律师实务”丛书 8

公司法 破产法 律师实务

(第2辑)

GONGSIFA POCHANFA LVSHISHIWU

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- ▶ 公司治理
- ▶ 股东及股权
- ▶ 董事责任
- ▶ 破产清算



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



“民商法律师实务”丛书 8

公司法 破产法律师实务

GONGSIFA POCHANFA LVSHISHIWU

(第2辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法破产法律师实务. 第2辑/ 中华全国律师协会
民事专业委员会编. —北京: 法律出版社, 2007. 9
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7643 - 7

I. 公… II. 中… III. ①公司法—研究—中国
②破产法—研究—中国 IV. D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 131399 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张 戢

装帧设计/汪奇峰

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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/14.75 字数/447千

版本/2007年9月第1版

印次/2007年9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 978 - 7 - 5036 - 7643 - 7

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



“民商法律师实务”丛书

- 1 民事律师实务**
书号：7-5036-6480-0
定价：38.00元
- 2 房地产建筑律师实务**
书号：7-5036-6481-9
定价：48.00元
- 3 公司法律师实务**
书号：7-5036-6479-7
定价：35.00元
- 4 知识产权法律服务与律师实务**
书号：978-7-5036-5804-4
定价：39.00元
- 5 工程合同实务问答**
书号：978-7-5036-7002-2
定价：38.00元
- 6 民事律师实务（第2辑）**
书号：978-7-5036-7654-3
定价：45.00元
- 7 房地产建筑律师实务（第2辑）**
书号：978-7-5036-7670-3
定价：45.00元
- 8 公司法破产法律师实务（第2辑）**
书号：978-7-5036-7643-7
定价：29.00元
- 9 婚姻家庭法律师实务**
书号：978-7-5036-7669-7
定价：25.00元

公司法破产法办案常用书目

- 中华人民共和国公司法释义
书号：978-7-5036-5966-9
定价：28.00元
- 新编公司法小全书
书号：978-7-5036-6053-5
定价：38.00元
- 公司纠纷处理依据小全书
书号：978-7-5036-7024-4
定价：28.00元
- 公司法新型疑难案例判解
书号：978-7-5036-6108-2
定价：45.00元
- 中华人民共和国企业破产法释义
书号：978-7-5036-6820-3
定价：28.00元
- 新编破产法小全书
书号：978-7-5036-6734-3
定价：35.00元
- 破产程序运作实务
书号：978-7-5036-7034-3
定价：78.00元
- 新编商事法小全书
书号：978-7-5036-6050-4
定价：39.00元
- 新编商事司法解释小全书
书号：978-7-5036-6881-4
定价：56.00元

邮购电话：010-63939792 010-63939779

迎来民商事律师业务研究百花齐放的春天

(代序)

中华全国律师协会民事专业委员会(下称民委会)动员自己的委员和全国广大律师注重民商事专业业务研究,结合实务,及时从法学理论和法律服务实践相结合的高度总结经验,以此与同行作交流的局面已经初步形成。继2006年民委会在沈阳召开的第八届中国民商法实务论坛收到250多篇论文之后,2007年在新疆乌鲁木齐市召开的第九届中国民商法实务论坛截至7月15日已收到论文300多篇,不仅数量增加,而且论文质量也比2006年有所提高。此外,律师的业务研讨极具时代感,体现着与时俱进的精神,这在2007年论坛论文集的编排上也有了充分体现。2006年,顺应《物权法》的制定与通过,在论坛论文编排时单独设立了“物权法篇”。而随着《侵权责任法》的制定提上日程,在2007年论文集的编排上也随之将“侵权法篇”单独设立。2007年6月1日,《企业破产法》开始施行,很多律师对于企业破产中的管理人制度、企业破产程序、律师工作实务等问题都提出了自己的见解,相信这些见解与研讨能够为《企业破产法》的实施提供更好的理论与操作平台。虽然2007年的民委会年会和民商法实务论坛在美丽的秋天召开,但可以说我们已经迎来了民商事律师业务研究百花齐放的春天。

全国律协民委会2007年实施了大论坛和小论坛相结合的方法,所谓大论坛指每年召开一次的中国民商法实务论坛,小论坛则是根据民商事专业业务研究的客观需求而组织的民商事具体业务的专题论坛,两者结合展现了更有实效、更加深入的民商事业务的研究。民委会于2007年4月15日、16日在北京举行了首届民商法婚姻家庭专题论坛;2007年5月22日、23日在浙江绍兴市举行了第二届建筑房地产法律服务专题会议,这二次民商事具体专业业务的小论坛已经搜集到委员和广大律

师的专业论文共70篇,这为2007年的民委会年会和第九届中国民商法实务论坛的顺利召开,奠定了深厚的基础。大论坛和小论坛互相结合的办法,开拓了律师专业业务研究的新渠道和新方法。

2007年5月23日在绍兴召开的民委会主任会议上,根据民委会业务研究更加深入,专业论文的搜集、筛选和编辑成书的工作量越来越大的实际情况,决定聘任庞标委员担任副秘书长,专门负责此项工作。担此重任后,庞标委员在王小咪副秘书长的配合下,夜以继日、呕心沥血,经不懈努力,我们才有了今天得以阅览和交流的、被编为“民商法律师实务”丛书第6至9册的《民事律师实务(第2辑)》、《房地产建筑律师实务(第2辑)》、《公司法破产法律师实务(第2辑)》、《婚姻家庭法律师实务》共四册正式出版的论文集。

由法律出版社出版“民商法律师实务”丛书是加强民委会专业业务研究并对全国广大律师的民商事业务进行指导的一项重要工作,在此,我谨对法律出版社为编辑出版该丛书提供的方便致以衷心的感谢。自2006年以来,从民委会编辑该丛书的第1册至第5册的发行效果来看,不仅印数逐渐增加,销售情况也越来越好,许多迫切需要得到业务指导的律师对该丛书都给予了较高的评价。

2007年民委会收到的众多论文是民委会的委员和广大律师共同努力的结晶,充分反映了中国律师关心法治、关注执法的实务操作的主流方向,也体现了广大律师不断钻研、积极进取、不断提高实务能力的使命感和责任心。我谨代表全国律协民委会表示深深的敬意和诚挚的感谢!有民委会全体委员和广大律师的努力和支持,律师民商事业务研究百花齐放的春天一定会更灿烂、更美好!

中华全国律师协会民事专业委员会主任 朱树英

目 录

第一章 公司治理

- | | | | |
|----|-------------------------------------|-----|-----|
| 1 | 完善公司治理的新思路:独立司法监理制度 | 程守太 | 熊永文 |
| 18 | 以案评析新《公司法》第二十条存在的不足 | | 丁少飞 |
| 24 | 公司设立中、成立前相关纠纷与救济
——兼谈新《公司法》可诉性不足 | | 李淮明 |
| 30 | 公司僵局的化解 | 李松峰 | 黄超 |
| 36 | 公司对外担保的效力问题探究
——新《公司法》第16条解读 | | 刘学信 |
| 45 | 论对一人有限责任公司的监督管理 | | 孟山 |
| 49 | 论有限责任公司僵局的打破 | | 潘公明 |
| 54 | 公司治理与法律实务 | | 苏雯 |
| 60 | 公司僵局的成因及解决的方法
——兼论律师的作用 | | 孙长民 |
| 67 | 关于完善我国《公司法》中有关竞业禁止制度的立法
思考 | 孙建国 | 杨斌 |
| 75 | 从一起股东权纠纷案谈瑕疵股东(大)会、董事会
决议效力 | | 孙雪飞 |

第二章 股东及股权

- | | | | |
|----|-------------------|-----|----|
| 80 | 彰显章程自治功能,避免股权继承纠纷 | 徐永前 | 李珍 |
|----|-------------------|-----|----|

90	公司股权激励计划规范设计的探讨	陈莉萍
97	建立符合我国国情的上市公司员工持股制度	房立棠
102	我国新《公司法》实施后企业改制的律师实务	关国正
110	外资并购中外方逾期支付转让款的法律后果研究	刘 雯 邹明春
118	论破产管理人的权利和义务	施 宏
122	有限责任公司小股东退出制度探析	万 波
130	企业改制重组中资产剥离的操作实务	王凌文
138	公司章程修订过程中的小股东权益保护	吴正林
144	公司股权转让过程中财务风险的法律规制	辛春光
151	有限责任公司股东除名问题探讨 ——一起案例引发的思考	张洪潮
161	股东代表诉讼案件的诉讼管辖	赵继明
165	国有产权转让中为转让方提供法律服务探析	朱现领
172	股东交付出资的法理分析 ——兼论公司吸收合并行为的完成与认定	贾立农

第三章 董事责任

178	论公司董事的勤勉义务与法律责任 ——《公司法》第148条的补充与完善	马新波 梁海峰
187	董事自我交易行为的法律规制	钱 智
199	公司董事勤勉义务与法律责任的理论与实践	杨会余
204	论独立董事制	邹 欣
210	论独立董事与监事会在上市公司监督机制中职能的 重叠与冲突	康 莹

第四章 破产清算

221	论破产重整制度及其性质	陈 浩
225	新破产法“债务人财产”制度规定以及与原破产法 (试行)“破产财产”规定的区别	房 华
230	论新破产法中的管理人任职资格	高雪寒
234	律师担任破产管理人的执业要点及风险防范	关国正
242	我国公司解散清算与破产清算律师实务	关国正
249	新破产法中的管理人制度	韩丽红 刘 畅
253	新破产法中重整制度的特点和意义	韩丽红 刘 畅
257	破产管理人选任资格与破产法目标关系浅论	何 英 张淑云
261	共益债务解析	李凤芝
264	破产抵销权的认定和实施	李晓蕾 崔 勇
269	破产撤销权与无效行为制度	李晓蕾 崔 勇
274	破产案件中职工债权的范围及计算方式	李宗胜
278	职工债权之外的社会保险费用确定	李宗胜
283	新破产法中的别除权制度	梁新春
288	破产和解制度与重整制度比较研究	刘树国 张淑云
294	论破产清算管理人制度	曲柏杰
300	破产管理人制度研究	曲 波 孙宗杰
305	论破产法中管理人的选任	尚 贤
313	新《企业破产法》中法律责任制度改进之我见	孙雪飞
318	破产重整与和解中的法律实务	童 靖
326	律师担任破产管理人应注意的问题	王春刚
331	破产管理人的律师实务	王 峰
341	对破产法重整制度和管理人制度的思考	王志业 李 燕

348	关于共益债务范围的几点看法	吴 凡
352	律师事务所担任破产管理人的内部管理机制	徐双泉
356	律师担任破产管理人执业要点与风险防范	尹秀超
363	重整制度论	于振森
368	破产和解的现实意义与完善	张洪潮
375	新破产法中关于担保债权与劳动债权的清偿顺序	张慧昕
379	论我国破产管理人的法律地位	张 俊
383	别除权的范围、限制及保护	张中奉
386	强制清算中的债权利益保护研究	郑学重 林竹静

附录

392	中华人民共和国公司法
430	最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(一)
431	中华人民共和国企业破产法
455	最高人民法院关于《中华人民共和国企业破产法》施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定
458	最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定

第一章 公司治理

完善公司治理的新思路： 独立司法监理制度

程守太 熊永文*

引子：

在这次《公司法》修改讨论中，健全公司治理结构是争议的重点，要求增加有关独立董事和独立监事、加大对公司的监督、提高信息公开透明度等方面内容的呼声都很高。但从我国实施独立董事、独立监事等公司治理制度中出现的_{问题}来看，现有的公司治理结构体系还不足以达到立法目的，应当探索建立具有中国特色的公司法人治理结构，笔者提出一种新的制度构建——独立司法监理制度。

本文提出：

1. 公司治理应当借助市场中介组织的力量，用市场的机制制衡。
2. 具有中国特色的市场制衡机制应该借助律师事务所这样一个独立的和能够发挥制衡职能的机构去执行，即独立司法监理机构。
3. 独立司法监理是结合外部独立董事、外部独立监事、外部常年法律顾问等外部制衡机制的基础上引入的制度，并形成相应的独立司法监理制度。
4. 目前，公司应当适当和合理公开的经营信息比较分散，且难

* 泰和泰律师事务所

以取得,有必要将必须公开的信息集中在某个机构,或者使该机构有权力直接取得上述分散在各处的信息,以此维护企业诚信,解决公司信息不透明问题。

5. 独立司法监理机制是对公司内部消极干预的外部制衡机制,因此不同于其他任何公司治理机制。

6. 独立司法监理机制对我国国有企业改制后的公司治理、一人公司监管、上市公司治理、投资者权益保护等方面均具有较大的理论价值。

一、独立司法监理制度的概念

独立司法监理制度是指独立于公司,依照法定或者约定代表社会公共利益和公司整体利益的独立司法监理机构(即律师事务所)对监理公司实行监理的制度。该独立司法监理机构与监理公司没有任何可能严重影响其做出独立客观监理的交易或者关系,具有独立意志。

二、独立司法监理的法律特征

1. 有法律责任后果的独立性

独立司法监理的首要特征是独立性,主要表现在五个方面:(1)法律地位的独立。独立司法监理是经过股东会议选举产生或者经过司法行政部门招投标程序产生,代表公司整体利益和社会公共利益,对公司实施经营监理,并非由公司大股东推荐或者委派,也非公司的经营管理人员,享有对公司的独立监理权。(2)经济地位的独立。独立司法监理必须与公司没有重要的经济联系或者业务往来,自身利益不会与公司利益发生冲突。(3)人格的独立。即独立司法监理独立于公司的股东会、董事会、监事会以及经理层。(4)法律责任主体的独立。律师事务所必须结合其专业对监理公司实施经营监理,如果因故意或者重大过失造成公司或者第三人损失,律师事务所及其独立司法监理必须要依法承担过错赔偿责任,因此,必须保证其专业的独立操守。(5)意思表示的独立。基于上述特点,独立司法监理必须独立地表示其专业意思。

2. 有更加全面的专家性和法律的专业性

独立董事或者独立监事的来源往往是拥有与公司经营相关的经济、管理、法律、金融、工程或者人事管理等方面的专业知识的资深人士或者

其他在政府或者民间有一定影响力的人士。而笔者认为,由于受到专业的局限,独立董事或者独立监事都只能在其专业范围内发挥作用,这与公司治理结构需要全方位制衡的目的不相适应,而律师事务所作为独立司法监管机构,因其涉及公司的法律部门,如劳动人事、投资、财务管理等都比较健全,且律师事务所在处理诉讼和非诉讼过程中,在法律专业的基础上必须涉及社会、经济、管理、金融等各方面专业事务。因此,其有更加全面的专家性,可以比独立董事或者监事发挥更加全面的监理职能。

3. 有法律约束的客观公正性

独立司法监管机构凭借其复合的团队知识结构为公司的经营管理提供监理建议,因其独立性而衍生的客观公正性通过其监理意见书表达出来。其客观公正的监理意见是其履行监理职能的必要保证。如果独立司法监理工作因故意或者过失造成公司整体利益或者社会共同利益受损,依法可以追究其过错赔偿责任。因此,独立司法监管机构必须保证其监理的客观公正性。

4. 有代表社会公共利益和公司整体利益的公信性

独立司法监管机构代表社会公共利益和公司整体利益,即对企业经营管理提供的监理具有公信性。因为独立司法监管机构,即律师事务所本身代表了国家法律的实施,也代表了社会普遍公平,在社会上具有公信力。在监理中代表弱势群体的利益对公司经营提出独立公正的法律监理,在公司治理结构内部对大股东形成制衡作用,也能够得到社会弱势群体的信任。在信息不对称的情形下,代表社会提供消极信息披露,对于关联交易、信息欺诈、恶意隐瞒等行为形成外部制衡,从而也能够获取社会公共群体的信任。

5. 立足于权利和权力基础上的监理职能具有消极干预性

独立司法监管机构所具有的监理职能只能对公司形成消极干预,因为公司属于私权主体,公司行为也属于私权的行使,除了私权权利主体外的其他主体没有权利也没有义务去影响其处分和使用私权的行为,这表现在:在监理过程中,独立司法监管机构对公司经营行为不具有表决权,对公司违法行为不具有主动披露权。但公司虽然是私权主体,其本身具有营利性,这注定其必须对社会公共资源形成竞争,包括采取各种

违法的行为或者不公平的手段展开竞争,这必然导致公共利益和公司整体利益的受损,这就需要外部进行必要的干预。传统上讲,这属于国家的职能,但由于国家职能资源的不足和行使权力范围的限制,过大或过小的权力制衡都达不到对公司治理的制衡,必须借助市场经济中所形成的市场机制,特别是代表社会法律公信的律师事务所作为中介组织对公司形成制衡机制,这就需要作为独立司法监理机构的律师事务所具有一定的干预性。因此,立足于公司权利和国家法律权力的基础上的独立司法监理具有消极干预性。

6. 独立司法监理范围具有有限干预性

独立司法监理并不是对公司经营行为的全面干预,不影响公司作为私权主体应有的权利行使,不影响公司股东会决议、董事会决议、监事会决议的效力,不对公司的经营行为具有任何否决权利和表决权利,即独立司法监理在权力上具有有限性。

独立司法监理干预的范围具有有限性,如仅对公司经营行为中可能严重影响企业整体合法利益和侵犯公共利益的行为进行消极的干预,如公司中存在的关联交易和自我交易行为、重大涉诉行为、信息欺诈行为、修改公司章程行为、在职竞业禁止行为、财务报表合法性保证行为等。

从上述而知,独立司法监理不同于独立董事、独立监事、法律顾问等组织结构,它是市场经济中完善市场主体,特别是发挥中介组织作用的一种新的尝试,是我国在实行建筑监理后所进行的横向借鉴。

独立董事和独立监事的来源不能保证其具有比独立司法监理机构更加全面的专家性,也不能履行好从合法性方面行使保护中小股东利益的监督作用,他并不代表社会公共利益履行职责。由于独立董事和独立监事的来源基本上为个人,因此在发生责任之后往往无力承担。而独立司法监理机构能够代表更加全面的专家性,也能够从法律的角度对公司经营予以监督;其从法律和授权的角度出发行使职权,代表了社会公正和社会公共利益,从而也保护了弱势股东和中小股东的合法利益;在发生责任之后,其作为法人也依法具有承担能力。

法律顾问不具有法律和合同授权,甚至还不具有外部独立董事和独立监事那样的对公司经营的制衡权力,它对公司经营不具有干预性,从而无法对公司治理产生影响;它的作用仅在于保证公司整体经营的合法

性,而对于公司经营是否损害中小股东、是否信息欺诈、是否损害社会公共利益等并不发挥作用,在传统公司治理中,法律顾问连外部制衡机制都无法发挥作用。而独立司法监管机构所具有的有限干预性和消极干预性特点,在尊重公司私权的前提下,代表社会公共利益和公司整体的最大利益,进入到公司经营内部进行干预,且不影响公司经营,从而形成内外部相结合的有效的制衡机制,它不是单纯的内部制衡或者外部制衡。

三、实行独立司法监理制度的作用

1. 实现公司治理结构的充分平衡的需要

在公司治理内部结构中,受股东结构和董事、监事来源的影响,股东会、董事会和监事会无法真正发挥其相互制衡的作用。就在股东会内部也往往存在“一股独大”的现象造成中小股东权利无法平等体现的失衡。又如监事会方面,监事会作为公司必设且专事监督职能的机构,本来应当对公司经营者构成强有力的监督,但实际监督效果却很差,基本上处于虚设状态。这些都属于内部的失衡。而公司内部治理结构与公司外部治理往往又存在矛盾,公司与社会公共利益往往面临着公权和私权的冲突,如公司利用信息不公开,向社会发布虚假欺诈消息,获取不正当利益,利用不公平手段获取社会机会资源,采取违法行为侵犯社会公共利益等,都导致公司与社会之间的不平衡。

独立司法监管机构在行使独立司法监理职能过程中,代表着社会共同利益和公司失衡主体的利益,独立和公平地行使消极干预职能,对企业的违法行为或者不正当竞争行为进行有限干预,从而能够对企业的内部治理结构失衡和企业与社会之间的外部失衡形成制衡作用。

2. 保护弱势股东和利害关系人利益的需要

弱势股东不仅仅表现在中小股权的股东,其实也表现在“一股独大”的国有股权之中,因为管理经营国有企业的是形形色色的代理人,以行政授权为基础的国有企业代理人使国家对公司的控制表现为行政上的超强控制和产权上的超弱控制。国有股权在产权管理方面其实就是弱势股东,必须有市场机制对国有股权的代理人,如企业的实际经营者形成制衡,独立司法监理对经营者在经营过程中的关联交易和自我交易、在职竞业禁止义务、财务报表合法性保证等方面实行的监理,其结果

能够有效保护国有股权不受内部治理失衡的侵害。在代表中小股东利益时,独立司法监督有权对股东会中恶意侵犯中小股东权益的行为表明监督法律意见,监督法律意见的有限公开可以影响社会对公司形象的评价,从而消极干预公司的行为,有权代表中小股东行使质询权,从而从内部行使独立董事的监督权。

3. 保护公司整体利益的需要

公司整体利益是指从公司整体出发所存在的共同的最大利益。首先,这个利益要属于合法的利益,独立司法监督对严重违法的公司经营行为有独立表明监督法律意见的职能,从而监督公司违法性损害公司整体利益。其次,这个利益要不损害公司中小弱势股东的利益,独立司法监督对中小弱势股东的权利进行监督保护,从而维护了企业的整体利益。最后,这个利益要不损害社会公共利益,独立司法监督站在社会公共利益维护的角度,适当披露信息,对关联交易、财务报表合法性保证提供监督意见,从而让公司克制对社会的损害行为,达到维护公司整体利益的需要。

4. 维护公司诚信和解决公司信息不透明的需要

公司诚信是维系市场公平的最基础要求,公司不诚信最主要的是公司信息不对称,如虚假出资、抽逃出资行为,合同诈骗行为,虚假财务行为,故意扰乱市场行为,等等,市场上的相对主体不能获取有效信息从而做出错误判断,这是致使上述违反诚信的行为发生的主要原因。当前,表明公司诚信的、应当向社会公开的信息资料存在分散和不容获取的特点,如分散在工商、税务、银行、会计师事务所、律师事务所等行政或者中介组织之中,而公司自身在不诚信的情况下,也存在故意虚构信息或者社会上不能获取的现象。在这种情况下,有必要对企业应当向社会公开的必要信息集中在某个机构适当公开,或者使这个机构能够有权力查询上述分散在各处的信息,或者能够直接参与企业的管理,从而获取第一手信息。我们认为,只有律师事务所根据《律师法》作为独立司法监督机构的时候才能充当这个角色,在独立司法监督机构能够积极履行职能的情况下,社会的相对人能够方便、正确地评估交易风险,从而达到维护公司诚信的目的。