

关于中国公司治理改善
和公司法修改研究

终期报告

2004年12月



中伦金通律师事务所
Zhong Lun Law Firm

中伦金通律师事务所

Zhong Lun Law Firm

100022 中国北京朝阳建国路 118 号招商局中心 01 楼 13 层
12/F. China Merchants Tower, No.118 Jianguo Road, Chaoyang
District, Beijing 100022, P.R. of China
Tel:010-65681188, Fax:010-65681022

关于本报告

本报告系中伦金通律师事务所（下称“本所”）为完成国务院发展研究中心企业研究所（下称“企业研究所”）所委托“《中国公司治理改善和公司法修改》研究课题”（世界银行赠款号：TF No.052842）而编制。

自 2004 年 7 月 22 日承企业研究所委托以来，本所组织了本所资深律师，邀请了外部专家和学者共同参与，深入研究了《中华人民共和国公司法》（下称“《公司法》”）所存在的诸多问题，并在此基础上重点回答了企业研究所提出的 20 个问题。

本报告力求突出本所律师课题研究侧重于实务操作的特点，并较为系统地总结了本所律师、司法部门、行政监管机关以及本所部分客户在理解、适用和遵守《公司法》过程中的体会、经验、疑问、意见及建议，研究了境外公司法实践有关情况，听取了企业研究所更加有针对性的要求，结合了外部专家的指导意见，然后将有关问题纳入法理的理性思考，从而形成本报告的各个结论。

“《中国公司治理改善和公司法修改》研究课题”有关报告现均已完稿。本报告由总体报告、专题报告（内含八篇专题论文）和《中华人民共和国公司法》修改建议稿三部分组成。

在此请允许我代表本所感谢清华大学的何美欢老师，北京大学的甘培忠老师，华东政法大学的井涛老师，企业研究所的陈小洪所长，张文魁副所长以及企业研究所其他领导的指导和支持！另外，在本报告完成过程中，境内外的许多专家和学者、律师、司法部门和行政监管机关官员对本报告的工作均予以极大的关注和支持，在此一并致以深深的谢意！

此外，课题组全体律师和合伙人还要对本所未参加课题组的其他合伙人和律师致以谢意，因为他们为课题顺利完成提供有关实务操作信息和资料的同时，还分担了本该由课题组律师和合伙人承担的所内工作，因而他们对本报告的顺利完成也作出了重要的贡献。

中伦金通律师事务所

执行合伙人：刘凤良

二零零四年十二月

目 录

第一部分 总体报告.....	1-1
第二部分 专题报告.....	2-1
第一篇 体制转轨时期的公司法改革.....	2-1
第二篇 关于公司设立及资本制度的改革建议.....	2-16
第三篇 以《公司法》促进公司治理.....	2-65
第四篇 亟待规制的关联公司及其交易.....	2-144
第五篇 《公司法》需要完善的诉讼机制.....	2-154
第六篇 《公司法》中的股份制度改革.....	2-189
第七篇 《公司法》与国有公司、国有资产监管.....	2-222
第八篇 公司解散与清算制度.....	2-246
第三部分 《中华人民共和国公司法》修改建议稿.....	3-1

关于中国公司治理改善和公司法修改的研究

总 体 报 告

中伦金通律师事务所

二零零四年十二月

第一节 项目背景和概要

2004年7月22日，国务院发展研究中心企业研究所（“企业所”）与中伦金通律师事务所（“中伦金通”）签署协议，委托中伦金通就《中华人民共和国公司法》（简称“《公司法》”）修改所涉及的主要问题深入研究，并结合实务操作经验提出关于《公司法》修改的意见和建议。为此，企业所提出了希望中伦金通研究的20个课题。这20个问题涵盖了公司法所涉法人财产权、公司设立和资本制度、法人治理机制与结构、公司章程与内部规则、董事和经理的受信义务、上市标准和审批程序、国有独资公司的特有问题以及公司解散与清算等主要方面。

接受委托后，中伦金通按照标书的承诺和计划组织了本所律师并邀请了外部专家（名单附后），走访了包括最高人民法院、中国证监会、中国人民银行、国资委、国家工商行政管理局、国务院法制局和全国人大法工委等与公司法实施和修改密切相关的政府部门，并邀请专家学者召开《公司法》修改专题研讨会，对企业所委托的问题深入研究和讨论。为更好了解境外有关法律制度，本所还与美国、英国和日本的法律服务机构和其他单位座谈和沟通，从而对包括“揭开公司面纱”、“商业判断原则”和“授权资本制”等具体法律问题的境外实施经验和教训有了比较系统的了解。为力求研究结论反映经济社会的实际情况并反映其实际需求，中伦金通还就包括但不限于企业所委托的上述20个课题在内的《公司法》修改所涉主要法律问题，委托了东方企盾商务调查有限公司（简称“企盾公司”）向包括有限责任公司、股份有限公司、国有企业和联营公司等组织形式的企业3000余家发出调查问卷，共回收了804份，使本所能够在一手的实证基础上来研究所关注的问题并得出结论。

而中伦金通内部为此建立了“星期一例会制度”，即除专题会议外，本所相关律师每个星期一均要召集一次会议，对上一周的工作予以总结，并交流课题观点。为保证会议不流于形式，要求所有参加项目律师以本项目为主要工作，非特别原因不得缺席，并做好会前的准备工作。除例会外，本所还就项目专题问题召集所内非项目律师参加，对代表诉讼、清算制度和国有资产保护等具体问题听取其他专业人士的意见。何美欢教授和井涛副教授，还就整个项目的总体思路和法学理论性较强的问题给予总体指导和协调。井涛副教授还承担了具体课题。甘培忠副教授对本项目公司清算等专题予以指导。本项目还得到了日本一桥大学布井千博教授的帮助。

所内专设信息库，收集了国内外公司法专著、典型判例、国内关于《公司法》修改的论文、国务院法制局对《公司法》修改的建议文稿以及北京律师协会、王保树等专家学者起草的《公司法》修改建议稿以及上海、江苏和北京等省、市高级人民法院关于如何执行《公司法》内部意见¹等信息资料。这些丰富的信息资

¹ 如《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见》，具体规定了股权纠纷、股东责任（包括法人格否认）、股东追究控股股东和董事民事责任以及股权确认和转让等具体问题。《江苏省高

料，不仅对完成企业所委托的工作，而且对中伦金通在完成本项目后继续研究公司法和对中国公司法完善不断提出卓有成效的意见和建议，均大有裨益。

《中华人民共和国公司法》自 1994 年 7 月 1 日开始实施。据不完全统计，截至 2003 年底，中国新建企业的 90%以上是股份制企业（股份公司或有限责任公司为主），国有企业 90%以上已完成公司化改革，截至 2004 年 11 月底上市公司也已达 1,287 家。与此同时，《公司法》所确立的现代企业法人治理结构和机制，不仅在公司制的企业中得到实践，其成功的经验也引入了包括国有、集体所有和其他所有制形式的非公司制企业（如按照《中华人民共和国全民所有制工业企业法》、《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》、《中华人民共和国乡镇企业法》和外商投资企业法律制度等法律法规建立的其他类型的法人企业），并对这些企业的发展和规范化运作起到了积极的引导和推动作用。《公司法》，这部产生于中国由计划经济体制向社会主义市场经济体制转轨时期的法律制度，体现了当时的政治、经济和社会的要求，具有转型经济法律制度的特征，对中国经济体制改革和经济发展的促进和推动作用是其显著的，其对中国经济发展的积极贡献，功不可没。

但是，随着社会主义市场经济体制确立和市场经济的不断发展，《公司法》的缺陷和不足也日益暴露出来——立法理念落后，立法技术简单，很多法条因缺乏程序性规范而不具有操作性，市场主体的法律地位不平等，监督机制难以发挥作用，有效的激励机制又无法建立，法人治理的法定要求（包括监管机关的政策掌握）格式化和过于机械，对股东、债权人和经理人权益的保护不到位等等。显然，仅凭《公司法》现有的法律规范，无法造就一个高效和安全、公平和竞争的法治经济环境，而作为市场经济主体企业形态的公司，更是无法培育使公司可持续发展的竞争力。

据了解，立法机关已经着手检讨公司法律制度的缺陷，将《公司法》修改工作列入议事日程。而实际上，修改《公司法》已不仅仅是立法、法学和司法领域所关注的事项，包括公司在内的企业也对《公司法》修改表示出了极大的热情并寄予很高的期望。据本所委托东方企盾商务调查有限公司调查显示，一些企业除对问卷所列问题积极回答外，还对《公司法》如何修改专门提出书面意见和建议送交企盾公司。可见，企业所确定的《公司法》修改课题，具有其现实的基础和意义。

为更好地把握和说明问题，中伦金通将企业所委托的 20 个问题概括为八个专项的课题，概要如下：

1、《体制转轨时期的公司法修改》。此部分实则是起到统领全文的作用，主要内容将包括公司法改革的基本理念（如中小企业的制度倾斜、效率与安全、信

级人民法院关于审理使用公司法案件若干问题的意见（试行）》（2003 年 6 月 3 日）江苏省高级人民法院审判委员会第 21 次会议通过）。《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》（2004 年 2 月 9 日北京市高级人民法院审判委员会第 116 次会议通过）。

息技术在公司法中的反映等)、公司法规范的范围(哪些是公司法调整的,哪些是其他部门法调整的,哪些是公司法法典调整的等)、公司法立法技术改革(改变目前这种落后和随意的立法工作作风和方式,让社会参与立法)等对全文的提纲挈领。另外,法人财产权内容也将在此部分得到反映。(课题 C)

2、《公司设立及资本制度的改革建议》。主要包括公司设立过程中所涉股东权利和义务、出资、授权资本制、验资、控股公司以及行政审批和一人公司等内容。(课题 D、E、G、H)

3、《以<公司法>促进法人治理》。主要包括公司股东(大)会、董事会、经理权责利分配、董事受信义务、投票制度、关联交易等与公司法人治理直接有关的事项。(课题 I、J、K、L、M、N、O)

4、《亟待规制的关联公司及其交易》。通过对关联公司的分析提出《公司法》修改建议,从而进一步规制规范化的关联交易。其中也涉及了《公司法》第十二条取消后集团公司的有关内容。(课题 P)

5、《公司法需完善的诉讼机制》。主要包括代表诉讼以及揭开公司法人面纱等内容。(课题 F、Q)

6、《<公司法>中的股份制度改革》。包括公司为实现融资、改善公司财务结构等目的增发股份或者增资、股份购回等具体事项。(课题 P、S)

7、《<公司法>与国有公司、国有资产监管》。主要包括国有资产管理部門的地位和职责,国有独资公司的立法改革等事项。(课题 A、B)

8、《公司解散与清算制度》。主要包括企业解散等内容。鉴于破产制度在我国已经有《中华人民共和国破产法》规范,本报告中对破产制度的研讨不作为重点,而将作为公司法主要章节的“公司解散与清算制度”作为研讨的重点。

自二十世纪九十年代末,主要发达国家对本国公司法已不再满足于修修补补,而是从立法理念和基本原则反思。美国、日本、英国、法国和澳大利等发达国家的公司法改革均在积极推进。日本自九十年代末经济陷入低迷后,即着手检讨和解决制度上的缺陷,分别在 2000 年、2001 年和 2003 年度连续修改本国的公司法。2002 年度,美国“安然案”和“环球电信案”,促使美国颁布了《美国 2002 年萨班斯·奥克斯利法案》。表面上看,此法案是针对会计制度而来,实则对美国公司法的一些制度予以改进。各国公司法改革,绝非是偶然现象或者是巧合,在改革的背后,我们看到的则是各国的经济发展、包括 IT 在内的新技术突飞猛进的进步以及公司法既有规范的局限性。中国《公司法》应当在什么理念的指导下、采用何种立法技术以及作出哪些法律规范等对我国公司法进行改革,这是本报告需要回答的问题。但我们不得不承认,由于中国经济仍然处于转型时期,中国《公司法》修改应当起到承上启下的作用,也正因为如此,中国《公司

法》的修改工作更加复杂和困难。对此，无论立法者还是理论界均应予以充分估计。

第二节 《公司法》修改总体建议

《公司法》修改是一个系统工程，应当在既定理念和方法论的前提下开展和完成有关工作。没有明确的理念，就不可能有正确的目标和科学的修改意见和建议。自1994年7月1日《公司法》实施以来，《公司法》曾作过两次修改，一次是1999年12月25日对《公司法》第二百二十九条修改，增加了关于属于高新技术企业的股份有限公司，发起人以工业产权和非专利技术作价出资的金额占公司注册资本的比例，公司发行新股、申请上市的条件，由国务院另行规定的规定；第二次修改是2004年8月删除了第一百三十一条第二款关于以超过票面金额为股票发行价格，须经国务院证券管理部门批准的规定。这两次修改仅限于个别技术层面，完全没有触及《公司法》根本性的问题。比照发达国家立法，无庸讳言，中国《公司法》不是先进的，因此，《公司法》的再修改务必定位为公司法改革，要探究中国《公司法》深层次的问题，对《公司法》作出全面和系统的修订。只有这样，才能克服《公司法》偏重于对公司的行政管理和缺乏对违法行为追究系统法律责任的缺陷，才能体现出为中国现代企业提供充分的制度资源并鼓励公司企业合理发展的宗旨，才能为提升中国企业的竞争力并从而为中国经济的健康发展提供法律制度上的保障。修改中国《公司法》，必须做好以下三个方面的工作：（一）贯彻全新的公司法理念；（二）具体而更具可操作性的修改内容；（三）注重实效的修改方法。以下分述之：

（一）关于《公司法》修改理念

1、以推动公司效率化运作和提高整体竞争力为目标。尽管《公司法》第一条明确规定，公司法旨在促进社会主义市场经济发展，但《公司法》的具体条文并未充分体现这一宗旨。由于《公司法》制定时期，适逢市场经济体制在中国刚刚确立，整顿和清理市场主体仍然作为政府整顿市场经济秩序的主要任务之一，因此，《公司法》处处以“防弊”为基调也在所难免。在市场经济已经有所发展，尤其是中国加入WTO即加入世界经济的今天，《公司法》应当转换立法理念为“兴利”。

2、与国际惯例接轨，打造先进的公司法律制度。尤其在中国加入WTO以后，中国经济和法律制度应使用国际通行的语言与世界经济对话。因此，那种凡是以所谓“中国特色”实则是回避国际先进立法和司法实践经验的做法实不足取。中国此次公司法修改，要有高定位和高标准，要认真检讨中国公司法律制度的种种缺陷，为中国经济的发展奠定制度基础。

3、为小公司发展创造环境，做到小公司和大公司、上市公司和非上市公司立法有别。一个基本的事实，市场主体从数量、资产占有总量以及劳动就业人数

等，以小公司为主；上市公司与非上市公司相比较是以非上市公司为主。但如前文所述，《公司法》并未区分公司上市与否的类别，也没有考虑到公司规模的不同在公司治理和营业等方面的特殊性，而是简单地规定了划一标准，不仅增加了公司运作成本，甚至出现了荒唐的后果。对不同种类的公司作出不同的法律规范，有利于为小公司的发展提供更加合适的法律环境，有利于监管机关对大公司 and 上市公司的监管，也有利于公司营业。

4、国有经济和其他经济类型的企业作为市场主体其法律地位平等。市场主体平等是市场经济的特征，更是市场经济得以发展的主要保证。随市场经济制度在中国得到确立和社会主义市场经济的初步形成，公平竞争对市场主体法律地位平等的要求日益强烈。修改《公司法》，应当取消或者修改有关主体不平等的规定。

5、改革公司资本制度，以推动公司资本形成为核心。重新确定出资形式，重视非货币资本生产要素（如智力成果、知识和经验）对现代企业发展的至关重要作用。中国《公司法》此次修改要体现科学技术的地位，要与《中华人民共和国技术促进法》衔接起来，要为促进公司引进、留住技术人才创造制度上的条件和基础。将出资形式仅仅定义在货币、实物、工业产权、非专利技术、土地使用权，²过于狭窄。除公司法所列前述资产形式外，债权、短期和长期投资、应收票据、已经提供的劳务（如技术服务）等也应当作为出资方式予以规范。

6、具有可操作性的公司治理及安全、效率和效益的统一。中国公司治理存在问题的根源何在，这是研究中国公司治理的首要问题。采取综合性的方法论研究和解决公司治理所存在的问题无疑是必要的。仅从法律制度层面来看，公司控股股东无视其他股东的权利、董事滥用管理职权以及经理层的不尽责等，除《公司法》所设定法律规范不够系统以及在许多环节缺乏操作性外，民事诉讼法不支持派生诉讼、³刑法对于严重违反受信义务的犯罪界定过于狭窄⁴等也是重要的原因。

7、公司自治原则下的政府管制及科学处理事先管制与事后监控的关系。《公司法》修改的目标是既要保障公司自治权在公司内部的合理分配，又要引导公司根据自身的股权结构特征和实际需要不断发展和完善自治规则，以保障公司自治权的顺利实现。

² 参考《公司法》第二十四条。

³ 参考《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定，原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。

⁴ 参考《中华人民共和国刑法》第二百七十二条规定，公司的工作人员利用职务上的便利挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人使用，数额较大，超过三个月未还，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者挪用未还的，三年以上十年以下有期徒刑。根据最高人民法院的有关司法解释，董事如果利用职务上的便利，挪用本单位的资金归本人或者其他自然人使用，或者挪用人将所挪用的资金以个人名义借贷给其他自然人的，构成挪用资金罪。挪用资金给私人公司、私人企业，也视同归个人使用。按此规定，如果将资金挪给国有的人股东，刑法并未将此类行为规制为犯罪，这显然是法律规范的漏洞。

8、为公司方便融资、调配资金和资产重组奠定《公司法》基础。《公司法》应当从公司设立、资本制度、公司形式、股份增发条件和方式等角度为公司融资创造宽松的环境，如实行授权资本制、股份公司发行新股无需三年连续盈利的业绩要求、简易分立或者合并程序等。

（二）关于《公司法》修改的主要内容

在明确以上基本原则和理念的前提下确定的《公司法》修改内容，概括如下：

1、明确法人财产权。

2、理顺公司设立及资本制度。主要包括公司设立过程中所涉股东权利和义务、出资、授权资本制、验资、控股公司以及行政审批和一人公司等内容。

3、改革公司法人治理。主要包括公司股东（大）会、董事会、经理权责利分配、董事受信义务、投票制度、关联交易等与公司法人治理直接有关的事项。

4、规范关联公司及其交易。

5、公司法诉讼机制——代表诉讼以及揭开公司法人面纱制度。

6、公司股份制度改革。包括公司为实现融资、改善公司财务结构等目的增发股份或者增资、股份购回等具体事项。

7、国有公司、国有资产监管特别事项。主要包括国有资产管理地位的地位和职责，国有独资公司的立法改革等事项。

8、公司解散与清算制度。主要包括公司解散及其清算等内容。

有关具体意见和建议，详见报告具体章节。

（三）关于《公司法》修改方法

除通常所强调的实证、比较法等学术方法应当在《公司法》修改法案起草过程中继续强调外，本报告尤其要强调引入司法和律师等单位或者机构参与《公司法》修改法案的起草工作。这主要是针对多年形成的由行政机关起草法案的做法而提出的建议。中国修改《公司法》，一定要避开行政机关之间权利（力）分配与再分配的纠葛。

第三节 滚动式的修改计划

公司法在现代经济社会里能够发挥的主要作用包括：保护公司自身合法权益、保护股东的合法权益、保护债权人的利益和维护社会交易安全 and 经济秩序的稳定。⁵中国随市场经济的不断发展，《公司法》所发挥的作用也必将有着更加丰富的内涵。因此，从法理学的基本理论出发，《公司法》不仅需要修改，而且其修改也一定不是一蹴而就的。

法律属于上层建筑的范畴；法律必须及时反映经济基础的客观要求。及时解放生产力是中国社会主义制度的先进性之所在。近几年来，无论是大陆法系还是英美法系国家，对本国的公司法修改幅度之大和修改内容之广是过往不曾有过的。这反映了世界经济飞速发展对公司法改革的需求。中国经济连续数年7%—8%的增长率的大环境与中国公司融资形式单一、困难以及法人治理落后的矛盾昭示着这样一个基本事实：1993年底公布的《公司法》必须修改，只有修改才能解放生产力，才能适应中国经济高速发展的需求，才能让中国经济获得更大的发展。

但《公司法》修改如何才能符合中国实际情况，这既无外国经验可以照抄，也无历史经验可资借鉴。对于一些在发达国家已经成熟适用的法律制度，如揭开公司面纱，中国是否可以引进，但如果不引进中国公司法又将如何规制法人人格滥用的行为等等。《公司法》所面临的修改问题何其多也！因此，在中国现实的政治、经济和法律环境之下期望短时期内将《公司法》修改得一步到位是不现实的，对《公司法》修改也必将是一个长期和不间断的过程，这一方面是因为中国经济仍处于转型时期，有诸多经济事物需要探索、调整和定性，另一方面由于中国公司法理论研究毕竟历史较短，研究方法过于简单，法学理论研究水平有限，而公司法实践所提出问题还过于零乱，司法审判实践的积极探索可资立法借鉴的经验还不够充分和丰富。此外，还有一个非常重要的因素，由于立法机制和有关当局公司法律意识的原因，公司法修改工作的重要性还未提升到应有的高度，对一些协调难度较大或者需要权力机关决策的问题采取应付和回避态度在一些部门仍然存在——这是中国公司法修改工作的不得不正视的现实。

《公司法》同样也是中国法治经济的一个组成部分，其改革也一定受制于其他法律部门的发展水平。这会进一步使《公司法》修改工作面临现有体制中的问题。

因此，《公司法》修改过程应当是一个滚动的发展过程。中国应当制定这样的长远计划，要明确在未来5年内中国的立法机关着力解决中国公司法的哪些问题。

⁵ 赵旭东：《公司法学》，高等教育出版社，2003年8月第1版，第39页至第40页。

第四节 结论

社会主义市场经济制度在中国已经确立的今天，诞生于转型经济时期的《公司法》，已经无法适应中国经济现阶段发展的需求，一方面体现为《公司法》的一些条款因其落后无法对公司发展起到积极的规范和促进作用，另一方面体现为公司对法律的需求无法得到规范。

中伦金通认为，《公司法》修改工作应当树立紧扣时代要求的理念，针对中国公司法各种不足予以修改。

项 目 成 员

刘凤良	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 合伙人
何美欢	项目组专家	清华大学法学院 教授
甘培忠	项目组专家	北京大学法学院 副教授
井涛	项目组专家	华东政法大学 副教授
刘育琳	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 合伙人
李迁	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 合伙人
刘驰	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 合伙人
崔丽	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 合伙人
王家路	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 合伙人
许云鹤	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 合伙人
李海青	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
陈明	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
李磐	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
李杰利	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
梁敏杰	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
周标雯	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
王新锐	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
周斌	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
张朝晖	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
潘思元	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
宋晓明	项目组专业人员	中伦金通律师事务所 律师
商玉红	项目组秘书	中伦金通律师事务所
万秋琴	项目组秘书	中伦金通律师事务所

关于中国公司治理改善和公司法修改的研究

专 题 报 告

中伦金通律师事务所

二零零四年十二月

