

现代企业法律制度研究丛书

主编 / 安宗林

XIANDAIQIYE FALUZHIDUYANJIU CONGSHU

# 公司治理 法律问题研究

赵志钢 / 著

中国检察出版社

# 公司治理

## 法律问题研究

本书以公司治理为核心,以公司治理目标的实现为着力点,以公司治理的结构性主体——股东会、董事和董事会、监事和监事会、个体股东和债权人为顺序,通过理论分析、学说评判、国内外立法比较,结合作者自己的思考,探讨每一主体在公司治理活动中的功能定位、运作模式、拥有的权力、享有的权利、负担的义务、承担的责任,试图从法律制度层面设计诸主体之间治理活动良性互动的架构和机制,以便改善公司治理活动的效果,提高公司运营的效率。全书共分为八章:第一章概论;第二章公司治理的基本理论问题;第三章股东会;第四章董事和董事会;第五章董事的权力、权利、义务和责任;第六章监事和监事会;第七章股东个体和利害关系者与公司治理;第八章股东财产利益取得机制。本书不乏制度改良和创新思想,体现理论与实际相结合,可以作为公司治理相关学术研究时的参考,亦可作为公司治理运作实务中的借鉴。

ISBN 7-80185-466-7



9 787801 854667 >

ISBN 7-80185-466-7/D · 1441 定价: 30.00 元

现代企业法律制度研究丛书    主编：安宗林

# 公司治理法律问题研究

赵志钢   著

中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

公司治理法律问题研究/赵志钢著. —北京: 中国检察出版社, 2005

ISBN 7-80185-466-7

I. 公… II. 赵… III. 公司法-研究-中国

IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 106449 号

## 公司治理法律问题研究

赵志钢 著

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www.zgjccbs.com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱: [zgjcbs@vip.sina.com](mailto:zgjcbs@vip.sina.com)

电 话: (010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 12 印张

字 数: 330 千字

版 次: 2005 年 10 月第一版 2005 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-466-7/D·1441

定 价: 30.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

# 公司治理

## 法律问题研究

### 作者简介

赵志钢，山东理工大学汽车设计专业工学学士，吉林工业大学管理专业第二学士，山东大学民商法专业法学硕士。曾任国有大型公司集团下属公司的总经理，高级经济师。现为山东政法学院副教授、民商法研究所成员、兼职律师。在《法学论坛》、《政法论丛》、《中国当代经济论坛》、《山东经济战略研究》等刊物上发表相关法学论文多篇。

责任编辑 田 永 谢瑞锋  
封面设计 张晓娟

## 总 序

在社会主义市场经济发展中，现代企业法律制度是诸多商事法律制度中最重要的制度之一。因为，它是规范商事主体，保护商事主体权利的法律制度。改革开放以来，特别是 1993 年以来，由于立法机关采取积极措施，我国的现代企业法律制度建设有了长足的发展。《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出，“建立现代企业制度，是发展社会化大生产和市场经济的必然要求，是我国国有企业改革的方向”。这是我国第一次正式提出“现代企业制度”（即“适应市场经济要求，产权清晰、权责分明、政企分开、管理科学”的企业制度）。至 2003 年，《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》又提出为建成完善的社会主义市场经济体制和更具活力、更加开放的经济体系的战略部署，深化经济体制改革，促进经济社会全面发展，应“建立健全现代产权制度”（即“建立归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度”），“建立健全国有资产管理与监督体制”，“完善公司法人治理结构”，“加快推进和完善垄断行业改革”。无疑，现代企业法律制度是与此相适应的一种法律制度。

为了系统研讨现代企业法律制度，我们拟从六个方面对现代企业的有关法律制度及理论问题进行探讨。本套丛书即是以现代企业法律制度为研究内容的课题成果。本课题运用比较法学的研究方法，以发达市场经济国家比较成熟的现代企业法律制度为参照，以我国现行立法为基础，评析我国现代企业法律制度的成功与不足，并试图提供改进的思路与途径，以期完善我国的现代企业法律制度。本课题包含六个子课题：

一、公司财产权利研究。公司财产权利是现代企业制度的基

石,有关公司治理结构、公司权利义务界定、公司责任承担等法律制度正是莫基于其上。“公司法人财产权”作为一个被法律认可的术语,实在是一个模糊不清的概念,经济学界和法学界至今没有形成统一的认识与界定。本课题试图突破传统民法所有权概念,以英美法系财产权制度为参照,提供认识公司财产权利的一个崭新视角,并进而研究公司财产权利的具体配置与运作。

二、公司治理结构法律问题研究。在现代公司中,企业所有权与控制权的分离已是一个不争的事实,克服由于管理层掌握控制权而产生的代理问题是困扰公司治理的一个弥久常新的话题。本课题从公司治理的激励机制与约束机制入手,设计相应的法律制度,试图解决公司机关的权利配置与行使问题,以达到各方面利益的平衡。

三、企业集团法研究。由于我国企业集团的发展处于经济体制的变革过程中,其发展所处的环境有一定的特殊性,有关企业集团的立法相对滞后,如企业集团的法律地位问题、成员企业间的关系及企业集团垄断的法律规制问题等,亟待填补的法律空白甚多。本课题主要针对上述问题,研究应采取的法律对策。

四、国有企业改革法律问题研究。国企改革关系着建立和完善社会主义市场经济这一大业的成败。二十余年的国企改革实践探索出不少切实可行的思路与模式,但也存在诸多问题。本课题主要从法律的角度分析国有企业改革应采取的企业形态,国企改革过程中如何有效防止所有者缺位造成的国有资产流失,以及债务处理、职工安置等问题。

五、公司收购法律制度研究。公司收购是企业资产重组、优化资源配置的有效手段之一,而我国现行立法都相当简陋,甚多模糊与冲突之处。本课题以公司控制权市场理论为基础,理清公司收购概念、探索在我国现行法律框架内要约收购与协议收购的意义及有关制度安排,并对完善有关法律制度提出建设性的建议。

六、企业破产制度研究。破产法不是单纯的清算法,它还担负着救助债务人特别是拯救困境企业的任务,而我国的破产法立法由

于认识的局限性和缺少实践经验，从指导思想到具体内容已不适应建立社会主义市场经济体制的需要。鉴于此，本课题以现代破产理念为视角，检视我国企业破产法成功与不足，对破产法的适用范围、破产申请人、破产程序特别是重整制度等问题提出切实可行的制度安排。

由于现代企业制度出现在我国只是近十余年的事，因而法学将其作为研究领域的时间不长，和其他领域相比尚显薄弱。建立现代企业制度事关社会主义市场经济体制之成败，然而，如何建立现代企业制度这一问题，理论与实践至今没有提供一个令人满意的答案，我们还面临着一个长期探索和实践的过程。只有深入地认识和理解现代企业法律制度，我们才能在建立充满生机和活力的市场主体方面有所作为，对现代企业法律制度展开细致深入的研究，实在是一个具有重大实践意义和理论意义的课题。

安宗林

2005年8月

# 前 言

摆在读者面前的，是笔者具体承担的、我院安宗林教授主持的山东省教育厅重点社会科学科研项目——“现代企业法律制度研究”之“公司治理”子项目的最终研究成果。

本书以公司治理为核心，以公司治理目标的实现为着力点，以公司治理的结构性主体——股东会、董事和董事会、监事和监事会、个体股东和债权人顺序，通过理论分析、学说评判、国内外立法比较，结合作者自己的思考，探讨每一主体在公司治理活动中的功能定位、运作模式、拥有的权力、享有的权利、负担的义务、承担的责任，试图从法律制度层面设计诸主体之间治理活动良性互动的架构和机制，以便改善公司治理活动的效果，提高公司运营的效率。全书不乏制度改良和创新思想。

本书共分为八章：第一章概论；第二章公司治理的基本理论问题；第三章股东会；第四章董事和董事会；第五章董事的权力、权利、义务和责任；第六章监事和监事会；第七章股东个体和利害关系者与公司治理；第八章股东财产利益取得机制。笔者并没有刻意追求形式上的工整，而是根据需要，在每一章安排了三到七节的内容。

第一章“概论”：主要界定何为公司，并回顾公司的演进历程和中外公司立法史，对公司从学理和法律上进行分类；确定公司治理的概念，对公司治理进行学理分类；比较美国、德国、日本等发达国家公司治理的基本模式，考察公司权力重心轨迹，分析世界公司治理的最新发展动向，得出股东权利必将回归的推论。

第二章“公司治理的基本理论问题”：尽管对法人本质存有多种学说，但有限责任制度已为股东提供了相当的保护。“公司契约

理论”将股东以外的利益相关者的利益保护引入公司治理目标体系，有其合理性；然而，股东的股东权应当得到尊重。基于对公平、正义和效率之法律价值的追求，“股东利益的一体化保护”、“认可利益相关者的权利，鼓励公司、股东和利益相关者进行积极合作”、“发挥董事（经理）在公司治理中的作用、提高公司运营效率”、“披露和透明”应当成为公司治理行为的基本原则。

第三章“股东会”：股东会是股东发挥公司治理机能的机构和场所，股东会的召集、召集权人、程序均应成为法律规制的重要范畴；董事长或者董事为股东会召集权人，而不能是董事会；资本多数决表决机制有其合理性，但从公平和正义出发，必须配合以利害关系股东表决权排除制度、累积投票制度、认定股东会决议无效制度；为保障股东行使其表决权，除现有的表决权代理和征集制度外，笔者还主张支持股东通过互联网投票。

第四章“董事和董事会”：董事和董事会同为公司机关，公司业务执行之职，在公司治理中无疑处于核心地位。除自然人外，董事也可以由法人担任，但应指定自然人为其代表。董事与公司之间的关系是一种新型的民事关系，并非代理说、委任说等所能准确表达；担任公司董事应当符合相应的资格要求；公司在董事任职期间得随时将其解任，但应当给予补偿；董事会享有公司业务执行决定权、内部监督权等项权力，但没有公司代表权；董事会内部应当设置相关专业委员会，并赋予其相应职责。笔者在此设专节探讨学界关注尚显不够的董事会议事规则问题。

第五章“董事的权力、权利、义务和责任”：权力不同于权利，董事在公司中同时拥有公司事务管理权、公司代表权、一定的业务执行自由裁量权等权力，还享有报酬请求权、执行公司业务所生费用公司支付请求权等各项权利；董事身上负担着由忠实义务和善管义务组成的义务群，忠实义务主要包括限制自身与公司为抵触利益交易的义务、竞业禁止义务、禁止篡夺公司机会义务和保密义务等项内容，善管义务则主要由发挥最佳才能的义务、勤勉义务所组成。滥用权力构成忠实义务违反，滥用权利则构成善管义务违

反，董事于两种情况均需对公司承担责任。前种情形可以发生债务不履行责任和侵权责任的竞合，后一种情形则只能为债务不履行责任。笔者主张针对董事的自我交易行为，引入惩罚性赔偿制度。另外，董事业务执行中执行董事会决议之行为和行使自由裁量权之行为的不可区分性，导致了董事在公司承担责任的同时，对第三人承担侵权责任；追究董事责任时，赔偿额应当限定在其一定年限的收入总额以内。

第六章“监事和监事会”：大陆法系国家公司立法采孟德斯鸠三权分立理论而非洛克政府二元论，从而有监事和监事会之设置。监事和监事会同为公司机关，监事与公司之间的关系为委任关系，司监督之职，拥有业务监督权、财务检查权、聘请专业人士协助监督权、股东会召集权、特殊情况下的公司代表权等项权力，享有报酬请求权、业务费用公司支付请求权等权利；当然也承担忠实义务和善管义务。笔者主张监事候选人由上一届监事会提名，由股东会选任，员工充任监事并不具有实际意义。监事和独立董事可以同时存在于一国的公司法律体系中，但不应同时存在于同一公司。小型、闭锁公司宜废除监事、采行独立董事制度，而大型、公开公司则仅适宜采行监事和独立监事制度，我国上市公司设独立董事的做法，无异于“左手功能缺陷，却在右手加装一个手指”，建议上市公司全面取消独立董事，改设独立监事。

第七章“股东个体和利害相关者与公司治理”：符合条件的股东个体享有公司业务和财产状况检查权，仅仅赋予其会计报告查阅权是不够的，我国最高法院相关征求意见稿的态度，绝大部分值得赞成。当然，股东请求行使检查权时，公司有权审查其目的是否正当；董事等人损害公司利益而公司怠于追究时，股东有权提起派生诉讼；债权人参与公司治理是有其法理根据的，参与途径因债权人种类不同而不同，普通债权人参与的途径为债务合同；公司债债权人则通过公司债受托人发挥作用。在此，笔者着重提出我国相关制度建设和完善的建议。

第八章“股东财产利益取得机制”：公司的股利政策是最为实

质的公司治理要素，原因在于对大多数股东而言，获取股利是其主要目的所在。比较而言，股东较为偏好稳定增长的股利政策。对于违法分配股利的，公司债权人得行使其分配退还请求权；现金股利是“牵在手中的马”，股份股利是“躲在林中的鸟”；建设期利息因“自吃自”而有“章鱼分配”之不良名声，但在严格遵从发放要件前提下，仍具存在价值；股东新股认购权形同“鸡肋”，不具实际意义，应允许股东单独转让；作为股东收回投资的主要方法，股份转让并非绝对自由，也受有一定限制，例外情况下允许公司取得自己股份；公司剩余财产分配为股东从所在公司获得利益的最后机会，这时优先股股东仍具优先权。

## 目 录

|                                       |        |
|---------------------------------------|--------|
| 第一章 概论 .....                          | ( 1 )  |
| 第一节 公司的概念、起源和分类 .....                 | ( 1 )  |
| 一、公司的概念 .....                         | ( 1 )  |
| 二、公司的起源和演进 .....                      | ( 3 )  |
| 三、公司的分类 .....                         | ( 6 )  |
| 四、公司是扩大了的个人还是社会的缩影 .....              | ( 10 ) |
| 第二节 公司治理概说 .....                      | ( 12 ) |
| 一、公司治理的概念 .....                       | ( 12 ) |
| 二、研究公司治理的意义 .....                     | ( 15 ) |
| 三、公司治理的学理分类 .....                     | ( 16 ) |
| 第三节 公司治理的基本模式 .....                   | ( 17 ) |
| 一、美国的公司治理模式 .....                     | ( 18 ) |
| 二、日本的公司治理模式 .....                     | ( 21 ) |
| 三、德国的公司治理模式 .....                     | ( 23 ) |
| 四、公司治理模式的最新发展 .....                   | ( 24 ) |
| 第四节 公司权力重心的轨迹 .....                   | ( 27 ) |
| 一、股东大会中心主义 .....                      | ( 27 ) |
| 二、股东大会中心主义的弱化、董事会中心主义的<br>强化 .....    | ( 28 ) |
| 三、董事会地位加强的客观基础 .....                  | ( 29 ) |
| 四、公司法在股东会与董事会两者之间就权力分配所<br>做的调整 ..... | ( 31 ) |
| 五、股东权利的归位 .....                       | ( 33 ) |

|                                            |      |
|--------------------------------------------|------|
| 第五节 公司治理的本位：公司的可持续发展 .....                 | (34) |
| 一、股东本位 .....                               | (34) |
| 二、社会本位 .....                               | (36) |
| 三、公司的可持续发展 .....                           | (37) |
| <br>第二章 公司治理的基本理论问题 .....                  | (40) |
| 第一节 公司法人的本质 .....                          | (40) |
| 一、大陆法系公司法人本质的不同学说 .....                    | (41) |
| 二、英美法系法人本质的学说——以公司契约说为<br>中心 .....         | (44) |
| 第二节 有限责任制度和公司法人人格否认理论 .....                | (47) |
| 一、有限责任制度的功用 .....                          | (48) |
| 二、有限责任制度的滥用 .....                          | (50) |
| 三、公司法人人格否认理论 .....                         | (52) |
| 第三节 股东权 .....                              | (55) |
| 一、股东权的概念 .....                             | (55) |
| 二、股东权的分类 .....                             | (56) |
| 三、股东权与物权、债权的区别和联系 .....                    | (59) |
| 第四节 公司治理的基本原则 .....                        | (62) |
| 一、股东利益的一体化保护 .....                         | (62) |
| 二、认可利益相关者的权利，鼓励公司、股东和利益<br>相关者进行积极合作 ..... | (64) |
| 三、发挥董事（经理）在公司治理中的作用，提高<br>公司运营效率 .....     | (65) |
| 四、披露和透明原则 .....                            | (67) |
| 第五节 公司治理与内部组织设计 .....                      | (69) |
| 一、完善和优化公司治理机构的意义 .....                     | (69) |
| 二、股东会 .....                                | (70) |
| 三、董事会和董事 .....                             | (71) |
| 四、监事和监事会 .....                             | (73) |

|                                          |         |
|------------------------------------------|---------|
| <b>第三章 股东会</b> .....                     | ( 74 )  |
| <b>第一节 股东会会议召集法律制度</b> .....             | ( 74 )  |
| 一、股东会会议的种类 .....                         | ( 74 )  |
| 二、股东会会议的召集权人 .....                       | ( 77 )  |
| 三、股东会会议的召集程序 .....                       | ( 79 )  |
| <b>第二节 股东会会议的资本多数决机制</b> .....           | ( 81 )  |
| 一、资本多数决原则 .....                          | ( 81 )  |
| 二、资本多数决机制的弊端 .....                       | ( 85 )  |
| 三、资本多数决机制的完善 .....                       | ( 87 )  |
| <b>第三节 累积投票制度</b> .....                  | ( 89 )  |
| 一、累积投票制的起源和 historical 发展 .....          | ( 90 )  |
| 二、股东累积投票的计算 .....                        | ( 91 )  |
| 三、股东累积投票权的利弊分析 .....                     | ( 92 )  |
| 四、与累积投票制有关的其他问题 .....                    | ( 94 )  |
| <b>第四节 表决权代理和征集</b> .....                | ( 95 )  |
| 一、表决权行使的条件和性质 .....                      | ( 95 )  |
| 二、表决权的代理行使 .....                         | ( 96 )  |
| 三、表决权征集 .....                            | ( 100 ) |
| <b>第五节 股东通过互联网行使表决权</b> .....            | ( 105 ) |
| 一、强化股东表决权保护的必要性 .....                    | ( 106 ) |
| 二、股东表决权行使中面临的现实问题 .....                  | ( 108 ) |
| 三、股东网上行使表决权及其优势 .....                    | ( 110 ) |
| 四、网上行使表决权的相关法律问题 .....                   | ( 112 ) |
| <b>第六节 股东会决议瑕疵类型及司法救济中的几个问题</b><br>..... | ( 114 ) |
| 一、股东大会决议及其瑕疵 .....                       | ( 115 ) |
| 二、股东大会决议瑕疵的分类及其效力判断 .....                | ( 116 ) |
| 三、司法救济中的诉讼法问题 .....                      | ( 120 ) |
| 四、我国公司法相关制度的完善 .....                     | ( 123 ) |

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| <b>第四章 董事和董事会</b> .....        | (126) |
| <b>第一节 董事的概念、种类及法律地位</b> ..... | (126) |
| 一、董事的概念 .....                  | (126) |
| 二、董事的分类 .....                  | (127) |
| 三、董事问题是公司法的核心问题 .....          | (132) |
| <b>第二节 董事的法律地位</b> .....       | (133) |
| 一、董事与公司关系的不同学说 .....           | (133) |
| 二、对相关学说的评述 .....               | (138) |
| 三、董事与公司之间的关系是一种新型的民事关系 .....   | (140) |
| <b>第三节 董事的任职资格</b> .....       | (141) |
| 一、董事的积极资格 .....                | (142) |
| 二、董事的消极资格 .....                | (147) |
| <b>第四节 董事的选任与解职</b> .....      | (149) |
| 一、董事的选任主体 .....                | (149) |
| 二、董事选任的程序 .....                | (152) |
| 三、董事的解职 .....                  | (155) |
| <b>第五节 董事会的法律地位和结构</b> .....   | (162) |
| 一、董事会的特征 .....                 | (162) |
| 二、董事会的职权 .....                 | (165) |
| 三、董事会的职务 .....                 | (167) |
| 四、董事会的结构 .....                 | (168) |
| <b>第六节 董事会议事规则</b> .....       | (171) |
| 一、董事会会议的召集 .....               | (171) |
| 二、开会和表决 .....                  | (174) |
| 三、决议 .....                     | (176) |
| 四、董事会违法行为的制止 .....             | (179) |
| <b>第七节 董事长和总经理</b> .....       | (181) |
| 一、董事长的法律地位 .....               | (181) |
| 二、董事长的职权 .....                 | (182) |