

COMPANY & SECURITIES
LAW REVIEW

公司法与证券法 论丛

对外经济贸易大学法学院
公司法与证券法研究中心 主办

沈四宝 丁 丁 主编

第1卷

对外经济贸易大学出版社

公司法与证券法论丛(第1卷)

Company & Securities Law Review (Vol.1)

对外经济贸易大学法学院公司法与证券法研究中心主办

沈四宝 丁 丁 主 编

伏 军 林 敏 执行主编

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

公司法与证券法论丛. 第1卷/沈四宝,丁丁主编. —北京:对外经济贸易大学出版社,2005

ISBN 7-81078-472-2

I. 公... II. ① 沈... ② 丁... III. ① 公司法 - 研究 - 中国 ② 证券法 - 研究 - 中国 IV. ① D922.291.914 ② D922.287.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 038924 号

© 2005 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

公司法与证券法论丛(第1卷)

沈四宝 丁 丁 主编

责任编辑:王 晶

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码:100029

网址:<http://www.uibep.com>

山东沂南汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸:170mm×240mm 22 印张 371 千字

2005 年 3 月北京第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-472-2/D·038

印数:0 001 - 5 000 册 定价:38.00 元

编辑委员会

主 任：沈四宝

副主任：丁 丁 王晓川

委 员（按姓氏拼音字母顺序排列）：

丁 丁 伏 军 李 莘 林 敏 马其家

唐丽子 沈四宝 石静霞 王晓川

卷 首 语

《公司法与证券法论丛》(以下简称《论丛》)由对外经济贸易大学法学院公司法与证券法研究中心(以下简称“研究中心”)主办,蒙各位作者不吝赐稿,经编辑部各位同仁的辛勤工作,本《论丛》终于在2005年与各位读者见面了。

《论丛》旨在为国内外公司法与证券法学者提供一个学术探讨、百家争鸣的开放性学术园地,专注公司法、证券法及其相关领域的法律问题的剖析和研究,介绍和推介在这些领域的国内外立法、司法、理论研究和实务发展的新近成果,希望通过我们和各位作者的踏实工作,为我国公司及证券立法的现代化与司法实践的科学化提供切实的理论和范例支持。

本卷为《论丛》创刊号,设有基础理论研究、制度创新、法律与实务、学科交叉、外国法与比较法、文献资料6个栏目,收录了19篇论文和文献资料。

本《论丛》筹稿和编辑之时,正值“公司法修改草案”讨论期间,公司法正面临着重新选择与调整以适应经济发展与社会变迁的需要,许多公司法领域基础理论问题需要进一步深入探讨。与此同时,我国证券法和企业破产法也在紧锣密鼓地论证修订当中。本卷“基础理论研究”栏目特别刊载了对外经济贸易大学法学院沈四宝教授、丁丁教授的“论揭开公司面纱规则对我国公司法司法实践的借鉴意义”、中国社会科学院法学所研究员刘俊海先生的“我国公司法移植独立董事制度的思考”、北京大学法学院刘燕副教授的“资本公积补亏研究——兼对我国《公司法》第179条的检讨”、华东政法学院罗培新教授的“论章程‘超越’公司法的合理界限——以合同为研究视角”以及对外经济贸易大学法学院王晓川教授的“入世条件下我国证券法律制度的改革”等5篇专论。前4篇论文分别对特定情形下的公司法人格否定、独立董事制度在我国的移植、从法律与会计双重视角对公司资本公积金制度的审视、公司章程的性质

及应有的法律地位进行阐述；王晓川教授在其论文中对入世后我国证券法制改革的相关理论问题进行了系统研究，从立法、执法和司法的几个层面对完善证券市场主体、发行和交易、证券监管和民事责任的体制进行了颇有启发的阐述。这些公司法与证券法领域基础理论问题的探讨，为具体制度问题的解决提供了坚实的理论基础，为公司法、证券法等部门法的哲理化发展做出了巨大的贡献。

社会现实发展的日新月异，需要与之相适应的法律制度不断创新。在“制度创新”栏目中，本卷刊载了5篇关于公司法及证券法律制度创新的文章。对外经济贸易大学法学院唐丽子副教授的“信托型不动产证券化资产转移的法律思考”与北京大学法学院洪艳蓉博士的“资产证券化：公司法层面的分析”，分别从理论层面及实务视角对资产证券化这一新领域进行探讨和研究。对外经济贸易大学法学院伏军博士的“建立与完善我国投票代理权制度”与新华人寿保险公司王丽萍女士的“美国法上的‘表决权信托’及对我国的借鉴意义”，共同关注了上市公司股东投票权利的保护与行使问题，分别系统地介绍了英美国家的投票权委托与投票信托制度，并具体论述了对我国立法可能的借鉴意义。对外经济贸易大学法学院林敏博士的“职工持股与职工参与之关系探讨”一文，对职工持股制度进行研究，并深入阐述了职工持股与职工参与结合的必要性具有重要意义。

法律是一门实践性的科学，法律的生命只能在实践中得以体现和彰显。因此，本卷专门设置了“法律与实务”栏目，收录了对外经济贸易大学法学院马其家副教授的“我国证券结算环节中各方当事人之间法律关系研究”和李莘副教授的“试论公司合并中垄断的法律规制”两篇论文。前者结合我国证券结算实务，对证券结算各方当事人之间的法律关系进行了系统研究，并提出关于如何完善我国证券结算法律制度的极有见地的立法建议，后者系统阐述了反垄断法中合并的概念、反垄断法判断合并对竞争影响的原则，在系统介绍美国公司合并反垄断立法与实践的基础上，提出了我国对公司合并中垄断规制立法应采取的基本原则。

“他山之石，可以攻玉”。“学科交叉”栏目的设立，旨在关注与公司法、证券法相关学科的最新发展动态，刊载公司法、证券法与其他相近学科的交叉研究成果，拓宽公司法、证券法研究的视野，促进相关学科成果在公司法、证券法学界的借鉴与应用。历经十余年制订历程的《中华人民共和国企业破产法》终于有望近期出台，因此，本卷特别收录了对外经济贸易大学法学院沈四

宝教授、石静霞教授共同创作的“我国新破产法制定中的几个关键问题”一文。两位学者对我国新《破产法》修订过程中的破产法适用范围、破产管理人的制度设计、破产债权的清偿顺序以及破产重整制度等关键问题进行了系统阐述,针对各个问题提出了颇有创造性的主张。文章特别指出,我国破产法传统上将职工劳动债权无条件地置于优先于担保债权清偿地位的做法并不妥当。青岛大学法学院教授、对外经济贸易大学法学院博士后孙秀君的“我国《公司法》能否为缩短农民与城市距离做出贡献?”一文,结合经济学的原则与理论,以解决农村和农民现实问题为出发点,对公司法和公司制度在解决农村和农民问题中应具备的法律价值进行了颇有启发意义的探索。

“外国法与比较法”栏目中收录了欧盟公司法高层专家组七人成员之一、德国汉堡马普外国私法和国际私法研究所主任克劳斯J·霍普特教授与帕特里克C·莱因斯博士共同创作的“欧洲董事会模式——德国、英国、法国和意大利公司内部治理结构的新发展”、美国威斯康星大学法学院院长、Kenneth B·Davis教授的“美国公司治理——独立董事的角色”、中国人民大学法学院博士研究生丁广宇的“在自由和管制中寻求平衡——以英国公司法改革为例谈公司法的立法理念”以及澳大利亚蒙纳士大学管理与经济学院副院长谭安傑教授与陈静高级研究员共同创作的“澳大利亚独立董事建制与监管策略机制”等4篇文章。这些文章分别为读者系统介绍了欧洲董事会模式、美国独立董事制度、英国公司法立法理念变迁、澳大利亚独立董事制度与监管制度,对我国公司法学界的比较研究提供了非常有益的帮助。

本卷“文献资料”栏目中收集了美国律师协会公司法委员会发布的《公司董事指南(第四版)》,该指南系统介绍了董事的功能和职责,分析了董事会及其委员会的结构、运作情况和所承担的监督职能,特别分析了美国联邦《证券法》规定的董事应承担的义务,并从州法、联邦证券法和其他法律三个方面介绍了董事违反谨慎义务或者忠诚义务可能承担的个人责任。该指南涉及了公司治理和公司董事作用的最新发展,为公司董事如何履行职责提供了简明的指导性建议。

对外经济贸易大学法学院公司法与证券法研究中心成立于2004年,是法学院国际经济法重点建设学科和“211工程”的研究阵地之一,集中了本院一批有志于公司法、证券法及其相关领域研究的中青年学者,我们将不间断地利用《论丛》记录我们的研究心得和成果,同时,我们也希望将研究中心打造成一

个联络海内外有志同道的学术平台，通过《论丛》以及研究中心今后继续推出的研讨会、座谈会和讲座等形式，为法学院内外学者之间的交流构筑学术桥梁，以文会友、展示见解、启迪智慧、共同进步。

编 者
2005 年 5 月

目 录

基础理论研究

- | | | |
|----|-------------------------------|--------|
| 3 | 论揭开公司面纱规则对我国公司法司法实践的借鉴意义 | 沈四宝 丁丁 |
| 18 | 我国公司法移植独立董事制度的思考 | 刘俊海 |
| 39 | 资本公积补亏研究——兼对我国《公司法》第 179 条的检讨 | 刘燕 |
| 55 | 论章程“超越”公司法的合理界限——以合同为研究视角 | 罗培新 |
| 80 | 入世条件下我国证券法律制度的改革 | 王晓川 |

制度创新

- | | | |
|-----|-----------------------|-----|
| 97 | 信托型不动产证券化资产转移的法律思考 | 唐丽子 |
| 106 | 资产证券化：公司法层面的分析 | 洪艳蓉 |
| 116 | 建立与完善我国投票代理权制度 | 伏军 |
| 130 | 美国法上的“表决权信托”及对我国的借鉴意义 | 王丽萍 |
| 145 | 职工持股与职工参与之关系探讨 | 林敏 |

法律与实务

- | | | |
|-----|------------------------|-----|
| 161 | 我国证券结算环节中各方当事人之间法律关系研究 | 马其家 |
| 175 | 试论公司合并中垄断的法律规制 | 李莘 |

学科交叉

- 185 我国新破产法制定中的几个关键问题 沈四宝 石静霞
204 我国《公司法》能否为缩短农民与城市距离做出贡献?
——从决策法学制度范式研究的视角 孙秀君

外国法与比较法

- 217 欧洲董事会模式——德国、英国、法国和意大利公司内部治理结构的新发展
克劳斯 J·霍普特 帕特里克 C·莱因斯 丁丁 蒋睿 刘睿杰 译
246 美国公司治理——独立董事的角色
Kenneth B·Davis, JR. 沈健 郦燕冰 吴俐霖 译
258 澳大利亚独立董事建制与监管策略机制 谭安傑 陈静
271 在自由和管制中寻求平衡——以英国公司法改革为例谈公司法的立法理念
丁广宇

文献资料

- 285 公司董事指南（第四版） 刘雅哲 章秋琼 译

基础理论研究



论揭开公司面纱 规则对我国公司法 司法实践的借鉴意义

沈四宝* 丁 丁**

内容提要

本文分为四个部分。文章首先从介绍揭开公司面纱规则名称（译名）的多样性出发，剖析了在英美国家的法院创制和完善这一判例规则的必然性，引申出法院为了实现公平正义的目的，在具体案例中无视公司的法人人格而适用该规则的条件、标准及与其适用目的相关的学理考量因素。在此基础上比较了英美法系生成的该规则与欧洲大陆法系国家借鉴后的司法安排的差异。文章指出，在我国公司法的发展进程中，为解决实务中出现的类似问题，确有引进该规则的必要。在此基础上，本文就我国借鉴该规则的学理支持、条件、适用范围和路径等方面提出了相应的对策建议。

公司独立人格和有限责任是构建现代公司的两大基石，两者的结合使得现代公司的投资者实现了在尽可能减少风险的前提下追逐利润的愿望，刺激了人们对公司形式的普遍化认同。曾有西方学者称股东享有有限责任的公司是人类历史上比蒸汽机和电力更有意义的发明^①。但是，公司形式的出现和普遍适用

* 对外经济贸易大学法学院院长、教授、博士生导师。

** 对外经济贸易大学法学院副院长、教授、博士生导师。

① Janet Dine, *Company Law* (第4版, Palgrave Macmillan Law Masters), 法律出版社, 2003年版, 第1页。

并未根除市场和交易的风险，交易一方因为法律的人为规定而逃避的风险，可能是被恶意地移转给了另一方。所以，从有限责任被法律认可之时起，对有限责任的限制性规定也在公司法的体系中不断发展。其中，揭开公司面纱（或译为“刺破公司面纱”。英国的常用表述法：“Lifting the Corporate Veil”，美国：“Piercing the Corporate Veil”，以下简称“揭开规则”）是在英美国家的司法实践中发展起来的判例规则，法院得为了实现公平正义的目的，在具体案例中漠视（Disregard）或忽视（Ignore）公司的法人人格，责令股东或公司的内部人员对公司债权人直接承担责任^①。从早期的英美案例可见，此一规则的创立，意在遏制滥用公司独立法人和有限责任的优势损害债权人利益的情形，防止私利阻碍公共利益的实现，纠正错误（Mistakes），制止欺诈（Fraud），打击犯罪^②。该制度也为欧洲大陆法系国家的司法实践和学理所重视。在我国公司法的发展进程中，如何借鉴该制度，解决实务中出现的类似问题，亦是公司法学界一直探讨的热点问题之一。2003年11月，最高人民法院公布了《关于审理公司纠纷案件的司法解释》（征求意见稿，以下简称《解释》），该规则也限定了在我国借鉴“揭开规则”的场合和条件。本文拟从探讨英美国家揭开公司面纱规则出发，求证我国借鉴该规则的学理支持、条件、适用范围和路径。

一、揭开公司面纱名称的多样性

揭开规则最早出现在英国还是美国，至今仍有不同的认识。但是，普遍的看法是它发端于英美国家的案例，由法官在司法实践中创制并不断丰富。该规则并没有在成文法中有统一的名称，案例中的描述性说法非常多。除了前面提及的英美国家案例和学术界的常见用法外，还有诸如：Lifting the Corporation's Mask, Disregard of the Corporate Entity, Disregard of Corporateness, Disregard of Corporate Fiction, 等等，不一而足。这些名称用在具体的案例和论证场合，也体现出法官或学者对该规则的诠释呈多样化特点。比如，英国

① The phrase means “the act of disregarding the veil of incorporation that separates the property of a corporation from the property of its security holders.” 引自 Bryan A. Garner, 《牛津现代法律用语词典》，法律出版社，第660页。

② United States v. Milwaukee Refrigerator Trans. Co., 142 F. 2d 247, 255 (E. D. Wis. 1905), 转引自: Jesse H. Choper, John C. Coffee, Jr., Ronald J. Gilson, 《公司法: 案例与资料》(第五版, 案例教程影印系列), 注52, 中信出版社, 2003年版, 第254页。

公司法专家 R. E. G. 佩林斯认为, 该规则是法院为了弄清隐藏在法律背后的经济现实, 而将公司人格独立原则丢弃一边。另一位英国公司法专家高尔 (Gowel) 宣称, 在否认公司人格的场合, 法律或者绕开公司的独立人格而找到其股东, 或者忽略集团公司成员的独立人格, 而直接要求股东对公司债务或行为承担个人责任。

该规则为德国、法国、日本和其他大陆法系国家接受后, 基于不同国家对于这一规则的学理支持和操作途径理解不同, 所以, 在名称上也呈现多样化的特点。比如, 德国从 20 世纪 20 年代在司法实践中开始对揭开规则的理论探索, 学界称其为“透视”理论。在法国, 揭开规则的理论依据是“独立财产性的滥用或法人格的滥用”。日本的司法实践中称之为“法人格剥夺”, 理论上也叫做“公司形骸化”或“法人格否认”。韩国的学理称之为“法人格否认”^①。我国《公司法》中尚未直接借鉴国外的司法规则, 只是在 2003 年最高人民法院的《解释》中将此揭开规则概括为“滥用公司人格”和“公司人格否认”。在名称上, 该《解释》更接近大陆法系国家学界和司法界的用法。

不过, “否认公司人格”和“滥用公司人格”一词容易在以下两个方面让人产生与揭开规则本意不同的解释:

1. “否认”公司的独立法人人格并非指对公司人格的永久和全面取缔, 既不同于我国行政处罚中的撤销公司登记或吊销公司的营业执照, 也不同于公司自行申请注销公司的营业执照。揭开规则是在具体案件中, 由法官按照案情特点决定漠视或忽视公司的独立法人人格, 转由股东对外直接承担责任。总之, 漠视、无视、忽视、绕开或避开公司的外壳, 都不意味着法院对公司人格的彻底否定 (Deny)。

2. “滥用” (Abuse) 公司人格也仅仅是表象的一个方面。从下文探讨的现实诱因中, 我们可以看到, 股东利用的不仅是公司独立人格这一“屏障”, 而更重要的是股东有限责任的优势。所以, 从公司发展历史看, “揭开规则”针对的并不是无限公司或股东承担无限连带责任的其他公司类型, 而是股东有限责任和公司独立法人结合后出现的公司类型。

^① 李哲松著、吴日焕译:《韩国公司法》, 中国政法大学出版社, 2000 年版, 第 39 页。

二、英美国家创制和推行揭开公司面纱规则的必然性

1. 公司人格滥用的现实诱因

(1) 股东有限责任规范化——对设立公司的动因 (Incentives) 的再思考

企业是投资者实现利润的工具,具有不同法律属性的企业类型迎合了不同投资者的需求。从英国公司的发展历史看,独立法人和有限责任并不是同时为法律所认可,有限责任是在1855年英国颁布的《有限责任法案》中确定下来,而早在17世纪下半期,公司的独立人格已经使之在法律上与合伙企业相区别。当有限责任和独立法人结合后,法律不仅区分公司和股东彼此独立的人格,而且区分投资者和公司各自的风险。即使公司只有一个股东组成,在法律上公司和它的股东仍然是彼此独立的。比如, *Macaura v. Northern Assurance Co.* 一案中^①, *Macaura* 把自己的木材转让给公司,他是该公司几乎惟一的股东。当公司所有的木材在火灾中损失掉时,法院认定原告无权向保险公司请求保险金,原因是股东,即使是惟一的股东,对公司的财产也无保险利益。在英美法系国家的司法实践中, *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* 案件是最早在案例中把英国成文公司法的规定加以解释的。正如审理该案件的法官所言:股东追求有限责任而设立公司,是法律所认可的动因,是合法的,不能仅仅为此理由而指责股东设立公司的目的违法^②。

随着投资者越来越认识到独立法人和有限责任之结合对减少个人风险的好处,投资者运用公司实现利润的手段和方法也越来越熟练,相伴而生的负面效应也不容忽视:某些股东利用有限责任可能是以损害其他人的合法权益为代价。比如,利用公司而侵犯他人的专利权,将责任转嫁给公司。此时,如果僵化机械地引用独立法人和有限责任的话,真正的违法者——股东就规避了法律的惩罚,这当然是立法者和执法者都不会容忍的。为了惩处“非法行为”(Illegality),法院运用揭开规则,责令股东承担个人责任^③。

(2) 设立准则主义取代特许主义和核准主义,标志着公司设立立法原则的进步,从此,设立公司既不是立法者的特权,也不是行政机关的特权,而变成

① [1925] AC 619.

② [1897] AC 22, 转引自:沈四宝等编:《国际商法教学案例(英文)选编》,法律出版社,1999年版,第46页。

③ 胡果威著:《美国公司法》,法律出版社,1999年版,第83页。

投资者的真实权利。通过颁布成文法,使得商事公司面对统一和普遍适用的设立规则,设立公司的条件和程序越来越简化明了,费用更加低廉,甚至一人公司亦变得可能而且合法化,所以,对于投资者来说,公司的独立法人和股东有限责任的权利变得真实而且容易实现。但是,由此也可能引发的问题是:在不断膨胀的私利驱动下,某些投资者可能过度实践自己享有有限责任的权利,却损害了交易他方或市场中其他主体的合法权利和利益。

(3) 公司采用授权资本制,降低了设立公司的“门槛”。英美国家普遍采用授权资本制,一般公司的注册资本很容易达到。以日本为典型的大陆法系国家也转向折衷资本制,在此,立法者强调的是从动态角度考虑公司的发展能力,并通过立法将这一信息传达给社会上的一般投资者,包括公司现实的和潜在的债权人。对渴望成立公司的发起人(股东)来说,设立公司的初始资本不会构成难以逾越的障碍。

(4) 有限责任公司的封闭性特点,使之成为中小企业和家族企业的选择。大陆法系国家的有限责任公司是从德国开始在立法上确立其地位,英美国家虽然没有完全对应的企业形式,但是,这些国家也有封闭性公司(英: Private Companies, 美: Closely-held Corporations),与大陆法系国家的有限责任公司较为接近。此种公司对社会公众没有披露信息的义务;公司股东人数较少,股东之间关系密切;为了减少营运成本,公司的内部设置和人员选择都存在随意性的特点。因此,容易出现股东控制公司或者股东和公司的财产混同的可能性。对公司的债权人而言,公司的内部情况并不容易得到。所以,存在股东利用该种公司形式欺骗债权人的可能性。从美国司法实践中统计的结果看,揭开公司面纱还未有发生在公众公司的情况,多数的案例发生在封闭型公司当中^①。

以上归纳的针对公司形态的法律规定,固然可以增强公司在各种企业形式中的吸引力,使得股东享有有限责任的公司成为投资者的首要选择,而且也刺激了那些对公司经营不感兴趣的人也以消极股东身份加入公司投资者的队伍,毕竟,有限责任使得他们不必担心全部财产因为一次投资失败而全部灭失。另一方面,这些旨在促进公司发展的规则,如果没有其他的法律上的制约,也为投资者滥用有限责任的好处留下了空间和机会;某些股东利用公司形式实现一己私利,损害第三方权利的情况出现也就不足为奇。

^① Alan R. Palmiter:《公司法:案例与解析》(4th ed),中信出版社,2003年版,第540页。