

清华大学商法研究中心·编

王保树·主编

总第25卷

Commercial Law

商事法 Review 论集

Volume. 25

·国有公司的治理·

国有公司治理的核心要素：董事会
——俄罗斯的经验 A.E.Molotnikov

·有限责任公司的充分自治·

公司自治与国家干涉
——日本的场合 末永敏和

公司决策权力分配路径的转向：法定与意定之间 王延川

自律与他律：公司治理中的司法介入问题研究
——以股东代表诉讼中的司法介入为例 范健

有限责任公司自治与公司法自治的关系
——以替代性条款的司法适用为例 周林彬 余斌

公司经营者的自由裁量权之法律保障：
以日本经营判断原则之构建为视角 周剑龙

·公司创制章程条文的自由与限制·

公司创制章程条款：性质·空间·有效性 郭富青

公司自治的界限
——以章程设计变更法律原有结构为例（一） 曾宪如
于章程置入反并购条款之可行性 方嘉麟 朱德芳

公司治理的自治原则及其例外
——以公司章程对股东会与董事会职权划分为中心 吕来明 王鸥

公司章程调整股东会决议门槛之效力：
章程自治之界限及政策选择 王志诚

股东协议
——一个有用的分析框架 楼建波

韩国公司法制柔性化过程中出现的法律规范和章程自治 玉武锡

·上市公司政府管制的边界·

公司自治与政府管制
——管理层收购的视角 王文宇 邵庆平

政府管制下发展台湾交易所控股公司之法律问题探讨 陈彦良

上市上柜公司股利分配政策之监管法令问题探讨 郭土木

论上市公司股利分配监管制度的取舍 吴弘 黎泉伶

非上市公众公司的监管尺度 傅穹 关璐

中国式“冒牌公司治理”
——以证监会强制分红政策为例 夏戴乐



法律出版社
LAW PRESS CHINA

本卷主题：公司自治与政府管制

总第25卷

Commercial Law 商事法 Review 论集

Volume 25

清华大学商法研究中心·编

王保树·主编

朱慈蕴 汤 欣·副主编



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集. 第25卷 / 王保树主编. —北京: 法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7526 - 6

I. ①商… II. ①王… III. ①商法—文集 IV.
①D913.990.4 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第026564号

商事法论集 第25卷

王保树 主编

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787毫米×1092毫米 1/16

版本 2015年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 19.25 字数 465千

印次 2015年4月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7526 - 6

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

公司自治与政府管制： 法治社会中的永恒话题

公司自治与政府管制,前者由市场机制这只看不见的手指挥,后者则由政府这只看得见的手来控制。

多年来,公司自治与政府管制一直是各国学者共同关注的问题。公司自治是私法自治在市场主体领域中的延伸和体现,公司作为私法主体,应享有充分的自由或自治。但是,在现代市场经济中,公司自治至少受到三个方面的挑战:一是市场失灵的问题,包括信息不对称、不完全、不充分、市场主体行为的外部性问题等等;二是公司董事与高管治理公司的自由度与股东、债权人保护的关系问题;三是公司利益相关者理论的兴起,使得公司自治已不仅仅是自己的事情,而是与社会秩序的维护密切相关之事。为此,政府的适当介入,几乎成了世界各国必然的选择,通过公司、证券等法律法规和相关主管部门的规章,利用政府这只看得见的手,强制矫正公司自治行为,缓和公司私利性与公益性之间的冲突。

然而,政府的介入并不代表市场机制的放弃,恰恰相反,政府管制只是市场机制的补充。并且,只有当公司自治与政府管制形成一种良好的共治秩序,公司才会有好的治理。公司法就是实现这种公司自治与政府管制之良好共治秩序的基本桥梁。这是因为,公司作为一个自治性的私法人,是通过聚集自然人或者其他法人投资的财产而产生。当一个无四肢、无大脑的法人要形成自己的意志并行为时,公司本应当以典型的自治形式予以决定。但考虑到完全的自治可能导致公司治理成本之高,或者公司运营秩序之混乱,法治社会必须通过公司法的形式确定一些基本的格式的程式规则,让公司以股东会或者董事会形成自己的意志,并通过代表人或者代理人代表或者代理公司行为。综观公司法规则,无非两大类,选择性规范或者强制性规范。前者应当成为公司法中的主体规则,因为这是公司自治的基本要求,公司可以根据自身特色之不同、公司规模之大小、股东人数之多寡等自行选择适用这些规范。其余太过个性化的公司需求,则由公司法统一授权公司,以章程约束之。但是,公司自治不等于随心所欲、无所顾忌和无序发展,正如公权力具有天生的扩张性,缺乏控制、监管的公司自治之私权利同样会私欲膨胀。君不见有多少上市公司虚假陈述、不当关联交易、内幕交易等丑闻见诸于报端,又有多少滥用公司控制权欺压小股东、债权人、员工或者消费者利益,

甚至肆无忌惮地以污染环境谋求发展而引发诉讼和公众的抗议。法治社会要求必须为公司自治之私权利的正当行使“建章立制”，必要的政府管制不仅是必须的，还应该成为与公司发展方方面面相关的各种利益冲突平衡的设计师、协调者。于是，强制性的法律规则出现在公司法及其相关法律法规中。这些强制性规范不仅约束公司自治，其实也为政府管制这只看得见的手打造了笼子，政府管制之手不可以伸到笼子之外干预公司自治。

公司自治是公司的天性与本能，无论政府管制多么具有合理性，尊重公司自治是政府管制的前提。在公司领域中政府管制应当怎样保持适当性，哪些方面公司自治还需要加强，怎样才能做到公司的自治能自觉地协调各种利益关系，特别是引导公司自治去关注公司中相对弱势的群体利益，同时政府的管制不会逾越公司自治的领域和空间，或者说怎样让政府管制公司的权力受到法律制约，引导政府更多地运用引导性、选择性规范，特别是解释或者遵守的软法律规则，实现与公司自治的对接。这就是公司自治与政府管制的协调。我们相信，在公司自治与政府管制的协调、共治方面，全球许多国家和地区都有一些经验与教训。为此，清华大学商法研究中心秉承一贯的精神，为各位专家、学者提供一个讨论、交流的平台，举办以《公司自治与政府管制》为中心议题的国际学术会议，我们也收到许多很有真知灼见的论文，现在将其编辑出版，以飨读者。



清华大学商法研究中心主任
清华大学法学院教授、博士生导师

国有公司的治理

- 3 国有公司治理的核心要素:董事会
——俄罗斯的经验
A. E. Molotnikov
- 10 **Special Features of Corporate Governance for State-owned
Companies in Investment Finance Markets**
Rolf H. Weber

有限责任公司的充分自治

- 29 公司自治与国家干涉
——日本的场合
末永敏和
- 31 公司决策权力分配路径的转向:法定与意定之间
王延川
- 46 自律与他律:公司治理中的司法介入问题研究
——以股东代表诉讼中的司法介入为例
范 健
- 53 有限责任公司自治与公司法自治的关系
——以替代性条款的司法适用为例
周彬彬 余 斌
- 63 公司经营者的自由裁量权之法理保障:以日本经营判断原则之构建为视角
周剑龙

公司创制章程条文的自由与限制

- 73 公司创制章程条款:性质·空间·有效性
郭富青
- 92 公司自治的界限
——以章程设计变更法律原有结构为例(一)
曾宛如
- 103 于章程置入反并购条款之可行性
方嘉麟 朱德芳
- 119 公司治理的自治原则及其例外
——以公司章程对股东会与董事会职权划分为中心
吕来明 王 鸥
- 126 公司章程调整股东会决议门槛之效力:章程自治之界限及政策选择
王志诚
- 142 **Shareholder Agreements under German Law**
Rainer Kulms
- 162 股东协议
——一个有用的分析框架
楼建波
- 175 韩国公司法制柔化过程中出现的法律规范和章程自治
玉武锡

上市公司政府管制的边界

- 185 **International Soft Law and Government Regulation of Publicly Listed Companies:
A Study on the Role of the OECD Principles of Corporate Governance in
Emerging Markets**
Mathias M. Siems & Oscar Alvarez-Macotella
- 203 **Corporate Governance, Executive Compensation, and the Agency Problem in
China: An Outsider's Perspective**
Razeen Sappideen
- 213 公司自治与政府管制
——管理层收购的视角
王文宇 邵庆平

- 227 政府管制下发展台湾交易所控股公司之法律问题探讨
陈彦良
- 237 **Corporations as Private Governments in the Shadow of the State;
The Boundaries of Autonomy**
Roman Tomasic
- 254 上市上柜公司股利分配政策之监管法令问题探讨
郭土木
- 275 论上市公司股利分配监管制度的取舍
吴 弘 黎泉伶
- 284 非上市公众公司的监管尺度
傅 穹 关 璐
- 293 中国式“冒牌公司治理”
——以证监会强制分红政策为例
夏戴乐

国有公司的治理

国有公司治理的核心要素：董事会

——俄罗斯的经验

A. E. Molotnikov*

本研究主要集中于国有公司治理的有效要素——董事会。在俄罗斯，国家借助国有企业和国家机关积极投资于股份公司开始于20世纪20年代初，也即这种法律组织形式产生以后。除了那些完全处于国家控制的国有股份公司以外，还出现了国家机关、国有企业（中央或者地方）与私人经营者（本国或者外国）共同投资的混合公司。

鉴于国家已经成为股份流动的积极参与者，它在股份公司的董事会、管理机关、监察机关中的代表制度产生（不难发现，该制度不是新的权力发明，而是德国控股公司治理的特殊之处），因此有必要对于类似公司的经营活动实施监督。国家公职人员实施上述职能，其投资股份公司的权利是有限的。^①

自1927年《股份公司法》通过以来，由于计划性国家政策，在几十年中，股份公司实际上完全被排除在经济流通之外。直至苏联解体，改革触动了法人领域，股份公司开始恢复。

现在，根据现行法的分析，可以将俄罗斯联邦及其主体国家等公共法律构成参与股份公司治理的方式划分为两类：直接参与和间接参与。在第一种情形下，国家可能作为股份的所有权人通过实施对特定公司的股东权利的方式参与治理，也可能运用联邦及其主体国家在开放式股份公司治理中的特殊权利（金股）。在第二种情形下，公共法律构成有可能通过其他法人参与某个股份公司的公司治理。这表现为两种情形：（1）公司的股份属于公共法律构成所有，依据股份所有权可以控制持有另一个公司股份的该公司作出决议；（2）法人持有一个股份公司的股份，存在有利于国家对该法人决议通过程序实施控制的其他情形（首先，通过以下法人方式进行参与：单一制企业、国家机关和国家公司，以及俄罗斯联邦中央银行）。

国家可以通过以下方式成为股份公司股份的所有权人：（1）国有资产的私有化；（2）无人继承的遗产；（3）财政投资；现行立法中还没有规定适用于国家收购股份公司的股份的程序的方法体系。由于立法的矛盾，国家有时会变得不能收购或者经济上不合理地（财政投资）收购股份公司的股份。

在公共法律构成的所有权治理体系中，股份公司的治理是更加复杂的一个环节。这是由以下

* A. E. Molotnikov, 莫斯科大学法学院经济法教研室教授, 研究领域: 公司法、证券法。翻译人: 邢梅, 北京大学经济法学专业博士研究生。

① E. H. 达尼洛娃:《股份公司》俄罗斯战争残疾人援助委员会出版社 Цит. по кн. Акционерные обществ. сост. Данилова Изд-во В, 莫斯科, 1923 年版, 第 7 页。

几个因素造成的:

第一,股份是非常复杂的治理客体,它需要来自所有权人的经常性干预。例如,不动产可以出租给商业组织,定期获得利润,无须特别的关注。具体到股份,不干预的政策只会降低本应属于国家的公司股份的价值。^②

第二,区别于前述不动产,股份不是能够给所有权人带来持续收入的财产。现行立法不能让股东转化为无忧无虑靠股息生活的人(租赁合同不适用于股息)，“借款股份”可以让所有权人定期获取利息,对于这种做法的可行性问题仍旧含糊不清。^③ 委托管理股份(尤其是少数股东权益)并不总是会获利。这是因为公共法律构成不可能赋予管理者股份转让权,^④在这种情况下,管理股份的收入只可能在支付股息时发生。如果管理者实施股东权利,将无法保障公共法律构成获取股息以外的其他收入,股利支付的决议需要经过股东大会审议通过。如果所持有的公司股份不是控制性的,管理者就很可能无法通过其向董事会委派的代表对股利分配的规模施加任何影响,也不能直接参与股东大会。

第三,公共法律构成可能面临治理过程本身必然形成的其他营利的目的。^⑤ 为了研究国家治理股份公司的特殊性,应当合理地审查调整该领域的规范性法律文件。在我国,不存在调整国家所有权(包括国有股份)管理问题的统一规范。关于制定相关法律的必要性,许多学者曾经不止一次地提出,^⑥但是在联邦法律层面这种统一的规范尚付阙如。与此同时,对于国家所有权管理的问题,在莫斯科^⑦和其他一些地区^⑧联邦主体层面的法律规范正在积极地发挥作用。^⑨

有必要制定专门的联邦法律规制国家所有权管理的问题,特别是相似的规范性文件也应当包含国家财产管理的目标、任务和原则。其中,对于组织管理的基本方法应当进行明确规定。

目前,现行联邦层面的法律规范,规制国家参与股份公司治理的程序,可以分为两种类型:(1)基本法律规范文件;(2)辅助法律规范文件。第一类首先包括股份公司法 and 私有化法,前者规定了股份公司管理程序的一般要求,也触及了一些与公共法律构成参与股份公司相关的基本要素。

② 特别是,在公共法律构成不参加股东大会,而在股东大会通过批准了转让公司不动产的重大交易的决议时,这种情形可能发生。

③ 在司法实践中和法律学说上都没有对依据租赁协议转让股份的可能性问题达成一致意见。一些人尖锐地反对这种结构,认为这是一种欺诈。(例如,Г. Е. 苏哈诺夫:“现代俄罗斯民法中的法人”,载《民法学报》2006年第1期),还有一些人认为这是商业发展的需要,并且证券市场法第3条第4项(融资融券交易)使得以借贷的方式转让股权成为可能(例如,Р. В. 奇古拉耶夫:《作为民事法律交易客体的证券发行的问题》)。但是,司法实践在这个问题上的态度是含糊的。地区商事法院的做法,既有支持依据租赁协议转让股份的情形(莫斯科州反垄断局2007年7月27日第N A40-54147/05-19-327号决议),也有反对的案例(远东区联邦反垄断局2005年3月5日第03-A51/05-1/872号决议)。

2006年,俄罗斯联邦主席团已起草了一份《关于签订无记名股票租赁协议的咨文草案》,现在仍旧只是草案。(http://www.arbitr.ru/presidium/prac/17105.html)

④ 通常管理者在证券市场买卖证券,能够保障证券管理带来的收入。

⑤ 例如,国际音乐大赛“2009年欧洲歌唱大赛”的预算是在经济危机之前拟定的。由于经济危机2009年冬季已经明确规定,原本计划的比赛成本应当增加。在这种情况下“第一频道”开放式股份公司的董事长康斯坦丁·恩斯特提出,由第一频道承担整个预算的短缺金额。(http://www.newsmusic.ru/news_3_14222.htm)如果不是特例,开放式股份公司管理机关职能的执行主体实施类似行为不应被确认为是允许股东实施的行为。公司的主要股东是在俄罗斯联邦(无论是直接持股38.9%,还是通过联邦国家单一制企业“俄罗斯信息电讯局”,相当于3%的股份拥有者是联邦制单一企业“奥斯坦金诺”)。(http://www.wikipedia.org/)显然,在这种情况下,对于公司控股股东,举办欧洲歌唱大赛2009营利的的问题排在第二位。事实上,对于国家而言,重要的是在俄罗斯举办这样的比赛。这就是为什么“第一频道”的联邦预算资助本次大赛的组织和举办。(详情参见:2009年2月11日俄罗斯联邦通讯部N 21号法令)

⑥ B. K. 安德列:“联邦财产的管理与处置的法律问题”,载《国家与法》2006年第3期,转引自古宾E. П.:2008年11月18日,在莫斯科大学举办的“国家参与股份公司:法律问题”圆桌会议项目材料(见http://www.law.msu.ru/)。

⑦ 2007年12月19日莫斯科市第49号法律《莫斯科市所有权管理框架》

⑧ 参见,例如2006年4月19日阿斯特拉罕地区第7/2006-OZ号法律《关于阿斯特拉罕地区国有资产管理 and 处置程序法》;2002年5月6日的乌里扬诺夫斯克地区第020-ZO号法律《关于乌里扬诺夫斯克地区国有资产管理 and 处置程序法》等。

⑨ A. A. 列拜恒:《俄罗斯联邦主体国家所有权:地方立法制度化》,莫斯科,2005年版,第17页。

在私有化法中更加详细地规定了与国家作为股东时权利行使的相关问题。^⑩ 辅助性的规范性法律文件包括各种文件,其中不得不提到的法律文件有:(1)《俄罗斯联邦国有资产管理与私有化纲要》(1999年9月9日№1024号联邦政府决议);(2)《关于联邦所有的开放式股份公司的股份管理与国家在开放式股份公司治理中的权利(黄金股)的法案》(2004年12月3日№738号联邦政府决议);(3)《联邦国有资产管理局在公司治理领域的活动监管法》(2005年7月26日第228号联邦国有资产管理局法令)。

在联邦立法层面,不存在严谨的国有股份的管理体系,基于相关法律的这个体系对股份制公司本身的活动往往产生负面影响。前述“纲要”正在尝试具体规定管理方面的一般性问题。例如,该纲要规定了管理联邦所有股份的目标和原则和方法。但是,这个规范性法律文件具有立法层级较低的特点,导致有关规定在其他部门规章中很容易被规避。此外,在很多方面。分析20世纪90年代中后期的国家所有权管理的情况,这个规定具有描述性的特点。这也不利于该规定的普遍适用。

关于国有股份管理的目的和任务的法规具有重要意义。这是因为作为保障解决社会生活中的各种问题的基本方法,“规则—原则”有利于建立一个有效的治理体系。在这些规定制定不完善的情况下,大大降低了国有股份公司规范适用的整体效率。一个决议草案的制定,必须根据有关原则,而不是官员基于主观喜好的自由裁量权。前述纲要在十年以前就已经规定,国家目标和国家通过投资股份公司实现的利益,无论是对于管理者,还是对于国家机关来说,并不总是显而易见的。很遗憾,多年以来这种情况没有发生根本改变。

众所周知,除了增加非税收入(显然指的是股息),在纲要中股份管理目标还包括保障履行国家职能。然而,无论是这个文件本身,还是其他法规都没有规定这样的原则。即国家作为股东,应该要么追求实现有益于社会的目标,要么主张提高公司股利支付的规模。

很遗憾,在地方立法中所包含的“规则—原则”的情况也不尽如人意。特别是《莫斯科州所有权管理法》第4条规定了莫斯科市所有权管理的目标与任务。由于融合了目标和任务的概念,制定该规范并不会产生两个范畴之间的区别。^⑪

此外,现行立法仅仅规定了公共法律构成直接所有的股份管理问题。然而,正如在本文第一部分所述,国家可能通过其他公司、单一制企业、国家公司等间接参与股份公司的治理,忽略这种情况会危及股份公司的治理质量。但是,俄罗斯法没有规定国家与法人共同持有公司股份时公司治理的原则。^⑫ 有时,由于公共法律构成间接参与股份公司的不确定性,某个公司是否由国家控制通常就变得模棱两可。^⑬ 如果一个公司的股份归俄罗斯联邦和联邦主体共同所有,这种情况可能变得更

^⑩ 例如,国家将自己的代表人列入清算委员会的权利。参见《股份公司法》第21条第4款。

^⑪ 文章原文的内容如下:“在莫斯科市所有权管理旨在为莫斯科市居民的生活创造有利的条件,发展城市经济和经营活动,提高莫斯科市所有财产的使用效率。”

^⑫ 特别是,我们可以研究典型的法律文件——俄罗斯联邦国有资产管理署2005年7月26日第228号法令。其中包括针对国有开放式股份公司年度报告的审批问题制定联邦立场,在这个文件中包含了用于详细描述股份公司情况的表格。但是,没有规定可以适用于公共法律构成间接控制的股份的特殊表格。似乎可以将这些股份填在表格“持公司股份5%以上的主要股东”一栏,但是在一些情况下,对于公司内部设置具有决定意义的往往是那些没有列入资产负债文件的持有少量股份的股东,这已经不是秘密,它会导致歪曲管理决策的结果。事实上,如前所述,国家对“第一频道”开放式股份公司的控制(俄罗斯联邦所拥有的股份只有38.9%),除了9.1%的股份属于俄罗斯联邦国家单一制企业“俄罗斯信息电讯局”相当于3%的股份拥有者是联邦制单一企业“奥斯坦金诺”。“俄罗斯天然气工业股份公司”也是类似的情况。

^⑬ 以OAO“俄罗斯天然气工业集团公司”为例,根据该公司网站的信息,截至2007年,由俄罗斯联邦控股50.002%(<http://www.gazprom.ru/articles/article2449.shtml>)。然而,根据2008年第四季度报告,俄罗斯联邦直接持有的股份只有38.37315035%,而它通过持有“俄罗斯石油天然气公司”100%的股份间接控制(www.rosneft.ru)俄罗斯天然气工业集团公司10.73985095%的股份(<http://www.gazprom.ru/articles/article25767.shtml>)。在公司财务报告中没有披露其他国有股东如何得以保障队天然气公司的控制。它仍然是一个谜的状态。

加复杂。^⑭ 在这方面缺乏统一的管理原则和制度将会降低行政治理的效率,导致对于股东大会和董事会会议的议程内容表决不一致的问题。国家公务人员和公司管理人员之间在非正式协议层面上的管理关系处于非规范性调整之下,这种实践做法存在相关协议的个别主体拒绝承担义务的风险或者其中可能存在腐败问题,因而它的存在是不合理的。

因此,在立法层面必须强化国有股份管理的目的、任务和原则。这可以通过对现行法律进行相应修改或者制定专门规范国家所有权管理的法律来实现。此外,应当规定公司治理的原则和特别方法,规定国家直接或者间接参与公司治理以及不同公共法律构成所有公司股份时可以适用的方法。

现在,我们有必要分析俄罗斯现行公共法律构成参与治理的程序。在世界实践中,也存在多种国有企业管理方案(所谓的国有企业 SOE-state owned enterprises 或 GOC government owned corporations)。^⑮ 外国学者^⑯将国有企业组织管理划分为三种方案:

(1)分散或行业的模型(decentralized or sector model);

(2)双层模式(dual model);

(3)集中模型(centralized model)。

分散模式早已在实践中使用。它的特点是在多个部委和机构之间分配管理股份公司的权利。芬兰和英国采用这种管理模式。尽管上述部委比其他机构更了解自己所管理的公司的特点,但是它的主要缺点是混淆了管理职能(具体企业)和规制职能(相关行业)。

双层模式在经济合作与发展组织的成员国(如意大利、韩国、希腊、新西兰)最为常见。在这种模式下,管理由联合力量、行业部门和所谓的“一般职能”部委实施。在大多数国家,发展双层模式是增加国家财政部的权力和影响力的结果。这种模式的一个主要优点是能够有效使用该系统,考虑到某些产业利益和经济整体利益的平衡。这种模式的消极方面表现为:存在两个管理决议的形成来源,由此可能会产生责任不清的问题,必须接受几个部门的领导指示还可能让公司高管迷失方向。

集中模式的特点是设立一个统一的治理中心,借助其管理国家投资的大部分公司——部、代理处。在大多数情况下,这项职能的承担主体通常是国家财政部(丹麦、荷兰、西班牙)、工业部(挪威和瑞典)。这种模式的优点是执行统一的国有企业政策,其缺点是忽视了个别领域的特殊性。顺便说一下,还存在一种选择管理模式,该模式的基础是向专门设立的控股公司转让国家所有的股份,并且集团公司也处于国家的控制之下。相似的模式广泛运用于澳大利亚。

在俄罗斯的实践中还可能遇到为了管理国有股份采用集团公司结构的情况,如联合航空制造集团公司、联合造船集团公司。显而易见,上述公司是根据行业特征组建的。控股集团公司的结构不是广泛适用于国有股份的管理,可能的原因是在立法层面上缺乏担任集团公司的概念。

哪种模式适用于俄罗斯?很明显,我们国家采用集中管理的模式。俄罗斯联邦所有的股份的

^⑭ 联邦和其他层级所有权结合的典型例子是封闭式股份公司。根据公司的季度报告,俄罗斯联邦 2008 年第 4 季度(http://www.alrosa.ru/investment/info/otchet/page/4_2008.pdf)拥有 50.9256% 的股份,萨哈共和国(雅库特)持股 32.0002%,并且还有 8 家市政组织共持有约 8% 的股份。

^⑮ 由于这个术语国外立法上不存在,本文采用 SOE 和 GOC 的含义是国家控股或者持有大量股份的公司。虽然在外国文献中会看到其他的观点,即 SOE 和 GOC 是国家为了特定目标建立的公司,并且不一定以股份公司的形式设立。国家参与的公司独立于控制层就意味着是 Government-Linked Companies——GLC。

^⑯ Vagliasindi M. Governance Arrangements for State Owned Enterprises World Bank Policy Research Working Paper No. 4542 March 2008 (<http://ssrn.com/abstract=1102837>). 关于国有公司治理模式世界经验的阐述主要以这篇文章的材料为基础。

股东权利首先由联邦国有资产管理署(局)行使。^① 在这种情况下,国有股的管理让人联想到法国的做法——特殊的机构实施这方面的职能,该机构从属于更高级别的部——在俄罗斯是经济发展部,而在法国则是财政部。^②

应该指出,在有关特定股份公司的经营事宜的决策过程中,无论是通过表决,还是借助提案或考虑相关联邦机构的立场,联邦国有资产管理署都应当行使股东权利。最重要的一点,似乎并不是履行决议程序,股东的立场由联邦国有资产管理署表现出来。一方面,这一事实有助于避免分散模式的缺点——公司决议制定中的混乱。但是,在实践中有可能存在个别部门拖延体现国家立场的草案拟定的情形。不仅是因为疏忽,还包括部门利益或者(更糟糕的)某些官员的个人利益。很遗憾,追究政府官员对这种行为的责任是非常困难的,这有可能引起国有公司管理效率的下降。

例如,根据《新闻报》的信息报道,在实践中出现了很多联邦代表依据指令方案在股东大会、董事会会议上表决的情形,这些方案指令在做出相应公司决议的前几天曾提交政府批准,经常都是政府批准以后召开会议。^③ 众所周知,在2006年的一次董事会会议上,由于没有表决指令,俄罗斯统一电力公司推迟了临时股东大会的举行。^④ 2005年,由于没有指令,通讯投资公司中断了年度股东大会。^⑤

显然,管理决议拟定滞后、国有股管理效率降低,这种形势的发展推动了联邦经济发展部重新审视现有的管理模式。根据既有的信息,在管理股份公司时国家立场的制定权拟转交具体的行业部门。^⑥

在针对会议日程问题的国家立场确定以后,其方案必须体现在股东大会或者董事会会议上。首先,让我们感兴趣的是作为董事会成员的国家代表人。

应该指出,董事会事实上是国有股份公司管理体系的关键要素。这是因为与那些任期相当长的组织领导不同,董事会成员可能更换的频率很高。在相当长的一段时间内,公共法律构成实施国家管理股份公司的功能就是借助于国家代表人。^⑦ 在联邦主体立法层面规定了相似的管理原则(例如,在莫斯科)。^⑧

根据国家参与公司管理的权利,可以将国家代表人分成两类:

(1)被委派到公司董事会或者监察委员会担任国家代表人的国家公务人员,行使对股份公司特殊的管理权利(“黄金股”);

(2)股份公司董事会和监察委员会中的国家利益代表,该公司的股份属于公共法律构成。

其中第一类国家代表人可能包括特殊的国家公务人员,国家为他们在公司机关中预留了职位。在第二种情形下,国家利益的代表可以不是官员,而是通过股东大会按照一般程序选举产生的。通常,由公共法律构成提名,为他们投票,但是任何人都可以干预,并且其他股东有权为自己的利益投票。

但是,长期采用这种法律制度产生了制度效率不足的问题。首先,索赔涉及第二类国家利益的代表。特别是,E. B. 加夫里林提出,国家利益代表参加股东会和董事会通常不顾及公司的金融经济

^① 《股份管理规定》第1段,同时应当指出,特定公司的股东权利由国防部和联邦总统事务管理局享有。

^② Vagliasindi M. 参见前引。

^③ http://pass.rzd.ru/wps/portal/press?STRUCTURE_ID=2&layer_id=463&id=47495。

^④ <http://www.ma-journal.ru/news/22139>, 访问时间:2006年9月22日。

^⑤ www.rbc.ru, 访问时间:2005年6月30日。

^⑥ 比希姆斯基 E. B 发布的文件//《公报》,2008年9月12日,№172(2194)。

^⑦ 《私有化法》第38条、第39条。

^⑧ 2007年12月19日第49号莫斯科市法律《莫斯科市公共财产管理框架》第15条。

状况,不考虑公司的发展前景。^② 其他一些学者强调了开放式股份公司管理机关中代表的消极性。几乎所有的代表都是国家公务人员,绝大多数在联邦部委工作。最可悲的是,许多代表同时在 10 家或者更多的股份公司中代表国家利益。^③ 确实应当指出,国家代表人的被动特点很大程度上受到其地位缺乏独立性这一事实本身的限制。毕竟,他们事实上只向股份公司传达公共法律构成的意志,以指示中写明的方式进行表决。^④ 此外,这还将产生另外一个问题,即追究依据指令表决的国家代表人的责任问题。问题在于,如果没有对指令的依赖,他可能被追究《股份公司法》第 71 条规定的法律责任。^⑤

应当强调的是,上述问题并不是俄罗斯独有的,在其他国家也存在类似问题。并且外国研究人员指出,国有公司的董事会主要都是由所谓的中层公务人员组成的 (middle-level civil servants)。^⑥

国家公务人员的效率低下让俄罗斯联邦国家行政机关不得不寻找其他更加有效的治理公司的方式。特别是,俄罗斯联邦总统 Д. А. 梅德韦杰夫曾经说过,“必须扩大开展股份公司治理机关中以独立董事代表国家利益的实践,而不是国家公务人员代表国家利益的做法”。^⑦

俄罗斯联邦总统的地位还体现在规范性法律文件中。特别是,现在已经开始计划修改有关独立董事制度的现有法律。^⑧

一个重要的细节——莫斯科市的规范性法律文件在联邦法律修改以前长期包含有关独立董事的条文。^⑨ 但是有充分的理由证明,这些规定仅仅是宣告性的原则,监管框架的不完备也证实了这一点。根据前述《莫斯科市公司行为标准》的规定,招募独立董事应当按照莫斯科市财产管理局规定的程序进行,但是,到现在为止,这一规定还没有审议通过。

尽管在法律上存在独立董事的概念,但是没有明确规定独立的标准。事实上,在不同的国家和不同的法律规范中对于类似的董事定义不同。属于不统一:这是无利害关系董事 (noninterested)、独立董事 (independent) 和外部董事 (outside)、非执行董事 (non-executive) 和非公司员工 (nonemployee),等等。^⑩

最近在国内立法中出现了选任俄罗斯国有企业的独立董事的标准。目前,在收集提名候选人的建议时,以独立董事身份加入股份公司董事会的董事 (以下简称独立董事)、俄罗斯联邦作为股东提名的董事会独立董事人选,或者他的家庭成员 (配偶、父母、亲生子女、养子女)、继兄弟姐妹和祖父母在最近三年内: (1) 不能成为股份公司或其附属公司及联属公司的员工,在这些公司的管理机关中担任职务,也不得成为股份公司的管理公司的员工或者经理,在管理机关中担任职务; (2) 不得成为本公司或其附属公司及联属公司的控制人,为了完成股份公司的董事会 (监事会) 的成员的职责除外; (3) 不能是履行股份公司审计人员 (包括审计组织的员工)、股份公司审计组织的控制关联

② E. B. 加夫里林:《股份公司中的国有资产 (股权和股份) 管理:理论、方法与实践》,莫斯科,2006 年版,第 117 页。

③ С. Э. 志凌斯基:《经济法》(经营活动的法律基础):教材,莫斯科,2004 年版,第 443 ~ 444 页。

④ 在很多情形下不存在代表人参加表决的指令可能导致董事会决议无效。(例如,参见 2006 年 5 月 24 日乌拉尔地区反垄断局关于第 А50 - 31187/2005 - Г - 26 号案件的第 Ф09 - 4083/06 - С5 号决议)

⑤ 相关研究,参见 А. Е. 莫罗特尼科夫:《股份公司的责任》,莫斯科,2006 年版,第 194 ~ 196 页。

⑥ Vagliasindi M. Governance Arrangements for State Owned Enterprises World Bank Policy Research Working Paper No. 4579 March 2008 (<http://ssrn.com/abstract=1149082>).

⑦ 2008 年 6 月 23 日俄罗斯联邦总统致联邦议会的咨文《关于 2009 ~ 2011 年的预算政策》,来源:俄罗斯法律数据库 Консультант Плюс。

⑧ 《股份公司管理规定》第 16 项。

⑨ 《关于莫斯科市参股的股份公司经营活动和莫斯科市作为股东的公司行为标准审批法》2006 年 5 月 2 日第 304 - IIII 号莫斯科政府决议第 2.2.3 项。

⑩ Donaldc Clarke The Independent Director In Chinese Corporate Governance Delaware Journal of Corporate Law Vol. 31 2006 (<http://ssrn.com/abstract=913784>).

主体;(4)如果公司与某个组织一年的合同交易总额达到公司资产的账面价值 10 % 以上,不得成为该组织员工;(5)不得代表与股份公司之间具有合同关系并且一年的合同交易总额达到公司资产的账面价值 10 % 以上的组织的利益;(6)不得从股份公司获取公司年收入 10% 以上的报酬、赔偿金或者其他性质的收入,与实施独立董事职责相关的工作报酬和为了保障个人、家庭、亲属或者其他与经营活动无关的人的需要进行交易或者参加股权激励计划除外。

此外,俄罗斯联邦作为股东提名的董事会独立董事的人选,不得:(1)更换俄罗斯联邦国家公务员职务或者担任俄罗斯联邦中央银行的雇员;(2)成为最近 5 年连续当选的董事会(监事会)的成员;(3)本公司管理人员在其他股份公司是高级管理人员、独立董事、董事会薪酬与人事委员会成员,在该股份公司担任职务或者成为该公司的职员;(4)同时担任三家以上股份公司的独立董事。

这里还存在另外一个问题:董事应当为谁的利益工作?根据总统所说——为了国家的利益,因为国家是股东。然而,这种对独立董事制度的理解,违背了世界对这种现象的普遍认识——独立董事通过监督公司内部法律合规为社会的利益行事,而不仅仅是为了股东利益。³⁹此外,《股份公司法》第 71 条第 1 款明确规定:董事会的成员应当为了股份公司的利益行事。前述事实比法律规定的独立董事的法律地位更加复杂,国有公司董事会选举独立董事应当履行诸多程序。

因此,独立董事的概念需要通过补充的法律规范进行明确规定。为了管理股份公司,国家应当合理地结合国家代表人和独立董事两个制度。

应当注意另外一个与国有公司董事会相关的问题。对于国有公司治理模式的选择问题,我们谈论的是解决这一问题需要区别对待。例如,对于换手率较低、雇员人数较少的小型公司,组建公司董事会未必是明智的选择;同样地,谈论这些公司董事会专门委员会的组成,也不合适。

* * *

如前所述,可以得出如下结论:

1. 在立法层面应当规定国有股份管理的目的、任务和原则。可以通过修改现行法例或者制定专门的法律调整国家所有权的管理。此外,还应当规定适用于管理公司的原则和具体办法,把它们应用于国家直接或者间接投资的公司、国家综合运用多种方式投资的公司、不同的公共法律构成共同持有股份的公司。

2. 俄罗斯采用集中治理模式,其典型特征是大多数国有企业设置统一的管理中心,少数股份依据行业原则转移到控股集团(如联合航空制造公司)。

3. 不存在统一的方法,可以用以规范联邦国有资产管理署、国防部、联邦总统事务管理局下辖的国家参与股份公司的治理。

4. 根据国家参与公司管理的权利,可以将国家代表人分为两类:被委派到公司董事会或者监察委员会担任国家代表人的国家公务人员,行使对股份公司特殊的管理权利(“黄金股”);股份公司董事会和监察委员会中的国家利益代表,该公司的股份属于公共法律构成。

5. 股份公司中国家利益代表人制度的运行实践证明了该制度的低效率,这说明完善该制度的必要性,其中包括扩大独立董事制度的应用。

6. 应当区别对待那些国有公司治理过程中董事会功能的特殊性。

³⁹ Jeffrey N. Gordon, *The Rise of Independent Director in The United States, 1950 - 2005: Of Shareholder Value And Stock Market Prices*, *Columbia Law and Economics Working Paper No. 301*, 2006(<http://ssrn.com/abstract=928100>).