

# 公司法理

王亦平 马强 王铁 著

## 与 购 并 运 作

- 公有制与公司制具有对接的基础
- 国有股权代表应采用“二元主体”
- 公司设立应采取法定资本制和认可资本制相结合的原则
- 我国公司应建立稳定、持久、和谐、高效运转的法人治理结构
- 国有独资公司应由“国有公司法”或“国有独资公司法”调整
- 在母、子公司关系设立有效的忠实义务
- 我国国有股不宜上市进行流通
- 公司改组应选择不同的公司形式
- 公司改组应采用发起设立和募集设立并重的策略

# 公司法理与购并运作

王亦平 马 强 王 轶 著

人民法院出版社

**责任编辑/胡玉莹**

**技术编辑/肖 虎**

**封面设计/海之帆**

## **公司法理与购并运作**

**著/王亦平 马 强 王 轶**

---

**出版发行/人民法院出版社**

**社址/北京市东交民巷 27 号(最高人民法院机关大院内)**

**电话/65136851 65299981 65134290 邮编/100745**

**开户银行/中国工商银行北京王府井分理处**

**开户名称/人民法院出版社 帐号/046061-68**

**(通过本社邮购另加 15% 邮费)**

---

**经销/各地新华书店和其他书店 印刷/北京人卫印刷厂**

**开本/850×1168 毫米 大 32 开 印张/24.75 字数/650 千字**

**版本/1999 年 4 月第 1 版 印次/1999 年 4 月第 1 次**

**印数/0001~ 3000 定价/39.00 元**

**书号/ISBN 7-80056-818-0/D · 890**

---

**版权所有 侵权必究**

# 序

---

公司企业是当今世界各国的主导企业形态，公司购并是市场竞争全球化下的一种必然趋向。改革开放以来，特别是党的十四大以来，随着我国社会主义市场经济新体制的逐步建立，公司企业得到了迅速的发展；在市场竞争日趋激烈的形势下，公司购并的浪潮一浪高过一浪。这为我国经济的全面增长奠定了现实的基础，提供了良好的契机。党的十五大进一步明确了我国企业改革的这一方向。建立以公司制为主导的现代企业制度，强化企业的规模效益优势，是历史的必然选择。我们应该毫不动摇地坚持这一改革方向。

然而，作为舶来品的公司制度，能不能被我国的传统文化所吸纳，能不能与我国的社会制度和经济基础相融合，在实际运作中却遇到了严重的挑战，主要表现在：

第一、公司中的公有股产权不明晰，导致公有财产大量流失。公有股包括国家股、国有法人股和集体股。由于这类公有股的产权不明晰，使得经营管理该产权的主体对其经营效益缺乏关切度。在没有严格责任制度作保证的情况下，公有财产流失的闸门随之洞开。

第二、在国家参股、控股的公司中，企业对外部的不合理的行政干预缺乏抗御的能力。独立的法人未能享有独立的人格，其经营行为抹上了浓重的政府意志色彩。

第三、公司内在运作机制的有效建立受到了现行政治体制的巨大牵制。在国家参股、控股的公司中，由于受传统行政管理方式的惯性冲击，其内在用人机制、激励机制、监督制约机制的建立，遇到了强大的阻力，传统公司内在应有的效率未能充分激活。

第四、公司上市的指导思想出现严重偏差。在“社会主义市场经济是公有制占主导地位经济”的帷幕遮掩下，我国公司的上市主要不是效益标准，而是所有制标准。谁上市谁不上市，不是由业务主管部门严格按照程序审定，而是由各级党政部门的领导径直拍板。因而，公司上市背后是大量的包装和公关活动，使许多效益差甚或亏损的企业优先上了市，加重了股市的泡沫成份。

第五、缺乏正确价值理念支撑的利益主体多元化，使得许多经营主体将公司改组、购并作为逃废债务的一种手段，加重了社会经济秩序的紊乱。

上述种种情况表明，在公司制度移植的本土化问题上，我们面前有一系列重大的课题需要认真研究和解决。在市场经济这个大舞台上，作为经济运行微观主体的公司企业扮演着重要的角色，其制度能否有效的建立，直接关系到经济体制改革的最终成败和民族经济的整体兴衰。

## 二

公司法律制度能不能在社会主义市场经济的土壤中生根发芽？即公司制与公有制有没有对接的基础？如果存在这个基础，那么在衔接二者的过程中，从机制上应解决什么问题？在操作程序上应攻克哪些技术难关？本书从公司法理上对这些问题作了较为全面的阐述。

本书关于公司法基本理论及其本土化移植方面的主要观点是：

第一、公有制与公司制具有对接的基础。现代公司制度，是适应社会化大生产而出现的一种资本社会化和生产经营社会化的企业组织形态。其基本特点是，通过有约束的财产委托代理形式，实现出资人财产与法人产权的分离。现代公司制度的这一特征提供了这样一种机制，即将分散的资本，集合为社会资本，通过出资者对代理经营者的有效监督和约束，保证自己资产最大限度地增值。我国国有制大中型企业具有较高的社会化生产水平，公有制为社会化大生产提供了经济基础。在公有制下的社会大生产，生产资料的所有者也必须找到自己的代表，通过委托代理的形式，才能将生产资料投入到生产经营过程。可见，在生产的社会化基础方面和出资者财产的委托代理的经营形式方面，二者具有共同之处。而这正是公司制与公有制对接的基础。

第二、国有股权代表应采用二元主体。国有股权代表的确定，应遵循两个原则：一是尽可能贴近最初委托人，减少委托代理的成本；二是尽可能贴近直接的利益受益人，使国有股财产处于有效的监控之下，并使其效益得到充分发挥。从上述原则出发，国有股权的代表，应根据国有层级的不同，从各级政府主管部门或国家授权机构移位于相应级别的人民代表大会和本公司的职工代表大会身上，由二者按照一定的比例共同充任国有股权的代表，即国有资产的最终委托人。

第三、公司设立应采取法定资本制和认可资本制相结合的原则。我国目前在公司设立上，内资企业采用的是法定资本制，外资企业采用的则是认可资本制。这种内外有别的公司设立资本原则，使外商投资企业处于超国民待遇的庇护之下，限制了本国企业的发展。事实上，认可资本制原则更符合经济发展的规律和投资的客观要求。为鼓励社会投资，不断开拓新的生产经营领域，认可资本制也应对国内投资者予以开放。在目前法制和行政管理水

平不到位的情况下，我们可以先在资本规模要求较高的一些特殊行业进行试点，在条件成熟后再逐步推广。

第四、根据我国公司内部资产结构的特点，建立起以使公司稳定、持久、和谐、高效运转为目标的合理的公司法人治理结构。公司法人治理结构的设计要建立在公司各组织机构之间权力平衡的基础之上。既要保证股东大会对董事会的实质控制，同时又不能束缚住董书会的手脚；既要保证监事会对董事会的监督力度和实际效果，又不能抑制董事会自主经营的积极性和主动性；既要考虑到各机构之间互动关系中的效率，同时又要考虑到各方利益的合理与公正；既要保持住投资者对公司投资的兴趣，又要充分调动起经营者持久经营的内在动力。这种积极的、生发互动作用的内在运作机理，是公司法人治理结构设计追求的最终目标。我国公司法人治理结构在补充设计上，应进一步完善股东大会的运行规则，对大股东的表决权要进行有条件的限制；在董事会的组成和行为规则上应进行一定的调整，如在国家参股、控股的大公司中，实行集体法人代表制度，使公司决策的科学化在组织制度上得到保证；监事会的监督职能应进一步扩大，并使权力的行使建立在有效的制度基础之上。

第五、国有独资公司应从《公司法》中剔除出来，改由“国有企业法”或“国有独资企业法”专门调整。国有独资公司是我国建立社会主义市场经济体制过程中为国有企业寻找出路而设计的一种特殊的公司形式。但从公司法理上讲，它实在不能被算作一种公司，因为它不具备投资主体多元化这一公司设立的根基，从外在形式上缺乏股份的对象。我国目前的国有独资公司，在设立条件、适用范围、组织机构、运行规则、经营对象、社会功能等方面，与传统的公司有着太多的差异。强行将其纳入公司法体系，使该法的逻辑结构发生了严重的混乱。因而，宜另行制定专门法

对其予以特别调整。

第六、在母、子公司关系中，应为子公司的董事设立有效的忠实义务。母公司与非全资子公司的利益具有非完全一致性，在某些情况下，彼此之间的利益会发生剧烈的冲突。此时，与母公司有利害关系的董事能否向其所在的子公司“尽忠”，直接关系到子公司及其非控股股东的利益能否得到切实的保护。如果子公司非控股股东的利益不能得到法律的有效保护，那么股东投资的积极性将会受到沉重的打击，在我国公有制占主导地位的公司体系框架中，国有股权控制的社会资产面将会因此而大大削弱。有鉴于此，我们对母、子公司关系中利害关系董事的“忠实义务”从内涵、外延和程序规则上划定了闭合性的界定标准，并对未履行忠实义务的董事应承担的责任提出了若干建议。

第七、我国国有股从本质和价值功能上讲，不宜上市进行流通。国有股上市流通从经济利益上讲有两种结果：要么赢利，要么亏损。由于股份在流通转让中并不会使其所代表的资产发生实际的增值，因此，允许国有股上市流通会使其处于两难境地：如果亏损了，则造成国有资产的损失或流失。在人文背景缺乏法治基础、股市监管水平尚不到位的情况下，这种结果被实践证明是难以避免的。如果赢利了，则会使散户股东利益受损，长此以往，势必会把散户股东驱逐出股市，使投资市场丧失一大批客户。而且国有股在股市的炒作，也会转移国有资产经营者的注意力，从而削弱企业内部经营机制改革的力度。所以，无论从长远利益看，还是眼下利益看，国有股都不宜上市流通，而应成为稳定股市、稳定公司经营的最后一道防线。

第八、公司改组应根据企业自身的情况选择不同的公司形式。股份公司具有面向公众集资、风险较分散的资合特点，但因前期投入较大，设立周期较长、程序复杂，因此，它更适合那些产品

知名度高、经济效益好的国有大、中型企业。而小型国有企业则由于资本规模小、职工人数少，设立程序较为简单，所以，宜采用有限责任公司形式。

第九、在公司改组的方式上，应采用发起设立和募集设立并重的策略。我国目前在公司改组上多采用募集设立的方式，而对发起设立的方式则重视不够。募集设立虽然矛盾、阻力较小，形式上的改制易于成功，但由于国情的特殊性，公司内部的权力制约难以有效形成，结果是改制后的公司徒具外壳，而有效的运作机制却难以形成。但考虑到目前改制的急迫性和困难的现实性，我们可采用二者并重的做法，在加速改制的同时，适当保证改制的效果，随着改制环境的好转和成熟，再对已改制的公司予以进一步完善。

### 三

在公有制为主导的社会主义市场经济条件下建立公司制度、进行公司改组和购并，在理论上和实践上面临着一系列重大问题需要认真加以研究和解决。由于历史并没有对公有制基础上的市场经济和公司制度作出佐证，所以，以公司制为主导的现代企业制度的建立和改革，需要进一步深入下去。相应地，其理论探讨和研究也需要进一步深入下去。本着这一思路，我们通过几年的努力，在搜集、整理、研读大量资料的基础上，对公司法律制度的诸多问题进行了认真的分析和思考，并最终付梓成册。

法律制度本土化过程中，存在一个重新培植的问题。当然，这种培植并不是将其根脉全部斩断，而是在置换适宜土壤的基础上对其剪枝修叶。从这个意义上讲，这种探索是一种前无可鉴的实践或尝试，并无确定不易的答案。抱着一种求索真谛的理念，宁可多讲一些自惭形秽的错话，也不愿昧同嚼蜡地重复他人一句正

确的话。只要我们抛却陈旧的思维方式，只要我们不过于浪漫主义地看待现实的理论问题，我们就会或多或少地获得那一份耕耘的成果。

本书由王亦平撰写第一编，马强撰写第二编和第三编，王轶撰写第四编。

作者在写作过程中，参阅了许多国、内外学者的有关学术专著和论文，在此深表谢意。由于我们研究能力有限，加之资料欠丰，因此，书中缺点、错误在所难免，请读者多加指正。

作 者

一九九九年一月



## 第一编 公司法基本问题研究

|                           |        |
|---------------------------|--------|
| <b>第一章 公司概述</b> .....     | ( 2 )  |
| 一、公司的起源和发展.....           | ( 2 )  |
| 二、公司的类型.....              | ( 10 ) |
| 三、公司的人格.....              | ( 14 ) |
| 四、公司的本质.....              | ( 28 ) |
| <b>第二章 公司法概述</b> .....    | ( 32 ) |
| 一、公司法的概念和特征.....          | ( 32 ) |
| 二、公司法的调整对象.....           | ( 34 ) |
| 三、公司法的渊源.....             | ( 36 ) |
| 四、公司法的基本原则.....           | ( 38 ) |
| <b>第三章 公司的资本与股份</b> ..... | ( 44 ) |
| 一、公司资本及相关概念.....          | ( 44 ) |
| 二、公司资本制度.....             | ( 46 ) |
| 三、公司的增资与减资.....           | ( 51 ) |
| 四、公司的股份.....              | ( 53 ) |
| <b>第四章 股权</b> .....       | ( 59 ) |
| 一、股权的含义和性质.....           | ( 59 ) |
| 二、股权的法律要素.....            | ( 62 ) |
| 三、股权与公司的内在机制.....         | ( 63 ) |

|                                 |        |
|---------------------------------|--------|
| 四、股权的保护·····                    | ( 66 ) |
| <b>第五章 公司法人治理结构</b> ·····       | ( 69 ) |
| 一、公司法人治理结构的含义和特征·····           | ( 69 ) |
| 二、公司法人治理结构的实质·····              | ( 70 ) |
| 三、公司各组织机构的权力分配和运作方式·····        | ( 72 ) |
| 四、董事会中心主义·····                  | ( 79 ) |
| 五、我国公司法人治理结构的设计·····            | ( 84 ) |
| <b>第六章 国有独资公司</b> ·····         | ( 95 ) |
| 一、国有独资公司的概念和特征·····             | ( 95 ) |
| 二、国有独资公司与“一人公司”·····            | ( 97 ) |
| 三、国有独资公司企业形态的归属和出路·····         | ( 99 ) |
| <b>第七章 控股公司</b> ·····           | (102)  |
| 一、控股公司的概念和类型·····               | (102)  |
| 二、国有控股公司·····                   | (104)  |
| 三、母公司与子公司的关系·····               | (111)  |
| 四、母、子公司关系中的董事忠实义务·····          | (114)  |
| <b>第八章 我国公司法律制度若干问题研究</b> ····· | (125)  |
| 一、公有制与公司制的对接·····               | (125)  |
| 二、现代企业制度的定位·····                | (137)  |
| 三、企业法人财产权的含义·····               | (145)  |
| 四、国有股上市探略·····                  | (149)  |

## 第二编 公司改组

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| <b>第九章 公司制企业及其经营机制</b> ····· | (154) |
| 一、公司的概念和特征·····              | (154) |
| 二、公司的法律形态·····               | (158) |

|                                                      |              |
|------------------------------------------------------|--------------|
| 三、公司的经营机制·····                                       | (164)        |
| <b>第十章 公司改组的目的、原则与模式选择·····</b>                      | <b>(171)</b> |
| 一、公司改组的目的·····                                       | (171)        |
| 二、公司改组的原则·····                                       | (180)        |
| 三、公司改组中企业组织形式的选择·····                                | (188)        |
| <b>第十一章 公司改组的条件和程序·····</b>                          | <b>(195)</b> |
| 一、公司改组的条件·····                                       | (195)        |
| 二、公司改组的程序·····                                       | (201)        |
| 三、公司改组程序中应当注意的几个问题及改组为上市<br>公司的特殊程序·····             | (206)        |
| <b>第十二章 公司改制、重组方案 and 实际运作·····</b>                  | <b>(232)</b> |
| 一、公司改制、重组方案·····                                     | (232)        |
| 二、发起人协议·····                                         | (236)        |
| 三、公司改组中的国有资产评估·····                                  | (241)        |
| 四、公司改组资产评估程序和资产评估办法·····                             | (263)        |
| 五、国有企业公司改组中土地处置·····                                 | (285)        |
| 六、资产重组实际运作·····                                      | (290)        |
| <b>第十三章 公司改组中国有股权管理·····</b>                         | <b>(301)</b> |
| 一、概述·····                                            | (301)        |
| 二、国有股权的管理·····                                       | (305)        |
| <b>第十四章 企业集团·····</b>                                | <b>(310)</b> |
| 一、我国企业集团的法律性质及其构成条件·····                             | (312)        |
| 二、我国企业集团组建模式的选择·····                                 | (318)        |
| 三、组建企业集团应当注意的几个问题·····                               | (320)        |
| <b>第十五章 公司改组中申报的主要文件的内容与格式及<br/>制作文件应当注意的问题·····</b> | <b>(325)</b> |
| 一、申请公开发行股票公司报送材料标准格式·····                            | (325)        |

|                     |       |
|---------------------|-------|
| 二、上市公司章程·····       | (328) |
| 三、招股说明书·····        | (364) |
| 四、年度报告·····         | (392) |
| 五、中期报告·····         | (418) |
| 六、配股说明书·····        | (425) |
| 七、法律意见书和律师工作报告····· | (431) |
| 八、上市公告书·····        | (440) |

### 第三编 公 司 兼 并

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| <b>第十六章 公司兼并概述</b> ····· | (450) |
| 一、公司兼并的概念和特点·····        | (450) |
| 二、公司兼并的形式·····           | (455) |
| 三、公司兼并的原则·····           | (459) |
| <b>第十七章 公司兼并协议</b> ····· | (463) |
| 一、公司兼并协议的概念、特征及形式·····   | (463) |
| 二、公司兼并协议的订立·····         | (465) |
| 三、公司兼并协议的条款·····         | (469) |
| 四、公司兼并协议的效力·····         | (472) |
| <b>第十八章 公司兼并程序</b> ····· | (475) |
| 一、编制资产负债表及财产清单·····      | (475) |
| 二、编制财产清单·····            | (488) |
| 三、兼并方案的拟定·····           | (488) |
| 四、债权人公告·····             | (489) |
| 五、相关登记手续的办理·····         | (489) |
| 六、其他规定·····              | (491) |

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| <b>第十九章 公司兼并中的其他法律问题</b> ..... | (492) |
| 一、影响兼并决策的因素.....               | (492) |
| 二、兼并利弊分析.....                  | (494) |
| 三、政府行为的规范.....                 | (495) |

## 第四编 公 司 收 购

|                                      |       |
|--------------------------------------|-------|
| <b>第二十章 公司收购概述</b> .....             | (498) |
| 一、公司收购的概念、类型.....                    | (598) |
| 二、公司收购的动因.....                       | (510) |
| 三、公司收购的微观基础.....                     | (517) |
| 四、我国公司收购前景.....                      | (525) |
| <b>第二十一章 公司收购的目标选择、审查及价值评估</b> ..... | (533) |
| 一、公司收购的目标选择.....                     | (533) |
| 二、进行策划的资料来源.....                     | (549) |
| 三、对目标公司的审查.....                      | (551) |
| 四、对目标公司的价值评估.....                    | (559) |
| <b>第二十二章 公司收购的程序</b> .....           | (578) |
| 一、公司收购的一般程序.....                     | (578) |
| 二、上市公司收购程序.....                      | (579) |
| <b>第二十三章 公司收购合同</b> .....            | (589) |
| 一、公司收购合同概述.....                      | (589) |
| 二、股权收购合同.....                        | (590) |
| 三、资产收购合同.....                        | (594) |
| 四、风险分担条款.....                        | (595) |
| <b>第二十四章 公司收购的出资及付款</b> .....        | (597) |
| 一、现金收购.....                          | (597) |

|                                                  |              |
|--------------------------------------------------|--------------|
| 二、股票收购.....                                      | (606)        |
| 三、综合证券收购.....                                    | (610)        |
| <b>第二十五章 跨国的公司收购.....</b>                        | <b>(613)</b> |
| 一、跨国收购的概念和特点.....                                | (613)        |
| 二、跨国收购公司的动机与程序.....                              | (615)        |
| 三、订立跨国收购合同.....                                  | (621)        |
| 四、国有企业境外上市的运作.....                               | (624)        |
| 五、我国对外资收购上市公司的规范.....                            | (627)        |
| <b>第二十六章 公司收购中的其他法律规范.....</b>                   | <b>(631)</b> |
| 一、公司收购中的税收.....                                  | (631)        |
| 二、公司收购后的财务管理.....                                | (633)        |
| 三、被收购公司的职工安置.....                                | (634)        |
| 四、政府对公司收购的监管.....                                | (635)        |
| <b>附录:</b>                                       |              |
| 一、关于企业兼并的暂行办法.....                               | (642)        |
| 二、关于出售国有小型企业产权的暂行办法.....                         | (645)        |
| 三、国有企业财产监督管理条例.....                              | (648)        |
| 四、股份制试点企业财务管理若干问题暂行规定.....                       | (655)        |
| 五、股份制试点企业人事管理暂行办法.....                           | (664)        |
| 六、股份制试点企业会计制度.....                               | (665)        |
| 七、中华人民共和国公司登记管理条例.....                           | (681)        |
| 八、国家工商行政管理局关于施行《中华人民共和国<br>公司登记管理条例》若干问题的意见..... | (692)        |
| 九、国务院关于股份有限公司境内上市外资股的<br>规定.....                 | (695)        |
| 十、股份有限公司境内上市外资股规定的实施细则.....                      | (700)        |
| 十一、关于推荐境外上市预选企业的条件、程序及                           |              |

|                                                              |       |
|--------------------------------------------------------------|-------|
| 所需要文件·····                                                   | (707) |
| 十二、境内上市外资股(B股)公司增资发行B股<br>暂行办法·····                          | (709) |
| 十三、上市公司股东大会规范意见·····                                         | (714) |
| 十四、到境外上市公司章程必备条款·····                                        | (717) |
| 十五、国务院关于进一步加强在境外发行股票和<br>上市管理的通知·····                        | (748) |
| 十六、外商投资企业投资者股权变更的若干规定·····                                   | (750) |
| 十七、关于以高新技术成果出资入股若干问题的<br>规定·····                             | (755) |
| 十八、企业兼并有关会计处理问题暂行规定·····                                     | (757) |
| 十九、财政部 国家税务总局关于企业资产评估增<br>值有关所得税处理问题的通知·····                 | (761) |
| 二十、国家税务总局关于外商投资企业合并、分立、<br>股权重组、资产转让等重组业务所得税处理<br>的暂行规定····· | (762) |
| 二十一、证券市场禁入暂行规定·····                                          | (768) |