

闭锁公司的治理

大股东、经营者的责任

徐进 著

THE GOVERNANCE OF CLOSE CORPORATIONS:
THE MAJORITY SHAREHOLDER'S AND THE
MANAGEMENT'S RESPONSIBILITIES




浙江大学出版社
ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

锁公司的治理

股东、经营者的责任

徐进 著

THE GOVERNANCE OF CLOSE CORPORATIONS:
THE MAJORITY SHAREHOLDERS AND THE
MANAGEMENT'S RESPONSIBILITIES




浙江大学出版社
ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

闭锁公司的治理:大股东、经营者的责任 / 徐进著.
—杭州:浙江大学出版社,2013.8
ISBN 978-7-308-12280-1

I. ①闭… II. ①徐… III. ①公司—企业管理—研究
IV. ①F276.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 228138 号

闭锁公司的治理:大股东、经营者的责任

徐 进 著

责任编辑 赵博雅

封面设计 续设计

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址:<http://www.zjupress.com>)

排 版 浙江时代出版服务有限公司

印 刷 杭州日报报业集团盛元印务有限公司

开 本 880mm×1230mm 1/32

印 张 5.25

字 数 96 千

版 印 次 2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-12280-1

定 价 24.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式:0571-88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

前 言

本书讨论了闭锁公司治理的两个问题,即大股东对小股东的责任和经营者的忠实义务问题。内容上主要包括笔者几年前提交并发表的博士论文的相关内容,以及新写作的文稿。另外,相关的地方也加入了笔者最近发表的其他论文的部分内容。书中有些内容的原文写作时间较早,而之后笔者的相关的理解与想法发生一些变化,对此,在本书写作过程中,尽量进行了修正。但是难免仍有不对之处。请读者批评指正。

最后,我要衷心感谢在我留学日本东北大学期间给予我悉心指导的吉原和志先生。同时,也感谢一直以来给予我支持与鼓励的家人。

目 录

绪论 闭锁公司及其法律问题

- 一、公众公司与闭锁公司 (3)
- 二、私营企业、家族性企业、创新型企业 (6)
- 三、本书的内容安排 (11)

上篇 闭锁公司大股东对小股东的责任

- 一、大股东对小股东的“压制行为” (15)
- 二、法律制度上的应对 (17)
- 三、司法上的适用标准：如何定义“压制行为”
..... (32)
- 四、小股东的机会主义行为等问题 (38)

下篇 闭锁公司经营者的忠实义务

- 一、忠实义务的内容 (50)
 - (一)美国法 (50)
 - (二)日本法 (88)

二、忠实义务的强行法规性	(102)
(一)美国法	(102)
(二)日本法	(131)
三、创新型企业的治理结构:以硅谷模型为例	(133)
(一)利害对立的状况	(134)
(二)内部的治理机制	(137)
(三)外部的治理机制	(141)
(四)忠实义务的作用	(145)
结语 对我国法的启示	(150)
参考文献	(152)
索 引	(158)

绪论

闭锁公司及其法律问题

一、公众公司与闭锁公司

如果我们从法律的角度对公司进行分类,有两个类型比较常见。第一个类型,通常公司规模比较大,股东人数多、分散分布,股份可以自由转让,我们一般称之为公众公司。第二个类型,股东人数较少,内部关系紧密(人合性强),股份转让受限制,我们一般称之为闭锁公司。从公司制度发展的方向上看,随着公司(企业)在社会经济中占有的地位越来越重要,其规模也呈现出大型化的趋势。随之,在法律制度的设计的思考上,公众公司也逐渐成为了人们关注的焦点。关于公众公司的特征,20世纪30年代就已有学者指出了“所有权与控制权的分离”的现象,得到了社会普遍的共鸣(其文中所指的现代公司基本与公众公司的概念相重合)^①。由这样的内部特征所产生的公司(股东)与经营者之间的利益分歧及其调整,成为了之后公司法领域长期讨论的热点问题(即公司治理)。然而,在针对公

^① 提出该观点的代表性著作,参见阿道夫·A. 伯利、加德纳·C. 米恩斯著,甘华鸣、罗锐韧、蔡如海译:《现代公司与私有财产》,商务印书馆2005年版,第3—11页。作者在书中指出,现代公司已成为一种社会制度,即准公共公司。公司股东人数变多,分散分布,导致了少数股权甚至董事、经理取得了公司的控制权,而作为所有人的大部分股东仅有可享受收益的所有权,失去了原本包括在所有权之中的对实物的控制权。即产生了所有与控制的分离现象。而在传统的私人公司或闭锁公司中是不存在这样的分离现象的。

众公司的制度设计的研究占据主流地位的另一面,理论界、实务界对于闭锁公司这类传统型的公司的态度则倾向于冷漠或轻视,关于闭锁公司的研究也因此长期被边缘化。

20 世纪中后期开始,明确将公司区分为公众公司与闭锁公司并根据各自的情况进行制度设计的理论研究逐渐出现。例如,Manne 在其论文中分析了该两类公司的经济结构,探讨了各自的法律制度^①。该研究具有一定的代表性,下面对其主要观点做一个简单介绍。

首先,公众公司缘起于公司发起人的筹集资本的需要。发起人对外发行股份募集资金,同时确定公司的经营者。而作为投资人的股东则一般没有参与公司经营的动机,其最主要的目的是获得利润的回报。因此,公司作为融资的工具,存在着以下特征:①股东的有限责任。一方面股东可以回避公司破产时的过大的风险;另一方面,如果股东按出资比例而非出资金额承担风险,债权人向分散的股东回收债权的成本也会很高。有限责任制度则明确地将该风险分配给了债权人。通常,相对于股东,债权人、特别是公司的交易对方等自愿债权人对风险的理解能力及事先分散能力比较好,承担公司破产的成本比较低。②股份的流动性。用以满足投资人因各种因素而改变投

^① Henry G. Manne, Our Two Corporation Systems; Law and Economics, 53 Va. L. Rev. 259 (1967).

资决定的需要,即可以自由退出公司。③公司控制权(corporate control)的市场。经营不善时公司股价下跌,公司有被外部第三人收购的危险,因此可以促使经营者进行高效率的经营。这时,各种公示制度(公司章程、信息披露等)、股东选举董事会的制度(公司控制权)、经营判断法则(保护董事的正常的经营决策)、股东代表诉讼等许多公司法上的制度都可以理解为公众公司的经济结构在具体的法律制度上的体现。

但是,公司法上的许多制度并没有考虑到闭锁公司的情况。闭锁公司的模式是,较少的人数共同开办公司实现自己的一些想法。各参与者对公司贡献多样化,包括资金、人力、技术、财产等,闭锁公司不是融资工具而是共同事业的平台,因此参与者对公司经营管理有较多的关注。法律制度上股份转让的限制反映了这一特征(主体的确定性、大陆法上的人合性)。而经营判断法则的适用方式与公众公司的场合也会有所不同。例如,经营者做出的分配政策可能是大股东的压制行为等。另外,股东协议则是少数股东获得更大发言权的重要手段。协议的内容包括了不按持股比例选出董事、少数股东的否决权等。

二、私营企业、家族性企业、创新型企业

我国的闭锁公司主要存在于私营企业的领域。而闭锁公司的具体状况,如果进一步观察,可以发现其社会实体也是多样的。比较有代表性的,例如,家族性企业、创新型企业等。家族性企业是由家庭成员、亲戚,甚至朋友、熟人等共同设立的企业,成员间保持亲密关系,共同参与企业的经营管理。该类企业一般规模较小,数量则非常多,从事传统的行业,吸收大量的社会就业。许多企业自始至终处于闭锁公司的状态。相对于此,创新型企业则一般是由技术人员等发起、风险投资人共同参与的一类新型的企业。该类企业通常在设立后很长一段时间内都处于闭锁公司的状态,在其所开发的产品成熟、企业获得成长后,例如实现了IPO,才最终转变为公众公司。因此在类型上,明显有别于家族性企业(但不排除家族性的创新型企业存在)。

1. 私营企业

私营企业、民营企业、中小企业这些概念在我国理论实务上经常被互换性地使用,其内涵是否相同,理解上也还存在一

些争议^①。但就实际状况而言,该三类企业中的大部分应当是重合的^②。国家统计局公布的《中国统计年鉴》的数据显示,到2010年我国私营企业已超过468万家,私人控股企业(包括私营企业)超过512万家,占企业总数的近八成,工业企业中产值占总产值的约30%^③。

我国在市场经济改革及构建现代企业制度的背景之下,于1993年制定了《公司法》^④。《公司法》按责任形式确定了两个基本公司类型:有限责任公司与股份有限公司。2005年的新《公司法》继承了该立法形式。《公司法》上的有限责任公司由50人以下股东出资设立(《公司法》第24条),且最低注册资本为人民币3万元(《公司法》第26条第2款)。而关于股份有限公司,《公司法》规定发起人为2人以上200人以下(《公司法》

① 李友根:《民营企业发展的法律制度论纲》,《南京社会科学》,2005年第9期。

② 中华全国工商业联合会编:《中国民营经济发展报告(2010—2011)》,社会科学文献出版社2011年版,第1页、第18页。该报告指出,民营经济、私营企业、中小企业的90%相互重合。

③ 中小企业的产业创新、吸收就业等方面在国民经济中发挥重要作用,因此,促进中小企业、私营经济的发展已被列为当前我国的国家战略之一。近些年国家对此相继出台了许多的法律、政策规定。例如,《中小企业促进法》(2002),《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》(2005),《国务院关于进一步促进中小企业发展的若干意见》(2009),《国务院关于进一步支持小型微型企业健康发展的意见》(2012)等。

④ 林艳琴:《我国私有企业法律地位研究》,中国检察出版社2007年版,第44页(回顾了1949年后的私营企业的相关法制发展)。李胜兰、周林彬、汪耿东主编:《我国民营企业产权法律保护实证研究——以广东民营企业产权纠纷案件为例》,中国人民大学出版社2010年版,第41页(回顾了1979年后民营企业的法制发展)。

第79条),最低注册资本为人民币500万元(《公司法》第81条第3款)。其次,公司法限制了有限责任公司的股权转让,即规定股东向外部转让股权时应当经其他股东过半数同意,且即使同意,在同等条件下,其他股东有优先购买权(《公司法》第72条第2款、第3款)。应当说,这些规定体现了立法者在制定有限责任公司的法律规则时,基本设想是该组织形式的利用者是闭锁型的中小企业。而《中国统计年鉴》的数据显示,私营企业的组织形式包括股份有限公司、有限责任公司、合伙企业、独资企业,其中有限责任公司在数量上占据了绝对的多数(工业、批发零售业、住宿餐饮业中平均占私营企业总数的约七成)。^①

2. 家族性企业

我国私营企业的一个重要类型是家族性企业^②,特别是最近30年以来,家族性企业得到了迅速的发展壮大。对于该现象,理论上存在多种解读。较多的观点认为,传统的中国社会

① 不过,有限责任公司与股份有限公司的区分立法是否合理的问题值得进一步探讨。我国现行公司法虽然对于股份有限公司的设立设定了比有限责任公司高的门槛,但不能排除现实中闭锁型股份有限公司的存在。例如,近些年发展较快的创新型企业,其目标是IPO,可能在创立之初或未上市之前采用股份有限公司的组织形式。另外,注册资本金的门槛在当前经济发展的背景之下也越来越不能成为一个选择的重要理由。因此,作为立法政策,是否有必要重新界定闭锁型公司的范围呢?关于此问题,外国的立法例,例如2005年日本《公司法》将有限责任公司并入股份有限公司的做法值得借鉴。作为立法的构想,建议是否新设股份转让限制型股份有限公司,而在立法方式上可以考虑设定该类股份有限公司准用有限责任公司的规定。

② 在一项抽样调查中,家族企业占到了私营企业有效样本的85.4%。中国民营经济研究会家族企业研究课题组编著:《中国家族企业发展报告(2011)》,中信出版社2011年版,第6页。

是以家庭为基本生产单位而构成的。新中国成立后的社会主义改造与计划经济体制的确立,在很大程度上抑制了以家庭为中心的生产方式。20世纪70年代后期开始推行经济体制改革,实行家庭联产承包责任制,恢复了家庭传统的生产功能。在此背景下,私营企业及家族性企业得到了飞速发展^①。我国的家族性企业在内部结构上以家文化为基础形成了不同层次的关系:第一层,亲缘关系;第二层,朋友等准亲缘关系;第三层为外人^②。这样的差序格局(即费孝通先生所提出的“水圈理论”)中体现了企业成员间的不同程度的信任关系^③。家族性企业通常也以此为标准确定企业的组织机构中的具体人选及职位^④。因此,可以说,该类企业的内部结构实际上具有传统理论上所讨论的闭锁公司的主要特征。

3. 创新型企业

20世纪80年代之后,以高科技产业为中心的所谓的创新

① 姚贤涛、王连娟编著:《中国家族企业:现状、问题与对策》,企业管理出版社2002年版,第156页。徐淑英、边燕杰、郑国汉主编:《中国民营企业的管理和绩效》,北京大学出版社2008年版,第34页。最近的发展趋势,参见陈凌、李新春、储小平:《中国家族企业的社会角色——过去、现在和未来》,浙江大学出版社2011年版,第73页等。

② 姚贤涛、王连娟编著:《中国家族企业:现状、问题与对策》,企业管理出版社2002年版,第176页。

③ 李新春、张书军主编:《家族企业:组织、行为与中国经济》,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2008年版,第475页。

④ 最近调查显示,家族人员对董事会控制明显。其中,董事长人选中,企业主及家族成员占98.5%,企业主的朋友同学占0.3%,外聘人才占0.4%,其他为0.7%。中国民(私)营经济研究会家族企业研究课题组编著:《中国家族企业发展报告(2011)》,中信出版社2011年版,第20页。

型企业(venture business)在国民经济发展中发挥的重要作用,在我国逐步得到了认可。国家也积极地制定了各类法律、法规、政策等,建设制度环境,推动该类企业的成长、发展^①。创新型企业的发展过程中资金来源的保证非常关键。对此,政府2005年颁布的《创业投资企业管理暂行办法》,对创业投资企业(venture capital)做出了正式的规范。具体包括了该类企业的定义、范围、设立、投资运作方式、优惠政策、监管措施等内容。而关于最终的资金源,2008年的《关于创业投资引导基金规范设立与运作的指导意见》规定了国家及地方政府设立专项基金,以参股、融资担保等形式通过创业投资企业为创新型企业提供发展资金。另外,近些年,社保基金、企业年金基金、金融机构的资金等也有对创新型企业的领域开放的趋势。我国关于创新型企业的制度建设上的又一重大举措是2009年正式成立的创业板证券市场。《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》规定的股票公开发行的条件相比于普通的证券交易所及中小企业板的标准都要宽松,因此为创新型企业的上市融资及创业投资企业的合理退出提供了便利的渠道。而在此发展的大形势之下,该类企业的内部治理等其他法律问题也就成为了当前需要进一步考察、研究的课题。

^① 关于创业投资企业的我国的法制状况及问题,可参见徐进:《中国におけるベンチャー・キャピタルの法的規整》,《國際商事法務》,2011年第39卷第2号,第239页。

三、本书的内容安排

本书的主要考察对象是闭锁公司的治理问题。全书的内容主要由两大部分构成。上篇考察闭锁公司大股东对小股东的责任。该问题虽然长久以来讨论比较多,但比较法领域又有了令人瞩目的发展成果,有些地方很值得我国立法予以借鉴。下篇则是关于闭锁公司经营者的忠实义务。公司法上的忠实义务,一般性讨论较为多见,但是大多数研究所设想的主体是公众公司经营者,忽视了闭锁公司经营者。但考虑到闭锁公司的社会重要性及公众公司与闭锁公司之间存在的差别,本书认为,对于我国而言,该问题也是值得做专门研究的。