

您现在的位置: >>>首页>>>商事法学>>>学者论坛

对完善我国公司法若干问题的思考

石少侠 吉林大学法学院

上传时间:2005-9-8

浏览次数:2578

字体大小: 大 中 小

摘要:文中就我国修订公司法时应当正确处理的三个关系、股东与公司的财产权性质、先公司合同的法律效力、“一人公司”的取舍、公司资本制度的抉择以及公司的治理结构等六方面问题作出了深刻的分析,结合公司法修订草案的有关规定进行了深入的点评,并提出了相应的立法建议。

关键词:公司法修订;先公司合同;一人公司;公司资本制度;公司治理结构

我国公司法实施10年来,对于推进现代企业制度的建立,对于规范国有企业的公司化改组,都起到了十分重要的作用。然而,10年的公司实践,也凸显出现行公司法尚存在着一些缺陷和漏洞,亟待修改、补充与完善。本文拟结合公司法修订草案中的有关规定,以及理论界和实务界对公司法若干理论与实务问题的争议,就六个主要问题略抒浅见,供立法参考。

一、关于修订公司法应当正确处理的三个关系

首先,要处理好强制性规范与任意性规范的关系。许多学者指出:我国现行公司法中的强制性规范过多,并建议修法时应当减少强制性规范,增加任意性规范。对此,笔者亦有同感,但同时亦应防止矫枉过正的倾向。毋庸讳言,由于历史的局限,我国现行公司法中的确还存在着一些计划经济的痕迹,存在着国家对社会经济组织和社会经济活动程度不同的不当干预。对于这些已经明显滞后于经济发展的条款,修法时毫无疑问应当予以纠正。但是,如果仅以强制性规范的减少和任意性规范的增加作为修法的目标追求,则可能矫枉过正。要正确处理强制性规范与任意性规范的关系,必须准确界定公司法的地位,揭示公司法的特质。公司法作为商法的重要组成部分,虽然与民法一起形成了私法的二元结构,但同时它又有着区别于民法的显著特征,这就是商法的公法性。张国键先生指出:“近代国家,因潮流所趋,对于私法关系,逐渐改变以往之放任主义的态度,而采取积极干涉主义之方式,此种倾向,学者称之为‘私法公法化’”。(P20)现代各国之商法,“虽以私法规定为中心,但为保障其私法规定之实现,颇多属于公法性质的条款,几与行政、刑法等有不可分离之关系,已形成‘商事法的公法化’”。(P3-4)商法不仅因此而相对独立于民法,且以此特质而早已在民商法学者中形成共识。也正是由于商法的这一特质,“德国著名的商法学者D a h n氏有谓:‘商事法是一切法律中之最属方式自由的,而同时又是最为方式严格的法律’,洵属至理名言。”(P24)有鉴于此,笔者认为,不能简单地以强制性规范的多少作为评价公司立法好坏的标准,更不能在修法时去刻意追求强制性规范的删减。由于商法中的公司法乃是规范商业交易基础的法律,重在追求交易安全,公司组织是否健全,直接或间接与第三人发生利害关系,关系到社会公众的利益,故多一些强制性规定亦属理所当然。总之,在公司法中随处可见强制性规范与任意性规范之对峙,这并非商法之异化,而恰恰是商法二元性之表现。完善公司立法应当处理好强制性规范与任意性规范的关系,应当以强制性规范加以约束的,就必须赋予其必要的刚性;应当以任意性规范作出规定的,就必须赋予其必要的弹性。只有这样,才能使两种规范有机协调,灵活运用而并行不悖。

热门文章

- 周珂 气候变化问题之批判 (2008-5-31)
- 子明 项目债券的运作和主要法律问题 (2008-6-1)
- 唐应茂 存托凭证的运作方式及其法律构架 (2008-6-1)
- 余保福 银行业关联交易的法经济学分析 (2008-6-2)
- 唐应茂 美国控制银行欺诈犯罪的发展历程 (2008-6-3)
- 闻达 从法律角度看欧元 (2008-5-31)
- 郑尚元 员工竞业禁止研究 (2008-6-5)
- 余少祥 论公共利益与个人权利的冲突与协调 (2008-6-4)
- 芮嗣文,唐应茂 金融服务贸易协定 (2008-6-2)
- 于绪刚 《1996年全国性证券市场促进法》美国证券市场监管体制的变革法 (2008-6-3)

专题

- 股东诉权
- 商法中的程序之维
- 公司分立
- 证券市场的信息披露制度
- 证券市场的自律监管机制
- 股东身份(资格)的认定
- 公司登记
- 公司法的规范
- 公司的社会责任
- 公司资本制度

更多专题>>

其次，要处理好法律规制与公司自治的关系。法律规制与公司自治不同于强制性规定与任意性规定，因为强制性规定与任意性规定只存在于法律规制之中，而公司自治则无所谓法律意义上的强制与任意。近年来，在我国的公司法理论研讨中，人们越来越重视探讨法律规制与公司自治的关系，这无疑也是修订我国公司法时必须处理好的一对关系。对于这一关系的处理，现行公司法存在的主要问题是几乎很少给公司自治留有空间，事无巨细，一断于法。实践证明，这种用法律包揽一切的做法不仅是不可行的，实际上也是难以做到的，公司活动的千差万别决定了公司的治理不可能千篇一律。笔者认为，应当给公司自治留有足够的空间，这个空间应当主要由公司章程予以填充。一般说来，对于那些涉及到组织健全、资本充实、交易安全的问题应当由法律来加以规制；对于那些公司内部的管理或经营事务则主要应由公司团体自治，只要自治的内容无碍于交易安全，即应承认公司团体自治的效力。最后，要处理好鼓励投资与交易安全的关系。笔者注意到在公司法修订的过程中，拟大幅度地降低公司设立的注册资本门槛以及全面承认一人公司，由此亦应特别注意防止因鼓励投资而忽略交易安全的倾向，这实际上涉及到修法的立脚点，即立足于个人本位还是社会本位的问题。值得注意的是，无论是立足于个人本位的英美法系公司法，还是立足于社会本位的大陆法系公司法，都有其特有的纠偏机制。鼓励个人投资的英美法系公司法并不因此而置社会交易安全于不顾，强调社会本位的大陆法系公司法也并不因此而泯灭社会大众的投资热情。因而，在法制健全的社会不能笼统地得出以个人或社会为本位孰好孰坏的结论。而我们的问题在于：当修法强调鼓励个人投资时，却缺少保障社会交易安全的制度设计。到目前为止，还很少有人提出可以有效防止公司滥设的约束机制。如果不能做到在确保交易安全的制度框架中鼓励投资，那么实际上也难以实现鼓励投资的目标追求。当今社会，各国不仅普遍重视交易安全，而且还更加重视公司的社会责任。在这种时代背景下，如何处理好鼓励投资与交易安全的关系，防止因强调鼓励投资、个体自由而忽略社会秩序、交易安全，无疑是修订公司法必须认真思考并妥善处理的重要问题。

二、关于股东与公司财产权性质的界定

对于在公司制度下股东与公司的财产权性质问题，学界一直存在着不同的认识，可谓众说纷纭，莫衷一是。择其要者，主要有“双重所有权说”、“股权债权说”、“股权社员权说”及“新型民事权利说”等。现行公司法第4条采用了“双重所有权说”，规定“公司享有由股东投资形成的全部法人财产权，依法享有民事权利，承担民事责任。公司中的国有资产所有权属于国家。”依此，可以得出这样的结论，即在公司组织形态下，作为典型法人的公司享有法人所有权(或法人财产权)，而国家股东(依股权平等原则，亦应包括其他股东)对于投资到公司中的财产亦享有股东所有权。由是，便形成了所有权的二重结构，或谓“双重所有权”。

尽管经济学界和法学界的学者们对“双重所有权说”作出了不同的解读，观点见仁见智。但在在我看来，绝大多数法学学者对此都持有异议，笔者亦同。纵观学者们对“双重所有权说”的质疑，可以归纳概括为以下几点：第一，“双重所有权说”与传统民法的“一物一权”规则相悖，在民法物权理论上难以自圆其说。第二，“双重所有权说”将动态的股权又回归为静态的所有权，从而否定了股权的动态运作形式及动态运作的价值取向。第三，“双重所有权说”将股权的性质界定为股东所有权，抹煞了所有权转化为股权的三个相互关联的重要标志：一是股东丧失了对投入公司的财产直接行使占有、使用、收益和处分的权利，而只能通过股东会来行使表决权，将自己的意志间接地作用到投入公司中的财产；二是股东对实物财产的支配变成了对价值财产的支配，即对股单或股票价值的支配；三是所有权的权能转变为股权的内容，即由占有权、使用权、收益权和处分权转变为自益权和共益权。第四，“双重所有权说”在实践中导致了法律逻辑的混乱，使公司难以成为独立自主的法人。承认国家股东对于其投资到公司中的财产仍然享有所有权，无疑也就等于承认了所有的股东对于其投入

到公司中的财产仍然享有占有、使用、收益和处分的权利。试想，在这种情形下，公司还有什么财产权？公司又怎么能够成为真正的法人？

时至今日，我国的公司实践又进一步昭示：“双重所有权说”实际上是在公司制度下造成产权模糊的理论根源之所在。用双重所有权的理论来说明国有企业与国家之间的产权关系，从形式上看，既肯定了国家所有权，又肯定了公司法人的所有权，似乎是尽善尽美的，但其实不然，这种观点要么造成了公司法人所有权的虚化，使公司难以成为真正的法人；要么造成在同一物上两个所有权主体的并存，使主体因利益驱动而相互排斥。在笔者看来，正是“双重所有权说”在理论上的扭曲和逻辑上的混乱，才导致了我国公司运作和治理中的紊乱。在公司制下法人治理结构的不规范，以及因此导致的“内部人控制”等弊端，究其根源，盖源于此。

在公司法修订草案中，已经明确地放弃了“双重所有权说”，取消了公司法第4条第3款的规定。笔者认为，这既是对股权本质的复归，也是对我国国有股权理论的深化和完善，是具有重大意义的理论进步和制度创新。相信在作出这一修改后，许多公司理论与实践中的问题会迎刃而解，我国的公司运行和治理也必将得到进一步的规范。同时，股权性质的科学界定及国有股权理论的不完善，势必开辟出一条在现代企业制度下实现公有制的全新途径。

三、关于先公司合同之效力

先公司合同(P r e - i n c o r p o r a t i o n C o n t r a c t)，是指在公司设立阶段，发起人为组建公司并使成立的公司取得一定生产要素、具备一定生产经营能力，以设立中的公司的名义或以发起人的名义而订立的合同。一言以蔽之，先公司合同就是在公司设立阶段订立的合同。如何认识此类合同的效力，我国现行公司法中并无规定，修订中的公司法亦未涉及，然实践中此类合同却大量存在。由于法无明文，在司法实践中，此类合同大都被法官们以主体不合格或尚未取得法人资格，依民法之一般规定而确认无效。学理上虽有可参照合伙加以处理的解释，但因学理解释并无法律效力，实际上在司法实践中少有参照。

要搞清先公司合同的法律效力，首先要明确先公司(设立中的公司)的法律地位。对于设立中公司的法律地位，在学理上历来有“合伙说”、“无权利能力社团说”、“非法人团体说”等。比较各说，我认为“非法人团体说”可资借用。该说认为，设立中的公司作为一种非法人团体，一方面它还不是完全独立的民商主体，另一方面它又具有有限人格，具有不同于其成员个人利益的团体利益。“非法人团体说”从法人权利能力形成的角度强调设立中的公司是正在形成的公司，其虽不具有完全行为能力，但已具有一定的意思能力、行为能力和责任能力。

纵观当代外国的公司立法，对先公司的法律地位和先公司合同之效力大都有明文规定。《法国商事公司法》第5条第2款规定：“在公司获得法人资格之前，以筹建中的公司名义进行活动的人，对因此完成的行为负连带无限责任，但公司在合法成立并登记后重新承担已承诺义务的除外。这些义务因此被视为从一开始就由公司承担。”(P 376)《德国有限公司法》第11条之(2)规定：“如果在登记之前曾经以公司名义行事，则由行为人承担个人的和连带责任。”(P 296)从以上两则立法例中可以看到，法律并不排除先公司合同行为，更不是不加分析地将先公司合同一概确认为无效。事实上为实现公司成立之目的，实施先公司合同行为具有相当程度的普遍性。因而，明确设立中公司的法律地位，特别是对先公司合同之效力作出规定，应为公司法中不可或缺的条款。从法、德两国立法例中还可看到：先公司合同之效果一般归属于行为人个人，亦可被成立后的公司概括承继。至于发起人为设立中公司所实施的何种行为，其效果当然归属于成立后的公司，学界对此则有不同的看法，简而言之，主要有三种：

“（1）限于将公司设立本身作为直接目的的行为之说；（2）为公司设立法律上、经济上所必需的行为也包括在里面之说；（3）为公司成立后的开业所做的准备行为也包括在里面之说。”(P 165)此三说依其行为所涵盖范围之宽窄，实际上依序即为“狭义说”、“中义说”和“广义说”。笔者认为，广义说

的范围过于宽泛，有悖于限制发起人在先公司阶段行为的立法宗旨；狭义说的范围又过于狭隘，不能客观反映发起人为组建公司所进行的必要活动；而中义说则较为客观，可资借鉴。依中义说解析，为组建公司而租赁或买卖房屋(公司住所)、办公设备的行为，以及聘用从业人员的行为等，都应视为发起人实施的先公司合同行为，都属于效果当然归属于成立后的公司的行为范围。

基于上述分析，我认为修订公司法应当承认符合法定范围的先公司合同之效力，要尊重先公司合同区别于一般合同的特殊性，改变司法实践中不加分析地一概以主体资格不适格而确认先公司合同无效的做法。

在承认先公司合同效力的前提下，依各国通常做法，明定在公司不成立的场合，无论发起人以个人名义还是以设立中公司的名义签订的先公司合同，均由发起人个人承担责任。1972年《欧共体法》第9条第2款就明确规定：公司发起人签订的先公司合同无论是以何名义为之，均由个人负其责任。这种个人责任既可以是单个主体的独立责任，也可以是数个主体的连带责任。而在公司成立之场合，则可借鉴法国法的规定，确立“重新承诺”制度，即若公司在合法成立并登记后重新承担设立中公司已承诺的合同义务，则该合同义务应被视为自始就由公司承担。

四、关于“一人公司”的取舍

关于一人公司的法律地位问题，在我国学界一直存有激烈的争论。笔者注意到在这次公司法修订中，草案拟承认一人公司，即规定：“有限责任公司由50个以下股东出资设立。一名自然人、一个企业法人或者一个其他经济组织投资设立的有限责任公司，为一人有限责任公司。”

尽管公司法修订草案的这一规定得到了法学界多数学者的赞同，但笔者对此仍持有异议，主张对一人公司的承认应慎之又慎。我之所以坚持这一观点，主要是因为主张承认一人公司的理论依据尚不足以服人，更无法克服承认一人公司可能导致的若干弊端。为供立法机关参考，我认为仍有必要重申承认一人公司可能导致的下列弊端：第一，极易导致公司的滥设，使公司成为债务人借以规避债务的合法形式。承认一人公司国家的公司实践业已证明：无论是形式上的一人公司，还是实质上的一人公司，只要允许其合法存在，都可能造成经济秩序的紊乱，这一点在市场诚信制度尚欠发达的国家或地区表现得尤为突出。第二，极易混淆公司与个人独资企业的法律责任，使个人独资企业形同虚设。凡一人设立公司，其目的均在于投资者追求有限责任，而一人公司与独资企业除称谓不同外，出资者均为一，其本质无异。如仅以名称不同，即赋予一人公司股东为有限责任，独资企业的业主为无限责任，势必使投资者广采公司形式，使个人独资企业徒具虚名，无限责任名存实亡，这显然有悖于划分企业类型并令投资者承担不同责任的立法初衷。当然，我们并不否定个人独资企业具有信用坚厚的优点，但这只是一种理想化的学术推理，在实践中，个人独资企业的这一优点并不足以成为吸引个人投资者选择独资企业和无限责任的依据。理性思考，承认一人公司必使个人投资者趋之若鹜。我国的公司实践已有这种教训，决不可掉以轻心。第三，极易人为地造成法律适用上的障碍，使公司法上的许多条款形同虚设。公司法以调整多元股东关系为其主要内容，换言之，只有在股东多元的情况下，公司法中的相关条款才会有所放矢，发挥其调整功能和作用。而一人公司股东的单一性，必将使传统公司法中的许多条款失去适用对象，对一人公司不起作用。反之，如果针对一人公司关系的特殊性，在公司法中强化这方面的规定，又会造成公司法内容的异化，使公司法成为一部不伦不类的法律。第四，极易使国家规范公司的努力半途而废，从而违背了国有企业公司化改组的目的。无论基于何种理由，都不能否认我国的公司法仍肩负着指引国有企业进行公司化改组的作用。而国有企业的公司化改组，就是要实现股权单一向股权多元的转变，对此，中央的有关文件已经三令五申，强调国有企业的公司化改组必须实现股权多元。如果无条件地承认一人公司，有可能使大量的尚未改制的国有企业直接成为一人公司，最终使企业改制成为换名而不换质的形式操作，难以建立现代企业制度。

考虑到我国目前市场层面的整体诚信程度,以及规范一人公司配套法规和相关制度资源的匮乏(如规范的公司人格否认制度、规范的企业破产制度、规范的反商业诈欺制度、规范的个人诚信制度等),特别是考虑到我国国有企业公司化改组的必要,我认为我国目前尚不具备广泛承认一人公司的条件,不宜不加区别和不做限制地承认一人公司。面对我国公司实践之现实,修法的当务之急,我认为:第一,可考虑在现行公司法承认国有独资公司的基础上,承认法人全资设立的子公司(包括外资企业全资设立的子公司)。第二,考虑到在公司实践中,确有公司成立后因种种原因导致公司股东仅剩一人的现状,应明确规定一人股东应对公司债务承担无限责任。为此,可考虑承认无限责任公司形态,亦可明定一人公司实为个人独资企业,以此来实现投资者责任形式的转变。总之,在是否承认一人公司的问题上,不仅要考虑投资形式的便利,更要考虑社会交易的安全,特别是在大大降低公司最低注册资本后,更要优先考虑对债权人债权的保护和社会交易秩序的维持。要充分认识到有限责任的双重性,在立法上把握好这面双刃剑:既不允许其伤及债权人,亦不允许其危及社会,立法须在两难中做出最佳抉择。

五、关于公司资本制度的抉择

对于我国现行公司法在公司资本制度方面的规定,学术界指出的问题主要是:其一,公司资本制度过严;其二,最低注册资本额过高;其三,出资的范围较为狭隘。对此,在本次公司法修订中都作出了相应的调整和改进,但其中仍有可予斟酌或商榷之处。

首先是我国公司资本制度的抉择。对于现行公司法资本制度的规定,学者多谓系采用法定资本制,而在我看来并非如此。就我国现行的公司资本制度而言,我认为既非法定资本制,更非授权资本制,当然也不是二者混合的折衷资本制,实际上是一种沿袭了数十年的计划经济体制下的企业注册资金制度,是较之法定资本制更为严格的特殊资本制度。其严格与特殊表现在:一不允许分期缴付资本,即在公司注册登记时全部资本必须一次到位,实际缴付;二是最低注册资本额偏高,有的甚至高于发达国家最低注册资本十几倍。针对上述弊端,此次公司法修订明确规定允许分期缴付出资,但首次出资额不得低于注册资本的30%。这表明我国公司法将明确采用大陆法系国家的法定资本制,是公司资本制度的进步。在公司法理论研讨中,有的学者主张采用英美法系国家的授权资本制,有的甚至断言授权资本制是公司资本制度的发展趋势。对此,笔者不以为然。法定资本制与授权资本制源于不同的法理、法源,前者强调社会本位,重在社会交易秩序之维护;而后者则以个人为本位,重在投资者个人之便利。在笔者看来,授权资本制虽有利有弊,但移植于我国则利少弊多。因此,从我国实际出发,考虑到我国的法律传统、法律文化和司法制度,公司法修订采用大陆法系的法定资本制是有道理的,也是符合我国国情的。

其次是最低注册资本额的规定。近年来,在公司法理论研讨中主张采用授权资本制的学者,大都主张取消最低注册资本额的规定,积极倡导所谓的“一分钱也可办公司”的诉求。这种主张对于发展中的我国显然是不切实际的,在这次公司法修订中,此种观点理所当然地未被采纳,修订中的公司法仍然坚持了应有最低注册资本额的规定。值得注意的是,公司法修订草案大大降低了有限责任公司的最低注册资本额,拟规定有限责任公司的最低注册资本额为人民币3万元,这一消息引起了媒体的高度关注,并被有些报纸作为头版头条新闻广为宣传,似乎已成定论。对此,笔者的基本观点是:其一,必须坚持应有最低注册资本额的规定,同时最低注册资本额亦应相应降低,但考虑到中国人口众多、幅员辽阔及东西部地区发展的不平衡等因素,最低注册资本额既不应不加区别地“一刀切”,也不宜在公司法中加以规定,可考虑授权国务院以行政法规另行规定,这样做既有利于灵活变通,亦可保证法制之统一。其二,最低注册资本额降低到什么程度,既要视国情而定,也要左顾右盼,参照其他国家和地区的有关规定。日本在本世纪初的2001年和2002年间进行了号称战后50余年来规模最大的商法和公司法修改,2002年5月29日最终完成了修法工作。其修订后的《有限公司法》在第9条“资本总额的限制”中明确规定:资本总额不得低于300万日元(相当于人民币20万元左右)。同时,在第12条有关

出资的缴纳中又规定:董事须让各股东全额缴纳出资或者全部给付作为现物出资标的的财产。(P284-285)可见为交易安全计,日本在修订公司法时仍然坚持了较为严格的公司资本制度。而我国公司法修订草案拟将有限责任公司的最低注册资本额降低至人民币3万元,降幅未免太大,给人以从一个极端走向另一个极端之感。是否可行,仍须斟酌。其三,鉴于我国法院并无对个别公司注册资本是否充实的实质审查权,在大幅度降低最低注册资本额后,可能为司法审判和交易安全徒增罗乱。例如,在大幅度降低最低注册资本额后,虽开办某类公司实际所需最低注册资本为30万元,但申请人只要缴足法定的最低注册资本,公司即可取得法人资格,别无约束。在这种情形下,恶意投资者还可将超出最低注册资本的追加投资设计成为公司的有担保债权,从而危及公司的其他债权人利益。此种状况绝非虚构,他国实践已有发生。依英美法资本充实原则,法官在此种情形下可否定投资人对追加投资所作出的债权设计,而确认其仍为投资。而在我国没有配套制度加以制约的情形下,大幅度降低有限责任公司的最低注册资本额是否合适,我认为仍需认真推敲。

最后是出资范围问题。现行公司法确定的出资范围是货币、实物、工业产权、非专利技术和土地使用权,其范围较为狭隘。公司法修订草案除将工业产权改为知识产权外,还允许以股权作价出资,这些修改和补充当然都是十分必要的,也是切实可行的。问题在于不知基于何种考虑,未明确债权是否可以作为出资。对此,我的意见是应当予以承认,其理由是不仅我国各类商业银行已有“债转股”(债权转股权)的普遍实践,且实务中以债权出资者已屡见不鲜。至于何种债权可为出资,应以适格主体的合法约定为限。

近年来,经济学界乃至法学界的部分学者还提出了所谓“人力资本出资”问题,主张将人力资本价值化、量化,并允许以此作为出资。对此,公司法修订草案未予采纳,我认为是有道理的。因为世界各国除承认无限责任公司的允许以劳务出资外,凡资合公司者均禁止以劳务和信用作为出资。而我国公司法并未承认无限公司,只承认有限责任公司和股份有限公司,这两种公司均为典型的资合公司,在这种情况下,排除劳务出资应属情理之中。所谓“人力出资”是一个在法律上较为含混的概念,它无法澄清人力与劳务的关系,易生歧义,法律不可能、也不应当将这样的概念列入出资范围之中,理应予以摒弃。

六、关于公司的治理结构

毋庸讳言,我国公司的10年实践,最主要、最普遍、最令人关注的问题是内部治理结构尚不规范,不仅一般公司不能规范运作,甚至上市公司也曾事件频仍,黑幕连连。导致公司内部治理结构不规范的因素很多,我认为主要原因有三:一是产权模糊,责任不清。主要表现为对股权与公司财产权的属性界定模糊,国有股权的运营机制尚不健全;二是权力集中,缺乏制衡。主要表现为在股权构成上国有股一股独大;在管理权行使上,因兼职过多,导致权力高度集中,大权独揽,制度失效,制衡失灵;三是人才匮乏,观念陈旧。主要表现为公司(包括上市公司)中的监事普遍缺乏法律和财会知识,仍习惯沿用纪检监察的监督方式,致使监事监督乏力。

上述问题的产生既有改革理论尚不到位的原因,也有法治观念淡薄的因素,当然也存在着制度上的不健全。但比较而言,我认为主要还不是制度上的问题。应当承认现行公司法为公司内部的治理结构已经作出了较为完善的设计,基于我国国情,现行公司法对公司内部的治理结构采用了“双轨制”的制度设计,即在股东大会之下分设董事会与监事会,在股东会与董事会、监事会之间构成了分权制衡的监督模式。应当肯定,这种权力制衡机制在制度设计上是切实可行的。出现问题不应归咎于制度本身,更不应盲目采用他种形式来取而代之。然而,令人遗憾的是面对公司治理中的弊病,有关机构却采用了头痛医脚、脚痛医头的矫正对策,照搬了英美法系“单轨制”的独立董事制度并强制推行,结果导致了在制度层面上的扭曲、矛盾和冲撞。

笔者注意到公司法的修订草案照顾到了目前在公司治理结构上业已形成的局面，规定有限责任公司和非上市公司仍采用双轨制的治理模式，对上市公司则在采用双轨制的基础上认可了独立董事制度。从迁就现状而言，不能不承认草案已经作出了最好的协调，但就法典的科学性来说，这种制度安排仍有可商榷之处。

为了进一步健全并完善我国的公司治理结构，笔者主张：第一，应当废弃本无法源的独立董事制度，回归法典确认的双轨制。在此前提下，强化监事和监事会的作用，扩大监事和监事会的职权，将规定由独立董事行使的权力划归监事行使，甚至可以规定公司可以设立独立监事，由具备法定条件的律师和会计师等专业人员兼任监事，以形成对董事和董事会的强有力制衡。第二，应当限制公司高级管理人员的兼职，以防止权力的高度集中。为确保法定的权力制衡机制不被人为地化解，应明令禁止可能造成权力失衡的兼职。第三，应当完善股东诉讼制度，特别是应当健全股东的派生诉讼，通过股东对公司董事和监事的监督，来切实维护股东和公司的合法权益，有效地控制“内部人控制”。

参考文献：

- 张国键.商事法论[M].三民书局印行，1980.
- 李宜琛.民法总则[M].正中书局印行，1977.
- 卞耀武.当代外国公司法[M].北京：法律出版社，1995.
- 李哲松.韩国公司法[M].北京：中国政法大学出版社，2000.
- 吴建斌.日本公司法规范[M].北京：法律出版社，2003.

原载于《当代法学》2005年第3期

[【我想发表评论】](#)

[【将文本推荐给好友】](#)

[【关闭窗口】](#)

相关文章：

- 石少侠 论股东诉讼与股权保护
- 石少侠 对完善我国公司法若干问题的思考
- 石少侠 修订公司法应当处理好三个关系
- 石少侠、胡晓静、王福友 论公司董事与董事责任
- 石少侠 对经济法概念、对象、体系的再认识
- 石少侠 我国应实行实质商法主义的民商分立
- 石少侠、王福友 论公司职工参与权

[>>> 更多](#)

本网站由王利明教授创办并提供全部运作资金

建议使用IE4.0以上1024*768浏览器访问本站

版权所有©2000-2008：中国民商法律网本网站所有内容，未经中国民商法律网书面授权，不得转载、摘编，违者必究。

征稿启事 投稿邮箱：ruccivillaw@163.com, civillaw@ruc.edu.cn

京ICP备05010211号