



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1303

## 经济体制转变中的公司法面临的转变

王保树

### 目次

- 一、 现行公司法的问题点
- 二、 修改公司法的指导思想
- 三、 公司法修改的着重点

#### 一、现行公司法的问题点

《中华人民共和国公司法》(以下称“公司法”)是我国立法机关制定的第一部系统规定公司事项的公司法。自其1994年7月1日实施之日起,至今已有六年。毫无疑问,它对我国恢复建立商事公司制度,推进国有企业走公司制之路,保护股东和债权人合法权益,起了很重要的作用。其意义是应该充分肯定的。但是,由于颁布公司法时,我国刚刚实行社会主义市场经济体制,许多矛盾尚未充分暴露,实践对公司法的规则需求不及今日,因而公司法不可避免地会留下缺陷。伴随社会投资和公司实践的迅速发展,人们也提出了许多应由公司法解决的问题。两者的结合,就成为现行公司法的问题点。

#### (一) 注意框架设计,操作设计不足

1993年,起草和讨论公司法草案时,人们的一个基本理念是:公司法的内容应比较完整,基本规范大体具备,框架比较合理[1]。这既是人们的一种意见,也是公司法起草者的工作原则。无疑,1993年12月29日颁布的公司法贯彻了这一精神,它比较注意框架设计。就股份有限公司和有限责任公司而言,凡应规定的基本方面都作出了规定,公司设立和运营的规则架构基本具备。显然,这一特点适应了我国恢复建立商事公司制度的要求,为调整公司对内对外关系提供了基本规范。但是,在操作层面的设计上,则显得不足。主要表现是:

1、留下了法律空白。所谓“法律空白”,是指公司法没有作出明确规定,而只规定由其他法律、法规作出规定,或授权国务院作出规定。据不完全统计,公司法规定由国务院另行规定的有8处,法律、法规另行规定的8处,国家作出特别规定的1处,合计17处。公司法实施以来,国务院先后颁布了《公司登记管理条例》、《关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》、《关于股份有限公司境内上市外资股的规定》、《关于原有有限责任公司和股份有限公司依照<中华人民共和国公司法>进行规范的通知》等,填补了公司法中的一些空白。但是,众多空白仍没有填补。譬如,公司法第135条规定,“国务院可以对公司发行本法规定的股票以外的其他种类的股票,另行作出规定”。但是,至今没有作出相应的规定,诸如普通股和特别股的区别,无法从法律上作出判断,影响公司的有效运营。

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年  
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

2、有的制度缺少具体内容。譬如公司法104条规定，持有公司股份百分之十以上的股东可以请求召开临时股东大会。这是公司法赋予少数股东的临时股东大会召集请求权。但是，缺少这一请求权的具体内容，如持有股份多长时间才有资格请求？采用何种请求方式方为正当？提出请求而不被采纳如何救济？等等，均缺少详细规定。因此，一旦少数股东请求召开临时股东大会遇到困难，就很难得到妥善解。

3、有些“不作为”的规定，缺少相应法律后果的规定。依照第149条规定，公司不得接受本公司的股票作为质押（原文为“抵押”，是一个错误）的标的。这一规定应属国际通例，但是，公司接受了本公司的股票作为质押标的如何办？公司法毫无规定。因此，实践中真的出现了这种行为，则无法纠正。

4、有的制度设计，存在着疑点和实施的障碍。如象股份转让制度，为了维护证券交易市场的秩序，强调股份转让必须在依法设立的证券交易场所进行交易。这一设计的用意是良好的，但无记名股份是否在依法设立的证券交易场所进行交易，是无法考察的。

## （二）注意过程设计，忽视“行为人”的设计

所谓“过程”，即公司法里规定的办事程序和行为过程；所谓行为人的设计，是指行为实施者的设计，包括义务负担者的设计和法律责任承担者的设计。必须肯定，现行公司法已对公司设立和运营的程序性规则给予了较多的注意，人们从公司法的规定中不难了解公司设立和公司组织机构运作的过程。然而，对这一过程中发生的当事人的责任却未给以足够的注意，有些作为义务虽然已由公司法作出规定，但未规定由谁实施这些行为。遇有违反义务时，难以确定责任的承担者。譬如公司法规定，“有限责任公司应当备置股东名册”（第31条），“股份有限公司应当将公司章程、股东名册、股东大会会议记录、财务会计报告置备于本公司”（第101条），“有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东”（第176条）等。无疑，公司作为法人，其行为总要落实到具体的公司机关。否则，公司法规定公司实施这些行为，无异于没有规定。依公司法理，董事会是公司业务执行和经营决策机关，上述作为应属于公司业务执行的范围，因而应由公司董事会实施。就国外经验而言，商法或公司法也是这样规定的。所以，公司法修改中宜对此有所改进。

## （三）注意组织设计，忽视机理、机制实现条件的设计

完善的公司组织机构是公司有效运营的前提，因而现行公司法对公司组织机构的设计是比较重视的。公司的权力机关、业务执行与经营决策机关、法定代表机关、经营管理机关和监督机关的组成和其职权，都有明确的规定。但是，对这些组织的机理、机制的规定则显得比较薄弱。公司组织机构机理，就其根本意义而言，应是分权制衡；公司组织机构的机制，应是法人治理机制——效率与有效的监督。对此，虽然现行公司法都有所规定，但规则的充分性不够。以监事会为例，它作为法定的监督机关，公司法虽规定了它拥有财务监督、合法性监督和妥当性监督的职权，但缺少实现其监督职能的充分条件。譬如，它依靠何种监督手段进行财务监督？当纠正董事、经理的违法行为和违背公司利益而没有得到应有的效果时，如何处理？当监事提议召开股东大会临时会议，而不被董事会接受时，如何解决？这些问题不解决，监事会只能是徒有虚名，无法实现其监督职能。

## 二、修改公司法的指导思想

公司法修改的指导思想是什么？必须着眼于公司的性质和公司法的性质。依据我国民法通则的规定，法人可区别为企业法人、机关、事业单位法人和社会团体法人[2]。而企业法人为何种组织？民法通则未明确地作出定义性的规定。实践中，人们也有不同的见解。有人认为，企业“追求最大利润是最主要、甚至是唯一的目标”[3]。有人则认为，“企业最重要的是为社会作出最大的贡献。尽到社会责任后，利润将是一个很自然的事情”，企业的“社会责任是第一位的，在社会责任确定之后，利润的归属是自然而然的事情”[4]。显然，这两者的差别是很大的。前者，将企业（包括公司）视为营利性的经济组织；后者，将企业视为一般的社会组织。但是，在实践上，企业法人（包括公司法人）拥有独立的用于营业的财产，不同于机关法人、事业单位法人、社会团体法人。公司是“扩大了的个人，而不是缩小了的社会”[5]。并且，从民法通则第42条的规定也可看出，企业法人（包括公司法人）是经营性组织，因而是商事主体。

公司法具有何种性质？公司法作为商法之一部分，调整公司对内、对外关系，虽然其若干法律规范具有强行法的性质，但其被调整的社会关系的主体均是平等主体。因此，公司法属于私法领域，应是无争议的。

根据公司和公司法的性质，在此次公司法修改时，应突出任意性规则的地位。换言之，应多一点任意

性规则，少一点强制性规则。无疑，公司的设立与运营是同投资有着密切关系的。而市场经济条件下的投资，是不可能没有风险的。但是，风险自担，责任自负，这是一个最根本的原则。所以，在公司法修改中，应强调规则的充分性和规则对相关当事人的公正性。只要做到了这一点，政府不必为投资者和相关当事人过多担忧。除当事人不能自行解决而不得不由政府实施必要的管理外，政府不要充当“保姆”和不必要的“警察”。为了体现公司法修改的指导思想，在具体操作上应作出以下努力：

### （一）进一步借鉴国外的成功经验，适应加入世界贸易组织的要求

无疑，我国公司法在起草时，已经注意到公司是世界各国普遍采用的企业形式，因而借鉴了国外许多经验或国际通例，诸如股东平等原则、股东有限责任原则和资本多数决定原则等。但是，当时对国外许多作法未来得及全面、认真地研究和考量，一些好的经验未能吸取。经过六年多的研究和实践中的比较，人们对有些经验的认识明朗化了，因而现在有可能在更大范围内借鉴国外成功的作法。譬如：

1、降低注册资本的最低限额。现行公司法规定的有限责任公司和股份有限公司的注册资本最低限额普遍高于其他国家，不利于吸引国外的投资。现在，我国尚保留外商投资企业法律制度。一旦加入世界贸易组织，实行“国民待遇”，实行企业法律制度一元化，过高的注册资本最低限额将意味着过高的投资“门槛”，影响国外投资者的积极性，也不利于调动国内投资者的积极性。因此，应该降低注册资本最低限额。

2、股份有限公司实行授权资本制。现行公司法对股份有限公司注册资本的规定，不仅存在注册资本最低限额过高的问题，还存在着忽视公司资金使用效率的问题。换言之，股份有限公司实行法定资本制，使有些公司在募足资本后，不能将资金充分利用起来，导致部分资金闲置或者用于非经营活动。有鉴于此，有必要仿效国外普遍的作法，实行授权资本制，即在公司章程中规定注册资本总额和第一次应募足的资本额。只要第一次应募足的资本额募足了，公司即可合法成立。注册资本总额和第一次募足的资本额之间的差额，由公司股东大会授权董事会在一定期间内募足。该期间的长短，由公司法明确作出规定。

3、公司设立实行准则主义。为简化投资设立公司的手续，应在公司法修改中确认公司设立的准则主义，即公司依公司法规定的条件在工商行政管理机关注册登记而成立。这种作法，废除的是政府主管部门对公司法人成立的审批，而不是废除公司登记机关的审查。为保证公司的成立符合公司法规定的条件，公司登记机关的形式审查仍是必要的。从公司设立的特许主义到公司设立的行政许可主义，再从公司设立的行政许可主义到公司设立的准则主义。无疑，每一次过渡，都是在纠正市场准入的限制竞争中向前迈出一步。而公司设立的准则主义，应是在市场准入上反对限制竞争的一大飞跃。因为，它不再给任何一个投资者以设立公司的特权。同时，由于设立公司的准则是载入法律的，最容易使社会公众知晓。因此，设立公司的准则主义极大地提高了公司设立大透明度。当然，在实行公司设立的准则主义之后，特殊行业的营业许可仍可存在。换言之，投资者设立公司进入特殊行业，政府主管部门仍可基于社会公共利益的需要进行审批。显然，这是符合国际通例的。

4、引进国外“揭开公司面纱”的原则。虽然，我国商事公司制度恢复时间不长，但在实践中控股股东滥用公司法人人格、滥用股东有限责任原则，利用“公司”进行欺诈，规避合同义务、税收义务和社会义务的情况已绝非罕见。依现行公司法，在出现上述现象之后，行为人仍可以“承担有限责任”为名而逃避应承担的责任。无疑，这是非常不公平的。如果我们注意到上述行为的实质是违反诚实信用原则和权利滥用禁止原则，就应总结我国公司实践的经验，借鉴国外行之多年的作法，采取相应对策，即规定股东违反诚实信用和权利滥用禁止原则，滥用公司法人人格和股东有限责任原则，应对公司的债务承担连带责任。

### （二）简化有限责任公司的规则，突出有限责任公司和股份有限公司的区别

我国公司法规定了有限责任公司和股份有限公司两种公司形式，其用意是让投资者根据自己的判断对两者作出选择。但是，现行公司法的规定，没有突出两者的差别。或言之，没有表现出有限责任公司是较股份有限公司简化的一种公司形式。譬如，有限责任公司组织机构虽然实行了大小公司区别立法，但仍显得较复杂，其机构的构成、运作和每种机构的职权与股份有限公司几乎没有什么差别。为了突出有限责任公司简便易行的特点，可否在公司法修改中作如下改进：

1、改革现行的有限责任公司股东会制度。自1979年7月以来，我国中外合资经营企业，即中外合资有限责任公司，一直实行董事会为公司权力机关的制度，没有在董事会之上设置上位机关股东会。无疑，这种体制不同于现行公司法规定的有限责任公司组织机构制度，但已运行了20年。现在有必要认真总结其经验，考量一下有无为公司法吸收之处。即使中外合资有限责任公司特殊性过多，不便为公司法上的有限责任公司所借鉴，也要充分注意有限责任公司股东人数少的特点，多设计一些召集股东会和股东议决的方



式。譬如，全体股东以书面形式对作出的决议表示同意，无需再召开股东会会议[6]；或者，经全体股东同意，可以不经过召集程序而召开股东会会议[7]。

2、缩小有限责任公司设置董事会、监事会的适用范围，将其限制在规模较大、股东人数较多的公司内。同时，相应地扩大现行公司法中只设执行董事和一两个监事的作法。

3、缓和对设立“一人公司”的限制，允许自然人和法人设立一人有限责任公司，实行投资主体平等待遇的原则。同时，规定作为“一人公司”的“一人股东”的特殊义务和应承担的责任；限制一个自然人设立两个或两个以上的“一人公司”和“一人公司”成为另一个“一人公司”的股东。

### （三）公司立法与国有企业改革立法宜分别进行

制定公司法时，恰逢在我国实行现代企业制度。而国有大中型企业实行公司制作为国有企业实行现代企业制度的有益探索，又成为人们的一种共识。因此，公司法容纳了不少国有企业改革的内容。在当时的背景下，这是可以理解的。但是，也不能不注意到。由于公司立法与国有企业改革立法的混同进行，使公司法中出现了不少仅为国有企业改革或国有投资主体规定的规则，导致规则之间的不协调，不利于公司法的实施。国内外的经验表明，国有企业改革是一项自身特点很突出的问题，将其与其他立法（包括公司法）一起进行，不利于解决这些问题。相反，单独立法则有利于解决国有企业改革的特殊问题。依此思路，有关国有企业改革的特殊问题，诸如国有企业改革中国有财产保护、国有职工的安置、土地使用权处置、国有资产的运营体制、国有股股权的行使，等等，可以单独制定为一个立法文件，譬如命名为“国有企业改制法”。而公司法修改则不必再与国有企业改革扭在一起，而只需完善公司应遵循的共同规则，包括国有企业改建为公司后遵循的规则。至于国有企业如何为成为公司创造条件，公司法则不必过问了。

### （四）公司法的修改应充分体现公司法的精神

公司法的基本精神是以法律的形式塑造公司法律人格，并在公司所有与公司经营分离的前提下，以完善的公司治理结构实现其法律人格。与此相比，现行公司法中尚存在一些不协调之处，甚至有个别明显违背之处。无疑，要充分发扬公司法的精神，就必须作相应的调整。譬如：现行公司法第4条第三款规定，“公司中的国有资产所有权属于国家。”而第4条第一、二款规定，“公司股东作为出资者按投入公司的资本额享有所有者的资产受益、重大决策和选择管理者等权利。”“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”。一、二款的规定向人们表示：股东出资后即拥有了股权，公司则享有了对所有股东出资形成的公司财产的全部法人财产权（首先是法人财产所有权），股东不再对其作为出资的财产享有所有权和直接控制权。显然，一、二款的规定符合公司法的精神，三款规定与一、二款规定相悖。并且，实践中也不可能这样操作。为此，应删除第三款的规定，或修改为“公司中的国有股份属于国有出资人”。

## 三、公司法修改的着重点

如何确定公司法修改的着重点？应视公司法修改的规模而定。拟议中的公司法修改规模可以有大小中三种选择。所谓大规模的公司法修改，应在总结我国经验和广泛借鉴国外经验的基础上，改造现行法的结构，对条款进行彻底修改。这种模式的典型，应是“合同法”。所谓中型规模的公司法修改，应在总结经验和比较广泛地借鉴国外经验的基础上，在不彻底改造现行法的结构的情况下，就公司法既有缺陷和不适应市场经济发展之处，对公司法条款作较大修改。这种模式的典型，是“专利法”的修改。所谓小规模公司法的修改，指仅修改公司法的某些个别条款。如1999年对公司法的修改，就属于公司法的小修。从现行公司法的现状和市场经济发展、公司运营的要求而言，小规模修改公司法不能满足要求，不可取。大规模的公司法修改，无疑最能满足市场经济发展和公司运营的要求，但要在今年底明年初完成修改工作，则因时间紧而来不及。因此，现今仅可采取中规模修改公司法的模式。在此模式下，应将以下两个方面作为此次公司法修改的重点：

### （一）充实公司设立的规则

公司设立有两种意义：一是指公司设立人（如有限责任公司的出资人、股份有限公司的发起人）为使公司成立而实施的行为；二是指为公司成立而进行的程序。公司设立行为有效和公司设立程序无瑕疵，是公司成立的前提。而为了解决公司设立中的问题，很有必要充实公司设立的规则。

第一，进一步明确公司设立中的责任。为了保护股东、债权人和公司的利益，现行公司法已经规定了公司设立中的两种人的责任：一是有限责任公司设立时股东的责任，即有限责任公司股东未依公司法规定缴纳所认缴出资，应向已足额缴纳出资的股东承担的违约责任；非货币出资的股东的实际出资价额显著

低于公司章程所定价额，因应该补足其差额，公司设立时的其他股东对其承担连带责任。二是股份有限公司发起人的责任，即因违法募股对认股人有返还股款并加算银行同期存款利息的责任；因公司不能成立，对设立行为所生债务和费用负连带责任，对认股人已缴纳股款负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任；在公司设立过程中，因其过失致使公司利益受到损害的，对公司承担赔偿责任[8]。无疑，这些规定在保护当事人的合法权益方面发挥了重要作用。但是，显得不够充分。一是没有注意到设立中的公司的后期，董事已经选出，他们应承担公司设立中的一些责任；二是没有注意到发起人在募足股份方面的责任；三是没有考虑验资机构在验资中的民事责任。在此次公司法修改中，应在上述方面有所改进：1、公司设立时发行的股份，在公司成立后仍未认足，或者虽认足而未缴足股款，发起人和公司成立时的董事负连带缴纳股款的义务；2、董事、监事就任后，应立即调查公司设立事项。董事、监事未履行该义务而使公司和第三人受到损害的应承担损害赔偿责任。如发起人也承担责任的，该董事、监事、发起人承担连带赔偿责任；3、法定验资机构因恶意或重大过失而出具不实验资证明的，应对公司或者第三人承担损害赔偿责任。

第二，区别公司章程规则的不同种类。公司设立行为主要包括制定公司章程和出资人出资（股份公司表现为认购股份），而制定公司章程则纯粹表示设立意思的行为[9]，因而是最重要的设立行为。由于制定章程行为是共同行为，具有团体性质，且又涉及公司设立行为必要内容，因此，确定这种行为的范围是十分必要的。如何划定其范围？国外通行的做法是将公司章程记载事项区分为：绝对必要记载事项、相对必要记载事项和任意记载事项。而且认为，这三种记载事项的效力不同。绝对必要记载事项的缺项记载或其中一项记载违法，导致章程无效，并导致公司设立无效。相对必要记载事项，仅在记载于章程时才发生效力，不记载不影响章程效力；其中某一项记载违法，仅该事项记载违法，并不影响章程效力。任意记载事项，指不违反强制性法律规范和公序良俗的情况下，公司认为应记载的事项，其效力状态与相对必要记载事项相同。从这三种不同事项可以看出，公司法应对其分别规定。但现行公司法对章程记载事项没有区分，实际上是将这三种事项都列为绝对必要记载事项了。这样做，无疑是将某些非绝对必要记载事项的效力强化了，削弱了股东和公司在制定章程上的自由决定权。因此，此次公司法修改应有所改善：或者，仿效某些国家公司法的做法，分别在不同条文中规定绝对必要记载事项和相对必要记载事项；或者，考虑到绝对必要记载事项的特殊性，公司法仅规定绝对必要记载事项，但必须标明这种事项的性质。同时，给股东和公司以较多的自主权。如从变动小而言，可采用后一种方案。各国公司法对绝对必要记载事项规定的范围不完全相同，但有一些是共同的。如有限责任公司地公司名称、公司住所、公司的宗旨（或经营范围）、公司的注册资本、股东的姓名（或名称）与住所、股东的出资额；股份有限公司的公司名称、公司住所、公司的宗旨（或经营范围）、公司的股份总数和每股金额、公司注册资本、发起人的姓名（或名称）与住所、董事会、监事会的组成与任期、公司的通知与公告方法。参照这些项目，筛选现行公司法规定的章程记载事项，明确规定一个绝对必要记载事项的范围。

第三，增加公司设立无效的规则。公司设立有三种前途：设立成功，即公司成立；设立不能，即公司基于各种原因，未能成立；设立无效，即公司虽成立，但事后发现公司设立瑕疵，有违反强制性法律规范的设立行为。无疑，现行公司法大多是针对公司设立成功作出规定的。同时，也对公司设立不能而产生的责任作出了规定。但对公司设立无效及其救济措施，则缺乏规定。而在社会实践中，却已出现了公司设立无效的现象，几乎不可能在公司法中找到可依据的规则。在此情况下，即使根据商法和民法的关系，补充适用民法通则关于无效民事行为的规定[10]，也无法使受害当事人得到充分的救济。

而国外，在这方面有较完善的规则，为我们提供了经验。它们在健全公司设立无效制度上主要解决两个问题：

其一，明确公司设立无效的情形，即揭示公司设立无效的原因。就其主要者，即公司设立瑕疵。德国股份法和有限责任公司法均将其限定为：公司章程（或有限责任公司的公司合同）不包含股本数额或关于经营对象的规定，或公司合同关于经营对象的规定无效[11]。法国商事公司法则主要是指：所有发起人股东均无行为能力，公司的设立因违反商事公司法的强制性规定或调整合同的强制性规定，导致法律文书或审议决议被宣布无效[12]。日本商法学界则认为公司设立无效的原因是指：章程绝对记载事项欠缺或记载违法或者未经公证人公证，股份发行事项未经全体发起人同意，成立时的发行的股份的全部或大部没有认购或缴纳，创立大会没有召集，设立登记无效，资本金不足1000万日元[13]。韩国商法学者认为导致股份有限公司设立无效的情形是，“（1）设立目的违法或违背社会秩序时；（2）发起人少于3人时；（3）章程程度绝对记载事项不齐全；（4）没有发起人的签章（或者署名）或者公证人的认证，或者无效时；（5）没有股份发行事项（商291）的决定或其内容违法时；（6）设立时发行的股份数达不到预定发行股份总数的四分之一时；（7）因设立时发行股份总数的认购或者缴纳缺陷显著，仅靠发起人的认购、缴纳担保责任不能期待资本充实时；（8）没有召集创立大会或没有进行调查、报告或决议无效时；（9）设立登记无效时等”[14]。

其二，规定公司设立无效之诉。公司设立瑕疵涉及多数人的利害关系，因此，只能以诉主张[15]。提

诉人一般仅限于股东、董事和监事[16]；提起诉讼的期间，有的国家商法（或公司法）规定应自公司成立之日起2年内[17]，有的国家则规定自公司成立之日起3年内[18]。其判决效力：原告胜诉，对诉讼当事人以外的所有人都产生效力。将公司视为“事实上的公司”，通过公司设立无效判决而解散[19]。原告败诉，判决效力仅及于原告当事人。如果股东有恶意和重大过失，应承担对公司的赔偿责任[20]。

基于以上两点，此次公司法修改中，应明确规定公司设立无效的原因。考虑到上述各国的通行作法，同时又要使人们易于把握，可以将公司设立无效的原因确定为公司设立违反强行性法律规范；违反社会公共利益；章程绝对必要记载事项缺项记载或记载违法。同时，应将提诉人确定为股东、董事和监事，提诉期间确定为2年。并且，对公司设立无效判决之效力、滥用公司设立无效诉讼的防止作出相应规定。

## （二）健全和完善公司组织结构

所谓公司运营，就其根本意义而言，就是公司组织机构的运营。而健全、完善的公司组织机构，则应体现公司法人治理的精神，贯彻公司法人的治理机制。何为公司法人治理的精神？尽管人们有不同的理解，但有两点是共同的，即公司法人治理结构的核心是公司的管理监督机制，目标是最大限度地实现公司利益，进而满足股东长期的最大利益。因此，有人认为公司法人治理结构，即指公司经营中的指挥与监督的体系[21]。如何在规则层面上把握这一精神？各国的学术界和实务界都在积极探索，并提出了一系列有价值的方案。但是，经济合作与发展组织（OECD）公司治理结构原则（1999年5月）最具典型意义。依据该文件，公司法人治理结构的具体原则是：

1、治理结构框架应保护股东权利；

2、治理结构框架应当确保所有股东，包括小股东和外国股东受到平等待遇。如果他们的权利受到损害，他们应有机会得到有效补偿。

3、公司治理结构的框架应当确认利害相关者的合法权益，并且鼓励公司和利害相关者在创造财富和工作机会以及为保持企业财务健全而积极地进行工作。

4、治理结构框架应当保证及时准确地披露与公司有关的任何重大问题，包括财务状况、经营状况、所有权状况和公司治理状况的信息。

5、治理结构框架应确保董事会对公司的战略性指导和对管理人员的有效监督，并确保董事会对公司和股东负责[22]。

这些具体原则向人们揭示了公司法人治理结构的两个注意点：一是股东权的保护与股东的平等待遇，二是董事会的监督与董事会的责任。无疑，这些原则具有明显的英美法系的色彩，没有将大陆法系国家普遍采用的监事会制度概括进去。如果将监事会的监督纳入该原则，则更具有适用性了。应强调的是，这一原则既是治理原则，也是完善公司组织的原则。这次公司法修改，宜应着重解决以下问题：

第一，方便股东特别是国有股股东行使股东权，应是健全和完善公司组织结构的第一着眼点。实现股东长远代最大利益，是对公司运营的基本要求，也是完善公司法人治理结构的最重要的目标。因此，应提供各种有效途径，使股东能比较容易地行使表决权，应使股东有充分的机会，及时、定期地获得公司相关的信息，特别是公司经营中重大问题的信息。公司法修改中应在完善股东大会和保护股东权上前进一步：

（1）完善股东行使表决权的方式。现行公司法规定了股份有限公司股东可以采用的两种行使表决权的方式，即亲自出席股东大会行使表决权和委托他人出席股东大会行使表决权。实践中，上市公司已广泛采用通讯表决的形式，但很不规范。有的公司甚至硬性让股东采取通讯表决形式，以致出现股东与公司的诉讼。应该注意的是，现行公司法规定股东在股东大会上行使的权利不只是表决权，还应包括建议权和质询权。股东自主选择通讯表决形式，即意味着主动放弃建议权和质询权；而董事会硬性要求股东采用通讯表决形式，则意味着剥夺股东的建议权和质询权。前者，是股东意思的自由表示；后者，是董事会对股东权利的侵害。所以，此次公司法修改中，一方面应肯定通讯表决的形式，一方面也应对采用此种表决形式的程序和格式作出规定，使其和现行公司法规定的两种表决方式一样，任股东自由选择。

（2）完善股东向董事、监事质询的规则。无疑，现行公司法第110条已规定，股东有对公司经营质询的权利。但为有效地实施这项制度，公司法应将其规则具体化。一方面，应将质询事项限于股东大会目的事项，并规定董事、监事的相应说明义务；另一方面，也要防止股东滥用质询权，规定在何种情形下董事、监事可以拒绝说明。



(3) 建立股东提案制度。为保证少数股东权，应增设股东提案制度，包括规定提案资格与提案程序。前者，应规定股东的持股比例和连续持股时间；后者，应规定提案的时间和范围。

(4) 建立股东代表诉讼制度，以追究董事、监事损害公司利益时应承担的责任。国外公司法已普遍采用这样的规则，即股东可书面请求公司提起追究董事、监事责任的诉讼。公司在规定的时间内不提起诉讼时，该股东可以为公司提起诉讼。为此，公司法应规定可以请求公司提起诉讼的股东的持股比例和持股时间，以及公司不提起诉讼、股东为公司提起诉讼的时间。

第二，改善董事会结构，强化董事责任，是健全和完善公司组织机构的基本要求。董事会是公司组织的核心，相对公司股东大会（股东会）的基本决策而言，它是业务执行机构，因而必须接受股东大会监督并对其负责；相对公司的日常经营而言，它是经营决策机构，经理由它聘任并对它负责。因此，实现董事会运营规则的充分性，将是完善公司组织机构的关键。我国公司董事会目前的问题：一是董事会构成不合理，缺少反映中小股东利益的董事；二是现行法律规则尚缺少董事不履行义务的救济措施；三是董事会内部的监督不足。所以，必须进一步健全董事会制度，强化董事承担责任的机制。

1、采用“累计投票制”，使中小股东能有机会选出他们信任的董事。为建立此制度，公司法应规定书面请求累计投票的时间和因此而产生的股东大会特别程序及会议主席——董事长的责任。

2、大中型公司应有一定比例的外部董事，即股东代表、职工代表以外的董事。这样，加之依法产生的职工代表的董事，就能实现董事会的多元结构，有利于发挥公司治理的机制。

3、健全董事会的监督机制。在对董事长、经理进行监督的同时，应制定董事履行相互监视义务的规则，譬如非执行业务的董事可对执行业务的董事进行监督，执行业务的董事有定期向董事会报告工作的义务等。为了使董事会的监督更有效，应设置独立董事制度，即强调在非执行业务的董事中，独立董事应占主导地位。

4、建立董事（特别是董事长，以下相同）对第三人承担责任的规则。在实践中，公司致他人损害，往往是由于董事在执行职务中有过错。或言之，公司和董事实质上是损害他人利益的共同侵权人。仅由公司承担损害赔偿，不仅不足以填补受害人的损害，而且有过度宽容有过错董事和使董事逃避责任的问题。为了保护受害人的利益，应制定董事因执行职务中的故意或重大过失致他人损害，对第三人承担连带赔偿责任的法律规则，以避免董事滥用职权，尤其是避免董事长滥用公司法定代表人的权利。同时，由于仅将董事承担责任的范围限定在因其故意和重大过失致他人损害，也避免了董事过度承担责任问题。

第三，健全监事会制度，充分利用和开发监事会的监督资源。监事会对董事、经理的监督是公司法规定的法定监督方式，目前还没有被充分利用起来。其主要原因有二：一是制度不健全，导致监事会无能力监督；二是监事会缺乏监督手段。因此，公司法虽有监事会职权的规定，却未能有效地实行。为了有效地发挥公司治理机制的作用，监事会制度应在以下几个方面健全：

1、应对监事任职的业务资格作出规定，强调其或懂经营，或懂财务会计、或懂法律。

2、应强化监督手段，包括赋予监事会调查、聘用会计师事务所检查公司财务等职权，以使对董事、经理的财务监督成为可能。

3、赋予监事会在特定情况下代表公司的职权。当董事特别是董事长的利益和公司发生冲突，并因此而酿成诉讼时，董事长无法代表公司，也不可能由董事长指定副董事长、其他董事代表公司，只宜由监事会代表公司，以保护公司利益。

4、建立外部监事制度，即经过法定程序，由股东代表、公司职工代表以外的监事进入大中型公司监事会。由于他们具有独立性，较易实施监督职权。

5、健全监事对公司承担责任的制度。根据现行公司法规定，监事和董事、经理一样，在执行职务中，违反法律、行政法规和公司章程，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。因此，监事因损害公司利益而承担赔偿责任，是有法律依据的。但是，为使监事忠于职守，应对监事不执行职务的法律后果作出规定，即监事应实施监督而未实施监督，当董事、经理对公司承担损害赔偿时，应承担连带损害赔偿。[23]

-----  
\*清华大学法学院教授

[1] 卞耀武：《关于对〈中华人民共和国公司法（草案）〉的意见的汇报》（1993年6月22日）

[2] 见《中华人民共和国民法通则》第三章。

[3] 北京工业经济协会：《企业是干什么的？》，《中国工业经济联合会通讯》第45期（总第812期），2000年6月9日。

[4] 同3。

[5] 约翰·P·戴维斯：《企业》，美国摩蝎星图书公司1961年版，第二卷，第246、280页，转引自【英】伊凡·亚历山大：《真正的资本主义》，新华出版社2000年1月中文版，第111页。

[6] 参见《德国有限责任公司法》第48条。

[7] 参见《日本有限责任公司法》第38条。

[8] 《中华人民共和国公司法》第25、28、91、97条。

[9] 【韩】李哲松：《韩国公司法》，中国政法大学出版社2000年中文版，第73页。

[10] 《中华人民共和国民法通则》第58条、第61条。

[11] 《德国股份法》第275条，《德国有限责任公司法》第75条。有限责任公司称公司合同，即有限责任公司章程。

[12] 《法国商事公司法》第360条。

[13] 【日】龙田 节著《商法略说》，甘肃人民出版社1985年中文版，第112页；末永敏和著《公司法》，中央经济出版社1999年日文版，第57页；加藤良三等著《股份公司法的理论》1•，中央经济社1994年日文版，第80页。

[14] 【韩】李哲松著《韩国公司法》，第202页。

[15] 前引李哲松《韩国公司法》，第77页。

[16] 《日本商法典》第428条，《德国股份法》第275条、《德国有限责任公司法》第75条，《韩国商法》第328条、552条。

[17] 前引《日本商法典》第428条、《韩国商法》第328条、552条。

[18] 《德国股份法》第275条。

[19] 前引《商法略说》，第113页。

[20] 前引加藤良三等著《股份公司法的理论》1•第82页；末永敏和著《公司法》第58页。

[21] 【日】酒卷俊雄著《日本对企业治理问题所作的探索》（1999年3月2日在清华大学法律学系为民法商法硕士专业研究生所作的讲演）。

[22] 《OECD公司治理结构原则》，参见陈清泰主编《国企改革攻坚15题》，中国经济出版社1999年版，第128—137页。

[23] 《韩国商法》第414条。



---

相关文章:

---

从法条的公司法到实践的公司法  
经理法律地位之比较研究  
关键是理解新公司法的精神  
《公司法》修改应追求适应性  
论股份公司控制股东的义务与责任  
经济法与社会公共性论纲  
公司法修改：直面竞争与发展主题  
公司法的修订与改革  
中国的商事法律制度  
现代企业法律制度  
带入21世纪的中国商法课题  
论经济法的法益目标

[返回](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)

---