



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: 2843

新《公司法》释评

马光远

一、2005年《公司法》修订的总体评价

20世纪90年代以来,世界各国掀起了风起云涌的《公司法》修改活动:英国多次对《公司法》进行修改;美国于1991年制定了《示范公司法》蓝本,对各州立法产生了深远的影响;日本公司立法的修订更为频繁,在90年代短短的十年间,就经历了1990年、1993年、1994年、1997年、1998年、1999年和2000年7次修改。

中国的《公司法》自1993年12月19日颁布以来,其与现实生活的掣肘与不足已为世人所共知,国有企业法人治理方面制度供给的贫乏,民营企业在资本运作中频频暴露的“原罪”以及中国上市公司接二连三涌现的丑闻,虽然不都是公司法本身的瑕疵“惹的祸”,但不可否认,公司法在处理上述问题中一筹莫展的“无能”表现和极差的操作性饱受业界人士和专家的诟病。1999年和2004年,全国人大常委会对《公司法》进行了两次“微改”:修改了两条,废除了一条,但这种不严肃的“不痛不痒”的修改在远远落后于公司法发展的理论和实践。对中国现行的《公司法》进行全面、深刻、系统的检讨,大规模的修改势在必行。经过各界人士的广泛努力,在广泛征求意见的基础上,2005年10月27日,十届全国人大常委会第十八次会议正式通过了新修订的《中华人民共和国公司法》。

可以说,修订后的《公司法》以耳目一新的形象登上了历史舞台,在中国公司法律制度的变迁史上写下了浓墨重彩的一笔。主要体现在两个方面:一是观念新:实现了公司法“从身份到契约”的飞跃。本次《公司法》的修订有很多令人鼓舞和钦佩的突破和创新,这反映了立法者尊重中国现实、顺应国际趋势、敢于突破和创新的立法智慧和魄力,而在所有的突破和创新中,最为根本和重要的则是立法理念和指导思想的突破和创新,是立法目标和价值选择上的重新认识和调整,没有这种突破,其他具体制度和规则的突破和创新则是不可能的。1993年的《公司法》可以称之为“身份法”,在立法理念上倾向于为国有企业建立现代企业制度服务,很多方面都有为国有企业量身定做的痕迹。而当前,国有企业公司化改造已经基本完成,使《公司法》的价值趋向无需偏向国有企业,而应该对所有的企业一体对待,更多地从立法的科学性的角度进行考虑。2005年新修订的《公司法》全面贯彻契约自由的精神和公司自治的理念,实现了从身份到契约的伟大转变。二是内容新。新修订的《公司法》在广泛借鉴各国先进立法经验基础上,大胆引进各国先进的公司制度文明,改变了不适应实际需要的既有制度和规则,进一步完善了行之有效的规定,填补了立法上的漏洞与空白,它也对部门和地方立法中的彼此冲突和互相矛盾进行了有效的整合和协调,将《公司法》与《证券法》有关证券发行章节所调整内容的法律边界规定清楚了,原《公司法》中的有关证券发行的条款完善后全部移到了《证券法》,不再出现“一律两法”的现象,完善了《公司法》法律体系,维持了公司法制的统一性和严肃性,增强了操作性和司法的适用性,使新修订的《公司法》成为一部制度先进、操作性强的、具有可诉性的《公司法》,她的诞生标志着我国的公司立法进入了一个新的发展阶段。

二、2005年《公司法》修订的八大内容

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

（一）明确规定公司应当承担社会责任

公司是以追求利益最大化为目的还是要承担社会责任，这是从上世纪30年代开始一直争论到今天的话题，并形成了两派观点鲜明的对立立场，赞成公司社会责任论的认为，公司不仅仅应当为股东利益最大化承担责任，还应当对社区、雇员、消费者、债权人等利益相关者承担责任；而反对公司社会责任论者认为，股东作为公司风险的最终承担者，公司应当以股东利益最大化为其唯一目的。

新《公司法》在追求股东价值最大化的同时，强化了公司的社会责任。新修订的《公司法》第5条规定：“公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。”按照新制度经济学的观点，公司作为“契约”的存在，是股东、债权人等一系列利益相关者签订的契约的集合。管理学大师彼得·德鲁克指出：“一个健康的企业和一个病态的社会是很难共存的。”如果过分强调公司以营利为本、以股东利益为重的《公司法》传统理念，势必损害其他利益相关者的合法权益，不利于整个社会的健康发展。

（二）变“管制法”为“任意法”，突出股东自治的思想

政府管制与企业自治之间的关系问题是个具有永恒魅力的经典话题。我国1993年的《公司法》，有非常浓厚的政府管制色彩，有很多的强制性规范而缺少任意性规范，处处体现出为民做主的思想，“父爱主义”泛滥，公司的自主权受到抑制，缺乏契约自由精神，限制了市场主体自主发展、自由竞争、自我管理。

新修订的《公司法》针对上述弊端，尊重公司与股东的自治、自由、民主和权利，合理界定政府管制和企业自治的权力边界，大幅减少了行政权和国家意志对公司生活的不必要干预，加大民事法律规范、任意性规范的比重，扩张公司的意思自治空间，允许公司章程和股东协议在不违反强制性规范、诚实信用原则和公序良俗原则的前提下，就公司内部的各项事项做出安排。突出的表现在十个方面：一是废除了原《公司法》第10条“公司应当在登记的经营范围内从事经营活动”的规定；二是规定通过公司章程确定公司的法定代表人，法定代表人可以由董事长、执行董事或由总经理来担任，改变了过去法定代表人只能由董事长担任的局面（新修订的《公司法》第13条）；三是取消了原《公司法》第12条关于公司对外投资的比例不得超过公司净资产50%的限制；四是规定有限责任公司股东可以在公司章程里约定红利分配比例和公司新增资本时，股东优先认缴出资的比例（新修订的《公司法》第35条）；五是规定公司章程可以约定有限责任公司股东会议表决权行使方式（新修订的《公司法》第42条、第43条）；六是规定公司章程可以规定有限责任公司股权的转让办法（新修订的《公司法》第72条）；七是公司章程可以规定临时股东大会召开的情形（新修订的《公司法》第101条）八是规定公司章程可以对经理的职权做出约定（新修订的《公司法》第50条）；九是公司章程可以规定股份公司可以不按照持股比例分配利润（新修订的《公司法》第167条）；十是规定在“营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现”的情况下，股东会可以通过修改公司章程，让公司继续存续（新修订的《公司法》第182条）。

（三）废除了国有企业的“特别待遇”条款

1993年《公司法》划时代的意义就在于彻底打破了建国以来在企业立法上按照所有制性质分套立法的传统思路，回归到“按投资者责任性质与企业组织形式立法”的科学路径，从而开创了新中国真正的现代企业制度立法的先河。遗憾的是，由于当时国有企业改革的任务很重，在原《公司法》里，一直贯穿着一条看不到的红线，那就是过分强调了国企改制的需要，把《公司法》作为国企改制的样板，围绕国有企业改革来设计《公司法》，来裁减《公司法》的规则。如：强调公司中的国有资产所有权属于国家（原《公司法》第4条）；国有企业改建为公司，必须依照法律、行政法规规定的条件和要求，转换经营机制，有步骤地清产核资，界定产权，清理债权债务，评估资产，建立规范的内部管理机构（原《公司法》第7条）；国有独资公司的资产转让，依照法律、行政法规的规定，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门办理审批和财产权转移手续（原《公司法》第71条）；经营管理制度健全、经营状况较好的大型的国有独资公司，可以由国务院授权行使资产所有者的权利（原《公司法》第72条）；国有企业改组为股份有限公司的，发起人可以少于5人（原《公司法》第75条）；国有企业改建为股份有限公司的，严禁将国有资产低价折股、低价出售、或者无偿分配给个人（原《公司法》第81条）；原国有企业改建设立或组建股份公司，其主要发起人为国有大中型企业的，可连续计算三年盈利记录（原《公司法》第152条）；股份有限公司、国有独资公司和两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，为筹集生产经营资金，可以依照本法发行公司债券（原《公司法》第159条）。等等。

令人啼笑皆非的是，这些不顾科学的立法规律，一味强调“国有”优先的思路不仅没有给国有企业的壮大和资本市场的发展提供制度上的推力，反而成了今天资本市场的症结和制度瓶颈。天下没有免费的午

餐,上市公司畸形的股权结构难道和当年允许国有企业改制上市、发起人可以少于5人的规定毫无关系吗?让上帝的归上帝,让凯撒的归恺撒,这是一个铁律。新修订的《公司法》在12年后的今天,终于旗帜鲜明地落实了股东平等原则,废除了上述强调国有企业、国有资产的落后思路,将国家股东与其他股东之间上述的制度歧视一扫而光。

(四) 确立了“公司法人格否认”制度,加强对债权人的保护

在当今中国,公司层出不穷,企业改制、资产重组、债务重组、企业托管经营如火如荼,与之相伴的滥用公司法人格之现象大量出现,如母公司收缴全资子公司的全部利润,却让其承担自己的全部债务;名为公司,实为自然人独资企业;公司资本显著不足或资本被抽空,导致空壳经营;投资人利用项目公司的特殊性,让其承担全部债务;公司进行所谓“资产重组”,实则金蝉脱壳等。上述滥用公司法人格的现象严重侵害了债权人的合法权益,促使司法界从诚信公平的角度出发,引进、采纳、使用公司法人格否认制度的原则和精神,以实现程序正义和实质正义。

公司法人格否认,又称为“刺破公司面纱”或者“揭开公司面纱”,指为阻止公司独立人格的滥用和保护公司债权人利益及社会公共利益,当公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益时,该股东即丧失依法享有的仅以其对公司的出资为限对公司承担有限责任的权利,而应对公司的全部债务承担连带责任。新《公司法》正式引进了这一制度的规定。新《公司法》第20条规定:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”这一规定,为防范滥用公司制度的风险,保证交易安全,保障公司债权人的利益,维护社会经济秩序,提供了必要的制度安排,成为悬在公司头上的“达摩克利斯之剑”。

(五) 改革公司设立和资本制度,鼓励民间投资

从投资的角度来说,1993年的《公司法》是一部“限制法”,强调“安全压倒一切”,漠视民间的投资需求,在鼓励民间投资问题上呈现出明显的供给不足的现象。一方面,银行有近6万亿元的居民储蓄,外汇存款也达到几百亿元,另一方面,投资者患有“资金饥渴症”,国企之间的私下非法借贷,地下钱庄的猖獗和繁荣。于是,抽逃资金,虚假出资等行为屡屡上演,成为投资者公认的潜规则。针对原《公司法》的缺陷,新《公司法》创新和完善了公司设立和公司资本制度方面的规定,具体表现在:

1、在公司设立上,采取以“准则主义”为主,以“核准主义”为辅的原则。废除了原《公司法》第77条:“股份有限公司的设立,必须经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准”的规定,对两类公司的设立都采取登记主义的原则。准则主义,限制了政府公权力在公司设立领域的扩张和滥用,是公司民主制度的前提和基础。

2、大幅度降低公司注册资本的最低限额。原《公司法》对有限责任公司和股份公司的最低注册资本规定数额过高,普遍高于其国家和地区,不利于民间资本进入市场,在某种程度上束缚了经济的发展。新的《公司法》大大降低了公司设立的门槛,将有限责任公司和股份有限公司的注册资本的最低限额分别降低为人民币三万元和人民币500万元。

3、废除法定资本制,实行折中授权资本制。原《公司法》实行严格的法定资本制,并通过一系列的制度来体现资本确定、资本不变和资本维持所谓“资本三原则”,要求股东一次性交付出资,保障交易安全。这种严格的资本制度一方面窒息了投资的热情,另一方面造成了资金的大量闲置,有些公司在公司成立后,把大量的资金用于非经营活动。新《公司法》彻底放弃了早已被绝大多数国家抛弃的法定资本制,采用折中的授权资本制,规定“公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十,也不得低于法定的注册资本最低限额,其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足;其中,投资公司可以在五年内缴足。”(新《公司法》第26条)

4、扩大股东出资的方式。原《公司法》规定可以用于出资的资产只有五种:货币、实物、工业产权、非专利技术、土地使用权,排除了股权、债权、劳务、信用等的出资方式。从实践来看,如果部承认股权出资的合法性,那所有的国有企业多元化改制将是非法的。新《公司法》对出资方式的规定和我国会计准则做了很好的接轨。我国会计准则(见《企业会计准则--非货币性交易》)将交易分为货币交易和非货币性交易,这种经典的划分为出资方式立法提供了很好的思路。新《公司法》将出资方式分为货币出资和非货币出资两种方式:“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资。”新《公司法》所规定的出资方式,列举了货币、实物、知识产权(远比工业产权和非专利技术的范围要大)、土地使用权四项,并且对其他可以用货币作价并可以独立转让的财产出资的合法性给与明确肯定,因而使股权、债权出资的合法性得以确立。至于劳务和信用能否出资,我个人认为《公司法》采取了否定的做法,因为劳务和信用一方面缺乏独立性,一方面如何转

让,也是个问题新(《公司法》第27条)。

5、大大提高了无形资产的出资比例。原来的公司资本制度是建立在传统的物质资本理念和现实基础之上的。1993年的《公司法》规定,无形资产的出资比例不得超过注册资本的20%,对于高新技术企业,其最高比例可以达到35%,这种对无形资产的“傲慢和偏见”显然无法和知识经济接轨,对高新技术企业的发展造成了很大的负面影响。鉴于此,新的《公司法》勇于承认技术的价值的地位,规定:“全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的30%”。这意味着无形资产可占注册资本的70%,这对于高新技术企业特别是风险投资业产生积极的推动作用,带来一场政策“及时雨”。

6、规定了定向募集的设立方式。我国原《公司法》规定,股份公司的设立可以采取发起设立和募集设立的方式,而募集方式只能采用公开募集的形式,但从实际操作来说,公开募集实际上步可能,因为我们要求公司在上市前有一年的辅导期,但法律又禁止私募形式的存在。新的《公司法》解决了这个难题,新《公司法》第78条规定“募集方式包括向社会公开募集和向特定对象募集两种形式”。肯定了私募方式的存在。

7、废除了对公司“转投资”的限制。1993年的《公司法》第12条规定,公司对外“累计投资额不得超过本公司净资产的50%”这就是《公司法》中著名而又饱受非议的“转投资”限制条款。这个条款实际上“阉割”了公司的对外投资权,从积极意义来说,有利于维护债权人的利益,防止和避免不良债权的形成、维护公司资本的确定。从负面影响来看,严重阻碍了资产重组,收购兼并,不利于企业的资本经营和社会资源的优化配置,特别是在我国企业面临产权、投资多元化,而且很多企业亟须通过资产重组、购并、资本经营实现高速扩张和规模经营的背景下,以保护债权人利益为由而牺牲企业成长和经济效率显然得不偿失。新的《公司法》“恢复”了公司的正常投资权,新《公司法》第15条规定:“公司可以向其他企业投资;但是,除法律另有规定外,不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。”

8、删除了法定公益金的条款,降低公司的运作成本。原《公司法》第177条和180条规定,公司应在税后利润中提取5—10%作为法定公益金用于职工集体福利。这一规定,是我国计划经济时代“企业办社会”思想的典型体现,与国际惯例的《公司法》律和会计制度相悖,难与国际资本市场接轨。劳动者的集体福利作为经营成本,应当在税前列支,而作为企业主体的所有者享有“剩余财产的支配权”包括对税后利润的支配权,这是天经地义的,规定在税后利润中提取职工福利金显然不符合这个基本的道理。但是,对于已经提取而尚未使用的法定公益金能否转入“未分配利润”,尚需有关部门研究。

9、简化公司合并分立的程序。公司的并购重组在欧美等发达国家极为司空见惯,而且被视为企业做大做强,实现跨越式发展的捷径。几年前,当我们的民族品牌海尔还朴素的以在海外投资设厂作为自己扩张战略的时候,美国并购市场的价值已经达到了每年4000多亿美元。正如诺贝尔经济学奖得主斯蒂格勒所指出的:“综观世界500强企业,没有哪一个不是通过资本运作而是完全靠经营发展起来的。”由于种种原因,我们国家长期把资本运作视为洪水猛兽和骗人的江湖把戏,在管制至上的立法指导思想下,1993年的《公司法》对公司的合并、分立等制度上规定了不能再繁琐的程序,不能再长的公告期,不能再多的公告次数,对效率的漠视到了无以复加的程度!从各国《公司法》改革的实践和发展趋势来看,效率已经成为各国《公司法》立法的主旋律。《公司法》发应鼓励公司之间的兼并重组,实现资源的优化配置和帕累托最优。新的《公司法》简化了公司合并分立的程序,将公告债权人的次数由三次减为一次,将公司合并、减少注册资本时债权人主张权利的期限由90日改为45日,这是顺应潮流的明智之举。

(六) 将“一人公司”纳入公司法的调整范围

对于债权人和公司的其他利益相关者而言,一人公司的风险之大自不待言。由于一人公司通常是股东一人自任董事、经理“三位一体”。内部制衡无从谈起,一人股东可以“为所欲为”地混同公司财产和股东财产,将公司财产挪作私用,给自己支付巨额报酬,同公司进行自我交易,以公司名义为自己担保或借贷,甚至行欺诈之事逃避法定义务、契约义务或侵权责任等。而在有限责任的庇护下,一人股东可以安然的躲在公司面纱的背后而不受公司债权人或其他相对人的追究,这对有限责任制度的合理性构成了威胁。正因为如此,世界各国早期的公司立法,大都对形式意义的一人公司作了禁止性规定,甚至强调公司设立后于运营中,因各种原因导致公司股东仅剩一人时,公司应立即解散,以严格恪守公司设立的条件。我国1993年的公司法除了规定“国有独资公司”这种特殊的“一人公司”之外,也禁止自然人和非国有的机构成立一人公司。

从我国公司实践来看,以夫妻、亲戚、朋友等名义变相存在着大量的实质意义上的一人公司。法律的精神无非是对现实存在的确认,考虑到现世界上现在很多国家都承认一人公司的存在,而且日益发达的立法技术完全能够对一人公司的天然风险做出制度性安排,“揭开公司面纱”等武器亦能对此应对自如,新的《公司法》将一人公司纳入了其调整范畴,并通过一系列的制度措施,防止交易风险,保证交易安全,

这是我国立法者对驾驭现代立法技术高度自信的表现。具体来看，新《公司法》设立了五道“防火墙”对一人公司加以规范，一是对一人公司实行严格的法定资本制，一人有限责任公司的注册资本不得低于10万元，并且必须一次缴足；二是一人公司的“身份证”--公司营业执照中必须载明自然人独资或者法人独资，以予公示；三是实行“计划生育”制度，一个自然人只能设立一个一人公司，该一人公司不能再设立新的一个公司；四是对一人公司实行强制审计制度；五是“推定混同”制度，在发生债务纠纷时，一人公司的股东有责任证明公司的财产与股东自己财产是相互独立的，如果股东不能证明公司的财产独立于股东个人的财产，必须对公司的债务承担无限连带清偿责任。

（七）健全股东特别是中小股东利益的保护机制

股东利益特别是中小股东利益的保护水平是检验一部《公司法》是否成熟和完善的试金石。《公司法》实施十多年的历史实际上是一部中小股东维权无门的“血泪史”，1993年《公司法》缺陷之一就是股东缺乏保护自己合法权益的法律武器，没有将股东权的保护作为公司立法的首要宗旨，更遑论将股东权保护的精神贯穿于整部法律之中了。几个可怜的所谓保护股东权益的条款，却都是一些原则规定，缺乏操作性，当股东的利益受到侵害时，又没有法律依据通过法院救济。新修订的《公司法》针对上述弊端，健全了对股东尤其是中小股东利益的保护机制，不仅在股东的实体权利上进行了大刀阔斧的改进，而且在程序上保证股东权的真正落实。可以说，新《公司法》在股东权益保护上的进步是很显著的，主要体现在以下几个方面：

1、扩大了股东知情权行使的范围和手段。股东知情权是股东其它权利的基础和前提。1993年《公司法》规定，有限责任公司股东仅有权查阅股东会会议记录和公司财务会计报告，对股东最有意义的董事会、监事会与经理办公会的会议记录、会计账簿和原始凭证等则无权查阅。财务会计报告一旦造假，股东查阅没有任何意义。新《公司法》扩大了股东知情权的范围，在第34条明确规定：“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿。”并且规定，如果公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅，这为确保股东的知情权，行使其它权利奠定了良好的基础。

2、规定了异议股东的股份回购请求权。“退出通道”问题一直是我国投资者心中永远的痛。我国投资者的退出通道如同喇叭口，入口很大，出口很小，一旦进来，就很难出去。股份公司的股东可以通过资本市场“用脚投票”，对于有限责任公司等非公众公司，在公司常年不分红或者在公司合并而又对此有异议的情况下，几乎无路可退。因此，中国许多有限责任公司中的小股东遭受大股东折磨的痛苦程度远远大于股份公司。有些有限责任公司的大股东利用其对公司的控制权，长期不向股东分配利润，权益受损害的中小股东又无法像股份有限公司股东那样可以通过转让股份退出公司，致使中小股东的利益受到严重损害。这个婚姻是不自主的，只能谈恋爱，只能结婚，却不能离婚！新的《公司法》承认了有限责任公司股东的“离婚制度”。新《公司法》第75条规定了在公司连续五年盈利但不分配红利、股东对公司的合并、分立、转让主要财产以及不解散公司的决定投反对票的情况下，股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。并且规定，如果“股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。”这是人性化的体现，也是对有限责任公司“人合性”的最好解读。

3、赋予股东解散公司请求权。在公司经营严重困难，财务状况恶化的情况下，解散公司是避免破产，减少股东损失的最好选择。但在股东之间分歧严重，股东会、董事会又不能做出公司解散清算的决议的情况下，往往处于僵局状态。为了破解这一僵局，新《公司法》第183条规定：“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。”

4、正式引进了累积投票制度。累积投票制就是指股东大会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东既可以把拥有的投票权集中于一人，也可以分散选举数人，从而促成小股东将其代言人选入董事会和监事会，扩大小股东的话语权，增强小股东表决权的含金量，弱化控制股东的话语霸权。因此，新修订的《公司法》第106条规定：“股东大会选举董事、监事，可以根据公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。”

5、规定了股东代表诉讼制度。股东代表诉讼（亦称派生诉讼）作为两大法系尤其是英美法系国家保护小股东权益的一种事后救济措施，在保护小股东权益，维护公司合法利益和监督董事、控股股东行为等方面发挥了很大作用，已被各国所普遍适用。但我国现行诉讼制度中并没有完整的股东派生诉讼制度，仅在最高人民法院《关于中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷，控制合营企业的外方与卖方有利害关系，合营企业的中方以谁的名义向人民法院起诉问题的复函》中有所涉及。该复函规定：合营企业的外方与卖方有利害关系，而董事会不起诉时，中方可以提起诉讼。该复函肯定了股东的派生诉权，为我国股东派生诉讼首开先河。新修订的《公司法》第152条明确规定，公司的在董事、监事或者高级管理人员侵

害公司利益的事由，而有权的公司机关怠于维护公司权益时，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

6、增设了股东直接起诉董事、高级管理人员的条款。“正义应该得到实现，并且应该以看得见的方式得到实现。”新《公司法》不仅规定股东可以为了公司利益代位诉讼，而且规定在自己的利益受到侵害的情况下可以直接起诉的权利。新《公司法》第153条规定，在董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以直接向人民法院起诉的。这是小股东维护自己利益的尚方宝剑，有望大大改变控股股东与中小股东的力量对比和博弈的格局。

7、规定了股份有限公司股东享有提案权。股东提案权是股东通过股东大会表达自己意愿的重要渠道，原《公司法》没有关于股东提案权的规定，给公司实际运作造成许多困难和问题，也影响了股东权利的行使和股东参加股东大会的积极性。新《公司法》第103条规定：“单独或者合计持有公司3%以上股份的股东，可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面通知董事会；董事会应当在收到通知后两日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东大会审议。”

8、增设了对股东会、董事会决议的请求撤销权。在股东会或者股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规的情况下，其是否有效，股东通过什么途径撤销违法的决议，1993年的公司法语焉不详。新《公司法》第22条规定：“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。”

（八）完善公司治理，强化公司监控

世界银行千行长沃尔芬森认为：“完善的公司治理机制将像健全的国家治理一样至关重要。”诚哉斯言！1993年的《公司法》对公司治理给与了较多的重视，但对公司治理机制及其如何实现其机制的规定则显得薄弱。虽然成立了“三会”，但缺乏真正的制衡机制，西方公司治理的真正精神我们并不具备，只是形似而已。其根本症结在于内部人通过架空股东会，独霸董事会，虚置监事会而攫取了公司的真正控制权。

新修订的《公司法》通过完善股东会会议制度，弱化董事长的职权，强化监事会的监督职能以及强调公司董事和高级管理人员的忠实和勤勉义务等措施，来实现中国公司治理的“神似”。

1、完善股东会和股东大会制度。完善了股东会会议的表决机制和召集制度。规定董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持（新《公司法》第41条），并将提议召开临时股东会的比例由代表四分之一的表决权的股东改为十分之一的股东。对股东会的表决方式予以灵活规定，既可以按照出资比例行使表决权，也可以由公司章程规定表决方式。同时，为了体现有限责任公司的特点，规定有限责任公司的全体股东在对决议事项全体一致的情况下，可以不用召开股东会，实行“会签”制度。（新《公司法》第38条）。

2、完善董事会制度，避免一言堂。在“董事会中心”主义的治理模式下，公司治理的核心是董事会制度，完善董事会制度，才能完善公司的决策机制。1993年的《公司法》基于官本位，在董事会制度的设计上过于突出董事长的职权，董事会的议事规则也不完善。新修订的《公司法》突出董事会集体决策作用，明确规定董事会决议的表决，实行一人一票，弱化了董事长的职权。规定代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事或者监事会，可以提议召开临时董事会。（新《公司法》第111条）

3、扩张监事会的职权，强化监督手段。为了改变监事会的“柔弱”形象，新修订的《公司法》大大扩张了监事会的职权，赋予监事会提议罢免董事和高级管理人员的权利，并且规定，监事会向股东会会议提出提案；有权依法对董事、高级管理人员提起诉讼。为避免公司董事会和高级管理人员掣肘监事会，经费上卡监事会的脖子，明确规定，监事会、不设监事会的公司的监事行使职权所必需的费用，由公司承担。在监督手段上，规定监事会发现公司经营情况异常，可以进行调查并可以聘请会计师事务所等协助。

4、设专节完善上市公司治理结构。为进一步严格对上市公司的要求、完善上市公司的治理结构，新修订的《公司法》设立专节“上市公司组织机构的特别规定”：一是规定上市公司设立独立董事制度；二是规定上市公司董事会设董事会秘书，并对其职责加以界定；三是规定了“关联董事”的回避制度。上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。四是规定了上市公司重大事项决策制度。规定上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的

三分之二以上通过。

5、强化控股股东的责任，规范关联交易。控股股东指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；或者出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东（新《公司法》第217条）。中国股份公司特别是上市公司股权结构的基本禀赋是“一股独大”，但同时在公司治理结构上缺乏对大股东的制约，大股东通过内部人采用各种方式侵害小股东的利益已经构成了上市公司的制度性问题和影响市场稳定的最大毒瘤。一些上市公司的控股股东、董事、监事、高级管理人员和其他实际控制公司的人利用关联交易“掏空”公司，将上市公司变为大股东“提款机”的现象比比皆是。新《公司法》借鉴其它国家的先进立法例，在坚持股东平等原则的前提下，通过对控股股东的诚信义务的规范，来约束其行为，具体表现在：一是明确规定累计投票制（新《公司法》第106条），股东在选举董事、监事的时候，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，小股东可以将其拥有的表决权集中使用，选出代表自己利益的董事、监事。二是明确规定了控股股东的“回避制”和赔偿责任。《公司法》要求公司的控股股东、实际控制人不得利用其关联关系损害公司利益，否则应当承担赔偿责任。”（新《公司法》第21条）公司在表决对外投资、向他人提供投资等事项时，控股股东不得参加表决（新《公司法》16条）。凡是涉及到控股股东利益的，或者关联关系的交易，与控股股东有关联的董事“不得对该项决议行使表决权”（新《公司法》第125条）。三是规定担保等重大事务须由股东会来表决。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议（新《公司法》第16条）。

6、强化董事、监事、高级管理人员的责任与义务，明确提出忠实义务和勤勉义务。新《公司法》首次明确提出了公司董事、监事、高级管理人员的忠实义务（duty of loyalty）和勤勉义务（在《公司法》理论上被称为注意义务-duty of care）（新《公司法》第148条），强调董事、高级管理人员等必须遵循诚信原则，真诚地以公司利益最大化为出发点，谨慎、认真、勤勉地在其职权范围内行使职权。并对董事、监事和高级管理人员的忠实义务和勤勉义务予以细化。对挪用公司资金、擅自借贷或者为他人提供担保、与公司交易、谋取公司的商业机会、擅自披露公司秘密等进行了禁止性规定。针对股份公司的情况，明确规定股份公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款（新《公司法》第116条）。股份公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况（新《公司法》第117条）。如果董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，违背了自己的忠实义务和勤勉义务，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。这是新《公司法》的一大进步，是从根本上、制度上、源头上解决公司董事、监事和高级管理人员的责任问题。

7、规定了中介机构的聘请程序和赔偿责任。在信息不对称的情况下，对于中小股东而言，阅读经会计事务所审计的财务报告是其了解公司信息，做出投资决策的最重要途径。如果会计事务所和公司内部人相互勾结，欺骗公众投资者，整个内部控制系统必然失效。美国安然、视听等巨人公司的轰然倒下根源就在于公司高管和外部机构的内外勾结。新修订《公司法》将公司聘用、解聘会计师事务所的权利归股东会、股东大会或者董事会。同时，为了防止内外勾结，欺骗公众和投资者，公司法首次规定了中介机构的赔偿责任，新《公司法》第208条规定：“承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实，给公司债权人造成损失的，除能够证明自己没有过错的外，在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。”

8、创新激励机制，引入股权激励。约束弱化，激励无效是我国公司治理的痼疾，新《公司法》在激励机制的完善上也进行了有益的探索。首先，允许公司回购不超过本公司已发行股份总额的百分之五的股份用于“奖励给本公司职工”。二是规范董事、监事、高级管理人员任职期间持股行为。取消了公司高级管理人员在任职期间不得转让股份的限制条件。规定董事、监事、高级管理人员在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五，但公司股票在证券交易所上市交易的，自上市交易之日起一年内不得转让。加强了公司高级管理人员离职之后转让股份的控制。新《公司法》增加规定高级管理人员在离职后半年内不得转让其所持有的本公司股份。

三、《公司法》修订对公司运作的重大影响

《公司法》是规范资本市场主体的基本法律，是建立和完善社会主义市场经济体制的重要法律。如前所述，本次《公司法》的修订，修改完善了《公司法》人治理结构方面的规定，充实了公司职工权益保护的规定，健全了对股东尤其是中小股东利益的保护机制和对公司债权人利益的保障机制，进一步细化了股份转让的执行程序。修订后的《公司法》虽然减少了11条，但是以维护客户资产安全和股东合法权益为重点，明确了对投资者损害赔偿的民事责任制度，进一步完善了股东的知情权保障制度，增强了可诉性，完善了公司诉讼制度。为司法和执法活动提供了更为充分具体的法律依据，从而更为有效和周密地保护公司股东、债权人、劳动者以及公司本身的合法权益，防范、减少和化解公司内外的利益矛盾和冲突，为投资

者和公司当事人提供更具有指导性的行为规则。具体来说，主要体现在以下几个方面：

（一）公司运作的专业化程度提高，公司章程的重要性大大提升。

本次《公司法》的修订废除了很多政府管制的内容，增强了公司和股东的自治，这是一个历史性的进步。但是也应当看到，在当前我国信用环境不容乐观的情况下，公司自治对投资者、债权人的专业素质提出了更高的要求，从公司成立到公司运作，投资者面临的陷阱明显增多，投资风险明显加大，一些人将利用公司自治原则实施诈骗行为，这意味着公司成立的专业化程度大大提高，律师等专业人士将更多参与公司的成立和运作业务，公司非诉业务将成为律师新的业务增长点。如在选择投资对象的时候，不能单纯依靠注册资本来判断公司实力的强弱，在授权资本制下，公司的注册资本是分期缴纳的，这需要依靠律师的尽职调查，判断公司的真实情况。

在公司自治空间拓展的同时，公司章程的重要性在公司成立和运作中日益显现。我们可以看到，新《公司法》有很多“但是，公司章程另有规定的除外”的条款，赋予公司章程极大的灵活性，章程可以约定红利分配比例；约定有限责任公司股东会议表决权行使方式；约定有限责任公司股权的转让办法；约定公司分配方式等等，制作章程不再是枯燥的“填空题”，而成为一项极具艺术性和专业性的工作，增加了股东之间的博弈和公司章程的个性，只有通过律师等专业人士的指导，才能尽可能的避免投资风险。

在股东权益方面，新《公司法》赋予股东很多权利，如何更好的行使这些权益，如果避免法律风险，做出最优选择，也需要律师等专业人士的论证。

（二）《公司法》的可诉性大大增强，公司诉讼业务将呈现爆炸式增长。

新《公司法》实施后，将出现“十一大”新型公司诉讼业务：一是因异议股东行使股份回购权而引发的诉讼；二是股东请求人民法院解散公司而引发的诉讼；三是因董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以直接向人民法院起诉的；四是股东代表诉讼；五是股东应当依法清算但是逾期不清算的，债权人可以向人民法院申请组织清算；六是因公司控股股东、实际控制人等利用其关联关系侵占公司利益而发生的诉讼；七是股东请求撤销或者确认股东会、董事会的决议无效而提起的诉讼；八是股东滥用股东权利或者因“揭穿公司面纱”而引发的诉讼；九是股东要求会计师事务所等中介机构承担赔偿责任而引发的诉讼；十是股东之间因公司章程对重大事项约定不明而引发的诉讼；十一是因公司不承担社会责任而引发的诉讼。

这十大新型诉讼业务，在2006年《公司法》正式实施以后，从目前的态势来看，必将呈现爆炸式的增长，对于律师等专业机构而言，这是一块很大的蛋糕，对公司及公司高管、中介机构而言，如果通过律师等专业机构的指导，避免更多的诉讼将是当务之急。

（三）公司董事等高级管理人员的赔偿责任加大，推行董事责任险正逢其时。

在新的《公司法》里，以董事、监事以及高级管理人员的赔偿责任和可以被提起诉讼的条款达五条之多：如第21条规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”；第113条：“董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任”；第150条：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”；第152条规定的股东代表诉讼；第153条：“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。”这些民事责任条款大大加大了董事等高级管理人员的“职务风险”，在公司法实施以后，他们有可能陷入股东提起的诉讼风暴之中。

智者千虑，必有一失。面对复杂多变的市场及浩如烟海的法律法规，高管人员无论如何勤勉尽责，亦难免有决策失误或工作疏忽之时。对董事等公司高管而言，一方面应当信守忠实和勤勉义务，另一方面对于有可能引起的赔偿责任，应该通过责任险等合法的手段予以转移。《上市公司治理规则》明文规定：“经股东大会批准，上市公司可以为董事购买责任保险。”

由于原来《公司法》对董事等高级管理人员的民事责任条款的操作性不强，股东很难通过诉讼的手段追究董事的赔偿责任，董事等高级管理人员对于董事责任险“想说爱你并不是很容易的事”。在新《公司法》实施以后，股东起诉董事等高级管理人员在程序上完全具备了可行性，预计国内原来叫好不叫座的董事责任险将迎来黄金机遇。

[相关文章：](#)

[对国资委招聘“企业高管”合法性的置疑](#)
[“宝马假彩”案主角杨永明应定贪污罪](#)

[返回](#)