

对《公司法》修改的十点建议

北京标准咨询公司 刘纪鹏

《中华人民共和国公司法》于1993年12月29日八届人大五次会议通过，并于1994年7月1日正式施行。这标志我国企业立法体系打破旧体制下按**所有制和行业立法**的传统模式，注重市场经济发展中所有制主体多元化的现实，借鉴国际规范，建立起按企业的**组织形式和法律形态立法**的新体系。《公司法》尊重公司日益成为我国经济运行的主体企业形态这一事实，立足于使公司在社会主义市场经济中的行为受到法律保护和规范，并沿着健康轨道发展，《公司法》是推进我国企业制度变革的根本大法，表明我国微观经济体制改革进入一个崭新阶段。

然而经过五年多的运行，《公司法》历史局限性日益显现。随着整体改革的不断深入，在微观经济的机制改革和制度创新上出现了颇多新现象、新问题，使《公司法》部分条款已不能适用。因此，1999年12月25日召开的九届人大十三次会议对《公司法》进行了第一次修改，但宥于当时条件所限，仅是局部微调，与体制改革和经济发展对《公司法》的要求还有相当差距。

我国二板市场将于明年开通，如何规范二板上市公司，培育民营、中小、高科技公司成长，推动经济发展，可以说是对《公司法》提出的新要求，我们必须根据现实经济发展的需要，不断进行修正并使之日臻完善。

《公司法》修改的原则应是，一要本着法律为现实经济生活服务的基本原则，符合中国国情；二要借鉴发达国家的成熟经验和法律规范。将于今年7月召开的九届人大十六次会议将对《公司法》进行第二次修改，本文正是在这一背景下，通过对《公司法》部分条款的理论阐释和现实分析，提出十大修改意见。

一、降低设立公司门槛，为启动民间投资创造条件

当前，通过启动民间投资，完成国民经济结构性调整，保持适度的经济增长速度，摆脱严峻的就业形势，最终实现国民经济的可持续性增长，已日渐成为人们的共识。截至1999年底，城乡居民储蓄达到6万亿元，加上人们的手持货币已是7万亿元之巨。大力发展私人企业和民营企业，可以一举数得：

- 1、将民间资金引入投资领域，建立产权清晰的现代企业；
- 2、有利于解决经济发展中资金的短缺；

- 3、 规避国家发债和政府投资发展瓶颈产业的风险；
- 4、 同时实现下岗人员的充分就业，降低国家健全社会保障制度的成本。

然而，《公司法》关于设立公司的规定，使人们普遍感觉公司难办，究其原因，主要有二：

第一，门槛过高。《公司法》第23条规定，注册以生产经营为主的公司要五十万元；商业零售为主的公司要三十万元；服务性公司要十万元，就是说，办一个公司的最低注册资本也要十万元。从城乡居民尤其是下岗职工的平均收入水平及对私有资产的占有和支出现状看，该条款对兴办民间公司的阻力极大，难以实现启动民间投资，促进经济增长的目的。

第二，注册资本与实缴资本必须一致的规定不实际。在公司注册资本数额要求较高的条件下，真实地依法兴办公司更是难上加难，因此申办公司者普遍采用**借钱办公司**的做法，即为注册公司借一笔钱，在工商部门指定的银行帐户上停放一个月，领到营业执照后再将借款归还。而工商管理部門则设立专门的咨询机构协助申请人进行公司登记，如提供标准章程，甚至协助解决注册资金的不足，以达到注册资本与实缴资本短暂一致的目的。事实上只要办公司的人肯花一笔咨询费，即可拿到标有理想注册资本额的营业执照。这种注册制度，不仅导致行业不正之风泛滥，更严重的是使人们在经济交往中，普遍把让对方提供营业执照并将营业执照中注册资本的大小当作其实力和对外承担经济损益责任的标志，似乎一个公司只要具有高额注册资本，就可与其发生各种等额的融资性和经营性活动，甚至金融机构的贷款也以贷款户的注册资本来决定其信贷额度，这就给一些不法分子及名不符实的公司以可乘之机。一个公司只要能在设立时千方百计注册为有高额注册资本的公司，就能在现实中实现融资和担保信用，这不能不说是《公司法》及有关登记制度的缺陷，不仅是我国目前公司法人诈欺，搞违法活动的源头所在，而且对我国社会主义市场经济中公司融资、信用、投资、担保等一系列活动带来极大隐患。

在发达国家，营业执照只解决一个公司对外开展经济活动的合法性问题，并不表明其拥有的经济实力，有些国家的营业执照甚至不反映注册资本的数额，更鲜有哪个公司在对外交往中宣传本公司的注册资本。

在注册资本与实缴资本的关系上，国际上通行两种做法：一种是**法定资本制**，另一种**授权资本制**。

“法定资本制”要求公司注册资本与实缴资本一致，即公司成立时注册资本额就要确定且在有关管理部门登记（一般不在营业执照上表现），并将注册资本额记载于公司章程之中，否则公司不能成立。但法定资本制只适用小型公司且登记的注册资本数额并无限制性规定，即使一块钱也可以申办公司，即所谓低门槛的“一元钱公司”。

“授权资本制”是公司的注册资本额虽在有关部门登记且记载于公司章程，但股份是否缴足与公司设立无关。股东（发起人）只要认购法律或章程规定的最低数额，公司即可成立。因此，授权资本制通常分为两个阶段，一是发起人在认缴注册资本总额的一定比例后在有关部门注册；二是公司设立后，再以其名义以公募和私募的方式募集其余股份，通常募股期限不超过一年。在授权资本制下，注册资本仅是公司自行决定的一个数额，与公司注册时的实缴资本不要求一致。公司不论大小，均可随时成立，随公司营业的发展，逐渐增加资本，而无需经常变更章程或营业执照。授权资本制适合于股份有限公司和其他大型公司。

面对国际规范和新经济社会，首先应该打破公司是比工厂大的企业组织的传统思维，充分认识公司只是一种法律形态，不以规模大小界定，更不应在公司是大企业的错误观念指导下限

制公司组建。其次，摒弃那种仅凭营业执照上标明的注册资本判定一个公司在对外经济活动中的经济实力的作法，承认授权资本制下注册资本与实有资本不一致的企业登记制度的合理性。注册资本既不能是一个公司对外投融资的信用标志，也不是其承担经济亏损责任的数量界限，建立在有资格审计部门审计报告基础上的公司净资产才是一个公司信用和实力的标志。

结论：调整《公司法》第23条和第78条的注册资本限额。

方法之一，若坚持法定资本制，就应降低注册资本数额。借鉴“一元钱公司”模式，使公司注册在低成本、短时间内完成。根据我国国情，建议将设立公司的最低注册资本额降到一万元。

方法之二，采用折衷授权资本制，即注册资本为在公司登记机关登记的数额，其全体出资人的首次出资额应不低于注册资本的35%，其余部分可自公司成立之日起一年内缴足。在这种模式下，可将设立公司的最低注册资本额降到五万元。

二、取消公司对外投资比例的限制性条款

《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百分之五十”，这一条款严重制约以投资主体形成为标志的现代企业法人制度的建立，极不利于通过资本市场实现企业组织结构的调整，继而完成对我国产业结构的调整。

《公司法》中之所以出现这一条款，是与当时中国的特殊国情分不开的，在《公司法》的早期酝酿和颁布实行时，我国企业刚从“生产型”转入“经营型”，从“成本中心”转入“利润中心”，其作为“投资中心”的地位尚未确立；当时的会计制度仍以“资金平衡表”为基础；当时工商管理部门的同志认为，一个企业如果将其货币或实物资产投到具有法人地位的下属企业中，就必须将这笔资产从前者的自有资本中划出，否则，将发生同一笔资产在母、子两个公司重复计算的现象。因此，一度曾作出只要母公司对外投资，就必须等额削减母公司自有注册资本的规定，从根本上否定公司的长期投资也是其资产的事实。

随着体制改革的深入和资本经济的提出，中国企业开始从“经营型”转向“投资型”的二次转变，成为具有投资权的名副其实的法人主体。此外，从1993年开始，我国对会计制度进行了重大改革，将有浓重的计划经济和国有特色的企业**资金平衡表**改为符合国际规范的**资产负债表**，在会计制度上首次承认长期投资是企业资产的四大组成部分之一。然而，当时部分参加《公司法》制订的同志仍对长期投资科目心存疑虑，认为长期投资会导致母公司总资产虚拟和净资产不实，必须加以限制，因而《公司法》中出现了上述条款。

公司本身就是一种资本聚合，一个公司除**产品经营**和**资产经营**外，发展到一定阶段，必然要进行**资本经营**，这种建立在投资基础上的资本运作，带来公司组织体制的变化，构成母子公司和关联公司架构，在资产上形成公司的对外长期投资，从某种意义上说，这是社会主义市场经济初期的商品经济走向成熟的资本经济的重要内容。

党的十五届四中全会明确提出国有经济的战略性重组，通过资本市场购并，完成国有资产存量结构调整无疑是我国资源优化配置和经济结构调整的世纪性主题。购并必然产生企业的对外长期投资，但依据《公司法》第12条的规定，一个公司若要发生1亿元的收购项目，必须要

有 2 亿元的净资产，这几乎是不可能的；而一个公司上一个等额的新项目时，按照有关规定，其自有资本只要达到总投资额的 30%，即 3000 万元，另外 7000 万元则可通过负债解决。同样是 1 亿元投资，一个自有资产需要 2 亿，另一个只需 3000 万元，前者竟是后者的 6.7 倍，这显然是极不合理的。

目前我国上市公司已近千家，通过买壳、借壳等方式进行资本运作，使不合理的资本市场结构得到调整，可以说是资本市场上实现资源优化配置的最常用手段。在国际资本市场上，企业间的购并事件几乎天天发生，但我们几乎无法找到仅靠自有资本而不靠负债完成成功收购的案例。

对我国的上市公司来说，公司要么因《公司法》第 12 条难以实现购并式重组，要么利用人们把注册资本作为净资产标志的心理，采用各种虚假办法获得较高注册资本，以实现收购的目的。显然，二者均不利于公司制度的完善和资本市场的健康发展，因此必须对此款进行修正。

结论：此规定不仅严重阻碍了上市公司在资本市场的健康发展，而且也是我国非上市公司普遍感到头疼的问题，建议删掉《公司法》第 12 条的有关规定，或修改为由公司根据本身的具体情况自行确定其对外投资的数额和比例。

三、确立集团公司和控股公司在《公司法》中的地位

建立在资本联结基础上的股份制企业集团正在取代计划体制下的行政性公司，企业集团作为一种与市场经济相适应的新兴产业组织，在推动经济的可持续性发展、提高国际竞争力、带动国民经济结构调整上正在发挥日益巨大的作用。不仅国家把扶持 120 家企业集团作为一项基本国策，而且各地方都把培育企业集团，形成规模经济当作改革和发展的重要内容。

遗憾的是，企业集团及集团公司的法律地位却一直没有明确，即使在《公司法》颁布六年之后的今天，人们对集团公司的法律地位仍然存在种种模糊认识，现实经济中集团的组织形态也是五花八门，**集团和集团公司名称的使用也极不规范。**

随着资本经济的出现和资本市场的发展，我国出现了五种建立在资本纽带基础上的控股公司：**1、各级国有资产管理公司；2、各种工业投资公司；3、信托投资公司；4、承担债转股重任的资产经营公司；5、深沪股市由于市场和企业结构调整形成的控股公司。**

此外，资本运营不仅日益成为控股公司的经营方式，而且也是控股公司对所属企业的管理手段。控股公司作为一种新兴的企业形态，不仅在微观上通过资本运作可以给投资人带来巨大收益，而且在宏观上也将扮演通过资本市场担当产业结构调整主力军的角色。

在对我国的控股公司和集团公司给予明确的法律定义之前，我们应先了解这两类公司的基本概念。

1、控股公司 (Holding Company)

控股公司有两类：其一，**纯粹控股公司 (Pure Holding Company)**，这种公司的设立只是为了掌握其他公司（子公司）的股票（份）或其他有价证券，本身不从事其他任何经营活动。例如，卢森堡《公司法》规定，**纯粹控股公司除了拥有自己的办公楼外，不得拥有其他土地，不能从事任何工商业活动，不得直接与公众进行交易活动。**其二，**营业控股公司 (Operating**

Holding Company), 这种公司除掌握其他公司(子公司)的股票(份)外, 本身也从事非金融性的生产经营活动, 从事商业贸易活动等。严格意义上说, **母公司是指营业控股公司**。它通过掌握其他公司一定比例的股票或资产, 从而能实际控制其营业活动的公司。

就我国的实际情况来说, 1、前述五种控股公司, 其经济法律特征与纯粹控股公司相似; 2、而以工业生产经营为主的我国目前重点发展的产业性企业集团来说, 其核心企业集团公司既要有雄厚的资金实力持控下属企业的股份, 自身又从事生产经营, 在法律上更接近营业控股公司。

2、集团公司(Group Company)

集团公司是指企业集团中具有绝对控制地位的核心企业。与母公司或控股公司相比, 集团公司具有以下特点。第一, 集团公司是一个相对稳定的公司集团中的母公司, 且拥有一定数量以上的子公司; 第二, 资本达到一定规模; 第三, 集团公司对附属公司的控制不一定都通过股权形式, 也可以依据支配性协议; 第四, 无论纯粹控股公司还是营业控股公司均可称为集团公司。

结论: 建议在《公司法》中明确控股公司尤其是纯粹控股公司的法律地位, 而对集团公司除对其法律地位作出明确规定外, 还应同时规定两个标准: 一是其资本规模达到一定程度, 如实收资本3000万元以上; 二是拥有的子公司达到一定数量, 如5家以上。

四、关于股份有限公司的设立

《公司法》第74条、第77条和第78条规定, 股份有限公司的设立分为发起设立和募集设立; 其注册资本的最低限额为人民币1000万元; 其成立须经国务院授权的部门或省级人民政府批准。

上述条款对两种不同方式设立的股份有限公司采用同样的审批方法, 导致两个问题: 第一, 现实中股份有限公司分为上市公司和非上市公司。其中发起设立的非上市股份有限公司是建立在人合基础上的资本合作, 其设立过程并不涉及向社会募集资金, 这种股份公司在法律形态上与有限责任公司十分相似, 但由于股份有限公司的设立一律要经过国务院授权部门或省级政府审批, 事实上使得发起设立的股份有限公司的组建十分困难。

第二, 改制企业在选择公司形式时处于两难选择: 从《公司法》的规定看, 目前我国《公司法》中规定的有限责任公司和股份有限公司主要有三点区别: 一是股份是否等额; 二是发起人和股东数量的差别; 三是最低注册资本额的差别。

在上述条款的规定下, 公有制企业尤其是集体企业在产权量化的公司制改组中, 普遍遇到一个十分棘手的问题, 即持有量化股份的职工数量超过50人, 不符合有限责任公司的设立条件; 而发起设立的非上市股份有限公司同样被要求注册资本达到1000万元, 且须经国务院授权部门或省级政府批准, 手续十分复杂, 组建十分困难。这导致职工持股会应运而生。

为规避法律和政策的限制, 改制企业普遍成立了职工持股会, 即当改制的企业职工人数超过50人, 无法采用有限责任公司的形式, 而组建股份公司审批起来又十分困难时, 改制企业往往由一名主要经营者作为一个出资人, 然后其它所有职工组成一个持股会, 这样两个法律主体就具备了设立有限责任公司的条件。

需指出的是，首先，职工持股会的法律地位极不明确，它在民政部门注册，在法理上说，属于非营利社团法人，而从其组织性质和管理内容看，又更象一个具有营利功能的企业法人。其次，在公司组建后持股会也存在诸多问题，如职工流动后股份如何处理？公司申请上市时持股会的法律地位是否被证券管理部门承认？公司上市后以谁为主体、以何种程序决定持股会所持股份的买卖？显然，持股会作股东的公司在股份制改造及其对企业产权清晰化和流动性的明确要求有较大的矛盾，这必然给公司在今后的产权清晰和资本流动带来较大隐患。

结论：修改《公司法》对股份有限公司设立的相应条款，具体思路如下：

国有中小企业和集体企业进行全员持股的改制是必然趋势，全员持股公司可以纳入发起设立的股份有限公司的范围，由于其不是向社会公众募集设立的上市公司，因此，从对国营中小企业和集体企业的改革和股份有限公司的发展采取扶持和宽容态度出发，《公司法》的修改应为这类公司的组建提供便利条件。如**对发起设立的股份有限公司和募集设立的股份有限公司的审批方式加以区别**，发起设立的股份有限公司可参照有限责任公司的设立方式，由工商管理部门核准即可，不必经过国务院授权部门或省级政府审批；而且，发起设立的股份有限公司的最低注册资本额也应大大降低，如 100 万元。

对募集设立的股份有限公司则可遵守现行的**须由国务院授权部门或省级部门批准的规定**组建且注册资本额须在 1000 万元以上。

五、不应在税后利润中强制提取公益金

《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，否则对公司处以一万元以上十万元以下的罚款，这不得不说是我国《公司法》的一大缺憾。

首先，在理论上，这一规定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。既然我们把股份制作为企业改革和实现公有制的有效模式，就必须按股份制的基本理论运作。在现代公司的法律和会计制度中，**劳动者与所有者在财务和产权两方面的利益界定十分清晰**，劳动者的收益和福利均通过费用形式摊入公司成本，在税前列支，其中由劳动者享有的职工福利作为负债科目体现为公司对雇员的负债，年初提取，年末摊销。而作为企业主体的所有者，则享有公司的全部税后利润，税后利润是股东权益的重要组成部分，它既包括所有者拿走的权益，如红股和红利，也包括作为公积金的未分权益。显然，现代公司无论从产权制度还是财务分配制度看，都不能在税后利润中提取职工福利金。

但由于在我国，劳动者是企业主体的观念渗透到包括会计制度在内的各个层面，似乎不在税后利润中给劳动者留一部分利润作为集体福利就不能体现工人阶级的主人翁地位，这是《公司法》有关条款在理论上与国际规范产生重大偏差的主要原因。

其次，在实践中，在税后利润中提取公益金的做法对完善现代公司制度、保护投资人利益不利。目前，资本市场已日益成为微观企业改革和宏观结构调整的重要手段，企业资金将越来越多来源于资本市场而不是国家拨款或银行贷款，因此，《公司法》的重要原则，就是保护出资人权益。对投资人来说，公司的净资产收益率和税后利润是体现其投资权益的重要参数，它决

定着资本市场的股票交易价格，而在税后利润中提取公益金，不仅使所有者权益和净资产收益率掺入 5—10%的水份，而且也导致决定公司股票交易价格的市盈率指标不真实。

第三，规范的公司法律和会计制度决定职工福利的提取在税前列支，事实上等于免缴所得税，而《公司法》的这一规定却要求集体福利在税后利润中提取，事实上增加了缴纳所得税的基数，损害了公司出资人的合法权益。

结论：删除《公司法》的这一规定，使之符合国际规范，发挥保护出资人利益的作用。

六、关于无形资产的作价入股

《公司法》第 24 条和第 80 条规定，股东可以用工业产权、非专利技术和土地使用权作价出资，以工业产权和非专利技术作价出资的金额不超过有限责任公司和股份有限公司注册资本的百分之二十。

一般来说，工业产权是指企业的商标、商誉、专利及技术诀窍。知识产权通常是指工业产权加版权。而无形资产通常除了知识产权外，还包括土地使用权和特许经营权，伴随知识经济的出现，高科技企业必将发挥越来越大的作用，它们利用风险投资和资本市场的融资行为正成为人们关注的热点。在这种新形势下，《公司法》的修改必须对无形资产作价入股的问题予以充分考虑。

首先，建议将上述条款中的工业产权改为知识产权。

其次，允许以知识产权作价出资的比例突破不得超过公司注册资本百分之二十的限制，并对有限责任公司和股份有限公司的发起人以知识产权作价入股的比例作出不同规定。

1、由于有限责任公司建立在人合基础上，当其以知识产权作价入股时，其出资人应聘请有资格的中介机构进行评估，入股比例可由出资人协商确定，法律上应采取宽容的处置办法，或完全由出资人商定而不作硬性规定，或将入股比例放宽到百分之五十一。

2、发起设立的股份有限公司与有限责任公司具有很多相似之处，以知识产权作价入股的比例可比照执行。

3、募集设立的股份有限公司的发起人以知识产权作价入股，则应规定严格的比例，避免公司设立过程中的诈欺行为，保证公司的正常营运资产和现金，因此，以知识产权作价入股的比例可突破现行《公司法》的限制，但不应超过百分之二十五，因为募集设立股份公司发起人的出资额最低界限为公司股本总额的百分之三十五，若允许其突破百分之二十五就意味着发起人以实物和现金出资的比例将低于百分之十。这显然是不妥的。

再次，《公司法》还应对知识产权以外的无形资产的作价入股作出规定。无形资产由**知识产权、特许经营权和土地使用权**三部分组成。经济转轨时期，保险、金融、航空、邮电等诸多行业存在由国家法律和行政法规规定的特许经营权，尽管由特许经营权形成的无形资产价值不尽合理，但在现实中被人们普遍承认。此外，大量企业在改组设立股份有限公司时，其发起人通常以土地使用权折价入股，而现行《公司法》未对此作出明确规定，在法理上存在发起设立的股份有限公司的全部股份均由无形资产构成的可能，显然不利于公司日后的运作。建议《公司法》增加对股份有限公司设立时无形资产折价入股比例的规定，或对有形资产与无形资产之

比值作出限制性规定，例如，无形资产的作价入股应不高于百分之七十或有形资产的比例不低于百分之三十。

七、有限公司变更为股份公司与上市前的改制

《公司法》第 99 条规定，**有限责任公司依法经批准变更为股份有限公司时，折合的股份总额应相等于公司的净资产额。**现实中，企业从有限责任公司变更为股份有限公司通常是为了上市，从这一角度出发，此规定存在两个问题：首先，在实际操作中，有限责任公司改组为股份有限公司时，折股总额往往不等于公司的净资产额，因为大多数国有企业（包括国有独资企业和有限公司）改组为股份有限公司时，均依据《股份公司国有股权管理暂行办法》（国资企发[1994]81 号文）第 12 条“**折股比率（国有股权/发行前国有净资产）不得低于 65%**”的规定执行。显然《公司法》第 99 条与这一规定是相矛盾的。从实践出发，建议将《公司法》第 99 条更改为：“**折合的股份总额应以经有资格的评估和审计机构确定的帐面净资产为准，按出资人共同协商并一致同意的比例折为股份有限公司的股本。**”

其次，根据证监会的有关规定，企业申请上市应提前一年进行改制辅导。所谓改制，就是将现有的独资企业和有限责任公司改组为股份有限公司，不管证券管理部门的用意如何，这一规定在形式上主要体现为将独资企业或有限责任公司的出资人增加到 5 个以上，并相应扩大其股本规模。因而，**出资人的增加和股本规模的扩大似乎既是改制完成的标志，也是一年后即可向社会公募股份并上市的起点。**

值得强调的是，民营、中小、高科技企业日益成为国民经济的生力军，这一点已被越来越多的人所认识，资本市场亦应对其采取非歧视性政策。大量民营企业申请上市时已是依据《公司法》设立的有限责任公司，这样的企业是否仍需遵循改制辅导的规定是值得商榷的。在一般意义上，**股份制企业包含股份有限公司和有限责任公司两类**，因此，有限责任公司申请上市时应不必提前一年变更为股份有限公司，只接受一年的上市前辅导即可。待公募完成时，股份有限公司才正式成立。

现有的上市政策要求申请上市的公司，必须在上市前一年改制（增加出资人和扩大股本规模）并接受辅导，而初步确定的二板市场上市公司的发起人股份自公司成立之日起满一年即可全部流通的设想，等于允许其发起人股份在公司上市时即可流通。这实际上为一些**以战略投资人之名，行战术投机之实**的机构提供了有利条件，一些机构目前正在设法利用申请上市的高科技公司改制的机会，成为其发起人，获得原始股，希冀一年后在股票市场上大赚一把，这显然是值得立法者和监管者特别关注的。

结论：建议《公司法》的修改充分考虑二板市场的实情，充分注意两上问题：其一，把公司改制、辅导与设立区别开来；其二，规定发起人持有的股份自公司上市之日起二年后方可流通，而不是自公司成立之日起一年后可流通。

八、增设独立非执行董事，完善监督机制

目前，上市公司存在的一个很大问题，就是大股东侵犯中小股东利益，而监事会往往不能发挥应有的监督作用。在完善上市公司的治理结构，建立有效的监督机制方面，国际上普遍采用“独立非执行董事”的办法。独立非执行董事一般由两名以上具有一定知名度和专业能力的经济、法律和管理方面的专家担任，其独立性受法律保护，他们就是代表中小股东利益的。因此，上市公司董事会必须向独立董事提供其履行职责所必须的信息资料；而上市公司的重大关联交易，必须依法定程序经独立董事签字方可生效；独立董事对公司重大活动发表的意见也须在董事会议纪录中列明；当两名以上独立董事书面要求时，董事会须组织召开临时股东大会。独立董事的两个特征就是：第一，来自于企业外部，不代表任何一个大股东；第二，是非执行董事，不参与公司日常经营活动的管理。显然，独立非执行董事制度的建立能有效解决上市公司的内部人控制问题，保护中小股东的合法权益。

结论：此次《公司法》修改中，应增加有关公司设立独立非执行董事的条款，其中需强调几点：一是独立董事来自公司外部，在法律上和经济上代表和保护中小股东利益；二是独立董事不应是单纯的技术专家，而应是法学家和经济学家；三是独立董事不参与上市公司日常的生产经营活动，站在独立角度监督执行董事的所作所为，形成执行和非执行、内部和外部的有效制约。

九、关于股份公司发起人股份的转让

《公司法》第 147 条规定，发起人持有的股份自公司成立起三年内不得转让。

在探讨建立我国二板市场的一些政策草案和建议设想中，有一些同志提出：二板上市公司的股份应全额流通和发起人持有的股份自公司成立之日起满一年即可上市，这与深沪股市国有股、法人股不能流通及《公司法》第 147 条的有关条款的形成鲜明对比。从调整的思路看，是修改《公司法》使之适用于二板上市公司，还是制定符合《公司法》有关条款的二板上市规则，是人们普遍关注的问题。尽管相当一部分人认同二板上市公司发起人的股份应尽快流通的设想，并主张按这一设想将《公司法》第 147 条中关于发起人持有的股份自公司成立起三年内不得转让修改为一年内不得转让。但笔者认为，《公司法》应具有普遍适用性，在发起人股份转让的时间限制上，不仅要考虑发起人股份转让与公司设立的关系，而且要从保护公众投资人的利益出发，考虑发起人股份的转让与社会公募和挂牌流通的关系，不仅要为公司创业者的收益考虑，更重要的是从中小投资人的风险考虑，这是必须认真对待的一个问题。

结论：建议对《公司法》第 147 条做如下修改。

1、发起设立且无上市的公司，发起人持有的股份自公司成立之日起三年内不得转，但公司股东内部转让除外。

2、募集设立且无上市的公司，发起人持有的股份自公司成立之日起三年内不得转让。

3、募集设立且上市的公司，发起人持有的股份自公司上市之日起两年内不得转让。此款主要针对风险较大的二板上市公司，避免发起人一矣公司上市即将所持股份抛出的投机作法。

十、引入期权机制激励经营者

无论从国有企业改革还是从推动上市公司发展的角度看，依照国际规范，引入期权机制，激励经营者，都是《公司法》迫切要解决的问题。

由于大部分上市公司是从国有企业改造而来，因此在所有权与经营权分离后，防范“内部人控制”，转变经营者观念，使其从**通过追求费用最大化实现个人收入最大化，转变到通过追求利润最大化实现个人收入最大化的思维方式上来**，就成为我们面临诸多的企业制度创新方面矛盾的主要问题。

期权制度作为一种保护投资人利益、激励经营者的机制，在世界范围内得到广泛运用，上市公司的董事和主要经营者收入的主要来源正逐步从工资和年薪转到期权上来。期权是一种权利，是上市公司所有者按照既定价格，给既定人员（高级管理者）的一种奖励式的股权，期权持有者可在规定时间期限内行使这一权利，期权制度的好处有三：

第一，期权收益来自于公司外部而不是公司内部，既不增大公司成本也不减少公司利润，与公司所有者利益一致。

第二，期权收益来自于未来而不是当期，经营者只有努力工作，充分发挥聪明才智，使公司的市场价值在股票市场上得到最大体现，才能从期权获得最大收益。

第三，期权是公司所有者给予所有公司董事和主要经营者的而不是给予某一个人的，有利于增强公司管理层的凝聚力。

结论：期权制度作为我国公司制度的一项重大改革措施，能有效处理所有权和经营权关系，起到保护投资人收益和激励经营者的双重作用，应尽快在《公司法》中加以明确，使其成为上市公司一种合法的激励机制。总之，《公司法》是一个不断完善的过程，不可能一蹴而就，有总比没有好，发现问题改就比不改好，特别是在新旧体制转轨时期，我国的法律法规处于经常性的调整和变动是正常现象，重要的是提高民众对关系其切身利益的法律、法规的参与意识，广泛听取各方意见，借鉴国际规范，最终使之不断完善。