

商业银行在公司治理中的作用 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_95_86_E4_B8_9A_E9_93_B6_E8_c122_484077.htm ??公司治理在中国的紧迫性?? 根据最新统计显示，截至2002年9月底，我国境内上市公司达到1212家，总市值45000多亿元，约占国内生产总值的50%，投资者开户数增至6850万户（新华社2002年10月27日）。公司无论从规模、影响力的广度和深度方面已成为影响社会的最重要的一个环节，甚至可以说我们已经进入了以公司为主导的社会，公司逐步成为市场经济的主体，深刻地影响着社会的各个层面。进入2000年后的中国股票市场出现了前所未有的信任危机，以银广厦事件为标志，市场披露了一系列“造假”和“掏空”的公司，其中不乏有所谓的高成长绩优股，中小股东和债权人损失惨重，股市也持续低迷，投资者信心受到严重打击。同时各类中小企业借改制、破产之际，脱逃银行债务，使债权人主要是银行的债权落空，据中国人民银行的一份报告，截止2000年底，在完成所有制转变的62656家企业中，有51.2%拖欠银行贷款。根据中国人民银行在2002年9月公布的统计，四大国有商业银行的不良贷款的比例是23.35%。各大商业银行是公司的主要债权人，要改变以上这些现象，提升企业特别是上市公司的质量，除了进一步规范市场，完善公司治理结构，塑造有中国特色银企关系，加强商业银行在公司治理中的作用是重要的一个方面。?? 公司治理的理论及评价?? 公司治理狭义上讲指公司董事会的功能、结构、股东的权利等方面的制度性安排，从广义上讲，是指有关公司控制权和剩余索取权分配的一整套法律文化

和制度性安排，这些安排决定公司的目标、谁在什么状态下实施控制，如何控制，风险和收益如何在不同企业成员间分配等这样一些问题。另外大致相同的定义是：公司就是这样一套用以分配收入和控制权的合同。公司治理可以定义为这样一套工具或机制（比如合同，法定权利和市场），它们可以被股东用以影响管理者以实现股东股票价值最大化，可以被固定收益索取者，如银行和雇员，用以控制股权代理成本。当今世界上的主要公司治理模式是英美模式和日本模式。英美模式的特点是所有市场都被认为是公司治理的手段，英美的资本市场、经理人市场是高度发达的，股权反而是高度分散的，股东可以用征集委托书竞争和公开收购股权争夺公司的控制权，所以英美的公司控制权市场也是高度市场化的。反观中国的情况，资本市场的市场化程度很低，绝大部分股票是不能流通的，经理人市场还没有雏形，股权反而高度集中，在我国，由于公司绝大多数是国有，这样政府管制成为第一位的因素，加上地方保护主义，因此无法短时间真正全面形成市场化。也许正因为如此，中国人民银行试图借鉴日本模式中的主办银行制度，针对国有大中型企业颁布了《主办银行制度管理暂行规定》，希望银行能更深入的参与对企业的治理，但《商业银行法》第43条规定：商业银行在中华人民共和国境内不得向非银行金融机构和企业投资。上述规定使得银行无法对企业合法派员管理，这个规定试行6年，尚未总结到非常成功的经验。再加上由于日本在东南亚金融危机后，持续的经济低迷，理论界对日本的模式提出了诸多的质疑，认为不能重蹈日本的覆辙，所以，对主办银行制度现在很少提及。根据西方现代企业理论，公司治理是依存状态结构

下的治理，当公司经营正常时，即企业有偿债能力，债权人作为固定收益索取者的收益能够得到保障时，债权人并不主动干预公司内部治理，股东对经理有最终的控制权，但是当公司的经营恶化，债权人的收益无法得到保障时，这时的控制权就转移给债权人，因为这时债权人成为实际的剩余索取者，债权人这时采取的法律机制是清算和破产重组，来保护自己的最大利益。显然，这一理论是以西方完备的市场经济和法律制度为前提的，但是我国的现实是：第一，破产和清算不单一个法律的债权人保护的问题，还涉及社会政治问题，所以有人提出，中国的破产法是执行的最差的一部法律，它本身人为的划分了两套机制即国有企业和非国有企业，分别适用《破产法》和《民事诉讼法》不同的司法程序。同时国有企业能否破产应由政府批准为前提而不是以债权人主张为必要；第二，法律规定由清算组决定清算方案，而清算组成员的组成主要是政府主管部门和中介机构，债权人被堵在大门之外；第三，债权人会议对清算方案只能有异议权，最后要由人民法院做出裁定，实际上，人民法院的裁定和政府的意见是一致的。那么依据所谓西方现代企业理论，债权人治理的路子在中国是无法找到土壤的。英美模式和日本模式在中国当下都不是解决银企关系合适的方式。有的学者也提出了中国的公司治理要走共同治理和相机治理相结合的道路。应该看到，随着经济全球化和一体化的趋势日益明显，各种不同模式之间相互借鉴和不断融合，相互的界限已并不明显。同时几乎所有的学者都承认，并不存在绝对有效的公司治理模式，不同的时间、地点、公司发展阶段、企业文化、民族文化都可能成为影响公司治理的因素。美国在1999年1月通过

的《金融服务现代化法案》标志着美国银行混业经营的开始，这将重塑英美模式下的银企模式。就债权人特别是商业银行来说，保护其作为相关者利益，加强其在公司治理的作用是治理模式中的共同准则，只是做法有所差异。如何在中国实际的市场经济条件下改革、完善现有政策法规，使其更有指导性，是一件极具现实意义和历史意义的选择。??加强和完善商业银行在公司治理中的作用??

（一）中国的国有企业改革和金融体制改革成为目前中国改革最为重要的内容，银企关系是联系两者的重要环节，建立有中国特色的良性互动的银企关系是进一步促进和深化改革的重要方面。在规范银行和公司治理方面，除了《公司法》、《商业银行法》、《贷款通则》等基本法律法规外，国务院、中国人民银行、证监会、最高人民法院分别从政策和法律各个方面作出了规定，包括有：

国务院、中国人民银行对中小企业和集体企业的改制过程中悬空、废逃债务的行为从政策上予以指导规范。国务院于1998年6月下发《关于在中小企业和集体企业的改制过程中加强金融债权管理的通知》，通知要求对金融债权未落实的企业不得改制，有关部门不得为其办理有关改制审批和登记手续，也不得颁发新的营业执照。中国人民银行在1999年1月下发《关于加强金融债权管理，建立防范和制裁逃废债务行为制度的通知》建立包括监测及报告制度、废逃债企业名单制度、清理多头开户的信用审查制度、管理责任制等。中国人民银行推行的贷款证制度和主办银行的试点，分别颁布《贷款证管理办法》《主办银行管理暂行办法》。

中国证监会为完善公司治理结构，促进上市公司规范运作，在2001年8月22日发布《关于在上市公司建立独立董事制

度的指导意见》，对独立董事的制度安排、任职条件、独立性、提名选举和更换职权等作了较为详细的规定，并组织了几十期的培训，使独董成为2001年下半年最火爆的公司现象，尽管它的作用还有待时间验证，但毕竟为公司治理增加了与国际接轨的制度安排；中国证监会、国家经贸委在2002年1月7日颁布《中国上市公司治理准则》，为公司治理提供明确的范本和原则，这其中明确公司治理的原则包括：1、平等对待所有股东，保护股东合法权益；2、强化董事的诚信与勤勉义务；发挥监事会的监督作用；建立健全绩效评价与激励约束机制；保障利益相关者的合法权利；强化信息披露，增加公司透明度。最高人民法院于《合同法》的司法解释第一部分、关于《破产法》的司法解释、关于审理与国有企业改制相关的民事纠纷案件的司法解释。中国人民银行发布的《商业银行治理内部指引》。以上政策、法律解释和规章及《商业银行法》、《公司法》、《贷款通则》一起成为我国目前银企关系和公司治理的主要依据。（二）对现有法律法规中商业银行的权利的分析：根据《贷款通则》的规定，在贷款人的商业银行的权利中，除了有司法保障的救济可以有限度的信赖外，其他的都要依赖于商业银行本身的努力，随着银行有软预算约束实体向利润导向的竞争实体转变，贷与不贷的权利增强了，同时，可以放心大胆放贷的客户减少了，效益好的企业不需要贷款，效益不好的银行不感兴趣，大量的中小企业由于缺乏条件和资源无法得到贷款扶持，严格的责任制也使得银行放贷的人员更加小心谨慎，这样银行面临着资金闲置的局面，同时中国人民银行数据显示，存贷差有进一步扩大的趋势。这与银行改革的目标是相违背

的。《商业银行法》中关于商业银行不得对其他企业投资的规定和行长不得从事第二职业的规定，使银行对债务人企业的参与程度降低了，而且信息渠道狭窄，极不对称，这种安排不利于对债务人的监测、跟踪和指导，往往是当银行发现债权存在风险时，损失已不可避免。尤其是借款人实行承包、租赁、股份制、联营、合并（兼并）、合资（合作）、分立、产权转让、申请解散、破产时贷款人如何保护自己的权利，更是让银行感到头疼，无法有效的针对性的展开工作。

《商业银行法》、《贷款通则》法律法规的规定赋予银行有权利参与，但是这些规定只从债权保全和清偿管理的角度出发，成为单方的一相情愿，由于针对的是管理，所以显得可操作性很差，权利内容模糊，条文只规定银行应当要求借款人落实贷款偿还、重签合同、征得银行同意等等，但未涉及银行介入的合法渠道以及借款人在以上情况下不配合银行的工作会有何种救济手段。这种情况改变，固然与社会大环境的改善有关，制度安排也是极为重要的。（三）加强商业银行对公司治理的作用主要措施包括以下几个方面：（1）赋予银行对重大客户派出外部董事的权利 现有的法律规定限制了银行参与公司治理的权利，有必要进行修改，以解决银行对债务人企业无能为力的局面。具体思路是从法律上赋予银行对重大客户派出外部董事的权利，有权参加债务人的股东大会和董事会，以获得充分的信息，并发表自己的意见，及时向银行反映，以采取相应的措施。但派出外部董事并不以企业的交叉持股为必要。在具体实施方式上：可以由中国人民银行专门作出规定，对外部董事的制度安排、任职条件、独立性、提名选举和更换职权等专门作出规定，并充分考

虑律师、会计师等中介组织的资源优势，由这些专业人士作为银行的代理人实施银行的权利。只有通过派出人员的实际参与，才能保证银行的信息来源准确，特别是在公司改制、转让、并购、分立等主体变化时，能够在第一时间作出反应，及时阻止和避免公司有妨碍债权人债权的行为以及出现过度贷款、重复抵押、赖账等现象。这种制度还可以有效排除银行与公司人员之间的不正当交易，另外还可以使银行能够帮助中小股东对企业实施监管，包括代理投票等。

（2）银行间的一致行动 中国人民银行一直致力于公司废逃债务的解决，但未从根本上解决，缺乏银行间的一致行动是其中一个重要原因。比如多头开户就为公司从容运转资金提供了方便，但却使债权人无法有效获知其财务情况和保全债权。银行同业协会的建立和规范运作，将为银行一致行动提供了组织和程序上的依据，防止银行间的搭便车现象，缩小公司不规范治理的空间。中国人民银行应加大这方面的力度，通过制订明确的特别是针对银行的负责人的惩治措施来保障一致行动的落实。

（3）向第三方发出信号 随着我国市场经济的发展，企业信用系统开始初具规模，各种商会、协会等自律性组织也发挥着越来越重要的作用，债务人公司的行为在社会大背景下的法律意义越来越明显，银行既可以利用这些资源从第三方得到有效信息，也可以将债务人的信息向其他有关各方发出，像中国人民银行公布“黑名单”这样的做法，将对列入名单的债务人继续申请贷款和从其他企业融资产生严重影响，但目前这种做法并没有制度化，如果这种机制形成成为一种制度，从客观上对债务人是一种压力和限制，对其公司治理也会起到相应的促进作用。

（4）行使代位权和撤消

权我国《合同法》关于债的保全的规定，在一些方面突破了债的相对性的特征，使债权人能够超越债务人，保全自己的债权。而债务人在逃避银行债务时，经常采用的手法就是成立或利用一家关联公司，相互之间进行关联交易，这样的案例比比皆是。如上市公司湖北美尔雅股份有限公司，在2001年向美尔雅集团公司支付1.6亿购买磁湖山庄，而其原值仅为1.07亿，并在2001年中期即亏损30万。通过这样的关联交易，最终使债务人逐步丧失偿债能力。在备受公司法学界关注的郑百文事件中，除去公司回购、股东回赎请求权、默示同意等的法学问题的争论外，这次重组还有一个重要的环节被忽略了，那就是作为重组方三联公司的债权人的权利没有得到应有的保护，反而受到了侵害，三联公司的债权人如果依据我国《合同法》第74条的规定，行使撤销权，那到最后郑百文能否重组成功尚未可知，因而其合法性尚存在重大的问题。现实中代位权和撤销权的行使难度很大，胜诉率很低，债权人的成本很大，主要原因就是信息不畅、滞后、没有有利的证据。所以在对借款人派出外部董事后，银行不但拥有了合法的知情权、决策权，更重要的是采取债的保全的时机比原先成熟，力度比原先加大了，也为银行更全面的行使权利提供了制度保障。（5）加强商业银行在债务人违约时的权利 商业银行除依据我国《合同法》、《贷款通则》行使债权人权利外，应加强、细化其在借款人违约时的权利。随着民营企业的发展，自然人对企业的控制加大，改制和并购越来越普遍，由于控制人的恶意，导致商业银行的债权被悬空也经常发生，所以也应加强对企业的控制人的法律调整。例如规定借款人擅自转变贷款用途，导致贷款无法回收的，对

其法定代表人可以提起民事诉讼；在借款人实行承包、租赁、股份制改造、联营、合并（兼并）、合资（合作）、分立、产权转让、申请解散、破产等这些涉及借款人主体变动时，如果借款人的法定代表人和财务负责人出于恶意而逃废债务，商业银行在提供担保的情况下，可以向法院申请禁令，制止其利用这些变动形式来废逃债务，同时对存在恶意的法定代表人和财务负责人，可以提起民事诉讼。加强银行在公司治理中的作用符合国际通行的做法，重塑良性的银企关系，在法制的轨道上建立有效的治理结构，对保障公司、银行在相互的制衡中进一步增强竞争力，进一步推进和深化改革有重要的现实意义。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com