

美国法律重述 | 汉译丛书

许传玺 主编

RESTATEMENTS OF THE LAW



Principles of Corporate Governance
Analysis and Recommendations

[美国法律研究院通过并颁布]

公司治理原则：分析与建议 (上卷)

楼建波 陈炜恒 译
朱征夫 李 骐

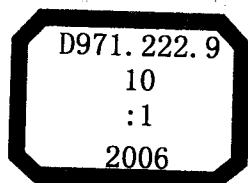
楼建波 陈炜恒 审校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

美国法律重述汉译丛书
RESTATEMENTS OF THE LAW

许传玺 主编



公司治理原则:分析与建议

Principles of Corporate Governance
Analysis and Recommendations

上卷

[美国法律研究院通过并颁布]

楼建波 陈炜恒 朱征夫 李骐 译

楼建波 陈炜恒 审校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

美国法律研究院序

美国法律研究院成立于1923年。从最初时起,研究院便是一家由当选的美国一些最杰出的法官、法学教授和执业律师组成的荣誉团体。近年来,研究院也曾选举其他国家的杰出法律学者进入该院。

美国法律研究院最初的任务是主持对法律的“重述”。这意味着提名一位或多位教授来宣布法律原则。其目标过去是(现在仍是)促进法律的清晰化和简明化以及——或许最重要的是——法律对社会需求的适应及对正义系统的更佳管理的适应。为此目的,研究院已经完成了对十几个包括合同、侵权、代理、恢复原状与财产法在内的领域的重述。研究院也曾起草成文法建议案,包括《模范刑法典》与《统一商法典》。

当一位教授完成一种普通法学说的草稿或成文法/制定法建议案的草稿后,该草稿将由一组顾问进行严格、集中的审议;这些顾问所以被选中,是因为他们是相关法律领域的专家或是能够根据其经验对多种法律领域进行评论的“通才”。该文稿也将由研究院三千名院士中对该特定课题感兴趣的成员进行审议。随后,该文稿将由研究院理事会(由六十余位著名法官、法学教授和律师组成)进行审议。最后,该文稿必须由研究院全体院士在其为期三天的年会上批准。

美国法律研究院宣布的法律原则已被美国各级法院在数十万个被裁定的案件中引用。研究院推荐的一些成文法对美国联邦法律也

已产生巨大影响。本汉译丛书系根据研究院、许传玺博士与中国的法律出版社之间于2000年10月生效的协议开始进行。美国法律研究院希望该丛书所包含的译本对中国的法律发展做出积极的贡献。

兰斯·里伯曼

美国法律研究院院长

2006年5月

附：序言原文

The American Law Institute was founded in 1923. From the beginning, the ALI has been an honorary organization that elects to membership some of the most distinguished judges, professors of law, and practicing lawyers in the United States. In recent years the Institute has also elected prominent legal intellectuals in other countries.

The ALI's original task was to sponsor the "restatement" of the law. This meant naming one or more professors to declare legal principles. The goal was and still is to promote the clarification and simplification of law and — perhaps most important — the law's adaptation to social needs and to the better administration of the system of justice. To this end the ALI has authored Restatements in more than a dozen fields including contracts, torts, agency, restitution, and property. The ALI has also drafted proposed statutes, including the Model Penal Code and the Uniform Commercial Code.

When a professor prepares a draft of common law doctrine or of a

proposed statute, the draft is subjected to intense review by a group of advisers selected because they are experts in the field of law or are "generalists" who can comment from experience on many areas of law. The work is also reviewed by those of the ALI's 3,000 members who are interested in the particular subject. After that, the work is reviewed by the ALI Council, a group of more than 60 eminent judges, law professors, and lawyers. Finally, the work must be approved by the ALI membership at its annual three-day meeting.

ALI principles have been cited by American courts in hundreds of thousands of decided cases. Some statutes recommended by the ALI have had great influence on United States law. This Chinese translation series has been undertaken pursuant to an agreement effective October 2000 among ALI, Dr. C. Stephen Hsu, and China's Publishing House of Law. The American Law Institute hopes that the translations in this publication will contribute positively to the development of law in China.

LANCE LIEBMAN

DIRECTOR

THE AMERICAN LAW INSTITUTE

May, 2006

丛书主编序

这里呈献给各位读者的,是在2000年10月签约、启动的“美国法律重述汉译丛书”。根据有关协议,该丛书旨在选择美国法律研究院(American Law Institute)制定并颁布的美国“法律重述”(Restatements of the Law)系列——以及其他相关出版物——对国内法律发展具有参考、借鉴意义的卷册,将其以尽量准确、严谨的中文译文提供给国内的立法者、司法实践者、法律学者、法律专业研究生与本科生、以及其他相关读者。由于美国“法律重述”卷帙浩繁,而且美国法律研究院仍在不断修订其现有重述并推出新的重述,该丛书必然是一项连续、长期、因此也难度巨大的工程。

之所以投入大量的时间与精力从事该项目(本丛书的第一批书目——《侵权法重述——纲要》、《侵权法重述第三版:产品责任》与《公司治理原则:分析与建议》——即已耗时四至五年之久),是因为我们相信:(1)美国法/英美法对国内法律发展具有实质的相关性和可借鉴意义;(2)美国“法律重述”在美国法/英美法的发展中具有无可替代的显著地位与权威性。

首先,国内法律的进一步发展迫切需要有对美国法/英美法的足够重视与深入研究。这是因为,一方面,美国法/英美法拥有内容丰富、为数众多的判例与学说。这些判例与学说涉及复杂多样的实际情形,经过训练有素、代表各方利益和多种立场的法官、律师以及法律学

者等人上的严格考量、辩论以及事后的不断审视和批评,对我们处理类似情形和问题实堪借鉴。此类可资借鉴的内容不仅包括各部门法(如合同法、侵权法、财产法、公司法等),也包括统制各部门法的宪法及宪法诉讼等等。

另一方面,美国法/英美法的各种制度设计(如法官的任免、律师的行业自治、对抗制法律诉讼等)也多经过历史的检验,集中了众多法律界人士的理性思考。对这些制度的考察和研究,应能为我国的法律发展提供有益的经验或教训。由于历史和其他原因,国内有些学者习惯于将我国的法律制度划归大陆法系。这不仅有失偏颇,也放弃了当代中国法律改革给我们带来的独特机遇,即:根据我国法治发展的实际需要,充分、合理地吸收和融汇各大法系的优点,创制出集众家之所长、因而可能具有自身特色的当代中国法律制度,而不必拘泥于牵强、机械、因而可能限制创造性发展的法系划分。

重视和研究美国法/英美法,不仅是因为上述智识上的原因,也是因为当代国际政治、法律和经济格局中,这是一种明智、现实甚至必然的选择。英美法系国家(尤其是美国)多年来一直在国际社会占据着实际的主导地位;美国法/英美法因此在国际政治和国际组织(包括世界贸易组织)、跨国贸易和投资等领域拥有无法忽视的实质影响。因此,研究和借鉴美国法/英美法也已成为维护我国国家及企业和个人利益、增强我国国际影响、提高我国国际地位的必要、有效途径。

其次,如要对美国法/英美法做出足够全面、足够深入的研究,任何足够认真的国外法律学者都无法忽视作为美国法/英美法研究主流和集体成就的美国“法律重述”。如美国法律研究院院长兰斯·里伯曼教授在此前的序言中所说,主持美国“法律重述”一直是美国法律

研究院的首要任务之一。通常而言,被研究院推举负责一部法律“重述”的学者(称报告人[Reporter])均为美国在相关领域最有造诣、众望所归的顶级学者。报告人在考察和分析美国联邦法院和/或美国各州法院在相关领域的所有重要判例的基础上,以“法律条文”(Sections)及相关评注(Comments)、例证(Illustrations)、以及报告人注释(Reporter's Notes)等形式总结出具有普适性的法律原则或规则。

通常,一部“重述”的完成需花费几年、十几年甚至二十几年的时间,数易(或十数易)其稿,经过该“重述”多位顾问(Advisors;通常亦为美国在相关领域的杰出专家)及咨询组(Consultative Group;通常由研究院关注该领域、为数众多的法律学者、法官和律师组成)的讨论和审阅,最后经过研究院理事会(目前由六十五位杰出法律学者、法官和律师组成)和研究院(目前已有近三千名当选教授、法官和其他法律实践者)集体讨论批准,由研究院正式通过(adopt)和颁布(promulgate)。

因此,美国“法律重述”代表着美国法律界(不仅包括法学教授,也包括法官和其他法律实践者)对相关法律的主流、集体见解。这种所见、所解系基于对大量相关判例的全面、深入考察,因此是一种宝贵的实证研究成果,是对美国判例法(就其所吸纳的英国早期判例而言,也是对英美判例法)的系统研究、归纳和原理分析。所以,美国“法律重述”并不是——如国内有些学者所认为的——“法律条文(法条)”的简单罗列,而是美国法律界对有关判例法的实证性研究和阐释;在这个意义上,它们实际上构成了美国法律界在相关领域的“集体专著”。

自颁布以来,美国“法律重述”——连同美国法律研究院起草的某些成文法/制定法建议案,如《模范刑法典》、《统一商法典》等——

已被美国各级法院作为法律权威和判案依据引用数十万次,并被普遍用于美国各个法学院的研究与教学,对美国法甚至英美法系的发展、变革产生了重大的影响。因此,美国“法律重述”不仅具有实然的意义,也有应然的意义。研究和掌握美国“法律重述”不仅可以使我们更准确地认识和把握美国法,也可以为我们正在进行的相关法律改革提供有益的指引。

为了尽量达到翻译的准确与严谨,我们在选择各“重述”译者时,努力实现美国法律背景与国内研究专长的较佳组合(如安排在美国完成正规法律教育——通常获得法博士[J. D.]或法学博士[S. J. D. 或 J. S. D.]学位——的中国学者与国内有关学者/专家进行集体翻译),而不鼓励来自任何一方的个人翻译。由于(依据前述协议)所有“重述”译本均须通过美国法律研究院的审阅、认可(也由于译者对自身的严格要求),本丛书的许多译者都体会到了我国译界前辈、北大老校长严复先生所说的“一名之立,旬月踟蹰”的个中艰辛。为此(更因为各位译者能够不计报酬、不计其所在单位是否将译著视作科研成果等等而为该丛书做出的积极投入、付出甚至不同程度的牺牲),请允许我向他们表达由衷的敬意和谢意。

对于本丛书各种“重述”译文中可能存在的疏漏或错误,诚请各位前辈、专家、同事和广大读者批评、指正,以期再版时改正。

许传玺

2006年6月

于北京西北郊

院长序

这本《公司治理原则》是对调整以私有商业企业为基础的经济体制的基本法律的一个重大贡献。从广义的美国政治经济看,公司治理的法律构成美国宪法性法律的一部分,因为它规定的是我们基本社会秩序的法律结构。当然,美国宪法中并没有专门的条文涉及公司法。但是,公司法反映的人们对公司,尤其是公众公司中主要法律关系——即股东、董事、以及管理层间法律关系的共识,正是美国资本主义制度的基础。

正是在这一意义上,本书对公司治理的许多细节问题进行了深入探讨。宪法性法律就是这样的:对宪法性法律而言,细节是至关重要的;而人们对基本前提的共识又使得对细节的讨论成为可能。对公司治理问题的所有讨论都是建立在以下的共识之上的:管理层负责公司的一般运行,包括对公司具有深远影响的战略活动;董事会作为一个集体监督公司的管理层,密切关注公司的运作但并不直接插手公司的运作;股东则有权通过一定的法律程序,尤其是股东派生诉讼来强制公司管理层和董事会对他们负责。

(要理解)公司治理的法律所规范的内容,人们必须先了解公司的经营管理流程。一个相当规模的企业的日常管理是一个十分复杂的动态过程,要求代理人持续有效地对瞬息万变的条件做出反应,而代理人也非完人,也是随时可能犯错的。但法律的实施却要求确定的

法律规则。因此,公司治理法律所规定的应该是调整在瞬息万变的条件和巨大的竞争压力下行使公司权力的规则。

导言、“法律条文”与评注中的表述构成美国法律研究院在所讨论的问题上的立场。报告人注释则反映了报告人在有关问题上的学术观点和分析。最后呈现给大家的此书综合了咨询专家、顾问、理事会、研究院全体院士、一些专门委员会、以及院外评论专家的意见。这一征求意见、磋商形成共识的过程是一个私人法律专业人士对公众关心的法律问题进行公开讨论的典范。

我想特别提一下本书的主报告人 Melvin A. Eisenberg 教授以及法律研究院主席 Roswell B. Perkins 对本报告起草工作的领导。没有他们两位睿智的领导和不懈的斡旋沟通,就不会有这一报告。

最后,我还想对 Pew Memorial 信托 (Pew Memorial Trust) 和 John D. and Catherine R. MacArthur 基金会对这个项目在资金上的支持表示感谢。

GEOFFREY C. HAZARD, JR.

美国法律研究院院长

1993 年 7 月 9 日

主席序

虽然美国法律研究院的出版物一般都没有主席序,但我还是很想在院长序的基础上作一些补充,对法律研究院公司治理项目的历史做一些说明,并就该项目谈一些个人的观点。^①

美国法律研究院公司法研究的历史

这一公司治理项目真正称得上是与刚满 70 岁的法律研究院同龄的。美国法律研究院是根据“永久性法律促进机构创办委员会”(Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law)的建议设立的,Elihu Root 时任该委员会主席,George W. Wickersham 时任副主席。1923 年 2 月 23 日,创办委员会将建议设立法律研究院的报告提交给在华盛顿特区召开的法官、律师、法律教师代表大会审议。创办委员会建议报告的第一部分包含一节[(J)节],题为“法律研究院可首先重述的议题”(The Topics Which the Institute May First Undertake to Restate)。委员会任命的报告人建议把商业公司作为首要考虑的三个研究方向之一。报告人这样建议

^① 报告人的积极工作于 1980 年开始;项目的部分初稿于 1981 年 12 月提交给法律研究院理事会;整个项目由法律研究院全体院士在 1992 年 5 月的年会上表决批准;1993 年 4 月,理事会最后表决批准了(根据 1992 年年会的讨论和议案修改的)评注部分。这样,我的主席任期(1980 年 5 月至 1993 年 5 月)贯穿了这个项目的始终。

的理由是:

“商业公司法的主要部分是过去 50 年来法院判决的汇总。这一研究的重要性是显而易见的。现行法律的不确定性主要不是因为州和州之间在法院判决和成文法上的冲突,或者是基本原则在适用上的复杂性,而是由于人们对公司组织性质的不同认识,以及人们在如何理解用以解决纷繁复杂的实际问题的基本原则上的意见分歧。”^①

1923 年 2 月的会议讨论并通过了创办委员会的报告。法律研究院的第一任院长 William Draper Lewis,立即起草了一份“关于商业社团的报告”(Report on Business Associations)。该报告发表于 1924 年 11 月 1 日。他在报告中指出:

“实际上在当前,没有其他任何法律部门的基本原则比有关此类组织的基本原则需要更清晰的系统表述……”

之后不久,“商业组织法重述”(Restatement of the Law of Business Associations)研究项目正式启动。试行一稿、二稿和三稿相继于 1928、1929 和 1932 年推出。这三稿报告的报告人都是 Lewis 院长。^②到了 1932 年,Lewis 院长终于意识到自己无法同时兼顾重述报告人和院长的工作。

1932 年 12 月 3 日,理事会执行委员会认识到有必要重新开始这一工作,委托 Ralph J. Baker 教授、E. Merrick Dodd, Jr. 教授,以及 Alexander H. Frey 教授拟订一个起草公司法重述的工作计划。1933

① 创办委员会报告(Report of the Committee on Establishment),见《美国法律研究院 50 周年(1973)》[The American Law Institute 50th Anniversary (1973)],第 11、47 页。

② Lewis 先生在其 1933 年对这些草稿涉及范围的总结中说它们涉及了“……在公司成立前通过交易获取股份以及通过交易获取已经成立的公司股份的事宜……”,见研究院院长报告,1933 年 5 月 4 日。显然,该项目研究的范围在 1924 年之后的八年里是十分狭窄的。

年4月19日,他们向理事会提交了一份140页的报告。该报告给出了公司法的一个全面轮廓,包括那些通常由各州公司法规规定的内容。这幅蓝图中最有意思的部分也许是第16章,该章的标题为“股东为禁止损害公司的行为或为公司请求补偿而提起的诉讼”。该蓝图(第91页)列举的下列标题充分说明了《公司治理原则》所涉及的问题的难度:

B. 单个股东行使诉权的先决条件

1. 向董事会提出了正式请求,但董事们拒绝采取行动。

(a) 正式请求的充分适当性。

2. 证明董事拒绝采取行动是错误的。

(a) 当所有的董事均无利害关系但决定不提起诉讼时。

(b) 部分董事有利害关系,但无利害关系的董事决定不提起诉讼时。

(1) 当有利害关系的董事构成董事会的多数时。

(2) 有利害关系的董事虽然只是董事会的少数,但董事会一致决定不提起诉讼时……

从他们提出提纲至今,已经有60年了。如果这些杰出的法律学者还健在,并且被任命为报告人对上述问题表明立场,那将是一大幸事。

在1933年5月的会议上,理事会将整个项目委托给了执行委员会,指示执行委员会“……考虑公司法项目的可行性,并在可行时启动这一项目”。

1933年10月13日,Carnegie基金会决定捐赠给法律研究院100,000美元,并给了法律研究院确定项目的充分自由。在1935年2月28日的会议上,法律研究院执行委员会对是优先完成当时称作“营

利公司法重述”的项目,还是担保法重述的项目进行了长时间的讨论。Learned Hand 法官和 Colonel George W. Wickersham 对第一个项目产生了严重的意见分歧。两人争议的焦点在于众多的州公司法规是否使得法律研究院对公司法的研究变得不合时宜(Wickersham 认为法律研究院不应该对公司法进行研究)。Hand 法官的下列观点尖锐鲜明,不仅具有历史意义,而且与法律研究院在公司法研究方面的最终成果有着密切的关系:

“我不这样认为。我认为,以大量公司法以成文形式存在为由而不对公司法进行重述的观点是错误的。这种观点实质上源于早期普通律师对成文法的看法——即成文法是和法律无关的,对法律的进程造成干扰的外来东西。成文法中的分歧绝不会比判例中更多。采取成文法形式的普通法——如果我可以用这个词的话,已经成为本国现行法律不可分割的组成部分,并且人们已经在这方面做了很多工作。对这一类的成文法进行重述是完全有可能的。我的看法可能是错的,但我还是认为我们可以同时对成文公司法的共同原则和其他的公司法原则进行重述,而且无论如何,通过对成文法的解释而形成的地方法(这里指州法——译者注)也具有十分重要的意义。我自己的工作涉及的成文法就远远多于法院判决。我在处理成文法和普通法时,在程序上也没有感到有什么重大的区别。一个说英语的律师在(成文法和普通法之间)切换时不必改变习惯。”

在 1936 年 2 月 12 ~ 15 日的一次会议上,理事会又一次认真地讨论了在资金有限的情况下,究竟是应该进行营利公司法重述,还是进行担保法重述。理事会又一次把决定权留给了执行委员会。Lewis 院长向执行委员会 1936 年 4 月 4 日的会议提交了一个报告,支持开展营利公司法重述,在给出其他理由的同时,他特别强调了“法律研究

院已经在该重述上投入相当资金的事实”。但是,执行委员会在会上最后还是决定进行担保法重述,而非公司法重述。^①

五年后的1941年,法律研究院院长Lewis先生又一次试图推动一个社团法方面的研究项目,对商业公司和合伙,慈善实体,工会和同业公会,交友俱乐部,以及市政法人等社团进行研究。他在报告中附了一些顾问的信件,包括E. Merrick Dodd, Jr.教授1941年7月31日的信。Dodd教授在信中指出:

“我看商业或公司法不重述也可以。因为这方面的法律还在转型期,战争及其后果很可能导致联邦立法及行政法规方面的重大变化。”

“但是变动中的法律也给研究和评注提供了充分的机会……”

Dodd教授列举了公司法中他认为应该引起特别关注的几个领域,包括:

“……公司管理层的自我交易,指管理层与公司交易或者采取Loft公司前任总裁在Pepsi-Cola一案中的作法攫取公司的机会。”

他建议侧重从“管理层与投资入关系的角度”进行研究,并在顾问信的最后指出:

“或许法律研究院应该为这类工作提供适当的支持和资金。”

第二次世界大战期间项目自然被搁置了。战争结束后,法律研究院主席马于1946年任命了一个由Learned Hand法官任主席的特别委员会,对法律研究院今后的工作项目提出建议报告。该特别委员会

^① 在为1936年6月30日结束的年度向法律研究院提交的院长报告中,Lewis先生指出:“综合考虑上述因素,理事会及其执行委员会决定将Carnegie基金会拨给我们的100,000美元用于担保法项目。我们有把握用现有的有限资金在该领域取得确定而完整的有价值的成果。”

在1947年3月提出了报告,建议将商业组织作为一个专题进行研究。特别委员会的报告指出:

“委员会一致认为,一个像我们这样拥有专业人士和经验,并致力于法律进步的组织,如果对商业组织法领域不闻不问,是十分不合逻辑的。这一法律领域毫无疑问是当代法学最重要的发展之一,而规范现代商业关系中权利和义务的规则对全体公民都有着重大的直接影响。没有人能够假装已经解决了现代公司商业结构所涉及的(所有)法律和社会问题。法律研究院应对此有所贡献。”^①

报告在讨论这个领域内正在进行的其他项目后,接下来又说:

“但是委员会并不认为起草一个成文法是这一领域唯一重要或最重要的任务。有关商业公司的普通法不计其数。有些规则是很好的。但是,我们认为,曾经作为一些规则基础的商业社会的某些事实现在已经不存在了。还有一些则反映了由于资本在一家商业企业的渐聚而引起的商业组织的变化。这就成了法律创新的一个极其重要的领域,即如何在政府不对单个公司的营运进行干预的情况下(如果可能的话),保护众多的以股东身份参与(到商业企业)的人们,使其利益免受管理层日益扩大的权力的侵害。”

“这些重要研究的某些部分显然可以作为正在起草的,构成我们对买卖法和商法典的其他部分的那些评注的扩充形式的法典的组成部分。(但)其他一些问题应该作为独立的研究项目单独处理。本委员会虽然还不能给这些研究划定一个范围,但确信必须进行这种独立的研究项目。既然我们必须从某一点开始工作,我们认为不妨从合作企业开始。在对众多问题进行研究的过程中,我们肯定会不时发现那

^① 《特别委员会未来工作计划报告(1947年3月18日)》,商业组织,第2页。