

公司法剖析：比较与功能的视角

The Anatomy of Corporate Law :
A Comparative and Functional Approach

刘俊海 徐海燕等译



Company Law and
Corporate Governance
Translation Series
公司法与公司治理译丛

Reinier Kraakman
Paul Davies
Henry Hansmann

〔美国〕莱纳·克拉克曼
〔英国〕保罗·戴维斯
〔美国〕亨利·汉斯曼

Gerard Hertig
Klaus Hopt
Hideki Kanda
Edward Rock

〔瑞士〕杰拉德·赫蒂格
〔德国〕克劳斯·霍普特
〔日本〕神田秀树
〔美国〕爱德华·洛克

著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D912. 290. 4/36

2007

公司法剖析：比较与功能的视角

Anatomy of Corporate Law:
Comparative and Functional Approach

刘俊海徐海燕等译

[美国] 莱纳·克拉克曼
[美国] 保罗·戴维斯
[美国] 亨利·汉斯曼

[瑞士] 杰拉德·赫蒂格
[德国] 克劳斯·霍普特
[日本] 神田秀树
[美国] 爱德华·洛克

著

Company Law and
Corporate Governance
Translation Series
公司法与公司治理译丛



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号:图字01-2005-5567号
图书在版编目(CIP)数据

公司法剖析:比较与功能的视角/(美)克拉克曼,(英)戴维斯等著;刘俊海等译.—北京:北京大学出版社,2007.8

(公司法与公司治理译丛)

ISBN 978-7-301-12623-3

I.公… II.①克… ②戴… ③刘… III.公司法-研究-世界
IV. D912.290.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第127681号

书名:公司法剖析:比较与功能的视角

著作责任者:[美]莱纳·克拉克曼 [英]保罗·戴维斯 [美]亨利·汉斯曼

[瑞士]杰拉德·赫蒂格 [德]克劳斯·霍普特

[日]神田秀树 [美]爱德华·洛克 著

刘俊海 徐海燕 等译

责任编辑:李兆玉 谢海燕

标准书号:ISBN 978-7-301-12623-3/D·1841

出版发行:北京大学出版社

地址:北京市海淀区成府路205号 100871

网址:<http://www.pup.cn> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印刷者:三河市新世纪印务有限公司

经销者:新华书店

650mm×980mm 16开本 19.75印张 271千字

2007年8月第1版 2007年8月第1次印刷

定 价:28.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

公司法剖析:比较与功能的视角

The Anatomy of Corporate Law:

A Comparative and Functional Approach

本书是对公司法所作的精要剖析。作者的立论前提是各国公司法都要解决以下三大基本代理问题:经营者对股东的机会主义行为、控制股东对小股东实施的机会主义行为以及股东群体对其他公司利益相关者(债权人与雇员)实施的机会主义行为。各国都必须在纷繁复杂的公司内部关系及其与产品、劳动力、资本与控制权市场的互动关系中解决以上三大问题。

作者的核心观点是,各国的公司形态大同小异,更令人惊讶的是,各国为解决三大代理问题往往在相同的备选法律策略中作出选择,尽管选择的策略有时并不雷同。本书阐明了欧洲主要国家、日本和美国如何以及为何在解决特定公司法问题时有时选择相同的法律策略,而有时则截然相反。在对代理问题和法律策略作了简要概述后,本书探讨了公司的基本治理结构,包括董事会与股东会的权力。接下来,本书探讨了债权人保护措施、关联交易以及公司合并、章程修改等公司重大行为问题。最后,本书分析了友好收购、敌意收购和资本市场规制问题。本书特别适合公司法与比较法的学者、学生以及对商业、金融和经济学感兴趣并有志于深化对公司法理解的人士阅读。

出版说明

公司治理是现代企业制度中最重要的组织架构。通过借鉴各国公司治理的经验来提高本国公司治理水平,夯实经济增长的微观基础已成为当今各国完善公司法和制定经济政策的重要内容。

公司治理问题是经济学和法学的共同研究对象。每一种有效的公司治理结构都是从一国的商业实践中衍生出来的,它们各有特色,但有着一些共同的核心要素:保护股东和利益相关者的利益,防止内部人控制;确保董事会对公司的战略性指导和对公司战略执行情况的有效监督;高标准的信息披露;完善的外部监督制约机制,如充分竞争的市场机制、相对中立的中介机构、强有力的政府监管以及健全的法律制度和司法体系;等等。这里面,重中之重是法治的大环境,这意味着政府在健全的法制体系下建立一个有效且严厉的监管体系来保证市场体系的高效运作,并能反映股东和其他利益相关者的要求。

我社引进并组织翻译的这套“公司法与公司治理译丛”,主要是国外这一领域知名学者近期的经典著作,我们希望能为国内的政府决策者、企业管理者、学者或其他对公司治理抱有兴趣的人介绍国外关于公司法与公司治理的最新理论与实践,以期他山之石,可以攻玉。

译者的话

随着中国经济全球化步伐的加快和社会主义市场经济体制的不断完善,中国公司法已经并将继续经历持久性的现代化改革。2005年10月27日中国新《公司法》的出台就是一个明证。可以断言,这次公司法改革在理论上有所突破,在制度上有所创新。但是,这不会是中国公司法现代化过程中的最后一次修改,而是中国公司法现代化的第一步。

公司法的现代化,既要立足于中国国情,也要大胆移植国际公司法中的主流制度文明。但要实现中国国情与国际惯例的有机结合,往往存在着两大困惑。一大困惑是,何谓中国国情?哪些中国国情是要传承的文化和制度精华,哪些中国国情是要摒弃的文化和制度糟粕?精华与糟粕之间的边界如何界定?另外一大困惑是,何谓国际惯例?面对西方市场经济国家五彩斑斓、浩如烟海的立法例、判例与学说,我国立法者和学者不免望而兴叹:究竟应当移植哪个国家的立法例、判例与学说?两大困惑中的任何一个困惑不解都有可能直接制约着立法的质量。说到底,就是如何认识中国公司法与外国公司法的一般性与特殊性问题。如果强调中国公司法的特殊性,就要更多考虑中国国情;如果强调中国公司法的一般性,就要更多地借鉴符合中国国情的国际通例。

摆在读者面前的这本书《公司法剖析:比较与功能的视角》就有助于人们正确认识各国公司法的一般性与特殊性之间的关系;因而对我国公司法改革具有重要的借鉴作用。以往的公司法比较研究往往侧重研究各国公司法之间的区别,尤其是英美法系与大

2 公司法剖析:比较与功能的视角

陆法系在公司法制度设计方面的不同。而本书的一个主旋律是旗帜鲜明地主张,世界主流市场经济国家的公司法既有差异,更有共性,而且共性大于个性。为了证明这一点,来自五国的七名公司法学者旁征博引,对各国公司法在解决大小股东之间的利益冲突、公司内部人与公司外部人之间的利益冲突、股东与经营者之间的利益冲突等三大代理难题方面的制度设计进行了庖丁解牛式的比较研究。

此处仅以美国与欧盟的闭锁型公司的债权人知情权状况比较为例予以说明。倘若仅观察条文自身,就很容易得出以偏概全的结论。美国的闭锁型公司免于承担公开披露信息的义务。相比而言,欧盟和日本的公司必须依据会计准则编制财务报表,并且至少在理论上要使公众能够查阅。欧盟和日本还要求对大公司(包括闭锁型公司)实行专业审计。似乎欧盟和日本闭锁型公司的债权人能查阅的财务数据要大大超过美国的债权人。然而,实践中的区别远非如此。因为,欧盟法真正提供的信息没有其承诺的多,欧盟成员国可以任意简化对较小规模公司的会计要求;而美国的中介机构为小公司债权人提供的有用信息比法律规定的多。例如,美国闭锁型公司为取得融资,必须向资信评级机构提交详细的财务数据。即使美国法律没有强迫“大型”闭锁型公司遵循《公认会计准则(GAAP)》和接受专业审计,其资本市场也能够完成这一任务。

· 该书的价值不仅在于提出了各国公司法之间目前存在共同点和相似点,未来存在融和、趋同趋势的闪光观点,而且在于该书的独特研究方法。一是研究方法具有整体性。该书不是孤立地研究公司法语境下的代理问题,而是探讨代理问题之间的互动关系以及在降低横跨三大代理问题的成本时相伴相随的法律平衡问题。二是分析框架具有普适性。该书设计了超越国别公司法的分析框架,从而使得不同的利益相关者都可以在这种分析框架中找到探讨问题的平台以及较为通用的法律语言。三是分析对象兼收并蓄,具有代表性。该书的分析并不拘泥于某一公司形式,也不拘泥

于某一国家,而是兼收并蓄,囊括了开放型公司与闭锁型公司,包容了为全球提供公司法模型的五大代表性国家,避免了滥贴标签的比较研究方法带来的问题。例如,比较法学者经常把英美法系与大陆法系对立起来,并过分强调了英美两国的法律制度共性,并认为在敌意收购的情况下,美英公司法对股东的保护力度要强于大陆法系国家。但该书指出,英美两国在依赖标准与决策策略,解决敌意收购情况下经营者与股东代理问题的方式存在重大区别。相反,由于欧盟公司法的日益协调与融合,欧盟法的规制导致了英国公众公司开始遵守刚性的大陆法系资本规则,而非更具灵活性的普通法系资本规则。

比较是为了借鉴。因此,学会如何比较就成为难点问题、关键问题。无论是从引导人们重新认识以往的公司法比较研究结论的角度看,还是从鼓励人们重新认识公司法比较研究方法的角度看,该书都具有一定的阅读价值。对于该书的研究结论和研究方法,本人基本持欣赏和赞同的态度。当然,该书也并非善尽善。一是该书虽然注意到了法律之外的政治、经济、市场和文化等诸多因素对公司法的重要影响,也援引了大量公司法学者的著作文献,但实证研究的数据不足,或然性、推测性的研究结论较多。二是该书的研究标本主要限于美英法德日五大市场经济发达国家,而对发展中国家的公司法的一般性与特殊性研究不足,这在一定程度上影响了将该书研究结论推及于发展中国家时的说服力与有效性。三是该书由于篇幅所限,未能在极力论证五大标本国家公司法共同点、相似点与趋同点的同时,对五大标本国家公司法差异点、成因与发展走势等展开深入探讨。但瑕不掩玉。该书仍是一本值得公司法同仁认真研读的一本书。

实际上,翻译的过程也是一个仔细阅读的过程,甚至咬文嚼字的阅读过程。因而,翻译过程也是一个学习的过程,与作者对话的过程。虽然本人与作者所处国别环境不同、思维方式各异,但对许多问题的看法竟然惊人相似。因此,每每翻译或审校到书中精彩之处,忍不住拍案叫绝,更不乏发出“英雄所见略同”的感慨。这也

使我更坚定了人世间万事万物的共性大于个性的看法。公司法尚且如此,其他商法部门何尝又不如此?!

本书的七位作者将其精品著作交给我领衔翻译,表现了国外公司法同行对中国公司法学人的信赖,也表现了国外公司法学者对我国公司法走向现代化的热切期许。在此谨对七位作者在比较公司法领域推出的这一开拓性成果表示敬意与谢意。遗憾的是,该书缺乏中国公司法的内容,也缺乏中国作者。这也决非偶然。我坚信,随着中国公司法制的健全、中国市场竞争力的增强以及中国公司法学术水平的提高,一大批中国公司法学者必将在不久的未来走向公司法国际比较的大舞台,向世界展示和推广中国的公司法制度和文化的。

本书的翻译分工如下:刘俊海(前言、鸣谢、作者名单、目录、第一章、第九章、索引、全书审校),徐海燕(第二章、第六章、第七章),郝志宏(第三章),于涛(第四章),郑燕(第五章),史毅铭(第八章)。

董英超、许言嘉、熊晓辉在本书翻译过程中提供了许多有益的帮助,在此表示谢意。

由于译者水平有限,谬误之处尚祈读者有以教之。

刘俊海

2006年10月8日

主译者简介

刘俊海,民商法博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国人民大学商法研究所所长。历任中国社会科学院法学所研究员、中国社会科学院研究生院教授、博士生导师、中国社会科学院法学所所长助理、商法经济法研究室副主任、社会法研究室主任等职。兼任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、中国法学会消费者权益保护法研究会副会长兼秘书长、中国消费者协会理事、深圳证券交易所博士后工作站博士后导师、多所大学法学院兼职教授等。1989年毕业于河北大学法律系,获法学学士学位。1992年毕业于中国政法大学研究生院,获经济法硕士学位。1995年毕业于中国社科院研究生院,获民商法博士学位。1996年至1997年,赴挪威奥斯陆大学从事博士后研究。1998年受欧盟资助赴荷兰阿姆斯特丹大学法学院从事访问研究。2000年至2001年受美中学术交流委员会资助,赴美国密歇根大学和堪萨斯大学作访问学者。参加了《公司法》、《证券法》、《证券投资基金法》、《合伙企业法》、《政府采购法》等商事经济法律的研究、起草和修改工作。已出版《股份有限公司股东权的保护》、《公司的社会责任》、《欧盟公司法指令全译》等专著或译著12部,在美国《哥伦比亚商法评论》(Columbia Business Law Review)和《中国法学》等学术刊物发表中英文学术论文100余篇。1999年9月被北京市法学会评选为杰出中青年法学家。《电子商务中的信任机制研究》(英文)在美国商法学会2001年年会上荣获拉尔夫·邦奇奖。2003年被《财经时报》评选为全国“2003年度十大意见领袖”。2005年4月,《股份有限公司股东权的保护》一书在中国社会科学院、中国法学会和全国青联举

6 公司法剖析:比较与功能的视角

办的“第一届中国青年法律学术奖(法鼎奖)”评选中获金鼎奖(一等奖)。2006年12月,被中国法学会评选为第五届“全国十大杰出青年法学家”。

前 言

本书是来自五个国家的七位作者长期合作研究的成果,全球范围内的许多同仁也提供了许多有益的建议与批评。我们全体作者对各自撰写的章节承担主要责任,但是每位作者都为全书结构的设计贡献了智慧,在编辑每一章节时更是协助有加。早在9年之前本研究项目酝酿之初,我们就商定撰写一部立足于公司法学共性的专著。虽然本书的写作计划与主要观点在写作过程中不断完善,但总体而言变化不大。尽管本书的实际写作时间比我们预定的时间推迟了一倍,但我们终于如愿以偿地完成了本书。

对于潜在的读者们来说,我们可用四个词概括本书的特点:“国际性”、“功能性”、“中立性”与“精练性”。本书之所以具有国际性,一是由于作者们来自不同的国度,二是由于本书从独立于特定国家公司法的中度抽象角度,对公司法领域中的问题和法律对策进行了探讨。当然,为使我们的观点能够自圆其说,本书必定要触及特定国家的公司法。因此,我们在本书中重点关注法国、德国、日本、英国与美国等五国公司法。但由于本书的成功之处在于对五国公司法进行综合分析,本书的标志性成就乃是对超越特定国家的公司法提供一种分析框架。

我们所发明的分析框架具有功能性。所谓功能性,是指本书阐明了公司法的经济逻辑。首先,公司组织形式及其催生的公司法都是实用主义的制度。因此,在理解公司形式与公司法时必须考虑到其对商事生活的贡献。当然,这一点也不能过分夸张。本书作者们并不认为公司法的每一环节都具有经济理性,更不认为哪国公司法最优。不仅政治活动与路径依赖影响着各国公司法,

而且公司法所在市场更加开阔的法律与商业文化也影响着各国公司法。不过,公司法中非经济因素的作用受到了全球化竞争与日益全球化的商业文化的制约,本书第九章将对此进行探讨。此外,由于本书旨在阐明公司法的跨国性格,本书当然要研究各国公司法共有的理性因素,而非某国公司法历史上残余的法律特质。

功能性决定了中立性乃本书的第三个特点。本书至少试图回避对五国公司法律制度进行评头论足的评价性比较。换言之,我们不妄下结论,认为美国和欧盟应当移植英国调整公司并购活动的《城市守则》规则,反之亦然;我们也不妄自断言,认为德法两国应当抛弃其强制性的职工参加公司监事会或董事会制度,反之亦然。尽管本书作者对上述问题都有其独到见解,但这些观点未尽一致。我们撰写本书的主旨不是就这些见解分歧的观点作出盖棺之论,而是对于经济上曾经具有合理性(功能性)的法律确立一种分析框架,并尽量包容对法律政策众说纷纭的不同观点。毫无疑问,本书的每位作者在撰写各自负责的章节时,都会无意识地带有某种程度的政策倾向。但是,我们相信我们对中立性的偏离程度微乎其微,而且善思明断的读者具备纠偏能力。

简练性是本书的第四特点。对于合著作品的读者和作者来说,简明扼要都是难能可贵的。正是由于文字上的简洁性,才使得本书作者们得以数易其稿,并参与审阅与编辑本书的全部内容。我们也希望本书的精炼性有助于鼓励广大读者打开本书,并一气呵成地阅读到底。

需要特别指出的是,我们希望本书的精炼性能够吸引我们青睐的下列读者:愿意和我们继续共同探讨比较公司法学的学术界同行们;长期渴望对各国公司法律制度进行功能性把握的学生们;需要了解公司法一般常识的商业与经济学领域的教授与学生;以及那些虽然不从事公司法教学与科研、但和我们一道对私法以及法律与经济学互动抱有浓厚兴趣的法学院同行们。这种百科全书式的写作思路本来会把本书写成一部鸿篇巨著。不过,我们依然希望广大律师、立法者和法官们会发现本书能够对公司法中的政策与策略问题提供有益指南。

本书作者们除了分享本书的共同计划,还分享公司法中的许多共同观点。这些相同的观点将在本书(尤其是本书前几章)中获得详细展开。对此种探讨再作总结,诚有画蛇添足之嫌。

当然,为了全面披露本书的相关信息,还有必要提示两点。首先是关于本书的范围。虽然我们自始至终地在本书中探讨执法、司法和守法问题,但远不及我们对实体法进行比较分析的力度。我们与其把它看作本书中的一个缺憾,不如把它看作对作者和读者们的一大挑战,因为它将督促我们对影响公司法的法律与市场制度进行更加全面的分析。就此而言,任重道远。

其次,我们并未旗帜鲜明地宣传公司法趋同的政治经济学基础。如同本书第九章所指出的那样,本书作为一个整体对于主要国家的公司法趋同现象提供了具有说服力的证据。由各位作者结合其研究成果以及汗牛充栋的公司治理比较研究文献,对其分工负责的各章中有关法律制度趋同的程度与性质进行了分析和解释。但谈到这里,我们仍需要在本书的分析框架之内对法律趋同现象继续进行对话,从而进一步深化讨论话题。

莱纳·克拉克曼
于哈佛大学法学院
2003年12月31日

鸣 谢

由于许多同事、朋友与机构在本书写作的数年中对于本书的顺利完成作出了重要贡献,在此很难将他们的名字一一列举。下面我们只能把一些作者们都能记住的、我们研究工作的重要支持者列举如下。我们恳请由于我们的过失而未被列入以下名单的人士表示谅解。当然,只有我们这些作者才对本书中的谬误承担责任。

过去数年中的支持机构包括:哈佛大学法学院约翰·M. 奥林法律、经济与商业研究中心(该中心为修改本书初稿的一个小型研讨会提供了资助);苏黎世瑞士联邦工学院(该机构自始至终为本书的写作提供了慷慨的财力支持);剑桥大学法律系商业研究中心、汉堡马普研究所、伦敦经济学院、纽约大学法学院、牛津大学巴里奥学院(它们为本书的研讨提供了机构平台和财力支持)。

我们对于在过去几年中对本书作过辛勤评论的人们致以特别的谢忱。出席1999年巴黎会议的评论人包括伯纳德·布莱克、布莱恩·柴芬斯、沃尔夫刚·吉尔克、绍尔·莱莫尔与罗尔夫·斯考格。出席2000年法兰克福会议的评论人包括盖多·费拉利尼、朱利安·弗兰克斯。2003年伦敦会议由伦敦经济学院下属的桑托利与丰田经济与相关学科国际中心资助。出席此次会议的评论人包括卢卡·恩里克斯(我们非常感谢他在其他场合曾经提出许多精彩的建议)、乔纳森·里克福特与戴维·斯吉尔。

随时为我们出谋划策的同事和朋友们包括约翰·阿莫尔、罗伯特·奥斯丁、约翰·科茨、皮埃尔-亨利·康纳克(尤其特别感谢他在法国公司法方面提供的帮助)、艾莉丝·费兰、杰希·弗莱德、

佐哈·高森、胡亨利、艾伦·赫思、盖伊·霍斯曼、艾萨克·梅耶尔、皮特·诺贝尔、马克·拉姆斯耶与埃迪·怀密西。我们也非常感谢那些曾收到过一章或者几章本书草稿、出席相关的研讨会、并经常提供宝贵反馈意见的许多与会者们。这些与会者包括：出席2000年11月法兰克福CEPR/CFS研讨会的学者；三次（1997年、1998年和2001年）出席葛詹西法律与经济研讨会的博士研究生；以及出席2001年在德克萨斯大学举办的研讨会的学者。

我们也非常感谢我们所在的机构在我们从事本书写作期间对我们个人提供的经济资助。因此，我们要感谢牛津大学巴里奥学院与伦敦经济学院（这两个学院向保罗·戴维斯提供了资助）、耶鲁大学法学院（该学院向亨利·汉斯曼提供了资助）、汉堡的马普研究所（该研究所向克劳斯·霍普特提供了资助）、苏黎世ETH（该学院向杰拉德·赫蒂格提供了资助）、哈佛法学院约翰·M. 奥林法律、经济与商业研究中心（该学院向莱纳·克拉克曼提供了资助），以及宾夕法尼亚大学法律与经济研究所（该学院向爱德华·洛克提供了资助）。

最后，我们要感谢我们的配偶和家人。他们一直慷慨地向我们提供精神支持，并且长期不厌其烦地倾听我们谈及此书。

全体作者

作者简介

莱纳·克拉克曼,哈佛大学法学院艾泽拉·利普莱·赛耶尔教授。他讲授公司法与公司财务,并发表了大量有关公司组织形式与公司责任对策的经济分析论文。他与威廉·T.阿伦合著了《商事组织法诠释与判例》(阿斯潘出版社,2003年版)。他还向俄罗斯共和国以及越南社会主义共和国就公司法改革提供咨询意见。他近期发表的文章包括:与伯纳德·布莱克、安娜·塔拉索娃合著的《俄罗斯私有化与公司治理:错在何处?》(52 Stanford Law Review 1731,2000),与伯纳德·布莱克合著的《公司法的自我实施模式》(109 Harvard Law Review 1911,1996),与亨利·汉斯曼合著的《股东对公司侵权应承担无限责任》(100 Yale Law Journal 1879,1991)。

保罗·戴维斯,伦敦经济学院卡塞尔商法教授。他的主要研究兴趣包括劳动法、公司法与证券监管。他曾任牛津大学教授,并曾任耶鲁大学、南非许多大学、波恩大学、波尔多大学与巴黎第一大学的访问教授。保罗·戴维斯于2000年被聘为英国社会科学院院士。他的最新著作分别是:《高尔与戴维斯现代公司法原理》(7th Eds., Sweet & Maxwell,2003),《公司法导论》(Oxford University Press,2002),与马克·弗里德兰德合著的《劳动立法与公共政策》(Oxford University Press,1993)。

亨利·汉斯曼*,纽约大学法学院法学教授。他在耶鲁大学获得了法律博士学位和经济学博士学位。他的研究范围甚广,从人

* 作者目前(2004年)又调回耶鲁大学法学院。——译者注