

法学论丛



民 商 法 系 列

公司治理：

国际借鉴与制度设计

◆ [日] 滨田道代 顾功耘 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法学论丛

AW

民商法系列

公司治理： 国际借鉴与制度设计

〔日〕滨田道代 顾功耘 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公司治理:国际借鉴与制度设计/(日)滨田道代,顾功耘主编.
—北京:北京大学出版社,2005.7
ISBN 7-301-09065-X

I. 公… II. ①滨… ②顾… III. 公司—企业管理—研究—世界
IV. F276.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 051008 号

书 名: 公司治理:国际借鉴与制度设计

著作责任者:〔日〕滨田道代 顾功耘 主编

责任编辑:张 晗 王业龙

标准书号:ISBN 7-301-09065-X/D·1187

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://cbs.pku.edu.cn>

电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者:世界知识印刷厂

经 销 者:新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 9.375 印张 252 千字

2005 年 7 月第 1 版 2005 年 7 月第 1 次印刷

定 价:20.00 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,翻版必究

序

自 2001 年始,北京大学法学院、华东政法学院和日本名古屋大学法学院三方达成学术交流协议,轮换主办企业法制学术会议。由华东政法学院和日本名古屋大学法学院共同策划的“亚洲企业法制论坛”于 2003 年在上海举行,主题是:“公司治理:国际借鉴与制度设计”。来自日本,韩国,中国内地和台湾地区、香港特别行政区的众多知名专家、学者、法官、律师、金融业高管等百余人参加了会议,就公司治理结构的完善、重组与并购、公司经营者的法律责任以及公司诉讼制度等问题进行了深入的探讨,且对相关制度的借鉴与设计提出了极具建设性的意见。现将专家们向本次会议提交的论文加以整理出版,以飨读者。

全书共分四个专题。特约评论部分对公司治理的理念、东西方在公司治理上表现出来的价值观差异进行了总体阐述,并对《公司法》中围绕公司治理结构的相关条文进行了评价和反思。公司治理部分围绕与公司治理相关的各种具体制度展开,内容涵盖监事会制度、董事会制度、独立董事制度、法定代表人制度以及公司法上的会议法定人数制度等方面,既包括理论上的阐述,也包括具体制度的设计,既有国际经验的比较研究,也有对国内立法不完善的检讨。并购和重组无疑将给公司的治理结构带来巨大挑战,对于公司并购和重组的研究一直是近期公司法学的重点和热点问题之一。会上亦有学者围绕上市公司并购、企业反收购以及跨国企业重组中的法律问题进行了深入的研究,其研究成果和会议发言体现在本书第三个专题中。实体制度的设计和诉讼程序以及法律责任的承担一直以来就是法学研究领域中不可分割的两部分,公司治理结构相关法制的研究亦是如此,因此本书的最后一部分将集中讨论经营者的责任追

究和公司诉讼制度,其中,关于日本和我国台湾地区的经营者的责任追究制度对完善我国公司法律制度有着巨大的借鉴和指导意义;而股东代表诉讼是公司诉讼中的重点和热点问题,相信该部分的论述也将会对我国公司诉讼的司法实践有所帮助。

全书内容涵盖宽泛,从实体制度到诉讼程序,从国际借鉴到制度设计,力图将公司治理相关的法律问题全方位、多角度地展现在读者面前。而本书不仅仅是想将相关理论研究得更为透彻,而是想将深入的理论研究上升到操作层面,通过国际比较和借鉴,学习他国的先进经验,最终设计出一套适合我国的具体制度。若真能如此,本书的目的亦算达到了。

为使本次研讨会的成果能为社会所用,主办方经过辛苦的论文整理工作,特将交流论文结集出版,此处向各位作者、译者表示由衷的谢意!胡叶硕士生筹备会议中,做了大量的联络工作和准备工作。徐彦冰、沈吉利博士生在编辑过程中,付出了辛勤的劳动。在此,也向他们一并表示由衷的谢意!由于时间仓促,文中错误之处难免,请各位读者不吝指正!

顾功耘

2004年10月

目 录

特约评论

- 西方公司治理理论对中国传统价值观的挑战 吴志攀(1)
- 《公司法》中的几个重要问题 江 平(10)
- 反思我国公司法的立法路径 罗培新(17)

公司治理

- 对公司治理及相关法律制度建设的几点思考 陆文山(28)
- 日本和美国的监事制度和外部
- 董事制度 滨田道代著 虞建新译(33)
- 公司治理结构与独立董事 田边光政著 李伟群译(60)
- 独立董事优于监事吗?
- 对我国新设的独立董事制度之评论 顾敏康(68)
- 独立董事过失责任的法律思考
- 兼评陆家豪案 林秀芹(79)
- 韩国独立董事及监查委员会
- 制度的考察 王奔模著 刘星译(101)
- 论法定代表人制度的弊端及其完善 徐彦冰(111)
- 关于我国法律中会议法定人数制度之检讨 秦悦民(130)

公司重组与并购

- 外资介入上市公司并购法律
- 问题研究 顾功耘 刘哲昕(134)

国际性企业结构重组法制

——日本法的现状和课题…………… 中东正文(147)

反收购的价值分析及立法取向…………… 朱 圆(159)

经营者责任与公司诉讼

追究经营者责任制度的国际比较

——日本法的现状和课题

…………… 山田泰弘著 潘姝蓉译(194)

台湾地区有关追究董事民事赔偿责任之规范…………… 林国全(207)

股东代表诉讼法律问题研究…………… 沈吉利(230)

以诉讼实践推动我国股东代表诉讼

制度的建立…………… 严义明(269)

公司纠纷的诉讼特点及其

规范化审理…………… 李永祥 张凤翔(278)

西方公司治理理论 对中国传统价值观的挑战

吴志攀*

一、引子：一位职工与他的精神家园

我认识一位国企的职工，今年已经五十多岁了。由于企业效益不景气，他已经两年没有上班。然而，他仍然每天到单位去报到，尽管没有任何事情可以做，他在报到后还是要“坐”满两个小时后回家。他如果去找别的工作，就必须离开原来的单位，所有的工资、福利和退休金都将被取消。但这种经济上的损失远远不是最主要的原因。因为考虑到物价上涨因素，这些微薄的退休金在多年后，肯定无法维持他的生活和医疗保障的需要。那么，是什么力量在支撑着这位国企的员工，以至于即使待遇微薄，他仍然坚持守候着工厂，久久

* 北京大学法学院教授。

不愿离去？

我曾问过这位国企的职工，如果换一个工作，工资可能会高一两倍，虽然最终没有退休金，但高工资足以弥补这部分损失，在这种情况下，他还愿不愿意做这份新的工作。这位国企员工的回答很有些出乎我的意料。他说，他所在的这家工厂属于传统的国有工业企业，原来业绩非常辉煌，但随着技术的更新和发展，工厂的设备越来越落后，业绩每况愈下。一些人走了，但他不愿意走，因为他从高中一毕业就到这里上班，到现在已经将近三十年了，他把所有的青春和热血都献给了工厂，这里的一草一木都融化成了他生命的一部分，他已经难以割舍，即使其他工作有更高的薪水，他也不愿离开，因为工厂事实上已经成为他自己的精神家园。最后，他淡淡地说，要退休就从这家工厂退休吧！就是这几句平淡的话语，让我感受到一种令人震撼的力量。面对这位平凡的老工人，我深深地感到，自己不仅是在面对一位生产线上的工人，更是在面对一个鲜活的、有血有肉、富于感情的生命。当他来到这个世界的时候，他不仅是作为一个工人而存在，更是作为一个富有感情和信仰的、真正的人而存在。

人是有感情的，没有了情，就没有道。而当今西方极为推崇、我国也在相当层面上大力提倡的西方公司治理理论，却对此造成了极大的冲击，并因此产生了相当多的问题。

二、公司目标的单一性与人的双重性之间的冲突

在西方现代市场经济条件下，各公司所处的行业状况、资金和市场规模、公司内部文化等方面的差异，都直接影响着公司的治理结构，这使得西方公司治理呈现出一幅异彩纷呈的图景。在世界各国、甚至在一国之内，都不存在一成不变而有效的公司治理范式。正如美国前证监会主席亚瑟·莱维特在联邦储备银行所作的演讲中指

出的,几乎没有明确的做法和方案可以确保产生有效的公司治理结构。^①虽然各国公司具体的做法有所不同,但就公司治理的目的而论,西方主流的公司治理理论一贯认为,公司的最终目的在于盈利,公司的经理人必须遵循公司效益最大化这一惟一的目标而努力经营。正是在这个意义上,关于公司治理的“达尔文主义”极为流行。这种理论认为,任何偏离公司运作效率、偏离股东利益最大化目标的公司治理模式,都将在竞争中落败。市场竞争是残酷的,是容不得个人感情和偏私的。

从纯粹的市场经济意义来讲,注重公司目标的单一性,强调任何公司治理范式的设计都必须围绕盈利这一目标,基本上不会有问题。但有一点必须注意,即公司根据市场需求所进行的调适,与公司员工作为人的双重性,存在着内在矛盾。

如上所述,公司在市场中的定位目标是一元的,就是要追求效率,包袱越少越好,投资效率越高越好。所有的公司治理结构安排都必须围绕着这一目标来建立。但是,公司员工在作为企业雇员的同时,还是一个自然人,这使他们具有双重性。他们每个人都拥有一段年富力强的黄金时光,可以全身心地投入到公司中,这对于公司的运营效率,当然很有帮助。而一旦员工成立家庭,个人负担加重,且过了中年之后,随着年龄的增长,他的工作效率就要受到相当大的影响,就不但不可能对公司作出更大的贡献,反而慢慢地成为了公司的包袱。但如果公司将这些“包袱”弃之不顾,年轻的员工就会对未来失去预期,将纷纷选择跳槽。

人都会变老。于是,如何建立一套系统,以维持员工老迈时候的生活水平,这是人的双重性所带来的问题,任何公司治理结构理论都不可能回避这一问题。在西方,这一问题主要是通过社会保障体制来解决,这与公司治理也有关系,因为社会保障体系是由包括政府、公司在内的社会各界共同构建的。被公司裁减的人员,由社会保障

① <http://www.corplawinfo.com>, 2003年1月6日访问。

体制来承担。如果社会保障体制不完备,公司向社会释放的过多的员工会与社会产生摩擦,这种摩擦发展到一定程度,就影响了整个社会的稳定,影响了公司在市场中的生存,进而制约了公司的发展。

在人口众多而社会保障体制不完备的中国,这种人的双重性与公司营利性的矛盾日渐突出。从历史上看,中国在解决员工的双重性和企业营利性之间的矛盾时,形成了独特的公司治理现象。

三、中国公司治理问题的特殊性

1949年中华人民共和国建立前夕,由于战乱引发了经济失序,大量的平民生活极其贫困,国内贫富差距极为悬殊,社会稳定问题成为国家的一大隐患。为了稳定局势,新中国政府顺应民意,没收众多的官僚资本,并改造民营资本,实行了国有化,建立了全国性的国营企业制度,并以此奠定了社会主义的经济基础。在企业实行公有制下,企业财产在性质上属于全体劳动人民所有,工人成为企业的主人,以主人翁的态度参加工作并作出贡献。

在新中国建立后相当长的一段时期里,中国实行计划经济体制,政府承担了企业生产组织者和社会生活组织者的双重职能。政府提倡以厂为家,以集体为重,“大渠满了小渠才有水”。在政府的政策导向下,涌现了像大庆油田工人王进喜那样的先进人物。为了采挖石油、煤炭和金属矿石,企业必须地处荒原,因而生活条件非常艰苦。但为了石油、煤炭、钢铁等重工业的发展,成千上万的“王进喜”们接受了低工资和其他不利的生活条件,艰苦创业,其精神感天动地。当时党和政府号召大家都来学王进喜,每年在不同的行业都进行劳动模范和技术标兵、技术尖子等的评选。

显然,在这种政府主导下的企业治理与西方市场经济条件下的公司治理完全不同。值得注意的是,在当时的情况下,工人之所以能够安贫若素,保持良好的工作热情,除了政府的精神感召外,很重要的一点是国家包揽了他们的多种生活开支。如社区的文教、卫生、治

安,以及职工的医疗保障等支出,一概在企业的运营成本中列支。许多企业自己建立了幼儿园、小学、中学、医院,甚至是消防队。企业门前“三包”,负责绿化、卫生、治安等。据统计,从1949年至1995年,中国国有大中型企业非生产性建筑面积达48992万平方米,而生产性建筑面积只有45939万平方米;大中型企业拥有职工医院225156所,疗养院19304所,厂办小学2909835所。^①

企业办社会,使得职工对生活保持着良好的预期:工作是铁饭碗,不会发生解雇和失业的现象。这种均衡的状态维持了相当长的一段时间,但后来却被打破了。

改革开放后,我国实行市场经济,要求后勤保障系统社会化,提高工人工资、提高企业税收、提高机械设备的运作效率,富余人员则要下岗。同时,许多国有企业还面临着行业的转型问题,比如矿山的煤炭挖完了,矿厂就必须转到别的地方,或者被迫解散。许多军工企业和“三线”企业,当时出于战争因素的考虑,被建立在偏僻的地区,企业运营成本较高。由于企业原有的国有性质,可以不考虑这些成本因素。而随着市场经济和平时时代的到来,这些企业就面临着转型的大问题。有些企业转型比较成功,如位于四川绵阳的长虹电器公司,原来是军工企业,后来转向生产民用的彩电等电器产品,发展相当不错,但也受制于绵阳比较偏僻的地理位置的影响,正考虑东移。而大多数军工企业因为转型不利,就产生了员工再就业的困难。

在市场经济条件下,我们希望国有企业快速向公司制转轨,就对国企实行减员增效,国企与职工之间形成了雇佣关系。工人只是名义上的“主人翁”,国企可以解雇工人。这种完全的契约关系,从西方市场经济的角度分析,固然没有问题。但在中国,因为国企的所有者“缺位”,国企管理者的素质、影响和能力,都在很大程度上影响了这套机制作用的发挥。而且,由于我国各地区、各行业的国企发展程度

^① 参见鲁利玲、沈莹:《国有企业改组中的债务处理》,经济科学出版社1999年版,第85—86页。

极不平衡,如果一刀切地使用西方的这套契约机制,就会产生许多问题。所以考虑到历史状况,我们在讨论公司治理时,应当注意到,国有企业、民营企业和外资企业存在本质的区别,特别不能忽视中国国企治理问题的历史成因,更不能忽视中国几千年积累和沉淀下来的传统文化因素。

四、中国传统文化下的公司治理

中国人口众多,儒家思想长期以来维系、组织着我们的生产和生活。中国社会形成了从个人到家庭、从家庭到社区、从社区到区域、从企业到行业、从地方到中央的金字塔形的关系网络。我们讲究“和合”的儒家伦理,而不是单个的零散的契约关系。这种强调道义、着眼于礼义诚信的儒家伦理思想,至今还在影响、甚至主宰着我们的社会秩序。

因而,现在极力主张自由的西方市场经济理论,对几千年的儒家思想,形成了巨大的挑战。具体到企业治理中,这种市场经济理论主张,如果企业有多余的员工,就必须着手裁员而不能考虑其他因素,这种理论在我国企业中显然还无法形成真正的思想渊源,公司还无法据此形成有效的治理结构。现在搞得好的国有企业,很大部分是由于行业自身的垄断、管理者的才华和素质,而不是由于建立了这种自由的市场经济制度。所以一旦垄断取消或者老一代经营者退休后,马上就显得后继乏人。而且,中国百年老店的管理模式,都不是按照西方的市场治理来完成的,而是靠民众的记忆和品牌,如全聚德、同仁堂、瑞福祥、内联升等。它们的成功都有一个共同点,那就是商业上讲信用,买卖上守道德。那为什么他们会讲信用、守道德呢?最重要但也是大家最容易忽略的一点是,他们对他们的字号有感情。为什么同仁堂不敢偷工减料呢?为什么瑞福祥要待客和气呢?为什么内联升坚持要工精料美呢?因为这几家店的经营者都对他们的字号有着深厚的感情,他们不愿意也不敢把他们的字号砸了。那为什

么他们会对他们的字号有感情呢?因为这些店铺都是他们的祖业。中国有一句老话,创业维艰,守成不易。所以,如果产业不是自己的,那又有谁愿意艰辛守业呢?

谈到这里,我想到了英国前首相温斯顿·丘吉尔(Winston Churchill)曾经说过的一句名言:“当你越是看着你的过去,你也越是看着你的未来!”(The more you look into the past, the more you look into the future!)

我们现在大刀阔斧进行的国企改革,似乎越来越市场化,要把富余的职工完全推给市场,由并不健全的社会保障体制来解决,企业不愿意哪怕是多“养活”一个员工。但这是不是中国真正要寻找的问题的解决方式?我们必须找到和整个中国发展相协调的方式,建立和中国国情相适应的公司治理结构。这既要企业个体的微观层面上考察,更要从社会的宏观层面上考察。在微观层面上,我们首先要注重企业员工的感情,让员工对企业的感情重新回归,这是一笔巨大的企业财富。在宏观层面上,我们还必须强调稳定,只有社会稳定,企业才能发展。仅仅要求企业的运作效率,无法解决根本问题。特别是在货币紧缩、人们购买力不强的情况下,更加解决不了问题。只有社会稳定,才能给企业提供一个稳定的发展空间。如果所有的企业都把就业问题推给市场,那么企业生产的产品可能只会大幅积压,因为出于对未来预期的担心,人们不敢消费。而事实上,人们的消费能力本来就很低。

正是考虑到文化和社会稳定的大背景,中国政府把影响社会稳定的问题逐层分解,从中央政府分到各部委、从各部委分到各行业,再从各行业分给企业、企业再分给个人,这样,经过层层“摊销”,就形成了国家、企业和个人“三家抬”的社会保障体制。如果企业造成的风险都推给市场,那么,即使中国的警察再忙再累也无法维护社会稳定。从宏观上看,中国的社会稳定不是靠警察来维持,而是靠所有企业摊销的方式来维持的。中国企业所得税税率名义上是33%,但事实上企业的负担翻了一番,要达到66%。所以,西方市场经济条件

下的公司治理理论对于转型时期的中国就无法完全适用。

中国的公司治理理论,要符合中国的国情,吸收中国的儒家思想,解决好职工对国企的感情回归以及国企的所有者“缺位”问题。而如今,还没有一个西方的公司治理理论,能够完全解决好有着十三亿人口的中国的企业治理问题。

有两个例子值得借鉴。一个是印度,尽管采用了西方的市场经济体制,但其社会却远不如中国稳定,人民生活水准也不如中国。另一个是苏联,尽管资源丰富,但在经济体制转型方面,却远远算不上成功。苏联经济改革的失败不是因为俄罗斯人不够聪明,难以领会西方“老师”传授的“休克疗法”,而是因为他们听任那些不承担任何风险的人为自己筹划未来。从19世纪末开始,中国人洗耳恭听了无数自负的外国教诲,每当中国人把这些教诲当真的时候,都带来一场灾难。对中国问题的解决,只能靠中国人民自身的摸索、思考和尝试。

五、在比较和借鉴之外的公司法

西方公司治理理论对我国的公司治理制度设计,冲击还是相当大的。但在比较和借鉴国外的公司法及相关法律制度时,我们必须保持清醒。在发达的市场经济国家中,公司法与其他法律规则、市场压力、文化传统甚至宗教信仰等一起发挥着作用,公司法的作用倒反而不如人们想象的那样显著,甚至只是微乎其微。^①然而,在新兴市场经济国家,由于市场其他约束力量的弱化或者缺失,公司法的地位突显,甚至出现了大量的强制性条款,因为发育不成熟的市场无法“填充”公司法规定的缺漏;而在美国“赋权型”公司立法范式下,公司法的漏洞通常可由市场机制来弥补。对于这种立法范式差异的原

^① See Bernard S. Black, Is Corporate Law Trivial?: A Political and Economic Analysis, 84 Nw. U. L. Rev. 542 (1990).

因,我们必须注意。

另外,公司法发达的国家如英美等国,存在着一套运作良好的法院系统,支撑着公司法的运作。例如,公司参与各方可以依赖法官来判定反收购措施是否公平、一项利益冲突的交易是否合法,而且,它们的法官可以通宵达旦地工作,以确保一项富有争议的交易不至于由于司法延误而被扼杀。但在新兴市场经济国家,情形则截然不同。如俄罗斯,司法低效,官员腐败,前苏联的法官既不懂更不关心商业运作,等他们离任再另请高明,尚需几十个年头。因此,俄罗斯的公司运作,就倾向于尽可能少地依赖法院。所以,对于包括俄罗斯在内的新兴市场经济国家,应当尽可能地设计一些“黑白分明”的规则,以判断某一项行为是否得当。因为一些模糊的两可性标准,应用于具体情形中,需要以高质量的司法解释、对公司法妥当理解的公司文化做支撑,而这些往往是新兴市场经济国家所缺乏的。

所以,通常而言,各国都有一套法律和市场机制,传统的行为准则、股权分布状况也各有差异,公司法必须反映这些现实的需要,而不能仅仅因为公司法目标的趋同而照搬发达国家的公司法规则。比较国外发达国家与我国在公司法制度方面的区别,虽然不乏立法借鉴意义,但过分强调这一点却时常使我们不自觉地走向反面,使我们忽视制度移植与技术移植的巨大差异。

总之,我国现在市场化条件下的公司所追求的效率和盈利目标,从表面上看是合理的,但实际上却在相当层面上不具有可操作性。相反,我们传统的伦理价值,尽管以西方的市场经济标准分析是不合理的,但在实际操作中,却产生了正向的效应。如何协调西方的市场经济理论和中国传统文化之间的矛盾及差异,是我国法学界面临的一项任务,而这一任务才刚刚开始。

《公司法》中的几个重要问题

江 平*

一、关于《公司法》中“国有独资公司”的特有问题

这个问题的实质就是《公司法》是否要规定国有独资公司,这涉及《公司法》的体例问题。当初朱镕基同志曾经谈到,国有独资公司写在《公司法》里有点不伦不类,国有独资公司没有股东会,甚至不一定要设董事会。现在国有独资公司要设董事会,这点是肯定了。但是对于《公司法》是否要规定国有独资公司仍然有争论,大体有两种意见:一种观点认为,按照世界各国的惯例,国有独资公司完全由国家出资,应该单独成法;国有独资公司与股份制的公司不同,有点类似国有企业,只是国有企业稍微变个样,单独立一个法会比较好一点。另外一种意见,是同现行《公司法》一样,国有独资公司作为专门一章。总体是这两种意见,到底怎么办,这里所说的独特的法律问题就是这个问题。

* 中国政法大学教授。