



厦门大学国际经济法文库

陈东 著

IEL

跨国公司的 治理中的 责任承担机制

厦门大学出版社



中国社会科学院经济研究所

第三卷

IEL

跨国公司
治理中的
责任承担机制



International Economic Law Library
of Xiamen University

厦门大学国际经济法文库

跨国公司治理中的 责任承担机制

陈东 著

厦门大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

跨国公司治理中的责任承担机制/陈东著. —厦门:厦门大学出版社, 2003. 6

(厦门大学国际经济文库)

ISBN 7-5615-2057-3

I. 跨… II. 陈… III. 跨国公司—企业管理—研究
IV. F276.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 040996 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

福建沙县方圆印刷有限公司印刷

2003 年 7 月第 1 版 2003 年 7 月第 1 次印刷

开本:889×1194 1/32 印张:11 插页:2

字数:292 千字 印数:1—3 000 册

定价:28.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

文库序言

国际经济法是发展中的边缘性法学学科。在世界范围,国际经济法作为独立的法学学科,已有近 60 年的发展史。在中国,经过 20 多年的发展,国际经济法已成为法学各学科中理论研究最活跃、实践性最强的学科之一。当前,在经济全球化和中国加入世界贸易组织的新形势下,国际经济法更呈现其鲜明的时代性和蓬勃的生命力。

得改革开放风气之先,厦门大学在我国较早开展国际经济法的教学和研究。经原国家教委批准,1981、1985 年在全国率先招收国际经济法专业硕士生和本科生,1986 年开始招收国际经济法专业(1997 年后调整扩大为国际法专业)博士生。1987 年成立厦门大学国际经济法研究所。1995 年,厦门大学“国际经济法及台港澳法研究”学科点被列为全国高校“211”工程重点建设项目。2002 年,厦门大学国际法专业由教育部批准为国家重点学科。长期以来,厦门大学国际法专业学术群体秉承“自强不息,止于至善”的校训,囊萤映雪,开展了一系列国家急需的国际经济法理论和实务研究工作,为我国的法治建设和学科发展作出了应有的贡献。同时,经过不断探索,本专业逐渐形成“出人才”和“创成果”相互促进、相辅相成的研究生培养模式,培养了大批“懂法律、懂经济、懂外语”的国际经济法专门人才。

本专业的目标是建成我国国际法领域的重要研究基地和人才培

养基地之一。“厦门大学国际经济法文库”的编辑出版,是本专业学科建设和发展的长期性工作。“文库”的宗旨是以系列学术专著的形式,集中展现国际经济法领域的专题研究成果,促进学术和社会发展。“文库”立足出版厦门大学学者、校友在国际经济法领域的研究成果,更欢迎海内外国际经济法学者惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性标准,崇尚严谨治学,鼓励学术创新和争鸣。在出版国际经济法专家学者力作的同时,尤其关注国际经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上发展的学术专著。我们期望“文库”成为国际经济法专家学者辛勤耕耘的园地,源源不断地产出智慧之果,启迪思想,弘扬学术。同时,更希望“文库”发挥国际经济法“智库”的功能,为我国的国际经济条约实践、涉外经贸立法以及涉外经贸实务提供有益的理论指导或参考。

“厦门大学国际经济法文库”编辑委员会

2003年6月2日

目 录

导 言	(1)
第一章 跨国公司治理中的责任承担机制之理论框架	(15)
第一节 公司治理概说	(15)
一、经济学和法学对公司治理的理解	(15)
二、全球公司治理运动及其存在的问题	(30)
第二节 跨国公司治理中的责任承担机制概说	(43)
一、跨国公司的定义和国籍的再探讨	(43)
二、“跨国公司治理”的理念	(54)
三、跨国公司治理中的责任承担机制： 经济学的视角和法律面临的困境	(58)
第二章 跨国公司治理中的责任承担机制之现实基础	(67)
第一节 公司治理问题在跨国公司情形下的变迁	(67)
一、公司治理结构及各利益相关者的法律地位 在跨国公司情形下的变迁	(67)
二、公司治理基本原则在跨国公司情形下的变迁	(73)
第二节 跨国公司的法律结构和组织结构	(76)
一、法律结构	(76)
二、组织结构	(84)
第三节 跨国公司治理中的“公司独立人格” 与“公司控制”	(95)

一、“公司控制”的概念	(95)
二、“控制”方式的分类	(102)
三、跨国公司经营的“当地化”、“分权化” 与子公司的“自治”	(107)
四、精确区分“控制的程度”的可能性是否存在?	(112)
第三章 母公司对子公司债务责任的承担机制	(123)
第一节 跨国公司治理中的公司独立人格 与股东有限责任原则的论争	(123)
一、公司人格的独立性与股东有限责任原则之间 存在必然的因果关系吗?	(123)
二、股东有限责任原则的论争焦点	(131)
三、股东有限责任原则与公司控制	(137)
第二节 母公司对子公司债务责任承担机制的 比较法研究	(139)
一、公司人格独立原则的固守和“公司人格否认”的例外 适用——英美法“揭开公司面纱法理”之反思	(139)
二、公司人格独立原则的彻底否定和公司控制原则的 固守——“单一企业论”之检讨	(162)
三、德国公司集团法上的母公司责任承担机制 ——对“一刀切式”方法论的质疑	(176)
第四章 管理层的责任承担机制	(186)
第一节 董事义务概说	(187)
一、董事与公司的关系	(187)
二、董事义务的分类和内涵	(190)
第二节 跨国公司管理层的含义及 母公司管理层的义务	(198)
一、谁真正控制着跨国公司：管理层权力的扩张	(198)

二、母公司管理层义务相对方的范围	(204)
第三节 子公司管理层的双重效忠义务	(230)
一、“双重效忠义务”问题的产生及其根源	(230)
二、解决“双重效忠义务”问题的途径	(236)
 第五章 中国的实证研究和立法设计	(249)
第一节 外商投资公司的治理及其变迁	(249)
一、外商投资公司的治理	(249)
二、外商投资公司治理的变迁	(257)
第二节 中国相关的立法设计	(266)
一、外国母公司对其在华子公司 债务责任的承担机制	(266)
二、外国母公司及其在华子公司管理层的 责任承担机制	(303)
 结 论	(322)
 主要参考文献	(324)
后 记	(338)

导 言

一、命题及基本结构设计

“公司治理”(corporate governance), 一称“公司管治”, 或称“公司治理结构”, 这个概念首先为经济学家所使用。“公司治理问题”被视为现代公司为之困扰了半个多世纪的问题, 晚近在各国引起经济理论界和实务界的普遍关注。在经济学家看来, 公司的“经营者”(董事、经理或统称“管理层”)是公司“所有者”(股东)的“代理人”; 经济学关心的是: 一、公司的所有者应当是谁, 事实上又是谁? 二、公司的经营者起什么作用, 其合理回报应当是什么? 三、如何有效约束经营者(代理人)侵害股东(本人)利益的机会主义行为?^① 第三个问题被经济学家称为“代理问题”。经济学上解决“代理问题”的目标是股东利益的最大化。这种公司治理理念即传统的“股东至上主义”。与此相对应, 公司治理上的“利益相关者理论”认为, 公司治理的目标是

^① 刘世锦:《国有企业治理结构中经营者“定位”问题分析》, 载《改革》1999年第5期, 转引自《新华文摘》2000年第2期, 第47页。本书注释用语或符号的解释如下: 无任何引导词者, 为原文直接引用; “参见”、“详见”、“例见”、“例如”是直接引用的(但不一定是原文逐字照引的)、作为论据支持的引导词; “可见”、“又见”是通过比较来支持正文表述的引导词; “一般可见”是支持正文表述或观点的一般背景材料的引导词。英文文献的若干注释用语的含义与之类似。如引证的著作为专著或合著者, 一般略去“著”字; 而“总主编”、“主编”、“编著”、“编”等则予以标示。除特别指明的外, 着重号为笔者所加(英文原文的强调部分用斜体表示)。英文页码后的“ff”表示“以下”。网页通常不予撤换的学术数据库文献, 本书不作下载日期标示, 原文可从笔者处索取。网页无页码者, 笔者将尽可能指明所引证的观点或表述在相应文献中的位置。

公司效率最大化；而“公司”是不同“要素提供者”之间组成的一个系统，所以公司效率最大化在该理论看来是为各“要素提供者”创造财富，而不只是为股东利益最大化服务。^① 国内法学界使用“公司治理”这个概念只是晚近的事情，笔者认为这是对经济学理论的借鉴。^② 公司法学中所说的“公司机关权力的分配”在经济学上大致对应的概念就是公司治理结构。但，经济学讨论的是“最有效率的公司治理结构模式”，而公司法在规定公司权力和责任分配时要考虑公正和效率的平衡。

“跨国公司”是一个一般性的称呼。如果说经济学所称“公司治理”中的“公司”是包括各类企业的广义概念的话，那么将“跨国公司”视为经济学意义上的单一企业，进而研究其治理问题，是可行的。本书所说的“跨国公司治理”，如果套用经济学的话语，狭义地讲，是指有关跨国公司母公司及子公司的管理层的功能、结构，股东的权力等方面的制度安排；广义地讲，则是指有关控制权和剩余索取权在跨国公司各成员公司内部、各成员公司之间分配的一整套法律、文化和制度性安排，这些安排决定跨国公司的整体目标，何种主体在什么状态下实施控制，如何控制，风险和收益如何在成员公司内部以及不同成员公司之间分配等这样一些问题。本书的命题推导将以广义的理解为基础。

国内外法学界对跨国公司的研究则主要侧重于跨国公司的行为——外国直接投资(FDI)层面。然而，“外国直接投资”与“跨国公司”这两个概念既有联系又存在区别：前者描述的是一种过程(process)，而后者则指代一种机构(institution)。由于跨国公司是外国直接投资的主要行为主体，故在某些情形下两个概念可以互换使用；但是，将

^① 参见朱义坤：《公司治理论》，广东人民出版社1999年版，第46～47页。

^② 中国共产党的十五大及十六大报告皆提及“完善法人治理结构”，同样是经济发展的现实要求和经济学家鼓吹的一种折射，法学家的反应明显慢了半拍。参见王健平：《新高度 新概括 新发展》，载《经济参考报》1999年9月29日，转引自《新华文摘》2000年第1期，第41页。

视角放在“过程”上而忽略“主体”的做法也可能使研究者在主观上产生一种“非人格化”的理念(impersonal rationale),而跨国公司本身的自主行使控制权的能力和方式、其内部的运营结构和程序、更不用说其管理层问题,等等,在很大程度上被忽视了。有论者明确指出,“以这种方式来研究问题,当代 FDI 的许多实际特点便处于缺失状态。”^①这是问题的一方面。另一方面,鉴于跨国公司在战后的蓬勃发展所引发的一系列政治的、经济的、社会的乃至文化的负面后果,权威学者认为,“无论国内法还是国际法都应确保跨国公司承担相应的责任”是规制跨国公司的法律框架的主要功能之一。^②施米托夫甚至称之为“现代公司法尚未解决的最为重大的难题之一”。^③但正如余劲松教授所言,“关于跨国公司的责任问题及其法律依据,在国际法上没有相应的可适用的规则,各国的立法无专门的规定,司法实践也很不一致,学者中也颇多分歧,众说纷纭。”^④本书即试图从“跨国公司治理”的视角来研究作为一种跨国商业组织或机构的跨国公司之法律问题中的一个侧面——责任承担机制。

本书的第一章试图构建本书的基本理论框架。该章证明:经济学和法学对公司治理问题的理解存在契合的地方,但也呈现明显的分野,分野的根源在于学科价值取向的不同。公司治理体制在晚近有“趋同化”的表征,但各国之间、各公司之间公司治理体制的差异在可预见的将来不会消除。鉴于“跨国公司治理”与内国“公司集团治理”相比既有共性又有其特殊性,其责任承担的立法设计面临特殊的矛

① See, A. A. Fatouros (ed.), *Transnational Corporations: the International Legal Framework*, Routledge Pub., 1994 (UN Library on TNCs, V. 20), pp. 25~26.

② See, A. A. Fatouros (ed.), *Transnational Corporations: the International Legal Framework*, Routledge Pub., 1994 (UN Library on TNCs, V. 20), pp. 2~3.

③ Clive Schmitthoff, *Banco Ambrosiano and Modern Company Law*, *J. Bus. Law*, 1982, p. 361, p. 363.

④ 余劲松:《论跨国公司责任的法律依据》,载《法商研究》1995年第3期,第57页。这里所说的“专门规定”,是针对“跨国公司”而言的成文法律规定。德国等少数几个国家存在针对内国公司集团的规定,在某些情形下可能适用于跨国公司。参见余劲松:《跨国公司的法律问题研究》,中国政法大学出版社1989年版,第61~62页。

盾和更多的困难。法学家的态度应该是:充分了解、理解经济学界的研究成果,在此基础上以本学科的价值取向为根基展开探讨。

第二章围绕现代公司法中“公司人格独立”与“公司控制”这两大基本特征论述跨国公司责任承担机制的现实基础。该章证明:公司治理结构和原则在跨国公司情形下已经发生了变迁;母公司及其管理层为实现跨国公司整体利益在全球范围的最大化,其组织结构的设计是灵活和多样化的;“公司人格独立”和“公司控制”是跨国公司治理中不可或缺的两大基本原则;这两大原则在管理学上一般以“分权”和“集权”来概括;不可能用一个总括性的方式来区别控制的程度;跨国公司治理的基本特性是统一管理下的公司治理形态的多样化。

第三章以“母公司——子公司的债权人”这对矛盾作主线进行比较研究。该章证明:“公司独立人格”和“股东有限责任”之间不存在必然的因果关系,而相关的论争如果以跨国公司治理的视角来审视可能找出更现实的思考途径。在解决母公司对子公司债务责任的立法和判例方面,英美法、欧盟法^①和德国法各有其特点。英美法传统的“揭开公司面纱法理”将公司集团视为具有独立法律人格的公司的聚合,其实质是一种“规则例外”体系,忽视了跨国公司治理基本特性之一的公司控制要素;“单一企业论”则忽视了跨国公司治理的基本特性之二的公司人格独立要素;而德国公司集团法在尊重母公司对控制权的自主配置方面有着清晰的认识,其缺陷则在于它没有更进一步地探究经济现实,其实质是为了法律规制的需要而对公司集团的治理形态进行人为的划分。在面对跨国公司在全球范围通过利用东道国法人形式而衍生的更为复杂的治理形态下,这些立法或判例

^① 除有特别的时空限制,本书对“欧共体”和“欧盟”、“欧共体法”和“欧盟法”一般不予区分。关于“欧共体”和“欧盟”的含义、法律地位和两者之间的关系及相关文献,参见曾华群:《欧共体明示与隐含缔约权力浅析》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2000年第1期,第74页脚注1;邵景春:《欧洲联盟的法律与制度》,人民法院出版社1999年版,第二章、第三章。

原则与经济现实不合拍的一面便凸显出来。

第四章则以“管理层——管理层义务的相对方”这对矛盾为主线进行比较法研究。该章的内容是经济学和法学在公司治理问题上相契合的部分,无论是大陆法还是英美法的立法例或判例都在不同程度上回应了经济学上的理念。但由于法学涉及权利义务问题的逻辑严密性,在某些关键概念上与经济学之间存在歧义,进而导致立法或判例上的差异和学理上的论争。两大公司治理体系之间的区别也是这种差异和论争的根源之一。该章揭示,主要基于公司整体在全球运营的效率目标,管理层的公司治理形态在跨国公司情形发生了某些重大变异,故而,比较法研究的重心放在相关立法例或判例对这些变异的应对方式上。比较而言,现有法律对管理层责任的规制相对成熟一些,在某些方面的立法进展相对而言更尊重经济现实,但同样也有进一步斟酌的余地。

第五章对作为中国法人的外商投资公司的治理形态及其变迁进行实证研究,进而以本书前四章的分析为基础提出相应的立法设计。由于母公司责任承担机制的既有法律依据存在根本性的缺陷,从而应该从实体法和程序法角度加以改革。实体法上的母公司责任承担机制的“特定化”方法辅之以程序法上的“举证责任倒置”方法可以兼顾跨国公司治理的经济效率性和法律之公平正义的价值取向。而既有法律秩序中的统一化的管理层义务也是不现实、不可行的。母公司管理层一般地只应对母公司本身及其全体股东承担义务和责任。针对子公司管理层的双重效忠义务,尽管不应完全排除强行规则的适用,但立法应采取灵活务实的态度,其宗旨是确保:(1)跨国公司运营的高效率和公司治理上的自治性;(2)子公司少数股东和债权人的利益应得到现实的保护。笔者所提出的立法设计方案尽可能地顾及到

了司法实践中的可操作性。^①

本书强调跨国公司治理中的“意思自治”的主导性和法律规范的辅助性,这两者在经济效率目标和公平正义目标上存在着现实的冲突,亦存在着协调与互动的可能性。法律的规制应首先对经济现实有充分的了解,在此基础上,遵从经济现实中合理的、有效率的一方面,同时应兼顾权利/权力和义务/责任的制衡和对公平目标的追求。这种“兼顾”非但不会成为跨国公司治理中的障碍,相反地,将为其创设一种良性发展的制度性框架;与此同时,跨国公司治理的各利益相关者也可得到合理的保护。笔者试图证明,跨国公司治理中的责任承担机制之立法设计只有在充分考量跨国公司治理的现实、尊重跨国公司在公司治理上的“自治权”之前提下,才可能保证“效率与公平的统一”和公平目标的实现。这就是本书企图论证的命题。

二、研究范围

跨国公司治理所涉及的法律问题很多。本书的目的不在于、也不可能做到对与命题“可能有关”的方方面面都尽述无遗,尽管这些方面面本身的确也是极为重要的。例如,“信息披露”是公司治理理论

^① 诚如苏力所言,“作为理论应当具有独立于现实的一面,但是,如果一个理论完全不考虑实际操作问题或者实际上无法操作和实现,那将无非只是一种煽情。”苏力:《制度是如何形成的》,中山大学出版社1999年版,第217页。当然,历史的经验反复证明,理论上很完美的制度并不一定可以付诸实施,而行之有效的制度却未必是事先设计好的。季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第23页。所谓立法的“可操作性”也不过是一个相对的概念,需要实践本身的检验。

体系中的核心环节之一,^①机构投资者(institutional investors)在跨国公司治理中所起的作用也越来越大,^②相应地,信息披露和机构投资者的规制问题也是跨国公司治理所涉及的主要法律问题。宽泛地说,本书的命题可能涉及各国公司法、证券法、民事程序法、国际公法、冲突法、国际投资法的若干传统领域,等等。笔者将本书的研究范围大致界定如下:

(1)涉及国际投资法传统领域的诸如“外国投资者待遇问题”等,虽然与本书的某些内容有关,但与中心命题的关系不是实质性的;而详尽论述这些问题也并非本书所能胜任。^③

(2)对于“跨国并购”问题将不予论述。^④该问题与跨国公司治理

① 梁能主编:《公司治理结构:中国的实践与美国的经验》,中国人民大学出版社2000年版,第129页。关于信息披露与公司治理关系的重头文章,see, M. B. Fox, *Required Disclosure and Corporate Governance*, at <http://www.law.duke.edu/journals/62LCPFox>. 其主要论点是:信息披露制度有助于股东表决权的有效行使和促使管理层切实履行其受信义务,对“公司控制权市场”、以股票市场价格为基础的管理层报酬制度、资本成本和外部融资的监督效果等也产生重大影响;另一方面,作者也承认信息披露制度本身也存在成本,而且这种成本在各国的大小并不一致。联合国《跨国公司行动守则》也要求跨国公司在其所在国应向公众披露跨国公司整体的结构、政策、活动的资料。参见余劲松:《跨国公司的法律问题研究》,中国政法大学出版社1989年版,第336页。针对跨国公司信息披露问题的详细探讨,see, P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell Pub., 1995, pp. 346~372.

② 梁能主编:《公司治理结构:中国的实践与美国的经验》,中国人民大学出版社2000年版,第189、198页。See, e. g., R. A. G. Monks & N. Minow, *Corporate Governance*, Blackwell Pub., 1995, p. 303.

③ 这些问题已有学者卓有成效的论述。一般可见陈安主编:《国际投资法》,鹭江出版社1987年版;姚梅镇主编:《国际经济法概论》,武汉大学出版社1989年版,第二章及第八章;徐崇利:《试论我国对外资实行国民待遇标准的问题》,载陈安主编:《国际经济法论丛》第1卷,法律出版社1998年版。另外,尽管《OECD公司治理原则》主张在公司治理中“对国内外股东应一视同仁”,但却特别说明“本原则对政府管理外国直接投资的政策未作论述”。See, *OECD Principles of Corporate Governance*, The Rights of Shareholders, at <http://www.oecd.org/daf/governance/principles.htm>. (以下简称“OECD Principles”。中译本可见陆立华译:《OECD公司治理原则》,载顾功耘主编:《公司法律评论》2001年卷,上海人民出版社2001年版。)

④ 邓宁教授(J. Dunning)将跨国并购称为“进行战略性资产寻求活动”的外国直接投资(strategic asset-seeking FDI)。N. Hood & S. Yong (ed.), *The Globalization of Multinational Enterprise Activity and Economic Development*, Macmillan Press, 2000, p. 400.

的关系无疑相当紧密,跨国并购的动机之一就是解决公司治理中影响公司绩效的方面,跨国并购行为本身也对跨国公司治理产生了直接的影响;^①但由于该问题很复杂,本书不拟细述。相应地,尽管公司法与证券法之间的关系十分密切,但本书将主要地涉及国际直接投资,而将较少地涉及国际间接投资,^②尽管后者面临诸多与跨国公司治理相关的问题需要解决。^③

(3)税法本身的特殊性极强。因而,本书对相关的税法问题也不

① See for details, D. E. Logue & J. K. Seward, *Anatomy of a Governance Transformation: The Case of DAIMLER-BENZ*, at <http://www.law.duke.edu/journals/62LCPLogue>; P. N. Doremus, W. W. Keller, L. W. Pauly & S. Reich, *The Myth of Global Corporation*, Princeton Univ. Press, 1998, p. 40. 关于公司并购与公司治理之间的关系,参见张舫:《公司收购法律制度研究》,法律出版社1998年版,第三章。

② 通常,国际投资分为国际间接投资(又称国际证券投资, international portfolio investments)与国际直接投资。前者是对“外国股份权益”(foreign equity)或“固定利息证券”的被动投资,而后者包含了对外国投资积极主动的管理。前者通常是由诸如共同基金或养老基金等金融机构承担,工业组织则很少涉足。证券投资者不需要对其投资项目加以管理或控制的原因是:他们可以通过多元化投资来管理其财务风险。对于国际直接投资者而言,这种风险的分散化是困难的,因为他们要承担业已融入其投资之中的大部分财务风险。不过,证券投资者也可能在宏观政策层面上涉足公司治理。例如,美国的“加州公共雇员退休系统”直接涉足了欧洲大陆的公司治理的发展。See, T. Rapakko, *Unlimited Shareholder Liability in Multinationals*, *Kluwer Law International*, 1997, p. 70 footnote 3. 还可参见本书第一章关于公司治理体系的比较研究。

③ 如股东表决权代理之争(proxy contest)等问题。相关的有意思的论著,see, David J. Berger & Constance E. Bagley, *Proxy Contests and Corporate Control*, *Corporate Practice Series Portfolio*, No. 20-4, 1996, at <http://library.findlaw.com/library/firms/wsgt/pdf/wsgt000004.pdf>. (该网页有部分关键章节)实际上,“董事会机制”和“股票市场”被经济学学者视为两种主要的公司治理机制。参见张维迎:《企业理论与中国企业改革》,北京大学出版社1999年版,第110页。限于本书的论述重心和篇幅,此不赘述。