

李黎明 / 主编

中日企业 法律制度比较

法 律 出 版 社

中日企业法律制度比较

李黎明 主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中日企业法律制度比较/李黎明主编.-北京:法律出版社,
1998.8

ISBN 7-5036-2532-5

I.中… II.李… III.①企业法-对比研究-中、日②企业管理-
对比研究-中、日 IV.D912.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 18290 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/9.75 字数/240 千

版本/1998 年 11 月第 1 版 1998 年 11 月第 1 次印刷

印数/00,001—5,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究

书号:ISBN 7-5036-2532-5/D·2146

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

说到法律研究,中国的学者在清代的时候,曾经学习过日本。当时的清朝政府也请过日本法学家来华帮助立法。从那时起,一直到今天,日本法学家作学问的习惯和方法,还对我国的学者有一些影响。近几年来,从日本学成归来的中国留学人员越来越多,有相当优秀的一部分学者到国内的大学从事研究工作。在法学领域亦不乏其人。这些日本留学归来的博士们,又将他们在日本的导师,教授和同事介绍到我国学术界来。使我国的学者,特别是法律领域的研究工作者,有机会接触到他们。本书的主编李黎明博士,就是其中具代表性的一位学者。

在我们与日本法律界的学者们的交流中,发现日本学者与我国学者有一些研究习惯与方法的不同。日本学者比较注意法律的细节,注意法律条文的解释,较少批判现有的法律。日本的立法,也是比较慎重的。许多法律已经修改了 20 多年,甚至更多的时间,还没有出台。相比之下,我国的学者,比较容易注意宏观方面的内容,比较注重与法律相关的内容,而对法律本身的细节问题,却不十分关注。我国的法律立法速度也比较快。出台后的法律也容易遇到国内学者的不满。当然学者都是从善意和完美的角度来指出自己法律的不足之处。

本来我国的文化与日本文化有许多相似之处,从日本文字中有一些汉字,就可以说明这一点。在文化方面,日本学习过我国。但是,在法律上,我国学习过日本。于是我就总要问一个问题,为

什么我国学者学习日本法律的时候,没有把日本学者注意法律细节的精神学过来?换句话说,为什么在法律细节方面注意度上,我国学者远不如日本学者高呢?为什么在法律司法解释、学理解释、对解释法律细节问题的关心等,我国学者不如日本的学者更加高呢?

没有人给我现成的答案,我只好自己寻找了。好在笔者经常接触日本的学者,通过与他们的交谈,著作交换,我逐步对这个问题有了一点认识,尽管这点认识是初步的,或是不完全正确的,但是,我还是愿意说出答案,向大家请教。我发现:日本学者视法律为科学,用对待科学的态度,对待法律。科学是要注意每个细节的。就象工程师一样,对操作的每一个细节都给予关注,每一个操作过程都要严密注意,只有这样操作才能顺利完成。我国的法律学者中的相当一部分人,原来也包括我本人在内,不是这样认识法律的。没有将法律视为科学,而是将法律当成了一种国家管理的“艺术”。在这种看法影响下,我国法律的解释就灵活多了,法律的活动空间也不一样了,法律与相关学科的联系也就更被忽视了。在我国的学者中,有非常好的法理学者,有非常好的法律史学者。但是,在法律研究的技术与细节方面,大家就少了一些。

我看到过,日本的公司法著作,已经出版了十几卷。我国的公司法著作最多写上中下三卷。我并不是说:著作写得越多越好,也不是说书写得越多就是精品。我只是用这个例子来说明,从著作中反应出来的日本学者注意细节的学术精神。可以从他们的法律问题的细节分析中看出他们的学风。就象对待一个大型工程一样,有局部的图纸,也有骨干部分的图纸,再到许多结合部分的图纸,最后还有总体的图纸。从细节发展到全部。工程的每一个操作关节和技术措施都写在图纸上面了。按照图纸,施工的人员就可以实际操作了。这些就是日本学者注意细节的优点。德国有句谚语说“魔鬼存在于细微之处”。我们应该学习这种注意细节的精

神,注意落实到实际操作环节的学风。

北大法律学系的李黎明博士,花了相当大的功夫和时间,将我国的部分青年学者的论文与日本学者的论文编成了这本集子,这是一件非常有学术价值的事情。我们阅读这本集子,从中可以看出中日两国学者学风和研究方法的区别。我们可以从比较阅读之中,学习到他们的长处。

感谢李黎明博士的工作与贡献,感谢参与这本集子的中日两国作者们的贡献。最后我还要特别感谢日本丸红公司的企业家们,感谢他们对本书出版的大力帮助。

以上的话是我对这本书的一些感想,作为序言。

吴志攀

北大中关村

1998年6月18日

目 录

(一)

日本的企业治理结构论与公司法的

修改..... 酒卷俊雄 李黎明 译(1)

当前日本保险业的诸问题 石山卓磨 李黎明 译(16)

论中国对外商投资股份有限公司的

认可问题 田中信行 何 平 译(30)

浅论日中两国企业法与公司法的关系

..... 国谷知史 杨素娟 译(46)

中国第一部公司法制定的背景和意义

..... 喜多三佳 杨素娟 译(63)

试比较中日两国的侵犯公司财产犯罪 川口和子(91)

(二)

中日企业制度:若干描述及初步分析 陈小洪(122)

试论股份有限公司的发起人..... 李黎明(158)

中日两国一人公司制度比较研究..... 贺日开(171)

借鉴日本现物出资制度,重构我国非

现金出资的法律机制..... 戴庆康(187)

保险企业经营危机的法律对策·····	杜 颖(219)
中日公司法上股东诉讼制度比较研 究·····	赵姗黎(238)
公司合并的反垄断控制·····	崔国斌(260)
中日股份公司董事会形骸化问题之 比较分析·····	王艳华(282)

日本的企业治理结构论 与公司法的修改

酒卷俊雄^{*} 李黎明^{**} 译

目 次

一、序

二、企业治理结构论在各国的出现与发展

1. 美国

2. 英国

3. 德国

4. 各国制度的比较

三、企业治理结构论在日本的出现与发展

四、日本公司法关于企业治理结构的修改方向

1. 自民党议员立法的动向

2. 公司法修改纲要

五、结语

^{*} 日本早稻田大学法学部。

^{**} 北京大学法律学系。

一、序

近十年来,“企业治理结构”(corporate governance)一词,成了日本的流行语。该词最早出现于 70 年代的美国,是指围绕所有与经营分离的公开性大股份公司经营管理机构存在方式的大讨论。随着 80 年代美国敌对性企业兼并(M&A)导致企业商品化、及作为对抗措施的企业私人占有倾向的出现,大讨论也愈加深入。虽然对企业治理结构论的本质有不同的认识,但基本上可解释为公司经营中的指挥与监督体系的问题。据此观点,美国法律协会(the American Law Institute: ALI)于 1992 年公布了《企业治理结构的原理:分析与提案》(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations),这不仅对美国的公司实务与司法审判有指导性意义,对各国关于此问题的讨论都有极大影响。而且还促进了美国退休金基金及投资信托等法人投资者积极参加公司经营等,其影响不谓不大。

日本在 90 年代泡沫经济崩溃及一连串企业丑闻和经济持续低迷的情况下,不得不重新审视企业的经营机构,在关于治理结构的讨论中摸索其存在方式。此即当前自主性企业改革现象出现的要因,也是下一次公司法修改的课题。虽然各国展开治理结构大讨论的背景都是相同的,即不断出现的企业丑闻与对其的社会批判,但各国的具体模式反映了各自经济社会、公司法的基本理念以及公司机关构成上的不同,不尽一致。^①

下面先概观各国的情况,再探讨日本公司法在这方面的修改设想。

二、企业治理结构论在各国的出现与发展

1. 美国

^① 关于各国在这方面的讨论, Hopt & Wymeersch, Comparative Corporate Governance-Essays and Materials, 1997, 有详细的介绍。

前述美国法律协会提出的《企业治理结构论》，经过十多年的讨论，终于于 1992 年 5 月公布了。其全文分为公司的存在方式与作用、大型公开公司董事及高级职员职务与权限、监察委员会等董事委员会、董事及高级职员以及控股股东的公正交易义务、代表诉讼等七大部分，旨在成为公司实务、司法审判以及立法的指针。^② 其中有关公司经营管理机构的部分，是全文的第三部及第四部 A。

众所周知，美国各州有公司立法权，关于董事及董事会的规定内容，各州法上不尽一致，但各州公司法都规定董事会 (board of directors) 有执行公司业务的权限。^③ 这是由于，历史上受特许主义理论 (concession theory) 的影响，认为公司的经营权是由州或州法直接授与董事会的，而非来自股东，董事与股东间的权限是基于合理分配，^④ 董事会是固有的最高的业务执行机关等等。但是，董事会是个会议体，具体的执行行为是由董事会任命的社长 (president)、副社长 (vice-president)、秘书 (secretary)、会计 (treasurer) 等高级职员 (officer) 来完成的。实际上，高级职员是由董事会任命并授权的名符其实的董事会的下属机关，而董事会的机能主要是对高级职员的行为进行监视和监督。这种集经营上的指挥与监督机能于董事会一个机关的经营体制，称为一元制。

前述美国法律协会的提案是设想在这种一元制的法制下，大公开公司引进独立于董事会的外部董事 (outside director) (过半

② 参见证券交易法研究会国际部会编《关于美国法律协会“企业治理结构的原理：分析与提案”的研究》，1994 年，证券经济研究所，67 页以下（龙田节）。

③ 参见酒卷·《业务执行机关的权限》，竹内·龙田编《现代企业法讲座 3 企业经营》（1985 年，有斐阁）267 页以下。

④ Kessler, The Statutory Requirement of a Board of Directors, 27 Univ. of Chicago L. Rev. 696-700 (1960); Manne, Our Two Corporation Systems: Law and Economics, 53 Virginia L. Rev. 261 (1967).

数),由外部董事组成监查委员会(audit committee)作为董事会的下属委员会,以补充董事会的监督机能。同时提案还指出,任免高级职员任命委员会(nominating committee)、报酬决定委员会(compensation committee)的组成,也应有过半数的外部董事参加。现在,纽约证券交易所将必须有两名以上的外部董事,定为公司上市的一个条件,可见其影响之大。在大公司中,半数以上的董事为外部董事的情况已不少见。只是州公司法中增加外部董事规定的还不多,只有密执安州法于1998年修改时,根据美国法律协会的第一提案,增设了独立董事的规定。

本来在美国,一般所谓的外部董事是指不兼任高级职员的高级董事,兼任的就是内部董事(inside director)。这里的外部董事又分为除参加董事会外与公司无重要接触的非关系者(unaffiliated director)和虽不是高级职员但却与投资银行、法律事务所、交易客户或其他一些公司有着某些业务关系的有关系者(affiliated director)。所以对这样的外部董事或前述的监查委员会的机能,很难作统一评价。实际上,外部董事多由其他公司的现任高级职员或本公司的退任高级职员出任,即大多数是前述的关系董事。他们能对公司经营提出内行意见,但另一方面也暴露选任本身的一些问题,如由外部董事组成的特别诉讼委员会(special litigation committee)的判断,就很容易误导董事会驳回股东追究经营者责任的代表诉讼的请求。

总而言之,从法制上将经营权集中于董事会来看,美国的经营体制是一元制。而现实中,董事会又采用委员会制度,除不能委任的权限外,将通常的业务执行中的指挥和控制权,分别赋与由内部董事组成的执行委员会(executive committee)和财务委员会,而由外部董事构成的监察委员会起着监视、监督其他委员会的决定及高级职员的业务执行的牵制作用。这种事实倾向显示出正朝着德国法上的二层制转换,美国董事会机能的这种变化是值得注

意的。^⑤

那么,为什么美国又将企业的治理结构作为问题进行讨论呢。首先,这取决于美国法上股份公司的机关构成。如前所述,美国法上确立了董事会经营权的固有性,股东大会的权限就相对狭小。就连基于经营业绩而决定利益分配的权限也属于董事会,这样股东大会的决议事项就剩改选董事这一项了。记载公司经营根本规则的附属章程(by-Laws)的变更权亦属于董事会。从这个意义上说,股东一旦选出了董事,就等于委托董事来全权经营公司,股东要想参加公司经营,只有依据所谓的经营参加权、监督权等个别权利。这也是主张加强股东权的原因所在。但是从以往的实态来看,象累积投票权、股东提案权等个别股东权的行使都很难收到实效,所以股东的注意力都转向了追究经营者责任的股东代表诉讼了。正因为如此,有必要从制度上保证董事及高级职员业务执行的公正性。这也正是美国法律协会提案中所强调的内容。

其次,是由于退休金基金、投资信托等一些法人投资者的出现。现在有些大企业的总股份的百分之六十到七十,是被法人投资者作为股东而持有。他们的要求很明确,就是企业利益的不断增加。根据1974年的ERISA法(Employee's Retirement Income Security Act),美国的退休金管理者负有最大限度提高增值利益的义务。因此,法人投资者以长期持股为前提,通过与所投资企业经营者对话的方式来促使企业不断取得新的成绩。作为股东利益的代表者,他们对外部董事的监视作用寄予极大的期望。曾经也亲自派遣外部董事,从投资者的立场行使表决权来参与公司的经营,但现在美国的退休金基金等法人投资者的行动方针是,为避免承担经营责任,不亲自派遣外部董事。但至少可以认为,法人投资

^⑤ 参照酒卷·《业务执行机关的权限》,竹内·龙田编《现代企业法讲座3 企业经营》(1985年,有斐阁)270页。

者是希望通过外部董事制度,改善公司的经营。

2. 英国

英国 1992 年发表了题为《企业治理结构中的企业财务》(Cadbury Report: the Financial Aspects of Corporate Governance)的报告(Cadbury 报告书),对大公开公司的经营管理机构的存在方式及实务作了细致的研究。

此报告书认为,企业治理结构论的本质问题,是公司经营中的指挥与监督体系的问题。^⑥英国展开这方面的讨论是出于两个目的:一是针对 80 年代不断出现的企业丑闻而加强监督机构。二是按照欧盟关于统一欧盟各国股份公司经营管理机构第 5 号令的要求调整现行法。前者与日本 1993 年的公司法修改及下次修改的背景、目的相同,后者是有关股份公司机关构造问题,分别反映的是本质论与政策论。

在英国,历来就与美国不同的是,公司经营上的所有权利都集中在股东手里,股东大会是最高的、万能机关。但是实际上,根据公司法标准附属章程的规定,公司经营权赋与全体董事(the directors),董事组成董事会来进行决议,同时从董事中选出业务执行董事(managing director),将实际的经营委托业务执行董事,即董事兼有高级职员地位。因为采取的也是这种董事会负责经营上的指挥与监督的一元制经营体制,所以与提出采用德国法上的二元制的欧盟第 5 号令的关系就成了问题。

报告书认为,英国的企业治理结构的基础体系是健全的,将按现行一元制的立场来调整与第 5 号令的关系。即董事会依然是指挥与监督机关,但为了确保监督机能的有效性,可将董事会的监督机能委托由外部非业务执行董事(non-managing or non-executive director)组成的监察委员会(audit committee)来行使。该监察委

^⑥ Cadbury Report, para. 2. 5.

员会的成员过半数以上为独立于公司的董事(independent director),还有外请的会计监察人(auditor),两者相互配合以期达到有效监督的目的。这种体制可以说基本上是模仿美国的。1993年6月以后,又对所有上市公司规定了一项义务,即要连续报告董事会专属事项的决议情况、监察委员会的设置状况及内部治理机构的有效性,还要制订保障公司治理机构有效性的标准实务规则(Code of Best Practice)并加以遵守,不能遵守时要说明理由等。此报告书中的某些事项还要经会计监察人审核。以上制度的特色,一是作为经济界自律规则来实施,二是会计师的监察范围从会计监察扩大到业务监察。^⑦作为实务规范,比美国法律协会的提案更直接更有力,美国最大的退休金基金的加利福尼亚州公务员退休金基金,也曾表示支持英国的此项改革。

为进一步讨论上述 Cadbury 报告书的落实情况,1995年11月成立了 Hampel 委员会,于1998年1月28日发表了最终报告书。其内容基本上是维持了 Cadbury 报告书的构想,同时又指出企业治理结构应由各企业自己来最终决定等较为缓和的意见。此最终报告书被认为是在后退,受到了一些批评。^⑧

3. 德国

德国法采取的是由股东大会选出监事(会)(Aufsichtsrat),再由监事会选出董事(会)(Vorstand)的二元制。监事会曾是由大股东会发展来的,所以它不但有选任解任董事及业务监督权,还有批准公司重要业务的权利(德国股份法111条),是董事会的上级机关。即德国法上的经营管理机关是二元制加二层制。这种监事制

^⑦ 本间美奈子:《英国公司法上的会计监察人——现行法上的机能与新发展》,山形大学法政论丛11号,35页以下。

^⑧ 關孝哉:《英国企业治理结构论的国际性与 Hampel 中期报告书》,商事法务1471号,23页以下。

度的形成主要有两大要因。一是不断地完善监事制度,二是对职工参加监事会这种意思决定机制的改革。

欧盟第5号令的原始方案(1972年)要求各加盟国采用二元制,由于遭到英国等实行一元制国家的反对,1983年提出了允许选择集业务执行与监督两种机能于董事会一身的一元制的变更方案。但要求董事会成员中要有相当比例的专司监督的非业务执行董事。而且无论选择一元制还是二元制,职工在一千人以上的公司,须有一定形式的、职工参加公司经营的制度。但是目前这个第5号令还没有被通过。

关于公司的经营管理机构的存在方式,特别是从监督机能来看,恐怕将监督机关与执行机关明确分离的德国法上的监事会方式最为有效。但事实上,由于存在大型公开公司还仅为少数、缺乏有效的权限、所得到的公司情报有限、开会次数过少等实际情况,对其实效性还是不无疑问的。^⑨德国自80年代以来,大型企业的破产等也是接连不断的,暴露了这方面的一些问题,所以德国股份法、商法等也作了修改,1997年公布了其修改草案。其中最引人注目的是强化监事会和决算监察人的机能,设置内部监察体系等。

4. 各国制度的比较

概观以上各国的改革情况不难看出,美国和英国虽然都采用的是由董事会一个机关担任业务执行和监督两种机能的一元制,但在董事会内部,执行(指挥)与监督有分离倾向,并提高外部董事的独立性。这在实质上已接近二元制。只是美国的监察委员会的监督是对下属机关的高级职员,从机构设置上考虑有监督的实效性。而英国的监督仅限于董事会内部的牵制,被监督者也是董事,这种自我监督的矛盾能否在最近的改革中克服掉乃是世人所关心

^⑨ 加美和照:《诸外国董事会制度的现状与课题(下)》,商事法务806号,16页。

的。英国法上的经营管理机构的设置,与日本法相类似,所以有着共同的问题与课题。

对此,英国及德国在最近的改革中,有两个共同的倾向,即一是加强董事会或监事会的机关机能,二是期待外部监事的作用。

三、企业治理结构论在日本的出现与发展

在日本 1994 年私法学会商法部会的研究会上,提出了《大公司的作用及其经营管理机构》的论题。会上围绕着大公司(1)为谁的利益而存在、(2)应如何运作等有关经营管理机构的存在方式展开了讨论。其他国家,如前所述主要是以英美法系各国(美国、英国、加拿大等)为中心也展开了诸多的讨论和研究。这是由于英美法系的机关构成上缺少监事制度的关系。日本的股份公司,其董事会集业务执行与监督机能于一身,是一元制。但同时又设有专门从事监视、监督工作的监事(会),从这点上说又是二元制(不是二层制),也可以说是复杂的重复构造。

前述(1)公司为谁而存在,是提起了公司的本质论及实体论的问题;(2)应如何运作,是以(1)为前提来研究方法论。日本战前、战后这一段,曾是以股份公司本质论为中心展开大讨论的时期(股份公司社团法人说、社员权说及社员权否认说、股份新债权说、股份纯债权说、股份公司财团论、第 3 种法人说等)。这些都是关于问题(1)所展开的大讨论,而未涉及以(1)为前提的(2)的论题。美国近来展开的关于治理结构的讨论,正是将股东作为所有者或最重要利害关系人并以此为基础来展开的方法论领域的大讨论,问题意识极为明确。另一方面,欧盟统一公司法的第 5 号令,也是旨在以德国法上的公司机关构造为基础,来调整解决各加盟国存在的(1)及(2)的问题。

讨论股份公司的本质,就要涉及股东及职工的地位问题,至今