

跨国公司捐赠的法律规制探研 ——以汶川地震跨国捐赠为视角

苏如飞

(北京大学 法学院,北京 100871)

摘 要:汶川震灾发生后,不同的企业做出了不同的社会责任的危机响应,跨国公司的企业社会责任实践也受到普遍关注。跨国公司捐赠的法律规制可以分为两个方面的问题:跨国公司不捐赠关系着我国公司法规定的公司社会责任约束力问题;以及跨国公司捐赠后涉及公司法规定的董事和高管的忠实义务、注意义务问题。

关键词:企业社会责任;跨国公司;捐赠;注意义务;忠实义务;汶川地震

On Legal Regulation of Transnational Corporations' Donations

——Seen from Transnational Donations for Sichuan Earthquake

SU Ru-fei

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: After Wenchuan earthquake, different social responses to the crisis were made by different enterprises and the practice of social responsibility of transnational corporations triggers great public concern. The legal regulation of transnational corporations' donations can be divided into two aspects. Firstly, if transnational corporations do not donate, it involves with the effect of social responsibility in China's corporations Law. Secondly, if these companies have donated, it will relate to the duty of loyalty and duty of care questions of company directors and executives in China's corporations Law.

Key words: social responsibility of enterprises; transnational corporations; donation; duty of care; duty of loyalty; Sichuan earthquake

2008 年 5 月 12 日汶川发生的 8.0 级大地震,是我国的一次重大灾难。面对灾难,人们以各种方式对灾区人民表示支援,社会各界纷纷进行了钱物的捐赠。由于一些跨国公司捐款力度达不到民众的期望,一个所谓的“国际铁公鸡排行榜”在网络上便流传起来,该榜将三星、可口可乐、肯德基、麦当劳、诺基亚、LV、大金、宝洁、摩托罗拉等跨国公司列入其中,引起了网民们对这些跨国公司的厌恶,形成了对这类公司“逼捐”的舆论。^[1]如何对跨国公司捐赠进行法律规制和保护相关方面的利益是一个值得关注的问题。笔者以汶川大地震为例,对跨国公司捐赠涉及到的一些重要法律问题进行分析和探讨。

一 论争中的跨国公司捐赠

汶川地震之后,有关跨国公司捐赠问题引发的争论很多。通常认为,公司捐赠是公司履行社会责任的重要表现形式。因为无论公司的动机怎样,社会福利在公司捐赠的过程

中得到了促进。跨国公司是基于某国母公司为核心及在多国经营的经济实体而组成的企业集团,在捐赠这一社会责任层面与一般公司没有区别。“逼捐”现象的出现,引起了人们对捐赠与跨国公司社会责任关系的讨论。

(一) 捐赠与公司社会责任

无论学说或立法对公司的经营目的如何争论,营利作为公司的目的是不可质疑的。捐赠是公司无偿赠与财产的行为,从短期来看,是与公司营利目的相违背的。因而,在公司捐赠时,就涉及到与公司营利目的是否相符的问题。目前,公司社会责任理论的出现,为此提供了一个答案。国外不少立法已经在一定程度上对捐赠与公司社会责任之间的关系进行了明确。美国标准公司法规定:公司具有为公司利益或为慈善、科学和教育目的以及在和法律不抵触的情况下,做出促进公司业务和事务发展的捐赠的权利。除亚利桑那州

收稿日期:2009-05-02

作者简介:苏如飞(1984-),男,广西合浦人,北京大学法学院硕士研究生,主要从事国际经济法和私法、金融法研究。

和爱德华州以外,美国其他所有州的成文法均规定公司有权为慈善、教育目的捐赠。^[2]

英国在该国2006年修订并在2008年实施的《公司法》第172条第1款规定:“公司董事必须以一种其善意地相信为了其全体成员利益而促进公司成功的方式行事,并且在如此行事时,已经考虑了:(1)任何决策从长远来看可能的后果。(2)公司雇员的利益。(3)培植与供应商、顾客及其他方的商业关系的必要性。(4)公司的运作对社区及环境的影响。(5)通过高标准的商业行为来维持声誉的愿望。(6)在公司成员之间公平行事的必要。”该条第2款规定,“当公司的目的条款包含,或者在一定程度上包含了追求其成员之外的利益的条款时,第1款即应当在以下意义上产生效力:为了公司全体成员利益而促进公司成功,也就是等同于实现第1款所列的目的。”

英国《公司法》规定,高管在以一种其善意地相信为了其全体成员利益而促进公司成功的方式行事时,考虑到了雇员、供应商、顾客、社会及环境利益就可以做出决策。紧接着又规定,如果公司章程的目的条款,包含了追求公司成员之外的利益,则公司高管对公司成员之外的利益追求,也被认为是追寻公司成功的一部分。从英国公司法的条文规定来看,公司承担社会责任,主要是公司自己选择的结果。具体在捐赠上可以说该国公司法涵盖了公司可以进行捐赠的权利。因为,高管可以凭借“任何决策从长远来看可能的后果”与“通过高标准的商业行为来维持声誉的愿望”的规定来为公司捐赠寻找合法性辩护。

总的来说,国外立法对公司社会责任在公司捐赠这一表现形式之上,只能算得上是一种劝导性的规定。具体表现为制度上的激励而没有强制力的约束。主要是国外立法将对公司社会责任作为各类公司都应承担的一种责任在法律上是模糊的。

(二)我国法律环境下公司捐赠与公司社会责任

我国在2005年修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第5条第1款规定:“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。”首次以法律形式明确规定了公司“必须……承担社会责任”。从《公司法》第5条的条文字面意思来看,公司社会责任在我国是以法律的形式正式存在的,这是公司的一种法定责任。故有学者把《公司法》第5条第1款的规定称为“我国立法者对世界公司法的一大贡献”。^[3]

但是法律并没有对《公司法》第5条第1款规定的“社会责任”一词的内涵和外延进行界定。由此引发了激烈的争论。对社会责任的外延,我国学者一般采用外国学者卡罗尔1991年提出的公司社会责任金字塔说。^[4]该说认为在企业社会责任中处于最基础层面的是经济责任(economic responsibility),没有经济责任,其他的责任无从考虑;位于第二层的是企业的法律责任(legal responsibility),社会不仅按照利益驱动来约束企业,而且同时也期望企业遵纪守法;位于第三

层的是企业的道德责任(ethical responsibility),包括道德标准、规范,反映消费者、员工、股东和社区关心公平公正的期望,以及对利益相关者道德权利的尊重和保护等;位于最高层次的是慈善责任(philanthropic responsibility),即成为优秀企业公民的期望,包括开展行动或者项目来促进人类福利的发展。因此,公司社会责任包括法律层面也包括道德层面的责任。公司捐赠是道德层面的责任,不受社会约束。

这种说法也是比较权威的说法,公司社会责任最早也体现于公司的捐赠行为。^[5]不过卡罗尔是在西方的社会和法律环境下提出的,如上所述,只能算得上是一种劝导性的规定。具体表现为制度上的激励而没有强制力的约束。如果采用卡罗尔的说法,就面临着在我国法律语境下,当跨国公司不捐赠时,也就是不履行社会责任,是否可以依据《公司法》第5条第1款规定对道德层面的公司责任进行强制的问题。这里面包含着我国公司法中的公司社会责任是否包括慈善责任的问题。

笔者认为,在我国的公司无论是国内还是跨国的,都是我国的公司公民,都在我国的社会经济增长中获益,需要承担一定程度的保护环境、促进社会公平与福利、保护劳动者权益的社会责任。正如有学者指出的那样,“从理论上讲,公司捐赠源于公司的社会责任,后来伴随着公司公民理念的提出,将公司捐赠这一社会责任从一种自愿的行为发展为对社会的义务。”^[6]因此,各类公司进行一定数额的赈灾捐赠,属于承担合理范畴的公司社会责任。应该说,慈善责任只是一种道德义务,国外立法对公司社会责任在公司捐赠这一表现形式之上,进行一种劝导性的规定比较妥当,不过既然我国《公司法》第5条第1款已经实现了道德的法律化,就引出了道德层面的公司社会责任的实施问题,从而为跨国公司的捐赠问题提供了一种法律的约束机制。

(三)我国对跨国公司不捐赠的法律约束

由于存在母公司与子公司的区别,而跨国公司以母公司为核心,这样母公司采用的治理结构和模式也必然影响整个集团。在我国的跨国公司其子公司是受我国公司法约束的。

对我国《公司法》第5条第1款规定的社会责任的实施,有学者认为:“《公司法》中派生诉讼制度和临时提案制度也许可以在强制公司承担社会责任中起一定的作用。”^[4]对临时提案制度的作用,笔者认为起不了强制公司承担社会责任作用。临时提案制度针对的是股东大会的职权范围,而且这种临时提案没有能够预先通知公告,最主要的是这毕竟是一种临时提案,对公司履行社会责任的约束力太弱。而对派生诉讼制度在强制公司承担社会责任中能够起一定的作用,笔者则是持赞成态度的。

派生诉讼制度指的是《公司法》152条的相关规定。《公司法》152条规定:“董事、高级管理人员有本法第150条规定的情形的,有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东,可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼;监事有本法第150条规定的情形的,前述

股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的,前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。”

由于做出履行公司社会责任决策的一般是董事、高级管理人员,这样当董事、高级管理人员不履行《公司法》第 5 条要求的道德层面的社会责任时,造成公司损失,也就是有《公司法》第 150 条规定的情形即“执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失”,依据《公司法》152 条,股东可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼,并在监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事收到请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的,为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

公司不履行或消极履行公司社会责任给公司带来的损失是惊人的,在四川地震捐赠的浪潮中,某些公司由于消极履行公司社会责任,就带来公司品牌大幅下跌的恶果。例如在汶川地震后,由于消极履行公司社会责任,“铁公鸡”之一的跨国公司肯德基在四川地区的许多分店被围攻开不了业,没被评为“铁公鸡”的雀巢也受到牵连,它在地震第二天运往四川的 1 万箱食品被网民骂成“我们不稀罕的鸟粪”。^[7]

股东派生诉讼制度,在公司不履行或消极履行公司社会责任,造成严重损失,而监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事又不作为时,起到保护相关股东的利益的作用,从而对公司不捐赠形成法律约束。具体在跨国公司不捐赠,造成严重损失时,符合我国《公司法》152 条规定的股东是可以适用法律,运用我国《公司法》的股东派生诉讼制度,对跨国公司的行为进行一定约束的。

二 法律保护下的跨国公司捐赠

跨国公司捐赠涉及到公司财产权的转移,而在公司捐赠中,社会福利的增进与公司利益并没有体现出直接的相关性,股东的利益在短期内也就无法体现,所以在通过公司捐赠实现公司社会责任同时,必须注意对公司捐赠中的利益平衡,防止出现道德风险,因为公司的经济责任是其他责任的前提。

由于做出捐赠决策的是跨国公司的董事和高管,当他们不履行或消极履行责任时,由上文可以知道,当造成跨国公司的严重损失时,是可以引发股东派生诉讼的。但是跨国公司的董事和高管做出决策,履行公司社会责任时超出了自己的职权,从而损害了其他股东的利益,这也是法律不允许的。可以说,就捐赠这一层面的跨国公司社会责任,是出于一定的范围限制的。

对我国的跨国公司,法律对董事和高管做出决策的要求体现于我国《公司法》第 148 条。该条规定:“董事、监

事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务。这里体现为董事和高管的忠实义务及勤勉义务。

(一) 忠实义务

忠实义务是指董事及其他高管在经营公司的过程中,不能够利用公司来谋求个人利益。在跨国公司捐赠中的忠实义务主要是指公司捐赠中不能有董事个人利益的体现,董事不得通过公司捐赠为自身谋利(既应包括有形利益也应包括无形利益),不能够违反公司章程的规定。

这要求跨国公司捐赠中的目的和对象都应具有合理性,而在捐赠的目的和对象中不应有决策董事或高管个人利益的存在。^[8]这主要是防止决策董事或高管个人通过履行道德义务损害公司股东利益。虽然赈灾捐赠无可厚非,但决策董事或高管个人不可慷他人之慨。就跨国公司捐赠中的目的而言,应该为促进社会福利,而非提高决策董事或高管个人声誉。就跨国公司捐赠中的对象,应该是不存在直接的利害关系而言的。虽然是赈灾等类型的公益捐赠,为了防范道德风险的出现,有直接利害关系的决策董事或高管不宜参与决策。否则决策董事或高管有违背忠实义务之嫌疑。

在决策董事或高管违反公司章程规定而进行的捐赠行为属于董事或高管的越权行为的情况下,由上述的《合同法》第 186 条“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与,具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同,不适用前款规定。”可以知道,捐赠行为是不可以撤销的,毕竟公司是得到了社会的正面评价,获得了利益。虽然在这种情况下公司的捐赠行为超出了公司目的范围的限制,但这涉及到董事的义务的违反及其责任的问题,不能够影响捐赠效力。^[9]如果违背公司章程的该行为给公司造成了损害,做出该行为的董事就应该承担相应的赔偿责任。

(二) 勤勉义务

勤勉义务又称为注意义务,通常是指要求董事及其他高管在经营公司的过程中,具有社会通常注意能力的人在相同的地位和情况下所应达到的谨慎程度,故合理的、谨慎的人的行为标准即是董事能够而且应该达到的标准。

对于董事是否违反注意义务,我国公司法没有具体规定。英美法中主要根据商业判断规则(business judgment rules)来进行。该原则包括下列内容:“如果董事在进行某种决策时,是基于合理的信息而合理行为,则即使此种决议就公司来看是十分有害的,甚至是灾难性的,董事也不对公司承担法律责任;董事在上述情况下做出的决议是有效的,对公司有约束力,公司股东不得予以禁止、要求撤销或提起无效之诉。商业判断规则为知情的商业决策提供特殊的保护,使其诸如对董事职责的持续疏忽而做出的决策相区别。”^[10]

笔者认为,在判断董事进行捐赠时,是否违反注意义务,可以借鉴英美法中的商业判断规则。具体来说,跨国公司董事和高管只要在捐赠决策中能够满足如下要件就应该断定该捐赠具有合理性,得以在捐赠决策失误时免于被追究董事

注意义务责任:

1、决策董事或者高管相信其掌握的有关信息在当时情形下是妥当的。这里指的是在进行捐赠时,决策董事或高管依据社会的一般预期,依据公司能够掌握的信息,合理地进行了决策。

2、公司的长远利益已经给予合理考虑。由于跨国公司有强烈的涉外因素,故跨国公司捐赠目的一般是为了在东道国更好地发展,在东道国树立良好形象。跨国公司的长远利益应该是重要考虑因素。对董事在决策中是否尽到此种义务“应采用一种主观的衡量方法,即只要具有相同知识和相同谨慎的人在相同条件下,也认为这一捐赠行为对公司利益从长期看是有利的,对公司远期利益的增进持合理预期,就可满足董事注意义务的要求。”^[8]

3、社会福利在此次捐赠中得到相应地增进。捐赠的目的就是树立良好公司形象,社会福利在此次捐赠中得以相应增进,是一个重要的因素。这里判断的标准,应采用一种客观的衡量方法,即以社会一般舆论的反映为判断标准。

4、捐赠数额具有合理性。这是最核心也是争议最大的地方。何谓合理,见仁见智。例如在汶川地震的捐赠中,很多跨国公司都进行捐赠,数额也较大,达百万元之巨,而在网民们看来,跨国“铁公鸡”捐款数额不足一定的预期值,谈不上合理,出现了对跨国公司消极履行社会责任的指责。

对合理度的把握,关系公司股东利益的维护与公司的发展,毕竟在类似发生汶川地震情况下的公司捐赠,把握不好就会出现公司品牌声誉大幅下跌,公司市场丢失的恶果。台湾学者刘连煜认为,“所谓合理数额,其实为一不确定之法律概念,论者在决定合理的捐赠数额时,应考量公司的财务状况,以及与公司利益具一定的合理联系。”^[11]具体在跨国公司的捐赠,应以其子公司在东道国的业务,经营规模,东道国的社会民众的一般预期来进行相关决策。毕竟跨国公司只有其子公司在东道国进行营业,可以说,其子公司在东道国履行社会责任才是一种法律义务。

跨国公司的捐赠是公司履行社会责任的重要体现,这里面涉及到股东利益、公司利益与社会公共利益的平衡问题。

面对灾难,我们不能仅仅对不履行或消极履行社会责任的跨国公司表示愤怒,而应该运用法律的手段引导跨国公司履行社会责任,同时注意平衡和维护跨国公司相关利益主体的利益。

参考文献:

- [1] 王小乔,潘晓凌.追捧打杀震后“捐款门”始末[N].南方周末,2008-06-02
- [2] 金彭年,王学峰.社会责任与公司捐赠[J].唐都学刊,2005(3).
- [3] 刘俊海.新公司法的制度创新:立法争点与解释难点[M].北京:法律出版社,2006:553.
- [4] 楼建波.中国公司法第五条第一款的文义解释及实施路径——兼论道德层面的企业社会责任的意义[J].中外法学,2008(1).
- [5] 盛斌,胡博.跨国公司社会责任:从理论到实践[J].南开学报:哲学社会科学版,2008(4).
- [6] 赵学清,肖宇.跨国公司捐赠的法律问题思考[J].理论探索,2009(1).
- [7] 跨国公司不满“国际铁公鸡排行”求救商务部[N].南方周末,2008-05-29.
- [8] 孙鹏程,沈华勤.论公司捐赠中的社会责任——以现行法为基础的制度设计[J].法学,2003(4).
- [9] 姜一春,管洪彦.公司捐赠行为的效力分析——兼谈公司捐赠的立法完善[J].烟台大学学报:哲学社会科学版,2005(4).
- [10] 楼建波,等,译.公司治理原则:分析与建议(上)[M].北京:法律出版社,2006:155-156.
- [11] 刘连煜.公司治理与公司社会责任[M].北京:中国政法大学出版社,2001:86.

责任编辑:徐蓓