

商业公司应对社会突发公共事件 法律机制的演进及创新*

薛前强**

摘要:社会突发公共事件破坏公司经营秩序,带来法律风险与商业风险。为此,美国率先创设紧急章程细则和董事会紧急权力规则以确保核战争、冷战冲突下公司运营正常化。世纪之交,商业应急管理指南提供更详尽的指引,“9·11”事件则倒逼其走入企业合规体系。晚近,为应对“新冠”肺炎疫情,需革新公司法、公司治理的应对思路,重点处理好机制的时代创新与适用成本、措施的短暂性与长期性、实施效果的有限偏离与成比例性及公司自治与法律强制4对关系。

关键词:紧急章程细则 社会突发公共事件
商业和工业应急管理指南 公司法 公司治理

* 本文为中央民族大学校级青年教师科研能力提升计划项目“少数民族企业应对社会突发紧急公共事件法律机制研究”(项目编号:2021QNPY60)及国家社会科学基金2016年度课题一般项目“公司资本制度改革实效评估与再改革研究”(项目编号:16BFX113)的阶段性成果。

** 法学博士,中央民族大学法学院讲师。

一、问题的提出

在具象化的现实社会中,以武力战争、传染病流行、自然灾害暴发等为代表的社会突发公共事件(危机)带来的消极影响显而易见——破坏社会秩序,造成人员伤亡,经济损失惨重。但社会突发公共事件在抽象化公司治理领域产生的副作用同样不容忽视,应得到公司监管者、运营者及立法者的高度重视。最常见的,是那些情况紧急且严重破坏社会运转的公共事件会使董事、高管、核心雇员等公司决策者、运营者的生命安全健康、行为自由及履职能力处于不确定状态——例如,据报道,仅在2020年新型冠状病毒肺炎(COVID-19)疫情的全球性大流行中,就有多家知名公司董事、首席执行官及核心员工因感染该病毒去世,或被迫隔离治疗,或休病假,公司不得不仓促确认岗位继任者。^[1]

除前述事实层面的不良影响外,社会突发公共事件更是在法律层面给公司、董事、高管、雇员等从业者带来了一系列诉讼难题和问责风险,包括但不限于:(1)公司员工及其他成员健康受损而引发工伤认定争议;(2)公司业务因突发事件而被迫中断,无力偿还债务或以其他方式履行约定义务、提供服务而遭致债权人、利益相关者索赔;(3)股东针对董事、高管未采取充足事先预防措施,未实施及时有效的事后应对计划、反应而引发潜在派生诉讼;(4)公众投资者因上市公司未披露由突发紧急公共事件产生的经营风险及与之相关的应对措施等重大信息而引发证券欺诈诉讼;等等。

这其中最为严重的,当属破坏董事会、股东会的正常决策流程和工作弹性,如导致公司董事会、股东(大)会无法作出有效决议。公司法规则中,一项合规的董事会或股东会决议需经过召集和主持程序,出席会议董事、股东需在会议记录上签名,股东(大)会和董事会会议召开

[1] 例如,《当当网员工感染新冠肺炎细节公布 82名密切接触者集中隔离观察》,载《北京青年报》2020年2月23日版。

前一段时间还应分别提前通知全体股东、全体董事和监事。^[2]此外,决议有效的前提除表决内容的合法性外,还需满足一定的法定人数,如股份公司董事会需经全体董事过半数同意,股东大会的一般决议需经出席会议的股东所持表决权过半数同意。但当公司外部社会环境已处于紧急状态,董事或股东被锁定在某个无法进行通讯连接的地方或丧失工作(决策)能力时,以上两种会议就面临可能难以满足通知程序和法定人数要求的风险。

“新冠”肺炎病毒的流行更是迫使董事会和高管团队需有意识地制定预案,以处理社会突发公共事件情形下关键领导者或决策者无法履职时业务将如何继续运作,确保公司关键职位的正常交接,并允许管理者采取一套“紧急公司法”“紧急公司治理”规则来消除上述社会突发事件对公司带来的消极影响,保障在社会紧急情况下公司治理的有效性与稳定性。因而,历史经验和现实例证皆表明,公司、董事和高级管理人员在应对当今急剧变化的世界性和地方性社会突发公共事件中面临多重领域的诸多难题。但在这个危机频发的年代,很多企业并没有做好准备,甚至从未讨论过公司面对重大社会危机时的行动计划。^[3]

值得注意的是,美国早在20世纪50年代就针对性地以冷战中的核武器为潜在威胁,率先在公司法中做了相应规则配置,以保证社会危机场景下公司运营的正常化。21世纪初,震惊美国的“9·11”事件则倒逼立法者及商业精英将企业应急准备、管理计划纳入企业合规体系。现今,“新冠”肺炎病毒在美国的流行更是将公司如何降低灾难性紧急事件对公司秩序的不良影响再次提上议程,引发美国公司法、公司治理新一轮的系统性变革。

[2] 我国《公司法》第41条规定:“召开股东会会议,应当于会议召开十五日前通知全体股东;但是,公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。股东会应当对所议事项的决定作成会议记录,出席会议的股东应当在会议记录上签名。”《公司法》第110条规定:“董事会每年度至少召开两次会议,每次会议应当于会议召开十日前通知全体董事和监事。代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事或者监事会,可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后十日内,召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议,可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。”

[3] 仲继银:《紧急状态下董事会如何作为?》,载《董事会》2018年第9期。

如果做一个并不恰当的借用,美国思想家托马斯·潘恩曾警告说,许多已经出现或是即将出现的情况并非局限于北美地区,而是具有世界共通性。^[4]那么,不容否认的是,在经济全球化的影响下,任何美国社会突发公共事件在公司法、公司治理领域所反映的现象、问题,也终将是世界范围内公司法、公司治理领域具有共通性的现象与问题。相应地,美国公司法、公司治理就此所实现的针对性变革、应对措施及发展趋势也是具有高度分享意义与可借鉴性的经验、对策与智识。

为此,本文将从冷战、“9·11”事件和“新冠”肺炎病毒这三个美国现代典型的社会突发公共事件出发,考察其引发美国公司法规则体系和公司治理实践体系双重变革的具体纹路与经验叙事,最终旨在促使商事企业无论是在此次“新冠”肺炎疫情抑或未来其他可能的社会突发公共事件中做好防御性准备。

二、20世纪中期冷战与公司紧急章程细则、董事会紧急权力规则的制定

(一) 紧急章程细则与董事会紧急权力规则的制度背景、流变及实例

自20世纪后半叶开始,冷战愈演愈烈,美国和苏联开展疯狂的军备竞赛并将重点放在核弹、核潜艇等核武器的持有量上。虽然不断激增的军备力量在某种意义上强化了持有国在铁幕氛围下的安全感,但另一方面也给双方增加了战争爆发的恐慌。正是在这样一个时代背景下,美国公司法学界率先在公司法规则中未雨绸缪式地假设了当核武器、战争袭击在美国爆发后,如何保障公司决策的正常进行。最终于1953年诞生了堪称美国公司法专利的公司紧急章程细则与董事会紧急权力规则这套特殊制度安排,这也成为美国在公司法规则体系中对社会突发公共事件进行回应的首次尝试。

由于该规则在具有代表性的特拉华州《特拉华州一般公司法》(Delaware General Corporation Law, DGCL)第110(a)条和示范性的美国

[4] 参见[美]托马斯·潘恩:《常识》,赵田园译,北京大学出版社2015年版,第4页。

法学会《示范商业公司法》(Modelbusiness Corporation Act, MBCA)第2.07节中被双重确认,故包括纽约州在内的其他重要州基于公司法规则竞争压力,也在各自州公司法中作出类似表述。据统计,美国50个州中有包括得克萨斯州和马萨诸塞州等在内的14个州缺乏此类规定,但这一数量也正逐渐减少。例如,在2013年,加利福尼亚州律师协会公司法委员会商法部为在紧急情况下给加利福尼亚公司提供一定的灵活性,提案并通过了491号议会法案。该法案第255章部分对《加州公司法典》(以下简称《加州法典》)第212节章程细则(bylaw)等进行修正,授权商事公司、非营利性公益组织、非营利性互利组织或非营利宗教组织在可预见及正在发生的紧急状况下,按照紧急章程细则的规定来处理公司日常运营及事务。

紧急公司章程细则立法在商业实践中被众多知名公司采纳。有学者曾对财富100强公司章程进行统计,发现在最近10年中,大型上市公司董事会根据紧急章程细则而制订紧急首席执行官计划已成为一种普遍性做法,有20%左右的公司采用特定紧急章程细则来支持董事会决策的正常运转。^[5]例如,石油巨头埃克森美孚公司章程细则第4(a)条规定,当公司商业运行基于正在发生的对美战争攻击、核袭击及原子能灾难或相关攻击、袭击及灾难的潜在威胁而处于紧急状态时,则适用本部分紧急状态下公司运行规则。同时,基于应对2008年金融危机这一部分原因,量身定做的紧急章程细则在金融服务类公司中也变得相当普遍,如美林证券、美国银行等知名金融企业章程细则中也都存在类似规定。

(二) 紧急章程细则与董事会紧急权力的规则构造

董事会是受股东管辖的最高管理机构,在假定的社会突发公共危机情况下,按照传统方式,召开股东大会几乎是不可行的,故董事会会成为公司应对社会紧急事件的“震中”。统观美国法学会、特拉华州及加利福尼亚州等州的代表性立法,紧急公司章程细则规则的表述多具有

[5] See Holly J. Gregory, John P. Kelsh, Rebecca Grapsas, *Leadership Resiliency in an Emergency* (April 8, 2020), <https://www.sidley.com/en/insights/newsupdates/2020/04/leadership-resiliency-in-an-emergency>, visited June 9, 2020.

一致性与类同性,通常为:在发生法律所确认的紧急情况下,董事会召开方式、决议人数等可以按照事先制定的紧急章程细则执行,同时,董事会享有一定的紧急权力,二者具体构造主要包括五个方面。

1. 适用前提:紧急情况与董事会会议受阻

触发紧急公司章程细则和董事会紧急权力规则的先决条件是发生社会紧急情况且导致很难达到董事会或董事会常务委员会采取行动所需要的法定人数。但美国各州在到底什么状态才构成公司法上的“社会紧急情况”这一问题上有所分野,且明显受制于当时公司的外部社会环境、时代背景。例如,特拉华州的规定为:由于对美国或公司开展业务或惯常召开董事会或股东会议地方的攻击,或在任何核灾难或原子灾难中,或在发生任何灾难或其他类似紧急情况时,致使董事会或法定常委的法定人数不能轻易召集起来采取行动。^[6]《示范商业公司法》则采用更为概括式的表述,在2.07(d)节中将“紧急情况”定义为导致公司董事会无法轻松组成法定人数的灾难性事件。这种概括式表述被俄亥俄州所借鉴,《俄亥俄州重述法典》第1701.01(u)条中将紧急情况定义为:灾难使公司处于紧急情况,且这种紧急情况将持续到因州长或其他依法行使职权并履行州长职务的人宣布而终止。

值得注意的是,紧急情况所指内容也随着公司所处时代背景的不同而发生变化。例如,2013年加利福尼亚州在州法典第207(i)(5)条中将紧急情况详细列举为三种类型:(1)自然灾害。包括但不限于飓风、龙卷风、风暴、高水位线、潮汐波、海啸、地震、火山喷发、滑坡、泥石流、暴风雪、干旱以及无论出于何种原因的各类火灾、洪水或爆炸。(2)战争、袭击及潜在威胁。美国的敌人对国家或该州进行攻击,或根据联邦政府发出的警告表明可能或即将发生敌人袭击。(3)恐怖主义及其他人为灾害。导致灾难级别或大规模的破坏,对基础设施、环境、经济、政府职能及人口产生严重影响,包括但不限于大规模撤离。

由此来看,虽然前文所列举的紧急状态并没有提及类似“新冠”病毒肺炎这类疫情暴发或者类似突出公共卫生事件,但如果该州或国家已被州长或总统宣布进入紧急状态,那么,无论依据何种定义或列举的

[6] 参见《特拉华州一般公司法》第110(a)条。

紧急情形,其也足以构成公司紧急状态,是公司特殊治理手段的触发条件。正如有学者所认为的,由于加利福尼亚州于2020年3月4日被宣布进入紧急状态,这表明,在此次疫情之中,加利福尼亚州的公司治理尤其是董事会的召开、决策等程序自动适用紧急章程细则的规则安排。^[7]

2. 意定规则:紧急章程细则中董事会会议的紧急处理

众所周知,社会紧急事件最先破坏的是公司正常经营秩序,尤其是董事会会议程序。故董事会可以制定紧急公司章程细则,并将规制重点放在董事会会议的紧急处理之上。一般而言,各州法律允许紧急章程细则可以规定在紧急情况下任何现实、必要的内容,包括但不限于:(1)会议召集程序。董事会会议或委员会会议可以由任何高级职员或董事以紧急章程细则规定的方式、在章程细则规定的条件下召集。(2)董事会会议法定人数的确认与变更。参加会议的董事人数或者紧急章程细则中确定的较高的人数构成法定人数。(3)指定额外董事或替代董事。经董事会批准的紧急情况出现之前指定的高级职员或者其他人员,按照人员名单上的先后顺序,在紧急章程细则或者批准该名单的董事会决议规定的条件下,在该细则或者该决议规定的期间(不得超过紧急情况消失后的必要的合理期间),在构成董事会会议法定人数要求的范围内,视为参加该类会议董事。^[8]

可能是后发优势的原因,在特拉华州之后的一些州对于制定紧急章程细则可包含的内容作出更为详尽的列举。例如,《俄亥俄州修订法典》规定,除非被俄亥俄州公司章程或相关法规明文禁止,否则紧急法规可能会针对以下方面作出“切实可行或必要”的安排:(1)会议召开地点和时间、召集,通知和进行董事会议的方式和权限以及法定人数的要求;(2)设立和任命董事执行委员会和其他委员会,并由董事会将权力下放给委员会;(3)董事、高管职位的空缺(包括临时空缺)的创建、存在和填补;(4)在缺少一位或多位董事出席会议的情况下,通过

[7] See Keith Paul Bishop, *When is an Emergency an Emergency for Purposes of Emergency Bylaws?* (March 23, 2020), <https://www.natlawreview.com/article/when-emergency-emergency-purposes-emergency-bylaws>, visited May 2, 2020.

[8] 参见《特拉华州一般公司法》第110(a)条。

任命、选举或其他方式选拔高级管理人员和其他人担任董事会会议的董事；(5)任何高管空缺(包括临时空缺)的产生、存在和填补；(6)高管职责和权限大小的排序和顺延。^[9]

3. 法定规则:董事会的紧急权力

如果想最大化保障公司经营免于外部社会紧急事件的影响,那么,当公司未明授予董事权力采取紧急监管以及未事先定制化设置紧急章程细则时,即在公司对紧急章程细则条款适用并不明确的情况下,以法律的形式赋予董事会一些与其行使职权相关的紧急权力,从而使公司仍有可能“走进”紧急状态下规则的适用范畴则显得尤为重要,这就包括:(1)董事成员的紧急指定。紧急状态出现或者持续时,董事会可以规定(抑或不时修改)人员继承顺序,以防止紧急状态持续期间内,部分或者全部公司高级职员或者代理人由于各种原因无法履行职责(incapacity)。^[10] (2)办公地点的紧急指定。在紧急状态出现或者持续时,董事会可以改变主要办公地,指定数个主要办公地或者区域办公地,也可以授权高级职员改变主要办公地、指定数个主要办公地或者区域办公地。^[11] (3)简化会议通知送达程序。除非紧急章程细则另有规定,在紧急状态持续期间,有关董事会任何会议的通知可以只向当时能够通知到的董事作出,可以只使用当时可行的通知方式(包括出版物或无线电传送)。^[12] (4)董事身份的推定。紧急状态持续期间,在构成董事会会议法定人数要求的范围内,除紧急章程细则另有规定外,在场的公司高级职员按照职位高低(职位相同的按照资历高低),视为参加该会议的董事。^[13]

[9] 参见《俄亥俄州修订法典》第 1701.11(C)部分。

[10] 参见《特拉华州一般公司法》第 110(2)条。

[11] 例如《特拉华州一般公司法》第 110(3)条。又如,《加州法典》第 207(i)(1)条规定:在可能发生或已发生紧急事件的情况下,除非紧急章程细则另有规定,否则请根据第 212(c)条之规定,可采取以下两项或多项行动来进行公司日常业务与事务:(A)修改继任规则以适应因紧急情况而导致的任何董事、高管、雇员、代理人丧失履职能力;(B)更改或授权高管(office)更改总公司办公室地址,指定替代性总公司办公室或区域办公室地址。

[12] 参见《特拉华州一般公司法》第 110(6)条。

[13] 参见《特拉华州一般公司法》第 110(7)条。

值得注意的是,在董事会的法定紧急权力方面,后立法的州所规定的内容更为详细。如当修订现有章程以授权董事会采用紧急规制的权力是不可行的,那么,《俄亥俄州修订法典》第 1701. 11(F) 部分规定了在紧急情况下可适用于公司治理的“特别规则”:(1)董事会议可以由任何高管或董事召集。(2)每次董事会的时间、地点应在当时可行的情况下通过书面或口头、亲自或群发的方式通知董事。(3)如果董事已经被充分召集和通知,那么,出席董事会的现有董事就应当构成法定人数。在一名或多名董事缺席的情况下,出席会议的董事可以任命一名或多名公司高管来出席会议。(4)如果在充分召集和通知的前提下仍没有董事出席董事会议,那么,出席会议的公司高管(按照级别不超过 3 人)视为会议董事,构成会议的法定人数。并且可以任命一名或多名高管参加会议。(5)若公司首席执行官死亡、失踪或者因其他原因暂时或永久不能履行职务,那么,当职位空缺时,由下一级高管承担已故、已失踪或无履职能力的首席执行官的职务和权力,直指董事会另有委任时止。(6)公司秘书和财务主管应被视为同级。在办公室自身内部及办公室与财务部门之间的等级由首次选举的先后顺序决定。当两人任命时间相同时,则以年龄更长的一方为级别更高者。

4. 优先尊重公司自主意识的效力处理、修改及废止方式

对于意定性的紧急章程细则和法定性的董事会紧急权力,法律实际上均规定优先尊重公司自主意识的效力认定、修改及废止方式。

第一,如果公司董事会制定了紧急章程细则,那么,无论是《特拉华州一般公司法》还是《示范商业公司法》,均规定紧急章程细则由股东行为废止或修改。^[14]

第二,如果公司存在已经通过或者可以通过的关于紧急状态下的权力的其他规定,如果与其他章程条款一致,则不因法律所规定的内容而被废除。^[15]

第三,在与通过的紧急章程细则不抵触的范围内,公司章程细则在

[14] 参见《特拉华州一般公司法》第 110(a)条。

[15] 参见《特拉华州一般公司法》第 110(8)条。

紧急状态下仍然有效,紧急状态结束后,紧急章程细则效力终止。^[16]

第四,在处理紧急章程细则与公司章程的关系上,采用的是特殊优于一般的处理方式,即在紧急情况下,任何关于有效管理和开展公司普通商业事务的条款都不视为与公司章程相冲突。^[17]

第五,紧急章程细则的优先适用性还表现在对于董事的责任处理上。例如,法律多设置保留条款(saving clause),规定依照紧急章程细则行事的高级职员、董事或者雇员,除非有故意的不当行为,否则不承担责任。^[18]加利福尼亚州的最新规定更是加入了“根据紧急规章而善意作出的公司行为对公司具有约束力”这一表达,以明确紧急章程细则对公司的效力。

5. 不适用紧急公司章程细则的情形

作为最早立法的特拉华州,其没有规定不能适用紧急章程细则的情形,而一些后立法的州则将这些情形类型化为特殊主体和特殊行为两个方面。就前者而言,俄亥俄州就将国内保险公司排除在外。^[19]就后者而言,《加州法典》第212(c)(2)条列举式的要求董事不得就需要股东投票的事项(除非该事项在紧急情况发生前已产生表决结果)和不属于公司日常商业业务采取任何行动。第一种类型被排除在外的原

[16] 例如,《特拉华州一般公司法》第110(5)条。又如,《加州法典》在第212(c)(3)条中则明确了公司章程一般条款与紧急条款的衔接规则及紧急条款的效力区间,规定:与紧急情况规定相一致的常规章程的所有规定在紧急情况下仍然有效,紧急条款在紧急情况结束后不再有效。

[17] 参见《加州法典》第212(c)(1)条。其明确了董事会事务在紧急情况下的处理规则:在第207条所定义的紧急情况下,任何关于有效管理和开展公司普通商业事务的条款都不视为与公司章程(articles)相冲突。这些条款包括但不限于董事会会议的召集程序、董事会的法定人数要求以及指定其他或替代董事。

[18] 例如,《特拉华州一般公司法》第110(4)条。又如,《示范商业公司法》第2.07(c)节规定:不得根据紧急规章善意采取的公司行动对公司的董事、高级管理人员、雇员或代理商施加责任。再如,《加州法典》第212(c)(4)条免除了董事的行为责任。

[19] 参见《俄亥俄州修订法典》第3901.27条。俄亥俄州对于特殊公司类型的规制还表现在如果该公司是俄亥俄州的非上市公司或联邦证券法中的受控公司(controlled corporation),那么,公司股东可以书面同意的方式在紧急情况发生后以修改章程授予董事采用紧急治理模式的权力。而对这种紧急状态的适用可能是在未获得股东一致书面同意的情况下根据俄亥俄州法律采取的行动之一。对此参见《俄亥俄州修订法典》第1701.11(C)条。

因,一方面是股东表决事项多为公司组织变动、资本变动等非公司日常经营事项,而紧急情况往往只会对公司的正常经营产生影响,因而需重点规制的是保障公司常态化经营的正常运转,即董事会的运行。另一方面则在于如果将其纳入紧急条款之中,那么,董事会无疑存在利用紧急情况侵夺股东权力之可能。第二种事项被排除的原因在一些学者看来可能是“无法解释”^[20]的,怀疑立法机关打算在紧急情况下对公司董事会施加不合理限制。

在字面意思上,这一条将紧急条款调试空间狭隘的局限于对公司正常业务流程而采取的特殊化行动,但笔者认为该情况的言外之意有二:其一,对于依据商业常识、公司法规定或者公司自主划定的重大经营事项,董事会不能采取紧急条款中的“简易表决”而轻率处理。其二,如果公司本身明确设置了与公司法不冲突的紧急情况下特定事项处理规则,则应尊重公司自身意识,公司事先安排优先。

(三)小结

自20世纪中期以来,紧急章程细则和董事会紧急权力规则的出现及流行为社会危机情况下的公司治理提供了一定的灵活性,使董事会即使身处极端外部环境,也可以确保公司经营井然有序地进行。但现实中,董事会总是自信地认为那些社会紧急公共事件与自家公司治理相去甚远,往往是杞人忧天式的立法徒劳。外加公司法中存在董事会法定紧急权力这一漏洞填补式规则,结果是,与知名上市公司相比,小型公司对紧急章程细则的兴趣不大,如只有少数的俄亥俄州上市公司在章程中作出此类授权。

同时,即使公司制定紧急章程细则,内容也不会超越《特拉华州一般公司法》和《示范商业公司法》中的示范性立法,仅象征性地在公司章程细则中进行文字复制,以至于本应定制化的紧急章程细则在各公司间呈现高度的雷同化。而紧急公司章程细则与董事紧急权力规则所靶向的情形也是片面的,仅涉及社会紧急公共事件对公司董事会会议

[20] Keith Paul Bishop, *Does This California Statute Arbitrarily Shackle Corporate Boards in Times of Emergency?*, <https://www.natlawreview.com/article/does-california-statute-arbitrarily-shackle-corporate-boards-times-emergency>, visited May 19, 2020.

等个别部分的不良影响,这也为日后美国公司法/公司治理在此议题上朝向更为细致化的改革埋下伏笔。

三、世纪之交的美国联邦应急管理局、“9·11”事件与公司应急管理计划

如果说发端于20世纪中叶的“紧急公司法”规则在应对公司紧急危机方面传达出一种官方自上而下的政策贯彻态度的话,那么,在20世纪末,美国公司治理与公司法针对社会突发公共事件所做改革则更多体现出一种民间式的主动回应,商事公司、行业协会同立法者通力协作,共同推动相关政策的制定。而21世纪初以“9·11”事件为代表的诸多恐怖袭击所造成的心理恐慌也作为一股无形力量,倒逼公司主动将应急管理计划纳入企业合规体系之中。

(一) 20世纪末《商业和工业紧急管理指南》制定及其特点

1993年10月,美国联邦应急管理局(Federal Emergency Management Agency, FEMA)鉴于每年社会紧急事件给企业、行业带来巨大的生命和金钱损失,为提前限制工伤和损害的发生,并使公司更快地恢复正常运行,故颁布名为《商业和工业紧急管理指南》(Emergency Management Guide for Business and Industry, EMGBI,以下简称指南)的第141号文件,正如指南副标题那样,其旨在为各规模公司的应急管理计划(plan)、响应(response)及恢复(recovery)提供逐步方法。

指南中描述的方法仅是一种供企业参考的建议,不具有强制约束力,具体表现在:第一,制作主体的半官方性质。指南由美国联邦应急管理局制作并得到代表工商业的许多私营公司、行业协会以及社会组织的支持。^[21]第二,对指南的遵守不代表其他义务的免除。公司没有

[21] 美国联邦应急管理局在指南前言部分专门感谢了以下组织参与指南的制定,包括:美国红十字会、美国保险协会、国际建筑所有者和管理者协会、化学品制造商协会、肥料研究所、全国制造商协会、全国房屋建筑商协会、全国商业建筑商理事会、全国应急管理协调委员会、全国应急管理协会、国家工业委员会—国家协会小组、新泽西工商协会、太平洋电话公司、宾夕法尼亚州紧急事务管理局。

义务报告是否遵守了本指南,同时即使公司遵循了指南中的具体建议、原则,这也不意味着其就免于注册地或营业地的联邦、州或地方法规层面的其他紧急合规要求。第三,对特定问题的主动放权。美国联邦应急管理局在指南前言部分专门提到自身的非监管机构属性,并指出就特定的监管问题应由职业安全健康管理局或环境保护局等适当机构解决。第四,较为抽象的实现机制。在前言部分,美国联邦应急管理局以自嘲口吻谈到在阅读指南前,公司不需要对应急管理有深入了解,需要做的仅是赋予管理者制定计划的权限以及要求后者作出承诺,将应急管理纳入企业文化的一部分。而为保障应急管理措施能得到推广,美国联邦应急管理局的策略是建议公司首席执行官避免过分考虑紧急情况的负面影响(如死亡、罚款、刑事起诉等),转而强调制定应急管理准备的积极好处。^[22]

在内容特点方面,其更契合公司的经营现实。例如,指南中对“紧急情况”的定义就与“紧急公司法”颇为不同,其与公司经营密切相关,“紧急情况是指可能导致员工、客户或公众死亡或重伤的任何计划外事件或可能会关闭业务、破坏运营,造成人身或环境破坏或威胁到该机构的财务状况或公众形象”。^[23] 所列举的某些具体紧急事件情形也是贴近工业事故的,如危险品事件、通讯故障、放射性事故、关键供应商或客户的失踪等。在公共事件中所惯常出现的“灾难”一词则被排除指南之外,理由是它构成人们对大型事件(通常是自然灾害)的先入之见。但实际上,任何对公司产生影响的公共事件都必须加以解决,那些对大型企业的细小麻烦可能是小型企业的灭顶灾难。

除内容上更为细致外,指南较先前“紧急公司法”的进步之处还在于——开始流露出将企业应急管理与企业合规规制框架相联结,如强

[22] 例如,美国联邦应急管理局在指南中认为如果公司建立起应急管理机制,那么,可获得的好处有:可帮助公司履行保护员工、社区和环境的道德责任;有助于公司遵守联邦、州和地方机构的法规要求;增强公司从财务损失、监管罚款、市场份额损失、设备或产品损坏或业务中断中的恢复能力;减少了事件发生时承担民事或刑事责任的风险;增强了公司在员工、客户、供应商和社区中的形象和信誉;可能会降低公司的保险费。

[23] 参见《商业和工业应急管理指南》第6页。

调应急管理计划的内容与联邦、州及地方法律的相适应,包括但不限于职业安全与健康法规、环境法规、防火法规、地震安全法规、交通法规、分区规划规定以及公司政策等。同时,明确表示应急管理计划优先级可能会受到政府法规的影响,而为了保持合规性,公司需对特定的紧急管理事项做优先顺位处理,否则,其在给定年份可能被认定为较低优先级的活动。

(二)《商业和工业应急管理指南》的核心内容

指南共计76页,给予公司的建议更为详尽且具有高度指引性,甚至可以说是覆盖到公司应急治理的方方面面,主要包括三部分核心内容。

1. 事先准备:应急管理计划的4个步骤

首先,公司应根据自身情况、法规要求以及可承受能力组建应急处理团队/组织。采用群体应对的好处是鼓励多元主体参与其中,并增加参与者可付出的时间和精力,提高应急管理计划的可预见性和内容深度,为问题的解决提供广阔视野。成员组成可包括公司高管、人力、普通员工、设备工程与维护、职工安全健康及环境保护、公共关系、公司法务、财务及销售部门等。公司高层应以书面方式任命成员并确定各自所负责的紧急事务内容。

其次,收集公司自身、应急小组所可能面临的紧急事件与损失,并对公司应急管理计划或政策进行漏洞分析,以确定该机构处理紧急事件的能力。在对文件审查方面,可以考量的要素有疏散计划、消防计划、安全与健康计划、环境政策、安保程序、保险计划、财务和采购程序、停工停产政策、员工手册、危险品处理政策、工艺安全评估、风险管理计划、资本改善计划以及互助协议等。同时,企业需基于历史、技术、地理区位、员工失误及成员生理不能等要素准确预测企业可能面临的紧急风险,评估该风险对于公司人力资源、财产及商业运营多方面造成的损失。

再次,制定言之有物的应急管理计划。应急管理计划是公司在社会突发公共事件中的行动纲领,其内容重要性不言而喻。但遗憾的是,如果说“紧急公司法”聚焦的是抽象化公司权力的紧急配置,那么指南所建议的应急管理计划缺乏公司法规则层面的内容安排,反倒聚焦过

于细致和琐碎的集中在管理经营的具体流程层面,其内容复杂性从表 1 中便可感知。

表 1 指南中应急管理计划的详尽内容

整体框架	设置目的	具体内容
执行摘要	对应急管理进行简要概述	计划目的;设施的应急管理政策;关键人员的权限与职责;可能发生的紧急事件类型;紧急运营的各响应部门
应急管理要素	简要概括应急管理计划中的核心要素	指导与控制;通讯;生命安全;财产保护;社区外展;救济与恢复;行政和后勤
紧急应变程序	公司应对紧急情况的流程,尽可能将其开发为一系列检查表以供高管、部门负责人等快速查阅	紧急逃生程序和路线;员工疏散前执行或关闭关键操作的程序;疏散完成后对所有员工、访客和承包商的对接程序;指定员工救援和医疗职责;紧急情况报告程序;有关计划信息的联系人员或部门名称
支持性文件	其他文件以支持应急管理计划的实施	电话清单;楼宇及站点地图;资源清单;与其他公司和政府机构的相互协议

最后,应急管理计划的实施、适时完善与更新发展。应急管理计划的实施不仅是在紧急情况下简单地执行计划,更意味着针对漏洞分析提出建议并采取行动,将计划整合到公司运营之中,培训员工并评估计划。应急管理计划必须成为企业文化的一部分,公司要寻找建立意识的机会、教育和培训人员、确立测试程序。应让各级管理层,所有部门和社区参与计划的制定并使应急管理成为公司日常工作的一部分。公司员工需接受某种形式的培训,这可能包括定期的员工讨论会、应急人员使用设备的技术培训、疏散演习和全面演习,提高紧急情况下可能需要的员工技能(如医学、工程、沟通、外语)等。

2. 事中实施:应急管理中的注意事项

在应急管理计划的实施过程中,重点注意建立诸如人身安全、财产保护、通讯和社区外联等应急管理能力。正如表 1 所示,这些注意事项集中在指导与控制、通讯、生命安全、财产保护、社区外展、救济与恢复、行政和后勤等方面。

指挥和控制指在紧急情况下用于管理资源,分析信息和作出决定的

系统。公司需组建紧急管理小组,以控制所有与紧急事件有关的活动。团体的行动往往需要个人的执行,故该小组可以任命紧急事件指挥官,通过分配资源并与社区、媒体、外部响应组织和监管机构进行互动来支持其工作。二者的职权多是在公司法之外的,除指挥紧急事务的处理外,还包括确定紧急情况的长期和短期影响、命令撤离或关闭设施、联络外部组织和媒体以及对外公共外交。公司还可以根据自身情况设立事件指挥系统(部)或紧急运营中心。前者是专门为消防服务而开发的,提供协调响应、清晰的命令和安全操作链。后者则是应急行动的集中管理中心,供决策者在紧急情况下聚集并根据所提供的信息作出决策。

通讯联络对任何业务运营都必不可少。通信故障本身就可能就是一种灾难,切断公司重要的业务活动。公司在社会突发公共事件中需要通信设备来报告紧急情况,警告人员危险,协调响应行动并与客户和供应商保持联系。保障公司成员的安全与健康是紧急事件中的首要任务。为此,公司必须制定好疏散计划,明示疏散路线与出口,确定疏散区域和预留的紧急安全和安置区域。在财产方面,一旦发生紧急情况,保护公司财产、生产设备及重要文件记录等对于日后的恢复至关重要。

公司毕竟不是应对社会突发公共事件的专业人士,故使外部组织参与应急管理计划,积极保持与所在社区的关系将深刻影响公司保护成员和财产并恢复正常运行的能力。因此,公司需时刻与社区管理者、急救人员、政府机构及公共/公益组织保持对话。公司可以在共同利益的基础上同这些外部组织签署互助协议来确定救援类型、程序及手段等,从而避免紧急情况下的混乱与利益冲突。

灾后损失的救济与经营秩序、业务恢复直接关系到公司命运。为此,企业应考虑与合同相对方重新协商合同条款,降低违约风险,与保险公司会面讨论损失的救济和业务恢复政策。值得注意的是,指南在该部分同样注意到社会突发紧急事件中公司董事、高管可能无法履职的情形,故建议公司法务参考“紧急章程细则”,建立核心职位继任、管理人员替补以及设立临时总部等制度安排。

3. 公司可能面临的特定危害之处理

指南的第三部分提供了一些有关火灾、危险物泄漏、洪水与山洪、飓

风、龙卷风、地震、技术故障等最常见危害的信息及处理手段。鉴于各种风险的应对策略有所不同,故在此不再赘述。但从整体而言,指南的建议可概括为:考察各法规对本灾难的合规要求→根据灾难特点定制应对方案→注重灾难前期预警→借助公私合力共同解决。

(三)公司应急管理计划的制度漏洞、“9·11”事件的新挑战及未来改革

制定于20世纪末的应急管理指南为公司处于紧急事件提供了周全的策略和原则,以最大限度地减少公司损失,并有效地克服社会紧急危机对公司治理打带来的挑战。社会突发公共事件无疑会威胁公司运营,故企业高管预先准备、实施全面的应急管理计划更是明智之举。但无论是从其建议的内容还是从实施机制角度来看,美中不足之处有三:

其一,公私利益的分野导致指南的制定、实施只能沦为公司独秀。尽管指南强调公司在制定、实施应急管理计划时应与政府机构、社会组织等通力合作,并建议公司以“共同利益”为筹码,吸引外部主体参与其中。但公共利益与商业利益的分野是必然存在的,而公司应急管理计划所试图解决的问题也远远超出了政府等公权机构所关心的范围。

其二,重制定、轻更新的对待方式使公司在新型社会突发公共事件中仍会无措。指南中将制定、实施、更新视为3个同等重要的步骤、阶段,但维护和更新该计划通常被认为是低优先级的,同时要使应急管理计划保持最新状态,还需要投入大量时间成本与金钱成本。当高管转向公司经营中更为紧迫的现实问题时,他们可以更加合理且乐观地认为那些灾难、紧急行动与自身公司相去甚远。最终结果是,现实中商业公司总秉持一种“迟到总比没有好”的心态,注重前端制定而忽视尾端更新。

但自进入21世纪以来,一些新的社会突发公共事件表明更新这些计划非常重要。例如,2000年,震惊公众的“9·11”事件迫使美国公司法学界和商业精英反思先前一劳永逸的应对社会突发公共事件的禀赋方式,共识认为拥有一个结构合理的应急管理计划不应是最终状态,随着时代的发展,其必须予以填充新的内容,如前述指南中并没有列明恐怖主义这一新型社会公共突发事件。晚近福岛第一核电站核泄漏、墨西哥湾漏油事件、“新冠”肺炎病毒暴发等突发公共事件更是为公司应急

管理计划的内容更新提出更高的要求。

其三,停留在软性的建议、倡导层面,未正式纳入公司合规体系。虽然指南中频繁提及公司合规,但制定者强调的是应急管理计划的内容与其他外部文件之间的相互协调,并没有将计划的制定视为公司合规的关键一环。深层原因在于——在过去的时代背景下,应急管理计划对于公司治理来讲仍是一种锦上添花而非雪中送炭之举,故恰如其名,应急管理计划也只能是一种倡导性指南。

但在当今世界,自然性灾害的暴发已越发频繁,人为引起的社会性公共事件更有可能随时发生。故结合公司治理规则适用机制的最新发展趋势,采用遵守或解释的处理方式无疑是在尊重公司自治前提下,确保应急管理计划更切实可行,赋予其生命力的重要手段。简言之,可将公司应急管理计划纳入公司合规体系之中,要求公司在公司章程或信息披露报告(如公司的季度报告、年度报告)中表明其是否制定了本公司应急管理计划,如果没有,则需进行披露并说明未制定的理由。

四、美国晚近“抗疫”公司法、公司治理与应对思路革新

(一)“新冠”肺炎疫情中公司法、公司治理的应对思路的革新

既往公司法与公司治理改革所针对的社会突发公共事件都被假定是来去匆匆的,即突然发生,持续状态、对公司治理影响时间较短。因而,相应的防御措施也多具有临时性、过渡性及紧急性等特点。但2020年,“新冠”肺炎在全球暴发,感染人数不断激增并持续至今,为公司法和公司治理的应对提出了新挑战:一方面,国家及地方层面人员隔离、禁止集聚等强制性政策使先前面面式的公司会议(如股东大会及董事会会议)召开、商业决策方式已然不可能。另一方面,当社会紧急状态长时间存续时,继续实施既定的如管理层任免等易于导致公司治理变动的事项就会付出较高成本,加重公司不稳定状态,先前“紧急公司法”及应急管理指南中的一时性措施对此类事件的应对就稍显不足。

从回应思路、理念上看,如果说立法者在20世纪“紧急公司法”规则

的制定中贯彻了一种当社会突发公共事件暴发时,董事应认识到公司遭受的特殊风险及所处的极端不确定运营状态,确保公司治理针对性改变的应变思路的话。那么,尽管特定情况下,采用这种被贴上“临时干预规则”标签的措施是必要的,但对规则的设计、适用仍应秉持谨慎态度。到21世纪初,虽然应急管理指南开始强调事前预防常态化并与公司合规密切相连的理念处理社会突发公共事件对公司造成的负面影响,但这种游离于公司法正统规则的措施仍扮演合规负担的角色,降低了公司主动设置的兴趣。

故从“新冠”肺炎疫情的自身特点和先前应对机制功能不足的双重角度来看,革新公司法、公司治理对社会突发性公共事件的应对思路迫在眉睫,这其中就要处理好以下几对关系:

第一,应对机制的时代创新与适应成本。每个时代都有着特定的主题与矛盾,这其中更是孕育了公司应对社会突发公共事件的工具与手段。比如,对于那些发生在互联网时代的紧急事件,应对措施无疑需与网络相结合。但任何应对机制的创新都会带来适应成本,这就必须处理好收益与成本之间的关系,正如以往的教训,应急管理指南过于详细的内容反倒打消了公司的积极性。

第二,短暂性与长期性。临时干预规则/措施仅应在特定情况默认适用,并在紧急状态、事件结束后自动失效。为此,所有紧急措施应有一个根据事件类型不同而由公司在章程、章程细则中自行设立的明确且合理的日落时间或结束日期,同时赋予董事权力来根据情况发展适当延长其有效性及存续期间。

第三,有限偏离与成比例性。毋庸置疑,无论是紧急公司法还是紧急公司治理实践,都不可以过多偏离常态化下的公司治理与公司法规则,欲实现的应对社会公共危机目的要与所采用的手段相称且成比例。这就意味着应有限偏离正常情况下所适用的公司法。但当公司因紧急事件而处于生存危机边缘时,往常公司法的合理规则可能会成为致命限制。因此,这时规制重点应该放在改变那些影响公司生存的规则之上。在遵循生存至上的必要原则时,应对那些妨碍公司存续的事项实施快速决策程序(如简化股权和债务资本的注入)。甚至有学者认为,立法者可以更有效地但也更具侵入性地引入新的“主权违约”。理由是,在公司成立

或上市时,股东并未将注意力集中在疫情流行之上,否则大多数公司也本应会选择更为精简的决策流程或授予决策者更多的自由裁量权。^[24]

第四,自治性与强制性。公司采用何种危机应对模式、策略是自决范畴,故无论是立法者还是最佳公司治理实践的推动者,其需要做的是给出一套可供参考的机制供股东会或者董事会自由选择进入紧急规则范畴或选择退出从而回归到正常公司法规则中。但当董事忽视风险,选出退出而有悖于社会公共利益或者股东共同利益时,那么在这种极端情况下,“选择进入”就成为一种强制性安排。

(二) 美国“新冠”肺炎疫情中公司法/公司治理的具体新应对策略

当带着上述思路审视公司在“新冠”肺炎疫情的“抗疫战”中具体行为时,一些彰显上述新应对理念的措施已经出现,且为进一步创设新的规则以战胜疫情提供了启示与思路。

1. 融入时代工具且降低适用成本的“电子公司法”

为限制股东之间的接触,包括美国在内的多国都规定了在“新冠”肺炎疫情期间可以采用虚拟股东大会以替代传统面对面的会议召开方式。具体而言,在通知或会议召开之日,由于健康原因或行政命令限制或禁止召开现实聚集的股东大会,那么,大会召集人可以决定通过视频、电话或网络协助的方式,在无人在场的情况下举行会议。此种情况下,股东应按照公司章程中规定的方式(如投票表格或表决权代理)进行投票。同样,由于疫情防控需要,为减少人员聚集和接触,很多中国企业采用通过钉钉、飞书、企业微信、腾讯会议等方式召开董事会、股东会网络视频会议。但有时形式要求会决定实质质量,当公司会议缺乏情境感时,会议通知形式较为随意、没有通知全部股东参会、临时决议事先没有通知的事项、没有会议记录、会议记录没有经参会人员签字确认、代签会议记录且事后尚没有经股东本人认可、董事会决议内容超越自身权限等问题就会随之而来。^[25]

[24] Enriques, Luca, *Pandemic – Resistant Corporate Law; How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid – 19 Crisis*, European Company and Financial Law Review, p. 18.

[25] 参见陈小利:《疫情期间公司会议组织的法律风险与防控》,载 <http://www.wmtv.cn/article/202002/202002262302419786.html>, 2020年8月14日访问。

2. 凸显有限偏离与长短可控的“休眠治理”

在公司治理方面,“新冠”肺炎疫情的长期性已促使公司监管部门颁布法案,授予公司采用“休眠治理”,即公司可以暂时执行如新股发行、控制权防御、股票分红等易于导致公司不稳定的事项。在立法实践上,美国等国家纷纷颁布临时法案,允许对公司治理中本应更迭事项的自动化延续或暂缓实施。比如,在“新冠”肺炎疫情期间,到期董事、高管可继续留任、年度审计报告可以延期提交、年度股东大会延期举行等。

3. 避免挂一漏万的董事义务适当扩张

根据商业判断规则理论,一个董事会可免责的公司决策由信息充分收集、董事善意行为及董事会程序合法3个部分组成。但是,当各类社会突发公共事件暴发时,信息充分收集的成本远远大于平时,而会议程序也因诸多外力因素无法顺利进行。最终,董事不得不在极端不确定的经济环境、社会环境中匆忙进行商业决策,这就很容易遭致股东、法院等事后追责而不愿采取改变现状的行动。因而,在社会突发公共事件中,董事会最安全的决策、行动状态就是不作为。

但如前文所指出的那样,董事对于社会突发公共事件的任何消极不作为都会使公司、股东遭受利益损失(如股价下跌)的惩罚。在公司法意蕴上,这一问题自然转化为管理层应将对社会突发事件的处理融入公司日常商业决策和风险防范之中。为此,管理层自身必须秉持负责任的领导观,认识到紧急事件对公司治理带来的机遇与挑战,建立一整套公司内部处理机制来降低商业风险。如果管理层在公司内部疫情防治或类似紧急事件处理方面消极懈怠,对公司利益产生不良影响,那么,则可以根据公司法中的信义义务规则,追究管理层的勤勉义务失职之责。

结 语

当前,对于社会突发性公共事件负面影响的治理及应对措施大多走向了公法、社会治理层面,就公司如何应对社会突发公共事件的研究并不多。公司法、公司治理所试图解决的往往也是一个处于公共环境稳定,社会秩序井然的外部环境下公司运营所产生的问题。但社会突发公

共事件必然会再次暴发,如果公司就此缺乏一个全面而有效的应对策略,那么,由此带来的治理危机和利益损失也难以避免。

从20世纪50年代冷战事件,到世纪之交震惊瞩目的“9·11”恐怖袭击事件,再到晚近“新冠”肺炎疫情的全球性大流行,美国商事公司基于社会突发公共卫生事件所实施的能动型回应相应经历了公司法文本规则和公司治理商业实践层面的双重衍生路径,所选择的“紧急公司法”“应急管理指南”“电子公司法”等阶段性策略也恰恰成为在此议题上颇具全球借鉴性的经验、智识。故根据此建立一个紧急回应机制,不仅可以保护企业自身利益,甚至为间接战胜此次疫情发挥重要作用,提供新的思路与方法。

(编辑:邹露)