

论公司经理义务

——与董事义务的比较为视角

吴伟央*

在现代公司中,董事会的职能逐渐地从经营(manage)职能中退出,正如艾森伯格教授所言:“事实上,董事没有也不能指示公司经营和运行。实际上,在小型的封闭型公司中,公司的业务直接被股东经营,而大型公众公司的业务则被高阶层的经理经营”。^① 故而,在公司的治理结构中,董事和经理的职能是有明显区分的:董事的职能主要是代表公司监控(Monitor)和评估(Evaluate)经理的行为,而经理的职能主要是作为公司的代理人为了公司的最大利益而经营公司,两者在现代公司中行使不同的职能,履行不同的义务,同时承担不同的治理责任。在公司治理的法律研究中,应该对两者进行区分,并有意识地对两者的义务和责任体系进行区别性构建。

但是,在目前的公司法研究中,公司的董事和经理往往都被认为是公司的“fiduciary”,他们对公

* 上海证券交易所博士后工作站研究人员。

① Melvin Aron Eisenberg, *Legal Models of Management Structures In The Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants*, 63 Cal. L. Rev. 376, 1975, p. 276.

司负有“fiduciary duty”^②。长期以来,董事义务和经理义务往往被认为是同一件事情,再加上在英美的公司立法中,成文法规制的重点基本都是针对公司董事,公司经理的义务和责任一般都参照适用公司董事的有关规定。针对这样一种现象,本文从 fiduciary 的界定着手,以比较董事与经理之间区别的视角来对公司经理的义务进行系统研究。

一、Fiduciary 的概念界定

英文中的“fiduciary”一词来源于拉丁文中的“fides”,其含义是“诚信”(faith)或“信任”(confidence)。《布莱克法律字典》对“fiduciary”作名词时,是指:(1)一个人,他需要为了另一个人的利益而行为,所有的事项都要在他们之间的关系范围之内。一个人要对另外一个人负有善意(good faith)、信任(trust、confidence)和坦白(candor)的义务。如公司的经理对于公司是一个“fiduciary”;(2)一个人,他必须尽到一个非常高的注意标准来经营另一个人的金钱和财产。^③可见,“fiduciary”强调的是接受信任的一方要为另一方的最大利益而行事,与“fiduciary”(受信人)相对应的是“beneficiary”(受益人),两者之间的关系被称之为信义关系(fiduciary relationship)。

严格意义上讲,受信人(fiduciary)、信义关系(fiduciary relationship)和信义义务(fiduciary duty or fiduciary obligation)并不是源自于立法上的术语,相反,这是一组来自于英国衡平法院判例的用语,内涵和外延相对比较模糊。从它的发展来看,信义义务是18世纪晚期英国衡平法院在裁决关于“信任”(confidence)事务中,为了保护受信人的利益而发展起来的,当时提出这个概念是基于一个非常概括性的原则——“当一个信任被设置了,如果这个信任被滥用了,衡平法院应给予济助。”^④后来,信义关系被适用于很多场合,具有了多重含义。“只要一个人得

^② 何美欢教授、张开平教授等将“fiduciary”译为“受信人”,将“fiduciary duty”译为“信义义务”,本文也采用同样的译法。

^③ Black's Law Dictionary, Eighth Edition, THOMSON WEST, p. 658.

^④ L. S. Sealy, *Fiduciary Relationships*, 1962 CAMBRIDGE L. J. 70, 1962, p. 70.

到了一个不管什么样类型的权力,权力接受者使用那个权力来为另一个人的最大利益行事”,^⑤这种关系均为信义关系。“信义的概念现在已经牢固地树立在美国法中,有很多的关系被称为信义关系,如果要把这些关系编成目录的话,那会是一个很大的目录。在这些关系中,相对更加确定的信义关系如医生与病人之间的关系、律师与当事人之间的关系,以及委托人与代理人之间的关系等。”^⑥可见,受信人、信义关系等是一组开放式的概念,没有固定的含义,很多社会关系都可解释为信义关系。

值得一提的是,信义关系与“信托关系和代理关系”之间存在区别:

第一,在逻辑上,作为一种社会关系,信托关系和代理关系均可称为信义关系,这些法律关系在外延上可以理解为信义关系的属概念。如“信托”一词在英国早期的衡平法上,具有广泛的含义,它被用于泛指所有的衡平关系,后来,信托法成为一种独立的法律制度,而信义关系则被用来指代所有“类似于”信托关系、为了他人的利益履行职责因而要求更高的行为标准的那些法律关系,“信托法上委托人与受托人的关系是信义关系的最典型形态。”^⑦

第二,在性质内容上,信托关系和代理关系等属于有确定内容的法律关系,而信义关系更多的是一种学理式描述。信托法和代理法等都有自己一套独立的法律规则,有各自关于当事人之间权利、义务和责任的安排规范,内容较为具体。而信义关系则是一种源自衡平法的概括性表述,本身的内容并不确定。虽然,学者在解释和研究的过程中对其内容和类型(忠实和注意义务等)等逐渐取得了一定的共识,但是因为其本身开放性的外延和可探究性的内涵,使其在内容上总是存在着可解释的弹性余地。

^⑤ J. C. Shepherd, *Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships*, 97 L. Q. L. REV. 75, 1981, p. 75.

^⑥ Andrew D. Shaffer, *Corporate Fiduciary-Insolvent: The Fiduciary Relationship Your Corporate Law Professor (Should Have) Warned You About*, 8 Am. Bankr. Inst. L. Rev., 2000, pp. 484-485.

^⑦ 张开平:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第150页。

第三,在适用上,可以将信托法和代理法等具体的法律规则视作“特殊法”,将信义关系的规则视作“一般法”,按照特殊法优先于一般法的原理,在具体明确为信托关系或者代理关系的场合,当事人的权利义务应该适用信托法和代理法的规则,只有那些没有明确法律规定的关系,在属于信义义务范畴的情况下,则可以适用信义义务的规则。

二、“董事—公司”关系与“经理—公司”关系及相应的法律适用

(一)“董事—公司”关系及法律适用

在公司法的研究中,“董事—公司”关系一般被总括性地描述为信义关系。但是,具体到“董事—公司”关系到底应该定位成哪种具体的“法律关系”,适用哪个部门法的规则?由于公司立法没有确切的论述和指引,学界也一直争论不休。^⑧可见,由于董事规则本身的独特性,致使对其进行科学合理的法律定位成了一个棘手的问题。

1. “董事—公司”关系不是代理法律关系

(1)就董事权力而言。按照一般的代理原理,代理权的授予和变更是一个任意行为,代理权由委托人授予,且委托人可以随时撤销和变更,代理人只能在代理权的范围内以委托人的名义行为。但是,董事权力具有一定的独立性和法定性,并非完全由委托人(公司)授予和撤销,而是有其法定的职权。董事在处理公司事务时,可以按照自己的经营判断独立享有经营决定权。如法官在 *Hoyt v. Thompson's Executor* 案中陈述道:“公司董事会与公司的关系不像一个私人的代理人与委托人之间的关系……在公司组织体中,一个非常重要的道理,董事会的权

^⑧ 如有学者总结认为:“董事、董事会与公司之间的关系,大体经历了信托关系说、代理关系说到特殊关系说的一个发展过程”。参见张开平:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第43~47页;另有学者总结了“代理与信托兼有说”、“委任说”、“代理与准信托说”和“法定关系说”四种学说。参见曹顺明:《股份有限公司董事损害赔偿责任研究》,中国社会科学院2002年博士论文,第21~24页。

力是内生的,而非委派授权的,股东不能授权、也不能撤销董事的权力。”^⑨J. Dennis. Hynes 教授也认为:“尽管董事会是由股东选举产生,董事会被给予凭借其自己商业判断经营公司的权力,致使股东对董事会的控制太微弱了而不能构成代理”。^⑩现代公司董事权力的法定性和相对独立性的特点,使得其与代理关系中的代理权大相径庭。

(2)从董事人格而言。根据代理法理原理,代理人在实施代理行为时,代理人仍保持自己独立的人格;但董事作为公司机关执行人执行公司业务或代表公司时,其自身的人格隐而不彰。在对外关系上,董事行使职权时被进行了一定程度的人格吸收,展现在第三人面前的更多的是公司的人格,而非董事本身的人格。况且,董事的行为还受到内部集体意思和程序的影响,按照董事会的决议内部作出行为,此时的董事更多的是一个执行者,就相当于一个人的手足。从此意义上讲,“董事—公司”关系并非代理关系所能涵括。

(3)在立法上,1958年的《美国代理法重述(二)》明确指出:“不管是商业中的董事会作为一个整体还是单独的董事,都不是公司或者公司成员的代理人。”^⑪J. Dennis. Hynes 教授指出,“董事会只是类似于(Resemble)代理人一样为了别人的利益行事,并且负忠实和勤勉的义务。”^⑫

综上,董事会成员尽管是受信人,但不是公司的代理人,“董事—公司”关系也不是法律意义上的代理关系。

2. “董事—公司”关系不是信托法律关系

(1)在信托关系中,委托人要将信托财产的所有权转移给受托人,即受托人取得信托财产的所有权;在董事与公司的关系中,董事并没有取得公司财产的所有权。

^⑨ 19 N. Y. 207, 216 (1859).

^⑩ [美] J. Dennis Hynes:《代理、合伙和有限责任公司》第2版(影印本),法律出版社2003年版,第32页。

^⑪ *RESTATEMENT OF THE LAW (SECOND) AGENCY (1958)*, § 14C Agent or Director.

^⑫ [美] J. Dennis Hynes:《代理、合伙和有限责任公司》第2版(影印本),法律出版社2003年版,第32页。

(2)在信托关系中,受托人是以自己的名义与第三人发生法律关系;在董事与公司的关系中,董事并非以自己的名义与第三人发生法律关系,而是以公司的名义与第三人发生法律关系。

(3)在信托关系中,受托人根据信托契约管理信托财产时,保持该财产的价值是其第一义务,早期的信托法还严禁受托人从事有风险的投资事务;在董事与公司的关系中,为实现公司利益的最大化,董事不可避免地要从事冒险的投资活动。如罗姆法官(Romer)在 Re City Equitable Fire insurance Ltd 案中所说,“如果说董事是受托人的意思,是在于通过类比来说明董事所负义务的具体内容,则我认为这是完全错误的。我这么说的一个重要的原因是,董事的职能之一是通过将公司的资产用于冒险以实现公司利润的最大化,而《1961年受托人法》通过限制受托人的投资机会将这种冒险行为完全排除在外。”^⑬

可见,将董事与公司间关系定位成信托法律关系并不科学。

3. 在法律适用中,不能完全适用《代理法》和《信托法》的相关规则

如上文所述,信义关系本身属于比较含糊的一个概念,其自身规则具有不确定性,也没有具体的“信义法”(FIDUCIARY LAW)支撑,故对于“公司—董事”关系的法律适用:首先,适用《公司法》、《证券法》中既有的确定规则,如关于董事的任免、公司董事之间的权力控制、董事的忠实义务规则及相应的法律责任等;其次,适用公司的章程和内部规约等类似于合同性质的规则,这些约定性的规范有助于厘清特殊情形下具体场景的法律适用;最后,适用信义关系的相关规则,学理性信义关系规则作为一种补充性的规范用以调整公司与董事之间权利义务和责任等关系。

(二)“公司—经理”关系及法律适用

关于“公司—经理”关系,学界中存在着代理人说、机关说、代表人说、三元角色说和管家说等多种学说,笔者认为,代理人说相对较为合

^⑬ [1925]1CH407.

理,并认为商事代理人角色更符合现实经理的地位。^⑭故而,“公司—经理”关系是委托代理关系,更确切地讲,“公司—经理”关系属于商事代理关系。

事实上,英美法对于经理作为公司代理人的观点基本没有什么争议。在美国《代理法第三次重述》立法过程中,曾明确指到“公司立法注意到,公司的董事和在一些情况下的公司股东有权任命经理作为公司的代理人。”^⑮“在特定的场合中,公司非董事经理是相对与公司信义关系的信义方,所有的公司经理,就像雇员一样,是公司的代理人,是作为公司和经理委托代理关系中的一个参与方”;^⑯大陆法系中,据学者考察后认为,“经理是典型的直接代理人,他以被代理人的名义为法律行为。”^⑰可见,将经理在法律关系上看做是公司的代理人,将“公司—经理”关系定位成代理法律关系应该是值得肯定的。

在具体的法律适用上,作为代理法律关系的“公司—经理”关系适用代理法的相关规定则是逻辑的自然延伸。英美法中,代理法较为发达,故将经理和雇员等定位成代理人后,直接适用代理法的相关规定。^⑱大陆法系在商法和民法中规定的经理权实质上也是一种代理权,或者说是一种商事代理权,具体适用法律的过程中也是以代理规则为基础,主要适用代理的有关规定来确定相互之间的权利义务关系。

从上述关于“董事—公司”关系与“经理—公司”关系定位及法律适用的论述中,我们也可以清楚地看出:虽然董事和经理都被视作为公司的受信任人,但是两者之间是基于不同的基础关系,董事与公司的关系是一个特殊的法律关系,而经理是公司的代理人,应该适用代理法的相

^⑭ 关于“公司—经理”关系,在笔者的相关论文中设有专章讨论。见吴伟央:《公司经理法律制度研究——以经理法律地位为中心的权利、义务、责任体系分析》,中国政法大学2008年博士论文,第27~51页。

^⑮ Restatement (Third) of Agency § 3.03 cmt. e(1) (Tentative Draft No. 2, 2001), 转引自 Lyman P. Q. Johnson and David Millon, *RECALLING WHY CORPORATE OFFICERS ARE FIDUCIARIES*, 46 Wm and Mary L. Rev. 2005, p. 1597.

^⑯ Andrew D. Shaffer, *Corporate Fiduciary-Insolvent: The Fiduciary Relationship Your Corporate Law Professor (Should Have) Warned You About*, 8 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 491, 2000, p. 491.

^⑰ 范健:《德国商法》,中国大百科全书出版社1993年版,第176页。

^⑱ 这也是英美大多数公司法一般不对经理的权限等作具体规定原因。

关规则来确定其具体的权利义务关系。所以,笼统地将董事和经理义务置在信义关系的概念下来研究,难免会忽略两者的个性,更看不到经理义务的特殊性。

三、经理义务的内容及标准

经理作为公司的代理人,其义务基于代理关系而产生。对于经理义务内容的理解有必要从成熟的代理法中去归纳整理,下文先就目前最系统的美国《代理法第三次重述》^①(下简称《重述三》)中关于代理人的义务进行简单介绍,然后就具体的经理义务标准与董事义务标准进行辨别,更加清晰地理解经理义务的系统内容及特点。

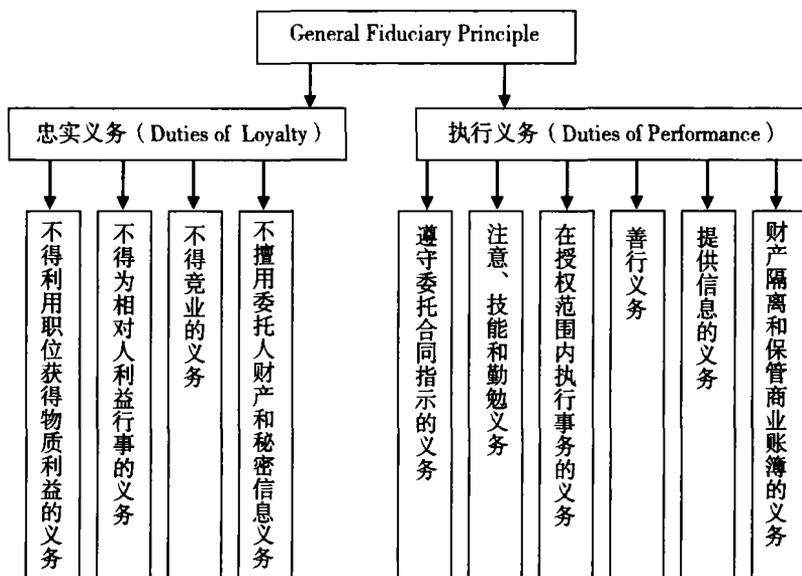
(一) 经理义务的内容体系——以美国《代理法第三次重述》为基础

1. 《重述三》关于代理人义务体系的概述

美国的《重述三》对于代理人的义务进行了非常详细的规定,总体分为三个层次:第一层次:代理人的总的信义义务;第二层次:忠实义务和执行义务;第三层次:忠实义务包括“不得利用职位获得物质利益的义务(§ 8.02)、不得为相对人利益行事的义务(§ 8.03)、不得竞业的义务(§ 8.04)、不得擅自使用委托人财产和秘密信息的义务(§ 8.05)”;执行义务包括“遵守合同指示义务(§ 8.07)、尽注意、技能和勤勉义务(§ 8.08)、在授权和合法指示范围内执行事务的义务(§ 8.09)、善行义务(§ 8.10)、提供信息的义务(§ 8.11)、委托人财产隔离和保管商业账簿的义务(§ 8.12)”。结构如下图:

^① Restatement of the Law-Agency Restatement (Third) of Agency Current through April 2006.

代理人的义务结构^②



2. 经理义务体系的内容——《重述三》的参引

公司经理义务的内容首先在整体上可以表述为信义义务,是指经理为了公司的利益履行所有与代理关系有关的事务。以下结合《重述三》框架下代理人义务对公司经理的义务体系进行归纳整理。

第一,忠实现务:(1)“不得利用职位获得物质利益的义务”,指公司经理不得利用与第三人交易时从该第三人处获得物质利益,或者其他为了其自己利益的行为或者以公司经理的名义从事代理事务时从第三方获得物质利益;(2)“不得为相对人利益行事的义务”,指公司经理应该为公司的利益行事,而不能为自己或第三人的利益行事,在代理关系中,不得与公司进行交易(自我交易),或者为了一个相对方(第三人)的利益而交易;(3)“不得竞业的义务”,指公司经理有义务克制住自己与委托人的竞争,克制住为了自己或是协助委托人竞争对手的利

^② 该部分内容中系作者对《重述三》相关内容翻译、整理而成,相关术语的确切含义以原英文文本为准。

益而进行的行为;(4)“不擅用委托人财产和秘密信息义务”,指公司经理有义务不得为了自己或是第三方的目的而去使用委托人的财产,不得为了自己或第三方的目的而使用或传达委托人的秘密信息。

值得一提的是,《重述三》把前两项忠实义务规定为绝对禁止事项,后两项义务在征得委托人特殊同意后可以豁免。即在委托人同意的情况下,公司经理可以从事与委托人相互竞争的行业,也可以为了自己或第三人的目的使用委托人财产和秘密信息。

第二,执行义务:(1)“遵守委托合同指示的义务”,指经理有义务按照经理契约中明示和隐含的条款意思行事。如果经理契约、公司章程或者公司决议有专门指示的,公司经理应该按照指示的内容行事,不能擅自更改公司的意志。(2)“注意、技能和勤勉义务”,指经理处理公司事务时应当像通常处理在同样情形下的自己事务一般尽适当的注意(care)、技能(competence)和勤勉(diligence)。公司经理特殊的技术和知识有条件地被考虑,取决于公司经理(代理人)是否适当地注意和勤勉。(3)“在授权范围内执行事务的义务”,指经理有义务只在实际授权范围内行事,有义务遵守来自委托人和委托人指派之人的所有关于公司经理为了委托人利益而行为的合法指示。超越经理的授权范围即为违反法定义务,经理应对公司承担相应的法律责任。(4)“善行义务”(Duty of Good Conduct),指公司经理有义务进行适当的行为,并且克制住有可能损害委托人事业的行为。(5)“提供信息的义务”,指经理有义务尽适当努力来提供给公司及其董事会“经理知道的、有理由知道的或是应该知道的”有关事实的信息。(6)“财产隔离和保管商业账簿的义务”,指经理不要在处理公司的财产时对外显示出是经理自己的财产,做到经理财产与公司财产的有效隔离,不要混同公司与其他任何人的财产,保持和呈递记载公司金钱和财产的收支情况的商业会计账簿。

上述以《重述(三)》为基础的公司经理义务体系较完整地概括了经理义务的内容范围,可为实务中经理在《公司法》之外的其他具体义务提供参引的标准,也可为《公司法》的立法和研究提供借鉴。

(二) 经理义务的具体标准——与董事义务的比较

把公司经理和董事们放在一起作为同类的受信任人,不在他们之间

作出任何区别,也就意味着他们在公司中的机构职能和法律角色是一样的,“会侵蚀明显区分(而不是模糊地)两者之间治理责任作用。”^②把经理看成是代理人,把董事会看做是委托人(公司)监管经理的重要载体,有利于我们区分这些组织在公司治理中的方案安排,故而有必要就董事义务与经理义务的标准进行比较分析。

1. 忠实义务——应更加强调经理的奉献因素

忠实义务要求代理人完全是为了公司(本人)的利益而行事。忠实义务的核心是义务人不得为了自己的个人利益而牺牲公司利益或放弃公司的最佳利益而追求私利,因而可以说,忠实义务是道德义务的法律化。^③但是,立法对于董事和经理的忠实义务并不是保持在一个道德劝说的层面,相反,基于理性人的角度出发,法律对于董事、经理忠实义务的落实是以一种要求其避免“利益冲突”的道德底限的情形形式描述方法来进行规定^④。立法上规定这些“消极义务”的宗旨就在于防范经理滥用职权侵害公司利益。忠实义务的具体规定类似于现实中的“高压线”,只要董事、经理不触犯这些高压线即为履行了忠实义务。可见,现实立法对于董事、经理等忠实义务的要求实际上是低标准的。

实际上,忠实义务可分为两个层次——最小化情形(minimal condition)和最大化情形(maximum condition)。“最小化情形”要求忠实行为者“拒绝诱惑”,具体包括“不要背叛忠心的目标”,如不得私通、不得为敌人战斗、不得崇拜外国货等,这样的忠实义务即是要求“不要背叛”;忠实义务的“最大化情形”包括了“奉献的因素”(an element of devotion)和“肯定的奉献”(affirmative duties of devotion),这是忠实义务更加积极的一个方面。Fletcher教授采用的忠实观点是:“一个人乐意

^② Lyman P. Q. Johnson and David Millon, *RECALLING WHY CORPORATE OFFICERS ARE FIDUCIARIES*, 46 *Wm and Mary L. Rev.*, 2005, p. 1597.

^③ 张开平:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第172页。

^④ 如要求董事、经理不得在没有经过同意的情况下背叛委托人,不得在没有同意的情况下代表与委托人相背的人的利益,不得与委托人竞争,不得与公司竞业,不得盗用公司机会,不得错误地传递秘密信息等。

的、付诸实践的、彻底的奉献于一个事业”。^{②④} 这样的观点与 James Hunter 教授描绘的另外一个因素相吻合——“道德上的依附”，并且强调，这种道德上的依附行为不应该是抽象和概括的，而应该是历史的、社会的和文化的。^{②⑤} 如此一来，忠实义务“不仅仅是被否定性地定义，也有肯定性的因素”。

具体到经理的忠实义务，在 20 世纪末的一系列大型公司丑闻后，人们对公司内部董事和经理（尤其是 CEO 等）的行为进行了深刻的反思，人们逐渐发现：现代公司中真正掌握公司实际大权的是公司经理，而非法律所安排的董事，而公司丑闻的制造主角却恰恰是这些公司经理。故而进一步反思认为经理的忠实比董事的忠实更为重要和迫切，同时认为有必要提高对经理忠实程度的要求。“在后安然时代，公司治理丑闻呼吁改革，作为一个政策事项，信义义务法律可能呈现为州立法的方式来达到更大的经理责任。为了对付背叛和不忠诚现象，公司法和公司文化的标准应该在一个更加广泛社会标准的范畴内予以重新考虑，将忠实作为一个公司法上的义务，同时也作为一个广泛共享的社会标准。”故而“经理的忠实义务不仅仅是一个不背叛的程度，还要包括一个更加确定的奉献（devotion）精神。”^{②⑥} 需要经理促进公司的健康发展，不再是简单的做到抑制住对公司伤害，对经理来说还需要的是一个呵护义务或一个特定情况义务来最大化公司（或股东）的财产。

而就董事而言，其作为公司法人治理结构中的表意机关，并不具体参与公司的经营，而主要是代表公司行使委托人（公司）对代理人（经理）的监控职能。经理实际运行公司，作为一个具有社会意义的受信人，公司的经理应该承载着比董事更高要求的忠实义务，在公司经理的忠实义务中强调“奉献因素”的积极要求不仅仅是一种道德呼吁，更是对区别于公司其他主体（如董事）的忠实义务的一种体现。

^{②④} George P. Fletcher, *Loyalty-An Essay on the Morality of Relationships* 9 (1993). 转引自 Lyman Johnson, *After Enron: Remembering Loyalty Discourse in Corporate Law*, 28 Del. J. Corp. L. 39, 2003.

^{②⑤} James Davison Hunter, *The Death of Character* 11, 2000, 转引自同上。

^{②⑥} Lyman Johnson, *After Enron: Remembering Loyalty Discourse in Corporate Law*, 28 Del. J. Corp. L. 2003. p. 27.

2. 注意义务——提高经理的注意义务标准

注意义务^②的核心是作为经营公司的义务人对公司负有的积极的作为义务,必须以诚信的方式、以普通谨慎之人应有的注意从事公司经营决策和业务监督,注意义务是对义务人“称职”的要求。适用注意义务要考量的是义务人达到怎样程度的注意才符合法律的要求,义务人怎么程度的疏忽构成对注意义务的违反,这也是研究经理义务的一个重要方面。

(1) 董事注意义务的标准——“重大过失”

英国高等法院大法官罗默(ROMER)有一个经典的表述:^{②a}。一个董事在履行其职务时,他的技能水平应合理地从他的知识和经验来判断,他不必展示出比此更高的水平。b. 一个董事不必对公司事务给予持续的注意。他的职责是定期地参加董事会议以及在偶尔有安排时,参加董事会下属委员会的会议,其职责具有间歇性质。然而他不必参加所有这些会议,尽管他应斟酌情况尽可能参加会议。c. 董事的所有职责,考虑到业务需要以及章程细则之规定,可以适当地下放给其他高级职员。不存在可疑的根据时,一个董事有权利信任该高级职员会诚实地履行其职责,而不必对高级职员的过失承担责任。英美法对董事的注意义务持较为宽松的态度,认为董事的行为只有构成重大过失始承担责任,董事对一般过失不承担法律责任。“他们承担的注意义务的标准很难界定和说明,但是十分明显的是,他们并不对他们所有的失误都承担法律责任,虽然,如果他们已承担了更大程度的注意的话,他们可能已避免了此种失误……他们的过失不必是没有采取了所有的可能的注意程度所要求的疏忽行为;它必须是就商事眼光来看是严重的过失或重大的过失。”^②另外,在公司立法上,80年代以来,为了降低董事的责任风险,使其在公司中尽量施展经营才能,美国许多州纷纷修改

^② 虽然《重述三》将注意义务列为执行义务中的一个子义务,属于代理人执行义务的一个方面。但是,在关于受信人的一般学理研究中,信义义务通常被分为忠实义务和注意义务,注意义务是作为与忠实义务相对应的一个重要方面。为方便学术对话及与一般理论体系相对应,在此特殊强调经理注意义务的研究。

^② [1925] Ch. 407. 参见张开平:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第182~183页。

^② *Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate*, [1899] 2 Ch. 392, 435.

公司法以降低董事责任风险,如“允许章程条款取消或降低董事违反注意义务须承担的金钱赔偿”,“确定董事赔偿责任的最高限额”,“董事违反注意义务而导致的个人责任的补偿”等,其中一个很重要的方法就是“改变董事承担个人责任的过错标准”。^③

董事对公司事务的注意义务是一种低标准的要求,他们仅对严重的、重大的过失行为负责,对普通过失不负法律责任,对仅仅是判断失误的行为不负法律责任,对于自己不具备有关公司事务管理方面的知识和经验而导致的公司损害不负法律责任。

(2) 经理注意义务的标准——“一般过失”

英美法上很少有专门针对公司经理注意义务的判例,相关的理论表述也甚少,一般都在董事注意义务的论述过程中偶尔提到经理的注意义务问题。但是董事和经理在公司中扮演不同的角色,基于经理的代理人身份,我们可以发现经理和董事的注意义务标准有一定的区别。

在英美代理法中,早期的代理人注意义务的传统标准是将代理人分为有偿代理人与无偿代理人,其中有偿代理人负一般过失责任,无偿代理人负重大过失责任。^④ 弗里德曼教授对两者之间的区别进行了归纳认为:^⑤①无偿代理人的仅仅缺乏技巧,还不足以让其就不当作为承担责任。无偿代理人并不承诺具备任何技巧,仅仅承诺在为被代理人实施法律行为时,像往常那样尽可能注意而已,这显然是一种主观标准。有偿代理人应当具备并运用处于同样地位的代理人应当具备和运用的技巧,这显然是一种客观标准。②有偿代理人接受委托的行为意味着,他承诺自己将尽到本行业或本职业的人应有的技巧与注意。这种技巧与注意标准在被代理人开始委托代理尽到比自己实际能力更高的技巧和注意,衡量无偿代理人这种技巧和注意的标准完全视无偿代理人的个人情况而定。

传统的标准一直在判例中适用,但是,学界也开始在鼓励两者并轨,不要因为无偿代理人没有从被代理人那里获得报酬而减轻无偿代

^③ 张开平:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第232~233页。

^④ 徐海燕:《英美代理法研究》,法律出版社2000年版,第193页。

^⑤ G. H. L. Fridman: *The Law on Agency, London Butterworths*, p. 145. 转引自徐海燕:《英美代理法研究》,法律出版社2000年版,第194页。

理人的注意义务,建议对两者统一适用一般过失责任原则。《美国代理法重述二》及评论中关于代理人注意义务规定道:“代理人在与第三方的谈判过程中的过失(negligence)对于其负委托人的义务而言构成了不当行为(misconduct)”。^⑳

公司经理基本上是属于有偿代理人,按照传统代理法的注意义务标准应该适用一般过失责任,按照现在代理法的观点和立法,即使是无偿的代理人也应适用过失责任原则,则公司经理更应该是负一般过失责任。“代理法上的代理人注意义务的通常标准是普通注意或者是一般过失,相比较于董事,这是一个更加严格的信义义务要求。因此,经理不仅仅要比董事尽更高的注意义务,同时,不像其他董事,经理们更有可能因违反义务而承担个人责任。事实上,德拉华州2004年公司法提供了一个对经理行为的个人司法审查制度,也许可以引导学界对于经理义务和责任的重新注意。”^㉑“一般过失”即意味着经理违反了注意义务,在安然案的审判过程中,法官对于公司经理的注意义务的标准也是适用了一般过失标准。^㉒

综上所述,董事的可责性标准为“重大过失”,而于公司经理的可责性标准为“一般过失”,公司经理在履行代理事务时应该承担更高的注意义务。

3. 其他的执行义务

《重述三》中详述了代理人的执行义务,除了上述注意义务外,还包括遵守合同指示义务、在授权和合法指示范围内执行事务的义务、善行义务、提供信息的义务、委托人财产隔离和保管商业账簿的义务等,作为公司代理人的经理也应该履行这些具体的信义义务。另外,其他的法规中也针对各种不同情形规定了具体的经理义务。在此,笔者想重点提示其中的“提供信息的义务”以及《美国索克斯法案》

^⑳ RESTATEMENT OF THE LAW (SECOND) AGENCY (1958),第379条 Comment-b.

^㉑ Lyman P. Q. Johnson and David Millon, *RECALLING WHY CORPORATE OFFICERS ARE FIDUCIARIES*, 46 Wm and Mary L. Rev. 2005, p. 1640.

^㉒ Third Interim Report of Neal Batson, *Court-Appointed Examiner*, app. B at 17, In re Enron Corp., No. 01-16034 (AJG) (Bankr. S. D. N. Y. June 30, 2003), <http://news.corporate.findlaw.com/hdocs/docs/enron/enronbk72803xr3.pdf>.

(Sarbanes-Oxley)规定的相应的新义务。

(1) 提供信息的义务

现代公司之所以产生经理控制的一个主要原因就是“信息不对称”,经理掌握公司的第一手信息,对于该信息的处理,经理可以瞒报、也可以进行对自己有利的加工之后再报。“安然事件已经证实了这一点,投资者—公司—高级管理者—其他管理者之间都不坦白,每个环节中都存在信息阻塞的问题。”^⑥故经理向公司及相关主体及时、准确地提供有效信息变得十分重要。如果将经理与董事放在一起视作公司受托人,就很可能模糊掉经理应将第一手信息提供给公司的机关(董事会)的内部关系,而恰恰是将经理置于公司代理人角色时,基于代理法,其具有法定的“提供信息的义务”,为公司内部信息阻塞的疏通奠定法律基础。

提供信息的义务要求公司经理应该准确地将公司经营过程中的各种信息(尤其是一些重要信息)及时提供给公司,因为公司是拟制的法律主体,故经理提供信息的一个重要对象就是董事会。同时,在提供信息的过程中,经理还有一个协助董事理解重要的公司报告信息的义务,包括有效的与公司董事公开商讨一揽子的报告信息的义务。^⑦因为董事会成员因为时间和专业水平有限,不可能每个人都能在第一时间准确地理解经理所提供的如财务报告等信息的真实性,以及其中所存在的问题。更有甚者,为了蒙蔽董事,经理在提供信息的过程中,故意使用专业伎俩或者信息轰炸的方式,迫使董事很难准确理解所提报告的真实意思。如安然事件中,“审办人员发现,安然公司的经理并没有将全部的信息提供给董事会,同时,经理在提供信息的时候,以一个令人很难准确理解的方式提供信息。”^⑧故要求经理协助董事理解重要的公

^⑥ Donald C. Langevoort, *AGENCY LAW INSIDE THE CORPORATION: PROBLEMS OF CANDOR AND KNOWLEDGE*, 71 U. Cin. L. Rev. , 2003, pp. 1188 - 1189.

^⑦ Lyman P. Q. Johnson and David Millon, *RECALLING WHY CORPORATE OFFICERS ARE FIDUCIARIES*, 46 Wm and Mary L. Rev. , 2005, pp. 1631 - 1632.

^⑧ Final Report of Neil Batson, *Court-Appointed Examiner, at 94, In re Enron Corp.* , No. 01 - 16034 (A.J.G.) (Bankr. S. D. N. Y. Nov. 4, 2003), http://www.enron.com/corp_pot/pdfs/examinerfinal/NBFinalExecutiveSummary.pdf.

司报告信息的义务,实为必要。

(2)《美国索克斯法案》的新义务

《美国索克斯法案》给经理增加一些重要的新义务,其中有两个责任对于经理执行义务的理解尤其重要:第一,法案第 302 条关于“公司对财务报告的责任”,公司 CEO 和 CFO 必须在公司的季报和年报上签字,保证报告中不存在对重要事项的任何错误、漏报以免产生误导,签字的负责人对建立和保持内控机制负责,向公司的审计师及董事会下属的审计委员会披露关于内部控制的有关事项,评估内部控制并就内部控制是否发生变化进行释明;第二,法案第 404 条关于“管理层对内部控制的评价”的规定,要求 CEO 等在每一份年报中必须包括内部控制情况的报告,申明公司管理层建立和保持充分的内部控制结构及相应的程序责任并包括对上一会计年度末内部控制结构及财务报告控制程序有效性的评价。这两条在实施效果上,要求 CEO 等建立一个与公司之间的更加广泛的信息报告链条,因为 CEO 等不可能检查公司的每一项交易,这样的要求迫使 CEO 们发展出一个可靠的信息系统,并且确信该系统的政策和程序被下属们有效地运行着,议会和 SEC 的意图明显对准了公司的内部事务。

四、经理义务与经理契约——兼谈义务豁免的底线

公司经理的信义义务是基于代理法,那么一个很自然的问题就是:公司经理的信义义务是一个纯粹的授权性概念,还是带有强制性因素?正如《重述三》中所规定的,代理人的一个重要义务就是按照委托合同的指示行事的义务。委托人与代理人之间的委托合同是代理人得到授权的法定依据,委托合同的内容一定程度上决定了代理人的权利内容。这个委托合同的内容是完全任意的吗?可以对经理的信义义务进行无限制的免除和开脱吗?

(一)信义义务已死——通过经理契约豁免经理义务的现状

实际上,在公司相关的章程、决议和协议中对董事和经理的信义义务进行减免已经成了一个非常普遍的现象,成文法和判例法也逐渐接

受了这些豁免条款。有学者对西方公司的信义义务进行研究之后得出了一个惊人的结论——“信义义务已死(Fiduciary duty is dead)”,^③因为“毫不夸张地说,现在绝大多数的公司章程都有排除经理对一些坏行为负个人责任的规定。虽然名义上,经理们要负忠实和注意义务,实际上在大多数案例中经理们没有必要太过担心,公司合同条款已经有效地排除了有意义的信义要求。”

依赖于信义义务原则控制经理行为是现代公司法律架构的一个前提,“公司所有和控制的分离的理论、社会成本理论、代理成本理论都有共同的法学基础——普通法上的注意义务和忠实义务。”^④但是这个前提现在不再也不能如愿发挥作用。按照现在法律的规定,公司经理近乎没有理由去害怕法庭会认为他们违反信义义务而让他们负责任。他们能够获得实质上的免责,法庭不会经常地挑战经理的忠实,也不会二次考虑(second-guess)他们的管理决策。“纯粹的用宣称的忠实义务去禁止,用注意义务去进行非常有远见的要求,这些公司的信义义务已经消失很久了。”^⑤如果真是这样的一种严重后果,那就不得不考虑这些合同中的免责条款的正当性。因为一旦信义义务因豁免安排不再对经理而发生实质性的约束,那就意味着经理必然会产生腐败现象,而这种腐败是股东和社会大众所不愿意接受的,也是有违法律精神的。“信义义务(尤其是注意义务)之所以能够如此繁荣,一部分原因是因为它涵盖有最小化政府干预的思想,但如果大量地减少这些义务的责任迟早会导致政府干预的加强。”^⑥虽然,现在还没有明显地看出政府在这一方面强制干预的加强趋势,但学者和法官们确实注意到了通过免责条款等大量减少经理责任的现象,他们也试图通过法律解释和理论探讨的方式来更加正义地对该项制度进行剖析。

^③ CELIA R. TAYLOR, *The Inadequacy of Fiduciary Duty Doctrine: Why Corporate Managers Have Little to Fear and What Might Be Done About It*, 85 *or. L. Rev.* 2006, p. 993.

^④ 方流芳:《公司法基础(影印本)——序言》(罗伯塔·罗曼塔编),法律出版社2005年版。

^⑤ CELIA R. TAYLOR, *The Inadequacy of Fiduciary Duty Doctrine: Why Corporate Managers Have Little to Fear and What Might Be Done About It*, 85 *or. L. Rev.* 2006, p. 993.

^⑥ Melvin A. Eisenberg, *THE DUTY OF CARE OF CORPORATE DIRECTORS AND OFFICERS*, 51 *U. Pitt. L. Rev.* 1990, p. 972.

(二) 义务豁免的底限在哪里——经理契约的强制性因素

委托协议的合同性质是否意味着董事会与经理的免责条款可以实行完全的意思自治?按照合同法的原理,一种可行的思路是该约定本身违反法律的强制性规定,但是公司法上很少有关于经理义务的强制性要求,而代理法上的代理人义务,也逐渐地被现实的判例所松动,^④另外,现实中条款本身的违法性也是经理聘任合同所事先考虑并被适当安排的,所以条款本身的违法性而使得经理失去合同保护的现实性并不强。但是,笔者注意到了另外一条思路,^④即考察合同一方的董事会及董事身上的信义义务,如果董事会在合同中太过迁就经理,致使董事会完全失去对公司的控制而不能行使自身的监控职能时,则签订这样的一种豁免约定是违反政策和法律的。

如在 *Paramount Communications v. QVC Network* 案中,^④1993 年夏天, *Viacom, Inc* 就收购 *Paramount* 的事宜进行谈判,9 月 12 日双方签订了锁定性的一系列合并协议,为避免触发 *Paramount* 章程中反收购的“毒丸”条款,协议规定该项条款将作相应修改。但另一家公司 *QVC Network, Inc* 几乎同时发出了对 *Paramount* 的收购要约,几番争夺, *Viacom* 把总出价提高到 93 亿美元,但仍比 *QVC* 的出价少 13 亿美元。这时, *Paramount* 宣布接受 *Viacom* 的要约,并修改“毒丸”条款以防止 *QVC* 的要约得到接受。在本案中,法庭认为, *Paramount* 公司董事会与 *Viacom* 达成的挑选合并对象、防御措施的一系列协议应该是无效的,因为那些协议阻止了 *Paramount* 公司董事会履行其当公司的控制权交易正在处于预期状态时的信义义务,“协议达到了不符合信义义务的程度,那这些协议是无效的、不具有执行力。”^④最后,以合同形式签订的防御措施被否决,法庭以给原告签发禁止令的方式进行救济,阻止了

^④ 如自我交易、与公司竞业等情形,经公司章程或股东会同意后,逐渐地被认可。至于注意义务,则更多地被章程和合同等所排除,另外还包括商业判断规则、责任保险和惩罚补偿等制度的适用,致使现实中的案例少之又少。

^④ Aaron D. Jones 教授在他的论文中提到过的这样的观点。Aaron D. Jones, *Corporate Officer Wrongdoing and the Fiduciary Duties of Corporate Officers under Delaware Law*, 44 *Am. Bus. L. J.* 2007, p. 521.

^④ 637 A. 2d 34 (Del. 1994).

^④ 637 A. 2d 47 (Del. 1994).

这起合并。本案中,当 QVC Network 出价更高时,Paramount 董事会的信义义务要求其应该考虑 QVC 的报价,但 Paramount 董事会与 Viacom 的协议则排除了董事会的这一考虑,故而协议本身违反了董事会的信义义务。按照这一原理,一个董事会聘任了一个经理,双方签订了聘用协议,“如果协议没有经过仔细的考虑、不合理的或者是因为这个协议对经理(CEO)太过尊敬、赋予了太多的保护,导致事实上经理掌握了所有的权力,董事会却不再能够履行其法定的信义义务来监控经理和执行公司的相关事务时,这样的—个协议可以认为是违反了董事的信义义务的。”沿着这样—条思路,我们可以得出这样的—个结论:如果经理聘任协议中给经理豁免责任的约定到了这样的—个程度,即因为该协议使得公司董事会不再拥有足够的监督和控制机制,则该协议违反了董事会的信义义务,故这样的协议应该无效的。

在经理契约中对经理义务的豁免应该是有强制性因素的,这就是义务豁免的底限——不能因为给经理太多的豁免而使董事会违反信义义务,不能因为太过迁就经理而使董事会失去监控职能。这既是对经理义务豁免的—个底限,也是公司法保证维持整体治理机制架构的—个底限,应该得到支持。

在公司治理架构中,公司经理扮演着越来越重要的角色,法律研究也应该越来越关注公司经理独特的义务和责任体系。“义务责任规则确实不是唯一的,但可能是最重要的规范(shaping)经理行为的因素。”^⑦随着公司中经理与董事之间关系的逐渐厘清,重视公司经理独特的法律地位,构建独立的、区别于董事义务的经理义务体系将成为公司立法和公司法研究的—个重要任务,不仅是为了—个知识点的重新整理和归纳,更是为了整个公司治理体系的切实合理运行。

^⑦ Daniel R. Fischel & Michael Bradley, *The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis*, 71 CORNELL L. REV., 1986, pp. 275 - 276.