

## 公司高管义务与董事义务一致吗？

——美国的司法实践及其对我国的启示

樊云慧

**内容提要：**长久以来公司高管的义务并没有得到美国司法机构和学者的注意，高管义务从来都是淹没于董事义务之中的。美国特拉华州最高法院 2009 年的判决第一次单独讨论了公司高管的信义义务，虽然其明确主张公司高管与董事的信义义务一致，但美国有学者在公司高管与董事角色和地位相区别的基础上，提出高管的信义义务应区别于董事的信义义务，原则上高管承担的信义义务，主要是其中的注意义务，应比董事承担的信义义务的要求要高，即高管违反注意义务承担责任的标准为一般过失原则，而董事违反注意义务承担责任的标准为重大过失原则。因为高管掌握着经营管理公司的核心权力，而董事（会）则处于指示和监督的地位。借鉴国外的研究，我国应树立两个理念：一是兼任公司高管的董事义务应重于独立董事，二是“董事长中心主义”的公司和“经理中心主义”的公司高管义务应有所区别。

**关键词：**高级管理人员 董事 信义义务 注意义务

樊云慧，山西财经大学法学院副教授。

公司的高级管理人员（简称“高管”）是我国 2005 年修订的《公司法》中新增加的概念，是指“公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员”。根据《公司法》第 148 条的规定，董事和高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务。因此，我国公司法认为公司高管和董事对公司负有的义务别无二致。学者们对公司经理或高级管理人员的研究和著述颇丰，但很少有人对公司经理或高管的义务做出与董事不一样的陈述。<sup>〔1〕</sup> 无独有偶，美国无论是司法实践还是理论研究，长久以来也没

〔1〕 提出经理义务与董事义务有区别的主要见：吴伟央：《公司经理法律制度研究——以经理法律地位为核心的权利、义务和责任体系分析》，中国政法大学 2008 届博士学位论文；何冠楠：《董事、经理信义义务区分论》，中国政法大学 2012 届硕士学位论文。但这种区分并未引起我国学者的广泛关注。

有人重视公司高管的义务,高管义务从来都是淹没于董事义务之中的。但是,近些年来,美国法院的判例专门就公司高管义务作出单独的解释,也有越来越多的学者开始专门研究公司高管的义务。本文从美国法院有关公司高管义务的司法判决开始,分析美国学者对公司高管义务的研究,从中得出对我国的启示。

## 一 美国法院的司法判决

### (一) 公司高管义务是否区分于董事义务

1939年,美国特拉华州最高法院在 *Guth v. Loft*<sup>[2]</sup> 一案中第一次明确表达了特拉华州公司的高管像董事一样对公司及其股东负有信义义务的观点。法院提到,无须讨论,“公司高管和董事与公司及其股东之间存在一种信义的关系。”该案被认为是特拉华州有关高管信义义务的基础性判例。四十年以后,在 *Lynch v. Vickers* 一案中,特拉华州最高法院又一次提到了高管的信义义务。法院这次注意到了其他司法辖区的做法,指出“所有的司法辖区都认识到来自于董事和高管与公司及其股东之间的信义关系”。<sup>[3]</sup> 但是像古斯(*Guth*)一案一样,高管信义义务的准确本质并没有得到更深的探讨。特拉华州衡平法院——这个被认为是美国领先的商业法院之一,<sup>[4]</sup> 在2009年以前没有探讨过高管信义义务的准确内容,而是像特拉华州最高法院一样,只是在判决附带意见中顺便提到这样的义务,对高管义务几乎没有做出什么指导性意见。比如2004年,在 *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation* 一案中,特拉华州衡平法院也只是简单地指出“至今,高管的信义义务被认为是与董事的义务一样”。<sup>[5]</sup> 以后衡平法院的判决基本上都引用其在迪斯尼(*Disney*)一案中这个一般化的宣言以支持最早在古斯一案中提出的理论——高管负有与董事同样的信义义务,同样法院也都没有更进一步对这个概念作出探讨。

一直到2009年初,特拉华州最高法院部分解决了有关公司高管信义义务这个悬而未决的问题。在 *Gantler v. Stephens*<sup>[6]</sup> 一案中,第一奈尔斯财务公司(*First Niles Financial, Inc.*, 简称“第一奈尔斯公司”)的股东起诉公司的董事和高管,诉称他们违反了信义义务。在解决针对公司的财务官和副总裁劳伦斯·萨菲瑞克(*Lawrence Safarek*)的一审诉讼中,特拉华州衡平法院说到:“作为高管,劳伦斯·萨菲瑞克对第一奈尔斯公司及其股东负有忠实和注意的信义义务。”为了支持这个结论,法院重申了特拉华州最高法院在古斯一案中以及特拉华州衡平法院在迪斯尼一案中所做出的关于高管信义义务与董事义务之间关系的声明。然而,因为法院发现原告未能提供足够的事实以合理推断劳伦斯·萨菲瑞克的行为是恶意的或具有重大过失的,因此诉讼被驳回了。在上诉中,特拉华州最高

[2] 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939)。

[3] *Lynch v. Vickers Energy Corp.*, 429 A.2d 497, 502-503 (Del. 1981), 引用了 *Mansfield Hardwood Lumber Co. v. Johnson*, 263 E2d 748, 754 (5th Cir. 1959)。

[4] 见 William H. Rehnquist, *The Prominence of the Delaware Court of Chancery in the State-Federal Joint Venture of Providing Justice*, 48 *Bus. Law.* 351, 354 (1992)。

[5] No. 15452, 2004 WL 2050138, at \*3 (Del. Ch. Sept. 10, 2004)。

[6] 965 A.2d 695, 699 (Del. 2009)。

法院推翻了衡平法院的所有主张,针对驳回原告诉被告高管违反信义义务的诉讼,其认为:“当事人并没有对公司高管负有与董事一样的信义义务这个问题产生争议。那个问题——高管负有的信义义务是否与董事一致——被认为是法院首先要解决的事情。过去,我们暗示特拉华州公司的高管像董事一样,负有注意和忠实的信义义务,而且高管的信义义务与董事的义务是一致的。现在我们明确这种主张。”<sup>[7]</sup>加特勒(Gantler)一案被认为是特拉华州最高法院第一次就非董事高管的义务作出明确的判决。

但美国有些法院与特拉华州法院的观点有些不同。美国内布拉斯加州最高法院在向高管适用与其权力相当的义务时说到,公司高管的经营义务在法律和实践中都居于重要地位以至于如果高管不能以一个理性谨慎的高管应有的注意从事企业事务时,他就要对公司或其股东为其过失的不当管理而负责。他的义务“要增加到任命他作为代理人的股东对于他的信任所产生的赋予他权利和控制的准确程度。”<sup>[8]</sup>美国最高法院曾在 *Bates v. Dresser* 一案中认为在公司经营管理中担任积极角色的高管负有更大的责任。在该案中,公司的前总裁和若干董事被起诉要对他们控制公司时雇员的偷盗行为造成公司财产损失承担责任。法院的主张是总裁对公司负有一种与董事不一样的义务。董事不必要去检查银行记录和账簿,而总裁手头就有存款账户因此有足够的注意以防止欺诈。后来法院判决只有总裁对公司承担责任。<sup>[9]</sup>

由此我们可以看到,虽然特拉华州的公司法发展得非常庞大,但是 2009 年以前长达 70 年的时间里,除了仅在判决附带意见和引用的判例中提到过高管义务以外,特拉华州的法院和立法机关对于高管信义义务的确切本质和范围基本上都没有触及到,即便是在 2009 年初特拉华州最高法院第一次对高管的信义义务作出定义性声明的加特勒一案中,其也只是简单地主张公司高管(仅作为高管)负有与董事同样的信义义务,并没有解释得出这种主张的理由,当然更不要说看到高管与董事义务的区别了。在特拉华州以外,虽然也有法院涉及到高管仅仅是作为高管(而不是将高管和董事作为一体)的义务,但这只是个别的,即便像美国最高法院在巴特斯(Bates)一案中对高管适用了比董事更大的责任,但法院判决似乎依赖的是被告对公司熟悉程度上的实际差别,而不是高管和董事义务在法律标准上的差别。这样的结果就是,公司法的评论者和学者普遍就都认为高管的信义义务同董事是一样的。<sup>[10]</sup>

## (二)商业判断规则是否适用于公司高管

特拉华州法院在引用仅涉及董事的判例时,通常申明商业判断规则覆盖高管和董事。在 *Kelly v. Bell* 一案中,衡平法院说“根据案件的情形,商业判断规则适用于公司的执行高管们”;<sup>[11]</sup>最高法院维持了衡平法院的判决,宽泛地指出“董事或高管不是必然对公司承

[7] Gander v. Stephens, 965 A.2d (Del. 2009). pp. 708 - 709.

[8] Electronic Dev. Co. v. Robson, 28 N.W.2d pp. 130, 137 - 138 (Neb. 1947).

[9] Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (1919). pp. 530 - 531.

[10] Lyman P.Q. Johnson & David Millon, Recalling Why Corporate Officers Are Fiduciaries, 46 WM. & MARY L. REV. 1597, 1600 (2005).

[11] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. 1969).

担责任,因为他们践行承诺,行使了诚实的商业判断”。<sup>[12]</sup> 特拉华州衡平法院的副大法官哈奈特(Hartnett)在1980年到1983年的一连四个判决中,都使用了下述相同的语言——“商业判断规则推定公司高管或董事的理性的商业决策是正确的,除非存在使该决策免于商业判断规则保护的事实。”<sup>[13]</sup>

特拉华州以外的其他州以及美国联邦法院也有不少判例主张商业判断规则适用于高管。*Para-Medical Leasing, Inc. v. Hangen*<sup>[14]</sup> 一案就是根据华盛顿法律明确对高管适用商业判断规则从而免除公司高管责任的一个案例。在该案中,公司根据华盛顿法律起诉海根(Hangen),认为其违反了代理法规定的他对公司负有的信义义务。法院认可了原告提出的代理人负有普通的注意义务的看法。然而,法院主张,对公司高管而言,商业判断规则凌驾于代理人的注意义务之上,法院指出:“在考虑公司高管行为时,应当适用商业判断规则而不是普通的注意标准。”1994年伊利诺斯州上诉法院在 *Omnibank of Mantee v. United Southern Bank*<sup>[15]</sup> 一案中毫不含糊地指出其他司法管辖区相当数量的法院“已经明确表达商业判断规则既保护公司董事也保护公司高管”。1997年明尼苏达州上诉法院判决的 *Potter v. Pohlad*<sup>[16]</sup> 一案涉及对三个公司高管提起诉讼,其中的两个同时也是董事,于是第三个不是董事的高管就面临着是否适用商业判断规则的问题,法院的主张是该规则适用于公司高管。<sup>[17]</sup> 此外,位于华盛顿西区和特拉华州的美国联邦地区法院2003和2004年所作出的判决均适用了特拉华州法律并主张商业判断规则适用于公司高管。<sup>[18]</sup>

但是,也有判例主张公司高管不受商业判断规则的保护。典型的案例是 *Platt v. Richardson* 一案。该案中,宾夕法尼亚州中部地区的美国地区法院主张商业判断规则“只适用于公司的董事而不是高管……被告没有引用一个将商业判断规则提供给公司高管的判例,而且我们也没有发现有这样的判例”。<sup>[19]</sup> 另外一个拒绝商业判断规则适用于公司高管的是加利福尼亚州的 *Gaillard v. Natomas Co.* 一案。在该案中,被诉称违反信义义务的被告中既有内部董事也有外部董事,被告以商业判断规则做辩护,法院将该规则适用于那些不是高管的外部董事,但却推定该规则并不适用于内部董事。法院拒绝利用该规则对内部董事进行保护是因为内部董事是以公司的高管身份从事相关行为的,法院在分析加

[12] Kelly v. Bell, 266 A.2d 878 (Del. 1970).

[13] Schreiber v. Pennzoil Co., 419 A.2d 952, 956 (Del. Ch. 1980); Haber v. Bell, 465 A.2d 353, 357 (Del. Ch. 1983); Lewis v. Aronson, 466 A.2d 375, 381 (Del. Ch. 1983), *rev'd on other grounds*, 473 A.2d 805 (Del. 1984) (demand futility); Pogostin v. Rice, No. 6235 (Del. Ch. August 12, 1983), *aff'd*, 480 A.2d 619 (Del. 1984). 转引自 A. Gilchrist Sparks, III & Lawrence A. Hamermesh, Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers, 48 *Bus. Law.* 215, 232 (1992).

[14] Para-Med. Leasing, Inc. v. Hangen, 739 P2d 717 (Wash. Ct. App. 1987).

[15] 607 So. 2d 76 (Miss. 1992).

[16] 560 N. W2d 389 (Minn. Ct. App. 1997).

[17] 需要注意的是,在这个判例中法院注意到高管的职责也许比董事的更为广泛,高管的信义义务“水平”也许会受到具体情况的影响。而且,法院还认识到高管是代理人,故作为代理人的高管负有将重大信息向董事会披露的义务,但是,法院却用特拉华州适用于董事的重大过失标准而不是规范代理人的普通过失标准来衡量高管的义务履行。

[18] Grassmuck v. Barnett, No. C03-122P, 2003 WL 22128263 (WD. Wash. July 7, 2003); Stanziale v. Nachtomi, No. CIV.A. 01-403 KAJ, 2004 U. S. Dist. LEXIS 7375 (D. Del. Apr. 20, 2004).

[19] Platt v. Richardson, CIV No. 88-0144, 1989 WL 159584, at \*2 (M. D. Pa. June 6, 1989).

利福尼亚州规范董事义务的成文法后认为“加利福尼亚州公司法典第 § 309<sup>[20]</sup> 与公司高管无关,其仅与董事有关,同时也是高管的董事因为其高管的身份要对特定的行为承担责任,而其他董事则不用承担更多的责任。”<sup>[21]</sup>

综上所述可以看出,无论是特拉华州的法院,还是特拉华州以外的司法管辖区的判例多数都主张非董事高管有权享受商业判断规则的好处,这样就把普拉特(Platt)和盖拉德(Gaillard)这种不对高管适用商业判断规则的判决变成一个明显的少数派。

## 二 美国学者的研究和争论

比较早地单独将公司非董事高管的义务作为一个独立的主题做出研究的是美国一家律师事务所的两名律师 A. 吉尔克瑞斯特·斯巴克斯三世(A. Gilchrist Sparks, III)和劳伦斯·A. 汉姆麦西(Lawrence A. Hamermesh),他们在 1992 年发表了一篇题为《公司非董事高管的普通法义务》(*Common Law Duties of Non-director Corporate Officers*)的文章,对非董事高管在普通法下的义务内容做出了详细的研究。虽然他们在文章中提到“公司高管在注意义务下的责任通常比董事大,既是高管又是董事的责任要比不是高管的董事责任大”,但他们认为这在很大程度上是因为公司高管对公司事务更为熟悉的一个功能性后果,而不是高管与董事义务在法律标准上的不同,因而他们认为有一些法院主张高管或者董事高管的信义义务比董事大的理由在很大程度上是得不到支持的,故他们认为高管的信义义务应与董事的一样,也应像董事一样受到经营判断规则的保护。<sup>[22]</sup> 自此以后,学者们开始逐渐关注区别于董事的公司高管的义务。尤其是 2001 年和 2002 年间美国的很多公司发生了巨变,安然(Enron)、安德菲尔(Adelphia)、泰科(Tyco)、英克隆(ImClone)和世通(WorldCom)等大公司发生的丑闻都与公司高管的不当行为以及不负责任有关,<sup>[23]</sup> 学者们于是发现对公司的营业和事务有着巨大影响力的公司高管已经取代董事会成为公司决策的中心角色。公司高级管理人员,尤其是首席执行官,主宰着公司的事务,俨然成了公司“老板”。<sup>[24]</sup> 公司高管的这种角色变化引起了学者们对其区别于董事义务的高度关注。

目前,美国学者在这方面的研究日益丰富,综合来讲其争论主要集中在以下几个方面:第一,公司高管的义务是否与董事一致? 不一致的理由是什么? 第二,公司高管信义

[20] 该部分规定的是有关董事的注意义务标准,加利福尼亚州公司法典中有关董事的注意标准不包括高管,因而高管注意义务的标准留给法院解决。

[21] Gaillard 256 Cal. Rptr. 702 (Cal. App. 1st Dist. 1989). p. 711.

[22] A. Gilchrist Sparks, III & Lawrence A. Hamermesh, *Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers*, 48 *Bus. Law.* 215, 216 (1992).

[23] 有关内容参见 Kathleen E Brickey, *From Enron to WorldCom and Beyond: Life and Crime After Sarbanes-Oxley*, 81 *WASH. U. L.Q.* 357, 358 (2003); Lyman P.Q. Johnson & Mark A. Sides, *The Sarbanes-Oxley Act and Fiduciary Duties*, 30 *WM. MITCHELL L. REV.* 1149, 1219 (2004)。

[24] *Unanue v. Unanue*, No. 204, 2004 WL 5383942 (Del. Ch. Nov. 9, 2004) 的注释 153 - 154 及附加的文字。

义务的理论基础是什么？是普通法上的信义义务还是基于代理法产生的？第三，公司高管的注意义务标准是什么？是采用与董事一样的重大过失原则，还是采用一般过失原则？第四，商业判断规则是否适用于公司高管？

### （一）高管的信义义务是否区别于董事的信义义务

无论是公司的董事还是高管都对公司负有信义义务，这一点已成为学界和法院的共识。学者们的分歧在于公司高管的义务与董事义务是否完全一致。虽然特拉华州最高法院 2009 年在加特勒一案中明确肯定高管的信义义务与董事的信义义务相同，但仍然有一些学者对特拉华州最高法院的这个结论提出质疑，这种质疑的根据在于公司高管与董事在公司中角色和地位的不同。这些区别表现在：第一，董事是由股东会选举产生的，而高管是由董事会任命或辞退的；第二，无论是作为一个组织的董事会，还是作为个体的董事，都不是股东或者说公司的代理人（董事会的权力是原始的、非经授权的，股东们既不能授予这种权利，也不能撤销这种权利<sup>[25]</sup>），而诸如公司首席执行官或总法律顾问这样的高管是公司的代理人；第三，董事尽管不是公司或股东的代理人但他们是负有信义义务的人，而高管正是因为他们的代理人地位而作为信义义务人的。<sup>[26]</sup>

建立在公司高管与董事这种角色和地位区别的基础上，以雷曼·约翰逊（Lyman Johnson）教授为代表的部分美国学者提出高管的信义义务应区别于董事的信义义务，原则上高管承担的信义义务，主要是其中的注意义务，应比董事承担的信义义务的要求要高。<sup>[27]</sup> 原因主要有以下几方面：

第一个理由是现代公司实质上是由高管负责经营，董事（会）负责指导和监督。既然高管是公司的权力中心和经营中心，而董事（会）则退居于指导和监督的位置，因此应当对高管施加更重的义务以使其对公司承担更大的责任。反对者认为公司高管经营公司的权限来源于董事会的授权，董事会控制着授权明确性的水平和程度，董事会授予高管的自由裁量权越大，则高管违反注意义务的可能性就越大。董事会有极大的自由裁量权决定什么事情高管必须提交董事会审查或批准。既然董事会控制着授予高管自由裁量权的大小，因此董事会躲在高管背后在较低的标准下不承担责任就是不公平的。另外，如果董事会保有自由裁量权则适用重大过失原则，而如果将这种自由裁量权授予高管，则高管就适用一般过失原则也说不过去。<sup>[28]</sup> 而且还有反对者担心，如果让高管承担过大的责任风险

[25] Hoyt v. Thompson's Executor, 19 N. Y. 207 (1859). 在该案中，法院提到：公司的董事会与公司的关系不像代理人与其委托人之间的关系。在公司中，董事会的权力在一个非常重要的意义上是原始的和未经授权的。股东既不能授予也不能撤销这些权力。

[26] Lyman P.Q. Johnson & David Millon, Recalling Why Corporate Officers Are Fiduciaries, 46 WM. & MARY L. REV. 1597, 1605 - 1607 (2005).

[27] 雷曼·约翰逊教授单独以及和其他学者合作发表了一系列文章，主要有：Lyman P.Q. Johnson & David Millon, Recalling Why Corporate Officers Are Fiduciaries, 46 WM. & MARY L. REV. 1597, (2005)；Lyman P.Q. Johnson, Corporate Officers and the Business Judgment Rule, 60 Bus. Law. 439 (2005)；Lyman P.Q. Johnson & Robert V. Ricca, (Not) Advising Corporate Officers About Fiduciary Duties, 42 Wake Forest L. Rev. 663 (2007)；Lyman Johnson & Dennis Garvis, Are Corporate Officers Advised About Fiduciary Duties?, 64 Bus. Law. 1105 (2009)；Lyman Johnson & Robert Ricca, Reality Check on Officer Liability, 67 Bus. Law. 75 (2011).

[28] Paul Graf, A Realistic Approach to Officer Liability, 66 Bus. Law. 315, 319 (2011).

将会使公司治理遭到挫败,因为公司高管将会“将更多的决策交给董事会,为了规避风险,自己只承担较少的且风险较小的决策。”<sup>[29]</sup>

第二个理由是高管能“比董事接触到更多和更好的信息”。<sup>[30]</sup> 美国《示范商业公司法》(*Model Business Corporation Act*)第 8.42 条的官方注释说道:第 8.42 条规定有自由裁量权的非董事高管必须达到 8.30 条对董事行为标准的要求。但是从他负有更多的熟悉公司事务的义务这个角度来看,他信赖(他人提供的)信息、报告、声明的程度,根据特定的情形,也许比董事受到更多的限制。该法 8.42 条的这个官方注释意味着“高管能接触到公司信息使得高管受到更高的审查标准”。<sup>[31]</sup> 反对者认为信息在公司内部传播和利用的情况使得法官在决定高管的过错上极为困难,尤其是法官缺乏对公司内部工作的深入了解。而且,收集信息的过程充满着许许多多的障碍,高管获取和处理信息经常会受到时间的压力,而董事会也有权要求获得其履行管理公司的职责所必要的信息。<sup>[32]</sup>

第三个理由是公司高管的薪酬要比董事高得多,因此高管应当比董事承担更大的责任。比如,2010 年美国大型公开公司首席执行官的平均薪酬将近 1200 万美元,而非管理的董事的中间薪酬约为 228,540 美元,这也就是说大型公开公司 2010 年的首席执行官的薪酬是董事的 50 倍。<sup>[33]</sup>

第四个理由是高管是全职工作,而董事是兼职工作。也就是说,高管投入公司的工作时间要比董事多得多。据统计,在 2002 年萨班斯-奥克斯利法案(*Sarbanes-Oxley Act*)颁布以前,美国公司中董事花在董事会事务上的时间是月均 14 个小时,2003 年是月均 19 个小时,至少到了 2009 年还一直在月均 20 个小时左右徘徊。而保守的估计,高管每周花在工作上的时间为每周 50 小时,也就是说每月 200 个小时,是董事所花时间的 10 倍。<sup>[34]</sup>

## (二)公司高管信义义务的基础——普通法抑或代理法

A. 吉尔克瑞斯特·斯巴克斯三世和劳伦斯·A. 汉姆麦西以及雷曼·约翰逊和戴维·米尔隆(David Millon)教授在高管的信义义务与董事的信义义务是否一致这个问题上存在着严重的分歧,虽然他们都认为高管对公司负有信义义务是因为他们是公司的代理人,但在这个问题的理论基础上,却得出了相反的结论。A. 吉尔克瑞斯特·斯巴克斯三世和劳伦斯·A. 汉姆麦西持相同观点,而雷曼·约翰逊和戴维·米尔隆持相同观点。前组学者认为公司高管应适用普通法下董事的信义义务,后组学者则认为代理法应当是高管信义义务和责任的基础。

斯巴克斯三世和汉姆麦西认为公司高管与公司雇员及其他代理人在成文法以及其他公司治理文件授予的权限和自由裁量权方面有区别。公司高管是由公司细则或者董事会

[29] Lawrence A. Hamermesh & A. Gilchrist Sparks III, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule: A Reply to Professor Johnson*, 60 *Bus. Law.* 865 (2005).

[30] Lyman P.Q. Johnson, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*, 60 *Bus. Law.* 439, 460 (2005).

[31] A. Gilchrist Sparks, III & Lawrence A. Hamermesh, *Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers*, p. 218.

[32] Paul Graf, *A Realistic Approach to Officer Liability*, p. 323.

[33] 参见 *Pay Up: Overpaid Bosses Are Back*, *Economist*, June 18, 2011, p. 74 (引用了 Governance Metrics International (GMI) 关于首席执行官薪酬的信息)。

[34] Lyman Johnson & Robert Ricca, *Reality Check on Officer Liability*, 67 *Bus. Law.* 75, 80 (2011).

决议给予其头衔和义务的,而且高管被授予管理和行政职能,他们有权就某些公司事项行使自由裁量权和判断权。相反,公司雇员及其他代理人并不是同样从公司细则或者董事会决议获得他们为公司行为的权限,而且他们很少会行使公司高管所享有的那类权限和自由裁量权。因而,“公司雇员或代理人的地位与公司高管的地位一点都不同。”<sup>[35]</sup>正是因为公司高管与公司雇员及其他代理人的地位存在差异,则适用于公司雇员及其他代理人的代理法应不适用于高管,而规制公司高管的行为与责任的标准应与规制董事的一样,故他们认为应将普通法下的董事信义义务适用于公司高管。<sup>[36]</sup>

约翰逊和米尔隆教授区分了股东选举产生的董事与董事会聘任的高管的角色和责任,认为高管是公司的代理人才使高管处于信义人的地位,因此应是代理规则而不是传统的董事信义义务规则规范他们的行为。公司高管应当承担比董事更为严格的义务。这样做有三大好处:第一,适用代理法中的委托人——代理人模式将会恢复公司判例法和成文法规定的公众公司的法律管理模式,即董事授权高管作为代理人管理公司的事务。第二,根据判例法构造高管的信义义务将会允许法院对于高管的信义义务有更多的要求,从而能够更加严格地审查高管的行为。这种更加严格的审查是对近期大量的因高管过错行为而导致的公司丑闻的一种回应。第三,适用代理法上的信义义务有其理论涵义:其一,其建立在公司以及公司关系的组织体概念基础上,并加强了对这种观念而不是契约关系理论的强有力的支持;其二,强化了公司高管的信义义务与责任应当与外部董事区别分析的政策理念。<sup>[37]</sup>

反对者指出了代理理论中存在着不合逻辑的地方,即:如果高管是公司代理人的话,那么谁是委托人?董事会吗?但高管不是对董事会负有信义义务,而是对公司和股东整体负有信义义务。而公司和股东整体又不是委托人,因为高管不是根据公司和股东整体的指示来工作,其是根据董事会的授权来工作。<sup>[38]</sup>

### (三)公司高管违反注意义务的责任标准(或称归责原则)

主张公司高管信义义务区别于董事信义义务的学者认为公司高管的忠实义务与董事的忠实义务基本一致,二者义务的区别主要是注意义务,<sup>[39]</sup>具体来讲就是高管违反注意义务的责任标准应高于董事,他们的理由在于公司高管处于公司代理人的法律地位,因此,代理法律是决定公司高管责任的出发点和基础。《美国代理法重述(三)》指出“代理人对其委托人负有普通的注意义务”,因此公司高管对公司也应负有普通的注意义务,也就是说高管违反注意义务的责任标准应为代理法所规定的一般过失,而不是董事违反注意义务承担责任所适用的重大过失标准。<sup>[40]</sup>但反对者认为,在一般过失标准下,公司高管的过失责任与他们个人的赔偿是完全不相符的。而且,公司高管享受不到公司注册证

[35] Goldman v. Shahmoon, 208 A.2d 492, 493 (Del. Ch. 1965).

[36] A. Gilchrist Sparks, III & Lawrence A. Hamermesh, Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers, p. 216.

[37] Lyman P.Q. Johnson & David Millon, Recalling Why Corporate Officers Are Fiduciaries, p. 1600.

[38] Paul Graf, A Realistic Approach to Officer Liability, p. 327.

[39] Lyman Johnson & Robert Ricca, Reality Check on Officer Liability, p. 94.

[40] Lyman P.Q. Johnson & David Millon, Recalling Why Corporate Officers Are Fiduciaries, p. 1603.



书中的免责条款提供给董事的保护,公司高管承担责任的可能性是巨大的。<sup>[41]</sup> 另外,反对者还指出当高管被形容为公司代理人时,其意思是高管作为代理人其行为可以约束公司,并不是说高管因一般过失承担责任。<sup>[42]</sup>

#### (四) 商业判断规则是否适用于董事

商业判断规则是一个早已建立、用来保护公司董事以及他们批准的行为在实质上不受司法审查的著名规则。早先美国学者和评论家认为商业判断规则的理论基础是:第一,鼓励有能力的个人担任董事;第二,给董事们提供规划公司政策所需要的自由裁量权;第三,使法院避免替公司决策;第四,确保董事而不是股东运营公司。<sup>[43]</sup>

比较新的商业判断规则存在的理由是雷曼·约翰逊教授在总结其他学者研究的基础上提出的:一是,避免司法对商业决策的不当干预;二是,维持董事会在公司治理中的核心地位;三是,鼓励董事从事适当的风险活动。<sup>[44]</sup> 约翰逊教授提出的这三大理论基础后来就成为学者们讨论商业判断规则是否适用高管的判断依据和争论焦点。

美国学者以及评论家的通说认为商业判断规则通常也适用于高管行使权限做出的决策,<sup>[45]</sup> 美国法律协会(American Law Institute, ALI)和全美律师协会(American Bar Association, ABA)公司法委员会均确认商业判断规则在适当的情形下保护高管的行为。美国法律协会说到“合理的公共政策是主张高管负有与董事同样的注意义务和适用同样的商业判断标准,将商业判断标准适用于高管的那些为数不多的判例也是这个主张,而且大多数评论家的观点都支持这种主张”;<sup>[46]</sup> 全美律师协会公司法委员会也指出“商业判断规则通常适用于高管自由裁量权限范围内做出的决策”。<sup>[47]</sup> 但雷曼·约翰逊教授提出了截然不同的也是最为极端的观点,他通过逐一检讨主张商业判断规则适用于公司高管的判例和审视公司高管是否符合商业判断规则的三大理论,最后得出的结论是商业判断规则不应适用于公司高管。<sup>[48]</sup>

A. 吉尔克瑞斯特·斯巴克斯三世和劳伦斯·A. 汉姆麦西认为商业判断规则适用于高管有三个条件,除了其在早先的文章中指出的商业判断规则只在高管被授权的范围才适用,高管超出授权范围的行为就不再受商业判断规则的保护这种情形外,<sup>[49]</sup> 另外的

[41] Lawrence A. Hamermesh & A. Gilchrist Sparks III, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule: A Reply to Professor Johnson*, p. 865.

[42] Paul Graf, *A Realistic Approach to Officer Liability*, p. 326.

[43] Dennis J. Block, et al, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors* (3rd ed.) (New York: Aspen Publishers, 1989), pp. 4 - 8.

[44] Lyman P.Q. Johnson, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*, pp. 454 - 455.

[45] A William Meade Fletcher, *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations* (Chicago: Callaghan & Company, 1975), p. 28; Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations* (3rd ed.) (St. Paul, Minn.: West Group Publishing, 1983), p. 663.

[46] American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, 1994), p. 140.

[47] ABA Comm. on Corporate Laws, *Changes in the Model Business Corporation Act Pertaining to the Standards of Conduct for Officers: Inspection Rights and Notices Final Adoption*, 54 *Bus. Law.* 1229, 1231 (1999).

[48] Lyman P.Q. Johnson, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*, pp. 440 - 441.

[49] A. Gilchrist Sparks, III & Lawrence A. Hamermesh, *Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers*, p. 234.

两个条件是商业判断规则不保护高管那些与董事会（或执行董事会政策的高管上级）设定的政策或指示相冲突的行为，不保护公司高管那些与公司有利益冲突的行为。<sup>[50]</sup> 有学者则认为商业判断规则应在股东对高管提起的集体诉讼或派生诉讼中适用，而不适用于董事对高管提起的公司诉讼。<sup>[51]</sup>

### 三 分析与评价

第一，需要指出的是，即便公司高管义务区别于董事义务的观点还未得到美国学界和司法界的认同，但将公司非董事的高管义务作为独立主题进行研究的美国学者越来越多，而且这种研究是非常有价值的，因为公司高管的地位和角色处于不断发展变化之中，在高管责任愈来愈重大的今天，重新审视公司高管的义务是非常必要的。最近十年间美国学者之所以对公司高管区别于董事的义务感兴趣，其中一个重要原因就是美国不断发生的公司丑闻都是因为高管的行为引起的，在实践中也存在着高管主宰公司的情形，为此美国联邦证券委员会（SEC）、纽约证券交易所（NYSE）、纳斯达克（NASDAQ）等机构采取措施赋予公司高管更大的责任，联邦证券法律也通过萨班斯－奥克斯利法案进行了修改，其中一项重要措施就是对公司高管施加法律责任，<sup>[52]</sup>但美国以特拉华州为代表的各州公司法却没有对公司高管的责任做出任何反应，这引起了学者的好奇和重视。雷曼·约翰逊教授就曾尖锐地指出，“对于处在近期发生的企业丑闻最中心的公司高管”，公司法却“出奇地”对公司高管的责任问题保持“沉默”。<sup>[53]</sup> 雷曼·约翰逊和丹尼斯·盖维斯（Dennis Garvis）教授也曾这样形容公司高管是如何缺少注意的，“公司法对待高管就像天气一样，每个人都在谈论但没有人知道在谈论什么”。<sup>[54]</sup> 鉴于公司高管在公司中日益重要的地位，美国的学者开始纷纷撰文研究公司高管仅作为高管而不是作为董事的义务和责任。

第二，美国各州公司法及法院将高管义务混同于董事义务有其历史原因和客观原因。其中的一个重要原因就是公司法理论受到经济学理论的影响。这要首推 1932 年伯利和米恩出版的那本标志性的著作，在这本书中经济学家不区分公司的董事和高管，而是把他们统称为非法律术语的“经理人（managers）”或“管理层（management）”，比如他们说到，“管理层由公司的董事会和高级管理人员组成”；<sup>[55]</sup> 另一个原因来源于经济学的分析方法对公司法理论的影响，一些金融学家将企业看成是一系列合同的连接，基于此，许多公司

[50] Lawrence A. Hamermesh & A. Gilchrist Sparks III, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule: A Reply to Professor Johnson*, p. 876.

[51] Gregory Scott Crespi, *Should the Business Judgment Rule apply to Corporate Officers, and Does It Matter?*, 31 *Okla. City U. L. Rev.* 237, 237 (2006).

[52] Megan Wischmeier Shaner, *Restoring the Balance of Power in Corporate Management: Enforcing an Officer's Duty of Obedience*, 66 *Bus. Law.* 27, 52 (2010).

[53] Lyman P.Q. Johnson, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*, p. 439.

[54] Lyman Johnson & Dennis Garvis, *Are Corporate Officers Advised About Fiduciary Duties?*, 64 *Bus. Law.* 1105 (2009).

[55] 参见 Adolfa Berle, JR. & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation And Private Property* (New York: The Mac-millan Company, 1932)。

法学者将公司治理中最核心的问题重铸为委托代理中的“代理成本”问题。<sup>[56]</sup> 当经济学家们形容委托代理关系时,他们指的是一个人或组织能代表另一个人或组织行为时的任何关系,这样董事和高管都是这个视角下的“代理人”。<sup>[57]</sup>

公司治理关注的关键关系之一就是股东和经理关系,这种关系被当作是委托代理关系,将董事和高管都当成是股东的代理人无疑混淆了二者之间的区别。美国各州公司法以及法院并未重视公司高管与董事区别的另外一个重要原因是在以前很多公司中的董事就是高管,二者多是交叉和重叠的,故公司法和法院并没有必要做这种区分。比如美国《示范商业公司法》对高管行为标准的规定虽然是独立于董事的另外一个条文,但该标准与董事的规定基本是一致的。<sup>[58]</sup> 其他州有的公司法是将高管包括在规范董事行为的条文中,<sup>[59]</sup>有的采纳了示范公司法的方式,用一个单独的条文规范高管行为标准但与董事的类似。<sup>[60]</sup> 后来随着公司规模扩大、股权的分散逐步出现了不在公司内部任职、专门负责监督其他董事行为的外部董事,这就使得董事与高管的角色有了区分。那么,在董事与高管职责和地位有了区分的前提下,美国各州公司法及法院仍然对董事与高管义务不加区分的做法可能就欠缺正当的理由了。或者至少可以这样说,只有在对高管义务做出深入研究的基础上,我们才能得出正确的结论,而不是想当然地认为公司高管义务与董事义务肯定是一致的。

第三,美国学者之所以提出公司高管的信义义务应区别于董事的一个主要立论基础是,在美国,尤其是大型公开公司,股权比较分散,公司高管掌握着经营管理公司的权力,位于整个公司治理的核心地位。美国公司治理结构的现状是:在一些封闭性公司,或许董事会参与公司日常的运营,但是在许多其他的公司,公司的营业和事务都是在董事会的指示和监督之下经营的,因为公司的运营管理被授予了执行官和其他职业经理人。<sup>[61]</sup> 因此美国公司治理的普遍模式是董事会将经营权限授予高管。<sup>[62]</sup> 这样,在股权非常分散的公司,董事会只在公司的重大决策上干预或者限制高管的自由裁量权,<sup>[63]</sup> 公司高管对公司业务的日常运营和管理负有主要的责任,董事会就将他们的注意力放在监督的职能上,这种监督职能通常不是直接、积极监管主要的执行高管,而是通过评估这些执行高管的表现以及换掉没有达到工作业绩合理预期的执行高管这种间接的方式来履行。<sup>[64]</sup> 使用董事

[56] 参见 Bernard S. Black, *Agents Watching Agents: The Promise of Institutional Investor Voice*, 39 *UCLA L. REV.* 811, 850, 887 (1992)。

[57] 参见 Michael C. Jensen & William H. Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, 3 *J. FIN. ECON.* 305 (1976)。

[58] 美国示范公司法 (MBCA) § 8.42 是规范公司高管的, § 8.30 是规范公司董事的。§ 8.42 条其实只是用“拥有自有裁量权的高管”替代了“董事 (directors)”一词。

[59] COL. O. REV. STAT. ANN. § 7-108-401 (West 2006); LA. REV. STAT. ANN. H § 12:91, 12:92 (G) (1994); UTAH CODE ANN. § 16-10a-840 (West 2009)。

[60] ALASKA STAT. § 10.06.483 (e), (f) (2009); KY. REV. STAT. ANN. § 271B.8-420 (LexisNexis 2003); MINN. STAT. ANN. § 302A.361 (West 2004); N. D. CENT. CODE § 10-19.1-60 (2005); 15 PA. CONS. STAT. ANN. H § 1712(c), 1732(c) (West 1995)。

[61] Model Business Corporation Act (美国示范商业公司法, MBCA) § 8.01(b) & cmt., 8-4 (2011)。

[62] 参见 Thuy-Nga T. Vo, *To Be or Not to Be Both CEO and Board Chair*, 76 *BROOK. L. REV.* 65, 68 (2010)。

[63] ALI, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (1994), § 3.02。

[64] ALI, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (1994), § 3.02 cmt. d。

会授予的权限,首席执行官们甚至“决定和规划公司政策并规定公司的整体发展方向”。<sup>[65]</sup> 这种现象可以追溯到西方国家早已开始的“经理革命”,随着“经理革命”的出现,在股份有限公司尤其是规模较大的公开上市公司中,公司权力中心呈现出一种世界性的、不可逆转的向下转移的趋势,即由股东大会中心主义到董事会中心主义,再由董事会中心主义到经理中心主义的转变。<sup>[66]</sup> 美国各州公司法的发展即反映了这种转变,在20世纪70年代以前,美国大多数州的成文公司法都规定董事会实际“经营”公司,后来随着董事会与高管在公司中地位的反转,随着高管履行大部分经营管理公司的职能,立法最终屈服于董事会的现状,从而修改为经营公司的职能只需要在董事会的“指示”下行使。<sup>[67]</sup> 所以,高管在公司经营管理中的核心地位以及董事会在公司中的监督地位必然会造成二者义务的不同。

第四,以雷曼·约翰逊教授为主的学者从代理法出发研究公司高管义务的立论是错误的。从A. 吉尔克瑞斯特·斯巴克斯三世和劳伦斯·A. 汉姆麦西的论述来看,美国代理法显然是适用公司雇员的,他们认为公司高管虽然也是公司的雇员,但却不适用代理法而适用普通法上信义义务的原因在于公司高管拥有其他雇员所没有的经营管理公司的权限和自由裁量权,这种经营权和自由裁量权使得高管与董事的地位类似,故应与董事适用同样的信义规则。对于地位如此重要、拥有越来越大自由裁量权的高管(这正是约翰逊教授所主张的),约翰逊教授却将他们与公司中地位较低的一般雇员同等对待,同样适用代理法的规则,这是令人难以理解的! 笔者认为,具有自由裁量权的高管其地位应当说更接近于董事而不是一般雇员! 因此,约翰逊教授从代理法的规则出发,主张因为高管是公司的代理人,就应当适用代理法,其注意义务应以普通过失为标准,从逻辑上是不可取的。事实上,代理法在美国是一直存在的,难道公司法的立法者和法院就没有注意到代理法吗? 显然不是的。而且,美国的判例法显示,在高管同公司竞争的情形下适用于高管的忠实义务要比纯粹的雇员和代理人严格得多。<sup>[68]</sup> 公司法的立法者和司法者正是看到公司高管与其他代理人不一样,所以才赋予公司高管特殊的地位,作为特别法,公司法有优先适用的理由,因而在公司法上可以不将公司高管与其他雇员同等对待,而是将其与公司董事同等对待。当然,笔者并不是说公司法的这种做法一定是正确的,即便过去正确现在也可能不一定合理了,笔者只是认为不能让公司高管回到仅仅只受代理法的约束这种规则之下。

[65] Custom Report for 11-1011-00—Chief Executives, O \* NET ONLINE, <http://www.onetonline.org>, 最后访问时间:2013年5月31日。该报告中的首席执行官(Chief Executives)包括首席执行官(Chief Executive Officer, CEO)、总裁(President)、首席财务官(Chief Financial Officer, CFO)、副总裁(Vice President)、首席运营官(Chief Operating Officer, COO)、执行董事(Executive Director)、执行副总裁(Executive Vice President)、财务副总裁(Finance Vice President)、总经理(General Manager)、运营副总裁(Operation Vice President)。

[66] 有关内容参见金海平:《我国公司经理制度研究》,《商业经济与管理》2001年第9期。

[67] 美国示范公司法第8.01(b)条在1974年修改为公司在董事会的指示下经营,在此之前,它曾规定公司的营业和事务应由董事会经营和管理。MODEL BUS. CORP. ACT ANN. § 8.01 historical background at 8-8 (3d ed. Supp. 2000-2002); 特拉华州公司法修改为“公司的营业和事务由董事会经营或在董事会的指示下经营”,增加了“公司的营业和事务在董事会的指示下经营”这样的内容。

[68] A. Gilchrist Sparks, III & Lawrence A. Hamermesh, Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers, pp. 222-223.

## 四 对我国的启示

中国在规定包括经理在内的高管义务时,像英美法系国家一样,也把它混同于董事的义务。这里的原因不言自明,因为我国公司法上董事的信义义务(即忠实义务和勤勉义务)就是从英美判例法引进而来的,而如前文所述,英美国家的立法和法院是将董事和高管的义务混同在一起的。虽然笔者认为不能从代理法的角度出发得出公司高管的注意义务标准高于董事的结论,但我们实实在在又看到公司高管与公司董事在地位、职责、权限、薪酬、工作时间方面确实存在许多不同,那我们能忽略这种不同而将二者同等对待吗?因此,笔者赞同约翰逊教授提出的公司高管的职责、地位、角色等与董事不一样,董事会的职能现在发生了变化,因此高管应与董事的义务有所区别,这种区别主要也应体现在注意义务的区别上。那么,应如何区别对待呢?

### (一) 不同层面的认识

第一,公司高管应受经营判断规则的保护。笔者首先要指出的是,高管绝对应当受到经营判断规则的保护,约翰逊教授提出的经营判断规则的理论基础是应当适用于高管的,只有高管受到经营判断规则的保护,才能“避免司法对商业决策的不当干预”,“鼓励高管从事适当的风险活动”,维护公司良好的治理结构<sup>[69]</sup>(即股东不直接经营管理公司,公司由具有专门人才的人经营)。只有这样,才能实现公司的高效和专业化运行。良好的公司治理结构所要求的集中管理和专门管理正是公司的特征和优势之一,所以无论是普通法还是成文法都要鼓励高管充分发挥自己的专业才能去管理公司,而不要被过重的义务和责任束缚住手脚,从而在根本上损害了公司高效和专业化运作的基础,如此也就消灭了公司这种经济活动工具的优势。

第二,对公司所负责任和义务的大小应与权力的大小和地位的高低具有对应关系。笔者赞成约翰逊教授提出的公司高管经营公司、董事监督公司,公司高管接触到的公司信息比董事多,公司高管的薪酬远远大于董事的薪酬,公司高管投入公司的时间远远多于董事,因此公司高管应负有比董事更重的注意义务这个结论。由于接触到的信息多寡、薪酬多少和投入公司的时间多少是与高管和董事不同的职责相适应的,因此我们可以得出的一个结论就是公司责任、义务的大小应与权力的大小和地位的高低具有对应关系,这个结论也可作为判断我国公司高管与董事义务是否区分以及如何区分的一个标准。一个人在公司中的权力越大,地位越高,那么就应当对公司承担更大的责任,从而对公司负有的义务就更重。

第三,中国公司的治理现状与美国不同,中国公司高管与董事信义义务的区分以及如何区分,应结合公司的具体情况来论。中国在 2005 年修订的公司法施行以前,基本上是

[69] 约翰逊教授说的是“维持董事会在公司治理中的核心地位”,笔者认为这种说法有点片面。因为如果现代社会中大型公开公司的治理现状已经发生了董事会和高管职能的逆转,那还能一味维护董事会的核心地位吗?因此,笔者认为将经营判断规则存在的这一理由修改为“维护公司良好的治理结构”是可取的,只有这样才能保持公司的专业化管理,保障公司的高效运作。

以“董事长为中心的”，因为只有董事长才能作为公司的法定代表人；另外一点，中国公司的股权比较集中，董事长无疑都是大股东的代表，因此董事长是公司权力的中心。而且事实上中国的公司大多都延续原来的传统以董事长为法定代表人。另外，中国公司治理结构中有专门的机关——监事会对董事和高管的行为进行监督，因此中国公司的董事会并不需要像美国那样分成两部分，一部分董事只负责监督，一部分董事兼任高管和其他非董事高管负责经营。也就是说，中国公司的经营和管理多数是由以董事长为首的董事会控制的（当然，也不排除少数股权极度分散的公司由高管实际控制），中国公司的董事会职能没有也不可能像美国那样蜕变为只负责监督公司的经营。因此，在中国，公司高管与董事信义义务的区分以及如何区分，应结合公司的具体情况而论。

## （二）两点启示

启示之一：兼任公司高管的董事的注意义务应区别于独立董事的注意义务。如上所述，如果说董事的注意义务应与高管有所区别的话，那么首先应当区别的是兼任公司高管的董事与独立董事的义务，当然这种区别也主要体现在注意义务的区别上。根据我国公司法及证监会的有关规章和制度规定，独立董事除了拥有一般董事具有的职权以外，还有一些特殊的职权。<sup>[70]</sup> 按照学者的观点，独立董事在行使《公司法》规定的董事会的职权时，其作用更侧重于监督而非决策，即对非独立董事的决策过程和内容进行监督。<sup>[71]</sup> 因此，在行使所有董事都拥有的职权时，独立董事的注意义务标准应低于兼任公司高管的董事，对于兼任公司高管的董事其注意义务的标准应采用一般过失，而对于独立董事的注意义务标准应采用重大过失原则。主要的原因还是兼任公司高管的董事显然对公司经营和管理拥有更大的权力，其对公司的经营成败更为关键，因而兼任公司高管的董事对公司的作用更为重要，其责任也更重。而且，兼任高管的董事对公司的情况比独立董事熟悉，投入公司事务的时间以及获得的薪酬也远远高于独立董事，基于上述标准，兼任高管的董事应对公司负有更重的义务，其注意义务的标准应高于独立董事。在独立董事行使自己独有的职权时，则可以按照一般过失标准来要求独立董事，因为这些职权是独立董事真正发挥作用的领域所在，也是设置独立董事的意义所在，故应严格要求以使独立董事发挥其应有的职责。

启示之二：“以董事长为中心”的公司与“以经理为中心”的公司中，公司高管的义务应有所区别。2005年修订的公司法生效以后，公司可以选择董事长或经理出任公司的法定代表人，这样从法律的规定上来看，中国的公司似乎可以分成两类，一类是以董事长为中心的，一类是以经理为中心的。虽然事实上中国的公司大多都延续原来的传统以董事长为自己的法定代表人，但法律至少提供了这种可能性。再者，中国公司法对经理的法定

[70] 我国独立董事的特殊权利主要规定在证监会发布的《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》中。该《指导意见》第5条、第6条分别规定了独立董事集体和个人的职权，其中独立董事个人的职权表现为就上市公司的特定事项发表独立意见，包括提名、任免董事、聘任或解聘高级管理人员，董事和各级管理人员的薪酬决定，一定金额以上的关联交易以及可能损害中小股东权益的事项等。另外，《上市公司章程指引》第69条规定年度股东大会上每名独立董事需作述职报告；《上市公司股东大会规则》第7条规定独立董事有权向董事会提议召开临时股东大会。

[71] 参见汪海飞：《我国上市公司独立董事勤勉义务判断标准研究》，华东政法大学2011届硕士学位论文，第9页。

职权做出了规定(虽然公司章程可以另外做出规定,但如果公司章程没有另外规定的话,就适用法律的规定),而实践中大多数公司都是根据工商局的章程文本,也就是说经理的职权照搬公司法的规定或者至少全部选择了公司法的规定。这样,在中国公司法下,经理虽然仍然由董事会聘任或解聘,但经理的地位可能会与美国公司中的首席执行官有些不一样。这种不一样归纳起来,就是两点:一是中国公司经理的职权是法定的(至少是推定适用的);二是中国公司的经理可以是公司的法定代表人。基于上述观点,事实上就给了中国公司经理应比董事负有更高的义务的理由。

综合来讲,笔者认为在中国,在对公司的高管适用信义义务从而要求他们对公司承担责任时,应区分公司是以董事长为中心,还是以经理为中心。如果是以董事长为中心,说明经理在这种公司中的自由裁量权比较小,那么对于这种公司的董事就应该适用比高管更为严格的信义义务,即董事的注意义务以一般过失为其归责原则,而高管的注意义务以重大过失为其归责原则;如果公司是以经理为中心,那说明处于公司最高层的高管被赋予了更多和更大的自由裁量权以及管理公司事务的权力,那么对这种公司的高管就应该适用比董事更为严格的信义义务,即高管的注意义务采用一般过失原则,而董事的注意义务采用重大过失原则。可能这种做法给司法实践带来的困难是如何区分公司是以董事长为中心、还是以经理为中心,因为这种区分是根据个案的具体情形不同而做出个别判断的。毕竟我国是成文法的国家,不是判例法的国家,法官判案要严格依据法律而不能创造法律。笔者认为,我国目前的最高人民法院指导性案例可以部分解决这个问题。

另外,对于一个成文法的国家来说,我国还需要立法来确定几个判断规则或者是判断标准,因为如果成文法不确立规则,那法官无法判断该公司是否是以经理为中心,这种判断规则可以通过最高人民法院发布司法解释的方法解决。相关判断规则应包括以下几个要点:第一,该公司的股权分散程度;第二,该公司是经理还是董事长担任公司的法定代表人;第三,公司章程关于经理的职权是否有所限制,是否赋予董事长特殊的职权?第四,董事长是否每天上班?如果该公司股权分散,是经理担任公司的法定代表人,公司章程关于经理的职权没有任何限制(甚至还比法定职权扩大了),也没有赋予任何董事长特殊的职权,董事长也不每天上班,只是开董事会时才来公司,那么基本可以肯定这个公司是以经理为中心;相反,如果公司股权集中,是由董事长担任法定代表人,即便公司章程对经理职权没有限制,但赋予了董事长一些特殊的经营管理权限,董事长每天上班,那么可以说这个公司是以董事长为中心。当然,有时候有些公司的董事长可能是幕后的实际控制人,比如是大股东或者大股东的代表,但只要董事长不是法定代表人,章程没有赋予董事长特殊的职权,那么该公司的经理对公司事务享有较大的自由裁量权,这时高管就应当适用较高的信义义务标准。

## 五 结 语

德国一位学者谈到,“……主体性不是某种划一的东西,而是与各种角色相适应的东西;……谁自我批评地进行判断,谁就知道他并非作为主体接受某些角色,而是作为个体

忍受着那些角色。”<sup>[72]</sup>对于商事关系中的企业而言,更应该如此。

事实上,无论是在美国还是我国,对于将公司高管的义务区别于董事义务进行的研究还比较少,人们似乎想当然地将公司高管与公司董事同等对待。且不管本文提出的观点是否正确抑或是否具有可行性,哪怕最后学界研究的共识是公司高管与董事就应当承担同样的义务,但这也一定要在大家对这个问题有了充分的研究和论证以后才能得出。因此如果本文能引起学者对公司高管独立于董事的角色和义务的研究和思考,本文的目的也算达到了。

---

---

[ **Abstract** ] For a long period of time, the duties of senior corporate executives had been buried in the duties of corporate directors and consequently ignored by judicial organs and scholars in the U. S. The issue of the fiduciary duties of corporate executives was independently addressed for the first time by the Supreme Court of Delaware in a judgment in 2009. Although the court clearly stated that the fiduciary duties of corporate executives are similar to those of corporate directors, some U. S. scholars, based on the difference between the role and status of corporate executives and those of corporate directors, advanced the idea that the fiduciary duties of corporate executives are different from those of corporate directors: in principle, the former, mainly the duty of care, should be of higher standard than the latter. Namely, in the determination of liability for violation of the duty of care by corporate executives, the principle of “general negligence” should be applied while in the determination of the liability for violation of the duty of care by corporate directors, the principle of “gross negligence” shall be applied. This is because corporate executives hold the core managerial power of the corporation while corporate directors (or boards of directors) mainly play the role of instructors and supervisors. China should draw on the relevant foreign experiences and establish the following two principles: first, the duties of a corporate director who holds concurrent post of a corporate officer are heavier than those of an independent director; and second, the duties of corporate executives in “chairman-of-board-of-directors-centered” corporations and should be different from those in “CEO-centered” corporations.

---

---

(责任编辑:姚 佳)

---

[72] [德]京特·雅科布斯著:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社2001年版,第53页。