

论滥用经理权的市场约束及其民法规制

刘殿葵, 廖焕国

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 刘殿葵(1965-), 男, 江西赣州人, 武汉大学法学院博士生, 主要从事民商法研究; 廖焕国(1974-), 男, 湖南岳阳人, 暨南大学法学院讲师, 法学博士, 主要从事民商法研究。

[摘要] 经理权具有权力特征, 容易遭到滥用。传统内部约束方法存在一定局限性, 应发掘和适用市场外部竞争机制规制经理权滥用。经理权的市场约束机制应通过民事法予以规范化。

[关键词] 经理权; 市场约束; 民法规制

[中图分类号] D922.921 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)03-0345-05

一、对经理权的传统约束方法及其局限

没有约束的权力必然滋生腐败, 绝对的权力产生绝对的腐败。对经理权的传统约束, 首先是法律上的约束, 其次是合同、章程、企业规章制度和内部机构的约束, 再就是社会和其它方面的约束。法律的约束包括公法上的约束和私法上的约束, 公法上的约束主要是防范经理权侵犯他人的生命、健康、自由和重大财产利益, 以免企业利用其经济优势蜕变成黑社会组织或邪教组织, 公法的约束由《宪法》、《刑法》等加以规定; 私法主要由商法、公司法等进行规制; 企业章程、经理人聘任合同、企业规章制度等规定了经理人的具体权力及其限制, 是对经理权的主要约束途径; 社会和其它方面的约束起补充作用。这些约束机制一般都能够维持经理权在法律轨道内健康有序的运作, 但对滥用经理权的规制尚有欠缺。

经理人滥用经理权的主要形式是偷懒和虐待物质资本, 具有相当的隐秘性。是否偷懒和是否适当利用企业资产, 其客观标准不多, 不太容易掌握, 已有的成文公司法、企业法或公布的法院判例等法律规范, 由于存在有意无意的漏洞, 难于对其进行如此细微的调整, 即经理人可以在不触犯现行法律规定的情况下滥用权力, 他们具有足够的精力和时间来寻找法律漏洞实施投机钻营。

传统的约束方法还包括合同、章程等的约束。在经理人的雇佣合同中, 由于个人的有限理性, 签约方在事前对未来的预期仅仅是基于双方的主观评估, 未来所面临的不确定性在本质上是不可预见的, 所以合同是不完全的。合同的漏洞客观存在, 对经理人的权力约束的力度有限。

企业章程的作用本来相当于企业的“宪法”, 内部的规章制度类似于企业的“部门法”, 对经理权的滥用可以起到一定的约束作用, 但我国不少企业对章程的制定非常随意, 制定章程只是为了应付企业的开业登记和日后有关部门的检查, 结果企业章程失去了对经理人的应有规范力。加上章程以及内部规范不能对抗第三人, 除非企业或股东能够举证证明经理人与第三人恶意串通。由于存在调查成本和诉讼成本, 章程和内部规范对滥用经理权的约束显得乏力。同样, 企业内部机构的约束, 由于信息的不对称,

以及顾虑经理权的行使效率和经理人的工作积极性,这类约束也难于及时到位。

二、经理权的市场约束

市场约束属于经理权外部约束方法的一种。企业是一个由明示和默示的交易合同组成的网络,亦即合同的联结体(nexus of contracts)。经理权事实上来源于企业,当企业的合同、章程和组织机构未能对经理权滥用提供足够的防范时,则在一个更加宽泛的合同网络中,可能会找到更加有效的监控措施。市场是由无数的合同构成的复杂体系,是按照最佳利益原则对生产要素与社会资源进行评价和整合的场所,市场完全可以涵盖各种企业要素,有能力对经理人提供充分到位的约束和激励。市场约束主要包括产品和服务市场的竞争、经理人市场的竞争、融资结构、控制权争夺和敌意接管等的约束^[1](第 70 页)。

产品和服务的市场对经理权滥用的约束作用。产品和服务市场的竞争通过企业的赢利水平与这个行业的平均水平相比照判断来管理人是否称职。我国经济经过改革开放后近 30 年的发展,目前的供求格局早已经从计划经济时期的长期短缺经济转变为供过于求的相对过剩经济。相对过剩的供求格局使企业面临更加激励的产品市场竞争,对企业的经营管理水平提出了更高的要求。如果企业不能以有吸引力的价格生产出有竞争力的产品或提供服务,它就会疏远买主(客户)和失去市场份额。如果情况进一步恶化,企业就会破产并被清算,经理人也将被迫离职。并且,由于市场主体的多元化,市场上存在所有者直接经营的企业的竞争。经理人所在的企业因两权分离产生的代理费用,在有市场竞争的环境中,大量非两权分离的企业存在,经理人的代理费用可以大大降低(如果所有企业都是两权分离的,那么就不能形成外界压力,代理费用将会很高)。

经理人市场的竞争使经理人忠心尽职。首先,经理人市场可以为经理人的能力、品行和业绩进行全面、公平、客观的测评,将信息记录、储备和公示。即市场可以通过政府相关部门或一些企业化的专门机构来进行经理人任职资格的认定、品德和诚信度的鉴定、实际业绩的评估,以确定登记,记入经理人档案向社会公示。经理人由此能够内在地对自己的行为负责并接受市场的规范。所有的企业如果到公开的市场上来选择自己的职业经理人,都要看备选经理人的档案记录,档案记录决定经理人的终身,在档案记录对经理人的威胁达到高于财产连带责任的时候,市场的规范作用也就不言而喻。其次,市场对经理人的引导和锻炼纠正经理人不当行为。经理人的管理才能、天赋、品质能通过市场的引导,得以发挥,其所有的行为接受市场的检验监督,能够在同一起跑线上在市场上进行平等的较量。经理人的能力和人品主要也是从市场上锻炼出来的,经理人的职业化教育是通过市场来完成的,而不是大学课程所能做到的。即市场能够通过正确的价值导向将经理人引上正道,克服其人格缺陷与诸多邪念(包括滥用职权)。再次,市场的推介和人才流动实现经理人自律。从事工作及选择职业的自由是现代民法所倡导和保护的基本人权^[2](第 138 页),经理人在市场环境下实现人权、实现自律。市场的供需法则决定经理人市场是一种高度民主竞争的市场,通过人才招聘会、媒体广告的推介和猎头公司(executive headhunter)等市场中介机构为供需双方的顺利交易所提供的服务,实现经理人的合理流动,完成经理人资源的优化配置。如果某个经理人预期他要在经理市场上长时间存在,则他会比较重视建立自己的声誉;如果企业主可以在市场上比较容易地找到可替换的经理人,则现任经理人自然而然就会尽忠诚、注意义务,遵守公认的诚信标准和职业操守,加强行业自律。通过竞争,经理人的偷懒行为可以在将来的薪酬中得以体现,同时,经理的败德行为的后果也会在经理市场上反映出来,由此迫使经理为自身的长远利益而克制自己。最后是市场的激励与淘汰机制维持着经理人队伍的纯洁。对品德高尚、业绩显著的经理人,企业主为了防止被别人挖走,即使不存在企业被收购,也需要制定激励计划以留住这些人才。如果一个经理人把企业弄得十分糟糕,他就只能被取而代之。激烈而残酷的市场竞争,强制无能的经理人永远退出市场,使成功的经理人在名誉和收入方面得到充分补偿,由此支撑着经理人队伍的健康有序发展,遏制着包括经理人滥权在内的许多不当行为。

融资结构、控制权争夺和敌意接管等资本市场行为同样可以对经理权的行使起到相应的约束作用。企业的运作需要进行融资,潜在的贷款人或投资者、商业银行和其他当涉及大量资金时为企业安排融资的中介机构,为确保其贷款的安全回收,在发放贷款前和支付贷款后,势必仔细审查借款企业的资信,以及企业的资金运作与实际经营状况,结果会向借款企业的经理人提供动力和压力以确保他们的企业的运营是有效率的和可获利的。只要那些经营企业的人想要在将来回到资本市场,他们就不会想破坏在可接受的条款上获得新的融资机会,因而经理人不会拒绝潜在投资者、贷款人或金融中介的劝诫,金融市场的约束也就会奏效。资本市场给投资人买卖股票提供便利,经营好的企业股价上升使经理人获得好处,经营不善使股价下跌影响经理人的收益。最后,一个限制经理权的因素竞争的并购和控制权市场(market for corporate control)^[2](第117页),当一个企业是由不具竞争力的、自满的、过于小心谨慎的或不诚实的经理人员经营,其市场价值低于实际价值时,企业外部的并购者就会通过资本市场或金融市场对企业发起敌意收购行动,在收购成功后通过更换管理层改善经营的绩效,实现企业的真正价值。由于存在被取代的风险,经理人被迫努力工作。

三、市场约束的法律规制

现代社会里,竞争是营业自由和财产权保护背后的必要条件,国家对经济最重要的任务就是维护竞争,政府的任务就是开放市场进入、扩大市场规模。这些都离不开国家法律和政府法规的保障。

产品市场上,国家除了以刑事手段打击商业受贿、制假贩假、欺诈侵权等犯罪行为之外,更多的工作应该是通过民事立法落实经理人的个人责任,即通过完善的民事责任法律制度确保产品市场的有序发展。因为企业的生产经营主要是操纵在经理人手上,企业通过经理人的代理活动(实施经理权)实现经营目的。如果企业实施不正当竞争行为,如假冒他人知名品牌、逃废债务,企业往往可以获得额外利润或其他不正当利益,经理人也享受利益。这类行为既损害了其他市场主体的合法权益,也是对别的企业的经理人或能力更强的备选经理人不公平,不能真正体现经理人的实际竞争能力。但是,按照传统观念,对这些行为追究责任时,概由企业承担,经理人无须对外承担责任。因为法人机关成员共同向第三人负连带责任,在传统法理上是矛盾的,法定代表人及其工作人员执行职务的行为,属于法人的行为,所以法人与机关成员置于同一民事主体中,他们对外是不可能承担连带责任的。笔者认为,经理人在产品市场上滥用职权损害他人利益的,应当与所在企业一起承担连带责任。其一,利益与风险同在。民事侵权行为制度的基本功能在于分配社会行为的风险,既然经理人可以在滥用职权中获得额外利益,他就应当对其行为承担民事赔偿的风险。其二,为了社会公平。企业承担全部责任,首先意味着企业主承担了全部风险,这对企业主不够公平,因为许多经理人滥用权力的行为企业主是不知情的;其次是企业的员工、企业的债权人及其他相关的利益群体与经理人共担了剩余风险也有失公平。因为企业债务的加重造成破产员工将随着经理人一起下岗了,生活没有了保障,债权人的大部分债权也就落空了,殃及无辜。其三,为了安全和效率。把责任落实到经理人身上,增大了责任主体范围,无疑是加大了对第三人的保护力度,增强了交易安全;让经理人连带承担责任也能减少第三人的调查成本提高社会效率,经理人的实际权限以及是否存在越权和滥用职权往往只能由公司内部成员才能做出准确的判断,而难为第三人所知晓,如按照传统民法的代理权否定而单独追究经理人责任的方式,其调查成本高昂诉讼也没有效率。最后,追究经理人的连带责任能够发挥法律的免防功效。经理人直接实施企业的经营管理行为,追究其滥权的连带责任能够迫使其谨慎勤勉、恪尽注意义务,减少损害的发生。传统的民法理论不是一成不变的,应当被社会实践所修改。发达国家和地区已经存在类似的立法例:英国1986年《挪用资金法》第15条就规定公司高级官员因默许、同意或者疏忽而导致违反该条款的对公司的债务承担连带责任;我国台湾地区的公司法第23条也规定,公司经理对事务之执行,如有违反法令致第三人受有损害应与公司负连带责任。如果缺乏相关法律的保障,产品市场对经理权的约束将功效大减或者作用不大。有

鉴于此,我国《民法通则》第 43 条所规定的企业法人对其法定代表人和其他工作人员的经营活动承担责任,有所欠缺,建议在该条之后增设一款:“法定代表人和其他工作人员有过错的,应当承担连带责任”。同样,我国《公司法》第 21 条所规定的公司股东、高级管理人员等损害公司利益的应当承担赔偿责任,没有对第三人利益进行必要的保护,容易放纵经理权滥用,建议将其中的“损害公司利益”、“给公司造成损失”分别修改为“损害公司或第三人利益”、“给公司或第三人造成损失”;第 150 条“给公司造成损失”也应修改为“给公司或第三人造成损失”。

经理人市场的形成和发展需要建立和执行许多规则,包括人才入市、人才评定与考核、人才流动、信息披露、惩戒机制、争议解决等规则,这些规则维持着经理人市场的有序运作,确保着市场的公信力,树立起经理人行业的社会信任。经济的发展需要社会信任,传统的中国社会中占主导地位信任类型是关系性特殊主义(Particularism)信任,及以血缘、地缘关系为基础以传统的儒家文化为内核建立的信任,这种信任在民法规范严重不足的中国自然经济社会里维持了数千年的社会稳定,至今仍有极强的生命力。但我国近代史上由于列强入侵、西方文明的引入以及国内动乱,传统社会信任的经济基础和文化基础遭受到了根本性的破坏,恢复和重建尚需时日,无法满足现代社会经济发展的需要。市场经济的高速发展需要普遍主义(Universulism)的信任,即法治社会的信任,以解燃眉之急。这种类型的信任是根据非个人的社会规章制度,如专业资格、理性化的科层组织、中介机构及各种法规等的保证给予信任。这些正是经理人市场能够做到和应该做到。现在的问题是如何设置和运行上述市场规则?将原先计划经济时代的人事、组织制度搬入经理人市场,以行政命令加以推广施行,效果肯定不行(将回到计划经济时代缺乏竞争与效率的状况);让市场自发性地形成规则靠市场主体自觉地遵照执行,又势必缺乏权威性、影响市场效率,最终影响市场的公信力(比如无法杜绝虚假资质与信息出现)。笔者认为,设置市场规则仍然应当贯彻私法自治原则,采用民间立法、国家机关按照宪法和民事基本法所确定的法律价值进行理性审查的方式,赋予市场规则普遍的约束力,以便提高市场规则的可预见性,减少法院裁判的不确定性^[2](第 236 页)。具体方法可以采用民间组织起草,立法审查和司法审查的方式,重要的市场规则,如经理人协会制定的入市章程、中介机构管理办法等包含有惩戒性条款的规则,可由协会等机构拟订,然后报国家立法机关(包括地方立法机关)登记备案,立法机关可以在一定期限内组织专家评审,没有发现与国家强行法相抵触的驳回理由,即应当予以登记备案,赋予其法律效力;一般程序性规则,也可由人民法院在个案处理时进行司法审查,只要其制定程序不与法律和行政法规的强制性规定相抵触、不违反公序良俗,按照当事人意思自治原则,就应当确认其法律约束力。上述市场规则,总体上应当构成民法的渊源,属于法律多样性的表现^[5](第 362 页),将有益于国家法制的健全与完善。由于在我国现有的法律体系中,劳动力的使用和流通是由《劳动法》调整的,所以,在我国民法典没有制定之前,相关规则的完善,只能纳入《劳动法》体系之中。笔者建议修订我国《劳动法》,第一,将第 3 条劳动者“遵守劳动纪律和职业道德”修改为“遵守劳动纪律、行业规范和职业道德”。因为社会分工的细化,像经理人这样的行业越来越多,经理人市场的许多规则属于行业规范,法律应当要求从业人员遵守。第二,在第 17 条劳动合同的履行之后增加一款:“当事人应当遵守诚实信用原则,根据合同的性质、目的和行业惯例履行通知、协助、保密等义务”。第三,增大劳动者的责任范围,在第 102 条劳动者责任之后增加一款:“劳动者违反劳动纪律、职业道德以及相关行业规范,利用用人单位的商业信息、技术资料和其他社会资源,实施与用人单位相竞争的行为,损害用人单位利益的,应当与相关单位和个人承担连带赔偿责任”。因为原有规定劳动者只是在违法解除劳动合同和违反约定保密事项两种情形下对用人单位造成损失的,才承担赔偿责任,其责任范围太窄。此外,在反不正当竞争领域,相关的法律也应完善。我国《反不正当竞争法》应当将挖走竞争对手经理人的行为没有作为不正当竞争行为加以规制,建议在第 10 条第一款之后增加第(四)项:“未经竞争对手同意而雇佣或者使用其任期内或者竞业禁止期内的经理人员。”

资本市场的运行也同样需要自治法的规制。市场经济高度发展以后,市场提供了越来越多的商业机会,市场信息本身就能够带来价值,机会利润充满着诱惑力,经理人稍作不当利用便能获取丰厚的个

人利益。资本市场中经理权不当行使的常见行为就是利益输送、传统交易、提供虚假信息等,各种新问题新情况也层出不穷,有越来越多的规范需求无法得到满足,笔者认为,以裁判中心引入诉讼对抗机制,是设立资本市场规范的可行方法。具体路径是,扩大诉讼渠道,保护利益相关人员的信赖利益。第一,扩大法院的案件受理范围。企业的股东、员工、债权人、潜在的投资人,以及信赖经理人发布信息的其他利益相关人,均可以对涉嫌不当行为的经理人及其任职的企业提起损害赔偿的诉讼,追究经理人及相关企业的侵权责任、违约责任或缔约过失责任(发生请求权竞合时由当事人择一行使)。第二,加重经理人的举证责任,由于信息不对称,经理人必须有证据证明自己无过错,比如对错误或违法决议提出反对意见的,方能免于承担责任。第三,简化责任构成要件,经理人违反职业标准、职业道德和公认的商业伦理,就应当推定为有过错。第四,实行惩罚性赔偿,在损害数额难于确定时,有司法机关在法定的额度内自由裁量,确定赔偿数额,赔偿数额的确定可不以实际损失为限。

在法律修改时机尚未成熟时,可以先由最高司法机关作出相应的司法解释,以尽早弥补法律的漏洞,回应市场的规范需求,确保市场功能的正常实现。

[参 考 文 献]

- [1] 项山卫. 现代公司经理法律制度研究[J]. 中共浙江省委党校学报, 2002, (3).
- [2] 苏永钦. 走入新世纪的私法自治[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [3] [日] 我妻荣. 债权在近代法中的优越地位[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1999.
- [4] 史尚宽. 债法各论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [5] 虞政平. 美国公司法规精选[M]. 北京: 商务印书馆, 2004.

(责任编辑 车 英)

On Market Binding & Civil Law Regulation to Abuse of Manager's Power

LIU Diankui, LIAO Huanguo

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: LIU Diankui (1965-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in Commercial and civil law; LIAO Huanguo (1974-), male, Doctor, Lecture, Jinan University Law School, majoring in commercial and civil law.

Abstract: Manager's right is provided with the typical character of power, and it is often abused in practice. The traditional inner methods have some limits to bind the power. We should explore and apply external competitive mechanisms to regulate the abuse of manager's power, and concretely change the mechanism into civil law provision.

Key words: manager power; market binding; civil law regulation