

昆仑法学论丛

第一卷

- 浅析我国公司法规关于……
- 善意取得制度探析
- 公司职工持股法律制度研究
- 浅论离婚自由及其法律调控

王作全 主编

北京大学出版社

昆仑法学论丛

第一卷

主编 王作全

本卷执行编辑 王佐龙 陈晓筠

北京大学出版社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

昆仑法学论丛/王作全主编. —北京:北京大学出版社, 2003.3
ISBN 7-301-05983-3

I. 昆… II. 王… III. 法学—文集 IV. D90-53

书 名: 昆仑法学论丛第一卷

著作责任者: 王作全 主编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 7-301-05983-3/D·0674

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752926

电 子 信 箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 兴盛达打字服务社 62549189

印 刷 者: 北京中科印刷有限公司

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 开本 11.25 印张 324 千字

2003 年 3 月第 1 版 2003 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 22.00 元

凡购买北京大学出版社图书,如有缺页、倒页、脱页等
质量问题,请在所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

青海民族学院《昆仑法学论丛》编委会

(以姓氏笔划为序)

王作全

王佐龙

王立明

陈晓筠

苏永生

周忠瑜

卷 首 语

经过改革开放二十多年的不懈努力,西部社会的法学和法学教育取得了长足发展。特别是国家西部大开发战略的实施,为西部社会的法学和法学教育事业创造了千载难逢的发展机遇。正是在这种背景下,作为西部社会的法律人,我们越来越觉得苏力先生“什么是你的贡献”的格言仿佛在催问我们:“什么是我们的贡献?”基于这样一种神圣的使命,我们理应负起对西部法制建设和法治理念的构建做出自己的贡献的责任。为了较好地完成这一使命,提升西部社会的法学理论水平,为西部社会培养法律人才,经过长期思考、反复论证和认真探讨,决定创办《昆仑法学论丛》,以此为西部人充分展示其具有显著特色的研究成果提供园地。

《昆仑法学论丛》是一部集法学理论与实践于一体,并突出地方性、民族性等特点的综合性法学研究论丛。根据需要,开设“民商法研究”、“西部开发与法治”、“法学与实践”、“基础理论研究”等栏目。同时,还将根据具体情况,在以后的论丛中,开设相应的研究板块。

《昆仑法学论丛》具有如下特点:

首先,依托于民商法硕士点,基于教研人员的自身优势,近年来开展了中日民商法比较研究和西部民族地区民商法特色问题研究,并取得了相应的成果。所以,民商法学研究自然就成了该论丛的重点扶持部分。

其次,随着国家西部大开发战略的实施,西部社会生态环境与建设问题日趋重要,并备受关注。与此相关联,对与

西部社会生态环境保护和建设相关法律问题的广泛深入研究,是我们不可推卸的责任,更是该论丛需要特别关注的领域。

最后,民族性应该是西部社会最显著的特征之一,故加强西部社会各民族习惯及习惯法、西部社会法文化、法制历史和法制思想等的研究,不仅对推进该地区民主法制建设具有重要意义,而且对丰富该地区法学和法学教育事业也将发挥极其重要的作用。显然,及时充分地反映这一特色,也就成了该论丛的重要使命。

总之,经过多年的不懈努力,西部社会的法学和法学教育事业取得了长足发展,特别是近年来,成果更为显著。但由于受自然地理环境和历史条件的制约,发展速度仍然较为缓慢,步伐仍然迈得十分艰难,但我们始终对本地区的明天充满信心,我们会精诚团结、奋发有为、克服种种困难,在较为艰苦的自然环境和有限的条件下,竭尽全力谋求法学事业在西部社会的生存和发展。殷切希望各界人士给予高度关注和支持,使该论丛得到日益壮大和发展,逐步成为学界同仁们共同的精神家园。

最后,我们最诚挚地感谢北京大学出版社和该出版社政经法编辑部杨立范主任及他的同事们。正是在他们的关心和鼎力相助之下,本论丛才得以在北京大学出版社出版。

编 者

2002年9月于高原古城西宁

目 录

民商法研究

浅析我国公司法规关于董事、经理的

- 义务责任制度 周继红 王作全 (1)
- 善意取得制度探析 陈晓筠 (34)
- 企业职工持股法律制度研究 马旭东 (66)
- 浅论离婚自由及其法律调控 祁英香 (93)

西部开发与法治

- 乡村社会的解纷文化解析 王佐龙 (115)
- 藏族历史上的土地所有权制度研究 华热·多杰 (142)

法学与实践

- 司法公正及其标准 宁新海 (164)
- 对构建刑事证据开示制度的思考 马俊祖 (185)
- 行政程序法探微 牛丽云 (209)

基础理论研究

中国共产党治国方略的创新和发展

- 论法治与德治的结合 马文孝 (234)
- 试论中国古代刑法的亲合力 马兰花 (256)
- 论法律价值理念及其塑造
- 从中国市场经济法律运行之
- 恶性循环谈起 宋青霞 (280)
- 刑法生命力的内在机制 苏永生 (320)

浅析我国公司法规关于 董事、经理的义务责任制度

周继红 王作全

- 一、我国公司立法关于董事、经理义务的规定
- 二、我国公司立法对董事、经理责任的规定
- 三、对董事、经理义务责任法律制度问题的探讨

改革开放以来,随着国有企业体制改革的不断深化,企业组织形态的日益多样化和复杂化,我国公司立法也经历了一个极其曲折、复杂的过程。至 1993 年底新中国第一部公司法即《中华人民共和国公司法》颁布为止,有几个阶段的公司立法探索具有十分重要的意义。构成我国改革开放以来公司立法探索第一阶段的应该从 20 世纪 70 年代末开始的外商投资企业立法。最具代表性的是有关中外合资经营企业方面的立法和广东省经济特区有关涉外企业方面的立法。进入 20 世纪 80 年代后期,为国有企业的股份制改造提供法律依据而展开的立法,可谓是改革开放以来公司立法探索的第二阶段。其代表性法规有《深圳经济特区国营企业股份化试点暂行规定》(1986 年),《上海市股份制企业暂行办法》(1988 年)和《福建省股份制企业暂行规定》(1988 年)等。

进入 20 世纪 90 年代以后,社会主义市场经济体制的建立和发展成为我国经济体制改革的目标,以有限责任公司和股份有限公司为企业主要组织形态的现代企业制度的建立和完善被确定为我国企

业体制改革的目标,我国公司立法进入全面发展并有实质性突破的阶段。这一阶段的公司立法成果主要由两部分组成。一部分是1992年制定颁布的公司法规,其中《深圳市股份有限公司暂行规定》、《上海市股份有限公司暂行规定》、《海南经济特区股份有限公司条例》以及作为全国性行政法规的《股份有限公司规范意见》等属最有代表性法规。另一部分是在1992年公司立法的基础上1993年制定颁布的公司法规,其中最具有代表性的是《深圳市经济特区股份有限公司条例》、《广东省公司条例》和作为新中国第一部公司法的《中华人民共和国公司法》等。

不管是哪一阶段的公司立法,确立现代意义上的企业法人制度,以现代企业所有权和经营权相分离理论为指导,构建现代企业法人治理机制是最为重要的内容。其中代表现代企业经营权的董事、经理以及董事会制度的建立和完善,特别是董事、经理的义务责任制度的建立和完善具有十分重要的意义。因此,本文拟就我国改革开放以来的公司立法关于董事、经理的义务责任制度进行探讨,提出进一步完善的一些设想。

总起来说,我国改革开放以来的公司立法关于董事、经理的义务责任制度存在两大突出问题:一是董事、经理与公司之间法律关系的不明确性;一是将董事和经理不加区分,规定了完全相同的义务和责任。

一、我国公司立法关于董事、经理义务的规定

(一) 外商投资企业立法的规定

在我国改革开放以来的公司立法过程中占据重要地位,发挥了重要作用的外商投资企业立法中最具代表性的《中外合资经营企业法》^①基本上没有对董事的义务和责任作出规定,只对企业的总经

^① 因为,《中外合资经营企业法》对合资企业的法人资格、企业的组织形态等都作了明确规定。详见《中外合资经营企业法》第4条,《中外合资经营企业法实施条例》第2条、第19条等的规定。

理、副总经理规定了某种意义上的竞业禁止义务。该法规定,中外合资企业的总经理或副总经理不得兼任其他经济组织的总经理或副总经理,不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争(《中外合资经营企业法实施条例》第40条第4款)。^①该条例还规定,经董事会聘请,董事长、副董事长、董事可以兼任合营企业的总经理、副总经理或其他高级管理职务(同条第2款)。根据这一规定,董事只有在兼任总经理、副总经理等职务时才负有竞业禁止义务。另外,《中外合资经营企业法》只对中外合资企业的总经理、副总经理以及其他高级管理者有营私舞弊或严重失职的,可通过董事会决议随时解聘作出了规定(同条例第41条),但对于总经理等违反了上述的竞业禁止义务时,所要承担的责任未作明确规定。^②

至于国家外商投资企业立法中的《中外合作经营企业法》和《外资企业法》,对企业法人资格和企业组织形态等主要问题未作出强制性规定,而只作了一些任意规定。对于董事、经理的义务责任涉及得很少。

与此不同,以中外合资公司、中外合作公司、外资公司以及中外股份有限公司为调整对象的《广东省经济特区涉外公司条例》(以下简称《广东涉外条例》)^③,对上述四种公司的组织形态和法人资格作出了明确规定。规定上述四种公司均为有限责任公司,具有中国法人资格,并且对上述公司的机关制度,作了如下规定。规定外资公司(外商独资公司)的机关由公司章程作出规定;外资公司的法定代表人必须是代表外资公司,担当公司业务执行的负责人(《广东涉外条例》第23条)。对于中外合资公司和中外合作公司,规定由三名以上

① 关于总经理等在其他经济组织兼职的问题,对外经济合作部在1993年10月下发的《关于中外合资经营企业设立、经营过程中的相关法律问题的通知》中明确指出,有不少中外合资企业外资方的经理同时兼任其他海外企业的经理的做法不符合我国法律的有关规定,应停止这种做法。可见,这里所说的“其他经济组织”也包括国外的经济组织。

② 参见李飞:《中国的中外合资事业法规制(下)》,载《国际商事法学》(日本)第15卷第4号,第238页。

③ 该条例于1986年9月颁布实行,不仅使用了“公司”这一名称,而且作为一部外商投资企业立法,率先将“股份有限公司”作为外商投资企业的一种重要组织形态加以规范。所以,该条例一经公布备受关注。

董事组成的董事会是公司的最高权力机构,由经济特区派遣,或经市政府许可由特区方和外资方交替派遣的董事长是公司的法定代表人(同条例第15条),公司设统管日常业务活动的经营管理机构,由董事会任命的一名总经理和若干名副总经理组成(参见同条例第19条、第21条)。对于中外股份有限公司,该条例规定股东会议是公司的最高权力机构。公司设董事会,是公司的经营决策和执行机构(同条例第55条等)。由董事会选任或通过协商而产生的董事长为公司的法定代表人。中外股份有限公司同样设立统管公司日常业务活动的经营管理机构,仍由董事会任命的一名总经理和若干名副总经理组成(同条例第67条、第19条至第21条)。

该条例关于董事、经理的义务,也只规定了同上述的国家外商投资企业立法相同的义务。也就是说,根据该条例的规定,公司的总经理、副总经理必须是公司的正式职员,并不得兼任其他经济组织的总经理、副总经理。总经理、副总经理同样负有不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争这种意义上的竞业禁止义务。根据董事会的聘任,董事长、副董事长以及董事可以兼任总经理、副总经理。这样一来,董事同样只有在兼任公司经理的情况下才负有竞业禁止义务(同条例第21条第2款、第3款,第67条)。此外,该条例对公司经理以及兼任经理的董事违反竞业禁止义务时的责任也未作出明确规定。

(二) 20世纪80年代后期公司立法的规定

到了20世纪80年代后期,为国有企业的股份制改革提供法律依据而制定的有关股份制企业的法规,如《深圳经济特区国营企业股份化试点暂行规定》(以下简称《深圳国企股份化规定》)、《上海市股份制企业暂行办法》(以下简称《上海办法》)以及《福建省股份制企业暂行规定》(以下简称《福建暂行规定》)等,都对股份制企业的董事、经理的责任作了若干规定,但对董事、经理的义务未作任何规定。如《深圳国企股份化规定》第35条规定,公司的董事、总经理、副总经理,因营私舞弊或失职造成公司经济损失时,须承担损害赔偿赔偿责任。总经理、副总经理如果不称职时,经董事会决议可以随时解聘。《福建暂行规定》以及《上海办法》参照我国《民法通则》等对企业法定代

表人规定了行政责任以及刑事责任^①,规定股份制企业的董事、经理必须接受国家执法机关和职工群众的监督。企业违反国家法律、法规,进行非法倒卖股票、偷逃债务和税收,抽逃资金、扰乱金融市场等非法活动,国家有关部门可依法给予经济或行政处罚(参见《福建暂行规定》第49条,《上海办法》第31条,《民法通则》第49条等)。而对董事、经理的义务未作任何规定。

(三) 1992年公司立法的规定

随着我国企业体制改革的不断深化,进入20世纪90年代以后的公司立法,在某种程度上对公司董事、经理的义务作了一些规定。1992年制定的《深圳市股份有限公司暂行规定》(以下简称《深圳规定》)、《上海市股份有限公司暂行规定》(以下简称《上海规定》)、《股份有限公司规范意见》(全国性行政法规,以下简称《规范意见》)以及《海南经济特区股份有限公司条例》(以下简称《海南条例》)等尽管存在条文表述上的差异,但作为董事、经理共同的义务都规定了董事、经理的竞业禁止义务,即董事、经理不得从事与本公司有竞争或损害本公司利益的活动(见《深圳规定》第121条,《上海规定》第74条、第88条,《规范意见》第62条后段,《海南条例》第113条后段)^②。另外,《深圳规定》、《规范意见》以及《海南条例》对董事、经理所持有的本公司股份的转让以及公开有关持有信息作了一些限制性规定(参见《深圳规定》第125条,《规范意见》第30条第6项,《海南条例》第114条)。根据《深圳规定》第125条的规定,公司董事和经理在任职的两年内不得转让公司的股份。两年后在任职内转让的股份不得超过其持有公司股份总额的50%,并应经董事会同意。以公开募集方式成立的公司的董事或经理转让股份,还应报人民银行备案。《规范意见》规定,公司董事和经理在任职的3年内不得转让本人所持有的公

① 对于当事人的刑事责任,在当时只规定了“依法追究刑事责任”这一基本原则,并未对具体的刑罚作出规定。所以,未能很好地贯彻罪刑法定主义原则。

② 需注意的是,在《深圳规定》和《上海规定》中使用了“在公司之外”一词,而《规范意见》和《海南条例》未使用这一限定词。因为同公司的竞业交易自然会发生在公司之外,发生在公司内部同公司之间的交易属董事与公司之间的交易,是属于同竞业交易完全不同的问题。所以,在这里使用“在公司之外”一词没有实际意义。

公司股份。3年后在任职内转让的股份不得超过其持有公司股份额的50%，并须经董事会同意。社会募集公司的董事或经理转让股份还应报国家或省、自治区、直辖市的体改委和人民银行备案（见《规范意见》第30条第6项）。在这方面，《海南条例》的规定有所不同。本条例明确规定，公开发行的股票的公司，董事、经理如持有本公司股份，应于就任后，将其数额向证券主管机关申报，并予公告，在任期间有增减时亦同。公司的董事、经理不得利用内部情报为自己或他人的利益从事本公司股份的买卖活动。这实际上是对内部知情者交易所作的严格规制（见《海南条例》第114条）。

此外《规范意见》和《海南条例》还规定，董事、经理对于公司负有诚信勤勉义务（见《规范意见》第62条前段，《海南条例》第113条前段）。

作为经理的义务，《深圳规定》、《规范意见》以及《海南条例》都规定，公司经理行使职权时，不得违反股东会和董事会的决议，或超越授权范围（《深圳规定》第120条，《规范意见》第60条第2款，《海南条例》第112条）^①。如果可以把违反股东大会和董事会决议理解为一种越权行为的话，这实际上是对经理越权行为的禁止规定。不过经理违反股东大会和董事会决议的行为只不过是怠慢职责或违反忠实义务的一种表现而已，其超越授权范围的行为在某种意义上也是违反法律、法规的一种表现。所以，作为立法技巧，只要像日本商法那样对董事、经理的一般义务作出明确规定，就没有必要规定这种实际上难以把握和操作的经理的特别义务。正因为如此，1993年以后的公司立法排除了这方面的规定。另外，《海南条例》还规定非经董事会同意，经理不得兼任其他营利性组织的经理（该条例第110条第2款）。综上可知，1992年的公司立法，同外商投资企业立法一样也都规定了董事、经理的竞业禁止义务。所不同的是，其中部分公司法还还对董事、经理所持有的公司股份的转让以及公开其持有信息作

^① 需要注意的是，《海南条例》通过直接规定经理违反法律、法规、公司章程、股东大会和董事会的决议，或超越授权范围时承担损害赔偿责任的义务，间接地规定了这一义务。

出了一定的规制。作为董事、经理的一般义务,这一时期的公司法规规定了董事、经理的诚信勤勉义务。此外,只作为经理的义务,对经理违反股东大会和董事会决议以及超越授权范围作了禁止规定,并且规定公司经理不得兼任其他营利性组织的经理。值得注意的是,如上所述,外商投资企业法只对董事、经理的竞业禁止义务作了规定,但对违反这一义务的责任未作任何规定。相比较而言,1992年的公司立法,不仅对董事、经理的义务作了如上所述的规定,而且对违反这些义务的董事、经理的责任作了一定程度的规定。

(四) 1993 年公司立法的规定

在 1992 年公司立法的基础上,1993 年陆续制定公布的《深圳市经济特区股份有限公司条例》(以下简称《深圳条例》)、《广东省公司条例》(以下简称《广东条例》)和《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)等,同上述的外商投资企业立法、20 世纪 80 年代后期的公司立法以及 1992 年制定的公司立法相比,较明确地规定了与董事、经理在公司中的特别地位相符合的义务责任制度。《深圳条例》和《广东条例》对于董事、经理的义务的规定采取了用统一条文列举的方式,规定股份公司的董事、经理对公司负有下列义务:(1)遵守公司章程和股东大会、董事会决议;(2)董事、经理不得成为其他经济组织的无限责任股东或合伙组织的合伙人;(3)未经股东大会决议通过,董事、经理不得自营或为他人经营与其所任职的公司同类业务;(4)董事、经理不得为自己或代表他人与其所任职的公司进行买卖、借贷以及从事与公司利益有冲突的行为(《深圳条例》第 94 条第 2 款、第 113 条,《广东条例》第 121 条、第 37 条)。

概括地说,这一时期的公司法规明确规定了董事、经理遵守公司章程,忠实地执行股东大会、董事会决议的义务;禁止成为其他组织的无限责任股东或合伙组织的合伙人的义务;竞业禁止义务;禁止董事、经理与公司间的交易、间接交易的义务等。不仅如此,如上所述,《深圳条例》和《广东条例》还对董事、经理违反这些义务的责任作出了明确规定。《公司法》基于公司董事、经理直接参与公司的经营决策,直接担当公司的业务执行,最了解公司内部情况,因而存在牺牲公司利益来追求自己利益的危险这一基本认识,为了从这种风险中

较好地保护公司、股东以及公司债权人的利益,设置特别规定,对董事、经理的义务以及违反这些义务时的责任作了明确规定。

作为董事、经理的一般义务,《公司法》明文规定,董事、经理应当遵守公司章程,忠实履行职务,维护公司利益,不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利(见《公司法》第123条第1款、第59条第1款)。作为董事、经理的特别义务,《公司法》作了如下规定:(1)董事、经理不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入,不得侵占公司的财产(《公司法》第123条第2款、第59条第2款);(2)董事、经理不得挪用公司资金,或者将公司资金借贷给他人(《公司法》第123条第2款、第60条第1款);(3)董事、经理不得将公司资产以其个人名义或者以其他人名义开立账户存储(《公司法》第123条第2款、第60条第2款);(4)董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保(《公司法》第123条第2款、第60条第3款);(5)董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动(《公司法》第123条第2款、第61条第1款);(6)董事、经理除公司章程规定或者股东会同意外,不得同本公司订立合同或者进行交易(《公司法》第123条第2款、第61条第2款);(7)董事、经理除依照法律规定或者经股东会同意外,不得泄露公司秘密(《公司法》第123条第2款、第62条)。从上述规定可看出,(1)至(4)主要规定的是董事、经理维持、充实公司资产的义务,(5)规定的是董事、经理的竞业禁止义务,(6)规定的是董事、经理与公司之间的交易禁止义务,(7)规定的是董事、经理的保守秘密义务。

当然,《深圳条例》、《广东条例》以及《公司法》同1992年制定的公司法规一样,也对董事、经理所持有的本公司股份的转让和公开有关信息进行了严格规制。尽管如此,《深圳条例》和《广东条例》规定,公司董事、经理等公司高级管理人员持有的公司配售的股份,自取得该股份之日起3年内不得转让。3年后,经股东大会决议通过,最多可转让该股份的50%(《深圳条例》第52条第4项,《广东条例》第88条第4项)。与此不同,《公司法》则规定,董事、经理应当向公司申报所持有的本公司的股份,并在任职期间不得转让(《公司法》第147条

第2款)。但问题在于所有公司法规都对董事、经理违反这种规定时所要承担的责任未作出具体规定。

以上主要对改革开放以来我国公司立法对董事、经理义务所作的法律规定的大体沿革情况进行了简要分析概括。其主要内容有,在外商投资企业立法中,只对经理规定了不得兼任其他经济组织的经理这种竞业禁止义务,但对经理违反这一义务时所承担的责任未作明确规定。与此不同,1992年所展开的公司立法,不仅规定了董事、经理的一般义务,即诚信勤勉义务,而且对董事、经理的竞业禁止义务,所持有本公司股份的转让以及公开有关信息作了规定。作为经理所负有的义务,规定了禁止经理违反股东大会、董事会决议和超越授权范围的义务。另外,各公司法规的表述尽管有所差别,但都对董事、经理违反上述义务时所要承担的责任作了明确规定。

在1993年的公司立法中,《深圳条例》和《广东条例》对董事、经理的遵守公司章程、忠实执行股东大会、董事会决议的义务,禁止成为其他经济组织的无限责任股东或合伙组织的合伙人的义务,竞业禁止义务,禁止同公司之间交易的义务以及禁止用公司资金向他人进行金钱借贷,用公司资产向公司股东或其他个人债务提供担保的义务等作了明确规定。《公司法》规定,作为董事、经理的一般义务,董事、经理须遵守公司章程、忠实履行职务、维护公司的利益,不得利用在公司的地位和职权谋取私利。此外,根据董事、经理的特殊地位,对董事、经理的公司资产维持充实义务,竞业禁止义务,自己交易避止义务以及保守秘密义务等作了明确规定。此外,1993年的公司立法,如下所述,对董事、经理违反上述义务所要承担的责任也作了明确规定。

二、我国公司立法对董事、经理责任的规定

(一) 外商投资企业立法的规定

对于董事、经理的责任,如上所述,全国外商投资企业立法只对经理的竞业禁止义务以及经理有营私舞弊或严重失职时,通过董事会决议可随时解聘作出了规定外,对于董事的义务和责任以及经理

违反了上述的竞业禁止义务,或有营私舞弊或严重失职行为时的责任未作任何规定。所以,不得不说这一阶段法律关于董事、经理的义务责任制度还很不健全。

同全国外商投资企业法有所不同,《广东涉外条例》对中外合资公司和中外合作公司的董事、经理的责任作了如下规定:董事有营私舞弊或失职行为对公司造成经济损失的,应承担法律责任。另外,总经理、副总经理有营私舞弊或严重失职行为的,可通过董事会决议随时解任,并且其行为对公司造成经济损失的,应承担法律责任(同条例第 22 条)。但该条例对中外股份公司的董事和经理的责任未作上述的区别,在同一条文中规定,股份公司的董事、总经理、副总经理有营私舞弊或失职行为,可以罢免、解聘。^① 其行为对公司造成损失的,应承担法律责任(同条例第 68 条)。从条文上看,中外合资公司和中外合作公司的董事需承担法律责任的失职行为这一要件中没有“严重”一词的限定,而在经理失职行为这一要件中附有“严重”一词,看来对董事规定了比经理更严格的责任。但中外合资公司和中外合作公司经理的营私舞弊或严重失职行为同时又是解聘该经理的事由。而董事的同样行为则不成其为解任董事的事由(见该条例第 22 条的规定)。同全国外商投资企业立法一样,这恐怕同《广东涉外条例》中的董事也非股东大会选任,而是根据特区和外资方事前协商所决定的派遣人数,由双方进行派遣这一法律规定(同条例第 15 条)有直接关系。因此,根据全国外商投资企业立法的有关规定,有学者提出,如果由中外合资企业一方投资者派遣的董事实施了不正当行为或不称职时,另一方投资者能否解任该董事是一个很难解决的问题。^② 《广东涉外条例》也存在同样的问题。

而《广东涉外条例》对于中外股份公司的董事和经理未作上述的区别,不管是董事还是经理,其营私舞弊或失职行为将成为罢免、解

① 该条例规定,董事由股东大会解任,而经理则由董事会解聘(详见该条例第 58 条第 4 项和第 65 条第 3 项的规定)。

② 参见李飞:《中国的中外合资事业法规制(下)》,载《国际商事法务》(日本)第 15 卷第 4 号,第 238 页。