

公司利益范式下的董事义务改革

傅 穹*

内容提要 作为提升公司长期价值的公司利益,保障着公司多方参与者的整体利益实现,是平衡公司各主体利益冲突的价值工具。公司利益最大化作为董事的行为准则,有助于全体股东和其他利益相关者共同获益。董事角色“机构说”最利于实现公司利益,董事之间相互监督不意味着承担横向义务。董事勤勉义务改革应凸显理性人假定的差异化标准,矫正董事催缴连带责任的扩张,填补授权资本制下董事公平对待义务的缺失,增加董事合规监督义务,允许章程豁免或适度限缩勤勉责任。董事忠实义务改革应从严格的禁止模式转向缓和的利益冲突平衡模式,完善自我交易、公司机会、同业竞争与高管薪酬的规则,提供违反忠实义务的多元化救济路径。公司利益范式不仅提供了董事义务改革的全新解释框架,而且重塑了面向本土商事特质的董事义务规则体系。

关键词 公司利益 勤勉义务 忠实义务 授权资本制 公司治理

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.20221130.001

目 次

- 一、引言
- 二、公司利益范式的理论解释
- 三、公司利益目标与董事义务原理重述
- 四、公司利益最大化与董事勤勉义务强化
- 五、公司利益冲突平衡与董事忠实义务扩张
- 六、结论

* 吉林大学理论法学研究中心、法学院教授。本文系 2021 年度国家社科基金重点项目“授权资本制法律改革研究”(项目批准号: 21AFX018) 的阶段性成果。

一、引言

“谁来执掌公司,谁对公司负责?”^①这一谜题困扰了二百多年间的公司治理。基于公司治理效率与利益冲突平衡的考虑,董事的勤勉义务与忠实义务机制应运而生。前者应对董事的懈怠无能,后者化解董事的谋私本性,监事与高级管理人员的义务准用董事义务条款。各国公司立法者均苦恼于如何一方面制约董事滥用权力的行为,另一方面又不会过度地约束董事。^②无论是1993年美国重述董事与高管的受托义务,英国2006年“促进公司成功”的董事义务改革,还是2013年德国提出“公司价值的持续提升”的董事会行为的治理目标,抑或1996年俄罗斯公司法、2001年波兰公司法、2005年日本公司法现代化改革以及2011年韩国商法关于董事义务规范的法律移植,董事义务改革均指向一个规范性概念——公司利益。

当下,在我国公司治理中心从“所有者权力/事项”向“经营者权力/事项”转向之际,伴随董事会中心主义的理论争辩以及董事会职权的不断扩张,^③“实现信义义务对公司制度的支撑和托举”^④重回学术视野。现行《公司法》第147条虽有董事勤勉义务与忠实义务的概念之名,而无勤勉义务与忠实义务的界定之实。勤勉义务缺乏具体而差异化的理性人标准,忠实义务止步于传统民法的自我代理与双方代理逻辑,董事义务体系的构建缺失整体性的公司利益理念。^⑤更费解的是,明明是控制股东掌握公司实际决策权,董事反成了治理失败“替罪的羔羊”,甚至承担违反催缴义务的连带责任。^⑥在公司治理完善与公司资本再造交织互动之时,董事义务改革不仅存在“董事义务是什么”的实践性命题,而且存在着“董事义务如何重塑”的规范性命题,更存在着“董事为谁的利益服务”的理念性命题。公司利益目标的回归以及董事义务体系的建构,已经成为公司法改革的重点命题。^⑦

本文旨在以“公司利益目标”为指引,回答董事义务改革中的诸多争议,为我国董事义务改革提供理论解释框架。通过重新解读公司利益的内涵与承载功能,透过公司利益视角重思董事义务原理的基础性争议问题,将公司利益最大化作为董事勤勉义务的行事指引,填补勤勉义务的具体内涵与类型化外延,建议立法允许章程豁免或限缩董事勤

① [英] 亚当·斯密:《国富论》,唐日松等译,华夏出版社2005年版,第530页。

② 参见[英] 保罗·戴维斯、[英] 莎拉·沃辛顿:《现代公司法原理》(第9版),罗培新等译,法律出版社2016年版,第487页。

③ 参见许可:《股东会与董事会分权制度研究》,载《中国法学》2017年第2期;赵旭东:《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,载《法学评论》2021年第3期;梁上上:《公司权力的归属》,载《政法论坛》2022年第4期。

④ 潘林:《论公司机关决策权力的配置》,载《中国法学》2022年第1期,第220页。

⑤ 参见冯果:《整体主义视角下公司法的理念调适与体系重塑》,载《中国法学》2021年第2期,第75页。

⑥ 参见邓峰:《中国法上董事会的角色、职能及思想渊源:实证法的考察》,载《中国法学》2013年第3期,第105页;邓峰:《修订公司法,不如退而结网》,载《财经》2022年第1期,第102-109页。

⑦ 参见徐明:《公司法诸问题研究》(上册),中国金融出版社2022年版,第69页。

勉责任,并以公司利益冲突平衡模式重塑董事忠实义务的规则体系。

二、公司利益范式的理论解释

公司法的本质与其说是公司不同参与者利益诉求的缔约示范文本,不如说是解决各种利益冲突与平衡的利益关系法则。^⑧在公司组织法的利益谱系中,公司利益作为价值权重最优的独立利益,成为连接各方参与者财富欲望与公司决策者理性行为的价值桥梁。在我国董事义务改革中,公司利益的理论解释是本文研究的逻辑起点与论证主轴。

(一) 公司利益的内涵解读

“公司利益”是公司组织法的一个基石性范畴,被视为资合公司法作为一门独立学科的成熟表征。以公司利益为核心的商事范畴体系的形成,是公司法学科自主知识体系建构的基础。然而,公司利益的界定“既非易事,也缺乏意义”^⑨,其内涵因公司情境或观察视角不同而表述各异。一方面,从公司利益作为抽象的一般性条款观察,其法律性质具有独立性、整体性与长期性的特征。公司利益的独立性源于公司的人格独立,有别于股东利益、债权人利益、董事或高管利益、乃至地区利益或公众利益等。^⑩公司利益的整体性源于公司契约群体的共同整体利益。^⑪公司利益的长期性源于公司的永续存在,承载着全体股东和投资利益相关者长期获益的保障功能。^⑫另一方面,从公司利益作为公司治理的目标观察,公司利益具有目的性与手段性的特征。公司利益的目的性是指公司决策者(包括董事会成员)必须善意地以“最佳公司利益”或“公司利益最大化”为行事准则,即致力于追求“公司价值的持续提升”。公司利益在德国公司法理论中具有解释“公司目的或本质”的法教义学意义。^⑬公司利益的手段性是指公司利益最大化成为实现其他利益相关者获益的最佳手段或途径。正因为隐含的上述特性,公司利益处于公司组织法的利益谱系中的权重中枢位置,只有将公司利益作为一种全新的理论解释范式,^⑭才能突破公司各种利益冲突交织的难解之网,为解决公司利益冲突提供最佳价值工具。

“公司利益”作为一般性的规范概念与公司治理目标,其内涵的不确定性是缺点也是优势,因为“概念建构的价值,恰恰在于概念的无限可利用性”^⑮。在我国公司法文本演进的三十年过程中,公司利益理念呈现如下本土特征:

⑧ 参见梁上上:《论公司正义》,载《现代法学》2017年第1期,第63页。

⑨ 甘培忠、周游:《公司利益保护的裁判现实与理性反思》,载《法学杂志》2014年第3期,第69页。

⑩ 参见叶林:《公司治理制度:理念、规则与实践》,中国人民大学出版社2021年版,第18-19页。

⑪ 参见[德]马库斯·路德、[德]格尔德·克里德尔、[德]德克·菲尔泽:《监事会的权利与义务》,杨大可译,上海人民出版社2019年版,第341页。

⑫ 参见叶林:《公司利益相关者的法学分析》,载《河北学刊》2006年第4期,第165页。

⑬ 参见杨大可:《德国法上的公司利益及其对我国的启示》,载《清华法学》2019年第4期,第177页。

⑭ 参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》(第4版),金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第147页。

⑮ [德]菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第25页。

其一,就公司利益理念的立法认同态度而言,呈现出摇摆不定的渐进过程。1992年出于中国内地公司到香港联交所上市所需,《股份有限公司规范意见》第62条被动引入了“董事与经理的诚信与勤勉义务”,类似英美信托法中的“受信义务”,并规定“不得从事与本公司有竞争或损害本公司利益的活动”。1993年《公司法》受此影响,规定董事为“维护公司利益”履行忠实职责。然而这一本土化的“维护公司利益”表述,在后续的2005年、2013年、2018年公司法改革中消失,直至2021年《公司法(修订草案)》(以下简称《草案》)重新在董事勤勉义务中引入了“公司利益最大化”表述,并强调董事履行忠实义务“不得利用职权谋取不正当利益”。可见,公司利益理念处于一个逐渐获得立法认同且适用场景不断扩张的趋势。

其二,就公司利益词义的适用情境而言,呈现出因法律关系场合不同而术语表达各异。在公司作为利益的所有者之际,立法者往往表述为“公司的合法权益”;在公司利益作为受损客体之际,立法者往往表述为“公司利益”或“公司权益”;在公司利益作为董事行事准则的追求目标之际,立法者则表述为“公司利益最大化”或“最佳公司利益”;当描述利益冲突框架下的董事忠实义务时,又转而表述为“维护公司利益”。

其三,就公司利益条款的立法重视程度而言,呈现出适用频率与范围扩大的态势。例如,2021年《草案》涉及公司利益表述或类似表达的条款多达13次,超过以往公司法改革以及相关司法解释表达的频次。《草案》对于公司利益条款的接纳,可谓“有得有失”。所谓“有得”,是指《草案》第180条第2款充实了董事的勤勉义务,即董事应为公司的最大利益行事;第174条第2款增设了为公司利益允许股份回购的财务资助例外条款,第183、184、185条还设定了董事自我交易、篡夺公司机会与同业竞争的规制缓和条款。所谓“有失”,是指《草案》第180条关于董事忠实义务条款之中,未能重拾1993年《公司法》第59条“维护公司利益”的目标表达,“失去了公司利益的解释依据,董事忠实义务则失去了具体指向”^{①⑥}。

其四,就公司利益的结果主义而言,呈现出从强调股东利益最大化到兼顾实现公司社会责任的趋势。专注股东回报最大化的“股东中心主义”,往往是增进社会整体福利的最佳手段,^{①⑦}然而股东利益最大化的主张有其法定的合理界限,其绝非意味着排斥企业社会责任。^{①⑧}“公司社会责任不仅是一种不可或缺的美德,而且以利他主义精神为人类提供创意或服务,这是公司最强有力的长期致胜的法宝。”^{①⑨}《草案》第19条超越“软法”设定而采取立法明文加强公司社会责任的立法技术,充分考虑利益相关者的利益以及生态环境保护等社会公共利益,这是我国公司法改革的开创性理念与社会主义核心价值观的经典写照。

^{①⑥} 叶林:《董事忠实义务及其扩张》,载《政治与法律》2021年第2期,第19页。

^{①⑦} 参见刘俊海:《股东中心主义的再认识》,载《政法论坛》2021年第5期,第88页。

^{①⑧} 参见傅穹:《敌意收购的法律立场》,载《中国法学》2017年第3期,第230页。

^{①⑨} [韩]崔竣璿:《韩国公司法》(上),王延川、崔嫦燕译,中国政法大学出版社2020年版,第7页。

（二）公司利益的承载功能

公司利益范式不仅是董事义务改革的解释工具,而且承载着董事义务改革的功能定位。以公司最大利益方式行事,不仅是所有企业尤其是管理层决策的行事准则,而且是多方参与者利益矛盾冲突的解决规则,更是司法裁判董事、监事与高管以及控制股东是否违反义务的法律依据。^{②0}

首先,公司利益目标是所有企业及决策管理者的行事准则。营利性企业以公司利益最大化为目标,这不仅是商业生存法则之所需,也是社会性企业道义之所在。公司经营决策者以公司利益最大化为行事准则,是对公司应尽的善良管理者义务,也是对每一个股东应尽的受托义务,更是对所有利益相关者承担的法定义务。我国《到境外上市公司章程必备条款》(以下简称《必备条款》)第47、114、116条就规定董事会成员、监事与经理“应当真诚地以公司最大利益为出发点行事”,这一表述不妨在公司法改革之中予以重申。

其次,公司利益目标是解决利益相关者矛盾冲突的衡量标尺。在公司治理的利益冲突之中,“中国公司治理的主要矛盾是控股股东与中小股东之间的矛盾”^{②1},然而控股股东与中小股东之间的利益冲突以及股东与外部债权人之间的利益冲突,往往表现在董事与公司之间利益冲突的决策之上。无论是认缴制场景下的股东期限利益能否修改,还是公司利润分配中的资产负债表或偿债能力标尺选择,抑或为公司利益而实质认定自我交易的范围、以公司预期利益界定公司机会和以公司潜在的业务范围扩张同业竞争领域等,公司利益目标均系贯穿其中的利益冲突矛盾解决的治本良策。

最后,公司利益目标是判断董事、监事与高管乃至控制股东违反义务的法律依据。《草案》完善了董事、监事和高级管理人员的忠实义务与勤勉义务的内容,例如董事催缴与抽逃出资的监督义务,董事自我交易、利用公司机会与同业竞争中的披露报告义务(《草案》第47、52、109、183、184、185条)。损害公司利益成为董事、监事与高管乃至控制股东承担责任的法律依据,而“为公司利益行事”反而具有免责事由的功能,例如“为公司利益”目标可以成为禁止股份回购下财务资助的例外(《草案》第174条第2款)。无论是董事、高级管理人员执行职务,还是控制股东与实际控制人利用其对公司的影响指使董事、高级管理人员从事损害公司或股东利益的行为,均将承担连带赔偿责任。^{②2}

三、公司利益目标与董事义务原理重述

在现代大规模的动态商业经济背景下,基于不同国家的法律传统差异、股权结构差

^{②0} 参见[德]托马斯·莱塞尔、[德]吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》(第6版),高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第19页。

^{②1} 赵旭东:《公司治理中的控股股东及其法律规制》,载《法学研究》2020年第4期,第92页。

^{②2} 参见2021年《草案》第187、189、190、191条。

异、文化背景差异乃至司法续造的能动性差异,对于董事的功能定位、董事义务的承担对象、董事义务的分类等基础性问题存在不同的认知。上述争议的答案,再次求助于公司利益目标这一价值工具。

(一) 公司利益目标下的董事角色定位

董事与公司的关系即董事的地位问题,存在着三种理论解释的分歧:英美信托法的“受托人说”、大陆民法的传统“委任说”和现代公司法的“组织机构说”。董事地位的理论移植是一个置身于历史传承的本土化话题,缺失英美法信托法传统的我国公司治理,无须盲目地借鉴董事角色的“信托说”,这无助于解释我国董事角色定位的商业现实,只会引发无休止的论辩。何况信托法逻辑下的受托人的角色局限在受托财产的消极保值,而董事的角色在于公司财产的积极增值,即便英美法中董事角色的“受托人说”也面临强烈质疑。大陆法系的“委任说”系董事地位的默认或准用法理,获得了传统公司法理论的广泛认同。该理论优势在于直接援用民法代理理论,具有降低裁判成本、明确董事赔偿的要件、方便认定董事赔偿的功效。^{②③}然而,在现代公司大规模经济与建构多层次资本市场需求的逻辑下,以封闭性公司为样板的传统董事代理逻辑难以应对动态的商业决策,只有超越家族成员的专业人士治理或者进行外包董事会改革,才能跳脱民法委托合同中受托人奉命行事的局限,成就现代公司治理的复杂目标。

在公司组织法框架下,董事作为公司负责人处于受托人责任体系的核心地位,董事角色定位为“机构说”更有利于实现公司利益最大化并解决多元利益冲突。首先,“机构说”符合董事资格的要求。董事资格是有法定要求的,须有专业知识、职责技能与商业经验,不能有经济犯罪者的不良、破产责任者的瑕疵或较大负债者的恶习。受托人和代理人则并无此资格要求。其次,“机构说”吻合董事职责的预期。董事的职位与职责是灵活而动态的,公司运行是瞬息万变的,董事义务的客观标准不因个人能力而变,而是针对不同职位之人设定不同能力的动态期待。^{②④}再次,“机构说”契合董事会的职权配置。扩张董事会所享有的经营管理权与执行权是公司治理效率的必然,而保留职权清单的示范列举并允许公司自治增减,更切合本土的商业经营诉求。最后,“机构说”适合董事会的群体决策。组织行为社会学认为,董事会承载监督、战略与服务三种功能,混合型董事会之间的集体磋商决策起到“去除偏见”的优化效果。^{②⑤}因此,在现代大规模公司治理的逻辑框架下,将董事角色解释为特别法的公司组织机构最利于公司治理目标的实现。

(二) 公司利益目标下的董事义务主体扩张

董事究竟为谁服务,才符合公司利益目标呢?对这一问题的回答,须从董事义务的承担者与受益者两个维度观察。站在义务承受者角度,董事义务主体呈现从名义董事扩

^{②③} 参见王军:《董事对公司之赔偿责任研究》,载王保树主编:《商事法论集》(第24卷),法律出版社2014年版,第78-79页。

^{②④} 参见王文字:《公司法论》,元照出版有限公司2018年版,第222页。

^{②⑤} 参见[美]罗伯塔·罗曼诺编著:《公司法基础》,罗培新译,北京大学出版社2013年版,第240页。

张至董事的关联人与操控者的改革趋势；站在义务受益者角度，董事义务对象呈现从公司与全体股东负责扩张至考虑利益相关者的改革趋势。为何董事义务的承担者与受益者呈现双向的同时扩张？答案仍在“公司利益目标”解读之中。

名义董事负有勤勉义务与忠实义务，为何该义务还要扩张至董事的关联人与操控者呢？答案在于公司的积极利益与消极利益的差异化需求。从公司的积极利益即企业增值出发，基于公司的董事席位与外观法理，勤勉义务以名义董事为义务主体，勤勉义务不会穿透到近亲属、关联人或控制股东。从公司的消极利益即避免利益减损出发，基于自我交易的隐蔽性或董事行为被操控的间接性，化解利益冲突的董事忠实义务有必要且必须穿透到隐藏其后的近亲属、关联人或控制股东，以求得交易的实质公平。“从形式主义到实质主义”的忠实义务主体认定，源于公司法组织上的影响力量，并非刑法层面的一般性教唆或胁迫等物理性力量，而系基于社会学力量的优劣关系。^{②6}正是基于上述逻辑，《草案》第183条第2款与第191条扩张了忠实义务的约束主体，将利益关联的“隐形主体”或“间接对手”纳入其中。基于商业用语的本土习惯，我国并未移植域外“事实与影子董事”的概念，^{②7}而是表述为“董事的近亲属、董事或其近亲属直接或间接控制的企业或有其他关系的关联人，以及指使董事的控股股东与实际控制人”。可见，在公司的积极利益与消极利益理念影响下，忠实义务呈现不断向公司中的控制股东扩张的趋势。

董事除了对公司与股东承担义务之外，是否须对公司债权人承担义务呢？答案以公司是否具有偿债能力为分水岭而各异。在公司具有偿债能力的正常场景下，董事无须对债权人承担任何义务。董事的催缴义务系董事对公司负担的义务，而非对债权人的勤勉义务。董事与债权人之间原则上并无利益冲突交易，不存在忠实义务的适用情形。只有在公司缺乏偿债能力的场景下，董事对债权人才负有清算的勤勉义务。^{②8}在美国特拉华州法院审理的“The Credit Lyonnais 案”中，大法官威廉·艾伦（William Allen）认为，在破产附近，董事信义责任从股东转移到债权人身上。^{②9}在加拿大“Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise 案”中，加拿大最高法院扩张了董事对债权人承担义务的场所，而限于破产场景。^{③0}在我国公司破产重整阶段，董事还负有将因职权而获得的“不正当收入”返还给管理人的义务。

董事会成员差异化的现实是否会引发董事相互承担横向义务呢？有观点认为，基于董事职位的差异化与承担责任的不合理，董事不仅负有对公司与其他股东的纵向性义务，董事之间也互相负有横向义务。^{③1}董事之间互负横向义务是出于董事会成员互负监

^{②6} 参见〔韩〕李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社2000年版，第498-499页。

^{②7} 参见刘斌：《重塑董事范畴：从形式主义迈向实质主义》，载《比较法研究》2021年第5期，第82页。

^{②8} 参见朱圆：《论美国公司法中董事对债权人的信义义务》，载《法学》2011年第10期，第129页。

^{②9} See Thomas W. Joo, *Corporate Governance Law, Theory and Policy*, Carolina Academic Press, 2004, p.356-378.

^{③0} 参见房绍坤、王洪平：《公司董事对公司债权人信义义务与注意义务——加拿大最高法院“Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise”案述评》，载《环球法律评论》2005年第4期，第503-512页。

^{③1} 参见林少伟：《董事横向义务之可能与构造》，载《现代法学》2021年第3期，第139页。

督义务的考虑,这是一个好的理论假定,但不应成为我国董事义务内容的现实选项。首先,从公司利益的增值角度观察,横向勤勉义务的创设无异于董事须服务于其他董事,形成利益服务的死循环,这偏离了公司利益最大化的目标中心。董事会成员的专业与职责的不同有利于意见交流、凝聚共识,设定董事之间的横向义务将导致怀疑问责之风盛行。其次,从公司利益冲突防范的角度观察,董事之间的信息披露、风险提示与相互监督是董事对公司应负的忠实义务,而非董事之间互负的忠实义务。董事的监督义务是向监督机关的报告纠偏义务,董事之间并不产生直接的权利义务关系。董事之间的交易不存在双方代理或自我代理的意志缺失,无须通过忠实义务标准来调整。最后,从公司利益受损的追偿角度来看,董事会的决议逻辑是集体决策下的个人责任,董事个人基于信息必须作出独立判断,法律不应鼓励表面迎合而背后追索。若承认董事之间互负横向义务,将导致利益赔偿追索的司法难题。在我国公司法所处的熟人社会与面子文化的背景下,董事之间互负横向义务更难以在现实中落地。^{③②}

(三) 公司利益目标下的董事勤勉义务与忠实义务区别

董事诚信义务理念之所以成为一个重要的法律公共产品,且赋予强制性规则的效力予以实施,是基于大量案件适用一个相同的义务标准累积经验所得。^{③③} 董事义务的类型划分之争,必须以一种义务类型是否形成了一个相对稳定的义务标准为判断标尺,否则就无法获得公共产品的效用,更导致不同公司适用差异的董事义务标准。笔者认为,“一元说”主张忠实义务系勤勉义务组成部分,这抹杀了忠实义务独有的利益冲突化解功能,仅通过善管注意义务无法有效解决利益冲突框架下自我交易、篡夺公司机会或同业竞争等问题。“三元说”主张将董事善意义务独立于勤勉义务与忠实义务,^{③④} 然而董事善意义务的概念不仅过于抽象,而且我国司法实践中也鲜有案例涉及,更谈不上已经形成了稳定的义务标准,域外立法将其视为忠实义务的组成部分。“四元说”主张将董事的信息披露义务与反收购的特别注意义务独立出来,^{③⑤} 实则上述两者义务均可被纳入董事勤勉义务的范围之中。

我国现行《公司法》与《草案》中的董事勤勉义务与忠实义务二元说,不仅功能互补且逻辑清晰,共同服务于公司利益目标。勤勉义务与忠实义务的边界虽有模糊之处,然而两者各异:其一,董事勤勉义务与忠实义务的功能不同。勤勉义务即董事履职的过程须体现出应有的注意、技能与勤勉,经由勤勉尽责力求公司利益增值。忠实义务即董事行为的动机须善意不谋私,唯有忠实才能避免公司利益减损。其二,董事勤勉义务与忠实义务的履职标准不同。勤勉义务是一种关注董事决策或监督的“过程性义务”与“注意性义务”,^{③⑥} 考察董事是否投入合理的时间与精力参会讨论、信息问询、理性决策,勤

^{③②} 参见蒋大兴:《公司法改革的文化拘束》,载《中国法学》2021年第2期,第96页。

^{③③} See Gordon & Jeffrey N., *Mandatory Structure of Corporate Law*, The Columbia Law Review, Vol.89, p.1593 (1989).

^{③④} 参见王建文:《论董事“善意”规则的演进及其对我国的借鉴意义》,载《比较法研究》2021年第1期,第105-118页。

^{③⑤} See Bernard Black, *The Core Fiduciary Duties of Outside Directors*, Asia Business Law Review, July 2001, p.4.

^{③⑥} 参见北京市高级人民法院(2019)京行终747号行政判决书。

勉义务主要关注履职过程的积极与否,不以商业结果成败论英雄。董事忠实义务则是一种关注履职中的行为动机、目的与目标的“动机性义务”与“公平性义务”,不仅关注董事冲突交易中的程序公平,而且注重交易结果的实质公平。其三,董事勤勉义务与忠实义务的政策取向不同。勤勉义务是鼓励企业家冒险精神与创新进取,忠实义务是防范董事与高管的机会主义谋私倾向。其四,董事勤勉义务与忠实义务的责任尺度不同。勤勉义务容忍诚实的失败和善意的亏损,因此对董事勤勉责任须给予商业判断规则、合理抗辩、公司章程豁免或限制的合理保护。忠实义务往往背离信任的道德底线甚至违法,违反忠实义务不仅须追缴全部不当所得,甚至施加惩戒赔偿,不应给予商业判断规则保护和章程允许的责任减免。

四、公司利益最大化与董事勤勉义务强化

在公司组织法框架下,以公司利益最大化为目标而勤勉行事,这是董事勤勉义务的真谛所在。各国立法均面临勤勉义务的认定标准与责任尺度的双重难题,以公司利益目标与理性人假定为标准,以商业判断规则、合理抗辩与责任限定为保护,鼓励创新冒险与容忍善意的失败已成共识。我国董事义务改革应回应实践、立足本土并借鉴国际商事规则,以公司利益最大化为导向,强化董事勤勉义务规则。

(一) 董事勤勉义务的标准认定: 公司利益最大化与理性人假定

三十年间,我国董事勤勉义务在法律法规、章程指引与司法裁判中呈现如下本土特色: 其一,勤勉义务的立法呈现出与忠实义务不同步的演进趋势。无论是立法先后抑或条款数量,立法者对董事忠实义务的重视程度一直领先,且条款数量远多于勤勉义务的规范。其二,勤勉义务适用的公司类型呈现出由公众上市公司到非公众公司的逆向发展趋势。“勤勉义务”首见于1997年的《上市公司章程指引》,即上市公司“董事应当谨慎、认真、勤勉地行使公司所赋予的权利”,而普遍适用于所有公司类型是在2005年《公司法》引入勤勉义务概念之后。其三,勤勉义务的内涵与外延呈现出从内容不确定到逐渐丰富的发展趋势。勤勉义务的概念在1993年《公司法》中是缺失的,现行《公司法》的“勤勉义务”的标准与内容是模糊的,随着《公司法》第183条解释为董事负有清算义务,^⑦到《公司法司法解释三》第13条第4款的董事催缴义务要求,以及2021年《草案》第180条第2款规定“董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务,执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”的客观标准的注入,董事勤勉义务的内涵趋于清晰。其四,勤勉义务的要求呈现出从立法者提供示范指引到允许公司自治的多元路径。2006年修订的《上市公司章程指引》不仅添加了董事勤勉义务的履职清单,同时强调“公司可以根据具体情况,在章程中增加对本公司董事勤勉义务的要求”。其五,勤勉义务的司法实践也表现出对损害公司利益的关注。董事违反勤勉义务“给公司

^⑦ 参见梁上上:《有限公司股东清算义务人地位质疑》,载《中国法学》2019年第2期,第260页。

造成损失的,应当承担赔偿责任”(《公司法》第149条),与此同时,裁判者将“损害公司利益赔偿纠纷”案由改为“损害公司利益责任纠纷”案由,这一变化揭示出损害公司利益的责任后果不限于“赔偿”这种单一的救济手段。

董事勤勉义务的标准设定源于不断试错的立法智慧、本土的商业信念以及司法的裁判经验。从比较法的经验观察,理性人的差异化标准贯穿于董事勤勉行事准则的始终。以《美国示范公司法》第8.30条(a)(3)、《英国2006年公司法》第174条以及《德国股份法》第93条第1款表述为参照,董事须“合理地相信为公司的最大利益,以一名处于类似职位的人在类似情形下合理地认为适当的谨慎来履行其职责”,这是董事勤勉标准从“个人假定”到“理性人假定”的现代立法共识。从我国上市公司章程规定的董事义务条款观察,大多数上市公司均以《上市公司章程指引》或《必备条款》的相关示范条款为样本,规定“以一个合理的谨慎的人在相似情形下所应表现的谨慎、勤勉和技能为其所应为的行为”。从我国司法实践观察,在“山东海之杰纺织有限公司、艾哈迈德·盖博损害公司利益责任纠纷案”中,法官指出,“勤勉义务所要求的尽一个普通谨慎之人在类似情况下应尽到的合理注意”^{③⑧};在“胡晓勇与中国证券监督管理委员会行政纠纷案”中,法官解释道,“董事勤勉义务的责任认定,要严而有度……应当采纳‘适度标准’”^{③⑨}。可见,我国司法裁判中所坚持的勤勉义务“客观与差异”的双重标准已经走在了立法之先。

如何评价《草案》对董事勤勉义务条款的创新呢?《草案》第180条第2款作为勤勉义务一般性条款的立法进步在于:一是开创性地在公司法层面引入了“为公司的最大利益”的表述,这是董事勤勉义务的目标追求,也是商业实践中上市公司章程的通用条款表达。二是增加董事勤勉的理性人标准,表述为“尽到管理者通常应有的合理注意”。该条款的立法不足在于:一则,以“管理者”一词定性“董事、监事与高级管理人员”的角色未必合适,无法展现上述主体的管理、监督、服务与执行的多元化与差异化职责,不妨改为“合理的谨慎的人”角色定性,既可以反映本土商业文化的现实,又有利于国际经验的交流;二则,以“通常应有的”情境语言难以勾画董事履职的动态变化,不妨改为“在类似的地位”或“处于类似的情形”的灵活表述,更能回应商业治理的现实情境;三则,以“合理注意”的术语定性董事履职的专业度未必精准,不妨改为“以谨慎、注意和技能为其所应为的行为”,或许更能解决勤勉义务的标准识别难题;^{④⑩}四则,《草案》第124条第1款已经区分执行董事和非执行董事,这意味着立法已经关注到管理型董事与监督型董事的职责差异,《草案》关于勤勉义务的相关条款应积极回应这一董事分类的职责变化。

③⑧ 最高人民法院(2020)最高法民申640号民事裁定书。

③⑨ 北京市高级人民法院(2017)京行终3225号行政判决书。

④⑩ 参见罗培新、李剑、赵颖洁:《我国公司高管勤勉义务之司法裁量的实证分析》,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第3卷),法律出版社2011年版,第390页。

（二）董事勤勉义务的范围扩张：类型化观察与争议所在

《草案》第180条第2款是董事勤勉义务的一般性条款,立法者并未给出勤勉义务的内涵、类型或外延,商业实践中勤勉义务的内容是难以穷尽描述的,司法实践中更需要在个案情境之中予以充分论证。结合《上市公司章程指引》《必备条款》以及公司法条款与司法解释,董事勤勉义务的主要适用场景或类型化如下:一是董事负有催缴等资本充实义务(《草案》第46条第2款、第47条第2款);二是董事与高管负有督促公司依法制作或保存公司文件材料的义务(《公司法司法解释四》第12条);三是董事负有清算义务(《民法典》第70条第2款与《公司法司法解释二》第18、19条);四是董事负有公平对待所有股东或收购人的义务;五是董事负有合规义务,即遵守法律、法规和公司章程以及国家经济政策要求。在我国司法实践、立法改革与学术研讨中,围绕董事催缴义务的责任认定、授权资本制引入下的董事新股发行公平对待义务以及董事监督合规义务引发了激烈争辩。

1. 董事违反催缴义务的责任不当扩张

2019年6月28日,最高人民法院在“斯曼特案”中确立了“董事对发起人股东出资负有监督义务及违反该义务承担连带赔偿责任”的裁判观点^④。对该判决的法律质疑堪比康美药业董事天价赔偿案,该判决结果影响到现在乃至将来采纳认缴制的公司中每一个董事的催缴责任。该判决具有特殊情境:被告六名董事系“连锁董事”,兼具被告公司董事、股东董事与股东本身的三重身份,不但存在配合资产恶意转移的事实,而且明知和放任损害的持续发生。从结果正义的角度,该判决责令六名董事在发起人股东出资范围内承担连带赔偿责任是正确的。然而,“斯曼特案”之后的司法裁判呈现一种脱离本案特定情境的不当扩张连带赔偿的倾向:不论在何种商业情境中,不论是否存在连锁董事身份限定、故意重大过失的主观心态和因果关系,只要董事违反催缴义务,即被判定应在发起人股东的待缴出资不足范围内承担连带赔偿责任。如此一来,作为公司组织机构的董事角色被不当推定为发起人与出资不足债务的连带保证人,其结果不仅是外部董事成了法条模糊与治理失败的连带责任承担者,而且令职责不同的董事无所适从,更导致了优秀董事的纷纷离场,这一结果绝非有利于公司利益最大化的治理目标。

“斯曼特案”判决之所以备受质疑,在于裁判论理之中关于董事催缴义务与责任承担的解释留下了模糊地带:其一,董事催缴义务的定性究竟是勤勉义务抑或忠实义务?董事催缴义务是一种督促股东缴款的监督义务,原则上归入勤勉义务的范畴。若董事兼任股东身份,则触发利益冲突的义务违反,也可归入忠实义务的范畴。其二,董事违反催缴义务是否因区分执行董事与非执行董事而责任各异呢?董事会履职方式是集体决策,当董事长或执行董事不发动召开催缴会议之际,其他董事又如何履职或向谁发出催缴告知呢?让薪酬迥异且信息不对称的所有董事一律承担违反催缴义务的连带责任,实在有违公平与比例责任原则。其三,董事催缴的连带赔偿责任是否引发利益失衡?董事催缴

^④ 参见最高人民法院(2018)最高法民再366号民事判决书。

赔偿的连带责任看似加强了债权人保护并减轻法院的过重裁量义务,^④然而,以牺牲董事利益为代价的连带赔偿责任惩罚,将导致“劣币驱逐良币”的董事离职潮,也不利于有效的公司治理。其四,董事催缴责任究竟是连带责任抑或相应的过错责任?《草案》第47条第2款与第52条第2款应明确规定董事承担“相应”赔偿责任的条款表述。

《草案》关于董事催缴义务与责任的条款改革应填补“斯曼特案”判决的解释遗憾,从改革方案观察,立法者可以考虑提供多元选项:选项1,直接赋予董事长或执行董事负有催缴义务之责,因为他们负有召集董事会的职责,而且往往是控制股东的代言者;选项2,可以施加外部独立董事同时负有催缴义务,但应该允许章程豁免催缴义务的违反之责任,或设定与董事会成员的薪酬高低密切相关的赔偿上限,让薪酬程度与勤勉尽责形成利益关联,这才符合比例责任原则;选项3,立法考虑以实缴制为默认规则、以章程选入认缴制作为补充规则,真正激励创业投资的机制是最低资本额限制的取消,而非认缴制之引入,所谓认缴期限分离机制的法律功效被无数经验证明只是一个理论的美好想象。无论选择何种方案,董事催缴责任都不应扩张至欠缴出资股东的未出资部分,更不应与发起人股东一起对外承担连带责任。

2. 授权资本制下董事的公平对待义务

从有限公司的认缴制改革到股份公司的授权资本制改革,是我国公司资本制度改革的惊心动魄的理论一跃,是我国公司资本理论深化的制度创新。《草案》第97条和第164条在股份有限公司中引入了授权资本制,改变了局限于有限公司认缴制融资的封闭性思维,迈进了对接资本市场的公众公司效率融资的新时代。授权资本制模式下的新股发行,允许公司章程或股东会授权董事会,这一分权直接挑战了股东大会与董事会之间的权力分配格局,倒逼董事勤勉与忠实义务乃至问责机制改革。授权资本制的引入必将意义深远,然而,这种破坏性制度创新也存在相关配套制度供给的短缺状态。^⑤其中充满争议的是,当授权资本制改革扩张董事会职权进入实施阶段后,新股发行之中的董事是否负有公平对待股东的义务?

我国商业治理实践一直将董事公平对待股东义务纳入勤勉义务的事项之中。例如,《上市公司章程指引》(2022年修订)第98条第2项规定,董事“应公平对待所有股东”;《必备条款》第116条第4项规定,“董事负有对公司与全体股东的勤勉义务,其中包括‘对同类别的股东应当平等,对不同类别的股东应当公平’”;《上市公司收购管理办法》第8条规定,董事“应当公平对待收购本公司的所有收购人”。在授权资本制引入的背景下,新股发行滥用与新旧股东平衡的防范机制恰恰为《草案》所遗漏。《草案》第223条第2款规定“股份有限公司为增加资本发行新股时,除公司章程另有规定外,股东不享有优先认购权”,该方案采纳不赋予股东新股优先认购权的规范思路。该方案的优势在于符合股份公司融资便捷的趋势,劣势在于股东优先认购权选入模式过于单一化,远

^④ 参见邹学庚:《论董事对股东出资的监督义务——兼评“斯曼特”损害公司利益责任纠纷案》,载《甘肃政法大学学报》2022年第2期,第102-118页。

^⑤ 参见于莹:《民法基本原则与商法漏洞填补》,载《中国法学》2019年第4期,第285页。

远无法解决新股发行不公正与新旧股东的平等对待谜题。从比较法观察,授权资本制下的新旧股东平等对待策略有二:其一,以英国与德国立法为代表,强调新股发行必然影响原有股东的股份表决权与经济性权利的稀释,故《英国 2006 年公司法》采纳强制性规则保留新股优先认购权,同时设定了三种例外情形,即第 564 条(红股发行)、第 565 条(非现金发行)、第 566 条(员工持股计划)。德国则在授权资本制度模式下为限制董事会的新股发行裁量权,主张若排除股东的优先认购权则必须以符合公司利益为正当理由。其二,以《美国示范公司法》为代表,主张考虑解决公平对待股东问题或防范基于控制股东控制目的下的不当发行问题,将新股发行置换为董事低价购买的场景,相应法律规范的焦点就转换为董事信义义务的履行问题。在我国,笔者主张《草案》原则上排除股东优先认购权的模式值得肯定,同时可以考虑增设董事公平对待义务的强制性条款以及新股不当发行的法律救济机制,^④这是通过安定股东群体利益并实现公司利益最大化的可行方案。

3. 正在兴起的董事合规监督义务

现代董事会职责中最具挑战性的变化,就是监督型董事会模式成为主导。那么,我国董事义务改革是否以及如何引入董事合规监督义务呢?首先,董事合规监督义务的性质是勤勉义务抑或忠实义务呢?我国证券交易所的众多规则指引强调董事应“充分考虑所审议事项的合法合规性,对公司的影响以及存在的风险”,可见董事的监督合规义务已被写入勤勉义务的内容之中。其次,如何看待董事合规监督义务的本质内涵?一则,就合规义务的本质而言,“站在公司的立场上,公司合规更多和‘风险管理’、‘内控体系’联系在一起”^⑤;二则,就合规义务的适用主体而言,该义务是一种差异化的“监督型义务”,内在要求重构董事会的监督功能,根据董事会成员的职责分工差异而区分认定执行董事与非执行董事的不同责任;^⑥三则,就合规义务的目的功能而言,该义务可以被视为一种“消极性注意义务”,强调不能越过法律底线而“勤勉牟利”,不得行贿或欺诈等;四则,就合规义务的法律效果而言,该义务是一种以董事为核心的“底线性义务”。虽然公司合规从宏观层面看似是公司所有参与者的法定义务,但公司决策管理职权主要在董事会,董事会集体成员成为合规守法的主要“看门人”;五则,就合规义务的属性而言,该义务是一种强制性的法定义务,若董事会成员故意违法,则不受商业判断规则的保护或章程免责或限制赔偿范围的庇护。

笔者建议,《草案》可以考虑将董事的合规监督义务纳入公司法总则之中,作为一项约束公司自身、公司负责人乃至所有工作人员的基本行为准则,这不仅是董事义务谱

^④ 参见陈景善:《授权资本制下股份发行规制的重构》,载《华东政法大学学报》2022年第2期,第112页;沈朝辉:《授权股份制的体系构造——兼评2021年〈公司法〉(修订草案)相关规定》,载《当代法学》2022年第2期,第110-111页;李建伟:《授权资本发行制与认缴制的融合——公司资本制度的变革及公司法修订选择》,载《现代法学》2021年第6期,第116-118页。

^⑤ 邓峰:《公司合规的源流及中国的制度局限》,载《比较法研究》2020年第1期,第35页。

^⑥ 参见梁爽:《美、日公司法上的董事合规、内控义务及其对我国的启示》,载《中外法学》2022年第2期,第540页。

系的必备内容与应有之义,而且是公司利益最大化的稳定之策。正如学者所言,以塑造公司的良好道德品格为基点设定董事合规监督义务,^{④7}是维护公司长远利益且推动有效公司治理的效率性机制。

(三) 董事勤勉义务的责任限缩: 商业判断规则、合理抗辩与章程责任豁免

《草案》加强了董事对公司或第三人的赔偿责任,总体评价似乎强化责任有余,然而合理减轻或免除董事责任的考虑不足。在全世界范围内,除了明显违反董事忠诚义务之外,鲜有将勤勉责任强加于外部董事的例子。有学者已经倡议构建适当的董事责任限制机制。^{④8}我国董事赔偿责任的免责或限制改革的难题在于:如何既可以避免董事勤勉义务的空洞化,又可以激励董事勇于决策,致力于公司利益最大化。

1. 商业判断规则的引入之争

商业判断规则之所以成为董事违反勤勉义务的避风港,离不开为公司最大利益行事的预设前提。在董事勤勉责任的减缓机制中,公认的免责技术是求助于商业判断规则。商业判断规则的最大质疑是使勤勉义务失去了法律威慑力,“当试图适用(商业判断规则)之际,我们却难以给出界定”^{④9}。如何实现公司利益最大化与尊重董事商业判断之间的平衡,系各国公司法的最大谜题之一。^{⑤0}商业判断规则背后的理念是鼓励商业创新与企业家精神,该理念最早可以追溯至1829年美国路易斯安那州法院裁判的“Percy v. Millaudon案”,成型于1984年“Aronson v. Lewis案”,商业判断规则实则是一种法律假定,公司董事决策之际是在知情的基础上,本着善意和诚实的信念行事,所采取的行动符合公司的最佳利益考量。^{⑤1}这一司法创见,被美国法律协会《公司治理原则》第4.01(c)条成文化,并广泛地影响了1999年《澳大利亚公司法》第180(2)条以及2005年《德国股份法》第93条第1款关于商业判断规则的立法选择。

《草案》是否应该引入商业判断规则条款,理论上存在分歧。从我国司法实践观察,在“黑龙江鸿基米兰热力有限责任公司、王梦玉损害公司利益责任纠纷案”中,法官认为,“从事商业活动时常会面临极大商业风险,不能要求每一个决策活动均产生最佳效益”^{⑤2}。法院强调的是对商业决策程序以及是否拥有充分资讯的审查,而并不介入决策的实质内容。可见,我国司法已经尝试借用商业判断规则法理进行裁判论理的探索,但尚未形成共识性的商业判断规则。从《草案》的相应改革条款观察,并不能得出我国立法已经引入了商业判断规则的论断,作为董事勤勉责任豁免机制之一的商业判断规则,不妨留给未来的司法实践慢慢进行试错或检验,等待本土引入的适当良机。

^{④7} 参见赵万一:《合规制度的公司法设计及其实现路径》,载《中国法学》2020年第2期,第69页。

^{④8} 参见林一英:《董事责任限制的入法动因与路径选择》,载《政法论坛》2022年第4期,第97页。

^{④9} Robert W. Hamilton, *Corporations: Including Partnerships and Limited Partnerships: Cases and Materials*, 4th ed, West Publishing Co., 1990, p.703.

^{⑤0} 参见[美]肯特·格林菲尔德:《公司法的失败:基础缺陷与进步可能》,李诗鸿译,法律出版社2019年版,第206页。

^{⑤1} 参见黄辉:《现代公司法比例研究——国际经验及对中国的启示》(第2版),清华大学出版社2020年版,第189-190页。

^{⑤2} 黑龙江省高级人民法院(2018)黑民申2845号民事判决书。

2. 董事勤勉责任的合理抗辩扩张

基于本土的治理勤勉责任履职不佳的现状,《草案》倾向于强化控股股东与董事的勤勉责任。然而,董事勤勉责任过苛的合理性面临质疑:“中国的模式既不是侵权模式的责任规则,也不是业务判断规则,而是僵化的签名认定标准”^{⑤③}。从我国司法实践观察,在“胡凤滨与中国证券监督管理委员会行政二审案”中,法官认为,“应当考虑独立董事并非内部执行董事,不直接参与公司具体经营,也应关注独立董事以监督职责为主,进行独立客观判断。若有充分证据证明独立董事已经勤勉尽责,可以构成免责事由”^{⑤④}。可见,我国司法已经对差异化对待内外部董事勤勉责任进行了有益的续造。

《草案》关于董事勤勉责任的差异化对待与合理抗辩免责,仍然存在法律规则缺失的漏洞。笔者建议,《草案》可以考虑充分吸纳相对成熟的本土司法裁判经验,采纳内部董事与外部董事差异化的对待标准,即“董事地位虽平等,在决策中的具体角色则是‘差序格局’”^{⑤⑤}。独立董事职责应主要偏向监督义务,不应该对内部执行董事与外部非执行董事设置统一的问责标准,我国独立董事过错推定责任缺少一个合理抗辩的合法救济通道。在康美药业独立董事天价赔偿案件的触动下,2022年1月22日起施行的《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第16条规定了独立董事的合理抗辩,给出了“有权信赖、及时报告、不投赞票、其他情形”等合理抗辩情形。对此,《草案》可以此司法解释为契机,扩大合理抗辩的主体范围而限于独立董事,扩大有权信赖的范围而限于非自身专业等情形。^{⑤⑥}

3. 董事勤勉责任的章程豁免或立法限制

无论是商业判断规则抑或董事勤勉责任的合理抗辩,均可以在我国司法实践或司法解释之中寻找到或多或少的合理性支撑。然而令人意外的是,董事勤勉责任的章程豁免或立法限制反而成为我国董事义务规范的法律空白。从比较法观察,在美国真正触发章程豁免或限制董事责任的运动始于“Smith v. Van Gorkom案”。在该案中,虽然董事会决议的并购对价高出市价50%之多,但仍被投资者诉求不理想,法院最终也认为董事构成重大过失,该案饱受学界的激烈抨击。为回应这一裁判倾向,1986年《特拉华州公司法》第102(b)7条规定,允许公司章程豁免或限制董事勤勉责任。^{⑤⑦}1987年,美国《弗吉尼亚州公司法》引入董事勤勉责任的上限赔偿机制,规定董事赔偿额度不超10万美元的上限或12个月的董事薪酬,该立法趋势被比喻为“公司董事责任的朝底竞争”。^{⑤⑧}上述董事责任的章程豁免或立法设定赔偿上限的创新性思路,为韩国与日本的公司法改革所全盘吸纳。

⑤③ 邓峰:《业务判断规则的进化和理性》,载《法学》2008年第2期,第80页。

⑤④ 北京市高级人民法院(2018)京行终6567号行政判决书。

⑤⑤ 朱羿锟:《董事会运行中非理性因素的法律规制》,载《中国社会科学》2015年第8期,第80页。

⑤⑥ 参见傅穹:《司法视野下独立董事的责任反思与制度创新》,载《法律适用》2022年第5期,第29页。

⑤⑦ See Deborah A. & DeMott, *Limiting Directors' Liability*, Wash.U.L.Q., Vol.66, p.295-310 (1988).

⑤⑧ See Thomas L. Hazen, *Corporate Directors: Accountability: The Race to the Bottom-The Second Lap*, N.C.L. Rev., Vol.66, p.1171 (1987).

《草案》并没有规定董事勤勉责任的章程豁免或限制条款,背后显示出我国立法者对董事的勤勉与忠实履职存在着强烈的隐忧:嵌入章程免责条款是否会弱化原本孱弱的董事义务,甚至会反向激励董事懈怠或谋私。笔者认为,无论从商业实践需求出发抑或是从立法趋势角度观察,《草案》引入公司章程豁免或限制董事责任均有强烈必要。未来的改革可从以下方面入手:其一,董事勤勉责任的豁免或限制主体范围可以包括董事、监事与高级管理人员;其二,将董事违反忠实义务、违反强制性禁止行为、违法分配、违法减资、违法提供财务资助、恶意等行为,排除在章程豁免或限制责任的保护清单之外;其三,章程允许责任豁免或限制情形只针对公司与股东的赔偿情形,不能及于对第三人的赔偿场景;其四,考虑对非执行董事的勤勉责任赔偿设定固定薪酬的一定比例的上限赔偿。总之,董事勤勉责任的目的在于合理惩戒,^⑤不妨允许章程豁免或限制董事勤勉责任的赔偿额度。

五、公司利益冲突平衡与董事忠实义务扩张

在公司利益与董事利益冲突场景下,董事必须以公司利益为优,这是董事忠实义务的本质要求。我国董事忠实义务的规制模式应从严格禁止性模式转向缓和的利益冲突平衡模式,经由程序公正与实质公平的规则创新,跳出传统民法的自我代理与双方代理一概禁止模型的思维定势,完善自我交易、公司机会、同业竞争与董事薪酬的规则体系。

(一) 董事忠实义务的角色期待:从禁止性行为警示到肯定性行为激励

从我国董事忠实义务的规范演进观察,呈现出日趋体系化、类型化与责任严苛化的发展特征。一则,忠实义务经历了从1993年的分散规制模式,到2005年的单一条款的统合模式,再到2021年《草案》实现“公司利益”目标的宏观把控(《草案》第180条)与具体行为类型的微观规制(《草案》第182—185条)的过程,董事忠实义务立法的科学化与精细化映入眼帘;二则,董事忠实义务的规范体系呈现出从禁止性规范为主到利益冲突框架下缓冲模式的转变。不同于侵占公司财产、挪用公司资金,收受贿赂或其他非法收入,接受他人与公司交易的佣金归为己有等严格禁止的物权法保护思维,《草案》从公司利益与社会财富最大化出发,对自我交易、公司机会与竞业禁止这三类情形,通过事先程序性的控制,有序地疏导董事合理追求财富的欲望并赋予其交易合法性;三则,违反董事忠实义务的责任主体范围逐渐扩张,违反忠实义务的董事需要承担责任的对象从公司和股东扩展到第三人(《草案》第190条);四则,对于董事忠实义务持续期间的规定仅停留在监管规则之中,我国公司法的相关遗漏应予以填补。根据《上市公司章程指引》与《必备条款》的规定,董事对公司和股东承担的忠实义务并不因董事辞职生效或

^⑤ 参见叶林、叶冬影:《公司董事连带赔偿责任的学理观察——评述〈公司法修订草案〉第190条》,载《法律适用》2022年第5期,第13页。

任期届满而当然免除,董事对公司商业秘密的保密义务将持续至该秘密成为公开信息,董事承担其他忠实义务的持续期限应当根据公平原则确定。

从忠实义务的禁止性规范观察,《草案》针对特定的有损公司利益的行为规范,沿袭了现行《公司法》否定性模式的“不得”立法技术,外化表现为一系列禁止性规范条文。《草案》第182条对董事忠实义务的强制禁止性事项予以限缩,排除了自我交易、篡夺公司机会与同业竞业等价值中性的情形。该条款第1项“侵占公司财产,挪用公司资金”与第3项“不得收受贿赂或其他非法收入”,属于严重侵权或触发刑事犯罪。第2项“将公司资金以个人或其他个人名义开立账户存储”,属于商业银行法的强制性禁止事项。第4项“接受他人与公司交易的佣金归为己有”,属于董事谋私的禁止性范畴。第5项“擅自披露公司秘密”,守密义务系勤勉义务范畴,利用公司秘密谋利才属于忠实义务范畴。^{⑥0}上述各项条款作为一种强势的禁止性忠实义务规范,展现的是一个“恶意且谋私”的反面角色警示,隐含着对董事道德的强烈隐忧。

董事忠实义务的禁止性反向列示条款体现的是公司利益保护的物权法思维,而董事忠实义务的标准更需要公司组织法的正向角色引领。从比较法观察,《英国2006年公司法》提供了董事忠实义务的两类规范模式:一是“促进公司成功”的肯定性角色模式,通过“授权范围内、独立判断、善意地为公司行事”的要素组合,在成文法中描述了董事角色与行动纲领;二是“不冲突规则”的缓和模式,采纳“披露机制以及董事会或股东会批准机制”的程序缓冲,给出了例外允许的利益平衡的合法化路径。从我国规范文本观察,《必备条款》第116条规定,“董事必须遵守诚信原则,不当置于自己于自身的利益与承担的义务可能发生冲突的处境,包括:遵守公司章程,忠实履行职责,维护公司利益,不得利用其在公司的地位和职权为自己谋取私利”。从我国司法裁判观察,在“陈建雄、胜利油田胜利泵业有限责任公司损害公司利益责任纠纷案”中,法官认为,“忠实义务的核心在于董事不得利用其董事身份获得个人利益,其应当在法律法规与公序良俗的范围内,忠诚于公司利益”^{⑥1}。

笔者主张,《草案》第180条不妨基于本土立法与司法的宝贵经验,同时吸纳域外立法的教训,在董事忠实义务的条款之中,重新嵌入“维护公司利益”目标以及利用董事“地位”谋私的限定,表述为“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,善意地维护公司利益,对公司负有忠实义务,不得利用地位和职权谋取私利”,以此塑造本土特色的“称职而忠实”的董事忠实义务的肯定性形象。

(二) 董事忠实义务的利益冲突规制: 从公司利益为先到兼顾企业家精神

董事与公司利益冲突框架中的董事忠实义务规范,虽然缺失“董事与高管薪酬”的相关规范条款,但《草案》第183、184、185条分别单独创设了“自我交易、公司机会、

^{⑥0} 参见江苏省高级人民法院(2020)苏民终26号民事判决书。

^{⑥1} 最高人民法院(2020)最高法民申4682号民事裁定书。

同业竞争”条款,并以细致化的事先披露与决策机关批准的程序条款,发挥着解决利益冲突下的各类交易实质公平的替代功能。《草案》关于董事与公司利益冲突模式的条款规范理念变迁,显示出我国公司法逐渐认可熟人交易的合理性,缓和关联交易的强制性,^②透视着裁判者对公司自治理念的不断开放与宽容的态度。

1. 利益冲突框架下自我交易规范的机制创新

董事与公司之间的自我交易,因存在利益冲突而可能损害公司利益,这一情形属于董事忠实义务的规范范畴。现行《公司法》第148条第1款第4项对于自我交易的法律识别、利益冲突披露乃至批准机制的规定均存在适用上的法律漏洞。就董事自我交易的识别机制而言,《草案》第183条采纳了从直接交易扩张至间接交易的实质认定原则,并对董事忠实义务适用主体进行了扩张解释。

就董事自我交易的披露机制而言,是董事忠实义务领域发展最为迅速的环节。《草案》第183条第1款吸纳了域外的自我交易程序正义的经验与共识,引入了通行的事先披露机制,采纳“应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告”的表述。本条款所称的“事项报告”的程度或具体指向略有不明,从商业实践而言,自我交易中的利益冲突事项的事先报告,只有内容越详尽才越有利于批准机关的决策判断,对利益关联董事的事先报告义务的“事项”应进行扩张解释,即指向披露“重要事实”且同时承担警示或提示义务。

就董事自我交易的批准机制而言,本质上是一种交易实质公平的替代机制,经过事先章程规定的股东会或董事会的批准,交易公平的举证责任转移到质疑一方。至于究竟是董事会批准抑或股东会批准,须视公司章程的职权规定或股东会授权而定。考虑到基于董事信息与地位优势的自我交易的后果危害性较重,若是董事会决议,则关联董事不得参与表决;若是担任两家竞争公司的连锁董事,则须关联董事双向回避表决。在我国上市公司实践中,对于自我交易的董事会或股东会的批准,原则上不允许概括性“空白的”批准,必须一事一授,否则将会被认定为批准无效。关于董事自我交易的效力是否允许事后追认?立法模式上有分歧,存在《韩国商法》严格否认事后追认以及《美国示范公司法》允许事后追认两种模式。在中国社会中,由于非利益相关的其他董事和股东常会顾及面子,而对已发生的利益冲突交易持赞同态度,往往舍弃本应维护公司利益的中立精神。因此,我国立法采纳否认事后追认的合法性模式,或许更有利于批准机关维护公司利益。

2. 利益冲突框架下公司机会与同业竞争的法律识别

公司机会与同业竞争均触发董事利益与公司利益的冲突,而立法规范的难点就在于对公司机会与同业范围的法律识别。关于公司机会如何予以识别,《草案》第184条并未给出答案。有学者提出,公司机会的本质并非公司财产而应理解为公司利益,并提出

^② 参见蒋大兴:《走向“合作主义”的公司法——公司法改革的另一种基础》,载《当代法学》2021年第6期,第97页。

区分发现与利用两个阶段而进行差异化识别。^③笔者认为:公司机会的识别应采纳“利益和预期说”,公司机会只能是发现阶段的“预期利益”,公司利用阶段则变为了现实利益,此阶段的公司利益已进入禁止董事侵害公司财产的范畴。至于公司机会识别的“经营范围说”“社会职位或角色说”“公司类型区别对待说”等其他学说均各有角度,可以共同作为辅助识别机制。^④关于公司机会利用的除外合法选项,《草案》第184条给出了“公司同意、公司拒绝、公司不能”三个选项。若公司机会已处于利用阶段,事实上排除了“公司拒绝”与“公司不能”的选项,此时只会面临和发现阶段一样的“公司同意”选择,两者实则并无差别。就“公司拒绝”的内涵而言,应对此作狭义解释,基于维护公司利益考虑,只有公司明示拒绝才构成公司放弃,^⑤而磋商中的犹豫不能被视为明确拒绝。就“公司不能”的内涵而言,同样基于维护公司利益考量,须相应作限缩解释,限定在为法律或章程所不允许的有限情形,若仅以“公司缺少资金能力”或“第三方拒绝因素”为理由,则不构成“公司不能”,以避免反向诱发董事恶意的行为激励。

关于同业竞争规范中“同业范围”的法律识别,《草案》第185条增加了“有竞争关系”的限定,表述为“不得自营或者为他人经营与本公司存在竞争关系的同类业务”。然而如何界定“同类业务”的范围呢?笔者主张,基于维护公司利益的考虑,应当对“同类业务”的外延进行扩张解释,即一般不只是公司正在进行的事业,也包括正在进行开业准备以及暂时休业的事业。同业竞争的批准机构究竟是配置给股东会抑或董事会?观察发现,日本已从早期的股东会多数决批准改为董事会批准。对此,日本前田庸教授解释道,“在1981年日本商法修改之前,按照规定需要在股东大会上取得已经发行股份总数三分之二以上多数的许可,但据说该要件过于严格,在现实中很难遵守该规定,所以修改为通过董事会的认可”^⑥。对于我国同业竞争批准机构的选取,从防范利益冲突以及避免董事之间互惠考量出发,立法不妨暂时趋于严格,采纳股东会多数决同意的模式。

3. 利益冲突框架下高管薪酬规范的漏洞填补

董事对职位利益与薪酬利益的追求,是公司董事为公司效劳的主要动因。董事与高管追求高薪酬无可指责,也是无法回避的客观状况。高管薪酬的激励合理性源自切实服务于股东长期利益,问题关键在于能否从公司利益与股东利益出发合理监督并公平计酬,^⑦并以“有效的程序来制约董事会的恣意”^⑧。无论是我国现行《公司法》还是《草案》改革,高管薪酬的规范缺失成为立法的显性法律漏洞。对此,采纳类推“违反公司忠实

^③ 参见袁崇霖:《公司机会规则的反思与体系建构》,载《法学研究》2022年第2期,第154页。

^④ 参见冯果:《“禁止篡夺公司机会”规则探究》,载《中国法学》2010年第1期,第102页。

^⑤ 参见最高人民法院(2012)民四终15号民事判决书。

^⑥ [日]前田庸:《公司法入门》(第12版),王作全译,北京大学出版社2021年版,第316页。

^⑦ 参见[美]卢西恩·伯切克、[美]杰西·弗里德:《无功受禄:审视美国高管薪酬制度》,法律出版社2009年版,第185页。

^⑧ 罗培新:《公司高管薪酬:制度积弊及法律应对之限度——以美国经验为分析视角》,载《法学》2012年第12期,第69页。

义务的其他行为”的规制,无法解决高管薪酬的特殊利益冲突难题,因为高管薪酬属于公司正常运营所需,不仅重复发生而且公开透明。^⑥可见,高管薪酬本质上具有利益冲突的属性,又具有很强的特殊性,类推适用必然会造成规范与现实之间的拉锯,最终导致公司利益和董事利益皆输局面,因此有必要对高管薪酬进行单独规制。

高管薪酬引发的利益冲突该如何单独规制呢?其一,考虑高管薪酬系企业家精神之所系,法律规范的尺度不宜过苛,合理薪酬既是公司正常经营所必须,也是鼓励董事为公司利益最大化而行事的激励机制;其二,建议以“程序合理化与信息公开化”为基石,解决高管薪酬问题;其三,建议《草案》中有条件适度地引入高管薪酬追回机制,^⑦该机制的理论基础是民法的不当得利制度。

(三) 董事忠实义务的责任改革:从单一的归入权到多元责任救济

对于违反忠实义务的法律救济,《草案》第186条规定,“违反第182条至185条规定所得收入应当归公司所有”,即“归入权”。归入权救济的适用范围主要发生在“自我交易、公司机会与竞业禁止”的场景之中。归入权的损失填补作为一种推定的法律技术,旨在回避司法判断公司损失的计算困境,将董事和高管的积极获益额推定为公司损失额,相当于不当得利的赔偿思路。归入权的法律救济看似清晰,但法官对“收入的认定”存在不同的解释:其一,将工资所得视为所得收入。在“济南东方管道设备有限公司与李家滨、济南东方泰威机械设备有限公司损害公司利益责任纠纷案”中,法院认定,“李家滨违反公司法相关规定担任同业企业的法定代表人或执行董事,因此认定其工资所得为其所得收入,归东方公司所有并无不当”^⑧。其二,因竞争而亏损不可冲抵所得收入。在“南京南华擎天资讯科技有限公司与辛颖梅、汪晓刚等损害公司利益责任纠纷案”中,法院认为,“因从事竞争业务而亏损,应由其自己承担后果,不应一并计入经营所得,抵销其他业务部分的收益”^⑨。其三,将可期待利益计入所得收入。法院的裁判思路是,综合考虑公司的投入、贡献、实际损失以及合理期待利益来确定所得收入。^⑩可见,正是司法实践的续造贡献,丰富并填补了归入权救济选项中具体计算的法律漏洞。

当董事违反忠实义务之际,归入权的单一赔偿救济手段不足以起到威慑作用。我国董事忠实义务的责任改革应提供多元的责任救济:其一,违反忠实义务构成董事法定解聘事由。英国《1986年公司董事资格取消法》就是一个参照,我国应该规定取消违法董事在一定期限内任何公司担任董事与高管的资格;其二,针对“侵占公司资产、挪用公司资金、私自开立账户”行为,当该行为处于持续状态时,可要求董事停止侵权;其三,违

^⑥ 参见《公司治理原则:分析与建议》(上卷),楼建波等译,法律出版社2006年版,第292页。

^⑦ 参见蒋建湘:《国企高管薪酬法律规制研究》,载《中国法学》2012年第1期,第123页;王彦明、王红云:《国企高管自定薪酬的局限性及其法律规制》,载《法学》2019年第8期,第133页。

^⑧ 山东省高级人民法院(2015)鲁商终532号民事判决书。

^⑨ 江苏省高级人民法院(2015)苏商终00680号民事判决书。

^⑩ 参见江西省高级人民法院(2018)赣民终178号民事判决书;江苏省高级人民法院(2017)苏民申4113号民事裁定书;最高人民法院(2021)最高法民申1686号民事裁定书。

反忠实义务给他人造成损害的,须以“故意或重大过失”为前提,应区分不同场景下的直接损害或间接损害要求董事承担赔偿责任或连带责任;其四,对于违反忠实义务的董事责任,立法应排除在公司章程豁免或责任限制的保护之外。在司法方面,法官应以公司利益为核心,在认定公司当下所受损失的同时,兼顾公司预期利益损失以及公司甚至市场的长远发展。^{⑦④}

六、结 论

在新社会经济学视野下,信任是公司组织系统的重要润滑剂,信任陌生人是大型组织勃兴和经济繁荣的关键。^{⑦⑤}超越家族成员而信任外部董事与高管,成为大规模公司治理的共识与选择。我国公司立法的进程经验表明,包括董事义务的公司法改革难以在自身范畴中获得逻辑自洽,董事义务的规则选择必须在经济体制变革的制度需求中得以肯定。^{⑦⑥}因此,为深化国有企业改革、持续优化营商环境与健全资本市场的基础性制度,董事义务改革不应局限于以有限公司为样本的治理逻辑之中,面对投资所有者与治理决策者分离的国有企业与公众公司治理需求,董事义务改革凸显了其重要性与紧迫性。

《草案》的重大贡献之一,就是“公司利益”理念的强势回归与董事义务规则的全面构建。公司利益目标就像一盏迷雾中的灯塔,忽隐忽现闪烁在公司治理改革的前方,指引着公司治理决策者(特别是董事)走出公司多元主体的利益追求与冲突的重重谜团。董事以公司利益最大化为行事准则,会使全体股东以及所有其他利益相关者共同获益。董事角色的“机构说”最利于实现公司利益,董事之间相互监督不意味负有横向义务,董事忠实义务和勤勉义务各司其职共同促进着公司利益的实现。董事勤勉义务改革应重塑理性人假定的差异化标准,矫正董事催缴连带责任的扩张,填补授权资本制下董事公平对待义务的缺失,增加董事合规监督义务,考虑适当时机引入商业判断规则,适度扩张董事合理抗辩的范围,以及立法允许章程豁免或适度限缩勤勉责任的赔偿额度。董事忠实义务改革应从严格的禁止模式转向缓和的利益冲突平衡模式,兼顾公司利益、企业家精神与社会财富最大化,重写自我交易、公司机会、同业竞争与高管薪酬的规则,提供违反董事忠实义务的多元救济供给。

在我国董事义务改革的比较借鉴中,不仅需要解决域外法律移植的空间感落差,而且要解决不同时代规则移植的时间感落差,^{⑦⑦}还要解决司法裁判的适用感落差,更要解

^{⑦④} 参见王艳梅、祝雅柠:《论董事违反信义义务赔偿责任范围的界定——以世界银行〈营商环境报告〉“董事责任程度”为切入点》,载《北方法学》2019年第2期,第53页。

^{⑦⑤} 参见[美]马克·格兰若维特:《社会与经济:信任、权力与制度》,王水雄、罗家德译,中信出版集团2021年版,第65、74页。

^{⑦⑥} 参见陈甦:《我国公司立法的理念变迁与建构面向》,载《中国法律评论》2022年第3期,第35页。

^{⑦⑦} 参见刘燕:《公司财务的法律规制——路径探寻》,北京大学出版社2021年版,第447-448页。

决董事义务规则改革的方向感落差。董事义务改革的制度创新与公司利益范式的理论认知相伴而行,从公司利益目标、公司利益最大化、公司利益冲突平衡三个维度,共同塑造面向本土商事特质的基本义务体系。在我国公司法改革中,“公司的最高利益究竟何在?看来,制度并不能解决所有问题,比制度更重要的是价值观”^{⑦8}。可见,我国董事义务改革的立法进步,不仅是纸上条款的规则进步,也应是商事实践的履职进步,更受益于法官裁判的司法进步,最终在于公司利益的观念进步。

Abstract: The company's interests that enhance the company's long-term value represent the overall interests of the company's multi-party participants and become a value tool to balance the conflicts of interests of various subjects in the company. Directors act on the principle of maximizing the company's interests, which will benefit all shareholders and other related ones. The 'organization theory' of the director's role is the most beneficial to the realization of the company's interests, and the mutual supervision among directors does not mean that they have horizontal obligations. The reform of directors' diligence obligations should reshape the different standards assumed by rational people, correct the prejudice of improper expansion of directors' duty of diligence, fill the gap of directors' fair treatment obligations under the authorized capital system, increase directors' compliance and supervision obligations, and the liability of diligence is exempted or moderately restricted by the articles of association. The reform of directors' duty of loyalty should be changed from the strict prohibition mode to the moderate interest conflict balancing mode, perfect the rules of self-dealing, corporate opportunity, horizontal competition and executive compensation, and provide multiple remedies for breach of duty of loyalty. The paradigm of corporate interests not only provides a new explanation framework for the reform of the director's duty, but also remodels the system of directors' obligations oriented to local commercial characteristics.

(责任编辑:王莉萍)

^{⑦8} 中央电视台《公司的力量》节目组:《公司的力量》,山西出版集团、山西教育出版社2010年版,第176页。