

公司法上的受信义务：评新《公司法》的相应修改

施天涛*

内容提要：新《公司法》关于受信义务的规定体现了创新精神：一是突出了关联交易、公司机会和竞业限制的重要性，完善了程序规则，重组了公司管理者的禁止性行为；对注意义务的界定突破了该条无法进入司法裁判的困境；将公司控股股东、实际控制人纳入了受信义务体系，并将股东代表诉讼扩大至公司全资子公司。二是增加了董事、高管对第三人的赔偿责任。三是增加了董事责任保险。但新《公司法》依然与现实需求存在差距：一是关联交易的规定依然缺乏实质公平的裁判标准；公司机会缺乏界定，将导致司法审判困难；竞业限制不能适应现代企业；管理报酬未被纳入忠实义务，司法审判无据可循。二是注意义务规定不周延，未能对管理者的经营义务与监管义务区别对待。三是审计委员会取代监事机构的情形，股东代表诉讼之先诉请求不明确。新《公司法》关于受信义务的上述修改和问题有必要进行系统性分析与评估，从中也能间接省察今后的完善方向。

关键词：受信义务 忠实义务 注意义务 控制股东与实际控制人 派生诉讼

DOI:10.16823/j.cnki.10-1281/d.2024.03.001

一、序言：残缺而混乱的受信义务制度

受信义务（fiduciary duties）^{〔1〕} 是公司法上的核心制度，其重要性不亚于人体之心脏。如果公司法不能妥善构造和安置这一制度，公司法的生命力将受到极大威胁。这里的逻辑很简单：公

* 施天涛，清华大学法学院教授。

〔1〕 关于 fiduciary duties 这一术语在中文文献中主要有“诚信义务”“信义义务”和“受信义务”三种表述。作者一直偏爱“受信义务”这一表达方式。这是因为受信义务是英美普通法系发展起来的适用于财富管理的制度，它比较能够表达这种义务所指向的“受人之托、忠人之事”之内涵。诚信义务原本是一种道德义务，后上升为法律义务，主要适用于合同的履行，而后发展成为民法的基本原则，乃至被称为民法的“帝王规则”。无论从法律渊源和规则适用来看，均与受信义务之管理他人财产没有直接关系。信义义务这一表述同样也没有精确表达出基于“信任”而“管理他人财产”的委托关系这一内涵，不仅读起来拗口，而且充满江湖气息。所谓“名不正则意不顺”，我们有必要为之选择一个符合其真实特性的表达方式。

司法将公司交由特定人管控,则必然应该将他们置于一定的义务和责任约束之下,受信义务就是为这些公司管理者〔2〕设置的义务和责任,如果公司法缺失这种制度设置,或者这种制度安排不恰当、不完善,公司管理者则可能像脱了缰绳的野马一样,逃逸出法律的管控,肆意侵害公司和股东利益。我国公司治理的实际情况就是如此,这与公司法关于受信义务规定的残缺与混乱密切相关。

《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)〔3〕修订之前,旧《公司法》第 147 条要求公司董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务,就是关于公司管理者受信义务规定的集中体现。但是,旧《公司法》关于公司管理者受信义务的规定非常粗糙,并且具有很大的随意性。这主要体现在如下三个方面:

一是对受信义务的规定偏重于忠实义务,〔4〕而对注意义务〔5〕仅仅是点到为止,旧《公司法》没有关于勤勉义务的任何具体规定。何为勤勉义务?勤勉义务的内容和标准是什么?如何才能满足勤勉义务的要求?法律保持了长久的沉默。〔6〕旧《公司法》对管理者的勤勉义务要求仅仅停留在“宣言”上,口惠而实不至,没有任何司法执行力。这种情况导致的后果是,公司管理者没有任何经营管理上的压力和责任心,一方面他们掌控着他人的巨额财产并享有巨大的权力,另一方面他们又可以漫不经心,无需为自己的过失或者失职行为负责。公司法上的权利义务设置严重失衡,公司和股东的利益裸露在高度风险之下,公司法未能提供应有的法律庇护。

二是关于忠实义务的规定逻辑不清,体系混乱。首先,旧《公司法》第 148 条规定了违反忠实义务的八种情形。忠实义务主要针对的是利益冲突问题。正因为公司管理者是公司业务经营和事务管理的实际掌控者,他们与公司发生利益冲突不可避免,所以忠实义务的重心就是要规范和解决这些管理者的利益冲突问题。旧《公司法》虽然规定了几种利益冲突形式,但却重点不突出。正确的逻辑应该是将关联交易或者自我交易这种最为基本的利益冲突交易置于首要地位,然后才是对其他特殊的利益冲突交易,如管理报酬、公司机会、同业竞争,予以规制,顺后则是对直接侵害公司利益的职务或个人侵权行为的规制。其次,公司法对忠实义务规定的体系是混乱的。譬如,旧《公司法》将对关联交易的规制置于总则第 21 条,导致其与第 148 条第(四)项的自我交易相互关系紊乱,同时可能被误解为应适用不同的法律规则。又如,旧《公司法》第 148 条没有将管理报酬纳入利益冲突交易规制之中,仅在第 116 条规定了管理报酬的披露义务。如果公司管理者任性地从公司攫取了过高的报酬以至于侵害了公司利益,则没有处罚他们的责任依据。

三是关于受信义务的规定缺乏有效的司法裁判标准。关于勤勉义务的规定自不必多说,即便是关于忠实义务的规定也仅限于公司治理的内部程式要求,并无司法上可执行的裁判标准。这必

〔2〕 为表达方便,下文一般将公司董事、监事、高管简称为“管理者”,具体情形则直接指称。

〔3〕 2023 年 12 月 29 日第十四届全国人大常委会颁布了新修订的《中华人民共和国公司法》,并将于 2024 年 7 月 1 日实施,本文简称为“新《公司法》”,现行《公司法》简称为“旧《公司法》”。

〔4〕 参见施天涛、杜晶:《我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制——一个利益冲突交易法则的中国版本》,载《中国法学》2006 年第 6 期;施天涛:《公司法应该如何规训关联交易?》,载《法律适用》2021 年第 4 期。

〔5〕 我国《公司法》将注意义务表述为勤勉义务。由于“勤勉义务”已成为我国公司法上的既定表述,本文同时交替使用这两个术语。

〔6〕 我国《公司法》自 2005 年规定勤勉义务以来,历经数次修改,一直没有任何具体内容填充。

然导致我国法院在处理有关公司管理者侵害公司利益纠纷时缺乏必要的裁判依据。这说明，旧《公司法》基本上还是一部管理法，尚未升级为裁判法。一部不能进入裁判程序的《公司法》，公司参与者的权益不能获得最后的司法救济，对公司管理者设置的义务不能得到有效执行，何为公司法？谈何公司法？〔7〕

令人欣慰的是，2023年新修订的《公司法》对受信义务给予了特别的关注和重视，受信义务的内容获得了较大程度地充实和调整，受信义务有了初步的司法执行标准。

传统公司法上的受信义务包括注意义务（duties of care）和忠实义务（duties of loyalty），即所谓的“二分法”。受信义务的二分法是一种最基本的分类，实际情况要复杂得多。譬如，理论界与司法界曾经讨论的“善意”（good faith）究竟是一种独立的义务，还是受信义务的加强，就是一个非常有争议的问题。〔8〕又如，就受信义务的主体而言，现代法律早已突破了公司董、监、高等公司管理者的范畴，受信义务扩大适用于公司股东（主要是控股股东）和实际控制人。再如，就受信义务的履行对象而言，因缘于公司社会责任运动的兴起与发展，公司管理者还需对利益相关者承担义务和责任。〔9〕

我国旧《公司法》一开始就以专章规定了“公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务”。然而，该章规定徒具形式，几乎从来没有发挥过其应有功效。最基本的问题是《公司法》未能提供可供司法执行的立法模板。好在这一现象终于获得了立法者的重视，新《公司法》充实了一些内容，使得受信义务多少获得了一定的司法执行力。新《公司法》关于受信义务规定的进步是明显的。但客观地说，新《公司法》同样未能达到人们的期待。下文将围绕《公司法》的修订予以简单评论。

二、关于遵守法律、行政法规和公司章程

新《公司法》第179条规定了董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程。

首先，就公司管理者遵守法律而言，它包含了二层含义：从正面意义上讲，公司管理者首要的义务就是遵守现行法律，在既有的法律框架内履行经营管理职责。公司法历来坚守了这一无比正确的政治立场，无需多言。

守法还有它的第二层含义，即不得故意致使公司违反法律。在企业经营管理过程中，企业家为了减省成本，往往选择故意致使公司违反法律。譬如，如果企业生产经营活动没有按照法律要求达到环境保护、排污与废水处理标准，则需要大量投入、革新技术、改造产品、提升质量。反之，如果企业放任不管，虽然它可能受到主管部门罚款等措施的处置，但其支出成本可能远远小于更换机器设备、改良工厂环境、提升产品质量的成本。如此，企业很可能选择“效率违法”。〔10〕

〔7〕 好在最高人民法院自2006年以来相继颁发了五部关于适用《中华人民共和国公司法》的解释，为司法实践提供了审判依据，缓解了这一问题，也积累了经验。这些规定大多被新《公司法》吸收。另外，最高人民法院公布的涉及公司法的指导案例也为《公司法》的修改提供了经验和借鉴。

〔8〕 参见施天涛：《善意义务是否需要作为受信义务的第三位构成？》，载《中国应用法学》2023年第1期。

〔9〕 参见施天涛：《〈公司法〉第5条的理想与现实：公司社会责任的实施》，载《清华法学》2019年第5期。

〔10〕 参见施天涛：《〈公司法〉第5条的理想与现实：公司社会责任的实施》，载《清华法学》2019年第5期。

其次,就管理者遵守行政法规而言,除同样可能出现上述“效率违法”外,还应关注如下情形:一般而言,行政法规指的是国务院颁发的行政法规,但也应注意到国务院授权特定部门制定的规则,如国家市场监管总局与证监会经授权制定和发布的规则,应与国务院颁行的行政法规具有同等法律效力。此外,公司管理者在其经营管理活动中,还须遵守相应主管机关发布的指导或者指引意见。这些指导或者指引规则虽然够不上对法律行为的效力产生影响,但从公司合规经营管理和尊重市场规则而言,却是公司必须遵守的要求。

最后,就管理者遵守公司章程而言,公司章程的制定及其内容必须符合法律、行政法规,甚至包括相关指导或者指引等监管规则。公司章程是确定公司内部相关当事人(如股东、董事、监事、高管)的权利义务的规范性文件,同时也是公司治理的“宪章性”规则。

无论是遵守法律、行政法规或者公司章程,均涉及管理者的“善意”问题。譬如,前述所谓“效率违法”、不遵守监管指导或者指引规则、违反公司章程等情形,均属于不能满足善意的要求。善意要求恰恰又是受信义务的最高核心价值观,它决定着公司治理的最高目标期待和受信义务的最佳履行效果。

如此说来,问题则非常有趣了。按照法律的效力层级,对法律行为产生效力影响的仅止于行政法规。然而,善意又是受信义务的固有内容。法律行为不符合善意要求或者不满足善意义务,法律行为的效力自然会受到影响。由此可见,受信义务之善意要求吸收了低层级的规章制度,而这些低层级的制度规定因善意义务增强了其效力强度。另一个角度看,受信义务是公司治理的重要手段,它与市场监管、企业自治高度吻合并发生了兼容。

另外,需要说明的是,守法义务,包括遵守法律、行政法规、公司章程,以及本文所说之低层级监管规则,本就在受信义务统辖之内,尤其是善意概念的固有内容。《公司法》将其单列条文规定,仅是一个立法技术安排,而非脱离于受信义务之外的问题。

三、关于公司管理者的忠实义务

公司管理者对公司负有忠实义务,违反忠实义务的情形包括直接侵害公司利益和间接侵害公司利益两大类型。前者主要体现为公司管理者的职务或个人侵权行为,后者主要体现为利益冲突交易。受信义务之忠实义务的重心是对利益冲突交易的规范,当然也不会放过那些侵害公司利益的直接行为。

新《公司法》将旧《公司法》第147条第一款后半句“对公司负有忠实义务和勤勉义务”移出另立第180条。该条将忠实义务区分为“避免自身利益与公司利益冲突”和“不得利用职权牟取不正当利益”两种基本形态,并在随后的条文中针对忠实义务之各种具体形态进行了规定。

(一) 直接侵权行为

新《公司法》第181条规定禁止董事、监事、高管从事的六类行为。该条规定出自旧《公司法》第148条,但以下内容值得注意:该条规定基本限于职务或个人行为,与新《公司法》第180条关于忠实义务的规定相呼应。同时,将旧《公司法》第147条之“收受贿赂或者其他非法收入”“侵占公司财产”分别纳入新《公司法》第181条之(一)(三)。相应地,删除了旧《公

司法》之（三）。该项删除后并未另行处理。旧《公司法》第16条、新《公司法》第15条等对担保已有规定，不必再行重复规定。至于借贷，一则专业借贷属于金融机构特权，民间借贷自有民间借贷法管制，在此既有框架外，公司借贷仅需按照正常的公司治理规则与权力分配进行即可，无须另行特别规定。

本条删除的内容还有旧《公司法》第181条之（四）（五）。基于被删除之（四）（五）包含的三种情形的特殊性，另立条文予以单独规制。这一调整更加科学，也突出了关联交易、商业机会和竞业限制的重要性。

（二）关联交易

关联交易是最基本的利益冲突交易形式，也是公司实践中普遍存在的现象，因此，关联交易问题历来为公司法重点关注事项。^{〔11〕}

新《公司法》第182条将旧《公司法》第148条之（四）之自我交易移除另立，提高了其地位，并充实了内容。该条规定亮点很鲜明。譬如，它规定并界定了间接关联关系、关联人员以及关联交易的报告和批准要求。但本条依然存在着缺漏。我国公司法向来仅重视程序规定，忽视实质上的要求。对于关联交易程序上的规定固然解决了获取实质公平难度较高和具有不确定性的问题，但终究无法彻底替代实质公平。也就是说，形式公平有着其自身固有的缺陷，无论是董事会还是股东会都存在着关联人的影响，这种影响将导致关联交易无法获得真正的公平，最终还得依靠司法评估和裁决。

我国公司法关于关联交易最大的问题是肢解了关联交易的统一性和协调性。关于关联交易的规定散布在《公司法》总则和分则各处。如关联交易在总则中就有二处规定：一是旧《公司法》第16条第2、3款关于公司为公司股东或者实际控制人提供担保的规定；二是旧《公司法》第21条关于公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高管不得利用其关联关系损害公司利益的规定。新《公司法》第15条、第22条完全继受了上述规定。此外，旧《公司法》第124条对上市公司关联交易的表决规定，新《公司法》第139条除增加了个人关联人和向股东会书面报告外，基本继受了该规定。上述列举在于说明，旧《公司法》关于关联交易的规定被人为地分割了。难道仅仅因为这些被分割内容的重要性？本来此次《公司法》修改是一个很好的机会将其整合在新《公司法》第182条之内，但遗憾的是，修法者放弃了这一大好机会。一个条文所规定的事项，无论多么重要，只要它不具备普适性，不能成为法律总则条文。然而，这却是我国公司法的惯常做法，这说明我国公司法在立法技术上依然很幼稚、很单纯、很直接。然而，重要性的标准又是什么？没有进入总则的规定就不重要了吗？

（三）公司机会

利益冲突交易不仅限于关联交易或者自我交易，还表现为其他特殊情形，如侵占公司的商业机会。公司机会属于公司所有的权益，公司管理者，尤其是公司董事、高管，不得私自攫取和利用。公司董事、高管身处商业前线，最有机会获取商业机会。譬如，当某一商人找到公司董事或高管表示愿意与公司合作一个项目，该董事或高管发现该项目有利可图，即以自己的名义为自己

〔11〕 关于关联交易或自我交易的称谓，二者之间并无实质区别，只不过自我交易是早期利益冲突交易的传统表述，主要针对的是发生在董、监、高及其亲属之间的相互交易，关联交易更加倾向于指称企业之间的相互交易。但二者均不相互排斥。有鉴于此，基于我国《公司法》已经形成的习惯，将此种关系统一称为关联关系或者关联交易，也许更容易被接受。

与对方签订了合作协议。这种情形就属于侵占了公司的商业机会。

新《公司法》第183条同样将旧《公司法》第148条之（五）之公司机会移除另立提高了地位，并充实了内容。新《公司法》规定了两种允许董、监、高利用公司机会的例外情形，确实是一大进步。但该规定尚不够完整。重要的一点就是没有对公司机会做出界定。^{〔12〕} 对公司机会的界定是决定两件事情的前提：一是如果不属于公司机会，公司管理者自然可以自己利用，无须履行报告与同意程序；二是即使属于公司机会，也有可能存在例外情形允许公司管理者利用，如新《公司法》所规定。因此，公司机会的界定是立法者不可偷懒的事情，因为这是个前提，缺乏这个前提，其他规定将无本可依，无源可循，实际上也就没有意义。将这样的事情交由法官来决定，是在为难法官，多少也有些不负责任。

（四）同业竞争

同业竞争在公司法历史上曾经予以禁止，但后来的商业实践表明禁止是不可行的。于是法律转变态度，现在的做法是，或者由法律直接限制，或者由公司自己决定。前者称之为竞业限制，即是否允许公司董、监、高自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务，须经过法律允许的程序。后者称之为竞业自由，即法律并不直接加以干预，而是放权给公司自己决定。

新《公司法》第184条将旧《公司法》第148条之（五）之同业竞争移除另立提高了地位，并充实了内容。我国《公司法》采取的是竞业限制的态度。

关于同业竞争，现代公司法的基本取向是承认它的合法性。的确，现实商业生活中，董、监、高兼职现象十分普遍，如果禁止则几乎是不可能的事情。如果限制，也只能从程序上加以要求。然而，程序上的限制也有一个合理性优化的问题。表面看起来，对于同业竞争，法律并未禁止，只是要求从事竞业竞争的董、监、高须向董事会或者股东会履行报告义务，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会批准。然而，这一程序要求是有成本的，而且与现代公司法的精神不相符合。如果法律的态度是不禁止，也就不应从法律上加以程序限制，除非公司自己禁止或限制。也就是说，公司法本身不必对同业竞争加以禁止或者限制，但允许公司章程禁止或者限制，即公司可以根据自身情况决定是否有必要禁止或者限制。^{〔13〕} 这样既符合现实经济情况，又节省了法律实施成本。法律不必包揽包办、自寻烦恼。既然新《公司法》将其独立成条，就不应该是简单地条文变化，更应该体现出现代法律对同业竞争更为开放的态度，而不是进一步强化旧观念的束缚。当今商业社会，兼职或者兼业现象已成常态，禁止固然早已抛弃，限制也非上策，由公司自己决定方为明智。

（五）管理报酬

现代法律将管理报酬纳入利益冲突体系予以规制，强调管理报酬的公开性、公平性与适度性。这是一个较为宽松的标准，因为管理报酬，尤其是高管报酬，并不存在统一标准，企业不同，产品不同，市场不同，管理者的素质和能力也存在很大不同，管理报酬差异自然很大。法律的标准只是考量管理者获得的报酬是否太过高额并与管理者的贡献极不相称以至于构成公司资产

〔12〕 参见美国法学会《公司治理准则》第5.05条以及一些代表性判例，如 *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Inc.*, 126, 28Sa 199 (1900), *Guth v. Loft Inc.*, 5A2d 503 (el1939), *Durfee v. Durfee & Canning Inc.*, 80N. E. 2d 522, 529 (Mass. 1948) 等。

〔13〕 美国法学会《公司治理准则》采取了这种做法，同时参见 *Klinicki v. Lungren*, 659 P. 2d 906 (Or. 1985)。

的侵害。为了较好地处理这一问题，现代法律往往规定，由公司董事会设立并由一定比例的独立董事构成的薪酬委员会向董事会提出方案。这在一定程度缓解了管理报酬的任意性。

遗憾的是，新《公司法》对管理报酬依然维持了旧《公司法》的现状而没有意识到其所存在的利益冲突需由法律加以规范。尽管我国新《公司法》规定，高管的薪酬由董事会决定，董事的薪酬由股东会决定，表面上看，无论是高管还是董事均不存在自定报酬的情形。然而，这只是个表象。真实情况是，在公司实践中股东兼任董事、高管的情形非常普遍。即使不存在兼任情形，公司董事、高管对董事会和股东会的影响也不可低估，其中的利益冲突不可避免，因为董事、高管本身就有着强烈的“自利自肥”（self-enrichment）倾向。这种情形无论在公众公司还是在私人公司，都普遍存在。因此，管理报酬及其相应的利益冲突应当受到公司法的重视。在公司法层面，旧《公司法》第116条仅要求“公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况”，新《公司法》第129条从之。披露固然重要，但如果缺乏司法审查，高薪低能，贡献不抵所得，实际上构成对公司资产的“劫掠”和“浪费”（looting and waste）。^{〔14〕}

（六）关联交易、公司机会、同业竞争之批准程序

此为新《公司法》第185条新增条文。此条规定同样的问题是：法律性质相同类型的事项被人为地分割了。

（七）归入权

新《公司法》第186条为旧《公司法》第148条第2款，现独立成条，适用范围因条文的调整而同时适用于“收受贿赂”和“侵占公司财产”等违反忠实义务情形。

四、关于公司管理者的注意义务

公司管理者在履行其职责的过程中，必须以其最大的努力为公司创造利润，使股东获得收益回报。其中，当然包含了不得使公司财产发生不正当的减损和流失。因此，公司管理者在履行其职责时应当以其应有的勤勉、谨慎、知识、技能和经验为公司提供服务，否则，即应对公司承担相应的失信责任。这就是所谓的公司管理者的注意义务。^{〔15〕} 此种注意义务区分为管理者的经营义务和监控义务。

〔14〕 See Rogers v. Hill, 289, U. S. 582, 53 S. Ct. 731 (1933); In re Walt Disney Co. Derivative Litig., 906 A. 2d 27, 63 (Del. 2006).

〔15〕 受信之注意义务一直以来都没有得到应有的重视，“往好处说，注意义务没有得到充分实施；往坏处说，注意义务根本就没有实施过” [Kenneth E. Scott, *Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 Stanford Law Review 927, 937 (1983)]，“传统的注意义务已不复存在，甚至根本就不是一种受信义务” [Joseph W. Bishop Jr., *Sitting Ducks and Decoy Duck: New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 Yale Law Journal 1078, 1099-1100 (1968)]。这的确在某种程度上反映了注意义务经历的尴尬地位。注意义务再次恢复活力并在受信义务之下发挥作用，是1985年特拉华最高法院在 Smith v. Van Gorkom 一案的裁判中发现 TransUnion 董事会违反了注意义务 [See Smith v. Van Gorkom, 488A. 2d 858, 873, 875, 893 (Del. 1985)]，受信之注意义务“重新开始了它的生命” [Stephen J. Lubben & Alana J. Darnell, *Delaware's Duty of Care*, 31 Delaware Journal of Corporate Law 589, 590 (2006)]。公司法上的受信义务离不开注意义务，注意义务是保护受益人利益不可或缺的规则。有鉴于此，“公司法必须告诉管理者这是法律的要求，他们必须履行这样的义务”。Julian Velasco, *A Defense of the Corporate Law Duty of Care*, 40 Journal of Corporate Law Studies 647, 703 (2015)。

所谓经营义务,是指公司管理者在为公司进行商业活动时,其所做出的商业决策应当是合理的,至少是以他的认知和能力相信其所作所为是为了公司的最佳利益。譬如,公司董事在做出某项商业决策时,由于其疏忽大意、漫不经心导致投资失败并造成公司损失,他就需要对该种损失承担损害赔偿责任。根据商业判断规则,^[16]参与决策的公司管理者需满足如下要求:

首先,公司管理者,主要是董事,须与该项商业决策不存在利害关系。也就是说,决策者必须保持自身清白。如果存在利害关系并参与了该项商业决策,则构成利益冲突交易,该项决议将转而受到关联交易法则的审查,并以此决定该项交易是否达到法律要求的公平标准进而满足交易的公平性。如果商业决策者与所决议之交易或者事项不存在关联关系,则可转入商业决策的下一步审查。

其次,也是最为重要的一点,法律要求管理者在做出商业决策时,须了解其决策内容,并认为该种决策具有适当性。试想,当一个公司董事在对公司某项商业决策事项进行表决时,如果他根本就不了解董事会议讨论事项的内容,他将如何评估该项决议事宜,又将如何决定他是赞成还是反对。只有该董事了解了议题内容,并以其自己的理性判断认为他的决定是适当的,该董事的行为才能满足商业判断义务的要求。当然,董事也不是万能的,尤其是那些不参与公司具体经营业务的董事,他们缺乏相应的商业实践经验,也缺乏足够的时间,于此情形,法律应当允许他们依赖他人的帮助。也就是说,他们可以寻求其他专家,包括财务会计、经营管理以及法务、税务等方面的专家,提供咨询意见。但是,仍然需要注意的是:尽管外行董事可以寻求他人帮助并可以依赖他人意见,但该董事仍然必须对专家咨询意见、报告做出独立判断。也就是说,他仍需要判断该意见或报告的合理性。

最后,公司管理者作为商业决策者,他必须相信他的行为是为了公司的最佳利益。因为管理者是为公司服务的,他们服务的目标就是为了公司的最佳利益。

“知情并适当”(be informed and proper)要求相对来说客观一些,或者说,这是注意义务主观要求的客观化转换,并使得该种义务具有了较大程度的司法执行性。因此,这一要求是商业判断义务的核心。在司法实践中,这一要求成为追究公司管理者违反商业判断之注意义务的重要途径。^[17]然而,经营判断与商业决策,尤其是投资决策,难度很大,很难准确预测和掌握,加之市场变化等不可控因素,不能要求管理者的决策一直都是正确的,更不能简单地以事后结果追溯管理者的决策责任。公司管理者的商业决策只要遵守了商业判断规则的基本要求(即程式规则),即可认为其履行了商业决策义务。相对来说,要求管理者在做出商业决策时须忠诚于公司的最佳利益则属于实质性要求,且具有较强的主观性。因而,对其行为是否满足了公司最佳利益的期待,不必过于苛求。

监控义务^[18]是指公司管理者负有监督或者监控公司合法合规运行的管理职责,包括对其同

[16] “商业判断规则”(business judgement rule, BJR)起源于170年前,是美国公司纠纷司法实践发展起来的判例规则。参见美国法学会《公司治理准则》第4.01条;Percy v. Millaudon, 8 Mart. (N.S.) 68 (La. 1829)。

[17] See Smith v. Van Gorkom, 488A.2d 858, 873, 875, 893 (Del. 1985)。

[18] 监控义务(duty of oversight)又称为监督义务(duty of monitor),二者可以交替使用。特拉华判例法经常采用“监控义务”(oversight duty),如Stone v. Ritter案界定了“董事监控”责任的必要条件。See Stone v. Ritter, 911 A.2d at 370 (Del. 2006)。“监控义务是指防止侵害公司的义务,如果董事会对侵害公司的行为漠不关心或者不采取行动,即违反了该项义务。”William T. Allen, Reinier Kraakman & Guhan Subramanian, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Aspen Publishers, 2009, pp. 261-262。

僚或者下属的管控与监督。如果说公司管理者商业判断是一种经营决策的话，监控义务针对的则是公司管理者的事务管理。监控义务主要指董事积极监督公司高管、雇员和公司事务的义务，积极采取措施防止他们侵害公司的行为或者其他不当行为。如果他们面对侵害公司的不当行为漠不关心或者不采取行动，即违反了该种义务并须承担相应的责任。这一义务包含了两个方面的内容：董事必须采取措施发现可能发生的侵害行为；针对该种侵害行为，董事必须采取措施予以应对。“这是公司管理者监控义务的应有之义。”〔19〕

公司的运作需要具体的人负责管理。因此，公司管理者负有管理公司事务和人事的职责，也就理所当然。也就是说，对于其同僚或者下属的某种或某些违法违规行，他本就应该以适当的注意进行监督或监控，但他却疏忽大意或者不作为，放任其发生，导致公司遭受损失，他即需要对公司承担损害赔偿赔偿责任。与经营决策不同，监督义务的履行是可控的，只要管理者恪尽职守，积极地履行其职责，该种义务的满足并不存在不可克服的困难。〔20〕

当今公司实践表明，董事的监控地位越来越突出。的确，董事具有经营和管理双重职责。〔21〕董事的基本职责已经由负责公司的日常经营活动逐渐转移到对公司的监督管理。取而代之，董事将经营公司企业的事情委托给公司高级管理人员，因此，他们的基本职责就是监控这些负责公司具体经营管理的人员以确保他们的经营行为符合公司的最佳利益。〔22〕

当公司高管及其他管理人员从事过于冒险或欺诈性交易时，董事没能履行适当的监控义务，积极监督公司事务，尤其是没有适当地监督公司的财务会计事项，董事监控责任就由此产生。〔23〕如果董事更有力地履行其监督职责，而不是在“控制室里睡大觉”〔24〕，公司渎职行为及其所导致的损害则可以大大减少或降低。〔25〕有鉴于此，加强董事的监督作用对确保更好的公司治理，防止公司不当行为至关重要。〔26〕当然，没有人期望强化董事监控地位会彻底根除公司不

〔19〕 Eric J. Pan, *A Board's Duty to Monitor*, 54 New York Law School Law Review 717, 720 (2009).

〔20〕 当公司高管及其雇员涉嫌错误行为导致侵害公司利益，且该错误行为可归咎于董事失于监督，董事即违反了他的监控义务。换句话说，如果在特定情形可以证明，董事应该采取行动并可防止公司损害发生，但却没有采取行动，董事监控责任就产生了。See *In re Caremark Int'l, Inc. Derivative Litig.*, 698 A. 2d 959, 967 (Del. Ch. 1996); *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d at 370 (Del. 2006).

〔21〕 See Kelli A. Alces, *Beyond the Board of Directors*, 46 Wake Forest Law Review 783, 790-805 (2011).

〔22〕 基于判例的商业判断规则（BJR）有两个不同价值观：即权力和责任（authority and accountability），并在它们之间进行调和，既保持董事会决策自由又使董事会对其决策承担责任。尽管现代公众公司所有权与控制权的分离不可避免地凸显了责任的重要性，但责任单独不能对公司法给予充分规范解释，完整的理解必须结合其权力价值，即建立一套公司治理规则和标准，促使公司采取有效决策制度和程序。BJR是一种“弃权原则”（a doctrine of abstention），即除非满足严格的审查前提条件，否则法院不会主动审查董事会的决策。See Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 Vanderbilt Law Review 83, 84-85 (2004).

〔23〕 See Lisa M. Fairfax, *Managing Expectations: Does the Directors' Duty to Monitor Promise More than It Can Deliver?*, 10 University of St. Thomas Law Journal 416, 417 (2012).

〔24〕 *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A. 2d 814 (N. J. 1981).

〔25〕 See Lisa M. Fairfax, *Managing Expectations: Does the Directors' Duty to Monitor Promise More than It Can Deliver?*, 10 University of St. Thomas Law Journal 416, 418 (2012).

〔26〕 许多学者建议如欲防止过度风险，一个重要的方式就是强化董事会的监控功能。See e. g. Richard A. Posner, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 And The Descent Into Depression*, Harvard University Press, 2009, pp. 106-115; Lucien A. Bebchuk & Holger Spamann, *Regulating Bankers' Pay*, 98 The Georgetown Law Review 247, 247 (2009). 董事会的风险监控功能已经占据了“舞台中央”（center stage）。See Martin Lipton et al., *Risk Management and the Board of Directors*, The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation (Dec. 17, 2009); Robert T. Miller, *The Boards Duty to Monitor Risk after Citigroup*, 12 University of Pennsylvania Journal of Business Law 1153, 1153-1168 (2010).

当行为。^{〔27〕}然而,人们越来越期待强化董事监控地位和责任以确保董事更多地关注其监控责任,这样他们才会更多地了解公司发生了什么,更好地准备应对所发生的事情,更好地防止不当行为,更好地提升公司治理水平。^{〔28〕}

我国新《公司法》第180条第2款规定了董事、监事、高管的勤勉义务,并将其界定为“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”。这是一个巨大的进步。暂且不论这一定义的合理性与周延性如何,该界定本身就是一个突破,有了这个突破,今后的完善就是顺理成章的事情。

如上所述,公司管理者的注意义务远比新《公司法》的界定复杂,内容更加丰富。目前的规定尽管提供了初步的指引,但依然不足以应付现实商业实践的真实需求。

首先,新《公司法》继续沿用了旧《公司法》一直采用的“勤勉义务”这一术语。虽然这一概念指出了注意义务最为核心的内涵,然而,这一说法远未反映出注意义务所应有的内涵和外延。譬如,管理者应有的谨慎、经验、技能以及与其所任职企业的经营管理相适应的相关知识等,均在注意义务范畴之内,勤勉义务不能覆盖。

其次,注意义务不仅针对管理者的积极作为,还包涵对其消极不作为的否定。譬如,一名董事需要积极参与公司董事会会议,对公司的经营决策明确态度,做出同意、反对和弃权的表示。如果某一董事长期不参加董事会,他的行为就不能满足注意义务的要求。如果因为他不参加会议而导致其他董事有机会胡作非为,损害了公司利益,他将因为没有及时劝阻、反对该种行为而承担违反注意义务的责任。^{〔29〕}

公司管理者的注意义务还包括以其应有的注意关注公司的经营管理事务,保证公司在合法、合规的制度范围内运行。有鉴于此,公司管理者应当建立起完善的公司治理规则,如公司章程和细则、各种管理制度、合规制度等,并监督这些制度规则的有效执行。

再次,监控义务与经营决策义务的法律归责不同。就监控义务而言,法律的要求要高一些;但对公司的经营决策,法律的要求则要低一些。这种区分是有意义的,因为就经营决策而言,其难度要大大高于一般性事务管理。公司的董事、高管须对日常频繁发生的商业活动做出应对和决定,如果法律对他们的要求太高,无疑对他们是一种苛责,超出了他们的能力和负担,将会阻吓他们担任这样的职务。如果法律设置了与一般性事务管理相同的义务和责任机制,实际上也将出现“鞭打快牛”的效应。有人对董事的监控能力表示怀疑,认为监控义务实际上不能实际发挥作用:“有效地监控日益复杂的大型公司的经营事务超出了董事的知识、能力和经验,尤其是对于大型公司的外部董事而言,更是如此。”^{〔30〕}实际上这种担心是不必要的,恰恰相反,一般性事务管理在董事的管理能力范围和程度之内,他们只需要谨慎尽心即可满足其注意义务要求。暂且不

〔27〕 See Stephen M. Bainbridge, *Caremark and Enterprise Risk Management*, 34 *Journal of Corporate Law Studies* 967, 970, 972 (2009).

〔28〕 See Lisa M. Fairfax, *Managing Expectations: Does the Directors' Duty to Monitor Promise More than It Can Deliver?*, 10 *University of St. Thomas Law Journal* 416, 418 (2012).

〔29〕 See *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A. 2d 814 (N.J. 1981).

〔30〕 Lisa M. Fairfax, *Managing Expectations: Does the Directors' Duty to Monitor Promise More than It Can Deliver?*, 10 *University of St. Thomas Law Journal* 416, 418 (2012).

说董事自身是否实际具备这样的能力，问题是董事作为公司的管理者，他应该具备什么样的能力。何况，他可以依赖于专家就相关问题寻求帮助。这就有必要将董事的监控义务提升到善意的高度。董事职务不是摆设，也不是荣誉，而是要积极介入公司的经营管理，“这正好为监控义务的介入提供了契机”^[31]，并在公司法司法实践中得到了体现。^[32]有鉴于此，公司董事、高管的经营决策标准，实有必要借鉴美国“商业判断规则”（BJR），将之与一般性事务管理之监控义务区别对待，即对一般性事务管理之监控义务科以较高标准，即一般过失标准，对经营决策之注意义务略为降低其责任标准，原则上相当于重大过失标准，并将责任重点落实在董事、高管对其决策事项的“知情了解”基点上。

因此，对于董事、高管的经营决策责任的追究，法律设置的标准就应低一些并予以区分规定，同时设置责任豁免机制，并允许公司为他们购买责任保险。当然，故意和非法行为不在豁免和保险之内。^[33]我国新《公司法》允许公司为其董事投保责任保险，但尚未授权公司章程设置免责条款。

最后，新《公司法》要求管理者执行职务应当为公司的最佳利益。这一要求本无问题，公司管理者的经营管理行为自然应当以公司的最佳利益为终极目标。然而，问题是这一要求具有很强的主观性，司法如何判断，法律应当提供最基本的标准。也就是说，行为人主张其行为已经满足了“公司的最大利益”而主张免责，其依据是什么？如何才能取信于法官？因此，当事人在提出这一主张时，并不是简单地将问题甩给法官。董事、高管如何证明？该种证明须达到何种程度才能满足注意义务的要求？对此，依然要区别对待处理。如前所述，对于一般性事务的监控而言，其管理事务的复杂性并未超出管理者的认知和应对能力，因此，管理者的注意义务就要高一些，法律术语可采用“合理地相信”（reasonably believe）其行为是为了公司的最佳利益。对于经营决策而言，其商业判断更为复杂一些，商业风险在很多情形下具有不可控性，因而董事、高管的注意义务则须略为降低一些，法律术语可表述为“理性地认为”（rationally believe）其行为是为了公司最佳利益。“理性地认为”相当于重大过失归责方法。“合理地相信”虽然字面意思相当于一般过失之追责方法，但由于该要求提供了可依赖的程序路径，实质上略低于普通过失。

[31] Claire A. Hill & Brett H. McDonnell, *Reconsidering Board Oversight Duties After the Financial Crisis*, 3, 2013 University of Illinois Law Review 859, 879 (2013).

[32] See *In re Caremark Int'l, Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 967 (Del. Ch. 1996); *Stone v. Ritter*, 911 A.2d at 370 (Del. 2006).

[33] 在 *Smith v. Van Gorkom* 案之后，特拉华立法机关迅速通过了特拉华《普通公司法》第 102(b)(7) 条。该法受到了企业界的欢迎，但也引起了学界的质疑。譬如，一位学者就认为“立法机关是在削弱公司法，取悦有权势的董事”“特拉华注意义务已经死亡了”。Steven A. Ramirez, *The Special Interest Race to CEO Primacy and the End of Corporate Governance Law*, 32 Delaware Journal of Corporate Law 345, 359 (2007). 另一位则持相似观点，认为特拉华的做法“无异于摘除了注意义务的‘心脏’”。Marc I. Steinberg, *Commentary, The Evisceration of the Duty of Care*, 42 Southwestern Law Journal 919, 920 (1988). 也许这些看法过于悲观了。客观地评价，注意义务依然具有生命力。正如一位学者评价：“特拉华公司法虽然不能通过金钱赔偿而在司法上强制执行，对公司治理的贡献却丝毫没有减弱，较之于 *Van Gorkom* 之前，公司董事再不能那样粗心大意了。也许最有意义的是，特拉华法院允许对基于纯粹的注意义务主张给予非金钱救济，即使是要求金钱赔偿，也没有针对公司高管的特别保护措施。”Christopher A. Yeager, *At Least Somewhat Exaggerated: How Reports of the Death of Delaware's Duty of Care Don't Tell the Whole Story*, 103 The Georgetown Law Journal 1387, 1407 (2015).

五、关于受信义务的责任及其执行机制

（一）公司管理者的赔偿责任

新《公司法》第188条规定，董事、监事、高管执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。也就是说，公司管理者的职务行为应受到其受信义务的拘束，如若违反，则应对公司承担失信责任，固属理所当然。承担失信责任的前提是管理者违反了受信义务，如前所述，此不赘言。

（二）股东代表诉讼

新《公司法》第189条规定了违反受信义务的代表诉讼。股东代表诉讼，或称为派生诉讼，是法律针对公司自己诉讼不能所提供的替代诉讼机制。关于这一诉讼机制，我国旧《公司法》早已有了明确规定。但值得注意的是，该条新增第4款规定了股东代表诉讼可以延伸至公司全资子公司。这是一个创新。

新《公司法》将“监事”纳入了受信义务和失信责任主体范围。虽然监事违反受信义务侵害公司利益的情形要远远小于董事、高管，但其毕竟属于公司负责人，如果监事执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失，当然应当承担赔偿责任。监事违法、违规、违章的行为可以分为两种情形：一是监事自己行为直接侵害了公司利益，如违反新《公司法》第181条的规定。这种情形的监事责任容易落实。二是怠于履行监督义务和职责，纵容公司高管不法行为，侵占公司财产，损害公司利益。法理上讲，监事自然有负其受信义务，从而需要承担失信责任。然而，这一责任在公司实践中却难以实施。如果监事不能承担这样的责任，监事的受信义务就是一句空话。没有追责机制的监事制度确实也就是个“花瓶”摆设而已。

不过，本条规定奇怪的是，既然新《公司法》已经倡导了“单一制”，即董事会委员会替代监事会或者监事，大概率大多数公司，尤其是股份公司或者上市公司，就没有监事会或监事了，由公司审计委员会替代“行使本法规定的监事会的职权”。问题是，在监事会或监事机构缺失的情况下，派生诉讼如何发动？难道意味着可以直接向董事会或董事行使先诉权？如果是这样，先诉权的行使就可能出现两种情形：一是在有监事会或监事的情形下，由监事会或监事行使，在监事会或监事不能的情形下，再由董事会或董事行使；二是在没有监事会或监事的情形下，直接由董事会或董事行使。即使如此，新《公司法》却没有明确规定，董事会或董事缺乏行使先诉权的直接法律依据。

另一种方案是，在没有监事会或监事的情形下，有没有可能由董事会专业委员会代替行使？新《公司法》仅规定了“审计委员会”这一“法定”形式的专业委员会。尽管新《公司法》赋予了审计委员会“行使本法规定的监事会的职权”，但这一赋权仅应限缩解释其职权行使的范围为公司内部事务，不宜扩张为外部诉讼权，因为审计委员会是董事会的下属非独立机构，没有监事会或监事那样的“独立性”，且其本身也不能与董事会或董事具有同等法律地位。即便董事会设置有专门的诉讼委员会，但也就是为公司是否提起诉讼向董事会提出建议而已，其本身并无权代表公司直接提起诉讼。一言以蔽之，专业委员会是公司内设机构，没有代表公司的权力。

（三）股东直接诉讼

新《公司法》第190条针对的是公司管理者对公司股东的直接侵权行为，本来直接适用民事诉讼法即可，何以在此重复规定？也许这主要是考虑到董事、高管的身份、职责和地位。董事、高管是公司的管理者，他们的行为具有双重性质：一是完全个人的行为；二是公司的行为。如果董事、高管的行为完全是个人行为，侵害了公司股东的利益，当然完全落入侵权法并追究其个人侵权责任。然而，公司董事、高管的侵权责任还可能是另一种情形，即“职务行为”的表象。尽管本条并未像新《公司法》第191条那样明确要求是“执行职务”，但事实上，该种侵权行为则可能是董事、高管以公司名义或者利用其职务身份造成的。譬如，公司在特定股东身份的董事、高管的控制和操纵下，对某一股东或者少数股东实施欺压性行为，如直接剥夺或限制其知情权、参会权、表决权，或者对其实施不公平分配等。这些行为在形式上披着公司行为的“外衣”，而实质上则是董事、高管基于其个人利益或者立场对其他股东实施的欺压、排挤或报复。很显然，他们受到“仇恨、欲望、嫉妒、复仇……羞耻或者荣誉”（hatred, lust, envy, revenge, shame or pride）的驱使基于自己的私心或私欲侵害其股东的合法利益。^{〔34〕}董事、高管的第一种侵权行为完全属于一般侵权法的管制范围，第二种侵权行为则需要同时满足一般侵权行为和公司法的规定。

本条并没有将“监事”列入其中，难道监事就不会发生侵权行为，或者监事侵权责任可以豁免？当然监事也可能发生侵权行为，但主要体现为其个人侵权行为，至于其是否会像董事、高管那样发生身份性侵权行为，问题有点复杂。监事的监督行为主要体现为内部监督，极少会发生直接侵害股东利益的情形。但是，当董事、高管滥用权力侵害公司利益，监事可以逃脱责任追究吗？请注意，这里是说监事是否需要承担监督不力的责任，而非指监事自身参与不法侵害行为。监事自身参与的个人不法侵害行为，无论公司法是否有特别规定，适用一般性侵权行为法即可。监事没有履行监督职责或者监督不力，放任董事、高管的不法行为，当然应当承担未尽职责的责任，即失信责任。

（四）董事、高管对第三人的责任

新《公司法》第191条规定了董事、高管对第三人的责任。本条规定意义重大，是新《公司法》的重大突破。也就是说，即便是职务行为，董事、高管也可能承担外部赔偿责任，但公司管理者对第三人的责任只涉及董事、高管，不涉及监事。既然监事无须对股东承担责任，那么外部第三人也不能基于监事的监督工作不力而提起诉讼。这是公司法律表明的态度。但是否真的就无须承担第三人责任，法理解释与法律适用均有讨论余地。

公司法历来的教义都是公司是独立的法人，以自己的名义对外发生交易并以自己的名义享受权利和承担义务及责任。董事、高管是公司的管理者，在某种意义上，他们仅是公司的“打工者”，领受（或者不领受）薪酬。他们的义务和责任限于他们对公司提供的服务而对他们的“主人”（公司或全体股东）承担受信义务和责任。然而，公司法的这一经典教义正在发生变化。

如果公司董事、高管滥用自己手中权力导致公司违反了对第三人的义务、侵害了第三人权

〔34〕 See Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 Delaware Journal of Corporate Law 11, 59 (2006).

利，那么他们就负有不可推卸的责任。譬如，他们为了谋取公司的超额利益，在商业决策时故意违反法律，或者为了减少公司损失故意违反合同或者不履行合同，致使公司对外发生损害赔偿

责任。但是，公司毕竟是独立的法人，这一责任的扩大应有限度，即新《公司法》将其限定为“故意或者重大过失”。譬如，公司的控股股东同时兼任董事、高管，基于常理，他们在主导公司商业决策时极有可能优先考虑自己的利益，甚至有意识地利用公司的法人地位和有限责任实施损害债权人的利益，如果他们确实实施了这样的行为给他人造成损失，他们则应承担赔偿责任。同时，这一责任的主观要件不仅仅指向行为人的故意，如果其有重大过失，同样须承担赔偿责任。譬如，董事、高管在经营管理过程中实质性地忽略自己的职责（substantially disregard of responsibilities）。〔35〕

这里主要针对的是管理者的监控义务。在现代公司治理结构中，董事会的职能逐渐转换为对公司的管理监督。管理者的监管职责具体可体现为：公司董事、高管首先应当负责建立监控机制和系统，譬如，公司治理规则及公司合规制度。其次，公司董事、高管须充分利用这样的监控机制和系统实施和执行这些治理规则和合规制度。最后，公司管理者须对公司经营、财务等事项保持高度关注，对其他董事、高管及其下属人员履行监管职责。〔36〕当然，重大过失同样也存在于经营决策中，如因重大过失签订的合同，做出的投资、担保以及其他重大交易等。

（五）控股股东、实际控制人

现代公司法将公司控股股东以及实际控制人也纳入受信义务法律规制中。这是因为，公司控股股东或者实际控制人既可能直接插手公司的经营管理，也可能利用其地位与公司发生交易。因而，如果控制股东和实际控制人参与董事会决策或者幕后操纵了公司的决策行为，亦须对公司承担受信义务。〔37〕

新《公司法》第 180 条第 3 款规定，公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，须与公司的董、监、高一样对公司承担“忠实和勤勉义务”。原则上，公司股东并不直接参与公司的经营管理，他们对公司的经营管理只能通过股东会议间接参与，因而，他们不在受信义务管制范围之内。但公司的控股股东往往兼任公司的董事甚至高管，于此情形，法律则将其作为公司管理者对待，与董事、高管一样对公司承担受信义务。即使公司控股股东或实际控制人名义上不担任公司董事、高管，实际控制人在名义上甚至不是公司的股东，但实际上却保持着对公司的管控，即“实际执行公司事务”。于此情形，法律同样将其作为公司的管理者对待，与董事、高管一样对公司承担受信义务。控股股东、实际控制人这样的在事实上处于

〔35〕 See Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 Delaware Journal of Corporate Law 11, 62-74 (2006).

〔36〕 See Adina Ponta, *Good Faith in Corporate Law: An Independent Fiduciary Law or an Element of the Duty Loyalty*, 6 Juridical Tribune 117, 132 (2016).

〔37〕 如特拉华衡平法院解释控制股东注意义务时说道：“控制股东，即通过股份所有权获取权力，通过参与公司行动行使权力，须承担与公司董事相同注意义务和忠实义务。” *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, Civ. A. No. 8358, 1991 WL 111134, at *19 (Del. Ch. June 24, 1991). 类似观点可参见 Victor Brudney, *Equal Treatment of Shareholders in Corporate Distributions and Reorganizations*, 71 California Law Review 1072 (1983)。

公司董事地位并在幕后影响、支配或操纵公司董事会决策的人又被称为“影子董事”（shadow directors）。〔38〕

新《公司法》第192条规定，公司的控股股东、实际控制人指示董事、高管从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高管承担连带责任。在现实经济生活中，像控股股东、实际控制人这样的“影子董事”普遍存在，某种意义上，也是一种无法回避的经济现实。毕竟，他们是企业存在和发展的主要力量。但同样也不可因此而忽略其对企业的负面影响，当他们的行为背离了受信义务的要求时，即通常表现为“指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为”，他们也就需要与董事、高管一样对公司承担失信责任。这里，法律术语表述为“指示”，表明了立法者“疑罪从重”的态度。根据这一表述，控制股东、实际控制人实际做出了“指示”，无论其是否具有不正当动机和目的，只要该种行为导致了损害公司或者股东利益，它就应该与公司董事、高管共同承担连带责任。当然，实际上公司或者股东利益的损害必然因为其滥用、操纵等不正当行为所造成。这实际上是一种推定过错，需要控股股东和实际控制人自证清白。

需要指出的是，公司控股股东、实际控制人的这种义务和责任不具有一般普适性，不能仅仅因为某一股东是控股股东，或者某人是实际控制人，就在任何时候承担受信义务和责任。只有他们实际实施了某种滥用权力、操控行为时才对该行为后果承担责任。〔39〕控股股东、实际控制人则仅须对其实际参与的决策或行为负责，不像董事那样承担一般性义务和责任，除了控制股东兼任董事、高管外，他们均不参加董事会议。〔40〕

（六）董事责任保险

新《公司法》第193条规定，公司可以在董事任职期间为董事因执行公司职务承担的赔偿责任投保责任保险，并在投保或者续保后，向股东会报告。值得注意的是，通常所谓的“D&O”保险，包括董事、高管，但我国新《公司法》仅明确承认公司可以为董事承担的赔偿责任投保责任保险，而没有高管责任保险。当然，这也没有什么问题。即使新《公司法》规定了公司可以为董事提供责任保险，公司也可以不为董事提供责任保险。同样，即便新《公司法》没有规定为高管提供责任保险，公司自己也可以通过公司章程规定为高管提供责任保险。但法律应该设定一个底线，诸如“极端自私的行为、粗心或者故意行为、非法或者犯罪行为等”显然应该排除。〔41〕当然，这一点也有弥补的方法，即保险公司在开展这样的业务时，保险合同条款可以将其列入除外条款。

〔38〕 参见《英国公司法》（1985年）第741条。

〔39〕 “另一方面，多数股东如果没有实施这样的行为，一般而言，他则无须承担这样的责任。” *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 at 480 (Del. 1993).

〔40〕 一种观点进而认为，控制股东对公司承担受信之注意义务仅在极端少数情形下适用，如在所谓的“劫掠案件”（looting cases），控制股东将其控制股份出售给“劫掠者”。然而，在一般情形下，与公司董事不同，控制股东对公司有投资，他本来就有极强动机为其公司利益解决决策事项并做出符合他自己利益的决定，法律也就没有必要为其设定义务要求他本来就会去做的事情。See Jens Dammann, *The Controlling Shareholders General Duty of Care: A Dogma that Should Be Abandoned*, 2015 *University of Illinois Law Review* 479, 481-483 (2015).

〔41〕 See Model Business Corporation Act § 8.57.

六、余论：关于董、监、高列席股东会议并接受质询

新《公司法》第 187 条第 1 款规定董、监、高应股东会要求列席会议并接受股东质询，是法律保障股东知情权的落实措施。虽然具有实际意义，但似乎更应在股东知情权内容中规定为宜。旧《公司法》第 150 条第 2 款关于董事、高管配合监事会或监事行使监督职权的要求在有关监事会或监事制度中已有体现，新《公司法》已经删去，无须在此重复规定。

Abstract: The new Corporation Law embodies the spirit of innovation on fiduciary duties. Firstly, it highlights the importance of related-party transactions, corporate opportunities, and non-compete restrictions, refining procedural rules and restructuring the prohibitive behaviors of corporate management. It breaks through the dilemma of the inability to enter judicial judgment on the duties of care. It incorporates controlling shareholders and ultimate controllers into the fiduciary duty system and extends shareholder derivative actions to wholly-owned subsidiaries of the corporation. Secondly, it increases the liability of directors and executives towards third parties. Thirdly, it introduces directors' liability insurance. However, there still exists a gap between the new Corporation Law and practical needs. Firstly, the provisions on related-party transactions still lack substantive and fair judicial standards; the definition of corporate opportunities is lacking, leading to judicial difficulties; non-compete restrictions cannot adapt to modern enterprises; management compensation is not included in fiduciary duties, rendering judicial judgment unsupported. Secondly, the provisions on duties of care are not comprehensive enough, failing to distinguish between duties of business decision and duties of oversight. Thirdly, in cases where audit committees replace supervisory boards or supervisors, the pre-suit requests in shareholder derivative actions are not clear. Systematical analysis and evaluation are needed for the aforementioned modifications and issues regarding fiduciary duties in the new Corporation Law, indirectly indicating future directions for improvement.

Key Words: fiduciary duties, duties of loyalty, duties of care, controlling shareholders and actual controllers, derivative litigation

(责任编辑：周 游)