

功能主义视野下的董事勤勉义务

叶 林

内容提要:董事勤勉义务是一个抽象概念,要求董事在执行职务时做到善意、认真、尽职。为了引导董事做到勤勉尽责,新修订的《公司法》列明董事的勤勉义务,并规定董事执行职务时应当达到一般勤勉标准。但让董事概括承受违反勤勉义务所造成的公司损失,系漠视公司关系复杂性,将产生寒蝉效应或驱离效应,并可能会对经济发展产生一定影响。鉴于此,《公司法》的解释论应进一步明晰董事的行为标准,法官应尊重勤勉义务的一般行为标准,并在个案审判中保持适度宽容,逐渐发展一套合乎商业逻辑的司法审查标准。一个好的董事勤勉义务体系,应当接纳行为标准和审查标准的二元结构,尊重不同董事之间的功能差异,公司应当概括承受董事履职风险,董事仅在限定条件下承担赔偿责任。

关键词:董事勤勉义务 董事功能 行为标准 审查标准 赔偿责任

叶林,中国人民大学法学院教授。

勤勉义务是一项与忠实义务并列的董事义务。^[1] 2005年《公司法》第148条首次提出董事勤勉义务的概念,但未规定董事勤勉义务的认定或审查标准,2013年《公司法》和2018年《公司法》第147条予以延续。在前后十余年间,学术界不断呼吁完善董事勤勉义务,并对董事勤勉义务进行持续研究,初步形成董事应当承担勤勉义务以及违反勤勉义务的董事应当依法承担责任的基本共识。然而,在董事勤勉义务的内涵、适用场景、行为标准、审查标准乃至赔偿责任等问题上,理论研究未取得实质进展,甚至无法找到一个分析勤勉义务的清晰脉络。2023年全国人大常委会修订的《公司法》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”,首次引入“公司的最大利益”“管理者”和“通常应有的合理注意”的实质要素,初步勾勒了董事勤勉义务的内涵和标准,但仍未关注公司中不同董

[1] 有学者提出“善意”义务应当独立于勤勉和忠实义务。参见施天涛:《善意义务是否需要作为受信义务的第三维构成?》,《中国应用法学》2023年第1期,第30页;王建文:《论董事“善意”规则的演进及其对我国的借鉴意义》,《比较法研究》2021年第1期,第105页。

事在功能上的差异。本文结合《公司法》第 180 条的规定,遵循董事执行职务的基本运行模式,从功能角度划分董事的实务类型,分别探讨董事勤勉义务的行为标准和审查标准,搭建一个董事勤勉义务和赔偿责任的分析框架。

一 董事作为管理者的勤勉义务

新修订的《公司法》第 180 条第 2 款在“董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务”之后,增加了“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”的内容。但该条款内容较为抽象,在解释上存在难题。例如,“管理者”一词仅出现在第 4 条第 2 款和第 180 条第 2 款中,其含义难以结合其他条款作出恰当解释。再如,该款规定的“管理者”标准同时适用于董事、监事和高管,而董事、监事和高管的职责有别,难以适用同一标准。^[2]下文将围绕这些问题展开讨论。

(一) 董事执行职务的通常模式

董事作为董事会成员,在公司内部,与股东会、董事会、监事会和高管之间形成复杂的组织关系,在界定董事勤勉义务的内涵时,必须结合公司运行的模式以及董事执行职务的具体方式,不能仅做文义解释。董事执行的职务和范围,取决于公司与董事之间形成的合意。公司聘用董事,在性质上属于委任,^[3]可约定不同董事的职务范围。由于董事是担任董事职务的个体,也是董事会成员,其执行职务的方式可分为两种:一是董事以个体的身份执行职务。例如,董事依照委任直接管理公司内部事务,或者在对外事务中签订合同或签发支票。二是董事以董事会成员的身份执行职务。例如,董事审阅董事会的会议议案和说明文件,就议案提出质询,作出独立判断并投票。《公司法》突出了董事作为董事会成员的身份,但未排除、也无法排除董事以个体身份履行职责。董事通常不负责公司日常经营,不负责公司监督事务,与经理和监事有别,不应采用相同的勤勉标准。

(二) “执行职务”的规范意义

判断董事是否违反勤勉义务,存在主观标准与客观标准。主观标准是以董事个人的知识、经验和技能为核心的传统衡量标准,而不是以董事通常具有的知识、经验和技能作为衡量标准;客观标准则设置了一个判断董事是否勤勉的一般标准或平均标准。也即,二者的关键差别在于是否应考虑不同董事在知识、经验和技能上的差异。本文认为,主观标准不利于提升董事的履职能力,客观标准无法反映董事在事实上存在的差异,应当在坚持客观标准的基础上,吸收主观标准的合理因素。《公司法》第 180 条规定的“执行职务”提供了重要的分析视角,可将“执行职务”作为董事类型化的标准,以形成“共同但有分别”的董事勤勉义务。

1. 管理董事与非管理董事

在现有公司中,部分董事负责管理、部分董事不负责管理乃是极其普遍的现象。由

[2] 参见傅穹:《公司利益范式下的董事义务改革》,《中国法学》2022 年第 6 期,第 206 页。

[3] 参见柯芳枝著:《公司法论》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 241 页。

此,可以按照董事与公司之间委任的内容,将董事分为管理董事和非管理董事。前者主要指兼任董事长、法定代表人或经理等职务的董事,以及依照委任而主管公司某部门事务的董事。后者可称为一般董事。

《公司法》注意到了董事的类型区分,但未就此作出一般规定。例如,《公司法》和《证券法》要求上市公司必须设置独立董事,《上市公司独立董事管理办法》专门规定了独立董事的职责。《公司法》第173条第2款规定,国有独资公司董事会成员中,“应当过半数为外部董事,并应当有公司职工代表”。对于国有独资公司以外的国有资产投资成立的公司,《企业国有资产监督管理暂行条例》及部门规章则创设“派出董事”“外部董事”“专职董事”等。另外,有学者建议将董事分为“执行董事”和“非执行董事”并特别关注到影子董事和事实董事等,^[4]有学者将董事分为“内部董事”和“外部董事”。^[5]应当指出,董事的不同称谓适用于不同场景,笔者认为,可考虑根据董事职务中的“经营”或“管理”因素,将董事分为“管理董事”和“非管理董事”,以明确不同董事在职务和勤勉义务上的差异。其中,管理董事指常驻于公司并担任管理职务的董事,既可是以公司法定代表人,也可以是担任其他管理职务的常驻董事。非管理董事主要指独立董事和其他外部董事,也可包括职工董事,他们不常驻公司、不担任管理职务或不参与日常经营。

在实践中,我国已关注到董事职责差异的法律意义。2022年1月22日起施行《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14条第1款规定,“发行人的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员主张对虚假陈述没有过错的,人民法院应当根据其工作岗位和职责、在信息披露资料的形成和发布等活动中所起的作用、取得和了解相关信息的渠道、为核验相关信息所采取的措施等实际情况进行审查认定。”据此规定,法官在判断董事等是否有过错时,要考虑董事的工作岗位和职责。在诉讼中,我国法院也关注董事身份或职责差异。在某案中,法院认为,“因公司法未明确高管勤勉义务的具体内容,法院只能通过高管职责范围及应负的合理监督义务来确定高管勤勉义务的具体内容,从而认定高管是否应当承担相应的赔偿责任。”^[6]在公司起诉董事的案件中,被告多为兼任管理职务的董事,该案被告是公司法定代表人,但未负责审批公司行政部门与劳动者签订的劳动合同,因而不违反勤勉义务。^[7]

域外公司制度同样支持董事的类型化。日本2005年《公司法》第349条第1、3款特别规定了“代表董事”,代表董事与我国法定代表人相似,是可以代表公司并承担责任的人,但仅限于董事且不限于单一代表。在不设置董事会的公司中,可由多个董事享有执行权。^[8]韩国《商法典》第317条第2款将“非常驻董事”作为独立的董事类别,甚至要求

[4] 参见刘斌:《重塑董事范畴:从形式主义迈向实质主义》,《比较法研究》2021年第5期,第92-96页。

[5] 参见赵健梅、王晶、张雪:《非执行董事对超额薪酬影响研究——来自中国民营上市公司的证据》,《证券市场导报》2017年第10期,第20、21页。

[6] 重庆市江北区人民法院(2012)江法民初字第2446号民事判决书;重庆市第一中级人民法院(2012)渝一中法民终字第4533号民事判决书。

[7] 参见重庆市江北区人民法院(2012)江法民初字第2446号民事判决书;重庆市第一中级人民法院(2012)渝一中法民终字第4533号民事判决书。

[8] 参见[日]前田庸著:《公司法入门》(第12版),王作全译,北京大学出版社2012年版,第362页。

在商事登记中予以公示。德国《股份法》第 93 条一般性规定了董事勤勉义务,实践中认可董事会内部作出职责分工。德国学者指出,“勤勉义务的标准是客观的,并应当根据典型的特征来确定;决定性的标准是特定的董事在公司的哪个部门担任何种职务,以及他在具体情况下履行其职责时需要的知识和投入的程度……对于某董事主管范围内的事件,主管董事的责任要比分管其他领域的董事所承担的责任更大,所以,同一行业中通常适用的标准和一般性行为准则只能当作一个辅助性的评判标准”。〔9〕在美国,公司董事同样区分内部董事、关联外部董事和外部董事或独立董事。〔10〕

2. 法定代表人

在公司设置董事会的情况下,全体董事组成董事会,并产生董事长、副董事长。在董事会中,董事长容易获得其他董事信任,对董事会共同决策产生实质影响。并且在我国,董事长通常兼任公司法定代表人。根据《公司法》第 10 条第 1 款,“公司的法定代表人按照公司章程的规定,由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任”,因而往往同时享有内部管理权。在“法定代表人+董事长+经理”的通常模式下,法定代表人超越了董事—经理之传统职责分工,甚至可以行使原本属于经理的部分职权,进而降低了经理地位,理应强化其勤勉义务。简言之,董事长在被附加法定代表人职务后,与其他董事难以处于平等地位,容易偏离其作为董事会召集人和主持人的角色,异化成为公司的主人。

综上,由于董事在职务上存在差异,为了准确界定某个董事承担的勤勉义务,可以将“执行职务”和“管理者”作为一项识别技术,通过在个案中对董事作出类型化区分,形成不同类别董事的差异化义务。在此意义上,按照董事“执行职务”的事实,管理董事、非管理董事、董事长和公司代表人的职务不同,各自负担的勤勉义务在内涵上也有所差别,可以形成一个梯度的结构,法定代表人比其他管理董事承担较重的勤勉义务,管理董事承担比非管理董事更重的勤勉义务,独立董事和外部董事则承担较轻的勤勉义务。

(三) 行为准则和司法审查的二元化标准

如何找到一个“标准的董事”,抽象出董事应然的行为标准,为董事提供一个理想的行为准则,向来是各国公司法上的难点问题。德国《股份法》第 93 条采用“通常的、认真的经营负责人”的词语,美国《示范公司法》第 8.30 条采用“类似职位之人”,2006 年《英国公司法》第 174 条采用“合理谨慎之人”,日本《公司法》和韩国《商法典》公司编延续民法中的“善良管理人”。〔11〕《公司法》第 180 条在采用“管理者”时,未增添“善意”二字,但更接近于“善良管理人”。

我国现有研究成果通常涉及勤勉义务之认定标准和裁判标准。其中,认定标准关注的是“勤勉义务”或“注意义务”的边界和行为标准(下称“行为标准”),〔12〕主要解决董事

〔9〕 [德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资合公司法》(第 3 版),高旭军等译,法律出版社 2005 年版,第 160 页。

〔10〕 参见[美]理查德·D.弗里尔著:《美国公司法》(第七版),崔焕鹏、施汉博译,法律出版社 2021 年版,第 76-77 页。

〔11〕 参见日本《民法典》第 644 条、韩国《民法典》第 681 条、我国台湾地区“公司法”第 23 条第 1 款。

〔12〕 参见翁小川:《董事注意义务标准之厘定》,《财经法学》2021 年第 6 期,第 48-66 页;马一德:《公司治理与董事勤勉义务的联结机制》,《法学评论》2013 年第 6 期,第 75-85 页。

在执行职务时应向公司承担何种、何种程度的勤勉义务,以及勤勉义务的履行标准,以便于向董事执行职务提供指引。裁判标准主要解决的是,法官应当如何认定董事违反勤勉义务(下称“审查标准”),以便为法官判决提供指引。^[13] 众多学者在研究中并不刻意区分行为标准和审查标准。

董事勤勉义务的行为标准和审查标准是否相同?德国莱赛尔教授(Thomas Raiser)指出,根据德国《股份法》第93条第2款,“董事违反这一义务(勤勉义务),必须赔偿公司由此造成的损失。”^[14] 按照他的分析,承担勤勉义务与违反勤勉义务之间是一体两面的关系,行为标准相当于审查标准。国内有学者采用了与莱赛尔教授相似的看法,甚至认为,“我国是成文法国家,法院采用的司法审查标准必须与法定的行为标准一致,因此无法在司法上确立‘商业判断规则’,只能在立法上通过设定董事一般过失免责来实现对董事的保护,以发挥其积极性。”^[15] 艾森伯格教授(Melvin Aron Eisenberg)指出,美国司法实践中也存在将行为标准和责任标准相混淆的状况,但主张应将两者作出区分,并提出区分两种标准的三个理由。首先,有能力的人不应因其所承担的责任远超过其提供服务所获得的金钱收益而不愿担任董事。其次,不恰当的行为标准可能导致不公平的责任负担。最后,法律不应激励董事做出风险低而非风险高商业决策,因为与低风险决策相比,高风险商业决策往往带来更高的预期价值。^[16]

笔者认为,可以将勤勉义务之认定标准划分为行为标准和审查标准,并厘清两种标准的理论基础。“法条或法律规定之意旨,若在要求受规范之人取向于它们而为行为,则它们便是行为规范。法条或法律规定之意旨,若在要求裁判法律上争端之人或机关,以它们为裁判之标准进行裁判,则它们便是裁判规范。”^[17] 《公司法》第180条更接近于行为规范,第187条更像是裁判规范。然而,行为规范无法直接充当裁判规范,不足以直接成为当事人的请求权基础,但绝非没有意义。行为规范带有预防功能,可以唤醒人们对法律的尊重,董事也主张其行为符合该规范而要求排除或减低自己的责任。行为规范意义上的“勤勉义务”,同时可成为“赔偿责任的前提条件”或“责任构成要件之要素”。与行为规范不同,裁判规范是指引法官作出适当裁判的依据,法官在个案中作出的裁判,则不断充实行为规范的内容。从规范分类角度划分董事勤勉义务,有助于缓和“非黑即白”的分析困境。

在实践中,有的判决书创设了“履行瑕疵”的词语,以缓和“非黑即白”的裁判困局。例如在某案中,最高院提出了“无实质影响的瑕疵”的概念。判决书认定被告董事在知晓

[13] 参见叶金强:《董事违反勤勉义务判断标准的具体化》,《比较法研究》2018年第6期,第79-88页;张红、石一峰:《上市公司董事勤勉义务的司法裁判标准》,《东方法学》2013年第1期,第112-126页。

[14] [德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资公司法》(第3版),高旭军等译,法律出版社2005年版,第158页。

[15] 陈本寒、艾围利:《董事注意义务与董事过失研究——从英美法与大陆法比较的角度进行考察》,《清华法学》2011年第2期,第78页。

[16] See Melvin Aron Eisenberg, The Duty of Care in American Corporate Law, <https://core.ac.uk/display/14504597>, 最近访问时间[2024-01-03]。

[17] 黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第110-111页。

公司资产被司法拍卖时,未将拍卖价格低的事实告知其他股东,而是在拍卖结束后才召开股东会会议,履行勤勉、忠实义务存在瑕疵。但是,这并未对公司资产的处理结果产生实质影响,与公司资产受损之间不存在因果关系。^[18] 在该案中,董事违反的究竟是忠实义务或勤勉义务,违反义务与损害之间有无因果关系等,未尝不存在争议,但其提出的“瑕疵”和“无实质影响”,则是一种务实的处理。

二 公司董事的行为准则

按照新修订《公司法》第 180 条,董事在执行职务时,应当以“管理者”的角色,秉持“公司的最大利益”,尽到“通常应有的合理注意”。为了准确表达董事履行勤勉义务之行为规范,应当从功能入手,搭建勤勉义务的行为标准体系。

(一) 董事的三项职能

有学者从组织行为学角度,主张将董事勤勉义务分为监管义务、探询义务和决策勤勉义务,^[19] 笔者认为,从董事的决策、执行和监督功能角度,更有助于设定董事的行为准则。

1. 决策功能

多数董事是通过董事会履行职责,董事会则采用会议形式履行职责。在历史上,一个仅拥有董事职位的人,只要认真参加董事会会议、发表针对议案的意见、独立行使投票权,即初步完成决策职能。现代理论认为,董事是公司或全体股东委托的受托人,不能仅像办理自己事务那样处理公司的事务,而应在合理掌握公司信息的基础上独立判断。《公司法》未规定董事应在掌握信息的基础上做出独立判断,但有法官在总结裁判后指出,“管理者在作出某一经营判断前,应当收集足够的信息,诚实而且有正当的理由相信该判断符合公司的最佳利益。”^[20] 《公司法》第 180 条增设的“合理注意”,包含了董事应在掌握公司信息基础上作出决策的含义,董事应避免在不掌握信息下鲁莽判断。

董事在决策中背离勤勉义务,大致分为懈怠(不作为)和错误决策。懈怠,指董事有义务为一定行为但未为该行为,主要表现为董事漫不经心和不参与公司事务。^[21] 例如,董事经常缺席董事会会议、不阅读议案而随意表决、轻信议案而不做独立判断、忽视议案中显而易见的问题等。然而,董事会决议采用集体决定形式,个别董事的懈怠很少导致决策障碍与公司损失,相应地,董事也很少就此被追究责任。错误决策通常指董事的行为导致公司错误地作出某种行为或者不实施某种行为。^[22] 例如,董事会违反法律法规而作出决议。此种错误或违法决策也未必造成公司损失,也很少触发董事赔偿责任。

[18] 最高人民法院(2019)最高法民申 4427 号民事裁定书。

[19] 参见赵骏:《董事勤勉义务研究:从域外理论到中国实践——以行为法经济学为视角》,《浙江学刊》2013 年第 2 期,第 138-139 页。

[20] 何琼、史久瑜:《董事违反勤勉义务的判断标准及证明责任分配》,《人民司法》2009 年 14 期,第 43 页。

[21] See Richard D. Freer & Douglas K. Moll, *Principles of Business Organizations*, West Academic Publishing, 2013, p. 255.

[22] See Richard D. Freer & Douglas K. Moll, *Principles of Business Organizations*, West Academic Publishing, 2013, p. 262.

《公司法》分别规定了有限责任公司和股份有限公司的董事会决议。《公司法》第125条第2款规定的“董事决议责任”，主要适用于股份有限公司，董事会决议违反法律和行政法规的，可以推定董事未尽勤勉义务。针对上市公司，《证券法》《上市公司章程指引》《上市公司股东大会》规则等规定董事在决议中承担更高的决策注意义务。针对有限责任公司，《公司法》未规定董事在决策中的注意义务，但在解释上，即使董事无需承担与股份有限公司董事相同的决议责任，但不应免除董事在决议时尽到勤勉义务。

2. 执行功能

董事应当执行有效决议决定的事项。董事会系股东会的执行机构，若股东会形成决议，董事会自应执行之。若董事会懈怠，全体董事应负连带责任。董事会决议作出后，通常是交由董事长或法定代表人负责执行，若具体负责的董事存在懈怠，亦可认定其违反勤勉义务。数年前曾出现多起“双头股东会决议”的争议，^[23]其往往是不同召集人召集的数次股东会会议，针对相同事项，容易形成数个内容矛盾的决议，既可能是其中一项决议无效，也可能是数个决议均属无效。董事会在接收到该类决议时，理应自主进行谨慎判断，以决定应否执行。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（下称“《公司法司法解释四》”）第1条，董事会对于其认为存在效力缺陷的股东会决议，可以请求法院判决决议无效或主张撤销。若董事会于合理期限内既未提请无效或撤销，也未予执行，则可认定董事会没有履行股东会决议。

董事还应执行无需决议的事项。公司事务多样且复杂，《公司法》规定了股东会和董事会的法定职权，其他事项在原则上属于董事会决定并执行的事项，董事应负有履行之责。董事在履行职务时越权的，还应依照相关法律承担责任。例如，董事长在签订对外担保合同时，应遵守《公司法》第16条，对于需经股东会或董事会决议的对外担保，须召集董事会乃至股东会会议，其擅自签订决定签订对外担保合同的，可能构成违反勤勉义务。

3. 监督功能

关于董事的监督义务，有学者认为，其已有一定的发展历史，是董事勤勉义务的重要内容，包括董事负责建立公司内部监督制度、履行持续监督职责。^[24]有学者认为“董事负有督促公司建立健全内部控制体制、信息收集与报告机制之义务”；“董事有义务在发现公司存有重大异常时采取主动调查等行动。同时，鉴于独立董事及其他董事参与公司治理时间、程度与法定职责不同，在其监督义务履行评价中应与执行董事有所区别”。^[25]

董事会是连接公司（股东）与高管的纽带，董事监督主要涉及董事监督高管、董事彼此监督两类问题。一是，经理等高管是董事选举或董事会决定聘用的管理人员。董事会系将部分职责委托给高管，董事作为董事会成员，理应对其聘用的高管行为进行监督，否则不仅违反聘用或委托的本旨，还可能面临选任过失的指控。董事知晓公司日常经营存在较大问题，却疏于监管，可视为懈怠。例如，高管提交的财务报告明显存疑，董事应及时

[23] 参见梅贤明、赵颖：《“双头怪兽”闹剧的终结》，《人民法院报》2004年7月5日。

[24] 参见王真真：《我国董事监督义务的制度构建——中国问题与美国经验》，载蒋锋、卢文道主编《证券法苑》（第二十五卷），法律出版社2018年版，第293页。

[25] 参见吕成龙：《上市公司董事监督义务的制度构建》，《环球法律评论》2021年第2期，第87-101页。

监督。二是,董事彼此监督非常困难,却不宜简单排除。董事系股东会分别选举产生,按照“共同决策”原则履行职务,数位董事需要共同工作,因而,难以简单宣称董事之间彼此监督。然而,非管理董事不甚了解公司日常经营,若不赋予其监督职责,往往难以发挥作用,也应当承认董事彼此监督。但需要指出,彼此监督容易引起董事关系的紧张,为了保护公司利益,应当采用董事合作关系中的监督,而非对立关系的监督。

至于董事可否监督股东,应高度谨慎。在有的案件中,法院认为,董事负有向股东催缴出资的义务,但未回应董事应否监督股东的问题。^[26] 笔者认为,董事作为公司或全体股东利益的代表者,应站在公司利益立场上履行职责。由于公司具有独立地位,股东系身处公司内部和外部关系中。在内部关系中,股东应当遵守公司章程,董事作为公司利益的代表者,可以予以监督;在外部关系中,股东不参与公司事务,其地位类似于公司外部人,董事监督的理据不明。董事监督是内部监督,应限定在合理边界范围内,可以监督以公司内部人身份从事活动的股东,却不宜监督股东以外人身份从事的活动。仅就催缴股东出资而言,法院未就董事监督股东作出表态,至少是非常慎重的。

(二) 董事履行职务的方式:知晓信息下的独立判断

董事在执行职务时,要遵循独立判断原则。独立判断,即董事根据所掌握的公司信息,作出有利于公司的决定。至于董事会决定或者决议,则由董事组成的团体依法作出。多数国家采用了董事独立判断和董事会共同决定的原则,这与董事选任和责任规则相关。在公司中,每个董事都是股东会单独选举产生的,应当单独负责并独立作出判断,相应地,应当秉持个人责任原则。至于董事会决议的形成,在性质上是公司法基于多数董事同意而拟制的团体意思,董事连带责任也应以公司法明确规定为前提。

董事独立判断的恰当性,往往取决于董事对公司信息的掌握程度。在上市公司董事被追责的案件中,不少董事以“不知道也不应知道”作为抗辩理由,却很少被法官或者行政执法者所接受。但这并不能否认“不知道也不应知道”作为抗辩理由的正当性。“知情”有两层含义。在结果意义上,知情是指董事掌握公司信息的事实状态,在行为意义上,知情指董事应当采用适当措施了解或掌握公司信息。将知情划分为上述两种含义,有助于避免董事承担结果责任。

管理董事常驻公司,高管负责公司日常经营,非管理董事不常驻公司。管理董事和高管更了解公司信息,非管理董事时常无法全面、直接掌握公司。例如,全体董事都应当阅读公司章程、财务报告、会议议案和招股说明书等,但该等文件通常是由公司高管提供的。在一个常态的公司关系中,董事对于其他董事和高管提供的信息,本应秉持合理信赖的原则,无需时时怀疑其他董事或高管提供的信息。如果董事未发现相关资料未全面反映公司信息,且无法形成合理怀疑,即使董事据此作出错误判断,也不宜归咎于董事有失勤勉。一个比较合理的方案是,董事原则上可相信高管提供的信息,但在发现信息存在偏差时,应当采用独立调查方式予以确定。如果董事不了解信息而作判断,这本身就是不谨慎的。在绝大多数情况下,董事的职责更像是对高管提供信息和意见的评价。

[26] 最高人民法院(2018)最高法民再366号民事判决书。

在公司信息方面,掌握信息的公司董事应当承担报告义务。如前所述,不同董事掌握公司信息的程度不同,为避免其他董事因不掌握信息而作出错误判断,知晓公司信息的董事应当向董事或董事会作出报告。多数国家公司法对此均有规定。例如,日本《公司法》第357条规定了董事向监事会或者股东报告该事实的义务。韩国《商法》公司编第393条第2款规定了董事会监督的内容。该等规定有助于减少信息不对称带来的错误判断,有助于加强董事对公司事务的监督,也有助于更好地实施共同决策原则。

(三)行为准则的规范方式:一般与特殊条款

勤勉义务条款,应当有助于向董事提供一套履行职务的行为指引。但董事在决策、执行和监督中所面对的是具体事项,仅凭《公司法》180条,实难有效指引董事的行为。提高行为指引的针对性和有效性,是制定行为规范的重点。

结合域外经验,可将董事行为准则的法律条款分为三类:第一类是董事勤勉义务的抽象条款,此如德国《股份法》第93条第(1)款、美国《示范公司法》第8.30条,《公司法》第180条也属于一般条款。第二类是一般场景下的具体条款,即董事在公司运行中应当执行的一般义务条款。例如,英国2006年《公司法》171条至176条分别规定了董事的“在权力范围内行事”“促进公司成功”“独立判断”“合理谨慎行使职权”“避免利益冲突”“不得从第三方获利”“拟议交易中个人利益报告”等义务。^[27] 第三类是特殊场景下的具体条款,即针对特殊事项制定的具体条款。例如,针对公司增资、减资、盈余分配、财务报告、破产或等特殊事项,^[28]可以采用集中或分散方式列举董事应当承担的勤勉义务。

此外,还应注意公司法上的反射条款。反射条款是通过从禁止性规范并在裁判中发展起来的规范。例如,《公司法》明确禁止股东抽逃出资,相应地,董事在执行职务时,应当根据公司资本维持原则,不得实施协助股东抽逃出资的行为。^[29] 再如,如果法院判决公司长期不召开股东会或董事会会议系属不法,则董事应承担如期召集股东会或董事会的义务。还如,如果法院认定公司签订之重大合同需以书面形式为之,姑且不论口头协议是否有效,董事在执行职务时应当尽力签订书面合同。^[30] 需要指出,董事勤勉义务存在于公司全生命周期,自公司设立后至解散之全过程中,董事要处理各种繁琐事务,制定法几乎无法一一列举,但法官始终会以勤勉尽责作为衡量尺度,在个案中作出具体裁判。

三 以司法审查为核心的裁判标准

新修订《公司法》第188条延续2018年《公司法》第149条的主要内容,规定了董事违法违规赔偿责任,至于董事应否就其他失职行为造成的损失承担赔偿责任,未予明确规定。那么,如何界定第188条所称违法违规?其他失职行为会否触发董事赔偿责任?董

[27] 其中的“避免利益冲突”“不得从第三方获利”“拟议交易中个人利益报告”等,可归属于忠实义务之列。

[28] 《企业破产法》第125条规定,“企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务,致使所在企业破产的,依法承担民事责任。”

[29] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第14条。

[30] 上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民三(商)终字第969号民事判决书。

事概括承担赔偿责任是否过于沉重?董事不承担失职行为造成的损失,会否纵容董事懈怠或滥用权力?

(一)违反勤勉义务的性质

《公司法》第 188 条项下赔偿责任适用于董事“违反法律、行政法规和公司章程的规定”的行为,可分为违法行为和违章行为。其中,“法律、行政法规”在解释上存在分歧。全国人大常委会法制委员会编写的《中华人民共和国公司法释义》认为,董事“不履行忠实义务和勤勉义务的,也是违反法律的行为”。^[31]日本学者在研究该条款后提出,“中国《公司法》规定的董事等的违反勤勉义务的情形是由于违反具体法律遵守义务和其他行为导致的公司损失,不包括与业务执行有关的注意义务。”^[32]按照这种观点和分析,违反勤勉义务即违法行为,违反勤勉义务的董事应当按照《公司法》第 188 条承担赔偿责任。如果这种分析成立,《公司法》第 188 条就成为了董事赔偿责任的一般条款,从而体现了德国《股份法》第 93 条相同的立场。

然而,这种解释未必妥当,也未必是学术界和实务界的共识。在我国,多数学者很少讨论 2018 年《公司法》第 149 条,很少探讨违反勤勉义务与违法行为的关系,但普遍认为守法乃至合规义务是勤勉义务的特殊形式。按照此逻辑,董事违法是违反勤勉义务的一种表现形式,而非相反。法院在判决时也很少直接论述违反勤勉义务和违法行为的关系,而是参照侵权责任规则判决董事承担赔偿责任。笔者认为,违法行为系违反勤勉义务的具体形态,违反勤勉义务不是违法违章,2018 年《公司法》第 149 条和新修订《公司法》第 188 条不是董事赔偿责任一般条款,而只是董事的特殊赔偿责任条款。

首先,勤勉义务的设定依据多种多样,不限于法律和行政法规。公司与董事之间系信托或委任关系,包含了“意定”因素,应当尊重公司与董事的自主安排。《公司法》第 188 条规定,公司章程也是董事勤勉义务的设定依据,其显然有别于法律和行政法规。此外,股东会和董事会决议乃至公司内部管理规定亦可设定董事勤勉义务,例如,公司章程可以规定某些事项应由多名董事实行的“双管双签”。^[33]可见,将违反勤勉义务归入违法行为,不符合勤勉义务的设定依据,还容易混淆董事承担的法定义务和意定义务,显不足取。其次,违法行为与违反章程是并列关系,而非包含关系。如果违反章程即属于违法行为,《公司法》第 188 条不仅无需单独列违反公司章程的行为,更不应将违法行为和违反章程的行为相并列。因此,《公司法》第 188 条单列违反公司章程的行为,说明违反勤勉义务包括违反公司章程,但不应将违反章程视同违法行为。再次,违法行为与违反勤勉义务是包含关系,而非并列关系。学术界的普遍看法是,守法义务系勤勉义务的表现形式,勤勉义务是一个大概念,守法义务是一个小概念。在传统理论上,董事义务分为勤勉义务和忠实义务,董事若有其他义务,要么归入勤勉义务,要么归入忠实义务,充其量扩张至善意义务。^[34]

[31] 安建主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社 2005 年版,第 216 页。

[32] [日]佐藤弘孝:《董事勤勉义务和遵守法律、公司章程的关系——从比较法的角度》,《时代法学》2010 年第 3 期,第 82 页。

[33] 最高人民法院(2008)民二终字第 130-1 号民事判决书。

[34] 参见施天涛:《善意义务是否需要作为受信义务的第三维构成?》,《中国应用法学》2023 年第 1 期,第 29-43 页;王建文:《论董事“善意”规则的演进及其对我国的借鉴意义》,《比较法研究》2021 年第 1 期,第 105-118 页。

若将违反勤勉义务归入违法行为,不仅与主流学说相背离,更要颠覆勤勉义务和守法义务之间的逻辑关系。最后,董事勤勉义务与责任豁免规则存在动态相关性。《公司法》未规定董事赔偿责任的豁免规则,但学术界向来主张董事责任可以豁免。通常来说,除法定豁免情形外,董事责任豁免机制主要涉及商业判断原理和公司章程规定的豁免条款。根据前者,只要商业决定系基于合理信息且并非不理性,作出该商业决定的管理者无需承担责任,即使该决定后来变成了公司的灾难。^[35] 根据后者,若公司章程规定了董事责任豁免的条件和程序,董事行为符合有效规定的豁免条件和程序的,则应免除董事责任。商业判断原理和公司章程规定的责任免除条款,不仅体现了董事履行职责的特殊性,体现了公司与董事之间的委托或信托关系,更与保护公司最大利益的目的相吻合。若将董事违反勤勉义务归入违反违法行为,任何人若想免除董事责任,则不仅要证成违法责任可以免除,还要论证公司有权免除违法责任。如此一来,将在根本上推翻董事责任免除规则的存在。

据此分析,可将广义上的董事违反勤勉义务分为多种类型:一是违反法律和行政法规的禁止性规定,二是违反公司章程,三是违反股东会或董事会决议,四是违反公司内部管理规定。《公司法》第188条主要适用于前述第一、第二两种类型,未涵盖董事违反勤勉义务的其他类型。

(二) 漏洞的填补:侵权法规则的适用

审判实务界普遍将董事违反勤勉义务归入侵权法领域。最高院明文将有关董事违反勤勉义务的纠纷归入“损害公司利益责任纠纷”。最高院《民事案件案由规定》第八部分“二十一、与公司有关的纠纷”中,列明“276、损害公司利益责任纠纷”。该规定虽在第九部分单列“侵权责任纠纷”,但实务界多认为损害公司利益即为侵权,董事违反勤勉义务纠纷也属于侵权责任纠纷。例如,有论者特别提出,“勤勉义务有别于一般过失侵权中的注意义务,但仍属过失责任的范畴。”^[36]

与实务界看法不同,针对将董事责任归入侵权法的问题,部分学者的态度谨慎,甚至认为适用侵权法存在缺陷,而应当补充适用代理法的规定。^[37] 笔者认为,公司法未规定董事失职责任,当然不排除适用民事一般法,但在决定侵权法的适用时,应当首先明确董事违反勤勉义务的行为性质,才能确定所称民事一般法的含义。在此基础上,应当斟酌公司与董事之间的特殊关系,进而判断董事赔偿责任的性质。若不加甄别,直接或补充适用侵权法,则有违“相同事物相同处理、不同事物不同处理”的原则。

首先,公司与董事之间的“意定”关系。董事职责和勤勉义务的范围往往取决于公司和董事之间的自主安排。有关公司和董事之间关系的性质,在学说上主要包括信托说和委任说,另有受信说。诸多学说都反映了公司和董事关系的“意定”属性。不仅董事任职需经公司和董事的同意,董事职责通常也写入公司章程或者合同中,董事履行职责方式往往写入公司内部规则。如果董事对此存在异议,既可以推动公司修改规则,也可提出辞职

[35] See Richard D. Freer & Douglas K. Moll, *Principles of Business Organizations*, West Academic Publishing, 2013, p. 205.

[36] 潘玮璘、戴红兵:《董事高管勤勉义务的豁免功能与责任构成》,《中国应用法学》2019年第4期,第144页。

[37] 参见周林彬、文雅靖:《公司高管违反信义义务责任的司法适用现状与完善》,《求是学刊》2014年第4期,第75页。

而免受约束。在这个意义上,无论采用哪种学说,都承认了公司和董事之间存在意定关系。此时,若董事背离职责,公司可以寻求合同法上的救济,未必非要适用侵权法。按照“侵权责任编不调整违约责任”的观点,^[38]适用合同规则反倒更加合理。

其次,公司与董事之间的“组织”关系。早在公司出现前,各国就形成了合同、信托和侵权法规则。合同法关注的是交易关系,侵权法关注的是陌生人之间的生活关系,信托关注的是对他人事务或财产的管理。伴随公司的出现,上述规则逐渐与公司形态相结合,形成了一种带有组织法属性的特殊关系。在公司立法的推动下,公司关系又逐渐脱离合同、信托和侵权规则的传统内容。在这种崭新的组织关系中,董事既要保持自身独立,又是公司组织体的成员;董事既要独立判断,又要在执行职务中相互协作;董事既要维护公司利益,又要避免懈怠和滥用职权。随之而来,公司与董事的关系已脱离了早期的传统学理,反映了浓厚的组织法属性。

最后,公司与董事之间的“信任”关系。股东会选任董事后,遂将决定公司事务的权力交给董事,董事在自由裁量空间内,“可以独立管理企业,利用其最好的知识和良知经营企业,而且不必担心其经营决策后来没有取得相应成功而承担责任。……企业经营过程中冒一定的经济风险不仅是有益的,而且是必须的。”^[39]公司因信任而聘请董事,董事在任职后,应履行受托人职责。董事不是公司本身,也不是代理人,无法根据代理规则判断董事履职的妥当性,不应仅凭董事决策结果而判定责任归属,相反,应当斟酌董事决策风险的分配机制。在此场景下,董事“非善意”“非基于合理的信息”“非出于公司利益”等,才能成为判定董事责任的基准。

公司与董事之间的新型关系,改变了侵权法乃至民事一般法的制度假定。董事在接受任职后,应当以管理者的标准处理公司事务,不能像对待陌生人或交易对手方那样处理与公司的关系;董事应当持续关注公司利益,合理平衡短期利益和长期利益的关系并作出合理决策;董事应当与其他董事、高管和外部专家协作,但无需在每件事务上亲力亲为。

(三) 规则空白的解释

《公司法》第 188 条和第 180 条分别涉及董事违法违章和违反勤勉义务,需要协调两个法条的关系。在文义上,如果董事违反勤勉义务却未构成违法违章,则并非当然承担赔偿责任。果真如此,董事似乎可在违法违章与失职行为之间游荡,只要不构成违法违章,就无法约束董事行为。或许为了构建完整的赔偿责任体系,有学者提出应当仿效德国《股份法》第 93 条,概括规定董事违反勤勉义务者之赔偿责任条款。需要指出,1993 年《公司法》未规定董事违反勤勉义务的赔偿责任,在此后数次《公司法》修订或修正中,部分学者讨论了董事赔偿责任问题,新修订的《公司法》仍未写入董事赔偿责任一般条款。如果说这是规则漏洞,相信立法机关早就对此作出填补。《公司法》未写入赔偿责任条款,与其说这是立法上的疏忽,莫如说这是立法机关的谨慎。

[38] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 5 页。

[39] [德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资合公司法》(第 3 版),高旭军等译,法律出版社 2005 年版,第 210 页。

在董事赔偿责任上,各国立场明显不同。以德国为例,《股份法》第 93 条第(2)款规定“违背其义务的董事会成员,作为连带债务人对公司负有赔偿由此而发生的损害的义务”,第(3)款规定“在下列情形下,董事会的成员特别负有赔偿责任”。在文义上,《股份法》确立了董事违反勤勉义务赔偿责任的一般规则。德国学者认为,“董事违反这一义务,必须赔偿公司由此所遭受的损失。”^[40]德国学者同时注意到,“长期以来,这在实践中仅仅起着补充作用。与董事违反义务事件的数量来看,对董事提起损害赔偿的实例是相当少。”^[41]公司不起诉董事、法院不支持原告的原因异常复杂,但至少说明不能仅对《股份法》第 93 条做文义解释。

与德国不同,英美公司法在董事赔偿责任上采取比较宽容的立场,法官很少判决董事承担赔偿责任。以英国为例,早在 2006 年《公司法》出台前,英国甚至没有规定董事勤勉义务,^[42]“公司管理者在处理公司事务时只需要达到本人在处理自己事务时所达到的注意程度即可。”^[43]高尔教授(L. C. B. Gower)曾指出,董事只是通过参加会议的方式履行职责,几乎没有责任可言。^[44]英国直到制定 2006 年《公司法》时才逐渐改变立场。“英国公司法过去一直主张,股东应该根据能力和受教育程度(可能较少强调专业性)任命管理者。与此相比,今天则采用了更客观的选拔标准。”^[45]美国《示范公司法》虽规定违反勤勉义务的董事应承担法律责任,但针对原告要求董事承担金钱赔偿责任的,该法设置了起诉的严苛程序、复杂的诉讼程序和较高的证明责任,还采用商业判断规则、章程免责条款等机制,增加了诉讼难度。美国难以制定苛刻立法的原因,或许部分归因于公司法的州立立法权。在美国,公司法立法权归属于美国各州立法机关,如果某个州的公司法过于严苛,往往推动投资者远离该州而转往他州注册。这种状况甚至诱发了公司法上的“朝底竞争”局面。

相较于德国、英国和美国,东亚地区立场相对中庸。日本《公司法》第 423 条系“公司负责人等对股份公司的损害赔偿责任的条款。根据该条第(1)款,公司负责人懈怠其任务时,对股份有限公司承担赔偿责任;该条第(3)还规定了懈怠的三种场景:一是,《公司法》第 356 条规定的竞业及利益冲突交易的限制;二是,作出公司进行该项交易决定的董事或执行官;三是,赞成董事会关于该交易决定的董事。按照日本《公司法》,董事赔偿责任的适用范围有所拓宽,但仍局限于一个狭窄领域,主要适用于违反忠实义务的竞业和利益冲突的场合。”^[46]与此同时,根据日本《民法》第 644 条,董事实施违反法令或者公司章

[40] [德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资合公司法》(第 3 版),高旭军等译,法律出版社 2005 年版,第 209 页。

[41] [德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资合公司法》(第 3 版),高旭军等译,法律出版社 2005 年版,第 225 页。

[42] 感谢我的同事吴至诚副教授,他帮我查阅了英国成文法中“勤勉义务”的最初规定。初步来看,普通法中的勤勉义务已出现上百年,但在成文法中,勤勉义务首次出现在英国 2006 年《公司法》。

[43] [德]斯蒂芬·格伦德曼著:《欧盟公司法(上册)》,周万里主译,法律出版社 2018 年版,第 242-243 页。

[44] See L. C. B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, 4th edition, Stevens & Sons, 1979, pp. 602-603.

[45] [德]斯蒂芬·格伦德曼著:《欧盟公司法(上册)》,周万里主译,法律出版社 2018 年版,第 243 页。

[46] 参见[日]前田庸著:《公司法入门(第 12 版)》,王作全译,北京大学出版社 2012 年版,第 325 页。

程的行为,构成职责懈怠,需对公司遭受的损害承担赔偿责任。^[47] 韩国《商法典》第 399 条第 1 款将董事违反勤勉义务之赔偿责任的发生原因规定为二:一是违反法律或者章程;二是任务懈怠。通常认为,董事违反法律和章程的,应当认定是无过错责任,董事存在任务懈怠的,应当承担过错责任。^[48]

针对应否概括规定董事赔偿责任,我国立法机关面临艰难的政策选择。一方面,如果完全排斥董事赔偿责任,就意味着董事可以肆无忌惮地行使自由裁量权。此时,由于道德风险始终存在,董事违法违章和失职不仅会直接损害公司利益,还会破坏公司与董事之间的委任或信托,更会背离董事系善良管理人的基本定位,乃至冲击关于刑法相关规定的正当性。另一方面,概括规定董事赔偿责任或者过度强调董事赔偿责任,会大幅提高董事执行职务的风险。面对较高的责任风险,董事在执行职务时可能趋向于保守,以避免落入承担赔偿责任的境地,且容易背离公司营利性。因此,应否概括规定董事承担赔偿责任,已不是一个纯粹的法律适用或法律逻辑的问题,必然也是一个价值判断和政策取向的问题。就此而言,《公司法》第 188 条大致合理。

四 结 语

学术界关于董事责任的讨论,通常局限于董事赔偿责任。然而,各方主体的利益和诉求有别。未参与公司经营事务的董事和股东,时常把自己归入受害者之列,进而成为赔偿诉讼的主要推动者。但董事之间关系密切,工作中需要配合和协作,轻易不会决定起诉某个董事。非管理董事更愿意把自己看成是一个咨询顾问,他们可以不领取乃至放弃到手的薪酬,却极力反对承担赔偿责任。在这种利益结构中,公司起诉者寥寥,董事赔偿责任的功效有限。

一个合理期待是,董事在执行职务时做到勤勉尽责。为此,立法者应采用各种激励机制,鼓励董事为公司利益而敢于决策;同时也应设置必要的约束或者制裁机制,让董事承担与失职匹配的法律后果。理想的董事责任机制应当是一种关于评价董事履行职责的综合机制,既包括财产责任,也包括非财产责任,我国法律已零散规定了董事免职、纪律处分、行政处分和赔偿责任等规则。非财产责任机制作为重要的综合评级机制,发挥着对董事的约束和激励作用。财产责任容易出现“全有全无”的裁判结果,未必适合董事失职的多因性和复杂性。未来,可将非财产责任纳入公司法,全面展现董事勤勉义务的规范价值。董事懈怠或轻微滥用职权的,未必触发赔偿责任,却可以受到行政处罚或纪律处分。我国在判断董事是否违反勤勉义务时,已经形成了多套不同标准,如何充实、协调和整合不同责任机制的功能,已经成为完善我国董事责任机制的重要方向。

[本文为作者主持的 2022 年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“法治化营商环境建设法律问题研究”(22JJD820018)的研究成果。]

[47] 参见[日]前田庸著:《公司法入门(第 12 版)》,王作全译,北京大学出版社 2012 年版,第 326 页。

[48] 参见[韩]崔竣著:《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 458 页。

Directors' Duty of Diligence from a Functionalist Perspective

[**Abstract**] The newly revised Company Law provides for the first time that “directors shall act in the best interest of the company, and exercise reasonable care that administrators would ordinarily be required to exercise in the course of performing their duties.” Nevertheless, it remains unclear as to how directors should perform their duty of diligence and what liabilities they should bear for breach of duty, which have become contentious issues in theory and practice. The mainstream view is that the director’s liability is tortious in nature. However, it should be noted that, in the system of “tort liability” established by the Chinese Civil Code, there is no mention of the constituent elements of a tort committed by a director. The director’s liability must be heavier if imposed according to the general law, which undermines directors’ initiative to perform their duties. It is submitted in this article that the duty of diligence is an abstract duty, so the content of the duty and the determinants of its breach vary among different types of directors based on their different “roles”. The recognition of this idea is demonstrated by the usage of terms like “performing duties” and “administrator” in the newly revised Company Law. Based on the provisions of the Company Law and their implementation, directors are divided into three categories. Specifically, the first category comprises executive directors and chairmen of board acting as the corporate representatives and therefore becoming the sole persons representing the company externally. The second category refers to managing directors who are responsible for administering the company’s affairs, including directors acting as administrators or directors in charge of a specific business of the company. The third category consists of external directors and independent directors, who have no right to administer the company’s affairs internally or to represent the company externally and mainly perform their roles by way of attending meetings of the board of directors and so on. The contents of directors’ duty of diligence differ, as directors have different “roles”. It is also submitted in this article that the provision on directors’ duty of diligence in the Company Law has two purposes. First, to provide a set of standards of behavior for directors to follow in the course of performing their duties, so as to ensure that they exercise reasonable care as administrators. Second, to equip judges with a set of grounds for properly adjudicating cases according to case facts and legal provisions. When directors violate the corresponding standard of behavior, the company is entitled to remove them from office, but not necessarily entitled to trigger their compensatory liability. When judges decide whether to make a defendant director liable for compensation, they ought to consider the particular role taken by the director, as well as the existence and the degree of fault. A director bears compensatory liability only in the case of gross negligence and he can rely on the “business judgment rule” to escape from such liability.

(责任编辑:余佳楠)