

我国《公司法》董事信义义务一般规定的确立

吕萍萍

华东政法大学经济法学院, 上海

收稿日期: 2023年10月14日; 录用日期: 2023年11月11日; 发布日期: 2023年11月20日

摘要

董事信义义务是公司治理的重要内容,《公司法(修订草案)》对忠实义务和勤勉义务进行一定程度上的完善,但是在体系上和司法实践上仍然存在扩张适用的不足。通过比较研究和对我国现有法律体系的解释,可以确定其立法方案。我国《公司法》可考虑将董事信义义务法定化,在维持忠实义务和勤勉义务二分法的基础上,将守法合规、诚实守信确定为董事信义义务一般规定的基本内容,提升董事信义义务法律适用的弹性。同时,还应当建立差异化的法律适用的审查标准,区分不同情形下董事违反信义义务的责任承担,以回应司法实践中的需求。

关键词

董事信义义务, 忠实义务, 勤勉义务, 一般规定

Establishment of General Provisions on the Fiduciary Duty of Directors in China's "Company Law"

Pingping Lyu

Department of Economic Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 14th, 2023; accepted: Nov. 11th, 2023; published: Nov. 20th, 2023

Abstract

The fiduciary duty of directors is an important part of corporate governance. The "Company Law (Revised Draft)" improves the duty of loyalty and duty of diligence to a certain extent, but there are still deficiencies in the expansion and application of the system and judicial practice. Through comparative study and interpretation of our existing legal system, we can determine its legislative program. China's "Company Law" may consider legalizing directors' fiduciary duty, and on the ba-

sis of maintaining the dichotomy of duty of loyalty and duty of diligence, it defines law-abiding compliance, honesty and trustworthiness as the basic contents of the general provisions of directors' fiduciary duty, so as to enhance the flexibility of the law application of fiduciary duty of directors. At the same time, differentiated review standards for the application of law should be established to distinguish the liability of directors for breach of fiduciary duty under different circumstances, so as to respond to the needs of judicial practice.

Keywords

Fiduciary Duty of Directors, Duty of Loyalty, Duty of Diligence, General Provision

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

公司治理问题在过去的半个世纪里受到了来自经济学家和法学家的热烈关注,在我国公司治理结构上,股东会作为最高权力机关,其主要任务是选择公司管理者并决定公司重大事项。董事会作为公司业务的执行机关,具有独立的法律地位,董事会实际负责公司的日常经营管理,在公司治理中发挥重大作用。然而,在一些公司中,尤其是小型封闭公司中,董事往往由股东兼任,直接参与到公司的治理当中,董事和股东的身份无法区分,董事的权利被放大且缺乏了股东会约束的可能性,此时,董事很有可能会滥用自己的权力,违反自身所应当承担的信义义务,做出许多违反董事信义义务的行为,损害公司、股东、债权人的利益。

董事信义义务是规范董事行为的重要依据,在我国《公司法》中,并没有信义义务这一表述,但是学理上通常将董事的忠实义务与勤勉义务统称为董事的信义义务。随着董事违反信义义务的案件不断增加,我国《公司法》董事信义义务现有的法律规范在法律适用中存在的不足就此显现,虽然《公司法(修订草案)》大大完善了对董事的忠实义务与勤勉义务的要求,然而现实中仍有一些案件在法律适用中缺乏明确的法律指引,既不利于规范董事损害公司利益的行为,也不利于董事发挥主观能动性,积极决策为公司获取更大的利益。

因此,在我国现有法律规范的基础上探讨如何完善董事信义义务的法律适用是现实的迫切需求。

2. 董事信义义务的起源与发展

信义义务起源于英美法国家,信义义务是指以最高程度的诚实与忠厚,赤诚地为他人的最佳效益而行事[1]。信义义务的精神含义是指为他人最大利益而行事。美国法学院教科书中,对信义义务表述为包括忠实义务(the duty of loyalty),又称为公平交易义务(the duty of fair dealing),以及注意义务(the duty of care)。董事信义义务有何而来?关于董事信义义务的理论基础,目前比较典型性和影响力的观点有四类学说,即信托说、代理说、委任说和准委托兼准代理说。信托说在英美国家占主流地位,认为公司董事作为受公司之托的管理者,对公司承担信义义务[2]。但信托说并不能很好地解释董事信义义务,董事作为受托人,对公司并非占有且拥有所有权。代理说则认为股东们以委托人的身份将公司的经营管理权委托予其一致选择出的代理人来行使,使得股东与相应的管理者之间构架起了委托代理关系[3]。然而,代理人应按照被代理人的意思行事,但董事在经营决策时,能够依靠自己之判断[4]。委任说可参见日本法

相关规定¹及台湾地区相关规定,但委任说的缺陷在于,其要求受托人与委托人地位平等,然而董事和公司之间的地位并不平等。由于以上三种学说都不能完全符合我国国情中董事与公司的关系,故而有学者认为董事与公司之间的关系应认定为“准委托兼准代理关系”[5]。我国学者张开平教授指出,董事在公司中特定的地位决定了董事义务,董事义务的性质和内涵也应当随着董事在公司中法律地位的改变而改变[6]。在中国语境下,公司中董事管理公司财产,并由公司承担董事决策产生的收益或损失,董事理应对公司承担信义义务。规定董事信义义务,便于规范董事管理公司过程中可能产生的风险。

目前关于董事对公司应负的信义义务,我国学界及美国法律领域通说认为包含勤勉和忠实义务。忠实义务要求董事诚实可靠,董事应避免自身的利益与公司利益发生冲突,要求董事的个人利益要服从公司利益。勤勉义务则从谨慎决策、专业性强的角度督促董事合理履行职务,强调董事通过自身的勤勉敬业和专业知识追求公司经营的最佳效果。

3. 设立董事信义义务一般性规定的必要性

3.1. 《公司法(修订草案)》的完善与不足

3.1.1. 对忠实义务和勤勉义务的完善

为解决长期困扰司法机关的忠实义务和勤勉义务内涵不明确的问题,《公司法(修订草案)》第180条分两款分别对董事、监事、高级管理人员的忠实义务和勤勉义务的内涵作了概括性的规定:忠实义务要求“不得利用职权谋取不正当利益”,勤勉义务要求“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”。《公司法(修订草案)》第182条还对董事、监事、高级管理人员忠实义务的具体内容作了规定。该条是现行《公司法》第148条的延续,但删除了不得未经决议对外借贷、担保的规定,将不得自我交易、不得篡夺公司商业机会单列出来,于《公司法(修订草案)》第183条及第184条另作更完备的规定,并新增了关于竞业禁止义务的规定(《公司法(修订草案)》第185条)。应当说,《公司法(修订草案)》关于《公司法》董事、监事、高级管理人员的忠实义务和勤勉义务的规定已大大优化,既厘定了忠实义务和勤勉义务的基本内涵,也解决了不当地将监事排除在关于忠实义务的具体规定的适用对象之外的问题,还完善或新增了关于不得自我交易、不得篡夺公司商业机会、竞业禁止的规定。

3.1.2. 仍未将信义义务确定为法定概念

但是,《公司法(修订草案)》仍未将信义义务确定为法定概念,若未来维持该立法方案,将导致董事信义义务扩张适用的制度依据继续处于缺失状态。随着市场的创新和发展,董事违反信义义务的形式和手段将更为丰富和多变,对董事信义义务的要求可能更为广泛和具体,若没有一般规定,在司法实践中,要对违反董事信义义务的行为进行规制便会陷入困境。

例如,故意使公司因实施违法行为而使公司获益的情形,虽然貌似可借助《公司法》第147条第1款前半句“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”的规定予以规制。但这样一来就带来新的问题:董事守法合规究竟是和忠实义务和勤勉义务相并列的义务,还是作为忠实义务和勤勉义务内在要求的一部分?《公司法(修订草案)》第180条第1款对忠实义务作了专门规定的同时,将现行《公司法》第147条第1款的前半句“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”予以保留,导致董事守法合规规则与信义义务之间的关系更加模糊。

3.2. 现有法律规定涵盖不全

《公司法(修订草案)》第180条对董事应负忠实义务和勤勉义务进行了原则性规定,将董事的义务划

¹参见《日本商法典》第二百五十四条“公司与董事之间的关系,依照关于委任的规定”。

分为忠实义务和勤勉义务，并做出概括性的解释。但是在公司法实践中，部分行为却无法明确地划分入忠实义务或勤勉义务，《公司法(修订草案)》所列举的违反忠实义务和勤勉义务的行为类型无法涵盖，有赖于《公司法(修订草案)》一般规定予以调整。王建文教授将其归纳为四种类型^[7]，分别是故意使公司因实施违法行为而使公司获益、不履行推定的作为义务、妨碍公司正常经营以及其他不当行为。

故意使公司因实施违法行为而使公司获益，例如通过虚开增值税专用发票等方式逃税、偷漏税，这些行为固然构成了对守法合规规则的违反，但不会构成对通常意义上的忠实义务或勤勉义务的违反。董事不履行推定的作为义务，并非董事不勤勉尽责，只是由于该作为义务没有明确规定，公司或股东没有明确的理由请求董事作为，而公司或其他相关人员在没有董事的配合之下仍可自行完成相应工作。董事不履行推定的作为义务，也不违反忠实义务，毕竟此类行为不直接涉及董事与公司的利益冲突。不过，由于董事的不作为，会给公司及相关人员造成时间或经济上更多的消耗。而董事实施妨碍公司正常经营的行为，例如以拉闸限电等方式影响公司的正常经营，并非因其与公司存在直接经济上的利益冲突，故并不违反忠实义务。而此类行为也与董事是否勤勉尽责，是否尽到合理注意无关，因而也不宜适用勤勉义务规则予以规制。除此之外，办理减资手续未通知债权人等其他不当行为，显然不适合用违反对公司的忠实义务和勤勉义务。

总而言之，当董事信义义务限缩在对公司的忠实义务和勤勉义务上，面对经济社会发展而涌现出的其他违背董事信义义务的行为，我国现有法律体系明显规制的时候显得有心无力。

3.3. 公司自治与司法介入需要得到平衡

公司自治的目的是在市场环境中保障公司经营决策的自由，董事在管理公司事务时，应该尊重董事的意思自治，尊重他们基于自身的专业技能做出判断，但自由是有限度的。如果法官基于尊重公司的自治权而选择完全不介入董事管理公司的行为，尽量做到与董事的商业行为保持距离，这在一定程度上会纵容董事可能损害公司利益的行为。但是如果法官一味地介入到公司治理中去，法官也可能因为自身没有公司治理的经验，缺乏足够的能力和水平去判断董事的商业行为而导致司法裁判难以达到真正的公平。司法实践中若经常出现董事因为自身不够“勤勉”而承担责任，有可能打击董事的积极性，不利于公司的高效运营和公司的自治。因此，调节好公司自治与司法介入的冲突是十分必要的。

目前我国《公司法》以及《公司法(修订草案)》在扩张适用上缺乏一般规定，在法律适用上弹性不足。由此可能导致的问题是，由于部分董事违背信义义务的行为不能归纳为通常意义上对忠实义务或勤勉义务的违反，实践中要么过于强调公司自治而对其视而不见，要么想要司法介入，但现有法律弹性不足而导致对忠实义务和勤勉义务的不当解释和扩张，两者都违背了立法本意。因此，对董事信义义务进行一般规定的确立，显得十分必要。

4. 董事信义义务的域外制度考察与借鉴

4.1. 大陆法系

从两大法系关于董事忠实义务的规定来看，大陆法系明显比英美法系更为粗糙。大陆法系公司法虽普遍对董事忠实义务作了明确规定，但大多规定较为简略，其忠实义务的具体内容主要源于学理解释，且普遍未将忠实义务作为并列于勤勉义务的信义义务的核心内容。这就导致忠实义务的内涵不够明确，必须依赖源于民法中的勤勉义务才能获得解释。例如，《法国商法典》第二卷“商事公司与经济利益合作组织”部分不仅未作“忠实义务”和“勤勉义务”的区分规定，而且连这两个概念都未提及，故司法实践中法官只能根据《法国民法典》关于受任人注意义务的规定，结合公司法理论进行裁判。不过，尽管大陆法系国家或地区普遍对董事忠实义务的规定较为简略，但仍有部分国家或地区(如德国、日本、韩

国)公司法对此作了明确规定。

《德国股份法》是为数不多的对董事勤勉义务作详细规定的立法例，且董事勤勉义务的要求高于一般商人的标准²。德国法上的董事勤勉义务仍属于一般注意标准，至多属于合理注意标准，司法实践中普遍采纳较轻的过失标准，一般过失即可[8]。但在司法实践中，董事勤勉义务的要求不断提高，其判断标准由公司的性质、公司的规模、雇员的人数、所处的商业环境乃至特定董事的职务所具体决定[9]。不过，《德国股份法》未对董事忠实义务作明确规定，与之相应的规定是竞业禁止义务，但理论界及实务部门确认的忠实义务的外延远超竞业禁止义务。日本公司法学界则大体认可忠实义务和勤勉义务的划分，认为勤勉义务是依据民法上的委任制度确立的董事与公司之间的公司法上的义务，但通说及司法判例基本上认为忠实义务是勤勉义务的延伸，而非不同的义务³。

1998年修订的《韩国商法典》第382条之3新设了董事忠实义务的规定，即“董事应根据法律与章程规定忠实地履行其职责”。《韩国商法典》未对董事勤勉义务作明确规定，但第382条确认了公司与董事之间的委任关系，故可基于民法上的委任制度确认董事负有勤勉义务，并可根据董事责任的规定追究董事的损害赔偿[10]。

4.2. 英美法系

关于董事信义义务认定的具体标准，商业判断规则为美国首创，其要旨在于，直接推定董事做决策时符合忠实义务要求，只要该董事没有违背注意义务，即可豁免其相应法律责任⁴。商业判断规则的创造乃法院智慧的结晶，不仅有助于激励董事充分发挥创新能力，还可避免法官陷入对商业决策知识的不专业和承担高昂的司法审查成本的困境[11]。此外，美国还参考以同类职务人为参照的客观标准，无论采取何种标准将董事信义义务予以细化，皆需借用一个标准人作为参照进行评价，只是因考量行为人自身状况的情形不同而形成了标准人建构的不同路径[12]。根据美国《标准商事公司法》第8.30(b)条之规定，董事会在进行时应当秉持类似职位的人在类似情形下的谨慎⁵。

英国模式则是以严格的目标公司董事信义义务作为判定标准，在司法实践中主要依循“正当目的标准”⁶和“利益标准”来判定董事行事是否符合忠实义务，辅以主客观相结合的人格化标准⁷来判定董事行事是否符合注意义务。

4.3. 于我国的借鉴意义

众所周知，我国的法律体制体系更接近于大陆法系国家，1993年以来，我国公司法虽然经过多次修订，但是立法体例总体上并没有发生太多改变。现代公司法体系是19世纪市场自由竞争和工业经济的产物，根据市场经济的不同情况，各国也演化出了各自特色的公司法治理体制。从历史发展角度上看，我国《公司法》最初便是为现代企业制度的建立而参考了各国公司的立法经验，虽然我国法律传统上更接近于大陆法系，但是也为顺应当代知识经济和数字经济的发展，借鉴他国先进立法经验留下了制度空间。

我国《公司法》对董事的忠实义务与勤勉义务做出了规定，但是相对较为粗糙，对忠实义务的内容作了较为详细的列举，但是对勤勉义务并没有进一步详细的论述。我国《上市公司章程指引》(2022)虽然对董事的忠实义务和勤勉义务作了更为详尽的细化规定，但是该规范效力较低，并不能作为明确独立的

²《德国股份法》第93条第1款规定：“如果董事的决定是基于适当的信息，并且该董事有理由相信其是为了公司的最佳利益，那么该董事并没有违反义务，但被告董事要承担证明责任。”

³《日本公司法典》第355条、第423条至第430条。

⁴Aronson v Lewis, 473A. 2d 812 (Del. 1984).

⁵美国《标准商事公司法》第8.30(b)条。

⁶英国《2006年公司法》第171条。

⁷英国《2006年公司法》第174条。

法律义务类型。因而关于董事信义义务的相关规定上,我国《公司法》更接近于《韩国商法典》的内容,《韩国商法典》中“董事应根据法律与章程规定忠实地履行其职责”,其实也为设立董事信义义务一般规则留下了立法空间。

董事的主客观状态、公司的类型、公司的经营状态等不同情形下,董事信义义务的内容和履行程度判断因素不同,法律也很难详尽进行列举。那么如果缺乏统一的判断标准,仅仅有一般规则和列举情形的存在,也容易出现同案不同判的情况。面对法律无法涵盖的违反董事信义义务的情况,有的法院坚持“法无禁止即允许”⁸,有的法院则直接间接承认商业判断规则的存在来进行裁判⁹,因此,建立统一的判断标准,也符合实践需求。

5. 我国董事信义义务一般规则的确立

5.1. 一般规定的确立

从司法实践来看,在面对超出董事忠实义务和勤勉义务基本内涵的董事不当行为的法律适用问题时,法院采取的对策是模糊董事忠实义务和勤勉义务的界限,笼统地以违反忠实义务和勤勉义务为由确认董事损害公司利益的侵权赔偿责任。因此,为解决我国《公司法》中董事信义义务制度适用时制度弹性不足的问题,亟待立足于我国司法实践中的扩张适用的实践需求,借鉴域外董事信义义务制度扩张适用的立法及实践经验,探寻我国《公司法》中董事信义义务制度扩张适用的立法方案。在我国法律语境下,需要认真考虑我国《公司法》既有的关于守法合规规定的特殊价值,使其从一个长期被忽略的规则上升为董事信义义务的一般规定,进而回应实践和社会发展对董事信义义务扩张适用的需求,也可以将对董事信义义务的法律适用起到重要的指引和补充作用。

董事守法合规、诚实守信可谓商主体守法合规义务的特殊形态。市场经济乃法治经济,任何商主体都应守法合规地开展经营活,守法合规可谓所有商主体均应遵守的行为准则。就语义而言,守法合规可包括正当竞争、诚信经营、依法纳税、接受监管、履行社会责任等商主体开展经营活动时应遵循的行为准则。落实到具体立法上,需要将董事信义义务法定概念化,将其纳入到一般规定中。即在《公司法》180条中新增一款:“董事、监事、高级管理人员应当恪守信义义务,遵守法律、行政法规和公司章程,诚实守信地履行职责。”

5.2. 建立较为明确的客观审查标准

虽然《公司法(修订草案)》对董事忠实义务和信义义务进行了完善,但是在扩张适用的过程缺乏一般性规定,试图在《公司法》中增加一款一般规定,将董事信义义务法定概念化,可以有效缓解司法实践中的困境、规制市场创新发展产生的新型违背董事信义义务的行为。然而,董事信义义务法律适用的完善方案还应当包括建立较为明确的客观审查标准。一则规范董事可能损害公司利益的行为,二则能够为法官裁判提供更加明确的指引。

在我国基本国情和现有法律体系下,完善董事信义义务的法律适用,首先要区分勤勉义务和忠实义务。《公司法(修订草案)》强调忠实义务是“不得利用职权谋取不正当利益”,勤勉义务则要求“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。”从法律规定可以看出,忠实义务强调的是规范董事涉及利益冲突的行为,以避免利益冲突作为忠实义务的核心内涵是我国学术界的通说,司法实践中,也有法官明确忠实义务就是规范董事涉及利益冲突的行为¹⁰。因此,将利益冲突行为是否实质损

⁸ 参见(2017)皖01民终7360号民事判决书。

⁹ 参见(2021)京01民终5509号民事判决书。

¹⁰ 上海文程合同能源管理有限公司诉上海文程能源技术有限公司等损害公司利益责任纠纷案,崇明县人民法院(2014)崇民二(商)初字第255号民事判决书。

害公司利益来作为董事是否违反忠实义务的实质审查标准，是符合我国现行法律体系的。

而勤勉义务则是规范董事非利益冲突的行为，但是董事勤勉义务的标准若过于严苛，可能会打击董事的积极性，导致董事害怕承担责任而不敢轻易决策。然而，如果董事勤勉义务的标准过于宽松，很可能导致董事怠于履行职责而损害公司利益的行为得不到法律有效规制。因此，董事勤勉义务需要构建差异化的判断标准。一方面，对于董事非利益冲突的商业决策行为应当采取重大过失标准。因为在非利益冲突的前提下，董事的商业决策行为往往是在特定的商业环境下，基特定的商业信息做出的判断，其目的是谋求公司利益的最大化，因此，面对复杂变的商业环境，因该鼓励董事积极作为，敢于决策，抓住转瞬即逝的商业机会。另一方面，对于董事非利益冲突的非商业决策行为，一般应采取一般过失标准。一般过失标准是指董事基于自身的管理职责应该作为但是却没有作为，同时没有采取补救措施的情况下应当被认定为违反董事勤勉义务，法官可以依据勤勉义务追究董事的责任。董事非利益冲突的非商业决策行为通常包含董事的监督行为、催缴出资行为、告知行为、信息披露行为等等。

6. 结语

董事信义义务是公司治理制度的重要内容，本文提出的新增董事信义义务一般规定，将董事信义义务法定概念化，是建立在我国现有的法律规范和法律体系上的。在《公司法(修订草案)》尚待完善的立法过程中，有必要明确我国现行董事信义义务扩张适用方面存在的问题。解决方案是设立董事信义义务一般规则并区分忠实义务和勤勉义务，同时也需要建立较为明确的司法审查标准，满足司法实践和社会发展的需要。当然，具体的审查标准放在《公司法》正文中在体系上可能会显得臃肿，且不方便根据社会发展进行修改，因此，若能在今后放在司法解释中，显然更为符合实践的需求。

致 谢

白驹过隙，时光荏苒，转眼间即将与三年的研究生生涯挥手告别。此篇论文完稿之际，要感谢众多师长和亲友，谢谢你们的期望与鼓励。寥寥数语，难以表达我对良师益友的衷心感谢，山高水长，未来还有很多机会相见！

参考文献

- [1] 郑佳宁. 目标公司董事信义义务客观标准之构建[J]. 东方法学, 2017(4): 42-51.
- [2] Williamson, O.E. (1993) Calculativeness, Trust, and Economic Organization. *Journal of Law and Economics*, **36**, 463. <https://doi.org/10.1086/467284>
- [3] 朱慈蕴. 公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进[M]. 法律出版社, 2007: 55.
- [4] 顾功耘. 商法教程[M]. 上海人民出版社, 2006: 163.
- [5] 孙宏涛. 董事法律地位之再思考[J]. 科学·经济·社会, 2011, 29(2): 146-148.
- [6] 张开平. 英美董事法律制度研究[M]. 法律出版社, 1998: 156.
- [7] 王建文. 我国董事信义义务制度的扩张适用: 一般规定的确立[J]. 当代法学, 2023, 37(1): 108-119.
- [8] [德]格茨·怀克, 克里斯蒂娜·温德比西勒. 德国公司法[M]. 第 21 版. 殷盛, 译. 法律出版社, 2010: 488.
- [9] Zwinge, T. (2011) An Analysis of the Duty of Care in the United Kingdom in Comparison with the German Duty of Care. *International Company and Commercial Law Review*, **22**, 31-41.
- [10] [韩]崔埃璿. 韩国公司法(上) [M]. 王延川, 崔嫦燕, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2020: 458.
- [11] 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[J]. 证券法苑, 2010, 3(2): 372-407.
- [12] 叶金强. 董事违反勤勉义务判断标准的具体化[J]. 比较法研究, 2018(6): 79-88.