

## 我国董事监督义务的制度构建: 中国问题与美国经验

王真真\*

**摘要:**近些年来,我国公司经营问题频发,监事会并没有起到有效的监督作用,《公司法》设置的监督机制失灵。董事监督义务在美国特拉华州有其发达史,并在实践中运用良好,对我国制度构建有所启示。《公司法》有必要明确董事对经理层的监督义务,性质属于注意义务,具体内部包括要求董事会负责建立监督制度并监督公司经营行为,确立违反监督义务董事的责任承担机制,以降低股东派生诉讼难度激活董事注意义务条款、整合监事会制度进行制度协调。

**关键词:**董事监督义务 注意义务 制度构建 制度协调

### 一、问题的引出

2017年7月26日,《时代报》报道,中国联通集团、中国联通北京分公司因构成“利用虚假的或者

---

\* 清华大学法学院民商法学博士研究生。

使人误解的价格手段,诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易”等价格违法行为,被北京市发改委予以警告并罚款合计 65 万元。<sup>〔1〕</sup> 公司因违法行为而遭受处罚的,中国联通并非国内首家,被处的罚金也并不算多,但公司遭受的损失却是事实,而且这些损失最终还是由联通的众多股东来承担。公司违法行为影响最大的应当是 2008 年的河北三鹿奶粉事件,因在奶粉中违法添加有毒物质三聚氰胺,导致婴儿中毒,比遭受处罚更严重的后果是,三鹿集团因此于 2009 年正式宣告破产,这家成立于上个世纪的公司最终走向了尽头,公司董事长被判处无期徒刑、其他高管分别获得不等的刑期。<sup>〔2〕</sup> 无独有偶,时隔 3 年,与三鹿集团所在的河北省接壤的河南省的双汇集团被曝光在火腿肠中添加瘦肉精,农业部、质监局等对此展开调查,<sup>〔3〕</sup> 据媒体报道,该事件导致双汇股票跌停,当日市值蒸发 103 亿元,股东遭受的损失可见一斑。<sup>〔4〕</sup> 2014 年,上海福喜食品公司使用过期食品继续作为原料进行生产和销售,法院处罚金 120 万元,并对高管判处刑事责任。<sup>〔5〕</sup> 金融行业里,2013 年光大证券因交易系统问题错误地下了订单,管理层为弥补损失进行了对冲交易,但是没有进行相关的信息披露,被证监会认定为内幕交易,光大证券被罚 5 亿多元,多名高管被处以刑事责任及证券市场禁入的行政责任。<sup>〔6〕</sup> 2016 年,百度将其贴吧出卖,后遭到公司举报发布虚假广告,涉嫌违反《广告法》《医疗广告管理办法》,由此百度公司面临着网信办的约谈,百度可能因此遭受处罚。<sup>〔7〕</sup>

公司因为法行为遭受了处罚,损失的是股东投入到公司的钱,而现

---

〔1〕 沈忠民:《因价格违法行为中国联通被罚 65 万元》,载《时代报》2017 年 7 月 26 日, A2 版。

〔2〕 吴恒:《三鹿奶粉事件责任人今何在?》,载澎湃新闻: [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1259370](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1259370), 2017 年 8 月 1 日访问。

〔3〕 《双汇“瘦肉精”事件始末》,载新浪网: <http://qcyn.sina.com.cn/news/shwx/2011/0811/14384248245.html>, 2017 年 8 月 1 日访问。

〔4〕 董碧辉:《瘦肉精,让谁损失了?》,载《钱江晚报》2011 年 3 月 29 日。

〔5〕 周琳、黄安琪:《上海福喜案四大焦点:一审共有 10 人获刑》,载北方网: <http://news.enorth.com.cn/system/2016/02/02/030792157.shtml>, 2017 年 8 月 1 日访问。

〔6〕 《光大证券因乌龙指被处罚没 5 亿,4 人市场禁入》,载新浪财经: <http://finance.sina.com.cn/stock/jsy/20130830/155416619704.shtml>, 2017 年 8 月 1 日访问。

〔7〕 参见张巍:《资本的规则》,中国法制出版社 2017 年版,第 291 页。

代大型公司中实行两权分离,<sup>[8]</sup> 股东自己并不亲自经营公司,公司的经营权掌握在董事会、经理等管理层手中。两权分离这种现象引起了经济学家的关注,由于偷懒和投机,管理层作为代理人可能会损害被代理人的利益,<sup>[9]</sup> 为了防止这种利益冲突和懈怠,公司法赋予管理层信义义务,又可具体分为忠实义务与注意义务,前者是指公司中的管理者应当将公司利益置于自己利益之上,后者指管理者应当尽适当之注意以免损害公司利益。<sup>[10]</sup> 那么当公司违法,公司的股东又可以寻求怎样的救济途径呢? 公司的董事们对公司的违法行为是否尽到了足够的监督? 假如违法行为是由公司其他雇员从事的,董事是否应当对员工的行为负责? 从媒体的报道仅仅可以看到管理者受到的是最严厉的刑事处罚,而股东是否提起了诉讼不得而知。在我国公司法体系下股东提起诉讼要求董事承担监督不力的责任是否可行? 有人或许会认为,我国公司中法定监督机关是监事会,并且实践中监事会也发挥着作用,没有必要设置董事的监督义务。<sup>[11]</sup> 然而相反的观点认为,监事会没有起到真正的监督作用,董事的监督在监督力度、监督方式等方面不同于监事会,强调董事的监督义务有着重要意义,<sup>[12]</sup> 本文赞同后一种观点。董事监督义务包括建立监督制度和对公司经理行为的监督,当董事因失职而没有建立完善的内部管理与控制制度,或者因不負責任而缺乏对下属的领导与监督时,应当对下属的行为承担责任。董事监督义务在美国特拉华州有其发达史,并在司法实践中有着良好的阐释,来自美国特拉华州的相关判例或许能够带来相关问题的启示。

---

[8] See Adolf Berle & Gardiner Means, *Modern Corporation and Private Property*, The Macmillan Company(1933), p. 5.

[9] See Michael C. Jensen, *A Theory of the Firm: Governance, Residual Claims and Organizational Forms*, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, No. 4, pp. 305 - 360.

[10] 参见施天涛:《公司法论》,法律出版社2014年版,第393页。

[11] 参见冉光圭、方巧玲:《中国公司的监事会真的无效吗?》,载《经济学家》2015年第1期;罗礼平:《监事会与独立董事:并存还是合一?——中国上市公司内部监督机制的冲突与完善研究》,载《比较法研究》2009年第3期。

[12] 龚辉峰、茅宁:《咨询董事、监督董事与董事会治理有效性》,载《管理科学学报》2014年第1期。

## 二、美国董事监督义务之发展脉络

在美国,公司法相关事项由各个州自行制定,在这其中,特拉华州公司法以对公司管理者最为宽容而闻名,导致大量公司在此注册,有人甚至称美国现代公司法就是指特拉华州公司法。<sup>[13]</sup>而董事监督义务的确立与发展也恰好发生在特拉华州,该州法院作出的几个标志性判决对董事监督义务的性质以及标准进行了界定,这部分将对此一一进行考察。

### (一)董事监督义务的源起：一种被动的行为监督

最早股东起诉董事违反监督义务的是 Graham 案件,<sup>[14]</sup>该公司是一家生产电子设备的公司,由于公司规模大、雇员多,不同部分分工负责不同的产品生产与销售。1959年该公司因为涉及与其他公司一起联合定价以及串通投标而涉嫌违反反垄断法被起诉。该公司的部门经理 Singleton 从报道中得知这一消息后,进行了调查,但是没有任何发现。后来公司的一些员工被陪审团传唤,公司法务部进行调查,才发现员工的违法行为。随后公司股东 Graham 等人代表公司提起诉讼,认为董事没有对雇员从事违反托拉斯法的行为进行监督,并且也没有建立任何监督系统以及时发现和处理公司内部的违法行为,最终导致公司受到处罚,董事应当对此承担责任。

股东的指控直接指向董事的不作为,在法律上,董事因其重大过失而没有积极履行其监督和管理公司的义务,需要对公司的损失承担责任,即使董事们没有察觉到公司雇员在从事违法行为,但是他们本应当建立一种监控制度,使其能够及时察觉到并阻止不法行为。Wolcott 法官认为,董事是否需要因没有履行监督职能而承担公司的损失,这需要具体分析。如果董事盲目地信赖一个明显不值得信任的雇员,而不去积极履行自己作为董事应当尽的义务,不愿意或者因过失而没有发

---

[13] 张巍:《资本的规则》,中国法制出版社2017年版,第195页。

[14] 188 A. 2d 125 (Del. 1963).

现雇员明显的违法行为存在的警示,其需要对此承担责任。Graham 案确立了这样一个标准:如果没有合理的危险信号表明公司正在发生的违法行为可能被察觉,董事并没有义务去建立一套内部信息报告与监控制度,并且不因此而承担责任。

本案发生在 20 世纪 60 年代,较早地将董事是否应当对下属的行为承担责任这一问题摆在了法官面前,这个时期的背景是电器行业发生严重的价格垄断行为,公司从事大量的违反竞争法律制度的行为,公司高管也因此承担刑事责任。<sup>[15]</sup> 而特拉华州最高法院对此的回答是,董事如果对于下属的行为不知情,不仅不需要对下属的行为承担责任,而且也不负有积极的作为义务,即去建立一套公司内部报告制度去侦查出不存在的行为。这里就将董事的监督义务仅仅理解为一种被动的义务,对董事来说,这种监督并不需要其主动去发现什么,只有当下属的行为主动呈现到其面前时,其才有采取行动的义务,法院的这种理解显然将董事监督义务的内容仅仅限定在了被动行动的范围。该案判决所确立的规则此后一直存续,直到三十年之后特拉华衡平法院在另一起案件中对其进行了扩大解释。<sup>[16]</sup>

## (二)董事监督义务含义的扩大:建立监督体系与监督行为

Graham 案对董事监督义务过于狭窄的判断给了特拉华衡平法院在 Caremark 案件中进一步阐释董事监督义务的机会,<sup>[17]</sup> 该案发生在医疗领域,Caremark 公司主要生产医疗产品,并为病人提供医疗护理和服务。其雇员在推销的过程中,与医疗机构以及医生签订一系列的合同,由这些机构或者个人向患者推荐 Caremark 公司的产品和服务,该公司给予其一定的回扣。之后 Caremark 公司遭受美国卫生部和司法部的调查,后来联邦、政府主管机构也开始对该公司进行调查。随后该公司自身展开调查,以确定公司的行为是否违反法律。然而在 1994

[15] 朱锦清:《公司法学》(下),清华大学出版社 2017 年版,第 73 页。

[16] 例如,在 1995 年的 *In re BAXTER INTERNATIONAL, INC. SHAREHOLDERS LITIGATION* 案件中,特拉华衡平法院认为,董事有权去相信其下属的诚实以及忠诚,除非有合理的怀疑。法院认为,董事并不因为没有阻止雇员的不法行为而承担责任,除非董事忽略了雇员不法行为存在的明显信号。

[17] 698 A.2d 659(Del. 1996).

年,公司遭受明尼苏达州、俄亥俄州等联邦大陪审团提起的诉讼。该公司股东提起派生诉讼,认为董事没有尽到对公司员工的监督职责,导致公司违反联邦和州的健康服务提供者相关的法律,董事违反其对于公司的信义义务,因此要对公司遭受的损失承担责任。1995年,提起诉讼的股东提出和解要求,经过协商,双方达成了包括 Caremark 公司加强内部控制、确保公司遵守法律等7项内容的和解协议。

或许是受到 Graham 案的启发,原告股东声称,董事本应当知道违法行为的存在并且如果其知道违法行为,就有义务纠正公司行为,并挽回公司的损失。而主审法官 Allen 则援引 Graham 案的判决,即在缺乏合理的怀疑事由时,董事并没有义务去建立和运行一个公司的间谍系统去找出一个他们没有理由相信会存在的不法行为。然而与审理 Graham 案的法官不同的是,Allen 并没有就此打住,而是继续发挥,“我认为一个董事的责任包括善意地确保公司的信息和报告系统的存在,并且在理论上,没有这样做的董事在某些情况下可能要对公司的违法行为遭受的损失承担责任”<sup>[18]</sup>。为了回应原告的诉求,法院对董事在监督义务中如何违反信义义务进行了界定,原告必须证明:第一,董事明知或者应知违法行为正在发生;第二,董事没有诚信地采取措施去阻止或者补救这种情形;第三,该种不尽职的行为导致公司的损失。最后,Allen 总结认为,在其看来,只有董事会缺乏持续的或者系统性的监督,这种重大过失导致的公司信息和报告制度的缺乏,才是违反诚信义务,这是承担责任的一个必要条件。该判决一出,在之后的案件中被反复引用,该案确立的标准也在之后的案件中被遵循。<sup>[19]</sup>

应当说,特拉华衡平法院对董事监督义务的阐释是妥当的,而且在尊重特拉华最高法院的判决的基础之上,又对其进行了扩张性的解释以适应社会不同发展阶段的需求。首先,董事作为公司的领导者,应当从整体上监督和控制整个公司的运营,而董事会会议的形式使董事并不能对公司事务事必躬亲,因此其必须要建立一套完整的内部制度,保

---

[18] Ibid.

[19] 例如,2003年的 Guttman v. Huang 案件中,审理此案的 Strine 认为,监督责任要求证明董事没有诚信地履行其职责从而违反忠实义务,即要证明董事明知其没有履行其职能的事实。

证公司的正常运转。其次,董事不能对已经发生的不当行为视而不见或者选择性忽略,这里强调的是对下属行为的监督。因此董事的监督义务既包括对下属的不当行为负责,也包括对公司内部监督制度的完善与有效运行负责。值得注意的是,在本案中,法院认为董事负有的监督义务属于注意义务的内容,这就意味着监督义务是一种过失责任,说明董事并没有尽到一个理性人在处理自己事务时应当履行的注意。

### (三)董事监督义务的确立:忠实义务项下的监督义务

虽然在 Caremark 案中特拉华衡平法院确立了董事监督义务的标准,但是特拉华最高法院却一直没有对此进行评判,直到 2006 年的 Stone 案,<sup>[20]</sup> 由于该公司员工的疏忽,导致公司违反联邦银行秘密法案,被处罚 4000 万美元及承担民事赔偿责任。该公司股东随即提起代表诉讼,起诉 8 位现任董事以及 7 位前任董事要求其对公司的损失承担赔偿责任。

主审此案的 Holland 法官重申了 Caremark 案确立的标准,即董事完全没有建立任何报告或者信息控制系统,或者虽然建立这种系统,但是故意不去监督其实施,从而导致其不能有效知悉公司面临的风险与问题。值得注意的是,在之前的案件中,法院认为董事违反监督义务是从属于其注意义务的,而在该案中,法官则将其定性为忠实义务的内容。

除此之外,在 2009 年的花旗银行案件中,因公司在次级债券市场的风险行为,导致公司在金融危机中遭受重大损失,股东起诉董事违反风险管理义务。<sup>[21]</sup> 风险管理是指商事组织对其战略目标与风险种类、程度作出匹配决策的过程。由于金融理论的推动,企业风险管理的演变得到了关注。<sup>[22]</sup> 而从广义上来说,董事疏于风险管理,实际上也是监督义务的一种,公司从事的投资行为都是带有风险的,经济学原理表明收益往往与风险成正比,然而过度的风险承受行为则可能会使公司遭受损失,董事作为战略管理者与决策者,需要履行风险管理义务。

---

[20] 911 A. 2d 362(Del. 2006).

[21] 964 A. 2d 106(Del. 2009).

[22] See Stephen Bainbridge, *Caremark and Enterprise Risk Management*, 34 The Journal of Corporation Law. 967, 969 (2009).

2013年,一家在美国上市的中国公司 Agritech,对公司利润、生产状况等进行了虚假陈述,公司虽设有审计委员会,却并没有开过会,股东提起派生诉讼,认为董事会疏于管理,违反诚信责任,法院最终认定其违反了 Caremark 标准的第二种情况,判决董事应当承担责任的。<sup>[23]</sup>

从上述特拉华州法院对董事监督义务相关的判决中可以看出,董事违反监督义务,需要法院考量董事是否本应对公司发生的不当行为有察觉的可能性。换言之,董事是否有合理的原因去相信公司发生了不法的行为? 根据 Anne Tucher Nees 教授的总结,具体可以考量的因素有4个:行为的潜在损害、董事作出应对的时间、不当行为的特定来源、不当行为发生的频率以及董事获取相关信息的可能性。

1. 该行为对公司的潜在损害程度。监督义务之违反,一个很重要的方面就是使公司发生了实在的损害,虽然事后去评估这种损害可能会有事后诸葛亮的嫌疑,从而有损董事会在经营决策上的权威,但是评估这种不当行为给公司带来的潜在损害,是判断董事是否尽职的因素之一,不当行为给公司的潜在损害越大,紧迫性越强,则董事承担责任的可能性也就越大。

2. 董事作出反应的时间。这是董事主观善意与否的一个侧影,董事一旦知悉不当行为的存在,其是积极作出应对还是消极不作为,反映出董事对公司事务的态度,反应越是消极、迟缓,则主观恶意的可能性更大,相反若董事积极作为并及时制止不当行为的继续,则相对来说恶意就小。

3. 不当行为如何被察觉。这种因素是一个过程导向的事实,可以由此评估董事信息的来源。<sup>[24]</sup> 例如,在有的案例中,经过调查发现,公司从事的不当行为已经被媒体大量报道,而董事会如果对此完全不知情的话,那么其以不知情为由进行抗辩是值得怀疑的。

4. 事件发生的频率。当董事会经常收到不当行为正在发生的情况的时候,董事被认为恶意的可能性会增大。

---

[23] C. A. No. 7163 - VCL.

[24] Anne Tucher Nees, *Who Is the Boss? Unmasking Oversight Liability within the Corporate Power Puzzle*, 35 Delaware Journal of Corporate Law, 199, 242 (2010).



5. 董事获取相关信息的可能性。这种情况下,并不是要考量董事有没有获取相关信息,而是要认定董事基于其所处的位置,是否应当对相关情况有所了解,如果董事获取相关信息的可能性越大,则其就越有可能是故意不作为,承担责任的风险也因此而增大。

通过对美国董事监督义务的梳理可以看出,对于董事是否应当具有监督职能这一问题的答案是肯定的。问题在于这种监督义务的内容是什么,美国的判例告诉我们,这种监督不仅仅是监督下属的行为,也包括建立监督制度和监督体系。但仍然存有疑问的是,这种监督义务是哪一种义务?因为在传统的公司法理论与实践,只存在忠实义务与注意义务,那么董事的监督义务究其实质是属于哪种义务呢?特拉华最高法院虽然对衡平法院的判决予以支持,但是却又将监督义务定性为忠实义务,这与衡平法院的界定是不同的。

### 三、董事监督义务的性质认定

#### (一) 监督义务性质之争论

在 Caremark 案中,法院明显是将监督义务定位于注意义务的内容的。Allen 法官认为,董事有义务建立一个有效的合规制度,是注意义务的确实要求。<sup>[25]</sup>然而,在 Stone 案中,Strine 法官明确地将违反监督义务定位于忠实义务,这样做的结果导致股东要求董事承担违反监督义务的责任就必须按照违反忠实义务的标准来证明。由于 Van Gorkom 案<sup>[26]</sup>的影响,董事注意义务并非天然地就适用于董事。而忠实义务的标准要求证明董事存在恶意,且该种责任不得通过章程事先免除。

除了上述两种不同认识之外,还有第三种观点,即董事的监督义务

---

[25] Stephen Bainbridge, Star Lopez, Benjamin Oklan, *The Convergence of Good Faith and Oversight*, 55 UCLA Law Review 559, 580 (2008).

[26] *Smith v. Gorkom*. 488 A.2d 858. 该案中,法院认定董事违反注意义务,从而要面临巨额的损害赔偿。这导致特拉华州修改公司法,允许公司章程免除董事因违反注意义务而导致的责任。

从属于诚信义务(good faith),这种观点实际上是将诚信义务定位于独立于忠实义务和注意义务的第三种义务。这种观点肇始于著名的迪士尼案,<sup>[27]</sup>该案中,董事会聘任了Ovitz作为其总经理,在任职后不久便离职,公司因此支付了巨额的赔偿金,股东将董事及经理告上法庭,认为其违反信义义务以及浪费公司财产,要对由此造成的损失承担责任。然而特拉华衡平法院经过审理发现,董事的过错最多构成注意义务的违反,但这是被公司的章程免责条款保护的,因此并没有违反诚信义务。案件上诉到特拉华最高法院,Chandler法官阐明了诚信义务的内涵,即受托人违反诚信责任的三种方式:第一,受托人为了特定的目的行事而非为了公司的利益;第二,受托人故意违反法律;第三,受托人在明知应当作为的情况下故意不作为,即明知自己不履行义务。<sup>[28]</sup>然而后来在Stone案中,法院又将诚信义务归为忠实义务的内容。因此实际上来说,监督义务性质的争论其实是忠实义务与注意义务二者之间的区分。

## (二) 监督义务性质之厘定

为什么要对监督义务做忠实义务与注意义务的区分?一方面,从忠实义务的类型上看,监督义务定性为忠实义务在逻辑上无法自治;另一方面,两种不同的性质认定实际上也影响着监督义务实现的可能性。

实际上可以认为,监督义务也是由信义义务所衍生出来的具体内容,而信义义务则是监督义务的抽象化与概括化。有学者甚至认为,董事对公司和股东只负有一种义务即信义义务,忠实义务、注意义务作为衍生概念,其本身就具有某些相同之处。诚信义务也不例外,在Griffith教授看来,诚信义务的提出甚至仅仅是特拉华法院为了应对公司问题频发的现象所作出的一种强调,而非是因为诚信义务本身有什么特别之处,当公司丑闻爆发,法院会强调诚信义务,然而当这些问题逐渐减轻,诚信义务则会淡出,并不会成为一个与忠实义务和注意义务相并

---

[27] In re Walt Disney Company Derivative Litigation, 906 A. 2d 27 (2006).

[28] Hillary Sale, *Monitoring Caremark Good Faith*, 32 Delaware Journal of Corporate Law, 719, 730 (2007).

列的义务。<sup>[29]</sup> 而之所以会出现上述争论其实还是由于对忠实义务与注意义务的内涵认识不同。如果认为忠实义务的内容仅仅是防止利益冲突和自我交易,那么董事监督义务确实无法被认为是忠实义务,但是如果认为董事忠实义务不仅仅是利益冲突的话,那么监督义务是否有可能被包含进来呢?比如,董事会对公司的违法行为是明知的,公司从事的行为经过董事会的同意,那么这个时候表现为守法义务,可以认为其对股东和公司有不忠诚的行为,因为违法行为给公司带来的损害是可预期的,董事因其行为而使公司陷入旋涡,其性质虽不是利益冲突,但也是直接损害公司利益,归入忠实义务更为合适。我国《公司法》第149条所指的主要就是这种情形,该条规定:“董事、监事、高级管理人员执行职务时违反法律、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。”守法义务不仅是公司管理者决策时的行为准则,也是每个人的行为指南,对于董事来说并没有什么特殊性,所以,无论是守法义务还是防止利益冲突的义务都不足以涵盖监督义务。

倘若董事会对公司的违法行为并不知情,但是其作为董事的身份使得其本应当尽可能获取公司的经营信息,建立一套信息搜集与报告制度,及时察觉并阻止下属的不当行为,假如董事会并没有建立完善的内部控制制度、审计制度,或者虽然建立这种制度,但是因为重大过失而没有察觉到应当被发现的违法行为,那么,这种行为更符合注意义务的要求。注意义务的要求是董事尽可能地运用其专业和技能为股东和公司的利益而积极作为,<sup>[30]</sup> 而监督义务中,无论是董事故意地不去建立完善的内控制度与风险防范制度,还是董事因重大过失而没有及时察觉其下属的违法行为,都是董事消极的不作为,这与忠实义务中董事因积极作为而损害公司利益的行为有所不同,因此并不能归为同一类。这也是注意义务与忠实义务的区别之所在,正因为忠实义务有其缺陷,不能完全涵盖信义义务的全部内涵,所以受托人不仅负有避免利益冲突的义务,而且负有以一定的技能和勤勉去为委托人的利益而行事的

---

[29] Sean Griffith, *Good Faith Business Judgement: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence*, *Duke Law Journal*, Vol. 55, No. 1 (Oct., 2005), pp. 1-73.

[30] Julian Velasco, *A Defense of the Corporate Law Duty of Care*, 40 *Journal of Corporate Law*, 647, 649 (2015).

义务。

另外,忠实义务与注意义务二者在构成要件上有诸多不同,将监督义务置于不同的义务项下不仅会导致法院判断董事是否构成违反义务时的考量不同,也会使股东起诉时承担不同的证明标准,并且最终影响的是监督义务条款被真正激活的可能性。忠实义务基本是程序性的审查,首先确定董事有无利益关联,如有则看这种行为的过程是否是公平的,通常需要由原告股东来证明这种决策是不公平的,这对于并不经营公司的股东来说是有一定难度的,相关交易信息的获得、董事主观上的故意,都需要其证明,因此败诉的可能性非常大。而注意义务则不同,要求股东证明董事的主观标准是重大过失,以及消极的不作为,对于股东来说证明责任是减轻了,从而使承担监督义务的条件更有可能被满足。尽管在美国特拉华州最高法院判决董事因违反注意义务承担责任后,美国特拉华州议会后来修改了成文公司法(Delaware General Corporation Law),该法第102(b)(7)条规定,除了违反忠实义务和董事恶意行为等情况以外,公司章程可以免除或者限制董事的个人赔偿责任,<sup>[31]</sup>唯有董事监督义务是个例外,董事虽然可以向经理大量授权,但是一定要保有对经理层的监督职责,这也就意味着,监督义务是不能被豁免的,<sup>[32]</sup>所以,将监督义务定性为注意义务既降低了股东的证明责任,又使这种义务如忠实义务一样不能被免除,因此是更为妥当的做法。

从立法论上来看,美国律师协会制定的示范商事公司法(Model Business Corporation Act, MBCA)中对董事监督义务的描述是:董事会成员或者专业委员会成员在行使监督职能获取充分信息时,应当以一个理性人在类似情形下的标准去充分履行其注意义务(duties with the care)。<sup>[33]</sup>这与注意义务的描述是一致的,据此,MBCA的规定倾向于

[31] See Delaware General Corporation Law(2017). § 102(b)(7).

[32] 例如,在英国,虽然董事可以将特定的管理职责委托给管理层并且可以合理地相信管理层的诚实和能力,但是这并不免除其对这些职责履行所负有的监督义务。See Barings plc. (No. 5) (2000) BCLC 523. 转引自葛伟军:《英国2006年公司法》(第3版),法律出版社2017年版,第149页。

[33] See ABA. § 8.30(b). Model Business Corporation Act(2010).

认定董事监督义务是注意义务的内容。

也许会有人认为,公司受到损害的情况下总能找到直接的责任人承担相应的责任,公司的损害能够从直接责任人那里得到填补,何须多此一举要求董事对此承担监督责任?这种观点实际上没有认识到监督义务相对于直接侵权人责任的独立性,二者实际上起到的是不同的作用。从本质上说,监督义务与忠实义务一样,都是对董事权力滥用的一种私法上的制裁,公司集中管理能够带来效率上的优势,以适应商事交易的瞬息万变之特征。<sup>[34]</sup>董事的权力与责任是一致的,拥有权力也意味着要承担因权力行使不当而带来的责任。在美国的董事会中心主义模式下,监督义务是平衡董事会权力过大的一种工具,通过强调董事的监督义务督促董事为股东的利益而行事,防止董事们的消极不作为。可以认为,董事会实际上是公司经营的最高领导机关(但是在我国,法律规定股东会是最髙权力机关,并且享有一些与董事会之间无法划分清楚的权力),对于下属“乱政”,领导对于自身的失察是要承担领导责任的。“监督”(oversight)一词的英文含义是照管、负责,<sup>[35]</sup>这也意味着董事监督义务的违反是一种非直接的责任,因为直接的损害后果是由董事会下属的行为导致的,董事在这里并没有积极的作为去促成结果的发生,但是其作为公司的最高领导,有义务建立制度确保公司的政策以及制度得到下属的落实,在发现不当行为或者有疑问时,应当有义务展开调查,这既是作为公司领导所享有的权力,又是其对股东及公司所负的义务,这种私法上的制裁类似于公法上对领导或者官员行政责任的追究,这种责任不同于侵权者对于损害的填补责任。<sup>[36]</sup>

---

[34] Reinier Kraakman, John Armour, *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 12 - 14.

[35] 参见[美]达尔吉什主编:《韦氏高阶美语英汉双解词典》,外语教学与研究出版社2006年版,第1377页。

[36] 相关的分析参见邓峰:《领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角》,载《中国社会科学》2006年第3期。

#### 四、构建我国董事监督义务制度的必要性及障碍

任何一种制度都有其存在和发展的背景,同样的制度在不同的国家可能会有不同的结果,这要求我们在进行法律移植时应当注意与本国问题的结合,否则会出现南橘北枳的现象,监督义务在美国的发展脉络表明公司问题频发,董事会中心主义模式下,管理层的权力越来越大,不受监督的权力往往会给公司和股东造成损害,因此强调董事会对经理层的监督就显得非常重要。那么在我国,究竟有无借鉴美国董事监督义务的必要呢?笔者认为,基于现实中公司财务造假、违法行为频发的现象、监事会监督虚化以及完善董事义务体系的考虑,确有必要强调董事的监督义务之重要性。

##### (一) 构建我国董事监督义务制度的必要性

###### 1. 现实基础:公司运营问题频发

除在本文开始所举案例之外,上市公司中财务造假、欺诈等行为经常发生,给中小股东造成损失。2013年万福生科涉嫌3年内累计虚增收入7.4亿元、虚增营业利润1.8亿元以及虚增净利润1.6亿元等重大违法行为,然如此严重的行为仅受到证监会30万元的罚款,董事、高管也仅仅面临的是25万~30万元不等的罚款,而万福生科的股票依然在交易所上市交易。<sup>[37]</sup>在对股东承担责任上,除了平安证券承担保荐人责任外,然而,并未听说董事对股东的赔偿责任,假设董事会对财务造假知情并且同意,那么应当承担对公司不忠的责任,<sup>[38]</sup>假若董事会以不知情为由抗辩,此时董事会能否逃脱责任的关键就在于其是否负有对下属的监督责任,如果法律上认可其监督的责任,那么只要有股东起诉并且达到证明责任的标准,董事承担个人责任毫无疑问。差不

---

[37] 黄思学:《万福生科造假案》,载新浪财经:<http://finance.sina.com.cn/focus/wfskzja/>,2017年8月7日访问。

[38] 按照《公司法》第149条的规定,董事、监事、高管在执行职务时违反法律、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。上市公司公司财务造假,当然是违法行为,而且是严重违反《证券法》的行为。

多同一时间段发生的还有南纺股份、新中基公司财务造假。<sup>[39]</sup> 这些问题说明在我国,公司造假等违法行为并不仅仅是个例,而是一个需要治理的现实问题,公司造假无异于为获得短期利益而消耗资本市场信用的饮鸩止渴行为,最终投资者对资本市场失去信心,公司何处去筹集所需资金?不以董事监督义务震慑董事违法行为,公司违法行为几时休?有人可能会问,公司问题频繁发生是否足以推出需要董事会履行监督义务?确实,问题频繁发生只能直接说明现有的监事会监督不理想,最有可能得出的结论是应当继续强化监事会的监督,而不是转而寻求董事会履行监督义务,否则将有可能出现科斯所说的以一种制度取代另一种制度所带来的成本。<sup>[40]</sup> 本文的回应是,首先,下文第2点将会说明监事会监督不力的问题。其次强调董事会履行监督义务并不是以一种新制度取代旧制度,而是从公司机关分立的角度出发,充分发挥公司内部权力机关之间相互制约的作用,以董事会的监督约束经理人,以对董事违反监督义务的追究来激励董事积极履行义务,这也能够解决经济学家提出的谁来监督监督者的问题。<sup>[41]</sup>

## 2. 监事会监督不力

与大陆法系国家中的德国、日本公司法类似,我国从1993年《公司法》开始,公司中一直保留着监事会,并将其作为公司法定必设的监督机关。然而,监事会却并没有见其监督功能之发挥,根据学者的总结,监事会在我国如此完败的现状在于其地位低下、资源匮乏、职工监

---

[39] 《新中基连续六年财务造假》,载和讯网:<http://news.hexun.com/2014-07-10/166478604.html>,2017年8月7日访问;《南纺股份造假背后:挥之不去的审计潜规则》,载人民网:<http://finance.people.com.cn/stock/n/2014/0610/c67815-25127364.html>,2017年8月7日访问。

[40] 参见[美]罗纳德·H. 科斯:《社会成本问题》,载[美]罗纳德·H. 科斯等《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,上海三联书店2014年版,第39页。

[41] 经济学家在经济学中提出的代理成本问题是,组织中设计监督机制去监督代理人,会产生的是,如何解决谁来监督监督者的问题,经济学家给出的答案是使监督者与所有者的利益一致,于是就有了管理者的股权激励制度。参见[美]威廉姆森:《资本主义经济制度:论企业签约与市场签约》,段毅才、王伟译,商务印书馆2002年版,第414~416页。其实,通过诉讼来追究监督者违反监督义务的责任也是一个有效的方法。

事徒具其形、缺乏适当的考核和激励机制、与独立董事关系不清、受制于高管/控股股东。<sup>[42]</sup> 如此虚弱的监事会根本不可能指望其监督公司事务的执行。

### 3. 董事会激励与约束机制无法实现

在我国引入独立董事制度之后,董事并不仅仅是监事会的监督对象,董事会的功能中有了监督因素,<sup>[43]</sup> 由董事组成的董事会也监督经理和公司运营。<sup>[44]</sup> 然而单纯地要求董事有监督的职能似乎并没有解决问题,就像在公司董事会中强行加入了独立董事,小股东的权利依然无法得到保护一样,缺乏激励与约束机制,设立再多的监督机构也无法达到理想的效果。我国上市公司监管机构在加强董事会的监督职能的同时,却没有规定违反该义务所应承担的责任,不要求董事赔偿股东因监督不力而导致的公司损失,董事仍然没有动力去监督公司运营从而成为一个合格的守门人。

### 4. 董事勤勉义务内涵不明确

传统上董事负有的义务包括忠实义务与注意义务。然考察我国《公司法》相关规定,涉及这两项义务的条文仅有两条,其中第 147 条对忠实义务和勤勉义务<sup>[45]</sup> 做了宣示性的规定,并没有任何实际可操作的意义。第 148 条规定了董事、高管禁止从事的行为,一共 7 项,从第 8

---

[42] 参见郭雳:《中国式监事会:安于何处,去向何方?》,载《比较法研究》2016 年第 2 期。

[43] 根据中国证监会 2016 年修订颁布的《上市公司章程指引》第 98 条第 1 项的规定,董事应当谨慎、认真、勤勉地行使公司赋予的权利,以保证公司的商业行为符合国家法律、行政法规等。参见《上市公司章程指引(2016 年修订)》,证监[2016]23 号。公司董事会对公司内部控制制度的建立健全、有效实施及其检查监督负责,董事会及其全体成员应保证内部控制相关信息披露内容的真实、准确、完整。参见《上海证券交易所上市公司内部控制指引》。

[44] 参见郭雳:《中国式监事会:安于何处,去向何方?》,载《比较法研究》2016 年第 2 期。

[45] 我国《公司法》规定的勤勉义务在实质上与注意义务是相同的,都强调董事要付出一定的努力去促成公司的利益,在此意义上,本文将二者等同使用。



项兜底规定来看,该条内容规定的是忠实义务。<sup>[46]</sup>至于注意义务的内容,我国公司法既没有进行一般性的规定也没有进行具体化的列举。按照学理上的标准,注意义务应当是以一个理性人在同样位置上应当做出的判断作为一般标准。<sup>[47]</sup>那么在立法没有明确董事勤勉义务的具体内涵的情况下,若司法实践中遇此案例,法院如何裁判?根据笔者在中国裁判文书网公布案例的检索,判决涉及《公司法》第147条的案例有199个,与董事会有关的只有34个,而通过进一步筛选发现与勤勉义务有关的案件则仅有4个,<sup>[48]</sup>由此可见,该条董事勤勉义务条款被激活的次数少之又少,这与我国公司运营问题频发形成了鲜明的对比。但即使是在为数不多的判决董事承担责任的判决中,法院对于董事勤勉义务的定性也仅仅是一个理性人标准,并没有说明勤勉义务的

---

[46] 《公司法》第147条第1款规定:“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,对公司负有忠实义务和勤勉义务。”第148条第1款规定:“董事、高级管理人员不得有下列行为:(一)挪用公司资金;(二)将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储;(三)违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保;(四)违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易;(五)未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务;(六)接受他人与公司的佣金归为己有;(七)擅自披露公司秘密;(八)违反对公司忠实义务的其他行为。”根据法律解释原理,同一项下的内容从性质上来说应当是一致的,第8项既然已忠实义务作为概括条款与前七项并列,则在性质上应都属于违反忠实义务的内容。

[47] See Carsten Gerner – Beuerle and Edmund – Philip Schuster, *The Evolving Structure of Directors’ Duties in Europe*, *European Business Organization Law Review*, p. 202, 15 (2014). and also see Rosemary Teele Langford & dan Ramsay & Michelle Welsh, *The Origins of Company Directors’ Statutory Duty of Care*, 37 *Sydney Law Review*, p. 492, 489 (2015).

[48] 该4个案例分别是:王朝阳与中地不动产评估有限公司等损害公司利益责任纠纷,北京市高级人民法院(2016)京民终210号判决书,法院判决原告胜诉,董事未尽到勤勉义务;杭州艾可个人护理用品有限公司与张欣损害公司利益责任纠纷,杭州市下城区人民法院(2015)杭下商外初字第00109号判决书,判决结果是被告董事败诉,对公司承担赔偿责任;田贵生、魏驰、周天润与刁建、第三人四川国水阻燃无纺制品有限公司损害公司利益责任纠纷,四川省简阳市人民法院(2014)简阳民初字第1190号判决书,法院判决董事违反勤勉义务,对公司承担赔偿责任;甘肃纪成生药业有限公司与陈渊损害公司利益责任纠纷,甘肃省天水市中级人民法院(2014)天民二终字第48号判决书,法院认定被告尽到合理的勤勉义务,不应承担赔偿责任。

具体内容,这也导致判决书中关于这一块的内容缺乏说理。<sup>[49]</sup>如此概括化的条款,并不能为相关的纠纷提供有说服力的依据,由于我国法院长期以来依赖大量的司法解释,勤勉义务具体内涵的缺失必然会导致法院在适用该条款时的理解不一致,实践中发生的为数不多的案例已经证明了这一点。比如,2009年判决的北京妙鼎矿泉水有限公司诉王东春损害公司利益案中,该公司经理王东春在经营过程中因产品质量不合格被质监部门罚款,并且因经理原因导致公司账款无法追回、财产损失,公司起诉经理要求赔偿,法院对勤勉义务的解释是以违反法律、行政法规以及公司章程为前提,并且将商业风险带来的损失排除在勤勉义务的范围之外的做法与美国法院尊重商业判断的做法颇为类似,<sup>[50]</sup>对勤勉义务的狭义解释是不妥当的,勤勉义务是对董事及高管本身努力程度的规定,防止其不作为,如果董事以及高管没有积极作为或者行为没有违反法律,那么法院是否会认为这属于商业风险呢?类似的案例发生在同年的上海市闵行区,值得注意的是,该法院判决中并没有认为违反勤勉义务需要以违法或者违反章程规定为前提。<sup>[51]</sup>

上述案件表明,一方面,涉及董事监督义务的案件不多,其中原因值得深思;另一方面,为数不多的案例对勤勉义务的理解不尽一致,这说明我国董事勤勉义务的内容规定实际上是落后于实践的,并不能为勤勉义务纠纷提供明确的裁判规则。通过立法将董事监督义务明确化,将丰富董事勤勉义务的内容,使董事监督义务成为明确的裁判依据,而不仅仅是理论上的探讨。

有学者认为,之所以涉及董事监督义务的案件数量并不多也可能

[49] 这种说理实际上借鉴了普通法系关于注意义务的表述,尤其是 MBCA 相关条款和 Graham 判决中的法院观点。

[50] “公司高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务,诚信地履行对公司的职责,尽到普通人在类似的情况和地位下谨慎的合理注意义务,为实现公司最大利益努力工作,不得侵占公司的财产;高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规和公司章程,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。同时,损失不是由于高级管理人员的故意或过失造成,而是由商业风险或其他外界因素所致的,则不能认为高级管理人员违反勤勉义务。”参见北京市门头沟区人民法院(2009)门民初字第4号民事判决书。

[51] 参见上海市闵行区人民法院(2009)闵民初字第1724号民事判决书。

是因为该问题在实践中并不那么突出。对此本文认为,实践中的问题可能要比想象中的要更严重。理由在于,第一,根据有学者对上市公司董事违反勤勉义务案件进行的研究发现,证监会实际上是该规则的创立者和执行者。由于公司法无法提供明确的指导,所以,证监会在关于证券市场虚假陈述、内幕交易、披露不实等义务的违反上,对董事的监督义务处罚非常严,采用过错推定的原则,且案件数量非常多,从2004年到2018年,案件达到130多件。<sup>[52]</sup> 证监会的处罚仅仅是行政责任,但是却很少有股东去提起派生诉讼进一步追究董事的民事责任,应当说是与诉讼制度有关的,主要是目前股东派生诉讼对于上市公司股东持股1%的要求以及按标的收费的制度,实际上给股东造成了较重的负担,股东缺乏提起诉讼的激励。第二,根据笔者统计封闭公司提起勤勉义务诉讼的概率占到了忠实义务诉讼的20%左右,而相比之下,上市公司的诉讼裁判在中国裁判文书网是暂时为零的状态,也可以作为一种佐证。<sup>[53]</sup>

## (二) 构建我国董事监督义务需要解决的问题

### 1. 如何协调与监事会监督职能的关系

有观点基于路径依赖理论,<sup>[54]</sup>认为从1993年至今,《公司法》历经几次修改,监事会都得以保留,并且在2006年的修订中增加了监事会的职权,可以预见的是,基于路径依赖,我国《公司法》取消监事会的可能性不大。但是也有观点认为,我国已经在上市公司中建立了独立董事制度,应当废除监事会,以董事会监督全面取代监事会监督。那么在这种情况下强调董事的监督义务,其与监事会的监督职能是否存在重

---

[52] 该研究来自清华大学法学院沈朝晖老师开设的证券法专题研究课程上的讲授。关于中国证监会的行政处罚案件,参见 <http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/index.htm?channel=3300/3313>,2018年6月21日访问。

[53] 参见王真真所撰《董事勤勉义务司法裁量的问题、成因与反思——基于29份司法判决的分析》一文。

[54] 路径依赖理论认为,各国公司法之所以没有走向趋同是因为各国公司治理体系中的规则已经形成了一个具有内在秩序并相对稳定的体系,而路径依赖制约着公司法的进化。参见邓峰:《中国公司治理的路径依赖》,载《中外法学》2008年第1期;周天舒:《中国公司治理法律规则发展模式的再探讨:一个路径依赖的视角》,载《中国法学》2013年第4期。

复？董事监督义务的制度化需要这二者之间有一个清晰的关系。

## 2. 股东派生诉讼制度不完善

作为对公司行为运行机制偏离的纠正,股东派生诉讼制度于2005年进入我国《公司法》。本以为股东派生诉讼数量会因此大增,但实际上事与愿违,不仅数量非常少,而且与当初引进该制度的目的发生了偏离。根据黄辉教授的实证研究,首先,从2005年到2010年,股东派生诉讼的案件总数是60个,平均每年12个,股东派生诉讼的数量并没有大幅增加,其次只有一个案件是针对股份公司,其余都是有限公司,这与股东派生诉讼本来是用来解决证券市场公司治理和投资者保护的目的大相径庭。<sup>[55]</sup>我国现有派生诉讼制度集中在《公司法》第151条,股份公司中要求原告持股1%以上,希望以此保证原告的代表性以防止滥诉,但这同时也会导致提起派生诉讼非常困难的结果。<sup>[56]</sup>诉讼制度是激活董事义务条款的重要途径,如果没有成功的诉讼作为保障,法律赋予股东再多权利或者科以董事再多义务也都是如镜中之月般无法企及。

## 五、我国董事监督义务的制度设计与协调

### (一)明确监督义务属于注意义务

董事监督义务的违反本质上还是由于董事没有对公司尽到合理的注意与关怀,由此导致下属的“乱政”现象,所以我国在明确董事监督义务规则的同时,可以将其作为董事注意义务的内容,强调董事应当尽到的勤勉、努力以及充分获取信息、建立完善的信息传递与内部控制制度并监督其运行。

[55] 黄辉教授的研究认为,针对股份公司的派生诉讼之所以不多,主要是两个原因:第一,原告资格限定过于严苛,如持股连续持股180天以及持股1%以上的要求;第二,成本过高,赔偿直接归公司而费用却由股东预先支付。参见黄辉:《中国股东派生诉讼制度:实证研究及完善建议》,载《人大法律评论》2014年第1辑。

[56] 例如,在二重派生诉讼中,很难找到对原告持股要求的法理依据。参见沈贵明:《二重派生诉讼适格原告要件的构建》,载《法制与社会发展》2015年第2期。

## (二) 我国董事监督义务制的具体构建

前已述及,董事监督义务包括监督制度的建立,以及监督经理人的行为,这是两个内容不同的义务,前者是后者的前提。

1. 董事会负责建立监督制度。由于我国并没有明确董事监督义务的内容,所以董事会究竟应当建立什么样的监督制度在《公司法》中也没有明确的提及,大型公司尤其是上市公司中,内部职能部门众多,以在美国上市的阿里巴巴为例,其部门分为技术、财务、平台治理、云计算、市场、客户、文化娱乐等,<sup>[57]</sup>董事会不可能事无巨细一把抓,比较合适的做法是建立一套制度来管理整个集团。那么董事会应当建立哪些制度来管理公司呢?董事监督的一个很重要特征是其监督职能中蕴含着管理职能,因此,其履行监督义务在某种程度上也是在履行管理者的经营管理义务。比如,关于公司的财务会计制度,《公司法》没有明确谁负责该制度的建立,证监会《上市公司章程指引》(以下简称《指引》)第149条和《公司法》第163条都规定公司应当制定本公司的财务会计制度,公司的财务会计制度是反映公司经营状况的重要信息,虽然此处法律没有明确建立会计制度的主体,但应当认为董事会来负责比较合适,财务会计制度董事会对公司经营进行监督的重要工具,所以董事会负责建立财务会计制度既是一种对公司的经营管理行为又是建立监督制度的行为。审计制度同样也是如此,《指引》第157条明确规定,公司内部审计制度应当经董事会批准后实施。<sup>[58]</sup>另外,在上市公司中还可以设立审计、提名、考核等专门委员会,对董事会负责并履行着董事会的部分职能。<sup>[59]</sup>《上海证券交易所上市公司内部控制指引》中对上市公司内部控制的含义以及内容作了界定,并明确董事会应当对公司内控制度的建立及实施检查负责。同时,根据上海证券交易所的规定,内控制度应当在公司层面、下属部门以及公司业务环节层面作出安排,<sup>[60]</sup>这样公司内部控制制度实际上包括了对各个经营环节的控制与制度,如印章使用管理制度、担保管理制度、资产管理制度等,以及

---

[57] 参见 [http://www.alibabagroup.com/cn/ir/governance\\_8](http://www.alibabagroup.com/cn/ir/governance_8), 2017年10月30日访问。

[58] 参见《上市公司章程指引》第157条。

[59] 参见《上市公司治理准则》第52条。

[60] 参见《上海证券交易所上市公司内部控制指引》第5条。

针对不同行业可以设立符合自身特点的制度。最后,最重要的是,应当明确没有建立这些制度以及虽然建立这些制度但是形同虚设时董事会应当承担的责任。

综上,建立监督制度实际上包括财务会计、审计制度、公司内部控制制度,这些规定实际上分散于效力层级不同,适用范围各异的规范性文件当中,《公司法》虽然不可能对所有这些细节性规则作统一规定,但是至少应当以概括性条款表明,董事会应当结合公司实际情况建立相应的财务会计、制度、审计制度、内部控制制度,以保证公司内部的信息能够有效地传达给董事会,否则将被认定为没有履行监督义务。

2. 董事会监督公司运营行为。建立监督制度可以被认为是一种静态的监督,一旦董事会建立相应制度的行为完成,只要公司内部制度处于完备状态,股东就不能再以此为要求董事承担责任,但是公司虽有制度,董事可能并没有真正去利用该制度去监督经理人的行为,当公司经营发生问题时,董事对此视而不见或者没有对发现的问题展开调查从而使得损害发生,这种情况下董事应当对其不作为承担责任。现代公司人数众多,大型公司甚至有上万名员工,要求董事会对每个人的行为进行“人盯人”式的监督是不可能和不现实的,因此要求董事对普通员工的行为承担责任是不现实的,前述美国的案例中法院虽然认为董事负有监督义务,但是并没有认定董事监督的对象是否包括普通雇员,从可操作性来看应当是不包括的。那么董事会监督的对象应当包括哪些具体的人以及具体的行为呢?怎样才算尽到了对这些对象的监督?公司是采取科层制结构的组织,董事会下有高级经理,再往下有部门经理、车间主任、区域负责人等,董事会的监督对象应当限于高级经理层面,包括总经理、副总经理、财务负责人以及其他直接隶属于董事会的各部门负责人,这些人员是公司日常事务的执行者,负责将董事会的命令以及政策贯彻落实到公司,董事会作为其直接的领导者,应当对这些人的行为负责,或者当董事对经理呈交的报告有疑问,应当询问了解详情,而不是简单的批准或者盲目地相信其报告。当经理人员的不妥当行为发生时,董事会一旦有相关线索,就应当对此展开调查,对此,美国法上的特别委员会制度可以借鉴。比如,美国就在公司私有化以及面

临诉讼时临时建立特别委员会以及诉讼委员会来应对,当公司要进行私有化时,董事会若成立由独立董事组成的特别委员会来判断收购人给公司股东的对价是否公允,如果特别委员会认定价格公允,那么董事会的出售决策就是合理的,从而在股东起诉时可以免于承担责任。类似地,如果在对公司事项进行调查时,董事会可以采取类似的做法,当董事会面对问题采取了类似的积极对策时,可以认定为董事已经在积极地履行其对经理行为进行监督的义务了。

### (三)违反监督义务的责任构成要件

1. 责任主体定位。董事监督义务的担责主体毫无疑问是董事,包括独立董事与内部董事。独立董事被寄予保护小股东和监督执行董事以及公司经理层的厚望,对下属的不当行为有察觉并阻止的义务。但是独立董事与内部董事之间的责任应当有所区分,独立董事多为外部董事,对公司经营管理可能不如内部董事熟悉,一般来说其只要能够提供证据证明自己积极履行董事职能,不知道或者不应当知道经理人从事的行为。比如,经理人瞒着外部董事从事违法行为,并且自身在发现问题之后采取了积极措施,即可证明其已经尽到勤勉与注意义务,因此,只有在重大过失的情形下要求独立董事承担责任才是比较合适的做法。但是我国目前实践中的做法对独立董事的处罚有些过于严苛,并不区分董事是否已经履行勤勉义务,一旦公司出现问题,独立董事都要被处罚,<sup>[61]</sup>这种做法是有害的,而且被处罚的罚金也并没有交给投资者而是直接交给证监会,并不能起到保护投资者的作用。需要说明的是,本文虽然提倡董事承担监督义务,但统一不区分过错地惩罚无过错的董事,将有可能造成权力与责任的失衡。造成这种状况的原因在于,我国立法中对董事的勤勉义务规定的太过原则,只要出现了违法行为就处罚独立董事,并没有将董事是否以及如何履行勤勉义务的情形纳入考虑,这与美国的状况刚好相反,即使是在著名的 *Smith v. Van*

---

[61] 参见证监会[2017]2号行政处罚决定书,该案中,公司总经理瞒着独立董事使公司从事股权代持行为,但是在信息披露中并未如实披露,证监会认定董事没有履行勤勉义务,对所有董事予以处罚,其中有独立董事提出抗辩,认为股权代持事项并没有经过董事会表决,独立董事不可能知道,并且在发现该行为时及时督促公司向有关部门报告,但证监会依然维持了处罚。

Gorkom 案中,虽然法院最后认定董事违反注意义务,但是最终赞成票与反对票只有一票之差,这至少说明在美国要求董事承担注意义务时是非常谨慎的,这需要对案件的事实进行仔细的认定,并且需要立法对董事勤勉义务内涵作出详尽的说明。

而对于其他内部董事呢?是否负有监督义务?本文的答案是肯定的。股东由于理性冷漠等原因无法直接监督其代理人的行为,董事会作为一个解决代理成本的机制被公司法确立,类似于公司的中枢,而董事成员则是这个中枢的构成,现代大型股份公司董事会并不负责公司的日常经营,授权经理层是通常的做法,董事会管理职能被经理层分解,其让与的权力当然需要监督。<sup>[62]</sup>那么,内部董事之间承担的责任性质是连带责任吗?这个要区分情形,如果公司是公司总经理的行为导致的损害,那么应当认为所有内部董事对其行为负责,因为总经理负责公司全部业务,所有董事对总经理都有监督的义务。另外一种情形是,损害行为是由负责某一项具体业务的高级管理者承担的,公司内部可能有所分工,其他执行董事可能各自负责公司的某一方面的业务,对其所主管的业务下属负有监督义务是理所应当的,而作为公司董事,对于其他业务执行董事的行为也应负有监督义务,因此若某一部门出现问题,负责其他部门的执行董事并不因此要承担责任,因为董事会内部的分工已经表明了负责的主体,其他执行董事并不过问该业务,要其承担责任没有依据,只需要负责该业务的执行董事承担责任即可,独立董事则根据具体情形考察是否尽到勤勉义务。在日本以及韩国,这种责任被称为董事之间的相互监督义务,以此督促其他董事积极履行监督职责。<sup>[63]</sup>

## 2. 主观构成要件

公司法上的信义义务条款是将侵权法上的规则法定化到公司、股东与董事这三者之间,因此信义义务责任构成要件上与侵权法的要件有几分相似。侵权法上过失是指,没有尽到一个理性人在相同情形下

---

[62] 参见葛伟军:《英国公司法要义》,法律出版社2014年版,第6页。

[63] 参见[日]近藤光男:《最新日本公司法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第246~247页。



应当尽到的注意,<sup>[64]</sup>公司法根据自身的特征对侵权法的规则进行了改造,对于违反忠实义务的行为,要求董事是故意,而且也只能是故意,因为并不存在董事因为过失而对公司有不忠的行为。对于违反监督义务的行为呢?通常来看可能是因为没有尽到合理的注意,如充分的了解、获取信息、草率等过失而没有及时察觉到下属的不当行为,但是在董事急于建立公司内部的信息传递与控制系统时,其主观过错是否还是过失呢?本文认为,这个时候的主观恶性要大于前一种情况,但是从追责的角度来看,证明存在过失要比证明故意容易,因此对于违反监督义务的主观方面,认定为过失是合适的。如前所述,内部董事与外部董事在信息获取以及公司经营方面有众多不同,在责任认定时主观方面也应当进行区分,对于内部董事应当适用一般过失标准,而对于外部董事则可以适用重大过失标准。

3. 客观行为要件。如前所述,董事监督义务包括建立监督制度与监督高级经理行为。那么,董事违反义务的客观表现应当是没有建立完善的内部控制制度、财务会计制度以及审计制度;还包括对经理的不当行为的漠视,在发现问题时不及时组织以及发现线索时不展开积极的调查。

4. 损害结果要件。公司受有损害是前提条件之一,但是这种损害不仅仅是物质上的损害,也包括对公司的商誉以及形象的损害。比如,在有的情形下,公司从事违法行为获得的利益可能比被处罚的罚金要高,从物质上看公司还增加了收入,但从事违法行为是有损公司形象的,也不利于股东的长远利益。也有一种情况是,董事会及时发现了经理的违法行为并成功阻止了损害后果发生,这个时候董事并没有违反监督义务;相反,其是在积极履行监督义务。有问题的是,虽然董事会发现了不妥当的行为并阻止了行为的继续,但是损害已经不可避免地发生了,这个时候董事是否要承担责任呢?在认定时应当综合考虑董事对此作出反应的时间是否及时,该行为给公司造成损害的程度,反应越及时、损害较小,则董事主观上的过错就越小,作出赔偿的可能性也

---

[64] See Kenneth Abraham, *The Forms and Functions of Tort Law*, 5th edition, Foundation Press, 2017, p. 62.

就越小。

#### (四) 构建我国董事监督义务的制度协调

1. 厘清与监事会的关系。我国《公司法》第53条规定了监事会对公司事务的监督职权,包括检查公司财务、提出罢免建议、对损害公司利益行为的纠正要求。我国监事会在结构上类似于德国的组织架构,但又有所不同。之前的观念是认为德国的监事会由于拥有任命董事会成员的权力,所以能够行使有效的监督,但最近的一项研究发现,德国的监事会存在着内部由大股东控制,由于共同决策制的要求,还有外部的员工参与,加上强大的银行债权人也在监事会中占有一席之地<sup>[65]</sup>。但不管存在由谁控制,一旦作为公司的机关就应当为公司的利益而行事,如果过于偏袒控制者,将会遭致责任承担。在股权结构分散的美国,同样存在着控制,只不过不是大股东控制,而是管理层控制,同样如果董事会纵容管理层的不当行为,要承担监督不力的责任。中国的问题则又较为突出,虽然也有万科这样股权分散的公司,但大部分公司的股权结构相对来说比较集中,存在一个控制股东,既可能控制监事会,也有可能控制董事会。被控制的没有实权的监事会根本没有动力以及实力去监督管理层,那么就造成管理层的权力很大。从这一点来看,在我国强调究竟是采用监事会监督还是董事会监督模式根本没有意义,因为都有可能被大股东控制而不能进行有效监督。

监督制度要得到有效的实施,最根本的在于要使监督机关对其监督义务承担相应的责任,对于公司来说,监督经理层是董事会的义务,没有履行或者履行不当董事对此要承担个人责任。有人可能会问,既然如此那为什么不强调监事会的监督义务呢? 本文认为,强调董事的监督义务更为有效,原因在于:第一,我国大型公司中董事会已经不再是单纯的管理机关与决策机关,也是监督机关,对经理层的监督是其职责所在。第二,董事会是公司经营管理机关,在监督范围、获取所需信息的充分性、监督力度上都比外部的监事会要强,由董事会来监督经

---

[65] See Kathrin Johansen & Laser & Saskia Laser & Doris Neuberger & Ettore Andreami, *Inside or Outside Control of Banks? Evidence from the Composition of Supervisory Boards*, *European Journal of Law and Economic*(2017)43:31 – 58, p. 31.

理层也更为有效。<sup>[66]</sup> 第三,我国监事会的职权目前仍存在于纸面上,实际上不能有效履行职权,让其承担责任是勉为其难。我国监事会的模式不同于德国的监事会制度,德国的监事会实际上是董事会的领导者,监事会产生董事会,而我国监事会在理论上则是与董事会平行的机关,这种情况更类似于日本的制度。那么,在强调董事监督义务时,监事会的位置应当置于何处?是否还有必要再继续保留监事会?本文认为,可以做的是,整合监事会与董事会下属的审计委员会功能。审计委员会是确保公司内部审计独立的重要保障,也是董事会进行监督的重要机制之一,整合监事会的财务检查功能,可以强化董事会在财务方面的监督。

那么如何整合监事会与董事会?有人提出转变监事会监督方式,如由对立监督转向合作监督、增加监事会与董事会之间的良性互动、使董事会与监事会承担连带责任等,<sup>[67]</sup>但对于没有实际权力的监事会来说,要求其与董事会承担连带责任的做法是不合适的,有些强人所难。本文认为,《公司法》不应当再坚持保留监事会制度,实践已经证明这种监事会制度并没有起到良好的监督效果,反倒是近年来独立董事更多地站出来为公司的利益说话,<sup>[68]</sup>监事会则经常处于默默无闻的状态。日本在2014年修改《公司法》时,就强化董事会监督机能方面做了诸多努力,包括未设置独立董事上市公司的董事会说明义务以及增加审计委员会设计公司,足见审计功能在公司监督中的地位,同时赋予监事会选人独立审计人的决定权,以增强审计监督作用。<sup>[69]</sup> 日本公司

---

[66] 根据管理学的研究,董事会通过与管理层的交往与沟通,其长期的观察更能把握CEO的行动、能力等一些软信息,而这些信息对于董事会来说是非常重要的,其掌握的信息越充分,监督职能就越能更好地发挥。监事会则存在着明显的信息不对称。参见孙光国、郭睿:《CFO 内部董事有助于董事会履行监督职能吗?》,载《会计研究》2015年第11期;龚辉锋、茅宁:《咨询董事、监督董事与董事会治理有效性》,载《管理科学学报》2014年第2期。

[67] 参见赵大伟:《监事会监督方式变革论》,载《当代法学》2017年第2期。

[68] 例如,在2016年沸沸扬扬的万科股权之争中,独立董事华生针对董事会以及股东大会的意见发表了一系列声明,使本就扑朔迷离的案情展现在公众面前。参见《华生详解万科董事会:我为什么不支持大股东意见》,载 [http://news.cnstock.com/news\\_yw-201606-3824777.htm](http://news.cnstock.com/news_yw-201606-3824777.htm),2017年8月1日访问。

[69] 参见吴建斌编译:《日本公司法》,法律出版社2017年版,编译者前言第5页。

法同时保留了监事会与董事会委员会的双重监督,但实际上日本公司如此复杂的监督制度设计,其效用并没有实证考察支持,反倒是这种叠加的结构显得非常臃肿,因此不足为我国所取。我国应当将监事会并入审计委员会,强调审计委员会从内部审计发挥监督作用,并且确保在聘用外部审计机构时决定的独立与客观,否则将对此承担责任。理由在于,我国监事会的职权主要是在检查财务方面,监事会一般不会主动对董事会的做法提出异议,与其将监事会像花瓶一样摆在那里,不如将其并入董事会以充分发挥董事会对经理层的监督作用。

有人可能会问,尽管监事会的职能很弱,但是放在那里至少表明公司治理结构是完善的,取消监事会的话,谁来监督董事会? 本文认为,公司治理结构并不是只有这种“三权分立”的模式,美国公司法中就没有监事会制度,对董事的监督主要是依靠责任追究以及诉讼制度。通过义务设定以及责任追究的方式形成对董事权力的制约,一旦股东坐实了董事违反其义务,董事面临的赔偿压力会约束其不当行为,这种方式要比要求一个没有实权的监事会来监督要更为有效。

2. 降低股东提起派生诉讼的难度。强调董事监督义务的最终目的还是希望通过诉讼的威慑来督促董事积极监督下属,如果义务被违反而起诉的成本与难度很高,小股东可能会望而却步,搭便车的理性冷漠使得这种情况加剧。<sup>[70]</sup> 有学者建议,原告起诉的资格要求可以降低一些,比如持股比例的要求,因为上市公司涉及资金巨大,持股1%已经是一个很高的要求了,在我国诉讼的案件受理费是由原告预交,而且股东派生诉讼案件是作为财产案件审理,相对于小股东来说,预交这么一笔费用是不小的压力,因此,可以考虑将股东派生诉讼案件作为非财产案件,按件收费,律师费用上则可以采用风险代理的形式,只有在案件胜诉或者股东收到实质性利益的情况下,律师可以按照预先约定的比例收取费用。<sup>[71]</sup> 股东派生诉讼难度的降低客观上有利于该类诉讼的提起,通过派生诉讼激活“休眠”的董事监督义务,从而督促董事积极

---

[70] See Hui Huang, *The Statutory Derivative Action in China: Critical Analysis and Recommendations for Reform*, 4 Berkeley Business Law Journal. 227 (2007), p. 248.

[71] 参见黄辉:《中国股东派生诉讼制度:实证研究及完善建议》,载《人大法律评论》2014年第1辑。

履行作为监督者的权力与义务,并且也有利于通过事后责任的追究使得监督义务制度得到落实。

## 六、结语

公司制度与早期意大利的家庭合伙以及后来的海上商业冒险活动密切相关,这就注定了公司的经营是充满风险的行为,作为现代企业的管理者,董事以及高级管理者的行为对公司的命运影响至深。明确董事监督义务的内涵以及责任性质、主体、责任承担方式等问题,有助于督促董事勤勉尽责,也使公司内部追责体系更加完善,从而通过责任追究制度激活董事注意义务条款,使公司内部监督机制有效运作。

(编辑:武俊桥)