

## 董事会中心主义治理模式 在我国公司法中的重塑

甘培忠 马丽艳\*

---

**内容提要：**公司治理是公司所有权与控制权分离衍生出的新问题，其核心在于如何配置公司权力及构建相应问责机制。随着公司股权分散化趋势在各国公司中的蔓延，域外公司法普遍确立了董事会中心主义的治理模式，即以董事会为公司治理中枢，赋予其广泛经营管理权并以完备的信义义务体系为董事合理履职背书。我国《公司法》忽视公司治理需求上的本质差异，将分权控制结构强制嵌套在所有公司权力配置中，造成公司治理规制失当与迟滞缺憾。未来我国公司治理的优化革新应当以公司治理发展多元化为主线，制定单行的“有限责任公司法”和“股份有限公司法”并分别确定公司治理模式，其中对股份有限公司而言，董事会中心主义模式的全面确立是与时代并行、与现实契合的不二选择。此外，以权责相称为旨归完善董事信义义务体系并补缺董事问责机制，是确立董事会中心主义模式的应有之义。

**关键词：**公司治理 股份有限公司 董事会中心主义 信义义务

---

### 一、问题的提出

1932年伯利和米恩斯在《现代公司与私有财产》一书中精确概括美国公司制度的特点为所有权与控制权相分离，此后“两权分离”理论在各国公司实践中产生广泛而深刻的影响。伴随着公司所有权与控制权分离趋势的增强，公司机关分化局面形成，进而推动公司权力配置格局发生转型：公司治理不再囿于股东本位思想主导下以股东会为中心、以其他公司机关为附庸的传统模式，而是将公司经营管理权<sup>[1]</sup>由股东会过渡到董事会，发挥董事会在经营管理方面的优势作用。

\* 甘培忠，兰州大学法学院教授；马丽艳，兰州大学法学院博士研究生。

[1] 伯利与米恩斯提出的“两权分离”理论，是指公司所有权与控制权相分离，但公司法理论研究通常将控制权解读为经营管理权，概源于公司控制权的主要内容即是对公司的经营管理，且经营者控制契合公司发展实际。参见周游：《公司法上的两权分离之反思》，载《中国法学》2017年第4期。

我国《公司法》作为公司制度的后起之秀，在公司治理上采取标准范式之外的分权控制结构，即以明确列举和设置兜底条款的方式将公司权力分配给公司各个机关，希冀通过分工协作实现相互制衡。然而，分权若不能做到界限分明，那么制衡效果便会大打折扣，我国《公司法》遵循“重大事务决策权归股东会”“一般事务决策权归董事会”的思路划分公司权力，所形成的权力配置格局看似清晰实则混乱，股东会和董事会的固有权力内容重合、边界模糊，为公司法治实践埋下隐患。况且分权控制结构虽介于标准化的股东会中心主义和董事会中心主义之间，但我国公司权力配置还是明显受到我国行政体制的影响，〔2〕股东会作为公司权力机关不仅被授予广泛经营决策权，更是享有公司剩余索取权，再加上监事会专门负责公司内部监督，董事会权力已经被严重侵蚀，所剩无几。适逢新一轮《公司法》修订，笔者认为我国公司治理模式的优化革新应当从公司法治发展实际出发，秉持公司自治理念，构建多元化的公司治理架构以满足不同规模、不同类型的公司的权力配置需求，其中标准化的董事会中心主义模式不失为股份有限公司的妥适选择。

董事会中心主义的公司治理模式契合股权分散公司的实际需求：股份有限公司为寻求融资而不断扩充投资者数量，使得公司股权结构分散化、社会化趋势增强；大多数投资者并不热衷于参与公司经营管理，甚至其投机意图胜于投资想法，〔3〕因此公司的日常经营管理只能委诸董事会负责；董事会由具备专业知识的董事组成，其通过集体决策掌控公司大小事务并积极推动股东利益最大化〔4〕。因此，正如亨利·汉斯曼所言：“投资者所有权与自由市场和自由企业并不是必然相伴随的”〔5〕，股东直接控制公司也许在小型封闭式公司中有其合理价值，但对于公众公司而言，股东只是追求投资利益的群体，他们随时可能离弃公司而成为局外人，股东主权成为一种抽象的商业教条。公司轮船的船东们远在千里万里之外，驾驶者只能是名为船长、大副等组成的董事们。董事会中心主义模式突破了投资者所有权在公司治理中的垄断地位，使董事会成为公司事务决策的主导力量。然而“两权分离”现象必然引发代理成本问题，即公司治理始终要面临董事会非为股东利益决策而是利用各种机会主义行为谋求个人私利的风险，如何约束和抑制董事恣意行为便成为董事会中心主义模式的核心问题。〔6〕总之，本文以董事会中心主义模式下公众公司的权力分配、运行和制衡为主线，循着董事会中心主义模式的发展演进脉络，比较研究西方国家董事会制度的表现形式与东方国家（地区）引入董事会制度后的改良适用，最终立足我国公司制度发展实际，重塑我国公司法中的董事会中心主义模式，并为构建权责相称的董事会制度提出理论构想。

## 二、董事会中心主义模式的制度渊源与理论基础

### （一）制度渊源：西方国家的成文法与判例

公司制度滥觞于西方经济社会土壤，所以我国公司法理论研究与实践探索在遭遇难题时难免

〔2〕 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。

〔3〕 参见赵万一主编：《公司治理的法律设计与制度创新》，法律出版社2015年版，第8页。

〔4〕 See Michael Dooley, Two Models of Corporate Governance, 47 *Bus. Law.*, 462 (1992).

〔5〕 〔美〕亨利·汉斯曼：《企业所有权论》，于静译，中国政法大学出版社2001年版，第1页。

〔6〕 See Mark A. Sargent, Lawyer in the Perfect Storm, 43 *Washburn L. J.*, 1, 43 (2003).

要追根溯源，沿着西方国家探索出的路线寻找适合我国国情的智慧和经验。股东会中心主义和董事会中心主义的更迭背景始现于19世纪50年代。彼时股东会中心主义的权力配置模式已经与现代公司的发展相脱节，尤其是公众公司股东会在交易频繁、竞争激烈的市场环境中逐渐力不从心，甚至投资者本人对参与公司经营管理保持理性冷漠（rationally apathetic），〔7〕“搭便车”心理和“用脚投票”行为盛行；与此相反，董事会则因吸纳了具备专业知识和能力的成员而在公司事务管理方面愈发游刃有余，公司经营管理权由股东会向董事会倾斜乃大势所趋。美国特拉华州《普通公司法》（1899年）作为典型代表之一，通过“除非本法或公司设立章程另有规定，公司业务和事务均应在董事会管理或在董事会指导下进行”正式宣告董事会中心主义的确立，此后《美国示范公司法》（1950年）第8.01条（b）规定：“所有公司权力应当由董事会行使或在它的许可下行使，公司业务和事务也应当在它的指导下经营管理，但上述一切均应受公司设立章程明示限制的约束。”英国上诉法院在20世纪初通过“自动过滤器公司案”〔8〕表达了以公司章程为公司权力划分依据的立场，即当公司章程将权力授予董事会时，股东会再无权干涉该权力的行使。该判例影响了后续多起案件的判决结果，〔9〕并使“股东会无权干涉董事会在其权力范围内的决策，除非董事会行为违反法律或公司章程”的观点流行开来。大陆法系也纷纷选择以董事会为中心配置公司权力，如德国《股份公司法》（1965年）规定董事会作为公司的领导机关享有广泛的公司管理权和代表权，其权力行使不受股东会特别决议的干涉。法国《商事公司法》（1966年）也规定董事会拥有在任何情况下以公司名义进行活动的广泛权力，其应在公司经营范围内行使除法律明文规定属于股东会权力外的其他所有公司权力。〔10〕

随同董事会中心主义模式一道被广泛接受的还有理论界对董事会权力性质解读的变迁。既往观念中常以董事会权力源于股东会授权作为研究基调，主张股东会可随时收回、限制董事会权力甚至直接介入其中。如今主流观点则认为董事会权力源自公司本身，公司作为独立法人机构为维持正常运行必须设立机关并分别移交权力，因此董事会享有经营管理公司的法定权；股东会和董事会作为相互独立的公司机关，应在各自权限范围内妥当行使权力且不得逾越，二者的交集也只限于以下情形：股东会可通过修改公司章程或者选任董事介入董事会决策、间接影响董事会权力行使。域外公司立法大都遵循上述逻辑，在奉行董事会中心主义的同时也将制定和修改公司章程、任免董事的权力作为股东会的法定权力予以固定，可见董事会中心主义并不是隔绝或者边缘化股东对公司的控制权，而只是在公司利益最大和效率优先的驱动下对公司权力配置的一种合理调适。

〔7〕 参见〔美〕斯蒂芬·M. 贝恩布里奇：《理论与实践中的新公司治理模式》，法律出版社2012年版，第174页。

〔8〕 Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame, [1906] 2 Ch. 34, CA.

〔9〕 譬如在 Quin & Axtens v. Salmon 案（1 Ch. 311, CA; [1909] A. C. 442, HL.）中，法官认为股东会作出的普通决议不得干涉董事会的决定，除非董事行为违反了公司法或公司章程的有关规定。在 Shaw & Sons (Salford) Ltd v. Shaw 案（[1935] 2 K. B. 113, CA.）中，法官表示当管理权被授予董事会时，除董事会外其他机关均不可行使公司管理权；股东会控制董事会的唯一方式便是变更公司章程或者更选董事；股东会和董事会都不得篡夺公司章程授予对方的权力。在 Scott v. Scott 案（[1943] 1 All E. R. 582.）中，法官主张当权力被授予董事会时，除非通过修订章程剥夺这些权力，否则股东会不得干涉董事会的权力行使。

〔10〕 参见王勇华：《董事会权力法律制度研究：理论与规则》，法律出版社2015年版，第162-165页。

## （二）理论基础：公司价值取向的博弈

如上文所述，公司所有权与控制权分离推动公司机关分化，而在林立的公司机关中选取最适合的公司利益“守护者”则是公司治理的起点。与公司的大股东或经理相比，董事会成员既无股份高位套现的动机也无奖金和股票期权兑现的诱惑，因此董事会能够相对保持对公司利益的忠心，<sup>〔11〕</sup> 股东及其他利益攸关者也乐意由董事会来居中裁决各方龃龉。现代公司董事会采取集中管理方式治理公司，其目的在于：第一，为公司确定一个稳定的责任主体，由董事会统筹公司对外交往；第二，发挥董事会专业管理优势，集思广益达到决策最优；<sup>〔12〕</sup> 第三，建立以董事会为中心的公司内部交流网络，<sup>〔13〕</sup> 并由其专门负责调节公司各种要素的利益分配<sup>〔14〕</sup>。自普通公司时代以来，各国公司立法无不以“股东利益至上”为圭臬，从公司权力配置到公司利益分配都以最大程度维护股东利益为基本价值取向，诸如“商业公司设立和运行的主要目的是为股东创造利润”<sup>〔15〕</sup>、“董事义务便是在法律允许的范围内最大化股东的长期利益”<sup>〔16〕</sup> 的观点盛行。然而进入知识经济时代以来，智识资本价值愈发凸显，<sup>〔17〕</sup> 公司利益不再与股东利益完全等同，公司内部其他投入生产要素的相关者也成为公司利益索取的适格主体，是故公司制度的价值取向不能停留在片面追求股东利益最大化的层面，肩负起必要社会责任是现代公司制度的新目标。<sup>〔18〕</sup> 当然价值取向的博弈并不意味着公司利益纷争恒久存在，一般情形下股东利益最大化与公司利益最大化协同一致，<sup>〔19〕</sup> 公司法立法也应以“为所有受到公司活动影响的人谋求整体福利”<sup>〔20〕</sup> 为目标，维持股东利益与社会利益的平衡、和谐是公司法治长远的追求<sup>〔21〕</sup>。

在董事会中心主义的权力架构之下，董事与公司间的关系趋于紧张，尤其是在董事会权力空前扩张、专业化经营创造巨额经济效益等因素的诱发下，董事权力滥用是每个公司成员都要承担

〔11〕 参见仲继银：《迷失的董事会中心主义》，载《董事会》2012年第4期。

〔12〕 实验心理学家和实验经济学家认为，特定环境下集体决策优于个人决策。20世纪30年代马乔里·肖（Marjorie Shaw）实施的经典对比实验（四人一组寻找解决“Eureka”问题的唯一自我确证的答案）发现团体组的正确率明显高于个人组。See Marjorie E. Shaw, Comparison of Individuals and Small Groups in the Relational Solution of Complex Problems, 44 *Am. J. Psych.*, 491 (1932). 然而，上述实验设置在人为创造的环境中，且参与实验的学生与现实生活中担任董事的商业人士差距较大，所以该实验结果因偏离市场运行规律而受到质疑。See Richard A. Poster, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, 50 *Stan. L. Rev.*, 1551, 1556 (1998).

〔13〕 See Henry Hansmann, Reinier Kraakman, The Essential Role of Organization Law, 110 *Yale L. J.*, 387, 406-423 (2000).

〔14〕 See Stephen M. Bainbridge, Why a Board? Group Decision-making in Corporate Governance, 55 *Vanderbilt Law Review*, 1-55 (2002).

〔15〕 *Dodge v. Ford Motor Co.*, [1919] Michigan Supreme Court 170 N. W. 668.

〔16〕 *Katz v. Oak Indus., Inc.*, [1989] Del. Ch. 508 A. 2d 873, 879.

〔17〕 根据“公司能力理论”的观点，物质资本所有者以所有权形式对公司的投入只是公司获取利润的一个因素，在公司设立初期作用巨大，但公司的长远发展和长期利润获得则更依赖公司内部的特型智识资本。参见乔子欣：《论公司法人治理结构中的董事会中心主义——兼论我国公司董事会的重构与完善》，载《江苏社会科学》2002年第3期。

〔18〕 在20世纪30年代伯利与多德（Berle-Dodds）开展的著名论战中，伯力认为公司首先应对股东负责，因此为股东利益最大化牺牲一些社会利益也在所不惜；多德则主张董事的受托义务应当扩展到保护社会整体利益层面上来，企业应当以提供社会服务为己任。See A. Berle, Corporate Powers as Powers in Trust, 44 *Harvard Law Review*, 1049, 1074 (1931); E. Merriek Dodd, For Whom Are Corporate Managers Trustees? 45 *Harvard Law Review*, 1145, 1163 (1932).

〔19〕 参见潘林：《优先股与普通股的利益分配——基于信义义务的制度方法》，载《法学研究》2019年第3期。

〔20〕 [美] 莱纳·克拉克曼、亨利·汉斯曼等：《公司法剖析：比较与功能的视角》，罗培新译，法律出版社2012年版，第29页。

〔21〕 参见甘培忠：《论我国公司法语境中的社会责任价值导向》，载《清华法学》2009年第6期。

的必然风险，<sup>〔22〕</sup>控制代理成本便成为公司利益调节中的另一重难题。为保障董事个人合理利益诉求与公司利益最大化并行不悖，公司法从事前监管和事后治理两个层面提出优化措施遏制代理成本攀升，其中典型如：创设独立的公司监督机关或设置独立董事强化对董事会的监督；制定完备的董事信义义务规范体系防范董事会权力滥用；以薪酬或荣誉等激励为对价换取董事忠实勤勉履职；股东会行使董事任免权调控董事会成员优胜劣汰等。上述策略的实际效果并不相同，甚至有些并不尽如人意：如以高额薪酬或荣誉、名誉等激励措施刺激董事尽职履责存在风险，高薪酬或名誉可能会异化为反向驱动，沦为董事攫取公司利益的工具。因此，在董事会中心主义模式下解决代理成本问题需要多重策略共同发力，单独的激励措施并不能完全取代密切的监督机制和信义义务下的问责体系，股东会手握的董事任免权则成为控制代理成本的最后一道屏障。

### 三、域外公司立法中董事会中心主义的表现

#### （一）独立探索与协同发展：西方国家的董事会中心主义模式

西方国家的公司权力配置格局虽然在相当时期内实现了从股东会中心主义向董事会中心主义的转型，但各国公司法实践却演化出不同的董事会角色定位，其中典型便是美国单层制下的监督者<sup>〔23〕</sup>和德国双层制下的监督—管理者。美国公司法虽然赋予董事会最大范围的公司管理权，但董事会往往又通过权力下沉方式将公司日常事务的决策权转移给专门智囊团队或委员会而只保留对公司内部的普遍监督权，<sup>〔24〕</sup>公司决策遂依赖于CEO为首的经理层，CEO与董事会并行的格局逐渐形成。然而，董事会从冗杂的公司日常事务中解脱出来并不意味着其责任的相对减轻，实际上董事不仅要以宽泛的信义义务规范约束自身行为，独立董事还要负责监督和审查经理层的行为，预防股东诉讼滋生，阻遏一切可能造成董事问责的不当行为。德国公司制度中的董事会则分化为监督董事（另一说是监事）与管理董事，前者由股东选举产生，总揽公司经营战略的制定和实施；后者则由前者选聘并受其监督，负责公司日常事务管理。在人员构成方面，由于德国公司仍以股东联盟和家族为主要资本来源，公司治理还尚未完全摆脱股东联盟和家族势力的影响，因此公司监督董事会中不得不为这些股东留有席位；此外，为表示对劳工群体利益的重视，监督董事会中也会吸纳一定数量的劳工代表。总之，虽然美国和德国分别探索出不同的董事会组织形式，但是都坚守着董事会中心主义模式的底线规则——董事会掌控公司各项事务，股东会仅在法律或章程授权范围内行使部分公司权力。

〔22〕 See Margaret M. Blair, Lynn A. Stout, A Team Production Theory of Corporation Law, 85 *Va. L. Rev.*, 247, 299 (1999).

〔23〕 美国法学会在起草《公司治理规则》(ALI)时引出董事会监督职能理念，草案要求大型上市公司的董事会成员半数以上应为独立董事，以确保董事会能够客观评价管理层的表现。See Stephen M. Bainbridge, Independent Directors and the ALI Corporate Governance Project, 61 *Geo. Wash. L. Rev.*, 1032 (1993). 2002年“萨班斯·奥克斯利”法案出台后，美国三个主要的证券交易所在上市公司治理要求中均提出“必须有一半以上的董事会成员为独立董事”，董事的监督者定位被持续深化。

〔24〕 See Lynn A. Stout, In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of *Smith v. Van Gorkom* and Business Judgement Rule, 96 *Northwestern University Law Review*, 675-693 (2002).

### 1. 以重大事项为标准确定股东会法定权

各国公司法在董事会中心主义模式下，对股东会权力采取节制的立场，只有在董事会陷入利益冲突或公司治理结构发生根本变化时，股东会才能直接参与公司事务决策，主要包括公司章程修改、董事任免以及牵涉公司参与各方关系变化的公司合并、分立、解散等重大事项。当然各国立法对股东会权力的规定也有差异，据莱纳·克拉克曼等学者的横向比较，同为英美法系的英国公司法和美国公司法在授予股东会法定权力时各据一端，大陆法系国家则居于中间水平；若按照特拉华州公司法为股东会赋权的标准，欧洲国家的公司治理模式甚至要被归类为股东会中心主义，<sup>[25]</sup>只因这些国家的股东会被授予太多法定权力。以下两点可以作为示例：其一，在公司章程修改程序中，德国等欧陆国家认为股东会无权提出议案并批准决议，<sup>[26]</sup>董事会无权介入其中；而美国特拉华州公司法规定公司章程修改是股东会和董事会共同作用的领域，即由董事会提出议案，股东会行使消极批准权。<sup>[27]</sup>其二，不同于欧洲国家公司法授予股东会强大的董事任免权，<sup>[28]</sup>美国公司法对股东会的董事任免权设定限制：股东无权提名董事而只能在董事会提供的候选名单中进行投票，其对董事会选任并无否决权，<sup>[29]</sup>而且公司法还允许通过创设交错董事会等方式禁止股东召集特别股东会，从而阻碍股东对董事的强制罢免。<sup>[30]</sup>

### 2. 以公司章程为依据确定公司权力归属

在董事会中心主义的公司权力配置格局中，董事会在股东会法定权力之外享有广泛的公司事务经营和管理权，但同时各国公司法又允许公司章程对公司权力进行再分配，所以公司章程便成为确定公司权力归属的权威依据，同时也是董事会权力的“门禁”。一般来讲，公司章程对股东会权力范围和董事会权力范围的影响是相对的，即在公司权力总量保持不变的情况下，公司章程会把原先概括规定属于董事会的权力让渡给股东会，使得二者始终处于此消彼长的动态平衡中。然而，以章程确定公司权力归属只是一种理想化的构思而欠缺现实操作性，原因在于：首先，公司章程不能穷尽所有的公司权力且难以对各种权力配置进行细致论证；其次，公司章程对公司权力的再分配并非总是合理的，分配结果是否符合法律规定、是否契合公司实际还需进一步分析；最后，也是最难克服的是，公司法对股东会和董事会固有权力的界定本就存有模糊地带，尚有进一步解释的空间。此外，以公司章程配置公司权力的做法还遭到一些质疑：大部分国家的公司章程制定和修改权限完全掌握在股东会手中，股东便可借修改公司章程之便利大幅度侵蚀、剥夺董事会的固有权力，董事会中心主义的权力格局名存实亡。因此有学者呼吁禁止股东会干预公司具体事务，尊重法律对公司权力的分配结果，“只能有也只该有一双手来掌舵”<sup>[31]</sup>。其实，各国公司法授权公司章程对公司权力进行再分配源自公司自治理念，且股东所认可的公司治理方案能最

[25] 参见前引 [20]，莱纳·克拉克曼等书，第 62 页。

[26] See Dirk Zetzsche, Shareholder Interaction Preceding Shareholder Meetings of Public Corporations—A Six Country Comparison, 2 *European Company and Financial Law Review*, 107, 120 (2005).

[27] 参见美国特拉华州《普通公司法》(1992 年)第 242 条。

[28] 英国《公司法》(2006 年)第 168 条规定股东有权通过普通多数决罢免公司董事。

[29] See Lucia A. Bedchuk, The Myth of the Shareholder Franchise, 93 *Virginia Law Review*, 675-688 (2007).

[30] 参见美国特拉华州《普通公司法》(1992 年)第 211 (b) (d) 条。

[31] 何美欢：《公众公司及其股权证券》(上册)，北京大学出版社 1999 年版，第 336 页。

大限度维护股东利益，只不过法律在授权时应一并明确章程配置公司权力的边界：公司章程不得侵害其他机关的法定权力。

### 3. 以信义义务为中心构建董事问责机制

从权责相称的角度来看，授予董事会广泛权力的同时再为其设定信义义务和问责机制当属必然。西方国家为遏制董事恣意行为展开多重尝试。曾一度用签订协议的方式将董事执行职务的行为转化为合同义务并以违约损害为救济措施，但签订协议对投资者而言成本过高、效率太低，远不如以信义原则为基础构建董事信义义务体系，借助股东诉讼实现公司法对董事失信行为的直接救济。西方国家普遍规定了董事信义义务，只是在名称和内容上稍有差异。美国公司法主流观点分别以忠实义务（duty of loyalty）和注意义务（duty of care）架构起董事信义义务体系（fiduciary duty），其中前者旨在约束董事以权谋私，后者则寄托了对董事认真履职的期许和鼓励。德国公司法上董事义务体系则是通过民法中的诚信原则和《股份公司法》中董事的一般注意义务建立起来的，其内涵与美国法上的董事信义义务体系相当。<sup>〔32〕</sup>在董事责任追究方面，美国公司法为忠实义务和注意义务确立了不同的衡量标准。首先，忠实义务以相对客观的“整体公平”为标准，董事行为一旦逾矩就会被问责。<sup>〔33〕</sup>其次，注意义务的标准则趋于主观化，董事履职应以“合理注意”为基准，其责任还会被逐级削弱直至消失：第一，涉诉董事主观上为重大过失时才会招致损害赔偿赔偿责任；第二，司法审查援引商业判断规则，排除对董事决策合理性的事后实质性判断，进一步将责任承担范围限缩为经营过失；<sup>〔34〕</sup>第三，公司通过为董事购买责任保险或在协议中预先设置补偿条款的方式对承担了赔偿责任的董事予以补偿。与此相反，德国公司法对董事义务及责任的认定相对严苛，《股份公司法》一方面要求董事履职应符合“正直、勤勉的经理标准”，董事主观上仅为一般过失时就构成侵权责任；另一方面又将董事义务归入绝对义务范畴，严格禁止通过公司章程豁免董事责任。美、德两国公司法对董事问责的态度从“迪士尼公司案”<sup>〔35〕</sup>和“曼内斯曼公司案”<sup>〔36〕</sup>的判决结果对比中即可窥见一斑。前案中法院运用商业判断规则免除了具有明显过失且存在利益冲突的董事的失信责任，而后案中法院在公司股东会批准奖金支付方案的前提下仍裁定涉诉董事与监事制定的该方案浪费公司资产，应追究相关人员责任。

## （二）混合移植与改良适用：东亚国家（地区）的董事会中心主义模式

### 1. 董事会结构的移植与改良

日本引入公司制度经历了完全照搬照抄和逐渐改良创新两个阶段。明治维新时期引入的公司

〔32〕 参见楼建波、姜雪莲：《信义义务的法理研究——兼论大陆法系国家信托法与其他法律中信义义务规则的互动》，载《社会科学》2017年第1期。

〔33〕 在Bayer v. Beran（[1944] 49 N. Y. S. 2d 2）一案中法官确立了商业判断规则需服从于“不可分割之忠诚”的规则，所以董事忠诚义务的判断采用最高标准，商业判断规则以董事不违反忠实义务为适用前提。

〔34〕 公司经营本就属于冒险活动，利润与风险并存，因此有必要区分董事的经营失误与经营过失。前者是商业活动自带的风险，不具有对董事行为的可谴责性；后者则源于董事判断过失，应在法律上给予否定性评价。参见罗培新：《公司法的法律经济学研究》，北京大学出版社2008年版，第178页。

〔35〕 In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 906 A. 2d 27 (Del. 2006).

〔36〕 3 StR 470/04 (2005). 本案在德国联邦最高法院依据《德国刑法典》第266条浪费公司资产条款裁决追究公司董事兼CEO及另外两名监事的刑事责任后，被告与公共检察官达成和解。

制度以合股公司的形式在传统政治结构夹缝中艰难延续，<sup>〔37〕</sup>专门性公司立法的缺失导致公司治理五花八门，及至 1899 年才以德国法律为蓝本制定和通过了公司法文件。成熟的日本现代公司治理模式脱胎于 2000 年以后的法律修订，彼时为了推动公司治理结构改革，强化对公司经营者的监督并提升公司会计报告的准确性，日本《商法典》综合借镜欧盟国家的董事会模式，预设两套董事会方案供不同类型和规模的公司制企业自由选择：“传统型公司”中董事会和监事会保持平行且各自分担公司经营权与监督权；“委员会制公司”则是在董事会下设法定的、由外部董事担任的董事会委员，并由其分别负责公司审计、薪酬和董事提名等。

日本通过全盘西化与改良创新两个阶段所形成的成熟的公司治理模式进一步辐射至东亚其他国家（地区），我国台湾地区的“公司法”因与其渊源颇深而往往在法律修订中保持同频、产生共鸣。我国公司制度肇始于清末《钦定大清商律——公司律》，其通过对西方及日本公司制度的杂糅确立了超前于当时中国商业实践的法律体系。《公司律》所设计的董事会制度为一大亮点。首先，它确立了董事会中心主义的公司治理模式，“以董事局为纲领”集中管理公司；其次，它规定董事由股东选举产生且被选举的董事应持有有一定数量的资格股；最后，它在授予董事局更大自主权的同时对董事局会议提出每星期至少一次的最低要求。后来民国时期北京政府和南京政府也颁布了各自的公司法，其内容大都沿袭了《公司律》；我国台湾地区现行“公司法”可溯源至 1929 年南京政府颁行的《公司法》，且已在多次修正中确立了多元化的公司权力配置方案，目前仅在股份有限公司中保留了董事会中心主义的公司治理模式，并设立单独的监事会分担公司监督权。

## 2. 董事权力义务体系建设

西方国家的董事会制度以集体管理观念为遵旨，严格限制董事个人行使公司权力。而东亚国家（地区）受传统儒家文化影响，处于封建统治末期的社会也并不存在西方多数投票决策、代表和共管的理念，<sup>〔38〕</sup>所以董事以个人名义管理公司事务未被严格禁止，其中最为典型的便是代表董事制度。日本公司法赋予董事代表权，即当公司未指定代表人时，董事得独立代表公司。<sup>〔39〕</sup>此举虽有助于增进公司制度的灵活性，但不加甄别地让所有董事均有权代表公司会增加代表权滥用之风险，<sup>〔40〕</sup>公司也不得不投入更高的监督成本。无独有偶，我国公司制度发展史上也曾照搬日本的代表董事制度：1914 年的《公司条例》允许“董事得各自代表公司”，但 1929 年的《公司法》又否决任意的董事代表权：“公司得依章程或股东会之决议，特定董事中一人或数人代表公司。”然而该法对我国公司制度的影响远不止如此。不同于欧美国家公司法普遍坚持的“未经董事会授权，董事不得以个人名义代表公司”的立场，<sup>〔41〕</sup>该法以公司章程或股东决议为董事获得合法授权之依据，造成董事会固有权力的被动让渡，开创我国公司制度中股东会侵蚀董事会权力的先河。

〔37〕 明治政府主推的合股公司在政府强干预、外贸经验不足等因素下发展状况欠佳，大部分合股公司在组建几年后便草草收场，仅银行部门的合股公司存活下来。参见仲继银：《公司治理机制的起源与演进》，中国发展出版社 2015 年版，第 66 页。

〔38〕 参见邓峰：《董事会制度的起源、演进与中国的学习》，载《中国社会科学》2011 年第 1 期。

〔39〕 参见日本《公司法》（2005 年）第 349 条。

〔40〕 参见李洪健：《论公司法定代表人的制度功能与定位修正》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期。

〔41〕 我国《上市公司章程指引》第 102 条中以董事会为董事获得对外代表权的授权主体，“未经本章程规定或者董事会的合法授权，任何董事不得以个人名义代表公司或董事会行事”。

日本公司法将董事与公司间的关系解读为委任关系，因此董事与其他委任情形中的受托人一道都应以日本《民法典》规定的“善良管理人之注意”作为履职标准。所谓善良管理人之注意，与美国公司法上的注意义务相比，内涵更为丰富：董事不仅应在客观上具备符合职位要求的专业知识和技能，而且应在主观上保持对公司事务的谨慎态度，不得以权谋私。可见日本董事所负担的善良管理人之注意义务实际上已经涵摄了忠实义务的核心要素。当董事因为违反注意义务而被诉诸司法裁判时，日本法院也会援引商业判断规则进行审查，但适用商业判断规则并非为豁免董事责任，而是进一步明确注意义务的审查标准，并基于案件客观事实对董事决策过程和内容进行实体审查。<sup>〔42〕</sup>我国台湾地区“公司法”对公司负责人课以“忠实执行业务并尽善良管理人之注意义务”，有限责任公司和股份有限公司的董事均应在公司经营管理中承担该义务，若有违反且给公司造成损害的应负赔偿责任；造成他人损害的则应与公司负担连带赔偿之债。

总之，董事会中心主义的公司治理模式已历经逾百年的发展演进历程而仍被世界大多数国家的公司法沿用并不断推陈出新，只因所有权与控制权分离已成为全球公司制度中的普遍现象，而董事会专业经营所带来的巨额经济效益已经被各国公司实践反复验证。同时，董事会中心主义模式的遍地开花也能够说明，法律移植并不是机械地照搬照抄，而应是从本国的政治环境、经济发展水平以及社会文化因素等出发进行改良与创新，内化出强大生命力和形成各国法律制度间的同频共振。

#### 四、我国公司权力配置格局的考察与反思

##### （一）我国《公司法》的权力分配理念

##### 1. 恪守股东本位思想

股东本位思想是公司制度的立论基础：公司因投资者让渡的资本而获取独立资产与主体资格，并以股权份额和股东身份为对价、以持续的利益分配为回报将其与投资者紧密联结起来。股东本位思想是公司制度永恒的价值追求，尤其在人趋利本性的推动下，公司权力配置向股东会集中再合理不过。我国《公司法》深刻践行股东本位思想，将股东权力保护和利益优先贯彻落实到诸多条款中，不仅将关涉公司存续与安全的重大事项决策权收归股东会享有，而且允许股东会直接介入公司常规事务管理中，甚至不惜推翻董事会作出的决策以确保股东会意志的权威性。此外《公司法》参考域外立法经验，允许公司章程作为公司权力分配的弹性装置，所以股东会实际可支配的公司权力始终处于无限扩张之中。

##### 2. 回应公司社会责任

与传统公司制度相比，公司社会责任是现代公司制度的重要标识，集中反映了商业社会共同体对于公司行为的一种理性期待。<sup>〔43〕</sup>社会责任从道德责任演化而来并以国家强制力与道德约束为双重实施保障，它使公司的价值取向从单纯追求股东利益最大化转向关注受公司活动影响的所

〔42〕 参见梁爽：《董事信义义务结构重组及对中国模式的反思——以美、日商业判断规则的运用为借镜》，载《中外法学》2016年第1期。

〔43〕 参见甘培忠、雷驰：《公司社会责任的制度起源与人文精神解构》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2010年第2期。

有社会成员的合理利益诉求，有效规制了绝对股东利益导向机制下经济增长的畸形后果和不良反应。我国《公司法》对公司社会责任的回应体现在以下两点：第一，通过第5条明确规定公司经营活动应承担社会责任，将社会整体的福利目标置于公司顶层设计中来，指引公司决策者在为股东创造利润的同时兼顾社会利益维护；第二，《公司法》考虑到公司内部其他利益相关者对公司治理的积极参与意向，要求公司监事会吸纳一定比例的职工代表，优化公司监督力量的人员构成。

### 3. 行政体制权力分配观念泛滥

我国行政体制中的权力配置格局是一套业已成熟的、适合我国国情的方案，因此立法者在公司权力分配中总是不自觉对标行政权力配置模式，公司立法的“行政化”倾向明显：以股东会为公司权力机构，董事会、监事会则是依附于股东会的下设执行机构、监督机构。<sup>〔44〕</sup>《公司法》除为公司各个机关规定法定职权外，还在公司事务决策权分配方面坚持“重大事务决策权归股东会”“一般事务决策权归董事会”的思路，如在公司对外担保中董事会可能会被章程授予一般担保的决策权，而有利益牵连的关联担保则只能由股东（大）会决策。另外《公司法》第46条中“董事会对股东会负责”的表述就是沿袭了我国行政体制中常见的“下级对上级负责”的观念，循着董事会由股东会选举产生、股东会审议批准董事会报告的逻辑推导出董事会对股东会负责的结论，与现代公司法所倡导的董事会独立性扞格。

## （二）我国《公司法》权力配置格局的检视

### 1. “三会一层”权力配置格局的逻辑链条

我国公司立法选择统一的公司治理模式，由包括股东会、董事会、监事会和经理层在内的“三会一层”分权控制公司。《公司法》明确列举各机关的法定职权并授权公司章程再行调配：扩张股东会、董事会、监事会的权力范围，并对经理层的权力作出任意修改或例外规定。从各机关法定职权横向比较中可知，《公司法》实际是以细碎拆解权力的方式将公司各个机关联结起来，从而形成各机关的权力互动与权力位阶排列。公司“年度财务预算方案、决算方案”“利润分配和弥补亏损方案”均属于股东会和董事会的权力交集序列，董事会的制定权和股东会的审议批准权在逻辑上形成权力位阶的递增。分权控制结构的另一特点则是权力重复配置难以避免。如《公司法》规定公司股东会享有决定公司“经营方针和投资计划”的权力，而董事会有权决定公司的“经营计划和投资方案”，经理层主要负责组织实施公司的“年度经营计划和投资方案”。依从股东会在决策中享有最终决策权的逻辑，“经营方针和投资计划”应处于“经营计划和投资方案”的位阶之上，但仅从字面含义分析，二者并无实质区别。因而当公司实务中出现权力属性难以识别的问题时，最为稳妥的解决方案是一概交由股东会决定，董事会的权力范围在有意和无意中被蚕食、缩减。

### 2. “三会一层”权力配置格局的症结反思

第一，单一的权力分配方案与多元化权力配置需求不相符。“公司发展的历史，就是那些在治理结构上因不能适应周围环境的公司，在竞争中不断被打败的历史。同样公司法的发展历史，也就是那些试图将所有的公司统一为单一模式的法律不断被淘汰的历史。”<sup>〔45〕</sup>我国《公司法》混

〔44〕 参见罗培新：《股东会与董事会权力构造论：以合同为进路的分析》，载《政治与法律》2016年第2期。

〔45〕 〔美〕弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔：《公司法经济结构》，罗培新、张建伟译，北京大学出版社2014年版，第13-14页。

同公司治理的现实需求，以分权控制结构为固定模板，僵化嵌套在所有公司的权力配置环节中，越来越背离公司治理多元化的历史潮流。实践中由股东直接管理的、所有权与控制权高度集中的公司比比皆是，分权控制结构下的治理规则对这些公司毫无用武之地而只能被束之高阁；然而对于股权高度分散的公众公司而言，分权控制结构中董事会的权力又会显得捉襟见肘，董事会在经营管理公司时举步维艰、窒碍难行，股东会对经营管理公司保持普遍冷漠，公司最终落入无人可管的境地。因此，公司治理模式的有效性首先应取决于治理规则的适应性，其次才是对治理规则的规范性考察。其实我国《公司法》对“三会一层”格局的修正已初见端倪，法律允许股东人数较少或规模较小的公司不设董事会、监事会而只设执行董事、监事，但这种修正尚未引起公司权力配置方案的根本性变革，未来多元化的公司治理理论与实践应是对分权控制结构的彻底扬弃。

第二，权力分配格局混乱，权力内容重合、边界模糊。为表现《公司法》在配置各机关法定职权中的“巧妙用心”，立法者试图通过对立法语言的刻意调换彰显各机关法定职权在内容和位阶上的差异，然而最终呈现效果并不理想。这些法定职权条款中除没有实质性区别的“经营方针和投资计划”“经营计划和投资方案”的粗糙语言表述外，还屡屡陷入逻辑怪圈：若按照“内部管理机构”的设置由经理层拟定、董事会制定的逻辑关系，那么“经营计划和投资方案”便缺失了相应的拟定主体；若遵循下级机构制定、上级机构审议批准的推论，那么经理层拟定的“具体规章”就缺少相应的审议批准主体。与此同时，我国公司制度博采众长确立的双重监督模式进一步加剧公司权力配置的矛盾。出于公司“强监督”需求，立法者先是参考德国模式确立监事会制度，后又引入美国独立董事制度加强上市公司的监督力量，如此叠床架屋的立法体例最终呈现为上市公司中监事会与独立董事并行的双重监督格局。然而从上市公司监督权的实际运行来看，“双管齐下”的监督作用微乎其微，监事会与独立董事在功能上的同质性甚至会催生权力的碰撞与滥用。如独立董事和监事会均有权在必要时聘请外部审计机构发表专业意见，<sup>[46]</sup>当二者均积极行使权力时，若所形成的审计意见差距较大，独立董事和监事会间的矛盾对立在所难免；但当二者均怠于行使权力时，围绕监督范围与内容上的推诿和拉扯又会使公司监督流于表面。因此双重监督模式不能切实实现公司监督力度提升时，多元的机构设置于公司而言仅是增加了累赘性负担。

第三，我国董事会制度与董事会中心主义模式的要求差距较大。与董事会中心主义模式对董事会制度的要求相比，我国董事会制度属于畸形化的异变结果，主要表现在以下三个方面：（1）董事会角色定位混乱。《公司法》第46条载明董事会有“执行股东会决议”的职权，《民法典》第81条又以董事会为营利法人之执行机构，董事会“执行机构”的角色烙印愈发深入人心。<sup>[47]</sup>然而在公司实践中，董事会的会议体制决定其不能亲自执行决议而只能委派给特定执行部门，或在对股东会决议进行具体加工部署后拆解、分配给不同执行部门，董事会担纲着股东会与经理层互动的媒介，与实际承担业务执行的机构有天壤之别。此外董事会享有公司监督权是公司法学界的共识。<sup>[48]</sup>诚然，除独立董事专门负责对上市公司内部董事和高管的监督、制衡外，我国董事会

[46] 中国上市公司协会《上市公司独立董事履职指引》（2020年）第15条规定了独立董事履职的特别职权，其中第（六）款为“必要时，独立聘请中介机构发表专业意见的权利，相关费用由公司承担”。

[47] 参见前引[3]，赵万一主编书，第151页。

[48] 参见柯芳枝：《公司法论》，中国政法大学出版社2004年版，第273-274页。

还会对经理层实行监督，只因董事会掌控经理职位任免，“经理对董事会负责”。但与其将董事会对经理的监督理解为独立的监督权，毋宁将其归为董事会的经营管理权范畴，毕竟经理权力本就源于董事会下放，董事会对经理的监督本质上是其在间接行使经营管理权。因此，我国公司制度中董事会的角色应被解读为广泛意义上的公司经营管理者。(2) 董事会的独立性与固有权力遭受严重侵蚀。我国《公司法》墨守成规，遵循股东会中心主义模式下以董事会为附庸的旧律，规定“董事会对股东会负责”，使二者关系俨然成为行政体制中的上下级，尤其《公司法》第 22 条更是为股东撤销董事会决策提供直接指引，不少司法裁判以董事会“召集程序、表决程序违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程”为由支持了股东提起的撤销之诉，<sup>[49]</sup> 董事会独立性完全湮灭在股东会的强势手段中。控股股东也可能僭越公司决策机制、操控董事选举而将董事会转变为其意志的执行者和利益的代言人，<sup>[50]</sup> 董事会的中立地位岌岌可危。不仅如此，董事会的固有权力也遭到多重倾轧。除股东会或控股股东推翻董事会决议并直接主导公司经营管理决策外，《公司法》直接为经理层设置法定职权与董事会主动下沉权力有着本质区别，前者造成董事会固有权力的被动缩减，后者则是董事会主动性与能动性的结合，体现了董事会在经营管理公司中的权威性。当然，监事制度的法律设计本就是对董事会监督权的剥离，最终使董事会权力范围限于经营管理一隅。(3) 董事信义义务体系与问责机制不完善。与董事会权力被多方掣肘的境遇相反，公司实践中董事对公司行为负有最后责任则是明确的，《公司法》及《上市公司信息披露管理办法》的相关条文以董事应忠实、勤勉履行职责建构起我国董事信义义务体系，探索董事会自由裁量权的边界。然而比起西方国家公司法完备的信义义务体系及相配套的问责机制，我国《公司法》仅笼统列举了董事禁止性行为，且内容上大多属于忠实义务和勤勉义务的杂糅。<sup>[51]</sup> 除此以外，勤勉义务的核心要素、董事问责标准、商业判断规则等董事信义义务体系与问责机制的其他内容统统缺席，规则疏漏是造成我国公司法实践中司法审查任务艰巨、董事责任严苛化的直接原因。<sup>[52]</sup>

## 五、再塑：我国公司法的立法改革与董事会中心主义模式的落实

### (一) 立法思路调整：从统一立法走向单行的公司立法

我国《公司法》向来秉持统一立法的思路，立法者基于理论逻辑和管理模型作出主观设

[49] 如在北京金冠汽车服务有限公司与东联科技有限公司董事会决议撤销纠纷案 [(2009) 高民终字第 1147 号] 中，法院审理认为金冠公司召开的临时董事会违反了公司章程中关于董事会决议方式的规定，故判决撤销此次董事会决议；在河北太行机械工业有限公司等诉 EXPERTCOST 有限公司等的决议纠纷案 [(2015) 冀民三终字第 2 号] 中，法院也以讼争公司董事会的部分决议违反公司章程为由撤销决议。由此可见，我国《公司法》允许股东以董事会召集、表决程序或决议内容违反公司章程为由撤销董事会所作决议的规定便是股东会侵蚀董事会权力的“铁证”。

[50] 参见赵旭东：《中国公司治理制度的困境与出路》，载《现代法学》2021 年第 2 期。

[51] 参见叶林：《董事忠实义务及其扩张》，载《政治与法律》2021 年第 2 期。

[52] 如在最高人民法院审理的 (2018) 最高法民再 366 号案中，法院以讼争公司的六名董事违反向股东催缴出资的勤勉义务而判决该六名董事与欠缴出资股东承担连带责任。本案历经三级法院审理，各级法院均认可向股东催缴出资属于董事勤勉义务范畴，但却未考虑催缴行为的合理边界；一审、二审法院认为股东欠缴出资与董事未履行勤勉义务间并无因果关系，最高人民法院则以存在法律上的因果关系为由判决董事承担连带责任。

计，<sup>[53]</sup>将有限责任公司和股份有限公司的基本制度写入同一部法律中，甚至授予其各自“三会一层”相同的法定职权。然而，如此片面追求统一效果的立法体例存在以下显著弊端：其一，统一的分权控制结构忽视了有限责任公司和股份有限公司在公司治理需求上的重大差异，所形成的治理规则是相互妥协的产物，其在适用中难免会规制失当；其二，《公司法》为迁就有限责任公司对公司治理规则的任意性要求，而不得不削足适履将上市公司治理规则排除在外，造成上市公司的治理规则散乱分布于各种法规、规章且效力位阶参差的局面。因此，与其勉强维持有限责任公司与股份有限公司在公司治理形式上的趋同，<sup>[54]</sup>倒不如改弦易辙调整立法思路，将《公司法》分化为“有限责任公司法”与“股份有限公司法”，形成既有牵连但又相互独立的两条公司立法逻辑，为未来我国公司法内容的扩充、完善留足广阔空间。在公司治理模式选择上，有限责任公司和股份有限公司有着各自考量，其中“两权分离”程度的客观事实导致公司治理重任不得不委诸不同机关。于有限责任公司而言，由于公司股东人数较少且都能实际参与公司治理，再加上缺乏自由交易股权的市场导致股东流动性不足，人合性成为公司的本质特征，股东间牢靠的信任关系奠定股东会直接治理公司的基础。是故，“有限责任公司法”应当通过公司章程的个性化设置促进公司治理模式的多元化发展，无论是采用股东会—经理层的精简架构抑或是维持“三会一层”的传统格局，都应取决于股东的自由意志。此外，“有限责任公司法”应当对公司控股股东设定信义义务并构建相应问责机制，毕竟股东会决策程序实为股东出资比例的较量，控股股东借机篡夺公司控制权并将其个人利益凌驾于公司整体利益之上的现象司空见惯。有限责任公司的控股股东应当对公司负有相当程度的信义义务：禁止利用地位优势图谋私利，且应对公司事务承担善良管理人程度的勤勉义务。<sup>[55]</sup>

## （二）董事会中心主义在股份有限公司中的全面确立

于股份有限公司而言，确立董事会中心主义的治理模式既是满足我国公司实务现实需求的重大的革新，也是我国公司法融入世界先进公司制度潮流的必然选择。长期以来，我国《公司法》坚守的分权控制结构不仅在创造良好公司绩效上收效甚微，而且在世界公司制度的比较研究中显得不伦不类，董事会中心主义历经百年徘徊后终能与我国公司实务相契合，因而应被纳入立法序列。笔者建议作如下调整：其一，“股份有限公司法”应授予董事会广泛的公司经营管理权力和公司剩余权力，严格禁止股东会随意干涉、撤销董事会在其权力范围内作出的决议，正式宣告董事会中心主义模式的全面确立。其二，“股份有限公司法”应当明确划定股东会的权力范围并授权公司章程为股东会保留其他必要权力，诸如公司章程修改、董事任免、公司出让等事关公司安全与存续的重大事项决策权。至于传统公司法上列举在股东会名下的发行新股、转让公司核心资产、经营方针和投资计划的制定、公司增资和减资、对外投资与担保等权属应一律划归董事会决策权属范围。公司章程对股东会权力的扩张须以“重大事项”和“必要”为限。其三，“股份有

[53] 参见前引 [50]，赵旭东文。

[54] 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。

[55] 有限责任公司中控股股东与小股东间的信义关系略显牵强，尤其二者身份的同质性决定了其以各自利益为重具有正当性，因此不能强制要求控股股东对小股东保有“克己利人”之义务，只要其行为达到“不损人利己”即可。参见周淳、肖宇：《封闭公司控股股东对小股东信义义务的重新审视——以控股股东义务指向与边界为视角》，载《社会科学研究》2016年第1期。

限公司法”应规定国有公司董事会应为职工代表保留一定比例的席位。

此外，西方国家公司法在董事会中心主义模式下又有单层制与双层制的分野，其核心争议在于如何配置公司监督权。我国公司制度对以上两种方案都有路径依赖，是否有必要保留上市公司的双重监督格局不无疑问。长期以来独立董事与监事会在行使监督权过程中时有矛盾，造成资源浪费并制约公司监督权的有效运行。虽然对二者职责进行法律上的切分不失为一种修正思路，<sup>[56]</sup>但时至今日更为颠覆性的举措应为在股份公司中全面抛弃监事会制度而由独立董事独揽公司监督权，毕竟相较于对独立董事之独立性的担忧，监事会制度遭受的质疑更为致命：“监事会最多只是法律拟制的傀儡而已，虽有其形，不得其神。”<sup>[57]</sup>一方面，与德国强大的监事会相比，我国公司法中的监事会因不享有董事任免权而丧失监督制衡的有力保障，尤其是在股份有限公司全面确立董事会中心主义的态势下，监事会更是难以摆脱沦为附庸和累赘的命运；另一方面，独立董事属于公司利益链条的局外人，一般由具备专业技能和知识的外部人士担任，以单独的薪酬计划和声誉刺激为合理履职的报酬，并被寄予提出独立的专业性判断以对抗公司控股股东及管理层的内部控制、维护公司及小股东利益的厚望。然而，我国上市公司中独立董事制度的现状与股份公司高效规范的监督宗旨差距甚远，独立董事之独立性建设迫在眉睫。“股份有限公司法”应注重把握以下内容：其一，扭转独立董事的弱势处境，不仅为其保留董事会一半以上的席位，而且允许其对公司战略规划和业务发展等宏观政策调整发表专业意见；其二，规范独立董事的选任程序，审查候选人与公司内部机关有无社会牵连关系或利益勾兑行为，严禁公司控制人僭越选任程序而直接任命独立董事；其三，对独立董事进行专业化分工，尤其要落实董事会下设的薪酬、审计、董事提名等委员会中独立董事的职权。此外，为督促独立董事合理履职，建立独立董事的常态化沟通机制、实行与业绩挂钩的浮动薪酬制度以及建立独立董事行业协会<sup>[58]</sup>等都应是未来我国“股份有限公司法”完善独立董事制度的必要尝试。

### （三）以权责相称为旨归的董事会制度建设

既然董事会中心主义模式已经以股份有限公司为阵地铺陈开来，董事会制度的优化建设便不能滞后，毕竟权责相称的董事会制度与董事会中心主义模式下公司治理规则的贯彻落实密切相关。

#### 1. 董事信义义务体系的完善

信义义务体系旨在为董事勾勒出“不降其志，不辱其身”的崇高职业愿景。然而，我国公司法仅规定了董事信义义务外壳但实质内容却紊乱、匮乏，信义义务规范体系名不副实。笔者认为，信义义务体系的完善思路应当如下：第一，确定忠实义务与勤勉义务的核心范畴并进行类型化梳理。所谓忠实义务，并非如《公司法》第148条列举的那般涵摄所有董事禁止性行为，而只是作为一种利益衡平机制要求董事时刻忠于公司事务和利益，不得利用职权为自己或他人图谋私利，损害公司利益。如果说忠实义务是对董事行为的反向遏制，那么勤勉义务便是对董事行为的

[56] 参见甘培忠：《论完善我国上市公司治理结构中的监事制度》，载《中国法学》2001年第5期。

[57] 施天涛：《让监事会的腰杆硬起来——关于强化我国监事会制度功能的随想》，载《中国法律评论》2020年第3期，第138页。

[58] 参见谭雪等：《独立董事投票制度的反思与改进——基于独立董事投票的分析》，载《经济体制改革》2021年第2期，第191-192页。

正向激励,其核心便是为董事履职划定动态红线,使董事注意程度与其身份、能力等相适应。第二,为忠实义务与勤勉义务设定不同的问责标准。董事所负担的忠实义务是最高程度的义务,任何董事都会因其以权谋私的行为招致责任追究,问责标准相对客观;而董事勤勉义务的考察则要以普通人的心态与智力水平去推算董事作出决策时的心理活动,因此宜采用主客观相结合的方式,“应当以普通谨慎的董事在同类公司、同类职务、同类相关条件与环境中所应具有的必要、知识和经验程度作为衡量标准。倘若有证据证明某董事的经验、知识和资格明显高于一般标准时,应当以该董事是否诚实地贡献了自己的实际能力作为衡量标准”<sup>[59]</sup>。可见,诚信原则在董事信义义务中发挥着填补空隙的作用,它将董事失信行为纳入董事信义义务规制范畴,实现了董事信义义务体系对董事不当履职行为的完整覆盖。

## 2. 董事问责机制的补缺

我国《公司法》第151条规定了股东派生诉讼,拓宽股东为公司利益向董事追究责任的通道,但维权之道还必须借其他规则的辅助才能实现畅通无阻。第一,司法或准司法审查中,董事责任问责应当以合理的归责原则为前提。董事会中心主义模式下,中小股东鲜有参与公司经营的机会,且其对公司复杂决策事项缺乏知识与了解,若对其施加过重的举证责任无疑是在挫伤股东提起诉讼的积极性,因此董事问责程序的举证责任分配宜采过错推定原则,由董事对其行为的合法性负举证责任。第二,援引商业判断规则确定董事责任范围。商业判断规则所遵循的逻辑为,不能以法官的事后判断衡量在盈利压力下董事“临床”处置行为的合理性,而应回溯到董事作出决策时的商业风险中去考察。商业判断规则无关董事忠实义务问责,而仅作为董事违反勤勉义务时的抗辩理由,即董事决议是在获取充分、准确的信息基础上作出的商业判断,且董事有足够理由认为该判断符合公司最大利益,主观上非为重大过失时才会被免除责任。我国公司法司法实践中已屡有参考商业判断规则进行裁判的情形。<sup>[60]</sup>

## 六、结 论

一言以蔽之,我国公司治理亟待一次颠覆性的优化革新,多元化公司治理方案的探索既是对公司治理现实需求的积极回应,也是践行公司自治理念、推动公司法转型升级的必然选择。董事会中心主义模式是在公司所有权与控制权分离现象日益普遍、股权分散化趋势渐次增强背景下对公司权力配置方案作出的一种合理调适,它受制于一国政治体制、经济发展水平和文化传统等而

[59] 甘培忠:《公司监督机制的利益相关者与核心结构——由中国公司法规定的监督机制观察》,载《当代法学》2006年第5期,第27-28页。

[60] 譬如在杨某国诉林某坤、常州亚玛顿股份有限公司股权转让纠纷案[(2017)最高法民申2454号]中,最高人民法院认为“双方利益的衡量应置于当时的环境之中,而不能基于事后已知亚玛顿公司确已上市及其上市后的股票价值进行判断”,故裁定“结合商业交易习惯的表述方式、商业判断规则等,原审判决相关考量亦有待核实”。再如在衡阳市南东有色金属有限公司与湖南安化渣滓溪矿业有限公司、溆浦县华能矿业有限公司侵害股东利益责任纠纷案[(2014)湘高法民二终字第73号]中,法院认为公司董事作为由股东选举产生的公司管理者,对公司事务具有独立的决定权,有权依照其对经营状况的判断独立做出相应的经营决策选择,只要该经营决策没有故意损害其他人的合法权益,即使该经营决策后被证明对公司造成了损害,董事的该种基于公司经营状况作出商业决策的权利也应受到法律的保护,而无须承担责任,这也即所谓的公司管理者的商业判断规则。

演化出不同的形态，并随着法律移植和复制再度变异和改良。然而，无论是“纵向双层制”（德国）、“平行双层制”（我国台湾地区）抑或是“委员会制”（日本），都与“单层制”（美国）在公司经营管理权配置方面并无实质差异，而只是在确定公司监督力量时各有取舍。未来我国《公司法》的分化趋势不可逆转，单行的“有限责任公司法”与“股份有限公司法”的立法将彻底摧毁公司治理规则相互妥协的藩篱，实现立法逻辑的通畅与顺达，并为公司法内容的不断扩充、完善留足空间。“有限责任公司法”应当授予公司章程广泛自主权，允许通过个性化的章程设置实现公司治理规则的多元化发展。“股份有限公司法”则应全面确立董事会中心主义的公司治理模式，除法律及公司章程为股东会保留必要的重大事项决策权外，其余一切公司经营管理权及公司剩余权力统归董事会享有，且应由独立董事独揽上市公司的监督权，不上市的股份有限公司因其自身条件限制而不能聘任独立董事的，可允许其在一定时期内暂以监事会为公司监督机关。总之，董事会中心主义模式在股份有限公司中的全面确立与董事会制度的建设及独立董事之独立性保障机制完善应当协同推进。

---

**Abstract:** Corporate governance is a new problem derived from the separation of corporate ownership and control power, and its core lies in how to allocate corporate power and build corresponding accountability mechanism. With the spread of shareholding decentralization in various countries, foreign company laws have widely established corporate governance structure centered with board directors. That is to say, the board of directors is taken as the corporate governance center, endowed with extensive operation and management rights and endorsed the directors' reasonable performance of duties with a complete fiduciary duty system. Our country's Company Law has ignored the essential difference in the demand of corporate governance, and enforced a decentralized control structure to be nested in all corporate power configurations, which results in improper regulation and hysteresis of corporate governance. In the future, the optimization and innovation of China's corporate governance should focus on the diversification development, as well as formulate the separate "limited liability company law" and "joint stock limited company law", and set respective corporate governance models. For joint stock limited companies, the comprehensive establishment of the board of directors centralism model is the only choice which is in line with the reality. Moreover, to perfect the fiduciary duty system of directors and to make up for the accountability mechanism of directors is the necessary meaning of establishing the mode of director-centered doctrine.

**Key Words:** corporate governance, joint stock limited company, board of directors centralism, fiduciary duty

---

（责任编辑：周 游 赵建蕊）