

新《公司法》下违反忠实义务行为的识别规则释论

钱 程^{*}

内容提要：新《公司法》针对忠实义务的规制，区分了绝对禁止行为和相对禁止行为。如何通过既有规范解释义务违反行为的识别规则，这一问题构成理论通说和司法实践的争议核心。司法实践扩张相对禁止行为范围的做法具有合理性，“报告+同意”程序所体现出的公司自治呈现出更高的经济效率，应作为解释现行法的价值立场。为将价值立场融入现行法体系，应以新《公司法》第180条第1款协调忠实义务规范群，将“利益冲突”和“牟取不正当利益”分别作为相对禁止行为和绝对禁止行为的核心内涵；同时，第180条第1款构成两种行为的核心识别条款，具体条款作为识别两种行为的特殊依据，从解释论上扩张相对禁止行为的范畴。“不正当利益”应当主要由法律规范界定，并以实体与程序双重标准评价不正当性，形成贯穿公司法、证券法和破产法等多制度的体系。“利益冲突”则应当以董监高个人利益与其职责义务相冲突为内核，并以理性人判断标准作为边界。

关键词：忠实义务 相对禁止 绝对禁止 利益冲突 不正当利益

一、问题的提出

2023年修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称新《公司法》）完善了董事、监事和高级管理人员（以下简称董监高）忠实义务规范，不仅明确了忠实义务的基本内涵，同时将董监高违反忠实义务的行为分为“相对禁止”和“绝对禁止”两种类型，并分别加以规制。具体而言，董监高向董事会或股东会报告其“相对禁止行为”，并经董事会或股东会决议通过，该行为的违法性就被消除，不构成对忠实义务的违反；而“绝对禁止行为”则意味着董监高的行为不能通过

^{*} 钱程，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究人员、法学院博士研究生。

本文为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）的阶段性成果。

“报告+同意”程序而受豁免，其必须承担新《公司法》第 186 条、第 188 条等法条上的不利后果。通说认为，新《公司法》第 181 条所列举的系绝对禁止行为，而第 182 条至第 184 条所列举的行为可能存在商业合理性，因而属于相对禁止行为。^{〔1〕} 相较而言，《公司法》（2018 年修正）第 148 条将绝对禁止行为和相对禁止行为规定于同一条项下，并未如此清晰地进行划分。

然而，司法实践在识别违反忠实义务的行为类型时，与理论通说存在解释适用上的冲突。首先，已列举的绝对禁止行为被识别为相对禁止行为。例如，部分法院认可以个人名义存储公司资金行为的效力，该行为不导致个人的义务违反，^{〔2〕} 即便该行为被第 181 条第 2 项所禁止。其次，未明确列举的义务违反行为亦被分类为相对禁止行为。例如，部分法院认为高级管理人员（以下简称高管）促成其关联方与公司交易，且未履行披露和报告义务，构成对忠实义务的违反；^{〔3〕} 部分法院则指出，公司高管设立海外子公司的自利目的并未如实披露，违反其忠实义务。^{〔4〕} 上述行为并未在新《公司法》中明确列举，似乎应适用第 181 条，但法院却将其视作相对禁止行为而处理。显然，以上冲突涉及对新《公司法》条文的解释和适用。尤其是在新《公司法》第 180 条引入一般条款^{〔5〕}的情况下，新《公司法》第 180 条至第 184 条应当如何解释适用，以确立违反忠实义务的行为识别规则，这一问题值得思考。该核心问题可进一步解构为三项子问题：（1）在价值立场层面，忠实义务规范群的解释应当秉持何种理念，以符合新《公司法》的立法精神；（2）在体系关联层面，忠实义务规范群应当如何协调或解释，为违反忠实义务的行为识别规则提供规范依据；（3）在具体适用层面，违反忠实义务的行为识别规则应当如何展开，如何理解各项构成要件，以尽量提高法律适用的稳定性。

二、价值立场：相对禁止行为的范围扩张

从司法争议来看，忠实义务规范的适用分歧存在于法律解释层面。但挖掘其中深层原因，解释者在开展解释工作时必然存在价值立场，^{〔6〕} 解释分歧实际表现为价值取向上的差异。因此，在具体解释现行规范前，必须首先确立适当的价值立场。

（一）解释分歧隐含的价值选择

新《公司法》下违反忠实义务的行为如何识别，目前至少存在两种解释观点。通说认为，新《公司法》第 182 条至第 184 条规定的行为属于相对禁止行为，而第 181 条所列举的诸项行为属于绝对禁止行为；第 181 条第 6 项作为兜底条款，还包含了剩余义务违反行为，这些同样属于绝

〔1〕 参见王瑞贺主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2024 年版，第 254 页；周友苏：《中国公司法论》，法律出版社 2024 年版，第 503 页。

〔2〕 参见广东省广州市天河区人民法院（2018）粤 0106 民初 26177 号民事判决书；广东省广州市白云区人民法院（2018）粤 0111 民初 136 号民事判决书。

〔3〕 参见上海市第一中级人民法院（2010）沪一中民四（商）终字第 1684 号民事判决书。由于《公司法》（2005 年修订）第 149 条并未规定间接自我交易的情形，该法院以公序良俗原则为依据，认定间接自我交易行为构成相对禁止行为。

〔4〕 参见江苏省无锡市中级人民法院（2016）苏 02 民终 2132 号民事判决书。

〔5〕 参见杨峰：《商法一般条款的类型化适用》，载《中国社会科学》2022 年第 2 期。

〔6〕 参见郑永流：《欧陆法律方法的方向性进程》，载《清华法学》2018 年第 2 期。

对禁止行为。^{〔7〕} 概言之，通说形成了“相对禁止范围有限，绝对禁止体系开放”的解释方案。与之对立，部分司法实践观点则是从已列举的绝对禁止行为中解释出相对禁止行为的存在，对未列举的义务违反行为适用相对禁止手段，形成了“相对禁止行为为主”的解释方案。上述观点在价值层面的分歧实际上在于如何配置绝对禁止手段和相对禁止手段，以实现董监高的最佳规制，因为行为类型通过对应的规制手段而反映，不同规制手段才具有比较的可行性与必要性。因此，应当将分析视角转换到违反忠实义务行为的规制手段，讨论其各自蕴含的价值取向。

从规制力度看，绝对禁止手段具有较为明显的强制性色彩，立法者直接通过法律规范预先地设置了应受绝对禁止的行为类型。相反，相对禁止手段具有强烈的自治性色彩，公司有权评估并决定其自身利益状况，以及董监高的行为是否在其容许范围内。自然地，以上两种解释方案也呈现出偏向强制和自治、安全与灵活的不同取向。然而，这些取向难以直接衡量，需要放在统一的维度下展开比较。目前，忠实义务最为主流的分析维度是经济效率，即关注其对降低代理成本的效用，^{〔8〕} 其重要性可以从忠实义务在公司法发展中的演化得到证明。^{〔9〕} 因此，衡量不同手段的整体效率可能是更为合适的比较方法。

绝对禁止手段在降低代理成本方面具有一定优势。其一在于极大的确定性，因为绝对禁止行为的法律规范语言表述极为刚性。这能在一定程度上降低裁判者的审查成本，因为其几乎未赋予裁判者任何的自由裁量空间。^{〔10〕} 该优势也带来绝对禁止手段的另一项功能，即威慑功能：一旦法律规定的行为发生，行为人就会被确定为违反义务，法律规定的不利后果将自动产生，从而减少董监高的套利空间，削弱董监高违反忠实义务的诱因。^{〔11〕} 但过于严苛的后果也会限制董监高的行为自由，阻止其开展实际上有利于公司的活动。一方面，公司可能无法通过自我交易获得融资，也难以借用个人账户便利资金使用，这可能会限制公司的融资或经营效率；另一方面，法定限制将迫使投资者替代地完成相应商业活动，从而提高公司的被代理人成本。^{〔12〕} 对此，相对禁止手段能够缓和绝对禁止手段的严苛性，允许公司自行决定是否允许董监高实施行为，以此降低被代理人成本。这也被视为弘扬企业家精神的更优措施。^{〔13〕} 同时，相对禁止手段通常要求无利害关系的股东会或董事会决议批准，这在降低代理成本方面也具有较为良好的效果。当然，相对

〔7〕 参见王琦：《董事忠实义务规范体系的再审视》，载《西南政法大学学报》2024 年第 3 期；杨继：《公司董事“注意义务”与“忠实义务”辨》，载《比较法研究》2003 年第 3 期。除此之外，大量观点认为未经列举的违反忠实义务的行为应当纳入新《公司法》第 181 条第 6 项，间接地支持了绝对禁止行为的开放性和主要性。参见王瑞贺主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2024 年版，第 256 页；赵旭东：《新公司法条文释解》，法律出版社 2024 年版，第 393 页。

〔8〕 See Reinier H. Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law-A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2017, p. 35.

〔9〕 有研究指出，公司法上的忠实义务起源于信托法，但公司和信托的内在结构与制度环境存在差别，这导致成本和收益的平衡转向了对公司而言更灵活的规则。See Edward Rock & Michael Wachter, *Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law and Interdoctrinal Legal Transplants*, 96 Northwestern University Law Review 651, 670 (2002).

〔10〕 See Yifat Naftali Ben Zion, *Moving Along the Continuum of Loyalty From a Standard Towards Rules*, 35 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 187, 189 (2022).

〔11〕 See Luca Enriques, *The Law on Company Directors' Self-Dealing: A Comparative Analysis*, 2 International and Comparative Corporate Law Journal 297, 300-301 (2000).

〔12〕 “被代理人成本”是指投资者行使控制权所需付出的能力成本和冲突成本。参见〔美〕佐哈·戈申、理查德·斯奎尔：《被代理人成本：公司法与公司治理的新理论（上）》，林少伟、许瀛彪译，载《交大法学》2017 年第 2 期。

〔13〕 参见傅穹：《公司利益范式下的董事义务改革》，载《中国法学》2022 年第 6 期。

禁止手段自身也存在风险，尤其是公司对披露和决议的监督有效性问题，^{〔14〕}可能使公司利益受损害的概率提高。

从域外规制思路的变化来看，忠实义务规制的宽松化似乎是更为主流的趋势。例如，在过去数十年间，美国对自我交易的总体态度从绝对禁止转向相对禁止，又从相对禁止转向简单的损害赔偿；^{〔15〕}英国在历经对董事贷款的长期禁止后，于《2006 年公司法》放松了对董事贷款的规制，允许股东大会批准董事贷款。^{〔16〕}此种变化可以推得，绝对禁止手段在规制大多数利益冲突行为时，其整体效率并未优于相对禁止手段。^{〔17〕}相反，绝对禁止导致的机会丧失甚至可能使得其整体效率低于后者。由此，绝对禁止手段通常被用于规制滥用可能性和代理成本较高但公司潜在收益较低的行为类型。^{〔18〕}例如，公司对董监高贷款时，董事极有可能通过此种方式规避薪酬限制，达成自利目的，因而法国和美国公司法目前仍然保持禁止态度。^{〔19〕}当然，不同法域在解决忠实义务规制问题时，给出的实际方案并不会完全相同，这是因为规制实施的成本存在差异。^{〔20〕}具体而言，股东会或董事会决议存在决议形成的谈判成本，而立法禁止则依赖于法院审查，由此带来裁判成本。这些规制实施成本的高低会影响规制手段的最终选择。因此，对于我国而言，选择规制手段时需要考量规制结果的效率、规制实施的成本，从而最有效率地实现规制目的。

（二）扩张相对禁止行为的正当性

在我国现行司法环境和立法体例下，新《公司法》应当以公司自治为原则，将相对禁止手段解释为忠实义务的主要规制策略，从而扩张相对禁止行为的范围，绝对禁止手段及其对应的绝对禁止行为则起到补充作用。理由在于：

1. 相对禁止手段足以应对大多数待规制行为，绝对禁止可能矫枉过正。绝对禁止或相对禁止只是执行忠实义务的特定技术，忠实义务最为根本的目的仍在于公司利益的最大化。^{〔21〕}前文已经指出，相对禁止手段以“报告+同意”程序维护公司利益，避免完全消除有利于公司的待规制行为，其整体效率较高，有助于实现公司利益的最大化。同时，忠实义务的设定主要系公司内部治理问题。“在民商事权利义务的设定上，如果不具有外部性，不涉及第三人利益与社会公共

〔14〕 See Luca Enriques, *The Law on Company Directors' Self-Dealing: A Comparative Analysis*, 2 International and Comparative Corporate Law Journal 297, 308 (2000).

〔15〕 See Fabrizio Cafaggi, *Organizational Loyalties And Models Of Firms: Governance Design And Standard Of Duties*, 6 Theoretical Inquiries in Law 472, 474 (2005).

〔16〕 参见英国《2006 年公司法》第 197 条。我国实证研究也支持这一做法，对董事贷款实施绝对禁止手段对降低代理成本的作用有限。参见李建伟、岳万兵：《股份有限公司向管理层贷款的规制模式反思——兼论〈公司法〉第 115 条的废止》，载《广东社会科学》2020 年第 6 期。

〔17〕 See Bernard Black & Reinier Kraakman, *A Self-Enforcing Model of Corporate Law*, 109 Harvard Law Review 1911, 1931 (1996).

〔18〕 See David Kershaw, *Company Law in Context: Text and Materials*, Oxford University Press, 2012, p. 478.

〔19〕 See Reinier H. Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law-A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2017, p. 158.

〔20〕 See Zohar Goshen, *The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality*, 91 California Law Review 393, 399 (2003).

〔21〕 See John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 Yale Law Journal 929, 988 (2005).

利益，都应该尊重当事人的意思自治，法律没有加以强制干预的理由。”^{〔22〕} 因此，除却涉及第三人利益或公共利益，以及董监高自利风险明显过巨、缺乏维护公司利益可能的行为，其他一般的利益冲突行为都可以考虑归类为相对禁止行为。从商业实践上看，利益冲突是违反忠实义务最典型的情形，^{〔23〕} 如何处理利益冲突可以由公司自治完成，这也决定了相对禁止行为应当是范围更加广泛的行为类型。

2. 相对禁止手段的规制成本较低。绝对禁止手段的实施实际上有赖于立法和司法的相互配合，因为裁判者需要依据立法者的清晰指引识别绝对禁止行为。由此，绝对禁止手段的规制成本其实包括立法成本和司法成本两项，只不过司法成本通常较低。但在立法者未给出清晰指引时，司法者若仍欲识别绝对禁止行为的存在，就需要实际评估某项行为在商业上的合理性和风险。此时，司法审查成本会陡然增加。美国特拉华州在审查忠实义务的相关问题时可能会倚赖法院的判断，但这以特拉华州法院丰富的司法经验和成熟的商业判断能力为前提。对于司法能力较为孱弱的法域，同样的规制手段可能会给司法机关带来过重的负担，从而降低整体社会效率。^{〔24〕} 有鉴于此，美国学者布莱克教授与克拉克曼教授在为俄罗斯设计公司法时，提出了“自我执行式”公司法，其中的核心特征就包括：尽可能通过股东、董事等公司直接参与者的行动执行，而不是裁判者、监管机构等间接参与者；尽可能依赖股东批准、独立董事批准等程序性保护，而不是一律禁止可疑的交易。^{〔25〕} 尽管我国法院、仲裁机构等裁判主体的能力已经获得长足发展，但忠实义务的审查与商业实践紧密相关，裁判者仍然力有不逮，司法审查成本较高。^{〔26〕} 因此，相对禁止手段更为合适。

3. 公司自治是我国《公司法》修改的价值取向。从我国《公司法》的价值导向观察，“我国《公司法》历次改革均以尊重自治，放松管制，减少公权力干预为导向。各界也对此凝聚了相当程度的共识，并强调法院应尽量避免对公司自治进行实质审理”^{〔27〕}。公司自治也体现于忠实义务规范的持续改革中：《公司法》（2005 年修订）第 149 条改变了《公司法》（1993 年）第 60 条的做法，允许董事和高管经股东会、股东大会或者董事会同意后，利用公司财产对外借贷或提供担保；新《公司法》则进一步予以简化，将该行为排除于忠实义务的规制范畴，同时将竞业竞争、篡夺机会纳入相对禁止行为。可以看出，忠实义务虽然是道德要求的具象化，其规范也体现出较为明显的强制性，但其所涉及的利益分配本身也是公司经营管理的范畴，在一定程度上可以交由公司自行决定。此种对公司的赋权，“符合公司作为‘合同之连结’的商事本质，符合公司法作为商事组织法的本质，也符合促进公司自由、改善营商环境的政策导向”^{〔28〕}。

〔22〕 梁上上：《人合性在有限公司中的终结》，载《中国社会科学》2022 年第 11 期，第 83 页。

〔23〕 参见施天涛：《公司法上的受信义务：评新〈公司法〉的相应修改》，载《财经法学》2024 年第 3 期。

〔24〕 司法裁判存在能力成本和冲突成本，即使是经验丰富的法院也可能无法实现企业家的特质愿景。See Zohar Goshen & Assaf Hamdani, *Corporate Control, Dual Class, and the Limits of Judicial Review*, 120 Columbia Law Review 941, 975-977 (2020).

〔25〕 See Bernard Black & Reinier Kraakman, *A Self-Enforcing Model of Corporate Law*, 109 Harvard Law Review 1911, 1931 (1996).

〔26〕 参见林一英：《关联交易的差异化规范：方法和主体的视角》，载《中国政法大学学报》2022 年第 5 期。

〔27〕 王湘淳：《论我国利益冲突交易的统一综合调整》，载《法学家》2024 年第 1 期，第 166 页。

〔28〕 李建伟：《公司法评注》，法律出版社 2024 年版，第 713 页。

综合上述，采用相对禁止手段为忠实义务的主要规制策略，既符合我国法律规范蕴含的政策倾向，也能够顺应商业实践的需求。基于此，相对禁止行为也应当成为我国规范上的主要行为类型，这决定了新《公司法》下违反忠实义务行为识别规则的价值立场。

三、体系关联：忠实义务规范群的协调与解释

法律解释是实现法秩序融贯的重要工具，欲使法律能够实现关于忠实义务的理想，必须考察现行法律是否存在此种解释可能。需要指出，既有解释方案主要立足于第 181 条至第 184 条等具体条款，却忽略了新《公司法》第 180 条第 1 款的地位和作用。该款作为忠实义务的一般条款，阐释了忠实义务的基本内涵，为忠实义务的具体判断提供标准，在司法实践中应当发挥重要作用。因而，关于忠实义务的法律解释必须结合该一般条款，才能得出完整的解释结论。

（一）第 180 条第 1 款的要件关联

从具体内容上看，第 180 条第 1 款包含了两个半句，即“应当采取措施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”。但围绕两个半句之间的关系，学说之间存在不同观点，大致可概括为三种：其一为“双重要件说”。该说指出，这两个半句同时限定了违反忠实义务行为的构成，即必须在行为上未采取积极措施避免利益冲突，并在结果上获得了不正当利益，方构成对忠实义务的违反。^{〔29〕}其二为“结果导向说”。该说将重点置于后半句：若董监高与公司存在利益冲突，且前者滥用职权而牟取私利，则董监高违反忠实义务；相对而言，前半句仅是辅助性规定，并未衍生新的子义务。^{〔30〕}其三为“两层内涵说”。该说指出，这两个半句表达了忠实义务的两层含义：“一是受托人不得未经允许从其受托事务中牟取私利，二是受托人不得使自己的利益与义务产生冲突。”^{〔31〕}该观点倾向于认为，违背任一层含义，都会导致行为人违反忠实义务。

“双重要件说”不宜采纳，因为依照第 181 条之文义，只要董监高存在该条内的客观行为，就构成对忠实义务的违反，裁判者无须审查董监高是否采取积极措施避免利益冲突。而在其余两项观点中，“两层内涵说”更为合理。一方面，“两层内涵说”主张避免利益冲突构成独立的子义务，文义解释的结果对此更为支持。从行为内容上看，两个半句分别使用“应当”和“不得”。依照我国《立法技术规范（试行）（一）》第 14 条和第 15 条，“应当”通常用于义务性规范，“不得”则用于禁止性规范，这至少表明义务内容的相反：董监高负有避免利益冲突的积极作为义务，以及不得利用职权牟取不正当利益的消极不作为义务。^{〔32〕}并且，从规制效果上看，利益冲突与牟取不正当利益所受评价的强度并不一致，前者所受否定性评价的强度似弱于后者，^{〔33〕}体现出子义务的区别。另一方面，采用“双层内涵说”更符合实践需求。“结果导向说”基本维

〔29〕 参见朱慈蕴主编：《新公司法条文精解》，中国法制出版社 2024 年版，第 290 页。

〔30〕 参见李建伟：《公司法评注》，法律出版社 2024 年版，第 716 页；王琦：《董事忠实义务规范体系的再审视》，载《西南政法大学学报》2024 年第 3 期。

〔31〕 赵旭东主编：《新公司法条文释解》，法律出版社 2024 年版，第 384 页。

〔32〕 参见张文显：《法理学》，高等教育出版社 2018 年版，第 118 页。

〔33〕 参见舒国滢：《法律上“可为”指令之语义与逻辑分析》，载《清华法学》2022 年第 5 期。

持了1993年《公司法》第59条第1款以来法律对忠实义务的界定，但忽视程序控制要求而仅关注实体评价标准，将致使裁判者必须审查公司是否受有损失等问题，增大了裁判者的审查难度。相反，“双层内涵说”则扩张了忠实义务的适用范围，使得忠实义务的判断更加灵活化。从2022年发布的《中华人民共和国公司法（修订草案二次审议稿）》至新《公司法》，立法者特意在一般条款中增加避免利益冲突的表述，也是对程序控制要求的强调。

综合上述，“双层内涵说”对第180条第1款的解释更为可取，这也为相应行为识别规则的确立提供了新的思路。依循该一般条款的指引，忠实义务的双层内涵与“行为二分”的立场相互对应，利益冲突的行为受到相对禁止，利用职权牟取不正当利益的行为则受到绝对禁止。“行为二分”的立场也在义务性质、规制强度等方面与忠实义务的双层内涵相吻合。虽然“利益冲突”和“不正当利益”的概念内涵并未得到清晰界定，但理论和实务上基本形成共识，利益冲突系忠实义务的核心，因而利益冲突应当是忠实义务规制的更为广泛的情形。换言之，从第180条第1款的解释论出发，多数涉嫌违反忠实义务的行为应当落入“利益冲突”的范畴，从而被识别为相对禁止行为。但这一结论显然和关于忠实义务具体条款的理论解释相悖。由此，需要针对忠实义务一般条款和具体条款的体系协调作出进一步解释。

（二）第180条第1款与具体条款的体系协调

通常认为，一般条款与具体条款的关系属于一般法与特别法之关系，后者在适用上优先于前者。^[34] 在新《公司法》忠实义务的语境下，该观点具有部分合理性。合理之处在于，第180条第1款列举的各项行为具有场景化特征，内嵌了立法者针对不同场景所作的特殊价值判断，^[35] 并不一定能够反映出某些共同特质。虽然第182条至第184条列举了相对禁止行为，但无法直接从其中概括出“利益冲突”的基本内涵；第181条前5项的适用场景差异较大，亦难以归纳出“不正当利益”的具体指向。总体而言，裁判者在识别违反忠实义务的行为类型时，应当优先将具体条款作为识别规则。

但不合理之处在于，首先，第181条对各项行为要件的列举并不完全，这导致该条前5项仍然存在混淆忠实义务和勤勉义务之嫌，需要通过“利用职权牟取不正当利益”进一步解释其构成。^[36] 换言之，该条前5项在适用时不能完全优先于第180条第1款，反而需要受到后者的制约。其次，第181条第6项虽然被视为兜底条款，但其并不能优先于第180条第1款获得适用，因为其并不负担行为识别功能。第6项旨在将“违反对公司忠实义务的其他行为”归入绝对禁止行为，从文义来看，其前提应当是某项行为已被确认为违反忠实义务。若裁判者仍以第6项为据，将剩余的义务违反行为识别为绝对禁止行为，则裁判者将陷入循环论证的陷阱。实际上，第6项发挥的是转介功能，真正发挥识别功能的仍然是第180条第1款，由其区分相对禁止行为和绝对禁止行为。^[37] 在此意义上，第181条第6项和第180条第1款甚至都难以被视为特别法与

[34] 参见〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》，杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第422页。

[35] 参见贺栩栩：《格式条款内容控制的规范基础分析：一般条款与法定示例》，载《法律方法》第18卷，山东人民出版社2015版，第355页。

[36] 参见叶林：《董事的忠实义务及其扩张》，载《政治与法律》2021年第2期；傅穹：《公司利益范式下的董事义务改革》，载《中国法学》2022年第6期。

[37] 相同观点参见周游：《新公司法条文解读与适用指引：案例·规则·文献》，法律出版社2024年版，第393页。

一般法之关系，自然也不应适用特别法优于一般法的规则。

重新认识忠实义务规范群的功能和定位，首先有助于形成更为确定的识别规则和方法：裁判者在发现涉嫌违反忠实义务的行为时，首先应当判断该行为属于绝对禁止行为还是相对禁止行为。为判断是否属于绝对禁止行为，裁判者应当先识别行为是否符合新《公司法》第181条前5项；若案涉行为不属于前5项，则裁判者应当依据第6项转而适用第180条第1款后半句，审查案涉行为是否系“利用职权牟取不正当利益”。为判断是否属于相对禁止行为，裁判者需要观察案涉行为是否落入第182条至第184条的范围；在得到否定答案后，裁判者应适用第180条第1款前半句，审查“利益冲突”是否构成。在完成行为识别工作后，裁判者进而依据相应规制手段，审查剩余构成要件并确定对应责任。

其次，该方案能够形成更为融贯的条文逻辑和法律政策。将忠实义务的一般条款作为行为识别的核心规范、具体条款作为特别规范，这打破了“相对禁止范围有限，绝对禁止体系开放”的理论藩篱，使得相对禁止行为的范围因“利益冲突”这一宽泛概念而极大地扩张，形成以相对禁止为主导的规范体系，消弭条文之间的解释冲突。

最后，这一方案结合具体的价值立场，还可以形成具体的义务违反行为识别顺序。具体而言，裁判者应当优先识别绝对禁止行为，嗣后识别相对禁止行为。其间原因在于：第一，“利用职权牟取不正当利益”可能与利益冲突行为存在交叉，^{〔38〕} 优先识别前者有助于裁判者使用正确的规制手段，实现忠实义务的立法目的；否则，裁判者容易直接识别为利益冲突行为，忽视其同时构成绝对禁止行为的可能性，导致行为危害性与规制手段不成比例。第二，优先识别“利用职权牟取不正当利益”有利于减少审查成本。若优先识别利益冲突行为，裁判者不仅需要考察行为性质、危害属性等，还需要审查行为是否经公司内部正当程序批准；但若优先识别牟取不正当利益行为，裁判者至少无须审查公司批准程序的合法性。

（三）第181条各项的解释与限缩

在确定新《公司法》忠实义务规范群的解释方法后，需要关注第180条第1款对具体条款解释上的影响，这尤其体现于第181条。前文已指出，第181条前5项的构成要件并不完整，这导致其易与违反勤勉义务的情形相混淆，同时也可能杂糅相对禁止行为和绝对禁止行为的定性，因而需要通过体系解释发掘其他潜在要件，“醇化”第181条的定位。

第一，侵占公司财产、挪用公司资金。“侵占”一般因其对公司财产的直接侵权属性而遭受绝对禁止，^{〔39〕} 但“挪用”在解释上存在较大争议，一般仅能描述未经公司同意而使用资金的行为，并不能准确描述董监高的主观目的是否为自利。这导致挪用公司资金可能包括违规提供担保或对外借贷的情形，但其一般被视为违反勤勉义务。^{〔40〕} 为使该项定位于绝对禁止行为，解释上较为合理的处理方式是，“侵占公司财产”包含董监高自主占有公司资金等财产的情形，“挪用公司资金”则处理其他情形。此时，“侵占公司财产”不需要增加其他要件，因为该行为的违法性和自主占有之意思已经构成“牟取不正当利益”。但挪用公司资金的场合还需要判断是否利用职

〔38〕 参见杨秋宇：《信托受托人忠实义务的功能诠释与规范重塑》，载《法学研究》2023年第3期。

〔39〕 参见施天涛：《公司法应该如何规训关联交易？》，载《法律适用》2021年第4期。

〔40〕 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。

权牟取不正当利益。

第二，以个人名义开立账户存储公司资金。该义务来源于《中华人民共和国商业银行法》，其目的在于严格实行现金管理制度和财务制度，限制“公款私存”现象。^{〔41〕}然而，实践中存在为了公司经营便利而将个人账户直接作为公司账户使用的情况。^{〔42〕}此时，董监高虽然违反法律规定，但并不一定构成对忠实义务的违反，因为新《公司法》区分了忠实义务和守法义务。^{〔43〕}欲判断董监高行为是否违反忠实义务，仍然需要结合第 180 条第 1 款，观察其行为是否旨在牟取不正当利益。

第三，利用职权贿赂或者收受其他非法收入。该行为是最为典型的绝对禁止行为，因为董监高收取贿赂或其他非法收入将对其履职造成严重的道德风险，不具有商业合理性，因而也不需要额外通过第 180 条第 1 款附加要件。

第四，接受他人与公司交易的佣金归为己有。该条在解释上需要与收受贿赂等非法收入形成区分，因为“交易佣金”本身具有合法属性。之所以收取交易佣金受到绝对禁止，是因为交易佣金本应当归属于公司，但董监高未经过公司同意而直接据为己有，构成对公司财产权的侵害。^{〔44〕}但在公司同意的情况下，交易佣金可能转化为董监高的合法劳动报酬，这仍然属于公司对自身财产的合法分配。^{〔45〕}因此，第 181 条项下的“交易佣金”应当解释为第三人直接向董监高支付，且未经过公司同意的款项，这足以证明“不正当利益”的存在。

第五，擅自披露公司秘密。公司信息属于广义上的公司财产，^{〔46〕}因而董监高的擅自披露相当于直接侵害公司的财产权利。然而，“擅自披露公司秘密”同样存在仅违反勤勉义务的可能性，^{〔47〕}解释上应当增加“牟取不正当利益”的要件。

四、具体适用：违反忠实义务行为的核心识别规则

新《公司法》第 180 条第 1 款作为一项识别规范，能够为各类违反忠实义务的行为提供分类上的标准，也可以为义务违反提供具体判断的指引。为充分发挥其在法律适用中的功能，需要对第 180 条第 1 款的构成要件作具体阐释，以此确立违反忠实义务行为的核心识别规则。

（一）“不正当利益”的标准及其适用

“利用职权牟取不正当利益”的解释难点落在“不正当利益”这一不确定法律概念上。之所以称其为不确定法律概念，是因为其内涵不确定，但其以“不正当”作为概念核心，这表明该概念或可通过辅助手段予以探明。^{〔48〕}就忠实义务而言，“不正当利益”本身就可能存在多种面向和价值，难以获得有效的解释结论。因此，“不正当”的探析需要借助于公司法体系外

〔41〕 参见吴真：《真伪储蓄合同之辨——储蓄合同效力的考察》，载《法制与社会发展》2002 年第 6 期。

〔42〕 参见湖南省长沙市岳麓区人民法院（2017）湘 0104 民初 8761 号民事判决书。

〔43〕 参见邹海林：《公司法上的董事义务及其责任配置》，载《法律适用》2024 年第 2 期。

〔44〕 参见周友苏：《中国公司法论》，法律出版社 2024 年版，第 507—508 页。

〔45〕 参见安徽省蚌埠市蚌山区人民法院（2018）皖 0303 民初 2545 号民事判决书。

〔46〕 参见英国《2006 年公司法》第 175 条第 2 款。

〔47〕 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。

〔48〕 参见〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》，杜志浩译，北京大学出版社 2022 年版，第 417 页。

的视角。

1. 比例原则视域下的“不正当”

《公司法》虽主要被视为私法，但比例原则亦是重要分析工具，用以衡量相关主体之利益。^{〔49〕}之所以借助比例原则为工具进行观察，是因为忠实义务旨在控制董监高代理成本，相对禁止和绝对禁止两种手段需要与规制目的合乎比例。应当看到，相对禁止行为所涉价值主要为公司的财产利益，因而其规制手段以公司同意为核心，立法者与裁判者通常不进行直接干预；绝对禁止行为所受之规制手段强于相对禁止，依照比例原则之要求，其所涉价值的位阶应当高于公司的私益，或对公司私益的损害风险过巨。观察第181条中的绝对禁止行为，其所涉利益符合以上推论：董监高收受贿赂等非法收入并未直接损及公司利益，但其侵害的是市场秩序等公共利益，并不仅限于私益；董监高侵占公司财产等行为对公司财产权的侵害后果显著，同时也构成对其受信任地位的明显背离。因此，在比例原则的视域下，绝对禁止行为的范围应当受到相当限制。

在我国法律体系内，超越公司私益的利益形式和造成公司私益严重受损的情形通常需以法律规范加以固定。^{〔50〕}同时，虽然涉及公司私益以外利益形式的法律规定数量庞大，但“不正当”被用于描述董监高所获利益的性质，因此上述法律规定的约束对象应当是董监高及其得利行为，这将有效控制所涉法律规定的范围。简言之，董监高绝对禁止的行为应当主要以法律规范的明确限制为边界。

2. “不正当”的双重评价标准

观察其他部门法，“谋取不正当利益”同样构成《中华人民共和国刑法》（2023年修正，以下简称《刑法》）上行贿罪（第389条）、对非国家工作人员行贿罪（第164条）等罪名的重要要件。刑法上的“不正当利益”主要从实体和程序两个标准进行评价，^{〔51〕}前者主要是指违反法律规定的利益，后者指向违反法律规定的帮助或便利条件。虽然划分标准不完全一致，但对于《公司法》上违反忠实义务的绝对禁止行为之界定，实体与程序的区分仍具有较强的借鉴意义。既往研究通常仅从实体维度评价公司的正当性，但“公司法正义更多表现为程序正义，因为程序不仅是实体权利的依据，更具有独立于实体权利的价值特性”^{〔52〕}。据此，该双重评价标准能够将不正当性延伸至程序维度，较为周延地覆盖绝对禁止行为之范畴。

借鉴刑法上双重评价标准的具体内容，忠实义务领域实体的不正当性主要来源于违反法律、行政法规等实体规范，该类规范明确对其所规制利益的性质采取负面评价。商业贿赂系典型的实体不正当利益，因为其同时遭受《公司法》和《刑法》的否定性评价。^{〔53〕}而程序的不正当性则

〔49〕 参见陈洪磊：《论比例原则在公司法中的适用》，载《法制与社会发展》2023年第6期。

〔50〕 参见胡鸿高：《论公共利益的法律界定——从要素解释的路径》，载《中国法学》2008年第4期。

〔51〕 参见王政勋：《贿赂犯罪中“谋取不正当利益”的法教义学分析——基于语义解释方法的考察》，载《法学家》2018年第5期。

〔52〕 林少伟：《程序型公司法的证成与实现》，载《当代法学》2022年第1期，第127页。

〔53〕 《中华人民共和国刑法修正案（十二）》虽然将竞业竞争、自我交易等行为入罪，但通过股东会或董事会的承诺，公司可以将董监高的行为转化为自己的行为，从而排除董监高行为的违法性。

始于违反法律、行政法规等规范中的程序规则，公司流向董监高的利益未能符合这些规范所要求的正当程序。《公司法》上程序维度的不正当利益一般表现在利益取得的顺位上，董监高可能违反法定分配顺序获得利益，这将关联到解散、破产等清算场景。实体不正当和程序不正当保持相互独立的关系，二者应当独立判断。具言之，程序正当并不表明实体正当，董监高依照法定顺序从公司清算财产中取得其薪酬，但数额超出应得范围，显然其行为仍构成对忠实义务的违反，应受绝对禁止之规制。反过来看，实体正当亦不表明程序正当。对于公司治理而言，程序正当反映于良好的公司治理结构和制度，其价值在于有效遏制董监高滥用权力。若以利益在实体上正当反推至程序正当性，不免将公司治理过度结果导向化，忽视权力滥用的风险。^[54]

3. “不正当”双重标准的具体适用

适用“不正当利益”的双重评价标准可以有效识别绝对禁止行为，限制行为人的抗辩事由，明确董监高的行为指引。并且，该标准使得忠实义务可以贯穿于公司法体系内部，以及证券法、破产法等其他法律制度中。

新《公司法》中，除明确列举的违反忠实义务的行为，实际上还隐藏着诸多涉及忠实义务的情形。此时，“不正当利益”的双重评价维度即可识别相应的绝对禁止行为，并填补新《公司法》在忠实义务层面的缺漏。例如，新《公司法》第 163 条第 1 款和第 2 款禁止公司为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助，资助累计总额超过法定限额者应受绝对禁止。尽管同条第 3 款规定了董监高违反财务资助禁令的赔偿责任，但该款并未明确赔偿责任的法理基础和责任范围。考察其规范意旨，限制财务资助是为了遏制杠杆收购中的利益攫取，防止公司管理层滥用职权侵犯中小股东和债权人的利益。^[55]此时，负有责任的董监高实际上协助控制权人近乎无对价地取得股份，这极可能造成董监高利益与公司利益的冲突，因而“立法上将财务资助行为单独列明为一种高度可疑的违反受信义务的行为，属于董事忠实义务的精细化立法”^[56]。英国法亦将违反财务资助禁令的行为视为违反信义义务，董事负有向公司返还公司资助给购买人价金的个人责任。^[57]确认财务资助行为违反忠实义务的基本属性后，逾越法定限额所取得的利益实际上被《公司法》评价为不正当，因而该情形应当归入绝对禁止行为的范围，^[58]行为人不能以“维护公司利益”或“经公司正当程序批准”等理由抗辩。同样的逻辑也适用于董监高协助抽逃出资、^[59]违法分配利润^[60]等情形。

证券法上，我国虽未明确规定董监高内幕交易同时构成违反忠实义务的行为，但两种行为具

[54] See Stephen R. Galoob & Ethan J. Leib, *Fiduciary Loyalty, Inside and Out*, 92 Southern California Law Review 69, 94 (2018).

[55] 参见王瑞贺主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2024 年版，第 228 页。

[56] 沈朝晖：《财务资助行为的体系化规制——兼评释 2021〈公司法（修订草案）〉第 174 条》，载《中国政法大学学报》2022 年第 5 期，第 105 页。

[57] 参见〔英〕保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》（上册），罗培新等译，法律出版社 2016 年版，第 357 页。

[58] 参见沈朝晖：《财务资助行为的体系化规制——兼评释 2021〈公司法（修订草案）〉第 174 条》，载《中国政法大学学报》2022 年第 5 期。

[59] 参见郝磊：《协助抽逃出资情形下董事对债权人的责任》，载《人民司法·应用》2012 年第 5 期。

[60] 参见吴飞飞：《资本维持原则的当下意蕴及其对偿债能力测试的借鉴》，载《政法论坛》2023 年第 4 期。

有同源性，实践中已经存在将内幕交易认定为违反忠实义务的做法。^{〔61〕} 美国法上也有判例建立了忠实义务和内幕交易的紧密关联，^{〔62〕} 将负有且违反忠实义务作为构成内幕交易的前提条件。内幕交易所构成第三人流向董监高的利益，该利益具有实体上的不正当性。这是因为，内幕信息将对公司股价及投资人的投资判断造成重大影响，公司董监高对此明知，但仍然利用其信息优势谋取个人利益，损害投资者的信息平等利益以及证券市场秩序。^{〔63〕} 也正是因此，董监高禁止内幕交易的义务来源于《中华人民共和国证券法》上的特别规定，其立法目的主要在于维护公众投资者的利益，而其并不完全等同于公司利益。该利益的优位性使得发行人许可难以成为内幕交易的抗辩事由，其大概率仍被认定为违法。^{〔64〕} 由此，董监高违反内幕交易禁令亦属于忠实义务项下的绝对禁止行为。

在破产法层面，^{〔65〕} 《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）规定的主要是企业债权人公平清偿问题，因而董监高作为债权人，其获取利益的不正当属性可能在于程序方面。《企业破产法》第 36 条规定，破产管理人有权追回破产企业董监高利用职权从企业获取的非正常收入和侵占的企业财产。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第 24 条第 1 款将绩效奖金、普遍拖欠职工工资情况下获取的工资性收入明确定性为《企业破产法》第 36 条项下的“非正常收入”，并于第 3 款规定，该类收入由破产管理人追回后转化为普通债权进行分配清偿。以上规范并未对“非正常收入”的实体性质作出判断，而是要求董监高遵循破产财产的分配顺序及程序，不得提前获得清偿。^{〔66〕} 尽管以上规范未明确指出其与忠实义务的关联性，但其规制对象与忠实义务存在重叠，其法律效果也与公司归入权具有相似之处。从更为实质的角度观察，公司濒临破产或破产申请已被受理时，公司利益的主要构成由股东的整体利益基于风险负担理论而趋向于债权人利益。^{〔67〕} 董监高在其债权能否清偿、债权清偿数额均未确定的情况下，利用其职权或地位，提前取得个人薪酬，既可能单纯地违反债权分配程序，也可能实质上取得超出其分配比例清偿部分，构成不正当利益。因此，董监高违反《企业破产法》第 36 条的规定，亦构成违反忠实义务的行为。并且，分配程序的目的不在于保障良

〔61〕 参见周天舒：《证监会对内幕信息传递人的选择性执法研究——以 2011 年至 2015 年内幕交易案件为样本》，载《北方法学》2017 年第 5 期。部分上市公司章程也将“不得利用内幕信息为自己或他人谋取利益”作为忠实义务的具体内容。参见《光明乳业股份有限公司章程》（2024 年 5 月修订）第 105 条第 1 款第 3 项。

〔62〕 See *United States v. O'Hagan*, 521 U.S. 642, 652–654 (1997). 除此判例外，美国《投资顾问法》第 204A 条也把反对和防止内幕交易作为忠实义务的内容之一。

〔63〕 See Kevin R. Douglas, *How Fatal Ambiguity Undermines Effective Insider Trading Reform*, 48 *Journal of Corporation Law* 353, 395 (2023).

〔64〕 参见宋颐阳：《内幕交易犯罪识别路径研究：从发行人许可的“内幕交易”谈起》，载《法学评论》2022 年第 1 期。

〔65〕 由于破产法和公司法均规定董监高的忠实义务，二者如何衔接遂成问题。部分美国判例认为，董事信义义务的性质和范围并未变化，仅保护的利益主体增加。See *In re Sec. Asset Cap. Corp.*, 396 B.R. 35, 40 (Bankr. D. Minn. 2008). 部分判例也认为，破产情况下董事应当负有更高度度的忠实义务。See *Gulfmark Offshore, Inc. v. Bender Shipbuilding & Repair Co.*, No. CIV. A. 09–0249–WS–N, 2009 WL 2413664, 1 (S.D. Ala. Aug. 3, 2009). 尽管存在观点分歧，但美国判例基本认可，公司法上的一般忠实义务构成最基础的内涵，在破产场景下仍应存在。因此，此处以新《公司法》上忠实义务的内涵分析破产场景下的特殊问题，具有合理性。

〔66〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用》〔破产法解释（一）·破产法解释（二）〕，人民法院出版社 2017 年版，第 293 页。

〔67〕 参见陈鸣：《董事信义义务转化的法律构造——以美国判例法为研究中心》，载《比较法研究》2017 年第 5 期。

好的公司治理结构，而是为了保护债权人平等受偿，因而破产管理人不能豁免董监高提前清偿个人债权的行为，否则将有违破产管理人的信义义务。^{〔68〕} 因此，董监高利用职权提前清偿其个人债权的行为具有程序上的不正当性，同样应置于绝对禁止行为的序列之下。

（二）“利益冲突”的内涵与边界

依照忠实义务一般条款的指引，相对禁止行为的内涵以“利益冲突”为核心，并因此具备外延上的开放性。尽管相对禁止行为的规制呈现出较为宽松的特征，但董监高仍存在违反忠实义务而遭受否定性评价的风险。对此，规范层面仍应当明确相对禁止行为的边界，与董监高的合法行为相分离。这遂要求对“利益冲突”这一概念进行校准。

1. 利益冲突之内涵厘定

我国学理上通常认为，利益冲突即指董监高自身利益与公司利益的冲突。^{〔69〕} 但此种理解仍存在疑义。第一，公司利益界定困难，其同时承载着不同主体的利益。不少法域倾向于回避直接界定公司利益。英国《2006 年公司法》第 172 条虽被视为董事判断履行义务是否合乎公司利益的成文指引，但该条仍然遵循了普通法的主观标准，以董事的主观善意判断其行为目的是否为追求公司成功。^{〔70〕} 第二，个人利益与公司利益相冲突并不必然意味着违反忠实义务，因为董监高仍是有权追求个人经济利益的理性人，这意味着在边界以外，董监高的个人利益即使与公司利益实际上相冲突，董监高也不应当被问责，否则其个人自由将受到不当限制。

英国衡平法的主流观点指出，利益冲突发生的原因应为董事个人利益与其义务或职责相冲突。^{〔71〕} 英国《2006 年公司法》第 175 条第 7 款总体而言也依循了衡平法的界定方式。以董事的义务或职责代替公司利益，这一方案有助于通过行为等客观标准推定“公司利益”，提供更明确清晰的判断标准。同时，董监高以其对公司所负有的义务或职责为限维护公司利益，因而其义务目标基本可以和公司利益等价，符合法律的文义要求。我国法上“公司利益”的内涵并不明确，摇摆渐进的立法史表明“公司利益”的内涵似乎正呈现出扩张趋势。与其苦于如何界定公司利益，不如通过董监高的义务或职责迂回地判断。另一方面，从意思自治的角度而言，无论董监高在公司中的身份为公司机关成员还是受托人、代理人，其与公司产生联结的首要法律关系是契约关系，这不仅包含董监高与公司之间的委任合同，同时也包括了公司章程的契约属性。董监高在形成契约中所为的意思表示是对自我的拘束，因此构成了公司利益优先于个人利益的承诺范围，这为违反忠实义务所致责任的正当性提供基础。基于此，我国实践中判断董监高是否避免利益冲突时，可以参酌英国经验，改为判断董监高自身利益与其对公司负有的义务或职责是否存在冲突、董监高自利动机是否会影响其履行义务或执行职责。法院需要首先审查董监高对公司所负有的义务内容及范围，若董监高的自利行为并不在其义务或职责范围内，其行为不构成对忠实义务的违反，若经过判断，董监高的自利行为处于其义务或职责范围内，其后才进入责任发生的阶

〔68〕 参见王卫国：《新破产法草案与公司法人治理》，载《法学家》2005 年第 2 期。

〔69〕 参见陈景善：《授权资本制下股份发行规制的重构》，载《华东政法大学学报》2022 年第 2 期。

〔70〕 参见〔英〕保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》（上册），罗培新等译，法律出版社 2016 年版，第 528 页。

〔71〕 See P. D. Finn, *Fiduciary Obligations*, The Law Book Company, 1977, p. 199.

段。这也符合公司治理中“职权与义务”相统一的基本法理。

这一处理方式对于我国公司治理实践具有显著意义。除总经理以外，财务负责人、董事会秘书等高管往往只负责某一具体方面的经营管理工作，并不对所有日常经营管理活动均负有义务和职责，因而其从事自我交易等行为并不一定符合自己代理的构成要件。普通法即认为，即便是高级雇员也不应当全面适用董事义务，除非其实际行使董事职权。^{〔72〕} 监事主要承担监督职能，无权积极介入公司经营管理，理论上无法运用其权力或地位与公司缔结不公允交易或从事其他违反忠实义务的行为。但新《公司法》第八章将董监高一同规制，虽可避免挂一漏万的风险，却忽视了“三种主体在公司中的角色、地位以及影响力等各种客观因素是不一样的”^{〔73〕}，导致监事承担与董事相同范围、相同强度的义务，风险过巨。^{〔74〕} 就董事而言，实践中董事权力逐渐分化，出现了执行董事/非执行董事、内部董事/外部董事、独立董事等类型，这使得忠实义务的精细化殊具意义。^{〔75〕} 另外，若公司章程或股东协议限制了公司的经营范围，董事的忠实义务自然不延伸至超出公司经营范围以外的事项，因而董事即使利用了通常会被视为属于公司的机会，也因以上限制而不构成对忠实义务的违反。^{〔76〕} 事实上，我国实践中已有不少案例明确将董监高的忠实义务与《公司法》、公司章程等规定的职责范围相关联，^{〔77〕} 这表明该方案在实践中具有有效性和可行性。

2. 利益冲突之识别界限

利益冲突的内涵虽能被描述，但在实践中，董监高有时面临的利益冲突仅是一种可能性。对此，多数法域将忠实义务的规制起点置于利益冲突实际发生前——只要董监高与公司之间存在利益冲突的可能性，其就被视为违反忠实义务，以此体现忠实义务的预防功能。但这一可能性的边界何在？

早期的衡平法未限制利益冲突的范围，“任何负有信义义务的人，不得从事与他有义务保护的人的利益相冲突，或可能发生冲突的交易”^{〔78〕}。换言之，只要董监高与公司间存在利益冲突的可能性，无论可能性大小，也无论董监高的具体主观状态，其都需要受到忠实义务的规制。新加坡目前仍然采用这一传统的判断方式，其理由有三：第一，避免利益冲突义务的功能在于预防义务主体偏离忠诚的目标，因而广泛的利益冲突范围可以阻止受信人投机；第二，受信人是否具有自利动机难以通过其他手段探寻，潜在的利益冲突足够表征其具有自利动机；第三，受信人有能力模糊利益冲突行为，这会提高司法成本，因而扩张利益冲突的范围有利于降低司法审查的负担。^{〔79〕} 当然，传统判断方式可能过度扩张了忠实义务的范围，放大了行为人的行为风险，即便

〔72〕 参见叶林、钱程：《经理的扩权现实与公司法因应》，载《经贸法律评论》2024年第4期。

〔73〕 蔡伟：《公司内部监督责任体系的困境——基于对监事的再考察》，载《中外法学》2018年第6期，第1671页。

〔74〕 参见赵万一、苏志猛：《中国公司监事义务的独立证成与法律实现》，载《学术研究》2024年第3期。

〔75〕 参见徐强胜、简晓婷：《独立董事信义义务的逻辑与展开》，载《学术交流》2022年第6期；黄辉：《独立董事的法律义务与责任追究：国际经验与中国方案》，载《中外法学》2023年第1期。

〔76〕 See *Wilkinson v. West Coast Capital and others* [2005] EWHC 3009 (Ch), at [274] – [281].

〔77〕 例如北京市高级人民法院（2020）京民终696号民事判决书；北京市第三中级人民法院（2019）京03民终15352号民事判决书；北京市第三中级人民法院（2019）京03民终1111号民事判决书。

〔78〕 *Aberdeen Railway Co v. Blaikie Brothers* (1854) 1 Macq 461, per Lord Cranworth LC.

〔79〕 See *Ng Eng Ghee v. Mamata Kapildev Dave* [2009] SGCA 14, at [143] – [145].

利益冲突的可能性微乎其微，也将导致违反忠实义务的后果。因此，部分法域在承认利益冲突的抽象风险具有可规制性的同时，发展出了并不完全相同的认定标准，以处理潜在利益冲突的模糊边界。例如，英国部分判例试图缓和以上严苛的立场，改采理性人标准，即一个理性人在相同条件下，是否认为存在真实可感的利益冲突可能性（real sensible possibility of conflict）。〔80〕理性人标准的宽松，不仅体现在利益冲突可能性的证明难度提高，而且体现在允许董监高提出更多理由进行抗辩，例如，公司不具有足够的经济能力而只能向董事进行融资等。〔81〕澳大利亚部分判例进一步放宽了对董监高的要求，原告不仅需要证明董监高处于或可能处于利益冲突之中，还需要证明董监高有意追求个人利益。后者通常结合客观判断标准，即董监高实际参与利益冲突的形成，但单纯地未披露其利益关系并不能直接证明其有意追求个人利益。〔82〕

就我国而言，新《公司法》第 183 条以“属于公司的商业机会”限缩篡夺商业机会的范围、第 184 条以“经营与所任职公司同类的业务”限定竞业竞争的范围，并不倾向于太过宽松地判断利益冲突可能性，早期衡平法所采取的严格规制路径并不适合于我国规范。从实践来看，我国法院在案件裁判过程中亦会考虑，若过度扩张利益冲突的范围是否会导致对个人自由的不当限制。〔83〕澳大利亚的判例同样不适合于我国，因为在判断利益冲突时要求证明“董监高有意追求个人利益”，这可能导致新《公司法》第 180 条第 1 款的两类行为过度重叠，限制忠实义务的适用范围。相较而言，理性人标准可能更适宜为我国所采纳：一方面，理性人标准在限制董监高自利行为的同时，对董监高行为自由的保护实现一定的平衡和回调，从而促进企业家精神的弘扬，符合新《公司法》的价值取向；其二，理性人作为贯彻诚实信用的人格形象，可以体现出商业伦理对董监高的通常要求，从而为董监高履职提供更为明确且具有适应性的标准，激励董监高的履职行为更加符合市场规律。

五、结 论

为了妥善适用公司法下忠实义务的规范群，合理确立董监高违反忠实义务的行为识别规则，忠实义务的一般条款和具体条款均应在适法过程中加以考虑。具体而言，裁判者应当以新《公司法》第 180 条第 1 款作为核心识别规范，首先区分判断绝对禁止行为和相对禁止行为。前者应当依据第 181 条优先识别，并在触发兜底条款时回归第 180 条第 1 款的后半句，以法律规定的“不正当利益”作为判断标准。相对禁止行为则并不限于第 182 条至第 184 条的规定范围，凡不属于第 180 条第 1 款后半句的行为，均应在第 180 条第 1 款前半句的框架下加以识别。

绝对禁止行为和相对禁止行为的妥当区分，同时也意味着规制手段在一定程度上获得统一。尤其是相对禁止手段，作为其核心的“报告+同意”程序在我国理论中仍然关注较少。因此，解

〔80〕 See Boardman v. Phipps [1967] 2 AC 46, at 124.

〔81〕 参见〔英〕保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》（上册），罗培新等译，法律出版社 2016 年版，第 575 页。

〔82〕 See R Langford & I Ramsay, *Directors' Conflicts: Must a Conflict be Pursued for there to be a Breach of Duty?*, 9 Journal of Equity 281, 283-287 (2015).

〔83〕 参见北京市第二中级人民法院（2021）京 02 民终 15479 号民事判决书。

释新《公司法》下忠实义务的规范群，不仅有利于形成合理的识别规则，同时也为“报告+同意”程序的后续构建提供坚实基础。

Abstract: The new Company Law (“CL”) regulates the duty of loyalty by distinguishing between actions of absolute prohibition and relative prohibition. How the identification rules towards actions breaching duties should be interpreted from current statutes constitutes the core of the controversy between majority opinions and judicial practices. The expansion of scope actions of relative prohibition reflected in judicial practices is justified by the fact that corporate autonomy embodied in the “report and consent” procedure is generally more economically efficient, and should be taken as the value standpoint in interpreting the current law. To integrate the value standpoint into the current legal system, Article 180 (1) of CL should be used to coordinate the normative group of duties of loyalty, and “conflict of interest” and “seeking improper interests” should be regarded as the core connotations in actions of relative and absolute prohibition respectively. At the same time, Article 180 (1) constitutes the core identification rule towards these two types of actions, and specific provisions shall be regarded as special identification rules, which can expand the scope of actions of relative prohibition from an interpretive perspective. The “improper interests” should be defined by statutes and articles of association, and evaluated based on substantive and procedural standards, forming a system that runs through multiple systems including company law, securities law, and bankruptcy law. The “conflict of interest” should be based on the conflict between the personal interests of directors, supervisors, and managers and their responsibilities and obligations, and the boundary should be judged by reasonable person standard.

Key Words: duty of loyalty, relative prohibition, absolute prohibition, conflict of interest, improper interests

(责任编辑：王湘淳)