

公司法上信义义务的体系构成 ——兼评新《公司法》相关规定

赵 磊*

内容提要：信义义务起源于信托法上的受托人义务，在普通法系衡平法传统影响下，其在英美等国的适用早就超越了信托法范畴，成为公司法领域通用的原则。无论是从“委托—代理”视角，还是信托关系视角来看，公司法制度引入信义义务理论都有必要。董、监、高之所以对公司负有信义义务，是因为他们在公司担任特定职务，与公司存在特定的法律关系，“公司利益至上”是其信义义务的内核。新《公司法》构建了较为完整的信义义务规则体系。在控股股东与实际控制人实际履行董、监、高职能的情况下，他们的行为后果对于公司利益的影响与董、监、高并无差异，理应对公司负信义义务；同时完善信义义务的例外和救济条款，增加了对全资子公司的“双重股东代表诉讼”制度。

关键词：新公司法 信义义务 忠实义务 勤勉义务

2023年12月29日，第十四届全国人大常委会第七次会议通过新修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称“新《公司法》”）。本次修法的亮点之一是在完善董、监、高忠实义务与勤勉义务具体内容的基础上，规定了虽不担任公司董事的控股股东、实际控制人但实际执行公司事务的，也应当负有与董、监、高相同的忠实义务与勤勉义务。从法理上说，忠实义务与勤勉义务属于信义义务的范畴，董、监、高作为公司与股东的受托人，对公司负有信义义务，已经成为学界共识，《中华人民共和国公司法》（2018年修正）（以下简称现行《公司法》）对此也有明确规定（第147条第1款）。至于控股股东与实际控制人，一方面，让其承担信义义务在立法例上无迹可寻，在法理上亦无确凿的、令人信服的理论支撑；另一方面，实践中他们利用自己在公司中的支配力或影响力，侵害公司、中小股东合法权益的做法非常普遍。^{〔1〕}新《公司法》对此予以积极回

* 赵磊，中国社会科学院法学研究所研究员、中国社会科学院大学法学院教授。

〔1〕 参见赵旭东：《公司治理中的控股股东及其法律规制》，载《法学研究》2020年第4期。

应，殊值肯定。但是，控股股东对公司负有信义义务有无法理依据？〔2〕在新《公司法》的制度框架下是否有其逻辑自洽的体系？新《公司法》正式施行后，实务层面如何认定控股股东与实际控制人违反了忠实义务与勤勉义务？对于董、监、高以及控股股东、实际控制人违反信义义务的行为如何救济呢？

一、公司法上信义义务的法理基础

信义义务起源于信托法上的受托人义务，在普通法系衡平法传统影响下，其在英美等国的适用早就超越了信托法范畴，成为商事领域通用的原则。从法理上说，义务与权利构成民事法律关系的内容。虽然信义义务是普通法上的概念，但是当我们说某个主体负有信义义务，一定是其与其他主体之间存在特定的信义法律关系。一般而言，信义法律关系有以下四方面特征：其一，受托人通常提供的是需要专业知识的服务；其二，为了有效履行职责，受托人必须被授予权力或财产；其三，这种授权行为对委托人带来的风险是受托人可能滥用受托权力而损害委托人的利益；其四，由于委托人在信义关系中欠缺自我保护能力，抑或市场机制不能对委托人提供足够充分的保护，受托人建立其可信度的成本可能高于他们从信托关系中获得的收益。〔3〕具体到公司法相关制度而言，在特定主体与公司存在某种信义法律关系的情况下，对其课以信义义务是理所当然的。

（一）“委托—代理”视角下引入信义义务的必要性

“委托—代理”理论是制度经济学契约理论的核心内容。从这个角度来看，普通股东或者作为拟制组织存在的公司，与对公司负有管理职责的董、监、高之间，存在着信息不对称。董、监、高为信息优势方（知情者），被视为“代理人”，股东或者公司为信息劣势方（不知情者），被视为“委托人”。双方形成“委托—代理关系”，信息优势方（知情者）的私人信息（行动或知识）影响信息劣势方（不知情者）的利益。〔4〕当委托人与代理人的利益相互冲突且信息不对称时，代理人的“道德风险”随之而生，即从自身利益最大化出发利用信息优势损害委托人的利益。〔5〕

具体到公司治理来说，运用“委托—代理”理论可以发现董、监、高履职中的道德风险问题。但是，如何解决这一问题并将其对公司及其相关主体的损害降到最低，经济学给出的答案是构建合理激励机制以确保代理人为委托人的利益尽其所能：（1）在一定的激励下，代理人能出于团结的考虑而将委托人的目标作为自己的目标；（2）委托人在对代理人行动了如指掌的前提下，可以用直接监管和强制命令的办法来控制代理人；（3）代理人出于其自身利益的考虑而追求委托人利益，而能遵守一般规则。〔6〕上述三点激励方案是不切实际的理想化措施，第一种措施对代

〔2〕虽然控股股东与实际控制人在内涵与外延上以及在公司治理体系中有所差异，但新《公司法》第180条第3款将二者统一规定，适用相同的判断标准。本文为了论述方便，仅以控股股东为研究对象。

〔3〕See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2011, p. 6.

〔4〕参见张维迎：《博弈论与信息经济学》，上海人民出版社2004年版，第238-239页。

〔5〕参见刘有贵、蒋年云：《委托代理理论述评》，载《学术界》2006年第1期。

〔6〕参见〔德〕柯武刚、史漫飞：《制度经济学：社会秩序与公共政策》，韩朝华译，商务印书馆2000年版，第79页。

理人提出了过高的道德要求；第二种措施难以实现，代理人的行为通常具备一定的专业性，对于公司来说，董、监、高负责公司日常管理，股东不可能无时无刻地掌握其动向，抽象意义上的公司更无可能；第三种措施更无实际作用，代理人之所以会产生道德风险，大多是因为其将利益衡量的天平倾向了自己而非委托人。

现代经济学往往以“理性人”的立场，从“成本—收益”的角度提供问题解决方案。这相当于在真空中搭建实验模型，往往陷入理想化、空洞化的误区。正如塔玛·弗兰科（Tamar Frankel）所言，代理人（受托人）无法抵挡诱惑，损害或者欺骗他人而获取不法利益的根本原因在于人性的弱点。^{〔7〕} 只有通过将约束代理人行为的措施上升到法律层面，赋予权利的同时，课以相应义务，并辅之以强制性的法律责任制度，才能起到对代理人的威慑作用。

（二）信义义务的扩张

无论是普通法系国家，还是大陆法系国家，均无成文法明确规定董、监、高与公司之间是信义法律关系。对于普通法系国家来说，虽然它们的成文法并无关于信义义务的强制性规定，但是无论是理论界还是实务界均认为，董事对公司负有忠实义务与注意义务等信义义务是没有任何争议的常识性问题。法官们根据衡平法原理在具体案件的处理过程中，运用自由裁量权，将受托人的某些行为认定为非法，并课以法律责任，从而将信义义务由信托领域推广至整个商事领域。^{〔8〕}

对于大陆法系国家而言，由于缺乏信托法文化传统，各国的公司法均未明确规定董事负有信义义务。大陆法系国家的法律体系以成文法为基本特征，并无具有悠久历史传统的衡平法体系，法官在司法裁判中的自由裁量权的范围较小，通常不能在没有法律明确规定的情况下，直接认定某些主体因违反信托义务而承担相应法律责任。在公司法领域，大陆法系一直深受英美公司法的影响，两大法系的公司制度趋向融合、一体化。^{〔9〕} 信义义务理论对于大陆法系国家公司法的影响，体现为通过成文法的方式列举董、监、高的忠实义务与注意义务。这两类义务的内涵和实际范围与普通法系的信义义务大致是类似的。^{〔10〕} 换句话说，虽然大陆法系国家在公司法中并未明确规定信义义务，但是通过对董、监、高课以忠实义务和注意义务的方式，在实质上承认了信义义务。

（三）信托关系视角下公司法上的信义义务

信义义务理论的基础是信托法，从信托关系的视角来看，信义义务主体为受托人。作为信托制度起源的英美，受托人是其信托法的核心内容。全世界最早一部与信托相关的成文法，就是1893年英国颁布的《受托人法》（Trustee Act），该法案以受托人中心进行信托制度设计。其中，受托人的义务是主要内容。从根本上来说，信托概念以及识别某个人作为受托人的基础在于，受托人对受益人负有不可削减的核心义务，该义务可由受益人针对受托人执行。所有受托人的基本义务是为了受益人的权益而诚实善意地履行信托义务。^{〔11〕}

〔7〕 See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2011, p. 101.

〔8〕 参见徐化耿：《信义义务的一般理论及其在中国法上的展开》，载《中外法学》2020年第6期。

〔9〕 See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 *The Georgetown Journal* 439, 439-441 (2001).

〔10〕 参见〔美〕伯纳德·S·布莱克：《外部董事的核心信义义务》，载〔美〕弗兰克·H·伊斯特布鲁克等：《公司法的逻辑》，黄辉编译，法律出版社2016年版，第347页。

〔11〕 参见〔英〕格雷厄姆·弗戈：《衡平法与信托法的原理》，葛伟军、李攀、方懿译，法律出版社2018年版，第525页。

从性质方面看，受托人义务为法定义务，而非约定义务。与权利义务对等的相对法律关系不同，在信托关系中，委托人设定信托后即退出信托，受托人为了受益人的利益管理和处分信托财产，其义务内容恒定，信托文件对此不能减免。受益人并非信托合同的当事人，其“特权”地位来源于信托这种特殊的制度安排。^[12] 这一法理体现在公司法上，受托人的义务无需公司与董、监、高在其聘用合同中约定，各方主体依据《公司法》的规定行事即可。现行《公司法》第 147 条明确规定了董、监、高的忠实义务与勤勉义务，新《公司法》第 180 条进一步细化了该规定，并增加控股股东与实际控制人为特定情况下的义务主体。

从范围方面看，受托人的义务包括忠诚义务（the duty of loyalty）与注意义务（the duty of care）。受托人管理信托事务时，受益人、委托人无法全面、随时掌握其动向，在受托人掌握信息优势和地位优势的情况下，如果不对其课以明确的严格义务和相应的法律责任，很难保证其履职行为完全出于受益人的利益考量，兢兢业业地工作。受托人的义务对象为受益人，对于公司来说，董、监、高的信义义务对象为公司和股东。一般而言，董、监、高的所有履职行为必须有利于公司利益、股东利益。这一方面要求董、监、高为了公司利益积极作为，另一方面要求董、监、高不得损害公司利益。前者属于积极义务的范畴，是董、监、高的作为义务；后者属于消极义务的范畴，是董、监、高的不作为义务。前者被称为注意义务，后者被称为忠实义务。现行《公司法》第 147 条第 1 款对董、监、高的忠实义务和勤勉义务作了原则性规定，新《公司法》第 180 条第 1 款规定了履行忠实义务的判断标准，第 2 款规定了履行勤勉义务的判断标准。通常情况下，勤勉义务和注意义务是一回事，使用“勤勉”一词，更能体现注意义务的积极特性。

从义务主体来看，受托人之所以承担信义义务是来自特殊的职务身份。在一般的信托结构中，受托人基于委托人设立信托的行为或者其他法律规定的原因，而承担管理信托财产或者其他事务的权利和义务。在信托义务拓展为信义义务后，在英美法传统国家，判断主体之间是否存在信义关系、某个主体是否应当负有信义义务的标准有二：一是基于身份（status-based）识别法。当事人因为其特定身份而被视为受托人，负有信义义务。这种识别信托关系的方法历史悠久、适用广泛，法官依据法律关系的类型进行判断，特定身份是决定某种关系是否为信托关系的关键。二是基于事实（fact-based）识别法。根据这一识别方法，确定关系性质的主导因素是事实而非身份。一种关系只要具备某些特征或公认的信托关系的表象，就可以被认定为信托关系，受托人被推定为受托人，当然地负有信义义务。^[13] 这两种方法分别从静态和动态的角度，辨别和认定当事人之间是否存在信义法律关系。可以看出，信义法律关系既有静态的，根据当事人在某种法律关系中的地位，通过“基于身份”标准即可辨别，也有动态的，要根据当事人的某种行为，通过“基于事实”标准才可辨别。当然，在司法实践中，法官并不会因为当事人之间存在某种法律关系而直接认定信义关系，而是要结合涉案法律关系的实质内容进行考察。

[12] 参见赵磊：《信托受托人的角色定位及其制度实现》，载《中国法学》2013 年第 4 期。

[13] See Paul B. Miller, *A Theory of Fiduciary Liability*, 56 McGill Law Journal 235, 240-246 (2011).

二、身份关系：董、监、高信义义务的决定因素

董、监、高之所以对公司负有信义义务，是因为他们在公司担任特定职务，与公司存在特定的法律关系。董、监、高在选任方式上大致相同，也就是说他们权力来源相同、身份取得方式大致相同，因此他们的义务对象相同。他们的信义义务均应该以公司利益至上为核心。但由于他们在公司治理中的角色不同、分工不同，各自的信义义务内容、形态也不尽相同。

（一）董、监、高信义义务的对象

通常来说，对于规模较大的公司来说，公司股东自身并不直接参与日常经营，而是由作为公司经营专家的董事代位执行。股东们则被赋予了选任包括公司董事在内的公司董事、监事以及高级管理人员的权限。公司的经营者是由股东的多数意见决定的。^{〔14〕}董、监、高的权力来源于股东的赋予，因此股东是信义法律关系的“委托人”，董、监、高是“受托人”。但是，一般情况下，董、监、高的信义义务对象却并非股东，而是公司。理由有二：

一方面，从信托法理分析，股东并非董、监、高履职行为的直接受益人。公司治理信义法律关系中的“受益人”是公司，而不是股东。在公司的组织结构中，董事、监事以及高级管理人员的权力直接或者间接来源于公司的权力机构——股东会。在法律关系结构上，公司是委托人，董、监、高是受托人，他们在履职时理应对公司负有信义义务。受托人董、监、高应该为了受益人公司的利益履职。当然，股东对公司享有剩余财产权，股东的利益与公司利益呈正相关关系，经济学上甚至将股东对公司的权益称为“所有者权益”，因而股东是公司利益的实际享有者，在具体案例处理中，法院有可能会认为股东也应该是董、监、高信义义务的对象。

另一方面，从权力来源分析，董、监、高的身份取得来自公司权力机关。在现代公司治理中，除一人公司之外，董、监、高的产生均应由代表公司意志的股东会决定，而非来自某个或者某些股东的赋予。只要股东会决议是符合法律规定和公司章程的，董、监、高的产生并不需要全体股东同意。董、监、高也不是仅对同意选任他们的股东负责，而是通过对公司负责的方式间接对全体股东负责。

（二）“公司利益至上”——董、监、高信义义务的内核

董事、监事及高级管理人员由股东会选任，董事、监事通过参加董事会、监事会并就相关事项进行审议、表决的方式，履行其职权，高级管理人员在股东会、董事会的授权下负责公司日常管理事务。董、监、高履职应该坚持“公司利益至上”原则。本次公司法修订，在董事的忠实义务与勤勉义务条款的设计上，均很好地贯彻了这一原则，并将其落实到了具体的规则设置上。这是信义法上受托人“受益人利益至上”理念的体现。“公司利益至上”在董、监、高的忠实义务与注意义务中的体现有所不同：

1. 公司利益唯一：忠实义务的标准

信义关系中，之所以要求受托人必须承担忠实义务，在于信义关系中双方当事人的地位严重

〔14〕 参见〔日〕近藤光男：《最新日本公司法》（第7版），梁爽译，法律出版社2016年版，第212页。

不平等，失信风险极大，从反面来讲，受益人的利益与地位迫切需要强力的手段加以保护，法律必须施以援手，所以才出现道德性意味浓厚的、如此严苛的义务类型。^{〔15〕}从信义法视角看，忠实义务有两个方面：一方面要求受托人为委托人的唯一利益（sole benefit）行事。如果受托的财产或权力不属于受托人，那么受托人就不能从中受益，除非得到真正所有人或其权力来源的授权，或者法律有特别规定。另一方面是禁止受托人的行为与委托人的利益发生冲突。^{〔16〕}这其中，委托人利益为受托人行事之“唯一利益”，是所有信义关系中忠实义务的核心。

新《公司法》规定的董、监、高忠实义务也奉行上述原则，要求董、监、高“采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益”。在这一原则性规定的基础上，新《公司法》在第 182、183、184 条作了董、监、高关联交易禁止、不得利用公司机会以及竞业禁止的详细规定，使得董、监、高的忠实义务具有了操作性。同时，新《公司法》还规定了董、监、高忠实义务的例外情况：董、监、高与公司进行关联交易的，应当向董事会或者股东会报告，并经决议通过（第 182 条）；董、监、高利用公司机会的，要么“向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过”，要么“根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会”（第 183 条）；董、监、高向董事会或者股东会报告并按照规定经董事会或者股东会决议通过的，可以自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务（第 184 条）。

2. 公司利益最大化：勤勉义务的标准

可以看出，忠实义务规则多为禁止性规定，董、监、高是否违反该义务相对容易判断。新《公司法》在第 180 条第 2 款规定了董、监、高的勤勉义务标准：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。其他部分并无如何行为算是符合勤勉义务以及何种行为违反勤勉义务的规定。总体看来，勤勉义务是非常模糊和抽象的，不如忠实义务那样已经类型化，这不是中国《公司法》独有的问题，在英美法系亦如此，或许可以说，这是勤勉义务的固有特征。

不过，基于英美法系法官的自由裁量权、判例法的法律渊源、程序法的优势以及信托法传统等有利因素，这一问题可以在实践中得到解决。^{〔17〕}美国法律协会在其制定的、不具有强行法效力的《公司治理原则》中，将谨慎（勤勉）义务定义为：公司董事或高管必须真诚地（in good faith）履行其职责；以他们有理由相信符合公司最佳利益的方式履行其职责；并以通常谨慎的人在类似职位和类似情况下应有的谨慎态度履行其职责（过失标准）。^{〔18〕}英美法系国家的法官在实践中通常以公司利益最大化为原则，综合运用主观和客观两种标准判断董事是否履行了勤勉义务。^{〔19〕}我国《公司法》本次修订，细化了有关勤勉义务的规定，是立法上的一大进步。但是，

〔15〕 See *Meinhard v. Salmon*, 164 N. E. 545 (U. S. N. Y. Ct. App., 1928) at 546, 转引自徐化耿：《信义义务研究》，清华大学出版社 2021 年版，第 29 页。

〔16〕 See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2011, p. 108.

〔17〕 参见徐化耿：《信义义务研究》，清华大学出版社 2021 年版，第 118 页。

〔18〕 See *Corporate Governance*, available at <https://www.ali.org/projects/show/corporate-governance>, last visited on Feb. 22, 2024.

〔19〕 See Rosemary Teele Langford & Ian M. Ramsay, *Directors' Duty to Act in the Interests of the Company: Subjective or Objective?* 2 *Journal of Business Law* 173 (2015).

我国是成文法传统国家，法官判案高度依赖法律的明确规定，如何判断董、监、高是否履行勤勉义务，是实务中的难题。

值得一提的是，美国成文公司法上规定的勤勉义务只是董事在处理公司事务时的行为标准，而不是法官在审理案件时直接用以衡量董事是否勤勉的审查标准。针对董事积极作出的决策，法院用以审查其是否符合勤勉义务要求的标准是商业判断规则（business judgement rule）。〔20〕勤勉义务和商业判断规则的表述在角度上和细节上各有不同，但它们的基本轮廓是相似的。这可能是有意识借鉴的结果，也可能是意识到对处理他人资金的人施加谨慎行事的期望是非常合理的而做出的独立决定，或者是两者的结合。〔21〕可以看出，勤勉义务和商业判断规则在本质上并无太大差异，只是对董、监、高履职行为应以公司利益为重原则不同角度的观察而已。勤勉义务是从宏观层面对董、监、高履职行为的原则性要求，商业判断规则是从微观层面对董、监、高履职行为较为具体性的要求。商业判断规则是一个既定的假设，在该假设成立的前提下，推定董、监、高作出的商业决策正确。董、监、高违反注意义务时的审查基准是：董、监、高积极进行商业判断时审查其是否怀有重大过错（要求原告承担较重的举证责任），而其他董、监、高不作为的情况下，只要审查同等地位通常人的审慎程度的注意。〔22〕

（三）董、监、高信义义务的不同形态

虽然新《公司法》第180条将董事、监事与高级管理人员统一规定，要求他们均对公司负有忠实义务和勤勉义务。但是，因为董、监、高在公司治理中的角色定位不同，职责也相应不同，其承担的具体信义义务也不同。

1. 董事的信义义务

董事会是公司治理的中枢机构，主要负责公司经营中重大事件的决策，因此作为其成员的董事在公司运行中起着至关重要的作用。在我国，根据公司的具体情况不同，董事有两种履职方式：一是独立履职。那些规模较小或者股东人数较少的公司不设董事会，只设一名董事（第75、128条），该名董事通常也兼任公司经理。二是集体履职。董事通过参加董事会履职。独立履职的，董事对其所有管理公司的行为负有信义义务并承担相应法律责任；集体履职的，在董事会的决策过程中，每名董事均应从公司利益出发独立表达自己的意思。如果董事会的决议没有做到“公司利益唯一”和“公司利益最大化”，对此持反对意见的董事并不违反信义义务，也不应该就此承担任何法律责任。

近年来，随着公司形态多样化、公司目的多元化的发展，公司董事的类型也向多样化、复杂化的趋势发展，其中代表董事的问题日益严重，引发了理论界的关注。所谓代表董事，是指那些代表某个或者某些特定群体的董事，比如大股东选任的董事、独立董事、职工董事，等等。有学者认为，随着代表董事的出现和渐成常态化，董事异质化的倾向愈益明显，董事之间存在利益冲

〔20〕 参见张巍：《美国法上的董事谨慎义务与商业判断规则》，载《证券法苑》2023年第37卷。

〔21〕 See C. Gerner-Beuerle, *The Duty of Care and the Business Judgment Rule: A Case Study in Legal Transplants and Local Narratives*, in A. Afsharipour & M. Gelter eds., *Comparative Corporate Governance*, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 220–241.

〔22〕 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。

突已成为一个不争的事实。在此情况下,如仍坚持现行董事义务统一化之规定,则可能会使董事与公司陷入进退维谷的境地,应当为其设定特殊义务。^{〔23〕}从本质上看,代表董事虽然是为了维护某个或者某类特殊群体的利益而产生,但这与公司的整体利益并不冲突。维护了公司利益,就间接维护了自己所代表的股东的利益,代表董事不是为自己所代表的群体争取更大的利益,而是为了维护其合法利益不受侵害。因此,无论是在立法上还是司法上,所有董事的信义义务均应坚持统一标准。

在近几十年来,世界各国公司实践中董事会中心主义大行其道,股东会的实际权力被弱化,董事会操纵、控制公司的情况非常普遍,因而各国公司立法将董事义务列为公司治理中法定的、不可改变的最重要义务。^{〔24〕}

2. 监事的信义义务

监事在公司治理中的角色与地位较为特殊,他们并不直接参与公司的经营行为,而是通过检查公司财务和监督董事、高级管理人员履职行为的方式,维护公司权益。特别需要强调的是,无论是作为监事的个人还是监事会,一般不能直接作出影响公司业务的决定。因此,监事一般不会违反忠实义务。而对于公司董事、高级管理人员的履职行为,监事会或者监事如果不积极作为,怠于履行职责的话,极易违反勤勉义务并产生相应的法律责任。本次《公司法》修订,将现行《公司法》规定由董事、高级管理人员负有的义务,增加了监事作为义务主体,包括第 181 条的法定义务、第 182—184 条的忠实义务。这种“防患于未然”、堵住立法漏洞的做法是值得肯定的。

3. 高级管理人员的信义义务

高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人,上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员(新《公司法》第 265 条)。高级管理人员是负责公司的日常经营管理工作,掌握着公司最全面、最真实的经营信息,也是最易产生道德风险的人员。高级管理人员通常由董事会决定聘任或者解聘,以经理为例,新《公司法》第 74、126 条规定了经理由董事会决定聘任或者解聘,并规定经理对董事会负责。需要注意的是,这里所说的“对董事会负责”,并不是说经理对董事会负有信义义务,而是指对董事会报告工作并接受董事会的领导和监督。包括经理在内的所有高级管理人员虽然并非股东会直接产生,但是由股东会间接产生的,同样对公司负有信义义务。这一点在新《公司法》第 180 条也明确规定了。

另外需要注意的是,在实践中,董事通常与经理身份混同。有的是董事兼任经理,有的董事会形同虚设,并未真正发挥作用。对于那些规模较小的封闭公司而言,董事会更多是形式上的,甚至根本不会召开会议。大股东同时既是董事又是全职管理者,公司大多数决定是其以管理层身份而非董事会成员的身份而作出的。^{〔25〕}在这种情况下,高级管理人员与董事身份合一,更容易产生代理成本与道德风险,其信义义务更应严格落实。

〔23〕 参见林少伟:《董事异质化对传统董事义务规则的冲击及其法律应对——以代表董事为研究视角》,载《中外法学》2015 年第 3 期。

〔24〕 参见梅慎实:《董事义务判断之比较研究》,载《外国法译评》1996 年第 1 期。

〔25〕 See Brian R. Cheffins, *Company Law: Theory, Structure, and Operation*, Clarendon Press, 1997, p. 96.

三、事实行为：控股股东、实际控制人信义义务的判断标准

长期以来，在商事实践中虽然控股股东拥有事实上的公司控制权，并且控制权行使与权利滥用构成公司治理的核心问题，但是我国公司法并未对控股股东给予应有的关注和规制。^{〔26〕} 公司法对控制股东的义务约束呈现原则化与抽象化特征，监管规则中仅有控制股东应履行诚信义务或应遵守诚实信用原则等原则性、宣示性规定，但并未围绕控制股东诚实信用制定具有可诉性的裁量标准，缺乏具有可操作性的司法措施与救济机制，未形成具有涵摄性的规则体系。^{〔27〕} 对于虽然与控股股东不同，但是同样控制公司、容易滥用地位和权利的实际控制人更是如此。本次《公司法》修订的亮点之一，就是在第 180 条第 3 款新增关于控股股东、实际控制人在特定情况下负有忠实义务的规定。与董、监、高不同，控股股东与实际控制人并非公司的受托人，一般而言无需承担信义义务。但是，在控股股东与实际控制人实际上履行了董、监、高职能的情况下，他们的行为后果对于公司利益的影响与董、监、高并无差异，理应对公司负信义义务。

（一）控股股东与实际控制人的法律地位

新《公司法》第 265 条分别界定了何为控股股东、何为实际控制人。可以看出，控股股东是指因享有足以影响公司决策比例的股权而可以“控制”公司的股东；实际控制人是指那些通过某种交易结构、协议安排而可以“控制”公司的人，比如上市公司大股东的股东，虽然并不直接持有公司股份，但是通过对大股东的控制，间接控制公司决策。又比如公司的创始股东，在引入战略投资者时设置“同股不同权”制度，在股权并不占优势的情况下，将公司控制权掌握在自己手中。通常来说，无论控股股东还是实际控制人，均非直接参与公司经营的公司“受托人”，一般情况下对公司并无信义义务。原因在于控股股东、实际控制人的地位与权利并非公司授予，它们之间并不存在信义法律关系。

（二）控股股东、实际控制人信义义务的性质

近年来，股东机会主义在全球公司盛行，中小股东权益受到侵害的案例比比皆是。英美法系国家有学者提出，要突破公司法上信义义务仅适用于董事与管理层的限制，将其推广到股东层面，以保护中小股东利益。美国有学者主张，所有股东应该像所有董事及高管那样，被视为对公司及其他股东负有潜在的义务。当特定股东——无论其在技术上是否能够就所有事项控制董事会的决策——事实上成功地影响着公司在特定事项方面的行为，而该股东在该事项方面拥有重大个人经济利益时，都会触发这些潜在的义务。^{〔28〕} 这种观点存在以下两方面问题：一是将特定股东与董事、高管等同。如前所述，董、监、高之所以对公司负有信义义务，是因为他们是公司的受托人，他们的身份及职权均为公司所授予。股东和实际控制人并不具有这一决定信义义务有无的根本特征。二是股东的信义义务并非当然存在。如果认为股东的信义义务是潜在的，那么意味着

〔26〕 参见赵旭东：《公司治理中的控股股东及其法律规制》，载《法学研究》2020 年第 4 期。

〔27〕 参见虞雅璽：《控制股东信义义务法律问题研究》，吉林大学 2022 年博士学位论文，第 87 页。

〔28〕 参见 Iman Anabtawi、Lynn Stout：《行事积极的股东的信义义务》，载〔美〕罗伯塔·罗曼诺：《公司法基础》（第 2 版），罗培新译，北京大学出版社 2013 年版，第 417 页。

股东本来就对其他股东负有信义义务，只是一直处于“休眠”状态，在特定事项发生时该义务会被“激活”。对于董、监、高来说，在其未有侵害公司利益或者股东利益的事项发生时，其信义义务也是停留在纸面上的。因此，不应将信义义务随意扩张到股东层面，这将会导致该理论的泛化与司法的随意化。

对于股东的信义义务，适用英美法传统理论更能自洽。股东信义义务在本质上属于例外情形。除了当股东能够对公司实施相当于董事的控制权时，股东通常被假定可以自由追逐其自身利益。^{〔29〕}前文所述判断是否存在信义法律关系的“基于事实识别法”与这一理论相契合。法官在具体案件的审理中，根据案件事实认定特定主体之间存在信义法律关系，当事人应当承担信义义务。这种分析是简洁明了的，一种关系可以通过具备某些特征或公认的信托关系表征而被认定为信义法律关系。对此，威尔逊法官在 Frame 一案的判决中确立了以下“基于事实”认定信义法律关系的标准：“说明对一种新的关系施加信托义务是否合适，要看这一关系是否具有以下三个特征：（1）受托人有行使某种自由裁量权或权力的余地；（2）受托人可以单方面行使该权力或自由裁量权，从而实际上影响受益人的利益；（3）受益人特别容易受到拥有自由裁量权或权力的受托人的影响或摆布。”^{〔30〕}

根据英美法通行的认定信义关系及信义义务的做法，只有当控股股东、实际控制人利用自己的优势地位“控制”了公司，无论是控制股东会、董事会、监事会，还是管理层，只要其行为影响了公司决策且损害了公司或者其他股东的合法利益，就会“触发”信义义务条款。本次《公司法》修订，充分吸收了这一成功经验，增加规定“公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定”（第 180 条第 3 款）。

（三）控股股东对其他股东的信义义务

在美国，大股东的信义义务超出其执行公司事务的范畴，而被扩张到整个公司领域。特拉华州法律不仅承认大股东对公司和小股东负有信义义务，甚至在公司陷入财务困境时还应该对债权人负有信义义务。这要求大股东以公司的最佳利益行事，并考虑小股东的利益。^{〔31〕}这无疑会使大股东有所忌惮，减少实践中普遍存在的股东压迫（shareholder oppression）行为。即使在没有股东压迫诉因的加利福尼亚州，其最高法院在 Jones v. H. F. Ahmanson & Co.（1969）1 Cal. 3d 93 案中表明如下立场：“多数股东，无论是单独行动还是一致行动以实现共同目的，都对少数股东和公司负有信托责任，即以公平、公正和平等的方式利用其控制公司的能力。大股东不得利用其控制公司活动的权力为自己单独谋利或损害少数股东的利益。他们对公司或公司控制权的任何使用都必须使所有股东按比例受益，并且不得与公司业务的正常开展相冲突。”^{〔32〕}

〔29〕 参见 Iman Anabtawi、Lynn Stout：《行事积极的股东的信义义务》，载〔美〕罗伯塔·罗曼诺：《公司法基础》（第 2 版），罗培新译，北京大学出版社 2013 年版，第 417 页。

〔30〕 See Paul B. Miller, *A Theory of Fiduciary Liability*, 56 McGill Law Journal 235, 243 (2011).

〔31〕 See Todd Taylor, *Fiduciary Duties of Majority and Minority Shareholders in Corporate Law*, March 2, 2023, available at <https://www.avisenlegal.com/fiduciary-duties-of-majority-and-minority-shareholders-in-corporate-law/>, last visited on Mar. 5, 2024.

〔32〕 See *Shareholder Oppression: When Majority Shareholders Breach Their Fiduciary Duties*, available at <https://bernardkinglaw.com/main/shareholderrights/the-right-to-enforce-fiduciary-duties/>, last visited on Mar. 5, 2024.

严格根据信托法理分析，股东之间是平等关系，股权的义务对象是公司，而非其他股东。股东之间也不存在“委托—代理”关系。因此，大股东不是中小股东的受托人，也不对其负有信义义务。如果一定要说大股东对中小股东负有信义义务，那也只能停留在股东会层面，当大股东行使表决权时应该顾及其他股东利益，不能凭借其股权优势限制中小股东参与公司经营和获取经济利益的权利。当然，即使不承认股东之间的信义义务，如果大股东利用其优势地位侵害其他股东利益，也应该承担相应的侵权法律责任。不过，这种将信义义务扩张到股东之间的做法在美国司法实践中已经非常普遍。这有多方面原因：一是其有着悠久的信托法传统，受托人责任被普遍适用在商事领域；二是其法律体系与司法体制深受衡平法精神影响，“公正、良心与正义”观念深入人心；三是其法官享有较大自由裁量权，可以在没有成文法规定的情况下，根据个案的具体情况进行裁判，具有相同法律文化背景的实务界和学术界也乐见其成。

四、新《公司法》的信义义务规则体系

制度为一个共同体所共有，并总是依靠某种惩罚而得以贯彻。没有惩罚的制度是无用的。^{〔33〕}本次《公司法》修订，配合信义义务条款（第180条）的完善，利用其他条款进一步细化了忠实义务和勤勉义务，同时辅之以违反上述义务的责任条款与救济途径，构成了一个较为完整的信义义务违反之救济机制。

（一）新《公司法》中信义义务的类型

无论是现行《公司法》还是新《公司法》，在规则体系的设计上，均混淆了忠实义务与合法义务。《公司法》规定的董、监、高义务大致可以分为合法（合规）义务、忠实义务与勤勉义务三类，居于首个层级的是合法（合规）义务。^{〔34〕}从形式上看，新《公司法》第179条是合法（合规）义务条款，明确规定：“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。”新《公司法》第181条是关于董事、监事、高级管理人员禁止行为的规定，其第六项“违反对公司忠实义务的其他行为”是该条的兜底规定。从这一表述隐含的意思来看，本条列举的前五项禁止性行为应该属于董、监、高的忠实义务范畴。^{〔35〕}但是，这些规定都是法律明文禁止的违法性行为，此处再做强调性规定已属冗余性条款，董、监、高遵守这些规定是他们的合法（合规）义务。

新《公司法》第182—184条是有关董、监、高忠实义务的规定。第182条是关于董、监、高关联交易的限制性规定，董、监、高与公司自我交易或者关联交易符合第180条规定的“自身利益与公司利益冲突”的情形，属于忠实义务范畴；第183条规定的是公司机会规则，规定“董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会”，符合

〔33〕 参见〔德〕柯武刚、史漫飞：《制度经济学：社会秩序与公共政策》，韩朝华译，商务印书馆2000年版，第32页。

〔34〕 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。

〔35〕 新《公司法》第181条规定：“董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：（一）侵占公司财产、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）利用职权贿赂或者收受其他非法收入；（四）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（五）擅自披露公司秘密；（六）违反对公司忠实义务的其他行为。”

第180条规定的“利用职权牟取不正当利益”的情形，也属于忠实义务范畴；第184条是关于董、监、高竞业禁止的规定，董、监、高如果“自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务”，既有可能发生“自身利益与公司利益冲突”，也可能发生“利用职权牟取不正当利益”的情况，毫无疑问属于忠实义务范畴。

对于勤勉义务，可能因为其具有较强的主观性，判断标准很难客观化、规则化，新《公司法》并未有专门的规定。令人欣喜的是，近年在审判实践中，有些法官结合案件事实，大胆地运用信义义务原理，认定董、监、高应承担违反勤勉义务的法律后果。在“深圳斯曼特公司与胡某生等损害公司利益责任纠纷案”中，最高人民法院的承办法官认为：“胡某生等六名董事未能提交证据证明其在股东出资期限届满即2006年3月16日之后向股东履行催缴出资的义务，以消极不作为的方式构成了对董事勤勉义务的违反。股东开曼斯曼特欠缴的出资即为深圳斯曼特遭受的损失，开曼斯曼特欠缴出资的行为与胡某生等六名董事消极不作为共同造成损害的发生、持续，胡某生等六名董事未履行向股东催缴出资义务的行为与深圳斯曼特所受损失之间存在法律上的因果关系，胡某生等六名董事应向深圳斯曼特连带赔偿491万美元。”〔36〕

需要说明的是，董、监、高故意损害公司或者股东利益的行为并不属于违反信义义务的范畴。新《公司法》第188条规定的董、监、高执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，并不属于正当的职务行为，而是构成侵权行为，应当承担相应的赔偿责任。第192条规定：“公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。”此时，董、监、高的行为性质与第188条的规定相同，本条强调的是，对此类行为负有教唆责任的控股股东、实际控制人与行为人构成共同侵权，应当承担连带责任。《中华人民共和国民法典》第1169条也有类似规定。〔37〕

（二）违反信义义务的例外情形

从法理上说，信义义务的根基是委托人对受托人的信赖，其目的是维护受益人的权益。对于董、监、高乃至控股股东、实际控制人来说，其忠实义务与勤勉义务来自公司赋予的职位或者因其执行公司事务而被“触发”，同时要以“公司利益至上”为原则。如果董、监、高以及控股股东、实际控制人从事了某些本属于公司法或者公司章程所禁止的行为，但是同时符合以下两个条件，可以认为并不违反其忠实义务和勤勉义务而不被追究任何法律责任。一个条件是，该行为不能损害公司利益或者对公司利益最大化没有实质影响。如果董、监、高的不当行为并未给公司带来任何实际损害或者期待利益损失，该行为就不具有实质危害性。另一个条件是，该行为事前取得了公司（股东会或者董事会决议）同意或者事后被公司股东会或者董事会决议追认。

董、监、高信义义务的例外情形在现行《公司法》中就有所体现，新《公司法》延续了这些做法：一是，第182条规定的自我交易或者关联交易并非完全被禁止，在涉事董、监、高主动“向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过”后可以进行。二是，第183条规定“董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于

〔36〕 最高人民法院（2018）最高法民再366号民事判决书。

〔37〕 《中华人民共和国民法典》第1169条第1款规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。”

公司的商业机会”。但是，有下列情形之一的除外：（一）向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过；（二）根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。三是，第 184 条规定的竞业禁止行为，在涉事董、监、高主动“向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过”后可以进行。这是前述信义义务豁免第二个条件的体现。遗憾的是，对于第一个条件，现行《公司法》与新《公司法》均未体现。

（三）违反信义义务行为的诉讼救济

当董、监、高以及控股股东、实际控制人违反信义义务时，公司可以通过向其提起诉讼的方式，维护公司以及股东的权益。需要注意的是，上述主体违反信义义务并不必然会引发诉讼。该行为如果没有给公司造成直接损害或者可以证明的可期待利益损害，就不具有可诉性，法院也无法判令行为主体承担任何法律责任。新《公司法》第 188 条就隐含了这一意思。^{〔38〕} 在满足这一条件后，还必须由相关主体代表公司提起诉讼。根据新《公司法》第 189 条（现行《公司法》第 151 条）第 1 款的规定，董事、高级管理人员违反信义义务的，监事会有代表公司向其提起诉讼的义务；监事违反信义义务的，董事会有代表公司向其提起诉讼的义务。监事会、董事会代表公司向违反信义义务的董事、高级管理人员、监事提起诉讼，是“为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”的行为，属于勤勉义务的范畴。如果监事会、董事会怠于履行向违反信义义务的董事、高级管理人员、监事提起诉讼的义务，对于这种不作为负有个人责任的监事、董事也构成信义义务的违反。如监事长拒不履行召集监事会义务，董事长、副董事长拒不履行董事会召集义务，对于起诉违反信义义务的行为人投反对票的董事、监事，如果行为人经过司法程序最终被认定违反了信义义务，上述主体也应当认为违反了信义义务而应承担相应法律责任。

在这种情况下，除了追究相关监事、董事的信义义务之外，对于给公司造成损害的董事、监事、高级管理人员，新《公司法》第 189 条（现行《公司法》第 151 条）第 2 款规定了股东代表诉讼制度，由符合条件的股东代表公司起诉。股东诉讼具有救急功能，当首要的治理机制，包括董事会、高管薪酬、外部监督等机制未能发挥其监督功效，同时不当行为的后果也没有严重到必须变更公司控制权时，责任规则就应当发挥作用了。通过股东诉讼，违背注意义务（存在工作过失）和忠实义务（陷入利益冲突）的公司高管和董事被追究个人责任，因而其被认为可以使管理者的激励与股东利益保持一致。^{〔39〕}

本次《公司法》修订完善了股东代表诉讼制度，增加了对全资子公司的“双重股东代表诉讼”制度，在第 189 条第 3 款规定了“公司全资子公司的董事、监事、高级管理人员”违反合法（合规）义务、忠实义务和勤勉义务的，符合条件的股东可以“请求全资子公司的监事会、董事会向人民法院提起诉讼或者以自己的名义直接向人民法院提起诉讼”。

〔38〕 新《公司法》第 188 条规定：“董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、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。”

〔39〕 See Roberta Romano, *The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?* 7 The Journal of Law, Economics, and Organization 55 (1991).

五、结 语

在英美法系国家，特别是在美国，信义义务理论在公司法领域中的应用司空见惯。对于一个国家的法律体系而言，公司法是最具有全球性、国际性的法律部门。两大法系、不同国家之间的公司法制度相互借鉴与融合是符合历史潮流的趋势。我国本次《公司法》修订结合我国商事实践和审判实践，有选择地吸收成熟的信义义务理论，并将其体现在具体的制度设计之中，殊值肯定。这一理论在司法实务界也日渐被理解、运用，前述“深圳斯曼特公司与胡某生等损害公司利益责任纠纷案”〔（2018）最高法民再 366 号〕就是很好的例证。当然，立法永远是遗憾的艺术。新《公司法》对于信义义务理论的贯彻与体现，仍有较大的提升空间。这有待于实务界在制度框架中发挥主观能动性以及理论界的深入研究，为公司法制度的准确适用和持续完善提供支持。

Abstract: Fiduciary duty originated from the trustee's duty in the trust law, under the influence of the common law system of equity tradition, its application in the United Kingdom and the United States of America has long exceeded the scope of the trust law, and has become a general principle in the field of company law. Whether from the perspective of principal-agent or fiduciary relationship, it is necessary to introduce the theory of fiduciary duty into the company law system. The reason why directors, supervisors and officers have fiduciary obligations to the company is that they hold specific positions in the company and have specific legal relationships with the company. Supremacy of the interests of the company is the core of the fiduciary duty of directors, supervisors and officers. When the controlling shareholders and the actual controller actually perform the function of directors, supervisors and officers, the consequences of their behavior for the interests of the company have no difference from the impact of the directors, supervisors and officers' behavior for the company's interests, and they should be responsible for the company's fiduciary duty. The new Company Law has constructed a more complete system of fiduciary duty rules, including exemptions and remedies for fiduciary duty and added a "dual shareholder representative action" system for wholly-owned subsidiaries.

Key Words: new company law, fiduciary duty, duty of loyalty, duty of care

(责任编辑:王湘淳)