信义关系视角下公司董事地位与职能构造

郑佳宁

摘要：公司董事是现代公司治理结构中的核心角色。从民商事法律体系性解释的角度出发，理论上习惯将董事身份类比为公司的受托人或者代理人。然而，套用信托关系和代理关系的解释路径偏离了公司经营的特征，不但存在诸多概念与应用上的矛盾，也并不契合董事自由裁量空间的实践需要。为此，应以概念明确的受信人关系和信义义务重构公司董事的地位与职能，完善我国公司法中关于董事赋权与限权规则，在事前以公司利益最大化的概括目的扩张董事的授权范围，在事后以商业判断规则为基准合理审查董事履职的正当性，方能促使董事的法律角色与经营管理公司事务的功能逻辑相匹配。

关键词：董事；信义义务；自由裁量权；商业判断规则；公司治理

中图分类号：D922.291.91 文献标识码：A 文章编号：1003-8477（2022）09-0119-12

作者简介：郑佳宁（1978—），女，法学博士，中国政法大学商法研究所教授、博士生导师（北京，100088）。

基金项目：国家社会科学基金后期资助项目“目标公司管理层信义义务研究”（20FFXB056）的阶段性研究成果。

公司治理的核心在于公司权力和责任的分配和实现，而现代公司治理体系下，董事会的地位、职权和责任的实现在其中占据着最重要的地位。董事法律地位是董事权利、义务在法律上的体现，其核心问题是董事同公司的法律关系。我国《公司法》和《民法典》将董事会定性为公司的“执行机构”，该学说旨在解决法人行为活动和责任承担的问题，[1](p52-53)实质上并非对董事与公司法律关系的认定，而是受行政体制权力分配观念的影响，将公司机关类比于国家机关所推导出的结论，与现代公司治理体系下董事会拥有的经营决策权和独立性并不匹配。除公司机关说外，学界对于董事法律地位还存在着代理关系说、信托关系说、代理与信托兼有说等诸多观点，众说纷纭、莫衷一是。[[1]](#footnote-2)然而，大多数学说侧重董事之于公司外部意义的视角，研究董事在对外民商事活动和法律关系中的身份定位，而未能很好地回答董事在公司内部的地位问题，没有体现出董事之于公司的内部价值。

从根本上说，董事权利、义务是因其同公司的关系引起，董事和公司的基础法律关系影响着董事行为法律效果的归属和责任的承担。我国《公司法》和《民法典》对董事和公司关系的界定不清，导致董事会地位和角色不明、董事会独立性和权力被股东会和经理侵蚀、董事权利和责任不对称等一系列问题。因此，应当厘清董事与公司的法律关系，辨明董事在公司中的法律地位，从而明确董事的权利义务和行为效果。本文以董事和公司的内部关系为研究对象，探讨两者法律关系的特殊性和由此产生的董事特殊职能，同时对中国公司法中董事会权力配置及权责体系予以检视，提出修改和完善建议。

一、信义义务的来源与董事角色地位的构建

通说认为，董事对公司负有以忠实和注意为内容的信义义务，这构成了公司董事身份职责的基础，也是理解公司组织中董事角色的核心。但是，从公司董事信义义务来源的角度考察，对于董事的法律地位存在两种无法统一的传统观点。一种观点认为，董事之于公司股东，相当于受托人之于受益人，二者之间存在信托关系，董事向股东承担受托人义务；另一种观点认为，董事是公司的代理人，二者之间是代理关系，董事对公司负有代理人的信义义务。两种理论观点分别从信托关系、代理关系两类基础民商事关系出发，试图对信义义务的原则和内容进行体系性解释。由董事身份引发的信义义务，与信托关系、代理关系具有一定的相似性，但囿于法律关系类比的局限性，无论是信托还是代理均无法充分概括公司董事的功能和地位。因此，以传统民商事法律关系为基础构建信义义务的路径存在无法兼容的内在矛盾，与公司组织的商业实践不符。

（一）信托关系下的受托人身份理论

早期的判例法认为，董事因其受托人（trustee）身份而负有信义义务，董事被描述为受托人。这一观点源于1720年，英国颁布《泡沫法案》规定，除非经过皇家宪章批准，否则不能成立任何股份公司。这使得商业组织的法人化难以实现，促使商人积极寻求其他法律制度来代替公司制度。在这样的商业需求之下，信托制度“脱颖而出”，并被广泛应用于未法人化的公司。具体而言，根据财产授予契约，在特定多数所有人的同意下，公司的认股人可以为公司的合伙财产指定受托人，并规定公司的经营管理制度。其中，管理权被委托给董事委员会，公司的财产归属于一个独立的受托人机构，而这一受托人机构中的部分成员往往也是董事。质言之，公司章程被视为一种将公司资产交由受托人处理的契约，而这些契约通常无例外地宣布董事是公司财产的受托人。这种将董事描述为受托人的做法甚至在注册公司出现后仍有继续，例如英国上诉法院在判决中认为，虽然董事并不是严格意义上的受托人，但他们拥有或者控制公司的财产，所以一直被视作受托人并且受到如受托人一般的对待。[[2]](#footnote-3)

受上述观点的影响，英美法院发展出以信托受托人义务为基础规范董事行为的理论，并逐渐在细节上引申出同受托人义务相类比的董事忠实义务或注意义务。美国法院提出公司董事处于受托人的地位，与股东之间构成信托关系，不仅要对自己的欺诈和重大过失负责，还要对所有其应尽却没有尽到的注意义务负责。由于在法人团体中，董事会的权力是原始且未经授权的，在很大程度上不受公司的控制，同时董事在履行其职责时管理公司财产，程度如同所有，因此董事与股东的关系实质上是受托人与信托受益人的关系。有鉴于此，法院能够依据信托法原理对公司与董事的关系进行裁判，例如除非法规或章程条款授权罢免董事，董事在任期结束前不能被无故罢免；但对于被错误罢免的董事，其能获得的救济中不包括强制公司恢复其职位。

信托说的观点虽不乏拥趸，但仍有判例或学者对此质疑。1924年，英国Re City Equitable Fire Insurance Co案[[3]](#footnote-4)的法官提出，“有时人们说董事是受托人。如果这仅仅意味着董事们在履行职责时与公司保持着一种信义关系，那么可以说，这种表述足够正确。但是，如果这种说法是为了通过类比来说明董事义务的内容是什么，那么这完全是一种误导。这是因为，事实上董事的职责与遗嘱或婚姻协议中受托人的职责并无相似之处。”类似地，Sealy教授认为，依契约设立的公司的董事和受托人并非同一群体，而是公司不同的办事机构，并且彼时董事的义务并不完全等同于受托人义务。可以说，董事并非严格意义上的受托人，仅因当时尚未出现更加广义的“fiduciary”一词，所以法官选择用“trustee”来描述董事。[2](p85)概而言之，反对信托说的理由在于，董事的特征与信托关系中受托人的特征不相吻合，主要表现在以下方面：

第一，董事不享有公司财产的所有权，不以公司的名义从事经营活动。根据《第三次信托法重述》和《布莱克法律词典》的相关内容，信托是一种与财产有关的信义关系。具体而言，信托是指受托人应委托人的请求为受益人的利益而持有财产权益，同时法律意义上享有财产所有权的受托人承担着为委托人或其指定的受益人的利益处理财产的义务。可见，至少在法律意义上，受托人是信托财产的所有权人。相比之下，无论在实质意义上还是法律意义上，公司财产的所有权均属于公司实体，而非董事。正如《第三次信托法重述》第5（g）条官方评注所述，“作为受信人，受托人与董事分别为受益人或股东的利益管理信托或公司的事务，但董事并不拥有公司财产的所有权，因此其不是公司的受托人。是故，董事的信义义务不在本重述的范围之内。即使慈善公司的董事会成员，亦是如此。”此外，与受托人以自己的名义而非受托人的名义处置信托财产不同，公司董事对外经营活动时采用的是公司而非个人的名义。

第二，董事不必参与一致行动。在信托关系中，共同受托人必须保持行动上的一致性。如果共同受托人之间产生分歧，那么该整体必须停止行动，或向法院寻求裁决。实践中，异议受托人须为其卸下信托义务的行为负个人责任。相比受托人通常是一个人或一个团体的情形，公司系由复数董事共同经营公司，[3](p199)公司董事无须保持全员一致性，且异议董事或缺席董事不应为其他人的决议而负责。董事的非全员一致性具体表现在：典型公司的章程中，有权处理公司财产的执行董事人数要少于董事的总人数；董事会的召开符合法定人数即可，且决策机制实行多数决原则。这是因为，董事会是作为一个整体来履行公司经营管理权能的，董事个人在公司交易的过程中并不必要。也就是说，对于公司经营管理的相关事宜，董事个人能够以合理理由缺席或将特定权力委托给另一董事代为行使。

第三，董事具有一定的自由裁量权限。受托人的义务是强制性的，这具体表现为，受托人的行为受制于法律或法院实践的固定规则，并无自由裁量的空间。受托人必须维持信托财产，并避免将其置于不必要的风险当中，据此其只能从法律规范中选择法律所允许的投资种类，并按照法律所规定的条件来处理信托财产。通俗地讲，受托人对于信托财产的处理是“机械”的。相比之下，董事对于公司财产与公司事务的处理则是灵活的。风险与回报相伴而生，董事作为公司的财产管理人，其职责是积极地利用财产谋取利益，而非像受托人那样限于消极的保管受托财产之完整。[4](p117)董事在行使判断决策权限做出商业决定时，无须躲避风险，而只需保证该商业决定系在充分知情的基础上善意地做出，并且合理相信该商业决定符合公司的最佳利益。

综上所述，董事不享有受托人所享有的信托财产所有权，也不必像受托人一样保持一致行动，且拥有更为广泛的自由裁量权限，因而将其定位为受托人并不妥当。

（二）代理关系下的代理人身份理论

除了以受托人身份进行类比之外，19世纪40年代中期，也就是注册公司首次出现的时候，法院开始使用“代理人（agent）”一词来描述董事的地位。在Aberdeen Railway Co v Blaikie Bros案中，Lord Cranworth LC对董事的地位做出了经典陈述，即董事们往往被授予管理公司一般事务的权力。[[4]](#footnote-5)公司行为只能通过委托代理人来实施，代理人的职责当然是尽其所能地促进他们所代为处理事务的公司的利益。此时，代理人对委托人负有一种自带信义属性的义务。自此之后，董事代理人说渐兴，董事的受托人地位受到质疑。美国公司法学者Morawetz在其著作中提到，董事虽然经常在实践中被称为公司的受托人，但其并非技术意义上的信托受托人，而是对公司业务有着广泛自由裁量权限的代理人。在Morawetz看来，股东们一致同意公司业务经营应当由其代理人以章程规定的方式进行，对于每一个有权代表股东集体的代理人，其代理权限必须来源于股东们的前述合意。[5](p482-483)

有鉴于此，法院也开始将董事的信义义务描述为代理人之于委托人的义务。例如，法院认为，股份公司的董事在代表公司进行业务活动时，是公司的代理人，同时也间接成为全体股东的代理人，如同每个代理人一样，董事可能会因疏忽或不当行为而对公司承担个人责任。通常情况下，董事在其职权范围内善意行事，不会因为一个错误判断而承担灾难性后果，但如果董事行为系一种越权行为，则无法受此保护，须对因这一越权行为给公司造成的损失承担个人责任。申言之，一旦董事被视为代理人，那么其就有义务做到一般谨慎的人在类似情况下能够做到的勤勉、注意和谨慎，为公司争取最大利益。

值得注意的是，代理说虽然强调董事的代理人地位，但通常只承认董事是公司或全体股东的代理人，而不承认董事是个人股东、债权人等利益相关者的代理人。例如，在Ellettv.Newland案中，被告是银行的董事，原告是该银行的储户，原告认为，银行被部分接管、银行资产被出售、自身存储资金血本无归等不良后果，均系因被告管理不善所致，因而提起诉讼。对此，法院认为，作为一个公司实体，银行由董事和高管管理并控制，可见董事与高管是公司的代理人，且高管和董事也只能是公司的代理人。[[5]](#footnote-6)除严重渎职行为外，董事与高管对管理不善造成的损失，只需向公司负责，而无需向存款人或其他债权人负责。

诚然，董事与代理人之间有着诸多相似之处，但经仔细研究后，不难看出二者之间仍然存在显著区别。

第一，董事的权力源于法律规定，而非公司的另行委托。在委托人和代理人的严格关系中，后者的所有权力都是从前者的委托中获得的，如果在委任时没有赋予代理人替代的权力，那么代理人的一切权力就根本不可能存在。质言之，代理人的权力源于委托人的授予，同时也面临被委托人撤销的可能。相比之下，董事权力的直接来源是公司法的规定，且通常不是被撤销的对象。类似地，有法院指出，董事会的权力是原始且未经授权的，对此，股东既不授予也不撤销。[[6]](#footnote-7)

第二，董事不受公司的控制。代理人行为有效的前提是，取得委托人的授权并按照委托人的旨意行事，实际上受制于委托人。而董事则不同，除了有关任命或罢免之外，日常经营管理时虽依公司意思，但却有相当的自由裁量权。[6](p231)换言之，董事有权依据合理的商业判断自主决定公司的经营管理事项。

第三，董事个人与公司之间不具有天然的直接联系。董事个人与代理人的相似程度，低于董事会这一整体与代理人的相似程度。作为董事会的成员，董事个人无权代表公司行事，并不具有代理人的身份。即使董事个人所负的忠实义务和注意义务与董事会所负的义务类似，这些义务也是由公司强制施加的。当然，董事个人可以另行接受授权，从而成为公司的代理人。例如，董事会可以明示或暗示授予董事个人代表公司行事的权力，或者任命其为执行官员，如总裁。此时，董事个人具有董事会成员与公司代理人的双重身份。

综上所述，从权力授予的来源、管理事项的权限、代理制度的适用性等方面看，代理关系也不能很好地解释董事的法律地位。

二、重构信义关系视角下的公司董事地位

信义关系属于上位概念，该关系的核心内涵为，要求一方将另一方的利益置于自己利益之上，另一方的利益是交易的出发点和归属点。[7](p34)如果坚持以信托说或代理说来映射董事在公司内的角色，将在解释上面临不可避免的困境。信托说将董事职责等绑定、限制在特定财产的信托目的之上，代理说则将董事管理公司事务的范围依附于股东指令，两者和公司经营中管理层所必需的自由裁量空间不相匹配。为此，董事职权需要突破事前授权方式，寻求概括授权和动态调整的职权和责任机制，而董事信义义务理论的建立顺应了这一制度需求。

（一）董事受信人身份的理论转向

诚如前述，董事和公司之间的关系有别于传统的信托关系和代理关系。信托法和代理法的规则有时可以通过类比的方式来指导公司董事的行为，但它们并没有提供普遍适用的标准，已无法充分应对公司组织经营的现实需要。到了20世纪40年代，学者们开始从更加精确的角度来描述董事的法律地位，逐渐将董事和公司的关系同传统的信托和代理区别开来，将其识别为一种特殊的信义关系。越来越多的法院和学者倾向于强调董事的“受信人”性质，而不是努力将其划分到“受托人”或“代理人”等传统分类当中。例如，纽约上诉法院在1919年的一起案件中提出，“董事们必须遵守法律规定的所有有关尽责公正、道德和诚实的规则，这些规则常用来指导那些负有信义义务和责任的人。”[[7]](#footnote-8)美国学者乌尔曼进一步指出，虽然不能用抽象的术语来定义公司董事的地位，但是可以将董事的地位建立在信任（trust and confidence）关系的基础上；或者说，尽管公司董事不是技术上的受托人，但公司与董事之间构成一种信义关系，在这种情况下，将董事作为“受信人”（fiduciary）是对其定位最公正的描述。[8](p16-17)

本文赞同上述观点，董事既非公司的受托人，亦非公司的代理人，而是一种特殊的受信人。或者说，董事与公司之间的法律关系既非信托，亦非代理，而是一种特殊的信义关系（fiduciary relationship）。正如英国上诉法院Mummer法官在Towers v.Premier Waste Management Ltd案中解释的那样，“公司董事被任命来指导公司事务，在此过程中当然有责任依其在公司的地位为公司利益服务。根据公平原则，基于一种特殊关系，董事对公司负有信义义务，具体表现为忠实和避免个人利益冲突”。[[8]](#footnote-9)

概而言之，公司与董事之间的关系完全符合信义关系的核心要素，即：其一，委托人基于一定的信赖，将其财产或者权力授予受信人；其二，受信人接受委托人给予的信赖，并获得对有关财产或权力的自由裁量权；其三，委托人因此承担受信人滥用自由裁量权的风险，须对受信人课以信义义务。而在每个要素上，公司与董事之间的关系又具有不同于传统信义关系的特征。由此而言，公司与董事之间构成一种特殊的信义关系，董事是公司的受信人。

（二）建构特殊信义关系的理论基础

信义关系建立的初衷在于，委托人出于对受信人的信赖，将财产或者权力授予受信人，以实现特定的目的。为了提高经营管理的效益，公司通过股东会决议依章程规定的方式任命值得信赖的专业人士组成董事会，并赋予董事会集中管理公司业务和事务的权力，这是现代公司治理的常态。从信义关系的信赖和授权角度，董事所拥有的权力具有以下特征：

第一，董事的权力来源于授权。在信义关系中，受信人的权力来源于委托人或第三人的授予，而非来源于其自身，公司董事基于其职位所拥有的权力也是如此。早期公司法认为，董事的权力来源于股东的委任和授权，股东将其投资财产的控制权让渡给专业的公司董事，由他们代为管理投资。但随着法人实在说的兴起，公司成为一个独立于其股东的法律实体，有关董事权力的来源也出现了新的观点。纽约法院在Hoyt v.Thompson’s Executor案中指出，董事的权力并非来源于股东授权，股东也不能随意撤销这些权力。[[9]](#footnote-10)明尼苏达州最高法院在Rehn v.Fischley案中明确，董事会的权力仅有两个来源：国家通过法律授予或公司通过章程授予。[[10]](#footnote-11)在美国，通常由公司法直接赋予董事广泛的管理权。在英国，普遍观点则认为，董事会的权力来源于公司章程，因此公司董事的职权很大程度上取决于章程的规定。

第二，董事被授予的是对公司事务的广泛的经营管理权。在不同的信义关系中，被授予的裁量权程度不同，其权限内容围绕管理、决策义务而构建，以实现“借用专业人员之力提升事务管理的效率”。[9](p66)信义关系中的授权并不仅限于财产或财产性权益，也并不要求财产所有权的转移。为此，戈登·史密斯教授在信义关系中引入“关键资源”（critical resource）的概念，从而与法律上的“财产”或“资产”的概念相区分。关键资源，泛指对于委托人而言具有重要意义，能直接影响其在法律或实践意义上的利益，但不一定符合物权法上财产概念的资源或权力。[10](p1404)当一方（受信人）代表另一方（委托人）对属于委托人的关键资源行使自由裁量的处置权时，信义关系就形成了。在公司法语境下，基于法律或章程的规定，董事对公司事务享有广泛的经营管理权。例如，《美国示范公司法》第8.1条规定，公司权力应由董事会行使，公司的业务和事务由董事会管理；英国公司章程的示范文本第3条规定，根据章程董事负责管理公司的业务，为此，其可以行使公司的所有权力。由此可见，董事有权控制、支配公司的资产，对公司事务进行管理和决策，并且掌握了公司业务经营的重要信息，这些显然可以构成公司的“关键资源”。因此，基于董事对公司关键资源的自由裁量权，董事和公司之间形成信义关系。

第三，董事行使权力的行为效果归属于公司。由于受信人的权力来源于授权，受信人代表另一方行使其权力，行为效果直接作用于委托人。如Frankel教授所言，信义关系将产生“替代性效果”，即受信人是委托人的“替身”，其行为相当于委托人本人的行为。[11](p808)如果受信人在行使权力的过程中与第三方发生法律关系，法律后果原则上仅约束委托人而不约束受信人。实际上，无论采用法人拟制说还是法人实体说，公司的意思与行为都依赖于自然人的表达，董事会基于授权代表公司做出的决策和行为对公司具有约束力，如同这些行为是公司自己的行为一样。董事在代表权限内与第三方订立的合同或其他交易，直接对公司具有约束力；董事因职务行为对第三方造成的损害，原则上由公司对第三方承担赔偿责任，董事在无特殊事由的情况下不承担个人责任。

（三）董事受信人说对我国公司法治理的启示

以信义义务重构公司董事的身份角色不但具有理论上的价值，更是破解我国公司治理结构制度症结的关键。我国公司治理结构长期受限于股东会中心主义的理论认识，未能充分理顺公司实体、股东和董事三者之间的相互关系。诚然，在组织法上解决产权问题是我国现代公司制度的重要目标，但是，股东利益至上只是公司经营所要实现的重要价值，不能直接套用到公司治理的具体规则当中。

首先，股东管理公司的绝对权力在实践中并不可行。现代公司治理理论的出发点是公司所有权与经营权的分离。这是一个基于公司业务规模扩大和日常管理事务愈发烦琐复杂的客观判断。股票公开发行所形成的分散股东团体不可能直接管理公司经营，公司治理的权力只能向管理层逐步下放。两权分离的现实不允许股东直接管理公司，作为公司管理层的董事会需要在事实上承担起公司治理的职责。公司经营的商业现实迫使公司治理规则在制度层面予以回应，并对董事与公司、股东之间的权利义务关系进行针对性调整。质言之，传统民商事关系中关于利益冲突、风险分配等问题的规则已无法适用，董事的职责与职权需要重新进行划分，即事前授权规则应更符合自由裁量，事后追责规则应更尊重商业判断。

其次，公司是持续经营实体，其经营目的和财产管理的方式具有灵活性，往往需要不断进行专业判断，而非领受并执行单一指令。现代公司的经营目的自由，除非公司章程进行特别设计或法律特别规定，在公司能力上并不限制于特定业务。为此，现代公司治理中越权无效原则的适用范围被大大限缩。因此，无论是信托说还是代理说，其对于公司法人意思形成、意思对外表示以及公司行为的理论假设已经脱离公司经营的商业实践：董事会绝非公司财产某一特定用益目的的受托人，而是对公司财产负有持续性的保值增值责任；董事会也不是某项具体事务的代理人，而是在抽象意义上以公司利益最大化为目标负责公司经营。

在我国公司治理实践中，信托说和代理说的弊端都有所体现。可以说，严格意义上的股东会中心主义贯彻了代理说的核心原理，[[11]](#footnote-12)将股东会与董事会之间的关系设置为单纯的决策与执行。同时，产权理论又强调所有者权益的保障，要求公司董事对公司财产承担过于严格的结果责任。这无疑扭曲了公司经营的现实需要，为完善我国公司治理结构带来了重重困难。一方面，容易导致实践中对于公司法人实体的忽略，混淆公司人格和财产的独立性，形成股东意思对公司治理的任意替代，结合我国公司“一股独大”的股权集中现实，可能引发公司治理层面的大股东滥权问题。另一方面，公司法对于代理关系的理论假设如果同公司经营的实际情况不一致，将会导致公司治理规则的虚置，治理权力配置给股东却无法得到有效行使，严重削弱了公司法体系的严谨性。总之，如何解决抽象而非具体的经营授权、平衡权力与责任之间的配置关系，需要明确董事“受信人”的角色和内涵，充分认识公司与董事之间特殊的信义关系，最终理顺我国公司治理的职权和责任结构。

三、信义义务对董事职能的赋权与限制

在信义关系理论下，将董事职权从基于财产或事项的事前具体授权转变为概括授权，肯认了董事的自由裁量权，此为信义义务的赋权功能。同时，以商业判断的事后追责方式抑制利益冲突行为的发生，取代了不当行为的越权认定，此为信义义务的限制规则。赋权规则和限制规则相结合，既能灵活调整公司董事的职权范围，又不会纵容董事恣意行为侵犯公司及股东的正当利益。

（一）信义义务赋权规则的正当性基础

公司法语境下，信义关系中的自由裁量权具有双重意义：其一，董事所获得的是概括式的授权，即委托人为受信人设立行为目标，但并不就其如何行为作出具体、细致的安排，由受信人自行判断和决策。正如美国学者Kelli A.Alces所言，“我们要求管理者实现公司价值最大化，但我们没有要求他们如何实现”。[12](p267)因此，董事可以自由地、独立地（但须善意地）就什么对公司最有利做出判断，无须股东的批准和同意，这是一种“开放式”的管理权。其二，司法上对行为人自由裁量权的尊重，其结果体现为保护行为人免于承担行使该权力的责任。根据自由裁量权做出的商业决策受商业判断规则的保护，只要董事真诚、善意地认为该决策有利于公司利益最大化并满足了较低限度的注意义务标准，即使事后证明董事的决策有所失误，董事也无须就此承担任何责任。

董事拥有的广泛自由裁量权的合理性可以通过以下理由证成：第一，满足商业实践的需要。市场瞬息万变，需要董事根据搜集和掌握的信息，发挥专业知识和技能，及时、快速地做出反应。如果董事的每项决策和行为都需要获得批准或符合事先确定的具体指示，势必会在复杂多变的商业环境中错失先机。因此，需要赋予董事较为宽泛的自由裁量权限，以保证其决策的灵活性。第二，对公司自治的尊重。公司董事的自由裁量权来源于社会对公司自治的高度重视，尤其是公司有权自行决定其可接受的商业风险水平。换言之，商业公司可以根据自己的喜好选择风险中性、厌恶性或偏好性，法律对此并不做出外部限制，公司可以根据特定商业风险对自身的效用，决定是否接受和承担该种风险。[13](p586-587)而对这种效用的评估通常是公司董事的职责，因此董事有权代表公司决定可以接受的风险程度。第三，司法的谦逊性。司法的谦逊性是指，在除了行为人本人外，没有其他任何人（包括法院）处于更好的位置可以判断该行为在特定背景下的合理性时，法院应尊重行为人的判断。司法谦逊性的典型表现为商业判断规则的适用，在该规则下，法院应尽量避免以法律的视角对既定且具有高度专业性的商业决定进行事后判断。[14](p59)与董事相比，法院不具有商业决策所需的专业技能或经验，亦不了解具体的信息和背景，除存在明显利益冲突等违反忠实义务的情况外，法院在何为最有利于符合公司利益的决策问题上并没有能力作出优于公司董事的判断。因此，对于董事所做出的商业决策，法院通常适用商业判断规则或较低的注意义务标准，避免对该决策的实质内容进行事后评价。

（二）信义义务限制董事权力滥用的制度设计

然而，董事的自由裁量权并不是无限的，应当受以下方面的限制：第一，身份限制。董事的权力与其在公司中拥有的身份和地位紧密相连，董事仅在以董事身份履行职务行为的语境下拥有自由裁量权。第二，范围限制。既然董事的自由裁量权来源于法律或章程的规定，其权力范围自然受限于法律的规定和章程的条款。此外，司法机关在解释法律或章程时适用的裁判标准亦构成董事自由裁量权的行为边界。第三，行使限制。董事行使自由裁量权应当采用规定的程序限制，如通过召开会议等方式进行集体决策的行为标准，如注意义务的商业判断标准。

在信义关系中，受信人处于优势地位，委托人居于弱势地位，委托人的权利容易受到损害，这一特征被称为委托人的脆弱性。委托人一旦选定受信人，双方的优劣势地位自然形成且难以改变，委托人自此长期处于“利益易受侵害的脆弱状态”。[15](p91)总的来说，委托人所面临的风险主要来源于两个方面：一是受信人和委托人在信义关系中的不平等地位；二是信义关系特殊结构所产生的固有风险。

委托人与受信人的不平等性不仅体现为知识、技能和经验等方面的差距，更重要的是信息不对称问题。在公司的日常经营中，董事直接管理或授权经理等其他人员管理公司业务，拥有公司业务经营的第一手信息。但由于客观上的沟通成本或主观上董事的隐瞒行为，股东或公司外部其他人员缺乏获取信息的途径，难以了解董事履行职务的具体情况。这也是无法落实对董事行为进行有效监督的重要原因。信息不对称容易导致道德风险和逆向选择问题，在缺乏有效外部监督和董事具有广泛自由裁量权的情况下，董事有很大动机采取机会主义行为损害公司的利益。具体可以表现为两个方面：其一，董事可能滥用职权将公司资产据为己有，或者通过不平等的自我交易、篡夺公司商业机会等方式，以损害公司利益为代价谋求私利，这对应着对董事忠实义务的违反；其二，董事的职务懈怠行为或在履职过程中的重大过失，这对应着对董事注意义务的违反。

从根本上分析，公司法语境下，委托人所面临的风险源自信义关系的特殊结构。首先，开放式授权必然导致委托人面临董事滥用自由裁量权的风险。如前文所述，为了满足商业实践的需要和提高公司的管理效率，董事被赋予集中管理公司事务的权力，造成了公司所有权与经营权分离的局面，从而产生了代理成本问题。代理成本是授权关系的副产品，只要将自由裁量权委托给董事行使，就必须承受董事滥用职权所带来的风险。其次，委托人缺乏有效途径保护自身权益免受受信人的侵害。根据不完全契约理论，由于人的有限理性、商业环境的不可预测性和信息的局限性，公司不可能事先与董事就其义务与责任作出事无巨细的约定，公司无法通过合同途径获得有效保护。而如果通过股东参与经营的方式对董事行为进行监督，股东对公司日常经营的介入则势必会影响公司的经营效率，使得信义义务的授权规则失去意义。股东直接监督模式显然也不可取。因此，为了保护委托人的利益，防止受信人滥用权力损害双方的信任关系，需要法律对受信人课以特殊的信义义务，以规制其行为。

（三）《公司法》修订中信义义务规则的改造

我国2005年《公司法》首次引入了公司董事的信义义务规则，并将其概括为忠实义务和勤勉义务。这一规则补齐了1993年《公司法》中关于董事义务与责任体系的重大缺失，推进了公司治理现代化的进程。然而，《公司法》的成文规则并不完善。忠实义务由第148条的义务概括式列举、第115条的公司借款规则、第21条的关联交易规则等组成，应该说对利益冲突场景进行了必要描述，尚能基本体现忠实义务的立法目标。但现行公司法对勤勉义务并未进一步解释说明，导致注意义务标准这一关键要素缺失。加之《公司法》第149条又规定，当董事的不当行为产生损害结果时，构成对公司负损害赔偿责任的要件，这使得董事注意义务中主观过错的标准愈发模糊，从而导致董事行为的事后责任处于不确定状态。

近年来，对于公司董事信义义务规则的改造，我国学者提出了诸多有益建议。2021年12月向社会公开征求意见的《公司法（修订草案）》对信义义务规则进行了修订，补充了“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”作为勤勉义务的标准。“管理者通常应有的合理注意”在解释上和大陆法上的“善良管理人”义务、英美法上的“普通谨慎人”标准具有一致性，要求以相同岗位人员的一般技能和知识水平作为客观标准。这一修订内容值得肯定。不过，需要注意的是，信义关系和信义义务作为纯粹法律移植的产物，与大陆法传统中围绕委托代理规则、诚实信用原则等建立的解释体系并不完全相融，其实践中的尺度也不为我国法官所熟悉，商业裁判中对信义义务的审查标准缺乏判例法的逐步积累。

本文认为，信义义务同时具有赋权与限制的双重制度功能，其核心在于将事前授权指令转变为事后责任追究，并通过商业判断规则的适用束缚结果导向的责任范围。因此，除却在具体商业场景中依赖法律解释和法院裁判填补注意义务的审查尺度之外，更需要在修订公司法时引入商业判断规则。 [16](p57)商业判断规则包含了程序判断和实体判断的双重审查标准。基于该规则，公司法应明确规定，在董事行为善意且充分知悉决策事项相关信息的场景下，应从程序上推定董事行为具有商业合理性。只有证明存在利益冲突行为或决策缺乏严重合理性基础的情形下，才能推翻上述程序上的假定。质言之，在商业判断规则的保护下，司法裁判对于董事行为和决策的合理性具有推定性的信任，股东如欲突破上述对董事的推定保护，需要承担更高的证明责任。其中，突破忠实义务的推定保护，可以通过关联交易、私人不当获益等事实违法行为进行“是与否”的判断。而要突破注意义务的推定，则需要董事的决策行为非常不合理，即构成“重大过失”行为。此时，有关过失程度的判断，往往又需要回到决策过程是否完善、商业信息收集是否完备等程序要素的客观审查之中。

四、基于信义关系理论公司董事职能的构造

随着董事与公司之间特殊信义关系的建立，董事在公司经营管理活动中的角色得到进一步扩张，董事职能的范围和履行方式均发生了深刻变革。换言之，信义义务的赋权与限制为董事职能的改造创设了空间，重塑了董事职权和职责的对应关系，董事获得了更大的自由裁量权，以适应现代企业经营管理中鼓励创新和追求效率的价值追求。

（一）商业冒险的鼓励

公司的创新发展要求董事合理进行商业冒险行为。与商业冒险行为紧密相连的是信义关系中的注意义务。作为信托财产法律意义上的所有人，受托人的注意义务标准一直较高。在前两次的信托法重述中，受托人注意义务的标准表述为，普通谨慎之人处理自己财产时应当具备的谨慎和技巧。2006年《第三次信托法重述》对受托人注意义务的要求更上一层楼，将注意义务的标准提高为谨慎人及谨慎投资人的标准。其中，第90条对谨慎投资人标准做出了具体规定，要求受托人作为谨慎投资者，应当充分考虑信托目的、信托条款、分配需求以及其他信托所处环境进行谨慎处理，包括但不限于分散投资、公平对待、授权监督、成本控制等事项。相比之下，公司董事与代理人所遵循的是一种更低的注意义务标准，即普通谨慎之人处于类似职位面对类似情形时的合理行为。而董事与代理人注意义务的区别在于，是否适用商业判断规则的保护。代理人不适用商业判断规则的保护，只要代理活动存在一般过失，代理人就应当承担责任；董事则可以适用商业判断规则的保护，只有在商业判断存在重大过失时，董事才承担责任。显然，无论是较低的注意义务标准，还是商业判断规则的适用，主要目的均在于鼓励董事从事商业冒险活动。在董事做出的关乎公司命运的众多决定当中，总有一些决定事后被证明是不明智的，或者是判断失误的结果，董事职能的设计应当为其做出更具风险性的商业决定排除后顾之忧。如果每个公司都对董事课以较高的注意义务，势必会影响公司管理层的运行成本和交易效率，任何商业冒险行为都将寸步难行。[17](p1383)

公司法之所以鼓励董事进行商业冒险行为，有以下几点原因：第一，公司股权投资的特殊性。作为剩余索取权人，股东在对公司的所有其他索取权得到满足之前，不会获得投资回报，所以，在同等条件下股东更喜欢高回报的项目。然而，风险和回报成正比，实施这种偏好必然需要选择风险项目，因此，实践中理性股东对于风险商业项目有着较高的容忍度。第二，结果导向商业责任的不合逻辑性。任何从事后结果的反向推演都无法还原事前决策的环境，这一点特别体现在复杂的商业环境中。商事活动变幻莫测，商业决策结果并不是非黑即白，相反，通常涉及一些看似合理的替代方案的判断，即使谨慎地做出选择，结果也可能很不尽如人意。[18](p113-114)第三，司法机关对其事后评价的局限性。商业决策往往很复杂，而且是在不确定的条件下做出的，法官和任何人一样会受制于有限理性和对商业实践的认知局限，他们有回避评价商业判断的动机。法院的职能也不是为公司解决政策和业务管理的问题，因此，不适合进行商业政策合理性的实质判断。

目前，我国公司治理的相关法律中缺乏信义义务的标准和审查方式，为此，在此次《公司法》修订的过程中必须重视商业风险责任分配的必要性，从风险控制和损失分配入手，对信义义务的责任结构进行本土化改造。首先，信义义务的责任追究重心在于违背他人信赖并滥用其财产谋取自身利益的恶意行为，而非对于风险行为的刻意限制。因此，对于忠实义务的违反和注意义务的违反，应当采用不同的责任标准。当商事活动造成公司损失时，司法裁判不应过度审查注意的商业实质并追究善意董事的商业判断责任，而是应该重点惩戒欺诈、违法或利益冲突等违反忠实义务的情形。其次，需要充实忠实义务和注意义务的责任范围，并将两者予以适当融合，完善关于董事“善意”的判断。应将董事的监督职能和公司内部审查机制相结合，明确董事运营公司的充分注意需建立在其对公司内部控制与信息收集的有效管理之上，防止董事以漠视公司利益的行为造成公司治理中的消极损失。

（二）越权原则的突破

在信义义务体系下，越权行为并不当然具有谴责性。在信托关系中，受托人的第一要务就是明确其授信条款规定的权力范围。在代理关系中，代理人有义务仅在其实际职权范围内采取行动，并且有义务遵守委托人或其指定的人发出的所有合法指示。

显然，在商业实践中，公司董事越权行为规则突破了信义义务的传统理论，并不一定要求董事为其越权行为负有受信人的责任。考虑到公司的商业属性，实践中董事不能也不应完全拘泥于权限，而应抓住稍纵即逝的商业机会。严苛的越权绝对无效原则不利于鼓励公司的创新发展，使董事难以灵活把握商机，也会使股东失去很多获得回报的机会。[19](p70)因此，法院在这种场景中仅要求董事做到善意行事，并且，应当允许董事证明程序决策的合理性以及交易价格的公平性，为董事行使越权决策行为本身的正当性而辩护。

根据信义关系，董事在授权范围内行为的法律效果归于公司，自不待言。本文意欲讨论的问题是，董事越权行为的法律效果归于何处。第一，董事的越权行为获得追认后，其法律效果归于公司。也就是说，事后股东一致同意或批准董事代表公司所做的行为，可以消除董事在行为时的权力缺陷，而公司将为董事的越权行为承担与其最初授权相同程度的责任。[5](p589-590)例如，董事和公司进行自我交易违反忠实义务，为公司法所禁止。但根据《民法典》第168条对于代理人自我交易规则，代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。因此，如果董事自我交易获得公司事后符合公平交易程序的追认，则该自我交易得以成立。值得注意的是，与董事越权行为有利害关系的股东无权批准系争行为，只有经无利害关系的多数股东批准，此类行为才有效。此外，批准越权行为的有效性应建立在股东充分知情的前提之上，只有充分知情的股东才能作出有效的批准。

第二，董事善意越权行为的法律效果归于公司。此处关于董事并非善意的情形可以分为两种情况讨论。第一种情况，董事行为违反法律法规的强制性规定，在这种情况下，根据信义关系原理，受信人的行为必须遵守合法性的基本要求，且无论是事前授权还是事后批准都不能抗衡法律的禁止性规定。例如，违反法律、行政法规而侵犯债务人利益和社会公共利益时，系争行为自始不产生效力。本文认为，无论是依据《民法典》的第153条还是《公司法》第22条的规定，董事行为、董事会决议无效情形应当在解释上受到限缩，即违反法律、行政法规无效的范围应限于违反效力性强制规范，如明确属于股东会权力保留事项的越权决议。

第二种情况为董事明知越权且与交易相对人通谋。在这个问题上，现行《民法典》和公司法司法解释存在两条审查路径：一是《民法典》第61条的越权代表规则和第170条的越权代理规则，即对法定代表人代表权的限制、对执行工作任务的人员职权范围的限制，不得对抗非知情的善意相对人，以维持公司行为的外部效力；二是《公司法解释（四）》第6条的规定，在决议行为被判决确认无效或者撤销时，公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。上述规则被《公司法（修订草案）》所吸收，增加了公司章程对董事会的权力限制不得对抗善意相对人的概括性规定。由此可见，如果董事与交易相对人通谋，并对越权侵犯公司利益的情景存在认知，该越权行为的外部关系归于无效，越权行为的法律效果不由公司承担。

（三）董事会职权的下放

传统受托人负有亲自履行受托人职责的义务，在执行受益人或信托创立人合理要求其所为的事项时，不得将该事项下放给他人。同样，未经委托人允许或法律规定，传统代理人亦不可转授其权限予他人。而出于决策效率和专业需要，公司法则不然，应当允许董事会自主决定是否将其职能下放给其他人。根据下放方式的不同，公司董事会权力的下放既可以是直接下放授权的主动行为，也可以是董事会从经营到监督的职能转变。

直接下放模式，即在董事会以下设置特别委员会行使权力，如执行委员会、战略委员会等。这种权力下放模式一般采用章程规定或决议授权的主动模式，具有明确的授权行为。在公司经营过程中，董事会完全可以依赖特别委员会的判断作出决策，这符合商业实践中效率导向和专业分工的要求。董事成员专业能力的不同有助于完善商业决策的合理性，特别是外部董事对特定事项的审查与批准能够显著提高公司决策的正当性，防止公司内部人的权力滥用，是完善公司治理结构的必要设计。为此，我国《公司法》可以参考美国《示范公司法》第8.30条的设计，要求董事会成员负有决策信息的披露义务，还应允许董事基于善意合理信赖其他成员提供的信息、观点、报告或者陈述。

除了直接下放模式之外，董事会的职能也在发生转变，即由公司的经营者变为公司的监督者。随着现代大型公司经营日趋专业化且事项繁琐复杂，董事会“事必躬亲”的时代已经结束，董事会的权力实质上已经逐渐下放给公司高管群体。尤其对于规模较大、战略定位较为复杂的公司来说，董事会的优选职能配置应当主要为对公司战略进行调整和对经营进行监督评价。[20](p121)在这一背景下，高管获得了更多公司经营管理的权限，董事会不仅将公司日常经营事项交由高管管理，而且在日常经营事项之外的公司重大决策上，同样允许高管参与、甚至负责决策内容的制定，而董事会则负责审查和批准高管制定的相应计划。为此，美国1974年在修订《示范公司法》时，做出第8.01条规定，即全部的公司权力可以由董事会行使，也可以在董事会的权威下行使，公司事务可以由董事会管理，也可以在董事会的监督和指示下进行。

需要注意的是，董事会权力的下放并不意味着董事可以完全从信义义务的责任中脱离，其仍需承担公司决策的最终责任。第一，董事会的行为模式为集体决策和共管，权力下放并不改变董事会作为集体承担信义义务、履行公司管理职责的角色。因此，即使允许董事会对下设委员会、高管的决定存在信赖并依此进行集体决策，在责任追究机制中也需要审查此种信赖是否具有合理性与正当性，而非完全以个体责任替代董事会的集体责任。第二，董事会职权下放存在权力保留的必要范围。董事会不能把其拥有的对公司的监督和控制的所有权力都下放给他人。若董事会将其核心管理义务下放于第三方，以至于董事会基本上不再控制公司，将构成对其管理职权的非法“放弃”。[[12]](#footnote-13)第三，董事会行使监督权同样需要满足注意义务的基本要求，即审批决策需满足程序和实质上的合理性，包括对审批事项相关信息的掌握和审查流程的必要安排。

我国《公司法（修订草案）》对公司监督制度进行了大幅修改，允许设审计委员会的有限责任公司、设审计委员会且其成员过半数为非执行董事的股份有限公司不设监事会或者监事，这意味着我国公司法也将进一步肯定董事会有行使监督权的职责和义务。虽然草案在监督职权配置方面取得了突破，但是有关监督内容和监督深度等义务的具体内涵仍不够清晰。在这一背景下，本文认为，应将合理构建公司内部控制和信息传递机制写入董事会履行信义义务的必要内容。具体而言，监督义务是一种体系义务，强调董事会应当建立完善的公司内部机制，保障信息的有效流动，并对公司重要经营活动的合规性事项进行及时报告。

结语

公司组织是商事活动复杂化、专业化的产物，公司制度的诞生无疑吸收了民商事法律关系的基本理念和制度原则。从功能主义的角度出发，公司董事法律地位的信托说、代理说均是对传统民商事法律关系的一种“拟态”现象，试图通过沿用既有的法律工具来处理由他人支配财产时必然发生的利益冲突、谨慎勤勉等问题。然而，公司组织所面临的商业环境决定了必须对治理机制作出针对性调整，尤其需要协调商业自由环境中公司管理层从事商业冒险活动所承担的义务与责任。本文认为，以信义关系建构董事与公司的法律关系，超越了传统信托、代理关系中对授权范围的僵化设置，能够较好地兼容董事作为公司授权管理者所应具有的自由裁量权，同时保证了针对董事行为的有效责任约束。总之，以信义义务为基础进行展开，方能拓展董事在公司组织中的履职范围和权力行使，为进一步构建更为专业化的公司治理模式创造必要条件。

参考文献：

[1]王长华.公司法人机关理论的再认识——以董事对第三人的责任为视角[J].法学杂志，2020，（6）.

[2]L.S.Sealy.The Director as Trustee[J].The Cambridge Law Journal，1967，（1）.

[3]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[J].中外法学，2016，（1）.

[4]徐卫东，祝杰.董事的信托义务研究——从制度协调的视角调控董事行为的一种尝试[J].吉林大学社会科学学报，2004，（2）.

[5]Victor Morawetz.A Treatise on the Law of Private Corporations （Second Edition） [M].BOSTON：Little，Brown and Company，1886.

[6]张民安，蔡元庆.公司法[M].广州：中山大学出版社，2003.

[7]王莹莹.信义义务的传统逻辑与现代建构[J].法学论坛，2019，（6）.

[8]Rudolph E.Uhlman.The Legal Status of Corporate Directors[J].Boston University Law Review，1939，（1）.

[9]赵廉慧.论信义义务的法律性质[J].北大法律评论，2020，（1）.

[10]D.GordonSmith.The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty[J].Vanderbilt Law Review，2002，（5）.

[11]Tamar Frankel.Fiduciary Law[J].California Law Review，1983，（3）.

[12]Kelli A.Alces.Debunking the Corporate Fiduciary Myth[J].Journal of Corporation Law，2009，（2）.

[13]Philip C.Sorensen.Discretion and Its Limits—An Analytical Framework for Understanding and Applying the Duty of Care to Corporate Directors （and Others） [J].Washington University Law Review，1988，（3）.

[14]翁小川.商业判断司法谦抑规则研究[J].政法论丛，2021，（4）.

[15]朱圆.论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入[J].环球法律评论，2016，（2）.

[16]郑佳宁.现代公司法注意义务规范体系的构建[J].社会科学研究，2022，（4）.

[17]石一峰.企业侵权责任的归责原则[J].中外法学，2018，（5）.

[18]Stephen M.Bainbridge.The Business Judgment Rule As Abstention Doctrine[J].Vanderbilt Law Review，2004，（1）.

[19]郭富青.《民法典》中法人或非法人组织越权原则的反思[J].上海政法学院学报（法治论丛），2021，（1）.

[20]蒋大兴.公司董事会的职权再造——基于“夹层代理”及现实主义的逻辑[J].现代法学，2020，（4）.

责任编辑 王京

1. 参见张民安：《现代英美董事法律地位研究（第二版）》，法律出版社2000年版，第29—45页；梅慎实：《现代公司机关权力构造论——公司治理结构的法律分析》，中国政法大学出版社2000年版，第318—323页。 [↑](#footnote-ref-2)
2. See Lands Allotment Co，Re CH 616，631（1894）. [↑](#footnote-ref-3)
3. See City Equitable Fire Insurance Co Ltd，Re，407，426（1925）. [↑](#footnote-ref-4)
4. See Aberdeen Railway Co.vBlaikie，17 D.（H.L.） 20，21 （1854）. [↑](#footnote-ref-5)
5. See Ellettv.Newland，171 La.1019，1019-1026 （1931）. [↑](#footnote-ref-6)
6. See Hoyt v.Thompson’sEx’r，19 N.Y.207，216（1859）. [↑](#footnote-ref-7)
7. See Kavanaughv.Kavanaugh Knitting Co.，226 N.Y.185，193 （1919）. [↑](#footnote-ref-8)
8. See Towers v. Premier Waste Management Ltd，B.C.C.72，74 （2012）. [↑](#footnote-ref-9)
9. See Hoyt v.Thompson’sEx’r，19 N.Y.207，216（1859）. [↑](#footnote-ref-10)
10. See Rehn v.Fischley，557 N.W.2d 328，334（1997）. [↑](#footnote-ref-11)
11. 参见钱玉林：《股东大会中心主义与董事会中心主义——公司权力结构的变迁及其评价》，载《学术交流》2002年第1期；曹兴权、黄超颖：《股东会授权董事会的底线：权力配置基础结构维持原则》，载《财经法学》2017年第3期。 [↑](#footnote-ref-12)
12. See Sample v.Morgan，914 A.2d 647，671-672（2007）. [↑](#footnote-ref-13)