

上市公司董事监督义务的制度构建

吕成龙

内容提要:中国证券监督管理委员会在长期执法实践中,逐渐塑造出“监督义务”的概念以追究董事责任,部分规范性文件及行业自律规定亦日益强调董事在上市公司治理中的监督责任。然而,监督义务不仅面临规范基础的质疑,而且在其内涵与适用条件方面皆存在模糊之处,既不利于促进上市公司的规范治理,又给证券执法埋下了隐患。结合我国既有执法实践与比较法上的经验来看,构建董事监督义务具有充分的现实必要性。我国应当在《公司法》修订中对其予以明确,尤其要涵括两项内容:其一,董事负有督促公司建立健全内部控制体制、信息收集与报告机制之义务;其二,董事有义务在发现公司存有重大异常时采取主动调查等行动。同时,鉴于独立董事及其他非执行董事参与公司治理时间、程度与法定职责不同,在其监督义务履行评价中应与执行董事有所区别。

关键词:董事义务 监督义务 勤勉义务 信义义务 上市公司

吕成龙,深圳大学法学院助理教授。

董事信义义务是公司法最令人难以琢磨的概念之一,中国证券监督管理委员会(下称“证监会”)在长期执法中,逐渐在信义义务下塑造出董事“监督义务”的概念并将其作为责任认定的重要依据。然而,监督义务的内涵、适用条件、认定标准与免责事由等,却一直没有明确法律界定和统一做法。长此以往,不仅会导致该现象继续蔓延并对我国公司治理造成积重难返的影响,而且直接关切到董事个人责任合理区间的划定。尤其在《证券法》(2019 修订)豁免了投资者保护机构提起股东代表诉讼的持股时间与数量要求后,上市公司董事极有可能因此面临巨额民事赔偿,董事监督义务的重要性与紧迫性变得不容小觑。放眼域外,美国公司治理中董事监督义务(Duty to Monitor)的理论及司法实践富有启发。诚如爱森伯格教授(Melvin Eisenberg)归纳,监督义务是勤勉义务(Duty of Care)重要的具体方面。^[1]就美国监督义务核心内涵而言,董事应当推动建立完善的信息收集

[1] See Melvin Eisenberg, The Duty of Care of Corporate Directors and Officers, 51 *University of Pittsburgh Law Review* 945, 951-952 (1990).

报送、内部控制体系并积极监督其运行。^{〔2〕} 英国、德国、日本及我国台湾地区的公司法实践,亦已注意到监督义务的发展趋势。因此,适时构建我国上市公司的董事监督义务,有利于我们不断以更精细的理论回应具象化的公司治理实践,走向更优的中国公司治理。

一 我国董事监督义务的实践经验与问题

(一) 监督义务的内涵外延不明

证监会对董事监督义务内涵的演绎来自于其对信息披露违法的执法实践。早在《证券法》(2004 年修正)第 59 条、第 63 条与第 177 条下,董事在公司信息披露违法中的责任即有规定,若发行人存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏行为,直接负责的主管人员和其他直接责任人员将面临警告、罚款或刑事追诉之责,但此种责任的性质、内涵与法理定位皆不明确。尽管早期《上市公司章程指引》《上市公司治理准则》《上海证券交易所股票上市规则》等规范性文件及行业规则规定董事应履行忠实、诚信、勤勉义务,但亦未对董事在信息披露违法中的义务性质进行界定,甚至没有厘清诚信义务与勤勉义务的关系。2005 年《公司法》修订后,勤勉义务与忠实义务共同构建起董事信义义务的规范框架,证监会开始在“勤勉尽责”概念下推导出董事责任。随着证监会执法经验的不断积累,其在 2010 年对“南京中北”的行政处罚中,正式就上市公司董事的“监督义务”予以细致阐述——“既包括督促上市公司依照法律、法规规定和监管部门要求建立并完善信息披露制度,也包括通过日常履职和检查督促公司切实执行有关规则,还包括能够及时发现公司在信息披露上存在的问题、及时督促公司改正,对拒不改正的要及时向监管部门举报。”^{〔3〕}

概而言之,董事监督义务强调董事在公司信息收集与内部控制体系建立中的义务,既包括建立健全公司制度、常态化地检查公司运营系统,也包括在发生警报之后对问题及时检查。^{〔4〕} 然而,董事监督义务的外延仍显模糊,即便证监会在“南京中北”案中的论理也未对此划定清晰边界,而其大量的执法实践亦无明显规律可循。一方面,证监会强调董事在公司治理中的管理之责,如在 2008 年第 25 号“外高桥”处罚案中,证监会认为董事对公司账户违法买卖不知情,应当归咎于“管理上的失控、失职”;2012 年第 25 号“海星科技”案中公司未披露重大诉讼,证监会认为董事“负有管理不善的责任”。但另一方面,证监会在诸多案件中对董事监督义务的履行要求十分具体,甚至着眼于对日常经营事务的监督。比如在 2009 年第 40 号“夏新电子”案中,董事因公司未如实披露足额计提返利价保等而被处罚;在 2019 年第 44 号“中安科”案中,董事因“班班通”“智慧石拐”及 BT 项目未按公允价值计量导致的披露违法而承担责任。甚至在个别情况下,证监会对董事监督义务有相当实质性的要求,如在 2009 年第 36 号“荣华实业”案中,董事因公司未如实披露关

〔2〕 参见王真真:《我国董事监督义务的制度构建:中国问题与美国经验》,载蒋锋等主编《证券法苑》(第 25 卷),法律出版社 2018 年版,第 301 页。

〔3〕 《中国证监会行政处罚决定书(南京中北、郭某平等 7 名责任人员)》([2010]10 号)。

〔4〕 参见邓峰:《领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角》,《中国社会科学》2006 年第 3 期,第 146 页。

联关系担责,证监会提出“判断上市公司股东之间是否具有关联关系,不应单纯以工商登记资料为依据,而应当以实质重于形式的原则进行认定”。与此同时,从司法机关对证监会执法引发的个别行政诉讼裁判来看,其对董事在信息披露违法责任认定中的义务界定与证监会立场一致。^[5]

(二) 监督义务的规范依据存疑

在我国现行制度体系下,证监会执法实践所塑造的董事监督义务难觅明确的规范依据。观察前述执法案例,证监会时常援引《上市公司信息披露管理办法》第42条的规定,要求“董事应当了解并持续关注公司生产经营情况、财务状况和公司已经发生的或者可能发生的重大事件及其影响,主动调查、获取决策所需要的资料”,^[6]且“不能以审计机构未发现违法情形为由,当然免除董事的责任”。^[7]就此而言,不仅该法第42条是否意在为董事创设独立义务不易揣测,而且其如何与我国现行《公司法》实现连接亦不得而知。目前,《公司法》第147条要求董事遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务,第148条对忠实义务予以列举。证监会所构造的此项监督义务是否已被立法所涵盖并嵌入第147条?若是,其究竟着眼于前半段守法义务,还是后半段勤勉义务?若否,我们又应将董事监督义务定位于何处?从文义解释的角度来看,我们无法轻易得出结论,更遑论对以部门规章、行政处罚创设董事义务本身的合法性提出诘问。

退一步而言,即便我们将监督义务直接纳入第147条项下之勤勉义务,参考现行《上市公司章程指引》《上市公司治理准则》等规范性文件,证监会在“南京中北”案中的阐述也俨然逾越了既有规范,导致监督义务的规范依据存疑。《上市公司章程指引》第98条将董事勤勉义务予以具体化,涵括六项勤勉内容:(1)应谨慎、认真、勤勉地行使公司赋予的权利,以保证公司的商业行为符合国家法律、行政法规以及国家各项经济政策的要求,商业活动不超过营业执照规定的业务范围;(2)应公平对待所有股东;(3)及时了解公司业务经营管理状况;(4)应当对公司定期报告签署书面确认意见,保证公司所披露的信息真实、准确、完整;(5)应当如实向监事会提供有关情况和资料,不得妨碍监事会或者监事行使职权;(6)法律、行政法规、部门规章及本章程规定的其他勤勉义务。从解释论出发,第1项“商业行为”与第4项、第5项为并列关系,而该两项是《公司法》《证券法》的法定要求,故此“商业行为”并非公司的一切行为,仅指公司对外的经济活动,否则第4项与第5项没有单独列举的必要。既如此,董事监督义务的规定应集中在第3项和第4项上。但与“南京中北”处罚论理相比较可以轻易发现,证监会对监督义务的界定已超出了该两项范围。实践中,亦有当事人提出证监会塑造的监督义务“是对法律规定的任意扩大解释”。^[8]

(三) 监督义务的构成要件含糊

我国上市公司董事监督义务构成要件含糊,可从两个方面观察。一方面,证监会在何

[5] 参见徐某与中国证券监督管理委员会行政诉讼案,北京市第一中级人民法院判决书(2019)京01行初298号。

[6] 《中国证监会行政处罚决定书(四维控股、雷某等11名责任人员)》([2010]14号)。

[7] 《中国证券监督管理委员会行政复议决定书(徐某民)》([2010]27号)。

[8] 《中国证券监督管理委员会行政复议决定书(徐某)》([2019]41号)。

种情形下可适用董事监督义务未形成明确做法和统一规定。其一,大多数情况下,监督义务在董事以不知情、未参与为由抗辩的情景下适用。如在“南京中北”案中,董事提出其不参与公司日常经营、对日常事务也较少过问,证监会即以前述监督义务展开分析。在 2016 年第 88 号“大智慧”案和第 102 号“北大荒”案等诸多行政处罚中,证监会皆遵循类似观点。其二,监督义务在个别知情或应当知情的情况下亦有适用。如在 2014 年第 69 号“宝硕股份”案中,证监会对周某、闫某清及李某等五位长期担任董事、董事长职位的人士进行了处罚,其对监督义务论证的出发点并不在于上述人员的“不知情”;再如,在 2012 年第 53 号“鸿基公司”案中,证监会以监督义务追究责任的董事罗某光,实际知晓涉案事项。其三,董事若对行政调查未积极回应,监督义务亦会适用。在 2015 年第 91 号“零七股份”案中,证监会认为董事在公司多次受到监管部门处罚后无动于衷,未采取有效措施监督公司规范运作;而在 2017 年第 43 号“方正科技”案中,董事长刘某晓在证监会进场调查后担任董事长,证监会认定其“明知方正科技已涉嫌违法,仍然未尽合理、审慎的注意义务,也进一步印证其未勤勉尽责”。

另一方面,董事监督义务的免责事由不明。自 2005 年起,董事就信息披露违法而申辩免责的事由陆续呈现于《行政处罚决定书》。有董事声称从未参与董事会会议、担任挂名董事、迫于压力、未领取薪酬而要求免责,也有董事提出了非执行董事不应承担责任、独立董事不参与具体经营管理且有审计机构审查等申辩事由。^[9] 尽管证监会对勤勉尽责义务的论理经历了由概括到相对具体的转变,但其始终严格把控着董事的免责事由,且从未对董事监督义务相应免责事由作出系统阐释。比如在 2015 年第 84 号“中科云网”和 2017 年第 2 号“文峰股份”案中,独立董事采取了与年审注册会计师沟通、要求公司对涉案子公司进行内部审计、对代持股事项进行多次沟通询问等行动,证监会仍认为其未实施有效监督。目前,我国公司治理实践日趋成熟,董事监督义务亦面临新的问题与争论,若免责事由仍不明确,则无法为董事履职提供正向激励。近年来一个值得关注的新现象是,上市公司董事主动在年度报告披露阶段“单独陈述理由和发表意见”,并对所属公司年度报告发表否定或保留看法。董事之所以作出此类行为,至少部分动机是希望藉此避免因公司可能信息披露违法而引致的个人责任,其不保证年度报告真实、准确和完整的理由五花八门,包括:长期休假或身体健康原因等;董事主动提出报告“已是虚假记载”;存在职位利益冲突和独立性考虑,未参加会议并签署声明;材料送达时间晚,没有充分时间审阅判断;有关经营信息存在不确定性;对公司某些交易和业务存疑;对公司经营整体状况存疑;专业机构出具无法表示意见的审计报告;监管部门立案调查。^[10] 不难想见,这些陈述理由与《证券法》第 82 条及第 94 条结合之后,必将对董事责任的认定和法律适用提出更高要求。因此,在《公司法》修订之际,如何科学设定董事监督义务无疑具有重要性与紧迫性。

[9] 参见《中国证券监督管理委员会行政复议决定书(张某公)》,[2008]8 号。

[10] 本文对 2019 年 9 家具有代表性的上市公司的《年度报告》进行了整理和归纳,包括 ST 西发、*ST 华信、秋林集团、银鸽投资、ST 康得新、赫美集团、田中精机、航锦科技和文化长城。

(四) 监督义务的要求时而强人所难

监督义务的要求时常强人所难且未设置区别责任,无益于客观、公正地评价董事履职表现。在我国上市公司治理实践中,董事实际上涵括多种类型:兼任高级管理职务的董事被称为执行董事,^[11]不担任高级管理职务的非执行董事又可分为独立董事和其他非执行董事。^[12] 独立董事乃基于《公司法》第122条之规定,兹不赘言。其他非执行董事之所以受到一定关注,与我国企业在香港股票市场上市密切相关。从我国内地公司治理实践来看,根据陆正飞等对2006至2012年9172个公司/年度样本的研究,95%以上的公司年份都存在不是独立董事的非执行董事,这体现了上市公司自身治理的需求。^[13] 值得注意的是,非执行董事并不是一个明确且普遍的法律概念,仅在银行、保险等个别行业和公司才存在对此种董事身份的规范性要求。不过,从证监会“南京中北”案的论述来看,上市公司信息披露“端赖于全体董事实施必要的、有效的监督”,前述“鸿基地产”案亦表明董事“对公司事务的内部控制、内部审计监督,与外部监督、外部审计一样,均是上市公司合法运作、公开透明的基本保障……不能以审计机构未发现、未指出为由,免除上市公司董事、高级管理人员的责任”。综合前述证监会执法情况观察,尽管其对不同身份董事有所区别对待,但整体上呈现为对全体董事的统一化要求。^[14] 实践中,亦有当事人质疑证监会“未对执行董事、非执行董事、独立董事的责任作出差异安排”。^[15]

申言之,此种不区分董事具体身份的执法规则存在三点困惑:其一,上市公司经营事项专业且复杂,是否所有董事都真的有能力对公司信息披露事项进行全面检查督促、及时发现并要求改正?其二,证监会认为独立董事需预防、发现、阻止或揭露涉案信息披露违法行为,但与执行董事相比,独立董事和其他非执行董事能否现实地履行证监会提出的监督义务?其三,监督义务属于信义义务,证监会要求董事在公司拒不改正时向监管部门举报,是否会造成对信义义务的根本否定?以2018年第9号“昆明机床”案为例,独立董事兼审计委员会主任委员在公司存有虚假记载的年度报告上签了字,尽管他在发现财务舞弊问题后即辞职并向监管机构报告,但证监会基于其会计学专业背景认为他本应尽到更高注意义务,且认为该举报距最后一次信息披露违法发生已一年之久,不符合及时性要求。法院在后续行政诉讼中也提及其曾多次提出要完善公司财务管理,要求公司解决成本核算上的问题,但除了在会议上口头提出意见之外,没有证据证明其采取了积极措施监督公司完善成本核算以及内控制度,因而并未做到勤勉尽责。^[16] 如此一来,不仅无法准确合理地评价董事监督义务之履行,反而会因过度威慑而导致具备更强专业能力的董事

[11] 参见肖海军:《政府董事:国有企业内部治理结构重建的切入点》,《政法论坛》2017年第1期,第176页。

[12] 参见李建伟:《高管薪酬规范与法律的有限干预》,《政法论坛》2008年第3期,第112页。

[13] 参见陆正飞、胡诗阳:《股东—经理代理冲突与非执行董事的治理作用——来自中国A股市场的经验证据》,《管理世界》2015年第1期,第130-131页。

[14] 参见《中国证监会行政处罚决定书(西昌电力、冯某荣等12名责任人员)》([2008]24号);《中国证监会行政处罚决定书(寰岛股份、张某某、王某民等12名责任人员)》([2011]48号)。

[15] 《中国证券监督管理委员会行政复议决定书(约翰·保罗·卡梅伦(John Paul Cameron))》([2018]19号)。

[16] 参见杨某胜与中国证券监督管理委员会行政诉讼案,北京市第一中级人民法院判决书(2018)京01行初887号。

疏离上市公司治理。

二 比较法视野下董事监督义务内涵的演绎

从我国理论研究情况来看,尽管不少学者已注意到监督义务与商业决策共同构成了董事勤勉义务,^[17]亦对勤勉义务标准展开了丰富研究,^[18]但现有研究主要集中在商业决策维度及相应的商业判断规则上。目前,我国董事监督义务的研讨方兴未艾,^[19]却尚未对监督义务的独立性、内涵界定和具体制度机制展开细致讨论,无法为《公司法》修订及证监会执法实践提供理论参考。早在 1832 年,域外司法实践就注意到董事对公司重大事项的勤勉注意,与在公司商业决策中实际失职的区别。^[20]因此,我们不妨借助比较法上的经验来廓清董事监督义务的发展历程和内涵。

(一) 美国董事监督义务的内涵与定位

1. 董事监督义务的判断认定

美国董事监督义务的典型情景是在公司违法行为遭到行政处罚后,股东提起代表诉讼要求董事赔偿因监督义务未(充分)履行而引致的公司损失。这与我国以证监会行政处罚为中心的演绎过程和适用情景有所不同,但本质上皆涉及董事监督公司经营义务的内涵与外延。特拉华州法院在长期判例演绎中,对董事监督义务内涵作了最佳回应。^[21]

现代意义上的董事监督义务始于 1961 年 Lutz v. Boas 案,尽管法院未明确提到“监督义务”一词,但却将董事对日常经营与业务执行的关注作为其义务履行判断的重要考量因素。^[22] 本案中,多位非附属董事在公司治理中怠于履职,几乎自动同意了公司与投资顾问签订的管理协议、没有检查提交给监管机构的注册文件、不了解由谁决定股票的买卖,甚至对周转率与经纪业务分配毫不知情。基于此,法官认为上述董事缺乏对公司管理的应有关注,判令其对公司损害承担连带责任。两年后,法院在 Graham v. Allis-Chalmers

[17] 参见邓峰:《领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角》,《中国社会科学》2006 年第 3 期,第 146 页;朱锦清:《公司法学(下)》,北京大学出版社 2017 年版,第 61-120 页;施天涛著:《公司法论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 400 页;赵骏:《董事勤勉义务研究:从域外理论到中国实践——以行为法经济学为视角》,《浙江学刊》2013 年第 2 期。

[18] 参见任自力:《公司董事的勤勉义务标准研究》,《中国法学》2008 年第 6 期;傅穹、曹理:《独立董事勤勉义务边界与免责路径》,《社会科学》2011 年第 12 期;叶金强:《董事违反勤勉义务判断标准的具体化》,《比较法研究》2018 年第 6 期。

[19] 美国董事监督义务近年来开始引起我国学者关注,如杨竹生:《论董事注意义务中监督公司业务执行之义务》,《中原财经法学》2004 年 12 月;林建中:《注意义务的任务与极限:公司法的信义义务与金融风暴的省思》,《交大法学》2014 年第 2 期。

[20] See David Kershaw, *The Foundations of Anglo-American Corporate Fiduciary Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 155.

[21] 美国学界对董事监督义务重要案例梳理已经达成不少共识:Stephen Bainbridge, Caremark and Enterprise Risk Management, 34 *Journal of Corporation Law* 967 (2009); Lisa Fairfax, Managing Expectations: Does the Directors' Duty to Monitor Promise More than It Can Deliver? 10 *University of St. Thomas Law Journal* 416 (2012); Elizabeth Pollman, Corporate Oversight and Disobedience, 72 *Vanderbilt Law Review* 2013 (2019).

[22] See Lutz v. Boas, 171 A.2d 381 (Del. Ch. 1961).

案中,提出了监督义务的内涵要求和判断原则。^[23] 该案涉及的是一家大型公司,其董事在每月例会上讨论并决定与整体业务政策相关的事项,但鉴于公司业务的范围和复杂程度,无法讨论具体决策的细节问题。1959年,公司被指控从1956年便有违反反垄断法的行为。一些股东提起诉讼,认为公司在1937年即因违反反垄断法而遭到处罚并与政府达成了协议,却未采取有效措施防范类似违法行为;即便对此不追究,董事也没有推动建立监督预警系统以及时发现并制止此类行为。法院认为董事有权信赖其下属的诚实和正直,除非发生某种情况使他们产生怀疑,这被称为“红色警报”(Red Flag)标准。^[24] 若非如此,董事没有义务建立一套内部信息报告与监测制度,也不会因此而担责。^[25] 以今天眼光审视,彼时董事监督义务显得过于消极被动。在此后三十多年间,该案所确立的原则被评价为“令人迷惑但稍有帮助”。^[26]

1996年,艾伦法官(Allen)在Caremark案中推进了董事监督义务内涵与框架的现代化。^[27] Caremark是一家在纽约证券交易所上市的公众公司。尽管该公司前身曾被美国卫生部门调查并藉此建立了一定内控制度,但其在1994年再次被主管机关调查指控并支付了2.5亿美元。股东提起代表诉讼,称董事没有有效监督员工和采取矫正措施而致使公司受到损失。法院在此案中发展了董事监督义务的内涵——董事勤勉义务包括善意地确保公司建立信息收集与报告系统,这是董事履行其责任的基础,但并非要对日常业务及监督事必躬亲。^[28] 若要追究董事监督责任,原告须证明:(1)董事知道;(2)或应该知道公司正在发生违反法律的情况;(3)董事没有采取善意的措施来防止或纠正;(4)此种失职直接导致了所称的损失。值得注意的是,随着公司治理实践不断发展,Caremark案的适用范围亦被重新检视,以2009年的Citigroup Inc.案最具代表性。^[29] 该案中,股东诉称公司董事不仅没有适当监控和管理与次级市场有关的风险,也未能适当披露公司持有次贷资产的风险敞口。尽管法院在判决中指出董事未能有效监督员工的欺诈或犯罪行为,与能否认识到公司的业务风险程度完全不一样,但由于法官的具体论理表述相对模糊,使得Caremark案在其是否可以被扩展至对商业风险识别的问题上,仍旧引发了一定争议。^[30]

2. 董事监督义务的规范定位

理论上,监督义务与商业决策两者共同组成了董事勤勉义务内容。^[31] 从美国成文规则来看,《示范商事公司法》(Model Business Corporation Act)第8.30条将勤勉义务基本内

[23] See *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company*, 188 A.2d 125 (Del. 1963).

[24] 参见邓峰:《领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角》,《中国社会科学》2006年第3期,第146页。

[25] 参见王真真:《我国董事监督义务的制度构建:中国问题与美国经验》,载蒋锋等主编《证券法苑》(第25卷),法律出版社2018年版,第286页。

[26] *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (Del. 1993).

[27] See *In Re Caremark Intern. Inc. Deriv. Lit.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

[28] See Hillary Sale, *Monitoring Caremark's Good Faith*, 32 *Delaware Journal of Corporate Law* 719, 733 (2007).

[29] See *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009).

[30] See Robert Miller, *The Board's Duty to Monitor Risk After Citigroup*, 12 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 1153, 1158-1160 (2010).

[31] See Charles Hansen, *The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 48 *Business Lawyer* 1355, 1356-1359 (1992).

涵规定为,董事会的所有成员在履行其职责时应:(a)善意行事,且以其合理地认为符合公司最大利益的方式行事;(b)董事会或者委员会成员在行使其决策职能或者监督职能(Devoting Attention to Their Oversight Function)时,应以一名在类似情况下合理人所应有的谨慎来履行职责。可以看到,监督义务在美国成文法中亦属勤勉义务范畴,这在前述 Lutz v. Boas、Graham v. Allis-Chalmers 和 Caremark 案中也得以印证。但客观而言,将监督义务置于勤勉义务范畴实际上会制约董事责任的实现。

判例中,美国司法机构对勤勉义务始终呈现出审慎态度。美国法院很少单纯以勤勉义务违反或者适用侵权过失标准而追究董事责任,除非董事行为已然十分过分。^[32] 1982 年,在美国第二巡回法庭的 Joy v. North 案中,温特法官(Winter)同样证实了这一点。^[33] 究其原因,在于现代公众公司运营规模较大,以过失等理由苛责董事不见得会带来有益的经济效果。^[34] 1985 年,著名的 Smith v. Van Gorkom 案进一步将勤勉义务在美国法中引向死亡,使得勤勉义务徒具形式意义。^[35] 该案中,除两位内部董事以外,其他董事并不知道会议的目的是关于公司的现金合并,而且没有任何有关拟议交易的文件可供参考,而完全依赖于其中一位内部董事二十分钟的口头介绍。法院认为,董事会在未事先通知且非紧急情况下,经过两个小时的考虑就批准了公司的出售,违反了董事信义义务。^[36] 然而, Van Gorkom 案判决却引起了激烈讨论,特拉华州及大约四十个州随即修改了立法,允许公司可以限制甚至排除董事的勤勉义务。^[37] 其中,《特拉华州普通公司法》(Delaware General Corporation Law)第 102(b)(7)条规定,公司章程可以原则上排除董事违反信义义务的责任,但若董事所违反的为忠实义务、非善意的行为或疏忽、属于本法第 174 条所规定范围、从交易中获得不正当个人利益的情形,则不能免除或限制董事责任。^[38]

值得注意的是,特拉华州法院在 2006 年 Stone v. Ritter 案中,转而将监督义务归入了忠实义务之下,再将董事监督义务推上风口浪尖。^[39] 该案中,AmSouth 银行为某庞氏骗局提供了支付服务,但未按规定提交可疑活动报告,导致其在骗局暴露后支付了 5000 万美元罚款;股东随即对董事提起代表诉讼。法院在审理中,一方面坚持了 Caremark 案确立的监督义务判断原则,提出董事监督责任追究只有两种情形:(1)董事完全没有建立任何报告或信息系统;(2)董事建立了这样监控系统却有意识地不去监控或运作,从而使自己无法了解需要关注的风险或问题。另一方面,法院在 Guttman v. Huang 案的论理基础

[32] See Charles O' Kelley & Robert Thompson, *Corporations and Other Business Associations* 7th, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp. 326 – 327.

[33] See Joy v. North, 692 F.2d 880 (1982).

[34] See Gagliardi v. TriFoods Intern., Inc., 683 A.2d 1049 (Del. Ch. 1996).

[35] 参见任自力:《公司董事的勤勉义务标准研究》,《中国法学》2008 年第 6 期,第 84 页。

[36] See Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Supreme Court of Delaware, 1985).

[37] See Charles O' Kelley & Robert Thompson, *Corporations and Other Business Associations* 7th, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp. 326 – 353.

[38] See Del. Code Ann. tit. 8, § 102 (b) (7).

[39] See Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

上,^[40]将与善意履职(Good Faith)相对应的监督义务纳入了忠实义务,并且旗帜鲜明地反对善义务、忠实义务、勤勉义务的“三分法”,主张善义务为忠实义务的辅助元素。对此,班布里奇教授(Stephen Bainbridge)认为将监督义务归至忠实义务范畴十分奇怪,超出了对忠实义务的一般理解;法院采取如此解释,恐怕只是为了避免董事勤勉义务被公司依据前述《特拉华州普通公司法》第102(b)(7)条而免除或限制。换言之,法院之所以将监督义务置于忠实义务下,仅仅是一种司法适用技术而非法律逻辑的考量。^[41]这一点值得我们在经验借鉴时予以特别警惕。

(二)其他国家和地区的董事监督义务

从世界其他国家和地区的立法与司法实践来看,董事在公司日常运营和业务执行体系中的监督义务亦被逐渐重视并体现出相应内涵。各国对监督义务的认识不尽一致,能够提供更加多元的视角和丰厚的经验土壤。同属普通法系的英国《2006年公司法》(Companies Act 2006)改革最大的成效之一就是董事义务成文化,即在权力内行事、促进公司成功、独立判断、行使合理谨慎、技能和勤勉、避免利益冲突、不得从第三人处接受权益、在拟议的交易或安排中公布利益之七项义务。^[42]英国的勤勉义务源自过失侵权法,但从Brazilian Plantations等经典案件来看,英国历史上对董事注意义务的期待并不高,直至《1986年破产法》(Insolvency Act 1986)第214条才明确了“合理的勤勉之人”标准。^[43]目前,英国《2006年公司法》第174条规定董事必须行使合理的谨慎、技能和勤勉,其内涵即董事必须尽责。换言之,董事不能把所有事情都交于他人处理,不能怠于公司管理,漠不关心或敷衍了事都要为此承担相应责任。^[44]细而审之,英国董事监督义务散见于各具体规则中,譬如,英国财务报告委员会2018年制定的《英国公司治理准则》(The UK Corporate Governance Code)规定“董事会应监测公司的风险管理和内部控制系统,至少每年对其有效性进行一次审查并且在年度报告中公布”,^[45]其2016年版本甚至对非执行董事的财务监督义务也作出了具体规定。

在大陆法系国家和地区,董事监督义务在善良管理及注意义务中演绎发展。从德国公司法及实践来看,董事义务同样被分为注意和忠实义务。《德国股份法》(Aktengesetz)第93条第1款是注意义务的一般性条款,即董事在管理公司事务时,对公司负有一个正常的、有良知的经理那样的注意义务(又译为“谨慎义务”)。实践中,董事注意义务进一步体现为具体化的行为准则。^[46]其中,与本文所称“监督义务”相关的是《股份法》第91条第2款的“组织义务”(Organisationspflicht)和判例法下“合法义务”(Legalitätspflicht)。

[40] See Guttman v. Huang, 823 A.2d 492, 506 n.34 (Del. Ch. 2003).

[41] See Stephen Bainbridge, Star Lopez & Benjamin Oklan, The Convergence of Good Faith and Oversight, 55 UCLA Law Review 559, 585-586, 597-598 (2008).

[42] 参见葛伟军著:《英国公司法要义》,法律出版社2014年版,第236-298页。

[43] 参见林少伟著:《英国现代公司法》,中国法制出版社2015年版,第512-520页。

[44] 参见《英国2006年公司法》,葛伟军译注,法律出版社2017年版,第148-150页。

[45] The Financial Reporting Council, The UK Corporate Governance Code, July 2018.

[46] 参见[德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资合公司法(第6版)》(上),高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第209、218-219页。

前者指董事会应当采取适当措施,尤其是通过建立监督系统,从而能够尽快发现可能危及公司发展之风险;该义务要求企业建立健全风险管理体系。后者指董事负有对董事会其他成员和员工的行为是否合法进行监督的义务,2006 年的 Siemens AG 诉 Neubürger 案便涉及该义务的适用。需要说明的是,合法义务的法理定位仍是“模糊的表述”,其与组织义务、一般性注意义务的关系仍有待继续研讨。^[47]

在日本法中,公司与董事之间为委任关系,因而董事对公司负有的善管注意义务最为重要,其基础是《日本民法》第 644 条,即董事应谨慎且诚实地履行职务的义务。^[48] 同时,日本司法通过判例勾勒出了董事的监督义务和风险管理体系的构筑义务,^[49]前者指一般董事负有对公司日常业务的执行情况和对董事长进行监督的义务,^[50]后者指董事负有完善公司风险管理体系的义务。如相关学说和判例指出,监督责任是一个负有注意义务的善良管理人理应尽到的职责。^[51] 目前,日本法上判断董事监督义务履行的关键在于其是否构筑了公司内部监督检视机制、是否使该机制有效运作等。^[52] 在我国台湾地区,董事与公司的关系也属于委任契约,董事负有善良管理人之注意义务,但该义务的具体内涵尚欠细化。^[53] 根据我国台湾地区“公司法”第 202 条规定,董事自然应对业务执行负有监督义务。^[54] 对于监督义务中符合法令的义务,该法第 23 条第 2 项提出了相应要求。

三 我国董事监督义务的具体制度构建

(一) 董事监督义务的实施条件

论及我国董事监督义务的构建问题,须以我国真实的公司治理场景为出发点。在我国公司控制权相对集中的大背景下,我们对董事监督义务的要求是否显得不切实际?如是,董事监督义务恐将为空中楼阁;若否,监督义务将有效回应实践需求并应尽快构建。观察我国公司治理实践,董事在履职中会受到大股东、董事会同僚甚至经理层掣肘,初看之下步步维艰:其一,我国上市公司治理长期以股东中心主义为主导逻辑,董事会成为了上市公司大股东的影子;^[55] 特别在董事长由大股东兼任的情况下,权威几乎不容置疑。如在证监会 2019 年第 120 号“天马股份”案中,董事会甚至被当事人认为是徐某栋个人经

[47] 参见张怀岭:《德国法董事合规义务的司法适用逻辑——基于对“西门子诉纳伯格案”的分析》,载王洪亮等主编《中德私法研究》(13),北京大学出版社 2016 年版,第 238-260 页。

[48] 参见[日]山本为三郎著:《日本公司法精解》,朱大明等译,法律出版社 2015 年版,第 185-186 页。

[49] 参见神田秀树『会社法入門(新版)』83 頁(岩波書店,2015)。

[50] 参见最判昭和 48 年 5 月 22 日民集 27 卷 5 号 655 頁。

[51] 参见大森忠夫 = 矢沢惇編『注釈会社法(4)』444 頁(本間輝雄)(有斐閣,1968),转引自姜荣吉:「取締役の監視義務」遠藤美光編『千葉大学人文社会科学部研究プロジェクト報告書』,39 頁(千葉大学大学院人文社会科学部研究科,2012)。

[52] 参见[日]近藤光男著:《最新日本公司法》,梁爽译,法律出版社 2016 年版,第 247-248 页。

[53] 参见王文字著:《公司法论(六版)》,我国台湾地区元照出版有限公司 2018 年版,第 141-145 页。

[54] 参见杨竹生:《论董事注意义务中监督公司业务执行之义务》,我国台湾地区《中原财经法学》2004 年 12 月,第 163 页。

[55] 参见邓峰著:《代议制的公司:中国公司治理中的权力和责任》,北京大学出版社 2015 年版,第 27 页。

营决策活动的工具。第二,在董事会运作过程中,董事间的非正式层级会影响监督义务的执行程度。^[56] 集体决策中具有足够威望者会获得更多尊重和支持,资浅者往往唯资深者马首是瞻;若董事、主要股东之间有利益交换关系,董事会决策可能更流于形式。第三,董事与经理层的职权配置也会影响监督义务履行。我国公司经理主要有大股东或其家族成员兼任、大股东委派和市场选聘三种类型,^[57] 经理权力越大则董事会会议次数越少。^[58] 由此来看,上市公司董事在主要股东、董事长与实权经理的夹缝间,似乎难以充分履行董事职责。

但本文认为,上市公司董事监督义务之所以出现理想与现实落差的原因,仍然在于监督义务制度设计本身。一方面,从比较法上的经验观察,美国语境下董事会亦时被认为是经理层的“橡皮印章”。近百年前,《哈佛法律评论》即有文章指责董事会过于屈从管理层,但直到 70 年代,呼吁董事更加独立和增加其职权的声浪才渐强。^[59] 自《萨班斯—奥克斯利法案》(Sarbanes-Oxley Act) 出台后,纽交所要求上市公司必须有一半董事为独立董事,以加强对公司治理的监管。^[60] 尽管如此,董事会失败的情形仍屡见不鲜,原因有四:其一,董事会与管理层关系微妙,包括由首席执行官任命董事、奖励合作董事、借助社会与心理学影响董事等;^[61] 其二,首席执行官经常成为信息流通之阻碍,内在激励使其偏向将有利于管理层的信息报告给董事会;其三,董事会本身存有局限,约 20% 的董事在两个或更多董事会任职;^[62] 其四,独立董事以兼职身份参与公司事务,没有足够时间来质疑经理的判断,本身也缺乏企业所需的相关技能和足够激励。可见,美国公司治理中董事的履职环境亦不乐观,且董事会同样强调共识而不是冲突,^[63] 但这并未妨碍其监督义务的责任设计和司法诉讼。因而,董事义务履行的现实效果不能完全归咎于所谓履职环境。

另一方面,自 2019 年《证券法》修订之后,我国董事责任追究机制被进一步激活。理论上,董事作为公司治理架构中的重要组成部分,居此职位皆须履行应有职责。^[64] 公司治理的复杂性使得董事会的紧张与不安永远存在,这本是公司治理的应有之义,^[65] 更何

[56] 参见张耀伟等:《董事会非正式层级的绩效效应及其影响机制研究》,《管理科学》2015 年第 1 期,第 2 页。

[57] 参见刘少波、马超:《经理人异质性与大股东掏空抑制》,《经济研究》2016 年第 4 期,第 129 - 130 页。

[58] 参见李红玉等:《经理权力能够影响董事会的独立性吗——来自中国上市公司的经验证据》,《经济经纬》2013 年第 1 期,第 99 - 103 页。

[59] See Stephen Bainbridge & Todd Henderson, *Outsourcing the Board: How Board Service Providers Can Improve Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2018, pp. 25 - 27.

[60] 参见[美]斯蒂芬·M. 贝恩布里奇著:《理论与实践中的新公司治理模式》,赵渊译,法律出版社 2012 年版,第 153 页。

[61] See Lucian Bebchuk & Jesse Fried, *Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Harvard University Press, 2004, pp. 23 - 31.

[62] See Stephen Bainbridge & Todd Henderson, *Outsourcing the Board: How Board Service Providers Can Improve Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2018, p. 24, p. 69.

[63] See Donald Langevoort, The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability, 89 *Georgetown Law Journal* 797 (2001).

[64] 参见施天涛著:《公司法论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 360 页。

[65] 参见[美]罗伯特·蒙克斯、尼尔·米诺著:《公司治理》(第五版),李维安等译,中国人民大学出版社 2017 年版,第 253 页。

况我国《公司法》等各级规范为董事职权行使提供了充足的法律授权和保障。以信息披露事项为例,根据《上市公司信息披露管理办法》规定,董事日常应对有疑问处主动调查和了解。公允地说,董事在年度报告披露前有充足机会和时间编制财务报表、审阅并请审计机构进行审计。上市公司审计委员会中董事的权限更大,不仅独立董事占多数并担任召集人,而且其有权监督及评估内部审计工作、协调内部审计与外部审计。既如此,为何董事监督义务时而难以落到实处?除董事监督义务与法律依据不明等原因外,董事民事责任追究机制的缺位也是导致其懈怠履职的重要原因之一。根据《公司法》第 151 条的规定,目前股东若要发起代表诉讼,门槛条件为连续 180 日以上单独或合计持有公司 1% 以上股份。而自我国股权分置改革后,上市公司股份分散化的趋势日益明显,二级市场投资者往往不易达到提起代表诉讼的基本条件。即便其可以合计持有 1% 股份,投资者内部的集体行动困境亦不容忽视。这是我国鲜有上市公司董事被追究民事责任的原因所在,更是制约董事责任落实的根本症结。但值得庆幸的是,目前《证券法》已豁免投资者保护机构提起代表诉讼持股时间与期限,加之中证中小投资者服务中心有限责任公司已全面持有沪深两市上市公司各一手股票,这为董事监督义务的真正实施提供了有利条件。

(二) 董事监督义务的内涵构造

环顾全球主要发达市场,董事信义义务始终是公司法上持续讨论的重要话题。一般而言,忠实义务强调董事不能篡夺公司机会、不能利用职权为自己或他人牟取私利,勤勉义务则强调董事应当对公司经营尽心尽责并在知情基础上作出商业决策,以合理的、谨慎的人在相似情形下所应当表现出的谨慎、勤勉和技能履行职责。^[66]但实际上,两者在立法与司法实践中并非泾渭分明,《公司法》第 148 条所列举之具体忠实义务与勤勉义务即存在交叠。^[67]就勤勉义务内容而言,尽管《上市公司章程指引》《上市公司治理准则》有所列举,中国上市公司协会 2020 年修订的《上市公司独立董事履职指引》及颁布的《独立董事促进上市公司内部控制工作指引》又进一步强化了董事的监督职责,但监督义务的内涵仍扑朔迷离,亟待体系化构建。需要补充说明的是,尽管本文以上市公司信息披露违法这一典型情形演绎董事监督义务,但从理论和比较经验上观察,董事因未履行监督义务而引致公司损失的各类情形皆可适用,并不局限于信息披露违法事项。需要注意的是,上市公司董事监督义务与非上市公司有一定区别,表现为立法对上市公司董事在特定事项上的义务履行时有具体规定、上市公司二级市场股东难以获悉董事的履职表现、上市公司董事被期待有更强履职意识和能力等。因此,《公司法》修订不宜对董事监督义务的具体情形逐项列举,仅需规定履职的基本内容与一般程序即可,如此亦有利于为非上市公司提供更大的自治空间。

董事监督义务构建包括内容构建和程序构建两个维度。从内容构建的角度来看,参考前述比较法的立法与司法实践,再结合我国既有规则及证监会主要实践经验可见,董事

[66] 参见范健、王建文著:《商法学》,法律出版社 2015 年版,第 217 - 222 页。

[67] 参见叶林:《董事忠实义务及其扩张》,《政治与法律》2021 年第 2 期,第 17 - 18 页。

监督义务的核心绝不在于对公司每一具体运营项目和治理工作皆了如指掌,而在于董事积极推动机制建立与采取监督行动。鉴于此,董事监督义务可分为事先性义务和事后性义务两个阶段,事先性义务具体包括三项内容:其一,督促上市公司建立日常信息搜集与报告机制,借助固定机制以积极了解相应职能部门经营情况的义务;其二,促进公司合规机制建立健全,监督公司商业行为符合国家法律、行政法规等正式规则的义务;其三,督促公司建立风险管理的内部控制机制以及时识别风险的义务。事后性监督义务要求董事在察觉公司重大异常的可能性之后,应当采取主动调查、^[68]积极质询及其他监督行动,尽快了解公司治理的实际问题并据有关规定主动提议召开董事会进行讨论。

从程序构建的角度来看,结合董事信义义务履行的一般要求和程序,本文认为监督义务履行程序涵括四个主要步骤:其一,董事应当认真完成分管工作、不得无故缺席董事会会议、应就董事会决议事项审慎调查、询问和发表意见等,这属于《公司法》《上市公司治理准则》等规定对董事义务的基本要求,也是监督义务的实现基础;其二,董事在参与公司治理过程中,应当积极推动公司建立健全前述各项监督机制、督促其有效运作,并以工作笔录或会议记录等方式书面表达、记录相关沟通过程、意见;其三,董事在撰写个人年度述职报告时,应当就监督义务履行的时间、地点、工作内容和跟进情况进行报告;其四,董事应当主动关注公司关联交易、对外担保、并购重组等重大事项,对有疑义之处,应督促公司作出书面说明或主动开展尽职调查,必要时可聘请中介机构进行专项调查。

(三) 监督义务的区别适用与免责事由

董事监督义务作为勤勉义务的具体体现,与勤勉义务的一般性法律适用具有共通性,但亦有其特殊之处,主要体现在以下两方面。

第一,董事监督义务的责任认定需精细化考虑不同董事的具体身份与职权。从域外法治实践来看,英美国家董事勤勉义务标准相对宽松,董事仅对重大过失负责,而德国和日本则适用善管义务之相对严格的勤勉标准。^[69] 尽管勤勉义务在各国呈现出一体化适用于董事会全体成员之现象,^[70]但上述标准到底应如何具体适用仍取决于各国国情,域外亦有法院提出,执行董事应当比非执行董事负有更高标准的勤勉义务。^[71] 从前述证监会的执法来看,其侧重采用结果导向的规则,以至于出现了诸多矫枉过正的现象。在此,笔者认为叶金强教授所提出的“理性商人标准”观点富有启发,即首先通过理性人知识和能力的具体化构建出理性商人形象,再藉由重构行为作出时的商业背景而考察具体化的理性商人是否有过失,^[72]如此亦可对不同身份的董事予以全面、公正的评价。

本文认为,独立董事与其他非执行董事同样应依前述监督义务内容与程序要求而积极作为,但此两类董事在具体履职要求上应有所缓和,理由有二:一方面,抛开独立董事与

[68] 参见叶林:《少点奇葩甩锅 多点勤勉尽责》,《证券日报》2020年4月27日A2版;Jeremy S. Piccini, Director Liability, the Duty of Oversight, and the Need to Investigate, 2011 *MAR Business Law Today* 1 (2011).

[69] 参见任自力:《公司董事的勤勉义务标准研究》,《中国法学》2008年第6期,第83-88页。

[70] 参见傅穹、曹理:《独立董事勤勉义务边界与免责路径》,《社会科学》2011年第12期,第113页。

[71] 参见蔡伟:《公司内部监督责任体系的困境——基于对监事的再考察》,《中外法学》2018年第6期,第1661页。

[72] 参见叶金强:《董事违反勤勉义务判断标准的具体化》,《比较法研究》2018年第6期,第83-88页。

其他非执行董事嵌入我国公司法框架的必要性不谈,现行规则对独立董事履职的实际期待并不高。譬如《上市公司独立董事履职指引》规定,独立董事每年为所任职上市公司有效工作的时间原则上不少于十五个工作日,2020 年规则修订还删除了此前到上市公司现场工作的要求;而诸如《商业银行公司治理指引》《国家开发银行监督管理办法》《保险公司董事会运作指引》等涉及非执行董事义务的特定行业规范,对非执行董事的履职要求同样较低。另一方面,从实际可行性出发,此两类董事在公司治理中能够发挥的作用恐怕相对有限。譬如独立董事,其在有限工作时间内能够完成基本工作并试图推动公司监督体系有效运行已实属不易,再加之其仅领取较少报酬,与执行董事承担同样程度的监督责任并不合理。因此,在追究董事监督责任时,应结合不同董事的身份特征进行具体评判。

第二,董事监督义务应设定相应免责事由并妥当适用。同前所述,现代上市公司体量较大,在内部层层分工与部门设置的背景下,即便是执行董事也无法对上市公司运营的方方面面都充分了解、掌控自如,因此有必要关注董事履行监督义务的过程并藉此科学地设定相应免责事由。本文认为,免责事由应当区分事先性义务和事后性义务之两个阶段,具言之:事先性义务的免责事由应建立在董事基于其自身身份特征所履行的日常性监督义务之上,如已竭力促进公司监督体系建立和有效运转、积极关注公司重大经营事项等;事后性义务的免责事由侧重于董事的调查行动,根据董事能否发现重大异常、异常的危害性、时间的充裕性、异常的来源、异常的频次及可获得的信息等因素而综合判断。^[73] 如此区分的实益在于给予董事全方位、分阶段的过程性评价,而非仅以部分结果追究其责任。当然,董事免责事由之证立应建立在正式、书面的证据之上。从既有实践来看,有的董事已展现了董事积极履职的行为,^[74]其所提供的履职相关函件、会议发言记录和意见、内部诊断报告等最终使其免于处罚。基于此,在将来《公司法》《证券法》等法律持续修订时,除对信息披露等特定事项免责事由仍予以单独规定之外,立法亦应在董事勤勉义务以至于监督义务项下设定一般性的免责事由。

四 结 论

观察全球上市公司架构设计潮流,董事会不仅被赋予广泛的裁量权并要求建立内部控制系统,^[75]不少公司更将监督职能置于董事责任之首。例如,苹果公司与迪士尼公司的治理指引都直接指出,由董事会监督高级管理人员并确保维护股东的长期利益。^[76] 长

[73] See Anne Nees, Who's the Boss? Unmasking Oversight Liability Within the Corporate Power Puzzle, 35 *Delaware Journal of Corporate Law* 199, 258 (2010).

[74] 参见《中国证券监督管理委员会行政复议决定书(颜某友)》([2011]6号)、《中国证券监督管理委员会行政复议决定书(李某芳)》([2009]1号)。

[75] 参见[日]神田秀树:《公司法的精神》,朱大明译,法律出版社2016年版,第82-83页。

[76] See Stephen Bainbridge & Todd Henderson, *Outsourcing the Board: How Board Service Providers Can Improve Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2018, pp. 31-32.

期以来,我国缺乏对上市公司董事监督义务的关注,致使其制度内涵与功能定位存在一定的模糊性。目前,证监会通过执法实践对监督义务的塑造存在规范依据不明、适用条件与标准不统一等问题,无法给董事履职提供明确的参考。比较而言,董事监督义务已成为发达国家和地区公司法发展的重要内容之一。尽管在我国公司治理现实中,监督义务面临股东中心主义、董事长权威和人情文化等因素制约,但我们不能简单地宣告其制度嫁接的水土不服,而应当更多地从制度规范和法律责任体系的角度出发,探寻制度背后的经济动因,这是有效法律制度建立和运行的基础。面向未来,应当在我国《公司法》框架下进一步丰富勤勉义务下监督义务的内涵,借助民事诉讼机制进一步降低诉讼成本,区分不同身份董事的履职标准。这不仅是董事有效履行勤勉尽责义务的基础,更是提高我国上市公司治理质量的重要内容。

[本文为作者主持的2019年度中国法学会部级法学研究自选课题“上市公司董事监督义务研究”(CLS[2019]D43)的研究成果。]

[**Abstract**] In its long period of law enforcement practice, China Securities Regulatory Commission has gradually shaped the concept of “duty of monitor” to hold directors accountable. Some regulatory documents and industrial self-discipline regulations have also increasingly emphasized directors’ supervisory responsibility in the governance of listed companies. However, this so-called duty of monitor not only is questioned for its normative basis, but also has ambiguities in its connotation and applicable conditions. This is not conducive to promoting the standardized governance of listed companies, and sows hidden risks in security law enforcement. Both the existing law enforcement practice in China and experiences in other countries show the sufficient practical necessity of the director’s duty of monitor. China should clearly provide for this obligation in the upcoming revision of the Company Law. Furthermore, the duty of monitor should include the following two aspects; first, the duty to establish and improve internal control, information collection and monitoring systems; and second, the duty to carry out timely and active investigations when noticing abnormality in the company. Meanwhile, considering the differences in the time period, degree and legal characters of their participation in corporate governance, independent directors and other non-executive directors should not be treated the same as executive directors in the evaluation of the duty of monitor.

(责任编辑:余佳楠)