

## 单层制公司治理结构下董事会的 定位及制度回应<sup>\*</sup>

莫培艳<sup>\*\*</sup>

**摘要:**《公司法(修订草案)》引入单层制,允许公司选择治理结构,意在适应全球经济竞争及应对国内公司内部监督困境。然而,治理制度之间的体系衔接缺失,导致单层制下公司监督者不明。以监督型董事会为切入,单层制的本土实践可能存在单层制的适用泛化、公司权力配置结构性调整缺失、相关配套措施衔接不畅三重困局。破解困局当有体系化方案,《公司法(修订草案)》宜从满足不同类型公司的差异化配置需求、公司权力重新配置及优化配套机制三方面予以完善。

**关键词:**单层制公司治理结构 《公司法(修订草案)》 监督型董事会 公司治理

---

\* 本文以2021年12月公布的《公司法(修订草案)》一读稿为研究对象,系国家社科基金项目“公司法制度竞争视野下股权结构变革研究”(21BFX095)的阶段性成果。

\*\* 武汉大学法学院2022届硕士研究生。现任职于北京市中伦律师事务所。

单层制公司治理结构(以下简称单层制)与双层制公司治理结构(以下简称双层制)是国际上颇具代表性的公司治理结构,两者最大的差异在于,公司内部监督主体不同。单层制主要由英美法系国家遵行,强调股东会产生董事会,后者享有管理与监督双重权力;双层制主要为大陆法系国家采纳,核心特征在于股东会选出监督董事会(the supervisory board),监督董事会选出管理董事会(the management board),监督董事会和管理董事会分别肩负监督和管理职责,部分大陆法系国家对此进行改良,使两者处于平行地位。从国际上看,越来越多的国家允许公司在上述两种治理结构中进行选择。<sup>[1]</sup>从1993年公布《公司法》至今,我国公司治理制度沿袭大陆法系传统,公司内部设股东会、董事会和监事会,上市公司亦建立了英美法系的独立董事制度。然而,监督制度的运行效果差强人意,未来公司法应采取何种变革路径,引发激烈讨论。

在此背景下,2021年12月公布的《公司法(修订草案)》引入单层制,为公司治理结构提供可选方案。遗憾的是,单层制仅作为制度“标签”被引入至《公司法(修订草案)》中,公司治理制度之间的体系衔接缺失,导致单层制下公司取消监事会后监督者不明。对此,本文立足国内商事实践并选择性借鉴域外立法与实践的有益成果,探讨单层制下董事会变成监督机构后公司治理制度未进行体系化调整所可能产生的现实困局,并提出治理制度优化的可行方案。

---

[1] See Klaus J. Hopt, *The German Law of and Experience with the Supervisory Board*, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 305, 2016.

以日本为代表的国家继受并改造了德国监事会制度,监事会和董事会不再存在隶属关系,两者均对股东会负责,这被称为并列型的治理结构,其与典型的双层制又被称为二元制公司治理结构。二元制公司治理结构盛行于大陆法系国家,其与英美法系国家流行的一元制公司治理结构(又被称为单层制)相对。参见蒋大兴:《公司法的观念与解释 I: 法律哲学 & 碎片思想》,法律出版社 2009 年版,第 281 ~ 282 页。

## 一、单层制引入的契机与挑战:以《公司法(修订草案)》为切入

### (一) 单层制引入的缘由

法律移植的本质问题在于一国是否需要该制度,<sup>[2]</sup>开篇厘清单层制引入中国的必要性,是探讨其他问题的逻辑起点。

#### 1. 宏观视角:适应全球经济竞争需要

在经济全球化背景下,各国为增强国内公司治理制度的竞争性经济优势,纷纷对其进行改良。对于一国而言,相较于自行创设新制度,法律移植是成本最低、最为便捷且可能会结出新的法律果实之变革途径。<sup>[3]</sup> 在全球多种治理制度中,LLSV<sup>[4]</sup>指出,拥有发达资本市场的英美法系国家之法律制度在保护投资者方面表现较好,这意味着单层制在促进经济增长方面或许很有效率。因此,单层制多为其他国家所引入、吸收或借鉴,而上述法律移植趋势影响着全球法秩序的建构,促使单层制成为国际上流行的公司治理结构。

应注意,其他国家移植单层制时,并非放弃国内现有治理结构,而是允许它们相互竞争,实际上,越来越多的国家允许不同公司治理结构并存。比如,法国、荷兰等国家允许公司在单层制和双层制中进行选择。<sup>[5]</sup> 再如,日本公司法中,股份公司除可设监事会外,亦可选择设提

---

[2] 参见江平:《全球化、现代化与本土化》,载江平主编:《比较法在中国》(2003年卷),法律出版社2003年版,第5页。

[3] 参见[美]柯提斯·J. 米尔霍普、[德]卡塔琳娜·皮斯托:《法律与资本主义:全球公司危机揭示的法律制度与经济发展的关系》,罗培新译,北京大学出版社2010年版,第254页。

[4] LLSV是Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, Robert Vishny四位学者的简称,他们采用了多个国家和地区数据,将其公司法中确立的制度进行归类并加以拆分量化,通过对各国资本市场发展程度的衡量,判断哪一法律体系更有助于保护投资者和债权人利益。参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第39~40页。

[5] See Klaus J. Hopt, *The German Law of and Experience with the Supervisory Board*, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 305, 2016.

名委员会等委员会或设监查等委员会。<sup>[6]</sup>可见,各国公司法的发展呈现更具包容性和多元化的态势。

随着全球经济竞争愈加激烈,我国开启了新一轮的公司法修订,国内公司治理迎来转型的契机。一方面,作为后发国家,根据建立和发展先进公司法理念与制度的修法目标,<sup>[7]</sup>我国公司治理变革仍需依循制度移植道路。同时,为适应全球经济竞争,促成我国市场与国际市场接轨,国内公司治理制度亦需要与国际惯例接轨。另一方面,在各国公司治理结构多元化之背景下,我国公司法亦应针对治理结构设置多重选项,以满足不同投资者之差异化需求,<sup>[8]</sup>增强我国公司治理制度的灵活性和适应性。因此,我国公司法需要引入单层制,并在结合我国国情的基础上,将其能动性地转化为具体规范,使其真正发挥应有的功效,以提升我国在公司治理方面的竞争力,进而对促进国内经济增长产生实际影响。

## 2. 微观面向:应对公司内部监督机制失灵

近年来,我国上市公司内幕交易、虚假陈述等证券违法行为时有发生,中国证监会对上市公司董事、高级管理人员等施以行政处罚数量逐年上升的现象反映了上市公司内部治理的困境,有限责任公司的内部治理虽不存在上述问题,但其违法行为也层出不穷。<sup>[9]</sup>上述丑闻频发的原因是公司治理制度未发挥有效作用,尤其是监督机制失灵,现有制度难以有效约束公司内部人员的不当行为,其失效的原因何在?

首先,监事会制度貌合而神离。该制度于1993年《公司法》制定时被引入,此后《公司法》几经修订,却未对该制度进行实质性修改,这并不意味着其无完善之必要,实践中监事会因未能发挥其应有价值而饱受学界批评,其主要存在如下问题:其一,监事会缺乏独立性,其成员和经费依赖于被监督者,实践中更多受制于大股东、实际控制人或董事

---

[6] 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172~175页。

[7] 参见赵旭东:《公司法修订的基本目标与价值取向》,载《法学论坛》2004年第6期。

[8] 参见周游:《公司法的功能嬗变:从填空到选择》,法律出版社2022年版,引论第8页。

[9] 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。

会;其二,监事会缺乏有效监督手段,难以有效制止被监督者损害公司利益的行为。<sup>[10]</sup> 因此,上述制度缺陷使得监事会的实际效用乏善可陈。

其次,独立董事制度“水土不服”。在我国上市公司治理结构不完善,监事会未能发挥其作用,并欲增加董事会独立性的背景下,《公司法》引入独立董事制度。然而,经过数年实践,独立董事并未“独立”“董事”,其异化的原因在于,该制度的移植与法律移植的文化契合理论相悖。<sup>[11]</sup>

最后,双重监督机制叠床架屋。这主要体现在:一方面,独立董事拥有重大关联交易事前认可等职权,似乎可以认为,其主要在决策中发挥作用,而监事会发挥事后监督作用,但实际上独立董事拥有的其余大部分职权与监事会职权具有同质性,如聘用外部审计机构等。另一方面,两者的责任边界不清晰,若两者均不作为而导致公司和股东利益受损,对于应追究哪一方的责任,相关法律规范未作出明确规定。<sup>[12]</sup> 上述缺陷使得两者之间产生推诿和“搭便车”等问题,故而监督机制发挥作用的前提不在于监督主体的多少,而在于主体精简。

针对上述问题,学者主张废除独立董事制度或监事会制度而强化另一制度,或主张设两种治理结构并赋予公司选择权。对于第一种方案,从尊重法律权威性和降低实践沉没成本的角度而言,立法者似乎不可能废止一项已实施多年的制度。<sup>[13]</sup> 另外,若不同形态的公司均适用同一模式,它们之间的差异化需求则会被忽视。第二种方案赋予公司一定的自治空间,亦避免了监事会和独立董事因职能交叉而存在的推诿等问题。对此,《公司法(修订草案)》选择第二条路径,在保留监事会制度的基础上,引入了单层制,有助于实现国家强制和公司自治在一

---

[10] 参见高旭军:《对我国上市公司“双核心监督机制”的反思》,载《东方法学》2016年第2期。

[11] 参见李安安:《资本市场法律移植的制度反思与变革》,载《证券法苑》(第14卷),法律出版社2015年版,第108页。

[12] 参见前注[10],高旭军文。

[13] 参见季奎明:《中国式公司内部监督机制的重构》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2020年第4期。

定程度上的协调,亦有助于我国构建能回应社会需求之“回应型”公司法。<sup>[14]</sup>

## (二) 单层制引入的挑战

以单层制引入的缘由为先导,已然明定单层制的移植是大势所趋,现应将视域投射至《公司法(修订草案)》中的单层制规则,检视该制度的本土化情况。单层制下公司取消监事会后监督者不明,故而本文对其进行溯源,从而为单层制本土实践困局的分析奠定基础。

### 1. 文本剖释:单层制下公司监督者不清

《公司法(修订草案)》将股东会、董事会与监事会分别定性为公司的权力机构、执行机构与监督机构,与《民法典》总则编有关营利法人内设机构的规定相协调,体现了民商法律体系内的一致性。上述规定看似无懈可击,但单层制下公司监督者并不清晰。

第一,从股东会与董事会的关系而言,《公司法(修订草案)》第54条的规定,股东会有权选举和更换董事、决定有关董事的报酬事项及审议批准董事会的报告。<sup>[15]</sup>对于监督者而言,上述权力是较为核心的权力,似乎应将股东会认定为监督机构,但《公司法(修订草案)》第64条、第125条规定,董事会审计委员会肩负另一重要的财务和会计监督

---

[14] 参见冯果:《整体主义视角下公司法的理念调适与体系重塑》,载《中国法学》2021年第2期。

[15] 《公司法(修订草案)》第54条第1款规定:“股东会行使下列职权:(一)决定公司的经营方针和投资计划;(二)选举和更换董事、监事,决定有关董事、监事的报酬事项;(三)审议批准董事会的报告;(四)审议批准监事会的报告;(五)审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案;(六)审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案;(七)对公司增加或减少注册资本作出决议;(八)对发行公司债券作出决议;(九)对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议;(十)修改公司章程;(十一)公司章程规定的其他职权。”

职责,<sup>[16]</sup>使上述结论无法成立。

若董事会被认定为监督机构,则与《公司法(修订草案)》第62条关于董事会是执行机构的规定相冲突。所谓“执行机构”,一般指董事会系股东大会的执行机构,其职责限于执行股东会决议和职权。<sup>[17]</sup>根据《公司法(修订草案)》第54条的规定,股东会除享有重大人事任免权和薪酬决定权外,还有权决定修改公司章程、增加或减少注册资本(以下简称增减资)及合并等事项,亦拥有经营方针等公司战略和经营事项决策权等。可见,若公司章程未作出例外规定,董事会仅有权执行上述股东大会的决议。

然而,《公司法(修订草案)》第62条规定,董事会行使公司法及公司章程规定属于股东会职权之外的职权。由此可知,董事会不仅执行股东会决议,而且需要履行其他职责。比如,单层制下董事会组建审计委员会并由后者对公司财务和会计进行监督;再如,《公司法(修订草案)》第71条规定董事会有权决定公司对外投资或对外担保事项。因此,董事会享有决策、执行、监督三方面职权,而三者孰轻孰重,本文无法得出明晰的论断。

第二,从董事会和监事会的关系来看,《公司法(修订草案)》第77条将监事会定位为监督机构,但董事会有权任免经理,上市公司独立董事亦负有监督职责。在公司不设监事会的情况下,董事会审计委员会行使公司财务、会计监督职权,若董事会承担监督职责,但其却系公司执行机构。由此可知,单层制下董事会显然不是监督机关,或者说,其主要职能至少不是监督。

---

[16] 《公司法(修订草案)》第64条规定:“有限责任公司可以按照公司章程的规定,在董事会中设置由董事组成的审计委员会,负责对公司财务、会计进行监督,并行使公司章程规定的其他职权。在董事会中设审计委员会的有限责任公司,可以不设监事会或者监事。”第125条规定:“股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会等专门委员会。审计委员会负责对公司财务、会计进行监督,并行使公司章程规定的其他职权。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,可以不设监事会或者监事,审计委员会的成员不得担任公司经理或者财务负责人。”

[17] 参见叶林:《公司治理制度:理念、规则与实践》,中国人民大学出版社2021年版,第119页。



第三,《公司法(修订草案)》第69条、第131条规定,公司可设经理,由董事会决定聘任或解聘,经理根据公司章程的规定或董事会的授权行使职权。从上述规则的文义解释来看,经理无法被视为公司监督者。

## 2. 问题溯源:治理制度之间的体系衔接缺失

域外制度的先进性固然重要,法律制度本土化的过程更为重要。成功的法律移植应如器官移植一样,域外制度从原机体取出后能在新机体中长期存活并成为其有机组成部分,<sup>[18]</sup>故而移植的制度需要有效嵌入本国法律体系中。我国《公司法》构建的治理制度沿袭了大陆法系传统,若其引入英美法系国家遵行的单层制,设两种治理结构并供公司选择,随之而来的问题是,如何在具有大陆法系传统的制度框架中系统性地补充英美法的元素,以实现不同法系时空转换后制度的有效适用,这需要立法者在构造单层制规则时予以重点关注,其包括如下两方面:

其一,立法需要结合国内商事实践情况,建构单层制规则体系。单层制的移植并非立法的简单创设,而是一旦公司选择它,则有一套体系化的规则紧随其后。具体而言,单层制引入时,其适用的公司类型,单层制下各机关之间的关系及其权力配置、义务等制度亦要随之系统性引入,而上述内容的引入除了要保证完整性外,亦需要具备一定的适配性,经济基础决定上层建筑,法律规则的制定与实施本质上是为经济发展而服务的,故而立法者在构建单层制规则时,应基于我国经济发展状况和公司治理实践情况,进行严密的论证及精细化设计,从而将其适用于合适的场景中。

其二,立法者需要理顺两种治理结构之间的关系,两者分别对应的规则需要共同形成一套逻辑自洽的公司治理体系。根据整体主义观,任何事物本身不仅是由多重关系组成的复合体,事物之间的关联性亦决定了它们需要合成一个完整的系统。<sup>[19]</sup>对此,在两种公司治理结构

[18] 参见郭星华、何铭灏:《从机械走向有机:法律移植的本土化调适》,载《新视野》2020年第3期。

[19] 参见前注[15],冯果文。



并存的情况下,我国不仅要对本层制进行体系性移植,还要将其与现有治理制度进行磨合,从而形成并行不悖且能满足不同投资者需求的规则体系。

然而,通过揭示域外单层制的真实面貌及剖释我国公司法文本,笔者发现,立法者仅将单层制作为制度“标签”引入。具体而言,域外公众公司丑闻不绝入耳,实为强势经理滥用权力所致,<sup>[20]</sup>反映出治理结构的制约功能失调,作为股东与经理之间纽带的董事会之职能定位从建议与管理型向监督型转变,<sup>[21]</sup>以控制代理成本。针对上述变化,以美国为代表的采用单层制的国家在其法律体系内进行变革,其制度要义为:第一,单层制主要适用于两权分离的公众公司,股东的主要作用为任免董事和决定合并等结构性事项,<sup>[22]</sup>公司权力则归属于董事会,但董事会将经营管理权力下放给经理层,而其主要职能为任免、监督经理层。<sup>[23]</sup>第二,监督型董事会内部如何分工或其闭会期间如何行使权力等问题均影响其功能的发挥,委员会的设立及运行有助于解决上述问题。<sup>[24]</sup>第三,董事会的监督职能被强化后,董事履行监督义务的标准随之提升。<sup>[25]</sup>

鉴于域外单层制下董事会系公司监督机构,故而单层制引入我国后,董事会核心职能发生变化。公司内部治理具有体系效应,各项制度之间相互关联,单层制下公司监督机构一旦发生变化,其他制度亦应进

---

[20] See Jeffrey N. Gordon, *The Rise of Independent Directors in the United States, 1950 - 2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices*, Stanford Law Review, Vol. 59, 2007.

[21] 转引自[美]斯蒂芬·M.班布里奇、[美]M.托德·亨德森:《外包董事会:董事会服务提供商如何改善公司治理》,李诗鸿译,上海人民出版社2022年版,第50~55页。

[22] 参见[美]罗伯特·W.汉密尔顿:《美国公司法》(第5版),齐东祥组织翻译,法律出版社2008年版,第175~176页。

[23] See Model Business Corporation Act § 8.01, § 8.40 and § 8.41; The Financial Reporting Council, *The UK Corporate Governance Code*.

[24] See Model Business Corporation Act § 8.25; Delaware General Corporation Law § 141.

[25] See Model Business Corporation Act § 8.30; *Graham v. Allis - Chalmers Manufacturing Company*, 188 A. 2d 125 (Del. 1963); *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A. 2d 959 (Del. Ch. 1996); *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362 (Del. 2006).

行相应调整。<sup>[26]</sup>然而,《公司法(修订草案)》第64条、第125条和第153条规定,有限责任公司、股份有限公司和国有独资公司可选择适用单层制,<sup>[27]</sup>上述条文奠定了《公司法(修订草案)》中的单层制,其他治理制度未随之而调整。由此可知,立法者引入单层制时,未充分考虑单层制在母国的生成机理和制度要义及我国实际情况,仅进行了碎片化移植。在此情况下,公司治理制度之间的体系衔接缺失,使单层制下公司取消监事会后监督机关不明。因此,单层制的平稳落地有赖于后续公司治理制度的体系化调适。

## 二、本土问题检视:单层制实践的三重困局

单层制下董事会的定位转变为监督者,鉴于公司各机关之间的权力共同构成一个完整的权力群,董事会的权力变更意味着公司权力需要重新分配,分配方案的确定则取决于公司的特性及治理需求。在确定权力的归属后,法律需要考虑权力主体如何有效发挥作用,这离不开配套措施的支持。然而,立法者未对相关公司治理制度予以体系化调整。对此,本文结合我国公司治理实践并选择性借鉴域外立法与实践经验,从单层制的适用范围、公司权力配置及董事会履职的配套措施三方面分析单层制实践可能存在的困局,从而为后续提出改革方案奠定基础。

### (一) 单层制的适用:忽视不同类型公司的特殊性

虽说全球公司治理制度呈现趋同的态势,<sup>[28]</sup>相同制度在不同国家的发展仍可能产生差异化的结果,故而一国进行法律移植时须考虑国

[26] 参见刘斌:《公司治理中监督力量的再造与展开》,载《国家检察官学院学报》2022年第2期。

[27] 《公司法(修订草案)》第153条规定:“国有独资公司按照规定不设监事会或者监事,在董事会中设置由董事组成的审计委员会等专门委员会,审计委员会的成员应当过半数为外部董事。审计委员会负责对公司财务、会计进行监督,并行使公司章程规定的其他职权。”

[28] 参见[美]杰弗里·N.戈登、[美]马克·J.罗编:《公司治理:趋同与存续》,赵玲、刘凯译,北京大学出版社2006年版,第55~56页。

内公司治理现状,否则可能出现南橘北枳之现象。根据《公司法(修订草案)》的规定,单层制下两种形态的公司内部监督层面所适用的规则几乎无实质性差异,<sup>[29]</sup>而我国公司存在多样化的利益诉求,单层制能否不加区分地适用于不同类型的公司值得商榷。<sup>[30]</sup>

### 1. 有限责任公司:两权分离程度低和内部管理合伙化

有限责任公司的股东人数法定范围为1~50人,实际上全国股东人数等于或低于3人的有限责任公司占绝大多数,<sup>[31]</sup>可见其股东人数普遍较少,股权由股东集中持有,股东往往直接参与公司运营,故而该类公司两权分离程度较低。

为满足公司法对该类公司内部治理的程式化要求,公司股东会、监事会及董事会均已设立,却严重形骸化。鉴于股东分饰董事、监事等多重角色,或上述职位虽非由股东担任,却由股东选择与其关系密切的人担任,故而上述机关往往处于股东的控制之下。另外,公司章程是约束公司及其成员的关于公司组织及活动的自治性规则,<sup>[32]</sup>但实践中股东协议的适用更为普遍,甚至出现股东协议治理现象,<sup>[33]</sup>这体现了有限责任公司内部管理合伙化的特征。因此,《公司法》精心设计的该类公司治理规则在实践中出现异化,甚至被束之高阁。

基于上述实践,由董事组成的审计委员会能发挥多大监督作用是

---

[29] 《公司法(修订草案)》第153条虽允许国有独资公司在两种治理结构中进行选择,但本文不将其纳入讨论范畴,因为其并非仅追求盈利,亦被赋予实现国家经济战略规划等特殊使命,其治理规则体系包括《公司法》《企业国有资产法》等,其是否适宜被纳入公司法体系有待商榷。

[30] 我国公司类型划分沿袭大陆法系传统,将公司分为有限责任公司和股份有限公司,但随着实践的发展,“二分法”的问题逐渐暴露,即非公众股份有限公司与有限责任公司同质化却适用不同规范。对此,有学者主张,将股份有限公司按公开性标准分为公众公司与封闭公司,将后者与有限责任公司的制度内容予以体系化合并,但《公司法(修订草案)》未改变原有分类方法。参见沈朝晖:《公司类型与公司法体系效益》,载《清华法学》2022年第2期。我国公司类型如何重构值得探讨,因篇幅所限,本部分不对其展开论述。

[31] 参见刘斌:《公司机构设置的组织法逻辑与改革路径》,载《法律适用》2021年第7期。

[32] 参见施天涛:《公司法论》(第4版),法律出版社2018年版,第124页。

[33] 参见蔡元庆、黄海燕:《股东协议治理:缘起、困境与规范进路》,载《财经法学》2019年第2期。

存疑的。根据刘斌的研究,多数有限责任公司董事人数在3人以下。<sup>[34]</sup>在此情况下,董事会该如何选择审计委员会成员?若所有董事担任审计委员会的委员,此种治理结构的意义何在?另外,在股东直接参与公司管理的情况下,其内部治理的核心问题应为大股东对小股东的压迫,单层制能否解决上述问题是值得思考的。

## 2. 股份有限公司:股权集中度与公开程度存在差异

《公司法》和《公司法(修订草案)》均对股份有限公司作出一般规定,并对上市公司予以特别规定。除此之外,法律未对股份有限公司进行详细分类。然而,我国股份有限公司实际包括非公众股份有限公司、非上市公众公司和上市公司,后两者均属于公众公司。

首先,非公众股份有限公司在股份有限公司的数量中居于主流,其股东和员工人数、资产较少,公司规模有限,股东管理公司的情形较为普遍。<sup>[35]</sup>该类公司股份无法在公开市场上进行交易,故而其具有封闭性特征。因此,该类公司呈现与有限责任公司实质相似的特征,那么前述有限责任公司治理问题亦可能出现在这类公司中。然而,除小规模公司外,该类公司仅能从两种治理结构中进行选择,单层制下该类公司董事会审计委员会成员须包括多数非执行董事。相较于有限责任公司,《公司法(修订草案)》对这类公司的治理要求更高,衍生了实质不公平的现象。

其次,非上市公众公司是中国证监会在证券监管实践中提出的概念,<sup>[36]</sup>未在《公司法》和《公司法(修订草案)》中出现。根据中国证监会颁布的《非上市公众公司监督管理办法》第2条的规定,这类公司包括股票公开转让的公司和股票向特定对象发行或转让导致股东累计超过200人的公司,其股票未在证券交易所上市交易,这说明这类公司介

[34] 参见前注[32]。

[35] 参见李建伟:《公司组织形态重构与公司法结构性改革》,载《财经法学》2015年第5期。

[36] 参见刘沛佩:《非上市公众公司概念拷问下的公司形态改革》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2015年第2期。

于上市公司和非公众股份有限公司之间。上述规章<sup>[37]</sup>和《公司法(修订草案)》对这类公司的治理要求与非公众股份有限公司相同,但两类公司公开程度、两权分离程度均存在差异,故而法律需要对两类公司的治理结构予以区分设置。

最后,上市公司具有涉众广、规模大及对证券市场秩序影响大等特征,但这并不意味着其两权分离程度均相同。上市公司可分为股权集中型和股权分散型公司,前者内部一般存在控股股东或实际控制人,这些主体控制的有表决权股份比例较高并对公司经营产生重要影响,故而其滥用权力的可能性大,公司内部也不存在可对其进行约束的力量;后者内部治理的突出问题在于,经理层享有事实上的控制权并滥用权力。<sup>[38]</sup>在此情况下,所有上市公司是否均适宜适用单层制值得商榷。

## (二) 公司权力配置:结构性调整缺失

相较于《公司法》,《公司法(修订草案)》取消以“法定+章定”的方式规定董事会职权,亦放弃以“法定+章定+董事会另行授权”的方式规定经理职权,似乎在形式上调整了两者的职权,其本质上仍遵循股东会中心主义治理模式(以下简称股东会中心主义)下公司分权理念,这可能导致监督型董事会的职权被股东会和经理切割,致使董事会沦为“橡皮图章”。

### 1. 股东会与董事会权力界限不明

《公司法(修订草案)》第54条以“法定+章定”的方式规定股东会职权,与《公司法》的规定并无二致。《公司法(修订草案)》中关于董事会职权的规定为,“行使本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权”。由此可知,第54条列举的职权可被视为股东会的专属职权,其不可被删减,却可通过公司章程扩张,而董事会的职权大小则取决于股东会权力的扩张程度。从体系解释上看,《公司法(修订草案)》其他规则亦在无形中扩大着股东会权力,例如,《公司法(修订草案)》第71条规定公司对外投资或对外担保的审批权限可由股东会行使。

[37] 《非上市公众公司监督管理办法》第8条规定:“公众公司应当建立兼顾公司特点和公司治理机制基本要求的股东大会、董事会、监事会制度,明晰职责和议事规则。”

[38] 参见曾洋:《重构上市公司独董制度》,载《清华法学》2021年第4期。

因此,《公司法(修订草案)》倾向于将公司权力上收到股东会,却未明确哪些权力属于董事会专属职权,这可能导致股东会通过修改章程来侵蚀董事会固有权力。上述担忧并非缺乏依据,有学者指出,在《公司法》允许章程对股东会与董事会权力再分配的情况下,股东会实际可支配的权力处于无限扩张之中,<sup>[39]</sup>此种情形亦出现在《上市公司章程指引》中。

另外,公司治理的权力配置主要是董事会与股东会之间的分权与制衡,以股东会为中心或以董事会为中心形成的治理模式,决定了权力配置的差异。<sup>[40]</sup>理论界主流观点认为,股东会中心主义与董事会中心主义治理模式(以下简称董事会中心主义)的区分标准是最终决定权标准。若股东会对董事会负责的事项享有最终决定权,则属于前者;反之,若董事会可完全独立行使职权,则为后者。<sup>[41]</sup>结合前述分析,单层制下《公司法(修订草案)》仍遵循股东会中心主义,未根据董事会的定位来合理配置上述两者之间的权力,肩负监督使命的董事会之权限若遭到严重侵蚀,其难谓实现立法目的。因此,单层制下我国公司治理模式是否要向董事会中心主义转变并重新分配董事会与股东会之间的权力,有待进一步讨论。

## 2. 董事会向经理授权的边界不清

域外单层制下监督型董事会需要履行管理职责,但其将部分管理职权授予经理,因为监督与管理是相互冲突的职能,若两者均由董事会行使,作为裁判者兼运动员的董事会难以自我监督,容易恣意行使权力。回归我国公司法文本,《公司法(修订草案)》第69条、第131条规定,经理的权力源于董事会授权或公司章程规定。上述条文契合中国公司治理实践,实践中董事会以各种方式将权力下沉至经理,由经理负

[39] 参见甘培忠、马丽艳:《董事会中心主义治理模式在我国公司法中的重塑》,载《财经法学》2021年第5期。

[40] See Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, 2002.

[41] 参见赵旭东:《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,载《法学评论》2021年第3期。

责公司的管理事务。<sup>[42]</sup>因此,单层制下我国公司董事会仍需要将管理权力授予经理。

然而,上述条文未对董事会授权范围作出规定,可能出现董事会过度授权现象。如前所述,《公司法(修订草案)》未规定董事会专属职权,其权力易被股东会蚕食,加上其权力过度授予经理,董事会存在名存实亡的风险,更难言其能有效履行监督职责。

### 3. 董事会的监督职权难以彰显

《公司法(修订草案)》第79~81条规定,监事会享有财务监督权、合规性监督权、罢免建议权和纠正权,亦有权提议召开临时股东会会议、特定情况下召集和主持股东会会议、提案、提起股东派生诉讼、查阅董事和高管执行职务报告、聘用会计师事务所及享有公司章程规定的其他权力。<sup>[43]</sup>相较之下,《公司法(修订草案)》第64条、第125条规定,单层制下董事会审计委员会享有财务、会计监督职权及行使公司章程规定的其他职权。《公司法(修订草案)》第211条规定,董事会有权聘用会计师事务所,其未明确审计委员会是否有权行使该职权,本文认为,鉴于审计委员会的专属职权为财务和会计监督权,上述职权可为审计委员会监督权的行使提供配套制度的保障。

除此之外,《公司法(修订草案)》第57条、第116条和第127条规定,董事会有权召集股东会,1/3以上董事或监事会认为必要时可提议召开或召开临时股东会会议,1/3以上董事可提议召开董事会临时会

---

[42] 参见蒋大兴:《公司董事会的职权再造——基于“夹层代理”及现实主义的逻辑》,载《现代法学》2020年第4期。

[43] 《公司法(修订草案)》第79条规定:“监事会行使下列职权:(一)检查公司财务;(二)对董事、高级管理人员执行职务的行为进行监督,对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议;(三)当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时,要求董事、高级管理人员予以纠正;(四)提议召开临时股东会会议,在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议;(五)向股东会会议提出提案;(六)依照本法第一百八十八条的规定,对董事、高级管理人员提起诉讼;(七)公司章程规定的其他职权。”第80条规定:“监事可以列席董事会会议,并对董事会决议事项提出质询或建议。监事会发现公司经营情况异常,可以进行调查;必要时,可以聘请会计师事务所等协助其工作,费用由公司承担。”第81条第1款规定:“监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。”



议,上述条文未明确规定审计委员会是否享有上述权力。至于查阅高管工作报告之权力,法律虽未明确规定其由董事会享有,但董事会负责聘任经理,实践中经理会将其执行职务的相关信息向董事会报告,因此,本文认为,董事会享有该权力,但审计委员会能否行使该权力,从《公司法(修订草案)》中无法得出结论。另外,法律亦未规定董事会能否行使监事会拥有的其他职权。综上所述,单层制下董事会的监督职权范围比监事会的职权范围小(见表1)。

表1 两种公司治理结构中监督机构的职权

职权 \ 监督机构	监事会	董事会
财务监督	√	审计委员会行使
合规性监督、知情权、罢免建议权、纠正权	√	未规定
召开临时会议、提案;特定情况下召集和主持股东会会议	√	行使主体不明
提起股东派生诉讼	√	未规定
聘用、解聘会计师事务所	√	推测由审计委员会行使

近年来,我国上市公司数起财务丑闻曝光,使投资者利益受损,反映了公司在财务内部控制方面存在漏洞。鉴于公司法肩负着服务资本市场的重任,<sup>[44]</sup>《公司法(修订草案)》第64条、第125条规定,审计委员会对公司财务、会计进行监督,足以体现公司法对上述问题的重视。对于监事会的其他职权,合规性监督职权属于较为重要的职权,目前治理要求最高的上市公司严重违法现象不少,其他公司内部治理合规性问题尤甚,故而公司内部合规性监督不容忽视。此外,提起股东代表诉讼、特定情况下召集和主持股东会会议等职权在公司治理中虽处于次要位置,但并非毫无意义。《公司法(修订草案)》省略上述职权,可能产生公司权力真空现象,并对其他监督职权的行使甚至是其他治理制度的运行产生不利影响。另外,职权行使主体不明,亦会产生推诿扯皮现象。因此,单层制下董事会的监督职权有必要进行扩张。

[44] 参见前注[14]。

### (三) 相关配套措施:缺乏有效衔接

对于一道好的选择题,出题者需要思考各选项的逻辑是否周延,并需要对其可能存在的问题给予必要的规则应对。<sup>[45]</sup>同理,两种治理结构并存时,立法者需要反思每个制度选项是否存在潜在风险,并配以相应规则来预防风险的产生。一方面,董事会以会议方式行权且每年开会次数有限,专门委员会的设立和运行可帮助其克服上述缺陷,但该制度运作良好的前提是法律提供充分的规则予以保障。另一方面,董事会成员虽需要集体行使权力且均为责任主体,但非执行董事要对执行董事和高管的履职行为进行考察,执行董事要监督其他高管,基于权责相称的理念,法律配套制定董事监督义务规则,有助于制约董事权力和促使其积极履职。然而,在单层制下,上述配套措施与董事会的定位缺乏有效衔接。

#### 1. 董事会专门委员会:制度供给不足

《公司法》未对董事会专门委员会作出规定,相关规定散见于中国证监会、证券交易所分别制定的规范性文件和自律规则中,其存在如下共性内容:一是董事会须设包含会计专业人士的审计委员会,可根据需要设提名委员会、薪酬与考核委员会等专门委员会,但前述委员会成员须多数为独立董事;二是专门委员会的主要职责、工作条件和经费。《公司法(修订草案)》引入单层制,规定有限责任公司董事会可设审计委员会,后者负责履行财务、会计监督职责,并行使公司章程规定的其他职权;股份有限公司可根据公司章程规定,在董事会中设审计委员会等专门委员会,审计委员会职权同有限责任公司审计委员会,但其成员须过半数为非执行董事且不得担任经理或财务负责人。对于专门委员会的设立程序,法律未作出明确规定,但《公司法》第111条和《公司法(修订草案)》第128条均规定,董事会作出决议时须经全体董事的过半数通过,故而董事会在选举专门委员会委员时应履行前述程序。由此可知,专门委员会制度存在如下缺陷:

一方面,专门委员会的运行规则缺少明确的上位法依据,《上市公司章程指引》《上市公司治理准则》等规范性文件亦未作出规定。因此,专

---

[45] 参见前注[8],第78页。

门委员会的运作缺乏必要的约束条件,可能导致其形骸化。证券交易所制定的自律规则对此作出明确规定,但其仅适用于上市公司且不同板块的要求并不实质相同,其他公司若选择设审计委员会等专门委员会,则缺乏可供参考的规则,这可能产生乱象,进而导致上述制度无法发挥其应有功效。

另一方面,审计委员会作为法定必设的专门委员会,其负责对公司财务、会计进行监督,并行使公司章程规定的其他职权,《公司法(修订草案)》未对其他专门委员会的主要职责作出规定,而现有规范性文件和自律规则虽明确列举了部分专门委员会的主要职责,但其亦允许上述专门委员会负责董事会授权的其他事项。因此,专门委员会的权限范围是不确定的,这在一定程度上尊重了公司自治。然而,若董事会授权过于宽泛,则其基本权力存在被侵占的风险。

## 2. 董事监督义务:粗糙的制度试水

基于权责相称的理念,董事会在行使监督职权时,董事需要承担相应的监督义务。然而,《公司法(修订草案)》第180条仅对董事负有忠实义务和勤勉义务作出原则性规定,<sup>[46]</sup>未对单层制下董事会定位的变化予以制度回应。中国证监会虽以董事违反监督义务为由追究董事责任,但其执法实践中存在一些乱象。

### (1) 董事监督义务的内涵不清

《公司法(修订草案)》未对董事监督义务的内涵作出规定,而中国证监会已在公司信息披露违法的执法实践中将董事监督义务作为董事责任的认定依据,但其对监督义务内涵外延的演绎并无明显的规律可循。<sup>[47]</sup>比如,在南京中北案中,中国证监会认为董事监督义务包括督促公司构建并完善信息披露制度、检查相关规则执行情况、及时发现问题

[46] 《公司法(修订草案)》第180条规定:“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,对公司负有忠实义务,不得利用职权谋取不正当利益。董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务,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。”

[47] 参见吕成龙:《上市公司董事监督义务的制度构建》,载《环球法律评论》2021年第2期。

并督促公司改正;〔48〕在海星科技案中,中国证监会却提出,董事需要为公司未披露重大诉讼而承担管理不善的责任。〔49〕

董事监督义务的内涵如同董事行使监督职权的具体行为指引,在董事不知悉监督内容和程序的情况下,其无法判断自己以何种形式采取何种程度的行动之后才能被视为已履职,这可能使其产生懈怠或侥幸心理,从而导致其监督职权的行使沦为形式,进而影响监督机制的运行效果。

## (2) 董事监督义务的定位模糊

《公司法(修订草案)》第180条规定,董事对公司负有忠实义务和勤勉义务。在我国现行公司法体系下,董事监督义务能否为上述义务所涵盖?

一方面,《公司法(修订草案)》第180条第1款虽未列举董事忠实义务具体情形,但其本质旨在防止公司与董事之间的利益冲突。〔50〕根据现有学理,董事忠实义务的情形可概括为,董事不得利用职权为自己谋私利、为他人谋取利益或使公司失去利益。〔51〕董事行使监督职权时虽可能涉及利益交换,从而导致公司利益受损,但其违反监督义务的主要情形是不行使职权或监督不力,这与上述忠实义务情形不符。若董事监督义务被包含在忠实义务范畴内,其在逻辑上无法自治。

另一方面,《公司法(修订草案)》第180条第2款规定,董事、监事和高级管理人员执行职务应为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。相较于《公司法》第147条,上述条文完善了勤勉义务内涵,在一定程度上填补了原有法律漏洞。“合理注意”一般指上述人员应合理、谨慎地行使职权,〔52〕而监督机制构建的目的是提升公司经营绩

---

〔48〕 《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)。

〔49〕 《中国证监会行政处罚决定书(海星科技)》(〔2012〕25号)。

〔50〕 参见前注〔4〕,第460页。

〔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〕 参见叶金强:《董事违反勤勉义务判断标准的具体化》,载《比较法研究》2018年第6期。

效,<sup>[53]</sup>故而董事需要为了公司利益最大化而认真履行监督职责,这与上述解释相符,似乎可将监督义务包含在内。然而,上述条文指向董事、监事和高级管理人员,无法反映出上述三类主体因职能定位不同而负有勤勉义务的差异。因此,勤勉义务是否涵盖董事监督义务,有待立法进一步解释。

### (3) 董事约束与激励之间失衡

假设董事监督义务属于信义义务,根据《公司法(修订草案)》第180条、第187条的规定,董事负有忠实义务和勤勉义务,其在执行职务时若违反相关法律、行政法规或公司章程规定且给公司造成损失,应承担赔偿责任。可见,董事负有的监督义务建立在董事同质化的假定基础上。在证券监管执法实践中,中国证监会亦存在类似的观点。<sup>[54]</sup>然而,从体系解释上来看,《公司法(修订草案)》第63条第1款、第124条和第140条规定,董事可分为执行董事、非执行董事、独立董事、职工董事。《公司法(修订草案)》虽未界定上述概念,但其对董事进行分类是否意味着不同类别的董事存在差异?若该点不可否认,《公司法(修订草案)》为何未对董事信义义务和责任做出差异化安排?不同类型的董事能否履行同等程度的监督义务?凡此种种,均有待思考。

另外,《公司法(修订草案)》未为董事开启免责通道,故而董事若违反信义义务,必然要承担责任。在证券执法和司法实践中,独立董事不知情、缺乏相关专业背景、未参与公司日常经营管理、对中介机构意见予以信赖等常见的抗辩理由多数无法得到中国证监会或法院认可。<sup>[55]</sup>上述主体若恪守结果本位的归责理念,则会使得行政处罚或民事责任的施加与否取决于偶然,即相关违法行为是否被发现,这可能导致失职董事存在侥幸心理,亦可能打击尽职董事的履职积极性。

[53] 参见蒋大兴:《独立董事:在传统框架中行动?(上)——超越公司治理结构改革的异向思维》,载《法学评论》2003年第2期。

[54] 比如,《中国证券监督管理委员会行政复议决定书(郑某军)》([2021]82号)。

[55] 参见《中国证监会行政处罚决定书(沈机集团昆明机床股份有限公司、王某、常某强等23名责任人员)》([2018]9号);《中国证监会行政处罚决定书(文峰大世界连锁发展股份有限公司、江苏文峰集团有限公司、陆某敏等16名责任人员)》([2017]2号);北京市高级人民法院:范某与中国证券监督管理委员会二审行政判决书,案号:(2017)京行终5308号,2018年3月28日。

### 三、制度的系统调整:公司治理体系的单层制因应

#### (一) 单层制适用范围调整:兼顾不同公司差异化需求

法律的生命不在于逻辑,而在于实践。不同形态公司的治理需求存在差异,这要求法律对其进行差异化规制,提供有针对性的制度安排。

##### 1. 有限责任公司:尊重公司自治

交易成本的存在促使企业建立并有效存续,故而法律制度的构建应以降低交易成本为衡量标准,将效率作为价值追求。<sup>[56]</sup> 对此,公司治理制度的设计需要在运行成本和实际效益之间进行调节。有限责任公司两权分离程度低且内部管理高度合伙化,其对程式治理规则的需求并不强烈。若公司法要求小规模公司外的有限责任公司仅能在两种治理结构中进行选择,则会再次出现制度形同虚设现象,这不仅无法实现立法目的,而且徒增公司成本并降低效率。

立法在设计治理结构时,除了要考虑效率,亦要注意监督者能否为公司和股东利益最大化而行事。有限责任公司各机关成员多为股东或与其关系密切的人,无论增加何种监督力量均无法与之相抗衡,审计委员会亦概莫能外。另外,这类公司股东在管理公司时承担着经营风险,他们的个人财富与公司盛衰有着紧密的联系,加上这类公司股权缺乏自由转让的通道,故而股东有充分的动力去提升公司价值。因此,内部监督机制的构建对这类公司而言无太大意义。

相较之下,域外采取单层制的国家更强调这类公司内部治理的自治性,而我国有限责任公司有种“小人穿大衣”的尴尬。例如,美国《统一有限责任公司法》(Uniform Limited Liability Company Act)将股东有限责任与内部治理的灵活性充分结合,在一定程度上体现了合伙的特征。具体而言,其允许股东通过协议约定股东与公司关系等,亦允许成员管理公司(member-managed)或成员指定经理来履行管理职能(manager-

---

[56] 参见罗培新等:《公司法的法律经济学研究》,北京大学出版社2008年版,第7~9页。

managed)。再如,法国法允许私人有限责任公司(SARL)经理在股东的控制下负责经营管理。<sup>[57]</sup>

“规范的公司治理”未必是“有效的公司治理”,<sup>[58]</sup>有效率且能实现公司利益最大化才是最佳制度的应有之义。因此,对于该类公司治理制度的构建,立法宜使用更多任意性规范以尊重公司自治。具体而言,立法监督机构可被视为非必设机关,同时法律规定在满足法定条件时例外地承认股东协议在公司治理中的效力。如此,中小型有限责任公司可以契约方式设计治理结构,大型有限责任公司可在两种治理结构中进行选择,这不仅揭示该类公司治理的真实面貌,而且考虑到不同规模公司特殊的治理需求。至于大股东滥用控制权问题,法律可对其科以信义义务,并对其不履行义务及滥用权力致使公司和其他股东利益受损的责任予以追究。

## 2. 股份有限公司的适用:公司分类与繁简分层

非公众股份有限公司、非上市公众公司、上市公司存在差异化的治理需求,公司法需要兼顾上述公司特点,形成三者内部治理的差序格局。

其一,上市公司内部监督机制的构建需要考虑制度运作成本、监督成本与收益之间的比例,以及监督权能否与管理权相协调。<sup>[59]</sup> 具体而言,首先,上市公司董事会已内设专门委员会及独立董事,这类公司若选择适用单层制,将监事会取消即可,未新增制度运行成本。其次,监督机制的效果评估需要考虑两类公司,股权分散型上市公司两权分离并为经理层控制,而监督型董事会有助于降低代理成本,故而此类公司适用单层制获得的收益大于其成本;鉴于控股股东或实际控制人在股权集中型上市公司的影响力大,监督型董事会在该类公司可能形同虚设,故而这类公司不适宜适用单层制。最后,股权分散型上市公司的管理权掌握在经理手中,监督型董事会可通过监督经理行为及行使人事任免权来发挥其监督功能,故而管理权与监督权能得到较为适当的分配。因此,在满

[57] 参见[挪威]马德斯·安登斯、[英]弗兰克·伍尔德里奇:《欧洲比较公司法》,汪丽丽等译,法律出版社2014年版,第247页。

[58] 蒋大兴:《公司法改革的文化拘束》,载《中国法学》2021年第2期。

[59] 参见沈贵明:《比较与分析:探寻上市公司监督机制新路径》,载顾功耘主编:《公司法律评论》(第8卷),上海人民出版社2008年版,第159页。



足上述条件的情况下,单层制在股权分散型上市公司的适用具备组织基础及一定程度的合理性,公司法可允许上市公司选择适用单层制。

其二,《非上市公众公司监督管理办法》未要求非上市公众公司董事会设独立董事和专门委员会,鉴于其具有一定程度的公共性,涉及一定规模的利益相关者尤其是投资者,故而其需要适用规范的治理结构。应注意到,这类公司将来可能选择成为上市公司并需要满足上市公司内部治理的要求。为降低制度转变成本,公司法可允许这类公司在两种治理结构中进行选择。

其三,鉴于非公众股份有限公司面临与有限责任公司相同的处境,原则上法律对这类公司的规制强度宜低于上述两类公司,释放一定自治空间。应注意到,这类公司是公司上市必经形态,为节约公司形态转变成本,这类公司内部监督机制的构建有其必要性。因此,公司法对这类公司的规制应注意强制性与自治性的结合,允许其选择是否适用单层制。

综上所述,公司法应允许股份有限公司在两种治理结构中进行选择,但三类公司适用的标准不应相同。从立法技术角度来看,为兼顾上市公司治理要求,立法者将《公司法(修订草案)》中关于股份有限公司的规则设计得较为复杂,其不如将公众公司治理规则视为标准模式,并例外允许非公众股份有限公司治理结构有更大弹性。应注意到,非上市公众公司公开程度低于上市公司,其不宜与上市公司保持同样的规制强度,故而立法者允许这类公司选择适用单层制时要考虑机构简化的可能。另外,鉴于公众公司需要适用证券市场的监管规则,而其并非均适合采取单层制,故而未来监管规则与《公司法(修订草案)》进行联动修订时,监管部门可引导股权结构分散的公众公司适用单层制,如设相应的适用标准,以保障制度的适用效果。

## (二) 单层制下公司权力的重新配置

### 1. 董事会中心主义的确立

《公司法(修订草案)》受股东本位思想主导,奉行股东会中心主义。然而,在市场经济发达国家的公司法中,董事会中心主义得以确立。例如,美国《示范商事公司法》(Model Business Corporation Act)和《特拉华州普通公司法》(Delaware General Corporation Law)均规定公司权力由

董事会行使或在其授权下行使。<sup>[60]</sup> 再如,引入单层制的日本公司法允许设董事会的股份公司推行董事会中心主义。<sup>[61]</sup> 我国作为后进国家,既然决定移植单层制,在适用单层制的公司中确立董事会中心主义,不仅符合我国公司制度现代化的修法目标,而且符合世界上采用单层制国家的立法趋势,这似乎也是学界目前主流观点。<sup>[62]</sup>

从公司需求角度而言,我国股份有限公司尤其是上市公司中已存在股权结构分散的公司,其缺乏控股股东或实际控制人,说明股东缺乏管理或监督公司的动机,他们更期待被分配利润,甚至有些投资者投机意图胜于投资想法。<sup>[63]</sup> 在此情况下,公司事务由董事会负责,若公司法赋予股东会更多权力,股东会是被动批准董事会提交的议案,不如确立董事会中心主义,更契合这类公司的实际需求。

另外,在倡导股东会中心主义者看来,股东作为最终风险承担者,应对公司享有控制权并从中获取最大收益。<sup>[64]</sup> 根据董事会中心主义说,董事会控制下的职业经理人管理公司是专业化管理的体现,相较于股东直接经营,其更能实现股东利益最大化。<sup>[65]</sup> 可见,股东会中心主义与董事会中心主义在目标追求上不存在冲突,仅是手段不同。法律在确立董事会中心主义的基础上对股权分散型公司权力进行合理配置,才能促使股东利益最大化,并有助于降低治理成本和提升效率。

因此,未来公司法在完善单层制规则时,应奉行董事会中心主义。在现有公司治理结构中,鉴于不同形态的公司并非均适宜适用董事会中心主义,公司法不如提供尽可能多的选择,允许上述两种治理模式同时存在,从而使公司法能在更大程度上适应商事实践的需要。

## 2. 股东会权力明确与剩余权力归属于董事会

为确保单层制下监督型董事会能发挥作用,未来公司法在确立董事

[60] See Model Business Corporation Act § 8.01; Delaware General Corporation Law § 141.

[61] 参见前注[6],第17~18页。

[62] 参见前注[42]。

[63] 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。

[64] See Stephen M. Bainbridge, *supra* note 40.

[65] 参见前注[41],赵旭东文。

会中心主义的基础上,需要重新分配董事会与股东会之间的权力。对于两者之间的分权原理,Melvin Aron Eisenberg 提出的分权标准可资借鉴,具体包括待决事项所需专业素养、待决事项的经济重要性、待决事项的产生频率及需要的速度等。该学者基于上述因素,将决策分为结构决策与业务决策,前者涉及公司结构变化和控制权转移事项,后者包括日常性和偶发性事项。<sup>[66]</sup> 本文认为,股东会应负责结构类事项决策,董事会享有包括业务事项决策权在内的剩余权力,具体包括以下两方面。

一方面,公司结构变化不仅包括章程修改、增减资等基础结构变化,亦包括合并、分立等组织结构变化。<sup>[67]</sup> 具体而言,其一,上述变化不常见且直接关涉公司盛衰,可见其经济重要性大,需要股东利用其投资能力做出判断。其二,股东出资目的在于获取利润,公司结构变化与其利益高度关联,故而股东会应有权决定该事项。另外,公司控制权转移涉及董事选举与更换及董事薪酬等事项。在两权分离的公司中,股东会任免董事并决定其薪酬,此系股东会与董事会制衡的利器且能在一定程度上避免董事自我决策的利益冲突问题。为决定董事是否可以继续任职,股东会需要审批董事会工作报告。因此,上述权力宜为股东会专属权力。

另一方面,董事会应享有业务事项决策权。具体来看,第一,上述事项的决策需要决策者具备一定的业务能力,股东未必具备上述能力。就董事与公司的关系而言,无论董事是受任人、代理人还是受信托人,<sup>[68]</sup> 其需要拥有相应的能力才能胜任这一职务,故而董事在此方面优于股东。第二,业务事项关涉经营绩效且发生频率高,公司需要对其及时作出回应,故而其经济重要性小。根据《公司法(修订草案)》第 116 条的规定,股东会年均开会次数有限,由股东会决定上述事项并不现实。第三,知情是决策的前提,而经营信息分散于公司内部并为不同的人拥有,从效率角度考虑,公司需要一个中央机构作为信息集散地来处理信息,而该机构应相对容易获得信息。股东会闭会期间,董事会和经理实际负

---

[66] See Melvin Aron Eisenberg, *The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking*, California Law Review, Vol. 57, 1969.

[67] 参见许可:《股东会与董事会分权制度研究》,载《中国法学》2017 年第 2 期。

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

责业务管理和监督,因此,相较于股东会,董事会具有信息优势并能降低决策成本。

因此,单层制下股东会应有权选举和更换董事并决定其报酬、审批董事会报告,亦应享有修改公司章程、增减资及合并、分立、解散、清算或变更公司形式的决策权。为避免监督型董事会无法客观处理其与其他机关或成员之间的争议问题,未来公司法应增加股东会处理公司机关之间、机关和内部成员之间争议的职权。除此之外,《公司法(修订草案)》规定的其他股东会权力原则上均应由董事会行使。从立法文本的设计来看,除删掉业务相关职权并增加上述争议解决职权外,其他内容均可保留或两种治理结构分别进行规定。若采用前一种方案,公司法需要兼顾不同情况,故而其应保留允许公司章程规定之内容,为避免股东会侵蚀董事会权力,未来司法解释或监管规则需要对该条款进行解释。

### 3. 董事会的经营决策权向下授权于经理

董事会与经理之间的权限划分,实际是公司决策管理中不同层次事项的划分,<sup>[69]</sup>这取决于两者所具备的特点。根据《公司法(修订草案)》第127条的规定,董事会年均开会次数较少且会议时长有限,较多议案在审议前已由经理或部分董事商定,闭会期间,公司经营管理工作往往由经理负责。从公司效率看,经理有能力负责具体经营事务,能根据市场行情的变化及时作出回应,亦能为董事会和股东会的决策提供信息。

因此,鉴于单层制下董事会以会议方式行权,其更适宜负责公司更高层次事项的决策,如经营方针、年度财务预算和决算方案、关联交易的审议批准等。反之,经理负责较低层次事务的决策和执行,如某一具体投资计划的制定与执行。

另外,《公司法(修订草案)》规定经理为可设或可不设的主体,其能否被赋予业务执行机关的地位?实践中,为保持公司正常运作,各类公司一般会设经理。正因法律制度与实践形成强烈反差,已有部分学者提出,法律需要承认经理的业务执行机关地位,或者说,这已在理论界形成

---

[69] 参见王鸿:《公司经理法律地位的确认与职权区域的界定》,载《当代法学》2003年第7期。

了共识。<sup>[70]</sup> 未来公司法若将经理定位为业务执行机关,是遵循公司治理实践的体现,有助于董事会向监督机关转变,实现公司权力的合理配置与制衡。

#### 4. 董事会的监督职权范围扩大

##### (1) 合规性监督、知情权、罢免建议权及纠正权

除财务、会计监督外,合规性监督是另一重要的监督权,配套权力是知情权、罢免建议权及纠正权,监督型董事会应享有上述权力,但有如下两个问题亟须解决。

其一,董事会内部由谁行使合规性监督职权? 董事会以会议方式行权且年均开会次数有限,其集体负责合规性监督并不现实。董事会闭会期间,宜将该职权授予专门委员会,选择方案有两种:一是根据《公司法(修订草案)》第125条的规定,审计委员会负责对公司财务、会计进行监督,并行使公司章程规定的其他职权,故而董事会可通过章程将该职权授予审计委员会,但可能加重审计委员会负担;二是董事会另设合规委员会,这在美国大型公众公司中较为常见,<sup>[71]</sup>此做法有助于公司合规情况得到更大程度的改善,但可能增加公司治理成本。上述方案各有利弊,公司可根据自身需求予以选择。

其二,监督的对象和内容。一方面,审计委员会或合规委员会监督的对象包括董事和高管,上述被监督者应定期向审计委员会或合规委员会报告其执行职务情况,以使审计委员会或合规委员会了解其工作动态。另一方面,公司会开展诸多经营活动,审计委员会或合规委员会不可能关注所有合规事项,因此审计委员会或合规委员会监督的重点是对公司影响较大的合规事项。应注意到,量变可能产生质变,即使是轻微违法也可能发展至严重违法情形,从而给公司带来严重损失。因此,无论审计委员会或合规委员会通过何种途径发现公司内部人员的违法行为,其均应予以纠正,但其可视情节的严重程度来调整纠正程度,并将主

---

[70] 参见赵旭东:《再思公司经理的法律定位与制度设计》,载《法律科学(西北政法学报)》2021年第3期。

[71] See The EY Center for Board Matters, *Board Committees Evolve to Address New Challenges*, available at <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/02/01/board-committees-evolve-to-address-new-challenges/>, accessed March 21st, 2022.

要精力放在重大违法情形中。若其发现董事或高管存在情节较为严重的不当行为,可直接向股东会或董事会提出罢免建议。

### (2) 临时会议召开权、提案权、会议召集和主持权

《公司法(修订草案)》第 117 条规定,董事会召集、董事长主持股东会会议,若其不能或不履行上述职责,监事会应及时召集和主持会议,但单层制下《公司法(修订草案)》未规定由谁行使上述职权。本文认为,应由审计委员会或合规委员会行使该职权。合规性监督的内容包括股东会会议等会议的内容和程序是否违反相关法律规范和公司章程规定,前述职责与其相关联,审计委员会或合规委员会若发现董事会无法或怠于履行前述职责,可直接召集和主持股东会会议,这为审计委员会或合规委员会提供了履职的配套权力。

此外,《公司法(修订草案)》第 116 条赋予董事会召开临时股东会的权力,其应由谁行使?本文认为,应由审计委员会或合规委员会行使该权力。审计委员会或合规委员会进行合规性监督时,若发现董事违反相关法律规范、公司章程或股东会决议,负有及时采取有效措施以纠正不当行为的职责。若董事拒不执行纠正要求,审计委员会或合规委员会可提请股东会予以裁决,这亦与前述股东会新增的争议解决职权相对应。因此,上述行为之间相互关联,公司可在章程中规定由审计委员会或合规委员会行使上述权力。既然审计委员会或合规委员会有权召开临时股东会,亦应享有提案权。另外,为保障审计委员会或合规委员会监督职权的行使,其亦应有权提议召开董事会临时会议。

### (3) 股东派生诉讼提起权

《公司法(修订草案)》第 187 条、第 188 条规定,董事和高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或公司章程的规定,给公司造成损失的,股东可请求监事会提起诉讼,若监事会存在上述情形,股东可请求董事会提起诉讼。单层制下董事会亦应享有上述职权,但由谁启动这一程序呢?

本文认为,应由董事会授权审计委员会或合规委员会行使上述权力,特殊情况下董事会设特别诉讼委员会来履行上述职责。一方面,审计委员会或合规委员会负责监督董事和经理行为的合法性,在此过程中,其可能获得相关材料或信息,故而审计委员会或合规委员会掌握的

线索有助于其以最低的信息成本做出决策。另一方面,鉴于股东派生诉讼中被指控的董事可能包括审计委员会或合规委员会成员,为解决谁起诉监督者的问题,董事会临时设由与案件不存在利害关系的董事组成的专门委员会。

另外,董事可能因情感等非理性因素形成结构性偏见并产生“董董相护”的倾向,<sup>[72]</sup>导致专门委员会无法做出中立的决定。对此,美国《示范商事公司法》第7.44条规定,公司若证明上述专门委员会具备独立性、已合理调查及诉讼不利于公司利益最大化,法院会尊重该决定。本文认为其值得借鉴,理由如下:其一,若审计委员会或合规委员会能证明其具备独立性,其做出中立决策的可能性会更大;其二,公司一般以盈利为目的,若审计委员会或合规委员会的决定有利于公司利益最大化,可认为其具有合理性。

### (三) 相关配套机制的优化

#### 1. 健全董事会专门委员会制度

专门委员会的设立和运行在某种程度上是为了董事会更好地行使职权,由多数非执行董事组成的专门委员会则有助于非执行董事对某些事项进行独立判断和决策。<sup>[73]</sup>然而,现有制度供给不足,法律需要提供完整的供给方案。

一方面,公司法需要对履行监督职责的专门委员会的职责和运作等作出原则性规定。日本公司法关于专门委员会的规定以强制性规定为主,其规定了专门委员会类型及职责等;<sup>[74]</sup>美国公司法对上述事项则以任意性规定为主,其仅提出最低要求,<sup>[75]</sup>此种立法模式值得借鉴,更能尊重公司自治,我国公司法亦不必作出过于刚性的规定。具体而言,其一,董事会可授权专门委员会行使全部监督职权,但其不宜将全部管理权授予专门委员会,否则其存在将失去意义。对于董事会禁止授权的范围,本文认为,股东会和董事会会议均审议通过的事项关涉股东重大利

[72] 参见林少伟:《董事横向义务之可能与构造》,载《现代法学》2021年第3期。

[73] 参见谢增毅:《董事会委员会与公司治理》,载《法学研究》2005年第5期。

[74] 参见《新订日本公司法典》,王作全译,北京大学出版社2016年版,第167~182页。

[75] See Model Business Corporation Act § 8.25; Delaware General Corporation Law § 141.



益,其审批权不可授予专门委员会,否则结果可能失之偏颇。同理,专门委员会的委员亦仅能由董事会选举。其二,为确保履行监督职能的专门委员会之决策符合程序正义和实质正义,就上述专门委员会的会议程序,公司法可原则性地规定转引条款或规定参照适用董事会相关规定。

另一方面,中国证监会、证券交易所可在其规章、规范性文件或自律规则中进一步完善相关规定,而非公众公司若选择适用单层制,亦可参照适用上述规定。其优点在于:第一,公司法规则可能存在漏洞且每个公司并非均适宜适用单层制,公司法不宜对所有事项予以详细规定。公众公司未来最有可能适用单层制,为防止该制度的预期目的落空,中国证监会和证券交易所需要细化相关规则。第二,中国证监会和证券交易所负责监管公众公司,可充分了解制度的实施情况并根据形势的变化及时调整规则,而且下位法或自律规则的修改程序更简单。

## 2. 完善董事监督义务制度

### (1) 董事监督义务的内涵:实体和程序双重维度

《独立董事促进上市公司内部控制工作指引》(以下简称《内控指引》)第15条、第19条和第20条规定,独立董事参与制定内部控制制度(以下简称内控制度),督促公司持续加强与改善内部控制(以下简称内控),并制作履职的工作笔录。《上市公司信息披露管理办法》第35条规定,董事应了解并持续关注公司生产经营等情况,主动调查并获取相关资料。可见,上述规则对董事履行监督职责提出不同的要求,但其共同之处在于,董事需要建立、完善相关机制并持续关注其运行情况及公司重大事项,发现问题后督促相关人员改正。另外,域外国家的立法和司法实践经验可资借鉴。比如,美国州法院提出,董事要建立信息收集、报告及内控系统并持续监督,其若发现异常情况,需要及时采取有效措施;<sup>[76]</sup>再如,《英国公司治理准则》(The UK Corporate Governance Code)规定,董事会需要建立风险管理机制、内控系统并监督其运作。相较于前述规则,上述域外制度包含董事建立信息收集与报告制度的内容,有利于克服信息不对称问题。

[76] See *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A. 2d 959 (Del. Ch. 1996); *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362 (Del. 2006).

通过解读国内规则及借鉴域外经验,本文认为,董事监督义务的内涵应包括实体和程序两个维度。

一方面,在实体方面,应区分事前、事中和事后三个阶段。第一,事前阶段的监督义务主要包括以下两点:一是建立信息收集与报告机制,以了解经理及其下属职能部门的行为。具体来看,经理需要定期向董事会报告其履职情况,并提供公司重大事项相关信息。为避免经理因产生投机心理而向董事会隐瞒对其不利的信息,董事会还需搭建多元化信息渠道,如外部审计机构直接向董事会报告。二是确保内控系统建立。内控制度通常涉及各经营环节,公司亦可根据其业务内容或需求建立内控制度。<sup>[77]</sup> 鉴于董事无法对经营事项做到全方位了解,其建立的内控制度应限于对公司影响较大的事项,具体可参考《内控指引》关于独立董事需关注的内控环节之规定,亦要结合董事会履职内容,而其余内控制度应由更专业且具有信息优势的经理来制定。第二,董事在事中阶段需要进行持续性监督,主要包括以下两点:一是定期检查和维护上述信息收集与报告机制、内控系统,以确保其持续有效运作;二是对影响公司生产经营的重大事项予以持续关注和了解,以有效做出决策并及时发现问题。第三,董事若对某些事项产生合理怀疑,须积极进行实质性的调查与核实,如访谈或实地考察,采取有效应对措施,并督促相关人员及时纠正。

另一方面,结合董事会行事特点及现有规则对董事会运作的要求,董事监督义务的程序性内容可包括如下方面:首先,董事出席董事会,会前审阅相关材料,必要时进行问询,会中明确发表意见,必要时提出异议并审慎投票,关注议案内容及会议程序是否符合相关法律规范、自律规则及公司章程的要求。其次,董事定期就其履职情况向股东会提交报告,上市公司亦可披露其报告,以使广大投资者了解公司内部合规情况,必要时亦可向监管机构报告。最后,董事在履职时应注意留痕,如制作书面工作记录、访谈问卷。

总之,董事监督义务内涵的全方面、分阶段建构确有必要,但公司法

---

[77] 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、卢文道主编:《证券法苑》(第25卷),法律出版社2018年版,第302~303页。

不宜对其内涵作出全面而细致的规定,仅规定与董事履行监督职责有关的基本内容及程序即可,中国证监会、证券交易所则可在其规章、规范性文件及自律规则中进一步阐释董事监督义务的内涵。

## (2) 董事监督的勤勉义务归位

阐释勤勉义务的内容是判断勤勉义务能否包含董事监督义务的前提,《公司法(修订草案)》第180条第2款规定,董事执行职务应为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意,其能否涵盖勤勉义务的主要内容是有争议的。实际上,《公司法》中勤勉义务的内涵外延不明,引发了理论和实践的争议且至今未形成共识。

部分学者将勤勉义务视作普通法系的注意义务,<sup>[78]</sup>勤勉义务属于域外引入的概念,其能否与注意义务划等号是值得商榷的。根据美国公司法与理论,董事注意义务可归纳为三方面:第一,董事监控公司整体运营,并确保公司存在内控系统以及及时获取相关信息;第二,董事若对相关信息产生合理怀疑,需要审慎探询;第三,董事需要结合实体与程序方面的要求做出合理决策。<sup>[79]</sup>结合我国证监会和证券交易所制定的规章、规范性文件以及自律规则对董事勤勉义务的规定,我国董事勤勉义务要求实际包含了上述注意义务的主要内容。譬如,《上市公司章程指引》第98条将董事勤勉义务具体化,其中包括了解公司经营管理状况,保证披露信息的真实、准确和完整等;再如,《上海证券交易所股票上市规则》第4.3.5条规定董事勤勉义务的情形,不仅强调董事关注财务会计报告等是否存在问题,董事若对此存有疑问,应主动进行调查,而且规定了董事负有监控公司经营管理的责任。

因此,我国董事勤勉义务实际包括董事对公司经营管理相关信息的收集、了解及对相关活动进行监督之内容,这意味着其包含对董事履行监督职责的期许,与前述美国董事注意义务的内涵能实现一定程度的对应。因此,本文认为,勤勉义务应包含董事监督义务。对此,《公司法(修订草案)》第180条第2款关于勤勉义务的规定需要完善,即增加监督方

[78] 参见前注[52];翁小川:《董事注意义务标准之厘定》,载《财经法学》2021年第6期。

[79] See Melvin Aron Eisenberg, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 51, 1990; Model Business Corporation Act § 8.30.

面的内容,特别是要融入不作为情形。鉴于公司法中勤勉义务规则涉及董事、监事及高级管理人员,此种设计有助于对两种治理结构下董事或监事履行监督职责形成约束。

### (3) 董事违反监督义务的区分责任与免责事由

公司治理的一个重要方面是在权力和责任的紧张关系中找到微妙的平衡点,<sup>[80]</sup>对此,法律在判断董事是否违反监督义务时要综合考虑不同董事类型,并搭建董事有效履职与董事免责间的桥梁。

#### ① 责任的区分适用:以董事是否直接参与公司经营管理为标准

董事会以会议方式行事且表决方式是一人一票,这意味着每个董事是独立的责任主体,由于董事间存在个体差异,不同类型董事的监督能力存在差别,法律应结合具体情况具体分析,对董事科以差异化的监督义务和履职要求。

按照董事是否直接参与公司经营管理来区分,兼任高级管理人员的是执行董事,反之是非执行董事。<sup>[81]</sup>执行董事不仅负责公司经营管理并充分了解相关情况,而且对其他高级管理人员负有监督的义务,故而其实际享有的权力更大,亦可能会控制流向董事会的信息,其有能力对公司重大事项进行较为全面的监控,从而及时发现问题并督促相关人员进行改正,故而法律应对执行董事提出更高的履职要求。

独立董事、职工董事及其他非执行董事一般不直接参与公司经营管理,有着时间限制、信息不对称等方面劣势,比如,《上市公司独立董事履职指引》第6条规定,独立董事每年有效工作时间原则上不少于15个工作日,其需要出席会议、建立和执行内控制度、了解经营情况等,其能在上述时间内完成本职工作已属不易;再如,独立董事获得的平均报酬与执行董事相比差距较大,<sup>[82]</sup>获得的信息量亦与执行董事存在差异。若非执行董事与执行董事的履职标准和责任相同,则可能产生实质上的不公。因此,公司法应正视非执行董事所处的客观环境及其履职能力,不

---

[80] See Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2004.

[81] 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》,载《政法论坛》2017年第1期。

[82] 参见曾斌等:《资本治理的逻辑》,中国法制出版社2020年版,第60~61页。

宜超出实际情况对其过分苛责。

综上所述,未来公司法可考虑将董事义务进行分类或分层设计,区分不同类型的董事所要承担的义务,但其仅需规定区分标准,具体责任的分配可见于中国证监会、证券交易所制定的相关规则。

### ② 免责事由的确定:以过程为导向

《公司法(修订草案)》第180条、第187条未指出董事的免责情形,为此法律需要搭建董事尽职与董事免责间的桥梁,即判断董事履行监督义务达到何种程度的勤勉尽责才可产生董事免责之效果,这需要结合具体情况加以分析。

在实体方面,法律可按不同阶段进行区分。在事前阶段,董事已尽力确保内控系统或信息收集与报告机制建立;在事中阶段,董事已积极关注公司重大事项且未发现异常情况,对不属于自己专业领域的问题,已借助其他专业人员力量仍无法发现问题,<sup>[83]</sup>或已竭力推动上述系统持续有效运作;在事后阶段,董事已审慎调查并及时采取有效应对措施,而董事主观方面的判断标准可参考 Anne Tucker Nees 提出的五要素,即不当行为对公司的潜在危害程度、董事做出反应的时间、红色警报(red flags)的来源及发生频率、董事获得信息的可能性。<sup>[84]</sup>就程序方面而言,董事在会议或披露的文件中发表反对意见、保留意见或其无法发表意见并说明理由的,或已向证券交易所或证监会报告的,其应被视为已尽职。

董事履职情况的判断标准除包括上述两方面外,亦应结合不同类型董事的身份特征和履职要求,此可参考最高人民法院《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第14条的规定,在判断不同类型的董事是否可免责时,综合考虑董事的职位和职责、其在违法行为中起到的作用及其了解相关信息的渠道等因素,判断其能否预见违法行

[83] 最高人民法院《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第16条规定:独立董事能够证明,在签署相关信息披露文件之前,对不属于自身专业领域的相关具体问题,借助会计、法律等专门职业的帮助仍然未能发现问题的,人民法院应当认定其没有过错。

[84] See Anne Tucker Nees, *Who's the Boss? Unmasking Oversight Liability Within the Corporate Power Puzzle*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 35, 2010.

为的发生或认识公司内部存在的风险,其能否避免违法后果的发生或损害情形的扩大。若根据前述标准推断出董事无法预见或避免上述情形,董事不应承担相应责任。

总之,法律对董事免责事由的设定理念应以过程为导向。董事若要证明其在上述阶段已充分履职并足以免责,需要承担相应的举证责任,而证据可以是书面工作记录等。在立法规则的设计方面,公司法仅需规定一般免责事由或免责标准,具体规则的细化任务可留待监管机构完成。

## 结 语

《公司法(修订草案)》在保留监事会制度的基础上引入单层制,尊重了公司在治理结构方面的选择权。系统论的哲学观认为,整体是由部分组成的,各部分可耦合成一个复杂的整体。<sup>[85]</sup>这意味着,公司治理制度之间存在彼此衔接、嵌套及补充的关系,任一制度的变化具有牵一发而动全身的效果。若以体系化视野审视《公司法(修订草案)》文本,单层制仅作为制度“标签”被引入,单层制下董事会的职能定位发生变化,而相关公司治理制度未进行体系化调整,单层制的本土实践则可能存在困局。对此,《公司法(修订草案)》宜对公司治理制度予以完善,形成不同类别的公司内部治理的差序格局,在单层制下,在确立董事会中心主义的基础上重新配置股东会、董事会与经理之间的权力,并优化董事会专门委员会制度和董事监督义务制度。应注意到,公司治理制度是体系化的集成,未来其他法律规范、自律规则如何与公司法进行联动修订,疏通它们之间的法技术关节,仍需继续深入研究。

(编辑:吴紫君)

---

[85] 参见金观涛:《系统的哲学》,鹭江出版社2019年版,第198~201页。