

# 公司利益范式下的董事义务改革

## 前沿话题

傅穹 (吉林大学法学院教授)

在公司组织法的利益谱系中,公司利益作为价值权重最优的独立利益,成为连接各方参与者财富欲望与公司决策者理性行为的价值桥梁。“公司利益”是公司组织法的一个基石性范畴,被视为资合公司法作为一门独立学科的成熟表征。以公司利益为核心的商事范畴体系的形成,是公司法学科自主知识体系建构的基础。一方面,从公司利益作为抽象的一般性条款观察,其法律性质具有独立性、整体性与长期性的特征。另一方面,从公司利益作为公司治理的目标观察,公司利益具有目的性与手段性的特征。正因为隐含的上述特性,公司利益处于公司组织法的利益谱系中的权重中枢位置。

公司利益范式不仅是董事义务改革的解释工具,而且承载着董事义务改革的功能定位。以公司最大利益方式行事,不仅是所有企业尤其是管理层决策的行事准则,而且是多方参与者利益矛盾冲突的解决规则,更是司法裁判董事、监事与高管以及控制股东是否违反义务的法律依据。

### 公司利益目标与董事义务原理重述

在现代大规模的动态商业经济背景下,基于不同国家的法律传统差异、股权结构差异、文化背景差异乃至司法续造的能动性差异,对于董事的功能定位、董事义务的承担对象、董事义务的分类等基础性问题存在不同的认知。上述争议的答案,再次求助于公司利益目标这一价值工具。

在现代大规模公司治理的逻辑框架下,将董事角色解释为特别法的公司组织机构最利于公司治理目标的实现。基于公司的董事席位与外观法理,勤勉义务以名义董事为义务主体,勤勉义务不会穿透到近亲属、关联人或控制股东。基于自我交易的隐蔽性或董事行为被操控的间接性,化解利益冲突的董事忠实义务实有必要且必须穿透到隐藏其后的近亲属、关联人或控制股东,以求得交易

的实质公平,在公司具有偿债能力的正常场景下,董事无须对债权人承担任何义务。只有在公司缺乏偿债能力的场景下,董事对债权人负有清算的勤勉义务。在我国公司法所处的熟人社会与面子文化的背景下,董事之间互负横向义务更难以在现实中落地。

我国现行公司法与公司法(修订草案)中的董事勤勉义务与忠实义务二元说,不仅功能互补且逻辑清晰,共同服务于公司利益目标。然而两者各异:其一,董事勤勉义务与忠实义务的功能不同。勤勉义务即董事履职的过程须体现出应有的注意、技能与勤勉,忠实义务即董事行为的动机须善意不谋私。其二,董事勤勉义务与忠实义务的履职标准不同。勤勉义务是一种关注董事决策或监督的“过程性义务”与“注意性义务”,忠实义务则是一种关注履职中的行为动机、目的与目标的“动机性义务”与“公平性义务”。其三,董事勤勉义务与忠实义务的政策取向不同。勤勉义务是鼓励企业家冒险精神与创新进取,忠实义务是防范董事与高管的机会主义谋私倾向。其四,董事勤勉义务与忠实义务的责任尺度不同。勤勉义务内容承认失败的失败和善意的亏损,因此对董事勤勉责任须给予商业判断规则、合理抗辩、公司章程豁免或限制的合理保护。忠实义务往往背离信任的道德底线甚至违法,违反忠实义务不仅须追缴全部不当所得,甚至施加惩罚性赔偿,不应给予商业判断规则保护和章程允许的责任减免。

### 公司利益最大化与董事勤勉义务强化

在公司组织法框架下,以公司利益最大化为目标而勤勉行事,这是董事勤勉义务的真谛所在。我国董事义务改革应回应实践,立足本土并借鉴国际商事规则,以公司利益最大化为导向,强化董事勤勉义务规则。

三十年间,我国董事勤勉义务呈现出如下本土特色:其一,勤勉义务的立法呈现出与忠实义务不同步的演进趋势。其二,勤勉义务适用的公司类型呈现出由公众上市公司到非公众公司的逆向发展趋势。其三,勤勉义务的内涵与外延呈现出从内容不确定到逐渐丰富的发展趋势。其四,

勤勉义务的要求呈现出从立法者提供示范指引到允许公司自治的多元路径。其五,勤勉义务的司法实践也表现出对损害公司利益的关注。如何评价修订草案对董事勤勉义务条款的创新呢?修订草案第一百八十条第2款作为勤勉义务一般性条款的立法进步在于:一是开创性地在公司法层面引入了“为公司的最大利益”的表述;二是增加董事勤勉的理性人标准。该条款的立法不足在于:一则,“管理者”一词无法展现上述主体的管理、监督、服务与执行的多元化与差异化职责;二则,以“通常应有的”情境语言难以勾画董事履职的动态变化;三则,以“合理注意”的术语定性董事履职的专业度未必精准;四则,修订草案关于勤勉义务的相关条款应积极回应这一董事分类的职责变化。

在我国司法实践,立法改革与学术研讨中,围绕董事勤勉义务的责任认定、授权资本制引入下的董事新股发行公平对待义务以及董事监督合规义务引发了激烈争辩。修订草案关于董事勤勉义务与责任的条款改革应填补“斯曼特案”判决的解释遗憾,无论选择何种方案,董事勤勉义务都不应扩张至欠认缴出资股东的未出资部分,更不应与发起人股东一起对外承担连带责任。在授权资本制引入的背景下,新股发行滥用与新旧股东平衡的防范机制恰恰为修订草案所遗漏。在我国,可以考虑增设董事公平对待义务的强制性条款以及新股不当发行的法律救济机制,这是通过安定股东群体利益并实现公司利益最大化的可行方案。修订草案可以考虑将董事的合规监督义务纳入公司法总则之中,这不仅是董事义务谱系的必备内容与应有之义,而且是公司利益最大化的稳定之策。

修订草案加强了董事对公司或第三人的赔偿责任,总体评价似乎强化责任有余,然而合理减轻或免除董事责任的考虑不足。我国董事赔偿责任的免责或限制改革的难点在于:如何既可以避免董事勤勉义务的空洞化,又可以激励董事勇于决策,致力于公司利益最大化。笔者认为,作为董事勤勉责任豁免机制之一的商业判断规则,不妨留给未来的司法实践慢慢进行试错或检验,等待本土引入的适当良机。修订草案可以采纳内部董事与外部董事差异化的对待标准,扩大合理抗辩的主体范围而限于独立董事,扩大有权信赖

的范围而限于非自身专业等情形。无论从商业实践需求出发抑或从立法趋势角度观察,修订草案引入公司章程豁免或限制董事责任均有强烈必要。

### 公司利益冲突平衡与董事忠实义务扩张

在公司利益与董事利益冲突场景下,董事必须以公司利益为优,这是董事忠实义务的本质要求。我国董事忠实义务的规制模式应从严格禁止性模式转向缓和的利益冲突平衡模式,经由程序公正与实质公平的规则创新,跳出传统民法的自我代理与双方代理一概禁止模型的思维定势,完善自我交易、公司机会、同业竞争与董事薪酬的规则体系。

从我过董事忠实义务的规范演进观察,呈现出日趋体系化、类型化与责任严苛化的发展特征。董事忠实义务的禁止性反向列示条款体现的是公司利益保护的物权法思维,而董事忠实义务的标准更需要公司法正向角色引领。修订草案第一百八十条不妨在董事忠实义务的条款之中,重新嵌入“维护公司利益”目标以利用董事“地位”谋私的限定,以此塑造本土特色的“称职而忠实”的董事忠实义务的肯定性形象。

董事与公司利益冲突框架中的董事忠实义务规范,虽然缺失“董事与高管薪酬”的相关规范条款,但修订草案第一百八十三条、第一百八十四条、第一百八十五条分别单独创设了“自我交易、公司机会、同业竞争”条款,并以细致化的事先披露与决策机关批准的程序条款,发挥着解决利益冲突下的各类交易实质公平的替代功能。修订草案关于董事与公司利益冲突模式的条款规范理念变迁,显示出我国公司法逐渐认可熟人交易的合理性,缓和关联交易的强制性,透视着裁判者对公司自治理念的不断开放与宽容的态度。

对于违反忠实义务的法律救济,修订草案第一百八十六条规定,违反本法第一百八十二条至第一百八十五条规定所得的收入应当归公司所有,即“归入权”。当董事违反忠实义务之归,归入权的单一赔偿救济手段不足以起到威慑作用。我国董事忠实义务的责任改革应提供多元的责任救济。

## 观点新解

### 孙本雄谈刑事责任实现的标准——是社会秩序修复和刑法规范确证程度



北京理工大学法学院孙本雄在《现代法学》2023年第1期上发表题为《事后行为出罪的法理依据及判断标准》的文章中指出:

事后行为出罪的实质是符合犯罪成立条件的行为不作为犯罪处理,论证其法理依据的现有理论学说均存在不同程度的缺陷。将刑事责任实现理论作为事后行为出罪的法理依据,其基本逻辑在于:(1)犯罪是刑事责任产生的依据,刑事责任是犯罪的直接法律后果;(2)刑事责任是刑罚的前提,刑罚只是实现刑事责任的重要方式之一;(3)刑事责任作为一种否定性评价,能够通过多元化的方式予以实现;(4)出罪是将刑事责任已经实现的行为不作为犯罪处理,刑事责任实现理论作为事后行为出罪的依据,不仅能克服理论缺陷,而且具有明显的相对优势。第一,以刑事责任实现理论作为出罪依据能保证刑法理论自治性。第二,刑事责任实现理论作为出罪依据具有普遍适用性。第三,刑事责任实现理论作为出罪依据符合刑事司法的一般规律。刑事司法认定犯罪是一个逐渐深入的过程,从有关机关发现犯罪事实或犯罪嫌疑人直至案件事实查清,整个过程都伴随着犯罪的认定。第四,将刑事责任实现理论作为出罪依据不存在强人所难的问题。即使是在司法机关注促下实施的事后行为,也可以作为出罪的依据。这不仅有助于激励行为人实施事后认罪悔罪、退赃退赔行为,也更能发挥刑法规范教育、引导的作用。

刑事责任实现理论也存在不足,最为明显的不足是刑事责任实现标准的主观性。从刑事责任是犯罪的必然法律后果出发,立足刑法修复犯罪行为所破坏之法秩序的基本立场,判断刑事责任实现的标准是社会秩序修复和刑法规范确证程度。首先,社会秩序修复和刑法规范确证是我国纠纷解决的目标。刑事责任实现的实质在于刑事纠纷的解决。我国纠纷解决的原则是和谐包容正义,即坚持和谐与正义兼容并存且和谐高于正义。其次,社会秩序修复和刑法规范确证与法益保护的目的相契合。刑法将某种行为规定为犯罪,并通过追究刑事责任的方式维护该规范的内容,目的在于通过防范刑法规范所禁止之行为的方式保护法益。最后,社会秩序修复和刑法规范确证兼顾报应刑论与预防刑论。具体而言,在有被害人的犯罪案件中,刑事责任实现以被害人利益弥补和法益损害预防为具体标准;在无被害人的犯罪案件中,刑事责任实现的判断标准是法益损害的避免。

### 汤霞谈构建本土化数据携带权制度——应最大限度促进数据流通和共享



华南师范大学法学院汤霞在《行政法学研究》2023年第1期上发表题为《数据携带权的适用困局、纾解之道及本土建构》的文章中指出:

随着互联网、大数据以及移动通信等信息技术的出现和普及,数字平台拥有的先发优势使其能够获得显著的市场竞争优势。数据携带权的出现使得用户可以将其数据从一个平台移植到另一个平台,不仅便利了个人对数据的控制和平利用,也有助于打破数据壁垒和数据垄断,促进数据流通与共享。数据携带权即数据主体从数据控制者处转移、复制或传输个人数据的权利,保障个人控制其数据和信任数字环境,打破用户在不同的服务器之间转换的锁定效应,促进数据控制者之间的竞争。

数据携带权可以降低用户的数据转换成本并促进数据流通,但考虑到不同平台市场地位的差异,市场的新进入者仍会面临难以克服的网络效应或规模经济问题。数据在转移的过程中可能会出现加剧数字平台的反竞争效应、隐私侵犯和知识产权侵权、互操作性面临技术困难等风险。因此,应当构建数据的集体携带权制度,强化数据携带权的身份验证和数据分层安全保护,加强知识产权保护以及建立DTP解决互操作性等来平衡个人数据安全、平台数据权益与数据市场的竞争秩序。

我国在构建本土化数据携带权制度时应明确和细化相关规定,最大限度促进数据流通和共享。首先,明晰数据携带权的适用范围。数据携带权的适用范围应在数据主体和数据控制者之间保持平衡,宽泛的适用范围加重了数据控制者的成本,而狭窄的适用范围不利于数据主体实现数据利益和数据控制者之间互相传输数据。其次,在具体场景中平衡个人的数据安全保护和平台企业的发展。要求各平台在收集与处理个人数据时提升数据安全保障能力,为了不影响数字平台提升服务和创新技术的积极性,立法者应兼顾数据主体和数据运营者之间的利益平衡,明确用户的数据携带权不应影响企业对其商业秘密的保护,允许企业在用户授权同意的情况下对用户数据进行访问和利用。最后,制定数据存储格式的互操作性标准。数据携带权要求的兼容性并非数字平台间的完全兼容,而是数据存储格式的兼容。

# 自动驾驶汽车商用需要重视算法安全规制

## 前沿观点

曹建峰 (对外经济贸易大学数字经济与法律创新研究中心研究员)

在汽车电动化、网联化、智能化发展趋势下,由于自动驾驶技术的快速发展,汽车产业正日益逼近一场根本性的变革。然而,近年来自动驾驶汽车的安全挑战日益凸显,相关事故在一定程度上削弱了社会公众对自动驾驶汽车的信心和信任。为有效应对自动驾驶算法带来的安全挑战,需要构建一个统一的自动驾驶算法安全框架,推动自动驾驶汽车从研发测试阶段加快转向商业化应用阶段。

### 自动驾驶算法安全问题的主要表现

我国当前的自动驾驶汽车立法主要侧重在道路测试、示范应用、汽车数据安全这几个方面,尚未针对以人工智能算法为核心的自动驾驶系统形成一个完整统一的安全监管框架。未来立法需要重点回应三个方面的问题。

第一,一般性技术安全是最主要、最相关的变量。受制于一套既定监管框架(涵盖安全标准、检测认证、产品审批等事项)的传统汽车和受到驾驶与责任机制约束的人类驾驶员相比,自动驾驶汽车的安全标准尚待建立,所以自动驾驶汽车还不能像传统汽车那样证明其安全性与合规性。因此现阶段,最核心的问题乃是确立自动驾驶系统的安全门槛、安全标准、检测认证方法、审批机制等要求。一个关键问题是,自动驾驶系统的安全性需要达到何种程度,政策制定者和监管者才可以允许自动驾驶汽车商业化部署。社会大众对技术的偏见可能导致可接受的安全门槛被不恰当地抬高。例如,认为自动驾驶汽车需要达到足以实现零事故的绝对安全水平。在笔者看来,自动驾驶算法的安全门槛不应是基于绝对目标(例如零事故、零伤亡)的自动驾驶水平,而应以一般人类驾

驶水平为衡量之基准,来确定科学合理的安全门槛。例如,2022年8月英国发布的自动驾驶政策文件《互联和自动出行2025:在英国释放自动驾驶汽车的效益》明确提出了自动驾驶汽车的安全门槛,即自动驾驶汽车应当达到与“胜任且谨慎的人类司机”(Competent and Careful Human driver)同等水平的安全性,这一标准高于一般人类司机。

第二,网络安全挑战。网络安全作为影响自动驾驶汽车发展应用的关键性因素,与之相关的风险与威胁将成为自动驾驶汽车最复杂、最难解决的威胁。整体而言,自动驾驶汽车的网络安全挑战主要呈现以下特征:一是自动驾驶汽车比传统汽车更容易遭受网络安全风险与攻击。自动驾驶汽车是“车轮上的机器人”,除了需要面对传统意义上的网络安全风险,还将面对自动驾驶算法所带来的全新的网络安全挑战、风险和威胁。二是自动驾驶汽车的网络安全风险来源主体更加多元化。在生产制造、运营、维修、智能基础设施、保险、监管等多个环节,不同主体对自动驾驶汽车的访问或控制,都可能带来网络安全风险。三是自动驾驶汽车面临的网络攻击方式更加多样化。例如,黑客可以针对软件漏洞发起攻击,可以通过连接恶意设备对自动驾驶汽车发起物理攻击,也可以攻击智能道路基础设施等自动驾驶汽车生态系统的组成部分。此外,就攻击效果而言,黑客可以采取多种类型的攻击,包括发起攻击、操作攻击、数据操纵攻击、数据窃取等。这些攻击的影响可大可小,不容小觑。四是自动驾驶汽车的网络安全风险同时呈现广度和深度特征,带来全方位、多层次的危害后果。在广度上,自动驾驶汽车的软件和硬件漏洞可能是广泛的,这意味着网络攻击会被放大;在深度上,自动驾驶汽车被入侵、控制后可能造成不同层次的不利后果,包括人员伤亡、财产损失、数据窃取等。

第三,伦理安全挑战。自动驾驶算法的最首要的伦理安全问题是,在面对不可避免的事故(Unavoidable Accident)时,算法该如何抉择并行动?尤其是在面对两难处境(即道德困境)时该如

何抉择?是选择最小化人员伤亡,还是不惜代价地保护车乘人员,即使这可能意味着选择牺牲行人等其他道路参与者?自动驾驶汽车道德困境的可能性,让技术与伦理之间的互动成为不可回避的问题,即如何将复杂的人类道德编程到自动驾驶算法的设计中去。对于这个问题,社会各界尚未形成共识。

### 构建自动驾驶汽车的算法安全框架

为了确保实现《智能汽车创新发展战略》提出的“到2025年,中国标准智能汽车的技术创新、产业生态、基础设施、法规标准、产品监管和网络安全体系基本形成。实现有条件自动驾驶的智能汽车达到规模化生产,实现高度自动驾驶的智能汽车在特定环境下市场化应用”的目标,需要加快修订、革新针对传统汽车和人类司机的立法和监管框架,为自动驾驶汽车融入现行道路交通体系建立新的法律制度和监管框架。其中的一个核心层面是,构建以自动驾驶算法为核心的安全监管框架,需要涵盖技术标准与审批认证、网络安全认证、伦理风险管理三大维度。

第一,建立新的自动驾驶系统安全标准和认证机制。国家亟须为自动驾驶汽车建立新的、统一的安全标准,从传统上以汽车硬件和人类司机为核心的安全标准,转向以自动驾驶算法为核心的安全标准,这意味着允许创新性的汽车设计——无需驾驶舱、方向盘、脚踏板、后视镜的自动驾驶汽车。此外,为了更加准确地评估、验证自动驾驶系统的安全性,将来立法和政策需要为自动驾驶系统设定科学合理的安门檻与基准,可以考虑要求自动驾驶汽车至少达到与“胜任且谨慎的人类司机”同等水平的安全性,并确立一套基于道路驾驶技术水平的科学合理的检测方法。

第二,需要为自动驾驶汽车建立新的网络安全框架。政策制定者需要考虑融入传统的网络安全原则,从整体上保障自动驾驶汽车的网络安全。一是建立自动驾驶汽车的网络安全认证机

制,只有通过网络安全认证的自动驾驶汽车才允许销售、使用。而且该机制需要延伸到软硬件供应链。二是需要明确自动驾驶汽车的网络安全防护能力和要求,包括技术措施和非技术措施。三是需要在行业与政府之间实现B2B、B2G、G2B等形式的信息共享,尤其是安全事故、网络安全、自动驾驶系统脱离等安全事件相关的数据。建立事故数据报告与分享机制,对于提升整个自动驾驶行业的发展水平意义重大。

第三,建立自动驾驶算法等伦理风险管理机制。一方面,需要明确的政府监管给自动驾驶算法设计中的伦理选择设定标准,以确保自动驾驶算法在伦理上符合一般的社会公共利益,并在公众的接受度和道德要求之间实现某种平衡。另一方面,自动驾驶汽车企业需要加强汽车自动驾驶技术的科技伦理治理,积极履行科技伦理管理主体责任,坚守科技伦理底线,针对汽车自动驾驶技术开展科技伦理风险评估审查,建立科技伦理风险监测预警机制,强化科技人员的伦理培训等。例如,英国的监管者提出建立“自动驾驶汽车伦理与安全委员会”(Committee on AV Ethics and Safety),以更好支持自动驾驶汽车的治理。

总结而言,自动驾驶汽车的广泛部署和使用,是实现其诸多正向效益的必要条件。而其广泛部署和使用的必要条件则是建立合适的安全框架,加快实现自动驾驶汽车从测试到商用的飞跃。但任何合理的法律政策都不能对公众的接受度视而不见。换句话说,自动驾驶汽车要想成为最优选择的交通方式,就必须考虑其使用者和社会整体的预期,这些预期包括使用者的满意和安全以及信任、责任、透明等设计价值。对自动驾驶汽车的安全规制也必须考虑这些预期,甚至去调和其中的过高预期。基于这些考虑,本文创新性地提出了一个全新的自动驾驶算法安全监管框架,来应对自动驾驶汽车迈向商业化应用之前必须直面的算法安全挑战。从长远来看,自动驾驶汽车的商用只是未来交通法治的起点,而非终点,汽车设计、交通法规、责任承担、保险赔偿、驾驶习惯等一系列变革将纷至沓来。