

董事职务懈怠行为的法律责任

南 玉 梅*

摘 要:董事义务与董事责任的规范对称是合理追责董事职务行为的立法基础。董事职务懈怠行为的追责正当性源自董事责任的行为债务属性。行为债务属性决定董事责任的成立不以特定结果为要件,而是要求董事在执行职务时不得违反董事义务本身。因此,仅依照相应法律、行政法规和公司章程是无法判断董事是否尽职尽责的。为了还原董事责任作为尽职尽责的工作要求,董事责任成立条款内应当增设董事“怠于履行职务”(职务懈怠行为)作为追责事由,一方面回应董事义务的内涵变化对董事责任成立的影响,另一方面弥补董事职务懈怠导致的公司损害,让董事责任条款真正发挥作为约束董事职务行为之标尺的作用。

关键词:董事责任 行为债务 职务懈怠 董事义务

一、问题的提出

2023年12月29日第十四届全国人大常委会第七次会议修订通过的《中华人民共和国公司法》(以下简称新《公司法》)第188条将董事责任成立的事由限定在“违反法律、行政法规或者公司章程”给公司造成损失的情形,导致董事勤勉义务与忠实义务的履行标准被反向解释为“守法义务”,变相降低了公司法对董事履职的期待。根据新《公司法》第188条关于董事责任成立事由的规定,当交易具备合法性但缺乏合理性时,即使公司利益受损,股东也无法援引新《公司法》第189条第1款对董事提起代表诉讼。导致这一结果的原因在于,新《公司法》第188条在董事对公司的赔偿责任成立事由中,排除了董事“怠于履行职务”(职务懈怠行为)。对此,有学者指出,现阶段公司法以董事、高管是否违反法律、行政法规和公司章程来判断其所应承担的责任,仅仅是一种宽泛意义上的法律责任,而非履职时对公司应当如何尽职尽责的工作要求。因此,应当在董事一般责任条款中增加“怠于履行其职责造成公司损失的,应予赔偿”的规定。^①

* 武汉大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(22&·ZD204)

① 参见徐强胜:《公司权力的分配、分工与问责——董事会何以治理》,《社会科学研究》2022年第4期。

董事职务懈怠行为是指,董事未能尽到善良管理者的注意义务,导致公司利益受损或未能及时预防公司损害而对公司承担的损害赔偿责任。^①结合董事履职懈怠行为对公司利益的损害及损害可能,域外立法均在董事责任成立条款中保留了董事职务懈怠行为的责任空间。例如,根据《日本公司法》第423条第1款的规定,董事懈怠其职务时,赔偿公司由此产生的损害;根据《德国股份法》第93条的规定,董事故意或过失违反善良管理人注意义务导致公司利益受损时,对公司承担赔偿责任;根据《韩国商法》第399条第1款的规定,董事故意或过失违反法律或公司章程以及怠于履行其职责时,对公司损害承担连带责任。^②域外立法将“违反董事义务”或“懈怠职务”作为董事责任的成立事由,覆盖面远远大于“违反法律、行政法规或者公司章程”导致的董事责任。董事作为公司的善良管理人,其履职行为不仅应当具备合法性要件,还应当具备合理性与效率性要件。因此董事责任的成立标准应当与董事义务内涵保持一致,除违法行为外,还应当将董事职务懈怠行为一并纳入追责范围,用于规范董事职务行为的不合理性与非效率性。董事职务懈怠行为的适用场景非常广泛,既包括董事执行公司职务之时,也包括董事未能尽到监督其他董事的违法行为之义务或履职过失行为而导致公司利益受损的情形。

在董事责任制度构成中,董事义务与董事责任成立事由的规范对称是合理追责董事的立法基础。但是,值得注意的是,新《公司法》第188条继续援用既有的董事责任成立事由,间接否定了董事违反合理注意义务时职务懈怠行为的可追责性。鉴此,本文重点围绕董事职务懈怠行为的规范缺失而导致的董事责任成立要件与董事义务不对称的问题,论证董事职务懈怠行为应当纳入董事责任成立条款的合理性与必要性,并以此为基础细化董事职务懈怠行为的规范路径,为提升董事决策质量提供智力支持。

二、规范董事职务懈怠行为的正当性

董事职务懈怠行为的追责正当性源自董事责任的行为债务属性。行为债务属性决定董事责任的成立不以特定结果为要件,而是要求董事在执行职务时不得违反董事义务本身。也就是说,判断公司经营管理层是否承担责任或应否追责,核心是其是否尽责,是否对公司尽到了忠诚、勤勉义务,这是一种公司内的履职追责,仅依照相应法律、行政法规和公司章程是不能作出判断的。^③在此逻辑下,即便在董事职务行为遵守了法律、行政法规或者公司章程也依然导致公司利益受损时,只要能够证明董事违反义务而构成未尽责,就依然可以追究董事对公司的赔偿责任。

(一) 职务懈怠构成追责事由的理论依据

^① 职务懈怠行为的用语在公司法学界的称谓各不相同。有的学者称之为“怠于履行职务”(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》,《中外法学》2016年第1期);有的学者称之为“任务懈怠”(参见陈景善:《董事合规义务体系——以董事会监督机制为路径依赖》,《中国法律评论》2022年第3期);有的学者称之为“疏忽懈怠”(参见徐强胜:《公司权力的分配、分工与问责——董事会何以治理》,《社会科学研究》2022年第4期);有的学者称之为“职责懈怠”(参见叶林:《功能主义视野下的董事勤勉义务》,《环球法律评论》2024年第1期)。本文基于董事责任的行为债务属性,在董事职务行为的特定语境下,以“职务懈怠行为”来特指行为债务不完全履行的状态。

^② 参见蔡永浩编:《韩国法律汇编》,法律出版社2023年版,第518页。

^③ 参见徐强胜:《公司权力的分配、分工与问责——董事会何以治理》,《社会科学研究》2022年第4期。

1. 董事责任是行为债务而非结果债务

债务以其内容为标准,可以分为给付债务与行为债务。所谓给付债务,是指以债务人应当给予一定财务为内容的债务;而行为债务,是指以债务人应当给予一定行为为内容的债务。^① 董事对公司的职务懈怠责任是指,董事的职务行为违反了善管义务而对公司承担的债务不履行责任。董事职务懈怠责任不要求董事一定要实现某种结果,而是要求董事执行职务时不得违反董事义务本身。因此,董事职务行为在遵守了法律法规以及公司章程却依然导致公司利益受损时,只要股东能够证明董事存在违反董事善管义务的情形,就依然可以追究董事对公司的赔偿责任。

董事责任作为行为债务,依行为债务的一般分类,董事有履职行为但未积极履职,或董事毫无作为,均可视为董事未能尽到预防或防止损害发生的善管义务(含怠于预见并防止损害发生的情形)而构成职务懈怠行为。公司经营的特性决定了董事善管义务的范围无法穷尽。因此,个案中董事应当尽到何种注意程度,与公司的规模、业务类型、经营环境等客观情况息息相关。

2. 董事责任是债务的不完全履行

董事与公司之间的委任关系决定了董事对公司的赔偿责任是违反善管义务的债务不履行责任。债务不履行是指债务无正当理由而没有按照债的本旨作出给付以满足债权。^② 债务不履行通常包括给付不能、给付迟延与不完全给付这3种状态。考虑到董事责任的行为债务属性,董事违反善管义务的债务不履行责任较多发生在下述情形,即董事虽已履职但其履职方式、时间或内容具有瑕疵,不符合债之本旨,因此属于债务不履行中的不完全履行。

虽然董事责任在性质上属于债务的不完全履行,但其属于特殊的债务不履行责任。从董事与公司的委托法律关系来看,董事作为受托人对公司承担善管义务。即董事在因违反善良管理人的注意义务而导致公司利益受损时,基于委托关系承担债务不履行责任。然而,除委托合同约定事项外,董事的权利与义务同时受公司法的约束。^③ 有别于委托合同,公司法内董事责任的特殊性在于,董事的无过错抗辩、集体决议中赞成决议的董事与过错董事之间的连带责任,以及董事责任的免除须经全体股东一致同意等。^④ 可见,虽然公司法规定的董事责任在性质上属于债务不履行责任,但其属于团体法色彩较为明显的受公司法规范的特殊责任类型。

基于董事责任的行为债务属性,理论上承认董事责任的成立要件为违反义务时,存在不完全履行的事实(客观过错)与归责事由(主观过错)的重复评价问题。具体而言,在履行迟延或履行不能时,债务不履行的事实客观明了。但是在不完全履行时,无从判断履行行为是否属于不完全履行。因此,董事义务在不完全履行时,应当先行认定董事义务的程度和范围,并以此为基础判断是否构成违反义务,从而得出是否构成不完全履行的结论。然而,伴随过错的客观化认定,过错即为违反具体行为义务导致损害结果的发生(怠于行使预见并防止损害发生的注意义务)。^⑤ 基于此,“不完全履行”的事实与客观化的“过错”之间存在重合。当不完全履行的事实得以证明时,具备与过错证明相同的效果,不完全履行的事实与过错归责之间的重合性,进一步衍生出董

^① 参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第19页。

^② 参见王利明:《债法总则研究》,中国人民大学出版社2018年第2版,第732页。

^③ 参见孟勤国、张素华:《公司法人格否认理论与股东有限责任》,《中国法学》2004年第3期。

^④ 参见[日]前田庸:《公司法入门(第12版)》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第325页。

^⑤ 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第290页。

事责任制度的构造中立法规范的二元模式。

(二) 职务懈怠构成司法追责的实践依据

1. 商业判断规则对职务行为的合理性审查

司法权在董事职务懈怠行为中的裁量空间被称为“被允许的裁量范围”，而这也是董事职务懈怠行为的追责例外。董事职务行为的合法性在行为之初便可知晓，但职务行为的合理性往往需要长时间的积累才能准确判断出来。考虑到职务懈怠行为受诸多不可预测的变数影响，以结果导向评价经营决策的合理性将会变相增加董事履职标准，不利于董事作出具有风险性的经营决策。为了鼓励董事积极履职，起源于判例法的商业判断规则是用以限制司法权对董事履职事后审查的通行做法。商业判断规则的运用导致董事的行为标准与审查标准不一致。^①而这种不一致恰恰使得在董事职务行为的司法审查中，法院对董事过错拥有较大的裁量权。在商业判断规则下，法院裁量权的核心要义是保护董事正直的过失，因此当董事职务行为系独立且合理地作出之时，即便决策结果导致公司利益受损，也依然不构成职务懈怠行为。^②

随着《德国股份法》在立法中引入商业判断规则，商业判断规则逐渐从诉讼法走向了实体法，通过法官对董事义务进行法律解释，成为审查董事履职合理性的司法原则。《德国股份法》第93条第1款规定，董事履职时应当尽到谨慎义务，当董事基于充分信息作出的经营决策符合公司利益最大化时，不视为董事谨慎义务的违反。不仅如此，根据《日本公司法》第423条及第425条的规定，董事职务懈怠导致公司利益受损时对公司承担赔偿责任，但董事能够证明善意或无过错时除外。实体法中的商业判断规则是董事善管义务的审查原则，是对董事善管义务的履职标准的具体化，而不具有商业判断规则在判例法所示的限制司法干预的功能。^③实体法中的商业判断规则包括履职过程与履职内容两个方面。其中，在履职过程中尽到善管义务是指董事作出经营决策的前提不存过失，即决策前经过充分的资料搜集、调查、探讨等。而履职内容尽到善管义务是指董事作出的决策内容不存在显著不合理的情形，即决策理由与决策内容符合董事的个人能力。^④换言之，当董事做出决策前经过充分的资料搜集与调查且作出的决策内容符合个人能力时，即便董事决策导致公司利益受损，法官也依然可以认定董事已尽善管义务而不予追责。

可以看出，相比判例法中的商业判断规则，依据实体法中的商业判断规则，法官在董事履职评价上拥有更大的裁量权。尤其是，法官对董事决策的内容审查变相意味着实体法中的商业判断规则允许司法权对经营权进行干预。^⑤

2. 司法权对职务懈怠行为的审查边界

基于董事责任的行为债务属性，在不以结果为导向的董事责任成立标准中，司法权对董事

^① 参见林一英：《董事责任限制的人法动因与路径选择》，《政法论坛》2022年第4期。

^② See Clark, Robert C., *Corporate Law*, Little, Brown and Company, 1986, p.124.

^③ 参见赵旭东、刘斌：《新公司法讲义》，法律出版社2024年版，第369页。

^④ 在日本，有判例认为，在法官适用商业判断规则时，意思决策的过程及决策内容均属于合理性标准审查。换言之，法院应当结合经营决策过程判断董事职务行为是否符合善管义务。审查内容包括：董事在事实调查及事实认定层面不存在过失，而且做出的决策过程及决策内容符合行业通常标准，不存在显著不合理以及未尽注意义务的情形。东京高判平成20.10.29「金融·商事判例」1304号28页参照。

^⑤ 参见罗培新、李剑、赵颖洁：《我国公司高管勤勉义务之司法裁量的实证分析》，载张育军、徐明主编：《证券法苑》2010年第2期，法律出版社2010年版，第381页。

“过错”的认定直接影响董事职务懈怠行为的成立与否。也正因为如此,董事信义义务规则确立了司法干预公司经营的边界,在平衡董事权利义务方面具有关键作用。^①

董事职务懈怠行为的过错认定存在适用情形特定化、认定条件特定化以及主观要件特定化等特点。(1)职务懈怠行为既适用于利益冲突交易行为也适用于无利益冲突的交易行为。利益冲突交易由程序公平与实质公平共同组成。不具备程序公平的利益冲突交易将被视为违法行为,但具备程序公平而缺乏实质公平的利益冲突交易,将有被视为董事违反忠实义务而具备职务懈怠行为的可能。例如,《美国公司治理准则》第 5.02 条规定,即便利益冲突交易具备程序公平,但交易本身仍然存在董事不正当的压迫与干预的可能,不能排除法院在交易公平上的司法审查权限。^② (2)职务懈怠行为的认定取决于董事是否基于充分的信息作出合理的经营判断。然而,充分的信息获取并不意味着董事具有获取全部信息的义务,董事只需获取衡量决策风险所必要的信息量即可。此时,董事应当获取的必要信息之范围由商业决策的性质与意义、信息的有效性、信息搜集支出的必要费用、董事接近信息的事实与法律上的可能性等因素决定。^③ 例如,在董事缺乏某种专业知识时,仅仅取得了外部专家的鉴定意见不足以说明董事获取了必要的信息,而是在应当向公司信赖的外部专家充分披露公司的相关信息并取得专家意见时,方可视为履行了信息获取义务。^④ (3)衡量主观要件的客观化标准是指董事不能仅凭个人感觉主观地认为决策符合公司利益,而是应当理性地信赖决策内容符合公司利益、股东利益甚至债权人及职工利益。根据《德国公司治理结构标准》第 4.1.1 条的规定,董事应以持续性地创造价值为目的,为公司利益、股东、职工及相关企业集团的利益而执行职务。此时,法官在审查董事职务行为的合理性时,应当以客观化的标准衡量董事对“为公司利益”的认识。鉴于忠于职守是董事诚信履职的事前义务,判断董事行为是否符合公司利益的前提是,董事行为不得存在失职或懈怠职责。^⑤ 在董事忠实义务维度下考量“为公司利益”时,应重点审查董事职务行为的廉洁性,不得与公司利益冲突。而在董事勤勉义务维度下考量“为公司利益”时,则重点审查职务行为的审慎性。经营管理层在作出商业判断前应获取决策所需的全部必要信息,且对其进行了合理审慎的研究和分析。^⑥

三、董事职务懈怠行为责任承担的构成要件

董事职务懈怠行为的追责事由可以分为违法履职与过失履职两个类型。部分国家立法认为,违法履职也属于广义上的过失履职,两者均属于违反善良管理人注意义务的行为,应当合并

^① 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》,《中外法学》2016 年第 1 期。

^② See ALI, the American Law Institute: Principles of Corporate Governance § 5.02, p.213.

^③ 参见曾祥生:《董事责任规制的困境与应对——以董事个体差异为视角》,《法学杂志》2022 年第 6 期;汤欣、李卓卓:《董事对第三人责任的理论基础与规范构造》,《法律适用》2024 年第 3 期。

^④ 参见甘培忠、周淳:《上市公司定期报告信息披露违法董事责任认定研究》,《北方法学》2012 年第 3 期。

^⑤ 参见朱羿锜:《论董事问责的诚信路径》,《中国法学》2008 年第 3 期。

^⑥ 参见刘俊海:《董事责任制度重构:精准问责、合理容错、宽容失败——以弘扬企业家精神为视角》,《交大法学》2023 年第 3 期。

追责。例如,《日本公司法》采取合并立法模式,根据其第423条第1款的规定,董事在执行职务时因未能尽到善良管理人的注意义务而导致公司损害时,应当对公司承担损害赔偿责任。考虑到法律文本的公开性特点,在违法履职与职务懈怠中,董事所负注意义务的程度不同,以下重点围绕职务懈怠行为的责任内容、责任范围与责任例外进一步阐释董事职务懈怠行为的追责规范。

(一)责任构成:归责原则与证明过错

1. 职务懈怠的归责原则

董事责任的归责原则决定董事责任的制度功能。当董事责任为无过错责任时,董事责任的制度功能在于压实董事责任以恢复公司原状;而当董事责任为过错责任时,董事责任制度则通过强调董事责任的独立性以预防职务懈怠的发生。^① 基于归责原则与董事责任制度功能的相关性,立法者对董事责任制度的功能定位深刻影响归责原则的确定。即使理论上承认董事责任成立要件为义务的违反,也因不完全履行的“事实”与客观化的“过错”存在重合而导致在董事责任的归责原则问题上依然存在过错责任与无过错责任的观点对立。

为了消除董事责任构成中“过错”的重合,域外立法在董事责任成立条款中,未规定董事违反善管义务时的主观状态,仅规定董事违反善管义务时对公司承担赔偿责任。代表性的立法为2006年公司法独立之前的《日本商法》。2006年公司法独立之前的《日本商法》第266条第1款规定,董事对公司承担赔偿责任的情形分别是违法分配、利益供给、向董事贷款、利益冲突交易以及违反法律与章程的行为。由此可以看出,2006年公司法独立之前的《日本商法》在董事责任制度构造上与我国的新《公司法》第188条相似,均未规定“故意或过失”的主观要件。

面对缺乏主观要件的董事责任成立条款,有学者认为董事责任为无过错责任,理由在于:当董事职务懈怠导致公司利益受损时,参与决策的董事之间承担不真正连带责任,因此董事责任制度的功能在于压实董事责任来恢复公司原状。^② 董事的无过错责任增加了董事的履职风险,以至于实践中董事承担着过重的履职负担。伴随公司法理论的发展,无过错责任逐渐暴露出过重的经营负担,从而抑制了董事履职的积极性。对此,2006年《日本公司法》董事责任成立条款增加了“无过错抗辩”要件,以过错推定的方式明确董事责任的过错责任。2011年修订的《韩国商法》董事责任成立条款增加主观要件之故意或过失,将董事责任明确为过错责任。当董事责任适用过错责任时,有别于无过错责任下董事彼此之间的履职担保,更加强调董事履职的独立性,从而间接地预防职务懈怠行为的发生。

2. 证明过错的两种模式

在承认董事责任的过错责任属性之后,如何分配董事过错的证明义务就成为公司诉讼的关键。关于董事责任中如何分配过错的举证责任,学术界存在两种模式,即不区分主客观要件的“一元法律结构”模式与区分主客观要件的“二元法律结构”模式。^③ 两类立法模式的区别在于,当董事职务懈怠行为引发的损害赔偿责任为过错责任时,原告起诉时是否需要追加举证董事的过错。

^① 江頭憲治郎『株式会社法(第6版)』(有斐閣、2015年)461頁参照。

^② 参见楼晓、汪婷:《论董事责任中归责原则的适用》,《商场现代化》2007年第19期。

^③ 参见陈景善:《论董事对第三人责任的认定与适用中的问题点——以日本法规定为中心》,《比较法研究》2013年第5期。

过错推定的董事责任成立条款是“一元法律结构”的立法特点。《日本公司法》是“一元法律结构”的代表性立法。根据《日本公司法》第 423 条及第 425 条的规定,董事、会计监事、执行官等职务懈怠导致公司利益受损时,对公司承担赔偿责任(第 423 条第 1 款),但董事善意且无重大过失时除外(第 425 条第 1 款)。针对《日本公司法》中过错推定的责任成立条款,有学者认为,在追究董事职务懈怠行为时,原告只需举证董事存在职务懈怠,而无须单独举证董事在职务懈怠上存在主观过错。原因在于,职务懈怠责任不是结果债务(追求事业的成功或利益的增加),而是行为债务(董事尽到善良管理人的注意义务),因此,在违反行为债务的债务不履行责任中,过错应当是董事违反行为义务导致未能预见或防止某种结果的发生(客观事实)。此时,职务懈怠要件之“董事履行职务时未能尽到善管义务”与归责事由之“过失=未尽善管义务=未能预见或防止某种结果的发生”具有实质重合。因此,原告(公司或股东)起诉时仅须证明董事存在职务懈怠的事实,而无须证明董事在职务懈怠中具有主观过错。^①当然,面对诉讼,董事可以通过举证无过错来抗辩。

董事责任成立条款明确主观过错是“二元法律结构”的立法特点。《韩国商法》是“二元法律结构”的代表性立法。根据《韩国商法》第 399 条的规定,董事故意或过失违反法律或公司章程以及怠于执行职务时,董事应当对公司造成的损害承担赔偿责任。^②《韩国商法》第 399 条规定的董事责任成立条款未明确,怠于执行职务(职务懈怠)而对公司承担赔偿责任的情形下,起诉权人(公司或股东)是否应当举证董事职务行为存在故意或过失。在实践中,围绕《韩国商法》第 399 条规定的起诉权人举证董事职务懈怠行为的过错是否构成对公司财产权的侵害,有学者认为,市场经济秩序需要过错责任来维护,因此如何确定董事责任的归责原则,属于立法者的立法裁量范畴。在行使裁量权的过程中,立法者应当综合考量董事业务执行权的利害关系,以及司法正义、裁判公正、争讼焦点的特殊性还有证据获取的便宜性等。由于董事职务懈怠行为是其作为善良管理人承担注意义务的要求使然,因此职务懈怠行为不能与过错分离而存在。至此,韩国宪法法院法官认为,由起诉权人承担故意或过失的举证责任具有一定的合理性,且没有超出商法内在的立法权,不存在侵害公司财产权的问题。^③

在以过错责任为通行规则的董事责任制度中,举证责任的分配对董事责任成立具有重要意义。尤其是,过错推定的董事责任制度构成能够有效减轻董事责任诉讼中起诉权人的举证负担,从而弥补股东作为起诉权人时信息获取能力的不足。不仅如此,董事自证无过错的抗辩模式,也从逻辑上消除了董事义务违反与过错同一性的矛盾,更加契合董事责任的债务不履行属性。

(二) 追责事由:违法履职与过失履职

1. 违法履职的董事责任

董事违反法律、法规或者公司章程的行为是违反董事义务的基本类型,也是最基础的损害赔偿责任成立的事由,更是我国公司法董事责任成立条款的规范内容。新《公司法》第 188 条继续援用旧《公司法》第 149 条规定的董事责任成立条款,规定董事职务行为“违法违规及违反公司章程”时的赔偿责任。对于该条款的适用,违反章程的情形相对容易辨别。但是,对于董事职务行

^① 江頭憲治郎『株式会社法(第 6 版)』(有斐閣、2015 年)466 頁参照。

^② 参见蔡永浩编:《韩国法律汇编》,法律出版社 2023 年版,第 518 页。

^③ 参见[韩]崔竣:《韩国公司法》(上),王延川、崔嫦燕译,中国政法大学出版社 2020 年版,第 459 页。

为违反法律法规的,如何界定法律法规的范围,在实践中往往成为推定董事是否存在主观过错的重要因素。

一般来讲,董事知道或应当知道的法律法规的范围限于与董事履职相关的商事立法及与公司经营活动有关的各项规定。^①换言之,董事无须知晓全部法律法规,只需要知晓履职范围内必要的法律法规即可。实践中存在的法律法规较为多样,字面上理解法律法规的范畴相对清晰,但各类机关对外颁布的规范性文件较多,董事违反部门规章或董事违反行政机关的行政指导意见,是否应当被视为违反法律法规而课以赔偿责任,成为实践中争议较多的问题。例如,行政机关的行政指导意见对公民不具有直接约束力,在性质上不属于法律范畴。但不可否认的是,行政机关的行政指导意见对公司经营具有约束力,董事不得不予以关注。因此,董事未能关注而导致违反行政指导意见时,虽不构成违法履职,但可以构成过失履职而承担赔偿责任。不仅如此,董事违反外汇管理规定、金融公司内部审核管理规定以及金融公司监管规定等部门规章时,即便上述部门规章在性质上不属于法律范畴,但当其规范的内容系商事法律的延伸时,也应当视为违反法律法规而承担赔偿责任。

2. 过失履职的董事责任

董事职务懈怠行为的债务属性决定,不能以结果为导向判断董事职务行为的合理性,因此相较于违法履职而言,实践中难以判断董事职务行为是否构成过失履职。

在过失履职的界定上,考量董事与公司间是否存在利益冲突因素而区分适用不同的过失履职标准已成为较为通行的规则。具体而言:一方面,当董事与公司间不存在利益冲突时,应当充分考量董事的地位与权限、公司规模、公司所处的情况、公司内部程序限制、社会经济状态以及履职结果等因素,衡量董事职务行为的合理期待,进而判断董事是否构成过失履职。此时,董事是否存在过失履职的情形,不仅限于履职的合法性评价,而且应当包括履职的合理性与效率性评价。^②换言之,董事的懒惰与业务不精也属于违反注意义务的情形。^③例如,公司在将其持有的闲置资金放置在利率较低的存款账户内而未进行有效投资时,虽不构成违法履职,但可能构成过失履职。另一方面,当董事与公司间存在利益冲突时,决策的内容与程序的公平性是衡量董事是否构成过失履职的标准。此时,公平交易与公平价格是公平性考量的两个方面。其中,公平交易是指交易的动机、交易的时间、交易是否向其他董事公开以及交易是否取得其他董事的认可等。而衡量公平价格的因素具体包括资产、市场价值、预期收入以及交易对股价的影响等。公平交易与公平价格不是割裂存在的,而是作为一个整体放在公平性的大框架内通盘评价的。^④

(三)责任范围:履职程度与履职范围

1. 职务懈怠的履职程度

在董事职务懈怠责任中,董事违反义务的衡量标准是董事的履职程度是否符合法律对董事的期待。正所谓,董事义务规范与董事责任规范具体指向立法对董事业务水平以及决策能力的期待。此时,对董事履职的期待程度与公司付出的经营成本息息相关。换言之,公司应当结合自

^① 参见吕成龙:《上市公司董事监督义务的制度构建》,《环球法律评论》2021年第2期。

^② 参见南玉梅:《董事职务行为的司法审查:原则与例外》,《广东社会科学》2022年第6期。

^③ See Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*(2nd Edition), West, 2010, p.340.

^④ See *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156(Del. 1995).

身的现实情况,在经营成本可以承受的范围内合理期待董事履职程度。

一方面,董事的履职程度取决于董事的个人能力。鉴于董事的薪酬待遇能够间接衡量董事的个人能力,理论上公司支付的薪酬越高就能聘请到能力越强的董事。原因在于,董事履职时的注意程度会直接或间接地体现为公司成本。^① 出口规模较小的公司董事与出口规模较大的公司董事在具体履职时,承担的注意义务的程度肯定是不同的。因此,每年出口1万美元电子产品的公司董事与每年出口1000万美元电子产品的公司董事,对进口国关税制度的了解可以存在差异。这种差异便是法官在个案中判断董事职务懈怠时需要把握的裁量范围。

另一方面,董事的履职程度取决于公司层面为预防董事履职过失而设置的内控体系。根据《日本公司法》第348条第3款第4项的规定,董事有义务构建内部合规体系。公司内控体系的功能在于,通过合理的信息传递与报告系统来预防董事职务懈怠行为的发生。因此,公司内控系统不仅限于防止会计造假而设置的公司内部会计管理制度,还应当包括防止公司违法经营而设置的即时报告制度以及改正措施等。基于此,董事怠于构建公司内控体系而导致公司从事违法经营的,应视为董事对违法经营行为存在监督失职,应当基于职务懈怠行为承担对公司的损害赔偿责任。^②

然而,董事的履职程度并不会因为公司设置了内控体系而降低。公司构建内控体系用以监督全体员工业务执行行为的恰当性、合法性,并确保财务机制的透明度。^③ 虽然公司内控机制的建立与否为董事是否尽到监督员工合法履职的责任奠定了制度基础,但董事构建内控体系属于勤勉义务的延伸,未建立内控机制可以推定董事存在职务懈怠。^④ 此时,董事承担责任的过错程度受公司实际情况、决策风险的影响,司法权基于个案考量得出过错比例,从而确定职务懈怠责任的大小。不仅如此,董事间的业务分工也不会减轻董事的履职程度。正如有论者指出的那样,随着公司规模日益增大,公司业务也随之逐渐分化,董事在其专业领域内各司其职已成为实践常态,但业务分工导致董事未能有效监督其他董事的违法行为的,依然构成职务懈怠行为。^⑤ 尤其是,为倡导董事慎重决策,在违法或不合理的董事会决议中推定赞成决议的董事构成职务懈怠。根据《日本公司法》第423条第3款第3项的规定,当董事会决议对公司产生损害时,推定赞成决议的董事以及执行董事存在职务懈怠。这是在团体法色彩较为浓厚的董事会决议中有效平衡集体决议与董事独立责任的制度安排。

2. 职务懈怠的履职范围

如果说董事的履职程度与公司所负的经营成本相关,那么董事的履职范围则受公司自身的营利属性影响。鉴于公司利益最大化无法量化,董事的履职范围不仅包括业务的合法性,还包括业务的合理性。然而,董事职务行为的合法性在行为之初便可知晓,但职务行为的合理性往往需要长时间的积累才能准确判断。因此实践中难以界定董事职务行为的合理性,而这也是影响董事履职范围的重要因素。

^① 参见傅穹:《司法视野下独立董事的责任反思与制度创新》,《法律适用》2022年第5期。

^② 最判平成20.2.12「商事法務」1825号56頁参照。

^③ 参见陈瑞华:《企业有效合规整改的基本思路》,《政法论丛》2022年第1期。

^④ 参见陈景善:《董事合规义务体系——以董事会监督机制为路径依赖》,《中国法律评论》2022年第3期。

^⑤ 参见杨大可、林指:《商业判断规则在我国的引入:争议、实践与德国镜鉴》,《河南财经政法大学学报》2022年第4期;吴越、陈杰:《董事监督义务裁量规则研究》,《社会科学研究》2023年第6期。

董事的职务行为不会因其遵循股东会、董事会决议或大股东指示而当然合理。董事作为公司的业务受托人,独立履职且承担责任。因此,在域外法实践中,法官认为当股东会或董事会决议客观违法或不适当时,董事有权基于独立的判断追求公司利益最大化。倘若董事毫无判断地盲目遵循股东会或董事会决议时,并不能因其遵循股东会、董事会决议而认定董事履职具备合理性,此时依然会构成职务懈怠行为而应对公司承担赔偿责任。^①不仅如此,董事与控股股东之间也是彼此独立的关系,董事仅基于公司的受托人对公司负责,没有法定义务遵循控股股东的指示,因此董事不能以遵循控股股东指示为由主张免除职务懈怠行为引发的损害赔偿赔偿责任。^②可见,在董事遵循股东会、董事会决议或控股股东的指示而该决议存在违法或明显不当时,董事履职不符合履职范围而构成职务懈怠行为。

四、规范董事职务懈怠行为的公司法进路

董事责任的行为债务属性决定了董事职务懈怠行为应当成为董事责任成立的事由。然而,新《公司法》第188条继续援用旧《公司法》第149条,将董事责任成立的原因限制在“违反法律、行政法规或者公司章程”之内,既排除了职务懈怠行为的司法追责空间,又将董事义务等同于守法义务,变相降低了董事的履职标准。鉴于对董事职务懈怠行为的追责之于完善公司内部风险防范机制的重要意义,以下重点对董事职务懈怠行为法律责任的立法完善提出具体方案。

(一)确立与履职标准一致的追责标准

董事义务与董事责任相适应是董事职务行为的追责基础。旧《公司法》内模糊的董事义务内涵在新《公司法》第180条中得到修正,但与董事义务相对应的董事责任承担标准未能反映在新《公司法》之中,以致在董事履职标准与董事责任成立标准之间存在规范上的不对称。新《公司法》第180条修正了旧《公司法》第147条之董事义务内涵不明的立法缺陷,通过明确董事义务的内涵,试图限制司法权对董事义务的恣意解读。然而,新《公司法》第188条继续援用旧《公司法》第149条,未改变董事履职标准与董事追责标准不统一的规范现状,将董事责任成立标准限制在“违反法律、行政法规或者公司章程”之内,直接导致董事职务懈怠行为依然缺乏规范基础。

根据旧《公司法》第147条第1款的规定,董事义务可以分解为“遵守法律、行政法规和公司章程”的守法义务,以及忠实义务与勤勉义务这3个类型。在明确了董事义务的基础之上,关于董事责任的规范,旧《公司法》第148条第2款以公司归入权的方式规定了董事违反忠实义务的法律后果,并在第149条规定了董事违反守法义务的法律后果。然而,旧《公司法》第148条第1款仅以程序限制来规范董事忠实义务的职务行为,导致在司法实践中法院常常将董事忠实义务等同于董事的守法义务,只有在其“违反法律、行政法规或者公司章程”时才课以赔偿责任,使得在法律效果上间接降低了公司法对董事履职的期待。不仅如此,旧《公司法》缺乏对董事勤勉义务内涵的解释,以致法官在审判中常常借助董事义务的学理内涵,综合考量各类因素来审视董事是否尽到“合理注意”义务,并以此为基础判断董事是否需要对公司承担损害赔偿赔偿责任。但是审

^① 参见[韩]金建植等:《公司法判例研习——以韩国公司法为视角》,张珍宝等译,法律出版社2021年版,第179页。

^② 参见丁勇:《董事执行股东会决议可免责性研究》,《法学》2020年第5期。

判中法院应当考量哪些因素,具体实践是不一致的。^①例如,为了偿还公司债务,在董事处分公司设备时,法官综合考量公司的实际经营情况、公司未来经营计划及负债等信息,认为董事处分的设备系闲置设备,处分决定具有合理性,判决董事不承担损害赔偿责任。^②与此相反,关于董事作出恢复生产的商业决策是否合理,法官综合判断公司经营的特点、恢复生产后董事的获利以及公司的惨淡业绩等,认为董事的经营决策不具有合理性,应当对公司承担损害赔偿责任。^③可以看出,虽然未尽合理注意义务的董事职务行为不是旧《公司法》规定的董事责任的追责事由,但仍是实践中法院认定董事责任的事由。

新《公司法》并未改变董事义务规范与董事责任规范不对称的情况。根据新《公司法》第180条的规定,董事义务可以分解为“遵守法律、行政法规和公司章程”的守法义务,以及“避免自身利益与公司利益冲突”的忠实义务与“为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”的勤勉义务这3个类型。针对新《公司法》对董事义务的分类,有学者指出,董事的守法义务与董事的忠实义务以及勤勉义务之间的关系存在疑问,而这也进一步导致董事信义义务的内在体系混乱。^④考虑到董事义务的抽象性,新《公司法》增加了董事义务的适用范围。例如,新《公司法》第181条原则性地规定了董事忠实义务的适用范围,第182条细化了自我交易规则,第183条细化了挪用公司商业机会规则,第184条细化了董事竞业禁止规则等。可见,在董事义务的适用范围上,新《公司法》仅明确了以利益冲突为核心的董事忠实义务,对董事勤勉义务的适用范围缺乏立法关照。此外,在董事义务之外,新《公司法》在董事责任规范上继续援用旧《公司法》的规范,在第186条以公司归入权的方式明确了董事违反忠实义务的法律后果,并在第188条规定了董事违反守法义务的法律后果,亦缺少董事违反勤勉义务时的法律后果。对此,有学者指出,新《公司法》第188条适用于董事违反法律和行政法规的禁止性规定以及违反公司章程的行为,未能涵盖董事违反勤勉义务的其他情形。例如,违反股东会或董事会决议,以及违反公司内部管理规定等。^⑤由此可以看出,新《公司法》在董事责任规范上,依然存在董事义务与董事责任规范不对称的情形。

董事的守法义务与董事的忠实义务以及勤勉义务截然不同。守法义务是董事承担的最基础的义务,同时也在实践中也较易辨识。然而,基于董事责任的行为债务属性,“避免自身利益与公司利益冲突”的忠实义务与“为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”的勤勉义务的履职标准在实践中相对难以明确。结合董事忠实义务的内涵之“避免自身利益与公司利益冲突”,忠实义务在大多数情况下体现为董事的不作为义务。因此,董事未能履行忠实义务具体表现为董事个人实施了法律禁止或限制的特定行为。^⑥有别于董事的忠实义务,董事的勤勉义务的行为债务属性更为强烈。在公司的决策中,负有勤勉义务的董事必须主观上努力达到一定的标准,不能在决策过程中存在未知领域内怠于行使知情权、盲目信赖其他董事而作出决议的情形。可

^① 参见王真真:《董事勤勉义务制度的利益衡量与内涵阐释》,《财经法学》2022年第3期。

^② 参见四川省高级人民法院(2014)川民终字第667号民事判决书。

^③ 参见湖南省高级人民法院(2014)湘高法民二终字第73号民事判决书。

^④ 参见王建文:《我国董事信义义务制度的扩张适用:一般规定的确立》,《当代法学》2023年第1期。

^⑤ 参见叶林:《功能主义视野下的董事勤勉义务》,《环球法律评论》2024年第1期。

^⑥ 参见朱望:《公司董事横向信义义务的理论证成——迈向公司治理现代化》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2020年增刊。

以看出,董事各类义务的履行标准是不同的,因此董事责任成立的标准也应当有所差异。

董事责任成立标准作为董事义务的履行标准的具体化,董事责任成立条款应当对董事忠实义务与董事勤勉义务予以回应,否则董事义务无法真正约束董事职务行为,只会沦为“纸面义务”。基于此,从董事义务与董事责任的规范对称来看,新《公司法》第188条之董事责任成立条款应当增设董事“怠于履行职务”(职务懈怠行为),一方面回应董事义务的内涵变化对董事责任成立的影响,另一方面弥补因董事过失履职导致公司利益受损时所造成的公司损害。

(二)以过错责任为归责原则

在股东承担有限责任的原则下,经营权与所有权相分离的公司治理结构是合理平衡股东与债权人利益的组织架构。^①然而公司经营的合理运转离不开保障经营权诚信行使的制度措施。其中,董事解聘机制作为事后的惩罚措施,客观上不能救济董事职务懈怠对公司利益造成的损害。因此在公司立法上,针对董事职务行为对公司利益的损害,从损害救济的角度引入董事对公司的赔偿责任(财产责任),在弥补董事职务行为对公司利益的损害的同时反向提升董事履职的注意义务,间接遏制职务懈怠行为的发生。然而,在董事责任的制度功能中,公司立法是偏向公司损害的救济价值还是偏向董事履职能力的提升,取决于董事责任制度中的归责原则的设定。

董事责任的归责原则决定董事责任的制度功能。当董事责任为无过错责任时,董事责任制度的主要功能在于压实董事责任以恢复公司原状;而当董事责任为过错责任时,董事责任制度则通过强调董事责任的独立性以预防职务懈怠行为的发生。^②观察旧《公司法》第149条可知,董事责任成立要件中既未规定“故意或过失”的主观过错,也未规定“无过错抗辩”。然而,有别于公司法的规定,司法实践中法官时而“忘却”董事责任的规定,常常援引董事职务行为不存在“主观故意”“故意或重大过失”或“轻微过失”来否定董事责任的成立。例如,在董事明知(主观过错)交易不符合公司审批流程却依然作出发货决议导致公司损失时,法官认为董事存在主观故意而要求其承担赔偿责任。^③又如,董事明知(主观过错)用人单位应当与劳动者签订书面劳动合同以及用人单位不与劳动者签订劳动合同的法律后果,却未对公司有关部门进行提示,有失管理职责,法官结合董事的过错程度认定董事对公司70%的损害承担赔偿责任。^④再如,在董事代表公司提前终止某项合同时,法官认为董事对终止事宜的行为及后果未尽适当的注意义务导致公司利益受损,存在疏忽大意或者重大过失(主观过错),认定董事对公司的赔偿责任。^⑤

不仅如此,倘若将董事责任解释为无过错责任,恢复公司损害是董事责任制度的首要功能。然而,无过错责任势必引发董事的履职焦虑,也会影响董事个人责任的合理划定,不利于董事的科学履职。因此,法官通过司法权试图矫正董事责任制度立法的归责原则,将其界定为过错责任。但当董事责任为过错责任时,法官不得不肩负起个案中解释董事过错程度的艰巨任务。基于董事责任的行为债务属性,法官的裁量权表现在衡量董事职务行为的合理性,并具体化为董事决策时是否存在职务懈怠行为。既有判决表明,部分法院在实践中运用裁量权衡量董事职务行

^① 参见叶林:《公司治理机制的本土化——从企业所有与企业经营相分离理念展开的讨论》,《政法论坛》2003年第3期。

^② 江頭憲治郎『株式会社法(第6版)』(有斐閣、2015年)461頁参照。

^③ 参见福建省高级人民法院(2020)闽民申4755号民事裁定书。

^④ 参见广东省高级人民法院(2017)粤民申3716号民事裁定书。

^⑤ 参见北京市高级人民法院(2009)高民终字第1606号民事判决书。

为的合理性。例如,公司设立分公司开销过重而公司利益受损时,针对设立分公司的决议是否合理,法官认为董事会经过充分的调研作出的分公司设立决议,不存在“故意”(主观过错)损害公司利益的主观恶意或重大过失,否定了董事对公司损害的赔偿责任。^① 在本案中,董事职务行为虽然导致公司利益受损,但法官以裁量权衡量董事职务行为的合理性(而非合法性),从而否定了董事的损害赔偿责任。从结果上来看,法官对董事职务行为的合理性审查也间接认可了过错责任下职务懈怠行为的可追责性。

在明确了董事责任的过错责任基础之上,针对董事举证责任的分配,公司法内部的董事责任之间以及公司法与证券法内的董事责任之间应当作出体系化的整合。一方面,新《公司法》内部存在董事责任归责原则上的体系失衡。例如,针对董事对公司的赔偿责任,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”。可以看出,新《公司法》第188条在董事对公司的赔偿责任上,未明确主观过错作为董事责任的构成要件。与此相反,新《公司法》第191条则规定:“董事、高级管理人员执行职务,给他人造成损害的,公司应当承担赔偿责任;董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的,也应当承担赔偿责任”。从字面意义上来看,董事对第三人责任是一种过错责任,但过错的对象是职务行为还是第三人损害,立法规范规定得不够明确。若过错对象是职务行为,则意味着董事对第三人责任本质上也是一种职务懈怠行为。只是这类职务懈怠行为只有在存在故意或者重大过失时,经营者才对第三人承担责任。但是,若过错对象是第三人损害,则意味着董事对第三人责任本质上是侵权责任。只是这类侵权责任有别于民法上的一般侵权责任,主观过错上排除了轻过失,仅保留了故意或者重大过失。然而,当过错对象解释为职务行为时,作为职务懈怠行为的董事对第三人责任与新《公司法》第188条董事对公司的赔偿责任在归责原则上存在体系失衡。另一方面,公司法与证券法在董事责任的归责原则上存在体系失衡。根据《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第85条的规定,在虚假陈述案件中,公司的经营管理层以及证券发行的中介机构与发行人承担连带赔偿责任,但是能够证明自己没有过错的除外。可以看出,《证券法》第85条与新《公司法》第188条的不同之处在于,以过错推定的方式明确了虚假陈述案件中经营管理层的责任。过错推定也是过错责任,只是在过错的证明责任分配问题上有所不同。因此,从统一董事责任的规范来看,公司法要么以过错推定的方式确立董事职务懈怠行为的证明责任的分配,在简化起诉条件的同时实现公司法与证券法在归责原则上的一致性;要么在董事责任成立条款中明确主观过错,实现公司法在董事责任问题上归责原则的一致性。

(三)增设履职过失的追责事由

在董事职务懈怠行为的司法审查实践中,既要区分违法履职与过失履职的具体情形,也要区分履职程度与履职范围的差异性,还要合理划分可适用商业判断规则的边界。

首先,董事职务懈怠行为可以分为违法履职与过失履职,两者的过错衡量因素是不同的。考虑到法律文本的公开性特点,在违法履职与过失履职中,董事所负注意义务是不同的。就违法履职而言,董事的过错程度取决于董事知道或应当知道的法律法规的范围。此时,董事无须知晓全部法律法规,而只需要知晓履职范围内必要的法律法规即可。尤其是公司经营涉及金融业时,即便外汇管理规定、金融公司内部审核管理规定以及金融公司监管规定等部门规章在性质上

^① 参见四川省高级人民法院(2016)川民终950号民事判决书。

不属于法律,但规范内容与金融业紧密相关时,董事也应当掌握相关部门规章所涉及的内容。就过失履职而言,利益冲突因素决定董事过错程度。在利益冲突交易中,董事职务行为的内容与程序的公平性是衡量董事过失履职的标准。此时,交易动机是否属于为个人或第三人牟利、交易是否向其他董事公开以及有无经过董事会或股东会决议,以及交易价格是否公允等为考量因素。在非利益冲突交易中,董事的地位与权限、公司规模、公司具体情况、社会经济状态以及履职结果等均为衡量董事履职过失的因素。

其次,在董事职务懈怠行为中,影响履职程度与履职范围的因素是不同的。鉴于董事责任的行为债务属性,立法中无法明确董事的履职程度与履职范围,因而法官在审查董事职务行为的合理性时具有一定的裁量权。也正因为如此,厘清影响董事履职程度与履职范围的相关因素,有助于减少法官在认定董事职务懈怠行为上的裁量权。就履职程度而言,董事的履职程度与公司的成本有关。一方面,公司支付的薪酬越高,其聘请的董事个人能力就越高。因此规模较大的公司为董事支付的薪酬待遇较高,相应地,董事履职程度也就更高。另一方面,公司为内控体系的建立投入的成本越多,越能说明董事为预防职务懈怠行为而尽到的注意程度越高,因此董事的无过错抗辩空间也会越大。就履职范围而言,董事的履职范围与公司的营利属性相关。一方面,董事的履职范围包括业务合法性与业务合理性。其中,相比业务的合法性,业务的合理性判断与公司的规模、业务类型、经营环境等客观情况息息相关。另一方面,董事履职的合理性不因其遵循股东会、董事会的集体决议又或大股东指示而当然合理。可以认为,只有在公司利益范围内的董事履职才具有合理性。

最后,在董事职务懈怠行为的追责问题上,应当划分商业判断规则的适用边界。结合董事责任的行为债务属性,不能以结果导向评价董事职务行为,因此也不能以公司的损害结果认定董事存在职务懈怠行为。此时,商业判断规则以保护董事正直过失为目标,通过限制司法权介入公司经营的方式鼓励董事积极履职。然而,观察我国的司法实践可以看出,商业判断规则并未限制司法权介入公司经营,反而更加“主动”地介入公司经营,依托公司利益判断董事决策合理与否的判断依据,间接实现了司法权对董事可能的履职懈怠行为的“弹性追责”效果。不可否认的是,当法官借助公司利益追责董事可能的职务懈怠行为之时,客观上造成司法权介入经营决策的不利后果,因此有必要进一步划分商业判断规则的适用边界。一方面,董事的违法行为不适用商业判断规则。董事的守法义务决定董事违法时不得适用商业判断规则推定董事职务行为具备正当性。^①另一方面,在利益冲突交易中区分具体情况判断适用商业判断规则的空间。职务懈怠行为仅适用于无利益冲突的董事决策行为。董事为了个人利益或公司的利害关系人的利益从事利益冲突交易本身违反了董事的忠实义务,此时无须法官介入审查决策内容的合理性,因而不存在职务懈怠之可能。

五、结 语

董事义务与董事责任的规范对称是合理追责董事的立法基础。新《公司法》继续援用旧《公司法》董事义务的规范构成,将董事义务类型化为守法义务、忠实义务与勤勉义务。然而,有别于

^① 参见蔡元庆:《董事责任的追究和经营判断的原则》,《现代法学》2002年第4期。

董事义务规范,董事责任成立条款仅反映了董事的守法义务,而未对董事忠实义务与勤勉义务予以回应,直接导致董事义务与董事责任成立标准之间的不对称性。至此,新《公司法》第188条之董事责任成立条款应当增设董事职务懈怠行为,一方面回应董事勤勉义务与忠实义务的内涵变化对董事责任成立的影响,另一方面弥补因董事过失履职导致公司利益受损时造成的公司损害。未来的新公司法应当充分重视公司法的实践功能,在明确董事义务指向的基础之上,完善董事责任成立条款与董事义务规范之间的相关性,让董事责任条款真正发挥作为约束董事职务行为之标尺的作用,从而避免董事义务沦为“纸面义务”。

Abstract: The symmetry of norms between directors' duties and directors' liabilities is the legislative basis for reasonably holding directors accountable for their official actions. The legitimacy of holding directors accountable for their dereliction of duty stems from the behavioral obligation attribute of director liability. This attribute determines that the establishment of director liability does not require specific outcomes; instead, it demands that directors do not violate their duties when performing their duties. Therefore, it is impossible to judge whether directors have fulfilled their responsibilities solely in accordance with relevant laws, administrative regulations, and the company's articles of association. To restore the requirement of director liability as a work obligation to perform their duties diligently, the provisions for the establishment of director liability should include negligence in directors' duties as a basis for accountability. On one hand, this responds to the impact of changes in the connotation of director duties on the establishment of director liability, and on the other hand, it compensates for the damage to the company caused by director negligence, allowing the provisions on director liability to truly serve as a constraint on directorial conduct.

Key Words: directors' liability, behavioral debt, negligence in directors' duties, directors' obligations
