论董事忠实义务的程序性保障

——以利益冲突披露义务为中心

袁崇霖*

目次

一、从要素到体系:利益冲突披露规范的演讲阶段

三、披露义务的体系表达:要素统合与规范 构造

二、披露义务的理论支撑:逻辑基础和功能 展开

四、违反披露义务法律后果的区分辨析 五、结语

摘要 作为忠实义务的程序性保障,董事的利益冲突披露经历了从规则要素、义务雏形到规则体系的法律演进阶段。我国公司法虽然对此给予了部分立法确认,却未能促成其向常态义务的完整嬗变。利益冲突披露义务应当建立在董事受信义务人地位的基础上,为忠实义务实现提供信息基础和纠纷预防的功能,并能够弥合实质审查的不确定性,缓和外部评价的信息不对称。在面临重大利益冲突时,董事应以书面方式,向董事会或其他全部董事履行披露义务。现行法未区分违反利益冲突披露义务的责任和与交易有关的责任,无法充分救济公司损失。董事若违反利益冲突披露义务,应就其行为本身承担损失赔偿责任、失去抗辩及章定责任等法律后果。如存在后续利益冲突交易,该交易还需接受完全公平标准检验,董事则对应承担利益归入责任。

关键词 董事 忠实义务 披露义务 利益冲突 信息机制

2024年7月1日正式实施的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)进一步完善了公司董事、高管等(以下均以"董事"指称)受信义务的规定,并通过设置连带责任,间接将控制股东、实际控制人纳入了受信义务的规制范畴。然而,遗憾的是,作为受信义务的重要内容,在针对董事忠实义务的具体规则设定上,新《公司法》并未配置关于利益冲突披露的常态义务规范,使得忠实义务仍停留在缺乏关键程序性保障的"未完成形态"。对此,本文将以这一缺失的程序性义务为切口,在我国公司法自身的运行逻辑基准上,参照比较法经验,指出为什么董事忠实义务的有效落实,需要借助一项常

^{*}清华大学法学院博士研究生。本文为上海市哲学社会科学规划课题青年项目"公司合规机制的董事义务之维"(项目编号: 2022EFX007)的阶段性成果。

态运行的披露义务要求,以及公司法应如何整合、承载利益冲突披露义务的理论支撑和规则体系。

一、从要素到体系:利益冲突披露规范的演进阶段

作为公司治理的核心规范之一,公司法上的忠实义务最终可落实为两种实现方式:实质性审查和程序性保障,其中程序性保障在今天占据着重要的地位。^[1] 相较于代表实质性审查的结果规制规范不断收缩调整,利益冲突披露作为程序控制的方法,由于能够弥合实质审查的不确定性,越发得到重视,以至于牛津大学的约翰·阿莫尔教授总结道:"利益冲突规则的关切与其说是归复损失,毋宁说是鼓励披露。"^[2]在这一整体趋势下,利益冲突披露义务(下文亦简称"披露义务")的发展经历了从抗辩要素、义务雏形到规则体系的三个阶段。相较而言,我国公司法上的利益冲突披露规范,目前尚处在由抗辩要素到义务雏形演变的初级阶段。

(一) 受信义务中浮现的披露要素

作为忠实义务的上位制度,受信义务肇始于英国衡平法。正如衡平法的经典法谚所云,"衡平法注重实质而非形式"(Equity looks into the intention rather than the form)。在衡平法的哺育之下,受信义务在诞生伊始便具有浓厚的结果规制色彩。即便在其理念和规则进入公司法后,相当一段时间内,受信义务都保持着对于利益冲突一丝不苟的严格性。[3] 最典型的便是早期英国法在传统上将忠实义务理解为禁止冲突或者禁止获利规则,从实质上严格禁止董事将自己置于与公司利益冲突的地位之上或者从公司处谋取私利,而对交易本身的是非曲直在所不问。[4]

随着董事忠实义务的发展,尤其是得益于美国法对此的不断完善,程序控制的理念日渐成熟,降低了上述结果规制的严苛性。按照克拉克教授的总结,作为董事忠实义务的基础模型,美国法上基本利益冲突交易的规制从 19 世纪 80 年代到 20 世纪 80 年代经历了四个阶段,从绝对禁止,到准许公平且经无利害关系的多数董事批准的交易,再到准许进行法院认为公平的交易,直到第四阶段某些州允许进行公平的或者经适当披露且由多数股东批准的交易。[5] 其中,在第三、四阶段,关于披露的要求开始作为忠实义务审查标准的一环浮出水面,并发挥着程序控制作用。例如,在经典的 Weinberger v. UOP —案判决中,特拉华州最高法院便指出,公平交易的标准应当覆盖"交易的时间,如何启动、安排、谈判、向董事披露,以及如何获得董事和股东的批准"等问题。[6]

不过,尽管关于披露的要求得到了一定的重视,甚至"披露十同意"的利益冲突清洁措施开始逐渐成形,但这并不意味着其已经发展出了完整形态。这是因为其中一些关键问题尚未得到回答。如在利益冲突清洁的程序中,适当披露究竟指向何种披露方式?董事的披露应依据何种标准?此外,违反披露的要求本身是否将招致法律责任?更重要的是,此时对披露要求的理解仍然停留在附属于实质审查的要素层面,尚未关注到其独立地常态运行对于公司治理本身的价值。

⁽¹⁾ See J. Robert Brown, Jr., Speaking with Complete Candor: Shareholder Ratification and the Elimination of the Duty of Loyalty, 54 Hastings Law Journal 641, 642 (2002).

⁽²⁾ John Armour, Corporate Opportunities: If in Doubt, Disclose (But How?), in Case and Comment, 63 Cambridge Law Journal 1, 35 (2004).

⁽³⁾ See Aberdeen Railway Co v. Blaikie Bros (1854) 1 Macq. H.L. 461 HL.

⁽⁴⁾ See Andrew F. Tuch, Reassessing Self-Dealing: Between No Conflict and Fairness, 88 Fordham Law Review 939, 939 - 945 (2019).

^[5] 参见[美]罗伯特·C. 克拉克:《公司法则》,胡平等译,工商出版社 1999 年版,第 131 页。

⁽⁶⁾ See Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del. 1983).

(二) 作为程序控制要求的披露义务

20世纪末期以降,英美法中受信义务规范的程序控制形态臻于完善,其中最重要的表现之一,便是披露本身在受信义务项下获得了相当的独立地位。在美国,按照学者的总结,这种披露义务与传统的勤勉义务与忠实义务二分法既有区别又有联系,成为一项具有功能性的子义务,「7〕也被称为"受信披露义务"。[8] 1995 年的 Cinerama v. Technicolor 一案则提到,披露义务可被定性为勤勉义务和忠实义务的衍生物。[9] 而在英国,2003 年的 Item Software v. Fassihi 一案(以下简称"Item Software 案")率先确立了董事在面临利益冲突风险时,披露自己或其他董事不当行为的义务。依该案判决,即便在违反忠实义务的行为与公司损失没有因果关系的情况下,对于上述披露义务的违反本身,也可成为董事向公司承担赔偿责任的基础。[10] 就此,有学者从委托代理关系中的信息不对称角度,结合历史考察,进一步阐释了其对于完全披露规则的支持。[11] 同期,上述判例也影响了加拿大等法域。[12] 不仅如此,董事的利益冲突披露义务还在澳大利亚法院引发了关于受信义务应属禁止性义务还是规范性义务的争议,并且法院表达了对于将董事披露义务作为积极义务的肯定态度。[13] 与此对应,在理念层面,独立成型的披露义务也不再被简单地视为实质审查的组成部分,法官开始认识到,在遭遇利益冲突时配置程序性保障手段,能够使董事会认真地考虑相关的利益冲突。[14] 它也可让公司及时正确地在不确定的情形中做出利益判断,避免使法院动辄越俎代庖地参与到公司利益的评判之中。[15]

(三) 趋于完备的披露义务规则体系

体系化的制定法是先验理性的产物,其代表着对于一项事物具备了相当程度上的普遍的理性 认识。[16] 董事利益冲突披露义务的系统性规定在英美国家的成文法中出现,是这一规范趋于完 备的标志,意味着其已经进入规范演进的成熟阶段,从而能够通过常态运行,全面发挥其对于受信 义务,尤其是忠实义务的程序性保障功能。

对于披露义务规则的体系性规定,美国、英国、澳大利亚法均有例证。美国《示范商业公司法》 (MBCA)现第 8.30 条和第 8.42 条概括规定了董事和高管(包括关键雇员)的行为标准。 [17] 相比 1998 年的版本,2005 年修正案为披露义务增加了一项统领性的规范要求,即董事和高管有义务披

⁽⁷⁾ See Bernard Black, *The Core Fiduciary Duties of Outside Directors*, SSRN (Jun. 13 2001), https://ssrn.com/abstract=270749,18-26.

⁽⁸⁾ See Lawrence A. Hamermesh, Calling Off the Lynch Mob: The Corporate Director's Fiduciary Disclosure Duty, 49 Vanderbilt Law Review 1087 (1996).

⁽⁹⁾ See Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A.2d 1156, 1166 (Del. 1995).

⁽¹⁰⁾ See Item Software (UK) Ltd v. Fassihi, 2003 B.C.C. 858.

⁽¹¹⁾ See Amir N. Licht, Lord Eldon Redux: Information Asymmetry, Accountability and Fiduciary Loyalty, 37 Oxford Journal of Legal Studies 770 (2017).

⁽¹²⁾ Ibid., at 793.

⁽¹³⁾ See Justice Fabian Gleeson, Proscriptive and Prescriptive Duties: Is the Distinction Helpful and Sustainable, and If So, What are the Practical Consequences? Supreme Court Corporate and Commercial Law Conference, 15 November 2017, https://supremecourt.nsw.gov.au/documents/Publications/Corporate-and-Commercial-Law-Conference/2017/2017_Gleeson_JA.pdf.

⁽¹⁴⁾ See John Armour, Directors' Self-Dealing: The Plot Thickens, 113 Law Quarterly Review 540, 545 (1997).

⁽¹⁵⁾ See John Armour, *supra* note (2), at 35.

^{〔16〕} 参见谢晖:《判例法与经验主义哲学》,载《中国法学》2000年第3期,第74—75页。

⁽¹⁷⁾ See Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 8.30, § 8.42.

露或报告其所了解的重大信息。^[18] 作为利益冲突情形下的规则呼应,在集中规定利益冲突交易或安排的 MBCA 第 8 章第 F 分章和第 G 分章,程序控制规则占据了主要的篇幅,利益冲突披露的要求则贯穿始终。^[19] 英国 2006 年《公司法》于 1985 年《公司法》的基础上,进一步完善了利益冲突披露义务的规则,将披露义务再区分为拟议交易中的披露和现行交易中的披露,在取代严格的衡平法规则同时,重组并体系化调适了相应的衡平法义务。^[20] 其中,2006 年英国《公司法》第 177 条及第 182 至 187 条,分别集中规定了董事在拟议或现行的交易中披露其自我利益的义务,该法第 183 条甚至将违反现行交易中的披露义务作为犯罪对待,要求处以刑事罚金。^[21] 此外,该法在关联担保等其他与受信义务有关的具体规则设定中,也将披露要求作为程序控制的必要组成部分加以规定。澳大利亚《公司法》第 191 条详细规定了董事在与公司事务存在重大利益关系时,向其他董事予以披露的义务,并清晰地构建了包括披露对象、方式、内容、例外、责任等在内的体系性规则;作为补充,其第 192 条还规定,董事于公司特定事务中存在持续性的利益关系,可以向其他董事以常备通知的方式予以揭示,从而避免重复披露。^[22]

上述规则体系的特点在于,它们不再依附于特定的利益冲突交易类型,也不局限于董事征求公司同意的具体情形,而是一种常态化的利益冲突信息系统,并成了公司信息流动机制中保障和落实忠实义务的一个重要组成部分。

(四) 检视我国公司法披露义务的发展阶段

与上述几个阶段相对照,我国公司法上的利益冲突披露要求正处于从规则要素到独立义务的嬗变过程之中。我国 1993 年《公司法》关于忠实义务的规定中,不仅找不到披露等程序控制要求的踪迹,而且严格禁止董事的利益冲突行为。待到修订后的 2005 年《公司法》中,立法者才通过设置"股东会或股东大会同意"的程序控制手段,放松了对关联担保、从事竞业等直接或间接利益冲突事项的严格禁止。考虑到披露是将关联交易等利益冲突情形纳入公司正当管控程序的必然要求,[23]虽然立法未在文义上揭示对于披露的要求,但仍可从征求同意的程序中通过法律续造,解释出这一隐含的元素。但是,这一规范漏洞仍在实践中造成了相当的困扰。在我国法院过往审理的此类案件中,曾有当事人试图主张被告董事等在利益冲突交易中未适当履行披露义务,从而构成对忠实义务的违反。但由于缺少法律的明文规定,这一主张最终未能得到法院的支持。[24] 就这类问题,最高法院也在 2019 年《公司法解释(五)》第 1 条中,针对关联交易问题设置了裁判标准,然而其意旨却在于强调实质公平判断上的结果规制。[25] 有评论认为,这是因为程序规则的不周延,只能退而要求法院回到"结果控制"。这种做法并非长久之策。[26] 直到 2021 年底发布的《公司法修订草

⁽¹⁸⁾ See John F. Olson & Aaron K. Briggs, *The Model Business Corporation Act and Corporate Governance*: An Enabling Statute Moves toward Normative Standards, 74 Law and Contemporary Problems 31, 37 - 38 (2011).

⁽¹⁹⁾ See Model Business Corporation Act (2016 Revision), Subchapter F, Subchapter G of Chapter 8.

⁽²⁰⁾ See Geoffrey Morse ed., *Palmer's Company Law*: Annotated Guide to the Companies Act 2006, Sweet & Maxwell, 2009, p.189, 195 – 196.

^[21] 参见《英国 2006 年公司法》, 葛伟军译, 法律出版社 2012 年版, 第 107—108、110—113 页。

⁽²²⁾ See Corporations Act, § 191, § 192.

^{〔23〕} 参见施天涛:《公司法应该如何规训关联交易》,载《法学论坛》2021年第4期,第79页。

^{〔24〕} 参见宁波深慈商房地产开发有限公司与王某某、冯某某公司决议撤销纠纷、损害公司利益责任纠纷案,浙江省宁波市中级人民法院民事判决书(2019)浙 02 民终 3361 号。

^[25] 参见刘贵祥:《从公司诉讼视角对公司法修改的几点思考》,载《中国政法大学学报》2022年第5期,第47页。

^[26] 同上注;参见龚浩川:《〈公司法〉程序转向论——以股东(大)会制度完善为例》,载《法制与社会发展》 2021 年第 2 期,第 197 页。

案》才进一步完善了忠实义务具体规则中的程序性事项,并延续至 2023 年底公布的新《公司法》正式条文之中。其中,新《公司法》第 182 条第 1 款、第 183、184 条分别规定了自我交易、公司机会、从事竞业三种情形下的董事征求同意时的报告义务和决议程序,打通了"披露+同意"的基本逻辑。然而,对于披露对象、披露方式、违反披露义务的责任等方面,新《公司法》仍未予以充分明确。不仅如此,从更深层次来看,披露要求在新法中被过度简化为征求公司同意时的"报告",仅在特定程序中才能间接触发。这反映了我国当前立法仍将披露作为结果控制手段或抗辩规则的附属要素对待,并未真正发掘出披露义务常态运行的治理功能与信息价值,理念层面也仍有显著的进步空间。

二、披露义务的理论支撑:逻辑基础和功能展开

能够作为忠实义务程序性保障的披露义务,主要是指董事在面临利益冲突时主动向公司进行必要披露的积极义务。^[27] 它的重要特点在于常态运行,并且独立发挥作用。目前对利益冲突披露的既有研究主要着眼于披露作为规则要素本身的配合作用和相关比较法经验,^[28]以及其在关联交易规制等具体场合发挥的特定功能等。^[29] 这些点状解剖未能从公司治理的系统视角入手,充分展开其与受信义务原理、公司程序正义、信息治理机能的体系性联结。

(一) 从信托到董事受信义务的理念更替

董事常被称为公司的受托人。由此,如果回到信托法意义上审视受信义务,可能会得出受托人并不需要主动承担所谓积极"披露义务"的结论。在具有信托法传统的国家,这也被总结为规范性与禁止性之争。持传统看法的学者认为,受信义务只是一项禁止性义务,它意在限制受托人的疏忽职守和自利行为,但不应包括受托人积极作为的规范性义务,因此积极的披露义务也无须成为对受托人的常态行为要求。[30]

但是董事并非真正意义上的信托受托人,而只是受信义务人。^[31] 尤其是从受托人行动的一致性、自由裁量权范围、受益人的指向上分析,董事都与真正的信托受托人有所区别。^[32] 加之现代公司的运作方式和信托更是大相径庭,尤其是公司利益冲突不再是偶发现象,对此所采用的控制手段恐难相同,简单参照适用信托法理并不合适。具体来说:其一,在治理结构上,董事不像真正的信托共同受托人那样需要一致行动,不可能完全进退与共、责任与共。相反,董事恰恰是通过集体决策做出最终决议。这就要求个别董事必须向其他董事或董事会承担必要的披露义务。不然,个别董事就可以在"集体决策"时直接或间接影响决策,悄然谋取私利,在造成公司利益损失之后,又将责任反过来归咎于集体决策,从而规避个人责任,引发道德风险。其二,在治理常态中,公司中的利益冲突随时可能以各种形式出现,如果仅仅要求董事在征求公司同意的特定交易中才需要被动披露,将使得公司陷

^{〔27〕} 参见王衡:《论完善我国公司立法中的董事忠实义务制度》,载《现代法学》2000年第5期,第119页。

^[28] 参见朱慈蕴、祝玲娟:《规制董事利益冲突交易的披露原则》,载《现代法学》2002年第2期。

^[29] 见前注[23],施天涛文,第79页。

⁽³⁰⁾ See Beth Nosworthy, A Directors' Fiduciary Duty of Disclosure: The Case(s) against, 39 University of New South Wales Law Journal 1389 (2016); Robert Flannigan, Director Duties: A Fiduciary Duty to Confess? 26 Business Law Review 258 (2005).

当法律关系中并不存在严格意义上的信托,而只是存在一种受信关系时,其中承担受信义务的一方可以被称为"受信义务人"(fiduciary),以区别于信托受托人(trustee)。See L. S. Sealy, *Fiduciary Relationships*, 20 Cambridge Law Journal 69, 70 - 72 (1962).

⁽³²⁾ See L. S. Sealy, The Director as Trustee, 25 Cambridge Law Journal 83, 87 - 90 (1967).

入被动等待信息的窘境。不仅如此,缺乏必要的披露还可能会破坏董事之间的信任关系,使得董事时时互相猜忌对方的提议和决策是否牵涉自利及转嫁责任的动机,从而直接降低公司决策的效率。

因此,正如受信义务所要求的,董事应当为公司的最大利益服务,而利益冲突披露义务能够从上述角度助益于这一目标。事实上,在德国这样与信托理论保持一定距离的大陆法系国家,其公司法也要求董事做出积极披露,该等要求的正当性基础建立在"集体领导"的逻辑之上——他们认为,及时披露是维持董事合作关系和集体负责制度的必要条件。[33]

综上,将利益冲突披露作为一项独立的常态义务,更新了披露这一法定要求的角色和功能,将 其放置在公司治理的系统框架下重新讨论,而非局限于诉讼中能够对抗原告请求权的一项事由。

(二) 维系公司程序正义的规则载体

公司法是实体正义与程序正义的交织,实体规则与程序规则对于实现公司正义具有同等重要的意义。^[34] 然而,我国的公司法依传统保有浓厚的重实体轻程序色彩,^[35]程序法的偏失在受信义务这样移植而来的制度中显得更为突出,披露规则的残缺便是一例。从公司程序正义出发,披露规则对于当前规范体系的补充意义可展开分析如下:

首先,忠实义务规则的功能实现,离不开有效的信息基础,而董事向公司披露信息充分与否,也直接影响着忠实义务制度目的的实现程度。在我国既有的司法判决中,便有法院比当时的公司法"多走一步",明确肯定了董事在关联交易中的报告义务,并认为"关联交易的缔约人必须将该项关联关系向公司股东会披露、报告,由股东会批准决定是否进行交易,唯有充分的信息披露,才能保障关联交易公正与公平"。[36] 相较之下,新《公司法》第 180 条虽以行为规范的方式规定了董事具有采取措施避免利益冲突的义务,却忽视了对已经发生的利益冲突的程序性管控。即便是具体忠实义务规则中的"报告"要求,也由于缺乏必要的标准和程序指引,为董事选择性披露或者瑕疵披露提供了空间,与忠实义务高标准的行为准则有所出入。

其次,定位于治理对策而非抗辩要素的常态披露义务,能够发挥程序规范不可替代的前瞻性作用,使得受信义务本应具有的预防和治理价值正确归位,^[37]尽可能避免公司内部纠纷的外部化。我国公司法被认为具有强烈的规制色彩,^[38]2018年《公司法》第21条、第148条第1款对利益冲突交易的规定方式均以刚性约束为主,除了部分情形下允许"股东会或者股东大会同意"外,几乎没有给公司自治留有参与空间。这样的规则虽然理论上更具威慑性,但也必然导致大多数利益冲突纠纷只能以外部化的方式,付诸诉讼等途径解决。修订后的新《公司法》虽有松动,但也大体延续了旧有的规则模式。考虑到法院面对商业纠纷时实质审查的局限性,刚性约束恐难发挥良好的运行实效,反而使得实质审查加剧了利益冲突规则适用的不确定性。究其本质,这是对受信义务规范的定位错位导致的——受信义务规范首先应表现为治理策略,在治理失灵而董事做出不

⁽³³⁾ 参见[德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军等译,上海人民出版社 2019 年版,第 217 页。

^[34] 参见梁上上:《论公司正义》,载《现代法学》2017年第1期,第60—62页。

⁽³⁵⁾ 参见林少伟:《程序型公司法的证成与实现》,载《当代法学》2022年第1期,第127—129页。

^{〔36〕} 王某某诉中国中福实业有限公司等公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷案,上海市卢湾区人民法院民事判决书(2010)卢民二(商)初字第690号、上海市第一中级人民法院民事判决书(2010)沪一中民四(商)终字第1684号。

⁽³⁷⁾ See Charlie Xiao-Chuan Weng & Andrew Godwin, The Duty of Loyalty of Company Directors in China: Tracing Its Origins and Plugging the Gaps, 49 University of Western Australia Law Review 46, 66 - 67 (2022).

^{〔38〕} 参见邓峰:《中国公司治理的路径依赖》,载《中外法学》2008年第1期,第63—64页。

当行为时,才发挥监管策略的功能。^[39] 利益冲突披露义务加入现有规则体系,可充实治理策略部分的内容,补齐忠实义务运行过程的常态规范内容。披露义务不仅能够督促董事在利益冲突时优先考虑公司利益,吓阻不当的自我交易,^[40]还可使公司通过董事披露的信息,事先就自主判断应如何行动或是否批准董事的某些行动,以免过度依靠事后的诉讼救济,前瞻性地预防纠纷的发生。对于董事而言,他们也可以借助履行程序要求,降低履职中的不确定性风险,而无须过分纠结自己的行为会否因伴随利益冲突而被事后追责。为此,有学者将其形象地归纳为"存疑便披露"。^[41]这一表述很好地诠释了程序规范在解决公司机会等复杂忠实义务问题时"四两拨千斤"的效果。另外,内部程序的明晰,也能直接减少仅因程序不明而引发的潜在纠纷,避免公司动辄将内部治理中细微的矛盾诉诸成本更高的诉讼方式解决。

(三) 信息模型下的外在功能阐释

借鉴经济学者总结的一阶信息与二阶信息的模型,可以更好地解释和分析披露义务"打开公司治理黑箱"的外在功能,揭示其具有发现隐蔽的公司利益损害的作用。其中,所谓"二阶信息"是指由一些基础信息综合得到的信息,"一阶信息"则是二阶信息所依据的基础信息;二阶信息由一阶信息合成导引而来,两者是一组相对的概念,并被用于解释逆向选择问题。[42]

按照上述模型,我国现行公司法的规则主要是从二阶信息的维度,分别借助"公司利益是否受 损"和"具体行为结果如何"两类综合信息,从结果导向上评价董事是否违反忠实义务。《公司法》 第 22 条第 1 款关于"不得利用其关联关系损害公司利益"的表述体现了前一"公司利益"标准,而 《公司法》第182至184条则是行为结果标准的集中体现。在结果导向的评价标准过滤下,一旦发 生损害公司利益纠纷,外部裁判者能够审查的主要就是体现具体结果的二阶信息,而作为基础信 息的过程因素无法进入规范评价的范围,从而会产生以下两类典型的偏差:① 这种抽象且只聚焦 结果的评价方式,只擅于发现那些明显造成公司利益损害的机会主义行为,而对隐蔽的利益损害 无能为力。由于公司利益本身难以度量,且利益损益与董事行为之间不具有"一因一果"的简单因 果关系,例如某项目利润率从30%降低至20%这类隐蔽的利益损失,便难以凭借结果信息发觉和 证明。② 不仅如此,由于缺少必要的一阶信息区分正常经营损失和违反受信义务造成的损害,反 而可能使上述标准变成股东根据公司损失"倒追"责任承担者、向忠守职责的董事转嫁正常经营风 险的工具,引发反向的道德风险,甚至催生信息模型下所谓的"逆向选择"问题。一方面,当董事正 常决策导致公司利益受损时,由于裁判中仰赖结果信息认定责任,便容易使得忠实行事的董事无 法自证清白,或者干脆因为畏惧责任而被迫退出公司;另一方面,反而是那些能够借助不忠实行为 侥幸自肥的董事,因为与其行为过程直接对应的一阶信息无须披露,便更愿意接受"高风险、高收 益"的职位寻求非法利益。如此一来,甚至可能促成董事群体的"劣币驱逐良币"现象。

为董事设置积极的披露义务,相当于为上述信息机制引进了直接揭露利益冲突情态的一阶信息。一阶信息揭示了董事在公司特定事务中:①是否存在私人利益;②存在何种私人利益; ③这种私人利益程度如何;④它如何与公司的经营行为和决策联系在一起。据此,如果发生了

^[39] 关于治理策略与监管策略的概念和区分,参见[美]莱纳·克拉克曼、亨利·汉斯曼等:《公司法剖析:比较与功能的视角》,罗培新译,法律出版社 2012 年版,第 40—45 页。

^[40] 参见[美]伯纳德·S. 布莱克:《外部董事的核心信义义务》,黄辉译,载王保树主编:《商事法论集》第11卷,法律出版社 2006 年版,第 233 页。

⁽⁴¹⁾ John Armour, supra note (2), at 35.

^[42] 参见黄文平、王则柯:《逆向选择的几何解释》,载《经济评论》2004年第1期,第39页。

公司利益损失,可从一阶信息中检视公司利益所受损失与董事行为的关联性,使得原本隐藏在表面之下的利益关联浮现出来。这种作用不仅局限于建立公司内部的信息机制,且有助于从外部评价的角度打开董事行为和公司治理的黑箱。围绕公司利益纠纷,法院不仅能够从董事是否履行披露义务这一层面观察董事的行为,更可以借助经披露而形成记录的信息,更准确地评估公司利益是否受损、董事面对利益冲突是否忠实行事,以及所受损失是否与利益冲突之间具有因果关系。对于董事自身而言,忠实行事的董事通过适当披露以证明自己"两袖清风",同时也能借此使自己免于后见之明式的追责,从而共同促使董事群体的行为标准趋向积极发展。

三、披露义务的体系表达:要素统合与规范构造

一套能够常态运行的利益冲突披露义务规则体系,既需要借助明确的一般规范,也不能缺少指明披露对象、方式、标准与内容的关键规则,从而共同构成其外部体系,具体发挥其作为忠实义务程序性保障的现实功能。

(一) 提取因式: 建立披露义务的一般规范

新《公司法》规定的利益冲突,披露要求被分置于各个具体规范项下,包括第 182 条关联交易、第 183 条公司机会、第 184 条竞业限制等。本文认为,这些要素可以依据其共性被提取为统一的披露要求,进而形成作为一般规范的披露义务,由于同属公司中承担受信义务的主体,相应规则还可以进一步推广至公司高管和监事等身份。

首先,关联交易、公司机会、竞业禁止等具体规则的本质结构均表现为,对公司决策具有影响力的人可能在交易中受有私人利益,为此可能使其决策受到影响,并导致公司遭受不公平的利益损害。^[43] 而披露的共同目的也在于,通过充分揭示必要的信息,使决策恢复到等同于臂距交易的公平状态。由此可见,这些披露要求的触发条件本质上并无不同,最终目的也相同,所以具备合成为一般规范的逻辑基础。

其次,披露内容的差异并不影响披露义务的统一标准。统合披露义务需要解决的另一个问题在于,不同情形的披露内容可能有所差异。例如,在董事自行利用公司机会的情况下,计划利用公司尚未投资利用的机会,与计划利用公司既已投资利用的机会,需重点披露的内容就可能有所差异。前者重在使公司充分知晓关于这一机会及其利用可能性的情况,而后者则应当围绕利益冲突披露所有可能影响公司决策的信息。^[44] 不过,这种内容的差异只是事实情境变化的体现,并非实质属性的差别。只要能厘定适当的标准,统合各具体规则项下的披露要求并无障碍。相反,统一的标准反而能够增强披露义务的规范性,使得披露要求在不同事实情境下都更加明晰,从而有力地遏制选择性披露,并减轻董事披露的适法负担。

此外,原本作为抗辩的披露要求与作为一项常态义务的披露要求本身并不矛盾,而且在体系上具有相容关系。首先,作为抗辩的披露需在征求公司同意前做出,而披露义务则在董事遭遇经营和决策中的重大利益冲突时被触发,两者均发生在从利益冲突出现到实际决策的区间之内,后者只是合理提前了披露的触发时点。其次,偶发于抗辩中的披露限于需征求公司同意的利益冲突情形,常态披露义务则把触发披露的情形扩大到了所有随时出现的重大利益冲突,在这一意义上,前者可被视作后者的子集。经此整合,披露要求成为两者共有的规范内容,抗辩规则中不再需要

^[43] 见前注[5],克拉克书,第 120 页。

^{〔44〕} 参见袁崇霖:《公司机会规则的反思与体系建构》,载《法学研究》2022 年第 2 期,第 168—170 页。

具体规定披露问题,而是交由披露义务规范集中承载。在此之上,披露义务因为兼有事前指引和事后审查标准的双重意义,也将较抗辩要素发挥更完整的规范功能。

另外,由于《公司法》第 180 条后半段新增了要求董事采取措施避免利益冲突的规定,反而在不可避免地实际发生了利益冲突与已经违反忠实义务的情形之间,人为地创造了一处规范真空。那些虽然身陷利益冲突但却尚未实际违反忠实义务规范的董事,不应脱离法律上行为要求的约束。提取出披露义务的独立规范后,也可弥补这一真空,形成从要求防范到要求披露,再到具体自利行为禁止的规范梯度,与《公司法》第 180 条在体系上形成呼应。考虑到新《公司法》条文短期内难有变动,这一要求可先在上市公司治理规范和与新公司法配套的司法解释中合理落地,既与现行法的规则更新相互配合,也为未来法律层面公司治理规范的完善进行有益铺垫。

(二)披露的对象和方式

若要求董事承担利益冲突披露义务,那么这一披露义务的具体对象应是公司的董事会还是股东会?董事应以何种方式披露?本文认为,若公司章程无特别规定,则应要求董事向公司的董事会或除自身外的其他全部董事以书面形式披露,而不设董事会的公司应将该披露事项以书面记录的方式留存。

首先,以董事会或其他董事作为披露的对象,是贯彻"由披露到决策"逻辑的要求,也是各国立法例的选择。无论公司董事会采双层制还是单层制,以及将其职权重点定位于决策还是监督,^[45]对于个别董事所面临的利益冲突,董事会都是与之最为相关的公司机关。通过接收这一信息,董事会及其成员将能够排除决策干扰,监督公司利益的贯彻实现,并适当安排表决权回避事项。考虑到董事之间的复杂利益关系,向董事会或其他董事披露也有助于董事们的有效合作,并做出恰当的集体决策。作为佐证,英国《公司法》第177条、^[46]澳大利亚《公司法》第191条,^[47]均将董事会或者其他董事作为披露的直接对象。英国《公司法》曾要求董事就利益冲突交易向股东会披露并取得批准,但这一做法不但因极其不便而几乎堵死了交易的可能,并在实践中被大多数公司通过章程另行约定的方式排除适用。因此20世纪英国《公司法》修法时便将董事会及董事会成员改为接受董事披露的对象。^[48] 不过,若董事是在公司并购等场合征求股东的批准或行动,且于待批准或决策事项中存在利益冲突,则应将此一并向股东或股东会全面披露。^[49] 此时决策者和行动者的角色本就应由股东或股东会承担,要求董事向其进行披露,是"向决策者披露"这一逻辑在特定情境下的延伸。

其次,在披露所采的方式上,宜要求董事以书面形式向董事会或其他董事披露。之所以对此专做说明,原因有二:形式原因是,采书面形式符合现行《公司法》中关于公司重要的信息程式均以书面方式做出的体系性范式;而实质原因则在于,我国公司法对于董事会会议记录等信息留存的规定尚不健全,^[50]董事间的交流更无固定的记录留存机制,仍需特别强调。针对会议记录而言,现行法规定的重点在于将"董事会决议事项作成会议记录",忽略了对董事会会议内容本身的记录要求。这意味着,针对并不必然与特定决议相关联的常态化利益冲突披露,所披露的事项便可能仅停留在会上口头讨论而无充分书面记录。如果公司后续决策需要参考这一信息,或者董事事后又寻求公司批准其从事利益冲突交易,则可能无迹可查或有所疏漏,对于维护公司

^[45] 参见沈朝晖:《单层制公司董事会监督功能构造》,载《政法论坛》2022 年第 4 期,第 112 页。

^{〔46〕} 见前注〔21〕,《英国 2006 年公司法》,第 107—108 页。

⁽⁴⁷⁾ See Corporations Act, § 191.

⁽⁴⁸⁾ See Paul L. Davis, Sarah Worthington & Christopher Hare, Gower's Principles of Modern Company Law, Thomson Reuters, 2021, p.10 - 55.

⁽⁴⁹⁾ See Stroud v. Grace, 606 A.2d 75, 84 (Del. 1992).

⁽⁵⁰⁾ 参见葛伟军:《英国公司法改革及其对我国的启示》,载《财经法学》2022年第2期,第43页。

利益颇为不利。针对未召开董事会的情形,英国《公司法》第177条(2)(b)项所规定的书面通知的方式可资借鉴,^[51]应当要求履行披露义务的董事向其他全部董事发送书面通知。

(三)披露的标准和内容

常态运行的董事利益冲突披露有其必要性,但同时披露本身亦有成本,因而厘定适当的标准,是平衡披露成本与公司信息获取充分性的必然要求。不仅如此,利益冲突披露义务也需要通过适当的标准被限定在忠实义务的辐射范围内,以实现程序规则与实体规则配合的逻辑融贯,避免造成董事的超额程序义务。在美国法上,"重大性"是侵权法中欺诈规制和公开公司信息披露要求的共同要素,^[52]这一标准也同样适用于公司内部的董事披露义务。^[53] 相似地,英国和澳大利亚成文法中也都对董事披露利益冲突信息中的重大性标准做出了要求。

在公开公司对外信息披露中,所谓"重大性"是指如果当前信息具有一种实质可能性,使得理性的投资者认为其可获得信息的总体构成已经发生了重要改变,则该信息具有重大性,而披露义务人应当予以正确无误地披露。^[54] 在公司内部,基于董事需要所有可能获得的重大信息做出决策的理念,^[55]若董事需要对公司披露利益冲突信息,可将重大性标准理解为,若董事的个人利益冲突具有影响公司决策的实质可能性,则相关信息具有重大性,董事应予以披露。^[56] 此外,有学者从其他角度解释,即若董事会的经营决策将对该名董事的个人利益造成实质影响,无论这种影响是直接的还是间接的,董事掌握的与该决策相关的信息都具有重大性并应当披露。^[57] 总之,依据重大性标准,与董事个人利益有关的信息只要和公司的决策具有实质性的重要联系,均应向公司披露。

在实践中,我国法院亦有同类裁判的思路值得参考。在孙某某、厦门喜亿物业服务有限公司损害公司利益责任纠纷案中,^[58]原告公司章程规定了董事向董事会及时披露关联关系的义务,且规定重要关联事项应提交董事会或股东会进行表决。就此,在对该案被告从事的关联交易是否属于"重要"事项进行审查时,一审法院结合案情,考察了该事项所涉资产在公司中的重要程度、在公司管理层交接时该事项的重要性位序、事项变更时的管理权限归属这三个维度,综合判断认为其具有"重要性";二审法院亦对此给予认可。很明显,从涉及的资产规模、经营安排、权限归属等角度,判断一项相关信息或事务是否与公司决策存在重要联系,既符合商业常识,也具有实践上的可行性。未来法院可在具体案件中,结合事实情境,综合经营决策的不同角度衡量适用"重大性"标准。

若董事受有个人利益的信息符合重大性标准而有义务向公司披露,则其披露的内容应至少涵盖其个人利益的实质和范围,以及该等利益与公司事务的关系,^[59]因为它们都是公司对此做出决策和判断的基础。由于利益冲突交易本身的多样性和复杂性,董事应披露哪些信息还需结合情境做出判断,但这些信息必须是详细的。正如 Gray v. New Augarita Porcupine Mines —案中拉德克

^[51] 见前注[21],《英国 2006 年公司法》,第 107 页。

⁽⁵²⁾ See Amanda M. Rose, The Reasonable Investor of Federal Securities Law: Insights from Tort Law's Reasonable Person & Suggested Reforms, 43 Journal of Corporation Law 77, 83 (2017).

⁽⁵³⁾ See Lawrence A. Hamermesh, supra note (8).

⁽⁵⁴⁾ See TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc., 426 U.S. 438 (1976).

^[55] 参见[美]保罗·W. 麦卡沃伊、艾拉·M. 米尔斯坦:《公司治理的循环性危机》,赵玲译,北京大学出版社 2006 年版,第125页。

^{〔56〕} 参见黄辉:《现代公司法比较研究:国际经验及对中国的启示》,清华大学出版社 2011 年版,第 215—216 页。

⁽⁵⁷⁾ See Robert P. Austin & Ian M. Ramsay, Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law, LexisNexis Butterworths, 2018, p.621.

^{〔58〕} 参见福建省厦门市中级人民法院民事判决书,(2018)闽 02 民终 1424 号。

^[59] 澳大利亚《公司法》即明文规定了文中所述两类信息作为必要的披露内容。See Corporations Act, § 191(3).

利夫法官所总结的,虽然董事应披露哪些细节本身并无公式可以衡量,但仅仅概括地披露称"自己对此受有利益"是不够的,其披露范围应取决于每个案件中合同或交易安排的性质及情境。^[60]

值得注意的是,重大性标准不仅为董事设定了"哪些内容应当披露"的积极范围,同时也为董事披露义务做出了消极范围的限定。适用这一标准时,应当避免使披露义务泛化至无关公平决策的范畴,也应避免令披露成为损害董事正当利益的不当要求。例如,在涉及关联交易的 Kahn v. Tremont Corp 一案中, [61]特拉华州最高法院便指出,控股股东在向公司出售其所持有的其他公司股票时,其他潜在买家不愿购买标的股票,以及另一买家因流动性问题而希望给出折扣报价的信息都不具有重大性,无须披露。因为前者的决定是基于一般商业考量而做出的;至于后者,法院强调,即便在臂距交易中,卖方也没有义务主动披露自己的弱点。换言之,即便是在一般的公平交易中,交易对手同样不会主动披露上述两类信息,而公司虽没有这些信息,但依然能够有效决策,因此这些信息便与决策没有实质性的重要联系。针对类似问题,英国学者将依重大性标准无须披露的情形提炼为两类:其一为董事无法合理意识到自身享有利益的情形,其二则为董事意识到自身享有利益,但无法将它与公司的利益合理联系在一起的情形,这一概括可为借鉴。[62]

总之,围绕利益冲突披露义务的一般规范,清晰地设定披露对象、方式、标准和内容,足以在规 范意义上建立起基本的规则体系,落实披露义务作为信息机制的功能价值。

四、违反披露义务法律后果的区分辨析

如果不能配置适切的法律后果及责任,设定再周延的披露义务也难以发挥其应有的效果,常态运行也将变成常态失能。在既有的提倡董事利益冲突披露义务的研究中,学者们往往将违反披露义务的后果与利益冲突交易的后果合一讨论,^[63]或者将违反披露义务的责任衔接至公司对于交易的撤销权,^[64]而缺乏针对违反披露规范的独立分析。如果因循这一逻辑,利益冲突披露仍只能是具体交易审查的附庸,无法充分发挥其通畅公司内部信息机制,以及预防和填补公司利益损失,尤其是隐蔽损失的作用。结合前述体系考察,本文认为,违反利益冲突披露义务的法律后果可分解为两个层次:首先是违反披露义务本身的后果,其次才是与特定利益冲突交易有关的后果。两者具有明显差异,应当对此予以分别剖析。

(一)违反利益冲突披露义务本身的后果

所谓违反利益冲突披露义务,即董事针对具有重大性的利益冲突信息,应当披露而未披露或未适当披露。由于缺乏相应信息,公司可能因此在利益冲突交易中做出错误决策或行动,如果由此引发直接损失,则董事应当予以赔偿。此时,如果不在法律后果中分解出违反义务本身的责任,那么在特定利益冲突交易本身未能成立的情况下,由于缺乏具体交易作为求偿基础,公司这部分现实存在的损失将因为缺乏规范基础而难以救济。这是现行法存在的公开漏洞。

⁽⁶⁰⁾ See Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd, 1952 WL 42483.

⁽⁶¹⁾ See Kahn v. Tremont Corp., 694 A.2d 422, 431 (Del. 1997).

⁽⁶²⁾ See Robin MacDonald, *The Companies Act* 2006 and the Directors' Duty to Disclose, 22 International Company and Commercial Law Review 96, 97 - 99 (2011).

^[63] 参见胡晓静:《论董事自我交易的法律规制》,载《当代法学》2010年第6期,第67—69页;前注[28],朱慈蕴、祝玲娟文,第62—63页。

^{〔64〕} 参见孙英:《论董事自我交易的法律规制——以〈公司法〉第 149 条的适用与完善为核心展开》,载《法学》2010 年第 6 期,第 118 页。

能够验证这一漏洞的典型案例便是标志性的 Item Software 案。[65] 该案中,被告 Fassihi 是原告 Item 公司负责营销团队的董事,其曾打算篡夺 Item 公司与供应商续约的商业机会。为此,他借助自己拥有的销售信息优势,向公司的管理董事建议称,Item 公司具有销售相应软件产品的良好顾客基础,产品供应商不会冒险与 Item 公司解约,因此公司可以采取更激进、强硬的谈判策略,在续约条件中向供应商争取更优惠的价格条款。这一信息虽然并非与事实相悖,但被告 Fassihi给出这一建议却是出于自利动机。于是 Item 公司的管理董事坚持了强硬的策略,最终导致谈判破裂,使得公司与该供应商未能成功续约。不过,在诉讼中,经法院判断,并没有充分的证据能够证明被告 Fassihi 篡夺了公司的商业机会,事实上原告所指出的被告关联公司也未能和上述供应商成功缔约,公司就此索赔并无依据。这一案件的关键矛盾就在于,被告董事未对影响公司决策的利益冲突信息予以适当披露,而且由于没有产生相关的利益冲突交易,若不诉诸董事违反披露义务的责任,便很难救济公司因董事违信行为遭受的损失。所以,在判决中,法院进一步指出,被告董事实施了与公司利益冲突的不当行为,企图破坏公司的续约机会,因此引发了额外的披露义务,而被告没有履行该披露义务,致使公司坚持在谈判中采取错误的强硬态度,以至于最终失去了缔约机会,并给公司造成了损失,就此被告董事应向公司承担赔偿责任。

上述案件清楚地展现了因违反利益冲突披露义务本身而产生的赔偿责任。这一责任层次不同于与后续交易相关的责任,也不以交易的成立为前提,甚至可能恰恰是因为特定交易受此影响不能成立,才需要违反义务的董事为公司损失承担责任。不难设想,如果依我国公司法当前的规定方式,仅将披露设定为董事征求公司同意时的行为要求,则难以在类似情形中适当地追究董事责任。一方面,从忠实义务出发,仅违反披露义务的董事由于并未做出现实的特定自利交易,所以忠实义务及相应责任的适用前提尚不具备。另一方面,从勤勉义务来看,虽然《公司法》新增了"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"这一具体标准,但配套的程序性规范依旧付之阙如,「665无法直接据此要求董事积极披露特定类型的信息,从而也难以直接导出违反这一尚未言明义务而产生的责任。而且,利益冲突披露义务的特殊性在于,它所指向的信息本身往往并非一般情况下公司决策所必需的信息,但正因为关联关系、自利行为等利益冲突的存在,使其具备了披露的必要性。它是与特定董事的特定关系或行为相联系的,而非一般的勤勉履职要求所能涵盖。综上而言,如果董事因为未向公司披露自身与公司的利益冲突,而给公司造成了诸如错失交易机会、业务收入减少、遭受违约损失等损害,最优路径应是要求其承担违反披露义务的独立赔偿责任。

当然,如果董事违反披露义务的行为没有造成公司的损失,则自然无须为此承担赔偿责任,但这并不意味着违反披露义务就没有任何法律上的后果。这些法律后果将补充约束董事在常态经营中对利益冲突的关注和及时披露。结合现行法关于董事义务的规范体系,相应的后果及责任形式可以体现在两个方面:其一,违反披露义务的董事将失去相应抗辩。具体而言,披露是董事寻求公司批准相关利益冲突交易的必备要素,董事如获得批准,事后即可享有一项抗辩。基于此种抗辩,股东不能仅依利益冲突存在而主张董事违反忠实义务或否定交易效力。相反,若董事未能适当履行利益冲突披露义务,则即便取得批准也无法主张该抗辩。这一后果虽然并非严格意义上的法律责任,但仍然是一种不利益。其二,公司章程设定的内部处分或解任等其他责任形式。董事的披露义务本质上属于公司治理事项,法律为此规定了董事行为的一般准则和责任机制,但若公司章程等文件设置了更为严格的标准或具体规定,亦当准许。例如,章程可规定董事违反利益冲

⁽⁶⁵⁾ See Item Software (UK) Ltd v. Fassihi, 2003 B.C.C. 858 (2002).

^{〔66〕} 参见林少伟:《公司法程序规范优化的逻辑转向》,载《南京师大学报(社会科学版)》2023 年第1期。

突披露义务时,公司应视情节轻重对其给予处分,乃至启动罢免程序等。结合《公司法》第71条的规定,如董事因违反披露义务而遭罢免或股东会决议解任,则无权请求公司给予补偿。

从比较法上来看,针对董事违反披露义务的责任,英国和澳大利亚还规定了刑事处罚,本文则认为这种做法不宜为我国采用。其中,英国法上根据在拟议的交易中违反义务和在现行交易中违反义务不同,分别设置了民事责任及刑事罚金作为责任形式。^[67] 与之类似,澳大利亚公司法也要求违反披露义务本身的董事承担刑事责任,处罚形式包括刑事罚金或/和监禁。^[68] 不过,虽然以刑罚落实董事义务的做法在英美法国家具有一定历史和规范基础,但正如对其的批评所言,以刑事责任限制私法中的违法行为可能构成责任过当,而且实践中调查、起诉和判决的比例都明显不足,实际收效非常有限。^[69] 对照之下,我国刑法上虽设有"妨害对公司、企业的管理秩序罪",但与董事忠实义务有关的规范主要限于上市公司、国有企业的范围内,也不具有普遍以刑事责任落实利益冲突披露义务的规范体系和现实基础。

(二) 与后续利益冲突交易有关的后果

董事的披露义务常与后续的利益冲突交易相联系,^[70]但必须澄清的是,两者并非一一对应关系。如果在此之前,董事未能适当履行其披露义务,而公司在未充分知情的情况下,最终达成了相应的利益冲突交易,则董事除了承担违反披露义务本身的责任等后果外,还需要承受与该交易有关的后果,包括交易可能经审查被判定无效的后果,以及利益归入责任。此时,披露行为与具体交易的区分将使得忠实义务的具体规范在责任层次上更加清晰。

首先,在交易效力方面,董事未适当履行披露义务而获得公司批准的利益冲突交易并不当然由此无效。这是因为,一般而言,即便是未经批准的利益冲突交易也并非当然无效,而是需要接受实质公平标准的检验。^[71] 举重以明轻可知,获得批准但存在披露瑕疵的交易自然更不应因此无效。澳大利亚《公司法》便明确规定,董事违反本条规定(披露义务)并不影响任何行为、交易、协议、文书、决议或其他事项的有效性。^[72] 不过,由于披露的瑕疵,该交易因批准而获得的程序上正当性便被动摇,需进入实质公平审查的范畴。^[73] 其中,实质公平的内涵可解读为"最大善意和最严格的交易内在公平性",或者更具体地理解为公平交易和公平价格。^[74] 在这种严格的标准下,相应交易的确有很大可能被后续审查判定为无效,^[75]这是直接与交易效力有关的法律后果。

其次,在董事责任方面,根据董事在交易中的获利情况和公司利益受损状况,应按照全面恢复原状的原则,要求董事全面赔偿公司损失。^[76] 在前一部分已分析了违反披露义务而造成的直接

⁽⁶⁷⁾ See Companies Act, § 178, § 183.

⁽⁶⁸⁾ See Corporations Act, § 1311, Sch 3.

⁽⁶⁹⁾ See Andrew Keay & Michelle Welsh, Enforcing Breaches of Directors' Duties by a Public Body and Antipodean Experiences, 15 Journal of Corporate Law Studies 255, 259 - 261 (2015).

^{〔70〕} 本文采取广义上的利益冲突交易概念,可将关联交易、公司机会、董事报酬等利益冲突类型均纳入其中。

⁽⁷¹⁾ See Stephen M. Bainbridge, Corporate Law, Foundation Press, 2020, p.177 - 178.

⁽⁷²⁾ See Corporations Act, § 191(4), § 192(7).

^{〔73〕} 参见施天涛:《公司法论》,法律出版社 2014 年版,第 432 页。

⁽⁷⁴⁾ See Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701 (Del. 1983).

⁽⁷⁵⁾ 关于交易的最终效力判断,可能还因交易类型的差异及是否涉及第三人利益等因素有所不同。由于这一问题并非本文讨论的重点,且对此学界已有相应研究,故在此不做具体展开。相关研究参见王艳梅:《论中国董事自我交易合同的效力》,载《社会科学战线》2021年第8期。

⁽⁷⁶⁾ 参见冯曦:《我国〈公司法〉下董监高赔偿责任规则之检视与完善基于 691 起司法案件的实证分析》,载《财经法学》2022 年第 2 期,第 31 页。

损失赔偿问题,此处主要强调在既有交易中对于公司利益的恢复,即利益归入责任。该责任的存在以特定交易成立为前提,具体责任金额也需结合特定交易进行厘定和计算。其中,由于归入责任包括返还和交出两个相融的功能面向,如董事仅因违反披露义务而使公司批准特定利益冲突交易,则应以此为基础,要求其向公司交出所获净利益;但若董事除违反披露义务外,还从其他违反信义义务的行为中获利,则进行损益计算时,应将披露义务违反与其他违信行为一并,要求董事向公司交还因所有违信行为而获得的全部净利益。〔77〕此外,由于公司是因董事未履行披露义务而进入了该特定交易,这种缺乏充分信息基础而形成的最终交易价格未必公平,所以还应允许法院对于交易价格予以评估,明显不足部分可由法院拟制公平价格,由董事赔偿,充分填补公司所受损失。〔78〕

五、结 语

对利益冲突的披露,是董事忠实义务有效运作的必要枢纽。建立常态化运行的利益冲突披露义务及其规则体系,既是公司法的演进趋势,也是实现公司程序正义和实体正义的内在要求,在形式上能够补全我国公司法的规则缺漏,在实质上则可以把忠实义务的作用空间拓展至利益冲突出现的第一时间,而不必等待公司利益损害的发生或内部纠纷的外部化,这是要素式的披露规则难以替代的功能。未来这一规范可置于《公司法》忠实义务的一般规定之后,单独成款,表述为:"董事、监事、高级管理人的自身利益与公司利益发生冲突的,应当以书面方式及时向董事会或股东会披露该利益冲突的性质、范围以及与公司事务的关系等重大信息。"出于立法的体系性和简约性考量,自我交易等具体忠实义务条款中的"报告"规定可以相应删除。在《公司法》层面的规范调整之前,可以考虑在上市公司治理的有关规则和新《公司法》司法解释之中,合理吸收利益冲突披露义务的规范,与刚刚实施的新《公司法》形成有效呼应。

Abstract As one of the procedural safeguards for the duty of loyalty, directors' duty to disclose conflicting interests has basically been recognized as an independent duty in the common law, while it has not accomplished its transformation from a defensive factor into a completed duty in China. The disclosure duty, which is based on the theory of fiduciary duty, functions as a hinge to provide information of directors' fidelity, to prevent potential disputes and to reduce information asymmetry for judicial intervention. To perform the disclosure duty, a director should declare in writing to the board the material interests when facing a conflict of interest. Breach of the duty is subject to the loss of defense and liabilities of compensation for damages and other alternatives according to the company's articles. If there is a corresponding conflict of interest transaction, the transaction should be reviewed under the entire fairness test and the director should disgorge all the profits.

Keywords Duty of Loyalty, Disclosure Duty, Conflict of Interest, Mechanism of Information

(责任编辑: 侯利阳)

^{〔77〕} 关于归入责任的规范功能厘定和示例计算,参见周淳:《公司归入权的体系定位与规范构造》,载《财经法学》2021 年第 3 期。其中,关于披露义务违反的两类情形计算举例见引文第 46 页。

⁽⁷⁸⁾ See Paul L. Davis, Sarah Worthington & Christopher Hare, supra note (48), at 10 - 61.