

# 董事合规监督义务的构建

——以内生性合规为视角展开

徐深澄

(华东政法大学经济法学院,上海 200042)

**摘要:**近年来,以行政权主导的外源性合规在我国蓬勃发展,但外源性合规与公司治理存在内在冲突,导致行政权介入公司治理、合规成本外部化等问题。立法者应当限制外源性合规,让行政监管部门放弃作为单边合规体系设计者的角色,更应当在公司法体系内构建内生性合规制度:董事合规监督义务,以董事会作为承担合规监督义务的主体,让董事会在“授权与归责”的机制下,自主考虑合规体系的设计与运行。董事合规监督引入的体系选择是将合规监督义务作为勤勉义务的特殊类型,并为勤勉义务再造理性管理者标准,以此吸收善意标准和注意标准,将善意标准作为董事合规监督义务的审查标准。董事合规监督义务的内容包括:董事会负有建立合规体系的预防性合规监督义务,以及建立公司合规体系之后,董事会维护合规体系有效性的持续性合规监督义务。

**关键词:** 合规;勤勉义务;善意义务;信义义务;忠实义务

**中图分类号:** D913.99 **文献标志码:** A **文章编号:** 1000-2154(2023)05-0092-13

**DOI:** 10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2023.05.007

## Construction of Directors' Compliance Oversight Duty: Perspective of Endogenous Compliance

XU Shencheng

(Economic Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** In recent years, exogenous compliance led by administrative power has flourished in China, but there is an inherent conflict between exogenous compliance and corporate governance, leading to issues such as administrative power intervention in corporate governance and the externalization of compliance costs. Legislators should limit external compliance, make administrative regulatory authorities abandon their role as designers of unilateral compliance systems, and more importantly, establish endogenous compliance systems within the company law system. The compliance oversight duty of directors, with the board of directors as the main body responsible for compliance oversight, allows the board of directors to independently consider the design and operation of the compliance system under the mechanism of “authorization and accountability”. The selection of a system for introducing compliance oversight duty of directors is to treat the compliance oversight duty as a special type of the duty of care, and to reconstruct rational management standards for the duty of care, in order to absorb the standards of good faith and care, and to use the good faith standard as the review criteria for directors' compliance oversight duty. The content of directors' compliance oversight duty in-

**收稿日期:** 2022-11-03

**基金项目:** 国家社会科学基金重大项目“中国企业社会责任重大立法问题研究”(16ZDA067);上海市超级博士后激励计划“公司法修订背景下董事会权力与职能的制度重塑研究”(2022226);中国博士后科学基金面上资助项目“董事合规监督义务的制度构建研究”(2023M731121)

**作者简介:** 徐深澄,男,特聘副研究员,法学博士,主要从事商法、公司法研究。

cludes; the board of directors has the preventive compliance oversight duty to establish a compliance system, and after establishing a compliance system, the board of directors has the continuous compliance oversight duty to maintain the effectiveness of the compliance system.

**Key words:** compliance; the duty of care; the duty of good faith; fiduciary duty; the duty of loyalty

## 一、问题的提出

伴随着一系列公司丑闻,如财务欺诈、商业垄断、商业贿赂等,公司合规(Compliance)得到前所未有的关注。公司合规本质上是一个公司治理问题。随着现代公司规模不断扩大,作为公司治理中心的董事会不实际参与公司的日常经营,公司日常的经营由高管和雇员实质进行,但很多高管和雇员为了自身利益或因疏忽大意从事违法违规的经营行为,给公司甚至社会造成重大损害。为了降低这种公司损害,近年来国内大型公司纷纷聘任首席合规官(Chief Executive Officer)负责公司合规。公司合规,是指公司建立一套内部体系预防和监测高管和雇员经营过程中的违法、违规行为,以确保经营行为符合法律法规的制度<sup>[1]</sup>。

但是,我国行政权主导的外源性合规与公司治理存在内在冲突导致了合规成本外部化等问题,进而抑制了内生性合规的发展。外源性合规,是指由行政权通过制定合规监督规章全方位介入公司合规体系的建立和运行。在规范层面,我国公司合规立法由行政权主导,主要由行政法规和规章构成。从2006年开始,为了提升我国公司的合规水平和回应一系列沸沸扬扬的公司合规事件,我国政府监管部门主要针对证券公司、银行保险金融机构和央企发布了一系列的公司合规相关的行政法规和部门规章,如2006年《中央企业全面风险管理指引》、2006年《商业银行合规风险管理指引》、2007年《保险公司合规管理指引》、2008年《证券公司合规管理试行规定》。近年来,为了应对频繁爆发的全国性甚至国际性的合规事件,合规规章在我国迎来了第二波浪潮,政府监管部门保持原有领域基础上进一步扩张至反垄断领域,如2017年《保险公司合规管理办法》、2017年《证券公司合规管理实施指引》、2020年《经营者反垄断合规指南》、2022年《中央企业合规管理办法》等。外源性合规的弊端是行政权可能通过规范合规体系具体设计和实施介入公司的治理结构、经营行为等公司治理各个方面,导致合规成本外部化,一旦过度会摧毁合规制度的价值。邓峰教授指出:“证监会、银保监会和国资委所设立的合规,变成了变相审批、私下命令、窗口指导,合作式合规,实际上导致了监管机关的不当扩权,通过‘严格责任’消灭了公司合规。”<sup>[2]</sup>因为合规成本不由行政规章制定者承担,合规监管规章极易过度,导致公司的合规成本超过合规收益,内生性、自律性合规会被抑制。

面对过度的外源性合规,我国《公司法》没有建立成文的内生性合规制度:董事合规监督义务,司法者和执法者分别尝试通过扩大解释勤勉义务和信息披露义务形成不成文的合规监督义务。但是,这些尝试都呈现出对合规监督义务的理解偏差,没有准确地解释董事合规监督义务。在司法层面,有的法院基于现行《公司法》第147条将合规局限在了董监高的“守法义务”。例如,在“西安锐碳碳素科技有限公司与楼建军损害公司利益责任纠纷”案中,法院认为,依据《公司法》第147条的规定,被告作为公司法定代表人主持公司的正常经营,应做到合法、合规、勤勉地履行职责,其在个人工资的发放、差旅费的报销上存在违规行为,失信于公司其他股东,故被告应当将违规报销的费用返还公司。<sup>①</sup>也有的法院借鉴特拉华州最高法院的Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.案,通过解释勤勉义务类型化出监督义务,让董事对高管和雇员的违法行为负起监督义务,但该法院将监督义务局限在董事个体的监督,没有拓展至建立合规体系的监督。具言之,在“重庆东亚防水建材有限公司与杨桂泽劳动合同纠纷上诉”案中,东亚公司在杨桂泽任董事长期间未与6名员工签订书面劳动合同,股东起诉认为,杨桂泽违反监督义务。在该判决书中,法院仅仅关注董事长杨桂泽对6名员工签订劳动合同的个体监督,而未提及建立合规体系对员工进行监督。<sup>②</sup>在执法层面,证监会在对上市公司的信息披露违法的执法实践中演绎了监督义务<sup>[3]</sup>,但将监督义务的对象局限

<sup>①</sup>参见(2017)陕0116民初6510号。

<sup>②</sup>参见(2012)渝一中法民终字第4533号。

于信息披露。2010年5月,证监会在对“南京中北”的行政处罚中阐述了上市公司董事“监督义务”：“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。”<sup>①</sup>信息披露制度与合规体系有类似之处,但两者内核不同,信息披露制度是为了确保信息如实向公众披露保护投资者利益<sup>[4]</sup>,但合规体系的信息传递是为了预防公司雇员和高管的违法行为,相关信息也未必都必须向公众披露。因此,无论是证监会执法中演绎的“监督义务”,还是法院司法实践中解释的“守法义务”与“监督义务”,都未能准确反映董事合规监督义务的内涵,我国司法执法实践不存在不成文且准确的董事合规监督义务。

立法者应警惕外源性合规过度带来的一系列问题,在公司法中创设董事合规监督义务,将合规融入公司治理。近年来,我国公司法学界开始关注董事合规监督义务的研究,也形成了一些共识。学者们普遍认为,我国公司法应当引入董事合规监督义务,以董事会作为承担合规监督义务的中心<sup>[5]</sup>。但是,学界对引入合规监督义务的路径存在重大分歧。首先,对合规监督义务是否进入董事信义义务存在分歧。大部分学者认为,合规监督义务应当借由董事信义义务引入<sup>[6]</sup>。但是,也有学者认为,引入合规监督义务应独立于信义义务,因其与信义义务在履行逻辑上难以兼容<sup>[7]</sup>。其次,在信义义务引入路径下,学者们对于合规监督义务在信义义务中的体系位置也存在分歧。有学者认为,我国公司法应当将善意义务和合规监督义务整体引入,先构建善意义务,独立于勤勉义务、忠实义务,并将合规监督义务放置于善意义务之下<sup>[8]</sup>。但是,也有学者认为,仅引入合规监督义务,用勤勉义务包含合规监督义务<sup>[9]</sup>。

为进一步探究我国董事合规监督义务构建,本文第二部分研究合规与公司治理的冲突与调和的理论,揭示我国采用外源性合规制度存在的弊端,分析内生性合规的制度逻辑如何调和这种冲突,以此论证建立董事合规监督义务的正当性。本文第三部分研究美国特拉华州董事合规监督义务的内容和体系如何以归责扩张和授权强化为路径实现内生性演进。本文第四部分研究我国《公司法》引入董事合规监督义务的具体问题,包括:董事合规监督义务引入的制度条件、路径选择、义务内容的确定、董事合规监督义务和监事会的制度衔接。

## 二、合规与公司治理的冲突与调和

### (一) 外源性合规与公司治理的冲突

从20世纪50年代开始,美国外源性合规采用回应性合规监督的方式介入公司治理,即在某个领域爆发商业犯罪丑闻后,行政监管部门出台相应法规要求公司建立对应的合规体系防止某类型犯罪,并介入合规体系建立和运行的过程。例如,20世纪50年代,美国大型电子设备制造公司爆发了固定价格和操纵投标的丑闻<sup>[10]</sup>。为了回应这些垄断行为,行业监管部门要求大型电子设备制造公司必须建立合规体系防止这些垄断行为再次发生<sup>[11]</sup>。20世纪70年代,美国公司爆发了贿赂外国官员换取合同和业务的丑闻<sup>[12]</sup>。作为回应,美国《外国腐败行为法案》(Foreign Corrupt Practices Act)随即出台并规定公司必须采取措施防止公司再犯外国贿赂行为<sup>[12]</sup>。20世纪80年代,政府合同欺诈丑闻爆发,相关部门推出政府合同改革方案,要求签订政府合同的公司建立合规体系避免未来的合同欺诈<sup>[11]</sup>。但是,外源性合规对公司治理产生了以下三方面的冲突。

第一,外源性合规削减了董事会的经营决策权<sup>[1]</sup>。美国绝大部分州采用董事会中心模式,董事会作为公司权力的中心,享有公司经营决策权,由董事会自主决定公司经营事务。董事会授予高管和雇员相应的职务代理权,形成整个科层治理结构<sup>[13]</sup>。董事会自主决定如何监督管理层和雇员,规划合规监督的成本,履行监督职责。但是,外源性合规的权源并非源于董事会的经营决策权,而是源自外部的行政权,将合规体系设计和运行的决策权从董事会的经营决策权中剥离,行政权部分取代了董事会的决策权,导致合规成本

<sup>①</sup>《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)》(证监会〔2010〕10号)。

的外部化和扩大化。

第二,外源性合规改变了公司经营行为。公司经营行为本应由董事会和高管组成的管理层决定。但是,当合规监督规章日益增加,对合规体系设计和运行作出事无巨细的规定后,外源性合规就变相地部分决定了公司如何去经营,改变了原本的公司经营行为。合规的本意只是防止不合规的经营行为,而不是主导公司经营行为。一旦外源性合规过度影响了公司的经营行为,很多高风险的创新性商业项目就无法推进,最终将损害社会整体的商业活力。

第三,外源性合规强行将外部利益融入公司利益<sup>[1]</sup>。对于公司目的争论由来已久,主流观点认为,公司应当为了股东的长期利益最大化而经营<sup>[14]</sup>。股东的长期利益在一定程度上兼容其他利益相关者的利益。管理层受到信义义务的规制会以最大化股东的长期利益为目标。但是,不同行政监管部门有着各自的切身利益,在制定合规规章时,会将这些利益融入合规规章中。当公司根据这些合规规章,建立和运行合规体系时,这些不同外部利益会被强行融入公司利益中,一旦过度,就可能会损害股东长期利益。

## (二) 内生性合规与公司治理的调和

内生性合规的构建需要行政权退出合规体系设计和运行的具体环节,让合规回归公司治理的“成本与收益计算”的基本逻辑,实现公司利益的最大化。内生性合规通过以下四个方面实现与公司治理的调和。

第一,在一般领域,行政监管部门放弃作为单边的合规设计者的角色,仅作为执法者的角色。行政监管部门不再通过行政规章介入合规体系的设计和运行,仅能以事前激励和事后惩罚的方式督促公司建立预防性合规体系,公司通过治理机制自行决定怎么建立合规体系。例如,美国《组织量刑指引》以减轻罚金和刑罚等事前激励鼓励公司建立合规体系,并规定,对于建立合规体系的公司,处罚幅度可以比基准幅度降低95%;相反,对于没有建立合规体系的公司,最高处罚幅度可以是基准幅度的4倍。<sup>①</sup>我国最高人民检察院推进的企业合规不起诉改革试点将合规作为法律激励机制<sup>[15]</sup>。此外,行政监督部门仅作为执法者对公司不合规行为进行处罚,限制外源性合规对公司治理的介入,为内生性合规创造外部条件。

第二,合规体系设计和运行决策回归公司自治。将公司合规纳入公司治理机制之下,由董事会负责,董事会对合规体系设计和运行将考量合规成本与收益,维持合规收益大于合规成本。为了实现这一目标,要将公司合规纳入到“董事会授权与归责”的自治机制之内。一方面,授予董事会享有合规体系设计、建立与运行的决策权,自主决定合规体系的精细度,在考量合规收益的基础上控制合规的成本。同时,董事会将检察部门设置的外部合规激励因素和行政监管部门设置的外部合规惩罚因素作为合规收益予以主动考量。另一方面,当董事会怠于履行合规监督义务对公司利益造成损害时,董事要承担相应的责任。通过董事合规监督义务的设置,以董事责任督促董事会建立合规体系。

第三,将董事合规监督义务设置为一般性义务,发挥合规体系的预防性价值。合规体系具有预防性价值,只有事先建立合规体系才能预防高管和雇员的违法行为。合规的预防性价值可以降低商业社会整体的合规风险,促进社会总体财富的增长。但是,有人可能会质疑:对于小公司,合规监督义务只会增加公司成本,而不会创造收益,可能会让小公司不堪重负。笔者认为,这种质疑忽视了小公司管理者对合规成本收益的考量。在“公司所有权与经营权”未分离的小公司,董事与股东往往都是相同的,当股东决定不建立合规体系违反合规监督义务对公司造成损害时,股东不会提起股东代表诉讼自己告自己。因此,小公司的董事会可以自主决定是否履行合规监督义务,不会增加合规成本。而对于“公司所有权与经营权”分离的大公司,董事会妥善地履行合规监督义务,既可以提升公司利益和社会利益,也可以让自身免于对高管和雇员违法行为监督不利的责任。因此,将董事合规监督义务设置为一般性义务,让合规风险较高的中大型公司在董事合规监督义务的威慑下建立合规体系,而不将董事合规监督义务局限在股份公司或上市公司,从而排除了一些大型的有限公司的适用。

第四,合规监督融入单层制下董事会的监督职能。从公司监督机构设置的角度,公司治理模式可以分

<sup>①</sup>U. S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.4-2.6.

为单层制和双层制<sup>[16]</sup>。单层制,是指公司仅设董事会,除了负责经营决策职能,还承担公司内部监督的职能,不设监事会<sup>[17]</sup>。双层制,是指董事会仅负责业务执行和部分经营决策的职能,公司设立监事会司职公司内部监督<sup>[16]</sup>。美国单层制的公司治理模式下,监督职能是董事会的核心职能之一,董事会主要通过独立董事、审计委员会和公司合规体系分别履行监督职能,各司其职。独立董事参与董事会决策时负责经营决策的监督,尤其对关联交易决议的监督;审计委员会主要负责财务监督;公司合规体系负责监督高管和雇员的业务经营和执行的合规性。合规体系监督是董事会监督职能的重要实现机制之一。

### 三、美国特拉华州董事合规监督义务的内生性演进

特拉华州董事合规监督义务的内生性演进从“归责的扩张”和“授权的强化”两个面向进行。一方面,特拉华州法院以增加合规监督义务的内容和提升审查的标准来扩张合规监督义务的归责,督促董事会建立合规体系,发挥其预防性合规的价值。另一方面,特拉华州法院又强化董事会对合规监督的授权,授予其对合规体系精细度、风控体系设置的自由裁量权,限制善意义务,让董事会有足够的授权衡量公司的合规收益与合规成本,最大化公司利益。

#### (一) 董事合规监督义务归责面向的演进

1. 归责的扩张之一:从回应性合规监督义务到预防性合规监督义务。从 *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.* 案(以下简称 *Graham* 案)到 *In re Caremark International Inc* 案(以下简称 *Caremark* 案),特拉华州法院从回应性合规监督义务转向预防性合规监督义务,在董事合规监督义务的内容上发生了重大变化,扩大归责的范围,确立合规的预防性价值。

1963年,董事合规监督义务第一次在 *Graham* 案中被提出。在 *Graham* 案中,特拉华州法院虽然确立了董事合规监督义务,但认为董事会只具有回应性合规监督义务。<sup>①</sup>回应性合规监督义务,是指在公司正常经营的情况下,董事会没有建立公司合规体系的一般性义务,仅当董事主观上注意到公司的高管和雇员存在违法违规行为,或者公司客观上存在明显的警示性事件(*Red Flags*)应当引起董事会的合理怀疑时,董事会才负有建立公司合规信息收集和报告的监控系统的义务。

特拉华州法院为回应性合规监督义务的合理性给出的核心理由:“董事会可以合理地信任公司员工的诚信。因此,在正常经营的情况下,董事合规监督义务没有被激活,董事会没有义务建立合规体系去监督高管和雇员的行为。”<sup>②</sup>早期的特拉华州法院之所以不愿追究董事违反合规监督义务的责任,是因为担心董事的经营行为变得过于保守,不愿承担风险为股东谋求利益。但是,回应性合规监督必须以违法违规行存在为前提,董事会明知或应知违法违规行为,建立公司合规体系是对违法违规行为的一种回应性措施,以此解决已存在的违法违规行为。这种回应性监督设计,无法起到预防违法违规行为的效果,忽视了合规体系的预防性价值。因此,回应性合规监督义务的内容在 *Caremark* 案中被修正。

1996年,在 *Caremark* 案中,特拉华州平衡法院首席法官 *Allen* 明确表明:“公司董事会负有建立合规体系的一般性义务。”<sup>③</sup>*Caremark* 案推翻了 *Graham* 案中回应性合规监督义务的设置,将合规监督义务变为一般性义务,更确切地说变为“预防性合规监督义务”。在 *Caremark* 案中,首席法官 *Allen* 认为,董事合规监督义务属于勤勉义务。<sup>④</sup>勤勉义务是一般性义务,故合规监督义务也是一般性义务。这种转变修正了 *Graham* 案中回应性合规监督义务的内容设置,将董事合规监督义务转变为预防性合规监督。一旦公司设立,董事会就应承担监督职能,必须建立公司合规体系,对高管和雇员的经营行为进行监督,预防违法违规行为的发生。

2. 归责的扩张之二:持续性合规监督义务的树立。在 *In Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter*

①参见188 A.2d 125, 130 (Del. 1963)。

②参见188 A.2d 125, 130 (Del. 1963)。

③参见698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996)。

④参见698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996)。

案(以下简称 Stone 案)中,特拉华州法院在预防性合规监督义务的基础上,进一步明确董事会负有持续性合规监督义务:在建立公司合规体系之后,合规体系的有效性出现问题,董事会应及时解决合规体系有效性的问题。<sup>①</sup>

持续性合规监督义务仅在公司合规体系的有效性出现问题时才触发。换言之,董事会建立了公司合规体系后,可以信赖公司合规体系的有效性。但是,只有当董事会主观上注意到公司高管或雇员存在违法违规行为,或者公司客观上出现警示性事件,应当引起董事会对公司合规体系有效性的合理怀疑时,董事会才负有持续性合规监督义务,应积极地采取行动阻止高管或雇员的违法违规行为,修复公司合规体系。

持续性合规监督义务是为了进一步地确保公司合规体系能持续地发挥预防公司违法违规经营的功能,同时也督促公司建立与其合规风险相匹配的合规体系。在建立公司合规体系之后,公司合规体系仍可能失灵,丧失预防违法违规的功能。尤其那些合规风险大,但为了节省合规成本,仅建立精细程度低的合规体系的公司,更容易出现公司合规体系有效性的问题。当公司合规体系失灵无法起到预防违法违规行为的作用时,持续性合规监督义务就能督促董事会解决公司合规体系失灵的问题,让公司合规体系恢复有效性,持续发挥预防违法违规的功能,否则董事会就应承担相应的责任。这样一来,持续性合规监督义务会迫使合规风险高的公司建立与其合规风险相匹配的合规体系。

当然,公司法不能让董事会时刻猜疑公司合规体系的有效性,从而导致过高的合规成本。因此,Stone 案对持续性合规监督义务的触发设置了明确的标准:一般情形下,董事会有理由相信公司合规体系有效,但董事会明知公司高管或雇员存在违法违规行为,或者公司客观上存在警示性事件,引起董事会合理怀疑公司合规体系已丧失有效性的,才会相应的义务。而且,特拉华州法院将举证责任分配给原告股东证明持续性合规监督义务已触发,以此平衡增强合规体系有效性和合规成本上升的冲突。

**3. 归责的扩张之三:脱离商业判断规则和《特拉华州普通公司法》§102(b)(7)的适用。**从 Caremark 案到 Stone 案,特拉华州法院对董事合规监督义务的体系位置的认定发生了重大转变。在 Caremark 案中,董事合规监督义务被认定为不作为的勤勉义务。但是,在 Stone 案中,特拉华州最高法院认为,董事合规监督义务属于善意义务(The Duty of Good Faith),并明确善意义务又属于忠实义务。<sup>②</sup>这种体系位置转变有两方面的目的:其一,避免公司依据《特拉华州普通公司法》§102(b)(7)[以下简称§102(b)(7)]豁免董事违反合规监督义务的责任;其二,脱离商业判断规则的适用。

假设,董事合规监督义务属于勤勉义务,公司可以依据§102(b)(7)通过修改公司章程豁免董事违反勤勉义务的责任,<sup>③</sup>进而豁免董事违反合规监督义务的责任。此外,特拉华州法院通常会适用商业判断规则审查董事涉嫌违反勤勉义务的行为。一旦违反合规监督义务的行为适用商业判断规则,往往董事就将不承担责任。董事行为适用商业判断规则需要满足三个前提要件:(1)董事会作出行为时获得充分信息(Be Informed);(2)董事会作出的行为与自身没有利益冲突(No Conflict);(3)董事会作出行为时是善意的(Good Faith)。<sup>④</sup>当董事作出行为时满足这三个要件,法院会适用商业判断规则审查董事行为,仅需董事行为具有理性(Rationality),就能通过法院审查。换言之,商业判断规则是通过门槛相对较低的审查标准,对董事违反勤勉义务的行为起到一定的保护作用。

在 Stone 案之后,特拉华州最高法院将董事合规监督义务归类到善意义务之下,而善意义务又进一步被归属于忠实义务,让董事合规监督义务脱离了§102(b)(7)和商业判断规则的适用,增加董事合规监

<sup>①</sup>参见 911 A. 2d 362, 369 (Del. 2006)。

<sup>②</sup>参见 911 A. 2d 362, 362 (Del. 2006)。

<sup>③</sup>参见 DEL. CODE ANN. tit. 8, § 102(b)(7): the certificate of incorporation may ... contain ... [a] provision eliminating ... the personal liability of a director ... for monetary damages for breach of fiduciary duty ..., [except]: (i) For any breach of the director's duty of loyalty ...; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title [unlawful dividends]; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit.

<sup>④</sup>参见 American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations §4.01(c) (1994)。

督义务的归责可能性,督促董事会认真履行合规监督义务,建立合规体系。特拉华州最高法院在 *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation* 案(以下简称 Disney 案),厘清了善意义务的内涵,这也为 Stone 案将董事合规监督义务纳入善意义务提供了法理基础。在 Disney 案中,特拉华州最高法院为善意义务给出了列举式的定义:“违反善意义务的行为具体有三种类型:董事故意地损害公司的行为;董事故意地违反法律法规;董事不履行明知或应知的义务。”<sup>①</sup>董事违反合规监督义务属于违反善意义务的第三种情形:董事不履行明知或应知的义务。董事合规监督义务归属于善意义务,而特拉华州最高法院进一步将善意义务认定为忠实义务,那么董事违反合规监督义务将被视为违反忠实义务,公司不能凭借§102(b)(7)通过章程豁免董事违反合规监督义务的责任。特拉华州法院也不得适用商业判断规则审查董事违反合规监督义务的行为,豁免董事的相关责任。因为董事违反合规监督义务的行为构成“非善意”,不再符合商业判断规则的适用条件。

## (二) 董事合规监督义务授权面向的演进

**1. 授权的强化之一:对合规体系精细度的自由裁量。**董事合规监督义务归责的扩张,是为了督促董事建立合规体系,并确保合规体系的有效性,起到合规体系的预防性价值。但是,建立公司合规体系会带来公司成本上升的问题。为了应对这一问题,公司法在合规领域需要对董事会的授权进行强化,设置相对较低的合规体系建立的法定标准,授予董事会对合规体系精细度的自由裁量权。董事会根据自身公司类型、经营情况、治理结构等因素,自主决定合规体系的精细程度。正如 Allen 法官在 *Caremark* 案中所言:“公司合规体系精细程度是商业判断的问题,董事对合规体系的精细程度的决策受商业判断规则的保护。”<sup>②</sup>2002年,美国《组织量刑指引》颁布的10周年的修订建议指出:“董事会至少采取最少步骤去建立信息传递和汇报机制。但是,更进一步,合规体系的具体设计、收集信息的程序属于董事会的商业判断。”<sup>③</sup>但是,所谓最少步骤或者说较低建立标准又是什么?Allen 法官认为:“合规体系至少要确保董事会在公司的日常运营中能及时了解到适当的信息。”<sup>④</sup>这也意味着,只要董事会采取必要步骤建立一个能及时通知董事会相关信息的合规体系,董事会就完成了预防性合规监督义务。一个具有及时性的合规体系至少包括:一套监测和预防雇员违法违规行为的标准和程序(合规风险识别评估预警机制);一个首席合规官(可以由相关高管兼任)负责合规体系的日常运作、监督以及向董事会定期汇报合规情况。

在合规体系的最低标准以上的精细度设置属于董事会的商业判断。特拉华州法院将此自由裁量权授予董事会,让董事会衡量合规收益与成本,最大化公司利益。公司董事会往往了解公司的合规风险大小,合规风险大的公司要花更多成本建立精细程度高的合规体系,而合规风险小的公司花较少的成本建立精细程度低的合规体系。反之,合规风险小的公司花费过高合规成本可能会导致经营困难。合规风险大的公司用低成本建立了精细化程度低的合规体系,一旦公司发生合规问题,董事就应承担相应的赔偿责任。

**2. 授权的强化之二:区分合规与风控。**在 *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation* 案(以下简称 Citigroup 案)中,特拉华州衡平法院对合规和风控进行了区分,并认为董事合规监督义务仅要求董事会建立一套信息传递和汇报机制,监测公司内部的违法行为,不要求董事监控商业风险。<sup>⑤</sup>这种区分保障了董事会的授权,限制了董事合规监督义务的归责范围,让董事敢于作出高风险高回报的商业决策。

在商事实践中,合规与风控存在紧密联系。有学者认为,合规是风控的一环<sup>[18]</sup>。企业需要控制的风险有三类:运营风险(Operational Risk)、市场风险(Market Risk)和信贷风险(Credit Risk)。合规风险属于运营风险的一种,没有遵守法律规范而遭受处罚,或者承受重大名誉损失。但是,合规风险相比于其他风险更为明确,而且合规能减轻管理层的代理成本。合规的对象具有事前的确定性,即公司经营所涉及的法律法规。

①参见906 A. 2d 35, 67 (Del. 2006)。

②参见698 A. 2d 959, 970 (Del. Ch. 1996)。

③U. S. Sentencing Comm'n Sentencing Commission Convenes Organizational Guidelines. (Feb. 21, 2002) [May. 01, 2022]. <http://www.ussc.gov/about/news/press-releases/february-21-2002>.

④参见698 A. 2d 959, 971 (Del. Ch. 1996)。

⑤参见964 A. 2d 106, 110 (Del. Ch. 2009)。

管理层和雇员违法往往是为了谋取私利,公司的短期利益也可能上升,但有损公司的长期利益。合规可以消除这部分代理成本,提升公司长期利益。但是,其他风险均是商业风险,具有不确定性,事前难以确定对公司的利弊。

特拉华州法院注意到了合规与风控的区分,如果将合规扩张到风控,让董事承担风控失误的责任无疑会摧毁商业判断规则保护的核心价值;鼓励公司董事和高管甘冒商业风险为投资者创造价值,而不必担心为风险决策失败而承担责任。董事可以聘请专家判断高管和雇员的经营行为是否违法,但不可能预测商业决策的风险。因此,董事对合规风险应当承担合规监督责任,但对商业风险应适用商业判断规则,法院对商业决策不作二次猜测。

**3. 授权的强化之三:否定善意义务的独立性。**在 Stone 案中,特拉华州最高法院明确了,董事合规监督义务属于善意义务,善意义务属于忠实义务,<sup>①</sup>通过判例法否定了“善意义务作为一种独立的信义义务”的观点。否定善意义务的独立性,限制了善意义务的范围,变相地强化了董事会的授权。

Cede Co. v. Technicolor, Inc. 案提出了“三重信义义务”的观点,将善意义务作为信义义务的独立类型之一,与勤勉义务和忠实义务并列。<sup>②</sup>“三重信义义务”引发了巨大的争议。这一争议触及了公司治理的核心问题之一:授权(Authority)和归责(Accountability)的平衡<sup>[19]</sup>。一方面,立法者需要授予董事会宽泛的权力,发挥董事和高管的专业的、具有创新性的商业决策能力,法院尽量克制对这些商业决策的二次猜测。另一方面,董事会的权力过大以及高管享有过多下沉权力后,会增加高昂的代理成本。因此,需要法院通过信义义务对管理层进行归责,以此威慑管理层,抑制管理层滥用权力的行为,降低代理成本。因此,特拉华州法院的法官对善意义务的独立性的分歧的底层原因是对管理层授权和归责的取舍出现了分歧。支持“善意义务作为独立信义义务之一”观点的特拉华州法官更倾向扩大信义义务归责的范围,增加公司管理层归责的可能性,威慑管理层慎用公司权力。

“善意义务作为独立信义义务之一,以加强对董事的归责”的观点提出与当时的时代背景密切相关。20世纪初,一系列的美国公司丑闻曝光,包括安然公司、世通公司、奎斯特公司等,这些引发丑闻的公司总计损失了4600亿美元<sup>[20]</sup>。总体上来说,这些公司丑闻爆发的原因都在于公司高管制作虚假的财务报表欺诈投资者<sup>[21]</sup>。特拉华州的部分法官认为:“这些公司治理的失败源于董事会没有承担起公司监督者的角色,才会导致高管肆意妄为。”<sup>[22]</sup>

在此背景下,美国公司法学界再次提出“三重信义义务”的观点,希望公司法可以通过创设独立的善意义务去回应美国证券监督的改革<sup>[23]</sup>。以 Melvin Eisenberg 教授为代表的一些美国公司法学者认为,公司法应适当从授权向归责转变,而善意义务可以作为一个灵活的义务去包含勤勉义务和忠实义务之外的内容,对董事进行归责。Melvin Eisenberg 教授指出:“善意义务为法院提供了一个基础去表达一个新的、特别的信义义务来回应社会和商业规则的变化,而这种变化常常不能用勤勉义务和忠实义务去回应。”<sup>[24]</sup>但是,在后续特拉华州的公司司法实践中,三重信义义务的观点被否决,主要原因在于特拉华州法院更倾向于尊重董事会的权力,而不是扩大信义义务的归责,让法院过分地介入董事会的商业决策<sup>[25]</sup>。法院担忧善意义务一旦成为一种独立的信义义务,对董事的归责可能性就会大大增加,从而伤害了公司的商业活力。

## 四、我国董事合规监督义务的规范建构

### (一) 董事合规监督义务引入的制度条件

董事合规监督义务的引入,意味着董事要承担更多的责任,为了确保董事治理公司的积极性,公司法应当授予董事会足够的权力,确保董事的权责相匹配。有学者指出,中国公司治理中权力过于集中于股东

<sup>①</sup>参见911 A. 2d 362, 369 (Del. 2006)。

<sup>②</sup>634 A. 2d 345 (Del. 1993)。



会,合规的公司制度条件不足<sup>[2]</sup>。因为,我国股东会的权力过大,董事会权力过小,与董事会中心假定下的信义义务归责并存,导致董事的权力与责任不对称<sup>[26]</sup>。所以,一旦引入董事合规监督义务之后,董事责任就会进一步加剧,董事的权力与责任会更加失衡,董事治理公司的积极性会进一步丧失,即便引入董事合规监督义务,合规体系也会沦为摆设。解决股东会和董事会的分权问题,授予董事会充足的公司权力,是引入董事合规监督义务的先决条件。因此,在公司法修订之际,应当将公司治理的模式转型成董事会中心模式,为引入董事合规监督义务创造制度条件。

2022年12月30日,第十三届全国人大常委会第三十八次会议审议并公布了《公司法(修订草案二次审议稿)》(以下简称修订草案)。修订草案第59条和第67条分别对现行《公司法》的股东会和董事会职权条款作出修订,但修订草案的公司治理模式仍是股东会中心模式,需要进一步修订。修订草案第67条对董事会职权作出修订,从现行《公司法》的11项职权删除至9项职权,其中删除了“决定公司的经营计划和投资方案”的职权。修订草案第59条对股东会职权作出修订,相较于现行《公司法》的11项股东会职权,修订草案仅保留了9项职权,其中删除了“决定公司的经营方针和投资计划”。这意味着,修订草案将公司经营决策权的分配交由公司章程约定。但是,当公司章程没有约定公司经营决策权的分配模式时,默示的公司经营决策权归属于哪个公司机关。笔者认为,股东会作为公司权力机构应当享有默示的经营决策权。修订草案第58条和第111条仍然明确规定了股东会是公司的权力机构。尽管,修订草案删除了一审稿第62条中“董事会是公司的执行机构”的表述。但是,《民法典》第81条仍有“执行机构为董事会”的规定,对公司法补充适用<sup>[27]</sup>。修订草案采用任意性的股东会中心模式,仍不能解决董事会权责不对称的问题,无法为引入合规监督义务提供制度条件。修订草案应当进一步修订为董事会中心模式,具体修订可以借鉴《特拉华州普通公司法》第141条(a)款:“根据本法所设立的所有公司的董事会对公司的所有公司经营事务享有经营决策权,除非本法或章程另有规定。”因此,笔者建议,修订草案第67条第1款关于董事会职权的规定中可以明确规定董事会享有全部经营决策权。具言之,建议修订草案第67条第1款中增加一项董事会法定职权:“决定所有的公司经营管理事务。”在股东会和董事会明确分权后,董事会的权责会重新回归平衡,为引入董事合规监督义务创造制度条件。

## (二) 董事合规监督义务引入的体系选择

董事合规监督义务引入的体系选择涉及两个问题:其一,将董事合规监督义务安置于信义义务体系的什么位置?其二,单一引入董事合规监督义务,抑或连同善意义务整体引入?

关于董事合规监督义务的体系位置选择,大体上存在三条路径:第一,借鉴 Stone 案的体系安排,将董事合规监督义务安置于忠实义务之下;第二,借鉴 Garemark 案的解释路径,将董事合规监督义务安置于勤勉义务之下;第三,借鉴“三重信义义务体系”,让善意义务成为独立的信义义务之一,将董事合规监督义务放置于善意义务之下。

第一条路径:纳入忠实义务的路径,也是现在特拉华州公司法采纳的路径。而特拉华州之所以采纳此路径,最主要的原因在于让董事合规监督义务脱离§102(b)(7)和商业判断规则的适用,防止违反董事合规监督义务的行为被章程约定豁免责任或因适用商业判断规则而免除责任,以此发挥董事合规监督义务的制度功能,督促董事会建立持续有效的合规体系。这一路径是基于特拉华州公司法体系下的法政策考量而作出的立法选择。

第二条路径:纳入勤勉义务的路径,将董事合规监督义务作为勤勉义务的特殊类型之一。董事违反勤勉义务分为两种类型:一种是董事因作为的过失而违反勤勉义务;另一种是董事因不作为的过失而违反勤勉义务。通常,因不作为的过失而违反勤勉义务,不作为的过失必须是重大的,才足以让董事承担责任。随着商业的不断发展,高管和雇员的违法违规行为可能会让公司面临巨额的行政罚款等经济损失,公司合规的重要性显而易见。如果董事会不主动建立公司合规体系,这种不作为将对公司造成重大影响。所以,董事合规监督义务是不作为的勤勉义务。美国权威公司法学者 Stephen Bainbridge 教授和前特拉华州衡平法院首席大法官 William Allen 都支持这一路径<sup>[28]</sup>。这一路径的优势在于:易于接受,并没有大刀阔斧地对传统的信义义务进行改造,仅仅只是在原有勤勉义务的基础上增加了一些内容。

第三条路径:善意义务独立的路径,在公司法中创设一个独立的善意义务与勤勉义务、忠实义务并列,并将董事合规监督义务作为善意义务的特殊类型。美国权威公司法学者 Melvin Eisenberg 教授是这一路径的主要支持者。这一路径的优势:其一,信义义务三分,各个类型义务的内容划分更为清晰,体系性更强;其二,善意义务给予法官一定的解释空间,可以及时地对商业实践中的法律问题予以回应。当然,这一路径是一把“双刃剑”,也可能赋予法院对商业决策过多的介入权,反而伤害了商业活力。

在这三条路径中,笔者更倾向于第二条路径:将董事合规监督义务安置于勤勉义务之下。具体原因如下。

首先,善意义务独立路径的功能对我国公司法的发展并无助益,我国不应选择“善意义务独立”的路径引入董事合规监督义务。其一,善意义务独立路径的功能在于赋予法官对商业决策更多的司法介入权。我国作为成文法国家,即便不采用善意义务独立路径,也可以通过立法和法律解释的方式扩充信义义务的内容以此赋予法官更多的司法对商业决策介入权。同时,当前我国并不存在明文的商业判断规则来防止法院对商业决策的二次猜测,法院对商业决策司法审查时的介入程度更多地取决于法院内部的司法惯例,我国的立法并没有限制法官的介入权。因此,独立路径的功能对我国公司法没有功能上的意义。其二,我国没必要扩张司法对商业决策的介入权,相反应当对司法介入商业决策保持克制。商业决策必然面临商业风险,往往创新性越高的商业决策风险也越高,风险意味着不确定性,伴随着高收益和高损失的可能性,法院事后的判断会忽视事前高收益的可能性,让公司管理层承担不合理的责任,从而抑制公司管理层作出富有创新性但伴有高风险的商业决策,最终抑制商业的发展。此外,我国大多数公司,甚至多数的上市公司,都呈现股权集中的现象,公司管理层常常握有公司的多数股权。一旦公司因高风险的商业决策而损失,公司管理层的损失就相应是最大的。因此,公司管理层与股东之间的代理成本都较低,公司管理层在作出商业决策时,对风险的考量一定会更慎重。在股权集中作为常态的当下,法院也没有必要过于担心公司管理层经营决策过于激进而损害其他股东的利益。因此,我国扩张司法对商业决策的介入权确无必要。

其次,纳入忠实义务的路径对我国公司法没有法政策层面的意义。特拉华州公司法下,将董事合规监督义务纳入忠实义务之下,可以避免董事违反合规监督义务的责任被免除,起到董事充分授权与过度归责平衡的法政策意义。但是,我国公司法并没有赋予公司章程免除董事违反勤勉义务责任的权限,也没有明文的商业判断规则。即使我国未来引入商业判断规则,立法者也可以通过其他立法技术让董事合规监督义务脱离商业判断规则的适用。所以,将董事合规监督义务纳入忠实义务并没有法政策层面的意义。

最后,从内涵的契合度的角度,董事合规监督义务更契合勤勉义务。信义义务的功能是通过对公司管理层进行法律威慑从而降低公司管理层的代理成本。因此,信义义务区分为勤勉义务和忠实义务两个不同角度对公司管理层的行为进行法律规制。从法经济学的角度,勤勉义务针对公司管理层低效率的行为<sup>[29]</sup>。公司法通过勤勉义务的法律威慑,希望公司管理层更努力、更仔细、更聪明地工作和决策,提升经营效率。而忠实义务针对公司管理层侵夺公司收益,包括现有的和未来的收益<sup>[29]</sup>。例如,关联交易和篡夺公司机会等。董事会不建立持续有效的合规体系的行为不涉及侵夺公司收益不属于违反忠实义务的范畴。但是,董事违反合规监督义务的不作为涉及损害公司利益,如果将恶意损害公司利益的行为视为一种低效率的经营行为。那么,从内涵上,董事合规监督义务与勤勉义务更契合。

在明确选择将董事合规监督义务纳入勤勉义务的路径之后,需要进一步思考关于董事合规监督义务的单一引入,抑或连同善意义务整体引入的问题。我国学者对这一问题并未达成共识。笔者认为,应当选择董事合规监督义务连同善意义务的整体引入。因为,引入善意义务为董事合规监督义务设立善意标准作为审查标准以排除商业判断规则的适用提供了制度条件。商业判断规则在激励董事作出具有创新性的商业决策方面有着重要价值,势必在未来会被引入我国公司法。但是,商业判断规则在很大程度上庇护董事违反勤勉义务的责任。当我国存在商业判断规则,同时将董事合规监督义务放置于勤勉义务之下时,我们会面临一个问题:如何排除商业判断规则适用违反董事合规监督义务的行为,让董事承担违反合规监督义务的责任,督促董事会建立持续有效的合规体系。引入善意义务,将善意义务转化为善意标准,通过公司法塑造“理性管理者标准”,将善意标准和注意标准设置为理性管理者标准的两大子标准,并将善意标准作为董事合规监督义务的审查标准。立法者可以在公司法或者公司法司法解释中明确商业判断规则仅适用审

查违反注意标准的行为,不得适用审查违反善意标准的行为。如此一来,董事违反合规监督义务的行为将不适用商业判断规则进行审查,董事违反合规监督义务的责任将不能豁免,有利于合规监督的推进。而且,在内容上,善意标准与注意标准存在本质差异,应当区分为两个子标准。善意标准的三类内容共通性都存在主观上的故意,而注意标准强调客观的过失。管理层故意地作出损害公司的行为、管理层故意地违反法律法规这两类善意标准的内容强调主观的故意。剩余的一类善意标准的内容:管理层不履行明知或应知的义务,也强调“故意”,但这一“故意”是推定的故意。而注意标准要求管理层经营管理公司应履行理性管理者之注意,强调客观的过失。

综上所述,笔者建议,在《公司法》修订时,采用“将董事合规监督义务纳入勤勉义务”的路径,并将善意义务连同董事合规监督义务整体引入,为勤勉义务塑造理性管理者标准包含注意标准和善意标准。即便未来引入商业判断规则,违反董事合规监督义务的行为也以善意标准作为审查标准,一旦董事违反了合规监督义务,即违反了善意标准中第三项内容“董监高不履行明知或者应知的义务”,从而违反了善意标准,就不适用商业判断规则。

### (三) 我国《公司法》对董事合规监督义务和善意标准的吸收

在确定采用“将董事合规监督义务纳入勤勉义务”的路径之后,我国《公司法》在勤勉义务下应如何规定董事合规监督义务,以及如何创设善意标准?我国《公司法》可以借鉴美国《示范公司法》的立法技术。《美国示范公司法》第8.30条(a)款和(b)款设置董事行为的三大标准(Standards of Conduct for Directors):“善意标准”“合理相信为了公司利益最大化标准”“注意标准”。具言之,美国《示范公司法》第8.30条(a)款规定:“每位董事在履行董事职责时,应当(1)善意行事;(2)合理地相信为了公司利益最大化行事。”美国《示范公司法》第8.30条(b)款规定:“董事接受充分信息下履行经营决策功能和监督功能时,应当尽类似情境中的理性人的注意。”

在我国《公司法》修订时,可以将“善意标准”和“注意标准”合并成“理性管理者标准”,将理性管理者标准作为违反勤勉义务的审查标准,由此在勤勉义务下设置善意标准,并在《公司法》中予以明确规定。因此,笔者在修订草案第180条第2款的基础上再提出如下修改建议。第一,在修订草案第180条第2款中明确,将理性管理者标准作为勤勉义务的行为标准,在理性管理者标准下规定两大子标准:善意标准和注意标准。具言之,将修订草案第180条第2款修订为:“董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务,应善意地执行职务,且应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。”第二,在修订草案第180条增加第3款规定善意标准的具体内容,吸收 Disney 案中所明确的“善意义务”的具体内容。具言之,增加修订草案第180条第3款:董事、监事、高级管理人员善意执行职务不得为下列行为:(1)董监高故意地作出损害公司的行为;(2)董监高故意地违反法律、行政法规和公司章程;(3)董监高不履行明知或者应知的义务。第三,将修订草案第179条中“董事、监事和高管在执行职务时,不得违反法律、行政法规和公司章程”的内容删除。因为,守法义务的内容已规定在善意标准之下,不宜重复规定。

对于董事合规监督义务引入,我国《公司法》应当将董事合规监督义务作为勤勉义务的特殊类型之一进行规定。同时,明确规定董事合规监督义务的预防性合规监督义务和持续性合规监督义务的内容。具言之,在修订草案中应当增加一条关于董事合规监督义务的规定:(1)董事会对公司负有合规监督义务,董事会应当建立合规体系,至少包括:一套监测和预防高管和雇员违法违规行为的标准和程序、一位首席合规官负责合规体系的日常运作、监督以及向董事会定期汇报合规情况;(2)在建立公司合规体系之后,董事会应当对公司合规体系的有效性负责,在董事会明知公司存在违法违规行为或者公司出现警示性事件应引起董事会的合理怀疑时,董事会必须积极地采取行动完善合规体系,解决合规问题。

### (四) 董事合规监督义务与监事会的制度衔接

修订草案第69条和第121条第1款仍然为有限责任公司和股份有限公司保留了双层制的选项。因此,公司法有必要设计监事会与董事合规监督义务的衔接制度:监事会合规监督义务。

董事合规监督义务与监事会合规监督义务存在本质差异。董事合规监督义务,是指董事会通过建立合

规体系监督高管和雇员的业务经营和执行合规性的义务。监事会合规监督义务,是指监事会监督董事会履行董事合规监督义务的义务,而非监事会直接对公司业务经营和执行合规性的监督。

我国公司法可以借鉴德国公司法中监事会合规监督义务的相关规定。原则上,德国监事会的合规监督义务仅涉及对董事会的监督,而不涉及对作出违法违规行为的高管和雇员的审查<sup>[30]</sup>。因此,监事会仅审查董事会是否合格履行董事合规监督义务。德国监事会与董事合规监督义务的具体衔接表现为公司合规体系建立之后的合规审查中的分级合作。首先,董事会优先监督<sup>[31]</sup>。一旦公司出现警示性事件,董事会就有义务优先查明公司合规体系的有效性和警示性事件背后的合规问题。监事会不得取代董事会履行优先监督义务。其次,监事会的平行审查<sup>[31]</sup>。原则上,监事会应当信赖董事会履行董事合规监督义务,仅在例外情形下,监事会合理地认为董事会没有积极地履行董事合规监督义务,并且董事会严重违反董事合规监督义务,则可对董事会的合规监督行为进行平行审查,并要求董事会提交合规监督报告。最后,董事会与监事会联合监督<sup>[31]</sup>。经过平行审查后,发现董事会确实存在消极监督的问题,监事会可以督促董事会进行联合监督,监事会与董事会协商确定联合监督的“联合行动指南”。尽管双方进行联合监督,但双方的监督仍然具有独立性。在联合监督中,监事会可以对违法违规的高管和雇员进行直接审查,可以和董事会根据“联合行动指南”进行合理分工,更加高效地解决合规问题,督促董事会完善合规体系。

结合本文确定的董事合规监督义务和德国监事会的合规监督义务的立法设计,笔者建议,我国《公司法》在修订时,引入分级合作式的监事会合规监督义务。我国的监事会合规监督义务应当包括两个层次的义务。第一,监事会对预防性合规监督义务履行负有直接性的监督义务。当公司没有建立合规体系时,监事会应当及时督促董事会建立合规体系。如果董事会消极地不建立合规体系,监事会应当向股东会及时报告,请求股东会要求董事会建立合规体系或者重新选任董事建立合规体系。第二,当公司建立合规体系后,监事会对持续性合规监督义务履行的监督义务具有分级性。首先,原则上董事会优先监督合规体系的有效性。其次,监事会负有平行审查的义务。董事会建立合规体系之后,公司出现警示性事件时,监事会可以对董事会的消极监督行为进行平行审查。最后,监事会与董事会的联合监督义务。监事会进行平行审查后,发现董事会确实存在消极监督的行为,应当通知董事会进行联合监督,监事会既独立分工地审查高管和雇员违法违规行为,又督促董事会履行合规体系有效性的监督义务。

## 五、结 论

我国过于依赖外源性合规,外源性合规一旦过度会导致公司的合规成本过高,公司内生性、自律性合规会被抑制。外源性合规从三方面冲击了公司治理:(1)外源性合规削减了董事会的决策权;(2)外源性合规改变了公司经营行为;(3)外源性合规强行将外部利益融入公司利益。内生性合规从四个方面调和外源性合规对公司治理的冲击:(1)行政监管部门放弃作为单边的合规设计者的角色,仅作为执法者的角色。行政监管部门不再通过行政规章强制性地介入合规体系的设计和运行,仅能以事前激励和事后惩罚督促公司建立合规体系;(2)合规体系设计和运行的决策回归公司自治;(3)将董事合规监督义务设置为一般性义务,发挥合规体系的预防性价值;(4)合规监督融入单层制下董事会的监督职能。特拉华州董事合规监督义务的内生性演进从“归责的扩张”和“授权的强化”两个面向进行,让董事会在“授权与归责”的机制下,以“成本与收益计算”的治理逻辑考虑合规体系设计与运行。一方面,特拉华州法院以增加合规监督义务的内容和提升审查的标准来扩大合规监督义务的归责,督促董事会建立合规体系,发挥其预防性合规的价值。另一方面,特拉华州法院又强化董事会对合规监督的授权,授予其对合规体系精细度、风控体系设置的自由裁量权,限制善意义务,让董事会有足够的授权衡量公司的合规收益与合规成本,最大化公司利益。我国引入董事合规监督义务的制度条件是建立董事会中心的治理模式,以此解决董事会权责不匹配的问题;体系选择是将董事合规监督义务置于勤勉义务之下,同时将善意义务转为善意标准作为勤勉义务的理性管理者标准的基础标准之一;董事合规监督义务的内容包括:预防性合规监督义务——董事会负有建立合规体系的一般性监督义务;持续性合规监督义务——监督公司合规体系有效性的义务,即在公司合规

体系建立之后,董事会明知公司存在违法违规行为或出现警示性事件引起董事合理怀疑时,董事会应当完善公司合规体系,并解决警示性事件背后的合规问题。为了衔接监事会制度,借鉴德国公司法,引入监事会合规监督义务,包括:督促董事会建立合规体系的义务,和建立合规体系之后的平行审查义务和联合监督义务。

#### 参考文献:

- [1] SEAN J G. Corporate governance in an era of compliance[J]. William & Mary Law Review, 2016, 57(6): 2075-2140.
- [2] 邓峰. 公司合规的源流及中国的制度局限[J]. 比较法研究, 2020(1): 34-45.
- [3] 吕成龙. 上市公司董事监督义务的制度构建[J]. 环球法律评论, 2021(2): 87-101.
- [4] 朱朝晖, 林雯, 曾爱民. 高管机会主义品行与公司信息披露决策[J]. 商业经济与管理, 2021(8): 40-54.
- [5] 赵万一. 合规制度的公司法设计及其实现路径[J]. 中国法学, 2020(2): 69-88.
- [6] 陈景善. 董事合规义务体系——以董事会监督机制为路径依赖[J]. 中国法律评论, 2022(3): 53-63.
- [7] 汪青松. 合规义务进入董事义务体系的公司法路径[J]. 北方法学, 2021(4): 77-89.
- [8] 王建文. 论董事“善意”规则的演进及其对我国的借鉴意义[J]. 比较法研究, 2021(1): 105-118.
- [9] 梁爽. 美、日公司法上的董事合规、内控义务及其对我国的启示[J]. 中外法学, 2022(2): 521-540.
- [10] MYRON W. Electrical equipment antitrust cases——their implications for government and for business[J]. University of Chicago Law Review, 1961, 29(1): 97-110.
- [11] PAUL E M. Caremark in the arc of compliance history[J]. Temple Law Review, 2018, 90(4): 647-680.
- [12] STANLEY S. The worldwide banning of schmiergeld: a look at the foreign corrupt practices act on its twentieth birthday[J]. Northwestern Journal of International Law & Business, 1998, 18(2): 269-281.
- [13] 徐深澄. 《民法总则》职务代理规则的体系化阐释——以契约团体自治兼顾交易安全为轴心[J]. 法学家, 2019(2): 97-110.
- [14] HENRY H, REINIER K. The end of history for corporate law[J]. Georgetown Law Journal, 2001, 89(2): 439-468.
- [15] 杨宇冠. 企业合规案件撤回起诉和监管问题研究[J]. 甘肃社会科学, 2021(5): 91-99.
- [16] 林一英. 公司监督机构的立法完善: 超越单层制与双层制[J]. 法学杂志, 2022(4): 36-52.
- [17] 沈朝晖. 单层制公司董事会监督功能构造[J]. 政法论坛, 2022(4): 111-124.
- [18] STEPHEN M B. Caremark and enterprise risk management[J]. Journal of Corporation Law, 2009, 34(4): 967-990.
- [19] STEPHEN M B. The business judgment rule as abstention doctrine[J]. Vanderbilt Law Review, 2004, 57(1): 83-130.
- [20] DAVID L C. Fixing CPA ethics can be an inside job[N]. Wash. Post, 2002-10-20(2).
- [21] LARRY E. Market vs. regulatory responses to corporate fraud: a critique of the sarbanes-pxley act of 2002[J]. Journal of Corporation Law, 2002, 28(1): 1-67.
- [22] NORMAN V. Policy and legal overview of best corporate governance principles[J]. SMU Law Review, 2003, 56(4): 2135-2147.
- [23] HILLARY A S. Delaware's good faith[J]. Cornell Law Review, 2004, 89(2): 456-495.
- [24] MELVIN A E. The duty of good faith in corporate law[J]. Delaware Journal of Corporate Law, 2006, 31(1): 1-44.
- [25] NORMAN V, CHRISTINE T D G. What happened in delaware corporate law and governance from 1992-2004? A retrospective on some key developments[J]. University of Pennsylvania Law Review, 2005, 153(5): 1449-1512.
- [26] 邓峰. 中国法上董事会的角色、职能及思想渊源: 实证法的考察[J]. 中国法学, 2013(3): 98-108.
- [27] 钱玉林. 民法总则与公司法的适用关系论[J]. 法学研究, 2018(3): 51-65.
- [28] STEPHEN M B, STAR L, BENJAMIN O. The convergence of good faith and oversight[J]. UCLA Law Review, 2008, 55(3): 559-605.
- [29] RONALD J G. A structural approach to corporations: the case against defensive tactics in tender offers[J]. Stanford Law Review, 1981, 33(5): 819-891.
- [30] 王东光. 组织法视角下的公司合规: 理论基础与制度阐释——德国法上的考察及对我国的启示[J]. 法治研究, 2021(6): 18-32.
- [31] 杨大可. 德国公司合规审查实践中董/监事会的分级合作及启示[J]. 证券市场导报, 2016(11): 69-78.

