

清华大学法学院商法研究中心“21 世纪商法论坛”第 22 届国际学术研讨会 会议纪要

2024 年 10 月 26 日至 10 月 27 日，由清华大学法学院商法研究中心主办的“21 世纪商法论坛”第 22 届国际学术研讨会在清华大学法学院明理楼成功举办。会议以线上线下相结合的方式召开。本次会议的中心议题为“公司治理的再发展”，来自中国大陆、中国香港和中国台湾地区，以及美国、德国、新加坡、日本、澳大利亚等国家的著名商法学专家、知名学者及实务专家共 90 余人参加了本次会议，海内外的参会学者讨论热烈、观点交锋精彩纷呈。

论坛开幕式由商法研究中心主任、清华大学法学院汤欣教授主持。全国人大宪法和法律委员会副主任委员、清华大学法学院院长周光权教授代表清华大学法学院对“21 世纪商法论坛”的顺利召开表示祝贺，对现场及线上与会的嘉宾表示感谢。他表示，本次会议讨论的公司治理主题契合公司法修改的核心内容，有着很高的学术价值，为各位学者提供了广阔的平台。商法研究中心自 1998 年由法学院首任院长王保树教授成立以来，对商法领域重大的理论、实践展开了充分的研究，离不开海内外同仁、各位商法学家的大力支持。

中国法学会商法学研究会会长、中国政法大学赵旭东教授表示，清华商法研究中心“21 世纪商法论坛”已成为中国商法学界致力最深、持续性最长的学术论坛，成为中外商法学界的著名学术交流平台。清华商法论坛汇集不同国家和地区公司法发展的最新成果，听取来自不同国家和地区的公司法学者对公司治理的真知灼见和对中国《公司法》的宝贵建议，为我国《公司法》的发展提供了重要理论支撑。公司治理是公司法研究永恒的主题，也是本次公司法修订中的重点。本次国际会议再次聚焦《公司法》修订后的公司治理制度，开展深入研讨，具有重大意义。

中国法学会商法学研究会常务副会长、清华大学商法研究中心名誉主任、清华大学法学院朱慈蕴教授表示，“21 世纪商法论坛”能走到今天，要感谢清华大学法学院对商法研究中心的重视，感谢中国商法学研究会的支持，感谢在座嘉宾的大力支持。本次会议恰逢中国大陆《公司法》修订后实施的契机，十分难得。希望本次论坛对公司治理制度发展的讨论异彩纷呈。

本次会议共分为八个单元。第一、二单元围绕“公司的内部治理结构”这一议题展开。

第一单元的讨论由中国法学会商法学研究会会长、中国政法大学法学院赵旭东教授和中国法学会商法学研究会常务副会长、清华大学法学院商法研究中心名誉主任、清华大学法学院朱慈蕴教授主持。中国法学会商法学研究会副会长、西南政法大学民商法学院赵万一教授以《中国公司治理中的职工董事制度》为题报告，指出职工参与是我国公司法的特色制度，《公司法》的职工董事制度实现了职工参与的理念升华与制度递进，实现了职工身份从主人翁到利益相关者的转变、职工参与方式从集体参与到集体和个人双重参与的转变、职工参与程度从软性参与到硬性参与的转变、职工参与过程从具体事项参与到全过程、全方位参与的转变。《公司法》职工董事制度宜对职工范围界定，职工与劳动者、员工关系，职工董事的产生与罢免、职工董事的权益保障、职工董事责任等内容作进一步规定。国家法官学院曹守晔兼职教授以《新公司法关于职工参与公司治理的多重意义》为题，指出完善公司职工参与具有重大意义。首先是依法依宪治国理政的需要。新公司法开宗明义恢复了宪法根据的表述，增加了维护职工权益的内容。党的二十大报告坚持依宪治国，坚持宪法确定的人民民主专政的国体不动摇，并对加强宪法实施和监督作出部署。修改公司法是健全保证宪法实施的法律制度的措施之一。现行有效 303 件法律，116 件明确以宪法为根据；14 届人大制定的 9 部新法中有 8 部法律规定了宪法根据，修改的 18 部法律中，公司法、海洋环境保护法等修改中新增加宪法依据，立法法、民事诉讼法等 4 部法律维持宪法根据的表述。其次，职工参与公司治理是新时代实现公司治理现代化、完善企业民主管理制度的需要。再次，是坚持以人民为中心重塑劳动者尊严、维护职工劳动者合法权益的必然要求。必须落实公司法的规定，赋予职工参与公司治理的机会，深化司务厂务公开，积极利用数字技术为产业工人民主参与提供更为精准便捷的服务；健全以职工代表大会为基本形式的企事业单位民主管理制度，涉及产业工人切身利益的重大事项必须依法依章程经职工代表大会审议通过，宜引导产业工人依法行使民主权利。坚持和完善职工董事、职工监事制度；健全劳动关系协商协调机制；完善涉职工参与公司治理的民事案件案由类型。辅仁大学法律学院郭土木教授以《公司监督机制在单层制下独立董事与审计委员会之合理定位》为题，以我国台湾地区独立董事和审计委员会的权利行使为例作深入分析，指出我国台湾地区自 2002 年 2 月后由证券交易所、柜台买卖中心规定申请上市上柜公司应设置独立董事及独立监察人起，引进独立董事与审计委员会之制度已二十多年。虽然市场重大案件与弊端并未销声匿迹，但独立董事与审计委员会在推动与落实公开发行股票公司之公司治理过程中仍一直扮演运作核心之角色。在与国际接轨之理念下，需有更完整周详之规划，以因应企业文化与实际经营之需要，应不断检讨与调整。日本独协大学法学

院周剑龙教授以《日本公司法上“委员会制公司”的制度设计与实践——兼评中国公司法上“审计委员会制公司”之立法》为题，详细介绍了日本公司法上提名委员会等设置公司、监察等委员会设置公司，监事（会）设置公司三类公司的发展沿革与具体规定，并讲解了三种公司之间的异同以及设置的实际情况。周教授同时结合本次中国公司法引入了审计委员会设置公司立法作出了展望，指出《公司法》允许公司通过章程规定可以选择符合自身的公司治理结构，极大地扩展了公司章程自治的空间，值得肯定，同时也为审计委员会和监事会并存留下了空间。带来的问题是如何协调好两者之间的职权行使，值得进一步思考。

日本东京大学法学院朱大明教授以《审计委员会制度的缘起与公司监督机构的重构》为题，结合中日两国公司法制，分析了我国法与日本法上审计委员会制度在适用对象、机构权限、决议效果、人员构成、成员选任、成员任期、成员表决权方面的异同，讨论了日本审计委员会的实施现状与形成原因。发言指出，我国公司法应在制度上进一步提升公司选择委员会制度的意愿；审计委员会与监事会的监督效果应当实现一种平衡，应当强化监事会制度；明确董事会的监督职能；独立董事制度与审计委员会之间应实现协调，如何设计独立董事在审计委员会中的作用需要慎重考虑。

德国弗莱堡大学法学院 Jan Lieder 教授以《人工智能与算法治理对公司及其董事高管的挑战》为题，介绍了欧盟对人工智能立法沿革与规则体系，他强调在人工智能技术发展背景下，所有公司都应该重视人工智能法规和人工智能辅助下的公司治理。有效使用人工智能并符合法律要求的公司具有市场优势；相反则会侵权责任与行政罚款。公司及董监高应尽到充分的注意义务，在早期阶段开发人工智能合规管理系统，妥善记录与产品相关的合规措施，对高度侵权风险领域的人工智能作出风险评估，积极获取人工智能专业知识和外部咨询。

澳大利亚蒙纳士大学法学院副教授臧正运、澳大利亚蒙纳士大学法学院资深讲师 Steve Kourabas 就监督视角下的人工智能与公司治理作分享，报告指出人工智能技术给董事、高管决策以及对应监督带来了巨大变化，提高了决策效率也产生了新的法律问题。面对 AI 辅助公司决策、AI 自行承担“智能董事”，需要进一步明确董事高管的义务，划分决策失误时的责任承担。报告建议，公司在运用 AI 辅助治理时，应注重 AI 工具的决策公平性、透明性、安全性、可持续性，形成公司内部风控机制、确定专人监管、实施日常评估、明确责任归属。

与谈环节，华东政法大学国际金融法律学院梁爽教授指出，职工参与公司治理是中国特色现代企业制度的重要内容，但职工董事制度方面，职工参与如何融入公司治理，比如职工代表大会和监事会、董事会之间的关系，工会在公司会议表达意见的权利与程序定性，职工

董事和职工监事的功能区分、审计委员会取代监事会后的职工董事等问题仍值得进一步思考完善。公司法中的审计委员会方面，从域外经验看，制度竞争的效果并不显著，且将审计委员会视作一个全能的监督机关也缺乏其他配套支撑，其具体职权如何落实或通过其他安排来实现，以及成员身份与资质等问题仍有待探究。上海财经大学法学院讲师夏戴乐表示人工智能确实给公司法和企业治理方面带来挑战与利好，例如对人工智能的问责过程、人工智能是否具备责任能力、人工智能在家族企业创始人管理意愿延续中的功能等，体现了人工智能在公司治理中的广泛运用前景与研究课题。深圳大学法学院黄海燕助理教授表示新《公司法》在公司治理单层制改革后，应明确职工参与公司治理中的具体规范，保障职工在公司的发言权或者参与公司治理的权利。审计委员会制度和公司监事会制度方面，《公司法》宜明确审计委员会、监事会、独立董事等监督功能机构的权力划分格局，在审计委员会全面承接监事会职能的情况下怎么更好的发挥审计委员会的作用。中国法学会商法学研究会会长、中国政法大学法学院赵旭东教授和中国法学会商法学研究会常务副会长、清华大学法学院商法研究中心名誉主任、清华大学法学院朱慈蕴教授作总结。

第二单元由中国法学会商法学研究会副会长、中山大学法学院周林彬教授和清华大学法学院商法研究中心主任、清华大学法学院汤欣教授主持。

中国法学会商法学研究会副会长、四川省社会科学院周友苏研究员以《中国上市公司治理需要把握的特点与要点》为主题，指出我国上市公司治理当前呈现出如下基本态势和特点：1. 上市公司数量有了较大幅度增加，但仍然难以满足公司上市的需求；2. 国有上市公司占比约三成。基于国有公司的特殊性，其公司治理具有不同于一般公司治理的特点；3. 上市公司股权结构“一股独大”现象有较大改观；4. 上市公司基本采取企业集团形式，但新《公司法》缺乏专门针对企业集团公司治理特点的规范，立法与企业集团实践存在不同程度脱节。中国的公司治理必须从中国的国情出发，针对中国公司的实际，体现出中国特色、中国方式、中国样本和中国经验，实现“善治”和“良治”的中国目标，对此应当关注到公司治理没有也不可能存在普适性的统一模式、股权结构对上市公司治理有重大影响和密切联系、国有上市公司的治理具有不同于一般公司的特点、企业集团的公司治理有其特殊性、追求经营效率最大化应当为公司治理的主要目标。台湾世新大学法学院客座教授、台湾政治大学法学院兼任教授刘连煜以“从台湾股权结构论独立董事独立性之加强与股东代表诉讼在公司治理的角色”为主题报告，指出我国台湾地区上市公司股权结构呈现相对集

中、经营者持股比例较多的特点，台湾在独立董事规制方面，宜从专业资格、持股及兼职限制、提名委员会、股东参与董事提名与选任程序等角度进一步加强独立董事的独立性，并且课予严格民刑法律责任，以强化其独立性。为强化董事履职，应强化来自外部的公司治理手段。例如我国台湾地区的投保中心代表诉讼制度起到了很好的外部监督功能，在制度发展上，可允许股东、投保中心对已卸任董事提起代表诉讼，也应允许其提起双重代表诉讼，并值得在成文法中作进一步完善。美国密歇根大学法学院 Nicolas Howson 教授对美国证券法内幕交易条款展开点评，他指出美国证券法内幕交易规则仍在沿用公司法逻辑下的古典受信义务理论、挪用理论来规制，实际上是用公司法理论处理证券法问题，难谓合理。中国法在处理内幕交易时，中国证监会相关内幕交易指引以侵权责任为规制思路，具有合理性。中国《证券法》宜坚持侵权理论支持下的内幕交易规范，适度参考欧盟、英国规定，完善制度建设。中国政法大学民商经济法学院陈景善教授《股东会电子化中股东平等原则规范构造》为主题报告，指出公司法股东会电子表决制度值得体系化改进。电子表决制度应关注线上线下股东在知情权的平等对待，确保表决过程中股东表决真实性和程序公平性以及资料信息传递的安全性、及时性，在线上线下同时表决时做好衔接，实现线上线下表决的同步互动与意思有效传递。同时应考虑技术应用下的股东权利保障，赋予线上表决股东反悔权，注意避免重复表决的情形，细化线上表决系统发生故障、股东误选、程序瑕疵的处理规范。广州大学法学院袁碧华教授以《我国上市公司控制权转让下表决权委托的法律规制》为题，指出上市公司通过表决权委托协议转让控制权，其效力具有外溢性，表决权协议转让所导致的不稳定性，可能影响上市公司治理并损害中小股东及债权人利益。然而，基于合同相对性，利益受损方无法依循合同法寻求救济。可见，这种以私人协议来塑造公司内部治理结构的方式，实则超越了合同法的调整范畴，因而需要在公司法下重新予以规范，理顺表决权委托与公司自治及股东自治的关系。因此，在授权公司章程自行构建表决权委托内部治理规则的基础上，还应通过强制性规范为表决权委托设置一定的行为规范：一是从主体、协议目的等方面建立识别标准；二是建立表决权委托在公司法上的效力要件；三是以备案制度和信息披露制度增强表决权委托的对外公示公信力。华东师范大学法学院段磊副教授以《公司机关的选择自由与强制——组织法上机关的意义》为题，分析了新公司法修订中公司机关设置规则和职权范围的变化。他指出新公司法统一公司机关的诸多规则后，使得封闭性股份公司与有限公司之间的实质差异进一步缩小，尤其是未设置董事会的有限公司与股份公司，在治理结构上更加雷同。作为建议，在公司机关选择上，一方面可以回归 2018 年公司法的规定，对于只设置一人董事的公司，不

应由其行使董事会的全部职权，而是行使章程规定的职权。并且，章程可以将属于原属于董事会的诸多职权配置给股东会，仅保留少量职权给该一名董事，实质上体现出股东会中心主义的特点。另一方面在机关选择与机关职权的联动上，区分两类公司，即未设置董事会的公司两权不分离，采用股东会中心主义，股东会为公司的万能机关，由股东直接参与经营，在股东会层面博弈，并相互监督。设置董事会的公司两权分离，以董事会中心主义为原则，股东会仅行使法定和章定职权，剩余权力属于董事会。上海交通大学日本研究中心助理研究员朱翹楚在《ESG 发展视阈下的独立董事制度》报告中，讨论了 ESG 问题与独立董事制度两项制度的融合。报告介绍了以缓解代理成本为目的的美国法独立董事制度演进以及相关利益者主义与股东利益至上博弈下的日本独董制度移植。她认为，从制度历史来看，独立董事制度应是股东利益的代表。与之相对，ESG 视角下的公司利益由个人本位走向社会本位、以解决各方利益冲突的法制目的，将股东利益和债权人、劳动者乃至社区和公众等相关利益者利益总括为公司利益概念。然而，ESG 与代表股东利益的独立董事制度并不矛盾，反而是注重股东长期利益的表现，因而二者可以有效协调。

与谈环节，清华大学法学院沈朝晖副教授指出在公司机关选择上，依据上市公司证券监管规定，中国的上市公司不存在机关选择制，必须选择带有审计委员会的单层制治理模式，对此应特别注意。美国模式、日本模式在我国法语境下并非完全适合。我国法下，审计委员会与董事会之间，前者更应该作为后者下设机构。审计委员会在上市公司中其职权、运行模式、表决流程、与董事会关系等方面的规则设置方式仍待进一步明晰。西北政法大学民商法学院国瀚文副教授赞同对股东会电子化表决规则加以细化，指出新《公司法》明确了公司可以通过电子通信的方式召开电子股东会，但是现行法律规范并没有更多的细节去考虑电子股东会制度可能引发的股东知情权的行权差异。立法需要明确什么叫做电子股东会，细化为实现股东平等的表决权限的分配、公司程序规范以及公司决策权利规则，同时关注电子化过程中必然会出现的一些技术性的问题，比如说黑客攻击和 AI 自动化决策行为当中对股东权益的保护。北京航空航天大学法学院张杨助理教授指出，股东派生诉讼对公司治理具有重要意义，在美国被称为公司治理主要的矫正器。但在我国，由于股份公司股东派生诉讼是少数股东权而非单独股东权，满足持股 1%这一门槛的股东很少，造成上市公司股东派生诉讼相当罕见。无论美国，还是日本，董事义务的发展和董事责任的追究大部分建立在作为单独股东权的股东派生诉讼基础上。我国股东派生诉讼更多地被用于一些封闭型公司的内部斗争工具而非案情更复杂且更引人关注的上市公司案件，

可能会造成我国董事义务的理论长期缺乏实际案件推动而发展缓慢。清华大学法学院商法研究中心主任、清华大学法学院汤欣教授总结，指出不同市场上的市情、公司股权结构对公司治理和公司法律产生着显著的本土化影响。如嘉宾所述，中国大陆 A 股上市公司股权结构逐渐分散的趋势为未来的收购制度带来更多的可能。公司股东会电子通讯表决，的确需要信息畅通、程序透明、表决公平，同时应完善事后端的责任与救济渠道。证券法内幕交易法上立法和监管规定中的两套规定其细节值得完善。表决权委托协议效力上，从行政法规来看不可撤销的是表决权委托协议禁止的，但是在合同效力角度是否一刀切地规定无效，是否合理仍待思考。可否从信披不完整的路径规制，值得研究。

第三单元以“公司资本与公司治理”为主题，由中国文化大学法学院王志诚教授和华东政法大学经济法学院钱玉林教授主持。台湾政治大学风险管理与保险系林国彬教授以《公司资本的容许原则与范围：从债权人保障观点与协助公司经营的观点比较》为题报告，报告指出，不同类型公司组织之可容许资本种类与范围不同，在制度建议方面，闭锁性股份有限公司可引进、放宽出资种类范围，如劳务出资。同时，公司法宜明定以劳务出资者，在劳务出资的摊提期限内，该闭锁性公司不得转换变更为一般股份有限公司。摊提期限届满前变更公司型态者，必须进行相对尚未摊提的劳务出资减资，并使所有股东依持股比例减少持股比例，降低其他非劳务出资股东的配合。在摊提期限届满前，劳务出资之股东对尚未摊提的劳务，视为尚未给付对价，因此还不能取得股份权利内容，也不得行使股东权，自然也无表决权，减少转换变更组织的可能性。台湾大学法学院黄铭杰教授以《公司登记之规范目的、机制及法律效力》为题报告，报告指出新《公司法》，特别加入了有关公司登记的专章，但该章内容仍有完善空间。一方面，公司法应该明确登记公开、公示的事项。另一方面，在登记审查方式上，宜采用形式审查主义而非实质审查主义。在登记不得对抗善意相对人、第三人效果方面，要区分内部关系和对外关系。规则细化上，可完善应登记而未登记或者应该变更登记而未变更登记、公司故意或过失为不实登记、以及相对人以其善意不知主张对抗已被真实记载的登记等情境下的对抗效力规则。台湾政治大学法学院朱德芳教授作《两岸公司法授权资本制度之比较:以台湾经验出发》报告，指出现行我国台湾地区公司法对于闭锁性质公司于发行新股时，少数股东可能遭受的侵害，尚无完整的保障措施，实务运作中，章程/股东协议下反稀释条款有其必要性。现行民法/公司法下，对于不当增资，仅有损害赔偿或增资无效可资处理，建议可参考比较法，修法增订不公平救济制度，增加法院处理这类纠纷的弹性。目前，我国台湾司法实务已有不少法

院于具体个案中，审酌闭锁性质公司少数股东易受侵害的特殊性，应值赞同。比较法下，肯认控制股东对少数股东负有受任人义务，司法实务中，闭锁性质公司控制股东受到更高的要求，于不当增资诉讼案件中，法院要求控制股东应举证增资具有正当性，且应采取对少数股东侵害最小的方式为之。不当增资诉讼中，公司是否有正当理由进行增资，为法院审酌的关键因素，立法上可增加信息披露的规定。以上问题，大陆公司法也可作出立法司法回应。美国天普大学法学院教授 Jonathan C. Lipson 以《公司正当程序价值：公司治理契约化》为题作报告，报告结合特拉华州公司法新近第 122.18 节立法允许控制股东通过纯协议形式介入董事会和公司治理的规定进行分析。对此，美国公司法学界对这一规定褒贬不一。Lipson 教授认为，这一问题属于公司法和合同法深层交织的典型问题，实际上是公司法下受信义务与合同义务二者其中谁更为优先，但比两种义务更为重要的是公司治理中的正当程序价值。只要保证了信息披露、股东及时获得信息并能独立参与决策，公司治理契约化就不会产生对其他非控股股东权益的明显侵害，不会出现隐名股东秘密控制、弱化股东参与等问题。特拉华州这一最新公司法规定对中国公司治理也有着相当的启发意义。新加坡国立大学魏铭声副教授以《董事会对债权人义务》作报告，报告综合整理了英国、新加坡等多地司法判例，强调董事会对债权人的受信义务应以公司经营困难、进入破产状态或清算阶段，或者因特定交易对债权人承担责任时方可产生。新加坡国立大学法学院林琳副教授以《ESG 背景下董事义务与理性股东》为题报告。林教授指出在传统公司法下，ESG 受制于诉讼局限性、外部 ESG 披露式监管效果存疑、ESG 被视为程序性合规义务而难以被真正落实在公司治理当中。ESG 和公司治理之间可以通过理性股东概念得以交融。并非所有股东都仅关心短期的财务回报。一些股东，尤其是机构投资者，越来越重视长期的可持续性和负责任的商业行为。通过扩大理性股东的定义，董事可以为优先考虑 ESG 目标和长期利益而非短期利润的决定辩护，这与更广泛的企业责任观念相一致。ESG 激进者应专注于与股东和董事的互动，而不是依赖诉讼。通过决议和对话进行的股东激进主义被视为影响公司治理和推动 ESG 优先事项的更有效方式。在未来法制发展方向上，应建立 ESG 条款和董事义务的三层结构，即合规责任、董事横向义务与商业判断规则的适应性改变，同时应更加重视公司治理的内部途径，需要对 ESG 框架进行系统性和分层次的升级；通过理性的公司法机制设计，激活并持续推进董事在推动 ESG 中的作用。深圳大学法学院副教授薛波研究员作《董事会违反出资催缴义务损害赔偿研究》报告。报告论证了董事会承担出资催缴义务的法理正当性，分析了董事会违反出资催缴义务的类型。董事会违反出资催缴义务损害赔偿性质和适用要件方面：其一，董事赔偿责任本质系因其不作

为所产生的侵权责任。该责任是一种法定责任而非约定责任，具有强制性，不可以通过董事和公司之间的约定免除。其二，构成要件上应以存在股东未按期足额缴纳出资之事实为前置要件，以董事会和负责董事为法定行为主体为主体要件，以董事会对出资催缴义务之违反为客观方面，此外，董事会违反催缴义务与公司损失具有因果关系并且要造成公司利益受损的结果。董事的责任承担应区别于股东出资责任，仅以其违反勤勉义务责任范围为限。北京建筑大学人文与社会科学学院王丹副教授作《股东利润分配利益失衡与矫正》报告，报告以 277 份裁判文书为研究基础，指出司法裁判中，具体利润分配请求权一般能获得支持，抽象利润分配请求权普遍受侵害而难以救济。股东盈余分配权在不同阶段、因不同原因都可能无法实现，封闭式公司的构造模式加剧了这一矛盾。鉴于封闭式公司的封闭性、人合性特征，股东“合理期待”原则应替代绝对的资本多数决、商事判断规则等开放式公司的统治条款，成为司法机关处理封闭式公司盈余分配纠纷的指导性思想。从公司股东签署或同意的各类文件和协议中寻找股东关于利润分配的共同意思，准确界定《公司法解释四》规定的受理股东抽象盈余分配诉请的突破情形，方能对当下封闭式公司中小股东利润分配利益严重失衡的局面予以矫正。

与谈环节，台湾大学法学院陈肇鸿教授认为股东出资登记问题方面，公司登记也许在未来不仅仅只是生效或者公示功能，实际上有很多数据，怎么样把这些东西活化值得思考。董事的忠实义务能否用契约排除，至少在英国法上难以推行。ESG 方面公司法是从组织法角度企图达到特定的目标，ESG 分别代表了什么，公司法需要做出明晰。华东政法大学经济法学院教授胡改蓉教授认为在董事会违反出资催缴义务的责任方面，应当明确以下问题。其一，催缴义务主体是董事会集体，进而产生商业判断问题，还是仅由执行董事催缴。由执行董事承担催缴义务或许更有效率，并且不会存在职工董事、外部董事、独立董事等承担责任的争议。其二，过错方面应属于勤勉义务的范畴，追究责任要有故意或者重大过失，董事勤勉包括经营决策和事务管理中的勤勉，催缴中的勤勉标准应该属于事务管理中的勤勉，采用客观诚信行为标准即可。其三，损害范围一般按照股东未清偿的本息范围内要求董事承担连带责任，但这一标准应为上限标准，而非固定的损害范围。其四，责任承担形式上，董事仅有阻却损害发生上未尽责的不作为，故采用补充责任较为合适。中央财经大学法学院周游副教授指出，公司资本与公司治理之间关系密切，公司治理语境下资本充实很重要一点在于董事会或者董事在里面所承担的作用和责任。以《公司法》的第 47 条到第 54 条为例，这八条即反映了从契约到组织理解公司资本和公司治理的关系问

题。董事会催缴和股东失权方面，二者关系应当捋顺清楚。催缴之后，即便没有按期足额出资也不意味着一定导致失权。公司如果在上升发展期，失权确实对于公司或者其他股东是有利的；如果公司在下行期，失权可能对于离开公司的股东更有利，对现存股东以及公司不利。如果此时董事还让股东失权很有可能违背了对公司的信义义务。不当发行方面，实践中的问题可能不是董事会滥用发行权，反而董事会不敢在授权下发行，这值得在新法实施阶段作持续观察。中国文化大学法学院王志诚教授和华东政法大学经济法学院钱玉林教授作总结。

第四、五单元以“控制股东和实际控制人制度”为主题。第四单元由中国政法大学民商经济法学院吴日焕教授、吉林大学法学院于莹教授主持。中国人民大学法学院刘俊海教授以《论新<公司法>中影子董事的民事责任：以新<公司法>第 192 条的解释为中心》为题报告。报告指出，影子董事现象将在我国长期存在，要识别影子董事，必先识别实控人；影子董事介于实控人与董事之间，但实控人未必都是影子董事。影子董事具有多元性与多层次性。建议推进实控人信息披露、登记与公式规则的体系化。影子董事的连带责任是滥用股东权利、违反信托义务与共同侵权的混合性民事责任；公司法、破产法、证券法、刑法中的董事责任条款原则上普适于影子董事；建议完善影子董事与傀儡董事之间的内部求偿规则；商业判断规则与公平追责制度也准用于影子董事和傀儡董事。有必要借鉴英国

《2006 年公司法》，将法定董事的义务责任条款扩展适用于影子董事。建议构建统一信息公示平台，将所有类型公司的股东与实控人（包括新旧实控人、发起人及其后手与非发起人股东）的信息同时纳入登记事项与公示事项，并实时在线公示。既要健全公司法中的影子董事配套规则，也要将企业破产法、证券法与刑法等相邻法中针对董监高的责任条款合理延伸到影子董事。北京大学法学院邓峰教授以《实际控制人制度的法理基础》为题报告。邓峰教授指出公司法在实际控制人方面的理论基础非常脆弱，“实际控制人”概念穿插于我国《公司法》《证券法》《反垄断法》《会计法》及国有资产法律等多个部门法律当中，但其概念内涵与制度目的又各有不同，凸显概念认知的不一。《公司法》第 180 条第 3 款事实董事规定双控人“实际执行公司事务的”适用董事义务规定，192 条影子董事规则规定双控人“指示”董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的应承担责任，但实践中股东在决策到执行过程中呈现出梯度式渐进的参与，执行公司事务并非都是发挥了实质董事的作用，是否应适用事实董事、影子董事制度存疑。公司法应区分股东在公司治理中的法定程式与自治程式、日常运营与危机拯救发挥的作用，明晰控制支配的概念，精

细化认定规则。西北政法大学民商法学院郭富青教授以《控股股东、实际控制人的中国式间接规制透析》为题报告，指出新公司法在双控人规制方面，采取折中的立法例，禁止股东滥用权利规则、禁止双控人利用关联交易损害公司利益规则、法人格否认规则、控股股东滥用股东权触发股权回购规则等直接规制与事实董事规则、损害指示人规则等间接规制互相呼应。新《公司法》第 180 条第 3 款限定于双控人，其他主体不能成为事实董事。其适用范围小于韩国“有关人员”和我国台湾地区“非董事”执行公司事务。如果某人既不是董事也不是双控人而实际执行公司事务，不构成事实董事，可能构成表见董事。“实际执行公司事务”是需要证明的事实判断。新《公司法》第 192 条是教唆他人实施侵权行为的特殊规定，不属于影子董事规范，不能按照影子董事的规制路径解释，只须按照共同侵权的规制方式进行解释，宜将其命名为：“损害指示人规则”。台湾政治大学法学院方嘉麟教授以《“实质董事”之认定与其责任构建》为题报告，报告指出实质董事包括事实董事与影子董事，在立法模式多数立法例介于绝对形式和绝对实质主义之间。在制度选择上，要考虑固有法制及既存产业结构、监理成本和透明化要求、企业结构和规模、资本市场和公司股权结构等因素。我国台湾地区法制上，实质董事的认定要求实质控制达到公司人事、财务、业务经营，而且具有全面、实质的程度，认定较为严格，实现实质董事责任相对较困难，但我国台湾独有的法人代表制也起到了约束控股股东的作用。在制约控股股东行为层面，不必仅专注于实质董事制度，还应引入其他配套措施。复旦大学法学院葛伟军教授以《中国特色影子董事：新公司法第 192 条评析》为题报告。报告指出，新《公司法》第 192 条并没有使用或包含“习惯”“惯常”等措辞，无法断定“发出-遵循”指示必须是长期的、持续的，也无法认为对董事会或大多数董事构成控制。该条项下双控人与董高的连带责任也没有将双控人置于董高的地位。共同侵权的连带责任不会改变连带责任人的法律地位，只是从行为后果的角度考虑该连带责任人应当与责任人共同承担责任。该条并没有规定双控人对公司或其他股东负有信义义务。因此，第 192 条既有别于英国法下的影子董事，又难以归入间接规制模式。第 192 条强调挖掘出董事背后真正对公司有影响力的人，从而让其承担责任。双控人实际作出决策，董事变成了傀儡，如果对双控人的行为不加以规制，很容易使其逃脱责任。双控人在不同的场合，对不同的人产生不同的责任。第 192 条规定的双控人指示责任是双控人整个规范体系的一个组成部分。韩国全南大学法学院金淳锡教授作《影子董事责任》报告，在详细介绍英美德日中影子董事与事实董事制度的同时，分析了韩国法上的影子董事和事实董事制度（业务执行干与人制度）及责任构成要件。报告指出，由于利用业务执行指示人的影响力进行的业务执行指示通常在公司内部秘密进行，因

此公司外部的股东或债权人很难对此进行举证。此外，即使能够证明业务执行指示人的指示行为，证明该指示行为与损害之间的双重因果关系也很困难。在韩国法仅认定业务执行指示人等的责任，并未针对举证设置具体规定情况下，难以使其充分发挥效力。因此自引入之初便有批评认为其仅具有象征性效力及一定的预防性效力。为了使业务执行指示人制度有效运作，有必要通过立法来放宽举证责任或倒置部分举证责任。北京大学国际法学院教授 Sang Yop KANG 就《新股发行折价、公司利益输送与股东受信义务》问题作报告。报告讨论信息不对称市场上的控股股东信义义务。在投融资市场，由于信息不对称，投资人会默认投资公司的控股股东存在一定程度的利益输送行为，并体现在更低的投资价格上。在劣币驱逐良币的市场上，投资价格被市场认为存在控股股东侵害的预期拉低，投资价格不断降低，以至于低于投资股权的应有价格，这对被投公司的控股股东不利。这种看低的市场行情会迫使股东“被迫地”进行利益输送，来挽回被畸形压低的新股认购价格和低融资额给自身带来的损失。此时控股股东“被迫的利益输送”是否完全不当，值得思考。

与谈环节，国家检察官学院赵玉教授赞同与会者对发言人对控股股东和实际控制人制度的观点，认为《公司法》180 条第 3 款和第 192 条对于事实董事和影子董事的引入是公司法重大进步，接下来需要对这些规则作进一步的法解释、法教义研究。控制权定义方面，应结合不同公司类型、公司不同发展阶段、不同场域，作精细化认定。这是非常复杂的体系，应结合公司法、证券法等规定，深入研究。山东大学法学院潘林教授认为《公司法》第 180 条第 3 款实质董事制度在构成要件上何为“执行公司事务”，影子董事制度第 192 条何为“指示”，应作深入分析认定。影子董事与事实董事是区分规制还是合并规制，在比较法上呈现合并规制的趋势，新《公司法》则把事实董事这样一个看似统一的范畴分为两种规制路线。在事实董事和影子董事区分困难的条件下，规制路径的差异会不会引发法律上的评价矛盾和认识模糊，这可能是值得我们思考的。深圳大学法学院吕成龙副教授认为双控人立法是此次《公司法》修订的重要进步。在规定双控人责任时候，是采取股东信义义务的路径，还是类比董事信义义务的路径，我们可有不同选择。新《公司法》采取事实董事、影子董事的策略，规避了控股股东是否对中小股东承担信义义务的争议，有一定合理性。对支配和控制的理解上，上市公司实践中更多的倾向于一种命令的方式，此时把双控人类比成董事，进而联结到董事义务，不同于在业务经营中以董事身份参与或者指示董事行事，或有进一步讨论空间。吉林大学法学院于莹教授总结，我们国家目前董事会组成的现状实际上董事会由股东委派指定构成的，某股东对其委派的董事作出指令应该是

中国公司实践当中的一个常态。在这种情况下，如果委派的股东指示了自己的董事，是不是构成影子董事？公司重大事项经过董事会、股东会等环节决策，双控人在股东会上做了决策，董事照做，此时是否要认定影子董事？以上问题显示了我们在控制力认定标准上仍然不够清晰，有待今后解决。

第五单元由中国政法大学民商经济法学院管晓峰教授、吉林大学法学院傅穹教授主持。北京大学法学院楼建波教授作《有限责任公司双控人责任的体系解释》发言，发言指出双控人责任究竟以董监高信义义务为解释的出发点，还是以股东责任为基础，值得深思。在《公司法》体系下依据不同规范，不同交易中双控人责任应有不同标准。具体法律适用上，对于增资、减资、合并、分立等事项，应根据相关特殊规定对公司和中小股东进行救济。双控人作为事实董事或影子董事参与决策损害公司和其他股东利益的，应适用《公司法》第180条以及第192条进行救济，双控人受商业判断规则的保护。双控人利用公司商业机会或参与关联交易获益，适用关联交易的规定。此时，对于公司同意双控人利用公司机会或者关联交易决议的公平性，应借鉴美国法进行实质审查，而不能仅进行程序审查。在程序合法时，可以适用举证责任倒置。北京大学法学院蒋大兴教授作《控股股东与实控人责任规则的再检视——反思公司法基础规制逻辑的一致性》发言，发言指出现行《公司法》对双控人的责任规范基础有两个假设，一是讲实际控制人等同于控股股东进行规制，二是将双控人等同于董事进行规制。公司法对双控人的规制逻辑实际上是从控股股东和实际控制人地位的同一体性到其与董事地位同一体性再到责任安排的同一体性，均体现为将双控人模拟成董事，让其承担董事的义务和责任。然而新《公司法》并没有将这样的逻辑完全贯穿到底，存在法条缺失的问题，比如缺乏对实控人行权的一般条款，比如关联交易又没有规定双控人要像董事实行披露程序，这就导致法律规定的双控人责任存在诸多不足，不当限缩了双控人责任，使得在董事背后真正牵绳子的木偶戏主角未能得到充分制约。公司法宜通过法律解释方法，将新《公司法》182条、183条、186条等规范全部扩张适用到双控人，填补《公司法》关于双控人制度缺失。中国文化大学法学院王志诚教授作《英美控制股东之压迫行为类型及权力抑制设计》发言，介绍了英国和美国法上的控制股东之概念及信息披露、控制股东之压迫和不公平侵害行为类型以及为抑制控股股东权利滥用而采取的法律设计。英国控制股东之权力抑制设计以禁止子公司取得控制公司股份、股东协议、控制股东出具守法承诺三方面作为事前预防机制；以不公平侵害救济、股东派生诉讼和裁判解散诉权作为事后救济机制。美国法则以股东协议和控制股东之受托义务作

为事前机制；以损害赔偿请求权、股份收买请求权和裁判解散诉请权作为主要事后救济机制。我国台湾地区法律则以大股东表决权之限制和利益回避、表决权信托、强制累积投票制、大股东义务责任、股东会瑕疵救济、少数股东股份回购与损害赔偿等作为抑制控股股东滥权的手段。以上法制对我国大陆公司治理法制建设有相当启发意义。华南理工大学法学院官欣荣教授《论新〈公司法〉第 21 条与〈民法典〉总则第 83 条的协调适用——禁止商事权利滥用一般条款的层级构造与法律实践》为题报告。官教授就《民法典》第 83 条这一基于《公司法》规范萃炼塑成的“禁止商事权利滥用”一般条款进行分析。该条是对《民法典》第 132 条关于禁止民事权利滥用原则进一步的补充，丰富了现代私法“权利不得滥用”基本原理在中国式民商合一法典中的层级结构。新《公司法》第 21 条与《民法典》总则第 83 条联动下，应分别明确三种法律适用模式：（一）优先适用《公司法》特别法规范模式；（二）适用《民法典》第 83 条模式；（三）与公司、合同、侵权法律制度的协同适用。在制度配套上，应完善以下辅助规则：（一）完善关键性出资人信义义务规则，为“权利滥用”司法认定提供标准；（二）赋予营利法人出资人（包括前股东）对间接损失的起诉权；（三）通过侵权路径救济时举证责任分配适用特殊侵权规则；（四）完善禁止商事权利滥用条款的法律效力评价机制；（五）审慎适用营利法人人格否认条款；禁止私权滥用本质上是利益平衡问题，亦包括规制小股东权利滥用。华东政法大学国际金融法律学院丁勇教授就《控股股东信义义务的模式选择》报告，指出新公司法对双控人的规制在直接规制的基础上增加了间接规制，但间接规制模式仍存在缺乏针对性、认定难度高、与公司治理结构不适应等问题，未必有更好的效果。无论直接还是间接规制模式，根本的问题在于我们始终在比照董事信义义务构建控股股东的信义义务，但董事与股东的信义（忠实）义务存在本质区别。义务来源上，不同于董事基于受托管理，股东无论持股多少均可凭借其成员权的行使对公司及其他股东利益产生影响，因此需要以忠实义务约束成员权行使使其符合公司目的和共同利益，其针对的是股东基于其成员身份所具有的影响力，而不只限于控制力，持股多少并不会影响该义务的有无，而只会影响其强度。义务要求上，董事基于其受托管理人身份应完全以公司利益为导向而不能考虑个人利益。股东忠实义务则是基于其成员身份，因此无需一般性的将个人利益置于公司利益之后，只要求其应同时兼顾和不能损害公司及其他股东利益，从而在义务强度和范围上明显弱于董事信义义务。报告建议应围绕股东忠实义务本身的特性完善理论构建和司法适用。中央财经大学法学院王湘淳副教授以《论我国控股股东身份差异视角下的类型化规制》为题报告。报告指出，控股股东在公司治理中可能具有股东、董事、公司控制者等三重身份。司法实践中，大部分法院仅

用股东权利滥用条款规制控股股东，突破了传统权利滥用的适用范围，导致规制过度与规制不足现象同时出现。身份差异下控股股东规制应有三种类型，即规制分别作为股东、

（实质）董事和公司控制者的控股股东。具体而言，第一步骤，判断控股股东的身份。即判断案涉控股股东是否还构成实质董事或者公司控制者，若控股股东不拥有其他身份，自无使用其他方案的可能性。其一，控股股东具有董事身份，承担董事义务的前提是存在委托关系。其二，控股股东具有控制权，并且行使控制权是其获得控制者身份的前提。第二步骤，判断行为的性质，即该行为是股东权利行使行为是董事义务履行行为抑或是控制权行使行为。在控股股东的行为同时属于多种规制方案的规制对象时，原则上应优先适用更为严苛的规制方案。中国政法大学民商经济法学院邹学庚讲师以《控股股东信义义务的类型化》为题报告。报告指出，控股股东兼具股东投资者和公司控制者双重身份，如何处理公司治理中的私益和共益利益冲突值得考量，宜将控股股东信义义务作类型划分。鉴于控股股东的双重身份，直接划分义务的外延难度较大，可将控股股东所享有权利的内容作为划分标准。控股股东享有一般股东权、股东会职权、董事会职权、控制权出售，与之对应控股股东信义义务的类型可分为行使股东会职权时的专属信义义务、行使董事会职权时适用董事信义义务、出售控制权时的特殊信义义务。在此基础上，对控股股东信义义务进行构建为宜。如此划分，能够恰当协调控股股东作为股东有权追求“私益”与作为全体股东受托人须为“共益”服务之间的冲突。

与谈环节，中山大学法学院余斌副教授指出，各个发言内容丰富、令人信服。控股股东约束方面，我国的反股东压迫的立法一直在完善，救济的方式其中之一就是异议股东股份回购，作为约束控股股东行为的有效途径，值得进一步研究。《民法典》“禁止商事权利滥用”一般条款接续《公司法》规定，具有重要意义。民法典一般条款应当具有谦抑性，立法要怎么样作出完善和权衡？怎么样作出修改才能让这一条法条具有谦抑性？和公司法条文应当如何协调，确实是今后有价值的研究课题。中山大学法学院董淳锷教授指出，双控人、影子董事、事实董事的问题，实质体现为主体身份上“形式”和“实质”的不一致。

《公司法》第 22 条、第 180 条、第 192 条以一般条款的形式，规定了这几类特殊主体的义务和责任。需要关注的是，第 22 条、第 180 条、第 192 条这些条文所要保护的对象，是“公司”或“其他股东”。《公司法》似乎还没有系统性地考虑到双控人、影子董事、事实董事对其他利益相关者（如外部债权人等）可能造成的权利损害及其救济问题。事实上，在新公司法出来之前，最高法院已有判例判定，实际控制人如果滥用公司法人格损害

债权人利益，那么实际控制人也需要参照修法前 2014 版《公司法》第 21 条关于股东滥用法人格的条文规定，对债权人承担连带责任。那个判决体现的是类推适用的司法技术。这可能也提醒我们，由于新《公司法》关于双控人、影子董事、事实董事对其他利益相关者的义务与责任还缺乏系统规定，因此在今后的司法适用过程中，如何类推适用现有条文作出判决，可能也会成为一个不可忽视的一个重要问题。对外经济贸易大学法学院楼秋然副教授指出，间接规制模式有无作用值得再思考。如果我国还是坚持股东会中心主义，讲股东信义义务比较好，但《公司法》对于股东信义义务规定相当不足，值得完善。控股股东并非必然承担信义义务，对这一义务来源的法理依据应当谨慎对待。讨论实质董事时，主要考虑问题应该是董事放弃自己独立判断，而非控股股东应不应该控制公司事务，因为控股股东获得控制权就应该控制公司事务。与其把关注点放股东信义义务，不如关心董事怎么被选任出来，董事激励薪酬怎么安排。在我们关注控股股东信义义务时候没还应关注到其他问题，比如很多公司当中不仅仅有控股股东在控制公司，更最难规制的人是明星 CEO，比如马斯克在公司当中到底怎么规制，有待解决。中国政法大学民商经济法学院管晓峰教授、吉林大学法学院傅穹教授作总结。

第六单元以“董事、监事、高管义务和责任”为主题，由世新大学法学院客座教授、政治大学法学院兼任教授刘连煜和复旦大学法学院教授葛伟军主持。新加坡总检察署学院院长温慧仪作《失信董事归责：亚洲普通法不同》的主题报告。报告介绍普通法法域中的董事忠诚义务及执法模式，分析了新加坡、印度、马来西亚、澳大利亚和中国香港的法律规定与法律执行状况。在董事责任的公共执行与私人执行选择上，两者各有利弊。在五个地区，董事会直接起诉追责、股东派生诉讼、清算过程起诉等私人执法程序比较类似的；公共执法层面，不同地区则因其本土环境各有不同。私人执行仍存在一些不利因素，如高昂的诉讼费用、集体行动困境等，公共执法作为补充可以通过证券监管、信息披露监督、大股东压制以及声誉监督的方式实现。日本一桥大学法学院得津晶教授以《董事对第三人责任与侵权法之间的关联》为题发言。发言分析了日本公司法下的董事对第三人责任。就董事对第三人责任是一种公司法上的法定责任还是可适用侵权法的一种特别侵权责任这一问题，日本法认为董事对第三人责任属于法定责任，包含董事对第三人的直接损害和间接损害。不过这一法定责任与侵权责任差别不大，略有不同的是在过错的认定上董事应达到主观故意或重大过失的程度，但从侵权法理论和法定责任理论来看，都落在对注意义务缺失的判断上。此外在雇主雇员责任方面，如果一个员工侵犯了第三方利益或者权利造成了损

害，中国法规定公司承担责任后向员工追偿，日本法则规定二者承担连带责任。由此值得思考的是，在公司侵权并由多方主体多个原因造成的侵权案件中，如何在公司、股东、董事、高管之间如何分配责任，有待思考。中南财经政法大学法学院徐强胜教授作《董事责任：个人的还是作为公司机构的？》主题报告。报告指出，在我国，董事被视为公司机构，其行为是公司的行为，故其不当行为后果也首先是由公司承担的，然而作为公司机构的董事行为并非没有个人属性，应审慎处理作为机构的董事与作为个人的董事之间的责任承担。中国公司法关于董事责任的规定，全面遵循公司法人格与公司归属责任规则，即凡执行职务导致他人受损的，均视为公司行为而由公司全面承担民事责任，即便董事存在故意或重大过失，也视为公司行为而先由公司承担责任，董事仅“也应当承担”责任，亦即，董事的行为仍被罩在公司人格之中。后者显然与西方公司法理论认知是不同的。董事对公司的注意义务在某种意义上是一种身份义务，但董事对第三方的义务却不是。中国公司法第10条、191条关于董事对第三人责任的规定，应在代理法下予以解释，揭开公司法人实体论的面纱。西南财经大学法学院陈彦晶教授就《虚假陈述复数董事失信责任的承担》发言，发言以上市公司因虚假陈述对外承担民事责任之后产生的责任追偿及相关董事的责任承担出发展开分析。上市公司在请求权基础上有多重选择，既可以选择民法典上侵权连带责任分担规则，也可以选择虚假陈述司法解释向实际控制人和控股股东进行完全的赔偿规则，也可以依据《公司法》第188条诉失信责任。目前，投服中心倾向于选择依据《公司法》来主张失信责任的承担，这样会使得被告范围最大化。在将董事失信责任定义为侵权责任的前提下，对于公司而言各股东承担连带责任追偿较为便利，但各董监高之间又会引起追偿诉讼，使得无法一次性解决争议。在责任承担上，可考虑参照适用安全保障义务类类似的相应的补充规则，侵权损害结果实际上是故意的行为和由于监管不到位未能阻止他人故意侵权行为的过失行为之间结合的侵权。在责任承担上，应区分不同身份、主观心态的董监高，可有一部分董监高免于责任。上海师范大学哲学与法政学院刘胜军教授就《少数持股控制结构下董事会独立性之保障——以双层股权结构上市公司为视角》作主题发言。发言指出，对双层股权结构而言，不同于同股同权的控制股东经济利益与公司利益整体一致，经济利益少，控制权大。从所有与控制分离视角来看，董事会的独立更为关键。我国双层股权结构上市公司董事会的独立性不足。作为对策，交易所规则可以强制要求双层股权结构上市公司在章程中承诺董事会建立一系列独立性确保机制，如任命多数独立非执行董事进入董事会，在决议程序上保证董事会独立于少数持股控制股东等；在私人秩序方面，机构投资者或投服机构应该敦促上市公司引入确保董事会多数独立公司构成的公司章

程条款。为保障董事会的独立性，应当特别确立董事会专门委员会的独立性，同时保证低投票权股股东在公司中的知情权、话语权，确立低投票权股代表董事制度。竞天公诚律师事务所合伙人刘思远律师以《董事对第三人责任的公司法内、外部协同——以“大智慧案”为检视样本》为题报告。报告从大智慧虚假陈述案引发的中小投服对涉案董事高管提起的代位诉讼和董事对第三人责任出发，指出董事对第三人的责任不应“一刀切”，应以对第三人的损害属于“直接损害”还是“间接损害”为标准作类型化分析。在多名董事高管对第三人存在直接损害场合，依据多数人侵权的解释论，主观故意各方构成共同侵权，承担连带责任；主观重大过失的各方构成无意思联络多数人侵权，应承担按份责任或比例连带责任。董事对第三人存在间接损害的，可依代位求偿的解释论承担补充责任。在规范之间，公司依《公司法》第 191 条第 1 款对外承担后，董事应依《公司法》第 188 条承担终局责任。《证券法》第 85 条董事高管作为信披违规主体承担民事赔偿责任时，应考虑和证券法对过错要件和比例连带责任承担的特别规定之间的解释互补。在公司追偿后的董事责任承担上，是依据民法典规定由多位董事承担按份责任，具有终局效力，还是允许依据《公司法》第 188 条规定允许董事间再行追偿，值得思考。

与谈环节，北京大学法学院洪艳蓉长聘副教授认为《公司法》第 1 条强调了公司法既要保护股东和其他利益相关者的合法权益，也要弘扬企业家精神，如何保障董事履职时得以弘扬企业家精神，又能勤勉尽责维护公司合法权益，二者之间需要有所平衡。在处理董事责任时，宜进行精细化的规则构建，对于董事责任的法律性质、请求权基础、构成要件、责任承担方式、公共执法与私人执法选择等问题均值得更细致深入的研究。广东金融学院法学院高菲副教授指出董事对第三人责任方面要明晰原告范围，是否仅限于债权人，还是包括劳动者、社区、供应商等第三人。除在濒临破产或者破产以外的情形，董事是否对第三人承担直接义务还是间接义务。被告范围上要对董事被告进行限缩，比如职工董事、独立董事在一般原则情形之下应该免责。上海交通大学法学院皮正德助理教授认为从《公司法》191 条是一种风险分配的制度。第 191 条加入董事作为责任承担主体，作为特别法定责任处理，这种选择是债权利益优位的表现。曾有疑虑认为这可能会导致董事离职潮或者对造成董事决策上的寒蝉效应。但从市场来看，这一担忧并无必要。董事责任风险在市场上已呈现出利用市场董事责任保险机制分散风险的明显趋势，市场能够自发进行调整，合理化解风险。世新大学法学院客座教授、政治大学法学院兼任教授刘连煜总结，指出大陆《公司法》第 191 条董事对第三人责任问题与我国台湾地区面临的问题类似。在我

国台湾地区，公司负责人对于公司业务执行致他人损害时，要跟公司负连带赔偿责任。在“他人”这一构成要件上，侵害他人的范围不包含股东受到损害。在责任性质上，我国台湾地区最高法院认为该责任为法定责任，董事无过失也要负责任，但对此批评是无过失责任在我国台湾法上必须由法律明定才可以创造、设置。而在责任形态上，董事承担连带责任，此点公司法与民法的关系值得进一步深究。另外，依据台湾地区公司法第 23 条第 2 项，要求股份有限公司负责人与公司负连带责任的案例很多。而且，台湾地区公司法第 8 条第 1 项规定本法所称公司负责人：“在无限公司、两合公司为执行业务或代表公司之股东；在有限公司、股份有限公司为董事。”因此，跟无限公司股东负无限责任这点也没关系；跟公司法第 23 条第 2 项有关的，是“执行业务”股东或“代表公司”的股东。此点千万不要误会。复旦大学法学院葛伟军教授总结，首先，责任的前提是义务，我们首先要考虑董事对第三人有什么义务，原则上董事仅仅对公司负有义务，董事对股东、对职工、对债权人都不负有《公司法》下的义务。广义上的董事义务呈现三层结构，最顶层是信义义务，最底层的是一般注意义务，还有中间层的顾及义务。董事只对公司负有信义义务，这是原则，但是董事作出决策时候必须考虑到其他利害关系者的利益。考虑这些人利益，不等于对他们负有《公司法》下的信义义务。参考英国 2006 年公司法第 172 条的促进公司成功义务，用促进公司成功代替公司利益较为合适。其次，责任性质方面，公司法当中的董事赔偿责任是侵权法下的责任，还是公司法下的特别责任？我们没有区别开来。如果区别开来，公司法下的特别责任应该是基于信义关系和信义义务项下的责任。但是，信托法在我们国家也没有得到很大的发展，对这个问题还需要进一步讨论。

第七、八单元主题为“公司治理结构相关制度”。第七单元由中国法学会商法学研究会副会长、北京大学法学院刘凯湘教授和清华大学法学院梁上上教授主持。暨南大学法学院、知识产权学院朱义坤教授作《公司高管薪酬“内部人话语权”的法律规制》报告。报告通过实证分析，指出上市公司高管薪酬与绩效不相关或极弱相关，高管薪酬与职工工资和居民收入差距并未缓解，存在高管“以权谋薪”的现象，有必要进行规范。美国特拉华州法院在马斯克薪酬案撤销特斯拉公司对马斯克价值 560 亿美元薪酬方案，在司法标准上向完全公平标准转向，法院认为控制股东的薪酬构成自我交易，马斯克薪酬的决策过程和结果均不公允。这一判例具有里程碑意义。我国应完善我国董事会高管薪酬决策司法审查标准，尊重高管薪酬的公司自主权，盯紧“内部人话语权”，盯紧高管薪酬与绩效关联性，盯紧“双控人”薪酬。吉林大学法学院傅穹教授以《ESG 视角下的董事义务》为题报告。报告

指出，有必要认真思考公司应如何承担社会责任，如何适应环境、社会和公司治理的现代化趋向。公司董事在 ESG 方面应承担 ESG 监督义务、ESG 信息披露义务两种义务。在监督义务层面，董事应建构 ESG 风险防范体系，确保体系的严格执行和有效落实，在出现 ESG 风险危险信号时及时调查、补救与更新。在信披义务层面，应确保 ESG 信息的真实、全面、准确和及时，披露年度 ESG 报告和 ESG 重大事件。上市公司可考虑设置 ESG 专门委员会，推动利益相关者进入董事会。立法规则可在强化董事违反 ESG 义务时的责任的同时明确责任豁免机制。吉林大学法学院于莹教授作《国有企业何以治理：权力配置与责任担当》报告。报告指出，国企决策权力分配面临三方博弈困境，存在国资委等机构以出资人职权参与国企治理、国企党委会以领导地位参与国企治理、国企董事会作为决策权力中心名不副实的现状。从应然角度，应允许政府主体责任豁免；为使国企的经营决策权独立于行政权，减少行政机关对国企经营的过度介入，需要确立“董事会中心”。国企应具有更强的公共属性，国企董事会是由不同利益主体代表构成的组织，其成员分别代表不同利益主体，更能够做到不偏不倚。在国企“董事会中心”构建上，应完善董事会与党委会的职权划分与衔接、完善董事会对经理层的监督机制、完善董事会规范行使决策权的标准。天津大学法学院温笑侗教授就《新公司法下企业家创新激励机制思考》发言。发言指出，法律的激励功能可分为“正激励”与“负激励”两种类型，新《公司法》在企业家创新激励方面主要采用了正激励的模式，而不存在有效的负激励机制。发言还指出，在赫茨伯格的双因素理论下，新《公司法》的多项制度改革为企业家创新活动提供了保健因素，其主要致力于为企业家的创新行为清除制度上的障碍，但并不能直接激发企业家内在的创新动力。温笑侗教授介绍了日本东京证券交易所的《公司治理准则》，该准则所采用的“进攻型公司治理”理念有意激发企业家的内在动力，通过资本市场的资源配置功能、“遵守或解释”的规制模式以及薪酬激励与股权激励计划等来促进企业家的创新行为，具有一定的参考价值。西北政法大学民商法学院王莹莹教授以《公司法董监高信义义务逻辑结构的反思与重构》为题报告。报告结合我国传统法律文化中“信”与“义”之逻辑结构对现代公司法信义义务的重构。报告指出，我国公司法董监高信义义务的司法实践中存在忠实义务与勤勉义务是否区分适用态度不一、违反信义义务的主观要件认定标准模糊等问题。从我国传统法律文化中“信”与“义”之逻辑结构来看，“信”指的是能力、状态、人道、用力，强调保护性规则；“义”指的是道德、品性、天道、自然，强调防范性规则。由此对信义义务结构重构，可以发现忠实义务是信义义务的核心和根基，勤勉义务是信义义务的实现方式。公司法区分规定了董监高（实控人）对公司的忠实义务与勤勉义务，二者是信义义务的两个逻辑层

次，具有逻辑联系，在适用时无法割裂。武汉大学法学院李安安副教授以《企业家中心主义导向的公司治理：可能与限度》为题报告。报告指出，《公司法》企业家精神形式入法具有重大意义，完成从公共政策倡导到法律践行的转换，为企业家精神实现提供法治依托；重塑公司法的价值理念，提升公司法的制度品格，推动公司法现代化进程；打破思想束缚，释放中国特色现代企业制度红利，助益于发展新质生产力。但企业家精神条款也存在一定局限性，例如在制度供给上侧重于前端设计而轻视后端保障，未能在公司全生命周期彰显服务型公司法的特质；重责任配置而轻制度赋能，约束有余而激励不足，造成新的利益失衡；不允许人力资本出资；未引入商业判断规则等。企业家精神需要超越形式主义，实现实质入法，从“弘扬”的赋权逻辑入手，优化企业家的权利配置；进一步完善公司转投资、授权资本制、类别股、董事与高管对第三人责任；引入“企业家的人身自由、人格尊严、人格权益受法律保护，不受侵犯”的立场性条款，确立营业自由原则，平等保护民营企业财产权；同时削减民营企业制度性交易成本，推进企业家中心主义导向的赋权改革，激活企业家精神目的条款的司法适用。

与谈环节，中南民族大学法学院陈雪萍教授赞同在董事薪酬方面完善我国高管薪酬的司法审查标准，尊重高管薪酬公司的自主权，解决内部人话语权的问题。在 ESG 领域，要求公司董事承担 ESG 监督义务和信息披露义务有其必要。北京理工大学法学院岳万兵副教授认为于莹教授指出国企和政府的关系上，国企产生于政府与市场之间，国企决策权力的中心之争本质上是国有企业的属性之争，这是一句非常精辟的总结。国有企业具有强烈的公共属性，但也应该同时在政企分开基础之上为国有企业放权与限权。信义义务方面，用中国传统文化的角度阐释信义义务有很强的启发意义。在解释信义义务这一西方移植来的法律概念时，中国文化上的注解可以和我们的法律实践和法律理论再进一步结合。同济大学法学院王真真助理教授指出，这一单元的话题可以用体系和利益两词概括。就我们公司法的体系化来说，目前其内部体系和外部体系实际上还存在很多问题。内部体系方面，比如公司法当中基本价值和原则包括企业家精神到底是什么价值取向，是公司利益、个人利益还是参与者利益优先，没有统一的评价。就外部体系而言，《公司法》当中很多基本概念，如公司治理概念、信义义务等可能还缺乏统一的概念界定。企业家精神的价值和内涵如何在司法当中进行运用并且一步类型化，在司法当中如何发挥它的裁判功能，值得进一步研究。国有企业治理跟普通公司治理在价值取向、运行机制上可能也不一，可能前者更多处于政治系统当中，普通公司治理更多处于经济系统当中，值得关注。清华大学法学院

梁上上教授总结并对我国董事对第三人责任作补充。梁上上教授指出，法人概念在不同国家或者地区的不同含义，在公司与法人之间的关系也存在不同。在我国大陆，公司的类型只有股份公司与有限公司，均为法人。我国台湾地区公司法明确规定，公司属于法人，但是公司则包括很多类型，比如股份公司、有限公司、无限公司、两合公司等。我国台湾地区的无限公司相当于大陆的合伙企业，两合公司相当于大陆的有限合伙。日本公司法在2005年修改前的公司类型也是如此，韩国也是这样。在中国大陆，公司具有独立人格，独立承担责任，但是在日本或者我国台湾地区，公司具有法人人格，但是不一定独立承担责任。例如，在无限公司（合伙企业）中，股东或者合伙人就是负责人，当然承担无限连带责任，对应适用我国台湾“公司法”是没有问题的。这次在《公司法》修订过程当中，董事对第三人责任主要参考的是我国台湾公司法和日本公司法，但是他们的法人包括了合伙企业和两合公司，参照对象上可能会出现某种程度的偏差。我们理解我国台湾地区公司法和日本公司法时候需要做重新解读。

第八单元由中国社会科学院法学研究所赵磊研究员、清华大学法学院高丝敏副教授支持。北京大学法学院刘燕教授作《对赌协议履行僵局的司法介入》报告。报告指出，《九民纪要》后对赌协议的履行僵局采取减资与利润分配路径处理，但实践中仍出现公司不开股东会以及司法不介入公司减资、分红事项的难题，这使得对赌协议的合同履行效果、商业效果、社会效果均不理想。作为解决对赌协议履行僵局的方案，公司可与对赌方事先在公司章程或合同中赋予PE/VC一个无持股门槛的股东会召集权利。司法实践中，也有裁判通过认定目标公司不及时履行减资程序，违反合同的附随义务，目标公司支付逾期回购违约金，不构成投资方变相抽逃出资，解决这一履行难题。针对司法简单不作为，可以通过追究公司和/或创始人/控股股东的违约责任，以及董监高违反法定义务的责任来破解僵局。针对组织法约束，无论是股东会决议，还是债权人保护程序，其结果若令回购受挫，皆为投资人参与商业投资须承受的正常风险。西南政法大学民商法学院曹兴权教授作《“善意”要件是如何影响董事勤勉义务负担的？》报告。报告指出，“善意”应作为董事勤勉义务的心素要件，不宜作为独立的受信义务类别。对善意要件的理解，应持有广义的善意认定并结合不同善意类型实现差序化效用。勤勉义务之善意有多维度、多层次的丰富内涵。勤勉义务的善意要件从主观与客观、积极与消极、证明标准等不同维度董事影响勤勉义务的向度与向量。积极善意强调董事积极促进公司成功的正当目的，有积极获取相关事项充分信息的意愿，有公司的最大利益的动机，同时积极融入利益相关者利益。对于商业判断

原则是否适用以及如何适用于勤勉义务所涉各种情形，应精细化分析。如果董事履行勤勉义务时候，存在不单纯的动机或者好心办了坏事，或者好心办坏了事，都可能存在法律风险。日本东洋大学法学院楠元纯一郎教授作《东京机械制作所收购案判决掀起的波纹》报告。报告对日本东京机械制作所案件进行分析，该案涉及上市公司董事会发动反收购措施的必要性判断。日本最高裁判所的判决也对该公司股价产生了重大影响。该案裁判认为收购方短时间内大量收购股票，股东没有时间反映，不能够及时的卖出股票，因此被收购公司发起的反收购保卫战是合理的，能够帮助收购方避免经济损失。但这一判决论理并非合理。本案反收购措施违反了机构权力的有序分配，在敌意收购是对管理层控制权的争夺，董事的选举本质上是股东会权限，董事会原则上不应该通过收购防御措施进行干预。此外，本案没有明确的证据表明收购会损害目标公司的企业价值。报告认为，当股票在市场上交易的时候，尤其是没有强制性邀约收购限制情况之下，管理层控制权的收购应交给市场本身的力量来决定，目标公司董事会不应该采取反收购措施进行干预。韩国梨花女子大学法学院玉武锡教授作《重构金融公司治理结构以防范金融事故》报告。报告指出，要强调三种治理机制要素，第一，公司股权结构，第二，董事会构成，第三，利益相关方的影响。应对全球金融风险和完善公司内部控制结构，应完善公司合规控制，完善责任机制和内控机制。韩国越来越关注权力的分配如何跟责任、义务挂钩，如何跟企业的风险管理挂钩。在韩国，董事负有监督的义务，应事前对风险因素进行消除和控制，引进公司问责流程图，如果因为故意或者重大过失导致对第三方造成了损失，董事和审计都要承担连带责任。中国政法大学民商经济法学院刘斌副教授以《股东双重代表诉讼规则的展开》为题报告。报告指出，《公司法》第189条第4款引入的股东双重代表诉讼应对原告资格界定、交叉前置程序、多重代表诉讼等方面加以解释和完善。母子关系界定上，“全资子公司”应包括直接全资子公司和间接全资子公司，后续立法可扩张至绝对控股和相对控股的母子公司关系，乃至事实控制关系。在不同母子公司分别为股份公司与有限公司の場合，应对公司类型交叉时母公司股东行权标准加以明晰。双重代表诉讼的交叉前置程序方面，如果公司选择单层制的公司治理架构，由审计委员会行使本法规定的监事会的职权。根据该条文作体系解释，双重代表诉讼前置程序中的前置请求机关是否应由审计委员会替代，值得研究。在豁免前置请求的事由上，应当进一步分类明确因客观不能、紧急情况、公司治理失灵而豁免等事由。

与谈环节，中国社会科学院法学研究所夏小雄副研究员认为我国与美国 PE/VC 投资的法制背景语境不同。美国 VC 或者 PE 机构投资者持有可回赎、可转换的优先股，没有转换之前才存在回赎机制，有履行判断的问题，转换为普通股之后则没有回赎的问题。中国投资机构持有的股票通常都是普通股，而不是可回赎的优先股，能否直接像《九民纪要》一样不考虑效率问题，直接考虑可履行性的问题，值得思考。双重派生诉讼方面还可以探讨能不能行使对孙公司等多重控股公司的派生诉讼权利。如果严格按照《公司法》文意解释似有困难，但从实质正义或者实质履行角度，似乎确有可能。南京信息工程大学法政学院张其鉴教授指出《九民纪要》规定公司与股东的回购式对赌协议在履行前公司应决议减资才能回购。在后续司法案件中，双方约定附加条款，如果目标公司不能回购，由第三人向投资方支付回购款，最后法院判决：这种情况下仍不能请求第三方支付回购款，理由是回购的主合同义务即减资履行条件还没有成就，第三人承担类似担保的义务也无法成就。履行僵局的问题依然存在。回购式对赌协议的重要问题在于减资表决没有通过、出现履行僵局时应当如何处理，能不能司法介入直接判决减资表决通过或者直接判决要求回购。从目前看，法院对于公司组织法、组织规则的介入更多停留在消极性的干预（比如判决股东会决议无效），但积极主动的介入干预表决较为困难。现在看，《九民纪要》将对赌协议的合同有效性与履行分离的裁判方案以及延续性的研究，值得反思，如何看待中国特色的对赌、回购行为本身，仍需深入。吉林大学法学院陈洪磊副教授认为此次《公司法》改革强调要突出董事会在公司治理当中的位置，这可能是默认的权力配置模式，但不应是唯一正确的解。无论是公司增减资决定权的分配，还是的公司收购判断权利的分配，还是公司诉讼权利的分配，本质上都是对于公司权利具体分配问题的讨论，要从具体情境来进行具体讨论，或许董事会和股东会之间针对于不同情境动态配置权利归属可能更有利于实现配置上的效率以及对于股东利益的考量。对于董事义务来说，尤其是勤勉义务，可从横向维度和纵向维度两个维度进行理解，横向强调抽象要求，比如的善意、最大利益，纵向维度针对具体场景，比如合规、监督、催缴等，从两个维度建构董事义务可能更具操作性。中国社会科学院法学研究所赵磊研究员、清华大学法学院高丝敏副教授作总结。

清华大学法学院高丝敏副教授主持闭幕式。朱慈蕴教授致辞，向各位专家学者的出席表示感谢，她表示本次会议的公司的内部治理结构，公司资本与公司治理，控制股东和实际控制人制度，董事、监事、高管义务和责任，公司治理结构相关制度等各项主题意义重大，充分反映了学术研究热点前沿，望未来各位学者继续就研究成果进行学术交流。汤欣教授致辞，

对各位专家学者在本次“21 世纪商法论坛”的再聚首深感激动和欣喜，对各发言人和与谈人的精彩发言、各会务保障人员的辛勤付出表示感谢，并向各位专家学者发出邀请，希望大家未来继续支持清华大学法学院商法研究中心的工作和“21 世纪商法论坛第 22 届国际学术研讨会”的召开。

“21 世纪商法论坛”由清华大学法学院于 2001 年创办，迄今已举办了 22 届，在海内外享有盛誉，是清华大学法学院学术交流的一张名片，也是中国商法学界学术交流的一个重要品牌。