

修新法委以千斤担，派董事慎行万年船

作者：张亚兴 | 刘坤 | 曹燚¹

2023年12月29日闭幕的十四届全国人大常委会第七次会议表决通过了《公司法（2023修订）》以及《刑法修正案（十二）》等相关法律。相较于原公司法体系，修改后的公司法以及刑法修正案体现了强化董事职责、压实董事责任的特点，特别是在公司资本维持、股东代表诉讼、董事对外责任以及清算责任等方面，对董事积极履职提出了更高的要求。

在此背景下，私募基金向被投公司委派董事的风险是否相应增加、委派的董事应当着重注意什么样的风险、又应当如何履职以避免此类风险，除此之外是否还有其他的替代措施或者董事履职保障措施？就此，我们将结合公司法修改前后的规定、既往可供参考的司法实践以及我们处理类似案件的经验进行分析，以期给私募基金等投资者提供有益的参考。

一、资本维持阶段董事的履职要求及责任认定

《公司法（2023修订）》第五十一条、第五十三条、第一百零七条、第二百一十一条、第二百二十六条分别从出资、抽逃出资、违规分红以及减资等角度，就公司董事负有的维护公司资本充实义务设置了较为全面且统一的规则。

在新公司法修改前，原公司法层面并未明确规定董事维护公司资本充实的义务，相关规定散见于最高人民法院（下称“**最高院**”）制定发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的（三）》（下称“**《公司法解释（三）》**”）的规定中，且仅涉及增资（《公司法解释（三）》第十三条第四款）、抽逃出资（《公司法解释（三）》第十四条），并不及于出资、违规分红以及违规减资时的董事责任。

（一）出资阶段董事的履职要求及责任认定

《公司法（2023修订）》	原公司法体系
第五十一条 有限责任公司成立后， <u>董事会</u> 应当对股东的 <u>出资情况</u> 进行核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。 未 <u>及时履行前款规定的义务</u> ，给公司造成损失	《公司法解释（三）》第十三条第四款 股东在公司 <u>增资时</u> 未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告， <u>请求未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的</u> ，人民法院应予支持；董事、

¹ 实习生梁婷煜对本文的写作亦有贡献。

《公司法（2023 修订）》	原公司法体系
的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。	高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。

《公司法（2023 修订）》第五十一条为本次新增内容，首次从法律层面明确了董事对于股东出资不实事项的核查及催缴义务。相较于原有的公司法体系，本次修改体现的如下特点值得关注：

1. 董事义务适用情景由“增资”扩大至“出资”

《公司法解释（三）》第十三条第四款规定的董事义务对应的情景是“增资时”股东出资不实，文义上并不包括“设立出资不实”董事的法律责任。这一缺口过往由法院以案例的方式填补完成。比如，最高院在（2018）最高法民再 366 号案中，认为：“公司设立时认缴出资的股东负有的出资义务与公司增资时是相同的，董事、高级管理人员负有的督促股东出资的义务也不应有所差别”，故“参照”《公司法解释（三）》第十三条第四款的规定，认定董事在“股东设立出资不实”也应承担相应的督促义务。

本次修改后的《公司法（2023 修订）》第五十一条位于“有限责任公司的设立”一节，规定了“有限责任公司”“设立时”股东的出资义务及董事的核查催缴义务。嗣后，《公司法（2023 修订）》第一百零七条、第二百二十八条又进一步明确上述规定适用于股份有限公司，且适用于两类公司的增资阶段。自此，《公司法（2023 修订）》规定的董事核查及催缴义务构成一个涵盖有限责任公司、股份有限公司的设立及增资的完整体系。

私募基金往往并不参与公司的设立，而是在公司设立后的发展阶段以认购新股或受让老股的方式成为股东。此时，如委派董事参与公司治理，则应当结合公司法的前述变化，除对增资中股东的出资义务予以关注外，也有必要对其他股东在前的出资义务予以关注。

2. 董事的勤勉义务进一步明确为“核查”及“催缴”义务

《公司法解释（三）》第十三条第四款根据董事的忠实勤勉义务衍生出了董事督促股东出资的义务，但董事如何履职才能勤勉尽责，其义务边界并不明确。受此影响，司法实践中也存在较大的争议。有观点认为，董事向股东进行催缴即已勤勉尽责；有的观点则认为，勤勉义务要求董事处理公司事务时应当如同处理自身事务般谨慎负责，故仅在形式上发出催缴通知尚不足以证明勤勉尽责，仍需采取实质行动督促股东履行出资义务，直至代表公司提起诉讼追究股东责任。

相较而言，《公司法（2023 修订）》第五十一条将董事的勤勉义务明确为“核查”和“催缴”两个义务，在一定程度上划定了董事的义务边界，形成了较为明确的履职标准和指引。但该项主体错位也可能引发董事的履职困惑。具体而言：

根据《公司法（2023 修订）》第五十一条的规定，“核查”的主体是“董事会”，“催缴”的主体是“公司”，而需承担赔偿责任的主体是“负有责任的董事”，三个主体错位，“负有责任的董事”应当如何认定？

站在私募基金角度，其委派的董事往往并不实质参与公司日常经营管理，并不担任公司的法定代表人、董事长等职务，通常难以直接召集董事会履行“核查”职责，也不便于直接代表“公司”发出催缴通知，此时其应当如何履职才能避免被认定为“负有责任的董事”，既往司法实践中法院认定董事责任的规则或可值得借鉴。

现有司法实践中，法院倾向于认为，董事承担责任的前提，应当是其具备监督股东履行出资义务的

便利条件。对于不具备监督便利条件的董事，不应课以监督义务进而要求其承担赔偿责任。对于“便利条件”的认定，通常以该董事是否与出资不实的股东存在足以使其能够了解该股东出资情况的交集来判断。

比如，在（2018）最高法民再 366 号、（2021）沪 0107 民初 30040 号等案中，涉案董事同时担任出资不实股东及公司的董事，法院即认定其具备监督出资的便利条件。在（2018）最高法民申 2300 号案中，董事郭某因与股东共同实施了虚假增资行为被法院认定未履行监督义务从而承担赔偿责任，其余董事则因增资时股东已经提交验资报告，其尽到了合理的注意义务而免于承担赔偿责任。而在（2022）京 01 民终 583 号案中，法院则以案涉董事并未实际参与经营管理、未从公司缴纳社会保险和领取工资、主要工作精力在其他公司等为由，认定其不具有敦促股东缴纳出资的客观条件，从而判令其无需承担赔偿责任。

《公司法（2023 修订）》施行后，是否仍然遵循前述司法裁判逻辑，仍值得观察。特别是前述（2022）京 01 民终 583 号案以董事未实际参与经营管理为由免除其督促责任，可能与新公司法强化董事职责、压实董事责任的立法意旨不符，在新公司法背景下的参考意义较为有限。

考虑到以往的司法实践以及新公司法的立法趋势，基于审慎原则，一种可行的操作方式是，在现有股东及未来加入股东出资期限届满时，董事会就现有或届时股东是否存在出资瑕疵问题召集会议予以审议核查，如有出资瑕疵，董事会可作出决议，要求公司发函催缴纠正。此外，委派董事在公司任职时，可要求公司提供章程、以往的核查决议、出资的证明等资料，对股东出资义务的履行情况进行初步核查。如果存在瑕疵的，参照前述安排进行处理。对董事的履职过程及可能遇到的阻力，应当尽可能保存证据，以备后续予以证实。

（二）抽逃出资时董事的责任认定

《公司法（2023 修订）》	原公司法体系
<p>第五十三条 公司成立后，股东不得抽逃出资。</p> <p>违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，<u>负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。</u></p>	<p>《公司法解释（三）》第十四条 股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、<u>协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的</u>，人民法院应予支持。</p> <p>公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、<u>协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的</u>，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。</p>

关于协助抽逃出资的董事责任，原公司法层面并无规定，最高院通过司法解释的方式明确了董事的连带赔偿责任。《公司法（2023 修订）》吸收了司法解释和司法实践的成果，在第五十三条设置了董事责任。新规定虽然未使用“协助抽逃出资”的表述，但我们理解，“负有责任的董事”认定较大可能仍遵循原公司法体系下“协助抽逃出资”的标准予以认定。

在原公司法体系下，《公司法解释（三）》第十四条并未明确规定“协助抽逃出资”的具体情形。司法实践中，法院往往会结合董事的主观态度以及客观行为综合判断。主观方面需具有协助抽逃的故意，客观上需具有相应的协助行为。一般情况下，如果董事系抽逃出资的决策者和直接参与者，或者基于其

与股东的委派关系或其他关联关系，明知或应当知道股东的抽逃出资行为，仍然批准资金流转或者不予制止的，均有可能构成“协助抽逃出资”。

比如，在（2020）最高法民申 200 号案中，抽逃出资的股东向目标公司委派了六名董事，其中庞某同时兼任股东和目标公司法定代表人，孙某、傅某在相应的资金调拨单上签字或指令他人签字，该三人被审理法院认定为协助抽逃出资的具体决策和直接实施者，剩余三人因明知公司资金被抽逃而不制止和监督，被审理法院认定为以不履行法定义务的方式协助股东抽逃出资。最终该六名董事被判令对股东应返还的抽逃出资承担连带清偿责任。

私募基金委派的董事通常不与其他股东直接联系，也不太会参与公司的资金流转审批，一般不具备协助抽逃出资的主观故意和客观行为，发生纠纷后被认定为“协助抽逃出资”的可能性较小。即便如此，为避免不必要的争议，在审议涉及资金流转、资产处置等事项时，董事仍应审慎核查交易是否真实、交易对方是否系关联方等因素，尽量避免卷入抽逃出资等纠纷中。

（三）违规分红、违规减资时董事的责任认定

《公司法（2023 修订）》	原公司法体系
<p>第二百一十一条 公司违反本法规定向股东分配利润的，股东应当将违反规定分配的利润退还公司；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担<u>赔偿责任</u>。</p> <p>第二百二十六条 违反本法规定减少注册资本的，股东应当退还其收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担<u>赔偿责任</u>。</p>	<p>《公司法（2018 修正）》第一百六十六条第五款 股东会、股东大会或者董事会违反前款规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，<u>股东必须</u>将违反规定分配的利润退还公司。</p> <p>《公司法（2018 修正）》第一百七十七条 公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。 <u>公司应当</u>自作出减少注册资本决议之日起十日内通知<u>债权人</u>，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。</p>

原公司法并未规定公司违规分红、违规减资时负有责任的董事需承担赔偿责任。此前的司法主流意见也倾向于认为董事不应就公司的违规分红、违规减资事项承担赔偿责任。比如，在（2019）沪民申 1121 号案中，审理法院即认为：“沈某、楼某作为香港锦江国际有限公司委派的董事，其作出减资的决议，是执行股东意志和履行董事职务的行为，汇丰公司以其未尽通知义务，恶意协助股东进行减资为由，要求沈某、楼某在减资本息范围内对锦崇公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。”

即便如此，仍有个别案件追究了作为法定代表人的董事的责任。比如，在（2022）京 03 民终 3560 号、（2017）沪 01 民终 6622 号案中，审理法院即参照援引协助抽逃出资规则，认定担任法定代表人的董事在减资时未履行通知债权人的义务，并协助签署法律文件，使得股东顺利办理了减资手续，应对股东的责任承担连带责任。其他董事因不负责通知事项，不具有相应职权，免于承担赔偿责任。

在（2016）最高法民终 528 号案中，李某作为标的公司及控股股东的法定代表人，未经另一股东同意，无合理理由将标的公司资产转移给其他公司。审理法院认为，李某作为标的公司及控股股东的法定代表人，利用关联关系将标的公司资产转入关联方，应依据《公司法（2013 修正）》第二十一条、第一百四十九条之规定对公司承担赔偿责任。最终审理法院判决李某对目标公司的盈余分配款支付义务承

担补充赔偿责任。

总体而言，因原公司法并未规定公司违规分红、违规减资时的董事责任，司法实践中法院的态度仍然较为谨慎，上述追究董事责任的案例也未形成主流意见。

新修订的公司法在违规分红、违规减资部分明确课以董事法律义务，要求负有责任的董事承担赔偿责任，在法律层面对董事的履职提出了更高的要求。可以预见的是，新公司法实施后，违规分红、违规减资情形下追究董事的责任将从例外变成原则，如何认定“负有责任的”的董事，将成为值得关注的焦点。

对此，我们倾向于认为，从资本维持角度而言，违规减资、违规分红与抽逃出资具有较大的相似性，新公司法实施后，为了确保精准确定董事义务，避免不当增加董事责任，裁判机关有可能会参照“协助抽逃出资”的认定思路，以董事是否在主观上具有协助减资或分红的故意、客观上具有相应的协助行为来判断。

二、股东双重代表诉讼及雇主责任的突破，董事面临更为严格的民事及刑事责任

在公司的治理事务上，《公司法（2023 修订）》第一百八十条对董事的忠实、勤勉义务设置了原则性的行为准则和判断标准，即，“忠实义务”要求董事“应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益”；“勤勉义务”要求董事“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。”除此之外，《公司法（2023 修订）》对原公司法中董事忠实、勤勉义务的具体要求做了一定的整合，并对董事的法律责任做了一定的补充。其中，对私募基金而言，如下两条新设规则值得关注：

（一）股东双重代表诉讼

《公司法（2023 修订）》第一百八十九条新设第四款规定，将股东代表诉讼的范围延伸到了其持股公司的全资子公司，即，如果目标公司全资子公司的董事违反忠实勤勉义务给全资子公司的合法权益造成损害，则目标公司的股东有权提起股东代表诉讼，要求全资子公司的董事承担赔偿责任。

常见的境内投资中，私募基金通常仅向目标公司委派董事，较少涉及目标公司的全资子公司。但在某些投资案例中，存在私募基金向目标公司全资子公司委派董事的可能。在此情形下，目标公司对全资子公司的控制极为紧密，存在利用紧密关系损害全资子公司合法权益的可能。此时董事仍应按照《公司法（2023 修订）》第一百八十条确定的忠实勤勉原则及其他具体规定履行职责，以避免被目标公司的股东通过代表诉讼追究法律责任。

（二）雇主责任的突破

《民法典》第一千一百九十一条设立了“雇主责任原则”，即用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。用人单位的工作人员无需对外承担赔偿责任。以往董事履行职责造成外部损害，公司对外承担赔偿责任后较少追究董事的个人责任。

本次《公司法（2023 修订）》第一百九十一条突破了前述“雇主责任原则”，明确要求对职务行为具有重大过错的董事与公司一起向第三人承担赔偿责任，这在一定程度上增加了董事的履职风险。私募基金委派的董事较少参与公司日常经营管理，依据上述规定直接承担对外责任的风险较为可控。即便如此，该条规定对董事责任的强化值得关注，特别是在董事会审议涉及对外交易的议案时，应当合理判断是否存在违法违规损害相对方或者第三人的合法权益的可能，并根据判断情况及时要求公司作出解释，

必要时发表弃权或反对意见。

此外，本次人大常委会通过的《刑法修正案（十二）》也将原本仅适用于国有企业董事、高管的非法经营同类营业罪（《刑法》第一百六十五条）、为亲友非法牟利罪（《刑法》第一百六十六条）、徇私舞弊低价折股、出售公司资产罪（《刑法》第一百六十九条）扩大适用至非国有性质的公司。

考虑到私募基金委派的董事往往并不实际参与公司日常经营管理，触犯上述刑事规范的可能性较小。但本次刑法修改后增加的刑事风险以及立法者强化董事责任的态度仍应引起注意。

三、作为唯一的清算义务人及清算组成员，董事将独立承担清算责任

原公司法规定，有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）（2020 修正）》（下称“《公司法解释（二）》”）第十一条、第十五条、第十八条、第十九条、第二十条、第二十三条等进一步明确了清算组成员需承担清算责任的情形。整体来看，就有限责任公司而言，清算责任的承担主体是股东而非董事。

本次公司法修改于《民法典》之后。《民法典》第七十条规定：“法人解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任；主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。”

《公司法（2023 修订）》在体系上遵循了《民法典》的上述规定，在第二百三十二条引入了“清算义务人”的概念，将有限责任公司、股份有限公司的清算义务人均统一规定为董事，并明确清算组由董事组成，有限责任公司的股东不再属于清算组成员，不再负责公司的清算事务。《公司法（2023 修订）》第二百三十八条还规定：“清算组成员履行清算职责，负有忠实义务和勤勉义务。清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。”

自此，在《民法典》及《公司法（2023 修订）》的体系下，董事作为公司的经营管理人员，其对公司的忠实勤勉义务从公司设立完整贯穿至解散清算。随之而来的，是董事清算责任的强化。

如前所述，原公司法规定有限责任公司的清算组成员为股东，为了明确认定股东的清算责任，最高院制定了《公司法解释（二）》，对清算组成员需承担清算责任的情形做了详细规定。为了进一步明确股东类清算组成员承担清算责任的构成要件，最高院又在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“《九民纪要》”）第 14 条、第 15 条增加了“怠于履行义务”“因果关系抗辩”的认定条件。在原公司法体系下，《公司法》《公司法解释（二）》以及《九民纪要》形成了较为完整的有限责任公司股东清算责任的认定体系。

而《公司法（2023 修订）》将有限责任公司的清算义务人及清算组成员均明确为董事，将使得《公司法解释（二）》及《九民纪要》的股东清算责任认定基础发生根本改变，将来最高院在修订《公司法解释（二）》时，很有可能将原本应由股东承担的责任全部转移至董事承担，这将显著增加董事的履职风险，加重董事承担的法律风险。

该等变化的背后值得私募基金关注的是，其委派的董事能否参照原公司法项下的股东清算责任认定规则，以“未参与经营管理”为由免于承担清算责任。

对此，一种观点认为，董事未实际参与日常经营管理，则其并不具有履职的前提条件，也就不存在怠于履行清算职责的问题。另一种观点则认为，股东与董事的履职环境存在较大不同，参与公司经营管理的程度

也不尽相同，清算职责是董事忠实勤勉义务在清算阶段的体现，如果因未实际参与日常经营管理就可以免于承担清算责任，这反而不利于激励董事积极勤勉的履行管理职责。因此，对于未能积极采取行动及时履行清算职责的董事，均应对公司及债权人的损失承担赔偿责任。

上述第二种观点与股份有限公司董事责任认定规则较为接近。在（2019）京民申 3873 号、（2019）京 01 民终 503 号案中，审理法院认为，“股份有限公司的董事及控股股东是清算义务人，清算义务是股份有限公司董事及控股股东的法定义务。清算义务人之间过错的大小仅作用于内部责任划分，对外不得对抗公司债权人。因此，作为董事的王某、刘某、张某、苏某、高某、柳某，无论是否实际参与了中兴公司的经营管理，是否掌握公司财产、账册等重要文件，抑或是否有能力发起清算程序，在中兴公司被吊销营业执照后，都负有在法定期限内进行清算的义务。结合本案现有证据，未能显示王某、刘某、张某、苏某、高某、柳某已履行法定的清算义务，应属怠于履行清算义务。”法院最终判令前述董事均需对公司的债务承担清偿责任。

考虑到股份有限公司董事清算责任认定实践，基于审慎原则，我们建议私募基金委派的董事不能仅以未实际参与日常经营管理为由主张免责，而是应当对公司的经营情况保持必要的关注，一旦出现法律规定的清算事由，即应通过发函督促组成清算组、督促妥善保管公司财产、财务账册、重要文件等方式，积极参与清算工作，履行清算职责。

四、结论和建议

修改后的公司法以及刑法修正案在公司资本维持、股东代表诉讼、董事对外责任以及清算责任等方面深化了对董事履职的要求，强化了董事勤勉尽责的标准，增加了对应的民事及刑事责任。

在此背景下，就私募基金而言，为了尽最大努力保护投资者权益，有效履行投后监督管理职责，同时避免触发修改后的公司法及刑法新增的法律风险，我们提出如下建议供参考：

（一）谨慎委派董事，可以通过委派董事会观察员、合理设置股东知情权、将重要事项放在股东会层面表决等方式提供替代性方案

如前所述，《公司法（2023 修订）》重点强调了董事的忠实勤勉义务，其不仅在第一百八十条中对董事的忠实、勤勉义务设置了原则性的行为准则和判断标准，也在具体规范中将董事的忠实、勤勉义务从公司设立贯穿至解散清算。受此影响，以往以董事未实际参与经营管理为由不予追究其责任的司法案例的参考价值逐渐降低。董事忠实勤勉履行职责，积极主动维护公司权益，将日趋成为司法实践鼓励的价值导向。私募基金向公司委派董事，面临的履职要求和承担的履职责任也将明显加重。在此情况下，如果私募基金仅仅希望对目标公司保持必要的控制，并无参与公司经营管理的意愿，或可考虑通过委派董事会观察员、合理设置股东知情权、将重要事项放在股东会层面表决等替代性方案。

董事观察员并非公司法规定的特定人员，私募基金在投资时可以通过设置仅有参会知情权而无表决权管理权的董事观察员，对公司经营管理事项开展必要的事前监督，同时也避免因委派董事或高级管理人员而增加的前述法律风险。

此外，合理设置股东知情权，将重要事项放置在股东会层面表决并设置相应的一票否决权、同一轮次股东绝对多数决等安排，也能在一定程度上满足对目标公司保持必要控制的要求。

（二）对于已经或仍将委派董事的私募基金，建议重点关注股东出资、公司清算等事项，积极采取措施，降低承担相应董事责任的风险

私募基金委派的董事通常并不实际参与公司日常经营管理，往往很少因执行职务损害公司或股东

利益而承担赔偿责任。但如前所述，新修订的公司法体现了强化董事职责、压实董事责任的特点，特别是在股东出资、董事对外责任以及清算责任等方面，对董事积极履职提出了更高的要求。

对此，结合新修订的公司法规定以及已往的司法实践，为避免被认定为“负有责任的董事”而被要求承担赔偿责任，我们建议董事可着重注意在如下方面通过如下方式积极履职：

- 为督促股东履行出资义务，避免被认定为《公司法（2023 修订）》第五十一条项下“负有责任的董事”，董事在加入公司时，可要求公司提供章程、以往的核查决议、出资的证明等资料，对股东出资义务的履行情况进行初步核查。如果存在瑕疵的，可根据公司法或章程规定，向董事长发函要求召集董事会进行正式核查，并就后续的核查和催缴情况采取必要的行动、保持必要的关注。对董事的履职过程及可能遇到的阻力，应当尽可能保存证据，以备后续予以证实。
- 为避免被认定为《公司法（2023 修订）》第五十三条、第二百一十一条、第二百二十六条项下对抽逃出资、违规减资、违规分红“负有责任的董事”，董事在审议涉及资金流转、资产处置等事项时，应审慎核查交易是否真实、交易对方是否系关联方等因素。
- 为避免构成《公司法（2023 修订）》第一百九十一条规定的具有故意或重大过失的董事而需对外承担赔偿责任，在董事会审议涉及对外交易的议案时应合理判断是否存在违法违规损害相对方或者第三人的合法权益的可能，并根据判断情况及时要求公司作出解释，必要时发表弃权或反对意见。
- 作为公司的清算义务人及清算组成员，为避免因怠于履行清算职责而对公司及其债权人的损失承担赔偿责任，董事应当对公司的经营情况保持必要的关注，一旦出现法律规定的清算事由，即应通过发函督促组成清算组、督促妥善保管公司财产、财务账册、重要文件等方式，积极参与清算工作，履行清算职责。
- 担任公司的全资子公司董事时，仍应勤勉履行前述职责，以免公司股东依据《公司法（2023 修订）》第一百八十九条规定提起双重代表诉讼追究董事责任。

（三）可以为董事购买董事责任险，但应注意董事责任险的赔偿范围。除此之外，还可通过与公司、创始人签署责任豁免协议等方式为董事提供兜底保护

新修订的公司法强化了董事职责，压实了董事责任，同时，为了平衡控制董事履职风险，《公司法（2023 修订）》第一百九十三条提示公司可以为董事履职购买责任保险。据此，私募基金委派的董事可以要求公司为其购买董事责任保险，但应注意董事责任险的承保范围。

目前，市场上主要的董事责任保险可以赔偿董事因管理过失发生的金钱赔偿和法律费用（如诉讼费、仲裁费、律师费等），但对于董事因故意、重大过失或者欺诈等行为造成的损失，一般不在董事责任保险赔偿范围内。根据《责任保险业务监管办法》（银保监办发〔2020〕117号）第六条的规定，刑事罚金、行政罚款也不属于董事责任保险的赔偿范围。此外，对于董事系故意、重大过失或一般过失的判断，一般需以法院或仲裁机构的裁判文书认定为准。

总体而言，相较于董事责任保险较为发达的国家和地区，我国市场上的董事责任险赔偿范围相对较窄，仍然处于不断探索和发展的阶段。这除了市场本身的因素外，一定程度上也受到了监管要求的影响。比如，《责任保险业务监管办法》（银保监办发〔2020〕117号）第六条就明确规定了“被保险人故意制造事故导致的赔偿责任”“刑事罚金、行政罚款”等六类不得通过责任保险承保的风险或损失。中国证券监督管理委员会发布的《上市公司治理准则（2018 修订）》第二十四条也将“董事因违反法律法规和公司章程规定而导致的责任”排除在责任保险范围之外。本次公司法修改后，明确规定董事责任保险制

度，或意味着监管将逐步审慎放宽董事责任险的承保范围，在强化董事责任的同时，为董事履职风险提供一定的制度保障。

除购买董事责任保险外，私募基金委派的董事还可以与公司、创始人等签署责任豁免协议，要求公司、创始人对董事的部分履职行为进行豁免。值得注意的是，董事义务系公司法规定的法定义务，能否通过与公司签署协议的方式进行豁免，可能会存在争议。并且，公司对董事责任的豁免，一定程度上属于对自身债权的放弃，参照与公司对赌规则，可能会因损害股东及债权人利益而面临否定性评价。在此情况下，可以考虑同步与创始人签署责任补偿协议，约定由创始人对董事特定情形下因履职产生的损失承担最终的赔偿责任。此类约定系董事与股东之间的约定，并未损害公司及债权人利益，更有可能被认定有效。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

张亚兴

电话： +86 10 8525 4642

Email: yaxing.zhang@hankunlaw.com