

我国公司高管勤勉义务之 司法裁量的实证分析

罗培新* 李 剑** 赵颖洁***

摘要:公司高管的勤勉义务与忠实义务,是作为公司法核心与灵魂的信义义务之一体两翼。然而,我国司法运用勤勉义务规范的实证分析表明,我国法官运用勤勉义务规范来裁断案件的比例严重偏低,而且仅有的数例案件论理简单,逻辑粗疏,另外,由于缺乏英美法中通行的商业判断原则的支撑,案件裁决中过于彰显的个性元素伤害了法律的制度价值。鉴于此,亟须从立法与司法层面对此加以完善。在立法上确立以客观标准为主、特别约定为辅的高管勤勉义务判断标准,并在司法中引入商业判断原则的基本元素,以真正实现勤勉义务规范的制度价值。

关键词:勤勉义务 公司自治 司法审慎 实证分析

* 华东政法大学国际金融法律学院教授。

** 上海市黄浦区人民法院法官。

*** 华东政法大学国际金融法律学院硕士研究生。

一、引子

时下的中国,房价除了事关民生福祉外,俨然成为了一个考验政府“德政”能力的政治问题。近来频频出台的中央和地方调控政策,给诸多房企高管的经营决策,带来了诸多的不确定性。选择适当的时机出售房产,亦成为考验公司高管理解博弈中的政策谜局,进而妥为经营判断的重大问题。这方面,我国法官运用《中华人民共和国公司法》(以下简称“公司法”)第148条之勤勉义务规范的能力,也水到渠成地演绎为考察司法裁判智慧的试金石。本文试图运用实证的方法,对此展开分析。而分析的起点则是一个未成案的现实事例。

2007年全国两会期间,广州市市长张广宁对媒体说:“按照中央的要求,广州市政府会全力以赴地把这个房价压下来”;“中低收入者如果想买房,不用着急,我认为房价肯定会降下来”;“中低收入者不要去市场买高价楼了,以后就可以买政府廉价房,便宜得很,不要着急。”张广宁的言论,引起了开发商的激烈批评,认为是政府在干预市场,而张广宁市长则认为“住房问题已经不单纯是一个经济问题、社会问题,更是一个政治问题”。^① 尽管争论声不绝于耳,但在举国调控房价的大背景下,从2007年至2008年上半年,房价的确进入了一个下行通道。然而,民众积蓄的购买力又在2008年下半年彻底释放,2009年更是随着全国一线城市房价的上升而迅速攀升,2009年第四季度前两个月,广州市普通住宅销售市场均价环比上升23.6%至人民币11,937元/平方米,创下历史最高位。^② 在这一过程中,一直持币观望的广州市民无疑大失所望,甚至认为政府违背了民众对其的信赖利益。而另一方面,一些房产开发商的股东也酝酿着怨尤情绪:他们认为公司高管抛售房产过早,损害了股东权益。某房产开发商的股东甚至状告公司高管。

^① 参见 <http://news.sohu.com/20070307/n248560119.shtml>,2010年10月4日访问。

^② “2009年房地产市场概述:广州住宅均价创新高”,<http://www.596.com/fcxw/jrrd/17432.html>,2010年10月5日访问。

笔者根据广州某区法院提供的一份未立案的诉请所提供的信息,曾电话采访过相关股东及高管,现将原告与被告双方的会话概括如下:

原告股东:房子显然卖早了,你们的决策使股东权益受到了很大的伤害。

被告高管:政府要调控房市,我们认为在房价深幅下调之前抛售房产,有利于股东利益。但没有想到政府的调控对房市没有起到预想中的作用。

原告股东:你们不知道政府的调控措施经常是绵软无力的棉花拳吗?

被告高管:未必尽是。我们这次没有料想到,或许是运气不好,或许是不够聪明。但你们这些股东选择我们这些不够聪明的人做高管,应当责任自负。

原告股东:你们不是不聪明,你们拥有名牌大学的学历,而且我们选举你们担任董事的时候,你们个个聪明绝顶。你们的问题在于,没有进行广泛的调查研究,没有和王石、潘石屹等业界人士多沟通、多交流,看看他们如何看待政府调控手段对市场的影响的……总之,你们不够勤勉。

被告高管:每个人做事的方式都与别人不同,你们不可以因此认定我们没有尽力做好公司的经营……

这场争论似乎可以无休止地持续下去,但法院不予受理的姿态中断了这场论争。法院的立场相当简明:法官不适宜对政府宏观调控之于市场影响做出判断,因而也不宜判断在该种情境下房产公司高管抛售房产是否违背了勤勉义务。

不难想见,法官面临类似的“前裁判”困局的例子不在少数,理性的法官大多选择不予受理,也就使得此类事件无法成诉而最终不能纳入本文的统计范围。

熟稔公司法的学者都知道,勤勉义务(duty of diligence)或称注意义务(duty of care)与忠实义务(duty of loyalty)一起,是公司法框架之下的信义义务(fiduciary duties)的一体两翼,前者强调行为人的主动作为,后者则以行为人的不作为为基本标准。本文先对英美法上的注意义务的司法裁判规则做一解析。

二、英美注意义务的司法裁判规则

(一) 注意义务的界定

所谓的注意义务,是指公司高管“在管理公司事务的过程中负有运用自己的知识、经验、勤勉和技能并且达到法律所要求的程度的义务。”^③它针对的是公司高管的行为方式,是为了评判高管行为方式的正当性与适当性而设定的判断标准,强调的是高管履职的勤勉、努力。

英美法通常认为,注意义务包含了三个方面的行为标准:(1)善意(good faith)。董事、监事和经理层执行职务时首先必须是善意的,即知道自己的职权行为的性质和后果是符合公司利益的。这实际上是一项主观心态的评价标准;(2)勤勉尽责。没有偷懒、怠工,像在类似职务上的普通的谨慎的人那样尽到了同等程度的勤勉、注意和工作付出。这实际上是一项客观行为的评价标准;(3)合理地相信其职权行为会有利于公司利益的最大化。董事、监事和经理层在行使职权时,其内心应确信其行为会符合公司的最佳利益。这实际上也是一项主观心态的评价标准。一般的,如果高管人员的行为符合上述三个要求,则法律认为其已履行了应尽的注意义务,可以免除其责任。

一般而言,高管注意义务主要包括以下几个方面的内容:

1. 技能义务

这一义务是指高管“在执行职务时,应表现出一定的知识、经验和能力的义务”,^④要求高管能够对公司事务进行独立的,特别是独立于经理层的客观判断,包括熟悉公司的经营及业务情况,对公司经营管理中的重要措施作出评判、及时监督。

2. 勤勉义务

高管对公司的勤勉义务是指高管应当参加公司事务的管理,包括

^③ 张民安:《现代英美董事法律地位研究》,法律出版社2000年版,第153页。

^④ 曹顺明:《股份有限公司董事损害赔偿赔偿责任研究》,中国法制出版社2002年版,第87页。

其应当定期、亲自出席董事会的各种会议,了解公司的经营活动,定期检查公司的财务报表,应当熟悉公司会计提供的财务会计报表和律师提供的咨询意见等。同时,判断一个高管是否履行了勤勉义务的重要考量因素是其工作时间的长短,这主要取决于公司的性质和规模、公司管理组织、董事的数量,以及该高管是执行董事还是非执行董事、内部董事还是外部董事等情况。

3. 谨慎义务

谨慎义务指高管在执行职务时要认真行事。根据主客观相结合的标准,法律对高管行事谨慎的要求是普通谨慎,即普通高管在同类公司、同类职责、相似情况下所应具有谨慎,如高管执行职务的行为未达到此标准的要求,其即违反了谨慎义务。具体包括,当高管发现所聘任的经营管理人员不能胜任时,应当及时建议董事会将其解聘,对董事会决议的事项如有异议时,应当及时地将其异议记入董事会会议记录等。^⑤

在英美法中,注意义务的归责原则采用了侵权法上的过错责任原则。注意义务来源于侵权法主要有以下几个原因:第一,历史原因。早期的时候,法院在事后裁量高管因没有尽到合理的注意义务而导致公司损失的主要裁判方法,是将侵权法上的注意义务简单地延伸到公司法当中的。^⑥因此,出于一种制度性的路径依赖,侵权责任便渐渐成为注意义务的归责原则。第二,责任追究主体和公司人格的影响。当公司的高管存在过失的时候,直接后果是对公司价值的减损,这也就类似于侵犯了公司、股东的财产利益,采用侵权法规则也说得过去。第三,之所以采用侵权责任模式,是因为另一种责任形式——合同责任,究竟是严格责任还是过错责任本身存在理论争议,是否存在默示的注意义务也是值得推敲的,^⑦而采用侵权法却没有类似问题。

在过错责任的归责原则下,法院在审查违反注意义务是否成立时,重点考察的是高管过失的确立和公司损失的存在。

^⑤ 钱卫清:《公司司法救济新论》,人民法院出版社2004年版,第79页。

^⑥ 杨勤法:《公司治理的司法介入》,北京大学出版社2008年版,第99页。

^⑦ 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第506页。

(二) 英国法上注意义务的司法裁判标准

1. 英国判例法上的注意义务标准演变

众所周知,英国是判例法传统的国家,其关于高管对公司的注意义务标准也同样由司法判例发展而来。不同时期的判例体现了不同时期英国法对公司高管注意义务标准的严厉程度。

(1) Re City Equitable Insurance Co. Ltd 案

早期英国判例法对董事所负信义义务的标准规定一直是比较低的,只要公司董事在履行其职务时拥有合理的技能水平和一般的注意程度,就视为其尽到了注意义务。该注意义务履行的一般判例法准则是由英国高等法院大法官 Romer 在 1925 年审理 Re City Equitable Insurance Co. Ltd 案(“城市公平火灾保险公司上诉案”)^⑧中创设的,Romer 法官在该案中对董事的注意义务作了经典的阐述,以至于“对英国司法界、学术界产生了深远的影响”,“英国几乎所有的公司法著作,论及董事的注意义务,均是以这三条命题为中心。”^⑨其提出的注意义务的三条要求是:其一,一个董事在履行职务时,他的技能水平应合理地从他的知识和经验来判断,他不必展示出比此更高的水平;其二,一个董事不必对公司事务给予持续的注意。他的职责是定期地参加董事会会议以及偶尔有安排时,参加董事会下属委员会的会议,其职责具有间歇性质。然而他不必参加所有这些会议,尽管他应斟酌情况尽可能地参加会议;其三,董事的所有职责,考虑到业务需要以及章程细则之规定,可以适当地下放给其他高级官员。不存在可疑的根据时,一个董事有权利信赖该高级官员会诚实地履行其职责。

Re City Equitable Insurance Co. Ltd 案确立的董事注意义务的标准是一种偏主观的标准,它意味着不能根据董事的职位期望董事拥有特定的技能,董事的行为是否履行了其注意义务应以其实际具有的技能

^⑧ [1925] Ch 407. 该案的案情是:由于公司的董事长 Bevan 的欺诈,致使城市公平火灾保险公司损失了 120 万英镑。公司的清算人起诉到法院,试图基于主张其他董事的过失侵权而使其他董事对该损失负责。最后法院判决公司败诉,原因是公司章程细则中规定了“董事不对因自己故意的疏忽或失误之外的原因造成的损失负责”。

^⑨ 张开平:“英、美公司法上的董事注意义务研究”,载王保树主编:《商事法论集》第 2 卷,法律出版社 1997 年版,第 346 页。

为标准。^⑩然而,由于该判例所确立的主观标准下的董事注意义务很低,势必导致的一种可笑的结论是:一个董事的知识和经验越少,其勤勉义务就越轻,公司选择了愚蠢的董事,那只能认为是公司的不幸,股东们必须承受愚蠢的董事所带来的后果。^⑪

(2) *Dorchester Finance Co. Ltd v. Stebbing* 案

鉴于主观标准的严重弊端,20世纪80年代末期,英国的司法判例对董事注意义务的标准有所提高。1989年的 *Dorchester Finance Co. Ltd v. Stebbing* 案中,^⑫判决该案的法官 Foster 认为,董事作为一种职务,无论是执行董事还是非执行董事,均须具备必要的技能,履行相应的董事义务,董事不得以其对公司实际从事的经营活动不知道作为抗辩。“这就等于在事实上排除了董事的个性差异而适用客观标准”,^⑬从而确立了比 *Re City Equitable Insurance Co. Ltd* 案更严格的注意义务的客观标准。

2. 英国成文法上的双重注意义务标准

1986年,英国颁布了统一的《破产法》^⑭(*Insolvency Act 1986*),其第214条第4款规定:“董事必须按合理勤勉人的标准行事,合理勤勉之人须具有:(a)人们可合理期待的,与董事履行同样职能的人所具有的一般知识、技能和经验;(b)该董事实际具有的一般知识、技能和经验。”该标准实质上是主观与客观相结合,以客观标准即(a)项为主导

^⑩ 曹顺明:《股份有限公司董事损害赔偿研究》,中国法制出版社2002年5月版,第72页。

^⑪ 张开平:“英、美公司法上的董事注意义务研究”,载王保树主编:《商事法论集》第2卷,法律出版社1997年版,第347页。

^⑫ [1989] BCLC498. 该案的案情是:公司有三位董事,一位是执行董事(即被告),两位非执行董事。非执行董事很少过问公司事务,他们应执行董事的要求签发了空白支票,执行董事据此发放了贷款,最后未能收回。决定这笔业务时根本没有开董事会议。公司诉请三位董事赔偿损失。最后法院判决:三位董事必须赔偿公司损失。

^⑬ 张开平:“英、美公司法上的董事注意义务研究”,载王保树主编:《商事法论集》第2卷,法律出版社1997年版,第351页。

^⑭ 该1986年颁布的《破产法》适用于公司和个人的破产、清算,在此之前的英国公司的破产、清算,则受其公司法管辖。

地位的双重标准。^⑮本来,这一注意义务的双重标准只适用于破产公司的董事,但是在随后1991年的Norman v. Theodore Goddard案和1993年的Red' Jan of London Ltd ([1993] BCC646)一案中,上诉法院大法官Hoffmann勋爵认为,1986年《破产法》关于董事注意义务的标准适用于所有的董事,^⑯从而将注意义务的主客观双重标准推广适用到了整个英国公司的董事。

英国2006年颁布的新公司法,对公司董事应当承担的义务进行了重新概括,其第171条至177条规定了公司董事对公司负有如下义务:(1)在权力范围内行事的义务;(2)促进公司成功的义务;(3)行使独立判断的义务;(4)行使合理谨慎、熟练和判断的义务;(5)避免利益冲突的义务;(6)不从第三人处接受权益的利益;(7)在与公司的被提议交易或安排中公布利益的义务。^⑰其中,对于董事应该履行的勤勉义务的程度,规定在其第174条:“(董事应该)行使合理谨慎、技能和勤勉的义务。(1)公司董事必须行使合理的谨慎、技能和勤勉;(2)这指具备以下内容的合理勤勉的人将行使的谨慎、技能和勤勉——(a)从一个履行与公司相关之董事所履行的职责的人处可以合理期望的一般知识、技能和经验,并且(b)董事具有的一般知识、技能和经验。”^⑱由此可见,英国2006年《公司法》与1986年的《统一破产法》采用的董事勤勉义务的标准是一致的,仍是以主客观兼顾的双重注意标准。

综上所述,英国法上董事注意义务的标准已从较宽松的主观标准,转向了严格的^⑲主客观相结合,并偏向客观的双重标准,即要求董事应具有与其所任职务相当的技能和注意程度,但当董事实际具有的技能

^⑮ 刘敬伟:“董事勤勉义务判断标准比较研究”,载《当代法学》2007年第5期,第149页。

^⑯ 张开平:“英、美公司法上的董事注意义务研究”,载王保树主编:《商事法论集》第2卷,法律出版社1997年版,第347页。

^⑰ 葛伟军译:《英国2006年公司法》,法律出版社2008年版,第104~108页。

^⑱ 葛伟军译:《英国2006年公司法》,法律出版社2008年版,第106页。

^⑲ 英国1986年的《破产法》对董事注意义务已严格过头,尤其是其第214条规定的在公司破产清算时,法院可以基于客观标准,判决董事对公司债务承担个人责任。这种对董事施加的注意义务遭到了公司管理层的反对。见杨勤法:《公司治理的司法介入》,北京大学出版社2008年版,第99页。

和注意程度超过与其所任职务相当的水平时,则其执行职务行为应达到一致的实际水平,否则将被视为违反了注意义务。

(三) 美国法上注意义务的裁判标准

1. 美国判例法上的商业判断规则

(1) 商业判断规则的含义

商业判断规则(Business Judgment Rule),也翻译成“经营判断准则”,是19世纪由美国法院在长期的司法实践中逐步发展起来的一项关于董事的注意义务的判例法规则。因为该规则一起在案例中演进,所以至今没有统一的、由立法者概括的定义。^①商业判断规则目前主要是在美国法上存在,其他英联邦国家有主张借鉴的观点,但并没有实际采用。^②根据《布莱克法律词典》的解释,所谓的“Business Judgment Rule”是指“它是这样的一种假设:在进行不涉及直接的个人利益或自我交易的决策时,公司高管在充分知情下是善意的,并且诚实地相信其行为是符合公司的最佳利益。这一规则能保护公司董事和经理在进行善意的,尽到了合理勤勉注意,以及在公司董事会或股东会授权下行事时,免受非营利交易或对公司有害的交易的事后责难。”^③商业判断规则最早可以追溯到1829年路易斯安那州最高法院判决的Percy v. Millaudon案,而真正确立了商业判断规则的则是最广为引用的判例之一——1940年纽约州的Litwin v. Allen案,该案负责审理的Shientag法官认为:“董事们应当对其履行义务时的过错负责。既然不是保险人,董事们并不为判断上的错误或者从事行为的合理技巧和谨慎上的失误负责……董事履行职责与否,存在过失与否(比如说违反了注意义务),应依赖于特定案件的事实和情形,涉及公司种类、大小和财务资源,交易的额度,以及处理问题的直接程度。一个董事应当根据具体情形的需要来使用其注意和技巧。”^④

对商业判断规则的经典性表述是特拉华州最高法院在对Aronson

^① 丁丁:《商业判断规则研究》,吉林人民出版社2005年版,第15页。

^② 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第519页。

^③ Black's Law Dictionary, West Publishing Co. (Eighth Edition, 2004), p. 212.

^④ Litwin v. Allen, 25 N. Y. S. 2d. 转引自邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第521页。

v. Lewis 案所做出的判决中指出：“商业判断规则是建立在这样一种假定之上，即董事在行使决策之职时，会在知悉的基础上，本着善意，为公司的最佳利益行事。如果缺乏董事滥用裁量权的证据，董事的判断受法院的保护。指证董事违反职责的一方应负举证责任，即找寻事实推翻前述假设。”^{②④}

由此可见，商业判断规则是当司法上发生股东就董事的决策或判断的失误而提起诉讼时，法院所采用的评价董事是否履行谨慎职责的一项基本规则，其中心内容是董事的经营决策只要是出于善意，并且尽合理的注意，董事就可以免责。也就是说，股东不得仅仅因为董事们的经营决策失误，就主张损害赔偿或董事的决策无效。该规则是建立在一种合理的假设——公司的董事、高管是善意地为实现公司的最佳利益而为决策的基础之上的。这种假设产生的法律效果就是，明确了此类案件的举证责任归属，即首先由原告一方承担举证明董事、高管人员等决策人员的非善意、重大过失决策，否则由其承担举证不能的诉讼风险。于是直接的法律效果就是，通常法院并不介入对决策实质内容的审查，也就是说，法院不会“事后诸葛亮式”的评价董事决策的对错优劣，从而避免了法官陷入对商业决策“地方性知识”的不专业和承担高昂的司法审查成本的困境。^{②⑤}

(2) 商业判断规则的司法适用

如前所述，商业判断规则至今仍没有具体、统一的成文适用标准，更多的是依靠法院在审查具体案件中逐渐形成的审查思路。从美国法院作出的相关判例中的分析入手，通常法院在适用商业判断规则时主要会考虑以下几个方面要件：

其一，必须是一个商业的业务决策。这是适用商业判断规则的首要前提。对于不属于商业决策范围内的事项，或属于法定范围内的事

^{②④} 丁丁：《商业判断规则研究》，吉林人民出版社2005年版，第17页。

^{②⑤} 正如伯利和明斯所言，“法律所不能强硬坚持的，是对公司经营者的业务行为的管理。这种漏洞的产生，并不是由于缺乏逻辑上的正当理由，而是由于缺乏对所涉及问题进行处理的能力。在本质上，企业的经营决策是一项法院无法承担的任务……它不但是法院不愿去干预，也是其绝对害怕去做的事情。”见[美]阿道夫·A. 伯利、加德纳·C. 米恩斯：《现代公司与私有财产》，商务印书馆2005年版，第345页。

项,商业判断规则是不适用的,^②同时,商业的业务决策也是对公司高管在其权限范围内的具体行为和行事内容的定性。对于超越其权限范围(包括国家、州公司立法、法院的判例法以及公司章程授权的权限范围)行事的董事及高管,商业判断规则是不予保护的。

其二,必须是善意的。此处的善意判断虽涉及主、客观两个方面,但在具体案件的审查时,法院往往只考虑其程序或客观方面,只要行事的过程或方式上的善意得到了证实,甚至于尽管最后造成了坏的结果,法院也不对行为人决策的实质内容进行评判。即法院遵循的裁判路径是从决策行为的方式和过程来推定董事和高管的主观意图是善意的。这一审查路径的巧妙在于:“法院不必陷入审查行为人为内容和实质如何的麻烦和困扰中。”^③当申请人提起诉讼要求董事和高管的责任时,申请人必须证明董事和高管在主观上存在恶意,^④否则法院将驳回其请求。

其三,无利益冲突。无利益冲突,包括无直接利益冲突和无间接利益冲突,也叫做“无利害关系关联”,即董事和高管在行事时不应存在个人利益,而应当保持其决策时的独立性。这也就意味着商业判断规则不适用于规制利益冲突的忠实义务裁判中,如果董事和高管行事时出现了利益关联的情形,比如说自我交易,那么其面临的将不再是违反注意义务的审查,而是更加严格忠实义务的审查,即商业判断规则的前提已不复存在,^⑤法院将不再仅限于程序性审查,对交易的实质内容也会进行严格的审查。

其四,掌握了充分的信息。为了避免董事和高管人员履行职责过程中有懈怠的道德风险,法院仍要求其在做出决策时要尽到合理的注意义务,突出表现就是对其进行决策所需要的信息量要有充分的了解

^② 比如,特拉华州法院认为判断一个合同是否违反了州的法律,不属于需要进行业务决策的领域;同样的,弗吉尼亚法院也认为商业判断规则不能作为法定义务的免除要件。转引自邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第523页。

^③ 丁丁:《商业判断规则研究》,吉林人民出版社2005年版,第35页。

^④ 恶意的表现有:故意地损害公司利益;故意从事与公司利益背道而驰的活动;行为或决策本身造成公司的行为违法;滥用决策权或裁量权等。

^⑤ 丁丁:《商业判断规则研究》,吉林人民出版社2005年版,第37~38页。

和掌握,对公司的决策事务要有足够的关注。^① 如果董事和高管在行使职责时,放任其不熟悉公司事务的现状,不参与公司的决策,不具备董事谨慎职责下所应当具有的勤勉素质;对于已经察觉的问题放任不管,在决策上完全依赖其他管理人员的意见,以消极的态度对待自己的职责等,都将使其无法适用商业判断规则下的免责保护。^②

2. 美国成文法上的注意义务标准

美国成文法上关于董事注意义务判断标准的规定,最为典型的是美国2002年新修订的《标准公司法》(Revised Model Business Corporation Act,以下简称RMBCA2002)第8.30节“董事行为准则”中所确立的董事注意义务,其判断的一般标准是:

(a)董事会的所有成员在履行职责时应:(1)善意行事;且(2)以其合理地认为符合公司最大利益的方式行事。

(b)董事会或者董事会委员会成员,在行使其决策职能或者监察职能时,应当以一名处于类似职位的人在类似情形下合理地认为适当的谨慎来履行其职责。

(c)董事在履行董事会或者委员会的职能时,如果并不具备使其依赖不合理的相关信息,则董事有权依赖由董事会通过正式或者非正式的行为授以权限或者责任的任何人对其职能的履行。

(d)董事在履行董事会或者委员会职能时,如果并不知晓使其依赖不合理的情况,有权依赖有关人员^③准备或者提交的信息、意见、报告或者陈述,包括财务决算和其他财务数据。^④

除此之外,RMBCA2002第8.31节“董事责任的标准”B款更详细

^① 举例而言,如果交易是一项换股兼并,那么目标公司的董事应该获得的信息包括:出价人的经营状况及经营前景、两家公司历史上的换股交易的比率(以考虑该要约的公正性判断)、交易对账面价值和每股收益的预计影响;目标公司股东拥有联合公司股票的比例、目标公司将在联合公司销售、收益和账面价值上支付的比例等。

^② 丁丁:《商业判断规则研究》,吉林人民出版社2005年版,第48页。

^③ RMBCA2002第8.30节(e)项规定的相关人员包括三个方面:一名或者多名公司的管理人员或者员工,如果董事可以合理地相信其值得信赖且能够用途其职责或者提供信息、意见、报告或者陈述;公司聘请的法律顾问、注册会计师或者其他,如就涉及技能或者专业的事项董事可以合理地相信;董事不在其中任职的董事会的委员会,如董事可以合理地相信该委员会值得信赖。

^④ 沈四宝编译:《最新美国标准公司法》,法律出版社2006年版,第101页。

地列举了董事应当承担违反注意义务责任的五种情形:

(1)非善意的行为;或者

(2)一项决定,如果:

a. 该董事不能合理地认为该决定合乎公司的最大利益;或者

b. 该董事没有就该决定获得根据当时情况其应该获得的信息;
或者

(3)董事和一个与受异议的行为有重大利害关系的另一人存在家庭、财务或者商业关系而缺少客观性,或者董事由于该支配或者控制而缺乏独立性:

a. 可以合理地预期该关系,支配或者控制将对董事就受异议的行为作出的判断产生不利于公司的影响;

b. 在证明上述合理的预期存在之后,董事无法证明其有理由相信该受异议的行为合乎公司最大利益;

(4)董事持续地未能对公司的经营和事务行使其监察职能,或者当出现特定事实和意义重大的情况且该情况会使任何一名负有合理注意义务的董事予以注意时,该董事未能亲自或者责成他人合理调查以尽到及时注意的义务;或者

(5)董事接受其无权享有的经济利益,或者任何违反董事与公司及其股东公平交易的义务,且可以根据可适用的法律起诉的其他违约行为。^④

仔细审视上述规定,不难看出美国现行法上对于董事勤勉义务的判断标准所采用的典型的客观标准,即要求一个类似职位上的人在类似情形之下所能尽到的注意义务。

综合美国的司法裁判判例和成文法规定,美国在公司董事等高管信义义务要求标准上所采用的是同类职务人为参照的客观标准,同时在实践中辅之于商业判断规则,通过法院的非实体性审查剔除没有违反注意义务的情形,二者相结合以裁判出公司高管的信义义务是否被违反。

^④ 沈四宝编译:《最新美国标准公司法》,法律出版社2006年版,第103页。

三、我国公司高管勤勉义务的法律实证研究

(一) 我国公司高管勤勉义务的立法现状之梳理

我国的公司立法借鉴了传统英美法中关于高管信义义务包含注意义务和忠实义务两部分的两分体例,不同之处仅仅在于在立法语言中,使用了“勤勉义务”来表达“注意义务”的含义。但在2005年新修订的《中华人民共和国公司法》颁布之前,我国1993年的《公司法》对高管的勤勉义务并没有明确的规定,其第59条仅规定了:“董事、监事、经理应当遵守公司章程,忠实履行职务,维护公司利益,不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。”相比较而言,新《公司法》明文规定了“勤勉义务”,其第148条第1款规定:“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务。”只不过这种关于勤勉义务的规定十分笼统和概括,没有明确高管勤勉义务的具体标准,因此在实际操作中难以执行。

笔者在北大法律信息网的“北大法宝——中国法律检索系统”^⑤提供的检索下,以“勤勉”为关键词以“全文”为对象共搜索到542部相关的法律法规^⑥,以“勤勉义务”为关键词以“全文”为对象共搜索到50部相关的法律法规。其中直接涉及高管勤勉义务法律法规,笔者依其法律效力位阶和相关度,排列如下:

1. 法律

(1)《中华人民共和国公司法》

2005年10月27日修订的《中华人民共和国公司法》第148条规定:董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对

^⑤ 参见 <http://vip.chinalawinfo.com/index.asp>, 2010年2月4日访问。

^⑥ “勤勉”、“勤勉义务”在我国法律上适用非常广泛,不仅在传统的商事法规如《公司法》、《证券法》中能看到,甚至行政法规如《公务员法》、《驻外外交人员法》中亦有所见,《公务员法》第12条规定“公务员应当履行下列义务:……(五)忠于职守,勤勉尽责,服从和执行上级依法作出的决定和命令”;《驻外外交人员法》第8条规定:驻外外交人员应当履行下列义务:……(三)忠于职守,勤勉尽责,完成各项工作任务。”

公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入,不得侵占公司的财产。其第 150 条规定:董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、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。^⑤ 另外,第 113 条规定:董事会会议,应由董事本人出席;董事因故不能出席,可以书面委托其他董事代为出席,委托书中应载明授权范围。董事会应当对会议所议事项的决定作成会议记录,出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议,致使公司遭受严重损失的,参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的,该董事可以免除责任。该条实际上是对高管之一——董事勤勉义务的具体规定。

(2)《中华人民共和国证券法》

2005 年 10 月 27 日修订的《中华人民共和国证券法》第 152 条规定:证券公司的董事、监事、高级管理人员未能勤勉尽责,致使证券公司存在重大违法违规行为或者重大风险的,国务院证券监督管理机构可以撤销其任职资格,并责令公司予以更换。

(3)《中华人民共和国国有资产管理法》

2008 年 10 月 28 日颁布的《中华人民共和国国有资产管理法》第 26 条规定:国家出资企业的董事、监事、高级管理人员,应当遵守法律、行政法规以及企业章程,对企业负有忠实义务和勤勉义务,不得利用职权收受贿赂或者取得其他非法收入和不当利益,不得侵占、挪用企业资产,不得超越职权或者违反程序决定企业重大事项,不得有其他侵害国有资产出资人权益的行为。

(4)《中华人民共和国企业破产法》

2006 年 8 月 27 日颁布的《中华人民共和国企业破产法》第 125 条规定:企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务,致使所

^⑤ 因为高管对公司的勤勉义务可来源于法律规定、公司章程规定、高管与公司的特别约定等,因此,如果勤勉义务被规定在公司章程之中,那么该条规定实际上也可以看做是对高管勤勉义务的规定。

在企业破产的,依法承担民事责任。有前款规定情形的人员,自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。^③

2. 行政规章

(1)《国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定》

1995年12月25日颁布的《国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定》第6条规定:公司章程对公司及其股东、董事、监事、经理和其他高级管理人员具有约束力。公司的董事、监事、经理和其他高级管理人员对公司负有诚信和勤勉的义务。

(2)《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》

1994年8月4日颁布的《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》第23条规定:公司的董事、监事、经理和其他高级管理人员对公司负有诚信和勤勉的义务。前款所列人员应当遵守公司章程,忠实履行职务,维护公司利益,不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。

3. 部门规章

(1)《上市公司收购管理办法》

2008年8月27日中国证监会发布的《上市公司收购管理办法》第8条规定:被收购公司的董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务,应当公平对待收购本公司的所有收购人。被收购公司董事会针对收购所做出的决策及采取的措施,应当有利于维护公司及其股东的利益,不得滥用职权对收购设置不适当的障碍,不得利用公司资源向收购人提供任何形式的财务资助,不得损害公司及其股东的合法权益。

(2)《证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法》

2006年11月30日颁布的《证券公司董事、监事和高级管理人员

^③ 此外,我国的一些刑事立法中虽没有明文使用“勤勉”、“勤勉义务”,但实质内容也是关于高管勤勉义务的,为民商法中的高管勤勉义务提供了有力的支撑。如《刑法》第167条规定了签订、履行合同失职被骗罪,将国有公司、企业直接负责的主管人员,在签订、履行合同过程中,因严重不负责任被诈骗,致使国家利益遭受重大损失的行为规定为犯罪行为。1999年12月25日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案》规定的国有公司、企业、事业单位人员失职罪,将国有公司、企业的工作人员,由于严重不负责任,造成国有公司、企业破产或者严重损失,致使国家利益遭受重大损失的行为也规定为犯罪行为。

任职资格监管办法》第4条规定:证券公司董事、监事和高管人员应当遵守法律、行政法规和中国证监会的规章、规范性文件,遵守公司章程和行业规范,恪守诚信,勤勉尽责。其第57条规定:证券公司董事、监事和高管人员未能勤勉尽责,致使证券公司存在重大违法违规行为或者重大风险的,中国证监会及相关派出机构可以撤销相关人员的任职资格,并责令公司限期更换董事、监事和高管人员。

(3)《上市公司章程指引(2006年修订)》

2006年3月16日中国证券监督管理委员会印发的《上市公司章程指引(2006年修订)》第98条规定:董事应当遵守法律、行政法规和本章程,对公司负有下列勤勉义务:(一)应谨慎、认真、勤勉地行使公司赋予的权利,以保证公司的商业行为符合国家法律、行政法规以及国家各项经济政策的要求,商业活动不超过营业执照规定的业务范围;(二)应公平对待所有股东;(三)及时了解公司业务经营管理状况;(四)应当对公司定期报告签署书面确认意见。保证公司所披露的信息真实、准确、完整;(五)应当如实向监事会提供有关情况和资料,不得妨碍监事会或者监事行使职权;(六)法律、行政法规、部门规章及本章程规定的其他勤勉义务。^⑨

(4)《股份制商业银行独立董事和外部监事制度指引》

2002年6月中国人民银行出台的《股份制商业银行独立董事和外部监事制度指引》第20条规定,独立董事负有诚信义务,并应当勤勉尽责。

(5)《上市公司治理准则》

2002年1月颁布的《上市公司治理准则》第38条规定,董事会的决议违反法律、行政法规或公司章程,致使公司遭受严重损失的,参与决议的董事对公司承担赔偿责任。

(二)我国勤勉义务立法中存在的问题与原因

对上述法律法规进行细致的分析比较,我国高管“勤勉义务”立法的不足之处显而易见,最主要问题有:

第一,我国法律虽然对高管的勤勉义务做出了规定,但规定相当粗疏,只是对义务的简单概括陈述,并没有涉及勤勉义务的具体审查标

^⑨ 公司可以根据具体情况,在章程中增加对本公司董事勤勉义务的要求。

准,更没有明确是按“主观标准”还是“客观标准”抑或“综合标准”来衡量高管是否尽了勤勉义务,其实践可操作性非常弱,有关高管勤勉义务的具体规定反而散见于一些效力不高的规范性文件之中。

第二,法律将勤勉义务的承担主体规定广泛,除了董事之外,监事和高级管理人员同样对公司负有勤勉义务,但如前所述,实际上董事、监事、高级管理人员三类义务主体所负的勤勉义务程度是不一样的,我国立法者对三类高管人员均统一用“勤勉义务”一语概括,没有进一步明确三类主体所负的勤勉义务程度有何不同。^④

第三,《上市公司章程指引》对董事的勤勉义务作出的规定比较有操作性,但是该《指引》毕竟不是立法,而且其适用范围也仅仅限于上市公司的董事主体,不适用于非上市公司以及监事、高级管理人员主体。^④

第四,法律过于侧重规定高管负有勤勉义务,而对高管勤勉义务的豁免条件则规定甚少,仅仅在新《公司法》第113条第3款中规定:董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议,致使公司遭受严重损失的,参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的,该董事可以免除责任。而对监事、高级管理人员的责任豁免则没有任何规定。

为什么公司法中对高管勤勉义务规定得如此粗疏,其原因何在?学者范健先生和蒋大兴先生于1998年对旧《公司法》中“勤勉义务”规

^④ 首先,由于董事、经理层享有公司的经营管理权,因此,对其信义义务的要求主要体现在经营管理权的行使是否得当;而监事享有的是监督权,故对其信义义务的要求则主要体现在其监督权的行使是否得当。其次,公司经理层和董事所承担的信义义务要求在一定程度上取决于该管理人员在公司的职位以及其所任职务的类型:处于较高层级的管理人员的信义义务可能在实质上与董事的义务相同;相应的,居于下层或享有特定权限的管理人员,其义务程度就要低一些。

^④ 与《上市公司章程指引》法律效力有限问题相同的是上海证券交易所于2009年8月25日发布的《上市公司董事选任与行为指引》,其不仅在总则第4条中概括地规定了董事的勤勉义务:“董事对上市公司负有忠实义务和勤勉义务,不得利用上市公司谋取不正当利益、损害上市公司利益或者推卸应对公司承担的管理责任”,并且设有专门的一章第四章“董事的勤勉义务”从第22条到第35条多达14个条文的篇幅,对董事的勤勉义务要求作了详细的规定,大大地弥补了之前法律法规关于董事高管勤勉义务规定太粗的缺陷,可操作性非常强。但与《上市公司章程指引》性质相同,作为《指引》毕竟不是立法,法律适用效力有限,而且其适用范围也仅仅限于公司的董事主体,不适用于监事、高级管理人员。

定的缺位原因分析,给我们提供了一个良好的解说,在新法施行的今天仍有着重要的启发意义。笔者认为,他们分析中可兹借鉴之处有:^②

从实践的角度上看,《公司法》中对董事的勤勉义务作出的规定存在很大的阻力,主要体现在以下三方面:第一,与勤勉义务相比较,忠实义务内容较为明确,多以法律或者公司章程加以规定,因此,董事是否违背忠实义务较易判别。而勤勉义务的内容取决于董事的经营能力,个体差异性较大,识别难度较大,若规定董事的勤勉义务,则必须赋予法官较大的司法裁量权。而目前我国各级法院的法官整体素质参差不齐,要相对准确判别是否违反董事勤勉义务难度较大。第二,目前,我国尚未真正进入到董事会中心主义阶段。现阶段的任务更主要是为董事争取更大的权力,而非附加更多的义务,否则会束缚董事的手脚致使公司经营呆滞。第三,在我国公司制度实践中,企业法和破产法曾对企业经营者的勤勉义务进行过尝试性规定。但实践证明,企业领导人违反忠实义务,以权谋私的现象却相当普遍,更迫切需要立法加以规制。^③

还有学者从大陆法系传统的法学规制路径的角度认为,造成这一结果的原因是传统大陆法系中并没有类似于注意义务的概念,甚至不存在信义义务的概念,在司法实践中更是难以支持类似理性人、注意和小心的表述,受制于传统的法学理论、知识体系和思维方式,大陆法系也因此对信义义务,尤其是注意义务非常陌生。^④

(三)我国公司高管勤勉义务的司法实证研究

1. 高管违反信义义务案例的总体情况

作者之一李剑在北大法宝中^⑤点击“裁判文书”栏,然后在“案由分类”栏中选择“民商经济”,“与公司、证券、票据等有关的民事纠纷”,“与公司有关的纠纷”,子栏目“公司的控股股东、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”点击查询发现有 142 条记

^② 范健、蒋大兴:“论公司董事之义务”,载《南京大学法律评论》1998 年第 1 期,第 92~93 页。

^③ 从笔者所搜集到的高管违反勤勉义务和忠实义务的案例构成比例中也可印证上述说法,忠实义务案件有 37 件,勤勉义务案件只有 6 件,前者远比后者多。

^④ 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 501 页。

^⑤ 参见 <http://vip.chinalawinfo.com/index.asp>,2010 年 2 月 10 日访问。

录;最后选取审理日期在新公司法审实施日期——2006年1月1日之后的案例,一共有86个案例。

经过笔者对该86个案例进行详细的整理,剔除掉其中的非公司高管违反信义义务(勤勉义务和忠实义务)案共29个案例,^④还剩下57个案例。其中未涉及实体性法理的自动撤诉的9个案例,调解结案的2个案例,还余下46个案例。其构成比较如下图1:

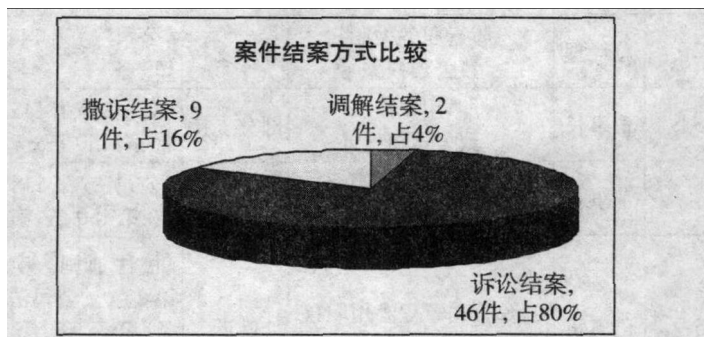


图1

其中,以诉讼结案的41个案例中,案件的类型划分则如下图2:

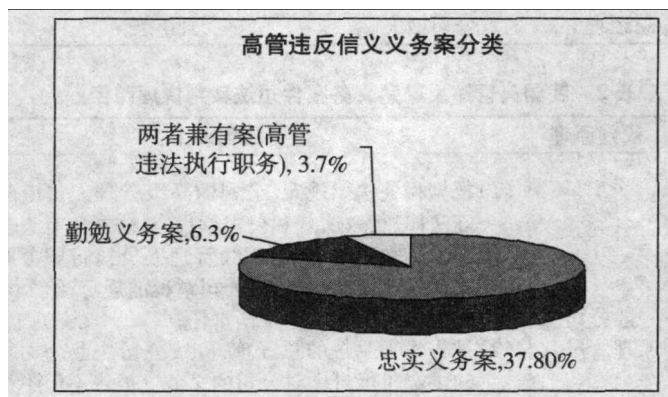


图2

^④ 这29个案例不涉及高管对公司的信义义务的违反,因而与本文所要讨论的主题无关。这29个案例主要可以分为公司诉公司类(如一般侵权案、出资不到位案)、被告是公司实际控制人类(如股东诉公司实际控制人侵犯公司利益案)、一般的民事纠纷类(如高管与公司之间的民间借贷案)、民事程序法争议类(如原告主体是否具备起诉资格案、管辖权争议案)等。

2. 勤勉义务案例司法裁判实证分析

经过笔者认真仔细的甄别、筛选,一共有6个高管违反勤勉义务案件的司法裁判案例,笔者将其详细整理如下表1:

表1 我国高管违反勤勉义务案件司法裁判路径表

| 案件序号 | 被告 | 诉由 | 案件结果 | 裁判依据 |
|------|---------|-----------------|------|---------------------------------------------------|
| 1 | 总经理 | 履行职务不作为致公司损失 | 胜诉 | 《公司法》第148条第1款、第50条 |
| 2 | 总经理 | 履行职务失职致公司损失 | 部分支持 | 《公司法》第148条、第150条 |
| 3 | 董事长 | 滥用职权致公司损失 | 部分支持 | 《公司法》第148条第1款、第150条 |
| 4 | 董事长 | 履行职务不当致公司损失 | 败诉 | 《公司法》第148条第1款、第150条、第152条 |
| 5 | 董事长 | 违反公司章程滥用职权致公司损失 | 胜诉 | 《民法通则》第106条第2款,《公司法》第37条、第38条、第39条,《合同法》第79条、第80条 |
| 6 | 董事长、总经理 | 违反公司章程滥用职权致公司损失 | 胜诉 | 《公司法》第20条、第150条 |

表2 我国高管违反勤勉义务案件司法裁判说理路径

| 案件序号 | 裁判原理 | 主要裁判理由 |
|------|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1⑦ | 一般公司法原理 | <p>(1)根据相关法律规定,公司的高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务;公司高级管理人员执行职务时违反法律、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;</p> <p>(2)被告作为原告的总经理,应按公司法及公司章程的规定履行自己对公司的义务。被告不但不执行董事会决议,而且还将董事会决议等重要文件取出交与他人,以致给原告造成经济损失,对此被告亦应承担赔偿责任。</p> |

⑦ 北京国际艺苑有限公司诉薛雯董事、监事、经理损害公司利益纠纷案[(2006)东民初字第8542号]。

续表

| 案件序号 | 裁判原理 | 主要裁判理由 |
|----------------|-------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2 ^④ | 审查公司损失的原因，“正常的商业风险”分析 | <p>(1) 根据《公司法》第 148 条、第 150 条，公司高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务，诚信地履行对公司的职责，尽到普通人在类似的情况和地位下谨慎的合理注意义务，为实现公司最大利益努力工作，不得侵占公司的财产；高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规和公司章程，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；</p> <p>(2) 损失不是由于高级管理人员的故意或过失造成，而是商业风险或其他外界因素所致，则不能认为高级管理人员违反勤勉义务。</p> |
| 3 ^④ | 一般公司法原理 | <p>(1) 根据相关法律规定，公司的高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务；公司高级管理人员执行职务时违反法律、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；</p> <p>(2) 被告在担任原告法定代表人期间，执行职务应符合法律、行政法规或者公司章程的规定，不应滥用职权。在公司经营出现问题时，被告未采取合法有效的方法解决问题，而是采取将公司大门及财务室大门上锁的方式，致使公司无法正常经营，由此给原告造成的经济损失，被告应承担赔偿责任。</p> |
| 4 ^⑤ | “符合公司的解散实际”、“符合正常的商业做法” | <p>(1) 根据《公司法》第 148 条第 1 款、第 150 条，公司董事依法对公司负有忠实和勤勉义务，即公司董事在履行公司赋予其职权时，应最大限度地维护公司利益，否则因此给公司造成损害的，应当承担赔偿责任；</p> <p>(2) 公司在获得土地使用权指标时，其经营状况已经发生变化，计划在依法核实财产、处理债权债务之后予以解散。在此情形下，被告在未经其他股东</p> |

④ 北京妙鼎矿泉水有限公司诉王东春公司高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷案 [(2009) 门民初字第 4 号]。

④ 北京燕京建筑工程有限责任公司诉杨国清公司的高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷案 [(2008) 东民初字第 3957 号]。

⑤ 湖广商会株式会社诉姚仁均等董事损害公司利益赔偿纠纷案 [(2008) 沪一中民五(商)初字第 181 号]。

续表

| 案件序号 | 裁判原理 | 主要裁判理由 |
|------|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | 开会明确操作方案的基础上,代表公司作出转让购买土地使用权机会的决定虽有不妥,但符合公司即将解散的实际情况,因此,不足以认定被告姚仁均违反了董事的忠实和勤勉义务。 |
| 5① | 公司法原理:关于公司章程效力 | (1)公司的章程在不违背法律法规强制性规定的前提下,是公司的宪法,公司的内部运作、决策程序、高级管理人员的权限范围等均应当以公司章程为依据; (2)被告无视公司最高权力机构——股东大会的意志和股东大会对公司经营方针进行决策的权力,违背了其亲自签字的公司种种规章制度及对印章使用、合同签订的程序规定,其行为已严重违背公司章程规定,给公司造成了损害。 |
| 6② | 公司法原理:关于公司章程、勤勉义务 | (1)在经营过程中决策失误是在所难免的,根据风险和收益对等原则,其后果一般也应当由公司而不是由决策者承担,但前提是决策者在履行职责时未违反法律、行政法规和公司章程的规定; (2)三被告作为公司的控股股东、董事及高级管理人员,对于总投资达注册资本近10倍的投资项目,应当严格按照公司法和公司章程的规定,交由股东会、董事会讨论决定,在具体操作时更应当尽到勤勉、谨慎的义务,但被告对如此重大的项目却擅自决定,对由此造成的损失应当承担赔偿责任。 |

为保证样本的全面与真实,作者之二赵颖洁2010年10月使用“北大法意”中国司法案例数据库2.0版本,在大陆裁判文书库主页“全文搜索”中键入“勤勉义务”,搜索结果有21个。在大陆媒体案例库主页全文搜索“勤勉义务”,搜索结果有3个。

针对这24个案例,笔者将其中援引新《公司法》(2005年修订之后

① 原告某集团有限公司与被告陈某、某房地产公司、第三人某置业公司董事损害公司利益纠纷案。

② 浙江嘉兴同创房地产开发股份有限公司诉民丰特种纸股份有限公司等公司的控股股东、实际控制人、董事损害公司利益赔偿纠纷案[(2008)嘉民二初字第67号]。

的《公司法》第 148 条进行裁判的部分案例,抑或虽未援引《公司法》第 148 条,但却在法院说理部分提及并适当阐述“勤勉义务”的关于董事、监事、高管信义义务之案例作为“有效案例”,其他未在法院说理部分提及董事、监事、高管勤勉义务法律规定抑或法理的案例、以及裁判时间在新《公司法》实施之前的案例作为“剔除案例”,另外,二审维持原判、说理理由相同的案例,笔者也其作为“剔除案例”处理。“剔除案例”共 15 个,参见下表 3:

表 3 直接剔除的案例及其原因

| 序号 | 案例名称 | 剔除理由 |
|----|----------------------------------------------------------------|-------------------------------------|
| 1 | 李彪与罗智浩、彭炎平 | 案由为合伙协议纠纷 |
| 2 | 浙江龙盛薄板有限公司与宁波环领国际物流有限公司 | 案由为货运代理合同纠纷 |
| 3 | 儋州市金园宝实业有限公司与儋州市光村镇人民政府 | 农业承包合同纠纷 |
| 4 | 姚建国与北京市朝阳区京华纺织服装有限公司 | 案由为股东查阅权纠纷。其仅在诉请中提及“勤勉义务”,法院未在说理中提及 |
| 5 | 杨明昕与李世昌 | 案由为股权转让纠纷,说理中未提及高管勤勉义务 |
| 6 | 中国港湾建设(集团)总公司与国泰君安证券股份有限公司 | 法院未在说理部分提及“勤勉义务” |
| 7 | 南海市兴桂房地产有限公司与郑国发 | 引用旧《公司法》 |
| 8 | 方海金与上海雍纪餐厅 | 引用旧《公司法》 |
| 9 | 合肥东方房地产开发有限公司与江苏汇鸿国际集团土产进出口股份有限公司、合肥华侨经济开发公司、合肥华丰畜禽经济开发有限责任公司 | 引用旧《公司法》 |
| 10 | 云南大成建筑工程有限公司与中城建第七工程局有限公司、云南启运交通能源开发有限公司、中城建第七工程局有限公司云南分公司、程卫华 | 仅在诉请中提及勤勉义务、法院未在说理中提及 |

续表

| 序号 | 案例名称 | 剔除理由 |
|----|---------------------------------------------------------|-----------------------|
| 11 | 北京永汇丰咨询有限公司与中国冶金科工集团公司、北京产权交易所有限公司 | 仅在诉请中提及勤勉义务、法院未在说理中提及 |
| 12 | 南川市五金交电化工有限责任公司、李孝忠、韦清平、程黔会、裴泽娅、王红兰、陈仲良等与金荣中、张定忠、程康、肖武勇 | 引用旧《公司法》 |
| 13 | 北京国际艺苑有限公司与薛雯终审 | 与一审说理相同,仅选取一审案件作为样本 |
| 14 | 契税补贴政策取消、业主与开发商共同补交税款 | 此为媒体披露案例,非公司高管信义义务案件 |
| 15 | 安徽合肥东方房地产开发有限公司与江苏江鸿国际集团土产进出口股份有限公司等债转让、商品房预售合同纠纷上诉案 | 此为媒体披露案例,非公司高管信义义务案件 |

对于剩余的9个有效案例,其对于勤勉义务的适用各有不同。其中有4个案例主体案情并非涉及高管信义义务,法院只是在裁判中简单提及“勤勉义务”之术语,其事实上不能作为样本进行分析。

仅仅简单提及勤勉义务,而不能作为样本进行分析的案例如下表4:

表4 无法作为样本进行分析的案例

| 序号 | 案件名称 | 不作为样本的理由 |
|----|------------------------------|---------------------------------------------------|
| 1 | 北京鑫万佳科技发展有限公司与朱璟明、南京海钛科技有限公司 | 主要案情为违反竞业禁止、实际上是违反忠实义务。裁判中只简单提及勤勉义务,事实上无法对其进行样本分析 |
| 2 | 李孝忠等28人与金荣中、肖武勇、张定忠、程康、王庭贵 | 主要案情并非涉及高管信义义务,裁判中法院仅仅提及“高管有违反勤勉义务的可能”,无法对其进行样本分析 |

续表

| 序号 | 案件名称 | 不作为样本的理由 |
|----|-------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| 3 | 上海博联科技投资有限公司与云南国际信托投资有限公司、赖伟德 | 主要案情并非涉及高管信义义务,法院仅在裁判中提及“董事长处置质押股份不违反勤勉义务”,其仅做事实判断,无法作为样本分析 |
| 4 | 无锡微研有限公司与徐乃洪、无锡德森精密模具有限公司 | 实际上是违反忠实义务的案例。裁判中只简单提及勤勉义务,事实上无法对其进行样本分析 |

对于剩余的5个“有效案例”的数据分析如表5所示:

表5 有效案例的数据分析

| 序号 | 案件名称 | 被告 | 诉由 | 案件结果 | 裁判依据 |
|----|----------------------------------------|---------|------------------------------|------|----------------------------------------|
| 1 | 北京妙鼎矿泉水有限公司与王东春 | 总经理 | 总经理履行职务有瑕疵,诉请赔偿公司损失 | 部分支持 | 《公司法》第148条、第150条,《民事诉讼法》第229条 |
| 2 | 北京向佳混凝土有限公司与郇剑英 | 总经理 | 总经理未履行注意、勤勉义务,诉请赔偿公司损失 | 败诉 | 未直接引用法条,但对注意、勤勉义务及责任构成要件进行分析 |
| 3 | 慈溪富盛化纤有限公司、宁波全盛布艺有限公司与施盛平 | 执行董事、经理 | 董事、经理超越权限、违反忠实、勤勉义务,诉请赔偿公司损失 | 败诉 | 《公司法》第50条、第51条,第148条,《关于民事诉讼证据若干规定》第2条 |
| 4 | 北京国际艺苑有限公司与薛雯 | 总经理 | 经理不作为、侵害公司利益 | 胜诉 | 《公司法》第148条、第150条、第151条 |
| 5 | 未尽审慎义务多支付开发项目、北京一公司高管被判赔偿 ^⑤ | 总经理 | 经理未履行职责,诉请赔偿公司损失 | 胜诉 | 未直接引用法条,但对违反勤勉义务进行了说理分析 |

⑤ 本案例选自北大法意“媒体披露案例”,其未详细披露案件检索号等情况。

表6 有效案例的法院说理路径

| 序号 | 裁判理由与路径 | 法院说理原文 |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | <p>法院先阐述勤勉义务的范围,将其定义为“普通人在类似的情况和地位下谨慎的合理注意义务。”而后将“由于商业风险”和其他外界因素导致的损失排除在高管勤勉义务责任范围之外。结合案情对高管的行为逐一进行分析,自由裁量其是否违反勤勉义务。</p> | <p>支持理由:^⑨</p> <p>(1)公司高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务,诚信地履行对公司的职责,尽到普通人在类似的情况和地位下谨慎的合理注意义务,为实现公司最大利益努力工作,不得侵占公司的财产;高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规和公司章程,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。</p> <p>(2)业务登记卡系客户收货的原始凭证,一旦缺失将无法与客户核对送水数量、金额并主张债权,应当妥善保管。截至2008年2月,博安物业公司尚欠妙鼎公司水款1720元,而王东春不能做出合理解释的水款1200元。因妙鼎公司缺乏债权凭证,该笔应收账款难以收回。因王东春负有保管不善的责任,应当承担赔偿责任。</p> <p>对于王东春“因为人员紧张,有的客户拉走水桶后未送回,流失100只空桶”的陈述,本院认为,王东春可以通过预收押金等方式避免此情况发生,因其未尽到谨慎的注意义务,应当予以赔偿。</p> <p>不支持理由:</p> <p>(1)损失不是由于高级管理人员的故意或过失造成,而是商业风险或其他外界因素所致,则不能认为高级管理人员违反勤勉义务。</p> <p>(2)王东春任职后已发现设备故障、电力不足等问题,对设备进行过维修,向董事会进行了汇报,并请相关单位制定了设备改造方案,尽到了一定的管理责任。在决定产品质量的诸多因素中,生产条件较管理更为重要,而生产条件的根本改善应由公司负责。在设备、电力等生产条件未得到明显改善的情况下,不能把产品出现质量问题的原因归结于王东春没有对设备进行日常维护。</p> |

^⑨ 在“法院说理原文”一项中,“(1)”中是法院对于勤勉义务的理论阐述,“(2)”中是法院结合案情对高管行为性质的认定。

续表

| 序号 | 裁判理由与路径 | 法院说理原文 |
|----|---------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | <p>2008年3月之后的业务登记卡尚在妙鼎公司处,对此期间形成的欠款,妙鼎公司可以与博安物业公司核对,在其未能证明已无法追讨的情况下,不能由王东春承担赔偿责任。妙鼎公司在审查入账时从未要求王东春提交客户确认的相应凭证。在25台饮水机中有16台的下落已经核实且妙鼎公司不能证明王东春在赠送饮水机的过程中给自己谋取私利的情况下,另外9台饮水机的下落未得到客户确认属于正常商业风险。</p> |
| 2 | <p>法院详细分析了违反勤勉义务的构成要件,然后将高管行为与构成要件进行比对,辨别其是否违反勤勉义务。</p> | <p>(1) 邵剑英作为向佳公司聘任的负责经营的管理人员,在履行职务、处理公司事务时,为了公司的最佳利益,应当具有合理的谨慎、勤勉和注意义务,否则应当对公司受到的损失承担相应的责任。该责任的构成要件应当包括以下方面:a. 在管理公司事务过程中有违反法律、行政法规或公司章程的行为;b. 主观上有过错;c. 公司受到损失;d. 行为与公司受到的损失之间存在因果关系。</p> <p>(2) 本案中,邵剑英代表向佳公司与佰强公司缔约、履行合同义务,是邵剑英善意履行职务的行为,该行为并不违反国家法律、行政法规以及公司章程规定。而佰强公司是工商行政管理部门注册的法人企业,并以自己的名义对外承揽了工程。向佳公司向佰强公司承揽的工程提供混凝土,向佳公司可以从中得到收益,且价款的回收又有一定的保障。因此,邵剑英在与佰强公司缔约并履行供货义务的过程中,已经尽到了普通谨慎人的注意义务。据此,邵剑英不应对上述行为造成的损失承担责任。</p> |
| 3 | <p>先阐述勤勉义务的含义,然后将剖析案情,自由裁量其是否违反勤勉义务。</p> | <p>(1) 董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务。勤勉义务是指董事、监事、高级管理人员必须像一个正常谨慎之人在类似处境下应有的谨慎那样履行义务,为实现公司的最大利益努力工作。据此,管理者在作出某一经营判断前,应当收集足够的信息,诚实而且有正当的理由相信该判断符合公司的最佳利益。</p> |

续表

| 序号 | 裁判理由与路径 | 法院说理原文 |
|----|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | <p>(2)a. 相关证据已经证明,被告为赔偿问题多次赴东海翔协商,说明被告为解决该问题采取了积极的行动,在多次协商的情况下,被告不可能对产品是否存在质量问题以及损失的大小没有了解;b. 2005年9月,被告与王伟定、叶南方为赔偿问题一起去过东海翔公司,虽然最终未就质量问题达成一致意见,但至少王伟定和叶南方对东海翔公司要求赔偿的事是知情的,股东之间必然也就质量问题商量过;c. 从被告的文化程度和从业经历来看,其业务水平显然远高于其他几位股东,被告基于其对自身业务水平的信任,认为问题产品一碰即破,造成质量问题的原因不经过鉴定也能够判断出来,这种自信在无相反证据的情况下应可推定为合理;d. 对于损失额的问题,由于两原告公司是提供布料,由东海翔公司加工后卖给临亚公司,临亚公司再销往国外,因此,一旦布料出现问题,造成的损失不但包括布料本身的价值,从2006年4月25日东海翔公司致被告的信函可以看出,还包括东海翔公司的库存布、重新加工费,甚至可能包括空运费。所以,赔偿额高于合同标的额并非不可能,以此为由不能说明该赔偿数额就是不合理的;e. 两原告在东海翔公司起诉后,未充分地行使抗辩权利,因若原告方认为被告代表两原告与东海翔公司订立赔偿协议时存在重大误解等可撤销事由,原告可依法行使撤销权,若两原告认为被告与东海翔公司之间有恶意串通,损害原告方利益的行为,原告方可依法请求法院确认赔偿协议无效。但两原告却自愿的与东海翔公司订立调解协议,并部分履行了协议,应视为两原告已认可被告签订的协议。因此本院认为,被告在作出赔偿行为时已尽到了勤勉义务。⁵⁵被告的行为并未超越法律和公司章程所赋予被告的职权,也未违反法律规定的勤勉义务。</p> |

⁵⁵ 法院以以上五点理由支持被告已尽到勤勉义务。

续表

| 序号 | 裁判理由与路径 | 法院说理原文 |
|----|------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4 | 直接引用《公司法》第 148 条之规定,并未对其进行详细阐述,后结合案情径直自由裁量其未尽到勤勉义务。 | <p>(1)根据相关法律规定,公司的高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务;公司高级管理人员执行职务时违反法律、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。</p> <p>(2)本案被告作为原告的总经理,应按公司章程的规定,组织领导原告的日常经营管理工作,直接对董事会负责,执行董事会的各项决定。2006 年 7 月 28 日原告董事会做出决议、原告给交行北京分行出具不可撤销担保函后,被告未按董事会的指示,将董事会决议及其他文件送交交行北京分行,致使未能与交行北京分行重新办理贷款事宜。</p> |
| 5 | 首先阐述勤勉义务的含义,然后阐述在本案中被告的勤勉义务应当具体为何种义务,后将举证其“符合公司最佳利益”的责任负担于被告。在被告未能举证证明时,认定其违反勤勉义务。 | <p>(1)高管人员行使职权、做出决策时,必须以公司利益为标准,不得有疏忽大意或者重大过失,应以适当的方式并尽合理的谨慎、技能和注意义务,履行自己的职责。</p> <p>(2)陈某在处理终止事宜时,所尽的勤勉义务应包括履行对开发成本的账目进行清算、审计的管理职责。在履行该项管理职责时,陈某应对其负责终止事宜的行为及后果尽到适当的注意义务,使其行为符合公司的最佳利益。由于信息系统开发项目提前终止,项目成本尚未进行清算和审计,在不能确定信息系统开发工作已经完成,亦不能确定实际开发成本的情况下,陈某代表公司签订了《结算协议》,确认开发工作已完成,并同意 500 万元价款结算。陈某未能举证证明该《结算协议》符合公司的最佳利益,故法院认定陈某在管理项目终止事宜时,未尽合理、审慎的注意义务,违反了高级管理人员对公司的勤勉义务。</p> |

3. 勤勉义务司法裁判的理路分析

整体而言,在每年数以万计的公司法案件中,法官运用勤勉义务规范来裁判案件的寥若晨星,而且经过实证分析其呈现出以下特点:

第一,关于被诉主体。尽管公司法第 148 条规定,受勤勉义务和忠

实义务规范拘束的人员包括董事、监事和高管人员,但从现有案件来看,成为被告的仅限于公司的董事(长)、高级管理人员(总经理),而尚无起诉公司监事履行职责不当的情形。

第二,关于起诉理由。主要起诉高管人员的三种行为:滥用职权、履行职务不当、不履行职务,而判断的依据主要有:公司法的规定、公司章程的规定、其他法律规定三类。起诉的说理往往偏于单薄。

第三,关于法院的裁判说理。在涉及高管的勤勉义务中,法院在裁判中通常都有较详细的说理,当然说理程度不同,有的是简单罗列《公司法》第148条关于公司高管的勤勉义务规定,^{⑤6}有的会更进一步深入阐述勤勉义务的含义、要求等,^{⑤7}但总体而言,法理论说过程过于简约,仅以明晰案件的逻辑关系和裁判理由为主要目的。表6序3的案件,是一个说理相对理想的案例。主审法官先指出,“勤勉义务是指董事、监事、高级管理人员必须像一个正常谨慎之人在类似处境下应有的谨慎那样履行义务,为实现公司的最大利益努力工作。据此,管理者在作出某一经营判断前,应当收集足够的信息,诚实而且有正当的理由相信该判断符合公司的最佳利益”,然后通过事实证据的展开,证明“从被告的文化程度和从业经历来看……”这种将理论与事实紧密结合的说理过程,值得嘉许。

第四,关于法院的裁判路径。总体而言,我国法院遵循着这样一种裁判路径:首先,认定被告属于公司高管,因此,其对公司负有勤勉义务;其次,认定被诉高管有违反勤勉义务的行为,如履行职务失职、不作为、违反公司章程规定行事等;再次,认定高管的行为给公司造成了损失;最后,认定高管的行为与公司的损失之间具有因果关系。^{⑤8}显然,我国法院对高管责任所采用的是过错侵权责任的归责原则,举证责任主要在原

^{⑤6} 如表格所列的案件1和案件3,法律依据方面都只是简单罗列了《公司法》第148条和第150条的规定。

^{⑤7} 如表格中的案件2中,对勤勉义务的解释:诚信地履行对公司的职责,尽到普通人在类似的情况和地位下谨慎的合理注意义务,为实现公司最大利益努力工作,不得侵占公司的财产。

^{⑤8} 在案例2中,法院对高管履职下的公司损失认定为“属于正常的商业风险”,与高管的行为无关,因而判定高管胜诉。

告方,由其负责证明被告违反了勤勉义务。

第五,关于法院裁判的审查重点。虽然在表1与表2的全部6个案例中,法院都没有使用“商业判断规则”这个术语,但详细考察其中的案例2、4、6,会发现其实法院在不知不觉中已经使用了商业判断规则。但是,与前述美国商业判断规则下法院裁判以程序性审查为主不同,除了如案例3和案例5中高管明显违反法律法规、公司章程的行为之外,我国法院偏重于对高管的商业决策、履职行为进行实质性审查。如案例2中法院对高管履职下公司损失的原因认定“属于正常的商业风险”,案例4中法院对被诉高管的出售土地购买权的决策,认定为“虽然不妥”,但却“符合公司的解散实际”、“符合正常的商业做法”,案例6中法院对高管所任职公司的“总投资达注册资本近10倍的投资项目”的实质审查,认为该项目“重大”,而“应当严格按照公司法和公司章程的规定,交由股东会、董事会讨论决定”,其审查显然已不限于法律性质审查,在一定程度上已属于商业决策的审查了。

四、我国高管勤勉义务的立法及司法完善建议

规则是灰色的,而实践之树常青。通过以上高管勤勉义务的实证分析,兹对相关立法及司法提出以下建议:

(一)我国高管勤勉义务的立法完善

1. 通过以客观标准为主、特别约定为辅的方式明确高管勤勉义务的判断标准

如前所述,我国的商事法律法规中对公司高管勤勉义务大多只做了粗疏的陈述性规定,更像是一个宣示性条款,并没有涉及勤勉义务的具体审查标准,即使偶尔涉及也仅规定在法律效力较低的规范性文件中,实践操作性非常有限。因此,笔者认为,在今后我国的公司立法中,应通过在《公司法》主体法中规定的形式,在总则中以概括条款的方式规定公司高管(董事、监事和高级管理人员)应对公司负有勤勉义务,并进一步规定勤勉义务的判断标准。

至于采纳何种判断标准,笔者认为应充分考虑我国的现实国情、司

法裁判实践和商业经营背景,不宜单纯地简单采用某一标准。根据我国地区、行业差异性极大的特点,笔者认为,我国应采用以客观标准为主、特别约定为辅的判断方式。理由如下:

其一,如果采用主观标准,即不管某一高管的知识、经验和能力如何,只要尽到了其最大的努力就可免责,无疑对知识、经验能力较一般社会水平低的高管有利,但相反可能造成高水平高管的懒惰,不利于督促高管积极向上,努力提高自己的经营能力。

其二,采用客观标准,即要求高管应具备一个处于与该高管类似职位的人所被合理期待的能力、水平为标准,则虽会给知识、经验能力低于一般社会水平的高管造成巨大的压力,但却更符合优胜劣汰的市场经济规律,能有效督促高管提升自己的专业经营水平。另外,我国的公司司法裁判实践中已有采用客观标准的范例,^⑨采用客观标准为主的判断方式,也符合我国的司法实践做法。

其三,对于那些能力超出一般社会平均经营水平,或低于一般社会平均经营水平的高管,允许由公司根据自身公司的营业实际对高管个人经营水平的要求,通过公司章程或专门合同的形式,与高管专门约定特定的勤勉义务标准,则可避免法律对高管勤勉义务“一刀切”的不切实际要求,更有利于促进公司治理。

鉴于我国幅员辽阔,经济发展水平极不平衡,各省(市、自治区、直辖市)高级人民法院可根据本地区实际情况,确立若干高管勤勉义务的典型案例,以为引导。

2. 采用列举的方式规定符合和不符合勤勉义务的情形

除了概括性的规定之外,还应通过列举的方式规定符合以及不符合高管勤勉义务的情形,以便指导社会的司法实践。如可详细列举规定公司高管应当具备相应的技能义务(包括熟悉公司的经营及业务情况,对公司经营管理中的重要措施作出评判、及时监督等)、勤勉义务(包括应当定期、亲自参加各种公司的会议,了解公司的经营活动,定期检查公司

^⑨ 如前述高管违反勤勉义务的实证案件2中对“勤勉义务”的法官裁判解释:“诚信地履行对公司的职责,尽到普通人在类似的情况和地位下谨慎的合理注意义务,为实现公司最大利益努力工作。”根据其使用的“普通人”、“类似情况和地位”、“合理注意义务”等语言,显然法院所采用的是客观标准。

的相关业务情况等)、谨慎义务(包括当高管发现所聘任的经营管理人员不能胜任时,应当及时建议董事会将其解聘,对董事会决议的事项如有异议时,应当及时地将其异议记入董事会会议记录等)。

在这方面,《上市公司章程指引(2006年修订)》、《上市公司董事选任与行为指引》都作了很有现实指导意义的尝试,需要进一步完善的就是通过立法研究、调研考察,将其中的合理部分通过法律规定的形式,吸收进《公司法》关于“高管勤勉义务”的具体要求之中,并将之有区别地扩展适用于监事、高级管理人员的主体上。

(二)我国高管勤勉义务的立法完善——引入规范的商业判断规则的必要性解说

的确,正如本文的引子所揭示的,判断董事和高管在做出一项商业决策时是否善尽勤勉义务,远非易事。公司的一项商业决策,如果有可能赢得相当的利润,一般而言,它所面临的变数也相当大。客观政策、汇率利率、消费者的消费偏好、法律法规的调整等都构成了许多极难预期的变数。在理论上,如果对此种种情形、及其相应的结果都详尽研究,的确可能去做出一项明智的决策。但商业无定数,在通常的情况下,经理总是现在行动、以后总结。如果停下来细为研究,再行决策,其结果常常是商业机会稍纵即逝。只有以事后的眼光来考察,我们才可能发现,哪种商业决定富有成效,哪种则是失败的选择。但是,正如曼尼教授所言,“经营者不像法官,有能力同时也愿意就特定的案件争论不休,以求得‘正确的答案’;经营者不像学者那样一丝不苟地去追求真理,也不像科学家在高度专业化的领域中精益求精地探求更为完善的方法”^⑥。也正是在这个意义上,法官“事后诸葛亮”式的聪明往往招致一些善意的嘲笑。

如果在做出一项商业决定之前,权衡利弊本身存在巨大的成本,那么事后由法院来判断这项决定是否明智,也往往代价高昂。因为经营失败本身并不必然表明当时的商业决定是不明智的,何况法院往往也缺乏足够的信息去做出这项决定。伯利和明斯甚至干脆断言,“就本质而言,

^⑥ Manning, *The Business Judgment Rule and The Directors' Duty of Attention*, 39 Bus. Law, 1984.

在经营管理公司方面,法院并不擅长,所以法院不愿、也不敢介入公司商业运作事务中。”^①这也使得法院依据信义原则裁判案件,远远比依据明确的合同条款来裁判要费力得多,而且法官在裁判这些案件时,明显缺乏有效的办法。

另外,由于经理们都是团队作业,他们的决定受到了公司之外许多因素的影响。为了正确评估经理们的决定,法院必须对经理们投入的精力和智识,予以合理的考量,进而形成相应的证据,其成本之高、运作之艰辛无疑令人望而却步。所以,法院和其他外部人一样,在考量经理的心智投入时面临着相当多的问题。这种困境,加上法官们自身的偏见,被大大强化了。这种法官的选择性偏见,甚至构成了相当多的错误之源。

故而在英美法系国家,“合理的、谨慎的人”的行为标准是通过判例来确定的。本文的前面若干部分,对此多有言及。富有审判经验的法官对商事经营的判断,通常并不会比充满经验或经常接触营业事务的公司决策者高明,“商人是自己利益的法官”。因此,“商事案件的裁判,(法院)要理解并尊重商人是自己利益的法官这一‘利益规则’,对公司行为的审查应当坚持‘有限干预’的原则。”“‘法官不是商人’表明,公司法案件的审理在多数情况下法院不是在做实体判断,而是在做程序判断,也意味着法院对公司纠纷的干预多为程序性干预。”^②

由于市场竞争变幻莫测及长期的意思自治传统,英美法系的法官们宁愿把问题交给公司自行决定,而不愿干预其具体决策,因而在司法实践过程中逐渐形成了一项董事注意义务的判例法规则——经营判断准则(Business Judgment Rule)。即如果董事和高管在做出商业判断时,在他的知识和能力范围内,尽了最大的努力,即便公司商业决策失误,高管也可免于责任承担。这种“不以成败论英雄”的判断原则,正是出于妥当尊重商业和司法边界的合理考量。

但令人担忧的情形是,一方面,我国公司许多高管的执业现状是:

^① Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, 1933, p. 336.

^② 蒋大兴:《公司法的观念与解释Ⅱ》,法律出版社2009年版,第112页。

“比之外国同行,他们身处一个上市公司治理水平较低、公司信息披露不规范、治理腐败层出不穷、董事与公司管理层的信任基础尚未建立起来的资本市场环境,这决定了他们面临的法律风险很大。”^③另一方面,我国的法官绝大多数缺乏从商经验。如果说,律师在某种意义上也是商人,但我国通常可见的情形是,许多法官下海做了律师,而律师功成名就之后谋取法官职位的则极为鲜见。由于商业经历匮乏,我国的法官绝大多数难以理解商人做出商业决定时的具体情势,因而让法官对高管在具体情势中是否尽到了勤勉义务,的确有些勉为其难。

在我国的公司法司法裁判实践中,如前所述,虽然一直都没有出现“商业判断规则”这一术语,但是实践中许多法院已不知不觉地使用了该规则。而且,更为重要的是,由于没有完善的规制约束,我国法院在使用这一规则进行裁判时,既审查程序要件,又审查实质要件,如在表2的案例6中,不仅对是否经过公司股东会、董事会同意,并且对涉案项目是否属于公司投资的“重大项目”也进行了司法判断,这在一定程度上给法院的自由裁量权提供了巨大的、不受管制的运作空间。然而正如法国思想家孟德斯鸠在其名著《论法的精神》一文中指出的:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是一条万古不变的经验”,绝对的权力必将导致绝对的腐败。因此,我国很有必要引入美国的商业判断规则,对商业判断规则的运用规则、审查程序、举证责任等进行相应的限定,从制度上避免法官在裁判活动中总是试图扮演强势商人的角色,在避免法官讼累的同时,还可以增进社会福祉。

^③ 李建伟:《公司制度、公司治理与公司管理——法律在公司管理中的地位与作用》,人民法院出版社2005年版,第186页。