

## 董事勤勉义务制度的利益衡量与内涵阐释

王真真<sup>\*</sup>

**内容提要：**董事勤勉义务是信义义务的重要内容，通过追究董事基于信义义务引致的责任来降低代理成本成为公司法保护股东和公司利益的重要调整手段。但是我国公司法规定的勤勉义务过于原则和空洞，不具有可操作性，无法为司法裁判提供依据，这也导致法院审查董事勤勉义务标准的模糊性与不确定性，股东想要追究董事勤勉义务项下的责任非常困难。一方面，董事勤勉义务的制度利益需要继续维持；另一方面，公司法需要对勤勉义务的内容作出清晰的界定，勤勉义务的规则应当采用“3+X”的立法技术，以知情、监督及合规作为勤勉义务的明确示例，以兜底条款规定勤勉义务的一般要求。勤勉义务与商业判断规则的关系需要厘清，商业判断规则与勤勉义务是一枚硬币的两面，其既是法院的审查标准，也是当事人之间责任分配的程序规则。司法中还应当结合判例制度，对公司所处行业、控制股东影响力等因素进行审查。

**关键词：**勤勉义务 利益衡量 商业判断规则 证明责任 司法审查

董事信义义务是公司法的核心内容之一，其规定了董事作为股东的代理人所应当尽到的职责。我国《公司法》第147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。”除此以外，《公司法》对什么是勤勉义务、<sup>〔1〕</sup>法院审查勤勉义务案件时应当采取什么标准均未予以明确；司法审判中应当考量哪些因素，实践并不一致。实际上，董事的勤勉义务是许多国家公司法普遍都有的一项制度，但是在实施中都会面临问题。既然如此，董事勤勉义务制度是否还有必要存续？实践中我国法院如何裁判？勤勉义务的内涵是什么？这些问题将成为本文的主要内容。我国已有学者通过实证研究对勤勉义务运行

<sup>\*</sup> 王真真，华东政法大学公共法律服务学院师资博士后研究人员。

本文为国家社科基金青年项目“证券监管介入上市公司治理的体系性构造研究”（21CFX077）的阶段性成果。

〔1〕 勤勉义务，在大陆法系被称为善良管理人义务，在英美法系被称为注意义务（duty of care），前者基于委任关系产生，后者基于信托关系产生。参见范健、王建文：《公司法》，法律出版社2018年版，第365页。由于只是名称上的差异，后文中将交替使用二者，但要表达的意思基本一致。

的问题进行了考察，〔2〕本文通过对司法实践中勤勉义务判决的问题分析，结合利益衡量理论反思勤勉义务制度的运行和可能的改进方向。

## 一、问题的揭示：勤勉义务司法裁判的特点与问题

### （一）追究董事勤勉义务的案件以有限责任公司为主

我国《公司法》采取的是将股份有限公司与有限责任公司一体规范的立法模式，即通过提取公因式的方式将二者共同适用的规范加以规定，其他内容适用各自不同的规范。勤勉义务制度属于二者共用的规范，但是实践中，勤勉义务诉讼基本发生在相对封闭的有限责任公司，上市公司中勤勉义务纠纷较少。〔3〕

### （二）法院对勤勉义务的内涵解释不一致

在涉及勤勉义务的案件中，法院更需要对什么是勤勉义务进行解释。但是实践中，法院对勤勉义务的理解存在差异。例如在“启东市开来房地产公司、启东汇通五金塑胶有限公司等与王伟、赵鹏损害公司利益纠纷案”中，二审法院认为，勤勉义务是指董事、监事、高级管理人员应当诚信地履行对公司的职责，尽到普通人在类似情况下和地位下谨慎地合理注意义务，为实现公司最大利益努力工作……该义务的核心是董事、高级管理人员对公司负有积极的作为义务，必须以诚信的方式，以普通谨慎之人应有的注意从事公司决策和业务监管，不得怠于履行职责。〔4〕该法院将勤勉义务界定为积极的作为，不得懈怠，这说明勤勉义务要求董事在决策时积极主动地获取相关信息，否则可能会违反法定义务。〔5〕勤勉义务是否包括对决策结果负责？这个问题也同样涉及勤勉义务的范围，而在“甘肃成纪生物药业有限公司与陈溯损害公司利益纠纷案”中，法院将勤勉义务的着重点仅仅放在了决策的过程中是否尽职和到位。〔6〕

### （三）法院将违反勤勉义务的责任性质界定为侵权责任

有观点认为，董事违反信义义务的责任实际上是侵权责任在公司法上的特殊运用。〔7〕那么实践中法院如何认定？有的法院认为，违反勤勉义务的性质属于侵权责任，应当按照侵权责任的规则进行认定。例如江苏省启东市人民法院认为损害公司利益而承担赔偿责任，属于侵权赔偿的范畴，应当根据侵权责任构成要件，即侵权事实、因果关系、损失大小等因素，综合考虑赔偿金额。〔8〕同样的观点有内蒙古自治区兴安盟中级人民法院，该院也认为，公司董事、监事、高级

〔2〕王军认为，在法律规定如此简单的情况下，法院进行实质性审查是利大于弊的。参见王军：《公司经营者忠实和勤勉义务诉讼研究——以14省、直辖市的137件判决书为样本》，载《北方法学》2011年第4期。

〔3〕当然，随着虚假陈述、信息披露不实等诉讼进入法院，这类纠纷的数量也开始增长，但是这类纠纷实际上并不涉及董事的商业判断决策，因此其作为董事的勤勉义务是相对容易判断的。例如，在“陶雷与中国证券监督管理委员会四川监管局、中国证券监督管理委员会”一案中，法院认为董事对公司的信息披露进行关注，是勤勉义务的基本内容。参见北京市第二中级人民法院（2017）京02行终1462号行政判决书。

〔4〕参见江苏省南通市中级人民法院（2017）苏06民终1813号民事判决书。

〔5〕例如美国著名的Smith v. Van Gorkom案，董事会因为在决策中没有合理地进行调查而被法院判决承担违反注意义务。

〔6〕参见甘肃省天水市中级人民法院（2014）天民二终字第48号民事判决书。

〔7〕参见施天涛：《公司法论》，法律出版社2018年版，第412页。

〔8〕参见江苏省启东市人民法院（2016）苏0681民初3645号民事判决书。

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,给公司造成损失而发生的纠纷,本质上属于侵权责任纠纷,在给公司造成损失的情况下,依法适用过错责任原则,应承担民事赔偿责任,上述人员承担赔偿责任应具备侵权责任的构成要件。<sup>〔9〕</sup>董事勤勉义务虽然与侵权责任具有一定相似性,在起源上被认为是借鉴了侵权法上的注意义务,<sup>〔10〕</sup>但是在现代公司法中所确立的勤勉义务在构成要件上与传统侵权法已经有分离的趋势,比如举证责任、主观过错等方面都具有特殊构造。

侵权法上的过失分为重大过失和一般过失,二者对义务人的注意程度要求不同,究竟采取一般过失标准还是重大过失标准,法院未给出明确的答案。例如在“张忠基、山东龙口鑫龙食品有限公司损害公司利益纠纷案”中,法院认为董事因为过分信任总经理的履职能力,没有进一步审核,导致损失发生,存在一定的过失。<sup>〔11〕</sup>这里“一定的过失”指的究竟是重大过失还是一般过失,似乎更偏向于后者。但在“王朝阳与中地不动产评估公司等损害公司利益纠纷案”中,法院的用词似乎又偏向于重大过失,例如“被告……严重损害公司利益,没有维护公司财产安全,导致公司重大财产损失……”<sup>〔12〕</sup>。在“魏梦君与北京红海鸿易人力资源有限公司损害公司利益案”中,法院则直接将违反勤勉义务的主观过错认定为重大过失。<sup>〔13〕</sup>

#### (四) 法院对勤勉义务的审查没有统一的标准

部分法院对勤勉义务的裁判较为随意,甚至在一些明显是董事违反勤勉义务的情形中,法院仍会得出与案件事实大相径庭的结果,因此导致同样的事实放在不同地域和级别的法院会得出完全相反的结论。例如在“叶惠敏与陈础威损害公司利益纠纷案”中,被告董事因为未及时去工商部门办理年检导致公司营业执照被吊销,按理说,这是董事的基本义务之一,应当比较容易判断,但是法院认为原告作为股东以及监事对此事有所了解,未及时采取措施,所以被告并不因此承担责任。<sup>〔14〕</sup>相同的情况相同对待是法治原则的要求,但是勤勉义务的认定却没那么容易,其背后的原因就在于立法对于勤勉义务的审查并没有一个明确的标准。

又如在“李灏与广东省天马国际旅行社有限公司、郑有威等股东损害公司利益纠纷案”中,天马公司因为未按规定及时缴纳税款而产生滞纳金以及税务机关罚金,这属于董事经营管理事项的内容之一,而一审法院却认为该损失是由于公司本身的违规行为而非天马公司的对外经营所产生之债权债务,与董事无关。<sup>〔15〕</sup>显然一审法院认为董事勤勉义务必须产生于公司对外经营过程中,这种观点就限缩了勤勉义务的范围。二审法院则将保证公司合法经营和依法纳税作为勤勉义务的核心内容与基本要素,认定被告董事违反勤勉义务。<sup>〔16〕</sup>

〔9〕 参见内蒙古自治区兴安盟中级人民法院(2017)内22民终237号民事判决书。

〔10〕 See Paul Davies, Sara Worthington, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, 2016, p. 478.

〔11〕 参见山东省烟台市中级人民法院(2017)鲁06民终1677号民事判决书。

〔12〕 北京市高级人民法院(2016)京民终210号民事判决书。

〔13〕 参见北京市第三中级人民法院(2019)京03民终1111号民事判决书。

〔14〕 参见北京市西城区人民法院(2014)西民(商)初字第20342号民事判决书。

〔15〕 参见广州市越秀区人民法院(2016)粤0104民初705号民事判决书。

〔16〕 参见广州市中级人民法院(2016)粤01民终18843号民事判决书。

## 二、董事勤勉义务司法裁判问题的成因分析

### （一）立法上勤勉义务的内涵缺位

相比于忠实义务，勤勉义务的规定仅仅是宣示性的，既没有一般性的抽象概括，也没有具体情形的列举。在法律规定如此简陋的情况下，法院就会有很大的自由裁量权，要么对当事人的诉讼请求消极地驳回，要么不知道如何具体进行判断，或者在进行利益衡量时没有选择妥当的制度，导致利益误判。<sup>〔17〕</sup>《公司法》上标准的模糊也导致了法院不得不借助民法的一般规定来审查商事案件。法院之所以将违反勤勉义务的责任性质界定为侵权责任，除了民商合一的思维影响之外，也是因为《公司法》虽有“勤勉义务”四个字，但是并没有界定何为勤勉义务，而法官在审查董事是否违反勤勉义务时必须要有明确可依的标准，于是从民法一般规定中寻找答案成为通常做法。诚然，从法律规范的类型来看，对于勤勉义务这类问题，各国公司法的规制策略一般都是以抽象的标准（standard）来规定，而非具体的规则（rule），其目的之一在于方便法院在事后灵活性地根据具体情况进行审查。<sup>〔18〕</sup>但这种模式在我国却成为弊端产生的原因所在。首先，在其他国家勤勉义务虽然也较为抽象，但仍然有概括性的标准为裁判提供指引，这种概括性的标准实际上类似于法律方法中通常所说的一般条款，在进行法律适用时，若无明确可依的具体规范，则可以借助一般条款这一“桥梁”沟通待决事实与法律规范，通过妥当的价值判断或者利益衡量进行法律解释作业。但遗憾的是，我国的勤勉义务制度尚不具备标准或者一般条款的特征与功能，其充其量是一种宣示性规范。其次，即使是通过相对抽象的规则对勤勉义务进行界定，这种模式对于英美法系可能是合适的，但是可能无法适用于我国。英美法系法官可以通过大量的判例来丰富勤勉义务内涵，形成先例的案件对之后的类似案件具有约束力。以董事勤勉义务制度较为完善的美国为例，法院在裁判相关案件时根本无需借助侵权法的标准，而是以公司法及其相关判例为依据，甚至修订的美国《示范商事公司法》（MBCA）专门将勤勉义务的标准定位为“位于类似处境的人”，从而与侵权法上“一般理性人”标准相区别，官方评注认为，前者采取的是一种更为客观的标准，而后者则可能包括了主观的标准。<sup>〔19〕</sup>

### （二）司法经验的缺失

大陆法系传统的影响使得成文法成为法院裁判的主要依据，虽然我国最高人民法院会以司法解释的形式对《公司法》的抽象规定进行细化，但是迄今为止最高人民法院颁布的司法解释均未对勤勉义务作出任何实质性的解释。正在推行的指导案例也并未遴选出勤勉义务案例。相比之下，董事勤勉义务起源于英美判例法，在英美法系有着较丰富的案例支撑。

### （三）法律移植的制度基础不足

勤勉义务制度借鉴了国外的立法，但是却没有与本国实际相结合。董事勤勉义务同样也是这

〔17〕 参见梁上上：《利益衡量论》（第三版），法律出版社2021年版，第178页。

〔18〕 See John Armour, Luca Enriques et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2017, pp. 32-33.

〔19〕 See Model Business Corporate Act, § 8.30 (official comment).



样的典型,在引入勤勉义务这一概念时,并未对其具体含义进行界定,导致该规范所调整的生活关系无法在法律层面进行解释和适用。在法律传统上,我国的法律制度虽然更接近于大陆法系国家,但是公司法的教义学化仍然处于缓慢的发展阶段,因而在面对同一个案件事实时,在价值判断和技术方法的采用上都有极大的可能出现分歧和随意性。<sup>〔20〕</sup>当法官面临的是一个没有具体内容、没有司法解释的制度时,在法官整体对法律进行解释的水平有限、法官造法功能受到限制的客观情况下,该制度的功能会受到一定的抑制。

#### (四) 勤勉义务与商业判断的关系并未界定清楚

在涉及董事消极不作为时,法院较为容易判断董事的行为过失,比如未按时缴纳税款、未按时办理工商年检、应当参加董事会而不参加、对公司基本状况漠不关心等基本管理义务,这些属于董事应当做好的事情而没有做好,判断起来也比较简单。然而如果董事做出积极决策,最后结果导致公司遭受了损失,但是其在决策时确实是为了公司的利益,该种情况下如何判断董事有无过失?在“湖北恩施铁连物资贸易有限公司与张杰、杜荣忠等损害公司利益纠纷案”中,法院明确表明了商业判断的审查标准是什么。该案主要案情是公司董事张杰在一次煤炭采购合同中未采购到合格的产品,导致客户拒收货物,造成公司损失,其中股东之一要求张杰对此承担责任。二审法院认为,公司董事在做出一项商事经营和判断时,基于董事们合理的商业决策须得到法院尊重的基本理念,本院重点审查董事张杰的行为是否出于善意,且尽到了一般普通人应有的审慎注意义务,基于此,即使张杰所作出的交易决策是错误的,亦可免于承担法律上的责任。<sup>〔21〕</sup>显然,二审法院的说理更类似于美国的商业判断规则,其认为审查的标准有二:第一,主观上须善意地为了公司的利益;第二,有合理的注意,即进行了充分的信息搜集和调查分析。在另一起案件中,法院将勤勉义务与违反程序和规章联系在一起,如“被告……在履行职责时应当严格遵守规章制度和管理流程,但被告在实际履职过程中明显存在销售不入账目等无视规章且违反流程的不当行为,依法应当承担赔偿责任”<sup>〔22〕</sup>。从法理上来说,商业判断与勤勉义务是什么关系,需要进一步厘清,二者关系不清楚,僵化地强调任何一方均是不妥当的做法。

从司法判例的分析可以发现,涉及勤勉义务的案例集中在基本的义务面向,例如董事基本的管理义务,违法违规行为等,而涉及董事商业判断失误的案件则较为少见。中国证监会在上市公司监管中通过行政处罚对上市公司董事勤勉义务提出了另一套标准。<sup>〔23〕</sup>但是证监会的处罚案例涉及最多的也是上市公司的违法违规行为,比如虚假陈述、内幕交易、信息披露违规等明显违法的情形,至于董事因为商业决策而被处罚的,也并不多见。这就会产生一个疑问,勤勉义务制度是否还有必要坚持,其存在的意义何在,如果需要继续维持该制度,应当如何完善。

〔20〕 许德风认为,法教义学和价值判断之间是互联互通的关系,但是法律规范应当是迄今为止人们所达成的最低限度共识,因而在进行法律作业时,首先要遵从法律规范,虽然可以借助事后的价值判断进行裁决,但是价值判断应当受制于法律。参见许德风:《论法教义学与价值判断:以民法方法为重点》,载《中外法学》2008年第2期。

〔21〕 参见湖北恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2015)鄂恩施中民终字第00457号民事判决书。

〔22〕 湖北省宜昌市西陵区人民法院(2017)鄂0502民初1909号民事判决书。

〔23〕 实际上,从近几年公开的裁判文书来看,因信息披露不实而被要求承担勤勉义务下责任的案件有所增长。

### 三、董事勤勉义务制度的利益衡量

#### （一）董事勤勉义务：是一种修辞还是一项义务？

实际上从比较法来看，即使是股东诉讼较为常见的美国，董事勤勉义务的案件也是屈指可数的，因而毕绍普（Bishop）感叹道，想要找到董事因违反勤勉义务承担责任的案例就像在大海里捞针一样困难。<sup>〔24〕</sup> 法律规范可以分为行为规范和裁判规范，一个行为规范同时也具有裁判规范的功能，行为规范如果不同时是裁判规范，其所要达到的目的也无从实现。<sup>〔25〕</sup> 从这个角度观察，如果一项规范在实践中很少被适用甚至没有被适用，那么其就是一种休眠条款，会面临正当性的质疑，正是由此才引起人们对勤勉义务作为信义义务的质疑，董事勤勉义务似乎仅仅是一种法律上的修辞，并不是真的想要施加给董事义务从而对其进行约束。与此同时，詹姆士·考克斯（James Cox）将公司法规则分为裁决型规范和渴望型规范。董事勤勉义务和商业判断规则作为渴望型规范，其所规定的董事行为规则只是为了更好地服务于社会，对这类规范的违反并不必然导致赔偿，因而其并不构成裁决型规范。<sup>〔26〕</sup> 与此相对的是裁决型规范，它为法院提供了可供操作的纠纷解决办法，典型的裁决型规范就是董事的忠实义务，因此它至今仍然能够调整董事和管理者行为。<sup>〔27〕</sup> 而在实践中，也可以观察到，董事忠实义务虽然复杂，但是却以交易行为为中心发展出了众多类型和裁判规则。

然而，勤勉义务真的只是一种修辞或者渴望型规范吗？其实，对勤勉义务的理解应当放到整个公司制度当中去。受制于法律规范的抽象性，实践中的勤勉义务案件虽然数量不多，但在为数不多的案件中法院也在尽力去探寻勤勉义务的内容，勤勉义务制度的维持也有着经济理性和比较法上的支持。

#### （二）勤勉义务中蕴含的制度利益需要继续维持

##### 1. 勤勉义务制度可以解决事后谈判的无效率

法人拟制说从外部角度对公司进行观察，解决了公司外部行为独立性的问题，但是从内部观察，公司在本质上不过是人的集合或者联合，而涉及人数众多的情形时需要解决集体行动的难题。纠纷的解决策略可以大致分为事前和事后两种方式，事前策略通过当事人之间的谈判，将各方当事人的权利和义务内容固定下来，发生纠纷时直接按照合同所约定的条款进行救济。但合同机制也是有缺陷的，不完全契约理论的研究成果已经证明了不完备合同的必然性：首先，有些事项是无法通过语言进行描述的，因而也就无法写进合同中；其次，当事人无法就所有事项进行预测，因而合同必然存在漏洞；最后，即使是合同约定明确，最终能否被法院准确识别和执行也存

〔24〕 See Joseph Bishop, *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 *Yale Law Journal*, 1078 (1968).

〔25〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，作者自版2020年版，第266页。

〔26〕 See James D. Cox, *How Understanding the Nature of Corporate Norms Can Prevent their Destruction by Settlements*, 66 *Duke Law Journal*, 501 (2016).

〔27〕 参见前引〔26〕，Cox文，第501页。

在不确定性。<sup>〔28〕</sup>就勤勉义务的特质来说,其调整的主要是董事和公司之间的关系,董事是否勤勉尽责的判断,需要在公司的经营管理过程中进行观察,且商事领域的特点就在于其变动性,这些事项显然无法在事前进行准确判断和预测,因而也就无法通过合同进行调整。那么,事后的重新谈判可能吗?根据经济学的理论,事后的谈判能否达成与谈判的成本、谈判所需信息是否充分相关。在勤勉义务的场合,一方是公司,而公司背后则是人数众多的股东,另一方是作为公司管理者的董事,董事显然比股东更为了解公司经营状况和公司的决策,相比之下,董事具有信息优势。而在股东人数众多的情形下,各方均有不同的预期和利益,想要通过事后的谈判达成一致,存在着集体行动的困境。综上所述,董事勤勉义务制度作为调整董事和股东之间关系的规范,是无法由合同代替的,因而通过公司法规定董事勤勉义务,可以解决合同的不完备性和事后谈判无效率问题。

## 2. 勤勉义务是董事权威与问责之间的平衡点

科斯开创的法经济学流派将公司认定为一系列合同的集合体,公司可以节省交易费用。<sup>〔29〕</sup>随着现代公司的发展以及两权分离的出现,后来的金融学者詹森(Jensen)和麦克林(Meckling)进一步提出了公司中存在的代理成本。<sup>〔30〕</sup>所有权与经营权分离后,代理成本成为公司法要解决的核心问题,大量的公司法规围绕着如何限制与防范董事从事自我交易和利益冲突的行为以及在损害结果发生后股东可以通过哪些途径寻求救济。由于公司成为各种利益交汇的平台,不同主体之间的利益冲突频繁,<sup>〔31〕</sup>董事与股东之间、董事与公司之间的利益需要一个合理的制度安排。而并非所有权利和利益均受法律保护,利益保护方法重在考虑是否会危及相关主体的合法权益。<sup>〔32〕</sup>董事作为公司的经营管理者,应当本着为公司利益服务的精神,但董事作为一个理性人也有自己的利益需求,为了防止董事的利益冲突以及督促董事勤勉尽责,需要一种威慑机制来约束董事的行为符合该要求,勤勉义务制度就是这种机制之一,通过对董事不尽责行为的惩罚,既可以起到事前的警示作用,又可以起到事后追究责任的作用。但股东投资公司毕竟是为了获得一定的回报,如果对董事要求过于严苛,可能会导致董事为了规避风险而采取保守的甚至是消极的态度对待公司事务,这会导致勤勉义务制度目的落空。显然,勤勉义务的制度利益是需要继续坚持的,这也是世界上公司治理制度较完善国家的做法,一方面,董事的权威需要维护,另一方面,董事失信的行为需要惩罚。法院必须树立的理念是:在不同的案件中进行充分的利益衡量,从而在合法裁判的基础上,使裁判结果的可接受性达到最大,要考虑到裁判对董事和公司这一不同利益群体之间关系的影响,这就涉及具体当事人和类似当事人之间的利益衡量,同样涉及制度利益和社会公共利益的保护问题。

〔28〕 参见〔美〕奥利弗·哈特等:《不完全合同、产权和企业理论》,费方域、蒋士成译,上海三联书店2016年版,第158-160页。

〔29〕 See Ronald Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1990, pp. 33-55.

〔30〕 See Jensen, Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *Journal of Financial Economics*, 305 (1976).

〔31〕 参见梁上上:《论公司正义》,载《现代法学》2017年第1期。

〔32〕 参见周游:《股权的利益结构及其分离实现机理》,载《北方法学》2018年第3期。

以“九州证券股份有限公司与贺年损害公司利益纠纷案”<sup>〔33〕</sup>为例来说明，利益衡量方法可以在该类案件中运用。该案案情简要说明如下：被告贺年是九州证券公司董事长，其在公司经营年会上提出经营“第三方监管理财”的方案，后该公司抚顺营业部在进行业务操作时挪用客户国债资金进行投资，造成1469万损失，贺年随即以公司名义向外借款以填补亏损。随后公司受到证监会处罚，贺年作为直接责任人员被吊销证券从业资格，公司起诉贺年要求其承担赔偿责任。然而最高人民法院认为，该违规行为并非是贺年所直接实施或者指示抚顺营业部实施，证监会的处罚也不能作为其承担责任的证据，同时，在程序上，法院认为其经过客户同意，且符合公司章程，因此没有让其承担责任的理由。应当说，这里法院的判决没有进行很好的利益衡量。按照利益衡量理论，利益可以被分解为当事人利益、类似当事人的群体利益、制度利益和社会公共利益。<sup>〔34〕</sup>该案中存在的利益双方是九州公司和董事贺年，法院选择保护董事贺年的利益并不妥当，因为董事长处于公司的领导地位，对公司的运营负有持续督导的责任。对于九州公司而言，无法追究董事责任就意味着公司损失无法填补；在类似当事人中，与九州公司处于类似地位的公司的利益将无法得到保护；而该案涉及的制度利益，即董事的勤勉义务制度目的也会因此而落空。法院认为贺年不是行为的直接实施者从而不应该承担责任，这是不妥当的。因为根据公司法理论以及证监会的规章要求，董事对公司负有监督的义务，贺年在提出新的经营方案后，却没有对其下属公司的行为进行很好的监督，存在着履职上的疏忽，证监会的处罚也说明了这一点。但是法院并没有认识到贺年对公司所负有的监督义务，这是很遗憾的。勤勉义务的制度利益因此而打了折扣。法院选择保护贺年的利益，公司受损，这样众多投资者的利益将会受到损害，从而会挫伤投资者投资公司的积极性，导致公共利益受损（参见表1）。

表 1 九州证券股份有限公司与贺年损害公司利益纠纷案中的利益衡量

选择保护对象	结果					
	当事人利益		群体利益		制度利益	公共利益
	九州证券	董事贺年	公司群体利益	董事群体利益	董事勤勉、尽责	公众投资
九州证券	√	×	√	×	√	√
董事贺年	×	√	×	√	×	×

从上表可以看出，如果保护公司利益，则公共利益和制度利益得到保护；如果保护董事利益，则制度利益与社会公共利益都无法得到保护，这说明制度利益与社会公共利益一致，应当加以保护，董事勤勉义务制度应当继续坚持。实际上，当公司自治与契约自治失灵时，责任配置就显得尤为重要，勤勉义务是董事责任的来源之一，缺少勤勉义务的规定，将会导致董事的权利和义务不匹配，因而董事勤勉义务不仅调整董事和股东之间的具体关系，平衡董事权威和职责是该制度的利益之所在，其也是沟通当事人具体利益与社会公共利益之间的桥梁，勤勉义务的内涵需要予以明确。

〔33〕 参见最高人民法院（2016）最高法民终265号民事判决书。

〔34〕 参见梁上上：《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》，载《法学研究》2002年第1期。



#### 四、董事勤勉义务的内涵阐释

勤勉义务的内涵能够明确吗?也许有人认为,勤勉义务本身就是作为抽象的一般规范存在,侵权法中的注意义务也不过是以“一般理性人”进行了抽象概括,因而试图对勤勉义务进行具体化是徒劳的。但是,从我国司法实践以及国外经验来看,勤勉义务的内涵是可以明确的。从裁判文书上来看,我国部分法院在说理时对什么是勤勉义务做了一定的探索,既吸收了大陆法系的善良管理人义务的做法,又结合了英美法系的普通之人合理注意义务的规定,这些实践可以为将来《公司法》勤勉义务的修订提供一定的支撑。比如在“内蒙古中绒绒业有限公司与张某某损害公司利益纠纷案”中,法院认为勤勉义务是指董事履行职责时,应当为公司的最佳利益,具有一个善良管理人的细心,尽一个普通之人的合理注意。<sup>[35]</sup>又比如在“上海福米文化传播有限公司与左春举、黄峰损害股东利益纠纷案”中,法院将勤勉义务界定为董事在履行职责时应当为公司最佳利益,具有一个善良管理人的细心,仅尽一个普通之人的合理注意。<sup>[36]</sup>值得注意的是,国内学者认为,合理人不同于经济学上的理性人,理性人的用法拔高了勤勉义务的标准,因而过于主观。<sup>[37]</sup>从国外立法来看,合理人标准采取的是客观标准,从而排除了侵权法上的主观标准。具体而言,勤勉义务的判断,并不太关注董事的主观因素,而是以处于类似地位的理性人为标准,具有一定的客观性,因此,美国 MBCA 所确立的董事勤勉义务包含三个要素:(1)善意;(2)应当尽到处于类似地位的理性人应有的注意;(3)合理地相信为公司最大利益。<sup>[38]</sup>善意实际上是对董事主观上的要求,知情决策是对该义务的具体要求,一般认为应当采取理性人的标准,为公司最大利益行事也需要通过具体行为来判断。因此,结合域外法经验以及我国司法实践,我国董事勤勉义务的内涵可以从其职位本身的要求出发。董事的职责本质上是为他人管理财产而进行决策,以处于类似地位的理性人之标准来看,董事应当在充分了解相关信息的基础上作出决策,这是一般要求,由于现代公司经营的复杂性和公司规模庞大,董事会对经理层的监督职能也逐渐演化出来。<sup>[39]</sup>由此来看,董事的勤勉义务是一个义务群,该项下的义务是与董事会的职能定位和权力配置相对应的,对勤勉义务的展开应当由此出发,也即部分学者所主张的注意义务子义务。<sup>[40]</sup>

##### (一) 知情和参与义务

积极参与公司事务是对董事最基本的要求,意味着“在其位要谋其政”,董事要认真对待其职责。董事需要经常参加董事会会议,对会议事项进行表决,中国证监会通过指引的形式明确上市公司董事要经常了解公司的经营管理事务,对于约束董事具有重要意义。<sup>[41]</sup>实践中,有的董

[35] 参见内蒙古自治区兴安盟中级人民法院(2017)内22民终237号民事判决书。

[36] 参见上海市金山区人民法院(2017)沪0116民初5352号民事判决书。

[37] 参见邢会强:《证券市场虚假陈述中的勤勉尽责标准与抗辩》,载《清华法学》2021年第5期。

[38] See Model Business Corporate Act § 8.30 (a) and (b).

[39] 参见梁上上:《公司权力的归属》,载《政法论坛》2021年第5期。

[40] 参见翁小川:《董事注意义务标准之厘定》,载《财经法学》2021年第6期。

[41] 参见《上市公司章程指引》第98条。

事只是贪图名誉或者金钱上的利益而担任董事，但是并不过问公司的事务，这就是典型的没有尽到基本的职责。例如在 *Francis v. United Jersey Bank*<sup>[42]</sup> 案件中，法院判决支持了原告的诉求，原因是被告在作为公司董事期间，从未积极参与公司事务，没有努力确保公司政策和做法符合法律规定，放任他人侵吞和盗窃公司财产。法院认为，董事至少应该对公司业务有一个基本的了解，熟悉公司所从事的经营活动，如果其不具备相应的技能和知识来经营公司，其要么获得相应的技能，要么不担任董事职位。

公司事务是一个较为模糊的表述，究竟什么是公司事务呢？这应当从董事的地位和职责方面进行分析。根据我国现行《公司法》第 46 条的规定，董事会的职权范围包括财务、利润分配、资本以及公司管理等事项，而出席董事会则是董事的义务，因此这些事项可以认为是公司事务的具体体现，董事对此负有义务。比如在“斯曼特微显示科技与胡秋生等人损害公司利益责任纠纷案”中，公司股东未足额缴纳出资，导致公司在作为被执行人的案件中无法清偿债务。法院最终认定董事对公司的资产状况和运营情况应当知情，在股东出资期限届满后既没有催缴，也从未召开董事会就此事进行讨论，属于以不作为的方式违反勤勉义务<sup>[43]</sup>。对此，特拉华州公司法专门明确了未足额支付的股份，根据董事会的判断，由董事向当事人催缴。<sup>[44]</sup>由此可见，催收资本属于董事对公司应负之义务，而其他公司事务则同理可由第 46 条推出。

需要注意的是，董事积极参与公司事务的义务是法定的，这一义务不得通过合同或者章程进行豁免，因此，即使公司与董事签订合同约定免除董事的这一基本义务也是无效的，不符合公司法关于董事职责的规定。美国法学会颁布的《公司治理原则：分析与建议》专门对这一点进行了说明，A 作为一名银行家在 X 公司已经担任 5 年的董事，因身体不佳而与公司董事会达成协议约定 A 继续担任董事，且 A 将很少参加董事会会议，其唯一职能是就公司的银行业务向董事会提出建议，虽然经过董事会同意，但是该董事的勤勉义务并不因此而免除。<sup>[45]</sup>这里也体现了公司自治和国家强制之间的关系。董事的职位并不仅仅是一个头衔，其意味着对公司和股东负责，挂名董事的做法是对公司和股东的不负责任，不符合为公司利益而行事的要求，因而受到了法律的否定。

## （二）监督义务

一般认为董事会是经营决策机关，监督职责由监事会负责，但是对董事会的这一认识并不全面，董事监督义务的内涵业已为我国证监会所明确。<sup>[46]</sup>从比较法上来看，董事监督义务已有一定的发展历史，是董事勤勉义务的重要内容，监督义务包括董事负责建立公司内部监督制度、履行持续监督职责。<sup>[47]</sup>例如在 2006 年的 *Stone v. Ritter* 案<sup>[48]</sup>中，该公司董事的疏忽导致公司被处罚 4000 万美金及承担民事赔偿责任。该公司股东随即提起代表诉讼，起诉 8 位现任董事以及 7

[42] 432 A.2d 814 (1981).

[43] 参见最高人民法院（2018）最高法民再 366 号民事判决书。

[44] See Delaware General Corporation Law § 163.

[45] 参见美国法律研究院：《公司治理原则：分析与建议》（上卷），楼建波、陈炜恒、朱征夫等译，法律出版社 2006 年版，第 169 页。

[46] 例如，《上市公司治理准则》第 39 条对董事会审计委员会监督内部审计和内部控制的职责之要求。

[47] 参见王真真：《我国董事监督义务的制度构建——中国问题与美国经验》，载《证券法苑》第 25 卷，法律出版社 2018 年版，第 293 页。

[48] 911 A.2d 362 (Del. 2006).

位前任董事要求其对公司的损失承担赔偿责任。法院重申了 Caremark 案确立的标准,即董事完全没有建立任何报告或者信息控制系统,或者虽然建立这种系统,但是故意不去监督其实施,从而导致其不能有效知悉公司面临的风险与问题。因此,董事的监督义务主要包括两个方面:建立完备的制度并确保其运行;对存疑事项的调查义务。

### 1. 建立监督制度并确保其运行

所有权和经营权分离是现代公司运行的基本规律。但是董事会对公司的管理负责并不等于要亲自经营公司的日常事务,实际上公司的日常经营管理通常由经理层完成,董事会通过对公司战略决策进行监督和对经理层进行考核评估来把握公司的经营方向。经理层在公司的日常运行中发挥着重要作用,被称为经理式资本主义,这是美国经济和商业史研究的基本结论。经理式资本主义的策源地是美国,随后蔓延至欧洲和日本。而这之所以发生在美国,其原因在于美国国内市场的规模和性质,其拥有一个迅速发展、同质和开放的市场,配合政府的反垄断执法,这些使得小型家族企业的控制难以为继。<sup>[49]</sup> 美国公司内部管理机制的演变史值得深思,我国正处于经济快速发展的阶段,受到世界变局的影响,国家提出了国内市场和国际市场双循环的理念,可以预见的是,随着国内市场的发展,经理式的职业管理将会成为未来公司制度演进的方向。<sup>[50]</sup> 现代公司作为科层制的组织,其内部管理运行需要有一定的制度来确保信息流动,董事作为公司的经营管理者,有义务建立起这样的制度。建立监督制度也是实现公司法所规定的规范公司的组织和行为目的之要求。在普通法的判例中,美国特拉华州最高法院在 Caremark 案中明确董事负有建立信息报告和传递制度并确保该制度运行的义务。<sup>[51]</sup> MBCA 在设定董事责任标准时也将董事是否持续地了解和监督公司的经营和事务作为一项重要考量因素。董事应当持续地关注公司的运营状况,这也是由其知情义务所衍生出来的。<sup>[52]</sup>

### 2. 董事的调查义务

如果说建立监督制度是一种静态的监督义务,那么董事的调查义务则是一种动态的监督义务。公司经营所面临的情况随时都处于变化之中,当公司经营出现异常情况且公司的信息传递和报告制度运行良好时,比如对于公司的关联交易、对外担保等行为,董事会对该异常情况应当负有调查义务。<sup>[53]</sup> 此时,考察董事是否尽到理性人的注意义务就应当考虑:该异常情况的异常性大小,如果异常情况过于明显以至于任何人都不能熟视无睹,董事会显然难辞其咎,这也被称为红色警报 (red flag); 当异常情况比较隐蔽,董事会虽然采取了调查措施但是仍然没有发现该异常情况时,也不能因为该结果造成了损失而认定董事会没有履行调查义务。MBCA 为此设定的标准是,董事对于公司经营的异常情况需要尽到合理的注意义务,这种合理性应当采用客观的标准。<sup>[54]</sup>

[49] 参见〔美〕小艾尔弗雷德·D·钱德勒:《看得见的手——美国企业的管理革命》,商务印书馆1987年版,第588-590页。

[50] 实际上,在国有企业中已经开始探索职业经理人的经营模式。参见国务院国有资产监督管理委员会:《关于印发〈“双百企业”推行经理层成员任期制和契约化管理操作指引〉和〈“双百企业”推行职业经理人制度操作指引〉的通知》。

[51] See *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

[52] See Model Business Corporate Act § 8.31 (a) (2) (iv).

[53] 参见吕成龙:《上市公司董事监督义务的制度构建》,载《环球法律评论》2021年第2期。

[54] See Model Business Corporate Act § 8.31 (a) (2) (iv).

### （三）合规义务

就像公民都有守法的义务一样，合规也是法律对公司经营的要求。毫无疑问，在单位犯罪已被刑法所确立的情况下，公司作为法人自然也应当为自己的行为承担责任。那么公司合规义务等于董事的合规义务吗？对这一问题的回答要放在公司治理结构的框架中进行。在董事负有监督义务的情况下，董事的职责之一就是监督其下属的行为，从而确保公司正常经营。合规义务并非仅仅强调公司或者董事要遵守法律，这本是现代社会中良好公民的要求。公司合规要强调的其实是，公司要怎样做才算是满足了法律所规定的要求，由于公司是一个法人，其行为与雇员行为经常难以区分，公司合规就是要通过内部的制度建设和程序规则制定，确保雇员遵守法律，及时发现公司内部的不法行为。市场经济发达国家均将董事会作为公司权力的中心，对外由董事会代表公司，对内则由董事会负责经营管理，在强调董事会职权的同时，也明确了董事会负有服从的义务，因而合规义务的落实最终需要由董事会进行。比如，美国法学会的《公司治理原则：分析与建议》第 3.02 (a) (5) 条以及《加拿大商事公司法》第 122 (2) 条都有类似的规定。

董事是否负有合规义务在我国《公司法》中并未明确，但已有公司法学者就此展开探讨。<sup>〔55〕</sup>首先，董事负有合规义务是可能的修法方向。尽管目前我国公司治理中董事的权力仍然比较弱小，<sup>〔56〕</sup>但 2021 年《公司法（修订草案）》第 62 条明确的是，除法律和章程另有规定外，董事会是公司的权力中心，而权力也就意味着责任，因而董事对公司的义务范围将会扩大。同时，草案第 154 条还规定了国家出资公司的合规管理义务，但从理论上讲，合规管理义务不应当根据公司的“身份”确定，而应当根据公司经营需求。实践中大型公司的合规管理也是其他部门法对公司提出的要求，公司法对此应当予以回应。其次，确保公司合规属于董事勤勉义务的内容。中国证监会颁布的《上市公司章程指引》第 98 条第 1 项勤勉义务的规定，明确要求董事应当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。最后，在一些特定行业和特殊企业，已有相关的合规指引。比如国务院国资委颁布的《中央企业合规管理指引（试行）》《商业银行合规风险管理指引》，分别就央企和商业银行这两类特殊的公司中如何确保合规进行了规范。同时，也有一些地方的规范性文件对企业在特定领域合规行为的要求做了相应指引，比如《浙江省企业竞争合规指引》。这些指引中都规定了董事会作为公司经营管理机构应当对企业的合规承担起总的领导责任。

### （四）构建董事勤勉义务规则的技术：“3+X”的体系思维

立法活动应当尊重科学规律，这需要对生活中的利益关系进行抽象，从中找出法律应当加以评价的部分进行规范，但是由于利益关系的复杂性，在进行法律规则设计时要进行一定的“技术处理”，尽最大可能对利益关系进行抽象，同时避免体系上的漏洞和矛盾。最为常见的立法方式就是通过列举的方式对事物最典型的形态进行具体化，并采用兜底条款的方式对其他可能的情形进行概括性规范。这方面的典型例子是《证券法》第 55 条第 1 款关于操纵证券市场的认定，其中第 1 至 7 项分别列举了连续交易操纵、对倒交易操纵、洗售操纵、虚假申报操纵、蛊惑交易操

〔55〕 参见赵万一：《合规制度的公司法设计及其实现路径》，载《中国法学》2020 年第 2 期；汪青松、宋朗：《合规义务进入董事义务体系的公司法路径》，载《北方法学》2021 年第 4 期。

〔56〕 参见邓峰：《公司合规的源流及中国的制度局限》，载《比较法研究》2020 年第 1 期。



纵、跨市场操纵和抢帽子交易操纵这些最为常见和典型的操纵行为，然后又通过第8项兜底条款规定操纵证券市场的其他手段。之所以采取这种方法，是因为实践中操纵市场的具体情形是变化万千的，完全列举的方式既不可能也不经济，而列举加兜底的方式使得法律可以适应不断变化发展的证券市场，避免法律漏洞。

董事勤勉义务规则的设计一方面应当对典型的情形进行列举，另一方面应当对勤勉义务的事物本质进行一般性规定，从而适应勤勉义务事实认定本身的复杂性。全国人大常委会法工委发布的《立法技术规范（试行）（一）》8.1节规定，用于列举的情形应当是事物表现出来的外在形态和状况。实际上，采取列举方式将董事勤勉义务具体化的方法已经在英国2006年《公司法》和澳大利亚《公司法》中有所体现。英国《公司法》在董事义务体系中规定了善意行使权力、独立判断、促进公司成功和勤勉谨慎等义务，促进公司成功实际上可以认为是对勤勉义务的具体化列举，因为其本质都在于激励董事积极行事，避免懈怠和渎职的情况发生。澳大利亚甚至在《公司法》中规定了董事的破产交易义务，防止董事在公司破产时继续交易，从而维护公司利益，这可以视为董事勤勉义务的具体化。当然无论如何列举，都需要符合商事实践的基本规律。前已述及，董事作为公司的经营管理者，在决策时应当知情；而由于公司具有科层制结构，授权经理层负责日常经营后，董事对下属的行为负有监督义务；各部门法对公司合规提出要求，董事作为公司权力中心的成员，也负有使公司遵守法律和相关规范的合规义务。因而在设计勤勉义务的规则时，可以知情、监督及合规三项义务作为列举示例，然后以兜底条款进行概括。而在一般性规定上，可以采取目前公认的标准，即处于类似地位的人应当尽到的合理判断，而如何具体化则可以根据实际的情况和需要由立法者修改法律进行补充或者由法官在具体案件中进行司法性造法。

总之，在确定董事勤勉义务具体内容时，应当采用列举加兜底的立法技术，“3+X”这种模式一方面对既有的勤勉义务实践进行总结，另一方面还使勤勉义务的条款能够及时适应实践的发展变化。

## 五、厘清董事的独立商业判断与勤勉义务之关系

### （一）董事原则上受商业判断规则保护

#### 1. 商业判断规则及其经济理性

商业判断规则是在普通法中发展的一项规则，当董事的决策面临来自股东的挑战时，该规则推定董事在决策时已经尽到了理性人的注意义务，从而保护董事免受不合理诉讼的骚扰。目前我国部分法院在审查勤勉义务案件时以侵权法的标准为依据，主要包括：（1）违法行为；（2）主观过错；（3）损害存在；（4）因果关系。正因为如此，有观点认为勤勉义务的认定，不过是侵权法上的标准在公司法上之运用。<sup>〔57〕</sup>但是公司法上的标准仍然与侵权法的标准具有差异性，比如在因果关系认定上，侵权法一般要求原告证明损害与行为之间的因果关系，但是在美国特拉华州并

〔57〕 参见前引〔7〕，施天涛书，第412页。

不采用这种方式，法院通常会以商业判断规则为指引来审查董事是否尽到了勤勉义务。<sup>〔58〕</sup> 又比如，侵权法上一般理性人标准要求义务人在行为时像处理自己的事务那样尽责，这对于董事来说可能会有些过高，因为一般认为人们处理自己的事情可能会愿意花更多的时间跟精力，而在处理他人的事情时就不一定。<sup>〔59〕</sup> 相对于侵权法上相对主观的标准，商业判断规则是一种客观、动态的标准，因而具有灵活性。商业判断规则是法律推定董事是为了公司的最大利益而做出商业决策的，在这个意义上其是实体规则，对董事而言是一种保护。在内容上，商业判断规则要求董事在决策时：（1）善意行事；（2）合理的知情与信息收集；（3）合理地相信是为了公司的最佳利益。<sup>〔60〕</sup> 简言之，商业判断规则与勤勉义务实际上是一枚硬币的两面，受商业判断规则的保护也就意味着董事尽到了勤勉义务的要求，只要符合上述要求，即使该决策最后失败了，对董事也不能苛责，否则会产生事后偏见的效应。也就是说，不能从最终公司某项投资失败的结果来倒推原因，公司的决策是个复杂过程，一项商业决策在作出时可能是正确的，而当公司去实施该决策时并不一定会收到理想效果，此时若认定董事对决策负责，实质上是认定二者之间存在因果关系。虽然因果关系在法律责任构成中的制度功能是实现矫正正义，但是因果关系的要素并无清晰界限。<sup>〔61〕</sup> 从价值判断上来说，因果关系的范围界定本身也是利益衡量的结果，因而价值取向仍然应当是确定董事是否受商业判断规则保护的首要考虑因素。公司是以营利为目的的，投资公司本身意味着一种风险行为，而商业决策是一个复杂的问题，如果对董事要求过于严格，不利于其独立决策，最终也损害公司和股东利益，法律选择推定董事受商业判断原则保护背后的经济理性在于激励董事决策时充分发挥聪明才智，以免错失好的投资机会。

## 2. 董事会权力的专属性要求保护董事的独立判断

相比之下，大陆法系的德国在这一方面有所不同。根据德国《股份法》第 93 条第（2）款之规定，关于董事是否尽到一个通常的、认真的经营负责人的注意有争议的，由其承担证明责任。<sup>〔62〕</sup> 从文义上看，当股东对董事的决策发出挑战时，通常应当由董事证明其已经尽到了相当的注意义务，据此，董事原则上并没有类似于美国的商业判断规则之保护。至于为什么这样规定，该条立法理由书指出，在有争议的情况下，公司原本应当就董事违反义务承担举证责任。但公司通常都会存在举证困难的问题，由于公司通常缺乏必要的资料，因而往往无法证明董事违反义务。为了解决这种举证不能，早期的司法实践中有法院要求董事来承担举证责任，证明自身尽到注意义务。该做法在 1937 年的《股份法》中得到确认，现行法也采纳了这一规定。<sup>〔63〕</sup> 实际上，不同的做法背后是立法者在董事的独立判断与股东权利保护之间进行利益衡量的结果，究竟采取何种做法，除了受制于历史传统之外，商事活动和商业组织运行的客观规律应当作为考量的主要依据。现代商事公司的复杂性和规模影响了公司内部经营管理的方式。首先是所有权和经营

〔58〕 See Richard Freer, *The Law of Corporations in a Nutshell*, West Academic, 2016, p. 201.

〔59〕 See Arthur Pinto, Douglas Branson, *Understanding Corporate Law*, Carolina Academic Press, 2018, footnote 41, p. 221.

〔60〕 See *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

〔61〕 参见缪因知：《证券虚假陈述赔偿中审计人责任构成要件与责任限缩》，载《财经法学》2021 年第 2 期。

〔62〕 参见《德国商事公司法》，胡晓静、杨代雄译，法律出版社 2014 年版，第 107 页。

〔63〕 Vgl. Spindler, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 5. Aufl. 2019, AktG § 93, Rn. 203.

权逐渐分离,法律认可了董事会权力的专属性,股东大会不得对董事会的权力随意进行干涉。我国《公司法》第37条和第46条分别规定了股东会 and 董事会的权力,在法律所明确列举的董事会职权中,公司章程不得加以调整,在一定程度上体现了董事会权力的专属性,从而确保董事的独立商业判断。董事会独立判断的典型表现是董事会拥有公司的一切权力,《特拉华州普通公司法》第141(a)条即规定公司的一切权力应当由董事会行使或者在董事会的监督下行使。其次,即使是董事会的决策也日渐依赖于专业的委员会和经理层,因而董事会有权信赖其下属和专业机构所提供的信息。由此观之,董事会的独立判断是现代公司发展的趋势,这几乎成为公司治理机制运行的规律,因而从权责相一致的角度来看,也应当承认董事的独立商业判断。<sup>[64]</sup>

### 3. 商业判断已在我国司法实践中被运用

在我国,有些法院在实践中也尝试引入了商业判断规则进行裁判。例如,在“姜堰宾馆有限公司与殷文损害公司利益责任纠纷一案”中,法院认为:“基于司法谦抑的理念,司法应当对属于公司内部经营决策领域的专业判断表示尊重。在董事损害公司权益纠纷中,首先应推定董事已经尽到勤勉义务,董事违反勤勉义务的举证责任由公司承担。”<sup>[65]</sup>因此,商业判断规则对董事免于承担个人责任是个强有力的保护,但是过度的保护则不仅会使得公司和股东利益受损,而且不利于约束庸才。<sup>[66]</sup>商业判断规则的假设类似于经济学中的理性人以及统计学中的均值人假设,将人的追求视为具有同质性,但这一假设只是一般性的,实践中董事以及经理人的性格、能力以及冒险精神是多样性的,比如有的经理人本身就喜欢保守,而非因为对其施加的义务条款限制而至此,就像股东的需求是多元化的一样。这个时候商业判断规则能够在多大程度上鼓励冒险,如何平衡董事、股东与公司三者利益需要法院在具体案件中进行判断,但原则上董事仍然受到商业判断规则的保护,因为公司本身就是一个风险共担的利益共同体,失去独立判断的董事可能会畏手畏脚,为了避免承担责任而成为风险厌恶者。

### (二) 商业判断规则与证明责任的动态转移

对法院来说,商业判断规则也是一个程序规则,与证明责任的分配密切关联。原则上法院应当尊重董事的决策,因为在该领域,董事具有专业性与权威性,法官只是法律专家而非商业专家,不能以事后诸葛亮的方式来审查董事的决策行为,心理学实验已经证明,事后偏见很容易从坏的结果出发夸大一件事情错误结果发生的可能性,这种偏见是错误的。<sup>[67]</sup>

对于当事人来说,“谁主张,谁举证”是民事诉讼的原则,但是对这一原则的准确理解应当是,在举证的过程中,这种举证责任是可以随时转移的,一旦某一方的举证相比另一方具有可信度时,举证责任就可以向另一方转移。商业判断规则的保护就是这样,董事应当秉持为公司最佳利益而行事的态度,这是原则性的推定。股东如果要对此提出挑战,就需要举出证据证明,一旦举证完成,能够证明董事存在一定的过错,董事就需要举证对此进行回应,如此将举证责任在当事人之间进行动态分配,而非静态地对待该原则。

[64] 参见黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》(第2版),清华大学出版社2020年版,第176页。

[65] 江苏省泰州市中级人民法院(2019)苏12民终1011号民事判决书。

[66] 参见朱慈蕴:《公司法原论》,清华大学出版社2011年版,第330页。

[67] See Christine Jolls et al., A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 *Stanford Law Review*, 1471 (1998).

申言之，股东的举证责任仍然要围绕着商业判断规则的要件，从而推翻该原则的假定。首先，股东可以证明董事在某个领域的投资决策是明显的乱作为，从而将公司置于非常不利的地位，或者证明董事在决策时并没有合理地相信是为了公司的最大利益。例如在 Joy v. North 案<sup>〔68〕</sup>中，股东提交的证据显示，公司投资的是在当时看来实际上没有任何起色的房地产业，投资该领域根本不会给公司带来利润，但是董事仍然持续地批准公司在该领域的投资。其次，股东同样也可以证明董事的决策没有进行合理的信息收集工作。比如在 Smith v. Van Gorkom 案<sup>〔69〕</sup>中，原告的举证显示：董事会在决策时仅仅听取了总裁的一个 20 分钟的口头报告，在并没有进行进一步的尽职调查的情况下就批准了公司的重大合并交易。法院认为董事需要为其两个方面的行为承担责任：第一，在面对合并交易时没有充分获取所有能够获取到的与决策相关的合理信息；第二，没有披露所有会影响股东决定是否批准并购交易的重大信息。最后，股东可以证明董事并非善意。例如在 Francis v. United Jersey Bank 案<sup>〔70〕</sup>中，原告证明，被告从来没有阅读过公司的财务报表，甚至在收到可能损害公司利益的警告时，也没有采取行动。对于股东而言，只要能够完成一个方面的举证即可推翻商业判断的假定。

就董事而言，一旦股东完成了举证责任，就意味着商业判断规则的保护被推翻，此时证明责任就会转移到董事一方，董事需要证明其商业决策总体上对于公司是完全公平的。具体来说，董事会可以证明其决策是符合程序的，并且掌握了充分的决策所需信息，没有利益冲突。对于董事而言，上述条件要达到的效果就是使法院相信其决策行为对公司总体而言公平。<sup>〔71〕</sup>因此总的来说，董事可以通过几个方面来证明决策符合商业判断：

第一，在董事会结构上，例如，董事可以证明公司的决策经过了所有独立董事的批准，决策中没有掺杂个人利益，从而证明决策时的善意。目前我国业已建立起独立董事制度，一般认为独立董事参与的交易在决策的独立性上较强，相对而言只有内部人参与的交易决策更容易让人产生合理怀疑。董事会的独立性是对交易是否公允的重要判断标准，在美国，董事会在进行重大决策时成立独立委员会来对交易进行审查成为流行做法，在我国则可以由董事会专门委员会对交易进行审查，董事会可以信赖专门委员会的报告。<sup>〔72〕</sup>比如，鉴于审计委员会的重要性，在实践中如果公司未设置审计委员会，甚至会成为衡量董事是否尽到注意义务的实质性理由。<sup>〔73〕</sup>

第二，决策程序上，董事可以证明在批准决策时，聘请了专业的中介机构进行尽职调查，是在掌握了信息的基础上进行的决策，决策步骤遵循了公司法和公司章程以及监管规定的要求。<sup>〔74〕</sup>当然，这种对中介机构的信赖必须是合理的，比如聘请的会计师事务所在该领域内具有专业性与权威性。

〔68〕 692 F.2d 880 (2d Cir.1982).

〔69〕 488 A.2d 858 (Del.1985).

〔70〕 432 A.2d 814 (1981).

〔71〕 参见前引〔58〕，Richard Freer 书，第 201 页。

〔72〕 参见前引〔7〕，施天涛书，第 423 页。

〔73〕 See ABA Committees on Corporate Laws, The Overview Committees of the Board of Directors, 35 *The Business Lawyer*, 1335 (1980).

〔74〕 参见前引〔58〕，Richard Freer 书，第 207 页。



第三,交易的公平性。当出现可能的利益冲突,举证责任转移至董事时,法院通常会采用完全公平标准对交易进行审查。董事要证明决策时对所有股东来说,交易是公允的,“采取的价格是公平的”〔75〕。比如在收购公司股份时,董事能够证明公司平等对待了所有股东,并且收购的价格经过了中介机构的合理评估等。

值得注意的是,公司法是实体法,主要界定了相关利益主体在公司这一平台中的权利和义务关系,但是实体权利的实现有赖于程序法的配合。公司诉讼中,程序法进行的权利义务配置实际上是在当事人之间又一次进行了分配,这其中证据制度是核心内容。德国之所以并不采纳美国的商业判断规则,其理由就在于公司一方获取证据和资料的难度较大,而美国的股东诉讼则可以通过证据开示制度保证当事人获得诉讼所需要的证据。〔76〕我国《民事诉讼法》第67条第2款规定,当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集。这一规定原本可以用来解决股东难以从公司收集证据的难题,但是最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第20条第2款又对此进行了限制,申请法院调取证据除了满足形式上的条件外,还应当明确证据名称或者内容以及提供明确的线索。对于逾期提交的证据也仅仅以对当事人处以罚款了事,从人的本性来说,当轻微的罚款与诉讼突袭所带来的收益相比不匹配时,人们当然愿意以较小的成本换取较高的收益。从实践来看,法院对于调取证据的申请表现出了较为保守的做法,这无疑限制了当事人实体权利的实现,是不合理的。应当说,证据开示制度不仅便利当事人的证据获取,双方当事人通过证据能够对诉讼的结果走向有大致的预判,从而决定是继续提起诉讼还是进行和解等其他行为,也便于法院的案件审判工作进行顺利。

## 六、结 语

公司中所涉及的利益关系错综复杂,而公司法无法事无巨细地规定所有可能的裁判规则,而在司法审查中,法院应当对可能影响勤勉义务认定的因素进行审查。从实践来看,主要考虑控制股东对公司治理的影响、公司所处行业等因素。

美国的注意义务诉讼中,法院适用商业判断规则的频率非常高,而且涉诉公司多为上市的公众持股公司。因为美国公众公司中独立董事占据绝大多数,所以法院推定经过独立董事批准的决策是值得信任的,而且在美国,活跃的公司控制权市场、经理人市场以及激励补偿机制等因素会督促董事竭尽所能努力工作,所以法官不愿意去审查董事的商业决策。〔77〕而在封闭性的公司中,董事会多由股东担任或者由股东控制,在这种情况下应当考虑控制股东对董事会决策的影响。

公司所处的行业也是审查中应当考量的因素,因为不同的行业所涉及的风险大小、经营能力要求可能是不一样的。〔78〕不同行业的公司在经营实践中形态各异,因而法院在进行司法审查时

〔75〕 前引〔59〕, Arthur Pinto、Douglas Branson 书,第224页。

〔76〕 参见前引〔63〕, Spindler 书,慕尼黑评注关于《股份法》第93条,第203段。

〔77〕 参见〔美〕伯纳德·布莱克:《外部董事的核心信义义务》,黄辉译,载《商事法论集》第11卷,法律出版社2006年版,第230页。

〔78〕 参见前引〔66〕,朱慈蕴书,第330页。

应当结合具体的情景，对勤勉义务作充分的铺陈和阐释。

从法律方法的角度看，勤勉义务并非确定性法律概念，而是一种类型，对于这类案件的处理，需要通过类型思维，而类型思维的逻辑结构就是类推适用。因而在进行法律解释作业时要以案例或者先例进行比对，避免体系矛盾，从而形成有秩序的法。<sup>〔79〕</sup>

我国勤勉义务的制度设计不利于司法裁判，董事勤勉义务的真正落地生根，需要结合域外经验与我国司法实践，在立法上明确勤勉义务的具体内涵以及审查标准；在司法上应当注意商业判断规则在证明责任中的作用，同时审查控制股东、公司所处行业等因素，通过判例制度统一勤勉义务案件的裁判尺度，积累裁判经验，勤勉义务制度也可以在法院的审判活动中得到不断发展和充实。

---

**Abstract:** Director's duty of care is an important content of fiduciary duty. It is one of the significant methods of corporate law to protect the interests of shareholders by letting shareholders bring a suit to the court for director's breaching of duty of care to reduce agency costs. However, the duty of care stipulated in Chinese corporate law are too general to operable. Thereby, it provide no clear standards for courts' review, which also leads to problems in decisions involving directors' diligence obligations, and it is very difficult for shareholders to win a lawsuit of directors' duty of care. On the one hand, the institutional benefits of directors' duty of care shall be maintained; on the other hand, the company law needs to clearly define the content of the duty of care, and the relationship between the duty of care and the business judgment rule needs to be clarified. The method shall be "3 + X" to clarify the meaning of duty of care. Use informed knowledge, supervision and compliance as clear examples of the duty of care, and set out the general requirements of the duty of care in a general clause. The business judgment rule is both a procedural guide for the parties and a substantive rule of law for the court. The court should also examine the type of the company, controlling shareholder based on the cases system.

**Key Words:** duty of care, weighing of interest, business judgment rule, burden of proof, judicial review

---

(责任编辑：周 游 赵建蕊)

---

〔79〕 参见刘颖：《中国民法中的“层累现象”初论》，载《东方法学》2015年第2期。