

论董事勤勉义务的判断标准

——基于浙江省两个案例的考察

周天舒

(中国政法大学法与经济学研究中心 北京 100088)

内容提要: 本文从两个典型案例出发介绍了董事勤勉义务在国内司法实践中适用的标准及其中存在的问题。通过介绍英国与美国相关判例法的发展,辨析适用标准的主要区别,并解释其背后的成因。最后,为董事勤勉义务在中国环境下的适用提出了建议。

关键词: 英美法 案例分析 董事勤勉义务 经营判断原则

一、引言

2005年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)从英美法系引入了董事的“勤勉义务”(duty of diligence),该原则旨在加强公司法的可诉性,为公司或股东针对董事在公司商业决策及日常经营中不思进取、不善意地为公司利益最大化而努力给公司造成损失的现象提供救济机制。我国《公司法》第148条规定董事应负勤勉义务,但其在立法层面上对勤勉义务的规定过于笼统。第148条仅提供了一个基本原则,但未对该原则的适用设立细致的判断标准。这造成了在司法实践中不同法院对该原则的适用采用不同判断标准的现象。本文比较

浙江省高级人民法院与浙江省淳安县人民法院审判的两个案件中对勤勉义务内涵的解释,说明两种解释方式背后的法理基础,并提出进一步在司法实践中发展该规则的建议。当然,以案例为基础的分析可能陷入“对小样本过分解读”困境。不过浙江省本身是我国商业最为活跃的省份之一,浙江省高级人民法院对商事案件审理的权威水平是毋庸置疑的。淳安虽仅为县级地区,但其隶属杭州市,坐拥千岛湖景区,第三产业较为发达,商业活动频繁。在这种背景下,淳安法院的商事审判水平也应具备较高水准。并且其他研究也表明与董事勤勉义务相关的案例在国内确实比较显见。^①因而,这两个

作者简介: 周天舒(1981—),男,汉族,北京市人,中国政法大学法与经济学研究中心讲师。

本文系北京市重点交叉学科“法与经济”项目及中国政法大学“新入校青年教师科研启动资助计划”的阶段性成果。

^① 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,第24-39页。罗培新、李剑、赵颖洁:《我国公司高管勤勉义务之司法裁量的实证分析》,载《证券法苑》2010年第2期,第372-407页。

案例是具有较强的代表性的,也能阐释董事勤勉义务在司法实践中产生的一些问题。

二、司法实践中对勤勉义务的差异化解释:以浙江省的两个案件为例

于陈某某与吴某某公司董事损害公司利益赔偿纠纷上诉案(2010浙商终字第37号)中,原告陈某某为西山泵业公司(以下简称西山公司)股东,被告吴某某亦为该公司股东。原告诉称,于2001年由于公司原股东吴某因车祸身亡,造成了原告与被告之间关于继承权的纠纷,导致了公司的经营管理陷入了僵局。在公司解散清算过程中,审计机构认定西山公司存在存货盘点短缺及固定资产减少的问题。原告认为,被告吴某某作为西山公司的执行董事依据《公司章程》对公司的盘亏负有责任。其在工作中的疏忽违反了勤勉义务,应赔偿公司的损失。被告辩称,公司存货短缺原因不明,无法证明被告的日常经营决策与公司盘缺之间的因果关系,且原告陈某某作为监事也未尽财务检查、监督管理义务。浙江省高院部分支持了原告的诉讼请求,其在判决中对勤勉义务作了如下解释:所谓勤勉义务,又称善管义务、注意义务,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,在管理公司事务时应当勤勉谨慎,须以一个合理谨慎的人在相似情形下所应表现的谨慎、勤勉和技能履行职责,要采取合理的措施,以防止公司利益遭受损失,为实现公司最大利益努力工作,否则因此给公司造成损害的,应当承担赔偿责任。

于原告李某某诉被告卢某某董事、高级管理人员损害股东利益赔偿纠纷案(2009杭淳商初字第1212号)中,原告李某某与被告卢某某均为天绿公司的股东,被告卢某某担任公司执行董事兼总经理。2002年1月31日,卢某某书面承诺:若不能在2002年3月10日前生产成批可供包装的粉丝,或不能与贝因美公司续签代销合同,或与天鹰公司的10万元预付款产生纠纷造成天绿公司资金困难,由于以上问题造

成公司生产经营停顿,所产生的后果由总经理承担一切责任,并赔偿其他股东的损失。被告最终未能达成其对其他股东的承诺。原告李某某基于勤勉义务起诉被告并要求赔偿。在本案中,浙江省淳安县人民法院并未支持原告基于被告违背勤勉义务的诉讼请求,值得关注的是其在判决中对勤勉义务做出了有别于浙江省高院的解释:被告在经营中尽其最大的能力和努力仍然不能使公司生产、销售延续,公司有权解聘被告的总经理职务。依据经营判断规则,因为被告履行了勤勉义务,即使公司未能实现经营计划,被告也不须对公司承担赔偿责任,更不必向股东承担赔偿责任。

三、勤勉义务不同判断标准的辨析

在这两个案例中,值得关注的是浙江省高级人民法院与浙江省淳安县人民法院虽同处一省,并有着上下级的关系,其对勤勉义务的解释却采纳了不同的进路。浙江省高级法院所采纳的标准与英国《公司法》适用的标准相似,而淳安县人民法院则采取了美国式的“经营判断原则”。英国2006年《公司法》第174条对勤勉义务的解释采纳了一种客观的判断标准。董事的经营决策与活动应与一个理性的、勤勉的、处于相似位置的经理人所应该做出的决定进行比较,如案件中董事做出的商业决定明显低于该标准,则董事有可能被判定为违反了勤勉义务。这与浙江省高院所运用的标准大致相同。同时,第174条还把这种客观的判断标准与主观的判断标准相结合。法庭在判断董事是否违背了勤勉义务时还需考虑个案中董事“所拥有的专业知识、技巧与经验”。在这种主客观标准结合的构架下,客观标准为法庭判断董事是否履行勤勉义务提供一个基础标准,即所有董事,不论其学识、能力高低都应达到客观标准的要求。而主观标准的适用可以起到在个案中对客观标准进行微调的作用。法官可以根据个案中董事的实际经营能力、专业水平、薪酬来适当地扩大其承担义务的边界。

与之相比,淳安县人民法院在适用勤勉义务时,并没有以一个固定的客观标准为主导,考量董事在案件中所做的商业决定是否与相同情形下一个勤勉、理性的经营者所应该做出的商业决定的水平相当。其直接援引了“商业判断原则”。该原则假定董事及公司的高级管理人员对公司履行了勤勉义务,除非原告可以举证驳斥以下几点:(1)董事在做出商业决策时经过了合理的决策过程,具有充分的理由理性地认定该商业决策在当时的情形下是适当的。(2)该决策的达成基于主观的善意。(3)董事在其商业决策所涉及的交易中不存在利益冲突问题。^②通过以上比较,笔者分析出浙江省高院适用的“客观标准”与淳安县人民法院适用的“经营判断原则”的本质区别。浙江省高院所采用的标准主要是对董事的经营决策做出实质审查,考察董事的商业决策是否满足一个审慎经理人在相同情形下所应达到的勤勉标准。而淳安县人民法院适用的“经营判断原则”在很大程度上回避了对董事的经营决策做出实质审查,而仅对其做出形式审查,如确认决策过程是否完整、合理、主观意思是否为善意、利益冲突是否得到披露或规避。

这两种差异较大解释模式源于不同的法律发展路径。在英国普通法中,法庭早期对勤勉义务的适用大多针对公司的非执行董事(non-executive director),在很大程度上该原则也仅仅是一种倡导性而非强制性的条款。^③直至Romer法官1925年于City Equitable Fire Insurance Co. Re案^④中确立了对勤勉义务的主观判断标准,勤勉义务在司法中的判断标准才逐步明确。

在该案中,罗梅尔法官指出,董事在尽其义务时,无需展现出比其本身所拥有的知识与经验更高一筹的经营技巧。然而,这种一维的主观判断标准已无法适应当下公司发展的需要。尤其在跨国的大型公司中,公司向高管支付天价薪酬往往是为了换取其特有的经营技巧与经验。在这种背景下,公司有理由要求董事的专业技术与经营水平达到一定的客观标准。并且,在公司遴选高级管理人员时,经常存在着严重的信息不对称问题。应聘的经理人尽其最大努力向雇主展示其商业经验与经营技巧,甚至有可能向雇主发送误导的信息,以致雇主高估其经营水平。客观标准的适用在很大程度上抑制了经理人在应聘期间的机会主义行为,经理人即便运用一系列应聘技巧得到雇主的青睐,在之后的工作过程中,如果其实际水平达不到一个合格经理人的基本要求,经营决策给公司造成了实际损失,公司可以依据勤勉义务中的客观标准起诉董事,并索取赔偿。^⑤基于以上背景,上世纪90年代,Hoffmann法官在Dorchester Finance Co v Stebbing^⑥案中发展出客观与主观相结合的判断标准。在继承Romer法官主观判断标准的同时,其还考察董事的决策是否达到了“人们理性地期待一个和董事从事相同工作、处于相同位置的人应具有的知识、技巧、经验与经营水平”。总之,英国公司法更倾向去对董事的日常工作与决策进行实质审查,如在个案中定义董事的角色、考察其实际专业技能,以推定其专业能力并判定董事在经营决策中是否存在重大的过失。该种解释模式拥有较强的

② M. Eisenberg *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law* (1993-1994) 62 *Fordham Law Review* 437, 441. 参见美国法律研究院(American Law Institute) 1994年颁布的《公司治理原则:分析与建议》。

③ P. Davies, *Gower and Davies's Principles of Modern Company Law* (8th edn, Sweet & Maxwell 2008) 489.

④ [1925] Ch. 407.

⑤ C. A. Riley, *The Company's Director's Duty of Care and Skill: The Case for an Onerous but Subjective Standard* (1999) 62 *The Modern Law Review* 697.

⑥ [1989] B. C. L. C.

保护公司股东与债权人权益的功能。然而这种复杂的判断标准在英国较晚近的判例法中的适用也是非常审慎的。其一般不会导致董事对公司的损失进行赔偿,而仅仅可能会引发“取消从业资格”的处罚。其中较著名的案例是 *Re Baring plc* 在本案中一个拥有出色专业知识背景且薪金颇丰的公司董事没有保证公司的治理结构和内部风险控制达到其应达到的标准。这种情况下,显然董事没有达到勤勉义务的主观标准。即使如此,法庭依然认为公司损失与董事行为之间的因果关系难以确定。最后,法庭取消了该董事在一段时间内担任公司高管的资格。^⑦ 与之相似,在 *Cohen v Selby* 案中,在一个家庭为单位的珠宝公司中未成年的儿子担任公司的董事,但父亲实际管理公司的日常经营,儿子并未实际参与。在一次商业旅行中,父亲丢失了价值可观的珠宝。法院判定父亲对该损失负有连带责任,即便他显然没有达到董事勤勉义务的客观标准。法庭认为未成年的儿子完全信任商业经验丰富的父亲并非是一种不理智的商业判断。同样,公司损失与个人商业判断的因果关系难以成立。这位未成年董事被判3年内不得担任公司高管。^⑧

与之相比,美国式“经营判断原则”更多地倾向于保护职业经理人在经营中的决策自主权。正如 *Easterbrook* 与 *Fischel* 在其著作中论述的那样,“经营决策的错误可能起因于竞争对手对特定决策的反应、管理规章的改革、利率的变化、亦或顾客的急躁情绪,这些因素是经营者在事前无法做出准确预测的。只有在分析了所有可能的结果及每种可能性在现实中实际发

生几率的前提下,法庭才能对董事当时的经营决策进行事后判断。显然,法官不具备充足的信息去做出这种判断。”^⑨ 考虑到这种复杂情况,对董事特定的决策做出过于严苛的评价是有失效率的,过重的法律负担也不利于鼓励有才智的人投身商业经营的事业中。关于该原则的具体法律适用,本文将在后面详细展开。

四、司法中产生对“勤勉义务”差异解释的原因及解决建议

(一) 适用何种标准

很多西方学者对大陆法系国家引入董事勤勉义务抱有怀疑的态度。他们认为不论勤勉义务或忠实义务,其发展的根基都是法官在个案中自由裁量的能力。而大陆法系法官自由裁量的能力相对较弱,司法过程中也缺乏相应的实践经验,这会阻碍董事义务规则的发展。^⑩ 本文所引述浙江省的两个案例对这一假设做出回应。不论是浙江省高院对“勤勉义务”的解释还是淳安县法院对“经营判断原则”的适用体现了我国法官在个案中积极运用自由裁量权弥补法律条文空缺的能力与积极性,也体现了他们对西方法学知识比较深入地了解和较强的应用能力。然而,其中存在的问题却不容忽视。对该法律规则的适用还伴随着随意性,并缺乏必要的连贯性。如果浙江省高院在案件中适用相对宽松的“经营判断原则”,也许被告就无需承担责任。而淳安县人民法院如在案件中适用实体审查的客观标准,被告未能实现承诺经营目标的失败经营策略也有可能被判定为违反勤勉义务。由此可见,勤勉义务适用的主要问题并非是法官的自由裁量权受到了束缚,而是法律条文过于笼统、不够清晰,为法官在司法中对

⑦ [1998] B. C. L. C 583.

⑧ [2001]1 B. C. L. C 176.

⑨ F. H. Easterbrook and D. R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge, MA, Harvard University Press 1991) 99.

⑩ K. Pistor & C. G. Xu, *Incomplete Law A Conceptual and Analytical Framework And its Application to the Evolution of Financial Market Regulation* (2003) 35 *Journal of International Law and Politics* p. 931.

该规则的解释留下了过大的空间,造成对同一法律规则不同解释的现象。

回到我国的现实情况中,美国式的“经营判断原则”也许更适合当下的情境。首先,形式审查对法官的专业技术与自由裁量权的要求相对较低。“经营判断原则”的适用更容易形成较为固定的模式。这利于对英美法不甚熟悉的法官在个案中去适用勤勉义务。在司法中对勤勉义务大量、成体系的应用才构成这个移植条款在本土生根发芽的基础。其次,在我国的上市公司中,大股东的力量一般都比较强大,甚至可以控制董事的经营策略。在这种情况下,适当保护董事经营决策权的完整性是有必要的。而在中小企业中,董事一般都由公司的股东担任。这也就意味着董事与股东之间的信息不对称问题并不突出,股东基本可以掌握董事在日常工作中的勤勉程度。当执行董事采取消极或违背常理的经营策略时,股东(亦为公司其他董事或监事)可以采取自力救济的方式,如及时修正经营策略或直接将该董事罢免。然而,真正的问题则在于“经营判断原则”需要如何更加精细地适用?如果法庭仅仅是援引该原则而缺乏细致的推理过程,那么判决的结果可能会缺乏说服力。

(二) 如何适用“经营判断原则”

“经营判断原则”的适用可分为三个基本步骤:1. 法庭需要确定公司董事的行为本身是否仅仅是一个经营判断上的失误。如果充分考虑当时情况,董事的商事行为并不是明显非理性的。那么,董事应该得到“经营判断原则”的保护。2. 如果法庭确认公司董事的行为确实是非理性的,并且给公司带来了实际的损失,那么法庭需要判断董事被诉讼的行为是否属于经营决策。在主流的公司治理模式中,董事会与经

理层之间功能区分趋于明显。公司法授权董事会委派公司经理人。经理人负责公司经营决定的启动与执行。董事负责监督与批准公司的经营决策。^①在这种体系下,董事的义务可被区分为一般义务(normal duties)与监督义务(oversight duties)。而“经营判断原则”仅适用于前者。^②如澳大利亚《公司法》的180条明确规定,“经营判断”特指在公司经营活动(business operation of the corporation)中所做出或未做出的决策。这里面的一个核心概念是“经营判断”需要是一个“经过主观加工的决策”。不论是采取某一经营行动亦或是放弃该行动,都应是一个经过主观意识审慎考虑后形成的完整决策,并且该决策已经付诸实施了。比如,董事没有安排公司进行合理有效的审计,并且这种疏忽导致了经理人侵占了公司的资产。那么这种行为肯定不能适用“经营判断原则”的保护。其完全是董事主观疏忽造成的损失,不包含一个通过积极意识形成的决策。从案例来看,浙江省高院审判的案例更趋近于对董事“监督义务”而非“一般义务”的考察,这也可以构成法庭没有适用“经营判断原则”的原因之一。3. 如果法庭确定经营决策存在,其需要去裁量在具体情形下,董事的经营决策是否达到以下三个基本标准:(1)决策程序完整、合理;(2)主观意识善意;(3)不存在利益冲突。如果董事的决策达到了以上的标准,那么其可适用的“经营判断原则”的保护。

在以上三个标准中比较抽象且难以判断的是“主观意识是否善意”标准。该标准在普通法中可被细分为两个标准,即“不正当目的标准”与“未善意、诚恳地行使权力与显著不合理标准”。“不正当目的”标准起源于 Howard

^① Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda and E. Rock, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (2nd edn, Oxford University Press 2009) 5-14.

^② A. Lumsden, *The business judgment defense - insights from ASIC v Rich* (2010) 28 *Companies & Securities Law Journal* p. 164.

Smith v Ampol Petroleum Ltd 案。^⑬ 在本案中, Millers 公司的大股东 Ampol 向公司发出要约, 意欲收购公司股票。但公司董事会更倾向于 Howard Smith 所提供的收购条件。但因 Ampol 已持有股东会的大部分投票权, 董事会希望 Howard Smith 收购公司的期望在这种情况下不会成功。为了达成阻碍 Ampol 收购公司的目的, 董事会决定向 Howard Smith 定向增发价值一千万英镑的股票以稀释 Ampol 在股东会中的持股比例, 摊薄其投票权。此后 Millers 公司把通过增发所募集的资金全部投入到油轮的建设项目。Wilberforce 法官在判决中表示, 法庭在判断董事是否诚信地以公司利益为出发点来行使权力时, 必须客观地审查董事行使权力的目的是否正当。在本案中, 董事增发股票的主要目的并非出于公司融资的需要, 而是为了阻碍 Ampol 以合法的方式来收购公司, 此目的违背了公司章程授予董事会发行股票权力的初衷, 也是董事发行股票的唯一正确目的, 即为公司融资。此后于 Extrasure Travel Insurance Ltd v Scattergood 案中, 法官把这一客观标准进一步分解为四个步骤, 当董事的决策受到挑战时, 法院应查清以下事实: (1) 确认行使权力的主体; (2) 确认赋予该主体权力所要达成的初始目的; (3) 确认在事实中该主体行使权力的实际目的; (4) 确认权力行使的实际目的是否正当。^⑭ 一般情况下, 以上四个步骤所需的结论可通过对公司章程的审查来完成。正如 Hoffmann 法官在 Re a company 案中所陈述的那样, 董事以不正当的目的行使其职权, 在本质上是违背股东在公司章程中约定应享有的合同

权利。^⑮ “未善意、诚恳地行使权力与显著不合理标准”也是一个非常关键的判断标准。在 Brady v Brady 案中, Oliver 法官作出如下论断, 简言之, 董事应诚信地为公司利益服务的义务包含一个最基本的要求, 即那些负责作出经营决策的人应善意并诚恳地为公司之利益行使权力。这也就意味着董事的诚信义务包含了善意、诚恳 (genuineness) 这一最基本的客观要求。^⑯ 这一原则在 Halt Garage 案^⑰中也得到了适用。在本案中, 公司董事会由一对夫妻组成, 妻子患病已久, 不能参与公司的实际经营和管理, 但丈夫作为唯一的董事会成员依然持续地向妻子支付工资。在公司破产清算过程中, 清算人提起诉讼, 要求董事返还在其患病后所取得的薪酬。诉讼请求得到法庭支持。Oliver 法官认为, 在表面上 (prima facie) 证明董事欺诈行为的证据是完全不合理的支付行为, 但这背后真正的标准是在这个交易中, 董事是否真正善意并诚恳地行使了其权力。美国特拉华州的判例法显示董事是否在经营过程中持续参与公司事务, 并准确掌握公司经营状况的核心信息也是判断其主观善意与否的重要标准。在 Smith v. Van Gorkom 案中, 法官明确指出董事对不准确信息的盲目信赖 (blind reliance) 构成主观恶意。^⑱ 而在比较晚近的 Brehem v. Eisner 案中, 特拉华州的法官认为对董事掌握信息义务的考察应该慎重。应考察董事是否清楚知悉那些其可通过合理方式取得 (reasonably available) 的重要信息, 而不必考察那些不重要的或通过合理途径难以取得的信息。^⑲ 以上英美法

^⑬ [1974] AC 821, PC.

^⑭ Jin Zhuayang, The Role of Shareholders in Enforcing Directors' Duties: A Comparative Study of the United Kingdom and China (2006) 17(11), International Company and Commercial Law Review p. 318.

^⑮ (No 005136 of 1986) B. C. L. C.

^⑯ [1989] AC 755, HL.

^⑰ [1964] Ltd [1982] 3 ALL ER 1016.

^⑱ 488 A 2d 858 (Del 1985) 33.

^⑲ 746 A.2d 244, 259 (Del. 2000).

判例运用的审判思路对激活勤勉义务条款有重要作用,值得在司法审判中借鉴的。

下一个难点是举证责任的分配。根据美国特拉华州相关判例法,为了使法庭判定董事违背其义务,原告必须举证表明董事会的决策存在“重大的疏忽”(gross negligence)。这样原告肩负着举证证明董事的经营决策并非出于善意或存在实质性的利益冲突。该举证原则源于特拉华州法庭尽量不干预公司自治的理念,法官尽量避免对经理人的经营决策去进行二次审查。然而这种责任分配原则也使得原告的举证责任过重。尤其在某些“内部人控制”比较严重的企业中,公司内部董事与监事、中小股东之间的信息不对称问题非常突出。在这种情况下,董事已经在证据采集上占据明显优势,再要求中小股东去肩负主要的举证责任就显然有失公允。而董事提供证据的成本相对较低,其只需要在日常工作中对经营决策的形成程序、主要依据做客观真实的记录,保存相关证据即可。英国判例法在这问题上采取更折衷的办

法,Hoffmann法官在Re a company案中^⑨确立一个基本原则,当原告可以证明董事的决策确实是非理性的,并且该决策已给公司造成了实际损失,在这种情况下,举证责任将会倒置。董事必须证明在当时之情势下,他是依据具有足够说服力的商业理由来行使权力,进行决策的。

最后,对浙江省法院关于勤勉义务适用的两个案例分析得出一些颇有趣味的结果。一方面,其在一定程度上证明了我国的法官,尤其是基层法院的法官具备在商事案件中解释法律、运用自由裁量的能力。而另一方面,它也不加掩饰地展现了这种自由裁量背后的尴尬,即对法律条文的适用缺乏连贯性、自由裁量权的行使缺乏精细法律条款的支撑。这个结果提醒我们,西方的法律条款被引入到中国的法律体系中不是一个过程的结束而仅仅是它的开始。法律条款在本土的进化不仅需要在司法中不断探索、适用,还需要立法者认真倾听司法过程中所产生反馈,及时地去对法律条文进行再次塑造。

The Legal Standards of Directors' Duty of Diligence: Based on Two Case Studies in Zhejiang Province

Zhou Tianshu

Abstract: This article introduces the legal application of directors' duty of diligence by observing two cases in Zhejiang province. By introducing the development of case law in the UK and the US, it compares the different application standards in respect of duty of diligence and their implications. Finally, it makes some suggestions on how to improve this doctrine in Chinese Context.

Keywords: common law; case studies; director's duty of diligence; business judgment doctrine

(责任编辑:刘宇琼)

^⑨ (No 005136 of 1986) B. C. L. C.