

论商业判断规则在公司分红诉讼中的适用

卢 静

(复旦大学 上海黄金交易所, 上海 200001)

摘 要: 商业判断为董事和高管可能未尽忠实和勤勉义务的行为提供了适当的责任豁免的依据,而这也被视为公司治理立法对外部投资者尤其是个人投资者干预的过滤,即把董事、高管、控制股东和实际控制人是否违法、是否需要为股东和公司承担责任的解释权交给司法机关进行判断。在我国分红诉讼中引入商业判断规则,在遵循我国司法谦抑性的前提之下,可以针对公司管理层作出不分红决策这一行为进行合法性判断,在一定程度上保障中小股东等投资者的正当分红权益。

关键词: 商业判断规则; 公司分红; 利益冲突; 诉讼; 董事责任

中图分类号: DF591 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2018)01-0067-11

The Application of Business Judgment Rule in Dividend Litigation

LU Jing

(Shanghai Gold Exchange, Fudan University, Shanghai 200001, China)

Abstract: Business judgment provide the liability exemption basis for directors and executives who may be entirely faithful and diligent obligation behavior appropriate, which is also regarded as corporate governance legislation for outside investors, especially for individual investors intervention filtering, namely directors, executives, control shareholders and actual controllers is illegal, whether to shareholders and the company bear the interpretation of responsibility handed over to the judicial organs to judge. In the litigation of our country dividend introducing business judgment rule, under the premise of our country judicial deference and restraint, for the management of the company to make dividend decision behavior, to protect minority shareholders and other investors legitimate rights and interests of the dividends in a certain extent.

收稿日期: 2017-09-29 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2017年12月6日数字出版,全球发行

作者简介: 卢 静(1983-),女,安徽阜阳人,复旦大学管理科学与工程流动站博士后,上海黄金交易所与复旦大学联合培养博士后,法学博士,研究方向: 公司法、商法。

Key words: business judgment rule; corporate dividends; conflict of interest; litigation; liability of directors

法院在审理公司是否应当分红时,应关注公司提取的任意公积金是否必要、合理。公司提取任意公积金的行为必须基于经营发展所需,如果公司提取了数额较大的公积金,但是在此期间公司对资金并无大量的需求,经营管理层做出不分配红利的决定,理由为公司发展需要留存备用资金,且这一决定在大股东的支持下形成了公司不分红的股东大会决议。这种情况下中小股东可否起诉要求分红,诉讼之中是否可以适用商业判断规则呢?

一、商业判断规则

(一) 规则溯源

商业判断规则的提出源自珀西案,法官提出如果董事在制定公司方案时不存在疏忽,并且董事的决策是基于公平、合理的考量作出的,法院会维持董事会决策的效力^[1]。在此案中,商业判断规则仅为评判董事行为的标准,以普通理性人的主观认识作为评判标准,商业判断规则以“董事合理的注意”为主要内容^[2]。

1944年的凯西案中,法院的观点是法官在商事领域不如董事专业,董事判断公司的经营决策是否合理更具有职业优势。法官在审理公司经营行为时产生的信息成本并不低,一旦裁判错误造成的经济损失也可能更为高昂。如果原告能够证明董事是在获得信息并不完备的前提下做出的商业判断,则可以认定此行为存在重大过失;抑或是董事主观心态非善意;抑或是董事与决定事项有利害关系,此决策一旦实施不符合公司的最佳利益,董事才得以承担法律责任。凯西案确立了法院干涉公司行为的尺度,也蕴含有司法克制的宗旨。商业判断规则新的内涵有助于减轻法官在并不擅长的商业领域的审理任务,节约了有限的司法资源,提高商业纠纷案件的审判效率。

(二) 商业判断规则在域外司法实践的发展

1. 美国相关裁判规则

美国公司法所确定的商业判断原则属于公司治理的重要原则,出自法官造法。商业判断规则赋予董事会广泛的经营管理权,董事会作出经营决策时,可以以其所知悉的事实为基础,善意地、诚信地为公司的股东与公司的最大利益采取任何措施^[3]。依据美国法律研究所1994年公布的公司治理原则第4.01条第C项的规定,商业判断规则是指董事或职员在做商业判断时,应以善意履行注意义务,具体要求董事或职员对商业判断事务无利害关系;在当时的环境下被认为是做了较为恰当的理性判断;确信是为了公司的最佳利益^[4]。美国特拉华州最高法院解释商业判断规则也是为了规范法院作出合理的经营判断,同时将其作为证据规则^[5],商业判断原则旨在鼓励董事为公司的利益争取交易机会,如果得不到商业判断原则的庇护,董事有可能因过度的小心谨慎而做出错误的经营决策,致使公司获利减少,所以推定董事会为公司的经营管理已经尽注意义务^[6]。美国法院在审理分红诉讼时,一般会使用商业判断规则查明公司作出的分红决策是否公平合理,决策机关是否尽到谨慎义务,有无滥用管理权。如果不存在违反诚实信用原则的因素,则公司分红决策的效力得到法院的肯定^[7]。

在美国立法中,商业判断规则既是实体法上的构成要件,也是程序上分配举证责任的标

准。董事如果主张自己做出的经营决策符合商业判断规则,必须在作出决策前了解整个交易的详细内容以及可能发生的后果,应合理的调查所有的重大信息,并且证明是为了公司的利益。“假设公司的董事在作出商业决策时建立在信息充分的基础之上的,以善良忠实的主观认为该行为是为了公司利益最大化。”^[8]在 Del. C. § 251(b) 规定下,董事会如果在信息不充分或随意作出决定,则对股票持有者负有责任^[9]。商业判断原则防止法官以自己的见解取代公司董事的商业判断^[10],法院在审查时,判断的对象是董事会的行为是否符合善意、知悉、履行忠实义务与信义义务,以及为公司的利益进行公平合理的交易,而不是判断董事会的交易决策是否为获利行为。

据此可见,商业判断原则的目的不是要求董事会作出任何一项经营决策行为都可以使公司获利,而是要求董事会在作出经营判断时,是善意的、依据了解的事实为公司的利益作出决策。在某些时候,董事会作出经营决策时,可能先考虑自己的利益,其次再顾及公司和股东。所以,当董事会主张适用商业判断原则时,股东可以请求法院对董事会是否履行忠实义务进行审查^[11],也就是说商业判断的适用前提是尽忠实义务。董事会的忠实义务包括注意义务和忠诚义务,如果某项交易中也涉及到董事会的利益,不一定可以推翻商业判断对董事忠诚的推定。甚至商业判断规则被描述为一个不存在的原则,在适用中影响着司法审查董事的决策是否遵循注意义务^[12]。特拉华州普通公司法(Delaware General Corporation Law)第 144 条第 1 项规定,如果有重大事实显示公司与董事间存在利益冲突,且大部分无利害关系的董事以善意表决同意达成该项交易时,该交易并不因利益冲突而失效,当然同时也需要公司的股东会同意该交易。如果股东会主张即使是无利害关系的董事也会影响董事会的决议时,法院一般会否定股东会对董事会有偏见的论点。除非有特别的证据显示公司的独立董事也涉入董事自身的利益,法院会调整商业判断原则的适用,要求董事会皆由独立的外部董事组成,并作出公平的决策^[13]。美国特拉华州最高法院认为,判断根据相当的信息作出,应该从信息要件的形式观察^[14]。在审判防御中的通常传统是,对于一个自我决定安排的公司而言,在特拉华州法是通过商业判断规则,在英国是以公司董事和管理者的自由决定执行决定,即相对的自由内部管理法律原则。在公司的利益方面,针对董事个人非诚实的动机,当确定其是否合适地为公司利益诚实决策时创造了一个效率空间,为法院采用自由审判提供依据(在商业判断规则之下或内部管理教义)。传统说来,北美法院不情愿确切规定公司利益追求的细节,更倾向于保留这些事项作为公司缔约人解决的外部事宜。“172 节挑战了利益的传统定义,主要表现为以下 3 个方面:公司的利益是指客观表现为公司成功地为全体股东谋得利益;采用富有争议的方式去界定合适范围内董事在行动时应该做何考虑有助于公司商业的成功;第三也是最基础的,超越传统的对于公司是合同束的理解,促进有益于公司的非个体的一非人格化的理论。”^[15]

2. 德国相关裁判规则

德国立法者对于商业判断规则的理解为,对于企业的经营决策涉及企业的未来发展,无法明确也不宜适用司法评价,企业决策应遵循法律规定、章程规定及委任契约上的义务,并加以区分^[16]。德国立法者假设必须认定违反了相关义务的企业决策是错误的,例如忠实义务、告知义务、或违反一般法律或公司章程。在全球化的趋势下,德国为了提升本国企业的市场竞争力,于世纪之初不断改革公司治理的法律制度,特别是审慎地引入美国的公司治理

概念 在传统大陆法系中融入英美法系的公司法制度。1997 年 4 月德国联邦最高法院在 ARAG/Garmenbeck 案^[17]中,第一次把商业判断规则从美国的判例中加以援用。在该案的审理中,法院认为监事会监督检查董事会的经营行为乃为其法定的职责,董事会在公司营业的管理行为中应当以公司利益为主,尽忠实和勤勉之义务,基于此才享有自由的经营管理权。如果董事滥用权利则应承担损害赔偿责任。换言之董事没有履行勤勉义务和忠实义务给公司带来的损失或潜在风险,董事会应当承担赔偿责任^[18]。2005 年时联邦议会立法通过企业完整与撤销权现代化法,增订股东如果认为董事会的业务经营有可能违反忠实义务,可以行使损害赔偿请求权时向法院诉讼,进而将商业判断原则明文化。股份法增订这一原则,开启了董事会经营决策时免责的新时期。德国联邦议会在德国股份公司法第 93 条第 1 项第 2 款明文规定,商业判断原则作为一个安全港得以确认。这一安全港的构成要件为:企业的决策;善意;无特别利益或受他人影响的行为;为公司利益的行为;基于相当讯息的行为^[16]。

德国的股份公司的公司治理采取的是双轨制结构,即由董事会与监事会共同负责。董事会负责执行公司的日常事务,并管理公司,董事对于公司的规划和决策事项有很大的裁量权,并且不受任何指示的约束^[19]。董事会的主要职责是管理公司,董事们可以根据一般市场状况和客观资讯对于企业管理形式以合理的方式做出主观判断,而非毫无限制地自由裁量、选择或评价信息。董事会的决策仍被限制在可执行与合理的范围内^[20],董事会必须说明作出该决策的合理理由,并在逻辑上推论与决策相关的因素中无可疑之处^[21]。董事会的决议应当附加理由,包括董事会着重考量的机会与风险评估、拟采取的计划的利弊、作出决策所依据的信息范围等。附理由的决策也是监事会监督检查的一个重要对象,仅凭直觉做出的决策没有足够的理由作为支撑,无法适用免责规定。董事会必须尽一般善良管理人的注意义务,注意义务要求企业的经营管理者必须像受托人一样管理他人的财产,如果董事会的行为明显超越裁量范围逾越其职权构成违反注意义务。注意义务既可以作为董事会的责任判断标准,也可以作为客观的行为标准,具有两重功能^[22]。德国法规定的注意标准是以通常公司负责人的主观判断为准绳的,在审查董事会决策时应调查决策过程中行为的依据、关联性以及最后决策的内容,即在程序上也必须尽谨慎义务^[23]。依据市场情况、现存的经营管理机会与风险、以及其他决策的可能性、在采取决策时考虑的因素及可理解性等因素判断董事会是否存在领导错误^[24]。且根据第 93 条第 2 项第 2 款的规定,董事必须举证自己的作为或不作为是符合一个规矩和认真的公司业务负责人的行为要件,判断董事会、监事会的过失行为并非以董事个人的能力为准则,而是基于客观的行为根据客观的标准来判断^[25]。设置商业判断规则可以以免责的方式鼓励董事会,董事会要主张免责,必须在做决策时无重大过失。商业判断规则虽然创设了免责事由,但并非创造了一个毫无节制的法律特权。董事会需要说明作出决策时进行的分析,从所搜集到的资讯推测利大于弊时,方被认为是合理可行的决策^[26]。董事不可以完全以自己的直觉、经验或想象去预测公司的发展,而是需要根据稳定的信息为公司的利益作出决策,只有这样才能够主张股份公司法第 93 条第 1 项第 2 款规定的责任豁免^[27]。

根据股份法第 111 条的规定,监事会主要职责在于监督公司的业务的执行,当董事会决议涉及公司根本利益时必须征得监事会的同意^[28]。股份公司法第 116 条也明文规定,监事会与董事会一样,必须尽第 93 条第 1 项第 1 款所规定的一般善良管理人的注意义务,德国联

邦最高法院的判决确定了监事会的监督义务包括董事会的战略性决策、检查公司经营现状和将来发展、审查董事会行为的合法性、合规性、合目的性与效率性^[29]。在监事会依据股份公司法第 111 条第 1 项的规定行使监督与检查任务时,不能认为对于监事会也广泛适用商业判断规则,只有监事会在自行进行企业经营决策时(如决定行使同意权);或履行人事决定、审计职员缔约、参与确认年度财务报告等履行职务时方可以适用商业判断规则^[30]。

3. 商业判断规则域外法适用总结

董事、高管的忠实义务、勤勉义务等法定义务,究其本源乃是公司经营者的道德责任。为了防止该法定义务的不当扩张限制或冲击了董事、高管的正常管理行为,法律在制定的过程中也考虑到公司的自治性需求,增设商业判断条款以求平衡。商业判断为董事和高管可能未尽忠实和勤勉义务的行为提供了适当的责任豁免的依据,而这也被视为公司治理立法对外部投资者尤其是个人投资者干预的过滤,即把董事、高管、控制股东和实际控制人是否违法、是否需要对公司承担责任的解释权交给司法机关进行判断。

一般认为,商业判断规则的适用需要考虑以下因素:(1) 为了公司的利益:董事会为公司做出的经营决策必须考虑到公司的整体利益。公司的长期收益增加、公司的竞争力得到维持即为公司的利益^[16]。(2) 无利益冲突:如德国立法者认为,如果董事会已经披露利益冲突,即不会造成损害。即虽然存在利益冲突,但不影响董事会作出决策^[16]。(3) 善意:董事会必须以善意为公司作出决策,即董事必须认为自己的决策是正确的,才受商业判断规则的保护^[31]。(4) 举证责任方面,德国法律规定公司机关就符合商业判断规则的构成要件负举证责任^[32],因为董事对公司经营的情况比较清楚,可以针对相关问题作出更好的说明。股东必须提出股份公司法第 148 条第 1 项第 3 款所规定的因董事不诚信、严重违反法律或章程而造成公司损害的事实,以阻止少数股东滥用诉权的可能性。美国法律研究所的公司治理原则第 401 条 d 项规定,应由起诉的股东负举证责任,如果其主张不适用商业判断保护规则时,应由董事就完全公平交易负举证责任^[33]。

二、分红诉讼的域外裁判经验

(一) 英美法系的分红诉讼规则

“在英美法系,早期的观点认为公司分红政策蕴含着股东和管理层之间固有的利益冲突,因此不应当利用商业判断规则过度保护管理层作出的分红政策”^[34]。法院判断公司作出红利分派政策是否适当,是以“适当目的”作为衡量标准的,如果董事会做出的分红决策得不到合理商业目的这一理由的支撑,法院会依据商业判断规则认为分红决策是违法的。英美法系判例确立的规则是,管理层有权利决定公司是否向股东派发红利以及红利的金额,除非有证据证明管理层确实存在滥用经营管理权的行为,否则法院一般不会受理由于公司分红行为引发的纠纷。仅仅从股利是否发放、股利数额的多少以及公司以何种形式向股东分红去辨别公司分红行为的合法性,是有失偏颇的。在对公司分红行为的合法与否作出判断之前,审判者需要知悉公司经营情况和财务信息,甚至包括外界市场的影响因素等,由于不具备这些专业知识,法院通常没有能力作出是非判断。

英国 1948 年《公司法》首次规定了英美法上的不公平损害救济,其中明确当大股东或控股股东利用持股优势排挤中小股东时,后者可以基于自身利益向法院提起诉讼,以弥补派生诉讼对中小股东救济不充分。普通法的大量案例认定的不公正歧视行为包括公司管理层获

得过高的报酬、公司不向投资者不分红等。如果股东认为自己的利益受到公司行为的损害,或者将来有可能受到公司行为的损害,可以通过申请法院令的方式维护自身权益。除了股东有资格申请法院令之外,符合条件的贸易工商大臣也可以申请法院令。法院受理申请之后,可以在必要的情况下制发法院令,对公司的行为进行规范约束,要求公司作出一定的行为或者是停止正在进行的行为。包括在法令中要求公司向股东分派红利,或者要求公司不得向董事支付过高的薪酬。英国1989年《公司法》第459条规定,如果公司的行为(即将)不公平地损害了整体成员的利益或部分成员的利益,公司成员可以起诉至法院请求救济。在这种诉讼模式中,股东为原告,被告为公司以及有过错的股东或董事。涉诉公司的行为包括交易行为、分红决定、投票事宜等所有由董事会负责的事项^[35]。起诉的法律基础在于被告的行为违反了法律、公司章程或股东协议,如股东被排除不得参与公司管理、董事不当分配股利、公司不支付红利等。如果法院认定被告的不公平损害行为成立,将会判令公司为或不为某种特定行为或授权以公司名义提起派生诉讼的权利,“但是英国法院到现在为止还没有做出给予赔偿的判决”^[36]。

美国判例法确立的规则是,管理层有权利决定公司是否向股东派发红利以及红利的金额,除非有证据证明管理层确实存在滥用经营管理权的行为,否则法院一般不会受理由于公司分红行为引发的纠纷。只有在欺诈、违反诚信和重大失职时,法院才会作出强制分配股利决议。典型案例有道奇兄弟诉福特公司案(Dodge v. Ford Motor Company)案^[37],法院在该案中认为,不能因为公司的发展计划对股东少分或部分利润。道奇兄弟向福特公司注入资金成为公司的股东之一,福特公司经过多年经营之后,以为了向其他社会成员分配更多的红利为由,减少了向道奇兄弟派发红利的数额。道奇兄弟诉至法院,请求认定福特公司降低分红标准向自己派发红利的行为无效。彼时美国公司法律法规体现出的是股东利益至上的宗旨,法院认为福特公司以增进社会福利为理由,而拒绝向股东正常派发红利这一行为是不合法的。

受商业判断的影响,美国普遍采用的审理公司红利分派纠纷的规则为,董事会做出的关于公司是否向投资者分配红利的决策效力一般是得到法律肯定的,但如果董事会滥用经营管理权恶意留存原应分配给股东的公司利润时,法院可以通过判决的形式强制董事会作出分配红利的决策。美国法院一般根据经营惯例去判断公司某一年度应向股东分配的红利,并且在为期数年的时间段内都享有对该公司分红事宜的管辖权,以确保公司作出合理的分红决策。对股权集中度很高的公司,如果能够证明控股股东出自非商业目的或非正当目的进行过高的红利分配,这种利润分配行为即为无效^[37]。在审理股东起诉公司要求分红的案件中,法院通常使用商业判断规则去判断分红决策是否公平、合理,董事会是否履行忠实勤勉义务,是否滥用管理权^[38]。法院在公司、董事会存在欺诈、违反诚信和重大失职情况下会作出强制公司向股东分派红利的裁决,也就是说如果公司的分红决策不符合“适当目的”标准,违背股东利益最大化的原则时,法院支持原告的诉讼请求。如果股东诉讼请求只是针对管理层投资业绩较差等行为,那么法院一般不会判令原告公司胜诉^[39]。

英美法系国家认为,只要公民因权利遭到损害申请司法救济,司法部门就应当遵循“自然正义”的精神予以纠正。因此英美法系法官的自由裁量权影响巨大,他们可以决定诉的利益存在与否。美国证券法上的诉权有两种情形,第一种是可以起诉违反证券法律明确规定

的行为,也有学者称之为明示诉权,另一种情形则是法院以保护投资人利益为准则,根据证券法的意图分析确定是否赋予投资者诉权,也称之为默示诉权。在英美法系中一直存在法官造法的惯例,法官在被赋予主动性和创造性的权利之下可以根据自己对法律规定的理解审理案件,并最终形成判例。如果遇到无先例可循的新案件,法官有权创设新的法律规则,法官的自由裁量权增加了英美法的灵活性和适应性。司法权介入公司治理问题,更多时候需要在复杂的个案中依靠法官自由裁量,一直奉行判例法的英美法系国家则是得心应手。英美法系,尤其是美国的特拉华州倾向于司法机关在商业领域享有广泛的裁量权。当发生不同于先例的投资者权益受侵害的新情况时,法官一般以忠实义务、公平正义等一般法的精神行使自由裁量权,对新的纠纷进行裁断。因此英美法中司法权对公司治理发挥的作用较大。此外,在英美国家公众公司因为信息披露制度的严格以及外部收购市场的压力,一般依靠外部市场来促进公司治理,司法主要起到事后赔偿救济的作用。

(二) 大陆法系的分红诉讼规则

在大陆法系,禁止权利滥用原则是允许股东诉请公司分配红利的制度根源,禁止权力滥用原则的含义是指,为了公众利益的维护,法律对权利主体的行为进行一定的限制,防止私人权利的过度使用损害公共利益^[40]。2005年日本编纂公司法典,其中规定了股东享有请求法院停止董事违法行为的权利,包括董事的行为可能造成公司利益损失的情况。具体规定为,如果董事没有遵守法律或公司章程的规定,公司的监察人也未及时阻止董事时,股东得以要求董事停止侵害公司。此外,大陆法系国家的通常将民事诉讼程序区分为诉讼程序和非诉程序(或称特别程序),司法介入公司治理的途径包括诉讼和非诉两种形式。诉讼为传统、常见的纠纷解决方式,通过原被告双方的互相质证和辩论,法官作为中立方对案件进行处理,以解决当事人之间的一般民事权利义务纠纷。非诉则目的在于预防纠纷的产生,以程序为主导,通过指令强制对方服从,并不针对纠纷双方的权利义务作出直接判断。非诉程序是法院提前主动干预公司的经营行为,避免公司运行的发生紊乱,以及利益相关者遭受更大的损失。“德国、日本等国家在一般的民事诉讼法之外另行制定了非讼案件程序法,规定了不同类别的非诉程序案件,包括民事非诉程序案件和商事非诉程序案件。商事非诉程序案件均与公司有关,包括命令公司解散、股份买卖价格的确定、股东大会召集的许可等”^[41]。非诉程序中的法院的定位是主动型的,甚至在个案中可以直接取代公司机关对营业行为进行控制,体现了法院对公司治理主动进行司法干预。如德国股份公司法第142条规定,股东质询董事会时,如果对答案不满意,可以提起强制咨询程序,法院只对公司提供的咨询是否充分、正确进行审查^[42]。

三、对我国的启示

(一) 我国分红诉讼秉持的司法谦抑性

大陆法系国家的民事诉讼奉行法定主义,没有制定法确定的诉之利益法院无受理根据,我国立法大抵也是这样^[43]。根据我立法现有的规定,当上市公司的控制股东借资本多数决制度之契机,操纵公司提取较多的公积金,导致公司可供分配的盈余金额过少,无法向投资者分红或者即使分红但是红利很少时,认为预期收益权利受到侵害的股东可以行使公司法赋予股东的质询权、提案权、临时股东大会的召集权等维护权利等,必须穷尽公司内的救济方法之后,向法院提起公司分红诉讼。如果公司提取的法定公积金和任意公积金数额巨大且

近期内对于资金的需求并不急迫,经营管理层以公司发展需要留存利润为由作出不分配红利的决定,且在大股东的赞同之下股东大会亦通过不分红的决议。这种情况下中小股东可否起诉要求分红,诉讼之中是否可以适用商业判断规则等问题在我国现有的法律体系中无法直接寻求答案。

公司法总体上属于私法,肯定和尊重公司独立法律人格,公司是一个有独立人格和自主意思的法律主体,法院只需要维持公司运行程序方面的公平,即可以有效促进实体正义。司法行为应当尊重私法自治,公司自治,坚持司法有限干预原则。哈佛商学院的学者认为“公司的经营管理机构如董事会遇到的经营效益、董事会的决策与管理、公司的组织架构等问题,很多是法律力所不及的。因为解决这些问题的关键不在判断是否合法,而是商业经营能力的问题。法案中规定的惩罚性条款也无力解决公司治理中出现的真正问题”^[44]。根据司法介入公司治理领域以及争议的不同性质,可以定位司法权介入的尺度“如存在违反法定义务或禁止性规定的行为,法院在接到当事人诉请时应当行使司法裁断权;对于商业行为的是非判断,法院的审理应该是谨慎的;对于一个司法机关无法解决的请求,如仅仅是股东请求公司分配股利的案件,法院一般情况下应该拒绝受理。”^[36]这是法律最基本的原则,有关上市公司的事务,司法机关没有理由去干预公司内部的经营管理行为,事实上也没有法院进行这样的干预^[45]。

在我国,大量可诉的公司纠纷在类型上表现为程序性争议,如公司股东大会决议无效或可撤销之诉。即使如公司怠于召开股东大会,法院一般判令公司召开会议而非直接取代公司决定公司会议事宜。法院对公司纠纷的审大部分从程序的层面进行干预,唯独公司内部救济用尽时,法院才从实体层面对公司的法律关系进行处理^[46]。

(二) 我国分红纠纷审理中引入商业判断规则的合理性

商业判断规则是司法谦抑性在公司法领域的典型体现,商业判断规则秉持的理念为只要管理层做出的商业决策符合勤勉、谨慎的要求,并且不存在欺诈、违法或利益冲突,法院不会干预管理层做出的决策。较大的公众公司以及市场催生的机制可能包括,竞争确保公司内部治理结构中信息传输系统的通畅、公司证券价格合理,甚至不需要借助州规定的披露规则强制规则^[47]。个人的命令,比起公共政策,更应该是独有的有决定性的普遍管理形式,也是未来法制机构治理体系的主要驱动。法院运用商业判断规则时,重在判断管理者的决策是否缘于秉持良好信念,只要公司行动计划对股东有利,即认定为是合理的,尽管是间接地或无形的^[48]。基于对被告董事应履行的诚信义务,符合商业判断要求的行为被认为是一些合理的、基于推进公司与其股东的利益的,无论对于股东的财富的确切联系是多么间接、无形^[49]。

我们国家的立法没有大陆法系国家法典的严密、精准,客观上为法官提供了一定的自由裁量空间。“实体法的任务主要规定、指引各种实体权利的行使,不需要为每一种实体权利都附加一个程序法领域的诉讼权利,当然在客观上也很难实现……如果在每项实体权利的规定都佐以相关救济条款,那么实体法律规定不仅变得冗长拖沓,民事诉讼律制度也没有单独存在的必要性了”^[50]。一般认为针对公司类的纠纷审判人员享有一定的自由裁量权,公司是否应当向股东分红派现应当囊括在内。“各地法官较为认同的自由裁量要旨维护商事活动的稳定性(76.4%),公司自治原则(56.2%),遵循公司维持原则(45.8%),注重投资者利益保护(42.6%),尊重商业判断(41%)”^[51]。除此之外,我国现有的法制体系中,法院不

享有监督机构的行政立法权,但是最高人民法院可以以颁布司法解释、具体判例的方式弥补法律的漏洞,补充和完善证券市场规则,规定公众投资者对于上市公司分红行为的司法审查请求权。

(三) 商业判断规则在我国分红诉讼中的适用

本文认为,在公司分红诉讼中可以适用商业判断规则对董事、控股股东的不分红决策或决议进行司法审查。如果公司提取的法定公积金和任意公积金数额巨大且近期内对于资金的需求并不急迫,经营管理层以公司发展需要留存利润为由作出不分配红利的决定,并在大股东的赞同之下股东大会亦通过不分红的决议。此类公司分红争议应当具有可诉性,此乃现代法治的需要。现代法治的意义在于向法院提起诉讼的权利是当事人的基本权利,诉讼制度旨在为法律关系主体提供权益受侵的救济途径。在目前我国证券市场投机氛围浓厚的情况下,为保障投资者的权益,应当扩展纠纷的可诉性的范围。当投资者与上市公司因分红问题的纠纷产生,当事人可以将纠纷诉诸司法得以最终解决。商业判断制度意义在于赋予公司的管理层一个相对自由的决策空间,使其不会因为担心遭到责任的追究而过于保守地经营公司事务。如果董事作出公司决策时是符合诚信标准的,那么法院进行审理判断时也应维持决策的效力,并且不要求决策者承担法律责任。但如若不是,得不到商业判断规则庇护的公司董事应为投资者失去应得红利的后果承担法律责任。

在国外,商业判断规则已被广泛运用于公司股利分配这一领域^[52]。“商业判断规则的提出为董事提出了明确的行为标准,即董事的行为须得出于诚实、善意、尽其合理的注意并为公司的最佳利益行事”^[53]。虽然投资者向公司注入资金成为股东是为了获得较之借贷更高的投资回报,是理性经济人为了实现自身利益最大化的自愿选择。公司经营中的风险和收益是并存的,股东投资于一个公司,等同于认可了公司的经营能力并自愿承担公司的经营风险。但如若中小股东等投资者的正当收益权得不到保障,将会大大挫伤市场投资公司的积极性,进而影响公司的设立、存续和发展^[54]。商业判断规则在公司分红纠纷中的应用,既可以促使经营管理层发挥积极创新的能力,为公司业追求更大的经济利润,也可以如学者主张的“应赋予公司董事享有更广泛的裁量权限,即使其经营判断上有错误或其结果不如预期,仍可免于承担法律责任的潜在威胁,以促进社会经济发展具有更大的竞争力”^[55]。

商业判断规则的要义在于只要公司董事决策是基于合理推定做出的,就可以对抗股东的起诉。商业判断规则的价值取向在于保护董事的经营自主权,其运用中也可能造成负面影响。如果大股东在上市公司中居于强势地位,并且占据董事会的多数席位,商业判断规则会对大股东滥用控制权提供制度依据,对保护中小股东的权益极为不利。此外,商业判断规则采用的举证责任也给中小股东造成很大的障碍,依据规则精神,法院一般肯定董事会经营决策效力,不会审理董事会所作公司决策的合理性。除非有证据表明决策者存在主观欺诈、恶意或决策的执行明显不合理,法院才会认定董事会滥用经营管理权,而客观存在的难度导致中小股东一般很难完成这些举证责任。

商业判断规则在分红诉讼中适用的例外情形:如果公司的董事会和大股东以公司的发展需要留存利润为由作出不分配红利的决策,并且主张适用商业判断规则免除法院的审查,中小股东就被排除寻求分红权司法救济的机会了。所以,中小股东应当针对商业判断规则的排除适用情形在分红诉讼中组织证明材料,否定商业判断规则在分红纠纷中的适用,追究

公司责任人应当承担的不当分红决策的责任。比如中小股东可以通过证明大股东凭借参与公司经营管理的便利领取公司高额薪酬,既是留存公司盈余不分配到的决策者又是实际公司收益的分享者,显然不符合商业判断规则要求的“不得存在利益冲突”的规定,以达到追究有关主体承担法律责任的目的。

参考文献:

- [1] See Casey V. Woodruff et al. , 49N. Y. S. Second Edition ,1994 p. 625.
- [2] See Henry Ridgely Horsey , The Duty of Care Component of the Delaware Business Judgment Rule , 19Delaware Journal of Corporate Law ,1994 p. 975.
- [3] Emerald Partners V. Berlin , Second Edition 2001 p. 787.
- [4] Block/Barton/Radin , The Business Judgment Rule—Fiduciary Duties Of Corporate Directors , Fifth Edition Vol. I , New York , 1988 p. 105.
- [5] Cede V. Technicolor , Second Edition ,1994 p. 634.
- [6] Theodor Baums , Company Law Reform in Germany , European Corporate Governance Institute , SSRN 2002 p. 4.
- [7] Randall K. Justice , The Duty of Corporate Directors to Pay Dividends 87Ky. L. J. 239(1999) ; 转引自胡田野. 公司法律裁判[M]. 北京: 法律出版社 2012.
- [8] Aronson V. Lewis 437 A. 2d at 812; see also Brehm V. Eisner , Second Edition p. 746.
- [9] Melvin Aron Eisenberg 《Corporations and other business organizations》, Foundation Press 2003 p. 107.
- [10] Joy V. North , 692 F. 2d 880 , C. A. Conn. , 1982.
- [11] Unocal Corp. V. Mesa Petroleum Co. , Second Edition , 1985 p. 493.
- [12] See S Baimbridge: The Business Judgement Rule as Abstention Doctrine 57 Vanderbilt Law Review 8 2004.
- [13] Goodwin V. Live Entertainment Inc. , Second Edition , 1999 p. 741.
- [14] Smith V. Van Gorkom , Second Edition , 1985 p. 488.
- [15] Marc T Moore 《Corporate Governance in the shadow of the State》, OXFORD and Portland , Oregon 2013 p. 193.
- [16] Begründung des Regierungsentwurfes , Bundestags – Drucksache 15/5092 S. 11.
- [17] BGHZ 135 244ff.
- [18] BGHZ 135 2453f.
- [19] Jürgen Bülker/Jörg Fecker , Business Judgment Rule: Unternehmerischer Haftungsfreiraum für leitende Angestellte , NZA 2007 S. 593.
- [20] Begründung des Regierungsentwurfes , Bundestags-Drucksache 15/5092 S. 12.
- [21] Katja Langenbucher , Vorstandshandeln und Kontrolle—Zu einigen Neuerungen durch das UMAG , DStR2005 , S. 2087.
- [22] Wolfgang Zöllner (Hrsg.) , Kloner Kommentar zum Aktiengesetz , Band 2 , Köln , Berlin , Bonn , München 1995 , § 93 Rn. 7.
- [23] Katja Langenbucher , Vorstandshandeln und Kontrolle—Zu einigen Neuerungen durch das UMAG , DStR2005 , S. 2086.
- [24] Münchener Kommentar zum Aktiengesetz , 2. Auflage 2004 , München: Verlag C. H. Beck , § 93 , Rn. 24.
- [25] Uwe Hüffer , Aktiengesetz 6. Auflage , München 2004 , § 93 , Rn. 14.
- [26] Katja Langenbucher , Vorstandshandeln und Kontrolle—Zu einigen Neuerungen durch das UMAG , DStR2005 , S. 2088.
- [27] Christoph Brömmelmeyer , Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands—Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgement Rule , WM2005 S. 2065.

- [28] Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zur Transparenz und Publizität vom 11. 4. 2002, Bundestags-Drucksache 14/8769, S. 12.
- [29] J. Buchta/J. van Kann, Die Haftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft-aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, DStR 2003, S. 1665.
- [30] Hans-Christoph Ihrig, Reformbedarf beim Haftungsbestand des § 93 AktG, WM2004, S. 2106.
- [31] Markus Roth, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands: Handlungsspielräume und Haftungsrisiken insbesondere in der wirtschaftlichen Krise, München 2001, S. 63.
- [32] Begründung des Regierungsentwurfes UMAG, Bundestags-Drucksache 15/5092, S. 11.
- [33] Cede V. Technicolor, Second Edition, 1994, p. 345.
- [34] 杨光. 上市公司强制分红之法理探析[J]. 德州学院学报 2013 (10): 15.
- [35] Re Cumberland Holdings Ltd(1976) 1 ACLC 361, pp. 374 – 375.
- [36] 蒋学跃. 司法介入公司治理法律问题研究[M]. 北京: 人民法院出版社 2010.
- [37] [美]罗伯特. C. 克拉克. 胡平, 等译. 公司法则[M]. 北京: 工商出版社, 1999.
- [38] 胡田野. 公司法律裁判[M]. 北京: 法律出版社 2012.
- [39] See e. g. Berwald V. Mission Dev. Co., 185 A. 2d 480, 482 (Del. 1962); Kamin V. American Express Co., 383 N. Y. S. 2d 807, 811 (Sup. Ct.), Victor Brudney & Marvin A. Chirelstein, Corporate Finance, Third Edition, 1987, p. 502.
- [40] 梅仲协. 民法要义[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- [41] 刘桂清. 公司治理的司法保障——司法介入公司治理的法理分析[J]. 现代法学 2008 (8): 28.
- [42] [德]托马斯. 莱赛尔, 吕迪思. 法伊尔. 高旭军, 等译. 德国资合公司法[M]. 北京: 法律出版社 2005.
- [43] 姚怀生, 邱小林. 纠纷与法律纠纷及相关概念的辩证探析[J]. 河北法学 2017 (9): 105.
- [44] Kenneth R. Andrews, Corporate Governance Eludes the Legal Mind, January, 1983, 37U. Miami L. Rev. 213.
- [45] Burland V. Earle [1902] AC 83 (PC) 93.
- [46] 蒋大兴. 公司法的观念与解释 II (裁判思维 & 解释伦理) [M]. 北京: 法律出版社 2009.
- [47] See FH Easterbrook and DR Fischel: Mandatory Disclosure and Protection of Investors (1984) 79 Vanderbilt Law Review 669.
- [48] Revlon Inc V. MacAndrews & Forbes Holding Inc 506 A., Second Edition, 1986, p. 173.
- [49] See Shlensky V. Wrigley 237 NE 2d 776 (Ill 1968) and Dodge V. Ford Motor Co 170 NW 668 (Mich 1919).
- [50] 谢文哲. 公司法上的纠纷之特殊诉讼机制研究[M]. 北京: 法律出版社 2009.
- [51] 王信芳. 商事审判法官自由裁量权研究 [M]. 上海: 上海人民出版社 2013.
- [52] See Douglas K. Moll, shareholder Oppression & Dividend Policy in the Close Corporation, 60 Washington & Lee Law Review 862.
- [53] 常健, 张强. 商业判断规则: 发展趋势、适用限制及完善——以有限责任公司股利分配为视角[J]. 法商研究 2013 (5): 15.
- [54] 廉恩臣. 上市公司股东表决权限制机制探析[J]. 河北法学 2017 (7): 162.
- [55] 戴志杰. 公司法上“经营判断法则”之研究[J]. 月旦法学杂志 2004 (3). 转引自常健, 张强. 商业判断规则: 发展趋势、适用限制及完善——以有限责任公司股利分配为视角[J]. 法商研究 2013 (5): 15.
- (全文共 18 206 字)