

董事违反勤勉义务判断标准的具体化

叶金强*

摘要: 董事行为妥当性判断,应在特定商业背景之中作出。勤勉义务可将商业判断规则融入其中,以统一董事行为妥当性判断规则。董事违反勤勉义务之判断可采理性商人标准,通过理性人知识和能力的具体化,构建出理性商人形象,并重构行为作出之商业背景,进而判断具体化的理性商人在重构的商业背景之中为个案董事所为行为时,是否有过失。董事违反勤勉义务之过失程度宜确定为重大过失,仅在董事有违反忠实义务的可能性时,方才降低过失程度的要求。

关键词: 董事 勤勉义务 判断标准 理性之商人

一、问题的提出

董事负有勤勉义务,应合理、谨慎地处理公司事务,此为各国公司法通例。对于董事勤勉义务的法律基础,有学者指出:公司与董事之间为委任关系,委任关系是董事权利、义务的发生依据。⁽¹⁾日本学者也指出:董事与公司的关系是委任关系,负有作为受任者的善管注意义务。⁽²⁾这里,董事受托于他人而为他人谋事,其勤勉义务根植于主体间关系之属性,为“事物的本质”之体现,具有立法也不能否认之特质;勤勉行事应为委托关系不可或缺之元素,受托人不负勤勉义务之委托关系基本无法想象。有英美法学者认为,注意义务(即勤勉义务)具有坚实的道德基础,为道德义务的体现,当一个人承担一项含有损害他人之风险的任务时,其即负有谨慎勤勉履行职责的道德义务。⁽³⁾诚然,受人所托、为人谋事,理应尽其所能谨慎行事。

我国1993年制定的《公司法》没有对董事勤勉义务作出任何规定,⁽⁴⁾2005年《公司法》修改时,增加了董事勤勉义务之条款,现行《公司法》(2013)第147条明确规定,董事对公司负有勤勉义务。《公司法》之外,2006年的《破产法》第125条第1款规定:企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务,致使所在企业破产的,依法承担民事责任。1997年的中国证监会《上市公司章程指

* 南京大学法学院教授,法学博士。本文系国家社科基金一般项目“侵权法所保护利益范围的确定模式研究”(项目编号:18BFX117)的研究成果。

(1) 王保树《股份有限公司机关构造中的董事和董事会》,载梁慧星主编《民商法论丛》(一),法律出版社1994年版,第114页。

(2) [日]前田庸《公司法入门》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第315页。

(3) See Melvin Aaron Eisenberg, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, 51 U. Pitt. L. Rev. 945, 945 (1990).

(4) 不过,立法没有规定并不意味着董事不负有勤勉义务,以契约关系为基础,同样可以将董事勤勉义务解释出来。

引》(后经2006年、2014年两次修订),针对上市公司,详细列举了董事勤勉义务的具体内容。⁽⁵⁾ 这里,此种列举式规定是否妥当,尚有商榷余地;勤勉义务本即一般性过失之下具体设定之义务,⁽⁶⁾ 违反勤勉义务即有过失,此项义务实不宜通过列举的方式来规定,“谨慎管理义务是一个一般性的条款;在实践中,它可以包括无数的且并没有完全包括的行为准则”。⁽⁷⁾ 实际上,董事在处理所有公司事务过程中均应谨慎行事,勤勉义务无处不在。作为典型的“手段债务”,不同于“结果债务”,勤勉义务之履行表现为尽到合理之注意,其展现于过程之中。故有学者强调指出,商业判断规则重在达成决策之过程的合理性,而不是决策的最终后果(ultimate outcome),决策背景下的应有谨慎(due care),仅指过程中的应有谨慎。⁽⁸⁾ 另有学者强调:可能由于受到竞争者的快速反应、法律或者银行利率的变化或者消费者喜好不定等要素的影响,事后我们可以看到公司某项商业决定效果甚差,但这并不表明它们自始即犯了错误;只有对所有结果及其可能性详加分析,法院才能就该决定是否明智作出判断。⁽⁹⁾

勤勉义务之确立应属毫无疑问,而公司法实践中的关键性问题是,应依据什么样的标准来判断董事在具体事务处理中是否尽到了勤勉义务?对此,比较法上有不同的实践。英美法上发展出商业判断规则(the Business Judgment Rule),董事行为符合商业判断规则者,无需承担民事责任;大陆法系的德国在董事谨慎义务之下,其《股份法》第93条提出了“一个正直、勤勉的经理”(eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter)的标准;日本法上董事义务依照民法委任之规定,董事勤勉义务判断采《日本民法典》第644条规定的“善良管理人之注意”标准。我国法上,学者多集中于国外标准的剖析,且主张引入商业判断规则的呼声很高。⁽¹⁰⁾ 司法实践中,许多判决展露出鲜明的参照国外标准的痕迹,例如“上海川流机电专用设备有限公司诉李鑫华高级管理人员损害公司利益赔偿案”中,判决书中直接援用了美国商业判断规则所确立的标准;⁽¹¹⁾ 另在“陈××、吴甲等与吴乙二审案”中,判决书指出:董事应当勤勉谨慎,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。⁽¹²⁾ 这里,基于现有的理论积淀及法律实践,应当如何构建我国违反勤勉义务之判断标准?个案中标准应怎样具体化?商业判断规则与勤勉义务到底是何种关系?这些问题均有待深入探讨,本文也将围绕这些问题展开讨论。

(5) 《上市公司章程指引》(2014)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。”

(6) See Melvin Aaron Eisenberg, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, 51 U. Pitt. L. Rev. 945, 945 (1990).

(7) [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第161页。

(8) Ryan Scarborough & Richard Olderman, *Why Does the FDIC Sue Bank Officers? Exploring the Boundaries of the Business Judgment Rule in the Wake of the Great Recession*, 20 Fordham J. Corp. & Fin. L. 367, 373 (2015).

(9) [美]弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔《公司法与经济结构》,罗培新、张建伟译,北京大学出版社2014年版,第98页。

(10) 参见赵骏《董事勤勉义务研究:从域外理论到中国实践》,载《浙江学刊》2013年第2期,第143页;蔡元庆《经营判断原则在日本的实践及对我国的启示》,载《现代法学》2006年第3期,第188页。胡晓珂《论我国〈公司法〉修订中对董事注意义务的完善》,载《中央财经大学学报》2005年第4期,第80页。

(11) 参见上海市闵行区人民法院(2009)闵民二(商)初字第1724号民事判决书。该判决书中写道:董事是否履行了勤勉义务,应该从三个方面加以辨别:一、须以善意为之;二、在处理公司事务时负有在类似的情形、处于类似地位的具有一般性谨慎的人在处理自己事务时的注意;三、有理由相信是为了公司的最大利益的方式履行其职责。

(12) 参见浙江省高级人民法院(2010)浙商终字第37号民事判决书。

二、勤勉义务与商业判断规则

商业判断规则起源于普通法系,对我国公司法理论及实务有着深刻的影响,国内相关主题论文不胜枚举,且上文所引案例业已参酌商业判断规则作出判决。比较法上,英国1742年的Charitable Corp. v. Sutton案,被认为是商业判断规则的始祖。⁽¹³⁾ 美国最早的案例,则是1829年路易斯安那州最高法院的Percy v. Millaudon案。⁽¹⁴⁾ 商业判断规则在美国现已几乎被普遍采用,规则要求法官采用比客观过失更宽仁的标准,来评判董事作出的非自利的商业决策,由此免除董事承担个人责任的风险。⁽¹⁵⁾ 特拉华州法院将商业判断规则描述为:推定董事作出商业决策系基于充分信息、善意,并真诚地相信所采取行动符合公司最佳利益,除非原告能够推翻推定,否则法院会尊重董事的决策,董事不会面临个人责任。⁽¹⁶⁾ 对于商业判断规则的正当性基础,有学者认为主要有三个:鼓励董事敢于冒险、避免司法侵入商业决策、维护董事会在公司治理中的决策中心地位。⁽¹⁷⁾ 另有学者指出,市场机制已经为董事谨慎行事提供了足够的激励,⁽¹⁸⁾ 言外之意即是不再需要通过个人责任来促使董事慎行。

商业判断规则的确立,也有许多学者强调乃因法官商业知识的缺乏,⁽¹⁹⁾ 以及司法对商业实践的尊重,认为商业判断规则是司法不介入原则的体现。⁽²⁰⁾ 笔者认为,此种观点颇值商榷。商业判断规则作为一个法律规则,最终还是要法官去适用,其要义并不在于法官不介入,而在于法官作出判断时需充分考量董事决策的商业背景。法官作为法律人,其知识体系的核心是法学知识,但具体案件总会以不同的生活类型为背景,法官均得介入并作出判断,只是法官应尊重相应领域的事理逻辑,必要时还得借助于专家意见。专家意见的存在,反映了法官基于自身知识体系的局限而作出合理的缓入,在引入专家意见的情形下,可以认为专家意见所具体针对的问题,法官是置身于外的,其仅是在评价和运用专家的结论。如果商业判断规则要求对董事行为的评价得由商业专家作出,则可认为其体现了法官不介入的政策。而商业判断规则之中,并没有包含引入专家意见的要求,只是强调需回到相应的商业背景之中去作出判断。与此类似,在医疗领域也许可抽取诸如“医事判断规则”之类的规范,但医事领域常常引入专家意见,其中所谓“法官不介入”的色彩显然比商业判断规则更为浓厚。商业判断规则只是强调法官介入的约束之所在,即法官需要回到商事背景中判断董事行为的合理性;严格意义上,其与法官知识体系的考虑并无多少关联,并没有怀疑法官具备在充分商业信息基础上得出结论

(13) 参见邓峰《代议制的公司》北京大学出版社2015年版,第142页。

(14) Ryan Scarborough & Richard Olderman, *Why Does the FDIC Sue Bank Officers? Exploring the Boundaries of the Business Judgment Rule in the Wake of the Great Recession*, 20 Fordham J. Corp. & Fin. L. 367, 373 (2015).

(15) Todd M. Aman, *Cost - Benefit Analysis of the Business Judgment Rule: A Critique in Light of the Financial Meltdown*, 74 Alb. L. Rev. 1, 7 (2010 - 2011).

(16) Todd M. Aman, *Cost - Benefit Analysis of the Business Judgment Rule: A Critique in Light of the Financial Meltdown*, 74 Alb. L. Rev. 1, 7 - 8 (2010 - 2011).

(17) Brandon J. Stout, *Corporate Directors Making Business Judgments in Tennessee: The Business Judgment Rule*, 44 U. Mem. L. Rev. 455, 470 (2013).

(18) Todd M. Aman, *Cost - Benefit Analysis of the Business Judgment Rule: A Critique in Light of the Financial Meltdown*, 74 Alb. L. Rev. 1, 3 (2010 - 2011).

(19) 有学者指出:法官缺乏专业知识、技能以及对具体商人的判断能力。See Ryan Scarborough & Richard Olderman, *Why does the FDIC Sue Bank Officers? Exploring the Boundaries of the Business Judgment Rule in the Wake of the Great Recession*, 20 Fordham J. Corp. & Fin. L. 367, 374 (2015).

(20) [美]布莱克《外部董事的核心信义义务》,载[美]伊斯特布鲁克等《公司法的逻辑》,黄辉编译,法律出版社2016年版,第361页。

的判断力,法官得介入并得自主判断董事行为的合理性,只是强调合理性一定要是在特定语境下的合理性。⁽²¹⁾商业判断规则所表现出的对董事的宽容,也并非源自于对法官判断力的怀疑,而是基于此一领域实不宜以结果论英雄,同时应鼓励董事大胆决策以谋求公司利益最大化。

商业判断规则与勤勉义务的关系,值得探讨。有美国学者指出,商业判断规则与注意义务相伴发展,事实上法庭最初讨论注意义务时也在讨论商业判断规则。⁽²²⁾如果董事践行了商业判断,一些法院就会推定董事在决策过程中尽到了合理注意和勤勉义务;至少在一个案件中,法官明确断言,二者之间并无冲突。⁽²³⁾日本原仅设有所谓受任者善管注意义务,但自1950年代前后学界开始研究美国法上的经营判断规则,并于1970年代出现了援用该原则的一些原理来判断董事是否违反注意义务的判决;⁽²⁴⁾以至于有学者认为,日本法上于善管注意义务之外,“现在又有一个经营判断规则”。⁽²⁵⁾对此,有学者指出:日本公司法上的商业判断规则不是对董事注意义务的减轻,而是在参考美国法的基础上,对法院在审查董事有无违反注意义务时的审查标准进行进一步明确化和具体化。⁽²⁶⁾

笔者以为,法官在这里所面对的问题只有一个,即董事行为是否合理。那么,为何要制造出两套规则?英美法因历史原因而如此,尚可理解,而我国完全没有必要亦步亦趋、邯郸学步。其实,英美法上的商业判断规则与勤勉义务,也可理解为一体两面的关系,二者均是指向于董事行为合理性判断,商业判断规则系从积极层面强调符合其要求者即无责任,勤勉义务则是从消极层面强调违反规则者需承担责任,二者实际上要做的是同一件事情。勤勉行事则会符合商业判断规则、未尽勤勉则需担责。故此,有日本学者指出,尽管存在经营判断规则,如果董事的判断明显存在不当,应该说难免承担违反善管注意义务的责任。⁽²⁷⁾商业判断规则与勤勉义务完全可以统合起来,可将英美法中商业判断规则的实践经验整合到勤勉义务之判断中。在不存在路径依赖问题的背景下,我国应后发先至,径直走向勤勉义务本身,完全没有必要再叠床架屋,故“引入商业判断规则论”似已可休矣。应回到问题本身,即董事行为妥当与否的判断标准及其具体化问题。

三、判断标准的选择及其具体化路径

(一) 标准之选择

董事行为合理性判断之实质,是判断董事行为是否有过失的问题,其间还会涉及过失程度是否应有所限定的问题。过失判断是侵权法的核心问题之一,侵权过失判断标准曾在主观与客观之间徘徊,并在近代到现代的进程中经历了一个所谓“过失标准客观化”的过程。无论是主观标准还是客观标准,实质上均是以一个标准人为参照来对行为人作出评价,只是标准人的构造路径不同。各种不同的标准之间,主要的差异还是在于考虑行为人状况是多一些还是少一些的方面。绝对的主观标准强调

(21) 合理性均是在具体场景下的合理性,脱离具体化的背景根本无法得出合理与否的判断;未强调场景的特殊性的场合,往往是置于一般情境下作出判断的。

(22) Marcia M. McMurray, *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, 40 Vand. L. Rev. 605, 613 (1987).

(23) Marcia M. McMurray, *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, 40 Vand. L. Rev. 605, 615-616 (1987).

(24) 参见蔡元庆《经营判断原则在日本的实践及对我国的启示》,载《现代法学》2006年第3期,第183页。

(25) [日]前田庸《公司法入门》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第315页。

(26) 江頭憲治郎《株式会社法》(第3版),有斐阁2009年,第433页,转引自梁爽《董事信义义务结构重组及对中国模式的反思》,载《中外法学》2016年第1期,第215页。

(27) [日]前田庸《公司法入门》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第315页。

的是完全以行为本身状况为准据,绝对的客观标准则强调的是完全脱离行为状况而以所谓一般人的状况为准据;其中,绝对的主观标准,因成本问题几乎不可能。标准人在法律史的不同阶段有着不同的名称,罗马法上称之为“善良家父”,法国法、意大利法沿用之,日本法上则为“善良管理人”,英美法上通常为“理性人”、“常人”等。

针对董事违反勤勉义务之判断,比较法上也多是采行人格化的标准。日本法直接采用其民法上的“善良管理人”标准;德国《股份法》第93条采用的是“一个正直、勤勉的经理”标准,同样选定的是标准人模式,并将其具体化到了经理的角色。英美法秉承其普通法传统,在董事勤勉义务判断上广泛运用了理性人(reasonable person)标准,英国破产法第214条采用的是“理性勤勉之人”(a reasonably diligent person)标准,这虽是破产法上的规定,但英国法上这种检验现被认为可广泛应用到勤勉和技能水平的检查上,以判断董事义务的履行情况,而不管公司是否破产或清算。⁽²⁸⁾美国法是采用具有特定董事的技能和经验的理性人标准。⁽²⁹⁾我国司法实践中,有法官也采行了“合理谨慎的人”的标准。⁽³⁰⁾

这里,运用人格化标准来评判个案当事人,是内植于自然人心理机制的合理选择,具有坚实的基础。主体间内心世界直接观察体验的不可能性、沟通上的障碍,使得人们只能通过自身的心理机制在内心塑造出一定人格形象,进而引入个案情境,作出相应评价。无论名义上是否使用了人格化标准,实质上均只能是采用人格化标准。至于人格化标准的名称,“理性人”应是一个较为合适的选择,其去除了“善良家父”中的性别色彩,也不存在“善良管理人”形式语义上的障碍,适宜担当各法域人格化标准的统一称谓。当然,名称的选择并无实质性意义,关键还是标准的展开路径。

(二) 理性人之建构

作为人格化的标准,法官运用理性人标准时,首先需要确定其是一个什么样的人,而在确定理性人的人格形象之后,法官还需要重构理性人行为的背景语境,进而判断这样的人在这般的背景下于个案中所为行为,是否有过失。后两个步骤容下文详述,这里先讨论理性人建构问题。

理性人的内在结构的核心部分是知识和能力问题,法官需要知道理性人是一个具有什么样的知识储备和拥有什么样能力的人。而如何确定知识构成与能力水准,则取决于领域需要实现的法价值。学者指出:法院须为某一个特定法规或法律的某一支,将相应的理性人标准的理念具体化。⁽³¹⁾

具体领域的法价值将通过理性人构建的影响,实现于现实世界之中。这里,董事勤勉义务指向于董事行为的评价,关涉董事行为自由及其限度问题,并含有主观可责难性之考虑,妥当的标准需保障董事适度的行为自由。为此,董事个人特质应纳入考量之中,这样董事才有可能实现自我控制;董事责任应在自己责任的范畴之内,仅在特别理由时,才可发生适度偏离。偏离理由之一,是合理信赖之保护,信赖保护是另一项需要实现的重要价值。英国《破产法》第214条即要求公司董事应具有可被合理期望具有的一般知识、技能和经验;注意义务的法律标准,是对公司及其股东必要的保护,⁽³²⁾此种保护体现在公司及其股东的合理期待应予尊重,董事行为标准会因公司一方的合理期待而被提高。再有,董事与公司之间为有偿契约关系,这决定了给付均衡原理也会有一定影响力,高薪需要高能的支撑,薪酬的高低应与知识水准、注意义务水平相关。此外,归责原理上的考量,会在具体

(28) [英]托尼·兰顿、约翰·瓦特肯森《公司董事指南》李维安、牛建波译,中国财政经济出版社2004年版,第141页。

(29) Janet Dine, *Company Law* 213 (4th ed., Palgrave 2001).

(30) 参见浙江省高级人民法院(2010)浙商终字第37号民事判决书。

(31) Steven P. Scalet, *Fitting the People They Are Meant to Serve: Reasonable Persons in the American Legal System*, 22 (1) *Law & Phil.* 96, 75 (2003).

(32) 美国法律研究院《公司治理原则:分析与建议》楼建波等译,法律出版社2006年版,第157页。

事项上发挥决定性的作用,对理性人的构造产生实质性影响。此处的归责,系通过细致处理信息筛选工作,来体现对具有归责性的一方的负面评价,进而将负面评价实现于理性人标准的运用之中,其与基于归责原理对不利益作整体性安排不尽相同。

理性人的具体化表现为在上述法价值的指引下,理性人的知识结构和能力水准的具体确定。理性人的知识结构和能力结构,不可能具体到每一项逐一加以确定,只能是在对类型把握的基础上,再作必要的调整。基于社会生活经验,法官在内心会逐渐形成各种人格形象,诸如,常人、妇女、商人、专家、儿童等,对于这些形象可形成整体上尚属准确的认识;个案中,法官会根据价值实现的需要来选定基础性人格形象,然后再决定需要在哪些方面作进一步调整,最终完成理性人标准具体化的作业。⁽³³⁾

就理性人知识结构而言,其是由具体的知识汇集而成,系以一个普通商人应有的知识为基础来初步设定,然后再根据个案进行适度调整。以商人为基础性人格形象,使标准更贴近被评价之董事,为其行为自由提供了基本的保障。后续的调整,是在各项价值的指引下,根据个案而做的细化。作为基础性人格形象的商人,差异也会很大。对此,可根据公司的规模等,对商人进一步具体化。问题会转化为,像这样规模的公司的董事,会有什么样的知识储备。例如,日本法院会考虑公司所属行业的通常职业经理人,应该有的知识和经验。⁽³⁴⁾ 大大小小的商人、大商人与小商人之间,在知识储备上存有差异。这样的面向个案的具体化,考虑了董事的行为自由及自己责任原则,同时也体现了给付均衡原理的影响。大公司的董事报酬往往更高一些,而知识量的相应提高与责任成立成正相关关系。司法实践中,有法院在判决中写道“该行为与其被赋予的负责生产经营的职责以及所享受的高额薪酬及其他待遇是不相符的”,⁽³⁵⁾ 这之中可见法官对给付均衡原理及公司一方合理期待的考量。

为保护投资人的合理信赖,理性人的知识水准不会因具体董事的个体情况而调低,但是,当具体董事因专业或职业等原因具备更高的知识储备时,标准将会被提高,那些超出普通商人应拥有的知识也应纳入理性人标准之中。有学者指出,如果董事是注册会计师,在财务问题上就要承担相对那些没有财务技能或知识的董事更多的责任。⁽³⁶⁾ 根据董事个体情况调高理性人知识、能力水准的基础在于,若不将标准提高,将会出现董事实际上有过错却不承担责任的状况,这违背了自己责任的要义;提高标准,董事仍可谨慎行事避免责任的发生。而在具体董事知识水准低于所选择的基础性人格形象时,则不相应调低理性人的知识水准,这除了投资人的信赖保护需要之外,也有董事归责性方面的考量。董事选择接受公司的聘任,应充分考虑自己是否可以胜任此职,“没有金刚钻,别揽瓷器活”,不能胜任而接受职位本身,便具有可归责性;此时,以高于其水准的一般标准来评价其行为,对其不可谓不公平。德国法上,也是认为个人能力、经验的欠缺或者专业知识的不足均不能产生免责的效果,担任董事职务者,有义务拥有或获得履行其个体职责及董事会整体职责所需的知识与能力。⁽³⁷⁾

应纳入的知识除了以上所言基础性人格形象应当拥有的知识、董事因个人特质所拥有的特殊知识之外,董事事实上掌握的其他知识也应纳入。这里并非是要全面考察董事的知识储备,而仅是就个案中有重大影响的知识信息作个别判断,看是否有证据证明董事拥有该知识信息,以及在无证据直接证实的情况下,是否可以推定董事拥有,即所谓应当知晓的问题。实际拥有的知识信息纳入理性人标准的基础,和前文所言提高理性人知识水准的理由一致,不纳入会导致具有主观过失之董事被判定无

(33) 叶金强《私法中理性人标准之建构》,载《法学研究》2015年第1期,第106页。

(34) 参见梁爽《董事信义义务结构重组及对中国模式的反思》,载《中外法学》2016年第1期,第215页。

(35) 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第14843号民事判决书。

(36) [英]托尼·兰顿、约翰·瓦特肯森《公司董事指南》,李维安、牛建波译,中国财政经济出版社2004年版,第140页。

(37) 参见陈霄《论经营判断规则在我国的引入及相关问题》,载《财经法学》2015年第4期,第104页。

过失的可能; 而将应当知道的知识信息纳入, 则含有归责性的考量, 盖董事原本是可以拥有哪些知识的, 如果他适度谨慎的话。

此外, 董事有义务参加相关会议、阅读财务等资料、向专业人士作必要的咨询等, 如果董事未为上述行为, 那么, 为上述行为可获取的信息, 虽未进入董事的知识体系, 也应纳入理性人标准之中。正如学者所言: 如果管理者不具备相应的专业知识, 那么他必须向具备有关资质的专业人士进行咨询, 并且必须向后者全面展示公司的状况并披露必需的文件。他还必须对获得的法律意见的可信度进行谨慎审查。⁽³⁸⁾ 另有学者指出, 董事勤勉义务的履行取决于, 董事在决策之前是否获取了其可合理获得的关键性信息;⁽³⁹⁾ 注意义务之中即含有查询义务。⁽⁴⁰⁾ 怠于获取应获取信息, 不影响运用这些信息对其行为进行评价, 这些信息将被纳入理性人标准之中, 体现了对董事怠于获取相关信息的负面评价,⁽⁴¹⁾ 这样的处理同样是基于归责性的考量。

理性人的能力的确定, 遵循前文论及的相同价值原则。能力之结构由感性能力、理性能力、自我意识能力等构成, 感性能力包括感觉能力和观察能力; 理性能力为抽象思维的能力, 包括分析、概括、推理、判断等能力; 自我意识能力是主体在感知、抽象的基础上, 对自身进行自我认识、自我调解、自我控制的能力。⁽⁴²⁾ 董事能力水准也应是采在基础人格形象的基础上, 作适度调整的方法。基础人格形象的选择, 受自治原理和信赖原理的指引。一方面, 人格形象应贴近个案董事的实际情况, 另一方面, 也应考虑公司一方的合理期待。通常是以一个商人应有的能力水准为基础, 然后根据个案进行适度调整。商人形象的确立, 会考虑个案中公司的规模、所处行业、磋商之中形成的合理期待等。此外, 给付均衡原理同样是影响因素之一, 高薪呼唤高能, 董事的能力水平应与薪酬相当。给付均衡原理与其他原理存在亲和关系, 例如, 薪酬水准与公司方对董事的期待相关, 给付均衡原理和信赖原理均指向于能力水准的提高。

涉及能力调整的情况相对较少, 通常是在不同的类型之间作出选择, 以相应类型的人格形象所具备的认知能力为基准; 除非个案当事人某一项认知能力存在显著差异, 而为了实现相应的价值需要将该特殊情况考虑进去时, 才会在认知能力上作偏离所选定基础形象的调整。“高级主管或董事的特殊技能、背景或专门技术可能使其承担更大的责任。”⁽⁴³⁾ 不同于知识量的增减, 能力高低的判断本身便较为模糊, 而要对不同能力水准作准确描述也非常困难。所以, 仅在需考量的差异特别显著时, 才会考虑理性人能力的个别调整。一般情况下, 能力标准的确定会在类型选择中完成。⁽⁴⁴⁾ 在个案董事因专业或职业等原因而拥有更高的能力水准时, 就应调整标准类型, 提升理性人能力水准。在个案董事能力水准低于一般水准时, 基于公司方面信赖保护以及个案董事归责性的考量, 则并不调低理性人能力水准。

(38) 陈霄《论经营判断规则在我国的引入及相关问题》,载《财经法学》2015年第4期,第111页。

(39) William H. Hudson, *The Fiduciary Duties of Directors and Officers in Insolvent Corporations: A Uniform International Standard?* 40/41 *Lincoln L. Rev.* 59, 79 (2014).

(40) Brandon J. Stout, *Corporate Directors Making Business Judgments in Tennessee: The Business Judgment Rule*, 44 *U. Mem. L. Rev.* 455, 463 (2013).

(41) 这里的评价活动是分阶段进行的: 不应当怠于获取相关信息, 则原可获取信息被纳入考量, 此为阶段性的初步结论, 而纳入考量之后, 能否得出董事决策有过失, 则是下一阶段的任务。存在这样的可能性, 即虽然将可获取信息纳入理性人标准, 但运用这样的标准导出的结论仍然是董事没有过失。“是的, 他是应该知此, 但即使他知此, 也没有过失!” 本文主题之下, 这样的分阶段评价随处可见, 知识、能力、背景构建等, 系完成第一阶段评价过程, 最终的理性人标准运用则为第二阶段评价活动。

(42) 参见裴桂清、吴泮莲《主体认识结构是认知要素和非认知要素的统一》,载《理论探索》1995年第5期,第86页。

(43) 美国法律研究院《公司治理原则: 分析与建议》楼建波等译, 法律出版社2006年版, 第174页。

(44) 叶金强《私法中理性人标准之建构》,载《法学研究》2015年第1期,第107页。

四、理性人标准之运用

(一) 背景之重构

商业决策是在一定的商业背景中作出的,判断董事行为的合理性需要将董事行为置于特定的语境中来作出判断。为此,法官需要重构作出商业决策的背景,进而判断在这样的背景之下,做出这样的行为是否妥当。背景重构是通过确定具体背景信息来完成的,信息筛选的标准同样受基础价值的指引。背景信息以董事可获知信息为基础,需考虑个案董事面对的交易环境、交易对象、交易场所等因素。这也是董事基本自由保障的基础,唯有以其可获知信息为底色来勾勒评价其行为之背景,方才可能给予符合其主观状态的评价。而董事可以获知之信息的确定,事实上也是经历一次理性人标准的运用过程。此时,并不考虑董事具体行为,仅是去设想,前文构建的已具体化的理性人在个案特定时空中,可以获取哪些背景信息。不过,背景信息与理性人知识之间存在边缘模糊性,但边缘性信息的归类,不会实质性影响所导出的评价结论。

通过上文方式确定的信息是基础,之后还需根据个案情境结合价值实现之需要进行调整。首先,个案当事人事实上知道的背景信息应当纳入背景之中,理由仍然是个体主观评价的需要。事实上,对于知道的信息董事决策时若不予考量,则其主观上即存有不当。事实上知道的信息有哪些,是一个事实问题,需通过证据评价来确定。其次,因董事违反相关义务而没有获知的背景信息,也应当增加进去,以体现归责性的考量;董事通过参加会议、阅读财务资料等可获取的信息,也应纳入。需要注意的是,董事个人能力、知识水平偏离通常水平情况的处理,已在前文理性人建构中完成,这里仅是运用所建构理性人来确定背景之底色,相关考量已通过理性人的构建予以实现。

(二) 标准之运用、结论之得出

理性人标准的运用,是在前述基础性工作完成之后展开的一次心理进程,是法官通过自己的心理机制导出结论的过程。为此,法官需要设想所建构之理性的商人,在重构的商业背景之下,作出个案董事所为相应行为时是否有过失的结论。人们无法通过事实上经历他人的心理过程来认识他人的心理感受,但自身的心理活动经验以及由过往实践获得的有组织知识体系,可帮助人们来认识、理解他人。心理学上把实现此种可能性的心理结构,称之为认知图式。人作为主体透过自身的认知图式,可以实现对物质世界以及他人的认识。理性人标准之运用,涉及两个不同的认知图式,呈现为一种双层结构,第一层次是法官自身所拥有的认知图式,第二层次是法官需要“设身处地”地运用的理性人的认知图式。⁽⁴⁵⁾ 本文背景下表现为,法官运用自身的认知能力来评价理性之董事曾经历的认识状态。

董事若呈现为过失的状态,则违反了其所担负的勤勉义务。过失有无之判断的核心是,行为人能否预见相应的不利后果、以及可预见的情况下是否可以避免损害发生。在本文的主题下,法官需判断的是,董事能否预见其所为行为会使公司遭受不利益。如果结论是无法预见,则董事没有过失,其未违反勤勉义务;如果结论是可以预见,则需进一步考虑是否可合理避免。通常情况下,可预见之不利利益往往可以避免,董事若不作出相应行为公司就会免遭损害,故确定可以预见时即可确定董事存在过失,违反了勤勉义务。但在特殊的商业背景下,董事可能无论作出何种应对,公司均会遭受损失,此时,需考虑董事行为是否是对公司最有利的选择,只要董事可合理地认为所作选择是对公司最为有利的选择,董事即无过失,不构成勤勉义务的违反。

(45) 叶金强《私法中理性人标准之建构》,载《法学研究》2015年第1期,第106页。

(三) 过失抑或重大过失

勤勉义务之违反,需要董事具有普通过失即可还是需要具有重大过失,存有不同观点。美国法上倾向于重大过失方才构成勤勉义务之违反。学者指出:董事的经营决断不能受到攻击,除非他们的决断是以疏忽大意的方式作出,或者带有欺诈性、利益冲突性或非法性。⁽⁴⁶⁾ 如果存在欺诈、不法、重大过失(grossly negligence)、利益冲突,则法院不会适用商事判断规则来免除董事的责任。⁽⁴⁷⁾ 美国特拉华州法院在1980年代中期,将商业判断规则的标准确定为重大过失;Smith v. Van Gorkom案中,董事在一个仅仅两小时的会议上,依赖于总经理的20分钟的口头陈述,没有阅读书面购买协议即作出决策,而被法庭认定存在重大过失,从而应当承担责任。⁽⁴⁸⁾

与此不同,德国公司法并不区分过错程度的大小,一般过失就会引发董事对公司的赔偿责任,根据《股份法》第93条第2款有关举证责任倒置的规定,董事需要证明行为无过错方可免责。⁽⁴⁹⁾ 德国在对商事判断规则进行法典化时,最初的政府草案中曾一度将董事责任限定为存在重大过失的行为,这样的规定饱受批评。批评者指出,德国民法中将责任限定为重大过失往往是基于给付行为无对价或其他特殊的事由,然而在企业管理者责任领域没有类似事由,可以为限制责任提供正当性理由,故将董事责任限定为重大过失,将会形成不合理的优待。⁽⁵⁰⁾

我国法上,将责任成立要件提升到重大过失的,也是主要存在于无偿行为场合。根据《合同法》第374条、第406条之规定:保管期间,因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失,保管是无偿的,保管人证明自己没有重大过失的,不承担损害赔偿责任;无偿的委托合同,因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。不过,《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条规定“雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。”雇员连带责任的构成,以具有故意或重大过失为条件。对此,有学者指出,其背后的支撑为“劳动者解放法理”。⁽⁵¹⁾

这里,责任构成限定于存在重大过失,确实需要特殊的理由,前文所述的行为无对价和劳动者解放法理,均提供了特别的考量基础。而董事勤勉义务场合,是否存在可正当化的理由,值得探讨。笔者以为,董事于特定的商业背景下的行为选择,需要进行非常复杂的信息处理工作,公司制度安排,应放开董事手脚,使其可以尽力谋求公司利益的最大化。若仅有普通过失即要承担责任,董事会因此过于保守而畏首畏脚,最终损害公司的利益。同时,考虑到过失判断的弹性,普通过失即担责,可能会让董事不合理地担负过重的责任,加上董事行为时无法确定事后不被判断为有过失,易使董事因担心动辄得咎,而宁可错失良机也不愿积极有为。正如学者所言,如果对经理们的商业决定都加以严格的司法审查,反而不利于股东的利益。⁽⁵²⁾ 在无利益冲突、不存在忠实义务违反可能性的情况下,董事一心为公司谋利益,若普通过失就要承担责任,利益衡量上也有失均衡。故通常情况下,在董事无违反忠实义务之嫌时,勤勉义务之违反应以董事具有重大过失为必要。

(46) [美]罗伯特·克拉克《公司法则》,胡平等译,工商出版社1999年版,第91页。

(47) Marcia M. McMurray, *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, 40 Vand. L. Rev. 605, 617 (1987).

(48) 参见邓峰《代议制的公司》,北京大学出版社2015年版,第151页。

(49) 参见陈霄《论经营判断规则在我国的引入及相关问题》,载《财经法学》2015年第4期,第105页。

(50) 参见陈霄《论经营判断规则在我国的引入及相关问题》,载《财经法学》2015年第4期,第108页。

(51) 参见班天可《雇主责任的归责原则与劳动者解放》,载《法学研究》2012年第3期,第124页。

(52) [美]弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔《公司法经济结构》,罗培新、张建伟译,北京大学出版社2014年版,第94页。

如果董事存在违反忠实义务的可能性时,考虑到证据等方面的问题,在无法认定董事违反忠实义务的情况下,对勤勉义务之判断可提升标准,董事存有普通过失即可构成勤勉义务之违反,从而应承担相应责任。忠诚义务的核心是:公司的商业机会必须由公司利用,不得将这些机会用于个人目的。⁽⁵³⁾ 董事违反忠实义务应承担相应责任,但在许多案件中,无法确定地得出忠实义务违反的结论,但却存在违反忠实义务的重大嫌疑;此时,于勤勉义务判断上宜降低过失程度要求,仅普通过失即可构成勤勉义务之违反。此外,忠实义务违反还可能程度的不同,阈值之下的董事行为,虽不能构成忠实义务之违反,但在勤勉义务判断上也应降低过失程度的要求。一定意义上可以说,忠实义务违反程度越高、违反可能性程度越高,对勤勉义务违反程度的要求越低,表现为过失程度要求的降低。

五、结论

董事受委托服务于公司,应当恪尽职守、勤勉行事。董事违反勤勉义务之判断应采理性人标准,理性人标准的适用经历三个阶段,即理性人建构、背景重构、透过认知图式得出结论。理性人建构及背景重构需在价值体系的指引下完成,私的自治、信赖保护、给付均衡、归责原理等,是指引理性人标准具体化的核心取向。理性人的知识和能力的具体化,首先以最贴近个案董事的商人形象为基础,知识结构上则进一步将董事因特殊专业或职业背景等而拥有的特殊知识、董事事实上知道的具体知识、董事应可获取而未获取的知识纳入。能力水准会在董事因自身职业或职业等因素而拥有显著更高的水平时,相应调高。背景重构则是以所建构理性之商人应知晓的背景信息为基础,同时将董事事实上知晓的背景信息和应获取而未获取的背景信息一并纳入。

建构好理性人标准并重构了背景之后,法官需判断相应的理性商人在重构的商业背景中为个案董事所为行为时,是否存有过失。为鼓励董事积极谋求公司利益最大化、避免董事不合理地负担过重,勤勉义务之违反应以重大过失为必要,仅在董事存在违反忠实义务嫌疑时,董事存有普通过失,也构成勤勉义务之违反。

The Concretion of Judgement Standard of Directors' Duty of Care

Ye Jinqiang

Abstract: The judgment of appropriateness of directors' behavior should be made in a specific business background. Business judgment rule can be incorporated in duty of care to unify the judgment rules of directors' behavior. Reasonable businessman rules can be used to judge directors' violation of duty of care. A reasonable businessman can be created via specifying a reasonable person's knowledge and ability in order to determine whether he has negligence in making business decision under specific business circumstances. Grossly negligence should be appropriate concerning the fault of breaching one's duty of care. Only when the director has the possibility of breaching his duty of loyalty can the requirement of the fault be reduced.

Keywords: corporate directors; duty of care; judgement rules; reasonable businessman

(责任编辑:丁洁琳)

(53) [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第164页。