

经营判断法则新议*

——公司自治与法院自制的妥协解

王 怀 勇

(西南政法大学 经济贸易法学院, 重庆 401120)

摘 要: 经营判断法则的起源肇因于 19 世纪美国社会中的自由放任主义与开放主义的发达。经营判断法则一方面要求公司管理层必须为股东利益行事, 同时又承认管理层在经营判断法则的庇护下可以逃脱股东的苛责。这看似有点自相矛盾的法律创造, 恰恰昭示着经营判断法则的本质乃是法院自制的一项声明, 也是对董事会主导的现代公司自治模式的默许, 其功能是尊重董事会的权力, 防止法院对公司经营活动的不当管制。

关键词: 经营判断法则; 公司自治; 法院自制

中图分类号: D 922.291.91

文献标识码: A

文章编号: 1671-0398(2009)01-0049-05

由美国特拉华州所发展出的经营判断法则(Business Judgment Rule, 亦有译为商业判断法则)一直是倡导公司自治, 保障董事权力的重要标准。根据美国著名法律辞典 Black's Law Dictionary 的解释, “所谓经营判断法则, 即推定公司董事所做的商业决定是在无自我利益或自我交易的情况下做出的, 并且该决定是在资讯掌握的基础上, 以善意并诚实地相信该行为是符合公司最佳利益的。”

该法则乃是豁免公司董事或经理人对于其权限范围内以善意且适当注意而为之无利益或有害于公司的交易行为承担法律上的责任。^[1]从表面上看, 经营判断法则一方面要求公司管理层必须为股东利益行事, 但同时又承认管理层在经营判断法则的庇护下可以逃脱股东的苛责与否定。这看似有点自相矛盾的法律创造, 恰恰昭示着经营判断法则的本质乃是建构在保护公司董事以使其免于经营判断的责任负担的基础上, 并进而发展成具有避免法院再为事后审查以保护董事诚实之经营判断的功能存在^[2]201。

作为现代美国公司制定法和公司判例法所确立的有关董事作出决议时, 就其过失行为是否承担法律责任的新的判断标准^[3], 经营判断法则对中国公司自治的实现具有重大的理论与现实意义。本文将

从历史沿革、法理基础等视角出发, 藉此研究, 全新解读经营判断法则的应有之义与价值蕴涵, 以此为我国公司立法的完善与丰富提供参考与借鉴。

一、经营判断法则之沿革

经营判断法则之起源肇因于 19 世纪美国社会中的自由放任主义与开放主义之发达。由于当时的社会观念认为, 如果对于企业经营者过度限制, 将会抑制其积极为企业谋取利益的意愿, 而影响企业的生存与发展, 是故, 为减轻企业经营者的法律责任, 以使其发挥积极创新的能力而为企业追求更大的经济利润, 学者主张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, 仍可免于法律责任承担的潜在威胁, 以便使社会经济发展具有更大的竞争力^[4]。正是在此历史背景下, 经营判断法则的概念便透过英美法院的相关判例累积而逐步形成, 是历届法官对公司法精神与商事规则不断归纳、抽象与提炼的结果。不过, 在司法实践中, 由于各自的出发点不同, 关注的要点和使用的用语也各不相同, 导致各法院对经营判断法则含义的阐述也不尽统一。

1829 年, 美国路易安那州最高法院审理的 Percy V Millacdown 案是第一次使用“经营判断法

收稿日期: 2008-10-07

基金项目: 2007 年西南政法大学青年教师基金资助项目(07XZ-QN-21)

作者简介: 王怀勇(1979-), 男, 四川成都人, 西南政法大学经济贸易法学院讲师, 法学博士。

则”一词的判例。在该案中,法院认为,任何人都不会犯错误,承认经营判断法则的目的,在于使诚实履行义务的董事与经理人能免除其民事责任,以鼓励其愿意担任公司董事与经理人的职位。之后,1850年,在 *Hedges V New England Screw Co* 案中,法院再度明确宣示了经营判断法则的适用,并在1872年的 *Spering's Appeal* 案中进一步指出,董事在其权限范围内,基于诚实行为所做的商业判断无须承担责任,无论这种判断多么荒谬、可笑,从而再度强调了经营判断法则的意义所在。而1887年的 *Witters V Sowles* 案与1891年的 *Briggs V Spaulding* 案中,经营判断法则已开始为美国联邦法院所采用。

1968年,在 *Shlensky V Wrigley* 案中,法院表示,法院的功能并不在于替公司解决政策或经营方面的问题,董事才是被选来负责此等事务的人,除非董事的决定受到欺诈因素的影响,否则其决定应被认为是终局决定。只要没有欺诈、违法或利益冲突的事实存在,法院不能审查董事会的决策。

然而,1985年,在 *Smith V Van Gorkom* 案中,法院却否定了经营判断法则的援引。该案中, *Van Gorkom* 是 *Trans Union* 公司的董事长及执行长,其与 *New T* 公司有意进行合并,且合并计划亦经过 *Trans Union* 公司董事会及股东会同意,但股东 *Smith* 却以董事会违反注意义务为由提起诉讼。法院经过审理,认为 *Van Gorkom* 在合并过程中,没有做充足的咨询,寻求足够的资讯,在设定合并价格时也相当草率,从而判决该案不能适用经营判断法则。

Van Gorkom 案判决在美国引起了较大的分歧与争议,有学者赞成法院重视程序的作为,也有学者否定法院的不当干预商业行为。不过,值得注意的是,这一案件也间接表明,对于经营判断法则的适用,并不是针对董事依其专业做成的决策,而是针对董事会决策的程序是否合法或合理。到了1994年的 *Casey V Woodruff* 案中,法院进一步指出:董事被委以铁路业务的经营,如果关于路线方向的经营判断是基于合理的根据,独立的且未受其他考虑因素的影响下,以善意且诚实地相信其是为公司最大利益的判断者,法院便不能提出不同的经营判断决定并课以董事负担任何造成公司损失或赔偿的责任,从而明确指明经营判断法则的根本,即在于保护并提倡董事会充分并自由地行使法律或章程所赋予董事的经营权力。

二、经营判断法则之法理

经营判断法则在普通法上已经存在并发展了近150年,是美国公司法及判例法上的一个重要原则。经营判断法则建构的初衷是使具有善意并尽到适当注意的公司管理层,无须对其经营判断的失误负担法律责任,即试图在经营管理失误与法律义务违反之间划出一条清晰的界线。然而,关于经营判断法则之法理基础,却始终存有不少疑义,因此,为了更深入地理解经营判断法则的价值蕴涵,有必要对这一法则产生的法理基础进行探讨。

(一) 传统观点

在我国,大部分学者认为,经营判断法则产生与存在的法理基础大致有3点。

1. 鼓励承担风险

根据经济学原理,“风险与收益成正比”,作为剩余财产请求权人,股东必须在公司其他族群对公司的债权获得满足后才有行使请求权的可能,所以,股东往往期待经营者能承受商业风险,以获取经营上的高额利润;而经营者本身投入许多特定性人力资本于公司之中,只有在其继续留在公司才能获得回报,故理论上经营者会比较趋向于“避免风险”。因而理性股东会偏好鼓励公司经营承担风险的制度,而经营判断法则恰好为双方提供了彼此均能接受的预设条款。正如在 *Joy V North* 一案里法官所表示的见解:虽然对经营判断法则的褒贬不一,但本法理的理性基础不容否认。……当投资人做选择时,公司经营阶层的良莠通常具有决定性地位,而且也有专业顾问的意见可供投资人参考。既然投资人可以,也确实是经由衡量经营团队决定投资标的,经营判断法则不过是承认这种自愿承担由判断失误而带来的商业决策风险的情形。从某种意义上说,股东其实是自愿地接受这种由判断失误所带来的经济风险的;而经营判断法则使董事免于就其做出的经营决策承担责任的机理之一,就在于在股东、董事之间予以了经营风险的合理分配。

2. 鼓励董事任事

在现代公司中,所有权与经营权的分离必然要求建立一种利益衡平机制,使公司的激励和约束机制的效用都能得到有效的发挥。经营判断法则的存在,正是在某种程度上促进了公司集中管理与董事信义义务之间的平衡。由于商业环境诡谲多变,各商业决策往往结合机会与风险。在变幻无常的商业

环境中,不能因事情发展结果与当初决策的预期不同,即评价当初所作的决策是错误而要求决策者必须负责。理由很简单,任何人都可以轻易地以事后出现的风险来主张,并因为“结果已经出现”而强调这件事有极高的发生几率以及如果当初采取另一个决策将会避免等等。但事实证明,这只能是痴人说梦。责任的负担将使得具有理性的董事为公司所实施的经营,仅仅只是垂死的谨慎^[5]。更何况,投资人有权期待董事必须勤勉、诚实……但无权期待他们永不犯错。正是基于此,经营判断法则对经营者给予了一定自由的裁量空间,此不但包括对业务风险承担的容忍,而且也包括对错误决策与错误判断发生可能性的接纳,使得公司经营者的经营判断不再受到司法的事后审查,从而将有助于公司董事承受经营上风险的鼓励,以形成有创意及有效率的公司决策,为公司谋求潜在的巨大利益。

3. 法官能力所限

法官并非是商业专家,因此,不应当对商业行为做出判断,这是对经营判断法则最常见的说明。董事在公司管理方面享有自主决定权,并且这种决定权的行使通常不受司法的审查。正如美国联邦最高法院在 *Ashwander V Tennessee Valley Authority* 案^[5]中表示的一样,法官并不像是公司董事而具有面对经营事项判断的能力与技术,所以,将经营判断事项交由法院予以审查,无疑是认为法院之经营判断能力胜于公司董事,而产生法院取代董事会的机能,并具有决定公司命运的嫌疑。不过,这个理由似乎并不充分。法官基于能力有限无法在商业领域做出判断,为何其有能力在产品责任领域或医疗事故领域做出判断,为何没有衍生出“产品设计法则”或“医疗判断法则”之制度呢?因此,对这个问题的回应,恐怕还是在于对商业决策的判断,董事比法官更适宜作最终的决定者,而理性的股东也偏好承担董事会错误的风险,而不是法官的错误判断。

(二) 本文观点

本文认为,传统观点解释尚存不足之处,或流于表面,或牵强附会。事实上,在现代社会的大多数发达市场经济国家里,因股东集体行动的困境、成本效益的冲突、“搭便车”现象的存在等各项事实,合理的冷漠已经成为股东的理性选择,将公司经营权置于分散的股东手中在事实上已不再具有可行性^①。从目前世界各国公司法制的发展趋势

看,现代公司法制已经基本定位于以“董事会为中心”的公司自治模式,即在除了承认股东会为最高意思机关并享有相应职权外,也能兼顾并承认董事会实际掌管公司的资产、人事与业务发展方向的事实;除了提供股东权益应有的基本保障外,也能同时将股东角色转向投资人角色予以保护。换言之,董事会掌握决策权,是现代大型公司最有效率的权力配置,也是公司自治实现的重要路径;为保持权力的价值,对公司权力的监督必须具有间歇性,或是只有在表现相当不如预期时才能容许司法审查的例外介入。因此,经营判断法则的设立,其根本目的还是在于协调公司自治与法院自制的冲突,是国家司法对以董事会为中心的公司自治模式的默许以及突出强调“董事会为公司自治中心”地位的考虑。

美国法律研究院通过并颁布的《公司治理原则:分析与建议》的 4.01 条(C)中规定:高级主管或董事在做出一项商业判断时符合下述条件的,即履行了诚信义务:第一,与该商业判断的有关事项没有利益关系;第二,所知悉的有关商业判断的事项的范围是高级主管或董事在当时情况下合理相信是恰当的;第三,理性地相信该商业判断是为公司最佳利益做出的^[6]。换言之,除非董事有恶意或违法等前提,否则不必为其对公司所造成的损失承担赔偿责任。同时,考虑到许多公司都会为董事投保责任险,而保险费用通常是公司支出。董事即使败诉,如果赔偿,也是股东全体为其埋单,因而,赔偿责任对于董事而言不会有太大的吓阻力。从这个意义上讲,经营判断法则设立的智能在于,因为有其他更经济的方式可以达成相同的目的,从而拒绝提供司法管制^[7]。所以,经营判断法则从根本上讲更倾向于是法院自制的一项声明,也是对董事会主导的公司自治模式的默许,其功能是尊重董事会的权力,防止法院对公司经营活动的不当管制。

董事会作为公司的中心,联结着公司各大族群之间的关系。既然公司股东及其他公司族群都不具有做成健全决策的足够资讯与动机,因此,董事会当仁不让地成为公司自治的权力中心。在复杂多变的商业环境之中,董事会拥有的权力具有实质性价值,它是引导公司自治的前进旗帜。如果这一权力总是受到法院的质疑,总是面临实质审查,无疑意味着公司权力从董事会转移到了法院之手。因此,经营判断法则既是肯定公司董事会权力的法

^①此见解也可以从美国联邦最高法院在判决中针对投资契约而提出的定义:“个人投资金钱到一个共同企业,而获利的期望在于发起人或第三人的努力。”*SEC V. J. W. Howey* 328 U. S. 293(1943).

宝,也是弘扬公司自治的利器。作为法院自制的原则,经营判断法则不但没有提供法院评估公司董事是否善尽注意义务的标准,反而却大力暗示了董事行为可以几乎不受审查的趋向,从而有效地达成了公司自治与法院自制的协调。不过,这并非意味着董事会经营判断之裁量空间不受任何限制,董事会必须以公司利益为考虑,并且做出判断前应尽其可能就各相关资讯加以调查或考虑,方有尽其注意义务,而可免于事后失误经营之损害赔偿赔偿责任。将经营判断法则解读为司法权力自制原则,也并不意味着法院不能介入,而只是为了说明在不适用经营判断法则的前提要件出现之前,法院应当对董事会的决策保持合理的沉默。

三、经营判断法则之意义

虽然经营判断法则发端于普通法系,但其产生、发展的经济原因却是各国普遍存在的,因为在现代市场经济国家的公司之中,所有权与经营权分离已经成为一种非常普遍的现象。这种现象必然导致公司的权力重心向公司董事会转移,由董事会享有公司的经营管理权。所以,鼓励董事积极履行职责,打消人们由于担心承担过重的个人责任而不愿入主董事会的疑虑,是经营判断法则被各国普遍接受的重要原因。然而,关于经营判断法则之意义,无论是从相关判决或者是从学者间通说之见解,均是以程序上的推定原则来加以解读。例如,美国特拉华州最高法院就认为:经营判断法则是这样一种推定,即推定公司董事所作的商业决策是在充分掌握资讯的基础上,怀有善意,并且真实地相信所采取的行动符合公司的最佳利益。……在没有滥用裁量权的情形下,法院将尊重董事们的经营判断。如果要推翻这一推定,原告应当负担举证责任^{[2]211}。从这个层面上讲,经营判断法则除了具备一定的构成要件以外^①,其意义很大程度上在于对举证责任的一系列转换,且只要不存在任何滥用裁量权的行为,公司董事的经营判断行为就能得到法院的尊重和支持。

不过,值得讨论的是,既然经营判断法则之意义从程序上来讲是举证责任的转换问题,那么,对

于经营判断法则的适用,究竟应当由原告(股东)还是被告(董事)来负担举证责任呢?对此,不同的国家有不同的看法。如果依照美国法院长期的司法实践看,原告显然应当承担举证责任,证明公司董事的商业决定并非是在无自我利益或自我交易的情形之下所为,且董事行为并不符合在充分掌握资讯的基础上,怀有善意并真诚相信所采取的行动符合公司的最佳利益的要件。唯有如此,方能推翻经营判断法则之推定,法院也才可能进一步对案件进行实质审查。然而,在大陆法系的德国,依照其《股份法》第93条第2项后段规定,则应由被告(董事)承担举证责任,其立法理由主要认为,虽就一般争讼而言,应当由原告负举证责任,唯于此类争讼,若要求原告负举证责任,有违事理,因原告通常欠缺执行业务所必需的有关资讯,而无能力就董事违反注意义务的情况提出具体证据,所有资讯均掌握在董事手中,因此,应当由被告董事负举证责任,否则原告几乎不可能控诉成功。而被告董事举证时,可提出所有事证,包括原本应当保持沉默的公司内部报告及机密皆可提出,来证明自己已尽注意义务^[8]。显而易见,美国与德国不同举证责任的分配,反映了在经营判断法则的适用上,美国较德国更倾向于保护董事会的权力行使。至于对中国的借鉴意义,实有进一步评估之必要。

由此可见,经营判断法则不只是一个抽象的法律规则,同时也是平衡公司自治与法院自制的一项法律创造,包括了董事商业决策的效力、司法审查的范围、标准以及对公司董事及其决策进行保护的政策等多方面的内容。不过,鉴于美国的公司法律体系是以判例法为核心的,而其判例法的公司规范体系又是相当庞大且复杂的,加之法律适用过程中过分依赖法官的自由裁量权,这就导致“经营判断法则”的运用,不可能是某条法律规则就可以解决的问题,而是需要大量的司法实例与法官素养才能解决。中国虽然不是一个判例法国家,但最高人民法院《公报》定期公布相关案例,已经隐隐约约表达出我国最高审判机构要求下级法院在类似案件的审判过程中对《公报》案例判决的尊重与执行^②,而且目前最高人民法院开展的案例指导调研,也暗示着我国对于英美判例法传统的学习与借鉴。或许,

①有学者认为,经营判断法则须具有下列5种要件:(1)系争案件涉及商业决策的争议;(2)董事对系争交易不具个人利害关系;(3)已履行其注意义务;(4)已履行其忠实义务;(5)并无滥用裁量权之情事。刘连煜:《公司监控与公司社会责任》,中国台湾:五南图书出版有限公司,1995年版,第161页。

②就中国具体司法实践而言,下级法院在审判过程中,有时甚至对上级法院对相关问题的看法与认识的重视程度高过对法律规定本身的认知。

不久之后,这将成为我国公司商事司法实践的重要 法律支持。

参考文献:

- [1] BRYAN A G. Black's Law Dictionary[Z]. New York: West Group, 1999: 192.
- [2] LEWIS D S, ALAN R P. Corporations: examples and explanations[M]. New York: Aspen Law & Business, 1999: 201-202.
- [3] 张民安. 现代英美董事法律地位研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2000: 208.
- [4] 戴志杰. 公司法上“经营判断法则”之研究 [J]. 月旦法学, 2004(106): 163-167.
- [5] ANDREW D S. Corporate Fiduciary-Insolvent: The Fiduciary Relationship Your Corporate Law Professor (Should Have) Warned You About[J]. Amerca Bankruptcy Institution Law Review, 2000(479): 498-499.
- [6] 美国法律研究院. 公司治理原则: 分析与建议 [M]. 楼建波, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 160.
- [7] RONALD J G. A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers[J]. Stanford Law Review, 1981(33): 819-824.
- [8] 洪秀芬. 董事会独立经营权限及董事注意义务 [J]. 政大法学评论, 2006(94): 258-259.

Restudy of Business Judgment Rule: Compromise of Corporate Autonomy and Court Restriction

WANG Huai-yong

(College of Economics and Business of Law,
Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: Business Judgment Rule started from prosperity of theory of freedom and laissez-faire in the American society in the 19th century. Business Judgment Rule emphasizes corporate management should do everything good for shareholders. But meanwhile, it also admits the management of corporate could escape the scold from shareholders under this rule. It looks contradictory. As a matter of fact, the nature of Business Judgment Rule is an expression of court restriction, which respects the board and prevents the unreasonable interference of court.

Keywords: Business Judgment Rule; corporate autonomy; court restriction

[责任编辑: 刘健]