

董事信义义务结构重组及 对中国模式的反思

以美、日商业判断规则的运用为借镜

梁爽*

摘要 围绕公司法律制度核心规则之一的“董事信义义务”，美国“三分法”论者和“二分法”论者针对“诚信”路径的地位曾有长达十数年的争论，从该争论过程来看，“诚信”路径的主张主要伴随对商业判断规则适用条件的理解和把握产生的分歧而产生。因此，对于仍未确立商业判断规则的我国而言，在引入董事信义义务“诚信”概念的问题上应当谨慎。鉴于我国的成文法传统，为弥补董事信义义务理论的缝隙，我国可讨论发掘董事忠实义务与注意义务之间的同质性。而在商业判断规则的具体适用问题上，日本的实践却能给我们一种新的启发。本文认为，现阶段我国可行的董事信义义务重构路径有两条，其一是对传统的董事“忠实义务”范畴进行适度扩张；其二是对董事“注意义务”范畴进行扩张。同时，应明确董事违反信义义务责任追究之诉中法院适用商业判断规则的方法，其路径也有两条，一是将商业判断规则作为满足一定条件下排除法院介入的“司法不审查”原则，并明确其适用的顺序和方法；二是将其作为法院审查董事经营判断“过程”及“内容”两个层面的指导原则，并明确其具体的适用标准，同时应进一步激活董事追责的路径。

关键词 信义义务 忠实义务 注意义务 诚信 商业判断规则

* 华东政法大学国际金融法律学院副教授。本文受上海市哲学社会科学规划青年课题“公司法与民事部门法交叉问题研究”(2015EFX004)、司法部国家法治与法学理论研究项目(12SFB3027)、2015年度上海市“青年东方学者”计划(QD2015048)、全国博士后科学基金第57批面上资助(2015M571525)、上海市教委创新项目“上市公司董事责任制度的类型化研究”(14YS083)、2013年度上海高校青年教师培养资助计划(zzhz13026)及2013年度华东政法大学科学研究项目“上市公司内部控制实效性法律机制研究”资助。

一、我国对于董事信义义务的基本认识

董事信义义务〔1〕规则是公司法律关系中的核心规则之一,〔2〕其确立了司法干预公司经营的边界,在平衡董事权利义务方面具有关键作用。而董事信义义务规范则能体现一国公司法立法和司法裁判的技术水准。我国早在1999年《中共中央关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定》中就提出要建立企业经营者“决策失误追究制度”,而《企业国有资产法》第71条、《国有资产管理法》第26条、《企业破产法》第125条、以及现行《公司法》第147条、第148条、第149条、第112条第3款等均明确规定了董事违反忠实、注意义务〔3〕的民事责任。但就全国而言,董事追责案件的数量仍然偏少,有实证研究表明我国董事追责案件中违反忠实义务的案件和违反注意义务的案件比例大约为5比1,违反注意义务的案件明显较少,但违反忠实义务的案件数量也不高,董事注意义务审查标准不明确是其重要原因。〔4〕

董事与公司 and 股东之间的关系是董事信义义务的理论之基,对该问题我国比较流行的几种学说是:“信托关系说”、〔5〕“合同关系说”、“代理说”和“委任说”。对于“信托关系说”的几点疑问是,信托受托人往往是一个人或者一个团体,而公司则是由复数董事共同经营公司;信托中受益人不得擅自处分信托财产(财产支配权在受托人),受益人免除受托人的管理权限受到限制,而股东可以通过卖出股份任意解消同公司的关系;〔6〕信托要求委托人向受托人转移信托财产的所有权,但公司财产自公司成立后归公司;此外,信托法要求受托人在信托财产维

〔1〕 本文中的“信义义务”分别对应美国法上“fiduciary duty”以及日本法上的“信認義務”;“诚信”分别对应美国法上的“in good faith”和日本法上的“誠実”;“注意义务”分别对应美国法上的“duty of care”和日本法上的“善管注意義務”;“忠实义务”分别对应美国法上的“duty of loyalty”和日本法上的“忠実義務”。对此,邓峰教授将Fiduciary Duty译为“诚信义务”,而将“good faith”译作“善意”,参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2012年版,页438、450;邓峰:“业务判断规则的进化和理性”,《法学》2008年第2期。

〔2〕 参见朱慈蕴:《公司法原理》,清华大学出版社2011年版,页283。

〔3〕 美国法律协会(ALI)在《公司治理的诸原理——分析和劝戒》中明确,董事积极义务的具体表现为:“注意义务(duty of care)”或“勤勉义务(duty of diligence)”,我国现行公司法采用的表述为“勤勉义务”,本文对两者暂不作区分,一律使用“注意义务”。

〔4〕 罗培新及楼建波等研究发现,我国法院一般采用“正常经营行为标准”,即仅看董事行为是否获得公司授权,是否在职权范围内等,而不对经营决策的合理性进行实质审查。参见罗培新等:“我国公司高管勤勉义务之司法裁量的实证分析”,《证券法苑》2010年第3卷,页402—403;亦可参见楼建波等:“公司法中董事、监事、高管人员信义义务的法律适用研究——以北京市法院2005—2007年间的相关案例为样本的实证研究”,《商事法论集》2012年第1期。

〔5〕 该说将公司视为委托人,股东作为受益人,董事是受托人,且认为董事不仅同公司而且同股东之间也存在一定的信义关系。See James D.Cox, Thomas Lee Hazen, *The Law of Corporation*, § 10.11, West, 2010, p.180.

〔6〕 See John H.Langbein, “Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?”, 114 *Yale Law Journal*, 929, 960—961 (2005).

持上采取相对保守的行为,但公司法除了强调禁止董事的利益冲突行为以外,要求董事从股东利益最大化的观点积极从事经营活动。“合同关系说”认为公司实质上是一种“合同束(集合)”,作为当事人的董事与股东可以依据要求自由安排其关系,^[7]但过于强调契约论有可能影响公司法作为成文法的逻辑体系,导致公司法过于分散和自由,使得公司法充斥过多内涵和外延不明确的概念。“代理说”一度被推举为英美公司法根基。^[8] 但该说主要关注公司的外部关系、交易秩序和交易安全,且我国的代理制度和公司与董事关系的实态相去甚远,故王保树教授指出我国不宜采用“代理说”,由于“委任说”更注重受托人对委任人的权利义务关系,且属于公司的内部关系,比较符合我国的传统和习惯,故王保树教授主张董事对公司的义务均因董事和公司的委任关系产生,^[9]如今该说为我国商法学界的多数说。^[10]

上述学说虽各有不同,然一致认为公司的管理者对公司负有“注意义务”和“忠实义务”,即信义义务“二分法”。前者强调董事的努力和注意程度,与其个人能力有关;后者强调尽忠尽职的品德,指董事不得使个人利益和公司利益发生冲突的不作为义务。^[11] 这和美国公司法中对董事信义义务的一种比较传统的分类方法相近。^[12] 我国现行《公司法》关于董事义务的直接规定只有第148条和第149条,相关规定过于原则性和简略,更多的学者主张我国应该引进商业判断规则等一些具体的,更具操作性的规则。^[13] 而不能忽视的是,美国法上的董事义务规则包含了忠实义务、勤勉义务、合规义务和“诚信”(good faith)等诸多重要概念。对此,我国学者曾使用“善意”来解释“good faith”,但 Smith v. Van Gorkom 案发生后,我国部分学者开始将“good faith”解释为“诚信”,其中不乏我国应引入董事“诚信”义务,^[14]即拥护董事信义义务“三分法”的主张。^[15] 但事实上,作为包括“诚信”(good faith)在内的诸多

[7] 参见罗培新:“公司法的合同路径与公司法规则的正当性”,《法学研究》2004年第2期。

[8] 该说的基本要素是:由委托人授权;为实现委托人的利益;适用民法关于代理关系的法律。参见何美欢:《香港代理法》,北京大学出版社1996年版,页389。

[9] 参见王保树:“股份有限公司的董事和董事会”,《外国法评论》1994年第1期;亦可参见王保树:“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》,法律出版社1994年版,页114。

[10] 参见范健、蒋大兴:“论公司董事之义务——从比较法视角考察”,《南京大学法律评论》1998年春季号,页82。

[11] 参见甘培忠:《公司控制权的正当行使》,法律出版社2006年版,页189—197;邓峰:“领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角”,《中国社会科学》2003年第3期;亦可参见邓峰,见前注[1],页451。

[12] See ABA Committee on Corporate Laws, *Corporate Directors Guidebook*, 2007, pp.16—17.

[13] 参见任自力:“美国公司董事诚信义务研究”,《比较法研究》2007年第2期;李燕:“美国公司法上的商业判断规则和董事义务剖析”,《法学》2006年第5期。

[14] 我国1995年12月25日发布的《国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定》第6条以及1994年8月4日发布的《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》第23条中均出现了:董事对公司负有“诚信”的字样。这里的“诚信”是否隐含着我国立法界对“good faith”或者董事其他义务的理解,本文不作探讨。

[15] 参见朱羿锟:“论董事问责的诚信路径”,《中国法学》2008年第3期;任自力:“美国公司董事诚信义务研究”,《比较法研究》2007年第2期;朱羿锟:“论董事问责标准的三元化”,《商事法论集》第21卷,页569;朱羿锟等:“论董事诚信义务的法律地位”,《法学杂志》2007年第4期。

重要概念的上位概念的“董事信义义务”理论,其发展和变迁与商业判断规则在美国公司法实践中的具体适用密切相关。我国曾有学者指出应该在商业判断规则的语境下探讨董事的信义义务,^[16]但从我国主张“三分法”学者的论证过程来看,不免对“商业判断规则具体适用”这一分析理路有些忽视。

此外,从我国成文法传统的角度来看,我国学界一直以来的通说认为董事的忠实义务和注意义务“两者相互独立但又统一构成董事信义义务的全部内容”,^[17]针对“三分法”的观点,部分学者指出:就目前来看,“good faith”在定义、内容、操作标准等层面均仍然十分模糊。^[18]且我国早有不承认诚信义务为独立信义义务的学说:如“合同义务说”,^[19]“信义义务替代说”^[20]等等。正如本文以下所述,在 Smith v. Van Gorkom 案之后,美国曾经历了一段长达 14 年之久的围绕“诚信”(good faith)路径地位的董事信义义务重构的争论,有学者甚至认为这是一场公司契约论和传统信托理论之间的博弈。而如今美国学界已经达成多数共识,认为“忠实义务”包括了“诚信”(good faith)的要素。^[21]从本文分析来看,美国学界和实务界争论的“诚信”路径,其主要伴随对商业判断规则适用条件的理解和把握上产生的分歧而产生,但其又在一定程度上干扰了对董事信义义务架构的正确认知。而在商业判断规则的具体适用问题上,日本的实践却能给我们一种新的启发。

二、美国董事注意义务的危机和“三分法”的出现

“good faith”一词最早出现在对董事不作为的注意义务和董事积极进行经营决策时的商业判断规则的描述中。^[22]关于前者,在从积极义务的角度对“注意义务”进行描述的 RMBCA § 8.30 和对董事违反义务后的责任条款 § 8.31 中使用了“in good faith”一词。^[23]关于后者,虽然美国立法界和理论界至今未能成功地给商业判断规则下一个统

[16] 参见李燕,见前注[13]。

[17] 参见朱慈蕴,见前注[2],页 327。

[18] 参见邓峰,见前注[1],页 451。

[19] 参见罗培新:“公司法的合同路径与公司法规则的正当性”,《法学研究》2004 年第 2 期。该说认为合同的不完备性决定了义务概念的模糊性。

[20] 该说主要认为,诚信义务就是信义义务,两者内涵无差,只是名称不同。从这个意义上说,信义义务是忠实义务的上位概念。参见张勇健:“公司管理层诚信义务的几个问题”,载王保树主编:《实践中的公司法》,社会科学文献出版社 2008 年版,页 229。

[21] 当然,在满足一定要件情况下,董事的竞业行为(抢夺公司商业机会)是被许可的。See *Furash & Co. v. McClave*, 130 F. Supp.2d D.D.C(2001), pp.48, 53.

[22] *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d, pp.858, 872(Del.1985).

[23] § 8.30 规定,董事会的每位成员在履行董事职责时均应秉承“诚信”,而 § 8.31 规定,“非诚信的行为”是董事向公司或其股东承担责任的判断标准之一。

一的定义，^[24]但美国法律协会(ALI)在《公司治理的诸原理——分析和劝戒》中对商业判断规则的定义仍影响最大：董事决策行为必须满足：与所从事的交易无利害关系；该决策是在充分收集信息和了解情况的基础上作出的；合理地相信该决策对公司是最有利的，并诚实地(in good faith)进行判断。^[25]有美国学者指出，注意义务的履行分为公司经营监督和积极地意思决定等两个层面。^[26]在具体追究董事责任时，前者对具体行动对象进行审查，后者则是对意思决定的过程的合理性进行审查，审查方式比较形式化。^[27]换言之，董事违反注意义务时的审查基准是：董事积极进行商业判断时审查董事是否怀有重大过错(要求原告承担较重举证的责任)，而其他董事不作为的情况下，只要求审查同等地位通常人的审慎程度的注意。^[28]Eisenberg教授则指出董事“注意义务”可适用于“决策”、“监督”、“调查”等三种不同的场合。^[29]教授认为，董事“决策”又可分成“过程”与“内容和质量”两个方面，“过程”和“质量”之间没有必然联系，从董事权责均衡的角度看，法院应采用“商业判断规则”。^[30]

“商业判断规则”是一个既定的假设，在该假设成立的前提下，推定董事作出的商业决策正确。而股东如果在代表诉讼中证明：缺乏善意(in good faith)；董事存在个人利害关系(financially disinterested)；对交易缺乏独立性(independent)以及董事在决策前没有搜集充足的信息(informed)等，则可推翻该推定。在该推定被推翻后，被告需要就决策的“适当性”进行证明，换言之，推翻商业判断规则并不等于董事就会立即承担责任。美国法院适用该规则较著名的案例是1984年特拉华州最高法院的Aronson v. Lewis一案。^[31]该案中，特拉华州最高法院在适用商业判断规则时首次引入了“诚信(in good faith)”路径。法院适用“侵权法”理论认

[24] See *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, American Law Institute Pub., pp.172-173.

[25] 一般认为，1940年纽约州的Litwin v. Allen案件是最为被广泛引用的案例，而Shientag法官确立了今天被使用的商业判断规则。参见邓峰：《代议制的公司：中国公司治理中的权力和责任》，北京大学出版社2015年版，页143。

[26] See Lyman Johnson, “Mark A. Sides, The Sarbanes-Oxley Act and Fiduciary Duties”, 30 *William Mitchell Law Review*, 1197, 1198(2004).

[27] See William E. Knepper, Dan A. Bailey, *Liability of Corporate Officers and Directors*, Matthew Vender, 2009, pp.3-10.

[28] *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 188 A.2d, pp.125, 130(Del.1963).

[29] 参见松尾健一译：メルビン・A・アイゼンバーグ，“アメリカ法における注意義務(II)”，《商事法務》2004年第1713号。

[30] See Melvin A. Eisenberg, “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, 31 *Delaware Journal of Corporate Law*, 8(2006).

[31] *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d, pp.805, 812(Del 1984). “Given that the directors can not ensure corporate success, the business judgment rule specifies that the court will not review the business decisions of directors who performed their duties: ① in good faith; ② with the care that an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and ③ in a manner the directors reasonably believe to be in the best interests of the corporation.”

定董事违反注意义务的归责性要件,并在董事作为中引入了重大过失(gross negligence)的标准,^[32]我国学者亦于早期指出了美国公司法上董事违反注意义务的“重大过错”的几种情况,^[33]但是,“重大过错”既没有统一定义,又不存在统一的尺度,有学者指出这种路径几乎掏空了注意义务,^[34]加上注意标准本身具有不确定性造成注意义务不断地被边缘化,^[35]从而为董事问责留下巨大的空隙。

在上述背景之下,1985年的Smith v. Van Gorkom案中,^[36]法院认为董事会对一项公司合并决策的讨论显得尤其拙劣。法院指出董事们的重大过错在于:“good faith”并非一味地信赖;董事对顾问律师的建议做接受与否的判断时也必须以充分的信息为基础。在没有搜集信息的前提下一味相信律师建议,则董事会的决定不能成为商业判断的保护对象。该案中,包括外部董事在内的大多数董事或承担损害赔偿或以“支付诉讼费用”等名目承担了巨额的个人财产责任。同时,该案也是1980年后唯一不适用董事责任保险的案件。此后,以董事违反注意义务为由的股东派生诉讼一度大量增加。^[37]这直接导致了之后董事责任保险费率上升,并在一定程度上对公司设置独立董事造成了阻碍。^[38]这也催生了特拉华州《普通公司法》(Delaware General Corporation Law)第102条(b)(7)。根据该法1987年重大修改时于第102条(b)(7)设置的规定,在股东派生诉讼中,法院将允许董事援引公司章程中规定的,公司放弃董事违反注意义务对公司造成损害后的赔偿请求权的条款,从而使董事得以免责。

为吸引优秀的职业经理人,现今美国很多州的公司法都允许公司章程设置类似规定。在这种情况下,针对董事不当行为,如果原告申请法院禁令或者主张行为无效或者撤销,又或者通过股东派生诉讼要求董事赔偿公司损害的,大都会因为董事援引该条文和章程规定的积极抗辩,在案件进入正式的事实审理前而被驳回(motion to dismiss)。就这样,董事注意义务出现了再次被虚置的危险,但“安然”和“世通”事件相继发生,董事在构建公司内部控制机制以及相互监督监视层面上应履行的注意义务和特拉华州《普通公司法》第102条(b)(7)之间的关系

[32] 在特拉华州发生的因董事违反信义义务而被责令承担损害赔偿责任的案件中,董事归责的一般理由是“严重的权限滥用”、“欺诈行为”、“自我交易”、“浪费公司财产”、“重大过错的行为”等。See William E. Knepper, Dan A. Bailey, *Supra* note 27.

[33] 我国学者早期指出,特拉华州判例法将董事行为的重大过错总结为:轻率地信任明显不值得信任的雇员;拒绝履行或怠慢履行董事应尽的职责;当雇员的过错行为已显示出明显的危险信号而故意视而不见,对股东利益漠不关心或置股东利益于不顾;④行动缺乏合理依据等。参见张开平:《英美公司董事法律制度研究》,北京法律出版社1998年,页192。

[34] See Joseph W. Bishop, *Sitting Ducks, Decoy Ducks*, “New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers”, 77 *Yale Law Journal*, 77 (1968).

[35] See Stephen, J. Lubben, Alana, J. Darnell, “Delaware’s Duty of Care”, 31 *Delaware Journal of Corporate Law*, 590 (2006).

[36] *Supra* note [22]。

[37] 参见任自力,见前注[13]。

[38] See Bernard Black, Brian Cheffins, Michael Klausner, “Outside Director Liability”, 58 *Stanford Law Review*, pp.1055, 1060, 1067 (2006).对此,美国学界曾有不少批判,See Lawrence A. Hamermesh, “Why I Do Not Teach Van Gorkom”, 34 *Georgia Law Review*, 477 (2000).

再次成为各界瞩目的焦点。现如今,虽然美国各州对商业判断规则的理解有不同理解,但包括纽约州以及佛罗里达州等都要求原告证明被告缺乏“good faith”。^[39]因此,注意义务以及商业判断规则中“good faith”的含义再次引发各界关注。

特拉华州《普通公司法》第102条(b)(7)规定,董事违反信义义务后的部分责任不可通过章程予以免除或限制:违反忠实义务;缺乏“good faith”,故意或有意识的违法行为;违法分红,违法取得自我股份;④使董事不当获利的行为。由于上述各款所列的概念在外观上相互独立,因此在美国学界和实务界形成三种意见:第一说:信义义务由忠实义务和注意义务构成,上述所表述之各类行为均属违反忠实义务的范畴(即忠实义务扩张说下的“信义义务新二分法”)。第②③④种表述只是违反忠实义务各类型中特别需要注意的几类行为,换言之,所有违反注意义务的董事行为均可免除责任(这与之前对信义义务可免责范围的理解保持了一致);第二说:信义义务由忠实义务和注意义务两个部分所构成(仍为传统“二分法”),但“good faith”以下属注意义务范畴,因此,所有违反忠实义务以及部分违反注意义务的责任不可免除;^[40]第三说:“good faith”既不是忠实义务也不是注意义务,而是“诚信义务”,即信义义务“三分法”。

三、美国公司法上董事信义义务“三分法”与“二分法”之争

在一场长达十四年的争论中,特拉华州最高法院和 Veasey(2003)、Sale(2004)、Eisenberg(2006)等均坚持主张“三分法”。^[41]其中,长年担任特拉华州最高法院法官并参与了特拉华州公司法第102条(b)(7)起草的 Veasey 法官坚持“三分法”,^[42]其首先主张“good faith”作为一项独立的义务具有制定法上的依据:特拉华州公司法第102条(b)(7)规定将董事“忠实义务”的违反和缺乏“good faith”的作为或者不作为进行了分别规定,且特拉华州公司法第141(e)规定:董事基于“good faith”的信赖受到法律保护。且其认为,“good faith”的义务是不具有利益冲突关系的董事在实施积极的商业决策时,在内心动机和决策过程等两方面为实现公司“最佳”利益而“积极贡献”的义务。

而 Eisenberg 教授认为:^[43]第一,“诚信”作为一项独立的董事“行为义务”具有制定法层

[39] Gray v. Furia Organization, Inc., 896 F.Supp. pp.144, 148 (S.D.N.Y.1995); International Insurance Co.v Johns, 874 F. 2d, pp.1447, 1461(11th Cir.1989).

[40] See John L.Reed, Matt Neiderman, “Good Faith and the Ability of Directors to Assert § 102(b) (7) of the Delaware General Corporation Law as a Defense to Claims Alleging Abdication, Lack of Oversight, and Similar Breaches of Fiduciary Duty”, 29 *Delaware Journal of Corporate Law*, 111, 114 (2004).

[41] See Hillary A. Sale, “Delaware’s Good Faith”, 89 *Cornell Law Review*, 456, 463—64 (2004); Melvin A. Eisenberg, *Supra* note 30, p.32.

[42] See Norman Veasey, “Policy and Legal Overview of Best Corporate Governance Principles”, 56 *SMU Law Review*, 2135, 2137 (2003).

[43] Eisenberg 教授在其教科书中将董事信义义务划分为 Act lawfully 和 duty of loyalty,前者中包括了“注意”、“合规”和“诚信”。

面的依据,比如2002年版的《美国标准公司法》(MBCA)的第8.30(a)规定董事会所有成员在履行义务时必须“诚信”(good faith);8.42(a)(1)又规定董事高管必须“诚信地”(in good faith)尽自己最大的努力(能力),此外还有10多个条文使用了“诚信”术语。而美国法律协会(ALI)在《公司治理的诸原理——分析和劝戒》第4.01条(c)将“诚信”作为商业判断规则适用的前提要件;^[44]且拥有“good faith”是利益冲突交易的承认(特拉华州《普通公司法》第144条),由公司偿付董事应诉费用(特拉华州《普通公司法》第145条)的制定法上的要件;^[45]第二,传统的“二分法”理论已无法应对董事不恰当的经营活动和经营行为。比如:董事行为虽然有明显过错,但只要没有出现利益冲突,则无法以违反忠实义务为由追究董事责任,且如果以存在重大过错,违反注意义务为由追究董事责任,也会因为特拉华州《普通公司法》第102条(b)(7)的规定而被阻断。此时,如果原告以违反“good faith”义务为由,主张《普通公司法》第102条(b)(7)不适用,在这种情况下,诚信义务将发生一定的法律效果;^[46]第三,在社会规范和公司经营活动日新月异的背景下,法院在适用公司法董事责任规范时可以斟酌考虑的因素(比如效率)逐渐增多,而传统的董事忠实和注意义务已经很难满足司法实践的上述需求,“good faith”作为独立的义务规范正好可以填补上述空白。

针对“三分法”论,特拉华州衡平法院和Bainbridge(2007)、Bruner(2006)、Andrew S. Gold(2009)和Strine(2010)等坚持主张“二分法”。^[47] Bishop教授曾批判:“good faith”并不是一项独立可诉的信义义务,而“三分法”是对公司法规范的强行分离,可能因此衍生出诸多极难统合的理念,造成公司法学术理论研究的混乱。^[48]此外,针对Eisenberg教授提出的上述第二点,Strine法官指出:^[49]事实上,“good faith”作为商业判断规则中董事行为合法性推定的阻却要件很早就已经得到论述,之前也从未强调“good faith”作为独立概念或者提出“三分法”。而Johnson指出,“二分法”中忠实义务的内涵和外延远比人们想像的复杂:学理上的研究虽然已经涵盖了自我交易、怀有“bad faith”的行为、欺诈行为、侵夺公司利益等,但忠实义务远没有被定义。且事实上,1980年代后,特拉华州公司法判例中出现了忠实义务和注意义务的边界愈发变得模糊的现象。在排除董事追求个人私益的可能性后,法院不会马上排除董事

[44] See Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, *Supra* note 24, p.176.

[45] Del.Code.Ann.Tit.8 § 145(a)-(b).

[46] See Melvin A. Eisenberg, *Supra* note 30, pp.5-6.

[47] See Stephen M. Bainbridge et al., “The Convergence of Good Faith and Oversight”, 55 *UCLA Law Review*, 559 (2008); Andrew S. Gold, “The New Concept of Loyalty in Corporate Law”, 43 *U.C. Davis Law Review*, 457 (2009); Christopher M. Bruner, “Good Faith, State of Mind, and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law”, 41 *Wake Forest Law Review*, 1134 (2006).

[48] See Carter G. Bishop, “Directorial Abdication and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law”, 2007 *Michigan State Law Review*, 928 (2007); Carter G. Bishop, “A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law”, 41 *Tulse University Law Review*, 238 (2006).

[49] See Leo E. Strine, Lawrence A. Hamermesh, Franklin R. Balotti, and Jeffrey M. Gorris, “Loyalty’s Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law”, 98 *Georgetown Law Journal*, 693-695 (2010).

违反忠实义务,因为除了金钱利益以外,董事还有许多不同的理由对公司采取不忠实的行动。^[50]换言之,董事即使并未怀有积极侵害公司或股东利益的意图,并不影响忠实义务违反的认定。^[51] Johnson 认为,应当适当增加使董事承担损害赔偿责任的情形,并应该从社会学等领域考察“忠实性”的含义。^[52]对此,Strine 法官认为:忠实义务本来是指为了增进公司利益而积极努力的义务。传统理解上的董事忠实义务(一般指禁止利益冲突)只不过是其(不作为的)消极方面,但“good faith”是其积极方面,两者并不存在本质上的区别。而制定法上用到“good faith”一词,只不过是在衡平法上增加一道心理审查(实质审查)的标准而已,并不具有单独义务的含义,是作为受任者的董事在其行使其权限时表现其应有心理状态的定义词(the defining term),只是在特拉华州法院审查是否适用商业判断规则时经常使用的词语。^[53] Strine 法官本人在其担任衡平法院法官时参与的案件中就将“good faith”作为忠实义务以及表现董事忠实性的词汇。^[54] Bainbridge 教授则认为,法院在适用商业判断规则时可以积极地去验证董事的“忠实性”,^[55]但如果“诚信”成为一项独立的义务,必定会挤压商业判断规则,妨碍其被适用,从而使董事会权利和义务的平衡遭到严重破坏。Bainbridge 教授指出,董事对公司承担信义义务的内容向来只有“注意义务”和“忠实义务”,前者以“合理”为标准,后者则以“公司利益优先”为标准。在董事信义义务传统理论层面,从未讨论过所谓“诚实性”的地位问题。^[56]按照 Strine 法官和 Bainbridge 教授的主张,作为商业判断规则重要因素的“good faith”属于忠实义务的一个部分。^[57]

Eisenberg 教授提出的“good faith”能够排除特拉华州《普通公司法》第 102 条(b)(7)适用,但教授也认为“good faith”不能作为独立的董事责任要件,换言之,其并没有排除“good faith”作为忠实义务责任要件的可能性。事实上,Eisenberg 教授在其论著中还特别提及了“good faith”首先是主观上的忠诚,^[58]而构成上述主观的外在亦须符合一定的客观要件,比如经营者的经营行为必须符合一般恰当的标准(standards of decency),遵从社会的期待和行业准则(norms)。这种主观与客观正是董事对股东合理期待的满足,^[59]也

[50] 正如 desney 案中法院所述:董事将个人情感置于公司利益之上时(情欲、复仇、个人取向),则也将认定为“bad faith”和违反忠实义务,因为这种情绪将直接导致故意放弃履行义务。

[51] Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 564 A.2d, pp.651, 663 (Del.Ch.1988).

[52] See Lyman Johnson, “after Enron: Remembering Loyalty Discourse in Corporate Law”, 28 *Delaware Journal of Corporate Law*, 33 (2003).

[53] See Leo E. Strine, *Supra* note 49, p.634.

[54] See *In re Gaylord Container Corp. Shareholders Litigation*, 753 A.2d, pp.462, 476 n.41 (Del.Ch.2000).

[55] See Bainbridge, Lopez, Oklan, “The Convergence of Good Faith and Oversight”, 55 *UCLA Law Review*, 559, 567 (2008).

[56] *Ibid*, p.564.

[57] See *Lyondell Chemical Co. v. Ryan*, 970 A.2d, pp.235, 240 n.8 (Del.2009).

[58] See Melvin A. Eisenberg, *Supra* note 30, p.22.

[59] See Melvin A. Eisenberg, *Supra* note 30, pp.24—25.

是董事“忠诚”的一种表现。^[60]

笔者考察我国学界“三分法”论者所主张的实定法论据主要是：特拉华州《普通公司法》第102条(b)(7)准予公司章程豁免董事违反信义义务的赔偿责任的四个例外。他们认为：如果说将“good faith”纳入忠实义务，那么在第(i)项列举违反忠实义务后，就没有必要列举第(ii)项的缺乏“good faith”。否则，属于画蛇添足，多此一举。如此立法，很明显是考虑到这种中间状态有别于忠实义务，不可能相互替代，而是各有用武之地。^[61]但是从立法技术上看，有时为了给予当事人更加明确的指向和更有依据的预期，立法者很可能使用一句甚至一段比较冗长的文言来表达同一个意思。在此，笔者重新分析特拉华州《普通公司法》第102条(b)(7)后发现，如果将第102条(b)(7)立法目的理解为强调“(除违反忠实义务以外)董事的过错行为(违反注意义务)可以免责”，则“三分法”一说就没有立足之地了。此外，如果将“good faith”理解为独立的义务，那么102条(b)(7)下面除了“good faith”以外至少还有其他四个义务，果如是，则第102条(b)(7)款条文的真实意图将变得难以读懂，因为该条文中的(4)使董事不当获利的行为一项本身也应属于“忠实义务”范畴。按照 Lyman Johnson 以及 Strine 法官的将“忠实义务”适当扩张的观点，上述4个条款的关系应该是：(1)为传统忠实义务，(2)、(4)为较高级别的忠实义务。也就是说，“good faith”其实是忠实义务较高层次的要求。^[62]因为违反忠实义务的董事和没有“good faith”的董事在主观层面有着惊人的相似度，比如都属于或接近欺诈，以及都属于故意。

对于如何理解和把握“good faith”的含义和地位的这一难题同样给司法实务界带来了困扰，特拉华州衡平法院和该州最高法院之间的对立鲜明地反映了这种情况。开创先河采用“三分法”(triad)的是特拉华州最高法院1993年的Cede II案^[63]以及同法院1995年的Cede III案。^[64] Cede II案中Allen法官认为：“为推翻商业判断规则的推定，原告必须证明争讼对象的董事判断，违反了三位一体的董事信义义务中的任何一个，即诚信义务、忠实义务、注意义务”。^[65] Cede II案和Cede III案后特拉华州最高法院一直坚持“三分法”，^[66]与此相对的是特拉华州衡平法院则一直主张“二分法”。这种分歧在另一起从起诉到最终审判长达15年的Emerald Partners v. Berlin案中更为明显。特拉华州最高法院坚持认为“good faith”和忠实义务属于完全不同的两个独立领域。^[67]而在发回重审中，州衡平法院依然认为应当适用传统的“二分法”，并认为所谓“good faith”仅仅只是忠实义务的部分集合或者次要要件(subsidiary

[60] See Melvin A. Eisenberg, *Supra* note 30, pp.42-46.

[61] 参见朱羿锜，见前注[13]。

[62] See Lyman Johnson, *Supra* note 52, pp.60-61.

[63] Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A. 2d, pp.345, 361(Del.1993).

[64] Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A.2d, p.1156(Del.1995).

[65] 原文用词为：“the traids of their fiduciary duty-good faith, loyalty or due care”。

[66] Malone v. Brincat, 722 A. 2d, p.5, 10(Del.1998).

[67] Emerald Partners v. Berlin, 726 A. 2d, p.1215(Del.1999).

requirement)。〔68〕在第三判决中特拉华州最高法院再次坚持了“三分法”。〔69〕

在上述案件中，“三分法”的始作俑者 Allen 法官看似始终坚持“三分法”，但笔者回顾其参与的判决后发现了一个有趣的现象，在早期的案件，比如 RJR Nabisco 案中，〔70〕他本人认为违反“诚信”可导致违反忠实义务，而在更多案件中，Allen 法官都在论述董事忠实性 (loyalty) 问题上使用了“good faith”一词。〔71〕Allen 法官虽然在 Cede II 案中使用了“good faith”一词，〔72〕但 Allen 法官的原意很可能是想强调 Aronson v. Lewis 案中法院适用商业判断规则的前提条件，因为 Allen 法官本人在 Technicolor 案的发回重审中论述到，如果董事会在构造上或者经济上不存在独立性问题，则原告对于被告缺乏“good faith”的举证仍须通过忠实义务和注意义务的违反这个途径来进行。可见其本人对“三分法”也没有坚定的信念。〔73〕

针对 Allen 法官前后认识的不一致，〔74〕特拉华州最高法院的部分法官曾质疑了他提出的“三分法”。〔75〕他们指出，忠实义务作为一般原则的忠诚，包括了内心的“正直不阿”，而“good faith”作为主观动机上的“诚信”也必须要求董事在主观上保持“正直”。大法官 William Chandle 则在迪斯尼案中明确支持“二分法”。〔76〕他认为，特拉华州公司法第 102 条从文言上看，似乎区分了董事的注意义务和忠实义务，但注意义务必须怀有“正直”的动机实质上 and 忠实义务存在一定的重合。其认为，忠实义务和作为忠实义务最核心，最为上位要求的“good faith”两者不可分割。Strine 法官认为，〔77〕公司法上的“忠实义务”是指受托人以为增进公司和股东的最佳利益，怀有“good faith”而积极努力的义务。个人的利害关系即“利益”并不是忠实义务的唯一要件，换言之，董事仅仅回避了追求个人利益还不能立即认定其完整地履行了忠实义务：“受托人在个人的金钱利益以外还有许多理由对公司采取不忠实的行动”，“受托人应有的态度和忠实性是一种利益上不背叛的最低要求和积极献身的高层次要求”。〔78〕简言之，忠实性中包含一种“积极献身”是忠实义务的常时要求，而不是在偶发性的场合（有可能出现利益冲突的情形下）才肩负的义务。Strine 法官认为，受托人所有的行为都必须首先从忠实义务出发并与之相联系。同时，只有忠实的受托人才能尽到一个审慎人的注意。最终，Allen 法官本人

〔68〕 Emerald Partners v. Berlin, C.A.No.9700,2001 Del.Ch.LEXIS 20(Del.Ch.Feb.7,2001).

〔69〕 Emerald Partners v. Berlin,787 A. 2d, p.85(Del.2001).

〔70〕 In re RJR Nabisco, Inc.Shareholders Litigation, C.A.No. 10389,1989 Del.Ch.LEXIS 9(Del.Ch.Jan.31, 1989).

〔71〕 City Capital Associates Limited Partnership v.Interco, Inc.,551 A.2d, p.787(Del.Ch.1988), Blasius Industries, Inc.v. Atlas Corp.,564 A 2d, p.651(Del.Ch.1988).

〔72〕 *Supra* note 63, p.361 (Del.1993).

〔73〕 Cinerama, Inc.v. Technicolor, Inc., C.A.No.8358, 1991 Del.Ch.LEXIS 105, pp.49-50(Del.Ch. Jun.21,1991).

〔74〕 See Christopher M.Bruner, *Supra* note 47, pp.1131,1151,1158.

〔75〕 *Supra* note 63, pp.345, 360 (Del.1993).

〔76〕 In re Walt Disney Co.Derivative Litigation, 907 A. 2d, p.693(Del.ch.2005).

〔77〕 Nagy v. Bistricher, 770 A. 2d, pp.43,49 n.2(Del.Ch.2000).

〔78〕 Guttman v. Huang, 823 A. 2d, pp.492, 506, n.34(Del.Ch.2003).

正式放弃了“三分法”的主张。^[79]

一场长达 14 年之久的论战终于由一直坚持“三分法”的特拉华州最高院正式放弃“三分法”而告一段落。^[80] 在 2006 年的 Stone v. Ritter 案件中,^[81]特拉华州最高法院认为“good faith”仅仅是忠实义务的一个部分,即董事信义义务规则仍应坚持“二分法”(扩张了的忠实义务为核心的“新二分法”)。该案的概要如下:

银行持股公司 A 由于违反了美国联邦银行保密法,没有向当局报告不正当交易记录而被罚款并赔偿了数千万美元的民事赔偿金。原告以董事没有就构建公司内部的控制和合法合规机制进行合理和实行恰当的商业判断从而导致公司内控缺失最终引发公司违法行为,而在机制出现漏洞后仍然有意识地,有意图地无视问题的存在,长期地懈怠了董事的义务、缺乏“good faith”为由向前董事和现任董事共计 15 人提起了股东派生诉讼。法院认为董事们完全没有构建内部控制机制,或者构建机制后完全不对其具体运作进行监督监视的,可以认定董事行为缺乏“诚实性”。^[82] 但是 Stone 案中被告董事为 AmSouth 公司聘请了第三人对内部控制机制的环节给予了认证:KPMG 对公司依照 BSA/AML 标准的项目以及各要素都进行了验证。且 AmSouth 董事会已经实施了许多内部控制所需要的程序:包括职员教育,如发生 AML 政策以及项目变化及时向董事会以及第一线管理人员报告的机制,并设立了公司内部的安全部门等。法院据此认定公司董事无责。^[83]

在 Stone v. Ritter 案中,特拉华州最高法院大法庭的 5 名法官一致否定了从 Cede II 案中诞生的“三分法”,法官们认为:①“good faith”仅仅是董事忠实义务的次要要素(subsidiary element),董事违反监视义务的责任依据就是懈怠了“good faith”,从而违反了忠实义务;②“good faith”不是和注意义务以及忠实义务具有同等地位的独立的信义义务规范(an independent fiduciary duty)。缺乏或违反“good faith”只是违反直接义务的间接表现;③忠实义务不仅仅局限在金钱上出现利益冲突,特拉华州最高院肯定了特拉华州衡平法院在 Guttman v. Huang 案^[84]中论述的,董事忠实义务违反包括缺乏“good faith”的行动,且董事的忠实义务是指董事胸怀确信自身行动符合公司最佳利益的“good faith”而付诸行动的义务;④如董事完全没有在公司内构建一个信息收集和上下传达的机制,没有注意把握有关公司风险的信息,或者在得到信息后有意识地放弃了对于公司业务的监督监视职务,这就构成了对自身职责的有

[79] See Willam T. Allen, Jack B. Jacobs & Leo E. Strine, Jr., “Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and its Progeny as a Standard of Review Problem”, 96 *Northwestern University Law Review*, 449, 457 (2002).

[80] 参见近藤光男、志谷匡史编著:《新・アメリカ商事判例研究》(第 2 卷),商事法务 2012 年版,页 128, 316。

[81] 原审 Stone v. Ritter, 911 A.2d, p.362(Del.2006)中原告没有进行先诉请求就直接提起了本诉,特拉华州衡平法院认为还没有事实能证明不需要进行先诉请求,而驳回了原告的起诉。这里所说的 Stone v. Ritter 案属于上诉审,即 Stone v. Ritter, C.A. No.1570-N, 2006 Del.Ch.LEXIS, p.20(Del.Ch., Jan.26, 2006)。

[82] 同上注。

[83] 见前注[81], pp.371-372。

[84] Guttman v. Huang, 823 A. 2d, p.492(Del.Ch.2003)。

意识的漠不关心,从而可认定其不具备“good faith”,构成违反董事忠实义务。^[85]

当然,对于本案,美国部分公司法学者仍提出质疑,有学者主张“good faith”是横跨忠实义务和注意义务的概念,而且董事违反监督监视义务应该构成违反注意义务,而不是违反忠实义务。^[86] Loewenstein 则认为:如果“good faith”是受托人为了受益人最佳利益而必须采取的态度或者行动,则“good faith”应该作为忠实义务和注意义务共同的上位概念。^[87] 然如今美国公司法学界的有力学说均认为,忠实义务就是“基于为实现公司的最佳利益的动机而采取(作为或不作为的)行动”的义务,因此,积极或者消极地侵害公司利益的行为都有可能被认定为违反董事的忠实义务。^[88] Stone v. Ritter 案中特拉华州最高法院的坚持董事信义义务“二分法”的立场也持续至今。^[89]

不得不指出的是,而董事信义义务“三分论”的尝试也并非毫无意义,比如在 Disney 案中,特拉华州最高法院于 2006 年 6 月 9 日作出的终审判决将董事的“失信”行为分为三类:^[90] 其一,有损害公司或股东的故意;其二,故意放弃或漠视自身义务的行为;其三,重大过失行为。而前两类属于非诚信行为,不能被豁免责任或进行补偿。这在一定程度上填补了美国公司法对董事信义义务认定标准的间隙,解决了传统忠实义务认定标准过于僵硬而注意义务认定标准过于“形式化”的问题。但是公司法上董事诚信义务的行为模式类型化程度仍然不高,因为其对于董事的主观描述仍然具有抽象性和模糊性。比如,“诚信”的要求之一是要求董事始终坚持“忠贞不二”的公司利益目标,这里的“忠贞不二”和忠实义务的本质要求出现了重合。

笔者认为,美国公司法框架下的“三分法”和“二分法”的法律效果十分相近。^[91] 对于忠实义务,一般认为其是普遍存在于公司与董事之间的义务。^[92] 对该义务,早在 Guth v. Loft 案中法院就有如下论述:“董事和公司并不是信托受托人,但其与公司 and 股东之间存在信任关

[85] 该案中,特拉华州最高法院最终认为董事没有懈怠合法合规体制的构建和运营工作,原告主张的理由不成立。

[86] See Andrew D. Appleby, Matthew D. Montaigne, “Three’s Company: Stone v. Ritter and Improper Characterization of Good Faith in the Fiduciary Duty ‘Triad’”, 62 *Arkansas Law Review*, 431, 454–55, 474 (2009).

[87] See Loewenstein, “Diverging Meaning of Good Faith”, 34 *Delaware Journal of Corporate Law*, 433, 443–444 (2009). Disney 第四判决中, Chandler 法官也认为:增进公司利益的动机,“诚信”是董事信义义务最为核心的要求,是最上位的概念。

[88] See Carter G. Bishop, *Supra* note 44, pp.477, 481.

[89] 参见前注[57],以及 Wood v. Baum, 953 A. 2d, p.136(Del.2008).

[90] In re Walt Disney Company Derivative Litigation, WL 1562466(Del.Supr.2006).

[91] 三分论最重要的一点是 good faith 不需要考察利益冲突关系和是否追求个人私利,而且和商业判断过程中的重大过错无关,而是直接联系董事的动机问题。缺乏“good faith”的行为虽然不能直接导致董事的损害赔偿赔偿责任,但可以发生美国法上的特别效果:不能适用特拉华州《普通公司法》第 102 条(b)(7)中的章程免责或者责任限制规定。另外,美国公司法下股东派生诉讼的一般程序是要完成“用尽内部救济”,但在行为人缺乏“good faith”等一定条件下,原告不需要履行用尽内部救济的先诉请求程序。

[92] See Hoover Industries, Inc. v. Chase, C.A. No.9276, 1988 Del.Ch.LEXIS 98, p.5(Del.Ch.Jul.13, 1988).

系。董事应对公司和股东怀有使公司利益免于被剥夺的那种完全无私的忠诚,而测量这种忠诚的标准并没有一个固定的尺度”。〔93〕或许正因为如此,特拉华州、纽约州、加利福尼亚州的公司法均没有使用董事“忠实义务”一词,更没有相关义务的定义规定。其实,早有理论认为从代理法理和信托法理的角度考察,均要求代理人或受托人怀有“good faith”,其含义实际是指代理人对本人肩负忠实义务,〔94〕其至少包括增加公司利益的积极义务和回避为公司带来不利益的行为的消极义务。〔95〕

四、“合规义务”的定位

“合规”作为一种董事义务在美国法律协会(ALI)对商业判断规则的解释中被采纳。〔96〕由于在相关语境中董事不存在利益冲突,所以很难区分该义务的属性,因而其也成为了三分论者争夺的地盘。一些学者指出:“注意义务和忠实义务之间并不存在明确的界限”。〔97〕虽然说注意义务是对能力的要求而忠实义务则是品德的要求,但在一些具体情形中,比如董事的“不作为”究竟出于能力有限还是品德问题很难区分。具体说,比如在违反公司章程等内部规则的情况下,董事会实施的越权行为,对董事仍然能施加商业判断规则的保护,因此,如果扩大了商业判断规则的免责范围在效果上等于认可该规则可以用于对董事忠实义务的免责。在这里,还是不免要论及“good faith”的本质。

有学者指出,相比“good faith”,“bad faith”更容易描述,后者一般指“缺乏推进公司繁荣之意图,或明知违反法律之行为”,〔98〕其含有积极的恶意。〔99〕ALI针对美国模范公司法第8.31条的注解中的解释是:董事认识到并参与到可能给公司带来损害的违法行为中时,即可认定其缺乏“good faith”或怀有“bad faith”,如果董事不能证明其商业决策属于合理判断,则可推定怀有“bad faith”。〔100〕此外,许多州法将违法分红,披露不实信息等明确作为董事违反义务的行为,比如:特拉华州公司法第174条以及特拉华州公司法第219条(b)。佛罗里达州公司法第607.0831条规定了董事违反信义义务的责任标准:①违反刑法(除非董事确信合法或

〔93〕 Guth v. Loft, Inc., 5 A 2d, p.503(Del.1939).

〔94〕 Sylvester v. Beck, 178 A. 2d, pp.755,757(Pa.1962).

〔95〕 See Carter G. Bishop, *Supra* note 48, p.924.

〔96〕 See Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, § 8.31 Official Comment, Note on the Business Judgment Rule, p.235.

〔97〕 See Frank H.Easterbrook and Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 103(1991).

〔98〕 See Gagliardi v. TriFoods International Inc., 683 A.2d, pp.1049-1051 (Del.Ch.1996); William E. Knepper, Dan A.Bailey, *Supra* note 27, pp.2-29, 40.

〔99〕 但两者之间并不存在重大的法律效果上的差异,比如两者均无法接受商业判断规则的保护,参见 Johnson v. Trueblood, 629 F. 2d, pp.287, 293(3d Cir.1980).

〔100〕 ABA Committee on Corporate Laws, Model Business Corporation Act Annotated, § 8.31 Official Comment, Note on the Business Judgment Rule, 2008, 2009 Rev., pp.8-235, 36, 37(A. Good Faith).

没有违法);②董事直接或间接获得个人利益的交易;③违法分红;④无视公司的最佳利益以及故意的违法行为。从判例法的角度看,这些规定的目的都是为了排除董事轻过失的情况,^[101]而有关其具体属性,除了上述2中所列的行为以外,其他行为究竟属于忠实义务还是注意义务范畴则不得而知。

根据三分说的立场,董事基于增加公司收益的目的故意实施使公司违法的行为属于违反“诚信”义务。这是因为董事虽然有意识对公司行使了权限以外的行为,但董事的目的仍然是忠实的为公司服务。比如坚持“三分法”的 Veasey 法官就认为,^[102]“good faith”包含了职业经理人应有的“品性”,包括守法。Eisenberg 教授主张三分法中的“good faith”存在五种义务,其中之一就是合规义务(the obligation not to knowingly cause the corporation to violate the law)。^[103]这是因为“守法”是公司在整个社会中的立身之本,属于伦理性要求,“收益最大化”和“股东利益最大化”原则不能成为“违法”的正当理由,^[104]比如公司实施违法行为后所得的利益高于行政罚金或经济制裁,以及公司实施违法行为可以使减少的损害少于罚金等等,应作为缺乏“good faith”或者怀有“bad faith”来处理,也就不能成为商业判断规则的保护对象。^[105]教授认为,“good faith”作为一项独立的义务规则,其基础概念包括了:①主观正直认真;②不违反经营活动中一般常识的品德基准;③遵守公司的基本规范;④对职务忠实忠诚。^[106]

但这里至少还存在3个疑问:①在商业判断决策中董事并没有被赋予使公司违反法律的自由裁量;②公司基本章程(basic charter)必定规定排除以违法手段追求公司利益的情形,因此,违反法律的行为必定与美国法上公司设立的条件即公司基本章程(basic charter)相冲突;③公司因为违法行为遭受的包括行政、刑事以及经济层面的制裁极有可能危及到公司存亡。因此,董事如果实施了违法行为,就是可以认定为其对公司基本章程以及董事地位的不忠,其行为属于违反“忠实义务”。^[107]

二分论者中的 William Chandle 法官和 Bishop 教授等虽然承认守法合规和“good faith”相关联,^[108]但其认为“good faith”是忠实义务的核心要求。特拉华州司法裁判中也有先例认为,^[109]对公司重要决策的风险毫无察觉;有意冒进使公司行为触犯法律;董事明知已经发生公司财产被不正当使用(浪费)的事实,或者存在对公司的欺诈行为或计划,但仍然故意视而不

[101] Brandt v. Bassett, 827 F. Su, pp.742, 747(S. D. Fla.1993).

[102] See E.Norman Veasey, *Supra* note 42.

[103] Eisenberg 教授认为,“good faith”至少包括:合规义务;自主信息披露义务;不能持有不正当的动机包括憎恶(hatred)、情欲(lust)、复仇(revenge)、侮辱(shame)、傲慢(pride);习惯性、经常性的放弃职务等。

[104] See Melvin A.Eisenberg, *Supra* note 30, p.31.

[105] See Melvin A.Eisenberg, *Supra* note 30, p.38.

[106] See Melvin A.Eisenberg, *Supra* note 30, p.5.

[107] See Leo E. Strine, *Supra* note 49, pp.648-652.

[108] See Bishop, *Supra* note 48, p.912.

[109] Mills Acquisition Co. v. MacMillan, Inc., 559 A. 2d, pp.1261, 1280(Del.1989).

见或对董事会藏匿或隐瞒；^{〔110〕}董事对应履行的职责有意识、有意图地漠不关心，经常性、习惯性地懈怠监视义务都将被认定为因缺乏“good faith”而“消极地侵害了股东利益”，与之相抵触同样可能构成违反忠实义务。^{〔111〕}

笔者认为，首先，三分论者提出的“good faith”范畴中的习惯性的职务放弃，以及视公司风险于完全不顾以及积极违法等行为，其背信程度比传统的违反忠实义务要来得高，而且事实上Eisenberg教授指出的“good faith”在伦理上的各项基本要求，其主观层面更接近于忠实义务。其次，如果美国法上相关规定的目的是为了使董事责任认定更加简单，则将故意违法等列为忠实义务范畴更好，因为在许多美国州法的框架下，违反注意义务的董事无需承担赔偿责任。比如，董事不能因为“违法成本”低于“违法收益”而故意使公司违法，否则就是对董事职务的不忠诚（包含在扩张了的新“忠实义务”范畴中），则一旦发生损害，相关董事就有义务对公司损失进行填补。再次，如果故意违法以及恶意放弃职务等“bad faith”属于“忠实义务”范畴，则不再需要探讨董事是否存在“重大过错”。

而将“有意识的或者故意使公司违法”归入董事忠实义务的范畴对我国有着重要借鉴意义。不论是“三鹿奶粉案”、“上海福喜案”^{〔112〕}都涉及公司董事等高层指使或者事先知情，这些案件中的董事进行商业决策时并非出于自身利益考量，而是希望借此增加公司的销售及利润，如果使用传统的“忠实义务”理论，援引我国《公司法》第147、148条的规定难以对其追究责任。然而如果将“故意违法”作为董事忠实义务的一环，则追究相关责任人的经济责任将变得容易许多。此外，迄今为止人们大多涉案的公司主要负责人一人，对于涉案公司董事会其他成员以及高层的民事责任却少有问及。相比美国董事信义义务“三分论”和“二分论”之争的一些案例，大多发生在董事违反“内部控制机制构建义务”的案例中，在美国法上，董事及董事会的“建设防止不正当和违法行为发生的合法合规体制”基本都与“Monitoring”也就是董事相互“监视”的义务相关联，^{〔113〕}包括Caremark案^{〔114〕}以及Stone案中，^{〔115〕}法院均指出：董事如果完全没有在公司内构建一个信息收集以及上下传达的机制，没有注意把握有关公司风险的信息，或者在得到信息后有意识地放弃了对于公司业务的监督监视职务，这就能构成了对自身职责的有意识的漠不关心，从而构成违反忠实义务”。笔者认为，这对我国也有一定借鉴意义。^{〔116〕}

〔110〕 上述相关信息的披露属于作为义务，也被称为“自主披露义务”（duty of candor），属于扩张了的忠实义务范畴，参见カーティス・J・ミルハウプト編：《米国会社法》，有斐閣2009年，頁65。

〔111〕 See Lyman Johnson, *Supra* note 52, pp 27, 34-37.

〔112〕 2014年7月20日，媒体曝光了麦当劳肯德基等洋品牌快餐使用过期肉制造鸡翅、汉堡食品，并出售给消费者的新闻，引发社会热议。8月29日，上海市人民检察院第二分院以涉嫌生产、销售伪劣产品罪依法批准逮捕了涉案公司高管胡俊等6人。

〔113〕 See Regina F. Burch, “Director Oversight and Monitoring: The Standard of Care and the Standard of Liability Post-Enron”, 6 *WYO Law Review*, 481, 498 (2006).

〔114〕 In re Caremark Intl Inc. Derivative Litig., 698 A.2d, pp.959, 961-962, 967 (Del. Ch. 1996).

〔115〕 Stone v. Ritter, 911 A.2d, p.362 (2006).

〔116〕 参见梁爽：“内部控制机制的法律化路径”，《金融法苑》2015年第1期。

五、日本公司法上的董事义务与商业判断原则的适用

从上述对美国法的研究中可以发现,诚信义务地位之争与“商业判断规则”的定位和具体运用有着极为紧密的联系。“三分论”者认为“good faith”属于一项独立的义务,这是根据上文已述的 ALI 对商业判断规则的描述以及法院对商业判断规则进行的具体适用中得到的。^[117]然而在美国法上,该规则实质上是注意义务的相对概念,^[118]是一项针对董事积极经营决策和行为的“非司法审查”原则。因为该规则认为,只要董事经营决策的程序满足一定要求,就可直接推定决策内容并无不当,对于决策的质量和-content 等排除司法审查,这是由于董事商业判断是否合理完全可以由股东通过选任或者罢免董事的决议来体现。^[119]而大陆法系国家中的日本在适用“商业判断规则”时则避免了“good faith”等概念的困扰,其经验和教训同样值得我们借鉴。

与我国的通说类似,日本法上董事与公司之间的法律关系适用民法上的“委任”关系(日本公司法第 330 条),董事执行职务时须尽善良管理人的注意义务(日本民法第 644 条,日本法上称作“善管注意义务”,以下略称“注意义务”)。对于注意义务和忠实义务两者的关系,日本学界有着“异质说”^[120]和“同质说”^[121]的争论,前者强调忠实义务是董事不能以侵害公司利益来满足自身或第三人的利益的不作为义务,后者则认为忠实义务仅是注意义务的一个具体内容,后者是日本的通说。^[122]可见,日本学界很早便认识到注意义务和忠实义务存在一定同质性。在因董事违反注意义务而被提起的股东代表诉讼中,日本法院一般都会适用商业判断规则。而对该规则如何在日本法上定位的问题,日本学界曾经存在三种主张:①规则是对董事注意义务的减轻,应在日本公司法上予以明文规定;^[123]②规则是对法院审判的一种指导,即在认定董事经营责任时,要求法院必须在相当程度上尊重董事的经营判断,更加慎重地进行司法处理;^[124]③将董事的经营判断分为“过程”(事前准备的层面)和“内容”(实质判断的层面),前者适用注意义务,后者则审查董事判断时的实际情况,(只要不是明显有违通常情况下一般职业

[117] 参见蔡元庆:《董事的经营责任研究》,法律出版社 2006 年版,页 50;张勇健,见前注[20],页 234。

[118] 参见邓峰,见前注[1],页 498。

[119] 参见张开平,见前注[33],页 192。

[120] 参见北沢正啓:《会社法》(第 6 版),青林書院平成 13(2001)年,页 412。

[121] 参见鈴木竹雄、竹内昭夫著:《会社法》(第 3 版),有斐閣平成 6(1994)年,页 289。

[122] 日本最高法院昭和 45 年 6 月 24 日大法庭判决(《民集》第 24 卷第 6 号,页 625)中法院认为:“商法第 254 条之 2(公司法第 355 条)的(忠实义务的)规定是对同法第 254 条第 3 款(公司法第 330 条)以及民法第 644 条规定的善管注意义务进行进一步明确的规定,而不能将其看作比委任关系产生的善管主义义务更高的,其他种类的义务规定”。

[123] 参见吉永栄助:“取締役の一般的義務”,《一橋論叢》,昭和 28(1953)年第 29 卷第 4 号。

[124] 参见竹内昭夫、鴻常夫、上柳克郎編:《新版注釈会社法(6)》,有斐閣昭和 62(1987)年,页 277。

经理人的合理判断),不对董事进行追责。^[125] 有部分学者指出,日本不存在如同美国公司法上的基于司法政策的商业判断规则。^[126] 现如今日本公司法一般认为,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。^[127]

一直以来,日本法院虽然没有明确使用商业判断规则(日语为“经营判断原则”)一词,但在很多股东代表诉讼以及公司诉董事的案例中均适用了类似“商业判断规则”的审查规则,^[128] 日本法院的做法是,一般情形下广泛认可董事在经营判断上享有广泛的自主裁量权,然后根据个案的情况,在详细认定事实的基础上,对经营判断的程序以及内容都进行司法审查。具体的审查要素是:董事经营判断时公司的状况以及社会经济文化等背景;公司所属行业的通常职业经理人应该有的知识和经验;进行经营判断时的前提事实认知上有没有明显不注意的失误或错误,以及基于事实的选择或者决定是否不合理等。以下是两则极具代表性的日本法院适用商业判断规则进行审理的案件。

(一)日本精密股份有限公司案^[129](本案是监事会以公司名义起诉,并非股东代表诉讼)

日本精密股份有限公司是日本知名手表表带制造销售贸易公司(以下称甲公司),也是东京 JASDAQ 证券交易所的上市公司。该公司董事会(由 X1—X5 的 5 名董事组成,其中,X1 为甲公司董事长,X4 和 X5 同时兼任乙公司董事,X4 为乙的董事长)为提高公司销售业绩,准备对乙公司进行收购。丙公司是乙公司的主要供货商,对乙拥有大额债权。甲公司董事会平成 18 年(2006 年)夏天开始着手准备收购时,甲的监事会向董事会提出了“对于收购对象乙的资料不完整,收购的必要性和合理性等尽职调查不全面,董事如果鲁莽行事可能会被追责”的意见书。平成 19 年(2007 年)5 月 1 日,甲公司董事无视监事会意见,召开临时董事会收购乙。收购虽然无偿,但甲随即向乙增资花费了 1 亿日元,乙公司收到资金后立即将 1 亿日元向丙偿债,由于丙拥有的债权数额特别巨大,乙的偿还无法足额满足债务履行,丙遂于平成 19 年(2007 年)6 月 29 日向法院申请乙公司清算(民事再生程序)。同年 7 月 6 日乙公司的民事再生程序正式启动,8 月 10 日转入破产清算程序,甲公司(监事会)遂以违反善管注意义务为由起诉 5 名董事,要求 5 人共承担 1 亿元的赔偿责任。

对此,埼玉地方法院认为:X1—X5 的 5 名董事中,X1、X2、X3 片面听取 X4 提供的信息,并没有从中立的第三方那里获取有关乙公司的信息,具有过失。而 X4、X5 和乙公司关系紧

[125] 参见吉原和志:“取締役の経営判断と株主代表訴訟”,小林秀之、近藤光男編,《新版・株主代表訴訟大系》,弘文堂平成 14(2002)年。

[126] 参见森田果:“わが國に経営判断原則は存在していたのか”,《商事判例》,2009 年第 1858 号。

[127] 参见江頭憲治郎著:《株式会社法》(第 3 版),有斐阁 2009 年,页 433。

[128] 东京地方法院平成 14 年 10 月 31 日判决,《判例时报》,2003 年第 1810 号,页 110;东京地方法院平成 16 年 3 月 25 日判决,《判例时报》,2004 年第 1851 号,页 21;东京地方法院平成 16 年 9 月 28 日判决,《判例时报》,2005 年第 1886 号,页 111;东京地方法院平成 17 年 3 月 3 日判决,《判例时报》,2006 年第 1934 号,页 121。

[129] 埼玉地方法院平成 22 年(2010 年)3 月 26 日判决,《金融商事判例》,2010 年第 1344 号,页 47。

密,但没有对乙公司以及乙公司的最大债权人丙进行财务层面的谨慎分析和把握。综上,“从经营判断的角度来看,甲公司收购乙公司不失为一种战略选择”,“商业判断的内容本身并没有明显的不合理之处”,“但上述被告人在作出经营判断时的过程,即对商业判断前提的事实认识把握和信息收集的过程存在明显过失(不注意)”,法院据此认定5人承担连带赔偿责任,功赔偿公司本息共计1亿750万日元。

可见,日本法院运用商业判断规则时,会将董事的经营判断划分为“过程”(信息收集)和“内容”两个层次,但事实上,信息收集的过程和最终商业判断的内容很难完全分割和区别,因为判断内容和信息的程度紧密相关。固然信息收集地越充分判断越趋于理性,但信息收集本身不存在量化标准,且对于错综复杂信息收集往往需要花费时间和精力,而企业并购则是需要面临市场变化迅速作出反应的风险行为。因此,只要董事不违反忠实义务,行为不违法,没有明显的不合理之处,法院就应当尊重董事的经营裁量范围。日本学者认为,本案中,法院认为“内容没有明显的不注意”,但“过程不合理”的判断让人觉得非常不自然。^[130] 因为法院无法列出应当收集信息的量化标准,商业判断规则中所谓的“事实认识上有明显不注意的过错”应该是指对乙进行子公司化的这个事实。只要法院认定甲公司董事会作出的对乙实施完全控股的这一判断存在经营判断的合理性,则不应再对经营判断的具体实施和调查过程进行审查。换言之,综合本案包括监事会提出反对意见在内的诸多事实来看,对乙公司实施完全控股本身并不是一项内容合理的经营判断。^[131]

(二)爱泊满(apamanshop)案^[132]

爱泊满(apamanshop,日语为アパマンショップ)是日本知名不动产租赁中介连锁企业(以下称甲公司),其持有A公司66.7%的股份。平成18年(2006年)5月11日,甲公司董事会为增强整个集团的竞争力,决定对完全控股子公司乙进行组织变更,促使乙与A合并。董事会讨论后决定:为确保对合并后的新公司完全控股,有必要首先对A实现完全控股;考虑到长期友好合作关系,对A公司尽可能采取协议收购的方式;收购价格以平成13年(2001年)A公司设立时的每股价格为准(每股5万日元)。甲聘用了两家会计师事务所对上述收购价格进行评估,其中一家出具的评估价格为每股9709日元,另一家出具的则是每股6561日元至1万9090日元。甲公司同时又向律师咨询,律师的意见是“协议收购(不同于强制收购)考虑的是收购价格的必要性和平衡性问题,本案中的5万日元应该是可接受的(并非不合理的)范围”。平成18年(2006年)6月,甲公司对A公司实行收购,收购总股份数3160股,收购对价1亿5800万日元(每股5万日元)。甲公司股东X等人以“收购价格明显不当,董事违反善管注意义务”为由起诉公司3名董事,要求三人承担损害赔偿责任。

[130] 参见三浦治:“債務超過会社の完全子会社化と同社への出資を決定した会社取締役の善管注意義務違反”,《金融商事判例》,2010年第1352号。

[131] 参见新山雄三:“株式会社が子会社に対してした増資につき,取締役会においてその増資に賛成した取締役には善管注意義務違反があるとして,増資額相当の損害賠償請求が認められた事例(さいたま地判平成22.3.26)”,《専修法学論集》専修大学法学会2011年3月刊。

[132] 日本最高法院平成22年(2010年)7月15日判决,《金融商事判例》,2010年第1353号,页26。

第一审东京地方法院平成 19 年 12 月 4 日判决驳回了原告的诉讼请求。^[133] 二审东京高等法院平成 20 年 10 月 29 日判决支持了原告的诉讼请求。^[134] 二审法院认为,董事对经营判断前提事实的调查过程也是法院审查的范围,因此法官们认为在会计师事务所给出了评估价格后董事们依然作出高价收购决议(设定偏离评估价幅度过大的高额收购价格)没有任何合理的依据,因此认为董事经营判断已经背离了“合理的裁量范围”,应承担责任。但最高法院认为:“对 A 公司实施完全控股对集团整体业务水平和品牌提升会带来企业价值的正面影响,属于一项经营判断”,“收购方法和价格应由董事在斟酌公司财务负担,股份取得行为的整个过程后自行决策”,而“协议收购时,考虑业务收益的预测、收购能否顺利稳妥地进行,以及维持与 A 公司原股东之间良好关系”等均是经营判断的范畴,且“收购一家非上市公司时的收购价格应有较大的自由裁量空间”,因此,“难以认定一股 5 万日元的收购价格显著不合理”。且从决定的过程来看,“收购决议由董事会讨论决定”,并“听取了律师意见”,因此,决定过程并无明显的不合理。综上,不能认定董事违反注意义务。

本判决是日本最高法院第一次正式明确提出并适用“商业判断规则”的案件。最高法院和二审法院之间的主要差异并不是对规则理解的差异,而是在如何运用规则上产生了不同看法。二审东京高院更加关注评估价和最终收购价格之间的差距,认为收购价格如果过于偏离评估价格将背离公司经营的有利效果。二审法院实质上代替法官进行了一次经营判断,这极有可能缩小董事经营判断裁量的范围。对此,日本最高法院认为,对非上市公司实施协议收购时,对股份取得的方法和价格,董事可以根据评估价、收购的必要性、公司财务状况(是否造成过重的财务负担)以及收购对公司事业整体效益的提升和企业价值正面作用等方面综合判断,大幅度认可了董事的经营判断范围。二审法院认为“听取律师意见”并不能否认董事违反注意义务,但正如学者指出,正因为评估价和决议设定的价格之间存在着差异,董事会决定听取律师意见正好表明董事们已尽到了一定的注意。^[135]

从以上两则案例可以看出,虽然日本法院没有照搬美国式的商业判断规则,将其作为在满足一定要件下排除法院审查的一种法理适用,而是法院在广泛尊重董事经营裁量的原则指导下,对董事会经营判断的过程和内容进行实体审查的规则。但日本法院尊重董事经营判断的范围和幅度均比较大,事实上产生了同美国公司法上商业判断原则一样的效果。事实上,日本法院针对收购非上市公司股份以及公司自我股份时,一般都坚持尊重董事经营裁量,否认董事违反注意义务。^[136] 而且相比美国法上明确“商业判断规则”必须满足“诚信”(good faith)等极易被理解为主观要件,从而造成可诉性不强,又引发长达数十年的“诚信义务”地位争论,日本法院更加注重的是讨论董事外在行为的“客观”方面。

[133] 《金融商事判例》,2008 年第 1304 号,页 33。

[134] 同上注,页 27。

[135] 参见北村雅史:“平成 22 年度重要判例解释”,《ジュリスト》,2011 年第 1420 号。

[136] 大阪高等法院平成 12 年 9 月 28 日判决,《资料版商事法务》,2000 年第 199 号,页 328;大阪高等法院平成 19 年 3 月 15 日,《判例タイムズ》,2007 年第 1239 号,页 294。

如今,日本学界已经基本达成共识,即,运用商业判断规则对董事经营判断进行实体审查时,可将经营判断分为“过程”和“内容”两个阶段,过程阶段如审查通过即可推定内容合理,而内容存在明显的不合理之处,则不再需审查过程。换言之,信息收集不是独立的要件,而是推定判断内容合理的一个参考要素而已。^[137] 这样亦可避免上述“日本精密股份公司”案中出现的“内容合理但过程不合理”的古怪判决。但是,对于经营判断的“过程”的审查仍然面对诸多难题:“爱泊满(apamanshop)案”中的“经营判断的过程,即对商业判断前提的事实认识把握和信息收集的过程”究竟指哪些标准?虽然日本最高法院作出了对董事经营判断极为宽恕和容忍的姿态,但如果一味尊重董事的经营判断,那么会计师的评估就会失去其意义。换言之,该案中董事会最终设定的协议收购价格比两份会计师评估的均价高出3倍以上,董事们也没有尝试进行进一步的价格协商,而仅仅向律师咨询了意见,从这一点上看,二审东京高等法院的判决有其特殊的指导意义。但二审东京高院认为董事在经营判断的前提事实把握上存在明显的不注意之处,即董事对于收购价格的设定没有经过谨慎再三的调查和讨论。笔者认为,如果在信息收集上没有明确的量化标准,法院又如何认定何种程度或是多少次的信息收集(评估)才是合理范围?本家中两家会计师出具的评估价格之间本身存在的差异就已经体现出信息收集有其局限性。

六、“诚信”义务地位之争对我国的新启示:

(一)我国在引入“诚信”概念问题上必须谨慎

美国公司法上董事信义义务“三分法”的从天而降到逐渐淡出极具戏剧色彩,即从 Smith v. Van Gorkom 案对于董事注意义务的过于严苛,到特拉华州《普通公司法》第 102 条(b)(7)允许公司章程免除董事违反注意义务后的对公司责任,导致董事注意义务再生危机,然后有特拉华州再次为强化董事问责的背景之下 Allen 法官提出“三分法”引发长达 14 年的争论,最后再由特拉华州最高法院回到坚持“二分法”来收尾。鉴于特拉华州衡平法院和最高法院在美国公司法司法裁判中的特殊地位,美国学者曾经将上述两者之间的分歧看作是“信托财产理论”和“公司契约论”之间的对抗过程。^[138]

从上述过程来看,如果我国公司法不允许公司章程减轻或免除董事因违反注意义务而发生的责任,则讨论美国公司法上的相关问题的意义可能会被削弱。如果仅从我国《公司法》第 150 条规定董事“应当”承担责任,且该条文无但书或除外规定来看,我国无法允许章程免除董事责任,然而我国公司法亦未禁止公司免除董事责任。^[139] 笔者认为,在中国董事义务与责任

[137] 参见江頭憲治郎、門口正人編:《会社法体系 3》,青林書院 2008 年,頁 234。

[138] See David Rosenberg, “Making Sense of Good Faith in Delaware Corporate Fiduciary Law: a Contractarian Approach”, 29 *Delaware Journal of Corporate Law*, p.506 (2004).

[139] 有学者指出,实际上我国已有部分公司的章程免除了董事责任。参见罗培新:“填补公司合同“缝隙”——司法介入公司运作的一个分析框架”,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2007 年第 1 期。

规则的构建过程中,必须考虑法律移植同我国的特殊国情以及如何与中国法律传统和文化对接的问题。美国法对我国董事信义义务规则的影响固然重要,然而我国作为成文法国家,过于强调契约论有可能影响公司法作为成文法的逻辑体系,一味强调引入“三分法”,必然会在董事信义义务规则理论和标准仍比较模糊的情况下衍生出更多极难统合的理念,造成我国公司法学术理论研究的混乱。现如今,“三分法”已成为美国公司法学界的少数说,但包括 Eisenberg 教授在内的“三分法”论者对缺乏诚信的各种作为或者不作为进行的类型化研究仍具有十分积极的意义。而我国现阶段或有必要参考这些经验对董事信义义务扩充兜底条款和概括规定,该规定应该能为案件的适用和更有效地规制董事的欺诈、故意放弃义务、不忠及利益冲突等行为提供必要的弹性。我国应该在立法上谨慎适用过于模糊的概念,尤其是容易使人误解为主观标准的“诚信”字样。

(二) 重构的两条路径

笔者认为,我国现行《公司法》未对董事注意义务的含义及判断标准等作界定,也没有对忠实义务的内涵进行总括性阐述,为避免董事信义义务规范出现缝隙,可尝试发掘董事忠实义务和注意义务在一定范围内存在同质性,这也是美、日公司法董事信义义务理论的共同点之一。在此理论基础上,我国重构董事信义义务至少存在两条路径:第一是借鉴美国法的最新经验,适当扩充董事忠实义务范畴;第二是参考日本法的做法,视“忠实义务”为“注意义务”的一个特殊要求,将注意义务范畴进行扩大。

对于第一条路径。从上文可知,“诚信”极为抽象,其内容只有通过当事人之间的关系以及具体义务履行的环境和具体情况来判断。而诚信所要求的“心理状态”或者“动机”和“忠实”的要求高度统一:两者都要求必须为增进公司利益,忠实义务是义务本身的抽象要求,而诚信则是行为人在实施具体职务行为等具体情景下发生(具体行动标准)的“心理状态”。按照民法的观点,过错分故意和过失两种形态,在公司董事的日常经营行为中,是否存在介于上述两者之间,又不能简单归为故意或者过失的情形,比如“不计后果”,“浪费”,“漠视自身职责”;在规范董事不存在利益冲突但因为某种原因而漠视了自身职责的行为,但从哲学观点来看,“漠视自身职责”的行为亦可认为其“不忠实”,因为“诚信”的本质仍然是一种“主观”上的要求,事实上,无论是从代理还是信托的角度,代理人或者受托人的“诚信”都与“忠诚”相关,即为基于增加该法律关系中的本人和受益人的正当利益而怀有最大限度的诚信并忠诚行动。笔者认为,“good faith”完全可作为忠实义务的积极方面被其吸收,^[140]而英国公司法上早有董事“积极”的忠实义务的规定。^[141]

现阶段我国或可将董事“忠实义务”定义为“董事行为不能违背股东之信赖,其必须拥护公司的最佳利益而积极努力(作为义务),同时回避(因个人或者他人私利而)侵害公司利益的利益冲

[140] 其实,董事积极行动的忠实义务在很早的判例中已经有体现。See e.g., Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers (1854) 1 Macq. p.461; Cumberland Coal & Iron Co. v. Sherman, 30 Barb. p.553 (N.Y. Gen. Term 1859).

[141] 邓峰,见前注[1],页 463。

突行为(不作为义务)”。^[142] 要求董事积极努力,这同我们原先对董事注意义务的理解或有类似之处。^[143] 但“扩张了的忠实义务”中的作为义务仅指董事不能习惯性地、惯常性地放弃职务,比如当雇员或其他董事的过错行为已显示出明显的危险信号而故意视而不见等。换言之,忠实义务和“good faith”其实是同心圆的关系,“忠实性”是内核,而“good faith”是具体职务执行时的表层部分。哈佛大学伦理学、哲学教授 Josiah Royce 在 1908 年成书的《忠的哲学》中曾论述到:“忠实”也有等级体系,处于底层的是对个体的忠诚,而后是对团体的忠诚,而位于顶端的是对一系列价值和原则的全身心奉献。且 Fletcher 将“奉献”作为忠诚的最高级,认为义务人有“奉献”(Devotion)的积极义务。^[144] 事实上,违反忠实义务的董事和缺乏“good faith”的董事在主观层面有着惊人的相似度,比如都属于或接近于欺诈,以及都属于故意。尤其如果董事因为个人声誉地位、人际关系、宗教信仰、政治需要、心理满足,而习惯性地怠于履职,或者长期漠视或者对公司和(全体或特定)股东的利益视而不见,这类行为并不同于在职务执行过程中违反注意义务的注意要求,而是行为人主观动机“不忠”,应将其归入违反新型忠实义务的范畴。

我国可将“有意识的或者故意使公司违法”归入董事忠实义务的范畴,同时,财政部等五部委于 2008 年和 2010 年先后联合发布了《企业内部控制基本规范》。该《基本规范》第 12 条规定内控机制的建设由董事会负责,监事会对之进行监督。如果董事对公司信息传递机制失灵或者内控机制缺失有所察觉但装作视而不见,又或者董事经常性、习惯性地放弃履职,不构建内控机制,或者任意放纵经营者,均可认定为对公司的不忠。^[145] 如果监事对董事会的不忠行为长期视而不见,亦或者监事已了解到公司内的某些信息(比如举报等)又不作出任何反映的,可以认定监事违反忠实义务。该法理同样适用于独立董事。

对于第二条路径。笔者认为,我国学界通说赞成董事与公司 and 股东之间的关系属于“委任关系”,因此,仿效日本公司法将忠实义务理解为“注意义务”的一个部分存在一定的理论基础。而如果我国采用日本模式,则上述缺乏“good faith”的董事行为以及包括恶意放弃职务等董事行为都可以被概括为违反董事“注意义务”(日本法上称“善管注意义务”)的行为,但此时,我国有必要吸取日本法对“商业判断规则”的定位和日本法院在审理董事违反“善管注意义务”案件时具体适用该规则时的教训。

(三)我国引入“商业判断规则”的两条路径

商业判断规则是调节董事会权威和说明义务的重要阀门,其重要价值在于鼓励经营者以及优化资源配置。因此,摸索一条适应我国国情,并具有政策性的董事信义义务审判规则(商业判断规则)十分重要。笔者认为,我国在引入“商业判断规则”时,至少也存在两条路径,对于

[142] 董事注意义务的本质也是为增进公司利益,但其并不涉及行为人主观层面的问题,而是在业务执行过程中进行客观审查。此外,应该更宽泛地理解“利益冲突”中的“利益”。参见曹南燕:“科学活动中的利益冲突”,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2003年第2期。

[143] 2009年8月25日发布的《上海证券交易所上市公司董事选任与行为指引》第四章规定董事注意义务的标准是:“从公司最佳利益出发”,且“不得仅以对公司业务不熟悉或者对相关事项不了解为由主张免除责任”。

[144] 转引自邓峰,见前注[1],见前注[3]。

[145] 有关内控机制的具体架构和设计,属于董事的“能力”问题,仍应认为其属于注意义务范畴。

第一条路径,借鉴美国法的经验,将商业判断规则定位为一项排除司法审查的原则,并对其具体适用标准进行明确。对此,“三分法”论的学者认为,忠实义务的审查标准是“绝对公平标准”;注意义务采用的是“商业判断规则”;而对“good faith”的审查标准则是“合理性”标准。^[146]但是,“合理标准”仍然带有主观色彩,忠实义务的“公平标准”本身也要求合理,公平与合理之间又是什么关系?我国有学者主张美国法学会(ALI)《公司治理的诸原理——分析和劝戒》第4.01条对于董事注意义务司法审查的“理性标准”属于主观标准,^[147]但有学者认为“理性标准”属于客观标准,^[148]诸如此类,审查标准的认知模糊必将导致审查标准不清和可诉性不强,最终造成董事追责的困难。

而笔者研究发现,美国公司法上的商业判断规则其实是在满足一定要件后排除司法审查的原则,上述要件中就有董事行为不能违反“包含了 good faith 的忠实义务”。换言之,董事违反信义义务,首先应该审查是否履行了忠实义务(审查是否能适用章程规定的董事免责或者责任限制),其次才是审查注意义务。^[149]我国2009年8月25日发布的《上海证券交易所上市公司董事选任与行为指引》(2009)第四章曾规定董事注意义务的标准是①“从公司最佳利益出发”,且④“不得仅以对公司业务不熟悉或者对相关事项不了解为由主张免除责任”。如果将其理解为注意义务的标准则有些过于严格。^[150]但如果在确立董事违反信义义务的司法审查的先后顺序后,将上述标准纳入到“扩张了的忠实义务”的审查标准中,则更容易理解和把握。而且,可以使原先忠实义务审查标准中的“公平标准”同部分学者主张的诚信路径的“合理标准”^[151]得到有机统一。

对于第二条路径,我国亦可参考日本的做法,不将商业判断规则作为一项排除司法审查的规则,而是将其作为一种法院介入的原则,即法院在一般情形下广泛认可董事在经营判断上享有广泛的自主裁量权,然后根据个案的事实情况,对经营判断的程序以及内容进行司法审查。如此则可规避“good faith”等主观层面复杂的理论争辩。且随着对尊重董事经营判断的范围和幅度的逐渐扩大,亦可产生同美国公司法上商业判断规则一样的效果。

选择日本路径的好处之一是在“信息搜集”层面,如果将其置于美国公司法的语境之下,对于

[146] 参见朱羿锜:《董事问责标准的重构》,北京大学出版社2011年版,页29-30。具体理由如下:其一,造出一个合理性标准正好和公平标准、商业判断标准相结合,且正好对应“三分法”中的三个义务;其二,确立合理性审查标准符合现代法治国家由形式主义转向实质主义法治的理念,并可依此对董事会经营决策进行实体审查。

[147] 朱羿锜,见前注[146],页95。

[148] 楼建波,见前注[4]。

[149] 原来被认为属于董事注意义务审查标准的一些要素实际上是一种审查顺序,参见张开平,见前注[33],页192。但是在特定场合下,美国法院对于董事履行两种义务的情况在司法审查中也会同时进行审查(比如涉及公司内部支配地位转移时的公司并购的案件,涉及重要事实以及信息的披露,内部控制机制缺失等案件中)。See Sean J.Griffith, “Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence”, 55 *Duke Law Journal*, 40-43 (2005).

[150] 参见马一德:“公司治理与董事勤勉义务的联结机制”,《法学评论》2013年第6期。

[151] 参见朱羿锜,见前注[146],页29-30。

如何去判断信息的获得程度,首先要回答哪些信息是应当去获得的,如果法院对公司觉得时应获取信息设定“应然”标准,这样一来法院就可能涉嫌已经对公司的商业判断进行了干预。但必须注意的是,如仿效日本,则应该将董事的经营判断划分为“过程”(信息收集)和“内容”两个层次。

对于前者,因为信息收集本身不存在量化标准,对于包括会计师的评估报告、律师的法律意见书、专家鉴定等究竟应当如何运用,我国须明确一定的运用规则的方法,避免出现日本最高法院和东京高等法院在“爱泊满(apamanshop)案”中出现的审查标准分歧过大的问题。且如果“过程”通过了法院的司法审查,则法院将不再审查经营判断的内容。而如果“内容”确属特别拙劣,则亦可不再审查程序。这样就不会出现日本精密股份有限公司案中“内容合理”但“过程存疑”的古怪判决。事实上,在美国法框架下,内容极其拙劣的经营判断也可以反推出董事的缺乏“good faith”,从而构成违反忠实义务(当然,程序上的过错属于注意义务范畴)。^[152]但应注意的是,这里的“特别拙劣”不是仅仅以商业判断后发生损失的金额来反推,而是必须结合考察商业判断对于公司状况的实质意义和内容,并结合董事“内心的主观目的和动机”所表现出来的客观事实(比如言论、邮件、信件内容乃至笔录或者证言等)来考察。

(四) 完善董事责任追究的其他思考

董事信义义务规则归根结底是为董事责任追究之诉服务的,但我国董事追责之诉的现状却不乐观:“三鹿奶粉”案中公司被罚人民币近5000万,公司董事没有承担任何民事赔偿责任。2013年发生的“光大乌龙指案”中已有证券投资者进行证券侵权之诉,却没有一位股东从维护公司利益出发,依据我国《公司法》第151条,要求董事填补公司发生的损害。从这一点上看,我们的首要任务或是进一步激活股东代表诉讼制度。在这点上,日本在完善股东代表诉讼制度上的经验值得我国参考:日本于1993年将股东代表诉讼作为非财产诉讼,将诉讼费一律规定为8200日元(约合人民币400余元),且规定胜诉股东可要求公司支付包括律师费用在内的必要诉讼费用,^[153]原先日本股东代表诉讼的年受理案件数量不过10件左右,但上述改革后的数年间股东代表诉讼的案件受理量猛然增加到每年200件左右。^[154]

同时,我们必须注意合理降低董事等对经营管理中的固有风险所带来的赔偿责任的心理顾虑,激励其开拓精神。笔者认为,或可在我国《公司法》中明确:如董事违反法定不作为义务的,则公司章程不得免除或者限制董事责任;而如果董事仅违反忠实义务中高层次要求的积极义务或其他注意义务的,则可以采用定额赔偿的方式(比如赔偿额为过去若干年从公司获取财产性收益的多少倍等)或者可允许公司章程对董事赔偿责任的上限作出规定。^[155]由于业务执行董事、非

[152] See Christopher M. Bruner, *Supra* note 47, pp.1156-1157.

[153] 其他改革措施还有:在允许向法院申请命令原告提供适当担保的基础上,引入“不起诉理由书制度”以及“法院驳回制度”等。参见高桥均:《股东代表诉讼的理论与制度改进》,梁爽等译,法律出版社2013年版,页78-100。

[154] 同上注,页22-23。

[155] 比如日本《公司法》第425条允许公司股东会普通决议免除董事因善意无重过失的注意义务违反造成的损害责任,其上限为:以董事接受公司财产性利益的年度额为基准,代表董事为6年总额,独立董事和监事等为2年总额,其他一般董事为4年总额。

业务执行董事,以及监事等从公司获取薪酬以及其他收入水平不同,最后的赔偿额必定会不同。此外,董事因积极的以及故意的不忠实行为并不属于董事责任保险的赔付范围。^[156]

此外,从公司发生损害的角度来看,由于很多损害往往是由于复数的要因作用而发生,在运用侵权法理论认定董事责任时,或可允许法院适用比例因果关系的理论。即“在事实因果关系是否存在的问题上不进行简单的二选一式抉择,而是考虑原来损害既已存在的诱发事由(因素),并就董事行为对事故损害发生的参与度或影响程度(影响大小)进行限定,以该影响度为限,令董事承担损害赔偿”,^[157]在日本法上,这种手法已经出现在交通事故、医疗纠纷及公害诉讼中。^[158]从这点来看,在董事追责诉讼中,适用“比例原则”进行责任认定的方法在理论上也存在可能性,并值得进一步研究。

Abstract: “Good Faith” in the Fiduciary Duty “Triad” has been debated for decades, of which the rise is mainly accompanied with the different understanding of the applying conditions of the “Business Judgment Rule”(BJR). Accompanied by the different understandings of the applicable conditions of BJR, Delaware courts have long struggled with formulating a definition of the duty of good faith that is consistent with Delaware statutory and case law. Taking into account the absence of BJR in the theoretical system of Chinese Corporate Law, the concept of “good faith” should be introduced with more care. Among many solutions to refactor the theory, there are two paths feasible that could compensate for the intrinsic defects of directors’ fiduciary duty, one of which is the expansion of the duty of loyalty, the other is the duty of care. At the same time, there are two options in terms of the application of BJR, using it as the “Non-review principle on judicial issues” means totally excluding court’s examination, and considering it as the governing principle of judicial review over BJR in both “process” and “content” aspects, as well as developing specific and clear applicable standards.

Key Words: Fiduciary Duty; Duty of Loyalty; Duty of Care; Good Faith; BJR

(责任编辑:邓峰)

[156] 一般而言,责任保险的范围是董事,监事高管非由于故意而造成的民事赔偿责任,参见孙宏涛:《董事责任保险合同研究》,中国法制出版社2011年8月,页135。

[157] 参见平井宜雄:《债权分论Ⅱ不法行为》,弘文堂1992年,页85—86。

[158] 交通事故的案例比如,最高法院判决平成4(1992)年6月25日《民集》第46卷第4号,页400;《金融商事判例》第920,页29。医疗责任事故的案例比如,最高法院判决平成10(1998)年6月12日《民集》第52卷第4号,页1087;《金融商事判例》第1052号第15页。公害诉讼案比如,大阪地方法院判决平成3(1991)年3月29日《判タイムズ》第761号,页46等。