

國立政治大學法律學系碩士班

碩士學位論文

董事勤勉義務認定標準與商業判斷規則之研究

A study on the standard for determining directors' duty of care and the
business judgment rule



指導教授：王文杰 博士

研究生：王雪純 撰

中華民國 110 年 7 月



摘要

董事勤勉義務要求公司中的管理者應當以適當的注意管理公司以免損害公司利益，其為公司治理中的重要制度，各國針對董事勤勉義務之審查標準不盡相同：英國法經歷了從客觀標準主觀標準再到主客觀相結合的歷程，美國法則通過數個案例以及模範公司法等成文法確立了善意、合理相信為了公司最佳利益兩個主要判斷標準並輔以商業判斷規則以進行審查。2005年，中國大陸修改公司法，引入董事勤勉義務這一概念，在此之前已有行政法規、部門規章等針對上市公司董事的勤勉義務作出了規範，整體立法體系較為混亂且公司法上的規定過於原則性，司法解釋亦給未出較為明確的審查標準。從司法實踐來看，近年來，董事勤勉義務案件持續增加，有不少法院通過個案對勤勉義務作出了解釋，亦有法院引入了商業判斷規則以輔助判斷。本文將在研究董事勤勉義務判斷標準之沿革及商業判斷規則適用路徑之基礎上，分析各國（地區）移植商業判斷規則之路徑，同時針對中國大陸董事勤勉義務立法及司法實踐中存在問題之基礎上，提出兩層次的細化中國大陸勤勉義務路徑，一為建立主客觀相結合的抽象審查標準，二為以司法解釋與指導性案例相結合的成文化形式引入商業判斷規則作為勤勉義務的輔助性審查標準，在適用路徑上做舉證責任的適當轉移，以達成股東、公司利益與董事決策空間之平衡。

關鍵詞：信義義務、勤勉義務、商業判斷規則、法律移植

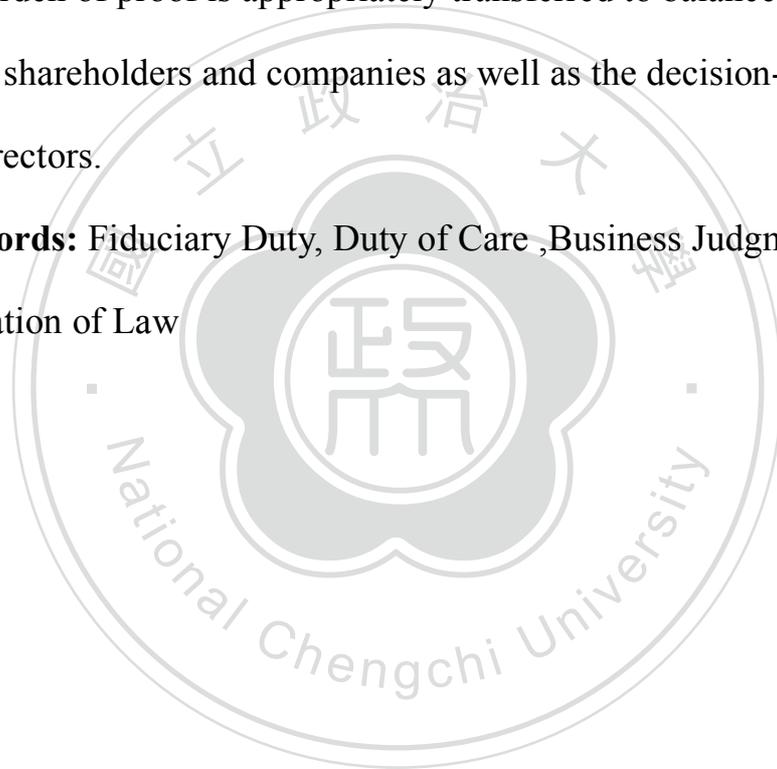


Abstract

Directors' duty of care requires that managers should manage the company with due care so as not to damage the interests of the company. It is an important system in corporate governance. The English law has gone through the process from objective standard to subjective standard to the combination of subjective and objective standard, and the American law has established two main judgments: good faith, reasonable belief in the best interests of the company, supplemented by business judgment rules. In 2005, China revised the Corporation Law to introduce the concept of directors' duty of care. Before that, administrative regulations and departmental rules have regulated the directors' duty of care. The whole legislative system is chaotic and the provisions of the Corporation Law are too principled. Judicial interpretation has not given a clear standard of review. In recent years, the cases of directors' duty of care have been increasing. Many courts have explained the duty of care through individual cases, and some courts have introduced the business judgment rule to assist judgment. This article will analyze the routes of transplanting business judgment rules to various countries (regions) based on the evolution of the judgment criteria for directors' due diligence obligations and the path of application of business judgment rules. In response to the problems in legislation and judicial

practice of directors' due diligence obligations in Mainland China, this article proposes two levels of detailed due care obligations of directors in Mainland China. One is to establish an abstract review standard combining subjectivity and objectivity, and the other is to introduce business judgment rules as a supplementary review standard through a cultural combination of judicial interpretations and guiding cases. In this way, the burden of proof is appropriately transferred to balance the interests of shareholders and companies as well as the decision-making space of directors.

Keywords: Fiduciary Duty, Duty of Care, Business Judgment Rule, Transplantation of Law



致謝

此刻，碩士論文已基本完成，總覺得還有許多未盡之事、許多遺憾、許多不捨……回想在政大的這兩年裡，雖伴隨著疫情以及諸多的不確定性，但如今能記起的，都是快樂的、閃著光的瞬間。

最要感謝的，是我的導師：王文杰老師，何其有幸能成為您的學生，在臺灣的兩年裡，從學術到日常生活的點點滴滴，您總在關鍵時刻給予我全力支持，您也以對學術的嚴謹踏實一絲不苟、對工作的熱情、對他人的真誠與關懷教會我如何成為一個更好、更完善的人。同時，亦要感謝蘇永欽老師、馮震宇老師、沈宗倫老師、朱德芳老師、臧正運老師、方嘉麟老師、劉連煜老師、廖元豪老師，每週能與各位教授在法學院研究室裡一起度過兩三個小時，探討某個議題，如今想來是迸發著火花的快樂，而這些瞬時的快樂慢慢積累，成為我從政大畢業時所得到的最大收穫。

感謝這兩年在臺灣遇到的所有朋友們，感謝叢伊，這兩年裡我們一起在臺灣、日本旅行，一起討論各自組裡的報告議題，互相鼓勵支持（主要是你支持我啦），你永遠都恰巧在我最需要的時候出現，用你的生活態度影響著我，讓我可以反諸己身，打開了自我認知的新世界，遇見你真是這兩年最大的驚喜。感謝昊翔、銘珠、瑩菊、弋渲、郭羅敦尉、威廉、代航，無論是陸生還是臺灣同學，都讓我感受到了這片土地的人情味與溫柔，感謝你們。

此刻想到當初申請臺灣的初心，是很簡單地想在一個陌生又清幽的環境裡沉下心來讀書，鍛鍊思考、反思與學習能力，如今看

來，已經完成甚至超出了期待。在申請、就學過程中，有三位重要的人一直給予我支持和鼓勵：我的父母以及我的本科導師方斯遠老師，沒有你們的信任、支持，我無法走到這裡，亦無法堅持走完這段路，感謝你們一直無私地、全身心地幫助，愛你們。

因為疫情，我從學校匆匆回到了家裡，離開時發現自己竟沒有留下多少有關政大的紀念物，但一向注重儀式感的我竟沒有一絲傷感，大概是因為政大帶給我的在學術上、思維上乃至人生態度上的改變已經裝在我心底啦，並將在未來的人生道路上一直伴隨著我。

最後要感謝碩士論文的口試委員們，雖受疫情影響只能在線上進行口試，但口試過程和老師們的要求並未因為視訊形式而受到影響，感謝老師們嚴謹認真的態度和對我的論文提出的寶貴的修改意見，這也是我在政大學到的最後一課。

這段旅程到這裡要結束啦，學生生涯也暫告一段落，我會帶著所有的愛與善意開啟下一段旅程，再會啦。

雪純

2021年7月14日

於 安徽桐城

簡目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與研究目的.....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 研究目的.....	2
第二節 研究對象與範圍.....	4
第一項 文獻綜述.....	4
第二項 研究對象與範圍.....	7
第三節 研究方法.....	8
第一項 文獻分析法.....	8
第二項 比較分析法.....	9
第三項 實證分析法.....	9
第二章 董事勤勉義務概念緣起及經濟分析.....	11
第一節 從董事與公司之關係檢視董事勤勉義務.....	11
第一項 董事與公司之關係.....	11
第二項 從董事與公司關係看董事勤勉義務.....	15
第二節 信義義務是降低代理成本之必要選擇.....	16
第一項 董事與股東之利益分野必然帶來代理成本.....	16
第二項 降低代理成本之必要路徑.....	18
第三節 信義義務之下的勤勉義務.....	20
第一項 信義義務的內涵建構.....	20

第二項 忠實義務與勤勉義務之區分	22
第三章 董事勤勉義務判斷標準之演進及商業判斷規則	25
第一節 董事勤勉義務判斷標準之演進	26
第一項 英國董事勤勉義務判斷標準	26
第二項 美國董事勤勉義務判斷標準之演進	29
第二節 商業判斷規則	40
第一項 商業判斷規則之立論基礎及價值	41
第二項 董事勤勉義務與商業判斷規則之關係	45
第三項 商業判斷規則適用前提及路徑	46
第三節 各國移植模式比較	48
第四章 中國法上董事的勤勉義務	58
第一節 董事勤勉義務之歷史演進及立法現狀	59
第一項 前勤勉義務時代，董事責任之規制	60
第二項 董事勤勉義務被正式寫入公司法	65
第三項 董事勤勉義務之立法現狀	68
第二節 中國法上董事勤勉義務之問題	72
第一項 立法體系混亂、法條適用關係不明	72
第二項 嚴格的勤勉義務判斷標準，既不合公司利益又不合適宜	74
第三項 缺乏可操作的判斷標準	76
第五章 中國大陸董事勤勉義務及商業判斷規則之實證分析	79
第一節 中國大陸董事勤勉義務之實證分析	79

第一項 樣本來源和統計方法.....	79
第二項 違反勤勉義務之常見事由.....	81
第三項 法院的說理及裁判路徑.....	82
第二節 中國大陸商業判斷規則之實證分析.....	89
第一項 數據庫及檢索條件.....	89
第二項 商業判斷規則在中國大陸運作觀察——宏觀層面.....	89
第三項 商業判斷規則在中國大陸運作觀察——微觀層面.....	90
第六章 結論——從法律移植視角觀察之.....	95
第一節 確立主客觀相結合的抽象判斷標準.....	95
第二節 引入商業判斷規則.....	96
第一項 中國大陸引進商業判斷規則的必要性.....	96
第二項 移植商業判斷規則之路徑.....	103
參考文獻.....	107



詳目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與研究目的.....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 研究目的.....	2
第二節 研究對象與範圍.....	4
第一項 文獻綜述.....	4
壹、董事勤勉義務審查標準.....	5
貳、商業判斷規則.....	6
第二項 研究對象與範圍.....	7
第三節 研究方法.....	8
第一項 文獻分析法.....	8
第二項 比較分析法.....	9
第三項 實證分析法.....	9
第二章 董事勤勉義務概念緣起及經濟分析.....	11
第一節 從董事與公司之關係檢視董事勤勉義務.....	11
第一項 董事與公司之關係.....	11
壹、信託關係.....	11
貳、委託-代理關係.....	13
參、委任關係.....	14
第二項 從董事與公司關係看董事勤勉義務.....	15

第二節 信義義務是降低代理成本之必要選擇.....	16
第一項 董事與股東之利益分野必然帶來代理成本.....	16
第二項 降低代理成本之必要路徑.....	18
壹、重複交易理論.....	18
貳、高成本的監督機制.....	19
參、信義義務是降低代理成本的必要路徑.....	20
第三節 信義義務之下的勤勉義務.....	20
第一項 信義義務的內涵建構.....	20
第二項 忠實義務與勤勉義務之區分.....	22
第三章 董事勤勉義務判斷標準之演進及商業判斷規則.....	25
第一節 董事勤勉義務判斷標準之演進.....	26
第一項 英國董事勤勉義務判斷標準.....	26
壹、主觀標準：Re City Equitable Fire Insurance Co.案.....	27
貳、客觀標準：Dorchester Finance Co. v. Stebbing 案.....	27
參、主客觀相結合：1986 年英國破產法第 214 條及 2006 年英國公 司法第 174 條.....	28
第二項 美國董事勤勉義務判斷標準之演進.....	29
壹、典型案例.....	31
貳、成文法上對董事勤勉義務認定標準之規範.....	38
第二節 商業判斷規則.....	40
第一項 商業判斷規則之立論基礎及價值.....	41
壹、從商業判斷規則興起背景觀察之.....	41

貳、商業判斷規則之價值	41
第二項 董事勤勉義務與商業判斷規則之關係	45
壹、商業判斷規則是為董事過失責任免除之手段	45
貳、商業判斷規則是對董事勤勉義務審查標準之具體化	46
第三項 商業判斷規則適用前提及路徑	46
壹、商業判斷規則適用前提	46
貳、商業判斷規則具體適用路徑	47
第三節 各國移植模式比較	48
壹、德國移植模式及內部路徑分析	49
貳、臺灣移植模式及內部路徑分析	52
第四章 中國法上董事的勤勉義務	58
第一節 董事勤勉義務之歷史演進及立法現狀	59
第一項 前勤勉義務時代，董事責任之規制	60
壹、1978-1992 年，董事實權有限、有意淡化董事責任	60
貳、1993-2005 年，董事勤勉義務初見雛形	61
第二項 董事勤勉義務被正式寫入公司法	65
壹、立法理由：因應公司治理結構不完善及董事損害公司利益之現 實情形	65
貳、勤勉義務被正式寫入公司法	67
第三項 董事勤勉義務之立法現狀	68
壹、公司法內部相關配套條文	68
貳、各法律、行政法規配套立法	69

第二節 中國法上董事勤勉義務之問題	72
第一項 立法體系混亂、法條適用關係不明	72
壹、立法結構上尚未形成合理體系	72
貳、公司法內部缺乏必要銜接，過錯程度不明	73
第二項 嚴格的勤勉義務判斷標準，既不合公司利益又不合適宜	74
第三項 缺乏可操作的判斷標準	76
壹、構成要件規定不明	76
貳、缺乏對責任標準的規定	77
第五章 中國大陸董事勤勉義務及商業判斷規則之實證分析	79
第一節 中國大陸董事勤勉義務之實證分析	79
第一項 樣本來源和統計方法	79
第二項 違反勤勉義務之常見事由	81
第三項 法院的說理及裁判路徑	82
壹、法院的說理路徑	82
貳、法院的裁判路徑	83
第二節 中國大陸商業判斷規則之實證分析	89
第一項 數據庫及檢索條件	89
第二項 商業判斷規則在中國大陸運作觀察——宏觀層面	89
第三項 商業判斷規則在中國大陸運作觀察——微觀層面	90
壹、是否應當引進或適用該制度	90
貳、論證過程過於簡約，理解粗淺	91
參、將法律效果直接連結至實體法，試創造商業判斷規則另一適用	

模式	92
第六章 結論——從法律移植視角觀察之.....	95
第一節 確立主客觀相結合的抽象判斷標準	95
第二節 引入商業判斷規則	96
第一項 中國大陸引進商業判斷規則的必要性.....	96
壹、激勵商業創新、優化營商環境.....	96
貳、股東代表訴訟條件寬泛，易濫訴.....	98
參、董事的舉證責任分配	101
第二項 移植商業判斷規則之路徑.....	103
壹、以司法解釋和指導性案例相結合形式確立商業判斷規則	103
貳、商業判斷規則之適用路徑	105
參考文獻.....	107T



表次

表一：董事勤勉義務實證分析樣本一覽.....	115
表二：商業判斷規則法院觀點一覽.....	133





第一章 緒論

第一節 研究動機與研究目的

第一項 研究動機

2020 年 12 月 31 日，貴州茅臺以 1998 元/股，2.5 萬億人民幣總市值登至 A 股市場新高點，但讓人意外的是，當晚，上交所發佈了對貴州茅臺董事長高衛東予以監管關注的決定。原因在於，在此前貴州茅臺召開的全國經銷商聯誼會上，董事長高衛東表示，公司 2020 年預計可完成醬香系列酒銷量 2.95 萬噸，實現含稅銷售額 106 億元，同比增長 4%，在多家媒體的報導下，引起了市場和投資者的廣泛關注。上交所認為，公司時任董事長通過非法定信息披露渠道自行對外發佈產銷情況及業績信息等市場高度關注的熱點信息，違反了上海證券交易所股票上市規則有關信息披露的規定，以及在董事(監事、高級管理人員)聲明及承諾書中做出的承諾，違反了董事的忠實、勤勉義務，因此對其作出了行政處罰的決定。無獨有偶，上市公司歐比特延遲披露公司所涉訴訟、仲裁事項，其董事長顏軍和董事會秘書段一龍亦被廣東證監局認定未按照上市公司信息披露管理辦法第三條¹的規定履行勤勉盡責義務，對公司違規行為負

¹ 參見：上市公司信息披露管理辦法 第三條 信息披露義務人應當及時依法履行信息披露義務，

披露的信息應當真實、準確、完整，簡明清晰、通俗易懂，不得有虛假記載、誤導性陳述或者重大遺漏。

有主要責任；暴風集團未按時披露報告，該公司董事崔天龍、羅義冰、張琳被深交所認定未能恪盡職守、履行勤勉盡責義務，違反了創業板股票上市規則（2020年修訂），被予以行政處罰……

上市公司高級管理人員違反勤勉義務通常表現為違規披露或不披露信息且已有上市公司章程指引、上市公司治理準則等文件對其是否已盡勤勉義務提出了較為明確的判斷標準，然而將視野放至整個公司法領域，在中國大陸，仍有大量未上市的股份有限公司以及有限責任公司亦存在董事違反勤勉義務給公司造成損失的情形且目前在公司法中僅有一原則性規定，如何確定董事是否已盡勤勉義務？如何在中國大陸建立一個較為妥適的審查標準？值得深思。

第二項 研究目的

在公司股權分散之情況下，股東為了避免低效決策，追求經營效率，將公司的經營決策權賦予少數人，形成所有權與經營權分離之趨勢。擁有公司經營決策權的少數人即為公司受託人，為了保證公司受託人行為時最大限度考慮公司及投資人利益，受託人的信義義務（Fiduciary Duty）²作為一項法律制度得以產生。其最早源於英

在內幕信息依法披露前，內幕信息的知情人和非法獲取內幕信息的人不得公開或者洩露該信息，不得利用該信息進行內幕交易。任何單位和個人不得非法要求信息披露義務人提供依法需要披露但尚未披露的信息。

² 本文的信義義務分別對應美國法上「fiduciary duty」臺灣法上「受託義務」；勤勉義務對應美國法上「duty of care」，本文中，根據中國大陸現行《公司法》，不區分注意義務和勤勉義務，一律使用勤勉義務，特此說明。

美法之信託關係，涵蓋忠實義務（duty of loyalty）和勤勉義務（duty of care），兩項義務於內涵上有較大差異：忠實義務要求在公司管理者自身利益與公司利益對立時，應將公司利益置於自己利益之上，而勤勉義務則要求公司管理者在特定行為應當盡心盡力，但兩者的履行對於維護公司及投資人利益意義同樣重大。

隨著中國市場經濟的發展，中國大陸的公司數量不斷增加，加之規定信義義務具體內容的公司章程很難與公司法協同規制公司運營，近年來，中國大陸公司管理者信義義務相關訴訟呈增長趨勢³。觀察中國大陸關於公司管理者信義義務之立法，可以發現：中國大陸採取二分法，也即將信義義務分為忠實義務和勤勉義務，忠實義務已被《公司法》第 147 條、148 條及《上市公司章程指引》第 98 條類型化，而勤勉義務則僅有《公司法》第 147 條第 1 款之規定，呈現為一般條款與不確定法律概念。從司法實踐來看，中國大陸公司管理者追責案件中違反忠實義務和違反勤勉義務的案件數量比例大約為 1123：62⁴，違反勤勉義務的案件明顯較少，且法院一般採用標準，不對經營決策的合理性作出實質審查，究其原因，主要在於

³ 根據數據統計，2016-2020 年期間，公司高管信義義務相關訴訟案件數量整體上漲，2020 年有輕微下滑：2016 年為 77 件；2017 年為 165 件，2018 年為 211 件，2019 年為 265 件，2020 年為 250 件。檢索條件為「案由：與公司有關的糾紛」「法院認為包含：董事、勤勉義務、忠實義務」，參見：

<https://alphalawyer.cn/#/app/tool/result/%7B%5B%5D,%7D/visual?queryId=bd14c7bb6f5111ebb29c7cd30ad3ab06>

⁴ 該數據來源於本文作者統計，參見：

<https://alphalawyer.cn/#/app/tool/result/%7B%5B%5D,%7D/visual?queryId=bd14c7bb6f5111ebb29c7cd30ad3ab06>

勤勉義務審查標準不明確。

然而，不明確的勤勉義務出現並非偶然，勤勉義務意在約束董事，要求其在處理公司事務時應達到與處理自身事務相同之標準，若約束不足，可能出現董事濫用職權、謀取私利、擾亂公司經營進而擾亂市場秩序之行為，若過度約束，則可能導致董事偏向保守決策。因此，司法實踐中，對於董事違反勤勉義務的行為都採取事後追訴模式。誠如朱慈蘊所言，董事信義義務規則是公司法律關係中的核心規則之一。明確勤勉義務的內涵、判斷標準，能確立司法干預公司經營的邊界亦能平衡董事權利與義務⁵，故本文希望透過公司管理者之董事的信義義務中勤勉義務之研究，釐清中國董事勤勉義務目前存在問題，借鑒美國法中的商業判斷規則及德國法、臺灣法目前之進展，為中國法明確董事勤勉義務之審查標準提出明晰的解決路徑，最終指導實踐，切實解決勤勉義務相關訴訟之問題。

第二節 研究對象與範圍

第一項 文獻綜述

研究勤勉義務審查標準前，需先了解目前中國大陸董事勤勉義務的規則模式。針對此問題，鄧峰指出：中國大陸目前董事勤勉義務的規則模式既不是侵權模式也不是商業判斷規則，而是僵化的「簽名認定標準」，表達了對於此種模式影響管理層有效決策的擔

⁵ 朱慈蘊，公司法原論，頁 283，2011 年 6 月。

憂。⁶

壹、董事勤勉義務審查標準

考察董事勤勉義務審查標準，根據嚴格程度不同，可分為四種模式，分別是英國模式、美國模式、日本模式和德國模式。英國採取主客觀相一致的審查標準，美國則採用客觀標準，考量該董事在處理事務時是否達到了一般董事處理此類事務時的相同標準，另有商業判斷規則來說明違反勤勉義務時的情況，而日本模式與美國模式大致相同，不同之處在於規定了較多的免責事由，只有在重大過失時才獨立承擔責任，德國模式對董事更加嚴格，不允許通過章程減免責任。周天舒認為，美國式的董事勤勉義務審查模式更適合中國大陸⁷，蔣建湘、喻潔認為只要具備積極要件即：實施管理公司的行為、有權處理該項事務以及以公司利益最大化為目的即可認定其已履行義務，而無需具備沒有明顯過錯這類消極要件。⁸

也有學者從理性人人格構建角度切入研究，基於日本法上採「善良管理人」、德國法上採「正直、勤勉的經理」、英國法上採「理性勤勉之人」以及中國大陸司法實踐中「合理謹慎的人」，認為

⁶ 鄧峰，業務判斷規則的進化和理性，法學，2期，頁80，2008年。

⁷ 周天舒，論董事勤勉義務的判斷標準——基於浙江省兩個案例的考察法學雜誌，10期，頁97，2014年。

⁸ 蔣建湘、喻潔，公司高管勤勉義務履行之探討，中南大學學報（社會科學版），5期，頁119，2011年。

標準的展開在於在價值體系指引下，考量自治、信賴保護、歸責原理等建構理性人人格，再由法官判斷具體是否存有重大過失。⁹

貳、商業判斷規則

如何具體化董事勤勉義務，引入商業判斷規則得到了眾多學者的認同。原因在於：商業判斷規則適用更容易形成較為固定的模式，此種形式審查對法官的專業技術和自由裁量權的要求相對較低且可以保護上市公司中大股東控制下董事經營策略的完整性。¹⁰但具體如何引入，仍有困難，常健、張強指出，當商業判斷規則同等適用於有限責任公司時，其不僅面臨有限責任公司異質性導致的諸多限制，甚至可能成為股東壓迫的工具。¹¹且商業判斷規則產生於英美判例法，生命力在於法官的自由裁量，若以成文法形式固定，是否還能發揮功效，仍待商榷。¹²

在具體適用商業判斷規則上，梁爽主張可以借鑑日本法，提出兩條適用路徑，一是將商業判斷規則作為滿足一定條件下排除法院介入的司法不審查原則，二是將其作為法院審查董事經營判斷過程

⁹ 葉金強，董事違反勤勉義務判斷標準的具體化，比較法研究，6期，頁79-88，2018年。

¹⁰ 同注5，頁98。

¹¹ 常健、張強，商業判斷規則：發展趨勢、適用限制及完善——以有限責任公司股利分配為視角，法商研究，3期，頁136，2013年。

¹² 胡曉珂，論我國《公司法》修改對董事勤勉義務規則的完善，中央財經大學學報，4期，頁76，2005年。

和內容兩個層面的指導原則並同步建立董事追責路徑。¹³在商業判斷規則之外，徐化耿在具體化董事勤勉義務時提出了更加周延的解決路徑，即從比例原則和動態系統論出發，從尺度和要素兩個層面確定受託人在具體受託環境和事項中是否盡到了應盡的注意、勤勉與謹慎，並將指標細化，建立一個綜合評價體系，將受託人的行為納入體系進行考量。在此種解決路徑中，商業判斷規則是為動態系統論的體現。¹⁴

第二項 研究對象與範圍

為深入瞭解董事勤勉義務問題緣起，本文將先分析公司治理的邏輯結構，以期從根本上釐清董事定位及其與公司之關係，同時從法律經濟學視角分析勤勉義務之功能，找准勤勉義務在信義義務大框架下之定位；再以英國和美國為例，具體分析董事勤勉義務判斷標準之演進歷程，以期此制度做全盤性、深入之瞭解。同時討論與董事勤勉義務相伴而生的商業判斷規則，分析其價值基礎、適用路徑以及各國的移植模式，以期能為後文中國大陸移植商業判斷規則提供借鑑；最後，本文將回歸中國大陸關於董事勤勉義務之研究，分析制度演進過程、目前的立法、司法實踐現狀及典型裁判案例，指出存在問題，再探討如何解決中國大陸董事勤勉義務適用標準不清晰之問題，具體分為兩步，一是建立主客觀相結合的董事勤勉義

¹³ 同注 3，頁 284。

¹⁴ 徐化耿，信義義務的一般理論及其在中國法上的展開，中外法學，32 卷 6 期，頁 1573-1595。

務之審查標準；二是建議以司法解釋和指導性案例相結合的成文化形式引入商業判斷規則，在適用路徑上，做適當舉證責任之轉移。

在比較法方面，本文選擇了美國、德國和臺灣地區作為比較和探討的對象，選擇美國主要基於美國公司法中董事勤勉義務之參考性。美國作為董事勤勉義務的起源地，對於該制度的實施和設計規範相對成熟，故瞭解其設計規範和立法時的考量因素，必會對中國建構董事勤勉義務制度規範有參考價值。再者，為更好構建中國董事勤勉義務制度規範，分析引入商業判斷規則路徑，本文選擇了德國和臺灣作為比較對象，德國、臺灣與中國大陸同屬大陸法系，立法技術上有較多相同之處，且德國、臺灣關於商業判斷規則的引進相較於中國大陸，已有一定的成果，故希望透過德國、臺灣立法之借鏡，使該制度在中國法中能切實有效地發揮其應有的功用。

第三節 研究方法

第一項 文獻分析法

本文意在探討如何解決目前中國董事勤勉義務審查標準不明確之問題，在針對中國大陸目前董事勤勉義務之立法、司法實踐分析基礎之上，輔以公司治理邏輯、董事勤勉義務起源地——美國法及其判例以及德國法、臺灣法做比較和借鏡，最終提出解決路徑。為了深入瞭解該制度內涵，本文採取文獻分析法，蒐集與董事勤勉義務相關之中國大陸、美國以及臺灣書籍、期刊、學術論文、法規、案例以及網路資料，詳細閱讀並加以分析整理。

第二項 比較分析法

在充分研究中國大陸董事勤勉義務之立法、司法實踐之外，有鑒於美國作為董事勤勉義務及商業判斷規則起源地，因此主要以美國法作為比較和分析對象，閱讀美國法關於此制度的相關文案及案例，深入瞭解該制度立法目的、制度設計、價值及其內涵，並由此檢討中國法關於此制度設計不足之處，思考引入路徑。

考慮到選擇一個國家作為比較對象可能有所欠缺，因此，本文還選擇了與中國大陸同屬大陸法系且對於商業判斷規則的引進上更加成熟的臺灣作為比較對象，以期在討論上更加周延，也能透過臺灣立法之借鏡，使該制度在中國能發揮其有效功用。

第三項 實證分析法

由於董事勤勉義務在中國大陸審查標準尚未明確，法官在實務中採用的審查標準會因個案差異不盡相同，因此，本文在分析中國大陸董事勤勉義務部分選用實證分析法，選擇相關案例，類型化後分析勝敗訴率、法官裁判理由，並總結實務中目前存在問題，以便更好找到解決路徑。

第四節 論文結構

為了解決中國大陸董事勤勉義務認定標準不明確之問題，本文第二章將首先分析公司治理的邏輯結構，以期從根本上釐清董事定位及其與公司之關係，同時從法律經濟學視角分析勤勉義務之功

能，找准勤勉義務在信義義務大框架下之定位；第三章則以英國和美國為例，具體分析董事勤勉義務判斷標準之演進歷程，以期此制度做全盤性、深入之瞭解，同時討論與董事勤勉義務相伴而生的商業判斷規則，分析其價值基礎、適用路徑以及各國的移植模式，以期能為後文中國大陸移植商業判斷規則提供借鑑；本文的第四章將回歸中國大陸關於董事勤勉義務之研究，分析制度演進過程、目前的立法、司法實踐現狀及典型裁判案例，指出存在問題；本文第五章將以實證研究之方法探討商業判斷規則在中國大陸的應用模式並討論其利弊；本文的第六章為文章結論部分，即提出解決中國大陸董事勤勉義務適用標準不清晰之解決路徑，具體分為兩步，一是建立主客觀相結合的董事勤勉義務之審查標準；二是建議以司法解釋和指導性案例相結合的成文化形式引入商業判斷規則，在適用路徑上，做適當舉證責任之轉移。

第二章 董事勤勉義務概念緣起及經濟分析

董事與公司之間的關係乃是董事義務之理論基石，本章將先從董事與公司之關係出發，從此角度檢視董事勤勉義務，接著將從現代公司兩權分離之構造出發，試從代理成本角度分析董事勤勉義務之功能，最後探討董事勤勉義務在信義義務框架之下的位置，以期能對董事勤勉義務之基礎概念做較為深入之理解。

第一節 從董事與公司之關係檢視董事勤勉義務

第一項 董事與公司之關係

從表面上看，董事義務源於公司法與章程之規定，但究其實質，乃在於董事與公司之間存在某種特殊的法律關係¹⁵，換言之，董事與公司的關係乃是董事義務之理論基石。關於董事與公司之間究竟為何種關係，因大陸法系和英美法系之差異及兩大法系內部之理論之爭，主要有信託關係、代理關係、委任關係三種觀點。本小節將逐個分析此三種理論觀點並從不同的關係角度檢視董事勤勉義務，以期能從基礎上釐清董事勤勉義務之概念內涵。

壹、信託關係

在英美法系中，董事與公司的關係常借助信託關係來解釋。信

¹⁵ 范健、蔣大興，論公司董事之義務——從比較法視角考察，南京大學法律評論，春季號，頁 82，1998 年。

託起源於英國用益權制度（use）¹⁶，考量對該制度形成影響重大之經典的 *Walley v Walley Bishop of Winchester v knight* 一案可以發現：在信託關係中，常將信託財產之所有權或權力移轉於受託人，造成信託財產形式上與實質上歸屬不一致，且委託人和受託人常常處於資訊、專業知識不對等之地位，為了規制受託人利用自身地位、傾吞或者損害信託財產，大法官從衡平法的基本理念出發，利用手中的自由裁量權，將受託人的某些行為認定為非法，並對其課以法律責任。¹⁷隨著衡平法院案件的積累，受託人的行為標準開始趨於統一，受託義務雛形漸顯。此後，衡平法院將受託義務擴張適用到與信託相似、雙方皆存在信賴因素的法律關係，擴大了受託義務的適用範圍。¹⁸

直到 19 世紀後，受託義務才逐漸適用到董事責任領域。19 世紀後的美國，公司股權分散，為了提高經營效率，公司開始雇傭專業的管理人來管理公司的諸多事物，從而造成了所有權和經營權的分離局面的出現。為了防止經營者濫用權利、謀取私利、侵害股東權利，且此時投資人的資產必須移轉於受託人，投資人為股東，受託

¹⁶ 信託法學界雖對信託之起源有大陸法說和英美法說之爭論，但目前認為信託是起源於英國的用益權制度，參見：王志誠，信託之基本法理，頁 3，2005 年 11 月。

¹⁷ 同注 14，頁 1575-1576。

¹⁸ 除信託之外，已擴張至代理人與被代理人、董事與公司、合伙人之間、受託人與寄託人、醫生與患者、監護人與被監護人、員工與雇主、學校與學生、證券經紀人與投資者、工會代表與勞動者、遺囑執行人與繼承人、律師與客戶等。參見：徐化耿，論私法中的信任機制——基於信義義務與誠實信用的例證分析，法學家，期 4，頁 36，2017 年。

人為董事，董事與公司之間的關係乃類同於信託受託人，法院因此將董事類比為信託關係中的受託人，董事責任也從公司法制不健全時期，其需承擔的受託人（trustee）責任變成更高標準法律責任的信義義務。

貳、委託-代理關係

無論是在英美法系還是大陸法系，均存在董事與公司之間存在代理關係之觀點。

19 世紀中後期，隨著公司法人獨立地位的確立，公司被視為是一個實體，董事也不再被視為是受託人，有學者認為，董事與公司之間的關係用「委託-代理」關係來表述更為妥當。此種代理說的立論基礎為公司的非自然人性質，因此無法通過自身直接活動，只能通過董事代理活動。其直接的法律效果為，董事以公司名義並在公司授權範圍內與第三人簽訂的合同，對公司擁有拘束力¹⁹，此種學說似乎更傾向於規制公司與第三人之間的法律關係。相較於英美法系，大陸法系對代理關係的認定則直接源於法律規定²⁰，如德國就通

¹⁹ 同注 13，頁 82，1998 年。

²⁰ （德）羅伯特·霍恩等，德國商法導論，頁 248，1996 年版。

過民法典第 26 條第 2 款²¹、股份公司法第 78 條²²及第 82 條²³將董事與公司之間的關係確定為代理關係，在代理關係之下，代理人在公司委任權限範圍內開展公司業務管理活動，同時對結果負責。

參、委任關係

大多數大陸法系國家對董事與公司之間的關係採委任關係一說。日本通過商法第 254 條第 1 款第 3 項²⁴確立了董事與公司之間的委任關係，臺灣則參照日本的立法，在公司法第 192 條²⁵確定了董事與公司之間的委任關係。在將委任規則准用於公司與董事之間關係時，公司或者全體股東系委任人，董事系受委任人。依此委任，董事應站在公司或全體股東利益立場上履行職責，妥善保護公司或全體股東的共同利益。²⁶

²¹ 參見：德國民法典第 26 條第 2 款：1. 董事会在诉讼及非诉讼事件中代表社团，具有法定代理人的身份。2. 董事会代表权的范围得以章程加以限制，其限制得对抗第三人。

²² 參見：德國股份公司法第 78 條：董事會成員或授權單獨或集體作為公司的代理人——作為集體代表的董事會成員，他們中的單個人也可以被聘任從事一定的業務或一定種類的業務。

²³ 參見：德國股份公司法第 82 條：在董事會成員和公司的關係中，他們有義務遵守由章程、監事會、股東大會和董事會以及董事會的業務規章中所確定的對於股份公司的規定的業務管理權限的限制。

²⁴ 參見：日本商法第二百五十四條之一第三款：公司和董事之間的關係，依照關於委任的規定。

²⁵ 參見：臺灣公司法第一百九十二條：公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。

²⁶ 葉林，董事忠實義務及其擴張，政治與法律，2 期，頁 21，2021 年。

第二項 從董事與公司關係看董事勤勉義務

考量信託關係之發展歷史可以發現，信託關係的實質基礎在於「信任基礎」，用信託關係解釋董事勤勉義務，可以解決董事與公司之間的信任問題。但公司的目的在於營利，在現代經濟社會中，營利必然伴隨冒險、投資和商業決策，此與傳統信託關係中受託人僅承擔保存義務不得將其用於冒險和投資之內涵相違背，同時，在所有權和經營權相分離之背景下，董事是公司的經營者而非所有者，不能將公司資產據為己有，此與信託關係中委託人需將信託財產轉移給受託人之要件相違背²⁷，用信託關係看待董事勤勉義務雖可以解決董事與公司之間的信任關係問題，但若以此界定雙方基礎法律關係，恐會限制董事之決策自由，給予董事過高的責任。

用委託-代理關係解釋董事與公司之關係，董事之行為效果直接由公司承擔，即規制公司與第三人之間的外部關係，但與公司之內部來看，與信託關係類似，此觀點的弱點仍集中於對董事經營自主權和決策權的限制。若用委託-代理關係來解釋董事與公司之間的關係，則大幅度限制了董事的經營、決策自由，其經營管理職能形同虛設，很難實現公司的營利目的。

董事與公司之關係仍是董事勤勉義務立論基礎，但以上三種學說都各有利弊，公司管理者對公司承擔信義義務與信託中的受託人向委託人以及代理中的代理人對被代理人承擔的義務一樣，並無二

²⁷ 同注 25，頁 21。

致，況董事之信義義務目前已經制度化²⁸，在董事信義義務之分類上，以上學說都認為董事的信義義務應當一分為二，分為忠實義務（duty of loyalty）和勤勉義務（duty of care），本文則主要針對後者：勤勉義務之判斷標準做相應之研究。

第二節 信義義務是降低代理成本之必要選擇

傳統公司治理的理論以減少代理成本為基點，在公司控制權和剩餘索取權的分配達成所有者與經營者之間的權力制衡，進而追求以公司為合同束所涉及的全體利益相關者的利益平衡。²⁹董事的信義義務是在現代公司兩權分離之情形下，降低代理成本之必要選擇。兩權分離構造從何而來？兩權分離與代理成本之間關係為何？董事的信義義務是否為降低代理成本唯一路徑？若非，其與其他路徑相比，優勢為何？本小節將從現代公司兩權分離之構造出發，試從代理成本角度分析董事信義義務。

第一項 董事與股東之利益分野必然帶來代理成本

根據傳統公司合同理論，公司乃一系列合約的聯結³⁰，此過程中包含了眾多利益相關者，如股東、董事、經理、僱員、債權人等，

²⁸ 施天濤，公司法論，頁 398，2018 年 4 月，4 版。

²⁹ 朱慈蘊、林凱，公司制度趨同理論檢視下的中國公司治理評析，法學研究，5 期，頁 40，2013 年。

³⁰ 羅培新，公司法學研究的法律經濟學含義——以公司表決權規則為中心，法學研究，5 期，2006 年。

在此眾多利益相關者之間，必然存在固有矛盾，根據矛盾主體之分類，目前在公司治理中，存在著以下三類主要矛盾，分別為：投資者與管理者之間的矛盾、股東之間的矛盾以及與代表股東、經營者和勞動者利益的公司本身與債權人、債務人等外部第三人的矛盾，以上三類矛盾之根源均在於：委託人一方的福利取決於代理人一方的行為，³¹在此情形下，矛盾主體之間的衝突即為經濟學上的「代理問題」。³²

20 世紀 30 年代，美國的阿道夫.A.伯利和加德納.C.米恩斯在現代公司與私有財產一書中提出了所有權與控制權相分離的理論³³，在兩權分離情形之下，以董事為核心的經營者階層時代表股東行使公司業務管理權的代理人，其實際上掌控公司，熟悉公司的信息，同時具有追求自身利益的衝動，而公司所有權人遠離公司實際運營，信息不對稱問題凸顯，公司管理層與投資者之間的代理問題更為顯著。為了解決代理問題，公司的所有權人就必須對公司的管理層進行約束和激勵，由此產生了代理成本理論。根據詹森和麥克林在公司理論：管理行為、代理成本和資本結構一書中所述，代理成本是

³¹ 羅培新，論商事裁判的代理成本分析進路，法學，5 期，頁 62，2015 年。

³² 此三類代理問題分別為：股東與公司管理者之間的利益衝突、公司控制股東與小股東之間的利益衝突以及公司本身與第三人（如債權人、僱用人員）之間的利益衝突。參見：注 30，法學，5 期，頁 63，2015 年。

³³ 阿道夫.A.伯利、加德納.C.米恩斯，甘華鳴、羅銳初、蔡如海譯，現代公司與私有財產，頁 205，2005 年 8 月。

由於企業所有者缺乏關於代理人努力與客觀狀態的充分信息而發生的權益損失。³⁴即代理成本是由經營者利益與所有者利益存在此消彼長的內在關聯而形成的。³⁵且在在股權分散且集體行動成本很高的情況下，公司管理者多半是無法控制的代理人，其自利行為損害了股東利益，代理成本不斷增高。³⁶公司治理的主要任務就是將代理成本控制在此合理範圍裡，防止經營者對所有者利益的侵蝕。

第二項 降低代理成本之必要路徑

經營者和公司之間的利益分野而帶來的代理成本，可以通過多種方式加以控制。重複交易理論中的勞動力市場、公司控制權市場以及競爭市場理論並不能真正降低代理成本，與其相比，建立廣泛的監督機制效果更好，但缺乏對監督者的監督，信義義務是對公司合同予以細緻規定和進行額外監督的替代解決方案，是降低代理成本的必要路徑。

壹、 重複交易理論

公司的管理層作為理性的經濟人，在進行交易時也需要進行成本分析，在公司管理層決定進行交易時，需要考慮勞動力市場、公

³⁴ 詹森、麥克林，公司理論：管理行為、代理成本和資本結構，載：所有權、控制權與激勵：代理經濟學文選，頁 20，2007 年 1 月。

³⁵ 趙旭東，公司治理中的控股股東及其法律規制，法學研究，4 卷，頁 95，2020 年。

³⁶ 同注 30，頁 62-63。

司控制權市場以及產品競爭市場等因素對交易帶來的影響，因此，也有學者將以上三種因素作為緩解和控制代理成本的機制。³⁷

勞動力市場理論以勞動在某種意義上是一種產品作為理論基礎，其基本觀點是：公司的管理階層如果經營業績良好，自身勞動力價值就會提升，成熟的勞動力市場會督促公司的管理層抑制私慾、誠實守信為公司服務。公司控制權市場則是基於併購過程中，收購方對現任管理層裁撤以及該行為對公司現任管理層的威懾效力控制代理成本。產品競爭市場理論則是通過市場機制，將市場對公司的反應投射在管理層之上，即如果管理層水平低下，則在與其他治理健全的公司競爭中，很容易落敗，由此導致的公司業績低下會引發股東對現任管理層的不滿，由此威懾公司管理層誠實守信並勤勉地為公司服務。

但以上三種機制只是在一定範圍裡控制代理成本，並沒有從根本上消除經營者和公司之間的利益分野問題。³⁸

貳、高成本的監督機制

構建廣泛、高成本的監督機制，以使得投資者和其他主體能夠了解公司管理層的運作情況，但監督機制也存在著一系列的問題。

公司的管理層之所以擁有經營管理的自由裁量權是因為其對於

³⁷ (美) 弗蘭克伊斯特布魯克、丹尼爾費希爾、羅培新、張建偉譯，公司法的經濟結構，頁 92，2014 年 4 月，第 2 版。

³⁸ 羅培新，公司法的合同解釋，頁 287，2004 年 4 月。

商業決策基礎資訊的充分了解以及與法院高昂的執行成本相比之後所做出的選擇，但若建立廣泛的監督機制，監督者如何選擇？若想要實現有效的監督，監督者必然對管理者的行為及決策信息有一定了解，可能出現監督者與管理者相重合之現象，監督者是否盡到了監督義務由誰監督？若採用兼職的監督者，則很難評判被監督人（公司的經營管理層）是否誠實信用勤勉地作為。³⁹

叁、信義義務是降低代理成本的必要路徑

與重複交易和廣泛的、高成本的監督機制相比，董事的信義義務是對公司合同予以細緻規定和進行額外監督的替代解決方案。信義義務對於代理成本的降低在於阻嚇作用而非事前監督。董事的信義義務在保全公司經營和風險承擔相分離帶來收益的同時，還降低了公司管理層將其個人利益凌駕於投資者利益之上的可能性。公司法是一套現成的法律條款，可以節省公司參與者簽訂合同時所要花費的成本，信義義務作為人們能事先預見並且可以不費成本進行交易而達到的條款，可以填補法律的空白和缺漏。

第三節 信義義務之下的勤勉義務

第一項 信義義務的內涵建構

從傳統分類觀點來看，董事的信義義務是為一上位概念，其下

³⁹ 同注 36，頁 92。

包含忠實義務及勤勉義務兩種具體義務⁴⁰，此為信義義務「二分法」⁴¹，但鑑於美國董事信義義務中包含忠實義務、勤勉義務、合規義務以及誠信（good faith）等概念，部分學者傾向引入「持續地符合法律文件來行使權威或職權」的合規義務⁴²、信義義務，將信義義務三分化。⁴³

關於信義義務如何引入董事信義義務的路徑討論有長達 14 年的理論之爭，目前美國學界基本達成共識，認為忠實義務包括了信義義務的要素⁴⁴，不需要將其與忠實義務、勤勉義務並列，仍堅持了信義義務二分法。且從重構目的和結果角度考量，引入信義義務並不能真正解決董事義務認定中存在的問題，反而還會造成忠實義務和勤勉義務的邊界更加模糊，造成司法實踐中的困擾。⁴⁵

本文亦持董事信義義務二分法之基本觀點，將董事信義義務分為忠實義務和勤勉義務，以下將以此為立論基礎，論述董事忠實義務與勤勉義務之區分，以期能從兩者對比中釐清董事勤勉義務之基本內涵。

⁴⁰ 同注 27，頁 398。

⁴¹ 梁爽，董事信義義務結構重組及其對中國模式的反思——以美、日商業判斷規則的運用為借鏡，中外法學，1 期，頁 203，2016 年。

⁴² 鄧峰，普通公司法，頁 450，2009 年 9 月。

⁴³ 朱羿坤，論董事問責的誠信路徑，中國法學，3 期，2008 年；任自力，美國公司董事信義義務研究，比較法研究，2 期，2007 年。

⁴⁴ See *Furash & Co. v. McClave*, 130 F.Supp.2d 48 (143 Lab.Cas. P 59,227.2001)

⁴⁵ 同注 25，頁 17。

第二項 忠實義務與勤勉義務之區分

不同學者對董事忠實義務及勤勉義務定義表述不盡相同，但從本質來看，忠實義務是指對董事品德的要求，要求公司中的管理者應當將公司利益置於自己利益之上，而勤勉義務則是對董事能力的要求，即公司中的管理者應當以適當的注意管理公司以免損害公司利益⁴⁶。

董事的忠實義務和勤勉義務最終難避開法院的司法審查，因此，從司法實踐中審查力度、舉證責任、評判標準觀察董事忠實義務和勤勉義務之區分，更為具體。忠實義務與道德品質相聯繫，對當事人而言是一種消極義務，法院在判斷其責任時，常常採取無過錯責任，勤勉義務是對董事能力的要求，立足於防止董事偷懶、懈怠而造成公司損失，法院在裁量過程中是將侵權法上的勤勉義務延伸到公司法中，一般採用過錯責任。在法院審查力度和舉證責任上，對於忠實義務，法院一般採用完全公平原則進行實質審查，且會採用舉證責任倒置的舉證模式，在勤勉義務上，法院一般會借助商業判斷規則進行形式審查，且一般由原告負責舉證。

從以上的對比中，我們可以發現勤勉義務相較於忠實義務來說，更注重董事能力層面，但也因其來源於侵權法，在判斷上更加撲朔迷離。本文也將重點放在董事勤勉義務之認定標準探討上，在第三章將集中研究判例和成文法中董事勤勉義務的判斷標準，並對

⁴⁶ 同注 27，頁 399。

輔助判斷標準商業判斷規則加以論述，第四章將研究中國公司法中董事勤勉義務判斷標準及存在問題，第五章將進行中國公司法上董事勤勉義務判斷之實證研究，最後得出結論。





第三章 董事勤勉義務判斷標準之演進及商業判斷規則

勤勉義務起源於判例法，由法官在大量的判例中通過對具體個案的裁量不斷調節適用，在相對成熟時再加入成文法中，此概念本身極其抽象模糊，難以界定，但本文討論的董事勤勉義務如何移植進中國大陸公司法中，更為具體地來說，是中國大陸應如何確立司法實踐中董事勤勉義務的判斷標準，也即「董事何種行為是不勤勉的」，勤勉義務的界定最終落在未盡勤勉義務的責任確定上。

正如施天濤老師所言，董事、高級管理人員的受信義務是一種法定義務，是侵權責任在公司法上的特殊體現和具體運用，在學理上是為違反保護他人法律的侵權責任⁴⁷。在歸責原則上，同樣需要由行為人的違法行為、行為人的過錯、實際損害的發生以及行為與損害之間的因果關係構成。⁴⁸

在侵權歸責模式之下的四個構成要件中，違法行為、實際損害的發生是為客觀因素，在舉證和判定中並無太多疑義，在因果關係的判定中，法院據其違反保護性法律的侵權行為之性質，考慮到在此種侵權模式下，受害人遭受侵害的危險大大提高，從優先保護受害人的法律政策出發，推定在損害與違法行為之間具有因果關係，或者至少存在表面證據，從而減輕受害人的舉證責任。⁴⁹

⁴⁷ 同注 16，頁 1584。

⁴⁸ 同注 27，頁 412-413。

⁴⁹ 朱岩，違法保護他人法律的過錯責任，法學研究，2 期，頁 97，2011 年。

難以界定和判斷之處在於行為人過錯的確定，針對這一要件，英美法系和大陸法系爭論數百年，即使在英美法系和大陸法系國家內部，亦在主觀標準和客觀標準之間不斷搖擺，本章將選取典型國家，分析其關於勤勉義務主觀過錯判斷標準的演進及原因，並做比較，以期能給中國大陸以參考。

第一節 董事勤勉義務判斷標準之演進

第一項 英國董事勤勉義務判斷標準

英國法上，董事的勤勉義務（duty of care）需從普通法（common law）上考量，董事是否盡到勤勉義務則以主觀方面有關能力因素的 duty of skill 以及客觀方面有關勤勉因素的 duty of diligence 為判斷標準。⁵⁰此兩者此消彼長的關係正是英國數百年來對董事勤勉義務認定標準的演進歷程，對董事勤勉義務之認定標準，英國經歷了從純粹的主觀認定到純粹的客觀認定再到主客觀相結合的過程，該認定標準從判例中萌芽，伴隨著 1986 年英國破產法的頒布和 2006 年公司法的修改，在判例和成文法的互動中不斷演進，以下詳述。

⁵⁰ Duty of skill 是為能力因素，是主觀判斷標準，duty of diligence 是為勤勉因素，是客觀判斷標準。參見：圖：英美勤勉義務的不同框架，同注 41，頁 499；曾宛如，董事忠實義務之內涵及適用疑義——評析公司法第二十三條第一項，公司管理與資本市場法制專論（一），頁 8，2007 年 10 月。

壹、主觀標準：Re City Equitable Fire Insurance Co.案

Romer 法官對董事（主要是指非執行業務董事）的 duty of skill 採寬鬆之標準，以其個人主觀之知識與經驗為判斷⁵¹，具體表述為：

(1) 董事不需要以超過其可以被合理期待的知識和經驗的程度履行義務；(2) 董事無需對公司事務給予持續關注，其義務具有間歇性，在定期的董事會會議和所在的任何委員會會議上履行。董事不必參加所有的會議，但是應斟酌情況盡可能參加會議；(3) 根據公司業務需要及公司章程的規定，董事的所有職責可以適當地託付給其他高級職員，不存在可疑事由時，董事可以合理地相信該職員誠實履行了其職責。⁵²也即對於董事是否盡到勤勉義務完全依賴於個案中對個別董事的知識經驗判斷，且只需要做到對於普通人被期待的程度即可，這個標準對董事的要求過於寬鬆並不利於對公司及股東的保護。

貳、客觀標準：Dorchester Finance Co. v. Stebbing 案

在 Re City Equitable Fire Insurance Co.案判決的 50 年後，Dorchester Finance Co. v. Stebbing 一案確定了董事勤勉義務判斷的客觀標準。

⁵¹ 同注 50，頁 8。

⁵² 李強、崔健，董事勤勉義務的判例法歷史發展及啟示，廈門大學法律評論，4 月版，頁 387-388，2013 年。

1. 案情簡介

在本案中，原告公司共有三名董事，甲、乙為註冊會計師，丙雖非會計師但有會計經驗。因乙丙為非執行董事，故經常簽署大量空白支票交給甲處理，執行董事甲藉機挪用了原告公司 40 萬英鎊的資金。

2. 法院觀點

Foster 法官認為：無論是執行董事還是非執行董事，都應當盡到董事與公司簽署的僱傭契約所要求的基礎的知識經驗和水平。也即，這裏的董事責任的判斷標準是為其他在董事職位的「理性人」在類似情況下所應表現出的知識、經驗和水平。此種認定方法將董事一視同仁，無論身分、具體職責、專長，一律以客觀標準對待。

參、主客觀相結合：1986 年英國破產法第 214 條及 2006 年英國公司法第 174 條

1. 1986 年英國破產法第 214 條

1986 年，英國頒布破產法確定了董事勤勉義務的主客觀結合之標準，第 214 條第 4 款⁵³根據董事是否具有專長（如是否具有法律、

⁵³ See Insolvency Act 1986 §214 Wrongful trading. (4)For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both—

(a)the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the

會計等專業技能) 提出了兩種標準：對於普通的董事，應當達到最低的客觀標準，即應當具有在擁有相同職位下的人應當具備的知識、技能和經驗，而對於具有專長的董事，應當具有其個人實際擁有的知識、技能和經驗，這也意味著法官更傾向從實質層面審查董事的日常工作與商業決策，此後在 1989 年的 *Re Produce Marketing Consortium Ltd*⁵⁴案、1991 年的 *Norman v. Theodore Goddard*⁵⁵案以及 1993 年的 *Re D Jan London Ltd*⁵⁶案中，法官將上述破產法中對董事勤勉義務的規定適用在非破產情形下的公司，幾乎適用到所有情形下的公司。

2. 2006 年英國公司法第 174 條

英國修訂公司法，第 174 條⁵⁷亦採 1986 年破產法中相同標準。

第二項 美國董事勤勉義務判斷標準之演進

與英國法相似，美國法上關於董事勤勉義務認定標準之規範路徑都是由法官在判例中不斷累積規則後被成文法化，但美國法上董事勤勉義務判斷標準較英國法更為複雜和混亂。具體表現為：

same functions as are carried out by that director in relation to the company, and

(b)the general knowledge, skill and experience that that director has.

⁵⁴ See *Re Produce Marketing Consortium Ltd* [1989] BCC 520.

⁵⁵ See *Norman v. Theodore Goddard* [1992] BCC 14.

⁵⁶ See *Re D Jan London Ltd* [1993] BCC 646.

⁵⁷See The Corporation Act of 2006 §174 Duty to exercise reasonable care, skill and diligence

(1)A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence.

(2)This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with—

(a)the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the

functions carried out by the director in relation to the company, and

(b)the general knowledge, skill and experience that the director has.

MBCA (Modern Business Corporation Act 美國模範公司法) 及 PCG (Principles of Corporate Governance 公司治理準則) 中對於董事勤勉義務判斷標準在一般民法上的勤勉義務之外又加上「善意」「合理地相信符合公司的最佳利益」兩個要件，這兩個要件到底是與勤勉義務並列還是作為輔助性標準證明董事的勤勉義務？此外，美國法上還發展出商業判斷規則⁵⁸對董事勤勉義務的整體進行調節，商業判斷規則有其判斷要件，與董事勤勉義務判斷要件有重合但不完全一致，這就造成了適用的混亂。⁵⁹

本小節以美國法上對於董事勤勉義務認定及商業判斷規則標準有重大意義的案例為基礎，結合 MBCA 以及 ALI 出版的 PCG 中成文化規定，以期釐清美國法上董事勤勉義務認定標準之框架及重要概念，為中國大陸移植該概念做理論準備。

⁵⁸ 商業判斷規則 (Business Judgement Rule , BJR) , business 可以翻譯為商業、業務、經營 , rule 可以翻譯為規則、準則等 , 針對 BJR 對應在中文裡的表述 , 各學者亦有不同觀點。鄧峰建議將其翻譯為「業務判斷規則」, 但同時也指出: 此種翻譯方法對事後自由裁量的思維準則的色彩強調不足。施天濤直接翻譯為「商業判斷規則」, 而臺灣司法判決中, 有時將其翻譯為「商業判斷法則」或「經營判斷原則」, 有時又混稱為「商業經營判斷法則」, 劉連煜老師認為常用表述皆表達的是類似概念, 僅基於經營決策的意涵, 擇「經營判斷法則」而用。本文研究的是公司董事的勤勉義務, 範圍限定在公司領域, 認為採用「商業」一詞能夠更好地反映此規則的商事性, 故擬採用「商業判斷規則」一詞, 在此說明。

⁵⁹ 陳本寒、艾圍利, 董事勤勉義務與董事過失研究——從英美法與大陸法比較的角度進行考察, 清華法學, 2 期, 頁 76, 2011 年。

壹、典型案例

1. Anronson v. Lewis 案

德拉瓦州法院通過本案確定了商業判斷規則的構成要件、判斷知情時的「重大過失」標準以及董事不能援用該規則被保護的情況，包括與所做決策有關聯關係以及怠於行使職能，消極不作為的情形。

(1) 案情簡介⁶⁰

本案所涉公司 Meyers 是一家提供停車場設施和服務的公司，其是 Prudential Building Maintenance Corp.（以下簡稱 Prudential 公司）的全資子公司，原告是 Meyers 公司的股東，被告是 Meyers 公司及其十名董事。1979 年，Prudential 公司將其在 Meyers 的股份出售給 Prudential 的股東，1981 年 1 月 1 日，被告批准了 Meyers 公司與 Fink 之間一份為期五年的雇用協議，並規定其後每年無限期自動續約，Meyers 公司每年支付 150,000 美元，還要加上超過稅前利潤 2400,000 美元的 5% 的獎金，此外，Meyers 董事會還批准了 Fink 的無息貸款 225,000 美元。原告聲稱作為 Meyers 的董事之一且擁有 Meyers 公司 47% 的股份的 Leo Fink 所做出的以上一系列的商業決策並沒有有效的商業目的，浪費了公司的資產，支付的對價嚴重過高且參與決議投票的董事是由 Fink 挑選的。參與決議的董事及經理人

⁶⁰ 本案案情簡介翻譯整理自 Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. Supr. 2000)

與決議事項具有利益衝突，因此提起了股東代表訴訟。

(2) 法院重要觀點整理

A. 對商業判斷規則做出經典表述，並引入善意 (good faith) 路徑

德拉瓦州法院首先點明：商業判斷規則是一種推定 (presumption)，也即是一種假定，是證據規則的一環。假定公司董事在做出商業決策時，是在知情的基礎上 (acted on an informed basis) 真誠地 (in good faith) 採取行動，並真誠地認為 (in the honest belief) 所採取的行動時為了公司的最大利益 (in the best interests of the company)。並且，如果董事不濫用自由裁量權 (absent an abuse of discretion)，法院將會尊重董事的商業判斷。⁶¹ 這也明確了商業判斷規則的前提適用條件：(1) 知情；(2) 真誠善意地採取行動；(3) 為了公司的最大利益；(4) 沒有濫用自由裁量權。

B. 確立了判斷董事知情程度時「重大過失」之標準

根據商業判斷規則，董事在做出商業決定之前應當搜集合理可用的重要信息，確定商業判斷是否為知情的決定，取決於董事是否已在做出商業決策前，向其合理地提供了所有重要信息⁶²。這是對董事知情程度的要求，但知情程度是一個主觀概念，德拉瓦州法院在本案中首次確定了判斷董事知情程度時應當適用比「普通過失」更

⁶¹ See Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. Supr. 2000)

⁶² See Kaplan v. Centex Corporation, 284 A.2d 119 (Del. Supr. 1971)

為寬松的「重大過失」標準 (gross negligence)。「儘管德拉瓦州的案件使用各種術語來描述適用的過失標準，但我們的立場是，根據商業判斷規則，董事責任是基於重大過失的概念而確定的。」⁶³

對於董事責任主觀要素的判斷標準，到底是採用「普通過失」還是「重大過失」，一直爭議不斷。路易斯安那州就曾經點明：董事在善意行事時，不對其單純的判斷錯誤負責，他們只需要合理的謹慎和勤奮並且以善意行事，但如果他們故意忽視職責、有嚴重疏忽或者欺詐性的違反受託義務的行為，則需要負責。⁶⁴

C. 將有關聯的董事和不作為情形排除在商業判斷規則適用之外
法院也將有關聯關係的董事排除在商業判斷規則適用之外。德拉瓦州法院認為：商業判斷規則的保護只能由無利益關聯 (disinterested) 的董事主張，這意味著董事既不能站在交易兩方中的一邊也不能期待以自我交易的方式中獲得任何個人經濟利益。同時，如果董事並沒有積極作為或有意識地決定不採取行動 (a conscious decision to refrain from acting)，而是怠於行使職能不作為時，商業判斷規則並不能起到任何保護作用。

2. Smith v. Van Gorkom 案

在 1984 年的 Smith v Van Gorkom 案中，德拉瓦州最高法院再次肯定了判斷董事責任時所適用的重大過失標準。並指出，善意並

⁶³ See Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. Supr. 2000)

⁶⁴ See Selheimer v. Manganese Corp. of America, 224 A.2d 634 (423 Pa. 563, 1966)

不是一味地信賴，對他人的建議也應以充分的信息為基礎。

(1) 案情簡介⁶⁵

本案所涉公司 Trans Union Corporation（以下簡稱 Trans Union）是一家上市公司，主要收益來自於車輛的租賃業務，被告 Van Gorkom 是 Trans Union 的董事長和執行長，也是一名專業的經理人，持有公司極低的股份。在併購交易下，某企業提出願以每股 55 美元的價格合併該公司⁶⁶，該決策後經董事會通過，但基於以下原因，德拉瓦州法院認為其是在資訊不足的狀況下草率通過，構成重大過失：

在 Trans Union 公司的十名董事裡，有五名內部成員和五名外部成員，在外部董事中，有四位是公司的首席執行官，一位是芝加哥大學的商學院院長，但沒有人是投資銀行家或訓練有素的財務分析師，董事也並沒有聘任專業的會計師或專業人士對合併價格進行研究，缺乏足夠的估值信息前提。

董事所做出商業決策的依據僅是 Van Gorkom 的 20 分鐘口頭演講，對於具體條款毫不知情。

此次董事會開會前的通知並未載明決議事項，董事會成員對議題尚不清楚的情形下，僅經過兩小時就做出了決議。

⁶⁵ 本案案情簡介翻譯整理自 Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858(Del.Supr.2009)

⁶⁶ 註：該公司股份在當年成交價格約在 29-38 美元之間，最高價為 39.5 美元

(2) 法院重要觀點整理

A. 法院對商業決策傾向審查其決策過程而非結果

從德拉瓦州法院對 Smith v Van Gorkom 案的判決可知，法院更看重董事做成決策之過程，而非結果，如果董事在做出決策的過程中未獲取足夠的訊息而具有重大過失，則該董事無法受到商業判斷規則的保護。

B. 善意應當建立在充分信息基礎上

德拉瓦州法院指出，善意並非一味地信賴他人，董事對於顧問律師的建議做接受與否的判斷時也應當以充分的信息為基礎，在沒有搜集信息的前提下一味相信律師建議，則董事會的決定不能成為商業判斷規則保護對象。⁶⁷

3. In re the Walt Disney Co. Derivative Litigation 案

(1) 案情簡介⁶⁸

1994 年，Walt Disney Company（以下簡稱迪士尼）前總裁兼首席運營官 Frank Wells 逝世，當時的董事長兼首席執行官 Micheal Esiner 雖被屬意接任但無奈囿於健康問題，不得不另找他人。Esiner 一邊私下詢問各董事意見一邊尋找接班人。

Micheal Ovitz 與 Esiner 為多年好友，Esiner 基於以下三個原因

⁶⁷ 梁爽，董事信義義務結構重組及對中國模式的反思——以美、日商業判斷規則的運用為借鏡，中外法學，1 期，頁 203，2016 年。

⁶⁸ 本案案情簡介翻譯整理自 In re Walt Disney Co. Derivative Litigation 906 A.2d 27(Del.Supr.2006)

屬意 Ovitz，想讓他擔任迪士尼總裁或首席運營官的職位：

Ovitz 就職於 CAA(Creative Artist Agency)，擔任創意總監的職位，能力在好萊塢廣受好評；

在當時，Ovitz 與 MCA(後為 Universal Studio)洽談合作失敗，Esiner 認為是邀請 Ovitz 加入公司的絕佳機會；

1995 年，迪士尼併購 ABC，規模擴大，Ovitz 過往的媒體經驗與迪士尼想要打開國外市場的需求不謀而合。

經過薪酬委員會主席與 Ovitz 律師的多次商談，迪士尼以其對 Esiner 和 Russell 的僱傭契約為藍本，擬定了一份對 Ovitz 的僱傭契約，主要內容如下：

年薪為 100 萬美元，此外還包括 1000 萬美元以下紅利，股票選擇權等報酬；任何一方均可以終止契約，除了 Ovitz 有重大過失 (Gross Negligence) 或惡意 (malfeasance) 時，迪士尼都應當支付 Ovitz 剩餘年限的薪資，每年 750 萬美元的紅利以及股票優先權等一系列權利。

對迪士尼薪資委員會成員及董事會其他成員對該僱傭契約態度如下：

薪資委員會顧問 Sanford Litvack 認為僱傭契約給予 Ovitz 報酬過於豐厚，離職條件過於寬鬆，並在薪資委員會討論會議上提出了一系列問題以幫助其他人釐清契約適當性；Poitier 和 Lozano 認為自己是在得知充分資訊基礎上做出的正確判斷；Crystal 未出席，但表示隨時可以通過電話表達意見或回覆問題但沒有人聯繫過；Stephen

Bollenbach 曾表達過反對意見，但未在會議上被提出。

最終，薪資委員會決議通過了僱傭契約的內容。但不幸的是，在 Ovitz 擔任迪士尼總裁的第二年，迪士尼董事發現 Ovitz 的領導風格與迪士尼文化不符且他的工作背景無法以最大效率領導迪士尼，雖 Ovitz 工作過程中並無瑕疵，但考量到其難以給迪士尼帶來更大利益，因此迪士尼決定解聘 Ovitz。

雖董事們意在用重大過失或惡意減免支付給 Ovitz 鉅款的可能性，但考量到迪士尼的企業形象和之後 Ovitz 可能提出惡意解僱 (wrongful termination) 訴訟的風險，最終做出了支付離職金並解僱的決定。迪士尼股東對此持否定態度，並以迪士尼股東違反勤勉義務提起股東代表訴訟，首次被衡平法院駁回後，迪士尼股東上訴至最高法院，後最高法院部分發回衡平法院，衡平法院判決原告 (上訴人) 未能成功舉證董事行為的重大過失，因而無法推翻商業判斷規則，原告敗訴，原告亦不服衡平法院判決進而上訴至最高法院。本案爭議焦點為：迪士尼董事在聘任和解聘 Ovitz 之相關事宜上，是否盡到了勤勉義務？

(2) 法院重要觀點整理

法院最終認為薪資委員會的董事和非薪資委員會的其他董事都未違反勤勉義務。

其中關於惡意 (bad faith) 的解釋方式值得參考：最高法院指出，所謂惡意至少有三種可能的解釋方式：主觀上的惡意，董事的

行為確有傷害股東或股東利益的意圖。與第一種不同，董事的行為沒有傷害股東或公司的意圖，但因為重大過失違反了勤勉義務。德拉瓦州最高法院亦指出：勤勉義務和善意不同。

貳、成文法上對董事勤勉義務認定標準之規範

美國成文法上對董事勤勉義務認定標準主要集中在美國模範公司法 8.30 (a) 及公司治理準則 4.02 中，從這兩部成文法中，可以得知：對於董事勤勉義務之認定標準主要概括為以下三個方面：

1. 善意 (good faith)

善意規定體現在美國模範公司法 8.30 (a) (i)⁶⁹中，即公司董事會的成員應當善意行事。但對善意概念之界定，卻十分抽象，其是對行為人誠實狀態的一種心理道德評價，需要結合行為人對行為及其後果的理解、判斷、控制、認識等因素來確定⁷⁰，在無法確定何為善意時，也有學者提出，從惡意角度進行反向判斷。也即，如果董事明知他的行為會對他人產生不利後果而故意放任或是因為沒有引起足夠注意而使得損害結果發生，即為惡意。

2. 合理地相信為了公司的最佳利益

該判斷標準具體可參照美國模範公司法 § 8.30 (a) (ii)⁷¹以及公

⁶⁹ See MODEL BUSINESS CORPORATION ACT (2016 Revision) § 8.30 Standards of Conduct for Directors(a) Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act:

(i) in good faith

⁷⁰ 同注 27，頁 419。

⁷¹ See MODEL BUSINESS CORPORATION ACT (2016 Revision) § 8.30 Standards of Conduct for Directors

司治理準則 § 4.02 (c) (iii)，即董事應當合理認為其的行為或商業決策符合公司的最佳利益。但董事在具體進行商業決策時，可能會需要依據其他專業人士給出的意見來進行最終的決策，對此，美國模範公司法 § 8.30 (b)⁷² (f)⁷³中規定：董事在缺乏其他信息之時，可以假定經理人員和其他管理人員是善意的以及董事可以依賴具體負責的公司經理人員提供的信息。

3. 應當盡到處於相似位置的普通謹慎人在類似情況下應盡到的注意

董事應當盡到處於相似位置的普通謹慎人在類似情況下應盡到的注意程度一條原見於美國模範公司法 § 8.30 (a) (ii) (1984 年)，後由於此種借助侵權法對勤勉義務的定義，過分限制了董事在決策中應有的應變、冒險和進取精神，也不能給予董事足夠的決策空

(a) Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: (ii) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation.

⁷² See MODEL BUSINESS CORPORATION ACT (2016 Revision) § 8.30 Standards of Conduct for Directors

(b) The members of the board of directors or a board committee, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.

⁷³ See MODEL BUSINESS CORPORATION ACT (2016 Revision) § 8.30 Standards of Conduct for Directors

(f) A director is entitled to rely, in accordance with subsection (d) or (e), on:

(1) one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent in the functions performed or the information, opinions, reports or statements provided;

(2) legal counsel, public accountants, or other persons retained by the corporation as to matters involving skills or expertise the director reasonably believes are matters (i) within the particular person's professional or expert competence, or (ii) as to which the particular person merits confidence; or

(3) a board committee of which the director is not a member if the director reasonably believes the committee merits confidence.

間，在修改時，刪去了該部分的內容。

第二節 商業判斷規則

如前所述，商業判斷規則起源於美國法，是平衡董事責任，給董事更大決策空間之下的產物，已成為判斷是否已盡勤勉義務時證據規則的一環，且目前已被多國借鑑移植，重要性不容小覷，中國大陸在明晰董事勤勉義務認定標準時也自難繞過該議題。

本章意在研究作為董事勤勉義務認定中證據規則一環的商業判斷規則是否有必要移植進中國大陸公司法中以及選擇何種規範模式的問題。此涉法律移植的概念，而正如王文字老師所說：「成功的法律移植不僅涉及法條翻譯或觀念的繼受，還需要對於法條或概念之背景、內涵做通盤的理解，否則極易產生「誤植」的現象。」⁷⁴因此，在上章以美國德拉瓦州法院在判例中賦予商業判斷規則的具體內涵之下，本章將先從商業判斷規則的立論基礎和價值出發，結合比較法上移植模式，在觀察中國大陸司法實踐中對於商業判斷規則的適用情況基礎之上，試圖找到商業判斷規則在中國大陸董事勤勉義務判斷標準中的具體位置。

⁷⁴ 同注 15，2008 年 3 月。

第一項 商業判斷規則之立論基礎及價值

壹、從商業判斷規則興起背景觀察之

隨著企業不斷擴大，公司的社會性和公共性不斷增加，所有權和控制權分離加劇，對於同一個決策，不同的主體，如股東和董事，在不同的時間點所得出的判斷可能完全不同。為實現投資策略，股東加劇了對董事會的施壓，股東代表訴訟的數量不斷增加，這類現實需求迫使法院對此類訴訟中董事是否盡到了忠實、勤勉義務做出回應。同時，在公司併購加劇的情形下，董事的防禦措施到底是在保護公司還是在保護自身的職位漸漸變得難以區分，因此也需要明確的規則。而商業判斷規則，可以避免法院介入考察動機，維護了社團的獨立性、控制權和自由裁量權的獨立價值。⁷⁵⁼

貳、商業判斷規則之價值

1. 股東與董事之間的平衡

董事的獨立性是商業判斷規則的基礎，商業判斷規則也是在保護董事商業決策權的背景下誕生的，決策權（Power of Decision Making），即是指董事在法律和公司章程授權範圍之內，以董事會決議的形式，就公司的業務和事務，包括公司交易、資產處置、分紅、並購、管理層報酬等方面進行決定的權利。美國公司法學者

⁷⁵ 同注4，頁876。

Coase R 指出：「我們的法律系統需要一種責任規則，它足夠嚴格，可以阻止市場力量所不能削減的代理成本；同時又足夠寬容，讓有能力的人擔任董事，採取必要的冒險來使公司投身盈利的項目。」⁷⁶ 基於此，美國法上對於董事的商業決策權極為重視，認為股東也無法干預董事的商業決策權，否則就是在違反公共政策。董事的商業決策目標從長期來看，與股東投資公司的目的一致，即為促進公司發展壯大、長期穩定地盈利、增加公司的長遠利益，最終實現股東的利益最大化。⁷⁷然而，在某些特殊情況下，董事為了公司長期利益而做的決策可能會損害部分股東的股利分配，在此情形下，股東將股東代表訴訟作為施壓策略，迫使董事改變其決策方案，干預董事決策，最終使董事無法專心經營公司事務。⁷⁸商業判斷規則在此時就有保護董事免受股東過度干預之功能。

享有權利就必然承擔義務，董事享有商業決策權就必須要需要承擔在故意或重大過失導致公司利益受損情況下的責任。在複雜的商業世界中，董事所接收的商業訊息數量龐大、真假混雜、瞬息萬變，這加劇了董事決策的困難，也無形中加重了董事的責任。再者，與股東可以進行分散組合投資不同，董事只能服務於少數公司

⁷⁶ Coase R, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1987 · p.386.

⁷⁷ 劉新輝，論美國公司董事商業決策權的制約與保護——兼論我國公司董事決策權的法律完善，*國際商法論叢*，7卷，頁510，2005年。

⁷⁸ 郭大維，論商業判斷原則於董事責任法制下之運用——檢視、比較於反思，*月旦民商法雜誌*，68期，頁26，2020年6月。

且不能將錯誤成本計入收取的服務費中⁷⁹，董事的風險分散能力相較股東來說更為微弱，風險承受能力更為有限。這與客觀上，企業若想繁榮，必然要進行創新，創新必然帶來風險的情形產生了矛盾。設想一個情形：在經營決策結果與預期不匹配，產生經濟上的損失時，如果全部都由作為決策者的董事負責賠償，可能會導致董事們因為害怕承擔過重的風險後果，從而趨向保守決策，寧願做個太平官，這抹煞了董事的創業精神，也於企業長期發展無益。⁸⁰同時，正如劉連煜老師所說：「潛在的利潤，當然附隨潛在之風險，此種風險最終由公司股東來承擔，比較合適。如果輕易便要求董事負經營失敗之責，可能阻斷很多有能力者充當董事之志願。藉由此設計，方能維護經營者經營企業之彈性」⁸¹，公司經營風險本應由股東承擔而非董事，商業判斷規則正是給需要做出風險決策的董事更多的決策空間，避免他們變得規避風險，從而實現企業整體經濟表現的上升。⁸²

2. 公司與法院之間的平衡

商業判斷規則實質上是法院在判定董事責任承擔過程中的證據

⁷⁹ 洪秀芬，經營判斷法則對董事責任追究之影響——從美國法與德國法之比較研究觀點，臺灣財經法學論叢，2卷1期，頁249，2020年。

⁸⁰ 劉連煜，董事責任與經營判斷法則的運用——從我國司法判決看經營判斷法則的發展，財金法學研究，3卷1期，頁4，2020年3月。

⁸¹ 劉連煜，公司治理與公司社會責任，頁102，2001年10月。

⁸² 同注79，頁250。

規則的一環⁸³，也是公司和法院兩者博弈的結果。根據 Herbert A. Simon 的主張，人的行為具有「有限理性」，對事情的看法與判斷會受到所接受到的信息多少所左右。當董事在做決策時，也僅能憑藉當時所得到的信息結合自己的知識與經驗做出最合適的決策，法院在事後評判時，時空背景已改變且法院已知原商業決策之結果，若一味放任法院以事後結果論斷董事責任，對董事來說，顯失公平。再者，法院作為司法審判機關，對一般的商業決策和商業環境並不熟悉，針對具體個案的專業性和技術性，很難具備比董事更為專業的經營知識，以此做出的審查決策犯錯的可能性可能會高於董事過失錯誤判斷的可能性⁸⁴，用法院的視角審視董事的決策，無異於造成法院取代董事會機能的情形出現。商業判斷規則避免法院事後對於董事商業決策的過度干預，是司法節制（Judicial Abstention）的體現。⁸⁵

綜上所述，商業判斷規則力圖在股東勤勉義務訴訟中處理股東與董事的關係以及公司與法院的關係時成為平衡和調節工具，保護董事的商業決策權，給董事更多的最終實現公司整體經濟表現的上升。

⁸³ 同注 80，頁 6。

⁸⁴ 方嘉麟，論經營判斷法則於我國法下適用之可能——以明基併購西門子手機部門一案為例，政大法學評論，128 期，頁，2012 年 8 月。

⁸⁵ 同注 79，頁 250。

第二項 董事勤勉義務與商業判斷規則之關係

商業判斷規則與董事勤勉義務之間的關係，與董事勤勉義務判斷標準中，商業判斷規則之定位密不可分。目前，關於兩者關係，存在兩種觀點，一則認為：商業判斷規則是為董事過失責任免除之手段，二則認為商業判斷規則是為董事勤勉義務審查標準的具體化。以下詳述此兩種觀點。

壹、商業判斷規則是為董事過失責任免除之手段

此種觀點認為，當董事被他人提起訴訟時，董事可以向法院提出申請，要求法庭免除他所承擔的法律責任；如果法庭認為董事在行為時是誠實的、合理的，並且如果法庭認為董事在行為時，根據案件的所有具體情況，董事所承擔的過錯責任是應當公平地加以免除的，則法庭可以根據自己認為公平的條件免除董事的法律責任。⁸⁶也即，商業判斷原則應當被視為對董事善管義務的重要補充，具體說來，在董事會作為合議體進行經營判斷時，儘管各個參與決策的董事的行為違反了勤勉義務的衡量標準，他們可以主張商業判斷原則的保護。在董事長或其他董事依據公司章程或股東大會決議行使經營判斷決策權時亦應作同一解釋。但是，如果有相反的證據證明董事的經營判斷存有重大過失則不應適用商業判斷原則。⁸⁷

⁸⁶ 張民安·公司法上的利益平衡·頁 398·2003 年 1 月。

⁸⁷ 劉俊海·股份有限公司股東權的保護·頁 231·2004 年 1 月。

貳、商業判斷規則是對董事勤勉義務審查標準之具體化

考量商業判斷規則確立、發展之判決可以發現：最初法院是在討論董事勤勉義務之時一併討論商業判斷規則，兩者相伴而生。如果董事踐行了商業判斷，一些法院就會推定董事在決策過程中盡到了勤勉義務。商業判斷規則是用於輔助董事勤勉義務判斷標準之中的理性謹慎人標準的⁸⁸，日本公司法上關於董事勤勉義務之演變與商業判斷規則之引入是為此種觀點的一個註解：日本原設有善良管理人之勤勉義務，在 1970 年代開始引入商業判斷規則判斷董事是否違反了勤勉義務，有日本學者指出：日本公司法上的商業判斷規則不是對董事勤勉義務責任的免除而是對董事勤勉義務審查標準進一步的明確。⁸⁹

第三項 商業判斷規則適用前提及路徑

壹、商業判斷規則適用前提

從 *Anronson v. Lewis* 案及 *Smith v. Van Gorkom* 案可知，適用商業判斷規則的前提如下：

- (1) 董事作出了商業決策，排除怠於行使職務的消極不作為；
- (2) 在資訊充足情況下做出；

⁸⁸ 同注 27，頁 422。

⁸⁹ 江頭憲治郎，株式會社法，頁 433，2009 年，3 版。

- (3) 善意；
- (4) 合理地相信為了公司的最大利益；
- (5) 沒有濫用裁量權；
- (6) 沒有關聯關係。

貳、商業判斷規則具體適用路徑

美國法上之商業判斷規則實際為證據規則的一環，適用路徑如下：

最初由原告負擔證明責任，在原告能證明被告做出的決策不符合上述前提條件中的任何一項時，舉證責任則由原告轉向被告，則由被告證明該決策對股東而言仍屬公平交易，此時該決策會被放置在完全公平原則（Entire Fairness）的審查標準之下進行考量，被告需要證明此項決策是公平交易（Fair Dealing）和公平價格（Fair Value）之下的產物。⁹⁰若原告不能證明被告做出的決策不符合上述前提條件中的任意一項時，即使被告做出的經營決策是錯誤的，公司也因此蒙受了經濟上的損失，法院也不會徑直認定董事需對此負責。商業判斷規則的推定被打破後，並不必然意味著被告需要承擔責任，僅在被告承擔證明責任後且無法證明其所做的商業決策是符合完全公平原則之時，才真正地在實體上需要承擔責任。

⁹⁰ See *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* 634 A.2d 345 (Del.Supr.1994)

第三節 各國移植模式比較

本文認為，移植商業判斷規則應從三個方面進行考量：1. 在董事勤勉義務判斷標準的整體框架之下，商業判斷規則應被放置在何處？是完全按照美國法上商業判斷規則之原意將其作為證據規則的一環、還是將其為勤勉義務合為一體，成為勤勉義務之細化審查標準抑或作為侵權模式下董事責任之免責條款？2. 在商業判斷規則內涵已無疑義情形下，移植後的商業判斷規則內部實現路徑應如何構建？舉證責任應由何方負擔？3. 商業判斷規則的移植路徑為何？需採用法典化的形式抑或由法官在個案中釋明內涵？上述問題皆需要在各國勤勉義務判斷標準之下結合社會經濟背景、法傳統以及立法取向分析。

本小節在前章已討論的商業判斷規則發源地美國之外，另選同為大陸法系的德國和臺灣作為比較分析對象，德國目前已將商業判斷規則成文化，改變了美國法上商業判斷規則之原意，將其吸納為原有董事勤勉義務判斷標準之審查規則且將其適用效果直接連接至實體法上，發揮了平衡董事責任的作用，值得參考⁹¹。同為大陸法

⁹¹ 同為將商業判斷規則成文化的國家，澳大利亞的成文化看起來並不成功。澳大利亞雖為第一個將商業判斷規則成文化的國家，借鑑了 ALI 在公司治理原則中的條文，將其規定在《澳大利亞公司法》第 180 (2) 條中，但其成文化在司法部和財政部的拉鋸下，經歷了漫長的過程，成文化後的司法實踐顯示，法官在適用過程中，有意弱化了「推定」的意義，以致於沒有一名董事能夠在訴訟中被商業判斷規則所保護，雖被成文化，但該制度聊勝於無。參見：傅穹、陳洪磊，商業判斷規則司法實證觀察，國家檢察官學院學報，2 期，頁 30，2021 年。

系的臺灣，目前尚未將商業判斷規則成文化，由法官在個案中說明內涵，近年來數量不斷增多，亦有學者討論是否需要將其成文化，且在商業判斷規則內部適用路徑上不同法院亦有不同的觀點，值得探究。

以上兩個分析對象恰好代表了大陸法系對於商業判斷規則兩種不同的規範模式以及移植時不同的內部制度建構，以此做分析比較，為中國大陸借鑑該制度提供一定的參考。

壹、德國移植模式及內部路徑分析

1. 移植原因

(1) 以商業判斷規則平衡董事過重的舉證責任

根據德國股份法第 93 條第 1 項之規定，董事會成員執行業務應當盡到正派及謹慎負責之業務執行人所應盡之注意。此處的董事勤勉義務之標準仍是一個抽象的一般條款，但比起對一般商人的注意程度要求更高，類似信託人所應盡之注意。⁹²

德國股份法第 93 條第 2 項⁹³：「董事應盡到謹慎負責的業務執行人應盡的注意程度，如果對其存在爭議時，應當由被質疑的董事負擔舉證責任。」此處即為舉證責任的倒置，惟立法者考量原告公

⁹² 洪秀芬，論德國「商業判斷原則」之法制化，臺灣法學雜誌，188 期，頁 2，2011 年。

⁹³ 參見：德國股份法第 93 條：董事應盡到謹慎負責的業務執行人應盡的注意程度，如果對其存在爭議時，應當由被質疑的董事負擔舉證責任。

司通常欠缺必要之業務執行有關資訊，因此無法就董事違反勤勉義務之情況提出具體證據進行訴告，若由原告負擔舉證責任則很難控訴成功。法諺云：「舉證之所在，敗訴之所在」，此種將舉證責任強加於被告的方式使得董事在勤勉義務訴訟中敗訴風險大大增加。

(2) 以商業判斷規則平衡代表訴訟招致高問責風險⁹⁴

2005年，德國修改股份法，降低了股東代位訴訟門檻：根據德國股份法第148條之規定，只要股東持股共同達到公司資本總額百分之一或10萬歐元者，即可進行相關股東代表訴訟，股東利用代表訴訟追究董事責任更加容易，故此制度也成為股東向董事施壓干預董事決策的策略。

為解決上述兩個問題，德國以具體條文的形式引入了商業判斷規則，規定在德國股份法第93條第1項第2款中：「如果董事在做出一個商業決策時可以理性地認為，這是基於適當的信息為了公司的利益而做出的，就不構成勤勉義務之違反。」

2. 商業判斷規則之構成要件

根據德國股份法及其立法理由說明，德國的商業判斷規則主要有以下六個適用要件，其中前五項為客觀要件，第六項為主觀要件：(1) 需為經營決策；(2) 為公司利益而為；(3) 行為未受特別利益及不相關事物的影響；(4) 基於適當資訊而為；(5) 誠信；

⁹⁴ 同注91，頁40。

(6) 理性⁹⁵。

3. 商業判斷規則之具體適用路徑

在舉證責任方面，商業判斷規則並未改變董事違反勤勉義務舉證責任之分配，仍是由被告董事負擔舉證責任。

在適用路徑上，德國股份法賦予了商業判斷規則實體法上的效果：在原告起訴被告違反勤勉義務時，舉證責任首先在被告一方，由被告證明其決策符合商業判斷規則的要件，一旦能夠證明，即表明被告盡到了董事的勤勉義務。

在過失判斷上，與美國德拉瓦州法院在 *Aronson v. Lewi* 案中確立並由 *Smith v Van Gorkom* 案重申的「重大過失」標準不同，德國基於董事責任領域並沒有像民法中由於無償行為或某些特殊事由導致重大過失的情況，並未將董事責任標準降低到重大過失。

4. 小結

德國是將誕生成長於判例法的商業判斷規則與德國成文法傳統相結合的典型國家，是考量成文法立法模式影響和當時的經濟背景所做出的選擇。

首先，惟德國法上關於董事勤勉義務之條文是為一般性規定，較為抽象且並未有其他成文化之標準輔助其判斷，立法者直接用商

⁹⁵ 同注 79，頁 270。

業判斷規則作為董事勤勉義務之實體判斷標準，較為妥適；其次，立法者移植商業判斷規則用於平衡董事過高的責任風險但仍較為謹慎，將舉證責任全部課於被告，保護功能有限；最後，採用成文化之模式吸收商業判斷規則，與德國傳統的立法模式相契合。目前看來，商業判斷規則符合德國公司的治理制度也為德國企業適應全球化提供了制度契合，有一定的意義。

貳、臺灣移植模式及內部路徑分析

臺灣與德國同為大陸法系，但目前臺灣仍嚴守禁止法官造法的精神，仍是由法官在個案中說明商業判斷規則之內涵、適用前提及法律效果。2005年1月31日，在臺灣臺北地方法院九十二年度訴字第四八四四號民事判決中，商業判斷規則第一次出現。在此案中，法院對商業判斷規則的適用持否定態度，法院稱臺灣公司法並未明文化商業判斷規則，無推定董事免責的明文，在董事與公司之間為委任關係的前提下，亦無具體排除原告依委任關係請求賠償的規定⁹⁶，因此拒絕適用。但此後，商業判斷規則案件越來越多⁹⁷，法院的態度也從拒絕適用到逐漸開放適用，在適用過程中對商業判斷規則

⁹⁶ 同注 80，頁 9。

⁹⁷ 典型案例民事案件有：臺北地方法院 93 年度重訴字第 144 號民事判決、臺灣高等法院臺南分院 104 年度重上字第 1 號民事判決、臺中地方法院 106 年度重訴字第 72 號民事判決。同時，臺灣亦有將商業判斷規則引進刑事案件之趨勢，典型案例有：臺灣高等法院高雄分院 96 年金上重訴字第 1 號刑事判決、最高法院 105 年度臺上字第 2206 號刑事判決、臺灣高等法院 105 年度金上訴字第 2 號刑事判決、臺灣高等法院 104 年度金上重更（一）字第 17 號刑事判決。

之內涵和法律效果作出不同的理解，究竟何種模式才是最合適的？學者亦多有討論，該制度正是在判決與學說的互動中，不斷發展。

1. 商業判斷規則適用前提

商業判斷規則第一次出現在臺灣的法院判決中時，法院對其持否定態度。法院認為：被告雖援引美國法院在司法實踐過程中建立之「經營判斷法則」(Business Judgement Rule)即推定不具個人利害關係與獨立自主之董事，其所為之經營決策係依據充分資訊之基礎，基於誠信，認為此項決策符合公司最大利益，如因該項決策被訴，法院僅審究原告之主張與舉證是否足以推翻此項經營判斷法則之推定，如不足以推翻，則法院不得進一步審查經營決策之實體內容，以避免重複度（應為「地」，本文註）判斷董事經營決策違失呈現後見之明之審理原則，而認原告等人舉證不足，不得遽行要求賠償等情。（……）然我國程序法推定免責，應以法律明文規定者為限，但並無此推定免責之規定，又公司法上之董事係適用民法委任關係為規範，且受任人處理委託事件具有過失或逾越權限，委任人依委任關係得請求賠償，而公司法無具體排除此項規定適用之明文，是不能採用上開法則。⁹⁸

此後，在臺北地方法院 93 年度重訴字第 144 號民事判決中，臺灣法院首次明確承認了商業判斷規則的適用空間，也開啟了其在臺

⁹⁸ 參見：臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 4844 號民事判決。

灣的司法實務中發展先河。本判決提出了五個判斷標準，亦被後續判決所採納。⁹⁹法院認為：「公司負責人在經營公司時，若已經盡善良管理人之勤勉義務，惟因經營判斷錯誤，事後公司雖然發生損失，則仍不可反推公司負責人未盡其善良管理人之勤勉義務。此即英美法所謂『經營判斷原則』……故經營判斷法則並非董事之行為標準，係司法機關審查董事行為（依我國法論即司法機關判斷公司負責人是否負善良管理人勤勉義務）之基準……。並藉此避免事後(hindsight)重加評斷(second-guessing)公司負責人之當初所為經營決定。據此我國法院在判斷公司負責人所為之營業行為是否符合『經營判斷法則』，似可採取與美國法院相同之營業標準，即：1.限於經營決定(a business decision)；2. 不具個人利害關係且獨立判斷(disinterested and independence)；3. 盡勤勉義務(due care)；4. 善意(goodfaith)；5. 未濫用裁量權(no abuse of discretion)。若公司負責人為經營行為當時若具備此五項經營判斷法則，則可推定其具善良管理人之勤勉義務，而無庸對公司及股東負損害賠償責任。」

100。

針對判斷標準，亦有判決認為應當適用三要件判斷法¹⁰¹。在實

⁹⁹ 臺灣臺南地方法院 96 年度第 1 號民事判決對商業判斷原則也同樣採取以上的五個標準。

¹⁰⁰ 參見：臺北地方法院 93 年度重訴字第 144 號民事判決。

¹⁰¹ 參見：臺灣高等法院 103 年度重上字第 542 號民事判決、臺灣高等法院臺南分院 104 年度重上字第 1 號民事判決、臺灣高等法院 105 年度重上字第 973 號民事判決。

務見解已採商業判斷規則基礎上，探究法院所選擇適用的前提要件更為重要，以下總結目前典型案例中所選擇之前提要件，試總結實務見解中普遍採納之條件以及存在爭議之適用條件。

				臺灣高等法院 98 年度上字第 1307 號民事判決
適用前提條件 / 案件	臺北地方法院 93 年度重訴字第 144 號民事判決	臺灣高等法院臺南分院 104 年度重上字第 1 號民事判決	臺灣高等法院 105 年度金上字第 7 號民事判決	臺灣高等法院 103 年度重上字第 542 號民事判決
				臺灣高等法院 104 年度上易字第 1255 號民事判決
經營決定	✓			
董事與決策間	✓	✓	✓	✓

無利害關係				
勤勉義務（知情義務） ¹⁰²	✓	✓	✓	✓
善意（為了公司最佳利益）	✓	✓	✓	✓
未濫用裁量權	✓			

從上表可見，「董事與決策間無利害關係」「董事已盡勤勉義務/知情義務」以及「善意」這三項適用前提在實務見解中已普遍被採納。「限於經營決定」和「未濫用裁量權」在早期實務中被列為適用前提條件，但在後期已不再適用。¹⁰³

2. 商業判斷規則與董事勤勉義務之協同效果

從商業判斷規則在臺灣司法實務中從被拒絕適用到廣泛適用的過程中可以窺見，該制度在透過判決的司法實務運作方式在臺灣得到了發展的基礎。但在適用前提上，雖就三個要件達成了一致，但每個法院在適用時，仍有自己的標準，未能完成統一，極易造成適用混亂情形。

另一方面，則需要考量商業判斷規則的適用效果。法院在適用商業判斷規則過程中並非完全遵循該制度原意，存在誤用或語焉不

¹⁰² 知情要求係一種程序性勤勉義務，參見：黃朝琮，論經營判斷法則之實務見解，中原財經法學，45期，頁240，2020年12月。

¹⁰³ Aronson v Lewis 案中已說明：未濫用裁量權是法院審查事項而非適用前提條件。

詳的情況，在此之下，該制度是否還能如最初構想一般，切實保護董事，給予董事決策更多空間？

如前所述，商業判斷規則是證據規則的一環，一種「推定」，雖具有實體法和程序法雙重效果，但仍以程序法效果為前提，即，只有在原告能舉證證明被告違反適用條件時，舉證責任轉移至被告，且被告無法證明自己的決策是「完全公平原則」下的產物時才需要承擔責任。此「兩段式的舉證責任分配方式」¹⁰⁴在臺灣的實務見解中，並未得到充分的適用。¹⁰⁵在臺灣的實務見解中，多將商業判斷規則作為確定被告責任的判斷依據¹⁰⁶，即被告若滿足商業判斷法則的前提要件，則推定其具有善良管理人的勤勉義務，反之，則未盡勤勉義務，需要承擔責任。且法院常誤把初始的舉證責任交由被告承擔或對舉證責任語焉不詳。¹⁰⁷此種認定方式首先去除了商業判斷規則的「推定」性質，將其效果直接連結至實體法上，忽略了推定

¹⁰⁴ 同注 81，頁 30。

¹⁰⁵ 目前適用兩段式舉證責任分配的典型案例出現在刑事案件中，參見：臺灣高等法院 103 年度金上重訴字第 29 號刑事判決。

¹⁰⁶ 參見：臺灣臺北地方法院 93 年度重訴字第 144 號民事判決：若公司負責人為經營行為當時若具備此五項經營判斷法則，則可推定其具有善良管理人之勤勉義務，而無庸對公司及股東負損害賠償責任。

¹⁰⁷ 舉證責任到底應該由原告還是被告承擔，涉及引入商業判斷規則時的制度設計問題，目前仍存在爭議，在此情況下，回歸在未引進商業判斷規則時，「善良管理人的勤勉義務」的舉證責任應由誰負擔或有借鑑意義。根據邵慶平老師的觀點：在不考量商業判斷規則的前提下，僅基於一般之訴訟原則，在董事違約訴訟中，原告本應就董事有何違反信義義務負舉證責任。參見：邵慶平，商業判斷原則的角色與適用——聯電案的延伸思考，科技法學評論，8 卷 1 期，頁 114，2011 年 6 月。

是確保法院不干預董事決策，給董事更多決策空間的重要手段，其次，缺少了原告舉證一環，加重了被告董事的舉證責任。



第四章 中國法上董事的勤勉義務

本文意在探討起源、發展於英美法上的董事勤勉義務如何移植進中國大陸公司法中，而檢視法律移植是否成功，則要觀察引入的法律規則和引入國之間的環境是否「適應」，本文採「微觀適應」之概念，即引入的法律規則如何補充引入國既有的法律基礎架構。¹⁰⁸ 在考量「如何補充」命題前，了解此法律制度原有之基礎架構實為必要。故，本章將從首先將結合中國大陸經濟體制改革背景分析董事勤勉義務之歷史演進過程，再總結目前關於董事勤勉義務之立法體系，最後檢視目前之法律基礎機構存在之問題，以期能與第五章實證分析部分結合，更全面展示目前中國法上董事勤勉義務之立法及司法現狀。

第一節 董事勤勉義務之歷史演進及立法現狀

中國公司法制定於 1993 年，當時並未對董事勤勉義務作出規定，後在 2005 年修訂時才正式將董事勤勉義務寫入公司法，但仍流於原則性規定。在勤勉義務寫入公司法前亦有相關行政法規和部門規章對此作出了規定，是為董事勤勉義務之前身。本節將以董事勤

¹⁰⁸ 成功的法律移植，即引入的法律規則的使用方法與母國相同，並根據本地的條件進行修正。……引入的法律規則引入國之間的環境是否「適應」，對於成功移植具有重要意義。這裡的「適應」可以包括宏觀與微觀兩個部分：微觀的適應是指引入的法律規則如何補充引入國既有的法律基礎架構；宏觀是指引入的法律規則如何補充引入國既有的政治經濟制度。參見：王文杰，嬗變中之中國大陸法制，頁 31，2017 年 12 月，5 版。

勉義務在中國演進之過程為主線，分析勤勉義務在中國之立法現狀，並指出立法上存在之問題。

中國大陸公司法的頒布、發展與自 20 世紀 70 年代開始的經濟體制改革密不可分，作為公司法重要規則之一的董事勤勉義務在中國大陸的發展亦需結合中國大陸經濟體制改革及國有企業改革之背景加以研究，以下將以國有企業改革之背景為視角檢視董事勤勉義務在中國大陸之發展歷程。

第一項 前勤勉義務時代，董事責任之規制

壹、1978-1992 年，董事實權有限、有意淡化董事責任

20 世紀 70 年代，中國大陸開始逐漸實施經濟體制改革，國有企業改革作為經濟體制改革的重點，在 1978 年第十一屆三中全會後全面開展¹⁰⁹，在其後的 20 年間，國務院頒布了一系列擴大企業自主權的行政法規和規範性文件¹¹⁰，旨在讓政府放權讓利、企業擴權增收，在 1984-1992 年間，國家開始對企業進行所有權與經營權的分離，界定了政府與企業之間的權責邊界，為此後的深化改革打下基礎。¹¹¹但截至 1993 年公司法制定前，國有企業改革的指導思路仍是

¹⁰⁹ 參見：十一屆三中全會公告：「讓地方和工農業企業在國家統一計畫的指導下有更多的經驗管理自主權……把它們的大部分職權轉交給企業行的專業公司或聯合公司」，此拉開了國有企業改革的大幕。

¹¹⁰ 如：國務院關於擴大國營工業企業經營管理自主權的若干規定（1979）、關於實行工業生產經濟責任制若干問題的意見（1981）、關於進一步擴大國營工業企業自主權的暫行規定（1984）等文件。

¹¹¹ 劉貴祥，國有企業改革若干法律問題研究，人民司法，9 期，頁 4，2000 年。

解決企業缺乏活力和政企不分的問題，企業改革多圍繞「放權讓利」的思路展開，擴大國有企業的經營自主權，幫助企業增強活力，反映在企業和公司立法上，多側重於突出企業經營者、董事會和董事的權利，而忽視或有意淡化其義務和責任。¹¹²

國有企業改革雖為經濟體制改革的重點，但中國大陸對國有企業的改革均著重對經營權本身的調整，並未觸及到企業產業權的核心，因此，推行近 20 年的國有企業改革難以奏效。¹¹³在 90 年代初期，中國大陸將建立「市場經濟體制」作為經濟體制改革的目標，將建立現代化企業作為改革的中心，¹¹⁴為了與該改革措施相配套，1993 年，中國大陸頒布了中華人民共和國公司法。但在當時，中國大陸的公司並非新成立的公司，而是由原來的國有企業通過公司化的形式轉化而來¹¹⁵，股東會權利膨脹而董事會幾乎沒有實權，很難出現董事濫用權力損害公司利益的情況。因此，當時的立法者為激發國有企業的活力，促使國有企業改革的迅速推行，暫時「忽視」了董事義務這一公司治理中的重要制度。

貳、1993-2005 年，董事勤勉義務初見雛形

雖 1993 年頒布的公司法未規定董事的勤勉義務，但為了適應股

¹¹² 王道陽、李華，論公司董事的勤勉義務，河北法學，5 期，頁 52，1999 年。

¹¹³ 王文杰，大陸公司法在企業改革的地位及其立法缺陷，政大法學評論，62 期，頁 245，1999 年。

¹¹⁴ 參見：全國人大常委會公報（1993 年第 2 號）

¹¹⁵ 王文杰，大陸公司法在企業改革的地位及其立法缺陷，政大法學評論，62 期，頁 246，1999 年。

份有限公司境內上市外資股的發行及交易以及股份有限公司境外募集股份及上市需要，完善公司治理結構，保護投資人的合法權益，1994年，國務院頒布國務院關於股份有限公司境外募集股份及上市的特別規定（以下簡稱：境外募股及上市特別規定），1995年，國務院頒布國務院關於股份有限公司境內上市外資股的規定（以下簡稱：境內上市外資股規定），分別在第23條¹¹⁶和第6條¹¹⁷規定：「公司的董事、監事、經理和其他高級管理人員對公司負有誠信和勤勉的義務。」，首次將勤勉義務明確規定為董事的法定義務，但以上文件僅提出了勤勉義務這一概念，且將信義義務與勤勉義務並列，似在概念理解上有偏頗之處。¹¹⁸

在針對股份有限公司董事的勤勉義務做出規定後，為了從公司治理結構上規範上市公司的運作，1997年，證監會頒布上市公司章程指引，在第81條¹¹⁹中針對上市公司董事勤勉義務作出了詳細規

¹¹⁶ 參見：國務院關於股份有限公司境外募集股份及上市的特別規定 第二十三條 公司的董事、監事、經理和其他高級管理人員對公司負有誠信和勤勉的義務。

¹¹⁷ 參見：國務院關於股份有限公司境內上市外資股的規定 第六條 公司章程對公司及其股東、董事、監事、經理和其他高級管理人員具有約束力。公司的董事、監事、經理和其他高級管理人員對公司負有誠信和勤勉的義務。

¹¹⁸ 信義義務 (Fiduciary Duty) 是指公司的董事及高級管理人員應當誠實信用地按照公司利益最大化的原則，來履行自己的職責。傳統上信義義務包括忠實義務 (duty of loyalty) 和勤勉義務 (duty of care)。參見：注 41，頁 449。鄧峰老師的觀點亦為普遍觀點，即信義義務是勤勉義務之上位概念，此處將二者並列，似有疑義。

¹¹⁹ 參見：上市公司章程指引 第八十一條 董事應當謹慎、認真、勤勉地行使公司所賦予的權利，以保證：(一) 公司的商業行為符合國家的法律、行政法規以及國家各項經濟政策的要求，商業活動不超越

定：遵守法律、行政法規以及各項經濟政策；公平對待股東；認真閱讀各項與公司相關的報告以了解公司經營狀況；不轉授處置權；接受監事會的監督。相較於境外募股及上市特別規定、境內上市外資股規定，上市公司章程指引類型化了董事勤勉義務，雖在適用範圍上僅局限於上市公司領域且在效力上僅為部門性規範文件，不具有普遍適用效力，但在當時對於解釋和理解董事勤勉義務具有積極意義。

1999年，中共中央國有企業改革和發展若干問題的重大決定¹²⁰提出了要建立現代企業制度，強調董事會職權和重要性，提出董事「決策失誤追究」制度¹²¹，同年，公司法修訂，在第59條¹²²和第

營業執照規定的業務範圍；(二)公平對待所有股東；(三)認真閱讀上市公司的各項商務、財務報告，及時瞭解公司業務經營管理狀況；(四)親自行使被合法賦予的公司管理處置權，不得受他人操縱；非經法律、行政法規允許或者得到股東大會在知情的情況下批准，不得將其處置權轉授他人行使；(五)接受監事會對其履行職責的合法監督和合理建議。

¹²⁰ 參見：中共中央國有企業改革和發展若干問題的重大決定：五、建立和完善現代企業制度
(三)……董事會要維護出資人權益，對股東會負責。董事會對公司的發展目標和重大經營活動作出決策，聘任經營者，並對經營者的業績進行考核和評價。發揮監事會對企業財務和董事、經營者行為的監督作用。

¹²¹ 參見：中共中央國有企業改革和發展若干問題的重大決定：十一、建設高素質的經營管理者隊伍
建立企業經營業績考核制度和決策失誤追究制度，實行企業領導人員任期經濟責任審計，凡是由於違法違規等人為因素給企業造成重大損失的，要依法追究其責任，並不得繼續擔任或易地擔任領導職務。

¹²² 參見：中華人民共和國公司法(1999年)第五十九條 董事、監事、經理應當遵守公司章程，忠實履行職務，維護公司利益，不得利用在公司的地位和職權為自己謀取私利。董事、監事、經理不得利用職權收受賄賂或者其他非法收入，不得侵佔公司的財產。

123 條¹²³中增設董事遵守公司章程、忠誠履職的義務以及禁止自我交易的行為的內容，此條雖混合了忠實義務，但亦對董事提出了遵守公司章程的法定義務要求，對董事責任的要求更為具象，是為董事勤勉義務在公司法中的雛形。

相應地，為推動上市公司內部治理結構的完善，2002 年，中國證監會、國家經濟貿易委員會發佈上市公司治理準則，其中第 33、34、35、37 條¹²⁴要求上市公司董事應當勤勉履行職責，內容包括：保證有足夠的時間、精力履職；認真負責地出席董事會以及積極參加有關培訓，掌握相關法律法規，在上市公司章程指引對勤勉義務內涵界定基礎之上又補充了新的內容，進一步豐富了上市公司董事勤勉義務的判斷標準。

¹²³ 參見：中華人民共和國公司法（1999 年）第一百二十三條 董事、經理應當遵守公司章程，忠實履行職務，維護公司利益，不得利用在公司的地位和職權為自己謀取私利。

¹²⁴ 參見：上市公司治理準則 第三十三條 董事應根據公司和全體股東的最大利益，忠實、誠信、勤勉地履行職責。第三十四條 董事應保證有足夠的時間和精力履行其應盡的職責。第三十五條 董事應以認真負責的態度出席董事會，對所議事項表達明確的意見。董事確實無法親自出席董事會的，可以書面形式委託其他董事按委託人的意願代為投票，委託人應獨立承擔法律責任。第三十七條 董事應積極參加有關培訓，以瞭解作為董事的權利、義務和責任，熟悉有關法律法規，掌握作為董事應具備的相關知識。

第二項 董事勤勉義務被正式寫入公司法

壹、立法理由：因應公司治理結構不完善及董事損害公司利益之現實情形

中國的公司發展經歷了從國有企業的改造過程，大部分公司企業實質上仍然是僅具有公司外殼的國有企業，董事會被大股東、控股公司或者實際控制人所控制，股東會、董事會以及經理層之間的權利義務不明確，公司內部缺乏有效的約束機制、公司治理結構不完善。¹²⁵從公司董事會內部職權觀察，雖理論界普遍認為中國大陸應當走向「董事會中心主義」¹²⁶，但企業經營實踐中卻普遍存在「管理權下沉」的現象，即法定的股東權被下沉到董事會，董事會的權利又以各種方式下沉到管理層，形成了「決策者不管理、管理者不負責」的亂象。¹²⁷加之在政府放權讓利、激發企業活力的國有企業改革之下，被定位為國有企業法的 1993 年公司法並未明確規範董事責任，此為因應改革之下的立法選擇，但同時亦未對將董事責任作出明確回應，留待後期修法以調整。是以，從國有企業改制而來的公司在股東會、董事會、監事會的分權治理結構上本就存在先天缺陷，董事會內部又存在管理權下沉之現象，加之在 20 多年間未

¹²⁵ 王軍，中國公司法，頁 18，2017 年 9 月，2 版。

¹²⁶ 同注 112，頁 53。

¹²⁷ 蔣大興，公司董事會的職權再造——基於「夾層代理」及現實主義的邏輯，現代法學，42 卷 4 期，頁 114，2020 年。

有明確的法律對公司治理結構進行規制和調整，公司治理結構不完善，影響公司效能之提升問題由來已久。

在公司運作實踐中，公司的經營層一般由政府官員而非股東所選擇，無須為自己的選擇承擔任何風險，即：經營層的安排與業績幾乎沒有任何聯繫¹²⁸，董事會只是一個象徵性的機關，董事怠於履行職責，對公司的經營漠不關心，給公司帶來了不應有的損失。且在董事勤勉義務立法缺位之情況下，法人機關成員違反規定給公司造成損失的，承擔的多為行政責任和刑事責任¹²⁹，較民事責任，刑事責任舉證要求較高，且在當時政企並未完全分離的情況下，行政責任也難以追究，當公司經營狀況每況愈下之時，領導人往往被一紙調令調離原單位，在追責程序難以發揮作用情況下，原有的制度設計更像一紙空文，董事怠於履行職責損害公司利益情況時有發生。

¹²⁸ 王文杰，2005年中國大陸公司法修正評析，月旦法學雜誌，1期，頁169，2006年。

¹²⁹ 參見：中華人民共和國刑法（1998）：第一百六十七條【簽訂、履行合同失職被騙罪】國有公司、企業、事業單位直接負責的主管人員，在簽訂、履行合同過程中，因嚴重不負責任被詐騙，致使國家利益遭受重大損失的，處三年以下有期徒刑或者拘役；致使國家利益遭受特別重大損失的，處三年以上七年以下有期徒刑。中華人民共和國刑法（1999）：第一百六十八條第一款【國有公司、企業、事業單位人員濫用職權罪】國有公司、企業的工作人員，由於嚴重不負責任或者濫用職權，造成國有公司、企業破產或者嚴重損失，致使國家利益遭受重大損失的，處三年以下有期徒刑或者拘役；致使國家利益遭受特別重大損失的，處三年以上七年以下有期徒刑。

貳、勤勉義務被正式寫入公司法

為因應公司治理結構不完善及董事不履職損害公司利益情形之現實需求¹³⁰，2005年，公司法修改，首次將董事勤勉義務寫入公司法，規定在第148條中，即：「董事、監事、高級管理人員應當遵守法律、行政法規和公司章程，對公司負有忠實義務和勤勉義務。」2013年和2018年的兩次公司法修改並未改動該條內容，僅具體條文號從第148條改為現行法中第147條。

據立法者觀點，將董事的勤勉義務單列出來且要求董事遵守法律、行政法規以及公司章程，是結合當時的立法背景所做出的決定。在2005年之前，立法者認為，遵守法律、行政法規是個人和單位的法定義務，當然也包括董事，因此未做特殊規定，但針對2005年時公司管理人員存在的違法現象，立法者認為有必要重新申明其重要性，因此以示強調。¹³¹

然而從更深層觀之，將勤勉義務寫進公司則是意在維護特定商事法律關係中的信任問題¹³²，最終完善公司治理規範。公司董事是

¹³⁰二是公司治理結構不夠完善，股東會、董事會、監事會、經理層的權利義務需要進一步明確。……一些全國人大代表、全國政協委員和專家建議強化對公司董事、監事、高級管理人員的約束機制。從公司運作的實踐看，有些公司的董事、監事、高級管理人員不履行職責甚至損害公司利益的情況時有發生，應當進一步明確公司董事、監事、高級管理人員的法定義務，強化責任追究機制。參見：曹康泰，關於《中華人民共和國公司法（修訂草案）》的說明，2005年2月25日，上網時間：2021年5月28日，檢自：http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2005-10/27/content_5343120.htm。

¹³¹ 朱少平，《中華人民共和國公司法》釋義及實用指南，頁48，2012年7月。

¹³² 同注16，頁1585。

基於股東的信任由股東大會選舉產生的，董事在法律和公司章程的範圍內被授予了廣泛的參與管理公司事務和公司財產的權力。由於董事一般具有專業技能和較大的自由裁量權，這就造成了委託人與受託人之間主體信息不平等，委託人難以確保董事在作出決策的過程中始終達到「與處理個人事務時類似的注意標準」，因此，需要外部強制，即用董事的勤勉義務制度規範。立法者雖將董事和公司的關係定位為「委託——代理」關係，但更看重其關係的核心內涵——信任，因此，立法意旨與信託法的初衷如出一轍。

將董事勤勉義務法定化是公司法對經濟體制改革中建立現代企業制度的回應，在當時實為一大進步，但勤勉義務在中國大陸公司法上仍為一般性條款和不確定法律概念¹³³，無明確內涵及引導性規範，從法律效果來看，可操作性較弱，可訴性更弱¹³⁴，在建立之初，恐難立即發揮效用。

第三項 董事勤勉義務之立法現狀

壹、公司法內部相關配套條文

如上文所述，董事勤勉義務之原則性規定可見於公司法第 147 條，同時亦有其他配套規定。公司法第 149 條¹³⁵規定了董事違反勤

¹³³ 同注 16·頁 1582。

¹³⁴ 劉俊海，《公司法》的修改與解釋：以司法權的適度干預為中心，法律適用，3 期，頁 2，2005 年。

¹³⁵ 參見：中華人民共和國公司法 第一百四十九條：董事、監事、高級管理人員執行公司職務時違反

勉義務的法律責任，公司法第 112 條第 2 款¹³⁶規定了特定情況下董事違反勤勉義務之免責情形。

貳、各法律、行政法規配套立法

在勤勉義務被寫進公司法後，各單行法、行政法規以及部門規章亦在各自規制領域將勤勉義務吸收，並進行了立法。

鑑於董事監事、高級管理人員在公司中所處的地位和對公司的重要作用，在公司法對董事的勤勉義務做出了規定後，為了保證證券公司的董事能夠切實履行其職責，2005 年，證券法做出修訂，在第 152 條¹³⁷中規定了證券公司董事的勤勉義務，主要判斷標準仍為品行要求、對法律法規的熟悉程度、履職所需的經營能力以及任職資格。¹³⁸

2006 年，為促進上市公司的規範運作¹³⁹，也為了與新修訂的公司法以作銜接，證監會根據公司法、證券法等對上市公司章程指引

法律、行政法規或者公司章程的規定，給公司造成損失的，應當承擔賠償責任。

¹³⁶ 參見：中華人民共和國公司法 第一百一十二條第二款：董事應當對董事會的決議承擔責任。董事會的決議違反法律、行政法規或者公司章程、股東大會決議，致使公司遭受嚴重損失的，參與決議的董事對公司負賠償責任。但經證明在表決時曾表明異議並記載於會議記錄的，該董事可以免除責任。

¹³⁷ 參見：中華人民共和國證券法 第一百五十二條：證券公司的董事、監事、高級管理人員未能勤勉盡責，致使證券公司存在重大違法違規行為或者重大風險的，國務院證券監督管理機構可以責令證券公司予以更換。

¹³⁸ 李飛，中華人民共和國證券法（修訂）釋義，頁 50，2005 年 11 月。

¹³⁹ 參見：中國證券監督管理委員會關於印發《上市公司章程指引（2006 年修訂）》的通知（證監公司字[2006]38 號）

進行了修改，在第 98 條中，更為詳細、明確、具體地規定了上市公司董事應盡的勤勉義務。相較於上市公司章程指引（1997 年），增設對公司信息披露真實、準確、完整的義務，對受監事會監督的義務也由被動接受轉為主動提供，同時設定兜底條款，以便與現有法律、行政法規、部門規章相銜接。除上述規定外，還賦予公司章程增設公司董事勤勉義務之權利，以規範董事之決策行為，在 2014、2019 年兩次修訂中，本條內容並未進行改動。同年，上市公司收購管理辦法（2006）和證券公司董事、監事和高級管理人員任職資格監管辦法（2006）頒布，分別在第 8 條¹⁴⁰和第 4 條¹⁴¹規定了被收購的公司和證券公司董事的勤勉義務，但並未提出詳細的審查標準，因此暫不贅述。

企業董事未盡勤勉義務的結果之一是企業破產，在保護公司和股東利益的立法取向下，2007 年，中華人民共和國企業破產法修訂，在第 125 條¹⁴²中規定了董事未盡勤勉義務致使企業破產所應承擔的責任。但本條僅是將公司法中董事勤勉義務吸收進破產法中並規定了相應的民事責任，並未提出具體的判斷標準。

¹⁴⁰ 參見：上市公司收購管理辦法 第八條：被收購公司的董事、監事、高級管理人員對公司負有忠實義務和勤勉義務，應當公平對待收購本公司的所有收購人。

¹⁴¹ 參見：證券公司董事、監事和高級管理人員任職資格監管辦法 第四條：證券公司董事、監事和高級管理人員應當遵守法律、行政法規和中國證監會的規章、規範性文件，遵守公司章程和行業規範，恪守誠信，勤勉盡責。

¹⁴² 參見：中華人民共和國企業破產法 第一百二十五條：企業董事、監事或者高級管理人員違反忠實義務、勤勉義務，致使所在企業破產的，依法承擔民事責任。

2009年，中華人民共和國企業國有資產法（以下簡稱企業國有資產法）頒布，在確認董事與公司之間的信任關係基礎上，採保護企業和出資人利益的立法價值取向，第26條¹⁴³規定了國有企業董事勤勉義務，此處國有企業董事勤勉義務之判斷標準有三：為企業的最大利益；以善良管理人的謹慎以及盡到一個處於相同地位的人的合理勤勉義務。¹⁴⁴

綜上所述，目前，中國大陸針對董事勤勉義務之立法仍是為了配合公司法立法以及規制特定領域（如證券公司、宣告破產公司、被收購公司等）董事責任而在部門法中將勤勉義務吸收，從條文本本身來看，基本與公司法立法模式相同，僅規定董事應當對公司盡勤勉義務，而未對勤勉義務之內涵及判斷標準作出解釋。唯二值得關注的是國有企業資產法和上市公司章程指引。國有企業資產法中提出的董事勤勉義務與美國模範公司法中的規定較為相似，進一步細化了董事勤勉義務的判斷維度，將董事勤勉義務與善良管理人的勤勉義務相聯繫，在司法實踐中給予了法官解釋該概念的指引。上市公司章程指引中關於董事勤勉義務之判斷標準從最初的基本要求，如遵守法律、行政法規以及各項經濟政策、公平對待股東、認真閱

¹⁴³ 參見：中華人民共和國企業國有資產法 第二十六條：國家出資企業的董事、監事、高級管理人員，應當遵守法律、行政法規以及企業章程，對企業負有忠實義務和勤勉義務，不得利用職權收受賄賂或者取得其他非法收入和不當利益，不得侵佔、挪用企業資產，不得超越職權或者違反程序決定企業重大事項，不得有其他侵害國有資產出資人權益的行為。

¹⁴⁴ 安建、黃淑和，中華人民共和國企業國有資產法釋義，頁40，2008年1月。

讀各項與公司相關的報告以了解公司經營狀況、不轉授處置權、接受監事會的監督等進一步細化，增設對公司信息披露真實、準確、完整的義務，對受監事會監督的義務也由被動接受轉為主動提供，同時設定兜底條款，以便與現有法律、行政法規、部門規章相銜接，在一定程度上提供了更為細緻的判斷標準，但其在效力上為部門規範性文件¹⁴⁵，規制對象僅為上市公司之董事，難以普遍適用。

第二節 中國法上董事勤勉義務之問題

第一項 立法體系混亂、法條適用關係不明

壹、立法結構上尚未形成合理體系

首先，中國大陸關於董事勤勉義務之規定大多散見於法律、以及部門規章中，缺少行政法規的銜接，導致在法規層級上沒有形成合理的體系，在法律適用上難免會出現混亂。且在證監會和上海證券交易所制定的規範性文件中雖對董事勤勉義務的規定更加細緻、完備，但規範性文件僅能作為行政處罰的依據，不具有廣泛的法律效力。

其次，從董事勤勉義務在中國發展沿革來看，在勤勉義務未寫入公司法之時，為了因應上市公司之治理需求，已有上市公司章程

¹⁴⁵ 部門規範性文件效力低於法律，在不與上位法的規定相抵觸的情況之下，效力高於地方性法規和規章。參見：蔡小雪，國務院下屬部門規範性文件的法律效力判斷與適用，人民司法（案例），4期，頁4，2008年。

指引、上市公司治理準則等數個文件用於規制上市公司董事之勤勉義務，此類文件實用性強，因此，在制定之初已針對上市公司收購、信息披露等環節董事勤勉義務打造了較為詳細的判斷標準，但根據第四次中國經濟普查年鑑數據顯示，截止 2018 年 12 月 31 日，中國共有企業法人共 18,568,617 個，其中，國有企業共有 71,790 個，集體企業共有 98,337 個，有限責任公司共有 2,333,603 個，股份有限公司共有 196,934 個¹⁴⁶，根據中國國家統計局統計數據顯示，截止 2018 年，中國境內共有上市公司（A、B 股）共 3584 家¹⁴⁷，由此可見，上市公司約僅占全部企業法人之 0.02%，由此推知，上市公司董事數量也應僅占全部類型公司董事之極低比例，僅針對上市公司董事的勤勉義務規定，難以類推適用到商業交易中更廣泛的非上市公司群體。

貳、公司法內部缺乏必要銜接，過錯程度不明

目前，中國公司法上關於董事勤勉義務之原則性規定、法律責任以及免責事由規定分別規定在公司法第 147 條、第 149 條¹⁴⁸以及

¹⁴⁶ 國務院第四次全國普查領導小組辦公室，中國經濟普查年鑑 2018，上網時間：2021 年 6 月 21 日，檢自：<http://www.stats.gov.cn/tjsj/pcsj/jjpc/4jp/zk/indexch.htm>

¹⁴⁷ 中國國家統計局，2018 年上市公司數量，上網時間：2021 年 6 月 21 日，檢自：
<https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01>

¹⁴⁸ 參見：中華人民共和國公司法第一百四十九條：董事、監事、高級管理人員執行公司職務時違反法律、行政法規或者公司章程的規定，給公司造成損失的，應當承擔賠償責任。

第 113 條第 2 款¹⁴⁹。若對第 149 條進行文義解釋，則可知：董事只要違反了法律法規及公司章程，給公司造成了損失，就需要承擔責任，並未將董事的主觀過錯程度納入考量範圍，即無過錯原則，是為一種嚴格的勤勉義務。¹⁵⁰而對第 113 條第 2 款單獨觀之，則可以發現：董事只有在不能證明所參與的董事會決議給公司造成的損害其又無過錯時，才需要承擔責任，此處是為一種過錯責任。從體系解釋來看，第 147 條和第 149 條是為原則性規定，第 113 條第 2 款時特定情形下董事責任之規定，兩者間缺乏必要銜接，在適用時到底採取過錯責任抑或無過錯責任，極易出現混亂。

第二項 嚴格的勤勉義務判斷標準，既不合公司利益又不合時宜

董事執行業務並非負有保證公司一定獲利而沒有虧損的責任，董事的責任應當視董事執行業務過程中是否有疏於應遵守的行為義務來判斷¹⁵¹，因此，有不少學者認為董事的勤勉義務實際上是一種「手段債務」（「方法債務」）¹⁵²。檢視公司法第 149 條及 112 條第 3 款，可以發現：只要董事違反了法律法規及公司章程，給公司造成損失的都應當承擔責任。此種認定方法單純以結果論，忽視董事的

¹⁴⁹ 參見：中華人民共和國公司法第一百一十二條第三款：董事應當對董事會的決議承擔責任。董事會的決議違反法律、行政法規或者公司章程、股東大會決議，致使公司遭受嚴重損失的，參與決議的董事對公司負賠償責任。但經證明在表決時曾表明異議並記載於會議記錄的，該董事可以免除責任。

¹⁵⁰ 任自力，公司董事勤勉義務探析，人民司法（應用），3 期，頁 35，2007 年。

¹⁵¹ 同注 79，頁 294。

¹⁵² 同注 7，頁 80。

主觀過錯和決策過程。設想一種董事在違反法律、行政法規以及公司章程的情況之下，也並不必然意味著其必然違反了勤勉義務的情況：在董事須作出一個具有高度的複雜性和專業性決策之時，需要綜合自己所獲取的市場、財務各類信息以及專業人士如律師、會計師的意見，在董事非因自身過失而是因專業人士的故意或過失作出的決策違反了法律、行政法規或公司章程且造成嚴重損害的情況下¹⁵³，依據公司法第 112 條和 149 條，需要對公司承擔賠償責任，但在此種情況下，董事並未違反廣義上勤勉義務，此種認定方式過於嚴苛。

從董事勤勉義務在中國法上之歷史沿革來看，設立之初採用嚴格的勤勉義務標準是為解決當時嚴重的董事怠於履行職責之問題，但伴隨著社會主義市場經濟的發展，如今的經濟市場瞬息萬變、信息龐雜，董事需要在海量信息中識別信息並依據自身的專業能力作出對公司有利的決策，公司董事的適當冒險精神是公司發展和股東投資回報的源泉，若給予董事過於嚴苛的責任，則可能導致其在決策中謹小慎微，寧願作出「低收益但不出錯」的選擇，另一方面，不同於現代公司制度中確立的股東有限責任，董事分散風險的能力極其有限，若再課以過重的責任，在風險與其收益不匹配的情況下，董事更難冒險，從長期來看，既不符合公司及股東的利益亦不

¹⁵³ 任自力，公司董事的勤勉義務標準研究，中國法學，6 期，頁 90，2008 年。

合時宜。¹⁵⁴

第三項 缺乏可操作的判斷標準

壹、構成要件規定不明

如前所述，目前非上市公司董事勤勉義務可適用之規定都十分抽象，構成要件並不明確，由此影響到責任承擔問題。在構成要件不明確之時，可借助民法侵權理論推導相關構成要件並加以分析，以下詳述。¹⁵⁵

在責任主體方面，公司法僅規定董事、監事、高級管理人員應當遵守法律、行政法規和公司章程，對公司負有忠實義務和勤勉義務。但董事與監事及高級管理人員在公司治理體系中定位不同，職責也不盡相同：董事是公司業務的執行者和管理者，高級管理人員是經法律、章程或董事會授權，由董事會聘任，對內執行公司日常經營業務，對外代表公司的負責人，即管理政策的直接執行者¹⁵⁶；監事是由股東會選舉產生，對公司業務和財務進行監督，並對董事及高管的業務執行情況進行監督，向股東會負責。¹⁵⁷董事之勤勉義

¹⁵⁴ 同注 153，頁 90。

¹⁵⁵ 董事違反勤勉義務構成侵權責任之要件有：董事存在給公司造成損失之行為、主觀上之過錯、給公司造成了損失以及損失與行為之間的因果關係。蓋主觀過錯一因素已在第二項：嚴格的勤勉義務既不符合公司利益又不合時宜中詳細論述，在本項中將不展開討論。

¹⁵⁶ 同注 27，頁 360、367。

¹⁵⁷ 中華人民共和國公司法第五十三條：監事會、不設監事會的公司的監事行使下列職權：（一）檢查

務是否應當加以針對性之規定，值得深思。其次，董事是為一概括性概念，其包含執行董事、非執行董事；內部董事、外部董事；全職董事、兼職董事……等不同分類，是否應當根據董事類型不同而區分董事勤勉義務判斷標準，也應被納入考量範圍。

在董事給公司造成之損失方面，公司法第 113 條和第 149 條都對損害後果做了規定，一為「損失」，一為「嚴重損失」，兩者之間關係及區別為何，未有明確界定。

貳、缺乏對責任標準的規定

董事勤勉義務其價值之一事在於對行為人自由之保護，即違反勤勉義務責任在性質上屬於過失責任，其除了補償、督促、阻嚇等正面功能，也應具有保護行為人自由之功能¹⁵⁸，因此，作為在董事激勵和懲罰平衡點的勤勉義務之豁免空間對董事自由決策至關重要。¹⁵⁹中國公司法對於董事勤勉義務之免責條款規定在第 112 條

公司財務；(二) 對董事、高級管理人員執行公司職務的行為進行監督，對違反法律、行政法規、公司章程或者股東會決議的董事、高級管理人員提出罷免的建議；(三) 當董事、高級管理人員的行為損害公司的利益時，要求董事、高級管理人員予以糾正；(四) 提議召開臨時股東會會議，在董事會不履行本法規定的召集和主持股東會會議職責時召集和主持股東會會議；(五) 向股東會會議提出提案；(六) 依照本法第一百五十一條的規定，對董事、高級管理人員提起訴訟；(七) 公司章程規定的其他職權。

中華人民共和國公司法第一百一十八條：本法第五十三條、第五十四條關於有限責任公司監事會職權的規定，適用於股份有限公司監事會。監事會行使職權所必需的費用，由公司承擔。

¹⁵⁸ 張新寶，侵權責任法立法的利益衡量，中國法學，4 期，頁，2009 年。

¹⁵⁹ 潘瑋璘、戴紅兵，董事高管勤勉義務的豁免功能與責任構成，中國應用法學，4 期，頁 147，2019 年。

中：「董事會的決議違反法律、行政法規或者公司章程、股東大會決議，致使公司遭受嚴重損失的，參與決議的董事對公司負賠償責任。但經證明在表決時曾表明異議並記載於會議記錄的，該董事可以免除責任。」即為異議免責，即董事需要對此商業決策提出異議且在會議記錄中明確記錄，才能以此抗辯。但在公司實際運作過程中，為了避免董事和股東會之間的矛盾，大多董事是為棄權的方式以表否定，更有甚者，選擇不出席會議以表明拒絕的態度。此種情況下，董事並無援用該免責條款進行抗辯的可能性，此種狹窄的免責條款可能會限制董事積極決策冒險的精神，並不利於公司的長期發展。



第五章 中國大陸董事勤勉義務及商業判斷規則之實證分析

誠如拉倫茨所言：「司法裁判及法學以如下方式分配各自解釋任務：後者指出解釋上的問題並提出解決之道，藉此為司法裁判做好準備，前者則將法學上的結論拿來面對個別案件的問題，藉此來檢驗這些結論並促使法學對之重新檢查。」¹⁶⁰，上章已從法律上檢視目前中國大陸董事勤勉義務之現狀及存在問題，蓋此概念起源於英美法，難以用解釋論對其進行條文解釋，更不必提用解釋出的條文來指導司法實踐。但將檢視中國大陸的司法實踐卻能發現：中國大陸的法院不是作用狹窄、機械而有缺乏創造性的，反而援用了概括性條款處理了大量非列舉事由糾紛，法院對條文的解釋滲透於審判的各個環節。¹⁶¹因此，從目前活躍的司法實踐出發，觀察法院在審判董事勤勉義務時之類型化及對商業判斷規則的實際運用，以期能促使對制定法體系之再次檢查。

第一節 中國大陸董事勤勉義務之實證分析

第一項 樣本來源和統計方法

本文在進行案例檢索時，所選用的數據庫為：無訟
(<https://www.itslaw.com/home>)，檢索條件設定為：

¹⁶⁰ 卡爾·拉倫茨，法學方法論，頁195，2003年。

¹⁶¹ 王軍，公司經營者忠實和勤勉義務訴訟研究——以14省、直轄市的137件判決書為樣本，北方法學，4期，頁25，2011年。

案由：與公司、證券、保險、票據等有關的民事糾紛下「損害公司利益責任糾紛」或「損害股東利益責任糾紛」；

全文關鍵詞：董事、勤勉義務；

時間區間：2006年1月1日——2021年4月1日，起始時間定為2006年1月1日系其為公司法（2005）生效日期，此舉意在觀察勤勉義務被寫入公司法後的司法實踐情況；

文書類型：判決書，去除民事裁定等程序相關文書；

審理程序：一審、二審、簡易程序，因再審文書與二審中已公佈文書重合，因此去除。

據以上檢索條件，所得出有效裁判文書共1621件。因公司法第147條將忠實義務和勤勉義務並列規定，法院在引用法條時也多論述為：該董事或高級管理人員違反了忠實、勤勉義務，因此，據以上檢索條件所得的裁判文書中尚有較大一部分是為董事違反忠實義務之案例，又因忠實義務在司法實踐中已被類型化，因此，本文設定「不包含：競業競爭、挪用資金、同業競爭、自我交易、第三人利益、關聯交易、侵佔」¹⁶²等檢索條件去除忠實義務相關案例，所得樣本數量為586件。通過詳讀以上586件樣本，去除尚未通過關鍵詞剔除的忠實義務樣本、超過訴訟時效樣本、被告身份不符樣本、對忠實義務和勤勉義務語焉不詳樣本及更改案由樣本373件，

¹⁶² 司法實踐中類型化的忠實義務可參見：周林彬、方斯遠：忠實義務：趨同抑或路徑依賴——一個比較法律經濟學的視角，中山大學學報（社會科學版），52卷238期，頁160，2012年。

最終得董事及高級管理人員違反勤勉義務樣本 212 件¹⁶³。

本章運用實證分析方法，旨在揭示法院在司法裁判過程中的說理和裁判路徑，因此，去掉因原告舉證不能而被駁回訴訟請求的樣本 52 件，得有效樣本 160 件。以下將選取代表案例進行分析。

第二項 違反勤勉義務之常見事由

起訴事由	案號
逾期提供應繳資料致公司被行政處罰	(2013) 南市民二終字第 467 號、(2020) 閩 0128 民初 1468 號、(2014) 朝民初字第 24736 號
代表公司簽訂的合同不能按約履行	
離職後未按約交接文件	(2018) 粵 01 民終 21370 號、(2012) 咸民初字第 00004-3 號、(2013) 深羅法民一初字第 1798 號
故意或有重大過失導致公司偷稅漏稅致公司被行政處罰或刑事起訴	(2016) 粵 01 民終 18843 號、(2020) 蘇 02 民終 547 號、(2017) 贛 0421 民初 1124

¹⁶³ 本文研究的主題為董事違反勤勉義務之判斷標準，但司法實踐中，法院針對董事及高級管理人員違反勤勉義務的說理路徑大致趨同，為了更好展現法院的裁判思路，這裡亦將高級管理人員違反勤勉義務的案例納入研究範圍。

	號、(2017) 津 02 民終 3115 號、(2015) 穗中法民二終字第 886 號、(2017) 鄂 0111 民初 3848 號、(2012) 一中園終字 第 33 號
未為員工按時發放工資或社會保險	(2017) 蘇 01 民終 1149 號
賬簿或其他公司資料遺失	(2019) 川 1322 民初 423 號
超越職權行事	(2013) 中中法民二終字第 565 號、(2014) 東二法民二初 字第 101 號、(2018) 內民終 462 號、(2016) 浙 0324 民初 847 號、(2014) 寧商終初字第 920 號
未按規定選舉或任命新董事	(2018) 桂 1481 民初 878 號、 (2019) 桂 14 民終 483 號

第三項 法院的說理及裁判路徑

壹、法院的說理路徑

中國公司法並未對董事及高級管理人員的勤勉義務作出具體規定，司法實踐中需要法院詳細闡述。觀察有效樣本，可以發現：法院對於董事勤勉義務的說理程度不同，雖然大多只是在簡單羅列公司法第 148 條關於董事勤勉義務之規定，但也有少數法院會借鑑美

國法上關於董事勤勉義務的判斷標準，進一步闡述勤勉義務這一概括條款，行使自由裁量權，填補法律漏洞。¹⁶⁴如在上海市閔行區人民法院（2009）閔民二（商）初字第1724號民事判決中，就明確指出：董事、監事、高級管理人員的勤勉義務，是指董事、監事、高級管理人員行使職權、做出決策時，必須以公司的利益為標準，不得有疏忽大意或者重大過失，以適當的方式盡合理的謹慎、技能和注意，履行自己的職責。判斷董事等高級管理人員是否履行了勤勉義務，應從以下三個方面加以辨別：1. 須以善意為止；2. 在處理公司類似事務負有在類似的情形，處於類似地位的具有一般性謹慎的人在處理自己事務時的注意；3. 有理由相信是為了公司最大利益的方式履行職責。¹⁶⁵但總體而言，法院的說理路徑較為簡略，很難對董事勤勉義務做出詳細的解釋，僅以明晰案件的邏輯關係和裁判理由為主要目的。¹⁶⁶

貳、法院的裁判路徑

在以上有效案例中，法院在判斷董事及高管是否違反了勤勉義務應當對公司承擔賠償責任時，多採用侵權法上的判斷模式，在過錯標準上，法院現多選用重大過失標準，有些法院還輔以商業判斷

¹⁶⁴ 同注161，頁34。

¹⁶⁵ 參見：上海市閔行區人民法院（2009）閔民二（商）初字第1724號民事判決書。

¹⁶⁶ 羅培新、李劍、趙穎潔，我國公司高管勤勉義務之司法裁量的實證分析，證券法苑，2期，頁

規則進行裁判。

1. 侵權判斷模式和重大過失標準的適用

在確定董事及高級管理人員是否違反勤勉義務時，法院多采取侵權法上的判斷模式，即是否有行為存在、是否有損害後果、行為人主觀是否具有故意或過失以及行為與損害結果之間是否具有因果關係¹⁶⁷。

一般來說，法院會先對公司存在的實際損失進行明確，同時在排除公司存在過錯以及市場風險導致損失的情況下考慮董事行為與損失之間的因果關係，在考量董事決策行為和決策內容是否違反勤勉義務時一般以法律法規或公司章程作為參考標準。¹⁶⁸

如第三章中所述，董事的主觀責任程度是以侵權模式判斷董事勤勉義務之核心，在中國大陸司法實踐中亦是如此，目前，中國大陸司法實踐中多採用重大過失標準以確定被告董事責任。

2006年湖北省武漢市中級人民法院就已在（2006）武民商初字第125號判決中初步闡述了約束公司董事及高管行為和激勵其為公司利益決策之間的平衡的價值取向¹⁶⁹，但只有「以有利於公司發展

¹⁶⁷ 此種判斷模式極為常見，可參考：（2011）閔民二（商）初字第S1445號、（2013）懷中民二終字第244號、（2020）滬0112民初12950號、（2019）京02民終2056號、（2014）黃浦民二（商）初字第1058號、（2014）浦民二（商）初字第S3315號、（2011）閔民二（商）初字第S1445號、（2019）津0116民初2177號、（2015）浦民二（商）初字第430號等判決書。

¹⁶⁸ 周春光，董事勤勉義務的司法審查標準探究——以實證與比較分析為實踐，光華法學，卷11，頁168，2019年。

¹⁶⁹對公司高管人員的行為進行嚴格約束，是非常必要的，但任何商業經營都有風險，如果不管發生什

為前提」的指導思想，並未提出實質的歸責原則。在（2018）蘇0611 民初 1156 號案件中，江蘇省南通市港閘區人民法院在判決中從本制度目的，即維護公司和股東的根本利益和擴大公司自治的立法意旨出發，結合董事或高級管理人員的訴訟機制正在完善中的背景，採用重大過失標準以確定被告是否違反勤勉義務。同樣，在（2019）蘇 0481 民初 9262 號案中，江蘇省溧陽市人民法院也採取主觀與客觀相結合的標準，即重大過失標準來確定董事責任，並結合侵權判斷要素，認定只有在公司高級管理人員存在故意或重大過失、公司存在損失，且公司高級管理人員的重大過失與公司損失之間存在因果關係的情形時，公司高級管理人員才構成違反勤勉義務。

2. 審查重點

通過研究樣本，本文提取出法院在進行勤勉義務判斷時所考慮的因素和維度，以期能以司法實踐中總結出的經驗反向指導理論建構。

首先，中國大陸法院更整體偏向形式審查，主要關注董事及高級管理人員所做之決策是否經過了正當程序，例如是否召開了董事會，如在程序上有瑕疵，則偏向認定其未盡勤勉義務，但近年來，

麼情況，只要經營中出現失誤就要求公司高管人員為此承擔賠償責任，高管人員在經營中就會變得謹小慎微，甚至縮手縮腳，從而坐失良機。因此，判斷公司高管人員是否存在對公司不忠實、不勤勉行為，應當兩方面考慮，既不能放縱公司高管人員對公司的不忠、不勤勉行為，也不能將公司高管人員的行為擴大化，一切均應以有利於公司的發展為前提。參見：（2006）武民商初字第 125 號民事判決。

亦有法院突破形式審查，而審查商業決策本身的合理性。

如在（2019）蘇 0591 民初 4896 號案中，法院則將審查重點放在與所做決策有關合同之目的，法院指出：雖該協議書未經過股東會或董事會授權，但法院考察合同目的，認定其是為了「解決因股東糾紛導致格朗瑞公司向客戶供應的設備無法使用的問題」，並未損害公司利益，因此認定董事並未違反勤勉義務。

又如在（2008）滬一中民五（商）初字第 181 號案中，法院認為：公司獲得土地使用權時已進入清算程序，被告未徵求外方股東同意即代表公司做出轉讓購買土地使用權機會的決定雖有不妥，但符合公司即將解散的實際情況。¹⁷⁰此種對商業決策的實質審查既對法官關於判斷商業決策好壞的知識經驗提出了更高的要求也讓我們反思：實質性審查經營決策本身的合理性之正當性何在？司法審查邊界何在？本文認為，若無法合理解釋上述兩個問題，法院應退回程序性審查層面，儘量避免實質審查。

其次，不同的董事、高級管理人員在經營能力上存在差異，如果對董事、高級管理人員的勤勉義務過於苛刻，既不利於調動董事的積極性，也不利於選拔董事，妨礙公司高效運營。因此，法院傾向根據不同董事及管理人員的資質、職位要求和能力對其課以不同的勤勉義務標準¹⁷¹，如在（2016）粵 01 民終 18843 號案中，法院認

¹⁷⁰ 參見：（2008）滬一中民五（商）初字第 181 號民事判決。

¹⁷¹ 可參考案例：（2016）粵 01 民終 18843 號民事判決、（2019）豫 0503 民初 2598 號民事判決、（2016）皖 0191 民初 4608 號民事判決、（2015）新商初字第 0531 號民事判決、（2018）滬 0104 民初

為被告作為公司的最高管理層，對於公司的經營模式具有選擇權和決定權，亦自應承擔更嚴格的管理責任以防範風險，所以被告基於公司經營模式的特殊性和自身並非專業人員難辨

真偽而作為抗辯理由，並未被法院採納。又如在中，法院傾向從更寬松角度認定法定代表人的勤勉義務，法院認為其主持公司的生產經營管理工作，但不可能對每一項業務和合同的簽訂履行都能事無巨細地管理，因此，不能因為合同簽訂及履行瑕疵認定其違反忠實、勤勉義務。

最後，法院傾向從實質商業決策過程中來判斷¹⁷²，也即將美國法中的商業判斷規則適用於司法實踐，詳述如下。

3. 商業判斷規則已進入中國司法實踐

商業判斷規則，或稱業務判斷規則，起源於美國，中國也多有學者討論，呼籲將其應用於司法實踐，以期給董事更多自由決策的空間。觀察有效樣本，可以發現：無論是直接引入「商業判斷規則」或「業務判斷規則」名詞說理裁判還是未使用術語但裁判過程中對董事及高管的決策行為進行實質性審查¹⁷³，商業判斷規則已進

26381 號民事判決。

¹⁷² 可參考案例：(2019)滬02民終11661號民事判決、(2017)吉01民終3193號民事判決、(2015)穗中法民二終字第886號民事判決、(2018)滬02民終8622號民事判決、(2018)皖03民終1942號民事判決。

¹⁷³ 安徽省合肥市中級人民法院在(2017)皖01民終6587號案中未提及術語，但清晰地闡述了商業判斷規則的內容：如果高級管理人員與其作出經營判斷的內容沒有利害關係，其有正當理由相信在當時情形下掌握的有關經營判斷信息充分、妥當、可靠，其經營判斷符合公司的最佳利益的，就應當認為其誠實

入中國司法實踐。

中國法院目前對於商業判斷規則的適用實質上仍在遵循美國ALI協會發佈的《公司治理原則》4.01©中所制定的標準¹⁷⁴，即首先認定董事或高級管理人員與該決策之間無利害關係，再結合董事或高級管理人員所掌握的實際運營情況、未來運營計劃等，認定該決策並未背離一個一般經營者的通常決策水平。

但與美國的商業判斷規則更偏向程序性審查不同，中國法院偏向於對商業決策的實質性審查，如在（2014）川民終字第667號案中，法院認為結合實際運營情況、公司未來運營計劃及負債情況等信息，作出的決策並未悖離一般經營者的通常決策水平，不存在明顯的不合理性、在（2016）川民終950號案中，法院根據董事會決議內容以及研究機構出具的可行性報告認定其決策屬於董事會正常商業決策的範疇，受到商業判斷規則的保護。可見，中國法院對於商業決策的審查已經不僅僅局限於法律審查，而更偏向實質商業決策的審查。

目前，商業判斷規則在中國大陸的適用亦有偏離之處，商業判斷規則中信息的獲取程度只能根據事前決策時的「應然」來判斷¹⁷⁵，但在（2014）鼓商初字第411案中，法院認定被告所做決策為正

地履行了義務，對由此發生的合理經營判斷造成的失誤，可以減輕或者免除責任。

¹⁷⁴ 即：（1）做出業務判斷與其無利益關係；（2）做出業務判斷得到了信息，並且他也合理性相信在當時所為的決策是適當的；（3）理性相信，該商業判斷是為了公司的最佳利益。

¹⁷⁵ 同注4，頁80。

常的商業風險，依據僅為事發後被告郵件中所寫的檢討以及提出的解決方案和辭職申請，僅依靠事後補救方案判斷決策過程中董事的盡職程度，實則背離了商業判斷規則的制度原意。

第二節 中國大陸商業判斷規則之實證分析

第一項 數據庫及檢索條件

本文在做商業判斷規則實證分析研究時，所選用的數據庫為：無訟 (<https://www.itslaw.com/>)，設置的檢索條件為：關鍵詞：商業判斷規則或業務判斷規則，共得出 29 件樣本，去除法院並未實際在裁判過程中說明的樣本¹⁷⁶，共有有效樣本 20 件。¹⁷⁷

第二項 商業判斷規則在中國大陸運作觀察——宏觀層面

商業判斷規則首次出現在中國大陸司法實踐中，是在 2010 年 4

¹⁷⁶ 此處數據與其他文獻有一定的出入之處，如在傅穹、陳洪磊所撰寫的商業判斷規則司法實證觀察一文中，截至 2020 年 8 月 31 日，所得有關商業判斷規則研究樣本為 29 份，考量兩者數據出入原因，本文認為，上文中所得 29 件僅為基礎樣本，但在數個樣本中存在被告或上訴人提出商業判斷規則的適用，但法院並未就其做出裁判的情況，考量本文主要研究商業判斷規則在司法實踐中的運行情況，因此將法院並未對其做出實際裁判的案例剔除，得出有效樣本為 20 件。

¹⁷⁷ 被告或上訴人提出商業判斷規則但法院並未實際裁判的樣本共有 8 件，分別為：(2013)昆民初字第 4774 號民事判決、(2020)粵 01 民終 17630 號民事判決、(2018)蘇 05 民終 10788 號民事判決、(2018)粵 19 民終 8457 號民事判決、(2018)粵 19 民終 10298 號民事判決、(2016)浙 02 民終 3332 號民事判決、(2018)粵 0303 民初 18674 號民事判決以及(2014)深南法民二初字第 598 號民事判決。法院觀點中出現商業判斷規則但與該案不屬於同一法律關係的樣本有 1 件，為：(2017)京 03 民終 7216 号民事判決

月 2 日，浙江省淳安縣人民法院所做出的（2009）杭淳商初字第 1212 號民事判決，自此之後，商業判斷規則在司法實踐中的適用呈波動上升：2010 年為 4 件，2014 年為 2 件，2015 年為 2 件，2016 年為 3 件，2017 年為 1 件，2018 年為 8 件，2020 年為 1 件。

目前，商業判斷規則在中國大陸的適用多見於沿海發達地區，觀察 27 件樣本可以看到：沿海發達地區（江蘇、浙江、廣東、上海）適用商業判斷規則案件共有 14 件，佔比達到 59.26%，而內陸地區適用該規則案件則數量較少，如黑龍江省只有 2 件，湖南省、四川省、內蒙古、則各為 1 件，這與沿海地區擁有更加自由的營商環境有一定的關係。

第三項 商業判斷規則在中國大陸運作觀察——微觀層面

中國大陸的現行法和司法解釋中尚未出現商業判斷規則，多由法官在司法實務中直接進行說理、論證和適用，商業判斷規則是董事勤勉義務判斷中的重要一環，在勤勉義務內涵缺失的情況下，此種由「法官論述」的模式效果取決於法官的個人素質，帶有強烈的個人色彩。以下簡述商業判斷規則在中國大陸十數年發展中出現的相關問題：

壹、是否應當引進或適用該制度

2010 年，浙江省杭州市淳安縣人民法院首次在判決中提出了商業判斷規則，開創了商業判斷規則在中國司法實踐中適用的先河，

雖在（2009）杭淳商初字第 1212 号案後，已有多個法院開始適用，但亦法院拒絕適用。如在(2011)沪一中民四(商)终字第 270 号民事判決中，二審法院認為一審法院所援引的商業判斷規則僅為學理上的概念，拒絕適用，認為應當回歸侵權責任的判斷模式對董事責任進行判斷。¹⁷⁸

貳、論證過程過於簡約，理解粗淺

從第一個適用商業判斷規則的案例的中論證過程¹⁷⁹，我們就可以發現：法院雖援用了該制度保護了被告董事，但論證過程過於簡略，如何判斷董事未違反商業判斷規則前提條件？如何從商業判斷規則到已盡勤勉義務？都未作說明。在此後的十餘年的大多數判決中，商業判斷規則的論證過程也如首個判決一樣，極為簡略：其經常作為一個概念被提出，以說明董事具有自主決定公司經營方式和做出商業決策的權利¹⁸⁰，或法院僅以「需引入商業判斷規則對公司的自治權和董事經營判斷進行保護」¹⁸¹一句帶過。¹⁸²在近期的案例

¹⁷⁸ 原审法院对公司自治权及董事经营判断的保护，引入商业判断规则这一阐述，即董事、高级管理人员在公司商业决策时是否满足了高度的注意义务之要求，然此仅为学理上的概念。參見：(2011)沪一中民四(商)终字第 270 號民事判決。

¹⁷⁹ 據經營判斷規則，因為被告盡到了勤勉義務，即使公司未能實現經營計劃，被告也不須對公司承擔賠償責任，更不必向股東承擔賠償責任。參見：(2009)杭淳商初字第 1212 号民事判決。

¹⁸⁰ 參見：(2010)閔民二(商)初字第 1659 号民事判決。

¹⁸¹ 參見：(2010)閔民二(商)初字第 215 号民事判決

¹⁸² 此類判決並非只出現在商業判斷規則發展初期（2010 年左右），在（2016）蘇 01 民終 3047 号民

中，不少法院試圖對商業判斷規則做出解釋，但理解還是較為粗淺。比如，四川省高級人民法院、上海市第一中級人民法院、黑龍江高級人民法院以及最高人民法院都解釋了商業判斷規則的意旨：尊重董事於當時決策環境中所做的商業決定，避免用法院的事後評判去代替董事的商業決策¹⁸³。

參、將法律效果直接連結至實體法，試創造商業判斷規則另一適用模式

在肯定商業判斷規則適用的案件中，大多數法院將法律效果直接連結至實體法，即當董事滿足商業判斷規則的前提條件，法院就認定其履行了勤勉義務，不需要對公司的損失承擔責任。

在分歧混亂之下，中國大陸法院在適用商業判斷規則過程中亦有共通之處，如，在目前已有明確認定標準的案例中，標準較為統一：(1) 與所做出的商業決定沒有利害關係；(2) 充分、妥當、可靠地獲取了進行商業判斷的信息；(3) 符合公司的最佳利益¹⁸⁴。又如，法院將舉證責任施加於原告方，這與美國法上商業判斷規則

事判決、(2018)粵 0303 民初 18674 号民事判決和 (2018) 蘇 1191 民初 1435 号民事判決中也有出現。

¹⁸³ 參見：(2018)川 15 民初 9 號民事判決、(2011)滬一中民四(商)終字第 174 號民事判決、(2018)黑民申 2845 號民事裁定以及 (2017) 最高法民申 2454 號民事裁定。

¹⁸⁴ 如果作出商業判斷的執行董事與作出判斷的內容沒有利害關係，其有正當理由相信其在當時情形下掌握的有關商業判斷信息充分、妥當、可靠，其商業判斷符合公司的最佳利益的，就應當認定為忠實、勤勉地履行了義務。參見：(2017)皖 01 民終 7360 號民事判決、(2017)皖 01 民終 7901 號民事判決以及 (2021)粵 01 民終 1056 號民事判決。

「兩段式的舉證模式」的前半段較為相似，湖南省高級人民法院對舉證責任的詳細分配值得參考：在原告無法舉證證明被告有違反商業判斷規則前提要件之時，即使被告做出的商業決策給公司造成損失，也無需承擔責任。遺憾的是，原告負有初次的舉證責任，但常常無法舉證，因此未進入「兩段式的舉證模式」的第二段，法院也未對「若原告可以舉證證明被告有違反商業判斷規則前提要件之時」，應當直接認定被告未盡勤勉義務或由被告證明其所做的商業決策是在完全公平原則之下所做出進行充分說明。

商業判斷規則作為外來概念在中國大陸已有十數年的發展歷程，其經歷了從被拒絕適用到被接納的過程，這也是外來概念引入一國必然要經歷的路徑。伴隨著營商環境的改善，在股東代位訴訟起訴董事情況下，期待法院更多適用商業判斷規則，在學理和實務的交互過程中，商業判斷規則的內涵、標準及法律效果能更明晰。



第六章 結論——從法律移植視角觀察之

第一節 確立主客觀相結合的抽象判斷標準

確立董事勤勉義務的法律標準模式是明確董事勤勉義務標準的首要任務，¹⁸⁵而選擇何種模式的董事勤勉義務審查標準與該國的企業文化和法律制度有密切關係，如在自由主義企業精神和判例法發達的英美法系國家，董事勤勉義務的審查標準趨於寬鬆，而在對企業管制較多且法院操作較為機械化的大陸法系國家，董事勤勉義務的審查標準也趨於嚴格。

考量中國目前的公司治理現狀可以發現，公司治理模式已經從股東會中心主義向董事會中心主義轉移，但進度緩慢，公司權力仍屬於股東，董事會職權不斷萎縮，若採用主觀標準，重點關注董事是否盡了最大努力為公司謀求利益，而不關注董事的知識經驗、是否存在重大過失等具體情形，由此可能產生能力較低的董事只要盡了最大努力便可免責，能力較高的董事如果盡到與其相同的努力也需要承擔責任，由此將可能導致對能力較高董事的不公，進而使得能力較高的董事懶惰和鬆懈。

若採取嚴格的審查標準，依據類似情況下處於相同位置的人所擁有的勤勉義務的程度來進行判斷，將會給知識和經驗不足的董事帶來商業決策的巨大壓力，打擊董事的商業開拓精神，不利於公司

¹⁸⁵ 鄭佳寧，目標公司董事信義義務客觀標準之構建，東方法學，4期，頁50，2017年。

的長期發展。

因此，本文建議應當建立主客觀相結合的抽象審查標準，在司法實踐中以客觀標準為原則，以主觀標準作為補充，即在判斷董事是否盡到勤勉義務時，其應具備主觀上善意為實現公司的商業利益而做出決策，且在客觀上作為專業人員履行了其應有的技能和勤勉。只有科學確定勤勉義務的履行標準，才能在董事問責與保護董事決策積極性之間求得平衡，在合理保護董事合法權益的基礎上推進公司科學管理和良性發展。¹⁸⁶

第二節 引入商業判斷規則

第一項 中國大陸引進商業判斷規則的必要性

如前所述，商業判斷規則已在中國大陸司法實踐層面上發展十數年，法官引進商業判斷規則自是為了在裁量董事責任案件時達成董事責任與決策空間之間的平衡，但考量商業判斷規則是否應被引入中國大陸公司法以及如何移植，則是應然層面的問題，本節試作分析。

壹、激勵商業創新、優化營商環境

1993年，中國大陸頒布公司法，此後經歷了1994年、2005年、2013年以及2018年四次修改，並出臺了四部司法解釋，試圖從管制

¹⁸⁶ 常亮、孫瑩，勤勉義務規則的司法適用，人民司法（案例），期2，頁80，2012年。

公司法逐漸邁向自由公司法。¹⁸⁷在公司法的四次修改中，中國大陸設定了一系列制度以減少對市場的不當干預，激發市場活力，如2013年修正公司法時，廢除了註冊資本的最低限額¹⁸⁸，同時將公司的註冊資本由實繳制改為認繳制，廢除驗資要求和證明，取消了貨幣出資的比例¹⁸⁹，一舉解決了企業設立難的困境，降低企業融資成本，刺激了投資者的投資積極性。¹⁹⁰與公司法減少對市場的干預、激發市場活力的價值取向相匹配，中國大陸亦頒布一系列文件以優化營商環境¹⁹¹，建立富有競爭力的經理人市場，增強資本市場的活

¹⁸⁷ 趙萬一，公司法修改的目標、理念及其實現路徑，人民司法（應用），5期，頁4，2014年。

¹⁸⁸ 參見：全國人民代表大會常務委員會關於修改《中華人民共和國海洋環境保護法》等七部法律的決定：七、對《中華人民共和國公司法》作出修改……（三）將第二十六條修改為：「有限責任公司的註冊資本為在公司登記機關登記的全體股東認繳的出資額。」法律、行政法規以及國務院決定對有限責任公司註冊資本實繳、註冊資本最低限額另有規定的，從其規定。」

¹⁸⁹ 參見：全國人民代表大會常務委員會關於修改《中華人民共和國海洋環境保護法》等七部法律的決定（含：藥品管理法、計量法、漁業法、海關法、煙草專賣法、公司法）：七、對《中華人民共和國公司法》作出修改（一）刪去第七條第二款中的「實收資本」。（二）將第二十三條第二項修改為：「（二）有符合公司章程規定的全體股東認繳的出資額」。（三）將第二十六條修改為：「有限責任公司的註冊資本為在公司登記機關登記的全體股東認繳的出資額。」法律、行政法規以及國務院決定對有限責任公司註冊資本實繳、註冊資本最低限額另有規定的，從其規定。」

¹⁹⁰ 施天濤，公司資本制度的改革與公司法的修改（第三版代序），公司法論，2018年4月，4版。

¹⁹¹ 具體參見：中共中央關於全面深化改革若干重大問題的決定三、（9）……推進國內貿易流通體制改革，建設法治化營商環境；國務院政府工作報告（2020）……四是堅定不移推進改革開放，發展活力和內生動力進一步增強。完善要素市場化配置體制機制。加強產權保護。深入推進「放管服」改革，實施優化營商環境條例、關於進一步優化營商環境更好服務市場主體的實施意見；黨中央、國務院高度重視深化「放管服」改革優化營商環境工作。近年來，我國營商環境明顯改善，但仍存在一些短板和薄弱環節……

躍度，孕育企業家精神，激勵商業創新。¹⁹²在此價值取向下，引入商業判斷規則既是保護董事自由決策的必然選擇亦需要通過商業判斷規則進一步促進資本市場的活躍度，構建更富有競爭力的市場，持續優化營商環境。¹⁹³

貳、股東代表訴訟條件寬泛，易濫訴

2005年，中國大陸修訂公司法，為加強對董事、監事等管理人員的監督，糾正其違反法律和公司章程的行為，保護股東尤其是中小股東的利益¹⁹⁴，引入了股東代表訴訟制度。但最初的規定具體操作仍不夠細緻，在中小股東自身合法權益和公司內部董監高義務和責任缺位方面仍沒有發揮應有的作用，2017年，最高人民法院關於適用中華人民共和國公司法若干問題的解釋（四）（以下簡稱公司法

加快打造市場化法治化國際化營商環境，……為持續深化「放管服」改革優化營商環境，更大激發市場活力，增強發展內生動力……以及優化營商環境條例。

¹⁹² 同注 91，頁 30。

¹⁹³ 朱慈蘊，論中國公司法本土化與國際化的融合——改革開放以來的歷史沿革、最新發展與未來走向，東方法學，2期，頁 94，2020年。

¹⁹⁴ 江平、李國光，最新公司法條文釋義，頁 377，2006年1月。

司法解釋四) 第 24 條¹⁹⁵、25 條¹⁹⁶以及 26 條¹⁹⁷對於股東代表訴訟中公司的地位、勝訴利益以及訴訟費用做出了更為細化的規定。2019 年 11 月，最高人民法院發布全國法院民商事審判工作會議紀要¹⁹⁸ (以下簡稱九民紀要)，對股東代表訴訟運行實務中的問題做出了詳細說明。

根據公司法第 151 條第 1 款¹⁹⁹以及 152 條²⁰⁰，股份有限公司的股

¹⁹⁵ 參見：公司法司法解釋四第二十四條：符合公司法第一百五十一條第一款規定條件的股東，依據公司法第一百五十一條第二款、第三款規定，直接對董事、監事、高級管理人員或者他人提起訴訟的，應當列公司為第三人參加訴訟。一審法庭辯論終結前，符合公司法第一百五十一條第一款規定條件的其他股東，以相同的訴訟請求申請參加訴訟的，應當列為共同原告。

¹⁹⁶ 參見：公司法司法解釋四第二十五條：股東依據公司法第一百五十一條第二款、第三款規定直接提起訴訟的案件，勝訴利益歸屬於公司。股東請求被告直接向其承擔民事責任的，人民法院不予支持。

¹⁹⁷ 參見：公司法司法解釋四第二十六條：股東依據公司法第一百五十一條第二款、第三款規定直接提起訴訟的案件，其訴訟請求部分或者全部得到人民法院支持的，公司應當承擔股東因參加訴訟支付的合理費用。

¹⁹⁸ 筆者注：全國法院民商事審判工作會議紀要法律位階為司法解釋。

¹⁹⁹ 參見：中華人民共和國公司法第一百五十二條：董事、高級管理人員有本法第一百四十九條規定的情形的，有限責任公司的股東、股份有限公司連續一百八十日以上單獨或者合計持有公司百分之一以上股份的股東，可以書面請求監事會或者不設監事會的有限責任公司的監事向人民法院提起訴訟；監事有本法第一百四十九條規定的情形的，前述股東可以書面請求董事會或者不設董事會的有限責任公司的執行董事向人民法院提起訴訟。監事會、不設監事會的有限責任公司的監事，或者董事會、執行董事收到前款規定的股東書面請求後拒絕提起訴訟，或者自收到請求之日起三十日內未提起訴訟，或者情況緊急、不立即提起訴訟將會使公司利益受到難以彌補的損害的，前款規定的股東有權為了公司的利益以自己的名義直接向人民法院提起訴訟。他人侵犯公司合法權益，給公司造成損失的，本條第一款規定的股東可以依照前兩款的規定向人民法院提起訴訟。

²⁰⁰ 參見：中華人民共和國公司法第一百五十三條：董事、高級管理人員違反法律、行政法規或者公

東，應具備：「連續 180 日以上單獨或合計持有公司百分之一以上股份」之條件則可以代表公司提起訴訟，而有限責任公司的股東提起股東代表訴訟沒有資格限制。相對於同樣有股東代表訴訟的臺灣²⁰¹而言，中國大陸將股東持股比例定為 1%，其允許「合併持有」，這就在一定程度上放寬了對小股東提高訴訟的限制，這與當時維護小股東權益的立法目的如出一轍。且公司法並不要求股東在侵害行為發生之時具有股東身分，這也擴大了提起訴訟的股東範圍²⁰²。根據公司法第 151 條第 2 款的規定，股東在向法院起訴之前必須要先向董事會或監事會提出書面請求，只有在該機關拒絕起訴或收到請求之日後 30 日內未起訴或情況緊急，不立即起訴會使公司利益受到難以彌補的損害時，股東才能以自己的名義起訴，此即股東代表訴訟的前置程序。設計目的主要為了防止股東濫用訴權²⁰³，但九民紀要指導法院在司法實踐中靈活地運用前置程序，避免出現股東向董事會、監事會提出書面請求，但董事會和監事會不存在依照股東申請而提起訴訟的可能性，股東被迫直接向法院起訴卻因未盡前置程序

司章程的規定，損害股東利益的，股東可以向人民法院提起訴訟。

²⁰¹ 臺灣要求股東必須持有已發行股東總數的 3%以上才能提起訴訟，參見臺灣公司法第二百零條：董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，股東會未為決議將其解任時，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，於股東會後三十日內，訴請法院裁判之。

²⁰² 劉凱湘，股東代表訴訟的司法適用與立法完善——以公司法第 152 的解釋為中心，中國法學，4 期，頁 159，2008 年；九民紀要 第二十二條 股東提起股東代表訴訟，被告以行為發生時原告尚未成為公司股東，並據此抗辯該股東不是適格原告的，法院不予支持。

²⁰³ 葛偉軍，股東代表訴訟的制度架構及其完善，證券法苑，28 卷 1 期，頁 226，2020 年。

而被法院駁回起訴的情況出現，靈活甚至寬鬆地適用前置程序也在一定程度上減輕了股東代表訴訟的難度。

本文所做的數據統計亦證明了在股東代表訴訟被引入中國後，確實方便了中小股東對董事侵害公司利益行為提起訴訟但也易出現濫訴的情況。根據本文所做數據統計顯示，自 2006 年至 2020，與公司、證券、保險、票據有關的股東代表訴訟共有 791 件²⁰⁴，且如下圖所示，各年股東代表訴訟的數量在波動中不斷增長²⁰⁵，且在 2018 年達到最高峰，為 157 件。

綜上所述，從股東代表訴訟的制度設計和運行結果來看，在實務中都極易出現股東濫訴，以訴訟對董事施壓迫使董事更改商業決策，擠壓董事自由決策的空間，從這個角度來看，中國大陸引入商業判斷規則實為必要。

參、董事的舉證責任分配

雖然中國大陸的公司法並未明確說明董事與公司之間的關係，但根據公司法第 146 條第 2 款²⁰⁶中的「委任、委派或聘任」的字眼

²⁰⁴ 此處數據來源於本文的實證研究。所採用的數據庫為無訟 ((<https://www.itslaw.com/>) 檢索條件為：全文：股東代表訴訟+文書類型：判決+案由：與公司、證券、保險、票據等有關的民事糾紛+文書性質：判決+時間：2006.1.1-2021.4.29，所得公司法領域股東代表訴訟案件共有 791 件。

²⁰⁵ 2006 年為 2 件，2007 年為 5 件，2008 年為 2 件，2009 年為 9 件，2010 年為 5 件，2011 年為 17 件，2012 年為 21 件，2013 年為 23 件，2014 年為 51 件，2015 年為 56 件，2016 年為 76 件，2017 年為 102 件，2018 年為 157 件，2019 年為 148 件，2020 年為 99 件。

²⁰⁶ 參見：中華人民共和國公司法第一百四十六條第二款 公司違反前款規定選舉、委派董事、監事或

可以認定其為委託合同關係，理論上，亦有學者對此持相同觀點。²⁰⁷董事因違反義務而對公司承擔之賠償責任究竟屬於侵權責任還是違約責任，在學界一直都有爭議。²⁰⁸本文認為，董事違反勤勉義務而對公司承擔的賠償責任應是一種侵權責任，根據民法典第 1165 條²⁰⁹以及最高人民法院關於適用中華人民共和國民事訴訟法的解釋（2020 修正）第 91 條第 2 項²¹⁰的規定，在未引入商業判斷規則的情況下，董事違反勤勉義務而對公司承擔賠償責任的案件中，由原告（公司）對侵權行為、損害後果、因果關係承擔初步的舉證責任，被告（董事）則對存在豁免事由（如無過錯）承擔舉證責任。即先由原告舉證前三個構成要件，再由被告舉證證明主觀要件，有一前

者聘任高級管理人員的，該選舉、委派或者聘任無效。

²⁰⁷ 趙旭東，公司法學，頁 408，2015 年 4 月；劉俊海，現代公司法，頁 506，2015 年 9 月，3 版。

²⁰⁸ 如，學者王軍傾向認定其為債務不履行的責任：董事因違反義務而對公司法承擔之賠償責任屬於違法委託合同的債務不履行的責任，如果同時對公司構成侵權（如侵犯商業秘密）的話，亦可能出現違約責任和侵權責任之競合，參見：同注 126，頁 366。徐化耿認為，從信義義務的性質來看，無論是忠實義務還是勤勉義務，皆屬於法定義務，基於現行法的定位，可知違反信義義務構成侵權，受託人要承擔侵權責任。參見：同注 16，頁 1583。

²⁰⁹ 參見：中華人民共和國民法典 第一千一百六十五條 行為人因過錯侵害他人民事權益造成損害的，應當承擔侵權責任。依照法律規定推定行為人有過錯，其不能證明自己沒有過錯的，應當承擔侵權責任。

²¹⁰ 參見：最高人民法院關於適用《中華人民共和國民事訴訟法》的解釋（2020 修正）第九十一條 人民法院應當依照下列原則確定舉證證明責任的承擔，但法律另有規定的除外：（二）主張法律關係變更、消滅或者權利受到妨害的當事人，應當對該法律關係變更、消滅或者權利受到妨害的基本事實承擔舉證證明責任。

後順序問題，若引入商業判斷規則，根據「兩段式的舉證模式」，在第一階段，則將所有的舉證責任（包括主觀要件）全部課予原告，在原有的基礎上，加重了原告的舉證責任。

從前兩個影響因素來看，引入商業判斷規則實為必要，但亦需要在制度設計中考量其具體運行時的困難和效果。若完全以美國模式構建中國的商業判斷規則，考量到因「證據遙遠」或「舉證困難」而使得原告難以控訴成功²¹¹，適度舉證責任的轉移可能較符合中國司法實踐。

第二項 移植商業判斷規則之路徑

如王文宇老師所說，法律移植需徹底瞭解移植標的之精髓並配合本土情況做配套與調整並持續研究以深化法律移植。²¹²前述已對商業判斷規則的緣起、精髓、各國移植模式、中國大陸現狀、移植必要做了相應的梳理，在此基礎之上，本文提出中國大陸移植商業判斷規則之可能路徑。

壹、以司法解釋和指導性案例相結合形式確立商業判斷規則

對於商業判斷規則之移植路徑，有判例法路徑和成文法路徑兩種觀點，判例法路徑認為商業判斷規則的生命力在於法官在公平與實質正義環境下的自由裁量權，成文法的模式不僅難以概括其豐富

²¹¹ 同注 79，頁 295。

²¹² 同注 15，頁 20。

內涵也限制了法官對董事勤勉義務的判決，²¹³因此建議以判例的方式引入商業判斷規則而不將其明文化，但考量判例在中國大陸並不是正式的法源，且公司法目前已規定了勤勉義務，以成文化的形式規定輔助性的商業判斷規則更能彌補公司法的漏洞，因此，本文認為應當採取成文化的模式引入商業判斷規則。

在能提供相對明確審查標準的成文化形式下，本文認為應當以司法解釋和指導性案例相結合之形式確立商業判斷規則。

首先，考量到公司法在立法時不宜做過細的規定，且目前司法實踐中適用商業判斷規則的案例並不普遍，因此，若在公司法中對商業判斷規則作出詳細規定，既不符合公司法的立法模式亦過於唐突。

在無法利用法律直接移植商業判斷規則時，本文認為，或可借助具有中國特色的司法解釋制度，獲得法院適用上的普遍性，在吸納集體理性的基礎上適時上升為法律。中國大陸的司法解釋是為了解決法院審判工作中具體應用法律的問題結合審判工作實際需要而制定的²¹⁴，針對具體的法律條文進行解釋的司法解釋與其所解釋的具體法律條文具有同一效力。²¹⁵在 1997 年實施司法解釋制度後的二

²¹³ 同注 10，頁 80。

²¹⁴ 參見：最高人民法院關於司法解釋工作的規定 第二條 人民法院在審判工作中具體應用法律的問題，由最高人民法院作出司法解釋。第三條 司法解釋應當根據法律和有關立法精神，結合審判工作實際需要制定。

²¹⁵ 王成，最高法院司法解釋效力研究，中外法學，28 卷 1 期，頁 278，2016 年。

十多年間，大多司法解釋的內容都是對法律條文進行具體解釋，以指導司法實踐，利用司法解釋確定商業判斷規則的要件既可以是為董事提供行為指引，為法官提供審判指導亦可利用司法解釋靈活的特點，給予立法者修正、調整的空間。

考量到商業判斷規則最終需要應用在司法實踐中作為董事勤勉義務之輔助判斷標準，同時也對法官介入程度的把握提出了更高的要求，在司法解釋之外，或可採用與指導性案例²¹⁶相結合之形式移植商業判斷規則，規範審判活動²¹⁷，為董事提供行為指引。

貳、商業判斷規則之適用路徑

首先，針對商業判斷規則的構成要件，可以借鑑美國公司治理原則：分析與建議第 4.01 (c) 條與 Smith v. Van Gorkom 案中之表述，提煉出三個關鍵構建要件：1. 該董事與該商業決策有關事項不具有利益關係；2. 該董事已取得於當時情形下被認為與經營決策具

²¹⁶ 指導性案例是指最高人民法院確定並統一發布的對全國審判、執行中具有指導作用的案例。參見：最高人民法院關於案例指導工作的規定 第一條 對全國法院審判、執行工作具有指導作用的指導性案例，由最高人民法院確定並統一發布。第二條 本規定所稱指導性案例，是指裁判已經發生法律效力，並符合以下條件的案例：(一) 社會廣泛關注的；(二) 法律規定比較原則的；(三) 具有典型性的；(四) 疑難複雜或者新類型的；(五) 其他具有指導作用的案例。

²¹⁷ 最高人民法院頒布的指導性案例為下級法院提供了「比照」、「類比」和「解釋」的空間。對於各級法院而言，更像是一種間接的指導。泮偉江，論指導性案例的效力，清華法學，10 卷 1 期，頁 20，2016 年 1 月。

有適當程度的信息，並履行了適當程序；3. 善意地相信此經營判斷符合公司的最佳利益。

其次，應當確立商業判斷規則是為董事勤勉義務的輔助判斷標準而非勤勉義務判斷中證據規則的一環，在舉證責任方面，若完全依照商業判斷規則在美國法上之規定，由原告負擔完全的舉證責任，可能會因為中小股東與公司董事掌握信息的不對稱、證據遙遠性等原因無法舉證，故可以做出舉證責任的適當轉移，由董事承擔上述第二項要件：「該董事已取得於當時情形下被認為與經營決策具有適當程度的信息，並履行了適當程序」之舉證，以此平衡雙方的舉證責任，亦可督促董事在決策時審慎並保留好相關文件，以司法制度促進公司治理的規範化。在法律效果上，借鑑德國移植商業判斷規則之模式，直接鏈接至實體法上，由原告先行舉證該董事與該商業決策有關事項具有利益關係及該董事非基於善意相信此經營判斷符合公司的最佳利益。若原告舉證失敗，則認定被告並未違反勤勉義務，若原告舉證成功，則舉證責任轉移到被告，由被告董事證明其已取得於當時情形下被認為與經營決策具有適當程度的信息，並履行了適當程序，若被告無法舉證，則認定其未盡勤勉義務，若被告舉證成功，則認定其已盡勤勉義務。此種適用路徑，既在一定程度上保護了董事的經營決策自由，平衡股東濫訴風險，構建更加積極的營商環境，又能給予董事一定的威懾作用，促使其在日常經營活動中勤勉、審慎為商業決策，最終促進公司治理的完善。

參考文獻

壹、著作

1. 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，5版，2017年12月。
2. 王志誠，信託之基本法理，2005年11月。
3. 王軍，中國公司法，2版，2017年9月。
4. 卡爾拉倫茨，法學方法論，2003年。
5. 弗蘭克伊斯特布魯克、丹尼爾費希爾（著），羅培新、張建偉譯，公司法的經濟結構，2版，2014年4月。
6. 安建、黃淑和，中華人民共和國企業國有資產法釋義，2008年1月。
7. 朱少平，中華人民共和國公司法釋義及實用指南，2012年7月。
8. 朱慈蘊，公司法原論，2011年6月。
9. 江平、李國光，最新公司法條文釋義，2006年1月。
10. 江頭憲治郎，株式會社法，3版，2009年。
11. 李飛，中華人民共和國證券法（修訂）釋義，2005年11月。
12. 阿道夫.A.伯利、加德納.C.米恩斯（著），甘華鳴、羅銳韌、蔡如海（譯），現代公司與私有財產，2005年8月。
13. 施天濤，公司法論，4版，2018年4月。
14. 張民安，公司法上的利益平衡，2003年1月。
15. 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），2007年10月。
16. 趙旭東，公司法學，4版，2015年4月。
17. 劉俊海，股份有限公司股東權的保護，2004年1月。

18. 劉俊海，現代公司法，3版，2015年9月。
19. 劉連煜，公司治理與公司社會責任，2001年10月。
20. 鄧峰，普通公司法，2009年9月。
21. 羅伯特·霍恩等，德國民商法導論，1996年。
22. 羅培新，公司法的合同解釋，2004年4月。

貳、期刊論文

1. 方嘉麟，論經營判斷法則於我國法下適用之可能——以明基併購西門子手機部門一案為例，政大法學評論，128期，頁，2012年8月。
2. 王文字，法律移植的契機於挑戰——以公司法的受託、注意與忠實義務為中心，月旦民商法雜誌，19期，頁81-91，2008年3月。
3. 王文杰，2005年中國大陸公司法修正評析，月旦法學雜誌，1期，頁158-171，2006年。
4. 王文杰，大陸公司法在企業改革的地位及其立法缺陷，政大法學評論，62期，頁241-254，1999年。
5. 王成，最高法院司法解釋效力研究，中外法學，28卷1期，頁263-279，2016年。
6. 王軍，公司經營者忠實和期勉義務訴訟研究——以14省、直轄市的137件判決書為樣本，北方法學，4期，頁24-39，2011年。
7. 王道陽、李華，論公司董事的勤勉義務，河北法學，5期，頁50-53，1999年。
8. 任自力，公司董事勤勉義務探析，人民司法（應用），3期，頁34-36，2007年。

9. 任自力，美國公司董事信義義務研究，比較法研究，2期，頁160-163，2007年。
10. 朱岩，違法保護他人法律的過錯責任，法學研究，2期，頁85-99，2011年。
11. 朱羿坤，論董事問責的誠信路徑，中國法學，3期，頁86-101，2008年。
12. 朱慈蘊，論中國公司法本土化與國際化的融合——改革開放以來的歷史沿革、最新發展與未來走向，東方法學，2期，頁91-102，2020年。
13. 朱慈蘊、林凱，公司制度趨同理論檢視下的中國公司治理評析，法學研究，5期，頁24-41，2013年。
14. 李強、崔健，董事勤勉義務的判例法歷史發展及啟示，廈門大學法律評論，4月版，頁381-404，2013年。
15. 周天舒，論董事勤勉義務的判斷標準——基於浙江省兩個案例的考察，法學雜誌，10期，頁93-99，2014年。
16. 周林彬、方斯遠：忠實義務：趨同抑或路徑依賴——一個比較法律經濟學的視角，中山大學學報（社會科學版），52卷238期，頁157-168，2012年。
17. 周春光，董事勤勉義務的司法審查標準探究——以實證與比較分析為實踐，光華法學，卷11，頁163-181，2019年。
18. 泮偉江，論指導性案例的效力，清華法學，10卷1期，頁20-37，2016年。

19. 邵慶平，商業判斷原則的角色與適用——聯電案的延伸思考，科技法學評論，8卷1期，頁103-139，2011年6月。
20. 洪秀芬，經營判斷法則對董事責任追究之影響——從美國法與德國法之比較研究觀點，臺灣財經法學論叢，2卷1期，頁245-298，2020年。
21. 洪秀芬，論德國「商業判斷原則」之法制化，臺灣法學雜誌，188期，頁34-42，2011年。
22. 胡曉珂，論我國《公司法》修改對董事勤勉義務規則的完善，中央財經大學學報，4期，頁76-80，2005年。
23. 范健、蔣大興，論公司董事之義務——從比較法視角考察，南京大學法律評論，春季號，頁81-96，1998年。
24. 徐化耿，信義義務的一般理論及其在中國法上的展開，中外法學，32卷6期，頁1573-1595，2020年。
25. 徐化耿，論私法中的信任機制——基於信義義務與誠實信用的例證分析，法學家，4期，頁30-43，2017年。
26. 常亮、孫瑩，勤勉義務規則的司法適用，人民司法（案例），期2，頁80-82，2012年。
27. 常健、張強，商業判斷規則：發展趨勢、適用限制及完善——以有限責任公司股利分配為視角，法商研究，3期，頁136-146，2013年。
28. 張新寶，侵權責任法立法的利益衡量，中國法學，4期，頁176-190，2009年。
29. 梁爽，董事信義義務結構重組及其對中國模式的反思——以美、日商

- 業判斷規則的運用為借鏡，中外法學，1期，頁198-223，2016年。
30. 郭大維，論商業判斷原則於董事責任法制下之運用——檢視、比較於反思，月旦民商法雜誌，68期，頁23-46，2020年6月。
 31. 陳本寒、艾圍利，董事勤勉義務與董事過失研究——從英美法與大陸法比較的角度進行考察，清華法學，2期，頁71-78，2011年。
 32. 傅穹、陳洪磊，商業判斷規則司法實證觀察，國家檢察官學院學報，2期，頁25-41，2021年。
 33. 黃朝琮，論經營判斷法則之實務見解，中原財經法學，45期，頁213-253，2020年12月。
 34. 葉林，董事忠實義務及其擴張，政治與法律，2期，頁16-30，2021年。
 35. 葉金強，董事違反勤勉義務判斷標準的具體化，比較法研究，6期，頁79-88，2018年。
 36. 葛偉軍，股東代表訴訟的制度架構及其完善，證券法苑，28卷1期，頁226-235，2020年。
 37. 趙旭東，公司治理中的控股股東及其法律規制，法學研究，4卷，頁92-108，2020年。
 38. 趙萬一，公司法修改的目標、理念及其實現路徑，人民司法（應用），5期，頁4-8，2014年。
 39. 劉俊海，《公司法》的修改與解釋：以司法權的適度干預為中心，法律適用，3期，頁2-6，2005
 40. 劉連煜，董事責任與經營判斷法則的運用——從我國司法判決看經營

- 判斷法則的發展，財金法學研究，3卷1期，頁1-34，2020年3月。
41. 劉凱湘，股東代表訴訟的司法適用與立法完善——以公司法第152的解釋為中心，中國法學，4期，頁157-166，2008年。
 42. 劉貴祥，國有企業改革若干法律問題研究，人民司法，9期，頁4-8，2000年。
 43. 劉新輝，論美國公司董事商業決策權的制約與保護——兼論我國公司董事決策權的法律完善，國際商法論叢，7卷，頁502-551，2005年。
 44. 潘瑋璘、戴紅兵，董事高管勤勉義務的豁免功能與責任構成，中國應用法學，4期，頁144-156，2019年。
 45. 蔡小雪，國務院下屬部門規範性文件的法律效力判斷與適用，人民司法（案例），4期，頁4-9，2008年。
 46. 蔣大興，公司董事會的職權再造——基於「夾層代理」及現實主義的邏輯，現代法學，42卷4期，頁113-126，2020年。
 47. 鄧峰，業務判斷規則的進化和理性，法學，2期，頁68-80，2008年。
 48. 鄭佳寧，目標公司董事信義義務客觀標準之構建，東方法學，4期，頁42-51，2017年。
 49. 羅培新，公司法學研究的法律經濟學含義——以公司表決權規則為中心，法學研究，5期，頁44-57，2006年。
 50. 羅培新，論商事裁判的代理成本分析進路，法學，5期，頁61-71，2015年。
 51. 羅培新、李劍、趙穎潔，我國公司高管勤勉義務之司法裁量的實證分析，證券法苑，2期，頁372-407，2010年。

參、網絡資料

1. 中國國家統計局，2018年上市公司數量，上網時間：2021年6月21日，檢自：<https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01>
2. 國務院第四次全國普查領導小組辦公室，中國經濟普查年鑑2018，上網時間：2021年6月21日，檢自：
<http://www.stats.gov.cn/tjsj/pcsj/jjpc/4jp/zk/indexch.htm>
3. 曹康泰，關於《中華人民共和國公司法（修訂草案）》的說明，2005年2月25日，上網時間：2021年5月28日，檢自：
http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2005-10/27/content_5343120.htm

肆、外國案例

1. Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. Supr. 2000)
2. Cede & Co. v. Technicolor, Inc. 634 A.2d 345 (Del. Supr. 1994)
3. Furash & Co. v. McClave, 130 F. Supp. 2d 48 (143 Lab. Cas. P 59, 227.2001)
4. In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 906 A.2d 27 (Del. Supr. 2006)
5. Kaplan v. Centex Corporation, 284 A.2d 119 (Del. Supr. 1971)
6. Norman v. Theodore Goddard [1992] BCC 14.
7. Re D Jan London Ltd [1993] BCC 646.
8. Re Produce Marketing Consortium Ltd [1989] BCC 520.
9. Selheimer v. Manganese Corp. of America, 224 A.2d 634 (423 Pa. 563. 1966)
10. Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. Supr. 2009)



附錄一：董事勤勉義務實證分析樣本一覽

案號	法院判決原文
<p>(2017) 遼 01 民終 7324 號</p>	<p>我國公司法未對高管的勤勉義務做出具體規定，在判斷公司高管是否違反了勤勉義務時，並不以其決策是否失誤為準，只要是公司高管根據掌握的情況或者信息，誠實信用地決策，即便事後證明此項決定是錯誤的，公司高管人員也無須負任何責任。針對二上訴人根據對周忠發任職期間經濟責任審計報告主張周忠發任職期間怠於回收應收賬款，未完成目標責任任務，低於成本價方式銷售公司產品，以高於市場價採購產品，制定採購計劃給公司增加了資金成本，包括未經審批往返深圳-瀋陽，周忠發均作出了合理解釋和說明，並周忠發作為總經理對相關事宜按公司財務和管理制度履行了必要審批和呈報程序，二上訴人主張周忠發履行總經理責任違反勤勉義務給瀋陽五洲龍公司造成損失請求承擔賠償責任，本院亦不予支持。</p>
<p>(2017) 滬 0116 民初</p>	<p>本院認為，董事、監事、高級管理人</p>

5352 号	<p>員對公司負有忠實義務和勤勉義務，勤勉義務或善管勤勉義務，是指董事等履行職責時，應當為公司的最佳利益，具有一個善良管理人的細心，盡一個普通謹慎之人的合理注意。在福米公司與涉案 39 名債權人糾紛期間，左春舉擔任福米公司執行董事，持有公司 U 盾，其代表公司對外支付款項之前負有審查覈實的義務，雖然之後其中一位債權人向其出示了合同，但是左春舉並未參與系爭 39 名債權人相關業務，對合同簽訂、履行均不知情，在與經辦人黃峰覈實未果的情況下，而拒絕支付相應款項，並無明顯不當，難以認定其違反了董事的勤勉義務。</p>
(2019) 苏 0591 民初 4896 号	<p>被告在代表格朗瑞公司簽訂該協議書時仍為格朗瑞公司的總經理，雖簽訂該協議書未經股東會或董事會授權，但被告亦陳述簽訂合同的目的系為瞭解決因股東糾紛導致格朗瑞公司向客戶供應的設備無法使用的問題，根據現有證據不能證明該份合同的簽訂及款項的支付損害了格朗瑞公司的利益，也無法證明被告為自己或他人</p>

	謀取了違法收益，從而導致股東發生實際損失。
(2020) 湘 31 民終 165 号	上訴人羅光友、宋官勝作為被上訴人公司的執行董事和高級管理人員，在為公司購買船舶、設備時，應當審查出賣人是否具有合法的資質，並審查所購買的船舶、設備是否具有合法手續及能否正常使用，但是上訴人羅光友、宋官勝並未盡到相應的審查義務，從私人購買的船舶、設備未辦理合法的手續，且無法正常投入使用，因此，上訴人羅光友、宋官勝未盡到忠實、勤勉義務。
(2014) 宝民二 (商) 初字第 1629 号	其次，勤勉義務是對公司稱職的要求，被告作為原告公司法定代表人和執行董事負責公司業務經營管理的義務，但不同的董事、高級管理人員在經營能力上存在差異，如果對董事、高級管理人員的勤勉義務過於苛刻，既不利於調動董事的積極性，也不利於選撥董事，妨礙公司高效運營。
(2017) 闽 0105 民初 16 号	被告張皓負責電池回收的主要工作，沒有第一時間向董事會報告實際情況，導

	<p>致董事會決策層未能在第一時間根據電池回收的實際情況作出相應的決策調整和安排，這其中也包括財務報表的如實記錄和調整，而被告鄭娜未嚴格履行財務制度和職責，配合被告張皓在財務上做與實際情況不相符合的管理，兩人共謀隱瞞電池實際回收數量的行為導致原告公司財務報表未能如期申報，造成公司滯納金損失的客觀後果。兩被告的行為具有主觀過錯和共同實施過錯行為，而不是兩被告辯解的對超額回收電池數量暫不入賬處理是為兩減少公司損失、勤勉履職的表現。</p>
<p>(2019) 粵 06 民終 490 号</p>	<p>但根據本案查明的事實，土產公司在法院執行案件中逾期提供財務會議報告、股東會會議記錄等查閱資料，一審法院作出對土產公司處罰 50 萬元的處罰決定。土產公司未配合人民法院執行受到處罰 50 萬元的結果，而該結果產生於劉子健任職期間。因此，公司的受罰與劉子健疏於管理、未盡勤勉義務有直接的因果關係，即劉子健對土產公司的損失產生存在過錯，其應承擔相應賠償責任。</p>

<p>(2018) 吉民終 645 号</p>	<p>姚濱在業務操作過程中對公司履行了忠實、勤勉、盡職的義務：1.與佳木斯綠谷米業的業務操作過程中，姚濱完全按照公司的日常經營管理要求進行，沒有任何違規和違反公司管理制度要求之處。2.業務操作過程嚴格執行業務、資金、貨物三條線管理的公司要求，分別由業務部門、財務部、物流部配合完成，沒有任何越權和違規。3.……姚濱在此單業務操作過程中無任何違規、越權管理之處，沒有過失及不當之處。綜上所述，應否承擔賠償責任應當根據姚濱在譚泰峰實施詐騙犯罪過程中是否存在明顯過錯，且該過錯行為與輝隆貿易公司的損失之間是否具有因果關係而認定。姚濱在譚泰峰實施詐騙犯罪過程中主客觀均不存在過錯，所以姚濱不應承擔賠償義務。</p>
<p>(2019) 苏 0481 民初 9262 号</p>	<p>在公司高級管理人員損害公司權益糾紛中，首先應推定公司高級管理人員已經盡到了勤勉義務，公司高級管理人員違反勤勉義務的舉證責任由公司承擔。對於公司高級管理人員的勤勉義務的判斷應當採</p>

	<p>取主觀與客觀相結合的標準或稱為重大過失標準。即只有在公司高級管理人員存在故意或重大過失、公司存在損失，且公司高級管理人員的重大過失與公司損失之間存在因果關係的情形時，公司高級管理人員才構成違反勤勉義務。</p>
	<p>勤勉義務是指董事、監事、高級管理人員應當誠信地履行對公司的職責，盡到普通人在類似情況和職權範圍內謹慎的合理勤勉義務，勤勉管理公司事務，盡職維護公司的利益。本案中虞劍芬出售萬彩公司的房產和土地給泗陽管委會這一行為並未違反上述勤勉義務，理由為：第一，虞劍芬的行為不違反公司章程的程序性規定；第二，原告塔匯公司未舉證證明虞劍芬代表萬彩公司出售房屋給泗陽管委會事項與虞劍芬具有不正當的利益關係，虞劍芬的行為主觀上不存在惡意；第三，虞劍芬處分萬彩公司資產是在其合理相信其是為萬彩公司的最佳利益考慮的基礎上作出的處分行為。第四，從經營判斷規則上看，虞劍芬辯稱其處分行為是基於當時客</p>

	<p>觀情況作出的正常的商業判斷行為理由成立。從虞劍芬處分資產前萬彩公司的經營狀況信息看……基於萬彩公司的經營現狀，當地政府管理部門為了調整產業結構以及安置部分搬遷企業，要求萬彩公司向其出售土地和房產。上述信息足以證明虞劍芬處分萬彩公司房產和土地系出於維護萬彩公司最佳利益考慮而作出的合理的經營判斷行為。</p>
<p>(2016) 粵 01 民終 18843 号</p>	<p>均存在以假髮票等不合法憑證入賬以及不按規定繳交稅費等多項違法違章事實，故鄭有威等五人作為公司事務的執行人和管理人，無論在對公司財務人員選任還是財務制度管理等方面顯然未盡最大的嚴謹、認真和勤勉義務。鄭有威等五人時任天馬公司最高管理層，對於天馬公司的經營模式具有選擇權和決定權，亦自應承擔更嚴格的管理責任以防範風險，現其以天馬公司經營模式的特殊性及其自身非專業人員而提出難以分辨發票真偽的抗辯意見，並不能成為免除其管理失職、選任不當責任的合理事由。</p>

<p>(2018) 苏 0611 民初 1156 号</p>	<p>儘管我國公司法對高級管理人員的勤勉義務未作出具體規定，原告公司章程亦未作出相應規定，但是通義認為高級管理人員對公司的勤勉義務是指，高級管理人員處理公司事務時能像處理個人事務時一樣認真和盡力，或者說必須以一個謹慎的人在管理自己的財產時所具有的勤勉程度去管理公司的財產，重點是指高級管理人員行為本身和做出決策的過程是否盡職和是否到位。我國公司法沒有規定高級管理人員違反對公司勤勉義務應當追究責任的過錯標準，各國公司法對此規定也不盡相同。過錯程度一般分為輕微過失、一般過失和重大過失，法治程度較高的國家一般採用一般過失標準，而法治程度較低的國家一般採用重大過失標準。鑒於我國公司法等法律中追究公司董事、高級管理人員民事責任的訴訟機制正趨於不斷完善中，如果對董事、高級管理人員勤勉義務嚴格要求，勢必造成高級管理人員經營上的謹小慎微與保守，不利於最大限度地維護公司和股東的根本利益，也違背了我國公司</p>
------------------------------------	---

	<p>法關於擴大公司自治的立法初衷。結合原告援引的公司章程關於「高級管理人員不得有營私舞弊或嚴重失職行為」的規定，本院對被告是否違反勤勉義務的過錯標準確認為重大過失標準。</p>
<p>(2006) 武民商初字第 125 号</p>	<p>勤勉義務，要求董事履行職責時，應當為公司的最佳利益著想，具有一個善良管理人員的細心，盡一個普通謹慎之人的合理注意。因此，考察高管人員是否在履行職責時危害了公司利益，是否應承擔相應的民事責任，忠實義務和勤勉義務是兩大標準。考察的依據則是法律、行政法規和公司章程的規定。應當說，對公司高管人員的行為進行嚴格約束，是非常必要的，但任何商業經營都有風險，如果不管發生什麼情況，只要經營中出現失誤就要求公司高管人員為此承擔賠償責任，高管人員在經營中就會變得謹小慎微，甚至縮手縮腳，從而坐失良機。因此，判斷公司高管人員是否存在對公司不忠實、不勤勉行為，應當兩方面考慮，既不能放縱公司高管人員對公司的不忠、不勤勉行為，也</p>

	<p>不能將公司高管人員的行為擴大化，一切均應以有利於公司的發展為前提。當然，考察公司高管人員應否承擔民事責任，還應究其行為與公司所受損失間是否存在因果關係。</p>
<p>(2017) 內 22 民終 237 号</p>	<p>即上述人員違反法律、法規或公司章程規定，違反對公司的忠實和勤勉義務，並給公司造成損失的情況下，依法適用過錯責任原則，應承擔民事賠償責任。上述人員承擔賠償責任應具備以下條件：一是必須有公司受到損害的事實存在；二是損害行為必須是行為人違反法律、行政法規或者公司章程執行公司職務的行為。因公司法明確規定上述人員對公司負有忠實義務和勤勉義務，因此，上述人員不履行忠實義務和勤勉義務的，也是違反法律的行為；三是違法行為與損害事實之間必須有因果關係；四是行為人必須有過錯。承擔責任的方式，可以綜合案件具體事實，採取相應的辦法，主要是賠償公司的財產損失。</p>
<p>(2018) 粵 0606 民初</p>	<p>對公司高管勤勉義務的認定應當以客</p>

2069 号

觀標準為一般標準，同時結合具體案情在一般判斷標準允許的範圍內做出妥當和準確的判定。本案中，從《TCL 大鐵籠產品運輸破損驗證報告》、《驗貨報告-第一批 80 台軸流物流單元》、《項目計劃書》等內容顯示，項目的可行性已經公司有關部門進行了一定的試驗論證，被告依據對項目的瞭解做到了一個普通的謹慎人在類似情況及相同位置下決策所應盡到的勤勉義務。加之，《2016 年度經營會議》、《廣東順威精密塑料股份有限公司非公開發行股票募集資金使用可行性分析報告》均顯示原告公司本身大力推進工裝車項目的前提下，有理由相信被告合理相信其關於推進工裝車項目的決策行為符合公司的利益。而且，2017 年 11 月 3 日原告時任及現任的高級管理人員羅華在《個人績效承諾書（PBC）》（共 3 頁）上簽名，確認被告在「學習與成長-工裝車推行-推行的數量目標考核」一欄得滿分並可以佐證被告在工裝車項目中已經盡責履職，並達到高於達標的程度；在庭審過程中原告明確表示被告沒有存在

	違反公司章程具體規定的情形。故，本院認為，被告在工裝車項目中並未違反勤勉義務。
(2019) 沪 02 民终 11661 号	邁克向興業銀行發函、提起訴訟要求恢復預留印鑒和保全賬戶屬於特定情形下採取的救濟措施，該從措施的目的和實際效果來看，並未超過合理的限度和範圍，也沒有違反正常的商業道德和職業倫理，既不屬於故意實施侵權行為以侵害公司利益的行為，也未違反我國法律規定的董事應盡的忠實義務和勤勉義務。在有證明人、經辦人簽字的情況下，陳明榮的審批行為已經盡到合理的勤勉義務，不能將發票虛假的後果歸結於陳明榮。
(2019) 豫 0503 民初 2598 号	被告李迪作為博大物業公司法定代表人有主持公司的生產經營管理工作等職責，但該管理職責並非針對公司的每一項具體業務、每份合同的簽訂及履行，也不能因為合同的簽訂及履行存在瑕疵或者風險而認定公司高級管理人員在履行職務期間違反忠實、勤勉義務。
(2013) 中中法民二终	黃桂新在利遠公司信用額度調整中，

<p>字第 565 号</p>	<p>行使審批鏈中的最終審批權，超越了其權限，沒有盡到公司高級管理人員的忠實、勤勉義務。原審對此認定正確，本院予以維持。</p> <p>雄意公司主張李榆斌未盡勤勉義務，存在過失，致使雄意公司未能收回貨款。判斷李榆斌是否已盡勤勉義務，應根據其具體的管理職責來確定。</p>
<p>(2013) 鄂恩施民初字第 02810 号</p>	<p>從整個經營過程分析，被告張傑從執行董事的角度，在此次經營中的主觀判斷是為了公司利益，不存在另有所圖和明顯不合理的情形；從一個自然人的角度，合理的進行了信息蒐集和調查分析，做到了謹慎判斷。其行為沒有越權、違反董事、高級管理人員的勤勉義務。</p>
<p>(2019) 苏 0922 民初 624 号</p>	<p>原告寧科公司雖然經過股東會決議幫安球公司對外借款，但被告劉雲龍作為直接經手人，在向鼎力公司借款時借據上約定月息 3%，而將該款出借給安球公司時卻在借據上未約定利息及其他同等條件，導致鼎力公司起訴寧科公司的借款與寧科公司起訴安球公司的借款產生利差及其他費</p>

	<p>用，給寧科公司造成了損失。被告劉雲龍在經手借款時未能盡到勤勉審慎的義務，應當對公司的損失承擔賠償責任。</p>
<p>(2018) 吉 03 民終 754 号</p>	<p>執行董事應在履責中盡到勤勉的義務，應追求公司利益最大化，在發生可能損害公司利益的情況下，應盡審慎義務，及時召開股東會，王雅斌雖組織辦公會研究低價出售，並在報紙上公告，但處理的案涉房產並不是通過公開出售的方式，而是以房抵債。且案涉房屋所在的小區住宅樓銷售價格均在 2500 元-3500 元每平方米，案涉房屋為商網，抵債價格僅為 1543 元每平方米。公司作為商業主體，雖在銷售房屋過程中價格會存在上下浮動，處置案涉房屋的價格按普通人正常理性亦可判斷其明顯低於實際價值，故可以認定王雅斌處理案涉房產的行為存在過錯。本案案由為損害公司利益糾紛，該糾紛的解決是為了公司利益的最大化，對損害公司利益的行為及時糾正，能彰顯司法的引導作用，引導參與主體盡到忠實勤勉的義務，監督各方履行自身義務，更好地保障公司</p>

	在良性軌道上平穩運行。
(2014) 川民終字第 667 号	<p>爭取在年前解決所欠款項」的意見可以看出，處理案涉被拆除的浮選設備系基於解決慧能公司資金困難，清結公司債權債務，維持慧能公司正常經營的目的，本案既無證據顯示作出案涉浮選設備系公司閒置設備這一商業判斷的時任董事與拆除案涉浮選設備之間存在利害關係，也無證據顯示時任董事做出上述判斷存在主觀惡意或重大過失。綜合本案現有證據，慧能公司時任董事根據所掌握的公司的實際運營情況、公司未來運營計劃及負債情況等信息，做出案涉浮選設備系公司閒置設備這一判斷並未悖離一般經營者的通常決策水平，不存在明顯的不合理，未違反董事的忠實義務和勤勉義務。</p>
(2016) 川民終 950 号	<p>同時，董事會作出前述設立分公司的決議，應屬於公司董事會的商業判斷範疇，根據珠峰商貿公司 2004 年 10 月 18 日、10 月 20 日的董事會決議關於「經過近一個月調查論證，對於公司在石棉投資建廠諸方麵條件及黃磷廠建成後原材料及產</p>

	<p>品的購銷業務、利潤等均有一定把握」等內容及黃啓人等董事提交的相關技術研究機構出具的可行性研究報告可以看出，董事會作出設立分公司的決議經過了考察論證，本案現有證據不能證明時任董事作出前述決議時存在主觀惡意或重大過失，也不能證明其違反了董事的忠實義務和勤勉義務。</p>
<p>(2013) 怀中民二終字第 244 号</p>	<p>不能證明新代錳業實際損失的客觀存在，不排除履行合同可能造成新代錳業的損失屬於市場風險行為。</p>
<p>(2014) 鼓商初字第 411 号</p>	<p>在沒有深刻認識到生產中速度和溫度在整體貼合牢度中的重要性和一定的不可變性之前，沒有經過水洗測試只是憑借手撕牢度和片面的理解」。再結合張勇在郵件中關於「雖然自己不希望發生，但是事實已經形成，請予以見諒，同時深表遺憾」的檢討，可以認定張勇對其造成的損失在主觀上並無故意或重大過失。在產品出現質量問題後，張勇亦積極檢討，並提出解決問題的多種方案及建議，願意接受公司的任何處理，並提出辭職，且已實際離</p>

	職。因此，即便禾潤公司有損失，亦屬於其經營過程中正常的商業風險。
(2009) 杭淳商初字第 1212 号	公司法第一百五十三條規定，董事、高級管理人員違反法律、行政法規或者公司章程的規定，損害股東利益的，股東可以向人民法院起訴。但是，原告在本案訴訟中沒有舉證證明，被告在經營中實施違法或違反公司章程的行為損害股東財產利益的事實。被告在經營中盡其最大的能力和努力仍然不能使公司生產、銷售延續，公司有權解聘被告的總經理職務。依據經營判斷規則，因為被告盡到了勤勉義務，即使公司未能實現經營計劃，被告也不須對公司承擔賠償責任，更不必向股東承擔賠償責任。
(2017) 皖 01 民終 6587 号	公司的高級管理人員的忠實義務，是指其在管理公司經營業務履行職責時，必須為公司最大利益努力工作，當自身利益與公司利益發生衝突時，必須以公司利益為重，不得將自身利益置於公司利益之上。如果高級管理人員與其作出經營判斷的內容沒有利害關係，其有正當理由相信

	<p>在當時情形下掌握的有關經營判斷信息充分、妥當、可靠，其經營判斷符合公司的最佳利益的，就應當認為其誠實地履行了義務，對由此發生的合理經營判斷造成的失誤，可以減輕或者免除責任。</p>
--	---



附錄二：商業判斷規則法院觀點一覽

案號	法院觀點
<p>僅將商業判斷規則作為概念提出，沒有解釋和具體適用</p>	
<p>(2010)閔民二 (商)初字第 1659 号</p>	<p>故被告作為上海 A 物流有限公司的執行董事、法定代表人，有權在職權範圍內依據商業判斷規則自主決定公司的經營方式。</p>
<p>(2018)粵 0303 民初 18674 号</p>	<p>三、《轉讓協議》關於違約責任的條款是合同各方基於商業判斷規則在平等協商的基礎上充分討論後簽署的，是各方的真實意思，不違反法律規定，股權轉讓協議約定的違約金計算方法合法有據，應當支持。</p>
<p>(2010) 閔民 二 (商) 初 字第 215 号</p>	<p>本院認為，對公司自治權及董事經營判斷的保護，應引入商業判斷規則等予以規制。</p>
<p>(2018) 苏 1191 民初 1435 号</p>	<p>最後，被告認為應收賬款明細分類賬中鉛筆字備注「應開未開票，3 噸，計 48600 元」系事後加上去的，當時沒有該備注，該說法亦有悖常理，因為如果當時沒有該備注，應收賬款明細分類賬記載的被告欠款金額僅為 54400 元，則被告不會確認欠 9.7 萬元左右，事實是被告在應收賬款明細分類賬原件上書寫這樣的欠條，該行為與法庭陳述相互矛盾，既違背理性</p>

	的商業判斷規則，也不符合日常生活經驗法則。
(2016) 苏 01 民终 3047 号	綜上，本案中，潤暉公司提供的證據不足以證明給予創世紀公司 8 個版面返點優惠不符合潤暉公司銷售政策、給公司造成 765893 元的損失，亦未提供證據證明谷春寧、範加飛在該業務往來中違反商業判斷規則，存在損害潤暉公司利益的故意或重大過失，故潤暉公司上訴請求沒有法律及事實依據，本院不予支持。
拒絕使用商業判斷規則	
(2011)沪一中 民四(商)终字 第 270 号	本院亦注意到，原審法院對公司自治權及董事經營判斷的保護，引入商業判斷規則這一闡述，即董事、高級管理人員在公司商業決策時是否滿足了高度的勤勉義務之要求，然此僅為學理上的概念。在本案中，劉某某以我國《公司法》第一百四十八條、第一百五十條作為其請求權基礎，故本院在確定執行董事孫某某違反忠實、勤勉義務及給公司造成損害需承擔賠償責任的歸責原則時，同樣需要由行為人的違法行為、行為人的過錯、實際損害的發生以及行為與損害的因果關係構成，故公司款項被執行董事孫某某划出與孫某某侵佔了公司財產的事實之間無法構成直接的因果關係，如以此認定，將會影響公司董事、監事、高級管理人員採取符合公司最佳利益的行為，因此，

	<p>對劉某某提出較高的證明要求亦是必要的。此外，孫某某因放棄抗辯的權利需承擔舉證不利的後果的前提是建立在劉某某提供了充分證據證明即孫某某已構成侵佔公司資產的事實之上。基於上述分析，本院認為，原審法院對雙方的舉證責任分配並無不妥。</p>
<p>粗淺解釋商業判斷規則內涵和效果</p>	
<p>(2018)川 15 民初 9 号</p>	<p>公司經營管理過程中必然會產生各種債務，不能苛求決策者在當時的判斷一定準確，商業判斷規則應當被遵循，除非有相反的證據予以否定。</p>
<p>(2011)沪一中 民四(商)终字 第 174 号</p>	<p>雖然相關決策在程序上存在欠缺（決定公司的重大經營方針應該通過股東會決議），但其決策是依據商業判斷規則在良成公司停止生產經營的狀況下作出，在此無法用法律規定對汪 B 的行為加以評判，認定汪 B 違反了勤勉義務。</p>
<p>(2015)民二终 字第 310 号</p>	<p>因為資金使用的機會成本以及利潤損失屬於商業判斷規則的範圍，況且當事人並沒有把這部分損失約定為利息損失。資金佔用損失的約定系雙方自願協商達成，甘彥海認為應當按同期銀行貸款計算利息作為損失沒有合同和法律依據。因此，原審法院判決剩餘股權及不動產轉讓款為 4000 萬元據理充分，本院予以維持。</p>
<p>(2018)黑民申</p>	<p>由於公司的高級管理人員在從事商業活動時常會</p>

2845 号	面臨極大商業風險，不能要求每一個決策活動均產生最佳效益，否則對實際經營管理者的要求將過於苛刻。王夢玉的案涉行為在當時情形下具有一定的合理性，並不違反商業判斷規則。
(2017) 最高法民申 2454 号	此外，從商事交易的判斷原則來看，本案訴爭協議簽訂於亞瑪頓公司上市之前，因此，對於雙方利益的衡量應置於當時的環境之中，而不能基於事後已知亞瑪頓公司確已上市及其上市後的股票價值進行判斷。因此，結合商業交易習慣的表述方式、商業判斷規則等，原審判決相關考量亦有待覈實。
(2010) 閩民二（商）初字第 476 号	汪 α 作為第三人的股東及執行董事，要求出租方 B 公司減免租費，並解除與 B 公司的租賃協議，雖然相關決策在程序上存在欠缺（決定公司的重大經營方針應該通過股東會決議），但其決策是依據商業判斷規則在第三人停止生產經營的狀況下作出，本院在此無法用法律規定對汪 α 的行為加以評判，認定汪 α 違反了勤勉義務。
肯定商業判斷規則，但將其效果直接連結至實體法	
(2009) 杭淳商初字第 1212 号	依據經營判斷規則，因為被告盡到了勤勉義務，即使公司未能實現經營計劃，被告也不須對公司承擔賠償責任，更不必向股東承擔賠償責任。
(2017)皖 01	本院認為，基於公司經營業務的複雜性和商業決

<p>民終 7360 号</p>	<p>策自身的特點，考量公司執行董事的責任，應當參照商業判斷規則。根據執行董事這一公司治理機構的運作特點，如果作出商業判斷的執行董事與作出判斷的內容沒有利害關係，其有正當理由相信其在當時情形下掌握的有關商業判斷信息充分、妥當、可靠，其商業判斷符合公司的最佳利益的，就應當認定為忠實、勤勉地履行了義務。</p>
<p>(2014)湘高法 民二終字第 73 号</p>	<p>第二、公司董事作為由股東選舉產生的公司管理者，對公司事務具有獨立的決定權，有權依照其對公司經營狀況的判斷獨立做出相應的經營決策選擇，只要該經營決策沒有故意損害其他人的合法權益，即使該經營決策事後被證明對公司造成了損害，董事的該種基於公司經營狀況作出商業決策的權利也應受到法律的保護，而無須承擔責任，這也即所謂的公司管理者的商業判斷規則。本案所爭議的事實，即華能公司在 2009 年是否應恢復生產屬於公司內部經營事項，應由公司內部經營者基於對公司經營狀況的整體判斷做出其認為正確的商業判斷，而非應由法院作出決定的事項，除非南東公司能證明該經營決策系華能公司董事為了故意損害其利益，以使作出決定的董事獲得不當利益的行為，否則不論該行為事後證明對公司是否有利，其他股東均不得以此為由要求公司董事承擔責</p>

	<p>任。一審判決以渣滓溪公司所委派的華能公司董事未決定在 2009 年恢復生產為依據，判令渣滓溪公司應承擔責任，系以法院的事後判斷代替了公司經營者的商業判斷。該判決違反了我國公司法中公司獨立經營原則，應予糾正。</p>
<p>(2017)皖 01 民終 7901 号</p>	<p>基於公司經營業務的複雜性和商業決策自身的特點，考量公司高級管理人員的責任，應當參照商業判斷規則。如果作出商業判斷的高級管理人員與作出判斷的內容沒有利害關係，其有正當理由相信其在當時情形下掌握的有關商業判斷信息充分、妥當、可靠，其商業判斷符合公司的利益的，就應當認定為忠實、勤勉地履行了義務，對由此發生的合理經營判斷失誤造成的損失，可以減輕或者免除責任。</p>
<p>(2014) 川民 終字第 667 号</p>	<p>第三，至於案涉浮選設備是否屬於慧能公司閒置設備，屬於公司董事會的商業判斷範疇，需要慧能公司董事會根據公司運營情況、負債情況等事項，進行綜合考量並作出判斷。就本案而言，根據《臨時董事會決議》關於「為了盤活公司資產，解決公司資金存在的困難，處置公司閒置的設備、設施及交通工具」的內容、《總經辦報告》關於「一年一度的春節佳節即將來臨，許多債權債務都要在年底之前清結，公司目前面臨來自甘洛賓館、城北加油站、汽修廠、辦公</p>

	<p>用品店等等方面的催款。按照公司 2012 年 9 月 28 日在成都市新都區蜀龍路香城港灣茶府補召開的第三次臨時董事會會議決議內容第三條：為了盤活公司資產，解決公司資金存在的困難，處置公司閒置的設備、設施及交通工具的要求，出讓公司洗選建材廠洗選車間的廢舊閒置設備」的內容以及公司原董事長邱康關於「嚴格按照董事會決議執行。爭取在年前解決所欠款項」的意見可以看出，處理案涉被拆除的浮選設備系基於解決慧能公司資金困難，清結公司債權債務，維持慧能公司正常經營的目的，本案既無證據顯示作出案涉浮選設備系公司閒置設備這一商業判斷的時任董事與拆除案涉浮選設備之間存在利害關係，也無證據顯示時任董事做出上述判斷存在主觀惡意或重大過失。綜合本案現有證據，慧能公司時任董事根據所掌握的公司的實際運營情況、公司未來運營計劃及負債情況等信息，做出案涉浮選設備系公司閒置設備這一判斷並未悖離一般經營者的通常決策水平，不存在明顯的不合理，未違反董事的忠實義務和勤勉義務。</p>
(2021)粵 01 民終 1056 号	<p>其次，基於公司經營業務的複雜性和商業決策自身的特點，考量公司執行董事經營管理行為的合理性，可以參照商業判斷規則。根據執行董事這一公司</p>

	<p>治理機構的運作特點，如果作出商業判斷的執行董事與作出判斷的內容沒有利害關係，其有正當理由相信其在當時情形下掌握的有關商業判斷信息充分、妥當、可靠，其商業判斷符合公司的最佳利益，就應當認定為忠實、勤勉地履行了義務。</p>
<p>(2016) 川民終 950 号</p>	<p>同時，董事會作出前述設立分公司的決議，應屬於公司董事會的商業判斷範疇，根據珠峰商貿公司 2004 年 10 月 18 日、10 月 20 日的董事會決議關於「經過近一個月調查論證，對於公司在石棉投資建廠諸方麵條件及黃磷廠建成後原材料及產品的購銷業務、利潤等均有一定把握」等內容及黃啓人等董事提交的相關技術研究機構出具的可行性研究報告可以看出，董事會作出設立分公司的決議經過了考察論證，本案現有證據不能證明時任董事作出前述決議時存在主觀惡意或重大過失，也不能證明其違反了董事的忠實義務和勤勉義務。</p>