

# 上市公司董事义务分析及立法完善

胡军 夏曦

(西南政法大学民商法学院 重庆 400031)

**【摘要】** 本文分析了上市公司董事的忠实义务和注意义务,同时就我国《公司法》及相关法规对上市公司董事义务的规定进行了分析且提出了完善建议,以使得上市公司董事义务的相关规定在实践中得到有效执行。

**【关键词】** 上市公司 董事义务 忠实义务 注意义务

## 一、上市公司董事的忠实义务

### 1. 两大法系国家对上市公司董事忠实义务的不同看法。

在大陆法系国家,无论是采用代理说、委任说还是法定说,董事的义务都包括董事对公司的诚实信用义务。德国的《股份公司法》规定:董事会成员在指导业务开展时,应当谨慎、细心和具有责任心。日本的《商法典》规定:董事应当遵守法令及章程的规定和遵照股东大会决议,为公司忠实地履行职责。而普通法系国家对上市公司董事忠实义务有不同的看法。英国的Gower把忠实义务细化为以下四点内容:①董事有自信是对公司最有利而善意作为的义务;②董事负有依特定目的行使权力的义务,即使除特定目的以外的目的对公司最有利,其也不得依这些目的而行使权力;③董事在符合上述两方面条件的情况下行使权力时,拥有自由裁量权;④即使符合上述三个方面的条件,但未经公司的同意,董事也不得将自己置于利益冲突的位置。美国相关法规指出,忠实义务是指公司董事或控股股东应将公司利益置于自身利益之上,应做到和公司业务开展没有利害关系并且独立于交易之外。而在判断什么是有利害关系或不独立时,主要有以下三个标准:①自我交易:董事或控股股东直接是交易的双方;②冲突交易:董事或控股股东与交易的任何一方有直接或间接的利益冲突;③争夺公司的交易机会。可见,忠实义务是一种以信任和依赖为前提和基础的义务,此种义务要求义务人除了取得自己应得的报酬,不得追求其他的个人利益。

2. 上市公司董事忠实义务的具体表现形式。我们并不能完全列举上市公司董事忠实义务的具体内容,因为现实中董事不履行忠实义务的情况各种各样。我国《公司法》对上市公司董事忠实义务作出了规定,列举了七种表现形式和一个兜底条款,其中包括禁止自我交易义务和竞业禁止义务。下面对其作具体分析:

(1)禁止自我交易义务。董事的自我交易,指董事所任职公司与董事本人或与董事本人有利害关系的其他自然人、公司之间的交易。由于董事在公司中的特殊地位以及人性自私的特点,很难说董事在履行其与公司订立的合同过程中会保持公平、有序。在交易中,若从自身利益出发,董事自然希望尽

可能多地从交易中获得收益;同时,若从公司利益出发,董事具有极大化公司财富的信托义务,故董事也应当从交易中为公司争取更大的利益。因此,早期英国和美国的公司法是禁止董事与公司进行交易的,无论董事与公司签订的合同是否公正,一律认为其无效或可撤销。其实,并非董事与公司之间签订的所有合同都是不公平、不合理的,进行自我交易并不是一种犯罪行为或必然会侵害公司的利益,它只是存在一种潜在的风险。有时,公司从其与董事或利害关系人签订的合同中会比从其他交易途径获得更多的优惠,特别是当公司急需资金和某些特定原材料而不能从市场上获得时更是如此。从某种方面来说,禁止董事进行自我交易就是禁止双方代理或自己代理制度的延伸。但是,董事的自我交易与双方代理或自己代理并不完全相同。在董事与公司之间的自我交易中,如果参与自我交易的董事并未参与公司一方对交易的表决、执行过程,就可以避免双方代理或自己代理情形的出现。而只要参与自我交易的董事严格履行信息披露义务,完全能够保证其他董事在表决时的知情权和此类交易对公司而言是公平、合理的,就应当允许和鼓励其进行自我交易。董事的自我交易经历了一个从绝对无效或可撤销到有条件地承认其有效的发展过程。

(2)竞业禁止义务。对与特定经营有特定关系的特定人的特定行为加以禁止,称为竞业禁止。竞业禁止义务,是指公司董事根据法律规定或合同的约定,应当履行不开展与其所任职公司业务具有竞争关系的业务、不担任与其所任职公司具有竞争关系的经济组织的负责人或无限责任股东、不兼任任何经济组织的负责人的义务。竞业禁止义务是一种不作为义务。竞业禁止义务源自董事向公司所承担的忠实义务,是董事忠实义务派生出的具体义务。董事作为公司的代理人或受托人,不能过分追求与公司利益相冲突的个人利益。如果董事利用其所掌握的公司的商业秘密帮助自己或他人开展与公司业务具有竞争关系的业务,这会对公司利益造成很大的损害。

## 二、上市公司董事的注意义务

注意义务又称董事的善管义务,大陆法系国家将其称为“善良管理人的注意义务”,普通法系国家将其称为“勤勉、注意和技能义务或注意和技能义务”。其基本含义是:董事有义

务对公司履行相关职责,并且应当诚实地履行职责。

上市公司董事注意义务的衡量标准是商业判断规则。商业判断规则(也称经营判断规则)是美国法院在长期的司法实践中逐步形成的一项关于上市公司董事注意义务的判例法规则,其是美国判例法中非常著名的用以衡量董事信托义务的标准,属于普通法的内容。联邦立法和州立法中都没有相应的条款专门阐释商业判断规则。美国法学会的《公司治理原则》将商业判断规则阐述为,如果作出商业判断的董事或经理符合下列3项条件,就应认为其诚实地履行了本节规定的义务:①该当事人独立于交易;②该当事人有正当理由相信其在当时的情形下掌握的有关经营信息充分、妥当、可靠;③该当事人有理由认为他的商业判断符合公司的最佳利益。解读美国法律中的重要判例与法官判决,可以将商业判断规则的内容总结成如下几个要点:

(1)商业判断规则是普通法的内容,没有成文法条款的规定。

(2)遵循商业判断规则的目的是在公司治理的集中管理模式下,保证董事的独立判断能力和执行力,保证董事在一定条件下不会受到股东诉讼的拖累。

(3)商业判断规则的实质内容是:董事在满足独立于交易、作出决策前获得所有相关信息等前提条件下所作出的商业决策遵循了商业判断规则,法院则不得再对其商业决策进行司法判断。

(4)上述“独立于交易”实际上是指不依赖于与公司交易有利害关系的人。

(5)一旦适用商业判断规则,通常情况下就意味着原告败诉后,法院将不再审查董事的决策是否合理、正当,更不会对原告追加任何责任。所以,法官一旦运用商业判断规则,通常就意味着董事无责任。

(6)董事并不能因为“无能”和“愚蠢”而被起诉,董事不对商业判断失误承担责任。

(7)在判例法历史上,即便法院运用了商业判断规则,原告仍然可以“浪费公司资产”为诉讼理由追究董事的责任。因为“浪费公司资产”这一诉讼理由是不在商业判断规则的保护之下的。要排除“浪费公司资产”的诉讼理由,董事的决策必须征得所有股东的一致同意,而这对股东成千上万的公众公司而言是完全不可能的。实际上,这是法院在商业判断规则之外留下的一个制约董事的武器。即便董事满足了上述三个前提条件,其决策仍然可能不公正,所以法院可以“浪费公司资产”为由追究董事的责任。法院在判决时是非常谨慎的,因为这会影响人们运用商业判断规则的信心,所以不到万不得已,“浪费公司资产”的诉讼理由是很难得到法院的支持的,律师一般也很少以此为由提起诉讼。因此,“浪费公司资产”的诉讼理由对董事而言只是一种潜在威胁,但其对董事善意行事或多或少还是起到了一定的作用,尽管该作用非常有限;而对于法院来讲,除商业判断规则以外,还保有一条追究董事责任的理由,其对案件的处理至少会有微妙的协调作用,尽管董事因“浪费公司资产”而承担责任的案件非常少。

(8)如果没有运用商业判断规则,或者说商业判断的假设被原告推翻了,并不意味着董事所作出的决策是错误的,只是表示证明责任被转移给了董事,由董事来证明该交易是否公正。证明责任的转移并不意味着董事一定要承担责任,只有在董事无法证明交易公正、适当的情况下,才要承担赔偿责任。

商业判断规则既是一种诉讼上的举证责任分配机制,又是一项实体法规则,其能保证董事被授予的管理权充分、能自由行使。认为董事没有履行注意义务的原告必须提供证据证明董事的行为属于重大过失行为或其并非是为了追求公司利益,即不满足上述三个前提条件,商业判断的假设因此不成立。如果原告不能完成举证,则董事可以援引商业判断规则来保护自己,法院不会对他们的商业决策作实质性审查;如果原告成功举证,则证明责任被转移给被告,由被告证明被诉交易对股东而言是适当的。由此可见,运用商业判断规则并不直接导致被告承担责任,商业判断规则是一种在原告与被告之间转移证明责任的程序性机制。商业判断规则的适用前提是董事做出的经营判断必须以其充分了解情况为基础。美国公司法就董事的经营判断是否以其充分了解情况为基础,确立了“重大过失”标准,强调董事履行注意义务应遵循“正当程序”原则和“充分披露”原则。商业判断规则在美国各州均获得认可,也得到诸如英国等国家公司法的借鉴。

在大陆法系国家,上市公司董事注意义务的衡量标准不同。在日本,公司与董事之间的法律关系适用委任的规定。董事作为董事会的成员或代表董事,在履行职责时对公司负有善管注意义务。德国的《股份公司法》规定:董事会成员在指导业务开展时,应当谨慎、细心和具有责任心。德国的《股份公司法》所规定的这种“注意义务”程度较高,是以“专家”的注意为标准,从而在关于董事是否履行“注意义务”的争议中明确了董事应承担特殊的举证责任。

### 三、完善我国《公司法》对上市公司董事义务的规定

1. 完善我国《公司法》对上市公司董事注意义务的相关规定——以符合国情的方式逐步运用商业判断规则。我国学者对我国能否借鉴商业判断规则所持态度不一。有学者认为我国《公司法》应大胆导入这一原则;也有学者对此持审慎态度,认为这一原则在“正当理由”等方面没有为法官提供切实可行的认定标准,其具体实施要依赖于法官的自由裁量,即使在属于普通法系国家的美国,这一原则仍具有争议,其正确运用对于法官而言也绝非易事,那么对于我国这样一个传统的成文法国家而言,这一原则的运用就更应当谨慎。

由以上分析可知,商业判断规则是一项具有实践性的规则,它将法院的公权力和董事的商业决策权之间划分出了一条清晰的界限,明确了法院可以介入公司事务的程度和方式。这无疑是极具研究价值和借鉴意义的。但我们也必须看到商业判断规则形成及其适用有其特定的立法背景与制度环境,英国和美国关于上市公司董事注意义务的法律规制相当完备与严密,而这一法律原则的存在主要是为了在上市公司董事注意义务被要求不当履行时为董事免责提供帮助,以有效平衡董事的“责、权、利”关系,使其权利与义务关系趋于合理与

对等,便于董事大胆决策。而在我国,目前对上市公司董事义务的立法尚存在诸多漏洞,对上市公司董事注意义务的立法更加不完善。从我国现行《公司法》中关于董事职权的规定和现代公司普遍存在的“内部人控制”现象来看,在我国公司董事的权利与义务构架中,权远大于责,有关董事义务规制明显表现出不足,加之我国为成文法国家,各地司法水平和法官的专业素质参差不齐,因而在我国直接、完全地运用商业判断规则的条件尚不成熟,应当结合我国国情逐步对其中的合理成分予以借鉴,唯有这样才能使我国《公司法》及其他相关法律中的上市公司董事注意义务的规定更完善和更具操作性。此外,我国虽然不是判例法国家,但可以在个案裁判中对商业判断规则加以运用,以逐步试探出符合我国国情的制度移植方式。

2. 完善我国《公司法》对上市公司董事忠实义务的相关规定。

(1)我国《公司法》中的相对禁止事项批准机关的规定存在不足,应对其加以完善。根据我国《公司法》第149条可知,对于董事履行忠实义务所禁止从事的事项分为绝对禁止事项和相对禁止事项,其中:挪用公司资金、将公司资金以个人名义或他人名义开立账户储蓄、将他人与公司交易的佣金归为自己所有、擅自公开公司的商业秘密等为绝对禁止事项,因为这些行为会损害公司的利益;而将公司资金借给他人或者以公司财产为他人提供担保、与本公司签订合同或者进行交易、利用职务便利为自己或者他人谋取本属于公司的商业机会、自行开展或者帮他人开展与所任职公司业务具有竞争关系的业务等为相对禁止事项。

上市公司的股权分散、股东众多,如果每一笔自我交易都要交由股东大会审核,不仅手续繁琐、耽误时间,而且很难让无害甚至有利于公司的自我交易得到实现。就公司同意的问題,理论上一般包括公司章程同意、股东大会同意和董事会同意。我国《公司法》曾规定,董事与公司的自我交易不能由董事会批准,因为其不能做出独立、公平、公正的判断。尽管这种担忧不无道理且至今无法完全消除,但基于商业实践发展的现实和转瞬即逝的商业机会对决策效率的要求,现代《公司法》也允许董事会对自我交易作出同意的意思表示。例如在美国,如果董事要进行一项自我交易,可以经董事会中的无利害关系的其他董事作出批准,而无须交由股东大会批准。日本、韩国等国家的公司法也规定批准机构为董事会。我国《公司法》

只规定了公司章程允许和股东大会允许这两种形式,这无疑保守的做法。对于上市公司而言,可以规定由董事会中的无利害关系董事过半数同意通过。

(2)我国《公司法》中的归入权规定存在不足,应对其加以完善。我国《公司法》第149条规定了归入权,所谓归入权是指董事不履行忠实义务而获得利益的,公司有权依照《公司法》的规定将利益归公司所有。但是我国《公司法》对归入权的行使主体、行使方式、行使期限都未作具体规定。就行使主体而言,美国以董事会作为公司代表提起诉讼,德国以监事会作为公司代表提起诉讼,意大利由股东大会提起诉讼或根据股东大会决议提起诉讼;就行使期限而言,日本和我国台湾立法规定归入权自产生之日起1年不行使就会丧失,德国规定自知道归入权产生之日起3个月或者自归入权产生之日起5年不行使就会丧失。因此,为了更好地帮助公司行使归入权、使董事切实履行忠实义务,我国应当在《公司法》修改或者颁布《公司法司法解释》时将上述问题予以明确,以使得立法中关于上市公司董事忠实义务的规定在实践中得以有效执行。

#### 主要参考文献

1. 曹顺明. 股份有限公司董事损害赔偿研究. 北京: 中国法制出版社, 2005
2. 张开平. 英美公司董事法律制度研究. 北京: 法律出版社, 1998
3. 梅慎实. 现代公司机关权力构造论. 北京: 中国政法大学出版社, 1996
4. 李燕. 透视美国公司法上的董事忠实义务——兼评我国《公司法》对董事忠实义务之规定. 现代法学, 2008; 1
5. 王保树. 股份有限公司的董事和董事会. 外国法译评, 1994; 1
6. 刘俊海. 新公司法的制度创新: 立法争点与解释难点. 北京: 法律出版社, 2006
7. 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; 5
8. 末永敏和著. 金洪玉译. 现代日本公司法. 北京: 人民法院出版社, 2000
9. 卞耀武. 当代外国公司法. 北京: 法律出版社, 1995
10. 罗伯特·霍恩等著. 楚建译. 德国国民商法导论. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996
11. 赵旭东. 新公司法制度设计. 北京: 法律出版社, 2006