

商业判断规则的引入问题反思

洪 慧

浙江农林大学文法学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2026年5月25日; 录用日期: 2026年7月21日; 发布日期: 2026年7月30日

摘 要

新《公司法》的修订, 进一步明确了勤勉义务的内涵, 但缺乏勤勉义务的判断标准, 这会导致该条款在司法实践中的适用难题。商业判断规则与勤勉义务一脉相承、不可分割, 具有明确勤勉义务的判断规则和免责事由的价值。鉴于我国是采取成文立法模式的国家, 以明确立法形式将商业判断规则确立下来的德国, 其移植方式或许对我国具有更大的参考价值。考虑到商业判断规则在我国的基础较薄弱, 短时间内被纳入《公司法》, 反而会适得其反, 若通过司法解释的方式引入商业判断规则, 不仅立法成本更低, 还更加灵活。

关键词

商业判断规则, 勤勉义务, 域外经验, 司法解释

Reflections on the Introduction of the Business Judgment Rule

Hui Hong

College of Humanities and Law, Zhejiang A&F University, Hangzhou Zhejiang

Received: May 25, 2026; accepted: July 21, 2026; published: July 30, 2026

Abstract

The revision of the new “Company Law” further clarifies the connotation of the duty of diligence, but lacks criteria for judging this duty, which can lead to difficulties in applying this provision in judicial practice. The business judgment rule is closely related to and inseparable from the duty of diligence, and it has value in providing clear criteria for judging the duty of diligence and reasons for exemption. Given that China adopts a codified legislative model, Germany, which has established the business judgment rule in a clear legislative form, may offer greater reference value for China in terms of transplantation. Germany’s improved approach is to codify the business judgment rule into statutory law

while implementing a reversal of the burden of proof system, thereby reducing the plaintiff's burden of proof during litigation. Considering that the foundation of the business judgment rule is relatively weak in China, incorporating it into the Company Law in a short time could be counterproductive. Introducing the business judgment rule through judicial interpretation would not only have lower legislative costs but also be more flexible.

Keywords

Business Judgment Rule, Duty of Diligence, Foreign Experience, Judicial Interpretation

Copyright © 2026 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

针对董事的勤勉义务,《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第180条¹进一步明确了其内涵,同时为董事履职行为构建了一般性的勤勉标准。然而,该标准缺少具体的操作性指引与细致的判断标尺,导致其在司法适用过程中面临难题。商业判断规则与勤勉义务密不可分,共同构成董事责任体系,具有明确勤勉义务的判断规则和免责事由的价值。“其为董事提供了经营判断失误上的避风港,体现了司法谦抑的立场,蕴含了鼓励商业创新与弘扬企业家精神的基本理念。”^[1]作为美国判例法体系孕育出的司法审查原则,商业判断规则确立了这样一种理念,即法律赋予董事充分的自主经营权,对于其在理性状态下作出的商业决策,原则上应当免于司法机构的实质性审查^[2]。但我国法律均未涉及该规则。

而在司法实践中,法官利用商业判断规则论证说理的情况屡见不鲜,但说理均不够充分,缺乏对其具体应用方式的说明以及对具体案件的涵摄。由此可见,与理论界相比,实务界对商业判断规则缺乏清晰的认识,这与我国未正式引入商业判断规则息息相关。因此,探讨商业判断规则在本土的适用以及以何种形式引入这一判例法制度具有重要现实意义。本文立足于商业判断规则的本土化,通过检视司法实践中存在的问题,并在借鉴域外法中就商业判断规则所积累的经验与教训的基础上,探索该规则在我国法律语境下的本土化路径,从而推动董事勤勉义务制度体系的持续优化与完善。

2. 商业判断规则的引入必要性考究

我国在建立现代公司制度时,简略地规定勤勉义务显然是不够的,这并不会完善公司治理体系,反而会导致勤勉义务在适用过程中引发较大争议。因此,界定勤勉义务的具体内容、引入配套制度是构建董事勤勉义务制度体系的必要方式,而引入商业判断规则是必要环节之一。在引入之前,首先要明晰商业判断规则与勤勉义务的关联,为引入该规则打下理论基础。

2.1. 商业判断规则与董事勤勉义务相辅相成

基于鼓励商业创新与弘扬企业家精神的政策性考量,在董事勤勉义务的基础上孕育出了商业判断规则,二者一脉相承、不可分割,后者是审查前者履行情况的标准。对于二者之间的关系可以这样理解:商业判断规则发端于董事的勤勉义务,同时该规则在适用过程中产生的争议,又反过来完善和深化勤勉

¹ 《中华人民共和国公司法》第180条规定:“董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务,应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突,不得利用职权牟取不正当利益。董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务,执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。”

义务的理论体系,两者在相互补充、相互制约中共同演进,形成了一种动态的平衡关系。[3]商业判断规则为提高公司的运营效率,对董事责任进行了适当限缩,董事只有在故意或者重大过失时才要对公司损失承担赔偿责任[4]。

虽然勤勉义务与商业判断规则在法理基础上存在本质差异,但两者在价值取向上却高度契合——均以实现公司最佳利益为最终目的。勤勉义务的法理基础有信托、代理和委任三种²,三者均要求董事诚实谨慎地行使公司所授予的权利,体现了受人之托、忠人之事的理念[5]。然而,商业判断规则却正好相反,它为董事提供了一种保护方式,以此避免董事承担过重的责任。其理论基础在于商业风险无处不在、无时不有,成也风险败也风险,若是要求董事承担全部风险带来的损失则明显扰乱了市场主体之间的风险分担机制,不利于风险与收益之间的平衡;且由于股东与董事法律地位的不对等,商业判断规则作为法律赋予董事的武器,规定了董事在某些情况下的免责,给予董事较为宽松自由的裁量空间,以便充分发挥企业家的创新精神[6]。可见,二者在理论层面存在显著区别,但在维护公司最佳利益、促进公司稳健发展的根本宗旨上则高度一致性。此外,若对商业判断规则与勤勉义务的适用范围进行全面考察,不难发现两者仅在涉及商业决策的特定情形下有所重叠[3]。对于董事职责范围内那些不具备商业判断属性的日常管理行为,因其本身不涉及商业风险,自然应当排除商业判断规则的适用。然而,在这类管理职责的履行过程中,董事仍要受到勤勉义务的约束。

综上所述,商业判断规则与董事勤勉义务相辅相成。针对董事的履职行为,二者并行发挥作用,形成一套有效的激励与约束机制。考虑到公司在现实运作中普遍存在所有权与控制权相分离的特征,况且董事会已逐渐成为企业的核心决策机构。在这样的背景下,深入厘清商业判断规则与勤勉义务之间的内在关联,不仅有助于明确董事的角色定位与职能边界,也有利于推动公司治理结构的优化与制度体系的完善。

2.2. 司法实践中适用商业判断规则的裁判现状

虽然我国并未以成文法的形式正式引进商业判断规则,但在司法实践中,法官利用商业判断规则论证说理、作出判决的情况屡见不鲜,表明商业判断规则在我国的适用具有可行性。以“商业判断规则”为关键词,在威科先行法律库中进行检索,截至2026年3月1日,共有40份有效裁判文书。

通过对上述案件的初步归纳、分析,可以发现商业判断规则在司法实践适用中存在以下问题:

2.2.1. 判决书中的论证说理部分过于简单

在整理相关案例时不难发现,许多法院在裁判文书中并未对商业判断规则的具体内涵及其适用条件作出充分阐释,而是直接使用“不违背商业判断规则”“符合该规则的要求”“妥善适用该规则”³等简单表达。这种表述会产生一种误解,即在我国现行法律体系中该规则已被明确规定,因而不需在裁判文书中多加赘述。此种做法不仅削弱了司法裁判的规范性与稳定性,也使得商事主体难以在此基础上形成合理的心理预期,损害了司法的公信力[7]。

2.2.2. 适用商业判断规则的方式存在差异

一种方式是推定董事的决策内容和过程符合规定,而法院对此保持谨慎态度、不主动介入审查,除

²信托说认为,董事与公司之间的关系是信托的关系,公司董事作为公司财产的管理人,其职责是积极地运用财产谋求利润而非像信托关系中的受托人那样限于消极地保管受托财产之完整;代理说是建立在公司法人拟制说基础上的,作为代理人,公司只能通过董事的行为才能与第三人建立法律关系,从而取得权利承担义务;委任说认为,作为受托人的董事对于公司负有作为善良管理人的注意义务。

³参见陈某与重庆宏某实业有限公司、赵某蓉损害公司利益责任纠纷案,重庆市第一中级人民法院(2023)渝01民终11603号民事判决书;黑龙江鸿基米兰热力有限责任公司、王梦玉损害公司利益责任纠纷案,黑龙江省高级人民法院(2018)黑民申2845号民事裁定书;王某、严某、上海某公司损害公司利益责任纠纷案,上海市第一中级人民法院(2025)沪01民终16909号民事判决书;史某与蒋某等股权转让纠纷案,上海市宝山区人民法院(2024)沪0113民初25440号民事判决书。

非原告能提供确凿证据,证明被告董事存在故意或重大过失行为。⁴此种方式反映出司法机关对公司自主决策权的充分尊重,但与此同时,将证明责任分配给原告,要求其提供确凿证据,实际上加重了原告的诉讼负担。另一种方式是法院通过实质审查来判定董事决策是否符合商业判断规则。以“范强、蒋年保损害公司利益责任纠纷案”为例,法院对商业判断规则的内涵及适用要件进行了详尽阐释,指出鉴于公司经营业务的复杂性与商业决策的固有特点,在评判董事责任时应当引入商业判断规则;若作出决策的董事与该决策事项无利害关系,且有合理依据相信其决策时所依据的信息在当时情境下充分、妥当且可靠,并确信该决策符合公司最佳利益,则应认定其已勤勉履行义务。⁵随后,法院结合案情对涉案董事决策是否满足商业判断规则展开审查:范某在签约过程中并未违反公司章程,相关行为已获得董事会同意,其个人未从中获取不当利益,亦无证据显示该签约决定与当时的商业判断相悖,故不应当认定其签约行为违反了勤勉义务。此外,部分案例甚至表示,即便决策程序存在一定瑕疵,只要通过实质审查亦可符合商业判断规则。例如,在“郑A与上海华亭某公司损害公司利益责任纠纷案”⁶中,法院审理认为,董事汪某虽在运营决策程序上存在不妥之处,但经实质审查,其决策结果并未损害公司利益,因而该决策符合商业判断规则,汪某得以免责。

根据梳理可以得出,在适用商业判断规则裁判说理方面我国已经积累了大量案例。湖南省高级人民法院更是在判决书中对该规则作出整体性的解读,详细介绍其基本内容。⁷但是,阅读这些裁判文书后可以发现,它们均有一个通病,即在适用商业判断规则论证说理时,说理不够充分详实,缺乏对其具体应用方式的说明以及对具体案件的涵摄。

3. 商业判断规则的引入路径审视

关于是否在我国引入商业判断规则的争论持续已久,支持者和反对者对此进行了深入探讨。目前,支持者占大多数。此外,商业判断规则作为美国公司法中一项重要的规则,只要满足一定条件即可避免对决策内容进行实质审查,具有鼓励决策者大胆决策的效果,使得他国纷纷引进效仿。现如今,域外对于商业判断规则的引进适用经历了时间和实践的检验,形成了融合本国国情特点、较为成熟的适用模式。各国形成的多样的适用模式,为我国引进商业判断规则提供了有益参考。

3.1. 商业判断规则的引入问题之争

反对者认为勤勉义务的判断标准应当清晰具体明确,若将商业判断规则作为评判标准,由于其理论基础和内涵均存在争议,可能会在认定董事是否履行勤勉义务时造成混乱。而且公司或者股东在追究董事责任时已然承担较高的举证负担,若在此基础上引入商业判断规则,将会过度保护董事,打破诉讼双方的平衡状态,因此不宜引入^[8]。也有观点认为引入商业判断规则不利于保护股东。商业判断规则存在过度保护董事利益的嫌疑。美国法在适用商业判断规则时存在假设前提,即董事在履行职责时,已遵循必要的程序性要求,并在作出商业判断前进行了全面而审慎的考量,且有充分理由相信其决策符合公司最佳利益。在此前提下,若原告主张董事未尽勤勉义务,就需通过举证来推翻前述假设。具体而言,原告须提供相关证据,以证明董事在决策过程中存在违法、欺诈、滥用职权等情形,从而表明其行为不符

⁴例如,李尧奔与北京京西文化旅游股份有限公司公司决议效力确认纠纷案,北京市第三中级人民法院(2017)京03民终7216号民事判决书,法院认为,董事会在其权限范围内,有权对公司对外投资进行考量及决策,如股东主张董事会各董事违反商业判断规则,违反对公司忠实义务,则须提供充分证据佐证。

⁵范强、蒋年保损害公司利益责任纠纷案,安徽省合肥市中级人民法院(2017)皖01民终7901号民事判决书。

⁶郑A与上海华亭某公司损害公司利益责任纠纷案,上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民四(商)终字第174号民事判决书。

⁷衡阳市南东有色金属有限公司与湖南安化渣滓溪矿业有限公司案,湖南省高级人民法院(2014)湘高法民二终字第73号民事判决书,“公司董事作为由股东选举产生的公司管理者,对公司事务具有独立的决定权,有权依照其对公司经营状况的判断独立做出相应的经营决策选择,只要该经营决策没有故意损害其他人的合法权益,即使该经营决策事后被证明对公司造成了损害,董事的该种基于公司经营状况作出商业决策的权利也应受到法律的保护,而无须承担责任,这也即所谓的公司管理者的商业判断规则。”

合勤勉尽责的要求,无法受到商业判断规则的保护。与此同时,原告也可以通过证明董事存在恶意引导、决策时非善意、故意隐瞒重要信息等情况。这种举证责任的分配,对原告来说是一项颇具难度的考验。而只有当原告提供充足证据,证明董事的行为存在主观恶意或信息记载存在缺失时,法官才会对勤勉义务的行为标准进行深度审查,这就实质架空了勤勉义务,使其在司法层面难以发挥对董事决策的有效约束力[9]。

支持者认为企业家的精神体现在探索与革新之上,他们往往勇于涉足高风险项目。若法律层面缺乏对企业家的有效保护机制,则可能导致其踟蹰不前,进而阻碍企业的成长与发展。鉴于此,结合我国的具体国情,引入商业判断准则显得尤为重要,可以消除董事决策时的顾虑,从而充分发扬企业家精神[10]。此外,支持者在如何引入商业判断规则方面也存在不少争议。有学者提议,应通过判例制度将商业判断规则引入实践,而非采用成文法方式确立。该学者认为,若通过成文法形式确立该规则,不仅无法全面覆盖其丰富内涵,也可能使法官在审理董事勤勉义务相关案件时面临裁量困境。商业判断规则的活力和生命力正源于法官能够在公平正义的前提下,依据具体案情行使自由裁量权[6]。还有学者考虑到我国缺乏判例法的传统,判例在我国不具有正式法源的地位,因而主张以制定法形式引入商业判断规则[10]。

本文认为有必要引入商业判断规则。主要原因在于,作为平衡董事权责的重要机制,商业判断规则在特定条件下限制法官介入,避免法官对决策内容作出实质评价,以此鼓励董事冒险决策,尊重董事善意履职行为,体现了商业决策中效率优先的价值取向[1]。该制度还妥善化解了三大难题,即维护董事冒险决策的积极性、探究董事合理失误的豁免边界,以及寻求破解法院事后审查难题的有效路径。此外,考虑到公司经营的复杂性、市场风险的不可预测性等因素,以辩证的视角来看,风险与机遇往往是并存的,商业判断规则有利于鼓励决策者大胆决策,抓住商机,提高公司的运行效率。至于上文涉及的反对理由,则可以通过制度设计和优化来打消他们的顾虑[9]。针对商业判断规则内涵模糊的问题,可以在总结我国运用该规则的司法实践和学界理论探讨的基础上,吸收借鉴域外的本土化转化经验,明确商业判断规则的具体内涵。针对商业判断规则不利于保护股东的问题,新修订的《公司法》为保护股东权益提供了多方面的制度保障,例如股权回购请求权、股东代表诉讼等措施。此外,在适用商业判断规则时可以采用举证责任倒置的方式来解决股东取证难的问题。本文主张的引入商业判断规则,并非照搬照抄、原封不动地引入商业判断规则,而是根据我国具体国情探讨该规则的本土化路径。

3.2. 商业判断规则引入的不同路径

各国立足于自身的法律传统与现实国情,不断调适与修正,由此逐步形成了两种具有代表性的法律引入路径:一为成文法模式,二为判例法模式。

成文法模式的代表国家是德国。德国立法机构通过成文法的形式,将商业判断规则正式纳入其现行公司法框架之内。与此同时,在理论层面,学界围绕勤勉义务项下董事的具体行为标准,展开了层次分明、类型化的深入研究。具体到法律条文,德国股份公司法第 93 条第 1 款⁸可分为两个层次:前半句明确了股份公司董事勤勉义务的内涵,紧接着的后半句则对该前提下董事适用商业判断规则作出了具体要求。对于该条款,德国学界普遍赞同其在确立过错标准的同时概括性地规定了董事行为规范。在引入商业判断规则的过程中,德国有两点做法值得关注,一是德国法并没有降低美国法上的过错标准,二是排除了美国法上有利于经营者的举证责任规则[11]。即德国法在适用商业判断规则时强调董事存在一般过失就要承担相应责任,以及举证时不侧重保护经营者,而是将举证责任倒置。采用举证责任倒置的规则,主要是考虑到董事作为决策做出者更为了解、更便于提供相应证据来证明自己决策的合理性。

⁸德国股份公司法第 93 条第 1 款规定:“董事在其经营业务中应当尽到一个通畅、认真地经营负责人的注意。如果董事在做出一个企业决定时可以理性地认为,其基于适当的信息并且是为了公司的利益而行为,则不构成义务违反。”

德国股份公司法第 93 条第 2 款⁹则规定被告管理者只要满足以下任意一种情形就免于承担责任，一是证明未违反义务，二是公司损失与违反义务行为之间不存在因果关系，三是无过错[12]。

鉴于德国公司法与美国公司法所秉持的观念不同，商业判断规则在法律移植过程中出现了上述转变。与美国公司法所奉行的股东利益至上观点不同，德国公司法强调企业长久稳定地存在和发展，关注股东、员工、社会公众三者之间的利益衡平。董事会在领导企业时需要综合考量多方面的因素，而不能以股东利益最大化为出发点进行决策。经过长期的学术积淀，并结合德国固有的公司法传统，立法最终对董事勤勉义务的具体内容及其四种表现形式作出了明确界定，为董事举证提供了清晰指引，为商业判断规则的适用打下了坚实的基础，避免了商业判断规则的形骸化[1]。

判例法模式的代表国家是日本。日本作为大陆法系国家，并未以成文法的形式引入商业判断规则，并且日本学界关于是否引入商业判断规则、如何适用该规则等存在较大争议，而在日本的司法实践中却已经涌现出大量适用商业判断规则的案例，将商业判断规则作为判例实际地引进了日本[13]。日本商业判断规则的成型，主要依托于下级法院在大量个案裁判中的不断探索，正是这些丰富的司法实践，搭建好商业判断规则的制度体系。此外，梁爽教授在其研究中归纳梳理了日本法学界关于商业判断规则定位的主要分歧，相关主张可概括为以下三种：第一种观点主张，商业判断规则在本质上构成了对董事勤勉义务的减轻，因此有必要通过立法予以明确；第二种观点认为，该规则主要发挥了为司法审查提供指引的作用，要求法院在介入公司治理时应充分尊重经营层的商业决策，保持适度的司法克制；第三种观点则将董事的决策行为分为“过程”与“内容”两个维度，其中决策过程应受到勤勉义务的审查，而决策内容本身则不宜作为追责依据，应尊重董事在具体情境下的商业判断[14]。而在处理涉及商业判断规则的具体案件时，日本法院通常采取如下裁判进路：在充分肯定公司董事享有广泛的自主经营裁量权这一前提下，根据具体案情，对董事会作出经营判断的决策过程及其具体内容的妥当性进行实质性审查[14]。在审查过程中，如果决策程序严谨合规，则通常对决策内容的合理性予以尊重，董事可免责；一旦程序出现缺陷，则无论决策内容如何，董事均需承担责任，因此过程审查起着决定性的作用[15]。

通过对上述德国和日本移植模式的探讨，考虑到我国是采取成文立法模式的国家，本文认为，商业判断规则的引入方式大体上可以借鉴德国的改良路径，即以成文法的形式明确商业判断规则的定义和构成要件，并将举证责任倒置，增强董事工作留痕意识，倒逼董事合法、合理、合规作出商业判断。

4. 商业判断规则的本土化“改造”与适用设计

通过借鉴域外移植商业判断规则的实践，可为我国实现商业判断规则的本土化提供经验教训。在此基础上，通过检视司法实践中存在的一些问题，进一步探讨商业判断规则本土化的路径。

⁹第 93 条[董事会成员的尽职、尽责] (1) 董事会成员在领导业务时，应当具有一个正直的、有责任心的业务领导人的细心。对于有关公司的机密数据和秘密，特别是那些在董事会工作中了解到的经营或商业秘密，他们必须做到守口如瓶。(2) 违反其义务的董事会成员应作为连带债务人对由此而造成的损失向公司负责赔偿。如果对他们是否发挥了一个正直的和有责任心的业务领导人的细心存在争议，那么他们负有举证责任。(3) 如果董事会成员违反本法规定发生下列行为的，尤其应负责赔偿损失：1、将资本还给股东；2、付给股东利息或红利；3、认购、购买、作为抵押接收或收回公司自己的股票或者另一公司的股票；4、在股票的票面价值或其溢价完全支付以前发行股票；5、分配公司财产；6、在公司已经发生无支付能力或资不抵债的情况下，仍然支付款项；7、向监事会成员提供报酬；8、提供信用贷款或 9、在有条件增加资本时，超出既定目标或对等价值完全支付之前发行新股票。(4) 如果活动是按照股东大会的一个合法决议进行的，那么对公司来说，就不存在赔偿义务的问题。但由监事会同意的活动，不排除赔偿义务。如果股东大会已经同意，而且不是只有份额总计已经达到基本资本的十分之一的少数股东对记录提出异议时，公司才能而且只能在提出赔偿要求三年后放弃赔偿要求，或者自行和解。如果赔偿义务人已经无支付能力，而且为了避免破产程序而同他的债权人达成和解的话，不适用有关时间限制的规定。(5) 如果公司的债权人没有从公司那里得到补偿，也可以由他们提出公司的赔偿要求。如果董事会成员粗暴违反了一个正直的、有责任心的业务领导人的细心，那么当发生与第 3 款不同的情况时，上述规定也同样适用；第 2 款第 2 句的规定原则适用。对于债权人来说，赔偿义务既不能通过公司的放弃和解而废除，也不能因为这一行为是依照股东大会的决议进行的而废除。如果对公司财产的破产程序已经开始，那么在此期间，由破产管理人或者事务管理人对董事会成员行使债权人的权利。(6) 按照这些规定所提出的各项要求有效期为五年。

4.1. 探究商业判断规则的本土化路径

考虑到我国是采取成文立法模式的国家,法官只享有适当的自由裁量权,以成文法形式引入商业判断规则是必然的,但如何使得这一判例法制度与我国公司法体系相契合,则需借鉴日本、德国在移植过程中的经验教训。例如日本在审查经营判断时,从过程和内容两个维度分别进行审查是否有必要、是否合理。过程审查较为简单,只需审查决策的作出是否符合公司章程,是否符合法律规定即可。而内容审查较为复杂,由于商业运营有着高度的复杂性与动态性,信息时常处于快速变化之中,法院在对董事决策进行实质性审查时,受限于自身所能掌握的信息资源与技术手段,往往难以在事后完整回溯决策当时所涉及的各种因素,进而无法准确判断该决策是否具备商业上的合理性。此种审查方式无疑会消耗大量司法资源。况且法官并非商业领域的专家,他们在司法审查时,容易因某项决策导致了不良后果而否定其商业上的合理性,这就将董事置于一种过度严苛的司法审视之下^[15]。日本的双重审查模式不但没有充分发挥商业判断规则的制度价值,反而在客观上削弱了程序正义维护董事决策正当性的法律效力,并且增加了法院的工作量,让法院承担过重的审判负担。但日本法中的商业判断规则仍有值得学习借鉴的地方,例如其允许法官适度介入董事决策,审查董事是否尽到勤勉义务,从而为公司及其股东提供权益维护机制^[16]。而这对于我国来说,具有可吸收借鉴之处,在处理纠纷时允许法院适当发挥主观能动性,审查董事决策的合理性,具有一定程度的必要性。

而以明确立法形式确立商业判断规则的德国,其成文法化模式对我国而言具有更大的参考价值。在举证责任分配方面,美国法采用的是有利于董事的举证方式,由原告举证证明,进而导致勤勉义务审查程序被悬置的问题。因而,为避免勤勉义务审查程序形同虚设,德国法采取举证责任倒置的方式来合理分配举证责任。德国的成文法化方式,使得尊重董事自主经营决策权和强化管理层对公司的责任义务两方面达到了一个相对平衡稳定的状态^[12]。

就商业判断规则的本土化路径而言,本文倾向于采纳德国的立法模式,主张通过成文法的形式,对该规则的定义及核心构成要件作出明确规定,并在举证责任分配方面采取举证责任倒置的方式。从我国的立法传统来看,将商业判断规则成文化更契合我国的立法习惯,便于与现有法律体系相衔接。在此基础上,进一步厘清商业判断规则的具体内涵和构成要件,有助于防范因要件过于开放而引发的法律适用困境,避免同案不同判。而具体如何将商业判断规则以成文法化方式引进,存在两种路径:一是在《公司法》中明确规定该规则的内涵和构成要件,二是通过司法解释的方式引进。结合我国现有法律体系,第一条路径的可行性较低。目前,公司法中关于勤勉义务的规定仍存在诸多不足,亟待补充完善,且商业判断规则在我国的基础较为薄弱,仅在学术界引发热议,而实务界对其的了解仍处于一知半解的状况。因此,若是在公司法中直接规定商业判断规则的内涵和构成要件,阻力较大,并不是引入该规则的最佳方式。第二条路径与第一条路径相比,更加灵活,立法成本更低,也可以在短时间内考察商业判断规则引入后在我国的适用情况,并及时做出相应调整。此外,最高人民法院可以发布指导性案例辅助商业判断规则在司法实践中的运用,指引法院审判工作的进行。但是以司法解释的方式引入,并不意味着后续无须在公司法中规定商业判断规则。等到积累了丰富的审判经验,经过了时间和实践的双重检验并获得广泛认可后,依然有必要通过立法程序,在公司法中补充完善有关商业判断规则的制度内容,使得公司法的体系更加完整。

4.2. 商业判断规则的适用规则设计

首先,应当明确商业判断规则的内涵和构成要件。“商业判断规则,也称为业务判断规则,是指对满足形式要件的商业决策不再对决策本身的合理性进行审查的公司法律制度。”^[17]即为了平衡公司利益和董事利益,提高公司的运营效率,董事决策在满足特定条件时无须审查,董事也无须对决策产生的后

果担责。而其构成要件，具体包括以下三点：一是董事与决策内容之间不存在利益输送，无利益纠纷，若存在利益关系，只要经过无利害关系董事的一致同意仍存在商业判断规则的适用空间；二是程序方面，作出决策的过程必须符合公司章程的相关规定；三是董事作出决策时理性、善良地认为该决策最符合公司的最佳利益，有利于公司利益最大化[1]。

其次，关于商业判断规则的适用路径。根据上文的司法实践检视，可以得出两条适用路径：一是推定式，推定董事的决策内容和过程符合规定，因此排除法院的相关司法审查，并借助“谁主张谁举证”的一般举证规则为董事提供一种推定性保护；二是审查式，即董事决策须经法院实质审查，若决策符合商业判断规则的构成要件，则董事无须负责[7]。审查式相较于推定式而言更为严苛，在推定式中只要该推定未被推翻，法院就不能介入审查董事及其决策；而在审查式中只有在经过法院审查、符合要件的前提下，董事及其决策才受到保护。尽管商业判断规则的创设初衷是排除司法过度介入，从而提升公司的运营效率，但审慎考量我国公司治理的实际状况，该规则所依赖的推定基础，在我国尚不存在适用空间。在我国公司治理体系中，股权大多被控股股东掌握，控股股东的利益与公司利益存在差异，不存在完全一致的情形。在股东会中心主义的治理结构下，董事的决策行为往往受制于控股股东的意志；当控股股东能够对董事会形成有效约束时，公司治理机制可能异化为其谋取私利的工具，进而发生控股股东攫取公司利益的行为。而股东有限责任制度的存在使得该种行为难以得到相应规制，更为关键的是，商业判断规则的存在，极易被董事及其幕后控股股东滥用，变成其规避法律责任、实现利益输送的庇护所[18]。在我国公司治理水平有待提升的情况下，不能简单地在推定式和审查式之间二选一。考虑到审查式将消耗大量司法资源，增加法院工作负担，应以推定式作为一般适用路径，原则上对董事决策进行形式审查，在必要时可进行实质审查，而董事是否要担责，则根据审查结果而定。

最后，针对美国法中商业判断规则将勤勉义务实质架空的问题，建议我国在引进商业判断规则时采取举证责任倒置的方式，以减轻诉讼中原告的举证压力。依据《中华人民共和国民事诉讼法》所确立的“谁主张，谁举证”的基本举证原则¹⁰，通常情况下，若原告主张被告具有相关利益关系、违反勤勉义务、决策行为不理性或存在故意、重大过失等情形，其应承担相应的举证责任。但是相比之下，原告缺乏举证能力和举证条件，由于原告无法完全掌握董事决策时的信息，以及此类信息对于原告而言获取难度较大等多重因素，应将举证责任倒置。举证责任倒置，既可以化解反对引入者对公司或股东向董事提起诉讼时举证难度过高的担忧，又因为董事处于信息优势地位，对其履职过程拥有最直接、最全面的认知，因此将举证责任分配给董事一方，不仅更加便捷、更加简单，更能促使董事在日常履职中强化证据意识，主动进行证据的留存与管理。

5. 结语

商业判断规则作为平衡公司自治和司法干预的重要手段，有其存在的重要价值。随着市场经济的深入发展与董事地位的不断强化，旨在保护董事免受经营风险不当问责的商业判断规则，已成为推动企业创新决策的核心激励机制，在理论和实践中都有着强烈的现实需求。商业判断规则在我国的适用既有必要性，也有可行性。而如何引进商业判断规则，如何将商业判断规则融入我国现有法律体系是目前值得思考的问题。由于商业判断规则在我国的理论、实践基础薄弱，若直接在《公司法》中明文规定，反而会适得其反。若是借助司法解释，循序渐进地引进商业判断规则，则能够焕发商业判断规则的生机活力。等积累起丰富的审判经验、司法实践充分接纳该规则后，再将其纳入公司法体系中，完善董事责任制度。

¹⁰ 《中华人民共和国民事诉讼法》第 67 条 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

此外, 采纳举证责任倒置的方式, 不仅能减轻原告的举证压力, 还能够倒逼董事合法、合规决策。

参考文献

- [1] 宋华健. 商业判断规则本土化: 理论基础与实现路径[J]. 上海对外经贸大学学报, 2024, 31(3): 75-88.
- [2] 刘迎霜. 股东对董事诉讼中的商业判断规则[J]. 法学, 2009(5): 142-150.
- [3] 夏利民. 董事谨慎职责与经营判断规则之关系刍议——以美国法为视角[J]. 比较法研究, 2010(6): 48-54.
- [4] 楼秋然. 董事合规义务: 责任限缩与助推型公司法规则的构建[J]. 法学研究, 2024, 46(3): 96-112.
- [5] 秦燕. 浅议董事的忠诚义务[J]. 徐州教育学院学报, 2007, 22(2): 42-44.
- [6] 胡晓珂. 论我国《公司法》修改中对董事注意义务规则的完善——兼析业务判断规则对董事注意义务的平衡[J]. 中央财经大学学报, 2005(4): 76-80.
- [7] 傅穹, 陈洪磊. 商业判断规则司法实证观察[J]. 国家检察官学院学报, 2021, 29(2): 25-41.
- [8] 林一英. 董事责任限制的入法动因与路径选择[J]. 政法论坛, 2022, 40(4): 97-104.
- [9] 任志娟. 商业判断规则在我国立法的引入[D]: [硕士学位论文]. 长春: 吉林大学, 2024.
- [10] 刘敬伟. 董事勤勉义务判断标准比较研究[J]. 当代法学, 2007(5): 148-153.
- [11] 陈霄. 论经营判断规则在我国的引入及相关问题——以德国的立法和实践经验为参考[J]. 财经法学, 2015(4): 100-117.
- [12] 杨大可, 林指. 商业判断规则在我国的引入: 争议、实践与德国镜鉴[J]. 河南财经政法大学学报, 2022, 37(4): 76-89.
- [13] 蔡元庆. 经营判断规则在日本的实践及对我国的启示[J]. 现代法学, 2006(3): 182-193.
- [14] 梁爽. 董事信义义务结构重组及对中国模式的反思——以美、日商业判断规则的运用为借镜[J]. 中外法学, 2016, 28(1): 198-223.
- [15] 郭司雨. 商业判断规则的成文法表述研究[J]. 上海法学研究集刊, 2020(7): 31-43.
- [16] 赵鑫. 美、日、澳商业判断规则比较——渊源、适用及其对我国的启示[J]. 人民论坛·学术前沿, 2020(16): 112-115.
- [17] 翁小川. 商业判断司法谦抑规则研究[J]. 政法论丛, 2021(4): 59-68.
- [18] 冯琴. 商业判断规则在我国的适用研究[J]. 财经法学, 2023(6): 64-77.