

商业判断规则引入的正当性分析

王 艳

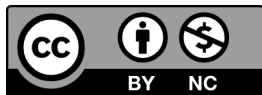
贵州大学，贵阳

摘 要 | 商业判断规则作为董事正常履行商业决策职责以避免承担个人责任的“避风港”，在提升董事履职积极性以及帮助公司把握商业机遇方面具有不可替代的作用。域外尤其是美国等国家已经有了成熟商业判断规则，这些国家的实践都对我国商业判断规则引入具有积极的借鉴作用。另外，我国在司法实践中已有利用商业判断规则裁决案件的众多案例，新《公司法》“企业家精神”的立法宗旨也要求商业判断规则为董事提供保障。因此，我国引入商业判断规则确有必要，本文将从理论依据、域外成果的启示、必要性三方面对引入商业判断规则进行分析。

关键词 | 商业判断规则；企业家精神；域外借鉴

Copyright © 2025 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



商业判断规则，又称为“经营判断规则”“业务判断规则”，是以“商业目的”作为衡量标准，用以评估董事在商业决策上的合理性。具体而言，当董事制定不涉及个人利益或自我交易的商业决策时，其行为必须基于充分的背景调查，并善意地认为该决策是为了公司利益最大化。商业判断规则作为对董事、高管决策信义义务的要求，即，只要董事尽到了必要的信义义务，就受到商业

判断规则的保护。^①在司法实践中,法官可以依据商业判断规则,避免对董事已经作出的经营决策进行事后的实质性审查。在公司内部,当董事的正常商业决策行为受到追责时,董事可以引用该规则来避免因决策结果不符合预期而可能承担的个人责任。

商业判断规则旨在平衡公司利益与董事等管理者的责任,鼓励管理者在做出商业决策时能够积极、果断,而不必过分担心因决策失误而承担法律责任。2024年7月1日我国正式施行的新《公司法》对董事的责任已经呈现出进一步实质性加强的趋势,新《公司法》第一百八十条对董事的忠实义务及勤勉义务的内涵进行了界定,但是并未明确商业判断规则能否作为董事免责的理由。公司是以营利为目的的,投资公司本身意味着一种风险行为,而商业决策是一个复杂的问题。如果对董事要求过于严格,不利于其独立决策,最终也损害公司和股东利益,法律选择推定董事受商业判断原则保护背后的经济理性在于激励董事决策时充分发挥聪明才智,以免错失良好的投资机会。因此,我国确有必要引入商业判断规则,以对冲董事合理行使商业判断时的风险。

一、商业判断规则的理论支撑

(一) 公司营利天性鼓励董事冒险

大多数公司的设立以盈利为目标,而高利润、高回报的商业机会往往伴随的是高风险。公司营利的天性使得董事在决策时更加关注利润最大化,董事作为公司的管理者和决策者,负责制定公司的战略规划和经营策略,其决策将直接影响公司的营利能力和市场竞争力。在竞争激烈的市场环境中,公司如果想要脱颖而出,往往需要采取一些敢于冒险的策略,以往保守的经营方式可能会使公司在市场竞争中逐渐失去优势。当董事面对创新项目时,是否敢于承担责任、勇于做第一个“吃螃蟹”的人,将决定公司能否在竞争残酷的市场中脱颖而出。因此,董事在做出决策时,必须积极面对商业风险,以便在激烈的市场竞争中

^① 胡玉婷. 商业判断规则在反收购领域的应用及启示[J]. 华东经济管理, 2008(2): 155-158.

占据有利地位。从公司的角度看,积极的冒险行为也可以向股东和外界传达公司具有创新和进取精神的形象,增强市场对公司的信心。商业判断规则能够有效鼓励董事不会怯于承担因追求创新而产生的合理风险,鼓励公司决策者更加主动地接纳因追求创新而产生的合理风险,实践表明法院通常在该规则的适用上会对董事的经营决策持尊重态度,避免对管理层在决策前所做的判断进行带有偏见的、基于结果的回溯性审查。该规则为董事做出商业决策时提供了支持,有助于激发董事作为企业家应有的开拓创新精神。

(二) 法官缺少商业判断力

一方面,法官并不具备董事所拥有的专业技能、丰富经验和敏锐判断力,无法准确理解商业决策背后复杂的市场因素、行业动态和公司战略。因此让法官对董事在商业机会中所做的决策进行事后评判是否合理,这显然超出了法官的能力范畴。另一方面,商业活动本身就带有一定的风险,公司的发展往往需要董事做出一些具有前瞻性和创新性的决策。如果法官不能正确运用商业判断规则,而是以自身缺乏商业理解的观点来审视这些决策,会让董事们在做决策时变得畏首畏尾。商业交易风险性较强,商业判断较为复杂,法官通常不具备商事技能和商业判断能力,要求法官对商业决策进行审查,既勉为其难,又加重司法负担。^①商业判断规则的核心在于“司法克制”,即公司内部人员相较于外部人员,在决定商业组织内部各项事务上更具优势。采用商业判断规则,可以避免法官在缺乏企业运营的实际操作与理论知识的情况下,在审理涉及商业判断规则的案件中,花费更多的时间去了解基本的商业概念和交易细节,对董事的决策进行详尽无遗的事后审查,会导致审判过程冗长,增加当事人的诉讼成本,还能防止法官的裁决取代董事高度专业化的决策,避免法院深陷于复杂的商业决策之中。如果没有商业判断规则作为支撑,董事们在做出决策时通常会参考以往的司法判例和法律环境,如果过往的判例由于法官缺乏商业判断力而做出不一致或者不合理的判决,也会使商业决策环境变得不稳定,从而影响整个营商环境,并且违背了法律所倡导的公平原则。

^① 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.

（三）避免结果导向性的审查标准引起后视偏见

通常情况下，商业环境具有高度的复杂性和不确定性，董事在做出商业决策时只能基于有限的信息与商业直觉来判断该决策行为的可行性，无法预知该决策能否必然产生期望的结果。这种特性是商业决策本身所固有的，并不依赖于董事个人的专业知识、实践经验或能力。在司法审查过程中，不能从最终公司某项投资失败的结果来倒推原因，公司的决策是个复杂过程，一项商业决策在作出时可能是正确的，而当公司实施该决策时并不一定会收到理想效果，此时若认定董事对决策负责，实质上是认定二者之间存在因果关系。^①从心理学的角度来看，结果导向型审查主要关注决策的最终结果，而不是决策过程，这就容易让法官陷入“后视偏见”的误区。一旦法官在审查时根据已经发生的不利后果来倒推董事在做出该决策时的合理性，从而对董事提出过于严格的注意义务要求，这就类似于做“有罪推定”，对董事来说是不公平的。得益于商业判断规则的应用，法院在判断商业决策是否违反注意义务时，更侧重于决策过程是否合规，而非决策的具体结果。董事的职责是尽职尽责，而非确保决策的成功，商业判断规则可以比卖你为董事施加过重的负担。

二、商业判断规则的域外成果

（一）美国

商业判断规则作为维持美国公司法制度竞争优势的重要一环，在激励董事进行创造性决策，提高公司整体竞争性等方面发挥了重要作用，获得了美国公司法学界以及实务界的一致认可，并在长期的司法实践中逐步发展完善。美国法院经过长年的司法实践逐渐形成商业判断规则，这为董事提供了经营判断失误上的责任避风港，且这一规则已经演进成被绝大多数国家所认可的公司治理约束策略。^②美国商业判断规则源于19世纪的自由放任主义，要求政府对经济

^① 王真真. 董事勤勉义务制度的利益衡量与内涵阐释[J]. 财经法学, 2022(3): 146-163.

^② [美] 莱纳·克拉克曼. 公司法剖析: 比较与功能视角[M]. 罗培新, 译. 法律出版社, 2012: 83.

不要进行过分干预,给予商事主体最大的自由,让经营者竭尽所能追求经济利益。^①在商业判断规则的适用上,是各州法院根据法官的经验以及参照过去的判例来适用的,因此各州法院也没有统一的表述和定义,法官对商业判断规则的适用自由裁量权也很大。经过美国法院长期的案件积累,凝练出最终适用的四个标准:(1)董事出于善意;(2)在获得足够的信息的基础上做出的理性判断或具备合理谨慎水平;(3)无个人利益,不存在自我交易;(4)理性地认为决策有利于实现公司最佳利益。^②

(二) 日本

日本作为大陆法系国家,在1976年就在神户地方法院中援引商业判断规则来判断董事是否违反注意义务,后期随着股东对董事的代表诉讼的增多,日本法院开始意识到商业判断规则的重要性,并在裁判中逐渐尊重董事的商业判断。在是否引入商业判断规则的问题上也存在不少学理争议,但是至今为止,日本也未将商业判断规则写入法典,可能原因在于日本的公司法对于董事的责任制度仍然不够健全,而且董事的经营判断并非非黑即白,甚至可以说很多场合下董事不得不进行灰色判断,非明文化的植入是以一种柔软、具有弹性的方法来认定董事违反注意义务的责任,对董事和股东都是有利的。^③经过几十年的发展,日本法院对商业判断规则的认定并不严苛,也是广泛承认董事对商业判断享有自主决策权。

(三) 德国

在德国学者看来,德国股份法将商业判断规则明文化规定是一个划时代的进步。^④1997年联邦最高法院借鉴了美国法承认了董事会具有广泛的商业决策

① 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.

② 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.

③ [日]近藤光男.判例法中的经营判断规则[M].梁爽,译.法律出版社,2019:3.

④ [日]高桥英治.德国经营判断原则的发展及其问题[J].李秀文,译.现代法治研究,2018(2).

权,后又通过《股份法》将商业判断规则写入法典。德国2005年《股份法》第93条第1项第2句规定:“如果董事在作出一个企业决定时可以理性地认为,其是基于适当的信息为了公司的利益而行为,则不构成义务的违反。”立法者认为商业判断规则入法,是为了平衡由于降低股东代表诉讼门槛而导致董事问责风险的提升。^①德国法认同了美国法尊重董事商业判断的理念,并将其引入成文法使其呈现更为开放的形态。经营判断规则的引入为德国公司适应经济全球化趋势提供了助力,为其抢夺商机提供了保障。

三、我国引入商业判断规则的必要性

(一) 符合我国未来法治发展趋势

商业判断规则通常与董事信义义务的判断联系在一起,而我国现行《公司法》对董事义务采取概括加列举式规制模式,过于原则,操作性不强。^②但随着公司股权结构的分散化,董事与股东的利益并非在任何时候都能够完全保持一致,董事有可能借由其职权侵害股东乃至公司利益,董事滥用职权行为时有发生。董事应受到信义义务的更多约束和规制,商业判断规则若对董事过度保护,不利于约束庸才,有损公司和股东利益。^③

首先,董事中心主义趋势显现。在国家政策上,根据2021年3月11日我国第十三届人民代表大会第四次会议批准的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》,其中明确提出了“加强董事会建设,落实董事会职权,使董事会成为企业经营决策主体”的要求,揭示出促进董事的决策权已成了我国的国家战略意图以及未来政府工作重点。^④在立法上,新《公司法》中,董事会的角色和职权得到了进一步的明确和强化,体现了从“股东会

① [美] 莱纳·克拉克曼. 公司法剖析: 比较与功能视角 [M]. 罗培新, 译. 法律出版社, 2012: 83.

② 郑佳宁. 目标公司董事信义义务客观标准之构建 [J]. 东方法学, 2017 (4): 42-51.

③ Lisa M, Fairfax. Spare the Rod. Spoil the Director? Revitalizing Directors' Fiduciary Duty through Legal Liability [J]. Houston Law Review, 2005 (42): 393.

④ 郭远. 我国国情下商业判断规则的导入问题省思 [J]. 兰州学刊, 2023 (4): 71-82.

中心主义”向“董事会中心主义”转变的趋势。新《公司法》通过变更股东会 and 董事会的具体职权分配，以及权力行使的程序，影响了股东对公司的控制权。

（二）落实新《公司法》“弘扬企业家精神”的宗旨

新《公司法》第一条提出“弘扬企业家精神”的立法目的，旨在适应新时代的商业环境，提高企业治理的透明度和效率，保护股东权益，激发企业家潜能。企业家精神是什么呢？《中共中央国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》中总结的企业家精神包括爱国情怀、勇于创新、诚信守法、承担社会责任、拓展国际视野，敢闯敢干，不断激发创新活力和创造潜能。企业家精神作为企业家优秀品质的结晶以及优秀企业家的能力要求，创新是其灵魂，意味着不断寻求新的解决方案和技术进步；敢闯敢干则是其动力源泉，敢于面对未知，拥抱不确定性；因此，为贯彻落实“颂扬企业家精神”的宗旨，法律制度应当高度重视那些敢于冒险的企业家。当然，法律也绝不会允许董事的行为损害第三人的利益，所以，对于董事的责任也同样要加以规制。法律不应阻碍董事拥有创新的热情，使他们变得瞻前顾后，本文认为最为重要的就是不应由董事来承担在正常经营中做出决策的商业风险，这也是引入商业判断规则的原因所在。企业家精神的要义在于激励创新，并对失败展现出宽容的胸襟，这与商业判断规则所秉持的核心价值不谋而合。商业判断规则，是公司法中安定企业家心灵、振奋企业家精神的一项基本规则。因此，若要切实推进“颂扬企业家精神”的实践，就必须将商业判断规则清晰地确立起来。

（三）商业判断规则是对勤勉义务的补充

董事在经营活动中是否勤勉尽责及其商业决策是否合理并不是一个简单的非判断问题。在这个问题上，即使长期从事解决商业纠纷的法官们也拥有高水平的专业知识以及敏锐的商业洞察力，也很难精确地评判董事的决策过程是否合理，所以在司法实践中他们更倾向于对董事商业判断的尊重，只要董事的决策是非恶意且无重大过失的，并且是基于充分的背景调查而做出的，法院在审理时就不会进行实质审查其商业决策的具体内容，而是默认董事已经尽到了勤勉义务。司法实践中，判断公司董事是否违反勤勉义务主要有两种标准：其

一是理性人标准。该标准是构建一个理想化的董事行为标准，作为衡量董事行为的参照。这一过程对法官的认知水平要求极高，甚至有“神化”法官的倾向。然而，该标准是人格构建是抽象思维的产物，思维的不可视性注定理性人标准存在局限性，该标准也正是由于过于理想化，现实中难有董事能够达到该标准，同时还阻碍了董事的判断；^①其二，则是采用商业判断规则。该规则通过假设董事在做出决策时是出于善意的，除非有相反的证据证明，这在一定程度上摒弃了构建抽象人格形象的思维方式，并有效规避了事后评价中难以避免的结果偏见，即在尊重商业决策自主性的前提下，最大限度地保障董事会的决策权威。依据其适用条件，法官能更准确地判断董事的经营决策是否应受司法保护，进而确定董事行为是否违反了勤勉义务。

从商业判断规则价值来源进行分析，只有在董事进行积极决策时才存在鼓励冒险决策的语境，才能鼓励创新培养有创造力的企业家。^②商业判断规则在司法实践中通常用于证明董事违反勤勉义务的主观判断标准，以此作为免责事由。以结果为导向的董事勤勉义务客观判定标准过于严苛及抽象，极有可能会导导致董事因担忧承担责任而不敢作出商业决策从而错失好的商业机会。此外，我国资本市场起步较晚，相较于英美国家，我国在公司治理体系、商事活动的规范化及现代化方面与之仍有差距，董事在知识水平、管理经验及前瞻性思维上也还有较大的提升空间。因此，在判断我国董事的勤勉义务时，更需要借助商业判断规则这一主观标准作为辅助参考，引入商业判断规则对于确立更为明确的勤勉义务司法审查标准，以及合理控制司法对公司治理的介入程度，具有极其重要的必要性和意义。

（四）司法实践中早已运用商业判断规则

通过类案检索发现，在我国司法实践中，已经存在直接参考商业判断规则审查董监高是否违反勤勉义务的案例，并且不在少数。同时，我们也发现，法

^① 张国琪. 公司董事违反勤勉义务之判断路径分析[J]. 盐城工学院学报(社会科学版), 2021, 34(3): 40-45.

^② 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.

院在参考商业判断规则进行裁判时，对于该规则具体内涵的阐述不尽相同。最早在2010年，我国就有法院在司法裁判中引用商业判断规则的基本理念进行说理，提出“根据商业判断规则，被告尽到了勤勉义务，在此基础上即便公司未能实现既定的经营计划，董事也无需向公司或者是公司股东承担赔偿责任”。^①在实践中主要有两种做法，一是适用侵权责任进行审查，并以过错责任为归责原则、要求主观过错达到故意或者重大过失才可追责，与参考商业判断规则进行审查，在结果上可能是较为接近的。但是，本文认为，商业判断规则更为明确，更贴近于商业实践，也更符合商业主体的预期，并容易为其接受。更为重要的是，商业判断规则的基本价值取向即在于保护董事免于其因正常决策而被股东追责，法官在参考商业判断规则处理此类案件时，应倾向于主动保持一定的克制，谨慎突破商业判断规则，避免代替董监高为公司进行决策。对于正常做出商业判断的董事提供权利的救济，在一定程度上缓解了董事在正常经营决策时的压力。但在我国的立法体系中并未有相关的规定，导致商业判断规则适用领域混乱，内涵理解不一，规则要素过于抽象，涉及商业判断规则的司法案例在适用路径上存在较大分歧，导致董事经营决策面临不同责任后果的困境。

四、结语

我国董事勤勉义务的规则设计宽泛且无具体的操作细则，加上公司所涉及的利益关系错综复杂，利用商业判断规则类型化来细化董事勤勉义务，有利于推动司法实践中认定董事勤勉义务规则的落地。另外，商业判断规则不仅是对董事及高级管理人员的一种责任豁免机制，更重要的是，它有助于解除他们身上因过度责任负担而产生的沉重枷锁，从而鼓励他们勇敢地做出商业决策。公司法不应扮演“事后评判者”的角色，不能仅凭最终结果来逆向推断决策时的合理性。将商业判断规则融入本土环境并付诸实践，无疑将促进董事责任体系的进一步完善，以便对董事和高级管理人员的责任认定进行更为全面细致的考量。

^① 参见（2009）杭淳商初字第1212号判决书。

Analysis of the Legitimacy of Introducing Business Judgment Rules

Wang Yan

Master's Law School of Guizhou University, Guiyang

Abstract: The business judgment rules, as the last “safe haven” for directors to fulfill their business decisions normally and avoid personal responsibility, are irreplaceable in improving the enthusiasm of directors to perform their duties and helping companies seize business opportunities. Abroad, especially in countries such as the United States, mature commercial judgment rules have already been established, and the practices of these countries have a positive reference value for the introduction of commercial judgment rules in China. In addition, there have been numerous cases in China where commercial judgment rules have been used to rule on cases in judicial practice, and the legislative purpose of the new Company Law’s “entrepreneurial spirit” also requires commercial judgment rules to provide protection for directors. Therefore, it is necessary for China to introduce commercial judgment rules. This article will analyze the theory of introducing commercial judgment rules, the enlightenment of foreign achievements, and the necessity from three aspects.

Key words: Business judgment rules; Entrepreneurial spirit; Extraterritorial reference