

商法研究文丛 | 主编 范健

Anthology of Research on Commercial Law

Study on the Civil Liability for  
Major Business Decision Mistakes  
of Company Executives

# 公司高管重大经营决策失误 民事责任研究

王建文 张宇 熊敬 著

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

商法研究文丛

Anthology of Research on Commercial Law

主编 范健

副主编 王建文

本书是教育部人文社会科学研究项目《公司高管重大经营决策失误民事责任研究》(09JYC820026)的最终研究成果,并系江苏省社会科学基金一般项目《江苏中小企业法律风险防范机制研究》(10FXB005)及江苏省“青蓝工程”中青年学术带头人项目(苏教师[2010]27号)的成果之一。

# 公司高管重大经营决策失误 民事责任研究

---

王建文 张宇 熊敬 著

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

公司高管重大经营决策失误民事责任研究 / 王建文, 张宇, 熊敬著. —北京: 法律出版社, 2012. 9 (2012. 12 重印)  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3925 - 1

I. ①公… II. ①王… ②张… ③熊… III. ①公司—  
民事责任—研究—中国 IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 203955 号

© 法律出版社·中国

责任编辑 / 吴 昉

装帧设计 / 乔智炜

出版 / 法律出版社

编辑统筹 / 法律教育出版分社

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 北京中科印刷有限公司

责任印制 / 张宇东

开本 / A5

印张 / 6. 25 字数 / 160 千

版本 / 2012 年 8 月第 1 版

印次 / 2012 年 12 月第 2 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782 西安分公司 / 029 - 85388843 重庆公司 / 023 - 65382816/2908

上海公司 / 021 - 62071010/1636 北京分公司 / 010 - 62534456 深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3925 - 1

定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 《商法研究文丛》总序

“哪里有贸易,哪里就有法律。”二十年前我将古拉丁语中的这一格言译成中文,并在我随后发表的《商法探源》一文中引用。在此后的这些年中,我常常在思考这一古老格言的历史蕴意。先有贸易还是先有法律?如果没有法律,人类社会还有贸易吗?还有什么样的贸易?商事法律的发达状态,可以推动经济,也可能摧残经济。今天,当我们直面全球经济危机,直面人们因无度的商业行为而自食其果的时候,更体会到法律与商事交易的密切关系,更体会到现代商法的价值。

寻觅我们社会进步的历史轨迹,商事交易推动了经济与社会的进步;同样,商事交易的法律也改变了商事交易的组织体及其行为,保障并促进了经济与社会的进步。商法,作为现代商事交易的基本法,是推动现代经济发展的制度动力,其价值观念对现代经济发展产生了重大而深远的影响。不同商法法系下的商事规则形成机制,决定了不同社会对创新性商事交易行为的容忍度和社会心理所能承受风险的程度。不同社会的商法价值理念,尤其是对公平与效益及效率的取舍,直接影响了社会经济观念,影响了不同国家经济发展的命运。然而,很长时间以来,我们对商法的理念价值和制度价值还缺乏充分的认识。

诚然,在我国,商法还是一个较为新兴的学科。但近年来,随着我国市场经济体制的逐步建立与完善,最为贴近市场交易关系的商法得以发展起来。商法学研究也开始繁荣。然而,商事法律关系错综复杂,随着

商事交易行为的多样化,各类新型商法问题层出不穷,给商法理论研究留下了很大的空间。中国是否需要完善的商法制度,以及需要什么样的商法制度,这不仅仅是一个法律体系问题,一个立法技术问题,更涉及中国经济发展的基本观念:开放的商法制度有利于经济的创新和高速发展,但容易滋生经济风险;保守的商法制度,虽有利于经济管制,但不利于经济创新。这些问题迫切需要商法学者更多、更系统的理论探索。为了较好地将商法理论研究成果系统化推出,经与法律出版社协商,我们决定出版本文丛。

本文丛不仅会推出公司法、证券法等商事部门法中的专题性研究成果,更以商法基础理论及商事审判理论为核心主旨,以期执于基础理论与审判理论的两端,为学界与实务部门提供深层次的体系化研究成果。基于此,我们将本文丛设定为一个开放的出版计划,凡符合该主旨的著作都在欢迎之列。

凡事贵在坚持,我们既已迈出第一步,就要继续前行。但愿本文丛能与我国商法制度及商法学科共同成长!

丛书主编 范健  
2008年岁末于南京

## 前 言

公司在世界的舞台上已经展现出一种前所未有的力量,其触角延伸到世界各地,改写了人与人之间相处的秩序,国与国之间的竞争规则。同时,它也使世界经济变得更加紧密,让人们的生活有了更多联系。我国公司也积极投身到国际化的大潮中,并且通过公司一系列的重大经营决策,一些企业获得了实质性的成功,取得了种种有形与无形的成就,扩大了公司影响力。

公司是推进经济全球化最重要的主体。也正是在经济全球化背景下,各国公司治理结构呈现一体化走向趋势。且不论公司治理结构的趋同是因为市场中较落后的公司模仿较先进公司的完善治理结构而自发形成,还是在各国相互借鉴从而相似的公司法的指引下形成,抑或是纯粹一段历史时期的偶然,相似的公司治理结构不会改变其原本的生成逻辑,即维持公司独立意思的形成,使公司经营者的意思不依附于股东意思而存在,公司高管的经营决策能够在民主程序和科学论证的保驾护航下形成。无论公司治理结构的一体化抑或是各国公司法的一体化对公司竞争力的提升是利大于弊还是弊大于利,当公司在治理层面趋向接近时,公司高管重大决策的正确性就显得格外重要。一个英明的决策能使公司化解危机、脱颖而出,给公司带来丰厚的回报,使公司处于不败之地;反之,一个不适当的决策则会将公司拖入困境,给公司带来巨大的损失,甚至导致公司走向“死亡”。因此,公司高管在做出重大决策的过程

中,应该完全履行法律规定和契约(公司章程、公司内部协议)规定的义务,为公司最大利益的实现而付出努力。

然而,尽管重大经营决策关系到公司的兴衰荣败,我国公司高管重大经营决策失误的案例却并不鲜见,其中具有代表性的有株冶事件、中航油事件、中储棉事件、中国平安事件、中信泰富事件、黄光裕事件。公司高管重大经营决策失误不仅给公司带来了巨大的经济损失,同时也给公司商誉带来一定负面影响,使公司丧失了不少商业机会。令人费解的是,做出失误重大经营决策的公司高管,除了因触犯刑法而被课以刑责外,极少数高管会因其在决策过程中的不尽职和未履行法律和契约(公司章程、公司内部协议)规定的相关义务而遭受公司或者股东的起诉,承担相应的民事责任。这样的问责机制难称完善。导致这种现象存在的原因林林总总,包括法律、历史、习惯、文化等因素,但最主要的原因还是立法的不完善和司法的保守性。一方面,现行法律对公司高管在重大经营决策过程中应履行的勤勉义务规定得较为简单和模糊,无法形成完备性体系。由于缺失相应的判断标准,该义务被认为只具有倡导性意义。另一方面,法官在面对公司高管因重大经营决策失误而被起诉承担民事责任的诉讼时,不能对仅有的法律规则进行合理解释,只能生硬照搬相关概括性条款,陷入“有法不好用”的裁判困境。

由于公司高管重大经营决策失误案件频发,对于公司高管追究其重大经营决策失误的民事责任,已逐渐引起了学术界和实务部门的重视。对于责任追究的困难主要是源于其法律基础——勤勉义务的规定较为抽象、缺乏可适用性的问题,已基本不存在疑义。因此,学术界不断对勤勉义务的立法完善进行呼吁,对国外相关立法经验作了较为细致的研究,并基于此提出了若干启示与制度构想;司法机关则在裁判中参考甚至引用诸如“经营判断规则”等判断标准,来填补法律规定的空白。应该说所有的探求都有重要意义,但令人遗憾的是,公司高管重大经营决策失误民事责任的立法完善却迟迟不见成效,也基本上未就制度完善方案达成必要共识。究其原因,一方面,我国公司法问题确实较为复杂,公司

立法修订工作难以有效推进;另一方面,我国法学界对此问题的研究也客观上存在明显的局限性。例如,我国法学界关于公司高管重大经营决策失误民事责任立法完善的研究,一直呼吁引入“经营判断规则”,但未对我国是否存在引入该制度的土壤、时机以及本土化方案展开系统研究。为此,本书对公司高管重大经营决策失误民事责任的制度完善,尝试着提出适合我国本土状况的建议,并对当前司法实践中存在法律适用困境提出相应的解决方案。

当然,本课题虽貌似很小,但涉及公司法中若干基础问题,且不少问题都具有探索性质,因而本书所展示出来的研究成果难免存在种种瑕疵,不足之处,尚乞同仁指正!

王建文

2012年7月26日于南京翠屏山下寓所



# 目 录

## 导论 / 1

- 一、公司高管重大经营决策失误民事责任问题的提出 / 1
- 二、公司高管经营决策失误的民事责任制度完善的路径 / 6
- 三、公司高管重大经营决策失误民事责任制度完善之重点和难点 / 7

## 第一章 公司高管重大经营决策失误民事责任的理论基础与裁判困境 / 9

### 第一节 公司高管重大经营决策失误行为的界定 / 9

- 一、公司高管重大经营决策失误行为:《公司法》之外的规定 / 9
- 二、公司高管重大经营决策失误行为:对勤勉义务的违反 / 11

### 第二节 公司高管重大经营决策的民事责任的性质界定 / 26

- 一、公司高管与公司之间关系的理论基础 / 26
- 二、公司高管重大经营决策的民事责任的法律性质:侵权责任与违约责任竞合但仅以侵权责任处理 / 31

### 第三节 涉及勤勉义务诉讼的裁判困境 / 33

- 一、立法现状 / 33
- 二、裁判困境的表现:为数不多的诉讼 / 34
- 三、裁判困境的立法原因:缺少解释的勤勉义务 / 35
- 四、裁判困境的法律适用原因:公司高管身份判断标准

不统一 / 42

五、勤勉义务判断标准:形式审查抑或实质审查 / 43

## 第二章 公司高管重大经营决策失误民事责任主体范围:诉讼基础 / 48

### 第一节 公司高管重大经营决策失误民事责任主体范围

不明的原因 / 49

一、立法不明确:问题的根源所在 / 50

二、影子董事、实际控制人等人员的存在:实践中的困境 / 51

三、国有企业高管问责制度的特殊性:特殊制度的现实问题 / 54

四、国内外公司高管概念及职责的差异:域外经验借鉴的障碍 / 55

### 第二节 公司高管重大经营决策失误民事责任的主体范围的界定 / 57

一、法律规定的勤勉义务主体:董事、监事、高级管理人员 / 58

二、法律未明确规定的相关主体:影子董事、事实董事、实际控制人 / 59

### 第三节 公司高管重大经营决策失误民事责任主体范围的制度完善 / 60

一、明确法律概念:制度完善的基础 / 60

二、增强公司章程的约束力:制度实施的保障 / 61

## 第三章 公司高管重大经营决策失误民事责任的判断标准 / 64

### 第一节 我国公司高管重大经营决策失误民事责任的判断标准的立法现状 / 65

一、对于公司高管重大经营决策失误民事责任的判断标准的相关立法比较 / 65

二、公司高管重大经营决策失误民事责任的判断标准的立法现状评析 / 67

### 第二节 我国公司高管重大经营决策失误的判断标准缺失的

## 原因 / 68

一、固有性原因:公司高管重大经营决策失误性质的影响 / 68

二、本土性原因:我国立法习惯的影响 / 70

第三节 公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准的  
域外经验 / 71

一、英国公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准的  
考察 / 71

二、美国公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准的  
考察 / 72

三、德国公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准的  
考察 / 75

四、日本公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准的  
考察 / 76

五、澳大利亚公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准的  
考察 / 78

六、公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准域外经验的  
启示 / 80

第四节 公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准的  
制度完善 / 83

一、公司高管重大经营决策失误民事责任的设定意义 / 83

二、公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准的制度  
完善建议 / 85

三、我国公司高管重大经营决策失误民事责任判断标准的  
立法构想 / 91

第四章 公司高管重大经营决策失误民事责任的赔偿范围 / 93

第一节 法人实在说:高管对第三人承担责任的否定 / 94

一、法人实在说概述 / 94

二、否认公司高管向第三人承担责任的理由 / 95

第二节 公司高管对第三人承担责任的理论基础 / 97

一、法定责任说 / 97

二、特殊侵权行为责任说 / 98

三、不法行为特则说和特殊不法行为责任说 / 99

四、我国学者观点 / 100

第三节 公司高管向第三人承担责任的理论逻辑: 股东有限责任的规则制衡 / 102

一、股东的有限责任 / 103

二、股东的有限责任需要制度的制衡 / 104

三、公司高管对第三人责任的承担: 恢复平衡关系的一种规则 / 105

第四节 各国关于高管向第三人承担责任的规定 / 106

一、英美法系国家的规定 / 106

二、大陆法系国家的规定 / 107

第五节 第三人的范围 / 109

一、债权人 / 109

二、公司股东 / 109

三、社会公众 / 110

第五章 公司高管重大经营决策失误中的加重责任 / 111

第一节 加重责任在公司高管重大经营决策中的适用 / 112

一、作为商法理念的加重责任 / 112

二、公司高管重大经营决策: 一种具体的商行为? / 120

第二节 加重责任在重大经营决策中的裁判规则 / 123

一、公司高管加重责任模式之归责原则 / 123

二、公司高管加重责任模式之构成要件 / 126

第三节 公司高管重大经营决策失误加重责任的法律适用 / 130

一、典型案例回顾 / 130

二、典型案例的分析——基于加重责任的考察 / 132

## 第六章 公司高管重大经营决策失误民事责任的免除 / 135

### 第一节 限制与免除公司高管重大经营决策失误民事责任的法理 / 136

- 一、限制与免除高管责任:公平原则的体现 / 136
- 二、限制与免除高管责任:有利于人才的吸引 / 137
- 三、限制与免除:公司法私法性质的体现 / 137

### 第二节 限制与免除公司高管重大经营决策失误民事责任的具体模式 / 138

- 一、以公司章程限制与免除公司高管的责任 / 139
- 二、公司机构的决议免除 / 142
- 三、公司高管责任保险 / 146
- 四、公司补偿 / 149

## 第七章 解决公司高管重大经营决策失误民事责任司法困境的思路扩展:利益衡量 / 155

### 第一节 司法实践的需求:利益衡量的提出 / 155

- 一、公司法纠纷司法困境的普遍存在:需扩展解决思路 / 155
- 二、公司高管重大经营决策失误司法困境的对策:利益衡量 / 157

### 第二节 研究的基础:利益衡量的研究现状及概念辨析 / 158

- 一、利益衡量的研究现状 / 158
- 二、两种“利益衡量”的概念辨析 / 159
- 三、两种“利益衡量”的适用性分析 / 161

### 第三节 可适性分析:利益衡量对于公司高管重大经营决策失误司法困境的适用价值 / 162

- 一、适用利益衡量更利于厘清纠纷案件中复杂的利益关系 / 163
- 二、利益衡量的类型化处理可反馈于立法 / 164

### 第四节 使用方法:利益衡量在公司高管重大经营决策失误民事责任案件中适用路径 / 165

- 一、相关立法的缺失是利益衡量适用的前提 / 165

二、回归商法理念中找寻利益衡量的判断标准 / 166

三、对于利益衡量的适用还需进行必要规制 / 167

第五节 实践例证:公司高管重大经营决策失误民事责任利益衡量的应用 / 168

一、公司高管重大经营决策失误的民事责任的主体范围的利益衡量 / 169

二、公司高管重大经营决策失误民事责任的判断标准的利益衡量 / 171

三、公司高管重大经营决策失误民事责任的免责事由的利益衡量 / 174

结论 / 177

主要参考文献 / 180

## 导 论

### 一、公司高管重大经营决策失误民事责任问题的提出

随着我国改革开放的深入与市场经济的发展,在经济全球化潮流的影响下,我国于 1997 年正式提出了“走出去”战略,在 2005 年制定“十一五”规划时对实施“走出去”战略进行了总结,进一步明确了该战略的意义。为此,国家针对有条件的企业制定了一系列鼓励和保障措施,我国企业的国际化进程逐渐加快。据商务部统计,截至 2012 年 4 月底,我国累计非金融类对外直接投资 3451 亿美元,分布在全球 174 个国家和地区,大型跨国企业集团的数量也有了较大突破。另有不少大型企业尤其是上市公司都纷纷制定了国际化战略目标,积极投入到国际化浪潮之中。毫无疑问,在经济全球化的时代背景下,国际化经营不仅是中国企业响应国家“走出去”战略的重要步骤,更是企业发展成为具有国际影响力的优秀企业的必经之路。

应当看到的是,近年来确实有不少企业在国际化战略中取得了实质性成功,但同样有大量企业由

于在决策过程中缺乏必要的审慎而遭受到重大损失,其中较典型的案例当属“中航油事件”。中航油新加坡股份有限公司是中国航空油料集团的海外子公司,于1993年成立于新加坡,在总裁陈久霖的带领下和全体员工的努力下,公司渡过了种种难关并于2001年在新加坡交易所主板挂牌上市,成为中国首家利用海外自有资产在国外上市的中资企业。2002年,公司被新交所评为“最具透明度的上市公司”,陈久霖本人也被媒体评选为“亚洲经济新领袖”。然而辉煌没有持续太久,从2003年公司开始涉足石油衍生品交易开始,短短两年时间内,中航油新加坡公司累计亏损5.5亿美元,并于2004年12月向法庭申请破产保护令。从事后的分析可以看出,中航油的亏损主要是因陈久霖对石油衍生品交易判断失误以及无视风险的违规操作引起的。为此陈久霖被新加坡初级法院以“从事局内人交易、公司业绩报告造假、没有向新交所披露重要资讯和欺骗德意志银行”等罪名判处4年零3个月监禁并处33.5万新元的罚款,同时被国务院国资委给予“双开”处分。中航油集团总经理、临时党委副书记茆长斌等其他相关责任人也受到了国资委的政纪处分。

中航油事件反映出了公司治理中普遍存在的困境。公司作为现代经济社会的基本单位是以追求利益最大化为目的的。为此法律赋予其独立的人格,使其能够不受干扰从事经营行为。然而,该独立人格是拟制的,公司日常行为的开展必须通过董事、经理和其他高管来进行。而由于自身性格、知识或能力等方面的原因,公司高管在进行决策时也有可能犯错,并由于其特殊地位而给公司造成重大损失。这与公司和股东利益最大化的目的是相矛盾的。为了解决这一矛盾,公司法理中对于公司高管在日常经营中应尽的义务进行了研究。大陆法系和英美法系各国的公司法也都对于公司高管的义务做了规定。然而就实现效果来看,各国对公司高管忠实义务的规定在实践中能够得到很好的适用,而对高管“注意义务”或者说“勤勉义务”的规定则往往无法得到有效的适用。这是由于公司经营决策本身的复杂性导致的。公司的市场行为为本身会存在一定的商业风险,对高管的注意义务要求过高则会使其经营决



策偏于保守,无法适应市场变化;而对其要求过低则会产生放纵之虞,导致与中航油类似的经营决策失误。因此如何制定可操作的标准,使得公司高管的注意义务能够得到合理的规范是一个公司法理应当解决的问题。

“中航油”事件也暴露出了我国企业高管重大决策失误防范机制的缺失。由于缺乏健全的企业治理结构及企业规范运行的长期实践,我国企业普遍存在重大决策缺乏应有的民主程序与科学论证的问题。这种决策方式在某些情况下固然有利于提高企业的运行效率,但在更多情况下则可能导致严重损失。虽然中航油集团内部存在相应的风险管理体系,且我国证监会等部门对于国有企业从事境外期货交易也有相应的限制。然而,在企业实际的交易过程中,由于缺少有效的监管,所有的决策权均集中于少数企业高管之手,高管的风险意识和守法意识决定了企业所面临的风险。在这种情况下,企业的经营和发展完全维系于少数人之手,企业治理结构无法发挥其应有的作用,大大增加了企业所面临的经营风险。因而有必要建立起企业高管重大决策失误的防范机制,以便在制度层面上最大限度地消除企业国际化进程中的隐患。这一问题普遍存在于企业经营的各个领域,在国际资本市场中的重大决策失误所导致的损失则往往最为严重,且实践中暴露出问题的也主要集中于国际资本市场。除了中航油事件外,具有代表性的还有株冶事件、中储棉事件、中国平安事件、中信泰富事件等。

中航油事件发生后,新加坡法院给予了陈久霖刑事处罚。从责任追究角度来看,陈久霖还会受到证券监督机构和深交所的行政处罚以及大量股东针对公司的衍生诉讼引起的民事赔偿。这在新加坡的法律体系下是能够发生的,也能够较好地保护中航油新加坡公司股东的利益。然而,我们不妨假设一下,如果中航油事件发生在我国境内,将会产生怎样的结果?

首先,公司其他高管无须承担任何责任。我国目前针对各种责任事故实行的是行政首长问责制,即发生责任事故后,要追究该单位主要行