

2007年第1期

总第5期

晟典律師評論

SD & Partners Law Review

晟典律師事務所 主办

新法評述

试论我国信息披露事务管理制度——从《上市公司信息披露管理办法》谈起

陈东

司法实务

浅谈新公司法中章程条款的实务运用——以有限责任公司为中心

吴惠新

司法实务

上市公司代持法人股的法律风险和公开披露问题的探讨

辛焕平

论文

上市公司换股并购的理论和实践

梁峰 黄滔

论文

公司注册资本不实及其责任承担

黄畅

人民法院出版社



2007年第1期

总第5期

晟典律师评论

SD & Partners Law Review

主 编 余俊福

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

晟典律师评论. 2007 年第 1 期: 总第 5 期/余俊福主编.
北京: 人民法院出版社, 2007. 8

ISBN 978 - 7 - 80217 - 561 - 7

I. 晟… II. 余… III. 律师业务 - 中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 120322 号

晟典律师评论 2007 年第 1 期(总第 5 期)

晟典律师事务所主办

主编 余俊福

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编: 100745

电 话 (010)85250561(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 342 千字

印 张 19.5

版 次 2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 561 - 7

定 价 36.00 元

版权所有 侵权必究

《晟典律师评论》编委会

顾	问	韩德培	江 平	徐静村	李昌麒
		赵秉志	张卫平		
编委会主任		余俊福			
编委会副主任		朱敏雄	辛焕平	徐育康	陈治明
		周海秉	陈 东		
委	员	余俊福	朱敏雄	辛焕平	徐育康
		陈 东	尹 宏	许汝俊	张伟宜
		许 捷	祝理力	申 凯	郑泽敏
		吉为民	李 卫	李国然	秦家才
		叶安民	李立坤	华 光	胡子良
		胡宁可	钟刚强	张巍松	吴惠新
		赖灿辉	江 波	李 欣	庞 志
主	编	余俊福			
副	主	陈 东			
编	编	张巍松	杨 洲	黎永绿	黄建强
		付芳霞	董会莲		
电子版编辑		董会莲	林燕好		

卷首语

公司制度随着市场发展而确立，不断对市场的进一步发展变化作出回应，并适时地调整内容以适应社会的发展。当然，除对社会发展作出回应外，法律在很大程度上也担负起了社会发展工具的作用。律师群体直面各种纠纷，对法律运作具有天然的敏感性，他们更擅长于将作为社会发展工具之用的法律用到实处，如果伴有利益驱动，他们甚至将此发挥到极致。

1993年《公司法》首次颁布。由于准备不足，并且缺乏公司立法经验，因此虽然法条数目有230条之多，但《公司法》条文由于原则性强，在法律实务中可操作性差，存在不少法律漏洞。经过1999年、2004年两次修订，现行《公司法》正式于2006年1月1日起实施。从《公司法》修订的条文中，可以切实感受到法律迎合及顺应社会发展的痕迹。比如完善公司治理结构、加大对中小股东的保护、确立一人制公司，等等。这与其说是立法经验的不断积累的结果，不如说是社会协调经济运行机制的自我修正和完善。公司立法的显著进步，在某种程度上确立了中国公司治理的基本框架。

《公司法》的产生促进了《证券法》的立法进程。资本融通作为现代市场经济的循环系统，其重要性自不待言。然而，我国证券市场起步较晚，对证券公司主要依靠行政手段进行调控。直到1998年，《证券法》才经全国人大常委会通过，并

于1999年7月1日正式实施。然而，由于法律规范本身的缺陷和监管经验不足等原因，证券市场中内幕交易、违规交易、信息披露不完全等等现象比比皆是，损害中小股民的事件时有发生。许多事件不再是法律问题，而演变为社会问题。2003年6月，全国人大常委会正式启动《证券法》修订程序。经过大量研讨、考察和意见征询，终于于2005年十届人大常委会第十八次会议上表决通过了修订草案，从2006年1月1日开始正式实行。

律师是法律职业群体中最活跃的分子，他们时刻感受、见证并推动中国法律的发展和完善。他们超越了纸上谈兵的局限，主动地介入广泛的社会生活，将法律这门关于实践的学问发挥得淋漓尽致。当然，律师群体也有其自身难以克服的局限性。然而，在公司、证券领域中，律师的身影处处可见，这两部法律成为律师尽情发挥执业特长和经验智慧的最好舞台。毫不夸张地说，两法的颁布和施行，推动了中国非诉讼律师群体的发展和壮大。同时，律师群体在推动国人认同公司制度理念方面的作用也不可低估，他们成为连接法律和实务的直接桥梁。而且也只有制度理念深入人心，并随着文化的积累和沉淀，社会实践的不断深入，我们才会有不断完善法律和制度。

自2006年1月1日，修订后的《公司法》、《证券法》正式实施到现在，两法已实施一年有余。广东晟典律师事务所主办的《晟典律师评论》，将就上述两法实施一周年组织出版一期专刊，邀请我就此写一段文字。有感于对他们的选题和努力，我欣然执笔，写下以上的文字。



2007.7.5

目 录

论文

- 论董事的善管义务 陆 薇(1)
- 公司注册资本不实及其责任承担 黄 畅(10)
- 上市公司换股并购的理论和实践
..... 梁 峰 黄 滔(49)
- 独立董事与监事会监督沟通机制构建
..... 曾殷志 杨 梅(62)
- 略论商业银行控股股东控制权滥用的法律规制
..... 李安安(67)
- 论股权权能的分离趋势 裴国玺(79)
- 论证券内幕交易的民事赔偿责任 夏云洲(89)
- 论公司法人人格否认法理在母子公司中的适用
..... 王晓飞(99)
- 论金融控股公司的加重责任 马 莉(117)
- 略论中小股东权益之保护 周 杰(129)
- 评析试点初期融资融券交易制度 王晓丹(138)
- 从武钢权证创设争议透视
——我国备兑认股权证监管法律制度的完善
..... 孟 扬(151)
- 独立董事制度的本土化浅探
——兼评新《公司法》第 123 条
..... 龚合雄(167)

司法实务

- 上市公司代持法人股的法律风险和公开披露
问题的探讨
..... 辛焕平(177)
- 浅谈新公司法中章程条款的实务运用
——以有限责任公司为中心 吴惠新(187)

有限责任公司出资瑕疵问题探析

——从一则案例引发的法律思考

..... 王桂蓉(192)

公司担保相关问题探析 汪明华(203)

深度观察

中国外资并购反垄断申报制度 顾正平(208)

新法评述

试论我国信息披露事务管理制度

——从《上市公司信息披露管理办法》谈起

..... 陈 东(219)

证券法律业务的几个新变化

——借评《律师事务所从事证券法律

业务管理办法》..... 董会莲(227)

瞭望角

简论英国破产法中的公司拯救制度 ... 蒋海玲(235)

争鸣园

中西方经济法产生发展的比较研究

——兼谈双重缺陷理论在我国的可

适用性 柴瑞娟(246)

律师随笔

利息笔记:经济、历史及法律

..... 周海荣 黄毅文(259)

真的睡不着 黎永绿(285)

杀光所有的律师 吴丹红(288)

专题研究

论有限责任公司股东的清算义务与清算责任

..... 王 朋(292)

Table of Contents

Articles

On Director's Duty of Supervision	Lu Wei
Liabilities of Enterprises with Inadequate Registered capital	Huang Chang
Theory and Practice of Stock – for – Stock Acquisition in Listed Company	Liang Feng, Huang tao
Construction of Supervision and Communication System Between the Independent Director and the Board of Directors	Zeng Yinzhi, Yang Mei
Legal Regulation of Abuse of Controlling Power of Controlling Shareholders in Commercial Bank	Li Anan
On the Isolation Trend in the Capacity of Stock Rights	Pei Guoxi
Civil Liabilities of Insider Trading	Xia Yunzhou
The Application of Disregard of Corporate Personality in Parent and Subsidiary Structure	Wang Xiaofei
On the Strict Liability of Financial Holding Company	Ma Li
Briefly on the Protection of Rights and Interests of Mini—intermediary Shareholders	Zhou Jie
Analysis on Financing Security Trade on Trial Basis	Wang Xiaodan
From the Disputes of Warrant in Wuhan Iron and Steel Group, Probing for the Legal Perfection of Covered Warrant in China	Meng yang

A Brief Exploration of the Localization of Independent Director System – With Comments on Article 123 of New Company Law Gong Hexiong

Legal Practice

Issues On the Legal Risks and Information Disclosure of Listed Company Holding Legal Person Shares
..... Xin Huanping

A Brief Exploration of the Application of the Articles of Association in New Company Law – Centering on the Limited Liability Company Wu Huixin

Exploration on the Inadequacy of Capital Contribution in Limited Liability Company – Legal Thinking Arising from a Case Wang Guirong

Analysis of Several Issues on Warranty by Company ...
..... Wang Minghua

In – depth Observation

Anti—monopoly Declaration Regulation on the M&A of Chinese Companies by Foreign Investor
..... Gu Zhengping

Latest Laws Study

On the Administration of Information Disclosure in China – Talking from Measures for the Administration of Information Disclosure of Listed Company
..... Chen Dong

Several Latest Changes in Legal Business Relating to Securities – With Comments on Measures for Administration of Law Firm Conducting Legal Business Relating to Securities Dong Huilian

Outlook Corner

- A Brief Comment on Corporate Rescue System in British
Bankruptcy Law Jiang Hailing

Show Park

- Comparative Study of the Origin and Development of Eco-
nomic Law Between Asian and Western World—With
Comments on the Applicability of Double—deficit The-
ory in China Chai Ruijuan

Legal Essays

- Interest Note; Economy, History and Law
..... Zhou Hairong, Huang Yiwen
I can't Fall Asleep Li Yonglv
Kill All Lawyers Wu Danhong

Subject Research

- Shareholder's Duty and Responsibility of Liquidation of
Limited Liability Company Wang Peng

论 文

100

论董事的善管义务

陆 薇*

内容摘要：董事的善管义务是董事的一项基本义务。目前，我国《公司法》虽然进行了较大幅度的修改，但对董事的善管义务的规定仍缺乏系统性、全面性。本文结合各国对董事善管义务的法律规定和相关判例，分析了董事善管义务的含义，介绍了各国对于善管义务的判断标准的规定，并介绍了美国的经营判断标准。笔者建议：在《公司法》中应明确规定董事的善管义务，并以宽严适度为基本要求，以严格的法定义务与适度的司法裁量为基本原则，采取主客观标准相结合，以客观标准为基础的方式，引进经营判断准则，并将美国的立法例中关于“信赖他人”问题考虑进去，构建更为合理的董事善管义务制度。

关键词：董事义务 善管义务 经营判断准则

忠实义务和善管义务是公司董事的两大义务。目前，我国《公司法》虽然进行了较大幅度的修改，但对董事的善管义务的规定仍缺乏系统性、全面性。这与理论界有的学者认为忠实义务与善管义务之间关系即为忠实义务是善管义务的具体说明有关。事实上善管义务强调的是董

* 安徽警官职业学院教师。

事的努力和注意程度，要求董事在执行职务时最大限度地施展其个人应有的才智，故而涉及的是董事的能力；而忠实义务则强调的是董事应始终把公司利益放在首位，不得使自身利益与公司利益相冲突，不得利用自身在公司中的特殊地位和职权为自己谋取私利，故而忠实义务主要是董事的品德如何问题。本人认为，有必要对大陆法系国家和英美法系国家关于董事善管义务的法律制度及相关判例进行研究，借鉴其精华，用以完善我国董事善管义务制度。

一、董事善管义务的含义

董事的善管义务，在大陆法系被称为“善良管理人的注意义务”，如在日本，董事作为董事会的成员或代表董事，在执行职务时对公司负有善管义务。再如，德国《股份法》第93条第11款规定：“董事的成员应在执行业务时尽通常及认真的业务执行个人之注意”；在英美法系被称为注意义务（duty of care）或“勤勉、注意和技能义务”（duty of diligence, care and skill）等。注意义务是指对他人应尽到适当的谨慎以保护其免受不必要损害的危险。董事注意义务，则指董事应诚信地履行对公司的职责，尽到普通人在类似情况下和地位下谨慎的合理注意义务，在管理公司事务时对公司负有履行适当谨慎的义务，为实现公司最大利益而努力工作。^①如董事在开会讨论、表决前，必须对讨论、表决的事项有清楚的认识和了解，必须索要、阅读相关的资料，对于有疑问的事项必须要求公司有关人员解释。

二、善管义务的判断标准

我国传统的企业立法和现代公司立法中从未规定经营者的善管义务，缺乏衡量善管义务履行的实态的法律标准，致使绝大多数违反善管义务的企业经营者，在企业亏损甚至破产时均能逃避法律制裁，因而在我国公司治理机制健全之时，不仅要求确认善管义务，而且要有明确的判断标准，方可真正使董事的此项义务得到贯彻。

本人认为，善管义务标准确定时，应对使国相关成熟的理论进行探

^① 侯富强、王衡：《董事注意义务研究》，载中国人民大学书报资料中心：《经济法学、劳动法学》2003年第3期，第43页。

讨和借鉴。如英国对董事注意义务采用了客观性标准和主观性标准的双重标准，英国高等法院法官罗默（Romer）在其审理的案件中，将该义务的标准归纳为三项：（1）一个董事在履行职务时，他的技能水平应合理地从他的知识和经验来判断，他也不必展示出比比更高的水平。（2）一个董事不必对公司事务给予持续的注意，他的职责是定期地参加董事会会议以及在偶尔有安排时，参加董事会下属委员会的会议，其职责具有间歇性质。然而他不必参加所有这些会议，尽管他应斟酌情况尽可能参加会议。（3）董事的所有职责，考虑到业务需要以及章程细则之规定，可以适当地下放给其他高级职员。不存在可疑根据时，一个董事有权信赖该高级职员会诚实地履行其职责。^① 罗默法官的理解构成英国现代公司关于注意义务的基础，在此基础上英国的判例对这三条标准进行了逐步的修正，1986年英国《破产法》第214条第4款规定，公司董事须具备合理勤勉之人所具有（a）人们可能合理地期待于履行同样职能之人的一般知识、技能和经验；（b）该董事所实有的一般知识、技能和经验。显然采用了客观性标准和主观性的双重标准。

美国《修正示范公司法》第8节30条规定，董事义务之履行必须为：（1）善意；（2）以处于相似地位的普通谨慎之人在类似情形下所应该的注意；及（3）以其合理相信的符合公司最佳利益的方式。将经营判断标准作为衡量注意义务的标准，采用的是以客观性判断标准为主的标准。

在日本，有学者解释董事善管义务的标准为，“董事应当以社会观念上处于董事地位之人通常要求的注意遂行其职务。”由此看出日本亦采用了客观性标准。

德国《股份法》第93条第1款规定：“董事会成员应在其执行业务时，尽通常及认真的业务执行人之注意。”此规定与美国法上的董事注意义务相似，采客观性标准以判断善管义务。

董事与公司之间存在的是一种高度结合的信赖关系，股东购买公司股票原则上取决于对公司董事所包含的信赖与信心。从英美判例发展而来的董事善管义务的规定，强化了董事为股东利益服务的责任，对剔除不称职董事，优化公司经营队伍起到了良好的作用。而善管义务判断标

① 倪建林：《公司治理结构：法律实践》，法律出版社2001版，第62～63页。

准逐渐由最初的主观标准转向了客观标准，这一标准亦成为大多数国家关于董事善管义务判断的依据。就采用主观标准而言，如对董事应有技能的判断则可能出现董事个人知识越匮乏，技能经验越少，则其承担的善管义务越少的状态，再则主观判断标准往往依赖于法官自由裁量的水平，法官个人判断往往可以取代公司运作的商业判断，同时也产生了对法官素质的依赖，不同的法官易产生不同的判断结果。但不可否认，不同公司、不同董事，如董事长、执行董事、业务董事、外部董事等由于本身职权的不同，要求他们使用同一标准显然也存在着不合理之处。而依主观判断标准，若法官具备应有的业务素质，应该使董事的善管义务标准，根据董事在公司中的不同地位来确定，以求评判之合理公正。其前提是法官是高素质的、公正的。由此可见，单纯的主观标准考虑到了董事间经营能力的差异，突出了董事的诚信义务，但迁就了不合格的董事，不利于督促董事积极向上、努力提高自身的经营能力。若单纯地采用客观性标准则将董事的经营水平视为相同，则易于放纵实际上知识、技能、经验高人一筹的资深董事，则可能造成此类董事权利（力）与义务的不对称。我国学者刘俊海博士认为，衡量董事善管义务不宜采取单纯的主观性标准，也不宜采取单纯的客观性标准，而应采取客观的综合性标准。^① 本人对此观点持赞同的态度，在《公司法》中应明确地规定董事的善管义务，采主客观标准相结合，以客观标准为基础的方式，应该说更符合中国公司的现状和发展的要求。

三、美国法中的经营判断准则（Business Judgment Rule）

（一）关于商业经营判断准则的含义

经营判例准则是美国从判例中发展起来的关于董事注意义务的判例法规则，其目的在于设定程序性规则，保障董事的合法权益，防止董事在合理地做出决定，却给公司带来损失时责任过重。经营判例准则在美国的立法界以及理论界至今仍是一项颇有争议的法律准则。关于经营判断准则在美国影响较大的有三种表述，即：

其一，美国特拉华州最高法院一份著名的判决中指出：“所谓经营判断的原则，是这样一种推定（presumption），即公司的董事所作出的

^① 刘俊海：《股东权法律保护概论》，人民法院出版社1995年版，第146页。

经营判断，是在获得足够的信息的基础上，诚实而且有正当的理由相信该判断符合公司的最佳利益。对该决定只要不是滥用裁量权，法院应该尊重该董事的经营判断。另外，举证责任由认定董事的判断是错误的当事人负担，该当事人有责任证明他有足够的事实证据可以推翻上述推定。”^①显然该判例认为适用经营判断准则的情形时，必须具备判断的作出与董事无个人的利害关系及必须合理地掌握据以作出判断的一切可以利用的信息这个条件。

其二，美国《修正示范公司法》没有正面规定经营判断准则，但在第8节第30条的董事的一般行为准则中间接地承认了该原则。其规定如下：

(1) 作为一个董事，包括委员会的成员，必须依照以下规定履行其义务：(a) 善意（成诚实）的方式；(b) 应当以普通谨慎的人，在类似的状况下，能够尽到的注意；而且，(c) 必须按照一种他合理相信是符合公司最佳利益的方式处理事务。

(2) 当董事依照本条规定履行了他的职责，他就无需为他作为一名董事而采取的任何作为或不作为承担责任。^②

其三，美国法学研究所在《公司治理的诸原理—分析和劝告》第四篇第4.01条明确规定：(1) 董事及高级职员，应该如此对公司承担义务：即以善意（诚实）的方式，按照合理地相信是符合公司最佳利益的方式履行职务；并且，(2) 以一种可以合理地期待一个普通谨慎的人，在同样的地位上，类似的状况下，能够尽到的注意，履行一个董事或高级职员的职责；(3) 做出经营判断的董事或高级职员，在符合下列条件时，就被认为是诚实地履行了本条所规定的义务：(a) 他与该经营判断无利害关系；(b) 他有正当理由相信他掌握的与上述经营判断的信息在当时的情形下是妥当的；(c) 他有理由相信该经营判断是和公司的最佳利益相符合的。^③在美国对于经营判断原则，还有一些其他表述方式，内容与美国法学研究所的定义基本一致。

① 蔡元庆：《董事责任的追究和经营判断的原则》，载《现代法学》2002年第4期，第95~96页。

② 转引自蔡元庆前注文。

③ 转引自前注。

美国确立经营判断准则的原因是多方面的，其主要原因正如美国汉密尔顿（Hamilton）教授所认为，经营判断规则反映了这样的基本原则，即董事在公司管理方面享有自由决定权，并且此种决定权的行使普遍地不受司法审查，也就是说，绝大部分法官不是能对此种自由决定权的行使进行第二次审查的面人。^① 因为法官并不具有商人进行商事活动所必须的技能、信息和经营判断能力，法院不愿对那些看来是依照善意和适当注意的态度作出的决策，进行事后聪明的评判。法院采用经营判断准则的一个更深层原因在于，鼓励那些拥有技能和信息的商人按照他们对经济风险的评估进行资源配置，发挥其巨大的社会效用。事实上，在考察董事做出的商业判断时，惟一合理的法律标准应是那种以市场机制作为出发点的法理原则，而商业判断准则恰恰是这样一种法律原则。^② 美国法院一般会使用经营判断准则豁免董事因过失行为承担的法律責任，但董事们受经营判断准则的保护并非是一种固有的权利，而是有前提的，即董事们必须对公司履行其注意、忠实和诚信义务。故而美国现代学者认为，经营判断准则在运用于公司决策的司法评审中的角色是应该极其重要、但必须是适度的。^③

（二）我国引入商业判断准则的必要性

对经营判断准则是否引入我国《公司法》立法中，理论界有不同的观点，有学者认为，目前引进经营判断准则时机尚未成熟，^④ 其理由是由于经营判断准则主要是一项有利于董事的程序规则（尽管已经出现实体化趋势），而我国《公司法》尚未规定董事的善管义务。在此情况下，董事完全可以凭借经营判断准则，使原告在诉讼中陷入困境，而中国证券市场尚未形成稳定而成熟的机构投资者之事实，无疑使原告的诉讼弱势更为突出，这与保护董事利益的初衷显然相违背。也有学者认为，应该考虑经营判断准则，^⑤ 其理由有四：（1）经营判断准则符合公

① 倪建林：《公司治理结构：法律与实践》，法律出版社2001版，第64页。

② 柯皓：《美国公司法上的董事谨慎义务》，载沈四宝主编：《国际商法论丛》第2卷，法律出版社2001年版，第238页。

③ 倪建林：《公司治理结构：法律实践》，法律出版社2001版，第66页。

④ 刘志云：《试论美国公司法的董事利益保护机制》，载中国人民大学书报资料中心：《经济法劳动法学》2002年第10期，第11页。

⑤ 刘俊海：《股东权法律保护概论》，人民法院出版社1995年版，第150页。