

# 董事执行股东会决议可免责性研究

丁 勇

**【摘要】**董事能否或在多大程度上能以执行股东会决议免责是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(五)》第1条所引发的一个根本问题,其反映了董事在执行股东会决议与勤勉维护公司利益上所面临的义务冲突。对此,应以股东会决议合法有效作为协调义务冲突及董事免责的标准,明确董事在执行股东会决议时负有审查其效力的勤勉义务。股东会决议只有在满足要式性、事先性及拘束性的形式要求以及合法有效的实质要求时才能使董事免责。《公司法》第21条确立的是关联人在关联交易中不得获取超出市场正常交易之外的不当利益这一忠实义务,股东会批准非公允关联交易的决议因违反该强制性规定而无效,这既是违反忠实义务的关联董事无法以执行股东会决议作为抗辩的根本原因,也是非关联董事因违反审查决议效力的勤勉义务而承担责任的直接依据。由此可消除世界银行营商环境报告对我国现行法的误解。

**【关键词】**股东会决议;执行义务;董事责任;责任免除;关联交易;忠实义务

**【作者简介】**丁勇,华东政法大学。

**【原文出处】**《法学》(沪),2020.5.151~166

**【基金项目】**本文系2016年度国家社科基金一般项目“认缴制下公司法规则的系统性改造研究”(16BFX115)的阶段性成果,并得到上海市教育委员会和上海市教育发展基金会“曙光计划”资助。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(五)》(法释[2019]7号,以下简称《公司法司法解释(五)》)第1条第1款规定,关联交易损害公司利益,原告公司依据《公司法》第21条规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失,被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的,人民法院不予支持。这通常被理解为履行法定程序不能豁免关联交易的赔偿责任。

众所周知,该条是我国为提升在世界银行全球营商环境评估报告(Doing Business Report)中相关指标的得分而专门引入的。作为世界银行评估十大指

标之一的“保护少数投资者”(Protecting Minority Investors)指标,世界银行在评估中重点关注和考察的是各国对关联交易中少数股东保护的水平,其中专门以“董事责任指数”测试各国法律中董事对关联交易承担赔偿责任的程度。总体上,按照世界银行的标准,如果董事(包括关联董事及非关联董事)责任的追究仅以关联交易损害了公司利益为条件即可得满分,如果还需附加其他条件,比如证明董事具有重大过失、欺诈、恶意或者干脆无法追究董事责任,则会被扣分甚至不得分。

世界银行在《2019年营商环境报告》中认为,按照我国现行法的规定,关联董事或股东应依法回避董事会或股东会有关关联交易的表决,因此没有“利

用其关联关系”损害公司,从而无需按《公司法》第21条承担责任,而非关联董事作出的决议也并未违反法律或决议,从而无需按《公司法》第112条承担责任,因此都只能在董事额外存在欺诈、恶意或重大过失时追究其责任。<sup>①</sup>由此造成了我国在关联董事及非关联董事的责任问题上均未得分。

最高人民法院2019年4月发布的《公司法司法解释(五)》专门作出上述规定正是旨在使董事无法以股东会决议这一正当程序作为免责理由,以此表明只要关联交易造成了公司损害就应当追究董事责任的立场。这的确得到了世界银行的认可,其在2019年10月24日发布的《2020年营商环境报告》中对我国在关联董事责任问题上给予了肯定性评分。不过,由于世界银行认为我国《公司法司法解释(五)》第1条只是针对《公司法》第21条作出的解释,因此只适用于关联董事而不适用于非关联董事的责任承担,这导致在非关联董事责任问题上我国依然未得分。

然而,即便我国将来修改公司法一体明确关联董事和非关联董事均需为关联交易造成的公司损失承担责任,这种结果导向式的董事责任在法理上仍存疑问。尤其是关联交易如果是根据股东会决议批准实施,那么完全未参与决议的董事承担责任的理由何在?这既涉及未利用关联关系的关联董事,更涉及无关联关系的其他董事。由此引发的更具一般性的问题是,董事如果只是执行股东会决议而导致了公司利益受损的结果,其是否仍要为此承担个人责任,以及董事为何无法以其只是决议执行者为由主张免责。

对于本身就面临很大责任风险的董事来说,如何尽可能通过合理免除其责任的规则维护和促进对其的激励一直是实务上和理论上共同关心的话题,但《公司法》只在第112条规定在决议表决时作了异议记载的董事方可免责。除此之外,国外立法中常见的允许章程或决议限制或免除董事责任的做法在我国现行法上并不存在。<sup>②</sup>当然,在理论上,对于可能会给公司带来利益但同时也面临风险的交易,董

事可以以所谓的商业判断规则作为责任免除的“避风港”,但其适用条件实际上相当严格。董事不仅要证明其与决策事项不存在利害关系,还要证明该决策是基于充分和准确的信息作出,其有理由相信决策符合公司最大利益并且不存在重大过失等。<sup>③</sup>要一一满足并证明符合这些条件并不容易,以至于商业判断规则对于董事来说是否真的具有免责作用都值得怀疑。<sup>④</sup>

在董事免责制度立法供给不足的现状下,将相关事项提交作为公司所有者的股东自己决定本可成为董事寻求自我保护和免责的一个重要方式,但《公司法司法解释(五)》所体现的董事责任结果论有可能彻底否定这一可能性,从而使董事除了要为自身错误承担责任外,还要无条件地为股东的错误承担责任,这无疑大大增加了董事的职业风险。董事究竟还能否或者在多大程度上以执行股东会决议为由主张免责成为一个亟待明确的问题,这对于如何正确理解股东会与董事会的关系以及董事究竟应如何执行股东会决议等问题具有重要意义。

## 一、董事执行股东会决议中的义务冲突及其平衡

### (一)董事执行股东会决议与勤勉维护公司利益的义务冲突

董事是否应对执行股东会决议承担责任其实反映了董事在该问题上所面临的义务冲突。首先,董事会作为公司的执行机构,负有执行股东会决议的义务。比如,我国《公司法》第46条和第108条明确规定,董事会对股东会负责,执行股东会决议是其重要职责。《德国股份法》第83条也规定,董事会有义务执行股东大会在其权限范围内所决议的措施。在英国法上,董事义务同样包括遵守股东在股东大会上以适当程序作出的决议。<sup>⑤</sup>既然董事会负有执行股东会决议的义务,那么即便其执行行为给公司造成了损害,其责任根源也在于股东自身而非作为执行者的董事,董事理论上应当可以对此免责。

国外的确也有基于董事执行者的身份而免除其责任的立法例。比如,德国1897年《商法典》第241

条第4款规定,在公司无法满足债权人请求权时,债权人也可以主张公司对董事的赔偿请求权,且董事对债权人的赔偿义务不会因为公司放弃对董事的赔偿请求权或者董事的行为是基于股东大会的决议而消灭。德国学界一致认为,由该条可以反推出立法者认为董事对于公司的赔偿责任(内部责任)可以在其行为依据为股东大会决议时消灭。<sup>⑥</sup>尤其值得注意的是,该条第3款列举了董事违反法律规定而应对公司承担赔偿责任的六种情形(比如违法向股东返还出资、向股东支付利息、取得公司自己的股票或接受其作为质押、在股票面值缴足前发行股票、分配公司财产以及在公司支付不能或资不抵债时仍作出支付等),这意味着如果这些违法行为是由股东大会决议作出的,董事依然可以依据该决议免除其对公司的赔偿责任。总之,只要不影响债权人利益,董事可以其系执行股东大会决议为由主张免除其对公司的赔偿责任,无论决议内容是否违反法律规定都不受影响。德国立法者如此规定的理由在于在当时的德国股份公司中,股东大会是公司的最高权力机构,其对董事会有广泛的指令权。因此,对于只能听从股东大会意思的董事会来说,让其对执行股东大会决议给公司造成的损失承担责任有违诚信原则的要求,公司追究董事执行股东大会决议的个人责任构成恶意的权利行使。<sup>⑦</sup>可见,董事作为股东会决议的执行人免责从根本上是由在公司机关关系上董事会从属于和服从于股东会的定位所决定的,因此也是股东会中心主义的最典型体现。

同样地,我国《公司法》也明确规定股东会是公司的权力机构(《公司法》第36条和第98条)。尽管法条中未有“最高”的前缀,但从立法对股东会及董事会权限的整体规定看,这并不妨碍主流观点得出我国现行法同样是股东会中心主义的结论。<sup>⑧</sup>《公司法》不仅明确规定了董事会应对股东会负责并应执行其作出的决议,而且从其对股东会和董事会权力的列举上看,股东会对于相同权力内容明显具有最终决定权。尤其与董事会中心主义立法不同的是,现行法并未确立董事会对于公司日常经营业务的专

属权限,因此理论上无论是有限责任公司的股东会还是股份有限公司的股东大会都可以对公司日常经营事项作出决议,甚至是推翻此前的董事会决议,董事会仍有义务服从并执行股东会的决议。<sup>⑨</sup>在这一关系格局下,即便董事执行股东会决议造成了公司损失,似乎也不应由其承担责任。

然而,另一方面,董事毕竟负有对公司的勤勉义务并应以此维护公司利益,对于违反该义务给公司造成的损害应承担赔偿责任。至于对勤勉义务的违反是董事个人行为所致,还是执行股东会决议所致,立法和学理上均未作区分。因此,理论上董事因执行股东会决议而作出的行为如果的确违反了勤勉义务,其同样应当对由此造成的公司损失承担责任,而不能以其只是执行者为由免责。但是,这样一来就在董事的执行义务与勤勉义务之间产生了矛盾和冲突。即如果董事要为执行股东会决议承担违反勤勉义务的责任,就不应认为其仍负有执行义务;而如果肯定董事负有执行股东会决议的义务,就不应以违反勤勉义务为由让其承担责任。如何合理协调这种义务冲突成为亟需解决的问题。

## (二)董事义务冲突的协调

1. 董事仅可以执行合法有效的股东会决议为由主张免责

董事在执行股东会决议和依勤勉义务维护公司利益这两种义务上会发生冲突,最直接的原因在于股东会决议有时的确会损害公司利益,从而在交由董事执行时与其所负的维护公司利益的义务发生冲突。因此首先要回答的问题是股东会决议能否损害公司利益。这需要区分不同情形加以讨论。

一方面,从经济意义上而言,股东是公司的所有者,公司资产原则上处于股东的自由处分之下,无论盈利或亏损最终也都是由股东自身承受,因此理论上股东完全可以作出减损公司资产的“自我损害”行为。<sup>⑩</sup>这不仅包括结果意义上的“自我损害”,比如依股东会决议进行的交易、投资或担保行为最终造成了公司受损,甚至也包括行为意义上的“自我损害”,即决议内容本身就是损害公司利益的,比如免除对

债务人的债权等。在此意义上,即便董事依其勤勉义务本不应实施这些有损公司利益的行为,但在作为公司所有者的股东自身同意的前提下,董事执行股东会决议对公司造成的损害仅仅是作为执行者实现了公司的自我意思,其维护公司利益的勤勉义务此时实际上也得到了公司的事先豁免,因此董事仍可以执行股东会决议作为免责理由。在此范围内,董事执行股东会决议和依勤勉义务维护公司利益这两个义务实际上并不存在真正的冲突。

但另一方面,承认公司可以“自我损害”的前提是这必须确实是公司真实意思的体现,而股东会决议并非可以无条件地等同于公司意思。只有在程序和内容上都符合法律要求的决议才会得到法律的承认,也才能归属于公司意思。这意味着决议程序应当确保全体股东能够参与和表决,只有在股东民主参与下形成的表决结果才能真正代表公司意思,否则只能代表个别股东意思。打着决议旗号侵害公司利益的个人行为显然是法律所不允许的。此外,决议内容只应限于真正的“自我损害”,如果其同时损害了公司债权人等第三人利益(比如违反资本三原则)乃至公共利益,或者公司的“自我损害”并非由全体股东按持股比例平等承受而是偏颇地牺牲了中小股东利益(比如违背股东平等原则),这种以“自我损害”为名行损害他人利益之实的行为同样超出了法律所允许的范围。总之,公司即便“自我损害”也必须以合法有效的股东会决议为前提,在法律所允许的范围内发生。否则,即便存在形式上的股东会决议,其也无法归属于公司意思,董事并不受其约束,自然也就不负有执行义务。而负有执行义务是董事责任免除的前提,如果其在没有执行义务的情况下仍选择执行股东会决议而给公司造成损害,则并不能免除其违反勤勉义务的责任。相应地,董事的勤勉义务此时实际上转化为对股东会决议效力的审查义务,其在应当发现决议无效时并不负有执行义务并可拒绝执行,从而避免了责任承担和义务冲突的问题。

因此,股东会决议合法有效应成为协调董事所

面临义务冲突的标准及其免责的条件,这在国外立法中亦有体现。比如,《德国股份法》第93条第4款第1句以及《奥地利股份法》第84条第1款第1句都明确规定,如果董事的行为是基于股东大会的合法决议则不产生对公司的赔偿义务。1971年德国修改《有限责任公司法》的政府草案第75条第4款也曾规定,公司业务执行人的行为基于股东的决议或者对业务执行有约束力的指令并符合法律和章程规定的,不承担赔偿责任。

## 2. 董事负有审查股东会决议效力的义务

对董事施加审查决议效力的义务固然可以协调其所面临的义务冲突,但董事也许会主张股东会决议一旦作出至少在形式上就代表公司意思,其作为执行者并不具有审查决议效力的权利,更不负有审查决议效力的义务,而且在很多情况下其也难以作出明确的法律判断,如果因此延误了决议实施,其同样将面临责任承担的问题。不过,这些理由都难以成立。

首先,这涉及对董事执行股东会决议和勤勉维护公司利益这两个义务之间关系的理解。事实上,后者才是其更为根本的和本质的义务,而前者只是法律所列举的董事勤勉尽职所应承担的一项具体职责和表现形式,因此两者的冲突在很大程度上只是表面现象。在如何执行股东会决议的问题上,董事行为依然要接受勤勉义务的约束和考量,而其中的一项重要内容就是董事应依其职业注意义务确保其代表公司所从事的内外行为合法合规。<sup>⑩</sup>执行股东会决议作为董事履行其职务行为的一种方式同样必须满足这一要求,而绝非是对董事勤勉注意义务的豁免,从而使之降格为机械的、无条件的服从义务。董事应从勤勉维护公司利益的根本要求出发,在审查决议效力的前提下对是否以及如何执行决议作出自己的职业判断。因此,以勤勉义务为标尺,董事执行股东会决议的义务应当解释为其只应执行有效决议,同时应拒绝执行无效决议。

其次,从股东会与董事会的关系上看,尽管我国现行法更多地体现出股东会中心主义倾向,但并不

能由此得出董事应无条件地执行股东会决议的结论。董事的勤勉义务始终是面向公司而非股东会的,只有合法有效的股东会决议才能归属于公司意思从而对董事产生拘束力。事实上,我国现行法明确赋予董事对于无效决议的诉权,<sup>⑫</sup>这充分肯定了董事具有审查和消除无效股东会决议的权利。对于可撤销决议而言,尽管我国现行法并未规定董事的撤销权,但主流观点同样主张借鉴日韩立法<sup>⑬</sup>赋予其撤销权。<sup>⑭</sup>尤其值得一提的是,德国立法在一般性地赋予董事会(作为机关)决议撤销权的同时,明确将董事和监事执行决议可能导致个人责任作为赋予其个人撤销权的前提。<sup>⑮</sup>这就清楚地揭示了董事执行决议与审查决议效力之间的关系,立法者正是为了避免董事以负有执行股东会决议义务为由主张免责才赋予其对瑕疵决议的诉权。在能够审查并消除违法决议的条件下,董事无法再以负有执行决议义务为由免责。<sup>⑯</sup>

最后,以股东会决议合法有效作为董事免责标准并非是指董事只要执行了无效决议就应一律承担责任,而只是指其在执行决议前负有审查决议效力的勤勉义务。既然是一项勤勉义务,那么董事同样享有商业判断规则的保护。如果董事基于其当时所能获取的充分信息及其合理的职业判断仍不能发现决议无效的事实,那么即使决议事后被判定为无效并造成了公司损害,董事也不必承担责任。<sup>⑰</sup>比如,股东故意向董事隐瞒了必要信息从而造成了董事对决议效力误判。在判断董事依勤勉义务能否发现决议无效时同样要考虑决议实施的紧迫性对其判断的影响,在公司利益需要决议立即实施时(比如公司亟需增资渡过难关)也会相应地降低对董事判断决议效力准确性的要求,因此并不会对董事构成苛责。我国司法实践中曾有案例认为,只要决议事后被有效法律程序确认为无效、不存在或可撤销,董事就应承担责任的。<sup>⑱</sup>这种以决议客观上的违法性作为董事责任承担标准的做法实际上不合理地加重了董事责任,忽视了商业判断规则对董事的保护作用。

3. 董事仅在全体股东一致同意决议时方可主张

恶意行使权利的抗辩

即便董事应当审查股东会决议的效力并对执行违法决议承担责任,董事仍然可能会抗辩认为股东毕竟是公司的所有者,本应对自己的决定承担完全责任和最终责任,但通过将股东会决议交由董事执行并在发生损害时让后者担责,股东实际上是将自己的错误和责任推卸给了作为执行者的董事。这种让执行者承担决策者和所有者自身错误的权利行使方式属于恶意,构成违背诚实信用原则的权利滥用。<sup>⑲</sup>

应该说这一抗辩并非完全没有道理。如前所述,公司在合法的范围内可以“自我损害”,但即便股东会决议违法,真正的责任人实际上也是股东而非董事。不过,董事主张公司恶意行使权利的抗辩只有在决议是由全体股东一致同意而作出时才能成立,否则从中小股东保护的角度来说,控股股东损害公司利益的行为并非公司真正的“自我损害”,公司对董事追责并不属于恶意的权利行使。<sup>⑳</sup>更重要的是,无效决议侵害的往往是公司债权人的利益乃至社会公共利益,这并不属于可以由股东自己处分和决定的利益范畴。对于损害这些利益的行为比如违反资本三原则,违反会计、税收、环保等强制性规定等行为,无论其依据的是否是股东会决议甚至是全体股东一致同意的决议,董事都不得实施,因此更不可能以执行决议为由主张免除责任。董事实际上对确保这些更高的利益不被侵害承担特殊的担保责任。<sup>㉑</sup>此时,公司对董事的赔偿请求权并非是为了弥补股东的损失,而是弥补由公司利益所折射出的债权人利益及公共利益的损失。公司的赔偿请求权实际上是债权人等实现权利的必要基础,因此公司自身也不得予以放弃或免除,才可以确保后者能够通过代位或者强制执行该赔偿请求权获得清偿。<sup>㉒</sup>比如,在董事因违反义务导致股东出资未缴足或抽逃出资时,公司债权人可以代位公司行使对董事的赔偿请求权(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》第13条第4款、第14条第2款),董事此时不得以相关行为是基于股东会

决议而作出并以公司事后追究其责任属于恶意行使权利要求免责,否则债权人的代位权及其利益都将无法实现。

## 二、董事依股东会决议免责的具体构成

在具体构成要件上,董事以执行股东会决议为由主张免责需满足形式和实质两方面的要件。

(一)形式要件:董事行为受到事先作出的股东会决议的拘束

### 1. 要式性

董事以执行股东会决议为由主张免责的首要前提当然是在形式上存在股东会决议。股东会不能仅就某一事项进行讨论甚至是形成倾向性意见却没有形成正式的决议。此外,仅有监事会作出的同意决议也是不够的。监事会的主要职责在于监督,本就无法对董事会作出行为约束和指示。允许监事会决议免责甚至会出现董事会和监事会合谋损害公司和少数股东利益的结果。<sup>③</sup>

有观点认为,在董事事先获得了控股股东甚至全体股东或唯一股东同意的情况下,实质上相当于存在股东会决议,董事因此也可以免责,<sup>④</sup>但这并不能成立。首先,董事以执行股东会决议为由免责的根本原因在于其因受决议拘束而丧失了个人的自主决定空间,因此也就丧失了让其承担责任的基础,但董事并不受股东(即便是一人股东)意思表示的拘束,因此也就缺乏免责的基础。<sup>⑤</sup>其次,股东意思无法等同于公司意思,董事仅凭股东同意即可免责将架空法律以股东会决议代表公司意思的要求,会导致公司治理的混乱。一方面,对股东意思并不存在法律对股东会决议所规定的形式要求,在事后发生公司损害时相关股东往往对此产生争议,这对于免除董事责任这样的重要事项而言将造成举证上的困难和极大的不确定性。即便是一人公司,《公司法》第61条也要求一人股东应采用书面形式并将决议签名后置备于公司,这样才能确保公司意思能够被识别和记录。另一方面,只有合法有效的股东会决议才能具有免责效果,以股东意思代替股东会决议直接规避了法律对决议程序和其实体内容的要求,中小股

东也失去了全面了解相关事项并在必要时提起决议瑕疵诉讼的机会。与在决议撤销之诉中仅凭控股股东声明其无论如何都会对决议投赞同票并不能排除撤销一样,<sup>⑥</sup>控股股东甚至全体股东或唯一股东同意也并不等同于股东会决议及公司意思,董事无法据此免除其对公司所承担的义务和责任。

还有观点主张,即便董事不能依据控股股东甚至全体股东或唯一股东的同意而直接免责,但至少应当认为公司事后再追究董事责任构成恶意的权利行使。<sup>⑦</sup>不过,与前文提到的全体股东一致同意作出决议后公司事后再追究董事责任有可能构成恶意的权利行使不同,此种情形下毕竟不存在形式上的股东会决议。如果认定此时公司追责属于恶意,这等同于取消股东会决议的形式要求,从而同样规避了法律对决议的程序及实体要求。事实上,董事以执行合法的股东会决议为由免责本身就是禁反言原则在法律构成要件上的具体化,在不满足该构成要件时再诉诸原则本身,在方法论上也是不成立的。<sup>⑧</sup>

总之,董事只能基于正式的股东会决议才能免责,控股股东甚至全体股东或者唯一股东的同意均不能成为董事免责的理由。值得注意的是,我国司法实践中已然出现以控股股东同意取代股东会决议要求的做法,比如最高人民法院在2019年11月18日印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》中明确以单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东在担保合同上签字同意取代了《公司法》第16条所要求的股东会决议,<sup>⑨</sup>这显然规避了法律对决议程序和其实体内容的要求和合法性审查。这种不当做法不应类推到董事免责问题上。

### 2. 事先性

董事免责不仅在形式上需要存在股东会决议,而且该决议还必须在董事执行行为之前作出,只有这样董事行为才可能因受到拘束而具有可免责性。因此,股东会在董事实施相关行为之后才作出的决议并不具有免责效力。<sup>⑩</sup>当然,这并不是说公司不能在事后通过股东会决议的方式免除董事的责任,但

此时主要考虑的是避免董事责任过重而阻碍其勤勉和积极履职,因此在免责原理上与本文所讨论的情形并不相同。对于公司事后以股东会决议免除董事责任,各国立法大多有所限制,比如德国法要求股东会只能在公司赔偿请求权产生三年后且持股十分之一的少数股东未表示异议时才能免除董事责任,<sup>⑩</sup>以避免公司在董事责任的范围和影响完全清晰之前过早地免除其责任。日本法上的董事责任免除原则上要求全体股东一致同意,即便是以股东大会决议免除董事责任也存在对董事过错及责任限额方面的要求。<sup>⑪</sup>从这个意义上说,董事依据股东会决议事后免责需满足较高条件并且存在较大的不确定性,而我国现行法下尚不存在股东会事后以决议豁免董事责任的可能,这使得董事事先能依执行股东会决议免责更有意义。

此外,在企业并购实践中,董事会往往会事先和对方磋商并达成合同后才将其提交给股东会表决。如果认为董事在对外订立合同中的关键行为是对外作出意思表示,那么只有在股东会事先同意其作出该意思表示时董事才可以执行股东会决议为由主张免责,因此实践中先订立合同再提交股东会表决的做法有可能无法满足决议事先性的要求。不过,在通常情况下,董事会订立的合同都会以股东会同意作为合同的生效要件,此时股东会决议仍然保留对董事行为效力的决定权,从董事受决议约束而缺乏自主决定权因而应予免责的本质来看,应认为此时仍符合决议的事先性要求。<sup>⑫</sup>仍有疑问的是,董事会如果将股东会决议作为合同是否解除的条件时还能否满足决议事先性的要求,此时合同生效不再取决于股东会的批准,董事会似乎已经自主决定了并购事宜。不过,通过决定董事会是否行使合同解除权,股东会仍然保留了对合同最终效力状态的决定权,因此实质上仍然约束董事行为的效果,从而同样应具有免责效果。<sup>⑬</sup>

### 3. 拘束性

股东会决议的内容还必须在实质上确定和拘束董事的行为,唯此才能导致董事个人缺乏决定权和

责任基础。这首先意味着股东会决议必须包含具体的决定事项和实施内容,而不能仅仅是对董事会并无拘束性的建议,或者仅仅是对董事会的授权,否则董事依然能够自主作出决定和承担责任。

此外,法律或者公司章程中常有董事会从事特定交易或行为需要经过股东会同意的要求(比如我国《公司法》第16条、第121条、第148条)。即便是常规的股东会决议,通常也是由董事会先行作出决议再提交股东会表决。此时董事会往往是先独立自主地作出了相关决定,股东会的同意似乎并未拘束和限制董事会的自主决定权。对此,应区分不同立法例中股东会与董事会的权限构造进行讨论。在董事会中心主义的域外立法例下,董事会享有对公司日常经营事务的专属权限,此时即便特定行为依照法律或公司章程需要经过股东会的同意,股东会也只是行使类似监事会的监督权,不改变董事会对相关事项的自主决定权,董事仍应对其专属权限范围内的事务独立承担责任。<sup>⑭</sup>

不过,如前所述,我国现行法因受股东会中心主义的影响,并未确立董事对公司日常经营事务的专属决定权,这意味着股东会同样具有对此类事务的决定权,甚至可以推翻董事会的决议。因此,无论是股东会同意还是否定董事会决议都应当视为股东会在其权限范围内的独立决定,对董事会仍具有最终的拘束性。也正是在此意义上,在需要股东会同意的交易或行为中,董事会的事先决议仅仅具有建议的性质,无法成为董事会独立承担责任的依据。在争取世界银行相关评估得分时,为了让世界银行专家认可我国法下非关联董事同样应对非公允关联交易承担责任,有学者提出董事会先行作出决议因违反勤勉义务而应承担责任的。<sup>⑮</sup>然而,在关联交易需要股东会批准的前提下,董事会的建议性决议并不具有终局性,股东会的同意决议依然满足拘束性的要求从而仍可成为非关联董事免责的依据。

### (二)实质要件:股东会决议合法有效

如前所述,董事免责的前提是股东会决议合法有效,但在此仍需区分决议无效或决议不存在以及

决议可撤销等情形。

## 1. 股东会决议无效或不存在

### (1) 一般情况

在现行法下,股东会决议内容违反法律或行政法规的强制性规定构成决议无效(《公司法》第22条第1款),决议程序存在极为严重瑕疵的构成决议不存在(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第5条)。无论是何种情形,决议效力都自始被否定。因此,尽管存在形式上的决议,但其无法归属于公司意思,董事并不受其约束而无执行义务,也就无法以其免责。相应地,董事在执行股东会决议前负有审查决议是否存在无效或瑕疵情形的勤勉义务,但同时也可享有商业判断规则的保护,在尽到了合理注意义务后确实无法识别瑕疵的,应当认为其并不存在过失,从而仍可免责。不过,这种情形通常很难出现。对于构成决议无效的内容瑕疵,董事理应知晓并识别。对于构成决议不存在的程序瑕疵,董事会本就负责召集和主持股东会,对于在召集、表决和决议结果上存在的严重瑕疵,董事本身就负有审查责任,因此只在极为例外的情况下(比如应回避表决的股东未披露利益冲突事实)才能以商业判断规则免责。

### (2) 治愈后的决议无效或决议不存在

不同于主张决议可撤销的情形,主张决议无效和不存在并无除斥期间的要求,这无疑会给公司及相关主体带来极大的不确定性。因此,有学者认为对主张决议无效的瑕疵同样应予以合理限制。比如,借鉴德日韩等国做法,<sup>⑧</sup>对公司合并与分立、增减资本、形式变更及解散清算等公司重大结构变更行为的决议规定无效之诉的除斥期间。<sup>⑨</sup>此外,还有学者主张借鉴国外立法引入决议无效的治愈制度,比如《德国股份法》规定决议未依法公证的瑕疵可经由商事登记而治愈,其他的召集和内容瑕疵在决议经商事登记满三年后也可治愈。<sup>⑩</sup>但这些学者同时也指出,无效决议瑕疵治愈的本质并非否定瑕疵的存在,而是当事人在法定期限后不得再以瑕疵为由主张相关决议无效。<sup>⑪</sup>

限制当事人主张决议无效的期限本身具有一定合理性,但此处要讨论的问题是如果将来我国法引入上述限制,那么董事执行已过主张期限的无效决议是否应予免责。反对的观点认为,超出法定期限的结果只是导致当事人不得以瑕疵为由主张决议无效,其并未否定瑕疵本身仍然存在,因此决议在本质上仍是违法和无效的,董事无法以其系执行此类决议为由主张免责。<sup>⑫</sup>支持的观点则认为,无效决议瑕疵治愈的立法目的在于维护法律的安定性,这一价值目标决定了对无效决议设定主张期限绝不只是限制当事人的主张,更在于改变无效决议的实体法律状态,使其成为有效决议,从而不仅是自法定期限届满时起面向将来有效,而且是自决议作出时起自始有效,主张期限实际上是在无效之诉中发挥类似于撤销之诉中除斥期间的作用。这一立法目的不应在董事执行决议免责问题上被否定。<sup>⑬</sup>

上述两种对立观点各有其合理之处,但更为合适的做法也许是基于决议无效及不存在的特殊性,对决议的内容和程序瑕疵予以区分对待。不同于可撤销决议,无效决议侵害的往往是债权人利益甚至公共利益,即便立法者出于法律安定性的目的限制主张决议无效的期限,但期限届满只是排除了当事人主张该瑕疵,并不意味着瑕疵不再存在,董事执行决议依然会导致侵害债权人利益乃至公共利益的结果。鉴于董事对这些更高的利益具有特殊的担保责任,无论有无决议或者决议是否有效均不得实施此类侵害行为,因此即便决议已过法定主张期限,董事仍然不得实施决议并据此免责。另一方面,对于决议不存在的情形,由于其涉及的是程序瑕疵,如果我国将来借鉴域外法引入对股东会决议进行商事登记的做法,那么在登记后经过一定时间,决议的存在已经借助于商事登记的公示公信力在公司内外都得到了承认,程序瑕疵应当被认为已经得到完全治愈和修复,该决议应与自始合法有效的决议获同等对待,此时董事执行该决议应当被认为可产生免责效果。<sup>⑭</sup>

不过,无论采取何种观点,董事以治愈后的无效

决议或不存在决议主张免责仍需满足一个前提,即决议被治愈不能是董事未提起决议无效或不存在之诉所导致的结果。对于无效决议和不存在决议,董事在发现后如果无法通过建议股东会重作决议等方式消除,则有义务通过诉讼方式消除该违法决议。这既是由董事勤勉义务所决定的,也是避免其个人承担执行决议义务及责任的必然要求。如果董事不通过诉讼等方式消除违法决议,而是坐等决议被治愈后又执行,那么其显然不能从自身违反义务的行为中获益而以决议有效为由免责。反对的观点认为,既然决议效力被治愈是自始有效,那么董事因此也就不存在提起决议无效之诉的义务,从而不应因未提起诉讼而无法免责。<sup>④</sup>然而,强调董事对无效决议和不存在决议有起诉和消除的义务正是为了避免违法决议最终因超出主张期限而成为无法改变的事实,以违反义务所造成的结果否定义务本身显然是站不住脚的。<sup>⑤</sup>

## 2. 股东会决议可撤销

### (1) 一般情况

不同于决议无效或不存在,可撤销决议在效力上存在一定的不确定性,这给判断董事对其是否具有执行义务并以此免责造成了困难。对此,应结合提起决议撤销之诉的除斥期间是否届满以及诉讼是否提起的情况予以区分讨论。如果在除斥期间内已经提起撤销之诉且决议最终被法院生效判决所撤销,那么该决议即确定无效,董事自然不得执行该无效决议,否则应承担个人责任。如果除斥期间届满而无人提起撤销之诉或虽有人提起撤销之诉但被生效判决所驳回,那么该决议即确定有效,董事因此具有执行义务,相应地其也具有免责效果。<sup>⑥</sup>有观点认为,即便除斥期间届满也不改变可撤销决议仍然存在违反法律或公司章程的瑕疵之事实,董事因此仍不得以其系执行此类决议而主张免责。<sup>⑦</sup>这种观点忽视了除斥期间届满的法律后果不仅仅是当事人无法再主张瑕疵,而是在实体法上彻底消除了瑕疵,因而该决议自始有效而应予执行。

最难判断的是董事对于除斥期间尚未届满的可

撤销决议是否具有执行义务。尽管此时决议理论上也属有效,但仍有可能因提起甚至已经提起了决议撤销之诉而成为无效。无论如何,董事此时同样负有审查决议效力的义务,在必要时应征询法律专业人士的意见,并应根据其对决议效力的职业判断作出是否执行决议的决定。一般来说,如果董事依其职业判断认为决议存在明显瑕疵并将可能被撤销,那么最好应当先不执行决议而等待除斥期间届满或者已提起的撤销之诉的诉讼结果最终确定。<sup>⑧</sup>相反,如果董事依其职业判断认为瑕疵明显不成立,不会导致决议被撤销,那么即便除斥期间未届满或撤销之诉仍未终结,董事也仍然负有执行决议的义务,<sup>⑨</sup>相应地其也可以此免责。不过,如果决议最终仍被法院生效判决所撤销,则说明董事判断失误,原则上仍需赔偿因执行无效决议而给公司造成的损失,除非其能够举证证明其当初作出的决议瑕疵明显不成立的判断符合商业判断规则,比如因股东向其隐瞒必要信息而造成其误判等。当然,在不需要立即实施决议或者延迟执行决议不会对公司利益造成损害时,董事即便认为决议瑕疵明显不成立也可以选择等待除斥期间届满或者撤销之诉的判决最终确定,以便在确定的决议效力基础上采取行为,由此避免承担个人责任。

### (2) 董事不负有提起决议撤销之诉的义务

对于可撤销决议因除斥期限届满而有效的情形,董事虽可主张因执行决议之义务而免责,但与上述无效决议治愈的情形一样,此时仍需追问的是,董事是否在此前负有提起决议撤销之诉的义务而未提起从而导致除斥期间的届满。如果答案是肯定的,那么董事依然不得主张因执行有效决议而免责。因此,核心的问题在于董事是否或者何时负有提起撤销之诉的义务。

国外立法虽然大都赋予董事决议撤销权,但都未明确规定董事是否以及何时负有撤销义务。对此,需要结合立法赋予董事决议撤销权的价值目的以及可撤销事由进行分析。如前所述,国外立法及我国的学理讨论多将董事的决议撤销权定位于维护

公司决议合法性的“公益性”。正是从这一价值定位出发,个别观点甚至认为董事对于可撤销决议原则上均负有撤销义务。<sup>⑤</sup>然而,不同于决议无效和不存在,导致决议可被撤销的瑕疵情形侵害的通常是由股东自由处分的实体性或程序性权利。因此是否撤销该决议也应交由权利被侵害的股东自己决定,而不应由董事越俎代庖,否则恰恰违背了法律以可放弃的撤销权及有限的撤销期限尽可能维护公司安定性的目的,也有违董事对公司而非股东所负的勤勉义务。从这个意义上说,对于只侵害股东利益的可撤销决议,董事不仅没有撤销义务,甚至也不应享有撤销权。<sup>⑥</sup>

但另一方面,可撤销决议在特定情况下也会损害公司利益甚至会引发董事的个人责任,比如股东会超出公司章程所规定的金额上限对外投资或提供担保等,此时董事无论是基于对公司的勤勉义务还是为了避免执行决议可能导致的个人赔偿责任都应有阻止决议的可能。相应地,董事的撤销权也应限定在决议将会损害公司利益的范围内。<sup>⑦</sup>不少观点更进一步认为董事对于损害公司利益的决议不仅具有撤销权,更负有撤销义务。<sup>⑧</sup>然而,如果董事对于损害公司利益的决议均负有撤销义务,那么事实上不可能再以执行可撤销决议而免责,因为可撤销决议要么未造成公司损失因此本就不存在董事责任的问题,要么造成了公司损失但董事却因未提起撤销之诉而无法免责。

事实上,如前所述,股东作为公司经济意义上的所有者,完全可以作出有损公司利益的决议,只要该决议不超出法律所允许的边界。如果说决议内容损害债权人利益甚至公共利益的无效决议以及决议程序存在严重瑕疵的不存在决议属于刚性边界,无论其是否同时损害公司利益董事都有义务消除,那么决议内容和程序只损害公司及股东利益的可撤销决议则属于柔性边界,其最大特点就是所涉及的法律和章程规定所要保护的利益是可由受保护者自由处分甚至放弃的。因此,不仅对于只损害股东个人利益的可撤销决议,董事应当尊重受损股东的自身意

思而无权擅自撤销,即便是对于损害公司利益的决议,由于并不存在损害债权人等他人利益的外部性问题,公司利益在此实际上等同于全体股东利益。如果在除斥期间内没有股东主张撤销,则表示全体股东都同意对公司利益的这种处分。董事没有理由置股东自身意思于不顾而主张撤销,否则既违背了立法仅将任意性规则作为可撤销事由的本意,也曲解了董事勤勉义务本身。<sup>⑨</sup>

当然,尊重股东自身意思的前提是股东对所表决的事项会造成公司利益损害的相关事实及后果充分知情,放弃撤销权是其对风险和收益作出评估后的自愿和理性选择。因此,对于损害公司利益的可撤销决议,董事的勤勉义务并非在于撤销决议,而是在于为股东的讨论和表决提供全面且真实的信息并在决议损害公司利益时及时向股东作出其享有撤销权的法律提示。只有在董事尽到上述信息提供义务后股东依然放弃撤销权的,董事才能以执行生效决议为由主张免责,否则仍应承担责任。比如,股东会决议超出公司章程规定的金额上限对外投资或提供担保,该决议属于违反公司章程且会损害公司利益的可撤销决议,但只要董事尽到了合理的提示义务后股东仍不主张撤销的,董事并不承担执行生效决议所造成公司损害的赔偿责任。此时也只是表示股东在这一次交易中为了追求更高利益而放弃了公司章程的保护,并不意味着股东以此变更了公司章程,因此在此后发生类似交易和决议时仍需以公司章程规定为前提满足上述免责条件。

总之,对于损害公司利益的可撤销决议,董事并不负有撤销义务,依然可以执行除斥期间届满而生效的决议为由主张免责,但前提是其向股东履行了提示义务,否则仍无法免责。

3. 不得以股东会决议合法有效主张抗辩的情形  
在特定情形下,即便决议合法有效,董事也不得以此作为免责理由。

首先,如果股东会决议是因为董事自身违反义务而形成或者最终成为有效的,那么其以决议有效作为免责理由就属于权利滥用。<sup>⑩</sup>典型者如董事提

供给股东会的信息是不真实、不准确或者不充分的,或者董事自身违反召集、表决以及决议结果认定等程序规定,即便决议因未被股东撤销而成为有效,董事也不得以此作为免责依据。此外,如前所述,应当提起决议无效或不存在之诉而未提起导致决议被治愈的,或者应当提示股东决议会损害公司利益而未提示的,董事均不得以执行决议作为免责依据。对此并不需要董事主观上为恶意,仅需以董事客观上违反义务为条件。

其次,在股东会决议作出后如果客观情况发生了根本性的重大变化,继续执行该决议会损害公司利益,董事依其注意义务也能够合理地相信股东会如果知晓这一情况变化是不会作出此前的决议的。董事就不再负有立即执行决议的义务,当然也就因不受决议约束而无法再以其作为免责理由。<sup>⑤</sup>董事此时应中止执行决议,同时及时召集股东会就变化了的情况重新作出决议。

最后,董事依执行股东会决议免责仅限于其行为为受到决议内容和效力所约束的部分,如果其在执行决议的过程中另外独立地从事了其他违反义务的行为,那么显然也不能以执行股东会决议为由免除由此产生的责任。<sup>⑥</sup>

### 三、关联交易中董事执行股东会决议的免责问题

以上讨论为董事执行股东会决议能否免责提供了一个审查框架,其核心在于董事不能仅仅以执行股东会决议为由主张免责,还需该决议满足上述形式要件和实质要件。以此考察世界银行营商环境评估所关注的关联交易场景下董事免责问题,可以对《公司法司法解释(五)》第1条所规定的履行法定程序不能豁免董事责任作出更为全面和准确的理解。

#### (一)形式要件

尽管董事以执行股东会决议为由主张免责的形式要件并非世界银行营商环境评估和我国《公司法司法解释(五)》第1条所关注的重点,但董事如以执行股东会批准关联交易的决议为由主张免责,该决议同样应首先在形式上满足上述要式性、事先性和

拘束性的要求。在要式性方面,董事仅仅依据监事会的同意决议或者控股股东、全体股东乃至一人股东的同意均不能免责。在事先性方面,董事原则上只能依据事先取得的股东会同意与关联方订立合同才能免除关联交易的赔偿责任,但董事订立合同时以股东会同意作为合同生效要件或合同解除条件的,仍可认为满足事先性的要求。在拘束性方面上文已有论述,在我国采股东会中心主义的立法例下,即便股东会决议基于董事会的建议作出,也不影响认定股东会决议对董事行为仍有拘束性和限制性。

#### (二)实质要件

更重要的是,董事以执行股东会同意关联交易的决议为由主张免责还需满足决议合法有效的要求。

##### 1.程序合法

在程序合法性的审查方面,除了按照法律、法规及公司章程有关会议召集、举行、表决及决议认定等一般性规定考察决议是否构成可撤销或不成立的情形,并判断其对董事免责的影响之外,股东会批准关联交易的决议在程序要求上的特殊之处在于其还需遵守关联交易的信息披露要求以及关联人回避表决的相关规定。关联交易需要披露的信息既包括利益冲突的情况,也包括交易细节,违反信息披露要求本质上属于侵害股东知情权的瑕疵,所形成的股东会决议应属可撤销决议。<sup>⑦</sup>如果决议最终被撤销,董事自然无法以执行决议为由主张免责。即便决议因除斥期间届满而最终生效,董事能否免责仍取决于其对违反信息披露要求是否负有责任,如果是其隐瞒了相关信息或者由于未尽到合理注意义务发现本应发现的关联交易情况,则依然不能以执行决议为由主张免责。对于关联股东未回避表决的情形,同样构成可撤销决议,但在撤销标准上应采因果关系标准,即在扣除应回避而未回避的股东表决权后决议达不到通过比例的才应撤销决议,否则不构成撤销事由,董事仍可以执行决议为由主张免责。

##### 2.内容合法

在内容合法性的审查方面,由于股东会决议涉

及的是关联交易,因此对关联交易的效力评价就直接影响和决定了相关股东会决议的效力。众所周知,现代公司法不再一律禁止关联交易,而只是禁止非公允的关联交易。<sup>⑤</sup>那么如何判断一个关联交易是否公允?由于我国现行法律、法规及规章大多是对关联交易程序方面的规定,其易给人造成的误解是,关联交易只要履行了信息披露义务和表决回避等程序要求即消除了由关联关系所可能导致的不公正性,尤其是在股东会批准关联交易时更是如此。世界银行也正是以此认知为基础,认为既然以正当程序排除了关联关系的影响,那么关联董事自然可以据此免责。然而,这种完全以程序标准界定关联交易之公允性与合法性的认识即便在我国现行法下也是不成立的。

#### (1) 股东会同意非公允关联交易的决议无效

《公司法》第21条规定控股股东、实际控制人及董事、监事和高级管理人员等不得利用关联关系损害公司利益,对此不能狭隘地理解为其仅仅是禁止上述人员主动利用关联身份参与或影响公司一方的表决从而损害公司利益,这只是禁止形式上的自我交易问题,该问题已经通过信息披露义务和表决回避等规定将公司一方的决定权转移至非关联股东或董事得到解决(《公司法》第124条、第148条第1款第4项),但这并未改变该交易仍是关联交易从而在公司与关联股东或董事之间仍会存在利益冲突的事实。因此,仍需回答的问题是,关联股东或董事此时是否仍负有不得将其自身利益置于公司利益之上的忠实义务。《公司法》第21条正是对该问题的回答。立法者将其置于总则部分,绝非旨在重复分则中禁止形式上自我交易的规定,而更在于从实体上明确关联人在关联交易中所负忠实义务之内涵。因此,对该条的正确理解应当是,关联人尽管可以在关联交易中例外地追求个人利益,但交易本身仍必须公平、合理,即关联人不得基于其关联身份获得超出公司与市场上第三人之间正常交易(at arm's length transaction)之外的不当利益,进而对公司造成损害。如果公司与关联人缔结的交易在相同条件下不会与

市场上其他第三人缔结,就应当认为是关联人基于其特殊身份而获取了额外的不当利益,从而违背了其基于该身份而对公司所负有的忠实义务,这同样构成对关联关系的利用并将损害公司利益。从这个意义上说,即便没有《公司法司法解释(五)》第1条的规定,《公司法》第21条实际上也已经确立了对关联交易审查的实体要求。我国此前的多数案例已经以该条为依据审查关联交易的价格公允与否。<sup>⑥</sup>

从比较法角度看,各国对关联交易的审查也少有只凭程序标准而放弃实体标准的。比如,德国法尽管对董事所从事的关联交易将公司的决定权从董事会转移至监事会(《德国股份法》第112条),并要求董事披露利益冲突的情况,但《德国公司治理准则》(DCGK)第4.3.4条第2句明确要求公司与董事间的交易应当符合行业通常标准,主流观点也由此认为对关联交易的审查同样应包括实体公正的要求。<sup>⑦</sup>即便在强调程序价值的美国,也并非仅凭无利害关系董事或股东的批准就排除法院对交易公平性的司法审查,比如在特拉华州,非利害关系股东的同意不具有排除异议股东质疑交易公平性权利的效力,而只是使审查标准变为商业判断规则或者导致举证责任由异议股东承担。<sup>⑧</sup>

总之,关联交易是否公允和合法不能仅以其是否遵守信息披露和回避等程序规则为条件,更需从关联人忠实义务的本质要求出发满足实体公正标准。这意味着如果股东会决议批准的是一项实体上非公允的关联交易,那么决议内容本身就违反了《公司法》第21条的规定。不同于董事的勤勉义务,忠实义务原则上不能由公司豁免,尤其是《公司法》第21条予以明确禁止的立场更表明了该条的强制属性。更重要的是,关联交易是公司股东以及董事、监事和高级管理人员等利用内部人优势转移公司财产损害债权人利益的典型行为,因此该条所要保护的不仅仅是公司利益及中小股东利益,更在于确保债权人利益免遭公司内部人道德风险的侵害,这同样决定了该条属于法律的强制性规定。因此,违反《公司法》第21条的股东会决议属于无效决议。无效决议

对董事并无拘束力,董事对其并不负有执行义务,当然也就无法以其主张免责。

#### (2)非公允关联交易决议无效对董事责任的意义

股东会批准非公允关联交易的决议无效对理解关联董事及非关联董事各自的责任并明确其责任基础具有关键意义,更能够一并消除世界银行对我国现行法下关联董事及非关联董事责任的错误认识。

对于关联董事而言,世界银行认为已回避表决的关联董事并未“利用其关联关系”损害公司利益,从而无需承担责任,这显然是对我国《公司法》第21条的误读。关联董事与公司订立非公允的关联交易本身就违背了《公司法》第21条所要求的忠实义务,应按该条第2款承担赔偿责任。在此,否定股东会批准该交易的决议效力的意义在于,其从原理上阐明了《公司法司法解释(五)》第1条所规定的关联董事无法以股东会决议作为抗辩理由的原因。关联董事尽管在关联交易中是公司的相对方,但理论上其同样可以主张自身作为董事也受到股东会决议的拘束,由此订立的关联交易即便非公允也应免责。然而,对于无效的股东会决议来说,董事并不受其拘束,自然也不能以其作为免责的“挡箭牌”。从这个意义上说,即便没有《公司法司法解释(五)》第1条的规定也应得出同样的结论,这一司法解释也的确只是起到解释和澄清的作用。

对于非关联董事来说,尽管其既未参与股东会决议(如果其不同时具有股东身份),也不负有关联董事所承担的忠实义务,但作为代表公司实施关联交易的行为人,其在执行股东会决议前负有审查决议效力尤其是关联交易公允性的勤勉义务,如其疏于审查而实施了无效决议和非公允的关联交易造成了公司受损,则其违背了该义务,应按《公司法》第149条对公司承担赔偿责任。在此,否定股东会决议效力的意义不仅在于使非关联董事无法以执行决议为由主张免责,违反勤勉义务、执行无效决议更是其应承担责任的直接原因和依据。当然,非关联董事在决议效力审查的勤勉义务履行上可以享有商业判断规则的保护,比如其能证明因关联人故意隐瞒利益

冲突或交易细节信息导致其无法发现决议无效仍可免于承担责任。

总之,尽管关联董事和非关联董事所违反的义务性质和责任承担依据不同,但股东会批准非公允关联交易的决议无效都为追究其责任提供了必要的基础,由此也明确了我国现行法下关联董事及非关联董事责任在世界银行相关评估中均应得分的理由和路径。

#### 四、结语

《公司法司法解释(五)》第1条虽是我国为了提升在世界银行营商环境评估中的得分而引入的,但也引发了一个一直未受关注的根本问题,即董事究竟在多大程度上可以其仅是股东会决议的执行者为由要求免责,这其实反映了董事在执行股东会决议与勤勉维护公司利益上所面临的义务冲突。不过,这种冲突在很大程度上只是表面现象,董事勤勉义务的根本性决定了其只负有执行合法有效的股东会决议的义务,由此也决定了其负有审查股东会决议效力的义务,不能以其仅是执行者为由逃避该义务甚至以此为由主张免责。这不仅有助于在我国采股东会中心主义的立法下正确理解股东会与董事会之间的关系以及董事执行股东会决议的义务标准,而且有助于明晰《公司法司法解释(五)》第1条的法理,同时消除世界银行营商环境报告对我国现行法的相关误解。

#### 注释:

①参见罗培新:《世行营商环境评估之“保护少数投资者”指标解析——兼论我国公司法的修订》,载《清华法学》2019年第1期。

②参见王艳梅、祝雅柠:《论董事违反信义义务赔偿责任范围的界定——以世界银行〈营商环境报告〉“董事责任程度”为切入点》,载《北方法学》2019年第2期。

③参见李建伟:《公司法学》(第四版),中国人民大学出版社2018年版,第366页。

④ Vgl. v. Falkenhausen, Enthftung durch Hauptversam-

mlungsbeschluss, NZG 2012, 644, 651.

⑤参见[英]保罗·戴维斯、萨拉·沃兴顿:《现代公司法原理》,罗培新等译,法律出版社2016年版,第511页。

⑥Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar AktG, Band 2, 5. Aufl., 2019, §93 Rn. 265.

⑦Vgl. Hefermehl, Zur Haftung der Vorstandsmitglieder bei Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen, FS Schilling, 1973, S.161.

⑧参见罗培新:《股东会与董事会权力构造论:以合同为进路的分析》,载《政治与法律》2016年第2期;邓峰:《中国法上董事会的角色、职能及思想渊源:实证法的考察》,载《中国法学》2013年第3期。

⑨同前注⑧,罗培新文。

⑩Vgl. BGH, Zustimmungspflicht der Hauptversammlung zur Übernahme einer Geldstrafe für Vorstandsmitglieder durch die Gesellschaft, NZG 2014, 1058, 1059.

⑪Vgl. Fleischer, in: Spindler/Stilz AktG, Band 1, 4. Aufl., 2019, §93 Rn.14 ff.

⑫参见我国《公司法》第22条第1款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(法释[2017]16号)第1条。

⑬参见《日本公司法》第831条、《韩国商法典》第376条。

⑭参见钱玉林:《论可撤销的股东大会决议》,载《法学》2006年第11期;李建伟:《公司诉讼专题研究》,中国政法大学出版社2008年版,第198页。

⑮《德国股份法》第245条第4项规定了股份公司中董事会的决议撤销权,第5项规定董事会和监事会成员只有在执行该决议可能构成犯罪、违警行为或招致损害赔偿时才具有撤销权。

⑯Vgl. Schwab, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S.616 ff.

⑰Vgl. Fleischer, in: Münchener Kommentar GmhHG, Band 2, 3. Aufl., 2019, §43 Rn.278.

⑱参见“余美林、贵州湘贵投资股份有限公司损害公司利益责任纠纷案”,最高人民法院(2018)最高法民再439号民事裁定书。

⑲Vgl. Immenga, Die Problematik der Anfechtungsklage im GmbH-Recht, GmbHHR 1973, 5, 7 f.

⑳Vgl. Fleck, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers,

GmbHHR 1974, 224, 227.

㉑Vgl. Schneider/Crezelius, in: Schloz GmbHG, Band 2, 12. Aufl., 2014, §43 Rn.136.

㉒Vgl. Mennicke, Zum Weisungsrecht der Gesellschafter und der Folgepflicht des GF in der mitbestimmungsfreien GmbH, NZG 2000, 622, 625.

㉓同前注⑥, Spindler文, §93 Rn.247.

㉔支持一人公司股东同意时董事可以免责的观点参见 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 20. Aufl., 2020, §43 Rn.40;同前注㉑, Schneider、Crezelius文, §43 Rn.137.

㉕Vgl. Wolff/Jansen, Ausschluss der Haftung der Vorstandsmitglieder durch formlose Billigung des Vorstandshandelns durch die Aktionäre?, NZG 2013, 1165, 1167 f.

㉖参见丁勇:《公司决议瑕疵诉讼中的股东知情权瑕疵研究》,载《东方法学》2014年第3期。

㉗Vgl. Hölter, in: Hölter AktG, 3. Aufl., 2017, §93 Rn.295.

㉘Vgl. Hopt/Roth, in: Großkommentar AktG, 5. Aufl., 2015, §93 Rn.479.

㉙参见最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》第19条第4项。

㉚同前注⑪, Fleischer文, §93 Rn.266.

㉛参见《德国股份法》第93条第4款第3句。

㉜参见《日本公司法》第424条、第425条。

㉝Vgl. Kleinhenz/Leyendecker, Voraussetzungen und Reichweite der Haftungsbefreiung nach §93 Abs.4 S.1 AktG bei M&ATransaktionen, BB 2012, 861, 862 f.

㉞Vgl. BGH, Informationspflichten des Vorstands- Herbeiführen eines Hauptversammlungsbeschlusses, NJW 2001, 1277, 1278.

㉟同前注⑥, Spindler文, §93 Rn.247;同前注㉞, Hopt、Roth文, §93 Rn.473.

㊱同前注①, 罗培新文。

㊲比如,《德国公司改组法》规定,针对公司合并分立、形式变更及资产转让等决议效力的诉讼只能在决议作出后一个月内提起。《日本公司法》第828条第1款同样将提起主张公司关于合并分立、增减资本、形式变更及股份交换等决议无效的诉讼的期限限定为该行为生效之日起6个月内。《韩国商法典》第236条、第429条、第445条、第529条、第530条等也将

提起主张公司关于合并分立及增减资本等决议无效的诉讼的期限限定为该行为登记之日起6个月内。《意大利民法典》第2379条之三规定时增资减资和发行债券的决议应在登记之日起180日内提起诉讼。

⑳参见丁勇:《公司决议瑕疵诉讼担保制度检讨及立法完善》,载《法学》2014年第5期。

㉑参见《德国股份法》第242条。类似的规定参见《奥地利股份法》第200条、《意大利民法典》第2379条。

㉒参见钱玉林:《股东大会决议瑕疵研究》,法律出版社2005年版,第287页;赵心泽:《股东会决议效力的判断标准与判断原则》,载《政法论坛》2016年第1期。

㉓Vgl. Heidel, in: Heidel(Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., 2019, §242 Rn.5.

㉔同前注㉓, Hopt、Roth文, §93 Rn.482.

㉕同前注㉑, Schneider、Crezelius文, §43 Rn.128 f.

㉖Vgl. Casper, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S.188 f.

㉗同前注㉑, Fleischer文, §93 Rn.273.

㉘同前注㉓, Hopt、Roth文, §93 Rn.486;同前注㉑, Spindler文, §93 Rn.267.

㉙Vgl. Mestmätcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S.269.

㉚Vgl. Fleischer, Vorstandspflichten bei rechtswidrigen Hauptversammlungsbeschlüssen, BB 2005, 2025, 2026.

㉛Vgl. K. Schmidt, in: Großkommentar AktG, 4. Aufl., 1995, §243 Rn.71.

㉜Vgl. Servatius, Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung, 2004, S.348 ff.

㉝参见丁勇:《组织法的诉讼构造:公司决议纠纷诉讼规则重构》,载《中国法学》2019年第5期。

㉞同上注。

㉟同前注㉑, Spindler文, §93 Rn.267;同前注㉑, Fleischer文, §93 Rn.274.

㊱同前注㉑, v.Falkenhausen文, 第603页。

㊲同前注㉓, Hopt、Roth文, §93 Rn.488;同前注㉑, Spindler文, §93 Rn.274.

㊳同前注㉓, Hopt、Roth文, §93 Rn.490;同前注㉑, Spindler文, §93 Rn.275.

㊴同前注㉓, Hopt、Roth文, §93 Rn.475;同前注㉑, Spindler文, §93 Rn.276.

㊵同前注㉑, 丁勇文。

㊶参见张开平:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第239页以下。

㊷参见前注㉑;“瑞士魏克控股有限公司等与泰州浩普投资有限公司关联交易损害责任纠纷案”,江苏省高级人民法院(2012)苏商外终字第0049号民事判决书;“泰实精密金属(苏州)有限公司与王春雨劳动合同纠纷案”,江苏省苏州市中级人民法院(2015)苏中商终字第01069号民事判决书;“宜昌弘健新材料有限公司等与宜昌富连江复合材料有限公司关联交易损害责任纠纷案”,湖北省高级人民法院(2013)鄂民二终字第00084号民事判决书;“新疆中基番茄制品有限责任公司与奎屯农工商总场公司关联交易损害责任纠纷案”,新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院(2018)兵民终32号民事判决书等。当然,也有案例忽视对关联交易实体公允性的审查,参见“屠程远诉上海致达信息产业股份有限公司公司决议侵害股东权纠纷案”,上海市普陀区人民法院(2007)普民二(商)初字第337号民事判决书。

㊸同前注㉑, Fleischer文, §93 Rn.135;同前注㉓, Hopt、Roth文, §93 Rn.241.

㊹参见施天涛、杜晶:《我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制——一个利益冲突交易法则的中国版本》,载《中国法学》2007年第6期。