

## 公司捐赠与董事的责任

——美国法与日本法的启示

刘小勇

**内容提要:**公司的公益性捐赠值得鼓励与支持,但因实施过度的捐赠而给公司利益造成损失的董事应承担赔偿责任。通过考察美国、日本的判例及学说得知,由于捐赠并非经营性行为,适用于判断违反忠实义务的公正标准与判断违反注意义务的经营判断原则并不适合于审查捐赠行为,而是要适用合理性标准。而合理性标准包括金额的合理与目的的合理。判断金额的合理,除应考虑公司的利润、资产等经济状况外,还应结合捐赠的目的进行综合判断。

**关键词:**捐赠 董事 注意义务 经营判断原则 合理性标准

刘小勇,汕头大学法学院副教授。

### 一 问题的提出

公司对公益事业进行捐赠有益于社会整体,同时,也符合公司及股东的长期利益,理应鼓励与支持。可过度的捐赠因会直接影响公司及股东的利益,也理应被禁止。问题在于什么样的捐赠构成过度,其审查标准如何?在公司法上,董事对公司负有两类义务:一是忠实义务,二是勤勉义务。如果董事的行为给公司带来了损失,且违反了忠实义务与勤勉义务,董事理应对公司承担损害赔偿责任。可是,忠实义务与勤勉义务要求董事应为公司的利益履行职责,而大多数捐赠却并非以实现公司的利益为直接目的,且捐赠也不属于经营性行为,并非董事的日常职责。那么,适用于审查忠实义务与勤勉义务的公正标准及经营判断原则是否适合审查捐赠行为呢?如果不适合,又该如何建立审查公司捐赠行为的标准?

对此问题,美国有着较为完善的立法规定以及相对较为丰富的学说与判例,而日本则是法律制度较为发达的大陆法系国家,其法律概念与理论体系与我国较为接近,且也有着一定程度的判例积累。因此,这两国的法律制度对我国的相关制度构建或许具有不小的借鉴意义。在以下,本文将分别考察美国法、日本法,并在此基础上对我国如何构建对公司捐赠行为的司法审查标准提出建议。

## 二 公司捐赠与董事的责任:对美国法的考察

在美国,很多公司除了对公益事业进行捐赠外,还进行大量的政治献金,故本部分在探讨公益捐赠中董事的责任问题外,也对政治献金中董事责任的问题进行简单的分析。

### (一) 法律规定

美国绝大部分州的公司法都明文规定了公司具有为慈善事业等进行捐赠的权利。如特拉华州《公司法》第 122 条第 9 项规定,公司有权利为公共福利、慈善事业、科学或教育事业进行捐助及在战争时期或其他国家紧急状态下提供援助。纽约州《事业公司法》第 202 条 a 款第 12 项更是明确规定,“不管是否给公司带来收益”,公司有权为公益、地域社会、医院、慈善事业、教育机构、市政等以及在战争时期或其他国家紧急状态下进行捐助。由此可见,根据上述州公司法的规定,关于公司为慈善事业等公益目的所进行的捐助,为不被追究责任,董事似乎并无必要主张为了谋求公司利益而实施该行为。如果像这样理解,利用股东代表诉讼来追究董事实施捐赠行为的责任则变得几无可能,因为股东是为公司的利益而提起诉讼的。<sup>[1]</sup>

而美国法律协会的《公司治理原则》第 2.01 条 b 项则规定,公司在经营事业中,即使不会因此而增进公司的利润及股东的利益,也可为公共福利、人道、教育、慈善的目的使用合理数额的公司资产。<sup>[2]</sup> 可见,相较于州公司法,公司治理原则的规定明确了捐赠资产必须是在合理数额的限度内。

至于公司可否进行政治献金,大部分州公司法并未直接言及,而一部分州公司法及美国示范事业公司法则规定,公司除了可进行公益性捐赠之外,还可进行其他捐赠,但前提是必须合法、且应促进公司事业的发展;而且,有些州公司法及示范事业公司法的官方解释甚至明确指出上述规定的适用对象包括用于政治目的的捐赠。<sup>[3]</sup> 这意味着,只要公司的政治献金合法且符合公司的利益,董事的行为就不会构成对受信义务的违反。不过,为防止贪污腐败对民主政治的侵蚀,美国联邦竞选法(FECA)及州竞选法等法律法规在捐赠对象、捐赠数额以及方式、程序等多方面对公司进行政治献金设置了很多限制,如规定公司在选举中不得直接向候选人及政党进行捐助等。<sup>[4]</sup>

### (二) 法院判决的态度

#### 1. 关于公益捐赠的判例

##### (1) 道森(Dawson)案:合理性标准的确立

该案的被告是道森公司的董事长及控股股东,其曾以公司的财产向其本人控制的基金会捐助一部分公司股份,以扶持长期服务于公共福利的某非政府组织。该公司的股东以该捐资等行为损害了公司的利益为由,向特拉华州衡平法院提起了股东代表诉讼,要求法院指定清算组织对该公司进行清算。对此,特拉华州衡平法院认为,判断公司捐赠行为是否合法的标准为该捐赠是否具有合理性,而该合理性的标准可参考国内税收法典关于公司捐赠的规定。

[1] Jill E. Fisch, Teaching Corporate Governance through Shareholder Litigation, 34 Ga. L. Rev. 765(2000).

[2] A. L. I., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations( I ) (1994), p. 63.

[3] Thomas W. Joo, The Modern Corporation and Campaign Finance: Incorporating Corporate Governance Analysis into First Amendment Jurisprudence, 79 Wash. U. L. Q. 9(2001).

[4] 2 U. S. C. sec. 441b(a).

基于该标准,法官认为,该捐资额正好符合税法规定的可扣除标准;且正因为有了税收上的扣除优惠,该捐赠给公司及股东所带来的损失并不大;而这个相对较小的收入上的损失,却可以换取不菲的社会效益,从而最终给公司及原告带来长期利益。因此,该捐赠行为是合法的。<sup>[5]</sup>

法院在此虽然确立了审查的合理性标准,但并未清楚地表明具体的标准,而只是声明可参考税法上可扣除的标准。而美国国内税收法典对关于可扣除的捐赠大致规定了两个条件:一是捐赠金额不得超过全年税前收入的10%;二是接受捐赠的必须是专门从事宗教、慈善、文学等事业的组织。<sup>[6]</sup>由此可见,法院所采用的合理性的判断标准实际上包括两个方面:一是金额的合理性,二是目的的合理性。

### (2)美国西方石油公司(Occidental)案:经营判断原则的适用

美国西方石油公司的创办人暨董事长为了展示自己所收藏的美术品,向公司董事会提出了公司捐款建造以其姓名命名的美术馆的建议,该提案获得了通过。对此,该公司股东向特拉华州衡平法院提起了股东代表诉讼与集团诉讼,要求法院给予停止实施资金援助的计划、确认无效等衡平法上的救济。原告主张,公司捐款修建美术馆是对公司资产的浪费;承认该提案的该公司董事违反了注意义务,而该董事长为了个人利益使公司出资则违反了忠实义务。对此,法院表明了如下见解:第一,由于该交易不存在董事谋求自我利益的情形,且董事会的成员具有独立性以及董事们尽了足够的注意,故对于该交易应适用经营判断原则,而在适用经营判断原则的前提下,原告股东们最终胜诉的可能性微乎其微。第二,法院在审查公司对美术馆捐资中的作用也相当有限。美术馆显然是一个合格的慈善机构,而且,考虑到公司的净资产、税前收入以及其所获得的税收优惠,该捐资额在合理的范围内。故该捐资为浪费的主张相当有可能得不到承认。<sup>[7]</sup>

该判决一方面肯定了对于捐赠行为应适用经营判断原则进行司法审查,另一方面却又沿袭道森案中所采用的合理性标准。这实际上反映了特拉华州法院在处理类似案件的尴尬境地:既想套用传统的审查标准来审查捐赠行为,但同时鉴于捐赠行为的特殊性,又不得不采用合理性标准。

### (3)汉拉汉(Hanrahan)案:不要求捐赠与特定事业目的具有关联性

因处于清算中的汉拉汉公司向爱荷华州的历史博物馆等进行了捐助,股东以该公司的董事为被告提起了股东代表诉讼以追究其责任。爱荷华州最高法院认为,经营判断原则适用于所有不包含自我交易的情形。从法律角度分析,慈善捐助是一个好的事业,并不要求其捐助一定与特定的事业目的恰如其分地关联。

公司以该捐助换取了与州之间关于纳税纠纷的和解,获得的退税大于捐助额,且该和解还为公司节约了诉讼费用、避免了上诉的风险;除此之外,该捐助还可享受税收上的优惠,且将艺术品保留在了本州。因此,法院认为该捐助行为在经营判断原则的范围之内。<sup>[8]</sup>

本判决的最大特点在于其明确了捐赠可不必与事业目的相关联。不过,在该案中,法院虽然认为慈善捐助也应适用经营判断原则,但仍对该捐助进行了实质的合理性审查。这意味着在审查捐赠行为时,适用经营判断原则并不具有实际意义,因为经营判断原则事实上并

[5] Theodora Holding Corp. v. Henderson, Del. Ch., 257 A.2d 398, 405 (1969).

[6] I. R. C sec. 170(c)(1986).

[7] Sullivan v. Hammer, 1990 Del. Ch. LEXIS 119 (1990).

[8] Hanrahan v. Kruidenier 473 N. W. 2d 184 (Iowa 1991).

不妨碍法院对捐赠行为的实质审查。<sup>[9]</sup>

## 2. 法院判决对于政治献金中董事责任的态度

由于有关竞选方面的法律对公司进行政治献金设置了诸多限制,很多当事人对其中一些具体法规的合宪性进行了挑战,并形成了大量的判例。联邦最高法院在这些判例中确立了一项基本原则,即公司进行政治献金与个人一样,也构成了宪法第一修正案所保护的言论自由,任何对其进行限制的法律都必须接受是否违宪的审查。<sup>[10]</sup>这说明,在宪法的维度上,公司进行政治献金在大的原则上是被允许的,而对其进行限制则受到宪法的制约。

因公司进行政治献金受到竞选法等的严格限制,且绝大多数政治献金的目的是为了公司的利益,故法院对其适用的审查标准与通常经营行为无异。联邦第三巡回法院在其一个判决中认为,因公司的政治献金行为违反了联邦竞选法,故其董事不应受到经营判断原则的保护。<sup>[11]</sup>该判决实际上表明了法院的态度,即如果公司进行的政治献金违反了法律,哪怕其目的是为了公司的利益,其董事也构成了对公司信任义务的违反。而加利福尼亚州法院在其一个判决中认为,如果某政治捐助没有违法,那么,被告则应受到经营判断原则的保护。<sup>[12]</sup>法院在此暗示了一点,即政治献金只有在有益于公司的前提下,董事才会受到经营判断原则的保护。不过,该判决并未表明,适用经营判断原则是否一定要求政治献金与公司事业之间存在着直接的联系。关于这一点,加利福尼亚州法院曾在其另一个判决中表示,正因为董事向反对某投票建议的协会进行捐赠的决定与公司的事业有着直接的联系,所以该决定并不违法。<sup>[13]</sup>

### (三) 学说上的见解

#### 1. 捐赠正当性的理论依据及限制

根据艾森伯格(Eisenberg)教授的见解,公司捐赠可分为如下四种情形。第一,对公司曾经获得的利益进行补偿而捐赠,如对在吸引与留住公司雇员方面做出过贡献的地域团体进行捐赠等;第二,如同囚徒困境中囚徒所面临的选择,如果其他所有类似的公司都为某类目的进行捐助,公司进行捐助就会符合公司利益最大化的情形,如所有电脑公司都对电脑教育事业进行捐助可实现全电脑行业的利益最大化;第三,如同披着羊皮的狼,公司将捐助作为一种特殊形式的日常业务支出的情形,如某制造企业捐助某电视台制作关于该企业的纪录片可获得与其优质产品相关联的好名声;第四,前述三种情形之外的社会性捐助。前三种情形实质上符合公司及股东利益最大化原则,无疑具有正当性。而公司是一个具有社会性的行为者,可从社会风气中获益,故公司应被允许在合理的范围内考虑公共利益;社会政策鼓励社会机构实施慈善行为,社会政策也鼓励在教育及慈善活动方面保持多样性,为促进这些目标的实现,可允许公司投入其资源,故第四种捐赠行为也具有正当性。<sup>[14]</sup>

但对于过度牺牲公司利益的捐赠行为,学者们一致认为应对其实行限制。艾尔豪格(Elhauge)教授认为,在一般情况下,牺牲公司利益的捐赠会受到管理层持股或期权计划、经

[9] Matthew G. Dore, The Duties and Liabilities of an Iowa Corporate Director, 50 *Drake L. Rev.* 232(2002).

[10] Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 21 (1976), First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765, 795 (1978), Austin v. Michigan State Chamber of Commerce, 494 U.S. 652, 667-669 (1990).

[11] 507 F.2d 759 (3d Cir. 1974).

[12] Finley v. Superior Court, 80 Cal. App. 4th 1152(2000).

[13] Marsili v. Pacific Gas & Elec. Co., 124 Cal. Rptr. 313 (Cal. Ct. App. 1975).

[14] Melvin Aron Eisenberg, Corporate Conduct That Does not Maximize Shareholder Gain: Legal Conduct, the Penumbra Effect, Reciprocity, the Prisoners Dilemma, Sheep's Clothing, Social Conduct, and Disclosure, 28 *Stetson L. Rev.* 8-17(1998).

理人才市场的竞争、敌意收购的威胁以及股东投票等方面有力的制约,故一般不需要引入法律限制,但在两种特殊的情形下,则需要法律上的制约。一是某些管理者拥有某种特殊的社会信念以至于可以不顾约束的情形,如某公司管理者改变了其宗教信仰,欲将该公司资产全部捐赠给宗教组织;二是有可能产生最后时期问题的情形,如某位管理者即将退休。而在这些情形下,上述制约将不再发挥作用。<sup>[15]</sup>

关于如何限制过度牺牲公司利益的捐赠行为,艾森伯格教授主张,公司进行此类捐赠应在合理的限度内,判断是否合理应综合考虑各方面的情况,其主要考虑因素包括:类似公司为同样目的所投入资源的正常水准、投入资产占收入与总资产的比例,以及捐赠行为与公司业务之间的关联度。如存在利益相反或追究个人利益的情形,则其可成为判断该行为是否合理的一个因素,且管理者应承担证明该捐赠为合理或公正的举证责任。<sup>[16]</sup>

## 2. 关于经营判断原则等传统审查标准的适用

特拉华州法院在其判决中,将之前公司法判例所形成的传统审查标准套用于对捐赠行为的审查,并明确确立了经营判断原则对于捐赠行为的适用。可是,有学者对此提出了有力的质疑,即现行的受信义务(包括忠实义务与注意义务)标准与经营判断原则并不适合于对捐赠行为的审查。因为以慈善为目的的捐赠行为不包含经营上的判断,适用经营判断原则的合理假设并不成立,如效率原则、专业技术原则、财富增加原则等通常就不适合于分析该类行为;而且,履行注意义务所要求的“深思熟虑”、“程序”以及“勤勉”等标准也不适合于慈善捐赠行为,因为这些标准背后的基础为追求财富的最大化,而在公司捐赠中,财富的最大化并非必须考虑的因素。同样,忠实义务的概念也不宜用于捐赠行为,因为在传统的公司法上,经营者的自我利益只包括直接的金钱利益,而不包括经营者因控制捐赠资产而产生的非金钱性的、难以量化的利益。即使法官认为在捐赠行为中存在着个人利益的追求而适用“实质公正”标准,这也不妥当,因为“实质公正”标准只适用于金钱性的商业交易行为,而公司的捐赠行为则并非双边、互利的增加价值的交易行为,故关于何为公正缺少一个已确立的判断标准。事实上,在美国西方石油公司案件中,被告虽然存在着明显的个人利益追求,可法官却视而不见;其虽强调应适用经营判断原则,但实际适用的却是合理性标准,这恰好佐证了传统的司法审查标准并不适合于审查捐赠行为。<sup>[17]</sup>

## 3. 关于合理性标准

### (1) 关于合理数额的标准

在捐赠数额合理性的判断上,法院回避了对具体数额的确定,而是参考了税法上的可扣除额度标准,即税前收入的 10%。可是,学者们并不十分赞同这种处理方法,其理由主要基于两点:第一,税法典上慈善条款的政策目的(期待以非课税的公司资产来促进社会与文化事业)与以股东利益为中心的传统公司理念大相径庭,税法上的标准不能用来检验是否符合股东的利益,<sup>[18]</sup>第

[15] Einer Elhauge, *Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest*, 80 *N. Y. U. L. Rev.* 840-841 (2005).

[16] Eisenberg, *Corporate Conduct That Does not Maximize Shareholder Gain: Legal Conduct, the Penumbra Effect, Reciprocity, the Prisoners Dilemma, Sheep's Clothing, Social Conduct, and Disclosure*.

[17] Faith Stevelman Kahn, *Legislatures, Courts and the SEC: Reflections on Silence and Power in Corporate and Securities Law*, 41 *N. Y. L. Sch. L. Rev.* 1123-1129 (1997).

[18] Faith Stevelman Kahn, *Legislatures, Courts and the SEC: Reflections on Silence and Power in Corporate and Securities Law*.

二,税前收入的 10% 尤其对于大公司来说显得过于慷慨。<sup>[19]</sup>

不过,也有学者比较赞同 10% 标准。他认为,尽管公司被认为是没有灵魂的组织,尽管公司的结构特征将股东隔离在社会与道德的约束之外,但公司的管理者却必须面对来自社会与道德的惩罚、压力与约束,<sup>[20]</sup> 允许管理者对利益最大化的公司经营方针进行调整将使他们受到与独立经营者同样程度的社会与道德约束,因此,判断其行为合理性的标准可比照适用于处于同样经营地位的独立经营者的标准。<sup>[21]</sup> 而历史上虔诚的基督教教徒被期待向教会缴纳的什一税的标准为 10%,故一般可认为减少超过公司利润 10% 的经营决策为不合理的裁量;因为采用名义上利益最大化标准的法庭往往会轻信被告所编造的捐赠行为与(长远)利益之间的联系,这使得法律对管理者没有一个明确的限制,而设置 10% 的限制可使法庭更切实地阻止过度的捐赠行为。<sup>[22]</sup>

## (2) 关于合理目的的标准

同样,在捐赠目的合理性的判断上,特拉华州法院参照了《税收法典》第 501(C)(3) 项关于免税机构的规定。<sup>[23]</sup> 即只要接受捐赠的组织属于该条所规定的免税机构,就认为该捐赠的目的合理。对此,有学者指出,考虑到宪法对于自由与正当程序的保护,税收法典实际上很难将某事业或社团排除在合格的机构之外,故公司可捐赠对象机构的范围相当大。因此,判例法并没有为目的合理性的判断提供一个确切的标准。<sup>[24]</sup>

有学者认为,鉴于法官实际上很难判断哪些目的合理,故只要管理者能证明该捐赠不是为了自我利益,而是为了他人的利益就足以证明目的的合理性。不过,判定捐赠目的合理还必须满足捐赠与事业具有某种关联性的要求。<sup>[25]</sup> 之所以要求捐赠与事业必须有关联,是因为公司经营者只有在进行公司运作时,才会感受到来自社会与道德的压力,才会产生捐赠的动力,故没有理由对与公司经营无关的慈善事业进行捐助,即使只是很小的金额。<sup>[26]</sup> 而艾森伯格教授却认为,捐赠行为与事业之间的关联性并非判断捐赠是否合理的绝对条件,而是判断捐赠金额是否合理的一个因素。如某公司将其年利润的 20% 捐赠给与其设备所在地等无关的地区的历史博物馆就不符合合理性的条件,而如果只捐赠占其年利润很小比例的金額(如 1000 美元)则为合理。<sup>[27]</sup>

## 三 公司捐赠与董事的责任:对日本法的考察

日本公司法并未明文规定公司可使用公司的资产进行公益性捐助,在解释上,鉴于社会

[19] Fisch, Teaching Corporate Governance through Shareholder Litigation.

[20] Einer Elhauge, Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest.

[21] Einer Elhauge, Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest.

[22] Einer Elhauge, Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest.

[23] I. R. C. 501(C)(3) 规定专门从事宗教、慈善、科学、公共安全、文学、教育等组织可免联邦所得税。

[24] Faith Stevelman Kahn, Legislatures, Courts and the SEC: Reflections on Silence and Power in Corporate and Securities Law.

[25] Einer Elhauge, Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest.

[26] 如一家木材公司捐助支持堕胎或反对堕胎组织就不具合理性。因为从这家公司运作的经验来看,无法解释其为什么要做出这样的捐助。同上,第 847 页。

[27] Eisenberg, Corporate Conduct that does not Maximize Shareholder Gain: Legal Conduct, the Penumbra Effect, Reciprocity, the Prisoners Dilemma, Sheep's Clothing, Social Conduct, and Disclosure.

对于公司在社会责任及贡献上的要求,公司当然具有进行捐赠的权利能力。<sup>[28]</sup>在日本,因捐赠而被追究董事责任的事例主要集中于政治献金。虽然政治献金与一般的捐赠行为相比具有一定的特殊性,但通过对此方面判例的考察,可推导出日本法院对于一般捐赠行为的态度及审查标准。

### (一)判例的发展

#### 1. 合理性标准的建立(1970年)

甲公司代表董事等代表甲公司向乙政党捐助了政治资金,为此,该公司股东X提起代表诉讼以追究该代表董事等人的责任。最高院否定了董事违反善管注意义务及忠实义务的责任,<sup>[29]</sup>其大致理由如下所示:公司可进行政治资金的捐助。董事在代表公司进行政治捐款之际,必须考虑公司的规模、业绩以及其他社会经济地位及接受捐赠方等情况,在合理的范围内决定其金额,超出该范围进行捐赠违反了董事的忠实义务。根据原审确定的事实,即使考虑甲公司的资本金及纯利润、分红等金额,也不能认为该捐赠超出了上述的合理性范围。<sup>[30]</sup>

该判决确立了审查捐赠行为应适用合理性标准的原则。不过,在审查捐赠行为时,法院究竟应该在何种程度上客观地判断其合理范围,还是与经营判断原则一样,应广泛地尊重董事的裁量,除非金额特别不合理,这一点从该判决内容来看尚不明朗。这也许与当时审理法院并没有充分认识经营判断原则有关。<sup>[31]</sup>

#### 2. 经营判断原则的适用(2001年)

X是与甲生命保险相互公司缔结生命保险合同的社员(保险合同人)。由于甲公司向乙政党进行了政治捐助,X以该公司代表董事违反了董事的善管注意义务等为由提起了社员代表诉讼,请求该董事赔偿给该公司造成的损失。

大阪地方法院否定了被告对于善管注意义务的违反,其判决理由如下:董事作为经营方面的专家,在其执行职务之际,必须赋予其广泛的裁量权,故以董事以往的经营措施违反善管注意义务为由追究其责任时,必须满足如下条件:该董事在实施该经营措施的时点上,其在对于作为判断前提的事实的认识上存在重要且不注意的过错,或作为企业的经营者,其意思决定的过程、内容特别不合理、不妥当。<sup>[32]</sup>而相互公司进行的政治献金,也是其事业活动的一环,应该给予董事广泛的裁量权;董事可考虑相互公司的基金总额、资产状况以及收益状况等各种情况,在合理的范围内进行。

本事件中的政治献金不仅处于政治资金规正法规定的限度内,且即使考虑甲公司的基金总额、资产状况以及收益状况,也在合理的范围内,而且管理者并不是从董事个人或者特定的、一部分社员的理想、信念以及主义、主张出发,而是考虑全体社员的利益,在认为本次政治献金可安定本公司的经营基础、符合全体社员的利益的基础上,才进行政治献金的。且

[28] 参见[日]江头宪治朗:《株式会社法》,有斐阁2006年版,第20页;[日]弥永真生:《会社法》,有斐阁2006年版,第13页;[日]龙田节:《会社法大要》,有斐阁2007年版,第50页。

[29] 与美国法不同,对于注意义务与忠实义务之间的关系,日本判例采纳了学说上多数说(同质说)的见解,并不具体区分注意义务与忠实义务。参见[日]最判民集24卷6号(大法院判决),第625页。

[30] [日]最判民集24卷6号(大法院判决),第625页。

[31] 参见[日]近藤光男:《会社の寄付と取締役の善管注意义务(下)》,载《商事法务》第1663号。

[32] 该叙述为日本版的经营判断原则的内容。由此可见,日本法的经营判断原则与美国法不干涉董事决策的经营判断原则不同,其只是给予董事广泛的裁量权,法院仍对经营判断的内容进行实质性的审查。

管理者在决定进行政治献金之际,并不符合以上违反善管注意义务的过错条件,故关于实施本次政治献金,管理者的判断未超出被认可的裁量的范围。<sup>[33]</sup>

本判决维持了上述最高院可在合理范围内向政党进行捐赠的立场。可是,该判决将该类型的捐赠等同于通常的业务行为,认为其为事业活动的一环,符合社员整体的利益,并引入最近判例中所出现的经营判断原则的思想,承认董事具有广泛的裁量权,这一点上述最高院判决并未言及。<sup>[34]</sup>

### 3. 合理性标准的回归(2003年)

甲公司从1996年至2000年每年都向隶属于某政党的政治资金团体捐助政治资金,可其在1997年度和2000年度均出现亏损。该公司股东X以政治献金为公司目的范围外的行为、董事违反了善管注意义务等为由,提起了股东代表诉讼,以追究代表董事Y等人的损害赔偿赔偿责任。

关于Y等人是否违反了董事的善管注意义务,福井地方法院如是判断:关于公司可否进行政治献金,一般应综合考虑其必要性、有用性、与章程所定目的的关联性、公司的规模及经济状况、捐助的规模及内容等各种因素进行政策上的判断,故董事具有一定程度的裁量权。在这一点上,该裁量与通常业务执行上的判断类似。不过,由于政治献金不伴随对价,不能直接对公司的营利有所贡献,对公司获利的效果非常间接、稀薄,故一般认为,对于公司而言,政治献金不具有高度的必要性与有用性,而且,由于政治资金捐助的对象为政党及其他政治团体,其与一般公益捐助不同,与对公司社会责任的履行没有关系,不具有直接或间接地提升社会对公司评价的效果。一般来说,政治资金的捐助与公司章程所定目的的实现的关联性比较稀薄,故董事在判断是否进行政治资金的捐助之际,没必要像通常的业务执行那样,对将来的利益预测与损失的危险预测进行相关性的判断,而只是根据公司的经营状况,仅判断是否进行捐助、进行捐助时其金额、时期、捐助的对象等即可。

对照政治资金规正法的旨趣,至少对于公司出现亏损后进行的政治献金,公司应严格审查可否进行捐助、其范围、数额、时期等,慎重判断其对于消除公司亏损的影响程度、优先于股东分红进行捐助的必要性。而甲公司在出现亏损后,既没有严格审查,也没有慎重判断,却实施了捐助。其判断过程简单马虎,超出了董事的裁量范围,违反了董事的善管注意义务。<sup>[35]</sup>

同样,本判决也沿袭了上述最高院的合理性标准。不过,相较于上述第二个判例,本判决强调了捐赠行为与通常业务执行的差异,认为董事在判断是否进行捐赠时,所面临的选择相对简单、单纯,且捐赠行为与公司事业目的的关联性稀薄,因此,法院在审查捐赠行为时,不应尊重董事广泛的裁量权,而应审查捐赠金额是否在合理的范围内。<sup>[36]</sup>

### 4. 上述审查标准对于一般捐赠行为的适用分析

尽管政治献金具有一定的特殊性,但上述判例在具体判断董事责任的有无时,仍然是以其是否对公司有益以及是否对社会有贡献为标准分析,故上述判例所确定的审查标准基本上可

[33] [日]《金融·商事判例》第1145号,第36页。

[34] 参见[日]近藤光男:《会社の寄付と取締役の善管注意义务(下)》。

[35] 资料来源于日本最高裁判所网站:<http://www.courts.go.jp>,访问时间:2009年12月21日。

[36] 参见[日]近藤光男:《会社の寄付と取締役の善管注意义务(下)》;江头教授也持同样的见解,参见[日]江头宪治朗:《株式会社法》,第20页。



适用于一般的捐赠行为。<sup>[37]</sup> 而从上述判决的内容来看,法院对于捐赠的审查标准大致可归纳为:如捐赠行为直接有益于公司的事业,则将其与通常的经营判断行为同样考虑,也适用经营判断原则;如捐赠与公司的事业无直接联系,则应使其接受较经营判断原则严格的审查。

## (二) 学说上的见解

关于公司是否可进行不能直接给公司带来利益的捐赠,早前的权威学者曾认为,公司只在能够提升公司的信用、评价,并有益于公司的事业时才可进行捐赠。<sup>[38]</sup> 而在提倡公司履行社会责任的今天,学者们大都倾向于主张公司可进行与股东利益无关的捐赠,如近藤教授认为,从社会整体而言,一概否定回报社会或对社会有贡献的捐赠行为不妥,但这类行为必须在合理的范围内。<sup>[39]</sup> 至于那些既无益于公司、又不属于公益性捐赠的捐赠,有学者认为,其有可能构成“董事的报酬”或“对股东权利行使的利益供给”。<sup>[40]</sup> 这也就意味着董事不得进行此类型的捐赠。

关于捐赠行为的司法审查标准问题,近藤教授主张应区分两种情形来考虑。如果捐赠能直接给公司带来利益,其理应获得经营判断原则的保护。在此种情形下,不应只强调金额等是否在合理的范围内,而是应将其作为经营判断的一环综合对其进行考察,承认董事具有广泛的裁量幅度。可如果某捐赠并不以公司的利益为目的而实施,那么就不能适用经营判断原则,而要接受合理范围内的制约。其结果是,在难以阐明捐赠与公司及股东利益具有关联性的情形下,应在合理范围标准下进行判断,而在能够积极说明与公司及股东利益有关联的情形下,法院应广泛尊重董事的裁量。<sup>[41]</sup> 至于何为金额合理则难以确定一般的标准,只能依照公司的规模、业绩等社会上的一般观念来进行判断。<sup>[42]</sup>

# 四 借鉴与建议

## (一) 司法审查标准的选择

众所周知,美国判例法对于董事义务违反的审查,传统上适用两类司法审查标准:一类是“实质公正”标准,另一类是经营判断原则。可是,“实质公正”标准一般只适合于涉及金钱的、有对价的商业交易行为。可在捐赠中,即使董事有私心,那也只是涉及非金钱性的个人利益,且无对价,公正标准事实上无法适用。美国的审判实践表明,法院即使在审查隐含有追求个人利益的捐赠时,也似乎不情愿将其视为忠实义务的问题,而有意在回避公正标准的适用。可这种态度似乎纵容了夹杂着私欲的公司捐赠。而适用经营判断原则的目的在于鼓励董事的大胆经营、确保经营人才以及尊重董事经营的专业性,可这些理论依据并不存在于不含经营判断的捐赠;而且,由于捐赠并不以追求公司的利益为目的,故注意义务所要求的“勤勉”、“谨慎”等标准也不适合于捐赠。在审判中,法院虽然在字面上确定了经营判断原则的适用,但似乎只是对传统审查标准的一种敷衍,其真正适用的仍是合理性标准。

[37] 参见[日]龙田节:《会社法大要》,第50页;[日]江头宪治朗:《株式会社法》,第22页。

[38] 参见[日]铃木竹雄:《八幡制铁政治献金事件高裁判決について》,载《商法研究Ⅲ》,有斐阁1971年版,第315页。

[39] 参见[日]近藤光男:《会社の寄付と取締役の善管注意义务(下)》。

[40] 参见[日]弥永真生:《会社法》,第14页。

[41] 参见[日]近藤光男:《会社の寄付と取締役の善管注意义务(下)》。

[42] 参见[日]龙田节:《会社法大要》,第51页。

日本判例并不具体区分忠实义务与善管注意义务,在审查董事是否违反义务时,其适用的是日本版的经营判断原则。与美国法不干涉董事决策的经营判断原则相比,其最大的特点在于其只是赋予董事广泛的裁量权,法院仍对经营判断的内容进行实质性的审查。相较于美国法的经营判断原则,日本版的经营判断原则或许更适合用于审查捐赠行为。不过,日本判例虽然也表明应适用经营判断原则审查捐赠,但其最终适用的依旧还是合理性标准。

借鉴前述美国及日本的判例经验、学说理论,笔者认为可采取如下标准审查捐赠行为。

第一,如果某项捐赠与公司的事业目的相联系,可直接给公司及股东带来利益,应对其适用日本版的经营判断原则,<sup>[43]</sup>即将其视为经营判断的一种,承认董事的广泛裁量权。只有该捐赠特别不合理,才可肯定董事的责任。

第二,非以实现公司利益为目的的捐赠,虽然其对社会整体有益,但给公司及股东带来的只能是间接的、抽象的利益,故对其的审查不应适用经营判断原则,而应适用合理性标准。

第三,如果董事在实施捐赠时有追求个人利益之嫌,则不应适用经营判断原则,而应适用合理性标准,并实行举证责任倒置,让董事证明其捐赠行为的合理性或公正性。这种方法对防止董事追求个人利益有一定的积极意义与作用。但难题在于很难确立何为公正的审查标准。不过,董事在捐赠中的利益冲突至少可作为判断捐赠是否合理的一个重要因素。

## (二) 合理性审查标准的具体构建

借鉴美国的判例经验,判断某项捐赠是否合理,可从金额的合理性以及目的的合理性两个方面进行审查。

判断金额是否合理,应在不过大影响公司、股东及债权人利益的前提下,从公司的规模、资产、利润、经营状况等多方面进行综合考察。为使当事人对法律有明确的预期,最好是确定一个明晰的比例。美国法院参考税法上的可扣除标准,将其大致确定为年利润的10%,但学者们认为该标准简单粗糙,尤其不适合于大型企业。而我国税法上的扣除标准为12%,似乎更加不妥。税法规定体现的是国家鼓励企业进行公益捐赠的价值取向,而公司法所要保护的却是股东与债权人的利益,故理论上讲不应将税法上的标准照搬,而只能作为参考。可是,既然难以确定标准,目前也不妨参照税法标准进行审查,这至少可在一定程度上限制过度捐赠。但是,有一种情形可作例外处理,那就是对突发性特大灾难进行捐赠可不受12%的限制,甚至允许在亏损的状态下进行捐赠,这是因为该类捐赠在道义上具有极强的正当性,且在税收上可获得更多的优惠,且这种情形下企业管理者所面临的道德、舆论压力较一般的公益性捐赠更大。

至于如何审查目的的合理性,则可参考企业所得税法及公益事业捐赠法的规定,通过判断接受捐赠的组织是否具有税前扣除资格,即其所从事的是否为公益性事业、是否为非营利性的组织等进行审查,因为如可享受税前扣除的优待,至少公司的利益不至于受损过多。<sup>[44]</sup>如果符合这些标准,就可判断该捐赠的目的具有合理性。若不符合这些标准,比如,直接向

[43] 美国经营判断原则的特点是法官不审查董事决策的内容,该处理方式源自美国独有的答辩制度或陪审制度(参见[日]近藤光男:《会社经营者の过失》,弘文堂1989年版,第155-156页),而我国并无美国的陪审制度,而且,在美国,由于经营判断原则的适用,很少有董事因违反注意义务而承担责任。因此,笔者认为,我国应引入日本版的经营判断原则,即法院应在相当的程度上尊重董事的决策,而不是完全不审查其内容的合理性。

[44] 根据《公益事业捐赠法》第2条和第24条的规定,只有向公益性社会团体和公益性非营利的事业单位进行捐赠的,才能享受税前扣除的税收优待。

某宗教团体或某个人进行捐赠,可直接判定该捐赠的目的不具合理性。问题在于一些灰色地带,如直接向需要帮助的失学儿童、残疾人等进行捐赠虽不符合税法上的扣除标准,但也是企业积极履行社会责任的一种形式,因此,不应简单地将其视为目的不合理的捐赠,而是应对其金额进行更严格的审查。

### (三) 关于国有企业捐赠中董事责任的司法审查标准的构建

近年来,我国国有企业对慈善捐赠的热情空前高涨,捐赠金额增长势头可观。可国企捐赠与获得广泛赞誉的民企捐赠不同,备受争议与诟病,有人指责这是在“用全民的钱慷自己的慨”。那么,对国企捐赠的审查标准又是否存在特殊性呢?

首先,在对司法审查标准的选择上,国企与一般企业理应一致。即如某项捐赠与公司的事业目的有直接联系,适用经营判断原则,如果只是间接、抽象的联系,则适用合理性标准。

而在合理性标准的具体构建上,尤其是关于捐赠金额的限制,国企与民企则存在着较大的差别。国企的股东名义上是国有资产监督管理机构,实质上却是全体国民,故国企捐赠的钱在本质上与向国家缴纳的利税一样,都属于全民所有,两者只不过存在着形式与程序上的区别而已。可相较于捐赠,国家对于财政支出有着较为严格的管理与监控、也更为公平;而且,承担管理社会职责的主体是国家,而并非国企,故国企应多通过缴纳利税间接地贡献于社会,其直接捐赠金额则应控制在比民企捐赠更小的范围内为宜。近年来,各级国有资产监督管理机构纷纷出台规定以严格限制国企捐赠的金额也恰好说明了这一点。<sup>[45]</sup> 法院在具体审查捐赠金额是否合理时,可参考上述规定所设定的标准。

---

[ Abstract ] Corporate donation deserves encouragement and support. Nevertheless, directors shall assume responsibility for corporate loss caused by excessive donation. Through study of cases and doctrines in USA and Japan, fairness test used to judge breach of loyalty duty and business judgment rule used to judge breach of duty of care are not suited to the examination of acts of donation, since donation is not regarded as business operation. Reasonableness standard, therefore, is applied in examining corporate donation. Reasonableness standard includes reasonableness in amount and reasonableness in purpose. To judge reasonableness in amount, we should consider not only economic conditions such as corporate profit and assets, but also the purpose of donation comprehensively. For purpose related to business of corporate, discretion of directors shall be respected. However, for purpose irrelevant to business of corporate, donation should be strictly reviewed.

---

(责任编辑:姚 佳)

[45] 参见国务院国资委 2009 年 11 月 15 日发布的《关于加强中央企业对外捐赠管理有关事项的通知》;以及威海市国资委 2008 年 3 月 19 日发布的《关于加强市属国有企业对外捐赠管理的通知》等规定。