

# 董事对第三人责任的性质

叶名怡\*

**摘要:**董事对第三人责任是一种特殊侵权责任。“侵权责任说”既符合侵权法原理也契合我国审判实务。“法人实在说”和“法人机关说”不涉及也不解决机关成员应否对外承担个人责任的问题。从一般交往安全义务的侵权法原理出发,董事不应有绝对逃避个人外部责任的特权。董事对第三人责任作为特殊侵权责任的特殊性主要体现在过错与损害要件。其中过错要件一般指向董事对第三人的外部过错,而非董事对公司的内部过错,但其内部过错可作为外部过错的表见证据。董事内部过错(决策过错和监督过失)可借鉴商业判断规则、关键任务风险理论及组织瑕疵理论予以判定。公司债权人的间接损害原则上不可索赔,因为若索赔将有损破产债权平等受偿之原则。根据具体侵权样态不同,董事与公司可能承担连带责任、比例连带责任或补充责任。复数董事可因各自过错及原因力大小不同而承担责任范围有异。

**关键词:**董事 第三人 赔偿责任 侵权 连带责任 补充责任

2024年新修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第191条引入董事对第三人责任,以强化对包括公司雇员、中小股东、消费者、公司债权人在内的相关市场主体的保护。新法通过前后,学界产出了大量相关成果,但仍有一些误区亟待澄清。本文不揣浅陋,专门讨论此种责任的性质及其相关问题,以期能对理论研究及审判实务有所裨益。

## 一、董事对第三人责任之正当性论证

### (一)对董事个人责任质疑论的回应

通说认为,依据“法人实在说”和“法人机关说”,法人机关成员(如董事)执行职务致人损害应

\* 上海财经大学法学院教授

视为法人自身侵权,法人机关成员对外不承担个人责任。<sup>①</sup> 这种观点值得商榷。首先,“法人实在说”和“法人机关说”并非唯一真理。在这些学说的发源地德国,关于社团责任条款,立法者刻意避免在“法人实在说”和“法人拟制说”之间表明立场,而是使用“合目的性考量”“交往需要”以及“利弊论证”等表达。<sup>②</sup> 事实上,19世纪“法人拟制说”与“法人实在说”之争有其特定的历史背景,主要涉及法人主观权利的构建和结社自由的争取。时移世易,论争主旨却完全相反。在“将公司制度从特许和特权经济的桎梏中解放出来”以及在法律上承认公司是相对于国家的自由保障者之后,晚近法人作为强大的跨国公司的法律实体反而被视为对自由社会的威胁。<sup>③</sup> “法人拟制说已过时,但并未消亡。它是法院用来正当化对公司实施一种不同于对个人监管的一种理论工具。”<sup>④</sup> 同样,“机关说”与“代表说”在今日德国仍难分胜负,《施陶丁格评注》即倾向于后者。<sup>⑤</sup> 其次,“法人实在说”和“法人机关说”事实上也不排除机关成员的个人责任。在德国,机关成员完全有可能对外承担个人责任。“《德国民法典》第31条作为‘传导规范’,并不产生责任转移的效果,而只是导致责任的扩张,即法人责任是执行机构责任的补充,实际上是一种附加责任。”<sup>⑥</sup> 瑞士、日本学说均认为,法人机关成员的行为具有两面性,法人与其机关应同时负责。之所以如此,是因为无论是“法人实在说”还是“法人机关说”都旨在解决法人的权利能力、行为能力、责任能力以及对其机关(成员)侵权应否负责等问题,它们并不涉及也不可能排除机关成员的个人责任。这一点从德国法的历史和现状中都能得到验证。在德国,法人机关成员(董事)对第三人责任仍须依照侵权法规范来判定。所谓法人机关之于法人相当于手、眼之于人,但这只是一个比喻,不是客观真实。因为手、眼并无自己独立意志,机关成员却有,<sup>⑦</sup>且完全有可能将其意志伪装成公司意志。现实问题的答案不能仅通过某种法人理论的逻辑推演得出。

有学者认为,在我国,董事往往沦为控股股东、实际控制人的附庸,在此背景下,《公司法》第191条有不当加重董事责任之虞;董事做决策肯定会有利于某些人而有损于某些人,若受损者都去起诉董事,则公司治理无法运转;董事对第三人不应承担责任,因为董事对第三人不存在信义义务。<sup>⑧</sup> 然而,任何人为逐利而“被迫”作恶都不值得原谅,侵权法原理并不承认且原谅这种“迫不得已”。同时,董事对第三人责任有严格的构成要件限制,不会额外加重董事负担。另外,此种责任本无须建立在信义义务基础上,直接建立在侵权法一般注意义务上即可。有学者认为,《公司法》第11条规定法定代表人致人损害的责任仅限于内部追偿,第191条却规定董事、高管须对

① 参见邹海林:《公司法上的董事义务及其责任配置》,《法律适用》2024年第2期;蒋大兴:《董事对第三人责任的“法体系一致性”——追问各法域董事责任“差异化配置”之法理》,《财经法学》2025年第3期。

② Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I (1888) 103.

③ Vgl. Holger Fleischer, Große Debatten im Gesellschaftsrecht: Fiktionstheorie versus Theorie der realen Verbandspersönlichkeit im internationalen Diskurs, RabelsZ 87 (2023) 4, S. 44.

④ Miller, Darrell A.H. Miller, Guns, Inc.: Citizens United, McDonald, and the Future of Corporate Constitutional Rights, 86 New York University Law Review, 920 (2011).

⑤ Vgl. Schwennicke, in: Staudingers Kommentar zum BGB, 2023, § 31, Rdn. 7.

⑥ Michael Martinek, Repräsentantenhaftung, Die Organhaftung nach § 31 BGB als allgemeines Prinzip der Haftung von Personenvorständen für ihre Repräsentanten, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, S. 49.

⑦ 参见蔡立东:《论法定代表人的法律地位》,《法学论坛》2017年第4期。

⑧ 参见张巍、林一英、李志刚等:《董事对股东有无信义义务——新公司法第一百九十一条、第一百九十二条之法理与现实》,《人民司法》2024年第4期。

外承担责任,法律内部的逻辑体系被严重破坏。<sup>①</sup>然而,前者源于对域外“社团责任理论”及“法人机关说”的误读,立法论上应予废除,解释论上可将它们解释为竞合关系。从侵权法原理上说,法人本身不应该成为任何人侵权而无须对外负责的庇护所。至于内部追偿,一方面它很可能不会发生,另一方面对受害人来说也毫无意义,故对董事内部追偿不能代替董事对外担责。还有学者认为,董事对第三人责任制度在全球范围内相当罕见,不宜引入。<sup>②</sup>但事实并非如此。不仅德国、法国、意大利、西班牙、希腊等欧洲大陆法系国家对其有明文规定,<sup>③</sup>而且包括美国、<sup>④</sup>英国、<sup>⑤</sup>加拿大、<sup>⑥</sup>新西兰<sup>⑦</sup>在内的普通法系国家也广泛承认董事对第三人责任制度。更重要的是,这些域外立法例大多基于侵权法法理而产生,此等责任性质也多半被定性为侵权责任。

## (二)董事个人责任的侵权法原理

董事对第三人责任在性质上是一种基于法定义务违反的特殊侵权责任,其正当性应当在侵权法原理中寻找。

### 1. 受害人损害填补的需要

损害填补是侵权责任的首要功能和目标。当第三人因董事不当行为遭受损害时,法律要尽可能为受害人提供充分救济。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第62条对于法定代表人的职务侵权选择追偿模式,理由之一是“法定代表人之赔偿能力与法人差别悬殊,规定连带实际意义不大”。<sup>⑧</sup>但是,公司一贫如洗而实际控制人腰缠万贯的现象如今十分普遍,此项理由已不再成立。董事对第三人责任条款旨在强化第三人的损害填补,其首要宗旨是保护第三人。

### 2. 规制不法行为的要求

侵权责任对不法行为具有制裁、威慑及预防功能。于董事而言,若无须直接承担自己行为的后果,则其在行事时自然缺乏责任感,甚至为了牟利而不择手段。<sup>⑨</sup>追偿模式之所以难以奏效,是因为公司往往被董事会把控,不会去追偿;而在公司资不抵债场合,公司因未实际先行赔偿而无权追偿。因此董事对第三人责任制度的目的还在于督促行为人格尽注意义务。特别是当损失巨大而董事全赔并不现实时,有必要从威慑功能角度去理解该制度。<sup>⑩</sup>在德国,董事对第三人责任典型案件涉及社团主席指示一名14岁男孩操作电动割草机致人损害、<sup>⑪</sup>董事未让员工

① 参见李宇:《新公司法修改要点解析》, <https://www.doc88.com/p-38047975737515.html>, 2024-05-28。

② 参见罗培新:《新〈公司法〉的立法缺陷及其完善》,《政法论坛》2024年第6期。

③ See Andrea Vicari, *European Company Law*, Walter de Gruyter GmbH, 2021, p.229.

④ See William Meade Fletcher, *Fletcher Cyclopaedia of the Law of Private Corporations* 3 A § 1134, (2019).

⑤ See Brenda Hannigan, *Company Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2021, pp. 73-77.

⑥ See Anne Marie Frauts, Adrien P. Cameron, *Officers and Directors Liability—Lessons from the Court*, 27 *Advocates Quarterly*, 155(2003).

⑦ See Victoria Stace, *Directors' Liability in Negligence to Third Parties: Challenging the Assumption of Responsibility Approach*, 16 *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 183 (2016).

⑧ 梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·总则编》,法律出版社2013年版,第144页。

⑨ 参见徐强胜、王萍萍:《论董事对第三人责任——兼评〈公司法(修订草案)〉第一百九十条》,《河南社会科学》2023年第7期。

⑩ 松井英樹「会社法429条1項における「第三者」の意義」《公司法》白山法学12号(2016年)196頁参照。

⑪ Vgl. BGH 6.2.1991-IV ZR 49/90, NJW-RR 1991, 668 = BB 1991, 1453.

缴纳社保<sup>①</sup>或延迟申请破产、<sup>②</sup>公司总经理因不遵守延长的所有权保留义务而被判担责等情形。<sup>③</sup> 在法国,相关典型案件涉及某经理允许雇员使用未投保的公司汽车之后发生事故、<sup>④</sup>某经理在收到预付款后将合同转让给他人并对公司进行清算以逃债等情形。<sup>⑤</sup> 在这些情形下,课予董事以个人外部责任无疑可发挥对不法行为的威慑与预防作用。事实上,在刑罚和行政罚领域,对单位及其法定代表人实行“双罚制”,其背后法理亦同。

### 3. 间接正犯理论/教唆帮助侵权法理

对于董事、高管利用公司实施不法行为侵犯他人权益(公司侵权工具化)的现象,董事对第三人责任的正当性可从间接正犯理论或教唆帮助侵权法理中获得解释。刑法上的间接正犯是指利用他人实现犯罪的情况。关于间接正犯的正犯性,以前是用“工具理论”来予以说明,如今通说为“犯罪事实支配说”,即对犯罪实施过程具有决定性影响的关键人物或核心角色因事实上支配了犯罪而被认定为正犯。<sup>⑥</sup> 刑法理论对侵权法理论有重要影响,间接正犯理论在侵权法上的体现主要是教唆、帮助不完全民事行为能力人侵权之规则。根据《民法典》第 1169 条的规定,教唆、帮助不完全民事行为能力人实施侵权行为的,应承担侵权责任,教唆、帮助完全民事行为能力人实施侵权的,应与行为人承担连带责任。倘若公司完全是董事操控的提线木偶,则董事利用公司对第三人侵权,可类比教唆、帮助无民事行为能力人侵权,由董事单独承担责任。无论是用“工具理论”还是“犯罪事实支配说”来阐释该结论都是适合的。只不过因公司被法律强行赋予人格,理论上跟无知无觉的工具毕竟有所不同,故应类比教唆、帮助完全民事行为能力人侵权处理,由董事和公司承担连带责任。无论是在中国、日本还是在法国,<sup>⑦</sup>侵犯知识产权都是董事对第三人责任的重要案型之一,完全可用间接正犯理论去阐释董事外部个人责任的基础。

## 二、责任性质之辨:“特殊侵权责任说”的证成

### (一)既有观点之批判

关于董事对第三人责任的性质,主要有以下 8 种观点:(1)“法定责任说”;<sup>⑧</sup>(2)“失信责任说”;<sup>⑨</sup>(3)“替代责任说”;<sup>⑩</sup>(4)“侵权责任与法定责任竞合说”;<sup>⑪</sup>(5)“专家责任说”;<sup>⑫</sup>(6)“特别责

① Vgl. BGH 12.6.2012 — II ZR 105/10, DStR 2012, 2451.

② Vgl. Schwennicke, in: Staudingers Kommentar zum BGB, 2023, § 31, Rdn. 86.

③ Vgl. BGH 5.12.1989 — VI ZR 335/88, BGHZ 109, 297, 302 = NJW 1990, 976, 978.

④ Vgl. Cass com, 4 July 2006, Recueil Dalloz 2006, 1958, note A Lienhard.

⑤ Vgl. Cass 3e civ, 11 January 2012, No 10—20633.

⑥ 参见张明楷:《刑法学》(第 6 版),法律出版社 2021 年版,第 524 页。

⑦ Jil El Ahdab, La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? Revue des sociétés, 2008 p. 239, No 21.

⑧ 参见赵旭东主编:《新公司法条文释解》,法律出版社 2024 年版,第 423 页。

⑨ 参见岳万兵:《董事对第三人责任的公司法进路》,《环球法律评论》2023 年第 1 期。

⑩ 参见王成:《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》,《清华法学》2023 年第 5 期。

⑪ 参见叶林、叶冬影:《公司董事连带/赔偿责任的学理考察——评述〈公司法修订草案〉第 190 条》,《法律适用》2022 年第 5 期。

⑫ 参见冯果、柴瑞娟:《论董事对公司债权人的责任》,《国家检察官学院学报》2007 年第 1 期。

任说”(即董事就其不当交易对债权人负责);<sup>①</sup>(7)“违法侵权责任说”(即董事执行职务违反法律强制性规定<sup>②</sup>或“保护他人法律”<sup>③</sup>致人损害之侵权赔偿责任);(8)“共同侵权说”(即《公司法》第19条作为《民法典》第1168条共同侵权规则之下位法)。<sup>④</sup>

上述观点均值得商榷。(1)“法定责任说”不能成立。该说直接照搬日本通说而忽略了中日两国法条的差异。在日本法上,董事对第三人责任的创立初衷是在公司无力清偿时保护公司债权人,同时该责任有“疏于尽职”要件,但不要求董事对第三人有直接过错,故其被定性为法定责任尚属情有可原。但《公司法》第191条在这两点上截然有别。“法定责任说”的优点在于此种责任的灵活性,如适用范围异常宽泛、利息诉讼时效起算点可迟至损害数额确定之日等。<sup>⑤</sup>然而,适用范围无限扩张未必妥当,<sup>⑥</sup>至于诉讼时效和利息计算在我国不应且不必与侵权损害赔偿请求权作区分。“法定责任说”在日本所受质疑也与日俱增。这些质疑包括:在公司有财力时,侵权损害与对第三人责任规定中的损害为何仍能等同视之?<sup>⑦</sup>董事疏于尽职为何须对公司债权人承担责任?<sup>⑧</sup>反之,为何董事对第三人的直接损害却构成对公司的失职?公司内部关系中的要求为何必须作为外部关系中的要求?在雇员过劳死等场合,公司违反安全注意义务之责任与董事对第三人之责任的,法律性质和根据皆有不同,如何能认定它们系“同一责任”?<sup>⑨</sup>“法定责任说”其实并未回答责任性质问题,只是在回避问题。若认为公司法上的责任都是特别的法定责任,则无法将它们纳入既有的理论和法律体系之中,相关法律体系亦无法建立。<sup>⑩</sup>(2)“失信责任说”欠缺说服力。该说的前提是董事对公司债权人负有信义义务,但此前提并不正确。单纯从机关成员的地位出发,就推导出他们对第三人同时负有相应的义务,无疑走得太远。<sup>⑪</sup>董事只对公司负有信义义务,而不对(现在的或将来的)债权人或个别股东负有该义务。<sup>⑫</sup>美国法上的信义义务扩张有其独特历史背景,“由于缺乏普通法的襄助,其对于信托概念不得不进行创新性的扩大解释,以涵盖社会经济发展中的新情况”。<sup>⑬</sup>更重要的是,作为美国公司法典范的特拉华州公

① 参见邢海宝:《公司债权人保护:以不当交易的规制为中心》,《比较法研究》2023年第1期。

② 参见邹海林:《公司法上的董事义务及其责任配置》,《法律适用》2024年第2期。

③ 参见刘道远:《董事对第三人赔偿责任的法理基础与规范解释》,《比较法研究》2024年第2期。

④ 参见齐砺杰:《董事第三人责任条文的理解与适用辩难》,《中国政法大学学报》2022年第5期。

⑤ 山田泰弘「会社法429条に基づく損害賠償義務の損害確定時期と遅延利息の発生時期」立命館法学56号(2011年)618頁参照。

⑥ 高橋陽一「取締役の対第三者責任に関する判例法理は今後も維持されるべきか?」法学論叢 = Kyoto Law Review(2015年)19~20頁参照。

⑦ 前嶋京子「取締役の対第三者責任:平成期の判決等の傾向」甲南法学(2019年)25頁参照。

⑧ 早川咲耶「会社債権者に対する会社役員責任(5)」法学協会雑誌(2022年)1095頁参照。

⑨ 宮村信郎「安全配慮義務違反と会社法429条1項による取締役の責任について——昭和44年最高裁大法廷判決の少数意見にもとづく再検討」龍谷大学大学院法学研究19号(2017年)67-73頁参照。

⑩ 参见刘道远:《董事对第三人赔偿责任的法理基础与规范解释》,《比较法研究》2024年第2期。

⑪ Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl., 2023, § 93, Rdn. 387.

⑫ See Carsten Gerner — Beuerle, Michael Schillig, Comparative Company Law, Oxford University Press, 2019, p. 469; Alan Dignam John Lowry, Company Law, 12th ed., Oxford University Press, 2022, p. 301.

⑬ 黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》(第2版),清华大学出版社2020年版,第194页。

司法早已抛弃董事对个别债权人负信义义务的立场。<sup>①</sup> 另外,“失信责任说”实质上认为此种责任中的第三人只能是破产或濒临破产公司之契约性债权人,这无疑会极大限缩本条的适用范围。(3)“替代责任说”过于狭隘,亦不足采。它抹杀了高管与普通雇员之间的差异。在德国,高管代表雇主一方利益。此种立场广泛存在于《欧洲劳资委员会法》等多项法律法规中。在美国,公司高管和低级雇员的区别在惩罚性赔偿领域意义重大,<sup>②</sup> 不当行为必须源于能代表公司的董事或高管。<sup>③</sup> 它忽略了董事职务行为的特殊性,在重大过错的判定上无法结合董事高管的职责内容。它只是英美法上公司侵权责任的解释路径之一,与“法人实在说”与“机关理论”并不兼容。德国法严格区分法人机关及其成员致害责任与履行辅助人致害责任,<sup>④</sup> 前者引发法人自身责任而后者引发辅助人责任。<sup>⑤</sup> 法国法虽然最初采用替代责任路径,但是并不令人信服,<sup>⑥</sup> 因而 1967 年判例法转向“法人直接责任说”。<sup>⑦</sup> “替代责任说”只能导向单独责任或连带责任,这同样会缩小《公司法》第 191 条的适用范围。(4)“法定责任与侵权责任竞合说”与《公司法》第 191 条的文义解释明显不符,仅有一般过失的董事不应承担侵权责任。(5)“专家责任说”不仅忽略专家责任通常为一般过失责任,而且无法容纳董事执行公司日常事务致人损害的情形。(6)“特别责任说”混淆了董事在公司法上的责任与破产法上的责任。(7)“违法侵权责任说”和“共同侵权说”均会不当限缩《公司法》第 191 条的适用范围。

## (二)“特殊侵权责任说”之提倡

笔者主张“特殊侵权责任说”,即董事对第三人责任是一种侵权责任,但具有自身的特殊性。

### 1. 董事对第三人责任是一种侵权责任

董事对第三人责任在基本逻辑、识别标准及构成要件上与过错侵权责任完全契合。首先,侵权责任的基本逻辑是,任何人对他人均负有“毋害他人”的一般注意义务(交往安全义务),董事也不例外。<sup>⑧</sup> 从一般法理出发,“任何人不应能够躲在公司面纱后面来逃避对其所犯侵权行为的责任”,<sup>⑨</sup> 无论他是股东还是董事。其次,侵权责任的判定识别主要有 3 项标准:法定义务/约定义务违反、绝对权/相对权侵害以及固有利益/履行利益损害。董事之所以须担责,是因其违反法定义务。董事通常侵害的是第三人的绝对权,如人身权、物权、知识产权、股东权(自益权或共益权)等。第三人通常遭受的是固有利益损失。据此,董事对第三人责任均符合侵权责任识别标准。

<sup>①</sup> See *Production Resources Group, L.L.C. v. NCT Group, Inc.*, 863 A.2d 772, 792 (Del. Ch. 2004); *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*, Delaware Supreme Court 930 A.2d 92 (2007).

<sup>②</sup> See Christopher R. Green, *Punishing Corporations: The Food-Chain Schizophrenia in Punitive Damages and Criminal Law*, 87 *Nebraska Law Review*, 200 (2008).

<sup>③</sup> See Martin Petrin, *Reconceptualizing the Theory of the Firm — From Nature to Function*, 118 *Penn State Law Review*, 28 (2013).

<sup>④</sup> 在《德国民法典》第 831 条(事务辅助人责任)起草过程中,辅助人责任制度与法人及企业责任之间的关系甚至没有被考虑过。Vgl. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 2024, § 831, Rdn. 1.

<sup>⑤</sup> Vgl. Schwennicke, in: *Staudingers Kommentar zum BGB*, 2023, § 31, Rdn. 1, 3.

<sup>⑥</sup> Vgl. Michel Germain/Véronique Magnier, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 2022, Rdn. 199, p. 23.

<sup>⑦</sup> Vgl. Cass. civ. 17.7.1967, RTD civ. 1968, 149.

<sup>⑧</sup> Vgl. Schwennicke, in: *Staudingers Kommentar zum BGB*, 2023, § 31, Rdn. 83.

<sup>⑨</sup> Brenda Hannigan, *Company Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2021, p. 72.

最后,董事对第三人责任完全满足过错侵权责任要件体系,即损害、过错以及因果关系。

有学者认为,“侵权责任说”无法涵盖董事对债权人造成间接损害的情形(如上市公司采用“毒丸策略”反收购造成公司经营困难最终造成公司清偿不能致债权人利益受损),此时债权人无法依照侵权责任规则要求董事承担赔偿责任。<sup>①</sup>此质疑不能成立。因为“毒丸策略”是否非法并无定论,<sup>②</sup>以公司最终经营失败来反推董事必然有错,缺乏说服力。倘若公司的确是因董事严重不当经营陷入破产从而影响债权人利益,则此时董事行为同样可以构成侵权责任。

“承认侵权责任说”在诉讼时效、管辖法院等方面有简洁明快、便利受害人诉讼等优势。董事对第三人责任直接适用民法典之普通诉讼时效规定即可。在管辖方面,受害人可在侵权行为实施地、结果发生地或被告住所地等多个选项里灵活选择最优方案。我国司法实践对于董事违反信义义务而对公司之赔偿责任历来采“侵权责任说”。董事对第三人责任也应作同样定性。“侵权责任说”也是比较法上的主流立场。德国、<sup>③</sup>法国<sup>④</sup>通说以及日本有力说均认为,董事个人责任解决的是侵权行为问题,<sup>⑤</sup>其法律性质是侵权责任。<sup>⑥</sup>英国学说认为,基本的侵权法规则足以解决第三方对董事的请求权问题。<sup>⑦</sup>在美国,董事利用公司对第三人实施不法行为,董事应承担普通法上的侵权责任。<sup>⑧</sup>

## 2. 董事对第三人的侵权责任具有特殊性

董事对第三人责任作为侵权责任的特殊性是相对于一般侵权责任和其他特殊民商事责任而体现出来的。首先,相对于一般侵权责任(《民法典》第1165条),《公司法》第191条适用于董事在履职过程中对第三人实施侵权之场合,而《民法典》第1165条可适用于董事以个人身份实施的与履职无关的侵权行为。《公司法》第191条在构成要件和法律效果上也有自身特殊性。其次,相对于其他类似的民商事责任,董事对第三人责任亦有其特殊性,具体而言:(1)关于董事对第三人责任与用人单位侵权责任(《民法典》第1191条),前者适用于公司董事、高管的职务侵权行为,后者适用于单位普通员工的职务侵权行为。(2)关于董事对第三人责任与法定代表人侵权责任(《公司法》第11条、《民法典》第62条),前者适用于董事、高管,后者适用于法定代表人,当侵权人兼具双重身份时,构成请求权竞合。(3)关于《公司法》第191条与第190条(股东直接诉讼),当董事违反法律法规或章程损害股东利益(并未同时损害公司利益)时,受损股东可援引第190条向董事索赔。不过,鉴于《公司法》第191条与第190条的适用条件不完全相同,法律效果亦有差异,二者无法构成相互替代关系,而是构成请求权竞合,以保障受损股东获得充分救济。比较

<sup>①</sup> 参见高泓:《董事第三人责任的反思与建构——〈公司法〉第191条的解释论》,《中国法律评论》2024年第4期。

<sup>②</sup> 参见侯东德:《董事会对短期主义行为的治理》,《中国法学》2018年第6期。

<sup>③</sup> Vgl. Schwennicke, in: Staudingers Kommentar zum BGB, 2023, § 31, Rdn. 81, 85, 88.

<sup>④</sup> Voir Philippe Didier, Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, Revue des sociétés 2003, p. 238.

<sup>⑤</sup> 宮村信郎「安全配慮義務違反と会社法429条1項による取締役の責任について——昭和44年最高裁大法廷判決の少数意見にもとづく再検討」,谷大学大学院法学研究19号(2017年)83頁参照。

<sup>⑥</sup> 早川咲耶「会社債権者に対する会社役員への責任(5)」,法学協会雑誌(2022年)1096頁参照。

<sup>⑦</sup> See Michael Marin, Third-Party Liability of Directors and Officers: Reconciling Corporate Personality and Personal Responsibility in Tort, 42 The Dalhousie Law Journal, 336 (2019).

<sup>⑧</sup> See William Meade Fletcher, Fletcher Cyclopedic of the Law of Private Corporations 3 A § 1134, (2019).

法上普遍认可董事对第三人责任可用于股东直接损害救济。在德国,当股东投票权、参与权或认购权、利润分配权被侵犯时,当董事对特定股东实施歧视性待遇时,股东均可援引《德国民法典》第 31 条向董事索赔,<sup>①</sup>对于有重大过错者,此种责任不得豁免。<sup>②</sup>在日本,当董事不当分配股息、违法发行或注销股票、拒绝办理股东名册变更时,受损股东可基于《日本公司法》第 429 条向董事索赔。<sup>③</sup>在法国,当董事发布不实账目或对特定股东实施歧视性待遇时,受损股东可通过股东个人诉讼索赔。<sup>④</sup>(4)关于《公司法》第 191 条与第 189 条(股东代表诉讼),董事执行职务违反法律法规或章程,给公司造成损失并间接导致股东利益受损的,股东可根据第 189 条寻求救济。此时原则上排除《公司法》第 191 条的适用,以免董事承担双重责任。比较法上的立场大体相似。《德国股份法》第 117 条、<sup>⑤</sup>《法国民法典》第 1843—5 条与《法国商法典》第 R.223—31 条均只允许股东代表诉讼。日本的有力学说同样认为,赋予股东索赔权反而会给公司内部关系造成无法弥补的混乱。<sup>⑥</sup>若公司怠于起诉,股东应通过股东代表诉讼寻求救济。<sup>⑦</sup>然而,股东代表诉讼有其局限性,诸如股东资格、持股比例、持股时间、前置程序等方面的限制。另外,股东须垫付诉讼费和律师费,胜诉所得利益归于公司,而且垫付的费用未必能收回。<sup>⑧</sup>日本股东代表诉讼制度的改革方向总体上是抑制此类诉讼的发生。<sup>⑨</sup>该诉讼被认为是以“股东的侠义精神”为基础运作的制度。<sup>⑩</sup>因此,对于前股东以及无法提起股东代表诉讼但又的确遭受间接损害的股东,应允许其根据《公司法》第 191 条来寻求救济。最后应注意,《公司法》第 191 条系董事对第三人责任的一般性规定,当有特别法规定时应优先适用之,后者如《公司法》232 条、第 238 条以及《最高人民法院审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》。

### 三、过错要件之特殊性:内外过错的关联及判定

依据《公司法》第 191 条的规定,董事对第三人责任的构成要件包括损害、过错、因果关系等。作为一种特殊侵权责任,该责任最大的特殊性莫过于对过错要件的要求。

#### (一)董事对公司过错与对第三人过错的关联

##### 1. 对公司之过错(内部过错)与对第三人之过错(外部过错)

所谓董事内部过错是指董事未尽到其对公司或其股东的注意义务、忠实义务或勤勉义务。所谓董事外部过错是指董事未尽到其对第三人的注意义务。二者区别十分明显,义务对象不同,义务内容不同,违反后果也有不同。董事因其内部过错导致公司或内部第三人(股东或职工)损

① Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl. 2023, § 93, Rdn. 1, 367.

② Vgl. Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2021, § 31a, Rdn. 10.

③ 村田敏—「取締役の第三者に対する損害賠償責任と株主の第三者性」立命館法学 5・6 号(2015 年)931 頁参照。

④ Vgl. Paul Le Cannu, Bruno Dondero, Droit des Sociétés, LGDJ, 2023, No. 490, p. 364.

⑤ Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl. 2023, § 93, Rdn. 364, 382.

⑥ 服部育生「会社法 429 条の第三者と株主」愛知学院大学論叢法学研究 47 卷 4 号(2006 年)81 頁参照。

⑦ 松井英樹「会社法 429 条 1 項における「第三者」の意義」白山法学 12 号(2016 年)172 頁参照。

⑧ Vgl. Paul Le Cannu, Bruno Dondero, Droit des Sociétés, LGDJ, 2023, No. 489, p. 363.

⑨ 参见平力群:《日本公司法与公司治理》,社会科学文献出版社 2021 年版,第 299 页。

⑩ 松井英樹「会社法 429 条 1 項における「第三者」の意義」白山法学 12 号(2016 年)173 頁参照。

害,应对公司或内部第三人承担赔偿责任;董事因其外部过错导致外部第三人(消费者、债权人或侵权受害人等)损害,应对外部第三人承担赔偿责任。《公司法》第 191 条确立的董事对第三人责任原则上以董事外部过错为要件,因其主要为外部第三人提供救济。有学者认为,董事对第三人责任需满足“董事有职务懈怠之过错”或违反对公司之信义义务的条件。<sup>①</sup>然而,此种责任本质上是董事对第三人实施侵权行为而引发的赔偿责任,过错应为董事对第三人而非对公司有过错。有学者认为,单个董事并不是公司的执行机关,除担任法定代表人的董事长、执行董事或总经理外,绝大多数董事并不享有业务执行权,对外不可能损害第三人的利益。<sup>②</sup>这种观点将代表权与决策监督权混为一谈,欠缺代表权的董事虽然不能代表法人对外实施法律行为,但不妨碍其在决策和监督过程中因重大过错损害第三人利益。董事外部责任的关键在于其地位和权力,代表权之存在非属必要。尽管董事对公司之过错(内部过错)和对第三人之过错(外部过错)的内涵不同,但是二者之间也存在密切关联。一般而言,当董事严重失职而具有内部过错时,不仅会损害公司利益,也会损害内部第三人(股东、职工等)或外部第三人利益,亦即同时成立外部过错;反之,当董事因重大过错损害第三人利益(具有外部过错)时,公司或短暂获利,但法律上须对外承担赔偿责任,故在终极意义上公司利益必然受损,由此董事对公司也会成立内部过错。董事的外部过错系董事疏于对第三人的注意(交往安全义务),董事的内部过错则是董事疏于对公司的注意(勤勉与忠实义务)。当董事的内部过错经由公司行为而损害第三人利益时,这种内部过错就会构成外部过错。另外,董事纯粹的外部过错往往表现为对第三人的直接侵害,而经由董事内部过错转化形成的外部过错往往表现为对第三人的间接侵害。因此,《公司法》第 191 条中的过错要件固然一般指向董事对第三人的过错,但此种外部过错有时可通过直接证据加以证明,有时也可通过董事具有内部过错(履职过错)而进行事实推定。后者恰恰是董事对第三人责任在过错要件判定方面最大的特色所在。

为何董事内部过错可以作为外部过错的表见证据?因为董事对第三人的侵权与侵权法上最常见的侵权有所不同:后者一般体现为直接侵权,不论是一般过错责任还是危险责任,都发生在行为人与受害人的“直接交往”中,因此一般性侵权责任有时也被称为违反交往安全义务之责任;而前者一般体现为间接侵权,董事与第三人通常并无直接交往接触,而是通过公司这个媒介发生间接联系。在这种背景下,让作为原告的外部第三人证明董事犯有外部过错并不现实,任务极其艰巨。经由董事内部过错进行外部过错的推定,相对来说容易很多。以公司不法排污损害周边企业为例,受害企业只需要证明董事决策违法从而成立内部过错,并由此推定董事对外部第三人利益缺乏应有注意而存在外部过错即可。尽管有这种推定关系,但两种过错本质不同,不能混同。因所指象完全不同,其实也容易区分。至于董事对内部第三人之责任,由后者直接证明董事存在内部过错即可。以公司劳动事故致员工受伤为例,受害员工只需要证明董事监督不力且存在监督过失引发事故即可。另外应注意,在将董事内部过错作为其外部过错的表见证据时,还须对过错程度进行判断,即董事履职不当是否构成加害他人的故意(追求或容认)或重大过失。故意纯属主观,须结合外在客观证据加以认定。重大过失的判定须结合行为人对损害后果发生可

<sup>①</sup> 参见赵旭东主编:《新公司法条文释解》,法律出版社 2024 年版,第 419 页。

<sup>②</sup> 参见郭富青:《我国公司法设置董事对第三人承担民事责任的三重思考》,《法律科学》(西北政法大学学报) 2024 年第 1 期。

能性的认知、损害后果发生的盖然性以及严重性等要素综合判定。

## 2. 董事内部过错(履职过错)的内涵:决策过错与监督过失

《公司法》第191条之过错要求发生在“董事、高级管理人员执行职务”过程中,亦即履职行为有过错。有学者认为:“董事的职务行为本质上与公司的经营管理直接相关,不包括执行一般事务的行为。”<sup>①</sup>此论不正确。董事也会执行一般事务(如自驾出差),致人损害也应适用《公司法》第191条,否则构成对此类受害人的不当歧视。与董事在执行一般事务中可能出现的外部过错不同,董事的内部过错则源于其独特的身份地位以及职权职责。董事是公司机关成员自不待言,高管作为高级雇员承担特殊任务或企业部分职能,在其责任范围内自行负责并在决策方面拥有广泛裁量权。企业活动要求公司管理者拥有不受全面司法审查的行动空间。<sup>②</sup>董事的主要职能包括决策和监督。美国特拉华州大法官法院在“保健标志公司案”<sup>③</sup>中首次确立董事监督责任标准,并于2023年1月26日首次将监督职责拓展至高管。<sup>④</sup>董事执行职务致人损害,既可能是决策失当(作为),也可能是监督不力(不作为)。决策一般由董事会以多数决方式作出。对致害决议投反对票的董事原则上可免责,但并不绝对,因董事还负有监督职责。倘若决议不合法、违反公司章程、有损公司利益或侵害他人利益,则异议董事有义务采取必要措施阻止决议的执行。任何董事都不能躲在多数决的背后消极懈怠,这一点在涉及公众生命、健康安全时尤其有意义。尽管公司内部职责有分工,但对于影响全局的事项,董事不能简单地依赖其同事完成任务,而必须亲自监督。在企业发生危机如财务危机时,这些义务会加重,由此也会影响到本身不分管此事的总经理。<sup>⑤</sup>对于“其他”董事,如果放任侵权行为的发生,就会违反作为董事应承担的监督义务。<sup>⑥</sup>

我国公司法虽无明文规定董事负有监督义务,但从勤勉义务和忠实义务中可引申出监督职责。首先,勤勉义务要求董事防范各种事故的发生,在履职过程中不仅要考虑公司的商业利益,还要考虑股东和债权人的利益以及员工和公众的福利。德国法这样要求,<sup>⑦</sup>我国也有学者如此主张。<sup>⑧</sup>其次,监督职责还与忠实义务密切相关。公司受托人应有的诚信包括真正忠实于公司及其股东利益所要求的一切行为。<sup>⑨</sup>值得一提的是,在新公司法弱化监事会的背景下,董事的监督职责日益重要。有必要对董事会职能进行重新定位,确立董事会的监督职能,明确董事承担业务监督义务以及董事不作为责任的追责路径。<sup>⑩</sup>当然,董事的监督义务有其限度,须受多种因素影响,如公司所处行业特点、公司规模、员工人数、业务的重要性、产品的风险性以及公司是否陷入危机等。其中,部门内部分工具有决定性意义。

① 赵旭东主编:《新公司法条文释解》,法律出版社2024年版,第418页。

② Vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926.

③ See In re Caremark Intern. Inc. Derivative Litigation, 698A. 2d 959, 970 (1996).

④ See In Re McDonald's Corp. S'holder Deriv. Litig., 289 A.3d 343 (Del. Ch. 2023).

⑤ Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl., 2023, § 93, Rdn. 194, 204.

⑥ 前嶋京子「取締役の対第三者責任:平成期の判決等の傾向」甲南法学(2019年)24頁参照。

⑦ Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl., 2023, § 93, Rdn. 22, 119.

⑧ 参见梁爽:《董事信义义务结构重组及对中国模式的反思——以美、日商业判断规则的运用为借镜》,《中外法学》2016年第1期。

⑨ See Carsten Gerner – Beuerle, Michael Schillig, Comparative Company Law, Oxford University Press, 2019, p. 490.

⑩ 参见梁爽:《美、日公司法上的董事合规、内控义务及其对我国的启示》,《中外法学》2022年第2期。

## (二)董事内部过错的判定方法

董事纯粹的外部过错与一般侵权过错之判定并无不同,董事内部过错的判定才是董事对第三人责任过错要件的独特性所在,以下分别针对决策过错与监督过失予以讨论。

### 1.商业决策之过错判定:商业判断规则

决策可分为商业决策与其他方面的决策,前者“具有面向未来的性质”,能为未来的经济发展带来机遇和风险。<sup>①</sup> 只要商业决策是基于合理的信息且并非不理性,那么即使后来发现这些决策是灾难性的,决策者也不会被追究责任,此即商业判断规则。<sup>②</sup> 因为“适用相对严格的责任标准会使外部董事不愿赴任,即使有足够的保险赔付,外部董事也不能接受有争议的诉讼损害自己声誉”。<sup>③</sup> 我国学者对商业判断规则褒贬不一。笔者认为,商业判断规则有其正当性和可行性,应当引入,但应注意其局限性。(1)商业判断规则反映出市场主体从事经营的一种规律性,法官无法取代企业经营者作经营上的判断。就此而言,是否使用商业判断规则这个名称并不重要,实际运用实不可免。(2)正因为其内在的正当性,主要发达国家均继受了这一规则。商业判断规则被明文写入《德国股份法》第 93 条第 1 款和《德国合作社法》第 41 条。董事会的商业决策在明显错误之外几乎不具有可诉性。<sup>④</sup> 日本法院在多数案件中已明确运用该规则。<sup>⑤</sup> 英国司法实务也明确区分“董事未能取得成功的商业决策”与“董事严重管理不当”,在事后对商业决策进行妥当性评判被认为既不公平也会挫伤管理层敢作敢为的积极性。<sup>⑥</sup> (3)《公司法》第 191 条以董事有重大过错为要件,而商业判断规则与重大过错天然地具有契合性。诸如股东因董事会决策而受损害时,或公司债权人主张董事怠于申请破产造成其债权无法收回时,判断董事有无重大过错必须借助商业判断规则,即需要审查董事作出商业决策时是否为公司利益、有无利益冲突,是否有充分的信息基础以及是否善意等。(4)商业判断规则仅涉及董事会成员与公司的内部关系,是判断董事在商业决策中对公司有无重大过错的标准,故该规则不适用于董事违反法定职责的行为(诸如董事违反忠实义务致股东受损,或违反监督职能引发安全生产事故致员工受损等场合)。<sup>⑦</sup> 换言之,它并不免除董事的合法性义务及合规义务。(5)应准确把握商业判断规则的定位,它并非绝对免责事由。在不少案例中,日本法院尽管对陷入债务超过的公司的董事适用了商业判断原则,但仍判定董事对第三人承担责任。<sup>⑧</sup> 在美国,商业判断规则被视为一个可推翻的推定或安

<sup>①</sup> Vgl. Anna Girogi Kuhn, Haftung leitender Angestellter, Business Judgment Rule, Arbeitnehmerprivileg, und Einfluss von D&O-Versicherungen, Mohr Siebeck Tübingen 2024, S. 99.

<sup>②</sup> See Richard D. Freer, The Law of Corporations, 8th ed., West Academic Publishing, 2020, p. 213.

<sup>③</sup> Marc I. Steinberg, To Call a Donkey a Racehorse — The Fiduciary Duty Misnomer in Corporate and Securities Law, 48 The Journal of Corporation Law, 50 (2022).

<sup>④</sup> Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl., 2023, § 93, Rdn. 2, 4, 43, 91, 92.

<sup>⑤</sup> 内藤裕貴「取締役の第三者に対する責任と「経営判断原則」」早稲田法學 92 卷 1 号(2016 年)347~348 頁参照。

<sup>⑥</sup> See Andreas Cahn, David C. Donald, Comparative Company Law, 2nd ed., Cambridge University Press, 2018, p. 446.

<sup>⑦</sup> Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl., 2023, § 93, Rdn. 363.

<sup>⑧</sup> 沈律「債務超過会社の事業を整理せずに取引を行っていた取締役の悪意・重過失」早稲田法學 92 卷 4 号(2017 年)187 頁参照。

全港,原告可举证予以推翻。<sup>①</sup>但在德国,董事恪尽信义义务的证明责任在董事一方。<sup>②</sup>依据《公司法》第191条的规定,董事重大过错之证明责任由第三人承担,但第三人可通过证明董事存在违法违规以及违反信义义务等内部过错事实完成初步举证,若董事提出商业判断规则作为抗辩,则由该董事负证明责任。

## 2. 监督过失的判定:组织缺陷理论、红旗规则及关键任务风险理论

董事的监督职责包括安全制度建设和违规行为查纠两方面。就前者而言,组织缺陷理论可为过错判定提供参考。尽管公司有权决定如何在法定自治框架内自治,但公司有义务采取有利于预防损害的组织措施。倘若未能就特定活动领域指定特别负责的人员或机构,则视为存在组织缺陷。基于交往安全义务,公司当然要对旨在预防对第三人造成危险之组织架构的缺陷负责。倘若未任命一名客观上必要的高级雇员并因此而诱发事故,这种“人事政策组织缺陷”也构成组织缺陷,董事应承担责任。<sup>③</sup>就后者而言,美国公司法从“红旗规则”到“关键任务风险理论”的演变值得关注。红旗规则是指董事只有在觉察到“表明存在不法行为的红旗”并有意识地选择不采取行动时,才可能因不作为而担责。不过,红旗规则也被称为“可能是公司法中原告赢得判决难度最大的理论”,因为此类索赔只能根据忠诚义务(证明难度大)、免责条款的盛行、特拉华州对诚信义务的解释以及商业判断规则的运用提起。<sup>④</sup>但在2019年“马尔尚公司案”<sup>⑤</sup>中,美国特拉华州最高法院判定董事监督过失成立,理由是涉案公司董事会未能对“基本和关键任务”风险类别进行监督。关键任务风险要求风险对被告董事所在公司至关重要、面临风险的公司受到高度监管、风险造成的损害特别严重。<sup>⑥</sup>美国特拉华州法院在“波音案”<sup>⑦</sup>(涉及波音737Max飞机缺陷)中的立场表明,涉及公司核心业务且受外部监管的风险会被认定为“关键任务”。过去法院多审查公司管理层是否遵守旨在保护投资者的法规,而今越来越多地审查管理层是否遵守旨在保护更广泛社会利益的法规(如产品安全)。<sup>⑧</sup>此外,环境、社会和治理问题也可能成为公司关键任务风险。<sup>⑨</sup>时至今日,美国法院越来越倾向于对董事的监督职责进行更严格的审查。<sup>⑩</sup>截至2021年12月15日,在美国特拉华州大法官法院提起的17项保健标志公司索赔中,有5项在驳

<sup>①</sup> See Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2018, p.446.

<sup>②</sup> See MüKOAKtG/Spindler AktG, 6. Aufl., 2023, § 93, Rdn. 343.

<sup>③</sup> Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl., 2023, § 93, Rdn. 13, 38.

<sup>④</sup> See Anne Tucker Nees, Who's the Boss? Unmasking Oversight Liability within the Corporate Power Puzzle, 35 *Delaware Journal of Corporate Law*, 216 (2010).

<sup>⑤</sup> See *Marchand v. Barnhill*, 212 A.3d 805 (Del. 2019).

<sup>⑥</sup> See Kelly S. O'Brien, Analyzing the Post-Marchand "Expansion" of Mission Critical Risks: Cybersecurity, Climate Change, and Caremark, 57 *University of Richmond Law Review*, 109 (2022-2023).

<sup>⑦</sup> See *In re Boeing Co. Derivative Litig.*, No. 2019-0907, 2021 WL 4059934 (Del. Ch. Sept. 7, 2021).

<sup>⑧</sup> See Roy Shapira, Max Oversight Duties: How Boeing Signifies a Shift in Corporate Law, 48 *Journal of Corporation Law*, 122 (2022).

<sup>⑨</sup> See Roy Shapira, Mission Critical ESG and the Scope of Director Oversight Duties, 2022 *Columbia Business Law Review*, 732 (2023).

<sup>⑩</sup> See Roy Shapira, A New Caremark Era: Causes and Consequences, 98 *Washington University Law Review*, 1857 (2021).

回动议中胜诉。<sup>①</sup>最近一起案件是2023年3月20日秘塔平台公司的股东对公司管理层提起的股东派生诉讼,<sup>②</sup>原告指控脸书公司和该公司托管的其他社交媒体网站为性奴贩运和其他人口贩运提供便利,但秘塔平台公司管理层对此放任自流。上述经验表明,若公司董事对于显而易见的不法行为熟视无睹,尤其对涉及公众安全(产品安全、环境污染、生产事故等)的关键任务事项疏于监管,酿成事故并造成危害后果的,则构成监督过失,应承担责任。

事实上,企业管理层的监督过失在我国刑法中属于常见议题。据刑法学者统计,监督过失主要集中于玩忽职守罪、重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪等罪名,主要是对处于领导地位而没有进行企业安全制度建设的公司高级管理者进行惩罚。<sup>③</sup>单位负责人监督义务的范围和程度,应结合单位大小、法定监管职责、工作危险程度、监督可能性等因素综合判断;必要监督措施包括选择适当人员、适当组织与分工、专业训练与说明指示及察看、对不当行为的查究、依法整改设施设备等等。<sup>④</sup>这些成熟经验可作为私法上董事监督过失判定的重要参考。

#### 四、损害要件之特殊性:原则上债权人间接损害不可索赔

作为一种特殊侵权责任,董事对第三人责任在损害要件上也有明显的特殊性,这种特殊性主要体现在对于债权人的间接损害原则上不可索赔。

##### (一)公司契约性债权人的三种类型

当公司债权人作为《公司法》第191条所规定的“他人”时,根据债产生的原因,可将债权人大体分为侵权性债权人和契约性债权人,前者因公司侵权而对公司享有赔偿请求权,后者因公司违约而对公司享有合同债权。前者在董事有重大过错时可基于《公司法》第191条向董事索赔,毫无疑问,那么后者在董事对公司清偿不能有重大过错时可否向其索赔?

回答此问题之前,须先对契约性债权人进行再分类,而契约性债权人又因董事侵权行为的不同而不同。具体而言,董事的侵权行为至少可以分为以下类型:(1)董事转移、隐匿、挥霍公司资产(掏空资产型);(2)董事明知公司无清偿能力仍诱使相对人与公司缔结交易(诈害交易型);(3)董事明知或应知公司无挽救可能,但仍散漫经营未及时申请破产(有责破产型)。掏空资产型行为属于侵害债权之侵权行为。在有案可查的董事对第三人责任第一案中,甲公司对丙公司享有债权并申请强制执行,丙公司董事赵某对甲公司谎称说,若配合解封我公司账户则将该账户随后收取的款项用于偿债,但在账户解封并收到70万元汇款后指令财务负责人迅速将该款转给他人,令甲公司债权无法实现。人民法院判令赵某对公司债务承担连带责任。<sup>⑤</sup>本案即属于典型的董事转移公司资产型案件。诈害交易型行为一般构成欺诈侵权行为。日本相关判例涉及以下情形:假装出售股票骗取第三人钱财;欺诈式多重抛售抵押证券;违法大量招募会员导致高尔夫

<sup>①</sup> See Kelly S. O'Brien, Analyzing the Post-Marchand "Expansion" of Mission Critical Risks: Cybersecurity, Climate Change, and Caremark, 57 University Richmond Law Review, 109 (2022-2023).

<sup>②</sup> See Employees' Retirement System of the State of Rhode Island, et al. vs. Mark Zuckerberg, et al., C.A. No. 2023-0304 (Del. Ch. Mar. 20, 2023).

<sup>③</sup> 参见姜涛:《监督过失的限缩适用方案》,《清华法学》2021年第6期。

<sup>④</sup> 参见杨东升:《单位行政违法双罚制的立法模式选择》,《法学》2023年第4期。

<sup>⑤</sup> 参见北京市大兴区(县)人民法院(2024)京0115民初24093号民事判决书。

会员购买者蒙受损失；发布误导性广告导致土地购买者受损等。<sup>①</sup> 日本法院通常是在综合考虑公司年度损益状况、整个行业趋势等因素后作出结论，而仅因公司破产时间与合同签订时间接近而认为董事有责者较少。<sup>②</sup> 相关法国判例涉及以下情形：某公司总经理重复转让应收账款，被认定对公司交易相对人承担个人责任；<sup>③</sup>某建筑公司经理未为建筑缺陷投保强制性责任保险。<sup>④</sup> 对于有责破产型行为，很多文献将其与诈害交易型行为混为一谈，但二者有本质差异。前者损害的是债权人的利益，后者损害的是新增债权人的利益；前者是因公司责任财产减少导致债权人受偿比例减少（间接损害），后者是董事通过公司直接侵害交易相对人（直接损害）；后者中债权人虽与公司有合同关系，但也是侵权受害人，前者中债权人是否仍构成侵权受害人并非一目了然，其间接损害能否索赔分歧巨大。

（二）不能以“失信导致破产型”来论证“延宕加深破产型”

美国“信义义务扩张理论”是指濒临破产公司之董事对债权人开始负有信义义务，包括谨慎经营，及时申请破产等义务，若有违反则应对债权人承担责任。<sup>⑤</sup> 有学者据此认为，债权人间接损害可依据《公司法》第 191 条索赔。破产有“延宕加深破产”与“失信导致破产”之分。（1）延宕加深破产。《英国公司法》第 214 条、《德国破产法》第 15a 条第 1 款均规定濒临破产公司之董事有及时申请破产的义务。日本通说亦认为，董事在公司财务危机时有义务采取必要措施，包括及时申请破产，若其有故意或重大过失而散漫经营，则要承担责任。<sup>⑥</sup> 例如，在某案中，被告董事将公司供应商变更为原告，一审法院以原告报价更低而认定此系被告理性决定故无过失，但二审法院认为濒临破产之公司董事有义务及时申请破产。<sup>⑦</sup>（2）失信导致破产。根据《法国商法典》第 L651-2 条第 1 款的规定，当公司资产不足是由于董事管理不善所致，法院可判决有重大过失的董事承担连带责任。“失信导致破产”与“延宕加深破产”有共同点，即董事行为均构成公司破产的原因，但程度迥异，前者是根本原因，后者是促成原因。更重要的是，前者有信义义务违反要件，而后者无。对前者进行规制显然更有正当性，因为“不得掏空公司资产”“不得实施欺诈性财产处分或偏颇性清偿”“不得虚构债务”属于董事信义义务的刚性要求。相对而言，及时申请破产之判定显然更具弹性，这使得此类责任追究诉讼更加困难。除了举证困难外，诉讼成本高企也使得债权人的个别诉讼即使成功，债权人收回的款项也可能化为乌有。<sup>⑧</sup> 从更广阔的视野来看，董事及时申请破产的义务在弱化，“拯救文化的兴起导致大西洋两岸出现了显著的趋同”，对困境企

① 前嶋京子「取締役の対第三者責任：平成期の判決等の傾向」甲南法学（2019 年）12 頁参照。

② 中村康江「取締役の第三者に対する責任—任務懈怠—会社の契約不履行—」立命館法学 5 号（2006 年）377 頁参照。

③ See Cass com. 20 May 2003, Bull. Joly Sociétés 2003, 786, note H Le Nabasque.

④ See Cass com., 9 December 2014, No 13-26398, RJDA 3/15 No 199; Cass 3e civ., 10 March 2016, No 04-14731, RJDA 6/16 No 451.

⑤ 参见赵树文：《董事在公司财务困境下对债权人的信义义务》，《学术论坛》2023 年第 1 期。

⑥ 中村康江「取締役の第三者に対する責任—任務懈怠—会社の契約不履行—」立命館法学 5 号（2006 年）378 頁参照。

⑦ 日本大阪高裁平成二十六年事十二月十九日判時二二五零号八十頁参照。

⑧ See Alan Dignam John Lowry, *Company Law*, 12th ed., Oxford University Press, 2022, p. 450.

业的重组重整而非破产清算越来越受重视。<sup>①</sup>最能代表美国公司法的《特拉华州公司法》关于董事破产申请义务的最新立场是：“法律上不存在对信义义务索赔有影响的‘濒临破产阶段’。清偿不能之公司董事无义务关闭公司、归并资产并分配给债权人。特拉华州不承认加深破产理论……董事基于善意相信可盈利而选择继续经营，不能被认定为有责。”<sup>②</sup>在美国联邦法律层面，“义务转移理论”如今也只是为债权人提起派生诉讼提供依据。<sup>③</sup>可见，以美国“濒临破产理论”或“违信导致破产”立法例来论证“延宕加深破产”之董事应对债权人间接损害负责，均无说服力。

(三)《公司法》第191条原则上不可适用于个别债权人的间接损害索赔

“违信导致破产”与“延宕加深破产”原则上都与《公司法》第191条无关。该条一般不可用于个别债权人就其间接损害索赔，根本原因不是“及时申请破产”无法定义，也不是对公司管理层过苛，以及会导致诉讼泛滥或双重诉讼，而是原告不适格。比较法上，无论是“违信导致破产”还是“延宕加深破产”，董事的个人责任都是针对全体债权人而非个别债权人，索赔权主体是清算人或破产管理人而非个别债权人。《德国破产法》第92条、《法国商法典》第L651-2条、《英国公司法》第214条对此均有明文规定。美国法允许清偿不能之公司的债权人提起派生诉讼而非直接诉讼，以及2022年《上海市浦东新区完善市场化法治化企业破产制度若干规定》第4条第2款明确规定怠于破产申请之董事应“向企业承担赔偿责任”，也是出于相同理由。究其根本，因公司责任财产减少而受损的是公司全体债权人而非个别债权人。而且，涉诉公司之后基本上都会进入破产程序，倘若允许个别债权人依据《公司法》第191条索赔，这种赔偿反而会构成偏颇性清偿，有违集体清偿顺序中债权人平等受偿的基本原则。美国特拉华州大法官法院曾指出：“同意原告诉请等于是在破产程序中牺牲其他大多数债权人的利益……派生诉讼不得被个别债权人用于扰乱结构化的破产程序。当原告错误地将各种派生诉讼矫称为直接诉讼从而企图绕开破产法院管辖及其程序时，该原则同样适用。”<sup>④</sup>在德国，董事的外部责任通常排在社团责任和董事对社团的内部责任之后，其目的也是实现对不同受害群体的平等保护，尤其是在社团破产场合。<sup>⑤</sup>日本学者也认为，遭受间接损害而援引《日本公司法》第429条起诉的公司债权人，其无法收回的债权没有理由优先于其他破产债权。<sup>⑥</sup>

尽管如此，不能忽略例外情形下债务人公司“无产可破”的可能，这种情形下不存在破产管理人，我国也没有类似美国法上的债权人派生诉讼，故有必要将《公司法》第191条作为遭受间接损害之债权人的最后救济手段。正如《德国股份法》第93条第5款所规定的债权人对董事之索赔权，其前提是公司清偿不能，可一旦公司清偿不能，董事就有义务立即申请破产，故本款债权人的

<sup>①</sup> See Carsten Gerner – Beuerle, Michael Schillig, *Comparative Company Law*, Oxford University Press, 2019, p. 986.

<sup>②</sup> *Quadrant Structured Products Company, Ltd. v. Vertin, et al*, Court of Chancery of Delaware, 115 A.3d 547 (2017).

<sup>③</sup> See Carsten Gerner – Beuerle, Michael Schillig, *Comparative Company Law*, Oxford University Press, 2019, p. 903.

<sup>④</sup> *Big Lots Stores, Inc. v. Bain Capital Fund VII, LLC*, 922 A.2d 1169, 1171 (Del.Ch.2006).

<sup>⑤</sup> Vgl. Schwennicke, in: *Staudingers Kommentar zum BGB*, 2023, § 31, Rdn. 75; Spindler, in: *Münchener Kommentar zum AktG*, 6. Aufl., 2023, § 93, Rdn. 347.

<sup>⑥</sup> 早川咲耶「会社債権者に対する会社役員への責任(5)」法学協会雑誌(2022年)284頁参照。

介入权基本上只有在破产申请因债务人缺乏资产而被驳回时才有实际意义。<sup>①</sup>《公司法》第 191 条作为债权人间接损害索赔的最后救济手段,意义重大,因为倘若排除这种追责可能性,那么意味着有责董事将逍遥法外,也会使《企业破产法》第 125 条的规范目的落空。当《公司法》第 191 条被用于债权人向有责破产之董事追责时,其责任性质仍为侵权责任。有责董事既包括“违信导致破产型”董事也包括“延宕加深破产型”董事。但对于“延宕加深破产型”董事,应注意商业判断规则的适用,不能完全抹杀董事拯救公司困境的努力。

## 五、董事责任形态:连带抑或补充

在比较法上,法国法、日本法规定有单独的董事责任,而《公司法》第 191 条先规定公司责任再规定董事责任,因而不可避免地存在复数责任人之责任形态问题。

### (一)责任形态的多样性

当公司及董事基于《公司法》第 191 条承担责任时,关于二者的责任形态问题,学界主要有以下 6 种观点:(1)“连带责任说”。即董事并非单纯的公司机关,而是具有独立人格的主体,<sup>②</sup>两个独立主体意思共同或行为关联从而产生连带责任。<sup>③</sup>(2)“补充责任说”。即股东或公司需对董事选任负责,而且股东能以董事违反信义义务追究董事责任,故公司应首先担责。<sup>④</sup>有学者认为,《公司法》第 191 条后段规定董事“也应当承担赔偿责任”,显然不是指连带责任。<sup>⑤</sup>(3)“先补充后按份责任说”。即“第三人仍然享有直接起诉董事的权利,但受到董事基于‘公司应先清偿债务’的先诉抗辩权限制。董事的责任份额应在个案中根据过错程度及其行为与损害后果之间的原因力程度具体确定”。<sup>⑥</sup>(4)“先补充后连带责任说”。持该说的学者认为,《公司法》第 191 条先规定公司责任再规定董事“也应当承担赔偿责任”,两个分句之间的逻辑关系表明应采“补充连带责任说”。<sup>⑦</sup>(5)“不真正连带责任与补充责任结合说”。即“责任形式上董事对第三人的直接损失承担不真正连带责任,对间接损失仅负有补充责任”。<sup>⑧</sup>(6)“连带责任与按份责任结合说”。即“在直接损害的情形中,董事因对其故意或过失的职务行为和公司一起对第三人承担相应的连带责任……在间接损害的情形中……董事的赔偿责任范围仅涵盖了其因自身不当行为给公司造成的直接损失”。<sup>⑨</sup>

上述观点差异根本上源于对《公司法》第 191 条责任性质的认识不同。主张该条责任是共同

<sup>①</sup> Vgl. Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 6. Aufl., 2023, § 93, Rdn. 332~335.

<sup>②</sup> 参见岳万兵:《董事对第三人责任的公司法进路》,《环球法律评论》2023 年第 1 期。

<sup>③</sup> 参见王成:《我国民法上侵权替代责任的反思与重构》,《清华法学》2023 年第 5 期。

<sup>④</sup> 参见[日]佐藤孝弘:《董事对第三人责任——从比较法和社会整体利益角度分析》,《河北法学》2013 年第 3 期。

<sup>⑤</sup> 参见邹海林:《公司法上的董事义务及其责任配置》,《法律适用》2024 年第 2 期。

<sup>⑥</sup> 赵旭东主编:《新公司法条文释解》,法律出版社 2024 年版,第 420 页。

<sup>⑦</sup> 参见李建伟主编:《公司法评注》,法律出版社 2024 年版,第 772 页。

<sup>⑧</sup> 李东阳:《论董事对第三人责任——以〈公司法(修订草案)〉第 190 条为中心》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2024 年第 1 期。

<sup>⑨</sup> 高泓:《董事第三人责任的反思与建构——〈公司法〉第 191 条的解释论》,《中国法律评论》2024 年第 4 期。

侵权责任、替代责任的学者,倾向于“真正或不真正连带责任”;相反,主张该条责任是违约责任或法定责任的学者,倾向于“补充责任说”。上述观点对《公司法》第191条责任性质认识有误,对其适用场景认识不够全面,均值得商榷。笔者认为,鉴于董事对第三人责任的具体类型不同,董事与公司的责任形态也应有所差异,大体上有如下3种可能:(1)连带责任模式。当董事直接侵害第三人或通过公司间接侵害第三人权益并造成第三人直接损害时,董事与公司应负连带责任。换言之,对公司享有侵权损害赔偿请求权的第三人(包括员工、股东等内部第三人与外部第三人),均可向公司以及有重大过错的董事主张全部损害的赔偿。在比较法上,但凡规定董事和公司都要对第三人承担责任的,大多规定连带责任立法例,如《德国民法典》第31条之社团责任、英美侵权法上公司承担替代责任。我国审判实务中也有以共同侵权为由认定董事与公司承担连带责任的案例。<sup>①</sup>但如前所述,这种连带责任并非复数行为人有意思联络的共同故意侵权,而应区分以下情形。其一,当董事故意利用公司侵权(公司侵权工具化)时,此时侵权形态类似于教唆、帮助侵权,董事决策行为可类比教唆、帮助行为,公司致害行为可类比被教唆、帮助人的实行行为,从而构成拟制共同侵权,由二者承担连带责任。其二,董事因决策过失和监督过失损害第三人利益,此时董事与公司存在共同的过失,成立共同侵权,应承担连带责任。其三,当董事执行公司一般事务而有重大过错致人损害时,此时侵权形态类似于雇员职务侵权,不存在复数行为,而是同一行为的双重评价、双重归责。情形一与情形二系真正连带责任,情形三系不真正连带责任,公司可向董事追偿。应注意,《公司法》第191条为独立请求权条款,在判定董事与公司承担连带责任时不必引致其他条款,应对《民法典》第518条作目的性限缩,“以连带债务之成立要件作为判断是否成立连带债务之基础”。<sup>②</sup>在上述情形下,事实构成恰恰可以契合共同侵权、拟制共同侵权或充分条件之复数侵权等条款的构成要件,连带责任有充足的正当性。(2)比例连带责任模式。当董事因决策过失和监督过失而对第三人担责时,考虑到复数董事在公司地位不同、职责不同、过错类型(故意或重大过失)不同,以及对事故发生的原因力大小不同,也可能不同董事的责任大小存在不同,故可借鉴证券虚假陈述的规定,在特定案件中判令复数董事中的个别或部分董事在确定的比例内与公司承担比例连带责任。(3)补充责任模式。对于侵害债权型债权人、诈害交易型债权人以及所有遭受间接损害的债权人,董事均应承担补充责任,债权人索赔的金额仅限于其债权无法从公司回收的金额。董事赔偿责任范围是债权人因公司无财力致其债权不能获偿的部分(不同于董事对公司造成的损失)。对此,《德国股份法》第93条、《英国公司法》第214条以及日本关于债权人间接损害索赔的判例法均能提供直接参考依据。总而言之,针对第三人直接损害,董事应当与公司承担连带责任;针对第三人间接损害,董事应当对公司不能清偿之债务部分承担补充责任。当董事为复数时,应当根据各自过错大小及原因力大小承担责任,故意过错者、构成损害充分原因者承担全部责任,过失过错者、构成损害部分原因者按比例承担责任。

## (二)复数董事非均等责任的可能

不仅董事与公司之间存在责任形态的问题,当有责董事或高管为复数时,他们之间也存在责任形态及责任比例的问题。从法理上来说,董事均为独立主体,当复数董事基于意思联络存在侵

<sup>①</sup> 参见江苏省高级人民法院(2015)苏知民终字第179号民事判决书。

<sup>②</sup> 张定军:《连带债务发生明定主义之反思》,《法学研究》2023年第2期。

权共同故意,或无意思联络但存在共同过失时,成立狭义共同侵权,从而有责复数董事须对损害承担连带责任。这也是比较法上一种常见的立法例,如《法国商法典》第 L225—251 条和第 L223—22 条、《奥地利股份法》第 84 条等。不过,不同董事之间身份地位、岗位要求、知识能力等通常会有差异,在责任承担上应进行类型划分,并设定差异化董事责任限额。更重要的是,有责董事在过错程度以及对事故发生的原因力大小方面客观上存在差异。有的董事是事故的始作俑者,有的董事只是监督不力,有的董事是有故意而有的董事是有过失,因而不同的董事在内部责任分摊比例上乃至在直接针对第三人的外部责任承担上,仍有承担非均等责任的正当性。首先,在复数董事内部的责任分摊上,应根据各自过错大小、与损害结果的因果关系强弱承担相应的责任。若无证据证明过错及原因力大小有异,则推定它们均等。德国法同样允许复数董事责任承担不同,在外部关系中所有有责董事对第三人承担连带责任,而在内部关系中,允许享有责任豁免的特权董事和非特权董事实际承担的责任份额不同。<sup>①</sup> 其次,在复数董事外部的责任承担上,倘若他们不存在共同故意或共同过失,不构成狭义共同侵权,则应区分执行董事与非执行董事,区分不同过错程度及原因力大小,确定个别董事在一定损害比例内承担连带责任。在证券虚假陈述案件<sup>②</sup>中,复数董事的赔偿责任范围应结合各自过错程度进行考量,已成为审判实务中的常规做法。总之,董事对第三人责任之责任形态具有多样性,在外部关系上,董事与公司可能承担连带责任、比例连带责任或补充责任;在内部关系上,复数董事之间可能责任均等也可能非均等。决定性因素包括侵权类型、损害类型以及有责董事的过错程度及原因力的大小。

董事在本质上只是基于雇佣关系的公司管理者,而并非公司利益的享有者。若直接要求董事承担全部的赔付责任,一方面与其过错不成正比,违背比例原则的要求,另一方面会加重董事市场的寒蝉效应。因此,应当限制董事承担责任的范围,第三人只可针对公司未能完全赔偿的部分向董事主张权利。若董事已对公司进行全额赔偿,则无须再向第三人提供赔偿,以免让董事承担双倍赔偿责任。此外,应设置董事最高赔偿限制。董事的个人财产赔付能力往往弱于公司财产的赔付能力,若不设置最高赔偿限额,可能导致债权人要求的赔偿数额超过董事的偿还能力,增加董事个人破产的可能性。因此,应当由法院根据董事的主观过错程度、董事薪酬和市场平均薪酬等因素,在个案中具体确定董事的赔偿金额。

## 六、结 语

关于董事对第三人责任,民法学者或许会本能地联想到民法上的使用人责任或替代责任,而商法学者可能下意识地将其理解为董事对公司债权人的失信责任。这两种定性均失之偏颇。前者忽略了董事与普通雇员之间的身份差异以及社团责任与替代责任之间的性质差异,漠视董事在职务行为上的特殊性,未能体察董事内部过错和外部过错的关联,完全掏空了这种责任的公司法律意涵。后者无视董事对第三人所负有的一般注意义务,反而基于过时的理论误以为破产加深行为是《公司法》第 191 条的主要规制对象。美国特拉华州法院早已抛弃董事对个别债权人负

<sup>①</sup> Vgl. Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2021, § 31a, Rdn. 17.

<sup>②</sup> 参见上海市高级人民法院(2021)沪民终 870 号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2020)粤 01 民初 2171 号民事判决书。

信义义务的立场,排除个别债权人对董事的直接诉讼权利。破产加深行为不应是董事对第三人责任的主要案型,因为这类企业通常都会进入破产程序,个别索赔诉讼与集体清偿程序之间不相容。事实上,赞同债权人间接损害可索赔的日本公司法学者,在面对破产法学者发出的有违公平受偿之诘问时,唯有无言以对。<sup>①</sup> 讨论《公司法》第191条下的董事对第三人的责任性质,民法学者固然需要熟悉公司法制度,公司法学者也不可不顾及破产法原理。毕竟,私法的尽头是破产法。

强化董事对利益相关者的义务和责任,是世界范围内的一种显著趋势。董事对第三人责任制度是域外常见立法例,《公司法》第191条正是源于比较法上的启发。但是,比较法有力量也有弱点,在构建《公司法》第191条的解释论时,既应注意中外法条表述差异,也要关注各国法制背景及各自体系关联,避免盲信盲从和机械移植。董事对第三人责任制度的创建不仅对广大公司利益相关者的保护意义非同小可,而且对于破除民法上机关理论的迷思、充实公司法与破产法过渡领域以及完善破产法相应制度功莫大焉。

---

**Abstract:** Directors' liability to third party is a special kind of tort liability. The theory of tort liability is in line with the principle of tort law as well as the trial practice in China. The legal entity theory and the legal entity organ theory do not address, much less resolve, the question of whether members of the organ should be held personally liable to the outside world. From the principle of tort law of the general duty of security of association, directors should not have the privilege of absolutely avoiding personal external liability. The special nature of the director's liability to third parties as a special tort liability is mainly reflected in the fault and damage elements. The fault elements in the director's liability to third party points to the director's (external) fault to the third party, rather than the director's (internal) fault to the company, but his internal fault can be used as the external fault of the witness evidence. Directors' internal faults (decision-making faults and supervisory faults) can be determined by drawing on the business judgment rules, the mission-critical risk theory and the organizational defect theory. Consequential damages to the company's creditors are in principle not claimable, as this undermines the principle of equality of payment of insolvency claims. Depending on the particular form of infringement, the directors and the company may be jointly and severally liable, proportionately liable or supplementally liable. The scope of liability of plural directors may vary depending on their respective faults and the extent of their causative power.

**Key Words:** director, third party, liability, tort, joint and several liability, supplementary liability

---

责任编辑 何 艳

<sup>①</sup> 早川咲耶「会社債権者に対する会社役員への責任(5)」法学協会雑誌(2022年)1106頁参照。