

董事对第三人责任的公司法进路

岳万兵

内容提要:董事直接或间接侵害第三人利益,在一定条件下均具有可归责性,应对第三人承担个人责任。传统理论并不完全排斥董事对第三人的个人责任,但其赖以依靠的撤销权、代位权、侵权规则等只能调整董事对第三人的直接侵害,而在董事通过公司间接侵害第三人利益的场景下难生实效。公司法应当针对董事对第三人的间接侵害提供规范供给。间接侵害指向的是与公司存在基础法律关系的债权人,而非任意第三人,董事对其承担责任的类型是组织法传导机制下信义责任的延伸,是组织利益失衡时对信义义务理论的补充与矫正。因风险承担、身份定位的差别,董事通常只在故意、违反忠实义务导致公司无力清偿债务时才应对债权人承担间接侵害责任,而不应包括过失、违反勤勉义务的场景。董事对债权人责任与股东人格否认责任是组织法内部责任的一体两面,故人格否认的适用标准可作为董事责任标准的重要参照。《公司法(修订草案)(二次审议稿)》第190条仍未准确定位公司法下董事对第三人责任的制度功能,须重新设计。

关键词:董事责任 第三人 信义义务 代位权 侵害债权 间接侵害

岳万兵,清华大学法学院助理研究员。

2022年12月30日,《公司法(修订草案)(二次审议稿)》(下称“《草案(二审稿)》”)问世,再次引起热议。两次审议稿中,焦点之一是董事应否对第三人承担个人责任,这是一个牵涉公司独立人格、代理/代表、相对性原理、民法与公司法关系等重大基础理论问题的复杂议题,专家、学者及实务界人士对此见仁见智,观点不一。面对针锋相对的各类主张,立法机关在此问题上似乎也举棋不定。《草案(一审稿)》第190条规定:“董事、高级管理人员执行职务,因故意或者重大过失,给他人造成损害的,应与公司承担连带责任”,初次尝试在公司法中引入管理层(后文若无特别说明,以董事概称)对第三人的责任;《草案(二审稿)》第190条改为:“董事、高级管理人员执行职务,给他人造成损害的,公司应当承担赔偿责任;董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的,也应当承担赔偿责任”。从幅度不大的调整中,可窥得本条背后激烈的理论和利益博弈。然而,长期以来董事对第三人责任的话题并未受到足够重视,根基较浅,以致《草案(一审稿)》《草案(二审稿)》

第 190 条的立法尝试都难言成功。关于公司法上董事对第三人承担责任的合理性、功能定位、责任性质、立法表达、适用标准等关键问题,均须进一步探讨,本文尝试予以回应,以期对理论研究及立法工作的推进有所裨益。

一 利益衡量视角下董事对第三人的责任逻辑

立法的实质是不同利益主体之间争夺利益的过程,^[1]每一个法律命令都决定着一种利益冲突,法律选择保护的是一种需要优先加以保护的利益。^[2]从利益法学的视角出发,在立法论层面探讨董事对公司第三人的责任,意味着董事与第三人之间存在有悖公平的利益失衡有待调整。事实层面,董事行为致使第三人利益受损的情形可以分为两大类:一是董事执行职务,自己或操纵公司直接侵害第三人利益,即董事亲自或控制公司对第三人的直接侵权行为,本文称之为直接侵害;二是董事行为导致公司利益减损,进而阻碍第三人的权利实现,本文称之为间接侵害。按通常思路,董事—公司—第三人之间存在严密的内外区隔:首先,依照法人人格独立理论,有限责任制度下的公司具有完整的法律人格,得以自己的名义和财产承担完全的法律 responsibility。其次,依照代理/代表理论,公司的行为须经代理/代表机制实现,董事职务行为的后果由公司承担。最后,依照相对性理论,与公司发生私法关系的第三人只得对公司主张权利。以上内外关系环环相扣,以公司为基点在董事与第三人之间树起一道铜墙铁壁。但这一思路可能在一些情形下导致法律的利益天秤明显倾向于董事而不利于第三人,须予纠偏。

首先,不论直接损害抑或间接损害,若第三人不能足额受偿的结果系由董事的故意行为导致,则董事必定具有可归责性,董事个人责任的缺位将有利于董事逃避责任而有害于第三人正当利益的实现。故意侵害意指行为人明知、确信损害结果或危险性必然或基本上会发生,且对结果“欲求”“默许”或“接受”的行为,^[3]是一种有目的的计划活动,不论从过错程度还是危害程度,其在法律应当规制的行为中都当属首位。董事对第三人的故意侵害亦是如此,不过不同场景下其表现有所区别。直接侵害时,董事的故意指其意图亲自或操纵公司从事直接侵害第三人的行为,此时第三人指向与公司不存在基础法律关系的任意第三人;间接侵害时,董事的故意指其明知某行为必然损害公司偿债能力、损害第三人利益仍执意为之,此时第三人指向与公司存在基础法律关系的主体,主要指公司债权人。对于前者,若无董事的故意行为,损害结果即不会发生,董事的故意是导致第三人受损直接甚至唯一之原因,董事的可归责性达到极值。对于后者,董事故意损害公司利益,必然对第三人利益产生消极影响,这与董事合法履职时的董事与债权人关系存在本质区别,董事也具有极高的可归责性。申言之,董事合法履职时,其行为经由公司对外展现,公司的收益抑或亏损都要经由市场这一变量确定后才见分晓,进而影响第三人利益,董事行

[1] 参见梁上上著:《利益衡量论》,法律出版社 2019 年版,第 97-98 页。

[2] 参见[德]赫克:《利益法学》,傅广宇译,《比较法研究》2006 年第 6 期,第 145-158 页。

[3] 参见叶名怡:《侵权法上故意与过失的区分及其意义》,《法律科学》2010 年第 4 期,第 87 页。

为对第三人的影响是不确定、动态的。若董事故意损害公司财产,本质是对第三人的欺诈行为,此时公司收益抑或受损的不确定状态转换为确定的受损状态,第三人不能得到足额受偿的概率也由此确定提升;若最终导致第三人权利不能实现,仍以公司人格独立、董事职务行为无涉其自身的传统路径加以解读,明显是将法律的利益天平向董事倾斜,可谓偏颇。循此,当第三人利益因董事故意行为受损,而公司无力赔偿其损失时,严格的内外区隔思路将有碍于公平实现,更有悖于过错责任、自己责任的基本私法遵循,导致董事与第三人之间利益失衡显著,应予纠正。

其次,直接侵害的场景下,董事重大过失行为致使第三人损害,公司不能足额赔偿而董事责任缺位时,董事与第三人利益也处失衡状态,须加调整。“过失者,行为人对于自己的行为,所生一定之结果,如为相当之注意,即可避免,而欠缺此注意之心态也。”^[4] 过失责任的本质是行为人未尽应有之注意义务,但为避免注意义务的泛化、注意程度过高而“无法注意”,^[5] 侵权理论通常将注意义务限定在“每个人都必然了解的事项”“普通人的注意”的范围内,只要求行为人承担与之对应的重大过失责任。^[6] 董事应否对第三人承担重大过失责任,关键在于判断其是否违反了对第三人利益所应负之最低限度的注意。直接侵害时,侵害之内容主要是第三人的人身权、财产权等绝对权,属任何法律主体均应明晰且尊重之权利,任何人均应对他人之绝对权负担应有之注意,自不待言。故而,董事亲自执行职务抑或制定公司决策时,应避免因重大过失导致第三人绝对权受损,若第三人受此侵害而公司无力赔偿损失时,固守公司人格独立等概念逻辑,无异于对董事个人可归责性的包庇,不应继续坚持。诸多观点均认同,公司独立人格、完全自己责任的制度设计本不应当面向公司的侵权债权人,^[7] 即彰显此法理。

再次,间接侵害的场景下,难言董事应对第三人承担过失责任。相比于故意责任意在责罚刻意损害他人利益之危害性极高的主观意图,过失的情节相较轻微,认定时须审慎为之,在董事因过失导致公司偿债能力减损间接影响第三人利益的情形下更是如此,原因有二。其一,故意侵害公司财产将确定导致对债权人权利产生消极影响,过失则不尽然,后者要经由实践检验后才可知晓其是否产生实际影响,二者的可归责程度存在较大差异。其二,董事的职责决定了其应付出最大程度之注意服务于公司利益,对公司应负过失责任,自不待言。但董事对公司的过失责任以商业判断的失职为主,而商业风险本身就是合意债权人(间接受损之第三人的主要构成)应当承担的正当风险,甚至董事的个人能力本身也是第三人商业风险的内容,故因董事过失致其间接损害的说法,理由不充分。此外,第三人权利的实现与否,虽然与公司财产的增减多寡具有相关性,但并非绝对关联。例如,债权实现不必然由公司财产决定,保证、担保、第三人代为清偿等,都可作为满足债权

[4] 参见刘清波著:《民法概论》,我国台湾地区开明书局 1979 年版,第 267 页。

[5] 参见晏宗武:《论民法上的注意义务》,《法学杂志》2006 年第 4 期,第 145 页。

[6] 参见叶明怡:《重大过失理论的构建》,《法学研究》2009 年第 6 期,第 79 页。

[7] 参见[美]弗兰克·伊斯特布鲁克、[美]丹尼尔·费希尔著:《公司法经济结构》,罗培新、张建伟译,北京大学出版社 2014 年版,第 57 页;张新宝、汪榆森:《污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化思考》,《比较法研究》2016 年第 5 期,第 150 页。

人诉求的替代方式,故董事对公司财产之注意义务,不等同于对第三人利益的注意义务。反之,第三人对董事在商业决策中是否尽到应有之注意,也缺乏关切的动机。循此,即使董事过失导致公司偿债能力减损,也难言独立人格等制度安排引发了董事与第三人之间的利益失衡,因而不应轻下董事应因过失对公司债权人承担间接侵害责任之结论。

综上,从董事与第三人之间利益衡量的视角,董事应当在故意或重大过失的场景下对直接受损之第三人承担责任,以及在故意侵害公司利益的场景下对间接受损之公司债权人承担责任。

二 传统理论框架下董事对第三人责任的功能与局限

虽然传统理论框架下“代理/代表—公司独立人格—债的相对性”构成的理论闭环,造就了董事—公司—第三人间的内外区隔。但此所谓的闭合体系,实际存在诸多可以多元解读的空间,尤其是公司独立人格与代理理论,本身并不绝对排斥董事对第三人承担责任,遂在既有理论框架下也存有探讨董事个人责任的理论余地。规范层面,越权代理、撤销权、代位权等扩充规则的存在,使得既有规则与理论能够实现一定场景下的董事对第三人的个人责任,但其多聚焦于直接、点状、个别的法律关系,不考虑间接、线状、复数行为之间的联系,只能用于调整董事对第三人的直接侵害,鲜能实现间接侵害时的董事责任。

(一) 传统理论不完全排斥董事对第三人责任

1. 公司的独立人格:学术认识与制度设计的殊异

学者对董事应否承担个人责任的看法常与对公司人格的理解相关,若全然不认为公司具备独立人格,董事承担外部责任则自无不可,而如果认为公司的人格绝对不可突破,董事责任也就没有任何探讨的余地。但公司的独立人格并不绝对,不同的观点在根源上常牵涉对法人本质的解读。

国内主流观点对法人本质采法人实在说的组织体说,^[8]核心是强调法人的天然存在和组织人格的独立性。^[9]故有学者指出,当法人实在说、组织体说成为推论公司内外关系的预设前提时,必然会得出董事不对第三人承担责任的结论。^[10]然而,实在说毕竟不是观察法人本质的唯一视角,萨维尼力争的法人拟制说和自耶林以降的法人否认说等,都在法人本质理论的论场中占据重要地位。^[11]拟制说的核心主张是社会团体经由国家权力的许可才得以存在,^[12]否认说更进一步,认为法人只是法律创造的概念,其背后的受益

[8] 参见梁慧星著:《民法总论》(第五版),法律出版社2018年版,第121页。

[9] 参见林端:《德国历史法学派——兼论其与法律解释学、法律史和法律社会学的关系》,《清华法学》2003年第2期,第109-110页。

[10] 参见李飞:《论董事对公司债权人负责的法理正当性——从法人组织体说的局限性及其超越之路径展开》,《法制与社会发展》2010年第4期,第39-40页。

[11] 参见仲崇玉:《法人本质学说的法律技术和价值理念》,《现代法学》2021年第1期,第51-53页;江平、龙卫球:《法人本质及其基本构造研究——为拟制说辩护》,《中国法学》1998年第3期,第1-9页。

[12] 参见仲崇玉:《论萨维尼法人拟制说的政治旨趣》,《华东政法大学学报》2011年第5期,第75-76页。

人、管理人等才是法人的实体。^[13] 若据此理解,公司背后真正的受益人、管理人直接向第三人承担责任,才是符合法人本质的正当逻辑。传统法人理论之外,在公司合同理论、利益相关者、企业社会责任等新兴视角下,供货商、雇员、消费者等传统意义上的第三人都被解读为公司要素的提供者,这无疑是对公司人格独立性的进一步弱化,依此而论,董事对第三人承担责任更是顺水推舟。

然而,法律应从事实走向规范,而非用概念演绎事实。公司的本质不代表公司法的本质,在学理上如何看待团体的社会性质,并非公司法制度设计的决定性根据。公司法的目的是最大程度地实现公司制度的经济效果,并保障其运行过程中的公平与正义,此与解读公司社会性质的法人本质、公司本质理论并不在同一场域。更何况,各类公司本质的解读未将股东有限责任、公司独立财产、责任承担等技术问题考虑在内,是一种抽象的、对组织社会构造的探讨,不足以成为法律制度设计的根据。“公司人格独立”并非哪一种法人理念下的必然结果,而是立法者制度设计时的综合选择,此种选择可能参考了众多法人本质理论和其它学术观点,但绝非基于某一“真理”演绎而来的应然模式。故此,理论上的公司人格独立不应成为法律上阻却董事对第三人担责的天堑。

2. 代理的法律效果:从代理/代表的争论说起

将董事行为吸收为公司行为的理论依据有二:一为代理,二为代表。二者依托不同的路径将董事行为解读为公司行为,表面上殊途同归,实则暗含分歧。关于代理,《民法典》第 170 条规定:“执行法人或者非法人组织工作任务的人员,就其职权范围内的事项,以法人或者非法人组织的名义实施的民事法律行为,对法人或者非法人组织发生效力”。按照该条精神,法人的工作人员与法人在民法上被视为两个主体,工作人员的职务行为依照代理规则对法人发生效果。关于代表,《民法典》第 61 条规定:“依照法律或者法人章程的规定,代表法人从事民事活动的负责人,为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律后果由法人承受”。此处负责人是“代表”法人从事活动,与法人为同一人格,行为与结果不存在间接的传递关系,而是负责人的行为由法人直接地、同时地、无条件地承受,与代理的效力路径大相径庭。

两种路径在一些场景下会发生巨大分歧。比如,《民法典》第 170 条强调职务代理“就其职权范围内的事项”才对法人发生效力;再如,《民法典》第 167 条规定在代理人或被代理人明知代理行为违法时,二者应当承担连带责任。可见,如果认为董事与公司是代理关系,董事就其职务行为不必然不负个人责任。但若认为董事与公司是代表关系,同一主体下则无个人责任、连带责任可言。然而,与德国、日本及英美法许多国家确立的公司约定代表制、共同代表制不同,^[14]我国对法人代表采法定单一代表制度,现行《公司法》下只有董事长、执行董事或经理可以担任公司法定代表人,因此董事中也只有董事长、执行董事具备探讨代理和代表之争的余地。但就本质而言,现行法下董事长、执行董事的责任也并非本文探讨的董事责任,而是法定代表人责任,故代表说适用于董事行为的实定法

[13] 参见蔡立东:《公司本质论纲——公司法理论体系逻辑起点解读》,《法制与社会发展》2004 年第 1 期,第 59 页。

[14] 参见王毓莹:《公司法定唯一代表制:反思与改革》,《清华法学》2022 年第 5 期,第 135-136 页。

基础欠缺,应适用代理说。有学者以“法人机关说”来解释董事与公司之间的关系,认为董事是公司的机关,是公司的一个构成要素,董事的行为正如公司之手脚的行为,后果当然应该由公司承受。^[15] 这种解读虽未提及代理/代表之争,但解释路径与董事代表说一致,即认定董事在从事职务行为时与公司实为同一主体,因而不存在董事的对外责任。但相反的观点认为,董事进行职务行为时不仅承载公司人格,还具备个人人格,因此在满足条件时应当承担个人责任。^[16] 后者与代理说的解释路径吻合,在我国民法框架下也更具合理性。更为激进的看法认为,代理/代表之争只是我国在继受德国民法的过程中因词义误读而产生的不必要的争辩,代理/代表的本质均为代理。^[17] 这无疑是支持董事代理说的另一有力论据。还有观点将代理/代表之争与法人本质之争相关联,认为代表说的根源是法人实在说(认为法人具有天然的独立人格,有自己的意思与行为),代理说的根源是法人拟制说(法人不具备天然人格,不具备自己的意思与行为)。^[18] 这种解读同样混淆了学术认识与制度设计的不同逻辑。前文已述,此处不赘。

由是观之,在解读董事与第三人关系时,传统理论内外区分赖以依靠的两个前提——公司人格独立与代理理论,也并不完全排斥董事与第三人间的法律联系,这在传统理论框架内讨论董事对第三人责任开拓了空间。

(二)一般民法规则主要调整董事对第三人的直接侵害

因传统民法理论对内外区分的坚持并非铁板一块,其自身也衍生了一系列补充机制以弱化绝对的内外区隔,如违法代理、越权代理、撤销权、代位权和外部人侵害债权等理论,均可在必要时突破董事—公司—第三人间的内外关系。以下对董事行为侵害第三人利益的场景试举四例,场景一、场景二展现董事对第三人的直接侵害,场景三、场景四展现董事对第三人的间接侵害,以此为工具一窥一般民法规则的功能及其局限。

场景一:A公司的董事甲在公开宣传A公司的产品时,谎称B公司的同类产品有严重质量瑕疵,导致B公司失去大量订单,损失严重。A公司无力赔偿B公司的损失。

场景二:C公司的董事乙误指令C公司将工业废水排放至丙承包的鱼塘中,造成丙饲养的鱼苗大量死亡,C公司无力赔偿丙的损失。

场景三:D公司的董事丁操纵D公司将主要生产设备以远低于市价的数额转让给庚,后D公司不能交付买方申5千万元的货物订单,也无力赔偿申的损失。

场景四:董事戊在E公司任职期间,长期动用公司钱款用于个人挥霍,并经常将公司财产低价、无偿转让给自己,致使E公司用于经营发展的资金不断受损,后无力清偿戊的到期债权。

面对以上四种场景,民法规则的适用效果不一。

[15] 参见杨代雄:《越权代表中的法人责任》,《比较法研究》2020年第1期,第37-51页。

[16] 参见王长华:《公司法人机关理论的再认识——以董事对第三人的责任为视角》,《法学杂志》2020年第6期,第54页。

[17] 参见迟颖:《法定代表人越权行为的效力与责任承担——〈民法典〉第61条第2、3款解释论》,《清华大学》2021年第4期,第124-125页。

[18] 参见杨代雄:《越权代表中的法人责任》,《比较法研究》2020年第4期,第37-51页;迟颖:《法定代表人越权行为的效力与责任承担——〈民法典〉第61条第2、3款解释论》,《清华法学》2021年第4期,第123-124页。

关于场景一,依照我国目前法律规定,第三人主张董事责任有三种可能路径。第一,根据《民法典》第 170 条规定:“执行法人或者非法人组织工作任务的人员,就其职权范围内的事项,以法人或者非法人组织的名义实施的民事法律行为,对法人或者非法人组织发生效力”,认定董事甲的违法行为不属“职权范围内的事项”,从越权代理的角度主张董事甲的行为是个人行为,单独承担责任。第二,根据《民法典》第 1168 条:“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”从共同侵权的角度主张董事甲和 A 公司的连带责任。第三,根据《民法典》第 1191 条:“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后,可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿”;以及《民法典》第 535 条:“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利,影响债权人的到期债权实现的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利”,从代位权的角度主张董事甲的责任。在以上三种方案中,第一种路径面临解释问题。侵权行为必定是不法行为,若认为不法行为的效果公司概不承受,职务侵权的规定就失去意义。董事甲宣传公司产品的行为自然属职权内的事项,只不过其手段不法,A 公司应当承担其职务行为的后果。第二种路径面临逻辑问题。共同侵权须为两个以上主体,此处的行为人只有董事甲一人,其行为或视为其个人行为,或视为公司行为,而不能既是个人行为,又是公司行为。第三种路径较为合理。B 公司得向 A 公司主张的赔偿即为 A 公司的损失,其可归咎于董事甲捏造不实信息的行为,A 公司有权向甲追偿。若 A 公司怠于行使权利,B 公司可代位行权。

关于场景二,也有三种可能路径以主张董事责任。第一,同前述,根据《民法典》第 170 条规定,从越权代理的角度主张董事乙承担单独责任。第二,根据《民法典》第 167 条“代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为,或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违反未作出反对表示的,被代理人和代理人应当承担连带责任”的规定,从不法代理的角度主张董事乙和 C 公司的连带责任。第三,同前述,根据《民法典》第 1191 条职务侵权以及《民法典》第 535 条代位权的规定,从代位权的角度主张董事乙的责任。然而,第一种路径面临主体错位问题。侵害行为虽然是基于董事乙的决策,但行为主体是公司,董事乙并非侵权关系的直接当事人,越权代理的规则并不适用;且与场景一相同,此处“违法行为”也不等于超越“职权范围内的事项”。第二种路径面临解释问题。将代理规则直接适用于董事乙与 C 公司的关系中,或因缺乏更为明确的法律规定而难以在实务中得到支持。第三种代位权路径仍为合适之选,丙可代位行使 C 公司对董事乙的追偿权。此场景所涉及的环境侵权场景下的董事责任,还可通过侵权法、环境法作特殊规定。^[19]

关于场景三,有两种可能路径。根据《民法典》第 539 条“债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保,影响债权人的债权实现,债务人的相对人知道或者应当知道该情形的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为”的规定,D 公司的买方申可主张撤销 D 公司与第三人庚之间的不当交易。

[19] 参见周杰普:《论公司参与人的环境损害赔偿赔偿责任》,《政治与法律》2017 年第 5 期,第 92 页。

然而,撤销权行使后,生产设备是按照“入库规则”重新归入D公司,抑或是债权人申可一并提起代位权诉讼直接受偿,《民法典》并未明示,实践中的做法也不统一。^[20] 并且,申的损失在于产品价值而非生产设备的价值,即便其可就设备直接代位受偿,也未必能覆盖其损失。申承担高昂行权成本的同时还要面对不甚稳定的法律后果,撤销权的制度效果自然锐减。另须注意,董事丁的故意行为是申权益受损的重要原因,但撤销权并不能追究丁的个人责任。理论上,申可以依照代位权主张董事丁担责,其中的逻辑是,董事丁低价处置公司资产违背了对公司的忠实义务,公司对其享有损害赔偿请求权,申可代位对丁求偿。但是,B公司可依忠实义务向董事丙主张多少数额的赔偿,不易确定,可以代位的债权数额能否补偿申的损失,也存在变数。可见,此时撤销权抑或代位权均意义有限。

关于场景四,理论上,董事戊对E公司的每一次侵害、与公司的每一笔不当关联交易,债权人戊均可主张行使代位权或撤销权。然而,每一次撤销权、代位权的行使只能针对戊的个别行为行使,亦需分别举证。戊作为公司外部人,证明董事戊的一次非法行为或已十分艰难,要清单式地列举出董事戊控制下的全部不法行为,几乎不可能实现。如此繁琐的程序和高昂的行权成本,使得此场景下债权人戊难以通过撤销权和代位权有效保护自身权益。此外,撤销权、代位权均为限定责任,即董事戊只在债权人戊可以证明的数额范围内承担责任,而非对戊承担连带责任。戊的债权数额越大,通过撤销权、代位权偿补自身债权的希望就越渺茫。

此外,面对场景三、场景四,侵害债权理论也面临着难以逾越的理论鸿沟。如果认定丁、戊的行为侵害了申、戊的债权,实难说通。丁、戊首先侵害的是公司财产,这并不必然导致申、戊的债权不能实现,侵权的直接因果关系难以证成。此外在理论上,学界也少有认同侵害债权的声音,^[21] 缘由是其挑战了相对权和绝对权的界限,动摇了债权相对性的基本原理。申言之,首先,多数情况下外部人无从知晓其未参与的债权债务关系,很难存在侵害债权的故意,这与积极侵权的构成要件并不相符,而如果以过失而论,任何民事活动可能都或多或少地影响着他人债权的实现,更无以为据;其次,认为债权得以被侵害,是对未参与意思表示的外部主体强制设置的保护特定债权债务关系的私法义务,赋予债权以对世性,这与意思自由之基本法理背道而驰。故而,即便是认可突破相对性原理保护债权的观点,也多将其严格限定在极为特殊的个别、独立的场景下(撤销权、代位权为其代表)。^[22] 而如果以侵权作为调整董事与第三人的关系一般理念,无异于对相对性原则的全面突破,也是对公司人格独立性的全面否认。是故,第三人侵害债权理论,在董事对第三人责任的问题上,少有探讨的余地。

[20] 参见韩世远:《债权人撤销权研究》,《比较法研究》2004年第3期,第48页;云晋升:《论债权人撤销权行使的法律效果——以〈民法典〉第542条为中心的分析》,《社会科学》2022年第3期,第109页。

[21] 参见王利明:《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视角》,《中国法学》2011年第3期,第107-123页;魏盛礼:《第三人侵害债权理论:理论创新还是法学歧途?》,《河北法学》2005年第9期,第46-49页。

[22] 参见袁野:《“债权物权化”之范畴厘定》,《法学研究》2022年第4期,第91-92页;崔建远:《论合同相对性原则》,《清华法学》2022年第2期,第129-134页;张新宝:《侵权责任法立法的利益衡量》,《中国法学》2009年第4期,第177页。

三 组织法框架下董事对第三人责任的目的是与构造

民法规则处理第三人利益间接受损情形下的困境,皆因公司这一横亘其间的媒介而起,解题思路须转移至公司内部。公司法语境下,除公司外某一主体对另一主体的责任,多意在解决间接侵害的问题。例如,《公司法》第 20 条规定的股东对公司债权人的人格否认责任、滥用权利股东对其他股东的责任,均非对债权人、其他股东绝对权的直接侵害,而是对其基于公司之利益的间接侵害。^[23]更为直接的体现是,现行《公司法》存在的董事对第三人责任的规定,主要包括《公司法解释二》第 18 条、19 条、20 条规定的公司清算过程中的董事责任,以及《公司法解释三》第 13 条、14 条规定的公司资本充实过程中的董事责任,也均针对董事对第三人利益的间接损害。虽然实证数据显示,第三人以既有规范为据主张董事责任的实例极为罕见,^[24]这似乎与董事需对第三人担责的学术假定产生了巨大落差,但其实是暴露了既有规范本身的问题。问题的根本在于,现行《公司法》中并不存在容纳一般情形的董事对第三人责任规则,因此以上数据并不能说明第三人向董事主张权利没有现实需求,而只能说明既有规范挂一漏万的规定未对保护第三人利益起到实际意义。由是可见,公司法上设置董事致第三人间接利益受损时承担个人责任的统一条款,十分必要。不过,要引入此明显不同于传统理论的责任,须全面回答此种责任产生的内在机理、责任类型及其适用限度。以下详述。

(一) 公司法主要调整董事对第三人的间接侵害

间接侵害场景下,董事与第三人的联系发生在公司组织层面。公司组织关系的一个显著特征是,与公司关联的任一主体,其行为都会经由公司这一媒介影响其他主体,本文称之为组织法的传导机制。如前所述,公司法中董事对股东的责任、股东对债权人的责任,都并非董事或股东以自己的天然身份承担的责任,而是其作为公司法律关系的参与者所承担的责任。第三人也因其与公司的法律关系,才可能就间接损害对董事主张权利,其关联经由公司媒介的传导才得以发生。传导机制的常态是,由公司直接承受各方行为的后果,阻隔各主体发生直接的法律关系,不同主体基于各自身份,经由公司获取对应的利益或承担相应风险。由此,公司法要平衡各主体间的间接关系、保障公司平稳运行,最为经济且高效的做法是分别规制股东、董事、第三人等主体与公司的关系。只要公司组织体的状态良好,各主体的利益就得以同时保障,每个主体都将其合法行为的效果传导至其他主体,相互间不必发生直接联系。此为一般情形下传导机制的运作。

然而,若传导机制的平衡被有意打破,与其配套的常态下的权责关系也自然不再适用。尤其是控制主体的不法行为在公司的传导下导致其他主体利益受损时,行为人应当就此承担个人责任,而不应再考虑公司媒介的阻隔。具体而言,公司传导机制下各主体间

[23] 参见刘迎霜:《股东对董事诉讼中的商业判断规则》,《法学》2009 年第 5 期,第 142-150 页;傅穹、虞雅翌:《控制股东滥用权利规制的司法观察及漏洞填补》,《社会科学战线》2022 年第 1 期,第 204-214 页。

[24] 参见邓辉、姚瑶:《董事对债权人责任的实证考察与制度重塑》,《中国应用法学》2019 年第 6 期,第 12-22 页。

的关系大致可分为四组:(1)董事—公司—股东;(2)董事(股东)—公司—债权人;(3)股东(董事)—公司—债权人;(4)股东—公司—董事。每组关系的最左侧是公司控制力的掌控者,最右侧是可能受控制力传导侵害的主体。当利益冲突的两端为董事和股东时,损害结果出于股东或董事的单独道德风险;当右端为债权人时,损害结果出于股东或董事的单独或合谋道德风险。处于两端的主体发生直接联系的前提是,左侧控制主体违反应尽之义务,导致右侧主体的利益受损;此时不法行为之侵害后果的传导,也应包含责任的一并传导,行为人应就此承担个人责任。

但需注意,在间接侵害场景下,右侧主体权利的第一指向是公司,只要公司尚能满足其诉求,就不能认为公司和右侧主体间的权责链条失衡。而因利益诉求不同,判断右侧主体利益受损的触发条件也不尽相同。例如,第(1)组关系中,董事违反公司章程作出决议,在未引发进一步损害时,股东主张公司决议的撤销即可加以纠正,而无需主张董事责任。但在董事恶意侵害公司财产、未尽合理决策导致公司经营失败等情形下,股东利益会经由传导机制而受损,应赋予其直接向董事追责的权利(股东对董事的直接诉讼)。第(4)组关系中,只有控制股东在公司权力分配、董事选任、薪资发放等特定场景下行为违法或违约,才可能导致董事利益受损,而董事是公司的雇员,只有在公司不能对其足额赔偿时,董事才具有向控制股东追责的基础。第(2)(3)组关系中,左侧董事、股东的不法行为不必然导致其与债权人间的利益失衡,只有在传导机制下右侧债权人不能足额受偿时,才满足债权人向董事、股东求偿的条件。

既有理论下,即便可用多元公司人格、代理理论解读董事与第三人的联系,但依然是将董事、公司、第三人视作不同法律关系下的独立个体,缺乏联系、线性的考量,故引发其在调整第三人间接受损场景下的功能不足。而传导机制的解读是将董事与第三人同视为公司组织的参与要素,其相互间的联系是客观且持续的状态,只不过在公司法的权责安排下,董事尽到对公司的义务即是尽到了对公司所有关联主体的义务;但若董事恶意打破公司法的权责平衡,其义务也应传导至受损之主体。

(二)公司法中董事对第三人的责任是信义责任

许多观点认定董事对第三人的责任是一种特殊责任,^[25]但若结论止步于此,是对既有概念体系的忽视与迂回,无益于法律体系的和谐。信义义务是贯穿公司法的董事责任的理论基础,将董事对第三人的责任融入董事信义义务的理论框架,有助于立法及解释的体系化,也存在相当的理论与实践支持。对此须作进一步解读。

1. 董事对第三人信义义务的基本原理

信义义务的法理基础是,当代理人较委托人具备信息优势或专业优势时,委托人无法完全监督代理人的行为,可能遭受不当侵害,负担代理成本。此时法律须为代理人设定特定的义务,约束代理人的行为,缓解道德风险问题。^[26]董事作为公司的雇员,对公司负有

[25] 参见朱玥:《论董事对公司债权人的民事责任》,《人民论坛》2011年第8期,第84-85页;王伟:《论董事对债权人的赔偿责任》,《法律适用》2005年第6期,第77-79页。

[26] Robert H. Sitkoff, *The Economic Structure of Fiduciary Law*, 91 *Boston University Law Review* 1039, 1040-1043 (2011).

典型的委托—代理模式下的信义义务，^[27]自无疑问。受股东至上的观念影响，传统公司法理论还多认为董事对股东肩负信义义务。^[28]而随着理论与实践的进步，更多学者提出，在公司资不抵债、不能清偿债务、事实破产时，董事的信义义务也应面向债权人。^[29]因为，从风险承担的角度而言，当公司经营状况正常时，董事行为的风险首先由公司和股东承受，董事的责任也自然首先面向公司与股东。但当公司陷入财务困境时，债权人已经不是固定收益的获利者，而是公司经营风险的最终承受者，董事的信义义务也应当由常态下面向公司与股东，转为异态下面向债权人。^[30]从信义义务制度功能的角度来看，常态下调整董事与公司、股东间代理成本的信义义务结构在公司财务困难时将适得其反，^[31]因为公司债务履行不能时，其全部的剩余索取权由债权人享有，公司财产成为了债权人的“信托基金”，^[32]代理问题更多发生在董事与债权人之间，董事的使命此时也“从创业转向监护”，^[33]故此时董事的信义义务要主要面对公司债权人。可见，在公司财务困难的场景下，董事对第三人负担信义义务，理论与实践已存在一定共识。

2. 传导机制与信义义务的内在联系

结合前述传导机制，可对此处的信义义务作进一步阐释。具言之，董事对公司肩负信义义务是传导机制的常态路径，其机理是，只要董事合理合法地为公司效力，出于对降低交易成本与提升效率的追求，董事与其他主体间的关系便无须另行规定，各主体均以公司为媒介承受董事合信行为的后果。故而，在不违背公司法权责分配的常态下，信义责任只止于公司，并不向下传递。然而，当董事违背信义义务的行为致使其他主体利益受损，即打破了公司法预设的权责平衡，只对公司承担信义义务的常态规定便失去了适用的背景。传导机制将董事不法行为的后果传递至其他主体的同时，也意味着董事信义责任的一并传导。

然而结合前文论述可见，董事的违信行为对不同主体的影响有异，信义责任的传导也应当区别对待。如在上述第(1)组关系中，因股东利益与公司利益的高度重合，董事的违信行为在侵害公司利益的同时可能直接损害股东利益，股东可就此直接主张董事责任。但在第(2)(3)组关系中，须在债权人的权利不能实现且该结果可归责于董事行为时，才满足主张董事责任的条件，对此结合信义义务的类型可作进一步理解。公司法理论一般将信义义务分解为忠实义务和勤勉义务两个部分，前者要求受托人不侵害公司利益，后者

[27] 参见[美]安德鲁·戈尔德等著：《信义法的法理基础》，林少伟、赵吟译，法律出版社2020年版，第43页。

[28] See E. Merrick Dodd Jr., For Whom are Corporate Managers Trustees, 45 *Harvard Law Review* 1145, 1145-1163 (1932); John C. Carter, The Fiduciary Rights of Shareholders, 29 *William and Mary Law Review* 823, 823-854 (1988).

[29] 参见朱园：《论美国公司法中董事对债权人的信义义务》，《法学》2011年第10期，第129-131页。

[30] 参见陈鸣：《董事信义义务转化的法律构造——以美国判例法为研究中心》，《比较法研究》2017年第5期，第62-63页。

[31] 参见解正山：《论公司临近破产时的董事义务及问责制——基于公司法与破产法交错视角的思考》，《当代法学》2022年第6期，第123页。

[32] See *Wood v. Dummer*, 30 F. Cas. 435 (1824) at 436.

[33] See Amir N. Licht, My Creditor's Keeper: Escalation of Commitment and Custodial Fiduciary Duties in the Vicinity of Insolvency, 98 *Washington University Law Review* 1731, 1733 (2021).

要求受托人为公司利益的增加做最大限度的努力。于公司而言,董事的职责决定了其既要保护公司财产不受侵害,又要尽力追求公司利益的最大化,对公司的信义义务应天然包含忠诚与勤勉两个方面。于股东而言,其利益多与公司利益同向,公司经营的好坏、盈利能力的强弱、公司资产价值的大小与股权价值直接正相关,其对董事行为的期待与公司一致,满足条件时,董事也应向股东担负忠实且勤勉的责任。^[34]然而,于第三人而言,公司自身的经营状况与其利益的联系并不密切,第三人只关心债权能否实现,而没有理由关心债权如何实现。公司清偿债务并非只有勤勉经营获取利润一种途径,即使公司亏损,其依然有可能具备清偿债务的实力;即使公司暂时财务困难,其还可以采取保证、担保、第三人代为清偿、举新债还旧债、增资扩股等方式清偿债务。无论采取哪一种方式,第三人都只关心清偿之结果,而不问清偿之原因。董事对公司的勤勉与否,对第三人利益的影响有限,第三人对董事勤勉的关注也缺乏动机。是故,虽然特殊情形下董事信义义务扩张至第三人具有合理性,但一般也应将其限缩在忠实义务的范围内,尤其是以一般条款规定董事对第三人的责任时,不应随意扩张至董事的勤勉义务。此推论与前文利益衡量的判断相呼应,即间接侵害场景下,董事对第三人应承担故意侵害责任(未尽忠诚义务),而不应承担过失侵害责任(未尽勤勉义务)。

不过,任何以信义义务理论解读董事对第三人责任的尝试,都是对狭义的董事与公司之间信义关系的扩张,其意在透过不同的视角,以公司法的理论和思维方式阐释董事与第三人在间接场景下也存在的、应由公司法规制的权责关系,为法律设计提供更为坚实的法理依据。然而,无论赞同抑或反对信义义务理论在董事与第三人关系中的运用,都无法掩盖董事与第三人利益的现实联系,其退路无非是走上“特殊责任”的路径。不过,若得以令人信服地以信义义务理论将该种责任纳入其中,无疑更有利于对公司法上董事责任的整体把握和统一认识。

四 公司法董事对第三人的责任的立法思路

基于对传导机制和信义义务的解读,更能明确组织法框架下董事对第三人责任的制度目的。公司法上董事对第三人的责任,应摒弃传统思路下“一码归一码”的思路,转而采用针对间接侵害场景的持续性、概括式的判断方式。此制度设计需要从概念、行为、适用标准几个方面依次展开。

(一) 概念界定:“董事”及“第三人”的内涵

本文所称董事,代指公司管理层,而非狭义上的董事职务,其外延包括董事、经理、副经理、财务负责人等。能够自行或合谋侵害公司及第三人利益的公司管理人员,都应在此概念的射程之下。就此,《草案(一审稿)》《草案(二审稿)》第190条对董事外部责任主

[34] 参见林少伟:《董事异质化对传统董事义务规则的冲击及其法律应对——以代表董事为研究视角》,《中外法学》2015年第3期,第669页。

体范围的表述均为“董事、高级管理人员”，本文予以认同。

在公司法语境下的董事对第三人责任中，第三人应限缩为公司的债权人，原因有三。其一，只有对公司享有权利的主体才可能受到董事行为的间接损害，故公司法语境下的第三人须与公司具备基础法律关系，而不应包括公司传导机制之外的任意第三人。其二，在公司法已经存在董事对股东责任规定的前提下，不应将第三人再扩张至股东。其三，与公司相关的其他主体（如雇员）若向董事求偿，通常也建立在其对公司之债权无法实现的基础上，本质上均为公司的债权人。故而，本文所指之公司第三人，仅指公司的债权人。

（二）适用场景：债权人间接利益受损

公司法中董事对债权人的间接侵害责任须满足以下要件。

首先，董事故意侵害公司财产，违反忠实义务。传导机制下债权人利益受损，可能分别与股东道德风险、董事道德风险或合谋道德风险相关，也即侵害公司财产的行为可能是股东、董事单独或合谋的结果。根据过错责任的基本原理，董事承担责任，须以其亲自参与不法行为为前提。如果董事单独掌握控制权，对外担责之主体应当限于其自身，自不待言；在合谋滥用的场景下，董事行为可能受股东、实际控制人指使，但控制权的侵害最终要经由管理权实现，董事也应承担相应责任，但理应轻于其直接掌握控制权时的责任（后文详述）。需强调，董事责任不应扩张至既不掌握公司控制权、又不参与公司管理的挂名董事、形式董事。康美药业案判决不掌握公司话语权的独立董事对公司债务承担连带责任，偏离了这一法理。^[35]

其次，公司无力清偿到期债务。只有当公司无力清偿债务且这一状态与董事故意侵害、违反忠实义务的行为具有相关性时，董事才面向债权人承担责任。此种责任的传导在公司破产阶段，公司的剩余索取权转移至债权人时表现最为明显；^[36]但在非破产场景下，也存有适用的余地。有学者认为在公司达到“事实破产”的状态时才可讨论董事对第三人的责任，^[37]这与“无法清偿到期债务”的表述相似，但前者的覆盖范围过于狭窄。破产的通常内涵是资不抵债，而公司暂时无法清偿到期债务则未必都已达破产程度，也可能是暂时的现金问题、阶段性的变现困难等情形所致；但第三人等待公司现金流恢复、资产变现或将承担高昂的时间成本，公司也未必希望因个别债务的清偿而变卖资产从而妨碍公司经营，因而，公司未达破产程度但暂时无力清偿债务时，也应当认可第三人向故意损害公司利益的董事追偿的权利。

（三）判断标准：人格否认制度和董事忠实义务的启发

董事间接侵害第三人利益的责任与人格否认责任均为组织法上的特殊责任，针对的是相似的组织法问题。例如，2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“《九民纪要》”）将人格否认的适用条件分为人格混同、过度支配与控制、资本显著不足三类。此

[35] 参见刘俊海：《上市公司独立董事制度的反思和重构——康美药业案中独董巨额连带赔偿责任的法律思考》，《法学杂志》2022 年第 3 期，第 1-27 页。

[36] 参见朱园：《论美国公司法中董事对债权人的信义义务》，《法学》2011 年第 10 期，第 129-137 页。

[37] 参见邓辉、姚瑶：《董事对公司债权人责任的实证考察与制度重塑》，《中国应用法学》2019 年第 6 期，第 12 页。

三类条件无一是对债权人的直接侵害,而是指向股东违反公司义务、债权人遭受间接损害的场景,这与本文所述董事对债权人的公司法责任逻辑相同。此外,董事虽然不能直接利用有限责任制度从事机会主义行为,但却可以利用公司的独立人格逃避侵害第三人利益的责任,这与人格否认意欲约束的场景相似。由此观之,公司法下的人格否认责任与董事对第三人的责任是组织法责任的一体两面,二者均是特殊场景下因对第三人的间接侵害而作出的对公司独立人格的突破。故此,判断董事行为是否达到应对第三人承担责任的标准,可参考人格否认的既有成果。但同时也须注意其中的差异。

一个重要的区别是,股东以出资构成公司资本,以所持股权比例对应相应份额的公司价值,参与公司利润分配,并享受有限责任。相对应地,股东对公司负有充实公司资本的法定义务,若其未能尽到此种义务,就可能被剥夺承担有限责任的权利,而对公司债务承担连带责任。此时股东的对外责任并不一定是故意责任、过错责任,也可能是过失责任、无过错责任。而董事只是公司的雇员,其责任与公司资本的充实与否并无直接关联。藉此,资本显著不足的人格否认责任标准,并不适用于董事。^[38]

不过,人格混同的判断标准具有重要的参考价值。公司人格独立的重要前提是,公司控制力的掌握者,必须肩负维护公司财产独立的义务,否则公司的独立人格就可能被穿透,控制者要就此担责。《九民纪要》明确规定,财产混同认定公司人格混同、否认公司人格的核心要素,本质上是在追究股东作为公司控制人时,不能维护公司财产独立的责任。其列举了以下几类情形:(1)股东无偿使用公司资金或者财产,不作财务记载的;(2)股东用公司的资金偿还股东的债务,或者将公司的资金供关联公司无偿使用,不作财务记载的;(3)公司账簿与股东账簿不分,致使公司财产与股东财产无法区分的;(4)股东自身收益与公司盈利不加区分,致使双方利益不清的;(5)公司的财产记载于股东名下,由股东占有、使用的。因与公司利益关联度的差异,董事控制的场景下,一般不至出现(3)(4)董事财产及收益与公司无法区分的情形,但董事完全可能从事(1)(2)(5)项中的无偿使用公司资金、滥用公司资金、私自占有公司财产等有害公司财产独立性的行为,并且此几类董事行为本就构成对公司的故意侵害及忠实义务的违反,与本文理论的前提相契合。

过度支配与控制的判断标准也具有重要参考价值。《九民纪要》对过度支配与控制列举的场景包括:(1)母子公司之间或者子公司之间进行利益输送的;(2)母子公司或者子公司之间进行交易,收益归一方,损失却由另一方承担的;(3)先从原公司抽走资金,然后再成立经营目的相同或者类似的公司,逃避原公司债务的;(4)先解散公司,再以原公司场所、设备、人员及相同或者相似的经营目的另设公司,逃避原公司债务的。抽象而论,过度支配与控制的核心是,当控制人操纵公司从事与其经营目的显著违背的行为,严重损害债权人利益时,需追究控制人的个人责任,此理念也适用于掌握公司控制力的董事。比

[38] 但在一些具有公司最低资本要求的国家,特定情形下甚至会要求董事承担公司资本不足的责任。See Leonid Tolstov, Personal Liability of a Director to Creditors in the Case of Thin Capitalisation of a Company, 21 *Juridica International* 168, 168-175 (2014).

如,前述(1)(2)项关于母子公司间利益输送的场景,可演变为在董事控制下关联公司、关联人员之间的非法利益输送,若不加以调整,则会产生法律罅隙。不过,(3)(4)项列举的股东“金蝉脱壳”欺诈债权人的行为,与股东身份密切相关,并不适用于董事。

此外,董事忠实义务的既有规定,也应是判断其应对第三人承担责任的重要参照。现行《公司法》第 148 条、《草案(二审稿)》第 182 条至 185 条以列举的方式规定了董事不得侵害公司财产、篡夺公司机会、泄露公司商业秘密、从事非法关联交易、同业竞争等具体的忠实义务,其中多数与前述标准在规制的情景上互有重合,应将其整合梳理,统一把握。经合并同类项、删繁就简,论者以为,可将以下五项作为认定董事对第三人责任的关键标准:(1)董事无偿使用公司资金或者财产的;(2)董事用公司的资金偿还自身的债务,或者将公司的资金供关联公司无偿使用的;(3)公司的财产记载于董事名下,由董事占有、使用的;(4)利用控制权进行不当关联交易及利益输送的;(5)董事严重侵害公司利益的其他情形。在满足上述条件时,不能足额受偿的债权人可主张从事不法行为的董事对公司债务承担连带责任。

(四) 责任形式:连带责任与补充责任的梯度设计

传导机制下的公司内部人责任面向的是公司债权人,其本身对公司享有权利,从补强债权的角度,有责董事应对公司债务承担连带责任是为合理。《民法典》第 178 条规定连带责任为两人以上的责任,行为人须为不同主体,这与本文所称董事对第三人责任为组织法内部责任的观点并不冲突。股东、董事、债权人是公司组织联系下的不同主体,本身具备独立人格,而非单纯的公司组织的构成部件。组织法的任务,是将不同主体在统一的介质中加以联系,在传导机制、间接关系的联系下共同服务于公司组织的运转,故当组织内部分配责任时,董事与公司承担连带责任,与基本法理逻辑不悖。

若董事不掌握公司控制权,但为股东、实际控制人的不法行为提供了帮助,也应当对第三人承担相应责任。董事帮助股东、实际控制人从事滥用权力或公司法人地位的行为,也必然有悖其对公司的忠实义务,具有可归责性。董事对公司的忠实义务是不可妥协的法定义务,为此必须设置必要法律后果,否则公司法信义义务的设计就失去意义。在股东/董事单独行为的场景下,二者需各自承担责任,合谋的场景下,共担责任也并无不妥之处。不过,股东控制的情形下,董事仅作为工具与通道代为实施股东的意思,若要求其承担与股东相同的责任,与权责一致的基本法理不符。故一个合理的做法是,人格否认的场景下,由股东对公司债务承担连带责任,为此提供帮助的董事承担补充责任,担责顺位在股东之后。

五 《草案(二审稿)》第 190 条简评及立法建议

就两次审议稿第 190 条的规定及其变化来看,本条未能完全厘清董事对第三人责任的公司法机理。《草案(二审稿)》第 190 条的表述为:“董事、高级管理人员执行职务,给他人造成损害的,公司应当承担赔偿责任;董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的,

也应当承担赔偿责任”。该表述在内涵及表达本质上与前稿差异不大,但通过语序着重突出了两个要点:第一,公司是董事职务行为的第一责任主体;第二,董事的个人责任仅在特定场景下探讨,且顺位在公司承担责任之后。前句是公司独立人格下的应有之义,后句更接近侵权法(如《民法典》第1191条职务侵权)的表述,似乎是直接侵害场景于公司法中的特别规定。论者推测,立法者的可能思路有二:其一,本条或许本就意在强调直接侵害场景下的董事责任,避免因复杂的体系解释导致实践中董事的直接侵害责任无法实现的问题;但如此就遗漏了间接侵害。其二,立法者也可能意欲将直接侵害与间接侵害一并规制;但若无针对性的明确规定,间接侵害的董事责任很难经由目前的条款实现。

从表述上看,两次审议稿第190条可能受到《日本公司法》、我国台湾地区“公司法”、《法国商法典》等比较法相关规定的影响,就此须作必要回应。两次审议稿的第190条与《日本公司法》第429条“董事在执行职务中有恶意或重大过失的,该董事对第三人承担由此产生的损害赔偿赔偿责任”的规定颇为相似。而日本理论与实务界的主流观点认为,该第429条同时调整董事对第三人直接损害与间接损害两种情形,甚至调整董事对第三人的间接损害一度是该条设置的主要目的。^[39]但是,直接侵害与间接侵害的合并规定,也给日本司法实践带来了许多难题,实践中存在公司法上董事对第三人责任与代位权、侵权责任等既有民法规定难以在适用场景、适用标准上妥善区分的情况。^[40]不过,虽然我国台湾地区“公司法”第23条“公司负责人对于公司业务之执行,如有违反法令致他人受有损害时,对他人应与公司负连带赔偿之责”,在文义上与《日本公司法》第429条十分相近,但却更多地被解读为董事直接侵权的规定。^[41]《法国商法典》第L225-251条“公司董事与总经理,对违反有关股份有限公司的法律与法规的规定,违反公司章程的规定,以及对其在管理中的过错,视情况,向公司或第三人,个人或连带承担责任”,文义上同时涵盖了董事违反法律法规、违反公司章程以及管理中存在过错的场景,结果上还同时规定了董事的个人责任和连带责任,似乎是对董事责任的大一统规定,但实践中依然只被限定在直接侵权的场景下。^[42]可见,如果不对类型加以区分,公司法上董事对第三人的责任很可能在实践中面临解释偏差,理论与实务会天然地倾向于将其限定在法律关系更为简单、理论争议较小的董事对第三人直接侵害的场景下,使得第三人利益间接受损的场景无法得到有效规制,更突显出对第三人间接侵害针对性立法的重要性。对此,判例法国家展现出了更多的灵活性。英国、^[43]美国特拉华州、^[44]加拿大^[45]的法律和判例中认定的董事

[39] 参见陈景善:《论董事对第三人责任的认定与适用中的问题点——以日本法规定为中心》,《比较法研究》2013年第5期,第94-98页。

[40] 参见陈景善:《论董事对第三人责任的认定与适用中的问题点——以日本法规定为中心》,《比较法研究》2013年第5期,第94-96页。

[41] 参见柯芳芝著:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第267页。

[42] 参见郑佳宁:《法国公司法中管理层对第三人的责任》,《比较法研究》2010年第6期,第59-60页。

[43] 参见[英]菲奥娜·托米著:《英国公司和个人破产法》,汤维健、刘静译,北京大学出版社2010年版,第370页。

[44] 8 Del. C. 1953, § 174.

[45] See C. Graham & W. King, Extending Fiduciary Principles to the Director-Creditor Relationship: Canadian Perspective, 29 *Manitoba Law Journal* 243, 243-276 (2002).

对第三人的责任,多只探讨董事行为间接导致债权人利益受损场景下的责任,其原因正如澳大利亚学者所言,在公司法下,董事只应就违反公司法定义务的行为对债权人承担个人责任,这种责任并不源自于公司的违法行为。^[46] 董事职务侵权、公司直接侵权场景下的董事责任,通常由侵权法另行调整。^[47]

回到我国当下的法律体系,董事职务侵权、董事操纵公司直接侵权的场景(场景一、场景二)理论上可由代位权调整,特殊情况下还可由特殊的侵权规则调整。《草案(二审稿)》第 190 条与场景一、场景二下以代位权思路解决董事责任问题的主要区别是其规定了董事与公司的连带责任,不过,代位权虽为限定责任,但公司向董事追偿的数额应以其向债权人的赔偿数额为基准,故债权人行使代位权实际可以起到连带责任的保护效果。公司法应当注意董事间接侵害第三人利益的场景(场景三、场景四)。承前文结论,若以间接侵害第三人利益作为目标情形,公司法的保护对象应当明确限缩至公司债权人,而非任意第三人。《草案(二审稿)》第 190 条采“他人”之表述,具体指向不明,易与董事对第三人的直接侵害责任、董事对股东的责任混淆。此外,在主观意图上,《草案(二审稿)》第 190 条认为董事须在“故意或重大过失”的情形下担责,这通常用于规制董事对第三人的直接侵害。间接侵害场景下,董事一般不对债权人承担过失责任、勤勉责任。不过,若立法者研判认为董事直接侵害责任的实现也需要公司法的专门强调,那么在保留现有第 190 条的基础上,仍须另行引入针对间接侵害场景的条款,以臻完善。同时,还应结合《公司法》第 20 条(《草案(二审稿)》第 21 条)关于人格否认制度的规定,对合谋场景下对董事的责任予以明确。

综上所述,本文建议将《公司法(修订草案)(二次审议稿)》第 190 条改为以下条款,或在现有文本的基础上引入以下条款:

董事、高级管理人员违反法定义务,侵害公司财产,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。

董事、高级管理人员为根据本法第二十一条对公司债务承担连带责任的股东提供帮助的,应当对公司债务承担补充责任。

本条并不妨害公司债权人仍然依照撤销权、代位权、侵权规则等传统规定主张权利,部分情形下,二者可能发生竞合,但其请求权基础的法理并不相同,债权人可择一适用。但本条的覆盖场景更有利于保护间接利益受损的债权人,举证责任及董事的担责形式也更臻合理,是对既有规则框架下董事责任的补充。关于前述董事责任的具体适用标准,可由司法解释、会议纪要或指导性案例作进一步阐释,以求法律适用及解释上的统一。整体观之,董事对第三人的间接侵害责任,是公司法语境下控制主体个人责任的一个缩影,故传导机制、信义义务的解读,对论证特殊场景下的股东责任、实际控制人责任,也具有启发意义。

[46] See Abe Herzberg & Helen Anderson, Stepping Stones - From Corporate Fault to Directors' Personal Civil Liability, 40 *Federal Law Review* 181, 204-205 (2012).

[47] See Helen Anderson, The Theory of the Corporation and Its Relevance to Directors' Tortious Liability to Creditors, 16 *Australian Journal of Corporate Law* 73, 79-82 (2009).

[**Abstract**] Legislation is in essence a process of balancing interests among competing subjects. In the company law, if directors can completely hide behind their company's independent personality and never assume personal responsibility to third parties, the imbalance of interests between directors and third parties will inevitably occur under certain circumstances, which should be corrected. Directors' personal liability to third parties should be discussed in light of the different infringements on the interests of third parties by directors, which are divided into two types in this paper. First, where directors infringe on the interests of third parties directly or by manipulating the company in the performance of their duties, the absolute right of third parties is infringed on, and here the third parties refer to any member of the public. Second, where the actions of directors impair the company's interests, resulting in indirect infringement on the interests of third parties, the third parties' benefits based on the company are infringed on, and the third parties here mainly refer to the creditors of the company. The traditional theories do not completely exclude directors' personal liability to third parties, but the revocation right, subrogation right and tort rules they rely on can only regulate directors' direct infringement on the interest of third parties, but cannot have any real effect in the scenario where directors indirectly infringe on the interests of third parties through the company. The Company Law should supply norms on the indirect infringement by directors on third parties, that is, provide the basis for the exercise of the rights by creditors under special circumstances. The type of liability that directors bear to creditors is the extension of the fiduciary liability under the transmitting mechanism of organizational law and a supplement to and correction of the fiduciary duty theory. Due to the difference in risk bearing and positioning, directors should assume indirect infringement liability to creditors only when the company is unable to pay off debts due to the intentional violation of the duty of loyalty, but not negligence or breach of duty of diligence, by directors. The liability of directors to creditors and the liability of company's personality denial are two aspects of the internal liability of organizational law. Therefore, the applicable standard of personality denial and the existing standard of duty of loyalty can be used as important references for the liability standard of directors. Article 190 of the Company Law (Revised Draft for the Second Deliberation) fails to clearly show the distinction between direct infringement and indirect infringement and therefore needs to be redesigned. The redesign can be carried out through two approaches. The first approach is to regard the existing provisions as special provisions on directors' liability in the direct infringement scenario and introduce indirect infringement clauses into the law to supplement their function. The second approach is to leave the regulation of direct infringement to civil law provisions and redesign Article 190 only for the regulation of indirect infringement.

(责任编辑:余佳楠)