

# 董事对第三人责任一般性规则的二元解释论构造

徐深澄

**摘要：**基于《公司法》第 191 条的司法实践需求和立法目的，其适用范围应包括董事对非自愿债权人职务侵权责任和董事对自愿债权人失信责任两类纠纷。但这两类责任涉及的利益冲突存在结构性差异，一元解释论无法妥善地调适，应建构二元解释论。第一元解释论针对董事履职造成非自愿债权人直接损害之情形，免除董事符合公司最佳利益的重大过失职务侵权责任，根据董事是否亲自实施侵权行为，区分董事职务侵权首要责任和从属责任，以平衡公司与非自愿债权人的利益冲突。第二元解释论针对董事不当决策导致公司无偿债能力引起的自愿债权人间接损害之情形，以公司濒临破产为公司利益内涵的转化时点，威慑董事在公司濒临破产后决策应优先考量债权人利益，在公司利益最大化的框架下调和股东与自愿债权人的利益冲突。在责任形态的解释选择上，两类责任应分别适用连带责任和补充责任，但补充责任是一种折中的解释选择。

**关键词：**董事对第三人责任；信义义务；债权人利益；职务侵权

董事对第三人责任是指董事执行职务存在故意或者重大过失造成第三人损害，应向第三人承担责任。2023 年《公司法》（以下称“《公司法》”）第 191 条确立了董事对第三人责任一般性规则（以下称“董事对第三人责任规则”）。董事对第三人责任纠纷在我国广泛存在且类型多样，如董事指示公司制造假冒产品侵犯他人的知识产权、董事参与证券虚假陈述、董事违反出资催缴义务导致公司无偿债能力等。这些纠纷涉及的董事对第三人责任可归纳为两类责任，而这两类责任指向的第三人利益保护问题是截然不同的利益冲突调适问题。本文主张，建构《公司法》第 191 条二元解释论分别妥当地调和两类董事对第三人责任的核心利益冲突，以妥善、适度地保护第三人利益。

## 一、董事对第三人责任规则一元解释路径的弊端

当前，我国学界将一元解释论作为《公司法》第 191 条的主流解释路径。在厘清第 191 条应然适用范围的基础上，省察《公司法》第 191 条一元解释论（以下称“一元解释论”）存有之问题。

### （一）董事对第三人责任规则的应然适用范围

我国司法实践和学理中存在两类董事对第三人责任。<sup>①</sup>第一类，董事对非自愿债权人职务侵权责任（以下称“董事对外职务侵权责任”），属于董事实施或促成公司侵权造成非自愿债权人直接损害的情形。非自愿债权人是指不能通过事前协商保护自身利益的债权人，主要包括：公司侵权受害人和合同欺诈受害人等。<sup>②</sup>尽管后者与公司存在合同关系，但受害人因欺诈被实质剥夺事前磋商保护措施

作者简介：徐深澄，华东政法大学经济法学院讲师。

基金项目：本文系国家社科基金重大项目“中国企业社会责任重大立法问题研究”（16ZDA067）的阶段性成果。

<sup>①</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》2024 年第 1 期。

<sup>②</sup> See Stephanie Ben-Ishai, Stephen Lubben, *Involuntary Creditor and Corporate Bankruptcy*, 45 University of British Columbia Law Review 253, 256 (2012).

的机会,仍属于非自愿债权人。证券虚假陈述的受害投资者属于非自愿债权人,证券一级市场的受害投资者属于合同欺诈受害人,其因发行公司的虚假陈述陷入认识错误而签订证券发行合同;而证券二级市场的受害投资者属于公司侵权受害人,其受公司虚假陈述之欺诈从二级市场购买该公司证券。第二类,董事对自愿债权人失信责任(以下称“董事对债权人失信责任”),属于董事恶意或懈怠履职致使公司无偿债能力引起自愿债权人间接损害的情形。例如,董事违反出资催缴义务对债权人责任。

基于《公司法》第191条的司法实践需求和立法目的,《公司法》第191条的应然适用范围应包含董事对外职务侵权责任和董事对债权人失信责任。从司法实践需求的角度,在2023年《公司法》修订之前,两类董事对第三人责任问题并行存在,均是《公司法》第191条的立法成因。<sup>①</sup>就董事对外职务侵权责任而言,《公司法》第191条应弥补《民法典》第1191条第1款等规则对侵权受害人保护不足的缺陷,增强对董事实施大规模公司侵权的司法威慑。《民法典》第62条、第1191条第1款分别对法定代表人和单位工作人员职务侵权统一采用的责任形态“法人对外担责+内部追偿”,先由法人对受害人承担赔偿责任,再由法人向有过错的法定代表人或工作人员追偿。但是,在商事实践中,尤其是中小企业,董事的个人经济能力常常优于公司的经济能力。基于组织经济能力优于个体经济能力这一假设确立的法人自己责任、雇主替代责任与现实脱节。若受害人一概不能追究董事个人责任,一些受害人填补损害的合理诉求将落空。此外,董事滥用职权实施大规模侵权的案件层出不穷,如长生疫苗造假案等。董事不当履职行为给公众受害人造成严重损害,揭示了规制董事职务侵权行为的司法需求。<sup>②</sup>此前,由于缺失董事对第三人责任一般性规则,只有存在相关特别规则(如《证券法》第85条),第三人才能直接追究董事责任,造成司法对董事实施大规模侵权的嚇阻不足。

就董事对债权人失信责任而言,《公司法》第191条能完善董事履行资本形成和公司分配职责的失信责任体系,强化自愿债权人保护。在本轮公司法修订之前,原《公司法》及司法解释对公司资本形成和分配、公司清算解散环节的董事对债权人失信责任作了碎片化的规定,缺乏体系性。针对清算阶段的公司,《公司法》第232条第3款、第238条第2款已统合董事违反清算义务对债权人失信责任。

但是,针对非清算阶段的公司,公司法赋予了董事会监督股东出资、制订利润分配、减资方案等经营管理权,从而董事负有催缴出资和保障债权人相对优先于股东分配公司责任财产的义务。<sup>③</sup>一方面,《公司法司法解释三》第13条第4款、第14条第2款分别规定董事违反增资监督义务对债权人责任、董事协助抽逃出资对债权人责任,但未全面覆盖董事不当履行催缴出资、股东失权和公司分配职责的所有情形。另一方面,尽管公司法对利润分配、回购股份、减资等公司分配行为设置了债权人保护措施,却未采用统一的债权人保护标准,而且这些债权人保护措施秉承资本维持原则,侧重保护公司财产账面价值,忽视公司财产流动性,对债权人保护不周延。<sup>④</sup>因此,仍需《公司法》第191条弥补这些缺陷为债权人提供统一的、注重公司财产流动性的董事失信责任救济途径。

从立法目的角度,为实现《公司法》第191条之立法目的应适用于两类董事对第三人责任。该规则立法目的包括:其一,填补第三人因董事职务侵权遭受的损害;其二,强化公司债权人保护,降低债权人债权难以实现的风险,当公司濒临破产时,督促董事防止公司财产不当流失。<sup>⑤</sup>

## (二) 两类一元解释论的缺陷与局限

《公司法》第191条一元解释论深受2006年日本《公司法》第429条第1款司法实践和理论解

① 参见刘贵祥:《关于新公司法适用中的若干问题》,《法律适用》2024年第6期。

② 参见刘斌、梅龄丰:《董事对第三人责任的教义学展开》,《经贸法律评论》2024年第4期。

③ 参见赵旭东:《公司组织机构职权规范的制度安排与立法设计》,《政法论坛》2022年第4期。

④ 参见王军:《抽逃出资规则及公司分配制度的系统性改造》,《法学研究》2021年第5期。

⑤ 参见王瑞贺主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2024年版,第269-270页。

释发展出的“法定责任说”和“特别侵权责任说”的影响。<sup>①</sup>基于此,《公司法》第191条形成四种一元解释论,即两种学说的扩张解释论和限缩解释论。扩张与限缩的对立局面反映出一元解释论存在过度保护第三人利益导致利益冲突加剧和董事责任加重,或无法同时适用两类责任纠纷的弊端。

### 1. 一元扩张解释论的缺陷

学界存在两种一元扩张解释论:法定责任扩张解释论和特别侵权责任扩张解释论。前者源于2006年日本《公司法》第429条第1款之通说“法定责任说”。法定责任说将董事第三人责任定性为董事违反信义义务之责任。该条款承袭于1950年日本《商法典》第266条第3项,在1969年日本最高法院大法庭审理的董事对第三人责任判例中,多数法官认为,董事对第三人责任是董事怠于履行勤勉义务与忠实义务造成第三人损害之法定责任,属于董事加重责任。<sup>②</sup>法定责任说采用扩张解释,认为损害的范围不仅包括间接损害,还应包括直接损害,而且第三人包括自愿债权人和非自愿债权人。<sup>③</sup>日本最高法院采用扩张解释之目的是填补法人格否认的制度缺失,解决大量日本中小型公司破产等情形下第三人无法从公司获得债权偿付,通过追究董事个人责任,替代法人格否认的制度效果。<sup>④</sup>

特别侵权责任扩张解释论出于因应《公司法》第191条的司法实践需求与《民法典》第1191条第1款等规则的体系整合。有学者认为,《公司法》第191条之责任是侵权责任,第三人包括非自愿债权人和自愿债权人,第三人损害包含直接损害和间接损害。<sup>⑤</sup>

尽管,一元扩张解释论可以同时适用于两类第三人损害的情形,但不仅在理论上难以自圆其说,而且过度保护第三人利益,导致公司与非自愿债权人之间的利益冲突激化,或公司利益与自愿债权人利益的位阶失序。法定责任扩张解释论在两个层面将董事信义义务的对象从公司不妥当地扩张至第三人。第一层面,该解释论将董事信义义务直接适用于非自愿债权人直接损害的情形,这意味着承认董事对非自愿债权人负有信义义务,但这种扩张没有妥当的理论依据。在这种解释下,基于信义义务之法理,董事要为了公司和非自愿债权人的利益最大化而履职,使公司与非自愿债权人的利益冲突加剧。第二层面,该解释论适用于自愿债权人间接损害的情形,赋予自愿债权人追究董事失信责任的直接诉权,不妥当地将自愿债权人利益提升至公司利益的同等位阶。基于法人格独立原则和《公司法》第1条,公司利益独立且优先于股东利益、债权人利益等。董事履职时应遵从《公司法》第180条第2款所规定的公司利益最大化原则。自愿债权人间接损害的实质是公司利益损害,公司法应仅赋予公司追究董事失信责任的直接诉权,而债权人仅可能享有派生自公司的代表诉权。公司法通过这种诉权配置,确保董事履职以公司利益为优先。但是,该一元解释论赋予自愿债权人追究董事承担间接损害之责任的直接诉权,会迫使董事为避免被债权人追责在经营决策时优先追求债权人利益而非公司利益。

特别侵权责任扩张解释论不妥当地将自愿债权人间接损害之情形纳入侵权责任的适用范围,无法理依据,且错误地制造了自愿债权人与公司的利益对立。首先,自愿债权人间接损害不符合侵权法上损害之构成要件。侵权法上之损害是加害行为直接作用于受害人之权利或利益的客体所造成之损害。<sup>⑥</sup>但自愿债权人间接损害并非由董事履职行为直接作用于债权人权利或权益的客体所造成之损害,而是董事不当履职造成的公司损害。其次,该一元解释将董事对公司失信责任外部化为董事对自愿债权人的侵权责任,错误将趋同利益激化为对立利益。在债权人间接损害情形下,公司是利益损害的客体,董事要对公司担责,但股东或董事缺乏动机追究董事为股东攫取私利导致公司无偿债能力之责任,赋

① 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。

② 参见日本最高法院1969年11月26日民集23卷11号2150页判例,转引陈景善:《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。

③ 同上注。

④ 参见[日]近藤光男:《最新日本公司法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第308页。

⑤ 参见汤欣、李卓卓:《董事对第三人责任的理论基础与规范构造》,《法律适用》2024年第3期。

⑥ 参见张新宝:《侵权责任法》(第5版),中国人民大学出版社2020年版,第26-28页。

予债权人代表诉权以维护公司利益与自身利益。若间接损害可以构成侵权责任,赋予债权人追究董事承担间接损害之责任的直接诉权,变相造成公司利益与债权人利益的位阶失序。

## 2. 一元限缩解释论的局限

一元限缩解释论包括特别侵权责任限缩解释论与法定责任限缩解释论。特别侵权责任限缩解释论同样可追溯至1969年日本最高法院的判例,少数观点“特别侵权责任说”,采限缩解释,认为1950年日本《商法典》第266条第3项的董事对第三人责任属于侵权责任,仅适用于第三人直接损害的情形,与日本《民法典》第709条侵权责任规则属于竞合关系,只有董事有故意或重大过失时才构成责任,是对董事职务侵权责任的限制,激励董事迅速处理繁杂的事务。<sup>①</sup>我国台湾地区“公司法”第23条第2款也采用特别侵权责任限缩解释论认为,第三人仅指非自愿债权人,损害限于第三人直接损害。

我国公司法已确立法人格否认规则,为避免功能重叠,限制董事责任,有学者主张法定责任限缩解释论,认为当公司无偿债能力,董事信义义务的对象转化为债权人,第三人仅指自愿债权人,损害仅指债权人间接损害。<sup>②</sup>两种一元限缩解释论清晰地认识到董事对债权人失信责任与董事对外职务侵权责任在法律性质和法律适用上的巨大差异,对《公司法》第191条采取限缩解释。法定责任限缩解释论和特别侵权责任限缩解释论分别限缩适用于自愿债权人间接损害的情形和非自愿债权人直接损害的情形。从而避免一元扩张解释论加剧公司与第三人利益冲突、加重董事责任的弊端,但一元限缩解释论仅能适用一类董事对第三人责任纠纷,导致《公司法》第191条立法目的不能全部实现。

## 二、二元解释论的正当性与责任配置理念

《公司法》第191条并非旨在为第三人提供过度保护,而旨在通过平衡董事对第三人责任涉及的多元利益,调和其中核心利益冲突,从而妥善地保护第三人利益。

### (一) 两类董事对第三人责任的核心利益冲突差异

为妥善地配置两类责任,需剖析它们核心利益冲突的差异性,以此论证区分非自愿债权人与自愿债权人建构《公司法》第191条二元解释论的正当性。

#### 1. 董事对外职务侵权责任的利益冲突结构

在董事对外职务侵权责任的情景中,董事亲自实施或促成公司侵权行为对非自愿债权人造成直接损害,非自愿债权人利益是此类责任的保护对象。但是,公司利益、董事利益、社会公共利益也受此类责任配置的影响。其核心利益冲突是公司与非自愿债权人的利益冲突,是公司利益外部冲突。毫无疑问,当董事职务侵权不符合公司最佳利益时,公司利益、非自愿债权人利益、社会公共利益均受到了损害,董事应对非自愿债权人承担侵权责任,以抑制董事非法私人利益,增进其他利益。但是,当董事职务侵权符合公司利益造成非自愿债权人损害,公司与非自愿债权人形成利益冲突。在此情景中,董事的企业家利益与公司利益契合,衍生出董事的企业家利益与非自愿债权人利益的冲突。

从两种责任配置规则的矛盾,我们可以更清晰地认定核心利益冲突。若仅从最大化公司利益和公司独立人格的角度,为激励董事追求公司最佳利益,董事对外职务侵权责任规则应是“只要董事行为符合公司最佳利益,董事对外职务侵权责任应由公司承担,相对免除董事对外职务侵权责任。”相对免除责任规则更利于公司最佳利益,但在一定程度上放任董事为公司利益损害非自愿债权人利益。

若仅从保护非自愿债权人利益的角度,遵循“行为人对侵权行为自负其责”的侵权法原则。即便董事职务侵权行为符合公司利益,董事一律要对非自愿债权人承担责任。尽管,这种规则对非自愿债权人利益的保护强度更高。但是,这种规则忽视了公司人格的独立性,使董事的履职风险与其履职收益产生严重偏离,引发董事履职的“寒蝉效应”。一些商业人才不再愿意担任董事,尤其是独立董事。

<sup>①</sup> 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。

<sup>②</sup> 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。

因此，这种规则过度保护非自愿债权人利益，不当地使董事成为公司侵权责任的“担保人”。

## 2. 董事对债权人失信责任的利益冲突结构

在董事对债权人失信责任的情景中，董事不当经营决策导致公司无偿债能力造成自愿债权人间接损害。这类责任除了涉及公司利益、自愿债权人利益外，也影响股东利益、董事利益、社会公共利益。在此情景中，公司利益、董事的企业家利益、社会公共利益大体上趋同，通过董事为公司最佳利益积极履职而增进此三项利益。但是，公司利益的内部存在股东与自愿债权人的利益冲突，这是此类责任的核心利益冲突。公司具备独立人格而享有法人财产权。自愿债权人与股东向公司投入生产要素之后，基于资产分割的效果，两者不再享有相应资产的所有权，而分别享有债权和股权。但是，在董事会履行出资催缴、股东失权、公司分配和投资决策职责时，股东与债权人发生激烈的利益冲突。

在出资催缴和股东失权层面，股东自由利用拟出资财产的利益与公司资本作为预防公司破产的“缓冲垫”所保障的债权人利益发生冲突。在公司分配层面，两者均享有对公司财产的分配请求权，但公司在一定时期内可偿债或分红的财产有限，两者产生利益冲突。<sup>①</sup> 股东希望尽早且多地获得收益，但债权人希望在其债权得到清偿前，公司向股东分配时能充分保护其债权。在投资决策层面，基于风险偏好和分配请求权特性的不同，两者在投资决策上存在利益冲突。<sup>②</sup> 股东对公司享有无保底且无上限的利润分配请求权，还可以采用多元投资组合的方式降低非系统性风险，其风险厌恶程度较低，希望管理层投资高风险项目以获取更多分红。与之相较，债权人对公司享有返还本金与支付固定利息的请求权，其风险厌恶程度高，希望管理层投资低风险、有稳定现金流的项目以保障其债权的偿付。

## （二）二元解释论的责任配置理念

基于两类责任的核心利益冲突差异和两类债权人主动获取损害保护机制的可能性有无，建构二元解释论分别为非自愿债权人和自愿债权人采用不同的责任配置模式。

针对非自愿债权人直接损害之情形，应采用侵权法的责任配置路径，但需《公司法》第191条加以修正。从法理角度，董事实施或促成公司侵权造成非自愿债权人直接损害，与公司对非自愿债权人构成共同侵权而承担连带责任。但应以社会公共利益作为平衡公司与非自愿债权人利益冲突的评价客体和标准。<sup>③</sup> 明确何种情形下董事应承担符合公司最佳利益的对外职务侵权责任，保护非自愿债权人利益，免除其余情形下符合公司最佳利益的董事对外职务侵权责任，激励董事为公司最佳利益履职，维护董事的企业家利益，提升资源配置效率以增进社会公共利益。<sup>④</sup>

针对自愿债权人直接损害之情形，不应适用《公司法》第191条，应适用《民法典》合同编相关规则，仅由公司承担违约责任。这类情形是指公司与债权人自愿签订合同后，董事执行合同履行的职务导致公司违约造成债权人直接损害，分为两种类型：董事故意促成公司违约，俗称“效率违约”；董事过失履行合同导致违约，称为“过失违约”。对于效率违约，应采取保护董事的企业家利益之价值取向，自愿债权人不能追究董事故意促成公司违约之责任。在Butt案中，英国法院确立这一规则“如果董事在其职权范围内为公司最佳利益行事，故意促成公司违约，董事无需向自愿债权人承担责任。”<sup>⑤</sup> 该判例法规则也被其他英联邦国家所继受。Butt案规则有两大正当性理由。其一，法人格独立原则。在该案中，英国法院认为：“董事会是公司另一个自我，董事符合公司最佳利益的履职行为在法律上是公司行为，公司通过董事会作出效率违约决策是公司行为，自愿债权人只能追究公司的违约责任。”<sup>⑥</sup> 其二，自愿债权人在签订合同时可以通过谈判保护自身利益。董事为公司最佳利益促成违约是公司控

<sup>①</sup> See Bayless Manning & James J. Hanks, *Legal Capital*, 4th ed., Foundation Press, 2013, p.12-24.

<sup>②</sup> See Laura Lin, *Shift of Fiduciary Duty upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors' Duty to Creditors*, 46 *Vanderbilt Law Review* 1485, 1488 (1993).

<sup>③</sup> 参见梁上上：《公共利益与利益衡量》，《政法论坛》2016年第6期。

<sup>④</sup> 参见陈景善：《公司社会责任的股东共益权实现路径》，《政法论坛》2020年第1期。

<sup>⑤</sup> See *Said v. Butt* [1920] 3 KB 497.

<sup>⑥</sup> *Id.* at 505-506.

制经营成本的常见方式，债权人签约时应预见这一违约风险。若债权人认为公司违约风险高，其有机会通过谈判要求公司提供担保、提升贷款利率，甚至要求控股股东等提供个人担保或者干脆放弃签约来化解公司转嫁经营成本的风险。

对于过失违约，也应采取保护董事的企业家利益之价值取向，自愿债权人不能追究董事履约过失的责任。其一，基于合同相对性，董事并非合同的当事人，对自愿债权人不存在合同义务，其履约过失责任应由公司承担。其二，债权人自愿性。董事、雇员过失履行合同导致违约是常见情形，债权人对此违约风险在签约时应预见，且事先有机会通过谈判保护自身利益。其三，责任配置的风险利益一致性。董事为公司利益履行合同，公司享有合同利益，相应过失责任风险不能由董事承担。

针对自愿债权人间接损害之情形，应采取董事信义义务的责任配置路径，受《公司法》第191条调整。公司法已创设董事信义义务威慑董事为公司最佳利益审慎履职。传统的“以股东利益最大化”为导向的董事信义义务仅关注公司正常经营状态，<sup>①</sup>鼓励董事作出高风险决策最大化公司长期利润，以公司财产保障债权人债权之偿付。但当公司无偿债能力，这一导向的信义义务将诱使董事更激进地为股东谋取私利而损害债权人利益。尤其我国公司股权结构普遍集中，董事利益与股东利益更为趋同。基于调和股东与自愿债权人的利益冲突最大化公司利益的理念，英美法系创设了董事信义义务转化规则，本质是公司利益内涵的转化。在公司正常经营状态，股东长期利益与公司利益趋于一致。以公司濒临破产为转化时点，公司利益内涵发生转变，与债权人整体利益更趋于一致，董事信义义务的目标发生转变，从而调和两者的利益冲突。<sup>②</sup>在Gheewalla案中，美国特拉华州最高法院认为，当董事知或应知公司陷入事实破产，董事作出经营决策时应以最大化债权人整体利益为首要目标。<sup>③</sup>

综上，《公司法》第191条应当建构二元解释论，包括董事对非自愿债权人职务侵权责任解释论（以下称“职务侵权责任解释论”）和董事对自愿债权人违信责任解释论（以下称“违信责任解释论”），调和两类董事对第三人责任涉及的异质利益冲突。

### 三、二元解释论调和利益冲突的解释路径展开

职务侵权责任解释论应明确“在何种符合公司最佳利益的情形下，董事应对外承担职务侵权责任”。违信责任解释论应厘清董事对债权人违信责任适用的行为类型，明晰公司濒临破产认定标准。

#### （一）董事对外职务侵权责任的利益冲突平衡路径

董事具有公司机关成员和代理人的双重人格，董事职务侵权行为应区分为公司机关行为和代理人行为，当构成机关行为时，应由公司承担侵权责任，但构成代理人行为时，董事作为代理人具备独立人格，应对第三人承担个人责任。<sup>④</sup>在英美判例法中，法院也将董事双重人格作为董事对第三人承担侵权责任的法理依据。例如，在Spritebrand案中，英国上诉法院指出，只有董事行为脱离了公司意思机关这一角色，董事才需承担个人责任。<sup>⑤</sup>在Trevor案中，新西兰法院指出，董事除了作为公司机关成员外，也是公司代理人，能以代理人的身份与公司对受害人承担共同侵权责任。<sup>⑥</sup>因此，明确公司侵权维度的公司机关行为与代理人行为之区分标准是厘清董事承担个人侵权责任的关键。

为平衡公司与非自愿债权人的利益冲突，公司机关行为和代理人行为的区分标准应融入公司利益要素。这一区分标准有两大核心要素：其一，是否符合公司最佳利益；其二，是否属于故意侵权。第一，不符合公司最佳利益的董事职务侵权行为应当认定为代理人行为。董事为了公司最佳利益行事是

① 参见刘俊海：《股东中心主义的再认识》，《政法论坛》2021年第5期。

② See Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, 3rd ed, West Academic Publishing, 2021, p.331.

③ See N. Am. Catholic Educ. Programming Found., Inc. v. Gheewalla, 930 A.2d 92, 101 (Del. Supr. 2006).

④ 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。

⑤ See C Evans & Sons Ltd v. Sprotebrand Ltd [1985] 1 WLR 317.

⑥ See Trevor Ivory Ltd v. Anderson [1992] 2 NZLR 517, 526-527.

其成为公司机关成员的前提。<sup>①</sup>一旦不符合这一前提，董事便脱离公司机关成员的角色，董事也失去免责的基础。在Peoples案中，加拿大安大略省法院确立了此规则“董事行为表现出与公司不同的利益，董事被指控的行为便成为个人行为。”<sup>②</sup>第二，为激励董事为公司最佳利益积极履职，区分标准应明确董事符合公司最佳利益的过失侵权行为是公司机关行为，免除此责任。在Piedra案中，加拿大安大略省法院认为，原告没有指控被告董事违背了公司最佳利益或故意指使公司侵权，仅以过失为由提出指控，不能诉请董事为公司行为承担个人责任。<sup>③</sup>第三，为妥善保护非自愿债权人利益，区分标准应明确符合公司最佳利益的董事故意职务侵权行为应认定为代理人行为，应对第三人承担个人责任。White Horse案确立这一规则，英国法院认为，在认定董事对第三人承担侵权责任之前，必须证明董事具有实施或促成公司侵权的故意，使公司机关行为成为董事个人行为。<sup>④</sup>

综上，职务侵权责任解释论如下：第三人仅指非自愿债权人，损害是指非自愿债权人直接损害；董事应为故意、不符合公司最佳利益的重大过失的职务侵权行为，对非自愿债权人承担侵权责任。

## （二）董事对债权人失信责任的利益冲突调和路径

失信责任解释论旨在调和股东与自愿债权人的利益冲突，仅适用于凸显这一利益冲突的董事履职行为。公司濒临破产是触发自愿债权人间接损害的要件，需厘清认定标准。

### 1. 失信责任解释论的适用行为类型

董事信义义务转化规则可溯源至“信托基金原则”，再到“偿债能力测试”，均适用于公司分配，聚焦公司已有资产的分配。Wood案创设信托基金原则，该案发生于公司清算的财产分配情形，美国巡回法院认为，当公司清算时，公司股本转变为保障债权人优先清偿的信托财产，董事作为受托人在未清偿公司债务前将股本分配给股东，承担失信责任。<sup>⑤</sup>1980年，美国《示范商事公司法》取消面额股，全面推行无面额股，信托基金原则被公司偿债能力测试取而代之。美国《示范商事公司法》第1.40条(6)采用了“大分配”的概念，将利润分配、股份回购等事项统合，要求董事在作出公司分配决策前，进行该法第6.40条(c)规定的偿债能力测试，公司分配决策不能导致公司资不抵债和现金流无法清偿预计到期债务，否则董事承担失信责任。

当公司濒临破产，公司分配凸显出股东与自愿债权人的利益冲突，以公司濒临破产作为公司向股东分配的界限，调和两者的利益冲突。当公司正常经营，公司现金流足以偿付公司经营所产生的到期或即将到期的债务，且公司资产公允总价值大于负债总额，债权人的债权已得到公司资产的保护。因此，此时允许公司向股东分配，满足其获取投资收益的需求，降低未来股权融资成本。当公司濒临破产，公司资产只能满足债务清偿，为保障债权人利益，禁止向股东分配，降低未来债权融资成本。

Credit Lyonnais案正式确立董事信义义务转化规则，适用范围从公司分配扩张至投资决策，调适公司资产创造未来收益，当公司濒临破产，要求董事投资决策时应优先考量债权人利益。<sup>⑥</sup>由于股东和债权人在投资决策上存在利益冲突。在公司正常经营状态下，董事承担公司价值创造者的角色，公司收益多寡与投资决策风险大小呈正相关，股东风险厌恶程度低决定了股东利益与公司利益最大化的目标更为契合，公司赚取长期利润也有助于偿付债权人的债权。但当公司濒临破产，股东在公司已没有财产性利益，在有限责任的庇护下，董事因自身利益与股东利益趋同，会作出异常高风险的投资决策。一旦投资成功，股东获得额外收益，而异常高风险投资不会为债权人带来额外收益。但是，债权

<sup>①</sup> 参见徐深澄：《论公众公司经营决策权的分配》，《华东政法大学学报》2024年第5期。

<sup>②</sup> See Scotia Mcleod Inc. v. Peoples Jewellers (1995), 26 O.R. (3d) 481, 490 (C.A.).

<sup>③</sup> See Piedra v. Copper Mesa Mining Corp. (2011), 280 O.A.C. 1 (C.A.).

<sup>④</sup> See White Horse Distiller Ltd v. Gregson Associates Ltd (1984) RPC 61.

<sup>⑤</sup> See Wood v. Dummer, 30 F. Cas. 435 (1824).

<sup>⑥</sup> See Henry T. C. Hu & Jay Lawrence Westbrook, *Abolition of the Corporate Duty to Creditors*, 107 Columbia Law Review 1321, 1336 (2007).

人却要承担投资失败带来的全部损失。以公司濒临破产为界，董事会作出投资决策时分别以股东长期利益与债权人整体利益为首要目标，调和两者的利益冲突。Credit Lyonnais 案鼓励并保护董事在公司濒临破产后优先考量债权人利益作出投资决策，而非加重董事责任。在 Credit Lyonnais 案中，MGM 公司进入了事实破产状态，MGM 公司为了 Credit Lyonnais 银行等债权人的利益，拒绝出售 MGM 公司持有的海外电影发行公司 UIP 的股份。MGM 公司的控股股东 Pathe 公司主张董事因拒绝出售这些股份损害股东利益违反信义义务。特拉华州衡平法院驳回了这一诉请，认为当公司濒临破产，董事决策应为公司最佳利益优先考量债权人利益。<sup>①</sup> 在 Quadrant 案中，特拉华州衡平法院认为，法院审查陷入事实破产公司的投资决策仍应恪守商业判断规则，对董事知情的高风险投资决策不做二次猜测。<sup>②</sup> 在 Credit Lyonnais 案之后，美国特拉华州法院没有判例仅因董事在公司濒临破产后作出高风险投资决策而判决其承担违约责任。

由于我国资本形成制度存在认缴制，董事履职行为中还存在两类凸显这一利益冲突的决策：出资催缴和股东失权决策。《公司法》第 51 条新增董事催缴义务，要求董事会全面核查公司设立时和增资时的股东出资情况并及时作出催缴决策，确保公司经营活动的正常开展，避免减损用以偿付公司债务的责任财产。<sup>③</sup> 《公司法》第 52 条新增股东失权制度，与股东瑕疵出资责任并列为确保公司资本充实的制度。在公司正常经营状态下，董事会履行催缴义务后，作出失权决策抑或追究股东瑕疵出资责任以公司资金需求为主要考量。但是，当公司濒临破产，这两类决策存在股东自由利用拟出资财产的利益与资本作为预防公司破产的“缓冲垫”所保障的债权人利益之间的冲突。董事未催缴已届期出资，或催缴后恶意地作出失权决策，将违反债权分配的相对优先性，需《公司法》第 191 条赋予债权人追究董事失信责任的诉权，以威慑董事审慎作出催缴、失权决策。

综上，失信责任解释论仅适用于公司分配决策、资本催缴决策和股东失权决策，不适用于投资决策。鉴于域外立法例对投资决策的适用受到严格限制，主要作为董事在公司濒临破产后为债权人利益作出投资决策损害股东利益的抗辩规则，且适用将引发巨大争议。

## 2. 公司濒临破产的认定标准

公司濒临破产是董事信义义务的转化时点与自愿债权人受到间接损害的起算点。公司濒临破产是指董事作出某一具体经营决策将导致公司事实破产之时。<sup>④</sup> 一方面，“濒临”将转化时点提前至具体决策之前，以此威慑董事在决策前充分了解公司偿债能力状况，预防公司事实破产。另一方面，“濒临”使债权人有权在决策过程中提起诉讼及时制止董事作出不当减损公司财产的决策。但濒临破产具有模糊性，其认定的核心是事实破产。英美法对事实破产有两种标准：资产负债表测试和衡平测试。

资产负债表测试是静态事实破产的认定标准，资不抵债是指公司债务总额超过公司资产公允价值的财务状况，不是简单地依赖财务报表的历史数据。特拉华州破产法院根据公司决策后能否继续经营来确定资产公允价值。若公司能继续经营，以持续经营实体的市场价值为评估标准；若公司无法继续经营，以资产拆分出售的市场价值估价。<sup>⑤</sup> 衡平测试，也称现金流测试，是动态事实破产的认定标准，以公司现金流能否清偿到期和即将到期债务作为判断依据。在判断公司债务时，应采用前瞻性视角，检测可合理预见的即将到期债务。<sup>⑥</sup> 判断公司预期现金流也需前瞻性视角，美国《示范商事公司法》第 6.40(c) 条官方评注指出，管理层判断公司现金流应审查两方面：一是审查现有资金和预计营业收入，

<sup>①</sup> Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Communications Corporation, Civil Action No. 12150 (Del. Ch. 1991)

<sup>②</sup> See Quadrant Structured Products Company, Ltd. v. Vertin, 115 A.3d 535 (Del. Ch. 2015).

<sup>③</sup> 参见赵旭东、邹学庚：《催缴失权制度的法理基础与体系展开》，《中国应用法学》2024 年第 3 期。

<sup>④</sup> See Andrew Keay, *The Director's Duty to Take into Account the Interests of Company Creditors: When Is It Triggered?*, 25 Melbourne University Law Review 315, 339 (2001).

<sup>⑤</sup> See Peltz v. Hatten, 279 B.R. 710 (Bankr. D. Del. 2002).

<sup>⑥</sup> See Blackmore Partners, L.P. v. Link Energy LLC, 864 A.2d 80 (Del. Ch. 2004).

根据产品市场需求，预判公司未来一定期间的营业收入；二是根据公司的融资能力、经营前景等，审查公司通过再融资清偿预计到期债务的可能性。

综上，失信责任解释论如下：第三人是指自愿债权人，损害仅指自愿债权人间接损害；董事作出资本催缴、股东失权、公司分配决策时存在故意或重大过失导致公司事实破产，应承担失信责任。

#### 四、二元解释论下董事对第三人责任规则的体系衔接

《公司法》第191条与民法典、公司法、证券法、破产法中相关规则存在体系上的关联性。在二元解释论下，《公司法》第191条与这些规则之间的体系衔接关系需厘清。

##### （一）职务侵权责任解释论对责任形态冲突的协调

《民法典》第62条、第1191条第1款、《公司法》第11条第3款与《证券法》第85条等规则均涉及董事对外职务侵权责任，但责任形态存在冲突。《民法典》第62条和《民法典》第1191条分别作为公司机关责任和雇主替代责任的规则，并未因区分法定代表人和工作人员而采用不同的责任形态。《公司法》第11条第3款因《民法典》第62条的体系强制性而进入公司法总则。这三条规则的责任形态：法人/用人单位对外担责+内部追偿。但是，《证券法》第85条规定的责任形态：董事对外承担连带责任。在原公司法未规定董事对第三人责任一般性规则的情形下，《证券法》第85条只能寻求《公司法》第11条第3款或《民法典》第1191条第1款作为基础规则，导致责任形态冲突。

职务侵权责任解释论下《公司法》第191条可以作为《证券法》第85条的基础规则化解《证券法》第85条的责任形态冲突。《公司法》第191条是《民法典》第62条、第1191条第1款的特别法规则，其作为公司法分则规则也是《公司法》第11条第3款的特别法规则，《公司法》第191条相较于这三条规则具有法律适用的优先性，与《证券法》第85条的责任形态一致。

##### （二）失信责任解释论对公司债权人保护的强化

失信责任解释论下《公司法》第191条与公司法其他规则以及破产法相关规则形成体系衔接。

###### 1. 失信责任解释论对董事失信责任诉权体系的填补

从董事信义义务对象和诉权配置的角度，原则上董事仅对公司负有信义义务，公司享有追究董事失信责任的直接诉权，公司剩余索取人享有代表诉权。因此，《公司法》第188条赋予公司直接诉权，《公司法》第189条赋予股东代表诉权。但例外情形下董事对股东负有信义义务，此义务基础是公司法规定的股东固有权利，如表决权、知情权等。《公司法》第190条赋予股东例外情形下的直接诉权。仅在董事履职直接侵害了股东固有权利，股东才能依《公司法》第190条提起直接诉讼。

在失信责任解释论下，《公司法》第191条赋予债权人代表诉权。与股东不同，公司法没有为债权人规定特有的固有权利。当公司濒临破产后，董事仍不对债权人直接负有信义义务，债权人仅享有代表诉权。董事对债权人信义义务/失信责任只是一种约定俗成的便捷表达，此义务/责任不具有独立性。在Gheewalla案中，特拉华州最高法院认为，当公司陷入事实破产，债权人取代股东剩余索取权人的地位，仅享有追究董事失信责任的代表诉权，不享有追究董事失信责任的直接诉权。<sup>①</sup>

###### 2. 失信责任解释论对公司资本形成和分配制度的改进

在我国公司法下，董事失信责任针对公司资本形成与分配涉及七类责任：董事违反催缴义务之责任、董事不当作出失权决策之责任、董事违法分配利润责任、董事违法减资责任、董事违法回购股份责任、董事违法提供财务资助责任、董事协助抽逃出资责任。我国公司法通过董事信义义务类型化覆盖公司资本形成和分配各类行为，以此威慑审慎董事履行资本催缴和分配职责。但是，若仅有股东能代表公司追究这七类董事责任，当公司濒临破产后作为利益冲突方的股东缺乏动机提起诉讼。此外，公司分配约束标准未统合，以资本维持原则为约束标准带来的分配僵化、易受会计操纵等问题导致对

<sup>①</sup> See N. Am. Catholic Educ. Programming Found., Inc. v. Gheewalla, 930 A.2d 92, 101 (Del. Supr. 2006).

债权人保护不力。在失信责任解释论下,《公司法》第191条与七类董事责任的体系联动能赋予债权人追究上述七类董事责任的诉权。一方面,规制濒临破产公司的董事会怠于或不当作出催缴与失权决策。另一方面,董事会作出公司分配决策将受到偿债能力测试约束。

### 3. 失信责任解释论与破产法相关规则的衔接

当公司濒临破产,失信责任解释论下的《公司法》第191条与破产法相关规则形成了公司财产不当减损的债权人利益救济体系。根据减损财产的方式不同,可类型化为诈害行为、偏颇清偿、违法公司分配。针对诈害行为,《破产法》第31条、第33条分别规定破产管理人享有推定欺诈型和实际欺诈型诈害行为的撤销权。针对偏颇清偿,《破产法》第32条规定破产管理人享有偏颇清偿的撤销权。区别于诈害行为和偏颇清偿主要涉及债权人个体利益与整体利益冲突的保护规则,公司分配行为凸显为股东与债权人之间的利益冲突,应当由公司法提供救济规则。

## 五、两类董事对第三人责任的构成要件与责任形态

在二元解释论下,两类董事对第三人责任的构成要件和责任形态仍需进一步厘清。

### (一) 董事对外职务侵权责任的构成要件

董事职务侵权行为区分为代理人行为和公司机关行为,董事仅为代理人行为承担责任。考虑到不同类型行为对公司侵权发生的原因力不同,以董事是否亲自实施加害行为为标准,区分为董事实施职务侵权和董事促成公司侵权。董事实施职务侵权承担首要责任,董事促成公司侵权承担从属责任。

董事职务侵权首要责任和董事职务侵权从属责任的构成要件不同。对于董事首要责任而言,其构成要件包括:(1)董事在职权范围内实施加害行为;(2)存在故意或不符合公司最佳利益的重大过失;(3)造成非自愿债权人直接损害;(4)加害行为与损害之间存在因果关系。

就董事从属责任而言,加害行为由其他代理人、雇员实施,只有董事促成行为达到与公司构成共同侵权的程度才需承担责任。董事从属责任构成要件:(1)公司实施加害行为构成侵权责任(前提要件);(2)董事促成公司侵权(行为要件);(3)董事实施促成行为时对公司侵权存有明知(归责事由)。<sup>①</sup>其中,行为要件区分诱导型和协助型而不同。诱导行为子要件包括:(1)董事有意图通过指示、教唆等方式诱导雇员或公司代理人实施侵权行为;(2)诱导行为与公司侵权行为存在因果关系。<sup>②</sup>

协助行为的子要件包括:(1)董事为公司实施侵权行为提供协助(行为要件);(2)这种协助是基于董事与公司实施侵权的共同意图(归责事由);(3)公司基于共同意图实施的行为构成侵权行为(前提要件)。<sup>③</sup>针对行为要件,董事提供的协助必须超过微不足道的程度;针对归责事由,“共同意图”不必须通过举证董事与公司之间存在明示的意思联络,也可以通过举证行为推定存在默示的意思联络,当董事明知公司有实施侵权行为的意图仍提供协助即可推定;针对前提要件,“共同意图”所预设实施的行为只能通过侵权的方式实现,假如预设行为能以非侵权的方式实现则不符合本要件。<sup>④</sup>

《公司法》第191条明确董事对第三人责任的归责事由是故意或重大过失。在此基础上,董事首要责任与从属责任的归责事由存在差异。前者的归责事由是故意或不符合公司最佳利益的重大过失,而后者归责事由仅是故意。故意与重大过失都是有认识的主观过错,而一般过失是无认识的客观过错。故意与重大过失共同要素是明知。董事首要责任与从属责任对明知的标准和内容的要求不同。

关于明知的标准,英美法系形成了从“事实上明知”到“推定明知”的谱系。在英美法上,明知被分为五个等级:(1)事实上知道;(2)刻意回避的知道(行为人刻意避免知道显而易见的相关事实);(3)有理由知道(理性人了解行为人掌握的信息足以推测存在相关事实);(4)有义务知道

<sup>①</sup> See Pauline Ridge & Joachim Dietrich, *Challenging Conceptions of Accessory Liability in Private Law*, 78 Cambridge Law Journal 383, 385 (2019).

<sup>②</sup> See Henry Cooper, *Liability for Assisting Torts*, 41 Melbourne University Law Review 571, 574 (2017).

<sup>③</sup> See *Barclay-Watt v. Alpha Panareti Public Ltd* [2022] EWCA Civ 1169.

<sup>④</sup> See *Shepherd UK v. Fish & Fish Ltd* [2015] UKSC 10.

（理性人即便不了解行为人所掌握的信息也应当主动查明相关事实）；（5）应当知道（理性人了解行为人所掌握的信息应当主动查明）。<sup>①</sup>除了“事实上知道”外，其他等级的明知都是推定的明知。但是，“刻意回避的知道”仍采用行为人主观标准，可归责程度更高；而其余等级的明知均采用理性人的客观标准。

董事首要责任要求明知标准至少要达到第三个等级。假如将明知标准限于事实上知道，董事刻意避免知道相关事实就能逃避责任。此外，重大过失中明知标准应包括“有理由知道”。美国《侵权法第二次重述》第500条明确以“知道或有理由知道”界定重大过失。

在明知内容上，董事首要责任要求董事明知其行为的非正当性和高度盖然性。其一，董事明知其行为的非正当性，不要求认识到其行为违法，或其行为构成侵权行为，而仅要求认识到其行为制造的损害风险达到不合理的程度。其二，董事明知其行为制造的风险发生损害后果具有高度盖然性。重大过失与一般过失的差别是行为制造的风险转化为损害的概率高低有显著差异。

在董事明知的前提下，故意与重大过失对心理状态的要求不同。故意要求董事对损害发生抱有追求或放任的态度；重大过失要求董事不希望损害发生。因此，法院认定董事明知即可认定董事存在重大过失，但认定董事构成故意，仍需认定董事在行为时具备“愿”之要素。在归责事由上，董事存在重大过失应同时具备加害行为不符合公司最佳利益。受害人负有责任举证董事行为违反信义义务。

董事从属责任的归责事由为故意，不包括重大过失。从属责任行为要件的子要件包含“董事有意图实施促成行为”，符合愿之要素。此外，从属责任归责事由要求董事明知公司加害行为，符合知之要素。因此，董事构成从属责任需存有促成公司侵权之故意。

董事从属责任对于明知标准和内容的要求不同。在从属责任中，董事并非侵权行为的实施者，基于此特殊性，英美判例法对明知的标准和内容作了不同规定。在明知标准上，在Grimme案中，英国上诉法院认为，在从属责任下，明知标准仅包括事实上知道和刻意回避的知道。<sup>②</sup>因为，如果明知标准延伸至客观标准会使董事因无意识的辅助行为承担从属责任，从而导致董事从属责任过重。在明知的内容上，在Lifestyle案中，英国最高法院认为，董事实施促成行为时必须明知公司已经或即将实施的侵权行为的基本违法事实。<sup>③</sup>从属责任存在三方关系，董事不是加害行为的实施者往往对损害风险无从明知，明知的内容不再指向风险不合理度等而转向加害行为的侵权基本事实。

## （二）董事对债权人失信责任的归责事由认定标准

董事对债权人失信责任的构成要件包括：（1）董事作出资本催缴、股东失权、公司分配三类经营决策；（2）存在故意或重大过失；（3）自愿债权人受到间接损害，即决策导致公司事实破产或无偿债能力状态恶化。其中，在失信责任解释论下故意或重大过失的认定与侵权法下的认定存在差异，采用类型化的客观认定标准，仍需阐释。资本催缴、股东失权、公司分配均属于董事经营决策。董事失信经营决策的归责事由认定与商业判断规则存在重大关联。为了降低董事决策风险，激励董事发挥企业家精神，在Lewis案中，特拉华州法院确立了商业判断规则，只要经营决策符合两个要件：（1）决策程序能够保障董事知情决策，（2）董事决策善意且无利益冲突；法院将不再审查决策内容的合理性。<sup>④</sup>在董事失信责任的语境下，勤勉义务的归责事由是重大过失，第一个要件对应重大过失的认定标准。忠实义务的归责事由是故意，第二个要件对应故意的认定标准。董事决策存在故意或重大过失，该决策将不再受到商业判断规则保护，法院采用完全公平标准审查经营决策的内容合理性。

在董事对债权人违反忠实义务的语境下，故意中“知”与“愿”之要素需认定董事决策时明知公司濒临破产，且有不当作出三类决策损害债权人利益的主观意图。首先，法院根据事实破产标准以回

<sup>①</sup> See Paul S Davies, *Accessory Liability*, Hart Publishing, 2017, p. 46.

<sup>②</sup> See *Grimme Landmaschinenfabrik GmbH & Co. KG v. Derek Scott* [2010] EWCA Civ 1110.

<sup>③</sup> See *Lifestyle Equities CV and anor v. Ahmed and anor* [2024] UKSC 17.

<sup>④</sup> See *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

溯视角审查董事会作出被诉经营决策时公司的财务状况,若发现当时公司已事实破产或者决策将导致公司事实破产即推定董事明知。其次,董事积极作出与全体债权人存在利益冲突的决策或消极未作出决策对全体债权人非善意则推定董事有主观意图。董事忠实义务的规范旨在防范董事与公司利益冲突、董事非善意损害公司利益。近年来,董事忠实义务的内涵又扩张至善意义务。善意义务要求董事主观上相信其作出决策符合公司最佳利益。在 Disney 案中,特拉华州最高法院类型化出三类非善意行为,其中包括有意漠视法定义务。<sup>①</sup> 当公司濒临破产,公司利益凸显为债权人整体利益。董事与全体债权人存在利益冲突的相关决策包括:其一,涉及董事利益冲突的公司分配。当公司濒临破产,董事作出利润分配、公司回购、减资等分配决策导致公司资产非等比地流向具有股东身份的董事即存在利益冲突。其二,涉及董事利益冲突的股东失权决策。当公司濒临破产,股东作为形式董事或实质董事为自身利益作出失权决策。此外,董事在公司濒临破产后未作出催缴决策构成对全体债权人的非善意。董事催缴义务是法定义务,董事会未履行此义务推定为有意漠视法定义务。

公司分配和股东失权决策不存在利益冲突的情形下,其归责事由是重大过失。在董事违反勤勉义务的语境下,重大过失认定标准聚焦董事会决策程序的合理性。在 Van Gorkom 案中,特拉华州最高法院认为,董事经营决策是否违反勤勉义务应审查决策程序是否保障董事在充分知情后作出决策;在该案中,董事会因涉案并购方案的决策程序不能保障董事掌握充分的决策信息而构成重大过失;具言之,在召开董事会会议之前,董事没有获得任何并购方案的信息,仅在会议上听取了 20 分钟报告,涉及收购价格的估值信息也未披露,在这样程序下董事会批准了并购方案。<sup>②</sup>

对于公司分配和股东失权决策的重大过失认定,法院应审查决策程序的合理性,需回溯至决策前通过证据审查两方面。首先,决策程序是否为董事提供充分且重要的信息足以判断决策时公司是否已事实破产或者决策将导致公司事实破产,具体包括:(1)公司最近的财务信息,使理性董事决策时能判断公司是否已事实破产;(2)公司业务和所在行业的近期和未来发展情况、公司未来融资能力等关乎公司未来现金流的信息;(3)决策本身对公司财务具体影响的信息,使理性董事结合未来现金流的信息能判断决策是否会导致公司事实破产。其次,决策程序是否保障董事有充分的时间理解相关的重要信息。决策程序不能为董事提供充分且重要的决策信息和充分时间理解信息构成重大过失。

### (三) 董事对第三人责任形态的解释选择

在二元解释论下,《公司法》第 191 条中“也应承担赔偿责任”应解释为:董事对非自愿债权人构成职务侵权与公司承担连带责任;董事在濒临公司破产后违反信义义务对自愿债权人承担补充责任。在文义上,“赔偿责任”可以包含连带责任与补充责任。2021 年《公司法修订草案一审稿》第 190 条曾使用“应当与公司承担连带责任”的表述,而后被立法者所修改,这只能表明立法者排除一刀切地适用连带责任,而非彻底排除适用连带责任,为区分适用不同的责任形态保留了解释空间。

董事对外职务侵权责任适用连带责任基于共同侵权的基本法理。考虑到董事是否亲自实施加害行为对损害发生的原因力不同,董事从属责任可适当采用比例连带责任。

董事对债权人失信责任适用补充责任是一种折中的解释选择。按照信义义务的法理,董事对债权人应承担间接失信责任,只赋予濒临破产公司的债权人代表诉权,董事仍向公司承担责任,从而保护债权人整体利益而非个别债权人利益。但是,这一法理解释与《公司法》第 191 条的文义、规范在地性存在冲突,从而折中解释为补充责任。一方面,《公司法》第 191 条的“赔偿责任”无法在文义上解释为间接责任。另一方面,补充责任对债权人的直接清偿更符合《民法典》第 537 条债权人代位权规则所确立的“在非破产程序下债权人个体利益优先于债权人整体利益的在地性价值取向”。补充责

<sup>①</sup> See *In re the Walt Disney Company Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006).

<sup>②</sup> See *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

任能激励债权人提起代表诉讼，未提起诉讼的债权人可主动申请破产，可能更契合我国内生秩序。

此外，补充责任将公司濒临破产和间接损害的构成要件内嵌其中，也未改变公司利益与债权人利益的差序位阶。在补充责任下，债权人需要经过执行程序确认公司责任财产不足以清偿其债权后，才能另行起诉追究董事责任，这与衡平测试异曲同工。在公司仍有偿债能力的情形下，债权人不得直接追究董事的失信责任，确保董事优先考量公司利益，以调和股东与债权人的利益冲突。最后，结合董事失信责任之诉的本质，债权人对董事主张的赔偿范围应以董事不当决策造成的公司损害为准，而不是债权人未受清偿的范围，但赔偿部分应优先偿付债权人未获清偿的债权，如有剩余应归入公司。

### 结 语

董事对第三人责任一般性规则试图解决的第三人利益保护问题是一个复杂且重要的利益衡量问题。区分非自愿债权人与自愿债权人是应对这一问题最为重要的利益衡量路径。董事对非自愿债权人职务侵权责任是外部责任，适用侵权法的责任配置逻辑，但为激励董事为公司最佳利益履职免除董事符合公司最佳利益的过失、重大过失职务侵权责任，平衡公司与非自愿债权人的利益冲突。董事对自愿债权人失信责任是内部责任，债权人间接损害本质上是公司损害，应适用董事信义义务规则的责任配置逻辑，以公司濒临破产为公司利益内涵的转化时点，转化后董事决策应优先考量债权人利益，调和股东与自愿债权人的利益冲突。以此理念建构的《公司法》第191条二元解释论方能妥善平衡董事对第三人责任涉及的各方利益，妥当处理两类董事对第三人责任纠纷。

## The Dualistic Interpretation Construction of the General Rule of Directors' Liabilities to Third Parties

*Xu Shencheng*

**Abstract:** Due to the needs of judicial practice and legislative intent of Article 191 of China's Company Law, its scope of application should include director's tort liability to involuntary creditors and director's fiduciary liability to voluntary creditors. However, the monistic interpretation cannot reconcile different conflicting interests. We should construct a dualistic interpretation. The first interpretation addresses directors' performance causing direct harm to involuntary creditors, exempts the director from gross negligence tort liability in the best corporate interests, and distinguishes between primary and accessory liability for directors to balance conflict of interests between the company and involuntary creditors. The second interpretation addresses directors' business decisions causing indirect harm to voluntary creditors. The zone of insolvency is the time point of corporate interests transformation, stimulating directors giving priority to the creditors' interests on the zone, to reconcile the conflict of interests between shareholders and creditors under the maximization of corporate interests. On the choice of liability form, joint and several liability and supplementary liability should be separately applied, but the latter is a compromise choice.

**Keywords:** Directors' Liability to Third Parties; Fiduciary Duty; Creditors' Interests; Manager Infringement

(责任编辑 陈景善 韩萌萌)