

违反勤勉义务民事责任的司法认定 侵权模式的反思与改进

吴维铤*

摘 要 在违反勤勉义务民事责任的认定上,我国学界主流观点采侵权模式,然而我国司法实践并未完全遵循侵权模式,而呈现出一定的特殊性。这表现在:司法实践并不单独讨论主观过错要素;公司损失不局限于财产权损失;构成要件的认定上存在结果导向。司法实践中的这种特殊性根源于董事与公司之间特别的委任法律关系。因此,须关照董事与公司之间的委任法律关系以改进传统侵权模式。构成要件上,主观过错的认定应当融入行为违反勤勉义务的认定中;行为违反勤勉义务的认定上,应当结合董事勤勉义务的具体类型进行分类讨论;公司损失应包括财产权损失、纯粹经济损失和维持公司程式的利益损失等;因果关系的认定须特别关注集体决议机制的影响。法律效果上,民事责任不局限于损害赔偿责任;损害赔偿之具体厘定,须特别关注维持公司程式的利益损失的计量、可预见性规则和损益相抵规则的引入以及多个违反勤勉义务的董事与公司之间以及董事内部的损害赔偿法律关系。

关键词 信义义务 失信责任 勤勉义务 公司利益 注意义务

一、问题的提出

从 2005 年正式进入我国《公司法》算起,勤勉义务规则在我国已有将近 20 年的历史,^[1]

* 湖南大学法学院副教授。本文系国家社科基金重点项目“优化营商环境视角下营业权利保护研究”(项目编号:20AFX018)的阶段性研究成果。

[1] 勤勉义务与注意义务存在一定的区别,比如在英国公司法下,勤勉义务作为客观标准构成注意义务的一部分。有学者考察我国法中的勤勉义务的表述后认为,如果按照文本严格地解释,我国的勤勉义务更靠近客观标准的注意义务,而不是美国式的,参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 498—500 页。但有国内学者并不严格区分注意义务与勤勉义务,参见赵磊:“公司法上信义义务的体系构成——兼评新《公司法》相关规定”,《财经法学》2024 年第 3 期,第 70 页。我国 2023 年修订的《公司法》第 180 条第 2 款将勤勉义务界定为“管理者通常应有的合理注意”,这无疑是客观标准的注意义务。

但有关违反勤勉义务的民事责任的认定问题一直处于待完善状态,这既表现在公司法规范指引的不足,又体现为司法裁判的缺乏。近年来,这种情况得到了改观。一方面,在公司法规范层面,在 2023 年修订的《公司法》^{〔2〕}中,违反勤勉义务民事责任规范群得到了较大程度的修订和完善。《公司法》第 180 条第 2 款首次阐释了我国勤勉义务的履行标准,结合《公司法》第 188 条——倘若董事等违反勤勉义务给公司造成了损失,^{〔3〕}则应当承担赔偿责任。《公司法》还分别引入第 51、163、211、226 和 238 条将勤勉义务具体化为核查催缴义务、依法提供财务资助义务、依法分配利润义务、依法减资义务和积极清算义务等,并设定了类似的民事责任规定。另一方面,在司法裁判层面,近年来,公开可搜集的违反勤勉义务民事责任诉讼裁判文书数量快速增加。

然而诸多问题仍然存在:构成要件方面,如何具体认定勤勉义务的违反、因果关系和公司损失等要素?特别地,违反勤勉义务的民事责任是否必须以造成公司财产权损失为前提?即便未给公司造成财产权损失,是否也可能对违反勤勉义务的董事施加一定的民事责任?法律效果方面,如何具体厘定董事赔偿责任以保证结果公正、合理?以董事违反核查催缴义务应负的民事责任为例,学界和司法界就此问题存有分歧。在斯曼特微显示科技(深圳)有限公司、胡秋生损害公司利益责任纠纷案中,斯曼特公司因为股东欠缴出资行为而受损,最高人民法院(以下简称“最高院”)指出,该损害是由股东欠缴出资行为和胡秋生等六名董事消极不作为共同造成,因此判决六名董事就股东欠缴股款承担连带赔偿责任。^{〔4〕}但是学者存有反对意见。有学者认为“董事会未及时履行核查和催缴义务,给公司造成的损失,在实践中可能只是公司寻求新融资而额外增加的成本,而不包括股东出资补足的部分”。^{〔5〕}另有学者也指出,董事这一责任“不等同于代替股东履行出资义务的法律责任”。^{〔6〕}这里的争议焦点即如何界定董事违反核查催缴义务这一具体勤勉义务类型所导致的公司损失。

在违反勤勉义务的民事责任的认定上,我国学界主流观点采侵权模式,^{〔7〕}即构成要件分主观状态、违法行为、损害结果和因果关系四要素,法律效果以损害赔偿为主,民事责任的核心功能被设定为填补公司损失。遗憾的是,由于对董事与公司之间特殊的委任法律关系关注不足,我国学界并未注意到将侵权模式适用于违反勤勉义务民事责任的认定时存在的特殊性。实际上,基于对我国司法实践的考察可以发现,我国法院已经意识到前述特殊性并在裁判活动中作出了相应的呈现,不足的是,这些意识和呈现并未上升为学理层面的系统反思。

〔2〕 下文无特别说明之《公司法》均指代 2023 年修订的《公司法》。

〔3〕 依据《公司法》第 180 条,董事、监事、高级管理人员以及实际执行公司事务的控股股东、实际控制人等都须承担勤勉义务。下文仅提及董事,但讨论亦可适用于前述其他主体。

〔4〕 参见最高人民法院民事判决书,(2018)最高法民再 366 号。

〔5〕 彭冰:“新《公司法》中的股东出资义务”,《中国应用法学》2024 年第 3 期,第 48 页。

〔6〕 王毓莹:“论董事对股东出资的催缴义务”,《现代法学》2024 年第 6 期,第 72 页。

〔7〕 参见赵旭东主编:《公司法》(第四版),高等教育出版社 2015 年版,第 314 页;李建伟:《公司法》(第四版),中国人民大学出版社 2018 年版,第 367 页;施天涛:《公司法论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 412—413 页;朱慈蕴:《公司法原论》,清华大学出版社 2011 年版,第 340 页。

二、侵权模式适用上的特殊性:基于我国司法实践的考察与反思

在中国裁判文书网上,将“勤勉义务”输入“理由”栏处,将“案由”确定为“与公司有关的纠纷”,将“法院层级”限制在“最高法院”和“高级法院”,截至2024年5月1日,共搜集到裁判文书157份,逐一梳理并剔除其中参考价值较小的文书,最终获得样本库裁判文书77份。基于对这77份裁判文书的分析,可以发现,在适用侵权模式时,我国认定违反勤勉义务民事责任的司法实践呈现出了相当的特殊性。

(一) 主观过错要素认定的特殊性

学界认为违反勤勉义务民事责任的构成要件包括主观状态要素即过错。^{〔8〕}然而从搜集的裁判文书来看,绝大部分裁判文书并不单独讨论相关主体的主观状态,而将考察的范围限制于勤勉义务的违反、损害结果以及因果关系三项要素。^{〔9〕}司法实践的这种做法虽不符合学界倡导的四要件侵权模式,却与《公司法》的规定相符。具言之,倘若对我国《公司法》第188条的构成要件进行分解,可发现其构成要件仅包括行为违反勤勉义务、存在公司损失以及存在因果关系三部分,而不包含主观过错要素。

少部分裁判将主观过错要素的判断与行为违反勤勉义务的判断合二为一,以行为违反勤勉义务作为存在主观过错的表征,来弥合侵权模式与《公司法》第188条文义之间的张力。例如,在深圳市雪樱花实业有限公司、深圳市雪樱花食品有限公司股东出资纠纷案中,法院将违反勤勉义务与存在过错作等价处理;^{〔10〕}在谭健儿与上海印正企业管理中心、郑丹等损害公司利益责任纠纷案(以下简称“谭健儿案”)中,受法院认可的“过错行为”概念将二要素融合为一。^{〔11〕}从侵权法的一般原理来看,过错应当是对主观状态的评价,^{〔12〕}具体到违反勤勉义务民事责任场景,本应当着重考察董事的主观状态。然而这种将主观过错要素的判断与行为违反勤勉义务的判断合二为一的做法无疑使得过错判断“客观化”,此种处理是否合理可以进一步商讨。

(二) 损害结果要素认定的特殊性

依据我国《民法典》第1164条,侵权责任的保护对象为“民事权益”,包括民事权利和部分民事利益;前者指合同债权之外的绝对权,如所有权、人身权和知识产权;后者指部分人身利益及财产利益,如死者人格利益和部分纯粹经济损失等。^{〔13〕}从搜集的案例来看,我国司法实践

〔8〕 参见叶金强:“董事违反勤勉义务判断标准的具体化”,《比较法研究》2018年第6期,第87—88页;任自力:“公司董事的勤勉义务标准研究”,《中国法学》2008年第6期,第90—91页。

〔9〕 在明确判定被告承担民事责任的34则裁判文书中,仅有6则裁判文书讨论了主观状态要素,占比约17.6%。

〔10〕 参见广东省高级人民法院民事判决书,(2017)粤民终1964号。

〔11〕 参见上海市高级人民法院民事裁定书,(2018)沪民申1881号。

〔12〕 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第188页。

〔13〕 参见王利明:《侵权责任法》(第二版),中国人民大学出版社2021年版,第25—26页;张新宝:《侵权责任法》(第五版),中国人民大学出版社2020年版,第3—5页。杨立新则认为,在民事权利上,侵权责任法保护所有的实体民事权利,不限于绝对权,参见杨立新:《侵权责任法》(第四版),法律出版社2020年版,第31页。

在相当程度上遵守了这个原理,但同时针对公司利益的特殊性,较传统侵权模式呈现出保护范围扩张的趋势。有学者即指出,在法人财产权概念的影响下,体现为所有权性质的有体财产才会被认定为公司利益,但这种做法以物权式的所有权标准取代了独立的公司利益。^{〔14〕}

1. 财产权作为主要保护对象

如上所述,侵权责任法保护的财产权主要为绝对权(所有权和知识产权),而对侵权责任法是否保护以合同债权为代表的相对权,学界存有争议。从搜集的案例来看,我国司法实践中为当事人所主张的公司财产损失种类丰富,这些损失包括基于所有权的损失和基于合同债权的损失。其一,所有权损失。这包括股东抽逃出资导致的公司财产损失、公司资产遭受物理损毁导致的公司财产损失、公司外借物资无法收回导致的公司财产损失、公司遭遇合同诈骗导致的公司财产损失和公权力机关罚款导致的公司财产损失等。^{〔15〕}其二,合同债权损失。这包括股东未缴清出资款导致的公司财产损失、股东虚假增资导致的公司财产损失和借贷债权无法收回导致的公司财产损失等。

2. 纯粹经济损失作为保护对象

由于纯粹经济损失具有不确定性、难以预见,所以侵权责任法原则上不对纯粹经济损失予以救济。^{〔16〕}但在违反勤勉义务民事责任的认定中,纯粹经济损失赔偿却时常被主张并被法院支持。

其一,利息损失。在陈建雄、胜利油田胜利泵业有限责任公司损害公司利益责任纠纷案(以下简称“陈建雄案”)中,董事未经股东会讨论决定或授权,擅自将泵业公司所有的土地补偿款提前支付给鹏豪公司,这不仅导致泵业公司失去了相应的利息,而且使其因为资金短缺、新厂区建设工作无法开展而遭受重大损失。最终最高院判决董事应当赔偿泵业公司的利息损失。^{〔17〕}

其二,交易损失。在青海金三角面粉有限公司与刘立峰、白明杰等损害公司利益责任纠纷案(以下简称“金三角面粉公司案”)中,法院判决要求违反了勤勉义务的董事对因交易价格过高造成的公司损失承担赔偿责任。^{〔18〕}在李贵华、汤祥生等与彭季生、荣昌县永发市场管理有限公司损害公司利益责任案(以下简称“李贵华案”)中,法院判定违反了勤勉义务的高级管理人员应对公司资产被低价出售所导致的财产损失承担损害赔偿责任。^{〔19〕}

其三,运营利润损失。司法实践中原告经常会主张违反勤勉义务的董事就公司运营利润损失承担赔偿责任,但法院很少予以明确支持。在陈建雄案中,最高院虽然提及利息损失和公

〔14〕 参见邓峰:“公司利益缺失下的利益冲突规则——基于法律文本和实践的反思”,《法学家》2009 年第 4 期,第 85 页。

〔15〕 公权力机关罚款包括因为税务违法行为和登记违法行为导致的行政罚款和由司法机关施加的司法罚款等。

〔16〕 参见王泽鉴:《侵权行为》(第三版),北京大学出版社 2016 年版,第 363 页。

〔17〕 参见最高人民法院民事裁定书,(2020)最高法民申 4682 号。

〔18〕 参见青海省高级人民法院民事判决书,(2019)青民终 91 号。

〔19〕 参见重庆市高级人民法院民事裁定书,(2016)渝民申 415 号。

司无法运营的损失两类纯粹经济损失,但最终的赔偿判决仅明确提及了前者。^{〔20〕}在谭健儿案中,原告主张被告赔偿公司一定期间的亏损额,这实际是一种纯粹经济损失。但是法院未支持原告的主张并认可二审的判词:“亏损是属于公司一个持续状态的经营表现,亦是公司内外各种因素的综合结果,不直接等同于公司的某项具体损失。结合案件其他事实可以反映,自2014年下半年起哲尚公司的股东之间产生矛盾,包括谭健儿在内都利用各自掌握的资源另起炉灶,弃哲尚公司于不顾,这才是哲尚公司持续亏损、歇业的根本原因。”^{〔21〕}

虽然法院很少明确支持原告要求违反勤勉义务的董事赔偿公司运营利润损失的请求,但是理论上依然可以探讨董事赔偿公司运营利润损失的可行性。事实上,在陈建雄案和谭健儿案中,裁判法院也均未从理论层面作出否定论述。在桂林六点半食品有限责任公司、胡海波损害公司利益责任纠纷案(以下简称“桂林六点半公司案”)中,法院更是明确讨论了“停止经营期间损失”这一纯粹经济损失的证明问题。^{〔22〕}

3. “维持公司程式的利益”作为保护对象

除了上述财产权损失和纯粹经济损失,司法实践还会承认一种特殊的公司利益损失,由于缺乏公认的名词,本文暂且将这种公司利益损失界定为“维持公司程式的利益损失”,即董事行为偏离勤勉义务要求导致的公司利益损失。在这里,董事依据勤勉义务要求而行为本身就是公司利益所在,即便违反勤勉义务的行为未造成公司财产权损失和纯粹经济损失,也应被认为导致了维持公司程式的利益的损失。

在陈建伟、青岛神牛山生态观光开发有限公司损害股东利益责任纠纷案中,被告经理未能建立健全的会计机制,导致公司财务数据无法准确反映公司的经营状况,亦使公司面临税务风险,因此违背了勤勉义务,但是法院并未论述此种违反勤勉义务的行为导致了何种公司财产权损失或纯粹经济损失。在赔偿数额的厘定上,该案二审法院考量公司诉请、记账凭证、审计报告及公司内部治理情况等要素后酌定经理赔偿损失5万元。^{〔23〕}在速必达希杰物流有限公司、蓝鑫文损害公司利益责任纠纷案(以下简称“速必达希杰公司案”)中,被告将案涉资金拆分为24笔进行支付以规避其无权审批超过500万元的资金的公司章程规定,法院认定该拆分为意规避公司财务制度,加重了公司经营风险,违反了勤勉义务,同时也指出,该违反勤勉义务的行为并非案涉公司损失的原因,但最后还是支持酌情判决被告按速必达公司诉请的300万元的10%即30万元支付赔偿金。^{〔24〕}两则案件中,违反勤勉义务的行为并未导致公司财产权受损或纯粹经济损失,但法院依然酌定被告承担一定的赔偿责任。如果拘泥于以传统侵权法中的财产权损失或纯粹经济损失理解公司利益并以《公司法》第188条作为请求权基础,则二判决的准确性均有待商榷。只有对《公司法》第188条中的“公司损失”作不同于传统侵权法

〔20〕 参见最高人民法院民事裁定书,(2020)最高法民申4682号。

〔21〕 上海市高级人民法院民事裁定书,(2018)沪民申1881号。

〔22〕 广西壮族自治区高级人民法院民事裁定书,(2018)桂民申745号。

〔23〕 参见山东省高级人民法院民事裁定书,(2021)鲁民申815号。

〔24〕 参见广东省高级人民法院民事裁定书,(2019)粤民申7740号。

的特殊解释方可实现依法裁判。这里,裁判者似乎认为,董事违反勤勉义务的行为本身即造成了公司利益损失。但如何界定这种行为本身承载的公司利益,传统侵权法框架似乎缺乏专门讨论。能明确的是,这种“维持公司程式的利益”不属于财产权范围,亦难以归入纯粹经济损失概念。而如何计算“维持公司程式的利益”损失也须深入的理论思考,这里采取的“公司财产损失的一定比例”标准是否合理,有待进一步的商讨。

当然,并非所有的法院在“维持公司程式的利益”的保护上都持有明确的肯定意见。在厦门市凌安工贸有限公司、陈恩山损害公司利益责任纠纷案中,法院指出,虽然被告在担任公司高管期间在公司财务管理方面存在一定的不规范行为、违反了勤勉义务,但是没有证据表明该不规范行为造成了公司具体损失,因此被告不应当承担违反勤勉义务的民事责任。^{〔25〕}再如在桂林六点半公司案中,作为高级管理人员的被告在未就系争事项召集或请示股东会的情况下就复函同意解除租赁合同,其行为违反了勤勉义务。但是法院以原告未能证明损害事实和因果关系为由认定被告无须承担相关民事责任。^{〔26〕}

(三) 构成要件的认定带有“结果导向”

在将侵权模式适用于违反勤勉义务民事责任之认定时,我国司法实践展现出了一种结果导向思维。具言之,在构成要件端,司法裁判以“公司损失”这一结果为核心要素,淡化“违反勤勉义务”和“因果关系”之判断,或以“公司损失”推断“违反勤勉义务”和“因果关系”之成立。

其一,遵循结果导向的司法裁判仅关注“公司损失”这一结果要素,而简化或省略“违反勤勉义务”和“因果关系”二要素的论证。在王民、薛鲁宁与无锡市新宏仁纺织机械有限公司损害公司利益责任纠纷案中,新宏仁公司因为虚开增值税发票遭到税务部门处罚,法院直接认定被告监事和财务负责人未尽到监管职责并因此导致了公司损失,从而应当承担相应的责任。^{〔27〕}在刘子健、黄志江损害公司利益责任纠纷案中,由于在法院执行案件中逾期提供财务报告、股东会会议记录等查阅资料,土产公司被一审法院罚款 50 万元,法院直接认定土产公司的受罚与刘子健疏于管理、未尽勤勉义务有直接的因果关系,但并未就勤勉义务的违反和因果关系二要素展开分析。^{〔28〕}在丁某甲、黎某乙等股东出资纠纷案中,公司因为股东丁某甲的抽逃出资行为而遭受损失,最高院直接认定这是由被告董事不履行公司经营管理职责所致。^{〔29〕}

其二,在举证责任方面,依循结果导向思维,原告仅须证明公司存在损失,而转由董事证明未违反勤勉义务和不存在因果关系。换言之,当公司被证实存在损失之时,“违反勤勉义务”和“因果关系”二要素直接被推定成立。在乌晓光、乌婧姝与上海康泓绿化工程有限公司损害公司利益责任纠纷案中,公司在被告高级管理人实际控制期间存在多笔不正常支出,法院要求被告高管就系争支出具有合理性承担举证责任,否则其将承担系争款项的返还责任。^{〔30〕}在郑

〔25〕 参见福建省高级人民法院民事裁定书,(2019)闽民申 1803 号。

〔26〕 参见广西壮族自治区高级人民法院民事裁定书,(2018)桂民申 745 号。

〔27〕 参见江苏省高级人民法院民事裁定书,(2018)苏民申 939 号。

〔28〕 参见广东省高级人民法院民事裁定书,(2019)粤民申 5456 号。

〔29〕 参见最高人民法院民事裁定书,(2023)最高法民申 340 号。

〔30〕 参见上海市高级人民法院民事裁定书,(2017)沪民申 501 号。

有威、李景明损害公司利益责任纠纷案中,天马公司因为以假发票等不合法凭证入账以及不按规定缴交税费等多项违法违章事实被税务机关处以罚款和滞纳金,法院认为被告董事“作为公司事务的执行人和管理人,在未能提出合理免责事由的情况下,应当对天马公司的上述违法违章行为负责”。^{〔31〕}在四川华光文化教育交流与崔沛雨损害公司利益责任纠纷案中,最高院要求法定代表人自证在诉讼中以调解方式自认之债务合法存在,否则认定其违反了勤勉义务,侵害了华光公司的合法权益,应承担损害赔偿赔偿责任。^{〔32〕}

以公司损失这一结果要素推断违反勤勉义务和因果关系二要素之成立,实质上是将勤勉义务定位为了确保公司不遭受损失的结果义务。这不符合勤勉义务作为过程性、程序性和行为性义务的共识。此外,“谁主张、谁举证”是举证责任分配的基本规则,因此应当由原告就公司损失、违反勤勉义务和因果关系三方面的内容承担举证责任,而不应直接推定违反勤勉义务和因果关系二要素成立。直接推定违反勤勉义务和因果关系二要素成立还会对公司经营产生负面影响,因为只要公司存在损失,董事即须担负未违反勤勉义务或无因果关系的举证责任,否则将承担相应的民事责任,如此,董事被诉或承担责任的概率将上升。进一步,这会削弱董事的任职意愿,或者使得董事履职行为繁琐化,或者降低董事的商业冒险意愿。在美国的巴恩斯诉安德鲁斯案中,法院即将证明违反注意义务和因果关系成立的责任施加给了原告,并认为如果推定因果关系成立,则理性之人都将不愿意出任董事职位。^{〔33〕}2024年版的美国《示范商事公司法》(Model Business Corporation Act)第8.31条(b)(1)和美国法律研究院出版的《公司治理原则:分析与建议(上卷)》第4.01条(d)同样将证明存在因果关系和行为违反注意义务的举证责任配置给了原告。^{〔34〕}我国司法实践中也有不少裁判正置违反勤勉义务和因果关系二要素的举证责任。比如,有法院指出:“基于司法谦抑的理念,司法应当对属于公司内部经营决策领域的专业判断表示尊重。在损害公司权益纠纷中,应先推定董事、监事、高级管理人员已经尽到勤勉义务,其违反勤勉义务的举证责任由公司承担。”^{〔35〕}再如,在惠州市华晨创业投资有限公司、深圳长银实业有限公司与公司有关的纠纷案中,面对公司因股东未足额缴纳出资而受损的事实,最高院直接指出,“股东未足额缴纳出资亦不能当然推导出其董事及高级管理人员未尽到勤勉义务”。^{〔36〕}

三、侵权模式的适用缘何特殊

在认定违反勤勉义务民事责任的司法实践中侵权模式适用的特殊性缘何形成?简短的回

〔31〕 广东省高级人民法院民事裁定书,(2017)粤民申6421号。

〔32〕 参见最高人民法院民事裁定书,(2014)民申字第1190号。

〔33〕 See Barnes v. Andrews, 298 F. 614, 616-617 (S. D. N. Y. 1924).

〔34〕 参见美国法律研究院:《公司治理原则:分析与建议(上卷)》,楼建波、陈炜恒、朱征夫、李骥译,法律出版社2006年版,第160页。

〔35〕 北京市高级人民法院民事裁定书,(2023)京民申1979号。

〔36〕 最高人民法院民事裁定书,(2021)最高法民申1235号。

答是,传统侵权模式以社会中普通主体之间的法律关系为预设模型,但董事与公司之间存在特殊的委任法律关系,二者之间的法律关系不能用社会中普通主体之间的法律关系来刻画。而董事与公司之间特殊的委任法律关系对侵权模式适用的影响又体现在勤勉义务的特殊属性、责任功能的适配性和制度背景的变化三个方面。

(一) 勤勉义务的特殊属性

适用侵权模式的主要理论依据是,勤勉义务本质上属于法定义务,所以违反勤勉义务的民事责任实际上是侵权责任在公司法上的特殊体现。^[37] 其次,违反勤勉义务民事责任的规范基础——《公司法》第 188 条——在构成要件设置上类同侵权责任,即包括违法行为、损害结果和因果关系等要素。特别地,因果关系这一要素已经成为侵权责任认定中的经典议题。最后,我国侵权法领域中注意义务理论资源相对丰富。当我国《公司法》上勤勉义务判断标准缺乏之时,借鉴侵权法领域的既有成果既满足法的体系融贯要求又具有学术效率。

然而,上述观点都不乏可商榷之处。首先,虽然勤勉义务为我国《公司法》第 180 条第 2 款所明文规定,但勤勉义务同样具有意定色彩。从现代公司法的发展趋势来看,当事人协议选出勤勉义务的实践已逐渐被立法者接受,比如《特拉华州普通公司法》(Delaware General Corporation Law)第 102 条(7)(b)、美国法律研究院的《公司治理原则:分析与建议(下卷)》第 7.19 条^[38]和 2024 年版的美国《示范商事公司法》第 2.02 条(b)(4)都在一定范围内允许公司章程免除违反勤勉义务的损害赔偿赔偿责任,这实质是允许选出勤勉义务。其次,违法行为、损害结果和因果关系等要素不独存在于侵权损害赔偿赔偿责任领域。事实上,在违约损害赔偿赔偿责任的构成要件中,违约行为、损失结果和因果关系等要素同样必不可少,^[39]我国《民法典》第 584 条即为适例。最后,侵权法中固然存在注意义务和理性人判断理论资源,合同法领域同样不乏理性人假设。^[40] 因此,仅依据注意义务和理性人判断理论资源的丰富程度并不足以证成遵循侵权模式的正当性。

(二) 责任功能的适配性

侵权法一般原理下,侵权责任的主要功能是填补受害者损失,即“使被害人的损害能获得实质、完整、迅速的填补”。^[41] 有不少学者从责任功能的角度对适用传统侵权模式的弊端进行了剖析。例如学者提出,填补公司损失不应为违反勤勉义务民事责任的正当性基础,因为实践中成功获得赔偿的案例极其稀少,而巨额赔偿更是罕见;^[42]传统侵权责任中的政策考量主要为损失转移,但此考量并不适用于董事责任场景,不宜以侵权模式认定公司法语境下的违反

[37] 参见李建伟,见前注[7];施天涛,见前注[7]。

[38] 参见美国法律研究院:《公司治理原则:分析与建议(下卷)》,楼建波、陈炜恒、朱征夫、李骥译,法律出版社 2006 年版,第 817 页。

[39] 参见崔建远:《合同法》(第三版),北京大学出版社 2016 年版,第 370 页。

[40] 参见邓峰,见前注[1],第 506—507 页。

[41] 王泽鉴,见前注[16],第 8 页。

[42] See Kenneth E. Scott, “Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project,” *Stanford Law Review*, Vol. 35, No. 5, 1983, p. 936.

勤勉义务民事责任。^{〔43〕}美国法律研究院的《公司治理原则:分析与建议(下卷)》也对违反勤勉义务民事责任认定沿袭填补受害人损失的侵权模式进行了批评,并提出了三点理由:第一,由于寻找损失的真实承担者和厘定经济损失的困难,填补受害人损失目标并不可取;第二,潜在赔偿责任超过相对微薄的经济收益从而导致不公平;第三,因激励董事勤勉履职产生的社会收益低于董事离职引发的社会成本从而导致社会整体利益受损。^{〔44〕}

在我国,违反勤勉义务民事责任认定逻辑也存在脱离传统侵权模式的范式转型。在最高人民法院于2000年发布、现已失效的《民事案件案由规定(试行)》中,“董事、监事、经理损害公司利益纠纷”被归集为侵权纠纷。最高人民法院于2008年发布的《民事案件案由规定》则将“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷”从侵权纠纷案由中摘出,并入了“与公司有关的纠纷”。这个划分亦延续到了最新版的《民事案件案由规定》(2020修正)。我国学者亦开始对旨在填补受害人损失的传统侵权模式进行反思。有学者指出,不同于侵权责任重在赔偿受害人损失,董事赔偿责任应同时关注对董事的合理惩戒,不能为突出赔偿损失功能而削弱合理惩戒功能;^{〔45〕}“董事勤勉责任的目的在于不在于全额赔偿,而在于合理惩戒”。^{〔46〕}

我国司法实践中董事赔偿额度的巨量性也印证了传统侵权模式及其损失填补功能的局限。以26份要求被告全额赔偿公司损失的裁判文书为例,除去数据缺失的裁判文书1份之外,剩余25份裁判文书中被告的赔偿责任数额数据具有如下特征:平均值为2004.8万元,最大值为11620万元,中位值为730.1万元,赔偿数额达100万元以上的裁判文书共计19份,占比高达76%。这些赔偿数额还不包括利息和诉讼费用等。考虑到这25份裁判文书中的公司都属于有限责任公司,被告董事和高管等的薪酬可能相对有限且与赔偿责任明显不成比例。

(三) 制度背景的变化

在早期,追究违反勤勉义务的民事责任的力度有限,董事很少因为违反勤勉义务而担负民事责任,因此,采取何种模式认定违反勤勉义务的民事责任似乎并不重要。但随着制度条件的改变,追究违反勤勉义务民事责任的诉讼逐渐增加,传统侵权模式的弊端逐渐显现。即便立法者进行了一定的立法应对以降低侵权模式的弊端,比如引入了限制或免除赔偿责任、补偿和保险制度等,但这些新制度不仅使公司法规则体系更为复杂从而加重了公司负担,在部分法域还存在削弱违反勤勉义务民事责任对董事的威慑力的嫌疑,使其无法发挥督促董事勤勉履职的制度功能。此外对我国,引入这些配套的新制度也会遭遇如何融入我国既有法律体系的本土化问题。^{〔47〕}

美国早期,董事因违反注意义务而被判承担责任的案例较为罕见。截至1968年,有论者

〔43〕 See William F. Kennedy, “The Standard of Responsibility for Directors,” *The George Washington Law Review*, Vol. 52, Nos. 4-5, 1984, pp. 630-631.

〔44〕 参见美国法律研究院,见前注〔38〕,第822页。

〔45〕 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,第21页。

〔46〕 傅穹:“公司利益范式下的董事义务改革”,《中国法学》2022年第6期,第212页。

〔47〕 参见王文宇:《公司法论》(第四版),元照出版有限公司2008年版,第547—548页。

仅找到 4 则因为违反注意义务而追究董事责任的案例。^{〔48〕}截至 1983 年,另有论者发现 7 则因为违反注意义务而成功追究董事责任的案例。^{〔49〕}在这个阶段之所以董事很少因为违反注意义务而承担责任,一方面是因为商业判断规则的保护,另一方面也更重要的是,督促注意义务之履行无须通过施加法律责任的方式实现,产品市场、资本市场和管理人劳动力市场的竞争和激励性薪酬安排即可激励董事履行注意义务,而且弃置法律责任还能避免诉讼费用、保险费用、不必要的记录费用和董事决策的风险回避问题等。^{〔50〕}

进入 20 世纪 80 年代后,违反注意义务民事责任开始被激活,在一系列案件中董事因为违反注意义务而被判决承担赔偿责任,^{〔51〕}因为一系列公司丑闻事件如安然事件证明,单纯依靠声誉处罚和资本市场压力等不足以激励董事履职。^{〔52〕}最具代表性的案例是 1985 年美国特拉华州最高法院裁判的史密斯诉范·戈凯姆案(以下简称“史密斯案”)。在该案中环球公司面临收购,收购价为每股 55 美元,董事会决议同意了这一收购方案,但董事最终被认定存在重大过失、违反了注意义务因而需要承担赔偿责任,赔偿额度为公司股价公平值与 55 美元每股之间的差额总和。^{〔53〕}案件最终以调解方式结案,赔偿数额总计 2350 万美元,其中环球公司董事职员责任险承担了 1000 万美元的赔偿额,剩余 1350 万美元则由私人支付。^{〔54〕}史密斯案及系列相关案件之后,董事责任的概率和数额都不容忽视,董事职员责任保险愈发难以获取或者条款愈发苛刻,包括更低的保险金额、更高的免赔额和更广的除外责任范围等,这也最终导致大批董事离职。^{〔55〕}

为了解决董事离职问题,美国违反注意义务民事责任认定体系开始允许公司限制或免除董事违反注意义务导致的赔偿责任。以美国特拉华州为例,在史密斯案后,《特拉华州普通公司法》即引入了第 102 条(b)(7),规定公司章程可以选入董事赔偿责任限免条款,允许公司在几种特定情形之外限制或免除董事因违反注意义务而对公司担负的赔偿责任。其立法目的也是为董事提供替代保护。^{〔56〕}除了如特拉华州的选入式立法模式,美国其他州尚有强制性立

〔48〕 See Joseph W. Bishop, Jr., “Sitting Ducks and Decoy Ducks: New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers,” *The Yale Law Journal*, Vol. 77, No. 6, 1968, pp. 1099-1100.

〔49〕 See Stuart R. Cohn, “Demise of the Director’s Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions Through the Business Judgment Rule,” *Texas Law Review*, Vol. 62, No. 4, 1983, p. 591.

〔50〕 See Scott, *supra* note 42, pp. 935-937.

〔51〕 See Thomas C. Lee, “Limiting Corporate Directors’ Liability: Delaware’s Section 102(b)(7) and the Erosion of the Directors’ Duty of Care,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 136, No. 1, 1987, pp. 247-252.

〔52〕 See Lisa M. Fairfax, “Spare the Rod, Spoil the Director? Revitalizing Directors’ Fiduciary Duty Through Legal Liability,” *Houston Law Review*, Vol. 42, No. 2, 2005, p. 428.

〔53〕 See *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

〔54〕 See William T. Allen, Reinier Kraakman and Vikramaditya S. Khanna, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 6th ed., New York: Wolters Kluwer, 2021, p. 276.

〔55〕 See R. Franklin Balotti and Mark J. Gentile, “Elimination or Limitation of Director Liability for Delaware Corporations,” *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 12, No. 1, 1987, pp. 6-9.

〔56〕 *Ibid.*, p. 10.

法模式和选出式立法模式。^{〔57〕}然而,美国学界有批评观点认为董事赔偿责任限免立法导致注意义务民事责任丧失威慑力。^{〔58〕}

日本于1950年引入股东代表诉讼以强化董事责任,但由于公司信息缺乏、诉讼费用巨大和股东激励不足等原因,股东代表诉讼数量十分少,而其他主体如监事等提起的追究董事对公司责任的诉讼也由于人际关系因素而处于少缺状态。直到1993年,日本修订其商法,降低了诉讼费用,股东代表诉讼遂大量增加。^{〔59〕}整体而言,1993年之前,违反注意义务民事责任威慑力有限,1993年之后违反注意义务民事责任的威慑力开始逐渐增强。然而,威慑力也有过度的风险,特别是当董事轻微过错导致公司遭受巨额损失之时,令董事承担公司全部损失并不适宜。威慑过度将导致公司经营保守化或萎缩,于是,在2001年,日本再度修改商法,引入了责任减轻制度,允许通过股东大会决议、董事会决议和公司章程记载等方式部分免除无恶意或重大过失的董事的赔偿责任。^{〔60〕}但与美国不同的是,日本公司法的责任减轻制度考虑到了违反注意义务民事责任退化到威慑不足的风险,因此特别设置了最低责任额度要求以限制责任减免额度,最低责任额度的计算则以年薪的一定倍数为准。^{〔61〕}

勤勉义务于2005年首次进入我国《公司法》,而我国1993年《公司法》便已于第63条引入赔偿责任规范。但2005年之后的一段时间内,我国司法实践中追究违反勤勉义务民事责任的案例十分有限。楼建波等人曾搜集北京各级别法院在2005至2007年间裁判的董事、高管违信责任之诉案件,一共发现5则涉及违反勤勉义务民事责任的案件。^{〔62〕}截至2010年,罗培新等人在北大法宝数据库中搜集到违反勤勉义务诉讼案件共6起,其中原告胜诉的案件3起。^{〔63〕}周林彬等人结合北大法宝数据库搜索的结果也指出,截至2010年,董事因违反勤勉义务而被追究赔偿责任的案件基本为零。^{〔64〕}截至2010年,王军在北大法宝、上海法院网和北京法院网上检索获得违反勤勉义务民事责任相关裁判文书5份,其中被告被裁判承担责任的文书3份。^{〔65〕}总之,由于违反勤勉义务民事责任诉讼稀少,在这一阶段侵权模式的弊端并

〔57〕 See Harvey Gelb, "Director Due Care Liability: An Assessment of the New Statutes," *Temple Law Review*, Vol. 61, No. 1, 1988, p. 29.

〔58〕 See Lee, *supra* note 51, pp. 260-261.

〔59〕 参见(日)近藤光男:《最新日本公司法》(第7版),梁爽译,法律出版社2016年版,第313—314页。

〔60〕 参见(日)前田庸:《公司法入门》(第12版),王作全译,北京大学出版社2012年版,第327—334页。

〔61〕 同上注,第328—329页。

〔62〕 参见楼建波、闫辉、赵杨:“公司法中董事、监事、高管人员信义义务的法律适用研究——以北京市法院2005~2007年间的相关案例为样本的实证研究”,载王保树主编:《商事法论集》(第21卷),法律出版社2012年版,第548—551页。

〔63〕 参见罗培新、李剑、赵颖洁:“我国公司高管勤勉义务之司法裁量的实证分析”,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第3卷),法律出版社2010年版,第392—394页。

〔64〕 参见周林彬、官欣荣:“《公司法》第148条第1款‘勤勉义务’规定的司法裁判标准探析”,载王保树主编:《商事法论集》(第21卷),法律出版社2012年版,第475页。

〔65〕 参见王军:“公司经营中忠实和勤勉义务诉讼研究——以14省、直辖市的137件判决书为样本”,《北方法学》2011年第4期,第26—29页。

未得以彰显。但 2010 年以后特别是 2014 年开始,违反勤勉义务民事责任的威慑力逐渐提升,这表现在案件数量、被判承担赔偿责任的概率和赔偿额度均上升三个方面。冯曦在威科先行数据库中搜集了 2014 到 2016 年的裁判文书,共搜集到违反勤勉义务民事责任相关裁判文书 128 份,其中裁判被告承担赔偿责任的文书占比 29%。^{〔66〕} 笔者在中国裁判文书网上搜集到的 77 份裁判文书的起始年份也是 2014 年,其中有 31 份裁判文书认定被告须承担赔偿责任,且数额不菲。此时,如果依然坚持传统侵权模式,则会遭遇前文美国和日本曾经历的困境。2023 年我国《公司法》第 193 条新增董事责任保险条款,其立法目的系降低包括违反勤勉义务民事责任在内的董事责任风险。然而,参考美国董事职员责任保险的历史经验,在缺乏董事赔偿责任限免条款的前提下,《公司法》第 193 条的效果是值得怀疑的。

四、侵权模式适用的改进

在违反勤勉义务民事责任的认定上,应当对传统侵权模式予以改进,以贴合董事与公司之间特别的委任法律关系,以下分构成要件和法律效果两个角度展开。

(一) 构成要件认定的改进

1. 主观过错的认定

主观过错的认定应当与行为违反勤勉义务的认定相结合,使得主观过错的判定“客观化”。换言之,当董事行为违反勤勉义务要求之时即可认定董事存在主观过错。以客观的行为违反勤勉义务作为主观上过错的表征,其正当性在于董事与公司之间特殊的委任法律关系。具言之,在这种委任法律关系下,董事作为代理人,其勤勉义务是一种行为义务而非结果义务,这种行为义务更是带有程序性特征,因此是具体的、可由董事控制的。董事不履行勤勉义务的原因往往出自董事自身,是董事存在主观过错的表现。

2. 行为违反勤勉义务的认定

我国《公司法》第 180 条第 2 款将勤勉义务的履行标准界定为“管理者通常应有的合理注意”。然而,作为不确定法律概念的“管理者通常应有的合理注意”依然过于概括与模糊,难以直接适用,需要具体化,而具体化的主要方法就是类型化,以下区分董事勤勉义务的具体类型进行分类讨论。

在有限责任公司中,董事更多参与公司的日常运营和管理,其职责涉及决策作出、决策执行、核查催缴股东出资、依法提供财务资助、依法分配利润、依法减资和积极清算等。此种情形下,“管理者通常应有的合理注意”的判断不仅应考察行为权限是否满足法律法规、公司章程和其他公司内部文件的规定,还要求观测实际的履职过程是否符合通常合理注意的要求。

其一,行为权限的考察。我国《公司法》对公司权力的配置存在一般性规定,个别公司又会在公司章程或其他公司内部文件中对公司权力的配置进行特别设置。在公司这样一种科层性

〔66〕 参见冯曦:“我国《公司法》下董监高赔偿责任规则之检视与完善——基于 691 起司法案件的实证分析”,《财经法学》2022 年第 2 期,第 17—19 页。

组织中,依职权行事是管理者通常应有的合理注意,因此逾越权限的行为违反了通常合理注意的要求。我国《企业国有资产法》第26条即有相似规定。在李贵华案中,法院指出,依据《公司法》和公司章程的规定,涉及公司重大事务需通过董事会、监事会和注册股东代表会认可,并经全体股东大会半数以上表决同意方可实施,但是汤祥生等高级管理人员未召集召开股东会,亦未按照多数股东投票的拍卖方式处置民生市场,仅召开董事会决定同意民生市场对外转卖并成立处置小组,存在主观上的疏忽、懈怠,违反了勤勉义务。^{〔67〕}

其二,行为权限之外,还应考察实际的履职过程是否符合通常合理注意的要求。具体而言,可以参考法律法规、公司章程和公司其他内部文件设定的履职过程要求。比如《公司法》第51、163、211、226和238条将勤勉义务具体化为核查催缴义务、依法提供财务资助义务、依法分配利润义务、依法减资义务和积极清算义务等,违反这些具体义务及其行为过程要求即意味着缺乏通常应有的合理注意,从而构成对勤勉义务的违反。在吉林辉隆贸易有限公司与姚滨损害公司利益责任纠纷案(以下简称“辉隆公司案”)中,公司遭遇了合同诈骗。公司内部文件要求:公司订立合同前,各公司具体业务人员、分管业务领导必须全面了解和掌握对方的企业性质、内部股份结构、资产状况、管理及运作模式、经营规模、经营资格、诚信状况等情况,同时要对企业全部情况做到动态管理,发现不利合同履行情况的,即刻采取措施,减少对我方的影响或损失;严禁与无经营资格、信誉不佳、管理混乱的企业或个人订立经济合同。但被告姚滨未遵守上述规定,未按公司规定在订立合同前对谭泰峰是否真实获得绿谷米业的授权等进行尽职调查;在合同履行过程中,在巡库检查时没有按照基本的工作要求,查验仓储合同、核对仓单、审查货物进出库单据等基本凭证。法院因此认定被告违背了勤勉义务。^{〔68〕}在金三角面粉公司案中,法院指出,公司内部文件已就决策权限和采购程序进行规定,但被告未能证明案涉交易决策过程和合同签订符合前述权限程序和采购程序要求,因而违反了勤勉义务。^{〔69〕}

倘若法律法规、公司章程或其他公司内部文件均未就履职过程进行规定,则须结合行业惯例、公司特征和公司所从事的商业活动的特征等进行分析。一般而言,董事应对公司事务投入相当的时间和精力,依规定出席董事会等会议,在会前搜集信息和咨询相关专家,对提交上会审议的事项进行细致分析和审慎决策,在会议过程中以理性商谈的态度与其他参会者交换意见和理由。在一则案件中,法院不仅考察了公司章程规定的董事会权限范围,更对作出董事会决议的过程进行了分析,其指出了董事会决议“经过近一个月调查论证,对于公司在石棉投资建厂诸方面条件及黄磷厂建成后原材料及产品的购销业务、利润等均有一定把握”以及“董事会作出设立分公司的决议经过了考察论证”等事实。^{〔70〕}这里法院借以分析履职过程妥当性的依据即源于行业惯例、公司特征和公司所从事的商业活动的特征的一般经验。

不同于有限责任公司,在股份有限公司特别是上市公司中,董事较少直接参与公司的日常

〔67〕 参见重庆市高级人民法院民事裁定书,(2016)渝民申415号。

〔68〕 参见吉林省高级人民法院民事判决书,(2018)吉民终645号。

〔69〕 参见青海省高级人民法院民事判决书,(2019)青民终91号。

〔70〕 四川省高级人民法院民事判决书,(2016)川民终950号。

运营,其勤勉义务主要体现为督导义务或监控义务。此时,“管理者通常应有的合理注意”要求董事建立适当的公司信息收集和报告系统,及时知晓公司经营管理和风险情况,同时对公司日常经营场景下识别出的风险及时作出适度回应。这里的监控义务实际上可以进一步区分为两类:建立适当的信息报告系统的义务和对系统识别出的风险作出适当反应的义务。对这两种义务的履行情况的判断应当遵守商业判断规则,避免过度的司法介入;对建立适当的信息报告系统的义务,只需董事会基于善意的商业判断认为所建立的信息报告系统能保证适当的信息可及时进入董事会的视野即可;^[71]对系统识别出的风险作出适当反应的义务,只需董事会的信息报告系统识别出相关风险后及时作出一定的回应即可,如召开专门会议进行讨论、进一步调查和采取应对措施等,而无须回应能最终解决问题。在九州证券股份有限公司与贺年损害公司利益责任纠纷案中,九州证券公司抚顺营业部违法违规挪用客户国债资金导致公司利益受损,最高院认为,九州证券公司在发现抚顺营业部的违法违规行为后多次下达通知要求抚顺营业部整改,如果抚顺营业部依据通知整改则能避免后续的公司损失,因此被告董事长履行了其勤勉义务。^[72]在本案中,面对系统识别出的违法违规风险,即便下达整改通知这一回应并未最终避免公司损失,法院依然认为董事长履行了勤勉义务。

3. 公司损失的认定

首先,违反勤勉义务民事责任语境下,公司损失的种类主要为财产权损失,包括所有权损失、知识产权损失和合同债权损失等。这里存在一个需要特别关注的问题,即损失的终局性问题。具言之,董事违反勤勉义务导致第三人损害公司财产权,此时公司对该第三人享有某种请求权,能否认为由于请求权的存在,所以公司不存在损失?在张某国与曹某城、吕某贞与公司有关的纠纷案中,部分股东出资不实导致公司利益受损,在拒绝判决被告承担违反勤勉义务的民事责任时,法院认为公司不存在确定的损失,因为公司对出资不实的股东依然享有债权,而且“股东是否还有财产可供执行尚未彻底明确”。^[73]但有学者提出反对意见,主要理由是,公司可直接支配的现金数额减少了,而且公司对股东享有的债权能否实现依然存在不确定性,这种不确定性风险本身就是一种损害。^[74]然而,问题是,可直接支配性丧失和不确定性风险导致的损害难以衡量。事实上,应当采取执行不能标准,因为只有司法强制执行不能之后,公司债权的价值才能确定为零,从而终局性确定公司损失。

其次,违反勤勉义务民事责任语境下纯粹经济损失应获赔偿。理论上,侵权责任不保护纯粹经济损失的原因是纯粹经济损失具有不确定性、难以预见。如果要求侵权人赔偿纯粹经济损失,恐怕会导致侵权人负担过重,从而不当限制侵权人的行为自由。但是在违反勤勉义务民事责任语境下,董事与公司之间存在特别的委任法律关系,这种委任法律关系的内容涉及公司

[71] See *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A. 2d 959, 970 (Del. Ch. 1996).

[72] 参见最高人民法院民事判决书,(2016)最高法民终 265 号。

[73] 河北省高级人民法院民事裁定书,(2023)冀民申 8774 号。

[74] 参见王军:“董事对公司之赔偿责任研究”,载王保树主编:《商事法论集》(第 24 卷),法律出版社 2014 年版,第 84—85 页。

运营和管理,因此纯粹经济损失不再完全难以预见。关键性的问题是,如何衡量董事违反勤勉义务的行为在纯粹经济损失形成过程中的原因力大小。

最后,违反勤勉义务民事责任语境下维持公司程式的利益也应当予以赔偿。虽然董事违反勤勉义务并未导致公司遭受财产权损失和纯粹经济损失,但是依然可以认为公司存在维持公司程式的利益损失。维持公司程式的利益根源于董事与公司之间特殊的委任法律关系。公司对于董事勤勉履职行为本身存有利益,董事依据勤勉义务的要求履职即构成一种公司利益。事实上,仅仅由于未导致公司遭受实际的财产权损失或纯粹经济损失而不对董事违反勤勉义务的行为科以相应的民事责任并不妥当,因为违反勤勉义务的行为给公司制造了一种损失风险或可能性,如放任不管,始终可能酿成实际损失。而且,正如董事不应为正常的商业风险担责,其违法行为也不应因偶然的、商业环境的有益变化而被免于责罚。学界也有类似观点,有学者引入“隐性损失”和“潜在损失”的概念以扩展《公司法》第188条中的“损失”范围,从而施加损害赔偿責任。^{〔75〕}

以董事违反核查催缴义务导致的公司损失为例,即便股东未按期缴纳出资,公司对该股东依然享有出资债权和迟延履行期间产生的利息债权,因此不能认为公司存在财产权损失和纯粹经济损失。但是此种情形下,公司存在维持公司程式的利益损失,可以要求董事赔偿相应比例的薪酬。只有当公司就前述出资债权和利息债权申请强制执行依然无法获偿时,才能认为公司存在财产权损失和纯粹经济损失。但是董事是否应当承担出资债权和利息债权的损失依然应当经过因果关系的检验,即从事实层面证明倘若董事履行了核查催缴义务,则股东能按期缴纳股款;从法律层面证明该因果关系具有相当性。

4. 因果关系的认定

侵权模式下因果关系认定一般分事实因果关系认定和法律因果关系认定两个步骤,此分析框架也可被违反勤勉义务民事责任所继承。在美国的弗朗西斯案中,新泽西州最高法院即采此二分框架,其中事实因果关系的认定采“若非标准”,即从自然规律的角度来看,若非董事违反了勤勉义务则公司不会遭受损失,换言之,若证明,即便董事履行了勤勉义务,公司依然会遭受损失,则违反勤勉义务的行为与公司损失之间不存在事实因果关系;法律因果关系的认定则须从法律政策及社会常识和逻辑的角度考察认定违反义务的行为与公司损失之间的因果关系是否具有相当性。^{〔76〕}这种因果关系二分法也被美国法律研究院的《公司治理原则:分析与建议(下卷)》第7.18条(b)所认可。^{〔77〕}在事实因果关系认定部分须特别关注的是“勤勉义务要求何种应然董事行为”,对应然董事行为的认定的差异往往导致司法裁判分歧。在英国的莱克西控股公开股份有限公司案中,上诉法院与高等法院在因果关系认定上的分歧正源于对被告董事本应该做什么这一问题存在不同意见。^{〔78〕}

〔75〕 张红、石一峰:“上市公司董事勤勉义务的司法裁判标准”,《东方法学》2013年第1期,第121页。

〔76〕 See *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A.2d 814, 826-829 (N.J. 1981).

〔77〕 参见美国法律研究院,见前注〔38〕,第800页。

〔78〕 See *Lexi Holdings PLC (in Administration) v. Luqman and others*, [2009] EWCA Civ 117.

公司法语境下因果关系认定的特殊性在于,个体董事可能主张,由于公司采集体决议和多数决机制,故即便其勤勉履职,也无法影响公司行为以避免相应的公司财产损失。比如当公司财产损失系由董事会决议所导致时,个别董事可能主张,其在董事会决议过程中的懈怠履职行为与公司损失之间缺乏因果关系,因为其表决权占比有限、无法影响最终的公司决议从而避免公司损失。这种观点有待商榷。其一,个别董事未履行勤勉义务行为本身即会导致相应的公司损失(维持公司程式的利益损失),违法行为与此种公司损失之间存在因果关系。其二,至于因为错误的集体决策导致的公司财产权损失和纯粹经济损失的因果关系判定,只有证明,即便个别董事履行了勤勉义务要求的积极参与会议、充分收集信息、积极表达观点和理由、表示异议、辞职、举行股东会、提起诉讼和向公共部门举报等行为义务也无法影响其他理性董事的表决意向,方可说明个别董事违反勤勉义务的行为与公司财产权损失和纯粹经济损失之间不存在因果关系。

(二) 法律效果认定的改进

1. 民事责任形式的多元化

除了赔偿责任,我国《民法典》第 179 条设定了多种民事责任形式,可依据需要具体择取。其一,确认违反勤勉义务。此种民事责任形式的威慑力源于声誉规束和劳动力市场规束,虽然行为被确认违反勤勉义务不会产生直接的赔偿责任或行为责任,但判决本身会对相关董事的声誉产生负面影响并降低其在劳动力市场上的竞争力。在我国,此种民事责任形式可通过确认之诉实现。其二,继续履行勤勉义务。这属于我国《民法典》第 179 条规定的“继续履行”,在美国,则归属于禁令救济(injunctive relief)。在董事会决议场景下,勤勉义务之违反往往肇端于决策过程的失误,继续履行勤勉义务意味着董事会应当改进其决策过程,这样不仅能纠正系争纠纷中的违反行为,还能杜绝未来存在的类似违反行为。^[79] 在监控场景下,如果公司内控制度或合规制度不健全,则继续履行勤勉义务要求董事进一步完善内控制度和合规制度。其三,任职资格限制。英国《1986 年公司董事资格取消法》(Company Directors Disqualification Act 1986)第 6 条赋予法院取消不适格董事一定期间(2 到 15 年)任职资格的权力和职责。依据该条,倘若董事违反勤勉义务导致法院认定其不适宜管理公司,则法院可行使前述资格取消权力。^[80] 类似地,依据我国 2019 年《证券法》第 142 条,国务院证券监督管理机构有权责令更换因违反勤勉义务而致使证券公司存在重大违法违规行为或者重大风险的证券公司董事、监事、高级管理人员,但我国法院尚不享有类似权力。建议我国《公司法》引入类似英国《1986 年公司董事资格取消法》第 6 条的规定,如此方可实现任职资格限制民事责任在我国的适用。

2. 损害赔偿责任的厘定

司法实践中,公司财产权损失和纯粹经济损失的计算并不困难,所有权损失、知识产权损

[79] See Cohn, *supra* note 49, pp. 634-635; Christopher M. Bruner, “Good Faith, State of Mind, and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law,” *Wake Forest Law Review*, Vol. 41, No. 4, 2006, p. 1178.

[80] 参见周天舒:“论董事勤勉义务的判断标准——基于浙江省两个案例的考察”,《法学杂志》2014 年第 10 期,第 96 页。

失、合同债权损失、利息损失、交易损失和运营利润损失等均有数据可查。只是在董事虽然违反勤勉义务但是并未导致公司遭受财产权损失和纯粹经济损失的情况下,如何计算维持公司程式的利益损失的赔偿额度需要特别考虑。可以考虑以“相关董事从公司获取的年度报酬的一定比例”为依据厘定赔偿数额,比例数值的确定则取决于董事实际履职行为偏离勤勉义务要求的程度。理由是,委任法律关系下,董事薪酬与勤勉义务之间具有对价关系,因此勤勉义务之部分违反或部分不履行意味着董事应当返还相应的薪酬。^[81]有学者也指出,在董事未能妥善考虑社会责任因素而违反了勤勉义务但公司未遭受实际财产损失的情况下,可以“以董事年度薪酬的一定比例界定赔偿额度”。^[82]循此结论,在速必达希杰公司案中,法院支持酌情判决被告按公司损失(非董事违反勤勉义务行为所导致)的10%即30万元支付赔偿金的做法有待商榷。^[83]在赔偿数额的厘定上,合适的做法是以“相关董事从公司获取的年度报酬的一定比例”为基准。

公司财产权损失和纯粹经济损失的确定还应当受制于可预见性规则和损益相抵规则。美国法律研究院出版的《公司治理原则:分析和建议(下卷)》第7.18条(b)(ii)即要求损失可能性必须是处于相同职位的理性审慎人在相似情境下能够预见到的,但这种预见不限于具体损失甚至是数量级别;^[84]同时,第7.18条(c)规定,法院在厘定最终的损害赔偿额度时应当扣除公司因为同一违法行为获得的利益。传统侵权模式并不包括可预见性规则和损益相抵规则,之所以要在违反勤勉义务民事责任场景下引入这些规则,也是因为董事与公司之间存在特别的委任法律关系,以及在特别的委任法律关系下,赔偿范围跃出了财产权损失范畴而扩张到了纯粹经济损失领域。为防止过度限缩董事行为自由、平衡董事行为自由和公司利益保护二价值,因此须引入可预见性规则和损益相抵规则。当然,这些规则的具体适用还有待司法实践和学术讨论的进一步完善。

公司场景下的违反勤勉义务赔偿责任厘定还有一个特殊问题需要处理,即当涉及多个违反勤勉义务的董事之时,如何确定多个董事与公司之间以及董事内部的损害赔偿法律关系?在多个董事与公司的外部关系上,从解释论角度来看,依据我国《民法典》第178条第3款,连带责任必须由法律规定或者当事人约定,因此应当采按份责任;但从立法论角度而言,宜采连带责任,即在与公司的外部关系上,任一董事均得依公司请求承担部分或全部赔偿责任,因为连带责任符合公司董事会集体决策、共同履职的机制属性,同时连带责任这一加重的责任形式能督促董事勤勉履职。在多个违法董事内部,须依据原因力大小、违反勤勉义务的程度等因素厘定各董事的赔偿责任比例,同时在外部关系中超出应然比例承担赔偿责任的董事得向其他董事追偿。在辉隆公司案中,法院指出,导致辉隆贸易公司损失的主要责任人为姚滨,但公司其他人员履行职务时也存在未尽审慎注意义务的情形,因此酌定姚滨承担公司损失的10%。^[85]这

[81] See John C. Coffee, Jr., “Litigation and Corporate Governance: An Essay on Steering Between Scylla and Charybdis,” *The George Washington Law Review*, Vol. 52, Nos. 4-5, 1984, p. 823.

[82] 吴维錠:“公司法上社会责任条款司法化的逻辑与再塑”,《法学研究》2024年第3期,第128页。

[83] 参见广东省高级人民法院民事裁定书,(2019)粤民申7740号。

[84] 参见美国法律研究院,见前注[38],第795—796页。

[85] 参见吉林省高级人民法院民事判决书,(2018)吉民终645号。

实际上就是一种违法董事内部的责任划分。

3. 违反勤勉义务民事责任与其他责任的关系

一方面,违反勤勉义务民事责任可能与违反忠实义务民事责任和侵权责任构成竞合关系。当董事通过关联交易、同业竞争、篡夺公司机会等方式损害公司利益之时,其可能同时构成对勤勉义务的违反和对忠实义务的违反;当董事基于重大过失乃至故意的主观状态对公司疏于管理导致公司设备损毁、灭失之时,其在面临违反勤勉义务民事责任之时还将承担侵权责任。在处理违反勤勉义务民事责任与违反忠实义务民事责任和侵权责任之间的竞合关系之时应当细致区分排他性竞合和累积性竞合两类情形。^{〔86〕}对于损害赔偿而言,违反勤勉义务的责任与违反忠实义务的责任和侵权责任构成排他性竞合关系,只能择一适用,否则构成重复赔偿,对董事并不公平。

另一方面,除了民事责任,董事违反勤勉义务是否会引致行政责任和刑事责任?我国有学者提出可以引入行政处罚。^{〔87〕}从增加威慑从而实现社会整体福利最大化的角度来看,引入行政责任和刑事责任具有正当性。不同的责任形式在威慑力意义上是可以相互通约的,而与责任属性是行政的、刑事的抑或民事的无关。^{〔88〕}单纯依靠民事责任无法实现对履行勤勉义务的“最优威慑”(optimal deterrence)。^{〔89〕}换言之,如果单纯依靠民事责任,董事违反勤勉义务行为产生的社会收益(体现为董事违法收益)将会小于所产生的社会成本(体现为公司损失),从而在整体上减损社会福利。而民事责任之威慑之不足主要源于违反行为被发现的概率有限。^{〔90〕}这是民事责任作为私人执法机制所固有的缺陷,表现为私人执法激励和私人执法能力不足两方面。前者具体体现为董事代表公司追究自我责任和股东提起派生诉讼的激励性困境,后者体现为民事诉讼中私人搜集证据能力的相对局限。总之,行政责任和刑事责任的厘定应当以填补民事责任威慑之不足以实现最优威慑为准绳,同时应当坚持民事责任的优位性。

五、结 论

董事与公司之间存在特别的委任法律关系,这使得董事与公司之间的法律关系不再是社会中普通主体之间的法律关系,因此在适用侵权模式时也须对侵权模式进行相应的改造以体现这种特殊性。在构成要件端,主观过错的认定应当融入行为违反勤勉义务的认定中;违反勤

〔86〕 参见(德)罗尔夫·旺克:《法律解释》(第6版),蒋毅、季红明译,北京大学出版社2020年版,第163页。

〔87〕 参见叶林:“功能主义视野下的董事勤勉义务”,《环球法律评论》2024年第1期,第72页。

〔88〕 参见邓峰:“竞合法律规范与重复制裁——问题框架”,载苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集编辑委员会主编:《法学的想象(第三卷):跨域教义——苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集》,元照出版有限公司2022年版,第17页。

〔89〕 最优威慑指使得社会福利最大化的威慑类型,其实现路径则为“负外部性内部化”。最优威慑的对立概念是完全威慑。See Keith N. Hylton, “Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties,” *The Georgetown Law Journal*, Vol. 87, No. 2, 1998, p. 421.

〔90〕 参见(美)罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》(第六版),史晋川、董雪兵等译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2012年版,第456页。

勤勉义务的认定,应当依据“管理者通常应有的合理注意”结合董事勤勉义务的具体类型进行分类讨论;公司损失包括财产权损失(所有权损失、知识产权损失和合同债权损失等)、纯粹经济损失(利息损失、交易损失和运营利润损失等)和维持公司程式的利益损失等;因果关系的认定分事实因果关系和法律因果关系两个方面展开,而集体决议机制不能作为因果关系不成立的理由。在法律效果端,违反勤勉义务民事责任的形式不局限于赔偿责任,而可扩张至确认违反勤勉义务、继续履行勤勉义务和限制任职资格等责任形式;赔偿责任的具体计算应区分情况进行,在董事虽然违反勤勉义务但是并未导致公司遭受财产权损失和纯粹经济损失情形下可以以“相关董事从公司获取的年度报酬的一定比例”为依据厘定赔偿数额,而在存在财产权损失和纯粹经济损失情形下赔偿数额的厘定还应当受制于可预见性规则和损益相抵规则;违反勤勉义务民事责任可能与违反忠实义务民事责任和侵权责任构成竞合关系。对于损害赔偿而言,违反勤勉义务的责任与违反忠实义务的责任和侵权责任构成排他性竞合关系,只能择一适用;行政责任和刑事责任的厘定应当以填补民事责任威慑之不足以实现最优威慑为准绳,同时应当坚持民事责任的优位性。

Abstract: In determining civil liability for breaches of the duty of diligence, the dominant view in Chinese academia follows a tort-based approach. However, Chinese judicial practice has not strictly followed this model and exhibits certain unique characteristics. These characteristics include the absence of an independent discussion on subjective fault, the recognition of company losses beyond mere losses of property rights and a results-oriented approach in determining the constitutive elements of liability. The root of these particularities in judicial practice lies in the special mandate-based legal relationship between directors and the company. Therefore, improving the traditional tort-based model requires consideration of this mandate relationship. Regarding the constitutive elements, the determination of subjective fault should be integrated into the assessment of whether the director has violated the duty of diligence. The identification of such a violation should be classified according to the specific type of duty of diligence owed by the director. Company losses should include not only losses of property rights but also pure economic losses and losses related to maintaining corporate procedural integrity. In assessing causation, special attention must be given to the impact of collective decision-making mechanisms. As for the legal consequences, civil liability should not be limited to damages compensation. The specific determination of damages must pay special attention to the quantification of losses related to maintaining corporate procedural integrity, the introduction of the foreseeability rule and the rule of offsetting benefits against losses, as well as the legal relationships among multiple directors who have breached their duty of diligence and between such directors and the company.

Key Words: Fiduciary Duty; Liability for Breach of Fiduciary Duty; Duty of Diligence; Corporate Interests; Duty of Care

(责任编辑:邓 峰)