

# 公司违法时董事对公司的赔偿责任探析

刘惠明

(河海大学 法学院,江苏 南京 210098)

**摘要** 董事有“使公司守法经营的义务”,因此,在公司违法时,即使董事没有直接违反以其作为义务相对人的法律、行政法规,也应按照公司法第150条的规定对公司的损失承担赔偿责任。董事在执行公司职务时,不仅要遵守以董事作为直接义务相对人的法律、行政法规,而且还应遵守以公司作为义务相对人的法律、行政法规以及相关外国法律。董事守法义务是董事善管注意义务的内容之一。在追究董事违法责任时,应慎用损益相抵规则。

**关键词** :公司违法,董事责任,董事违法责任,董事守法义务

中图分类号 :D923.8

文献标识码 :A

文章编号 :1671-4970(2010)04-0057-04

在我国,公司的违法行为是个屡禁不止的现象,严重的如三鹿奶粉的三聚氰胺事件、陕西省凤翔县东岭集团冶炼公司的铅中毒事件,常见的如偷税漏税、环境污染、披露虚假信息、侵害知识产权、不正当竞争、走私逃汇等。公司因为违法甚至犯罪行为而受到行政乃至刑事处罚,从而遭受损失,其董事也有可能被作为主管人员或直接责任人员而受到行政乃至刑事处罚。在这种情形下,公司的董事要对公司所受的损失负赔偿责任吗?答案似乎是肯定的,因为《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第150条规定:“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任”。然而,《公司法》第150条中的违法违章主体是董事等个人,而公司违法时的违法主体是公司而非董事等个人,因此,在公司违法时,如果董事等个人没有直接违反以其作为义务相对人的法律、行政法规,似乎董事等无须承担对公司的赔偿责任。但是,这样的结论是正确的吗?在公司违法时,董事对公司究竟应否承担赔偿责任?如应承担,其法理依据何在?公司可能因为实施违法行为而获得了利益,甚至违法行为本身的开支成本及因此所受处罚导致的经济损失小于所获取的利益,在此情形下,董事还需要对公司承担赔

偿责任吗?对这些问题有深入探讨的必要。

本文中,为行文方便,将公司违法情形下的董事对公司的赔偿责任简称为“董事违法责任”,将作为该责任基础的董事义务称之为“董事守法义务”。

关于董事违法责任的研究,除了对国外相关判例的介绍及评析之外<sup>[1-2]</sup>,笔者没有检索到我国学者对董事违法责任进行专门探讨的文献。关于董事违法责任的案例,笔者也只检索到零星的几个案例,而且被称之为“新型案件”<sup>①</sup>,其中,2005年公司法修改以前的案件,未被法院受理。

## 一、董事违法责任的基础—— 董事使公司守法经营的义务

笔者认为,在公司违法时,即使董事没有直接违反以其作为义务相对人的法律、行政法规或章程,也应对公司的损失承担赔偿责任。该责任的基础在于“董事有‘使公司守法或不违法经营的义务’”。

1. 董事承担守法义务是公司合法化、正当化经营的必然要求

公司作为被赋予法律人格的法人组织,与自然人一样,应遵守以公司作为义务相对人的所有法律规定,合法经营,正当经营,这是不言自明的道理,也是我国《公司法》第6条的明文要求。要达到这一目

收稿日期 2010-07-10

作者简介 刘惠明(1964—),男,江苏靖江人,副教授,博士研究生,从事民商法学、环境法学研究。

① 笔者检索到的相关案例如下(1)李孝忠等诉金荣中等公司董事、监事、高管人员损害公司利益赔偿纠纷返还公司财物案,见“怀效锋.中国最新公司法典型案例评析[M].北京:法律出版社,2007:312.该案的结果是原告胜诉。(2)公司诉本公司原董事长因偷税等行为损害公司权益赔偿纠纷案”,见“如皋法院审结一新型案件[DB/OL].[2009-12-22].http://www.jsfy.gov.cn/cps/site/jsfy/index\_content\_a2007052124563.htm.该案是以原告撤诉结案。(3)2003年4月三九医药股东诉董事长占有公司资金及披露虚假信息致公司被处罚对公司赔偿纠纷案,法院没有受理,见“赵继明,吴高臣.中国律师办案全程实录:股东代表诉讼[M].北京:法律出版社,2007:7.

的,就必然要求控制公司营运的董事应保证公司营运的正当化、合法化,维护正常的市场秩序。即使是为了公司的利益,也不能使公司违反法律、不当经营,否则就应承担法律责任。

2. 董事与公司之间的委任关系也决定了董事应承担守法义务

董事与公司的关系一般被认为是委任关系。按照委任关系的一般要求,受托人应以善良管理人的注意来处理受托事务。董事作为公司经营上的受托人,应当尽到善良管理人的注意义务,牢记公司应守法经营的宗旨,使公司在法律允许的范围内开展经营活动。正如日本最高法院2000年7月7日在野村证券股东诉该公司董事损失弥补一案的判词中所述:“公司理所当然应遵守法律,而董事是决定公司的业务执行并实际执行公司事务的人,为了不使公司违反法律,董事在履行职务时应遵守以公司作为义务相对人的法律规定,这也属于董事对公司应尽的职务上的义务。因此,在董事违反该义务,而实施了使公司违反了其作为义务相对人应遵守的法律规定的行为时”,应解释为董事实施了违法行为而应承担损害赔偿责任<sup>[3]</sup>。因此,要达到公司守法经营的目的,就必须要让董事承担“使公司守法经营的义务”,董事违反了该义务,就应认定董事未尽善管注意义务<sup>①</sup>。董事的“使公司守法经营的义务”是善管注意义务的一部分。

3. 公司意志的形成机制也决定了董事应承担守法义务

从公司意志的形成机制来看,公司作为一个由自然人组成的组织体,其本身并不自然产生意志,而必须借助于公司的机关来形成意志。公司的各种行为实际上是通过作为公司机关的董事等来实施的,董事等在执行职务的过程中的意志、决定、决策表现为公司意志,因此,公司的违法行为与董事密切相关,董事对公司违法行为所致的损失负责实际上是对自己的行为负责。董事是以其独立的人格来执行公司职务的,应该能明确地认识和判断自己行为的内容、性质和法律后果,作为公司的意思决定机关,其本身应承担“使公司守法的义务”,也即,董事有义务正确地组织、领导公司的经营活动,保证公司在法律、法规及章程的范围内活动<sup>[4]</sup>。但如果董事违反该义务,竟然选择了让公司实施违法行为,并由此造成公司损失,就应当对自己的行为负责。

也许有人会担忧,因公司违法,董事本人在可能受到行政或刑事处罚的同时,还要再承担对公司的赔偿责任,这是否太过苛刻?还有人担忧,对公司判处的罚金刑罚具有不可替代性和转移性,如果公司可以追究董事的赔偿责任,对公司的刑罚就失去法律制裁的实际意义<sup>②</sup>。确实,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第31条规定了单位犯罪的双罚制,即对单位犯罪,除了对单位处以罚金外,还对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。对公司的某些行政违法行为,相关的法律、法规或规章也规定了行政处罚的双罚制<sup>③</sup>。笔者认为,这些担忧是不必要的。首先,为确保公司能守法正当经营,关键是要树立董事使公司守法经营意识,让董事受相应刑事或行政处罚的同时再承担赔偿责任,有利于树立这种意识。其次,通过这样的安排,可以起到削弱董事通过公司再次实施违法行为,再次危害社会的能力。况且,董事是否实际向公司承担赔偿责任,还受到其他因素的影响。再次,在财产刑事责任、行政处罚责任与民事赔偿责任承担的先后次序上,《刑法》第36条第2款、《侵权责任法》第4条、《公司法》215条的规定确立或体现了“民事赔偿责任优先”的原则,让董事在承担行政或刑事责任的同时承担对公司的赔偿责任不应认为是苛求。

## 二、董事守法义务中的“法律法规”的范围

《公司法》150条似乎是148条<sup>④</sup>的对应性规定,然而《公司法》148条是以董事作为义务相对人的法律条文,其规定的董事守法义务的法律规范范围应是以董事作为义务相对人的法律规定。但是《公司法》150条所述的“法律行政法规”是否仅是诸如公司法148条、149条等以董事作为义务相对人的法律规定?在这些法律规定之外,散见在各个法律、行政法规之中的以公司作为义务相对人的大量的法律及行政法规的有关规定,是否应被包含在《公司法》150条的所谓“法律、行政法规”之中呢?此外,在有些场合,外国的法律是否也被包含在《公司法》150条的所谓“法律、行政法规”之中呢?

日本法律中也有类似于我国《公司法》150条的规定,根据原《日本商法》266条1款5项的规定(该条款已经被统合到了《日本公司法》第423条第1款中)<sup>[5]</sup>,董事违反法令或章程而给公司造成损害时,应负损害赔偿。但是,对该条所述的“法令”的范围和含

① 《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)148条第1款称之为“勤勉义务”。

② 如皋法院审结一新型案件[DB/OL].[2009-12-22].[http://www.jsfy.gov.cn/cps/site/jsfy/index\\_content\\_a2007052124563.htm](http://www.jsfy.gov.cn/cps/site/jsfy/index_content_a2007052124563.htm).

③ 如《会计法》第42条、《水污染防治法》第83条、《证券法》第189条~194条、196条~198条、202条~205条、208条、209条等、《土地管理法》第73条、76条等。

④ 《公司法》第148条规定:“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和善管注意义务。”

义,日本的学术界和司法实务上的意见却并不统一。在上述的野村证券股东诉该公司董事损失弥补一案出现之前,日本法学界及司法实务界对该问题并未给予足够的重视。一般仅仅停留在对下列问题的讨论,即《日本商法》266条1款5项所述的“法令”是否仅仅是指诸如竞业禁止、利益冲突交易的限制、禁止行贿的刑法条款等这些具体规定,还是也包括规定董事一般性义务即善管注意义务、忠实义务的法律规定<sup>[67]</sup>?

野村证券股东诉该公司董事损失弥补一案一审判决后,学术界及司法实务界对商法266条1款5项所述的“法令”应包含竞业禁止等具体规定,也包含有关善管注意义务、忠实义务等一般性规定已无异议。但是对除这些法律规定以外还有哪些法律包含在该“法令”之中这一问题却有分歧。

在学术界,有两种观点:一种是所谓的“非限定说”,即认为对《日本商法》266条1款5项所述的“法令”的范围不应作特别的限定<sup>[8]</sup>,该说是通说;另一种是所谓的“限定说”,即认为,这儿所述的“法令”应是“意图保护公司及股东利益的有关规定”、“有关公共秩序的规定”或者是“有关直接或间接确保公司健全性的规定”<sup>[9]</sup>,而不是指所有的法律规定。

文献3的日本最高法院2000年7月7日的判决中则采用了“非限定说”。最高法院认为:商法266条1款5项所述的法令,不仅包括直接以董事为义务相对人的法律规定,还包括以公司为义务相对人的、公司在业务活动中应遵守的相关的所有法律规定。因此,日本最高法院实际上是将原《日本商法》266条1款5项所述的法令,也即董事在履行职务时应遵守的法令分为两部分:一部分是直接以董事为义务相对人的法律规定;另一部分是以公司为义务相对人的法律规定。因此,董事虽然不是“对公司规定”的义务相对人,但其履行职务时如违反了以公司为义务相对人的法律规定的,仍然要对公司承担赔偿责任。

日本最高法院的这一判断对我国是有借鉴意义的。董事在已经认识或应该认识到某种行为是违法的情况下仍让公司实施该违法行为,即使是为公司谋取利益,甚至于已为公司谋得了利益,对董事的这些行为也绝对不能容忍,在对公司的关系上,仍应认定董事违反了应尽义务而需承担赔偿责任。

如前所述,董事有“使公司守法经营的义务”,其作为公司的意思决定机关和公司受托人,在执行职务时,公司应遵守的法律法规就成了董事本身应遵守的法律法规。因此,为确保公司守法经营,杜绝以公司名义的违法经营活动,应当确定:董事在执行公司职务时,不仅要遵守以董事作为直接义务相对人的法律、行政法规,而且还应遵守以公司作为义务相对人的法律、行政法规。

### 三、董事违法责任下的注意义务的内容与经营判断原则

如前所述,董事守法义务是董事善管注意义务的内容之一,而董事善管注意义务基本含义是指一个合理、谨慎的人在相似情形下所应表现的谨慎、勤勉和技能履行其职责。衡量董事是否尽到了注意义务,应以普通谨慎的董事在同类公司、同类职务、同类相关情形中所应具有的关注、知识和经验程度作为标准<sup>[10]</sup>。同样,也应以相同的标准来判断董事是否已尽到了守法义务、是否应承担董事违法责任。具体而言,在使公司守法的问题上,笔者认为,董事应尽到下列注意义务:

#### 1. 具备必要的法律常识和知识

以公司为义务相对人的法律、行政法规多种多样,数量繁多,恐怕连法律专家也只能熟悉其中一二,当然更不能要求董事全部知晓、精通。但是,作为主管公司经营活动的董事,对公司经营方面的法律常识及对所在行业的专门法律知识应有基本的了解。一个法律常识低下的人不会是个称职的董事,不能被认为具有从事董事工作的基本技能。

#### 2. 必要时应请教法律专家

董事在执行职务的过程中,如遇到疑难复杂的问题,或者在作出一项重大决策时,应当征求诸如顾问律师、法务部人员或其他法律专家的意见,听取法律专家的解释和说明。有些董事可能有较为丰富的法律知识和经验,有的可能本身就是学法律出身,但是在法律部门众多,法规数量庞大的今天,就某些较为专业的法律问题,仍然有请教法律专家的必要,而不能刚愎自用,过于自信。

#### 3. 必要时应向有关政府部门咨询

我国的法律法规数量众多,堪称健全,但是不乏粗疏、矛盾之处,其解释也往往因人而异。董事在执行职务的过程中,如遇到疑惑不清的问题,特别是有关行政管理方面的问题,应当及时向有关政府部门咨询,听取政府工作人员的解释与建议。

与董事注意义务密切相关的是所谓的经营判断原则。经营判断原则是指:如果董事在善意且充分了解相关信息的情况下,为公司最大利益而作出了商业决策,即使事后看来这一决策是有失误的或给公司带来了损害,法院也对作出决策的董事给予免责,而不予追究其责任<sup>[11]</sup>。笔者认为,经营判断原则赋予了董事在合理范围的经营裁量权,也即:董事在履行职务、作出经营决策时,除非有故意或重大过失,即使其经营判断给公司带来损害,也应尊重董事的经营裁量权,董事不对该损害负赔偿责任。以此来防止不适当地限制董事的经营裁量权,打击其经营上的积极性,也以此来防止法院事后对公司经营业务的不

当介入。因此,在董事是否应对公司承担责任的问题上,注意义务是对董事课以义务,而经营判断原则则是赋予董事权利,从不同侧面作了规定。

在董事是否应对公司承担违法责任的问题上,也应尊重董事的经营裁量权,只要董事证明自己尽到了上述的注意义务,即使公司有违法行为并遭受了损失,董事也无须对公司承担赔偿责任。有些学者在研究经营判断原则时,更多的是着眼于责任推定以及重新分配举证责任的机能,也有学者指出:怠于履行注意义务的举证责任,由追究该董事责任的一方承担,执行职务时没有违反注意义务的举证责任则由董事承担。所导致的结果是双方在举证责任内容上可能存在重复,而非将举证责任在双方当事人之间转换<sup>[12]</sup>。但是,要证明某个事实不存在比证明某个事实存在的难度要大得多,所以,经营判断原则在追究董事违法责任时的举证责任分配上是有一定意义的。

#### 四、追究董事违法责任时的损益相抵

董事在执行职务时是公司实施了违法行为,但该行行为虽然给公司造成了损害,同时客观上又给公司带来了利益,甚至违法行为本身的开支成本及因此所受处罚导致的经济损失小于所获取的利益,在此情形下,董事还需要对公司承担赔偿责任吗?能否实行损益相抵?

日本法律在追究债务人因债务不履行而承担的损害赔偿时,如债务不履行给债权人造成损害的同时又给债权人带来利益的话,应将该利益从赔偿额中扣除<sup>[13]</sup>。在适用损益相抵原则时,日本的司法实务上要求:①损失和利益必须是同时、基于同一原因、相同性质的,才能进行相抵<sup>[14]</sup>。②得到利益的举证责任由被告方承担。③近期的一些判例同时要求违法行为与利益之间要有相当因果关系。比如在一起因行贿而取得建筑工程承包的案件中<sup>[15]</sup>,法院认定行贿支出即为公司的损失,又认定承包工程得到的利益是因为施工得到的,且并非是为了弥补行贿支出的损失。也即行贿与受益之间并无法律上的相当因果关系,从而否认了可以进行损益相抵。④公司因违法行为而受到的行政处罚、刑事制裁、诉讼费等其他支出当然应被认定为公司的损害。因此,在日本,主张损益相抵而减轻董事责任的场合是相当有限的。

在我国,所谓损益相抵,亦称损益同销,是指赔偿权利人基于发生损害的同一原因而获得利益时,应将所受利益从所受损害中扣除,以确定损害赔偿范围<sup>[16]</sup>。我国没有损益相抵的明文法律规定,但学界及司法实务上一般都认为,基于诚实信用原则和公平原则,应承认损益相抵规则。在损益相抵规则的适用上,就损害事实与所得利益间的关系,我国台

湾学者也总结过有所谓损益同源说、相当因果关系说及法规意旨说。损益同源说认为损益相抵以损害与利益须由同一事故发生为必要,相当因果关系说认为所有与损害事件有相当因果关系之利益均得与损害相抵,法规意旨说认为第三人给付应以法规目的或第三人给付之目的判断是否可损益相抵。台湾地区的实务上采损益同源说<sup>[17]</sup>。

从确保公司守法经营、杜绝违法经营的原则来看,在追究董事违法责任时,对损益相抵应持慎重的态度。应参照日本及我国台湾地区的做法,要求:①能够进行相抵的损失和利益必须是基于同一原因、同时发生且性质相同,公司因违法得到的非法利益是不正当的利益,不宜直接认定为公司的收益;②对违法行为和利益之间的因果关系应作严格的解释;③公司的违法支出、行为能力受限所导致的生产经营损失、公司因违法行为所受的处罚支出及带来的名誉、信誉损害应视为公司的损害。此外,我国的有关法律一般都规定,因违法而得到的非法所得应以追缴或没收,因此,因实施违法行为使公司最终得到利益的情形应该是不多的。

#### 参考文献:

- [1] 马光太. 董事责任研究[M]. 北京:法律出版社,2009:153.
- [2] 刘惠明. 违法行为与董事责任[J]. 判解研究,2003(1):140.
- [3] 日本最高法院2000年7月7日第一小法庭判决书[G]. 最高法院民事判例集54卷6号:1767.
- [4] 施国庆,张晓晨. 企业社会责任标准实施现状与我国的应对措施[J]. 河海大学学报:哲学社会科学版,2008,10(6):60-63.
- [5] 吴健斌,刘惠明,李涛. 日本公司法典[M]. 北京:中国法制出版社,2006:209.
- [6] 日本最高法院1972年4月25日第三小法庭判决书[J]. 判例时报670号:45.
- [7] 河本一郎. 现代会社法[M]. 新订第八版. 东京:商事法务研究会,1999:411.
- [8] 田中诚二. 全订会社法详论:上卷[M]. 东京:有斐阁,2003:676.
- [9] 森本滋. 会社法[M]. 第2版. 东京:弘文堂,1995:253.
- [10] 范健,王建文. 公司法[M]. 北京:法律出版社,2008:388.
- [11] 赵旭东. 公司法[M]. 北京:高等教育出版社,2006:414.
- [12] 蔡元庆. 经营判断原则在日本的实践及对我国的启示[J]. 现代法学,2006(3):182-193.
- [13] 内田贵. 民法Ⅲ(债权总论、担保物权)[M]. 东京:东京大学出版会,1996:160.
- [14] 日本最高法院1993年3月24日判决书[G]. 最高法院民事判例集47卷4号:3039.
- [15] 东京地方法院1994年12月12日判决书[J]. 判例时报,1518:3.
- [16] 杨立新. 侵权法论[M]. 北京:人民法院出版社,2005:669.
- [17] 曾世雄. 损害赔偿法原理[M]. 台北:三民书局,1988:195.