

[专论]

董事的注意义务研究 张民安

新《公司法》：价值取向与调整功能的制度设计 郭富青

法人董事理论与立法选择 林承铎 吴涛

[重大事件分析]

股权分置改革零距离 任浩 雷亮

2005年第4辑 (总第4辑)

公司法评论

赵旭东 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所 主办

人民法院出版社

[法治杂谈]

公司法中的“公”与“私”——漫谈新《公司法》中的国家、公众与公司 孔令政

[案例评析]

有限责任公司股东会能否通过公司章程限缩自身的职权并授权董事会行使？ 施迎华

[法官·律师论坛]

公司法的修订与股权强制执行 唐学兵

[境外公司法]

日本法上关于公司设立的若干细节问题——结合最新日本公司法修正案 陈国奇

[公司法史话]

中国公司法百年 文岩

[高峰对话]

独立董事三人谈 嘉宾：江平 王卫国 赵旭东

[名家演讲实录]

公司法的制度困惑 主讲人：王卫国



Review On Corporation Law

2005年第4辑 (总第4辑)

公司法评论

赵旭东 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所 主办

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法评论 .2005 年 .第 4 辑:总第 4 辑/赵旭东主编.
北京: 人民法院出版社, 2006.4
ISBN 7-80217-270-5

I. 公… II. 赵… III. 公司法-研究-中国
IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 032935 号

公司法评论 2005 年第 4 辑 (总第 4 辑)

赵旭东 主编

责任编辑 林志农 沈莹
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250563 85250575 (责任编辑)
85250516 (出版部) 85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 235 千字
印 张 13.5
版 次 2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-270-5
定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

编辑委员会

编委会主任 江 平

编 委 员 (以姓氏笔划为序)

王家福 王保树 王利明

王卫国 邓荣霖 石少侠

江 平 吴志攀 赵旭东

奚晓明 黄松有

主 编 赵旭东

执行编辑 李建伟 林志农

编辑办公室 沈 莹 张维炜 王林清

吴伟央 金海平 赵文岩

赵 亮 韦姣娇 张 娟

目 录

[公司法评论]

[专 论]

- 1 董事的注意义务研究 / 张民安
- 16 新《公司法》：价值取向与调整功能的制度设计 / 郭富青
- 26 法人董事理论与立法选择 /
林承铎 吴涛

[重大事件分析]

- 35 股权分置改革零距离

[法治杂谈]

- 57 公司法中的“公”与“私”
——漫谈新《公司法》中的国家、公众
与公司 / 孔令政

[案例评析]

- 64 有限责任公司股东会能否通过公司章程
限缩自身的职权并授权董事会行使? /
施迎华
- 70 有限责任公司人合性的神化
——兼评北京新奥特集团诉华融公司股
权转让合同纠纷案 / 尚晨光

[法官·律师论坛]

- 79 公司法的修订与股权强制执行 /
唐学兵
- 88 影响我国有限责任公司股权转让合同效
力的因素及观点综述 / 孙瑞玺
- 97 试论新《证券法》中的民事责任制度 /

武长海

[境外公司法]

- 106 日本法上关于公司设立的若干细节问题
——结合最新日本公司法修正案 /

陈国奇

[公司法史话]

- 119 中国公司法百年 / 文岩
135 官利制度略考
——近代中国公司资本制度之怪现象 /

元蕾

[高峰对话]

- 145 独立董事三人谈 /

嘉宾：江平 王卫国 赵旭东

[名家演讲实录]

- 155 公司法的制度困惑 / 主讲人：王卫国

[公司法人物]

- 175 在实践与理论的契合中追求裁判卓越
——吴庆宝法官访谈录 /

钟华友 温慧卿

[研究动态]

- 184 2005 年公司法研究综述 /

王艳华 杜瑶 过琳 吴冬

- 202 2005 年公司法理论研究大事记

[编后语]

209

[专论]

董事的注意义务研究

张民安

所谓注意义务,是指公司董事在管理公司事务和处理公司业务时,要采取合理的措施,防止公司利益遭受损失。同董事承担的忠实义务相比,董事承担的注意义务是一种较轻的义务,此种义务有时被认为是对公司承担的受托义务。因而,在关于董事对公司承担的注意程度和履行标准方面,尤其是在一个涉及到有报酬的董事场合,英美判例法有时也规定了较高的义务履行标准。^①但是,此种判例原则显然同人们关于董事地位的看法相悖。因为,在董事的注意义务方面,人们认为,董事并不是一般意义上的受托人,他们对公司并不承担严格的义务,他们不过是公司的代理人,对公司承担较轻的义务。在现代社会,英美代理法规定了两类性质不同的代理人,并对他们科以不同程度的注意义务:从事特定贸易业的代理人和其他的代理人。前一类代理人承担的勤勉义务和技能运用义务必须达到那些从事该种贸易活动时一个有能力的、认真的人所能够达到的程度;而后一类代理人承担的义务仅仅达到人们所预料的一个有理性的人在具体情况下所能达到的标准。^②董事在行为时究竟是要达到前一类代理人达到的行为标准还是仅仅达到后一类型代理人所应当达到的标准?学者之间存在争议。有人认为,董事尤其是有报酬

* 中山大学法学院教授、法学博士。

① National Trustees Co. of Australasia v. General Finance Co. of Australasia (1905) A.C. 373p.c.

② L.C.B.Gower: Principles of Modern company Law, (4th ed) London Stevens & Sons, 1979, p603.

的董事,应像从事特定贸易业的人那样承担注意义务;也有人认为,董事职位之取得通常是以董事占公司较大份额为条件而不是以董事具备商事方面的智慧和才干为条件,因而他们在行为时只要尽到后一种代理人能够尽到的注意义务即可,无须承担更高的注意义务。目前,后一种观点是英美法的流行观点。在我国,公司法没有对公司董事承担的注意义务问题作出说明,学说也没有讨论公司董事承担的注意义务的问题,因此,有关公司董事的注意义务的问题仍然是一个新的问题,有待学说和司法判例去探讨。本文借鉴英美法系国家的经验,对公司董事的注意义务作出说明。

二、公司董事承担的注意义务的表现形式

新《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勤勉义务。其中,勤勉义务被众多的学者认为是指注意义务,实际上,勤勉义务仅仅是董事注意义务的一种表现形式,而不是注意义务的全部内容。我国 2005 年《公司法》没有使用注意义务这样的概念是立法的漏洞,应当将 2005 年《公司法》第 148 条中的“勤勉义务”改成“注意义务”。总的说来,董事的注意义务主要包括:

(一) 董事有遵守公司法和其它制定法规定的注意义务

董事作为公司的管理人,在管理公司事务和执行公司业务过程中,负有遵守公司法和其它制定法规定的义务,不得违反公司法和其它制定法的规定,否则,对公司因此而遭受的损害应当承担赔偿责任。我国 2005 年《公司法》第 150 条规定:董事、监事、高级管理人员执行职务时违反法律、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。董事违反法律并因此而导致公司损害的情形多种多样,诸如董事代表公司实施了侵权行为,损害了他人的利益,公司就此损害对他人承担赔偿责任后,董事即应对公司的损害承担赔偿责任;董事违反《公司法》或其他制定法的规定,导致国家机关对公司处以罚款或罚金,当公司承担此类责任以后即有权要求董事对公司的损害承担赔偿责任。

(二) 董事负有遵守公司章程规定的注意义务

公司章程作为公司最为重要的文件,对公司董事具有约束力,董事在管理公司事务和执行公司业务时负有遵守公司章程规定的义务,不得违反公司

章程的规定,否则,即应对公司承担法律责任。新《公司法》第 11 条规定:设立公司必须依法制定公司章程,公司章程对公司董事具有约束力。公司董事违反公司章程的规定同第三人从事交易行为,该交易行为仍然有效,公司不得借口董事的行为违反公司章程和构成越权拒绝对第三人承担责任,因为,在现代社会,一般国家的公司法已经废除了公司章程的推定通知制度,公司章程仅仅被看做公司股东、董事、监事和股东之间的一种内部契约,公司董事违反公司章程从事越权行为,实际上是违反公司内部契约的一种行为,应当对公司的损失承担责任。

(三) 董事负有在自己权限范围内行为的注意义务

董事被看做是公司的代理人,在代表公司对外从事活动时负有遵守公司法、公司章程和公司股东(大)会决议的义务,只能在公司法、公司章程和股东(大)会所授予的权限范围内活动,不得超出这些权限范围从事代理活动,否则,对公司因此而遭受的损害承担赔偿责任。^①董事负有在自己的权限范围内行为的义务同董事所享有的不受限制的代理权并不矛盾。因为前者是公司内部之间本人和代理人之间的关系,后者则是代理人与第三人之间的关系。就第三人而言,公司董事的代理权限是不受限制的,除非第三人知道公司董事的权利限制,否则公司董事超越代理权的行为对公司有约束力,公司不得借口董事超越代理权而拒绝对第三人承担责任。就公司董事与公司之间的关系而言,公司董事被认为是公司的代理人,应当在自己的代理权限范围内活动,应当尊重自己的代理权限,否则应当就其越权行为导致的损害对公司承担责任,除非该种责任因为某种原因而被免除。

(四) 董事负有勤勉的义务

所谓勤勉义务,是指董事在担当公司董事职位之时,要认真地履行好董事的职责,要经常对公司的事务加以注意,要尽可能多地将时间和精力花费在公司事务的管理方面,要加强对公司其他董事和公司高级行政官员的控制和监督,并且要尽可能多地参加董事会会议。实际上,董事的勤勉义务本质上就是要求董事参加董事会会议,就公司所讨论和决议的事项加以注意。我国《公司法》对董事的勤勉义务作了明确规定,新《公司法》第 113 条规定,董事会会议,应由董事本人出席。董事因故不能出席,可以书面委托其

① Henry R Cheeseman: Business Law, (second edition), Prentice Hall, p653.

他董事代为出席董事会。本文在前面有关章节已经指出，董事会会议应当由公司董事亲自参加，不允许公司董事将其表决权委托其他董事代为行使。问题在于，如果董事在无正当理由的情况下不出席董事会会议，董事是否应对在他没有出席的此次董事会会议上所作出的错误决议承担法律责任？我国公司法对此没有作出回答。本文认为，董事的职位并非是一种荣誉称号，董事一旦承诺担当此种职位，即应对公司承担勤勉义务，在无正当理由的情况下，董事不得拒绝参加董事会会议。如果董事没有参加某次董事会会议，而在此次董事会会议上，公司董事通过了违反公司法、公司章程或其它法规的决议，并因此而导致公司遭受损害的，没有参加此次董事会会议的董事应当就此损害与其他赞成此种决议的董事共同对公司承担责任，除非该董事在此种决议通过后的合理期限内将其反对此种决议的意见报送给公司并由公丝加以保存。法律之所以应当对那些既不参加董事会会议，也不履行一定反对程序的缺席董事强加法律责任，是因为董事负有监督和控制其他董事行为的职责，他们承诺承担了具有此种职责的董事职位而怠慢了此种监督职责，显然要对公司的损害承担法律责任。Pollock 法官指出：“董事对公司的活动有持续加以了解的义务。董事不能对公司的不当行为睁一只眼，闭一只眼，然后又主张因为他们没有看见公司的不适行为，因此他们对此无监督的职责。董事在自己的职位上睡大觉对他们有职责加以保护的公司并无什么好处。”^①

(五) 董事在处理公司事务时应当尽到一个有理性的董事在同样或者类似情况下所达到的注意程度

公司董事在处理公司事务时要遵守法律的规定和公司章程的规定，要在自己的代理权限内实施代理行为，这些义务只是公司董事承担的最低限度的注意义务，公司董事是否违反这些义务，其判断方式简单明了。公司董事除了对公司事务承担最低限度的注意义务以外，是否还要承担其他形式的注意义务？我国《公司法》没有作出规定，学说也很少作出讨论。实际上在很多情况下，公司董事在处理公司事务时虽然没有违反法律的强行性规定，没有违反公司章程和公司的授权范围，但他们的行为仍然违反了所承担的注意义务。因为在公司的日常生活中，法律的规定和章程规定的注意内容往往是原则性的，公司董事基于责任负担的考虑而不会去违反；而大多数具体事务所要求达到的注意程度，法律和公司章程没有规定，也无法规定，公司董事在

① Francis v. United Jersey Bank 432 A. 2d 814 (N. J. 1981).



处理这些事务时是否达到了一个有理性的人在相同或者类似情况下所达到的注意，法律和公司章程都无法判断，公司的授权法律文件也无法判断。此时，只能由法官来判断。可见，公司董事处理公司事务除了要符合法律的规定和公司章程的规定之外，还必须符合一个有理性的人在相同或者类似情况下所能够尽到的注意程度，否则也应当承担法律责任。

三、董事注意义务履行的判例法标准

公司董事注意义务履行的一般判例法原则是由 Romer 法官创设的。他在 Re City Equitable Fire Insurance Co. 一案中指出：“为了确保公司成立后，一个处于公司董事地位的人履行自己的义务，我们不仅有必要考虑公司的经营性质，还要考虑公司在董事与其他高级职员间分配工作的方式。假如这种分配依具体情况看是合理的，并且与公司章程保持一致，通过这种方式确立的义务，公司董事必须诚实地履行，同时还必须尽到一定程度的技能义务和勤勉义务。对于什么是一定程度的技能义务和勤勉义务，有关的权威案例并无明确的答案……但是，从有关的案例来看，存在着几个基本原则……。”具体而言，包括三个原则：公司董事应当尽到一个有理性的人所能尽到的注意义务；公司董事对公司事务无持续注意的义务；公司董事可以合理信赖其他人履行了自己的义务。

（一）公司董事承担的合理注意义务

在履行自身义务时，董事无须承担高于知识和经验与其类似的人所应承担的义务。这一原则规定了董事采取行动时所应达到的注意程度。该种标准部分是主观标准，部分是客观标准。董事注意义务的客观标准是指公司董事在行为时应达到其他董事在同样或者类似情况下能够达到的注意程度。此种标准实际上就是“理性人的标准”（the standard of a reasonable man）；董事注意义务的主观标准是指公司董事在行为时应达到其拥有的知识和经验所应达到的注意程度。法官在决定公司董事是否尽到了自己的注意义务时，既不能完全适用客观标准，也不能完全适用主观标准，而应当同时考虑这两种标准，否则就可能遇到特别的困难。总的说来，如果董事在其授权范围内行为，如果他们在行为时达到了人们有理由期待他们达到的注意程度，并考虑到他们的知识和经验，并且如果他们能为他们代理的公司的利益而诚实地行为，那么，他们既履行了衡平法上的注意义务，也履行了他们对公司承担的

法定注意义务。^①将公司董事的注意义务建立在客观标准和主观标准相结合的基础上,其好处在于:公司董事的知识经验及其注意程度的不同,从而使各个董事承担的注意义务标准千差万别。“公司董事承担的义务要求他们在行为时达到人们对他们期待的注意程度。如果此种期待是建立在公司董事具有的知识和经验基础上的话,任何对其资格的限制条件均对他们不产生约束力。他们可以在毫无橡胶知识的情况下对橡胶公司进行管理,并且不就自己因为无知而导致的公司损害承担法律责任;但是,如果他们对橡胶生意很内行的话,他们在代理该公司进行商事活动时就必须运用他们的知识为公司服务。”^②也就是说,法律并不要求“公司董事成为公司从事的商事活动方面的专家,除非他们具有专家资格,并被公司任命为有关商事活动方面的专家。”^③

(二) 公司董事对公司事务无持续注意的义务

传统英美判例法认为,公司董事对公司事务并无持续不断的注意义务。董事注意义务的履行具有周期性的特点,仅在定期召开和其出席的董事会会议上履行。董事是否有必要参加公司召开的每一次董事会会议?传统英美判例法认为,公司董事并无义务参加公司召开的每一次董事会会议。虽然他们在完全能够参加公司董事会会议时必须参加这种会议。Bacon V.C. 指出:“董事并不负有参加董事会的每次会议的义务,参与董事会会议决定的每一件交易活动并不是董事义务的一个部分。”^④此种原则仅仅适用于公司的非执行董事而不适用于常务董事,虽然人们认为在公司董事能够参加董事会会议时就应该参加,但是案例表明这也仅仅是一种良好的愿望而已。^⑤Stirling 法官在 The Marguis of Bute's Case^⑥ 中指出:“我认为,董事没有出席董事会会议的过失不同于那些在董事会会议上没有履行自己承担的义务的董事的过失。”因此,英美传统的判例法认为,虽然董事经常不出席董事会会议可能会使他们在下次选举公司董事时落选,但是只要公司遭受的某种损害不是由没有出席董事会会议的董事的过错造成的,则该缺席董事应不就此种损害对

① Lirdley M.R. in *Lagunas Nitrate co. v. Lagunas Syndicate* (1899) ch.392, 435.

② *Re Brailian Rubber Plantation & Estates Ltd* (1911) ch.425.437.

③ Clive M. Schmitthoff and James H. Thompson: *Palmer's Company Law*, (21rd ed), p583.

④ *Perry's Case* (1976) 34L.T.716.

⑤ *Re Denbam & co.* (1883) 25ch.D, 752.

⑥ *The Marguis of Bute's Case* (1892) 2ch, 100.

公司承担法律责任。^①当然, 如果公司遭受的某种损害是因为董事不出席董事会会议造成的, 则该缺席董事应当对公司承担损害赔偿赔偿责任。^②Jessel M.R. 指出: “……考虑到他们的地位, 虽然他们可能是普通董事, 仅定期参加董事会会议, 但是, 人们仍然希望他们能像一个普通合伙组织的合伙执行人那样对公司事务投入尽可能多的时间和注意……。”^③

(三) 公司董事可以合理信赖其他人履行了自己的义务

由于董事在知识和经验方面的限制, 他们实施的管理行为极有可能对公司造成损害。为此, 公司董事对公司事务的管理逐渐从直接方式转为间接方式, 即由董事会聘请某些具有管理知识和经验的人员为公司管理日常事务, 这些人被称为公司的高级管理人员。董事在代表公司作出决议时, 往往需要依赖这些高级管理人员提供的资料, 当这些资料虚假时, 公司董事会作出的决议有可能对公司带来损害, 此时, 公司董事是否要对公司遭受的损害承担法律责任? 英美判例法认为, 如果公司董事会的决议或者决定是在公司高级管理人员提供资料基础上作出的, 并且他们在作出这些决议和决定时不知道或者不可能知道这些高级管理人员提供的资料是欺骗性的或者虚假的, 则董事对公司的损害不承担赔偿责任。这是因为, 根据一般理论, 董事仅就自己的过失导致的损害承担法律责任, 而董事信任一个没有前科的高级管理人员提供的资料是真实的并不属过失行为。^④

四、董事注意义务履行的现代制定法标准

长期以来, 董事注意义务的法律调整都是由有关判例法完成, 制定法没有对此作出规定。公司制定法不对公司董事的注意义务作出规定, 使公司董事注意义务的履行欠缺明确的标准, 既不利于公司董事遵行, 也导致司法裁量权没有准确的法律依据。为了规范公司董事的行为, 建立公司董事行为方面的统一标准, 防止司法裁判的不确定性, 美国《修正标准商事公司法》第 8.30 条对董事注意义务的判断标准作出了明确的规定。根据该法第 8.30 条规定, 董事注意义务的履行: (1) 应以善意为之; (2) 在处理公司事务时,

① The Marquis of Bute's Case (1892) Zch, 100.

② Barnes v. Andwrs (1924) 298Fed 614; Charitable Corporation v. Satton (1742) Z Htk 400, 405.

③ Re Forest of Dean Co, (1878) 10ch.D.450, 452.

④ L.C.B.Gower, *ibid*, p606.

负有一个与其处于类似地位的、具有一般谨慎性的人在类似情况下所为的注意程度；(3) 以一种他有理由相信是为了公司最大利益的方式行事。

(一) 董事善意履行自己承担的注意义务

所谓“善意”履行注意义务，是指公司董事在履行自己对公司承担的注意义务时，诚实为公司的利益行事，而不在这一过程中谋取自身或第三人利益。美国法学会公司治理结构纲要（the corporate Governance Project of the American Law Institute）第 4.01 (A) 对董事注意义务的善意履行标准作了详细的说明。根据该条，“如果公司董事或其他高级管理人员基于善意作出商事判断，其义务得到履行”，如果“（1）他或她与该种交易无利害关系；（2）如果他意识到了他所作的商事判断所涉及到的主旨（subject），而该主旨使他或她完全有理由相信他依具体情况所作的商事判断是完全适应的；（3）他完全有理由相信，他的商事判断将是对公司最为有利的”。通常说来，董事之判断涉及到自身利害关系时，无论该种利害关系是直接的还是间接的，均不能认为董事是善意的；董事明知对公司资本的运用，不能起到促进公司事业发展的目的而仍然授权加以运用；董事明知公司的财务报表、资产负债表是虚假的、具有欺诈性的，而仍然同意以之作为获取信贷的工具，也不能认为董事是善意的。^① 同样，如果公司董事发行股份的目的不是为了公司的稳健发展而是为了稀释、削减某些股东占有的股权份额或对于公司的控制力，则公司董事的行为即使符合公司章程的规定也是恶意的。

(二) 董事在行为时达到了一个有理性的人在类似情况下达到的注意程度

公司董事在代表公司作出某种行为或者决议时，应当达到其他董事在类似情况下达到的注意程度。如果他们已经尽到了其他董事在类似情况下的注意义务，即使他们的行为或者决议导致公司的损害，也不被认为是过失行为，无须对公司承担损害赔偿赔偿责任；如果他们在行为时没有尽到其他董事在类似情况下尽到的注意程度，则其行为构成过失，应当对公司承担法律责任。由于此种标准过于模糊和抽象，法庭往往并不依据这些规则去处理实际案例。法院更多的是根据每一具体案件的实际情况来决定董事是否已经尽到了合理的注意义务。法庭在决定董事是否有过失时，要考虑公司从事的商事

^① Robert W. Hamilton, The Law of corporation, West, 1990, p307.

事业性质、董事的人数、公司组织章程规定、公司管理的通常程式以及董事的实际能力、他们的知识和经验等各种具体情况。

(三) 以最有利于公司的方式履行自己承担的注意义务

公司或者股东一旦提起诉讼,要求公司董事就其过失行为承担法律责任,法庭一般会令董事证明,他是以一种他相信——不是法庭相信——是为了公司最大利益的方式处理公司事务的。如果法院相信,该董事的确是以他自己认为是最有利于公司的方式管理公司事务,则在符合前两个条件的情况下,法院会免除公司董事的责任;如果董事不能令人信服地证明,其管理公司事务的方式是最有利于公司的,法院会判决他对公司的损害承担法律责任。

五、公司董事违反注意义务承担的法律責任

(一) 公司董事违反注意义务承担的法律責任的根据

公司董事承担的义务主要有两种即注意义务和忠实义务。董事无论是违反注意义务还是忠实义务,只要导致公司有损害,即应对公司承担民事法律责任。但是,公司董事违反注意义务和违反忠实义务所承担的法律責任是不同的。董事违反注意义务所承担的法律責任是过错責任,以公司董事存在过失为前提,如果董事的行为不构成过失,董事即不对公司承担法律责任。董事违反忠实义务所承担的法律責任是严格責任,无论董事是否有过失,都应当对公司承担责任。在公司法上,所谓过错,是指董事在代表公司行为时没有达到注意义务的标准。过错包括两种形式:故意和过失。所谓故意,是指董事知道自己的行为违法或知道他人所从事的行为违法而仍然从事或参与此种行为。在此种情况下,董事应当就公司因为他所从事的或所参与的违法活动而遭受的损害承担法律责任。董事知道公司资本的使用不是为了公司的利益而仍然授权公司使用此资本,董事应当就公司因为此资本使用而遭受的损害承担法律责任^①;董事知道公司的行为是侵权行为而仍然参与或授权公司从事此种行为,即应对公司因为此种侵权行为所遭受的损害承担法律责任;董事知道公司的行为违反国家的强制性或禁止性规定而仍然参与或授权公司参与此种行为,对于公司因为行政处罚或刑事处罚而遭受的损害承担赔偿责任。所谓

① Robert W. Hamilton, The Law of Corporations, West, 1990, p307.

过失,是指董事不知道自己的行为违反了,而实际上已经违反了所承担的注意义务。

(二) 公司董事违反注意义务所承担的法律责任的性质

董事违反注意义务所承担的民事法律责任是什么性质的法律责任?在我国,公司法、司法判例和学理都没有明确的说明和解释。本文认为,公司董事违反注意义务所承担的民事法律责任可以是违约责任,也可以是侵权责任,还可以构成违约责任和侵权责任的竞合。认为公司董事违反注意义务承担的民事责任是违约责任,其原因有二:(1)公司董事是公司的代理人,同公司之间存在委托契约,董事应当根据此契约处理好公司的事务,在处理公司事务时尽到一般代理人应尽到的注意义务;(2)公司董事是公司契约的一方当事人,应当像其他契约当事人那样对公司承担注意义务,遵守公司章程,尊重公司授权。认为公司董事承担的违反注意义务承担的民事责任是侵权责任,其原因有二:(1)董事承担的注意义务直接源于公司制定法的规定,根据违反法定义务承担侵权责任的一般侵权法理论,公司董事违反注意义务所承担的民事责任构成侵权责任;(2)公司董事承担的某些注意义务虽然不是制定法直接规定的义务,但是,根据侵权法的一般理论,注意义务可以因为非制定法的根据产生。因此,董事违反此种注意义务所承担的民事责任可以是侵权责任。

(三) 公司董事违反注意义务承担的损害赔偿責任

公司董事违反所承担的注意义务,导致公司遭受损失时,应当对公司承担损害赔偿責任。此种责任的范围取决于公司过失行为导致的损失范围。如果两个或两个以上的董事共同实施过失行为,则他们应当对公司的损失承担连带责任^①。任何一方董事均有义务首先对公司的全部损害承担赔偿责任,之后有权要求其他承担法律責任的董事就他们自己的责任份额对自己承担赔偿责任。

^① L. C. B. Gower, Gower's Principles of Modern Company Law, 4th ed, London Stevens & Sons, 1979, p607; Robert R. Pennynington, Company Law, p549.

六、公司董事法律责任的免除

(一) 公司股东会对公司董事责任的免除

虽然有时董事行为违反公司法、公司章程的规定,超出董事权利范围,但如果其行为得到了公司股东会的事后追认,则公司董事可以不对公司承担民事法律责任。公司股东会在追认董事进行的越权行为时,应当按照公司法或者公司章程规定的程序召开股东大会,并按照公司法或者公司章程规定的简单多数或者特定多数规则作出有效决议,否则,公司董事承担的民事责任不得通过此种方式免除。这就是通过公司大股东规则免除公司董事责任的方式。在现代社会,无论英美法系国家公司法还是大陆法系国家公司法都认可此种公司董事免责的方式,我国公司法也不例外。问题在于,公司股东会在作出免除公司董事责任的决议时,其决议究竟适用简单多数规则还是特定多数规则。根据我国公司法的有关规定,公司股东会作出决议实行大股东规则,一般决议的通过只要占公司 51% 以上的有表决权的股东同意,特别决议则要求由 2/3 以上的有表决权的股东通过。公司董事责任的免除是适用 1/2 以上的简单多数还是适用 2/3 以上的特定多数?我国公司法没有明确说明,但是,根据公司法的一般原理,我们可以认为应当适用 1/2 以上的简单多数。因为,根据我国公司法的原则精神,除非公司法明确规定适用特定多数的事项以外,其他一切事项都应当适用简单多数。如果此种结论正确的话,则这样的规则将对公司和小股东十分不利。公司董事责任免除尤其是事后免除是关系公司利益的重大问题。本书认为,如果公司股东会事先免除公司董事的责任,可以适用简单多数;如果公司股东会事后免除公司董事的责任,则该种责任免除应当适用特定多数,由 2/3 以上有表决权的股东通过。否则,董事的民事责任即不得免除。

(二) 公司董事责任因为第三人的过错而免除

1. 公司董事在管理公司事务时如果合理信赖专业人士的意见,对其过错行为导致的损害不承担法律责任

依据英美公司法,董事在管理公司事务时享有自由决定权。但是并非任何董事均是管理活动方面的专家,因此,为公司利益考虑,法律认为董事在管理公司事务时完全有权依赖一个局外专家的意见,根据这一意见从事某种行为。在就有关的事项咨询了有关方面专家以后,如果公司董事根据其提供