

董事忠实义务规范体系的再审视

王琦

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要:2023年修订的《公司法》对于董事忠实义务规范进行系统重构,形成了概念明确、逻辑清晰、体系融洽的董事忠实义务规范群。在外部体系上,董事忠实义务具有独立的规范价值,其制度定位与董事的注意义务、诚信义务存在显著不同。在内部体系上,以利益冲突行为与潜在利益冲突行为的差异为基础,《公司法》构建起董事忠实义务的二元规范进路:利益冲突行为受到法律的绝对禁止,而潜在利益冲突行为经过公司内部程序性审查后可依法实施。归入责任作为董事违反忠实义务的法律后果,无论将其作为损害赔偿数额的确定方式还是独立的责任形态,均不会对公司利益的保护产生实质性影响。

关键词:忠实义务;信义关系;利益冲突行为;实质公平标准;归入责任

中图分类号:DF411.92 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1008-4355.2024.03.07 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



忠实义务作为规制董事利益冲突行为的私法机制,是《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)修订过程中重点关注的内容。2023年修订的《公司法》^①全面更新了董事忠实义务的规范体系——明确规定忠实义务的具体内涵,合理划定利益冲突行为的类型范畴,针对潜在利益冲突行为设置程序性审查机制,并以专门条款凸显董事归入责任的独立地位。其中最值得关注的是,《公司法》将自我交易、利用公司机会和同业竞争等潜在利益冲突行为从董事违反忠实义务的行为体系中予以剥离,形成利益冲突行为与潜在利益冲突行为区别规制的规范进路。本文立足于《公司法》设置的董事忠实义务规范群,论证董事忠实义务在私法规范体系中的独立价值,阐明忠实义务规制对象的二元构造,探寻董事归入责任与损害赔偿责任的协调适用方案,确保董事忠实义务规范真正实现对利益冲突行为的精准规制,在维护公司利益与尊重董事商业判断之间寻求适当平衡。

收稿日期:2024-03-15

基金项目:国家社科基金社科学术社团主题学术活动项目“公众公司的制度机理与立法范式研究”(23STA020)

作者简介:王琦(1991—),男,山东枣庄人,中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。

① 为了表述方便,如无特别标注或说明,本文所称《公司法》均指2023年修订的《公司法》。

一、董事忠实义务的公司法表达

《公司法》在确立董事忠实义务一般性条款的同时,列举规定了董事违反忠实义务的典型行为,并针对自我交易、利用公司机会和同业竞争等行为设置程序性审查机制,形成一般性规定与列举性规定相结合的董事忠实义务规范群。

(一) 董事忠实义务的法律内涵

股东作为公司的所有者和剩余索取权人,并不直接管理公司经营业务,而是通过选任董事组成董事会,由董事会履行管理职责或者监督公司事务的执行。作为公司执行机构的组成人员,董事与公司及其股东之间构成法定的信义关系,董事的履职行为必须以维护公司最佳利益为导向。公司利益与股东整体利益相同^①,维护公司利益就是维护股东整体利益。为避免董事滥用权利损害公司和股东利益,公司法律规范通过信义义务的设定明确了董事履职的行为标准,并对董事违反信义义务的行为施加相应的民事责任,在补偿公司所受损失的同时,对其不当行为予以制裁。可以说,公司利益能否实现最大化,直接取决于信义义务机制对于董事行为规制的有效性。忠实义务要求董事为公司利益履行职责,不得开展利益冲突交易,以防止其滥用被授予的权利;注意义务则要求董事谨慎行为、不得疏忽,以保证公司和股东能够获得合格的服务。^② 股东有权合理期待董事忠实、勤勉地管理公司事务,公司制度的有效运行也取决于董事是否忠实、勤勉地履行法定职责。^③

忠实义务是董事信义义务的核心,在性质上属于反对自我交易和其他欺诈行为的消极义务或被动义务。忠实义务系针对董事的诚信问题而设计,意在降低董事试图从公司“偷窃”的可能性,董事不得采用有损公司利益的条款进行交易。^④ 在内容上,忠实义务等同于禁止利益冲突的义务,董事在处理公司事务时不得谋取私利,不得处于公司利益与个人利益相冲突的地位。^⑤ 禁止利益冲突的内容包含禁止利益取得,有利益取得的事实,则视为存在利益冲突^⑥,因而禁止利益取得规则与防范利益冲突规则并无区分必要。我国公司立法以防范利益冲突的规范逻辑为基础,统一设置了董事忠实义务的履行标准及相应的责任机制。^⑦ 按照《公司法》第180条第1款的规定,忠实义务是指董事应当采取措施避免自身利益与公司利益相冲突,不得利用职权牟取不正当利益。董事只能以实现公司利益为目标,不得利用管理职权谋求自身利益;在董事基于不同授权而承担相互冲突的义务时,即便其并未获取个人利益,亦不得实施此等不忠实的行为。^⑧

① See Deborah A. DeMott, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, 1988 Duke Law Journal 879, 917 (1988).

② See Tamar Frankel, *Fiduciary Duties as Default Rules*, 74 Oregon Law Review 1209, 1210-1213 (1995).

③ See Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 36 (1981).

④ See Lynn A. Stout, *On the Proper Motives of Corporate Directors (or, Why You Don't Want to Invite Homo Economicus to Join Your Board)*, 28 Delaware Journal of Corporate Law 1, 5 (2003).

⑤ 参见曹兴权:《信托受托人忠实义务中受益人利益的定位:单一主义与衡量主义之间》,载《交大法学》2019年第2期,第27页。

⑥ 参见姜雪莲:《信托受托人的忠实义务》,载《中外法学》2016年第1期,第185-187页。

⑦ 参见杨秋宇:《信托受托人忠实义务的功能诠释与规范重塑》,载《法学研究》2023年第3期,第162页。

⑧ See Paul B. Miller, *Justifying Fiduciary Duties*, 58 McGill Law Journal 969, 972-977 (2013).

基于董事忠实义务禁止利益冲突交易的功能定位,采用“公平交易义务”替代“忠实义务”的观点日益盛行,但这种做法并不可取。因为非信义义务人也有善意和公平交易的义务,但没有忠实的信义义务,“公平交易义务”难以将忠实义务囊括在内。^①而且,公平交易也并非忠实义务的全部内容,董事的利益冲突行为未必表现为交易形态,如董事薪酬可能造成董事与股东之间的对立和冲突,在董事薪酬数额欠缺合理性从而构成对公司财产的掠夺或浪费时,股东有权质疑董事薪酬。^②虽然公平交易义务与忠实义务在内容上存在交叉,但二者互不相属,故本文仍将董事不得实施利益冲突行为的义务表述为忠实义务。

(二)《公司法》(2018年)中董事忠实义务的规范设置

《公司法》(2018年)第147条第1款规定了董事对公司负有忠实义务和勤勉义务,第148条第1款列举规定了董事违反忠实义务的行为类型。另外,第21条规定的“不当关联交易行为”同样属于董事违反忠实义务的行为。不过,对于董事忠实义务与注意义务的具体内涵,该法并未作出明确界定。从前述规定看,《公司法》(2018年)设置的董事忠实义务规范存在以下缺陷:

首先,规范体系松散。第147条第1款规定的董事各类信义义务之间的联系与区别并不明显,对该条规定造成了解释和适用上的障碍。第147条第2款禁止董事“利用职权收受贿赂或者其他非法收入”和“侵占公司的财产”,这两类行为属于董事利用公司管理职权谋取私利的行为,显然与公司利益形成冲突,但立法者并未将其纳入第148条第1款的列举性规定。^③第21条规定的“不当关联交易行为”也属于违反忠实义务的行为,且关联交易属于自我交易的典型形态,将二者分散规定并采取差异化的规制方案,立法意图难以察知。而且,《公司法》(2018年)缺乏对关联交易内涵与构造的统领性规定,相关规则体系松散,无法发挥互补与协同的功能。^④

其次,忠实义务与注意义务的界限模糊。虽然第147条采用忠实、勤勉的术语,理论上也将董事信义义务区分为忠实义务与注意义务两类,但由于缺乏对两类义务内涵的立法界定,忠实义务与注意义务之间边界不清,难以清晰划定规制范畴。董事不勤勉履职的行为与违反忠实义务的行为存在重叠,出现忠实义务架空甚至吸收注意义务的情况。^⑤实践中,对于董事不当行为所违反的具体义务类型,通常不会作出明确区分,而是认定同时违反忠实义务和注意义务。^⑥忠实义务和注意义务的混同,导致结果公平成为注意义务的履行标准,董事勤勉尽责的标准被显著降低。因为只要交易具有公平性,就无须考量当事人的过错、履职情况及是否造成损失,董事的过失管理行为无法受

^① See Norman P. Beveridge Jr., *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Loyalty: Understanding the Self-Interested Director Transaction*, 41 DePaul Law Review 655, 656-657 (1992).

^② See Larry Catá Backer, *Director Independence and the Duty of Loyalty: Race, Gender, Class, and the Disney-Ovitz Litigation*, 79 St. John's Law Review 1011, 1024-1025 (2005). 根据《公司法》第59条、第67条的规定,董事、监事的报酬事项由股东会决定,高级管理人员的报酬事项由董事会决定。除非存在控股股东滥用权利的情形,经过股东会批准的董事薪酬足以排除利益冲突因素。

^③ 参见邹海林:《公司法上的董事义务及其责任配置》,载《法律适用》2024年第2期,第44页。

^④ 参见汪青松:《关联交易规制的世行范式评析与中国范式重构》,载《法学研究》2021年第1期,第164-165页。

^⑤ 参见叶林:《董事忠实义务及其扩张》,载《政治与法律》2021年第2期,第17-18页。

^⑥ 参见最高人民法院(2018)最高法民终913号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民申4427号民事裁定书;北京市高级人民法院(2023)京民申1979号民事裁定书。

到有效制约,削弱了注意义务的威慑作用。^①

最后,潜在利益冲突行为的定位不清。利益冲突行为受到《公司法》(2018年)的绝对禁止,但是,自我交易、利用公司机会和同业竞争等行为仅具有利益冲突的可能性,未必导致公司利益受损,并非一概加以禁止。第148条将利益冲突行为与潜在利益冲突行为置于同一条文作出规定,模糊了不同行为的法律属性,导致难以系统建立潜在利益冲突行为的事前程序性审查机制。例如,董事竞业义务是否属于忠实义务的范畴,理论和实践中存在不同见解。^②而且,《公司法》(2018年)将关联交易置于总则部分并规定了内部人实施不当关联交易行为的损害赔偿责任,而对与其同质的自我交易、利用公司机会、同业竞争等行为则另行作出规定,欠缺逻辑上的一致性。

《公司法》(2018年)规定的董事忠实义务某种程度上存在内涵不明、体系散乱、适用标准不清的弊端,其根源在于立法对忠实义务的概念及适用范畴未能作出准确厘定,致使本就高度抽象化的忠实义务在解释和适用时,只得依靠法官的自由裁量权探索个案适用的具体标准。这既导致忠实义务与注意义务在规制范围上的交错重叠,又导致适用标准不统一,制约了公司法律规范利用忠实义务规制董事利益冲突行为的功能实现。

(三)《公司法》中董事忠实义务的规范更新

2023年修订的《公司法》对于董事忠实义务条款进行了优化,明确界定忠实义务的内涵,将监事和控股股东、实际控制人纳入忠实义务的规制范畴,并且完善了自我交易、利用公司机会和同业竞争的相关规定。^③相较而言,修订后的《公司法》对于董事忠实义务的规定呈现出以下主要变化:

首先,明确董事忠实义务的内涵。根据《公司法》第180条第1款、第2款的规定,忠实义务是指董事应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突,不得利用职权牟取不正当利益;注意义务是指董事执行职务时,应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。忠实义务与注意义务内涵的确定,有助于厘清忠实义务与注意义务的界限,明确忠实义务的规制对象,从而为后续忠实义务的规范展开提供基本的逻辑起点。

其次,整合董事违反忠实义务的行为类型。修订后的《公司法》第181条将《公司法》(2018年)第147条第2款规定的“利用职权收受贿赂或者其他非法收入”^④和“侵占公司的财产”纳入违反忠实义务的行为类型,明确了二者的法律性质,消除了《公司法》(2018年)第147条第2款在董事信义义务规范体系中的突兀和尴尬,有效舒缓了董事忠实义务规范体系的散乱状态。

再次,区分利益冲突行为和潜在利益冲突行为,针对潜在利益冲突行为设置程序性审查机制。董事实施自我交易、利用公司机会、开展同业竞争时,需要先行向董事会或股东会报告,董事会或股东会决议通过后才可依法实施。《公司法》将潜在利益冲突行为从违反忠实义务行为的列举性规定

^① 参见翁小川:《董事注意义务标准之厘定》,载《财经法学》2021年第6期,第61页。

^② 参见最高人民法院(2021)最高法民申1686号民事裁定书。

^③ 参见王建文:《我国董事信义义务制度的扩张适用:一般规定的确立》,载《当代法学》2023年第1期,第109页。

^④ 《公司法》(2018年)第147条第2款规定的是“不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入”,而《公司法》(2023年)第181条规定的是不得“利用职权贿赂或者收受其他非法收入”。两项规定在表述上存在差别,但意思相同。

中予以剥离,有助于厘清并凸显利益冲突行为与潜在利益冲突行为的性质差异,在精准规制利益冲突行为的同时,避免过度干预董事运用商业判断进行合理决策。

最后,将事实董事纳入信义义务的规制范畴。事实董事与公司控制人在规制基点、主体范畴、价值选择、私法责任等方面显著不同,《公司法》(2018年)中的董事概念无法涵盖选任瑕疵董事、失格董事、逾期董事等主体,故应当改采事实董事路径对公司控制人的行为予以规制。^①根据修订后的《公司法》第180条第3款的规定,公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的,适用该法关于董事、监事、高级管理人员忠实义务和勤勉义务的规定。

二、外部体系协调:董事忠实义务的制度定位

董事与公司之间的法律关系包括信义关系和合同关系两类。董事基于其与公司之间的信义关系而对公司承担以忠实、勤勉为内容的信义义务,而基于其与公司之间存在的雇佣合同等关系,合同法中的诚信义务对其亦有适用余地。^②

(一) 董事忠实义务与注意义务的界限

《公司法》将公司利益作为董事对公司承担忠实义务和注意义务的评价基准。忠实义务与注意义务虽有区分,但以公司利益的维护为纽带,二者得以紧密结合,构筑起以忠实义务和注意义务为中心的董事信义义务体系。^③《公司法》第180条明确规定忠实义务和注意义务的内涵,有助于厘清两者各自的规制范畴。

忠实义务禁止董事实施利益冲突行为,性质上为消极不作为义务。虽然《公司法》要求董事“采取措施避免自身利益与公司利益冲突”,但这种主动作为要求是为确保董事不实施利益冲突行为而设置的辅助性措施,意在强调董事不仅不得实施利益冲突行为,而且必须采取措施避免将自己置于和公司利益相冲突的地位,并不具有改变忠实义务属性的作用。注意义务是对董事履行公司管理或监督职责时的主动作为要求,在性质上属于积极作为义务,董事执行职务时应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

忠实义务处理的是贪赃舞弊、投机取巧等有目的的行为,主要涉及董事故意实施的不当行为。注意义务规制董事的不作为或渎职行为,主要涉及董事的过失行为。违反注意义务与忠实义务的主观过错之所以存在区别,根源是董事控制事态发展的能力不同。公司利益受损可能由不受董事控制的市场力量所致,却仍可能导致董事承担违反注意义务的赔偿责任。董事的机会主义行为则

^① 参见刘斌:《重塑董事范畴:从形式主义迈向实质主义》,载《比较法研究》2021年第5期,第97页。

^② 对于董事信义义务的类型划分,有学者认为,在忠实义务和注意义务之外,还存在第三种类型——善意义务(duty of good faith)。亦有学者将其翻译为“诚信义务”。但须注意的是,信义关系语境下的诚信义务或善意义务不能等同于合同关系语境下的诚信义务。参见林少伟:《董事义务研究》,法律出版社2023年版,第49-50页。

^③ 参见邹海林:《公司法上的董事义务及其责任配置》,载《法律适用》2024年第2期,第46页。

由董事故意实施,其完全有能力控制自己不去实施利益冲突行为。^①

在认定董事是否违反注意义务时,可以依据商业判断规则使其免于承担赔偿责任,公司章程也可以设置免责条款。在美国,《特拉华州普通公司法》第 102(b)(7)条规定,公司章程可以设置取消或限制董事和高级管理人员因违反注意义务而对公司或其股东造成损失的个人责任,但该规定不得免除董事实施利益冲突行为的责任。而且,在董事违反忠实义务时,亦无适用商业判断规则予以免责的可能。^② 这反映出公司法对于不同类型的董事不当行为采取区别化的处理原则:当董事利益与公司及股东利益直接冲突时,董事行为不具有正当性;当董事利益与公司及股东利益不直接发生冲突时,法院可以根据具体情况对董事不当经营的指控作出判断。^③

以立法形式明确董事忠实义务与注意义务的内涵,能够厘清忠实义务与注意义务各自的规制范畴,准确界定不同类型义务的适用标准,两者相辅相成,共同规范董事行为,从而增进公司和股东的整体利益。

(二)董事忠实义务与诚信义务的区分

董事基于其与公司之间的信义关系而负有信义义务,亦基于其与公司之间的雇佣合同等关系承担诚信履约的义务,两者均致力于规制董事的不诚信行为。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 509 条第 2 款规定:“当事人应当遵循诚信原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”据此,董事作为雇佣合同或委托合同当事人负有诚信履行合同的义务,这一义务的约束强度弱于忠实义务,并且与信义法中的忠实义务不同。我国公司立法没有从本质上区分信义义务与诚信义务,导致忠实义务与诚信义务的关系不清,出现交互使用的现象。^④ 忠实义务和诚信义务的核心功能均为规制权利的行使。^⑤ 诚信义务要求当事人在尊重他人利益和社会利益的前提下,实现自身利益。^⑥ 随着公司社会责任的强化,董事在管理公司事务时必须关注相关决策对于公司职工、债权人、供应商、消费者和社会公众的影响。^⑦ 尽管忠实义务与诚信义务的内容基本相同,但忠实义务在规制董事不诚信行为方面仍有不可替代的价值。

首先,忠实义务产生于董事与公司之间的信义关系,而非合同关系。虽然董事与公司之间存在雇佣合同关系或者基于公司授权成立委托代理关系,但合同关系无法生成忠实义务。合同当事人之间是“水平型”的平等关系,各方当事人均致力于追求自身利益。当事人缔结合同的根本目的在

^① See Douglas M. Branson, *Assault on Another Citadel: Attempts to Curtail the Fiduciary Standard of Loyalty Applicable to Corporate Directors*, 57 Fordham Law Review 375, 384 (1988).

^② 参见林少伟:《董事横向义务之可能与构造》,载《现代法学》2021 年第 3 期,第 149 页。

^③ See Kenneth E. Scott, *Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 Stanford Law Review 927, 940 (1983).

^④ 参见郭富青:《我国公司法移植信义义务模式反思》,载《学术论坛》2021 年第 5 期,第 78 页。

^⑤ 参见于飞:《民法基本原则:理论反思与法典表达》,载《法学研究》2016 年第 3 期,第 102 页。

^⑥ 参见江平、程合红、申卫星:《论新合同法中的合同自由原则与诚实信用原则》,载《政法论坛》1999 年第 1 期,第 8 页;徐国栋:《诚实信用原则二题》,载《法学研究》2002 年第 4 期,第 75 页。

^⑦ See George W. Dent Jr., *Toward a Unifying Ownership and Control in the Public Corporation*, 1989 Wisconsin Law Review 881, 892-893 (1989).

于追求自身利益,没有理由要求合同当事人一方按照完整的忠实义务为另一方当事人的利益服务。在信义关系中,董事与公司之间的关系是“垂直型”的,董事在公司事务的管理中居于支配地位,公司利益的实现取决于董事是否忠实、勤勉履职,董事必须完全为公司利益而行为,不能追求自身利益。^①

其次,忠实义务是约束董事行为的法定机制,并非诚信义务的简单替代。公司利益的实现取决于董事能否依法履职,对于何者构成公司的最佳利益,也由董事作出商业判断,这显然不属于合同关系的范畴。因为合同当事人知晓自身的最佳利益为何,并在合同中对自身利益的实现和维护作出约定,即通过意思自治实现自身利益的保护,对于当事人明确表示放弃的权利或者未要求对方履行的义务,除非违背诚实信用、公序良俗等基本原则,合同法原则上不加干预。^② 在受托人单方享有权利的信义关系中,以预先拟定合同条款的方式来保护委托人或受益人的利益并不现实。^③ 忠实义务作为法定义务具有强制性,当事人不得约定排除或者限制忠实义务的适用。

最后,忠实义务以维护公司利益为中心,诚信义务则以平衡当事人之间的利益状态为中心。忠实义务要求董事必须以公司的最佳利益为中心,在限制其实施自利行为的同时,授权董事自由地利用特殊技能,以维护公司的利益。^④ 董事履行忠实义务的成本即便超过公司能够获取的利益,也须将公司利益置于自身利益之上。诚信义务只要求合同当事人平等地考虑对方利益,除非为了平衡成本和收益而应优先考虑对方利益,义务人才需要将对方的利益置于自身利益之上。^⑤

(三) 董事忠实义务的独立价值

董事忠实义务是公司法规制董事不当行为,以及维护公司和股东利益的必需机制。公司法的发展削弱了早期信托原则中对管理层自我交易的限制,这导致董事的自由裁量权扩大,影响了合同机制约束管理者自由裁量权的有效性。大型公众公司的投资者几乎没有能力与管理层就合同管理条款进行谈判。^⑥ 传统民法的委托代理关系仅规定了代理人或受托人作为善良管理人的注意义务,并未设置受托人的忠实义务。^⑦ 公司和股东固然可以通过减少或限制对董事的授权来控制其行为,或者借助市场机制等外在因素减少董事滥用授权的可能性,却不能将其彻底消除,而且此类机制成本高昂,可能减少公司和股东从信义关系中获得的期待利益。公司和股东无法在保持信义关系所生利益的同时,充分地保护自己,法律必须适度介入以保护其免受权利滥用的侵害。^⑧

忠实义务作为信义义务的核心,主要规制董事的利益冲突行为。忠实义务作为法定义务,公司

^① See Gregory S. Alexander, *Cognitive Theory of Fiduciary Relationships*, 85 Cornell Law Review 767, 775-776 (1999).

^② See Alison Grey Anderson, *Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure*, 25 UCLA Law Review 738, 759 (1978).

^③ See William W. Bratton, *The Economics and Jurisprudence of Convertible Bonds*, 1984 Wisconsin Law Review 667, 736-737 (1984).

^④ See Alison Grey Anderson, *Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure*, 25 UCLA Law Review 738, 760 (1978).

^⑤ See William W. Bratton, *The Economics and Jurisprudence of Convertible Bonds*, 1984 Wisconsin Law Review 667, 738-739 (1984).

^⑥ See Victor Brudney, *Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract*, 85 Columbia Law Review 1403, 1416-1420 (1985).

^⑦ 参见楼建波、姜雪莲:《信义义务的法理研究——兼论大陆法系国家信托法与其他法律中信义义务规则的互动》,载《社会科学》2017年第1期,第92-93页。

^⑧ See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 California Law Review 795, 816 (1983).

和股东不能凭借其意思表示予以减轻或免除。^① 董事既基于法律规定承担公司内部的管理职责,又可基于公司授权对外执行公司事务,不论对内履行管理职责还是对外实施代理行为,董事行为均受到忠实义务的约束。董事必须出于维护公司最佳利益的目的履行职务,不能将个人利益置于公司利益之上。忠实义务确立了董事履职的行为标准,能够尽可能地督促董事实现公司的最佳利益。当事人之间的合同约定只能对忠实义务予以细化或补充,不能排除或限制忠实义务的适用。^②

三、内部体系重整:利益冲突行为与潜在利益冲突行为的区分

《公司法》(2018年)第148条列举规定的董事违反忠实义务的行为类型中,自我交易、利用公司机会、同业竞争等行为仅具有导致公司利益转移的高度盖然性,并不必然损害公司利益。《公司法》将此等潜在利益冲突行为从违反忠实义务的行为体系中予以剥离,并设置相应的程序性审查机制,允许董事在经过公司批准后依法实施相关行为。

(一) 忠实义务的规制对象:利益冲突行为

1. 利益冲突行为的认定

在我国公司法领域,利益冲突行为是指董事自身利益与公司利益冲突,利用职权牟取不正当利益的行为。本质上,凡是导致公司利益向董事个人或其关联方转移的交易,均属于利益冲突行为。利益冲突在形式上表现为公司利益的不当转移或者输送,在后果上表现为公司利益受损。就行为后果而言,董事实施的不当转移公司利益的行为必然造成公司利益受损,理应予以禁止。但是,对于仅具有导致公司利益不当转移可能性的交易行为,是否构成利益冲突,不能一概而论。利益冲突交易的识别存在形式标准和实质标准之分:形式标准认为,交易内容具有牺牲公司利益以追求董事个人私利的盖然性,即可认定为存在利益冲突,并不要求交易存在事实上的利益冲突;实质标准认为,交易在实质上公平而无害于公司利益时,即便在形式上具有利益冲突的可能性,也不视为利益冲突交易。^③ 简言之,前者认为,公司利益具有受损可能性,即可构成利益冲突交易;后者认为,董事行为只有造成公司利益不当转移的实际后果,才能构成利益冲突交易。人民法院在论证董事行为是否构成利益冲突时,通常从程序与实体两个方面着手,将未经公司内部程序授权且欠缺实质公平的行为认定为利益冲突行为。^④

《公司法》第181条至第184条系采用结果导向的利益冲突认定标准,即只有出现公司利益向董事不当转移或者董事获取不正当利益的后果,才能认定存在利益冲突从而受到法律的否定性评

① 参见赵磊:《信托受托人的角色定位及其制度实现》,载《中国法学》2013年第4期,第81页。

② 参见许德风:《道德与合同之间的信义义务——基于法教义学与社科法学的观察》,载《中国法律评论》2021年第5期,第148-149页;郭富青:《我国公司法移植信义义务模式反思》,载《学术论坛》2021年第5期,第74页。

③ 参见南玉梅:《利益冲突交易的规则重构》,载《中国政法大学学报》2021年第5期,第122-123页。

④ 参见最高人民法院(2019)最高法民再331号民事判决书;最高人民法院(2021)最高法民申5548号民事裁定书。

价。例如,董事挪用公司资金必然损害公司财产权益,显然构成对忠实义务的违反。^①《公司法》对于侵占公司财产、挪用公司资金、利用职权收受贿赂或者其他非法收入等利益冲突行为,采用严格禁止的物权法保护思维,而对于自我交易、利用公司机会和同业竞争等行为,则通过事先的程序性控制有序疏导董事合理追求财富的欲望并赋予其交易合法性。^②这表明,我国公司立法认识到自我交易、利用公司机会和同业竞争并不必然导致公司利益受损的结果,采用“一刀切”的绝对禁止方式予以规制,存在过度干预董事商业判断、增加公司交易成本等弊端。对于潜在利益冲突行为,可以通过程序性审查排除可能出现的利益冲突,从而使其成为能够依法实施的正常交易行为。

2. 潜在利益冲突行为的双向转化

潜在利益冲突行为只具有转移公司利益的盖然性而非必然性,所以,潜在利益冲突行为与违反忠实义务并非当然关联。例如,董事自我交易作为节约交易成本的有效手段,有其存在的合理性和必要性,公司法在规制董事的自我交易行为时,既要使其发挥效益价值,又要确保不致损害其他主体的正当利益。^③在我国公司立法中,自我交易、利用公司机会、同业竞争并未受到禁止,但因其实施主体具有利用职务便利将公司利益向自身或关联方转移的倾向,故而公司立法对董事实施此类行为作出限制,要求经过公司内部程序性审查,以排除不当转移公司利益的可能性。潜在利益冲突行为只在未经法定程序予以实施时,才会被认定为与公司存在利益冲突,从而受到公司法的禁止。

可见,潜在利益冲突行为可以向两个相反方向转化:(1)经过董事会或股东会批准的交易行为,属于排除利益冲突的合法行为;(2)未经董事会或股东会批准的交易行为,属于存在利益冲突的不法行为。行为转化方向直接取决于是否经过法定的批准程序获准实施。因此,潜在利益冲突行为既可以是能够依法实施的正当行为,又可以是禁止实施的利益冲突行为。潜在利益冲突行为结果转向的不确定性,决定了其与利益冲突行为的根本差异:后者必然构成对公司利益的损害,通过任何方式都不能涤除其利益冲突的底色;前者则仅具有损害公司利益的盖然性,通过法定程序审查其公平性并获得公司批准后,即可排除利益冲突,可以依法予以实施。

董事忠实义务的规制对象是利益冲突行为,对于仅具有利益冲突可能性的行为,通过事前的程序性审查将利益冲突因素予以排除后,并无禁止实施的必要。例如,关联交易属于中性的交易行为,正当的关联交易有助于降低谈判磋商成本、减少交易风险、巩固交易信赖,只有不正当的关联交易才会对公司利益造成损害。^④依照法定程序获准实施的关联交易与利益冲突无涉,属于正常的交易行为,并未受到董事忠实义务规范的禁止。

3. 忠实义务的二元规范进路

《公司法》对于潜在利益冲突行为作出精准定位,将其从法律绝对禁止的利益冲突行为体系中

^① 参见山东省高级人民法院(2022)鲁民申6585号民事裁定书。

^② 参见傅穹:《公司利益范式下的董事义务改革》,载《中国法学》2022年第6期,第212页。

^③ 参见赵吟:《董事自我交易规制的法律经济分析》,载《南方金融》2013年第9期,第92页。

^④ 参见叶林、卓娅:《关联交易的公司法规制:类型化与程序审查》,载《法律适用》2014年第2期,第28页。

予以剥离,针对性设置事前报告与批准的程序性审查机制,允许董事在经过法定程序获得批准后实施相应行为,形成利益冲突行为与潜在利益冲突行为相区别的董事行为规范体系。该法第181条规定了董事违反忠实义务的行为类型,其中,第6项“违反对公司忠实义务的其他行为”系兜底性规定,足以囊括违反法定程序实施的潜在利益冲突行为及其他未被列举的利益冲突行为。第182条至第184条规定了自我交易、利用公司机会、同业竞争等潜在利益冲突行为,并于第22条单列关联交易,于第139条规定了上市公司董事实施关联交易的报告义务和董事会会议决议规则。《公司法》在准确界定行为性质的基础上,对于利益冲突行为与潜在利益冲突行为分别采取绝对禁止与相对限制的规制措施,划定了公司自治与司法干预的界限,能够兼顾公司利益保护与董事行为规范的双重目的。

尽管《公司法》对于潜在利益冲突行为规则作出了完善,但规范体系内部并未遵循贯穿始终的规制思路。第139条规定的上市公司关联交易规则将其适用主体限定为董事,与第22条和第180条适用于控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员的立法设定不同。关联交易作为自我交易的典型样态,二者本质属性相同,公司法理应进行统一调整。^①虽然立法对于潜在利益冲突行为设置的规则并不完全一致,但可通过法律解释技术予以补足。例如,第139条规定的关联交易审查程序仅适用于上市公司,而有限公司和非上市股份公司的关联交易,则可适用第182条和第185条规定的自我交易审查规则。

(二)潜在利益冲突行为的事前报告与批准

1. 排除利益冲突的方案

潜在利益冲突行为并不必然损害公司利益,但董事确实具有利用职权转移公司利益的高度盖然性。为了平衡董事与公司之间的利益状态,避免过度限制董事商业判断的运用,公司法创设了排除潜在利益冲突行为违法性的三种方案:一是证明交易的公平性;二是获得无利害关系董事的批准;三是获得股东同意。^②在域外法中,采用这种方式的典例是《特拉华州普通公司法》第144条,该条规定公司与其董事、高级管理人员之间的合同,或者公司与其董事、高级管理人员任职或具有经济利益的其他公司或商业组织之间的合同,在满足下列任一条件时,不会被认定为无效或者可撤销:(1)有关董事或高级管理人员的关系、利益、合同或交易的重要事实已经披露,或者被董事会(委员会)知悉,董事会(委员会)善意地通过多数无利害关系董事的赞成票授权该合同或交易,即使无利害关系董事少于法定人数;(2)有关董事或高级管理人员的关系、利益、有关合同或交易的重要事实已经披露,或被有权对其进行表决的股东所知悉,并且该合同或交易经股东善意投票特别批准;(3)合同或交易经董事会(委员会)或股东授权、批准时,对公司而言是公平的。我国学者也主张采用“公司自治优先,公平审查兜底”的原则综合调整利益冲突交易,实现形式正义与实质正义的

^① 参见王湘淳:《论我国利益冲突交易的统一综合调整》,载《法学家》2024年第1期,第162页。

^② See Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law* (2nd ed.), West Academic Publishing, 2010, p. 344.

协调。^①

根据《公司法》第182条至第184条的规定,董事实施自我交易、利用公司机会、开展同业竞争等潜在利益冲突行为时,需要向董事会或者股东会报告,并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过,方能依法实施相关行为。该法并不禁止潜在利益冲突行为,只是对其进行预先控制,通过程序性审查机制将其控制在合法合理的范围之内。^②之所以不采用实质公平标准作为判断交易公平性的方案,可能是由于实质公平标准并不清晰明确,于是通过无利害关系董事或股东的审批机制替代实质公平标准,以此提升交易的确定性。^③换言之,董事会或股东会的审批本质上是实质公平标准的替代机制,经过公司章程事先规定的董事会或股东会批准,交易公平的举证责任转移到质疑的一方。^④董事报告应当采用书面形式,其内容主要包括下列事项:一是法律和公司章程要求报告的事项;二是董事利益冲突的存在及其性质;三是保密信息不予报告的依据和理由。当仅因法律规定的关联人是该交易的一方或在交易中拥有重大经济利益,该交易才成为董事的利益冲突交易时,若该董事合理地认为报告有关事项会违反法定义务,则该董事不负有报告义务。^⑤

2. 董事会的批准程序

在董事会审议批准董事与公司之间的交易时,是否需要排除有利害关系的董事,存在不同做法。美国《示范商业公司法》允许公司章程规定,在无利害关系董事人数不符合法定人数或投票要求时,可以允许有利害关系的董事参与董事会会议的审议表决。^⑥《特拉华州普通公司法》第144条则直接规定,在确定出席董事会会议的法定人数时,可将普通董事或有利害关系的董事计算在内。《公司法》第185条规定了董事会对于潜在利益冲突行为的审议规则,但与第139条规定的上市公司关联交易审议规则相较,明显过于粗疏。对此,应当参照第139条,对第185条规定的董事会审议规则予以进一步厘清:董事会会议由过半数的无利害关系的董事出席即可举行,参与表决的无利害关系的董事人数不得少于3人,董事会中所有无利害关系的董事过半数同意,交易即可获准实施。有利害关系的董事不得参与表决,其表决权不计入表决权总数。出席董事会会议的无利害关系董事人数不足3人时,应当将该事项提交股东会审议。

在董事会的批准程序中,董事独立性成为能否有效排除利益冲突因素的关键。董事缺乏独立性,是指董事无法以维护公司最佳利益作为决策的唯一出发点。原告需要提出证据,证明其他董事对有利关系的董事负有义务,以显示其缺乏独立性。这些事实不需要显示其他董事依赖有利关系的董事的财务或经济基础,而是注重公正性和客观性。董事的个人利益在其所处的经济环境下必须足够显著,以至于董事不可能在放弃追求个人利益的情况下,履行其对公司负有的信义义

① 参见王湘淳:《论我国利益冲突交易的统一综合调整》,载《法学家》2024年第1期,第165页。

② 参见施天涛:《公司法应该如何规训关联交易?》,载《法律适用》2021年第4期,第73-74页。

③ 参见黄辉:《独立董事的法律义务与责任追究:国际经验与中国方案》,载《中外法学》2023年第1期,第205页。

④ 参见傅穹:《公司利益范式下的董事义务改革》,载《中国法学》2022年第6期,第214页。

⑤ See Model Business Corporation Act (2016) § 8.62.

⑥ See Model Business Corporation Act (2016) § 8.62.

务。判断董事独立性的重点在于有利害关系董事和被支配董事之间的关系,支配本身是一项实质性标准。法院有时会使用“董事会的无用状态”作为缺乏独立性的标准:股东必须证明董事对更有“权力”的其他董事负有义务,或者在后者的影响下,董事的自由裁量权将会陷入无用状态。这种分析是高度情景化的,必须结合具体案情予以认定。只有在原告提出证据,证明批准该交易的大多数董事会成员具有利害关系或缺乏独立性时,才会适用实质公平标准,否则法院将尊重董事会的商业判断。^①

3. 股东会的批准程序

董事与公司进行交易时,除了可以向董事会报告外,还可以向股东会报告并申请批准。只要不存在欺诈或显失公平的情形,股东会对于潜在利益冲突行为的批准,足以使公司与有利害关系的董事之间的交易生效。若有利害关系的董事同时持有公司股票,则可以对其与公司之间的交易进行投票表决。但是,若董事与公司之间的交易属于欺诈性交易,即使股东会予以批准,也不能导致交易生效。^②《公司法》并未对股东会的审议程序作出具体规定。参酌比较法的相关规则,董事的潜在利益冲突交易由股东会批准的,应当遵循下列规则:其一,只能由持有合格股份的股东参与表决,合格股份是指所有有权就交易进行表决的股份,不包括与交易有利害关系的董事或其关联方持有的股份;其二,向股东发出通知,说明将要实施的行为;其三,向公司报告法律规定的信息;其四,通知有权进行表决的股东,告知他们应当知晓的相关信息。^③ 在我国的司法实践中,公司全体股东知晓董事与公司进行交易却未表示反对的,可以视为股东会同意。^④

(三)潜在利益冲突行为的事后公平性审查

1. 程序标准系实质公平标准的替代机制

公平性审查要求对董事决定的实质性内容进行审查。董事在交易中是否获得利益与交易的公平性并无直接关联,即使董事在其与公司的交易中获得大额利润,交易也未必不具有公平性。判断交易公平性的方法,是比较公司在与董事的交易中放弃的价值与其实际获得的价值。衡量价值的时间应为董事与公司签订合同之时,因为董事只能根据采取行动时的事实作出决定。不过,这并不意味着在董事实施交易之后的事件与评估交易的公平性无关。如果后来发生的事件是董事预料到或应该预料到的,那么,在公司签订合同时就会对交易的公平性产生影响。进行实质性评估的基本标准是公司应该获得与其所放弃的价值相等的利益。然而,在没有进行现实谈判的情况下,评估公平谈判能产生何种价格并非易事。^⑤

《公司法》对于潜在利益冲突行为的规制没有采用实质公平标准,而是采用程序性标准予以替

^① See Larry Catá Backer, *Director Independence and the Duty of Loyalty: Race, Gender, Class, and the Disney-Oritz Litigation*, 79 St. John's Law Review 1011, 1028-1031 (2005).

^② See Harold Marsh Jr., *Are Directors Trustees*, 22 Business Lawyer 35, 48-49 (1966).

^③ See Model Business Corporation Act (2016) § 8.63.

^④ 参见最高人民法院(2021)最高法民申6043号民事裁定书。

^⑤ See Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law* (2nd ed.), West Academic Publishing, 2010, p. 345-348.

代,这实际上规避了过错归责,导致部分有悖于实质公平的交易仅因满足程序标准而免于承担法律责任。^①对于经过公司批准后实施的潜在利益冲突行为,能否再进行公平性审查,存在不同观点。以关联交易为例,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(五)》(法释[2019]7号)第1条第1款的规定,关联交易损害公司利益时,董事不能仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由,拒绝承担赔偿责任。据此,我国司法实践针对关联交易的公平性审查,普遍采取程序公平标准与实质公平标准相结合的方法^②,既坚持实质公平的判断标准,又注重发挥程序公平的保障作用。^③不过,这是由于《公司法》(2018年)没有规定关联交易普遍适用的正当程序,没有推定结果公平的适用前提,因而司法解释采用结果控制路径,无论关联交易是否遵守程序,交易人均需要证明交易结果公平。^④在《公司法》明确规定关联交易的正当程序后,遵守法定程序本身即可以证明关联交易的公平性,只有在没有遵守法定程序的情形下,才需要由交易方举证证明交易结果的公平性。^⑤

2. 未经程序审查能否主张交易具有公平性

根据《公司法》第182条至第184条的规定,程序性审查与实质公平审查应当互为替代机制,董事依法履行报告义务并获得董事会或股东会审议批准后,不必再进行公平性审查。因为潜在利益冲突交易获得无利害关系的董事批准,表明该交易并不涉及利益冲突,而在不存在利益冲突的情形下,商业判断规则限制了法院对董事决定的审查范围。此时,对于交易的司法审查应遵循商业判断规则,而不是实质公平标准。但是,若董事未履行报告义务,还能否通过辩称交易条款对公司具有公平性来证明交易的合法性?对此,存在两种不同的解释路径:一是认为董事未履行报告义务,排除了通过董事会或股东会批准来证明交易合法性的可能,但这并不妨碍董事通过证明合同条款的公平性来挽救这笔交易;二是认为不向公司报告这一行为本身就足以排除交易的公平性,因为无法确定董事会或股东会知悉相关事实后,公司是否能获得更有利的交易机会。考虑到公平性审查是董事会或股东会批准的替代性机制,董事与公司之间的交易即便未符合报告和批准的程序要求,董事仍可以通过证明交易的公平性来证明其合法性。但现实中,董事与公司之间的交易未经董事会或股东会批准,可能会使法院高度怀疑该交易的公平性。^⑥另外,无利害关系的董事在批准时必须遵守善意和合理调查的规定,违反该规定实施的行为即便获得批准,也不会导致潜在利益冲突行为生效。^⑦

(四)小结:程序性审查应提升为潜在利益冲突行为的共性规则

《公司法》第182条至第184条规定的向董事会或股东会报告并经其批准的要求,系针对所列

① 参见施天涛:《善义务是否需要作为受信义务的第三维构成?》,载《中国应用法学》2023年第1期,第35页。

② 参见张怀岭:《〈公司法〉关联交易规制理念纠偏与规则重构》,载《北方法学》2022年第5期,第115页。

③ 参见王艳梅:《论中国董事自我交易合同的效力》,载《社会科学战线》2021年第8期,第235页。

④ 参见刘贵祥:《从公司诉讼视角对公司法修改的几点思考》,载《中国政法大学学报》2022年第5期,第47页。

⑤ 参见杨永清、潘勇锋:《公司法修订若干问题探讨》,载《法律适用》2023年第1期,第25页。

⑥ See Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law* (2nd ed.), West Academic Publishing, 2010, p. 355-358.

⑦ See Model Business Corporation Act (2016) § 8.62 official comment.

举行为单独作出的规定,能否适用于其他未被列举的潜在利益冲突行为,并不明确。基于潜在利益冲突行为的同质性,遵循报告与批准程序从而排除行为的违法性,仍应获得普遍适用。第 182 条至第 184 条针对三类不同行为设置的程序性审查机制基本相同,分别立法不仅造成规范重复和立法资源浪费,而且导致其他未被列举的潜在利益冲突行为能否适用相同规则存在不确定性。对此,有必要将报告与批准程序提升为潜在利益冲突行为共同的程序性审查机制,拓宽其适用范围,将所有的潜在利益冲突行为纳入其中。在立法未作改变的情况下,可以通过法律解释,将第 182 条至第 184 条规定的程序性审查机制类推适用于其他未被列举的潜在利益冲突行为。

四、失信责任的二元机制:归入责任与损害赔偿责任的适用

董事违反忠实义务,需要依法将所获利益上缴给公司。对于行使归入权后仍未获得填补的损害,公司能否主张损害赔偿,理论界存在不同观点。

(一) 董事违反忠实义务的法定责任

按照《公司法》第 186 条的规定,董事违反忠实义务的后果,是将从利益冲突交易中获得的利益返还给公司。从公司一侧来说,公司对实施利益冲突行为的董事享有归入权;从董事一侧来说,董事需要承担将违法获益上缴给公司的归入责任。对于归入权的性质,存在形成权与请求权两种观点。通说认为,归入权属于形成权,即归入权的目的是对董事交易利益所有权的否定,系使法律关系发生变更的形成权。^① 也有观点认为,在请求权与形成权的二元范畴内讨论归入权的性质,并非正确的理论路径,归入权应被界定为债权。^② 作为一种独立的权利,无论其为请求权还是形成权,归入权与其他债权请求权均截然不同。^③

归入责任构成公司法中对利益冲突交易的主要救济方式,本质上是对公司内部管理关系的一种替代。我国《公司法》并未界定公司利益的概念,归入责任拟剥夺不当的个人利益,而非补偿对公司利益的损害。归入责任的适用,采取不当得利标准而不是侵权损害赔偿标准,针对利益冲突交易本身所产生的积极利益,而不是公司损失的消极利益。^④ 法律设置归入责任的目的在于否定董事实施利益冲突交易的行为效力,而是维护公司利益、制裁董事的不当管理行为。归入责任的适用仅是公司与董事之间的内部关系,并不涉及董事利益冲突交易的外部关系。^⑤

(二) 归入责任的具体适用

1. 归入责任与损害赔偿责任能否并存

虽然归入责任与损害赔偿责任均系董事损害公司利益的法律后果,但二者属于不同路径,具有

① 参见冯果:《内幕交易与私权救济》,载《法学研究》2000 年第 2 期,第 100 页。

② 参见姜朋:《内幕人短线交易收益归入制度简论》,载《法制与社会发展》2001 年第 3 期,第 70-71 页。

③ 参见谢鸿飞:《违约获益归入权的体系定位与适用限制》,载《清华法学》2024 年第 1 期,第 89 页。

④ 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》,载《法学家》2009 年第 4 期,第 84-87 页。

⑤ 参见任秀芳:《论我国公司归入权的适用规则及其完善》,载《政治与法律》2009 年第 4 期,第 72 页。

不同的规范目的与规范构成,可从以下方面予以厘清:其一,适用范围不同。归入责任主要用于调整公司内部关系,不涉及公司外部的第三人,权利行使对象主要是董事、监事、高级管理人员等公司内部人。损害赔偿责任的适用范围更为广泛,由于侵权行为人包括公司外部人,所以,权利行使对象可以同时包括公司内部人和外部人。其二,归入责任剥夺的是董事、监事和高级管理人员的非法获益,而损害赔偿责任的范围是公司遭受的损失。^①

《公司法》第186条专门规定了董事违反忠实义务的归入责任,但并未明确归入责任与损害赔偿责任的适用关系。对此,理论和实务界存在不同观点:一是认为董事违反忠实义务时,公司同时享有归入权和损害赔偿请求权,但只能择一行使;二是公司行使归入权后尚有损害未获填补的,仍可在未获填补的范围内行使损害赔偿请求权;三是公司只能享有和行使归入权,并不享有其他损害赔偿请求权。^② 理论界倾向于公司行使归入权后,对于尚未获得填补的损害差额部分,仍可继续行使损害赔偿请求权,以期全面维护公司利益。^③ 实践中,对于董事违反忠实义务的责任性质并不刻意区分,而是笼统要求董事应对其实施的利益冲突行为承担赔偿责任。^④

探讨归入责任和损害赔偿责任的适用关系时,涉及损害赔偿数额与董事获益数额之间的比较。如果能够确定损害赔偿数额且其大于或等于董事获益数额,那么,直接要求董事承担损害赔偿责任,既可通过剥夺违法所得起到威慑和制裁作用,又可充分填补公司所受损失。为何多此一举,先行适用归入责任,再对公司尚未获得填补的损失适用损害赔偿责任?可见,在能够确定董事违反忠实义务给公司造成的损失数额时,若损失数额大于或等于获益数额,没有重复适用归入责任和损害赔偿责任的必要,径行适用损害赔偿责任即可实现填补损害和威慑不法的双重功效。若损失数额少于获益数额,适用归入责任更能有效震慑不法行为人,但此种情况并不常见。

在通常情况下,董事违反忠实义务给公司造成的损失数额往往难以准确界定,公司损失数额与董事获益数额也就无法进行比较,公司损失只能通过归入责任的适用予以填补,剥夺董事违法获益在本质上是以董事获益数额作为损害赔偿额度。此时,无论是将归入责任解释为独立的责任形态,还是将其作为损害赔偿数额的确定方式,在适用效果上并不存在实质性差异。

2. 归入责任与违约获益交出责任的区别

在民法领域,剥夺行为人的违法获益作为民事责任承担方式日益获得关注。根据《民法典》第1182条的规定,侵害他人人身权益造成财产损失的,可以侵权人的收益作为损害赔偿标准。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(法释〔2023〕13号)第62条的规定,违约责任领域也可采用获益赔偿标准。违约获益交出与损害赔偿的数额确定方式、目的均不相同,是独立于损害赔偿的责任形式。^⑤ 不过,只有在违约方故意利用合同规则牟利

① 参见冉克平、舒广:《论公司利益的体系定位与私法救济》,载《南大法学》2023年第1期,第104页。

② 参见曾新明:《论公司归入权》,载《学术论坛》2008年第4期,第161页。

③ 参见习龙生:《论控股股东的竞业禁止义务及我国的制度构建》,载《法学家》2005年第3期,第134页。

④ 参见最高人民法院(2020)最高法民申4682号民事裁定书。

⑤ 参见吴国喆、长文昕:《违约获益交出责任的正当性与独立性》,载《法学研究》2021年第4期,第120-123页。

时,才应适用违约获益交出责任。^① 商法和民法中的获益交出规则均针对他人的不法行为,法律效果均为不法获益的转移,因而私法中的各类获益交出规则均可称为“归入权”。^② 然而,公司法和民法领域的归入权具有不同的制度生成背景,相应的适用标准也存在明显差异。

适用违约获益交出责任时,应以归入权的行使不会导致债权人的财产不当增加为要件。据此,违约获益交出责任只能适用于两种情形:(1) 违约获益大于履行利益,且履行利益无法弥补债权人的损失;(2) 履行利益无法确定,这是违约获益替代履行利益的最佳场合。^③ 违约获益以履行利益为参照,无论是适用要件还是数额确定,均需要与履行利益进行对比。然而,董事违反忠实义务的归入责任在性质上属于失信责任,董事与公司之间的信义关系迥然异于合同关系,合同法中的规范概念不能当然地适用于公司法领域。例如,依据合同法规则对商业机会进行认定,将会混淆商业机会与民事合同,导致法院对董事篡夺公司机会侵害的公司具体权益认定不一。^④ 因此,虽然董事归入责任与违约获益交出责任的性质相同,具体的适用标准却不共通。

3. 董事违法获益的认定

根据《公司法》第 186 条的规定,董事违反忠实义务所得的收入应当归公司所有,该条所称“收入”应当解释为董事违反忠实义务所得的积极利益或净利益,即董事资产的增加。例如,对于董事篡夺公司机会而与第三人交易所获利益,公司行使归入权时应扣除董事所支付的对价。^⑤ 归入责任的损失填补作为一种推定的法律技术,旨在回避审判实践中判断公司损失的计算困境,将董事和高管的积极获益额推定为公司损失额,相当于不当得利的赔偿思路。^⑥ 理论界通常将董事归入责任解释为不当得利责任,采用这一解释方案的直接后果,即为赔偿数额的限定。不当得利的返还范围取决于损害和获利之间的关系:当获利超过损失时,受益人在损失限度内负返还义务;获利超过受害人损害的部分,就不属于不当得利的返还范围。^⑦

不过,按照归入责任的规范逻辑,即便董事非法获益的数额超出损害范围,也应剥夺其全部非法获益。原因在于,归入责任不同于传统民法中以“受害人的损害”为标准的救济方法,是将侵害人所得的利益作为向受害人提供救济的范围。以侵害人的获利作为救济标准,是因为在现代社会中,侵犯他人权利的同时,侵害人也会从中取得利益,该利益很可能会超出被侵害人自己形式上遭受的损害。^⑧ 因此,若能够确定公司所受损失的具体数额,即便公司所受损害少于董事的非法获益数额,公司能够主张归入的财产数额也不应限定在公司的损失范围内。否则,将有悖归入责任的制度初衷,削弱归入责任威慑和制裁董事失信行为的功效。

① 参见洪国盛:《论作为违约救济的获利交出》,载《中外法学》2022 年第 5 期,第 1373 页。

② 参见谢鸿飞:《违约获益归入权的体系定位与适用限制》,载《清华法学》2024 年第 1 期,第 89 页。

③ 参见谢鸿飞:《违约获益归入权的体系定位与适用限制》,载《清华法学》2024 年第 1 期,第 91 页。

④ 参见李燕:《优化营商环境背景下董事忠实义务规范再构》,载《学海》2023 年第 3 期,第 198 页。

⑤ 参见周淳:《公司归入权的体系定位与规范构造》,载《财经法学》2021 年第 3 期,第 36-37 页。

⑥ 参见傅穹:《公司利益范式下的董事义务改革》,载《中国法学》2022 年第 6 期,第 216 页。

⑦ 参见缪宇:《获利返还论——以〈侵权责任法〉第 20 条为中心》,载《法商研究》2017 年第 4 期,第 82 页。

⑧ 参见赵廉慧:《作为民法特别法的信托法》,载《环球法律评论》2021 年第 1 期,第 82 页。

五、结语

忠实义务作为规制董事利益冲突行为的私法机制,与合同机制相比,能够更为全面地维护公司利益。2023年修订的《公司法》对董事忠实义务的内涵作出明确界定,并采用一般性规定和列举性规定相结合的方式界定利益冲突的行为样态,有助于舒缓忠实义务的高度抽象性所致适用中的不确定性。《公司法》采用结果导向的利益冲突认定标准,区分利益冲突行为与潜在利益冲突行为,针对后者设置相应的程序性审查机制,为潜在利益冲突行为向合法行为转化提供了有效的疏导路径,有助于实现对董事利益冲突行为的精准规制。报告与批准程序应当进一步提升为潜在利益冲突行为共同适用的一般性规则,从而凸显同质行为的共性,精简重复规范,提升公司法的逻辑性和体系性,进而形成更为严谨周密的董事忠实义务规范体系。■JS

Re-examination of the Normative System of Directors' Duty of Loyalty

WANG Qi

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: The Corporation Law amended in 2023 systematically reconstructs the norms of directors' duty of loyalty to form a normative group of directors' duty of loyalty with unambiguous concepts, clear logic and harmonious system. In the external system, the directors' duty of loyalty has independent normative value, and its insitutional positioning is significantly different from the directors' duty of care and duty of good faith. In terms of internal system, the Corporation Law amended in 2023 establishes a dual normative approach of duty of loyalty on the basis of distinguishing between conflicts of interest behaviors and potential conflicts of interest behaviors. Conflicts of interest behaviors are absolutely prohibited, while potential conflicts of interest behaviors can be implemented after procedural review within the corporation. As the legal consequence of directors's breach of duty of loyalty, whether it is regarded as the way to determine the amount of damages or an independent form of liability, it will not have a substantial impact on the protection of corporate interests.

Key words: duty of loyalty; fiduciary relations; conflict-of-interest behaviors; substantial fairness doctrine; disgorgement damages

本文责任编辑:邵海