

董事竞业限制义务的适用难题^{*}

——以新《公司法》第184条的实施为中心

傅 穹^{**} 段再扬^{***}

摘要:2023年修订的《公司法》第184条对董事竞业限制义务做了全面升级。然而,考察2018~2024年261份董事竞业案件的裁判情况,可以预见该义务在实施过程中仍将面临“行为识别难”“利益冲突涤除难”“责任追索难”的现实困境。应当明确董事竞业限制义务旨在保护公司的“经营权”,以公司经营能力减损为判断竞业行为的标准;通过强化追责与举证责任倒置,解决利益冲突涤除机制现实落空的问题;允许归入权与损害赔偿救济并存,以董事的薪酬倍数为差序责任尺度,增加失去职位及刑事责任等非金钱责任,提升董事竞业限制义务的适用效果。

关键词:竞业限制 忠实义务 识别标准 利益冲突 董事责任

* 本文是国家社会科学基金重点项目“授权资本制法律改革研究”(编号:21AFX018)的阶段性成果。

** 吉林大学法学院教授。

*** 吉林大学法学院民商法博士研究生。

2023年修订的《公司法》(以下简称新《公司法》)第184条作为《公司法》修订的新增条款,较之原《公司法》第148条第1款第5项主要有以下几个方面的变化:一是从结构上实现了董事竞业限制与公司机会规则的拆分;二是将规制范围从董事与高级管理人员进一步扩张至监事;三是明确了义务人向董事会或股东会的报告义务;四是将竞业事项的批准权力交由股东会与董事会共享。^[1]结合新《公司法》第185条新增的“关联董事回避表决机制”,以及第186条“归入权”与第188条“损失赔偿”的责任体系,董事竞业限制义务的适用看似已有了完美答案。

然而,当我们将崭新的法律条款投射至既往的竞业诉讼时,却不禁发现:真实商业世界中竞业限制义务的法律识别,在与违反其他忠实义务行为相互交织或叠加时,每每沦为“陪衬”而被司法审查忽视;事先报告与批准的利益冲突涤除程序设定,原本暗含“事先防范和过滤风险的作用”或“可以降低(义务主体)自身追究责任的风险”功能,^[2]但在实际运行中往往成为虚设条款而被“架空”;违反竞业限制义务的责任追究,因公司承担举证责任的事实艰难,以及归入权与损害赔偿的并存分歧等困境,责任的认定与落实并不尽如人意。例如,“道隆华尔软件公司与科睿技术公司等损害公司利益责任纠纷案”^[3],法院虽然认定被告董事在任职期间“成立了在经营范围方面与原告存在重合的科睿公司”,但原告却求一句道歉而不可得。又如,在“善庄纺织公司、杨某等损害股东利益责任纠纷案”^[4]中,尽管法院确认被告有竞业行为,但拒绝了原告要求被告停止侵权、报告竞业收入以及赔偿1元损失的

[1] 新《公司法》第184条规定:“董事、监事、高级管理人员未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,不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。”

[2] 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259页。

[3] 参见北京市第一中级人民法院:道隆华尔软件公司与科睿技术公司等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2021)京01民终5425号,2021年12月3日。

[4] 参见江苏省苏州市吴江区人民法院:苏州市善庄纺织有限公司、杨某等损害股东利益责任纠纷一审民事裁定书,案号:(2021)苏0509民初7931号,2021年9月22日。

请求。当下,侵权规则已成为董事竞业诉讼的主流裁判逻辑,^[5]法院更关注公司财产性利益的损失,而忽视非财产性利益的减损。然而,董事竞业限制义务的立法初衷,并非指向对公司有形财产的侵占,也并非针对公司机会这类无形财产的篡夺,^[6]而是防止义务人侵害公司的经营能力,进而间接损害公司的潜在财产性利益。不难预见,未来董事竞业限制义务的实施,仍将面临“行为识别难”“利益冲突涤除难”“责任追索难”的三大困境。

故此,本文特以董事竞业限制义务为选题,以既往的董事竞业诉讼为研究样本,旨在探索并回答规则的潜在实施难题和未来破解可能。

一、董事竞业诉讼的实证观察

从样本的案涉事实观察,^[7]董事竞业行为具有高度复合化的特点,即被告从事竞业行为时,常伴有篡夺公司机会(占比42.39%)、自我交易(占比16.30%)、侵占公司财产(占比12.76%)、放弃履职(占比4.85%)以及其他不当行为(占比6.54%)。司法实践传递的信息是:董事竞业限制义务的条款独立,缘于组织法对于董事忠实义务分类的立法技术,而非董事同业竞争的现实映射。所谓同业竞争,本就是董事“另起炉灶”,意在“损公肥私”。基于谋利的强烈驱动,与其让两家公司貌似“公平竞争”,竞业董事更倾向于直接转移任职公司的利益,

[5] 实践中,法院对董事竞业案件的责任构成要件、管辖权认定以及责任主体范围的审理均从侵权理论展开,类似案例还可参见北京市海淀区人民法院:北京爱婴科技发展有限公司与海力孚科技有限公司等损害公司利益责任纠纷一案民事判决书,案号:(2020)京0108民初46995号,2021年11月30日;广东省广州市黄埔区人民法院:广州市华代生物科技有限公司、秦某等损害公司利益责任纠纷一案民事判决书,案号:(2022)粤0112民初13369号,2022年10月14日;上海市浦东新区人民法院:柴某等与上海诺姆四达投资集团有限公司等损害公司利益责任纠纷一案民事判决书,案号:(2020)沪0115民初55308号,2021年7月19日。

[6] 参见冯果:《“禁止篡夺公司机会”规则探究》,载《中国法学》2010年第1期。

[7] 笔者在“中国裁判文书网”中以“董事”“竞业”为关键词进行检索,时间设置自2018年起至2024年止,案由选为“与公司有关的纠纷”,共检索到1077篇文书,过滤后得到261份篇文书作为本文的研究样本。

故而表现为盗用任职公司的信息、资源、客户和资产等赤裸手段。从样本的裁判结果来看,公司作为原告的一审胜诉率仅为 39.18%,而在二审改判的 16 个案件中,原告上诉改判的只有 4 例。不难看出,公司追究董事违反竞业限制义务的责任,在现实中并非易事。

(一)董事竞业行为的识别障碍

董事的竞业行为在想象中是不难识别的,但在现实中却总是以其他忠实义务的“陪衬”样态呈现。当董事竞业遭遇其他违反忠实义务的行为时,法院往往回避对竞业行为的评价。例如“无锡马某管理咨询公司、田某等损害公司利益责任纠纷案”^{〔8〕},原告明确诉请要求被告承担违反竞业限制义务的责任,并且证明了被告存在兼任竞争公司董事的事实,但两审法院均从篡夺公司机会角度审理并判决原告败诉。又如“张某、中瑞检验公司广州分公司损害公司利益责任纠纷案”^{〔9〕},原告主张被告为竞争公司承揽业务,在交易中给予竞争公司不合理的交易条件,而两审法院仅认定被告实施关联交易并归还不当所得,并未评价被告的竞业行为。

当案件审理焦点集中于竞业事项本身时,认定竞业成立与否的标准也并不清晰。对于董事竞业行为的判定标准,一直存在“经营范围说”与“实质营业说”之争,即“形式标准”与“实质标准”之别。新《公司法》第 184 条将董事竞业限制义务表述为经营“同类业务”,但对“同类业务”的内涵并未进一步界定。学界对此态度不一,有的认为同类业务仅指经登记的经营范围重合,有的主张应限于公司正在经营的业务,也有观点认为应作泛化解释,即包含公司即将开展或可能开展的业务。

司法实践对同类业务的解读也呈现多样化,部分法院采“形式标准”,将公司登记的经营范围作为判断依据,^{〔10〕}如两家公司登记的经营

〔8〕 参见江苏省无锡市中级人民法院:无锡马某企业管理咨询有限公司、田某等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2023)苏 02 民终 4645 号,2023 年 8 月 31 日。

〔9〕 参见广东省广州市中级人民法院:张某、中瑞检验有限公司广州分公司损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2020)粤 01 民终 4015 号,2020 年 3 月 27 日。

〔10〕 参见北京市第二中级人民法院:安某等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2021)京 02 民终 7705 号,2021 年 5 月 28 日;上海市第二中级人民法院:上海革力国际货物运输代理有限公司、宁波唯派国际物流有限公司等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2021)沪 02 民终 313 号,2021 年 3 月 31 日。

范围重合度较高,则认定为同类业务。^[11]也有部分法院采“实质标准”,认为应当考察公司的实际经营内容,以竞争公司的业务对公司营业是否具有替代性或市场分割效果来判断。^[12]如“郭某轩与北京联达动力科技公司损害公司利益责任纠纷案”^[13],法院认为,所谓“同类业务”应当指与公司形成竞争关系的相同或类似的经营活动,包括公司目前实际正在进行的营业,或已着手准备开展的业务。法院通过对比两家公司的实际经营内容和经营目的,认为二者提供的在线医疗服务产品操作界面和主要功能极为相似,从本质上看均系为求医者提供医院线上挂号等服务,功能相似性较高,存在替代关系,最终认定属于同类业务。

由于原告难以掌握董事竞业行为的具体情况,举证不得不高度依赖“登记经营范围重合”的形式标准。董事违反竞业限制义务认定标准的模糊,增加了裁判结果的不确定性和原告胜诉的难度。

(二) 利益冲突涤除程序的事实架空

1993年《公司法》第61条对董事竞业行为采取严格禁止的态度,董事“不得”自营或为他人经营与其所任职公司同类的营业,甚至没有给公司保留批准的自治权利。2005年修订后的《公司法》改一律禁止为有条件准许,即董事“经股东会或者股东大会同意”。只要股东会经过衡量取舍后选择接受,董事就可以进行同业竞争,董事竞业限制义务的利益冲突涤除程序伊始确立。

然而,遍阅本文收集的样本,并未发现该等涤除程序发挥作用的痕

[11] 在“安某等损害公司利益责任纠纷案”中,两审法院认定同类业务时均采用形式标准,认为“根据国某公司与北京原某公司登记的经营范围,两公司均包含‘技术开发、计算机系统服务、软件开发、数据处理’等项目,属于经营同类业务的公司”。具体参见北京市第二中级人民法院:安某等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2021)京02民终7705号,2021年5月28日。

[12] 参见福建省福州市中级人民法院:福建鑫点梦谷创业园有限公司、茆某损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2019)闽01民终8544号,2020年10月21日;江苏省苏州市中级人民法院:李某与李某博损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2019)苏05民终7728号,2020年3月16日。

[13] 参见北京市第一中级人民法院:郭某轩与北京联达动力信息科技股份有限公司损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2018)京01民终8475号,2018年12月6日。

迹,既没有法院将董事竞业行为是否得到批准作为审理重点,也没有董事以竞业行为得到股东同意为抗辩理由。即使认为被同意的同业竞争不会进入诉讼程序,但不应排除部分“同意”本身存有瑕疵或董事行为超出“同意”范畴的争议情形,若在裁判中全然不见此类表述或争辩,这可能本身就存在问题。有理由推断,董事竞业的利益冲突涤除程序事实上始终是被“架空”的,或者说,现实中的董事们并没有借涤除程序来缓和与公司间的利益冲突,却不约而同地选择了“铤而走险”。

(三)董事竞业责任追究的标尺不一

就样本观察,董事违反竞业限制义务的责任追究存在三方面的分歧:

其一,归入权与损害赔偿的竞合认定。董事所承担的责任主要为金钱责任与非金钱责任两种,其中,董事承担金钱责任的占比高达 92.6%,是董事违反竞业限制义务的主要责任形式。54.49% 的法院将金钱责任表述为损害赔偿,其余则表述为归入权,只有极少数法院裁判要求董事承担双重责任,归入权与损害赔偿责任的竞合问题较为突出。

其二,董事违反义务与公司财产损失间的因果关系断裂。在部分案件中,即使原告能证明董事存在竞业事实,但法院依然拒绝提供救济。例如,在“大庆市宝丽国际旅行社有限公司、王某宇等损害公司利益责任纠纷案”^[14]中,被告私自设立与任职公司同样经营旅游业务的竞争公司,原告要求将被告同业竞争的获利归入。两审法院虽认定被告董事存在竞业行为,但并没有支持原告的诉请,理由皆为“无法认定损失实际发生”,也不能认定“损失与被告竞业行为之间存在因果关系”。

其三,董事竞业给公司造成的损失难以量化。即使法院认可被告

[14] 参见黑龙江省大庆市中级人民法院:大庆市宝丽国际旅行社有限公司、王某宇等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2022)黑06民终683号,2022年6月23日。类似的裁判还可参见浙江省湖州市中级人民法院:湖州爱卫信息科技有限公司、王某莉等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2021)浙05民终1565号,2022年2月21日;广东省广州市天河区人民法院:广州瀛客科技有限公司、沈某悦损害公司利益责任纠纷一审民事判决书,案号:(2020)粤0106民初4381号,2021年5月17日。

承担损害赔偿 responsibility, 具体数额也主要依赖法官酌定。在原告败诉的一审案件中, 占比 23.6% 的裁判理由是被告的责任数额无法确定。例如, “董某、李某等损害公司利益责任纠纷案”^[15] 与 “红薯叶科技(北京)有限公司与游某损害公司利益责任纠纷案”^[16], 法院在裁判说理部分阐述了其酌定损失所考虑的因素, 包括侵权主观故意、侵权期间、侵权行为性质、投资人撤资的情形。“归入权”救济方式在部分案件中成为公司损失无法确定时的替代性手段。^[17]

二、董事竞业限制义务的识别机制

从司法实践观察, 董事竞业行为的识别问题主要体现在两方面: 一是董事竞业限制义务与其他忠实义务子项之间的横向识别障碍; 二是董事竞业限制义务自身的判断标准模糊。解决前者需要区分受损的公司利益类型, 而后者则需要在“形式标准”“实质标准”“经营能力减损标准”之间作出选择。

(一) 公司的经营权法益

新《公司法》第 180 条重提公司利益的做法值得肯定, 正如学者所言, “董事行为与公司利益存在冲突的可能性, 才是判断董事竞业的实质准则”^[18]。公司利益作为贯穿董事忠实义务的核心概念, 决定了后者的内涵。^[19] 忠实义务类型的具体划分, 初衷便是保护不同的公司利

[15] 参见浙江省义乌市人民法院: 董某、李某等损害公司利益责任纠纷一案民事判决书, 案号: (2023) 浙 0782 民初 15406 号, 2024 年 1 月 23 日。

[16] 参见北京市海淀区人民法院: 红薯叶科技(北京)有限公司与游某损害公司利益责任纠纷一案民事判决书, 案号: (2021) 京 0108 民初 48493 号, 2022 年 4 月 29 日。

[17] 在“成都与俱科技有限公司、朱某琦损害公司利益责任纠纷案”中, 法院认为, “法律之所以赋予公司归入权, 主要是针对董事、高级管理人员的竞业限制行为给公司造成的损失往往是潜在的, 公司很难证明自己的实际损失, 通过归入权的行使对违反竞业限制义务的董事、高级管理人员予以惩戒, 并补偿自己可能的损失”。详见四川省成都市中级人民法院: 成都与俱科技有限公司、朱某琦损害公司利益责任纠纷一案民事判决书, 案号: (2018) 川 01 民终 2370 号, 2020 年 12 月 8 日。

[18] 郭升选: 《论董事竞业在司法中的认定》, 载《河北法学》2009 年第 1 期。

[19] 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。

益。现实中,董事竞业行为通常不会孤立存在,而是与侵占公司资产、篡夺公司机会,甚至恶意造成公司停业等行为相交织。但纯粹的董事竞业往往不会直接侵害公司的财产,所以当裁判思维陷入保护有形财产的定势时,本该被单独评价的竞业行为就会被其他侵犯公司财产的行为所掩盖。那么,在财产性利益之外,董事竞业限制义务是否指向何种具体的公司利益呢?

公司是资产的载体,以经营资产创造价值为核心的经营活动不仅是公司存续的目的也是公司利益的源泉。公司利益不应只局限于公司的财产性利益,而应当至少涵盖公司的经营能力,后者体现了公司利益的独立性、整体性和长期性,应被视作一种具体的公司利益。只要公司保持经营能力,无论公司的股东是谁、管理层是否更换、外部环境如何更迭,公司都能承载所有与公司有关的参与者的利益期待。所有危及公司的生存、内部稳定以及公司开拓市场可能性的行为,都应视为损害公司利益。^[20]对董事违反竞业限制义务这种不损公司财产之“表”,而伤及公司经营能力之“里”的行为,应当统摄于“不得损害公司利益”的理论框架之下。公司利益的内涵包括经营能力,而董事竞业限制义务的目的在于保护这种不同于传统物权概念的权益。反之,便会得出“公司资产未受损,董事何责之有?”的结论。拓展公司利益概念的内涵,从“财产损害”走向“经营能力减损”,可以给董事竞业限制义务提供理论上的托举。

对于公司的经营能力,国内法规中尚不能找到对应的概念。《反不正当竞争法》虽有保护经营者合法权益的理念,但《反不正当竞争法》规制的焦点局限于经营者之间,过于注重行政监管而忽视了民事责任的运用,既不能涵摄董事与公司间的利益冲突,也无法提供概念性的支撑。在侵权规则的语境下,需要为公司的经营能力找到合适的法律定位。有学者认为,应当在普遍承认司法实践自由裁量的基础上,通过一般性界定标准与类型化相结合的方式扩充侵权法保护的权益。^[21]借

[20] 参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第283页。

[21] 参见朱晓峰:《论德国法上的营业权规则及其对我国的启示》,载《政治与法律》2016年第6期。

鉴德国法创设的“营业权”概念,将公司的经营能力确立为一种民事权益,或许是可行的进路。“营业权”是19世纪末德国最高法院通过判例确定的一种权利,属于《德国民法典》第823条第1项所称的“其他权利”的一种,具有绝对权的性质,司法实践中按照物权请求权的规则来保护营业权。^[22]就经营权的内容而言,应当包含企业对市场竞争的参与权、对社会资源的拥有权、营权利以及法律环境下的平等保护权。^[23]可见,营业权是企业营业过程中概括保护企业利益不受侵害的商事权利,^[24]把公司的“经营权”作为董事竞业限制义务保护的法益具有逻辑上的正当性。如此才能让董事竞业限制义务在侵权规则的语境下获得合适的“标靶”,在适用时不至于有“虚无”之感。

需要注意的是,妨害经营的侵权行为给公司造成的损害主要表现为间接损失,与纯粹经济损失有相似之处,而纯粹经济损失往往不伴随物质损害,无论是普通法系国家还是大陆法系国家大多都不主张赔偿此类损失。^[25]然而,“纯粹经济损失不赔”并非普适规律。有观点指出,纯粹经济损失只是一个技术性的概念,是法律实践为了确立损害赔偿的界限而构造的理论工具。即使一项损失属于纯粹经济损失,并不表明该损失就确定地不能获得赔偿。对于那些损失范围和受害主体都比较确定的纯粹经济损失,尤其是故意导致的纯粹经济损失,不受一般不予赔偿规则的限制。^[26]在笔者看来,经营权作为公司的合法权益,经营权遭到侵犯而产生的后果应当纳入侵权法所保护的范畴。

(二)公司经营能力减损标准

董事竞业限制义务的判断标准,核心在于“同类业务”的解释。《公司法(修订草案)》曾采用“存在竞争关系的同类业务”的表述,但

[22] 参见樊涛:《我国营业权制度的评析与重构》,载《甘肃社会科学》2008年第4期。

[23] 参见钱宇丹、尹奎杰:《中小企业营业权平等法律保护制度研究》,载《社会科学战线》2014年第4期。

[24] 参见杨立新、蔡颖雯:《论妨害经营侵权行为及其责任》,载《法学论坛》2004年第2期。

[25] 参见姜战军:《论纯粹经济损失的概念》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2012年第5期。

[26] 参见张新宝、张小义:《论纯粹经济损失的几个基本问题》,载《法学杂志》2007年第4期。

《公司法(修订草案二次审议稿)》将该方案放弃,而回归“同类业务”的表述。我国公司法理论与立法对此问题一直存在“形式标准”与“实质标准”的标尺之争,前者认为“仅指公司章程所载公司经营范围内的事业,而该营业是否执行或仅仅载于公司章程则在所不问”^[27];后者则认为,同类业务与董事所任职公司的公司章程所规定的营业范围并无必然联系。^[28]比较而言,将同类业务限于公司登记的经营范围内,过于刻板机械,与现实中公司普遍存在的超范围经营情况不符。而实质标准的范围则具有一定主观性和变动性,给司法实践中判断董事行为是否属于“同类业务”带来麻烦。笔者认为,厘清同类业务概念的边界,关键在于把握董事竞业限制义务的内涵,即董事竞业行为是否造成公司经营能力的减损,从而兼顾两种标准:

其一,董事竞业行为识别的“直观标尺”。应当以公司章程记载的经营范围为同类业务的基础,即使公司暂未开展其中部分业务,但公司章程记载的经营范围依然代表了公司对该种经营活动的规划。董事从事公司尚未开展但已载于公司章程中的业务,可能会影响公司未来实施这种经营活动的效果,削弱公司在这一领域的经营能力,据此应当推定属于同类业务,但这种推定可由董事通过相反举证推翻。^[29]

其二,董事竞业行为识别的“替代性原则”。对于公司章程规定经营范围外的业务,假使公司未涉足且未表露出从事该业务的倾向,则应当依照经营范围外的业务是否对现有业务产生替代效果、对市场产生分割、抬升公司经营成本等妨碍公司利益实现的角度来考察。^[30]出现上述情形,董事与公司之间就存在利益冲突,对公司经营能力的减损是一种必然结果。在实务中,可以看到部分法院兼采两种标准,脱离机械

[27] 刘桑、苏义宝:《论公司董事的竞业禁止义务》,载《法学探索(贵州省政法管理干部学院学报)》1997年第3期。

[28] 参见顾功耘主编:《公司法律评论》,上海人民出版社2003年版,第68页。

[29] 如“固原某公司与丽江某公司、李某等损害公司利益责任纠纷案”,被告通过证明其自行设立的公司与任职公司为产业上下游关系且不存在有失公允的关联交易而胜诉,两审均法院认定被告并未实际减损任职公司利益。具体参见云南省昆明市中级人民法院:固原某公司与丽江某公司、李某等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2023)云01民终18629号,2023年11月29日。

[30] 参见郭升选:《论董事竞业在司法中的认定》,载《河北法学》2009年第1期。

比对公司经营范围的窠臼,走向了维护公司利益与董事行为自由的平衡。^[31]

循此逻辑可以有效解决董事竞业行为判断的种种难题,譬如,董事在任职公司之外的地区经营相同业务,是否构成同业竞争呢?若采用形式标准来判断,答案是肯定的,但结果可能会偏离立法本意。某些业务天然具有极强的地域属性,譬如餐饮业,认为相距 1000 公里之外的两家餐厅存在“竞争”显然是荒谬的。异地的相同业务如果不会威胁公司的经营能力,则不宜认定为同业竞争。但若公司业务具有连锁加盟的扩张属性,那么异地经营就属于抢先占领市场的竞争行为,应当适用董事竞业限制义务予以规制。在“王某斌、王某飞等损害公司利益责任纠纷案”^[32]中,法院就认为被告兼任竞争公司的董事,两家公司经营产品具有相似性,二者经营地点邻近,存在相互竞争谋取商业机会的可能性,故被告违反了竞业限制的规定。

又如,离任董事是否对公司负有竞业限制义务呢?这一问题不能单纯以卸任时间点为判断依据。^[33] 尽管法律规定董事的权利义务终止于卸任时点,但离任董事失去的只是对公司资产的控制力,离任董事对公司如信息、客户、商业秘密之类资源的控制力并不因其卸任就立即消失。如果董事离任后利用公司资源与公司展开不正当竞争,对公司的经营能力依然是有不利影响的。离任董事在某种情形下依然需要受

[31] 在“嘉兴市合鑫标牌有限公司、厉某丽损害公司利益责任纠纷案”中,董事在任职期间设立竞争公司从事交通工程与交通标识牌两种业务,原任职公司的经营范围中最初只有交通标识牌业务,其后虽增加了交通工程的经营项目但并未实际开展。法院认为,原任职公司未能提供证据证明其公司除了经营标识标牌业务外,还从事交通设施工程,故被告设立的竞争公司从事交通设施工程业务并不违反公司法的相关规定,也没有损害原任职公司的利益,但其从事的标识标牌业务则与原任职公司经营的业务属于同类业务,违反了《公司法》的相关规定,该部分所得的收入应当归公司所有。具体可参见浙江省嘉兴市中级人民法院:嘉兴市合鑫标牌有限公司、厉某丽损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2020)浙04民终885号,2020年6月9日。

[32] 参见四川省成都市中级人民法院:王某斌、王某飞等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2021)川01民终18269号,2021年12月13日。

[33] 参见黄来纪:《董事禁止竞业义务论》,载《上海社会科学院学术季刊》1999年第3期。

竞业限制义务的规制。法院在“郭某轩与北京联达动力科技公司损害公司利益责任纠纷案”^[34]中便采用了这样的判断标准,即董事、高级管理人员离任以后,由于董事、高级管理人员在公司任职期间产生的权利及影响并不会因董事、高级管理人员与公司之间法律关系的解除而自动终止,一旦被离任董事、高级管理人员不当使用,则可能损害公司的利益。

三、董事竞业限制义务的涤除机制

1993年《公司法》的董事竞业限制义务,因缺失利益冲突涤除机制而饱受异议。2005年《公司法》虽然补充设置了股东会批准的程序性规则,但该机制在实践运行中却遭到“冷遇”,实施的效果并不理想。那么,新《公司法》在原有基础上增加了董事会作为批准机关,就可以有效驱使竞业董事借利益冲突涤除机制化解与公司间的冲突吗?

(一) 问题的成因

利益冲突涤除的本质是赋予公司决策权,以公司有权机关的批准替代司法机关的事后矫正,但该机制能否启动则取决于义务主体的选择。“法律对于商人、商事关系以及商行为进行调整的最大意义,在于能给商人提供明确的交易预期”^[35],董事是否愿意将利益冲突事项交予公司决策,是自身利益考量后的应然结果。只有通过涤除机制获得收益,董事才会选择利用这种机制,否则涤除机制只能沦为制度“空转”。然而,现有的涤除机制是否对董事具有吸引力呢?答案显然是否定的,原因有以下几个方面:

第一,董事履行报告义务缺少正向收益。与其他忠实义务相比,董事违反竞业限制义务无须公司“配合”,董事可以在公司毫不知情的情

[34] 参见北京市第一中级人民法院:郭某轩与北京联达动力信息科技股份有限公司损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2018)京01民终8475号,2018年12月6日。

[35] 蒋大兴:《〈民法总则〉的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心》,载《比较法研究》2017年第4期。

况下实施。由于竞业行为更具有隐蔽性,与径自开展同业竞争相比,董事主动报告竞业计划要承担被公司拒绝的风险。

第二,公司对竞业事项的批准意愿低。涤除利益冲突本质上是一种妥协,董事需要降低收益预期来换取公司的批准。例如,董事以有利于公司的交易条件取得公司对其关联交易的认可。然而,竞业行为的特殊性在于,董事几乎无法与公司在竞争中“共赢”。即使董事经营的同类业务与公司不产生直接竞争,董事也会因为精力分散而影响履职。由于这种利益冲突是根深蒂固的,公司缺少同意董事竞业的理由。

第三,董事违反义务的追责困难。在侵权规则的裁判语境下,董事竞业案件的举证责任主要由原告承担,公司追究董事违反竞业限制义务的责任较为艰难。董事违反义务的成本偏低,投机意愿强烈。

现有的利益冲突涤除机制对董事而言欠缺吸引力,相比求得公司批准,董事径直开展同业竞争似乎更为“明智”,实务中未见董事与公司在批准环节产生纠纷的结果由此而来。

(二) 立法的回应不足

新《公司法》第184条对利益冲突涤除机制作了一定的改进,主要体现在三方面:一是增加了报告义务,形成了“披露+批准”的涤除模式,在程序设置上自我交易和公司机会规则趋同,董事应在事前向公司报告竞业事项;二是增设董事会作为批准主体,董事可选择将竞业事项提交董事会或股东(大)会审议。董事专业能力强,商业经验使董事更有能力作出合理判断,董事会的决议效率具有优势;三是确立了关联董事回避表决规则。相比股东,董事更易受利益冲突关联方的影响,回避机制有助于保障董事会决议的公正性。

总体而言,新《公司法》对竞业利益冲突涤除机制的调整具有积极意义,但并未就机制固有的问题给予充分回应。以新增的报告义务为例,将报告竞业事项作为单独的义务,使董事从此前的“无批准则不报告”变为“无批准也应报告”。一方面,可以提高司法机关对报告程序的重视,另一方面,也给了董事更具可操作性的指引。然而,这一变化同原《公司法》第148条第1款第5项相比并不具有规则的颠覆性效果。原有的批准机制本就内含报告义务,因为批准的基础就是决议机

构拥有待决事项的信息。新《公司法》虽然强调了报告义务的独立性,但履行或不履行该义务的后果并不明确,无法从根本上影响董事是否将竞业事项上报公司的态度。^[36] 换句话说,无论对准备“开诚布公”还是“私下单干”的董事而言,报告义务似乎都缺少意义。再如赋予董事会批准权限,看似给了董事选择权,但无论哪个机关批准都没有改变竞业事项利益冲突的格局,董事会批准并不会影响董事对于决议结果的预期。

(三) 利益冲突涤除机制的优化

利益冲突涤除机制旨在促使董事将私下进行的同业竞争“公开化”,通过涤除程序与公司实现利益分享,以消除董事事后被追责的风险。^[37] 机制能否奏效,取决于义务主体对自身风险收益的考量。欲结束涤除机制“空转”的局面,需要在制度设计上增加可供双方交换的“筹码”,打破现有风险分配失衡的局面:

其一,增加董事违反义务的责任风险。只有提升公司事后对董事追责的效果,才能迫使董事主动协商。机制的完善应当从体系化的角度着手:第一,完善竞业行为的识别机制,明确经营能力作为公司利益的组成部分,采用实质标准对竞业事项进行判断,增加对董事竞业行为的规制力度;第二,完善竞业行为的责任机制,既要解决裁判中酌定损失缺少规范依据的问题,也要丰富责任的形式,提升董事承担责任的确定性。

其二,增加董事履行涤除程序的正向收益。当下的问题是,侵权裁判思维使得公司承担了主要的诉讼风险,风险分配失衡导致董事投机心理加重,公司缺少谈判筹码。^[38] 应当将竞业事项的涤除程序作为举证责任反转的“砝码”,如果董事未主动涤除利益冲突,在诉讼中由董事来承担主要的举证责任,公司仅需初步证明董事有竞业的行为即可。考虑到董事竞业的特殊性,这种安排符合“信息占有与举证责任成正

[36] 参见袁崇霖:《论董事忠实义务的程序性保障——以利益冲突披露义务为中心》,载《交大法学》2024年第5期。

[37] 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259页。

[38] 参见傅穹、段再扬:《新〈公司法〉实施中公司机会规则的适用研究》,载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2024年第6期。

比的自然法理念”^[39]。具体而言,一则,如果董事履行了竞业事项的报告义务,那么按照“谁主张,谁举证”的传统证据规则,证明董事违反义务的举证责任由公司承担。否则,由董事就其与公司不存在利益冲突举证;二则,如果董事的竞业事项得到了公司的事前批准,则由原告负责证明董事的行为超出批准范围或批准决议存在瑕疵。否则,由董事承担其行为具有正当性的举证责任。

四、董事竞业限制义务的责任机制

新《公司法》看似为董事竞业限制义务提供了全方面的责任机制,但面对现实中的董事违反义务的追责,表现依然不尽如人意。既往实践反馈的问题主要体现在3点:一是归入权与损害赔偿责任的竞合;二是金钱责任的量化;三是非金钱责任形式缺失。上述问题的解决,关乎能否破解董事竞业限制义务“最后一公里”的实施困境。

(一) 归入权与损害赔偿责任的竞合

董事违反竞业限制义务给公司造成的损失有两类:一是公司财产的直接减损,在董事侵占、挪用公司财产时体现较为明显;二是对增加公司财产可能性的削弱,主要表现为董事篡夺商业机会时导致公司丧失预期利润。前者表现为公司的“消极利益”,通过追究董事的损害赔偿予以救济;后者表现为对公司“积极利益”的剥夺,通过公司行使归入权来要求董事“返还”^[40]。两种损失可能同时存在,因此董事违反竞业限制义务应当承担双重责任,即“在明确对公司积极利益的归入之外,还应明确消极利益的界定以及赔偿责任的限制与免除”^[41]。然而,归入权与损害赔偿在现实中的竞合时有发生,但处理二者关系的规则并不统一,单独适用、替代适用与并用共存,呈现较为混乱的局面。

[39] 刘俊海:《董事责任制度重构:精准问责、合理容错、宽容失败——以弘扬企业家精神为视角》,载《交大法学》2023年第3期。

[40] 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。

[41] 王艳梅、祝雅柠:《论董事违反信义义务赔偿责任范围的界定——以世界银行〈营商环境报告〉“董事责任程度”为切入点》,载《北方法学》2019年第2期。

不仅理论对二者功能定位差异的讨论并不充分,实务中也缺少对两种责任竞合关系的统一认识。观察样本所呈现的裁判观点,大致有3类:

其一,认可归入权的独立地位,违反竞业限制义务的董事承担“赔偿”与“交还”双重责任。如“胡某娇、胡某兰等损害公司利益责任纠纷案”^[42],被告董事被指控在任职期间自营与公司同类业务,违反竞业限制义务。原告诉请被告将竞业收益归入公司,同时赔偿公司因竞争所产生的损失。法院虽然仅支持了原告的第一项诉请,但驳回原告损害赔偿要求的理由并非认为两项请求重复,而是因为原告对公司损失举证不足。从裁判说理的逻辑来看,法院认可归入权的独立作用。

其二,认为归入权与损害赔偿具有同一性,适用中存在混淆。如“梅某安、丁某丽等损害公司利益责任纠纷案”^[43],董事在任职期间设立竞争公司,将任职公司的设备、业务以及人员转移到竞争公司并获得盈利,违反了竞业限制义务。原告要求被告将竞业的24万元获利归入公司,同时赔偿公司经营损失50万元。而法院仅参考竞争公司两年的净利润及被告的持股比例,酌定被告赔偿37万元。从裁判的依据看,37万元是被告竞业所获收益,但法院将其表述为“赔偿”,而对任职公司的损失未作评价,实则是将归入权与赔偿责任作了混淆认定。

其三,将归入权视为损害赔偿的替代责任。如“黄某洋、周某损害公司利益责任纠纷案”^[44],法院将归入权定义如下:公司可以要求董事、高级管理人员将董事、高级管理人员为个人利益或为他人利益而获

[42] 参见浙江省丽水市中级人民法院:胡某娇、胡某兰等与郑某花损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2021)浙11民终601号,2021年8月24日。类似的案例还可参见山东省日照市中级人民法院:刘某、山东省日照运总交通集团有限公司货运中心等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2023)鲁11民终794号,2023年4月27日。

[43] 参见浙江省温岭市人民法院:梅某安、丁某丽等损害公司利益责任纠纷一案民事判决书,案号:(2021)浙1081民初3701号,2021年8月25日。类似的案例还可参见四川省南充市中级人民法院:鲜某涛与南充某文化传播有限公司、杨某林等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2024)川13民终606号,2024年3月1日。

[44] 参见广东省广州市中级人民法院:黄某洋、周某损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2019)粤01民终18964号,2019年12月4日。类似的案例还可参见杭州市西湖区人民法院:杭州某公司、何某等损害公司利益责任纠纷一案民事判决书,案号:(2023)浙0106民初7769号,2023年12月13日。

得的竞业收入、报酬归于公司,把董事、高级管理人员竞业的交易视为公司的交易。法律之所以赋予公司归入权,是因为针对董事、高级管理人员的竞业行为给公司造成的损失往往是潜在的,公司很难证明自己的实际损失,通过归入权的行使对违反竞业限制义务的董事、高级管理人员予以惩戒,并补偿自己可能的损失。法院将归入权理解为一种“更易计算的”损害赔偿 responsibility,变相地否认了归入权的独立地位。

归入权与损害赔偿的竞合问题由来已久。1993年《公司法》第61条规定董事违反竞业义务的收入归公司所有,同时第63条规定了董事的损害赔偿 responsibility,对两种责任如何协调并未明确。有观点认为,归入权是公司因董事竞业而产生损失的替代责任。换言之,如果公司的损失足够多且易于计算,那么归入权将没有用武之地。^[45] 日本有学者也认为,如果董事能证明公司所受损害与竞业行为没有因果关系,或证明公司的损害少于董事或第三人所获利益,就可以免除责任或减少所承担的责任额。^[46]

笔者认为,归入权与损害赔偿是两种不同的责任形式,可以同时适用。一则,《公司法》一贯将两种责任分置于不同条款,应当视为立法对双重责任的宣告,归入权是公司法之于董事的特定责任。^[47] 二则,归入权与损害赔偿的立法初衷不同。归入权的目的在于阻遏董事的不当行为,防止董事因竞业而获利。损害赔偿的作用是填补公司因竞业而遭受的损失。三则,两种责任互相补充,缺一不可。如果仅有损害赔偿 responsibility,当董事的竞业收益超过公司损失时,将形成董事与公司“分享利益”的结果。如果仅有归入权,当董事竞业失败而无所收获时,则会形成董事与公司“双输”的结局。二者的功能显然不可替代。四则,我国《上市公司章程指引》第101条第3款明确规定“董事违反本条规定所得的收入,应当归公司所有;给公司造成损失的,应当承担赔偿责

[45] 参见杨艳:《公司法上的利益归入:功能界定与计算标准》,载《浙江工商大学学报》2015年第6期;王琦:《董事忠实义务规范体系的再审视》,载《西南政法大学学报》2024年第3期。

[46] 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316-318页。

[47] 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。

任”。不难看出,将归入权与损害赔偿视作两种并存的责任形式更具体系协调性的优势。

(二) 金钱责任的量化

追究董事竞业的金钱责任殊非易事,其症结在于竞业限制义务的特殊性。董事违反竞业限制义务给公司造成的损失,包括公司为应对竞争而增加的营销支出、物料人员成本以及降价所带来的利润减损。这些损失在个案中呈现高度的差异性,计算极其复杂或根本无法实现。而董事因竞业获利的举证责任通常由原告承担,这几乎是难以完成的任务。对从事多种业务的竞争公司而言,从竞争公司利润中分辨哪些来源同业竞争也是十分困难的。为合理确定董事的责任数额,允许法院酌定是必要的手段。^[48] 在本文的样本中,法院也多以推定的方式确认董事的金钱责任。^[49] 由于推定具有较大的不确定性,所以需要立法赋予法院根据实际情况酌定的权力,《公司法》应当提供容错度更高的责任机制。

其一,《专利法》的启示。《专利法》第 71 条提供了完整的侵权赔偿方案,可分为 3 个层次:(1)据实赔偿。优先以受害人损失或侵权人获利为准,如果受害人能就此举证,则适用填平原则或获益归入原则确定赔偿责任。(2)比例赔偿。如果受害人无法举证自身损失,且侵权人对其获利的举证不被认可,则按照基数乘以倍数的方式确定赔偿责任。《专利法》以专利的许可费用为基数,1—5 倍为系数,兼具了补偿

[48] 例如《民法典》第 1182 条规定,“侵害他人人身权益造成财产损失的,按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿;被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定,被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致,向人民法院提起诉讼的,由人民法院根据实际情况确定赔偿数额”。

[49] 相关的案例可参见广东省广州市中级人民法院:广东宝乐机器人股份有限公司、俞某等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2023)粤 01 民终 6647 号,2023 年 9 月 6 日;北京市第二中级人民法院:曲某等与优极(北京)体育用品有限公司损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2023)京 02 民终 6785 号,2023 年 6 月 30 日;江苏省宿迁市中级人民法院:某房地产投资顾问有限公司、芦某兵等损害公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2023)苏 13 民终 1161 号,2023 年 6 月 16 日;江苏省常熟市人民法院:苏州安能安全技术咨询有限公司与吴某能、周某慧等损害公司利益责任纠纷一案一审民事判决书,案号:(2020)苏 0581 民初 6213 号,2021 年 4 月 27 日。

与惩罚的双重功能,也给法院留出了自由裁量的空间。(3)定额赔偿。所谓定额赔偿就是给法院设置一个推定范围,在该范围内由法官根据案件事实自由裁量。这种做法的不确定性最高,但作为兜底性的赔偿方案仍然可以避免受害人得不到赔偿的结果发生。此外,该条还规定了举证责任倒置的规则,极大减轻了原告的举证负担。在这样完备的赔偿规则下,受害人只需要证明有侵权事实存在就可以避免无功而返。此外,《商标法》第63条、《著作权法》第54条以及《反不正当竞争法》第17条也有类似的安排。

其二,差异化的赔偿方案。无论是据实赔偿还是损失推定,都在试图还原公司的实际损失。某些情况下,当公司损失确实难以查明时,法律可以预先设置一些替代性的赔偿措施。例如,按董事薪酬水平确定赔偿数额、固定数额罚款等,也可以实现保障公司利益的目标。将董事在任职公司受领的薪酬作为赔偿基数,根据行为的情节以及行为对公司产生的影响,在一定的范围内确定赔偿数额。该方案的合理性在于,薪酬是董事诚信履职的对价,如果董事的行为违反了忠实义务,可以视为董事未能提供与薪酬对应的劳动成果,薪酬也就成为公司损失的一部分。^[50]

(三)非金钱责任的充实

除金钱责任以外,必要的非金钱责任对竞业责任体系形成有益的补充。从比较法的视角观察,域外对违反竞业限制义务的董事提起损害赔偿之诉,在实践中仅起补充作用。在德国,如果董事违反法定义务,监事会可以根据《股份法》第84条第3款对董事进行解聘。事实上,“董事职位的这种不确定性是惩罚董事违反义务行为的最重要手段,也是防止他们不履行义务的最重要的预防措施”^[51]。在韩国,“竞业或者兼职”是《韩国商法》第385条第2款所指出的违反法令的重大事实,因此成为可以解任董事的事由,并成为少数股东可以请求法院解

[50] 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。

[51] [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第225页。

任的事由。^[52]在日本,进行竞业交易的董事须尽快向董事会报告有关交易的重要事实,违反这种报告义务要受到罚款的制裁。

除民事责任以外,刑事责任也在一定程度上发挥规制董事行为的作用。在德国,对于违反报告义务、严重违反沉默义务以及欺诈行为或导致破产的行为,可以施加刑事责任。我国《刑法修正案(十二)》将非法经营同类营业罪的适用范围扩大至非国有公司或企业,责任主体也全面涵盖了董事、监事、高级管理人员,进一步丰富和完善了竞业责任体系。需注意的是,董事竞业的刑事责任边界尚无明确的标准,实践中应当避免对非国有公司董事科以过重的责任。

结 语

法律的生命在于实施,作为创造财富的利益冲突法则的《公司法》更是如此。经过新《公司法》的体系化升级,董事竞业限制义务已彻底摆脱保护公司财产的刻板形象,进化为维护公司利益的冲突解决方案。在新法步入实施的时点,总结实践积累的问题并完善规范的解释,无疑具有实际意义。应当明确,董事竞业限制义务意在规制未经批准的竞业行为,防止公司的经营能力受损。解释论需要为公司和董事开辟化解利益冲突的可行路径,避免涤除机制持续沦为制度空转。认可归入权在董事竞业责任体系中的独立地位,丰富董事竞业责任的形式,有助于解决规则实施的现实难题。

(编辑:朱锡俊 谢贵春)

[52] 参见[韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第502-504页。