

论董事自我交易的认定及其法律规制

邢宝东

沈阳师范大学, 辽宁 沈阳
Email: xingbaodong157@sohu.com

收稿日期: 2020年11月21日; 录用日期: 2020年12月17日; 发布日期: 2020年12月23日

摘 要

董事自我交易, 因与董事负有的忠实义务相违背, 所以传统公司法对此严格禁止。但此种交易并非一律对公司不利, 在满足一定条件下应允许该种交易的存在, 即程序上符合“安全港规则”或符合实质“公正性”标准的情况下即认可自我交易的效力。我国公司法对此种交易的限制也做了明确规定, 但这些规定内容稍显粗陋, 存在不足之处, 将来修改公司法时应予以完善。

关键词

自我交易, 披露义务, 回避义务, 公正性

On the Identification and Legal Regulation of Directors' Self-Dealing

Baodong Xing

Shenyang Normal University, Shenyang Liaoning
Email: xingbaodong157@sohu.com

Received: Nov. 21st, 2020; accepted: Dec. 17th, 2020; published: Dec. 23rd, 2020

Abstract

Directors' self-dealing is strictly prohibited in the traditional company law because it is contrary to the duty of loyalty of directors. However, such transactions are not uniformly bad for the company, and the existence of such transactions should be allowed under certain conditions, that is, the validity of self-transactions should be recognized if they conform to the procedural "safe harbor rules" or the substantive "fair" standards. China's company law has also made clear provisions on the restrictions on such transactions, but the content of these provisions is a bit crude, there are shortcomings, the company law should be revised in the future to improve.

Keywords

Self-Dealing, Disclosure Obligation, Avoidance Obligation, Fairness

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 董事自我交易的界定

所谓董事自我交易,是指在所任职公司实施或打算实施的交易中,董事是对方当事人或在对方当事人中拥有特定的利益[1]。但是,董事与其任职公司间的自我交易并非一律为法律所禁止,其构成需要满足下面的两个条件:

第一,董事自我交易的一方是该董事所任职的公司或其子公司、分公司,另一方是该董事或者其“相关人”。不管该交易是正在进行之中,还是在将来的某时刻发生的交易都不会影响其成立。并且,该董事或者该董事的“相关人”还要在这个交易中有可能获得非常大的金钱利益。

首先,董事于此项交易中具有的金钱利益不管是直接利益还是间接利益都不影响自我交易的成立。如该董事作为此中一方当事人而与其任职公司直接进行买卖等类似的交易,即为具有直接利益的自我交易。如果该董事虽不是作为一方当事人,但是该董事是一方当事人的“相关人”,并从“相关人”处获得重要的财产利益,则为间接利益。根据《美国示范公司法》第 8.60 条的规定,所谓“相关人”是指:1) 董事的妻子或丈夫、妻子或丈夫的父母或兄、弟、姐、妹;董事的父母;董事的儿子、女儿、孙子、孙女、兄、弟、姐、妹以及这些人的妻子或丈夫;与董事共同居住的人;2) 某一个信托组织、产业体,在这个信托组织或者产业之中,前面所言之人是重要的受益人;3) 一个信托组织、产业整体、无行为能力人、被保护人或未成年人,该董事是这些组织或这些人的受托人。¹

其次,此项交易当中的董事或该董事的“相关人”的利益必须是重要的或巨大的。对于董事在交易中的间接利益,更是强调其重大性。因为在现实经济活动中,存在大量的母子公司、关联企业间的交易,如果一概视之为自我交易,显然有悖常理。“除非在个人重大的利益关系上需要本公司董事会斟酌决定外,具有共同董事或连锁董事的两公司之间的正常商事交易不必考虑适用这种抵触利益交易的特殊规则。”[2]

第二,董事对于其在该项交易中具有的重大利益必须是知情的。否则,该董事不会利用其内部人的优势地位,为个人私利对此项交易施加影响。按照英美法系的公司法理论,董事作为公司的受托人和代理人,应忠实地为委托人和受益人利益行事,不能将自己置身于利益冲突之中,从而从委托人处牟取个人私利。一般情况下,从事商事交易的双方都是各自独立的主体,为追求自身利益最大化,在市场上通过合法手段获取有关的信息,与对方当事人在自愿基础上达成交易。但在董事和其公司之间发生的这种自我交易中,该董事既是其中一方当事人,同时又作为对方的内部人,这就难免使得他人有理由怀疑该交易的公正性以及董事对委托人的忠诚度。董事自我交易的这种天然性的缺陷使得双方处在一种不对应之地位,故而世界各国早期的公司法都对董事与公司间的自我交易严格加以禁止。

2. 英美法系国家对董事自我交易的法律规制

2.1. “安全港程序规则”

董事与其公司间的自我交易并非一律不利于公司,只是因为此种交易的不对等性,使得他人对其公

¹ 参见《美国示范公司法》第 8.60 条第(3)款。

正性产生合理的怀疑，如果此种交易的最终结果被证明是公正的，那就应承认其效力。那么，如何从程序上消除董事与其任职公司间的这种自我交易的非对等性，让它变成对双方而言都是对等性的交易，又如何从实质角度确保最终交易结果的公正性，就成为世界诸多国家的公司法所重点关注的问题。英美法系公司法中的“安全港程序规则”就是将董事与公司间的这种具有利益冲突性的自我交易还原为对等性的交易的一种程序性的制度安排。如董事自我交易是按照“安全港程序规则”进行的，那就可以将该交易视同两个陌生人之间的正常交易，是经讨价还价而最终达成协议的结果，从而法律就会赋予其确定的法律效力，法院不得再对该交易的公正性进行审查。按照英美法系公司法的规定，“安全港程序规则”最重要的就是下面两个程序性要件。

2.1.1. 利害关系董事的披露义务

披露义务的内容主要是以下两项：第一，该项自我交易的存在以及该董事在此项交易所涉及利益的性质；第二，该董事还必须把他自己所知道的所有和此项交易有关的重大事项照实地向公司说明。若是此项交易属于必需经公司股东会核准的事项，那么该董事还必需把他自身的或者其“相关人”持有的股份向公司披露。关于披露的时间方面，根据《英国公司法》第 317 条规定，在董事与公司准备签订自我交易合同的情况下，该董事在公司董事会会议第一次审议该事项的时候就必须进行披露；如果在会议召开的时候，董事对该自我交易合同还不存在利益关系，那么该董事应在具有了利益关系之后召开的第一次会议上进行披露；如果是在自我交易合同订立完了以后，才发现该董事在其中的利益关系，那么，该董事就应该在这之后的第一次董事会会议上进行披露。关于董事这种披露义务的性质，大多认为是一种强制性的义务，如果董事违反了此强制性义务，他必须承担相应的法律责任，比如罚款等。在人们看来，这种董事与其任职公司间的交易，无论最终的结果是否具有实质公正性，“利害关系董事不披露，这本身就是不公正的”[2]。

2.1.2. 利害关系董事的回避义务

所谓利害关系董事的回避义务，是指在公司机关就董事与公司间的自我交易进行审议时，该董事必须予以回避，不得行使表决权，从而排除该利害关系董事可能对会议施加的影响。根据美国《示范公司法》第 8.31 条规定，在公司召开董事会议对董事的自我交易举行表决之时，只有那些对该交易不具利害关系的董事才享有表决的权利，如果不具利害关系的董事人数达不到法律规定的最低要求，该董事虽然可以参加董事会议，但是他的表决权不应被计算在内；但是，如果具有利害关系的董事全部回避之后，只剩下了一个不具有利害关系的董事，那么该项自我交易事项的表决，只能提交给公司的股东大会进行。

以上两个程序性要件是英美法系公司法“安全港程序规则”的核心内容，如董事与公司间的自我交易依此进行，即推定该交易具有公正性，程序上具有对等性，该利害关系董事即被免除对交易公正性的举证责任。若是董事与其任职公司间的自我交易是依照此类英美法系所谓之“安全港程序规则”举行的，那么这项董事与公司间的自我交易即视为对两边而言是公道的，因此被而认为具有确定的法律效力。

2.2. 实体公正性原则

英美法系“安全港程序规则”的目的是以程序上的对等性保证结果的实质公正性，如果某董事未按照该规则向公司披露其在该项自我交易中的利益，未征得公司有权机关的批准，那么该自我交易也不必然无效。此时，可由当事人提交法院对该自我交易是不是具有结果上的实质公正性举行司法审查，进而确认其法律效力。董事自我交易的实质公正性才是考量其效力的决定性因素，也是考量利害关系董事对公司忠诚度的终极标准。根据美国《示范公司法》第 8.61 条(b)之(3)规定，如果在董事与其任职公司进行自我交易当时的具体情势来看，该自我交易具有结果上的实质公正性，那么该自我交易即不应被禁止或

者被取消。但该法并未对何谓“公正”进行解释，多数人认为，所谓“公正”，应从交易过程的公正和价格的公平两个角度进行定义。美国律师协会则以为，所谓“公正”则要从交易条件、对公司的利益以及交易过程等三个方面来判断[3]。

根据以上分析，董事与公司间的自我交易必须遵循“安全港程序规则”的要求或者符合实质公正性原则，这样此种自我交易才被视为公正有效的。反之，该董事就违背了其对公司负有的忠诚义务，应依法承担有关的法律责任。公司可以要求撤消该交易行为，并可对该董事由此得到的利益行使归入权。如果公司因而蒙受此外的损失，该董事还需补偿该项损失。

3. 我国公司法关于董事自我交易法律规制的不足

我国公司法第 148 条第 1 款(四)规定了董事自我交易的禁止义务²，第 124 条规定了上市公司董事的回避义务³。认真检视这两条法律规定，不难发现在对董事自我交易的法律规制方面，我国现行法律仍存在下列不足：

3.1. 适用范围过分狭窄

现行公司法只对董事与公司间的直接交易进行了简略的规制，而对董事“相关人”与公司之间的交易，董事或其“相关人”与公司的子公司间的交易，以及董事或其“相关人”与公司对其享有控制利益的其他实体之间的交易，都缺乏相应的法律规制；另外，何为“相关人”也没有明确的解释。

3.2. 程序性要件方面存在缺失

现行法没有规定利害关系董事的披露义务和回避义务；同时将董事自我交易的批准机关只限定于公司非常设机关的股东会，使得公司可能会贻误商机，即便可以通过召集临时股东会解决这一问题，但势必又会增加成本的付出。

3.3. 董事自我交易的实质性要件存在缺失

现行法只是规定了董事自我交易的程序性要件，但即使董事自我交易完全符合程序要件，即向公司进行了披露，也经过公司机关的批准，也难以保证这种自我交易的结果对公司而言就是公正的、公平的，这必将影响公司最佳利益的实现。

4. 我国公司法关于董事自我交易法律规制的完善

4.1. 扩大董事自我交易的适用范围

董事自我交易不应仅仅从字面意义上作狭隘的理解，董事本人与其公司间的直接交易固然属于董事自我交易的法律规制范围，除此之外，董事的“相关人”与公司之间，董事或其相关人与公司的子公司、分公司之间，这些间接交易之中，董事也可能拥有金钱利益，理应属于法律规制的范围。至于何谓董事“相关人”，在未来修法时也应加以明确，这方面可以借鉴美国《示范公司法》的有关规定，所谓“相关人”应包括与董事关系密切的亲属、朋友、董事以及前述之人的合伙人等。

4.2. 完善程序性要件

首先，应该取消我国公司法第 148 条规定的公司可以通过章程概括授权董事与公司进行自我交易的

² 《公司法》第一百四十八条：“董事、高级管理人员不得有下列行为：(四)违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易。”

³ 《公司法》第一百二十四条：“上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足三人的，应将该事项提交上市公司股东大会审议。”

规定,因为这种概括性授权在某些情形下可能会造成交易结果的实质不公正性,这对公司和股东合法利益的保护实属不利。未来修法时此项规定应当删除,规定董事自我交易应由公司有权机关针对每一个案件的具体情况分别进行审议批准。

其次,增加规定董事会作为董事自我交易的首要核准机关。我国现行法只规定了股东会作为董事自我交易的核准机关,这势必会影响核准董事自我交易的灵活性、便利性。但是如果董事与公司的自我交易标的额巨大,达到一定标准,则应由股东会批准。

最后,应增加规定利害关系董事在自我交易中的披露义务和回避义务。在公司有权机关对董事自我交易进行核准之前,该董事必需首先将他在其中拥有的利益向公司披露。在封闭式公司中,我国现行法没有规定董事自我交易中的回避义务,对此未来修法时应补充规定。

4.3. 增加实质性要件的规定

一般情况下,若是董事自我交易在程序上符合“安全港程序规则”的要求,那么这种程序上的对等性即可保障交易结果上的实质公正性。但这毕竟属于一种推定的实质公正性,如果原告能举证证明此项董事自我交易的最终结果丧失了实质公正性,那么原告有权将该项交易提交法院进行司法审查,法院经审理即可确认该项自我交易无效。当然,在利害关系董事已完全履行了其承担的披露义务以后,原告对自我交易结果的实质公正性进行举证。

5. 结论

董事与公司的自我交易如同一把双刃剑,如双方都能基于公平公正的原则进行交易,则对于公司和董事双方就能达到双赢的效果,不仅董事从中获得相应的利益,也有利于公司节约成本,促进公司的进一步发展;如董事基于自己的私心,为了个人利益最大化,违背其对作为委托人的公司负有的忠实义务,利用自己作为公司内部人的有利地位,与公司进行自我交易,则必会产生损害公司利益的后果,于双方必会造成双输的局面。我国现行公司法对于董事与公司间的自我交易虽然做了规定,但与英美法系这方面的规定相比仍有进一步完善提升的空间,我们在将来修改公司法时,应积极借鉴英美法系公司法中的“安全港程序规则”和“实质公正性”原则,完善我国公司法对董事自我交易规制的不足,以利于公司及董事合法利益的保护,进而促进我国经济的繁荣发展。

参考文献

- [1] 孙英. 论董事自我交易的法律规制[J]. 法学, 2010(6): 113.
- [2] 张开平. 英美公司董事法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 245, 247.
- [3] 杨辉. 论董事抵触利益交易[J]. 中外法学, 1997(3): 52-56.