

试论董事竞业禁止的界定及其例外

胡秋敏

(黄山学院 后勤处, 安徽 黄山 245041)

摘要:从“自营或为他人经营”的含义问题,“与其所任职公司同类的营业”的含义问题、董事竞业禁止的时间和地域问题以及董事竞业禁止的方式问题界定董事是否违反了竞业禁止,并提出由监事会在例外情况下作为批准董事竞业机关。

关键词:竞业禁止;界定;例外

中图分类号:D923.99

文献标识码:A

文章编号:1672-447X(2008)01-0060-05

从各国公司和证券市场近年来发展的情况来看,公司董事、经理等高层管理人员为一己私利,利用自己掌握的公司信息,自己经营或者为他人利益经营与其所任职的公司相同或相类似的生产和销售活动,或者兼职担任与公司有竞争关系的经济组织的负责人的情况时有发生,即从事竞业。董事从事竞业活动,不仅会严重侵犯公司、股东的合法权益,而且破坏公平竞争的市场秩序,侵害其他市场参与者的利益,造成市场的混乱。为此,各国都通过立法强化董事的竞业禁止,以保护公司及股东的利益。所谓董事竞业禁止,是指公司董事、经理等公司高层管理人员不得从事与其任职公司的营业具有竞争性质的行为以及不得兼任与任职公司具有竞争关系的其他经济组织的负责人或无限责任股东。

一、董事竞业禁止的界定

(一)关于“自营或为他人经营”的含义问题

关于“自营或为他人经营”含义,容易发生分歧的是,究竟应理解为“以自己名义经营或者以他人名义经营”,还是“为自己计算而经营或者为他人计算而经营”?^{[1]243}前者为名义说,即认为以自己的名义,或以作为第三人的代理人或代表人并以该第三

人的名义从事营利性活动。后者为利益归属说,即行为人从事该竞争营业所产生的权利义务以及从该竞争营业中产生的损益一概归于其自己或者第三人,此说对该种营业以何人名义不作考虑。对于此问题的理解,国内学者多倾向于后者。其理由主要是:“前一标准的划分比后一标准之划分略嫌狭窄。这是由于前者仅限于董事亲自出面为自己经营以及董事充任他人代理人或法定代表人之场合;若董事既不以自己名义,也不充任他人代理人或法定代表人,但从事竞业禁止的经济效果却归属自己或他人,则超出了前者的范围”。^{[1]243}

笔者也赞同利益归属说。固然,董事以自己名义或以第三人的代理人或代表人的竞业行为应纳入董事竞业禁止规制的范围。对于董事虽以他人名义进行竞业禁止行为,但利益实质上归属董事的隐蔽的竞业禁止也应当纳入董事竞业禁止规制的范围。在此种情况下,虽然名义上和利益上相背离,但利益的实质归属于董事。在实践中,还有一种更为隐蔽的情况。虽在表面上,董事不参与任何与任职公司相关的竞业的活动,但暗中却委派或指使他人按其意志开展与任职公司具有竞争的营业活动,从而在实质上损害公司的利益。由于,被委派人或指使人完全按董事的指示行事,因此其活动应视为

收稿日期:2007-09-03

作者简介:胡秋敏(1977-),安徽休宁人,黄山学院后勤管理处教师,硕士,研究方向为民商法。

是董事自己的活动。董事因此违反了竞业禁止,理应承担该行为的法律后果。由上可知,利益归属说的实质是只要利益的实质归属于董事,不管董事在实际上有没有开展与任职公司有竞争的营业活动,就应当认为董事违反了竞业禁止,并承担由此造成的结果。与名义说比较,利益归属说能更好地保护公司和股东的利益。

我国《公司法》中,对于“自营”问题的界定是很模糊的。对此,根据以上分析,只要利益的归属实质上归属于董事或他人,就应认定为董事自己或为他人进行经营,而不论是以谁的名义开展经营,即采取利益归属说,这样能更好地保护公司的利益。

(二)关于“与其所任职公司同类的营业”的含义问题

正确理解什么是与董事所任职公司“同类的营业”,对判断董事竞业禁止的对象具有重要的意义。对此可以从以下两个方面来理解:

第一,与董事所任职公司同类的营业,必须是以营利为目的的交易或行为,即竞业行为必须是“通过该行为可获得经济利益的行为”。^[147]如果董事为自己或为他人实施的交易虽然在其任职公司的营业范围内,但不以营利为目的,则不属于与董事所任职公司同类的营业。如某汽车销售公司的董事为家庭使用而从其他公司购入汽车,就不属于竞业行为,因为此时“董事的行为并不具有营利的、商业的性质。”^[148]但须指出的是,是否具有营利目的是从行为本身的性质考察的,而不以该行为事实上是否营利为标准。因此,董事的一项行为可能事实上并没有给自己或他人带来利益,但也可能是竞业行为。

第二,与董事所任职公司“同类的营业”,与董事所任职公司章程规定的营业范围并没有必然的关系。有学者认为,董事所任职公司的“同类的营业”,“仅指公司章程所载公司经营范围内的目的事业,而该营业是否在着手后执行或仅仅载于公司章程则在所不问”。^[148-30]对于此种观点,笔者不敢苟同。在现实经营活动中,许多公司在登记的时候,大都采取多列营业范围的做法,达到非常宽泛的程度,目的是在以后遇到此类营业活动时,能依法开展。对于那些仅载于公司章程而公司实际上并不打算开展的营业,也将其列为“同类的营业”,则明显是对董事经济自由的限制,对董事是不公平的。

在日本,通说认为,作为董事竞业禁止对象的

“公司实际进行的事业”,是以交易是否属于公司的营业部类为基准的。^[141]而“即使公司章程有明确记载,但公司完全不准进行以及完全废止的营业,并不属于公司的营业”。^[142]笔者赞同此种观点,因为,公司并没有在这些营业上做过经营规划,也没有投入资金、技术、劳务,对于公司来说,这些营业没有任何的现实利益和预期利益。董事为自己或为他人从事这些营业,实际上并不会损害公司的利益。如果一概对董事从事这些营业加以禁止,就会侵犯董事的经济自由,违背董事竞业禁止制度的初衷。

对于公司在经营活动中没有取得成功或完全失败的营业是否属于董事所任职公司“同类的营业”。笔者以为,只要公司的决策者没有明确表示永久放弃该种营业,就应当认为公司有继续从事该种营业的意思。此时,应当将其列入公司“同类的营业”。但如果公司的决策者在既后的营业活动中表现出公司不会继续从事该种营业的意思表示,此时,该种营业不应当列入公司“同类的营业”,董事可以从事竞业。但在开展营业前,董事应承担对公司的告知义务,只有在得到公司的同意后,董事才能开展此种营业。

对于公司完全废止的营业,以及公司明确宣告退出的营业领域,董事可以从事该种营业,而无需履行向公司的报告义务。公司明确的意思表示是公司自由处分自己权利的表示,表明公司已明确放弃了该项权利。此时,董事就公司放弃的营业领域不再负有竞业禁止义务,因此董事从事该种营业时无需向公司报告。

我国现行《公司法》中对于“同类的营业”的认定没有明确的界定。在实践中,由于无法对董事是否从事竞业进行界定,从而无法追究董事的责任,给公司利益造成损失。对此,对于如何判断董事为自己或为他人进行的一项营业是否属于与其任职公司同类的营业,应以该营业是否与董事所任职公司具有竞争关系为标准。这是判断董事竞业禁止规制范围的实质标准。

(三)关于董事竞业禁止的时间和地域问题

1.竞业禁止的时间

我国现行《公司法》中没有明确规定董事竞业禁止的起止时间,董事在离职后是否仍对原任公司负有竞业禁止义务,以及在多长时间内负有竞业义务,在现行公司法中找不到根据。对此,可以从两个

方面进行把握:从公司角度来说,董事竞业的实现既包括公司的营业阶段,又包括公司正式营业前的准备阶段、试营阶段以及暂停营业阶段。这是因为在这些阶段,董事都可以利用手中掌握的公司的信息从事不利于公司的竞争营业,从而损害公司的利益。从董事的角度来说,董事在任职期间对任职公司负有竞业禁止义务,对此没有争议。但董事卸任后是否仍对公司负有竞业禁止义务,则颇有争议。对此,有学者从诚实信用的后合同义务以及董事对无形财产(信息、客户)的控制力并不因其卸任就立即失去对他们的控制力和利用力,即董事对无形财产的“滞后控制力”角度考察,董事的竞业禁止不随着委任合同的终止而终止。^{[9]75}即认为董事在卸任后仍应对公司负有竞业禁止义务。有学者认为董事一旦退任,即不受竞业禁止的拘束。笔者以为两种观点都过于绝对。这是因为,董事在卸任后确实并不必然丧失对公司机会、信息、商业秘密、客户等无形财产的控制力,即董事对公司无形财产的“滞后控制力”,这就为卸任董事利用手中掌握的无形财产进行与原任公司具有竞争性的营业活动创造了条件。因此,法律如不加以规制,董事就会利用其在任职期间掌握的无形财产谋取私利,损害公司的利益。同时,我们也不能要求卸任董事承担与其在任职期间同样严格的竞业禁止义务,只要董事为自己或为他人开展同原任公司具有竞争性的营业,就一概加以禁止,未免过于苛刻。因为他们不再是公司的董事,不再享有其在任职期间的权利。根据权利与义务对等原则,由于卸任董事不再享有公司的权利,要求其承担竞业禁止这种较重的义务,显然对其是不公平的。因此,笔者认为,原则上,只要董事在卸任后从事的竞争营业没有利用原任公司的财产、信息或机会,即不构成违反禁止竞业的义务。^{[9]24}

对于董事竞业禁止的时限问题,在《公司法》中可以原则性地规定,董事竞业禁止并不因董事的离任而自动解除,在一定的时限范围内仍然存在。至于具体的时限,因各行业对竞业的具体限制不一样,因此无法在《公司法》中作出统一的规定。可以根据契约自由原则,由公司同董事签订董事离任后继续向公司承担竞业禁止的协议。但如果在协议中对竞业禁止的时间约定的过长,则此协议会被认为是契约自由的滥用而被视为无效。同时,为了在公司的权益和董事的就业权和择业权等权利之间找到一个平衡点,该协议中应当具有公司对离职董

事因无法从事与原任公司具有竞争性的营业所受经济损失的赔偿条款,否则也会被认为是对董事经济自由的侵犯而被认定为无效。

2. 竞业禁止的地域

董事在不同地区开展与所任职公司具有竞争的营业活动是否属于竞业?此即董事竞业禁止的地域问题,各国立法对这一问题都没有作出明确的规定,只在理论上做了一些探讨。日本学者并木俊守认为,这要以是否与公司利益发生冲突或者可能发生冲突为标准来进行衡量。^{[9]23}如果董事在公司完全不进行营业也不准备营业的地区为自己或他人进行与所任职公司同类的营业,董事的行为并不违反竞业禁止义务。但对公司现在虽然没有进行营业,但已经着手准备营业的地区;以及从公司的资金、人才方面的实力考虑,公司能很容易地将市场扩大到该地区而言,董事负有不得在这些地区从事竞业行为的义务。如果董事在此地区为自己或他人进行与公司同类的营业,则构成对竞业禁止义务的违反。^{[9]12}我国《公司法》也应根据以上原则对董事竞业禁止的地域问题进行判断。

(四)关于董事竞业禁止的方式问题

董事竞业禁止的方式,既有从事具体的生产和销售等营业活动,又有董事兼任具有竞争关系的法人企业的董事、经理及具有竞争关系的非法人企业的无限责任股东和董事。因此各国公司法为维护公司的利益,除禁止董事从事具有竞争性的生产和销售等经营活动外,还禁止董事兼任与公司具有竞争关系公司之董事长、执行董事或者董事及经理。如《德国股份公司法》第88条第1项规定:“未经监事会许可,董事会成员既不许可经商,也不许可在公司业务部门中为本人或他人的利益从事商业活动。未经许可,他们也不得担任其他商业公司的董事会成员或者业务领导人或者无限责任股东。监事会的许可只能授予某些商业部门或商业公司或某种商业活动。”其他国家公司法虽然允许或不禁止董事兼任与公司具有竞争关系公司的董事,但以不损害本公司利益为限。我国《公司法》第70条规定:“国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员,未经国有资产监督管理机构同意,不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。”我国《公司法》第149条第5款关于董事竞业禁止的规定,并没有明确规定董事的兼业禁止。

对此,笔者以为,对于董事兼任其他具有竞争

性公司的董事或负责人不能一概加以禁止。这是因为,董事的兼任行为,有时甚至会给任职公司带来更多的利益,此时应当允许董事兼业。例如,国家工商局1998年发布的《公司登记管理若干问题的规定》第26条规定:“公司的董事、经理不得在与任职公司没有投资关系的其他公司兼任董事、经理职务。”该规章将不得兼职限于“没有投资关系的其他公司”,换句话说,对于有投资关系的其他公司是可以兼职的。允许不得兼职有例外情况,有其合理性。对此,最典型的例子就是母公司董事兼任子公司董事问题。在实践中,为加强对子公司的控制,更好地实现利润最大化的目的,母公司通常会让本公司的董事兼任控股子公司的董事,此时并没有违反竞业禁止的规定。因为子公司虽然在法律上是不同于母公司的另一具有独立法人资格的公司,但由于子公司是母公司的全资子公司,两者在经济利益机制上互为一体,相互间没有利害冲突。母公司向子公司派出兼任董事,是为了实现公司的经济战略,实现公司的利润最大化。在这种情况下,母公司董事完全可以兼任子公司的董事,而并不违反董事竞业禁止的规定。

二、董事竞业禁止的例外

世界大多数国家和地区的公司法都认为,经公司特定机关通过一定的程序承认或许可,董事的竞业禁止可以免除,此即董事竞业禁止的例外情况,在立法模式上采取相对竞业禁止模式。如我国台湾地区公司法第209条第1项和第2项规定:“董事为自己或他人为属于公司营业范围之行为,应对股东会说明其行为之重要内容,并取得其许可”。“股东会为前项许可之决议,应有代表已发行股份2/3以上股东之出席,以出席股东表决权过半数之同意行之”。《德国股份公司法》第88条第12项规定,董事经监事会同意可以从事竞业活动。同时为确保公司免除董事竞业禁止的决议是公司的真实意思表示,国外许多国家公司法中又规定,在公司机关作出此种决议前,董事应向公司披露有关竞业的重要事实。同时规定披露事实的内容和详细程度应以公司机关能据此作出合理判断为准,包括交易相对方、标的数量、质量、价格等事项。同时要确保董事向公司披露的事实是真实可靠的。

我国1993年颁布的《公司法》第61条第1款

规定:“董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。从事上述营业或者活动的,所得收入应当归公司所有”。采用的是绝对竞业禁止的立法模式,即董事、经理一概不得进行竞业活动。其好处是强化董事的义务和责任,加强董事履行这一义务的责任感,更好地保护公司和股东的利益。但绝对竞业禁止过于绝对和僵化,对董事的要求过于苛刻,过分限制了董事的经济活动自由权。而且董事的竞业禁止行为并不必然损害公司的利益,有时董事的竞业行为甚至会给公司带来利益。适度放宽对董事竞业禁止的限制已经成为当今公司立法的趋势。我国公司立法也顺应了这一趋势,现行《公司法》第149条第5款规定:“董事、高级管理人员不得未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务,违反前款规定所得的收入应当归公司所有。”反过来说,董事经股东会或股东大会的同意,可以为自己或他人经营与其所任职公司相同的业务,而无需承担违反竞业禁止的责任。

但笔者认为由股东会或股东大会作为批准董事竞业的机关并不合理。理由是:由于董事的竞业行为有轻重缓急之分,标的有大小之分。因此,全由股东会批准,必然会造成大量人力、物力的浪费,并可能坐失良机。且在我国,股东会一般一年才开一次会议和若干临时会议,若为一些不重要的董事竞业活动频繁召开股东会,势必会招致中小股东的厌烦而不愿出席股东会。另外,再加上一些程序上的规定,比如,我国台湾地区“公司法”规定股东会将对董事竞业禁止活动作出决议时,需有代表已发行股份总数2/3以上的股东出席,并以出席股东有表决权股东过半数同意才行,这些规定势必会导致由股东会作为批准董事竞业的机关流于形式,从而达到放宽董事竞业禁止限制的目的。因此,笔者认为从效率和可操作性两方面来看,股东会不适合作为批准董事竞业活动的机关。

有学者主张由董事会作为批准董事竞业的机关,认为董事会经常开会,由其作为批准董事竞业禁止机关具有现实可行性。对此笔者也不敢苟同。理由是:虽然由董事会作为批准董事竞业禁止的机关比较方便。但董事会是公司的执行机关,在现代公司所有权和经营权分离的治理结构下,董事会的利益可能会与公司的利益并不一致,因此董事会可

能会作出损害公司利益的行为。另外,董事会成员往往会受到感情的束缚,互不得罪,甚至在利益驱动下一起“共谋”,极大地损害公司的利益。因此,笔者以为董事会也不适宜作为批准董事竞业的机关。

综上,笔者以为应当发挥监事会的监督作用,由其作为批准董事竞业活动的机关。首先,在现代公司股东会、监事会、董事会三权分立的治理结构下,监事会本身是作为制约董事会权力、监督董事行为的常设机关。由监事会作为批准董事竞业禁止活动的机关,本身就体现了对董事的监督。再次,由于监事会是公司的常设机关,组成人员比股东会少得多,弥补了股东会作为批准机关的不足。此外,监事会的组成人员多为公司的中小股东以及公司的职工代表,因此监事会与公司在利益目标上是一致的。从这几点来看,监事会作为批准董事竞业的机

关是比较适宜。

参考文献:

- [1]刘俊海.股份有限公司股东权的保护[M].北京:法律出版社,1997.
- [2](日)末永敏和.现代日本公司法[M].金洪玉,译.北京:人民法院出版社,2000.
- [3](日)北村雅史.取締役の竞业禁止义务[M].东京:有斐阁,2000.
- [4]苏义保,等.论公司董事的竞业禁止义务[J].法学探索,1997,(3).
- [5](日)井木俊守.董事的义务和责任[M].东京:中央经济社,1993.
- [6]黄来纪.董事竞业禁止义务[J].上海科学社会院学术季刊,1999,(3).

责任编辑:高 焕

On Definition of the Obligation of Non-Competition of Directors and Exceptions

Hu Qiumin

(Logistics Department, Huangshan University, Huangshan245041, China)

Abstract: This article studies how to define the obligation of non-competition of directors from the following aspects: "self-operating or for others", the meaning of "the similar business with their companies", "the time and beotraphy issues" and "the manner issues". The author proposes the board of supervisors approve directors' competition operation under exceptional circumstances.

Key words: Obligation of Non-Competition of Directors; definition; exception

·徽州文化小资料·

“商何负于农”、“贾何负于儒”的提出

中国是一个“重农轻商”的农耕国家,“士农工商”,商居末位,商人一直受社会轻视。但中国之大,地理环境千差万别,在一定的时期和一定的地区,以农为本无法使人民丰衣足食。徽州就是这样一个特殊地区。

徽州的学者读书做官,成为统治阶级的一员,对徽州无法以农为本的情况了如指掌,对徽州商人给予了极大同情和帮助。早在宋代,在朝的徽籍官僚,就已经开始为徽州商人代言。嘉熙元年(1237年),担任监察御史歙县人吕午要求朝廷准许徽州人用“会子”(一种纸币)以方便老百姓经商。明代中期以后,徽州土地与人口矛盾更加突出。徽州学者们在坚持儒家“民本”思想的前提下,修正了传统的重农轻商意识,提出了“商农并重”的主张。明万历兵部左侍郎汪道昆就明确的说过“商何负于农”,意思就是经商不比做农差。明末岩寺谢卓卑视经商,他的母亲叶氏教训他说,读书做官是为了生活,经商也是为生活,“贾何负儒”。叶氏认为儒、商乃出一辙,批驳了轻视商人的观点。当时在徽州这是很具代表性的一种认识。

经商不比做农差,经商不比读书做官低贱的观念,极大地解放了徽州人的思想。人们纷纷理直气壮地走出去闯世界、下商海,造就了徽商兴盛300年的局面。