

# 论董事竞业禁止义务

刘 淼

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

**摘要:** 董事是现代公司运作机制的核心, 当其与公司发生利益冲突, 特别是其违反竞业禁止义务时, 会严重损害到公司利益。但我国现行《公司法》中有关董事竞业禁止义务的规定并不能完全适应社会发展和司法实践的需求。笔者从公司董事义务的理论基础着手, 细化对董事竞业行为的判定标准, 完善对公司的法律救济体系, 以保护公司利益。同时, 通过对董事竞业行为许可和离任董事竞业禁止义务的规制, 在一定程度上保证董事的自由和权益, 以期平衡董事和公司的利益并达到社会效益的最大化。

**关键词:** 董事; 竞业禁止; 法律效果; 利益平衡

中图分类号: D922.29

文献标志码: A

文章编号: 1001-5744(2009)03-0130-05

随着现代企业规模的日益扩大和经营方式专业化程度的提高, 股权高度分散, 企业所有权与经营权分离。由于董事熟知公司的内部情况, 假如无条件地允许其从事与本公司业务相同或相类似的营业活动, 一方面会抢夺公司的营业机会, 另一方面也可能使他人利用公司的商业秘密或弱点进行竞争, 将公司置于不利的境地。因此, 董事从事竞业, 不仅会导致公司、股东及公司债权人利益严重受损, 而且会破坏公平竞争的市场秩序, 必然会导致市场主体的恶性无序竞争, 损害社会公共利益。董事竞业禁止义务就是一项预防董事侵害公司利益的法律设计。

## 一 董事竞业禁止义务概述

### (一) 董事竞业禁止义务的概念

竞业即是竞争性的营业活动。竞业禁止是指“根据法律规定或合同约定, 对与特定营业有特定关系的特定人所为的竞争行为加以禁止。其中, 与特定营业有特定关系是指, 负有竞业禁止义务之人与该特定营业之间具有委任、雇佣等关系。”<sup>[1]</sup>

大陆法系国家一般在其商事法或公司法中都有关于董事竞业禁止义务的法律规范。比如, 德国《股份法》第 88 条第 1 款规定, 董事会的成员不经监事会允许, 既不得经营营业, 也不得在公司的营业部类以自己或他人的计算成立行为。其未经允许, 也不得担任另一个商事公司的董事会的成员或业务

执行人或无限责任股东。只能对特定的营业或商事公司, 或对特定种类的行为, 给予监事会的允许<sup>[2]</sup>。日本《公司法典》第 356 条规定, 董事要为自己或第三人进行属于股份公司事业部类的交易时, 须在股东大会公开有关该交易的重要事实, 并得到其承认<sup>[3]</sup>。

借鉴外国的立法例, 笔者所称的董事竞业禁止义务可以定义为: 董事不得在本公司任职期间或离职后一定期间内, 自营或为他人经营与任职公司营业范围相同或类似的交易活动, 或者利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会, 而将自己置于职责和个人利益相冲突的地位或从事损害本公司利益的活动。

### (二) 竞业行为的判定

董事竞业禁止义务是公司法处理公司与董事利益冲突的一项制度设计, 为充分体现公平和效率的原则, 平衡公司的营业利益和董事的营业自由, 必须对其合理规范。因此, 对董事竞业行为的判定, 应当从其行为与公司利益是否具有竞争性的角度来考察。

#### 1 竞业方式的判定

纵观各国立法例, 共对三种行为方式作为董事竞业禁止的义务进行了规定。

首先, 不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。

收稿日期: 2009-02-03

作者简介: 刘淼(1987-), 女, 宁夏中卫人, 厦门大学法学院硕士研究生, 主要从事民商法研究。

各国立法和判例对董事竞业方式的认定并不完全一致,但这一点得到了各国的基本认同。对于“自营或者为他人经营”的理解主要有“以自己的名义经营或者以他人的名义经营”和“为自己计算而经营或者为他人计算而经营”两种意见。前者系以经营行为主体为标准,后者则以经济效果之归属为标准。显然以经济效果之归属为标准来理解“自营或者为他人经营”的含义更为妥当合理。即自营就是为自己经营,包括为自己的独资公司或拥有部分股份的公司经营以及为不以自己名义但利益归属于自己的公司经营。为他人经营,就是为自己不是投资者但从中获取报酬的公司经营。

其次,不得为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。

英美法系国家在其成文法中对董事竞业禁止义务并无直接规定,而是将其包含在判例和从判例归纳出的规则之中,主要体现于两个方面:公司商业机会准则和不得与公司进行不公平竞争原则。但其与大陆法的共同之处是,都强调董事基于对公司的忠实义务而不得有与公司利益冲突之行为。

最后,尚有部分国家立法规定,董事不得担任其他任何经济组织的负责人,而不论其他经济组织是否从事与本公司同类的营业。比如,德国《股份法》第88条第1款中规定,其未经允许,也不得担任另一个商事公司的董事会的成员或业务执行人或无限责任股东<sup>[4]</sup>。

我国《公司法》于2005年修订时也借鉴英美法增加了关于董事不得抢夺公司商业机会的规定,并将其与不得自营或者为他人经营与所任职公司同类业务的规定置于同一条款:第一百四十九条第五款规定,未经股东会或股东大会同意,(不得)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。

## 2 竞业领域的判定

所谓“同类的营业”,可以是完全相同的商品或者服务,也可以是同种或者类似的商品或者服务。因此,“同类的营业”不仅包括了范围本身,而且也包括了与执行公司营业范围之目的事务密切相关的业务<sup>[5]</sup>。以公司的实际营业为准,“公司从事某种行业,如果面临这样的机会,即公司对于从事此项活动拥有基本的知识、实际的经验和能力,或依其财务状况而言,理所当然适宜从事此项业务,并且该机会符合公司的实际需要和扩展业务的愿望,那么,该机会就可以恰当地视之为属于公司的经营范围”<sup>[6]</sup>。同时,在实际判定时还应注意以下问题。

首先,即使在公司章程所载的公司经营范围的目的事业中,被禁止的竞业营业局限于目前公司实际上进行的营业,目前公司没有进行的营业并不被列于被禁止的竞争营业之内。

其次,类似的营业以及在一定程度上可以对公司的营业带来替代性或市场分割效果的营业也属于同类营业的范围。

再次,“即使公司章程有明确记载的营业,但公司完全不准备进行的营业以及完全废止的营业并不列入公司的营业”<sup>[7]</sup>。

最后,即使是经营同类产品或服务,还要对经营方式进行分析,以判断是否具有竞争性。因此,在上述场合,即使经营相同的营业,也不属于被禁止的竞争营业。

## 3 竞业地域的判定

同样要从是否具有竞争性的角度来分析,即应当以董事从事竞业行为的地域是否与公司利益发生冲突或者有可能发生冲突为标准来衡量。因此,竞业地域应当限于公司现有的营业地域和已经准备营业的地域。由于公司营业具有不确定性和扩张性的特点,对营业地域的界定也应作扩大解释,即公司以现有资源能够辐射到的市场也应包括在内,但不能将限制扩大到公司将来可能开展业务的地域。

对一般的公司而言,应根据公司的实际经营状况作出合理的限定。而随着世界经济一体化,企业的市场范围越来越大,对跨国公司而言,竞业地域扩大到全国市场乃至全世界市场都是合理的。此外,信息技术的发展也改变了传统企业的经营方式,如通过网络即可向全世界销售企业的产品或提供服务,彻底改变了传统的市场营销渠道,很难说此类公司的市场范围在哪里。对此,应依据该公司产品或服务的主要销售地域来确定禁止董事竞业的地域。

## 4 时间的判定

首先,董事的竞业行为应发生于公司营业期间,包括公司准备营业、试营业和暂停营业期间<sup>[8]</sup>。

其次,董事竞业的时间一般限于董事任职期间,但董事在解任或辞职后从事的竞争营业利用了公司的财产、信息或机会,亦会构成竞业禁止义务之违反。这是因为:第一,“委任合同的效力虽终于董事的卸任,董事对原公司财产的控制力也终于董事的卸任,但董事对无形财产(信息、客户)的控制力和利用力并不因其卸任就立即失去”<sup>[9]</sup>。第二,从法理上讲,上述对原公司无形资产滞后控制力的利用行为,是违反民法最高原则——诚实信用原则中的

“后合同义务”的。

## 二 董事竞业禁止义务的法律效果

### (一) 对外的法律效果

一般而言,与竞业董事交易的消费者或经营者不可能知道也没有义务知道与其交易的相对方的行为违反了禁止竞业义务。为维护社会交易秩序,保护善意第三人的利益,不应认定董事的竞业行为为无效。

当然,如果与竞业董事交易的经营者明知与其交易的相对方违反了竞业禁止义务,还继续交易以致损害竞业董事任职公司的利益,则丧失了其作为善意第三人而受到法律保护的必要性,依我国1999年《合同法》第五十二条第二项之规定,公司可以把竞业董事和第三人列为共同被告,请求法院判决该交易无效,判令二被告对公司的损害承担连带赔偿责任。

### (二) 对内的法律效果

从公司的角度来看,追究竞业董事责任的目的,主要是为了阻止其继续违反竞业禁止义务和填补公司因其竞业行为受到的损失。

根据各国法律的规定,公司一般通过行使以下权利来追究董事违反竞业禁止义务的责任、获得法律救济,以维护公司的合法权益和弥补公司因董事竞业带来的损失。我国也应在借鉴的基础上完善对公司的法律救济体系。

#### 1 介入权

介入权原本是民法委托合同中的概念,根据我国《合同法》第四百零二、第四百零三条的规定:在间接代理关系中,“受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,除有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外”,即委托人自动介入该合同。“受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利,但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。”

由此可以看出,介入权的实质是:在符合法定条件的情况下,委托人可以直接介入合同关系,成为合同一方当事人,享受合同权利,承担合同义务。值得注意的是:归入权与介入权是两个完全不同的概念,不能混用。通常所说的归入权,从其实际内容来看,

仅仅是将董事竞业的经济效果归属于公司,即将董事因该行为而获得的利益视为公司的利益,而非公司直接取代竞业董事与第三人进行交易。

目前各国的立法并没有将介入权作为董事从事竞业行为时公司的一种救济措施,但随着经济的发展,损害赔偿将不能弥补对公司造成的所有不利影响。比如,目前客商资源已变得越来越重要,它的流失将对公司未来的利益造成重大的损害。而且,董事、经理违反禁业义务而为竞业行为时,公司有权请求其停止活动。如我国《公司法》第五十四条第三项就规定,监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权:当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时,要求董事、高级管理人员予以纠正。竞业董事若按照法律的规定停止其行为,合同相对人的利益该如何保护?

笔者认为,此时,将介入权引入商法也许能更好地维护公司与合同相对人的利益:公司可以根据与竞业董事之间的委任关系,直接介入董事与第三人的合同,成为合同一方当事人,从而使交易能够继续进行,同时也更直接、更彻底地消除董事竞业行为对公司带来的不利影响。

但是,介入权的行使直接涉及合同相对人的利益,所以一定要制定严格的行使条件以保护善意第三人,维护市场稳定。笔者认为,至少应在以下方面作出规定。

首先,行使介入权的前提条件是董事以自己的名义经营且交易尚未完成。

其次,介入权是形成权,所以必须要规定一定的行使时间,避免造成法律关系的不稳定,这个时间可以规定为公司自知道董事竞业行为时起六个月内,且此期间为除斥期间,如果公司怠于行使介入权,则只能通过损害赔偿请求权来维护自己的权益,且介入权的行使应及时通知董事与合同相对人。

复次,第三人与董事订立合同时如果知道该公司就不会订立合同的,公司不能行使该权利。

最后,若公司选择行使该权利,则应承担交易风险,即丧失对竞业董事的损害赔偿请求权与归入权。这是因为,公司行使介入权时交易尚未完成,其介入后交易即不在董事的控制范围之内,没有理由要求董事保证公司能从交易中获取利益。而且,公司选择行使介入权很大程度是为了客户资源等未来的利益,所以它应该承担一定的市场风险。由此可见,公司作为一个市场参加者,应该充分权衡利弊后,选择行使介入权或者损害赔偿请求权与归入权。

#### 2 损害赔偿请求权与归入权

我国《公司法》第一百五十条规定,董事因违反

法律、行政法规或者公司章程的规定给公司造成损失而对公司承担赔偿责任时,有一个重要的前提是“执行公司职务时”。但董事从事竞业活动不一定发生于“执行公司职务时”。因此,笔者认为,我国《公司法》没有规定公司对违反竞业禁止义务董事的损害赔偿请求权,这对公司的保护明显不利,应予完善。

而公司行使归入权,则意味着允许公司将董事因竞业行为而获得的利益视为公司的利益。比如,我国《公司法》第一百四十九条规定:“董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。”这里的利益包括:在竞业交易情形下,如果竞业交易是以董事自己的计算进行的,董事应向公司归入交易的经济效果,即交易费用由公司承担,董事所得到的利益归属于公司;如果竞业交易是以第三人的计算进行的,董事应将第三人处获得的报酬转让给公司(这里的报酬应从广义上理解,包括工资、津贴、奖金、好处费、赠品、有价证券及其他财产利益)。

当归入权与损害赔偿请求权同时存在时,“各国公司立法主要有择一、单一、重叠行使三种模式以供选择”<sup>[10]</sup>。比如,德国法规定公司应在归入权和损害赔偿请求权中择一行使,理由在于,如果将董事所获利益视为公司所受损失的话,归入权也被视为赔偿请求权,并且归入权制度的目的本来就是作为对公司难以证明的、董事的竞业而带来损害的对策而设计的,因此,公司对董事不能同时主张赔偿请求权和归入权。

笔者也赞成归入权和损害赔偿请求权的择一行使。但是,法律应对其分别行使的情形予以规范:如果公司难以证明因董事的竞业而带来的损害或者有证据证明公司未受到损害,但董事因竞业行为获得利益时,则将董事因竞业行为而获得的利益视为公司的利益,公司可以行使归入权;如果公司可以证明因董事竞业行为带来的损失或者公司的损失额大于董事因竞业行为获得的利益时,则可以选择行使损害赔偿请求权。

### 三 董事竞业行为的许可

法律规定董事的竞业禁止义务,其主要目的在于防止董事利用其优势地位与公司进行不平等竞争,损害公司的利益。但在一定条件下,董事的竞业行为也可能不与公司利益相冲突,如果一概加以禁止,反而会在不增加公司利益的同时,减少其他经济主体的获利机会,从而降低社会的总体利益。因此,许多国家对董事竞业行为的禁止并不是绝对的。也

就是说董事的竞业禁止义务不是绝对的,只要董事履行了竞业许可的程序并获得董事会的同意,就无须再承担竞业禁止义务。日本《公司法典》第356条规定,“董事要为自己或第三人进行属于股份公司事业部类的交易时”,“须在股东大会公开有关该交易的重要事实,并得到其承认”<sup>[11]</sup>。我国新《公司法》第一百四十九条第五项对董事竞业行为的限制也是在“未经股东会或者股东大会同意”的情况下。

关于公司承认或批准董事竞业行为的条件和程序,应与董事的自我交易相似,即董事必须向有批准权的公司机关披露关于其竞业行为的事实,披露的程度一般以批准机关能够据此判断其竞业行为是否会损害公司利益为衡量标准,包括竞业行为的方式、期限、地域范围、交易的标的物种类、规格、标准和数量以及交易的对方当事人等。在由董事会批准的场合,有利害关系的董事不得计入董事会会议的基本出席数,亦不得参与表决。批准的方式可以是就具体的交易进行个案批准,也可以是就董事的一类竞业行为予以概括性批准。

### 四 离任董事的竞业禁止义务

离任董事在原公司任职期间,由于在公司中的特殊地位,他们往往掌握或了解公司的商业秘密,对公司的竞争优势和劣势了如指掌,有的公司还为了增强董事的经营能力而对董事进行了较为重要的培训,因此,如果对董事离任以后从事竞业活动不加任何限制,不仅可能会怂恿离任董事非法谋取属于公司的商业机会,还有可能会导致公司之间为了排挤竞争对手以高薪为诱饵互相挖人墙脚,这不但会挫伤公司对其董事等高级职员进行智力投资的积极性,而且也不利于保护公司的合法竞争权利,严重时还会破坏正常的市场竞争秩序。

因为董事的忠实义务仅是法律在其任职期间予以约束的,若董事离任,公司欲再要保护其竞业利益,只能通过约定对离职董事的就业自由予以相当的限制。这种限制方式应当为约定竞业禁止,其产生的依据就是董事与原任职公司间的竞业禁止协议。竞业禁止协议可以单独订立,也可以在委任合同中订立竞业禁止条款。单独订立时,可以在委任关系存续期内订立,也可以在董事离职时或离职后订立。

竞业禁止协议限制了董事的劳动权和择业自由权等基本权利,涉及公司经济利益和董事营业自由的冲突,因此法律对竞业禁止协议的合法性和合理性应加以严格限制,以体现企业与董事的利益平衡。

因此, 竞业禁止协议应符合公平公正原则, 笔者认为应注意以下方面。

首先, 竞业禁止协议必须采用书面形式, 因为它是离职董事竞业禁止义务的唯一依据。其次, “企业应当有特别保护之利益存在, 如商业秘密、公司客户信息等, 不得任意地限制受雇人的营业自由”<sup>[12]</sup>, 如《德国商法典》第 74a 条第 1 款规定: “以禁止竞业不用于保护业主的正当营业利益为限, 禁止竞业不具有拘束力。”

再次, 限制受雇人就业期间、区域及职业活动的范围不能超逾合理的范畴, 因公司信息等无形资产的经济价值也有时效性, 而限制竞业的时间越长, 对董事利益可能造成的损害就越大, 故这一期限不宜过长, 如“自雇佣关系终止时起, 禁止不得扩及于两年以上的期间”。

最后, 必须支付补偿费用, 以填补受雇人因竞业禁止所受到的损害。对于这一点, 目前仍颇具争论。实际上, 大多数国家并未将对受竞业禁止合同约定的受雇人作出经济补偿作为竞业禁止合同的生效要件之一。但也有少数国家作了明确规定, 如《德国商法典》第 74 条第 2 款: “只有在业主有义务在禁止期间支付赔偿, 并且赔偿在每一个禁止年度至少达到商业辅助人在上一个禁止年度所取得的约定给付的一半时, 禁止竞业才有拘束力。”还在第 74b 条详细规定了赔偿的支付和计算<sup>[13]</sup>。对此, 笔者认为, 原则上应当将对受竞业禁止合同约定的董事作出经济补偿作为竞业禁止合同生效的基本要件。这是因为, 一方面, 从董事人格法益层面来讲, 竞业禁止合同限制或剥夺了其在自己最为熟悉的工作领域就业的机会, 特别是对于拥有一定程度的专业技术人员而言, 面对日新月异专业技术之进步, 不能继续从事相同或类似行业, 其专业技能可能无法继续透过工作而获得更新与发展; 另一方面, 从经济利益层面而言, 董事若不能从事自己擅长的专业或所熟练的工作, 收入或生活质量会不同程度降低, 而公司因为董事未参与行业的劳动或竞争, 却可能现时或暗地从中获取相应的商业利益。因此, 从权益衡平以及社会公平、公正之角度出发, 公司应当给予董事合理的经济补偿, 以适当弥补董事由于不能从事竞业

禁止合同约定的工作所造成的损失。而目前我国还没有关于离任董事竞业禁止义务的相关规定, 所以应参照德国的立法例详细予以规定, 增强可操作性, 也更好地保护公司和董事的利益。

我国现行《公司法》对于董事竞业禁止的规范还不够充分, 应通过对介入权、归入权和损害赔偿请求权三者的合理运用完善对于公司的法律救济体系, 有效保护公司的利益。同时, 应明确董事竞业行为的许可要件和离任董事竞业禁止协议的具体内容, 在一定程度上保证董事的自由和权益, 以期能够平衡董事和公司的利益并达到社会效益的最大化。

#### 参考文献:

- [1] 付波. 董事竞业禁止义务研究 [D]. 厦门: 厦门大学法学院, 2006
- [2] 德国股份法·德国有限责任公司法·德国公司改组法·德国参与决定法 [M]. 杜景林, 卢湛, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 39.
- [3] 日本公司法典 [M]. 崔延花, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 168
- [4] 德国股份法·德国有限责任公司法·德国公司改组法·德国参与决定法 [M]. 杜景林, 卢湛, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 39.
- [5] 兰仁迅. 论公司董事竞业禁止义务 [J]. 学术研究, 2005 (4): 191
- [6] 张开平. 英美公司董事法律制度研究 [M]. 北京: 法律出版社, 1998: 271
- [7] 张文. 论董事竞业禁止义务 [D]. 北京: 对外经济贸易大学, 2005.
- [8] 邢宝东. 董事竞业禁止义务刍议 [J]. 沈阳师范大学学报, 2005(1): 41.
- [9] 余多. 公司董事竞业禁止义务探究 [J]. 甘肃政法成人教育学院学报, 2006(3): 16
- [10] 日本公司法典 [M]. 崔延花, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 168
- [11] 郭广平, 李中杰. 新公司法下董事竞业禁止义务及其完善 [J]. 北方经贸, 2007(3).
- [12] 陈玉杰. 董事竞业禁止义务研究 [J]. 兰州商学院学报, 2006(3): 47.
- [13] 德国商法典 [M]. 杜景林, 卢湛, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 28

【责任编辑 王荣华】