

## 公司归入权的体系定位与规范构造

周 淳\*

**内容提要：**我国《公司法》要求董事违反忠实义务所得的收入归于公司所有。此规则源于英美法之信托法理，转接于我国民法典体系会面临体系不合与规范不调的风险。一方面，归入权以收入为对象，过于扩张，只有将收入限缩解释为净利益，归入权才能实现返还与交出的双重功能。另一方面，民法上的侵权、无因管理、不当得利均无法解释归入权的规范构造。将归入权定位为公司法对董事违反忠实义务之责任的特别规定，更具可操作性。归入的范围也可以受信关系的解释为基点，根据滥用公司财产与收取佣金回扣、自我交易和与公司竞争三种失信行为类型来区分确定。

**关键词：**归入权 推定信托 受信关系 返还 交出

### 一、问题的提出

世界银行在各国营商环境评估中，以控股股东担任的董事与公司之间进行关联交易为案例，通过问卷调查收集各经济体董事责任的有关数据，以评估各经济体保护少数投资者法规的完备性与有效性。我国《公司法》已置备有关规则，却因董事违反忠实义务责任的规范体系不够清晰、法律表述有失准确，在该指数上得分缺失。无论是本应有清楚含义的文字内核，还是在可能模糊的边缘地带，《公司法》第148条第2款的归入权规则均存在解释的不确定性。首先，收入的字面意思是经济利益的总流入，并不必然大于成本或费用。纯从文义解释“收入归公司所有”，可能构成对董事的惩罚，也可能意味着公司可从董事的不当行为中得利，与私法体系存在明显的不相容。其次，收入的范围与计算方式难以明确，收入是否可涵摄董事取得之财物与财产上利益、收入与失信行为之间是否要求因果关系等问题均有待解释。

\* 周淳，浙江大学光华法学院讲师。

本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“上市公司反收购法律规制研究”（17YJC820069）、最高人民法院2020年度司法研究重大课题“营业信托纠纷案件审理中的法律问题研究”的阶段性成果。

文义解释窒碍难通的原因在于归入权体系定位与规范意旨之晦暗不明。我国 1993 年《公司法》即有归入权规定，近三十年后归入权的适用依旧相当混乱，固然是因公司法体系安排与文义表述上的模糊不清，但更深层次的原因在于，归入权源于英美法上的信托法理，似与大陆法国家民事责任体系扞格不入。2020 年颁布的《民法典》对原本散落在《民法通则》和各单行法、司法解释中的民事责任重行体系化安排，也为精确解释公司归入权提供了契机。本文从董事失信责任的规范意旨出发，分析归入责任的本质，借鉴英美法和大陆法对董事返还失信所得的不同建构思路与处理方法，探索《民法典》时代公司归入权在我国本土化之操作方案。

## 二、董事归入责任的规范意旨与理论依据

学界对归入权之规范定位言人人殊。有观点认为归入权本质为公司对侵权行为人的损害赔偿请求权。<sup>〔1〕</sup>也有观点认为归入权是不当得利返还请求权，<sup>〔2〕</sup>或者虽不属于不当得利返还请求权，但为特殊类型的返还请求权，使本应属于公司的利益“物归原主”<sup>〔3〕</sup>。还有观点主张归入权兼具侵权损害赔偿请求权和不当得利返还请求权的属性。<sup>〔4〕</sup>另有学者指出归入权难以归类于既有的民法请求权谱系，系法律赋予公司的处罚权。<sup>〔5〕</sup>也有主张提出归入权是公司董事对董事失信行为积极利益的没收，公司章程即可约定。<sup>〔6〕</sup>观诸争议，主要聚焦于两点：一是归入权的立法目的在补偿公司所受损失抑或阻遏董事的失信行为，二是归入权的规范构成是以返还董事的不当得利为限，还是要求董事交出全部实际所得。一言以蔽之，即归入权的规范意旨是返还抑或交出。

### （一）返还抑或交出：归入责任的双重面向

董事应当对公司承担之责任，从结果上看应是唯一且确定的；返还与交出，却在数值上呈现两种可能，且两种进路的理论基础也不相同。返还进路的基点是公司受保护之权益，目标是使公司之利益回复到董事未为失信行为的状态，故归入范围应以公司所受损害为限。交出进路的基点是董事行为的违法性，目标是使董事之利益状态回复到其为不当行为之前。在此进路下，公司不论自身实际遭受的损害如何，有权剥夺董事违反忠实义务的全部事实得利，似已超出损害填补的范畴。实践中，裁判文书对归入权的表述出现“赔付”“退赔”“偿付”等五花八门的用语，正反映了裁判者在这两种进路间的逡巡不定。

返还与交出两种进路之差异，如何体现于公司归入权之构成要件与计算方式，可通过违反忠实义务的不同行为类型说明。假设 A 公司之执行董事张甲有以下四种行为。

#### 1. 【滥用公司财产】张甲挪用 A 公司款项 70 万，购买房屋一套，公司起诉时，该房屋市场

〔1〕 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。

〔2〕 参见董方军：《论归入权的性质》，载《当代法学》2002 年第 3 期。

〔3〕 参见王保树、崔勤之：《中国公司法原理》，社会科学文献出版社 2006 年版，第 207 页。

〔4〕 参见朱岩：《“利润剥夺”的请求权基础——兼评〈中华人民共和国侵权责任法〉第 20 条》，载《法商研究》2011 年第 3 期。

〔5〕 参见伏军、孙晓光：《解读〈公司法〉第 60 条第 3 款——评最高院〈关于担保法若干问题的解释〉第 4 条》，载《金融法苑》2003 年第 3 期。

〔6〕 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。

价约为120万元。

2. 【收取佣金、贿赂】张甲代表A公司招标时,从供货商李乙处收取合同总额的1%即100万的“好处费”,并将该100万作为本金投入股市购买股票并卖出,获利30万。

3. 【从事自我交易】张甲将自己名下物业以230万的价格出售给A公司作为经营场所,市场上同等地段、类似面积的房屋市场价格为200万,张甲购入物业的价格为180万。

4. 【与公司竞争】A公司主营软件开发与销售业务,张甲兼为公司总经理。2016年1月,在为A公司争取重要客户C时,张甲创办一人公司B公司并担任B公司总经理。B公司经营范围与A公司相似,取得了与包括C公司在内的A公司潜在和既有客户,同时开拓了新的客户群。2018年4月,A公司将张甲、B公司诉至法院,请求归入张甲从2016年1月至起诉时从事竞业行为所得收入500万元(包括2016年1月至2018年4月张甲担任B公司总经理期间的薪酬、〔7〕2016和2017年度B公司的税前利润),并判令张甲向A公司转让其所持B公司股权。〔8〕

案型1中张甲挪用公司资金购买房产,案型2中张甲收受回扣并用于股票投资,公司对董事利用其不当行为之所得而产生的利益可否主张归入?案型1、2和4中,张甲得利均可能超出受保护之权益的客观价值,其中案型4之超出部分显然包含了张甲投入自身人力资本所对应的收益。以返还进路解,超出客观价值部分的归属存在争议。以交出进路解,公司从张甲的行为中得利,张甲面临“人财两空”的不利后果。

## (二) 归入责任的交出面向

从归入责任的本源看,其强调交出而非返还,这也是归入责任在英美法上被认为是特别责任的原因。在英美法上,董事为公司的准受托人,类推适用信托法中受托人义务的规则。公司将其事务与财产交托予董事管理以实现经营目标,为防止个人利益诱惑影响董事行事偏离授权目标,法律要求董事不得利用职务为自己或他人获得未经授权的利益、不得将个人利益置于与所负职责相冲突的境地。依据衡平法传统,董事不能保有违反忠实义务而得的利益。

法经济学研究为衡平法的这一传统提供了有力支持。公司与董事之间存在利益不一致与信息不对称。公司的利益受制于董事的酌处权(discretion),这一开放性权力的行使高度依赖董事的专业知识、经验与判断力。商业经营的不确定性使人们很难确定公司的不良绩效是否与董事机会主义行为相关。因此,董事违反忠实义务的行为很难被发现,即便被发现,董事若不至丧失违信行为之全部利益,仍有相当动机为机会主义行为。〔9〕因此,无论公司是否实际受有损失,董事均应交出其从违信行为中所得的利益,以阻却机会主义行为发生。但此处之利益,准确表述应为积极利益或净利益,即董事净资产的增加。归入责任并不以惩罚董事为目标。〔10〕譬如,董事篡

〔7〕 封闭公司中常见对身兼公司职位的股东以发放高额薪酬的形式进行利润分配的实践,为简化分析,下文所称薪酬一律指以劳动为对价所取得的酬金。

〔8〕 该模拟案例系从两个实际案例演化而来,即“江苏乐辉医药科技有限公司诉谢芳等公司利益责任纠纷再审案”[江苏高级人民法院(2016)苏民再296号民事判决书]和“南京南华擎天资讯科技有限公司与辛颖梅、汪晓刚、张虹、南京擎天科技有限公司损害公司利益纠纷案”[江苏省高级人民法院(2015)苏商终字第00680号判决书]。

〔9〕 See Robert Cooter, Bradley J. Freedman, The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences, 66 N.Y.U.L.Rev., 1045, 1074 (1991).

〔10〕 See Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 51 (2011).

夺公司机会而与第三人交易所得之财产，公司行使归入权，应支付董事所支付的对价。

同出于阻遏目标，归入责任的构成不以董事的主观过错为要件。董事善意利用其受托地位获取个人利益，可能存在三种情形。其一，董事并非故意追求私利，而是在实现公司利益时附带获取了私利，且他善意地相信该利益的取得不以公司利益为代价。其二，董事取得之私利是公司不可能取得，或者董事无积极义务为公司取得的。其三，董事虽取得私利，但在取得过程中投入了个人资源，亦即私利部分源于个人资源，而非全部源于董事之职权。试以案型 4 为例说明，从事竞业经营之董事，若经营所分配之净利润与劳务所得薪酬全部归入任职公司，结果无异董事“竹篮打水一场空”“赔了夫人又折兵”。恶意违反忠实义务之董事，应承担付出无偿劳动的后果，正是失信责任阻遏功能的题中应有之义。<sup>〔11〕</sup>

### （三）归入责任的返还面向

阻遏目标或能证成所得剥夺之正当性，却无法证成归入权的返还面向。比较法上，对董事利益冲突交易，公司可行使撤销权以消除董事失信行为之影响，令公司利益回复到董事行为之前。<sup>〔12〕</sup>在我国，董事自我交易的行为也可准用《民法典》代理人自我代理的规定。与否认交易相反，公司行使归入权之目标在于确认董事失信行为之结果归属于公司。

然而，董事行为之利益为何应归属于公司？在公司并无实际损失，或损失小于董事所得时，董事所得与公司所失的关联看似不复存在，归入责任脱离矫正正义的统辖，与私法之内在融贯性产生龃龉。<sup>〔13〕</sup>特别在董事与公司竞争商业机会之情形，法官须在公司与董事之间界定系争机会和利用机会所得之利益的归属，有观点认为，这已进入分配正义的疆域。<sup>〔14〕</sup>

归入责任并未脱离规范所得与规范所失相关联的基本结构。<sup>〔15〕</sup>正确认识公司之事实所失与规范所失，须以公司与董事之间的受信关系为桥梁，链接公司之应得与所失。公司作为权利主体，享有改变以自身为中心的财产关系和契约关系，令自己与他人间的“请求权”与“自由权”的状态产生变化的能力。但公司本质上仍是法律的拟制，需要自然人经营管理并代之为法律交往，以实现事实上的行动力与控制力。故公司按照法律与章程授予董事以公司名义行事、相应创设公司责任的权力。此权力既然是从内在于公司人格的、公司之法律上能力所分离和授予的，<sup>〔16〕</sup>董事自当排他性地为公司利益行使之。公司对利益冲突交易的撤销权，公司对特定交易充分知悉的同意有豁免董事失信责任之效力，法律对董事违反受信义务的救济以回复原状为核心，皆因董事只是“站在公司的脚上”行事。

但“原状”应如何界定？一方面，董事的职权既系公司授予，公司就对董事行使职权所获得之利益享有排他的权利。<sup>〔17〕</sup>董事违反忠实义务，利用公司权力获得个人利益，侵害了公司初生

〔11〕 See Sarah Worthington, *Equity*, Oxford University Press, 2006, p. 128.

〔12〕 受益人对受托人利益冲突交易的撤销权，源于英国信托法。[See *Campbell v. Walker* (1800), 5 Ves 678.] 大陆法系部分法域在民法代理制度中也有规定，如《意大利民法典》第 1394 条。

〔13〕 参见张家勇：《基于得利的侵权损害赔偿之规范再造》，载《法学》2019 年第 2 期。

〔14〕 See Matthew Harding, *Constructive Trusts and Distributive Justice*, in E Bant, M Bryan ed., *Principles of Proprietary Principles of Proprietary Remedies*, Thomson Reuters, 2013, pp. 19–36; Kathy Bennett, *Distributive Justice and Proprietary Remedies Over Bribes*, 35 *Legal Studies*, 302–322 (2011).

〔15〕 See Ernst Weinrib, *the Idea of Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 120.

〔16〕 See Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *Yale L. J.*, 16 (1913).

〔17〕 See Ernst Weinrib, *Restitutionary Damages as Corrective Justice*, 1 *Theoretical Inquiries in Law*, 1 (2000).



的权利 (primary right), 归入权是次生权利 (secondary right), 相应地, 董事负有将权力行使之后果交予公司的责任。另一方面, 对公司利益之救济, 存在至“董事未为义务违反”和“董事妥善履行义务”两个可能的终点。公司利益之圆满状态, 应指董事善意地、以合理谨慎与勤勉履行其对公司所负之职责, 且其判断未受到个人利益或其他因素的任何干扰。所以, 公司之利益依赖于董事的积极实现, 董事未为失信行为不同于董事履行了其对公司之义务, 填补董事失信行为之损害不足以周延救济公司的利益。以董事与公司从事同业竞争为例, 董事不仅可能窃取公司既有客户、商业秘密、资源和商誉, 也可能攫取公司潜在的商业机会, 还可能导致他人取得公司本可能取得的商业机会。董事善意履行义务时公司可能实现的利益, 是无法界定的, 其与公司实际财产总额状态之间的差值, 也无法精确计算。同理, 在董事并无损害公司利益之恶意、公司本无可能取得该利益, 或者董事对利益之取得亦有个人资源投入的情形, 公司或许没有事实上的损失, 但未必没有规范所失。

是故, 归入责任之返还与交出面向并非相互抵触, 而是相互融合的。董事与公司之间的受信关系决定了返还与交出融会的可能。董事对忠实义务的背离, 即为公司权益之受损, “使董事之利益回复到其未为失信行为时应有的状态”与“使公司之利益回复到董事履行义务时应有的状态”得在数值上相统一。

### 三、英美法上积极利益交出之实践勾勒

英美法上, 董事失信之利益交出与公司受损之利益复归的融合, 是通过推定信托与利润归入两种方式共同实现的。其中, 推定信托更侧重对公司财产的回复, 而利润归入作为无私利规则的回应, 更强调不当利益之交出。

#### (一) 推定信托作为董事失信的救济手段

推定信托是通过司法创制信托的方式, 使公司对董事之所得享有衡平上的所有权,<sup>[18]</sup> 其本质是“对物救济”。英国法院恪守救济与权利的对应性, 公司成为衡平所有权人的前提是公司对董事之所得本就享有财产性权利。公司须向法院证明某一特定财产本应属于公司所有或源于对公司财产的不当利用, 故推定信托的适用情境一般限于董事滥用公司财产这一行为类型。对董事收受的贿赂、佣金应否视为公司财产, 英国法院的观点经过几次反复, 也引发学界数十年的持续争论。<sup>[19]</sup> 于董事篡夺公司机会这一行为类型, 英国法认为只有公司对商业机会存在财产性权利时, 方可创设推定信托, 否则公司只能行使归入权。<sup>[20]</sup> 相形之下, 美国法更为激进, 不独滥用公司财产、收受佣金贿赂、关联交易的情形, 在董事篡夺公司机会案件中也大量适用推定信托。在经典案例 *Guth v. Loft* 中, 特拉华州衡平法院认为投资与公司经营范围相关的事业为篡夺属于公司的机会,

[18] See *Keech v. Sandford*, 25 E. R. 223 (1726).

[19] See Roy Goode QC, *Proprietary Liability for Secret Profits—A Reply*, 127 *LQR*, 493, 493 - 495 (2011); Lord Peter Millett, *Bribes and Secret Commissions Again*, 71 *CLJ*, 583 (2012); Sarah Worthington, *Fiduciary Duties and Proprietary Remedies: Addressing the Failure of Equitable Formulae*, 72 *CLJ*, 720 (2013).

[20] See Simon Mortimore ed., *Company Directors Duties, Liabilities and Remedies*, Oxford University Press, 2009, p. 336.

董事违反忠实义务取得的股权应视为公司持有。<sup>〔21〕</sup>

## （二）英美法中的利润归入实践

除推定信托外，信托法上受托人利润归入责任也被类推适用于董事的失信行为。在公司无法对利益主张财产权或类财产权时，公司可行使归入权。衡平法上归入权的范围通常为董事从失信行为中所得的所有净利润，包括直接所得（股利、债息、天然孳息、处分财产所得对价等）与间接所得，即“任何可特定化、可计算的且不是不合理地遥远的使用利益、所得和由此取得的收益”<sup>〔22〕</sup>。直接所得与失信行为之间无须建立条件因果关系或相当因果关系，也不受可预见性之限制。<sup>〔23〕</sup>董事即便证明其不违反忠实义务亦能取得有关收益，仍负有交出收益之责任。<sup>〔24〕</sup>同理，董事即使证明公司本不具有取得收益的可能性，也依然负有交出收益之责任。<sup>〔25〕</sup>但是，对间接所得应否与直接所得有条件因果关系，存在争议。如案型2中，董事投资股票所取得的盈利可能是多种条件共同作用的结果，如市场因素、董事个人才能甚至运气因素。

利润归入旨在使董事之资产回到未违反忠实义务的状态，即交出其个人净资产的增加部分。交出全部“净收益”可能使董事承受事实的不利益，此系归入责任阻遏性之所在。首先，仍以案型2为例，假设董事将公司资金100万与其他自有资金共同投入股市，盈利30万，其抗辩30万盈利不应全部归于公司，须证明其本可以其他方式取得该100万本金。因董事本有守护公司财产、防止其与个人财产混同的义务，应承担无法说明收益来源而丧失收益的不利后果。其次，收益可能源于董事的人力资本投入。董事篡夺公司机会或与公司经营同类业务的所得，源于个人时间、精力、知识、经验与能力的投入。董事为善意且利益冲突事实上不存在时，法院可能酌情允许其扣减必要的劳务费用。<sup>〔26〕</sup>但恶意董事的劳务费用不得扣减。

## （三）推定信托与利润归入辨异

推定信托与利润归入均能实现返还与交出功能，但各有侧重。二者的区别首先在对抗力。推定信托是物权性救济，使董事从失信行为中获得的财产或利益成为以公司为受益人的信托财产。据此，该部分财产独立于董事的个人财产，财产被处分时，公司享有追及权与追索权。若董事已将财产移转给第三人，且财产仍存在并可识别，除非第三人不知且不应知董事的受托地位，且已支付公平对价，否则公司可向第三人追索财产。如原物已经被处分而有替代物，返还的效力也及于替代物或价金；处分时董事获有利润的，利润也归公司所有，<sup>〔27〕</sup>公司可选择要求替代物返还、请求法院对替代物进行变价或金钱赔偿。例如，香港政府因查处并没收某官员的受贿款进而取得该款项上的衡平权益，该官员曾用这笔受贿款中的一部分购买了新西兰一座农场。根据追踪规

〔21〕 See *Guth v. Loft*, 23 Del. Ch. 255 (1939).

〔22〕 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 51 (2011).

〔23〕 See Graham Virgo, *Principles of Equity and Trusts*, Oxford University Press, 2012, pp. 602 – 603; Restatement (Third) Of Restitution and Unjust Enrichment § 51 (2011) cmt. e.

〔24〕 See *Murad v. Al-Saraj*, 2005 EWCA Civ 959.

〔25〕 例如，公司的控股股东和董事篡夺了属于公司的机会，董事主张，公司不可能取得该机会，因董事享有否决交易的权力。但法院依然判决董事应将机会取得的收益归于公司。[See *Thorpe v. CERBCO, Inc.* 676 A. 2d 436 (1996).]

〔26〕 *Boardman v. Phipps* 案中，受托人始终诚信行事，用特殊的专业能力为受托财产和自己取得了所投资公司的控制权并妥善经营，法院仍认为受托人违反了受托义务，但允许受托人取得其劳务津贴。[See *Boardman v. Phipps*, (1967) 2 AC 46.]

〔27〕 参见前引〔19〕，Sarah Worthington 文，第720页，脚注110。

则，<sup>〔28〕</sup>该农场可视为这部分受贿款的替代财产，香港政府从而取得该农场的所有权。

对物救济的强大效力得周延保护公司的利益，但可能对董事的其他债权人产生不公平的结果，也对与董事交易的第三人施以极高的注意义务，无益于交易安全。因此，恪守教义传统的英国法对推定信托的适用较为谨慎，推定信托依然是公司财产权的实现方式；但在美国法下推定信托已泛化为对董事失信的一般救济和对不当行为的纠正，无论公司的初生权利性质为何。对显然不利于董事债权人情形，法官可能行使自由裁量权限制推定信托的适用，如对公司实际损失部分赋予公司就财物的衡平留置权。

推定信托与利润归入在功能上互相替代，公司只能择一主张。推定信托赋予公司以衡平所有权，公司得以介入董事与第三人之间，同时实现交易的归属与利益的返还。所以，推定信托并不以董事已经取得积极利益为前提，而更强调对公司财产状态的原样复归。譬如，公司希望租赁一个旺铺作为营业店面，公司董事在为公司洽谈时以自己名义租下合适商铺，即便董事并未从该交易中获利，公司可直接介入董事与第三人的租赁关系，请求其为租约的实际受益人。利润归入只发生在公司与董事之间，关注董事所得利益的交出，必然以董事因不当行为取得净利益为前提，否则在形式上即构成对董事的惩罚。惩罚性赔偿与衡平法传统相抵触，<sup>〔29〕</sup>也违反矫正正义之基本原则。<sup>〔30〕</sup>此外，利润归入的形式只限于金钱价值，若董事取得之财产或财产上利益并未转化为货币形式，则应予变卖或者以价额返还，但计算时点以判决时为准。

#### 四、大陆法中归入权之解释进路探寻

英美法通过“一脚迈入财产法”的方式为利益有被损害之虞的受益人提供救济，以兼顾返还与交出功能。这与衡平法形成之历史根源、赖以延续之道德传统密切相关，<sup>〔31〕</sup>也与信托制度的特有基因不无关联。诚如梅特兰所言：“受益人是被英国法理学宠坏了的小东西，一直备受偏爱，一些本应该受到严肃对待的法律原则和特征都因为他而遭到违背。”<sup>〔32〕</sup>然而，大陆法系国家并无衡平法传统，董事受信义务纯是借法结果。接枝能否存活，取决于其理念精神和具体技术与本土法律体系的契合程度。我国现行体系无法容纳以双重所有权为前提的推定信托，公司财产的返还与董事利益的交出两项功能均须着落于归入权规则。但从《公司法》第148条第2款出发，归入权只能是债权请求权，其返还功能难以在民法传统的法定之债和意定之债的界域中寻找落点，其得利交出的功能对大陆法来说更为陌生。

〔28〕 See *Att-Gen for Hong Kong v. Reid*, [1994] 1 AC 324, 336.

〔29〕 See Matthew Conaglen, *The Extent of Fiduciary Accounting and the Importance of Authorisation Mechanisms*, 70 *CLJ*, 548 (2011).

〔30〕 同理，在推定信托的情形，公司主张董事移转财产的前提也是支付董事取得相应财产的成本和费用。该对价应为实际支付的价格，当然如公司能证明其本可以更低价格取得，亦可支付更低价格。

〔31〕 See Mike MacNair, *Equity and Conscience*, 27 *Oxford J. Legal Stud.*, 659, 672 (2007).

〔32〕 [英] 梅特兰：《国家、信托与法人》，樊安译，北京大学出版社2008年版，第122页。

## （一）法定之债

### 1. 侵权损害赔偿

董事违信责任为侵权责任，是目前较有影响力的一种主张。<sup>〔33〕</sup>有观点认为，归入责任类似于侵权责任中的获利返还制度。<sup>〔34〕</sup>这种观点可能受到美国法的影响，因违反受信义务也被视为商事侵权的一种。而且，从遏制和惩罚董事违信行为、周延救济公司与股东利益的角度，公司法特别规定以董事违反忠实义务的获利赔偿公司遭受的损害，在法政策上并无不洽之处。

然而，归入责任与我国现行侵权责任的规定存在显著不兼容。其一，违信责任所保护的、董事善尽义务时能实现的公司利益，未必是侵权法所保护的客体。从《民法典》侵权责任编可见，侵权法所保护之客体，均得被法律以权利形式明确归属，如人格权、财产权、债权。<sup>〔35〕</sup>公司之目标在于整合各种形式的财产、资源与利益，通过董事会主导下的经营实现“整体大于部分之和”的长期价值。公司的营销渠道、商业机会、客户资源，均能产生经济利益，但确定性很低，也无法讨论归属。其二，即便得为法律明确保护，上述利益的损害也难以证明与衡量。虽然《民法典》确认了以得利为基准的损害赔偿计算，但该计算方式可否一般性地用于财产受侵害依然存在疑问，按照《民法典》第1184条财产受侵害时的损失计算方法，侵权法只保护公司在侵权行为发生时已经固化的财产的客观价值。以案型3为例，按照侵权法，公司至多可主张30万的损害赔偿，但按公司法的归入责任，公司可主张董事50万的净收益归于公司所有。

### 2. 权益侵害型不当得利之受益人返还

德国学界有少数学说主张，公司归入权的构造类似于不当得利法。<sup>〔36〕</sup>与侵权法不同，不当得利法之目的在于回转欠缺法律原因的财货移转，其理论基础在于权益的归属，也就无需以受益人的故意或行为的违法性为要件。这与英美法归入责任不以过错为要件相呼应。但以不当得利作为归入权之理论基础看似省便，仍有不能洽和之处。

首先，不当得利之关注点在受益人保有利益的正当性，而该正当性来源于法秩序对权益的归属划分。权益加害型不当得利在绝对权受损之情形自无问题；但适用在董事、高管违反忠实义务损害公司利益之语境，未必无碍。忠实义务之核心，在防范和管理受信义务人个人利益与所负职责的冲突。滥用公司财产仅为违反忠实义务之一种类型，从公司获取财务协助、使用公司商业秘密，侵害了公司财产的利用权能，也可归于此类。但公司的信息、资源和商业机会不具有财产形态；董事、高管利用公司职位获取贿赂与回扣、从事与公司相竞争的营业行为、与公司发生关联交易，更难为不当得利法所容纳。

其次，权益加害型不当得利虽可构造使受益人返还所得的法律效果，但返还以权利人的损失

〔33〕 参见施天涛：《公司法论》，法律出版社2018年版，第408页。司法实践中也有这种观点，比如潘勇锋：《论公司董事的侵权责任》，载《人民司法》2009年第11期；最高人民法院公报案例“林承恩与李江山等损害公司利益纠纷案”，载《最高人民法院公报》2014年第11期。

〔34〕 参见前引〔1〕，杨艳文。

〔35〕 在《民法典》制定实施前，《侵权责任法》第2条明确规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

〔36〕 Grigoleit/Schwennicke, 1. Aufl. 2013, AktG § 88, Rn. 14.



限度为限。受益人所得大于受害人受损时,受益人无需返还其全部所得,否则,则“反使受害人产生不当得利之结果”〔37〕。

再次,在原物无法返还时,受益人可返还其价额。但通说认为,该价额应为物的客观价值,而非物之实际交换价值,〔38〕而且,为了不使善意受益人承受不利益,善意受益人仅在现存利益范围内负返还义务,也得保留其因劳务或特殊技能取得的利益。即便是恶意受益人,也可以取得劳务费用和管理费用。易言之,董事滥用公司财产而财产灭失的,只需支付给公司客观价值,这与私人征收无异,公司被迫接受其本不愿加入的合约,再考虑到董事对公司的控制权,公司利益将沦于为董事予取予求之境地。

不当得利法只有矫正财产变动之功能,并不适用于评价董事失信行为。英美法上,因返还救济同时适用于不当行为法与不当得利法,也曾有学者尝试,以不当得利作为适用返还救济的所有规则的共通基础。〔39〕但这一进路无法统一回复财货移转的返还与交出不当行为利益的返还,〔40〕因二者债因完全不同。造成财货不合法秩序移转的行为未必具有违法性,可脱离行为的违法性与可归责性,却无法证成不当行为之收益交出后果。因而学者富有洞见地指出,“在不当得利法中引入行为视角并扩大返还范围以发挥其制裁功能,将扰乱其内在价值的一贯性”〔41〕。

### 3. 不法管理人之管理利益归入

有学者指出,以准无因管理下本人的利益返还请求权建构公司归入权,能更充分保护公司的利益。〔42〕我国《民法典》第980条规定,管理事务不属于第979条规定,但受益人享有管理利益的,受益人应当在其获得的利益范围内向管理人承担第979条第1款规定的义务。立法释义认为,不真正无因管理中的不法管理,虽然符合侵权、不当得利的条件,但侵权和不当得利不能充分保护权利人利益时,可以准用真正的无因管理返还制度,从而尽可能实现对本人的救济。〔43〕董事、高管从行使职权中获取私利,无论是侵占利用公司财产或资源、收取贿赂回扣的行为,还是从公司取得财务协助的行为,均可视为将公司事务当作自己事务管理。

但这一进路仍有不足。不法管理时,管理人系明知为他人事务,而以为自己事务管理,主观心态为恶意。但董事可能善意地违反忠实义务,例如董事诚信地认为商业机会不属于公司而自己利用,此时构成误信管理。管理人无为他人管理的意思,法政策上又不存在惩罚恶意管理人的必要,故误信管理完全不适用无因管理的规则,而应回到不当得利或者侵权行为的框架。

因此,无论是侵权、不当得利,还是无因管理,均无法在不突破既有体系,又不折损归入权之功能的前提下提供融贯的解释框架。不法管理或能提供大于侵权与不当得利的返还数值,但无法涵盖董事因疏忽大意或过于自信而失信的情形。

〔37〕 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第92页。

〔38〕 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2017年版,第169页。

〔39〕 See Goff, Jones, *the Law of Restitution*, The Commercial Press, 1998, p. 709.

〔40〕 See James Edelman, *Gain-based Damages*, Hart-Publishing, 2002, p. 36.

〔41〕 前引〔13〕,张家勇文,第65页。

〔42〕 参见赵廉慧:《作为民事救济手段的无因管理——从准无因管理制度的存废谈起》,载《法学论坛》2010年第2期。

〔43〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》,法律出版社2020年版,第1784页。

## （二）意定之债

归入责任与侵权、不得当利或无因管理均存在龃龉难合之处，将其定性为违约损害赔偿之替代或具体计算方式，或能减少对大陆法既有体系之冲击。这一进路回归大陆法系所界定之董事与公司关系的本质。德国、日本和我国台湾地区均认为董事与公司之间的关系为委托关系，董事忠实义务应为受托人所负之事务处理义务所涵摄。我国法学界也吸纳了这种观点。<sup>〔44〕</sup>而且，民法委托合同中受托人利益交付义务等规定可以直接适用于部分失信行为，减少融合负担。

我国台湾地区“公司法”原只规定了董事竞业时公司的归入权，2011年修订中将归入权适用到公司负责人违反忠实义务的所有情形。该次修订明确公司负责人受托义务之规定延续自英美法及日本商法“公司与董事间之委任关系”的路径，并援引台湾地区“民法”委任合同中受任人的义务以说明。<sup>〔45〕</sup>易言之，立法理由似将归入权视为民法上受托人对委托人交付利益与报告颠末之义务在公司法中的特别规定，但学界在法条的具体解释论上又受英美法归入责任的影响。学者认为“将该行为之所得视为公司之所得”系指董事应交付其由该行为所得之金钱、其他物品或薪酬或将所取得之权利移转于公司，<sup>〔46〕</sup>其目的在于“不让违反忠实义务的公司负责人得以保有不法之利益所得”<sup>〔47〕</sup>。对归入的范围，有观点主张是利益的增量，也有观点主张应为董事行为之“对价”。以董事为竞业行为为例，以为对价包括董事所得之薪酬，以达成“藉由事后惩罚发挥事前警惕效果之目的”<sup>〔48〕</sup>，此论已远超出受托人利益交付义务的范围，因受托人之利益交付义务本以处理代理事务为前提，收受佣金、贿赂和从事竞争行为，均不在此限。台湾地区公司法学者解说扩张解释的理由为，“获利吐还不仅可以降低违反义务之诱因，亦可得衡平之果”<sup>〔49〕</sup>。

德国法与日本法均将归入责任界定为董事债务不履行的损害赔偿责任。德国法通说认为，公司的介入权本质系损害难以证明时损害赔偿请求权的替代。<sup>〔50〕</sup>日本《公司法》第423条第2款规定，若董事、高管从事交易涉及同业竞争，则董事、高管或第三人从上述交易中获得的利益数额推定为前款的公司损失数额。日本《公司法》这一规定与日本《信托法》保持一致，<sup>〔51〕</sup>日本《信托法》修订时学界对应否规定归入责任进行了激烈争论，因归入责任与日本私法体系并不相容，<sup>〔52〕</sup>最后以所得数额推定损害数额的方式进行规定，“是考虑到信托法与民法之间的平衡”<sup>〔53〕</sup>。公司法亦同此理。但将董事所得“推定”为损害赔偿数额，意味着应以公司受有事实损害

〔44〕 参见王保树、崔勤之：《中国公司法原理》，社会科学文献出版社2006年版，第207-208页。实践中也有这种做法，见《上市公司治理准则》（2002）与《上市公司治理准则》（2018）。

〔45〕 参见中国台湾地区“立法院”《“立法院”公报》第100卷第49期，第401页。

〔46〕 参见柯芳枝：《公司法论》，三民书局股份有限公司2012年版，第307页。

〔47〕 刘连煜：《新修正公司法讲座第一讲：公司法2012及2011年新修正条文析论（一）》，载《月旦法学教室》第122期，第45页。

〔48〕 林国全：《董事竞业禁止规范之研究》，载《月旦法学杂志》2008年第8期，第232页。

〔49〕 曾宛如：《公司法法制——基础理论之再建构》，元照出版有限公司2017年版，第240页。

〔50〕 Henssler/Strohn GesR/Dauner-Lieb, 3. Aufl. 2016, AktG § 88, Rn. 9; MüKoAktG/Spindler, 4. Aufl. 2014, AktG § 88, Rn. 33.

〔51〕 日本《信托法》第40条第3款规定受托人违反忠实义务时，其与利害关系人所获得的利益额推定为信托财产的损失。不过，在商法学者拟定的《日本商事信托法纲要》中规定要求受托人返还利益并不影响损害赔偿，实则将归入责任与损害赔偿并行，而不是作为损害赔偿计算的一种方式。

〔52〕 〔日〕樋口范雄：《信托与信托法》，朱大明译，法律出版社2017年版，第107页。

〔53〕 姜雪莲：《信托受托人的忠实义务》，载《中外法学》2016年第1期，第191页。

为前提,董事若证明公司并未遭受损害,或者其遭受的损害与董事失信行为并无因果关系,将免于责任承担。此外,既然为“推定”,法官即有较大自由裁量权,这与英美归入权严格的所得全部交出不同,法官可以视公司受损害的状况、董事的得利与主观过错行使自由裁量权。在一则判例中,董事为其家属设立的公司从事竞业交易,法官裁判综合董事在第三人公司融资与经营中所起的作用和董事取得的利益,以董事及其家人在该公司所获的薪酬之50%作为公司的损害额。<sup>[54]</sup>

委托关系说不能完全揭示我国法上公司与董事之间关系的本质。对董事之任职资格、职位设定、职权设置,我国《公司法》之规定均有一定强制性。董事之受信义务是法定义务,公司章程不得排除。因此,一般认为董事与公司的关系带有法定性,董事是法定职位,<sup>[55]</sup>是“自成一类”(sui generis)的<sup>[56]</sup>。而且,归入责任之规范意旨与传统违约损害赔偿之间的张力也须调适。其一,合同法中通常不存在以获益交出为目的的损害赔偿,违约方违背其合同义务时,仅须赔偿守约方预期利益的损失,不必然包括机会损失。所以,合同法并不禁止效率违约,也不特别阻遏故意违约。但归入责任的构造,是要求董事将全部净收益转移给公司,使董事的违约收益至少不大于董事的履约成本,以消灭董事个人利益的实现可能来杜绝董事对忠实义务的“效率违约”。其二,违约损害赔偿之目的在于使守约方复归合同义务未被违反、顺利履行的状态。<sup>[57]</sup>董事与公司之间受信关系决定公司对委任合同的预期利益在缔约时无法明确,在董事违约时也很难界定。董事所行使之职权源于公司授予,而公司授权之目的在于提升公司利益。如果公司之“最佳利益”即为公司之预期利益,那么此预期利益是永远不可知的。其三,按照违约责任的原则,守约方的预期利益损失应在违约方可预见的范围之内,且与违约行为有因果关系,违约的损害赔偿范围与过错密切相关。但归入责任对因果关系之要求极为宽松,也不以董事之主观过错为前提。

## 五、归入权本土化方案之具体展开

公司归入权面临的难以在体系中妥当安放的困窘,是混合继受必然产生的疑难。表面上是技术问题,根本上是两大法律体系从根骨到枝节的差异。德国法和日本法皆采用民法损害赔偿为砧木、衡平收益交出为接穗的“嫁接”方式,由于两国均只对董事从事同业经营这一行为类型规定了公司归入权,嫁接的难度相对较低。<sup>[58]</sup>而根据我国《公司法》第148条,归入责任概括性地适用于董事和高管违反忠实义务的全部情形,增加了转接与融合的难度(见表1)。<sup>[59]</sup>当然,公

[54] 本案中,第三人公司常年处于资不抵债状态,因此法院未将第三人所获得的利益推定为公司的损害额。[参见名古屋高等法院平成20年(2008年)4月17日判决(金融商事判例第1325号,第47页)。]

[55] 参见前引[33],施天涛书,第368页。

[56] See Robert C. Clark, Agency Costs versus Fiduciary Duties, in John W. Pratt, Richard J. Zeckhauser ed., *Principals and Agents: The Structure of Business*, Harvard Business School Press, 1985, p. 56.

[57] 参见姚明斌:《〈合同法〉第113条第1款(违约损害的赔偿范围)评注》,载《法学家》2020年第3期。

[58] 这与德国法与日本法上早期均没有公司董事忠实义务的概括性规定,仅单独规定其竞业禁止义务有关。

[59] 从文义上看公司归入权并不适用于监事违反忠实义务的情形。当然,其中不能说没有体系解释的空间。笔者即认为,监事违反忠实义务的所得应类推适用第148条第2款归入责任的规定。同样,《公司法》第20条、第115条、第147条关于董事、高管忠实义务的规定,也应类推适用第148条第2款归入责任。为表述便宜,本文集中探讨董事违反忠实义务时公司的归入权,但公司的高级管理人员违反忠实义务时,其归入权之适用大体与董事相同,特此说明。

司法是民法之特别法，归入是公司法上对董事失信责任的特别规定，本来也不必削去个性以适应民法之一般规定。解释论的目标，也正是从忠实义务各行为类型下公司利益保护的“痛点”出发，尽可能于微观处融贯交出与返还，于宏观处兼顾公司法之特别性与体系性。

表 1 归入责任在忠实义务各类型的适用

行为类型	子类型	对应条款	突出争议
滥用公司财产	侵占挪用公司财产或资金	第 147 条第 2 款；第 148 条第 1 款第 1 项	董事、高管向第三人转让财产，公司得否主张财产返还；间接所得可否归于公司
	财务协助	第 148 条第 1 款第 3 项	
	使用公司资源、商业秘密	第 148 条第 1 款第 7 项	
收受佣金、贿赂		第 147 条第 2 款；第 148 条第 1 款第 6 项	间接所得可否归于公司
自我交易		第 148 条第 1 款第 4 项	公司选择承认合同的履行利益后，可否再主张归入
与公司竞争		第 148 条第 1 款第 5 项	董事投入个人劳务、能力与经验所得利益可否归于公司

#### （一）滥用公司财产与收取佣金回扣

对董事侵占、挪用公司财产等行为类型，公司可主张返还原物请求权。但在董事侵占公司财产并向第三人移转的情形，公司的返还原物请求权无法对抗善意且支付合理对价的第三人，公司可请求归入董事从交易中获得利益，包括交易价格高于财产之真实价值或市场价格的部分。至于间接所得，其系由失信所得之收益变得之财产所产生的收益，如前述案型 1 中董事购买房屋取得的利益，如原告得证明董事所得与其失信行为有直接因果关系，也应归于公司所有。按民法违约责任之规定，归入范围不应超过董事可预见之范围。但侵占挪用之行为类型，董事定然知道或应当知道其行为给公司造成损害，董事作为准受托人，负有善意经营公司财产，至少不将公司财产与个人财产混同之义务。<sup>〔60〕</sup>对董事之恶意违约行为，突破可预见性原则并不会不合理地增加董事的风险负担，在公司与董事之受信关系中，也不存在以可预见性之约束促进交易之必要。

董事收取贿赂、回扣、佣金等利用职位获取私利的行为，应准用滥用公司财产有关规则。有观点认为，受托人所获利益如系第三人对受托人之个人赠与，无须交出，若是为贿赂受托人之目的，则应当充公。<sup>〔61〕</sup>然而，管见以为，这一观点并未认识到受托人利益冲突的实质。董事与公司之间的契约是继续性的，第三人对董事个人的赠与，即便与当下的事务处理无关，也将诱使董事偏离为公司利益最大化行事的目标。对第三人的真实意图之辨识和证明成本太高，何况，无论佣金、回扣或贿赂，均为公司本可免于支付却实际支付的过高对价，实为公司财产对董事的支付。对利用职务便利收取的佣金、贿赂应否视为公司财产，英国法院和学界也曾犹疑不决。<sup>〔62〕</sup>

〔60〕 我国《公司法》第 148 条第 1 款第 2 项规定的，董事、高管不得“将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储”即当做此理解，不过由于立法技术有限，条文语义较为模糊。

〔61〕 参见前引〔37〕，史尚宽书，第 398 页。

〔62〕 参见前引〔19〕，Roy Goode QC 文，第 493 页；前引〔19〕，Lord Peter Millett 文，第 583 页；前引〔19〕，Sarah Worthington 文，第 720 页。



传统信托法将受托人利用职位获取的所有私利均视为为信托财产所有。从19世纪末始,为平衡董事债权人利益,英国法院着意区分不直接涉及公司固有财产的受信义务违反,认为贿赂、佣金若非来自公司财产,<sup>[63]</sup>公司仅得行使归入权,而不能主张推定信托。<sup>[64]</sup>但这一转变遭到来自学界的激烈批评,故英国最高法院在晚近回归传统立场,肯定了公司对佣金、贿赂衡平上的所有权。<sup>[65]</sup>董事获取佣金、贿赂或回扣等私利,等同于挪用公司财产或本应由公司取得的财产。

## (二) 自我交易

董事与公司自我交易之情形,试以公司授权董事购买某物,而董事将其所有物出售给公司为例(案型3)说明:若交易价格不高于市场价格,公司利益并无损害之虞;若交易价格高于该物的市场价格,公司可拒绝承认合同效力。问题是,若合同已经履行完毕或者交易物的市场价格发生波动,公司选择认可合同更为便宜时,公司可否再主张董事自出售中所获的利润?公司认可董事失信行为的效力并不当然豁免董事的失信责任,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(五)》第1条规定,公司对关联交易履行法定或章定的决策程序,董事仍要承担损害赔偿责任。案型3又可分为两种情形。若董事张甲是在获公司授权后取得该房屋并将之转手给公司,即便公司出于各种原因认可交易,董事仍应将其获得之利润(出售价与成本价之间的差额)交出给公司,因为董事本有义务以成本价为公司直接购得系争房屋。但若董事购入房屋时并不知公司欲寻找经营场所,唯其向公司出售时未披露本人利益,也构成忠实义务的违反。公司知悉利益冲突后如选择承认交易,即不能再主张其时房屋的市场价格与董事购入成本价之间的差额,而只能就公司购入价格与交易时房屋市场价格之间的差额进行主张。

而且,我国《公司法》对董事的直接自我交易与间接自我交易规定了不同的责任形态,<sup>[66]</sup>也会导致内部人着意规避法律、公司利益受损的结果。将归入权视为损害赔偿的替代方式,则产生《公司法》第21条准用归入权的可能,从而将两类自我交易的法律后果同一化。

## (三) 与公司竞争

在董事或者高管与公司从事竞争行为,包括篡夺公司机会或与公司经营同类业务时,归入范围计算尤为复杂。以案型4为例,公司向从事竞业行为的张甲主张公司经营期间的净利润、张甲作为高管所得的薪酬和公司股权等利益。公司股权不属于失信所得,因投资设立公司本身并不产生利益冲突,但B公司与A公司从事同类业务,违反了同业经营禁止条款。B公司已经产生之净利润,固然来源于从A公司窃取之客户与A公司之商誉,也有张甲的初始物质资本和张甲及其员工的人力资本贡献。张甲从公司取得的薪酬,不排除有实质的利润分配——这在封闭公司是常态,更主要是其人力资本之对价。此时,张甲未从事竞争行为时公司本应拥有的财产总额很难证明,但若直接将上述利益全部归入,又可能使公司反从张甲失信行为中获利。

司法实践中,此类案件存在严重的同案不同判现象。有法院裁判归入范围为董事担任所设立

[63] 例如,原告若能证明被告收取的贿赂或佣金实际源于公司向行贿者或佣金提供者支付的对价,则推定信托成立。

[64] See *Sinclair Investments (UK) Ltd v. Versailles Trade Finance Ltd (In Administration)*, [2011] 3 WLR 1153.

[65] See *FHR European Ventures LLP v. Cedar Capital Partners LLC*, [2014] UKSC 45, [2015] AC 250.

[66] 参见《公司法》第21、148、149条。

实体（以下简称“竞业公司”）的董事高管所得的工资薪金，<sup>〔67〕</sup>有法院主张应纳入竞业公司从事相竞争业务产生的税前利润，<sup>〔68〕</sup>有法院确认归入范围包括竞业公司从事相竞争业务产生的可分配利润，<sup>〔69〕</sup>有法院判决竞业公司的营业收入和董事所持有的股权增值之和均应归于公司所有，<sup>〔70〕</sup>还有法院径行“酌情认定”归入的范围，却不予以任何具体说理<sup>〔71〕</sup>。裁判不一致的根源在于无法确定与公司竞争时董事所得与公司所失的本质，继而无法理解归入权之正当性。董事、高管负有促进公司利益之法定义务，对公司利益的复归，应至董事履行受信义务时公司的利益状态方为完全。如前所述，董事权力来源于公司赋予，公司对董事行使权力所产生之利益享有权利。这是由董事与公司之间的受托关系所决定，也与商业世界中臂距交易的双方相区别。

以篡夺公司机会为例，公司对某些商业机会虽无对世性权利，却可对抗董事，其缘由在于董事系因职权知悉机会或受托为公司寻找机会。“属于公司之机会”仅在公司与董事之间成立。再以同业竞争为例，任何公司都不具有在一定地域和行业内排除竞争的合法权益，但公司之所以排除董事、高管从事同业经营，既是为保证董事、高管对公司事业的精力投入，也是为防止其与公司竞争的风险。当然，董事与高管的情形略有不同。董事，特别是非执行董事，并无禁止兼职之义务，但公司高管一般负有投入其全部人力资本而使公司利益最大化的义务。而且，高管与公司经营有关之知识、信息、技能与经验，虽转化沉淀为个人资本，但至少部分源于公司职务。易言之，因公司事实上之可得利益无从确定，故法政策将董事、高管从失信行为中所得视为公司之应得，虽可能无法实现数值上绝对客观之对等，但在规范上并未超出损害填补的框架。<sup>〔72〕</sup>所以，在案型4中，公司对张甲同业竞争行为之归入权，与对其篡夺公司交易机会（C公司）之归入权发生竞合，公司得向张甲主张B公司经营期间的税后净利润和张甲取得的薪酬。

## 六、结 语

英美法中，失信责任从理念、原则到构成要件均有别于违约责任和侵权责任，违反受信义务也是独立于违约之诉和侵权之诉的诉由。推定信托与利润归入互为补充，以实现补偿公司和震慑

〔67〕 如“沈阳东方银座国际酒店有限公司诉王哲公司利益责任纠纷案”[辽宁省沈阳市大东区人民法院（2016）辽0104民初13508号民事判决书]，“恩平市汉邦陶瓷有限公司与刘福来损害公司利益纠纷上诉案”[广东省韶关市中级人民法院（2014）韶中法民二终字第81号民事判决书]。

〔68〕 如“江苏乐辉医药科技有限公司诉谢芳等公司利益责任纠纷再审案”[江苏高级人民法院（2016）苏民再296号民事判决书]，“济南东方管道设备有限公司与李家滨、济南东方泰威机械设备有限公司损害公司利益责任纠纷案”[山东省高级人民法院（2015）济商初字第38号民事判决书]。

〔69〕 如“烟台众联实业有限责任公司与烟台瑞和丰家纺有限责任公司、王光村损害公司利益责任纠纷案”[山东省烟台市中级人民法院（2015）烟商二终字第109号民事判决书]。

〔70〕 如“南京南华擎天资讯科技有限公司与辛颖梅、汪晓刚、张虹、南京擎天科技有限公司损害公司利益纠纷案”[江苏省高级人民法院（2015）苏商终字第00680号民事判决书]。

〔71〕 如“深圳犹迈尔网络科技有限公司诉马润杰公司利益责任纠纷案”[广东深圳市宝安区人民法院（2016）粤0306民初11671号民事判决书]。

〔72〕 仔细辨析可以发现，董事经营同类营业，未必给公司造成竞争风险，例如，董事经营之“竞业公司”与公司虽处在同一行业，但不在同一省域，就两公司之经营规模与业务情况观之，不存在任何竞争的可能性。此时，以董事之所得等同于公司之应得，有可能导致公司的不当得利。此时更可行的方法是对《公司法》第148条第1款第5项进行限缩解释。竞业行为之构成已超出本文讨论的主题，此处不再赘述。

董事的双重目标。但我国的实定法体系无法容纳推定信托，实践中归入权的适用也窒碍重重。“水土不服”是法律继受难以避免的问题。唯有超越规则的“复制粘贴”，寻找功能应合与规范调和的方法，方能实现借入规范的微观适应。<sup>〔73〕</sup>

《民法典》颁布对《公司法》的进一步修订与完善提出了挑战，也提供了契机。法条所采之“收入”表述，不符合矫正正义，将构成公司的不当得利，应修订或限缩解释为“净利益”，即董事、高管违反忠实义务所得的利益增加。利益能涵摄所得之财产与财产上利益，而限于货币形式。如此，则毋庸对董事取得之财物进行变卖或拟制计算，得更周延实现公司利益的复归。以此为前提，归入责任的返还与交出面向完全交融。董事的权力源于公司，董事之事实所得即为公司之规范应得，并未超出损失填补的框架。

但在具体的规范构造上，现行法下侵权、不当得利、无因管理和违约责任之规则，均无法妥适地提供归入权的安置方案。公司法上董事责任也本应有自己的原理和构成。公司治理之目标在于实现权责利相统一。董事责任不仅是简单的利益、损害与因果关系计算，更是公司善治的实现之道。公司的营利性、董事权力的酌处性和商业经营的风险性，决定董事责任的计算不可能有完全客观、答案唯一的数值，必然需要法官的价值判断。观吾东邻，日本《商法典》在20世纪50年代新增了第254—3条董事忠实义务，<sup>〔74〕</sup>但在长达四十年的时间里，该规则从未被单独适用过，直到20世纪90年代后，才成为“活的法律”。<sup>〔75〕</sup>在司法裁判的经验积累与学术研究的反复探讨中，逐渐深化对公司的组织特质、董事地位与责任的理解，大约是董事受信义务本土化无法绕过的迢迢路途。

---

**Abstract:** Article 148 of Company Law provides that all income a director receives in breach of duty of loyalty should be disgorged to the corporation. The account of profits remedy was transplanted from equity in England, however, the transplantation has caused incoherency to current domestic rules. On one hand, “income” shall be interpreted as “net profit” to fulfil the remedy’s function of disgorgement and restitution. On the other hand, none of the tort, *negotiorum gestio* or unjust enrichment provides a feasible framework to adopt account of profits. Account of profits as an alternative of compensation for breach of fiduciary duty should be a more favorable solution. And the calculation formula of profits may be established on a more concrete categorization of disloyal behaviors.

**Key Words:** account of profits, constructive trust, fiduciary, restitution, disgorgement

---

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

---

〔73〕 参见汤欣：《法律移植视角下的短线交易归入权制度》，载《清华法学》2014年第3期。

〔74〕 日本《商法典》第254—3条规定：“董事负有遵守法令或章程规定及股东会决议，为公司忠实执行其职务的义务。”（王书江、殷建平译：《日本商法典》，中国法制出版社2000年版，第66页。）

〔75〕 See Hideki Kanda, Curtis J. Milhaupt, Re-examining Legal Transplants, The Director’s Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law, 51 *Am. J. Comp. L.*, 887 (2003).