

董事、高级管理人员自我交易规制制度构建

陈玉奇

(江苏师范大学, 江苏省、徐州市, 221000)

摘要: 基于董事自我交易的属性, 相关的法律规定旨在解决公司与董事之间的“信任”问题, 这也将成为司法实践中的重要原则和标准。在“信任”判断原则下, 可以通过符合公平标准的多种方式使董事自我交易合法有效。以取得非利害关系董事同意的方式使交易有效的, 应当满足 2/3 特别多数决, 其是否进行公平性司法审查属于法官自由裁量的范围。以取得股东会同意使交易有效的, 不应当排除非利害关系股东, 但可以通过程序要求和效力限制使其满足“信任标准”。监事会代理公司进行交易制度优越便捷, 但也存在弊端, 需要进一步探究。公司利益是否受到损害应当成为判断董事自我交易的前提。证明交易公平的方式主要分三步走, 所失与所得相等, 符合公司经营目的, 有第三人愿以同等价格交易, 并辅之以程序正义。

关键词: 董事自我交易 公平标准 信任标准 关联交易 监事会代理公司

中图分类号: D **文献标识码:** A

引言

董事自我交易天然具有风险, 存在危害公司利益的可能, 但同时这种交易也可以为公司带来收益, 甚至挽救公司于危亡, 因此在特定情况下应该允许这种交易, 那么权衡风险与收益, 保障公司权益成了当下研究的重点。目前, 我国《公司法》对于董事自我交易的规制方式仅限于公司章程事先规定和获取股东会(大会)同意的方式, 这不能满足在商事领域纷繁复杂的交易情形, 其规制手段需要进一步适应市场, 采取更加便捷的德国治理模式或者沿用美国的商事领域规制方法, 通过公平标准原则使交易合法有效, 但其各自背后都有一套逻辑严密、环环相扣的治理结构, 各自优劣则需要详细探讨, 斟酌损益, 而后选择符合我国国情的治理模式。

一、自我交易

(一) 自我交易的概念和内涵

自我交易, 在美国法中是利益冲突交易的一种典型形式¹, 其本质在于利益交换当中的价值的不对等, 而当这种不对等性已经超过了公平原则的要求时, 即构成恶意的利益输送。质言之, 只要实质上是利益输送的行为, 都符合最广义自我交易的定义, 而对于不符合公平原则的自我交易, 则是法律所不能允许的, 要受到法律规制的, 也就是狭义自我交易, 在我国公司法上体现为 148 条第 1 款第 4 项所规定的内容。

通常的利益输送以买卖行为为外衣, 故“自我交易”也得名“交易”, 而也会出现以投资、股利分配行为等为外衣的自我交易行为。譬如, “某股东以知识产权出资, 同时担任公司董事, 在这种情况下, 作为财产出资的知识产权需要进行评估作价以换取股权”², 那么

¹ 施天涛、杜晶: “我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制——一个利益冲突交易法则的中国版本”, 《中国法学》2007 年第 6 期。

² 参见李剑 “我国公司高管信义义务的法律实证研究”-《华东政法大学硕士论文》2010 年 4 月 22 日

该项任务该由谁实际执行呢？进一步来说倘若担任公司董事的股东以无形资产出资，则该无形资产无论是由董事会还是由股东会评估作价，实际上都将与公司间发生自我交易³，因为其存在利益冲突，容易产生利益输送，同样，如果该名股东，以发起人的身份或者作为董事的身份承担评估作价的工作，那么也存在刚刚这种情况，是一种自我交易，这是需要我们明确的。根据以上的例子我们可以知道，以投资为名的行为也存在自我交易的情形。

通过上面的例子，我们可以进一步了解到，违反忠实义务存在的现实原因是：公司作为法人虽有法律拟制的人格，但无法直接单独执行公司意思机关做出的决议，最终则将实际执行的任务落实到董事长、执行董事或者高级管理人员等自然人身上，而个人本身即有其自身相关的利益，而该自身利益与公司利益发生冲突存在现实可能性，故法律对该现实潜在的可能性有规制的必要，以保护公司的利益不受侵犯。

至此，我们可以总结：自我交易是以职务便利为外观特征，以利益输送为本质特征的行为，不以具体买卖行为为限。

而违反忠实义务主要有两个表现形式：一、在自身利益与公司利益发生冲突时，将自身利益放诸公司利益之上，致使公司利益受损；二、自身利益与公司利益没有冲突的背景，但是董事、高级管理人员出于贪婪，利用职务之便，通过自我交易将公司利益输送至自身。

进一步来延伸，禁止自我交易的不公平是董事遵守忠实义务的一项，而忠实义务的内涵是：董事/高级管理人员在执行公司业务时所承担的以公司利益作为自己行为和行动的最高准则，不得追求自己和他人利益的义务。⁴

这可以看出，对于自我交易的法律规制实际上是一个信任问题，质言之，在自我交易时，必定存在公司利益与董事自身利益的冲突，在没有法律对于忠实义务的强制性要求下，公司无法信任作为理性人的董事，其会将自身利益置于公司利益之下，这使公司被置于一种风险之下，没有任何保障或令人相信公司的利益此时是安全的，对于这种公司利益的危险，施天涛教授这样叙述到：“公司在交易中可能得不到公平的对待，因为董事、高级管理人员的自私将会压倒其对公司的忠诚”⁵；那么对于董事自我交易是否符合公平原则的标准则可以彰显：如果有足够的理由相信在这种利益冲突时，公司的利益有保障不受到侵害时，那么就可以通过公平原则允许这种交易。

（二）自我交易与关联交易的关系

有学者认为，我国当前司法实践中之所以存在适用《公司法》第148条第1款第4项是否以公司利益受到损害作为前提存在混乱，是因为混淆了董事自我交易与关联交易的概念问题。⁶支持该观点的学者认为关联交易强调关联企业与关联人之前存在控制关系，而董事自我交易是指董事代理或者代表公司进行活动时以公司名义与自己或自己所代理（代表）的第三方订立合同或者进行交易的行为。⁷也正是基于这种概念上的差异导致了司法实践中的问题。于此，笔者首先该类学者的观点结论持保留的观点，在此仅对于“概念错误”的这一原因作出反驳，笔者认为我国公司法上关联交易、自我交易的概念体系不存在矛盾，从文义解释的角度而言，董事自我交易与关联交易体系兼容，董事自我交易属于关联交易的特殊类型。我国公司法第21条对于关联交易的行为做出了禁止性的规定，“公司的控股股东、实际控

³ 参见张莉 “董事自我交易的法律规制”《吉林大学硕士论文》2010年4月1日

⁴ 参见杨宏芹；汪辰光 “双重股权架构下投资者权益保护研究”，《公司法律评论》2018年12月31日

⁵ 参见施天涛 《公司法论》（第三版）第424页 2014年3月

⁶ 参见迟颖 “有限责任公司董事自我交易制度建构与司法适用”，《法学家》2022年第3期，第117页

⁷ 同6

制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”⁸但这仅能看出，关联交易是一种极易损害公司利益的行为，其内容还不能彰显，关联关系的内涵更是十分模糊，于是，公司法在第十三章，第二百一十六条对术语的含义做出了解释，其第四项说到：“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。”⁹据此，可以看出，立法者认为关联关系的主要表现形式是通过关联公司与关联人之间的控制关系损害公司利益，那么损害公司利益的行为是什么呢？同项的补充性条款中强调了这一属性，“以及可能导致公司利益移转的其他关系”，从文义解释的角度来说，关联交易的本质属性是利益移转，而并非前文所述学者所认为的以控制关系为限，或以其为特殊属性。而笔者在这一点对于董事自我交易之“利益输送”性质已经进行过阐述，可以明了董事自我交易与公司法第 21 条所禁止的关联交易的概念体系是兼容的，董事自我交易属于关联交易的特殊类型。

二、公平标准

据前文所述，在解决利益冲突交易时，可以依据“公平原则”为由而使交易有效，那么对于这条标准的实际保障方法有但不包括以下几种方案：（1）取得非利害关系董事同意；（2）取得股东会的同意；（3）监事会代表公司进行交易；（4）证明该交易是公平的。

（一）非利害关系董事的同意

一项存在利益冲突的交易如果得到了董事会与该交易没有直接或间接利益关系的董事多数的投票赞成即被视为授权、同意或者追认。¹⁰

a. 为什么取得非利害关系董事同意可以成为交易有效的抗辩理由

前文已经对于自董事、高级管理人员自我交易存在危害公司利益的高度风险做出了论述，其原因是该自我交易不可信，其自私十分容易压倒对于公司应负有的忠诚，那么如果提供一种保障，使人足以相信其与公司的交易没有损害公司的利益，甚至于公司有利，那么其交易应当有效。

在这种情况下，通过非利害关系董事的同意则可以提供一种保障，因为非利害关系董事与交易不存在利益关系，所以公司有足够的理由相信此时董事会的决策不会受到这种利害关系因素的影响和干扰，而能够使股东会相信虽然这个交易存在着利益冲突的可能性，但相关股东没有违背忠实义务，将自身利益放诸公司利益之上。

b. 需要多少非利害关系董事同意？

一般来说，在非利害关系董事进行表决时，必须经过其多数同意通过，即超过一半。但是，如果公司只有一名非利害关系董事时，此时，是否只需要其一人同意即能满足非利害关系董事同意的要求？对此，有的法律规定，可以不考虑法律人数的要求（quorum）¹¹。也就

⁸ 《公司法》第 21 条规定“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”

⁹ 《公司法》第 216 条第 4 项规定：“关系是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。”

¹⁰ 参见游咏春“信托视野下公司负责人违反忠实义务民事救济研究”，《西南政法大学硕士论文》，2020 年 5 月 4 日

¹¹ 参见，Cal. Corp. Code § 310 (1) (2) ; Del. GCL § 144 (a) (1).

是说，该法律认为无论是否存在上述情况，在即使只有一名非利害关系董事同意的情况下，也可以进行单独授权、同意或者追认。然而，也有的法律对非利害关系董事的人数做出了限定，也就是说，一项交易不能由一名董事独立授权、同意或者追认。¹²

对于这个确实值得思考与探讨，而赞同仅有一名非利害关系董事同意也可以使交易有效的理由在于：自我交易的董事/高级管理人员因为在交易中存在自身的特殊利益，所以在理性的情况下，其自私有可能会压倒对于公司的忠诚，而如果将该名董事替换为费利害关系董事，则这种对于交易的特殊影响就已经消失，那么基于正常的董事与公司间的受信义务，公司也就可以相信该名非利害关系董事所做出的决策是有利于公司的。但是，这个仅仅是理论上的，对于这种做法尚不适用于我国国情，笔者在此对该观点提出几点反对意见：

第一，非利害关系董事的特殊身份难以维持和举证，从而容易导致代表公司利益的一方承担过高的败诉风险，违背立法的初衷。从诉讼的角度来说，参与表决的董事其是否具有利害关系需要由原告，也就是需要由公司股东等提出并举证，这无疑对原告来说存在巨大的挑战，因为或许表决同意的“非利害关系董事”事实上已经不知何时与自我交易的董事做出了某种交易，这种交易使“非利害关系董事”变成了利害关系董事，于是，在理论上其同意的表决应当被排除，而这对于原告是极难举证证明的。举个例子来说，当自我交易完成后，公司股东发现异常提出诉讼时，对于自我交易或者通过关联交易利益输送的董事可以通过调查该董事的社会关系、资产关系予以认定，同样，其他股东的该类关系亦可以调查发现。但是，对于意图通过其他董事同意来使交易有效的自我交易董事，其必定通过秘密的手段获取“非利害关系董事”的同意，这种“收买”可以是事先约定而事后履行的，也可以是被刻意隐瞒的，那么此时对于原告来说举证责任过重，承担极大的败诉风险，而如果法律作出这样的规定，必定会导致自我交易泛滥，董事交易不断，难以让董事、高级管理人员履行其忠实义务、维护公司合法利益。

第二，即使在技术上可以保证做出同意表决的非利害关系董事都是真正的“非利害关系的”，由于我国对于商事决策没有成体系的规定，故对于非利害关系董事做出同意表决的责任问题尚未解决。需要明确的是，对于即使不违反忠实义务的交易，也不是不需要审查的，只不过从公平标准的审查转为对于董事、高级管理人员商事决策的审查，即对其注意义务（勤勉义务）的审查，在美国这一审查具有完整的商事判断规则（BJR）体系作为支撑，然而我国对于该领域，仅做了宣告性的规定，尚没有具体的法条、裁判依据、判断体系作为支撑，那么对于非利害关系董事的责任问题该如何处理？这是我国商法领域中亟待补充的。（如果该项技术性问题可以得以补充解决，其责任问题该如何设计？利害关系董事、非利害关系董事各自承担什么责任？需要进一步思考解决……）

第三，从我国商事领域规则和国情来看，不限定非利害关系董事同意的人数难以取得公司的信任。前文已经提及，公平标准解决的是信任问题，那么如果使某一自我交易有效，其必须做到的是让公司相信存在某一保障能够确保这个交易不会损害公司利益，需要强调的是，这个保障是程序与实体相结合证明的，质言之，如果程序上的证明方式具有极高的说服力，那么就不需要进行实质公平的审查。然而，从我国作为一个人情社会来看，人与人之间联系，也即“人脉”似乎是一个很受公民看重的“隐形”的利益关系，而作为董事会的一员，非利害关系董事与董事会的成员将存在千丝万缕的联系，如果仅一人的同意即可使自我交易有效，那么将难以让公司相信在利益过大时，自我交易的股东不会通过“隐形”的利益

¹² 参见，MBCA(1984) § 8.31; MBCA(1988) § 8.62(a).

关系来使其同意，在某种程度上，这与第一点所含之义有所重合，从技术上，该非利害关系股东实质上已经与该交易存在了利害关系，但是本点所述更加隐蔽，更加难以察觉，而且本点强调，此时的董事同意远没有达到令公司相信有足够的保障。反观对于非利害关系董事同意人数有一定要求时，由于利益冲突、纠纷，此时更难达成统一的意见侵害公司利益，于是，此时明显更具有被信任的理由。

笔者建议，可对董事同意的人数提出较高的要求，如 2/3 特别多数非利害关系董事同意，待我国商事领域中相关责任体系和判断规则形成体系时可以再渐渐降低这个比例，毕竟，非利害关系董事同意只是程序保障事项，自我交易董事可以通过证明交易公平作为最后手段使交易有效。

c. 非利害关系董事同意的时间效力

大多数法律将非利害关系董事的同意表述为“授权、同意或者追认”。从这种表述可以看出，在任何时候只要该种交易能够取得非利害关系董事的授权、同意或者追认均可以认为交易合法。当然在诉讼中事后追认也是可以的。

笔者认为这需要立法者斟酌，对于 b 段中所说的非利害关系董事同意的人数限制相协调，就目前来说，两者至少在一项中需要持保守的态度。质言之，如果一方较为严格，则另一方可以相对宽松。

d. 得到非利害关系董事同意后，法院是否仍然需要对交易的公平性进行司法审查？

对于法律是否应该对已经经过非利害关系董事多数同意的交易进行司法审查，施天涛教授在其所著《公司法论》当中已经对基本情况作了严谨的分析探讨，对于是否应做出司法审查其不同立场都给出了基本的观点和理由，笔者在此不再赘述，笔者想在以上的基础上提出自身看法予以补充。

是否对于已经经过非利害关系董事多数同意的交易进行司法审查以考察其公平性属于法官自由裁量的范围，前文中已经提及，公平标准解决的是“信任”的问题，当该程序性保障足以让法官相信其不会损害公司利益，那么法官即可对于该交易不再进行公平性审查，例如，某 A 公司董事人数 10 人，利害关系董事 3 人，而其余 7 人对于该交易都投出了赞同的票，那么在没有其他证据显示这个表决是不公正时，该交易就足以被公司和法官信任，从而不需要再以公平性审查做出补强；而若某 B 公司董事总计 10 人，利害关系董事 7 人，非利害关系董事 3 人有两人投了赞同票，另外一人反对，那么法官则需要斟酌在该情况下这样的交易是否可信，从而做出公平性审查，但是亦可以通过其他证据来补强，从而使法官达到内心确信的程度。

笔者总结了几个要素，可以作为法院裁判时参考的因素：利害关系董事实际职务，包括是否为控股股东、公司实际控制人，是否是董事会董事长；利害关系董事占董事会总人数比；非利害关系董事是否投反对票；非利害关系董事通票通过比例等。

（二）股东会的同意

当“董事会的所有董事都卷入了利益冲突交易，或者董事会不能满足法定人数时”，董事与公司之间的交易可以经过股东的追认而成为合法有效的自我交易。¹³

a. 为何股东会同意可以使自我交易成为合法有效的事由

同前文所述，公平标准解决的是某一自我交易“信任”的问题，那么自身对于自己的财

¹³ 参见游咏春 “信托视野下公司负责人违反忠实义务民事救济研究”，《西南政法大学硕士论文》，2020 年 5 月 4 日

产的注意义务是最高的,尤其在商事领域当中,对于满足重要性要求而需要证明其交易对于公司公平的这种利益冲突的特殊交易,股东会作为公司的所有人,其注意义务是最高的,在董事、高级管理人员满足披露义务的前提要求下,经过股东会或股东大会审查批准通过的交易充分满足“信任”要求的标准,于是经这一补强的自我交易可以得到法律的认可。

b. 对于股东会同意是否应当予以限制

在股东会议上同样存在利害关系股东问题。譬如,利害关系董事进行自我交易,公司控股股东是受益方,或者利益冲突交易董事本身持有公司股份,那么这样就存在一个问题,即对于股东会的同意,是否需要区分利害关系股东。一种做法是认为只有非利害关系股东才有权参与表决,而于利益冲突交易存在直接或间接利害关系股东在则不能参与表决。另一种做法则是,利害关系股东可以参与表决,其认为股东的表决权是其固有权利,不应因其是否存在利害关系而被排除。而且股东对于公司没有受信义务,因为公司本身即为全体股东所有,同时,公司因以由股东出资,而应当按照股东的意愿行事。

对此笔者在此给出自己构思,应当来说以上两种方案都有一定的道理,但是笔者更加倾向于第二种做法,而在此基础上可以对于对股东会同意的效力做出限制。认为当利害关系股东持有公司多数股份或者该多数股东自身就是利害关系董事,那么包括利害关系股东参与的股东会所作出的追认董事自我交易的决议,其效力是无效或可撤销的,但也可以通过法院司法审查做出补强;而如果做出追认董事自我交易决议的股东会,其组成和参与表决的股东全部都是非利害关系股东,那么人民法院应该认定该董事自我交易是有效的,且符合公平原则。

那么对于在自我交易进行之前即经过股东会审查通过的交易,法院应当支持其交易是合法有效的,无论是否有利害关系股东参与,或其所占比例多少,都应当有效;而对于部分学者所探讨的,做出自我交易的董事同时又是股东会表决权占多数股东,其在交易前同意或许容易导致侵害公司或其他股东权益的问题,笔者认为这并非是董事忠实义务所应当讨论的问题,而实质上是多数股东/控股股东联合欺压中小股东、夺取公司机会、控制公司利用关联交易抽逃出资或者通过利益输送侵害其他股东权益的行为,应当通过例如派生诉讼等公司法其他手段予以规制,因此在这不再赘述。

需要进一步指出的是,自我交易因利用职务之便,其所作交易容易在公司尚不知情的情况下即完成,而限制利害关系股东事后追认的效力即反向要求董事积极履行其忠实义务,将自我交易的情况披露给股东和公司,避免在不知不觉中侵害公司的权益。

c. 股东会表决同意后是否还需要司法审查

一般来说,经由股东会审查通过自我交易不再需要进行司法审查来保障交易的公平性,但是利害关系董事是否履行了披露义务则是一个重要的抗辩理由,因为根据前文所述,事后的股东会追认应当受到限制,那么如果没有履行披露义务的股东会同意是无效的,因为股东会作出该决议时没有足以做出最利于公司利益的依据,所以其决议同意不足以弥补自我交易所需要的“信任”。

那么在这种情况下,因为自我交易已经进行,此时,自我交易董事不能再以获得股东会议同意为由抗辩称其交易是满足“信任”要求的,也不能称其交易是合法有效的,于是只能通过最后的救济途径——司法审查,通过该手段进行补强,从而使交易合法有效。当然,如果有学者主张公司的存续利益,对于特殊企业主体,法院可有权根据职权进行司法审查,以免其造成资源的浪费,但其适用应当慎重。

需要在此指明的是,对于股东会同意虽不再需要进行实质公平性审查,那么还是需要适用BJR呢?回答是,也不需要,甚至是不能。因为股东对于公司不承担注意义务,且BJR

只适用于董事的商事决策。

（三）监事会代表公司进行交易

有学者提出，在公平标准上可以参照德国的相关规定和做法，德国《股份法》第 112 条规定：在与股份公司董事进行交易时，由监事会代理公司。该规定的立法目的在于避免危及公司利益的抽象风险。¹⁴

a. 为何由监事代理公司与董事进行交易可以使董事与公司的交易成为合法有效的事由

克拉克认为：“自我交易的根本含义是：交易表面上是发生在两个或者两个以上当事人之间，实际上却只由一方决定。”¹⁵当公司董事需要同公司交易或者订立合同时，由监事会代理公司，使董事与代理公司的双重身份分离，董事不能代理公司进行磋商并代表其做出商事行为，也就使克拉克所说的“一方决定双方”的情形消灭，使董事自我交易的风险也一并遏制。

b. 监事会代理公司与董事进行交易是否可以被公司排除

德国通说观点认为，上述规定《股份法》第 112 条的规定属于法律强制性规定，公司章程不能排除适用，质言之，监事会在董事欲同公司发生自我交易时的代理权是法律规定的固有权利，公司不可以以公司意思自治为由限制其权利。¹⁶究其原因，是因为德国作为典型的大陆法系国家，与英美法系国家不同，其无意也尚未建立完善的商事评价体系，对于董事（会）、股东（会）等一系列公平标准原则没有相应的历史沿革和案例积累，从而无法实现让法官适用复杂又具体的公平标准原则。

同时，这样简洁的处理方法也具有十分的优势，开放公司董事不能进行自我交易，而这就使得其交易风险归于消灭，同时，相较于本文前所述两点，（1）取得非利害关系董事同意；（2）取得股东会同意，具有更高的可执行性，既没有非利害关系董事与利害关系董事同处一处从而带来的信任风险；也不具有召开股东会、股东大会所需要的程序繁复的问题，从而帮助公司把握稍纵即逝的商业机会，促进市场活性。

c. 监事会代理公司与董事进行交易是否存在弊端

支持参照德国做法，由监事会代理公司与董事进行交易的学者主张“未来修订《公司法》时，立法者可以在股份有限公司监事会职权的相关规定中，明确列举监事会代表公司与董事订立合同或进行交易。”¹⁷笔者认为新修订的《公司法》可以对相应内容作出修缮，但是应当考虑到，董事自我交易是建立在其利用代理公司的独特地位以及身份与自身直接或者间接进行交易或者订立合同的行为，也就是说，往往这样的交易是“暗中”进行的。虽然，赋予监事会代理公司与董事进行交易，让其做出商业判断的初衷是有利且良善的，但或许并不实际，因为，这样的法律规制言下之意是，董事欲与公司订立合同或者交易，需向监事会报告，履行披露义务，其次需要将其代理公司的章程或者权限移交至监事会处，然后经由监事会同意方可与公司订立合同，如若不然则应当视为无效，或者经由公司追认云云。

关于未经监事会事前批准同意的董事自我交易的合同效力问题笔者尚不讨论，从上文可以看出，这面临三处问题：第一，董事进行自我交易违背忠实义务是一个事实问题，董事其暗中订立或者假借代理关系或者第三方关系订立的合同，往往不会向监事会报告，其当然会

¹⁴ 参见迟颖 “有限责任公司董事自我交易制度建构与司法适用”，《法学家》2022 年第 3 期，第 120 页

¹⁵ 罗伯特·C. 克拉克：《公司法》，胡平等译，北京：工商出版社，1999 年，第 117 页。

¹⁶ 参见迟颖 “有限责任公司董事自我交易制度建构与司法适用”，《法学家》2022 年第 3 期，第 120 页

¹⁷ 参见迟颖：“有限责任公司董事自我交易制度建构与司法适用”，《法学家》2022 年第 3 期，第 120 页

掩饰成合法有效的交易，那么法律规制此时所处理的是判断交易效力的问题，事前规定的监事会代理难以产生抑制作用，而如果仅对这一事前行为进行一刀切的规定，而无事后判断方法，可能会导致虽然实质上有利于公司，符合公平标准的交易无效，让商业机会流失，不利于公司利益。

同时，笔者在此强调，虽然我国《公司法》第 148 条第二款规定，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。¹⁸不以公司发生实际损害为前提条件，但是，从近年来最高院的一些判例和案件中的说理，可以看出，最高院也赞同，《公司法》该条规定的立法目的在于避免公司董事利用自我交易损害公司利益。¹⁹在长沙美能电力设备股份有限公司等诉邬红五纠纷案中，最高人民法院亦明确提出，《公司法》第 148 条第 1 款第 4 项的立法目的在于避免董事、高级管理人员在以个人名义与其任职公司订立合同或进行其他交易时，牺牲公司利益而使其个人获益。²⁰笔者赞同最高院的裁定与说理，认为这将是未来关于董事忠实义务的发展方向 and 趋势，是符合公平原则的，应当支持。

第二，监事会的职能与义务决定了监事选任时的标准和要求，如果未来立法者赞同这种做法，意味着监事也需要同董事一般，具有做出商事判断的能力，其责任也应当参照商事判断规则（BJR）来判断和追究，而这一选任条件在现实中是否容易实现，其责任追究是否又可以以其不具有相关专业能力作为抗辩，需要进一步实证探究。此外，应当指出，当监事代理公司进行商事判断时，其行为是否尽责、是否违反公司章程或法律法规，在理论上处于一个在公司内部无人监管的状态，极易导致利害关系股东和监事会成员的恶意串通，危害公司利益，因为此时“裁判成了运动员”！若不做此举，而选用取得非利害关系董事同意的方式时，非利害关系董事也会以期待其利益报偿而于利害关系董事恶意串通，但在理论上，此时公司在内部是受到监事会监督的，监事会的监督可以起到维护公司利益，保障股东权益的作用。

第三，公司印章或者经营权利会流向监事会，导致前文所说的“既当裁判又当运动员”的现象，公司结构模糊，职能界限不明，不仅容易导致串通勾结，也容易导致公司经营权分散，致使公司经营出现混乱。需要指出的是，董事为了在自我交易中获得监事会的支持，则会与监事会勾结，而权利流向监事会实际上是董事会与监事会利益勾结的产物！至此，监事会会不顾公司利益，成为公司新的代言人或者傀儡，与董事交易，而董事也会为了得到监事会的支持，在日常经营中给予监事会好处，甚至在公司日常经营中偏向于监事会的利益和想法，存在公司腐化，利益流失，股东权益在公司内部无从保障的局面。

（四）证明交易是公平的

进行自我交易的董事则负有举证责任。如果利害关系董事能够有信服力地证明该交易是公平的，法院就会支持该交易。公平标准实际上是一项司法审查标准或者方法。与 BJR 一样，它既可以用来审查利益冲突交易的实质方面，也可以用来审查该种交易的程序方面。BJR 对注意义务的审查往往侧重于程序审查，而公平标准对利益冲突交易的审查往往侧重于实质审查。但很显然，如果利益冲突交易已经经过了程序审查，则对利害关系董事非常有利。

¹⁸ 《公司法》第 148 条第 2 款规定：“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”。

¹⁹ 参见迟颖：“有限责任公司董事自我交易制度建构与司法适用”，《法学家》2022 年第 3 期，第 117 页；最高人民法院（2013）民提字第 98 号民事判决书

²⁰ 参见迟颖：“有限责任公司董事自我交易制度建构与司法适用”，《法学家》2022 年第 3 期，第 117 页；最高人民法院（2017）最高法民申 3126 号民事裁定书。

如何来测量一项交易是否公平呢?通常采用的方法是要看“公司所失与公司所得是否相等”。譬如,董事将自己的房屋出租给公司,就要看公司所支付的租金是否等于公司所获得的使用权。²¹但问题是董事所得到的巨额利润常常与交易的公平性无关,董事所得到的好处有如“强盗般的劫掠”,但法院却仍然可能认为该交易是公平的。

所以,这一标准应当与公司目的保持一致,或者服务于公司目的。换句话说,仅仅使公司从该交易中获得的客观价值与其所付出的相等还不够,如果公司所得非其所欲,对公司仍然不公平。例如,一个符合市场价出售的居民房可能并不是一个水果批发公司所必然需要的东西,甚至是违背其意愿的;亦或者,一个发展前景良好的工作,其股东们期待的是公司存续并谋取利益,而董事将其以略高于市场的价格与竞争对手订立了并购协议,这是显然晚饭公司和股东会(大会)意愿的,当然不能称之为公平。

然而,紧接者的问题是,测量的具体标准是什么?因为公司所得等于公司所失这一公式只是一个概念,但在具体情况下如何才能确定不同财产的价值是相等的呢?这是一个“苹果与橙子”的问题。答案在于公司是否愿意以同等的条件与第三人进行交易。换句话说,董事使公司对其付出的代价不能高于董事使公司给予第三人的代价。

不幸的是,这一标准容易说,却不容易做。如果交易是以标准条款形式进行的,这标准尚可适用,但问题是往往这种交易都是非标准条款交易,交易的标的物,如财产、服务往往都是非种类物,在市场上不能找得到对应价格。因此,如何才能在不存在臂距交易的情况下找出臂距交易的价格以满足公平标准呢?

这又使我们不得不转过来求助于程序帮助。

在运用BJR审查董事是否违反注意义务时,要求原告负担举证责任,即证明被告是否具有重大过失。但在运用公平标准审查利益冲突交易时,则将举证责任倒置给被告,由被告证明其交易是公平的,而不是由原告证明该交易是不公平的。这里包含了一个司法审查的倾向性的不同。法律在处理股东诉讼时,在涉及董事、高级管理人员是否违反注意义务而运用BJR时,法院一般愿意认为董监高履行了勤勉义务,从而倾向于董监高,而要求异议股东承担举证责任;但在涉及董事自我交易时,则侧重于认为其容易损害公司利益,而要求其承担其交易未损害公司利益的举证责任。

那么,为什么法院会具有这一倾向性呢?一种明显的答案是董事要比股东更容易证明该交易的公平与否。但也许最重要的是,法院对利益冲突交易所采取的较为严厉的态度(不像对注意义务那样保持着种宽容的态度)会时时刻刻提醒董事在进行该交易时要尽量做到公平而不要违反其忠实义务。换句话说公平标准条件下的司法审查所持的怀疑态度所具有的威慑力本身就起到为公司利益充任“看不见的交易代理人”的作用。无论该种交易是否会发生诉讼。

结论

从董事自我交易的属性出发,对于其所出的法律规制事实上是解决公司对于董事的“信任”问题,这也将成为司法实践中的重要原则和标准。在“信任”判断原则下,可以通过符合公平标准的4种方式使董事自我交易合法有效。以取得非利害关系董事同意的方式使交易有效的,应当满足2/3特别多数决,其是否进行公平性司法审查属于法官自由裁量的范围,应以“信任标准”为原则判断。以取得股东会同意使交易有效的,不应当排除非利害关系股

²¹ 参见赵峰“公司法视野下归入救济与损害赔偿之区分”,《法律与金融》,2019年11月30日

东，因为表决权是其固有权利，且股东对于公司没有受信义务，但可以通过程序要求和效力限制使其满足“信任标准”，由利害关系股东参与的股东会同意不具有追认的效力。监事会代理公司进行交易制度优越便捷，但也容易导致公司内部腐败，没有监管以及公司经营结构混乱的危险，需要进一步加以规制。公司利益是否受到损害应当成为判断董事自我交易的前提，更加符合公平原则。以法官司法审查的方式证明交易公平的，需要通过三个方面进行衡量：所失与所得相等，符合公司经营目的，有第三人愿以同等价格交易，最后辅之以程序性事项。

参考文献

- [1] 施天涛、杜晶：《我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制——一个利益冲突交易法则的中国版本》
- [2] 施天涛 《公司法论》（第三版）
- [3] 李剑：《我国公司高管信义义务的法律实证研究》
- [4] 迟颖：《有限责任公司董事自我交易制度建构与司法适用》，《法学家》2022年第3期
- [5] 胡晓静：《论董事自我交易的法律规制》，《当代法学》2010年第6期。

Regulatory System for Director and Senior Management Self-Dealing

Chen Yuqi

(Jiangsu normal university, Xuzhou / Jiangsu province, 221000)

Abstract: Based on the attributes of director self-dealing, the relevant legal regulations aim to address the issue of “trust” between the company and directors, which will also become an important principle and standard in judicial practice. Under the principle of “trust,” director self-dealing can be made legally valid through various ways that comply with fair standards. If the transaction is made effective by obtaining the consent of disinterested directors, it should meet the requirement of a two-thirds majority vote, and whether it undergoes judicial review for fairness falls within the discretion of the judge. If the transaction is made effective by obtaining the approval of shareholders, it should not exclude disinterested shareholders, but it can impose procedural requirements and enforceability limitations to meet the “trust standard.” The system of the supervisory board acting on behalf of the company in conducting transactions has advantages in terms of efficiency and convenience, but it also has drawbacks that need further exploration. It should be a prerequisite to determine director self-dealing whether the company’s interests are harmed. The ways to prove the fairness of the transaction mainly include the following three steps: equal loss and gain, compatibility with the company’s operational purposes, a third party willing to transact at the same price, and accompanied by procedural justice.

Keywords: director self-dealing, fair standards, trust standard, related transactions, supervisory board acting on behalf of the company.