

公司法上的利益归入:功能界定 与计算标准

杨艳

(吉林大学法学院, 长春 130012)

摘要:《公司法》第148条^①规定了公司的利益归入请求权,其具有保护、预防及制裁三重功能。该条的目的是不能产生过度保护、过度威慑的效果,还应避免使公司因此获得不当利益。利益归入范围的确定须受到法律上因果关系和近因原则的约束,我国既有的判决过度依赖于事实上因果关系,值得反思。在具体情况下,法院也应考虑公司是否应该给予受托人适当的补贴。我国公司应当完善会计账簿制度,利益归入纠纷中原告与被告之间的举证责任规则也应当进行修正,从而实现《公司法》第148条的立法目的。

关键词:利益归入;忠实义务;因果关系;预防功能

中图分类号:DF411.91 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2015)06-0072-10

Disgorgement in Corporation Law: The Function and Computing Standard

YANG Yan

(School of Law, Jilin University, Changchun 130012, China)

Abstract: Corporation Law Article 148 sets out the right of disgorgement, which plays roles as protection, prevention, and sanction. However, disgorgement doesn't result in extra protection and excessive deterrent, avoiding benefiting corporations improperly. The right of disgorgement shall be bound by the legal causation or proximate cause, and Chinese decisions pay too much attention to the factual causation. In specific situations, courts try to give assignees appropriate subsidies from corporations. In addition, the appropriate burden of proof facilitates the legislative purpose of Corporation Law Article 148 with strengthening accounting records system.

Key words: disgorgement; loyalty duty; legal causation; protection

收稿日期:2015-07-17

基金项目:司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“大规模交易私法理论研究”(14SFB2029)

作者简介:杨艳,女,吉林大学法学院博士研究生,主要从事民商法学研究。

^①本文中出现的《公司法》即根据2013年12月28日第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国海洋环境保护法〉等七部法律的决定》第三次修正后现行生效的《中华人民共和国公司法》。

公司法中的利益归入是一项重要的救济制度。《公司法》第148条规定了公司的归入权,^①其实质是公司对董事、高管所获得不当利益的剥夺。既有的权威文献侧重论证公司归入权的主体、客体及救济程序,^②笔者在本文中不再重复论证上述问题,而是进一步讨论当上述违法所得归公司所有时,法院将如何解决以下两个关键问题:第一,剥夺不当利益与违反义务之间需要存在因果关系吗?如果需要,如何判定因果关系适当充分?第二,违反义务人是否可以获得补贴?如果能,如何确定应得的补贴?这些问题尚未引起学术界充分重视和深入研究,也缺少有针对性的案例加以佐证。然而,诸如此类问题正是决定了司法过程中是否适用利益归入及如何计算。回答上述问题需准确理解公司法上利益归入的基本功能。因此,本文将以四部分来讨论上述问题:一是论述利益归入的基本功能及其隐喻;二是从我国司法判决中推断出利益归入中因果关系的既有立场,并借鉴该问题的国外做法,从而设计出理想的应然选择;三是义务违反人是否应获得补贴,通过比较法分析方法给出最优的制度设计;四是讨论何种举证责任能够扩张《公司法》第148条的适用。

一、公司法上利益归入的功能及其隐喻

《公司法》上的利益归入并不是其独创的救济制度。我国《著作权法》第49条、《专利法》第65条、《商标法》第56条都明确规定,一旦受到侵害,权利人有权请求赔偿数额为侵害人因侵权行为而获得的利益。^③《侵权责任法》第20条规定:“被侵权人的损失难以确定,侵权人因此获得利益的,按照其获得的利益赔偿。”^④学界通说认为,无论知识产权法还是侵权责任法中的利润剥夺都是损害赔偿的一种计算方式。^[1]也有学者认为利润剥夺独立于损害赔偿,具有传统的损害赔偿所不具有的功能和价值;^[2]也有观点认为,该请求权兼具侵权损害赔偿请求权与不当得利返还请求权的属性,但也有其特殊性和独立性。^[3]笔者认为,利润剥夺具有特殊性和独立性,超越传统的补偿性损害赔偿的语义射程。如何理解《公司法》第148条的规定呢?王保树教授认为:“公司行使归入权实质是使本应属于公司的利益‘物归原主’,它不以该行为造成公司损失为前提,不存在使违反义务人承担不利后果的问题。”^[4]²¹⁷在法

^①该条规定:董事、高级管理人员不得有下列行为:(一)挪用公司资金;(二)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;(三)违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保;(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;(五)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;(六)接受他人与公司交易的佣金归为己有;(七)擅自披露公司秘密;(八)违反对公司忠实义务的其他行为。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。《公司法》第148条的规定通常被称作公司的归入权、介入权或利益归入,参见雷兴虎:《论公司的介入权》,载《法学研究》1998年第4期,第105-113页;董方军:《论归入权的性质》,载《当代法学》2002年第3期,第78-80页。

^②关于公司法归入权已有权威学者的论述,例如,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5期,第79-88页;李领臣:《裁判思维下的公司机会原则——以〈公司法〉第149条为中心》,载《北方法学》2009年第1期,第93-98页。

^③对于《著作权法》第49条、《专利法》第65条、《商标法》第56条的规定,学者通常将其称为“利润剥夺”请求权或者“获益赔偿”,参见胡晶晶:《知识产权“利润剥夺”损害赔偿请求权基础研究》,载《法律科学》2014年第6期,第113-119页;孙良国:《知识产权侵权获益赔偿的立法模式的选择——以现行法为分析对象》,载《武汉理工大学学报(社会科学版)》2011年第6期,第860-864页。

^④《侵权责任法》第20条的规定学理上通常称作“利润剥夺”或“获益赔偿”,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》2013年第3期,第137-145页;孙良国:《人身权侵权获益赔偿的构成要件及其适用——兼评〈侵权责任法草案(三审稿)〉第20条》,载《法学》2009年第12期,第121-128页。

条表述上,公司的归入权以义务违反为前提,^{[4]214-218}知识产权法或《侵权责任法》上的利润剥夺请求权则是以权利侵犯为前提。由上述可知,利润剥夺被认为区别于损害赔偿的责任方式,即以侵权人获得的利益为责任范围;公司的归入权虽与利润剥夺的前提不同,但其也是以义务违反人所获得利益为责任范围,区别于公司法中的损害赔偿责任,该规则设计类比了利润剥夺规则。

(一) 功能界定

公司法中利益归入的功能界定应基于忠实义务的本质和内容。因为利益归入规则是违反忠实义务的责任方式,也是履行忠实义务的激励,两者存在内在一致性。因此,笔者通过分析忠实义务来阐释利益归入的功能。概括而言,忠实义务主要有以下几种功能:

第一,保护功能。通说认为,忠实义务是为公司董事、高管设置的道德标准,^[5]是民法中诚实信用原则在公司法的体现。问题在于,该义务保护的对象是什么?有学者认为,忠实义务能够保护不冲突义务的适当履行,其禁止受托人在其忠实义务与个人利益冲突时的自利行为。^[6]上述观点默示区分了忠实义务与不冲突义务(non-conflict duty)。皮特·博克斯(Peter Birks)认为,无私利的义务(disinterestedness)不能独立存在,只能寄生于以注意和技能维护本人利益的义务。^[7]他准确界定并正确地区分了忠实义务和不冲突义务。只有忠实义务被理解为促进不冲突义务的履行,两者的关系才能得到妥当解释。^[6]概言之,受托人所负担的义务不能与受益人的利益相冲突,无论该义务的产生是基于受托人的身份还是合同的默示条款,忠实义务直接服务于不冲突义务。在我国传统教科书中,忠实义务是指董事、监事、高级管理人员不得将自己的利益置于公司利益之上,不得利用职权谋取私利。忠实义务的上述概念表述就是基于不冲突原则。《公司法》第148条从禁止董事、高管的某些特定行为及其规制的角度体现了忠实义务与不冲突义务的寄生关系。笔者认为,以不冲突义务为内核的概念能够准确地界定忠实义务,具有显著的理论意义。

利益归入的目的是使董事、高管考虑法律剥夺其违反忠实义务而获得的利益,进而激励其履行忠实义务。^[6]依据我国通说,利益归入规则的保护对象是公司的固有利益,其与忠实义务一致。例如,违反义务人挪用公司的财产,根据利益归入规则应返还获得的利益,两者的保护范围是一致的。如果违反义务人违反了竞业禁止义务,损害了公司利益,通说认为计算方式与违反忠实义务情况相同,是否完全适用于违反竞业禁止义务的情形则不是非常清楚。而受托人的不冲突义务可以解释上述各种情况,具有优先性和更强的说服力。

第二,预防和制裁功能。忠实义务的目的是避免受托人的机会主义行为,从而促进公司制度有效运行并维持公司机构与其成员的合作关系。在经济学上,遏制成本外部化能有效地激励行为人计算其行为的成本。如果受托人违反忠实义务而获得利益,若不存在利益归入规则,该违法成本的承担者是公司。只有适当的法律制度,如利益归入,才能够使受托人考虑将违反义务的获利计入其行为的成本,进而降低或消除其从事该行为的激励。由于双方信息不对称以及揭发受托人违反义务的几率较低,本人缺少有效方法对受托人进行监督。受托人可能基于自利目的而实施机会主义行为。利益归入规则能够降低或消除义务人违反忠实义务的风险,其较为直接的目的是预防可能发生的机会主义行为。所以,利益归入规则在很大程度上实现了预防的目的。严格来说,此种预防当然是通过制裁功能而体现出来的。法律的作用主要是防患于未然,有效的制裁自然也会产生威慑和预防的作用。因此,利益归入主要通过返还因违反义务而获得利益以发挥威慑作用。^[8]

总之,利益归入制度能够实现忠实义务的三重功能,具有内在一致性。

(二) 功能隐喻

1. 功能的界限。忠实义务的功能必须控制在适当界限内,并非无限制。但是,法律很难准确把握这个问题。换言之,法律既不能允许义务违反人违反义务而牟利,也不能通过过分制裁使公司“不当得

利”。如果公司获得较明显的不当利益,法律依然对其过度“仁慈”,该制度就无法维系自身的正当性。同时,如果义务违反人在牟利行为中付出更多的个人努力以及物质投入,或者在牟利的基础上有了进一步收益,法律为保护公司的利益而剥夺义务违反人获得的全部利益,也将失去正当性。

到目前为止,界定忠实义务的范围仍是司法实践和学术研究的难点,^[9]更毋庸说准确划定违反忠实义务的法律责任的范围了。然而,违反忠实义务的法律责任的范围只有在忠实义务的范围之内才具有适当性。我们完全可以达成如下共识:利益归入不能超越忠实义务的范围,即“责任范围的确定要求对受托人和受益人之间所产生的实际利益进行以事实为基础的解释。在每个案件中,有必要清晰确定由受托人和受益人实际利益所产生的具体权利。进一步的解释会界定既定的忠实关系的界限”。^[10]

2. 与损害赔偿之间的关系。通过前文论述可知,我们应当对利益归入和损害赔偿之间的关系进行厘定。法学理论和司法实践均认为,《公司法》第148条的适用以义务违反人实际获得的利益为基础,^①并不以其给公司造成损失为前提。但在法院看来,违反义务通常会造成损害,从而推定只要违反义务就给公司造成了损害。值得注意的是,违反忠实义务主要有两种情形:一种是该行为损害了公司利益,而义务违反人并没有获得实际利益或者获得的实际利益小于对公司的损害,此时,利益归入规则无法实现其功能,法律应允许公司主张损害赔偿请求权。另一情况是如果公司没有受到损失或者损失小于义务违反人的实际所得,此时,利益归入才可能发挥其应有功能。因此,利益归入是法律赋予公司的一种选择性责任方式。^[11]我国司法实践也允许公司在损害赔偿与利益归入之间进行选择。^②这种对于损害赔偿和利益归入的选择适用也体现在知识产权法^[12]和《侵权责任法》中的利润剥夺规则中。^{[2][3]}在我国现行制度下,损害赔偿是一种主要的救济方式。利益归入往往需要满足更严格的适用条件:一是必须证明义务违反人实际上获得了利益,且该利益大于公司的损害;第二,更多适用于会计制度、税务制度健全的公司,此种情况下判断义务违反人所获得的利润比较容易;反之,实际获利的判断比较困难。加之,《公司法》第148条和第21条是并存的,法律适用并无先后顺位。公司无法证明上述适用条件,自然不会主张适用《公司法》第148条。由此可推断,《公司法》第148条的适用情况并不广泛。

二、因果关系是否影响利益归入的判定

在侵权损害赔偿制度中,因果关系是重要的构成要件,即损害与侵权行为之间必须有因果关系。《公司法》上的利益归入规则是否要求违反义务行为与所得的利润之间具有因果关系?目前我国学界对此并没有系统研究。对该问题的研究,本文需要借鉴两个资源:一是我国已有的一些案例;二是比较法上的素材。前者可以使我们了解目前我国法院的基本立场,后者可以扩展分析的视野并对论证提供比较法上的支持。

(一) 我国法院的判决及其立场

因果关系是赔偿法中最棘手的问题之一,至今尚无统一的判断规则。我国通说认为,因果关系的判断需要考量多元因素,如时间上的顺序性、原因现象的客观性、必要条件的检验、实质要素的补充检

①“上海大珩机电设备有限公司与傅强高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷上诉案”,上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民三商终字第88号。该判决认为,“关于傅强在上诉人公司任职期间是否存在违法收入的问题,上诉人的举证尚不能否定被上诉人提供的兴控公司2007年全年亏损的事实,也不能举证证明傅强个人的收入情况。”最后法院因此否定了《公司法》第149条第2款的适用。我们看到,最高人民法院的《民事案件案由规定》,基于《公司法》第149条而产生的争议的案由被定性为“损害公司利益责任纠纷”。

②参见“宁波联鹰工程塑料五金有限公司诉郑德树等董事损害公司利益纠纷案”,浙江省高级人民法院(2006)甬民四初字第212号。

验等。^[13]对此,笔者认为,普通法对事实上因果关系和法律上因果关系的区分能更清晰诠释法院在利益归入案件中如何运用因果关系。

如上所述,权威解释、法学通说和司法裁判均认为,公司欲主张利益归入,必须证明受托人因违反忠实义务而获得了实际利益。这意味着受托人获得的利益必须与义务违反有事实上的因果关系。没有事实上的因果关系,利益归入请求权就没有适用空间。

然而,判断利益归入请求权的具体内容是否要求两者之间有法律上因果关系?此问题目前还不存在权威的论证或阐释。因此,最佳的途径是从具体案件裁判中寻找支撑。在“北京市京渝天河计算机软件有限责任公司与温秋生等竞业禁止及侵犯商业秘密纠纷上诉案”中,法院明确认为:“有限责任公司董事违反法定竞业禁止义务所得的收入应当归公司所有,原审法院对京渝天河要求温秋生支付其自2008年8月12日起至2008年9月26日止在艾克斯特所得收入的诉讼请求予以支持。”^①在本案中,法院将“所得”理解为义务违反期间的所得。利益归入的范围是“毛收入”而非“净收入”。然而,此种立场是否具有充分正当性,笔者将在余文中进行阐明。在“张建伟等与张俊杰损害公司权益纠纷上诉案”中,法院认为:“张建伟、谢某利用其股东和董事身份占用泰武公司资金购置其二人共有房产,张建伟还利用其身份使用泰武公司资金个人购置车辆,显然违反了公司法的上述禁止性规定,理应向公司返还相应款项。”^②尽管法院判决的表述是损害赔偿的责任方式,根据该纠纷的具体语境,当事人向公司返还相应款项就是指返还因违反忠实义务而从公司中挪用的款项。问题在于,董事挪用公司的资金为100万元,若房屋的价值上升到120万,法院仍可能支持公司要求返还100万元的诉讼请求。当然在本案中公司也只是主张归还挪用的公司款项,并没有主张所增加的价值。假设公司对其主张的话,法院也会做出与北京市第一中级人民法院相同的判决吗?我们不得而知。但从第一个判决,我们似乎可认为,法院的裁判倾向于将法律上的因果关系等同于事实上的因果关系,且没有相应的判决限定为法律上因果关系。

(二) 比较法上的借鉴

在比较法上,因果关系与由违反忠实义务而承担的关系也未达成共识。利益归入的正当性在于促进受托人履行不冲突义务以及绝不能因不履行忠实义务而获得利益。直到现在,依然有法院明确认为,忠实义务或忠实责任规则必须具有严格性,因果关系与受益人利益归入的范围没有关系。在Murad v. Al-Saraj^③一案中,阿尔登勋爵(Arden L. J)认为:“受托人绝不能抗辩说,即使不违反忠实义务也会盈利。”有学者认同此种观点,为了促进履行忠实义务,所有未经授权的利润都必须予以剥夺,而且毋庸考虑如果全部披露受益人会给受托人多少利润,法院贯彻传统的严格的利益归入是正确的。^[14]上述立场源于衡平法的信托责任,该责任向来在原告获得完整救济方面非常慷慨和大度,义务违反方的责任具有绝对性。所以,因果关系与利益归入并无严格关系甚或无关。因果关系完全依赖于义务的违反和所获利益之间事实上因果关系。即使因义务违反而获得的利益没有使受益人受到损害,也被认定为违反该义务所产生的责任的范围,法律也要求受托人放弃其获益。^[15]此种宽泛的因果关系判断标准只依据该政策,即降低受托人对违反义务的金钱激励从而使其履行更高标准的忠实义务。^④很多学者依然坚定地认为,到目前为止,此种传统观念已经坚持近百年,而且司法实践证明法律对机会主义行为的威慑不足,也不足以激励揭露此种机会主义行为。忠实义务依然是信托的核心内容。因此,忠实责任的严格性必须得以维系。^[16]

①北京市第一中级人民法院(2009)京一中民终字第7796号。

②上海市第二中级人民法院(2008)沪二中民三(商)终字第93号。

③[2005]EWCA Civ 959,[2005]WTLR 1573(CA)。

④Attorney General v. Blake[2001]1 AC 268(HL) at 280G。

事实上,上述法院的立场简单以“必要条件检测法”(but-for test)判断因果关系。对此我们做出两点说明:一是该种检测方法并不一定适用于所有赔偿范围的确定,在很多情况下不是最好或适当的检测方法;第二,就利益归入而言,必要条件检测法的合理性仍然要依赖于更具体的价值判断。这就需要认真检讨利益归入中判断因果关系的政策依据。因为利益归入的界限是,受托人责任不应当转化为原告在法律救济中不当得利的工具。

在美国法上,因果关系以及近因都是理解利益归入的前提和基础。“尽管剥夺非法获得的收益是独特的,毫无疑问,它包含了‘必要条件检测法’和近因。确定的是,在某些情况下,例如受托人不当使用他人信托资产,确定因果关系并没有太大压力,而另外一些违反忠实义务情况则提出了复杂的难以解决的问题。”^[8]最明显的反映在 SEC v. MacDonald^①一案中。该案中公司董事获得内幕信息后以每股4.626美元的价格购买了公开交易的股票,到信息公开时,股价上升到每股5.75美元。一年后,董事以每股10美元卖出股票。美国联邦法院第一巡回法院就认为,应以内幕信息披露时和董事购买股票时的价格作为计算获利的标准,而不以公开出售股票时的价格与购买股票的价格差作为标准。法院的推理是,一旦市场价格反映了公开信息的影响,被告就达到了从欺诈中获得收益的临界点。^②Warman International Ltd. v. Dwyer^③非常典型地反映了近因作为利润剥夺抗辩的意义。本案中,原告 Warman International Ltd. (下称“Warman”)是泥浆泵(slurry pump)的生产者和经销商,总部在新南威尔士,在昆士兰有分部,该分部由其总经理 Dwyer 经营。Warman 与意大利 Bonfiglioli 公司订立了销售后者生产的变速箱(gearbox)的代理协议。Dwyer 设立了两个公司并与 Bonfiglioli 进行了秘密协商,目的是要成立合资企业。他随后从 Warman 辞职而且说服现有的职员加入他的新企业。大约在那时, Bonfiglioli 终止了与 Warman 的代理协议并与 Dwyer 的公司订立合资企业协议。Warman 对 Dwyer 及其公司提起诉讼。在一审中,法院认为 Dwyer 违反了忠实义务,Warman 有权获得衡平赔偿或者以被告前四年经营的利润作为替代性补偿。昆士兰上诉法院支持该判决,但将救济限于由义务违反而产生的损失。Warman 成功上诉到澳大利亚高等法院,他重述了利益归入的命令。对 Warman 来说,利益归入对其更有利,Warman 损失当然少于 Dwyer 的获益。澳大利亚高等法院认为,适当的命令是确定适当期间的利润,利润计算要考虑到代理行业的具体情况以及违反忠实义务的 Warman 的雇员的服务和知识。经过衡量,适当期间是两年,而且利益是该期间的净利润。计算利益归入的两年期间的基础是什么呢?这可能有两个原因,以受托人在不确定期间所获得的利益为责任的范围是不适当的也不公平;但更为合理的解释是,因果关系决定了不以获得全部利益为责任的范围。^[17]以因果关系为基础的裁判结果可能符合公平原则。有学者认为:“责任至少精确到受托人手中的利益,该利益必须毫无疑问地为义务违反的结果。”^[17]这也与本文第一部分所界定的忠实义务的内在特质和范围的原理一致,这以因果关系为必要条件。

概言之,忠实义务违反而承担的责任也必须受如下约束:第一,不能使义务违反人承担不确定性责任。如,承担责任的期间不确定或过长,避免义务违反人因承担过重的责任而影响个人自由是现代法的基本精神;第二,必须以忠实义务及忠实义务法律关系为前提。忠实义务法律关系的性质也意味着义务违反人能够摆脱受托人身份,不会成为其“永远的枷锁”;第三,法律尊重违反义务人的自身劳动。在商法关系中,违反义务人也享有以自身劳动而获得收入的权利,这些权利不应当受到无端剥夺。

笔者完全赞同,利益归入必须受到因果关系的限制,而且必须受制于法律上因果关系。尽管利益归入能够有效预防机会主义行为,然而过度制裁并非法律的目的。^[18]

①699 F. 2d 47(Lst Cir. 1983).

②699 F. 2d 47(Lst Cir. 1983).

③[1995]182 CLR 544.

(三) 我国法的应然选择

笔者从“北大法宝”收集了涉及到《公司法》第148条的78件案件^①,其中绝大多数都与忠实义务的认定有关。在忠实义务被认定后,绝大多数当事人都选择了损害赔偿而非利益归入。在为数不多的利益归入案件中,法院也没有清晰地阐释利益归入相关的问题。如“北京市京渝天河计算机软件技术有限公司与温秋生等竞业禁止及侵犯商业秘密纠纷上诉案”,我们似乎可以对其进行反对解释,即被告在董事任职期间所开办的企业的所有所得都应当予以剥夺。

另外,如果发生了类似 *Warman International Ltd v. Dwyer* 的情况,我国法院将如何处理?所收集的78个案例并没有类似情况。*Warman International Ltd v. Dwyer* 案件有两点需要注意:第一是总经理已经辞职,不再是高级管理人员;第二是本案涉及竞业禁止义务。笔者认为,利益归入的界限必须是因违反不冲突义务而获得的利益。如果不是基于原告的财产、机会等而获得利益,或者已经与被告的身份或原告的利益没有关系,这些利益就不再成为被剥夺的对象。因此,利益归入需满足事实上因果关系要求,还必须经过法律上因果关系或者近因检验。如果其他的因素介入或者义务违反的因果关系终止,利益归入不应当涵盖义务违反后的所有的获益。^[8]例如,董事利用公司100万的资金购买价值100万的房屋,在公司行使权利时,房屋的价值已经上升到120万。如果当事人主张120万的利益归入,法律应该支持其主张。如果当事人已经将房屋再出售而获得120万,用这120万投资股市或基金获得进一步的收益130万,或者用这130万再进行房地产投资又获得了150万的收益。此时,利益归入的数额究竟是0?还是20万、30万、50万?如果按照严格“必要条件检测法”或者忠实义务的严格性,20万、30万、50万利润与挪用的100万公司资产都具有事实上的因果关系。我们认为,20万是受托人违反忠实义务所直接获得利润,而30万、50万则是其利用自身的技术和能力而获得的。因此,30万、50万的利润与受托人违反义务已不具有法律上因果关系。如果公司只请求损害赔偿,赔偿数额只能是100万。在“张建伟等与张俊杰损害公司权益纠纷上诉案”一案中,公司就选择了此种损害赔偿请求权。如果其主张利益归入请求权,现在房屋的价值是120万,公司有权利获得该20万。然而,我国法并未区分事实上和法律上的因果关系,这在实务中会显现出一些混乱,也值得我们对此借鉴并考虑采纳之。

目前,法院裁判将利益归入理解为毛利润的做法过于苛刻,应当将之限于纯利润,这是法律上因果关系的要求。固定成本通常与所获利益并无直接关联,如销售费用或一般行政管理费用都是必须支出的。^[2]上述命题同样适用于《公司法》第148条。

三、义务违反人的补贴是否影响利益归入的计算

在利益归入请求权纠纷中,义务违反人是否有权获得补贴?这个问题的回答首先要界定补贴。皮特·德文希尔(Peter Devonshire)认为,所谓的补贴通常有以下两种类型:(i)对受托人的努力、进取以及技能的回报;(ii)受托人和本人之间的利润分配。违反义务的受托人和本人之间的利润分配只存在于极为例外的情况,问题关键在于受托人的努力、进步以及技能是否能获得补贴。^[17]对此,我们依然需要了解我国法已有的选择、比较法上的做法,进而明确我国法的应然立场。

(一) 我国法院既有的立场

根据上述案件的判决意见可以推知,我国法院将利益归入的范围设置为“毛收入”,“毛收入”否

^①本文在“北大法宝”司法案例数据库以“公司法第149条”为检索关键词、以同篇为限定条件共搜集并筛选出78个相关案例,需要说明的是,在《公司法》2013年修订后“第149条”变为“第148条”,由于修订后适用第148条的案例比较少,因此,本文案例搜集截至2013年修订前的数据为研究样本。

定了对义务违反人自身的努力、进取以及技能的回报。采取此种立场有利于增强忠实义务的威慑功能,还能够增加利益归入规则适用的可能。然而,公司很难或者不可能证明义务违反人所获得的利润,因此较少主张适用利益归入规则。

(二) 比较法上的借鉴

在外国法上,是否要给予违反义务人补贴也未达成共识。总体而言,存在否定说和自由说两种观点。

1. 否定说认为,受托人绝对不能因其违反义务而获得补偿。丹宁勋爵在 *Phipps v. Boardman*^① 一案中明确阐释:如果被告做了有价值的工作而获得利润,法院根据自由裁量权允许他得到回报。这要视情况而定。如果代理人悖俗或秘密交易或有重大过错,法律就不允许其获得任何补贴。^②在另外一个案件中,谭普曼勋爵(Templeman)认为,除非获得明确的授权,受托人不能从信托中获得利润。^[17]

2. 自由说认为,受托人在任何情况下都无法获得补贴,这并不公正,法律应采取更加自由的立场。如下两种情况可能会影响是否给予受托人补贴:

第一,受托人是否使用信托财产。如果受托人使用了信托财产,法律不应当允许给予其补贴。当受托人以受益人的财产进行投资且获得利润时,给予受托人补贴会破坏信托的基础。问题在于,如果获益源自于被告的独立活动而没有依赖于信托财产,被告能否获得补贴就不会面临上述不可克服的障碍。在 *Warman International Ltd v. Dwyer* 一案中,澳大利亚高等法院认为:基于特定情况,允许受托人获得一定比例的利润是合适的。所增加的利润的重要部分产生于受托人的技能、努力、财产和资源、所使用的资本以及他要面临风险,不是原告财产的产品或后果。^③该限制条件也适用于公司法中利益归入纠纷中,即应查明被告是否使用原告的财产从而获得利益。

第二,责任的承担是合同撤销的法律后果。可撤销协议并不意味着完全无效而使受托人无法寻求任何救济,受托人可以从中取得财产或获得利润。在 *O'Sullivan v. Management Agency & Music Ltd.*^④ 一案中,原告是一个不知名的作曲者和歌手,他与一位非常受人尊重的经理人订立了一般性协议,协议涵盖了原告职业生活的绝大多数方面。在合同订立时,原告年轻而无经验,也没有进行独立咨询。原告后来获得了国际性成功。法院认为,该合同是可撤销的。被告诚信地提供了约定的服务,此时,被告是否可获得补贴呢?“寻求衡平救济的人必须衡平作为”。法院认为,否定被告在原告成功中的关键地位及因此而应该获得的适当的补贴,是不公平的。^{[17]409}

(三) 我国法的应然立场——以对自由说的评判为基础

有关利益归入的判决未见当事人主张补贴。探讨我国法的应然选择就不得不借助抽象的理论分析和比较法上的判例。

比较法上,即使在发达国家,是否给予被告补贴也存在不同观点。如前所述,否定说一概认为不能给予受托人补贴,因为该说强调如此会破坏该制度的基础——信任。自由说则主张,是否给予补贴还取决于具体的案件情况。自由说的基础在于,寻求衡平救济的人自身受到衡平法本质的约束,概言之就是公平。^[19]是否要给予违反义务人补贴应考虑如下三点:

第一,是否使用公司的财产。使用公司的财产与不使用的根本区别在于:使用公司的财产风险是

①[1965] Ch 992.

②[1965] Ch 992, 1020-1.

③[1995] 182 CLR 561.

④[1985] 3 All E. R. 351 (C. A.), [1985] QB 428.

由公司承担的,反之,由义务违反人自己承担。具体而言,如果义务违反人违法使用公司的财产经营继而大量亏损,且无力偿还,公司就要承担该风险。^[20]如果义务违反人利用自己的财产经营而出现亏损,其不能请求公司给予补偿。由此可以推断义务违反人的收入与义务违反有关,进而判断其是否能够获得补贴。

第二,协议的效力与补贴。在 *O'Sullivan v. Management Agency & Music Ltd.* 一案中,可撤销协议在撤销之前都是有效的,撤销之后都是无效的。基于撤销行为的溯及力,原告也无法按照协议获得回报。此时,被告只能获得适当补贴,毕竟双方都已经对履行合同付出了努力。在该协议语境中,假如公司和义务违反人都由此获得较大收益,只是这种收益的分配不公正。因此,法律以给予义务违反人补贴的方式加以调整。但是,所给予的补贴要体现双方之间的谈判能力^[21]、付出的努力、实际获益,且不仅依照合同订立时或者合同被撤销时的谈判能力。

第三,忠实义务的内容。利益归入的计算方式未必完全划一,其取决于个案中忠实义务的内容。虽然“作为法条主义的取代,个案决定是没有效率的;但它在那些能够感受到首要人类价值的法律中却呈现出一片繁荣景象。”^[22]尽管一元论可以降低法官的自由裁量权,具有确定性,我们仍要摆脱简单的一元论思维。

笔者认为法院应当参照上述不同的情形给予当事人补贴。当然,是否适用利益归入的判断就比较困难,对补贴的计算更是雪上加霜。但是,在目前阶段,法院不应当对该问题采取如此严格的态度。因此,此处论述有可能增加了利益归入的可行性。

四、举证责任的修正:使利益归入更可行

如前所述,北大法宝收集的78个案例中,原告主张利益归入的案件少于8件,其中很多还没有获得成功。最主要的原因可能有两个:第一,会计账簿及相关的征税制度不完善,导致无法准确计算利润。这可以解释澳大利亚、英国等都有较为典型的利益归入案例,我国却很难发现;第二,我国的证据制度总体上决定了主张利益归入的难度,尤其存在于“多因一果”的案件中。在“东台市船用配件有限公司诉周树明等侵犯商业秘密竞业限制纠纷案”一案中,法院认为:“原告无法就被告侵犯其商业秘密直接导致的经济损失进行充分举证,被告由侵权所得的利益亦无法查清。”^①可见,利益归入案件仍然适用“谁主张、谁举证”原则。事实上,被告掌握会计账簿、根本没有或者会销毁该账簿,原告也并不知道被告付出多少努力,其具备何种技能及使其遭受多少损失,原告很难证明被告获得的利润。可见,这并不是《公司法》第148条中利益归入面临的困境。鉴于第一个问题涉及到更复杂的其他制度,笔者仅对第二个问题进行分析。

在侵害人身权的利润剥夺中,有学者认为:“在证明侵权人的利润所得时,被侵权人只需证明侵权人因侵权获得的总收入,由侵权人承担进一步的举证的责任,说明总收入中应当减去的成本。”^[23]这种举证责任的分配考虑到双方当事人之间的地位,既能够更好地保护被侵权人的权益,又能够发挥侵权人的主动性,避免机会主义行为。因此,此种举证责任具有适当性和相当的优越性。笔者认为,《公司法》第148条的利益归入也完全可以借鉴此种举证责任的分配方式,即原告只需要证明被告因违反义务而获得的总收入,被告进一步证明总收入中应当减去的成本。^[24]在法律允许被告可以主张补贴时,其还应证明应当获得的补贴数额。我们可以预期,具备规范的会计制度的公司因此更容易主张利益归入。

①江苏省盐城市中级人民法院(2009)盐民三初字第57号。

五、结 语

从既有的违反忠实义务判决可以推断,义务违反人承担责任的方式可以是损害赔偿,也可以是利益归入,但后者极少出现。基于利益归入的保护、预防以及避免获得不当利益的功能,该规则的适用需要受到法律上因果关系以及近因的限制,同时也要考虑在特别情况下是否给予义务违反人适当的补贴。另外,完善的会计账簿制度以及更合理的举证责任制度使利益归入更具可行性。

参考文献:

- [1]王利明.人格权法[M].北京:中国人民大学出版社,2009:333.
- [2]孙良国.论人身权侵权获益赔偿的性质、功能与适用[J].法律科学,2011(4):154-162.
- [3]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[J].法商研究,2011(3):137-145.
- [4]王保树.中国公司法原理[M].北京:中国社会科学文献出版社,2006.
- [5]赵旭东.公司法[M].北京:高等教育出版社,2015:408.
- [6]MATTHEW CONAGLEN. The Nature and Function of Fiduciary Loyalty[J]. Law Quarterly Review, 2005, 121(3): 452-480.
- [7]PETER BIRKS. The Content of Fiduciary Obligation[J]. Israel Law Review, 2000, 34(1): 3-38.
- [8]DEBORAH A DEMOTT. Causation in the Fiduciary Realm[J]. Boston University Law Review, 2011, 91(3): 851-872.
- [9]JAMES EDELMAN. When Do Fiduciary Arise? [J]. Law Quarterly Review, 2010, 126(2): 302-327.
- [10]PAUL B MILLER. A Theory of Fiduciary Liability[J]. McGill Law Journal, 2011, 56(2): 235-288.
- [11]王建敏,石成.公司归入权制度的建立与完善[J].理论学刊,2014(1):69-75.
- [12]胡晶晶.知识产权“利润剥夺”损害赔偿请求权基础研究[J].法律科学,2014(6):113-119.
- [13]张新宝.侵权责任法[M].北京:中国人民大学出版社,2010:33-35.
- [14]VICKI VANN. Causation and Breach of Fiduciary Duty[J]. Singapore Journal of Legal Studies, 2006, 1: 86-107.
- [15]REBECCA LEE. Establishing Factual and Legal Causation in a Fiduciary's Liability to Account for Profits[J]. Hong Kong Law Journal, 2006, 36(3): 443-460.
- [16]ROBERT FLANNIGAN. The Strict Character of Fiduciary Liability[J]. New Zealand Law Review, 2006, 2: 209-242.
- [17]PETER DEVONSHIRE. Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty [J]. Sydney Law Review, 2010, 32(3): 389-410.
- [18]冯玉军.论当代美国法经济学的理论流派——以学术传统为视角[J].浙江工商大学学报,2014(4):53-60.
- [19]冷铁勋.《公司法》规制董事自我交易的规范之类型[J].暨南大学学报:哲学社会科学版,2014(3):36-40.
- [20]刘俊海.全面推进国有企业公司治理体系和治理能力现代化的思考与建议[J].法学论坛,2014(2):46-57.
- [21]OMRI BEN-SHAHAR. A Bargaining Power Theory of Default Rules[J]. Columbia Law Review, 2009, 109(2): 396-430.
- [22]LAWRENCE M FRIEDMAN. On Legalistic Reasoning-A Footnote to Weber[J]. Wisconsin Law Review, 1966, 1: 148-171.
- [23]奚晓明,王利明.侵权责任法条文释义[M].北京:人民法院出版社,2010:145.
- [24]周林彬,文雅靖.公司高管违反信义义务责任的司法适用现状与完善[J].求是学刊,2014(4):71-78.