

学校编码: 10384

分类号_____密级____

学号: 200208123

UDC _____

学 位 论 文

董事自我交易的规制研究

Research on Directors' Self-dealing Transactions

陈乘贝

指导教师姓名: 朱炎生副教授

申请学位级别: 硕 士

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2005 年 4 月

论文答辩时间: 2005 年 月

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期: 2005 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2005 年 4 月

内 容 摘 要

对董事自我交易行为进行规范是董事忠实义务研究的核心问题，纵观两大法系各代表国公司法，无不对此著墨甚多。反观我国的《公司法》仅在第 61 条第 2 款作出原则性的规定，且缺乏具体的配套条款。这种立法上的滞后在实践中导致了一系列有害后果的发生。基于此，本文从基本理论出发，分析我国《公司法》在自我交易规制上的不足，并对两大法系国家董事自我交易的规定进行比较分析，最后提出完善我国公司立法的建议。

本文除前言和结语外，共分为四章。

第一章是有关董事自我交易的基本理论问题。主要讨论了董事自我交易的概念、认定、分类及规制的法理基础与制度价值，以此作为后文深入展开的基础。

第二章是对我国公司法规定的董事自我交易规范进行的分析。主要论述董事自我交易的一般性规定，分析其批准程序、法律后果及救济机制，指出其中存在的问题，并简单的对两类特殊的自我交易即公司向董事提供贷款和担保、董事报酬的确认进行了分析。

第三章主要对两大法系各代表国的董事自我交易规范进行比较分析，从董事自我交易的适用范围、生效要件及交易的法律效果与救济机制等三方面进行论述，并对两类特殊的自我交易规定进行了简单的比较分析。

第四章是在上述各章的基础上，论述如何对我国公司法的对董事自我交易制度进行完善。主要应从自我交易的批准主体、适用范围、生效要件、法律后果等各方面进行论述，最后对两类特殊的自我交易规定也提出了相关的完善建议。

关键字：自我交易；披露；公平

ABSTRACT

The regulation of directors' self-dealing is the core issue of the research of directors' duty of loyalty. Many foreign countries have corporation laws which have substantive rules of directors' self-dealing. But the current Corporation Law of China prescribes only some principles in Article 61 Section 2 about this matter, which are not operable without detailed rules. This kind of legislative lag has led to a lot of problems. This dissertation begins with theoretic basis of directors' self-dealing, analysing the shortcomings of self-dealing regulations in China's Corporation Law. Then with the comparison of other countries' rules, this dissertation sets forth legal suggestions for the perfection of directors' self-dealing regulations in China's Corporation Law.

Besides preface and conclusion, this dissertation consists of four chapters:

Chapter One is about the theoretical basis of directors' self-dealing, which includes the concept, cognizance and classification of self-dealing, and also the theoretical and institutional value of the regulation of directors' self-dealing. Thus laying a solid foundation for this dissertation's further research.

Chapter Two analyses the regulations of directors' self-dealing in China's Corporation Law, which mainly states the regulations of general directors' self-dealing, explores its legal effects and remedy mechanism. Then puts forward the problems of the regulations. In addition, this chapter simply

analyses two types of special directors' self-dealing, that is, providing load or guarantee to directors and the affirmance of directors' compensation.

Chapter Three compares the regulations of directors' self-dealing in representative countries of the two legal system, which includes the applicable scope, effective essentials, legal effects and remedy mechanism of self-dealing in details. Besides, this chapter also simply analyses the two types of special self-dealing in those countries.

Based on the above chapters, chapter four discusses how to perfect the regulations of directors' self-dealing in China's Corporation Law, which mainly includes the subject of approval, applicable scope, effective essentials, legal effects and so on. In the last part, this chapter also sets forth proposals of legislation about how to perfect two types of special directors' self-dealing.

Key Words: Self-dealing; Disclosure; Fairness.

目 录

前 言.....	1
第一章 董事自我交易概述	4
一、董事自我交易的认定.....	4
二、董事自我交易的分类.....	6
三、董事自我交易规制的理论依据与制度价值.....	7
第二章 我国公司法董事自我交易规制的分析	13
一、自我交易的一般性规定分析	13
二、自我交易的特殊性规定分析	16
三、自我交易的法律后果与救济机制分析.....	18
第三章 董事自我交易各国法律架构的比较分析.....	20
一、自我交易的适用范围	20
二、自我交易的生效要件	24
三、自我交易的法律效果与救济机制	32
四、特殊自我交易规范的分析.....	35
第四章 董事自我交易规制在我国的立法完善	39
一、批准主体的改变	39
二、适用范围的扩大	41
三、完善生效的程序要件	43
四、确立实质公平要件	46
五、明确自我交易的法律后果.....	46
六、特殊自我交易的完善	48
结 语	51
参考文献	53

CONTENTS

Preface	
Chapter 1 Overview of Directors’ Self-dealing	
Subchapter 1 Cognizance of Directors’ Self-dealing	
Subchapter 2 Classification of Directors’ Self-dealing	
Subchapter 3 Theoretical basis and Institutional value of Regulating Directors’ Self-dealing	
Chapter 2 Analysis on the regulations of Directors’ Self-dealing in China’s Corporation Law	
Subchapter 1 Analysis on The General Regulations of Directors’ Self-dealing	
Subchapter 2 Analysis on The Special Regulations of Directors’ Self-dealing	
Subchapter 3 Analysis on The Legal Effects and Remedy Mechanism of Directors’ Self-dealing	
Chapter 3 Comparative Analysis on the Legal Framenwork of Directors’ Self-dealing in Representative Countries	
Subchapter 1 Applicable Scope of Directors’ Self-dealing.....	
Subchapter 2 Effective Essentials of Directors’ Self-dealing.....	
Subchapter 3 Legal Effects and Remedy Mechanism of Directors’ Self-dealing	
Subchapter 4 Analysis on the Special Regulations of Directors’ Self-dealing ...	
Chapter 4 Legal Suggestions for the Perfection of Directors’	

	Self-dealing Regulations in China
Subchapter 1	Change of the Approval Subjects
Subchapter 2	Enlargement of the Applicable Scope
Subchapter 3	Perfection of the Effective Procedural Essentials
Subchapter 4	Establishment of the Substantive Fairness Essentials
Subchapter 5	Clear regulations of the Legal Effects of Self-dealing
Subchapter 6	Perfection of the Special Regulations on Self-dealing Transaction
	Conclusion
	Bibliography

厦门大学博硕士学位论文文摘要

前 言

公司制度，滥觞于经济效率理论，以法人人格自由取得原则、合股原则和有限责任原则等三大原则为基础和圭臬，在创造了有效融资方式的同时又限制了投资者的责任，从而鼓励人们大胆投资，有利于稀缺资源的优化配置，达到实现社会财富及利益最大化的目标，适应社会经济发展的要求，满足了人类追求效率和利益的渴望。以至于有学者称：公司制度是为富裕我们经济生活的最有利的手段之一。¹

但是，随着现代公司规模扩大、股权的分散以及投机股东的增多，公司所有权与经营权的日益分离，其治理机制逐渐由原来以股东会为中心向以董事会为中心转化。由出资人组成的股东会并不直接参与公司日常的经营管理，而把这种权力统一授权给董事会，董事会拥有除法律、公司章程规定为股东会权限以外的一切经营管理的决定权。这一权力的性质使得董事会拥有以自己的行为改变公司法律关系并由公司承担其行为后果的效力，这就意味着当权力一旦被滥用，将对公司造成极大损害。同时，由于董事不拥有或拥有很少公司的股份，他与股东及公司利益存在较大偏差，在其追求公司利益最大化之时并不能使自身的利益也获得最大化，这就很容易造成董事在管理公司日常事务时为了自身的利益而损害公司的利益，即经济学上所说的代理成本的存在。由于代理成本的不可避免，现代各国公司法主要着眼于如何减少公司的代理成本，以求一方面能够鼓励有经济实力之人勇于投资，另一方面又能够吸引有才能之人使其充分发挥管理才能，同时又不会损害公司的利益，达到这二者之间的平衡。因此，现代各国公司法都规定董事对公司负有忠实的义务，要求董事在自身利益

¹ (日)久保欣哉.公司法之理念[J].台大法学论丛, 1992, v.23. (2): 30.

与公司利益相冲突时，应坚持公司利益至上的原则，对违法者课以相应的责任，以保护公司的利益。

董事忠实义务，英美法称为duty of loyalty，其讨论的核心在于董事自我交易行为的规制上。因为董事利用职权徇私舞弊损害公司利益的方式，最直接也是最常见的就是利用其为公司业务执行机关之便，从事与公司间不合常规的交易行为，或者利用董事的身份窃取公司资源或要求不恰当的报酬，牟取非法利益从而使公司蒙受损失。但由于自我交易的不可避免性，甚至在许多情况下有利于公司。因此，如何在立法上对这一利益冲突予以平衡，成为各国公司法规制的难点。大陆法系和英美法系的代表国家在其长期的公司法律发展过程中，无论在实质上还是在程序上基本形成了一套用于解决该难点的制度。反观我国的公司法，对此的规定远远不及两大法系各代表国家，除了在《公司法》第61条第2款规定之外，基本上没有涉及，而且规定的过于抽象，显得有些僵化，以致于在实践中难以操作。由此引发了很大的现实问题，尤其在我国当前国有企业改革中，由于内部人控制现象的普遍存在，许多内部人（主要是董事、经理）以自我交易为手段，将国家资产转为个人资产，从而造成国有资产的大量流失。在追究相关主体法律责任时，却由于公司法对此没有合理的规定而缺乏有效的法律支持。因此，对于董事的自我交易作出明确规范，可以有效防止董事利用身份之便，做出有损公司、股东和国家利益的行为；并且在合法性前提下变难以约束的幕后交易为合理的幕前交易。²基于此，本文将力求对公司法上的自我交易问题作深入的探讨，分析我国立法上的得失，并参照发达国家在此问题上的立法经验，提出完善我国公司法在此问题上的立法建议，以期对我国在自我交易问题上的研究及公司法的修订能提供参考价

² 田东文，周蕾娜.完善我国公司法中董事自我交易制度之我见[J].南京航空航天大学学报(社会科学版)，2001，(12)：49.

值。

需要加以说明的是，我国公司法规定的公司类型包括有限责任公司及股份有限公司两种，在这两种公司中都可能发生董事与公司间的自我交易的问题，但由于股份有限公司股东人数较多，股东也较不能参与公司的经营决策，一旦董事滥权进行自我交易，其受害的范围影响涉及面更广，以股份有限公司为摹本探讨该问题，更具有代表意义。因此，在文中如无特别说明有限责任公司，一般是指股份有限公司。另外还须加以说明的是，由于自我交易的根本含义是：交易表面上发生在两个或两个以上当事方之间，实际上却只由一方决定。³其范围远比本文所阐述的董事自我交易为广，⁴但在文章中笔者为了叙述的简便，常以自我交易替代董事自我交易，对此特予以说明。

³ [美]罗伯特.C.克拉克.公司法[M].胡平译，北京：工商出版社，1999.117.

⁴ 例如美国学者克拉克将子公司与母公司之间的交易也称之为自我交易，但这并不是本文的探讨的内容。同上，第131页。

第一章 董事自我交易概述

一、董事自我交易的认定

要对董事自我交易进行规制,首先必须对董事自我交易进行法律上的界定。董事的自我交易(self-dealing),即董事与公司间的交易,又称之为“董事抵触利益交易”⁵,其是从判例法发展起来的法律概念,主要是指董事为自己或为他人与其所任职的公司(也包括公司的子公司或公司与其中有控制利益的任何其他实体)进行的买卖、借贷或其他法律行为的总称。在董事与公司交易的过程中,由于董事存在身份上的重叠:一方面作为公司的代表人,代表公司对该项交易进行意思表示,要维护公司利益,另一方面自己又作为交易的相对方或作为相对方的代理人或代表人,需获得利益的满足,这如同董事自己与自己进行交易,因此,称之为董事自我交易。需指出的是理解自我交易的概念,关键在于对“交易”一词的把握。国外的立法与判例对此作了最好的诠释:美国法院在Hoffman Machinery Corporation Vs.Ebenstein的一案中对交易(transaction)作了这样的解释:其是指能够引起一定法律后果的任何处理事务的行为,包括购买、销售、租赁、代理、借贷、担保等活动,是一个比合同更为宽泛的术语(a border term);⁶《韩国商法》第398条将“交易”定义为一切财产上的行为,不仅包括债权契约、物权契约,而且也包括债务免除等单方行为,还包括债权转让的承认,债务承认,无因管理等法律行为。⁷

根据董事自我交易的定义及学者的解释,认定董事自我交易有以下几

⁵ 美国模范商业公司法的称谓,见《美国模范商业公司法》8.60(2)。

⁶ Black's law dictionary [Z]. St. Paul, Minn.: West Pub. Co.,1983. 1341.

⁷ [韩]李哲松.韩国公司法[M].吴日焕译,北京:中国政法大学出版社,2000.507.

个要件：

第一，存在和公司相关的交易。这是构成自我交易的前提条件。它包括两个方面的含义：（1）必须存在一项交易，这项交易可能是正在发生的，也可能是即将发生的。（2）公司必须为该项交易的一方当事人。如果一项交易，董事存在自身利益，但公司没有参加，也不准备参加，公司不具备当事人的身份，这时的交易就不属于董事自我交易。

第二，公司的董事对该项交易拥有自身利益。这是构成自我交易的客观条件。但是，对于一项和公司相关的交易，董事在何种情形下被认为具有自身利益呢？对此，在美国具有很大影响力的《模范商业公司法》为我们作了很好的解释，其主要包括以下两种情形：（1）董事或其有关的人是这一类交易的当事人或者对该交易拥有实质上的金钱利益；（2）法律规定的“其他人”是该交易的当事人或者与该交易有着实质的金钱利益关系。⁸而这种实质上的金钱利益一般来说必须是重要的或巨大的，即在这次交易的其他有关人的财富里或这次交易的某些关联结果里，有影响的个人或团体比在有关公司或投资者团体的财富里拥有更大的个人利益。⁹

第三，公司的董事知道该交易的有关情形。此即所谓“知情标准”，这是构成自我交易的主观要件。这一要件包括两个方面的含义，其一是该董事知道或者从开始就知道存在一项和公司相关的交易；其二是该董事知道或者从一开始就知道自己对这一交易存在自身利益，即他本人、与他有关的人或法律所规定的其他人是这一交易的当事人或者对该交易拥有实质的金钱利益。正是由于董事知晓这一交易及交易的相关利益，以致人们

⁸ 参见：《美国模范商业公司法》8.60（1），这里的其他人是指：（A）一个实体（不包括本公司），该董事也是该实体的一个董事、普通合伙人、代理人或雇员；（B）一个人，他控制了一个或多个（A）句中指明的那种实体；或是一个实体，它是由在（A）句中指明的那种实体中一个或多个实体所控制或共同控制；或者（C）个别的一个人，他是该董事的普通合伙人，被代理人或雇员。

⁹ 梅慎实.现代公司机关权力构造论：公司治理结构的法律学分析[M].北京：. 中国政法大学出版社，1996.218.

有理由相信如果董事对该交易进行表决时，其有可能利用他的地位以自己的方式做出利己的判断，从而损害公司利益。如果董事对某项交易的有关情形并不知情或在交易完成后才知情，那么该交易就不能称之为自我交易，因为董事为公司的利益进行判断时并没有受到冲突利益的影响，其情形如公司与他人的日常交易。但这里存在董事的举证责任问题，根据诉讼法原理，在此情况下，应由该董事对这一交易不知情负举证责任。

二、董事自我交易的分类

由于自我交易类型的多样性，按不同标准可分为不同种类：

1、按照法律控制的宽严度可将自我交易分为：

(1) 无条件许可的自我交易。这类交易主要是指无论董事与公司间交易的条件如何，都不会导致公司蒙受不利益。如董事及利害关系人与公司订立的定型化契约（像保险契约、运输契约、存款契约、供用电契约），董事对于公司的赠与契约，以董事为出借人、公司为借款人的无利息、无担保的借款合同，作为债权人的董事免除公司债务的行为，作为债权人的董事主张其债务与公司债务抵消的行为等。对于此类交易，董事在决策时与日常董事代表公司同第三人的交易方式并没有实质性的差异。所以，从严格意义上讲，这种交易经常被排除在自我交易规范之外。

(2) 有条件许可的自我交易。这类交易主要特征在于一经交易即有可能对公司造成损害，所以其需经过一定的公司机关的事前批准或事后追认或以公平为价值标准而有条件许可的自我交易。如公司与董事或其关联人订立的货物买卖合同，董事向公司提供有偿贷款等。这类交易在公司日常经营管理中是最常见的，也是本文的研究重点。

(3) 绝对禁止的自我交易。这类交易无论其是否对公司公平或者经

过公司董事会或股东大会的批准，均不产生法律效力。如法国公司法规定公司禁止向个人董事提供借款，以及让公司对董事向第三人承担的义务提供担保或者保证。¹⁰我国公司法第 60 条第 3 款也有相应规定：董事……不得以公司资产为本公司股东（这当然包括董事股东）或其他个人(董事的相关人)债务提供担保。

2、按照交易主体可将自我交易划分为：

(1) 直接交易，或称形式上的自我交易，是指公司董事直接以本人名义与其任职公司进行的交易。在该类型的交易中，公司董事作为独立的交易主体，以自己的名义与本公司订立合同或从事其他交易行为。在交易过程中，独立行使权利、履行义务并承担责任。这是自我交易的典型形态。

(2) 间接交易，或称实质上的自我交易，是与公司董事有利害关系的第三人与公司管理人员所任职的公司之间进行的交易行为。在该交易中，公司董事不是交易主体，不以其本人名义与公司交易。就交易形式而言，它是第三人与公司之间的一种交易。但就实质而言，该第三人与公司董事具有一定的利害关系，如系董事的配偶，从而使公司董事与该交易之间产生一定的利益联系。

三、董事自我交易规制的理论依据与制度价值

自我交易作为一个历史性的难题，从 19 世纪中期起，美国就出现了规范董事与其公司之间签订合同行为的法律，该法律的发展经历的三个不同的阶段。1880 年前后是第一阶段，当时法律规定，只要公司或股东提出请求，任何该类合同不论公正与否，都可以被判定为无效。即该类合同属于绝对禁止之列。然而，到了 1910 年，即第二阶段开始时，董事与其

¹⁰ 法国公司法规范第 106 条.李萍译，北京：法律出版社，1999.69.

公司之间签订的合同如果得到没有利害关系的大多数董事会成员的批准，即使有人提出异议，法院也不认为该交易具有明显的不公平或欺诈性，那么该合同就具有法律效力；但如果批准该合同的大多数董事会成员对此均有利害关系，则不论该交易是否公平，只要公司或股东提出申请，该合同都可以被判定无效。最后，到了 1960 年，即第三个阶段，法律规则变得宽容了一些，除非受理异议诉讼的法院认为该合同显失公平，即使是有利害关系的董事会批准的这类合同，一般也认为具有法律效力。¹¹美国法学家 Clark 进一步认为现在可能处在第四阶段，即更加宽容的阶段。因为，在 1975 年，加利福尼亚《普通公司法》出现了一项新条款该条款排出了有利害关系的交易接受公平性司法审查的必要。该法典第 310 条要求交易必须是“公平和合理的”，即是独立的，或得到了董事会的批准，但在股东批准的情况下，则免除了这项要求。总而言之，这种排斥意味着股东适当批准的交易可以免除对其合同条款的公平性进行司法调查。¹²

为何公司法会对自我交易从最初的严格禁止到只要符合法定程序和实体的规定，就能产生效力的宽容的态度呢？传统上，公司法对董事自我交易的怀疑始于两种假设：第一，人的天性告诉我们在交易中信义人会预先考虑自己的利益而损害公司的利益；第二，在交易中，即使有些董事他们自己对交易没有利益，但团队的互动作用会导致其支持对交易有利益的其他共事董事。¹³基于这种考虑，最初的公司法对自我交易都采严格禁止的态度。但是，由于企业作为价格机制的替代物，企业组织替代市场组织的内在动机在于交易成本的节约，¹⁴即交易成本的节约是企业出现的原因；而董事自我交易因董事作为与交易双方有关的当事人，对双方的交易

¹¹ 转引：[美]罗伯特.C.克拉克.公司法[M].胡平译，北京：工商出版社，1999.130-131.

¹² [美]罗伯特.C.克拉克.公司法[M].胡平译，北京：工商出版社，1999.131.

¹³ Alan R. Palmiter. Corporations :examples & explanations[M]. 北京 :Citic Publishing House,2003.224.

¹⁴ [美]罗纳德.哈里.科斯.论生产的制度结构[M].盛洪、陈郁译校，上海：上海三联书店，1994.4.

需求比较了解和熟悉，往往更容易促成交易的迅速达成，减少寻找交易对象、谈判签约等环节而支出的相关费用。从这一点看，自我交易与企业的存在是一致的，是企业发展的必然结果，即这种具有节约交易成本的自我交易形式必然会成为企业发展过程中的一种选择。除此之外，董事与公司之间的自我交易与公司同其他第三方交易相比，有时会使公司获得更多优惠。特别是在公司急需资金和某一特定原材料而不能从市场他处获得满足时，在公司产品市场竞争激烈而丧失市场份额时，董事对公司之贷款、对公司原材料之供给、对公司产品之购买往往能解公司燃眉之急。因此，严格禁止自我交易对公司来说并非最佳的选择。

另一方面，对自我交易持完全放任的态度对公司是否意味着最优的选择呢？公司由于作为法律拟制的主体，本身并不能自己为法律行为，必须设置机关并由自然人（董事）担当，代表公司对外法律行为。同时，现代公司由于所有权与经营权的分离，董事的非股东化，造成其与公司之间利益的偏差。二者反映在自我交易中，由于人性的弱点，董事能否恪尽职守，扮演好这种双重角色，又不损害公司的利益是很值得怀疑的。诚如 Robert.W.Hamilton 教授所言，“董事与公司之间的自我交易的风险，是公司可能在这种交易中受到不公正的对待。”¹⁵一旦董事滥权，为自己或他人谋取非法利益，其所造成的损害，往往远过于第三人所能导致公司损害的程度，而可能造成公司经营的重大不利益。所以，对自我交易采取完全放任的态度形式并不可采。

从上述的分析中可以看出，由于自我交易存在的客观性及严格禁止与完全放任自我交易的不可取性，决定了公司法对于自我交易必须采取一种更为妥当的规制，即设计一套特殊的规则，以期最大限度地消除公司董事

¹⁵ Robert.W.Hamilton.The Law of Corporation[M].北京：法律出版社，1999.399.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

廈門大學博碩士論文摘要庫