

厦门大学法学院经济法学文库
总主编·朱崇实 刘志云

公司机会规则研究

谢晓如 ● 著



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

厦|门|大|学|法|学|院|经|济|法|学|文|库

朱崇实 刘志云 总主编

公司机会规则研究

谢晓如 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

公司机会规则研究/谢晓如著. —厦门:厦门大学出版社,2014.5

(厦门大学法学院经济法学文库)

ISBN 978-7-5615-5036-6

I. ①公… II. ①谢… III. ①公司法-研究-中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 064023 号



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

三明华光印务有限公司印刷

2014 年 5 月第 1 版 2014 年 5 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:15 插页:2

字数:261 千字 印数:1~1 500 册

定价:32.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

“厦门大学法学院经济法学文库”编辑委员会

主编：朱崇实

委员（按姓氏拼音为序）：

郭懿美 林秀芹 卢炯星 刘志云

李 刚 肖 伟 朱崇实 朱晓勤

总序

与传统的部门法相比,经济法在我国产生比较晚,它肇始于改革开放以后的巨大变革时代,从一开始就立足于国家控制经济和经济体制改革的背景,经历了从计划经济到“有计划的商品经济”再向市场经济跃迁的经济体制改革进程。也正由此,经济法具有很强的本土性,中国经济法学研究从一开始就充分关注本土性问题。同时,不断变革的时代背景也决定了经济法是中国法律体系中最活跃的,也是最易变的法律。自身成长壮大的需要和社会经济变革的要求,都注定它必须面向不断试错的、渐进的社会转型,回应和影像市场经济跌宕起伏的动态,在完成型塑我国社会经济的过程中不断发展、嬗变和成熟。

自改革开放以来,伴随着社会主义市场经济体制的逐步确立,经济法研究在我国蓬勃兴起,各种理论观点交相辉映。过去的三十余年里,在与其他部门法的论争中,经济法学界逐渐廓清了诸多方面的混沌认识,并在向市场经济转轨的经济社会变迁历程中,辅助立法部门构建起中国的经济法律体系,确立了经济法在整个社会主义法律体系中不可替代的独立性地位。特别是伴随着《中国人民银行法》、《银行业监督管理法》、《企业所得税法》、《反垄断法》、《企业国有资产法》等一批经济立法的生效,以宏观调控法和市场规制法为主体的经济法律体系逐步建立起来了。在整个法律框架内,经济法在我国的社会经济生活中所起的作用变得越来越重要,并将同其他部门法,特别是民法、行政法等协调配合,共同实现法律体系对社会经济的调整功能。

厦门大学法学院是全国较早开展经济法教学和科研的单位之一。1980年厦门大学法律系复办时,就开设了经济法课程,并在民法教研室中设立了经济法教研组;1982年正式成立了经济法教研室;1994年经国家教委批准,设立了经济法专业,开始培养本科生人才;1996年经国务院学位委员会批准,设立



了经济法硕士点,开始招收硕士研究生;2004年,厦门大学经济法学研究中心成立;2005年,开始挂靠其他专业博士点招收“金融法、法律经济学”方向的博士研究生。2006年,在我校获得法学一级学科硕士、博士学位授予权的基础上,设立了经济法博士点,成为我国经济法高层次专门人才的培养基地之一。立足于现有基础,厦门大学法学院经济法学学科将保持并发扬在金融法、经济法基础理论与宏观调控法和财税法等研究方向上的鲜明特色,坚持“国内经济法与国际经济法问题相结合,以国内经济法为主”和“法学与经济学相结合,以法学为主”的原则,顺应经济全球化和世界经济一体化的时代发展潮流,以我国建设社会主义法治国家和市场经济体制为契机,积极开展经济法学理论与制度构建工作,在国内经济法学界继续保持较高的学术地位和学术影响。

“厦门大学法学院经济法学文库”的编辑出版,是依托厦门大学经济法教研室和厦门大学经济法研究中心进行学科建设和发展的一项新举措,以“前沿意识、精品理念”为指导,以系列学术专著、译著的形式,集中展现我国经济法领域的专题研究成果,促进学术繁荣和理论争鸣。“文库”稿件的来源以厦门大学法学院的学者、校友在经济法领域的专著、译著为主,也欢迎国内经济法学学者和司法机关的工作人员不吝惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性标准,理论构建与司法实践并重,崇尚严谨的治学态度,鼓励学术上的革故鼎新与百家争鸣。在出版经济法学专家学者力作的同时,也关注经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上扩充整理的学术专著,在他们的学术之路上扶上一马、送上一程。

我们期望“文库”不但成为经济法专家学者交流思想的平台,成为青年才俊迈向学术生涯的入口,成为经济法学研究成果汇集的智库,更力图使其能为变动不居的社会主义市场经济体制运行提供前沿理论探索和阶段性制度保障,为中国的法治之路贡献自己的绵薄之力。

朱崇实 刘志云

2010年11月8日



内容摘要

在现今市场竞争日益激烈的时代,商业机会的竞争显得尤为重要。公司不仅要面对外部市场上竞争者对商业机会的争夺,更要防止公司内部经营者篡夺本属于公司的商业机会。如果公司经营者利用职务之便将公司的商业机会篡为自用,公司的发展便无从谈起,更不用说在市场竞争中立于不败之地。因此,英美法院发展出公司机会规则(Corporate Opportunity Doctrine),用以限制公司经营者篡夺公司的商业机会。我国《公司法》也于2005年引进了这一规则。公司机会规则虽然较易表述,但是在实务操作上还有许多复杂的问题困扰着法院。例如,应如何认定公司机会、公司经营者何时方可利用该机会,等等。因此,进一步厘清这些问题就成为当前的重要课题。

全书分为导论、正文和结论等三部分。其中正文共分为五章,分别对公司机会规则的理论基础、规范主体、行为认定、抗辩事由以及法律救济等方面,进行较为深入的讨论。

第一章阐述了公司机会规则的法理基础和经济学基础。公司机会规则由英美法院多年的判例法累积发展而来,与竞业禁止规则、商业判断规则等在规范范围方面存在差异,有其独立存在的价值。公司机会受法律保护并不是因其具有传统民法上的财产和权利属性,而是因为公司经营者对公司负有忠实义务,公司相对于经营者而言对机会拥有特殊权利。此外,从经济学角度分析,公司机会规则对减少代理成本、提高整体经济效率有重要作用。

第二章对公司机会规则的义务主体与权利主体进行分析。在义务主体方面,包括董事、高级管理人员在内的传统义务主体理应受公司机会规则的约束,只不过在实践上应注意合理认定其身份。此外,独立董事、控制股东和监事也可适用公司机会规则,但是,基于他们在公司中的地位和权限,承担的义

务范围和程度要低于董事和高级管理人员。在权利主体方面,公司作为当然的权利主体受到公司机会规则保护,但人合性公司与资合性公司应适用宽严不同的规则。而股东个体和债权人则不能主张公司机会规则的保护。

第三章主要讨论公司机会规则的行为规范。美国主要采用认定公司机会的方式来确定经营者是否存在篡夺公司机会的行为,进而发展出一系列认定公司机会的标准,包括利益或预期标准、经营范围标准、公平标准、两步分析标准以及美国法学会在《公司治理原则:分析与建议》中提出的事前披露标准。而英国则采用传统的利益冲突方法,通过判断经营者利用机会是否会与公司产生利益冲突,来确定他们是否存在篡夺公司机会的行为。我国的司法实践应参考美国法认定公司机会的标准,确定公司经营者是否存在篡夺公司机会的行为。

第四章考察了在司法实践中常见的篡夺公司机会的抗辩事由,主要包括无能力抗辩和公司批准抗辩两个方面。其中,无能力抗辩可细分为财务无能力、法律上无能力和第三方拒绝与公司交易等。为了防止公司经营者隐瞒事实和不尽最大努力等道德风险,原则上不应支持无能力抗辩。公司经营者只有向公司披露并获得公司批准同意其利用机会,才能获得免责。这就需要从实体和程序上构建披露和批准的规范,比如披露的范围和程度、批准的适格机关、参与批准的成员的独立性等。

第五章为篡夺公司机会的法律救济。在英美法中,篡夺公司机会的法律救济方式以拟制信托、损害赔偿为主。带有浓重衡平法色彩的拟制信托对于限制公司经营者篡夺公司机会具有明显的制度优势。然而,我国现行公司立法和司法实践主要以大陆法上的公司归入权作为篡夺公司机会的法律救济。我国立法应进一步改进归入权制度,以便归入权与损害赔偿两种救济措施在适用时相互配合,达到最佳效果。

关键词:公司机会;忠实义务;利益冲突

ABSTRACT

With the market competition being increasingly competitive, competitions around business opportunity is particularly important. Not only do corporations face the fierce struggles from rivals for business opportunities, but prevent inner executives from usurping the corporate opportunities. If the corporate executives by his position divert the business opportunities from the corporations to himself, the corporations' development can go nowhere, let alone to keep the leading status in market competitions. Therefore, Corporate Opportunity Doctrine are created by English and American courts to curb the executives diverting the corporate opportunities. Simple to be made clear in theory as it may be, many problems may emerge in practice, like what is Corporate Opportunity, when the corporate executives may take advantage of it. Such issues have been bothering courts and scholars in England and the USA. The Corporate opportunity Doctrine was brought in China Corporation Law in 2005, thus solving these problems has become an important issue in the current.

This dissertation is functionally divided into 3 parts—Introduction, Text and Conclusion. The text consists of 5 chapters which are around the discussion about corporate opportunity Doctrine, including basic theories, subjects, conduct, defenses and legal remedies.

Chapter 1 centers on the corresponding legal theories and financial basis. Corporate Opportunity Doctrine originated from previous cases in England and America, differing from The Non-Compete and Self-Dealing in ran-



ges, thus displaying its own value. The legal base that corporate opportunities are protected by law is not due to the corporations' attributes of civil law and right, but to the duty of loyalty from executives. Besides, in terms of its economic analysis, it is of great use in decreasing agency costs and enhancing social economic efficiency.

Chapter 2 is developed around the duty and right subjects applied to the Corporate Opportunity Doctrine. As for the duty subjects, traditional subjects are directors, senior managers. In addition, the specific subjects of independent directors, supervisors and controlling shareholders should be regulated by the Corporate Opportunity Doctrine, but shoulder less blame and responsibility than ordinary staff. As for right subjects, corporations should be protected by the Doctrine, but shareholders, and creditors can't claim the rights.

Chapter 3 centers around the act norms of Corporate Opportunity Doctrine. American law applied some standard, including Interest or Expectancy Test, Line of Business Test, Fairness Test, et, to identify whether a usurpation exist or not; whereas Interest-conflicts Approach is used in England, that is, whether interest-conflicts exist is taken into account to determine if a usurpation happens. China should refer to America standard to identify the existence of usurpation.

Chapter 4 mainly explores commonly defenses in cases, including defenses of inability and corporate approval. Defenses of inability encompasses the financial inability defense, legal inability defense and the refusal-to-deal defense. In order not to trigger dishonesty and immoral conduct, defenses of inability should not be accepted. Exemption can be approved only by the approval of related corporations. The rules should be elaborated, like its range and degree, qualified corporate organizations, independence of the members, etc.

In Chapter 5, legal remedies are mainly discussed. In England and the USA, constructive trust, compensation for damages are main remedies. The constructive trust is extraordinarily advantageous in regulating executives' usurpation. However, in China the disgorgement seems to be main remedy because of civil law tradition. China should improve the disgorgement sys-



tem which cooperates with compensation for damages to achieve the best results.

Keywords: Corporate Opportunity; Duty of Loyalty; Conflict of Interest

目 录

导 论	1
一、写作背景	1
二、写作意义	6
三、题目界定与研究范围	7
第一章 公司机会规则的基本理论	9
第一节 公司机会规则的概念	9
一、公司机会规则的基本含义	9
二、公司机会规则与相关概念辨析	18
第二节 公司机会规则的法理基础	23
一、公司机会的权利性质	23
二、公司机会规则的忠实义务基础	33
第三节 公司机会规则的经济基础	40
一、公司机会规则的起因:代理成本	40
二、公司机会规则的必要性:减少代理成本	44
三、公司机会规则的制度设计:社会成本最小化	46
第二章 公司机会规则的规范主体	50
第一节 公司机会规则的义务主体	51
一、董事	51
二、高级管理人员	56
三、控制股东	63
第二节 公司机会规则的权利主体	71
一、公司	71



二、适用公司机会规则的组织类型·····	73
三、债权人·····	75
第三节 我国公司机会规则的规范主体构建·····	79
一、我国公司机会规则的义务主体实证分析·····	79
二、我国公司机会规则义务主体规范的完善·····	85
三、我国公司机会规则权利主体规范的完善·····	93
第三章 篡夺公司机会行为的判断标准·····	96
第一节 美国篡夺公司机会行为的判断标准及其评析·····	96
一、利益或预期标准(Interest or Expectancy Test)·····	96
二、经营范围标准(Line of Business Test)·····	102
三、公平标准(Fairness Test)·····	111
四、两步分析标准(Two-Step Analysis)·····	114
五、《公司治理原则:分析与建议》的事前披露标准·····	116
六、评析·····	120
第二节 英国篡夺公司机会行为的判断标准及其评析·····	122
一、利益冲突标准·····	122
二、成熟商业机会标准·····	133
三、评析·····	137
第三节 我国篡夺公司机会行为的判断标准分析·····	139
一、我国篡夺公司机会行为的判断标准实证分析·····	139
二、我国篡夺公司机会行为的判断标准构建·····	146
第四章 篡夺公司机会的抗辩事由·····	155
第一节 公司无能力抗辩·····	155
一、财务无能力·····	155
二、法律上无能力·····	160
三、第三方拒绝与公司交易·····	162
第二节 披露与批准抗辩:安全港规则·····	167
一、安全港规则概述·····	167
二、披露规则·····	168
三、批准规则·····	173



第三节 篡夺公司机会的抗辩事由探讨·····	182
一、关于无能力抗辩·····	182
二、关于公司批准抗辩·····	185
第五章 篡夺公司机会的法律救济·····	188
第一节 拟制信托(Constructive Trust)·····	189
一、拟制信托作为救济方式的法理依据·····	189
二、拟制信托的制度优势·····	192
三、适用拟制信托应注意的问题·····	194
第二节 损害赔偿·····	197
一、公司机会规则适用损害赔偿救济的法理·····	197
二、公司机会规则损害赔偿救济的性质·····	199
第三节 篡夺公司机会的法律救济·····	202
一、我国公司归入权制度的完善·····	202
二、归入权与损害赔偿的关系·····	205
结论·····	208
参考文献·····	211
后记·····	222

导 论

一、写作背景

在英美法中,公司董事和高级管理人员的忠实义务是公司法最重要和最复杂的领域之一。这一义务最受争议、最吸引人们兴趣的方面无疑是公司机会规则(Corporate Opportunity Doctrine)。英美公司法为防止公司董事和高级管理人员利用其在公司中的优势地位篡夺属于公司的商业机会,发展出公司机会规则,作为董事和高级管理人员的忠实义务之一。该规则要求公司董事和高级管理人员不得未经公司同意将属于公司的商业机会篡为己有,否则公司可请求其返还从该商业机会所获得的利益。

英美国家将董事、经理视为公司的受信人(Fiduciary),负有不得利用公司职务之便为自己牟取利益的信义义务(Fiduciary Duty),当某个商业机会属于公司机会时,禁止公司的受信人将这种机会占为己有。^① 英美学者普遍认为公司机会规则产生于英国 1726 年的著名信托判例 *Keech v. Sandford* 一案。^② 该案所确立的一条基本原则是:“除非委托人同意,受托人不得利用其地位牟利。”^③ 然而,法院和学界争议最大的问题是如何确定公司机会的认定

① [美]罗伯特·C. 克拉克:《公司法则》,胡平等译,中国工商出版社 1999 年版,第 115 页。

② Paul L. Davies, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 6th ed., Sweet & Maxwell, 1997, p. 616.

③ L. D. Solomon, D. E. Schwarts & E. J. Weiss, *Corporations: Law & Policy*, West Pub. Co., 1994, p. 793.



标准。美国判例法曾经总结了一系列认定公司机会的标准。1900年阿拉巴马州的 *Lagarde v. Anniston Lime&stone Co.* ^① 一案确立了董事不得篡夺公司拥有“利益或预期”之机会的准则,这即所谓的“利益或预期标准”(Interest or Expectancy Test)。此后,特拉华州最高法院于1939年在 *Guth v. Loft* ^② 一案中提出了认定公司机会的“经营范围标准”(Line of Business Test),只要某商业机会处在公司的经营范围之内,即为公司机会,而不管公司对之是否有利益或预期。1948年马萨诸塞州最高法院在 *Durfee v. Durfee&Canning, Inc.* ^③ 一案中提出了“公平标准”(Fairness Test),根据这种标准,只要公司董事或经理利用某一机会对公司而言是不公正的,则这种商业机会即属于公司机会。1974年明尼苏达州最高法院在 *Miller v. Miller* ^④ 一案中将经营范围标准和公平标准结合起来,也称为“两步分析法”(Two-Step Analysis),即在根据经营范围标准确定公司机会后,再确定篡用公司机会的董事或经理是否违背了他作为受信任人对公司的忠实义务。

英美学界对于法院的判例作了许多介绍和评论。据考证,关于公司机会问题的第一次学术研究出现在1916年美国明尼苏达州的法律评论综述中,这个综述收集了大量与公司机会问题相关的案件。^⑤ 虽非承认公司机会规则,但明尼苏达州的文章认为,有关公司机会的案件在通常的忠实义务框架内得到了恰当的评估。根据这种观点,董事只有在挪用公司资产或侵害公司利益等不忠情况下利用了一个机会,施加法律救济措施才是正当的。否则,董事应可自由利用机会。此后,学者们对公司机会规则的评论性文章越来越多,其中比较有影响力的是1943年阿戈斯蒂尼(Agostini)和吉尔伯特(Gilbert)的评论^⑥、托马斯(Thomas)在1952年发表的案例注解^⑦以及普伦蒂斯(Prentice)



① *Lagarde v. Anniston Lime&stone Co.*, 28 So. 199 (Ala. 1900).

② *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503 (Del. 1939).

③ *Durfee v. Durfee&Canning, Inc.*, 80 N. E.2d 522, 529 (Mass. 1948).

④ *Miller v. Miller*, 301. Minn.207, 222 N. W.2d 71 (Minn. 1974).

⑤ William. A New New Look at Corporate Opportunities, <http://ssrn.com/abstract=446960>, 下载日期:2009年10月16日。

⑥ Altero Agostini, Robert W. Gilbert, Corporations: The Doctrine of Corporate Opportunities, *California Law Review*, Vol. 31, No. 2, 1943, pp. 188~199.

⑦ Thomas P. Segerson, Corporations: Officers and Directors: Corporate Opportunities Doctrine, *Michigan Law Review*, Vol. 50, No. 3, 1952, pp. 471~474.

教授在1972年和1974年接连发表的两篇文章^①,这些研究大多集中在对法院相关公司机会判例的评述上。

1981年,美国学者布鲁尼(Brudney)和克拉克(Clark)曾撰文指出,由于封闭公司和公开公司股东的预期值不同,公司机会规则应该与它所规制的公司相一致,对封闭公司和公开公司作不同的调整。^②他们的文章被认为是关于公司机会问题的“杰作”,^③标志着公司机会规则研究的转折点,推动了公司机会规则的学术研究蓬勃发展。^④相应的,公司机会规则在立法和司法实践中也出现了不同的模式和判断标准。许多学者对公司机会规则的模糊和混乱状况十分不满,他们建议简明的规则或者清晰的程序。^⑤美国法学会(American Law Institute, ALI)在1984年发布的《公司治理原则:分析与建议》(ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, PCG)^⑥中对公司机会问题作了规定,其中关于公司机会问题的规则大部分还是采用布鲁尼和克拉克提供的框架。1994年美国法学会将《公司治理原则:分析与建议》修订后再版,在第5.05条(a)款中详细规定了公司机会规则的具体内容、判断标准和适用程序。^⑦自美国法学会提出公司机会规则之后,美国

① D. D. Prentice, Directors Fiduciary Duties; The Corporate Opportunity Doctrine, *Canadian Bar Review*, Vol. 50, 1972, p. 623; D. D. Prentice, The Corporate Opportunity Doctrine, *The Modern Law Review*, Vol. 37, No. 4, 1974, pp. 464~468.

② Victor Brudney & Robert Clark, A New Look at Corporate Opportunities, *Harvard Law Review*, Vol. 94, No. 5, 1981, p. 998.

③ Talley & Eric, Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine, *Yale Law Journal*, Vol. 108, No. 2, 1998, p. 284.

④ William. A New New Look at Corporate Opportunities, <http://ssrn.com/abstract=446960>, 下载日期:2009年10月16日。

⑤ Pat Chew, Competing Interesting in the Corporate Opportunity Doctrine, *North Carolina Law Review*, Vol. 67, 1989, p. 435; Michael Begert, The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests, *University of Chicago Law Review*, Vol. 56, 1989, p. 827.

⑥ 美国法学会只是一个民间机构,它发布的《公司治理原则:分析与建议》文本并非法律。但美国法学会自成立以来一直致力于推动美国各州法律的统一,如同《美国统一商法典》和《美国示范公司法》一样,《公司治理原则:分析与建议》也是供各州采用的立法范本,在美国法律界有很大影响力。

⑦ 美国法学会编:《公司治理原则:分析与建议》,楼建波等译,法律出版社2006年版,第406~407页。