

# “禁止篡夺公司机会”规则探究

冯 果\*

**内容提要** 公司机会作为一种新的财产类型,可以被纳入无形财产的范畴,公司对其享有的权利具有期待权的属性,是一种新型的期待权。公司机会的认定要考虑的因素包括机会的来源、机会与公司经营活动的关联程度以及董事的信息披露义务等。我国现行法律将篡夺公司机会禁止义务的主体限定为董事和高级管理人员,存在不周延性,应扩展至控制股东和监事。此外,应通过司法解释的方式,对董事的抗辩事由等予以明确或完善,以增强法律的确信性及操作性。

**关键词** 公司机会 财产属性 权利属性 期待权

## 一、问题的缘起

所谓禁止篡夺公司机会规则,是指禁止公司受信人将公司拥有期待利益、财产利益或财产权利的交易机会,或从公平角度而言应属于公司的交易机会予以篡夺自用。<sup>①</sup>该规则被简称为公司机会规则(Corporate opportunity rule),滥觞于英美判例法。在英联邦国家,公司机会规则源自衡平法上的受托人的信义义务规则,产生于1726年的Keech v. Sandford案,该案确立了“除非委托人明示同意,受托人不得利用其地位谋利”的规则。<sup>②</sup>在美国,一般认为关于公司机会规则的最早判例是1900年的Lagarde v. Anniston Lime&Stone Co.案,董事不得篡夺公司拥有利益或期待利益之机会这一基本规则在该案得以确立,随后禁止篡夺公司商业机会规则成为英美公司法的一项重要规则,备受学术界和实务界关注。

伴随着公司法的现代化<sup>③</sup>与统一化运动,公司机会规则逐步为大陆法系国家继受。我国于2005年修订《公司法》时,在第149条中规定,未经股东会或股东大会同意,董事及高级管理人员不得利用职务便利为自己或他人谋取属于公司的商业机会,公司机会规则首次进入我国立法,具有重要意义。然而,该规则的引进毕竟时日有限,理论研究非常单薄,对许多问题尚缺乏清晰的认识。如公司机会的法律性质如何理解?公司对其商业机会享有的权利如何定性?公司机会如何认定?是否所有董事不加区别地统一适用公司机会规则?控制股东与监事篡夺公司机会如何规制?公司的受信人在什么情况下可以合理利用公司机会?等等,这些问题均难以找到现成的答案。而这些问题若不加以解决,势必造成理论上的困惑与实践中的混乱。故有必要加以深入探究,为立法改进及司法实践提供相应的理论支撑。

## 二、公司机会的法律性质

### (一) 公司机会的财产属性

#### 1. 财产的法理沉思

\* 武汉大学法学院教授、博士生导师。

武汉大学经济法学硕士、广州南洋理工学院李安对本文亦有重要贡献,特作说明。

① See Black Law Dictionary(6th edition), West Publishing Co., 1990, p. 340.

② 参见张开平:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第265页。

③ 主要表现在英国的Modern Company Law for Competitive Economy报告以及Modernizing Company Law政府白皮书、法国的《社会法现代化法》、欧盟的“欧盟公司现代化和公司治理走向完善”的行动计划、日本的《关于公司法现代化的纲领草案》。参见曹兴权:《公司法的现代化:方法与制度》,法律出版社2007年版,第18页。

在英美财产法中,财产是一个范畴宽泛的概念,几乎与财富同义。凡可依法转让的权利,法律均将其作为一种财产对待,在英国法中被称作物。以能否被感官所感知为标准,物可划分为具体物与抽象物。不能被感官观察到,只能通过思维想象的物为抽象物,包括债务、股份、知识产权等。<sup>④</sup> 既然一切能产生经济价值且可用作交换的利益均可视为财产,那么,可产生经济价值且能够满足人们需要的抽象物,自然应被纳入到财产之中。英美普通法认为,财产是一组权利,这些权利描述一个人对其所有资源可以占有、使用、改变、馈赠、转让或者阻止他人侵犯。<sup>⑤</sup> 自然状态下的财产是不存在的,财产自其产生起便表现为具体法律制度所保护的各項权利利益,以财产权的形式表现出来。财产与财产权相伴而生,是同质同义的,属于同一范畴。<sup>⑥</sup>

大陆法系国家财产制度多继承自古罗马法。罗马法将物划分为有体物和无体物,这是一种历史性的创造。法国民法沿袭罗马法对于物的分类,并且将债权、股权等作为无体物划入动产。<sup>⑦</sup> 德国民法将物限于有体物,权利作为无体物与物严格区分。<sup>⑧</sup> 我国学者一般将财产界定为:具有经济价值,依一定目的而结合的权利义务之总体,<sup>⑨</sup>认为财产必须具备如下要件:第一,须具有经济价值,即能满足人们的某种需要且能用金钱来衡量;第二,需不具有自然人的人格;第三,须人力所能支配。<sup>⑩</sup> 事实上,由于现代社会经济、科学技术的发展,“物必有体”的概念已经不符合实际生活的需要,将财产的范畴界定为包括物质形态的有体物、表现为权利的无体物以及各种权益是比较合理的。

## 2. 无形财产的意义追问

法律对无形财产的概念鲜有规定,倒是会计学对无形资产的概念多有论述。如《国际会计准则第38号——无形资产》对无形资产的定义是:无形资产是指用于商品或劳务的生产或供应、出租给其他单位,或管理目的而持有的、没有实物形态的、可辨认的非货币资产;1992年我国第一部《企业会计准则》将其界定为:无形资产是指企业长期使用而没有实物形态的资产,包括专利权、非专利技术、商标权、著作权、土地使用权、商誉等。无形资产虽是一个经济范畴的概念,但其包含的内容与无形财产无异,正如康芒斯所言:财产的经济意义就是资产,而资产的法律意义就是财产。<sup>⑪</sup>

学理上,无形财产包含了三种含义:(1)指不具备一定形态,但占有一定空间或能为人们所支配的物;(2)特指知识产权,主要是基于知识产权的非物质性和无形性而做出的界定;(3)将有形物所有权之外的任何权利称为“无形财产”,知识产权仅是其中一种。<sup>⑫</sup> 第三种含义既符合大陆法系所有权以外的权利均可称为无形物之法理,又体现了英美法系财产内涵的广阔,即无形财产不仅是一种财产形式,而且是相对于有形物所有权而言的,对应的是所有权以外的其他权利。当人们将权利抽象为财产时,一场新的革命在财产法中就诞生了。首先是债权、用益权、地役权等设定在有体物之上的权利作为无体物而成为财产,其次是这些财产在英美法中被转化为无体物而强化了与有体物之间的关联,继之是知识产权被作为无形财产而纳入财产法的视野……。对此,澳大利亚著名知识产权专家 Peter 教授说“当财产法承认了无体物的存在并将某些权利归类于无体物时,这至少为发展一种更为抽象的财产理念留下了思考的余地。”<sup>⑬</sup> 这一抽象理念的积极影响在于,一是促进了财产观念由具体到抽象的转变,使人们不再将财产范围局限于有体物,而扩大到众多不具有外形的财产,从而使财产的概念出现了高度的抽象化和非

④ 参见[英]F·H·劳森、B·拉登:《财产法》,施天涛等译,中国大百科全书出版社1998年版,第3~5页。

⑤ 参见[美]罗伯特·考伦、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第125页。

⑥ 参见马俊驹、梅夏英:《财产权制度的历史评析和现实思考》,载《中国社会科学》1999年第1期。

⑦ 参见《法国民法典》第516条、第526条、第529条。

⑧ 参见《德国民法典》第90条。

⑨ 参见梁慧星:《民法总论》(第三版),法律出版社2007年版,第156页。

⑩ 参见马俊驹、余延满:《民法原论》(第三版),法律出版社2007年版,第5页。

⑪ 参见[美]康芒斯:《制度经济学》(上),于树生译,商务印书馆1962年版,第93页。

⑫ 参见马俊驹、梅夏英:《无形财产的理论 and 立法问题》,载《中国法学》2001年第2期。

⑬ See Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth, Aldershot, 1996, p. 19.

物质化;二是它的抽象的品行为人们拓展财产的范围、延伸财产法的调整对象埋下了伏笔。<sup>⑭</sup>

### 3. 公司机会之财产属性的认知理路

公司是一个以营利为目的的法律实体。公司营利目标的实现只能通过交易行为来实现,而对于任何一个公司,权利的获得与利益的增加都是从公司机会的获取开始的。尤其是在我们所处的这样一个高度信息化的时代,信息就是金钱,机会就是财富,获取信息和公司机会的能力直接决定着公司经营状况的好坏。正是由于公司机会的重要性,才产生了是否将公司机会当作公司财产来保护的问题。

按照前文所述财产的成立要件,将公司机会视为财产似有不妥。公司机会具有经济价值是显而易见的,公司机会不具有自然人人格也是毋庸置疑的,但公司机会能否用金钱来衡量?能否为人力所支配?恐怕不能一概而论。公司机会只是一种转化为财产的可能性,这种可能性有时很难用金钱的形式加以量化。由于经济生活的复杂性,公司机会可能转瞬即逝,再加上存在公司利用机会不能(包括法律不能和事实不能)的情况,并非所有的公司机会都能为人力所支配。正因如此,有观点认为从严格意义上来说,公司机会不是公司的资产。<sup>⑮</sup>

然而,若固守传统的财产观念,将公司机会排出于公司财产之外,否认其财产属性,公司对其不享有财产权利,则不利于激发公司追求和利用商业机会的积极性和创造性,从而导致公司趋于内向与消极。诚如有学者所言,财产权利的贫困使私人利益得不到制度性保障,必然削弱私人长期追求财富增值与知识创新的热情。<sup>⑯</sup>社会生活的日新月异呼唤着法律观念的更新,客观上要求我们必须赋予财产新的时代内涵。笔者认为,公司机会具有某种抽象的财产属性,可以纳入无形财产的范畴,理由如下:第一,随着非物质性财产类型的扩张,财产被定义为“对价值的权利而非对物质的权利”。<sup>⑰</sup>由于公司机会是公司实现利益的重要纽带和平台,具有独特的经济价值,因此可以将公司机会看作“对价值的权利”。第二,20世纪初,美国学者施瓦茨列举了“具有重大价值的新型财产”,包括商业信誉、商标、商业秘密、著作权、经营利益、特许权以及公平的便利权。<sup>⑱</sup>公司机会是保持公司持续经营的重要条件之一,具有强烈的“经营利益”色彩,因而公司机会属于新型财产类型。第三,现代社会出现了将利益、机会、资格等财产化的倾向,“新财产”概念应运而生,如美国学者弗里德曼将就业机会、养老金、政府特许作为新财产看待。<sup>⑲</sup>既然公司机会是实现公司利益的重要保障,是公司实现利益的载体和中介,那么就有将公司机会予以财产化之必要。

基于以上认知,笔者认为,公司机会是一种可转化为利益的抽象存在,具备鲜明的财产属性,应当被纳入无形财产的规制范围。在新的时空背景下,我们应当进行法律观念的更新和法律制度的创设,以加强对公司机会的法律保护。

#### (二) 公司机会的权利属性

同公司机会的财产属性一样,公司机会的权利属性同样充满争议。争议主要有两点,一是公司机会能否成为民事权利的客体,二是假如可以成为民事权利客体,公司机会属于哪一种权利类型?在大陆法系,商业机会很少作为法律概念被涉及,更不用说存在以机会为客体的权利。根据民法理论,民事权利的客体包括物、行为、知识产品和人身利益,公司机会显然不属于后三者。唯一的可能是将公司机会视为一种物,一种无形物。事实上,广义的物的概念实质上是一种法律保护的利益,而公司机会正是公司法要保护的一种法益,因而可以将公司机会归属于广义的物的范畴,进而可以成为民事权利的客体。那

<sup>⑭</sup> 参见胡开忠:《无形财产形态的历史演变及启示》,载《云南大学学报》2003年第1期。

<sup>⑮</sup> See John Lowry and Rod Edmunds, "The Corporation Opportunity Doctrine: the Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies", *The Modern Law Review*, 1998 (61), p. 515.

<sup>⑯</sup> 参见邓建鹏:《财产权利的贫困——中国传统民事法研究》,法律出版社2006年版,第284页。

<sup>⑰</sup> 吴汉东:《财产的非物质化革命与革命的非物质财产法》,载《中国社会科学》2003年第4期。

<sup>⑱</sup> 前引⑰。

<sup>⑲</sup> 前引⑱。

么,公司机会属于哪一种权利类型呢?有学者认为,公司对属于其的商业机会享有的是一种优先权,<sup>②①</sup>即与董事相比,公司更应该获得该机会。优先权是一种根据法律规定或者当事人约定,不同性质的若干民事权利发生冲突时,某一民事权利人的民事权利优先于其他人的民事权利。公司机会属于公司所有,董事对其并不享有实体权利,因此,优先权的观点难以成立。有学者认为,公司对其公司机会的权利应当是一种为了取得这些权利的“权利”,法律上称之为“期待权”。<sup>②②</sup>期待权“系指因具备取得权利之部分要件,受法律保护,具有权利性质之法律地位”,并且,“期待之地位,既与所期待之权利有别,而判例学说所以赋予权利之性质者,盖基于经济及社会观点,有使之成为法律交易客体之必要。”<sup>②③</sup>问题是公司机会是否具备某项权利的部分成立要件呢?答案似乎又远非那么简单。因为公司机会可能表现为一个处于萌芽状态的主意,也可能表现为一个具有商业前瞻性的投资计划,很难说这种主意或计划具备权利的部分成立要件。理论的困惑使得公司机会的权利属性扑朔迷离。

笔者认为公司机会可以成为期待权的客体,具备期待权的权利属性。

期待权的构成应当具备三项条件,一是对未来取得某种完整权利的期待,二是已经具备取得权利的部分要件,三是期待权所指称的法律地位应具有一定的独立性。<sup>②④</sup>由于公司机会的有用性与稀缺性,在利益驱动下,公司董事和高级管理人员作为理性经济人无不想把握和利用好公司机会来为公司及自身创造最大价值,可以说,他们对通过公司机会而获取财产利益充满了期待。董事及高级管理人员在利用公司机会之前,已经具备了取得权利的部分要件,因为公司机会的权利主体已经明确——公司机会属于公司,并且所期待的特定利益的内容与范围基本可以确定。所以,期待权的前两个成立要件,公司机会均符合。至于第三个要件则应具体分析。期待权所指称的法律地位,是指法律具有一定的利益,能够进行处分,享有权利的独立机能并可以获得法律的确保。公司机会具有一定的利益内容是确信的,但公司机会是否享有权利的独立机能和是否具有独立的法律地位?答案则并不清晰。笔者认为,其关键在于能否区分清楚期待权与单纯的期待、期待利益的关系。

我国台湾学者曾世雄先生认为三者的区别在于他们的法律定位不同。期待权虽然在于某种假设之上,但一旦被纳入法律规范之后即具有了权利要件,是一种权利,并以法律明文规定作为依据;而期待利益虽经纳入法律体系之规范,但不具有权利要件,只是一种法益,并以法益的概括规定作为依据;而单纯的期待则是未纳入法律体系之规范的、存在于某种假设之上的生活资源,如子女期待继承父母遗产之机会利益。<sup>②⑤</sup>王泽鉴先生认为,对单纯之期待与期待权之区别,应以实质观点予以判断。对于具备何种取得权利要件之地位,始足以构成期待权,应予以考虑的因素有两点:一是此种地位是否已受法律保护,二是此种地位是否有赋予权利性质之必要?<sup>②⑥</sup>从理论层面来看,公司机会对公司具有重要价值,赋予其权利性质,即可以为公司利用该机会提供正当性基础,也能为公司针对篡夺公司机会行为而提起的诉讼设定新的诉求。从现实层面而言,无论是英美法还是大陆法,大都在公司法中规定了公司机会条款,对董事及高级管理人员篡夺公司机会的行为进行法律规制。公司机会已经远远超越了单纯之期待,也非期待利益所能包容,而是符合了期待权的构成要件。

当然,一种期待要成为一项权利,一项期待权,需要自身达到一定的确定性,可以受到法律的充分保护,不致脆弱得因他人的轻易侵害即告灭失;另一方面,这种期待在经济上具有意义,可以如同既得权利那样进行充分地转让,以实现其价值。<sup>②⑦</sup>由于机会只是一种可能性,而非实际掌握在公司手中,特别是

②① 参见薄守省:《论美国法上的公司机会原则》,沈四宝主编《国际商法论丛》(第4卷),法律出版社2002年版,第122页。

②② 程胜:《董事篡夺公司机会法律问题研究》,顾功耘主编《公司法律评论》(2001年卷),上海人民出版社2001年版,第17页。

②③ 王泽鉴:《附条件买卖买受人之期待权》,《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,第145~148页。

②④ 参见申卫星:《期待权基本理论研究》,中国人民大学出版社2006年版,第32~41页。

②⑤ 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第50~52页。

②⑥ 前引②。

②⑦ 前引②,第37页。

当机会本身并不成熟或公司缺乏掌握机会的能力时,这种不确定性就更加明显了,所以能否构成财产或者期待权,人们仍心存疑虑。不过我们认为,尽管公司机会有时表现为一个处于萌芽状态的主意或计划,显示出较强的脆弱性和不确定性,但常态的公司机会却是成熟的、具有利益内容并可以直接利用的商业机会。虽然一项公司机会所代表的利益内容尚未成为一种民法传统意义上的实体财产权利,但法律已经将这种权利假定为实体财产权利加以保护。另外,当公司不愿意利用此种机会时,董事可以利用,这也间接说明公司机会具有可转让性。因而,公司机会基本具备期待权客体的成立要件,公司对其享有的权利可视为一种新型的期待权。

### 三、公司机会的认定

#### (一) 公司机会的认定标准及其评析

公司机会的认定是公司机会规则的核心命题。公司机会就是属于公司的商业机会,其认定的过程便是确定商业机会归属的过程。公司机会的认定通常需要经过两步,第一步是确定商业机会的存在。在保护公司利益的价值预设下,通常的做法是,只要是可能被利用并带来利益的信息,都可以被视为商业机会,因此这一步骤通常并不会发生争议。第二步是判定该项商业机会属于公司,公司机会认定标准的选择便存在于这一步。围绕着这一问题,英美判例法、制定法以及学界确立了多项标准。下面以美国法为中心,对各项认定标准进行分析、评判。

##### 1. 利益与期待标准(interest or expectancy test)

该标准是认定公司机会是否存在的最早的一个标准,由阿拉斯加法院在1990年 *Lagarde v. Anniston Lime&Stone Co.* 一案中确立。该标准的理论推导过程是:公司董事获取的财产具有推定信托的性质,公司机会也是一种具有信托性质的财产,如果公司在获取此种机会时对该种性质的机会享有利害或享有实体期待的话。也就是说,公司机会规则不应当被用来阻止公司董事购买任何可能对公司有用的财产,而仅仅用来阻止他们获得公司需要的或正在努力取得的或者他负有为公司取得义务的财产。<sup>②7</sup> 换言之,公司机会必须是涉及公司既得利益的财产或者公司拥有由既得权利而产生的期待,它强调的重点是公司的受托人不得有意损害公司既得的和期待的利益。

以公司的既得和期待利益作为标准来对公司机会作以界定,具有很大的局限性。因为何谓利益本身就有很大的主观随意性,若采用该标准,许多本来应属于公司的信息将会可能会因为利益无法确定而变为“非公司机会”,从而导致董事损害公司和股东利益而不受处罚。<sup>②8</sup> 因而,虽然该标准尚未退出历史舞台,但逐步被边缘化,让位于更为严格的公司机会认定标准。

##### 2. 经营范围标准(line of business test)

这种标准首先在1939年 *Guth v. Loft Inc.* 案中得到说明,接着又在另一个相关案例中得到适用,并且由哈佛大学法学评论作了论述,从而使该种标准迅速扩大影响,成为检验某种机会是否为公司机会的最重要标准。美国特拉华州最高法院认为“一家公司从事某种机会,并且对提供给它的机会所包含的行为具有基本知识、实际经验和实施能力,就其财务状况来看,这种机会在逻辑上当然适合该公司经营,而且该机会与公司达到合理需求和扩展愿望是一致的,在这种情况下,认为该机会属于公司的经营范围是适当的。”<sup>②9</sup> Beek教授也认为“公司机会原则要求,如果公司对该种机会享有目前利益或者对已经开始在寻求的机会享有期待利益,或者如果公司对该种机会无目前利益或期待利益,但是,如果公司因为其既存的经营范围而有理由认为可能会对该种机会利害关系,那么受信任人必须在他自己利用这些机

<sup>②7</sup> See *Burg v. Horn* (1976) 380 F.2d 879F (U.S.C.A.2d.cir).

<sup>②8</sup> 参见徐晓松:《公司法与国有企业改革研究》,法律出版社2000年版,第100页。

<sup>②9</sup> 《大西洋各州判例汇编》第2辑第5卷(特拉华州,1939年),第503页。

会之前就将该种机会呈报公司。”<sup>③①</sup>

经营范围标准虽然得到了广泛适用,但该标准并非完美无缺。该标准客观上要求公司的经营范围条款采取特定多数目的性条款,以增强确定性与可操作性。但实践中,公司为了免受“越权条款”的制约,在公司制定章程时尽可能扩大公司的经营范围,并在公司经营范围条款中使用概括性甚至模糊性的词语,这无疑增加了经营范围标准适用的难度。

### 3. 公平性标准(fairness test)

1948年马萨诸塞州最高法院在 *Durfee v. Durfee & Canning Inc.* 案中采用了美国学者白兰廷(H. Bal-lantine)的观点,主张用“公平性标准”来判断董事利用商业机会的行为是否对公司而言具有公平性并符合衡平原则的道德标准。白兰廷列举了七项要素作为实施“公平性标准”的具体事实要素,包括:(1)该机会是否具有特殊的或独特的价值,或者说它是否为公司的业务发展所必需;(2)该机会是否基于公司高级职员这一职位所知悉的;(3)公司是否积极地追求这一机会,如果是,那么公司是否已经放弃了这一努力;(4)该高级职员是否有明确的职责为公司获得这一机会;(5)为取得或开发这一机会他是否使用了公司的资金或设施;(6)他利用这一机会是否使得公司处于不利的地位,他是否有将此机会转售给公司的意图;(7)公司是否有足够的能力、财力及其他条件来利用这一机会。<sup>③②</sup>

公平性标准使得公司机会成为“公平、正义”的载体,符合衡平法的精神,从理论上是说得通的。然而,该标准过于模糊和抽象,实践中难以操作。它“反映了人们在试图用更加明确的口头方式来归纳总结关于对公司机会案例所作的司法陈述时所表现出来的无奈和绝望。”<sup>③③</sup>美国的公司法评论家认为这一标准只是在强调司法的逻辑诡辩和灵活性,<sup>③④</sup>甚至是在已经模糊的公司机会原则中添加新的混乱。<sup>③⑤</sup>

### 4. 权力滥用标准(misuse of powers)

该标准由谢弗德教授提出,其内涵是:当董事获得某种商业机会或其他商业优势,无论这种商业机会或其他商业优势是否可以由公司获得,如果董事在事实上通过其享有的权力的滥用而获得了这种商业机会或其他商业优势的话,即可推定董事滥用公司赋予其权力这一事实存在,公司董事除非能够证明其取得这种商业机会或其他商业优势不是通过其受信人的权力的运用,否则他就应该就利用这种商业机会或其他商业优势而取得的利益对公司承担法律责任。法官运用此标准认定公司机会,需要的程序规则是:首先,界定该种法律责任的基础即权力的滥用,也就是机会的攫取与利用是否同权力的滥用有因果关系;其次,法庭将注意力转向受信人所攫取和利用的机会,以决定他所享有的任何实际上和法律上的权力是他获取这种机会的原因;最后,是因果关系的推定,即一旦证明权力滥用和机会获取之间有因果关系,则受信人必须对公司承担利益说明的法律责任。<sup>③⑥</sup>权力滥用标准优越之处是使用了“过错推定原则”,明确了公司机会认定中举证责任的分担,从而将禁止篡夺公司机会规则又往前推进了一步。

### 5. 结合标准——两步分析法(two-step analysis)

1974年明尼苏达州最高法院在一个案例中将经营范围标准与公平性标准结合起来认定公司机会,首创了“两步分析法”,也称为“明尼苏达标准”。其运作机理是:首先根据业务范围标准确定某一商业机会是否是公司机会,如果回答是肯定的,那么再进行第二步,判定被告是否违反了善意、忠诚及公平交

<sup>③①</sup> Beek, S. M., *The Quickening of Fiduciary Obligation: Can Aero Services*, O'Malley (1975) 53 Can. Bar Rev. 771 p. 783.

<sup>③②</sup> 前引②,第272页。

<sup>③③</sup> [美] 罗伯特·C·克拉克:《公司法》,胡平等译,工商出版社1999年版,第191页。

<sup>③④</sup> See Annotation, *Fairness to Corporate: Where is "Corporate Opportunity" Allegedly Usurped by Officer or Director*, 17 A. L. R. 4th 479 (1996).

<sup>③⑤</sup> See Victor Brudney, Robert Charles Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 94 Harv. L. Rev. (1981).

<sup>③⑥</sup> 参见张民安:《现代英美董事法律地位研究》(第二版),法律出版社2007年版,第398~399页。

易的义务。原告对第一步负举证责任,被告就第二步负举证责任。法院在判定个人利用公司机会是否公平时,会考虑的因素包括:被告与公司的管理与控制关系;他是因个人原因还是因职务原因而得到此机会;他是否曾事先向董事会及股东们公开过此机会以及他们的反应;他在取得该机会时是否得到了公司的设施、资金或人才;他的行为是否对公司造成了损害;他是否对公司尽到了一个通常谨慎的、处于相似职位的人在类似情况下应当尽到的勤奋、奉献、谨慎与公平,以及根据情况应当尽到的别的行为。<sup>③⑥</sup>

两步分析法为利用公司机会的行为人提供了“公平”这一抗辩事由,看似有助于实现公司与董事之间的利益平衡,但却因价值的模糊性而遭到不少学者批评,克拉克教授甚至认为该标准在逻辑上存在问题:如果第一步发现被告所利用的机会是公司机会,那么他侵占就是不应当的,又何来“公平”可言?如果第一步发现被告所利用的机会不是公司机会,那么他的利用就没什么不妥,又有什么必要再去考察“公平”呢?<sup>③⑦</sup>

#### 6. 美国法律研究院的建议:双重标准

为了推动各州公司治理的法律统一,美国法律研究院1992年制定了立法范本《公司治理原则:分析与建议》,其第5.05条(b)款将公司机会定义为:公司机会是指以下任何一种从事商事活动的机会(包括取得、使用任何契约权利或任何其他有形、无形财产):(1)对于一个高级主管或任何董事而言,这一机会是指下述情况下他被告知或能够得知的任何机会:(A)与他作为高级主管或董事而履行其应尽的义务相关,或根据情况合理地判断,他应该相信,向他提供这一机会的人是期望他把这一机会告知该公司,或(B)通过使用公司信息或财产所得到的、该高级主管或董事根据合理判断应该相信这一机会是对公司有利的机会;或(2)对于一个专职的公司高级主管或董事而言,这一机会是指他知道或应当知道该机会与其公司所从事或依合理的预计能够从事的业务有密切的联系。<sup>③⑧</sup>

从上述条款可以看出,在公司机会认定标准上,美国法律研究院采取了双重标准,即对专职董事适用经营范围标准,而对非专职董事适用忠实义务标准。由于《公司治理原则:分析与建议》具有立法范本性质,因而其确立的双重标准对立法及司法实践产生了重要影响。但是作为公司机会规则法典化的第一次尝试,双重标准的确定性是以丧失灵活性为代价的。由于《公司治理原则:分析与建议》对公司机会所下的定义过于宽泛,对“拒绝公司机会”设置了繁琐的程序规则,管理层很难迅速作出判断,进而影响了经营效率。

#### 7. 克拉克教授的观点:不同公司,不同标准

美国公司法权威学者罗伯特·C·克拉克教授在经典名著《公司法》中详尽阐释了公司机会规则,其观点极富影响力。他认为,公司机会的认定标准之所以十分混乱,原因在于法院没有将不同性质的公司加以区别对待,而封闭公司与开放公司的诸多不同之处,决定应适用不同的公司机会标准。以他的理解,两种公司的不同之处至少在于:第一,封闭公司的股东比开放公司的股东在选择管理层方面有更大的实际控制能力;第二,封闭公司的股东比开放公司的股东在监督管理层方面有更大优势;第三,开放公司的管理层通常是专职从事公司的业务经营,而封闭公司的管理层多为兼职性质;第四,开放公司管理层的报酬主要来自他们与公司之间的报酬协议,而封闭公司的管理层由于其身份的两重性,很难区分实际报酬的来源;第五,两类公司面临的机会组合也很不相同。开放公司财力雄厚,应付风险能力较强,故其可利用的公司机会范围较为广泛,而封闭公司规模较小,只在相对有限的范围内从事经营活动,故其公司机会范围要窄一些。据此,克拉克教授认为,开放公司应适用绝对性规则,封闭公司则应适用

<sup>③⑥</sup> 前引②,第112页。

<sup>③⑦</sup> 前引②,第191页。

<sup>③⑧</sup> 参见美国法律研究院《公司治理原则:分析与建议》(上卷)楼建波等译,法律出版社2006年版,第329页;及前引②,第275页。

选择性规则。<sup>③</sup>在他看来,开放公司中股东之间及股东与管理层之间的关系类似于一种“标准契约”关系,股东、董事和经理各自扮演着固定的角色,故公司法对于他们各自行为的规制也就不容许有更多的变通余地,因此应当适用绝对性规则。而封闭公司中股东与董事、经理角色不分,他们之间的关系是基于互相协商与理解,因此公司法对于他们各自行为的规制,就需要考虑特定的事实、协商关系,从而确定他们之间权利性质的性质,故应适用选择性规则。克拉克教授还主张区分开放公司中的专职董事与兼职董事,对他们适用不同的标准。专职董事不得参与任何可能获利的商业机会,而且不允许他们以公司无利用能力或公司同意作为抗辩。

对封闭公司的公司机会认定,克拉克教授建议采用“职能上相关”这一新标准。<sup>④</sup>根据该标准,封闭公司中如果就利用公司机会产生争端,可依照下列原则和程序处理:第一,如果有异议的机会在功能上与公司的业务相关,那么无论这一机会是否必要或是否具有特殊价值,个人也不得利用;第二,如果公司就该机会享有利益或期待利益,个人不得利用;第三,如果就一项新的计划项目,公司股东事先同意或当时同意放弃,即使有违上述两项原则,个人也可以利用,只要这样做不至于对公司造成损失;第四,如果一个新的计划项目不属于上述三原则的范围,不必征得他人同意或与其他人共享,个人就可以利用。

克拉克教授把对利用公司机会行为的规制建立在两种公司类型划分的基础上,从而提出了差别对待的主张,其见解相当精辟,意见也非常中肯,在美国学界和实务界产生了重要影响。

## (二) 我国公司机会认定标准的构建

### 1. 学理之争与观点评判

公司机会的认定标准在我国还处于立法空白状态,在我国已经导入公司机会规则的情势下,尽快明确公司机会的认定标准殊为必要。但具体选择什么样的认定标准,学界颇有争议。

刘俊海教授认为,认定公司机会应同时考虑三个因素。首先,公司机会是董事在执行公司职务过程中获得的;其次,公司机会必须是董事有义务向公司披露的;再次,公司机会必须是与公司经营活动密切相关的机会。据此,可将公司机会界定为:董事或其他经营管理人员在执行职务过程中获得的,与公司经营活动密切相关的各种机会。<sup>⑤</sup>这种观点借鉴了美国判例法中的经营范围标准,但又基于公平性原则予以限制,既避免了公司机会的范围过于宽泛,又克服了公正性标准所带来的不确定性。

然而,徐晓松教授对上述观点却持有异议。她认为在上述三个因素中,只有“机会是否与公司经营活动密切相关”才是认定标准。理由在于:首先,讨论公司机会的认定问题是在现任董事的前提下进行的,董事卸任后获得机会不在讨论范围之内;其次,董事在执行职务过程中获得的机会固然属于公司机会,但是由于其董事身份,董事在工作之余获得的信息也不能说完全与执行职务无关;再次,董事应该根据其作为董事应当具有的素质来判断其所获得的信息是否与公司的经营有关,凡与公司经营有关的信息就应当履行披露义务,而不是先断定是否披露再判断与公司经营是否相关,否则,董事就有可能故意不披露一些实际上与公司经营有关的信息。<sup>⑥</sup>

对此,王影丽教授也阐释了自己的看法,其基本观点是:第一,判断某一董事接触的机会是否构成公司机会,应考虑该机会是否为一项“逐渐成熟的生意机会”。假如公司仅仅是抱有希望,而未至于具体化的机会,则不构成公司机会。第二,如果公司机会认定成立,则董事必须履行向公司披露的义务,而不能说必须向公司披露的便是公司机会,因此认为“公司机会必须是董事有义务向公司披露的”有逻辑倒

<sup>③</sup> 绝对性规则是指严格、统一地适用于一个相当广泛类型的事项的规则,如信托法上关于受托人不得与信托财产相交易的规则,公司机会认定中的“经营范围标准”就接近于绝对性规则。选择性规则则是指一个类型广泛的事项,允许依照不同实际情况而采取差别对待,如公司机会认定中的“公正性标准”与“利益与期待标准”。参见前引<sup>②</sup>,第196页。

<sup>④</sup> 前引<sup>②</sup>,第132页。

<sup>⑤</sup> 参见刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》(修订本),法律出版社2004年版,第172~173页。

<sup>⑥</sup> 前引<sup>③</sup>,第101~102页。

置之嫌。第三,认定某项商业机会属于公司机会,必须考虑到与该公司的经营活动密切相关。<sup>④3</sup>

从目前的争论中我们可以看出,三位学者都认同将“是否与公司经营活动相关”作为认定公司机会的标准,区别在于认定细节的差异。首先,公司机会是否一定要限定在“董事在执行职务中获得”?笔者认为没有必要作如此严格的限定。因为,即使董事不在执行职务的过程中,但利用其董事身份获取了属于公司的商业机会,也应该认定为篡夺了公司机会。至于当董事面临一个商业机会,是先向公司披露还是先判断该机会是否为公司机会的问题,我们认为应先根据经营判断规则予以判断,根据判断的结果再决定是否向公司披露,是否向公司披露必应成为公司机会认定的条件。

## 2. 立法及司法政策考量

综合国内外的学说和实践,笔者认为认定公司机会应当考量下列因素:

其一,机会的来源。该问题包括两个方面,一是董事获得机会中的职位因素,二是机会的提供者对交易相对人的预期。职位因素要求考虑董事是否基于其在公司中的职位,或是利用了公司的资源而获知某一机会。如果董事是基于其在公司中的管理地位,或在执行职务的过程中,或利用了公司资源而获得了的某机会,那么就可以认定该机会属于公司机会。对于董事通过纯粹私人途径获知的机会,在此商业机会发展成熟过程中与公司没有物质上的牵连关系,不应当认定为公司机会,董事可以自行利用。<sup>④4</sup>机会的提供者对交易相对人的预期也是一个重要考量因素。如果提供者明确表示将此机会提供给公司,或者根据现有事实可推定出提供者有此意图,那么该机会属于公司;如果提供者明确表示将此机会提供给董事,或者明确拒绝与公司交易,那么该机会不构成公司机会;如果提供者没有明确表示提供给公司还是董事,而仅仅发生将该机会提供给董事的事实,则要考虑该机会的提供是否与董事的身份有关,以董事身份被提供的机会属于公司,否则要考虑是否处于执行职务过程中,是否基于其在公司中的职务,是否利用了公司资源。如果这些情形都不存在,则该机会不属于公司机会。

其二,公司机会必须是与公司经营活动相关的商业机会。公司经营活动是指与公司实现其营利目的的相关的所有活动,比“经营范围”的外延广泛,从而有利于加强对公司利益的保护。判断某一商业机会是否与公司经营活动相关,需要考虑的因素有:(1)公司是否就取得该机会进行过谈判;(2)该商业机会是否首先向公司提出,或首先提供给作为公司管理人员的董事;(3)董事获得这一机会是否是基于其在公司中的地位;(4)董事是否使用了公司的设施或财产去实施该机会;(5)公司对该机会需求的程度。<sup>④5</sup>如果机会是公司努力争取的,或机会是首先提供给公司的,或公司的资金曾被用于实施该机会,或寻找公司机会过程中利用了公司的设施或人员,那么此种机会即可被认定为公司机会。

其三,针对某一商业机会,董事是否有义务向公司披露。要求董事就所有信息完全履行披露义务是不可能也是不现实的,依据客观性标准来衡量其是否披露某一信息或机会,可操作性也值得怀疑。既然公司机会规则是董事承担的“整体性忠实原则”的一部分,那么就不应该脱离忠实义务来谈披露义务。在忠实义务的语境下,董事在任期内必须披露的是与公司利益有关联的信息或交易机会,包括能取得或运用合同权利、其他有形财产或无形财产的信息或交易机会。对于那些对公司来说没有实际或期待利益的机会,自然难以认定为公司机会,也不属于应披露的范围。严格说,其与前项标准是相一致的,该因素只不过是对前项应考虑因素的补充。

其四,在具体认定标准的选择上,笔者认为,应采取“区别对待”的务实态度,针对公司和董事的不同类型采取不同的认定标准,以免规则过于机械和僵硬。具体而言,基于股份公司管理层独立性较强的特点,在机会规则的认定上宜采取比较严格和统一的认定标准,不允许公司通过约定加以排除,而针对合意性较强、股东有较大可能实施监督的有限责任公司,可采取相对宽松的认定标准,尊重公司自身的

<sup>④3</sup> 参见王影丽:《董事责任制度》,中国财政经济出版社2002年版,第180页。

<sup>④4</sup> 参见陆小妹:《美国公司机会规则之立法借鉴》,顾功耘主编:《公司法律评论》(2006年卷),上海人民出版社2007年版,第236页。

<sup>④5</sup> See Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, 法律出版社1999年版,第411页。

选择。另外,对专职董事和兼职董事也应有所区分,专职董事不得参与任何可能获利的商业机会,而且不允许他们以公司无利用能力或公司同意作为抗辩。而兼职董事则重在采用“职务相关”标准,而不能够单纯采用“经营范围”标准,以体现其公允性。

#### 四、义务主体范围的扩展与重构

根据我国《公司法》第149条的规定,法律规制的篡夺公司机会行为的主体包括董事和高级管理人员,把监事排除在外。至于控股股东、实际控制人以及其他人员是否负有不得篡夺公司机会的法定义务,《公司法》无明确规定。笔者认为,现行立法将篡夺公司机会禁止义务的主体限定为董事和高级管理人员,不尽合理,应该有所扩展。

##### (一) 篡夺公司机会禁止义务之行为主体范围的反思

###### 1. 董事内涵的复杂性及单一解释的局限性

董事是一个内涵与外延都很丰富的概念,仅从分类来看,董事按照不同的标准就有很多划分。是否任何类型的董事都一刀切地适用公司机会规则?按照我国公司法的逻辑,答案是肯定的,因为它未对董事作任何划分,没有对独立董事、影子董事等适用公司机会规则作出特殊化的处理。这显然不科学,在司法实践中也难以奏效。下面通过类型化解释的方法对董事在公司机会规则中的适用问题进行说明。

一种分类是将董事分为正式董事、事实董事与影子董事。正式董事是指经过适当的程序被选任并载于公司章程的董事。事实董事是指未经正常任命,但其公开行为显示他像是经有效任命的董事。<sup>④6</sup>许多公司常常愿意授予不是董事会正式成员的高级经理以董事头衔,这样做的目的是想用身份和地位的承认来激励他们做出业绩,或者给需要代表公司与第三人打交道的执行人员以便于公关的身份和地位。而影子董事则“是指这样的人,公司的董事们惯常地依照他的旨意和指示行动。”<sup>④7</sup>影子董事并不以董事身份从事具体行为,只是“潜伏在阴影中,躲在那些被其称为公司董事的人的身后,以便将自己排除在承担责任者的范围之外。”<sup>④8</sup>在实践中,影子董事通常表现为三种形式:(1)某大股东为避免承担个人责任而拒绝成为董事,但他在幕后持续地操纵着公司董事们的活动;(2)某人因破产而丧失了成为董事的资格,但他也一样地事实上操纵着公司的董事会;(3)控股公司持续地操纵着其子公司的业务。<sup>④9</sup>正式董事负有不得篡夺公司机会的义务,这一点没有疑义。但事实董事与影子董事是否也负有此种义务?我国公司法对此语焉不详。笔者认为,事实董事与影子董事均负有不得篡夺公司机会的义务。从立法目的来讲,规定事实董事的目的在于要求实际行使董事权利的人,承担作为董事的义务,而规定影子董事的目的则是为了防止公司事务的实际控制者逃避其应当履行的义务。如果不要这两种董事承担篡夺公司机会禁止的义务,势必导致权利滥用,引发道德风险,造成公司治理结构扭曲和失衡。

另一种分类是将董事分为经营董事与非经营董事。经营董事,在英国称为执行董事,在美国称为管理董事,是指那些同时是公司专职雇员的董事。作为一名董事,他由股东大会依公司法的规定选举产生,并负有和所有董事相同的责任;作为一名执行人员,他以公司的一名雇员身份与公司签订有雇佣合

<sup>④6</sup> 在美国判例法上,事实董事的概念也较为常见。以特拉华州为例,为了保护与公司交易的善意第三人,“一个人尽管他未经合法的程序被选任,或其选任程序事后发现有瑕疵,或者是董事但后来被免职,只要他的行为表现出是以董事身份在活动,他就被视为事实上的董事。” See Delaware Corporation Laws Annotated, 1994-1995ed, The Michie Company, 1995, p. 33.

<sup>④7</sup> British Company Act 1985, Section 741(2).

<sup>④8</sup> Anker Sorensen, Directors' Liability in Case of Insolvency, Kluwer Law International, 1999, pp. 44-45.

<sup>④9</sup> 参见李建伟:《独立董事制度研究——从法学与管理学的双重角度》,中国人民大学出版社2004年版,第31页。

同。非经营董事,在英国称为非执行董事,在美国称为外部董事,<sup>⑤0</sup>是指那些兼职董事,其具体职能是参加董事会议,为公司提供建议和咨询、监督经营董事和管理者。值得注意的是,担任此类董事的人常常就是其他公司的执行人员。<sup>⑤1</sup>经营董事负有不得篡夺公司机会的义务没有异议,有争议的是非经营董事,即外部董事。实践中,很多外部董事是其他公司的内部管理人员,而且这种身份正是其得以成为外部董事的重要原因。因此,从逻辑上讲,董事为其担任内部管理人员的公司争取商业机会并不视为篡夺其所担任外部董事的公司的商业机会。但是,这种公司机会的谋取必须是为了公司的利益,假若为自己取得商业机会,则同样受到公司机会规则的规制,诚如克拉克教授所言,外部董事不得利用公司的资源,包括它的信息,去开发或获取私人的商业机会;但外部董事个人发现的商业机会,不论是否属于公司业务范围,均无义务向公司报告就可以自己利用;而当公司和外部董事都独立获悉某个商机时,只有公司才能去尝试获得它。<sup>⑤2</sup>

## 2. 控制股东的义务主体地位及其推演

目前,英美公司法学界已经明确提出公司机会规则适用于控制股东。学者认为,除了部分股权高度分散、由内部人控制的公司外,在那些存在控制股东的公司中,篡夺公司机会的危险主要来自控制股东,董事和高管人员的行为通常也仅仅是控制股东意志的体现。控制股东总是通过种种手段挖掘见不得阳光的“隧道”,偷走中小股东的财富。有学者明确指出,“如果一家公司拥有的商业机会被认为是公司机会,那么这家公司的受托人——它的董事、高级职员以及控股股东——就不能自己窜用或侵占这一机会。”<sup>⑤3</sup>控制股东可能是公司的董事或高级管理人员,也可能不是,但在篡夺公司机会的危险性上,控制股东有过之而无不及。由于我国股权结构的特殊性,控制股东滥权的现象十分突出,主要表现为:(1)排挤与压榨中小股东;(2)侵吞公司财产;(3)不正当的关联交易;(4)内幕交易;(5)篡夺公司有利机会。<sup>⑤4</sup>因此,应该让控制股东承担比普通股东更多的义务。

英国与美国将公司机会规则覆盖到控制股东的路径不同。美国倾向于直接法,即控制股东的身份本身直接决定了其对公司负有诚信义务,当然负有不得篡夺公司机会的义务。英国则采取了更加缜密的间接法,即先推定控制股东是公司事实上的董事或影子董事,再由控制股东承担与董事相等的诚信义务,其中包含不得篡夺公司机会的义务。<sup>⑤5</sup>具体到我国,因为我国的法官不能解释法律,而现行《公司法》第149条又将不得篡夺公司机会的行为主体限定为董事与高级管理人员,因此要等待司法解释来解决控制股东适用公司机会规则的问题。在相应司法解释出台之前,法官只能在自由裁量的范围内,推定控制股东是董事或高管,再要求其承担相应义务。

## 3. 监事的义务主体地位及其求证

我国《公司法》将监事排除在公司机会规则规制的主体范围之外,让人匪夷所思,这可能是盲目“借鉴”英美法的结果,因为在英美法的公司机会规则中,似乎难以找到让“监事”承担篡夺公司机会法律责任的先例。事实上,对比两大法系的公司治理结构,我们会发现遗漏监事的主体地位是一种对英美法的误读。

<sup>⑤0</sup> 关于非执行董事、外部董事与独立董事三个概念的关系,学界观点不一。一般意义上,三者可以互换使用。但严格说来,外部董事又分为有关联关系的外部董事(即灰色董事)和无关联关系的外部董事(即独立董事),所以,外部董事未必是独立董事,而独立董事一定是外部董事。有学者从语文学上对三者进行了区分,认为“非执行”主要是指不从事公司日常经营事务的管理,“外部”则强调与公司关系的疏密程度,可见“非执行”与“外部”都是保证“独立”的形式要件,并不必然代表着“独立”。因此,“独立”较“非执行”及“外部”不仅含义更为宽泛,标准也更为严格。参见周友苏《新公司法论》,法律出版社2006年版,第563页。

<sup>⑤1</sup> 参见费方域《董事和董事会的结构》,载《上海经济研究》1996年第11期。

<sup>⑤2</sup> 前引<sup>⑤0</sup>,第206页。

<sup>⑤3</sup> [美]罗伯特·W. 汉密尔顿《公司法概要》,李存捧译,中国社会科学出版社1999年版,第188页。

<sup>⑤4</sup> 参见冯果《控制股东诚信义务——一个悬而未决的理论课题》2005年2月19日在日本同志社大学举行的“中国公司法律制度研讨会”上提交的论文。

<sup>⑤5</sup> 参见习龙生《控制股东的义务与责任研究》,法律出版社2006年版,第206页。

英美法系的公司治理结构由股东会、董事会和以首席执行官(CEO)为代表的经理组成。由于没有独立的监督机构,这种模式被称为“单一委员会制”,简称“一元制”。英美国家在立法上也没有关于监事会设立的规定,独立董事或审计员事实上发挥了监事会的作用。大陆法系国家受分权制衡思想的影响,在公司组织机构的设计上强调决策权、执行权和监督权的分离,即在股东会下,分别设立独立的执行机关董事会和监督机关监事会,这种治理模式又被称为“双重委员会制”或“二元制”。以监事的职权与地位为划分依据,二元制又可划分为垂直二元制与平行二元制。垂直二元制的典型代表是德国,平行二元制的典型代表是日本。我国的公司治理模式可以归于平行二元制,监事会与董事会处于平等地位,均由股东(大)会选举产生并对其负责。2005年修改公司法时,强化了监事会的职权,使监事会在公司治理中的地位有了大幅度提升。虽然监事不从事公司的具体经营业务,但基于其身份和地位,监事会接触到大量的公司信息和机会,有充分的理由将监事纳入公司机会规则规制的主体范围。

## (二) 公司机会规则义务主体范围的重构

我国《公司法》将负有不得篡夺公司机会义务的主体范围界定为董事与高级管理人员,存在一定的不周延性。虽然高级管理人员是一个开放性的概念,但毕竟有其特定的内涵,至少在我国现有的立法框架下,是难以将控制股东和监事涵盖其中。因此,有必要扩大公司机会规则的适用范围,将负有不得篡夺公司机会的主体范围延伸至控制股东和监事。<sup>⑤</sup>当然,公司中其他主体,如公司业务员,也可能会篡夺公司机会,但由于发生的机率低和不具有代表性,所以法律没有必要对此专门予以规制。另外,实践中应当区别专职董事与兼职董事,内部董事和外部董事,在其义务履行与责任承担上体现出差别,保持一定的灵活性。重构篡夺公司机会行为主体的范围,主要是通过立法和司法解释两种方式。完善公司机会规则,难以通过繁琐、细密的立法来实现,“绝大多数立法历史表明,立法机关并不能预见法官所可能遇到的问题。”<sup>⑥</sup>一旦通过立法的方式解决了法的模糊性缺陷,法的普遍性也将丧失殆尽。此外,我国《公司法》与《证券法》在几年前刚经历了全面的修改,近年内再进行修改的可能性不大。而且,考虑到法律修改的巨大成本,通过立法方式来完善公司机会规则并非最好的途径。因此,建议采用司法解释方式来完善我国的公司机会规则。

## 五、董事的抗辩事由及其展开

董事基于何种理由从事抗辩,是司法实践中必须予以关注和解决的问题。除了董事可以基于机会或信息的来源渠道证明是自己独立取得与公司经营无关,不属于公司机会之抗辩外,能否基于其他理由进行抗辩?司法机关又如何对待这些抗辩?的确一直困扰着国外的司法实践,也是我国司法实践直面的问题,本文就此略述如下。

### (一) “善意”能否成为董事擅自使用公司机会行为的有效抗辩理由?

公司机会规则是一个十分严厉苛刻的原则。尽管其来源于董事及高层管理人员的忠实义务,但在责任认定上则比一般忠实义务违反的认定条件要严格得多。在英美公司法中,忠实义务的核心是要求董事必须善意地为公司服务。而善意义务本身对董事来说并非一个严格的要求。对于“善意”的理解,法院只能考虑董事的主观想法,而不应凭自身理解判断什么才是公司的最佳利益。因此法院一般假设,除非有足够证据证明相反,董事皆为其所认定的公司最佳利益而善意行动。只有当证明董事的决定完全没有考虑公司利益时,法院才有权限干涉并否定董事的主观“善意”。而公司机会规则却截然相反。法院在这点上设定了一个与善意义务完全不同的假设,即只要董事通过其职务和身份了解到某个商事机会而他又以此获利,则不管他是否真的出于恶意,都认定他违反了对公司的忠诚义务。在Regal案中,法院强调董事是否具备恶意与判决最终结论并没有必然联系。这个观点暗示,法院对公司机会规则

<sup>⑤</sup> 为了行文方便,下文将用“董事”来概指篡夺公司机会的主体,有特别说明者除外。

<sup>⑥</sup> 陈云良:《法的模糊性之探析》,载《法学评论》2002年第1期。

采用了一个客观标准,而该客观标准的两个要点是:董事与公司的信托关系,以及董事从中获得利益。只要符合这两点,法院便毫不犹豫地认定董事的行为违背了“禁止篡夺公司商事机会”的规则,而不必考虑任何主观因素。由此可见,董事的善意并不能成为其未经同意使用“公司商事机会”行为的有效抗辩理由。这一立场值得我国司法机关借鉴。

## (二) 公司同意之抗辩——公司同意应如何做出?

禁止篡夺公司机会主要是为了防止利益冲突,关注的始终是对公司机会的滥用,即不经公司同意而适用该机会。相反若公司同意,则董事对该机会的利用当不构成对该规则的违反。但问题在于,何谓公司同意?公司对商业机会的拒绝和放弃能否视为公司同意董事可以利用该机会?在实践中颇有分歧。一种观点认为只要是公司放弃的机会,董事即可为了自己的利益加以利用,无需经过公司特别的同意,此以美国法律研究院《公司治理原则:分析与建议》为代表。<sup>⑤⑧</sup>另一种观点则认为,只有在公司放弃机会并同意董事为自己利益加以利用时,董事才可利用,以英国判例与学说为代表。<sup>⑤⑨</sup>比较两种观点,英国法规定的条件更为严格。为了更好地保护公司的利益,笔者倾向于采用英国做法,将来在完善我国公司法对董事抗辩事由的规定时,规定:如果董事要利用公司放弃的商业机会,须得到公司的明示同意。

与此相关的另一个问题是,公司同意应有何种机关做出?在英国,一般传统观念认为,根据禁止利益冲突原则的普遍规则,只有经过股东大会的批准,才能视作已获得公司的同意;董事会做出的批准,并不能视作公司做出的同意,我国公司法也采用了这一做法。但值得关注的是这一传统观念因与商业实践背离太远,英国2006年公司法对此已作出相应调整,即改变普通法传统中视股东大会为最终批准机构的做法,将判断“商事机会”作为一种公司运作的一般事项而交给董事会决定。<sup>⑥⑩</sup>

英国公司法的调整,反映出其追随商事实践变化的务实态度,毕竟相比没有商业知识和经验的股东,董事会可以做出更佳的商业判断,而且批准程序过于繁琐的确是不少董事绕开公司批准而秘密利用公司机会即铤而走险的一个很重要的原因。然而,降低对批准程序的要求有加剧利益冲突的危险,因为董事很可能会利用自己在董事会中的权力和影响左右其他董事会成员违心地做出有利于自己的决定。对此,英国公司法也给予了一定的关注。主要是视公司类别的不同,做出不同的安排。英国2006年公司法在对参加决议的董事的法定人数、利益关联董事表决回避做出明确规定之外,<sup>⑥⑪</sup>在公司是否同意董事利用公司机会问题上,还对私人公司和公共公司采取了不同对待。在私人公司中,公司法倾向于实施一个允许性规则,即除非公司章程中有相关禁止条款,董事会被默认享有适当权限以批准董事是否可以利用公司商事机会;而对公共公司则采取了一个许可性规定,即只有当公司章程中包含授权董事会批准的条款时,董事会才被允许对董事是否可以使用公司商事机会做出决定,否则董事依然只能通过股东大会来获得批准。<sup>⑥⑫</sup>这样一种制度安排,体现了立法者在公司与董事之间寻求利益平衡的良苦用心。

与英美国家之立法相比,无疑我国公司法在此问题上所持的态度是最为严格的,其目的自然是为了更好地保护公司的利益。不过,该规定是否过于僵硬和严苛,是否与日益发展的商事实践相符合,的确值得我们关注。鉴于我国现有国情,考虑到股东会尤其是召集股东大会的困难,笔者认为,通常情况下,由董事会作为公司机会合理利用的审批机关是可以考虑的。但这一原则也不能绝对化。如果某一公司机会涉及到公司的投资方向等重大问题需交由股东会(股东大会)作出决议,或该公司机会的交易额特别巨大,或董事会的过半数成员与该公司机会有利害关系时,应由股东会(股东大会)作出审批。当然,在属于董事会讨论的范围内必须排除与该讨论事项存在利益关联的董事及其他相关董事的表决,并须满足法定人数。

<sup>⑤⑧</sup> 参见美国法律研究院《公司治理原则:分析与建议》(上卷)楼建波等译,法律出版社2006年版,第328~329页。

<sup>⑤⑨</sup> 参见曹顺明、高华《公司机会准则研究》,载《政法论坛》2004年第2期。

<sup>⑥⑩</sup> See British Company Act 2006, Section 175(4)(b) .

<sup>⑥⑪</sup> See British Company Act 2006, Section 175(6)(a), Section 175(6)(b) . b

<sup>⑥⑫</sup> See British Company Act 2006, Section 175(5) .

### (三) 公司因财务困难不能利用公司机会能否成为有效的抗辩事由?

公司不能利用的公司机会通常会成为董事用以抗辩的事由。公司不能利用的公司机会既包括法律上的不能,如利用该机会构成违法行为或越权行为,也包括事实上的不能,如不具备利用该机会的财力或机会的提供者拒绝与公司交易。但实践中,董事能否就公司财务困难为由主张利用公司机会,一直歧义纷呈。

在 *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* 判例中,英国法院对此问题的立场是:当公司因财力不足不能利用某一机会时,董事不能利用。英国 2006 年公司法继承了法院在 *Regal* 案中的观点,明确表示“公司是否能利用这些财产、信息和商事机会与是否构成篡夺并没有实质关系”。<sup>③</sup> 报告强调,公司能否利用该机会并不应成为一个重要的要素。在美国法中,出现了两个观点完全相反的判例。在 *Irving Trust Co. v. Deutsch* 案中,联邦第二巡回法院驳回了被告以原告没有财力利用机会,因而自己可以利用该机会的抗辩。在 *A. C. Petters Co. v. St Cloud Enterprises* 案中,明尼苏达州最高法院却认为,在公司欠缺财力利用某一机会时,公司官员没有特别的义务用自己的钱资助公司利用这一机会,在此情况下,董事利用公司机会不存在对公司机会的篡夺。而美国学者汉密尔顿和汉恩则坚持认为董事不能因为公司财力不足作为抗辩而利用公司机会。<sup>④</sup>

财务状况涉及很强的专业知识,再者公司财务上的暂时性困难,不应成为剥夺公司未来机会的理由,因为公司完全有可能通过融资或其他方式改善公司的财务结构,而利用该商业机会,除非公司明确放弃并同意董事利用该商业机会,否则就构成对公司机会的篡夺。笔者认为,坚持公司同意这一必要程序,是尊重公司意愿的客观要求,也是防止公司董事为滥用公司寻找借口的必要措施。因此,对于没有经过公司同意,而以公司财务困难为由进行抗辩者原则上不应支持。

### (四) 未决机会:一种特殊情形的探讨

除了公司不愿利用公司机会和不能利用公司机会之外,现实生活中还有一种比较常见的情形,即当某个机会被提供给公司后,公司既未表示要实施该机会,也未就放弃该机会进行决议,这就是未决机会。此种情况下,董事能否利用该机会?有学者认为,为保护依法运用公司拒绝的商业机会的董事起见,公司机关应在商业机会允许的合理期限内尽快就是否拒绝某一商业机会作出决议,若在商业机会允许的最后有效期临近时,公司仍未置可否,则应推定公司拒绝运用该机会。<sup>⑤</sup> 这种观点,虽然有利于激发董事的进取心,避免公司机会因时过境迁而丧失利用价值,但也为董事与公司争利留下了隐患。假如法律允许这种推论,那么董事便可以种种借口推迟公司对是否利用某机会进行决议,从而达到将公司机会篡为己用的目的。尤其在我国现有的公司治理语境下,尚不宜将未决机会规定为董事可以利用的公司机会范围。

根据以上讨论,笔者认为,既然我国《公司法》目前没有直接规定公司不愿利用公司机会和不能利用公司机会等董事的抗辩事由,那么我们对此所作的任何突破都须慎重。不过,为了避免无谓的争论,也有必要增强法律适用的明确性,建议在将来出台的司法解释里作如下规定“对于公司不愿利用的公司机会,董事可以利用,但须得到公司的同意。对于公司不能利用的公司机会,董事可以利用,但必须事先向公司进行充分的信息披露并经过公司的核准。未决机会,不在董事可利用的公司机会之列。”

## 六、结语

董事作为公司或股东的受信人,负有不得与公司争利的义务。作为禁止利益冲突原则的一部分,

<sup>③</sup> 斯特林公司法审查小组:《公司法改革,现代公司法:最终报告 I》,第 3 章 3.5。

<sup>④</sup> See Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, 法律出版社 1999 年版,第 412 页; Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporation*, West Publishing Co., 1983, p. 464.

<sup>⑤</sup> 前引④,第 456 页。

“禁止篡夺公司商事机会”规则要求董事必须避免卷入个人与公司利益冲突之中,一旦董事擅自使用公司商事机会,就要为此承担法律责任。该规则在我国公司法中的引入,对董事忠实义务的完善无疑具有积极的意义。然而,对于一个操作性要求极强的公司法规则而言,现有规定显然很难满足现实生活复杂性的要求,需要对公司机会的性质、主体范围的界定、抗辩事由等进一步明晰化,以推动相关司法不断前行。尤其是在商事活动对信息高度依赖的当下,公司机会应该作为一种新的财产类型,纳入无形财产的范畴;在公司机会的认定上应重在考虑机会的来源、机会与公司经营活动的关联程度,并针对不同类型的公司分别采用不同的标准。为了更加有效地维护公司的利益,应尽快通过司法解释等方式对禁止篡夺公司机会的义务和责任主体作出扩展性解释,弥补现有立法之漏洞;同时明确“主观善意”和“公司财务困难事实上不能”不应成为董事利用公司机会的有效抗辩理由,公司明示同意应该成为我们坚守的准则。

---

**Abstract:** Corporate opportunity can be brought into the scope of the intangible properties because it has the nature of property. It is a new kind of expecting right. To define corporate opportunity, we should consider some factors, such as the resources of opportunity, the level of association with the management, the legal relief, the directors' duty of information disclosure and so on. Our corporate law prescribes that only directors and senior managements' actions on usurping corporate opportunity are unallowable. The scope of the body in obligation is too narrow and it should contain the controlling shareholders and the supervisors. Besides, we should amend our corporate law in the respect of the legal consequences of usurping corporate opportunity, the legal relief and the directors' ground of pleading.

---

(责任编辑:王莉萍)