

论公司机会规则的法律适用

邢宝东

沈阳师范大学, 辽宁 沈阳

收稿日期: 2021年11月23日; 录用日期: 2021年12月16日; 发布日期: 2021年12月24日

摘要

公司机会规则, 作为源于英美判例法的一项主要公司法理论, 是指禁止公司董事和高管人员将本属于公司的商业机会, 为谋取个人私利而转归自己加以利用。此项规则经过近一个多世纪的积累发展, 日益成熟, 是“英美法上最为复杂的制度之一”。我国于2005年在公司法中正式引入“公司机会规则”, 填补了一项法律空白, 但如何将这一复杂的制度成功移植到我国法律体系, 特别是在司法实践中如何运用这一规则, 是我国理论界和司法界面临的重大课题。

关键词

公司机会规则, 认定标准, 合法利用

On the Application of Corporate Opportunity Doctrine

Baodong Xing

Shenyang Normal University, Shenyang Liaoning

Received: Nov. 23rd, 2021; accepted: Dec. 16th, 2021; published: Dec. 24th, 2021

Abstract

Corporate opportunity doctrine is one of the most important rules in corporation law of common law countries, and it purports to prohibit the directors and managers from getting illegal interest, by imposing them the duty of not usurping corporate opportunity. The “corporate opportunity doctrine”, one of the most complicated systems, traces back to the Anglo-American case law and it is much more developed through almost one century’s development. The “corporate opportunity doctrine” was introduced into the company law of our country in 2005, but it will be a big problem for the fields of judicature and law to apply the doctrine to judicatory practice.

Keywords

Corporate Opportunity Doctrine, Criterion of Ascertaining, Licit Utilization

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

公司董事，无论按照大陆法系的委任说还是英美法系的信托说，作为受托人对公司都负有一定的义务，其中之一就是董事不得篡夺公司的商业机会，如有违反则需承担相应的法律责任，公司对董事因此获得的非法利益可以行使归入权。但在特定情形下，董事如果履行了必要的义务后，也可合法利用公司的商业机会，不属于对公司机会的篡夺，不违反其对公司承担的义务。我国现行公司法借鉴国外的该项制度，在第 148 条对此做了规定¹，但是该条规定过于模糊，不具有可操作性，在适用该条文时易产生争议。判断董事是否构成篡夺公司的商业机会，首先要判定哪些机会属于公司的商业机会，即公司机会的判定标准是什么；其次，判断董事对公司机会的利用是否属于“篡夺”，从反面讲即是哪些情形下，董事可以合法利用公司的商业机会。本文在对英美法系国家该规则的适用进行必要的考察之后，提出该项规则在我国适用的建议，以期对我国的司法实践有所助益。

2. 公司机会的判定标准

根据我国公司法第 148 条的规定，公司董事和高级管理人员不得在未经股东会或者股东大会同意的情况下，利用职务便利为其自己或者他人谋取本属于其所属公司的商业机会。但对于什么是“属于公司的商业机会”，该法及其之后的司法解释并没有进一步的解释或说明。司法实践中如何判定某一商业机会是否为公司所有，即公司机会的判定标准是什么，则是公司机会规则适用中面临的首要问题。考查“公司机会规则”在英美判例法的发展以及我国有关学者的研究，公司机会的判定标准主要有如下三个：

2.1. 利益或期待利益标准

该标准是由拉格德诉安尼斯顿公司案(Lagarde V. Anniston Lime & Stone Co.)一案判决发展而来。在该案中，拉格德是安尼斯顿公司的股东和董事，此前安尼斯顿公司已具有某矿三分之一股份，并签约筹备购买另三分之一的股份，以后拉格德先生在未告知安尼斯顿公司的情况下，将该矿剩余全部三分之二的股份买下。安尼斯顿公司提起诉讼。法院最终裁决认为：安尼斯顿公司对已签约三分之一的股份享有利益，但由于拉格德的参与致使安尼斯顿公司利益没法实现，拉格德是安尼斯顿公司的股东和董事，对公司应承担一定的信义义务，拉格德应将安尼斯顿公司已签约，准备购买的三分之一股份，归于安尼斯顿公司。但是安尼斯顿公司还没有签约的另外三分之一的股份则不具有值得保护的期待利益，拉格德可不必转归公司所有^[1]。按此项标准，属于公司的商业机会，必须是公司既得利益的财产，或者是公司将来

¹ 《公司法》第一百四十八条：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。

确定能够取得的期待利益，其着重点在于，董事和高管作为其公司的受托人，不得有意损害公司既得的或者期待的利益[2]。

2.2. 经营范围标准

该标准是经由 1939 年的古斯诉劳弗特(Guth V. Loft Inc.)一案而确立的。该案中，古斯先生是劳弗特公司的总裁，该公司董事会亦被其完全控制。古斯总裁在一次偶尔的机会中，得知纳森百事可乐公司面临破产，正寻求并购对象，古斯总裁于是，自己收购了纳森百事可乐公司，成了公司的大股东。但古斯总裁在事前，并没有把这一有利可图的商业机会首先向其所属的劳弗特公司进行披露。美国特拉华州最高法院经过审理认为，古斯擅自收购的纳森百事可乐公司的股份，归属于劳弗特公司所有，劳弗特公司对此有权行使归入权。特拉华州最高法院的判决理由，就是对经营范围标准的阐述：如果某商业机会在性质上，属于公司的经营范围，并能由此可获得一定的实际利益，公司在财力上也足够支持，那么公司的董事和高级职员，就不得把这个商业机会窃为己有[3]。值得注意的是，公司经营范围不囿于公司现在其正在从事的业务范围，也包括了公司将来有可能涉及到的业务范围。

2.3. 公平标准

依照此项公平标准，在认定某一商业机会，是否属于公司的商业机会的时候，应当按照公平、公正等道德的尺度加以衡量，不应当在公司既得利益或可期待利益的方面去把握[4]。质言之，如果某一商业机会被董事或高管加以利用，将造成对其所属公司不公平的结果，那么该商业机会即构成公司的商业机会。正如美国马萨诸塞州最高法院在 *Durfee V. Durfee & Canning Co.* 一案中所论述的那样，“公司机会的真正基础是其不公平，即根据具体情形，处于公司的被信任者地位的董事个人利用了某一机会，而此时从公平角度讲公司的利益应当得到保护。这需要根据具体情况来运用公平或公正这一道德伦理标准。”[5]

以上三个形成于英美法系判例法的传统标准，各有利弊，其中的“利益或期待标准”的范围最为狭窄，有很大的局限性，仅有那些与公司相对成熟的财产权益相关的商业机会，才可被认定为公司的机会，对于那些公司预期的未来的经营活动很难认定为公司的机会。况且，所谓“利益”自身就是一个主观随意性很大的概念，如果采此标准，那将会导致很多本来应该属于公司的商业机会，因为利益的难以确定性，从而被认定为不构成公司的机会，董事和高管们就有可能既损害了公司的利益而又不会得到应有的处罚，对于公司利益的保护非常不利。

“公平标准”单从理论上讲，可以说几乎是完美的，它既克服了“利益或期待标准”，在适用范围上，太过于狭窄的弊端，又可以根据案件的不同具体情况，决定公司机会规则在案件中是否适用，符合公平、公正的道德评价标准，具有很大的弹性空间。但是，从另一方面来看，这些优点也恰恰是其所被诟病的地方，“公平”、“公正”这些字眼，天然具有的模糊性和抽象性，使得此标准在司法实践中缺乏可操作性，要想正确的认定某一商业机会是否属于公司的机会，往往还需要借助于其他的具体操作规则，来进行进一步的裁量。

“经营范围标准”，克服了“利益或期待标准”在适用范围方面的不足，同时在操作性上又强于“公平标准”。该标准在英美法系国家得到了广泛的适用，我国学者对“经营范围标准”也多钟爱有加，认为此项标准，比较客观、可操作性强，司法实践中也有类似的裁判经验。但是该标准也不是完美无瑕，一方面，“经营范围标准”要求公司的经营范围条款明晰、确定，采用列举的方式规定其经营范围，但另一方面，实践中公司往往秉持着“法不禁止即可为”的理念，为了逃避“越权规则”的约束，在其章程中尽可能扩展其经营范围，并采用概括式的表达方法，这对经营范围标准的适用，无疑增加了很大的难

度。

基于上述分析,笔者认为,在目前我国宜采用折衷的标准,即一般情况下可采用“经营范围标准”来认定公司机会,在个别情况下,如果公司的经营范围具有模糊性和概括性,难以适用时,可结合“利益标准”和“公平标准”进行综合判断。

3. 英美法系关于董事合法利用公司机会的情形

董事和高管在日常的经营活动中所获得的各种商业机会,依其对公司负有的信义义务,理应将该商业机会提供给公司加以利用,否则其对该机会的利用即构成对公司机会的篡夺,其因此获得的利益亦应归属于公司所有。但董事和高管在履行公司职务过程中遇到的商业机会,也并非全都不可利用,在特定情形下,董事和高管也可自己加以利用,并不属于篡夺公司机会,而是对公司机会的合法利用。

3.1. 明显不属于公司的商业机会

根据英美判例法,这主要包括以下几种情况:第一,法律规定或章程明确禁止公司从事的某种业务,董事则可自己合法利用;第二,公司已经资不抵债濒临接近破产,公司信誉已几近清零,责任能力严重下降,很难再有他人愿意与公司进行交易,此时董事即可利用该商业机会;第三,提供商业机会的一方不愿意与公司进行交易,而是希望与董事或高管个人进行交易。

3.2. 公司明确拒绝或放弃利用的商业机会

根据美国法学会的《公司法治理项目:分析与建议》第 5.12 条的规定²,一般情况下,公司董事和高管人员,不得为了自己或其相关人员,利用属于公司的商业机会。但是,董事和高管在日常经营活动中获得的商业机会,如果其首先提供给公司有关机关,并披露了相关的事实和可能存在的利益冲突,并且在排除了利害关系董事影响的情况下,公司有关机关明确拒绝或放弃了该商业机会,或者董事对该商业机会利用的结果对公司将是公正的,则公司董事和高管即可对该商业机会加以合法利用。另外,如果公司曾经拒绝或放弃过某一商业机会,除非情况发生了大的改变,那么董事对此曾被公司拒绝或放弃过的商业机会加以利用,亦属于合法利用。

3.3. 公司财力不足,无能力利用的商业机会

1942 年英国的一个著名案例——瑞格尔(哈斯汀)公司诉古力佛(Regal (Hastings) Ltd. V. Gulliver)一案体现了这一点。瑞格尔公司拥有自己的一家电影院并准备出售,但为了卖个好价钱,公司董事会做出决定购买另外两家电影院,然后将三家电影院打包一起售卖。但由于公司资金不足,该公司因而便建立了一家子公司,由该子公司收购两家影院。公司的董事古力佛等人购买了该子公司大部分股份,并在瑞格尔公司及该子公司一并出售电影院的交易中取得巨额好处。以后瑞格尔公司的新控股股东对这些董事提起诉讼,要求古力佛等公司董事,把他们在售卖电影院的交易中,获得的利润偿还瑞格尔公司。英国的初审法院认为,因为古力佛等董事的行为不具有恶意,瑞格尔公司的诉讼请求不应得到支持。但英国上议院却认为,古力佛等董事虽然出于善意,并且对公司是忠诚的,但是,如果他们不具有瑞格尔公司董事的身份,他们就不会获得这次机会和信息,进而进行这次投资,并从中获取高额利润,因而古力佛等

²美国法学会《公司法治理项目:分析与建议》第 5.12 条:“董事或高级主管不得为自己或其相关人利用公司机会,除非:(1) 该公司机会已首先向公司提供,并且该董事或高级主管已经就该公司机会和利益冲突的所有重要事实对公司决策者作了披露(或公司决策者已知此类重要事实);和(2) 该公司机会已被公司拒绝,而其拒绝方式须满足下述标准之一:(A) 如果一项公司机会之拒绝是由非利害关系董事根据披露之事实而批准,他们在拒绝这一公司机会时的行为方式须符合经营判断准则之标准;(B) 如果一项公司机会之拒绝是由非利害关系股东根据披露之事实而批准或追认,并且该项拒绝不至于浪费公司资产;(C) 如果一项拒绝并未依照上述(A)或(B)项规定之标准,或不符合公司规定的其他有效条款,利用该项机会对公司是公正的。”

董事取得的利润,应该归瑞格尔公司所有[6]。董事们并不能仅因为公司财力不足导致无力从事某项业务,而成为他们进行抗辩的理由。香港何美欢教授对此有如下精辟的说明:“公司本身持有有价值的产业,公司不能从银行取得过渡性贷款来收取利益,这是不可以想象的。没有任何迹象显示董事尝试寻找但找不到 3000 英镑的过渡性贷款,用以完成一项会带来 92500 英镑利润的交易。只可以提议的,是个人参与有利交易的机会蒙蔽了董事的眼睛。” [7]

单从理论上而言,如果公司因为财力不足,导致其不能利用某一商业机会时,任何人,包括公司的董事和高管在内,只要是通过正当途径获得该商业机会的,都可以对该商业机会加以利用而不应受到限制。但对此不可绝对化的理解,当公司因为财力不足而不能利用某一商业机会时,作为对公司负有信义义务的公司专职管理者的董事,应尽自己的全力为公司筹措资金。如果一概允许董事以公司财力不足为由而毫无限制地利用公司的商业机会,这将会导致董事不再积极努力筹集资金以增强公司财力,甚至还极有可能出现董事人为地制造公司财力不足的现象。因此,不能一概允许董事以“公司财力不足”作为利用公司机会的抗辩事由,董事只有在履行了相应的义务后才可以合法地利用该商业机会。具体而言,董事应倾其全力想方设法增强公司财力,只有在其一切努力未果时,董事才可在征得公司同意后,利用该公司商业机会,否则其行为即可被认定对公司机会的篡夺。

4. 我国公司法关于董事对公司机会的合法利用及建议

根据我国公司法第 148 条的规定,董事利用公司的商业机会,如果经过股东大会的同意,是可以允许的,这属于英美法系中“公司拒绝或放弃的商业机会”的情形,董事和高管可以合法利用。但笔者认为有以下几点值得探讨:

第一,股东会属于公司的非常设机关,每年召开的次数有限,召集的程序相对复杂,而商业机会的出现及其珍贵,很可能转瞬即逝,可能来不及等待公司股东会做出决议。而且,股份有限公司的股东相当分散,还可能存在大量的“冷漠”股东、“佛系”股东、“躺平”股东等等,因此,可以将是否同意董事和高管利用公司机会的决定权,授予公司董事会或监事会行使,这是符合公司的经营现实的。

第二,从维护公平和防止权力滥用的角度出发,在股东会、董事会或者监事会对公司是否拒绝或放弃商业机会的表决中,应排除有利害关系的成员的表决权。同时公司机关做出“同意”的决议时,必须是善意的。如果某项商业机会涉及到公司的重大利益,比如涉及公司的投资方向、交易数额特别巨大,或者获授权的公司机关的成员,过半数与该商业机会存在利害关系,那么应当将该事项的表决,提交给公司股东会讨论和同意。

第三,董事和高管必须在公司就是否利用该商业机会,做出决议以前,向公司履行披露义务,包括该商业机会涉及的重要事实和可能存在的利益冲突等,都要进行充分的披露,不然公司做出的判断就丧失了客观性和全面性,不能产生相应的效力。

另外,除了“经股东会或股东大会同意”这一种例外规定,如前所述,在英美法系还有两种董事可以合法利用公司商业机会的情形,即“明显不属于公司的商业机会”和“公司财力不足,无能力利用的商业机会”,对于前者,由于这种商业机会非常明显的不属于公司,董事当然可以加以利用。对于后者,应严格其适用条件,谨慎适用,即只有在董事履行了其对公司的勤勉义务,尽其全力为公司筹措资金,为公司争取实现该商业机会,在其一切努力未果之时,经公司同意后方可利用该商业机会。

5. 结论

在我国,无论是国有企业的混合所有制改革还是其他股份制企业的运营管理,公司董事、经理等高管人员作为一个“经济人”,都有可能为了满足个人的私利而置公司和股东利益予不顾,违背对公司负

有的义务，将本属于公司的商业机会窃为己有，谋取不法利益。为了保护公司和股东的合法利益，制止董事经理等的这种不法行为，在司法实践中，要准确的适用公司机会规则。在公司机会的判断标准方面，应以“经营范围标准”为主，在经营范围不明确而具有模糊性的情况下，可参考“利益或期待利益标准”和“公平标准”，进行综合判断，以更好的维护公司的合法利益。公司董事经理等在其执行职务的过程中，遇到的各种商业机会，应首先提交给公司有权机关，并披露与此相关的事实和可能的利益，由公司机关决定是否利用该商业机会，如公司机关明确予以拒绝或放弃该商业机会，董事才可合法利用。对于公司因财力不足而不能利用的商业机会，应谨慎适用，公司董事只有在尽了必要的努力而未果的情况下，才可以由其加以利用。

参考文献

- [1] 张开平. 英美公司董事法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 1998: 270.
- [2] 冯果. “禁止篡夺公司机会”规则探究[J]. 中国法学, 2010(1): 96-110.
- [3] 沈四宝. 国际商法论丛第4卷[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 119.
- [4] 梅慎实. 董事义务判断之比较研究[J]. 环球法律评论, 1996(1): 18-25.
- [5] 沈四宝. 国际商法论丛第4卷[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 110-111.
- [6] 李宗镔. 香港合约法与公司法: 香港法律举隅初编[M]. 香港: 香港商务印书馆, 1986: 255-256.
- [7] 何美欢. 香港代理法(上) [M]. 北京: 北京大学出版社, 1996: 149.