

公司机会规则的反思与体系建构

袁崇霖*

内容提要：作为属于公司的商业机会，公司机会的本质并非公司财产，而应当理解为公司利益。公司机会规则具有阶段性的利益构造，其所规制的利益冲突也具有动态变化的特征。有必要以公司是否实际投入人力、物力资源为标准，区分公司机会的发现阶段和利用阶段，并配置差异化的规则。在发现阶段，应推定公司经营范围内的商业机会属于公司，董事在充分履行披露义务的基础上，可援引公司放弃、公司同意、公司不能、交易对手事前拒绝等抗辩事由而自行利用。在利用阶段，商业机会已经认定为归属公司，董事非经完全披露并取得公司同意不得利用。通过宽严适当的识别与抗辩规则，配合推定规则和披露义务等，可构建起层次性的两阶段公司机会规则体系。

关键词：公司机会 公司利益 忠实义务 识别规则 抗辩规则

公司机会规则肇始于英美法，其基本内涵在于禁止公司的董事、高管和雇员利用获取的信息，从公司具有期待权利、财产权利或依照公平原则属于公司的商业机会中谋取个人利益。^{〔1〕}我国2005年公司法修改时引入了该规则，并一直延续至2018年公司法。^{〔2〕}然而，我国对公司机会规则的这次法律移植停留在语义层面的借鉴和模仿，不仅实效有限，还在理论和实践中引起了相当的困扰。因此，有必要重新省察公司机会的本质，挖掘公司机会规则的利益构造和利益冲突特性，建构一套适应我国法律制度环境的公司机会规则体系框架。

一、移植公司机会规则产生的困境

在英美法中，公司机会规则原本就饱含争议，甚至被认为是“公司法中令人最不喜欢的部分”。^{〔3〕}其不同判例、不同情形中适用的多变标准充满了情境主义色彩，在历史发展中

* 清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 See Bryan A. Garner, *Black Law Dictionary*, 10th ed., Saint Paul: Thomson Reuters, 2014, p. 415.

〔2〕 2018年公司法第148条规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：……（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”。

〔3〕 Victor Brudney & Robert Charles Clark, *New Look at Corporate Opportunities*, 94 Harv. L. Rev. 998 (1981).

形成了复杂的内涵，得益于判例法的开放性和实用主义立场，经由一系列判例形成的规则才得以统一在“公司机会”的概念之下。然而，当公司机会规则被按照字面含义引入我国公司法后，隐含的一系列问题逐渐显现出来。按照神田秀树等学者的说法，对该规则的移植至少在“微观适应”上出现了问题，移植后的公司机会规则在成文法的框架下失去了应有的生命力。^{〔4〕}

（一）立法中的逻辑断裂和规则缺漏

我国公司法第148条将公司机会规则作为董事、高级管理人员（以下简称“董事”）忠实义务的一项具体内容，与竞业禁止规则并列。然而，相较于公司机会规则复杂的内涵，公司法的规定仅仅把握了“公司机会”字面上的内涵，以对待一笔确定的公司资金或一项有形财产的态度对待公司机会，忽略了判断“何为属于公司的商业机会”的过程。而这一判断过程是整个公司机会规则的“前提性”问题，使得公司机会规则与忠实义务的逻辑一脉相承。我国公司法的规定方式着眼于机会归属的结果，似乎遗漏了这一前提性规则，也忽视了公司利益在公司机会规则中所处的地位。正如美国学者所指出的，公司机会规则与典型的自我交易情形不同，其中首要的关切应当是公司是否在机会之中“具有利益”。^{〔5〕}这种逻辑断裂如果被贯彻到法律适用中，很可能导致两种错位后果：无利益时加以保护，造成保护过度；有利益时未能保护，造成保护不足。

对公司利益有无的判断不仅在逻辑起点上被忽略了，在董事合理利用公司机会的例外中也无法体现。如果仅仅将公司机会视作确定不变的公司财产，恐怕的确只有股东（大）会批准才能使董事的利用行为正当化。但这种僵化的规定明显与商业现实大相径庭。即便是拥有机会的公司，也随时可能失去机会、放弃机会或者因为种种原因不能利用机会，从而失去利益。如果不对这些情况进行甄别就一概保护，同样可能造成保护过度的实际效果。

上述我国公司法中存在逻辑断裂的部分，相对应的两项具体规则在学理上一般被称为识别标准和抗辩规则。二者均是公司机会规则的必要组成部分，但在我国公司法上都处于基本缺失的状态。事实上，我国公司法尚未建立起完整意义上的公司机会规则，甚至都不具备一个清晰的规则框架。严格地说，我们当前对公司机会规则的法律移植，不过是从语义上借鉴了一条宣示性的规定而已。而美国早已存在对判例中形成的公司机会规则进行成文化归纳的尝试。例如，美国法学会1994年发布的《公司治理原则：分析与建议》第5.05条，成体系地融合了判例及理论中形成的规则、方法和例外，构建了一组包含识别、披露、抗辩、举证责任在内的完整的“规则束”。^{〔6〕}与之相对，美国《示范商事公司法》采取了另一条进路，它针对董事自行利用一切商业机会的情形，构建起“自愿事先披露+无利害关系董事或股东同意”的安

〔4〕 See Hideki Kanda & Curtis J. Milhaupt, *Re-examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty to Japanese Corporate Law*, 51 Am. J. Comp. L. 891 (2003).

〔5〕 See William T. Allen, Reinier Kraakman & Vikramaditya S. Khanna, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Frederick: Wolters Kluwer, 2021, pp. 358 - 359.

〔6〕 See American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Saint Paul: American Law Institute Publishers, 1994, pp. 283 - 285. 类似的还有美国律师协会公司法委员会编纂的《公司董事指南》。See The Corporate Laws Committee, ABA Section of Business Law, *Corporate Director's Guidebook-Sixth Edition*, 66 The Business Lawyer 994 - 995 (2011).

全港规则,试图借助周密的程序规则设计,帮助配套解决“公司机会”难题。〔7〕

(二) 理论研究中的杂乱和缺位

由于立法上的规则残缺,学者们试图从学理上阐释和补充公司机会规则的内容。然而,受到英美法中本就纷繁复杂的实践和学说的影响,学界形成的观点比较杂乱,难以为弥补立法的缺漏或回应实践的需要提供参考。

1. 关于识别标准的争议

公司机会的识别是公司机会规则中的核心问题。对此,存在以英国、美国为代表的两种截然不同的规制模式。经由学者的引介,源自英美的经验和学说以及路径上的英美模式差异也以各种形式存在于我国的理论研究之中。

英国法的公司机会识别在传统上依赖严苛的“利益冲突模式”,其关注的要点是董事在利用商业机会时是否与公司存在或者可能存在利益冲突。这一模式下又存在两种判断标准——禁止冲突标准和禁止获利标准,前者关注董事的行为是否使其个人利益与公司利益产生冲突,后者则关注董事是否借助其所任职位的便利获取利益。〔8〕为了修正上述两种传统标准的严苛性,哈奇森(Hutchison)法官提出了“成熟商业机会标准”。其内涵在于,只有当一个商业机会是公司可以预期的且已趋于成熟时,它才应当被认定为属于公司的商业机会。〔9〕这一标准的精神也一定程度上为英国2006年公司法第175条(4)(a)所吸收。〔10〕总的来看,英国法上公司机会规则的严苛性随时间推移有所纾缓,并逐渐呈现出精细化的趋势。

美国法以“机会归属模式”为基础,形成了丰富的识别标准,也更为我国学者所关注。其中,由判例发展出的重要识别标准包括:(1)利益或期待标准。其内涵在于,公司存在既有利益、由既有权利而产生期待或者董事介入将阻碍公司设立目的实现的商业机会,均属于公司的商业机会。〔11〕(2)经营范围标准,又称“Guth标准”,是美国法的主流标准。它主要关注一项商业机会是否与公司既有或预期的经营范围具有紧密的联系。〔12〕(3)公平标准。这一标准主张以实质公平公正作为判断机会归属的基准,强调作为受义务人的董事不能在公司利益需要公平保护时,从公司机会中牟取私利。〔13〕(4)两步分析法。第一步,法院根据商业机会与公司现存或预期的业务是否存在紧密联系,判断其能否落入公司的经营范围;第二步,评价董事获取该商业机会的过程是否违反了忠实、诚信和公平交易的义务。〔14〕(5)四要素标准。近年来,特拉华州法院改进了传统的经营范围标准,并在“Guth案”的基础上提出了“四要素”标准,主张法院应综合考量公司财务能力、经营范围、利益与期待及董事与公司的利益冲突,并强调任一要素都并非决定性条件。〔15〕

〔7〕 See Model Business Corporation Act Subchapter G.

〔8〕 See David Kershaw, *Does It Matter How the Law Thinks about Corporate Opportunities*, 25 Legal Studies 537-540 (2005).

〔9〕 See *Island Export Finance Ltd v. Umunna*, [1986] BCLC 460. 以下简称“IEF案”。

〔10〕 英国2006年公司法第175条(4)(a)规定,避免利益冲突的义务未被违反——“(a)如果情形不能合理地视为可能产生利益冲突”。参见《英国2006年公司法:2012年修订译本》,葛伟军译,法律出版社2012年版,第106页。

〔11〕 See *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*, 126 Ala. 496 (1900).

〔12〕 See *Guth v. Loft, Inc.*, 23 Del. Ch. 255 (1939). 以下简称“Guth案”。

〔13〕 See *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.*, 323 Mass. 187 (1948).

〔14〕 See *Miller v. Miller*, 222 N. W. 2d 71 (Minn. 1974).

〔15〕 See *Broz v. Cellular Information Systems, Inc.*, 673 A. 2d 148 (Del. 1996). 以下简称“Broz案”。

尽管实践中各种标准不乏改进更替，但依然被批评为缺少确定性和可预测性。^[16]为此，美国学者进一步提出了一些具有建设性的理论框架，主要思路大致可以分为两类：一类倾向于公司契约理论的进路，以公司、股东及董事等的合意和期待作为理论建构的基础，代表性的如“各方合理期待模式”与“信息结构模型”。前者主张以事先的协议或公司、受义务人的合理期待及社会利益作为判断公司机会归属的基准。^[17]后者主张将公司机会案件按照公司所能获知的信息是否完整、受义务人与公司对不同经营领域专业知识的重合程度进行分类，并由法院决定按股东价值最大化或共同财富最大化的目标进行判断和说理。^[18]另一类则承认公司机会案件的事实密集型特征，试图通过完善规则的框架和纲领，将判断过程结构化、规范化，提升规则的可预测性与确定性。典型如：（1）“不同公司不同规则”思路，主张区别对待公开公司和封闭公司，对前者适用绝对性规则，禁止董事利用一切可获利的商业机会，而对后者适用选择性规则，以一套包含了利益与期待标准、经营范围标准（商业机会是否与公司业务具有有机的联系）以及公司同意抗辩在内的有机体系评价内部人利用商业机会的行为。^[19]（2）“三角关系说”，认为公司机会规则中的公司、商业机会、公司内部人之间存在一种动态的三角形关系，如果其中一组关系能够强有力地支持商业机会归属于公司，另外两组关系便不需要具备充分的要素。反之，则需要更多的要素为商业机会归属于公司的判断提供支持。^[20]（3）“四步分析法”，主张沿着公司机会的定义、董事的披露、公司的接受或拒绝、董事开发商业机会的行为是否有害或有益于公司这四个步骤，分析和评判公司机会案件。^[21]总的来看，美国学界的观点普遍强调公司机会的差异性和动态性，受契约主义公司法思想和法经济学方法的影响显著，由此形成的理论与我国的成文法实践相去较远，虽不乏理念上的启发性，但还需灵活地看待与借鉴。

上述英美法中纷繁的标准和学说，经由学者的引述和评价，也进入了我国公司机会规则研究的视野。但是，由于缺少在此基础上系统的理论建构尝试，简单的借鉴加剧了理论基础的混乱，还将一些英美法中因历史发展而产生的矛盾引入到了我们的研究之中。例如，在理论中混用英国模式的要素和美国模式的要素，^[22]或者以历史更迭中已经被更新或取代的标准作为主张的基础等。^[23]由此形成的观点较单一的英国法或美国法更为杂乱。此外，学者们针对公司

[16] See Stephen M. Bainbridge, *Interest Group Analysis of Delaware Law: The Corporate Opportunity Doctrine as Case Study*, UCLA School of Law, Law & Economics Research Paper Series No. 17-01, 1-25 (2017); Eric Talley, *Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, 108 Yale L. J. 299 (1998).

[17] See Pat K. Chew, *Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine*, 67 N. C. L. Rev. 491-194 (1989).

[18] 参见前引[16]，Talley文，第310页以下。

[19] 参见前引[3]，Brudney等文，第1060页。

[20] See Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, Saint Paul: West Group, 2000, pp. 367-375.

[21] See Stephen M. Bainbridge, *Rethinking Delaware's Corporate Opportunity Doctrine*, UCLA School of Law, Law & Economics Research Paper Series No. 08-17, 13-15 (2008).

[22] 例如，有学者主张同时以“成熟的商业机会”和公司经营范围作为识别标准（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）。然而，二者分别是英国法和美国法不同模式下的产物，能否直接融合，不乏疑问。

[23] 例如，有学者分别梳理了美国1900年、1939年、1948年判例中的三种标准，得出了美国法关于公司机会的认定越来越宽泛且董事责任不断加重的结论，并由此形成了关于公司机会识别标准的看法（参见吕来明：《论商业机会的法律保护》，《中国法学》2006年第5期，第112页）。然而，该看法忽略了这一“趋势”只是美国法上的一个历史片段而已。

机会识别标准所提出的建议,往往止步于通过理论借鉴形成的“考量因素”的总结,^[24]欠缺针对这些考量因素的理论基础及彼此关系、各自权重、运用方法的深入研究。这种判断方法的缺陷在于,一旦在识别中出现部分因素满足、部分因素不满足的情况,对机会归属的判断往往就要诉诸于裁判者的主观决断,看似周延的考量因素最后还是沦为说理的装饰品。从根本上看,考量因素只是对公司机会问题中事实类型的经验总结,缺少必要的规范性和通贯的内在逻辑,虽然可以作为思维工具辅助分析问题,但难以充当法律上真正有效的标准。

2. 关于抗辩事由的争议

在英国,由于采用严格的利益冲突标准,董事一旦被认定陷入了利益冲突,便几乎失去了援引除公司同意以外其他抗辩的可能。而在美国,各州法律和判例中形成了不尽相同的抗辩事由,常见的包括无利害关系董事同意、公司财力不能、公司放弃等。^[25]针对相同的抗辩事由,各州法院的态度也有差异。例如,就公司财力不能而言,有的法院选择将其适用范围限制在公司破产这一种情况下,但有的法院更宽泛地认为,公司欠缺资金和融资能力即构成财力不能。这种差异被学者视为是对“公共政策”的理解不同造成的。^[26]相较之下,我国公司法第148条仅支持以公司同意作为有效抗辩,并且该同意需由股东(大)会作出,其要求较英美法都更为严格。

在我国,学者们的关注点和争议点集中在以下三组抗辩事由上:第一,公司放弃与公司同意。其中一方认为,出于效率的考量,只要充分披露,且公司明确拒绝利用或者放弃利用该机会,董事就可以利用。^[27]另一方则坚持,在披露的基础上,还需要公司股东会同意,董事方可利用该机会。^[28]第二,公司不能,主要是公司财力不能。除了完全承认以财力不能作为抗辩的观点外,^[29]还有学者主张,财力不能只能构成不充分的抗辩事由,可由董事以此作为防御措施,并承担举证责任,且只有在董事的决定符合商业判断规则时,方可正当化其利用公司机会的行为。^[30]也有学者采取更严格的立场,认为即便财力不能,也需要公司同意才能使董事利用公司机会的行为正当化。^[31]第三,交易对手的意愿。一种观点结合我国司法实践认为,交易对手如果事先明确拒绝与公司交易,则董事可利用该机会,但交易对手的事后确认不应被认可。^[32]相对的观点则鲜明地反对以交易对手的意愿作为抗辩事由,认为这将纵容董事与相对人串通损害公司利益,并使公司承担过重的举证责任,有失公平。^[33]总的看来,围绕上述三组抗辩事由,持最宽松立场的学者基本上认可全部抗辩的有效性,持最严苛立场的学者

[24] 参见车传波:《公司机会准则的司法裁判》,《法律科学》2010年第5期,第71页;冯果:《“禁止篡夺公司机会”规则探究》,《中国法学》2010年第1期,第104页;王肃元:《禁止篡夺公司机会规则的立法完善》,《甘肃政法学院学报》2011年第7期,第89页;曹顺明、高华:《公司机会准则研究》,《政法论坛》2004年第2期,第62页。

[25] 参见前引[5], Allen等书,第360页。

[26] See E. W. Rivers, *Financial Inability as A Defense under the Corporate Opportunity Doctrine*, 39 Ky. L. J. 232 - 233 (1951).

[27] 参见罗薇:《禁止篡夺公司机会规则研究》,清华大学2015年博士论文,第134页。

[28] 参见谢晓如:《公司机会规则研究》,厦门大学出版社2014年版,第174页。

[29] 参见陆小妹:《美国公司机会规则之立法借鉴》,载顾功耘主编:《公司法律评论》2006年卷,上海人民出版社2007年版,第229页。

[30] 参见施天涛:《公司法论》,法律出版社2014年版,第440页。

[31] 参见前引[24],王肃元文,第92页;前引[24],冯果文,第109页。

[32] 参见前引[27],罗薇文,第134页。

[33] 参见沈贵明:《公司商业机会的司法认定》,《法学》2019年第6期,第190页。

则否认除公司同意之外的所有抗辩事由。在缺少系统性协调的前提下,关于抗辩事由的种种观点难以形成有效的互补,也无法真正指引司法实践。

(三) 司法实践中存在的现实问题

根据笔者对国内裁判案例的整理和归纳,^[34]司法实践中存在两类突出的问题:一是,法院对公司机会及其规则的认识含混不清,从而导致误用或者逃避适用。二是,部分法院虽力图适用该规则解决问题,但失去限制的法律续造催生了自相矛盾的裁判标准和裁判结果,降低了司法裁判的可预期性。

法院对“何为公司机会”这一基本问题的理解,时常陷入两种误区:其一是不当扩大或限缩公司机会的范围。例如,有的将商业信息直接纳入了商业机会的范畴,^[35]有的则加上了“公司必然会利用”等与机会的内涵存在矛盾的不当限制。^[36]其二是完全混淆公司机会与竞业禁止问题,认为不得篡夺公司机会的义务从属于竞业禁止义务,^[37]或者逃避回应当事人关于公司机会的争议,逕行由竞业禁止规则和忠实义务的一般规则作出判决。^[38]

在适用公司机会规则进行裁判时,各法院采用的标准更是十分杂乱,仅通过要素组合形成的识别标准就至少有以下几类:(1)以经营范围为核心要素并结合商业常识等进行说理的“单要素法”。^[39](2)考虑“公司自身对商业机会的营造”和董事不当利用的“双要素法”。^[40](3)考虑商业机会与公司经营业务的关联性、董事是否因履职而获得、董事是否有义务向公司披露,或者考虑商业机会与公司经营业务的关联性、交易对手意愿、公司是否具有期待利益等不同要素的“三要素法”。^[41](4)关注公司经营活动关联性、商业机会确定性和必然性、交易对手意愿、公司利用意愿以及董事取得商业机会的正当性的“五要素法”。^[42]至于提出这些要素组合的理论基础,在判决书中通常缺乏阐释。而且,一些本应属于抗辩事由或披露义务的内容也混杂其中,距离真正成熟的识别标准尚有明显差距。

法院在裁判中也时常承认法律未作规定的抗辩事由,以此平衡原被告的利益。例如,在浙江省宁波市科技园区新华信息技术有限公司诉徐利建等与公司有关的纠纷案中,法院结合公司

[34] 笔者同时以“属于公司的商业机会”和“机会”作为全文关键词,在威科先行数据库进行案例检索。截至2021年9月5日,共找到1361个案例。通过筛查和排除无关案例,最终找到与篡夺公司机会实际相关的75个案例。在补充了《人民司法·案例》和《最高人民法院公报》刊载的各1个经典案例后,笔者对上述77个案例所采用的裁判思路和裁判标准予以整理及归纳,在此基础上形成了本文这一部分的分析和结论。

[35] 参见郭慧轩与北京联达动力信息科技股份有限公司损害公司利益责任纠纷案,北京市第一中级人民法院(2018)京01民终8475号民事判决书。

[36] 参见万谷健志损害公司利益责任纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115民初20934号民事判决书。

[37] 参见佛山正能光电有限公司与陈晓可、佛山市星耀光环境工程技术有限公司损害公司利益责任纠纷案(以下简称“佛山正能案”),广东省佛山市禅城区人民法院(2018)粤0604民初15627号民事判决书。

[38] 参见巴树海等与北京鑫骏龙科技有限公司等损害公司利益责任纠纷案,北京市第一中级人民法院(2019)京01民终10091号民事判决书。

[39] 参见上海革力国际货物运输代理有限公司与宁波唯派国际物流有限公司、王士防损害公司利益责任纠纷案,上海市第二中级人民法院(2021)沪02民终313号民事判决书。

[40] 参见赖声涛、沃开电子科技(广州)有限公司损害公司利益责任纠纷案(以下简称“赖声涛案”),广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终21724号民事判决书。

[41] 参见成都与俱科技有限公司、朱文琦损害公司利益责任纠纷案,四川省成都市中级人民法院(2018)川01民终2370号民事判决书;常州三立环保设备工程有限公司等与邹某等损害公司利益责任纠纷案,江苏省高级人民法院(2012)苏商外终字第0050号民事判决书。实践中还存在其他不同要素组合的情形,本文不一一列举。

[42] 参见常州联尚机械科技有限公司与蒋开、江苏鸿开工业自动化设备有限公司关联交易损害责任纠纷案(以下简称“常州联尚案”),江苏省常州市中级人民法院(2021)苏04民终2146号民事判决书。

法定代表人曾要求退出以及合同解除、合作停止的事实,认定公司已经放弃该商业机会,被告可以自行利用。^[43]在江苏腾云创智信息技术有限公司与潘峰、刘德胜等损害公司利益责任纠纷案(以下简称“腾云创智案”)中,法院考虑到公司缺乏资金实力,未履行资金保障义务而失去交易机会的事实,认为董事利用该商业机会并无不当,^[44]从而认可了“公司无能力”抗辩。在林承恩与李江山等损害公司利益纠纷案(以下简称“林承恩案”)中,法院则要求篡夺公司机会必须基于“欺骗、隐瞒或者威胁等不正当手段”,^[45]相当于变相承认了“善意”抗辩。然而,这些案件中的被告均未依法取得股东(大)会同意,便直接利用了属于公司的商业机会,为何无需承担责任,这一问题至少在现行法的框架下是很难回答的。

纵观上述问题出现的原因,多可归结于立法的缺漏,也与理论研究的杂乱不无联系。在有的案件中,法院无奈地承认,“我国公司法及相关司法解释并未对如何认定公司的商业机会进行具体规定”,转而综合理论依据及“公司商业行为的实际情况”判断商业机会的归属。^[46]也有的法院直接尝试总结理论学说,以“三要素法”作为识别公司机会的标准。^[47]但正如前文的考察,我国学术界目前尚未形成通说,也缺少具有体系性和确定性的分析框架。法院向着本就不甚清晰的理论求解,最终得到的答案自然也难以令人满意。

二、公司机会本质的厘清

在借鉴英美法上“公司机会”或“属于公司的商业机会”的说法时,可能会遮蔽对其本质的认识,这是目前阻碍我们充分理解和调适公司机会规则的第一道障碍。如果要深入地剖析公司机会规则,首先应厘清公司机会的本质。

(一) 公司机会不同于公司财产

我国公司法采用“属于公司的商业机会”这一表述,易使人产生公司拥有商业机会即享有财产权的误解。有学者即主张,公司机会属于公司的无形财产。^[48]财产权说把握了公司机会在经济价值层面的特质,但是,放到公司机会规则的体系中看,则存在以下根本缺陷:

其一,财产权的排他性与机会的竞争性相矛盾,与公司机会规则作为董事忠实义务具体规则的体系定位相抵牾。尽管无形财产权并非真正的所有权,但仍具有排他性,至少意味着公司对该无形财产的独占。^[49]然而现实却是,公司即便拥有所谓的“公司机会”,也无法排除其他竞争对手的合理竞争,更不能一劳永逸地享有其中的所有现实利益和期待利益。更进一步,公司机会规则只是规制董事行为并调整公司与董事之间利益关系的相对性规范,其旨在排除董事对于公司利益的不当攫取,而非给予公司机会以对抗第三人的财产性保护。^[50]若是以财产

[43] 参见《人民司法·案例》2008年第8期,第37页以下。

[44] 参见江苏省无锡市中级人民法院(2019)苏02民终2518号民事判决书。

[45] 参见《最高人民法院公报》2014年第11期,第28页以下。

[46] 参见前引[42],“常州联尚案”。

[47] 参见前引[37],“佛山正能案”。

[48] 参见万国华、张崇胜:《公司利益类型界定与保护法律问题研究》,《南开学报(哲学社会科学版)》2019年第3期,第104页以下。

[49] 参见吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》,法律出版社2001年版,第54页。

[50] 参见前引[28],谢晓如书,第27页;薄守省:《论美国法上的公司机会原则——兼谈大陆法上的竞业禁止》,载沈四宝主编:《国际商法论丛》第4卷,法律出版社2002年版,第105页。

权概括公司机会的本质，反而抹煞了公司机会规则本应体现的董事忠实义务具体规则之特性。

其二，财产权说与商业机会的灵活性、动态性和权属上的不确定性相悖。在实践中，商业机会有时简单地表现为成为买卖等合同相对方的交易机会，但有时又表现为入股、并购、参与竞标的机会等，其确定程度、实现最终利益的可能性差异较大且不断变化，权属更是不易界定。相反，财产权客体应当是确定的、客观的。如果以财产权的这种确定性和客观性要求公司机会，则不可避免地把一些商业机会排除在外，而且无法对机会开发的动态变化作出全面评价。

其三，采取财产权说还会间接为公司机会规则体系的构建带来逻辑上的困难。这是因为，公司机会规则对董事的约束力，根本上源于受信义务的要求。而在受信义务的要求下，受信义务人利用委托人财产的行为将接受更为严格的检验，除非经过委托人的同意，否则便无从正当化，^[51] 这可能造成对公司的过度保护。因此，即便在英美法中，学者们一般也不将公司机会视作真正意义的公司财产。^[52] 所谓“属于公司”的措辞，仅被视作一种表达上的便宜之举而已。

（二）将公司机会视为期待权并无实益

除将公司机会理解为公司财产外，也有学者将其与期待权的构成要件进行匹配后认为，应将公司机会视为公司的一种期待权。^[53] 期待权说似乎为公司机会在权利的序列中找到了一个看起来较为恰当的位置，但该说对于进一步廓清公司机会的范围并完善公司机会规则的作用却十分有限，这是因为：

其一，相较于单纯的期待，期待权要求一项机会达到像财产一样可以被转让、设定负担等进行处分的一定程度。^[54] 然而，一些商业机会虽然尚未达到可以直接处分的一定程度，如公司掌握优势资源但尚无明确交易对手的情形，但公司于其中能够实现的利益却是显而易见且值得保护的，仍有防止内部人不当篡夺的必要。例如，在一个案件中，公司在钢铁市场紧俏的情况下掌握着生产资源优势，虽然此时没有直接的交易对手，但法院仍认定控制股东不得借助公司扩大生产规模、锁定客户等潜在的商业机会牟取私利。^[55]

其二，期待权描述的是取得某个完整权利的一个先期阶段，是一种权利状态。^[56] 将其称为“权利”，旨在强调其作为“维护利益的手段”的价值。^[57] 以此揭示公司机会的本质，似乎有使用作为认识工具的概念来解释认识对象本身的嫌疑，增加逻辑上的障碍，反而使公司机会的本质更加模糊，无益于公司机会规则体系的构建。

其三，期待权作为大陆法系的概念，难以与源自英美法的公司机会规则相衔接。大陆法学者关注期待权的概念、性质、效力，并研究其在合同、物权领域的具体运用，而公司机会规则的法理基础是受信义务，二者之间如何匹配，是一个极为棘手的问题。如果强行嫁接，可能会使公司机会规则进一步陷入适应困境。

（三）公司机会的本质应是公司利益

有学者指出，公司机会是公司的一种财产性利益。公司就其所拥有的商业机会享有两方面

[51] 参见[英]格雷厄姆·弗戈：《衡平法与信托的原理》，葛伟军等译，法律出版社2018年版，第683页。

[52] 参见上引书，第686页；[美]罗伯特·C.克拉克：《公司法》，胡平等译，工商出版社1999年版，第187页。

[53] 参见前引[24]，冯果文，第98页以下。

[54] 参见申卫星：《期待权研究导论》，《清华法学》2002年第1期，第171页。

[55] See *Perlman v. Feldmann*, 219 F.2d 173 (1955). 以下简称“Perlman案”。

[56] 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112页。

[57] 参见[美]罗斯科·庞德：《普通法的精神》，曹相见译，上海三联书店2016年版，第108页。

的利益,分别是未来实现交易的预期利益,以及为了发掘和利用该商业机会所付出的成本利益,利益说将如实反映这一本质。^[58]笔者认为,利益的概念具有更为优越的包容性,可以涵盖上至无形财产及财产性利益,下至期待与获利可能性的各种情形。此外,将公司机会视作公司利益,不但能够反映公司机会的本质,还能够帮助我们超越语义上的公司机会规则,贯通其在实质层面本应体现的逻辑和精神。

其一,商业机会的根本价值并不体现在归属,而是在于利用。以财产权说和期待权说为代表的观点,过分依赖对商业机会归属的事先判断。如果仅着眼于事先判断,将一项商业机会排除在公司的权属之外,则公司虽付诸一定资源尝试利用,该事实也不能被纳入考量范畴。相反,一旦认定一项商业机会归属于公司,则不论公司能否利用、是否仍有利益,董事都很难再行利用。与之相对,借助公司利益透视公司机会,使我们能够着眼于公司机会利用过程和利用结果中利益的积累,使动态的评判标准成为可能。它不仅意味着尊重公司通过资源投入而获得的利益,也保护公司未来在商业机会利用中享有的潜在利益,同时还可以在公司利益消灭或式微时,支持破除董事再利用这一商业机会的牵绊。这不仅更符合商业实践的样态,也有利于避免保护不足或保护过度的问题。

其二,以利益作为视角,本身就与公司作为“利益关系的构造物”的本质相契合,^[59]也能够直接与受信义务中受信义务人“为公司最大利益服务”的要求相衔接,有助于具体地探索公司机会中的利益冲突。特别是在讨论公司机会规则中的识别标准、抗辩事由等问题时,应从忠实义务的原理出发,直接以利益和利益冲突作为结论的根本性支撑,而非间接从财产权、期待权寻找形式主义的答案。就商业机会而言,不同的机会对公司经营的意义不同,随着开发的进程,其价值大小也会有所变化,只有以利益为视角才能如实反映和度量这种变化。

把公司机会的本质视作一项公司利益,将帮助我们摆脱“不得窃取公司财产”这一规范模型的束缚,将英美公司法忠实义务规则中充满不确定性的“标准”,^[60]以功能主义的方式转化为更富弹性和适应性的规则,从而避免陷入从文义上宣示性照搬的误区。而“公司机会”这一概念的内涵也能够受信义务的语境下得到进一步廓清,并可界定为:公司在其中具有合理期待利益或现实利益的商业机会。如此一来,公司机会规则将通过具体的利益判断与保护公司利益的功能直接衔接起来。

三、构建公司机会规则的理念与路径

在公司利益缺失的背景下,中国公司法的利益冲突规则存在以产权规则代替责任规则,以及用僵硬、机械的事前权利义务配置规则规制利益冲突的问题。^[61]这种错位感在当前的公司机会规则中尤为凸显,因此有必要深入规则内部,透视其中的利益构造和利益冲突特性。

(一) 公司机会规则中的利益构造分析

在揭示了公司机会的利益本质的基础上,还需要贯彻利益分析的理念,将公司机会规则层

[58] 参见前引〔23〕,吕来明文,第109页。此外,也有学者称公司机会为“不是财产的财产”,实际上也是把公司机会视为公司的财产利益。参见前引〔24〕,曹顺明等文,第58页。

[59] 参见梁上上:《论公司正义》,《现代法学》2017年第1期,第63页。

[60] 参见罗培新:《特拉华州公司法的神话与现实》,载北大金融法研究中心编:《金融法苑》2003年第4期,法律出版社2003年版,第50页以下。

[61] 参见邓峰:《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》,《法学家》2009年第4期,第87页。

层解构并充分展开,以把握其根本逻辑,为构建公司机会规则体系奠定基础。

1. 利益类型的展开

公司机会规则建立在忠实义务的理论基础之上,而忠实义务要求处于受信地位的董事“将公司利益置于个人利益之上”,这也是公司机会规则的创制目的。^[62]因此,公司利益是利益结构中最重要的一端。

除了公司利益之外,依照一般的理解,在公司机会规则中,董事私人利益及社会公共利益的解释空间比较有限。^[63]然而,完整的公司机会规则不仅包括“保护属于公司的商业机会不受董事篡夺”的规则,还包括“认定哪些商业机会归属于公司”的识别规则、“何种情况下例外地允许董事利用公司机会”的抗辩规则等。当我们尝试理解并构建识别规则和抗辩规则时,还要考虑董事合理利用商业机会的企业家利益,并顾及商业机会分配最终影响的资源配置效率和公平正义等社会公共利益。正如学者指出的,公司机会规则实际解决的是公司与董事的机会分配与交易成本问题。^[64]上述两类利益虽非公司机会规则直接保护的对象,却是构建公司机会规则时必须关注的因素。从比较法经验来看,美国法上曾出现过认定董事发现的一切商业机会均属公司的案例,^[65]但该案确立的严厉规则不久便被放宽。^[66]法院态度的转向说明,裁判者意识到了公司机会问题背后复杂的利益衡量。与之类似,英国法上禁止一切利益冲突的严格规则的不断松动,^[67]同样能够印证这一结论。

从功能主义的角度看,公司机会规则的核心功能也可以分解为划定公司机会的边界、保护边界以内的公司机会这两个维度。其中,后者与忠实义务的原理重合,指向公司利益保护,且内涵清晰,在当前立法、理论和实践中已具备共识。前者则不然,它是公司机会规则所要解决的特性问题,实质上是在“分配”商业机会,也是目前争论的焦点。然而,划定公司机会边界的具体标准并不能由公司利益保护直接推出,还需多方利益的综合衡量。

2. 利益结构的梳理

关于公司利益、董事的私人利益、社会公共利益三者的关系,有学者认为,三种利益在公司机会案件中呈现出相互对抗的关系,公司机会规则应当对其中的公司利益和非公司利益都予以明确承认和体现。^[68]这一思路有所启发,但主次不够突出,也缺少层次区分,仍然无法真正概括公司机会规则中的利益结构。本文在此基础上,进一步就三种利益及其关系作如下阐释:

首先,公司机会规则主要调整公司与董事之间的利益关系,其间的核心张力存在于公司与董事之间,而其主要任务则在于适当地调整公司借助商业机会营利的利益和董事的企业家利益。^[69]具体而言,在某项商业机会归属于公司的情况下,董事未经特定程序不得从中谋取私

[62] See Matthew R. Salzwedel, *A Contractual Theory of Corporate Opportunity and A Proposed Statute*, 23 Pace L. Rev. 87 (2002-2003).

[63] 2005年公司法引进公司机会规则时,立法者对此的主要关切在于,“如果公司董事、高级管理人员利用职务便利抢占本属于公司的商业机会为自己或为他人谋取利益,无疑会给公司的利益造成损害”,并未注意到公司机会识别问题的复杂性。参见桂敏杰、安建主编:《新公司法条文解析》,人民法院出版社2006年版,第356页。

[64] See Kenneth B. Jr. Davis, *Corporate Opportunity and Comparative Advantage*, 84 Iowa L. Rev. 211 (1999).

[65] See *Irving Tr. Co. v. Deutsch*, 73 F.2d 121 (2d Cir. 1934).

[66] 参见前引[12],“Guth案”;前引[28],谢晓如书,第156页。

[67] 参见前引[9],“IEF案”;前引[10],葛伟军译书,第106页。

[68] 参见前引[17],Chew文,第440页以下。

[69] See Alan R. Palmiter, *Corporations*, New York: Wolters Kluwer, 2015, pp. 343-345.

人利益。此时,公司利益显著优先于董事利益。但是,当某项商业机会处于权属的边缘状态或者游离于公司之外时,如公司不能利用或者放弃商业机会等情形下,也不应完全否认董事自主开发商业机会,追求合理私人利益的权利。^[70]理想的公司机会规则应为此划定尽可能清晰的边界,以维持公司利益与董事利益的平衡。

其次,在构建公司机会规则时,公共利益可以同时作为评价客体与评价标准而存在,^[71]并集中发挥评价标准的作用。一方面,就公共利益作为评价客体而言,将商业机会分配给具有比较优势的一方,有利于增进公共利益——无论这种比较优势是成本更低、效益更优,或者二者兼具,并且这种优势的规模越大,公共利益的额外增长也越多。但是,这并不意味着在公共利益的维度上,就应当鼓励董事与公司竞争。事实上,一个不能忽略的因素便是“监督成本”。^[72]如果任意鼓励董事与公司竞争商业机会,必然促使公司采取更为严苛的监督措施,从而造成社会总体效率的损失。^[73]另一方面,公共利益作为评价标准,将起到调适、校正、完善公司机会规则的作用,并在一些疑难情况下帮助判断是否允许董事自行开发商业机会。例如,当公司面对某一属于公司的商业机会却没有财力开发时,仅仅权衡公司利益与董事利益,很难得出明确的结论。只有引入公共利益作为评价标准,分别评价允许和禁止董事自行开发的情形是否符合公共利益,才能得出妥适的结论。

3. 阶段式的利益衡量

如果以利益和利益关系的方式表达公司机会规则,则其最终目的可以进一步表述为:通过合理地在公司与董事之间分配商业机会,在公司利益得到保护的前提下,实现包括董事利益及公共利益在内的整体利益最优。由此可以认为,关于公司机会的种种识别标准和抗辩事由,都是为了使公司机会规则更加接近这一整体利益最优的目标。但是,各种标准与方法仍不能普遍适用于公司机会问题复杂多变的情境,理论与实践不断产生的混乱、争议与批评即是证明。究其原因,笔者认为,既有的规则和主张普遍忽略了公司机会作为利益载体的特殊性——机会具有动态变化的特性。市场环境的波动、交易对手意愿的变化、竞争对手的进退等,都会影响机会实现的可能性,使得其中牵涉的公司利益发生显著变化。正是因为公司对于机会的发现、利用、放弃以及交易对手拒绝等情境的改变,调整这种利益关系的规则也应作出相应的变化。如果仅拘泥于静态归属的认定,将难免受困于这些变化而捉襟见肘。更为有效的思路应当是,将具体情境予以适度抽象并纳入考量范畴,构造阶段式的规则体系。

这种阶段式的规则构造同时具备理论基础和经验基础。从理论上,将制度利益与具体情境相联系是普遍存在于立法和裁判中的规律,由情境区分而引申出不同阶段的不同规则,正是制度利益衡量应当体现出的精神。^[74]从经验上看,在商业机会的不同阶段,公司利益与董事利益的消长恰恰呈现出一种阶段性的规律:(1)在图中O点左侧,对于一项尚未被发现的商

[70] 例如,公司未尽到合同约定的资金保障义务,且未获得经营许可,法院认可了董事追求商业机会的正当性。参见前引[44],“腾云创智案”。

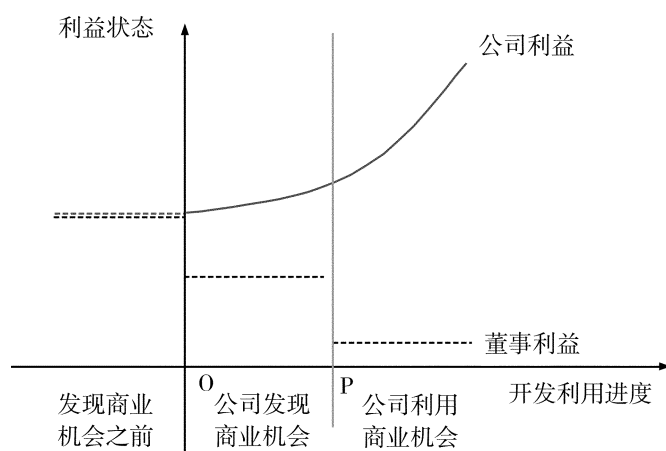
[71] 参见梁上上:《公共利益与利益衡量》,《政法论坛》2016年第6期,第12页。

[72] 公司机会规则作为受信义务的组成部分,需要解决公司对于董事的监督问题,其核心就是监督成本。关于受信义务与监督机制的关系,参见[美]伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》,罗培新、张建伟译,北京大学出版社2014年版,第91页以下。

[73] 学者将这一过程总结为:“当每个合伙人都为排除对方或者防止被排除而付出成本时,企业的价值就会下降。”前引[21],Bainbridge文,第3页。

[74] 参见梁上上:《制度利益衡量的逻辑》,《中国法学》2012年第4期,第80页。

业机会，公司与董事均具有正当的潜在利益基础。尽管董事的利益追求受到忠实义务的约束，但公司并不因此对任何商业机会都享有绝对优越的地位。此时，两者利用商业机会的自由都应受到法律的保护。(2) 在图中 O、P 点之间，即公司发现商业机会的阶段，公司便开始在该项机会中初步具备一定的期待利益，也就是传统意义上的机会“属于”公司。此时，董事因负有忠实义务而不能与公司竞争。但公司并不就其发现的机会具有需要特别保护的现实利益，董事仍然可待公司放弃等特殊情形而重新取得自行利用的正当性。(3) 在图中 P 点右侧，即公司实际投入资源利用商业机会的阶段，公司已经开始在相应机会的开发中积累着越来越多的现实利益，同时享有更为具体的期待利益。此时，董事应按照受信义务人的严格标准，为实现公司的最大利益而服务。



公司与董事利益状态的阶段性变化示意图

将现实情境分解为上述阶段后，公司机会规则便以层次化、差异化的形式显现出来。其中，在发现阶段，公司机会规则的主要任务应当是限制董事与公司的竞争。为此，通过合理划定边界并构造抗辩规则，有限地给予公司利益优于董事利益的相对性保护即已足够。在利用阶段，公司机会规则的任务则应为防止董事以任何方式谋取属于公司的利益。为此，有必要采取更加严格的规则，防止董事篡夺公司机会的行为。

（二）公司机会规则中的利益冲突透视

在公司机会规则中，围绕公司机会而产生的问题以董事与公司之间利益冲突的形式表现出来。从这一点来看，公司机会规则要解决的问题与其他忠实义务的典型问题，如竞业禁止、自我交易、合理薪酬等并无根本性差别。因此，公司机会规则可以参照利益冲突交易规制的基本框架，通过适当的形式容纳包括信息披露和程序审查在内的组成部分，从而与忠实义务的逻辑相连贯。^[75]

值得注意的是，与包括竞业禁止在内的其他忠实义务规则不同，公司机会规则规制的利益冲突并不是一经董事利用任何商业机会即概括地、当然地产生，而是具有动态变化的特性。这

[75] 参见施天涛：《公司法应该如何规训关联交易》，《法律适用》2021年第4期，第80页；Klaus J. Hopt, *Self-Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of Interest*, in Klaus J. Hopt & Gunther Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin; New York: de Gruyter, 1984, p. 300。

种变化一方面体现在公司机会规则中识别标准与抗辩事由的逻辑关系上。可以说,前者的功能是将存在利益冲突的情形纳入公司机会规则的规制范畴,后者的功能则是把不再存在利益冲突的情形排除在规制范围之外。另一方面,这一变化也贯穿于公司机会规则的具体构成之中。因此,我们要在利益冲突的视角下,沿着“发现—利用”的思路,对商业机会开发的动态过程予以类型化提炼,通过面向典型情境的透视分析,确定识别标准与抗辩事由。

对于公司机会的识别标准所涉及的情境,结合前文关于“两阶段”利益构造的结论,可以就典型情形作以下分析:首先,不论公司机会处于何种阶段,一个理论前提是,只有当公司在商业机会中具备利益时,董事才可能因为追求个人利益而构成利益冲突。在发现阶段,最典型的利益冲突例外即是,董事未利用任何公司资源——无论是信息、设备等直接意义上的资源,还是职务、声誉等间接意义上的资源,^[76]独立地发现了商业机会的情形。此时,董事在不违反包括竞业禁止在内的其他忠实义务的前提下利用该商业机会,并不与公司发生利益冲突。但是,如果董事借助公司资源发现了商业机会,或者公司已经自行发现了商业机会,即使此时公司未作利用与否的表示,但由于存在将来开发的现实可能性,董事擅自利用该机会也将产生与公司的利益冲突。而在利用阶段,由于公司已经投入了资源,并具备现实利益,董事的任何篡夺行为都将触发利益冲突。由此,具体的识别标准设置,应当对利益冲突的变化和差异作出有效反映,而不能任意划定界限或者配置“考量因素”。

在抗辩事由中,利益冲突随着情境差异而产生的变化更为明显。对于尚处在发现阶段而未被公司实际利用的商业机会,董事自行利用而产生的利益冲突会因为公司放弃或者同意而化解。这是因为,此时公司几乎没有为该机会付出任何投入,不存在需要保护的特殊利益,公司放弃或者同意增强了董事利用的正当性基础。另外,在以下两种情况下,公司也无法在发现的商业机会中享有合理利益:一是交易对手拒绝与公司交易,二是公司不能利用该机会。但要注意一些特殊情形下的风险,如董事故意造成公司财务上不能利用该机会的结果等。因此,还需要通过表决权排除、法院实质审查等规则预防这类风险。

如果一项公司机会已经进入了实际利用的阶段,即使公司继而放弃直接利用、不能利用或者交易对手拒绝等,其中的公司利益也不会自动消失。此时,董事的利用行为是否与公司利益冲突,将取决于以下具体情形:若公司可以通过转让等方式处置公司机会,并从中实现一部分利益,则董事的自行利用行为仍将损害公司利益。此时,依忠实义务的要求,董事不能利用该机会。当然,这些机会也可能完全失去了价值,继而成为无法回收的“沉没成本”,公司于其中不再具有现实和期待利益,此时,董事的利用行为便不与公司利益相冲突。在这一阶段,唯有公司同意董事利用该机会时,其中的利益冲突风险方可确定无疑地得到清洁。

无论是公司机会规则中的利益构造还是所对应的利益冲突情形,均因商业机会自身的特性,呈现出动态变化的属性。理想的公司机会规则应当具备差异性的阶段式规则设计,并能够针对具体情境中的利益冲突作出反应。从实然的角度来看,这一点在既有的规制模式中几乎都未得到足够关注。唯有英国晚近的“成熟商业机会标准”部分体现了这种阶段式区分的思想,但该标准中“在现实意义上成为成熟的商业机会”、公司“积极追求”等要件完全依赖于法官

[76] 对于上述“公司资源”,也有学者分别称为资产、员工等硬性资源以及商业秘密、商誉等软性资源(参见前引[24],车传波文,第71页)。无论如何称谓,对这里的“公司资源”都有必要作扩大解释,从而将一些无形的或者难以清晰计量、界定,但确属因担任董事职务而主动或被动获得的资源囊括在内。

的主观判断,^[77]对于机会成熟与否的阶段划分并无较为清晰的客观标准。这种粗略的分界方法和对法官主观判断的过分依赖,使其对我国仅具有启发意义,而缺少现实的借鉴价值。

四、公司机会规则的体系化建构

面对公司机会规则中利益构造的变化和复杂性,英美的法官可以通过个案利益平衡和对先例的“区别”,甚至是能动的“法官造法”予以应对。但在像我国这样成文法传统的国家中,需要的则是一套能够适应情境差异的结构性规则体系或解释体系。在该体系内,区分公司机会的发现阶段和利用阶段,并以此作为框架支撑具体的规则设置。

(一) 公司机会发现阶段的规则建构

公司机会的发现阶段,是指商业机会尚未得到公司投入资源加以利用的期间。在这一阶段,董事利用该商业机会的行为并不一定与公司利益冲突,这将在很大程度上影响识别标准和抗辩规则的具体构造。

1. 识别规则的选择

关于公司机会发现阶段的识别,可以采用以经营范围为标准的推定。从比较法来看,经营范围标准是美国法上目前接受度最高的识别标准,各类混合标准也普遍承认“经营范围”对于识别公司机会的意义。^[78]经过“Broz案”对该标准的优化而形成的“四要素标准”更是可以容纳公司财务能力、利益与期待以及董事与公司的利益冲突等其他要素,使其在识别问题的把握上更加精细。^[79]不过,正如前文提到的,即便在判例法语境下,这两套标准也不断遭受理论界关于其“不确定性”的批评。因此,本文选择将其改进为确定性更强的“经营范围推定”。这一思路更契合成文法的传统,同时适当保留了“四要素标准”的灵活性与精细化优势,也在一定程度上符合学者关于公开公司相比封闭公司应适用更严格规则的看法。^[80]

就具体的规则设置而言,应当推定公司经营范围内的商业机会已被公司发现,公司于其中具备合理的利益,因此应得到法律的保护。这是因为,公司的经营范围很大程度上标志着公司经营能力的范围,也意味着公司能够在日常经营中搜寻到商业机会的范围。相较经营范围之外的商业机会,经营范围内的商业机会更容易被公司察觉,公司也具有相应的开发优势,因此有必要对这一利益状态予以适当保护。总之,采用这样的推定,其经验和逻辑基础是比较牢固的,并不会过度偏袒公司的利益。

推定事实具有可反驳性,由此可以阻却推定规则的适用。^[81]对于这些落入公司经营范围而被推定属于公司的商业机会,董事如认为事实上公司在其中并不存在合理利益,可以举证反驳,如该商业机会与公司实际业务并无任何关联,或者商业机会系由董事非经履行职务而在先发现等。在北京中明国际物流有限公司与田强、魏晓鸣、丁山、欧阳奇公司高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷案中,原告公司在一名大股东逝世后就处于暂时停业的状态。^[82]如果适用

[77] 参见前引〔9〕,“IEF案”。

[78] 参见前引〔16〕,Talley文,第289页以下。

[79] 参见前引〔15〕,“Broz案”。

[80] 因为前者往往是大公司,经营范围更广,能够享受的推定保护也更加周密。参见前引〔3〕,Brudney等文,第1002页。

[81] 参见何家弘:《论推定规则适用中的证明责任和证明标准》,《中外法学》2008年第6期,第878页。

[82] 参见北京市第二中级人民法院(2009)二中民终字第02263号民事判决书。

推定规则, 尽管原告可主张商业机会因落入公司经营范围而属于公司, 但被告可以通过举证公司暂停营业来推翻上述推定。除此之外, 在兼职董事、离任董事等特殊身份的受信义务人利用公司机会时, 还可能面临更多差异性的反驳事项, 如兼职董事所任职公司之间存在关于商业机会分配的特殊安排、某一商业机会系离任董事利用新公司资源发现等。

对于公司经营范围以外的商业机会, 如果公司主张权利, 则应当承担举证责任, 证明其率先发现或者董事利用公司资源发现, 或者公司在其中存在值得保护的特定利益等。其中, 特定利益最典型的表现是, 如果一项商业机会对公司的经营实质而言是必不可少的, 失去这一机会将威胁公司的生存能力, 则公司可凭此提出主张。^[83]当然, 法院是否支持公司的主张, 还需结合具体事实及证据加以认定。

这样的规则设置相当于借助推定这一法律技术重构了 Guth 标准等一系列采取多个考量因素的方法, 强化了经营范围要素的地位, 突出了保护公司利益的主线, 增强了规则适用的确定性。同时, 上述两方面对推定规则在不同方向上的修正, 避免了其过分泛化或保护不足的潜在问题, 更有助于实现公司机会规则追求的利益最优目标。

2. 披露义务的要求

关于发现阶段的披露义务, 现有研究或者强调披露在公司机会识别中的地位,^[84]或者将其看作“安全港的第一道闸门”,^[85]或者作为一种程序性义务放入公司机会规则的整体中观察。^[86]然而, 这些研究忽略了披露义务贯穿并联结整个公司机会规则的独立价值。事实上, 如果没有董事的披露, 公司便无从知晓只有董事本人发现的商业机会, 也无法得知董事于其中的利益冲突并合理地作出是否同意董事利用的决策, 使得公司机会规则的逻辑发生断裂。因此, 董事的披露义务在公司机会规则体系中具有独立地位, 不依附于识别标准和抗辩事由。

董事所承担的披露义务包括两部分: 一是披露机会的义务。在某一商业机会是由董事直接或间接利用公司资源而发现的情况下, 董事应当依据合理的商业判断决定是否向公司上报该机会, 并在其认为有必要时及时报告。^[87]董事未披露而利用该机会的, 如果不能自证公平, 则应当承担篡夺公司机会的法律责任。二是披露利益冲突的义务。在董事就利用属于公司的商业机会而征求公司同意前, 应当对不限于利用内容、利用计划、利用该商业机会可能对公司造成的影响等事项, 向公司进行披露, 从而使公司作出合理的判断。董事违反这一披露义务的, 无论公司最终是否同意董事利用, 在不具备其他抗辩事由的情况下, 都应当承担违反受信义务的责任。当然, 在下文所述公司放弃、公司不能和交易对手事前拒绝等情形下, 公司就该商业机会本身并不具有现实利益或者利益期待, 此时并无所谓“冲突”可言, 也没有必要强制董事进一步披露。

3. 抗辩事由的设定

抗辩事由的设定对应着利益冲突的例外情形, 在符合抗辩事由的情况下, 可以允许董事利用公司机会。

[83] See *Rapistan Corp. v. Michaels*, 203 Mich. App. 301, 511 N. W. 2d 918 (1994).

[84] 参见刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》, 法律出版社2004年版, 第454页;前引〔24〕, 冯果文, 第104页。

[85] 前引〔28〕, 谢晓如书, 第168页。

[86] 参见前引〔24〕, 王肃元文, 第92页。

[87] See DeLarme R. Landes, *Economic Efficiency and the Corporate Opportunity Doctrine: In Defense of A Contextual Disclosure Rule*, 74 Temp. L. Rev. 866 - 877 (2001).

(1) 公司放弃。如果公司发现某一商业机会,然后又以明示、默示或沉默的方式放弃,或者不再继续开发,或者直接拒绝交易对手,董事就可以利用。其中,明示放弃除了直接以决议或对外意思表示的形式作出外,美国法还认可公司在章程中预先放弃某类商业机会,^[88]这一经验亦值得借鉴。至于默示放弃和沉默放弃,则应采客观解释的方法,对公司的意思加以认定。尤其对于沉默放弃,不能仅凭公司在一段时间内未予利用即认为已经放弃,而应当结合公司的经营性质、经营习惯、商业机会本身的属性等作综合判断和严格的认定。

(2) 公司同意。对于公司同意这一普遍认可的抗辩事由,一般都要要求由非利害关系董事或股东(大)会决议作出,^[89]同时必须建立在董事充分履行披露义务的基础上。结合我国公司法第124条规定,利害关系董事的表决权也应排除在外。同时,如果系存在利害关系的控制股东等在股东(大)会上征求股东表决同意,其表决权亦应排除在外。^[90]前述公司以决议放弃公司机会的情形,同样涉及利害关系董事或股东表决权的问题,应适用相同的表决权排除规则。

(3) 公司不能。这里的公司不能包括法律上不能和财力不能。法律上的不能,即由于法律的禁止,公司无法进一步利用某一商业机会。董事如果不受该项禁止,其与公司之间就不存在利益冲突,自然可以利用。至于财力不能,其不仅降低了公司对商业机会的期待利益,而且意味着公司在开发该商业机会上缺乏比较优势,如果允许具备能力的董事进行开发,反而有助于增进公共利益。不过,为防止董事以此为借口篡夺公司机会,应严格把握财力不能的认定。公司短暂的资金短缺或者经营困境不应是财力不能的充分条件,对于融资能力显著占优的上市公司等尤其如此。^[91]如产生争议,法院可结合公司是否陷入清偿能力不足、公司的资金情况和融资能力,以及个案中公司机会本身所要求的资金规模、投入方式等进行实质性审查。^[92]这一点与公司同意等抗辩事由不同,在后者,法院仅需对董事会或股东(大)会的决议进行形式审查。

(4) 事前的交易对手拒绝。如果交易对手事前明确拒绝与公司交易,则该商业机会可为董事利用。至于学者所提到的串通问题,^[93]很难成为否认这一抗辩的理由。一方面,在达成交易之前,交易对手拥有充分的选择自由,理性的商人自然会选择收益更多的交易相对人和交易方式。此时,尊重交易自由在价值序列中具有优先地位。另一方面,如果公司能够证明董事与交易对手恶意串通,亦可以主张董事承担违反忠实义务的责任。相较之下,如果交易对手在公司追究董事责任时才提出,其原本便不愿与公司交易,则不应允许董事援引此种事后拒绝作为抗辩理由。否则,将公司是否应当得到救济、董事是否有责等判断完全系于一个与当事人存在利害关系的交易对手的意见,有损法律的严肃性。若董事在诉讼中单独以此作为证据,也将因证明力不足而不能排除其篡夺公司机会的嫌疑。

(二) 公司机会利用阶段的规则建构

在利用阶段,公司不仅在商业机会中具有了直接的现实利益,而且具备了未来借此营利的

[88] 参见前引[5], Allen等书,第636页。

[89] 如英国2006年公司法第175条(6)规定:“授权是有效的,只要——(a)关于事项被考虑的会议法定人数的任何要求,不将正被讨论的董事或任何其他利害关系董事计算在内,也得到满足,并且;(b)未经他们投票,事项被通过,或者如果他们的投票不计算在内,事项也会通过。”参见前引[10],葛伟军译书,第106页。

[90] 参见肖海军、危兆宾:《公司表决权例外排除制度研究》,《法学评论》2006年第3期,第32页以下。

[91] 参见前引[5], Allen等书,第361页。

[92] 参见前引[26], Rivers文,第229页以下。

[93] 参见前引[33],沈贵明文,第190页。

合理期待。依忠实义务原理,保护公司的利益成为第一要义。

1. 利用阶段的机会归属判定

对于公司是否已经开始利用该商业机会从而使其进入利用阶段,应以公司是否实际投入了人力、物力资源作为判断标准。人力与物力的投入标志着公司在这一商业机会中拥有了更多的现实利益及期待利益,而不仅是发现阶段的获利期待或者对于过往投入回报的承受。例如,在“林承恩案”中,原告所在公司已经与作为交易相对人的当地政府签订了多份合同,并先后三次向其在内陆设立的用于从事开发的子公司注资,这显然能够说明该商业机会已经进入了利用阶段。^[94]当然,公司应承担举证责任,以经营计划、会计账簿、会计凭证、会议纪要、谈判记录、备忘录、合同文本等证据,或者公司其他董事、高管、直接负责的员工已经参与考察、调研、谈判或磋商等过程,证明公司已经在利用该商业机会。这种证明在法律上并不比其他情形更为困难。

对于人力与物力资源投入的认定,宜针对“投入”本身采用较为宽松的标准。其关键并不在于数额多少、规模大小以及具体形式,而在于公司能否通过这种投入获得从商业机会中营利的合理期待,使得原本单纯存在于经营选择和经营方向上的可能性得以明确化、现实化。例如,在“Perlman案”中,虽然公司没有为继续扩大生产规模或者锁定客户等直接进行物力投入或者展开谈判,但公司的投入却是随着经营而持续、客观地存在的。只要公司继续生产钢铁,市场继续供不应求,那么扩大生产规模或者签订长期合同锁定客户就是唾手可得的商业机会。^[95]此时,应当因公司持续经营而认定人力、物力资源投入的存在。我国司法实践中也不乏类似案例,如在“赖声涛案”中,法院认为,商业机会是否属于公司,取决于“公司是否对商业机会付出了努力、进行了营造”。这种努力除了直接的资源投入外,还包括“通过销售和售后维护”形成的长期合作关系以及公司由此对于商业机会形成的合理期待。^[96]这一看法部分体现了法院对公司机会动态性和阶段性的认识,也符合商业实践的特性。如果采用严格的标准,僵化地要求公司以特定方式对商业机会开发付出相应规模的直接投入,将割裂公司经营的连续性,再次陷入运用静态视角评价动态过程的误区。

正如前文所述,如果公司能够证明其已经投入了人力、物力资源进行利用,该商业机会将因为公司具备现实利益而“归属”公司。^[97]即便其并非公司经营范围内的业务,实际的资源投入也已经使得公司拥有了现实利益,改变了机会的利益状态和未来可能实现的利益指向,董事不能再以该商业机会不属于公司为由加以利用。

2. 抗辩事由的设定

在利用阶段,董事自行利用公司机会产生的利益冲突风险更加现实,也更加显著,忠实义务下董事的行为标准也相应地更加严格,公司机会规则应对此有所体现。正如“Guth案”中法院所提到的,忠实义务的目的不是救济违反受信义务造成的现实损失,而是基于一种明智的

[94] 参见前引〔45〕,“林承恩案”。

[95] 参见前引〔55〕,“Perlman案”。

[96] 参见前引〔40〕,“赖声涛案”。

[97] 实践中,法院对公司的资源投入这一事实也表现出高度重视。有的法院已经意识到了公司的“实质性努力”具有打破商业机会竞争状态,使之归属于公司的作用。参见北京中改一云文化传媒有限公司、钱静与张新红、庞德坤等损害公司利益责任纠纷案,江苏省南京市中级人民法院(2020)苏01民终3258号民事判决书。

公共政策，排除受信义务人通过背信行为获利的所有诱惑和可能。^[98]此时，不允许董事援引除公司明确同意之外的其他抗辩，而要求其履行征求公司同意的正当程序，既符合利益冲突规制的原理，^[99]也符合区分公司机会开发的两个阶段的初衷。

结合经济分析展开的公共利益衡量，也可以验证这一抗辩规则配置的合理性。以公司放弃为例，如果允许董事于此时利用公司机会，可以减少机会闲置或消逝造成的浪费，但公司要付出监督成本。禁止董事以公司放弃作为抗辩，而要求其事先征得公司的同意，是一种成本更优的替代方案。一方面，董事有能力在比较成本与收益的基础上作出是否征求公司同意的判断；另一方面，董事征得公司同意所要求的个别成本往往小于公司为了时刻维持监督状态付出的长期成本。在程序上，上述同意与发现阶段的公司同意相同，需经非利害关系董事或股东决议作出。

3. 披露义务的要求

对于已经被公司利用的商业机会，董事只有在取得公司同意的情况下才能利用，但前提是履行严格的披露义务。这一披露义务不以汇报该商业机会为必要，而应着重于利益冲突的披露。而且，利用阶段的商业机会往往已经足够成熟，信息更加充分，双方也更容易产生现实的利益冲突，故应当采取“完全披露”标准，^[100]严格要求董事披露所有可能对公司决策产生实质影响的信息，防止公司利益在基于欺诈或误解而作出的决策中遭受损害。至于“可能对公司决策产生实质影响的信息”，美国法上有判例强调披露董事利用公司机会的目的，^[101]也有的强调披露交易对手的意愿及公司内部人的行动计划，^[102]还有的要求董事披露影响公司决定是否涉足某一经营领域的信息等。^[103]总之，无论个案中信息表现为何种形式，只要可能对公司决策产生实质影响，董事均应当予以披露。

在公司机会规则中，披露是衔接识别和抗辩的节点。经过披露，公司关于利用、放弃、同意与否等的判断方可具备决策基础。然而，我国当前的司法实践中不乏将董事的欺诈、隐瞒作为篡夺公司机会构成要件的案例，^[104]忽略了披露中一般过失的情形以及规范性的要求，这显然错误配置了董事的披露义务，不当地降低了董事作为受信义务人在面对利益冲突时的行为标准，这在公司机会的利用阶段尤其不能接受。通过建构公司机会利用阶段董事积极的披露义务，明确披露内容，将有助于补齐当前公司机会规则在保护公司利益方面的短板。

结 语

经法律移植进入我国的公司机会规则仅是对英美法经验的简单概括，现有规则语义上的局限遮蔽了公司机会的利益实质，宣示性大于实用性。应当立足于公司机会规则中的利益本质，完成三方面的思维转向：一是由归属思维到利用思维的转向，二是由静态思维到动态思维的转

[98] 参见前引[12]，“Guth案”。

[99] 参见施天涛、杜晶：《我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制》，《中国法学》2007年第6期，第133页以下。

[100] 参见前引[6]，American Law Institute书，第283页。

[101] See Klinicki v. Lundgren, 298 Or. 662, 683, 695 P.2d 906 (1985).

[102] See Regal-Beloit Corp. v. Drecoll, 955 F. Supp. 849 (N. D. Ill. 1996).

[103] See McCabe Packing Co. v. United States, 809 F. Supp. 614 (C. D. Ill. 1992).

[104] 参见吉孚动力技术（中国）有限公司与符修齐、王社新、苏州捷驰汽车技术服务有限公司损害公司利益责任纠纷案，江苏省苏州市中级人民法院（2018）苏05民终8545号民事判决书；前引[42]，“常州联尚案”。

向, 三是由单一概念到体系性建构的转向。经此调整, 可以有机地衔接英美法中充满不确定性而又富于实用主义色彩的规则, 通过“两阶段”构成的规则束, 建构起适应我国法律制度的公司机会规则体系。

本文主张的规则体系可由公司法及司法解释在内的配套规则共同建立。一方面, 公司法应赋予公司机会规则以独立成条的地位, 并可以考虑将“属于公司的商业机会”这一语义层面的表达, 替换为具有规范功能的“公司具有合理利益的商业机会”, 同时对董事可以在履行披露义务基础上援引的抗辩事由予以总括规定。另一方面, 可由司法解释规定不同阶段的具体规则内容: 在公司投入资源利用商业机会之前, 以经营范围标准推定“合理利益”的存在, 并配置相应的披露与抗辩规则; 在公司投入资源利用商业机会后, 设定更为严格的披露与抗辩规则。在公司法作出调整之前, 这一规则体系也可以通过合目的性解释的方式在具体案件中得到适用。

Abstract: According to the corporate opportunity doctrine, it is corporate interest, rather than the claim of corporate property, that decides whether a business opportunity belongs to a corporation. Corporate interest begins to accumulate when the corporation undertakes an opportunity, the process of which can be divided into two stages, i. e., the discovering stage and the implementation stage. Throughout the process, the corporation may lose its interest in the opportunity as situations change and it is allowable for a director to exploit the opportunity when the corresponding conflict of interest vanishes. The optimum rules should reflect the variations. The discovering stage is the phase where the corporation has not invested any soft or hard resources into the opportunity, for which less strict rules should apply. At this stage, an opportunity within the line of business is presumed to belong to the corporation. After offering the opportunity to the corporation with necessary disclosure, a director may take advantage of the opportunity if he gets approval of the corporation, or the opportunity has been rejected by the corporation, or the corporation is unable to utilize the opportunity, or the counterparty is unwilling to deal with the corporation beforehand. At the implementation stage, corporate interest in the opportunity becomes realistic due to the corporation's investment, which makes strict and prophylactic rules essential. The director may pursue the opportunity only after full disclosure and receiving the corporation's approval. This set of two-stage rules that include flexible characterization test and differentiated defenses would provide a desirable framework for the transplantation of corporate opportunity doctrine into Chinese corporate law.

Key Words: corporate opportunity, corporate interest, duty of loyalty, characterization test, defense rule
