

国企改革

政府与国有企业的关系： 管理抑或控制

——关于中远航运“安庆江”轮南非被扣案法律意见书

课题组

中远航运股份有限公司（以下简称“中远航运”）为“安庆江”轮在南非被扣一案，于 2000 年 5 月 24 日向华东政法学院经济法研究中心提出咨询。因本案及其处理有重大国际影响，本中心遂组织法律专家团举行论证会。专家团成员包括我国著名的法律专家、原中国政法大学校长江平教授，全国人大法律委员会委员、中国法学会民法经济法研究会会长王家福教授，北京大学法学院院长吴志攀教授，华东政法学院院长何勤华教授和中国法学会民法经济法研究会副会长、华东政法学院顾功耘教授。经对“中远航运”提供的相关资料及南非扣船的有关依据分析，结合我国法律及实际情况，特提出如下法律意见：

1. “中远航运”与中国联合石油有限责任公司（以下简称“中联油”）是不是国有企业？是否受同一人控制？这是本案的核心问题。

印度 Essar 公司在其扣船申请中称，广州远洋运输公司（以下简称“广远”）是全民所有制企业，由国家所有和控制。“中联油”的两个控股股东都是全民所有制企业，亦由国家所有和控制。由此推定“广远”与“中联油”受同一个人（国家）的控制。故根据南非 Admiralty Jurisdiction Regulation Act 105 of 1983(as amended) 第 3(7)(a)、3(7)(b) 规定：“广远”所属的船舶“安庆江”轮与“中联油”所租的船舶 Kamlesh 轮属于关联船舶（associated ships）。南非德班港地方法院据此作出扣押“安庆江”轮的裁决。根据我们的分析，本案的焦点在于认定“安庆江”轮的所属公司（控方将其误认为是广州远洋运输公司，但实际上其所有者是中远航运股份有限公司）与 Kamlesh 船舶所属公司（据南非法律规定，本案中该公司被认定为中国联合石油有限责任公司）是否受同一人控制，也就是说，“中远航运”和“中联油”这两个所谓的“国有企业”（state-owned enterprises）是否完全受“国家”控制？这一判断涉及中国企业法人人格及行为能力的认定问题，而冲突法规则要求有关身份、能力的法律认定适用当事人住所地法律（在本案中即为中国法律）。我们也注意到了控方律师在扣船申请中多次提及“Chinese law”（中国法律），但我们认为，控方律师对中国法律的理解并不准确，相关引用亦不恰当。这从以下的意见中可以说明。

2. 中国的国有企业包括授权经营的国有控股企业均是私法主体，这是中国的国情所决定的。

1949年中华人民共和国成立前夕，由于国民党四大家族巧取豪夺、聚敛财富，大量的平民生活极其贫困、举步维艰，国内贫富差距极为悬殊，这一问题成为社会的一大隐患。为稳定局势，新中国政府顺应民意，没收众多的官僚资本，并改造民营资本，实行国有化，建立了全国性的国营企业制度。因企业财产性质上属于全体劳动人民所有，故又称全民所有制企业。新中国成立后相当长的一段时期里中国实行计划经济体制，政府担任了物质生产的组织者和社会的管理者双重职能，企业作为政府的附属物而存在，政府与国营企业（当时还不称为“国有企业”）的关系如同工厂与车间的关系。在当时物资相对匮乏的时代里，这一制度有效地保证了国计民生的需要，对此，南非法院及控方应当可以理解。当然，从这一点来看，当时的国营企业确实受到政府的控制。然而不可否认的是，即使是在这一时期里，由于不同的企业实际分属不同级别、不同地区与不同行业部门管理，故彼此之间仍然存在着利益差别 除非遇有重大、紧急事件（如自然灾害、战争等），它们之间的交易依旧体现为一定的货币关系。随着中国经济的发展，1978年以后在邓小平先生倡导的改革开放时代里，中国改革了国有企业制度，实现了出资者所有权与企业法人财产权的分离，企业最终摆脱了对行政机关的依赖，国家也解除了对企业承担的无限责任。1993年12月29日通过的《中华人民共和国公司法》第4条与1994年7月24日通过的《国有企业财产监督管理条例》第27条都明确规定了国有企业的法人财产权，从而在法律层面上确立了企业的独立市场主体地位。^①这一规定是与国际惯例接轨的，顺应了世界各国企业立法潮流，是中国国有企业制度改革的里程碑。本案中的当事企业“中联油”和“中远航运”都已是严格按照《公司法》等有关法律规定设立的公司，拥有企业法人财产权，其财产独立、经营独立、核算独立、责任独立，是具有完全行为能力的独立法人实体。

另外，必须强调的是，由于历史的成因，与西方国家国有企业集中在非竞争性行业不同的是，中国大量的国有资产以国有企业的形式遍布于社会各竞争性行业。中国近年来清产核资的结果显示，目前全国国有资产总量已逾8万亿元，其经营性国有资产达6万多亿元。据《中国统计年鉴》近年公布的数字 全国281852户国有企业在竞争性行业和非竞争性行业的基本分布状况是：在贸易、餐饮业等竞争性行业中共有244519户，占86.7%；在科教、体育等非竞争性行业中共有37433户，占13.3%。如果说目前遍布所有行业的国有企业实际上都由国家一手控制，则它们的竞争动力必定全然丧失，这很难解释中国目前激烈的市场竞争和充满生机与活力的交易活动。

在西方发达国家，为明晰国有企业产权，普遍采取了以下两种方式：一种是建立国家控股公司代行出资者所有权，瑞典、巴西、意大利等国家都采用这种做法，其中以意大利最为典型。其国家控股公司宛如一座金字塔，位于塔尖的是控股公司的总部，中间是二级控股公司或行业性牵头公司，下面是众多的企业。国家控股公司负责国家拥有的股份，代行国家股东权利，其所属公司与私人企业实行同样的商法和会计制度。再以新加坡谈马锡公司为例。谈马锡（TEMASEK）控股公司是新加坡政府四大控股公司中最大的一个，由财政部独资设立，其涉及的主要领域包括钢铁工业、化学工业以及某些特殊行业。虽然公

司资本完全来自政府，但其经营上完全与私人企业一样，以营利为目的，遵循市场运行法则，国家没有给予任何特权，也没有给予特殊保护，该公司完全在公司法律框架内规范运作。另一种是设立专门主管部门管理监督出资者所有权，如法国经济和财政部对国有企业管理拥有较大权力，包括实施有关经济立法和宏观经济政策等。中国目前的做法属于第一种。

中国的国有企业都具有法人资格，是相对独立的市场主体，这又分为两种情况：(1)两企业同属于一个控股公司控股。在这种情况下，两个企业由于受同一主体控制，可能具有利益上的内在关联，其独立性是相对的。实际上也只有这种情况才符合本案“受同一人控制”条款规定的要求。但在本案中，两当事企业不属于同一控股实体控制，故不宜适用该条款。(2)两企业分属于不同的控股实体控制。在这种情况下，国有企业并不受控于同一主体，其利益并不直接关联（如处于竞争状态下甚至可能相互对立）。本案“中远航运”的控股股东是广远公司，而广远由中远集团控股。“中联油”的直接控股股东是中国石油天然气股份有限公司（以下简称“中油”）而“中油”早已被授权给中国石油天然气集团公司经营和管理（占 90% 股份）。这是两个公司股权结构的顶端，其上再无共同的投资公司实施控制，对于中远集团与石油天然气集团公司来讲，它们是市场经济条件下的完全不同的利益主体。

3. 中国政府对国有企业实施的管理并不是南非法律意义上的“控制”。

对南非法律中“controlled by a person”这一用语的解释应遵循国际惯例。从国际通行的法律精神与实践操作层面来看，这一用语应理解为具有市场主体资格的经营性企业组织（包括自然人），旨在谋求本企业及其关联企业的经济利益，通过投资控股等方式对下属企业实施的控制。在这里，不能把“person”扩大理解为政府行政管理部门，因为政府是超然于市场主体之上的，主要职能在于国民经济的宏观管理，世界各国政府是如此，当今的中国政府也是如此。相应地，不能把政府对企业的行政管理混同于这一特定含义的“控制”(control)。

控方律师认为：“广远”、“中联油”都是国有企业，完全由国家所有和控制（be owned and controlled by the Government of the People's Republic of China）。这是对中国法律与现实的片面理解与武断推定。实际上在历经 20 多年改革之后，中国已经建立起一整套完备严谨的国有资产管理与运营制度。国有资产投入企业后在法律上以“国有股”的形式存在。国家对国有股实行分级管理，即根据部门、地域关系分别由不同的国有资产管理部门行使管理职权。同时，法律规定国有资产管理部门应授权投资公司、控股公司、集团公司、经济实体性行业总公司以及少数特定的部门行使国家股的股权，而持股单位即为股东单位。^②这样，不同的国有企业分别受到不同的国有资产管理部门的管理，它们之间不仅利益不同，甚至连管理方法（不同地方与部门各有不同的法规和规章）也不尽相同，控方所谓的“受同一人控制”的理由显然没有法律依据和事实基础。

当然，即使明确中国国有企业的国有股权分属不同控股主体行使，控方律师仍然可能继续坚持其观点，因为他们认为这些不同的国有股权行使主体之上仍有一个共同的“人”

(person) 即国家 (state)。我们认为这种说法仍然是不能成立的。因为南非的法律不仅要求有这么一个“ person ”而且还要求这一“ person ”须履行“ 所有 ”(own) 与“ 控制 ”(control) 之职能。但是中国的法律规定显然不能支持“ state ”的这一职能。

在中国现行法律条件下 国家 由政府作为代表 的所有并不必然代表着“ 控制 ”事实上正是痛感于过去政府对企业进行控制的诸多弊端，法律才要求设立国家股权的控股机构，并通过设定其与政府之间的权利义务关系，阻断国家之手对企业的控制。这样政府尽管是企业的“ 所有者 ”却无法实施“ 控制 ”(不管是直接的还是间接的)。^③ 政府如果企图对企业进行不当控制，首先面临巨大的法律障碍，这一障碍是法律以强行性规范设置的，政府哪怕凭借“ 所有者 ”的身份也无法逾越，否则必然要承担难以承受的法律风险。^④ 在这一制度设计中，国家的“ 所有权 ”已受到法律的极大限制，政府只代表全民对国有资产进行名义上的占有，其实际控制权已经转移给各控股主体，政府不可能再实施有效的控制，而政府的国有资产管理部的职权也只是以行政管理者的身份对国有资产实施行政管理（制订行政规章、监督检查规章执行情况等），以防止控股企业滥用控制权。在中国，不同的授权投资与控股机构控制不同的企业，除非两个企业同属于一个控股实体，否则根本就谈不上“ 受同一人控制 ”的问题。就本案而言，“ 中联油 ”受中国石油天然气集团公司最终控制，“ 中远航运 ”受中国远洋运输 (集团) 总公司(下简称“ 中远集团 ”)最终控制 在两个控股实体之上根本没有一个直接的共同上级主管部门，自然不存在“ 受同一人控制 ”的问题。即使上溯到最高行政机关，想要越权对这两个当事企业实施控制，也将为法律所严厉禁止。可见，控方认为两公司受同一人控制 (controlled by the same person) 的理由是不能成立的。

当然，世界各国政府都会从国民经济管理的角度出发对企业实施一定的管理，但这并不影响国有企业的私法主体地位，政府对私法主体实施管理的权力是法律赋予的，是普遍存在的，因而不能将“ control ”的内涵泛化，否则必将引起混乱。如果依据控方的逻辑，将这些企业均认定为“ be controlled by a person ”进而随意冻结、扣押 势必为任何国家的政府所无法容忍，从而令商事纠纷演化为国家争端，引发无尽的麻烦。南非法院作出的扣押“ 安庆江 ”轮的决定 不仅是错误的 也是危险的。

4. 控方没有任何证据能够证明，“中远航运”和“中联油”两公司有关联交易，事实上也没有任何关联。

从实证上看，属于同一控股实体控制下的企业之间有可能发生各种转移资源或义务的关联交易现象。但是，分属于不同的控股实体控制的企业则不可能出现这种情况，理由是：(1) 这些企业之间的交易都是在通行的市场规则下进行，其交易价格是经过充分的博弈形成的，这种情况在中国不胜枚举，可以说是中国企业经济活动中最大量的关系。(2) 在同行业的国有企业之间，往往存在着相互竞争关系。而且，在市场经济条件下，这种竞争是普遍、充分与自由的，有时甚至是惨烈的。比如中国的彩电业，四川长虹公司就曾经几次挑起与海信、康佳等公司之间的价格大战，导致彩电价格一降再降，企业之间相互指责，而这几个公司实际上都是所谓的“国有企业”。(3) 从纠纷的处理角度看，一旦国有企

业发生纠纷，往往都诉诸正常的救济途径，乃至寻求司法解决。在中国，同为“国有”的企业对簿公堂，请求赔偿并支付违约金的现象是司空见惯的，不管是从控方、被控方还是从司法机关来看，这都是理所当然的事情，这也从侧面证明了不同的国有企业之间的利益应是彼此独立的。本案中当事企业“中远航运”与“中联油”虽然主营业务具有互补性（石油与海运），但事实表明两个公司从未发生交易行为，甚至彼此互不知悉，所谓关联交易更是无从谈起。这两个企业无疑应是相互独立的市场主体。

5. 南非法院及控方未能正确认识和运用国际通行的公司法律基本制度和原则。

纵观世界各国，公司人格独立和股东有限责任是公司立法的基石，为各国公司法律所普遍采用。从企业发展的历史来看，公司的出现正是为了弥补当时个人独资与合伙企业的无限连带责任的缺陷。出资人投资设立公司，其本意就是为了把市场经营的风险控制在一定的投资额度内，防止企业经营失败时危及自身的其他财产，从而达到分散和控制风险的目的，这是世界公司法律实践通行的基本原则。事实上，中国政府推行国有企业的股份制改革，赋予国有企业的独立法人财产权，很大意义上正是为了彻底摆脱国家对企业的无限责任，在增强企业活力的同时达到分散风险的目的。^⑤中国早在 1986 年 12 月就制定了《中华人民共和国企业破产法》（试行）其主要适用主体就是国有企业。^⑥

我们注意到近年来，世界各国的法律实践中逐渐出现法人人格否认等突破公司有限责任原则的做法，但正如大家所熟知的，这一做法并不意味着对有限责任原则的否定，相反是一种补充和加强，其要旨在于反对公司的控制股东对公司法人格的滥用，这种滥用最为明显的表现即通过关联公司（*affiliated companies*）之间的不正当交易，转移利润或财产，以达到逃避法律义务的目的。可见，挑战有限责任原则，不管是刺破公司面纱原则（*Piercing the Corporate Veil*）还是深石原则 *Deep-Rock Doctrine* 须具备必要的前提，即当事企业之间存在关联关系，且企业凭借关联关系实施了不正当交易行为。然而，我们已经证明了本案的两个当事企业——“中远航运”与“中联油”分别由不同的控股实体直接或间接地实施控制，两者之间不存在任何的关联关系，其利益相互独立，当然也就不可能会有什么关联交易行为了。南非法院和控方不经分析和了解，在缺乏证据的情况下单凭一个“国有”的称谓，就将这两个公司武断地推定为受同一人控制，从而否定了两公司的有限责任原则，其错误是不言自明的。需要强调的是，控方在申请书中将“中联油”和“中远航运”一概称之为“国有企业”实是有失严谨。在中国，“国有企业”是指那些尚未完成公司化改造的国有独资企业。这一类企业目前已经相当少见。绝大多数的国有企业早已完成公司化改造，成为《中华人民共和国公司法》规范的真正法律意义上的“公司”。如果说我们有时依旧将这些“公司”称为国有企业的话，那也只是从企业投资资金来源的角度出发，而并非法律意义上的严格称谓。更何况这两个当事公司并非国家独资的公司。“中远航运”是股份有限公司，广远仅仅是“中远航运”的 5 个发起人股东之一。在“中远航运”的其他股东中，广州经济技术开发区广远海运服务公司属工会职工集体所有（实属合作社性质），深圳远洋运输股份有限公司属中外合资的股份有限责任公司。而“中联油”是有限责任公司，其控股股东中油公司有 10% 的股份在香港证券交易所和纽约证券交易所上市，

股东遍及亚洲、欧洲和美国。可见，两公司有着多元的投资主体，不能简单认定为“国有”。1994年国务院《股份有限公司国有股权管理暂行办法》第23条明确规定：公司全体董事应代表全体股东的利益，对全体股东负责，国有股持股单位不得实施内部人控制。《公司法》也作了类似规定。^⑦可见，控方的申请及南非法院的错误裁决已经损害了“中远航运”诸多中外股东的合法权益，“中远航运”可保留对这一侵权行为诉诸法律的权利。

综上所述，“中远航运”与“中联油”是分别受控于不同控股实体的具有独立法人资格的公司制企业，控方的主要理由——两公司同属国有企业，又受控于同一人（controlled by the same person）——缺乏事实基础和法律依据。南非法院并未认真参酌中国现行的企业法律制度，只是根据控方错误、片面的申请，草率地进行了错误的法律推演，从而作出错误的裁决。按此逻辑，中国众多的国有独资或国有资产控股的船舶公司，只要有一家发生涉外海事纠纷，其他所有公司的船舶都将可能成为诉讼保全的对象，进而言之，甚至中国的科学考察船、气象船以及运送参加国际文艺表演、体育竞赛的人员的船舶停泊在南非港口，因其属于中国国家所有，南非法院即可以任意扣押，这将直接违背现代文明国家最基本的法律观念和价值追求，严重损害当事人的合法权益，也势必深深伤害 12 亿中国人民的感情。有关当局应当立即停止这一行为，解除对“安庆江”轮的扣压。

以上法律意见，切望引起有关方面的注意和重视。

注释

① 1993年12月29日颁布的《中华人民共和国公司法》第4条第2款规定：公司享有由股东投资形成的全部法人财产权，依法享有民事权利，承担民事责任；第5条第1款规定：公司以其全部法人财产，依法自主经营，自负盈亏。1994年7月24日颁布的《国有企业财产监督管理条例》第27条第1款规定：企业享有法人财产权，依法独立支配国家授予其经营管理的财产。

② 1991年2月22日，国家国有资产管理局等《关于在股份制试点中加强维护国有资产权益的通知》第6条规定：国有资产管理部门可以授权投资公司、控股公司、集体公司、经济实体性行业总公司，以及少数特定的部门，行使国家股的股权。1992年7月27日，国家国有资产管理局等《股份制试点企业国有资产管理暂行规定》第13条规定：国有资产管理部门可以委托控股公司、投资公司、企业集体的母公司、经济实体性总公司及其他特定部门行使国家股权和依法定程序委派股权代表。1994年3月21日，国家国有资产管理局等《股份制试点企业国有股权管理的实施意见》第6条规定：经同级人民政府批准，国家股股权可以由国有资产管理部门直接持有，也可以委托有权代表国家投资的部门和结构及政府授权的其他单位持有，包括对原国有企业行使产权管理职能的监管部门、政府直接设立和指定的投资公司、控股公司、国有资产经营公司等。持股单位即为股东单位。国家股股票或出资证明记名为该股东单位或机构名称并登录于公司股东名册。1994年11月3日，国家国有资产管理局《股份有限公司国有股权管理暂行办法》第16条规定：国家股权应由国家授权投资的机构持有，在国家授权投资的机构未明确前，也可由国有资产管理部门持有或由国有资产管理部门代政府委托其他机构或部门持有。

1994年7月24日，《国有企业财产监督管理条例》第16条规定：国有资产管理部门和监督机构在履行职责时，不得干预企业的经营权。1994年7月24日，《国有企业财产监督管理条例》第27条第2款规定：政府和监督机构不得直接支配企业法人财产；第28条规定除法律、行政法规另有规定外政府和监督机构不得以任何形式抽取注入企业的资本金，不得调取企业财产，不得以任何名义向企业收取任何费用。

④ 1994 年 7 月 24 日,《国有企业财产监督管理条例》第 41 条规定:国有资产管理部 门有下列行为 之一的,由政府责令改正;造成严重后果的,对主管领导人员和直接责任人员由上级机关或者所在单 位给予行政处分:……(三)超越权限干预企业经营权,侵犯企业合法权益的。第 42 条规定:监督机构有下 列行为之一的,由政府责令改正;造成严重后果的,对主管领导人员和直接责任人员由上级机关或者所 在单位给予行政处分:……(二)超越权限干预企业经营权,侵犯企业合法权益的。

⑤ 1994 年 7 月 24 日《国有企业财产监督管理条例》第 29 条规定:国家对企业承担的财产责任以投 入企业的资本额为限。企业以其全部法人财产独立承担民事责任。1993 年 12 月 29 日《中华人民共和 国公司法》第 3 条规定:有限责任公司和股份有限公司是企业法人。有限责任公司,股东以其出资额为 限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。股份有限公司,其全部资本分为等额股 份,股东以其所持股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。

⑥ 1986 年 12 月 2 日《中华人民共和国企业破产法》第 2 条规定:本法适用于全民所有制企业。 1986 年 12 月 2 日《中华人民共和国企业破产法》第 3 条规定:企业因经营管理不善造成严重亏损,不能 清偿到期债务的,依照本法规定宣告破产。

⑦ 1994 年 11 月 3 日国家国有资产管理局《股份有限公司国有股权管理暂行办法》第 23 条规定:非 经法定程序,国有股持股单位不得直接指定任何人担任公司董事,也不得要求任何董事只代表国有股持 股单位的利益行事或事先单方面向国有股持股单位报告应当向全体股东同时披露的重要信息。公司的 全体当选董事,不论是否由国家股持股单位提名,均应代表全体股东的利益,对全体股东负责。1993 年 12 月 29 日《中华人民共和国公司法》第 46 条:董事会对股东会负责。1993 年 12 月 29 日《中华人民共 和国公司法》第 111 条规定:股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规,侵犯股东合法权益的,股东有 权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼。

(执笔人:罗培新 刘哲昕)

华东政法学院经济法研究中心暨专家团成员(签章)

江 平 王家福 吴志攀 何勤华 顾功耘

2000 年 6 月 4 日

公司治理

董事篡夺公司机会法律问题研究

程 胜

一、董事的受信托义务与“公司机会”条款

在英美公司判例法中，当基于董事对公司资本和财产进行管理和运用的角度论述董事与公司的关系时，多采信托主义学说，董事被认为是公司的受信托人。正如 M. R. 姆利在审理 *York and North Midland Ry v. Hudson* 一案中指出的：“董事是……一种信托职位 (office of trust)，该种职位一旦被董事承诺承担，则董事负有充分地 and 完全地履行他们所承担的义务的职责。因此，公司股东作出的公司股份或任何其他种类的财产任由公司董事处置的决议，实际上是一种将此种财产交由受信托人处置的决议；也就是说，被信托而对此种财产负有管理责任的人，必须在授予他们的职权范围内以最适合于他们的信托受益人 (cestuis que trust) 的利益的方式予以处置。”^① 尽管“在这一类推中董事与受托人只不过是受信托义务方面相似，即董事被描绘为代理人是隐喻性的 (metaphorical)”^②。但我们仍应当看到，在法律上做这一隐喻与董事作为拥有资产或为他人利益行使代表资格功能的人所必须履行“受信托义务”的现实要求是分不开的。关于董事的“受信托义务”是指，“一个负有受托人义务的人，不能利用本身的权力厚己薄人，失其公正立场，谋一己私利而害及公司、股东及债权人的利益”。^③ 在这一义务中，又包括两方面内容，即注意义务 (duty of care) 和忠实义务 (duty of loyalty)。注意义务的基本含义是：董事有义务对公司履行其作为董事的职责，履行义务必须是诚信的，行为方式必须是他合理地相信为了公司的最佳利益并尽普通谨慎之人在类似的地位和情况下所应有的合理注意。而忠实义务则要求董事在经营公司的业务时，其自身利益与公司利益一旦发生冲突，董事则必须以公司的最佳利益为重，不得将自身利益置于公司利益之上。换言之，忠实义务所代表的精神与背信弃义和自我交易是完全反义的。可以看出，注意义务是对董事“称职”的要求而忠实义务是对董事“道德”的要求。^④

与此同时，英美判例法也清醒地认识到，董事的受信托人地位和一般受信托人地位有着很大的区别。在一般信托的法律关系中，受信托人是受让信托财产并允诺代为管理处分的人，^⑤ 是信托财产的所有权人。他在运作信托财产时是以本人，即所有权人的身份和

地位进行的。受信托人的存在是信托法律关系本质的要求和体现，也是信托法律关系的效率优势的原因。受信托人必须承担衡平法上的义务，一方面，受信托人对信托财产具有“对物的义务”(in rem)，即有管理和处分信托财产的义务。另一方面，受信托人对受益人负有“对人的义务”(in personam)，即忠实地为受益人利益管理处分信托财产并将信托利益支付给受益人的义务。^⑦在一般的信托法律关系中，受信托人和受益人之间发生法律冲突时，“平衡点极端倾向于受益人一方”。^⑧体现在立法中，英美法系各国的信托基本法中一般都对受信托人的权利内容进行列举式的立法，而尽量避免做抽象的概括。因为“对受信托人的权利范围的界定具有极大的监控价值”，^⑨这样就可以有效地防止受信托人在运用权利时极度扩张而造成权利的滥用。而当董事居于受信托人地位时，情况就大不一样了。董事在公司资本投资方面所享有的权力比一般意义上的受信托人所享有的权力要大。一般受信托人在通常情况下承担的义务是对他们管理下的财产进行保管与维持，他们不得将信托财产用于投机事业，否则，会受到法律的制裁。但对公司董事而言，为了使公司股东取得最大的投资回报，人们期望并鼓励董事去从事更具冒险性的事业。^⑩虽然各国公司法在对董事的权利进行规定时也采取了列举的方式，但为了给予公司董事的地位一个强有力的保护，公司法同时列举了其受益人——公司股东的权利，从而在股东和董事之间做了明确的权利范围的分界。并且更重要的规定是，“根据传统公司法模式，股东不能从事某些董事从事的行为”，“公司股东不能经营公司的一般商事活动，不能管理公司的事务”。^⑪因为“公司是一个实体，独立于股东，同样也独立于董事。根据章程公司的一些权利由董事行使，另一些权力由股东通过股东大会行使。如果经营管理的权力授予董事，那么只有董事可以行使这些权力。股东控制章程授予董事权力的惟一办法就是修改章程或在章程允许的情况下不再选举他们不满意的董事。股东不能自行侵占章程授予董事的权力，就如董事不能侵占章程授予股东的权力一样”。^⑫这样一来，在法律框架中，股东若想“侵占董事的权力”，只有两种极高成本的方法——要么修改章程，要么罢免股东。这使得股东在意欲侵占董事权力的时候不得不同时考虑到高额的代价。这一点对保护董事的独立性、增强公司董事在经营管理公司时的积极性，并进而增强公司的运作效率是十分重要的。

增强董事在公司经营管理中的作用有利于董事发挥其才能，增加公司在市场竞争中的应变能力。但是在现代公司中，所有权和经营权逐渐分离，董事的权力越来越大。“董事会中心主义”逐渐代替了“股东会中心主义”。股权的高度分散化使广大股东也默认了这一现象。“华尔街的冷漠”让股东更多地选择“用脚投票”的方式来代替积极参与公司经营管理。这就为董事肆意侵犯公司的利益提供了空间。因此，为了维护公司利益和社会正义，法律必须设计出一套制约制度，通过增加董事的义务来杜绝“董事会中心主义”带来的负面效应。体现在法律上，就是要求董事必须履行“忠实义务”。

忠实义务是一种以信任、信赖和依赖为前提和基础的义务。此种义务要求负有此种义务的人除了取得自己应得的报酬外，不得追求其他的个人利益。^⑬公司的董事作为公司的受信托人，被委以信任，就必须为了公司的利益全力以赴，而不得有任何欺骗。董事所掌握的控制公司的手段必须只限于诚实的目的。由此可见，“‘受信托’这一词是一个抽

象的说明董事忠实义务的普遍性的词语。^⑭“当一方负有衡平法上的或负有良好道德方面的为另一方的利益而善意行为和适当行为的义务时，则此方对彼方的信赖关系即受信托关系而产生。”^⑮换句话说，把股东拟定为公司的受信托人，使董事管理、控制和支配的公司财产就具有了信托财产的性质，董事不得为了个人目的、第三人的利益而使用和处分公司的财产，不得侵占、吞并公司财产，不得非法处分公司财产。董事如果违反这种原则，必须就他所从事的对公司财产滥用的行为负法律责任。与董事的注意义务相比较，董事的忠实义务更为严格且客观，其最重要的原则是董事赋有竭尽忠诚地为公司工作并诚实地履行职责的义务，即以对公司不断且绝对的、无条件的忠诚（constant and unqualified fidelity）为内容。^⑯

从忠实义务的角度出发，董事必须依公司的最佳利益诚实行事，这以董事的信念为准。^⑰并且“如果董事的首要目的是通过权力的行使使其个人获利，那么属于权力行使不当”，^⑱但是，董事仍可能重视个体利益，漠视公司的利益，作出违反这一义务的行为。对于这种行为，法律当然要采取否定态度。同时，法律还要积极发现实务中出现的各种董事违反忠实义务的行为手段。不仅要从原则上，更重要的是要从具体的规定上，尽可能杜绝一切董事违反忠实义务的事件发生，维护公司的利益。在董事违反忠实义务的行为手段中有一类比较特殊的行为，被称之为“篡夺公司机会”（usurp corporate opportunities）。公司法中对此行为的规制所形成的条款被称之为“公司机会”条款（the corporate opportunity doctrine）。正如前文所说，董事与公司之间的关系可以被认为是一种信托关系，本文将在此前提下，对这一行为及其规制条款做一点研究。

二、“公司机会”的法律性质分析

所谓公司机会，是指公司对其具有利益或预期，或者对公司来说必不可少的商业机会。^⑲根据《公司治理原则 分析与建议》第 5·12 条（b）项的研究结果，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：①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，他应该知道，向他提供这一机会的人是期望他把这一机会告知该公司，或通过使用公司信息或财产得到的、该高级主管或董事根据合理地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该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相关的联系。”^⑳

公司作为一种商法主体，它的经营活动具有连续性和固定性。换言之，公司在其存续期间内，是连续不断地从事着经营活动。^㉑公司是市场信息的发出者和吸纳者，而这些市场信息很有可能成为公司将来的商业交易机会。从一定程度上说，公司资产的运作过程其实就是一个在不断地“寻求商业交易机会—实现商业机会—再寻求—再实现……”的过

程。如果公司能够合理地抓住这些商业交易机会，则完全有可能因此而获得巨大的财产利益。但如果公司放弃这些商业交易机会，就意味着公司可能放弃了随之而来的商业利润，最终减少了公司的所有者权益。正是在这个意义上，“公司机会”可以被理解为是一种广义上的公司财产。董事凭借其在公司的地位，必然第一时间掌握公司的交易机会。但作为公司的受信托人，董事必须充分履行受信托人的忠实义务。法律在激励公司董事充分挖掘并使用商业交易机会的同时，也约束他们不得篡夺公司机会，将本来完全有可能属于公司的可期待利益非法地转到自己的口袋里。

让我们首先来分析一下“公司机会”的基本含义。既然公司机会是公司对其具有利益或预期，或者对公司来说必不可少的商业机会，那么在这个定义中至少有三个关键性词语是应该引起我们重视的，它们分别是“利益、预期和必不可少的商业机会”。由于这三个词都是专业术语，所以给出每一个术语的例子和它们的司法解释是大有裨益的。^②

第一，利益。法国学者莱翁·狄骥曾经说过：“主观的权利便是受法律保护的利益。”^③法律保护或促进一个人的利益，使之免受他人或社会的侵犯，办法是为后者设定对权利主体的义务和责任。^④在公司法中关于董事对公司应尽忠实义务的这一设计，就是建立在对公司利益的维护，并不受来自公司的经营管理者——公司董事的侵犯，这一理论前提之上的。公司，作为一个商事主体，为了完成营业和营利的任务就必须把握各种商业交易机会。从这个角度来看，公司机会对公司而言是以利益为基础的。因此，法律就应当将这种客观的利益上升为主观的权利，并相应为促进这一利益再为他人和社会设计出义务规范，以保障权利的充分行使和利益的正常获取。有关的案例有助于我们更好地理解“利益”一词在这个问题中的含义。1900年亚拉巴马州的一个经典案例是这样的：^⑤某公司拥有一家石灰石采矿场的1/3股权，并已签订了购买该采矿场另1/3股权的合同，但对于剩下的1/3股权却未作任何正式安排。某公司受信托人（董事和多数股股东）购买了该采矿场未由公司既得的那2/3股权。法院认为，他们违反了对公司的信托义务。法院指出：“公司在财产中拥有既存利益或具有产生于既存利益的预期时……高级职员们的介入会在某种程度上妨碍公司实现它创设权利的目的。”这时，董事和高级职员必须将其从第三方处购买的财产转交给公司。

第二，预期。在“公司机会”中涉及的“预期”应当是指公司可得期待的利益。既如此，公司对其“可得期待的利益”应当具有受法律保护的权利。德儒冯·图尔在1910年写到：“权利是私法的核心概念，同时也是对法律生活多样性的最后抽象。”^⑥学者在建立“预期”的权利时，也以这句话为基础，一方面以期待权为取得某种私权的法律地位，一方面又认为此种地位本身亦具有权利的性质。而且随着私法理论的发展，“预期”与权利的结合“实为不可避免之事”。^⑦“稍晚一些的案例说明了什么是由既存利益产生的明确预期。公司出租自己的重要财产，内部人却自己购买了租赁续展权。他们的做法被认为是对公司机会的非法篡用”。^⑧

第三，必不可少的商业机会。在1939年特拉华州的一个判例中，法院对“必不可少的商业机会”做了较为宽泛的界定，包括了标的公司“经营范围”内的实际上任何的商业机会。^⑨概言之，“一家公司从事某种行业，并且对提供给他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是适合该公司经营，而且该机会与公司的合理需求和扩展愿望是一致的，在这种情形下，认为属于该公司的经营范围是适当的”。^⑩

从上面关于“公司机会”三要素的分析中我们可以发现，公司机会是公司在经营管理中为谋求一定“商业利益”而必不可少的先决条件，既然公司机会相对于公司的意义在于能够将某种潜在的利益转化为公司能够取得的现实权利，那么公司对其“公司机会”的权利就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”。

所谓期待权，依我国台湾民法学者王泽鉴先生的观点，系取得权利之“权利”。^⑪在一定条件下，法律会赋予某些尚未成就，但已经需要法律保护的“前权利状态”一种先效力。先效力的目的就在于使尚处缺陷状态的要件得以完满，确保权利取得成为现实。并且于将来权利实现时，不会产生权利减少其价值的情况发生。同时王泽鉴先生又认为，应具备何种取得权利要件之地位，始足构成期待权，应依实质之观点论断之。应予考虑者有二：（1）此种地位是否已受法律之保护；（2）此种地位有否赋予权利性质之必要。^⑫那也就是说，为了维护一定的社会正义和公平，对于这种先效力的赋予必须十分谨慎。法律应防止先效力的过多赋予对善意第三人科以过多的义务。所以，只有满足上述两个条件的，才能被认定为是“期待权”。我们也不妨从这两个角度对“公司机会”进行定性分析。

“某种地位是否已受法律之保护”是从实证的方法论上说的。我们不难发现，已经有许多国家纷纷立法对公司的商业机会进行保护。在英美法系国家，“商业机会条款”是以判例法形式表现的。例如，在美国特拉华州最高法院 1939 年审理的 *Equit Corp. v. Milton* 一案中指出：“一旦公司的高级职员面临这样一个商业机会，该机会是公司在财力上能够从事，而该机会在性质上亦属于公司的经营范围（*line of business*）并且对公司有实际的好处，或者在该机会上公司享有实际的和期待的利益，那么，该高级职员当自己的私利与公司利益发生冲突时，不得将此机会据为己有。”^⑬再如 1948 年美国马萨诸塞州最高法院采纳了知名学者白兰廷（*H. Ballantine*）的建议规定“公司对于那些可以被视之为附属于其自身业务的商事盈利机会享有优先请求权”（*the corporation has a prior claim to opportunities of business and profit which may be regarded as incident to its business*）。^⑭从而形成了英美公司法中的“不争利规则”，要求董事不得与公司争夺利益。类似的例子还能举出很多。在我国的《公司法》中也有相类似的规定。我国的《公司法》的调整对象限于有限责任公司和股份有限公司两种形式，并且在立法体例上采取分别设章加以规定的形式。但在对公司董事的忠实义务进行制度设计时，两类公司用了一样的表述方式。《公司法》第 59 条第 1 款^⑮和第 123 条第 1 款^⑯的同一表述是：“董事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。再根据《公司法》第 123 条第 2 款的转制规定，两类公司的董事义务、责任的规定也没有区别，其中包括：董事不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。^⑰董事不得挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人。董事不得将公司资产以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储。董事不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。^⑱董事除依照法律规定或者经股东会同意外，不得泄露公司秘