

□依法治国方略

国有企业高管篡夺公司机会的法律规制

——企业法与刑法衔接视域下的国企腐败防控

王彦明 王红云

【摘 要】近年来，国企高管腐败问题频发，篡夺公司机会已经成为国企高管进行利益输送的一种重要途径，规制国企高管篡夺公司机会行为的相关法律亟须完善。国企高管篡夺公司机会在法律性质上既是违背忠实义务的行为，也是侵害国有企业权益的行为，需要通过企业法（主要是公司法）和刑法共同进行规制。基于公司法和刑法的不同特点，在认定标准上，公司法应当适用绝对性规则，刑法则应以利益或期待因素为依据。基于公司法与刑法的不同功能，在责任追究上，一方面要明确划分国企高管的民事责任与刑事责任，另一方面要正确处理民事责任与刑事责任之间的关系，通过两种责任的无缝衔接实现对国企高管篡夺公司机会行为的有效防控。

【关键词】国有企业腐败；民刑责任；公司机会；忠实义务；认定标准

【基金项目】吉林省哲学社会科学规划项目（2014B2）；吉林大学廉政建设专项研究课题（2015LZY040）

【收稿日期】2016-04-26

【DOI】10.15939/j.jujss.2017.06.fx4

【作者简介】王彦明，吉林大学法学院教授，法学博士；王红云，吉林大学法学院博士研究生。（长春 130012）

国有企业是对国有资产进行经营以使国有资产保值增值的经济组织形式，是推进国家现代化、保障人民公共利益的重要力量，是党和国家事业发展的重要物质基础和政治基础。^① 国有企业的问题，不仅是一个重大的经济问题，同时也是一个重要的政治问题。然而，自 20 世纪 90 年代以来，国有企业腐败问题频繁出现，在贪污贿赂、挪用资金等传统腐败方式大量存在的同时，通过关联交易、篡夺公司机会等较为隐蔽的方式进行利益输送的行为日益增多，造成了国有资产的大量流失，严重破坏了市场经济秩序，影响了社会主义市场经济体制的建设进程，国有企业腐败的防控已成为时代诉求。

2016 年初，中国社会科学院发布了第五部《反腐倡廉蓝皮书》，指出国有企业腐败出现了“寄生性”、“家族式”利益共同体。国有企业的高管将所任职企业的客户、订单等商业机会转移给以自己或亲友为实际控制人的公司，是这种利益共同体谋取利益的重要途径。该种篡夺公司机会的行为隐蔽性强，监管难度大，是目前国有企业腐败防控的一个漏洞。我国 2008 年出台的《企业国有资产法》第 71 条对高管造成国有资产损失的行为作出了规定，该条规定列举的情形与公司法关于高管忠实义务的规定基本相对应，但其中却没有与“利用职务便利为自己或者他

^① 参见《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》，2015 年 8 月 24 日印发。

人谋取属于公司的商业机会”这一条款相对应的规定。同时,《企业国有资产法》对于高管进行关联交易的行为在第五章中利用专门的一节作出了规定,篡夺公司机会与关联交易具有相似的危害性,该法却没有为之设立任何明确的规制条款。《刑法》对于国企高管的诸多利益输送行为作出规定,如非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪等,但由于未对篡夺公司机会的行为予以明确,导致这一行为是否能够纳入相关罪名尚无定论。这些问题体现了目前法律法规对国企高管篡夺公司机会行为的忽视,在一定程度上弱化了对该行为的规制,无法全面防控国企腐败问题的发生。因此,应当以企业法(主要是公司法)与刑法共同规制国企高管篡夺公司机会的行为,阻断国企高管进行利益输送的渠道。本文将从保护国有产权权益、防控国有企业腐败出发,以国企高管篡夺公司机会的行为为研究对象,深入探讨该种行为的性质、认定标准及责任追究等问题。本文中的国有企业是指其全部或主要资本由国家投入,且由国家享有所有权或控股权的经济组织和法人实体。本文中的高级管理人员(简称“高管”)是指企业的董事、监事、经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员,特殊说明的除外。

一、理论检视: 国企高管篡夺公司机会行为的法律性质

公司机会规则起源于英美法系,是通过判例方式确立下来的一项利益冲突规则,随后逐渐成为英美法系公司法制度的重要组成部分。在英美法系中,该项规则的内涵是:对于公司拥有期待利益或权利的商业机会,或从公平角度看本应属于公司的机会,公司的受信托人(主要指公司高管)不得篡夺。^{[1]364}我国在2005年修订《公司法》时引入了这一规则,规定董事、高级管理人员不得利用职务便利篡夺公司的商业机会。我国国有企业经过改革后多数已实行公司制,该条规定对公司制国有企业的高管同样适用。虽然从现实需要的角度考虑,禁止国企高管篡夺公司机会的必要性毋庸置疑,但其理论上的依据是什么?国企高管篡夺公司机会的行为是一种什么性质的行为?这个问题是判断和规制国企高管篡夺公司机会行为的基础和理论前提。

(一) 基于高管义务的分析: 篡夺公司机会是违背忠实义务的行为

忠实义务是指董事等高管所承担的以公司利益作为自己行为的最高准则,为公司的最大利益履行职责的义务。高管的忠实义务要求其善意地行使职权,并且充分地考虑公司的利益,而不能将自己或者其他人的利益凌驾于公司的利益之上。^{[2]460}忠实义务在各国公司法中主要表现为禁止利益冲突规则,可以说,禁止利益冲突是忠实义务的核心内涵。禁止利益冲突规则要求高管不能将自己的个人利益置于与公司利益相冲突的位置,如果自己的个人利益与公司利益发生冲突,要以公司利益为重。利益冲突产生的根源是:现代公司所有权与经营权的分离,使对公司进行经营与管理的权力从股东手中转移到了职业经理人手中,公司事务的决策者与决策结果的承担者产生了差异,进而导致了两者之间的利益分歧。这种利益上的分歧可能导致高管采取机会主义行为,将公司的利益转移至自己手中。篡夺公司机会与关联交易、同业竞争都是典型的利益冲突形式。为了避免发生利益冲突而影响公司经营,各国均在公司法中确立了禁止利益冲突规则,以确保高管能够为了公司的利益忠诚地行使自己的经营、决策、管理职权。

在大陆法系和英美法系中,忠实义务的理论基础存在差异。大陆法系国家一般认为公司与高管之间是一种委任关系,高管是在公司的信任下作为受托人处理公司事务。英美法系国家则认为公司与高管之间是信托关系,高管是接受公司的信托为公司的利益经营管理公司财产。在1854年的Aberdeen Rly Co. v. Blaikie Bros一案中,基于受信托人义务的原理,英国确立了衡平法中关于忠实义务的规则。^[3]尽管两大法系的理论有所区别,但核心内涵一致,均认为高管对公司负有

包括忠实义务和注意义务在内的信义义务。忠实义务作为信义义务的重要方面,来源于公司对高管的信赖。关于忠实义务的法律规则是维持这种信赖的必要方式,可以控制管理者机会主义行为,抑制管理者的道德风险,保护公司利益免受管理者机会主义行为的侵害。

忠实义务的范围界限包含在其内核中,公司管理者的行为是否符合忠实义务的要求,标准在于:从公平的角度看,该行为对公司来说是否是善意的,是否违背了商业道德,是否是在最大限度地考虑了公司利益的基础上做出的。虽然公司机会规则比一般忠实义务的要求要严格得多^[4],但高管不得篡夺公司机会的义务来源于并且归属于忠实义务,明确这一点,可以在忠实义务之要求的基础上为篡夺公司机会行为的认定设置合理的标准,并为公司机会规则的正当性提供理论支持。同时,据此也可以从逻辑上推出高管篡夺公司机会的行为应当承担何种责任。

我国国有企业在改革之前,主要是由政府投资并按照政府的指令性计划开展生产经营,政府按照行政办法管理企业,企业管理者是政府的代表,承担行政领导责任,忠实义务当然无从谈起。通过改革,我国国企逐步实现了政企分开,所有权与经营权也发生了分离,国企高管在企业经营方面拥有了更多的自主权,同时也使篡夺公司机会等行为有了滋生的空间,由此也产生了国企高管的忠实义务问题。^[5]2008年《企业国有资产法》适应新形势的要求,在第26条中对国企高管的忠实义务进行了规定。2015年《关于深化国有企业改革的指导意见》出台,规定要以管资本为主推进国有资产监管机构职能转变。“管企业”向“管资本”转变将在更大程度上促进所有权与经营权的分离,高管的忠实义务对于国有资产的保护也变得更加重要。同时我国国有企业中委托——代理关系链过长,国有企业实质上的所有者缺位,导致国有企业的高管更容易违背忠实义务,产生篡夺公司机会等机会主义行为。因此,在《国有企业资产法》中明确规定国企高管不得篡夺公司机会的义务,既具有理论上的正当性,也具有现实的必要性,对于规制国企高管篡夺公司机会的行为、追究相应高管的责任有着重要的意义。

(二) 基于企业权利的分析:篡夺公司机会是侵犯企业财产权益的行为

企业是以营利为目的的经济组织,通过一系列交易来获得利润。随着现代社会市场竞争的日趋激烈,交易机会已经成为一种稀缺性资源,成为盈利的关键,如果丧失了交易机会,企业就无法获得利润。不言而喻,高管篡夺公司机会的行为是一种损害公司利益的行为。但其损害的是公司的何种权益,理论界始终未能形成一致的认识,主要分歧在于公司机会是否属于公司财产。

支持公司机会是一种财产的学者认为,法律观念应当随着社会生活的发展变化而不断更新,在财产形式不断扩展的时代潮流中,法律上“财产”一词的外延也应当随之扩展。公司机会虽然是无形的、抽象的,但在一定条件下可以转化为物质利益,具备鲜明的财产属性,是一种具有重大价值的新型财产,应当被纳入无形财产的规制范围。^[3]在英美法中,财产的范围比较广,凡是具有经济价值并可以交换的利益都可以纳入财产范畴,现代英美公司法已将公司机会视为公司财产,只是由于公司机会的特殊性,对其调整的方式与有形财产有所不同。在1916年的Cook v. Deeks案中,巴克马斯特法官就认为公司机会应该被看做是公司的财产。在英国,这样的判例已经越来越多。^[6]反对者则认为公司机会仅是获得商业利益或实现商业交易的可能性,是一种未权利化的财产利益。^[7]虽然这种利益需要法律在一定程度上进行保护,但保护程度弱于权利。在大陆法系,财产权是一种针对特定对象的专有性民事权利,把公司机会归入财产范畴有着天然的理论屏障。而且在公司财产不得为独立的第三方利用或占有的严格意义上,机会并不是公司财产,只是在公司及其受托人之间,机会是属于公司的^[8]188,这种归属关系只能在高管与公司之间执行,因此并不能对无关联的第三方获取、利用公司机会产生任何效力。^[9]

笔者认为,首先,公司机会属于权利的客体,公司对公司机会享有权利。法理上,权利是指

规定或隐含在法律规范中的、主体获得利益的一种手段，权利与义务互为界限。^{[10]142} 虽然我国公司法没有直接在公司机会之上为公司设定权利，但规定了高管不得篡夺公司机会的义务，相应地，公司就对公司机会享有公司法上的权利，这已经隐含在法律规范之中。其次，在公司法的意义上，公司机会是一种特殊的无形财产，属于广义财产的范畴。公司机会的特殊之处在于其所包含利益的非现实性、不确定性和非绝对性。非现实性是指公司机会并不是一种既存的利益，而是需要通过一定的法律行为，实现与目标客户的交易，才能形成现实利益。^[7] 不确定性是指公司利用商业机会能否获得利益、能够获得多少利益在交易结束之前都不能确定。非绝对性是指公司机会不像物权一样不受任何人的侵犯，而是要受市场经济公平竞争规则的限制，公司外部的第三人仍然可以通过竞争获取该机会。由于公司机会的上述特殊性，确实难以将其纳入大陆法系传统的财产概念之中。但社会经济是飞速发展的，如果固守传统观念，许多新问题将得不到有效解决，我们应根据需要对理论进行突破和创新。正如基于保护知识产权、商业信誉、商业秘密的需要而突破了财产有体的观念、出现了无形财产的概念一样，公司机会也应当被划入财产的范畴，同时根据其特殊性，可以为其设计有别于其他财产的保护规则。再次，在刑法意义上，公司机会不属于财产的范畴。由于刑法与企业法、公司法在法律功能、目的、责任等诸多方面都存在本质差异，因此，刑法中的财产与企业法、公司法中的财产范围并不完全相同，财产的概念、范围在刑法中应有独特的意义及界定。^{[11]26} 刑法中的财产概念应当是狭义的。在刑法没有明确规定的情形下，将公司机会纳入刑法中“财物”的范畴有违反罪刑法定原则之嫌，但这并不意味着对篡夺公司机会的行为就不予刑事处罚，这种行为仍可能具有严重的社会危害性，特别是对于国企而言，高管篡夺公司机会的行为会妨害国有企业管理秩序，损害国有企业的财产利益，应当受到刑法约束。

综上，我们可以得出以下推论：在公司法中，国企高管篡夺公司机会是侵犯国有企业财产权的侵权行为，损害了国有企业的财产利益，国有企业可以请求篡夺公司机会的高管承担损害赔偿责任；在刑法的意义上，不能直接将公司机会作为国有企业的财物或国有资产，对篡夺公司机会的高管不能按照“徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪”、“贪污罪”等罪名追究刑事责任，但仍可能构成其他罪名。

二、司法判断：国企高管篡夺公司机会行为的认定标准

高管篡夺公司机会行为的认定包含两个步骤：第一步是明确商业机会的归属，即认定相应的机会是否属于公司机会，如果不是，高管即可利用，无需再进行下一步的判断；如果是，则进行第二步判断，即认定高管对该机会的利用是否合理，高管利用公司机会的行为是否构成“篡夺”。目前，多数学者将这两个问题笼统地归入“公司机会的认定”一个问题中，导致理论分析不够透彻。笔者在此将尝试分别阐述来进行厘清，并根据国有企业的特性，提出公司法与刑法中的不同认定规则。

（一）国有企业机会的认定

对于高管在任职期间接触到的各种商业机会，将其区分为属于公司的机会与不属于公司的机会是最为关键的一个问题，也是司法实践中的难题。对于这一问题，理论界和司法实践中形成了诸多观点，归纳起来主要包括以下几个标准：

1. 利益或期待标准

即将公司机会定义为公司对其具有利益或预期，或对公司来说必不可少的商业机会。^{[8]189} 这

一标准是在1900年的 *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.* 一案中确立的。笔者认为,这是一个范围比较狭窄的标准,如果在公司法中对国有企业采取这一标准,将不利于国有资产的保护。但如果将公司机会纳入刑法保护,基于刑法的特点,该标准则恰恰较为适合。

2. 经营范围标准

即将公司机会界定为可以纳入公司经营范围的商业机会。这一标准源自1939年特拉华州法院的 *Guth v. Loft* 案。该标准扩展了公司机会的范围,但经营范围本身也是一个不易确定、饱受争议的概念,一个法院可以对经营范围作出相当狭窄或者相当宽泛的界定。^{[8]190}而且目前除了需要行政许可的项目外,企业的经营范围已经基本不受限制。因此,不论是在公司法中还是刑法中,以此标准来界定国有企业的公司机会均缺乏实际意义。

3. 公平性标准

即综合考虑相关事实要素,用“公平性标准”来判断高管利用商业机会的行为是否符合商业道德。^[4]这一标准在1948年的 *Durfee v. Durfee & Canning Co.* 一案中得以确立,在该案中,法院还对判断“公平性”的要素进行了列举阐述。^[12]但该标准始终是一项缺乏明确性、确定性的标准,对不实行判例法的我国来说,在公司法中,这一标准赋予了法官过大的自由裁量权。如果将公司机会纳入刑法保护,这一标准则难以达到刑法对确定性的要求。

4. 职务便利标准

我国公司法在公司机会认定方面统一采用了这一标准。对于《公司法》第148条规定的“利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会”的理解,一般认为涵盖了高管基于其在公司所任职务获得的商业机会。^[13]这一标准看似清晰明了,但实际上是否利用了职务便利有时也难以判断,因为判定什么时候高管已经完全脱离了他的这一社会角色通常是非常困难的。^{[8]192}而且董事作为受托人应当为公司的最大利益行事,不论该机会的来源是何,其都应当首先考虑公司的利益。因此,不论是从公司法还是刑法角度,这一标准都不甚合理,不能满足忠实义务的要求。

5. 公司差异性标准

即根据公司的不同类型适用严格程度不同的规则来认定某一商业机会是否属于公司机会。在公司法理论中,根据公司的特征,公司可被划分为不同的类型,其中最为典型的就封闭公司与公开公司的划分。由于二者的公众性不同,其在公司规模、股东对高管的监督能力等方面也具有较大差异,因此,二者可能利用的机会范围以及高管所应负忠实义务的程度亦有所不同,对其适用同一规则来认定其公司机会可能产生不合理的结果。笔者认为,应当对封闭公司与公开公司区别适用不同的规则来认定公司机会。公开公司的规模一般较大,可利用的机会范围较广,而股东对高管的监督则较弱,因此对公开公司应当适用比封闭公司更为严格的规则。对此,美国公司法学者罗伯特·C·克拉克教授持有相同看法。他提出,对开放公司应适用绝对性规则,即任何可能获利的积极机会均应纳入法律保护范围,购买债券或未达控制数量的股票等被动储蓄投资除外^{[8]198-205};对封闭公司应适用选择性规则,即根据利益或期待、经营范围、公平性等因素或综合考虑相关因素“选择”部分商业机会纳入法律保护范围。但对国有企业而言,其最重要的属性是资本的国有性,对其不宜再区分封闭公司与公众公司而适用不同的规则。笔者认为,根据国有企业的特性,在公司法中,对所有国有企业(包括封闭性国有企业)均应当适用更为严格的规则——绝对性规则,即国有企业任何可能获利的积极机会都应当认定为国有企业的机会。

在公司法中对国有企业适用绝对性规则的具体理由是:第一,国有企业的初始委托人是高度分散的全体人民,无法直接行使出资人的权利,而只能由政府授权国有资产监督管理机构履行出

资人职责,选择并监督管理者。作为初始委托人的全体人民对于国企内部的经营与管理情况知之甚少,也缺乏对高管进行直接监督和控制的能力^[14],因此,公司法有必要通过绝对性规则对高管行为进行严格限制。第二,国有企业的经营涉及国有资产的保值增值,需要高管为企业的利益不遗余力地发挥自己的经营管理才能,高管没有积极地为自身利益参与其他业务经营管理的余地。同时,国企高管薪酬过高的问题已经引发社会不满,不应再允许他们通过任何形式获取间接、隐蔽的报酬。第三,社会公众虽然对国企高管追求薪酬以外利益的行为享有监督权,但他们并不能从中获得利益,所以也缺乏对国企高管进行持续有效监督的积极性,导致国企高管违背忠实义务的风险较小。第四,与非国有企业相比较,国有企业无论是按资产、还是按主营业务收入抑或按利润总额计算的平均规模都相对较大,可以运用的机会种类也更多。尤其是近年来,随着国有企业改革的不断深化,国有企业逐步从中小企业层面退出,其布局结构不断优化,核心竞争力不断增强^[15],在运用商业机会方面已经基本不存在财力和能力上的障碍。因此,任何可能获利的积极机会均可认定为国企的公司机会,而不必再考虑经营范围、利益或期待等其他因素。

虽然绝对性规则有利于国有资产的保护,但刑法与公司法具有不同的特点,对法律规则的设定有不同的要求,对于刑法而言,适用选择性规则更为恰当。具体而言,在选择可以依据的众多因素中,笔者认为应当依据利益或期待这一因素认定应受刑法保护的公司机会。理由主要有两方面:一是以利益或期待因素为依据符合刑法的谦抑性。根据刑法的谦抑性,凡是通过其他手段足以抑制某种具有危害性的行为、保护具有正当性的权益时,就不能将该行为纳入刑法规制范畴。在国企对某一机会具有利益或期待的情形下,高管利用该机会产生的危害后果是明显而严重的,具有纳入刑法规制范围的必要性,而对国企虽可能利用,但其是否利用以及该机会为国企带来的利益均难以确定的情况下,高管利用该机会产生的危害后果则是不明显的,危害程度也相对较弱,通过公司法进行调整足矣。二是罪刑法定原则要求刑法规则具有较高的确定性。经营范围、公平性以及职务便利等因素均存在界限模糊、法官自由裁量空间过大的问题,难以对国企高管的行为起到指引作用,相比较而言,利益或期待因素具有相当的确定性。根据这一标准,高管利用的机会应当是趋于成熟的商业机会,范围较为确定,同时其产生的危害后果相对确定,产生的损失数额也能够计算,符合罪刑法定原则的要求。

综上,笔者认为,结合我国的实际情况,在公司法中,在认定国有企业公司机会时应当采用绝对性规则,规定国企高管不得篡夺国有企业任何可能获利的积极机会;在刑法中,应当明确规定国企高管利用公司机会给国有企业造成巨大损失的行为构成犯罪,并采用选择性规则,依据国企的利益或期待这一因素认定公司机会。

(二) 篡夺行为的认定

在确定了某一机会属于公司机会之后,我们还需要进一步探讨高管对公司机会的利用是否构成具有非法性的“篡夺”。如果高管在某些情形下或经过一定程序利用该机会具有正当性,则不能将其认定为一种篡夺行为。这主要涉及两种情形:一是公司同意,即公司理智而自由地拒绝利用某一机会,并且也同意其高管利用该机会的情形。^{[8]203}二是公司利用公司机会不能,包括公司无行为能力、财务困难或第三方当事人拒绝等情形。

关于公司同意问题,实践中对于是否需要公司明示同意、相关决定由公司的何种机关作出均有分歧。美国法律研究院1992年制定的《公司治理原则:分析与建议》规定,董事或重要高级职员利用公司机会的条件是:将该机会提交给公司并充分披露所有相关重要事实后,公司无利害关系的董事在遵循经营判断准则的前提下对拒绝该机会的决策予以批准,或在拒绝该机会不浪费公司资产的前提下,公司无利害关系的股东对拒绝该机会的决策予以批准或追认。^{[16]328-329}根据

这一观点,在高管将机会向公司披露之后,只要公司拒绝该机会,高管即可利用,无需公司明确作出同意的决定。英国的判例和学说则倾向于认为,高管利用公司机会,还须由公司明确表示同意。在 *Queensland Mines Ltd. v. Hudson* 一案中,法院明确指出了这一点。关于作出同意决定的机关,传统上认为应由股东大会批准,但鉴于由股东大会批准太过繁琐,且每次需要批准时都召集股东大会不切实际。^[17] 英国 2006 年《公司法》对批准机关进行了调整,于第 175 条规定,在参加决议的董事人数符合法律规定且利益关联董事回避的前提下,对私人公司,只要公司章程未禁止,董事会即有权决定是否批准高管利用公司机会;而对公众公司,只有公司章程中包含授权董事会批准的条款时,董事会才有权决定是否批准高管利用公司机会,否则批准决定只能由股东大会作出。^① 韩国 2011 年修订的《商法》之公司法编(第 397 条之 2 第 1 款)规定,董事利用公司机会的前提是三分之二以上董事会成员的同意。依据我国《公司法》,为自己或他人谋取属于公司的商业机会需要经股东会或股东大会同意。笔者认为,为了保障公司的利益,应当明确规定高管的公司机会披露义务,在此前提下公司明确作出同意高管利用的决定后,高管方可利用,国有企业亦是如此。但在作出批准决定的机关方面,应当根据不同公司的不同特点作出不同的规定,对一般的有限公司和股份公司,可借鉴英国 2006 年《公司法》的规定;但对国有企业,基于上文对其特性的分析,应为其设定更为严格的规则。具体来说,在国有独资企业、国有独资公司中,高管利用公司机会应当由国有资产监督管理机构批准,在国有资产控股公司中,应当由股东会或股东大会批准。

关于公司利用公司机会不能问题,实践中经常被高管用做抗辩理由的就是公司的财务困难。对公司财务困难能否构成高管利用公司机会的理由,美国司法实践中存在着不同的判例。在 *Irving Trust Co. v. Deutsch* 一案中,联邦第二巡回法院认为,即使公司在财务上没有能力利用公司机会,公司高管也不能自己利用该机会。但是在 *A. C. Petters Co. v. St Cloud Enterprises* 一案中,明尼苏达州最高法院认为,公司欠缺财力利用某一机会时,高管利用该机会不构成对公司机会的篡夺。在理论界,汉密尔顿认为,如果高管能令人信服地证明公司的确缺少利用其机会的独立的财产,就可以利用公司的机会。^{[18]398} 汉恩则认为,当公司缺乏利用某一机会的财力时,高管虽然没有义务用自己的资金帮助公司,但应当尽最大努力帮助公司获得必要的资金,而且不管最后是否成功帮助公司筹集到必要的资金,他们都不能自己利用该机会。^{[19]464} 克拉克认为,如果财务困难或第三方当事人拒绝与公司进行交易也被认可为标准,不可避免地将是允许机会的转让,同时也降低了高管解决公司财务问题和其他问题的积极性。^{[8]199-200} 在英国的判例中,英国法院对这一问题的态度较为明确,即认为高管利用公司机会的行为不能因公司财务困难而获得正当性,这在 1942 年的 *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* 一案中就有所体现。英国 2006 年《公司法》也对此进行了明确,规定公司董事负有避免利益冲突的义务,该义务特别适用于任何财产、信息或商业机会的利用,但公司是否能够利用该些财产、信息或商事机会无关紧要。^② 笔者认为,英国 2006 年《公司法》的规定体现了现代公司法严格限制高管利用公司机会行为的发展趋势,值得我们参考,而且此种规定可以产生避免高管为篡夺公司机会寻找借口的效果,能够对高管的行为形成一种良性的引导。因此,无论是对国有企业还是非国有企业,均应当禁止高管以公司无能力进行抗辩,但是如果满足了前文“公司同意”的条件,则其仍可利用该机会。

① British Company Act 2006, Section 175.

② British Company Act 2006, Section 175 (2).

三、责任追究：国企高管篡夺公司机会的法律后果

法律责任是法律运行的保障机制，具有违法者制裁和权利保障救济双重价值。^[20]¹¹⁷ 合理设置篡夺公司机会国企高管的法律责任，既能为国有企业提供救济渠道，又能对国企高管的行为起到指引作用，进而预防篡夺公司机会行为的发生。长期以来，由于国有资产的特殊性，对于侵害国有资产的情形，民事救济措施往往难以适用，关于国企高管民事责任的研究仍相对较少。^[21] 与此同时，虽然当前国有企业的权益主要通过刑事法律来保护，但国企高管篡夺公司机会的行为却仍未被明确纳入刑法，关于国企高管刑事责任的规定仍不完善。因此，基于公司法与刑法的不同功能，一方面，应将国企高管篡夺公司机会的行为纳入刑事制裁范畴，明晰国企高管承担民事责任和刑事责任的情形；另一方面，应协调国企高管的刑事责任与民事责任，实现两种责任的无缝衔接，对国企高管形成威慑，消除其转移国有资产的投机心理，全面保护国有企业的利益。

（一）民事责任与刑事责任的划分

1. 民事责任：利益返还与损害赔偿

依据前文所述，国企高管在未经履行出资人职责的机构或股东会、股东大会明示同意，利用了国有企业任何可能获利的积极机会时，均应当承担民事责任。民事责任的追究主要包括责任承担方式和责任追究主体两个问题。就责任承担方式而言，国有企业与非国有企业没有区别，但在责任追究主体方面，二者存在一定差异。

（1）责任承担方式。在英美法上，高管篡夺公司机会的民事责任承担方式主要有三种：赔偿公司因高管篡夺公司机会而遭受的损失；将篡夺公司机会所获得的利润返还公司；将篡夺公司机会获得的利益视为为公司设立的拟制信托。后两种责任方式分别对应公司的利润夺取型归入权和拟制信托型归入权。^[22]¹⁷⁴ 在大陆法系，一般只规定了利润夺取型归入权。日本 2005 年《公司法》第 12 条规定，对于经理为自己或第三人从事属于公司业务范围的交易的行为，经理或第三人通过该行为获利的数额，可以推定为公司所遭受的损失额。韩国 2011 年修订的《商法》之公司法编（第 397 条之 2 第 2 款）规定，对公司造成损害的董事及董事会决议中投赞成票的董事，应当对公司承担连带损害赔偿赔偿责任，董事或第三人获得的利益额推定为公司的受损额。因此，日本和韩国公司法中，并未将利益返还作为与损害赔偿并列的责任承担方式，而是将高管或第三人所得的利益作为计算公司损失的一种方法。德国《股份法》第 88 条规定，未经监事会许可，董事不得经商或在公司业务部门中为自己或他人利益进行商业活动，对违反前述禁令的董事，监事会可以要求其赔偿损失，公司也可要求其交出在上述商业活动中所获得的报酬或报酬请求权。^[23]¹⁵⁰ 由此可以看出，依据德国公司法，损害赔偿与利益返还是两种不同的责任承担方式，公司可以自由选择行使损害赔偿请求权或归入权。

我国《公司法》和《企业国有资产法》中均有关于利益返还与损害赔偿两种责任的规定。《公司法》第 149 条规定了高管给公司造成损失时的损害赔偿责任，第 148 条列举了包括篡夺公司机会在内的高管违背忠实义务的行为，并规定因上述行为所得的收入归公司所有。笔者已在前文中论述，篡夺公司机会是侵犯企业财产权的行为，侵害了企业的预期利益，要求高管承担损害赔偿赔偿责任符合《公司法》第 149 条的规定；同时根据《公司法》第 148 条，企业也可以要求高管返还其所获利益。《企业国有资产法》第 71 条也列举了国企高管违背忠实义务的行为，并规定了高管的损害赔偿责任和利益返还责任。虽然该条款未将篡夺公司机会的行为单独作为一种情形进行列明，但笔者认为，篡夺公司机会当然地包含在第 7 项“其他违反法律、行政法规和企

业章程执行职务行为”中。同时,基于篡夺公司机会行为的典型性和严重性,建议在该条款中明确将这一情形列为其中一项。实践中的主要问题是,公司可否要求高管同时承担利益返还责任与损害赔偿责任。笔者认为,法律设定利益返还责任,是为了解决公司行使损害赔偿权时损失数额难以确定的问题,利益返还责任是在损失数额难以确定时对损害赔偿责任的替代,这从日本和韩国公司法的规定中也可以看出来。因此,两种责任是竞合的关系,企业只能择一主张。

(2) 责任追究主体。篡夺公司机会的行为违反了高管对公司承担的忠实义务,公司是当然的责任追究主体,即公司的董事会或监事会可代表公司追究相应高管的责任。但在董事会被高管控制、监事会怠于履行职责的情况下,公司的权益又如何才能得到救济呢?为解决这一问题,美国确立了股东派生诉讼制度,我国《公司法》第 151 条也规定了高管对公司负有损害赔偿责任时适格股东可以提起派生诉讼。但该条款未将归入权之诉包含在内,导致在公司不行使归入权时,股东代表公司提起诉讼缺乏明确法律依据,降低了归入权制度的实用价值。因而笔者认为,应明确规定在公司怠于行使归入权时,适格股东亦可提起股东派生诉讼。

我国《企业国有资产法》没有对股东派生诉讼制度作出规定,但从实践的角度,由于长期以来国有企业的行政化特征,许多国有企业存在董事会形同虚设、“一把手”说了算的问题,企业很少主动要求高管承担民事责任,因而股东派生诉讼制度的适用极为必要。根据《企业国有资产法》,国有资产监督管理机构是履行出资人职责的机构,相当于公司的股东,不过属于股东的权利对其而言则是一种职责。因此,笔者建议在《企业国有资产法》中明确规定,对于国企高管篡夺公司机会等违背忠实义务的行为,在董事会和监事会不追究相应高管损害赔偿责任或利益返还责任的情况下,国有资产监督管理机构具有代表国有企业提起股东派生诉讼的职责。

同时,由于国有企业的初始委托人是全体人民,国有资产属于全民所有,也是一种公共利益。而且在国企高管由国有资产监督管理机构选任的情况下,国有资产监督管理机构与其选任的高管之间也有可能存在利益关系,甚至可能在高管篡夺公司机会行为中有不法利益,因此,建立保护国有资产的民事公益诉讼制度是一种更为现实的救济途径。具体而言,由检察机关作为提起诉讼的主体是学术界较普遍的主张^[24],因为维护国家利益和社会公共利益是检察机关的法定职责,且检察机关有调查权,与国企高管又无利害关系,由检察机关提起公益诉讼能够取得积极的效果。目前,我国正在探索建立检察机关提起公益诉讼制度^①,笔者认为,应当将篡夺公司机会等损害国有资产的行为纳入检察机关提起公益诉讼的范围。

2. 刑事责任: 相关的背信犯罪分析

结合前文所述,国企高管承担刑事责任的要件是: 未经履行出资人职责的机构或股东会、股东大会的明示同意,利用了国有企业具有利益或期待的机会,且具有从中获取非法利益数额巨大或产生了使国有企业遭受重大损失的情形。具体来说,根据我国现有刑事法律的规定,国企高管篡夺公司机会的行为可能构成非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪、背信损害上市公司利益罪三种背信犯罪,但这三种犯罪均不能完全涵盖国企高管篡夺公司机会应予追究刑事责任的情形,因此应进一步完善刑法关于背信犯罪的规定。

(1) 非法经营同类营业罪。为了防范国企董事、经理通过经营同类营业获取非法利益、损害国有企业利益,我国《刑法》第 165 条将国企的董事、经理利用职务便利,为自己或他人经营与其所任职企业同类的营业,且获取非法利益数额巨大的行为规定为非法经营同类营业罪。该罪的犯罪主体仅包括国企的董事和经理两类人员,其范围明显小于国企的高管。该罪的客体是国

① 参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,2014 年 10 月 23 日党的十八届四中全会审议通过。

有企业的财产权益以及国家对国有企业的管理制度。该罪的主观方面要求是故意，即为了达到获取非法利益的目的，对其经营同类营业的行为给国有企业造成的损害后果持希望或放任的态度。该罪的客观方面表现为利用职务之便从事与所任职企业同类的营业行为，包括为自己和为他人经营。这一行为违反的是董事、经理的竞业禁止义务，该义务与不得篡夺公司机会的义务同属忠实义务的内容。但经营同类营业与篡夺公司机会是两种不同的行为，二者不能相互包容。二者的主要区别是：经营同类营业行为导致的是一种持续的竞业状态，对行为人所任职企业利益的损害也是持续的，而篡夺公司机会导致的是企业不能利用某个商业机会，一般对企业利益造成的损害不具有持续性。^[25]同时，二者又存在竞合、重叠的情形。例如，国企董事、经理若将篡夺的公司机会用于其为自己或为他人经营的与其所任职国企同类的营业，则其同时违背了不得篡夺公司机会的义务与竞业禁止义务，如果其获取的非法利益数额巨大，即可构成非法经营同类营业罪。

(2) 为亲友非法牟利罪。为了防范在国有企事业单位任职的人员利用职务便利为亲友牟利、损害国家利益，我国《刑法》第166条规定，该种行为给国家利益造成重大损失的构成为亲友非法牟利罪。该罪的犯罪主体是国有公司、企业、事业单位的工作人员，其范围包括但不限于国企的高管。该罪的客体是国家利益，具体来说是国有企事业单位的财产权利和利益。该罪在主观上只能由故意构成，并具有非法牟利的目的。该罪的客观方面具体包括利用职务便利采取的三种行为：将所任职单位的盈利业务交由亲友经营；高价从亲友经营管理的单位采购商品，或低价向亲友经营管理的单位销售商品；从亲友经营管理的单位采购不合格商品。就国企的高管而言，为亲友非法牟利也违反了忠实义务，上述第一种情形与篡夺公司机会、非法经营同类营业行为存在竞合，后两种情形则是关联交易的两种表现。国企高管利用职务便利，将国企的公司机会转移给自己的亲友，使亲友得以经营本应由国有企业经营的盈利业务，导致国有企业利益遭受重大损失的行为，即符合上述第一种情形，构成为亲友非法牟利罪。

(3) 背信损害上市公司利益罪。我国于2006年6月29日通过的《刑法修正案（六）》第9条（现行《刑法》第169条第2款）新增了背信损害上市公司利益罪。根据该条款的规定，上市公司的高管（包括董事、监事、经理、副经理、财务负责人、董事会秘书和公司章程规定的其他人员）违背对公司的忠实义务，利用职务便利，操纵上市公司，给上市公司造成重大损失的，构成背信损害上市公司利益罪。该罪的犯罪主体仅限于上市公司的高管，非上市公司高管不能构成本罪。该罪的犯罪客体是国家对上市公司的监管秩序以及上市公司的合法权益。该罪的主观方面亦是故意，即明知其行为可能会给上市公司利益造成损害。该罪的客观方面是违背忠实义务的行为导致上市公司利益遭受重大损失，上述法律条款对具体的情形进行了列举。虽然其中并没有明确列出上市公司高管篡夺公司机会的情形，但篡夺公司机会亦属于违背忠实义务的行为，且具有相当的社会危害性，因此，国有上市公司的高管篡夺公司机会致使公司利益遭受重大损失的，应当以“背信损害上市公司利益罪”追究其刑事责任。在上市公司所遭受损失的认定上，不仅包括直接损失，还包括公司的预期利益。

背信损害上市公司利益罪与非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪在犯罪主体的范围和犯罪客观方面的表现上均存在很大区别，但三个罪名都涉及公司高管违背忠实义务的行为，因此，在实践中对某一行为进行具体认定时仍可能存在同时符合其中两罪甚至三罪的情形，该种情形属于犯罪的竞合，应当择一重罪处断。

背信损害上市公司利益罪的设立使上市公司的利益得到了刑法保护，但该罪在犯罪对象的设定上存在局限性，仅包括上市公司，对于国有非上市企业高管违背忠实义务的行为则无法依据该条款追究行为人的刑事责任。但现实中，非上市的国有企业多数也都是大型企业，涉及巨额的国

有资产，背信损害非上市国有企业利益的行为同样具有严重的危害性和相当的可罚性，未将该情形纳入刑法规制是国有资产刑法保护的一个漏洞。因此笔者建议，将《刑法》第 169 条第 2 款修改为“背信损害国有企业、上市公司利益罪”，并在所列举的违背忠实义务的行为中明确加入“未履行出资人职责的机构或股东会、股东大会同意，为自己或者他人谋取属于国有企业或上市公司的商业机会的”这一情形。

（二）民事责任与刑事责任的衔接

在现代社会，民事责任与刑事责任各有其独特的功能，民事责任侧重于对受害者的补偿与救济，刑事责任侧重于对行为者的威慑与惩罚，二者相辅相成、缺一不可。只有将民事责任与刑事责任有机地结合起来，使其相互配合、协同作用，方能更好地维护社会秩序、全面地实现社会正义。针对篡夺国有企业机会的行为，民事责任与刑事责任的有机衔接，可以构建起防控国企高管篡夺公司机会的严密网络，实现保护国有企业财产权、推进国有资产的市场化运营、维护国有企业经营秩序等多重效果。要把民事责任与刑事责任有机衔接起来，应当贯彻刑事责任与民事责任的转换机制，并对两种责任的次序和适用程序进行协调。

1. 民事责任与刑事责任的转换

在传统的法学理论中，民事责任与刑事责任是相互分立、互不影响的。但随着社会的发展和法律的进化，民事责任和刑事责任形成了互相交错的复杂格局，随之产生了民事责任与刑事责任的关系问题。在重刑轻民的传统司法观念下，当一个违法行为同时引起民事责任与刑事责任时，民事责任的承担往往被视为刑事责任的附随。但随着现代刑事司法理念的发展，被害人的利益受到关注，被害人在刑事司法中的地位得到提升，民事责任在刑事司法中的作用受到重视，进而出现了民事责任与刑事责任可以转换的理论，即民事责任承担和履行的情况可以影响刑事责任的轻重。笔者认为，这一观点符合以被害人为主导的刑事政策，有利于促使犯罪行为人为主动积极地对被害人进行赔偿。但应当注意的是，民事责任与刑事责任之间的转换是单向的，民事责任始终是以全面赔偿为原则，刑事责任的承担不能影响民事责任的轻重。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 157 条的规定，法院审理刑事附带民事诉讼案件，在认定被告人的悔罪表现以及量刑时均应当考虑其是否主动积极地赔偿了被害人的损失。据此，我国也已确立了刑事责任可以向民事责任转换的制度。

因此，在国企高管篡夺公司机会并使国有企业利益遭受重大损失，需要同时承担民事责任与刑事责任的情形下，在追究国企高管的刑事责任时，应当对其承担民事责任的情况进行调查。如果其尚未对国有企业承担损害赔偿或利益返还责任，应当鼓励、引导其积极主动承担上述责任，恢复被其破坏的法秩序，保护国有企业作为民事主体拥有的财产权；如果国企高管主动将所获得的利益返还给国有企业，或者主动赔偿了国有企业因其背信行为所遭受的损失，体现了其悔罪的态度，应当作为量刑情节予以考虑，在一定限度内从轻、减轻甚至免除其刑事责任。但为了最大限度地保护国有资产，不能因国企高管承担了刑事责任而减轻或免除其民事责任。

2. 民事责任与刑事责任承担次序的协调

在司法实践中，民事责任与刑事责任不仅存在重叠，有时亦存在冲突。犯罪行为人的财产不足以同时承担民事赔偿责任和刑事责任中的财产刑，就是一种典型的冲突情形。为解决这一冲突，我国 1994 年《公司法》设置了民事赔偿责任优先条款，其后诸多部门法也相继作出类似规定。民事赔偿责任优先的理论基础在于：民事赔偿责任的功能是对被害人进行救济，是保护被害人基本权利的需要，财产刑的功能在于对犯罪分子进行惩罚，两者相较，前者的功能更为基础和重要；民事赔偿责任是民事责任的主要承担方式，而财产刑在刑事责任中是补充主刑适用的附加

刑,不是刑事责任的主要承担方式,两者相较,前者更具必要性;民事赔偿责任关乎被害人的个人利益,财产刑这一刑事责任关乎公共利益,而个人利益是公共利益的基础,优先保障个人的合法利益是“以人为本”的必然要求。我国《刑法》第36条第2款也采纳了这一原则,规定应对被害人承担民事赔偿责任的犯罪分子,如果同时被处罚金或没收财产,应当先承担民事赔偿责任。同时,为了将这一规定落到实处,确保被害人优先获得民事赔偿,应当明确民事赔偿的执行优先于罚金,且在罚金的缴纳致使民事赔偿未能执行时,被害人有权从罚金中获取民事赔偿。

国企高管篡夺公司机会承担刑事责任的形式包括自由刑,也包括罚金。虽然不论是向国有企业赔偿损失的民事责任还是向国家缴纳罚金的刑事责任,本质上涉及的都是公共利益,但国有企业作为刑法上的被害人,其地位与其他的被害人不应存在区别,且国有企业在民商法上是独立的民事主体,有独立的财产权,需要资金从事生产和经营活动。在国企高管的财产不足以同时赔偿国企的损失和缴纳罚金时,优先赔偿国企的损失,能够使国企高管支付的赔偿金作为国企的财产进入资本市场,用于国企的生产经营,使国企获得更大的收益。因此,与缴纳罚金相比,国企高管赔偿责任的承担更有利于国有资产的保值增值,应当处于优先地位。由于国企高管的利益返还责任与损害赔偿本质相同,基于相同的法理,利益返还责任的承担也应当优先于缴纳罚金的刑事责任。

3. 民事责任与刑事责任适用程序的衔接

由于民商法和刑法的分立,一般情况下民事责任和刑事责任的追究也分别适用不同的诉讼程序。但在民事责任与刑事责任发生竞合时,就需要协调两种程序之间的关系。对此,理论上存在“先刑后民”“先民后刑”“边民边刑”三种处理方式。长期以来,司法实务中采用的主要是“先刑后民”方式。笔者认为,在民事案件的审理并不以刑事案件的审理结果为依据时,“先刑后民”的处理方式与民事赔偿责任优先的原则相违背,不利于保护被害人的民事权益,也不符合“以人为本”的现代司法理念;而在刑事案件的审理不以民事案件的审理结果为依据时,“先民后刑”的处理方式可能会造成刑事案件审判的过分迟延,不符合刑事司法对案件办理效率的要求。因此,在民事案件与刑事案件的审理结果互不影响时,刑事案件和民事案件可以分别进行。在国企高管的行为涉嫌篡夺公司机会的情形下,由于在公司法上和刑法上认定国企公司机会的规则不同,且民事诉讼和刑事诉讼的证明标准也存在重大区别,因此,民事案件和刑事案件的审理结果之间无必然联系,可以采用“边民边刑”的方式分别追究国企高管的民事责任和刑事责任。

为了节约司法资源、提高审判效率以及全面了解案件相关事实,针对民事责任与刑事责任的竞合,许多国家还规定了刑事附带民事诉讼制度。我国《刑事诉讼法》第99条也规定被害人可以在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼,国家或集体财产遭受损失的,检察院可以在提起公诉时提起附带民事诉讼。因此,国企高管篡夺公司机会构成犯罪的,国有企业可以在刑事案件立案后提起附带民事诉讼。笔者认为,附带民事诉讼中的“民事诉讼”的概念是广义的,涵盖了股东派生诉讼的范畴,因此,国有资产监督管理机构在一定条件下也可以代表国有企业提起附带民事诉讼。同时,由于国企高管篡夺公司机会的后果是造成国有资产的损失,国有资产属于国家财产,在国有企业及国有资产监督管理机构均未提起附带民事诉讼的情况下,检察机关可以在提起公诉时提起。国有企业、国有资产监督管理机构及检察机关在刑事诉讼中均未提起附带民事诉讼的,国有企业或国有资产监督管理机构可以另行提起民事诉讼。

国企高管篡夺公司机会是国有资产流失的一个重要原因,也是国企高管违背其对国有企业负

有的忠实义务的典型表现。面对严峻的国有企业腐败形势，通过相应的法律对国企高管进行规制无疑是最为必要、也最为有效的一种路径。针对国企高管篡夺公司机会的行为，我们应当结合国有企业自身的特性展开研究，完善企业法、公司法和刑法的相关规定，通过严密的法律网络对国企高管形成制约与威慑，并让篡夺公司机会者承担应有的法律责任。同时，我们也应当认识到，法律虽然是解决国企腐败问题的重要手段，且是最后的手段，但不是唯一的手段。在法律规制之外，还应当采取建立市场化的国企高管选任制度以及合理的薪酬激励机制等制度措施，弱化国企高管篡夺公司机会的动因，引导国企高管忠实地履行经营管理职责。当前，国有企业的改革正在逐步深化，相信通过合理的制度设计和完善的法律规范，国企高管篡夺公司机会等损害国有资产的行为必定能够得到有效遏制。

[参考文献]

- [1] Garner B A. *Black's Law Dictionary*. Eagan: West Publishing Co., 2004.
- [2] 邓峰 《普通公司法》，北京：中国人民大学出版社，2009 年。
- [3] 施天涛、杜晶 《我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制——一个利益冲突交易法则的中国版本》，《中国法学》，2007 年 6 期。
- [4] 冯果 《“禁止篡夺公司机会”规则探究》，《中国法学》，2010 年 1 期。
- [5] 柏维春、李红权 《国有企业腐败的发生机理与治理对策》，《河南社会科学》，2013 年 5 期。
- [6] 保罗·戴维斯 《英国公司法精要》，樊云慧译，北京：法律出版社，2007 年。
- [7] 吕来明 《论商业机会的法律保护》，《中国法学》，2006 年 5 期。
- [8] 罗伯特·C·克拉克 《公司法》，胡平等译，北京：工商出版社，1999 年。
- [9] Kershaw D. *Lost in Translation: Corporate Opportunities in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford Journal of Legal Studies, 2005.
- [10] 张文显主编 《法理学》，北京：高等教育出版社，2007 年。
- [11] 王玉珏 《刑法中的财产性质及财产控制关系研究》，北京：法律出版社，2009 年。
- [12] 杨川仪 《美国公司法公司机会原则探析——以美国缅因州东北海岸高尔夫俱乐部诉哈里斯案为例》，《当代法学》，2013 年 3 期。
- [13] 李领臣 《裁判思维下的公司机会原则——以〈公司法〉第 149 条为中心》，《北方法学》，2009 年 6 期。
- [14] 李寿喜 《产权、代理成本和代理效率》，《经济研究》，2007 年 1 期。
- [15] 王勇 《国务院关于国有企业改革与发展工作情况的报告》，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2012-10/26/content_1740994.htm，2016-10-22。
- [16] 美国法律研究院 《公司治理原则：分析与建议》上，楼建波等译，北京：法律出版社，2006 年。
- [17] 赵渊 《析英国新公司法中“禁止篡夺公司商业机会”规则》，《政治与法律》，2007 年 6 期。
- [18] Hamilton R W. *The Law of Corporations*. Eagan: West Group Co., 1996.
- [19] Henn H G, Alexander J R. *Laws of Corporation*. Eagan: West Publishing Co., 1983.
- [20] 张文显 《法哲学范畴研究》，北京：中国政法大学出版社，2001 年。
- [21] 王长华 《国企高管民事责任的功能及其承担——以〈企业国有资产法〉第 72 条为视角》，《上海政法学院学报》，2015 年 1 期。
- [22] 顾功耘主编 《公司法律评论》，上海：上海人民出版社，2003 年。
- [23] 卞耀武主编 《德国股份公司法》，贾红梅、郑冲译，北京：法律出版社，1999 年。
- [24] 张卫平 《民事公益诉讼原则的制度化及实施研究》，《清华法学》，2013 年 4 期。
- [25] 侯怀霞 《我国“禁止篡夺公司机会原则”司法适用研究》，《法商研究》，2012 年 4 期。

[责任编辑：李佳欣]

Preventing State-Owned Enterprise Executives from Corruptions such as Usurping Corporate Property Based on the Integration of Enterprise and Criminal Laws

WANG Yan-ming , WANG Hong-yun (42)

Abstract: In recent years , corruptions of state-owned enterprise (SOE) executives have happened frequently , and usurping corporate property has become an important way to transfer benefits for those SOEs. So , the regulations and laws need to be improved. In terms of legal nature , their usurping of corporate opportunity is a breach of the duty of loyalty , and a violation of the rights of SOE , which needs the co-regulation by enterprise law (mainly corporation law) and criminal law. Based on the different characteristics of corporation law and criminal law , on the question of identification standard , corporation law should apply absolute rules , while criminal law should judge on the ground of interest or expectancy test. Based on the different functions of the above two laws , regarding law liabilities , on the one hand , we should clearly differentiate the civil liability from criminal liability for those SOE executives. On the other , we should handle the relation of civil liability and criminal liability properly , and prevent SOE executives from usurping corporate by connecting both liabilities seamlessly.

Keywords: corruptions of state-owned enterprise; differentiation and connection between civil liability and criminal liability; corporate opportunity; duty of loyalty; identification standard

Right to Lawyer's Help in the Context of Supervision System Reform

QIN Wen-feng (55)

Abstract: The Committee for Inspection of State Affairs in the context of the state supervision system reformed the anti-corruption monitoring resources and established a unified supervision system with high efficiency. Whereas , the relevant documents are mainly focusing on principles but do not involve the concrete measures such as the protection of respondents' interests and their right of access to lawyers' help , especially the existence , status and system design has become a major proposition which in urgent need to respond. From both the macro point of view of the nature and task of the state supervision system reform , and from the specific concepts like protection of human rights , procedural justice promotion , and control of public power , the new state supervision system of duty-related crime should adopt the right to lawyers' help , and should be targeted to adjust and amend , clear time of intervention , determine the content of right , improve the relief mechanism , and ultimately achieve the harmonious unity of social effects , policy objective and theoretical significance.

Keywords: state supervision reform; The Committee for Inspection; right to lawyer's help; protection of human rights

Issues of Uncertainty in the Network Context: An Integrated Perspective of Objectivity and Subjectivity

ZHANG Yu-li , HE Liang-xing (63)

Abstract: The issues of uncertainty have been confronted with some new concepts with the increasing spread of Internet. There are two primary aspects of uncertainty i. e. , objectivity and subjectivity , which are the focus in existing studies. However , the general content of uncertainty hasn't been studied yet in most of the researches. Therefore , we summarize the concept and measurement of uncertainty , and discuss its nature and sources. Uncertainty not only involves complexity and volatility of environment factors , but also refers to the perceived uncertainty of individuals. Besides , the issues about uncertainty under the background of the internet have shown new meanings and representations , such as innovation , entrepreneurship , the network governance and institutional uncertainty. Finally , we come to the conclusion that uncertainty , as a normal situation , reflects various extents in different contexts.

Keywords: uncertainty; network context; objective environment; subjective perception