

# 公司行政管理機關成員在澳門特別行政區的忠實義務（商法典第235條第2款）一些簡述性的備註\*

Hugo Luz dos Santos\*\*

## 一、公司經理與行政管理者信託義務（特別是忠實義務）的目的論基礎及開明的股東價值：公司經理與行政管理者負擔連帶債務的法制理據（澳門商法典第249條第4款）

在民事法學的層面上，或更確切地說，在公司法學的層面上，作為類似的概念，公司經理或行政管理者的信託義務不但具備明確的法律規定，也具備理論與實踐性的基礎：無論在澳門商法典裡，還是在葡萄牙的公司法典（CSC）<sup>1</sup>裡，甚至在公司無償還能力及重組法規（CIRE）裡都能發現這些基礎。

關於公司無償還能力及其重組法（CIRE），需要強調的是，因無償還能力而加重的過錯推定（CIRE的第186條第3款）直接歸根於企業治理（corporate governance）的公司法制。<sup>2/3/4</sup> 就是說，CIRE第186

---

\* 感謝Alexandre Soveral Martins教授以及Catarina Serra教授學術上的鼓勵，也感謝兩位抽出時間審閱本拙作的前幾個部份。其中出現的所有錯誤的、不準確的及遺漏的地方，由愚者自負。此研究遵從新正字協議之前的規定。

\*\* 檢察官。

1. HUGO LUZ DOS SANTOS：“RGIT第8條第7款（廢除）及RJFNA第7條第2款（恢復）所體現的公司管理者的信託義務以及連帶責任法制：憲法院與最高法院‘辯論性’的合作？”，《財政期刊（RF）》2014年5/6月，波爾圖，經濟生活，2014年；我們將密切關注有關學派及司法見解的發展及變化。
2. 關於公司事實上與法律上管理者理論與實踐性的綜合介紹，參考CALVÃO DA SILVA：“企業治理：非行政性管理者、審計委員會及艦隊委員會的民事責任”，《立法及法律期刊》，136期，2006年，第31頁起。
3. 關於“企業社會責任”概念，參考M. NOGUEIRA SERENS：“企業的社會責任：舊瓶裝新酒”，《公司法期刊（DSR）》，第5年次第10期，2013年10月，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第85-96頁。
4. 關於公司社會責任，參考CATARINA SERRA：“公司社會責任：一個即將出現的法制？”，《科英布拉大學法學院期刊》，Ad Honorem - 4, Stvdia Ivridica 96，第二

條第3款a和b項<sup>5/6</sup>之所以存在是為了避免一種情況，即因為難以證明因果關係而無法懲罰曾違背某些法定責任的<sup>7</sup>主體，特別是違背審慎義務的法律責任<sup>8</sup>（《澳門商法典》第195條第1款b項以及第245條第1及第4款；《葡萄牙公司法典》第64條第1款c項）和忠實義務（《澳門商法典》第64條第1款b項）。<sup>9</sup>

因此，這些主體（即公司經理）應該證明公司無償還能力及其相關的加重情況不是由於自己犯罪的、且被推定有過錯的行為所造成的，而是因為超出了自己的意願，甚至與其無關的原因才導致了公司的無償還能力及其相關的加重情況<sup>10</sup>（《澳門商法典》第245條第1款；CSC的第72條第2款；CIRE的第186條第3款）。

《澳門商法典》第245條第4款、第249條第1款以及葡萄牙公司法典的第78條第1款所體現的法律制度基於《葡萄牙公司法典》第64條第1款a與b項<sup>11</sup>以及《澳門商法典》第235條第2款的一般制度。這意味

---

期，紀念Manuel Henrique Mesquita博士教授研究，科英布拉，科英布拉出版社，2009年，第856頁起。

5. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO：“公司面臨失去償還能力時的經理與管理者的責任”，《法律期刊》第142期，科英布拉，阿麥迪那，2010年，第323-346頁。
6. 關於償還測試，參考 PAULO DE TARSO DOMINGUES：“論社會資本變化”，論文集，博士學位論文，科英布拉，阿麥迪那，2010年，第78-91頁。
7. 關於公司經營者之責任，參考RICARDO COSTA：“股份公司經理對債權人的責任及公司人格否認制度 - 2007年11月29日波爾圖法院合議庭裁判（第0735578號卷宗）”，《司法日誌（CDP）》第32期，布拉加，cejur，2011年，第32-56頁。
8. FÁTIMA GOMES：“股份公司的對盈餘分享權及對分擔虧損的義務”，論文集，博士學位論文，科英布拉，阿麥迪那，2011年，passim。
9. 憲法法院合議庭裁判（TC）第564/2007號（SOUZA RIBEIRO），裁定目錄第615/07號（CURA MARIANO），憲法法院合議庭裁判第571/08號（FERNANDES CADILHA），憲法法院合議庭裁判第581/2008號（PAMPLONA DE OLIVEIRA），憲法法院合議庭裁判，第585/2008號（MARIA JOÃO ANTUNES）以及憲法法院合議庭裁判（具有普遍約束力），第173/2009號（SOUZA RIBEIRO），以上可以通過www.dgsi.pt查詢。
10. 關於CIRE第186條的，可反駁的推定（*iuris tantum*）以及不可反駁的推定（*iuris et de iure*）的學術分析，參考CATARINA SERRA：“破產者，故詐騙者？ - 有過錯的無償還能力（講清圍繞某些推定的概念）——2008年1月7日TRP合議庭決議（第0754886卷宗）”，《私法日誌（CDP）》第21期，2008年，第56-67頁。
11. 關於對公司法第64條的分析，參考SÓNIA DAS NEVES SERAFIM：“管理者基本義務：謹慎義務、經營判斷法則以及忠實義務”，《企業法律條文》，科英布拉，科英布拉出版社，2011年，第495-594頁。

着每一個公司經理一律必須遵守特殊的審慎義務（*duty of care*）以及同樣特殊的忠實義務（*duty of loyalty*）。此兩種義務實際體現了每位經理都應該承擔的義務，即效法一個嚴格而有條理管理者的規範。這個典範致力於長久監督公司的經濟生活（按《澳門商法典》第235條第2款及第195條第1款c項）；也有利於管理者嚴格地遵守使其狀況具有個性性、典型性及統一性的可問責義務（*dever de prestar*）。簡單地說，可問責義務等同於本著公司利益的管理義務<sup>12</sup>（《澳門商法典》第235條第2款）。

作為一個可分解的概念，管理義務基於一套主要思想，即管理者是公司的重心，公司被管理者所控制，而且公司是為了管理者專門的利益而運行的。<sup>13</sup>再者，因為相關管理權是為公司利益服務的，所以管理權必然關係到審慎義務（《澳門商法典》第235條第2款；CSC第64條第1款a項）。那麼，管理者必須一直遵守審慎義務<sup>14/15/16</sup>，這不僅

- 
12. 關於經營判斷法則的特殊性及可應用範圍，參考D. R. FISCHER：“經營判斷法則及Trans Union案子”，in BL, 40, 1985年，第1439頁起；H. FLEISHER：“對經營判斷法則的對比法學研究及法律經濟學的分析”，in RDM, 246, 2002年，第1732-1736頁；在意大利的學術裡，參考NICCOLÒ ABRIANI：“公司法改革及事實上管理者的責任 走向該法律制度的單一理念？”，in LS, 18, 2002年，第212-220頁；E. F. PÉREZ CARRILLO/M. ELISABETE RAMOS：“民事責任及管理者保險（圍繞葡萄牙及西班牙經驗的思考）”，in BFD, 82, 2006年，第304頁起。在葡萄牙的學術中，關於公司管理者的謹慎及忠實義務，參考J. M. COUTINHO DE ABREU：“管理者的謹慎、忠實義務及社會利益”，《公司法典的改革》，科英布拉，IDET/Almedina, 2007年，第17-47頁；J. M. COUTINHO DE ABREU：“對公司的約束力”，《紀念José de Oliveira Ascensão教授》，第二冊，科英布拉，Almedina, 2008年，第1213-1239頁；J. M. COUTINHO DE ABREU：“公司管理者的民事責任”，科英布拉，IDET/Almedina, 2007年，第38頁起。
  13. 我們將密切關注在這個意義上的PEDRO PAIS DE VASCONCELOS：“公司管理者的民事責任”，《公司法評論（DSR）》2009年3月第一年刊第一期，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第14頁起。
  14. 按這個解讀：ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA：“債權人及公司治理”，《公司法期刊》Ano I, N.º I, 阿麥迪那，科英布拉，2009年，第123頁起。
  15. 最近主張“在公司法第64條所規定的一般責任是公司良好管理的基礎”的有JOÃO LIMA：“股份公司管理者責任：對2013年2月19日波爾圖法院合議庭裁判的分析”，《公司法期刊（RDS）》第五年刊第四期，阿麥迪那，科英布拉，2014年，第863頁。
  16. 與此大體上一致的論述，RICARDO COSTA：“公司事實上的管理者”，論文系列，博士學位論文，阿麥迪那，科英布拉，2014年，第904-905頁。

是為了領導及管理公司，也是利用公司為股東獲利<sup>17</sup>（澳門商法典第195條第1款a項及第197條第1款；葡萄牙民法典第980條）。

從上述內容可明確推理的是，審慎義務<sup>18</sup>理論上可再細分為四種義務：1. 要求管理者長久關注公司收益率浮動並控制人資的監督義務（*duty of monitor*）；2. 強迫管理者獲得正確的信息並認真證實其真實性<sup>19/20</sup>的資訊義務（*duty of inquiry*）；3. 在決策的過程中，做出合乎情理的表現並獲得足夠且可靠的資料來得出正確決定的義務（所謂的*reasonable decisionmaking process*合理決策過程<sup>21/22/23</sup>）；及4. 採取

- 
17. ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA：“管理者一般責任範圍內的經營判斷法則”，《公司法20年，紀念Ferrer Correia, Orlando de Carvalho, e Vasco Lobo Xavier博士教授文集》，第三集，科英布拉，科英布拉出版社，2007年，第212-213頁。
  18. 關於管理者在納稅責任方面的謹慎及忠實義務，見PAULO MARQUES：“管理者在欠稅方面的（非）責任”，《公司法期刊（RDS）》第五年刊第1-2期，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第297-301頁。
  19. FÁTIMA GOMES：“對公司管理機關成員按公司法第64條的基本義務的思考”，《公司法20年，紀念Ferrer Correia, Orlando de Carvalho, e Vasco Lobo Xavier教授文集》，第二集，科英布拉，科英布拉出版社，2007年，第554-555頁。
  20. 最近指出“鑒於上面第64條的論述，鑒於一般性的勤勉責，並鑒於管理的責任，我們總算可以描述管理者對公司連帶責任的情況”的有GABRIEL FREIRE SILVA RAMOS：“經營判斷法則以及公司法改革前嚴格且有條理管理者的措施”，《公司法期刊（RDS）》第五年刊第四期，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第848頁。
  21. 在這個意義上，德國聯邦憲法法院的司法見解（BverfGE）探討雷曼兄弟無常化能力的縱卷；應參考2011年2月9日的裁判，參見[http://www.bundesverfassungsgerrich.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen\\_node.html](http://www.bundesverfassungsgerrich.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html)。
  22. 參見HUGO MOREDO SANTOS/ORLANDO VOGLER GUINÉ：“管理者信託義務：若干見解（過去、現在與未來）”，《公司法期刊（RDS）》第五年刊第四期，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第696頁。
  23. 大多數學者將經營判斷法則當做一種法律責任標準。這個見解使法院能夠檢查管理者的決定；只要投訴者證明管理者曾違反了“審慎義務”（*duty of care*），或按照某些學者、管理者的表現很惡意或過於疏忽。*Cede & Co v. Technicolor*有限公司的案件是一個違反審慎義務（*duty of care*）的典型案例。這個個案與*Smith v. Gorkon*案件類似，是在審批公司合併的過程中發生了違反謹慎義務的問題。事實上，大股東Cinerama認為，當Technicolor的管理層在審批合併（*merger*）的過程中接受股價時，管理層則違反了謹慎義務。法院決定了“Cinerama顯然遵守了舉證責任；但在被告Technicolor的管理者審批公司合併之前，他們沒有全面地了解所有可以合理地獲悉的資料”。在很簡略的總結中，法院指出了合併決策過程的一些錯誤。這些錯誤揭露管理者的疏忽行為，因而不遵守謹慎責任。所以，法院由於上述理由對管理者判罪，使得管理者無法利用經營判斷法則。

並執行公平合理的、深思熟慮的決定的義務（reasonable decision合理決策）。<sup>24</sup>

因此，每當一個經理對公司資產不足以承擔債務的情況起決定性作用時，那麼這個經理就違反了勤勉、嚴謹、審慎管理者的職責。既然此責任與經理的職務是不可分割的，加上法律又不能容忍一個人的輕率舉止，所以基於澳門商法典的第245條第4款規定的負擔連帶債務制度（見第249條第1及3款）成為了理所應當的制度。<sup>25</sup>

另外，還需要補充的是，勤勉與謹慎管理者的職責標準<sup>26</sup>也體現在其它澳門商法典與葡萄牙公司法典的規定，即澳門商法典第206條第1、2、3款與公司法典第35條。

我們研究一下2005年1月18日在葡萄牙公佈的18/2005號法令對公司資產嚴重損失現行制度的根本性修改。

按照公司法典第35條的新提法，法律規定有義務將公司資產的現況告知所有股東與債權人。由此，股東及債權人能隨意地決定是否採取措施處理公司資本嚴重損失<sup>27</sup>的問題（澳門商法典第206條第1款）。

24. VÂNIA PATRÍCIA MAGALHÃES：“公司管理者的操作：一般義務及公司利益”，《公司法期刊（RDS）》第一年刊第二期，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第390頁起。

25. 由於Percy v. Millaudon的案件（1829），美國法院第一次承認了審慎義務；違反忠實義務至少自1742年起就被確認為犯罪的一種，參見美國學說M. MCMURRAY：“從歷史的角度看待審慎義務、忠實義務及經營判斷法則”，《範德堡法律評論（VLR）》第40期，1987年，第606-634頁。關於經營判斷法則的司法見解，最有爭議的案件之一是Smith v. Van Gorkom。法院認為，當公司管理者談定交易時，他們沒有足夠地了解公司的價值。因此，管理者無法利用經營判斷法則（並享受其保護）。關於此案子的詳情及其綜述：K. CHITTUR：“企業董事勤勉的標準：過去，現在與未來”，《特拉華公司法期刊》第10期，1985年，第513頁起；R. W. HAMILTON《簡而言之的公司法》，明尼蘇達州，West Group出版社，2000年，第455頁起；Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.（特拉華州，1985）對經營判斷法則用於敵意並購的案子上提出了個體性的、類別性的前提。

Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co（德拉瓦州）裁定“董事應當相信下級是誠實而正直，除非某一個實際的情況令董事懷疑下級的行為是有問題的”；此判決受到了美國學說的嚴厲批評，見R. CHARLES CLARK：《公司法》，波士頓/多倫多，利特爾&布朗出版社，1986年，第137頁起。

26. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA：“一個經營判斷法則的案子”，《公司法評論第一次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第353-372頁。

27. PAULO DE TARSO DOMINGUES：“公司資產削減新制度”，《紀念Oliveira Ascensão博士教授之研究》，第三集，科英布拉，阿麥迪那，2008年，第1328頁。

CSC第35條是針對公司資本發生嚴重損失之類的情況，即是說當“公司之資產淨值低於公司資本額半數”的情況（澳門商法典第206條第1款以及CSC第35條第2款）。

當公司經理察覺到發生了去資本化的狀況時（無論是通過營業年度帳目，還是通過臨時帳目，甚至隨時即可，只要經理“有充分的理由推測發生了嚴重的資本損失”），經理應當“立即召集股東會”（澳門商法典第206條第2款及CSC第35條第1款）。<sup>28</sup>

從目前來看，按照澳門商法典第206條第1款及CSC第35條，管理機構唯一的義務是：召集或要求安排股東會，旨在將公司資產所處的現況<sup>29</sup>告知<sup>30/31</sup>所有股東與債權人（澳門商法典第206條第2、3款）。<sup>32</sup>

這是很明白的事情。

實際上，既然在公司資本<sup>33</sup>中總是有一筆抽象數目的資本籌備；既然公司債權人<sup>34/35/36</sup>總是享受一筆資產擔保<sup>37</sup>，無論公司資

- 
28. PAULO OLAVO CUNHA：“公司資產削減新政策及公司法第35條”，《紀念Galvão Telles教授叢書:紀念里斯本法學院90週年》，科英布拉，阿麥迪那，2007年，第1024頁起。
  29. 關於知情權，可參見另一個德國學術的專題領域，STEPHAN LORENZ：“對有害合同的保護：對現行法律最終檢查的限制、可能性的研究”，慕尼黑，C. H. Beck出版集團，1997年，第312頁起。
  30. 在債權人及擔保人的關係框架中，探討知情權的重要性者有MIGUEL BRITO BASTOS：“提供信息責任的派生義務。特別是債權人對擔保人的提供信息義務”，《公司法期刊（RDS）》第3年刊第1-2期，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第181-28頁。
  31. 關於企業知情權可參見“話語道德論”，見LUÍS MENEZES DO VALE：“話語道德論（哈貝馬斯）及公司信息：簡短評論”，《公司法評論第一次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第469-551頁。
  32. 在這個意義上，參見“溝通實踐可為公司保障真實性潛在的參照物”（德國學說），JÜRGEN HABERMAS：“對話語道德論的解讀”，Suhrkamp Verlag，1991年，第16頁起。
  33. PAULO DE TARSO DOMINGUES：“公司資產作為對公司融資的障礙。2009年第64號法令所引進的公司資產制度及概念”，《公司法評論（DSR）》第1年刊第2期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第175頁起。
  34. 在這個意義上，PAULO DE TARSO DOMINGUES：“憑空或通過注入儲備金增加公司資本”，《公司法評論（DSR）》，第一年刊第一期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第223頁。
  35. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES：“喪失本公司股份帶來的資本削減”，《公司法雜誌（DSR）》第3年刊第6期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第72-73頁。
  36. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES：“喪失本公司股份帶來的資本削減”，《公司法雜誌（DSR）》第3年刊第6期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第72-73頁。
  37. 談及對債權人的保護及公司資產的關係，ALEXANDRE MOTA PINTO主張消除最低公司資產的規定。雖然如此，2011年3月7日的第33號法令則採用了最低資產的規



本是以甚麼方式或為了甚麼目的而使用；既然股東們用一筆——從公司營業的角度適當與足夠的——資金來融資公司，並且在公司營業<sup>38</sup>過程中流失這筆錢後會發生（與資本弱化不同的）去資本化的現象；既然管理者故意引起<sup>39</sup>公司的去資本化導致公司的消滅（所謂的“Existenzvernichtung”<sup>40</sup>）或導致債權人可起訴股東們本身償還債務<sup>41/42</sup>（所謂的“HaftungsDurchgriff”<sup>43/44/45</sup>）；既然每當公司資本流失一半且經理或管理者不遵守建議解散公司或減少公司資本時（澳門商法典第192第1款及CSC第523條<sup>46/47</sup>），經理或管理者應當承受刑事責任，所以，

---

定。請見ALEXANDRE MOTA PINTO：“以公司資產及對債權人的保護來消除公司最低資產的規定”，《公司法典20週年——紀念 A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier教授》第1卷，科英布拉，科英布拉出版社，2007年，第858頁起。

38. 關於公司行為，MARIA ELISABETE RAMOS分類不同的行為並分別與公司機會來探討對公司資產不良管理的跡象；見 MARIA ELISABETE RAMOS：“管理者民事責任的保障——在風險暴露及限制償還範圍”，論文集，博士學位論文，科英布拉，阿麥迪那，2010年，第 89-110頁起。
39. PAULO DE TARSO DOMINGUES：“股份公司資產新制度”，《公司法期刊（DSR）》第3年刊，第6期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第 118頁。
40. JOCHEN VETTER：《BDH對消滅責任的新理論基礎》，BB，2007年，第1965頁起。
41. JOCHEN VETTER：《BDH對消滅責任的新理論基礎》，BB，2007年，第1965頁起。
42. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO：“股份公司債權人的監護權及公司人格否認制度”，博士學位論文，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第134頁起。
43. 最近有提及公司集體人格調查（levantamento da personalidade coletiva da sociedade commercial）的TERESA QUINTELA DE BRITO：“犯規責任的證據及法律模型刑法”，《刑法：政治刑事及理論基礎，紀念Peter Hünerfeld教授》，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第 1242頁。
44. RICARDO COSTA：“股份公司經營者面對債權人之責任以及公司人格否認制度——2007年11月29日波爾圖法院之合議庭裁判，第0735578號卷宗”，引用，第32-56頁。
45. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO：“探討為保護公司債權人而採用公司人格否認制度的可能性——2008年4月29日里斯本上訴法院之合議庭裁判”，《私法日誌（CDP）》，第27號，布拉加，CEJU，2009年，第51頁。
46. SUSANA AIRES DE SOUSA：“公司法之刑法規定註釋”，《公司法評論（DSR）》第5年刊第9期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第119期。
47. JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO：“公司刑法見解。在過去與未來之間：現有法定制度中所存在的不平等”，《公司法期刊（RDS）》，第2年刊，第1至2期，科英布拉，阿麥迪那，2010年，第70頁起。

我們難以理解為甚麼公司債權人、股東們及其它利害關係者不會享受對經理與管理者嚴重地觸犯信託責任的保護（《澳門商法典》第249條第1款及CSC第78條第1款）。

因此，《澳門商法典》第249條第1款及CSC第78條第1款的法定罪狀基於公司管理者觸犯職責的情況。因為管理者的故意行為是公司<sup>48/49</sup>資產不足的原因，所以可稱這是對公司及其債權人的保護規定。<sup>50</sup>

因此，因為債權人對賠償的要求在這一種制度上缺乏義務性<sup>51</sup>，所以按《澳門商法典》第249條，公司的經理或管理者<sup>52</sup>應向公司債權人承擔責任。或者，更確切地說，他們為自己的罪行應承擔民法方面的合同外責任<sup>53</sup>（見《葡萄牙民事法典》第一部份第483條及葡萄牙CSC第78條第1款）。

即是說，每當經理或管理者違反規定（觸犯權利），他們危害<sup>54</sup>了債權人的公司財產。其結果表現為，觸犯權利的經理或管理者對債權人承擔連帶責任，向他們賠償。加以必要的變更，這是某些法規所提出的解決方案，例如《澳門商法典》第192條第1款與第251條第1款；2012年

48. 關於保護公司債權人的法規，ADELAIDE MENEZES LEITÃO：“保護法規及純財產損害”，論文集，博士學位論文集，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第799頁起。

49. ADELAIDE MENEZES LEITÃO：“違反保護條例時管理者對公司及公司債權人之責任”，《公司法期刊（RDS）》第1年刊第3期，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第675頁。

50. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO：“股東表決責任”，《紀念José Lebre de Freitas博士教授之研究》，第二卷，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第400頁。

51. 不能忘記“由於股份公司獨有的結構，股東最終會成為他們自己“事實上的經營者”（若他們也不是“法律”意義上的），因此他們也應對公司履行忠實義務。參見同上衆多參考資料的著作，MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO：《股東表決責任》，第434頁。

52. 在這個意義上，GONÇALO MENESES主張監察機構職員的合同以外的責任；由於違反對公司債權人的保護法規，該職員與經理與管理者承擔連帶責任，見GONÇALO MENESES：“公司經營者的作為和不作為造成的監事會職員的連帶責任”，《律師公會公報（ROA）》第71年刊，里斯本，2012年，第1149頁。

53. FÁBIO LOUREIRO：“管理合同及對公司債權人保護”，《公司法評論（DSR）》第4年刊第8期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2012年，第132頁。

54. 在這裡，我們稍微模糊地同上“共同危險”（comunhão de perigos）的概念。這個概念是受德國學術啟發而創造出來的，具體由FRANZ BYDLINSKY提出的。見其《私法的體系與原理》，維也納，斯賓格斯科爾，1996年，第210頁，第213號。



4月20日第16/2012法律<sup>55/56/57</sup>修改的，CIRE第189條第2款e項的新提法；CSC第81第2款。<sup>58</sup> CSC第84條第1款<sup>59</sup>、CSC第270——F條第4款<sup>60</sup>與《澳門商法典》第213條第1款儘管涉及到有限公司的單一股東因公司債務而後轉為其個人及無限責任的特殊情況，但也是該解決方案的例子。

這是很明白的事情。

其實，此關係到“公司合同論”（Teoria do Contracto Social），因為在追究公司經理或管理者忠實義務<sup>61/62/63</sup>與確保社會財產的完整

- 
55. NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA倡導對《公司法》第78條第一款的擴充解釋，並同上按2012年4月20日第16/2012號法律所修改提法的，《公司破產及重組法典》第189條第2款a項的類似規定“（每）當債權人資產的減少與公司資產的減少有因果關係時，或者，即便公司的資產不減少，但與公司（及時）履行其已到期債務能力的減少有因果關係時”；見NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA：“對協調公司法第78及79條同上的建議”，《公司法評論（DSR）》，第5年刊第9期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第81-82頁。
56. 雖然沒有明確地提出，LILIANA MARINA PINTO CARVALHO持有與在上述腳註中相近的立場；她指出“我們因此可以肯定地說，只要判決無償還能力是有罪國的，管理者就將對債權人有責任的。不需要提出某一個法律或合同上的保護規定，也不需要證明違犯行為導致了公司資產的不足”。LILIANA MARINA PINTO CARVALHO：“管理者由於有罪過的無償還能力而造成的責任”，《公司法期刊（RDS）》第5年刊第4期，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第886頁。
57. 與此相同的意義，ADELAIDE MENEZES LEITÃO討論《公司法》第78條第1款及《公司破產及重組法》第189款第2條e項有不相干的內容。ADELAIDE MENEZES LEITÃO：“按2012年4月20日第16/2012號法律的過失無償還能力及管理者責任”，《破產法第一次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第279-280頁。
58. GONÇALO MENESES研究了監事會成員和公司經理及管理者的負擔連帶債務制度：“公司經理的作為與不作為產生的監事會成員的連帶責任”，同上，第1096-1156頁。
59. PEDRO PIDWELL：“對一人有限公司債券人的保護以及單一股東的責任”，《公司法評論（DSR）》第4年刊第7期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2012年3月，2012年，第201-238頁。
60. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO分析公司法第270條第4款F項的個人、“無限”責任制度。MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO：“公司法第270條第4款F項的應用範圍及單一股東的‘無限’責任”，《公司法評論（RDS）》第1年刊第2期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第233頁起。
61. 參見德國學術，GÜNTHER TEUBNER：《對民事法典另一種闡釋》，魯赫特漢德，新維德，980，§ 242，2008年，n.º 58。
62. 探討維持管理關係的職務義務所有的信託性，可參見MARISA LARGUINHO：“忠實義務：由管理職務上的重疊而引起的衝突情況及現實”，《公司法評論（DSR）》第5年刊第9期，季刊，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第196頁。
63. 討論維持管理關係的信託義務，可參見JOÃO VALBOM BAPTISTA：“管理者對一個公開募集公司的經營判斷法則以及中立義務。關於相配公司法第72條第2款及特定禁

性之間存在着一种特殊的紐帶。<sup>64</sup> “應當勤勉的情況”<sup>65</sup> (círculos de diligência devida) 理論的形成基於“公司合同論”。這個理論又體現在“保護責任的範圍”<sup>66</sup> (universo de deveres de protecção — Schutzpflichten) 內，也體現在管理者為公司及其財產完整性的辯護具有否定性的目標一事上。而後者反映了葡萄牙的<sup>67</sup>、英國的<sup>68/69</sup>與美國<sup>70</sup>學說所稱的“開明的股東價值”(Enlightened Shareholder Value; 葡語譯文為“開明的公司利益”：interesse social iluminado)。

“開明的公司利益”是甚麼意思？

正如Catarina Serra教授敏銳地指出了，“開明的公司利益”理所當然地意味着落實公司的目的或利益，旨在考慮股東的長遠利益。不過，需要明白的是，為了落實公司的目的，公司的委託者必須推動（建立並保護）一系列穩定、長久的關係。這些關係應涵蓋公司、勞動者、債權人、客戶、供應商等——一言以蔽之：委託者應當推動一些增加公司總值的關係。<sup>71</sup>

---

止性行為規範的難點”，《紀念José Lebre de Freitas 博士教授的研究》，第2卷，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第201-203頁。

64. 根據職務義務的特殊信託關係，RICARDO COSTA討論維持管理關係的職務義務所有的信託性質，可參見RICARDO COSTA：“管理者一般義務及嚴謹和有序管理者”，《公司法評論第一次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第179頁。
65. MIGUEL BRITO BASTOS：“提供信息責任的附屬義務。尤其債權人對擔保人的知情權”，《公司法期刊（RDS）》，第5年刊第1-2期，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第275頁。
66. PEDRO CAETANO NUNES：“管理者忠實義務的司法見解”，《公司法評論第二次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第217頁。
67. CATARINA SERRA：“在公司治理與企業責任之間：信託義務與‘開明的公司利益’”，《公司法評論第一次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第211-258頁。
68. 參考《2006公司法》於2007年10月1日生效後DAVY KA CHEE WU的文章，DAVY KA CHEE WU：“管理行為，公司法及開明股東價值問題”，《公司法律師期刊》第31期，2010年，第56頁起。
69. ANDREW KEAY：“解決公司目標問題：分析英國‘開明股東價值’的視角”，《悉尼法律評論（SLR）》第29期，2007年，第597頁。
70. CYNTHIA A. WILLIAMS/JOHN M. CONLEY：“新興的第三條道路？英美式股東價值概念的腐蝕”，《康奈爾國際法雜誌》第38期，2005年，第493頁起。
71. CATARINA SERRA：“在公司治理與企業責任之間：信託義務與開明的公司利益”，同上，第247頁。

歸根結底，公司經理與管理者<sup>72</sup>的信託義務<sup>73</sup>，或是說其忠實義務，與角色責任（role responsibility）及社會行為（agir social）密切相關。<sup>74</sup>此二者要求在公司組織中擁有一定地位的人士必須要為他人提供安樂生活的特殊義務以及追求落實這個義務的責任。<sup>75</sup>相關的角色義務（role responsibility）可以被描述為“責任”、“美德”、“責任美德”<sup>76</sup>或“應該（道德上的）”（Sollen）。違背它是造成法定後果（罪行後果）的“前提性事實”（“facto condição”）<sup>77</sup>，換言之，違背了角色義務，就會造成公司經理或管理者負擔連帶義務（《澳門商法典》第192條第1款；第249第1款；第251條第1款）。

全面地考慮<sup>78</sup>，儘管這個“第零步”性的<sup>79</sup>法律解釋恐怕無法通過“法律可錯論”<sup>80/81</sup>的測試，但是它能夠保證公正的原則將優先地使用於司法工作當中。<sup>82</sup>

- 
72. 在北美的司法見解中，美國最高法院合議庭裁判（Us Supreme Court），“Kmmg Llp v. Robert Cochi et alii”，2011年11月7日探討信託義務所包含的忠實義務，詳見<http://www.supremecourt.gov>。
73. MOHSEN MANESH探討關於信託義務的越來越詳細論述，並結合特拉華州最高法院的司法簡介，參見MOHSEN MANESH：“在特拉華州LLC及LP法律之下，違約法規到底有多重要？”，《哈佛商法評論（HBLR）》第2期，2012年，第121-129頁。
74. 關於社會行動在德國的學術中，參考MAX WEBER：《社會與經濟：理解性社會學的基本理念》，第5版，圖賓根，2002年，第11頁起。
75. 關於“角色責任”越來越深入的闡釋，參考H. L. HART：“責任的種類”，《法律評論季刊》第83期，1967年，第346-364頁。
76. 在意大利的學術裡，參考GUIDO GORGONI：“責任作為課題。對預期責任法律理念的分析：初步因素”，《法律與社會》第2期，2009年，第243-292頁。
77. 在這個意義上，有人提出“法律規則”能夠成為“前提事件”與“法律結果”之間的聯繫。在奧地利學術中，見HANS Kelsen：《從法律理論派生出的國家理論：主要的問題》，Tübingen，1911年，第7頁起。
78. 關於這個概念，在美國學術中參考ANDREW TRUTT：“解讀的零步：法律作為對方法論的限制”，《耶魯法學期刊》，2013年，第2055-2067頁。
79. 關於“全面考慮的實踐判斷”參考ALEKSANDER PECZENICK：《論法律與理性》Kluwer，Dordrecht，1989年，第76-77頁。
80. 在葡萄牙的學術中，ALEXANDRE MOTA PINTO對波普爾的可證偽理論適用於法學領域的問題提出了有根據的保留：“法律的可證偽性理論？試論將波普爾的證偽方法適用於法學領域”，《紀念António Castanheira Neves博士教授之研究》，Ars Iudicandi，科英布拉大學法學院公報，Stvdia Ivridica，Ad Honorem - 3，第一期：原理、理論及方法論，科英布拉，科英布拉出版社，2008年，第919頁起、第963及966頁。
81. 關於將波普爾的可證偽理論轉用於法學領域，在德國的學術裡參考CLAUS WILHELM CANARIS：“法律理論的作用、結構及證偽問題”，《法制期刊（JZ）》，1993年，第378頁起。
82. JÜRGEN HABERMAS：“在事實與法規之間：作者的思考”，《丹佛大學法律期刊（DULR）》，第76期，1999年，第939頁。

因此，忠實義務體現了一種模糊的法律概念；通過它，法律就可以為法官賦予將抽象規定適用於具體事件的權利<sup>83</sup>，並因而接受道德性的規定。

這樣可理解為甚麼在美國的法制裡，管理者的忠實義務被描述為一種信託義務。信託義務與trust（信託）的產生與演變有關係。在trust當中，一個settlor（信託創立人）將所有權轉移給一個trustee（信託人），但業務有利於另一個受益者。<sup>84</sup>在原始的trust中，普通法系不給受益人提供正當的保護。因此，橫平法的法庭就要求了trustee向受益人承擔信託義務。<sup>85</sup>以此類推，信託義務適用於其他關係——所謂的信託關係（fiduciary relations）——譬如代理（agency）或合夥（partnership）關係。<sup>86</sup>由此可見美國的司法見解也開始將信託義務用於公司管理者身上。

的確，隨着2008年的金融危機<sup>87</sup>，特拉華州法院在Caremark claims案子中發出了一系列判決，探討compliance（監察）及risk management（風險管理）的程序錯誤。

1994年，美國政府機關對保健標誌公司（Caremark International, Inc.）的金融活動進行了全面監督。這個以醫療服務行業為主營方向的公司曾進行了違法的支付；相關的程序導致了總值為

---

83. 對於“綜合法規”或“不確定的法學概念”，傳統說有三種作用，即社會法規的傳授、社會法規的變革以及將塑造法律的權力委託法官。參考GUNTHER TEUBNER：《綜合法規的標準及命題：直觀社會研究的限制與可能性來在私法領域上劃定“良好做法”條例的內容》，Frankfurt am Main，1971年，第89-110頁；ANNE RÖTHEL：《法規在私法領域的具體化》，Tübingen，Mohr Siebeck，2004年，第23-27頁；FRANZ BYDLINSKI：《法學方法論及法學概念》，2. Auflage，Wien/New York，Springer，1991年，第581頁。

84. 在本節我們將密切關注（甚至引用字面的內容）PEDRO CAETANO NUNES：“管理者忠實義務的司法見解”，同上，第184頁。

85. PEDRO CAETANO NUNES：“管理者忠實義務的司法見解”，同上，第185頁。

86. PEDRO CAETANO NUNES：“管理者忠實義務的司法見解”，同上，第185頁。

87. 在本節我們將密切關注（甚至引用字面的內容）ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA：“一個經營判斷法則的案子”，同上，第361頁。

2.5億美元的和解談判。此後，五個股東向管理者提出了股東代表訴訟（*derivate action*）<sup>88</sup>用以獲得對該損失的賠償。

在上述的卷宗中，首席法官艾倫（Allen）得出結論，聲稱公司管理者的義務包括“善意地努力確保企業具備一套董事會認為合適的信息及報告系統。若管理者無法履行該義務，在某些條件下，他理論上至少應當為不遵守法律標準而造成的損失承擔責任”。該法官還說，為了確定公司管理者的責任，一個不可缺少的前提為“董事持續地或系統地失去監督的能力——例如徹底無法確保公司具備一個合理的信息及報告系統。這樣管理者缺乏善意的事實可以成立，因而樹立起責任的前提條件”。

具體關於忠實義務，在Caremark claims案子中還應提及花旗集團（Citigroup）與蓋特曼（Guttman）兩宗具有典範性的案子。

在2008年金融海嘯前夕，跨國的花旗集團進行了大量的擔保債務憑證（CDO，即collateralized debt obligations）交易。<sup>89</sup>雖然作為“流動性注入”（liquidity puts）的CDO's允許花旗集團將其以原價的購回，但最終使得花旗承受約55兆美元有毒資產的曝光率。

因此，某些股東向管理者提出了股東代表訴訟（*derivate action*），指稱花旗集團的風險管理具有嚴重的缺陷。雖然如此，考慮到股東所證明的不是公司缺少風險管理的程序而是面對風險的管理者做出了錯誤的決定，所以法院判決相關情況屬於經營判斷規則（*business judgement rule*）<sup>90</sup>的案子而排除了管理者的責任。

88. 關於股東代表訴訟，在美國的學術裏參考ANN M. SCARLETT：“股東代表訴訟的歷史和法規基礎”，《布法羅法律評論（BLR）》“第61期，第4輯，2013年8月，2013年，第837-908頁。這篇文章總結該案子的詳情；是本節密切關注的文章。

89. 關於債務擔保證券（CDO）與信用違約掉期交易（CDS），參考HUGO LUZ DOS SANTOS：“利息掉期交易合約、金融衍生工具及最高法院2013年10月10日的合議庭裁判：‘情況的異常變更’及‘無意識性’、‘受限制的理性’等美國學術範疇。一個葡美法學結合的‘奇特實例’？”，《公司法期刊（RDS）》第6年刊第2期，科英布拉，阿麥迪那，2015年，第411-443頁。

90. 在美國的學術中，參見STEPHEN M. BAINBRIDGE：《Caremark 與企業風險管理》，紐約，2007年，第10-13頁。

在蓋特曼的卷宗中，關於管理者的忠實義務，副首席法官利奧·斯泰恩（Chancellor Leo Strine）認為“與監督失誤有關的責任標準須證明經理非善意地遵守職務，因而違背了忠實義務”<sup>91</sup>。

即是說，公司應遵守忠實義務及審慎義務<sup>92</sup>；此二者是公司的信託義務<sup>93</sup>，符合道德責任。<sup>94</sup>

總之，執行職務的管理者應當（總是）考慮並努力落實公司的專門利益（《澳門商法典》第245條第1款及第235條第2款）。此包含管理者不落實本人的或第三方的其它利益（《澳門商法典》第71條第4款及第200條第1款）<sup>95</sup>；這就是經理與管理者背負連帶責任制的原理（《澳門商法典》第249條第4款）；作為一個能夠自由地、負責任地塑造自己存在（sein）、自己世界的人<sup>96</sup>（即公司管理者），可以將公司管理者<sup>97</sup>為自己行為的後果承擔責任的情況重新解讀為一種道德或倫理義務。

## 二、（公司的）獲得權作為事實上的所有權； 及公司機會的學說——對美國學說與司法見解的 分析及葡萄牙學術界的情況

上面已經闡釋了公司管理者連帶責任的目的論基礎（《澳門商法典》第249條第4款）。現在需要探索公司管理者忠實義務的其它方面。

- 
91. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA：“一個經營判斷法則的案子”，同上，第363頁。
92. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS：“管理者民事責任的保險”，同上，第116頁。
93. 在西班牙的學術中，參考 V. J. ALFARO ÁGUILA-REAL：“對公司管理者的所謂的個人投訴”，《公司法期刊》第18期，2002年，第59頁；德國學派，W. GROSS：“公司管理者的額外刑事責任”，《ZGR》第3期，1999年，第553-557頁；在葡萄牙的學術裡；參考 VÂNIA FILIPE MAGALHÃES：“有限責任公司管理者的操行：一般義務及公司利益”，《公司法期刊（RDS）》第1期，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第399-400頁。
94. M. NOGUEIRA SERENS：“企業社會責任：舊瓶裝新酒”，同上，第87頁。
95. RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS：“公司法註解”第1期，《公司法及勞動法學院（IDET）》，科英布拉，阿麥迪那，2010年，第742頁。
96. 關於對積極或消極公司結果負責任的原則，在德國的學術裡，參考NILS JANSEN：《債法的結構。在合約以外訴求損失賠償的歷史、理論與法規》，J.C.B. Mohr（Paul Siebeck），Tübingen，2003年，第614-627頁。
97. 它是被理解為一個“結果責任”，是任何人作為人類的必要因素，因為“只有我們不再是人類，才可以捨棄結果責任的概念”；參見TONY HONORÉ：“責任與運氣：無過錯責任的道德基礎”，《法律評論季刊》第104期，1988年，第531頁。



在此意義上，分析公司機會學說同樣目的論基礎也十分重要。

那麼，在本節當中，我們力圖為公司機會出現前、後的情況建立一種連貫性。公司機會出現以前，有所謂的獲得權的問題；機會出現後，公司管理者的忠實義務阻攔了他們將原本屬於公司的機會據為己有。

為了給我們的立場奠定學術基礎，我們將使用德國（又悠長又有條理的）學術與司法見解；關注的議題是：取得經濟財貨的期待所帶來的收益權。

因此，經過長遠的司法見解的積累，德國聯邦憲法法院（BVerfGE）<sup>98</sup>淘汰了憲法按照民事法的規定而保護財產的理念。那麼，德國聯邦憲法法院對獲得權賦予了法制的保障。<sup>99</sup>即是說，憲法不但保障現有的私法權利，還特別保障現在或未來獲得相關權利的可能性。<sup>100</sup>

由此可見，公司有一種“主觀的”權利，是建立在以為自己會獲得的機會中所產生那些財產上的。

這個獲得權（*direito à propriedade*）是與所有權（*direito à propriedade*）有所區別的。它旨在保持某些主觀的法律地位，也是所謂的“常駐保障”（*garantia de permanência*）<sup>101</sup>的前提。獲得權是公司的主觀權利，並被理解為一系列期待與獲得的機會<sup>102/103</sup>；它也被看

98. 參見《聯邦憲法法院的判決》第93期，第137頁（Einheitswertbeschluss）。

99. “法制保障”禁止從私法法律體質中消除一些基本概念；他們受基本權利在資產法律領域上的保護。因此，不能被消除或限制其“權利的範圍”。在德國的學術中，參考JOCHEN ROZEK：《對所有權關係及徵收的分別》，第29頁。

100. 參見MICHAEL KLOEPFER：《基本權作為對權利形成的保障及對持續的保護》，第24-50頁。

101. 見MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO：“對憲政民主下私有財產的解釋”，論文集，博士學位論文，科英布拉，阿麥迪那，2012年，第734-800頁。

102. 參見德國學術裡的MARKUS APPEL：《憲法所有權：限制形成以及加強持續的措施》，第218頁。

103. “對實現要求的合法主張應當受到歐洲人權公約附加議定書1號第1條的保護（……）並包含對所有財產的保護。這不僅意味着保護擁有財產的地位，此外也保護擁有者能夠實踐與擁有權有關的權利，如使用、捨棄或享受其成果”，參考TIAGO MACIEIRINHA“歐洲人權公約中的所有權”，《法律期刊》第146年刊第1期，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第76-77頁；在一樣的意義上，《歐洲人權法院的合議庭裁判》：Pressos Compania Naviera S. A., n.º 31; Gratzinger e Gratzingerova, n.º 73, Jantner, n.º 29-33, Marckx, n.º 63, Kotov, n.º 90, Stran Greek Refineries and Straits Andreadis, n.º 61.

成獲得財產可能性在法律事實上的體現<sup>104</sup>，並且這些財產來源於某些（具體而成事的）公司的機會。

那麼，作為經濟自由的空間，公司的獲得權保護了自己任意主宰的空間；這個空間專門由獲得權使用且展開經濟上的利用。<sup>105/106</sup>

即是說，公司的獲得權可以歸納為在憲法概念上，事實的財產。這是因為財產能夠體現一種法制保障（獲得權本身）與一種擁有保障（提供取得財產的公司機會）的結合。

若上述的思路無誤，那麼這個專門為公司賦予的事實上的保障應是由公司的管理者所執行的。本着公司與管理者之間的信託關係——及其相關的特殊信任——在法律層面，管理者有義務堅持追求那些股東們在組織公司是所制定的目標。這是因為公司終究還是達成盈利的目的並滿足公司利益的工具。<sup>107</sup>

所以，公司機會的事實所有權的保障代表了公司的一種專門的影響範圍，儘管機會是被管理者所利用的。我們現在能夠理解為甚麼公司機會擁有不可觸犯的地位，一方面“客觀”地說，它象徵公司管理的典範（因為它總是追求公司利益）；另一方面“主觀”地說，它規範了所謂的“嚴格而有條理管理者”。

更進一步，每當該兩個（客觀及主觀的）行為規範受到管理者偏離公司目的（即管理者不為公司的利益而為自己的把握公司機會）的影響時，就能看到管理者違反忠實義務對於公司機會學說的多麼重要的表現。

但這個違反忠實義務的行為如何表現出來（《澳門商法典》第235條第2款及CSC第64條第1款）？抑或是違反不兢業義務（《澳門

104. 參見德國學術的ROBERT ALEXY：《基本權理論》，Frankfurt an Maim，1991年，第178頁，第170號注解；在一樣的意義上，FRANK RAUE：《執行作為現代徵用概念的決定性的考驗》，第104頁。

105. 參見德國學派，OLIVER LEPSIUS：《公法的佔有及擁有權》，第17頁。

106. 參考 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts，《聯邦憲法法院的裁決》第24期，第389-390頁（Einheitswertbeschluss）。

107. RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS：《公司法註解》，同上，第743頁。

商法典》第71條第1和3款、第108條第1和5款及第109條第1款）而不是違反忠實義務？

為了提供一個更深入的答案，須先參考美國的學說及司法見解，同樣，一部份葡萄牙具有質量的學說也是值得參考的。

篡奪公司機會與公司競爭是兩個密切相關的議題。<sup>108/109</sup>

公司機會學說出現於美國，後來發生了不少變化並形成了若干種類。

那麼，有幾種傳統的測試可以判斷商業機會受到了多大的影響：

（一）業務線測試（line of business）：判斷相關機會是否符合公司的業務線；<sup>110</sup>

108. 正因如此，德國學術的某一個學派認為對二者展開“謹慎的對比”是正確的。參考HOLGER FLEISCHER：“證券法領域的，對董事會成員的競業及活動禁止”，AG 9/2005，第338-342頁。

可能因此，儘管該法律概念被看成是忠實義務或不競業義務的一部份，但是其現有的面貌在歐陸法學中或許不需要修改。在這個意義上，參考德國學術的SALFELD：《公司法領域的，對競業的禁止》，Frankfurt an Maim, Bern, New York, 1987年，第45頁起；POLLEY：“公司機遇理論與對競業的禁止。對美國與德國集團公司治理的案例研究”，Baden-Baden, 1993年，第112-115頁。

HOLGER FLEISCHER探討了忠實義務的持續時間問題，參考HOLGER FLEISCHER：“公司法公司機遇理論的已解決及未解決問題”，《NZG》第21期，2003年，第990頁。他指出，忠實義務在管理者結束任期或離開公司仍然持續（見澳門商法典第108條第5款）；因此，篡奪商業機會的理論繼續有效。對於使用特殊信息的情況，我們可以推理的是，篡奪商業機會的禁止（趨向於）有更長的持續時間；參考TELSCHOW：“有限責任公司的非書面不競業義務”，Göttingen, 2004年，第132-154頁。

關於這個議題在競業活動的領域上，參考MERTENS/CAHN“有限公司對競業的禁止及股息分派問題”，《紀念Theodor Heinsius第65個生日的文集》，New York, Berlin, 1991年，第560-566頁。

中國的學術分別兩種標準。首先，一個形式性的標準基於外在的情況或具體的期待給公司分配商業機會。再者，一個物質性的標準基於商業機會的種類，其物質上的情況或事業領域給公司分配商業機會；參考FRIEDRICH KUBLER/JENS WALTERMANN：“兩合公司的商業機會”，《ZGR》，1991年，第169-171頁；HANNO MERKT：“企業管理及利益衝突”，《ZHR》，1995年，第438-442頁。

109. 不能忽略的是，正如我們在下面將談及，葡萄牙最近的、有功底的學術對這個學術立場提出了批評。

110. 按照美國司法見解，這一套概念曾適用於若干案子，其中有 Guth v. Loft, Inc. Delaware Chancery 255, 5 A. 2d 503 (1939)；Lutherland Inc. v. Dahlen, 357 Pa 143, 53 A.2d 143 (1947)。

(二) 興趣或期待測試 (interest or expectancy test) : 接受並擴大上述的理念, 按照公司對利用機會的興趣或期待<sup>111</sup> ;

(三) 公正性測試 (fairness test) : 澄清相關的篡奪是否是“公正而合理的”<sup>112</sup> ;

(四) Miller vs. Miller<sup>113</sup> 案子所創立的, 由兩個層面組成的測試: 在第一層, 判斷機會是否符合公司的業務線。若符合, 再分析管理者是否“違背了忠實、善意、對社會的公平處理 (fair dealing) 等義務”。在此層面上, 還需要考慮其它因素, 譬如機會是如何得來的、管理機關或股東是否被通知<sup>114</sup>、公司的物資或人資是否被利用等;

(五) Brudney/Clark 測試: 旨在分別為內股公司 (close corporations) 與上市公司 (public corporations) 提供不同的測試方案。雖然前者能接受一個大致的方案, 但是上市公司要求一個比較明確的方案。<sup>115</sup> 對於內股公司, 需要證實有無管理者利用了公司的資源 (資金、設施、合約、商譽、工作時間、信息等); 若無, 也可以使用所謂的“合理預期” (rational expectation) 來分析與公司事業及臨時性允許的機會關係。按照“合理預期”, 在機會、公司的業務、公司對機會的利用或對利用的預期以及公司是否贊同等因素存在着職責上的聯繫。<sup>116</sup> 對於第二個情況 (上市公司), 美國的學者將外部經理與兼職經理區分開來。外部經理被禁止利用任何商業機會 (無論相關機會與公司的業務有關或否)。與外部經理不同的是, 對兼職經理使用了比較靈活的規定。

111. 見 Littwin v. Allen, 25, N.Y.S.2d 667 (Supp 1940) .

112. 見 Durfee v. Durfee & Canning, 323, Mass. 187, 80, N.E. 2d (1948) .

113. 見 301 Minn. 207 N.W.2d 71 A.L.R. 3d 941 (1974) .

114. 在美國學術中, 參考 DELARME R. LANDES: “經濟效率以及公司機會理論作為採用特別披露規則的理由”, 《Template Law Review》, 2001年, 第856頁。

115. 在本節我們將密切關注 (甚至引用字面的內容) ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA: “公司團及忠實義務; 為了一個‘團體衝突’的解決辦法”, 論文集, 博士學位論文, 科英布拉, 阿麥迪那, 2012年, 第534頁起。

116. BRUDNEY/CLARK, “對公司機會的新眼光”, 《哈佛法律評論》, 1981年, 第997-1062頁。

(六) 企業治理的原則：企業治理的原則所訂定的標準特別強調將商業機會匯報給公司，並將公司的同意當作管理者利用機會的前提條件。<sup>117</sup>

需要解釋的是，管理者擅自篡奪公司的商業機會是掏空 (tunnelling) 的案例之一。當一個控股股東或一個管理者為自己而轉移公司的資金或資產時，這種活動叫做掏空。<sup>118</sup>

在葡萄牙的學術界中<sup>119</sup>，篡奪公司的商業機會被看成是忠實義務的表現之一。<sup>120</sup>

對篡奪商業機會的禁止來自於美國；此禁止與信託責任 (fiduciary duties) 密切相關。<sup>121</sup>

117. 在美國學術中，參考關於不同測試的THOMAS GEISLER：“就員工或經理篡奪公司機會的測試”，《美國法律百科全書之事實證明》，第3版，2009年，第215頁起；ERIC ORLINSKY：“公司機會學說以及有利益關係經歷的交易：創建分析框架是對恢復可預見性的嘗試”，《特拉華公司法期刊》，1999年，第467-479頁。

118. 在設有civil law的國家，在分析若干類似於“掏空”案子文章中應參考美國學術的S. JOHNSON/R. LA PORTA/F. LOPEZ-DE SILANES/A. SHLEIFER：“掏空”，《哈佛經濟研究所調查，1887號討論稿》，劍橋，麻薩諸塞州，哈佛大學，2009年，第2-7頁。因此，提及佔企業治理原則第5部份的“公平交易義務”。關於“公平交易義務”的意思，參考美國法律協會：“對企業治理原則的分析及建議”，《公司管理準則分析與建議》，第一卷，第1-6部份，§§ 1.01.-6.02，由華盛頓美國法律協會採用及公佈，1992年5月13日，St. Paul, Minn，美國法律出版社，1994年，第199頁起。

119. 在葡萄牙的學術中，參考 MANUEL CARNEIRO DA FRADA：“公司損失與企業治理 (corporate governance)” ，《私法日誌 (CDP)，私法日誌-民事責任研討會特別期刊》第2期，布拉加，Cejur，2012年，第17-29頁；“責任”，同上，第31-33頁；JOÃO CALVÃO DA SILVA：“企業治理”，同上，第57頁；VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES：“股份有限公司管理者的行為”，同上，第401-402頁，MARIA ELISABETE GOMES RAMOS：“管理者的民事責任保險”，同上，第99頁，註釋390；PAULO CÂMARA：“企業治理及管理者信託義務”，《開放式公司、有價證券與財政中介》，科英布拉，阿麥迪那，2007年，第57頁；NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS：“公司管理者的忠實義務”，《法律日誌》第4期，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第371頁；MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO：“管理者不為自己或他人而利用公司的商業機會”，《法律與企業科學期刊 (RCEJ)》第20期，2009年，第27-28頁。

120. 在本節我們將密切關注（甚至引用字面的內容）PEDRO CAETANO NUNES：“關於管理者忠實義務的司法見解”，同上，第214頁。

121. 最為司法見解的實例，參考由阿拉巴馬州最高法院分析的Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.，1900年。

葡萄牙學術界的某一學派總結了四種篡奪公司商業的情況：（1）利用因職務而獲得的特殊信息來訂立有好處的合約；（2）利用公司的資產或人資提供的特殊信息來訂立有利的合約；（3）一個獨立的競爭行為<sup>122</sup>；（4）訂立一單本來能給公司提供重要綜效的交易。

前三種情況與企業治理原則（PCG）一致<sup>123</sup>，第四種情況歸功於Brudney/Clark的思想。Brudney/Clark指出了商業機會與公司業務具有職責上的聯繫。該兩個思想家主張應該禁止管理者（包括內股公司的管理者）篡奪那些本來能為公司提供非凡綜效的商業機會。<sup>124</sup>其原因關係到擴展並多元化公司活動的潛力。<sup>125</sup>例如，一個從事工業活動的公司或許有興趣購買供應商或經銷商的股份。

即是說，對這一個葡萄牙學術界的學派來講，禁止競業是為了確保管理工作能順利地落實，同時也有利於保護公司的信息。在這樣的情況，禁止競業歸類於與管理工作相關的行為義務。<sup>126</sup>

換一個角度，最近葡萄牙學術界的另一個學派認為，禁止競業的原則是公司主要活動合乎邏輯的結果（既然公司共同進行某一個經濟活動）：一旦股東們同意進行某一個共同的活動，展開與其有競爭的從屬活動等同於觸犯主要的活動。<sup>127</sup>

同樣的思路不能用在資本公司的身上。該公司的股東們不同意共同展開某一個經濟活動。主要的業務限於進行所謂的“注資的義務”

122. 競業的獨立行為可以關係到基礎設施與生產因素；其中一個具有代表性的例子是公司管理者採購工廠旁邊的土地，因而阻礙工廠的擴展；參考PEDRO CAETANO NUNES：“關於管理者忠實義務的司法見解”，同上，第215頁。

123. 參見美國法律協會，同上，第283-300頁。

124. PEDRO CAETANO NUNES：“關於管理者忠實義務的司法見解”，同上，第215頁。

125. 在下一節我們將以簡練的筆記探討此議題。

126. PEDRO CAETANO NUNES：“關於管理者忠實義務的司法見解”，同上，第217頁。

127. 在本節我們將密切關注（甚至引用字面的內容）ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會學說（Corporate Opportunities Doctrine）第2部份”，《公司法期刊（RDS）》第五年刊第四期，阿麥迪那，科英布拉，2014年，第760頁。



(*obrigação de entrada*)。因此，對於有限公司及股份公司，無法將不競業義務當作“主要業務”的體現，而應該將它當作忠實義務的體現，因為涉及到公司的附屬業務。<sup>128</sup>

以這個理念為前提，我們現在關注的葡萄牙學術界主張將重新解讀上述的第一個案子。它應當解讀如下：訂立一個未落實的、未探討的或將探討的合同；而且，這個合同也應該是能夠為公司帶來綜效的。舉一個典範性的例子，我們可以想像某一個不具有競爭性的企業，雖然不被我們關注的公司所知道，但是完美地吻合公司所展開的業務。<sup>129</sup> 另外，除了公司事業的範圍及不競業義務的範圍以外<sup>130</sup>，上述的第二個案子也應該關係到綜效的情況。就是說，第二個案子需要按如下的提法重新給出定義：“訂立一個未落實的、未探討的或將探討的合同；而且，雖然無法為公司提供綜效，但是相關的合同能夠為它帶來某些利益”。<sup>131/132</sup> 第三個案子同樣需要新的提法：“訂立一個未落實的、未探討的、未分析的，或者不提供綜效的合同；而且，相關的機會該是管理者因自己的職權而獲悉的。<sup>133</sup> 在這裡，最關鍵的不是公司所失去的利益，而是管理者的非法行為。需要留意的是，我們甚至不要求合同有利於公司。非法行為的理據不在於管理者將自己的利益放在工資利益的前面，而是因為他利用自己的職位來謀求個人的利益。<sup>134</sup>

因此，我們有充分的理由對最後的兩個案子一起展開分析：即是一個基於公司的人資、信息或財產而訂立的合同。<sup>135</sup> 由於直接利用不

128. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會學說”，同上，第760頁。

129. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會學說”，同上，第762頁。

130. 參考注釋123。

131. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會學說”，同上，第762頁。

132. 參照注釋123。

133. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會規則”，同上，第763頁。

134. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會規則”，同上，第763頁。

135. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會規則”，同上，第763頁。

兢業義務的概念無法解決這兩種情況，所以我們應該主張的是，忠實義務要求管理者不利用職位來獲得個人利益的義務。<sup>136</sup>

總之，我們能歸納三種典範性的案子：1. 經營為公司帶來綜效的業務；2. 經營因職位而獲悉的業務；3. 通過公司的人資或財產而經營的業務。<sup>137/138</sup>

其實，如果我們暫時忽略不同法制的差異性，那麼，作為忠實義務範圍內的原則<sup>139</sup>，禁止篡奪公司機會的義務職責上類似於英國法制中禁止衝突（no conflict rule）與禁止謀取私利（no profit rule）的原則。

這就是說，作為（公司管理者法制最核心）信託義務的體現，忠實義務在英國法制中圍繞着兩大原則：禁止衝突（no conflict rule）與

136. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會規則”，同上，第763頁。
137. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會學說”，同上，第763頁。
138. 美國開始對該議題形成系統的、統一的司法見解開始。歸根結底，美國推出一種綜合性的或公示的解決方案；他們取決於不同經典理論的結合——如“期待理論”或“行業理論”——旨在對不同的理論取長補短。這個傾向從重要案子Guth v. Loft開始就越來越明顯了。其實，從“行業理論”出發，特拉華州最高法院也提出了一些輔助或補充性的標準：（1）公司繼續單獨地追求機會的能力；（2）機會與公司行業的關係；（3）公司對於機會的利益或期待，按非專業的意義來解讀；（4）追求機會一事是否令管理者違犯曾向公司承諾的義務。在喬治亞州有如下典範性的案例：Southeast Consultants, Inc v. McCrary Engineering Corp, 246 Ga 503509; Minnesota: NeoNetworks, Inc v Mark U. Cree, WL 214161（Minn App 2008）；Nova Iorque: Blaustein v Pam Am. Petroleum & Transport Co, 31 NYS 2d 934-966（NY AD 1941）（DORE J.），964; Yu Han Young v Chiu, 49 AD 3d 535-536（NY AD Dept 2008）。最近，一些紐約的法庭結合“行業理論”與“公正理論”：Coastal Sheet Metal Corp v Vassallo, 904 NY S 2d 62-64（NY AD 1 Dept 2010）甚至結合（更為甚）“期待理論”：Turner v American Metal Co（1942）。
139. 因此，英國法院的司法見解肯定信託者如經理應該遵守“不衝突原則”及“不謀利原則”：O Donnell v Shanahan（2008）EWHC 1973（Ch），（RIMER LJ）（37）。之前有兩個肯定經理信託義務的判決：Parker v McKenna（1874）LR 10 Ch App 96-127，（Sir W. M. JAMES LJ），124; Bray v Ford（1896）AC 44-56（LORD HERSCHELL）。在同意義上 Re, Macadam Dallow（1945），2 All ER 664-679，（LORD COHEN），672; Guinness v Saunders（1990）1 All ER 652-668（LORD TEMPLEMAN）。

禁止謀取私利（no profit rule）原則。禁止衝突的原則禁止管理者因為自己的行為而造成與公司利益的任何衝突。<sup>140/141</sup> 禁止謀取私利的原則阻止管理者利用自己的信託職位以謀求利益或好處，除非公司合同有明確的規定或者具有相關職權的管理機關批准。<sup>142/143</sup>

簡言之，公司機會學說包含兩種觸犯忠實義務的情況：1. 謀求專屬公司的商業機會，即主觀的公司機會（oportunidades societárias subjetivas）<sup>144</sup>；及2. 為了私人的目的而過分利用公司的人資、信息或財產，即客觀的公司機會（oportunidades societárias objetivas）。<sup>145</sup>

若涉及主觀公司機會的情況，應當證實公司有無興趣把握相關的商業機會。實際上，鑑於公司的行業或具體的業務，興趣等同於獲得綜效的潛力。若不存在這個潛力，公司制度無法限制管理者的私人舉措。<sup>146</sup>

若涉及客觀公司機會的情況，公司因把握機會而獲益的潛力不是最關鍵的。最關鍵的是管理者曾為了滿足私利而利用了公司的財產

140. 在本節我們將密切關注（甚至引用字面的內容）ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“公司機會學說（Corporate Opportunities Doctrine）第1部份”，《公司法期刊（RDS）》第5年刊第3期，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第623頁。

141. *Industrial Development Consultants v Cooley* (1972) 2 All ER 162-176 (ROSKILL J), 171 e ss; *Bhullar v Bhullar* (2003), EWCA Civ 424, (JONATHAN PARKER LJ), 27-42。

142. *Boardman v Phipps* (1966), 3 All ER, 721-762 (LORD HODSON)。

143. 與“不謀利原則”不同的是，“不衝突原則”出現於《2006公司法》（CA 2006）第175部份；相關的內容如下：“一個經理應當避免他有，或可能有，一種與公司的目的發生，或可能發生，直接或直接的利益衝突”。關乎《2006公司法》及其信託義務，參考英國學說的ANDREW KEAY：“董事的義務”，布里斯托，Jordans，2009年，第264-278頁。

144. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“客觀的公司機會學說，良好做法及忠實義務”，《公司法期刊（RDS）》第六年刊第1期，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第299頁。

145. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“客觀的公司機會學說，良好做法及忠實義務”，同上，第299頁。

146. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“客觀的公司機會學說，良好做法及忠實義務”，同上，第299頁。

（按廣義的概念解讀），並從而損害公司的利益。<sup>147</sup> 因此，葡萄牙學術界肯定地說每次篡奪公司機會就出現管理者賠償的義務（澳門商法典第71條第4款及第200條第1款；葡萄牙商法典第258條）。<sup>148</sup>

### 三、“在公司機會學說、忠實義務及公司行為能力之間是否存在職責上的互補性？”一些簡略的備註（《澳門商法典》第177條第1款及第180條第1、2款；葡萄牙CSC第6條第1款）

一方面，上面已經探討了公司機會學說的架構；另一方面，也探討了司法見解如何令到該學說系統化。對我們來說，現在需要探討一個與此兩方面都有關的問題，即在公司機會學說、公司管理者忠實義務及（澳門商法典第245條第1款及第235條第2款）公司行為能力（澳門商法典第177條第1款及葡萄牙CSC第6條第1款）之間是否存在職責上的互補性。

的確，正如我們在上面所暗示的，葡萄牙學術界所提出的第四個假設歸根於Brudney/Clark的思想。此兩位指出商業機會與公司業務之間存在職責上的聯繫；他們認為，若管理者，甚至是內股公司的管理者，篡奪某些與公司業務重疊的商業機會，並且這些被篡奪的商業機會帶來非凡的綜效，這一類的情況是必須一律禁止的。他們在這裡關注的是擴展並多元化公司業務的潛力。比如說，一個從事工業活動的公司或許有興趣購買供應商或經銷商的股份。

即是說，在商業機會與公司業務之間一般存在一種有機的、物質的一致性。不過，當公司主要追求擴展並多元化自己業務的時候，在某些情況下，這個一致性可能體現得不太清楚。雖然如此，但是按照

147. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO：“客觀的公司機會學說，良好做法及忠實義務”，同上，第299頁。

148. 討論篡奪公司機會所帶來的償還義務，可參見MANUEL CARNEIRO DA FRADA：“管理者的償還義務”，《公司法期刊第一次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第357頁。

一種目的論的分析，我們能夠為這個一致性提供物質上的解釋。這是因為所有公司業務都是謀求盈利的。

上述的第四假設基於在商業機會及公司業務之間存在物質一致性的情況。不過，第四假設忽略了那些在公司具體活動範圍以外，但在公司一般盈利目的範圍以內存在的，能帶來非凡綜效的，且有利可圖的商業機會。

一些人可能會提出，當我們將與商業機會有關的職責擴展到公司業務以外的範圍時，公司管理者的信託義務，或更確切地說，其忠實義務必定也會隨之而擴展。不過，該忠實義務的擴展只是表面的而已。

實際上，將商業機會的功能擴展到公司所營事業以外範圍一事肯定了（或者更好地講：確認）公司管理者忠實義務是其職責上必不可少的。眾所周知，忠實義務解釋學上的意義在於公司管理者通過執行職責而主要追求實現公司利益。由此應推理的是，公司利益對忠實義務具有一種“要求返還權”（*direito de sequela*）。即是說，無論公司利益往哪裡走，忠實義務必須跟着它而去。

因此，忠實義務一方面是對於嚴格而有條理管理者的規範（《澳門商法典》第235條第2款）；另一方面，尤其是這個嚴格而有條理管理者所落實的公司管理的規範及其所落實的公司利益（《澳門工商法》第245條第1款）之間的職責上的聯繫。

那麼，當公司管理者放棄篡奪公司的機會時，就象徵體現着忠實義務已經成為一個神聖的理念，也體現每一個公司應當追求盈利的目標。

我們能看到的是，與其管理者無批判精神地堅持聽從公司目標的“獨裁制度”（《澳門商法典》第180條第1、2款及CSC第6條第1款），倒不如他為了獲得最大的利潤而優化公司機會。即是說，商業機會不限於公司目的（其實是與公司目的相關的而已）的情況阻止了公司管理者為自己的利益而篡奪公司機會。比如說某一個航空公司的目的是在歐盟空間中經營航線；然後，這個航空公司有機會購買在地面上為乘客提供私人服務公司的股份。

因此，每當公司管理者放棄為自己的利益而篡奪公司的機會時，代表管理者開始遵守對公司的忠實義務。一方面，這是管理者信託責任的基礎；另一方面，也加強了管理者對公司利益的追求。再者，更體現了其對公司行為能力的尊重（澳門商法典第177條第1款及葡萄牙CSC第6條第1款）。

這是很明白的事情。

實際上，管理者應為公司承擔的忠實義務（其時間上的起點）往往是從公司為管理層提供學術及職業培訓開始的。公司為了培養管理層的支出體現了一種直接的目標，即重視管理層的職業水平。一種間接的目標在於未來可優化公司的內在價值；而這個目標是通過把握有利可圖的商業機會實現的。被重視的管理者按公司利益創造並追求這些商業機會。

由此可見，公司管理者的忠實義務與公司利益的追求有職責上的聯繫。當管理者把握可靠的商業機會，公司的行為能力就會有所體現，最後所有公司業務必然會贏得豐厚的利潤。如此我們就可以看到公司機會、忠實義務與公司行為能力之間職業上的互補性。

我們現在可以思考忠實義務的延續問題；忠實義務具有一種長期的特徵，其主要的體現包括“忠實訴訟”<sup>149</sup>、“對公司的償還義務”<sup>150</sup>以及收取“忠實股息”的權利。<sup>151</sup>

149. 這一種股份賦予特殊的收益，譬如對那些考慮長遠的投資者賦予利息或投票方面的好處。這個概念的前提是股東們積極的參與有利於公司”。參考 JOÃO NUNO PINTO VIEIRA DOS SANTOS：“忠實股份- 長期穩定的利益優先”，《公司法期刊（RDS）》第6年刊第2期，科英布拉，阿麥迪那，2015年，第448頁；在同一個意義上，JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES：“歐洲公司法新方向”，《公司法評論第二次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第351頁。

150. “管理者可以就公司的長期目標合法地做出戰略性的或根本性的決定（……）賠償公司的法定義務（……）基於對《民法典》第1167條d款的類推應用，已建立管理者無罪的前提（……）所針對的情況不是管理者應該承擔沒分列或不確定的費用，而是管理者應該承擔與職業行為不正當有關的費用。”參考 MARIA ELISABETE RAMOS：“公司償還”，《公司法評論第二次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第388-390頁。

151. “基於忠實股息制度的，鼓勵股東們參與並忠於公司的體制（……）透過它能夠分別短期與長期的股東們。”參考 FÁTIMA GOMES：“忠實的股息？”，《公司法評論第二次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第406頁。



如果我們的思路沒錯，這個說法符合大多數學術界的教義，也符合上述指令的第9條第1、2款；2009/101/CE指令<sup>152</sup>在主要的方面保持了原來的提法。

其實，正如澳門商法典第177條第1款及葡萄牙CSC第6條第4款<sup>153</sup>所指出的，公司的行為能力不受公司目的的限制（《澳門商法典》第180條第1、2款）。

反過來，也有人討論公司目的是否限制公司的行為能力。<sup>154</sup>因此，公司的行為能力受到公司目的的限制；在這裡，公司目的被理解為盈利。<sup>155</sup>

- 
152. 法令1號第9條第1及2款如下：“1. 公司因自己機關的行為而向第三方承擔責任，即便相關行為與公司的目的無關。相關行為超出法律為該機關所賦予的權力或法律允許為該機關賦予的權利除外。雖然如此，在行為與公司的目的無關的情況，成員國可以規定公司不應承擔責任。只要公司證明第三方知道或曾無法忽視相關的行為與公司的目的無關。在這個情況，僅公佈公司的章程一事無法成為足夠的證據。2. 公司章程或有權機關的決議所規定的，對公司機關的權限無法向第三方生效，就算有關章程或決議曾正式公佈。”這一種法制受到了德國法學思想的影響。它基於德國法學思想的“無限權力及有限權力的理論”與法國法學思想的“章程特殊性的理論”的結合。“章程的特殊性”提出消除責任的例外情況，只要公司能夠證明第三方知道或無法忽視相關的行為脫離了公司目的。在這個意義上，基於初步的研究，見德國學術的MATHIAS HABERSACK：“歐洲公司法”，慕尼黑，貝克出版社，第3版，2006年，第95頁；意大利學派，FRANCESCO GALGANO：“新的公司法”，帕多瓦，Cedam出版社，2003年，第272頁；法國學派，PAUL DE CANNU/BRUNO DONDERO：“公司法”，第三版，Montchrestien出版社，2009年，第154-160頁。在英國，截止1972年（即是說加入歐盟並接受法令第1號以前），公司的行為能力遵守越權原則（*ultra vires*）。按照這個原則，行為能力受到公司目的的限制。參考英國學說的JANET DINE：“公司法”，第5版，漢普郡，帕爾格雷夫麥克米倫出版社，2005年，第23-75頁。在葡萄牙，參考我們將密切關注（甚至引用字面內容）的PEDRO CAETANO NUNES：“公司無償行為、行為能力及約束力”，《公司法評論第二次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第505-525頁。
153. 在葡萄牙學術參考 JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES：“濫用代理權作為限制經營者權利”，《紀念 José Lebre de Freitas博士教授之研究》，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第287-288頁；JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU：“公司法教程”，第4版，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第190頁；PAULO DE TARSO DOMINGUES：“公司法就有限公司約束力的研究”，《波爾圖大學法學院期刊》，2004年，第288-292頁；ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO：《公司法》，第3版，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第388-389頁。
154. PEDRO CAETANO NUNES：“公司無償行為、行為能力及約束力”，同上，第506頁。
155. 在這個意義上，參考ALEXANDRE SOVERAL MARTINS：“公司法註解”，同上，第110頁；ALEXANDRE SOVERAL MARTINS：“公司行為能力及代理權”，

在這個觀點背後有一個理念：盈利目的是公司合同的必然組成部份。<sup>156</sup> 在理論層面，所謂“開明的價值最大化”（enlightened value maximization）是實現公司利益、純粹的利潤最大化及與股東們保持好的交往三方面相互影響的成果。<sup>157</sup> 這最終能阻止管理者利用自己的職位來奪走公司的有利事業。<sup>158/159</sup> 因此，是管理者守法義務的實際體現<sup>160</sup>；該守法義務推動公司面對現在且準備未來。<sup>161</sup>

- 
- 《公司法習題》，公司法及勞動法學院，科英布拉，阿麥迪那，2003年，第471-476頁；ALEXANDRE SOVERAL MARTINS：《股份有限公司管理者代理權》，科英布拉，科英布拉出版社，1998年，第283頁，注釋524。
156. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS：“公司法註解”，同上，第110頁；JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU：“商法教程”，同上，（對應用民事法典第980條有所保留）；在相反的意義上，FILIPE CASSIANO DOS SANTOS：“公司法第6條；公司行為能力；基於公司利益或所有權向其他主體提供債務保障”，《公司法期刊（DSR）第二次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第531頁，確定“當第6條第1款把公司的行為能力關係到公司目的時，它追求民事法典第980條所規定的贏利目的”。
157. 參考C. JENSEN：“最大化價值、利害關係人理論、與公司目標功能”，《商務倫理季刊》第12（2）期，第245-253頁；BRADLEY W. BENSON/WALLACE N. DAVIDSON：“利害關係人管理、公司價值、與行政總裁補償：最大化開明價值測試”，《金融管理》，2009年，第23頁；RICHARD BREALEY/STEWART MYERS/FRANKLIN ALLEN：《公司財務原理》，第9版，麥格勞希爾國際出版公司，波士頓-紐約-里斯本，2008年，第24-37頁；在葡萄牙，參考FÁTIMA GOMES：“收益權與股份有限公司中分擔虧損的義務”，論文集，博士學位論文，2011年，第86-114頁。
158. 在公司法第397條的議題上，參考ALEXANDRE SOVERAL MARTINS：“公司法典第397條在有限公司中的應用”，《公司法期刊第二次代表大會》，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第559頁。
159. 葡萄牙學術的一個學派主張，在禁止篡奪公司商業機會（corporate opportunities）的領域上存在着忠實義務的消極體現。參考ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO：《公司法註解》，科英布拉，阿麥迪那，2009年，第244頁。
160. MANUEL CARNEIRO DA FRADA：“忠實義務：管理者新的（非書面的）基本義務？”，《公司法評論（DSR）》第4年刊第8期，科英布拉，阿麥迪那，2012年，第67頁。在同一個意義上，MARIA ELISABETE RAMOS：“限制競業的行為及公司管理者義務”，《公司法評論（DSR）》第6年刊第11期，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第132-139頁。
161. AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA：“澳門商法典及比較法貢獻”，《公司法評論（DSR）》第3年刊第6期，科英布拉，阿麥迪那，2011年，第151頁。

## 四、公司經理與管理者承擔的，失去利用公司資產機會的學說。關於未利用公司支出理論的簡略備註

關於忠實義務的議題，我們需要討論的除了《澳門商法典》第249條第4款所規定的連帶責任法制以外，還有公司經理與管理者的某些行為會產生那些公司法的效果。相關的行為主要表現在令公司資產無法償還公司債權人（CSC第78條第1款）。

我們在上面已經提到，公司經理與管理者承擔着嚴格地利用公司資產的義務（《澳門商法典》第177條第1款及CSC第6條第1款）。這個命題體現在要求管理者把握可靠的商業機會上。因為可靠，所以這些機會能為公司及股東們創造利潤，因而擴大公司的規模，使得公司資產足以償還債權人（更確切地說，對他們履行償還義務），其中包括澳門特別行政區的財政部門（“Fazenda Nacional”）。

由此體現了兩方面互為產生的關係：其中第一個方面是公司經理與管理者具有的利用公司財產的權力義務；第二個方面則是旨在償還公司債權人的公司資產“在趨勢上”的增長。

一言以蔽之，我們接下來要解決的問題是，公司經理與管理者不遵守利用公司資產的權力義務是否會造成喪失增加公司資產機會的問題。若是，需要進一步解答的是，基於德國與葡萄牙的學術見解，這一種喪失機會<sup>162/163</sup>的問題能否產生權利。

答案是肯定的。

162. 在德國學術中，HELMUT KOZIOL 公開承認喪失機遇的可能性：“對喪失機遇的可賠償性？”，《紀念 F. STOLL第75週年的文集》，圖賓根，摩爾•茲貝克出版社，2007年，第233-250頁。

163. 儘管最初有所猶豫，最高法院司法見解偏向於承認對喪失機遇損失的可賠償性。在這個意義上，最高法院合議庭裁判，2014年3月6日，由 Conselheiro Pinto de Almeida 講述，詳見 [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)。

實際上，在其它法律體制中，尤其是在法國<sup>164/165/166</sup>與意大利的<sup>167/168</sup>法律體制中，“喪失機遇”（*perda de chance*）的概念廣為人知，並且經常得以使用。本節所提出的熱門問題是，從因果關係的角度，第三者的行為是否是造成公司無法實現目的的主要原因，還是，從另外一個角度，公司最終有無實現目的的可能性則是主要原因。

如果我們選第二個假設，且如果我們將分析焦點從最終目的<sup>169/170/171/172/173</sup>（隨機的）層面轉移到落實該目的的實有可能性的<sup>174</sup>（確定）層面的話，

- 
164. 在這個意義上，對於醫生的民事責任，法國的司法見解承認了對“因治療錯誤而縮短存活時間”情況的可賠償性。這是為了賠償患者喪失了繼續活着的機遇（*perte de chance de n'avoir vécu plus longtemps*）。在這個意義上，法國最高上訴法院合議庭裁判，2007年3月13日，詳見www.courdecassation.
  165. PATRICE JOURDAIN提及法國法院越來越頻繁地應用喪失機遇的概念，包括該概念應用過程中的多元作用：《民事責任》，n.º 3, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Avril/Juin 2010, n.º 2, 2010年，第330頁起。
  166. 在這個意義上，法國法院再次承認對喪失機遇的可賠償性，法國最高上訴法院合議庭裁判（*Cour de Cassation, première chambre civile*），2013年12月19日，詳見[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/)。
  167. CRISTINA SEVERI精確地分析意大利法學的學術討論，即圍繞喪失機遇的概念是否體現所謂的“*danno ingiusto*”（不公平的損失，《意大利民法典》第2043條），CRISTINA SEVERI：“喪失機遇即可賠償的資產損失”，《RcP》第68期，第2號，2003年，第305頁起。
  168. 意大利司法見解明確承認了喪失痊癒與存活機遇的可賠償性。在這個意義上，參考2004年3月4日最高上訴法院合議庭裁判，《FI》第129年刊第5期，2004年，第1407頁起。
  169. RUI CARDONA FERREIRA：“機遇喪失 – 對比分析及系統規化的可能性”，《法學期刊》第144年刊第1卷，科英布拉，阿麥迪那，2012年，第36頁。
  170. PAULO MOTA PINTO：“合同的消極與積極利益”，第二卷，博士學位論文，科英布拉，科英布拉出版社，2008年，第1103頁，註釋3103。
  171. JÚLIO GOMES：“圍繞喪失機遇損失的若干見解”，《紀念António Castanheira Neves教授之研究》，科英布拉大學法學院公報（BFDUC），第二卷，*Ars Judicandi, Ad Honorem*，私法，科英布拉，科英布拉出版社，2008年，第289-327頁。
  172. 在同一個意義上，JÚLIO GOMES：“再論喪失機會或機遇損失的概念”，《私法日誌（CDP）》，司法日誌研討會-民事責任特別期刊（2），2012年，第17-29頁。
  173. 在這個意義上，參考MARIANA LIMA REGO：“不確定環境下的決定”，《仲裁期刊》第21期，每4個月1期，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第145-147頁。
  174. 《民法典》第563條所提到的，可能性的程度或強度應該為法律所規定。按照Roxin提出的“風險所形成的關係”的理論，規定應該制定一套可浮動的標準。在這個意義上，RUI CARDONA FERREIRA：“對合同積極利益及機遇喪失的賠償（尤其是關係到公共合同）”，碩士學位論文，科英布拉，科英布拉出版社，2011年，第300-338頁。

我們對因果關係的問題將會得到相反的答案。<sup>175/176</sup>

從損失的角度，如果我們把喪失增加公司資產的機會當作消除一個現在的、實有的商業機會（即是說，違反利用公司資產的權力義務），那麼落實盈利目的的可能性將隨之而大幅度地減少。換言之，能夠償還公司債權人的公司財產沒有那麼多增加的可能性了。這意味着，公司資產償還債權人的根本機會就受到打擊了（《澳門商法典》第249條第4款）。

因此，按照上述的情況，立法者應當對公民的基本權利承擔一個保護義務。<sup>177</sup> 再者，如果我們對威脅基本權利的行為要求一個明確的因果關係並且不接受一個僅僅可行的或可能的因果關係的證據，那麼，對基本權利的保護是不適當的或不足夠的。<sup>178/179</sup>

一言以蔽之，我們要將一個可能性看成是一個權利。<sup>180</sup> 自此，“失去機會”的理念才開始有紮實的法律基礎。

保護獲利的可能性有助於保護那些按目的論受威脅的權利（如澳門特別行政區“政治體/民眾”的財政可持續性）。<sup>181/182</sup> 這是因為有些

- 
175. RUTE TEIXEIRA PEDRO： “論在醫生民事責任的案子上證明因果關係的難度：從法律機制到為受損者的介入”，《法律研究中心期刊》，2011年第一季度第15期，《專題報告：對性自決權及對未成年人的罪行》，科英布拉，阿麥迪那，2013年，第48頁。
176. RUTE TEIXEIRA PEDRO： “醫生的民事責任。思考喪失機遇的概念及對遭受損失患者的保護兩個問題”，科英布拉大學法學院生物醫學法中心叢書，第15冊，碩士學位論文，科英布拉，科英布拉出版社，2008年，第227頁起。
177. 對於保護的義務，MANUEL CARNEIRO DA FRADA 認為，“每次保護機遇等同於保障償還或保護義務，所喪失的機遇應該作為獨立的損失而被賠償。” “公司損害及公司治理”，同上，第17-29頁。
178. NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA： 《對喪失重整機遇的責任？》，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第184頁。
179. 在同一個意義上，參考德國學術的NILS JANSEN： “論喪失機遇的理念”，《牛津法律研究雜誌》第19期，1999年，第292頁。
180. NILS JANSEN： “論喪失機遇的理念”，同上，第285頁。
181. 從這個角度我們能理解為甚麼“法國的司法見解不僅將喪失機遇看成是一種損失，還把造成風險也看成也是一個損失”。參考 LÖIS RASCHEL： “喪失機遇與損失風險的細微分別”，《J.C.P.》，2010年，第763頁起。
182. 因此我能了解為甚麼這個有根據的學說提出“公司履行對稅政管理及社保管理部門的義務（即LGT第22至24和第32條，以及RGIT的第6和第8條）”（……）“是法律直接而明確地命定的義務”。在這個意義上，參考RICARDO COSTA： “公司事實上的管理者”，論文集，博士學位論文，科英布拉，阿麥迪那，2014年，第904-905頁。

情況只存在着一個可能性，只剩下這個可能性本身是可以失去的。<sup>183</sup> 因此，人人非常重視法律保護這些可能性。<sup>184</sup> 公司法也不能取消相關的保護。如果具有刑事效果的民事責任（CSC第78條第1款）無法就喪失機會（如商業機會）而保護公司，它同樣無法保護（作為稅務債權人的）政治體。如果無法保護足以滿足集體需求的稅務收入，那麼，相關義務也無法滿足憲法提出的需求。<sup>185/186/187</sup>

本節的重點之一是從德國學術受到啓發的，名為“未利用費用”的學說。

我們在上面已經說過，每當一個公司管理者違反“利用公司資產機會”之類的義務時，他不僅是減少按法規能夠償還債權人的公司資產，最重要的是他損害他本人與公司的信賴關係，這個關係就是管理者應當向公司承擔的忠實義務的基礎。而且，這樣的管理者也忘卻了公司在比較遙遠的過去曾經對他本人的職業發展做過的投資。所謂的職業發展當然給公司帶來了一系列費用。通過這些費用，公司白白地謀求了一個目的；就是說，一方面，公司本來想加大管理層員工的價值；另一方面，通過一個間接而反射性的方法，公司也想那些（高素質的）管理層員工為公司帶來的利潤的最大化。

這是德國學術界在二十世紀第一個年代所提出的挫敗思想（Frustrierungsgedanke）。其根本的理念是將那些本來謀求一種目的而失敗的支出看成是損害公司的行為。<sup>188</sup>

183. 在這個意義上，NILS JANSEN：“論喪失機遇的理念”，同上，第292頁。

184. 既然，正如葡萄牙的最好學術所認為的，“每當（最終）所失去的收益是很重要時；若再者我們能夠得出受損者喪失了重要機會的結論，而且要不是因為代理人因有錯而犯罪的前提下，那麼這個機會很可能落實”，在這樣的情況，這一種機遇的確喪失了。在這個意義上，VERA LÚCIA RAPOSO：“尋求喪失的機遇，機遇喪失之損失，尤其是醫生責任”，《檢查期刊（RMP）》，第35年刊第138期，科英布拉，科英布拉出版社，2014年，第54頁。

185. 在這個意義上，NILS JANSEN：“論喪失機遇的理念”，同上，第292頁。

186. 儘管與喪失機遇的損失無關，但在同一個意義上講法規對法定利益保護的問題，參考德國學術的NILS JANSEN：《債法的結構：歷史、理論以及對合同以外損失賠償要求的學說》，圖賓根，2003年，第495頁起。

187. 他們聲稱“喪失機會能夠按照當事人的意思形成責任（當事人通過合同將機遇做成法定利益）”。在這個意義上，參考MANUEL CARNEIRO DA FRADA：《民法；民事責任；案例方法》，科英布拉，阿麥迪那，2006年，第104頁。

188. HANS FISCHER：“按BGB的損失”，《KritVJSchr》第47期，1907年，第68-76頁。最近的學術提及“購買的費用”，就是因沒落實目的而後來發生變化的，成為



這個學說加強了兩種因素物質上的一致性：其中一個因素是，對未利用支出的賠償；第二個因素是，失敗的目的所帶來的損失。我們可以將關於一致性的論述引用到本節的討論；學說提到，當管理者的行為令到公司無法落實目的時（即失去利用公司資產的機會），這個行為所產生的，具體損失的金額（公司原來對管理者職業發展做的投資）成為管理者的賠償職責。<sup>189</sup>

---

損失的費用。參考SUSANNE WÜRTHWEIN, :《對喪失利用機遇或對未享受的利益的損失賠償》，Möhr Siebeck, Tübingen, 2002年, 第53頁。

189. 葡萄牙的學術認為“為享受的費用只能當評估可賠償的損失；不能成為可在法庭要求的損失。參考PAULO MOTA PINTO：“論未享受的費用及損失”，《紀念José Joaquim Gomes Canotilho教授之研究》，科英布拉大學法學院公報，第一卷：《責任：在過去與未來之間》，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第598-599頁。

