

# 新《公司法》弘扬企业家精神的制度回应

汪青松<sup>1,2</sup>

(1. 西南政法大学民商法学院, 重庆 401120; 2. 西南政法大学地方立法协同创新中心, 重庆 401120)

**摘要:** 新《公司法》增加“弘扬企业家精神”的立法目的表明了公司法需要更好地发挥鼓励投资创业、保护企业家权益以及推进创新精神的重要制度功能。在公司法语境下, 企业家最接近于控股股东或者实际控制人。公司法语境下的“企业家精神”可以从个体、组织和社会三个层面来理解和把握。新《公司法》在立法目的、准入制度、治理机制以及问责机制等方面体现出“弘扬企业家精神”的重要创新。公司法对于控制权的妥当规制是“弘扬企业家精神”的关键制度, 新《公司法》构建了控制权识别规则、控制权行使规则和控制权责任规则。下一步需要提升控制权识别规则的可操作性, 完善控制权取得方式和权利内容的规定, 并以合规制度和容错机制为企业家铸造“安全港”。

**关键词:** 弘扬企业家精神; 控股股东; 实际控制人; 控制权

**中图分类号:** D922.291.91 **文献标志码:** A **文章编号:** 1000-2154(2024)08-0085-10

**DOI:** 10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2024.08.008

## Institutional Response to Promoting Entrepreneurial Spirit in the New *Company Law*

WANG Qingsong<sup>1,2</sup>

(1. School of Civil and Commercial Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China;

2. Collaborative Innovation Center for Local Legislation, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** The legislative purpose of adding “promoting entrepreneurial spirit” to the new *Company Law* indicates that the *Company Law* needs to better play its important institutional functions of encouraging investment and entrepreneurship, protecting the rights and interests of entrepreneurs, and promoting innovation spirit. In the context of company law, entrepreneurs are closest to controlling shareholders or actual controllers. The entrepreneurial spirit in the context of company law can be understood and grasped from three levels: individual, organizational, and social. The new *Company Law* embodies important innovations in promoting entrepreneurial spirit in terms of legislative purposes, access systems, governance mechanisms, and accountability mechanisms. The proper regulation of control rights in the *Company Law* is a key system for promoting the entrepreneurial spirit. The new *Company Law* has established rules for identifying control rights, exercising control rights, and establishing control responsibility rules. The next step is to enhance the operability of the rules for identifying control rights, improve the regulations on the methods and content of control rights acquisition, and create a “safe harbor” for entrepreneurs through compliance systems and fault tolerance mechanisms.

**Key words:** promoting entrepreneurial spirit; controlling shareholder; actual controller; control right

党的二十大报告指出要“弘扬企业家精神”, “弘扬”二字将企业家的价值功能从经济层面扩展到社会层面, 也为以法律为主体的制度设计提出了新的要求与方向。在现代商事立法体系中, 公司法已经成为最

收稿日期: 2024-03-11

**基金项目:** 国家社会科学基金后期资助项目“国家出资公司中国特色治理机制研究”(23FFXB040); 西南政法大学地方立法协同创新中心2023年度教师专项课题“医疗领域数字化智能化发展的现实挑战与立法应对”(DFLF202301)

**作者简介:** 汪青松, 男, 教授, 博士生导师, 法学博士, 主要从事民商法基础理论、公司法、证券法研究。

重要的组成部分,我国立法机关将其定位为“社会主义市场经济制度的基础性法律”<sup>[1]</sup>。但我们也依然要进行追问:公司立法凭什么让创业者相信它可以帮助其利用公司制度实现创新?这自然也离不开法律制度设计对“弘扬企业家精神”的有效回应。从这个意义上说,公司法就不仅是一部权利保障法,还应该是一部价值创造法、创新鼓励法、精神弘扬法。这也是其作为商事组织法区别于民事权利法的根本所在。2023年修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称新《公司法》)在其第1条关于“立法目的”的表述中增加了“弘扬企业家精神”的重要内容,立法目的的增加意味着法律功能的扩展,“弘扬企业家精神”的立法目的表明了公司法需要更好地发挥鼓励投资创业、保护企业家权益以及推进创新精神的重要制度功能。由此也给我们带来一个重要的实践命题:公司法的具体制度设计如何回应“弘扬企业家精神”的立法目的?

## 一、公司法语境下的企业家精神内涵解读

### (一)“企业家”在不同话语体系中的使用

企业家在英文中的表达是“Entrepreneur”,该词语是从法语中借来的,最早出现在16世纪的法国文献中,意指当时从事军事远征冒险事业的领导人,包括远航海外开拓殖民地的冒险家。在18世纪,法语“企业家”有三个常用的英语对应词,分别是“Adventurer”(冒险者)、“Projector”(规划者)和“Undertaker”(承担者)<sup>[2]</sup>。18世纪中叶,企业家一词由英国的康替龙(Richard Cantillon)在其所著的《商业性质概论》一书中引入经济学理论,他把每一个按照固定价格购买而按不同价格出售商品的人称为企业家,认为企业家特质就是承担收入的不确定性所带来的风险。19世纪初,法国经济学家萨伊(Jean-Baptiste Say)认为,企业家作为企业的老板或经理是把土地、劳动力、资本这三个要素结合在一起的第四个要素。19世纪30年代,熊彼特(Joseph Alois Schumpeter)系统地论述了企业家的创新职能。他认为,企业家是对生产要素进行重新组合,即建立新的生产函数的人,其本质特征就是创新。卡森(Mark Casson)则将企业家定义为专门就稀缺资源的配置作出判断性决策的人。科斯(Ronald H. Coase)把企业家视为企业内部配置资源的主体和权威<sup>[3]</sup>。综合上述经济学视角关于企业家的界定,能够发现风险、要素、创新、决策、权威几个关键词与企业家紧密相连,这显然主要是基于对实践的经验观察而非单纯的逻辑概括。

在现代市场经济语境下,企业家一般被认为是具有创新意识、冒险精神和商业洞察力的个人。他们愿意承担风险,并具备领导能力,能够组建团队实现共同的商业目标,通过创建、管理和发展企业来追求利润,进而推动经济增长和创造就业机会,在现代市场经济中扮演着极其重要的角色。在现代企业中,企业家基本上可以区分为两种:一种是作为企业主要投资者和经营管理者的企业家;另一种是受雇于所有者的职业企业家。在更多的情况下,企业家仅指第一种类型,第二种类型则被称作“职业经理人”,其本身是现代企业所有权与经营权高度分离的产物<sup>[4]</sup>。

“企业家”一词在我国的政策话语中也常常被使用,特别是近些年,国家层面出台了不少专门针对“企业家”的意见与通知。如中共中央、国务院于2017年9月8日印发的《关于营造企业家健康成长环境,弘扬优秀企业家精神,更好发挥企业家作用的意见》,开篇指出“企业家是经济活动的重要主体”。最高人民法院随后于2017年12月29日发布的《关于充分发挥审判职能作用,为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》中也直接使用了该表述。党的十九大报告提出要“激发和保护企业家精神,鼓励更多社会主体投身创新创业”。党的二十大报告进一步强调要完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神,加快建设世界一流企业。

但“企业家”直接作为法律用语却极为鲜见。“企业家”一词在新《公司法》中仅仅在第1条“立法目的”中出现一次。《民法典》等相关立法中也缺乏对这一概念的使用和界定。在地方立法层面,河北省人民政府曾于1995年发布过一部地方性法规《河北省企业家管理暂行规定》(以下简称《暂行规定》),其第2条规定“本规定所称的企业家,是指具备本规定第五条规定的条件,经省人民政府批准设置的企业家资格认定机构认定资格,并以经营管理企业为职业的专门家”。该《暂行规定》第5条是对企业家应当具备的条件作出的列举式规定。第6条还明确“具备企业家条件的人员申请取得企业家资格,应当参加省人民政府批准设

置的企业家资格认定机构统一组织的考核和评审。经考核、评审合格后,由该机构认定企业家资格,颁发企业家资格证书”。由此可以看出,该《暂行规定》所称的“企业家”是一种需要由准公权机关认定的资格。

从公司法的角度来看,企业家往往兼具投资者、创业者、发起人、经营决策者、经营管理者等多种角色,因而可能具有公司法语境中的股东、控股股东、实际控制人、法定代表人、董事、监事、高级管理人员等法定身份的一种或者多种。企业家与单纯的董监高等“职业经理人”的区别主要在于企业家不仅高度关注和参与企业的运营管理,还对企业直接或间接享有作为出资人的利益。企业家与一般的投资者或股东的区别主要在于企业家不仅拥有作为投资者的出资人权利,还拥有一般投资者所不具有的对企业的控制力。在一个公司中,那些不具有对企业的控制力的投资者,大多只是作为消极股东,被动地参与股东会表决和获取分红,对公司治理表现出通常所谓的“理性冷漠”<sup>[5]</sup>。特别是在大陆法系地区的公司中,股权集中度较高,普遍存在控制人<sup>[6]</sup>。因此,在公司法语境下,企业家最接近于控股股东或者实际控制人。

## (二) 企业家精神的一般认知

在商业领域,企业家精神是对企业家应当具备的积极特质的综合表达,往往通过其言语和行动表现,主要包括创新、冒险、商业洞察力、坚韧不拔、组织领导和创造价值的能力。关于“企业家精神”的具体解读则十分丰富和多元。比如,星巴克公司创始人霍华德·舒尔茨(Howard Schultz)在 *Lessons From the Top: The Search for America's Best Business Leaders* 一书中将“企业家精神”概括为愿景(Vision)、激情(Passion)、决断(Decision)、建设(Builder)和风格(Character)五种特质。总的来说,商业话语中的企业家精神被视为一种积极向上的心态,促使个体不断探索、创新和发展,以实现个人和社会的成功与进步。

在政策话语中,关于“企业家精神”的权威表述体现在中共中央、国务院印发的《关于营造企业家健康成长环境,弘扬优秀企业家精神,更好发挥企业家作用的意见》中所归纳的优秀企业家的“爱国敬业、遵纪守法、艰苦奋斗、创新发展、专注品质、追求卓越、诚信守约、履行责任、勇于担当、服务社会”十种精神。其中实际上包含了“企业家精神”的两个层面:第一个是共性层面的精神,即社会主义核心价值观的融入,比如爱国敬业、遵纪守法等;第二个是特性层面的精神,即突出体现在企业家群体的那些积极的品格,后八种精神就属于对这种特性层面精神的概括。十种精神的概括也精辟呈现了企业家精神的核心内涵,可以据此把握企业家精神所具有的三个统一,即创造价值与崇尚法治的统一、成就自我与奉献社会的统一以及善用权利与责任担当的统一。

## (三) 公司法语境下的企业家精神

商业话语和政策话语中关于“企业家精神”的概括对于公司法语境下的“企业家精神”具有重要的指导意义,同时,公司法中“企业家精神”也应当被赋予更具法律话语色彩的内涵表达。对此可以从个体、组织和社会三个层面来理解和把握。

**1. 企业家精神的个体层面:积极投资创业。**现代私法的基础是财产和意思自治。在私人法律关系中,为了创业营利之目的而自主地“处分”财产的行为被称为投资。投资可分为直接投资和间接投资。直接投资主要是指股权投资<sup>[7]</sup>。在一国的经济发展中,直接投资具有重要作用,是一种最有利于创业群体的财产处置方式。企业家精神在个体层面就体现在其对于财产的处置方式上,企业家非常重视通过直接投资的方式来处置财产。直接投资需要依托于法定企业形态,以合法的企业形态对创业活动进行有组织的管理是投资者的优先选择,投资者可以创建各种资本构造,以满足公司的功能和需求,从而有效激活其内在机制。

**2. 企业家精神的组织层面:致力公司善治。**所有权与经营权分离的伯利-米恩斯模型揭示了投资财产的管理权是如何被授予作为法律实体的公司的,在这一过程中,难免会产生较高的代理成本和管理层机会主义的道德风险。为了破解这一难题,对股东积极主义(Shareholder Activism)的倡导应运而生<sup>[8]</sup>。股东积极主义尽管主要是寄望于外部投资者和机构投资者积极参与公司治理,但其与企业家精神的异曲同工之处在于都表达了一种旨在推动投资者在公司治理过程中发挥特殊职能和战略作用的愿望和行动。实际上,真正存在或者有可能被激发出积极主义的主要是公司的控股股东。易言之,可产生控制权的股份为股东积极主义的全面实现奠定了基础。企业家精神在公司组织层面最直观的体现就是股东积极主义,对公司拥有

控制性利益和权力的企业家往往能够积极参与公司治理,致力于实现公司善治,追求基业长青。

**3. 企业家精神的社会层面:勇于责任担当。**企业家精神不仅体现在愿意承担风险、勇于挑战传统观念、积极克服环境的不确定性,而且能对整个社会产生积极影响。企业家精神的社会层面主要体现在以下几个方面。一是通过做大做强企业创造更多就业机会和增加国家税收。企业家通过投资创办企业,可以为社会提供更多的就业机会,推动社会经济的繁荣发展,同时为国家创造稳定增长的税收。二是促进社会多样性和提升人类福祉。企业家欢迎各种背景、经验、能力和观念的人参与其中进行价值创造,提供机会展示不同人群的能力和才华,为社会注入多元化的元素,同时提供高质量的产品和服务,为各种需求寻求改善方案,提升人们的生活水平。三是参与社区建设和承担社会责任。企业家的投资创业活动,为社区塑造了追求卓越的商业环境。同时,企业家大多能够认识到他们的成功来自社会的支持,因此,在开展诚信经营谋求正当利益和促进企业发展的同时,也积极参与社区的各项建设和公益活动,关注和参与社会问题的解决,积极承担社会责任。

## 二、新《公司法》弘扬企业家精神的重要创新

### (一) 将弘扬企业家精神明确列入立法目的

立法目的也被称为立法宗旨,是制定一部法律的统领性总纲,其他所有具体法律规则都是以立法目的为指引,为实现立法目的而展开。新《公司法》第1条在原有的立法目的基础上,增加了“弘扬企业家精神”的内容。这产生的最直接影响是会带给企业家主观地位的提升,而这将有助于提高他们的社会责任感,使其更加关注关键利益相关者和更广泛的社会需求<sup>[9]</sup>。另外,立法目的的增加也意味着法律功能的扩展,新《公司法》立法目的的变革表明了公司法不仅要发挥传统意义上的对公司组织和行为的“规范”以及对相关主体合法利益的“保护”功能,还要进一步发挥对“企业家精神”的“弘扬”功能。制度功能的实现离不开妥当设计的具体规则,并且作为蕴含于立法目的之中的制度功能具有统领性和全局性,不是仅仅通过某一个具体规范来表达,而是体现于整体的立法设计之中。

### (二) 准入制度有利于企业家合理配置资源

企业家的“创新发展”精神突出表现在其不墨守成规、故步自封,勇于冒险、开拓进取,具体到公司法的语境下就是积极投资创业。公司法中的资本制度是市场准入的重要调节机制,对企业家投资创业具有重要影响。就创业初期通常采取的有限责任公司而言,一方面,新《公司法》坚持了有限责任公司的认缴制和无最低实缴数额要求,同时明确了股权、债权可以作为出资财产,企业家可以根据需要自主确定公司的注册资本,故依然保持了较低的创业门槛。另一方面,新《公司法》增加了5年期实缴的要求,有助于引导企业家合理设置公司注册资本数额,并适时实缴以夯实公司运营发展的物质基础。另外,催缴出资制度、失权制度以及加速到期制度也有助于促使企业家诚实守信,及时履行出资义务。对于股份有限公司,新《公司法》在改采实缴制的同时,引入了类别股和授权董事会发行新股制度,也同样兼顾了公司资本形成方面的规范性和灵活性,特别是类别股制度为企业家提供了更有力的控制权强化工具。

市场经济健康发展的一个体现就是投资主体和经营主体的进出便捷有序,高效便捷的退出机制有利于企业家主动适时调整。而要达到这一效果,离不开法律制度的合理安排和确切实施。公司法中的退出机制体现在两个方面:一个是投资者退出公司,另一个是公司退出市场。股权转让是投资者退出公司的重要形式<sup>[10]</sup>,新《公司法》进一步简化了有限责任公司股权外部转让程序<sup>[11]</sup>,从原来的要经过其他股东过半数同意和股东优先购买权的双重制约简化为优先购买权的单一步骤。就公司退出而言,新《公司法》完善了清算制度,主要包括:明确了清算职责,规定董事为清算义务人和清算组成员;丰富了“挽回规则”,增加规定自愿解散情形下可以直接经股东会决议而存续;增加了注销类型,增设了简易注销制度和强制注销制度。上述规定既有利于规范公司的有序退出,维护市场秩序,也有利于降低企业家作出适时调整的制度成本,增强市场活力和提高市场效率。

### (三) 治理机制有利于企业家灵活实现善治

新《公司法》关于治理机制方面的变革突出体现在组织机构设置的规定上,体现了对公司自治的充分尊重。第一,破除了单层制模式与双层制模式的互斥传统。全球公司立法关于公司组织机构设置一直存在大陆法系的双层制与英美法系的单层制之别。但主要国家和地区公司制度的演进趋势是两种模式下公司监督机构运行和功能的日益趋同,并无优劣之分<sup>[12]</sup>。我国1993年制定《公司法》时借鉴了大陆法系国家的传统,采取了董事会与监事会并设的双层制模式。不过,监事会因其自身的“花瓶化”和“橡皮图章化”而饱受质疑<sup>[13]</sup>。后来虽然在上市公司中引入了独立董事制度,但依然是以双层制模式作为基础结构。本次新《公司法》,在公司组织机构设置上赋予公司极大的自由选择空间,特别是允许公司选择用董事会下设的审计委员会来替代行使监事会的职权,在很大程度上实现了单层制与双层制在立法上的融合。

第二,超越了股东会中心与董事会中心的主义之争。人类创造理论的目的在于解释经验事实,进而指导人类的各种实践活动<sup>[14]</sup>。股东会与董事会的关系界定与职权界分是理论研究中的一个重要争点,也是治理实践中的一个关键方面。我国公司法关于公司内部职权设置的制度设计一直被认为是股东会中心主义,实践中长期存在董事会“形同虚设”的现象。此次新《公司法》对这一问题作出了积极回应:一方面坚持将股东会作为公司的权力机构,赋予其就公司治理中的重大事项进行决议的职权;另一方面通过股东会或者公司章程向董事会授权来强化董事会在公司治理中的重要功能。这种法定职权与特定授权相结合的立法构造有助于推动公司内部组织机构之间从传统的分权制衡转向协同共治。

第三,丰富了公司内部组织机构设置的多元化组合。公司组织机构的设置关乎公司治理的运行成本和实际效率,特别是就小规模公司而言,强制要求其必须按照“三会一层”的典型模式来设置内部组织机构,显然会对其造成较大的治理负担。新《公司法》一方面允许公司在单层制与双层制之间自由选择,另一方面允许规模较小或者股东人数较少的有限责任公司可以不设董事会和监事会,在极简的情况下一个有限公司的组织机构可以只设1名董事并由其兼任经理和法定代表人。

### (四) 问责机制有利于促进企业家责任担当

新《公司法》制度变革的一个重心就是完善了相关行为规则的法律后果,并加强了相关主体的法律责任。从行为规则的角度来看,新《公司法》对于不履行出资义务的行为,规定了催缴失权的法律后果;对于股东抽逃出资的行为,增加了返还和连带赔偿责任的法律后果。在公司社会责任方面,明确了公司从事经营活动,应当充分考虑公司职工、消费者等利益相关者的利益以及生态环境保护等社会公共利益。

企业家在公司中可能具有多种角色与多重身份,公司法对于问责机制的完善有助于弘扬企业家“遵纪守法”精神,促进其勇于责任担当,引导其所控制企业做承担社会责任的表率。从主体责任的角度来看,新《公司法》对于法定代表人,规定了其因执行职务造成他人损害的,公司承担民事责任后可以向其追偿。对于董事、监事与高管,进一步明确了忠实义务与勤勉义务的内涵,并夯实了违反信义义务的法律责任,同时增加了董事与高管故意或者重大过失给公司债权人造成损失的赔偿责任。对于股东,规定了滥用股东权利可能对公司和其他股东的赔偿责任,以及滥用公司法人独立地位和股东有限责任可能对公司债务承担连带责任。对于控股股东和实际控制人,特别规定了利用关联关系损害公司利益的赔偿责任,实际执行公司事务时作为“事实董事”对公司承担信义义务,指示董事与高管从事损害公司或者股东利益的连带责任,以及所控制公司可能因法人人格否认而对彼此债务承担连带责任。

## 三、公司立法弘扬企业家精神的关键制度

### (一) 控制权是弘扬企业家精神的制度基石

企业家精神的弘扬自然离不开整个法律制度体系,仅就公司法而言,也关涉方方面面的具体规则。为避免泛泛而谈,我们需要从企业家的角度思考一个基本问题:企业家最看重什么?从这一问题延伸就是法律应当如何对“弘扬”进行制度表达?

中共中央、国务院印发的《关于营造企业家健康成长环境,弘扬优秀企业家精神,更好发挥企业家作用的意见》中“营造依法保护企业家合法权益的法治环境”部分提到了要依法保护企业家财产权、创新权益和自主经营权。作为一部顶层设计的政策文件,之所以将这三种权益明确列举,并不是只需要保护企业家的这三种权益,而是强调了这三种权益于企业家而言无比重要,是企业家愿景实现的重要权利基础,也因此对于弘扬企业家精神意义重大。如果将这三种权益延伸,具体到公司运营层面,就会发现,企业家的各种权益都与其对企业的控制息息相关,因此,企业家愿景的实现离不开其对企业的有效控制,弘扬企业家精神实质上就是要尊重和保障企业家对企业的控制力。法律制度对于企业家精神的弘扬也就聚焦在如何对控制权进行妥当的制度设计上。

在证券监管领域,控制权的稳定性具有非常重要的积极价值。证券监管机关关于股份公司首次公开发行(IPO)条件中往往特别强调发行人需要有稳定的股东结构或控制结构。如2020年第三次修订的《首次公开发行股票并上市管理办法》关于“发行条件”部分的第12条就规定,发行人最近3年内主营业务和董事、高级管理人员没有发生重大变化,实际控制人没有发生变更。有学者针对2007—2019年经中国证监会核准并在沪深两地证券交易所成功上市的全部上市公司进行了“实际控制人”的分布统计,结果发现具有实际控制人的发行人家数平均占比为97.71%<sup>[15]</sup>。因此,拥有对企业的控制力是实现公司持续良性发展的基础,控制结构也是保障上市公司行稳致远的重要监管抓手,弘扬企业家精神自然首先离不开对企业家控制力的正确认识和妥当调整。

## (二) 公司法对控制权妥当调整的制度需求

鉴于企业家、控制权、公司三者之间存在非常密切的关系,即企业家通过控制公司来实现个人愿景<sup>[16]</sup>,因此,从并非严格却更加周延的意义上说,公司法的整个规范体系都关乎公司控制问题,因而也都可以视为对控制权的调整规则,或者说都可以被用作控制或者反控制的有效手段。例如,公司法规定股份有限公司达到一定持股比例的股东可以在股东会会议召开10日前提出临时提案并书面提交董事会,董事会应当在收到提案后2日内通知其他股东,并将该临时提案提交股东会审议。这是一个普遍适用的程序性规则,看似平淡无奇,但在前几年发生的著名的“宝万之争”中,被当时的万科管理层用作对敌意收购方宝能系的反击手段。<sup>①</sup>

当然,基于研究的可行性需要,自然不能面面俱到。为了更加概括和富有体系,可以将公司法需要构建的控制权调整规则体系描述为以下几大部分:控制权的识别、控制权的实现、控制权的行使(正向引导与反向禁止)、控制权的保护(合法的反收购)、控制权的变动(交易)、控制权的问责。具体的制度表达体现为对公司控制人及其控制权的立法立场和规制策略,主要包括三个方面。一是要对控制权存在予以正面评价,即要认可控制权对于公司发展的积极价值,要明确控制权在法律上应有的正当地位。有效的公司治理结构需以剩余索取权与控制权尽可能对应来实现公司价值的最大化目标<sup>[17]</sup>。二是要对控制权行使予以积极引导,即要对控制权的行使方式加以正向的指引性规定,并且要提供有效的法律保障。三是要对控制权行为予以谨慎问责,即要充分尊重市场主体的理性选择与商业判断,在法律责任的施加上要保持充分的谨慎和谦抑。反之,泛滥成灾的问责风险必然压抑勤勉、创新、进取的企业家精神<sup>[18]</sup>。

## 四、新《公司法》调整控制权的规则体系

新《公司法》下,涉及控制权的主要规则可划分为控制权识别规则、控制权行使规则和控制权责任规则。

---

<sup>①</sup>2017年6月21日,距离年度股东大会还有9天,万科突然公告宣称:2017年6月19日,公司董事会收到深圳地铁的函,提议公司董事会在2016年度股东大会审议事项中,增加董事会改选及提名的临时提案。该临时提案的提出以及公告的时点紧紧卡在法律规定的最后时限,使得作为第二大股东的宝能系难以对此作出应对之策。随后召开的年度股东大会上,无宝能系方的董事候选人当选。

### (一) 控制权识别规则

新《公司法》沿袭了以往的做法,并没有对“控制”以及“控制权”作出直接的和正面的规定。关于如何依据新《公司法》来识别控制权的问题,就需要依赖于新《公司法》“附则”中关于“控股股东”和“实际控制人”的界定。对于相关规定的理解和适用需要把握以下几点。

一是要注意区分两类控制权主体。立法关于“控股股东”和“实际控制人”的区分界定的合理性是基于控制权的不同实现方式。控股股东是通过持有绝对多数或者相对多数的表决权而“足以对股东会决议产生重大影响”,属于一种直接控制方式。特别值得一提的是,新《公司法》允许股份有限公司采取双层股权等类别股份,更有助于企业家通过持股实现直接控制。实际控制人则是通过投资关系、协议或者其他安排来实际支配公司行为,属于一种间接控制方式。在实践中,实现“实际支配公司行为”的其他安排方式包括家族关系、特殊的人事安排等。

二是要注意控股股东与实际控制人不能同一,但可能并存。控股股东与实际控制人二者之间应当是一个互斥的概念,一个角色不能既被认定为一个公司的控股股东,也被认定为其实际控制人。但是,一个公司可能既存在控股股东,也存在实际控制人。在控股股东的背后,通过层层穿透,往往能够发现存在一个终极的自然人或法人控制主体,此时应当将其认定为公司的实际控制人。

三是要注意控股股东与实际控制人存在主体资格限制上的差异。能够成为一个公司的股东的范围非常宽泛,其并不必然是一个自然人或者法人,甚至并不必须是一个民法意义上的“民事主体”。在公司制度的发展实践中,诸如“职工持股会”之类的不具有法律上的明确地位的组织也可以被登记为公司股东。在资本市场中,一些契约型基金、信托计划或资产管理计划都可以成为上市公司的股东。<sup>①</sup>但是,实际控制人应当被限定在自然人或者法人的范围,最宽泛的理解也只能扩大到《民法典》中所规定的“民事主体”,即能够具有民事权利能力和民事行为能力的自然人和组织,否则就会导致私法体系下法律概念使用的混乱。

四是要注意实践中实现对公司实际控制的多样化方式。基于投资关系的实际控制,主要有间接持股、隐名持股等方式;基于协议方式的实际控制,主要有签订一致行动协议、公司关键人事安排协议等方式;基于其他安排的实际控制,主要有利用特殊身份关系、控制公司人事任免、指示公司重要事项决策等方式。

### (二) 控制权行使规则

长期以来,股东保护机制是公司法的核心问题之一<sup>[19]</sup>,公司法主要是将控制权视为造成“股东压制”<sup>[20]</sup>和“掏空资产”<sup>[21]</sup>的主要事实因素,为受压制股东提供有效的救济规则成为公司法的重要任务<sup>[22]</sup>。因此,公司法一直缺乏关于控制权直接的肯认性规则,自然也没有对控制权该如何行使作出正向的指引性规定。新《公司法》依然是从反向的角度对控制权行使进行了消极的约束和禁止性规定。

一是对控制人与公司间的特定行为的限制。例如,控制人获得公司担保时需要遵循更严格的决议程序。新《公司法》对于公司对外提供担保行为,本身就规定了较为严格的内部程序限制,要求按照公司章程的规定,由董事会或者股东会决议,并且不得超过公司章程规定的限额。而控股股东和实际控制人要想从所控制公司获得担保,则必须经过股东会决议,并且相关股东不得参加担保事项的表决。又如,控制人不得为取得所控制公司或其母公司股份而从所控制公司违规获得财务资助。在实践中,能够从公司获得财务资助自然需要依赖对公司的控制力,因此大多是控制人或者其关联方。新《公司法》第163条从公司的角度规定其不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助,实际上也就相当于是对控制人通过公司的财务资助来取得公司或其母公司股份行为的禁止。该条在实际适用时,可能会出现与相关规则的交叉,因而导致实践中的具体行为在法律上的定性难题。因此,必须特别注意从行为构成的细微差异方面进行甄别。

二是控制人实际执行公司事务时要对公司负有与董事、高管相同的信义义务。新《公司法》第180条进

<sup>①</sup>有关股票上市规则规定,持有上市公司5%以上股份的契约型基金、信托计划或资产管理计划可以成为实际控制人,在某种意义上,这项规定突破了法律意义上“人”的内涵。

一步明确了忠实义务和勤勉义务的内涵,但依然将对公司负有信义义务的主体范围限定在董事、监事和高级管理人员范围。这既体现了立法者在扩张信义义务适用主体问题上的审慎,也表明了直接规定股东或者控制人对公司负有信义义务面临难以克服的法理障碍。但为了加强对控制人的行为约束,新《公司法》增加规定公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的,适用关于信义义务的规定。由此构成了控制人对公司承担信义义务的特殊情形。从实践适用的角度来看,该条款适用要件的重心就落在“实际执行公司事务”的判定上。对此,应当结合相关人员在公司内的职权范围、履职情况、工资标准等维度综合判断。

三是涉及上市公司时对控制人的特别约束。例如,控制人信息属于上市公司的强制信息披露范围。新《公司法》明确规定上市公司应当依法真实、准确、完整地披露股东、实际控制人的信息。换一个角度说,一个主体一旦具备了成为上市公司的控股股东或者实际控制人的条件,则应当主动地向上市公司报告并推动公司及时依法予以披露。又如,控制人转让上市公司股票要遵守限售期的规定。新《公司法》第160条第1款规定“公司公开发行股份前已发行的股份,自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让”。同时规定上市公司的股东、实际控制人转让其所持有的本公司股份也要遵守其他法律、法规和证监会的“另有规定”。《证券法》第36条也对上市公司持有5%以上股份的股东、实际控制人的股份转让做了类似的转介性规定。中国证监会2023年2月17日审议通过的《上市公司证券发行注册管理办法》第59条规定:向特定对象发行的股票,自发行结束之日起6个月内不得转让。发行对象属于上市公司的控股股东、实际控制人或者其控制的关联人的,其认购的股票自发行结束之日起18个月内不得转让。

另外,控制人不得违法替他人代持或者请他人代持上市公司股票。股权代持是现代商事交易中实现资本所有权与资本控制权分离的工具之一<sup>[23]</sup>。在证券市场中,代持上市公司股票的做法并不鲜见,代持行为大多涉及上市公司的控制人,一些代持行为的目的就是实现或者巩固对上市公司的控制权。鉴于代持上市公司股票引发的监管困境以及代持行为效力定性等难题,新《公司法》第140条第2款增加了关于“禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票”的规定。从该规定的文义来看,新《公司法》并不是完全禁止代持上市公司股票行为,而是禁止违法代持行为。由此,该条实际上属于一种转介条款,其适用需要结合相关法律、行政法规关于代持行为的规则来考虑。需要指出的是,该条将禁止代持的规范限定为“法律、行政法规”,可能并不能有效解决证券金融领域的许多监管规则仍然是由规章以下层级的立法所规定的现实问题。另外,该条也没有明确违法代持行为的效力如何,未来在司法实践中依然可能存在违法代持合同本身有效无效的争议。

### (三) 控制权责任规则

新《公司法》从设立、出资、治理、减资、清算等各个环节强化了问责机制,从最广泛的意义来看,这些机制都有可能涉及控制人。从直接和重要的角度,可以将控制权责任区分为对不同主体的责任来把握。首先是对公司的责任。按照新《公司法》的规定,控制人可能对公司承担责任的情形主要包括:滥用股东权利损害公司利益的赔偿责任、利用关联关系损害公司利益的赔偿责任、实际执行公司事务给公司造成损失的赔偿责任以及指示董事或高管从事损害公司利益行为的连带赔偿责任。新《公司法》特别引入了“事实董事”和“影子董事”制度,以加强对控股股东和实际控制人的追责。“事实董事”是指履行董事职能但并未被正式任命为董事的人。事实董事通常会履行董事的所有职责,并可以作出应当由董事所作的决定,签署公司文件。事实董事须承担与法律董事相同的职责、义务和潜在责任<sup>[24]</sup>。“影子董事”是借鉴了英国2006年《公司法》第251条,指那些虽然名义上不是公司的董事,但公司董事通常按照其指示或意愿行事的人<sup>[25]</sup>。其次是对其他股东的责任。包括滥用股东权利损害其他股东利益的赔偿责任以及指示董事或高管从事损害公司利益行为的连带赔偿责任。最后是对第三人的责任。主要是指公司债权人有可能按照法人人格否认规则要求控制人对公司债务承担连带责任。当然,也不排除新《公司法》中增加的董事对第三人责任规则被借助“事实董事”“影子董事”而延伸适用到控制人身上。

## 五、积极践行弘扬企业家精神的制度续造

正如前文所述,企业家与公司法上的“控制人”具有内涵上的相似性,控制权是企业家实现其愿景的重要依托,并且在公司制度实际运行中发挥着关键作用,其应当成为公司法弘扬企业家精神的着力重点。新《公司法》虽然对此作出了颇有成效的努力,但仍然存在较大的优化提升空间。

首先,赋予控制权识别规则在法律文本中应有的正式地位。依据“附则”中关于“控股股东”和“实际控制人”的界定条款来识别和判定控制权是存在问题的。从法理上说,一部法律的“附则”往往是解决法律文本内部的协调与完善,以确保法律概念的一致性和准确性,或者处理历史遗留问题,规定施行日期和解释权与修改权等,并不直接涉及权利与义务的设定。尽管其与正文具有同等的法律效力,但能否和正文一样作为裁判依据使用是存在疑问的。就新《公司法》“附则”中关于“控股股东”和“实际控制人”的界定条文而言,将其理解为对特定法律概念的解释是可以的,但将其用来作为“控制权”有无的判定依据,就不免有些不伦不类。因此,更为妥当的做法,应当是从关于“控股股东”“实际控制人”中抽象提炼出一个“控制权”的概念,在正文中对其含义与界定、取得方式等加以更为系统的规定。

关于控制权的界定,新《公司法》“附则”中区分定义“控股股东”和“实际控制人”,虽然涵盖了直接控制与间接控制两大类型,但对于个案中具体识别和判断的可操作性与指导价值依然有限。在立法确认“控制权”合法地位的基础上,可以进一步为“控制人”的识别构建一种更具可操作性的规则。一方面,可以将“控制人”的有无作为公司章程的记载事项和公示事项,以此提升公司治理的透明度;另一方面,在个案中由裁判者根据双方的举证来对相关主体是否对公司存在“控制”来进行事实判断,进而决定是否按照控制人责任规则来对其追责。

其次,完善控制权取得方式和权利内容的规定。公司法关于控制权取得方式的规则设计可以参考证券法领域的相关规定。例如,中国证监会发布的《上市公司收购管理办法》第5条第1款规定“收购人可以通过取得股份的方式成为一个上市公司的控股股东,可以通过投资关系、协议、其他安排的途径成为一个上市公司的实际控制人,也可以同时采取上述方式和途径取得上市公司控制权”。中国证监会2014年发布的《非上市公司收购管理办法》第5条第1款也作出了相同的规定。从商事实践来看,股东协议被广泛作为建构治理秩序、实现和行使控制权的手段<sup>[26]</sup>,诸如表决权委托的功能已从服务于委托人的“代人行事”演化出服务于受托人的“公司控制”<sup>[27]</sup>。也有研究指出,超额委派董事同样是实际控制人获得控制权的重要形式,不少上市公司控制人委派的董事占到全部非独立董事的半数以上<sup>[28]</sup>。这些会对公司治理产生重大影响的安排都需要纳入公司法的调整规制范围。在明确控制权应有的法律地位和规范其取得方式的基础上,应当进一步对其权利内容,也就是控制权的基本权能作出规定。其中最为核心的就是“指示权”<sup>[29]</sup>,应当在公司内部治理上赋予“指示”与“职权”“决议”同等的效力。

最后,以合规制度和容错机制为企业家铸造“安全港”。企业家精神中最为难能可贵的是创新与冒险,对于推动科技进步和经济社会发展具有重要意义。与此同时,创新与冒险的驱动也难免会遭受挫折失败和产生社会成本。假如所有的创业创新失败的成本都由企业家来承担,甚至以结果主义来对其严苛问责,就无法激发整个社会的创新活力,因此,法律制度的平衡设计至关重要。在新《公司法》相关规定的基础上,一方面可以借助合规制度建设提升公司内部规范化治理水平,从源头上防范和减少违法违规行为的发生。合规制度对于商法具有补强功能,主要表现在合规管理可以重塑商法下的分权治理结构,合规义务可以更新商法下的企业人员义务,合规文化可以补强商法下的企业社会责任<sup>[30]</sup>。另一方面要避免随意扩大法律责任规则的适用范围,避免刑事手段在商事领域的泛化适用,积极探索利用企业刑事合规制度来最大限度地保护企业<sup>[31]</sup>,避免动辄就采用公力手段将股东和实际控制人牵入公司债务纠纷,要保持立法应有的容错空间,可以对新《公司法》下关于勤勉义务所表述的“管理者通常应有的合理注意”作出进一步解释,制定免责标准,使其发挥类似于“商业判断规则”的替代功能。

## 参考文献:

- [1]王瑞贺.关于《中华人民共和国公司法(修订草案)》的说明[EB/OL].(2023-12-29)[2024-01-08].[http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202312/t20231229\\_433993.html](http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202312/t20231229_433993.html).
- [2]冯兴元,孟冰.经济科学中的企业家理论:总体演化脉络与重要研究贡献[J].学术界,2023(10):101-113.
- [3]赵树文.国有企业职业经理人法律制度完善[J].社会科学家,2015(7):115-119.
- [4]梁洪学.激发释放企业家精神的制度环境——对企业家精神的再认识[J].学习与探索,2019(2):137-142.
- [5]NILI Y, KASTIEL K. In search of the “absent” shareholders: a new solution to retail investors’ apathy [J]. Delaware Journal of Corporate Law, 2016, 41(1): 55-104.
- [6]AMINADAV G, PAPAIOANNOU E. Corporate control around the world [J]. The Journal of Finance, 2020, 75(3): 1191-1246.
- [7]郭富青.股权隐名投资规制的立场及法律方法论检讨[J].甘肃社会科学,2022(6):82-94.
- [8]GILLAN S L, STARKS L T. The evolution of shareholder activism in the United States [J]. Journal of Applied Corporate Finance, 2007, 19(1): 55-73.
- [9]袁鹏,姜功熊,成瑞琪.营商环境与企业社会责任——基于中国私营企业调查的研究[J].经济与管理评论,2024(2):83-97.
- [10]肖海军.股权转让合同效力认定的商法规则——以《公司法》修改为视角[J].上海政法学院学报(法治论丛),2022(3):29-45.
- [11]林一英.新《公司法》对股东权利保护的完善[J].法律适用,2024(2):16-27.
- [12]林一英.公司监督机构的立法完善:超越单层制与双层制[J].法学杂志,2022(4):36-52.
- [13]杨大可.德国监事会合格履职的组织法保障及对我国的启示[J].暨南学报(哲学社会科学版),2023(11):61-72.
- [14]肖新喜.科学哲学视域下法教义学与社科法学思[J].求是学刊,2022(6):118-128.
- [15]郑彧.论实际控制人的法律责任:公法的路径依赖与私法的理念再生[J].财经法学,2021(3):3-18.
- [16]GOSHEN Z, HAMDANI A. Corporate control and idiosyncratic vision [J]. The Yale Law Journal, 2016, 125(3): 560-617.
- [17]杨鹿君.公司法到破产法:重整程序下的股东权利行使[J].大连理工大学学报(社会科学版),2023(6):111-119.
- [18]刘俊海.董事责任制度重构:精准问责、合理容错、宽容失败——以弘扬企业家精神为视角[J].交大法学,2023(3):94-119.
- [19]翁小川.受压迫股东的救济路径研究:股东受信义务与法定压迫救济制度[J].比较法研究,2021(4):187-200.
- [20]耿利航.有限责任公司股东困境和司法解散制度——美国法的经验和对中国的启示[J].政法论坛,2010(5):130-140.
- [21]贾凡胜,王晗笛,夏常源.大股东“掏空”动机与企业“存贷双高”之谜[J].浙江工商大学学报,2023(6):89-104.
- [22]李建伟.股东压制的公司法救济:英国经验与中国实践[J].环球法律评论,2019(3):148-165.
- [23]王莹莹.《证券法》2019年修订背景下股权代持的区分认定[J].法学评论,2020(3):158-169.
- [24]仲继银.揭秘“事实董事”:从内涵到认定[J].董事会,2023(10):40-45.
- [25]林少伟.英国现代公司法[M].北京:中国法制出版社,2015:369.
- [26]汪青松.股东协议暗箱治理的公司法回应[J].中国法学,2023(5):229-247.
- [27]龚浩川.公司控制视域下表决权委托的规则构建[J].国家检察官学院学报,2023(6):84-98.
- [28]郑志刚,雍红艳,胡晓霖,等.实际控制人超额委派董事与公司控制[J].南开管理评论,2023(2):84-95.
- [29]汪青松.中国公司集团治理的法律机制构建[J].法律科学(西北政法大学学报),2023(3):165-179.
- [30]汪青松,邱欢.合规制度发展的中国范式及其与商法关系探析[J].重庆社会科学,2023(12):185-202.
- [31]王志祥,李昊天.企业刑事合规的刑事法意义[J].内蒙古社会科学,2023(2):97-106.



(责任编辑 张伟 郑英龙)