

控股股东、实际控制人公司法 规制范式研究

——我国《公司法》双控人规制范式的变革与完善

郭富青

[摘要] 各国对双控人规制的范式主要有直接规制与间接规制。美国的直接规制以判例法的形式确认双控人在特定场景对公司、股东或债权人负有信义义务,违者追究其赔偿责任;以英国和韩国为代表的间接规制范式,对双控人亲自执行公司业务的行为或指示董事执行公司业务的行为,要求其与董事共同对公司或第三人承担赔偿责任。我国公司属于股权高度集中型公司,决定了其治理模式必然是“双控人中心主义”,也决定了规制双控人的规范在公司法中至关重要。2005年修订的《中华人民共和国公司法》增设第二十一条对双控人施加了不得利用其关联关系损害公司利益的义务,开启了双控人直接规制的范式。2023年新修订通过的《中华人民共和国公司法》第一百九十二条规定了双控人指示公司事务与董事、高级管理人员承担连带责任,又引入了间接规制范式,从而形成了两种规制范式兼而有之的折中规制范式及规范体系。然而,该体系存在规范大多过于抽象、可操作性不强、所有规范皆为消极规范的弊端。后续双控人规范体系的改进和完善应细化禁止双控人滥用控制权的规范,提高可适用性和规制功效;增加双控人的积极规范,承认双控人在公司治理中的地位和控制公司的权力,规范和引导其依法行使权力,优化公司治理,从而奠定完善中国特色现代企业制度、弘扬企业家精神的制度基础。

[关键词] 《公司法》修订;控股股东;实际控制人;直接规制范式;间接规制范式;折中规制范式;信义义务

[作者简介] 郭富青,西北政法大学民商法学院教授,博士生导师,中国商法学研究会常务理事,陕西 西安 710063

[中图分类号] D922.291.91 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1004-4434(2024)01-0029-15
DOI:10.16524/j.45-1002.20240029.002

控股股东是指以直接拥有的表决权或实际支配的表决权对公司决策产生决定性或重大影响,并借此控制公司运营的股东;实际控制人则是指虽不直接持有公司股权,但能够通过投资关系、协议或者其他安排,实际支配公司行为的人。为了行文的简洁,凡二者无须区分时,在下文的表述中均以“双控人”统称。在我国,无论是有限责任公司,还是股份有限公司,绝大多数属于股权高度集中型公司,几乎所有的公司都有双控人。有学者对2007—2019年在沪深证券交易所挂牌交易的上市公司进行统计发现,拥有双控人的公司平均占比为97.71%^①。双控人是公司组织、运作的终极控制者。双控人既可以通过担任公司的董事、监事或经理直接控制公司的经营活动,也可以选择隐身于董事和经营管理者背后,遥控、操纵公司的经营活动。双控人往往既是公司的创设者,也是公司发展“特质愿景”的规划者,充当着企业家的角色,但同时也可能是公司违法、违规经营并因此断送公司前途

^①郑成.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.

的推手。对双控人予以规制是我国公司治理的核心,具有重大理论和现实意义。如何约束双控人滥用公司控制权损害公司、股东和公司债权人的合法权益,引导其依法行使权利(权力),不同国家或地区因法治传统、公司运营的市场环境、政治和文化等因素的不同,所选择的规制的范式也往往不同。因此,有必要从比较法的视角研究双控人规制的范式,并结合我国国情,对我国公司立法如何选择双控人的规制范式及规范体系的完善,作出应然和实然的回答。

一、控股股东、实际控制人的直接规制范式

直接规制范式是公司立法基于双控人对公司的实际控制力,从其损害公司、其他股东和公司利益相关者利益的客观事实出发,建立双控人与公司、其他股东和公司利益相关者之间的法律关系,从而直接明确双控人对公司、其他股东和公司利益相关者承担何种义务和责任。

(一)控股股东、实际控制人直接规制范式的理论基础

根据衡平原则,若某人对他人的利益拥有高度优势与影响,其就是受信人,且与利益受其影响的人之间形成了信义关系。换言之,凡一方拥有以自己的行为改变他人法律地位的能力,而另一方则必须承受这种改变的法律后果。法律为了防止受信人滥用权力以保护双方的信任关系,那么对受信人施加信义义务^①。关键资源理论认为,一方对另一方所属的“关键资源”行使自由裁量权时就形成了信义关系,其中拥有裁量权者被视为受托人,资源受到影响的一方则被视为委托人^②。在信义关系当事人之间呈现不对称性时,处于优势地位者为受托人,处于弱势地位者则为委托人。委托人相信受托人管理受托的财产或提供的服务能够实现其预期利益的最大化。信义法律关系主要有以下几个特点:第一,受托人为委托人(受益人)管理财产、提供服务;第二,为了使受托人履行职责,给予其财产或权力;第三,潜藏着受托人滥用权力损害委托人(受益人)利益的风险;第四,受托人利益遭受侵害时,因私力救济不足,必须由法律强化对其的保护^③,施以信义义务的约束。关键资源理论揭示了委托人(受益人)缺乏防范受托人对关键资源实施机会主义行为的能力,证明了信义法阻止机会主义行为的正当性。信义义务作为法定义务,不允许当事人排除和任意取舍,而且受信人的行为标准远高于市场道德标准和对普通人的要求^④。只有这种高标准、严要求的法定义务,才足以保护委托人(受益人)的利益。

传统公司法借助信托法理将董事解释为公司的受托人,对公司负有信义义务;现代公司法则将信托法理延伸至双控人,用以解释双控人与公司、股东和其他利益相关者之间的权利义务关系。信义义务理论按照“信义义务—法律责任”的思维逻辑,出现多种解释路径。以受托权力理论解释公司的运作,公司权力具有受托性,其产生的依据是公司法或公司章程的规定,行使公司权力的人,无论是控股股东还是董事,皆与公司 and 股东之间形成信任关系。进而,基于这种信任关系,控股股东或董事对公司、少数股东负有信义义务^⑤。双控人以其表决权优势及其附加的影响力实际控制公司的决策和经营活动,使公司、其他股东与之形成不对等的信义关系,因此,要求其对公司、其他股东负信义义务具有充分的理论依据。公司财产控制说认为,由于控股股东控制了小股东的财产,其与小股东之间就产生了信义关系。公司影响拘束力说认为,控股股东凭借优势表决权,获得了介入公司和其他股东利益的可能性,并可能影响、控制公司和其他股东的权益,因此,控股股东必须负有兼顾公司和其他股东利益的信义义务。推定关系企业理论认为,如果母公司以其股东的身份对子公司日常事务行使经常且广泛的控制力,或长久且强力控制,则可推定母公司未尽忠实、谨慎义务,因而,母公司

^①张开平.英美公司董事法律制度研究[M].北京:法律出版社,1998:151-152.

^②SMITH D G. The critical resource theory of fiduciary duty[J].Vanderbilt law review,2002(5):1399-1498.

^③FRANKEL T. Fiduciary law[M].London:Oxford University Press,2011:5-6.

^④见 Southern Pac. Co. v. Bogert,250 US 483(1919).

^⑤BERLE A A. Corporate powers as powers in trust[J].Harvard law review,1930(7):1049-1074.

应对子公司的债权人负责。

(二) 控股股东、实际控制人直接规制范式实现的逻辑路径

在1919年美国联邦最高法院审理的 *Southern Pacific Co. v. Bogert* 一案中,法院认为,“公司的大股东对公司享有控制权,但是,当控制股东行使控制权时,他与少数股东、公司或者董事及员工之间形成了信义关系”^①。美国联邦最高法院通过该判例创设了控股股东信义义务规则,开辟了规制控股股东的新路径。自此以后,该判例中的观点被同类案件广泛接受,甚至被奉为圭臬。在1975年美国马萨诸塞州最高法院审理的 *Donahue v. Rodd Electrottype Co.* 一案中,法院认为,“封闭式公司类似合伙,少数派的利益存在固有危险,因此其股东之间应当承担与合伙人一样的信义义务,应尽最大善意和忠实义务,即承担高于公众公司股东的信义义务。封闭式公司的控股股东不得利用优势谋取没有给予其他股东同等机会的个人利益”^②。该判例规则被美国33个州的法院在判决中引用、参考,因而被美国学者称之为“多数派规则”^③,股东信义义务出现扩大化的倾向。

属于少数派的美国特拉华州最高法院不承认合伙人式的信义义务适用于封闭公司具有合理性,对于控股股东的行为,一般使用经营判断原则、实质公平原则以及作为特别情形适用的中间标准原则来检验其是否违反了其应当负有的信义义务。控股股东应当对公司负直接的信义义务,而不是维护个别股东的利益,控股股东是否违反信义义务应适用实质公平原则加以判断。在1976年美国马萨诸塞州审理的 *Wikes* 一案中^④,法院从股东利益平衡的角度认识到,控制股东追求个人利益具有天然的正当性,其不必为他人利益行使权力,只需在行使权力时适当考虑与其他股东利益的平衡^⑤。对控股股东信义义务的适用范围开始加以一定的约束与限制,将其限定于特定情景产生的信义义务。

双控人与公司债权人之间是一种间接关系,不存在直接的法律关系,如果说董事对公司债权人一般不负信义义务,那么双控人对公司债权人就更不负信义义务。但是,当双控人凭借支配的表决权优势通过股东(大)会作出非法分配利润或转移公司财产的决议,损害债权人利益时;或者操纵、指示经营者,或者直接实施侵害债权人利益行为时,则应施加其对债权人承担信义义务。此外,双控人导致公司破产的,对债权人也应承担赔偿责任。否则,以公司为支点的“跷跷板”,其两端所承载的股东利益与债权人利益必将严重失衡,向股东倾斜。

值得特别注意的是,双控人被要求对公司、其他股东承担的信义义务,无法照搬董事对公司承担的信义义务,必须根据二者与董事法律地位的差异,作出与董事对公司所负信义义务有所不同的制度安排。第一,控股股东作为公司投资者,追求自身的利益具有正当性,其不负有不得将自己置于与公司利益冲突境地的一般义务^⑥,对公司、其他股东所负的信义义务仅限于不得为了谋取自身利益而损害公司、其他股东的利益。第二,双控人不是公司的经营者,对公司和其他股东不承担持续的注意义务^⑦,也不负有为公司、股东利益最大化积极进取的义务。第三,双控人不正当地利用影响力给公司、其他股东造成损失应当承担的赔偿责任,在性质上应属于法定责任^⑧,不同于一般侵权责任,它不以双控人主观上有过错为构成要件,采用的是推定过错和证明责任倒置原则。

美国各州并没有通过成文立法的形式强加双控人对公司、其他股东和公司利益相关者一般的信义义务,而是交由法官在个案中根据是否存在双控人与公司、其他股东和公司利益相关者之间的不

①见 *Southern Pacific Co. v. Bogert*, 250 U.S. 483, 39S. Ct. 533.

②见 *Donahue v. Rodd Electrottype Co.*, 367 Mass. 593(1975).

③SIEGEL M. Fiduciary duty myths in close corporate law[J]. *Delaware journal of corporate law*, 2004(29): 377-490.

④见 *Wikes v. Springside Nursing Home, Inc. & Others*, 370 Mass. 842(1976).

⑤傅穹,虞雅盟. 控制股东滥用权利规制的司法观察及漏洞填补[J]. *社会科学战线*, 2022(1): 204-214.

⑥戴维斯. 英国公司法精要[M]. 樊云慧,译. 北京:法律出版社, 2007: 235.

⑦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.

⑧刘建功. 《公司法》第20条的适用空间[J]. *法律适用*, 2008(Z1): 17-21.

对等关系,裁量双控人是否应负信义义务。正因如此,为了保护少数股东免受控股股东侵害,一方面,美国判例法针对控股股东滥用控制权损害少数股东利益的行为,直接赋予少数股东起诉控股股东的请求权;另一方面,将董事的信义义务拓展适用于控股股东,要求控股股东对少数股东承担信义义务,从而使控股股东的信义义务落到实处。此外,尽管控股股东的信义义务源于董事的信义义务,是董事信义义务的扩张或延伸,但是,由于身份和地位相异,有关董事信义义务的适用标准并不能一律适用于控股股东。需要强调的是,双控人负有信义义务属于特定情景规则,必须存在双控人利用支配公司的地位损害公司、其他股东和公司利益相关者的事实,才能确认双控人负有义务和责任。

(三)控股股东、实际控制人直接规制范式的成效与局限性

当双控人不正当地行使对公司的支配力并影响其他股东或公司利益相关者的利益时,直接规制范式按照“信义义务—法律责任”的思维逻辑,构建双控人与公司、其他股东和公司利益相关者之间的直接法律关系,对双控人施加相应的义务和责任,从而强化对公司、其他股东和公司利益相关者合法权益的保护。直接规制范式为法官解决双控人债权债务纠纷提供了明确的裁判规则和说理、论证的逻辑路径。然而,双控人的信义义务和责任必须通过个案审理和裁判才能加以确定,且公司作为原告,因处于双控人的支配之下很难主张诉权;小股东、公司债权人作为原告,由于公司的阻隔而缺乏直接法律关系或信息不对称则面临举证困难的问题。此外,当公司债权人向双控人直接求偿时必然会穿透公司的法人人格。因此,只有通过举证责任倒置的制度安排加以辅助,双控人直接规制才能有效地运行。美国双控人对公司、其他股东和公司利益相关者的信义义务主要适用于封闭式公司,不适用于公开的上市公司。由此可知,对双控人直接规制属于特殊规则,在适用范围和规制的成效方面都是有限的。

二、控股股东、实际控制人的间接规制范式

间接规制范式是以董事为中介,通过将公司法规定的董事义务和责任适用双控人的行为,从而保护公司、其他股东和公司利益相关者的利益。许多国家的公司法对双控人采用了间接规制的方式,即在某些特定场景中,忽视控股股东身份而将其视为董事,使其因事实上的董事身份而受到规制^①。有学者认为控股股东滥用影响力损害公司利益的行为必然通过董事等公司经营者实施,因此,间接规制基于对公司经营者的规制,将规制功能扩张至控股股东滥用影响力的行为,是一种具有重要意义规制方法^②。

(一)控股股东、实际控制人间接规制范式的具体类型

1. 影子董事

“影子董事”显然是一种形象化的学术比喻,是指双控人躲在董事身后如影随形地支配董事的行为,因此通过法律拟制技术将其视同董事,其支配董事的行为与董事被支配的行为受同样的法律约束,产生同样法律效果。英国《1980年公司法》正式使用“影子董事”一词,英国《1985年公司法》第七百四十一条规定,经常指示董事行为的人,即使形式上不是董事,也应被法律视为董事并承担董事的义务和责任。这一规定使“影子董事”有了明确的法律定义。秉持开放性、功能性的立法态度,英国《2006年公司法》第二百五十条明确规定“无关称谓,董事是享有董事地位的任何人”,并对董事身份的认定不以选举和登记为必要条件。此外,在英国《1985年公司法》规定的基础上,英国《2006年公司法》第二百五十一条结合司法判例,进一步明确了“影子董事”概念的外延。该条规定:“影子董事(1)在《公司法》中,‘影子董事’就公司而言,是指公司董事习惯于按照其指示或指令行事的人。(2)某人不得仅因董事们的下列行为而被视为影子董事:(a)根据其以专业身份提供的建议行事;(b)按照

^①汤欣,等.控股股东法律规制比较研究[M].北京:法律出版社,2006:251.

^②朱大明,行冈睦彦.控制股东滥用影响力的法律规制——以中日公司法的比较为视角[J].清华法学,2019(2):68-86.

该人根据成文法则授予的职能发出的指示、指引、指导或建议行事；(c)根据此人以官方部长身份提供的指导或建议(根据1975年《官方部长法》的含义)行事。(3)就以下目的而言,法人团体不得仅因为子公司的董事习惯于按照其指示或指令行事而被视为子公司的影子董事——第2章(董事的一般职责),第4章(需要成员批准的交易),或第6章(与兼任董事的唯一成员签订的合同)。”该条扩大了影子董事的豁免范围,避免了政府在接管公司或者因政策调整、公共利益等原因而对公司下达指示或指令时被判定为影子董事的风险。

根据成文法的定义,结合判例法,可以将影子董事承担董事的义务和责任的构成要件归纳为:(1)公司有选任的董事;(2)影子董事指示选任董事从事公司行为;(3)公司董事接受了指令;(4)公司董事习惯于接受影子董事的指令。影子董事承担法律责任必须以公司的全部董事或多数董事习惯于根据其指令行事为前提条件。换言之,双控人偶尔或一次性地指示董事履行职务的行为,并不足以使双控人承担董事的义务和责任。由此看来,双控人承担董事的义务和责任的条件有着比较严格的限制,其要求公司全部或多数董事根据影子董事的指示行事,成为公司运行的一种习惯。影子董事制度设计的宗旨在于将双控人认定为影子董事,目的是让指示“名义董事”的双控人承担与公司董事相同的责任,从而在尊重公司独立性的前提下将董事对公司的法定责任引申到对双控人的行为约束^①。由此,公司立法虽然没有要求双控人直接对公司承担信义义务和责任,但是通过确立影子董事制度,能够间接地使双控人对公司承担信义义务和责任,巧妙地将董事对公司的信义义务和责任拓展适用于双控人。

2. 指示业务执行者

1998年韩国《商法典》增订第401条之2(业务执行指示人等的责任)规定:“下列各号中的有关人员,应其所指示或者执行的业务,适用第399条、第401条及第403条时,视为董事:(1)用其对公司的影响力指示董事执行业务者;(2)以董事名义直接执行业务者;(3)为非董事而使用名誉会长、会长、社长、副社长、专务董事、常务董事、董事及其他可认定为有权执行公司业务的名义执行公司业务者。在第1款之情形下,应对公司或者第三者承担损害赔偿责任的董事,与第1款中规定的人员一起承担连带赔偿责任。”该条创设“非董事直接或间接干预业务执行者责任”。指示业务执行者的构成要件为:(1)有影响力来指示公司业务执行;(2)发出了业务执行的指示;(3)董事服从该指示,且此种服从属于董事责任的懈怠。在司法实践中,要将某人认定为指示人必须同时具备客观要件与主观要件。客观要件为“具有影响力”,具体要求:第一,指示人对公司整体或董事会的大多数董事具有影响力;第二,影响力表现为通常的、惯例性的指示,而非一次性指示;第三,不包括公司聘请的业务专家对董事的影响力。主观要件为利用影响力对董事下达业务执行指示,该指示除了直接指示,还包括间接、迂回、默示性指示,强制性劝说也应视为指示。对指示的认定不以指示人有过错为要件,最终应以董事接受指示懈怠于公司业务而致使损害发生的结果予以判断^②。

韩国的业务执行指示人等的责任条款与英国的影子董事的规定有异曲同工之规制效果,即在不直接强加双控人信义义务的前提下,以“指示业务执行者”为中介,将向董事指示业务的双控人视为董事,让其与董事对公司或第三人承担连带责任。所不同的是,韩国《商法典》增订的第401条之2还规定双控人以董事名义直接执行业务者也必须承担董事的信义义务和责任,似乎适用范围大于影子董事。

3. 事实董事

日本、法国则将介入公司经营管理活动的控制者视为“事实董事”,要求其承担董事应负的义务和责任。日本《公司法》并未对事实董事制度作出明文规定,而是通过判例确立的。日本法院认为,

^①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.

^②雷兴虎,王建文,郑佳宁,等.关于完善公司控股股东、高级管理人员的信义义务规范问题的讨论[J].民主与法制,2022(26):47-51.

虽然董事未在登记簿上进行登记,但对外和对内均有权决定重要事项的实际经营者,根据类推适用日本《商法典》第266条之3的规定,与董事承担同等的责任。换言之,事实董事是指虽然没有被选聘为公司的董事却能够作为公司的经营者积极地参与公司经营,因而被法官视为董事,使其如同公司选聘的董事一样,对不正当地使用影响力所造成的公司损失应承担相应的赔偿责任。我国台湾地区“公司法”则进一步将事实董事成文化,其第八条第三款明确规定:“公司之非董事,而实质上执行董事业务或实质控制公司之人事、财务或业务经营而实质指挥董事执行业务者,与本法董事同负民事、刑事及行政罚之责任。”这里强调的是非董事实质执行业务,包括以双控人的身份或以董事的名义执行公司业务,或实质控制公司的人、财、物和业务经营而在幕后指示董事执行业务,凡实施此两种行为者必须与董事一样承担相同的法律责任。

英美法系中的事实董事的概念相对于韩国《商法典》中的指示业务执行者和我国台湾地区“公司法”规定的事实董事的概念,在外延上较小。英国公司法上的事实董事是指未经过公司选举和任命为董事,但其公开的行为或行为外观上显示他就是经有效任命的董事,并事实上在公司中行使董事职权的人。例如,虽然某人未经正式任命为董事,但他经常参加董事会议并积极参与公司的决策。对于事实董事,英国公司法有两种判定标准:第一,相同地位标准(equal footing test),事实董事需在董事会中与正式董事具有相同的地位,能够参与董事会事务的决策和执行;第二,认定标准(holding out test),即公司内部将其认定为董事。在Secretary of state for Trade & Industry v Elms一案中,法官对上述标准进行了进一步的细化,并增加了如下标准:被告行使了仅能由公司董事行使的职权、对外声称其具有公司董事的身份、曾参加过公司重大决策等。凡符合上述标准者,被告即被认为是事实董事,承担与正式董事相同的责任。美国特拉华州《公司法》规定,一个人尽管未经合法的程序被选任,或其选任程序事后发现瑕疵,或曾是董事但后来被免职,只要他的行为表现出是以董事身份在活动,就可被视为事实董事。由此可见,就本质而言,英美法系中的事实董事更确切地应当称之为“表见董事”。

(二)控股股东、实际控制人间接规制范式的理论依据

对双控人间接规制范式的理论依据存在多种解释路径。第一,双控人间接规制范式是法律实质主义的立法体现,法律不再一味地注重双控人法律形式上的身份、地位及应然的权利和义务,而是重点关注其实然层面的实际行为,既然双控人对董事的职责越俎代庖,那么,就应当承担董事的义务和责任。易言之,“任何个人或团体,只有在事实上已经行使经营者的权力,即使他们不具有经营者的名分,也必须受到那些加在经营者身上的行为规范的约束”^①。第二,将双控人视为董事,使其与董事一样受到同样的法律约束,承担相同的法律责任,体现了法律拟制技术的运用^②。对双控人立于董事地位亲自执行公司业务或指示董事执行公司业务的行为,应与董事执行公司业务同等对待,产生同样的法律效果,则属于法律的类比推理。第三,根据控制理论,控制者对受控制者负有管理和监督的义务,并应对受控制者的行为承担法律责任。第四,以共同侵权理论解析,双控人指示董事业务直接损害公司利益,并间接影响其他股东和公司债权的利益,完全符合《中华人民共和国民法典》第一千一百六十九条“教唆他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任”的规定。同时,也具备复数行为、损害结果、共同过错和因果关系,这些是共同侵权的构成要件^③,因此,双控人应当与董事对利益受损失者承担连带赔偿责任。

(三)控股股东、实际控制人间接规制范式的可适用性分析

相对于直接规制,间接规制不以双控人一般意义上的滥用权利(权力)的行为作为宽泛的规制对象,而是锁定双控人一项特定滥用权利(权力)的方式(如亲自执行公司业务,或指示董事或经营者执

①伯利,米恩斯.现代公司与私有财产[M].甘华鸣,罗锐韧,蔡如海,译.北京:商务印书馆,2005:245.

②黄茂荣.法学方法与现代民法[M].北京:中国政法大学出版社,2001:167.

③邹海林,朱广新.民法典评注:侵权责任编[M].北京:中国法制出版社,2020:49-57.

行业务)进行具体规制,具有更强的可操作性。因此,间接规制适用范围比直接规制适用范围小。然而,当双控人亲自执行公司业务损害公司、股东或公司债权人利益时,由于双控人并非公司董事和经营者,其业务执行具有一定的隐蔽性,公司处于受控制状态难以行使诉权,小股东和公司债权人置身公司营运之外,举证责任均有难度。在双控人指示董事或经营者执行业务的情形下,表现为双控人→董事(或经营者)→公司→股东或公司债权人。法律链条较长、环节较多,既要证明指示行为的存在,又要证明董事接受指示并执行业务损害了公司、股东或公司债权人的利益,以及复杂的因果关系,举证责任同样繁重且难度较大。因此,必须有减轻原告诉讼成本的制度安排加以辅助,才能发挥间接规制对双控人的管制功能。

三、从间接规制到折中规制:我国控股股东、实际控制人规制范式的转变

双控人规制范式的转变意味着规制方式的优化和规范内容的健全,尤其是涉及对双控人监管及放权宽严程度的调整,以及对公司、其他股东和公司利益相关者保护力度的改变。

(一)我国控股股东、实际控制人规制范式的变迁

自2005年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)修订以来,我国开始采用直接规制的方式对控股股东滥用权利以及利用关联关系损害公司利益的行为进行明确的规定^①。有学者认为,我国早在2005年修订的《公司法》第二十条中就引入了控股股东信义义务^②。另有学者认为,控股股东凭借表决权优势而拥有公司控制权,可能实施侵害公司、其他股东的行为,应施以信义义务加以约束。然而,我国《公司法》第二十条只是隐含了股东信义义务但并未对其予以明文规定,因此,在《公司法》修订中,应认真考虑如何明确规定控股股东的信义义务^③。还有学者主张,控股股东因控制公司的地位而与从属公司及其少数股东、债权人存在事实上的信义关系,因此,应比普通股东承担更高、更多的义务^④,将信义义务扩张适用于控股股东^⑤,从而借助控股股东对公司、其他股东的信义义务实现二者之间的利益平衡^⑥。然而,也有学者认为,作为一个成文法系国家,在缺失法律规定的前提之下,没有任何依据可以认为在我国的法律上存在控制股东信义义务,同时强调在事实上,我国《公司法》第二十条第一款与第二款规定的具体内容与美国公司法中控制股东信义义务的基本内容大略相同。据此,只需采用法律解释手段对该条款提供理论支撑,无须在《公司法》中引入控制股东信义义务,就足以有效规制控制股东^⑦。

2005年修订的《公司法》第二百一十七条第二、第三项界定了控股股东、实际控制人的内涵和认定标准,明确规定了控股股东、实际控制人与其直接或者间接控制的企业之间的关系,属于关联关系。第二十一条规定公司的控股股东、实际控制人不得利用其关联关系损害公司利益,违反该规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。第十六条第二、第三款规定,公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加对该担保事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。笔者认为,上述规定开启了我国《公司法》对双控人的直接规制范式。虽然在我国公司法学界,公司立法关于双控人滥用控制权损害公司、其他股东利益应承担赔偿责任,是否应当以双控人承担

①朱大明,行冈睦彦.控制股东滥用影响力的法律规制——以中日公司法的比较为视角[J].清华法学,2019(2):68-86.

②朱慈蕴.论中国公司法本土化与国际化的融合——改革开放以来的历史沿革、最新发展与未来走向[J].东方法学,2020(2):91-102.

③王建文.论我国构建控制股东信义义务的依据与路径[J].比较法研究,2020(1):93-105.

④习龙生.控制股东的义务和责任研究[M].北京:法律出版社,2006:94.

⑤朱慈蕴.资本多数决原则与控制股东的诚信义务[J].法学研究,2004(4):104-116.

⑥冯果,艾传涛.控制股东诚信义务及民事责任制度研究[C]//王保树.商事法论集:第6卷.北京:法律出版社,2002:65.

⑦朱大明.美国公司法视角下控制股东信义义务的本义与移植的可行性[J].比较法研究,2017(5):45-58.

信义务为前提,其性质属于违反信义义务的责任还是一般的侵权责任抑或是其他性质的责任,尚存在分歧,但关于现行《公司法》对双控人规制的范式属于直接规制却不存在任何异议。

2022年12月30日,我国公布的《公司法(修订草案二次审议稿)》第一百九十一条规定:“公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的,与该董事、高级管理人员承担连带责任。”^①2023年9月1日,我国公布的《公司法(修订草案三次审议稿)》第一百八十条第三款规定,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,适用董事对公司负有忠实义务和勤勉义务的规定。在2023年12月29日新修订通过的《公司法》中,以上对双控人的间接规制条款分列为第一百八十条第三款和第一百九十二条,仍沿用草案的规定未作任何修改,标志着我国公司法规范除了对双控人的直接规制,还增设了对双控人的间接规制。从此,我国公司法对双控人的规范体系变为直接规制与间接规兼而有之的折中规制范式。在双控人实际执行公司事务这一特定场合,公司立法将要求双控人像董事一样对公司负有信义义务,并承担相应的法律责任。

(二)我国由单一的直接规制转向折中规制的必要性

在大多数国家的大型公司,基本的代理问题不是外部投资者与管理者之间的冲突,而是外部投资者与几乎完全控制管理者的控制股东之间的冲突^②。这种现象在我国尤其突出,“一股独大”、股权高度集中成为大部分公司的普遍形态,这致使我国资本市场存在大股东侵占公司资产、财务造假等易发、多发的突出问题^③。公司股权高度集中的结构形态决定了我国公司治理结构必定是以控股股东、实际控制人为中心的治理模式。因此,双控人的规制规范在我国公司法体系中具有十分重要的地位和作用,这些规范是否健全、功效如何,代表着我国公司治理的水平和质量。对双控人规制范式采用直接规制与间接规制双管齐下,协同互助,综合调整,是我国公司良性运行的客观需要。

目前,我国《公司法》规制手段单一,规制效果不彰。2023年11月14日,笔者登录“北大法宝”网站以“股东滥用权利”为关键词进行检索,只找到4起案件;以“控股股东关联交易”为关键词进行检索,也只找到3起案件;以“股东滥用有限责任”“股东滥用法人地位”为关键词分别检索,共找到113起案件。这说明在直接规制范式之下,对双控人滥用控制权损害公司或股东利益的规定很少被公司或股东作为权利救济的途径。其中的原因可能是,禁止股东滥用权利和禁止不公平关联交易的规范,规定过于抽象和笼统,且没有明确赋予股东相应的请求权,而被控制的公司往往无法主张诉权,难以发挥保护公司和小股东利益的作用。相对而言,公司债权人利用公司人格否认的规定保护债权实现的案件较多,则是因为其规范的内容比较具体,具有可操作性,诉权行使不受羁绊。此外,公司立法要改变对双控人规制手段单一以及对公司、其他股东和公司利益相关者保护效果不佳的局面,就应当为受双控人滥用支配力而产生负面影响的利害关系人提供更多的救济手段,因而有必要增加对双控人的间接规制。

控股股东除了利用资本多数决控制、影响公司的重大决策,主要是在幕后通过操纵董事或经营者以实现对公司经营活动的干预或影响。最常见的双控人控制公司的手段是在公司中任命代表自己利益的名义董事,甚至可以毫不夸张地说,几乎每位名义董事的身后都伫立着一个或多个幕后指挥的实际控制者^④。双控人通常借助董事等公司经营者实施对公司控制或支配,据中国证监会统计,2016—2018年期间,有11.76%的案件存在双控人指使违法的情形^⑤。有学者认为,作为一种间接规制,扩大董事行为规范的适用范围对于阻止双控人滥用影响力的行为更为直接且更为有效。因此,在直接规制方式之外,构建以董事会为中心的责任制度,对完善我国双控人法律规范、优化公司治理

^①该条在《公司法(修订草案三次审议稿)》中条文序号调整为第一百九十二条,规定内容保持不变。

^②CLARKE D C. The independent director in Chinese corporate governance[J]. Journal of financial crime, 2006(31): 125-216.

^③见中国证监会《关于〈上市公司独立董事管理办法(征求意见稿)〉的说明》的“起草背景”。

^④汤欣,等. 控股股东法律规制比较研究[M]. 北京:法律出版社,2006:98.

^⑤侯捷宁. 证监会:严惩五类信息披露违法行为 巩固好实体经济“基本盘”[N]. 证券日报,2019-06-06(A2).

结构极为必要,具有非常重要的现实意义^①。进而言之,如果上市公司的董事责任无法真正落实,实际控制人操纵公司经营弊端就难以根除,所有绕开董事责任而寻求的他方主体责任只是“治标不治本”的短期应对之道。反之,强化董事责任并以董事责任为中心的间接规制,能够将约束力较弱的控股股东信义义务转换为约束力更强的董事信义义务^②。

(三)我国选择双控人折中规制范式的内部调和及功能预测

我国对双控人采取折中规制范式致使直接规范与间接规范并存,因此,应当认清两种规范的差异,做好二者的调和与功能协同优化,发挥整合效应。

直接规范与间接规范存在许多差异。第一,理论基础不同。直接规制以双控人对公司、其他股东负有信义义务为理论基础,双控人在特定场景下违反了应对公司或股东所负的信义义务致其利益受损时,应承担赔偿责任。新修订通过的《公司法》第二十一条(禁止滥用股东权利损害公司或其他股东利益)、第二十二条(禁止双控人利用关联交易损害公司利益)、第二十三条(公司人格否认)并不含有信义义务的字眼。笔者认为,即使这些规范中没有明文规定信义义务,但是,针对具体案件在判决的说理论证中,如果不对双控人的信义义务加以阐释,将难以充分证明双控人实施了滥用权利的行为,只能倒向损害结果责任论,这样的判决难以令人信服。间接规范的理论基础则主要是控制论和类比推理,即双控人既然行董事之事就应负董事之义务和责任。对此,新修订通过的《公司法》第一百八十条第三款明确规定,双控人实际执行公司事务应负董事对公司的忠实义务和勤勉义务。第二,规范的性质、适用范围和保护对象不同。直接规范既有抽象的一般条款也有较具体的特别规范,新修订通过的《公司法》第二十一条属于一般性条款,其他直接规定均为针对特定事项、特定行为的特别规范;间接规范则属于针对特定行为的特别规范。正因如此,直接规定适用范围大,除了通过关联交易和公司人格否认制约双控人的行为,新修订通过的《公司法》第二十一条作为一般性条款将控股股东滥用股东权利损害公司或其他股东的行为囊括无遗;间接规定则仅适用于双控人干预经营者业务执行的行为。直接规范作为规范群,不仅保护公司和股东的利益(第二十一条、第二十二条),也保护公司债权人的利益(第二十三条),但间接规范只保护公司或股东的利益。

直接规制与间接规制的内部协调可通过二者之间隐含两种关系来实现。一方面,直接规制中的一般条款(第二十一条)与间接规制条款(第一百八十条第三款、第一百九十二条)是一般与特殊的关系。凡是双控人通过干预经营者损害公司或其他股东利益的,应当优先适用间接规制条款;控股股东采用其他滥用股东权利的行为损害公司或其他股东利益的,则由一般条款兜底补充适用。另一方面,第二十二条与第一百八十条第三款、第一百九十二条之间构成配套关系,具有互相解释和印证的功能。当双控人操纵或指示董事、高级管理人员从事关联交易时,更加易于举证,也有助于判断和认定关联交易的决策程序是否正当、合法。此外,第一百八十条第三款、第一百九十二条对适用第二十三条认定双控人是否滥用公司法人独立地位和有限责任严重损害公司债权人利益,也有重要的参考价值。

在公司立法中对双控人予以明确的直接规制,具有更强的透明性与可预测性,有利于规范双控人的行为,促进公司实现良好的治理。间接规制则使追究双控人责任的构成要件具体化、明晰化,更有利于规范双控人对公司的常态控制行为。直接规制与间接规制相结合,一般条款与特殊条款相配套,使公司法对双控人的单一调整转变为综合治理。直接规制与间接规制相辅相成,同频共振,协同调整,将产生1+1>2的效果,从而使双控人的规制日臻完善。

四、我国控股股东、实际控制人规范体系的评析

在我国,双控人与中小股东、公众投资者之间的利益冲突是公司治理的主要矛盾。我国公司治

^①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.

^②郑彧.上市公司实际控制人法律责任的反思与构建[J].法学研究,2021(2):95-106.

理制度安排的重心不是调整中小股东与公司经营者之间的代理关系以消除“内部人控制”，而是防范双控人滥用权力干预公司的经理管理活动和扭曲公司的治理机制，保护公司、其他股东和公司利益相关者的合法权益。毋庸置疑，控制股东滥用股东权利是我国公司法规制的核心内容。立法的目标是以控股股东的治理为核心，建构科学、合理、系统的法律规则^①。

（一）我国控股股东、实际控制人规范体系的形成与构造

2005年我国《公司法》修改时首次第十六条、第二十一条和二百一十七条增设双控人的专门规定。2021年12月公布的《公司法（修订草案一次审议稿）》第一百九十一条增设双控人指示董事或经营者执行业务条款；2022年12月底公布的《公司法（修订草案二次审议稿）》第一百九十一条未作修改而沿用；2023年9月公布的《公司法（修订草案三次审议稿）》将条文序号调整为第一百九十二条内容表述继续沿用，另增加第一百八十条第三款规定双控人直接执行公司事务应负董事的信义义务。2023年12月29日，新修订通过的《公司法》关于双控人间接规制的条款仍为第一百八十条第三款和第一百九十二条，内容表述继续沿用草案的规定。至此，我国公司法关于双控人的规范体系初步形成。然而，公司法中双控人的规范体系并非单靠专门规定，公司法中一些规定虽未使用控股股东、实际控制人的词语，但主要适用于双控人的规定也是其规范体系必要的组成部分。下文将以新修订通过的《公司法》为蓝本，勾画和呈现双控人规范的结构体系。

1. 控股股东、实际控制人的直接规范

（1）界定控股股东、实际控制人、关联关系的规范。新修订通过的《公司法》第二百六十五条第二项、第三项、第四项明确了双控人、关联关系的含义与范围。

（2）公司法人独立和股东有限责任，禁止双控人妨碍公司独立性的规范。新修订通过的《公司法》第三条（公司人格独立原则），第四条（股东有限责任原则），要求双控人与公司实行人员、资产、财务分开，各自独立承担责任和风险。

（3）禁止双控人滥用控制权的规范。第一，禁止双控人滥用控股权损害公司或其他股东利益的规范（第二十一条）。该规范主要适用对象就是控股股东。因为资本多数决的逻辑往往是，多数权利意味着全部权利，少数权利意味着没有权利。表决的最终结果总是对多数股东意志的全部肯定，对少数股东意志的彻底否定^②。控股股东基于资本多数决自上而下地配置权力，首先通过多数表决权控制股东会的决策，进而间接控制董事会、监事会直至经理。如果控股股东滥用表决权作出不利于公司或对其他股东具有歧视性的决议，公司或其他股东有权要求法院宣布该项决议无效，从而阻止该决议的执行。第二，禁止双控人利用关联关系损害公司利益的规范。既有禁止双控人与公司进行有失公允的关联交易的一般规范（第二十二条），也有关联担保的特殊规则（第十五条第二、三款）。关联交易是双控人滥用控制权的一种特殊形式，其是双控人向自己或向其控制的第三方输送利益、掏空公司的工具。这方面的管制规则创始于2005年修订的《公司法》，本次《公司法》修订的各草案稿，均加以继受和沿用。第三，公司人格否认规范。新修订通过的《公司法》第二十三条规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”该条由现行《公司法》第二十条修改而得，在拟定《公司法（修订草案二次审议稿）》时将原《公司法》第二十条第一款第一分句及二款从本条中剥离，单独作为第二十一条（禁止滥用股东权利损害公司或其他股东利益），保留二十条第一款第二分句与第三款的规定，合并修改为：“公司股东不得滥用公司法人独立地位和有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人的利益，应当

^①赵旭东.公司治理中的控股股东及其法律规制[J].法学研究,2020(4):92-108.

^②赵旭东.公司治理中的控股股东及其法律规制[J].法学研究,2020(4):92-108.

对公司债务承担连带责任。”此外,将现行《公司法》第六十三条对一人有限责任公司的人格否认所作的特别规定并入该条作为第三款。新修订通过的《公司法》保持了这种科学合理的安排,即将现行《公司法》第二十条股东滥用权利“损害公司或者其他股东利益”与“损害债权人利益”的情形一分为二,前者作为第二十一条,后者作为第二十三条,对现行《公司法》第二十一条不作修改,将序号调整为第二十二条的修改方式,使第二十一条与第二十二条构成一般规定与特别规定的关系,第二十一条与第二十三条则构成并列关系。这使禁止双控人滥用权利的规范群在逻辑结构层次上变得清晰可见。

2. 控股股东、实际控制人的间接规范

新修订通过的《公司法》创设第一百八十条第三款规定:“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,适用前两款规定。”这意味如果双控人直接执行公司事务便成为事实上的董事,理应与前两款关于董事对公司负有忠实和勤勉义务同等对待,违反该义务损害公司利益者应与董事承担相同的赔偿责任。新修订通过的《公司法》第一百九十二条规定:“公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的,与该董事、高级管理人员承担连带责任。”从该条规定双控人指示“董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为”将导致“与该董事、高级管理人员承担连带责任”中可知,双控人承担连带责任是以接受指示的董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为,应当对公司或股东承担赔偿责任为前提的。董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为必然违背了其应对公司所负的忠实和勤勉义务。双控人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的,须与该董事、高级管理人员承担连带责任,意味着间接地将董事的信义义务和责任用于约束双控人。由此可见,该条借鉴了英国的影子董事制度,所不同的是,新修订通过的《公司法》第一百九十二条的适用范围除了双控制人指示董事业务,还包括指示董事滥用表决权作出损害公司或者股东利益的决议行为,但是该条不要求对第三者承担损害赔偿赔偿责任,保护对象的范围小于英国的影子董事与韩国的业务执行指示人责任的规定。此外,韩国《商法典》增订的第401条之2(业务执行指示人等的责任)、我国台湾地区“公司法”第八条第三款均采用的是将双控人直接执行公司业务和指示董事或经营者执行公司业务规定于同一条款的体例,英国判例法将非董事直接执行公司事务作为事实董事(表见董事)与正式董事承担相同的责任,而我国新修订通过的《公司法》则采取了将二者分别规定于不同的条款的体例。

(二)我国控股股东、实际控制人规范体系的评析

从理论层面而论,我国公司立法囿于公司法人独立理论和股东与公司分离原则,要求双控人与公司保持适当的距离,防止其滥用权利,越权干预公司的经营管理事务,从而致使公司丧失独立地位和法人人格。证券立法虽然极力维护双控人稳定上市公司经营和预期的功能,但为了上市公司独立运营的价值,仍然采取各种严厉的手段禁止其介入上市公司的经营管理活动。这种法律规制模式致使双控人既不是法定的公司治理主体,也未被分配任何法定的公司治理权,甚至在公司法中相关的法条文字对其都显得异常“吝啬”。由于只对双控人施加义务和责任却不承认其对公司的控制权力,致使公司治理的法定主体与实际主体严重脱节,成为我国现行公司治理制度的重大缺陷^①。一言以蔽之,就双控人法律规范的性质或类型而言,皆属于禁止与限制性规范、义务性规范和消极规范。

1993年,我国《公司法》初创时就确立董事的忠实义务;2005年,《公司法》修订时又增加了董事勤勉义务。但是,在现行《公司法》、此次《公司法》修订公布的3个草案以及新修订通过的《公司法》中,均未明文规定双控人的信义义务。有学者认为,我国可以通过现行法关于股东滥用权利损害公司或者其他股东、债权人的利益应当承担赔偿责任的规定,能有效地解决问题,若在成文法中引入美国式的控制股东信义义务,这无异于画蛇添足,没有任何的必要^②。笔者赞同对双控人进行直接规制应

^①赵旭东.公司治理中的控股股东及其法律规制[J].法学研究,2020(4):92-108.

^②朱大明.美国公司法视角下控制股东信义义务的本义与移植的可行性[J].比较法研究,2017(5):45-58.

以其负有信义义务为基础,并要求其对违反该义务损害公司、中小股东和其他利益相关者的行为承担法律责任。将董事信义义务延伸到双控人并不缺乏立法和实践基础。深圳证券交易所《中小企业板上市公司控股股东、实际控制人行为指引》第五条中明确规定,“控股股东、实际控制人对上市公司和中小股东承担忠实勤勉义务”。退一步而言,即使在公司立法中不明文规定在特定场景双控人对公司、小股东或公司利益相关者负有信义义务,但是在法律适用中也有必要对双控人滥用支配力侵害公司、其他股东及公司债权人利益的行为,借助于信义义务进行充分的说理论证,从而判决双控人对利益受损者是否应承担赔偿责任,才能令人信服。

现行《公司法》关于双控人滥用权利的条文规定十分简单和笼统。尽管本次《公司法》修订对原有规定进行了改进和完善,并增加了关联公司人格否认,双控人直接执行公司事务或通过指示董事或经营者间接执行公司事务,损害公司或其他股东利益的规定,但是整个规范群中具体条文仍然显得抽象,缺乏具体的构成要件,且操作性不强。这种立法现状在司法实践表现为,公司起诉双控人滥用权利或利用关联关系损害公司利益的案件十分少见。究其原因,主要在于公司董事和高级管理人员在双控人的支配之下,很难主张诉权;没有明确赋予股东诉讼请求权,并减轻其举证责任。

(三)我国控股股东、实际控制人规范体系改进的方向

1. 细化禁止双控人滥用权利(权力)的规范,落实其赔偿责任

法律的生命在于适用具体案件,公正地解决纠纷。对双控人滥用权利(权力)行为的约束以及对公司、股东和公司债权人利益的保护,仅有抽象和宣示性的法律规定,而没有裁判规则在司法审判中的适用和落实,这样的法律规定只能是徒有空文。因此,为了强化禁止双控人滥用权利规范的可操作性,笔者认为新修订通过的《公司法》将来可进一步完善,其第二十一条应当规定股东滥用权利须以违反信义义务为前提,并且规定股东滥用权利损害公司、其他股东利益的,应当承担赔偿责任,是与一般侵权责任不同的法定责任,其归责原则应为过错推定原则。就第二十二条而言,应当补充规定双控人参与公司关联交易的信息披露、决策程序、是否公平的判断标准和救济途径。针对第二十三条应当运用列举的立法技术,对控股股东滥用公司法人独立地位和有限责任的典型表现进行类型化列示,增加其可适用性和实效性。第一百八十条第三款和第一百九十二条应当扩大适用于保护公司债权人的利益,即公司的双控人直接执行公司事务或指示董事、高级管理人员执行公司事务损害公司债权人利益的,应与该董事、高级管理人员一起对公司债权人承担连带责任。

2. 未来的公司法应增加双控人的积极规范,承认其依法享有公司控制权

根据公司法人格独立理论及对双控人监管的需要,我国公司立法关于双控人现有的规范体系皆为消极规范,其目的是防止控股股东滥用表决权作出不利于公司且有损小股东的决议,并禁止其参与公司经营管理活动,以维护公司的独立性。公司立法只看到了双控人控制公司的负面行为,要么限制和约束其控制行为,要么对不当控制行为予以纠正和责任追究,却从未对其积极的行为予以肯定,亦从未积极地引导其如何正当行使控制权^①。公司法不承认双控人对公司支配地位和享有经营管理权,竭力要求其在人、财、物和业务等方面与公司保持分离,追求对公司“无为而治”的理想状态,这显然与公司运行的实际状况严重不符或脱节。大股东控制公司属于正常现象,它是资本多数决决定的,也是决策效力的体现^②。在现实社会中,双控人往往积极作为,不但对公司的决策而且对公司的业务执行均具有支配的权力和实质性影响。

公司的双控人具有二重性,一方面,其与公司、其他股东和公司利益相关者相对立;另一方面,促进投资者合作和共同发展,创立和成就公司的事业。双控人对公司的控制通常是为了实现企业家的愿景,而不是出于损害公司和其他股东的利益;小股东对公司的投资往往是基于信赖双控人的声誉、

^①汤欣,等.控股股东法律规制比较研究[M].北京:法律出版社,2006:244.

^②徐方亮.公司违法分配责任机理与规则完善——基于公司法和民法双重视角的分析[J].当代法学,2023(5):112-123.

信用能为公司创造附加价值。大股东有初步的信用和能力吸引别人参加由他安排的共同投资活动,并使中小股东通过投资契约的安排,事实上承认大股东对公司的控制^①。如果一个公司拥有资金实力较强的控股股东,该公司估值就会越高,特别是在投资者保护相对比较薄弱的国家更是如此^②。双控人同样有能力监督董事和经营管理者依据法律、公司章程从事经营活动,确保公司稳定经营,提高经营业绩,改善公司治理,修正经营偏差。相关实证研究表明,大股东持股比例上升时,更有动力监督管理层,同时大股东掏空公司的动机下降,未来股价崩盘风险显著降低^③。控股股东关系联盟具有积极的治理作用,能够显著提高企业实质性创新^④。故而,在不损害公司、股东和公司债权人利益的前提下,承认双控人具有控制公司的权力^⑤,具有正当性,有利于优化公司治理机制,促进公司良性发展。

3. 未来公司法应确立双控人在公司治理中的主体地位,维护其控制权,奠定弘扬企业家精神的基础

企业家不仅是公司的缔造者,而且是公司愿景的规划者。双控人是其身份或角色在公司组建和运行中的担当者。股权集中型公司的治理事实上是双控人为中心的治理结构,我国公司立法应正视公司运行的现实,确立双控人在公司治理中的主体地位和控制公司的权力。在对从属公司作出补偿性安排以及不损害从属于公司少数股东和债权人利益的前提下,确认和维护控股公司对公司集团拥有统一的管理权或指示权,是公司集团存在和发展的基础。“控制权允许企业家通过以自认合适的方式追求自己确信的特质愿景,以便实施能产生高于市场水平回报的商业战略。企业家珍视控制权,是因为控制权能够保护企业家,使其愿景和能力免受投资者的事中质疑及反对。”^⑥因此,以双控人的身份参与公司战略制定和公司治理的企业家,必须拥有控制权或实质影响力,才能推动公司的资本运营和生产经营活动。否则,即使企业家为企业规划了蓝图,也只能沦为空想。

我国新修订通过的《公司法》已经将“完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神”作为公司法新增的立法宗旨。然而,什么是公司法弘扬的企业家精神,公司法如何弘扬企业家精神?无论是此次《公司法》修订草案二次审议稿、三次审议稿、四次审议稿,还是最终修订通过的《公司法》,似乎均未设置体现或蕴含弘扬企业家精神的具体条文。公司法可以促进公司的发展,也可以阻碍公司的发展;公司法可以促进企业家成长,培育企业家精神,也可以阻碍企业家成长,给企业家带来一定的挫折感。如前所述,我国公司立法关于双控人的规范体系的一个突出特征是,几乎所有的规范均属于禁止或限制其介入公司治理的消极性规定,势必阻碍或影响企业家的茁壮成长。因此,笔者强烈呼吁,在《公司法》的后续修订中必须设置承认双控人在公司治理中的地位和公司控制权的相关条文,只有规范企业双控人依法行使公司控制权,才能促进企业家的健康成长,实现弘扬企业家精神的立法宗旨。

也许有人认为,公司董事和高级管理人员的制度设计足以为企业家的成长和弘扬企业家精神提供制度支持,然而笔者认为,虽然有关董事和高级管理人员的制度是企业家制度体系的必要组成部分,但是它不是企业家的制度基础,也不足以支撑企业实现其特质愿景。因为就董事、高级管理人员与公司的法律关系性质而论,二者属于委托合同关系^⑦,董事、经理是公司的受托人,尤其是经理(包

①甘培忠.公司控制权的正当行使[M].北京:法律出版社,2006:39.

②LA PORTA R, LOPEZ-DE-SILANES F, SHLEIFER A, et al. Investor protection and corporate valuation[J]. The journal of finance, 2002(3): 1147-1170.

③王化成,曹丰,叶康涛.监督还是掏空:大股东持股比例与股价崩盘风险[J].管理世界,2015(2):45-57,187.

④杨松令,李雅馨,刘亭立.控股股东关系联盟与企业实质性创新——基于双重治理的中介作用[J].科技促进发展,2022(8): 974-983.

⑤美国《特拉华州普通公司法》允许封闭式公司可以经全体股东多数表决通过章程规定,由股东而不是由董事会经营公司,执行公司业务

的股东视为董事,并承担董事的全部责任。见宋永新.美国非公司企业法[M].北京:社会科学文献出版社,2000:192-194.

⑥戈申,哈姆达尼.公司控制权与特质愿景[C]//黄元红.证券法苑:十周年精粹(下).北京:法律出版社,2019:1231.

⑦见孙某某诉吉林麦达斯轻合金有限公司劳动争议案,案号:(2020)最高法民再50号。

括总经理)只是公司的高级雇员。公司有权随时无故解除董事和经理的职务,因为他们既不享有公司的控制权,也不拥有对公司财产的剩余索取权。由于董事、经理的法定任职期限不得超过3年,并且可能随时被公司无故解聘,势必助长董事、经理的短期行为。由此可知,这两种身份均难以成就企业家的雄心壮志,也难以激励其积极追求和实现企业的远景规划。在硅谷的公司创始人被自己缔造的公司抛弃的例子举不胜举,例如,1985年,苹果公司解雇创始人乔布斯;2008年,推特公司解雇联合创始人多西(Jack Dorsey)。所幸的是,他们最终都重新领导自己创办的公司走向辉煌。这些创业者的故事一再表明,企业家只有掌握公司的控制权,才能无限制地追求其特质愿景,换言之,企业家对企业拥有无争议、无期限的控制权,是实现企业愿景的最大保障。企业家拥有公司控制权的前提是掌握多数表决权,而企业家掌握多数表决权主要依赖两种制度途径:第一,“一股一票”制将现金流与控制权捆绑,按照资本多数决原则,企业家拥有的股份及其表决权必须达到绝对多数,才能控制公司;第二,双层股权结构,即公司发行表决权差异化股份,让公司的创始人持有多数表决权股,这种股权结构安排能使公司创始人在持有的股份虽然远未达到控股额时,但能通过其持有的股份享有超过普通股数倍的表决权,牢牢地控制公司,把握公司的发展方向。笔者主张公司法必须以承认双控人对公司拥有控制权和治理权为制度基础,并以股份表决权分配向其倾斜的制度安排予以辅助,鼓励董事、经理依法履行职责,注重公司的长远发展,才能奠定弘扬企业家精神的制度基础。

五、结 语

我国公司股权高度集中决定了公司的实际治理模式是以双控人为中心的公司治理模式,决定了规制双控人的规范在公司法体系中具有十分重要的作用。世界各国(地区)对双控人规制的范式主要有直接规制范式与间接规制范式两类。美国以判例法的形式采取直接规制范式,在特定场景中直接认定双控人对公司、股东或债权人负有信义义务,并据此要求违反信义义务的双控人对公司、股东或债权人承担赔偿责任。英国、日本、法国、韩国以及我国台湾地区则采用间接规制范式,凡非董事实际执行公司业务或指示董事执行公司业务者则被视为董事,与董事向公司或第三人承担赔偿责任。

2005年,我国《公司法》修订开启了对双控人进行直接规制的范式,相关规定要求滥用控制权损害公司或其他股东利益的双控人,对被损害者承担赔偿责任;《公司法(修订草案二次审议稿)》在修改完善对双控人直接规定的基础上,第一百九十一条引入双控人的间接规制范式,规定公司双控人指示董事、经营者从事损害公司或者股东利益的行为者,应与该董事、高级管理人员承担连带责任。《公司法(修订草案三次审议稿)》第一百八十条第三款规定,双控人直接执行公司业务应负董事对公司承担的信义义务。在新修订通过的《公司法》中这两个条款已经成为法律规范,标志着我国对双控人的规范体系已经转变为直接规制与间接规制兼而有之的折中规制范式。我国公司法对双控人的规制体系已经初步形成,呈现出直接规制与间接规制协调统一、一般规制与特别规制相呼应的有机系统。然而,该系统并未尽善尽美,主要缺陷是规范的表达大多过于抽象,可操作性不强;所有规范均为禁止或限制双控人介入公司治理和经营活动的消极规范。在过去的司法实践中,这种立法格局已经暴露其规范功能无法充分彰显的弊端;此外,新修订通过的《公司法》新增“完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神”的立法目的,因在公司法体系中缺乏具体规定的支撑,必定会在公司运行的实践中无法落实和难以最终实现。

根据我国公司治理和发展的实际需要,客观地审查和评价《公司法(修订草案三次审议稿)》建构的控股股东、实际控制人的规范体系,其不足之处仍然有较大改进空间。展望未来需要健全的方面和改进的措施主要有以下三点:第一,细化禁止双控人滥用权利的规范,落实其赔偿责任,提高规制的实用性和有效性;第二,公司法应增加双控人的积极规范,承认双控人依法享有公司控制权,规范、引导其依法行使权力,优化公司治理;第三,确立双控人在公司治理中的主体地位,维护其控制权,奠

定弘扬企业家精神的基础。只有依法赋予双控人参与公司治理的权力,同时严格防范其滥用控制权损害公司、股东和其他利益相关者的利益,将授权与监督结合起来,才能实现“完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神”的立法宗旨。

[责任编辑:刘 娴 周 青]

Research on Regulation Paradigms of Controlling Shareholder and Actual Controlling Party in the Company Law: The Reform and Improvement on Regulation Paradigms of Dual Controlling Parties in China's Company Law

Guo Fuqing (Northwest University of Political Science and Law, Xi'an 710063, China)

Abstract: The paradigms of regulating dual controlling parties in different countries mainly consist of direct regulation and indirect regulation. For direct regulation, the United States stipulates in the form of case law that the dual controlling parties should undertake fiduciary duty to the company, shareholders or creditors in the specific context, and the violators must be held liable for compensation. The indirect regulation paradigm represented by the United Kingdom and South Korea mandates the dual controlling parties to assume compensation liability for the company or the third party together with the company directors for the actions if the dual controlling parties actually participate in the company activities or instruct the company directors to perform such activities. As the ownership structure of Chinese companies are highly concentrated, their governance models tend to be “dual controlling parties-centered”, and the regulation of dual controlling parties appear to be very crucial. Article 21 was added in the Company Law of the People's Republic of China revised in 2005, and it mandated that the dual controlling parties shall not use their relationship to cause damage to the company's interests, starting the paradigm of direct regulation for the dual controlling parties. During the new revision of the company law in 2023, Article 192 stipulates that the dual controlling parties shall bear joint liability together with the company directors and senior managers if they give instructions on corporate affairs, which is an indirect regulation. As a result, an eclectic regulation paradigm and system is introduced. However, this system has its disadvantages such as being too abstract for many provisions, lack of applicability, and all the regulations being negative. The subsequent improvement on the regulation system for the dual controlling parties should be more specific in prohibiting the dual controlling parties from abusing their control rights and improving the applicability as well as the effectiveness of such regulations. In addition, positive regulations should be introduced to acknowledge the status of dual controlling parties in corporate governance and their power to control the company. They should also be regulated and guided to exercise their power according to law and improve the corporate governance. All these will help lay an institutional foundation for improving the modern corporate system with Chinese characteristics and promoting the entrepreneurial spirit.

Keywords: revision of China's Company Law; controlling shareholder; actual controlling party; direct regulation paradigm; indirect regulation paradigm; eclectic regulation paradigm; fiduciary duty