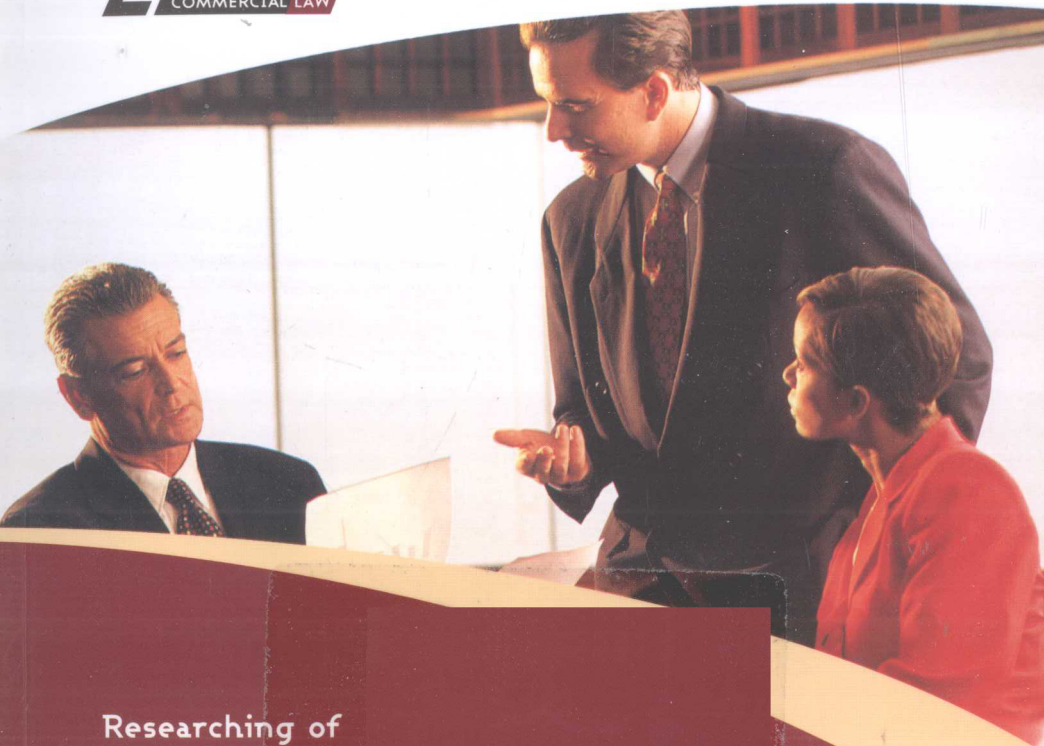




Researching of
the Controlling Shareholders' Fiduciary Duties
to the Corporation and other Shareholders

控制股东对公司和 股东的信义义务

王继远/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

Researching of
the Controlling Shareholders' Fiduciary Duties
to the Corporation and other Shareholders

控制股东对公司和 股东的信义义务



法律出版社

www.lawpress.com.cn



法律门
Access To

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

控制股东对公司和股东的信义义务 / 王继远著. —
北京: 法律出版社, 2010. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0694 - 9

I. ①控… II. ①王… III. ①上市公司—股东—权利
—研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 062142 号

控制股东对公司和股东的信义义务

王继远 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.125 字数 298 千

版本 2010 年 6 月第 1 版

印次 2010 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0694 - 9

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

在我国,“控制股东”的概念主要适用于学术领域,几乎所有的法律、法规和规章都采用了“控股股东”的概念,2006年新《公司法》也不例外。更有甚者,新《公司法》第148条只规定了公司董事、监事和高级管理人员对公司的义务而没有规定控制股东的义务。这也是近年来学术界兴起有关控制股东义务研究之缘起。然而,专门研究控制股东对公司和股东信义义务的著述并不多见。《控制股东对公司和股东信义义务》一书的出版正好填补这一学术研究空白。

著者以财产权为核心,以公司法律关系为视角,以历史研究的方法,探讨信义义务的内涵、起源与发展,以概念法学之原理分析了控制股东信义义务的立法依据;以比较法、实证研究的方法探索了外国法中控制股东在实务上之演变,控制股东信义义务保障机制、判断标准和类型化问题;以经济分析的方法探究了信义义务的存在基础。通过

多种研究试图找寻控制权的正当行使与股东权的合理配置的理论依据与制度模式,从而构建控制股东信义义务体系。其所探讨的问题既紧密联系实际又具有前瞻性,所提出的关于股东权与控制权的“新财产权”观念也不乏创新之勇气。该书是在其博士论文基础上修改而成,书中资料翔实、论证充分、体系完整、观点新颖。

王继远从本科、硕士到博士,先后在中南财经政法大学研习法律十年,在我指导下攻读民商法博士,此前他曾做过报社记者、政府公务员。他本人谦虚谨慎,勤奋好学,博学多思,长于思辨,敢于创新。在其书即将付梓之际,应其所邀,特作此序。

王继远
2010年3月26日

前 言

信义义务(fiduciary duty)这一术语源于英国衡平法,伴随着信托业在英国的诞生和发展,逐步被人们所接受和重视。它是指当事人之间基于信义关系而产生的义务。而信义关系是信义人有权选择如何履行其对受益人的义务的关系。后来在合伙、代理、公司等制度中,信义关系得到进一步的发展,成为日趋重要的法律领域。信义关系的核心是信任、不得为自己谋利,违反信义关系时平衡点向受损害方倾斜。^{〔1〕}“究竟什么是信义关系?在我看来,信义义务人之于托付人,就如信托受托人之于受益人,必须为自身的过失承担责任。”^{〔2〕}在英美衡平法

〔1〕 陈雪萍:《信托在商事领域发展的制度空间——角色转换和制度创新》,中国法制出版社2006年版,第49页。

〔2〕 Re West of England and South Wales District Bank, ex p Dale & Co. (1879) 11 Ch. D 772, 778.

院,很早就发现在信义关系构成要件中存在基于不平等关系而“预设的不当影响”(undue influence)。这种双方不平等地位有两种表现形式:法律上的(*de jure*)和事实上的(*de facto*),前者如受托人与受益人之间的关系,后者如一方当事人对另一方当事人之实际支配力。正因如此,面对因“信任”而生的信义关系,规范平等主体的契约法理论无法给予完全解释,而传统民法的其他领域也难以摄涵。特别是随着商业交易的增多,信义关系发展的瓶颈渐渐显现。是否信义关系只能存在于不平等的事实关系中,若双方主体处于平等地位,他们之间就一定不可能存在?在 Hospital Products LTD. 诉 United States Surgical Corporation 案件中,针对药品分销商利用和制造商的关系,从事与制造商利益冲突的交易,法官做出了绝然不同的结论。^[1]

信义义务究竟是源于契约还是法律强制,到底是一种合同义务还是非合同义务,约定义务还是法定义务?由于公司合同是不同于传统合同的不完备的关系合同,这一问题从传统的合同法中并不能完全找到答案,而只能内化为信义关系中的当事人可否通过协议改变信义义务,需要通过法经济学去分析。从信义关系与合同关系的相似性来考察,诚实、信用与信任是其共同拥有的核心价值,即“信用必须遵守”。^[2]但是,这种定义往往给人造成一种误解,以为信用与信任只是人们于道德上所负的一种义务,即“若云道德上之权利,则不过为对于他人履行其义务之一希望耳”。^[3]实际上信义义务最终还是不同于合同义务。尽管道德的内涵是构成信义义务的重要成分,但是道德行为既可以是利他

[1] Hospital Products LTD. V. United States Surgical Corporation(1984 - 5)156 CLR 41.

[2] *Black's Law Dictionary*, fifth Edition, West Publishing Co. 1979, p. 563.

[3] 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第18页。

的,也可能是自愿的。所谓“利他”,要求强调信义义务的道德性,要求受信人要具有内心的“善”,在行为上具有“德行”,诚信无欺;而“自愿”则要求受信人自觉、自发、自动减少人际关系的风险和不确定性,与对行为人因诱惑而背叛自己的恐惧。^[1]总而言之,信义义务的兴起,积极回应了当下社会的价值观:它并不回避人与人之间的冲突压抑,而是强调法律所能接受的协调与追求;它强调合作和共赢,最大化满足当事人需要的同时也保护了自由意志。^[2]

信义义务的产生以信义关系发生的事实与法律依据为基础。如根据信义关系发生的基础,可以分为法律上的信义关系(status-based fiduciary relationship)和事实上的信义关系(fact-based fiduciary relationship);根据信义关系中托付人或受益人的多寡所形成的法律规范可分为私人信义关系(private relationship)与公众信义关系(public relationship);根据信义义务人的专业程度又可分为一般信义关系(general relationship)与专业信义关系(professional relationship);根据信任关系的程度不同,又可分为“仰信型”信义关系(deferential fiduciary relationship)和“警惕型”信义关系(vigilant fiduciary relationship)等。^[3]不同的信义关系其所产生的信义义务背后适用的法律规则体系不同。

“信义义务”(fiduciary duty)如何进入公司法,对此,因各国历史发展不同而进入方式不同。以英美国家为例,信义规则进入美国公司法是通过某种“比喻”的方式,也就是说,法院将某一种关系定义为信义关系时,往往先指出该种关系与既存的信义关系

[1] 谢哲胜:《信托法总论》,元照出版公司2003年版,第75页。

[2] 陈介山:《董事之忠实义务——以企业并购法制为中心》,台湾中正大学法律研究所2004年博士论文,第27页。

[3] Robert Flannigan, The fiduciary Obligation, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 9, No. 3(1989).

之间存在相似之处,将前者“比喻”成后者加以规制。^{〔1〕}而英国法将公司董事定义为受托人是有历史传统的,往往是通过信托法、代理法的方式进入公司法之中。在公司法中,在股东与公司之间存在双向信义义务。对此,英美两国公司法的态度同样有很大不同,英国法态度明确,而美国法则相对暧昧。

作为一项衡平法上的制度,“诚信”是信义义务的核心价值。在公司法法典化的运动中,作为重要的转型国家,中国和其他大陆法系国家对于公司法上信义义务的法律移植,如同英美判例法对信义义务的内容和构成要素的解释一样,都欲以“诚信”为切入点,建构公司法信义义务体系,我国公司立法和学术界都在积极思考,采取行动,分析与解决问题。

〔1〕 Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 *Cal. L. Rev.* 795, 804 (1983).

目 录

前言 / 1

第一章 导论 / 1

第一节 控制股东信义义务的法律困境 / 1

一、“Berle-Means”命题与控制权的产生 / 1

二、公司法的挑战：公司立法向何处去？ / 3

三、控制股东信义义务立法之争议 / 7

第二节 控制股东信义义务的新课题 / 10

一、选题的目的和意义 / 10

二、文献综述与国内外的研究现状 / 12

第三节 基本概念和研究方法 / 14

一、基本概念 / 14

二、研究方法 / 15

第四节 本书的结构安排、创新之处和结论 / 17

一、本书的结构安排 / 17

二、本书的创新之处与结论 / 18

第二章 控制股东信义义务的基本理论

——一种历史分析方法 / 20

第一节 控制股东的法律界定 / 20

一、各国关于控制股东的立法 / 20

二、对各国控制股东法律规定的分析与评价 / 25

第二节 信义义务的内涵、演进与发展 / 29

一、信义义务的内涵 / 29

二、信义义务的历史演进 / 47

三、现代信义义务的发展趋势 / 54

第三节 控制股东信义义务制度的立法价值与理论基础 / 67

一、各国控制股东信义义务的立法概况 / 67

二、控制股东信义义务的价值取向 / 72

三、控制股东信义义务的法理基础 / 79

第三章 控制股东信义义务的立法依据

——以公司法律关系为视角 / 84

第一节 公司的本质：公司法研究的核心问题 / 84

一、公司的本质 / 84

二、对公司本质的评价 / 88

第二节 公司所有权与经营权分离下的公司法律关系 / 91

一、公司与股东：有限责任与独立责任 / 92

二、股东的角色：股东权及其延伸 / 98

三、管理者的权力配置：公司治理 / 117

第三节 公司监管：自由与强制 / 127

一、放松规制与强化规制：从经济法的角度看公司的外部监管 / 127

二、公司自治与国家强制：从公司法的角度看公司的内部监管 / 130

三、公司内、外监管的互动与协调：现代公司监管的方向 / 136

第四节 控制股东信义义务的立法依据：股权保护和滥用规制 / 138

一、利益平衡：现代公司立法的方向 / 138

二、股东权配置：股权平等与股东平等的协调 / 140

三、公司治理：以信义义务为轴线展开 / 143

四、公司监管：信义义务是公司自治和国家强制的结合剂 / 144

第四章 控制股东信义义务的存在基础

——一种法律经济学分析 / 147

第一节 公司法中法律的经济分析的目的和路径 / 147

一、法律的经济分析的目的 / 147

二、法律的经济分析在公司法中的路径选择 / 150

第二节 契约经济学理论与控制股东信义义务 / 152

一、契约与契约经济学 / 152

二、契约经济学与传统公司法、合同法 / 153

三、公司关系合同与控制股东信义义务 / 155

第三节 委托—代理理论与控制股东信义义务 / 166

一、公司管理人的法律地位与信义义务的产生 / 166

二、委托—代理理论与控制股东信义义务 / 175

第四节 公司利益平衡与控制股东信义义务 / 180

一、控制权争夺与股东不平等 / 180

二、利益平衡与控制股东信义义务 / 182

第五章 控制股东信义义务原则

——信义义务的判断标准 / 186

第一节 忠实勤勉原则 / 188

一、忠实勤勉原则概述 / 188

二、忠实勤勉原则的法理基础 / 190

三、忠实勤勉原则的认定标准与适用 / 198

第二节 商业判断原则 / 209

一、商业判断原则概述 / 209

二、商业判断原则的法理基础 / 212

三、商业判断原则的性质与适用要件 / 217

第三节 公司机会原则 / 226

一、公司机会原则的概述 / 226

二、公司机会原则的法理基础 / 228

三、公司机会原则的判断标准 / 232

第四节 信义义务原则与我国公司法的完善 / 240

一、我国公司法中公司管理人的责任体系的立法与缺陷 / 240

二、我国公司法上的信义义务原则的完善 / 244

第六章 控股股东信义义务的保障机制 / 247

第一节 程序保障机制:分类表决与股东利益平衡 / 247

一、公司法上的平等:实质公平与程序正义的完美结合 / 247

二、分类表决制度与控股股东信义义务 / 253

三、我国分类表决制度的建立与控股股东信义义务的完善 / 258

第二节 监督保障机制 / 261

一、股东监事制度与控股股东信义义务 / 263

二、独立董事制度与控股股东信义义务 / 266

三、监事制度与控股股东信义义务 / 270

四、独立董事制度与监事会制度的关系 / 274

第三节 责任追究机制 / 277

一、股东代表诉讼与控股股东信义义务 / 279

二、揭穿公司面纱与控股股东信义义务的法律规制 / 284

三、次级债权制度与控股股东信义义务保障 / 291

第七章 控股股东信义义务的类型化

——一种实证分析方式 / 298

第一节 控制权滥用中控股股东信义义务 / 299

一、控制权滥用行为产生的原因 / 299

二、国外公司中关于控股股东控制权滥用的法律规制 / 304

三、我国公司中控制权滥用行为及立法现状分析 / 316

四、我国控制权滥用中控股股东信义义务制度的完善 / 321

第二节 关联交易中控股股东信义义务 / 325

一、关联交易的界定 / 325

二、国外公司法关于控股股东关联交易的立法 / 328

三、我国控股股东关联交易的现状与评析 / 333

四、关联交易中控股股东信义义务及其法律规制 / 340

第三节 公司并购中控股股东的信义义务 / 342

- 一、国外公司法关于公司并购中控制股东信义义务的立法 / 343
- 二、科龙事件的启示与我国公司并购中控制股东信义义务立法现状 / 351
- 三、我国公司并购中控制股东信义义务的完善 / 353

参考文献 / 355

后记 / 373

第一章 导论

第一节 控制股东信义义务的法律困境

一、“Berle-Means”命题与控制权的产生

传统公司法认为,公司是一个拟制的法人主体,公司是全体股东的公司,即“公司是股东的”,或者“股东是公司的所有者”。但是,现代公司法认为,在公司中存在着两种财产权,股东私人的财产所有权和公司的企业所有权。所谓股东的私人财产所有权,是指股东的财产收益权,主要通过股权来实现,通过股东有限责任来保障。而所谓企业所有权,是指企业的所有人对企业的名义控制权和对企业利润或剩余收益的索取权。其中,“名义上的”控制并不一定是有效的控制,名义控制权通常只涉及选举董事和诸如

公司合并、解散之类的重大决策的表决权。^{〔1〕}也就是说,在公司财产的二元划分中,财产权经历了二次裂变。第一次裂变就是公司所有权与控制权的分离。其分离的结果使得所有权在很大程度上沦为名义所有权,即公司的股东和公司成为名义上的所有人,股东享有股东权,公司享有法人财产权。所有权的二次裂变是控制权的分离,也就是名义控制权和实质控制权的分离。分离的结果是公司的管理人或控制股东成为公司实际控制人,行使对公司的控制权,而大多数中小股东则只能但又无法真正通过有效选举董事和行使诸如公司合并、解散之类重大决策的表决权,来取得公司控制权,导致名义所有权的进一步丧失。所有权的二次裂变印证了伯利·米恩斯教授的论断:“几乎没有控制权的财富所有权与几乎没有所有权的财富控制权,似乎是公司制度发展的必然结果”,^{〔2〕}这就是“Berle-Means”命题。在随后的几十年内,这一论断被其后无数学者所引用,相关研究一直以此为主线展开。但是,现在许多学者纷纷对“Berle-Means”命题中广泛持股的合理性假设提出了质疑,人们也开始注意到集中的股权结构与公司控制权的统一问题。其中,以美国达特茅斯塔克商学院 Rafael La Porta 教授为首的一组学者(以下以主要四位作者的姓名字首 LLSV 为代称),就公司治理和证券市场发展等重要问题连续发表了一系列论文,以其令人信服的实证研究突破了传统的股权结构理论。特别是,他们在 1998 年通过对 49 个国家最大 10 家公司股权结构集中度的横向研究,以及对市场经济最发达的 27 个国家较大规模上市公司的股权结构的实证研究结果表明,恰恰相反,只有极少数对股东权益的法律保护较为完善的国家才存在分散

〔1〕 亨利·汉斯曼:《企业所有权论》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 13 页。

〔2〕 伯利·米恩斯:《现代公司与私有财产》,商务印书馆 2005 年版,第 79 页。

的股权结构,股权结构在世界范围内都是相当集中的。^[1]这也导致“Berle-Means”命题基础被动摇。许多的经济学研究成果也表明:在集中的股权结构条件下,所有权与控制权就不应该是分离的而是合一的。^[2]在股权集中的公司结构下,公司治理的问题不再单单是外部股东与内部经理人之间的权力制衡的问题,在很多情况下转变为控制股东(大股东)与中小股东的权力制衡的问题。事实上,股权多元化本身会带来两种不同的股权结构:股权集中和股权分散,前者自然会出现控制股东,后者则通过委托投票权产生控制股东。而且,无论是股权高度分散或高度集中,只要管理层掌握公司控制权,就必然存在着控制权滥用,这就是损害股东利益的案例频繁发生的原因。21 世纪的今天,随着各种跨国公司、公司集团的发展,现代公司中股权结构由分散向集中发展,尽管所有权与控制权分离并不会改变,但是随着控制股东的出现,控制权的争夺仍然十分激烈,如何解决控制股东或实际控制人独揽控制权等问题,已经成为现代公司法所要解决的难题,这也就构成了本书研究的出发点。

二、公司法的挑战:公司立法向何处去?

19 世纪末以来,商业公司法的世界性趋同已经达到了非常显著的程度,那就是公司形式基本上都呈现出五个功能性的特征:(1)完全法人资格,包括公司作为独立主体受到合同约束,以及公司以公司资产承担独立责任,公司资产与股东个人资产相分离;(2)所有者与经理人的有限责任;(3)投资者共享所有权;(4)董事会结构下享有代理权的经理人;(5)可转让股份。20 世纪以后,人们逐渐在以下方面达成共识:股东阶层应当掌握公司最终

[1] La Porta et al., *Corporate Ownership Around the World*, *Journal of Finance*, vol. 54, 1999, pp. 471 - 517.

[2] 曹廷求、刘呼声:“大股东治理与公司治理效率”,载《改革》2003 年第 1 期。