

教育部人文社会科学研究项目

外资控制我国境内企业 法律问题研究

*A Study of Legal Issues of Foreign Investors'
Control of Domestic Entities in China*

王小琼 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

013051585

教育部人文社会科学研究自筹经费项目(11YJE820001)

D922.291.914
161

外资控制我国境内企业 法律问题研究

A Study of Legal Issues of Foreign Investors'
Control of Domestic Entities in China

王小琼 著



北航

C1658903

D922.291.914

161



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

013021282

内容提要

本书重点分析了我国外资监管体制改革所涉及的三个重大法律问题：外资控制境内企业的产业政策审查法律问题、反垄断审查法律问题和国家安全审查法律问题。重点指出：公司控制权的二元属性，是各国对外资控制严加规制的深层原因；根据我国国情不断完善外资产业政策，使其朝着宽松和合理的方向发展；完善以反垄断法为核心的外资规制体系，规制外资控制所形成的垄断和控制市场的行为，维护市场的可竞争性；建立具有透明性、问责性和平衡性的外资安全审查机制，应成为我国相关机制进一步完善的方向。

责任编辑：张水华

策划编辑：邢艳萍

图书在版编目（CIP）数据

外资控制我国境内企业法律问题研究/王小琼著. —北京：
知识产权出版社，2012. 12

ISBN 978-7-5130-1765-7

I. ①外… II. ①王… III. ①外资企业—监管体制—法律—
研究—中国 IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 300083 号

外资控制我国境内企业法律问题研究

WAIZI KONGZHI WOGUO JINGNEI QIYE FALÜ WENTI YANJIU

王小琼 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责编电话：010-82000860 转 8389

印 刷：知识产权出版社电子制印中心

开 本：787mm × 1092mm 1/16

版 次：2013 年 7 月第 1 版

字 数：240 千字

ISBN 978-7-5130-1765-7/D · 1651 (4611)

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82005070/82000893

责编邮箱：miss.shuihua99@163.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：13

印 次：2013 年 7 月第 1 次印刷

定 价：39.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

内容摘要

随着中国入世和履行入世承诺,我国外商投资的规模和速度出现惊人的增长。与此同时,外资对重要农产品企业、水资源企业、重大装备制造企业等关系国计民生和国防安全企业的控制,所导致的国家战略产业安全隐患和产业垄断问题,引起社会广泛关注。如何健全现有的法律制度来规范外资控制境内企业的行为,从而提高我国利用外资水平,有效平衡国家安全利益维护、公平竞争和投资开放之间的关系,是当前乃至今后很长一段时间,我国外资监管体制改革所面临的重大课题和挑战。这其中涉及三个极其重要的法律问题:外资控制境内企业的产业政策审查法律问题、反垄断审查法律问题和国家安全审查法律问题。这也是外资进入中国市场的三道“门槛”。本书以这三个法律问题为主线,结合世界代表性国家相关立法和实践、国际组织的研究报告和我国相关法律制度的最新变革,分析我国外资控制法律规制的现状、存在的问题和不足,并提出进一步完善的方向和建议,以期对开放经济环境下我国外资监管体制的改革有所裨益。具体来讲,本书围绕上述三个法律问题的理论和实践展开研究,分为以下四个部分。

第一章主要介绍外资控制境内企业的基本理论问题,以期为以下其他各部分的研究奠定理论基础。从很大程度上来讲,外资对东道国境内企业的控制行为,是东道国利用外资中的风险之源头。为了合理有效地规制外商投资给东道国带来的风险,需要厘清外资控制权的基本含义。一国涉外投资法上关注的企业控制权和该国公司法上规定的公司控制权,并无实质上的差异。因此,公司法意义上的公司控制权概念,是界定外资控制权的理论基础。纵观各国对公司控制权概念的界定,不难发现,对公司控制权的规制更多的源自于它的滥用。而这种滥用所造成的对他人利益的侵害,之所以如此之严重而引起法律的规制,这与公司控制权的二元属性具有密切的关联度。具有权力属性和权利属性的公司控制权,深刻地影响了公司的所有行为。因此,可以说公司控制权问题是公司的核心问题。基于上述考虑,本章首先对公司控制权的法律含义、公司控制权的二元属性、公司控制权配置的主要类型、外资获取控制权的方式等基本理论问题进行界定和说明。在此基础上,对外资控制境内企业的发展阶

段、模式与行为特点进行了分析,指出外资并购作为外资获取我国境内企业控制权的主要投资方式,在不同发展阶段表现出不同的行为特征,并以我国行业龙头企业作为并购目标,并购条件日趋苛刻,获取目标企业控制权的愿望日趋强烈。最后,对我国外资控制法律规制的原因进行了分析,指出外资控制境内企业对我国部分市场和行业造成了垄断倾向,限制了外商投资中的技术溢出,导致外商投资中的民族品牌和国有资产流失以及某些战略产业安全受到外商投资的威胁,这些负面影响急需得到法律的有效规制。

第二章主要分析了外资控制境内企业的产业政策审查法律问题。产业政策是直接体现国家宏观调控意图的经济政策,外商投资活动必须符合东道国国民经济发展战略和国家产业政策要求。世界各国在确定外资进入的行业范围时,都采取了比较灵活的态度,根据不同时期、不同阶段的外资政策来进行调整。目前,面对外资大规模地并购中国企业,一方面我国应根据入世的承诺,不断放松大部分竞争性行业的产业政策规制,加强竞争政策规制。另一方面,在关系国计民生和国家经济命脉的行业,应加强外商投资产业政策的导向作用,并根据行业和产品的特点,具体明确所要禁止、限制和允许的范围,进行分类管理,设定制度条件和法律规定来指引外资并购行为。鉴于此,本章分析了我国外商投资产业政策审查的含义和功能,并结合我国 2011 年 12 月最新发布的《外商投资产业指导目录》的变化,分析了外资控制境内企业产业政策审查的立法现状和不足,并提出了完善建议。重点指出,在世界各国投资环境日趋宽松的条件下,要根据我国经济发展水平所处的阶段和外商投资的新特点,不断完善外商投资产业政策,使其持续朝着宽松和合理的方向发展。

第三章主要研究外资控制境内企业的反垄断审查法律问题。改革开放三十多年来,外商投资在促进我国技术进步、市场竞争和推动产业结构升级方面具有不可忽视的积极影响。但与此同时,随着全球化进程的加剧,投资环境的日趋宽松,外商投资对我国经济发展也带来一些负面影响,其中突出表现之一便是外资对我国部分行业及技术的控制范围和程度日益加大,形成了一定程度的市场垄断倾向。而反垄断法关注经营者集中的关键问题是经营者是否取得控制权。如果经营者通过集中,没有同时取得对其他经营者的控制权,那么该项集中原则上不应属于反垄断法规制的对象。因此,我国反垄断法关于经营者集中的规定是对外资控制境内企业反垄断审查的主要法律依据。考虑到垄断对一国经济的双面影响,反垄断法通过经营者集中适用豁免制度,协调了竞争政策和产业政策在经营者集中问题上的冲突。基于上述考虑,本章主要对外资控制境内企业反垄断审查机制的立法动因和立法现状、外资控制境内企业涉嫌垄断申报制度、外资控制境内企业反垄断审查制度、外资控制境内企业反垄断法适用



除外国制度和我国反垄断法在外资控制规制方面存在的不足及完善路径进行了系统研究。重点指出通过完善以反垄断法为核心的外资规制体系,强化竞争政策,控制外资控制境内企业所形成的垄断和控制市场的行为,明确垄断的实体标准和审查程序,维护市场的可竞争性。

第四章主要研究外资控制境内企业的国家安全审查法律问题。随着以石油为代表的战略性资源供应的日趋紧张、生态环境的日益恶化、各国产业竞争的加剧和就业压力的增大,包括产业政策、竞争政策等在内的常规平衡防御手段,在出现“外资控制”时对国家安全利益的维护,显得不足。在这种背景下,投资政策在维护国家战略产业安全方面日益起着重要作用。另一方面,虽然投资自由化一直是西方国外资政策的核心价值,但9·11事件的发生、源于发展中国家新兴经济体的一批带有国有背景的新的对外投资者的出现和基于战略资源、生态环境、产业竞争和就业的考虑,西方国家传统的开放性外资政策发生了某些变化,开始日益关注外资并购中的国家安全利益保障问题。自2006年以来,美、加、德、法、澳、俄、印等国相继就外资并购安全审查采取立法措施。因此,晚近各国基于国家战略产业安全和其他重要国家利益,对外资并购进行安全审查已成为外资监管的普遍趋势。就中国自身而言,自20世纪90年代初以来,在以“市场换技术”作为招商引资基本战略的情况下,我国不断扩大引资规模,不仅外资并购份额日益扩大,而且涉及能源生产、机械制造、金融服务业等重要领域,外资并购中的国家安全问题逐渐引起重视,特别是外资对国内行业龙头企业的“斩首式并购”交易对国内产业造成的安全隐患,引起社会广泛关注。由于在外资准入阶段,我国《外商投资产业指导目录》基本可以预防外资通过新设方式对国家安全产生的潜在国家安全风险,而这个问题在本书第二章已作了分析和说明,因此,本章重点关注外资通过并购方式获取我国关键性行业控制权所产生的国家安全风险问题。基于这种背景,本章介绍了外资并购国家安全审查制度的基本理论,分析了外资并购国家安全审查制度的功能定位、立法模式和建构原则。在此基础上,结合我国外资控制安全审查制度的立法现状和世界代表性国家的最新立法变革,指出了我国2011年外资并购安全审查新规定的不足和完善建议。这些建议包括进一步澄清国家安全的含义和外资控制标准、提高外资并购安全审查机构的问责性、有效协调并购安全审查体制同产业政策的关系以及进一步完善并购交易当事人违反并购安全审查规则的法律责任追究。

目 录

第一章 外资控制境内企业的基本理论	1
第一节 外资控制的法律含义	1
一、公司法意义上的控制与公司控制权	1
二、法律对公司控制权规制的动因：公司控制权的二元属性	7
三、公司制度下所有权结构和控制权的配置	13
四、公司控制权配置的主要类型	15
五、国际直接投资的本质属性：控制权的获取	18
六、外资获取控制权的方式	19
第二节 外资控制境内企业的发展阶段、模式与行为特点	22
一、外资并购的发展阶段	23
二、外资控制境内企业的模式	26
三、外资并购的新趋势	31
第三节 外资控制境内企业法律规制的原因分析	36
一、外资控制境内企业中的垄断倾向	37
二、外商投资的技术溢出有限	40
三、外商投资中的品牌流失	41
四、外商投资中的国有资产流失	42
五、外商投资中的战略产业安全受到威胁	43
第二章 外资控制境内企业的产业政策审查法律问题研究	47
第一节 外资控制境内企业的产业政策基本理论	47
一、外商投资产业政策的含义	47
二、外商投资产业政策的目标和作用	48
三、外资并购与外资绿地投资适用外商投资产业政策的一致性	49
四、特别行业的外商投资产业政策	50

五、不符合外商投资产业政策的并购的调整	51
六、经营范围与产业政策要求不符的目标企业子公司的整改	52
七、投资者资格问题	53
第二节 外资控制境内企业产业政策审查的立法现状、 不足及完善建议	54
一、外资控制境内企业产业政策审查的立法现状	54
二、规制外资控制境内企业的产业政策的主要内容	54
三、我国外资产业政策在规制外资控制境内企业方面的不足	56
四、外资控制境内企业产业政策审查的完善路径	59
第三章 外资控制境内企业的反垄断审查法律问题研究	67
第一节 外资控制境内企业反垄断审查机制的立法动因和立法现状	67
一、外资控制境内企业反垄断审查机制的立法动因	67
二、外资控制境内企业反垄断规制的立法现状	69
第二节 我国反垄断法规制经营者集中的关键问题： 经营者通过集中是否取得控制权	72
一、经营者集中的含义	72
二、经营者集中概念和并购概念表述上的差异	75
三、经营者集中的情形和控制权问题	76
第三节 外资控制境内企业涉嫌垄断申报制度	84
一、经营者集中申报义务和申报人	84
二、事前申报制度和事后申报制度	86
三、经营者集中的申报标准	88
四、经营者集中未履行反垄断申报义务的法律后果	93
五、经营者集中申报豁免制度	93
第四节 外资控制境内企业反垄断审查制度	96
一、经营者集中反垄断审查机构	96
二、经营者集中反垄断审查标准	100
三、审查经营者集中应当考虑的因素	101
四、经营者集中反垄断审查程序	110
五、经营者集中反垄断审查的救济措施	114

第五节 外资控制境内企业反垄断法适用除外制度	117
一、反垄断法适用除外制度的含义	117
二、反垄断法设立适用除外制度的原因	118
三、特定行业的适用例外	119
四、其他领域的适用例外	121
五、我国反垄断法第二十八条对“适用豁免”的规定	123
第六节 我国反垄断法在外资控制境内企业规制方面存在的不足和完善路径	124
一、我国反垄断法在外资控制境内企业规制方面存在的不足	124
二、我国反垄断法在外资控制境内企业规制方面的完善路径	127
第四章 外资控制境内企业的国家安全审查法律问题研究	135
第一节 关于外商投资的国家安全审查制度的基本理论	136
一、“国家安全”的基本含义及其演化	136
二、国际投资法和国家安全战略中与国家安全相关的概念	139
三、外资并购国家安全审查制度	141
四、外资并购和绿地投资对一国经济和其他方面的影响	141
五、与国家安全相关的投资政策在保护一国关键基础设施中的作用	145
第二节 外资并购国家安全审查制度的功能定位及立法模式	146
一、外资并购国家安全审查制度在保护国家安全方面的最后救济性质	146
二、常规法律政策工具在维护国家安全方面的局限性	147
三、外资并购国家安全审查制度与反垄断审查制度的区别和协调——以我国为例	149
四、外资并购国家安全审查制度的社会功能及其特征	155
五、外资并购国家安全审查制度的立法模式分析	157
第三节 外资并购国家安全审查制度的建构原则	157
一、OECD《与国家安全相关的外商投资接受国投资政策指南》的出台背景	158
二、无差别待遇原则	161

三、透明度或可预见性原则	166
四、监管均衡性原则	170
五、问责制原则	174
第四节 对我国外资并购安全审查新规定的审视：进步和改革的挑战	179
一、我国外资并购安全审查规定变革的背景	179
二、我国在外资并购安全审查立法方面取得的进步	180
三、我国外资并购安全审查新规定目前面临的挑战及存在的问题	181
四、关于我国外资并购安全审查新规定的完善建议	190

主要参考文献	192
--------------	-----

后记	196
----------	-----

第一章 外资控制境内企业的基本理论

第一节 外资控制的法律含义

一、公司法意义上的控制与公司控制权

控制概念是界定公司控制权的基础。在公司法的立法和实践中,控制并非单纯指股东名册所记载的大股东或者控股股东控制,而是更加侧重于“实际控制”或“终极控制”。

(一) 隐蔽的公司控制行为^①

在早期公司法中,由于公司人格被极度夸大而使法律忽视了控制者与公司利益的“二元”存在,公司的控制者们因为控制而可能承担的风险极小,他们无需隐藏在幕后。英国公司法上最为著名的 Foss 诉 Harbottle 案的判决更是使控制者们有恃无恐,^②这一判决所形成的 Foss 诉 Harbottle 案规则一方面使小股东不能对公司的侵害行为以个人名义提起诉讼,另一方面,如果某行为在公司获得了大股东的同意,那么股东个人不能仅仅以形式不正当或不正规为理由提起诉讼。^③在这种情况下,控制者没有必要耗费成本隐藏其控制者的身份。

但是随着公司制度的发展,法律逐步开始重视控制者对控制权的滥用。例如在美国 19 世纪末形成的发起人、董事对招股说明书真实性承担法律责任的

① 刘闯:《公司控制权研究》,吉林大学硕士学位论文,2010。

② 在该案中,曼彻斯特的 Moss side 的商人们团结起来购买了一片土地奉献给当时的王位继承人维多利亚公主。2 名股东对此提起诉讼,理由为公司的 5 名董事和发起人滥用了公司财产,为了他们自己,用公司资金支付了超过土地价值的高价。当时的法官认为诉讼不能进行。即便存在不法行为,那么该行为也不是针对该股东,而是针对公司。他说:“维多利亚国内公司乃是公司体,该案中被告的行为并不只针对原告,他是由公司所授权的仅在为公司利益时才能实施其权力的人员(董事、发起人)才能实施的针对整个公司的侵害行为。”

③ [英] Nicholas Bourne: Essential Company Law (Third Edition), 武汉大学出版社 2004 年版,第 84-85 页。

规则的形成。并且,法律在此基础上不断演变,英国形成了以控股股东受信义务为核心的小股东保障体系,在 Edwards 诉 Halliwell 案中,^① 明确了控制者实施欺诈的行为将会受到法律的惩戒。同时,美国的商业判断规则^②,德国的康采恩规则^③,日本法上的事实董事规则等一系列规则的确立,使得以往的可以依靠大股东地位或者利用控制高管进而控制公司实施不法行为却不需要承担责任的情况发生了改变。这成为公司控制行为越来越趋近于隐蔽的内在原因。

1998 年一份对世界最富有的 27 个国家最大的公司进行的有关所有权结构调查的报告显示,如果持股 20% 视为对公司享有控制权,那么 36% 的公司股权是分散的,30% 的公司由家族持股,18% 的公司由政府持股,其余 15% 是合作社、信托或者不包含单个有控制权的投资者的团体等等。^④ 这表明除了由管理层控制公司之外,尚有许多公司存在着大股东控制等情形,而且,随着家族企业以及资本运行手段的日益复杂化,包括家族持股在内的许多大公司很难通过现有的工商登记等手段知道公司的真正控制者。除了法律规定的股权投资以外,投资者还可以通过托管协议、代理表决权等方式获得公司的控制权,公司法对于股东、董事等人的规制显然并不适用于他们。这一类情形下的公司控制权规避了法律所做的通常设定,对此,法律如何确定“控制”便成为一个极为重要的问题。

其中最能体现这种思想的是英国的影子董事制度和日本的事实董事制度。根据英国《1980 年公司法》的规定,为了防止规避法律,法律再一次对“董事”的定义加以延伸,即包括那些能够发出和作出通常是公司董事才能发出或作出指示的人。这种人就叫做“影子董事”(shadow directors)。但职业顾问和控股公司(它们能够影响子公司的董事),则不列入“董事”范围。^⑤ 影子董事并非真正董事,他不能以董事身份行事,亦不能参与董事会议。影子董事

① [英] Nicholas Bourne: Essential Company Law (Third Edition), 武汉大学出版社 2004 年版,第 85-87 页。

② 商业判断规则是指只要公司董事是基于善意并根据当时的实际情况,以维护公司最大利益为出发点实施的商业行为,即使事后证明该行为对公司是不利的,该董事也不为该行为给公司造成的损失承担责任。参见汤欣等:《控股股东法律规制比较研究》,法律出版社 2006 年版,第 16-20 页。

③ 其又分为契约上的康采恩和事实上的康采恩两者类型,前者的企业结合基础为企业契约的订立,后者则没有类似的企业契约。前者,法律在赋予母公司全面领导权的同时也要求母公司承担年度损失等责任,并对从属公司的外部股东给予保护。而后者的企业不享有前者的领导权,尤其是无权对从属公司实施不利影响,在控制企业事实上对从属企业产生不利影响时承担补偿或者赔偿责任。参见汤欣等:《控股股东法律规制比较研究》,法律出版社 2006 年版,第 3 页。

④ 葛伟军:《英国公司法原理与判例》,法律出版社 2007 年版,第 147-148 页。

⑤ [英] 约·麦·古立克:《兰金与斯派萨斯公司法》,罗振夷、司徒渠译,《广州对外贸易学院学报》1987 年第 4 期,第 66 页。

与事实董事有很大差别,影子董事从来不表露或声称自己是公司的董事,公司亦不会对外称他为董事。根据英国公司法第 741 (2) 条:影子董事是一个人或个体,公司董事会依从他发出的指示或方向而行事,而董事并没有行使自己的酌情权,只是跟从影子董事的指示。无论影子董事与公司董事有没有订立合约或形成法律关系,只要公司董事依从他的指示行事,发出指示的人便是影子董事。根据英国公司法,在某些情况下,影子董事需要承担公司董事一样的法律义务和责任。例如,根据 1985 年英国公司法第 317 条所要求的董事需要披露他在一项与公司间的合同中的所有利益。^① 子公司中的董事通常是母公司委派,母公司可以控制子公司董事从事关联交易,损害子公司小股东利益。因此,如果母公司的行为构成子公司的影子董事,则母公司负有董事的受信义务。不过,若影子董事在与公司交易中有利害关系,影子董事并不需要像公司董事一样通知董事局,或者影子董事向公司购买资产或出售资产时,影子董事亦不需要像公司董事一样取得股东批准。影子董事亦不受禁止借贷予董事的规定的限制。^②

日本的事实董事是指“不具备董事身份但实际上行使着董事职责的人”,^③这些人同样需要遵守日本公司法关于公司董事的规定。与英国公司法上关于影子董事的豁免一样,日本公司法关于事实董事也保持着谨慎的态度,而且日本的现实也使“事实董事”制度存在很大的弊端。一方面,这种弊端体现在董事的不正当行为可以通过股东会的追认而得以合法化。另一方面,有学者研究发现,影响日本公司管理的非法律性规则很多,典型的情况是社长会这样组织的存在,日本的金融机构和产业企业的领导人互相交流,凭借默契达成共识,而这些共识事实上形成了对负责经营的总经理的约束。尽管社长会所具有的影响力已经远远超过了正式的决策机构,但从其外在来看仅仅是一种商业交流活动,无投票,无指令。^④

从外部来讲,离岸法域的法律为控制行为的隐蔽性提供了保障。无论是在我国还是在其他国家,一个新出现的问题就是离岸公司的存在。严格来讲,离岸公司并不是一个法律上的概念,而是泛指那些在离岸法区内成立的有限责任公司或股份有限公司。如英属维京群岛、开曼群岛、百慕大群岛,允许国际人士在其领土上成立一种国际业务公司。当地政府对这类公司没有任何税收,只

① [英] Nicholas Bourne: Essential Company Law (Third Edition) (Third Edition), 武汉大学出版社 2004 年版,第 64 页。

② 陈云霞:《公司董事义务和责任比较研究》,中国政法大学 2001 年博士学位论文,第 2-3 页。

③ 叶敏、周俊鹏:《公司实际控制人概念辨析》,《国家检察官学院学报》2007 年第 12 期。

④ 汤欣等:《控股股东法律规制比较研究》,法律出版社 2006 年版,第 128 页。

收取少量的年度管理费,同时,所有的国际大银行都承认这类公司,为其设立银行帐号及财务运作提供方便。通常情况下,这类地区和国家与世界发达国家有很好的贸易关系。这类群岛除了税收优惠以外,还对试图隐蔽资本控制行为的投资者提供了法律屏障,几乎所有的离岸法区均明文规定:公司的股东资料、股权比例、收益状况等享有保密权利。我国大量的公司往往将资本转移至离岸法域,要么寻求在美国或者香港上市,要么将资本转投国内,形成更为复杂的管理模式。娃哈哈在资本操作上即利用了这一特点,将资本转出国外,同时以离岸法域注册的公司转投国内,形成对本国公司的控制。且不论这种操作中是否存在违规现象,但有一点可以肯定,这种操作很好地隐藏了公司的控制权,成为一种较为典型的资本运作模式。而我国的公司法律法规对此尚没有形成合理的规范。^①

以上分析表明,在现代公司法之中,如何界定控制并不是一个简单的可以从表面上解决的问题,它需要我们根据公司的实践来界定控制的外延和内涵,以使公司法立法和司法适应多变的公司发展。

● (二) 公司控制权的法律含义

隐蔽的公司控制问题已经引起了法学界及相关学科的关注,使得他们对于控制的定义不再局限于股权的范围。比如,美国证券交易委员会(SEC)认为,控制意味着某人有权左右公司的管理或决策,这种权力可能来自所有权、合同或其他方式。^②它在事实上认可了来自于合同和其他方式而形成的控制情形。P. L. Biumberg 教授认为,控制是能够决定董事会多数成员并主导公司经营事务管理的权力。L. Loss 教授认为,控制是指“对一公司的业务经营及决策有主导之权力”。^③他们的定义侧重于认为对公司业务及人员的掌控会形成对公司的实际控制。“欧盟各国的公司法专家所组成的欧洲论坛撰写的《欧盟企业集团法指令草案》在探讨控制概念时,认为只要具备了多数表决权、支配合同和任免从属企业管理机构和监督机构的多数成员的能力三个条件中的任何一个,就可以被认定为控制的存在。”^④这种认定相较于前两者更为宽泛。这些定义共同之处在于,不单纯以股权为标准来界定公司控制,而更加注重“实际控制”或者“终极控制”。

在立法上,这种对“实际控制”或“终极控制”的认可体现为对于“实际控制人”的相关规定。我国企业会计准则第36号第三条规定:控制,是指

① 杨春梅:《论离岸公司的法律规制》,对外经贸大学2007年硕士学位论文,第6-9页。

② 陈舜:《美国证券法中的控制人责任》,《证券市场导报》,2005年10月5日。

③ 殷召良:《公司控制权法律问题研究》,法律出版社2001年版,第1页。

④ 吴越:《企业集团法理研究》,法律出版社2003年版,第321页。

有权决定一个企业的财务和经营政策，并能据以从该企业的经营活动中获取利益。共同控制，是指按照合同约定对某项经济活动所共有的控制，仅在与该项经济活动相关的重要财务和经营决策需要分享控制权的投资方一致同意时存在。我国《公司法》第217条第三款规定，所谓“实际控制人”是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。对于控制的认定，按照《上市公司收购管理办法》（2008年8月最新修改）第84条界定的规定，有下列情形之一的，为拥有上市公司控制权：①投资者为上市公司持股50%以上的控股股东；②投资者可以实际支配上市公司股份表决权超过30%；③投资者通过实际支配上市公司股份表决权能够决定公司董事会半数以上成员选任；④投资者依其可实际支配的上市公司股份表决权足以对公司股东大会的决议产生重大影响；⑤中国证监会认定的其他情形。在这里，我国公司法将控股股东与实际控制人进行分离是不必要的。因为公司法对控制股东进行规制的目的在于防止其利用自身的控制地位而危害小股东利益，如果该控股股东没有取得实际上的控制权，那么法律也没有必要对其作出过多的干预，其立法的核心仍旧在“控制”上。以“达娃之争”为例，达能在争执之前的11年都没有行使对娃哈哈的经营权，尽管它实际控股51%。类似的，托管协议的出现、投票权代理的出现等都已经说明，在法律上，实际控制人更加符合法律的宗旨，而控股股东则可以被纳入到实际控制人的世界之中，这样也更符合立法本意。作为一种由结果而回溯到初始的过程，控制权只有在出现侵害股东利益的情况下，法律才可能被启动，而这种启动最终针对的乃是可能包括控股股东在内的人员。在这种情况下，将控股股东排除在实际控制人之外的做法没有必要。^①我国学者已经认识到这一问题，他们认为“实际控制人”这一概念的提出，就是为了弥补法律模型与现实状况之间的差距，使控制着公司经营管理的主体承担起应当承担的义务和责任。要达到这一目标，实际控制人就应当涵盖所有有能力控制并实际上实施了控制公司行为的主体。因此，我国《公司法》第217条对实际控制人的“非股东”身份界定是没有必要的，只要定义为“通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人”即可。而且，在目前《公司法》采取“控股股东”概念的情况下，这样的定义可以把非控股的但享有控制权的股东纳入到实际控制人的范畴中去，避免出现概念之间的空白地带。^②

① 当然，这种涵盖的范围并不是所有的，而仅仅是在法律防范控制者侵害上。在其他方面，控股股东仍有其存在的意义，例如强制要约收购方面。

② 叶敏、周俊鹏：《公司实际控制人概念辨析》，《国家检察官学院学报》2007年第12期，第125页。

综上所述,对于公司控制权的隐蔽性,世界各国已经在法律上作出回应,但还没有形成健全的制度,资本操作手段的变化没有引起立法的积极回应。从立法上讲,隐蔽性的存在并不当然意味着乱用,但是其本身却有着滥用的潜质,也能够更加容易地规避法律侵害小股东利益,我国的公司立法虽然注意了实际控制人的存在,却没有形成避免隐藏于幕后的实际控制人滥用权力的系统的规则,司法实践中也没有形成稳定的审判制度,这显然不利于公司的发展和股东利益的保护。对于公司实际控制进行定义我们必须明确:“公司治理是一个系统,其核心内容之一是追究公司控制人侵权责任的法律制度。就公司治理而言,公司法注重的是侵权责任,这主要表现为公司法中对大股东、董事、经理等对公司具有控制力之人的义务责任的规定以及对违反者侵权责任追究的法律制度。”“公司治理的核心就是要保证股东能够有效地控制公司实际控制人的侵权行为。”^①

相比于日本和英国的关于事实董事和影子董事的规定,如果我国能够综合公司法律法规和会计准则而设定实际控制人模式,那么其在定义上显然更加合理,也更具有实践操作性。问题在于,我国的司法并未形成关于认定公司控制权隐蔽性的合理司法判断规则,也就是说我国的公司法具备了好的立法起点,却没有形成合理的制度架构,我国可以借鉴美国公司法的商业判断规则和实质公平规则以及安全港规则,首先就实际控制人是否进行了自我交易进行确认,如果发生自我交易则运用实质公平规则,即对案件的公平性进行实质审查。否则运用商业判断规则,按照是否符合一般商业行为来判断违规与否。同时,为了提高司法效率,引入安全港规则,即如果实际控制人证明无利害股东和董事对关联交易进行了同意,证明关联交易公平性的举证责任则发生转移,并由原告承担证明关联交易不公平的责任。^②

综上已有的关于控制的定义以及前述各国关于控制问题的法律规定,不难发现,控制问题最终集中于两大方面:一是在公司上市重组等过程中需要向有关部门提供商业文件,说明谁在控制公司;二是由于大股东或者董事侵害他人利益尤其是小股东利益所引发的诉讼中,法院需要明确真正的侵权责任人。对于前者,控制处于一种相对静止的状态,如果商业文件上所体现的控制人即为实际控制人,那么其情形与早期的公司并无实质差别,控制问题就比较容易处理。关键问题在于后者的情形下控制的定义是什么。在这种情况下,控制这一概念本身可能是一个无需法律认可或者同意即可变更的动态概念。以托管协议

① 王欣新、王斐民:《论公司治理与公司控制人侵权责任的追究》,《政法论丛》2005年第6期,第35页。

② 汤欣等:《控股股东法律规制比较研究》,法律出版社2006年版,第8页。

为例,托管协议期间,如果托管机构实际上掌握了公司的大部分股东行使大股东职权,那么它就会成为公司实际控制人,随着托管协议的结束,则实际控制人可能会发生变更。

综上所述,关于控制的定义可以从两方面来考虑,对于这两方面的具体划分可以参照美国的商业判断规则,以公司的控制是否是正常的商业行为中的控制作为标准。一类是在无诉讼的情形下公司的控制,它通常是指在公司日常生活或者公司的外观上看对公司进行的管理或者指挥,这种控制往往是按照一般的商业习惯在行事或者他的做法得到了利益相关人的认可,它往往仅仅在日常的公司注册或者在向相关的政府部门提交的文件中体现。另一类则主要是针对利益侵害的情形而定义,往往需要有一个作出评判的过程,在这种情况下公司的控制则可以被定义为:通过股权占有或者协议等形式,能够凭借自己意志改变公司商业化的关于资本、人事等方面决策的能力,获得这一能力的人即为公司的实际控制人。综合这两方面的考虑,公司控制权可被定义为:在公司的日常生活或者公司的外观上看对公司进行管理或者指挥以及通过股权占有或者协议等形式,能够凭借自己意志改变公司商业化的关于资本、人事等方面决策的能力。这种定义使对于公司实际控制的认定处于一种变动的状态,面对公司不断变换或者同时存在的多个控制者的情况,可以为司法提供一个更好的评判标准。

二、法律对公司控制权规制的动因:公司控制权的二元属性

从以上公司控制权的定义不难发现,对公司控制权的规制更多的源自于它对于他人利益的侵害。但是更为根本性的问题是,是什么使得公司的控制权可能产生如此的危害?控制权为何会成为法律的规范对象?对于控制权,法律一方面在试图不断地为其发展提供有益的引导,选择一种最能有效发展公司的治理架构。但同时,法律也在为公司之中出现的控制权滥用而感到棘手。这与公司控制权的二元属性具有密切的关联度。

(一) 作为权利的公司控制权

中外现行立法都未明确界定公司控制权。因而,对于公司控制权是否能够构成一项独立的权利也尚有争论。从法理学的角度上讲,“法是以权利和义务为机制调整人的行为和社会关系的”。^①虽然现行各国法律未明确提出“控制权”概念,但在事实上无论是各国对于控股股东的规制还是对于实际控制人的追究,事实上已经通过设定种种义务形成了对于公司控制权的规制机制。我

^① 张文显主编:《法理学》(第二版),高等教育出版社2006年版,第109页。