

公司控制人的法律分析

The Legal Analysis of
Corporate Controllers

叶 敏◎著



中国政法大学出版社

公司控制人的法律分析

The Legal Analysis of
Corporate Controllers

叶 敏◎著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

公司控制人的法律分析/叶敏著. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 4
ISBN 978-7-5620-5876-2

I. ①公… II. ①叶… III. ①公司法—研究—中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第052928号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	北京华正印刷有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	9.5
字 数	205千字
版 次	2015年4月第1版
印 次	2015年4月第1次印刷
定 价	34.00元

序

公司控制权问题很早就引起了经济学界和法学界的关注。西方学者已形成了不少有益的研究成果，我国学者在借鉴西方学者的基础上，正在着力探索带有“中国元素”的公司控制权理论。

公司控制权是一个总量不变的既存事实状态。每一家公司中都必然存在着一种控制公司或公司事务的权力和力量，公司控制权也就成为一种既存的事实状态。即使是轻视乃至憎恨公司控制权的人们，也无法消除公司控制权的客观存在。每一家公司都需要配置股东、管理者乃至监督者的权力。公司强化股东的地位和权力，往往意味着削弱管理者的权力；公司强化管理者的地位和权力，往往意味着削弱股东的权力。因此，在研究公司权力关系时，我们不妨借鉴物理学上的“能量守恒定律”，用以描述公司内部各类成员之间在权力配置上的此消彼长的状态。

我国公司法学者接触、关注公司治理问题已有 20 年左右的时间，却很少直面公司控制权问题。我认为，公司治理和公司控制权在核心内容上是一致的，在研究角度上是有差异的。按照西方主流学说，公司治理的核心问题是：在企业所有与企业经营相分离的前提下，如何约束公司管理层的行为，如何激励公司管理层勤勉尽责，如何保护股东或投资者的利

益，如何提升公司的运行效率等。而公司控制权理论主要关注于公司控制人的界定、公司控制权的行使边界以及公司控制人的责任等。就此而言，只有研究公司控制权问题，才能深化公司治理的研究。

在公司控制权问题的研究上，面临如何看待西方经典学说和理论的问题，面临是否承认我国公司产权制度的特殊性问题。在西方社会，公司控制权乃至公司治理的主流学说，构建于“企业所有与企业经营高度分离”的基础上。必须指出，对于主要依赖于资本市场的大型公司而言，企业所有与企业经营相分离不仅是一种理论假定，更是一种现实存在。因而，西方公司治理和控制权理论大致能够解释这个社会所面临的问题，却未必能够很好地说明我国社会所面临的问题。

在我国，企业所有与企业经营相分离更像是一种理论假定，而不是一种现实存在。我们当然可以找到类似于西方国家公司的中国公司，但类似的中国公司数量极少，远不足以作为现实规范的典型形态。如果采用经验主义标准分类，我国公司大致包括国有非上市公司、民营或家族非上市公司以及数以千计的上市公司。其中，国有非上市公司以及民营或家族非上市公司几乎都是股东高度集权的公司，即使是数以千计的上市公司，也往往存在一个或几个股东控制公司的状况。换言之，构建于企业所有与企业经营相分离基础上的各式理论，都难以成为解释中国公司现象的合理依据。正因如此，要重视西方理论，但必须高度关注中国现实，这是中国学者研究公司控制权理论的出发点。

我国《公司法》自1993年公布以来，经过1999年和2004年两次小幅修改，2005年和2013年两次大幅修改，不

断紧跟我国市场经济发展的步伐，广泛学习和借鉴发达国家的立法经验，取得了有目共睹的进步与成就。然而，关联企业规则的缺失、控制股东约束机制的不足、对国有企业高管的监督不力、实际控制人的规则空白等仍然是需要进一步研究和解决的问题，尤其是在当前实践中无论是出于保护国有资产的初衷，还是基于民营企业创始人的“家长”意识，股东操控公司的现象屡见不鲜，甚至在民众潜意识中还具有相当的“正当性”，在此背景下，公司法在控制股东义务与责任方面的规则大量缺失实属遗憾。

在这本专著中，叶敏博士正在探索着中国式的公司控制权理论，或者说正在探索着公司控制权的本土化问题。

叶敏博士关注于“实际控制”问题。实际控制通常不是逻辑范畴，而是一种经验主义范畴，对于习惯了理论分类的学者而言，提出或接受实际控制或实际控制人是需要勇气的。平心而论，实际控制或实际控制人在解释上是具有弹性的，但却有着非常重要的实证意义。公司控制权可能掌握在控制股东、强势董事或经理手中，也可能掌握在不具备管理者名分的实际控制人手中，甚至掌握在行政机关或其代理人手中。寻找到了一家公司的实际控制人，也就抓住了问题的关键点和突破口，整个公司运作状况的脉络也就清晰了。

叶敏博士试图回答“实际控制人为什么要控制公司”的问题，进而发现公司控制权配置的规律性。这本专著将公司控制权配置与流转的基本依据归纳为：当某个主体为公司提供了重要资源而这一资源正处于重大风险状态时，该主体就会努力使自己处于公司控制人的地位。法律对公司控制权的配置并不能起到直接的作用，因为后者是一个经济现象，是

一个事实问题，但法律制度及其运行状况会影响到资本市场的完善与否、投资者权益的保护是否充分等问题，从而间接影响到控制权的配置和流转方向。因此，公司控制权的配置本身不应是公司法规范的内容，至少不应是强制性内容，但已经形成的公司控制人的法律地位、义务与责任等则应当是公司法中的强制性规范。

与前两个问题相呼应，叶敏博士进一步提出了公司监管的新思路，主张按照控制人的不同类型，采用有区别的规制。这本专著将世界主要国家对公司控制人的法律规制模式分为区别规制模式和混同规制模式两种。在分析比较了两种模式各自的优劣利弊之后，叶敏博士结合我国公司法的特殊背景与现实状况，认为区别规制模式是对我国现有法律制度冲击最小的合理选择。

叶敏博士提出，划分公司董事、股东职权的公司法是可以改变的，公司控制权的现实存在也是多样和弹性的。监管者更应该关心的不是公司究竟有没有做到所有权与经营权相分离，而是控制权的实际享有者——公司控制人有没有正当行使权利、适当地履行义务，这样的监管目的可以通过公司法上对控制股东、董事、实际控制人、特殊时期公司控制人的不同法律规则设计来达到。总的来说，公司的经营形态可以多样化，控制权的分配可以特色化，但最终统一在权利不得滥用的法律原则下。

法律条文难免有些枯燥乏味，法学理论却必须充满生机与活力。在这本专著中，我看到了法学学者应当拥有的理想、热情和想象力。我深知公司控制权问题领域的广博，深知在这个领域中耕耘的艰难，能够猜想到不同或相反意见的存在。

序

然而，对于学术研究而言，冲击僵化的旧有理论、反思主流学说的缺失、触动现实问题的解决，恰恰是研究者的最大乐趣。

中国人民大学法学院教授 叶林

2015年2月

前 言

公司控制权是一个在经济学界和法学界被反复讨论却尚无定论的问题，自公司这一商业组织形式产生以来，其内部成员之间以及与外部利益相关人间的博弈就没有中断过，同时法学研究者对公司治理结构的构建与完善、引导相关主体正当行使权利、保护公司股东和债权人利益等一系列问题的研究也在不断进步。而公司治理结构本身就是对公司控制权的一个分配和平衡机制，从另一个角度看，公司治理结构的核心目标也就是解决如何监督和规制公司控制人的问题。

本书从公司控制人的基本理论问题入手，在总结公司控制权配置基本原理、正确认识公司控制人法律地位的基础上，比较各国对公司控制人规制的主要模式并结合我国国情进行选择借鉴，进一步探讨不同类型公司控制人的具体法律制度，最终为构建适应我国国情的公司控制人法律制度提出建议。

本书共分八章，主要内容如下：

第一章，公司控制权与公司控制人概述。本书对公司“控制权”采取一个较为广泛的界定，即是指直接或间接决定公司事务决策的权力。严格来说，控制权不是一种真正意义上的民事权利，而是产生于财产权、组织体内部规则等多种原因的对公司事务的控制力和影响力。公司控制权根源于公司资源集中管理和规模经营的需要，包括两个层面：一是

从所有与经营相分离而产生的直接控制权，二是由资本多数决带来的股东对公司的间接控制权。

实践中控制公司资源的主体是处于不断变动中的，因而公司控制人只能是一个动态的概念。本书所称的“公司控制人”是一个董事、控制股东、实际控制人等概念的上位概念，是指所有能够决定公司经营决策或对公司经营决策施加决定性影响的主体。在控制人的判断上应坚持实质性审查，以“事实控制”为核心，但同时商法的外观主义和交易秩序的维护也是需要考虑的因素，在此基础上本书提出一个供司法实践参考的公司控制人判断标准。

第二章，公司控制权配置原理。从公司控制权配置结构的发展和变迁历程来看，各国公司法主要的趋势是从股东会中心主义向董事会中心主义转变，但进入20世纪90年代后，过度扩大的董事权力与机构投资者的出现也带来了股东权利在一定程度上的回归。这一变化历程是与各国资本市场的日渐发展和成熟相联系的，公司集团化趋势也会影响母子公司间的控制权配置。

本书将公司控制权配置与流转的基本依据归纳为：当公司某项重要资源正处于重大风险状态时，该项资源的提供者就会努力使自己处于公司控制人的地位。这些主体由于没有其他途径保护自己处于重大风险中的合法权益，必然选择对公司事务进行控制。法律对公司控制权的配置并不能起到直接的作用，因为后者是一个经济现象，是一个事实问题。但法律制度及其运行状况会影响到资本市场的完善与否、投资者权益保护的充分与否等问题，从而间接影响到控制权的配置和流转方向。因此，公司控制权的配置本身不应是公司法规范的内容，至少不

是强制性内容，但已经形成的公司控制人的法律地位、义务与责任等则应当是公司法中的强制性规范。

第三章，公司控制人的法律地位。公司治理的根本价值目标是公司利益最大化。不管是从广义还是从狭义的角度来理解公司治理结构，都不能忽视公司控制人在其中的核心地位，或者说，公司治理结构就是围绕着怎么分配公司控制权以及如何运用一系列机制和规则来引导和约束公司控制人适当地行使权利、保护公司内部与外部利益相关人合法权益的一套制度。

从公司法的强制性与任意性规范的划分、公司控制人的权利来源、民法上权利与义务相一致的基本原理以及经济学上的风险分配原理等多个角度来看，公司控制人的权利具备合法性和正当性。然而控制人的权利并不能脱离法律而存在，而且它只能在法律的框架内才能合法的行使。公司控制人总体上是有权处置他人的权益的主体，由此对利益受其影响的其他人负有广义上的受托义务。公司控制人责任的法理基础主要包括：权利不得滥用，责任与权利、义务的一致性，公平正义的法理念与道德基础。公司控制人在公司法上的责任主要是对公司的损害赔偿责任、对直接受害人的损害赔偿责任，此外还可能要承担合同法和侵权法上的责任，甚至是刑事责任。

第四章，公司控制人规制的目标与规制模式选择。对公司控制人进行规制的目的是要使公司权力运行在为公司利益最大化服务的轨道上，同时保护受到公司行为影响的利益相关人的合法权益。本书依是否按控制人的不同类型进行有区别的规制，将世界主要国家对公司控制人的法律规制模式分

为两种：①区别规制模式。指在法律上将董事、控制股东、其他控制人明确地区分开来，分别适用不同的规则，以达到对公司控制人行为进行规制目标的模式。采取这一模式的主要有德国、澳大利亚和我国台湾地区。其主要特点是：法律概念明确、法律关系清晰，有利于法律体系的完整性与稳定性，但不利于规则的灵活适用，有时会陷入理论的桎梏。②混同规制模式。指不直接对公司控制人作类别上的区分，而是通过公司法人治理结构和董事责任制度来达到间接规制所有类型的公司控制人目标的法律模式。主要代表国家是英国、美国、日本和韩国。这一模式的特点是：能够灵活适应实践需求，包容性强，但缺乏确定性和可预见性。

在借鉴各国对公司控制人规制模式的基础上，结合我国国情和现有法律基础，笔者认为我国应当采取的是区别规制模式，原因是：首先，我们无法采取像英国和美国那样宽泛的“董事”概念，更没有相关的判例法制度作为保障来将混同规制模式的精髓发挥出来；其次，我国的特殊国情决定了采取混同规制模式达不到应有的效果；最后，从我国法律传统和现有立法基础来看，采取区别规制模式是成本最低、对现有制度冲击最小的方式。

第五章，具备股东身份的控制人。本书所称的“控制股东”是一个比“控股股东”范围更大的概念，是指由于持有公司多数股份（包括相对多数）或表决权、基于章程约定或与公司之间签订的控制协议等原因，而有权控制所持股公司重大决策和运营事项的股东。根据公司所有权与经营权相分离程度的不同，可以将公司控制权结构分为非集中管理形态和所有权与经营权相分离形态，在非集中管理形态公司中控

制股东直接参与公司经营。

控制股东诚信义务的根源是控制股东与其他股东之间的信义关系，以及权利不得滥用原则。本书将控制股东诚信义务的内容概括为三个方面：①预防性义务，包括信息披露义务、表决回避义务；②实质性义务，包括公平进行关联交易的义务、正当行使控制权的义务、不得剥夺公司机会的义务；③补偿性义务，即如果控制权的行使对公司利益造成了损害，控制股东应当及时予以补偿。在确定控制股东诚信义务的必要限度时，需要考虑公司的类型、股东具体行使的权利的不同性质等因素，不能一味地要求控制股东承担严格的义务，而应注意相关制度的配套和协调。从有限责任产生的根源来看，股东有限责任与控制权存在不相容性。股东滥用控制权时应当承担相应责任，责任形式主要包括：损害赔偿责任、揭开公司面纱、视为实质合并、破产债权居次受偿、刑事责任。在控制股东能够举证证明自己只是正当行使股东权利或已为公司提供了合理的补偿后，可以免责。对控制股东的责任追究机制主要包括：公司直接诉讼、股东代表诉讼、股东直接诉讼、债权人提起的诉讼。

第六章，不具备股东身份的控制人。主要包括两种类型：

一是公司董事。董事会是现代公司法所预设的权力中心，董事是预设的公司直接控制人。对董事义务和责任的相关研究也已是浩如烟海，本书不再作重复性叙述，主要研究董事直接对股东承担责任和董事对第三人责任制度。确立董事直接对股东承担责任的制度，有利于促进股东对董事的监督与约束、保护少数股东权益和完善公司法人治理结构。董事对第三人承担责任的性质是侵权责任，根源是董事的控制权。

本书认为董事对第三人承担责任的情形主要应包括：①董事在公司与第三人交易中以误导性陈述或行为使第三人合理相信董事对交易承担担保义务；②公司克扣、拖欠职工工资或未依法缴纳职工社会保险金，董事参与决策；③董事参与决策的行为违反环境保护相关法律，造成严重后果；④董事在公司公开信息中作出虚假陈述、保证与承诺；⑤董事行为导致公司丧失偿债能力。

二是实际控制人。实际控制人的一个共同的特征是对内控制权与对外代表权的脱离，从产生的原因看可将其分为两种：一是因没有履行或没有适当履行法定任职程序而产生的事实上行使着董事职权的人；二是公司以外的主体通过直接或间接投资、契约、亲属关系等手段达到控制公司的情形。公司实际控制人规则设计中的最大难点是如何确定其判断标准，本书认为：一方面，是否实际参与了公司经营管理的决策或执行过程是判断的关键；另一方面，对于虽然没有参与公司治理的决策过程，但对外实际代表着公司行事的人也应当在公司对外关系中参照实际控制人的相关规定追究其责任。在此基础上，本书列举了一些在判断实际控制人时应考虑的因素，以供商榷。公司实际控制人在行使控制权时需要遵循权利不得滥用的原则，对相关利益主体承担起诚信义务，义务的内容随控制权产生的基础法律关系不同而有所不同，一般原则应当是：对于实际参与公司日常管理，行使着类似董事职权的实际控制人，可以用勤勉义务和忠实义务加以要求；对行使着公司最终决策权但不参与日常管理的实际控制人，主要从诚信义务的角度加以规范。

第七章，特殊时期的公司控制人。这类控制人属于公司

控制权分配的非常态，其特点是：基于公司的紧急状态或特殊时期而产生；控制权具有期限性；一般都具备合法的公司代表权。主要包括：①临时董事。公司临时董事制度可以在因各种原因出现董事缺位时填补公司控制权行使者和公司代表人的空白，建议我国公司法也引入相关制度。临时董事的产生可以是基于股东会事先确定的替补人选，也可以在事后由利害关系人申请法院指定。临时董事行使职权时，应当承担与董事相同的义务和责任，并应积极促使公司管理恢复正常化。②行政机关指定的临时管理人。实践中已经出现证券监督管理机构指定的托管机构与原公司股东之间的纠纷，由于证券行业的特殊性，建议由证券监督管理部门颁布专门的规章，将行政托管和“行政清算”程序形成制度化的证券公司破产前置处理程序，其中尤其应注意对托管人、“行政清算人”的选任、职责与法律责任作出明确规定。③重整管理人。重整管理人在重整程序中享有极大的对公司的直接控制权，居于名符其实的核心地位。但在债务人自行管理重整公司的模式下，管理人的职能被限缩到监督债务人的范围内。管理人在重整程序中主要应履行以下义务：信息披露义务、中立义务、忠实义务和勤勉义务。在管理人责任的具体认定标准上可以参考公司董事责任法律制度，包括引用“商业判断规则”作为免责事由。

第八章，公司控制人相关法律制度建议。目前我国公司控制权的实际状况是：不管是国有企业改制而来的公司还是民营企业发展而来的公司，董事会的核心地位都还远远没有达到稳固的程度，公司董事没能真正起到公司直接控制人的作用，控制股东和实际控制人是公司中不可忽视的力量。相

关法律制度中存在的主要问题是：法律层级不够，基础性规则不足；部分规定过于原则化，缺乏可操作性；部门法间的配合与协调不够。本书结合我国具体国情提出如下法律建议：

在《公司法》上，首先在总则部分明确股东会与董事会的职权划分，确立董事会依法独立行使职权的原则；规定控制股东诚信义务；完善控制人义务和责任的规定；建立关联企业基础法律制度。对股份有限公司，主要分为三个方面的制度：①预防性制度，包括信息披露、关联交易的批准和表决权回避；②调整性制度，包括完善异议股东股份收买请求权、进一步完善股东的质询权、增加股东调查权和公司临时管理人的相关规定；③补偿性制度，在法律责任主体上将所有类型的公司控制人都纳入其中，完善不公平关联交易的判断规则，加强对董事任职资格的审查与把关，同时建议增设董事对第三人的法律责任。对上市公司，应当有更严格的信息披露要求，更严格的控制人义务、董事责任保险的强制性购买义务和期间的不同规定。相较于股份有限公司，对有限责任公司的控制人规制应体现出以下几个特点：更为灵活的公司章程自行约定空间、股东诚信义务的确定、增加替补董事和临时代理董事的规定。另外，在附则中应完善一些法律概念的界定，包括“控制股东”和“实际控制人”的定义。

同时，《证券法》应当加强信息披露规则、强化对关联交易的管理、确立和完善表决权征集制度、明确证券监督管理机构指定的临时管理人的义务。《企业破产法》应增加董事破产申报义务，完善重整管理人的相关规定，确立母公司破产债权居次受偿原则，确立实质合并规则，规定揭开公司面纱制度。《反垄断法》应明确“控制权”的概念；在判断

经营者市场支配地位时，应当充分考虑到其通过控制的子公司所达到的对市场的间接支配力；规定母子公司和姊妹公司在经营者集中反垄断审查上的豁免；在滥用市场支配地位方面，也应当考虑到集团公司内部的特殊情况；完善对公司控制人责任的规定。