

双控人规制的公司法径路：问题与方案^{*}

楼秋然^{**}

摘要：由于我国公司的股权结构呈现一股独大的鲜明

便是在上市公司中，公司的股权结构都仍然呈现出鲜明的“一股独大”的特征。^① 正是在此，在我国，公司法需要关注的问题便主要应当是如何防止控股股东、实际控制人滥用权利，损害公司、中小股东利益，而非两权分离范式下的董事、高管对股东权益的侵害。^② 因此，传统的“股东会中心主义”与“董事会中心主义”之争，在我国实践中应当被更准确地界定为“控股股东、实际控制人中心主义”与“董事会中心主义”之争。值得注意的是，在股东会中心主义这一理念的指导下，公司法的规则构建需要关注

否“未履行法定程序”或者是否“超越了股东权利的外部界限”。^①这种简化或说僵化所导致的一种必然后果，便是该项规定无法充分发挥保护中小股东的制度功能。与此同时，这一规定还引发了

主义方面所作出的努力。事实上,只有将这一努力一并置入公司法对控股股东、实际控制人进行规制的蓝图之中,我们方能知晓公司法对控股股东、实际控制人之规制所采取的基本立场,也才能对这一基本立场进行准确、公允的评价与反思。

二、2023 公司法关于双控人规制的理想

就公司法而言,其对控股股东、实际控制人的规制主要采取的是“施加高能义务”和“有限分享权力”的路径。尽管这一路径可以对控股股东、实际控制人的权利行使进行一定程度的约束,但是其仍然承认了控股股东、实际控制人在公司内部的决策中心地位。亦即,这一思路是在全面承认控股股东、实际控制人可以对公司行使其“所有权”的基础之上,对其行为提出“各得其所,勿害他人”^① 的训诫。然而,虽然共同分享了控股股东、实际控制人中心主义这一范式的限权思路,公司法却对如何规制控股股东、实际控制人提出了自己的全新“理想”。即,通过(有限)确立董事会中心主义,切断控股股东、实际控制人对董事会的干预之手等手段,将控股股东、实际控制人“驱赶”出公司决策中心,从而更好地实现对中小股东的权利保护。

(一) 确立董事会中心主义的努力

尽管权威学者认为本轮公司法修订无意于在股东会中心主义和董事会中心主义之间作出取舍。^②但是,公司法确实在董事会中心主义的确立方面作出了诸多努力。一方面,《中华人民共和国公司法(修订草案)》(一次审议稿)第 1 条第 1 款第 1 句规定,“董事会是公司的执行机构,行使本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权”。■

确立的 ESG 条款的回应,也使得董事会在公司中的“应然”地位更加超然、独立。其次,2023 公司法第 59 条删去了 2018 公司法中有关股东会“决定公司的经营方针和投资计划”和“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”的表述。如果认为,既然两项职权其实与公司“日常经营管理”紧密相关,一旦删去就应该成为董事会“专享”职权,则董事会在公司中的中心地位便更加凸显。^①最后,考虑到本轮公司法修订允许股东会授权董事会决定债券发行、新股增发,加之 2023 公司法在股东出资和公司清算等领域都赋予董事以诸多职权等事实,^②2023 公司法的董事会中心主义导向已经不可谓不清晰。

与股东会中

东/实际控制人“诚信信用”而言,第 180 条第 3 款对控股股东/实际控制人提出了更高的行为标准。在控股股东/实际控制人需要为公司而非个人之最佳利益行事、可能需要对其基于过失而非滥权故意而造成的公司损失承担赔偿责任时,^①其便可能失去对董事会进行控制与支配的动机,从而使得董事会中心主义在公司运营过程中得到真正贯彻。

在事实董事之外,2023 公司法第 192 条规定,公司控股股东

式施行的《公司法解释四》就在其第 15 条规定,倘若存在“违反法律规定滥用股东权利”的情形,则其他股东可以提起强制公司分配股利的诉讼。就有限公司而言,绝大多数的滥用股东权利的情形

并未赋予董事会以公司的“剩余控制权”。事实上，依²⁰²³公司法第59条第67条之规定，除法律明确规定属于股东会、董事会的职权之外，其他职权的归属，其实取决于公司章程的规定。而依²⁰²³公司法第59条的规定，公司章程的制定权排他性地归属于股东会。当剩余控制权仍然属于股东会时，股东会中心主义而非董事会中心主义才是²⁰²³公司法的主导原则。而另外一项事实的存在，则进一步削弱了²⁰²³公司法确立董事会中心主义之努力的效果。尽管第59条第1款和第67条第1款的职权规定被权威学者解读为“强制性规定”，^①但是股东会通过公司章程或者股东会决议“回收”董事会职权的行为却得到了法院的支持。^②若此，则董事会中心主义即便在文本上得到体现，其在实践中其实也极易受到架空。而当董事会职权被回收至股东会行使，控股股东/实际控制人通过股东会行使该部分被回收的职权时，控股股东/实际控制人是否又仍然受到第180条第3款和第192条之约束？答案恐怕是否定。若此，则间接规制模式就其实不过是建造于沙滩之上的城堡而已。

另外，虽然²⁰²³公司法第59条第1款删去了股东会有权“决定公司的经营方针和投资计划”和“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”的表述，但是董事会议却并未被充分地授予与日常经营管理相关的重大职权。例如，股东会仍然有权“审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案”，股东会仍然有权“对发行公司债券作出决议”，股东会仍然有权“对公司增加或者减少注册资本作出决议”等。以上所列举的三项职权，均是与公司日常经营管理紧密相关的公司财务问题，都被缺省性地配置于股东会享有。需要指出的是，尽管第59条第2款明确规定“股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议”，第152条引入了授权资本制，但是董事会对公司债券、公司股份的发行权的享有仍然需要首先获得股东会的授权，且董事会可以享有的股份发行权仍然受到诸多较为严格的限制。

生出两大问题。① 该种行使需要达到何种

用却没有规定实际控制人滥权可以触发该项权利的适用,这一立法上的漏洞显然使得公司法继续加强的直接规制模式仍然存在显而易见的“盲区”。最后,强制买断权的适用结果是受压迫股东最终退出公司,受压迫股东退出公司将会导致其无法再享受公司未来发展所能带来的股东红利,尽管相较于其他适用效果更差的救济手段,强制买断已经是一个更好的选择,但是其仍然谈不上是一项“完美”的制度。综上所述,公司法试图采取一种“双管齐下”的策略,从直接规制和间接规制两种模式入手,尝试搭建一个周密的控股股东、实际控制人的规制网络。遗憾的是,或者是由于立法技术的局限,或者是由于制度移植、借鉴的理论准备不足,立法决心不够,导致公司法对于控股股东、实际控制人的规制仍然给人以捉襟见肘之感。正因如此,公司法在未来仍然需要作更多的修改,以真正实现对控股股东、实际控制人的妥善规制。

四、进一步的改革方案

(一) 总体性的思路调整:“堵”不如“疏”

就控股股东、实际控制人的规制而言,我国公司法在本轮修订之前一直主要采用直接规制模式,即通过对控股股东、实际控制人施加各种义务与责任以抑制其滥权行为。而即便是公司法额外建构一套间接规制模式的情况下,这种强调义务与责任之施加的规制思路仍然得到了强化。而公司法第 104 条第 1 款和第 105 条即为其著例。然而,这样一种强调“堵”的规制方案,至少具有以下两个方面的值得商榷之处。一方面,对控股股东、实际控制人权利行使的过分抑制,既可能避免滥权行为的发生,也可能“剥夺”其正常的行权空间。而对控股股东、实际控制人之正常行权空间的“剥夺”至少存在两个方面的问题。① 控股股东、实际控制人在公司设立或者的发展过程中投入了“真金白银”,付出了治理心血,理应按照公司法及其他法律法规的规定享有“影响”或者“参与”公司治理、经营管理的权力。一味强调对其权利的限制或者剥夺,并不具有当然的合理性。② 尽管实践中确实出现了比较严重的控股股东、实际控制人滥权损害公司利益的情况,但是仍然有为数不少的控股股东、实际控制人对公司的发展起到了积极的作用。③ 这样的可能造成过度包含问题的规制思路

① 参见徐莉萍、辛宇、陈工孟:《股权集中度和股权制衡及其对公司经营绩效的影响》,载《经济研究》,2011年第 1 期。

或许与 2023 公司法第 1 条所强调的弘扬企业家精神的立法目的有所背离。另一方面,义务与责任的施加存在边际效益递减的问题,持续地通过加重义务与责任的方式来实现规制目的可能效果不彰甚至引发意想不到的副作用。这种副作用,至少可能通过两种方式呈现。① 控股股东/实际控制人“躺平”,这可能导致中国公司在公司法尚未完整建立董事“问责”(Accountability)系统之前出现监督真空。② 控股股东/实际控制人“变本加厉”,亦即在“债多不愁”的心理影响下选择更具滥用性的方式来行使其股东权利。

正因如此,未来的公司法修改或许可以更多地考虑“疏”而非“堵”的规制思路。重要的法经济学者曾对集中持股型公司的存在提出过一种可能的解释,即当某一法域之公司法对中小股东的权利保障水平越低时,该法域中的公司便更有可能形成集中持股的股权结构。① 其原因在于:在中小股东权利保障水平较弱时

①考虑到成本等方面的因素,应当至少要求上市公司的董事会成员过半数为独立董事,从而加强独立董事相较于公司、控股股东、实际控制人的独立性。②无论是独立董事抑或是执行董事,公司法或许都可以考虑借鉴荷兰公司法的有益经验采用“共选董制”。①亦即控股股东、实际控制人、中小股东均可提名一定比例的董事,但是全部董事的当选都必须获得双方的表决通过。该种制度或许能够减弱董事因感念“知遇之恩”而在心理上更加倾向控股股东、实际控制人的心理。③即便不能够如此激进地

来完成查漏补缺,但是却始终留下了不小的规制漏洞。在未来,公司法仍然应当对这一问题提供持续的体系性解决方案。就目前而言,这一体系性的解决方案,至少应当包括如下方面。

首先,公司法或者适用公司法的法院系统,应当改变以往将滥用股东权利的认定简化或者僵化为是否违反法定程序、是否超越外部界限,而改采美国公司法上已经形成相当成熟之制定法、判例法体系的合理预期规则。^①

其次,在强制股利分配之诉之中,法院或许可

五、结 语

在股权结构主要呈现一股独大之特征、公司运作往往依托集团