

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特征，控股股东

[illegible]

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这种简化或说僵化与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，这一规定还引发了其是否对控股股东、实际控制人施加了“信义义务”的争论。毫无疑问，这一争论对于中小股东权利保护而言具有重要意义。倘若认为，不得滥用股东权利的规定并未对控股股东、实际控制人施加信义义务，则中小股东便不能对前者基于自利而造成公司、其他股东损害的绝大多数行为进行诉讼，而倘若认为，该项规定对控股股东、实际控制人施加了信义义务，则又可能造成对法条文义进行突破、股东权利行使是否以及在何种程度上不能基于自利等疑难问题。至于法人人格否认制度，一方面由于“

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

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 年公司法第 59 条删去了 2018 年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 年公司法在股东出资义务和公司清算等领域都赋予董事以诸多职权等事实,^②2023 年公司法确立了董事会中心主义导向,已经不可谓不清晰。

与股东会中心主义强调对股东赋权不同,董事会中心主义的本意是通过将更多的公司决策权转移由董事会独享,充分发挥董事会在专业和信息上的决策优势,最终提升公司业绩。然而,在我国公司实践呈现控股股东、实际控制人中心主义的现实之下,董事会中心主义的确立则更多发挥的是提升公司治理质量、约束控股股东

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年公司法第192条规定，公司控股股东、实际控制人指示董事、高管从事损害公司或者股东利益的行为，应当与董事、高管承担连带责任。尽管事实董事制度对控股股东、实际控制人施加信义义务不同，影子董事制度仅要求控股股东、实际控制人对其所造成的公司损害承担赔偿责任，但是，这一规定很好地补充了滥用股东权利规则和事实董事制度所可能遗留的规制漏洞。一方面，滥用股东权利规则的适用要求股东确实行使了某种正式的股东权利，其无法涵盖股东通过私下沟通或者利用其控股地位的影响力而对董事决策进行干预的情况。另一方面，事实董事制度的适用前提为控股股东、实际控制人“越俎代庖”，直接行使了本该属于董事（会）的职权，这同样无法覆盖程度更轻的控股股东、实际控制人对董事所进行的影响。

事实上，对于董事会中心主义的确立而言，事实董事和影子董事制度的引入不仅有助于切断控股股东、实际控制人的干预之手，而且反过来加强了董事会中心主义的正当性。其原因在于司损

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,绝大多数股东的滥用股东权利的情形,其实都体现为控股股东/实际控制人通过长久地拒绝派发股利,进而实现其低价挤出中小股东的目的。正因如此,该条规定的出台可以说是对多数股东的有限公可控股股东/实际控制人规制的肯紧。然而,该条规定仍然无法发挥其预能切定的功效。其原因在于,一方面,在如何认定滥用股东权利的问题上,法院仍未强制彻的底摆脱前文提及的“违反法定程序”或者“超越外部界限”的思路;另一方面,强制公司应当强制公司进行分配的

或许与2023年公司法第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，即当某一法域中的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，股东便需要通过持有控制性的股权来实现自我保护，在中小股东权利保障水平较弱时，成为控股股东/实际控制人可以攫取更多的私人利益。若此，则未来的公司法就应当同时注重对控股股东/实际控制人的“疏导”，亦即通过削弱其可以行使的公司决策权，提升中小股东的权利保障水平，以降低其通过滥权来攫取私人利益的激励。而这种强调疏导的方案，则至少应当包括两个方面，即真正确立董事会中心主义（削弱控股股东/实际控制人的公司决策权）和继续完善少数股东压迫救济制度（提升中小股东的权利保障水平）。

（二）真正确立董事会中心主义

如前所述，尽管2023年公司法为确立董事会中心主义作出了诸多努力，但是其始终并未确立真正的董事会中心主义。至于如何确立真正的董事会中心主义，自然首先应当实现前文已经提到的三项前提条件，即赋予董事会完全的日常经营管理权、先赋予董事会以剩余控制权、确认关于董事会的职权规定具有强制性。然而，除此之外，真正确立董事会中心主义尚需其他系统性的配套制度的建立。在此，主要关注这些需要建立的配套制度。

公司法应当打破控股股东/实际控制人对董事会成员任免权的（实质）垄断。如前所述，公司法引入累积投票权是打破这种任免权垄断的一种有益尝试。然而，其目前所能发挥的实际功效相对比较有限。因此，未来需要进行更加彻底的制度变革。

[illegible]

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中,法院或许可以考虑在认定滥用股东权利之情形存在时,即直接以公司全部未分配之利润与原告股东所持股权比例之乘积确定应分配之利润。这一计算方法虽然看似简单粗暴,但是却具有至少两方面的优势。一方面,这一裁判方法可以避免因计算难题而干脆认定滥用股东权利不存在的不正义现象。值得注意的是,尽管在强制股利分配之诉中,法官可以通过使用所谓的“贴现现金流模型”来对公司的可分配数额进行计算,从而推导出不损及公司持续运营能力的股利分配数额,但是,由于该模型的运用涉及诸多计算参数的主观设定,可能造成不同评估者之评估结果差异较大的结果。因此,直接以公司全部未分配之利润与原告股东所持股权比例之乘积确定应分配之利润,还具有更具确定性的优势。另一方面,这一看似简单粗暴的裁判方法,还可以起到以此作为惩罚倒逼控股股东、实际控制人、在日常经营管理过程中照顾中小股东合理预期的效果。这种将纠纷消灭于事前的“激励机制”的设置,可能是一种更有效率、更能推动公司健康发展的改革方案。

最后,公司法未来应当对强制回购规则进行全面完善。^②第一条第一款未来应当将实际控制人滥用权利同样纳入可以触发强制买断的法定情形之中。^③第二条第一款未来至少应当将滥用股东权利的控股股东、实际控制人(也)规定为履行买断义务的主体。这既可以解决公司无财力进行回购时受压迫股东无法退出的问题,且也符合有过错者承担责任的法律正义观。需要注意的是,倘若强制股利分配之诉端通就可作为前述适用方式上的改革,则第一条第一款原本存在的“必须退出公司”的弊端就可以得到大大的缓解。其原因在于,当强制股利分配之诉的运作得到极大的畅通之后,受压迫的少数股东就可以在“继续持股以获得红利”和“退出公司以一次性解决纷争”之间作出选择。

①

()

