

控股股东的法律规制优化研究

樊梦燕*

摘 要:根据资本多数决原则,控股股东享有多数表决权,通过决定决议通过与否而在事实上成为公司真正的决定者。股权集中已成为我国公司的主要股权结构,控股股东控制公司治理有其正当性基础与经济学效益,但当前法律对控股股东的规制尚存不足,控股股东有“权”无“责”,滥用控制权损害公司和中小股东利益的情形频发。应当围绕控股股东的“权”与“责”构建完备的法律规制体系:一方面,重思公司共同决议制度,将控股股东能够单独形成决议明确为一项法定权利;另一方面,明确控股股东负有信义义务,在违反信义义务时承担相应的违约责任,从而促使控股股东充分发挥其在公司治理中应有的积极作用。

关键词:控股股东 资本多数决 共同决议 信义义务 违约责任

一、控股股东在公司治理中的重要地位

(一)控制公司治理正当性

控股股东控制公司治理是我国公司治理的现状,这是由资本多数决原则所决定的,即控股股东投入了更多的资金以获得更多的股份,也就拥有了相应的控制权。公司的意志由其代表机关所形成和体现,而公司代表机关的意志是通过会议决议的形式产生的,公司决议则由公司代表机关的成员依据资本多数决原则表决通过,这就是个人的意志上升为公司意志的路径。每个股东不同的出资额会导致其享有的权利义务和地位不同,并且股东自身的能力、经验等都不一样,那么对于公司的经营决策,股

* 华东政法大学经济法学院 2021 级硕士研究生。

东之间必然会产生不同的意见。^① 从公司逐利性的角度出发,要使所有股东就公司的某个经营决策达成一致意见的协商成本非常高,有时甚至不可能达成完全一致,公司可能因为没有有效的决策意志而陷入“瘫痪”。以资本为基础而非人为基础确定表决权份额早已达成共识,随着股东人数的增加,全体一致决失去可适用性,资本多数决原则自然成为最理想的方式。

越来越多的研究表明,公司的治理模式和效果与其股权结构有着紧密的联系,不同股权结构的公司理应拥有不同的、与公司相适应的治理模式。^② 21 世纪以来,研究者通过分析上市公司的股权结构数据开展建模分析,对股权结构对公司绩效有何影响展开了实证研究。实证研究结果显示,现代公司的主要股权结构形式已经从股权分散转变为股权集中,公司绩效与股权集中度呈正“U”形关系。^③ 随着第一大股东持股比例的提高,其对公司的控制力也相应地提高,这时第一大股东会有动力和权力去管理公司的经营。而随着股权集中度的进一步提高,第一大股东就有动机采用诸如侵占公司财产、操纵公司利润分配、不正当关联交易、关联担保等手段,对企业实施“掏空”,产生“壕沟防御效应”。^④ 因此,在一定范围内,增加第一大股东持股比例能够使其更好地治理公司,提升公司绩效;但是,在第一大股东持股比例提高到一定程度后,其滥用控制权牟取私利的可能性会增大。

公司的经营实践中也不断验证了控股股东控制公司治理的正当性和合理性。第一,控股股东在公司中有更高的收益,相较于其他中小股东,其对公司事务通常情况下会更加上心和用心。控股股东优势地位的得来并不容易,需要付出资金成本、时间成本以及机会成本。^⑤ 控股股东主动放弃资本分散化,将个人财富集中投资给单个公司,这样资本集中带来的高风险会促使控股股东对公司事务更加关注。第二,控股股东往往为公司的发起人,基于控股股东个人的声望和实力,其他投资者会选择与控股股东合作而加入公司。一方面,控股股东的个人信用,在很大程度上决定着公司的信用,控股股东的个人信用甚至可以在危难之时挽救公司于水火。另一方面,控股股东

① 参见邓小明:《控制股东义务法律制度研究》,清华大学 2005 年博士学位论文,第 67 页。

② 参见蔡立东:《论公司治理结构的非法律根源——以美国为中心的探讨》,载王保树主编:《商事法论集》(第 6 卷),法律出版社 2002 年版,第 250~251 页。

③ 吴淑琨:《股权结构与公司绩效的 U 型关系研究——1997~2000 年上市公司的实证研究》,载《中国工业经济》2002 年第 1 期。

④ 参见陈德萍、陈永圣:《股权集中度、股权制衡度与公司绩效关系研究——2007~2009 年中小企业板块的实证检验》,载《会计研究》2011 年第 1 期。

⑤ 参见贾翔、付春杰:《中小股东法律保护正当性辨析》,载《当代法学》2009 年第 2 期。

会在更大程度上参与公司的经营管理过程,从而获取和掌握更多、更真实、更详细的公司经营信息。正因如此,造就了小股东“搭便车”的“理性冷漠”,选择相信并跟随控股股东的选择。^① 第三,由控股股东等小部分人负责公司的决策更有效率,能够降低“所有与经营分离”产生的代理成本。控股股东从参与公司经营管理过程中获取和掌握的信息,能够更早地发现公司存在的问题,且有足够的动力促使自己去解决问题。允许控股股东“独断专行”,能够减少公司代理与监督的成本,使其创造最大价值。

(二) 法律规制与实践脱节

在《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)中以“控股股东”为关键词进行搜索,命中的条文只有3处,分别为第21条,规定了控股股东、实际控制人和董监高五类主体的关联交易行为;第216条第1款第2项,规定了控股股东的定义;第216条第1款第4项,规定关联关系中提到了控股股东。可以看出,《公司法》对控股股东进行实质规制的只有第21条,且该条没有特别规定针对控股股东特殊性的内容,对控股股东的法律规制非常贫乏。我国公司相关的法律法规只规定了董监高的义务与责任,而没有对控股股东的义务与责任作出明确要求,这使控股股东在一定程度上游离在法律规制之外。^② 控股股东在事实上参与并控制了公司的经营管理,但其在形式上只是和中小股东具有同样权利义务的股东。此外,《上市公司章程指引》第39条等中国证监会出台的法规规定了控股股东的诚信义务,这些关于控股股东的规定都没有上升到法律的层面,效力层级低,主要针对上市公司控股股东,难以发挥有效的警示作用,没有形成统一的控股股东法律规制体系。

控股股东成为公司治理事实上的主体,却不像其他公司治理主体那样受到《公司法》应有的规制。我国《公司法》没有对控股股东进行特别法律规制的缘由主要有两点:其一,在公司法立法时期,立法者难以预见控股股东会对公司治理拥有如此高的控制程度;其二,传统公司法理论认为,股东平等原则应当得到严格落实,全体股东自然享有平等的权利和义务,控股股东也不应当例外。如今我国已制定针对控股股东的特别法律规制;我国控股股东的法律规制需要进行创新;只有打破了对股东平等原则机械和片面的理解,才能够为控股股东特别法律规制创造合适的土壤。

^① 参见王荣康:《股份回购及对债权人和中小股东的保护》,载《现代法学》2002年第3期。

^② 参见徐晓松、徐东:《我国〈公司法〉中信义义务的制度缺陷》,载《天津师范大学学报(社会科学版)》2015年第1期。

股东平等原则的目的之一在于保护投资者的利益,然而公司中处于优势地位的控股股东可能会侵害其他股东利益。在资本多数决中,多数意味着全部,少数意味着没有。在表决权形式的过程中同时表现出多数和少数两种意见,最终表决通过的结果只表现为对多数的全部肯定和对少数的全部否定。^① 资本多数决原则受益于股东的形式平等,而股东的实质平等可以对资本多数决原则进行合理的规制。从实质正义的角度出发,立法应当向处于弱势地位的中小股东适当倾斜,以平衡控股股东与中小股东之间的差距。^②

(三)公司的内部治理失效

在中国大部分公司股权高度集中的股权结构下,最主要的矛盾是投资者之间的矛盾,也即控股股东与中小股东的矛盾,控股股东已经成为公司治理中的关键主体。在股东会中,控股股东拥有“一票通过权”和“一票否决权”,股东会难以通过股东会决议的形式对控股股东进行限制。同样,董事会和监事会的权利都受到了控股股东的制约,很难发挥独立的作用。

内部监督是基本的、常态的、起基础作用的监督,具有低成本、高效率的优势,在公司治理中发挥着重要作用。股东能否有效行使内部监督权,取决于其监督成本与所得利益之间的计算。^③ 中小股东即使有意愿,其表决权可能也不足以支撑监督行为,监督成本远远大于可能获得的收益。控股股东则不同,其拥有足够的投票权,监督收益高于监督成本,因而愿意花费精力对公司进行监督。因此,在股权集中公司中,中小股东没有足够的动力去管理或者监督公司,而有动力管理或监督公司的控股股东同时存在损人利己的道德风险。

公司内部治理的另一个重要内容是公司章程,公司章程能够在公司法允许的范围内作出公司的自治性规定。控股股东在行使控制权时具有显著的外部性,在公司中的地位越来越类似于作为经营者的董事的角色。^④ 控股股东的行为能够直接影响与其关系密切的中小股东利益,^⑤由法律对控股股东作出规制,能够使其承担一种原则性的信义义务,能够代替控股股东与中小股东的股东协议对控股股东的行为进行

① 参见赵旭东:《公司治理中的控股股东及其法律规制》,载《法学研究》2020年第4期。

② 参见刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社2004年版,第101页。

③ 参见李建伟:《公司制度、公司治理与公司管理:法律在公司管理中的地位与作用》,人民法院出版社2005年版,第121~122页。

④ 参见朱大明:《美国公司法视角下控制股东信义义务的本义与移植的可行性》,载《比较法研究》2017年第5期。

⑤ 参见蔡立东:《公司治理中的“多数派暴政”问题》,载《法制与社会发展》2003年第5期。

相应的限制,也在发生争议后对法官的自由裁量权进行相应的控制,与合同法上的漏洞填补原则起到异曲同工的作用,^①符合效率要求,事先约束了控股股东的行为,也为事后救济提供了责任基础。

(四)控股股东控制权危害

控股股东掌控公司治理已然成为一个事实现象,这不仅对传统的公司所有权与经营权分离理论产生冲击,而且也对公司法所规定的法定公司治理主体和治理结构产生冲击。若控股股东滥用控制权,就会造成更恶劣的影响。在良好的法治环境下,控股股东受到完备的法律规制,高控制权对其来说只是与高风险并存的高收益,而并无任何额外的收益。^②但是,一旦监管缺位,在控股股东没有受到完备的法律规制时,控制权就可能会被滥用,对其他主体造成损害。其中就包括了控股股东积极参与公司治理带来的一些负面效应。

第一,虚假出资。虚假出资,是指控股股东在公司设立或增资配股过程中,出资不足、出资不实、不出资或者抽逃出资,实际上却行使着控股股东的权利。这种行为对其他按期如实出资的股东非常不公平,对其他股东和公司债权人会造成巨大伤害。例如,在“海国投集团虚假出资案”^③中,港澳实业控股股东海国投集团隐瞒了因未缴纳土地开发费而没有取得其出资的160亩土地产权手续的事实,对港澳实业造成巨大损失。

第二,不正当关联交易。关联交易,是指控股股东与公司之间进行的购买、销售、租赁、代理等方面的交易。并不是所有的关联交易都是不被允许的,只有从实质公正角度判断,会侵犯公司正当利益的前述交易才不被允许。若前述交易不被禁止,则会使公司的财产遭受巨大损失。例如,在“天目药业关联交易案”^④中,控股股东现代联合集团持有天目药业31.26%的股权,长期通过预付贸易货款、购销货物、与个体工商户合作经营、预付包装材料货款等形式,以间接和直接手段为现代联合集团及其关联方提供资金数千万元。

① 参见柴瑞娟、接奇伟:《低效困境与制度突围——公司控股股东诚信义务再思考》,载《金融市场研究》2016年第10期。

② 参见李建伟:《公司制度、公司治理与公司管理:法律在公司管理中的地位与作用》,人民法院出版社2005年版,第133页。

③ 参见徐涛:《港澳实业:原大股东出资不到位事出有因》,载上海证券报网,<http://finance.sina.com.cn/stock/marketMsg/1999-12-29/16566.html>。

④ 参见刘建梅等:《关联交易、资产专用性与控股股东行为——基于仁和与天目的案例研究》,载《管理案例研究与评论》2012年第2期。

第三,恶意转让公司控制权。恶意转让公司控制权,是指控股股东为了自身的利益最大化,以非规范方式将控制权让渡给公司的恶意收购者。因为股权的财产权性质,控股股东在处分个人股权时具有一定的自由;同时,市场上存在众多恶意收购者,它们用高价收购控制权的目的在于竭尽公司资源以攫取不正当利益。例如,在“健力宝控制权转让案”^①中,控股股东三水市政府在未对买家资信进行调查的情况下,以3.38亿元价格将健力宝75%股权转让给浙江国投公司,然而国投公司交付的首期股权转让款1亿元为质押一笔国债所获得的短期融资,且因为对公司管理不力,多次挪用资金,使健力宝在两年后就陷入了困境。

第四,侵吞公司财产。侵吞公司财产,是指控股股东滥用控制权直接或间接长期侵占公司资金,造成公司经营资金严重缺损。例如,在“猴王集团侵吞公司财产案”^②中,猴王股份大股东猴王集团以关联交易、借名贷款等方式非法侵吞猴王股份超过10亿元,最终导致猴王股份进入破产程序。

第五,操纵利润分配。操纵利润分配,是指控股股东为了自身的利益,而不是公司整体利益和长远利益,利用其控制权通过有利于自身的利润分配决议。该行为会严重打击其他股东参与公司治理的积极性,从而危害公司的长远利益。例如,在“太一热力公司盈余分配纠纷案”^③中,太一工贸持股60%,居立公司持股40%,太一工贸法定代表人李某同时担任太一热力的法定代表人和执行董事。经法院查明,居立公司未分配利润金额为51,165,691.87元,但李某作为法定代表人从未分配过利润。

第六,操纵股票价格。操纵股票价格,是指公司管理人员为了获得巨额盈利,利用信息优势、资金优势、管理优势,控制未来股票价格走势的行为,严重损害了市场投资者的利益。例如,在“众益传媒操纵股价案”^④中,公司大股东、董事长文某指使公司管理人员大量买入本公司股票,造成股票交易活跃的假象,虚假抬高股价。

上述六种滥用控制权的行为均对公司、中小股东、公司债权人和社会造成经济损失和恶劣影响,对我国公司治理环境也造成严重损害。控股股东“一股独大”使其有侵害其他中小股东利益的能力和可能性,但并不当然意味着其必然侵犯中小股东利

① 参见吴箫:《控制股东在控制权转让中的诚信义务研究》,西南财经大学2019年硕士学位论文,第10页。

② 参见朱慈蕴、郑博恩:《论控制股东的义务》,载《政治与法律》2002年第2期。

③ 参见最高人民法院民事判决书,(2016)最高法民终528号。

④ 中国证监会行政处罚决定书[2018]25号。

益,损害行为发生的首要原因在于法治的不健全。^①我国控股股东这一特殊主体亟须明确法律规制的基本逻辑,并落实在立法、司法与执法上,以缓解目前我国公司治理的最大矛盾。

二、控股股东法律规制的基本逻辑

(一)赋予控股股东法定权利的必要性

控股股东的控制权源于股权的特性。^②一方面,在公司成立后,股东的出资即转化为独立的公司法人财产,股东的财产权演变为表决权。可以说是从股东对个人财产的直接控制,转变成了股东对法人财产的间接控制,间接控制的表现形式即为行使表决权,而占多数的表决权就表现为控制权。另一方面,控股股东行使表决权形成公司决议,公司的各个机关依据大大小小的公司决议维持公司的正常运转。其中最关键的机构便是意思机构——股东会,而基于股权的特性,控股股东可以根据资本多数决控制股东会,从而实现控制公司。虽然控制权一直被叫作“权”,但是很明显,控制权并不属于一种法定权利,而只是对既定事实状态的一种描述,可以说是一种结果性权利。^③法定权利,是指通过法律确认的,由法律对其加以保护的权利。法定权利由法律预先规定了其行使主体与主要内容,各方当事人之间都能够很好地明确该权利的主体与内容,并能够很好地对其进行回应和监督。我国法律法规均没有规定一项权利为“控制权”,故控制权不属于法定权利,而控制权这一事实权利在日常发挥作用上,表现为动态的、多变的,较灵活纷杂的,概念上趋于模糊,因此很难确定其内容,他方主体难以对其作出回应。^④在这个意义上,将“控制权”法定化能够更好地明确其权利本身的内容,也能够明确与权利相对应的义务的内容。

控股股东在大多数背景下,自身即带有一种贬义的色彩。大量的控股股东侵害公司利益的案例使学界费尽心思设计种种方式对控股股东进行约束和限制,^⑤很少有人想到或者愿意从正面讨论控股股东如何正当行使控制权。^⑥用形象的语言描述,这

^① 参见李建伟:《公司制度、公司治理与公司管理:法律在公司管理中的地位与作用》,人民法院出版社2005年版,第123页。

^② 参见王守春:《公司实际控制人诚信义务》,中国法制出版社2019年版,第42页。

^③ 参见王守春:《公司实际控制人诚信义务》,中国法制出版社2019年版,第41页。

^④ 参见李建伟:《关联交易的法律规制》,法律出版社2007年版,第25页。

^⑤ 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244页。

^⑥ 参见甘培忠:《公司控制权的正当行使》,法律出版社2006年版,第5页。

些是对控股股东控制权进行“堵”,而未想过对控股股东的控制权予以积极的、合理的“疏”导。^①多年来的实践表明,采用“堵”的治理模式效果不佳,不能够很好地解决公司治理的难题。虽然控股股东与中小股东之间存在巨大的矛盾,但是也应当看到两者相互之间的信任关系。除一人公司外,一家公司必然拥有控股股东与非控股股东,那么在面对一个投资风险巨大的控股股东控制的公司时,却仍有源源不断的投资者欣然投资。这背后的原因正是投资者对控股股东的信任,在选择投资对象时,这些目标公司的中小股东必然对公司已经有所了解,相信控股股东能够为其带来合理的回报,如果不信任控股股东,那么便从一开始就不会投资加入公司。^②基于这样的信任基础,可以考虑对控股股东赋予相应的法定权利。控股股东在公司治理当中拥有很多事实上的权力,将这些权力的合理部分予以法律认可,使之成为控股股东的法定权利,并辅以措施保障控股股东法定权利的顺利行使。控股股东作为股权集中公司的主要治理主体,理论和实践都能证明这样的治理存在正面的价值。^③法律完全可以从正反两面同时规定控股股东的控制权,使控股股东在我国发挥最大的积极作用。

在实践中,控股股东行使控制权的方式主要为行使表决权、指挥公司董事或经理的经营行为。第一种方式于法有据,是资本多数决原则下拥有控制股权占比的应有之义;而第二种方式则不那么合乎法理,从实际层面上架空了下级经营者的部分权利。基于两个方面的整理与评价,控股股东控制权最适合且最方便法定化的便是其表决权部分。且如果将控股股东单独决定权法定化后,控股股东控制权的其他内容也得到了间接的法定化,使控股股东的整个控制权都涵盖在了法律规制的范围之内。表决权是每个股东都享有的固有权利,但在现在的非全体一致决制度下,控股股东享有多数表决权即意味着其在事实上享有“一票决定权”。虽然中小股东也有集体反对控股股东的时候,一方面,这属于少数事件,绝大多数情况下,中小股东都“理性冷漠”地附随控股股东行使表决权;另一方面,只要资本多数决原则不废除或者改变,中小股东的反对只是口头上与会议中的反对,无法落实为公司的有效决议,且他们当初入股公司时就已经知晓这种情况出现的可能。再退一步讲,公司法也为其提供了退出公司的途径,无须“白费力气”与控股股东比拼表决权。将控股股东控制权法定化的同时,必然伴随着对其施加相应的法定义务,如此,便形成了完备的法律规制体系。

① 参见赵旭东:《公司治理中的控股股东及其法律规制》,载《法学研究》2020年第4期。

② 参见张学文:《封闭式公司中的股东信义义务:原理与规则》,载《中外法学》2010年第2期。

③ 参见李建伟:《公司制度、公司治理与公司管理:法律在公司管理中的地位与作用》,人民法院出版社2005年版,第123页;朱慈蕴、郑博恩:《论控股股东的义务》,载《政治与法律》2002年第2期。

(二)对控股股东施加信义义务的正当性

控股股东与其他中小股东相比,在权利性质上完全一样,只是在数量上享有更多的权利。这种数量上的优势使控股股东有能力行使“多数派暴政”,将不符合公司整体利益的个人意志通过合法的程序上升为公司意志,其他中小股东对此毫无办法,这便是资本多数决原则的异化现象。控股股东享有不受制衡的控制权,存在为个人逐利的道德风险,滥用资本多数决原则导致公司利益受损、中小股东利益受损,并妨碍市场经济的发展。资本多数决原则建立在一个基本的假定条件之上,即控股股东作出的决策是善意的、理性的,且控股股东利益和公司整体利益不是相互排斥的关系。^①但这一前提高估了股东的诚信品质,忽视了个体股东之间以及个体股东与公司之间的异质性,在公司经营实践中很容易落空。一旦条件落空,资本多数决原则只会沦为控股股东追逐私利的工具,与之目的背道而驰。因此,资本多数决是一把“双刃剑”,为了限制其滥用,就必须赋予控股股东必要的义务,将不滥用控制权的道德义务上升为法律义务,从而规避资本多数决原则的异化。

控股股东信义义务经历了一个多世纪的发展,已经形成了较完备的法理基础,从而可以解释为什么控股股东在承担出资义务后,还要对其他相互地位平等的股东承担单独的、特殊的义务。“由形式正义走向实质正义是现代法和近代法的重要区别。”^②股东平等原则的目的之一在于保护投资者的利益,然而控股股东与中小股东在公司中的地位只是形式上的平等,其在实质上仍是不平等的,处于弱势地位的中小股东的合法权益没有得到充分的保障。此外,还可以将正义划分为程序正义与实体正义。程序正义要求保证中小股东对公司经营管理的参与和对控股股东的监督,而实体正义则要求对享有更多权利的控股股东施加相应的义务。^③

信义义务已经演变为一个横跨契约法与侵权法,甚至超越私法范畴的概念。^④因为控股股东在行使控制权时具有显著的外部性,在公司中的地位越来越类似于作为经营者的董事的角色。^⑤公司法的产生和发展,是基于公司在实践中不断地进行利益

^① 参见刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社2004年版,第501~507页。

^② 梁慧星:《从近代民法到现代民法学思潮——20世纪民法回顾》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第7卷,法律出版社1997年版,第228页。

^③ 参见冯果、艾传涛:《控制股东诚信义务及民事责任制度研究》,载王保树主编:《商事法论集》第6卷,法律出版社2002年版,第338页。

^④ 靳羽:《美国控制股东信义义务:本原厘定与移植回应》,载《比较法研究》2021年第1期。

^⑤ 参见朱大明:《美国公司法视角下控制股东信义义务的本义与移植的可行性》,载《比较法研究》2017年第5期。

平衡与试错纠错,从早期简单的规则扩充到现今体系相对完备的公司法规则。每一时期的经济社会发展,都会带给公司法新的调整方向,每一时期的公司法应当尽可能跟随这些变化作出最优的安排方案。控股股东的行为能够直接影响与其关系密切的中小股东利益,^①

三、控股股东特别权利的法律认可

(一) 制度重思:共同决议行为

公司为了形成法人意思,设立股东会、董事会等议事机构,采用共同决议方法进行决策。这样的共同决议被称为公司内部的民主形式,有助于集体形成科学的决策,实现各方之间的监督制衡。但是这样的理想目标,在公司实际运营中很难实现。第一,难以作出科学决策。理想状态下,集体决策能够克服单个个体获取信息的有限性与局限性,汇集各种意见从而消除过于自信的盲目决定。但是,公司治理具有专业性,商事交易也日趋复杂,一般股东难以迈进其“高门槛”(股东甚至不需要有民事行为能力),大部分股东不会对决议内容予以特别关注和研究,而是选择直接跟随精英股东的选择,即“搭便车”。这导致了在事实上,大部分股东对公司决议内容不够了解,并不会实现克服单独个体获取信息的有限性和局限性,变成事实上精英股东的个体判断。第二,难以做到监督制衡。股东对议案不愿发声,无法有效行使监督权,其原因在于熟人效应和面子观念。^② 股东共同出资设立了公司,彼此都是熟人,而对于熟人的监督都会手下留情。同时,面子观念使股东在会议形式的面对面交流中很难讲真话。虽然私下交流时可能会对公司或其他股东表现出不满,但一见到真人,在面对面交谈时却往往会讲假话,使这样的当面监督很难奏效。在董事会中,公司法已经建立了“异议免罚”机制,促使董事积极提出异议,但在实践中仍然效果不佳。

基于上述原因,公司中的共同决议并不能实现科学决策与监督制衡,除非在股东、董事之间形成巨大的利益冲突和分歧,才能够看到理想中的激烈争议。对此,公司是否应当采用共同决议的形式就成了一个值得讨论的话题。公司是一种基于合作而实现“交易效率化”的工具,^③然而,共同决议这一方式既达不到科学决策、监督制

^① 参见蔡立东:《公司治理中的“多数派暴政”问题》,载《法制与社会发展》2003年第5期。

^② 参见蒋大兴:《重思公司共同决议行为之功能》,载《清华法学》2019年第6期。

^③ 参见蒋大兴:《重思公司共同决议行为之功能》,载《清华法学》2019年第6期。

衡的效果,甚至损害了公司内部的决策效率。对公司来说,其日常经营的商业判断具有专业性和复杂性,且对效率的要求较高,否则就会错失很多商业机会。在这种背景下,精英决策有着很强的适用性,既契合了商业决策的高效率要求,又实现了由集体责任向个人责任的转变。^①

公司的会议程序主要有两方面的价值:其一,通过会议形成决策;其二,会议上的沟通与交流。会议程序同时具有辅助性的工具价值和独特性的固有价值,股东会、董事会以会议进行集体决议的固有价值便体现在尊重小股东的知情权、辩论权和反对权中,给予小股东说服大股东改变主意的机会。^② 在实践中,存在控股股东听取会议上交流意见后改变原有主张的情形,但应当承认,这只是少数情况下,在绝大多数情况下,会议只是使决议生效的例程序。在控股股东能够单独决定决议的生效与否的公司中,会议的程序价值是否可以适当地降低而让位于公司经营的效率价值?对此,斯坦菲尔德的观点很具洞见,他认为,会议真正重要的作用在于使领导者“获取整体团体的所有想法”。^③ 股东会会议只是一种股东之间信息交流的场所和通道,控股股东在会议之前已经形成并固定了自己的想法,其能够只依据自己的想法形成决议,也能够吸收他人想法后,依据新的综合想法形成决议。因此,完全可以淡化公司会议的决议功能,强化其信息交流功能。在明确控股股东对其单独决定的决议承担责任的基础上,可以免去召开公司会议的烦琐程序,改为控股股东听取其他中小股东意见后单独决定。且在事实上,控股股东也是通常在会前咨询中小股东的意见,在形成自己的决定后再参与会议。这样一方面守住了公司会议交流讨论的部分价值,另一方面大大提高了决议通过的效率,避免了完全形式化的会议带来的浪费。

(二)制度构建:职权代行机制

控股股东控制权的表现形式在于其表决权,表现为控股股东能够独自决定一个决议的通过或否决,召开股东会进行表决只是其表决权的行使过程,股东会的表决通过是使决议合法、有效的必经程序。可以考虑设置股东会职权代行机制,免去召开股东会会议的形式流程,以实现公司决策效率的最大化,充分发挥控股股东在合理范围内行使控制权对公司治理的积极作用。

^① 参见蒋大兴:《重思公司共同决议行为之功能》,载《清华法学》2019年第6期。

^② 参见商法学研究会:《公司治理制度革新的基本架构——“公司法修改巡回论坛”第二场》,载微信公众号“商法学研究会”2020年9月12日, <https://mp.weixin.qq.com/s/w9HMTAIAqBBEcoetmJKOw>。

^③ [加]布莱恩·斯坦菲尔德:《共识建导法:从个人创造力到集体行动》,杜文君等译,复旦大学出版社2005年版,第55页。转引自蒋大兴:《重思公司共同决议行为之功能》,载《清华法学》2019年第6期。

公司民主是政治民主在经济领域的体现,公司民主是“合作性博弈”,公司成员相聚在公司,至少在公司建立之初都有着共同的利益目标,因而各方更容易在商谈后达成妥协。^① 当控股股东单独享有通过决议的股权比例时,股东会会议已经沦为了一项意义不大的程序,在实质上和程序上,由控股股东直接决定公司事项都具有合理性。^② 严格撤销具有程序瑕疵的决议有助于实现程序正义的独立价值,但对程序正义的违反并不必然损害实体正义。^③ 从实体正义和效率的双重维度考虑,具有程序瑕疵的决议不应全部都可被撤销。有些不符合股东会会议这一程序要件而形成的决议,但其在实质上符合法律或者公司章程规定的决议通过比例要求的,则可以从实体要件出发承认其决议的有效性。^④ 职权代行机制虽然在程序上确实减少了股东在股东会会议上面对面交流的机会,但在实体上依然得到了股东会会议的实质结果,还节省了股东会会议的成本,大大提升了公司决策效率。^⑤ 因此,职权代行机制的内涵是,尊重资本多数决下控股股东享有的公司决议决定权,将股东会会议程序予以省略,交由控股股东全权负责决议的通过与否并承担该决议的全部后果。这样清晰的责任承担机制会使控股股东在独自做决定时更加谨慎,促使他征求其他股东的意见。具体法律条文可以设计如下:

第×条

公司章程可以规定,控股股东持有表决权符合本法或公司章程规定的,可以不召开股东会,单独通过公司决议。

控股股东单独通过公司决议的,应当提前十五日通知全体股东。

公司决议的一般通过形式为召开股东会会议,根据表决权的多少,决定决议的通过与否决。这一方式具有最基础的、最广泛的适用性。职权代行机制作为一种特殊的公司决议通过形式,是传统股东会会议形式的特殊化,在股权集中公司中具有独特的适用性。依据对公司法强制性规则与任意性规则的分类,公司的决议通过方式规则属于公司法当中的结构性规则、赋权性规则,在初次章程制订中允许做出修改。^⑥ 在拥有控股股东的股权集中公司中,职权代行机制的实质在每次股东会会议中都有

① 参见蒋大兴:《重思公司共同决议行为之功能》,载《清华法学》2019年第6期。

② 参见赵旭东:《公司治理中的控股股东及其法律规制》,载《法学研究》2020年第4期。

③ 参见李建伟:《公司法》,中国人民大学出版社2011年版,第313页。

④ 参见蒋大兴:《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》,载《法学》2017年第4期。

⑤ 参见赵旭东:《公司治理中的控股股东及其法律规制》,载《法学研究》2020年第4期。

⑥ 参见罗培新:《公司法强制性性与任意性边界之厘定:一个法理分析框架》,载《中国法学》2007年第4期。

体现,职权代行机制不过是将这一事实上的机制予以显名化与具体化。职权代行机制只是改变了程序事项,但并不改变实际结果。但是,为了保护中小股东的合法权益,应当规定是否采用职权代行机制由公司章程授权为前提,并一定要赋予控股股东行使职权代行机制时相应的义务。^①

职权代行机制作为一种由控股股东独自行使的公司决议通过方式,与传统的股东会会议有着一定相似的地方。两者对同一事项的表决权比例要求相同,同样要求履行事先的通知义务,同样要求控股股东回避某些事项的表决。具体来讲,控股股东应当履行事前与事后的通知义务。职权代行机制只是免去了开会表决的过程,而不应当免去控股股东与中小股东交流讨论的机会和途径。控股股东应当在行使职权代行机制之前通知其他股东拟决议的事项,其他中小股东可以直接或间接通过各种途径与控股股东进行交流讨论,以协助控股股东形成决议。当然,也可以形成匿名反馈机制,隐名化后的意见交流往往更加有效。达成决议后,控股股东应当将其公开,以便所有股东知晓其内容。源于职权代行机制的特殊性,职权代行机制下的通知义务相比传统股东会会议的通知义务要求更高,通知的内容应当清楚、详细而非笼统、泛谈。当然,依决议事项的性质,根据法律规定需排除控股股东表决权或采用其他投票方式的,控股股东不得以职权代行机制通过决议,而应召开股东会会议通过。主要情形为拟决议事项与控股股东具有关联关系,在此情况下,传统股东会会议形式尚不能根除其中的风险,更不能直接相信控股股东能够履行忠实义务,应当根据法律规定对其表决权予以直接的、彻底的排除。^②最后,依据职权代行机制通过的公司决议由该控股股东全权负责,其他中小股东无须提出反对意见或登记在案,默认对该决议不承担任何责任。在传统股东会会议形式下,股东只有在提出反对意见且被登记在案的情况下,才对该决议不承担责任,且享有股东异议股权回购请求权。在职权代行机制下,既是因为不方便收集全部异议股东的反对意见并将其登记在案,更是因为控股股东在职权代行机制下独立通过决议应承担更高的注意义务,所以没必要对全部异议股东的反对意见进行收集。

综上所述,构建控股股东职权代行机制具有合理性、可能性与效益性。但同时,职权代行机制只是对公司共同决议制度重思的一个较小的方面,只是对存在控股股

^① 参见张毅等:《【讲座回顾】公司法修改中的公司治理》,载微信公众号“华政经济法”2021年5月14日, <https://mp.weixin.qq.com/s/eI0nbRmMVqsSariuySHjNQ>。

^② 参见高达:《公司治理中控股股东的主体地位及职权代行机制构建》,载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2021年第5期。

东公司的股东大会的一项创新改变。对于不存在控股股东公司的股东大会、公司的董事会、监事会,亦可根据现代公司中共同决议与经营决策的对比,以及会议作为交流讨论途径这一基础判断,作出相应的创新。减少非零和博弈的冲突对抗,强化会议中的交流讨论,充分地调动与会人员积极性进行意见交换,从而更好地、更平和地形成如何提升公司绩效——这一共同目标下的一致意见。

四、控股股东追责机制的整体构建

(一) 施加信义义务

明确控股股东的信义义务能够清晰控股股东的责任承担,既是对控股股东行使控制权时的限制与警示,也是控股股东滥用控制权造成损失时请求赔偿的责任基础。股东信义义务经由董事信义义务发展而来,且又不同于董事义务。控股股东信义义务是对信义义务适用范围的理性扩展,^①在两大法系的立法与司法实践中得到广泛的确认。^② 控股股东信义义务内容可以分为注意义务和忠实义务。

注意义务是一种积极义务,是指控股股东作为中小股东的受托人,应当履行一个善良管理人或普通谨慎之人应尽的注意,诚信地进行公司的管理,不得怠于履行职责。^③ 控股股东注意义务强调,控股股东应当以普通谨慎之人的注意履行义务,即以为公司整体利益最为有利的方式行使公司控制权。^④ 对控股股东注意义务的要求不能过高,一般要求与其自身的知识经验水平相匹配,最低标准即为普通谨慎之人的知识经验水平。控股股东承担注意义务主要体现为对表决权行使的合理判断,以及对提名的董监高的持续监督。首先,控股股东在股东会会议上行使表决权时,其承担一般谨慎人的注意义务,注意程度的标准低于公司的董事和经理。其次,在控股股东控制的公司中,公司的主要管理者——董监高一般都是由控股股东提名,并听从控股股东的指挥,为其利益服务。控股股东有滥用权利指挥董监高违法违规的可能,也有放纵董监高不轨行为的可能。因此,控股股东应当对其提名的董监高承担监督责任,以尽到善意管理人的注意义务。^⑤

① 参见刘凯:《控制股东的信义义务及违约责任》,载《政法论坛》2009年第2期。

② 参见王继远:《控制股东对公司和股东的信义义务》,法律出版社2010年版,第67页。

③ 参见王保树、杨继:《论股份公司控制股东的义务与责任》,载《法学》2002年第2期。

④ 参见王保树、杨继:《论股份公司控制股东的义务与责任》,载《法学》2002年第2期。

⑤ 参见习龙生:《控制股东的义务与责任研究》,法律出版社2006年版,第113页。

忠实义务是一种消极义务,道格拉斯法官(Justice Douglas)在佩普诉里顿案(Pepper v. Litton)的判决中写道“负有忠实义务的人不能滥用权利以牺牲其他人合法权益的方式获取个人利益”。^① 控股股东忠实义务强调控股股东个人利益与公司整体利益之间的平衡关系。控股股东基于逐利性,天然地存在个人利益大于公司整体利益的倾向,忠实义务旨在进行一定程度的约束,寻求使二者动态平衡,实现控股股东个人利益与公司整体利益之和的“共同利益”最大化。不能认为,只要控股股东获得了自身利益而不论公司利益有无受损,就违反了忠实义务。相比之下,忠实义务是更重要的组成部分。控股股东违反前述义务的行为多种多样,其中“虚假出资”等第一章通过真实案例形式讲述的六种行为具有代表性和典型性,可以重新归类汇总后在控股股东信义义务法条中予以列举规定。

德国与我国澳门特别行政区的相关法律均规定了控股股东对公司和其他股东的赔偿责任。德国法认为,公司的每个股东都应当对所在公司和其他股权持有人承担诚信义务,每个股东都不能实施破坏性行为。德国《股份公司法》第309条和第317条具体规定了“控股股东”以连带债务人对损失承担赔偿责任。我国澳门特别行政区《商法典》第212条具体列举了违反信义义务的五种情形,内容涵盖了违反注意义务和违反忠实义务的内容。我国《公司法》第148条规定董事忠实义务的条文采用了“列举+兜底”的结构形式,与我国澳门特别行政区《商法典》第212条十分类似。我国《公司法》可以将控股股东违反信义义务的主要情形进行归类汇总,规定在一个条文当中,从而形成控股股东信义义务的完整体系结构。具体法律条文可设计如下:

第×条

控股股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司与其他股东承担注意义务和忠实义务。

控股股东不得有下列滥用控制权的行为:

- (一)滥用支配地位,通过损害公司、其他股东的利益的决议;
- (二)以为本人或第三人谋取不正当利益为目的,引导董事、监事、高级管理人员为不法行为;
- (三)利用关联关系,直接或通过他人与本公司订立合同或者进行交易,损害公司、其他股东的利益;

^① See 308 U. S. 295(1939).

- (四)对公司、其他股东或利益相关人欺诈、隐瞒、篡改公司的重要信息;
- (五)违反对公司忠实义务和注意义务的其他行为。

该条文的第1款既明确了控股股东应承担与信义义务相关的责任,又明确了前述主体负有信义义务的对象是公司和其他公司所有权人。该条文的第二款,具体列举了四种失信的行为,前两项是控股股东的注意义务,后两项是控股股东的忠实义务,最后一项是兜底条款。在该条文之后,后续应当首先规定控股股东失信责任的认定标准、举证责任与责任形式,使该条文能够运作起来;随后,可以将分散规定的违反信义义务行为的具体责任集中规定。在此说明一点,虽然注意义务和忠实义务的行为方式不同、界定程度不同,但其在失信责任的认定标准和责任形式上存在很多共性,后文不再区分讨论。

(二)明确失信责任

没有责任条款,义务条款将形同虚设,对义务主体毫无约束力。构建控股股东追责机制,应当明确违反信义义务行为的判断标准、归责原则与责任形式。《公司法》中的控股股东失信责任的具体法律条文可以设计如下:

第×条

控股股东滥用控制权给公司或其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。由控股股东对自己不存在滥用控制权行为承担举证责任。

控股股东违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

该条规定包含了控股股东失信责任的三个维度:第一,认定方式。对控股股东是否应承担信义义务的调查是一项涵盖多方面、多层次内容的综合性调查,需要耗费大量的人力、物力资源。为了防止控股股东信义义务法定化后,相关诉讼量激增,从而导致法院凭借有限的资源无力应对,所以,一方面,需要各地法院加强该方面资源配置,以应对逐渐增加的司法实践需求;另一方面,可以对控股股东信义义务的调查加设前置性程序,即通过个案认定的方式,先判断个案中控股股东是否拥有“控制权”,以减少资源的浪费,强化司法效率。具体而言,在控制权的认定方式上,应采取实质判断的方式。也就是说,法院应具体判定,在特定案件所涉及的特定的公司决议、交易等中,原告控股股东是否利用其影响力,实质性地左右了该特定的公司决议、交易等的结果。经过个案的前置性认定,当法院认定控股股东拥有“控制权”后,才能激活法院对该控股股东在特定案件中是否应承担违反信义义务的责任的调查。

第二,归责原则。控股股东信义义务的赔偿责任应采过错推定责任原则。过错

推定责任主要适用于实质地位不平等的双方主体之间,目的是更好地保护处于相对弱势地位主体的合法权益。控股股东相对中小股东处于更优的地位,采过错推定责任可以让控股股东承担举证责任,维护股东之间的实质平等。这样控股股东就不得不主动出示证据证明其行为的合法性与合理性,否则就要承担不利后果,在一定程度上缓解控股股东和中小股东在人力、财力、证据收集等方面的悬殊地位。在举证责任分配上,首先,为了防止中小股东滥诉、浪费司法资源,应当先由原告中小股东初步证明在特定案件所涉及的特定的公司决议、交易等中,被告谋取了个人利益。在中小股东提供初步证据证明被告的个人利益事实上获得了实质性的收益后,由被告控股股东提交更具体的证据证明该特定案件所涉及的特定的公司决议、交易等符合公平性要求。具体而言,控股股东必须提供交易在价格上符合公平要求,以及交易在程序上也符合公平要求的证据。

第三,责任形式。控股股东违反信义义务赔偿责任的赔偿形式主要为停止行为、返还所得利益、赔偿损失与强制收购股份等。首先,当控股股东违反信义义务,给公司和其他中小股东造成了损失时,应当立即停止该行为,如立即停止进行中的不正当关联交易。其次,《公司法》第148条以及2019年修订的《中华人民共和国证券法》第44条规定了公司的归入权,控股股东应当返还因违反信义义务得到的个人利益。再次,控股股东负有民事赔偿责任。赔偿数额的确定应当考虑两方面因素:一是受损主体因此遭受的损失,二是控股股东因不当行为获得收益。最后,在控股股东恶意转让控制权时,中小股东可以要求控股股东收买其股份,从而退出公司。以上多种责任形式可以单独适用,也可多项同时适用。

(三)相关配套制度

与控股股东信义义务相配的制度主要为表决权排除制度、股东诉讼制度、股权回购制度。首先,对控股股东最重要的权利——表决权进行了适当限制,使其不能够对有关联关系的决议行使表决权。公司法应将关联交易、董监高的选任、股东权利的取得与丧失等情形列入表决权排除的适用范围。其次,明确赋予中小股东诉权,并明确控股股东能够成为股东代表诉讼的被告主体,使其从公司的“背后”站到了前台,成为显名化的被告。一方面,能够警醒控股股东,不仅受其操纵的董监高能够作为被告,其自身也能够成为被告;另一方面,能够保证中小股东诉权的明确性和充分性。^① 最

^① 参见邓明聪:《控股股东忠实义务探析》,华南理工大学2019年硕士学位论文,第28~29页。

后,在中小股东走投无路或者不愿意耗时耗力时,赋予中小股东退出公司的权利,使其拥有使公司或者控股股东回购其股权的请求权。从我国公司治理的实际情况出发,有必要在控股股东严重违反忠实义务时将其增加为股权回购主体。相关的配套制度,赋予中小股东相应的、能够维护自己合法权益的权利,使其能够对抗控股股东,并在控股股东违反信义义务时能够采取有效的内部治理或外部治理方式,对控股股东的失信责任予以追究。

五、结 语

公司法致力于建构一种各方主体之间利益平衡的秩序。如果控股股东处于绝对优势地位,其他处于弱势地位的主体根本无法对其进行有效的制衡。本文认为,应尽快从法律层面明确对控股股东的规制,可以对控股股东事实上享有的控制权予以认可,设立职权代行机制,在明确控股股东信义义务与责任制度的前提下,提高“一股独大”公司的议事效率。