

董事会中心主义下的公司实际控制人治理

虞家宝

浙江工商大学法学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年5月31日; 录用日期: 2023年6月16日; 发布日期: 2023年8月25日

摘要

股东本位的公司治理思路下, 公司实际控制人治理出现主体定位模糊、责任规则缺失等问题, 究其原因是异化后的公司控制权以及公司控制权架构同工业时代的公司法制度脱轨。顺应董事会中心主义的公司治理转型, 引入实质董事规则成为兼容公司法与实际控制人制度的桥梁, 在此基础上从董事规则中提取控制规则, 能够搭建起公司实际控制人权责体系, 对优化营商环境、引导企业高质量发展具有重大意义。

关键词

实际控制人, 实质董事, 董事会中心主义, 公司治理

Corporate Governance by Actual Controller under Board Centralism

Jiabao Yu

Law School of Zhejiang Gongshang University, Hangzhou Zhejiang

Received: May 31st, 2023; accepted: Jun. 16th, 2023; published: Aug. 25th, 2023

Abstract

Under the stockholder-oriented corporate governance, problems such as fuzzy subject positioning and lack of responsibility rules appear in the governance of the actual controller of the company. The reason is that the alienated corporate control rights and the corporate control structure are derailed from the corporate law system in the industrial era. In accordance with the corporate governance transformation of board centralism, the introduction of substantive director rules becomes a bridge between the company law and the actual controller system. On this basis, the control rules extracted from the director rules can build the actual controller rights and responsibilities system of the company, which is of great significance for optimizing the business environment and guiding the high-quality development of enterprises.

Keywords

Actual Controller, *De Facto* Director, Board Centralism, Corporate Governance

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

我国《公司法》以法律形式明确了由股东大会、董事会、监事会以及经理层构成的三会一层权利体系，这些主体在协调与制衡之中形成了对公司的常态控制。而在现代公司治理实践中，公司控制发生异化，法定的公司治理主体在投资关系、协议关系、人事关系等影响下服务于实际控制人，进而成为他人间接控制公司的工具。近年来，有关公司控制权争夺的案件频频出现，引起了社会的广泛关注，也反映出我国公司实际控制人治理中的种种乱象。2021年《公司法(修订草案)》(以下简称《草案》)第216条将公司股东纳入实际控制人的范畴，同时第191条创造性地规定了实际控制人的两种责任类型，即董事责任和高级管理人员责任，使公司实际控制人治理这一命题再次被纳入学界视野。有观点认为《草案》确立了“超越形式主义的董事认定路径”，正式引入了实质董事规则^[1]，中国的公司治理模式呈现出向法定董事会中心主义发展的特点^[2]。在董事会中心主义的立法转型下，长期困扰实务界的公司实际控制人治理问题能够得到系统性解决。

2. 现行公司法下的实际控制人治理乱象

在市场的发展变化中，公司的所有权与控制权逐渐分离，权利核心从资本所有者向管理者转移，于是在公司权利动态移转的过程中诞生了公司实际控制人的概念。公司实际控制人通过股权架构设计、人事任用、章程设计等方式实现对公司经营的实际掌控，使公司的对内控制权与对外代表权相脱离，从而使法律预设与市场中公司实际运作情况不一致，这就导致我国法律对公司实际控制人的规制缺位，产生种种治理乱象。

2.1. 公司实际控制人治理对象不精准

究竟何为公司实际控制人，不仅在理论界众说纷纭，法律也没有给出统一的答案。在公司法层面，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”。在证券监管法层面，《证券法》没有对实际控制人概念下定义，而《深圳证券交易所股票上市规则》、《上海证券交易所股票上市规则》对于实际控制人的解释与《公司法》相比没有“虽不是公司股东”这一限制条件。总的来说《公司法》与交易所的自律性规则存在冲突，公司股东身份是否能与实际控制人重合存在争议。因此《草案》第216条将公司股东纳入实际控制人的范畴具有重大意义，这一修改方向可以使公司实际控制人的治理对象更加精准。

2.2. 公司实际控制人认定方式难统一

在公司实际控制人的具体认定上，大多数规范性文件没有给出具体标准，导致实践中司法者在认定公司实际控制人时存在偏差。尽管证监会的有关文件围绕“实际支配”对拥有控制权的情况进行列举，但以“实际支配”解释“实际控制”本质上无法逃离循环论证的误区，致使实际控制人问题在个案认

定中不能逃离经验主义的范畴。现代公司治理中，控制权的真正持有者隐藏在层层包裹之中，仅从外观上看很难厘清一个公司的控制脉络，此外无实际控制人、共同实际控制人等现象频繁出现，难以使用统一的标准定位每个公司的实际控制人是治理的一大难题。

2.3. 公司实际控制人权责体系未明确

从权利、义务和责任相统一的原则出发，能控制一个公司的行为，当然要为该行为承担责任。与之矛盾的是，在法律层面上公司行为最终的责任主体是行使表决权的股东，公司实际控制人虽然通过投资关系、协议关系、人事任免等方式间接主导了公司意志的形成过程，但在法人穿透制度仅适用于股东而公司实际控制人责任规定模糊的情况下，公司实际控制人拥有了一双规避风险的“白手套”。总体上无论是公司法还是证券监管相关立法都未能建立起一套完整的实际控制人权责体系。第一，在公司实际控制人的权利方面，相关法律对其的态度是避开不谈但默示其存在。第二，在公司实际控制人的责任方面，证券监管层面的规定侧重于保护投资者，而公司法层面数量极其有限的相关条款无法系统地解决公司实际控制人归责问题。

3. 控制异化过程中的制度脱轨

公司实际控制人是公司制度充分发展诞生的产物，然而有关公司控制理论的研究已有近百年的历史，我国自引入公司实际控制人概念至今也有十数年，矛盾的是对于公司实际控制人的制度设计却停留在极为粗糙的层面。公司实际控制人问题迟迟难以被纳入法治轨道，究其原因“公司控制”随着时代的发展被赋予了新的含义，而以股权至上为逻辑基石的公司法在设计之初没有为这一新生事物预留空间。

3.1. 公司控制权与公司法脱轨

控制权的异化发生在股权内容被不断分化的过程中。在传统观念看来，劳动与资本这两个基本的生产要素中，为公司提供物质资本的“资本家”的权利是资本所有权，为公司提供劳动的“雇员”的权利只是一种对资本运用的他物权。由于一切他物权均从属于所有权或体现所有权，资本家理所当然地控制整个商事组织[3]。而随着现代公司制度的发展，米恩斯认为利益和权力往往被赋予不同的群体，有利益的群体被称作所有者，拥有所有权，无论该群体是否拥有权利，而有权力的群体则被称为控制者，拥有控制权。在这一背景下，公司控制权的内涵扩散开来，资本所有者的权力属性被淡化。综合公司控制权的不同表现，学界在提炼了核心要素后普遍认为，公司控制权的法学本质是决定公司行为的权力，资本所有权与公司控制权没有直接的联系[4]。缺乏所有权的控制权与缺乏控制权的所有权有结合在一起进行经济活动的需要，这两种趋势使公司制度更加稳固[5]。

控制权的异化致使公司法迟迟未能建立起公司控制权体系。在权利本位的法律体系内，首先需要对公司控制权做出系列安排，方能进入到控制责任的范畴，而现实是尽管实务中已经把公司控制权视作一种应然的权利，公司法却始终不谈及这种权利。这是因为控制权的实现方式太多难以归纳，且运用控制权的过程是一种复杂的社会活动，我们往往只能通过一系列控制现象总结控制事实，而难以探究这种事实是如何发生并怎样运行的，因此控制权的边界无法确定，稳定性也时常波动，即使认定某一时间段内的具体公司存在控制权现象，也无法精确描述这种控制权。而公司控制权的权利规则无法设计，所导致的结果是在不清楚控制的程度是大还是小的情况下，贸然让控制人承担过大或过小的责任都不合适。

3.2. 公司控制架构与公司法脱轨

当权利核心从股东向其他主体转移，公司控制架构也开始发生异化，实际控制架构成为存在于股权控制架构背后的权利逻辑。实际控制架构没有固定的实现形式，但存在着共同特征，即实际控制人为真

正意义上的权利核心，通过影响股东、董事、监事、高级管理人员等法定公司治理主体，间接实现对公司的最终控制。实际控制架构的控制逻辑大致可以分为三种。第一，表决权控制。主要方式包括表决权代理、代理权征集和表决权信托，有学者将公司表决权比作牵引风筝的绳子，由绳子末端的“人”牵引着公司“飞行”的高度和方向[5]。第二，协议控制。最为常见的是 VIE 协议，也包括部分承包经营合同、特许经营合同、委托经营合同等[6]，协议约定控制公司有权对被控制公司做出指示，而被控制公司的董事有义务遵从该指示。此外，在股东内部也存在协议控制的情形，典型的有一致行动人协议，多用于小股东之间通过协议形成联盟以增强话语权。第三，影响力控制。公司内部人员以及公司债权人、重要供货商、离职高管、高管亲属等外部人员在与公司经营活动发生交集的过程中都能够对公司行为施加影响，甚至利用其影响力对公司人事形成控制，当这些影响达到左右公司意志的程度就实现了公司控制。

实际控制架构总是显得与公司法格格不入，一种思考是它的存在使原有的公司治理结构处于一种尴尬的境地，使得法律和公司章程赋予其他机构的决策权、经营权、监督权彻底落空。取得完全控制权的实际控制人大大可以抛弃利益均衡、分权制衡、公司自治等公司法基本原则，为所欲为地摆布被公司法赋予独立人格的公司法人，如此彻底破坏了现代公司制度，法律不应当为这种行为正名。而事实上的公司实际控制人普遍存在，银行在为公司提供借款的过程中要求实际控制人提供担保，公司上市的过程中要求披露明确且稳定的实际控制人，同时公司实际控制人确实在公司治理中起到了一些正面作用，如激发公司经营活力、带动公司成长扩张，现今特大型公司的产生几乎都伴随着某些商业领袖的崛起，公司法不能罔顾事实地否认公司实际控制现象的存在。在这种意义上公司法中的公司实际控制人更像是一种妥协的产物，公司法隐晦地指出公司实际控制人的现象，默许现代公司形成了一种“三会一层”治理为表，实际控制人治理为里的双重治理体系，但实际控制架构与公司法权利架构兼容上的瑕疵使得公司实际控制人始终难以正式融入公司法治理体系之中。

3.3. 股东本位公司法制度存在时代局限性

总的来说公司控制与公司法脱轨的背后，是股权核心的治理理念受到冲击，伴随着公司最高权利逐渐向董事会转移。当前我国公司实际控制人制度设计模糊，很大一部分原因是股东控制的思维惯性同董事控制的现实治理模式发生冲突。学理上倾向于将位置尴尬的实际控制人往“股东”方向解释，实践运用中实际控制人规范与控股股东规范也有高度的相似性，然而实际控制人既没有股东的财产权益捆绑，也并非如股东一般远离公司实际经营，因此股东治理规则大多与实际控制人难以适配，也无法涵盖所有的公司控制行为。

4. 以董事制度为桥梁构建治理规则

采取董事会中心主义立法模式的国家，公司董事会是实际上掌握公司控制权的主体，因此一旦某个主体实际控制了公司的行为，往往是通过行使董事权力实现的，可以称之为实质上的董事。在此基础上根据实质董事代表董事会集体行使权力还是代表董事个人行使权力以及相应程度，来判断是否对公司形成支配[7]。反观我国公司制度，在我国公司法重角色责任、轻行为责任的追究机制之下，行为责任往往被身份角色责任掩盖或淡化，只因行为人没有董事、监事的身份和角色，就可能完全逃脱责任的追究[8]。近年来困扰实务界的实际控制人问题其症结就在于无法在现有公司权利框架内找到实际控制人的位置，因此加快董事会中心主义的立法转型，扩大公司董事的外延用以安置四处游离的公司实际控制人概念可以成为公司法改革的趋势。

4.1. 确立董事会中心主义公司权利架构

就公司制度发展的现状看，股东大会和职业经理都不适宜作为法定的公司权利中心。现今股东会形

骸化现象日趋加重，股东会中心主义的公司权利配置既有决策能力和效率低下的缺点，也无法完成对董事和高级管理人员监督和制约的任务，不再适宜成为我国公司制度的支柱。另一方面，尽管实践中经理中心主义思想被越来越多的公司认可，但分析经理层级的产生过程，其原因是董事会受限于会议制和规模，不得不向下寻找一个更加精炼且常态的权利主体来处理具体经营事务，与股东会的权利下放不同，董事会权利的二次下放没有两权分离、经营能力强化、公司人格独立等特殊渊源作为基础，公司经理可以看作是董事会权利的延申，董事会对其监督和制约也不存在过大障碍。总的来说董事会中心主义成为我国公司权利架构转型的必然选择。董事会作为公司的权利中心可以提高公司决策能力，在股东会的监督和制约下防止权利滥用，同时可以领导高级管理人员不偏离正确的经营方向。为此必须在法律层面上明确董事会的公司权利中心地位，应以公司权利归属于董事会为原则，将董事会定性为经营决策机构而非股东会的执行机构，在此基础上抽离部分权利以列举形式交由股东会和高级管理人员行使。

4.2. 运用实质董事支撑实际控制人治理

伴随权利中心向董事转移的公司治理转型，引入实质董事规则，以董事概念涵摄公司实际控制人更为适宜，既贴合了公司实际控制人的行权逻辑，也完善了公司法主体规则。为此公司法应作出扩大董事内涵的尝试，规定不具有董事身份而事实上行使董事职权的主体，不论是否经过合法选任程序，均承担与董事相同的义务与责任，确立实质董事规则。实质董事不仅包括公然以董事身份行事者(事实董事)，也包括长期指使名义董事为一定行为者(名义董事)。通过实质董事规则可以借由董事责任贯穿所有影响董事行使职权的主体，摆脱身份责任的桎梏，落实公司治理主体的行为责任，完善公司权利义务体系。在实质董事规则涵摄之下，公司实际控制人制度依然有其独立意义，虽然实际控制人形成控制地位的主要原因是实质上行使了董事职权，但行董事权和行控制权是两个不同概念，由此才赋予实际控制人实质董事与公司控制者双重身份，在此基础上回归公司法本身从权利到责任的推导过程，可以建立起公司实际控制人的权责体系。

4.3. 健全公司法实际控制人权责体系

实际控制人的权利包括董事权利和董事权集中形成的超额权利两个部分。具体而言在第一个层面上，实际控制人在与董事职务重合的范围内享有董事权，并基于其实质董事身份承担董事信义义务与董事责任。对于这部分董事权利，公司法可以以实质董事规则进行概括地事实承认，但不可越过董事直接赋予实际控制人董事权，否则有违公司制度的程序价值。而由此引发的董事义务和董事责任，公司法必须予以明确。虽然相比于真正的董事，实际控制人的董事权利存在一定瑕疵，但实际控制人消极出任董事职务而因此额外付出控制关系维护成本也是应有之义。在第二个层面上，实际控制人实际拥有的董事权利超出了其支配的董事权范围，这部分权利这与传统公司理论中大股东的超额控制权相类似，是一种因权利集中而形成的权利。这部分权利可能包括重大事项否决权、重大事项多投一票权等，公司法可以以正向列举的形式进行明确以规范和保障实际控制人权利行使，相应地这种权利带来相匹配的注意义务以及责任，应与一般董事义务和责任进行区分。现行公司法没有对实际控制人行为规范中的董事责任和控制责任作区分，同时部分董监高的行为规范中也掺杂着关联交易责任等控制责任的内容，需要厘清这种混淆以梳理出系统性的公司实际控制人治理规则。

5. 结语

公司实际控制人的产生是公司控制权从所有者向经营者转移的一种表现，公司实际控制人长期以来游离于公司法治理之外，深层次的原因是股东本位的公司法没有给公司实际控制人制度提供生长的土壤。董事会中心的立法转型是现代公司制度日益成熟后的改革趋势，我国公司治理实践也回应了这种需要，

董事会中心主义在解释公司治理中产生的一些新问题更具张力。就公司实际控制人问题而言,在董事会中心主义框架下运用实质董事制度,可以较好地完成这一新治理主体与三会一层治理模式的对接。对此,本文在分析为何实际控制人治理问题在现有公司法体系中难以得到解决之后,基于董事会中心主义的假设提出了初步的公司法完善方向,如何具体落实立法转型问题和细化实际控制人治理规则有待进一步探讨。

参考文献

- [1] 林一英,刘斌,沈朝晖,丁亚琪.公司法修订的立法选择笔谈[J].政法论坛,2022,40(4):97-124.
- [2] 赵旭东.股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择[J].法学评论,2021,39(3):68-82.
- [3] 马俊驹,聂德宗.公司法人治理结构的当代发展——兼论我国公司法人治理结构的重构[J].法学研究,2000(2):78-90.
- [4] 徐来.实际控制人法律制度研究[D]:[博士学位论文].重庆:西南政法大学,2013.
- [5] 梁上上.股东表决权:公司所有与公司控制的连接点[J].中国法学,2005(3):108-119.
- [6] 殷召良.公司控制权法律问题研究[M].北京:法律出版社,2001.
- [7] 刘斌.重塑董事范畴:从形式主义迈向实质主义[J].比较法研究,2021(5):82-98.
- [8] 赵旭东.中国公司治理制度的困境与出路[J].现代法学,2021,43(2):89-105.