



# 实际控制人公司法规制的体系性思考

陈洁

Systematic Thinking on the Regulation of the Actual Controller in the Perspective of Company Law

CHEN Jie

在线阅读 View online: <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2022.1290>

## 您可能感兴趣的其他文章

### Articles you may be interested in

#### [从高通案看韩国规制滥用知识产权垄断新发展](#)

New Development of Regulation on the Abuse of Intellectual Property in Qualcomm in Republic of Korea

北京理工大学学报(社会科学版). 2019(3): 158 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2019.1061>

#### [爬取公开数据行为的刑法规制误区与匡正](#)

Misunderstandings of Criminal Regulations of Crawling Public Data and the Corresponding Correction

北京理工大学学报(社会科学版). 2021, 23(4): 154 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2021.4524>

#### [关系治理对PPP项目控制权影响的实证研究](#)

Empirical Research on the Influences of Relationship Governance to the PPP Project Control Rights

北京理工大学学报(社会科学版). 2018(3): 52 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2018.2867>

#### [外层空间军事化及其国际法规制的模式和路径](#)

The Outer Space Militarization and the Mode and Route of Its Regulation under the International Law

北京理工大学学报(社会科学版). 2017(1): 124 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2017.0116>

#### [未成年人社会观护体系的实证考察与路径重塑](#)

Empirical Investigation and Path Reconstruction of Juvenile Social Protection System

北京理工大学学报(社会科学版). 2019(5): 142 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2019.1616>

#### [信托通道业务的私法构造及其规制逻辑](#)

The Private Law Structure of Trust Channel Business and Its Regulation Logic

北京理工大学学报(社会科学版). 2021, 23(3): 116 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2021.4705>



关注微信公众号, 获得更多资讯信息

DOI: 10.15918/j.jbitss1009-3370.2022.1290

# 实际控制人公司法规制的体系性思考

陈洁

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

**摘要:** 实际控制权是游离于公司权力法律配置之外客观存在的特殊经济现象。由于实际控制权涉及多维的法律关系以及复杂的运行机制, 现行公司法的相关文本未能基于实际控制人控制权配置的动因、对公司法定权力控制形态的影响以及实际控制人滥用控制权的法律后果做清晰明确的厘清与规范。在未来公司法修改中, 应在建构广义实际控制人概念、义务与责任内在统一的整体框架下, 明确实际控制人对公司及其他股东的诚信义务以及实际控制人滥用控制权的责任实现机制, 合理创设对实际控制人与控股股东一体化规制的逻辑自洽的规范结构, 以体现并提升公司法规定的体系效益。

**关键词:** 实际控制人; 控股股东; 实质董事; 权利滥用

中图分类号: DF411.91

文献标志码: A

文章编号: 1009-3370(2022)05-0059-12

实际控制权是游离于公司权力法律配置之外而客观存在的特殊经济现象。《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)与《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)已经为实际控制人从概念界定到责任设置提供了初步的制度方案, 但由于实际控制权涉及多维的法律关系以及复杂的运行机制, 公司法的相关文本未能基于实际控制人控制权配置的动因、对公司法定权力控制形态的影响以及实际控制人滥用控制权的法律后果做清晰明确的厘清与规范。正值公司法修改之际, 如何顺应公司股权结构和公司治理的发展态势, 围绕公司实际控制权的正当行使建构科学、合理、系统的法律规则体系, 以防止那些不显示为公司控股股东但事实上却能控制公司的实际控制人不法损害公司及股东权益, 同时又尽可能利用和发挥实际控制人在公司治理中的积极作用, 这是公司法修改无法回避的重要课题。未来公司法应在建构广义实际控制人概念、义务与责任内在统一的整体框架下, 注重与证券法的协调衔接, 妥善创设对实际控制人与控股股东一体化规制的逻辑自洽的规范结构, 以体现并提升现行立法规定的体系效益。

## 一、实际控制人的界定及公司法规制的基本面向

### (一) 实际控制人的界定

实际控制人的概念界定是构建实际控制人规范体系的逻辑起点。实际控制人不仅关涉公司一般性的经营治理, 同时在公众公司发行上市、再融资、并购重组、信息披露等诸多由证券法特别规制的相关制度中承担重要功能, 故对实际控制人的立法规范横跨公司法、证券法两大法域。公司法关于实际控制人的基本规范主要适用于非公众公司类型, 证券法上实际控制人的规则仅限于公众公司证券公开发行与交易领域。

#### 1. 公司法关于实际控制人的概念界定

2005年修改的《公司法》首次引入实际控制人的概念。《公司法》第216条规定, 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。该规定表明, 公司法上的实际控制人具有三个特性: 不是公司股东; 能够实际支配公司行为; 通过投资关系、协议或者其他安排实现对公司的控制与支配。

理解“能够实际支配公司行为”是把握实际控制人概念的核心要点。《公司法》实际上是将实际控制

人对公司拥有控制权的判断标准表述为“能够实际支配公司行为”。如何理解“控制”，《公司法》未作进一步的解释。财政部2006年发布的《企业会计准则第36号——关联方披露》中，将“控制”的含义界定为：“有权决定一个企业的财务和经营政策，并能据以从该企业的经营活动中获取利益。”该准则将“控制”局限于对企业经营活动的“决定”状态，而不包括比“决定”程度略低的“重大影响”<sup>①</sup>。其对“控制”的界定过于狭窄而与市场实践脱节。理论界及实务界较为普遍的共识是：“能够实际支配公司行为”是指实际控制人能够对公司的经营管理、决策、人事甚至财产具有支配性的影响力。这种“支配性”现实中具体表现为实际控制人对公司所有重大事项，诸如公司机关的组成、议事程序和决策步骤等具有单方面的决定权或重大影响能力。这种共识很大程度上得益于美国法律研究院对“控制权”的定义：“直接或间接地对于一个商业组织的管理或经营政策施加控制性影响的权力，这种权力可以一个人行使，也可以根据与他人达成的协议或共识由几个人一起行使。”<sup>[1]3</sup>

鉴于现代公司采取一股一权和资本多数决的基本制度设计，控制权在公司法意义上应该通过股东的表决权加以体现。因此，从公司控制权来源的角度，可以将投资者对公司的控制形式分为以直接股权为基础的控制和非以直接股权为基础的控制两种类型。前者是中国公司法上控制股东的概念，后者是与控股股东相并列的实际控制人的概念。《公司法》第126条规定，控股股东是指依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。公司法上控股股东与实际控制人的区别在于：其一，控股股东是公司股东，而实际控制人不是公司股东；其二，控股股东对公司的控制是一种直接控制，直接参与公司治理享有股东的各项权利，而实际控制人对公司的控制是一种间接控制，不体现为公司股东的权利，不直接参与公司的治理；其三，控股股东具有显名性，实际控制人具有隐名性<sup>[2]292</sup>。概言之，“中国《公司法》将实际控制人作为一个与公司控股股东相并列的主体，并且明确排除了股东身份与实际控制人身份的重合。”<sup>[3]</sup>

从公司法理及公司治理逻辑出发，公司法对控股股东和实际控制人加以区分的意义在于明确二者对公司实现控制权的依据不同进而施以不同的法律规制。《公司法》第216条明确表达控股股东与实际控制人控制权的来源差异，但该条直接将实际控制人排除在股东之外。这样，如果一个投资者实际控制了公司，但其取得的公司股份又未达到控股股东标准，那他就可以居于控股股东和实际控制人公司法规定的范围之外。综上，公司法关于实际控制人的概念界定因明显的法律漏洞而饱受诟病。

## 2. 证券法层面对实际控制人的界定

在《公司法》对实际控制人所做的概念界定之下，《证券法》并未对实际控制人的定义予以修正。从中国证监会（以下简称“证监会”）的部门规章及规范性文件来看，证监会的相关监管规则对公司控制权人的规范是“实质重于形式”，即不管是直接持有还是间接持有股份或采取其他任何方式，只要投资者对公司具有实际支配力，就可被认定为对公司具有控制权，进而被界定为公司的实际控制人。

例如，2007年证监会《〈首次公开发行股票并上市管理办法〉第12条“实际控制人没有发生变更”的理解和适用——证券期货法律适用意见第1号》规定，公司控制权是能够对股东大会的决议产生重大影响或者能够实际支配公司行为的权力。其渊源是对公司直接或者间接的股权投资关系。再如，《上市公司收购管理办法》（2020年修正）第84条规定：“具有下列情形之一的，为拥有上市公司控制权：（一）投资者为上市公司持股50%以上的控股股东；（二）投资者可以实际支配上市公司股份表决权超过30%；（三）投资者通过实际支配上市公司股份表决权能够决定公司董事会半数以上成员选任；（四）投资者依其可实际支配的上市公司股份表决权足以对公司股东大会的决议产生重大影响；（五）中国证监会认定的其他情形。”由上可见，证券监管规则通过将直接持股和间接持股等方式统一纳入控制权的范畴，从而把公司法下的控股股东和实际控制人统一认定为对公司具有控制权的主体。至于控制权的具体判断标准，监管规则采取以股东大会表决权为基础的判断标准，同时以是否具有支配性影响力作为兜底的判断原则，由此在证券监管层面逐步形成从首次公开发行、再融资、上市公司收购、

<sup>①</sup> 依照《企业会计准则第36号——关联方披露》，重大影响是指对一个企业的财务和经营政策有参与决策的权力，但并不能够控制或者与其他方一起共同控制这些政策的制定。



重大资产重组、信息披露等方面对二者（控股股东和实际控制人）的一体化监管。

但在沪深证券交易所自律管理层面，对实际控制人的界定似乎并不一致。上海证券交易所2010年7月26日发布的《上市公司控股股东、实际控制人行为指引》第6.3条定义的实际控制人的概念与公司法的规定一致，即实际控制人不是公司股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际控制、影响公司行为的人。上海证券交易所2020年12月颁行的《股票上市规则》对实际控制人的界定也仍然与公司法的规定保持一致。但深圳证券交易所2018年11月修订的《股票上市规则》则将实际控制人界定为“指通过投资关系、协议或者其他安排，能够支配、实际支配公司行为的自然人、法人或者其他组织”，即并不要求实际控制人必须不是公司股东。

总体而言，由于控股股东是个比较直观的概念，无论公司法还是证券法对控股股东的认识界定并无差异。但对实际控制人而言，在资本市场目前的监管实践中，对实际控制人的认定主要关注其是否拥有公司的控制权，而未将其是否直接持有公司股份作为排除因素。这样，如果仅从监管层面关注的实质控制权角度出发，将实际控制人界定为对公司具有实际控制权的主体，则实际控制人可以涵盖控股股东的概念。究此原因，证券监管层面注重的是投资者对公司是否具有实质上的影响力与决定力，尤其关注“穿透式”认定投资者是否采取联合股东或包括一致行动人的协议方式等从而实现实质上对公司的控制效果。

### 3. 本文的观点：广义实际控制人概念的提出

《公司法》将实际控制人排除于股东之外，采用狭义实际控制人的概念，容易造成法律上的漏洞。事实上，“实际控制人”这一概念的提出，就是为了弥补公司权力配置上法律模型与现实状况之间的差距，使那些不具有控股股东之名而实际控制着公司经营管理的主体承担起其作为控制人应当承担的义务和责任。要达到此制度预设目标，实际控制人的概念就应当涵盖控股股东之外，所有能够控制并实际上实施了控制公司行为的主体。

从域外经验看，不同国家在立法上对实际控制人（包括控股股东）范围的界定宽窄不一，大体上其界定标准分为形式标准和实质标准两种。基于公司法的资本多数决原则，类似中国公司法主要从投资者的持股数量比例来界定控股股东的标准即属于形式标准。形式标准显然无法揭示公司所有权结构的复杂状态，以及更为隐秘错综的实质控制关系，因此，多数国家立法与司法实践不仅重视对实际控制人（包括控股股东）实质标准的认定，而且亦采用灵活的形式标准。例如，美国法学研究院起草的《公司治理原则：分析和建议》第1.10条规定，除了通过拥有半数以上表决权股份而被界定为控股股东外，实质上对于关于公司经营的具体交易行为事实上有支配力的股东也是控股股东。在美国判例法中，任何事实拥有公司实际控制权的人，均可能在个案中被确定为控股股东，其采用的就是广义的控股股东（在中国应是实际控制人）概念。

“事实控制”是界定实际控制人的关键所在，也是确定实际控制人的充分条件。即只要具有实际的控制权行使行为，就可认定为实际控制人。借鉴域外实质控制标准之法理，法律要规制的是投资者实质控制可能给公司造成的影响。至于采用直接持股方式还是其他方式只是实现控制的手段，法律要针对不同的手段采取不同的规制方式，但核心规制点都是要避免实际控制人滥用其控制权。因此，《公司法》第216条对实际控制人的“非股东”身份的限制是没有必要的，只要将其定义为“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”即可。这样的定义可以把非控股股东但事实享有控制权的股东或其他非股东形式但事实享有控制权的主体一并纳入实际控制人的范畴，从而避免立法上的空白地带引发实践中的规避法律情形，也真正实现实际控制人作为公司法上的一个兜底性概念的制度预设目的。

尽管《公司法（修订草案）》中已经明确删除实际控制人不是股东的表述<sup>①</sup>，但本文所述的“实际控制人”不是作为与“控股股东”相对应的概念而言，它系指基于形式持股比例或者通过投资关系、协议、其他安排，能够实际支配公司行为的人。这个概念与诸多学者论述中提及的“控制股东”概念是相似的<sup>[4]</sup>，但“控制股东”概念最终落脚在“股东”身份上未必周延。故本文采用《公司法（修订草案）》中的“实际

① 《公司法修订草案》第259条规定：“实际控制人，是指通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。”

控制人”称谓,但该概念与现行《公司法》的狭义实际控制人概念相较,是广义的实际控制人概念。广义的实际控制人实质上是“控制人”的概念,因此它不仅是控股股东的上位概念,同时也能够涵盖所有缺乏公司法上的明确身份但却有能力控制公司并实际上实施控制行为的主体<sup>[5]</sup>。事实上,只有采用广义实际控制人概念,才能防止出现事实上享有控制权却在法律上不承担义务的特殊主体。这些主体不具备控股股东、董事、经理等外观名义,但其对公司的控制力与控股股东或董事等并无不同,故应将这类主体一并纳入“实际控制人”范畴,并对其在公司法人治理结构中的地位与功能予以特殊规制。

## (二)公司法对实际控制人规制的基本面向

实际控制人通过投资关系、协议或者其他安排取得对公司的控制地位。这种事实控制是中性概念,其反映的是公司权力的法律配置之外客观存在的一种产权结构和社会现象。这种现象是中性的。事实上,实际控制人的控制权对公司的影响是双向的:包括正面的积极影响和负面的消极影响。通常情形下,实际控制人的利益与公司的利益可能是一致的。从客观角度看,只要实际控制人依照法律法规和公司章程的规定善意行使权利,尊重公司的独立性,其对公司行为的影响即为正面的影响。这种正面的影响在公司实践中往往有利于遏制“内部人控制”的弊端。另一方面,实际控制人可能利用自身对公司日常事务和重要决策享有的影响力来实施不当控制行为,从而将公司变为自己获利的工具。公司法需要规制的是实际控制人滥用控制权的问题。即实际控制人通过对公司的实际控制,践踏公司的治理制度,侵害公司及利益相关者的合法权益的行为。但值得一提的是,公司法对实际控制人的规制要尊重产权结构或客观经济现象的内在逻辑,采用合理手段,降低事实控制权对公司的不利影响,而不是试图消除这种产权结构或经济现象<sup>[6]</sup><sup>[247]</sup>。

从实际控制人滥用控制权的路径方式考察,实际控制人往往通过破坏公司法预设的权力配置结构,从股东会、董事会和公司高管三个层面对公司的经营决策进行不当影响和控制,从而造成公司治理机制的扭曲和异化。

其一,操纵股东大会的表决权对公司经营决策施加影响。公司法规定股东(大)会行使公司重大事项决策权,董事会和经理层行使公司经营管理权。实际控制人表面上不具有对公司的法定控制权,但在股东大会层面,其可以通过表决权信托、表决权征集、股东投票协议等方式使表决权与名义股东相分离,从而将其需要的候选人选任为公司的董事或使自己制定的议案成为公司的决议,从而实现对公司的实质控制。在实际控制人利用表决权分离工具控制、操纵股东大会的情形下,股东大会会议只不过是实际控制人控制和行使公司重大决策权合法化的形式和工具,最终结果就是拥有法定控制权的公司权力机关的决策权被截留、取代和剥夺。法律赋予公司各机关的控制和管理公司的功能和机制陷于瘫痪<sup>[7]</sup>。公司法本来意义上的“资本多数决”被扭曲为“实际控制人决”,进而产生公司治理实践中偏离公司法所规定的决策机制及其责任问题。

其二,控制董事会使其成为实际控制人谋取私利的工具。公司法规定股东大会是公司的权力机关。公司控制权是指能够对股东大会的决议产生重大影响或能够实际支配公司行为的权力<sup>①</sup>。这种观点将控制权的影响受众直接指向股东大会或股东会决议,而没有涉及董事会,忽视董事会作为股东会的执行机构而存在,但公司法同时赋予董事会对公司诸多重大事项的方案制订权及决策实施权。因此,操纵董事会使其成为实际控制人的傀儡是实践中实际控制人滥用其控制权的重要方式。

在董事会层面,实际控制人往往通过其控制地位,或透过其提名当选的董事操纵董事会;或者故意不召开董事会,使公司内部决策实施机制瘫痪;又或者直接控制公司的董事长操纵、干预公司的经营活动,从而事实上代替董事会行使公司的重大决策管理权。实际控制人滥用控制权的行为打破了公司法权力配置的构造和界限,使董事会以及董事异化为实际控制人的利益代言人。董事会决议机制丧失其应有价值而沦为公司治理中的花瓶。

其三,实际控制人直接作为事实董事管控公司的活动。实践中,实际控制人可能直接作为影子董事、事实董事对公司经营决策施加不当影响。尽管实际控制人在公司法上并非属于形式董事之列,但其

① 证监会《证券期货法律适用意见第一号》。

隐藏于公司背后操控董事高管的行为,甚至直接行使经营管理权,成为公司的事实董事或影子董事。而那些真正的形式董事高管反而成为傀儡或木偶。市场实践中的常见情形是,由于形式上的董事怠于履行职责,或直接受命于实际控制人,不忠实履行自己的信义义务,致使公司经营管理权向影子董事转移和集中。作为影子董事的实际控制人掌管了公司的经营管理权就可以为自己谋取私利。由于影子董事在法律上非属于形式董事之列,在中国公司法下实际控制人作为实质董事就可以规避法律上直接为形式董事设定的义务,从而无须为其不当行为承担责任。

## 二、关于实际控制人现行立法规制的梳理与评述

### (一) 中国关于实际控制人的主要立法规制

实际控制人问题关涉公司法、证券法、刑法等领域。2005年公司法 and 证券法的联动修改将实际控制人对公司的不当控制问题纳入视野,并与相关的司法解释、监管规则、自律规则共同形成关于实际控制人行为规范的初步规则体系。

在公司法层面,除《公司法》第216条对实际控制人的概念予以明确外,《公司法》仅有第16条和第21条对实际控制人的特殊地位分别从关联担保的回避表决以及禁止不当利用关联关系两方面予以直接规制,即现行公司法对于实际控制人施加的责任仅仅限于关联担保和关联交易领域,对实际控制人最核心的在公司治理层面滥用控制权的规制则基本无所作为。

针对公司法的疏漏,《公司法(修订草案)》第259条明确直接废除了公司法第216条有关实际控制人不是公司股东的规定,在维持公司法第16条和第21条对实际控制人关联担保以及关联交易的基本规范外<sup>①</sup>,特别针对实践反映强烈的实际控制人滥用控制地位侵害公司及中小股东权益的问题,增设第191条,明确规定“公司的控股股东、实际控制人利用其对公司的影响,指使董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为,给公司或者股东造成损失的,与该董事、高级管理人员承担连带责任。”第191条一定程度上弥补了公司法关于实际控制人滥用控制权的立法漏洞,但在废除实际控制人不能是股东规定的情形下,未能在公司法的结构层面对实际控制人与控股股东滥用权利等问题进行一体化规范<sup>②</sup>,凸显了“打补丁式”立法碎片化规制弊端以及规则兼容性差之局限。

在证券法层面,随着中国资本市场跨越式的发展壮大,实际控制人通过欺诈上市、违规担保、非法转移资金、非法关联交易等方式掏空上市公司的乱象此起彼伏,2019年最新修订的《证券法》鉴于实际控制人在公司治理及运营中的特殊功能作用,将其与控股股东相并列,从证券发行、证券交易、证券上市、信息披露、投资者保护等方面系统强化实际控制人的法律责任。例如,《证券法》第26条规定,发行人违法发行证券的,发行人的控股股东、实际控制人有过错的,应当与发行人承担连带责任。《证券法》第69条规定,发行人、上市公司对证券的发行有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,发行人、上市公司的控股股东、实际控制人有过错的,应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。与公司法相较,证券法层面为应对资本市场的监管实践率先实现了对控股股东和实际控制人的一体化监管,这种一体化的规制模式展示了资本市场对滥用控制权行为更深入的规范认识及其应然的监管意义。

至于证券监管规则层面,除了诸多监管规则对《证券法》关于控股股东和实际控制人的义务及责任等相关内容做具体化规范外,值得注意的是证监会颁布的《上市公司治理准则》以及《上市公司章程指引》等规范性文件中明确规定上市公司的控制股东及实际控制人对公司负有诚信义务<sup>[8]</sup>。例如,《上市公司章程指引》第39条第2款规定:“公司控股股东及实际控制人对公司和公司社会公众股股东负有诚信义务。”《上市公司治理准则》第19条规定控制股东对上市公司及其他股东具有诚信义务。上海证券交易所2010年《上市公司控股股东、实际控制人行为指引》第一章总则规定:“控股股东、实际控制人应当遵守诚实信用原则,依照法律法规以及上市公司章程的规定善意行使权利。”这些规则初步提出了

① 《公司法(修订草案)》第20条维持现行公司法第20条关联交易的规制,并在第71条维持现行公司法第16条关联担保的规定。

② 《公司法》第20条所规定的权利滥用规则应该同样适用于实际控制人。



实际控制人应当遵守诚信原则,善意行使股东权利的主张,进而谋求公司和全体股东利益的共同发展,具有重大的立法和实践意义<sup>[4]</sup>。在公司法理上,这些规则从实际控制人责任基础层面明确提出实际控制人对公司和公司社会公众股股东负有诚信义务,从而为实际控制人滥用控制权的具体范围以及应当承担的法律责任提供了法理支撑。

在司法解释层面,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》第18条至第20条规定控制股东与实际控制人在公司清算过程中的勤勉义务要求,明确控制股东与实际控制人因怠于履行义务,导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失而无法进行清算的,以及公司解散后恶意处置公司财产给债权人造成损失等情形时,控制股东与实际控制人应对公司债务承担相应责任。这是对公司法有关控制股东与实际控制人滥用控制权规制的有益补充。此外,2022年1月《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第20条<sup>①</sup>特别规定追究虚假陈述中作为首恶的实际控制人的民事责任,即投资者可以起诉请求直接判令发行人控股股东、实际控制人就其组织指使的虚假陈述行为承担责任。该规定的立法意图是追究虚假陈述违法活动中的主谋和首要分子,让上市公司背后的实质违法者得到惩罚。该规定展示了“追首恶”的理念,但在制度设计上并未突破证券法第85条的规定连带责任的框架<sup>②</sup>。在具体实践中,根据证券法第85条的规定,控股股东、实际控制人本身就是虚假陈述的连带责任人,并且实行过错推定的归责原则。而在该司法解释第20条下,应该由投资者证明控股股东、实际控制人组织、指使发行人实施虚假陈述。这对原告而言是不可能完成的任务。所以,上述规定主要是起到宣示性的作用<sup>[9]</sup>。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)(以下简称《九民纪要》)第11项针对“过度支配与控制”做出规定:“控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司,滥用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同,利益相互输送,丧失人格独立性,沦为控制股东逃避债务、非法经营,甚至违法犯罪工具的,可以综合案件事实,否认子公司或者关联公司法人人格,判令承担连带责任。”该文件主要是对实际控制人滥用控制权导致关联公司丧失人格独立性时如何对债权人承担责任的指导性意见,但其不具有法律渊源的效力。

## (二)对中国现有实际控制人立法规制的评述

中国现行立法从法律、司法解释、规范性文件等多层次初步建立了对实际控制人滥用控制权行为的规范体系,但现有的立法规制尚缺乏法理上的归纳提炼以及体系结构的整合。

### 1. 未对实际控制人建构从义务到责任体系化的制度规范

尽管中国公司法从关联担保、关联交易等方面设置了对实际控制人的行为规范,但现有规范涵盖范围狭窄,未能全面涵摄公司治理范畴,尤其未能从实际控制人义务的发生、义务的内容以及责任实现机制构建逻辑自洽的体系规范,亦未能从事实控制的本质出发,对实际控制人与控股股东滥用控制权行为实现一体化的规制。

其一,未对实际控制人与控股股东滥用控制权行为实现一体化的规制。公司法采用狭义实际控制人的概念,《公司法(修订草案)》虽然采用广义实际控制人概念,但未能基于实际控制人与控股股东控制权的同质性对其滥用控制权行为实现一体化的规制。从控制权的实质角度分析,实际控制人只是由于表面上没有取得足够股份而无法成为公司控股股东,但其通过协议安排等可以事实上实现控股股东的权力。就对公司的影响力以及可能产生的影响来说,二者并没有实质的区别,而只能说实际控制人比控股股东对公司的控制更隐秘,更难以界定。从二者控制公司的同质性的角度出发,《公司法》仅规定控股股东应对其滥用股东权利的后果承担相应责任,至于实际控制人,既未规定禁止其滥用权利,亦未将其纳入法律认可的公司控制法律关系的范畴,致使实际控制人可以控制公司却不附带任何义务和责任。这

<sup>①</sup> 第20条规定:发行人的控股股东、实际控制人组织、指使发行人实施虚假陈述,致使原告在证券交易中遭受损失的,原告起诉请求直接判令该控股股东、实际控制人依照本规定赔偿损失的,人民法院应当予以支持。发行人在承担赔偿责任后,可诉请组织、指示其实施虚假陈述行为的控股股东、实际控制人赔偿实际支付的赔偿款、合理的律师费、诉讼费用等损失。

<sup>②</sup> 证券法第85条的规定,控股股东、实际控制人本身就是虚假陈述的连带责任人,并且是过错推定责任,即“能够证明自己没有过错的除外”。

无疑是公司立法的巨大漏洞。即便在《公司法(修订草案)》的情形下,虽然明确将控股股东、实际控制人指使董事、高管行为一并纳入责任范畴,但从《公司法(修订草案)》第20条、第21条来看,在滥用股东权利、滥用公司法人独立地位等方面仍未能实现对控股股东、实际控制人的一体化规制。

其二,未能提炼出实际控制人对公司及其他股东负有诚信义务的一般性条款。从责权利统一的视角出发,实际控制人事实上享有对公司治理、经营管理的重大决策权,就必须依法承担与其享有的控制权相适应的义务和责任。从权力的本质属性而言,权力与义务对立统一互为一体,控制权既是实际控制人的权力,同时也给其带来责任和义务。就义务层面而言,义务是责任产生的条件,是责任的前提。在理论界未就实际控制人是否需要负担诚信义务达成共识的前提下,《公司法》及《公司法(修订草案)》亦未能提炼出控制股东须对公司与其他股东负有诚信义务的一般性条款。这表明中国公司立法对实际控制人相关义务的性质、具体内容尚认识不清,未能准确厘清实际控制人滥用权利而对公司以及股东承担损害赔偿责任的理论依据,致使实际控制人不当支配公司之行为无法获得全面相应的责任跟进。

以体系解释角度来看,立法者要从整体的视角观察法律规范及其所体现的价值判断。但在公司法关于实际控制人的规范中,立法者关注的重点是控股股东及董事高管的义务与责任,严重忽视实际控制人在公司治理中扮演的重要角色,导致在公司控制权旁落于实际控制人时,公司法却没有给实际控制人预设与其权利相应的义务和责任。可以说,现行有关实际控制人的立法模式显然无法有效实现实际控制人围绕控制权实施所要求的责权利有机统一的制度构成。

## 2. 未能厘清公司法和证券法规制实际控制人的基本逻辑

由于公司法与证券法调整对象之间的密切关联,公司法与证券法具有天然的密切关系。这种密切关系不仅体现在法律规范的实质层面,也必然表现在法律规范的形式层面。但是,证券法与公司法毕竟是两个相对独立的法域,具有各自不同的规定性、立法宗旨以及规范实现机制<sup>[10]45</sup>。体现在规制实际控制人滥用控制权行为时,在立法规范上应该基于公司法和证券法各自的规制逻辑予以必要的分工协调。

从公司法、证券法各自的调整范围出发,公司法规制的是公司内部的组织结构和运作方式,因此公司法对实际控制人的规制重点要落在实际控制人基本的权责配置以及禁止实际控制人对公司组织秩序和运作秩序,诸如对公司治理的内部程序、公司内部的议决环节等的操纵与不当影响。证券法规制的是证券市场的运行秩序,其对实际控制人的规制主要通过规范信息披露制度以及相应的法律责任制度来保障公众投资者的权益安全与公平的实现。但现行公司法与证券法对实际控制人的规制显然没有厘清各自基本的内在逻辑。突出反映在公司法与证券法对实际控制人的诚信义务的安排设置有违基本逻辑。具体而言,在一定意义上,证券法因调整上市公司而可以说是公司法的特别法。作为一般法的公司法应该对公司实际控制人的基本权利义务予以明确,但《公司法》及《公司法(修订草案)》未能明确实际控制人的诚信义务,而在证券法上却将实际控制人的诚信义务作为“追首恶”的理论基础。有学者通过分析证监会关于上市公司大股东违法违规行为的监管通报发现,“追首恶”背后的监管理念是实际控制人对于上市公司负有“诚信义务”<sup>[11]</sup>。有学者进一步指出,公司法上股东信义义务的范围被错误地运用到证券监管中,从而产生实际控制人责任在公司法路径与证券法路径上的重合与冲突。对此,其主要原因在于公司法没有确立广义实际控制人的概念,未能基于控制权的实质将控股股东与实际控制人进行一体化规制。此外,公司法没有确立实际控制人的诚信义务规则,而在证券监管规则层面却突破公司法的框架确立实际控制人的诚信义务,并直接导致证券法将诚信义务作为“追首恶”的理论基础。归结起来,根本原因还在于立法者未能厘清公司法与证券法各自的调整范围及对应的实施机制。事实上,《上市公司章程指引》《上市公司治理准则》等在某种意义上都是证券监管机构将其权力过度扩张到公司法领域的实例,诸多研究已经明确指出其弊端<sup>[12]256</sup>。可以说,现行公司法对公司主体诸多基础性权责配置的不完善以及公司法与证券法规定性分野不明的后果,导致了证券监管机构由公司法赋予的权限法源具有不确定性。这不仅影响上市公司的经营活动,影响资本市场的健康发展,也势必影响公司法和证券法的有效实施。

## 3. 未能整合实现实际控制人责任体系的有机统一

中国现行法下关于实际控制人的相关责任零散分布在公司法、证券法、司法解释以及各种指导性文



件中,因此,首先要从规范形式上把分散在各种法律文本中的实际控制人的各种责任统一到公司法层面由公司法加以全面规范。证券法在公司法全面规范的基础上,可以对需要证券法调整的内容予以特别规制。

从目前的实践看,公司法尚未搭建公司法预设的实际控制人责权利之间应然的体系规范。要追究实际控制人因滥用控制公司行为给公司、小股东和债权人造成损失的侵权责任,存在诸多的问题。

其一,责任形态的缺失。《公司法》仅从关联交易、关联担保角度对实际控制人予以规范,而且实际控制人的责任仅仅局限于对公司本身的责任,而没有涉及对公司内部股东和公司外部债权人的责任。这说明立法者并没有将实际控制人真正纳入公司治理结构内部,而是将其作为公司外部的一个独立主体来看待。因此,实际控制人与股东以及债权人之间的关系需要通过目标公司这一中介来加以达成<sup>[13]</sup>。基于控制权的事实状态分析,实际控制人表面上似乎可能不是公司法的内部主体,但本质上它是与控股股东同质性的内部主体。公司法对实际控制人特殊定位的认识偏差导致体现在《公司法》上实际控制人的责任形态有重大缺失。反映在司法实践中,司法案例主要表现为实际控制人利用关联关系从事关联交易和关联担保损害公司利益,诸如公司为实际控制人提供担保的担保合同效力之争、股东代表诉讼要求实际控制人赔偿公司损失等类型案件。至于更多的实际控制人滥用控制权给公司、股东及债权人造成损失的案例则难以实现司法救济。例如,实际控制人不直接担任公司董事职务、不具备董事之名但又能凭借控制关系滥用控制权、损害公司及股东利益的行为,始终就处于法律责任或监管的“盲区”。

其二,责任追究机制难以适用。尽管公司法、证券法从诸多方面设置了对实际控制人的责任规范,但现行规范不仅涵盖范围狭窄,而且过于原则,无法真正适用。如《公司法》第21条明确实际控制人利用关联关系损害公司利益的赔偿责任,但在具体的追究途径和具体适用情形等方面语焉不详,导致这一规定相当程度的虚置化。再结合《公司法》第151条关于股东派生诉讼的救济路径考量,由公司对实际控制人提起直接诉讼与股东提起对实际控制人的派生诉讼在具体操作层面如何落到实处都急需细化。

其三,举证责任问题难以克服。在公司法下,实际控制人滥用控制权侵害公司、股东、债权人的责任性质上是一般侵权责任。一般侵权责任的举证规则是应当由受害人举证证明损害事实的存在、侵权人的过错、损害与侵权人行为之间的因果关系等。由于实际控制权产生的基础关系和背景极其复杂,又因存在信息不对称等情形,要让身处公司经营活动之外的小股东和公司债权人证明实际控制人对公司实施违法控制,以及所受损失与实际控制人的不当或违法控制之间存在因果关系,决非易事<sup>[14]</sup>。现实生活中,外界往往不知道公司是否有实际控制人,谁是实际控制人,更遑论证明实际控制人的侵权行为。即便公司作为受害人的情形下,由于实际控制人通常暗中对公司实施操纵,因此公司也很难举出足够的证据,所以实践中普遍存在实际控制人享有控制权滥用控制权却义务不明、难以追究责任的情形。为此,有必要对特殊情形下举证责任的配置规则做必要的调整。

### 三、实际控制人公司法规制的具体实施路径

实际控制人公司法规制的体系化建构需由三个层次来实现。第一个层次是引入实际控制人善意行使控制权的全新理念,规定实际控制人须对公司及其他股东负有诚信义务。第二个层次是从类型化的微观视角,针对实际控制人滥用控制权方式的不同采取不同的规制路径。对于实际行使着董事高管职权的实际控制人,应当要求其承担起董事的忠实勤勉义务和相应的责任;对于没有参与公司日常管理但拥有着决定性影响力的实际控制人可以参照控股股东的相关规定对其加以规制。第三个层次则是完善实际控制人违反义务的责任体系,尤其在法律上明确实际控制人滥用控制权所应当承担的具体法律责任及其实现机制。

#### (一)以诚信义务规则统领禁止股东滥用权利规则

实际控制人是否应当对公司及股东承担信义义务。理论上争议甚多,研究成果可谓汗牛充栋。越来越多的观点认为,实际控制人与公司之间并不存在天然的信义关系,但实际控制人实际拥有的对公司的支配性影响力导致信义义务的产生。实际控制人通过支配公司的资源实质上会涉及公司和利益相关主体

的权益变动,因此实际控制人在行使控制权时需要遵循民法诚实信用以及权利不得滥用等原则,对公司及利益相关主体承担起信义义务<sup>[5]</sup>。值得注意的是,赋予实际控制人信义义务其实并不反对实际控制人基于“控制的事实”而获得正当的控制权利益。信义义务要求的是实际控制人在行使控制权追求自身利益时不得损害公司和利益相关者的利益,同时应对实际控制人不当享受的特别控制权利益课以相应的义务。

鉴于中国缺乏信托法与衡平法的传统,现有法律亦无“信义义务”的立法表达,而且证券监管规则、自律规则等已经长期使用“诚实守信”“诚实信用”“诚信”等概念,这些规则中有关控制股东和实际控制人诚信义务的理念应当在《公司法》修改中得到确立和升华。此外,由于实际控制人与董事高管在对公司及股东所负的义务来源、对公司的权力来源等方面都具有本质的差异,董事高管是基于委托关系而负有法定的忠实与勤勉义务,而实际控制人与公司之间是股权投资等关系,并非受托关系,故实际控制人对公司的义务应该回归到诚实守信地行使控制权利,善意地为公司利益行事的准则。故可对实际控制人的相关义务采用“诚信义务”的称谓。

实际控制人诚信义务的具体内涵,指忠实义务还是忠实义务与注意义务兼具,学者观点不一致。由于公司董事高管是基于受托关系负有直接履行公司经营管理的职责,实际控制人是基于股权投资关系等或直接、或间接影响公司的决策和经营,在实际控制人没有获得经营管理职务之直接授权情形下,当然就谈不上审慎处理公司事务之注意义务。总体而言,实际控制人的诚信义务应以忠实义务为主,注意义务为辅。这里的“注意义务为辅”主要是指特殊情形下,例如可能发生控制权转移时实际控制人应该审慎处理与公司及股东利益相关事务。如果实际控制人构成实质董事则需要像董事高管一样对公司负担全面的忠实义务和勤勉义务。实际控制人的忠实义务,主要是要求实际控制人行使控制权时除了考虑自己利益之外,还必须考虑公司利益和其他股东利益的义务,不得使自己的利益与之发生冲突,符合行为公正的要求<sup>[15]</sup>。

至于诚信义务规则与权利滥用规则的关系问题,实践中,在立法缺乏对控股股东和实际控制人明确的诚信义务规范的前提下,面对控制股东滥用控制权以及中小股东权利被压榨的情形,司法裁判往往求助于《公司法》第20条的禁止股东滥用权利规则。比较分析《公司法》第20条及第21条,从法律体系解释而言,《公司法》第21条规定的“不正当利用关联关系”在逻辑上应该归属于《公司法》第20条第2款规定的“股东权的滥用”的范围。但控股股东、实际控制人不当利用关联关系的法律后果与控股股东滥用股东权利的法律后果却存在差异。依据第20条之规定,如果控股股东滥用股东权利而损害公司及其他股东的利益时应当承担相应的损害赔偿责任。但依据第21条,如果控股股东、实际控制人不当利用关联关系损害股东利益时,公司法对此则不予规范,仅规定对公司承担损害赔偿责任。这样的结构显然在制度的平衡性与公平性上存在问题<sup>[6]</sup>。而诚信义务的确立,可以涵盖公司法第20条禁止股东滥用权利的基本内涵,对现行法律文本针对控制股东及实际控制人滥用权利规制不充分起到漏洞填补的功能。更为重要的是,诚信义务的确立可以将控股股东和实际控制人一并纳入公司治理的主体范畴,通过法律施加明确的诚信义务,为控股股东和实际控制人提供诚信行事的理念规范,并为中国盛行的股权集中模式下实际控制人与中小股东之间的代理冲突施加外部矫正机制。可以说,确立诚信义务的意义,远比禁止权利滥用的反向制约蕴含更丰富的行为指引价值与正向倡导功效<sup>[4]</sup>。

## (二)事实董事制度的引进

实际控制人直接作为事实董事管控公司的活动是其滥用控制权的重要方式之一。建构实质董事规则是对实际控制人滥用控制权行为实现体系化规制的重要一环。

根据《公司法》第146条规定,违反董事高管禁止性任职条件的选举、委派董事高管之行为系属无效。由此,学界将中国董事高管之任免称为形式主义模式,即只有经过法定的选举、委派或聘任等方式推选的正式董事才具有公司法上的意义。该种模式导致董事的外延过于狭窄,难以对形式董事之外的影子董事或实质董事予以规制。实际控制人在公司法体系中并非属于形式董事之列,致使实践中实际行使董事职权的实际控制人可以因无董事之名而规避法律上设定的董事义务与责任。为此,积极借鉴域外

“影子董事”制度,通过确认实际履行董事职责的实际控制人的实质董事责任,使得实际控制人重新回归公司治理框架下的权利与问责机制,这是公司法修改必须着力解决的问题。

基于实际履行董事职责的实际控制人与董事的同质性行为,将实际控制人纳入实质董事的治理框架在中国现行立法以及监管规则中具备相应基础。例如,中国刑法第169条之一第2款规定,上市公司的控股股东或者实际控制人,指使上市公司董事、监事、高级管理人员实施第169条之一第1款行为的,依照董事、监事、高级管理人员的规定处罚。从该规范表达来看,实际控制人与董事高管在特定行为层面适用同等的刑事责任,承受同等的法律评价,其立法思想就是“影子董事”的思路<sup>[16]</sup>,凸显了前述主体的行为同质性。此外,深交所颁布的《上市公司规范运作指引》第四章“大股东和实际控制人行为规范”中,在关联交易、公司治理等领域也已经将实际控制人纳入影子董事的范畴进行监管。在这些规范基础上,中国公司法要建构既包括形式董事也包括事实董事、影子董事在内的完整的实质董事规范体系,从而把实际履行董事职责的实际控制人纳入其中,需要具体明确三个问题。

第一,要厘清实际控制人纳入董事范畴的基本法理逻辑。实质董事制度并不预备解决公司治理中涉及实际控制人的所有问题,而只是解决实际控制人绕过公司治理决策机制,代行董事会的权力并由此导致责任主体的缺失问题。由于实际控制人的规制基点在于其对公司行为的支配控制,而董事则着眼于董事权利的行使,包括董事会集体权利行使也可能是董事个人权利行使,但并不必然拥有对公司的支配能力。因此,实质董事规制路径下,发挥实质董事作用的幕后主体并非因其滥用控制权而负担诚信义务,而是因其实质上履行董事职责而承担董事的信义义务。只有当实际控制人实质上执行董事业务或者指挥董事行为时才能纳入董事规范体系。

第二,实质董事的界定。从域外经验看,实质董事之构成,主要考量三项要素:不具有形式董事身份;不直接参与公司事项的决策执行;操纵其他主体进行董事行为<sup>[17]</sup>。

第三,实际控制人作为实质董事的责任承担模式。《公司法(修订草案)》增设第191条规定实际控制人指使董事损害公司或股东利益行为的责任承担模式。该模式实际上借鉴了德国《股份法》第117条的规定:“任何利用自己对公司的影响指使一名董事或监事会的成员、经理或一名代办商实施损害公司或股东利益行为的人,对公司负有赔偿公司由此发生损害的责任。除了公司受到的损害以外,如果还对其他股东造成损害的,也必须对受害股东承担损害赔偿赔偿责任。此时,董事会和监事会的成员在违反法定职责范围内与违法行为人承担连带责任。”当然,如果实际控制人是通过协议安排等方式通过投票表决等程序实现对董事会决议之类施加影响,则不应适用实质董事之规则。

### (三)实际控制人公司法上责任机制的实现

实际控制人公司法规制的一个核心内容就是追究实际控制人公司法上的法律责任。实际控制人公司法上的法律责任是基于其诚信义务而展开的责任后果的承担。具体包括三个方面:对公司本身的责任;对公司内部股东的责任;对公司外部债权人的责任,所有这些构成实际控制人在公司法上的责任体系。值得注意的是,公司法与证券法对实际控制人的法律责任是两种截然不同的建构路径。公司法上主要是实际控制人违反诚信义务,滥用控制权损害公司、股东及债权人利益的个人责任;而在证券法上,实际控制人主要作为法定的违法行为的直接责任人,与上市公司以及其他直接责任主体承担连带责任<sup>[18]</sup>。

其一,对公司和股东的责任。根据《公司法》第21条之规定,实际控制人不当利用关联关系损害公司利益的,应当承担赔偿责任。但《公司法》并未规定实际控制人对受害股东的赔偿责任。结合《公司法(修订草案)》增设第191条之规定,实际控制人基于其不同的滥用控制方式侵害公司及股东利益的,需要采取不同的规制路径,适用不同的责任承担方式。第一种是采用实质董事路径滥用控制权给公司或其他股东造成损失的,实际控制人应与受其指使的董事高管对公司及股东的损失承担连带责任。从民法基本法理出发,要落实连带责任,一般需要证明行为人主观上具有共同故意,故第一种情形下的举证责任难度颇大。第二种是采用其他方式给公司或其他股东造成损失的,主要指实际控制人不直接担任董事职务,身居公司治理机关之外,但又凭借其他控制关系滥用控制权损害公司及股东利益的,应当承担损害赔偿赔偿责任。《公司法》第21条关于实际控制人不当利用关联关系的行为其实可以纳入该模式下,



由实际控制人向受害公司承担损害赔偿责任。但《公司法》第21条没有规定实际控制人向受害股东承担损害赔偿责任。司法实践中,究竟由谁向实际控制人提起赔偿之诉的问题,从《公司法》第21条条文字面上看应该是公司提起赔偿之诉。依照《公司法》第151条,公司的其他股东(主要是指小股东)也可以通过提起股东派生诉讼来追究实际控制人对公司的损害赔偿责任。

其二,对债权人的责任。针对实际控制人滥用目标公司控制权以逃避债务,严重损害债权人权益的现象,《公司法》及《公司法(修订草案)》对此均缺乏规制。依据民法原理,实际控制人滥用控制权致使公司债权人利益受到侵害的,其责任性质应属于一般的损害赔偿责任,债权人可以依据民法典侵权责任规则提请司法救济。

目前理论界与实务界关注的问题是,如果实际控制人滥用控制权破坏公司法人格导致公司债权人利益受损的情形,能否适用公司法人格否认制度。这里还要区分两种情形,一是实际控制人本身就是股东的情况下,如果实际控制人滥用控制权致使作为债务人的目标公司与实际控制人产生人格混同等,实际控制人的行为可视为公司的行为,可以依据《公司法》第20条适用法人格否认制度。但如果实际控制人不是公司股东,那么能否适用法人格否认制度?对此,非为公司股东与公司股东控制公司独立人格损害债权人利益的行为其实具有同质性,可以产生相同的法律后果。而从《公司法》第20条规定的公司法人格否认制度之立法目的来看,也应涵盖公司实际控制人滥用公司法人格之情形。因此,在实际控制人滥用控制权破坏公司法人格导致公司债权人利益受损的情形下,刻意将股东与实际控制人作为不同的主体加以区分,并分别适用不同的责任,并无意义。在理论逻辑上,法人格否认规则的本质是否认公司的独立责任能力,责令滥用公司人格之主体对公司债务承担连带清偿责任,而非局限于否定股东有限责任,故对实际控制人适用法人格否认制度并无障碍<sup>[18]</sup>。但在《公司法》及《公司法(修订草案)》未将实际控制人纳入法人格否认制度适用范围,以及《九民纪要》第11条第2款对于能否运用法人格否认制度追究实际控制人的责任亦未予以明确的背景下,对实际控制人滥用控制权破坏公司法人格导致公司债权人利益受损的情形也只能回归一般民事侵权的处理规则,适用《民法典》侵权责任编的有关规定<sup>[14]</sup>。

值得探讨的是,如果公司法修改将实际控制人也纳入法人格否认制度的适用范围,那么,究竟应由实际控制人单独向债权人承担责任还是应由实际控制人与公司承担连带责任?通说认为,公司人格被否认的法律后果是由滥用公司人格的股东或实际控制人和公司承担连带责任。但有学者指出,从实际控制人控制权的行使对象来看,实际控制人操纵了公司的意思机构,破坏了公司独立表达意思的能力,公司沦为实际控制人的附庸和工具,失去了独立的人格。既然公司已经丧失独立人格,则根本不具备承担责任的能力,故只能由滥用公司人格之人单独对债权人承担责任<sup>[13]</sup>。即在实际控制人滥用控制权损害公司独立人格致使债权人受害情形下,因目标公司受实际控制人操纵丧失了独立人格,故只能由实际控制人对公司债权人单独承担责任,而不应由实际控制人与公司承担连带责任。

其三,举证责任的转换或倒置。在追究实际控制人责任的实现机制中,由于实际控制人的特殊定位及其天然的信息优势地位,如果按照一般侵权责任的举证规则,由受害人证明实际控制人的身份、证明公司的经营决策已经为实际控制人所掌控,还要证明实际控制人侵犯公司利益并间接侵害股东、债权人利益之事实,这对受害人而言是难以完成的任务。为了更有效地抑制实际控制人滥用控制权的行为,可以在确定实际控制人诚信义务的前提下,在实际控制人滥用控制权责任的认定中适当适用举证责任倒置规则,即将实际控制人履行诚信义务的举证责任由实际控制人自行承担,同时不需要受害人举证证明实际控制人主观上具有故意或重大过失等。只有这样,才能平衡实际控制人与受害方的诉讼权益,尽可能保护受害人的合法权益,也更符合实质公平正义之理念。

#### 四、结语

实际控制人的公司法规制是涉及公司法诸多制度的系统性问题,也是《公司法》修改中必须予以通盘考虑的问题。尽管《公司法(修订草案)》专门增加第191条解决实际控制人不当参与公司治理的责

任问题,但现有的修改显然未能在公司法理、规范建构和司法实践之间,构造出实际控制人滥用控制权的规制理念和法律规范的协同转换。如何立足实际控制人的功能定位,将其真正纳入公司治理的结构内部,真正实现对实际控制人公司法规制的体系化和科学化,还需要理论和实践层面更多的互动和检验。

#### 参考文献:

- [1] 美国法律研究院. 公司治理原则: 分析与建议 [M]. 楼建波, 陈炜恒, 朱征夫, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2006.
- [2] 徐明. 公司法诸问题研究 [M]. 北京: 中国金融出版社, 2022.
- [3] 叶敏, 周俊鹏. 公司实际控制人概念辨析 [J]. 国家检察官学院学报, 2007 (6): 124-128.
- [4] 傅穹. 公司利益理念下控制股东诚信义务的本土治理与重构 [J]. 学术论坛, 2021 (4): 12-23.
- [5] 叶敏, 周俊鹏. 公司实际控制人的法律地位、义务与责任 [J]. 广东行政学院学报, 2007 (12): 49-53.
- [6] 叶林. 公司治理制度: 理念、规则与实践 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2021.
- [7] 郭富青. 论公司实际控制权: 性质·渊源·法律导向 [J]. 甘肃政法学院学报, 2011 (1): 109-119.
- [8] 朱大明. 控制股东滥用影响力的法律规制 [J]. 清华法学, 2019 (2): 68-86.
- [9] 陈洁. 虚假陈述民事赔偿制度的新发展理念及其规范实现 [J]. 法律适用, 2022 (2): 48-60.
- [10] 陈甦. 证券法专题研究 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2006.
- [11] 郑彧. 上市公司实际控制人法律责任的反思与构建 [J]. 法学研究, 2021 (2): 95-106.
- [12] 张开平. 公司权利解构 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1999.
- [13] 周亮. 论滥用公司人格之实际控制人对公司债权人的责任 [J]. 南京大学法律评论, 2007 (春季号): 198-212.
- [14] 王艳丽, 张枫波. 法人格否认制度对实际控制人的适用与反思 [J]. 经济问题, 2022 (6): 18-24.
- [15] 朱慈蕴. 资本多数决原则与控制股东的诚信义务 [J]. 法学研究, 2004 (4): 104-116.
- [16] 商浩文, 李济芳. 金融安全视野下控股股东、实际控制人的刑事责任认定 [J]. 公安学研究, 2022 (1): 69-81.
- [17] 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: 82-95.
- [18] 郭富青. 公司人格否认: 我国新《公司法》的创新与局限性 [EB/OL]. (2019-03-12)[2022-06-05]. <https://china.findlaw.cn/gongsifalv/gongsifalunwen/25331.html>.

## Systematic Thinking on the Regulation of the Actual Controller in the Perspective of Company Law

CHEN Jie

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

**Abstract:** The actual controlling right is a special economic phenomenon that exists outside the legal allocation of corporate power. As the actual controlling power involves multi-dimensional legal relations and complex operation mechanism, the relevant texts of the current company law fail to make a clear and definite clarification and specification based on the motivation of the actual controller's control power allocation, the impact on the company's statutory controlling power and the legal consequences of the actual controller's abuse of controlling power. In the future revision of the company law, under the overall framework of constructing the internal unity of the concept, obligations and responsibilities of the generalized actual controller, we should clarify the actual controller's fiduciary duties to the company and other shareholders and the responsibility realization mechanism of the actual controller's abuse of control power, and reasonably create a logical and self-consistent normative structure for the integrated regulation of the actual controller and the controlling shareholders, so as to reflect and enhance the system benefits stipulated in the company law.

**Keywords:** actual controller; controlling shareholders; substantial director; abuse of rights

[责任编辑: 箫姚]