

“国美事件”股东滥用公司控制权的法律问题分析

摘要

公司是现代文明社会发展的标志之一,也是《公司法》研究的主要对象,作为社会化的产物,需要满足社会各方面的利益,而对于公司来说包括控制股东、中小股东等各方利益,由于控制股东在公司中处于强势地位,所以对规范股东控制权和保护中小股东的理论研究越来越多,也是公司治理改革中不可忽视的一个问题。可以说任何一家公司都存在被某种利益团体或者个人控制的现象。本案例从全国有影响力的国美控制权纠纷一案入手,从法理上分析股东控制权滥用的表现方式及常用手段,并揭示出这种现象的深层次的原因和制度缺陷。在中国上市公司股权结构及治理改革的大背景下,本案例对于认识公司股权结构及公司治理中的股东权益法律保障方面具有参考意义。

关键词

控制股东 控制权 滥用

教学案例

一、背景介绍

20世纪末以来,中国融入世界范围内地针对公司治理结构的改革浪潮中,理论界和政府都在致力于探索如何有效地规范公司控制股东和董事行为的问题,而越来越多的被媒体暴光的公司控制股东滥用控制权而损害中小股东利益的现象更是引起了社会的广泛关注。世纪之交的数年中发生了许许多多的大股东掠夺上市公司的案例,如大庆联益、万家乐、银广夏等,而在有限责任公司中的大股东超越权限侵害中小股东的情况更是比比皆是,制度建设又跟不上,公司有效管理陷入了危机。于是政府出面利用经济手段加以宏观调控,证监会、财政部、商务部通过一系列积极的行政干预,发布了一些指导性的文件来规范公司控股股东和董事的行为,弥补了公司法的缺憾,产生了一定的效果。但由于行政色彩过浓,针对性过强,对策性应急突出而失却长远周延性,且大多数排除了对有限公司的适用,难以成为公司法层面的制度规范。

而随着创业板和中小板进军证券市场,规范大股东控制权的理论探讨就更加具有了现实意义。股东将自己的主要精力放在控制权的争夺上,而不是怎样提高公司的业绩,这从根本上背离了设立公司的初衷,而面临着大批民营企业蜂拥一样地进入证券市,却没有基本的制度构建和理念支持,没有良好的信托责任和对上市公司的理解,仅仅看到上市的融资功能,而忽视了上市公司的社会功能,所以大量的控股股东操纵上市公司管理层以达到控制公司的目的,从而更有利地谋取个人利益。这种不正当行使控制权行为侵害中小股东的利益,将风险留给社会承担,是极不负责任的公司治理观念。

控制股东滥用控制权必然损害公司、中小股东的利益,同时也降低公司的信用。而中小股东别无他法,只能通过“用脚投票”的方式选择退出公司,如果导致公司不符合法定人数,公司将面临解体,而解体后的一系列问题又要交给社会来解决。因此,只有当股东滥用控制权的行为得到有效的规制,才可能避免上述情形的发生。

二、案例概述及反映的问题

(一)事件过程

国美控制权之争的起因是因控股股东黄光裕操纵股价内幕交易接收调查而入狱,原永乐主席陈晓接任国美董事局主席进行改良,通过一系列的措施来拯救国美,其中包括引进贝恩资本,而这在事实上稀释了黄氏的股权,而大股东根据议事规则否决贝恩资本的三位非执行董事提名,而以陈晓为首的董事会随即召开紧急会议一致否决股东投票结果,由此进入到矛盾激化阶段——国美董事会状告黄氏于2008年1至2月前后,在回购公司股份过程中,违反了公司董事的信托责任及义务,要求其赔偿公司损失,随即黄氏方面要求召开特别股东大会

罢免陈董事局主席职务,到最后股东大会投票结果宣布陈留任董事局主席,黄氏方面所推荐的人员未能进入董事会,宣告了黄氏方面彻底丧失对国美的控制权^[1]。随着2010年9月28日下午国美特别股东大会投票结果的公布,国美控制权之争暂时告一段落,但黄氏方面不甘心服输,意欲重新夺回控制权,而此后国美电器发布公告,陈晓因个人原因辞任国美董事会主席职务,并不再担任执行董事,张大中将担任国美董事会主席,并任非执行董事,未来国美电器的实际管理权将由以总裁王俊洲为首的管理层执掌,因而也有分析人士指张大中出任董事局主席只是过渡期。

(二)反映的问题

按照我国《公司法》第3条的规定:公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。也就是说股东出资后,就变成了公司的财产。2004年国美在香港上市后,其社会公共性更为显著,已经不是某个人或某个团队的私有财产了。所谓的“国美是某个人的公司”从法律上讲是不成立的,但尽管黄终审获刑,但其合法权益仍受法律保护。从法律上讲是看谁更有控制权,或者说谁控制公司的。当时黄氏仍然是国美的第一大股东,他可以通过行使表决权等方式,来影响公司经营,对公司产生影响。但以公司董事为核心的公司管理层是为公司所有股东服务的。由于现代公司中出现了所有者与经营者分离的情形,不同程度地出现了经营者不为股东、公司利益服务的现象,这种控制权的滥用现象被称为“道德风险”。因此,国美的这场控制权之争一定程度上可以贴上道德的标签,但其实质还是控制权的争夺。

任何公司的高管都是依据股东的委托而产生的,作为一个职业经理人,维护公司股东的利益既是一种法律要求,也是一种道德要求。2005年修订的《公司法》赋予了公司更大的自治权,很多方面减少了法律上的强制性或义务性规定,而交由公司通过公司章程加以规定。如果公司章程规定不明,在实际运作中就容易产生矛盾和纠纷。因此,董事会直接否决和改变股东大会决议的做法是否正当取决于国美公司章程有无此规定,即以“家法”来判断。公司章程就是规范公司的设立、股东义务等的一个公司法律文件,它可以扩大董事权利也可以限制,只要不违反公司法的强制约定,公司章程就可以优先适用,所有的公司纠纷先依据章程处理。企业要发展,完成这部体现全体股东意志的“公司宪法”非常重要。而黄也正是利用其控制权修改公司章程,然后用章程来保障其控制地位,这些获得控制权的手段后面会具体讲述。

由此可以看出,国美的纠纷不仅是单纯的控制权的争夺,在深层次上更反映了我们对制约公司控制权的制度漏洞及监管不力问题。

[1] 国美控制权之争:国美控制权之争(解说) 国美控制权之争。来源:<http://www.qb5200.com/content/2015-12-23/131679.html>

三、国美事件中滥用控制权的若干表现形式

(一) 内幕交易

虽然证券法禁止内幕交易并且规定了公司短线交易的归入权,但是内幕交易屡禁不止。内幕交易与贪污、诈骗等行为具有一些共同特征,但是它又似贪非贪、似骗非骗,是一种独特的不正当行为^[1]。控制股东利用其特殊影响力,容易获得内幕信息,在利益驱动下,他们常常凭借该信息卖或买进所持上市公司的股票,从中谋取不当利润,损害了广大股民的利益。

黄光裕作为北京中关村科技发展(控股)股份有限公司的实际控制人、董事,于2007年4月至2007年6月28日间,利用职务便利,进行内幕交易,2008年3月28日和4月28日中国证监会分别对三联商社、中关村股票交易异常立案稽查。调查发现,在涉及上市公司重组、资产置换等重大事项过程中,北京鹏润投资有限公司有重大违法违规嫌疑,鹏润投资的实际控制人为黄光裕先生^[2]。这种违规行为损害了广大投资者的利益。其实在证券市场上,大多数违法案件都与内幕交易有关,可以说只要证券市场存在,内幕交易就是一个永恒的主题,需要建立更加完善的法律制度对内幕交易行为进行规制^[3]。

(二) 关联交易

黄氏家族以百慕大设立离岸公司香港买壳的方式实现国美电器上市,通过反复多次的定向增发和回购股份,在取得丰厚的现金回报的同时,也将自己的绝对控股地位变为相对控股甚至失去控制权。香港证监会对于黄氏家族在2008年初的股份回购的调查,这是典型的非公允关联交易,香港高等法院提起请求索赔16亿港元并冻结黄氏相应股份的诉讼。2010年8月4日黄光裕家族提出召开临时股东大会动议后,国美电器董事会主席陈晓代表公司起诉黄光裕家族背信,其针对的也是其非公允关联交易。

“关联交易,实质上是上市公司及其子公司,与关联人之间进行的交易。”^[4]上市公司通过关联交易操纵利润,粉饰财务报表,损害中小股东和债权人的利益。一是当上市公司经营业绩不佳时,为保住上市公司的配股资格或实现扭亏,避免停牌和摘牌,母公司通过关联购销、资产置换、股权转让等多种手段,向上市公司输入利润,人为地虚增上市公司当期经营业绩,掩盖投资风险,从而影响外部投资者对公司前景的判断,导致投资者个人投资失误。二是控股股东将上市公司作为“提款机”“垃圾箱”,通过关联交易肆意处置自身的不良资产、套现现金,无偿占用上市公司资源,损害上市公司特别是中小股东的利益。2005年《公司法》的一个亮点,是首次对公司关联交易进行规制,但是对于非公允公司关联交易的规制却没有得到鲜明的体现。在我国,由于上市公司是所有公司群体中资产相对优良者,故各种关联交易的

[1] 白建军著:《证券欺诈及对策》,中国法制出版社1996年版,第10页。

[2] 孙燕君、孙琳著:《黄光裕的不归路——国美帝国的兴衰与危局》,企业管理出版社2009年版,第221页。

[3] 赵万一著:《公司治理法律问题研究》,法律出版社2004年版,第257页。

[4] 于江:《上市公司关联交易法律规制研究》,安徽大学2005年硕士学位论文,第37页。

法律问题也最集中地体现在上市公司上。当然,规范的目的并非一味限制或者禁止关联交易,而是为了规制非公允关联交易。

根据《上海证券交易所股票交易规则》(2008年9月修订)的规定,关联交易需要通过严格的法定审批程序,且充分的信息披露予以监督。若关联交易的发生额超过一定数额或比例,则须经股东大会的审议。尽管法律对关联交易行为作了非常严格的限制,但是实际中还是存在上市公司违规进行关联交易,这种“滥用关联交易”行为在我国上市公司中也很常见,主要是因为其背后存在巨大的利益诱惑。而监管部门处罚力度不够以及法制的不完善,也为这种现象的存在提供了生存的空间。

(三) 操纵修改公司章程,以实现自身利益最大化

纵观整个事件,其导火索还是因为以董事局主席陈晓为首的董事会强行否决股东大会决议。按照公司法理论,在公司组织结构中,股东(会)大会是公司的最高权力机关,董事会是公司的执行机关,负责执行股东大会的决议。可偏偏国美电器的董事会就能否决股东大会的决议,为什么呢?它何来如此大的权利,要想回答这个问题,需要从公司章程说起。

公司章程作为公司的“根本大法”,被誉为“公司的宪法”,是公司设立最基本、最重要的法律文件,是设立公司的必备要素之一,具有重要的法律地位和实际意义。公司章程是公司依法约定公司内外部法律关系、确定公司内部管理体制和股东基本权利义务的法律文件^[1]。学者顾功耘认为“公司章程是记载公司组织规范及其行动准则的书面文件。”

我国绝大多数投资者和经营者的章程意识是非常淡薄的。大多公司章程基本都是简单照抄照搬公司法的规定,没有根据自身的特点和实践情况制定切实可行的章程条款,几乎千篇一律,对许多重要事项未进行详细的规定造成公司章程可操作性不强,制定出来后往往被束之高阁。而且章程中有些条款的内容明显不符合《公司法》的精神,甚至有剥夺或者变相剥夺股东固有权的情形,对董事、监事和高级管理人员的诚信义务强调不够,对公司管理层权限界定不够清晰,不能有效的保护中小股东的权益。

国美电器在香港联合交易所上市,适用香港特区的法律法规。但无论是英美法系还是大陆法系,对公司章程的地位和作用的都是一致的。很显然,国美电器为了满足公司运营管理的需要,根据公司实际情况对公司章程作出了特殊的设计,“据报道,2006年5月10日,黄光裕对国美电器公司章程进行了最为重大的一次修改。当天,在香港中环香格里拉大酒店召开的那次股东周年大会上,持有国美电器约70%股权的黄光裕,授予了国美电器董事会如下权力:国美电器董事会可以随时任命董事,而不必受制于股东大会设置的董事人数限制;国美电器董事会可以各种方式增发、回购股份,包括供股、发行可转债、实施对管理层的股权激励,以及回购已发行股份。事实上,此等授权,为黄光裕之后以国美电器为平台实施的资本运作提供了无尽的便利。”但是,其对管理层权限的肆意扩张,是否符合公司法精神,在学理上

[1] 江平:《中国公司法原理与实务》,科学普及出版社1994年版,第156页。

仍存在着争议。

所谓成也萧何败也萧何,黄光裕利用公司章程的自治性,赋予管理层广泛的权力,而后利用董事局主席的地位为其之后的资本运作提供了便利,而导致此次控制权之争并最终落败的事由也正是因为公司章程赋予了管理层这种广泛权力。

(四) 控制股东滥用控制权的其它形式

控制股东利用其控股地位不正当行使控制权,侵占上市公司资产,将具有独立法人资格的公司变成个人的私有财产,违背了公司法的初衷,也打击了广大中小股东的投资热情和影响了中国证券市场的良好发展,以下就其它几种常见的滥用控制权的现象加以整理。

1. 占用资金

目前,我国上市公司治理中存在许多问题,其中大股东及其他关联方占用上市公司资金的现象由来已久且金额极其巨大,这是上市公司治理的致命风险之一,已经严重威胁到我国上市公司的生存及可持续发展能力。早在2002年年底,中国证监会曾对1175家上市公司进行了普查,发现有676家公司存在大股东占款现象,占款总额高达967亿元;2003年,共有623家公司的资金被占用,总额577亿元;2004年,被占用资金额虽有所下降,但仍在500亿元以上。截至2005年6月底,两市仍有480家上市公司存在大股东占用资金的问题,累计近480亿元,相当于全部上市公司2005年上半年净利润的一半。从占款方式看,可分为经营性占款与非经营性占款;而从占款时间划分,又可分为长期占款、短期占款;从占款方法看,既有大股东虚假出资、关联交易、强行划转,还有上市公司为大股东担保等等;从占款的账面表现看,既体现于应收账款、其他应收款、预付账款,也包含在或有事项及重大诉讼中,更有一些则在上市公司公告中难以体现。

我国上市公司股权结构分割为非流通股和流通股两大部分。股权结构的人为割裂造成同股同权同利基础的丧失,利益的差别导致非流通股股东和流通股股东各自追求不同的目标,而国有股一股独大的股权结构则为国有股股东凭借其控股地位来攫取相关者的正当利益提供了现实可能性。使得大股东及其关联方占用上市公司资金的情况时有发生。且看那些被大股东占用资金的典型事件中,“猴王”“三九”“轻骑”等等,都存在着一股独大的现象^[1]。正是由于大股东的绝对控制,使中小股东缺乏参与公司治理的途径,流通股股东很难给公司的决策和管理施加重大影响,挫伤了中小股东参与公司治理的积极性,因而缺乏对控股股东有效的制衡。上市公司嫣然成为了唐僧肉,利益的驱使和制度的滞后使得近年来上市公司大股东掏空公司的现象时有发生,对此,我国政府部门也做也了大量的努力。2005年,中国证监会下发《关于集中解决上市公司资金被占用和违规担保问题的通知》,国务院批转《证监会关于提高上市公司质量的意见》,提出清理资金占用工作的最后时限,要求确保在2006年底全部偿还所占用资金。2006年又发布了《关于进一步做好清理大股东占用上市公司资金工作

[1] 王宛秋、毛春华:《上市公司大股东占款现象的分析与对策》,载《会计之友》2004年第2期。

的通知》，强调清理上市公司资金占用是提高上市公司质量的一项重要工作，必须切实做好，要求各有关方面积极配合，抓紧解决清欠问题。

2. 操控利润

控制股东往往会为了自身利益考虑，操纵股东大会进行利润分配，按照自身的需要对利润进行分配，或者不分配，或者只用股票红利进行分配，从而使中小股东不能得到现金，控制股东则可以从公司中得到其他形式的利益。在我国，年终不分配红利的上市公司越来越多，原因很多，一些公司因为业绩差确实无力分配；一些公司帐面利润可能不实；一些公司由于各种原因可能缺乏现金流量。但是有些公司明显具备分配能力的绩优股也不分配。广大投资者通过购买股票，是希望能够获取一定收益，这也是投资者投资股票市场的根本动力。而大股东根据自己的利益需要，或者为将来可能获取更多的利益的考虑来操控利润的分配，损害了中小股东的利益，也打击了投资者的积极性。

《公司法》第47条和38条规定，董事会制订的公司利润的分配方案，最终由股东会审议通过。我国上市公司利润分配，通常包括派发现金股利、送红股、资本公积金转增股本以及上述三种形式的不同组合^[1]。采取什么样的方式来进行利润分配，对上市公司资产的增加或减少，以及决定如何再投资等都有重大的影响，尤其且对于控股股东来说影响更大，因为他们持有大量股份，这也为他们操纵股利分配方案提供了可能。

教学手册

教学对象及目标

本案例供法律硕士非诉讼案例教学使用，法学本科（大四）、商法学硕士也可以参酌试用。

本案例主要就《公司法》中相关公司治理及股东权益保护进行讲授。具体要解决的问题包括：（1）明确股份有限公司与有限责任公司的区别；（2）资本多数决与股东权利滥用的背后原因；（3）《公司法》对防治控股股东权利滥用有哪些救济条款；（4）滥用控制权的表现形式有哪些；（5）小股东在公司中的地位及权利保护措施；（6）现行《公司法》中针对大股东权利滥用需要进行哪方面的改进。

教学内容

1. 如何理解公司控制权

公司控制权是经济性权利，它是依附于公司的独立人格而派生出来的、具有利益内容的权利。不同的公司表现形式也不同，控制权的表现形态和行使模式也各不相同：董事会控制公司、大股东控制公司以及职业经理人（CEO）控制公司等。由于公司负载了众多社会成员的

[1] 夏丹：《上市公司利润分配法律制度研究》，载《南昌航空工业学院学报》2001年第12期。

现实利益和预期利益,控制权能否正当行使对各方利益的公平保护都至关重要,因此需要在公司特别是现代公司中构建法人治理结构,而其中的核心就是控制权的适当配置和监督权机制的合理安排。控制股东的公司控制权也是实现其控制利益的一种力量。

权利,是主体依从自己的意愿进行活动的法律空间。权利的社会支配性决定其产生的社会根源是冲突。企业做为一种集中体现财富积累与分配的交易场合,其中利益的存在与冲突的发生是紧密联系在一起的。现代股份公司随着股权越来越分散、公司所有权和控制权出现了相分离的现状,从而公司经营者实际上控制了公司,拥有了公司的控制权,也就是所谓的“经理革命”,从此公司控制权问题的研究开始引起理论界的重视。控制权是一种实际的选择权,通过行使法定权力或对董事会施加影响,来选择董事从而控制公司的决策和经营;北京大学国家发展研究院院长周其仁认为,企业控制权就是可以排他性利用企业的资产,来从事市场营运和投资的决策权。

我国的会计准则第36号第3条规定:控制,是指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。共同控制,是指按照合同约定对某项经济活动所共有的控制,仅在与该项经济活动相关的重要财务和经营决策需要分享控制权的投资方一致同意时存在。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。可见,公司控制权是一种对企业的排他性支配权,对公司的人事安排和利润分配各方面都有决定权,这种权力一旦被滥用肯定会对其它股东造成侵害,需要有效的监督机制来制约。

2. 什么是控股股东?

控股股东在公司的设立过程中以及以后的存在期间,都是不可缺少的。根据《公司法》第217条第2项的规定:控股股东,是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东;出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十,但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。

目前,实践中我国的公司规模不同,数量多样,差别相当明显。股东只能通过持有公司的股份来获得收益,因此持有股东多也就预示着享有更多的方便和权利。在现代化的公司组织结构中,公司的经营权与所有权是相互分开的。所以公司的发起者不一定掌握公司的控制权,恰恰是那些拥有多数股份的控股股东掌握了公司。控股股东对公司的投资和利润分配决策等行为,关系着公司的未来和前途。而由于公司的发展环境和制度范围也不尽相同,所以世界各国对于规范公司控制权的法律并不完全一样。比如我国,因为发展的环境不同,历史遗留问题比较多,普遍存在股权集中度较高的现象,因此我国上市公司中广泛存在控股股东一股独大的现象。不像西方国家由于历史传统不同,公司中股权结构是很分散的,基本很少出现几个少数股东持有大部分股份的情况。

3. 什么是控制股东与实际控制人?

我国新公司法对实际控制人的定义为:虽不是公司股东、但通过间接投资关系、协议或其

他法律安排,能够实际支配公司行为的人。控制股东是表现在对公司有支配的影响力,并不一定表现在表决权上,也可以通过其它的方式,主要是在于控制的权力而并不仅限于股份的多少。由两者的表述可知,实际控制人并不是公司的股东,通过一定的关系或中间途径来间接控制公司的。而控制股东就是公司的股东,表现在直接的控制。在实践中,社会零散投资者一般很关注某个上市公司的控股股东是谁。但对上市公司的实际控制人是谁则不知或很难知道。从大的意义上来说,实际控制人可能是某控股股东,也可能是控股股东的实际控制人或股东,甚或是其他法人、自然人或组织。实践中根据证券交易所的有关要求,企业在披露信息时,对上市公司实际控制人的披露一般要追溯到个人、国有资产管理部门或其他最终的实际控制人。

4. 什么是控股股东与大股东?

大股东是相对于小股东而言的,是从股东间持有股份的多少而判断的,没有严格的法律意义,是一个相对的概念,内容比较宽泛。一些控股股东也可以叫做大股东,但大股东不一定是控股股东,也就是说某股东所持股份比其它大部分的股东多,就可称其为大股东。控股股东和大股东都是公司的股东,只是分类上的不同而已,两者也没有明显的非此即彼的关系,应该说大股东的范围更广泛一些,并且也没有明显的规定持股多少才是大股东,而对于控股股东法律则有明确的持股比例规定。

5. 司法实践中应当如何准确理解《公司法》对一人公司的规定?

传统的公司法注重有限责任公司的社团法人地位,排斥一人组成法人社团的可能,并在法理上推理认为公司在只有一个成员的情况下不会形成相互监督的局面。这样对其它相对人包括债权人来说是不公平的。但在实践中导致了大量的虚假注册的现象,并引发了不少本不应该发生的股权纠纷。于是新公司法直接承认了一人公司,规定了法人独资的一人公司和自然人独资的一人公司两种情况。这是一次重大的制度创新,但是为了防止一人股东的任意行为可能给公司的债权人造成损害,还设定了若干门槛条件和制约措施。包括严格的法定资本制,且规定最低的注册资本为10万元,一个自然人只能设立一个一人公司等。并在诉讼时规定举证责任倒置由一人有限责任公司来证明其行为的合法性。因此司法机关在审理时应当全面拿捏,注意分寸,在保护债权人利益方面做足功夫,以更为严厉的标准审视公司控制权行使的正当性。

6. 如何完善独立董事制度

独立董事是不在公司内部任职,并且独立于其它股东,与公司也没有重要的业务往来和专业联系,从中立的角度来独立地判断公司事务的董事。独立董事应该界定为只在上市公司担任独立董事而不再担任该公司任何其他职务,并与上市公司及其大股东之间不存在妨碍其独立做出客观判断的利害关系的董事。独立董事制度在保护中小股东,限制控制股东滥用控制权方面发挥了很大的作用,但该制度还存在一些瑕疵,在独立董事的选聘上可以由董事会或监事会或持有1%以上发行在外的全部有表决权股份的股东推荐,这就为大股东提供了操作的空间,因为董事会大多由控制股东来控制。另一方面,对于独立董事的职业素质也没有

硬性的考量,实际的判断只能靠他自己的专业能力和认识能力来决定。独立董事的一项重要职责就是及时发现并阻止公司中对中小股东利益不利的一切行为和决定,但如果他并不这么认为,或者他没有认识到问题的本质从而导致独立董事就没有了存在的意义。所以面对独立董事制度的消极性,还应当从理论和实践立法中给予一定的探讨或寻求其它方向来更好地维护公司和中小股东的合法权益。

7. 如何理解监事制度的作用?

监事制度的设置是现代公司中一个非常重要的突破,哪里有权利,哪里就需要监督。但在我国的实践中,无论是从立法角度的制度构造,还是公司运作中的实际情况,监事及监事制度好像并没有起到应有的作用。在好多上市公司出现了这样那样的问题,几乎没有一个是由监事会来发现的。其实深层次的原因是我国的上市公司改革并没有真正完成,只是在框架层面完成了模仿,而在制度的理念培养和理论研究方面还没有太大的起色,从而导致了上市公司在出现了问题的时候监事会还会为董事会开脱责任,本来是来监督的,最后却成了维护者了,中小股东依靠监事来维护自身合法利益的道路也走不通了。这样使公司完全成了大股东的财产,缺乏有效制约的权力一定会肆意的扩张,所以有效地制止滥用公司控制权的行为,合理完善的监事制度肯定是不可缺少的。从监事的选任及责任承担等方面要加大法制建设力度,明确分工,改变监事会的集体责任制度。并对监事的工作性质加以明确,完善监事的奖励和惩罚措施,所谓的集体负责在实际运用层面就是没有人负责。另外还要协调监事和独立董事的职责范围和权限,使各尽其职,避免出现职责重复导致无人负责,而在监事的提名问题上要限制控制股东的权限,保持监事的人格独立性。

8. 股东平等原则

平等原则是人类历史上最为进步的原则,每个人都有平等追求幸福的权利,也是民事法律中的一项最重要的基本原则,每个人都希望自己受到别人的尊重,当然如果这种要求得不到满足时,就会有一种失落感,所以说资本主义先前的倡导者都一直倡导自由的平等,只有平等才能保证正义的实现,才能使这个社会更加和谐自然,平等是人类的最重要的权利。这种平等原则反映在公司法层面上就是股东之间的平等。股东根据所拥有的股份平等地享受权利和承担义务。它是民商法当事人地位平等原则在股份公司法中的具体体现。它要求股份公司的股东应在股份基础上而非人数基础上,平等地享有股息红利分派请求权、表决权 and 剩余财产分配请求权,平等地承担出资义务。因股份有限公司人数众多,相互联系松散,重大事项都实行多数票决定原则,具体经营管理又委托给董事会等机关负责。因此,股东平等原则对于维护一般股东利益,防止董事、监察人或少数股东独断专横,具有重要意义。但其并非毫无例外,公司法和公司章程对持有后配股、优先股等股份的股东权利,可给予差别待遇,如限制其股息、红利分派、剩余财产分配的时间和表决权等。但公司是典型的营利性法人,以成员对公司的投资数额作为标准来分配权利和义务,即在股东之间实现一种比例平等,借助于这种比例平等可以提高公司的决策效率,保护大股东的投资热情。但是,股份平等,必然要求少数资本服从多数资本,使小股东的表决权丧失意义,控制股东与少数股东之间存在着事实的

不平等,控制股东对公司事务有着决定支配权,少数股东的意志往往为控制股东所征服。这就产生了控制股东利益与少数股东利益相冲突的问题。如果控制股东合理行使控制权,其意志拟制为公司意志,并无不当。但如果控制股东滥用其控制权,把只反映其自身利益的意志拟制为公司意志,迫使少数股东接受和服从,则会有违股东平等原则的基本要求,基于此,当股份平等破坏了股东平等原则时,为确保股东之间实质平等的实现,应对股份平等原则加以限制和约束,对控制股东科以适当的法律约束当属必然。

9. 资本多数决原则

现代公司立法中,由于股东人数众多,且又不可能统一到齐的客观现象存在,所以在制度构建上资本多数决就成了决定公司重大事项的有效表决方式。但是,此制度极容易被某些不良分子所利用,以此作为合法的手段来损害中小股东的权益。控股股东因为占有多数的股份,从而获得了很多的表决权,他们通过行使这些表决权来决定董事会的成员,很明显这些成员都是代表他们的利益的,这样的情况下,董事会就成了那些控制股东随意出入的场所,可以随意地来决定一些对自己有利的事项,而做出对中小股东不利的事情来。并且利用自己的优势排挤少数股东进入董事会,资本多数决原则在实践上已经成为了控制股东操纵上市公司的有利武器。这样就使得大股东和中小股东在事实上是不平等的,不符合股东平等原则的要求。在法律上来说,拥有多数股份的股东的意思基本上视为公司的意思,而做为持有多数股份股东意思的公司意思对其它少数股东是有约束力的,这就是所谓的“资本多数决”,或者叫做股份多数决。资本多数决是公司制度的一个基本的原则,根据这个原则股东持有股份的比例不同决定了其意志在公司的影响力也有所不同。直接后果是公司全体股东分产生了分化,即:多数股东或者是控股股东和少数股东。其实多数股东并不是说人数多,而是持有的股份多,现实中往往表现为极个别大股东持有公司大多数的股份,他们要么持有公司一半以上的股份,要么没有超过一半但能够控制公司重大事项的表决结果。对于股权相对分散的公司来讲,广义的“多数”指相对多数,就是那些持股不过半数但能够控制公司股东,只有表决权能够达到法定的多数,才能控制公司。

资本多数决制度是随着股东大会制度的产生和发展而逐步确立的。1807年的法国《商法典》比照政治上的民主制度确认了资本多数决制度。资本多数决制度的创立,合乎风险与利益相平衡的理念,有利于调动公众投资和议事的积极性,具有合理性。所以现代各国公司法都确认了该制度。很显然,资本多数决原则的滥用违背了股东平等原则,少数股东的权益得不到保护,并且被多数股东所支配。如果控制股东仅就其所持有股份的比例来正当地行使权利是受到法律保护的,但是他们已经超出了自己的权利范围,几乎控制整个公司,支配公司的所有财产。即使通过资本多数决形成的决议,也并不是公司所有表决权多数决的结果。不是每个股东都愿意去行使表决权。股东大会的决议只需要符合法定最低要求的出席股东大会的股东所持有的表决权的多数同意,就可以获得通过。股东大会完全形式化了,支配公司的股东或者经营者能够忽视其余很多股东的意志而使公司完全私有化了。

10. 诚实信用原则与股东的诚信义务

传统公司法理论认为,与公司董事不同,股东只对自己的股份责任,不用对公司和其它股东负责。因为股份也是股东的一种财产,可以由股东自己独自支配和控制。所以股东在行使其股东权利的时候只需追求自身利益最大化,不需要对其它事项负责。股东只有遵守公司章程、缴纳股款以及承担所持有股份为亏损的义务。然而,随着大量控制权的滥用现象的出现、控制股东损害从少数股东权益事件不断发生,众多股东的“集体行动”问题无法克服,资本多数决原则不可被推翻。于是,理论界开始逐渐将诚信义务的承担扩展到控制股东。现今大陆法系和英美法系在公司法上基本都确认了控制股东的诚信义务。诚信义务包括注意义务和忠实义务。注意义务要求受信人对所托之事必须履行一个善良管理人或者普通谨慎的人应尽的注意去从事活动,不得消极履行职责,它要求受信人必须作为,是一种积极义务;忠实义务则要求受信人在处理相关事务时遇到自己利益与受托人的义务冲突的,不得优先考虑个人利益而损害或牺牲受托人或受益人的利益,它要求受信人不得作为,是一种消极义务,是法律化的道德义务。人们对控制股东对公司和少数股东负担忠实义务的认识比较统一。当利益相矛盾时,就需要忠实义务来约束相对人,这是一种客观的义务,控制股东不得在自己的利益和公司或者少数股东的利益相冲突时,优先考虑自己的利益而忽视他人的利益甚至损害少数股东的利益。当行使表决权时会导致控制股东的利益和公司的利益发生冲突时,公司的利益必须放在首位。

如果通过决议事项关系到少数股东利益,那么控制股东就应该向少数股东负担忠实义务。而在承担法定义务的时候,肯定有相应的责任来保护义务的有效实施,也就是如果控制股东没有尽到忠实的义务,而使公司和小股东的利益受到侵害,这时就应当承担相应的法律责任。不管是大陆法系还是普通法系,公司法都在保护小股东及限制控制股东方面做了相应的规定,并设置了许多相应的救济程序。只要存在客观利益损害事实,并不需要对控制股东的主观心理状态予以证明,法院就应当按规定的程序判决其承担责任。

11. 对有限责任公司的思考

有限责任公司控制权正当行使的制度建设,其宗旨是对小股东利益给予周到的保护。有限责任公司存在的基础是各个股东之间的相互信任和彼此的合作关系,是资本合作基础上的人合组织。不同于股份有限公司,它具有一定的封闭性。法律上规定股东平等原则,要求每一股份所代表的股东的权益应当是平等的。不能有所偏向。但是实际操作中,公司的实际撑权者往往把权利用到极限,远远超出了其股份所代表的权利。资本多数决原则的滥用使大股东在实际上控制了公司,而大股东还不会满足于在股权方面的优势,利用自己的权利对人事调配上也作了调整,他们往往将公司的各个业务部门特别是财务和人事部门的负责人选聘权力掌握在自己手中,使得主要部门领导人对大股东产生人身依赖关系,如此以来整个公司的运作从表面到内容上都成为了控制股东的私有财产了。这样很有趣的现象就产生了,就是在好多公司中小股东的地位还不如一个中层业务部门负责人的地位高。使得小股东的利益被损害时如果没有大股东的帮助或者允许是得不到补偿和救济的。而且查看公司账目程序繁

杂,当选择用脚投票撤回资金时也要满足一定的条件,操作起来十分复杂,而且常常会涉及公司诉讼。2005年《公司法》在股东权保护方面完成了在中国现实环境条件下的实质进步,甚至说做到了极致,这对完善有限责任公司控制权的监督机制奠定了坚实的制定法基础。

12. 对股东控制公司行为的监督机制的思考

在设立公司前,各个股东根据相互的信任和合同关系共同组建设立公司,其中有个别股东成为了大股东,或者相互结合成为了大股东,在公司成立后根据资本多数决的原则实际上控制公司。这种客观现象对小股东来说是会预料到的,但是小股东并没有因此退出公司而终止合作,相反还是继续合作下去,说明小股东并不关心控制权的问题,而是基于对大股东的信任,因为有限公司是相对封闭的,股东间的信任会显的尤为重要。如果大股东违背诚信义务,小股东对其不再信任时这种封闭的局面就会被打破,还可能引入司法程序来解决,双方对簿公堂,此时公司存在的基础已经消失。所以应当从法律上对控制权的行使和规范加以梳理,保证小股东的权益和对大股东的持续信任,这样才有利于有限公司的长久发展。2005年《公司法》中大规模的规定中小股东利益保护的内容,给了投资者一定的启示,公共权力非常关注公司社会中的弱势利益群体,而股东利益的最佳状态的建立绝对离不开股东自身的觉醒。中小股东与控制股东联手投资,除了依据信任产生的压力之外,还应当从构造公司章程入手,以规制布局利益,以特殊的否决权防范滥权。

13. 公司的诉讼程序与法官的自由裁量权

股东利益的全方位保护显然不能指望政府,诉讼必将担负起公平维护股东利益的主要职责。伴随我国现代化建设的深入发展,法治化进程也在逐步完善,公司的法制观念也在加强,生活的许多层面都有法院的介入。表现在公司方面也出现许多的股东诉讼案件,情况越来越复杂,这就要求法律要完善,而且法官的素质和自由裁量权的度也要把握好。2005年修订的《公司法》的宗旨之一就是结合中国实际全面制定对中小股东利益保护的法律制度,公司法已经尽其可能地作了规定,例如股东的知情权、请求召开临时股东会议的权利、股份回购请求权等,要求公司采取适当措施向加害人追索损失的请求权,以及对违法、违反公司章程的股东会会议决议、董事会会议决议提起宣告无效和撤销的诉讼的权利。但由于《公司法》不可能对每一类案件的实质标准作出细致的规定,且不宜对特殊的派生诉讼程序作出规定,而最高人民法院未能及时出台内容全面的司法解释,法官的自由裁量权就不得不予以认可。保护公司和中小股东的利益,规范董事、监事、高管人员和控制股东的行为是2005年修订公司法的一项重要宗旨,依循这样的旨意,法官沿着争讼利益适度偏向中小股东一方的路径行使自由裁量权是合理的。

14. 公司法的强制性规范与控制权的限制

我国的公司制度起步晚,也没有良好的信托责任机制,而且我国是成文法国家,再加上法制建设还不太完善,如果没有强制性规范做为支撑的话,许多行为就无法得以规范。另外我们司法机关不具备创设法律的职能,在判案过程中主要以成文的规定为依据,强制性规范可以更好地来保护各方的利益,在我们现行的公司法体系内,具有强制性规范的条款并没有对

投资者和其他利益相关者造成不便,恰恰还有效地保护了投资者和中小股东的利益。在公司法中,应当剔除那些妨碍投资和公司运营的强制性规范,对于股份公司特别是那些上市公司则从公司法和证券法上增加较多的强制性法律规范,这是因为上市公司与社会公众联系紧密,股东人数众多,集合的资金数量巨大,与公众利益息息相关。

课堂时间安排

本案例可以作为专门的案例教学课来进行,整个案例课的课堂安排 8 个课时,每课时 45 分钟。

如下课堂设计,仅供参考。

1. 课前计划:安排学生阅读案例及查阅相关参考资料,熟悉案例基本情况,并根据理解罗列几点讨论,撰写实践题答案。

2. 课中计划:

介绍教学目的,明确教学主题,引导学生思考案例中的法律问题;

分组讨论,回答各项思考题,讨论实践题的撰写要点;

小组代表提出撰写要点,学生讨论和分析;

教师归纳总结。

3. 课后计划:布置学生进一步思考现代公司制中控制权滥用与中小股东利益保护之间的关系并进行辨析。

思考题和实践题

思考题

1. 股份有限公司与有限责任公司的区别?
2. 上市公司与股份公司的区别?
3. 对完善我国公司控制权正当行使制度的思考?
4. 健全对控制股东控制公司行为的监督机制思考?
5. 什么是内幕交易?
关联交易及其表现形式?
7. 控制股东滥用控制权的主要形式?
8. 独立董事制度对预防控制权滥用有哪些实践意义?
9. 什么是股东平等原则,实践中如何实现这种原则?
10. 资本多数决及其在实践中的运用?

实践题

1. 如果你是黄氏一方的律师,在回购股份时,你会给什么样的法律意见?
2. 如果你是国美的独立董事,你会用什么样的方式行使你的权利?
3. 通过国美的案例,如果让你给企业做一个培训,你会从哪些方面入手?

4. 如果你是国美公司的董事会秘书,结合本案案情,在对外发布信息时,你会从哪些方面把握?

5. 如果你是法官,遇到滥用控制权损害中小股东利益的情况下,你会从哪些方面把握运用自己的自由裁量权?

参考文献

1. 赵万一著:《公司治理法律问题研究》,法律出版社 2004 年版。
2. 甘培忠:《公司控制权的正当行使》,法律出版社 2006 年版。
3. 沈乐平:《母子公司法律问题研究》,经济科学出版社 2007 年版。
4. 蒋泽中:《公司收购与兼并》,中国人民大学出版社 2004 年版。
5. 苗壮:《美国公司法制度与判例》,法律出版社 2007 年版。
6. 张维迎:《产权、政府与信誉》,三联书店 1994 年版。
7. 赵旭东编:《公司法学》,高等教育出版社 2006 年版。
8. 汤欣等编:《控股股东法律规制比较研究》,法律出版社 2006 年版。
9. 黄汉江编:《公司控制权依存状态及其治理机制研究》,上海财经大学出版社 2006 年版。
10. 顾功耘:《公司法》,北京大学出版社 2004 版。

(王景斌,华东师范大学法学院教授;张战坡,华东师范大学法学院,zhanpolawyer@163.com)