



上海市律师协会
公司与商事专业委员会

公司与商事实务前沿

(2024 年 9 月，第九期)

编委会

主 编：王竞

副主编：张政、李慧琴、邓海虹

责任编辑：车丽、牛魁仁

目录

一、 新法速递.....	2
最高人民法院关于大型企业与中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复.....	2
国务院办公厅关于以高水平开放推动服务贸易高质量发展的意见...	2
二、 观点速递.....	8
论实际控制人作为影子董事的民事责任：以新《公司法》第 192 条的解释为中心	
——文/刘俊海 载于《法律适用》2024 年第 7 期.....	8
设立时股东的资本补足责任	
——文/徐强胜 载于《法律科学》2024 年第 5 期.....	39
三、 实务研究.....	57
股权转让纠纷案件的审理思路及要点	
——文/傅伟芬 摘自微信《上海高院》.....	57
新《公司法》实施背景下公司类“连环诉讼”的诉源治理路径探究	
——江苏省南京市中级人民法院课题组 载于《法律适用》2024 年第 7 期.....	65

一、新法速递

最高人民法院关于大型企业与中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复

——最高人民法院

发文机关：最高人民法院

发布日期：2024. 08. 27

生效日期：2024. 08. 27

时效性：现行有效

文号：法释〔2024〕11 号

（2024 年 6 月 3 日最高人民法院审判委员会第 1921 次会议通过，自 2024 年 8 月 27 日起施行）

山东省高级人民法院：

你院《关于合同纠纷案件中“背靠背”条款效力的请示》收悉。经研究，批复如下：

一、大型企业在建设工程施工、采购货物

或者服务过程中，与中小企业约定以收到第三方向其支付的款项为付款前提的，因其内容违反《保障中小企业款项支付条例》第六条、第八条的规定，人民法院应当根据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定该约定条款无效。

二、在认定合同约定条款无效后，人民法院应当根据案件具体情况，结合行业规范、双方交易习惯等，合理确定大型企业的付款期限及相应的违约责任。双方对欠付款项利息计付标准有约定的，按约定处理；约定违法或者没有约定的，按照全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率计息。大型企业以合同价款已包含对逾期付款补偿为由要求减轻违约责任，经审查抗辩理由成立的，人民法院可予支持。

国务院办公厅关于以高水平开放推动服务贸易高质量发展的意见

——国务院办公厅

发文机关：国务院办公厅

发布日期：2024. 08. 28

生效日期：2024.08.28

时效性：现行有效

文号：国办发〔2024〕44 号

服务贸易是国际贸易的重要组成部分和国际经贸合作的重要领域，在构建新发展格局中具有重要作用。加快发展服务贸易是扩大高水平对外开放、培育外贸发展新动能的必然要求。为创新提升服务贸易，以高水平开放推动服务贸易高质量发展，加快建设贸易强国，经国务院同意，现提出以下意见。

一、总体要求

以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻党的二十大和二十届二中、三中全会精神，完整准确全面贯彻新发展理念，加快构建新发展格局，着力推动高质量发展，统筹发展和安全，以服务开放推动包容发展，以服务合作促进联动融通，以服务创新培育发展动能，以服务共享创造美好未来，加快推进服务贸易数字化、智能化、绿色化进程，推动服务贸易规模增长、结构优化、效益提升、实力增强，为建设更高水平开放型经济新体制、扎实推进中国式现代化建设作出更大贡献。

二、推动服务贸易制度型开放

（一）建立健全跨境服务贸易负面清单管理制度

全面实施跨境服务贸易负面清单，建立相应管理制度，负面清单之外的跨境服务贸易按照境内外服务及服务提供者待遇一致原则实施管理。加强各项行政审批、许可、备案等事项与跨境服务贸易负面清单的工作衔接，及时调整与负面清单不符的法规规章、规范性文件。提升负面清单管理能力，加强重点行业监管，优化资金、技术、人员、数据等要素跨境流动监管。建立对服务贸易领域重大开放举措的风险评估、预警和防控机制，加强对重点敏感领域的风险监测。研究建设与负面清单管理相适应的全国跨境服务贸易信息平台，加强部门间信息共享。

（二）发挥对外开放平台引领作用

扩大自主开放，深入探索“自上而下”和“自下而上”的开放路径，充分发挥自由贸易试验区、海南自由贸易港的开放先行和压力测试作用，稳步推进全国跨境服务贸易梯度开放。建设国家服务贸易创新发展示范区，在跨境服务贸易市场准入、完善跨境服务贸易全链条监管、建立风险管理和监测预警机制等方面加大探索力度，打造服务贸易综合改革开放平台 and 高质量

发展高地。

（三）加强规则对接和规制协调

高质量实施《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）等区域经贸安排中服务贸易开放承诺和相关规则，主动对接《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）等国际高标准经贸规则，深化国内服务贸易领域改革。参照世界贸易组织《服务贸易国内规制参考文件》，规范服务领域许可、资质和技术标准，简化许可审批程序，提高监管政策透明度，降低跨境服务贸易成本。研究开展服务提供者认证工作。

（四）提升服务贸易标准化水平

实施服务贸易标准化行动计划，加快制定服务贸易领域标准。开展服务贸易标准国际化工作，鼓励在具备条件的领域采用国际通用标准。

三、促进资源要素跨境流动

（五）便利专业人才跨境流动

为外商投资企业管理人员、技术人员及其随行家属出入境提供便利。为外籍高层次人才及其科研辅助人员来华投资创业、工作、讲学、经贸交流提供办理签证和停留居留证件等出入境便利。畅通外籍高层次人才来华创业渠道，允许境外专业人才按

照有关要求取得国内职业资格和特定开放领域就业机会。支持有条件的地方建立健全境外职业资格证书认可清单，扩大职业资格国际互认试点。

（六）优化跨境资金流动管理

完善外汇管理措施，探索基于企业信用的分级管理，提高服务贸易及服务领域对外投资的外汇业务便利度。扩大人民币在服务贸易领域的跨境使用，支持开展人民币跨境贸易融资和再融资业务。

（七）促进技术成果交易和运用

完善技术贸易管理和促进体系，打造创新资源对接平台，拓展国际技术合作网络，促进知识产权国际化运营，对研发中心技术跨境转移给予便利化安排。规范探索通过知识产权证券化、科技保险等方式推动科技成果转化运用。鼓励商业银行采用知识产权质押、预期收益质押等融资方式，促进技术成果转化和交易。

（八）推动数据跨境高效便利安全流动

在具备条件的地区开通国际互联网数据专用通道。支持在国家数据跨境传输安全管理制度框架下，建立高效便利安全的数据跨境流动机制，高效开展重要数据和个人信息出境安全评估，优化服务贸易数字化发展环境。

四、推进重点领域创新发展

（九）增强国际运输服务能力

支持国内航运企业开辟新航线，完善面向国际的海运服务网络。推进航运贸易数字化，扩大电子放货、电子提单在港口航运领域的应用。优化国际空运布局，强化国际航空货运网络对产业链供应链的支撑。进一步提升国际客运航权、时刻资源的配置效率，加强航空运力与出入境旅游的供需对接。构建国际物流服务体系，提高跨境寄递服务水平和国际供应链一体化服务能力。

（十）提升旅行服务国际竞争力

积极发展入境游，优化签证和通关政策，提高签证便利化水平。提高外籍人士和港澳台居民使用电子支付，以及持有效证件预订景区门票、购买车（船）票等的便利度，在酒店、旅游景点、商超等公共场所，为境外游客提供多样化支付服务。实施便利外籍人士在华住宿的政策措施。

（十一）支持专业服务贸易发展

拓展特色服务出口，促进知识产权、地理信息、人力资源等服务贸易集聚发展，支持金融、咨询、设计、认证认可、法律、调解、仲裁、会计、语言、供应链、标准化等专业服务机构提升国际化服务能力，

培育新的服务贸易增长点。发展农业服务贸易，带动农资、农机、农技等出口。加快发展教育服务贸易，扩大与全球知名高校合作，在华开展高水平合作办学。加快服务外包高端化发展，大力发展生物医药研发外包、数字制造外包，支持云外包、平台分包等服务外包新模式，进一步带动高校毕业生等重点群体就业。

（十二）鼓励传统优势服务出口

进一步完善支持文化贸易高质量发展的政策措施。推动中国武术、围棋等体育服务出口。促进中医药服务贸易健康发展，积极发展“互联网+中医药服务贸易”。支持中华老字号等知名餐饮企业开展中餐品牌国际化经营，提升中华餐饮文化国际影响力。积极运用数字技术、人工智能等创新服务供给，提升服务业国际竞争力。

（十三）促进服务贸易与货物贸易融合发展

优化保税监管模式，支持各地区依托综合保税区开展“两头在外”的研发、检测、维修、文物及文化艺术品仓储展示等业务。推动服务贸易与高端制造业融合发展，在生物医药、飞机、汽车、工程机械等领域细化出台专项政策举措，支持制造业企业对外提供具有国际竞争力的专业化、综合性服务。

（十四）扩大优质服务进口

修订鼓励进口服务目录，扩大国内急需的生产性服务进口。聚焦居民消费升级需求，推动医疗健康、文化娱乐等优质生活性服务进口。在具备条件的地区引入国际精品赛事，举办涉外电影展映和交流合作活动，进一步丰富市场供给，推动生活性服务业品质化发展。

（十五）助力绿色低碳发展

大力发展绿色技术和绿色服务贸易，研究制定绿色服务进出口指导目录。鼓励国内急需的节能降碳、环境保护、生态治理等技术和服务进口，扩大绿色节能技术和服务出口。加强绿色技术国际合作，搭建企业间合作平台。

五、拓展国际市场布局

（十六）深化服务贸易国际合作

实施服务贸易全球合作伙伴网络计划，巩固重点合作伙伴，积极开拓新兴市场。加强同共建“一带一路”国家服务贸易和数字贸易合作，在金砖国家、上合组织等机制下进一步扩大合作领域，拓展服务贸易多双边和区域合作。引导发挥地方资源优势，支持有条件的地区建设服务贸易国际合作园区。

（十七）建立健全服务贸易促进体系

鼓励各地区建立健全促进服务贸易发展的机制。加强服务贸易中介组织能力建设，充分发挥驻外机构作用，完善境外贸易促进网络，提升境外服务水平。完善国际商事争端预防与解决组织功能，健全海外知识产权维权援助机制。支持有条件的城市建设法律服务中心和国际商事仲裁中心。充分发挥中国国际服务贸易交易会等重要展会平台作用，不断提升展会知名度和影响力，推动构建龙头引领、各具特色、科学发展的服务贸易市场化展会格局，支持企业境外办展参展。

六、完善支撑体系

（十八）创新支持政策措施

充分利用中央和地方现有资金渠道以及服务贸易创新发展引导基金等相关基金，创新支持方式，推动服务贸易发展。拓宽企业融资渠道，鼓励金融机构推出适应服务贸易特点的金融服务。优化出口信贷，运用贸易金融、股权投资等多元化金融工具加大对企业开拓国际服务贸易市场的支持力度。加大出口信用保险支持力度，扩大服务贸易领域覆盖面，对符合条件的中小企业适当优化承保方式，提高保险服务便利化水平。落实好服务出口增值税零税率或免税等现行相关税收政策。支持高校

加强服务贸易相关学科专业建设，促进服务贸易智库建设，加强服务贸易专业人才培养。

（十九）提升统计监测水平

修订完善国际服务贸易统计监测制度，完善服务贸易全口径统计方法。推进部门间数据交换和信息共享，健全服务贸易统计监测体系和重点企业联系制度。研究建立服务贸易统计数据库，提升服务贸易统计数据公共服务水平。

（二十）强化服务贸易区域合作

发挥京津冀、长三角、粤港澳大湾区及成渝地区双城经济圈等区域优势，建设区域性服务贸易发展公共平台。提升东部地区引领带动作用，培育一批服务贸易标杆城市。支持中西部与东北地区构建内陆多层次开放平台，推动优势特色服务贸易创新发展。鼓励建立服务贸易跨区域协作机制，促进资本、人才、技术、数据等资源要素高效合理流动。

各地区、各有关部门要从全局和战略的高度，充分认识大力发展服务贸易的重要意义，依靠扩大开放和创新驱动激发服务贸易发展新动能，抓好本意见贯彻落实。各地区要结合本地实际，积极培育服务贸易特色优势产业。各有关部门要加强协调

配合，梳理解决服务贸易领域堵点卡点问题，完善服务贸易发展相关政策，支持推进重大改革事项。商务部要强化统筹协调，完善工作机制，确保各项政策措施及时出台并落地见效，积极营造扩大开放、鼓励创新、公平竞争、规范有序的服务贸易发展环境。重大事项及时向党中央、国务院请示报告。



二、观点速递

论实际控制人作为影子董事的民事责任：以新《公司法》第 192 条的解释为中心

——文/刘俊海 载于《法律适用》
2024 年第 7 期

摘要

有实无名的影子董事长期游离于公司法之外，是威胁公司治理的重大隐患。新《公司法》第 192 条对影子董事与傀儡董事课以连带责任，有助于规范控制权行使、弘扬企业家精神、提升公司治理水平。要识别影子董事，必先识别实控人。影子董事介于实控人与董事之间，但实控人未必都是影子董事。以控制权来源为准，实控人可分为五类。影子董事具有多元性与多层级性。影子董事之董事或姊妹公司都有可能构成影子董事。建议推进实际控制人信息披露、登记与公示规则的体系化。影子董事与事实董事具有兼容性。影子董事的连带责任是滥用股东权利、违反信托义务与共同侵权的混合性民事责任。连带责任的承担必须同时满足四大构成要件。公

司法、企业破产法、证券法与刑法中的董事责任条款原则上普适于影子董事。建议完善影子董事与傀儡董事之间的内部求偿规则。商业判断规则与公平追责制度也准用于影子董事与傀儡董事。受路径依赖、思维定势、行为惯性与文化传统等因素的影响，影子董事现象将在我国长期存在。在明规则与潜规则发生冲突时，法官必须捍卫明规则。新《公司法》第 192 条仅提及傀儡董事与高管，疏漏了傀儡监事。建议公司量身定制实控人行使控制权的多元化治理模式，鼓励实控人自觉告别影子董事角色。

关键词：控股股东 实际控制人 事实董事
影子董事 连带责任

引言

新公司法堪称中小股东的春天，债权人的夏天，董监高的秋天，实控人的冬天。将影子董事纳入公司法规制范围迫在眉睫。为激浊扬清、惩恶扬善、弘扬企业家精神、提升公司治理水平，新《公司法》第 192 条导入了影子董事与傀儡董事的连带责任：“公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益

的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任”。影子董事无论是国企、民企或外企，也无论是自然人、法人或其他组织，都必须信仰与敬畏公司治理规则。但因本土裁判经验与法理研究的沉淀积累不足，该条款可诉性较弱。为有效约束影子董事行为、精准引导实控人依法行使控制权、充分保护公司与股东权益，有必要结合立法原意与域外经验，深入探讨影子董事制度的规范内涵与适用外延，增强其可诉性、可裁性与可执行性。

一、影子董事制度的比较法考察

（一）作为影子董事制度发源地的英国立法例

英国是现代公司法的摇篮，也是影子董事制度的发源地。不过，影子董事并非普通法的固有制度，而是成文法的经典之作。¹英国一直崇尚私人财产神圣的法律传统，尊重股东行使权利的自由，不愿确认股东之间负有信托义务（fiduciary duties）。但对控制权滥用行为，法律又不能坐视不管。作为灵活变通的立法策略，英国公司法确立了控制股东作为事实董事（de facto directors）或影子董事（shadow directors）的责任。²

针对公司欺诈交易与影子董事责任的立法萌芽可追溯至英国《1928 年公司法》第 75 条第 5 项中的“董事”定义。刘易森法官（Lord Justice Lewison）在 Tradition Financial Services Ltd v. Bilta(UK) Ltd & Ors 一案中指出，该条款定义的“董事”在效果上囊括了我们今天称之为“影子董事”的主体。³此外，英国早在 1571 年就颁布《欺诈性转让法》，允许法院撤销意图欺诈债权人的交易。而此类欺诈主体当然包括影子董事。

英国率先在《1980 年公司法》第 63 条用 5 个条款专门规定影子董事制度。《1985 年公司法》第 26 章“释义”中的第 741 条第 2 项与第 3 项规定了影子董事的立法定义。基于对该定义的传承，《2006 年公司法》第 251 条将影子董事定义为：“董事惯于遵照其发布的指令或指示而行事的人（第 1 项）；但若某人基于专业资格提供咨询意见，或基于法定职权之行使而提供指示、指引、指导或建议，或基于内阁大臣的指导或建议，不在此限（第 2 项）。但依据该条第 3 项，母公司并不仅因子公司董事惯于按母公司发布的指令或指示行事而被视为该法第 10 编第 2 章（董事一般职责）、第 4 章（需要股东批准的交易）或第 6 章（与唯一股东兼董事签订的合同）

¹ Omni Sec. Ltd. v. Deloitte & Touche, 2000 CILR 102, 111.

² Re Hydromat(Corby) LTD - (1994) 2 BCLC 180.

³ [2023] EWCA Civ 112.

规定意义上的子公司的影子董事。”通说认为，英国区分公司集团中子公司的清偿能力：若子公司具备清偿能力，母公司不会仅因其控制子公司董事会而被视为影子董事；但该原则不适用于丧失清偿能力的子公司的债务问题。⁴

（二）美国公司法缺乏影子董事制度的原因

美国判例法与诸州公司立法不存在“影子董事”的概念。原因有三：一是美国诸州倾向于直接确认控制股东对公司和其他股东负有信托义务，因而无需舍近求远、借助“董事”信托义务之壳，间接确认控制股东的信托义务。以马萨诸塞州为代表的通说认为，至少在闭锁型公司中，所有董事、高管和股东都互为受托人、并互负高度信托义务。该义务类似于合伙人间的信托义务。加利福尼亚州判例法认为，控制股东的信托义务包括善意行事、实质内容公平和弱势股东机会平等；⁵控制权行使必须平等惠及全体股东。⁶二是美国公司尤其是上市公司的股权结构通常高度分散，能够通过傀儡董事架空与操纵董事会的股东为数不多。三是美国确认股东信托义务的思路与英国确认影子董事的思路异曲同

工，具有等效功能。美国三个州（特拉华州、田纳西州与密西西比州）例外保留了英国法传统中的衡平法院，旨在裁判信托义务争讼。

美国对控制股东直接课以信托义务的规制模式具有事先预防与嗣后救济的功能。而控制股东违反信托义务的主要类型是不公允关联交易。若控制股东实施不公允关联交易、损害公司与其他股东利益，美国法院会采取极其严格的零容忍态度。特拉华州法院采取“完全公平”（entire fairness）标准。有些法院采取“最大诚信和忠诚”（utmost good faith and loyalty）标准，即使交易已获独董批准也不例外。⁷特拉华州最高法院在 Kahn v. M & F Worldwide Corp 一案中，针对控制股东与上市公司合并后实现私有化的关联交易，认为商业判断规则仅能在信托和决策两项要求同时获得满足的前提下才有适用余地。⁸依该判例，控制股东要享受商业判断规则（Business Judgment Rule, BJR）的避风港保护，必须举证证明关联交易已获运行有效的董事会特别委员会批准及小股东中多数派股东（majority of the minority）的同意。由于机构股东自上世纪 80 年代以

⁴ Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate law: A Comparative and Functional Approach*, 3rd ed., New York: Oxford University Press, 2017, p.162.

⁵ Stephenson v. Dreyer, 16 Cal. 4th 1167, 1178 (Cal. 1997).

⁶ Jones v. Ahmanson & Co. 460 P. 2d 464, 471 (Cal. 1969).

⁷ 同前注 4。

⁸ Kahn v. M & F Worldwide Corp. Delaware Supreme Court 88 A. 3d 635 (Del. Sup. Ct. 2014).

来，行权行动日趋活跃，控制股东要获得小股东多数同意并非易事。

虽然美国实体法中缺乏影子董事的概念，但美国法院在审理涉及外国公司的判例中也经常援引外国公司法中的影子董事制度。例如，在美国纽约南区破产法院 1999 年审结的 *In re Ionica Plc* 一案中，有专家证人指出，控制子公司董事会行为的母公司可以成为影子董事。集团如果支配并控制了子公司（Ionica），且明知子公司的资本严重不足，仍允许其继续交易，就要对子公司的不当交易负责。⁹

（三）立体多元的德国影子董事制度

首先，德国公司法确立了股东信托义务（*mitgliedschaftliche Treuepflichten*）。依《股份公司法》第 117 条第 1 项，任何人故意利用其对公司的影响力，强迫董监事、拥有完全商事授权书（*Prokurist*）的高级职员或授权代理人采取损害公司或其股东的行为，其都有义务向公司赔偿因此遭受的损害。如果股东遭受的损害超出了公司损害，行为人还有义务赔偿股东因此遭受的损害。依该条第 2 项，除该行为人外，董监事如有渎职行为，亦应作为连带债务人承担责任。如

果就董监事是否已尽审慎经理人在忠实履职时应尽的适当注意义务而成讼，应由董监事自证清白。董监事若基于股东大会通过的合法决议而行事，则不对公司或股东承担赔偿责任。但是，监事会批准该行为的事实并不排除董监事的赔偿责任。该条规定酷似我国新《公司法》第 192 条，但规范更细致缜密。

其二，基于传统合伙法中合伙人之间的信托义务法理，德国法院还逐渐确立了大小股东之间的信托义务。¹⁰ 1988 年，德国联邦法院的一个标杆案例是，确认股份公司的大股东对小股东负有信托义务。裁判理由是，大股东既然在行使表决权时足以影响小股东利益，相应地就有义务考虑小股东利益。¹¹ 1995 年，德国联邦法院又确认了小股东对大股东的信托义务。在该案中，小股东滥用其享有的否决权，否决了股东大会审议的一项为公司生存发展所亟需的重大增资计划。¹² 信托义务的确立标志着德国吸纳与扩张了美国的规制经验，其独创之处是将股东会上的股东表决权行使纳入司法审查范围。

其三，德国规制母公司的特色制度是 1965 年《康采恩法》（*Konzernrecht*）。该法基于控制股东对小股东的忠诚义务理

⁹ 241 B. R. 829, 839 (Bankr. S. D.N. Y.1999).

¹⁰ See Fleischer (note 102), § 53a marg. no. 49

¹¹ See BGHZ 103, 184, at 194 et seq.

¹² See BGHZ 129, 136, 142 et seq.

念，要求独立审计人编制的控制关系年报披露关联交易，落实公平独立交易原则。该法在全球范围内开创了公司集团特别立法的先河。其制度精髓是，母公司可名正言顺地对子公司的经营管理行使绝对控制权，但对子公司因母公司深度干预而遭受的损失承担法定或约定的损失补偿义务。若子公司因母公司的慷慨补偿而免遭损害，子公司的债权人与中小股东也就安全无虞。补偿义务是母公司获得全面控制权的合理对价。按照这一思路，公司集团的整体利益得以保全，外部债权人的安全诉求获得尊重，堪称内和外顺的良法美制。

（四）刚柔相济的法国影子董事制度

在法国，控制股东亦不得恣意滥用权利。控制股东若积极干涉公司经营管理工作，须承担作为事实董事或影子董事的责任。依法国《商法典》第 246—2 条，任何人（含控制股东）若直接或者间接地通过或代表公司的法定代表人对公司进行有效经营或管理，须同样受制于滥用权力的董事长、董事和总经理的法律责任条款。依法国《商法典》第 246—6 条，实施损害公司利益的四类不法行为的董事长、董事和总经理的刑事责任为 5 年以下监禁与 37.5 万欧元以下罚金。

就资不抵债的民事责任而言，依法国《商法典》第 651—2 条第 1 款，若担保措施、重组计划的撤销或公司清算显示资不抵债且源于管理层的过错，法院有权判令公司全部或者部分债务由存在管理过错的全体或部分法定或事实经理人负责清偿。若有多位经理人，法院可通过论证严密的判决书责令其承担连带责任。这意味着，若控制股东命令管理层违反信托义务，有义务赔偿公司损失。

法国还重视通过判例或司法解释破解子公司董事长、总经理或董事作决策时面临的角​​色冲突。子公司的董事、高管通常面临两个选择：要么对公司集团利益负责，要么对子公司利益负责。若选择对公司集团利益负责，势必违反对子公司的信托义务，因而须就损害子公司利益的行为担责。子公司的董事、高管只要能证明自己的行为虽不符合子公司利益，却符合公司集团利益，便可免责。

法国最高上诉法院 1985 年在涉及滥用公司资产的刑事判例中确立了罗森布拉姆（Rozenblum）规则。¹³ 控制权人（母公司）指示子公司为公司集团的利益而行事时只要满足以下三项条件，即可免责：一是公司集团结构稳定；二是母公司推行的公司集团商业政策具有连贯性；三是集团

¹³ Cour de Cassation (Ch. Crim.) 4 February 1985 , 1985

Revue des Societes 648.

内部的成本收益分配公平合理，兼顾各方利益诉求。¹⁴ 因此，只要母公司为增进公司集团利益，就可依法从子公司获益。只要公司集团内部的关联交易不危及公司集团的债务清偿能力，法院就认定集团内部的成本收益分配公平合理。¹⁵ 鉴于母子公司关联交易的普遍性，该安全港规则坚持了保护公司集团及其外部债权人核心利益的道德底线。

（五）荷兰公司法中的准董事制度

荷兰似乎缺乏与中英德法诸国非常接近的影子董事制度。但与之有关的法律条款之一是《荷兰民法典》第 2：11 条规定的法人董事责任，“如果法人以其他法人的董事身份承担责任，在产生该责任时担任第一法人的董事的人也应承担连带责任。”该条款虽未提及母公司不以董事身份而直接对子公司的董事、高管发号施令的行为，但未排除此种行为的责任。

荷兰最高法院在 2023 年 3 月 23 日公布的涉及事实董事责任的判例中确认，控制权人作为事实董事担责时，不以其取代董事会控制公司为前提，只要其享受部分公司管理权即可。即使管理层与控制权人同时履职，也不妨碍控制权人构成事实董

事。¹⁶ 因此，有资格成为事实董事的人不能抗辩其未取代董事会的管理权而逃避责任。问题是，在控制权人与董事会成员并行履职的情况下，董事会成员有可能沦为稻草人董事。

依《荷兰民法典》第 2：248 条，当公司被宣告破产时，如果董事履职明显失当且被推定为构成破产的重要原因，每位董事应就公司清算财产无法清偿的债务金额，对破产债务承担连带责任。董事违反的义务包括法定义务、保持适当簿记义务与及时披露年度账目义务。

有专家认为荷兰法存在“准董事”概念。在英国法院审理的 KMG International NV v. Chen & Anor 一案中，原告 KMG（荷兰公司）诉请被告就荷兰公司 NIBV 以显著不合理低价出让其拥有的德国公司 Novero 的资产和股份的行为予以赔偿。Novero 由瑞士公司 DPH 通过中间持股公司间接持有（连同其子公司统称为“DP 集团”）。原告主张该交易由陈女士或 Chipper 公司精心策划促成，旨在将 Novero 资产剥离出 DP 集团，阻止原告根据仲裁裁决书向 DPH 公司收取 2 亿美元。此次交易涉及通过多个实体转让 Novero 的股份，并最终转让给英国上市公司

¹⁴ 同前注 4，第 134、164 页。

¹⁵ Marie - Emma Boursier, Le Fait Justificatif de Groupe dans l'Abus de Biens Sociaux: Entre Efficacite et Clandestinite ,

2005 Revue des Societes 273.

¹⁶ ECLI:NL:HR :2023 :445.

Laird。陈女士 2009 年加入 DPH 公司，曾担任收购 TRG 公司的顾问。原告主张，陈女士是 DPH 公司的关键决策者，并与 AP 一起继续控制 DPH 公司；Chipper 是一家在英属维尔京群岛注册成立的公司，陈女士作为董事控制该公司；Chipper 曾是 Novero 的董事，但直到 2015 年 6 月 25 日方被正式任命。

来自荷兰 Barents Krans 律师事务所的范·马宁（Van Maanen）律师 2018 年 2 月 27 日提交的专家证词认为，董事标准也适用于准董事。由于母公司的债权人利益通常不属于链条下游子公司的董事必须考虑的受益范围，母公司的债权人缺乏针对被告的请求权基础，除非原告能证明 NIBV 在 2015 年 6 月转让 Novero 公司时损害了原告利益，并且 NIBV 的董事在交易时实际上意图损害原告作为最终母公司 DPH 公司债权人的利益。因此，法院必须查明被告是否为准董事。

而来自荷兰 Resor N.V. 律师事务所的维德（Michael Veder）教授 2018 年 3 月 20 日提交的专家证词认为，“准董事”一词是荷兰公司破产法中的术语，在马宁律师的报告中被错误“混淆”。根据荷兰法，陈女的任何责任都是作为普通人（而非董事）的责任。她并非董事，无须负董事责

任。她即使担任准董事且对交易中的任何角色或参与负有责任，也不受较高责任门槛的规制。在案件所有情况都具有关联性时，某行为是否违反适当社会行为义务，需要运用主观方法。这是“以事实为导向的作业”，而不法性是浮动区间。她若控制 DP 集团公司，促使公司进行交易，并意图损害原告，会在荷兰法上被认定为不法行为。穆尔德法官认为，尽管专家证人对陈女士根据《荷兰民法典》第 6:162 条可能承担的责任仁智互见，但分歧完全可由英国法院解决。首先，若被告责任取决于准董事身份，英国法中的影子董事与荷兰法中的准董事殊途同归。英国法院完全能查明事实并将其套入荷兰标准。其二，被告作为准董事或普通人实施的不法行为都低于必要标准。依维德教授观点，KMG 不必证明陈女士的行为符合严重可责难的门槛，尽管责任不针对准董事，而针对普通人。但根据本案事实，责任仍源于《荷兰民法典》第 6:162 条。对不法行为的认定貌似是英国法院不熟悉概念，但若本案事实成立，由英国法院认定不法行为并无不妥。¹⁷

（六）域外法述评

英美同属普通法系，但规制技术有异。英国有庞大的影子董事规范群，也有汗牛

¹⁷ [2018] EWHC 1078 (Comm).

充栋的法院判例，其设计理念是把控制权人纳入董事信托义务的范畴予以规制。美国化繁为简，裁弯取直，直接设定控制股东对公司与其他股东的信托义务，无需借助影子董事制度的媒介。受英国法影响，我国香港地区“公司条例”第 2 条将“幕后董事”定义为：公司的全体董事或过半数董事惯于按照其指示或指令（不含以专业身份提供的意见）行事的人。第 540 条规定，第 5 节有关在交易、安排或合约中具有相当分量的利害关系的规定适用于幕后董事。1997 年 3 月发表、1997 年 6 月 2 日由金融委员会讨论的《香港公司条例检讨顾问研究报告》曾建议取消麻烦与无法执行的“影子董事”概念，理由是：“如果认为对非董事施加义务或责任具有可取性，与其将非董事视为董事，不如考虑确定真正的责任主体，诸如高管或大股东。在涉及个人责任的情况下，必须保持合理的确定性。含糊不清或在商业上不具有确定性的措施必将难以执行，甚至会损害其效用”。¹⁸ 但该建议并未被采纳。这说明，影子董事制度在香港公司治理实践中确有价值。

大陆法系国家各有千秋，并非铁板一块。德国《股份公司法》第 117 条规定的影子董事制度体系严谨，公司集团制度允

许母公司在对子公司承担损失填补义务的前提下集中管理子公司。法院判例创设了控制股东与非控制股东之间的诚信义务，而法国《商法典》第 246—2 条与第 246—6 条规定了影子董事的刑事责任、第 651—2 条第 1 款规定了影子董事对公司债务的清偿责任。简易灵活的罗森布拉姆规则有助于化解子公司董事长、总经理或董事执行母公司指令时面临的刑事责任风险。荷兰是否存在准董事制度虽有分歧，但准董事与影子董事大同小异。在欧陆，控制股东只要不直接介入公司经营管理，就不会被追责。但若实际控制公司，法律规制态度就立即强硬起来。积极介入公司事务的控制股东作为事实董事或影子董事就此承担民刑事责任。¹⁹

广而言之，两大法域对公司控制权与影子董事的规制思路殊途同归。诸国都采取宽严相济、兴利除弊的规制思路，都允许控制权正当行使，都禁止控制权恣意妄为，都对控制权滥用的风险外溢设置了安全阀与救济网。当然，各法域公司治理几乎都存在影子董事及其滥用控制权的现象。在日本，许多公司的经营者监督机制存在漏洞，法律与现实落差极大。依公司法，股东会选任董监事，董事会和监事代表董事或监督董事。但在现实中，不少社长把

¹⁸ Consultancy Report on the Review of the Hlong Kong Companies Ordinance, CB(1)1667/96-97.

¹⁹ 同前注 4,第 162-163 页.

控大权，选任老部下作为董监事，即使退休也会垂帘听政。²⁰

二、影子董事的精准识别

（一）精准识别影子董事的挑战及其成因

以其行为模式为准，董事可分为四类：一是名实相符的法定董事、法律董事、注册董事或显名董事，即由股东会选任且在登记机关登记、在国家企业信用信息公示系统公示的董事。除法律另有特别规定外，新公司法中的董事都指向此类董事；二是有实无名、取代董事会的事实董事、实际董事、实质董事，规定于新《公司法》第 180 条第 3 款；三是垂帘听政、保留董事会的影子董事，规定于新《公司法》第 192 条；四是有名无实的傀儡董事、挂名董事、名义董事，亦规定于新《公司法》第 192 条。

追究影子董事责任的前提是，精准识别实控人。显名实控人（尤其是控股股东）较易识别，而隐名实控人难以辨识。在实践中，许多实控人刻意韬光养晦，低调隐形。背后的动机与目的错综复杂，不一而足。但无论实控人隐形的动机如何，也无论价值评判如何，精准识别隐形实控人并非易事。关键是落实证据规则，遵循法律

逻辑。

（二）介于实控人与董事之间的影子董事角色

影子董事游走于实控人与董事之间，兼具实控人的主体形式与董事的实质功能。其行为模式具有两大特点：一是影子董事在法律形式上远离公司治理舞台，既非事实董事，也非法定董事；二是影子董事热衷于长期在台后遥控董监高。影子董事并非直接对目标公司行使董事权利，而是假借傀儡董监高之手间接控制公司。傀儡对这种迂回曲折的公司治理方式有时出于自愿，有时出于无奈。影子董事虽非法定董事，但比法定董事更彪悍。

影子董事必然是实控人，但实控人未必都是影子董事。因为，不少实控人中规中矩，依法有序行权。依新《公司法》第 192 条，影子董事包括控股股东与实控人两类主体。新《公司法》第 265 条与 2018 年《公司法》第 216 条规定的控股股东定义相同，包括其出资额占有限责任公司资本总额超过 50% 或其持股占股份有限公司股本总额超过 50% 的股东以及出资额或持股比例虽低于 50%，但依其出资额或持股所享表决权已足以对股东会决议产生重大影响的股东。前者为绝对控股股东，

²⁰ 参见[日]佐藤孝弘：《从三个“谁”的角度分析中国国有公司治理一鉴于日本的失败经验》，载《北方法学》

2013 年第 1 期，第 80-88 页。

后者为相对控股股东（持股比例未逾 50% 的第一大股东）。有些股东持股比例虽然不高，并非控股股东或第一大股东，仍可基于双重股权架构（差异化表决权）等特殊制度安排，在公司治理中一言九鼎。例如，AB 股结构中的创始股东可以凭借一股多票的超级表决权，轻而易举地晋级为掌握控制权的小股东。²¹ 因此，甄别控制权的持股比例标准仅适用于一股一票的单一股权结构。而在一股零票、一股一票与一股多票并存的多元化股权架构中，持股比例不再是识别控制权、区分控股股东和非控股股东的试金石。为严谨起见，建议将公司法、证券法中的“控股股东”统一解释为“控制股东”。

新《公司法》第 265 条删除 2018 年《公司法》第 216 条中“虽不是公司的股东，但”等文字，将实控人重新定义为，“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。”由于实控人囊括控股股东，二者已由并列关系演变为从属关系。作为影子董事的控股股东与实控人有时并非同一主体。鉴于新公司法中的实控人已涵盖控股股东（控制股东），与其将享有公司终极控制权的“控股股东与实际控制人”简称为“双控人”或“控制权人”，不如干脆将其简称为“实控人”

更直截了当、简洁明了。

以其控制权来源为准，实控人可划分为五类：一是名实相符的控制股东；二是有实无名的隐名控制股东；三是控制股东背后的单一或多层级控制股东；四是缺乏股权纽带的协议控制权人或事实控制权人；五是公司内部控制人。

总体来看，控制股东与多数实控人属于股东群体范畴。少数实控人虽缺乏与公司间的股权纽带，但与全体股东或控制股东存在控制权协议安排。实控人的地位与影响力本应在股东会决策平台与股东主权层面展开。实控人若试图影响董事会，也必须通过股东会决议任免董事、限制或扩张董事会职权、直接作出公司重大决策以及由实控人出任董监高等公开透明的治理手段，但不宜直接遥控董事或高管。从新《公司法》第 192 条将实控人视为影子董事的角度看，实控人虽非法定董事，但具有遥控法定董事的超级地位。既为超级董事，实控人就对公司负有与董事相同甚至更高标准的忠实勤勉义务，在侵害公司与股东权益时必须主动担责。因此，影子董事兼有股东会控制权人与董事会超级董事的双重主体属性。

（三）影子董事的多元性与多层级性

²¹ Cronqvist, Henrik & Mattias Nilsson, Agency Costs of Controlling Minorily Shareholders, 38 Journal of Financial

and Quantitative Analysis 695, 709 (2003).

影子董事应包括自然人、法人与其他组织。新《公司法》第 178 条也未明确要求法定董事必须是自然人。影子董事制度的确立似乎意味着，法定董事也不应拘泥于自然人，还应囊括法人与非法人组织（如合伙企业）。法人或非法人组织被选任为董事会成员时，可委派代表履职。但不管系自然人抑或法人、控制股东抑或实控人，影子董事未必是单一主体。相反，影子董事可为多个主体。从横向看，影子董事可以是单数或复数，如夫妻股东或控制股东联合体（一致行动协议人）。但从纵向看，影子董事是否具有多元性，值得细究。

基于董事与公司的相互独立性以及母公司对子公司行使股权、子公司对孙公司逐级依序行使股权的股权代际逻辑，公司集团金字塔中的实控人具有相对性，影子董事也具有环环相扣、逐层衔接的组织性特征。子公司的控制股东是母公司，但母公司有时并非子公司的终极控制权人。因为，母公司又有母公司。端居公司集团金字塔塔尖的母公司貌似实控人，实则不同。真正的实控人有时位于金字塔内部，但通常是身处金字塔之外有形或无形的终极控制权人。面对纷繁复杂的实控人，存在三种识别方案：一是将金字塔内外的全部控股股东与实控人都视为影子董事；二是仅将控制权链条中距离目标公司最近的低阶实控人视为影子董事；三是将控制权链条

中距离目标公司最远的终极实控人视为影子董事。笔者认为，为逐级压实公司治理职责、确保公司集团中的全体董监高与实控人各行其道、各尽其责，建议将损害子公司或股东权益的金字塔内外的全部各层级实控人都纳入影子董事范畴。影子董事的侵权指令产生并延伸到哪里，民事责任就延伸到哪里。

在单层核心公司集团框架中，影子董事就是母公司或其实控人。在双层公司集团框架中，影子董事可以是母公司或祖母公司及其实控人。在多层公司集团框架中，影子董事可以是母公司、祖母公司、端坐金字塔塔尖的终极股东、股东代理人或控制权人。若公司集团采取高度自治、自我管理的松散型分权型治理模式，影子董事仅体现为母公司层面的特定控制权人。但若公司集团采取高度集中、统一管理的紧密型集权型治理模式，影子董事就会体现为母公司、祖母公司、曾祖母公司层面的多个控制权人。例如，实控人甲向集团公司乙发出错误指示，乙公司将该指令转达给子公司丙，丙公司将该指令转达给孙公司丁的董事与高管等 9 人。在这种情况下，若错误决议损害公司或其股东利益，则甲乙丙都构成影子董事，应与丁公司 9 名傀儡董监高共同对丁公司或股东的损失担责。

（四）影子董事的董事是否构成影子董事

的探讨

影子董事包括自然人与法人。而母公司对子公司董事的指示往往借助母公司董事而为。接踵而来的问题是，子公司及其非控制股东在追究母公司作为影子董事的责任时，能否同时追究母公司董事的连带责任？

首先，要精准区分母公司董事的行为究系职务行为，抑或个人行为。在实践中，公司、董事与相对人之间常就个人责任与法人责任的区分而成讼。为维护交易安全、完善公司治理、弘扬企业家精神，有必要厘清公司与董事的责任边界。甄别个人行为与职务行为存在四大候选标准：名义说、获益说、职权说、综合说。最完美的标准是公司授权、公司名义与公司获益三要素兼备的综合性标准。董事在法定或章程规定的职权范围内或在股东会决议授权范围内，以公司名义，为追求公司利益最大化而实施的行为系职务行为，董事作为代理人的身份自动被公司法律人格吸收，董事代表公司创设的法律关系自动归属公司，董事不对公司外的第三人担责；反之，则否。²² 母公司董事若能举证证明其代表母公司对子公司发出指示属于其在职权范围内行事，影子董事行为就属于代母公司实

施的职务行为。

其二，即使母公司董事的行为构成职务行为，仍会存在母公司董事对子公司或中小股东承担赔偿责任的风险。新公司法区分法定代表人与其他董监高，对其履职行为致人损害的民事责任采取了不同态度。依新《公司法》第 11 条第 3 款，法定代表人因执行职务致人损害的，由公司承担民事责任；公司担责后可向有过错的法定代表人追偿。而依新《公司法》第 191 条，董事、高管执行职务致人损害的，公司应承担赔偿责任；董事、高管存在故意或重大过失的，也应承担赔偿责任。据此，代表母公司实施影子董事职务行为者若为法定代表人，可免于直接对子公司或其股东担责；即使有过错，也先由母公司担责，母公司在担责后再向法定代表人内部求偿。因此，子公司或其股东不得将法定代表人与母公司列为共同被告。而代表母公司实施影子董事职务行为者若非法定代表人，就有可能与母公司一起被列为共同被告，个人财产也会被法院采取保全措施。此类董事、高管若有过错，就直接对子公司或其股东担责，无权以其履职为由而主张抗辩。法官应查明事实，在公司与董事、高管之间合理分配赔偿责任。此外，依据《民法典》第 1191 条，董监高层级以下的中层

²² 参见刘俊海：《董事责任制度重构：精准问责、合理容错、宽容失败——以弘扬企业家精神为视角》，载《交

大法学》2023 年第 3 期，第 106-108 页。

管理人员与普通员工亦享受法定代表人的待遇：工作人员因执行工作任务致人损害的，由公司承担侵权责任；公司担责后可向有故意或重大过失的工作人员追偿。可见，处于金字塔尖的法定代表人与处于金字塔塔基的普通员工在履职致人损害时皆可免于成为共同被告，而处于夹心层的董监高在履职致人损害时会被原告列为共同被告。为落实平等原则、统一裁判思维，建议司法解释对第三人担责的差异化制度安排作出统筹考虑：要么坚持差异化政策，但严格限定董监高对第三人担责的适用范围；要么对三类主体统一采取新《公司法》第191条的立场；要么统一采取新《公司法》第11条与《民法典》第1191条的立场。笔者赞同采取最后一种选择。

其三，母公司在担责后可否向其董事、高管内部求偿？从公司与董事高管之间的内部信托关系看，董事、高管的不当履职行为既损害第三人（含子公司及其股东）利益，也违反对公司的忠诚勤勉义务。公司因董事、高管过错而对子公司及其股东担责后，有权向有过错的董监高行使求偿权。倘若母公司、董事与高管依新《公司法》第191条被列为共同被告，建议法官一次性切割与分配母公司与董事、高管之间对第三人的赔偿责任，而不宜将内部求偿争议遗留给另案处理。为节约司法资源，建议司法解释对此作出规定。

其四，英国经典判例 *Re Hydrodam (Corby) Ltd* 案对破解影子董事母公司的董事是否构成子公司影子董事的难题具有参考价值。在该案中，有一家四代同堂的逐级全资控股的公司集团。其中，Eagle 公司是母公司，Midland City Partnerships 是子公司，Landsaver MCP 是孙公司，Hydrodam 公司是曾孙公司。清盘人对 Eagle 公司及其全体董事提起诉讼，诉请后者基于事实董事或影子董事的身份、根据《1986 年破产法》第 214 条对 Hydrodam 公司的不当交易担责。米莱特法官（Millet J）指出，“Eagle 公司董事会有可能作为集合体机构向 Hydrodam 公司的董事发出指示，后者也习惯于按这些指示行事。被告董事若基于 Eagle 公司的董事身份、以董事会名义发出指示，结果会导致 Eagle 公司（而非被告董事自身）成为 Hydrodam 公司的影子董事。在实践中，恰如在本类案件中，更有可能发现母公司的全体或部分执行董事曾不时单独和亲自向子公司的董事发出指示，而此举会导致执行董事作为子公司影子董事承担个人责任。但若全体董事所作所为都以母公司董事身份作出董事会决议，子公司影子董事就是终极母公司，而非终极母公司的

董事们。”²³ 法院最终认定，Eagle 公司是 Hydrodam 公司的影子董事，但 Eagle 公司的两名董事不构成影子董事。可见，该判例将母公司董事们对子公司的指示行为一分为二：母公司以董事会决议向子公司董事发出指示时，子公司的影子董事是母公司；母公司董事全部或部分单独私下向子公司董事发出指示时，子公司的影子董事是母公司董事。因此，母公司董事参加母公司董事会并参与表决，并不必然因此而成为子公司的影子董事。该判例对于我国法院甄别母公司或其董事作为影子董事具有借鉴价值。当然，该判例未强调参与错误董事会决议的董事的责任，也未触及我国《公司法》第 191 条有关董事履职致人损害时对第三人的责任问题。

（五）关于姊妹公司可否成为影子董事的争议

英国、爱尔兰与法国等法域的成文法与判例尚未确认姊妹公司成为关联公司的影子董事。在 Nortel Networks, Inc. (NNI) 一案中，NNUK 公司的清算人主张，姊妹公司 NNI 是 NNUK 的事实或影子董事，并基于此主张其违反信托义务。但美国特拉华区破产法院认为，对当事人辩论焦点的讨论以及法院对外国准据法的审查使得法院得出以下清晰而简明的结论：法院缺乏法

律依据追究 NNI 作为影子董事或事实董事违反信托义务的责任。因此，该院驳回了原告以违反受托责任为由的诉讼理由。²⁴

笔者认为，不同法域不同公司的股权结构与治理文化颇不相同，因而不排除某些公司的实控人为恶意规避影子董事责任而辗转通过姊妹公司之间的指示间接控制公司的傀儡董监高。因此，即使英国尚无案例认为一家公司可以成为其姊妹公司的事实或影子董事，我国也不应亦步亦趋。为预防影子董事制度被悬空，建议法院采取实质穿透的裁判思维，审慎扩大影子董事的外延，以囊括作为影子董事链条之一的姊妹公司。

（六）实际控制人信息披露、登记与公示规则的体系化

识人难，识别影子董事更难。法官若无法识别实际控制人，就无法判决其承担影子董事的责任。因此，要激活影子董事制度，必须同步提高实控人的透明度。

首先，上市公司实控人的信息披露与股票代持协议的法律规范属性亟待厘清。新《公司法》第 140 条强制上市公司真实、准确、完整地披露股东、实控人信息，禁止违法违规代持股票。实控人必须在阳光下行使控制权，但存疑有三：一是，该条

²³ Re Hydrodam (Corby) Ltd [1994] 2 BCLC 184.

²⁴ In Re Nortel Networks, Inc. 469 B. R. 478.

规范究系倡导性规范，还是强制性规范？二是，若为强制性规范，究为管理性规范，抑或效力性规范？三是，违反该条款的股票代持协议在应予处罚之余是否应被确认无效？鉴于实控人掌握的控制权攸关上市公司的生死存亡与公众投资者的公共利益，且事关反腐败、反洗钱、反恐怖主义的公共政策；鉴于该条规范兼有公法与私法规范的双重属性，该条规范应解释为效力性规范。与之相抵触的法律行为无效。唯有如此，才能提升上市公司实控人透明度，消除侥幸心理，预防破窗效应。

其二，新公司法对非上市公司实控人的信息披露与登记公示存在巨大制度漏洞。笔者曾屡次建议立法者将实控人纳入法定登记事项与公示信息范围。²⁵ 遗憾的是，新《公司法》第 32 条规定的 6 类公司登记事项与第 40 条要求公司通过国家企业信用信息公示系统公示的 4 类法定事项均不含实控人。鉴于新《公司法》第 41 条第 2 款授权国家市场监督管理总局制定公司登记注册的具体办法，建议将实控人信息同时纳入登记事项与公示事项，健全实际控制人信息的披露、登记与公示规则，为法院裁判影子董事责任纠纷铺平道路。

其三，新公司法仅要求登记机构登记、股份有限公司公示股份有限公司发起人信息，而不要求登记与公示非发起人股东信息。新《公司法》第 32 条规定的第 6 项公司登记事项是“有限责任公司股东、股份有限公司发起人的姓名或者名称”，第 40 条要求公司通过国家企业信用信息公示系统公示“股份有限公司发起人认购的股份数”“股份有限公司发起人的股权、股份变更信息”。因此，若发起人将实际控制权让渡他人，新实控人就不再是登记公示事项。建议将发起人的后手、全体股东以及新旧实控人的信息一体登记与公示。

其四，股东登记机构设置存在碎片化现象。有限责任公司股东与股份有限公司发起人的登记机构为公司登记机关（市场监管部门），而股份有限公司中的公众公司（含上市公司和非上市公众公司）股东登记机构为中国证券登记结算有限责任公司。中国信托登记有限责任公司还负责股权信托登记。市场监管部门为行政机关，其余两家登记机构为非营利公司。虽然三家登记机构的法律地位迥异，争讼性质与裁判程序各异，但都涉及实控人信息。为增强实控人登记信息的公示公信效力，建议在整合三大登记机构职能的基础上，组

²⁵ 参见刘俊海：《公司登记制度现代化的解释论与立法论：公共信息服务、公示公信效力与可诉可裁标准的三维视角》载《法律适用》2023 年第 1 期，第 35-59 页；刘俊海：《论资本公积转增股本前后的出质股权守恒定

律》，载《现代法学》2022 年第 3 期，第 135-149 页；刘俊海：《有限公司出质股权的度量衡：股东出资额，抑或股权比例》，载《上海政法学院学报》2021 年第 6 期，第 103-114 页。

建全国公司登记中心，统一登记规则，构建统一信息公示平台，实时在线公示所有类型公司的股东与实控人信息，确保债权人和公众能及时查询所有股东与实控人信息，促进公司协同共治。

其五，为压实影子董事责任，公司有义务真实、准确、完整地披露实控人信息，实控人也负有信息披露与承诺保证义务。新《公司法》第 32 条与第 40 条仅要求登记机构登记、股份有限公司公示股份有限公司发起人信息，但未设定实控人自身的信息披露义务。在影子董事与傀儡董事连带责任的高压之下，许多实控人会极力否认自己的实控人地位。若采取举证责任倒置规则、由疑似实控人自证清白，似有苛责之嫌。但若由原告承担举证责任，又会存在信息不对称的障碍。因此，中庸治本之策是确认实控人对其身份信息的主动披露与承诺保真义务。

（七）影子董事与事实董事的主要区别

新《公司法》第 180 条第 3 款规定了事实董事制度：“公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定。”前两款规定了董监高的忠实勤勉义务。基于忠实义务，实控人应采取措施避免自身利益与公司利

益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。基于勤勉义务，实控人执行职务应为公司最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。在某些法域，对债务人公司行使影响力、损害其他债权人的内部债权人也会成为事实董事。债权人若参与公司经营管理决策，会以事实董事身份被追责，在能证明存在合伙意思(animus societatis)的情况下，还可作为破产公司的合伙人被追责。²⁶ 循此思路，作为公司长期战略合作伙伴的债权人（包括获取股权让与担保的债权人）若为确保债权实现而插手公司经营管理工作（如代管公司财务与印信资料）也会沦为事实董事。

事实董事与影子董事被法律视为董事，都对公司负有忠实勤勉义务。若违反该义务，必须就其损害公司与股东利益的行为担责。主要区别有三：一是透明度不同。事实董事公然行使董事执行公司事务的权力，对法定董事取而代之；而影子董事躲在幕后操控法定董事。二是行权方式不同。事实董事行使董事权力时不必仰赖董事或高管的协助，而影子董事离不开后者的协助。三是法律后果不同。事实董事因违反信托义务而担责时并不必然殃及法定董事；影子董事因违反信托义务而担责时必然株连法定董事。

²⁶ 同前注 4，第 135 页。

（八）影子董事与事实董事的兼容性

米莱特法官在 Hydrodam 一案中指出，事实董事与影子董事存在本质区别，而且在绝大多数甚至所有案件中具有互斥性。事实董事在公司的表见批准下公开行事，而影子董事潜伏在阴影中。²⁷ 但英国此后的判例对该观点有所修正。

沃克尔法官（Robert Walker LJ）在 Inre Kaytech International plc 一案中就指出，“这两个概念有很多共同点。他们皆非法定董事，都对公司治理施加实际影响（而非作为专业顾问）。这种影响有时秘而不宣，有时公诸于众，有时相互杂糅，正如本案事实表明的那样。”²⁸ Re Mea Corporation Ltd 一案的判例认为，一人可同时兼有影子董事与事实董事的双重身份。²⁹ 在 Re Euro Express Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell 一案中，莫瑞特法官（Morritt LJ）不认为“潜伏在阴影中”是认定影子董事的基本要素。基于他对影子董事特征的表述，并不排除一人既是影子董事又是事实董事。³⁰ 英国最高法院在 Re Paycheck Services 3 Ltd, Revenue and Customs Commissioners v. Holland

一案中一锤定音地强调，事实董事和影子董事的差异在 Re Hydrodam (Corby) Ltd 一案中可能被夸大了。³¹ 此后，希尔德亚德（Hildyard）法官在 Secretary of State for Business Innovation and Skills v. Chohan & Ors 一案中强调两点：一是同类证据可能与确认影子董事、事实董事的身份都密切相关；二是某人可同时一身两任，两个角色之间相辅相成。他在该案中有意回避了两类董事的角色区分，直接对邱翰（Chohan）课以信托责任，理由是：“他是否负有并违反受托责任并非本案直接问题，尽管它可能会影响取消董事资格的适当期限的确定。但至少就不当股利分配与贷款所负责任而言，他显然处于受托人地位，无论他被视为事实董事或影子董事。”³² Smithton Limited v. Naggarr 一案判决也认为，影子董事和事实董事的概念不同，但有一些重叠。³³

鉴于影子董事和事实董事的概念存在重叠交叉，有些比较公司法著作也不严格区分两个概念，甚至将二者交替使用。³⁴ 有些实控人在某期限或就某些公司决策事项体现为影子董事，而在另一期限或就某些公司决策事项体现为事实董事，影子董事与事实董事的角色时隐时现，不断切换。

²⁷ Re Hydrodan (Corby) Ltd [1994] 2 BCLC 180.

²⁸ [1999] 2 BCLC 351, 423.

²⁹ [2003] 1 BCLC 618.

³⁰ [2001] Ch 340.

³¹ [2010] UKSC 51 at [91] [110].

³² [2013] EWHC 680 (CH).

³³ [2014] EWCA Civ 939, [2015] 1 WLR 189.

³⁴ 同前注[4]，第 131 页

有些实控人先担任法定董事；后被迫辞职，转入影子董事模式；之后因傀儡董监高不再配合，而转入赤膊上阵的事实董事模式。还有些影子董事公开操纵傀儡董事，并非低调隐秘。例如，有些母公司操纵关联交易如鱼得水，公然通过下发文件和口头指令等形式直接定价。母公司及其关联方作为子公司的上游供应商和下游经销商，往往公开通过高卖低买的定价策略持续从子公司谋取不当私利。

因此，影子董事和事实董事具有相互转化的可能性，具有难以精准识别的情形。但因请求权基础、责任人范围与构成要件不同，只要不存在法律上或事实上的区分障碍，法官仍应精准区分。

三、影子董事与傀儡董事承担连带责任的法律性质与构成要件

（一）影子董事与傀儡董事承担连带责任的法律性质

首先，影子董事操纵傀儡董事损害公司或股东利益的行为是滥用股东权利的行为。我国《民法典》第132条禁止民事主体滥用民事权利损害国家利益、社会公益或他人合法权益。该条款虽屈居总则编第五章“民事权利”，仍不失为普适于公司法的民法基本原则。新《公司法》第21条要求股东遵守法律、行政法规和公司章程，

依法行使股东权利，禁止滥用股东权利损害公司或其他股东的利益；违者，对遭受损失的公司或其他股东承担赔偿责任。但该条禁止对象仅为股东（含控制股东），不含实控人。为全面预防道德风险与法律风险外溢、促进公司治理现代化，建议对禁止权利滥用原则的适用外延作扩张解释，将实控人一体纳入。这有助于搭建新《公司法》第21条与第192条之间的逻辑联系，夯实影子董事责任的法理基础。

其二，影子董事操纵傀儡董事损害公司或股东利益的行为违反了信托义务。影子董事是有实无名的董事，傀儡董事是有名无实的董事，二者都对公司负有信托义务。影子董事负责策划与指挥损害公司或股东利益的行为，傀儡董事负责执行与落实影子董事的指令，要么违反忠实义务，要么违反勤勉义务。

其三，影子董事操纵傀儡董事损害公司或股东利益的行为构成共同侵权行为。

《民法典》第1168条规定了共同侵权的连带责任。新《公司法》第192条规定的连带责任派生于传统侵权责任制度，构成特别法律责任。共同侵权主要源于公司治理失灵和公司自治异化。实控人既然能掌控董事会和监事会多数席位，左右公司重大决策，决定董事长、总经理和法定代表人等关键少数者的去留，就会随意“挟公司

以令董监高”，影子董事与傀儡董事很容易结成控制权共同体乃至共同侵权团伙。

其四，影子董事与傀儡董事承担的连带责任是滥用股东权利、违反忠实勤勉义务与共同侵权行为的混合性民事责任。影子董事在形式上是实控人，属于股东范畴；在实质上是超级董事，有能力操纵法定董事。影子董事与傀儡董事的行为既构成共同滥用权利，也构成共同背信，更构成共同侵权。

由于实控人与其控制的董事、高管对受害公司或股东承担连带责任，受害公司或股东可以选择对其中部分行为人提起诉讼，也可以对全体行为人提起诉讼。连带责任有助于确保侵权成本高于侵权收益、守信收益高于守信成本、维权收益高于维权成本，进而填补公司或股东损害，制裁背信行为，警示实控人慎独自律，倒逼董监高自觉抵制实控人的潜规则。为确保不枉不纵，法院判令影子董事与傀儡董事对受害公司或股东承担连带责任时必须同时满足四大构成要件：共同过错、共同背信或懈怠行为、损害后果与相当因果关系。

（二）影子董事与傀儡董事的共同过错

其一，影子董事指示董事损害公司或

股东利益时须存在主观过错，无过不究。

《民法典》第1165条第1款确立了过错责任原则：“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”以救济法为核心的侵权法定位彰显了过错三大功能：侵权赔偿责任的构成要件、损害赔偿归责的基础、确立损害赔偿范围的依据。³⁵为弘扬私法自治与企业家精神、鼓励开拓创新，影子董事责任的规范设计必须遵循过错责任为原则、无过错责任为例外的理念。无过错责任仅仅是出于维护公序良俗、捍卫公平正义、保护极端弱势群体而设计的特别例外规则。主观过错包括故意与过失两种形态。

其二，影子董事指示董事从事损害公司或股东利益行为的过错具有双重性。过错之一在于，影子董事舍弃股东会决策平台、直接冻结董事会固有的科学民主决策程序、剥夺董事会中观决策权与管理层微观决策权与日常管理权的惯常行为模式本身就蕴含着过错。由于新公司法奠定了股东中心主义价值观、确立了股东会中心主义治理结构，影子董事本应在股东会决策平台上通过一股一票、少数服从多数的资本多数决规则，将股东对公司经营管理的建议或意见转化为公司意志，并对董事会决策产生影响力、拘束力。影子董事视董

³⁵ 参见王利明：《〈我国〈民法典〉侵权责任编损害赔偿制度的亮点一以损害赔偿为中心的侵权责任形式〉》，载《政

法论丛》2021年第5期，第15-24页。

事会与管理层为无物，甚至对其一剑封喉，窒息了公司治理的明规则，导致潜规则沉滓泛起，恶化公司治理生态，威胁公司生存权与发展权，损害股东权益，殃及外部债权人，难谓无咎可责。过错之二在于，影子董事就其对傀儡董事下达的损害公司或股东利益的特定指示存在过错。公司决策尤其是重大决策兹事体大，理应精研细究，反复论证，深入讨论，公开辩论，民主决策，三思而行。公司法设计的股东会、董事会及其专门委员会以及管理层内部的民主决策机制旨在实现科学决策、减少决策失误。而影子董事如果心怀损公肥私的恶意，或精于剥夺董事会或管理层权力的权谋，都会导致非理性暗箱决策损害公司与股东利益。

其三，傀儡董事对影子董事的过错也具有双重性。过错之一在于，傀儡董事甘愿充当影子董事的稻草人（工具人）的行为模式与思维方式本身就存在过错。董事、高管是对公司及其全体股东负有忠实勤勉义务的代理人、受托人，而非效命于实控人。傀儡董事辜负公司及其全体股东的信赖，拒绝或怠于履行信托职责，放弃独立思考与理性判断，甘当影子董事的马前卒，当然有过错。过错之二在于，傀儡董事在对影子董事下达的损害公司或股东利益的特定指示照单全收、付诸实施时存在过错。傀儡董事对错误指示不敢抵抗、批评、质

疑或投诉，存在过错。若董事、高管敢于对错误指示说“不”，就不存在过错。与具有独立人格与理性思维的董事、高管相比，傀儡董事的责任风险必然畸高。

其四，影子董事与傀儡董事围绕错误指示的传达与执行存在意思联络与沟通。作为精致的利己主义商人，他们无论滥用权利或权力，抑或违反信托义务，都存在损害公司或股东利益的恶意或重大过失。他们对彼此的双重过错心知肚明。他们损害公司或股东利益的目的和动机复杂多样，但不外乎营私舞弊，而非促进公司可持续发展或担当社会道义。《民法典》第178条第3款要求连带责任由法律规定或当事人约定。法定连带责任利弊参半。兴利除弊对策的核心要义是，确保连带责任的谦抑性，而非废除连带责任。新公司法规定影子董事与傀儡董事的连带责任是基于彰显明规则、清除潜规则的理性思考，更是基于对实控人与董监高集体合谋过错的谴责与否定。

其五，为精准识别影子董事与傀儡董事的过错程度，建议采取法商、德商、智商、情商四商合一的理性人标准。法官原则上要以普通理性的董监高在相同或近似的产业与岗位中应尽的审慎、注意、勤勉、知识、经验、细心与技巧作为衡量标准。实控人与董监高若满足理性人标准，即不

存在过错。若有证据证明特定董监高的雄才大略明显超越普通理性人，则以其是否诚实地尽其聪明才智作为衡量标准。因立法技术粗糙，新公司法有5个条款对董监高担责的主观要件笼统使用了“负有责任”四字：一是新《公司法》第51条要求“负有责任”的董事就未及时履行催缴出资义务对公司损失承担赔偿责任；二是新《公司法》第53条要求“负有责任”的董监高与抽逃出资的股东承担连带赔偿责任；三是新《公司法》第163条要求“负有责任”的董监高就不法财务资助对公司损失承担赔偿责任；四是新《公司法》第211条要求“负有责任”的董监高就违法分红对公司损失承担赔偿责任；五是新《公司法》第226条要求“负有责任”的董监高就违法减资对公司损失承担赔偿责任。鉴于“负有责任”四字含义模糊，在与赔偿责任连用时有循环定义或循环论证之嫌，建议将其解释为“过错”或“恶意或重大过失”。

（三）影子董事与傀儡董事协同配合的客观要件

笔者认为，为确保精准追责，连带责任承担应以客观行为要件为前提。影子董事与傀儡董事之间既存在错误指示的传达与执行，更存在步调一致、相互协同。作为利己主义者与信息占有优势者，他们熟

谙公司人格与治理规则，灵活运用规避手段，易结成利益共同体。

影子董事的错误指示离不开傀儡董事在公司治理中的分工配合、协同实施。否则，影子董事无法对董监高发挥实质性、决定性影响。若董监高对实控人的指令或指示置若罔闻，实控人就无法成为呼风唤雨的影子董事。实践中，有些傀儡董事明知影子董事的错误指示的本质与危害，但他们自愿蜕化变质为影子董事系统性、协同性的侵权执行工具。有些傀儡董事由于迷信影子董事的权威，不敢也不愿质疑或怀疑错误指示。他们即使明知或应知指令不当且违法，也会不折不扣地执行。

对影子董事指令的性质认定不宜望文生义。对指令文件名称或内容中的“建议”“希望”“期待”等非强制性字眼，实践中不能一叶障目地拘泥于文义解释，而应作出整体解释、目的解释与习惯解释。有些影子董事不时打出“公司集团利益至上、集团利益高于成员利益、集团事业优于成员事业、近期利益服从长远利益、成员公司要有大局意识”等一系列似是而非的、损害子公司及其中小股东利益的幌子，法官必须慎思明辨，洞悉影子董事混淆视听、滥权谋私的真实图谋。倘若影子董事的指示貌似具有正当性，但又不敢光明正大地通过股东会决议形式拘束董事会与管

理层，只能说明影子董事存有不可告人的目的。

（四）影子董事与傀儡董事协同配合的损害后果

在损害后果上，公司或股东的利益因影子董事指示傀儡董事行事而遭受侵害。损害公司利益，必然减损股东利益，损害债权人尤其是不特定债权人利益。影子董事指示傀儡董事侵权后往往通过虚假陈述尤其是虚假财务会计报告掩饰侵害后果。因信息不对称，中小股东的知情权受损，决策参与权、监督权也荡然无存。一旦落入影子董事与傀儡董事精心设计的公司治理陷阱，就很难脱离苦海。他们即使有意提起股东代表诉讼，但因维权成本高于维权收益而被迫忍气吞声。

基于公司和股东相互独立、法人财产权和股权彼此区分的理念，影子董事指示傀儡董事行事的不当后果可分为两类：公司损害（公司利益直接受侵害、股东利益间接受侵害）与股东损害（股东利益直接受侵害、但公司利益不受损害）。股东间接损害是经由公司利益损害而波及股东的损害。侵害行为首先穿透公司利益保护层，然后传导至股东利益。导致股东间接损害的典型行为是影子董事的侵占挪用和不公

允关联交易。有些影子董事及其关联方长期通过高买低卖的定价策略谋取不当私利。影子董事造成的股东直接损害屡见不鲜：以欺诈或胁迫手段，以明显不合理低价从弱势股东受让股权；通过增资扩股，恶意稀释中小股东持股比例；操纵董事会决议作出股东失权决议；滥用公司并购重组之机，强行将目标公司由盈变亏；伪造弱势股东签名、滥用公司公章或法定代表人签名擅自处分或盗卖弱势股东所持股权，并办理变更登记。股东遭受的直接和间接财产损失均可借助资产评估机构与审计机构予以精准识别。

区分股东直接损害与间接损害旨在寻求不同救济途径。股东间接损害纳入公司利益损害范畴，由公司直接诉讼或股东代表诉讼予以救济；股东直接损害由股东直接诉讼予以救济。但若股东损害区分缺乏必要性、正当性、合法性或可操作性，法官应将其识别为股东直接损害。若影子董事掏空公司核心资产，导致公司沦为缺乏投资价值和理性自治能力的空壳公司，弱势股东无法通过公司索赔而受益，股东损失应被类型化为直接损害。³⁶ 例如，上海市高级人民法院在石某诉刘某等十股东滥用股东权利赔偿纠纷案中，判令十股东对石某股权损害赔偿金及利息承担连带赔偿

³⁶ 参见刘俊海：《论控制股东和实控人滥用公司控制权时对弱势股东的赔偿责任》，载《法学论坛》2022年第2

期，第81-97页。

责任。³⁷ 若影子董事先侵害公司权益，后低价受让受害股东股权，前股东遭受损害就应被识别为直接损害，不应苛求前股东等待公司向影子董事索赔。公司转为一人公司时尤然。在影子董事低价收购弱势股东股权或增资扩股后仍残留弱势股东，控制权结构也会更集中，影子董事鲸吞公司与股东利益时更易如反掌。若公司损害与股东损害、股东直接损害与间接损害的类型化存疑，应基于弱势股东友好型理念，将其推定为股东直接损害。

（五）双簧游戏与损害之间的相当因果关系

为确保连带责任的精准追究，公司或股东实际遭受的损害结果与影子董事和傀儡董事的协同配合存在必然、直接、相当的因果关系。因果关系要件弘扬了意思自治、责任自担、善恶有报、过罚相当的私法理念，有助于精准追责、合理免责、公平减责、制裁背信、避伤无辜、预防滥诉、包容创新、激发活力、促进交易、鼓励投资。公司或股东损害只有归咎于影子董事与傀儡董事的协同配合，才能认定因果关系的存在。

四、新公司法中的董事义务责任条款对影子董事的准用

（一）董事责任规范普适于影子董事的一般原则

影子董事既有其个性，也有其作为董事的共性。鉴于影子董事具有董事的一般属性，其影响力与控制力超越普通董事，新公司法有关董事义务与责任的条款原则上普适于影子董事与实控人，除非依据其规范性质与公序良俗不适合准用。因此，影子董事制度的本质是借助董事制度，对控制权人课以普通董事依据新《公司法》第 180 条所负的信托义务（含第 1 款规定的忠实义务与第 2 款规定的勤勉义务）。影子董事是公司的当家人与主事者，影子董事出没在哪里，法律规范就应延伸到哪里。因此，对影子董事的法律规制应广泛渗透于公司法规范体系，覆盖公司整个生命周期。

《民法典》第 132 条规定的禁止权利滥用原则与新《公司法》第 21 条禁止股东滥用股东权利条款也准用于影子董事。当然，这两项法律条款无法取代影子董事制度。首先，禁止滥用权利条款的主要功能是减损，而非增益。该条款仅能遏制控股股东损害公司与股东权益，但无法强制其谨慎勤勉地增进公司与股东福祉。私权可行使，也可放弃，弃权也是行权方式。而公司控制权的本质是权力与职责。既然控

³⁷ 上海市高级人民法院（2012）沪高民二（商）终字第

44 号民事判决书。

制股东享有控制权，就必须忠勤兼备。恰如雇主聘请专职司机提供驾驶服务，雇主坐在乘客位置上，本无驾驶之责，尽可饱览沿途美景，但若雇主嫌弃司机驾驶偏慢，改坐驾驶位、手握方向盘且行驶在高速公路上，他就必须谨慎勤勉地履行驾驶职责。谁掌握方向盘，谁对安全驾驶负责，此即“方向盘”理论。同理，控股股东本无义务经营管理公司。因为，股东与董事的角色不同。股东的核心义务是缴纳股权资本，而非管理公司。其次，新《公司法》第21条的规制对象仅限于股东（含控制股东），而遗漏了实控人。而新《公司法》第192条将控制股东与实控人一体规制。其三，控制权的规制模式开放多元，将实控人纳入董事范畴是节制与制衡控制权人的有效方式。可见，新《公司法》第192条与第21条以及《民法典》第132条无缝对接，同频共振。

（二）有关董事信托义务条款对影子董事的准用

它山之石可以攻玉。英国《2006年公司法》设计的董事行为规范绝大多数普适于影子董事。其中，该法第170条第5项规定：“在相应的普通法规则或衡平法原则得以适用的情况下，本法第171条至第

177条规定的董事的一般职责条款也适用于影子董事。”但这些规则和原则在适用中存在不同裁判思维。³⁸此外，该法第182条、第187条、第188条、第190条至第196条、第197条至第214条、第215条至第222条、第223条、第230条、第239条第5项、第379条与第859条等条款都提及董事制度对影子董事的准用。

为弘扬企业家精神，我国新《公司法》第8章规定的董事义务与责任普适于影子董事。其中，第180条第1款阐明忠实义务，第2款强调勤勉义务，并引进理性人标准，要求董监高履职时为公司最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。第181条逐项列举了6类背信行为（如侵占公司财产、挪用公司资金），堪称“红线”规则。鉴于董事实施的关联交易、利用公司商业机会以及同业竞争等三类行为未必损害公司与股东利益，第182条至第184条采取兴利除弊之道，堪称“黄线”规则。第185条确立了关联董事回避表决制度。

新《公司法》第186条直接将董事全部失信所得自动推定为公司财产，第188条还授权公司就其因董事不当履职而遭受的损害行使索赔权。倘若公司在董监高控制下拒绝或怠于行权，股东可提起股东代

³⁸ Yukong line of Korea Ltd v. Rendsburg Corp Investment of Liberia Inc [1998] 1 WLR 294; Ultraframe (UK) Ltd v.

Fielding[2005] EWHC 1638 (Ch).

表诉讼。

为倒逼董监高在履职过程中善尽对利益相关者的注意义务，新《公司法》第 191 条创设了董事履职致人损害时对第三人的赔偿责任。由于董事因履职而致人损害，公司基于替代责任理论，要对受害人担责；受害人也可同时诉请过错董事承担赔偿责任。将公司与董事同时列为共同被告既增加了董事履职风险，也有助于倒逼董事谨慎勤勉履职。

（三）有关董事任职消极资格条款对影子董事的准用

依我国新《公司法》第 178 条第 1 款第 3 项，担任破产清算公司的董事对该公司破产负有个人责任的，自该公司破产清算完结之日起未逾 3 年者不得担任董监高。对公司破产负有个人责任的“董事”包括影子董事在内。

无独有偶。罗素法官（Russen QC）在 *The Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy v. Steven* 一案中也指出，英国《1986 年公司董事取消资格法》第 6 条规定的取消董事资格令针对的无力偿债公司的董事包括影子董事在内。³⁹

（四）公司资本制度与清算制度项下影子董事的责任

为夯实公司的资本信用、资产信用与人格信用，新公司法规定的董事违反公司资本保护义务的法定责任普适于影子董事。第 51 条规定董事怠于催缴股东出资时对公司的赔偿责任，第 53 条规定董事协助股东抽逃出资时的连带责任，第 163 条规定董事向购买本公司股份的第三人不当提供财务资助时的赔偿责任，第 211 条规定董事在违法分红时的赔偿责任；第 226 条规定董事在违法减资时的赔偿责任。

为维护交易安全，必须禁止影子董事阻挠公司清算程序，压实清算义务人与清算组成员的责任。新《公司法》第 232 条统一规定董事为各类公司的清算义务人，未及时履行清算义务给公司或者债权人造成损失的，应负赔偿责任。“董事”就包括“影子董事”。新《公司法》第 238 条规定清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应负赔偿责任；因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应负赔偿责任。由于影子董事可担任清算组成员，该条规定亦适用于影子董事。

（五）影子董事在企业破产法、证券法与刑法等相邻法中的法律地位

³⁹ [2018] EWHC 1331 (Ch).

鉴于影子董事在上市公司虚假陈述中的影响，《证券法》第85条规定的上市公司董事虚假陈述的民事赔偿责任也应普适于影子董事。《刑法》第165条规定的实施非法经营同类营业罪、第169条之一规定的背信损害上市公司利益罪适用于法定董事、事实董事与影子董事。

（六）关于公司自治法对影子董事的拘束力

狭义公司法限于自上而下的外生规则，特指以公司法典为龙头的法律、行政法规、部门规章和司法解释等法律规范群。公司立法的统一化、一元化和中心化，有助于为各类公司的设立、治理和运营提供一体遵循的行为标准，划定公序良俗底线，预防公司法区域化和碎片化风险。但法典化从来都是遗憾的艺术，无法实现对每家公司的精准化规制与保护。而广义公司法体系还包括公司自治法，即公司由下至上、由内及外而制定的内生性自治规则，如公司章程、公司治理大纲、章程性自治文件、股东会决议、公司规章制度、股东协议、全体股东签署的会议纪要、行业自律规则与商事习惯等。外生型公司法为“硬法”，内生型公司法为“软法”。但“软法”不软。个性化章程是自治法的龙头。自治法在公司法规范体系中处于基础性地位。自治法与公司法典良性互动，公平竞争。不

能以自治法取代公司法典，也不能以公司法典窒息自治法。

为实现制度资源优势互补，预防内外规则双重失灵，新公司法基于兴利除弊、活而有序、包容并存的理念，促进二元化规范体系的无缝对接、有机衔接、互联互通、良性互动、同频共振。该法有121处提及“章程”，10处授权“由公司章程规定”，10处允许“章程另有规定”。该法11处提及“协议”，包括第43条的设立协议与第93条的发起人协议。该法多处强调礼让契约与章程自由。第64条鼓励有限责任公司全体股东对股东会会议通知期限另作约定，第210条第4款允许全体股东约定不按出资比例分红，第224条第3款允许有限责任公司全体股东约定或股份有限公司章程规定不按股东持股比例相应减资。

新《公司法》第5条强调，“公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力”，但未对实控人与影子董事作出规定。为弥补漏洞，建议对“董事”作扩张解释，以囊括影子董事，并针对影子董事作出精细化规定。

五、影子董事与傀儡董事连带责任的缓冲机制

（一）影子董事与傀儡董事之间的内部求

偿权规则

连带责任的设计理念是强力保护外部法律关系中的债权人。连带责任人虽然在对外关系中被视为利益共同体，但在对内关系中依然是自担其责、彼此平等的独立民事主体。新《公司法》第192条未明确规定影子董事与傀儡董事向受害公司或股东承担连带责任以后的内部求偿权。

依《民法典》第178条，连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任；实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。该条规定原则上普适于影子董事与傀儡董事之间的连带责任。从行文逻辑看，其中的“自己责任份额”与“责任大小”有同义反复之嫌，易滋歧义。建议将“自己责任份额”解释为“在连带责任人内部最终应由本人承担责任的份额或比例”，将“责任大小”解释为“过错大小或者合同约定”。

由于权利人有权请求部分或全部连带责任人先行担责，债权获偿后往往残留着连带责任人之间的不公平。原因有三：一是原告在立案环节确定被告时往往选择最具偿债能力的影子董事或傀儡董事。二是原告胜诉后申请法院强制执行时也会在潜意识中践行“深口袋”理论（保险说或有效救济说）。三是即使全体影子董事与傀

儡董事都被列为被执行人，由于被执行财产的质量有云泥之别，仍会导致被执行人苦乐不均。

为消除与熨平对外承担连带责任带来的内部责任配置不公、实现内外责任配置的公平合理、同频共振，必须基于“桥归桥、路归路”的理念，尊重与保护影子董事与傀儡董事之间的内部求偿权。有约定者，从约定；无约定者，看过错；过错不分伯仲者，看受益状况。侵权背信的始作俑者要承担主要或全部责任。连带责任仅是保护债权人的特别救济，但不能掩盖内部责任分配的差异化与公平化，也不能否定影子董事与傀儡董事之间的多元立体法律关系，更无法否定他们基于控制权协议、雇佣关系、委任契约或潜规则而产生的强弱对比状况。连带担责既是保护外部权利人的剧终，也是内部求偿的序幕。求偿权由超额代偿债务者以自己名义、为自己利益而行使。当然，内部求偿能否遂愿，最终取决于基础法律关系与实力博弈。被求偿者的实力与美德很重要，求偿者的运气也不容忽视。

（二）商业判断规则对影子董事与傀儡董事的准用

商业判断规则（business judgement rule）在英美法系早已根深叶茂，在大陆法系也开始落地生根。鉴于新公司法未提

及商业判断规则，建议我国司法解释大胆借鉴国际经验，导入商事判断规则。即使董事会决议在事后被证明为错误且给公司造成损失，只要参与决议的董事能举证证明其履职行为符合以下三大要件，仍可免责。首先，董事基于善意而为。其二，董事为追求公司最佳利益（而非个人私利）而参与决策。公司最佳利益包括有形的金钱利益与无形的品牌利益，也包括近期利益与远期利益。究竟最佳利益表现为近期主义，抑或长期主义，取决于公司文化以及董事的价值观与财富观。其三，董事在表决前已搜集与分析决策所需信息。他们应在作出决策之前搜集为决策所需各类相关信息，且对其进行必要的加工、分析与整理。倘若对决策事项存疑，应多方求证真伪。倘若决策所涉事项超出自身知识与专业范围，应不耻下问，主动问计专业咨询机构。

平心而论，有些影子董事的初心并无恶意，而是希望通过“一言堂”方式，迅速提高公司经营效率，从外部赋能董事会，节约董事会与管理层的决策成本。倘若影子董事的决策正确，公司与股东从中受益，影子董事与傀儡董事无责可担。因此，合理容错、宽容失败的企业家精神也应普适于影子董事与傀儡董事。既然新《公司法》第192条要求影子董事与傀儡董事承担连带责任的前提是影子董事指令损害了公

司或股东利益，那么问责关键就在于，损害公司或股东的利益的行为是否违反忠实勤勉义务？若违反忠实义务，影子董事与傀儡董事当然承担连带责任，没有抗辩事由；若违反勤勉义务，也要承担连带责任。但认定勤勉义务之违反时应遵循商业判断规则，不能采取传统封闭思维。如果影子董事能举证证明其向傀儡董事作出的决策指令系深思熟虑、反复推演的研究结果，符合商业判断规则三大要件，则影子董事与傀儡董事均可免责。鉴于商业判断规则是全球公司治理中的商事惯例，即使新公司法与章程都对此语焉不详，商业判断规则亦属法院的有效裁判依据。

（三）公平追责的配套制度设计

为鼓励投资兴业，公司法必须刚柔相济、阴阳平衡，不能只强调运用严刑峻法与重典治乱追究影子董事的义务与责任。因为，缺乏胡萝卜政策配套的大棒政策止损有余，增益不足，难成良法善治。为鼓励企业家奋发有为、勇于探索、敢于试错，必须建立健全恩威并用、宽宥小过、体恤无辜、惩前毖后、治病救人、公平减责、合理免责的人性化问责制度。这适用于名正言顺的董事与高管，也适用于名实错配的影子董事与傀儡董事。

与最初修订草案相比，新公司法大幅压缩了董监高承担连带责任的适用范围，

第 191 条更将对第三人担责的董监高过错限定为故意或重大过失。笔者认为，过错责任原则普适于影子董事与傀儡董事。董监高若仅有一般过失或轻微过失，原则上不承担民事责任，更不应成为影子董事的背锅侠或替罪羊。

为鼓励善意冒险、健全合理容错机制，建议确立有限责任为主、无限责任为辅的理念，建立合理减免傀儡董事责任的规范体系。傀儡董事虽有过错，但与影子董事相比，处于被动服从地位。为精准追责，建议明确差异化问责理念。恶意背信者应以全部个人财产为限，对公司或股东损失承担无限责任。履职有重大过失的傀儡董事以其从公司所得收入的本数或倍数为限对公司、股东担责。鉴于独立董事的信息获取与津贴水准等待遇有别于内部执行董事，建议确立以年度津贴为限额的独董有限责任原则。

新《公司法》第 193 条鼓励、但不强制公司就董事（包括傀儡董事）不当履职的赔偿责任投保责任险。存疑问题是，公司可否为影子董事购买责任险？依据“法无禁止即可为”的私法自治理念，作为受害者的公司似可就影子董事履职过程中的非恶意行为导致的赔偿责任投保责任险。但如此一来，就意味着国家与社会鼓励影

子董事的行为模式。鉴于影子董事的行为模式弊大于利，作为受害者的公司为影子董事投保责任险容易助长道德风险，有悖公序良俗。但法律不禁止实控人为自己投保影子董事责任保险。

六、公司控制权行使策略的升级改版

基于能动司法的裁判理念，服务型法院既要及时公平裁判影子董事的民事责任纠纷，也要从源头上教育与指导实际控制人如何依法妥当行使公司的控制权。裁判是嗣后救济，仅是治标之策而已。而升级改版公司控制权行使策略则是关口前移、标本兼治的诉源治本之策。法院与企业界对此不可不察。

（一）影子董事治理模式的利弊权衡

影子董事的治理模式弊大于利。其利有三：一是稳定控制权格局，遏制来自外部投资者的敌意收购（非合意收购）；二是预防公司治理僵局，维持公司运转秩序；三是保护控制权人核心既得利益，控制职业经理人的道德风险与代理成本。但其弊有七：一是旧观念会束缚新战略，导致董事会与管理层裹足不前；二是新旧治理层与管理层之间的官斗持续发酵；〔40〕三是冻结民主决策与透明治理体制，无法实现决策的科学化、民主化与透明化；

⁴⁰ 参见熊志灵：《“垂帘听政”的历史根源及其正负效应

探析》载《领导科学》2018 年第 13 期，第 48-50 页。

四是限制公司分权制衡机制，容易诱发控制权腐败；五是纵容傀儡董事的慵懒散怠与内卷躺平现象，妨碍公司创造、创新、创优；六是破坏公司合规治理，蚕食执行董事与独立董事的独立性，独立董事的天职是制衡控制权，必然遭到影子董事反噬；七是阻碍公司可持续健康发展，损害股东债权人与利益相关者的福祉。

（二）包容普惠的社会价值评判

德与法尺度不同，善法与恶法效果有异。扎根市场与民间的民俗习惯与商事惯例难以禁绝，也不宜一概取缔。

鉴于对实控人低调隐形的价值评判无法一概而论，法官不宜对隐形实控人采取“一刀切”“齐步走”的简单粗暴思维，而应因势利导，践行股东中心主义价值观，不断优化投资者友好型的法治化营商环境，铲除滋生实控人对公开显名实名行权的焦虑感与不安全感的制度生态与文化土壤，引导实控人自愿浮出水面，在公开透明、公平公正、诚信守信、法治理性、多赢共享、包容普惠的轨道上行使权利、履行义务、追求利益。倘若实控人规避恶法且不存在道德法律风险外溢，实控人隐名化无咎可责，法律应予以理解包容。但若实控人规避良法，损害公司、股东利益或公序良俗，法律应予穿透识别、责难否定、精准追责。若上市公司实控人规避信息披露义

务（含财务并表编制与披露义务）、垄断企业实控人规避公司并购反垄断申报义务，监管者就有权揭开实控人的神秘面纱。

（三）实控人依法行使公司控制权的工具箱

当前，实控人的角色定位面临着四大选择：一是名实相符的法定董事（正式董事）；二是明火执仗的事实董事；三是有实无名的影子董事；四是开明谦抑、掌控股东会决策平台的理性实控人。其中，第一项与第四项都是实控人从幕后走向台前的正确选项。而影子董事绝非多赢共享的睿智之选。影子董事貌似凌驾于董事会之上的最高权威，但成本高、风险大，损人害己，得不偿失。

股东主权是股东中心主义价值观的核心。实控人行使公司最终控制权的工具箱丰富多彩。实控人既可在股东会决策平台上任免董监事、限制董事会或管理层权力、直接作出公司重大决策；也可单独对有瑕疵的董事会或监事会决议提起不成立确认之诉、无效确认之诉与撤销之诉；还可对背信董监高提起股东代表诉讼。随心所欲而不逾矩的股东中心主义治理模式才是实控人行使控制权的最佳境界。

为促进公司治理现代化、推动公司行稳致远，建议实控人抛弃影子董事行权模

式，升级公司控制权策略，聚焦股东会的终极控制权，激活董事会与管理层的治理功能，尊重自己参与选择的优秀董事会成员与管理层的经营管理自主权，推动公司治理模式与控制权行使模式由潜规则走向明规则。普通董事为降低风险可以辞职。但影子董事的最佳免责途径不是辞职或抛弃股权，而是以壮士断腕的勇气，终结影子董事地位。

从营商环境论角度看，堵不如疏，疏不如导。为规范影子董事行为、引导实控人见贤思齐、追求卓越，应在营商生态层面标本兼治，源头治理，兴利除弊，践行股东中心主义价值观，加速公司治理的民主化、法治化、透明化进程，优化稳定透明公平可预期的法治化营商环境，鼓励公司量身定制实控人行使控制权的多元化治理模式，提高实控人依法行权的安全感，降低实控人理性参与公司治理的制度性成本，铲除影子董事现象滋生的社会经济文化根源，弱化影子董事规避法律与监管的激励机制，鼓励实控人自觉告别影子董事角色。少数实控人即使执意扮演影子董事，也要慎独自律，勇于担责，胸怀对公司法的信仰之心、对法律风险的敬畏之心、对全体股东的感恩之心。

七、结论

影子董事现象是全球公司治理实践中

的潜规则，是股东中心主义价值观的扭曲与变异，暴露出了实控人行使控制权时过于简单、粗放、粗暴的不理性、不成熟心态。为远离法律风险，睿智的实控人应顺乎大势，主动拥抱公开透明、公平博弈、民主决策、多赢共享、各行其道、各得其所、各尽其责的股东中心主义治理新模式。理想总是饱满，现实总是骨感。尽管新《公司法》第 192 条提高了影子董事违法成本，但由于路径依赖、思维定势、行为惯性与文化传统等因素的影响，影子董事现象仍将在我国长期存在。

控制权会失灵，裁判权不会失灵。法律责任的本质是定价制度。连带责任是实控人作为影子董事与傀儡董事承担的法律风险与代价。在公司法明规则与潜规则发生冲突时，法官必须慎思明辨，明察秋毫，捍卫明规则，遏制潜规则，精准识别影子董事，严把四大追责要件，落实影子董事与傀儡董事的对外连带责任与内部求偿诉求，有效救济受害公司与股东权益。

新《公司法》第 192 条仅提及影子董事与傀儡董事损害公司或股东利益的责任，而未提及损害第三人责任。鉴于第 191 条已规定董事履职致人损害的责任，而影子董事指令傀儡董事奉命行事的行为外观均属公司职务行为，故影子董事与傀儡董事均依第 191 条对第三人担责。新《公司法》

第 192 条仅提及董事与高管，疏漏了监事。建议借鉴德国《股份公司法》第 117 条，将傀儡监事一网打尽。既然影子董事现象可能长期存在，有必要借鉴英国《2006 年公司法》，将法定董事的义务责任条款扩展适用于影子董事，以体现对各类董事的一体追责以及对合规实控人的平等保护。

为预防影子董事责任条款被束之高阁，有必要对公司法规范查缺补漏。公司有义务真实、准确、完整地披露实控人信息，实控人也负有信息披露与承诺保证义务。为增强实控人登记信息的公示公信效力，建议构建统一信息公示平台，将所有类型公司的股东与实控人（包括新旧实控人、发起人及其后手与非发起人股东）的信息同时纳入登记事项与公示事项。为充分保障诉权，影子董事与傀儡董事的信息应实时在线公示，确保债权人、中小股东、利益相关者与社会公众能及时查询。为实现权利义务相平衡、利益与风险成正比、控制与责任相匹配的自然法理念，既要健全公司法中的影子董事配套规则，也要将企业破产法、证券法与刑法等相邻法中针对董监高的责任条款合理延伸到影子董事。

设立时股东的资本补足责任

——文/徐强胜 载于《法律科学》

2024 年第 5 期

摘要

新修订的《公司法》对此前存在的部分制度问题进行了系统性回应。其第 50 条关于设立时股东的资本补足责任规定，体现了公司应当依法设立的法理，是我国公司法对设立中公司理论认识提升的结果，校正了修订前对设立时股东出资不足责任的简单化认知。《公司法》第 50 条与第 51、52 条共同保证着公司资本在公司成立时的确定与充实，并一起消除了修订前《公司法》关于其他已经足额出资股东在公司成立后的连带责任风险，符合公司法逻辑，有利于“完善中国特色现代企业制度，弘扬企业家精神”。

关键词：设立中公司 设立时股东 依法设立 资本补足

一、问题的提出

2023年12月29日,《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)由第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过,并于2024年7月1日起施行。新《公司法》进一步厘清了公司资本制度,完善了公司治理机制,第50条规定了有限责任公司设立时股东的资本补足责任。从法条历史演进分析,其源于2018年《公司法》第30条。不同的是,新《公司法》第50条删除了“有限责任公司成立后”的表述,仅表明“有限责任公司设立时”的要求。不过,“设立时”的股东行为必然影响“成立后”的公司,进而影响成立后公司的债权人的利益。那么,该第50条是否产生如同2018年《公司法》第30条那样的法律效果,从而适用《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》(以下简称《公司法司法解释(三)》)第13条第3款?如果单纯从第50条的表述来看,似乎也可以推出如此结论。但是,考察新《公司法》修订前关于设立时股东资本补足责任规定的功能,以及将该第50条放在新《公司法》关于设立中公司的相应法条体系之中,可以发现,“设立时”和“成立后”不同表达的变化及法律效果存在差异,其制度逻辑不同。

二、修订前《公司法》关于设立时股东资本补足责任的规定

(一) 本为校正出资瑕疵的设立时股东的资本补足责任

2018年《公司法》第30条规定:“有限责任公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额;公司设立时的其他股东承担连带责任。”该规定源于1993年《公司法》第28条,经过2005年、2013年、2018年修改延续成为第30条。

该规定系针对设立时非货币财产出资的差额补足要求,理论上称之为财产价格填补责任。其法理基础在于,公司设立时,股东以非货币财产作价出资的,应当真实、完整,禁止高估,以保护股东出资公平权,确保公司成立后资本的确定与充实。同时,设立时所有股东均具有共同推动公司成立的义务,负有确保公司依法成立的责任,故在要求以非货币财产出资的股东承担补足其出资差额的首要责任时,设立时其他股东也负有连带责任。应当说,该规定符合公司应当依法设立的基本法理。公司一旦成立,就具有独立法人格,其财产就应当是确定和真实的(资本确定原则)。尽管公司财产源于每一位设立时股东的出资,但对于公司成立后财产的确定和真实,并非直接由具体的股东确保,而首先应当由成立后的公司加以确保,亦即,该责任要

求针对成立后的公司的；设立时瑕疵出资股东与其他股东的补足，只是成立后公司补足其注册资本应实际缴纳的差额责任途径与方式。事实上，对于如何确保设立时股东出资的确定和真实，2018年《公司法》和有关公司登记制度做了一系列要求：一是对非货币财产出资的评估作价和财产核实制度（第27条第2款），要求对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。其中的评估作价与核实尽管不再要求由法定的评估机构进行，但也意味着公司对非货币财产的出资在公司设立时已对其价值进行评估与核实。二是出资缴付制度（第28条第1款），要求股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自认缴的出资额，以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理财产权的转移手续。三是公司管理层形成制度，根据当时施行的《公司登记管理条例》（2016年）的规定，申请设立有限责任公司登记，需要提交法定代表人签署的申请书和载明公司董事、监事、经理的姓名、住所的文件以及有关委派、选举或者聘用的证明等，这意味着在公司设立登记前，公司管理层已经形成并开始行使相关权力。2005年和1993年《公司法》的规定，股东出资尚需经过法定评估机构评估作价核实以及法定的验

资程序，但2013年《公司法》实行全面的认缴出资制，取消了法定评估及法定的验资要求。

可以看出，新《公司法》修订前对于如何确保设立时股东非货币财产出资的确定与真实，立法已经有较为详细的规定，特别是其中要求评估作价、核实资产甚至由专门法定第三方机构验资（1993年和2005年《公司法》）。理论上这些措施已经足以确保股东出资的充实，否则难以提交公司登记申请而获得成立登记。

在已经符合以上条件而获得公司登记情况下，立法缘何进一步规定“公司成立后”发现设立时出资不实的补足责任？应当说，这是一个加持规定，意在进一步保证成立后公司资本的确定。从公司法理而言，为防止设立时股东非货币财产出资的不实评估导致出资显著低于公司章程所定价额，要求出资不实股东最终承担补足责任是其出资责任的必然延伸，但对于进一步要求设立时其他股东承担连带补足责任，显然是对公司设立时已经依法足额出资的其他股东的严重不公平对待。因为，此时公司已经依法成立，有关股东在设立过程的出资已经过缴付、评估核实，并由产生的管理层管理。按照有限责任公司设立的制度规范，公司资本充实的真实性首先是由公司保证的。当设立中的公司形成（章

程制定后至获得公司登记时），由全体股东选举或任命的董事会或董事负有依法设立公司的义务，全体股东已不再如合伙关系那般能够互相监督与共同管理设立中的公司。而且，公司成立后股东之间的法律关系已经发生了转变。此时，设立时股东共同推进公司成立的义务不复存在，以合伙法规则为基础的设立时股东之间的关系已转化为以公司法规则为基础的成员之间的关系，股东均以公司成员身份参与公司管理，股东之间不存在互相监督的义务，更不存在因设立出资而相互担保的责任，仅存在如何以成员身份参与管理与监督公司的关系。

因此，单纯从新《公司法》修订前规定的文义来看，前述规定既不符合关于公司设立时股东出资的程序要求，也不符合公司法的基本逻辑。从公司需要依法成立（2018年《公司法》第6条）的逻辑分析，设立时的股东出资不实，公司不能通过设立登记取得法人资格。如果因此取得公司登记，属于虚假出资而构成公司设立瑕疵。公司经过了设立登记，外观上已经有效成立，但设立程序存在瑕疵，情节严重，可以撤销公司登记（2018年《公司法》第198条）。严格而言，只要公司设立程序没有满足法定条件，设立将归于无效。但对于公司设立登记完成以后，则不宜简单认定公司设立为无效。因为对于设立时股东出

资瑕疵完全可以通过事后及时补足予以修正，从而使公司能够依法成立。此种做法不仅有利于投资，而且可以使从公司设立开始产生的一系列法律关系保持稳定。所以，新《公司法》第50条是公司设立瑕疵的补足条款，不是关于股东出资补足的责任要求。简单地将该条当作设立时股东的补足责任，表明设立时股东出资真实与否并不重要，因为只要公司成立后出现的问题由股东按照章程规定的出资额事后补足就可以妥当解决。尽管公司成立后因各种原因会出现出资瑕疵，但这也仅仅是事实问题而非法律问题。

新《公司法》第50条强调“公司成立后”设立时出资瑕疵问题的发现及导致公司设立瑕疵问题的解决，是为了确保公司设立时出资的确定与真实，防止公司成立时注册资本虚化的非法成立后果，亦即通过瑕疵出资股东的补足责任及设立时其他股东的连带补足责任，保证公司成立后章程规定资本的确定与充实，避免设立瑕疵可能导致的公司登记撤销。本条关于瑕疵出资股东和设立时的其他股东连带补足的责任是公司整体的自我校正责任，非设立时股东对公司的个别责任承担问题。它是关于公司责任的条款，规范的对象是成立后的公司，不是关于公司成立后设立时股东的责任条款，规范的对象不是股东补足出资行为本身。从该第50条在2018年《公

司法》中的条文体系安排来看，其位于章程制定（第 25 条）、公司注册资本（第 26 条）、股东出资方式（第 27 条）、股东出资义务的履行（第 28 条）、股东认足出资后申请公司设立登记（第 29 条）之后，公司向股东签发出资证明书（第 31 条）和公司置备股东名册（第 32 条）之前。该安排意味着公司获得登记而有效成立的前提是股东出资方式、出资期限和公司注册资本（所有设立时股东认缴出资之和）的确定与真实。公司成立后，如果发现非货币财产出资显著低于章程所定价额，则为设立瑕疵而需要补正。

作为出资设立瑕疵的补救条款，2018 年《公司法》第 30 条有三层含义：首先，公司依法成立后，必须确保注册资本的确定与真实。尽管股东出资已经过法定机构依法评估、核实并验资，公司本身仍有义务进一步核实并确保注册资本的确定与真实。其次，代表公司核实股东出资并采取措施的是董事会或董事。董事会成立后的首要职责是核查公司财产状况，这是其受托行使权力的基础。作为受托人，董事会或董事不能在受托管理财产不清楚的基础上行使公司管理权。从世界各国有关做法来看，一般要求公司成立时须制作资产负债表以界定股东与公司之间的基本关系，而制作资产负债表的前提是核实公司资产。本条蕴含着一个重要的责任规定，即董事

会在公司成立后须核查公司资产，发现设立时股东出资不实的，需要按照本条规定补足以符合公司依法成立的要求。最后，对于公司登记机关而言，如果发现此种情况，可责令公司补正并给予行政处罚，情节严重的，可撤销登记。所以，此处的“公司成立后”是对公司获得登记后正式运营时的要求，非“公司成立后”的任何时间阶段，且该规定系对于公司设立瑕疵的补正要求，以免公司因设立瑕疵被撤销。其中，瑕疵出资股东的出资补足是其出资义务责任，其他股东的连带补足系基于设立时股东有共同促进依法成立公司的责任。

（二）被简单化为事后责任追究的设立时股东补足责任

新《公司法》修订前的规定是对公司成立前出资瑕疵的补正，以保证公司成立的正当性与合法性，避免其被撤销登记。但 2018 年《公司法》第 30 条规定并非是对公司成立后出资瑕疵的补正，而直接被表述为“由设立时股东补足出资瑕疵”，进而认为其是设立时股东对于公司成立后的一般责任规范。《公司法司法解释（三）》第 13 条第 3 款规定：“股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；公司的发起人

承担责任后，可以向被告股东追偿。”该司法解释将非货币财产出资不实扩大到货币财产出资不实，认为设立时股东作为发起人，不仅负有出资义务，且应共同承担相互担保出资的履行义务，当公司成立后发现设立时股东出资不实的，设立时其他股东与该股东须连带补足出资。其中，有权要求通过补足承担补偿责任的原告不仅包括公司，还包括其他股东与公司债权人。股东出资不当，自应对其不当出资承担补足责任。但这种责任也只是对于公司而言的，并不直接针对成立后的股东和债权人。公司成立后，股东如果发现其他股东有出资瑕疵问题，应当通过代表诉讼而非直接诉讼方式要求出资瑕疵股东承担补足责任。对于公司债权人而言，只有在公司不能清偿而进入破产清算程序时，才会通过破产清算发现个别股东出资不实现象，进而通过有限责任制度要求出资瑕疵股东补足出资。这是公司法的基本逻辑。该司法解释不区分公司关系而直接允许股东和公司债权人诉请设立时出资瑕疵股东承担责任，使公司这个主体内简单化的公司关系愈加复杂化。公司法人格确定的重要功能是通过公司法人连接股东之间、股东与公司高级管理人员、公司债权人之间以及公司高管与公司债权人之间的关系，离开公司人格，这些不同主体之间的关系将难以厘清而呈现混乱状态。该司法解释简单地照搬

《公司法》关于“公司设立时的其他股东承担连带责任”的规定，更是值得检讨。设立时的股东之间共同负有推进公司依法成立的义务，但该义务主要体现为因共同设立公司而共同制定章程、选举董事会或董事，进而由代表依法登记。在这个过程中，股东出资义务体现为按照章程规定各自认缴出资并缴付，而当章程由设立时股东共同制定后，董事会或董事已经选举或任命，此时产生了所谓的设立中公司。承认设立中公司的重要意义在于，公司此时已经“被建立起来了”，未来的有限责任公司作为设立中公司存在，它是一个走向最终的有限责任公司的过渡阶段。在这个阶段，被选举或任命的董事会或董事作为设立中公司的管理机构存在并履职，而每个股东出资是向设立中公司出资，设立中公司的管理人（董事会或董事）有义务监督股东，确保出资的确定和真实，并因而产生管理人的监督与信义责任。也就是说，对于设立中公司而言，其如同一个真正的公司一样，内部关系并不是按照所谓合伙关系处理的。只有在公司不能依法设立时，设立时的股东方能对因设立公司而产生的债权债务关系按照合伙连带债权债务关系处理。公司成立后，该设立中公司由于完成登记，在不变更权利主体并且不发生权利义务移转的情况下成为最终的公司。

从比较法的角度看，现代国家和地区

很少规定设立时股东对于成立后公司资本不足承担所谓的连带责任。根据《日本公司法》第53、54条规定，在发起设立中，如发起人、公司设立时的董事或者设立时的监事就设立一事怠于履行其职责的，须对因此给公司造成的损害承担连带责任。如果发起人的职务懈怠不是单单因为过错引起，而是因为恶意（故意）或者重大过失造成，则其还须对第三人承担连带责任。由此可以看出，日本强调发起人和设立时董事等因为在设立过程中具有过错时，才承担且主要向公司承担连带责任。《美国示范公司法》第6.2.2条规定，任何股东并不因其所认购股份而对该公司或其债权人负有责任，除非因其个人行为引起了该责任。这些国家法律的出发点都是一样的，即公司成立后具有独立人格，股东仅因自己出资而对公司承担责任。我国学界也认为设立时股东出资不实导致的补足责任是为了确保公司设立时的资本确定，但因为我国公司法没有规定公司设立无效制度，故需要通过所谓发起人的资本充足责任解决资本出资不足问题，其立法功能在于，通过资本确定来保护债权人的利益。但将这种弥补扩展至公司成立后的任何时候，显然是值得商榷的。公司资本的确定是为了保护公司本身，维护公司关系的稳定，并不以直接保护公司债权人作为目的。公司资本确定只是保护公司债权人方式的一种，

而且该方式仅以出资瑕疵股东补足为内容，设立时的其他股东在公司成立后已经没有义务为出资瑕疵股东承担连带责任。因为在公司成立后，资本的确定是由公司自身保证的，主要由公司管理层确认并采取相应措施来保障。如果管理层怠于履行职务，则应负相应责任。也正是如此，《公司法司法解释（三）》第13条第4款规定了股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务的董事、高级管理人员的侵权责任。但该司法解释将设立时股东出资与公司成立后公司增资时的股东出资瑕疵分别对待，没有规定公司成立后董事对于设立时股东瑕疵出资的责任，实难理解。

公司成立后，股东通过股东会及行使股东权参与公司管理。股东会负责公司重大事项，董事会负责除了股东大会法定权力外的公司一切事务管理，监事会负责监督董事会和经理经营管理行为。公司一旦成立甚至在公司设立阶段，已经被选举或任命的董事会及成员的基本义务是确定公司资本情况。已经依照章程规定足额出资的设立时股东，在公司成立后没有义务也没有直接的权利要求核实公司资本确定情况。我国公司法主要通过对严重瑕疵设立行为的撤销来纠正公司不当登记，其意义也在于公司获得登记后，公司管理层有更高的注意义务保证或采取相应措施避免公司设立瑕疵，故应在公司成立后核实股东

出资情况。《公司法司法解释（三）》将设立时股东出资瑕疵的补足责任简单化处理，符合在商事交易中一贯优先保护债权人的做法，但将这种理念用在调整较为复杂关系的公司内部管理时，显然应在区分相应主体之间关系的基础上慎重适用。在简单地由设立时其他股东承担连带责任的规则下，司法实践中出现了大量已经足额出资但不参与公司管理的中小股东，因设立时大股东出资不实而承受巨大损失的情形，使该规定成为典型的对中小股东不友好的“陪葬条款”，有悖于国家希望通过公司制度鼓励投资的精神。公司成立后要求设立时已足额出资的其他股东承担连带责任，实际是一种对公司制度的不自信。

三、对新《公司法》第50条关于设立时股东补足责任规定的理论解构

（一）适应认缴出资制的新《公司法》第50条

1993年《公司法》实行严格且最低注册资本额较高的法定资本制（第23条），其重要目的是满足国有企业、集体企业、民营企业改制需要，但实践中出现了大量以非货币财产出资的不当估价问题。因此在一定程度上，1993年《公司法》第28条可以管窥当时我国立法者“促进现代企业制度建设”的良苦用心。这些严格要求的出资规定（第24、25、26、27条），本已

经足够保证股东出资的真实（特别是其中的法定评估核实与验资制度），但1993年《公司法》仍通过第28条关于公司成立后的特别规定进一步确保公司成立后的资本确定。可以说，1993年《公司法》的规定是适合当时严格的法定资本制及企业改制需要的。2005年《公司法》重大修订在于放松法定资本制，大幅降低最低注册资本额，允许分期缴纳出资（第26条）。该规定的意义不仅在于注册资本数额的降低与分期，还在于很大程度上改变了法定资本制。尽管如此，最低资本额要求及有期限认缴的规定仍使其保留着法定资本制的基本内容。

2013年《公司法》修改将公司的出资改为完全的认缴出资，对认缴期限、数额与方式没有做出任何限制性要求。这种完全的认缴出资制度既非大陆法系的法定资本制，也非英美法系的授权资本制，而是一种为鼓励投资而便宜公司设立的以出资承诺的保证资本制。为适应这种极其宽松的无限制认缴资本制，公司法不再要求股东的出资经过法定机构的评估核实，而是交给了股东自己决定，同时取消了法定的验资要求，仅保留了出资缴付规则与股东之间的违约责任（第28条）。

由法定资本制到完全的认缴出资制，是公司资本制度的根本性变革，相应出资

规则及制度应当随之作重大修改，使之既能够体现鼓励投资的精神，又能体现自由出资下的必要责任，同时保证公司和债权人的交易利益。

首先，在体现自由出资下的必要责任方面，认缴制由股东自由认缴出资并规定于公司章程之中，使得认缴出资的股东通过章程决定其个人出资的数额、方式与期限，非经全体股东一致同意不能更改。换言之，认缴出资因章程规定每个股东认缴出资的期限与方式，而使个人出资在章程上属于公司注册资本的部分具有了个人属性。对于认缴出资期限未到的所谓出资，或者到期的认缴出资方式不符合公司发展需要，作为法人格的公司一般无权决定提前到期或更换出资方式，其他股东更无相应权利。在公司资本具有出资者个人属性的情况下，应以强化出资者个人责任为主，减轻设立时其他股东的监督及其他责任。

其次，在确保公司利益方面，认缴出资制通过股东认缴以鼓励投资的同时，其真正意义应当主要在于公司成立后的发展利益，即公司能够通过股东认缴出资的方式灵活运用资金谋求发展。但从 2013 年《公司法》修改及司法实践来看，其是一种过于注重所谓股东认缴出资期限利益的规则设计与认识，忽视了公司整体发展对股东出资的灵活需要。尽管公司在需要资

金时可以要求股东提前缴纳出资，但需要全体股东一致通过，从而必然会因非发展因素导致其无法获得股东应出资资金的必要支持。从有关司法文书可以看出，这种情况是非常普遍的。其实质是忽视公司作为独立主体的存在价值，公司仅仅被当作一个由股东决定的所谓投资平台。

最后，在维护公司债权人利益方面，认缴出资制注重作为投资人的股东通过章程对于出资的安排，并被简单地基于章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力（第 11 条）的规定而认为，在注册资本认缴制下，股东依法享有章程规定的期限利益。除非出现本应破产而未申请破产或恶意延长出资期限两种情形，债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持（《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 6 条）。这种认识与做法显然不利于对债权人利益的维护。股东认缴而未缴纳的出资实质是股东对公司和公司债权人出资的保证承诺，这种保证并不只是体现在公司陷于破产境地。只要出现公司不能清偿到期债务的情形，公司就应以其所有财产（积极财产与消极财产）予以清偿，其中当然包括作为公司消极财产的股东未到期出资。

整体而言，认缴出资制能够使投资人不受个人现有财产限制而快速创办公司，但由于相关制度设计的欠缺，忽视了认缴出资下的公司角色及价值，使股东、管理层及公司债权人之间的关系较为混乱，权利、义务与责任的分配缺乏应有的匹配性。

新《公司法》对于有限责任公司仍采认缴出资制，同时对有关制度做了较大调整，主要包括出资期限限制（第47条第1款）、股东未按期出资而对公司承担的责任（第49条第3款）、公司成立后的出资核查与催缴（第51条）、失权处理（第52条）、提前缴纳出资（第54条）等。这些制度调整的基本思路是，认缴出资不再简单地被当作股东单方面的权利问题，而同时是一个作为独立主体的公司权利与义务的问题。在此基本思路下，新《公司法》第50条对于设立时股东的补足责任规定，将2018年《公司法》第30条规定中的“公司成立后”限定删除，直接表述为“设立时”，意在规范公司章程确定后，公司成立前的设立公司的股东补足责任，保证公司章程规定注册资本的确定与真实，从而与其他制度规则协调一致。

（二）新《公司法》第50条对设立中公司制度的进一步完善

从设立人共同制订章程到公司成立前的阶段涉及设立中公司的企业存续形态。

其本是大陆法系国家和地区为解决成立后的公司何以能够承受发起人因设立公司所为必要行为的后果的法律制度。也就是说，关于设立中公司的认识，原是一个其能否参与商业交易及其后果如何由成立后公司承担的问题。

随着设立中公司理论及实践的发展，大陆法系国家和地区通过其能够对外进行必要的商业交易推论出，设立中公司涉及公司内部关系的处理问题。设立中公司之所以能够对外进行必要的交易并由成立后的公司承受其后果，完全是因为其内部的行为规则如同成立后公司那样，如制订章程，选举或任命董事等管理层等，从而使其前后行为具有一致性。而且，设立中公司的目的是为设立公司，并无其他意义（如一般合伙那样的营利目的或其他公益目的）。那么，设立中公司的法律属性就不宜简单地当作合伙，而应视为一个具有独立属性的实体组织，可以适用公司法和公司章程的规定。一方面，设立中公司的实体性价值使其可以为设立公司从事必要的经济活动而由成立后的公司承受其后果；另一方面，设立中公司的实体性意味着其内部关系可以比照公司关系处理，而非适用合伙组织规则。同时，基于设立中公司的属性，设立时的股东有促成公司依法成立的共同义务，不仅需要共同制定章程，选举或任命董事会或董事，而且要按照章

程所定的注册资本认足并缴付出资。

《公司法司法解释（三）》规定了设立中公司制度，并被《民法典》第75条正式承认，进而成为新《公司法》第44条。从《公司法司法解释（三）》到新《公司法》，设立中公司制度主要是解决设立过程中设立公司从事民事活动的法律后果是否由公司承受的问题，这也是新《公司法》规定设立中公司制度的主要目的。从1993年《公司法》开始，设立中公司一直存在于我国公司法之中。因为公司设立时，作为社团实体将随着公司章程的制定（其第22条关于章程载明事项）、股东的确认（其第23、24、25条关于股东出资）和公司机关的设置（其第22条章程中关于公司机构规定）而逐步形成，并在设立的最后阶段通过设立登记而取得法人资格（其第27条关于公司设立申请）。这些内容是公司设立的基本要求，成为我国关于设立中公司的基本规定，只不过其没有进一步规定设立中公司的行为与成立后公司之间关系。2010年最高人民法院通过《公司法司法解释（三）》填补了该法律漏洞，成为我国公司法关于设立中公司的基本制度。

严格而言，设立中公司的行为后果归属很重要，其是为了解决基于设立时公司如同公司那般而具有独立性的结果，进而产生设立中公司的对外交易能力及其与成

立后公司之间权利义务的自然过渡问题。

也就是说，设立中公司自身具有如同公司那样的法律属性，其已经被团体化了，既如此，其内部关系的处理也应如同成立后公司那样来处理。我国公司法关于公司章程的共同制定、选举或任命董事会或董事、股东认缴并依约出资，并最终由代表进行设立登记等规定，其实都是对设立中公司内部关系之调整。

长期以来，我国理论与实践主要关注设立中公司对外交往后果的处理，对设立中公司内部关系的处理关注较少。新《公司法》第50条关于设立时股东出资补足的规定涉及设立中公司内部关系，使得我国设立中公司理论与规定已不再局限于其对外的交往及行为后果上。首先，从该第50条文义角度分析，其是关于全体股东共同制定章程而确定注册资本及各股东认缴出资安排后，而于公司设立登记前，因各种原因导致的个别股东出资不足而不符合章程规定情况下的补足规定，目的是确保公司即使存在出资瑕疵也能依法成立。其次，从该第50条的体系安排来看，其位于关于公司成立后董事会对股东出资情况的核查、催缴及失权处理（第51、52条）规定之前，关于公司设立的人数（第42条）、设立协议（第43条）、设立时股东行为后果（第44条）、设立时股东共同制定章程及章程内容（第45、46条）、公司注册资本（第

47条)、股东出资方式及评估(第48条)、股东出资缴纳(第49条)规定之后。这一体系安排表明,本条关于股东对瑕疵出资补足责任的规定是对处于设立中公司阶段的要求。设立中公司的股东相互之间的关系着眼于设立中公司的设立目的,产生出比将要成立的有限责任公司还要强烈的联结,在股东共同保证公司章程已经确立的注册资本的确定与充实方面,尤其如此。章程制定后,申请设立公司前,设立中公司必须保证章程规定的注册资本充实,以使公司依法登记。但因各种原因,会出现股东没有按照章程的规定实际缴纳出资或者以非货币出资的价额明显被高估的现象。此时,所有设立时股东均负有保证章程规定注册资本的完整,以实现成立公司的共同目标。**最后**,从新《公司法》第50条的逻辑来看,股东认缴出资并记载于公司章程之后,其有义务按照章程规定缴付初次出资,设立中公司有权利也有义务监督股东出资是否符合章程规定。新《公司法》第45条和第46条规定,在全体股东共同制定章程时,已经确定了公司注册资本、每位股东认缴的出资额、出资方式和期限,并选举任命了公司管理层。此时,设立中公司已经基本具备公司形态,只是尚未获得登记认可。由股东选举或任命的董事会或董事开始履行作为管理者的职权,但只从事为设立公司所必要的行为,主要是代

表公司接受股东出资的缴付,对非货币财产出资进行评估等。

新《公司法》第47、48条关于非货币财产评估和出资缴付的规定,文义表达为股东应如何出资,但其实质是对设立中公司而言的,即设立中公司应当对非货币财产予以评估,确保出资现金存入开设银行账户,并接收非货币财产出资。这些行为均是为设立公司所必要的行为,也是设立中公司制度存在的主要意义。可以看出,认缴出资制表面上体现了股东认缴出资的主动价值,但其实现主要是设立中公司和成立后公司的职责。当设立时股东共同制定章程后,股东之间也仅体现为共同促进以已经制定的公司章程为基础的公司成立,其基本事务主要是选举和任命董事会或董事。也就是说,设立中公司是通过公司章程和公司法运作和管理的,是一种准公司关系,而非简单的合伙关系。所谓设立阶段的合作关系性质主要体现在设立失败情形,即“公司未成立的,其法律后果由公司设立时的股东承受;设立时的股东为二人以上的,享有连带债权,承担连带债务”

(第44条第2款)。应当说,新《公司法》第50条进一步充实了我国设立中公司的法律制度。如果公司设立失败,其内部关系完全可以比照公司法关于公司解散清算的规定予以处理,有关管理人的责任可以比照公司法关于董事、高级管理人员信义

义务规定予以追究，亦即如同清算中公司那样（如第 238 条关于清算组成员的义务规定等），从而使得我国从设立中公司到成立后公司、清算中公司，形成完整的公司管理制度体系。

（三）法条体系下的新《公司法》第 50 条

如果单纯从新《公司法》第 50 条规定的文义看，其含义与 2018 年《公司法》第 30 条没有明显差异，它们均规定的是设立时股东出资瑕疵的补足责任。但如果将该第 50 条置于其前后法条中进行体系观察，则会发现两者具有质的不同。所谓体系观察是指，不能单独孤立地观察某个法律条文，而是观察这个法条与其他法条之间的关系，该法条与其他法条均被共同规定于某个特定法领域中，由此形成一个所谓的体系；它要求法条之间的完整、无矛盾、不赘言或不重复及体系具有秩序性。就新《公司法》第 50 条而言，其与关于公司设立的法条及公司成立后的规范要求共同且连贯地构成公司设立与成立后相关关系处理的规定。

首先，该条与公司设立的有关法条是一致的，构成关于公司设立（至公司登记时）的完整性要求。新《公司法》第 45、46 条中“设立有限责任公司，应当由股东共同制定公司章程”的规定及其内容，奠定了公司设立的法律基础，成为股东认缴

出资的行为准则。当公司章程由全体股东共同制定并签字盖章后，其就成为规范股东与公司（设立中公司）的法律文件。同时，第 47 条关于公司注册资本系“为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额”的规定，明晰了股东认缴出资与注册资本的关系，明确认缴出资不仅是股东的权利，而且构成其对公司承担的基本义务。亦即，股东的认缴和实缴出资须与章程所定注册资本和实际缴付相一致。进而，新《公司法》第 48 条关于股东出资方式 and 评估以及第 49 条关于出资缴付的规定，共同规范股东如何对设立中公司进行出资，使其成为设立中公司的财产。最后，为防止股东认缴出资不实，导致章程所定资本及缴付不实而不符合公司登记条件，新《公司法》第 50 条进一步规定了股东的出资补足责任，实际上是要求设立中公司董事会或董事应当在公司登记前核查股东出资并采取完善措施。新《公司法》第 45—50 条共同构成了设立中公司内部必要的行为要求，将设立中公司从章程制定到公司获得登记之前的行为全部纳入法律调整范围。

其次，该第 50 条与第 51 条关于公司成立后公司董事会核查出资并催缴的规定以及第 52 条关于催缴失权规则之间是无矛盾的。公司法本身是一个体系，与其他法体系一样，其重要特征是法律规定之间的无矛盾性，同时规定于公司法中的不同

制度或法条之间应当是彼此交织以及共同作用的，彼此之间不能是矛盾的或者简单地被串联起来的。依新《公司法》第51、52条规定，公司成立后，董事会应对股东出资情况予以核查，发现股东出资不实必须催缴，催缴不成时作失权及其他处理，以使公司注册资本符合实际情况。这表明，核查出资并依法处理，是公司成立后董事会的职责所在，否则负有责任的董事应对公司承担赔偿责任。那么，在要求公司成立后董事会须就股东出资予以核查并承担相应责任的情况下，如果继续将第50条视为股东负有确保公司成立后注册资本的出资确定与真实的话，则二者之间显然有不协调甚至矛盾之嫌。第51、52条关于公司成立后董事会的核查与催缴规定的实质是，公司有义务确保其注册资本的确定与真实，这是其具有独立法人格的必然结果。从法律关系而言，公司依法成立后具有独立人格，其与股东之间形成互为人格法律关系，股东认缴出资后，应依章程规定和法律要求实际缴纳其到期应付出资，而公司是否收到股东应付出资，需要由作为管理机关的董事会予以核查确认。股东缴付出资与公司通过董事会核查出资体现了双方互为主体的出资关系，股东缴付出资与公司成立后的核查结果共同构成对公司资本的正式确认。

再次，该第50条与第51、52条规定

不存在重复性或赘言。按照体系解释，每个法规范都应具有自己的适用范围，如果一个规范整体适用范围都被包含在另一个具有相同法律效果的规范中，这个规范便多余，法律中不应有这样的规范。在一定意义上，第51、52条是关于公司注册资本确定的进一步保障，但其并非是对第50条规定的重复。第50条解决的是设立中公司股东出资的确定，以使章程已确定的各个设立时股东认缴的出资之和形成完整的注册资本，符合公司法关于公司登记所要求的出资真实。第51、52条规范的是公司成立后董事会代表公司对股东出资的确认，确保公司成立后的资本确定与充实。这是两个不同的法律问题，不存在重复或赘言。

最后，第50条与其前后法条之间存在着有意义的次序编排，即第50条与第45—49条及第51、52条规定之间是一种有次序的逻辑安排。其中，第50条与其前的法条共同构成设立中公司制度，第51、52条则在此基础上构成公司成立后的制度规则。《公司法》通过第50条及其前后相关法条对设立中公司与成立后公司的制度安排，实现了二者之间的自然衔接。

另外，第50条与新《公司法》第二章“公司登记”第39条的要求也是一致的，并直接关联第五章“法律责任”中的第250条，即“虚报注册资本、提交虚假材料或

者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司设立登记的，公司登记机关应当依照法律、行政法规的规定予以撤销”“违反本法规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正……情节严重的，吊销营业执照……”

四、新《公司法》第50条规定的解释与展开

（一）新《公司法》第50条规定的含义

依据以上制度逻辑，新《公司法》第50条是对设立中公司股东出资瑕疵补足责任的规定，以保证已经通过章程规定的注册资本的确定与真实，从而获得有效的公司登记。

首先，《公司法》第50条规定的股东补足出资责任的对象是设立中公司，非成立后的公司。因为公司成立后董事会需要对股东出资情况予以核查并采取催缴、失权等处理措施。既然核查、催缴等其非针对成立后的公司，自然该补足责任的对象也不针对成立后公司债权人。同时，该条也不是针对未成立公司的债权人的，因为“公司未成立的，其法律后果由公司设立时的股东承受；设立时的股东为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务”（新《公司法》第44条第2款）。

其次，设立时股东按照共同制定的章程确定的出资方式、出资额与出资期限缴纳出资，是其基本义务和享有股东权利的前提。在某股东不能依照章程规定缴纳出资或者非货币财产出资显然低于认缴的出资额时，该股东首先负有补足义务。当发现股东出资不实时，设立中公司应当首先要求该股东补足出资。

最后，只有在设立时出资不实股东不能先行补足出资的情况下，设立时的其他股东才对出资不足承担连带补足责任。而且，该连带责任是一种在瑕疵出资股东应出资额度内的责任，其他股东按照各自出资比例承担连带补足责任。如仍然无法按其出资比例补足注册资本，则其他设立时股东应继续进一步按比例连带补足，直至补足完毕而使公司确定的出资额符合法定要求。如果所有设立时股东均不愿承担补足责任，则设立中公司应重新制定章程，调整股东认缴出资额。

总之，从该第50条规定意旨及其在公司法中的体系地位来看，其定位于规范的是设立时公司的股东出资关系，并不规范成立后公司股东之间的关系。故本文不认为该条关于设立时其他股东承担连带责任的对象包括成立后公司的债权人。成立后公司的债权人的权利可以通过让瑕疵出资股东（即使失权）补足出资及负有责任的

董事担责获得保障。而且，股东出资是向公司的出资，因此公司有义务也有能力核查某个股东是否足额按期出资，单纯的股东个人（特别是中小股东）难以监督核查其他股东的出资情况。新《公司法》通过第 51、52 条的催缴及失权规则将监督股东出资的权利及责任让作为公司管理者的董事会享有和承担，其意即在于此。依此，当某一股东出资不足时，《公司法司法解释（三）》第 13 条第 3 款所规定的公司债权人可以向设立时的其他股东要求承担连带责任就失去了存在的基础。

（二）关于新《公司法》第 50 条进一步的问题

新《公司法》第 50 条关于设立中公司股东出资瑕疵的补足责任规定，还涉及以下三个问题。

第一，新《公司法》第 50 条规定的股东补足责任是针对设立中公司的责任。依此，设立中公司有权利也有义务核查股东的出资。已如前述，从全体股东共同制定章程（第 45 条）到符合登记条件而被登记为有限责任公司（第 31 条）过程中，设立中公司已经产生，根据章程选举或任命的董事会或董事已经按照章程和公司法规定行使管理权，董事会或董事代表设立中公司在银行开设公司账户，选择办公场地，接收货币与非货币财产出资（第 49 条），

对非货币财产评估作价（第 48 条）等。也就是说，设立中公司的董事会或董事既有权利也有义务确保股东按照章程规定出资，如发现股东未按照章程规定实际缴纳出资，或者已经出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，应要求其及时缴纳或补足差额（第 50 条）。这是设立中公司董事会或董事的职责所在。由此进一步产生以下问题：（1）董事会或董事在公司登记前对股东出资进行核查后，依照第 50 条要求出资不实股东补足出资，是否可以在公司成立后不再对股东出资进行核查？从设立中公司与成立后公司的同一体理论来看，应当是允许的。亦即，公司成立后，董事会可以不再对股东出资进行核查，而基于成立前的核查及补足以董事会决议的方式予以记载即可。（2）董事会依照新《公司法》第 51 条在公司成立后对股东出资核查，发现存在出资不实而催缴并依第 52 条做相应的失权处理，是否意味着设立中公司可以不依第 50 条规定要求股东承担出资补足责任？尽管理论上认为设立中公司与成立后的公司为同一体，但这也仅是为确定设立中公司为设立公司而从事必要行为的后果归属，强调的是因行为而需要以同一体说解决它们的延续问题，非指二者为一个主体。设立中公司与成立后公司性质不同，功能不同，前者是为“依法成立”公司进行准备工作，后者则是依法设立的

结果。第50条是对于设立中公司与股东关系的要求，第51、52条是对于成立后公司与股东之间关系的规范。基于成本与效率考量，成立后公司可以确认设立中公司对股东出资的核查和补足结果，无需再行核查。但设立中公司不能因公司成立后的核查与催缴而不再履行第50条规定的义务。从这个角度观察，第51、52条是对第50条规定的资本确定原则的强化。之所以如此，目的是进一步强化公司的独立存在价值，以防止股东利用认缴出资不需要法定机构评估和验资的漏洞损害公司利益。(3)如果董事会或董事在公司成立前对股东出资没有根据订报《公司法》第50条予以核查，而在公司成立后依据第51条核查发现问题，因此造成公司和其他股东损失的，是否可以要求设立中公司负有责任的董事或其他负责人对损失进行赔偿？设立中公司尽管尚未成为正式公司，但其是按照已经制定的章程和公司法行事的，已经被选举和任命的董事开始行使以设立公司为必要行为的职权，故其自然应对设立中公司负有信义义务。同时，设立中公司毕竟尚未成为法人，其行为不当直接关系股东切身利益。因此，比照新《公司法》第51条第2款规定要求设立中公司负有责任董事赔偿的规定，第238条关于清算中公司的清算组成员的信义义务要求，设立中公司负有责任的董事如因此给公司和设立时已

经足额出资的股东造成损失的，应向他们直接承担赔偿责任。与公司成立后董事责任不同，设立中公司董事违反核查义务的责任仅限于公司与股东。成立后公司违反第51条而给公司造成损失的，负有责任的董事应向公司赔偿，同时符合第191条规定的，还应向债权人承担责任。

第二，关于第50条规定的瑕疵出资股东补足责任。一般情况下，在设立中公司经核查发现瑕疵出资后，可以按照该条规定在公司登记前消除瑕疵。但如果没有发现瑕疵出资，瑕疵出资延续至公司成立后仍未发现的，基于股东出资义务的非免除性，该瑕疵出资股东仍负有补足义务。对此负有责任的成立前或成立后董事如存在故意或重大过失，则应依第51条第2款规定对公司负赔偿责任。

第三，关于第50条规定的其他股东的连带责任，仅在公司设立阶段承担。公司成立后，则依照第52条第2款规定处理，即“依照前款规定丧失的股权应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权；六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资”。如公司成立后董事会未履行该核查、催缴义务，则由负有责任的董事承担赔偿责任。

五、结语

新《公司法》第 50 条关于设立中公司股东出资补足责任的规定，进一步完善了我国设立中公司制度，有利于促使公司的依法设立，并与第 51、52 条共同保证公司资本的确定。同时，其与第 51、52 条一起

消除了修订前《公司法》关于其他已经足额出资股东在公司成立后的连带责任风险。此种规定符合公司法逻辑，有利于“完善中国特色现代企业制度，弘扬企业家精神”。



三、实务研究

股权转让纠纷案件的审理思路及要点

——文/傅伟芬 摘自微信《上海高院》

摘要

股权交易作为一种集财产权流动、资本募集、资源优化配置等于一体的重要资本手段，日益频繁地出现在经济纠纷中。股权转让纠纷具有案件数量多、标的金额大、交易关系复杂、涉及法律制度广、呈现类型化等特点。本文将从股权转让案件类型及应对处理原则出发，主要讨论股权转让法律关系及股权转让合同效力的审查要点和认定规则，以期提供审理思路。

01 股权转让案件类型及应对处理原则

股权转让合同作为一种特殊标的的买卖合同，具备一般合同的特点，常见的负担、处分问题一般可通过民法规则予以解决。但其中的股权因素更体现此类纠纷的特性，涉及公司法、证券法、破产法等多

部门商法，在判断股权转让合同的性质和效力等时，还需坚持商事外观主义、保障商事合同自由、维护社团关系稳定性等商法原则。

甄别合同权利义务指向的客体，区分纠纷事实的争议类型，是案件审理的关键。以下就常见的两种主要类型股权转让纠纷，进行具体分析：

一、普通股权转让纠纷

此类纠纷涉及公司内部股东之间、股东与外部人之间纯粹基于股权价值进行投资而产生的交易，多表现为股权转让款的支付、股权的交付等。更多涉及的是有关阴阳合同、完全履行、瑕疵转让、目的实现不能后法定解除所产生的问题。

二、特殊股权转让纠纷

此类纠纷多是审理中的难点，具体又呈现以下几种情形，包括：

（一）设定转让条件的股权转让纠纷

设定转让条件的股权转让纠纷，比如横向涉及公司章程、法定转让限制，纵向涉及社会管制转让限制。股权自由交易是原则，但由于立法对违法限制股权转让的救济手段不甚清晰，可能造成审理上的困难。

（二）以获得公司控制权为目的的股权转让纠纷

以获得公司控制权为目的的股权转让纠纷，往往涉及公司治理权力的重新调整，比如董事会的改选、法定代表人的变更、账册公章的移交等。合同约定与公司制度发生冲突如何解决、控制权转移与合同解除如何判断是审理中的难点。

（三）以取得公司资产为目的的股权转让纠纷

以取得公司资产为目的的股权转让纠纷，合同目的除获取公司控制权外，实质还包括公司对应的资产或者资质。股权与资产的交易不同步时，判断合同目的、根本违约、法定解除、解除后果处理等是难点。

（四）股权部分权能转让纠纷

股权部分权能转让纠纷，比如以转让表决权为标的的股东一致行动人协议、股权代持协议等，涉及股权的性质，决定了股东处分自己的股权时必然涉及其他股东的利益，要把握处理好股东与股东、股东与公司间的内部关系与股东与债权人、公司与债权人间的关系，坚持内外有别。

（五）“名实不符”的股权转让纠纷

“名实不符”的股权转让纠纷，合同多以融资为实质，且附有相应的股权回购条件，比如对赌协议、明股实债等，涉及合同效力与合同履行区分、回购条件判断等难点。

02 股权转让法律关系审查要点和认定规则

股权转让法律关系的审查是审理股权转让纠纷案件的起点，主要涉及主体要件、标的要件及意思表示要件等的审查。

一、主体要件的审查

（一）特殊主体股权转让的合法性

公司的股权出让方、受让方如果涉及国有控股、参股公司、金融机构、外商投资企业，需审查是否符合有关该类主体自身的法律，比如《中华人民共和国企业国有资产法》等的规定。

（二）股份有限公司特殊主体股份转让的合法性合规性

股份有限公司发起人、董事、监事、高级管理人员转让其所持有本公司股份是否符合法律规定，要审查：

1. 持有股份的期限；

2. 转让股份交易发生的时间以及间隔期；
3. 转让股份所占公司股份的比例；
4. 公司章程对董事、监事、高级管理人员转让其所持有本公司股份有无限制性规定。

（三）未缴出资的股东转让股权

有限责任公司未届出资期限的股东、未履行或者未完全履行出资义务的股东因转让股权产生纠纷，除公司章程对该股东转让股权有限制性规定之外，应根据股权转让合同约定的权利义务对争议进行审理。

（四）涉隐名出资的股权转让

涉隐名持股的股权转让纠纷，可以根据审理情况，依当事人申请或者依职权通知名义股东或者隐名股东作为第三人参加诉讼。名义股东转让股权，隐名股东对股权转让效力提出异议的，应当列名义股东和股权受让方为被告。

二、标的要件的审查

（一）真实转让标的的确定

双方当事人对股权转让合同的真实转让标的发生争议，应注意股权转让与经营权转让、资产转让、企业出售等其他交易的性质区别，并可通过下列方面的审查作出准确认定：

1. 订立合同的主体；
2. 订立合同的目的；
3. 合同权利义务的安排；
4. 履行行为的特征。

（二）与股权转让相关的目标公司因素审查

基于某些股权转让标的的特殊性，人民法院应当根据当事人诉辩情况或者依职权对下列情况进行审查：

1. 公司类型；
2. 是否上市；
3. 公司股东结构；
4. 股东持股类型；
5. 控股权是否转移等。

（三）国有股权转让的审查

国有股权转让应当遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则，防止国有资产流失和损害交易各方的合法权益。应注意审查：

1. 国有股权持有人转让全部股权或者转让部分股权导致不再具有控股地位的，应当履行报批手续；

2. 依法评估并经认可,或者报经有关部门核准价格,合理确定最低转让价;

3. 除国家规定可以直接协议转让的以外,一般应在依法设立的产权交易场所公开竞价交易;

4. 向境外投资者转让股权,应当符合国家有关规定,不得危害国家和社会公共利益。

（四）外商投资企业股权转让的审查

外商投资合同包括外国投资者直接或者间接在中国境内进行投资而形成的相关协议,包括股份转让合同、股权转让合同、财产份额或其他类似权益转让合同等,应注意审查:

1. 外商投资准入是否列入负面清单,负面清单以外的领域按内外资一致原则对待;

2. 在负面清单内是禁止投资领域还是限制投资领域;

3. 涉禁止投资领域的合同无效;

4. 涉限制投资领域的合同因违反限制性准入特别管理措施的无效,但在生效裁判作出前满足准入特别管理措施的有效;

5. 在生效裁判作出前,禁止投资或限制投资项目移出负面清单的,合同有效。

03 意思表示要件的审查

一、对“阴阳合同”的审查

对于同一转让股权出现不同价款的两份股权转让合同,双方当事人对实际履行的合同对价有争议的,应注意审查:

1. 双方对股权转让的磋商过程;

2. 双方是否持有合同原件;

3. 转让价款以外的其他转让条件和义务负担;

4. 股权转让款和股权的交付情况;

5. 公司财务记载、资产市场价值以及经营情况等。

二、夫妻关系存续期间股权转让的审查

涉“夫妻股权”转让案件应注意审查:

1. 夫妻可以书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有、共同所有;没有约定或者约定不明的,归夫妻共同共有。夫妻一方对股权转让提出异议的,首先需要查明有无这种书面约定。

2. 以夫妻一方名义持有有限责任公司的股权转让,人民法院应注重审查夫妻另一方对股权转让是否知道或者应当知道,以及受让人是否为善意。需注意,夫妻另一

方对夫妻关系存续期间股权转让提出异议的，法院应通知其作为第三人参加诉讼。

三、股权让与担保的审查

名为股权转让合同，实为股权让与担保，应注意审查合同特征：

1. 债务人或第三人与债权人订立合同，约定将股权形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务的，债权人将股权返还债务人、第三人；债务人到期没有清偿债务的，债权人可以对股权拍卖、变卖、折价偿还债务。
2. 债务人或第三人与债权人订立合同，约定将股权形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务的，债权人将股权返还债务人、第三人；债务人到期没有清偿债务的，股权归债权人所有。
3. 合同约定的股权办理了公司变更登记。

需注意，对于股权让与担保，债务人到期未清偿债务，债权人起诉要求确认股权归其所有的，人民法院可以向债权人释明参照法律关于担保物权的规定变更诉请为要求对股权拍卖、变卖、折价优先偿还其债权。

规则

股权转让合同有效性系基于股权转让合同签订目的正当性、程序的合法性、内容的合理性等约束性条件，缺乏其中一个条件，要么符合撤销条件，要么被认定为无效。在审查股权转让、股权归属与股权转让效力等过程中，股权转让合同效力的认定无疑是基础。

一、无效股权转让合同的审查

（一）因合同主体不适格导致股权转让合同无效的审查要点

1. 限制民事行为能力的自然人股东实施股权交易行为未经法定代理人同意或追认；
2. 未经权利人授权实施股权交易行为，无权代理的股权交易行为未经权利人追认，且未构成表见代理。

（二）以虚假意思表示确认股权转让合同无效的审查要点

1. 主观要件

意思表示与实际真意不符，虚假的意思表示与相对人通谋，目的在于欺诈第三人，但不以此目的为必要。

2. 客观要件

合同双方可能会通过虚假的股权转让

04 股权转让合同效力的审查要点和认定

意思表示，隐藏双方的真实意思表示，或者将真实的股权转让行为隐藏在其他的非真实意思表示之下。多表现为合同订立过程中，缺乏对股权转让价款进行磋商、对目标公司的负债进行调查等标准动作；股权转让价格显著低于股权的实际价值，股权转让价格欠缺合理性，且未有合理解释，不符合一般商业惯例。

需注意，当事人对于其提出的存在虚假意思表示的事实主张，应当提供充分的证据证明，不能仅因为合同当事人间的关联关系等特殊关系或股权转让款未全部支付等即认为存在虚假意思表示。

（三）以恶意串通损害他人合法权益确认股权转让合同无效的审查要点

1. 主观要件

有意思主义的恶意，指动机不良，即合同当事人为一方私利，以损害他人利益为目的，侧重于行为人主观意志上的应受谴责性。

2. 客观条件

股权转让合同损害了他人的合法权益。

3. 程序条件

当事人对于其提出的存在恶意串通的事实主张，应当提供充分的证据以达到足

以排除合理怀疑的证明标准，才能对存在恶意串通的待证事实予以认定。

比如，夫妻一方所实施的以不合理低价转让股权的行为，客观上减少了夫妻可供分割的共同财产，而股权受让人作为交易相对人亦知道或者应当知道该情形的，配偶即为受损方。

需注意，根据合同相对性原则，若因恶意串通认定一个合同无效，必须是股权转让双方存在串通行为导致损害第三人利益，不包括股权转让方或受让方与第三人串通的行为。

（四）以合同内容不合法确认股权转让合同无效的审查要点

1. 合同内容是否违反法律法规的强制性规定：人民法院在审理合同纠纷案件时，要慎重判断“强制性规定”的性质，特别是要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由；

2. 合同内容是否违反公序良俗；

3. 违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。

需注意，在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理。

二、可撤销股权转让合同的审查

（一）因重大误解撤销股权转让合同的审查要点

1. 当事人因重大误解作出了股权转让的意思表示；
2. 重大误解的内容必须是对标的公司的经营状况、股权价值等合同的重要内容发生了重大误解，并导致了合同的订立；
3. 在通常情况下，都是由表意人自己的过失行为造成的，即由其不注意、不谨慎造成的，如果表意人具有故意或重大过失，则不能按误解处理；
4. 误解直接影响到当事人所应享受的权利和承担的义务，有可能对误解人造成较大损失；
5. 至于误解是否给当事人实际上造成了较大损失，不宜作为重大误解的必备条件。

（二）因显失公平撤销股权转让合同的审查要点

1. 主观要件

利益受损方因经验缺乏或谈判劣势作出意思表示，受益方在主观上具有利用对方经验缺乏或谈判劣势的故意。如果受益方没有这种主观恶意，利益不平衡只能视为正常的商业风险。

2. 客观要件

合同的内容在客观上利益失衡或者不平衡，主要是股权转让价格是否公平，需要考虑股权真实价值、当事人真实意思的表示、工商登记材料等。

3. 时间要件

显失公平的发生时间需在订立合同时。在合同订立之后，可能因市场的客观变化等因素导致股权价值等变化，属于正常的商业风险。

4. 程序要件

有权请求撤销股权转让合同的当事人为受损害方。

（三）因一方欺诈、胁迫撤销股权转让合同的审查要点

1. 欺诈的判断

一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，多表现为股权转让

让方在股转过程中主观上存在未如实披露或刻意隐瞒实缴注册资本、抽逃出资问题、重大债权债务、税务问题（如漏税等）、知识产权价值（商标、专利、域名等）、目标公司资质存在的风险等，诱使受让方因欺诈而陷入错误从而签订股权转让合同。

需注意，只有在法律上、合同上、交易习惯上有说明真实真相的义务时，沉默才构成欺诈。

2. 胁迫的判断

（1）胁迫人主观上有胁迫故意；

（2）有胁迫行为，即行为人通过实施某种行为使受胁迫人产生内心恐惧；

（3）胁迫具有不法性；

（4）受胁迫人作出不自由的意思表示与胁迫之间存在因果关系。

实务中，要结合股权转让合同签订背景、过程（时间、场所）、内容等具体情况综合研判是否符合胁迫的上述构成要件。

（四）撤销权行使的审查要点

主要涉及行权期限的审查，与一般的民事法律行为中的撤销权并无区别，不再赘述。

（五）无效、可撤销股权转让协议法律后果的审查要点

1. 当事人依合同取得的股权、款项金额等，在确定财产返还时，要充分考虑财产增值或者贬值的因素；

2. 要求返还的股权现状，不能返还的折价赔偿，折价时，应以当事人交易时约定的价款为基础，同时考虑股权转让时获益情况综合确定补偿标准；

3. 要求赔偿的损失是否发生以及损失数额，在确定损害赔偿范围时，既要根据当事人的过错程度合理确定责任，又要考虑在确定股权返还范围时已经考虑过的股权增值或者贬值因素，避免双重获利或者双重受损的现象发生；

4. 是否参与经营管理并获得相关收益、证照是否交付、董事会等是否改选、相关决议是否作出等。

结语

股权转让纠纷案件的审理，需要民法规则和商法规则的双重指引，同时要区分合同行为与公司行为，在股权转让法律关系和股权转让合同效力认定上构建商法规则，以统一裁判尺度，规范公司治理，平衡各方利益。

新《公司法》实施背景下公司类“连环诉讼”的诉源治理路径探究

——江苏省南京市中级人民法院课题组 载于《法律适用》2024 年第 7 期

摘要

新《公司法》的实施将对公司纠纷案件审判产生诸多影响，其中公司类“连环诉讼”将是一道亟待破解的难题。该类纠纷通常围绕公司控制权争夺展开，具体可以归纳为分家析产型、收益分配型、资产处置型、控制权争夺型等类型化适用场景，表征各不相同，产生争议的原因和诉讼策略、路径各不相同，但都对公司治理、股东权益实现以及人民法院审判工作产生诸多影响。为加强公司类“连环诉讼”案件治理，必须充分利用新《公司法》制度成果，以案件质量为基础、以纠纷实质化解为目标，摆脱机械司法、就案办案等思想观念束缚，将案结事了贯穿于诉讼全过程，进一步深化诉源治理。

关键词：新《公司法》 公司治理 连环诉讼 诉源治理

公司法是社会主义市场经济的基础性法律。2023 年 12 月 29 日，第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议第二次修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称新《公司法》）对完善中国特色社会主义现代企业制度，促进社会主义市场经济持续健康发展必将产生深远影响，同时也必将给人民法院审判工作尤其是公司类纠纷案件的审理带来诸多机遇和挑战，既包括来自案件类型和数量变化所带来的审判实践影响，也包括公司治理制度和资本制度变革带来的法律适用及裁判尺度统一的挑战。一部科学的公司法不仅能够推动社会主义市场经济高质量发展，还能发挥稳定社会预期，消除不必要的纠纷争议，减少诉讼的功能作用。¹ 司法实践中，公司内部矛盾主体之间为争夺公司控制权而进行的商业博弈，使得公司诉讼中“一案结多案生”成为常态，此类现象可被描述为公司类“连环诉讼”。如何充分运用新《公司法》制度成果定分止争、消解矛盾是司法审判的重要机遇。本文通过对新《公司法》修订于审判实践的影响研判、公司

¹ 参见刘贵祥：《从公司诉讼视角对公司法修改的几点思考》，载《中国政法大学学报》2022 年第 5 期，第 31

页。

类“连环诉讼”类型化场景分析及公司类“连环诉讼”的特征、成因和风险分析，为公司类“连环诉讼”的全流程司法治理明确思路，促进相关纠纷的诉源治理。

一、新《公司法》修订实施对审判

实践的影响研判

新《公司法》修订集中于完善公司设立与退出登记制度、公司资本制度，强化股东出资责任，完善公司治理结构，明确股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员的义务和责任，基于修订内容，新《公司法》施行对公司纠纷及司法审判可能产生以下四个方面的影响。

（一）公司类纠纷案件数量可能持续增加

2018 年至 2023 年，南京两级法院共立案受理公司类纠纷案件 12441 件，² 案件数量逐年攀升，增长率从 7% 左右逐渐提升至 17% 左右，始终处于高位运行状态。其中，股东损害公司债权人利益责任纠纷增幅最大，已经成为公司类纠纷中仅次于股权转让纠纷的第二大案由，2023 年收案数比 2018 年增长 770%，这与《全国法院民商事审判工作会议纪要》松绑股东加速到期、明晰公司人格否认认定规则有密切联系。新《公司法》对公司人格否认制

度、公司资本充实制度、控股股东与实际控制人侵权责任、董监高忠实勤勉义务、公司清算制度的修订完善，为公司债权人利益的维护和实现提供了更为丰富的方式和路径。公司债权人维权对象和手段的增多特别是出资加速到期制度的建立，将使公司债权人利益保护纠纷大幅增长。同时，新《公司法》也新增了大量规则和制度，如横向人格否认、股东失权、股东可以查阅复制全资子公司相关材料、双重股东代表诉讼、董事职务解除下的赔偿及董事侵权行为的责任承担等，相应纠纷必然大量进入司法诉讼领域，从而导致人民法院诉讼案件数量的增加，“人案矛盾”进一步凸显。

（二）公司治理类纠纷将出现结构性调整

从现有案由类型来看，在 2018 年至 2023 年受理的 12441 件案件中，剔除具有“兜底”作用无法归入第三级案由的“与公司有关的纠纷”后共 11394 件，占比前 10 位的案件案由分别为股权转让纠纷、股东损害公司债权人利益责任纠纷、股东出资纠纷、股东知情权纠纷、损害公司利益责任纠纷、股东资格确认纠纷、清算责任纠纷、公司解散纠纷、请求变更公司登记

² 统计口为《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》（法[2020]347 号）中的《民事案件

案由规定》第二级案由“二十一、与公司有关的纠纷”项下 24 个三级案由。

纠纷、公司决议纠纷。³ 从占比来看，股权转让纠纷始终大幅高于其他案件，约占案件总量的 1/3，与其他 9 类案由约占公司类纠纷案件的半壁江山，其余案由分布相对平均，比值大多在 4%—8% 之间，呈现类型化特征。

新《公司法》注重吸收以往公司实务和司法审判中的有益经验，删除、修改、新增了大量条文，具有明显的实践导向性，有利于切实解决此前司法实践中出现的因规则不明、缺漏或者不完善所带来的争议性问题，一定程度上可以减少部分类型的诉讼案件数量。例如，对于法定代表人变更登记问题，原公司法并无明确规定，实践中对于人民法院应否以及何时介入该类纠纷、纠纷发生时谁来代表公司等问题存在颇多争议，新《公司法》对此作出了明确回应。可以预测的是，诸如此类的纠纷将可以通过公司自治以及与登记部门的有效衔接得到疏解。正如前述，新《公司法》不但对已有规则进行了大量的修改和完善，也引入和创设了大量新的制度规则，可能

将导致大量新的诉讼案件类型进入司法领域。例如，原公司法关于董监高违反忠实义务和勤勉义务对公司承担责任的配置规范多为碎片化，在制度逻辑和责任构成上存在随意性。⁴ 新《公司法》关于控股股东、实际控制人执行公司事务时的忠实、勤勉义务及构成影子董事⁵责任的规定，为司法审判提供了明确的法律依据；关于董监高职务侵权行为责任承担的规定，为第三人请求司法救济提供了明确的法律依据。这些制度变化和调整对于完善公司治理，避免公司僵局和一些无解诉讼将发挥重大作用，也将对现行公司审判中的案由结构产生深远影响，导致公司类纠纷案件类型更加多元丰富，公司治理类纠纷将出现结构性调整。

（三）公司类案件审理难度将进一步加大

新《公司法》从责任主体、责任类型、责任内容、责任追究精准化方面对责任体系进行了完善。经统计，新《公司法》共有 46 处涉及不同主体“责任”的规范条款，已经构筑起针对公司股东、实际控制人、

³ 如果具体到每年的具体分布情况来看，稳居前 10 位的案由有 9 个，分别为股权转让纠纷、股东损害公司债权人利益责任纠纷、股东出资纠纷、股东知情权纠纷、损害公司利益责任纠纷、股东资格确认纠纷、清算责任纠纷、公司解散纠纷、公司决议纠纷。另外 1 个“补位”案由，2018 年、2019 年是公司证照返还纠纷，2020 年至 2023 年则被请求变更公司登记纠纷取代。

⁴ 参见邹海林：《〈公司法〉修订的制度创新：回顾与展望一以〈公司法〉修订草案二次审议稿为蓝本》，载《法律适用》2023 年第 8 期、第 16 页。

⁵ 理论上认为，影子董事是指向董事发出指示或指令的

人，公司董事习惯性地按照这些指示或指令行事（参见葛伟军：《英国公司法要义》，法律出版社 2014 年，第 217 页），但凭借专业知识影响公司决策的人不能被认定为影子董事（参见赵金龙：《英国法上影子董事制度评述》载《北方法学》2010 年第 1 期，第 142 页）。影子董事不限于自然人，法人也可以被视为影子董事。控制股东、实际控制人而未名义上同时兼任董事者，可依照影子董事规则承担相应的董事责任（参见王建文：《论我国构建控制股东信义义务的依据与路径》，载《比较法研究》2020 年第 1 期，第 103 页）。

董事、监事、高级管理人员等不同主体的全方位责任体系，有利于促使上述主体依法行使权利、履行义务。完善的责任体系为权利主体提供了更多的救济途径，与此同时，公司类纠纷案件审判也将面临“三”多挑战：一是个案的涉诉主体增多。公司甚至合同诉讼中可追责的主体与事由增多，股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员的部分或者全部成为同一案件被告的情形增多，有些公司案件的审理将涉及多个环节的事实认定和法律适用。二是事实查明的需求增多。同一案件可能涉及公司人格混同问题、股东抽逃出资问题及董监高违反忠实、勤勉义务问题等多个方面的事实查明，给公司类案件审判工作带来极大挑战。三是法律适用的分歧增多。除了正确理解法律规则本身，在新《公司法》实施背景下还面临规则选择、适用顺序、新旧法律衔接等问题。兹举一例，关于债权出资问题。股东以其对公司的债权出资包括两种形式：一是公司债权人以其对公司享有的债权增资入股，由债权人转化为股东；二是股东以其对公司享有的债权抵销其对公司应履行的出资义务。⁶ 对于后者，现有法律虽未明确禁止，但在司法实务中和理论界存在分歧，主要担忧在于股东可能利用其“内部人”优势获得相较于

公司外部债权人优先从公司受偿的机会，从而转嫁经营风险。对于这一问题，需要从实务和公司法基础理论方面进一步研究分析。上述“三多”现象将给公司类纠纷案件的审理提出更高要求和挑战。

（四）公司类“连环诉讼”仍将是亟待破解的难题

“连环诉讼”是一种非常态诉讼，由诉讼标的不同的多个单一诉讼组成。从司法实践来看，公司类“连环诉讼”通常发生于参与公司治理的股东之间或者股东与董事、监事、高级管理人员之间的矛盾冲突，各方信任度降低乃至丧失后引发一系列关联衍生诉讼，既有可能是同一时间维度在多地法院形成多点诉讼，也有可能是在同一法院形成历史跨度长久的多起诉讼。以南京两级法院为例，2018 年至 2023 年期间，涉及公司内部主体多次涉诉的案件高达 2941 件，⁷ 占比 23.64%，其中 2018 年 26.62%、2019 年 17.29%、2020 年 15.45%、2021 年 17.84%、2022 年 28.62%、2023 年 29.46%，平均每个公司的诉讼案件达 7.01 起，最多的一家公司先后有 60 起诉讼，最长的时间历经 10 余年。公司类“连环诉讼”的比例逐年上升不仅扰乱了公司正常生产经营活动，而且为公司内部

⁶ 参见潘勇锋：《关于股东出资方式的实践思考》，载《法律适用》2024 年第 2 期，第 63 页。

⁷ 按当事人、案件基本事实等关键要素存在关联进行统计。

治理带来诸多困扰，使得“案结事了”难以实现，诉讼无力破解公司僵局，司法裁判功能逐步异化。

张军院长指出：“有的领域同类案件多发、高发，背后必然存在社会治理的问题，要通过案件审理，发现并促进解决政策制定、行业监管等方面的根源问题，让更多案件消解于无形，促进社会治理，就是抓住了治本之策。”⁸ 面对不断增加的民商事案件，人民法院要积极通过推进“诉源治理”主动融入国家治理、社会治理，努力减少多发、高发案件，助推国家治理体系和治理能力现代化。⁹ 前述研判的四个影响中，以公司类“连环诉讼”对审判实践影响最甚，新《公司法》关于公司治理纠纷的制度设计有助于预防和避免大量公司类“连环诉讼”的产生，但如何积极运用新《公司法》制度成果，有效化解公司类“连环诉讼”案件，需要精细化剖析公司类“连环诉讼”，精准施策，这也成为人民法院贯彻落实新《公司法》、推进公司类案件诉源治理的重要一环。

二、公司类“连环诉讼”的类型化

场景及特征审视

公司类“连环诉讼”通常围绕公司控

制权争夺展开，而公司控制权争夺不仅仅是一桩争议和纠纷，更是一场复杂的商业博弈。当事人为了增加筹码，制订严密的战略计划，当事人的诉讼策略往往是一个关键核心诉讼与多个辅助性策略性诉讼形成的“组合拳”，并根据对方的攻防策略不断调整诉讼思路和路径，由此引发“连环诉讼”。本文通过梳理南京两级法院近年审理的几类公司类“连环诉讼”，对其进行类型化场景分析，并试图归纳该类“连环诉讼”的特征。

（一）公司类“连环诉讼”的常见场景

1. 分家析产型“连环诉讼”

案例 1： 甲乙二人系兄弟关系，二人共同创办了某集团公司，涉及关联企业 30 余家。后在经营过程中，两兄弟产生矛盾，于 2014 年 4 月第一次分家，达成协议后双方并未按约履行。2014 年 4 月，乙率先以其实际控制的地产公司名义起诉甲等损害公司利益，要求确认 2014 年 3 月办理股权变更的股权转让协议等不成立。甲则以其控制的地产公司名义起诉乙控制的其他关联公司等返还不当得利，以自己名义向集团公司提起股东知情权、公司决议撤销之诉。经法院组织多轮调解，相关各方

⁸ 张军：《学深悟透做实习近平法治思想 以审判工作现代化服务保障中国式现代化》，载《法律适用》2023 年第 10 期，第 6 页。

⁹ 参见刘贵祥：《关于当前民商事审判工作的几点思考》，载《中国应用法学》2023 年第 6 期，第 9 页。

达成调解,不当得利纠纷被裁定驳回起诉,公司决议撤销之诉撤回起诉,损害公司利益责任纠纷由乙及相关关联公司参与达成调解协议。在调解书执行过程中,双方又对房地产项目清算的审计、评估产生重大争议,并引发股东知情权之诉、调解书执行异议之诉以及多家子公司的公司决议效力确认诉讼、公司解散诉讼等。后经斡旋调解,各方于2017年11月达成全面和解协议,约定乙收购甲的股权,免除甲在前述调解书中对某子公司所负全部债务,各方相互撤回针对彼此的诉讼和执行程序。但在该调解协议履行过程中,双方又产生争议。至此,双方历经第一次自行分家、第二次法院调解分家、第三次相关方斡旋分家,均未能彻底化解彼此纷争。该“连环诉讼”涉及民事案件近30件,涉及案由包括损害股东利益责任纠纷、股东知情权纠纷、公司决议纠纷、公司解散纠纷、损害公司利益责任纠纷、公司证照返还纠纷等。

该纠纷系典型的分家析产型“连环诉讼”。家族企业作为中国企业普遍的存在形式,公司股东和高管主要由家族成员如夫妻、兄弟、父子等组成,股权结构往往高度集中,在企业发展初期,具有沟通成本低、执行力强、所有权与经营权高度统一的明显优势。此类公司股权结构与家庭稳定性息息相关,一旦出现夫妻离婚、兄

弟分家等家庭变化后,内部矛盾将直接影响公司治理结构稳定,演变为股东之间争夺公司经营管理权。本系列案件起源于分家析产后并未按照约定履行,出于争夺资产的目的,一方率先发起股东损害公司利益责任纠纷诉讼,并对此前的股权转让提出撤销诉讼;另一方则采用股东知情权纠纷、公司决议撤销纠纷等对抗性诉讼,以达到制衡目的。审理中,法院意识到本案系具有兄弟分家背景、相互之间牵扯制衡的“连环诉讼”,故多次组织双方进行调解,希望彻底化解矛盾,后虽达成调解协议,但未能完全清产核资,导致双方在协议履行过程中对利益巨大的房地产项目清算进一步产生争议,并再次发起系列诉讼以寻求对于房地产项目的利益再分配。从本案关键要素来看,分家主体即兄弟二人系关键当事人,但二人多以其控制的关联公司提起诉讼,并未直接参与其中,关键诉讼在于集团资产的再分配。

2. 收益分配型“连环诉讼”

案例2：某电力自动化公司成立于2005年,股东为甲等4人,甲是大股东,在经营过程中公司获得一笔拆迁款,甲与另3名股东产生矛盾,不认可3名股东的股东资格。3名股东于2013年11月起诉解散公司,理由是大股东甲独断专行,3名小股东无法参与管理等。该案诉讼期间,

甲起诉要求确认3名小股东不具有股东资格、起诉1名小股东归还公司借款，后提起公司解散之诉被驳回。各方针对股东资格、股东知情权、福利待遇、公司决议等发生多起诉讼，双方争议焦点在于3名小股东是否具有股东资格，为此先后衍生出8件股东资格确认的一审案件，经过一审、二审、再审程序，最终确认3名小股东具有股东身份。3名小股东三度起诉要求解散公司，最终某电力自动化公司在2022年8月因陷入公司僵局被判决解散。后因资不抵债，进入破产清算程序。管理人又代表公司起诉4名股东，要求股东承担虚假增资的补足责任。至此，由于控制权的争夺，原本经营良好的企业走上解散甚至破产清算的道路，各股东不仅未能因此获利，反而面临被依法追究股东责任的局面。

该类纠纷系因公司收益分配矛盾引发，通常以股东资格确认纠纷或者公司解散纠纷为起点，辅以公司决议诉讼、侵权之诉等，以达到否定对方经营管理公司成果、恢复公司资产至己方理想分配状态的目的。股东投资的根本目的是通过经营实现公司资产增值，最终基于股东身份按照股权比例分配公司盈余以获得收益。在收益分配过程中，股东之间为了多分配甚至独占公司盈余，往往会对彼此的股东身份、股权比例、出资与否及出资真实性等产生质疑，或者以此为理由有意对对方发起挑战，从而

引起纷争，这种纷争直接关涉股东投资目的能否实现或实现多少，故对方必然不会“坐以待毙”，并且矛盾通常难以调和。双方的核心争议在于股东资格及股权比例的确认，而否认对方股东资格或意图压降对方股权比例的一方往往直接掌控公司经营管理，排挤对方参与公司经营管理几乎是其必然选择。由此，另一方股东可能会起诉要求确认股东资格，以司法判决为自己的股东身份或股权比例背书，也可能会直接以公司陷入僵局为由，发起公司解散诉讼，以期在解散清算过程中直接按股权比例分配公司收益。对于公司解散纠纷，对方股东则提起股东资格确认之诉予以对抗。随着矛盾纠纷的深化，股东之间互不相让，公司陷入僵局，公司解散、清算甚至破产几乎是必然结果。因此，公司解散、申请公司清算、申请公司破产是该类纠纷的末端案由。

3. 处置公司资产型“连环诉讼”

案例3：某地产公司由甲控制的某实业公司、乙控制的某商贸公司各出资50%设立。某地产公司经营过程中，曾向两股东借款。2009年2月，某地产公司与某商贸公司签订《协议书1》，约定以某地产公司开发地产项目归还某商贸公司的部分借款。次日，某地产公司与某实业公司、某商贸公司签订《协议书2》，约定某实

业公司以其所有的房产为某地产公司归还其欠某商贸公司的部分借款。2009年8月，某实业公司与某地产公司签订《抵债协议书》，约定某实业公司确认以其所有的房产及其他公司股权抵偿该债务，房产已按某地产公司指示过户给两个自然人以清偿某地产公司欠某商贸公司的债务，股权变更在30日内完成。后在经营过程中，某地产公司的股东变更为甲、乙，二人各持股50%，并围绕签署资产抵债事宜发生矛盾。乙率先提起公司决议效力确认纠纷，要求确认甲掌控公司证照形成的罢免乙董事职务的股东会决议无效，并以其关联公司名义提起合同纠纷，要求某地产公司履行《协议书1》将相应房产过户至某商贸公司指定的该关联公司名下。两案审理过程中，甲提起公司决议诉讼，要求确认某地产公司股东会决议无效。在此过程中，乙又以《抵债协议书》约定的房产作价与《协议书2》中作价不一致、虚高为由，起诉某实业公司、甲承担抽逃出资责任，并向公安机关报案，甲因此被采取刑事强制措施。甲被释放后，先后提起诉讼，要求乙等归还某地产公司证照、印章，确认甲被羁押期间形成的董事会决议无效，双方围绕抵债事宜相互提起多次损害公司利益或者损害股东利益诉讼。

该类纠纷由股东或实际控制人处置公司资产而引发，通常以涉及公司资产处置

的相应合同纠纷或为打压对方而形成的公司决议纠纷为起点，无论是损害公司利益责任纠纷还是合同纠纷抑或出资纠纷，其核心均在于资产处置本身，目的是争夺公司资产。公司资产是公司经营发展的核心，囿于公司“两会一层”设置形式化，内部缺少有效的监督制度，易导致控股股东、实际控制人滥用权利侵占公司资产，损害公司或其他股东利益。但在公司发展过程中，公司向股东举债以维系、扩大经营，是常见的经营模式，对于因此产生的股东债务的处理，用公司经营积累的资产进行作价抵偿，符合一般商事逻辑。如果一方股东或实际控制人对于抵债事宜产生质疑或在实施过程中产生争议，则极易引发纠纷，并以对方滥用权利为由否认抵债效力，前述问题同样存在于公司资产的其他处置行为中。由此，围绕公司资产的处置，公司的股东或实际控制人为了达到己方目的，往往会利用公司内部决策程序相互罢免对方的董事，由此引发公司决议纠纷，但公司决议之诉仅是当事人进行该类型“连环诉讼”的辅助之策，该类型纠纷的核心在于双方围绕资产处置提起的合同之诉或损害公司利益诉讼。而针对公司资产处置，双方一诉不成，会以其他路径再诉，并且每个诉讼都可能历经一审、二审、再审，从而形成所谓“连环诉讼”。

4. 控制权争夺型“连环诉讼”

案例 4：甲公司与乙资本、丙公司共同设立目标公司，后丙公司退出，乙资本按约暂持丙公司退出的 15% 股权，甲公司的母公司丁公司要求乙资本限期寻找投资方接收 15% 股权，否则股权转让给甲公司暂持。双方为此发生矛盾，并利用各自在目标公司董事会、股东会的表决权优势，分别开会罢免对方委派的董事、总经理等，由此引发公司决议纠纷、公司证照返还纠纷、股权转让纠纷。乙资本最先选择发起公司决议纠纷之诉，请求确认目标公司改选总经理的董事会决议不成立，即意在恢复各方对目标公司控制席位，后甲公司又针对乙资本主导形成的人事任免股东会决议发起诉讼，乙资本还提起公司解散、行使股东知情权等诉讼。

案例 5：某集团公司主要股东为 5 名自然人，2008 年矛盾爆发，5 人分化为以甲为首的 2 人派和以乙为首的 3 人派，利益斗争中乙被刑事拘留，并在羁押期间将其股权转让，刑事案件撤销后，乙及其妻子为拿回股权，分别申请仲裁、提起诉讼，均未获支持。经法院判决撤销股权转让协议、返还股权后，以乙为首一派为重获集团控制权、恢复集团资产，围绕集团的股权、股东知情权、资产被转移、公司证照返还等发起多起诉讼。

该类纠纷由股东围绕公司的控制权争

夺展开，通常以典型的公司类案件案由为起点，公司决议纠纷经常成为控制权争夺的肇始案件，股东借此对公司决策的人事任免、经营方针、股权转让等发起挑战，期待恢复决议前的利益格局，而且提起诉讼本身也可以为后续谈判争取有利地位，但此类诉讼仅为准备阶段。如案例 4 中，争议各方均通过公司决议纠纷试图将己方意志转化为目标公司意志，而公司决议纠纷的审结却无法解决双方的实质性争议即股权由谁暂持问题。如果说通过诉讼方式争夺控制权形成的诉讼尚可在法律框架内解决，更有甚者如案例 5，甲为争夺公司控制权，通过刑事案件胁迫乙签订股权转让协议，股权比例直接涉及话语权的多寡，公司证照由谁掌握，决定了公司对外代表权的归属。因此，乙在释放后，只能通过股权转让的撤销重获股权，通过公司证照返还纠纷获得对外代表权，但核心是为追回丧失控制权期间的公司资产，此时公司往往已经被原控制人“掏空”，故损害公司利益责任纠纷是胜利方拿回公司资产的必然选择。

（二）公司类“连环诉讼”的特征

虽然上述“连环诉讼”的表征各不相同，产生争议的原因和诉讼策略、路径各不相同，但其核心均是争夺公司的资产及控制权。为体系化处理“连环诉讼”，我

们通过对公司类“连环诉讼”常见场景的梳理，初步归纳公司类“连环诉讼”的特征如下。

1. “连环诉讼”矛盾发展呈现规律性。该类纠纷中的矛盾发展具有一定的规律性，分为：矛盾初显阶段、矛盾爆发阶段、矛盾清理阶段。在矛盾初显阶段，纠纷类型主要集中于公司决议纠纷、股东知情权纠纷、股东资格确认纠纷等准备型诉讼。如在处置公司资产型和公司控制权争夺型“连环诉讼”中，各方通常会“先发制人”，通过公司决议更换董监高，确保管理层控制在己方手中，或者通过决议实施股权转让、公司经营投资方案等。股东通过此类诉讼对公司决策的人事任免、经营方针、股权转让等发起挑战，期待恢复决议前的利益格局，如无法得到实质性化解，可能会将纠纷升级至第二阶段。矛盾爆发阶段纠纷类型主要集中于利益分配、外部控制表象争夺等，表现在损害公司利益责任纠纷、损害股东利益责任纠纷、公司盈余分配纠纷、变更公司登记纠纷、公司证照返还纠纷等。这一阶段的纠纷主要涉及债务纠纷或公司重要治理事项的变化，且往往与第一阶段纠纷存在一定关联，是公司类“连环诉讼”的集中爆发阶段，前述归纳的四类“连环诉讼”均因积怨过深，矛盾难以调和，首起诉讼直接进入矛盾爆发阶段。矛盾清理阶段纠纷类型主要集中

于公司解散案件、强制清算案件、破产清算案件以及破产衍生诉讼。当股东争议始终无法消除时，伴随公司控制权争夺对于公司经营管理的负面影响，公司存续已无必要，“连环诉讼”的终局则将以公司走向消亡为代价。

2. “连环诉讼”矛盾具有同类场景模式。通过矛盾类型梳理，“连环诉讼”矛盾基本框架主要集中于三个方面：一是争夺公司内部控制权的公司内部治理争议，主要包括公司决议纠纷、股东资格确认纠纷、股东出资纠纷、股权转让纠纷（也包含股权对外转让纠纷）等；二是争夺对外代表权的公司外部代表争议，主要包括公司证照返还纠纷、请求变更公司登记纠纷等；三是争夺公司资产的公司商业运营争议，主要包括股东知情权纠纷、损害公司利益责任纠纷、损害股东利益责任纠纷等。“连环诉讼”通常以自内而外的场景模式展开，但并无绝对固定顺序，如本文所分析的四类“连环诉讼”，股东往往根据最先受损的权益，选择自行或通过关联方提起诉讼，案由可能为公司主张合同权益的合同纠纷，也可能是损害股东利益责任纠纷或损害公司利益责任纠纷，还可能是公司决议纠纷，也有的案件中，股东选择直接起诉解散公司，但最终目的均为争夺公司的实际控制权，并从公司经营中获益。从司法实践看，高频案由是公司决议纠纷、

股东资格确认纠纷、股权转让纠纷、公司证照返还纠纷、损害公司利益责任纠纷。

3. 预备诉讼比例较高。公司类“连环诉讼”的首起案件案由多为股东知情权纠纷、公司决议纠纷、股东资格确认纠纷，该三类案件也是矛盾初显阶段纠纷类型集中案由。如果当事人在预备诉讼阶段未能化解纠纷，则此后化解纠纷的难度将大大增加。例如，公司决议是公司内部治理的核心要素，也是决定公司行为是否具有合法性的关键。股东资格是行使股东权利进而争夺控制权的基础，股权比例则直接涉及话语权的多寡，二者决定了控制权争夺中双方对公司的控制能力。股东知情权是股东了解公司资产状况、有无损害公司利益行为的重要手段。预备诉讼的最终目的是争夺公司实际控制权。从司法实践来看，判决无法消除争议、诉讼无力破解公司僵局等突出问题，与公司纠纷中准备型诉讼过多密切关联。在诉讼缺乏终局性时，无力化解实质性纠纷似乎已成必然。

三、公司类“连环诉讼”的成因与风险

（一）公司类“连环诉讼”的成因初探

1. 公司内部治理结构的程式化冲突。治理模式是公司治理的命门，公司内

部治理结构的不完善是造成公司类“连环诉讼”的重要原因。首先，关于公司权力如何在股东会与董事会之间分配以及公司权力监督制约问题，根据公司法设定的公司治理结构，应当是决策权和经营权分离，同时监事行使监督权的分权制衡状态。但实际运行中，我国公司治理模式呈现为法定董事会中心主义与某些公司事实上的经理层中心主义或控股股东中心主义的特殊状态，¹⁰ 故而呈现明显的经营权和决策权高度集中、监督权沦为摆设的特点。由于股东会所具有的优势地位，董事会完全受控于股东会或者大股东，从而使得经营权和决策权并未实际分离。大股东出于对自身利益的维护，实际掌握着公司的经营权和决策权，长期“一言堂”的情况极有可能损害中小股东的权益，造成对中小股东的压迫。中小股东往往通过知情权诉讼解决自身证据不足问题，并且根据查阅情况对于公司决议、公司证照返还以及损害股东利益行为提起新的诉讼。其次，我国公司法借鉴德国公司法治理的双层结构，设置监事但并未有相应的制度保障监事行使监督权。实践中，公司设置监事或者监事会仅仅是为了应对公司法的强制性规定，监事并不掌握公司的关键信息，无法起到对公司的监督作用从而保障公司合法合规

¹⁰ 参见赵旭东：《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》，载《法学评论》

2021年第3期，第78页。

经营，甚至有些监事对自身所负有的权利义务都不甚了解。¹¹ 新《公司法》第69条规定在董事会中设立审计委员会代替监事会职能的发挥，仍需要处理董事固有职能以及股东代表诉讼中如何代表公司对董事、高级管理人员提起诉讼的问题。最后，在股东会内部，亦存在着股权相对集中，控股股东或实际控制人实际把持股东会的情况。基于以上几点，公司内部治理结构存在程式化冲突使得股东之间产生矛盾的风险极高而后引发“连环诉讼”。

2. 诉讼请求与诉讼目的不尽一致。

法律规则具有逻辑体系性，相关权利或法律效果可能具有必然联系。“若当事人诉请在法律上不完整或不准确，则应坚持尽可能一次性、实质性化解纠纷理念，根据实体权利义务关系，避免机械适用‘不告不理’‘法官中立’等原则。”¹² 此时，就需要法官不拘泥于具体诉讼的请求权基础，以穿透式思维探知真实诉讼目的。对于公司内部发生的控制权争夺，股东采取的诉讼策略不尽相同，既可能是损害股东利益责任纠纷或损害公司利益责任纠纷，也可能是公司决议纠纷，但直接责任主体即相冲突的股东却未必是诉讼相对方。值得重视的是，诉讼代理人作为当事人委托

参加诉讼的人员，应当正确认识其在诉讼中的法律地位及其与当事人之间的关系，诉讼代理人仅基于自身的特殊利益考量，未能在当事人决定是否及如何与对方当事人进行和解、是否提起上诉或者申请再审、是否在本案以外另行提起诉讼等方面给予合理化建议，可能与当事人的诉讼目的之间存在一定的潜在利益冲突，在一定程度上造成诉讼程序的拖延、加剧矛盾纠纷实质化解难度、增加当事人诉累甚至引发“连环诉讼”。

3. 争议化解存在形式化与实质化的偏差。

与公司有关的纠纷自带“连环基因”，往往涉及多类公司纠纷案由，如股东知情权纠纷、请求变更公司登记纠纷、公司证照返还纠纷、损害公司利益责任纠纷等，另外亦可能涉及工商变更登记等行政诉讼。公司类纠纷与其他以合同为载体的商事纠纷案件不同，其更多是以股东权利的行使与冲突为载体，上述利益冲突有时无法通过案件进行显像化。法官如果对“准确查明事实、实质化解纠纷”的职能定位把握不够准确，重形式正义、轻实质正义，在个案的审理中仅是基于诉讼标的、法律关系进行审理和裁判，未对问题背后的深层次问题进行“止争”，容易陷入

¹¹ 参见张亦铭：《国家治理现代化语境下公司治理结构改革探微》，载《商业经济研究》2021年第22期，第124页。

¹² 黄海龙、潘玮瑛：《论“穿透式审判”的基本内涵与实践方法》，载《法律适用》2023年第7期，第7页。

“就案办案”的困境，影响案件的实质性化解。同时，因矛盾不可调和或者出于争取谈判空间考虑，一方或双方往往选择上诉、申请再审，诉讼涉及多个层级法院。此类诉讼的表象型诉讼或准备型诉讼过多，难以在诉讼程序内一次性解决，如能在诉讼首发时及时关注当事人真实的诉讼目的，通过多元解纷方式促进当事人和解，将极大增加纠纷化解的可能性。但此类纠纷对于调解员的专业要求程度极高，不仅需要精通法律知识更需要熟悉公司经营管理，目前的调解员队伍难以满足精准解纷的需求。

（二）公司类“连环诉讼”的风险

虽然诉讼是法律规定的维权方式，公司纠纷诉诸法律也有助于公司治理纠偏，但从现有公司类“连环诉讼”来看，公司深陷“连环诉讼”对公司、股东、司法审判等相关各方的影响弊远大于利。

1. 公司层面。公司一旦陷入“连环诉讼”僵局，不但需要支付大量的诉讼成本，其声誉和形象也会受到影响，对公司的负面评价和媒体报道会削减公司的品牌价值和市场影响力，并导致客户、投资者和潜在合作伙伴的流失。例如某公司股权争夺案，乙公司在与丙公司签订股权转让协议后，被甲公司行使优先购买权“截胡”，从而引发了备受舆论关注的股权争

夺案，有媒体评价乙公司的起诉是“违反诚信原则”“缺乏规则意识”“浪费司法资源”。与此同时，公司类“连环诉讼”使得内部治理的争议各方相互“拆台”，公司经营、管理的决策“朝令夕改”，势必制约公司发展，增加公司债务，甚至造成公司解散、清算、破产的严重后果。

2. 股东层面。一个内部矛盾重重的公司根本无力实现经营管理的正常化，也就无法为股东实现投资到收益的转化营造良好的内部环境和条件，这种影响将不仅涉及争议股东双方，也包括处于矛盾之外的第三方股东。在公司类“连环诉讼”中，即便一方可能基于胜诉判决获得公司控制权，成为所谓的诉讼“赢家”。但若从公司长远发展和股东投资目的实现来看，可能任何一方均难言“赢家”。因为“连环诉讼”本身在时间上的长期性特征将使公司错失可能的发展机遇，遑论业已支付的大量诉讼成本，其通过胜诉判决获得的可能仅是一家毫无发展潜力的公司控制权。甚至有的股东还可能因与公司存在人格混同、出资不实或存在瑕疵等被判令对公司债务承担相应责任。更有甚者，有的争议股东会通过其他手段相互打击报复，“连环诉讼”过程中，股东通过其他手段让一方当事人被追究刑事责任、身陷囹圄的方式屡见不鲜。

3. 司法审判层面。大量的公司类“连环诉讼”给人民法院审判工作尤其是商事审判工作带来了诸多挑战：一是过度消耗极为有限的司法资源，进一步加剧“人案矛盾”。前已述及，南京两级法院在 2018 年至 2023 年期间受理的公司类纠纷案件中涉及公司内部主体多次涉诉的案件占比 23.64%。因此，如何有效破解和减少公司类“连环诉讼”案件，就成为疏解商事审判领域中“人案矛盾”的关键之一。二是阻碍诉讼程序良性运转，造成程序空转。程序设置的价值在于保障当事人的程序利益和实体权益，但过高的“衍生案件”比例与司法公正悖离，一些程序甚至成了部分当事人滥用权利拖延诉讼、执行的手段，阻滞了诉讼程序的良性运转。

¹³ 大量公司类“连环诉讼”的存在表明，“案结事了”并未实现，当事人之间的纠纷并未得到实质性化解。三是增加当事人诉累，迟延当事人实体权益兑现时间。当事人经历的“连环诉讼”案件数量越多，时间越长，各方当事人需要承担的诉讼成本越大，矛盾也可能进一步激化，即便最终胜诉，与其最初的诉讼目的和期望相比亦往往大打折扣。

四、公司类“连环诉讼”的全流程诉源治

理

加强公司类“连环诉讼”的全流程诉源治理，必须以案件质量为基础、以纠纷实质化解为目标，摆脱机械司法、就案办案等思想观念束缚，将“案结事了”贯穿于诉讼全过程，进一步深化诉源治理。

（一）诉前阶段：强化诉调对接，发挥非诉解纷组织的调解功能

“司法资源作为社会资源的一类，具有稀缺性特点，需要成本和投入，司法是社会正义的最后一道防线，但并不意味着它是解决经济纠纷的最佳途径。”¹⁴ 对于可能形成“连环诉讼”的公司类纠纷案件，需要在加大司法审查力度的同时，进一步完善诉调对接机制，充分发挥调解等非诉解纷方式功能作用，在准确了解和把握当事人诉讼的真实目的基础上力争将矛盾化解在源头。

1. 提升诉前非诉解纷机制公信力。

坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，是习近平总书记对社会治理现实、人民群众需要，以及矛盾纠纷化解规律的准确论断。

“法院作为治理承担主体之一，与其他治理部门之间的关系应是按照协同治理的规

¹³ 参见李光旭：《困局与破局：诉内“衍生案件”治理之路径构建》，载《法律适用》2022 年第 9 期，第 127-128 页。

¹⁴ 孙磊、孔燕萍：《反思与重塑：国际金融中心背景下多元解纷机制构建之实证探索》，载《法律适用》2013 年第 7 期，第 114 页。

范模式进行的。”¹⁵ 两者分工明确又相互配合、各司其职。然而，我国目前的发展现状却是，公证、调解、仲裁、行政裁决、行政复议等非诉纠纷解决机制作用并未得到充分发挥，人们仍然倾向于将诉讼作为解纷的最主要路径而非最后路径。对于公司类纠纷案件，可以探索将公司类纠纷调解的专业化和多元化相结合，构建“法官+商会”的组合调解模式，有机结合法官专业法律知识和商会企业家调解员专业商业知识，由法官厘清法律关系，与调解员共拟调解思路，委托商会调解组织等专业调解机构一同参与调解，力争用最短时间实质化解公司争议。当然，实现这一目标需要加强商会商事调解组织等非诉解纷组织的机构设置、人员配备以增强其履职能力，并通过扩大司法确认范围，增强非诉解纷结果的执行力和认可度，使市场主体愿意选择其作为解纷途径。

2. 实现诉讼与非诉解纷机制有序衔接。纠纷解决机制既要“多元”又要“有序”，避免“九龙治水”的割据逻辑。我们不能期待纠纷当事人在信息不完全的情况下自动迈入纠纷解决的正确之门，而必须以务实的态度建构多元纠纷解决的引导机制，指引当事人找到进入“某个恰当程序的大门”。¹⁶ 对于公司类纠纷而言，除

了诉讼方式可供选择，还有商事调解和商事仲裁等多种解纷方式。一方面，应当积极宣传非诉讼纠纷解决方式的优点，引导市场主体选择商事调解、商事仲裁等非诉讼纠纷解决方式；另一方面，为了充分保障当事人的诉讼权利，应当确保那些无法或者不宜通过非诉解纷渠道化解纠纷，允许当事人及时选择诉讼方式解决，不能为了实现非诉解纷的政策目标而将纠纷案件阻挡在法院大门之外。易言之，诉讼与非诉讼解纷机制的程序衔接应当得到有效保障。只有这样，才可能实现矛盾纠纷化解效率性要求与公正性目标的动态兼顾。

3. 推动非诉纠纷解决机制全流程运行。公司类“连环诉讼”诉源治理不应局限于对诉前矛盾纠纷的前端治理，而应将其贯穿于诉讼中、诉讼后等全过程。以公司类诉讼中的股东知情权纠纷为例，如果公司之间的矛盾纠纷不能得到实质性化解，纵然已经经过非诉解纷机制和诉讼方式的处理，该公司仍然面对无穷尽的内部争斗，甚至陷入公司僵局直至不得不解散。因此，为了尽可能使市场主体之间的矛盾纠纷得到彻底化解，实现“案结事了”，既要在其进入诉讼阶段之前通过释法说理或者引入调解组织进行调解，教育当事人“以和为贵”；也可以在其进入诉讼之后，给予

¹⁵ 吴明军、王梦瑶：《诉源治理机制下法院的功能定位》，载《行政与法》2020年第7期，第94页。

¹⁶ 参见陈奎：《论多元纠纷解决机制的引导机制》，载《河北法学》2010年第9期，第32页。

当事人通过非诉讼解纷机制化解矛盾的时间和机会；即使案件已经司法裁判，人民法院仍然可以通过实地调研、发送司法建议及征集反馈意见等方式争取矛盾纠纷的最终化解。

（二）诉中阶段：提升解纷水平，实质化解争议

诉讼、复议以外的多元解纷机制，实际上是以“合意”为中心的一系列纠纷解决方式的组合。要让这种合意真正反映当事人的意愿，并尽可能趋近合法性和合理性的要求，就必须保证审判被利用的可能性，进而确保纠纷解决的正当性。¹⁷在人民法院深入推进公司类“连环诉讼”诉源治理过程中，司法的最终性应当得到充分的保障，离开司法的最终性，不但会弱化司法作为社会公平正义最后一道防线的价值功能，也将无法确保公司治理的“法治化”运行方向。

1. 完善关联案件识别检索机制。公司类纠纷的关联案件相较于类案而言，往往涉及跨案件类型、跨地域范围、跨层级法院的案件，具有一定的隐蔽性。因此，对于公司决议纠纷、股东知情权纠纷、股东资格确认纠纷等高频次准备型诉讼应当

建立关联案件强制检索机制，建立“连环诉讼”示警机制，通过对关联案件的查询，在矛盾初显阶段及时发现已有或潜在“连环诉讼”，充分研判上述争议背后的公司治理结构变动、股东权利行使带来的预期风险，尽可能避免就案办案引发的“一案结、多案生”现象。

2. 完善识别关键诉讼机制。“审判权的判断权属性决定了案件审理本质上属于一种高度专业化的行为，必须由高度专业化的人员专门从事案件审理工作。”¹⁸若想通过司法途径妥善解决公司类“连环诉讼”，需要法官全面梳理当事人争议的来龙去脉，“跳出案件看案件”，透过司法判断权探寻矛盾源头，锁定关键诉讼，并利用新《公司法》中关于股东及董监高权利义务的一致性成果引导当事人围绕核心争议提起诉讼，实现诉讼请求与诉讼目的的合并，尽可能一次性解决纠纷。

3. 强化协同审理机制。法官应当将“穿透式审判”思维方式运用到司法办案当中，穿透表面合意、穿透表面证据、穿透合法外衣或穿透诉讼请求，通过查明当事人真实意愿、真实目的、真实交易、真实利益等，整体评判案件全貌，准确认定实质法律关系，妥善调整裁判说理和结论，

¹⁷ 参见阎巍、袁岸乔：《多元化纠纷解决机制中行政审判的功能与定位》，载《法律适用》2021年第6期，第147页。

¹⁸ 伍涛、丁少、张春城：《中级法院审判团队正规化标准化建设》，载《人民司法》2019年第19期，第62页。

最终恢复或矫正上述原则背后应有的实质公正和秩序价值。¹⁹ 因此，在公司类“连环诉讼”中，不能拘泥于具体诉讼的请求权基础，而应当根据各项诉讼请求之间的关联性及牵连程度，以穿透式思维寻找“连环诉讼”的关键当事人，以系统性思维锁定“连环诉讼”的解决路径，充分运用提级管辖、指定管辖的方式统筹连环纠纷的化解，既依法办理案件，又关注社会公正，还注重法理情融合，真正实现“案结事了”。

4. 积极运用新《公司法》成果定分止争。公司治理制度和资本制度是支撑整个公司法的两大支柱，公司治理是公司法律制度研究永恒的主题。目前，司法实践中所反映的公司治理深陷困境的深层原因和症结在于公司治理的法律设计与现实运行严重脱节、对控股股东或大股东的法律规制近乎空白、公司治理的问责与追责机制畸形和失灵。²⁰ 新《公司法》的实施，将会在结构重构和机制再造方面给予公司治理的突破，需要我们充分运用制度成果一揽子解决当事人争议。例如，在公司资本制度中对于注册资本缴纳期间的调整一定程度上解决了公司资本不足而无法突破股东出资期限利益的问题。新《公司法》第144条至第146条对于类别股制度的确

立也为公司控制权的解决提供了新思路。新《公司法》修订要点之一的“董事会中心主义”解决了监事会职权虚置这一长期被诟病的问题，但审计委员会能否如愿发挥功能也待实证考察。公司法人格否认制度的横向、纵向人格混同的认定也将在限制股东利用公司独立性进行牟利中发挥积极作用。股东失权制度的确立将对股东出资责任的严格及股东资格身份的涤除提供新的解决方式。新《公司法》对于股东知情权的扩张不仅有效回应了实践中关于查阅、复制范围的争议，更是将司法规范上升为公司应当遵守的行为准则，有利于减少此类纠纷的衍生。异议股东股份回购请求权的扩大对于控股股东滥用职权损害公司或者其他股东利益提供了新的救济渠道，有效保障了中小股东利益。董监高勤勉、忠实义务的具体明确和控股股东、实际控制人指示行为所带来的连带责任将为追究相关人员的法律责任提供依据，有效震慑幕后人员的不当行为。

（三）诉后延伸：精准司法诊断，源头消除隐患

一方面，积极运用新《公司法》关于公司治理结构完善、公司资本制度等新成果，针对审理中发现的公司可能存在的内

¹⁹ 同前注12。

²⁰ 参见赵旭东：《中国公司治理制度的困境与出路》，

载《现代法学》2021年第2期，第93-94页。

部监督制度缺位、治理结构缺陷等问题，通过向涉案企业发送企业法律诊断意见书的方式，及时督促其进行合规整改，源头消解纠纷隐患。通过邀请企业及企业家观摩公司类纠纷庭审、开展新《公司法》的普法宣传，明晰股东权利义务及责任承担方式，引导股东及公司正确选择维权路径。定期发布涉公司法、涉企白皮书、典型案例等，提升各方主体合法合规经营、管控化解矛盾的意识 and 能力。

另一方面，坚持问题导向和系统思维，充分发挥司法建议“抓前端、治未病”的功能作用，努力实现“办理典型一案，促进解决一片”的效果。2023 年 11 月 15 日

发布的《最高人民法院关于综合治理类司法建议工作若干问题的规定》，强调要进一步加强和规范司法建议工作，更好发挥人民法院司法审判工作在促进完善国家和社会治理中的重要作用。对于公司类“连环诉讼”审理过程中发现的公司治理问题，可能涉及行政机关或者行业协会履行职权范围，人民法院可以以司法建议为纽带，促进法院与行政机关和行业协会等良性互动，共同服务市域社会治理。同时，为了更好促进司法建议落地落实见效，需要强化跟踪回访机制，将回访活动作为法官促进公司类纠纷案件化解的重要途径，通过实地走访，就地开展普法宣传和类案裁判指引等，推进诉源治理。