

公司实际控制关系认定的 理论溯源与司法考察

邢 梅*

摘要: 在我国的司法实践中,公司实际控制人规则运用乏力,其主要原因在于原告举证困难和司法适用的不确定性。公司实际控制权的本源理论与美国司法确立的控制理论可以为完善公司实际控制关系的认定提供重要参考。其中有关证明责任的内容可以通过解构控制权力的层次结构,增强实际控制人规则适用的确定性;对于举证责任的分配,则可以通过比较美国不同控制理论内含的举证规则,综合考虑当事人的举证负担,在立法上进行相应的制度选择。

关键词: 公司 实际控制 法定控制 潜在控制 可归责参与 举证责任

控制或者控制关系基于不同的目的为立法所采用,在公司法、证券法、投资法、竞争法和税法等法律中,它们都是一个重要的法律范畴。由于受到立法目的约束,不同部门法对于实际控制的调整,

* 华东政法大学博士后流动站研究人员以及上海证券交易所博士后工作站研究人员。

在立法上呈现出一些明显的差异。例如,公司实际控制人是公司法主体规则的设定,需要遵守关联交易、关联担保的程序规则,同时受到证券法披露规则的调整。前者对于实际控制人的规制,主要在于维持法人独立人格,保护公司、股东和债权人的利益,后者注重股权结构的透明度,其核心责任规则是对违反信息披露义务、实施证券欺诈行为的调整,进而实现对投资者合法权益的保护。不限于此,实际控制还可能被用来界定关联关系人(related persons),适用于所得税法案和破产法案的长臂原则(arms length),还有投资法、竞争法、会计法上的控制规则。这些法律直接调整公司实际控制关系,并且实际控制人主体规则首先需要解决的问题也是实际控制的认定,所以公司的实际控制关系实质是各个部门法范畴与规则统合的核心,有必要对此展开深入研究。

一、公司实际控制权的本质与权力结构

公司的实际控制权与控制人的身份、职权往往紧密结合,但是二者又不能等同,无法仅以控制人的身份为基础进行类型化设定。寻根溯源,在解释这些问题时,首先应当在理论上以公司实际控制权的本质、控制力的结构层次的视角展开研究。控制权的本质可以构成区分不同类型控制方式的标准,合理界定有利于形成有区分的框架。

(一)公司控制权的本质

控制的性质是权力还是权利?这是一个关于控制本质的问题。权力和权利本身涉及不同的依据来源、表现内容、行为方式和责任性质,直接关系控制权的研究框架,进而可能影响一个国家关于控制的立法模式。美国证券委员会通过《证券法第405号规则》将“控制”界定为:“通过表决权股的所有权、合同还是其他方式直接或间接享有的指示或者安排一个人管理和政策方向的权力。”这种权力可能直接或间接占有,可能由于持有表决权股票、合同或者“其他方式”而存在,其核心内涵是“指示或者安排另一主体管理和政策方向的权力”。然而,加拿大的主流观点则认为,“法律上的控制是一种控制的权利,事实控制是

事实上控制,不考虑是否享有控制的权利”〔1〕依据该观点,法律上的控制是一种权利,事实控制属于“其他影响力”,是否构成权力,语焉不详。应当看出,控制可能基于法律的规定或者法律行为而产生,表现为权利,法定控制力本身同时是一种权力——基于权利派生的权力,而事实控制力主要体现为影响力控制,如在现实的经济环境中公司的债权人、大客户、主要供货商、前任高级管理人员、政府机关,都有可能拥有对公司的影响力。〔2〕我们可以将这些事实控制权视为这些主体之前的法律行为或者法律事实所派生的权力。如果按照这个逻辑推论,无论是法定控制还是事实控制,控制都是一种权力,就可以印证美国的观点,也可以解释美国在立法上“不区分股权控制和其他控制方式、采取统一规制模式”的原因,而加拿大的观点既肯定了法律控制是控制的权利,又强调了其与事实控制的区别,实质上坚持了有区分的态度。控制本质是一种与法定权利、合同或者其他权利存在关联的权力,上述例子的事实控制力也与一些法律行为或法律事实直接相关,只是相对于法律上的控制,关联性较弱,二者本质上是一致的。这种区分的态度只是强调了法律上控制的特殊性,并不影响控制是一种权力的判断。

以欧盟为例,在《欧共体理事会关于控制公司集中行为的规则》中,控制权的界定全面地揭示了控制的本质,〔3〕依据该《规则》第3条的规定,“控制权应当由权利、合同或者其他手段中的一项或者多项组成;而且,在考虑到相关事实或者法律的因素后,能够赋予当事人通过以下方式对一家公司行使决定性影响:(1)适用全部或者部分公司资产的所有权或者其他权利;(2)对公司机关的构成、表决或者决定发挥决定性影响的权利或者合同。依据该规则,取得控制权的人或者公司的类型包括:(1)权利或者能够根据有关合同取得权利的享有人;(2)虽然不是权利或者能够根据有关合同取得权利的享有人,但具有

〔1〕 Robert Flannigan, *Control and the Control Bases of Legal Relationships and Business Organizations*, 53 *Saskatchewan. Law Review* (1989), pp. 2-3.

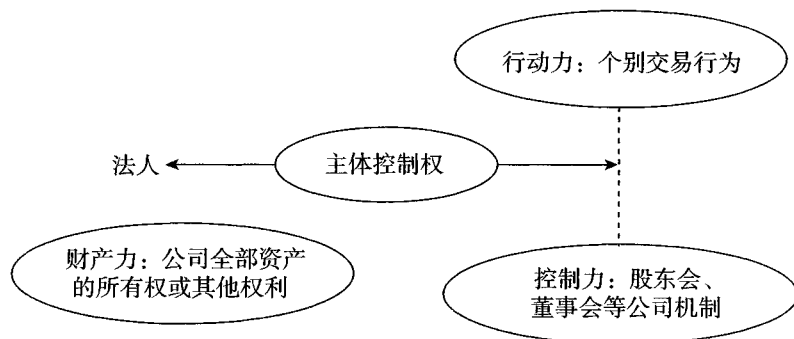
〔2〕 关于事实控制力的举例,参见王林清、顾东伟:《新公司法实施以来热点问题适用研究》,人民法院出版社2009年版,第554页。

〔3〕 参见1989年12月21日欧共体理事会第4064/89号规则。

行使派生以上权利的权力”〔4〕由此可见,对于控制权的本质,欧盟采用了权利和权力的区分,肯定控制权既可能是法定权利或者依据合同取得的权利,也可能是上述权利派生的权力,这种区分的意义主要在于突出不同控制权力及其产生依据的差异。它与美国的观点在本质上并不矛盾,美国虽然立法上将控制统一界定为权力,但是在理论上将控制权分为法定控制和事实控制。这说明两种观点在应当对控制力进行区分的问题上具有一致性。

(二) 公司控制权力的结构层次

经过具体分析可以发现与法人控制相关的控制权力的结构层次。在商业实践中,一个主体对法人的控制权可能是“财产力”,表现为对特定公司资产的所有权或者其他财产权利,包括对财产的支配、处分和管理的权利。主体对法人的控制权也可能是对于公司机制的控制力,包括股东会、董事会的人员组成和决策表决等。与此同时,所谓实际控制需要在控制行为中去检验,不能仅仅是控制的可能性,还需要在具体交易行为中表现为一种行动力,控制本质是一种与法定权利、合同或者其他权利存在关联的权力,它首先可能表现为一种控制个别交易行为的行动力。



控制的权力结构

控制力的结构层次可以为司法认定提供一个思考的方向。关于控制是行为还是状态、法定控制和事实控制的关系的讨论都是理论上的

〔4〕《欧盟公司法指令全译》,刘俊海译,法律出版社2000年版,第268页。

命题,而在司法实践中首先面对的是个别交易行为,然后再结合公司的控制机制或者合同约定考察该主体对公司的控制权力。事实上,控制力的结构层次可以解释控制状态与控制行为之间的关系。从控制权力的角度,它们之间并非是选择关系,而是可以并存的关系,所以非此即彼的讨论本身就存在问题。

二、控制理论的竞争:美国司法实践的总结

美国对控制认定标准的解释,特别是不同控制理论在司法实践中的竞争状态,不仅突出了控制标准的核心要素,而且可以让我们在司法适用的环境下考察这些标准的利弊,因而具有重要的研究价值。从1929年至1933年,美国证券市场市值损失了一半,20%的劳动力遭受失业,生产能力相比之前几年降低了50%。究其根源,是华尔街的结构缺陷——“无力的自我规制”构成主要原因。美国议会以1933年《证券法》和1934年《证券交易法》的形式规定了证券欺诈者的责任,通过完善立法预防这种情况再次出现,其立法目的在于拟通过规则设计修复投资者的信心。^[5] 总体而言,美国证券法从最初只规定“控制人”的责任,到明确界定“控制”的含义,相关立法已经取得了很大的进步,^[6]但是,控制的标准到底是什么,在理论上仍旧很难厘清,法律也没有作出明确规定。美国证券委员会对1934年《证券交易法案》的解释构成了有关控制讨论的基础,并且司法实践以此为基础形成了三个

[5] Laura Greco, *The Buck Stops Where? Defining Controlling Person Liability*, 73 *Southern California Law Review*, 169 (1999), p. 172.

[6] 1933年《证券法》第15条规定,“任何通过股权、代理关系和其他形式控制他人的人,应当承担与受控人相同的法律责任”。1934年《证券交易法》第20(a)条规定,“直接或间接控制责任人的人,如果非善意行事或者直接或间接诱致构成违法的行为或构成违法行为的原因,应与受控制的责任人一起承担相同程度的连带责任。”由于没有界定控制,造成了法律适用上的困难,其后美国证券委员会通过《证券法第405号规则》解释了“控制”的含义,为识别控制人提供了立法上的支持。根据该规则,“控制”[包括控制(controlling)、被控制(controlled by)、处于共同控制(under common control with)],是指直接或间接享有的指示或者安排一个人管理和政策方向的权力,无论是通过表决权股的所有权、合同,还是其他方式。

理论框架:(1)法定控制(control by status);(2)可归责的参与行为(culpable participation);(3)潜在控制标准(potential control test),其形成的依据主要来源于法院意见和专家观点对“谁是控制人”问题的分析。

(一)法定控制(control by status)

法定控制理论,也即基于法律身份的控制权原则,它是指根据个人在公司的地位以及主要违法行为人与该人或者实体之间的关系认定控制人。对于个人控制,法院不需要确定原告是否实际控制了违法者或者只是处于可能实施上述行为的职位。^[7]在 *Salit v. Stanley Works* 案中,法官 Dorsey 提出“担任董事的人就是控制公司的人,这个结论毋庸置疑”,“凭借职称或者职位,个人控制着违法者,即便是间接控制,也构成公司的控制人”。^[8]这个理论可以导致一些苛刻的法律后果,例如,在 *Moerman v. Zipco, Inc.* 案中,所有的公司董事都对该公司的行为负责,因为他们有控制公司的权力。“如果他们充分参与了起草的委托书,个别董事也可以亲自承担责任”。^[9]法定控制出现在已经将潜在控制公布为标准的司法管辖区,对于被告是否实际行使职权,不做任何具体的事实调查。实际上,依据法定控制的方法,在被指控属于1934年《证券交易法》第20(a)条或1933年《证券法》第15条的情形时,如果个人占据某个职位或者通常可以传递出控制性职权的状态,就可以推定控制权存在,甚至不需要拥有控制主要侵权行为实施者的权力。

这种观点受到了很多专家学者的批评,他们提出:“董事就必然控制公司”显然不合逻辑,1934年《证券交易法》第20(a)条的规定是严格责任,主观“善意”的抗辩理由在严格责任的情况下不能适用,这样将会造成对董事的不公平。一些法院运用基于法律身份认定控制权的方法,确定是否是控制人,他们主张应该让这样的判决继续存在。第二

[7] Laura Greco, *supra* note 5, at 172.

[8] 802 F. Supp. 728 (D. Conn. 1992).

[9] Burgoyne, Michael, *Realigning the Corporate - Stockholder Relationship: Facilitating Stockholder Communications During Active Proxy Solicitations*, 4 *Vanderbilt Law Review*, 59 (2006), p. 1406.

巡回法院的一些法院,还在有限的情形下采用这个标准。在 *Marbury Management, Inc. v. Kohn* 案中一些法院解释:“只有基于法律身份的控制标准,对于控制人责任案件的初步证据成立是必要的。这作为第一步的标准,追究责任需要更加有力的证据——因果关系。”^[10] 并且,该标准的适用应当附有限定条件,即法律身份仅仅可以作为表面证据,基于事实上缺乏职权的表现或者其他而非被告控制主要违法者的事实,可以推翻关于控制的推定。

(二)可归责参与原则(culpable participation)

在美国,一些法院已经开始拒绝适用法定控制原则,因为控制人的个别情形与教唆者的次要责任原则之间可能存在不一致的问题。一些人认为法定控制方法过分严苛,可归责参与原则的发展成为这种现象的回应。该原则最早可以追溯至 *Lanza v. Drexel & Co.* 案,法院提出:“1934年《证券交易法》第20(a)条的立法目的明显不是规制董事的控制,其规制对象是在被控制人的欺诈行为中具有某种重要意义的人。”^[11] 该案第一次给原告强加了额外的负担。“除了表明被告占据控制地位之外,原告必须证明被告是在被控制人的欺诈行为中具有某种重要意义的可归责的参与人”。^[12] 发现有罪参与与被指控行为的要求可以有效地避免被告以善意和缺乏动机为由提出积极的法定抗辩事由。第三巡回法院在审理 *Rochez Bros., Inc. v. Rhoades* 案中直接提出,“国会第20(a)条规定的责任是建立在控制之外的事项上的,而这个事项就是可归责参与”,“可归责参与并不必然直接参与违法行为,但是该主体应当是有意识地帮助违法行为”。^[13]

可归责参与原则是以法院判例为基础发展起来的。对于原告是否应当对被告的违法行为“可归责性”作出指控,在司法实践中存在分

[10] Laura Greco, *supra* note 5, at 174.

[11] Brian A. Melhus, *Control Person Liability: A Repudiation of Culpable Participation*, 37 *The Journal of Corporation Law*, 929(2012), p. 937.

[12] Laura Greco, *supra* note 5, at 176.

[13] Nancy & C. Staudt, “Controlling” Securities Fraud: Proposed Liability Standards for Controlling Persons under the 1933 and 1934 Securities Acts, 72 *Minnesota Law Review*, 930(1988), p. 943.

歧。可归责参与原则并不要求控制人故意实施了证券违法行为,但是有的法院主张原告应当证明被告存在故意或者疏忽大意的违法行为。事实表明,如果将其理解为应当证明被告存在故意违反或者参与证券违法行为,将难以追究控制人的法律责任,1934年《证券交易法》有关责任的规定将得不到适用。^[14] 对此,在立法的过程中也出现了很大的争议。参议院支持“承保人责任”计划,即对董事及高级职员实行严格的法律责任,而众议院提交了“信义标准”,即只有在个人违反了应有的注意义务时才能追究责任。虽然最终在立法上通过了可归责参与原则,但是地区法院在适用该原则时巧妙地进行了一些修改。现在地区法院的判决要求在揭示控制之后应当提供可归责参与的证据。虽然缺乏可归责参与可以作为一个积极抗辩的理由,但是被告应当在原告提出初步证据证明控制之后对不存在可归责参与承担举证责任,从而在原告与被告之间分配了证明责任。

(三) 潜在控制标准 (potential control test)

美国第八巡回法院和第十一巡回法院发展了潜在控制标准,将其视为“可归责参与标准”的替代标准。由于它审查具体的事实,某些地方仍与“法定控制”相关。一些法院认为,它是一个人控制另一个人行动的权力或者潜在权力,即使它可能不是实际可行的且足以形成控制的权力。依据该理论,当控制人可以采用最直接的手段约束或影响被控制人行为时,事实上也可以被确认为“控制”。潜在控制的两步标准由 *Metge* 确立,即原告首先应当证明被告“实际参与(如行使控制权)公司(管理人)的日常业务经营,然后证明被告具有控制某个具体交易或活动的权力,而依赖该权力,可以推导出主要的违法行为,但是无需证明被告行使了这个权力”。法院在 *Metge v. L Baehler* 案中确立的潜在控制标准符合 1933 年法案的立法目的,并区分了控制权的实际行使与实施违法行为的潜在控制权。潜在控制标准要求原告证明的是显而易见的责任,无须证明被指控的控制人在特定情形下实际行使了违法的控制权力。尽管潜在控制标准与法定控制原则相似,但是它要求控

[14] Brian A. Melhus, *supra* note 11, at 938 - 939.

制人行使部分控制权力,为原告施加了比法定控制标准更重的举证负担。^[15]

Metge 案之后,巡回法院的地区法院开始解释其适用。1997 年在 *Brown v. Enstar Group, Inc.* 一案中,第十一巡回法院采用了与 Metge 不同的标准。法院提出,“如果一个人具有控制实体日常业务的权力,并对该实体违反证券法的行为负有主要责任时……并且对产生违法责任的特定公司政策具有直接或者间接的控制权或者影响力”。第十一巡回法院持有与第七巡回法院类似的观点,认为“没有必要区分被告是否实际控制了违法者或者只是处于一个可以这样做的地位”。与 Metge 确立的标准相比较,第十一巡回法院提出:“原告无须证明被控对公司的日常事务具有实际控制权,而是只要有能力行使控制违法交易的权力,就可以起诉。”^[16] 简言之,第八巡回法院的标准包含两个方面:以公司机制为基础的控制力和决定个别交易的行动力,第十一巡回法院将其发展为只需要证明控制个别交易行为的行动力,并且不要求证明控制主体实际行使了这种行动力。

(四) 关于三种控制理论的评析

总体而言,美国在司法判例中形成的三种控制理论,尽管在控制的司法认定标准方面不完全相同,但更加贴近控制权力的结构层次,能够回应我国实际控制人责任认定上的困惑。美国最先采用的“法定控制标准”,与我国现在司法实践中判断实际控制人的情形类似,其可借鉴之处在于:适用法定控制标准的第一步是确认个人在公司中身份,以及违法行为人与该人的法律关系,这符合判断的常理,也有利于识别案件事实,从而确定所适用的具体法律规范。^[17] 可归责参与原则,提出了“归责性”的问题,此时,它对于认定实际控制人的责任性质具有重要

[15] 762 F.2d 621(8th Cir. 1985). cited from Laura Greco, *The Buck Stops Where? Defining Controlling Person Liability*, 73 Southern California Law Review, 169(1999), p. 180.

[16] Erin L. Massey, *Control Person Liability Under Section 20(A): Striking a Balance of Interests for Plaintiffs and Defendants*, 6 Houston Business and Tax Law Journal, 109(2005), p. 114.

[17] 中国法院认定公司实际控制人的方法接近美国的法定控制标准,具体参见周伦军:“上市公司实际控制人案件若干问题研究”,载《人民司法》2008年第11期。

意义,这决定了适合怎样的归责原则以及如何分配举证责任。潜在控制标准强调控制人应当具备控制力,形成了认定控制关系的两步标准——“实际参与日常经营”和“潜在控制力”,或者单一的潜在控制力标准,即结合对个别交易的控制力和其他标准,推定出该主体对公司行为的潜在控制力。在对这三种框架进行检讨的基础上,有研究也提出它们的弊端。例如,将可归责的参与行为作为认定控制标准不适当,混淆了控制与责任之间的关系;法定控制标准属于一种不公平的救济认定;对于潜在控制原告很难找到证明存在控制关系所需的“意思合意”的证据等。^[18]虽然三种理论框架各有利弊,并且不能完全划清界限,但是它们表明了关于实际控制关系证明责任的内容。这些理论的发展存在先后,通过竞争,潜在控制标准在后来的司法实践中处于主要地位,可以侧重借鉴其衍生的规则内容,降低证明责任的难度。从另一个角度,我们应当关注这三种框架的理论核心和共识性判断,将其作为认定实际控制关系的基础,结合具体情形加以运用。

三、中国实际控制关系认定的司法考察:问题与建议

实际控制关系主要体现为经济依赖关系,在会计法、税法上可以通过财务报表的数据对其予以认定,司法适用的难点主要体现在公司法领域,并且证券法上的实际控制侧重间接股权投资关系,主要规范违反证券披露规则的行为。在我国司法案例很少,所以本文以公司法有关实际控制人的案件为基础展开,拟从实际控制的证明责任和举证责任分配的角度探讨解决路径。

(一) 中国的司法现状与评介

本文选取北大法律信息网的案例库,经过整理 2005 年《公司法》修改以后的案例信息,我们发现相关案例较少,在司法适用过程中运用实际控制人条款的情况不乐观。截至 2013 年 3 月:(1)控股股东、实际

[18] Loftus C. Carson, *The Liability of Controlling Persons under the Federal Securities Acts*, 72 *Notre Dame Law Review*, 263 (1997), p. 287.

控制人、高管损害公司利益纠纷案件总数为 41 件,大部分案件原告并未在起诉书中指称被告为实际控制人,而是在控制行为的事实陈述和法律依据中提及。由于该数据库在进行案件归类时将控股股东、公司高管损害公司利益的纠纷也计算在内,真正的实际控制人案件数量更少。经过筛选分析,针对公司实际控制人的案件 8 件,判决侵害公司利益成立的纠纷 6 件,不成立的 1 件,判决驳回起诉的 1 件。其中公司作为原告的诉讼 6 件,股东起诉的案件很少,只有 2 件,且其中 1 个案例的股东作为诉讼主体,被认定为原告不合格。(2)公司为股东或者实际控制人提供担保的案件 205 件,其中为非股东提供担保的案件总数为 15 件,主要涉及 2005 年《公司法》生效以前的担保合同的效力问题。判决担保合同无效的案件 9 件,判决案件有效的案件 5 件,其中 3 件是基于时效适用原《公司法》而认定为有效的情形。法院将案件当事人认定为公司实际控制人的案件 1 例,属于隐名股东的情形。^[19]

表 1 实际控制人案件的审理情况统计表

案件类型 1	实际控制人损害公司利益纠纷案(单位:件)				
法条依据	案件总数	侵害成立	侵害不成立	驳回起诉	起诉主体
《公司法》第 21 条	8	6	1	1	公司(6) 股东(2)
案件类型 2	公司为实际控制人提供担保的担保合同效力纠纷(单位:件)				
法条依据	案件总数	合同无效	合同有效	未生效	起诉主体
《公司法》第 16 条第 2 款	15	9	5	1	债权人(14) 公司(1)
案件类型 3	实际控制人对股东抽逃出资连带责任纠纷(单位:件)				
法条依据	案件总数	责任成立	责任不成立	其他	起诉主体
《司法解释(三)》第 14 条	1	1	0	0	

数据来源:北大法律信息网的案例库(2005 年 8 月至 2013 年 3 月)

[19] 需要说明的是,(1)本文的案例来源于北大法律信息网案例库,控股股东、实际控制人、高管损害公司利益纠纷案件总数为 41 件,公司为股东或者实际控制人提供担保的案件为 205 件,经过严格筛查其中涉及实际控制人案件,确定实证研究范围;(2)虽然数据库的案例不能涵盖所有法院的判决书,属于不完全样本,但是这些有关实际控制人的案例是本案例库的全样本,仍旧具有代表性,能够反映现实中存在的问题。

表2 实际控制人案件的审结情况统计表 (单位:件)

案件类型	案件总数	二审数量	二审维持	二审改判	再审
控制人侵权案件	8	6	6	0	0
合同效力纠纷	15	2	2	0	1(维持)

数据来源:北大法律信息网的案例库(2005年8月至2013年3月)

从审结的情况看,几乎所有的案例都是二审维持一审的判决,法院审理上述两种类型的案件,适用《公司法》第16、21条的审判结果较为稳定,一审、二审法院在司法适用时的分歧不大。相对而言,当事人对于控制人侵权案件的上诉比重较大,对于担保合同效力纠纷案件的争议较少。结合具体的司法判例可以看出,诉讼当事人对于实际控制人的认知基于综合性判断,不区分公司的股东、董事,通常围绕着对公司的“控制”提出,甚至采用“实际控制的人”的提法,而不区分控制主体的身份,并且在绝大部分案例的起诉书中对于被告是否是实际控制人鲜有提及,即使指称被告是实际控制人,也对判断依据语焉不详。

究其根源,立法没有对实际控制的证明内容与举证责任分配做出规定构成主要原因,它使得当事人倾向于从其他角度提起诉讼。出现上述现象的原因具体包括:一是当事人对实际控制举证困难。在某些情形下,当事人可以适用控股股东、董事、高管的规定。例如,在有限责任公司和非公众股份公司,滥用公司控制权通常是依托控股股东或者董事长的身份,对于这些主体控制公司易于举证,但是这些主体属于公司名义控制的主体,《公司法》关于公司控股股东或者董事的规定可以调整,此时无须适用实际控制人的规则。对于公众股份公司,特别是上市公司,依据公开披露的信息认定间接控股的实际控制人较为容易,但是对于少数间接控股股东和其他实际控制人,当事人难以举证表决权之外的控制力。二是实际控制人的赔偿责任是过错责任,依据过错归责原则,原告对于实际控制人的过错事实承担举证责任,所以原告会尽力规避过重的举证负担。三是相对于控股股东、董事的追责机制,实际控制人的责任规定简单,并且没有规定参照适用前者,这使得滥用控制权的行为举证困难,构成原告在诉请中选择不用实际控制人表述的主要原因。

(二) 证明责任的内容:以控制力的结构层次为基础

对于实际控制的案件,应当综合考察控制主体对法人的财产和财产

权利的支配力、通过公司机制的控制力和个别交易行为的行动力,并结合部门法的特点确定证明责任的内容。例如,在证券法上实际控制权主要表现为股权控制,其来源于直接股权投资控制关系和间接股权投资关系,更多地表现为股东权利,所以比较容易判断认定其实际控制人的地位,只要从财产力、控制力的角度予以考察,而无须一定要具备在个别交易中的行动力。在公司法上的实际控制权,表现为股权控制、经营控制和其他合同控制的方式,在判断实际控制人时需要从两个方面考察:一是惯常性控制行为,二是特定交易中具体的控制行为。虽然控制的基础关系是权利关系,但除间接控股股东外,主要涉及对控制权力的判断,前者可以直接依据该标准用来认定实际控制人,而对于后者是在没有确定为实际控制人时,与其他因素一起作为实际控制人的主要判断依据,即不仅要考察该主体的财产力,还要审查其在具体行为中的控制力。

(三) 举证责任分配:依托不同控制理论的司法标准

美国控制理论实质上确定了举证责任的分配,具体而言,法定控制理论,侧重于是否存在直接行为主体或者间接行为主体在公司中的控制地位,前者指具有公司的控制性职位,后者是指可以传递出控制性职权的状态,其本质可以归结为一个主体对于董事会、股东会等公司机制的控制力,主要涉及组织内部授权决策,与该主体在公司中的权利密切相关。相对而言,原告的举证责任最轻,所控事实也更容易被推翻,案件事实的证明与认定主要集中于法院审理阶段。依据可归责参与原则,除了表明被告占据控制地位之外,原告必须证明被告在被控制人的欺诈行为中具有某种重要意义,被告是可归责的参与者。此时原告的证明责任加重,不仅需要具有控制性职权或者类似状态,还需要证明该主体在特定交易行为的控制力。潜在控制标准,要求原告首先应当证明被告实际参与(包括行使控制权)公司的日常业务经营,然后证明被告具有控制某个具体交易或活动的权力,无须证明控制人是否实际行使了控制权。原告的举证负担介于法定控制理论和可归责参与原则之间。

除了前述司法判例所确定的原告的证明责任,为了减轻原告的举证负担,美国纽约证券交易所交易规则部分地实行举证责任倒置,将证明责任赋予了一些个人,规定:“下列人员需要为证明自己不是控制人提供证据:(1)拥有表决权股份 25% 以上;(2)被允许获取 25% 以上的净收

益;(3)董事、普通合伙人、主要执行人员及其他处于相似地位执行相似职能的人,法院应采用类似框架约束股东对公司的控制。这是美国在举证责任分配上的立法选择,美国在确定实际控制人时公司、多数股东、董事会和执行人员因其所享有法权自然地成为关注的范围,其他享有组织框架内所必须的权力的人可以被认定为1933年《证券法》第15条、1934年《证券交易法》第20(a)条规定项下的控制人。”^[20]

(四) 中国借鉴:代结语

举证责任不仅是指对案件事实的证明责任,还包含在举证不能时不利后果承担。实际控制的法律事实可能需要综合数个事实予以证明,所以还涉及证明程度或者证明要求的问题,进而如何认定实际控制关系成为关键。事实表明,如果法律规则不明晰、实际控制的举证难度过大,将直接影响法律适用的效果。通过前面关于中国实际控制人司法适用不足的问题、控制权力的结构层次理论与证明责任内容之间的关系、不同控制理论所内含的举证责任分配规则的分析,可以得出结论:公司实际控制关系的举证责任规则应以公司控制理论为基础予以制度化。相关立法的完善可以在这两个方面延伸:第一,通过法律或者司法解释规定中国对于控制的认定标准,以控制力的权力结构为基础构建证明责任的规则,以利于司法适用的便捷与统一;第二,在立法层面对商事案件的实际控制关系的举证责任明确予以规定。具体可以参考美国的理论与规则,在公司法、证券法上确立实际控制的举证责任原则、举证责任倒置情形和认定实际控制的证明标准等,其中区分控制人类型、设定举证责任倒置规则的做法,对于减轻原告的举证责任具有重要的参考价值。

[20] Loftus C. Carson, *supra* note 18, at 270.