如果子公司董事会同意了母公司的 战略和计划并予以执行,但结果却致子

公司利益受损,或子公司少数股东、债 权人的利益受损, 子公司的董监高就有

可能面临少数股东提起的代位诉讼或债

权人提起的损害赔偿之诉。在此情况中,

为保证利益相关者的利益,促进企业集

团的健康发展,保证集团管控建立在合

乎法律的基础之上, 宜借鉴英美《公司

法》以完善我国《公司法》的相关规则。

子公司执行的战略和计划乃是母公司直 接或间接控制下的产物。为防止多数股

东进行内幕交易和自我交易, 子公司的

少数股东可针对母公司及其控制股东提

起"双重代位诉讼"(或称"双重衍生

诉讼"),子公司的债权人可针对母公

司及其控制股东提起"揭开法人面纱"

母公司要有效控制各子公司,准确

获取各子公司的信息,要实现这两个目

和"揭开法人第二层面纱"之诉。

4. 子公司董事的义务

国有企业集团管控的依法合规架构

■ 毕竟悦

企业集团具有规模经济效益及多元 化经营优势,发展跨地区、跨行业、跨 所有制和跨国经营的大型企业集团已 成为中央企业改革发展的方向。在深入 推进国企改革的背景下, 依法合规完善 中央企业集团管控机制具有特别重要 的意义。

集团管控的关键问题:母子公司关系

集团管控的关键是协调母子公司关 系。一般而言,母子公司关系主要存在 两个方面问题。

一是子公司的失控问题。母子公司 之间存在委托代理关系, 母公司不可能 事无巨细地控制子公司,由此产生了子 公司的道德风险。同时,由于信息不对 称,母公司的决策会受到子公司的影响, 从而导致资源错配和资源浪费。我国国 企集团的母子公司关系在这方面的弊端 更为突出。由于所有者缺位问题未能在 制度上得到根本解决, 所有权约束弱化, 道德风险更为严重。此外,国企人员长 期以来缺乏流动性,集团总部管理人员 与子公司管理人员之间存在盘根错节的 关系,任何涉及子公司利益的决策都面 临内部牵制。

二是母公司的越权问题。在我国, 缺乏职业经理人文化传统, 经理层对公 司的忠诚度不高,这加大了母公司的控 制难度, 因此我国许多央企集团更热衷 于加强对子公司的控制, 甚至代替其发 挥作用,以至于子公司的股东会、董事 会形同虚设。在母公司过于强势的情况 下,子公司可能丧失应有的独立性。母 公司的过度管控可能使得子公司法人治 理结构形同虚设, 进而影响少数股东、 债权人的利益。

在国企改革不断推进的背景下,央 企集团的母子公司关系又面临以下两方 面挑战。

一是"管资本"改革要求重塑母子 公司关系。许多央企集团存在总部管得 过多、管得过死的问题。在国资监管推 进"管资本"改革的背景下,相应地在 中央企业层面推进国有资本投资公司试 点改革,集团总部将只承担授权范围内 的国有资本投资责任,成为国有股权资 产的专业营运商。这就要求对央企集团 的母子公司关系进行重塑, 总部要更多 地放权。

二是混合所有制改革增加了母子公 司产权关系的复杂性。在既有法规和政 策的安排中, 国有企业集团的母子公司 关系以产权为主要纽带, 母公司作为子 公司的出资人对子公司行使权力。随着 混合所有制改革的推进, 央企集团的产 权关系和利益相关方都呈现多元化的特 征, 使得母子公司关系更加复杂。

集团管控依法合规问题症结:治理 边界与法人边界不一致

在《中华人民共和国公司法》中, 企业集团并没有清晰的法律定义。在 Walker V. Wimborne一案中, 澳大利 亚联邦最高法院将"企业集团"描述为 "一组通过共同持股或交叉持股等途径 而联系在一起的具有控股关系的公司的 总体"。企业集团虽然是一组企业的有 机联合体, 但各企业之间是相互独立的 法人。法律上的子公司应具有独立于其 股东的独立人格、独立财产和独立责任。 这是世界各国普遍遵循的法律准则。

但在公司治理实践中, 子公司在法 律上享有的独立性被不同程度地打了折 扣。在央企集团中,子公司的所有权结 构比较单一,资金全部或者部分来自母 公司,因而产生了母公司对子公司的剩 余价值索取权与控制权。

管理权源于产权, 因而母公司有权 管理子公司,这样一来母公司的治理边 界就扩大了。公司治理边界即对公司治



理范围的界定,包括公司权力、责任以 " 及治理活动的范围及程度。一般而言, 一个独立公司的治理边界和法人边界是

一致的。但随着企业集团的涌现, 出现 了公司的治理边界与法定权责不对称的 局面, 主要体现为处于支配地位的母公 司对子公司的控制权导致后者的公司治

实际上,在企业集团内部,无论是 母公司还是子公司,反映其真实权责关 系的结构都会与独立的企业有所不同, 从而不能用独立企业的治理边界来说明 企业集团的治理边界。在企业集团的治 理实践中, 母公司的治理边界往往大于 法人边界, 尤其是在央企集团中, 母公 司与子公司之间有一种类似于行政上下 级的关系。母公司的意志要反映在子公 司的行为中, 母公司意志延伸的范围即 构成了其治理边界。

然而,管理权很大程度上要受到法 律的制约,由于子公司具有独立法人的 法律身份,享有独立法人的一系列权责, 因此母公司的管控与子公司的独立法人 之间不可避免地存在冲突。随着公司与 各方面利益关系的复杂化, 所有者与公 司、母公司与子公司之间的关系变得更 加微妙,导致可能出现利用公司法人人 格和有限责任来欺诈债权人和背离其他 利益相关者利益的现象。

母公司某种程度上控制子公司是全 球公司治理的一种普遍现象。但国外企 业集团往往是倒三角结构, 上面是大的 上市公司,下面是一些封闭的子公司; 我国的央企集团往往是正三角形态,上 面是独资公司,下面有很多股权结构多 元化的子公司。在我国央企集团的结构 形态下, 母公司控制子公司更为强势。 集团管控的法律问题关键是协调母公司 的控制权与子公司的独立性, 保护子公 司利益相关者的利益。

依法合规强化集团管控机制

从公司治理角度而言,一方面,由 于企业集团的复杂性和信息不对称的广 泛存在,子公司的行为存在与母公司意 志相背离的可能, 所以企业集团治理机 制的首要任务就是要设计母公司对子公 司的有效控制机制。但在另一方面,强 势的母公司过度控制子公司,通过损害 子公司独立性来损害后者及其利益相关 者利益的问题也普遍存在。《人大法律 评论》(2004卷)中认为,"法律对 集团管控的规范目标主要有二: 一是维 持子公司的独立法律地位, 二是保护子 公司的少数股东和债权人利益不因母公 司的强势控制行为而遭不法损害"。

1. 以产权为纽带构建母公司的控制

母公司的控制权源于产权, 因而应 基于产权构建母公司的控制权。母公司 的控制权应围绕资本保值增值展开, 重

国外企业集团往往是倒三角结构,上面是大的上市公司,下面是 一些封闭的子公司; 我国的央企集团往往是正三角形态, 在我国央企集 团的结构形态下, 母公司控制子公司更为强势。集团管控的法律问题关 键是协调母公司的控制权与子公司的独立性,保护子公司利益相关者的 利益。

在战略性决策,而非经营性管理,突出 理、有效的权力配置。企业资源是母公 司对子公司进行控制的重要手段, 母公 司可以通过财务、人事、技术、销售渠 道、组织等途径来实现对子公司的控制。 母公司对子公司行使的权力主要包括: 投资决策权、对外筹资权、资金调度权、 收益分配权、人事管理权等。目前的主 要问题在于,有的母公司管了一些不该 管的事,控制了一些不该控制的权力, 抑制了子公司的积极性, 甚至损害了其 他利益主体的利益。关于母公司权力具 体如何行使, 应当纳入法治框架进行思

战略管控。母公司提出集团总体的 战略规划和计划,但在交付子公司执行 之前,必须先经过子公司的董事会甚至 股东会投票表决通过,这是公司法的基 本要求。子公司的战略发展方案由子公 司董事会负责调研、分析和研究,上报 母公司审批。

人事控制。母公司对子公司的管控 应主要通过控股权来实现, 其中最为重 要的是人事控制。母公司通过控股权取 得对子公司股东会决议的重大影响,通 过控制股东会取得对子公司董事会席位 和董事长职位的控制,以及取得对总经 理和公司主要经营管理人员的提名推荐 权,这样也就控制了子公司事务的决策 权与执行权,保证子公司的发展方向和 目标定位符合央企整体发展战略与发展 目标。母公司对子公司的人事控制主要 包括两个层面,一是母公司向子公司派 出股东代表, 二是母公司向子公司提出 董事、监事、高级管理人员的人选。

财务控制。财务控制也是母公司控 制权的一种重要运用方式。控制范围包 括财务目标、财务制度、财务人员和财 务信息,控制重点在财务指标和数据上, 关注焦点是国有资本的投资回报率。子 公司的财务管理、预算、对外融资等由 母公司财务公司统一管理; 子公司利润 分配方案由子公司负责拟定,上报母公

司审批。

2. 母公司的股权行使

董事会中心主义已成为当今世界公 司治理的潮流,公司权力的重心逐渐转 移至董事会。在国有企业"管资本"改 革的背景下,要使央企集团发挥"管资 本"的作用,就要建立以强大董事会为 核心的公司治理结构。央企集团母公司 董事会职权主要包括制定集团战略,任 免、考核评价经理层并确定经理层薪酬。 子公司董事会成员由子公司股东大会选 聘,母公司派出董事。子公司董事会按 照公司法的相关规定履行职权。

董事会是子公司最重要的治理机 构,母子公司之间的权力配置集中反映 在子公司的董事会结构上。依照《中华 人民共和国公司法》的规定, 母公司作 为控股股东提名董事人选,董事的任职 要经子公司股东会的表决。对于全资子 公司,子公司董事会成员乃至高层经理 人员完全由母公司委派。对于绝对控股 公司,子公司董事会成员的选举程序往 往是走过场,董事及高层经理人员几乎 都由母公司决定。对于相对控股子公司, 母公司凭借自己的股权也在很大程度上 控制着子公司董事会的成员组成。

此外,我国可以借鉴国外经验,通 过引入"特别股",赋予国有股东对重 大事项的一票否决权。如英国政府在电 信公司治理改革过程中,依据《英国电 信法》中的"金股"条款,规定英国政 府掌握1英镑的金股,拥有否认其他股 东决议的权力。

3. 母公司的法律责任

在央企集团中,子公司一元或类一 元的产权结构使得唯一股东滥用公司人 格的行为在公司内部很少受到有效抵 制。从企业集团治理的结构分析,母公 司的治理边界超越了法人边界,因而子 公司不应该以法人边界(有限责任和独 立人格)为绝对的保护伞。因母公司行 使控制权而致子公司受损时, 子公司的 少数股东、债权人等利益相关主体对母 公司应享有财产索取权。

的的最有效手段便是委派董事,透过委 派董事以直接行使子公司的经营管理 权。委派董事在法律上是子公司的董事, 必须遵守对子公司的法律义务。由此产 生的问题是,委派董事作为子公司董事 对子公司的受托义务与对母公司委派者 的受托义务之间的冲突。此外还存在母 公司董事又被母公司委派为子公司董事 的情况。此种董事被称为联锁董事,在 联锁董事身上更易发生利益冲突。

董事义务主要包括勤勉义务和忠实 义务。子公司董事勤勉义务的争议不 大,关键问题在于忠实义务。基于独立 公司而设计的董事忠实义务以约束和 规制董事从公司或公司事务中获取自 身利益为主要出发点。在企业集团中, 董事忠实义务的规制重点应在于防止 董事从事有损子公司、利于母公司或其 他第三方的行为,关键的制度设计是控 制利益输送。

在全资子公司的情形下,子公司董 事的义务是以子公司的利益为行事,这 本身亦等同于母公司的利益。在联锁董 事的情况下,子公司董事也必须以母公 司的利益为行事;母公司董事则仅以母 公司的利益为行事。在控股子公司的情 况下,作为联锁董事的母公司董事以子 公司董事身份表决时不能仅以母公司的 利益为行事,应在多大程度上必须以母 公司的利益为行事值得探讨。在英美《公 司法》中,控股子公司的董事不得接受 母公司的指示。尽管如此, 控股子公司 的董事在行使自主决定权时仍可能考虑 照顾母公司的利益,完全禁止派出董事 考虑其委派者的利益是不切实际的。因 此,只要子公司董事尽到了勤勉义务, 且无法证明其故意违背子公司利益,即 可认为合理。另外, 如果兼任母公司与 子公司董事的人损害了子公司利益,不 应该将该行为视为仅与子公司有关,利 益相关方可以同时向母公司和子公司主 张权利。E

(作者系国家能源集团技术经济研 究院正高级经济师、法学与管理学交叉 学科博士;文章来源:国企混改研究)