



## 股东协议暗箱治理的公司法回应

### 前沿话题

□ 汪青松 (西南政法大学民商法学院教授)

现代公司法致力于确保所有公司都采取一种公开透明的明箱治理。但在市场实践中,封闭性公司、风投投资的创业型公司乃至上市公司,舍公司章程而借股东协议来建构公司治理私序的情形比比皆是,由此形成了一种缺乏透明性的暗箱治理,在很大程度上消解了公司法的固有结构,牺牲了公司法的重要价值,模糊了交易法与组织法的功能边界。

#### 股东协议对治理私序的广泛影响

##### (一) 股东协议的形态与类型化

股东协议是由公司的部分股东或全体股东之间或者股东与公司之间签订的,涉及股东间的权利义务安排或者公司治理权力配置的合同。可以通过两个维度来对股东协议进行类型化:第一个维度是根据协议主体所涉及股东的范围,据此区分为部分股东协议与全体股东协议;第二个维度是根据协议主体之间的关系,据此区分为股东之间的协议和股东与公司之间的协议,也可称之为“横向股东协议”与“纵向股东协议”。

##### (二) 股东协议在公司治理实践中的应用

股东协议在封闭性公司、小型家族企业中的使用历史久远,沿着域外司法诉讼的记录至少可以追溯到一百多年前。随着风投等专业的机构投资者日渐兴起,股东协议也在达到了一定发展规

模的创业型公司的治理中广泛应用,即使在上市公司中,股东协议依然大量存在并发挥着定制治理私序的功能。

##### (三) 股东协议影响公司治理结构的方式

股东协议既有相对性,也有涉他性,其不仅影响非协议股东的权利,而且影响公司董事、非股东利益相关者的权利。股东协议的具体形式与内容千差万别,但其对公司治理结构的影响方式可以概括为以下两种:第一,通过股东协议实现所有权与股东权的分离;第二,通过股东协议实现表决权与控制权的分离。

#### 股东协议暗箱治理的弊端分析

##### (一) 消解公司法固有的结构性

与合同法调整相对性关系的立法宗旨不同,公司法的宗旨是引导和规范法律实体的建构,要赋予企业组织以对世性的独立人格,因而是高度结构化和标准化的。公司法对通过公司章程的治理私序建构的限制是其维持自身结构性和固有价值所必需,借助股东协议将治理的私序定制扩展到这些限制之外,会极大地消解公司法的结构性和标准化,导致公司内部权力分配和权责关系的失衡。

##### (二) 加剧治理机制的不透明性

当特定主体通过股东协议来处理通常应在公司章程中解决的股东权利或者治理问题时,或者当股东协议修改公司章程和相关投票权所产生的权力状态时,就会进一步加剧原本即已存在的不透明性,行使这些权利的协议承诺成为暗箱治理的工具。

##### (三) 影响公司及其相关者的利益

股东协议加剧了股东之间的不平等,特别是当它们被用来赋予大股东特权或者限制中小股东的权利时,会带来利益严重失衡的特别风险。从权利救济的角度看,由于并非每位股东都是股东协议的签字人,如果股东协议仅受合同法约束,则只有该协议的签署方能够依据该协议作为请求权基础,非签署方请求法院强制执行股东协议的要求则可能会被法院以主体不适格的理由驳回。

##### (四) 造成协议效力的不确定性

从司法救济的角度看,股东协议的法律效力及其可执行性也受到诸多因素的影响。首先,股东协议的形式要件,如书面与否、签名的完备性与真实性如何。其次,股东协议中的具体治理条款差异很大,造成了解释上的不确定性。再次,股东协议是否符合公司法的基本原则和强制性规范。最后,股东协议是否符合公司法的基本原则和强制性规范。

#### 治理型股东协议的公司法规制

##### (一) 治理型股东协议的识别标准

判断治理型股东协议的基本标准可以从外观和效果两个方面进行。外观方面可以细分为两个维度:第一个是主体维度,也就是说协议的各方或者至少一方是公司的股东或者通过该协议成为公司股东,并且其是以这一身份来进行缔约的,鉴于实践中间接控制情形的大量存在,此处的股东也应该涵盖实际控制人;第二个维度是协议的目的,即订立协议的目的不单单是处置股东个人的私权,更重要的是意在通过这样一个协议的安排

去影响甚至改变公司治理结构的运作模式,而且这种改变通常是无法通过公司章程或者公司法的规定实现的。效果方面侧重于观察协议是否在达成两种效果:一是股权的所有权与表决权分离;二是股东表决权与控制权分离。

##### (二) 治理型股东协议在公司法上的效力要件

治理型股东协议效力的内容性条件主要是指内容合法性要求,即治理型股东协议应当不违反法律法规的强制性规则,特别是公司法的强制性规定与基本原则,也不应当违反公司章程的明确规定。治理型股东协议效力的程式性条件主要包括:一是合意性要求,即治理型股东协议经由全体股东一致同意,或者作为公司章程的特别条款经符合法定比例的表决权决议通过。二是形式性要求,即治理型股东协议必须采取书面形式,由全体股东在上面签章确认。三是期限性要求,即治理型股东协议应当载明特别治理安排的有效期限。四是公开性要求,即治理型股东协议应当置备于公司和登记机关可供查询,涉及上市公司的此类协议应当作为重大事项予以公告。

##### (三) 治理型股东协议引发的特别义务与责任

新一轮公司法修订力图通过对控股股东、实际控制人施加连带责任的方式对其行为加强约束,这在某种程度上或许可以视为是对因控制而引发义务和责任问题的间接肯定。但关于控股股东、实际控制人的认定标准依然存在不足,也没有对因协议而可能形成的共同控制给予充分关注。这些都有待进一步完善,以便为治理型股东协议各方承担信义义务提供更加明确的法律依据。

(原文刊载于《中国法学》2023年第5期)

### 观点新解

## 商浩文谈境外追逃劝返——是具有国家意志的执法和司法活动



北京师范大学法学院商浩文在《法学评论》2023年第5期上发表题为《境外追逃中劝返措施的法治化建构》的文章中指出:

近年来,我国针对个案综合利用引渡、劝返、移民遣返、异地追诉等追逃措施开展国际合作,持续凝聚境外追逃追赃强大合力,取得了较为明显的成效。其中,作为具有中国特色的劝返措施,由于避开了外逃人员藏匿地复杂的法律程序和冗长的司法合作流程,节约执法和司法资源,已成为我国境外追逃中适用频率最高、成效显著的措施。劝返,一般是指通过沟通、谈判、心理疏导等非强制的方式使外逃人员自愿从外逃地回国,接受追诉、审判或执行刑罚。劝返的核心方法在于“劝”,目的在于“返”。由于该种措施具有灵活性和便捷性,因而在实践中被广泛使用。但是,劝返措施在法律中缺乏明确规定,实践中的相关法律问题也亟待规范化。

在境外追逃追赃的新形势下,不宜将劝返措施界定为引渡的替代措施,而应将其作为独立的境外追逃措施,劝返措施的适用具有独立性;劝返具有国家意志性,对于劝返措施宜将其界定为国家为实现对境外追逃人员进行追诉的执法和司法活动。

劝返是具有国家意志的执法和司法活动,劝返的目的在于国家对外逃人员行使追诉职能。因此,劝返的主体只能是具有追逃职责的执法和司法机关,其他机关或个人可以成为劝返主体的协助人;宜将劝返的对象限定为中国公民在中国境内实施犯罪后潜逃至他国的刑事外逃人员。劝返主要是劝返机关和外逃人员进行有关的刑事量刑的协商,涉及刑事法律的具体运用以及其他刑事政策的兑现,其中最为重要的内容是量刑的承诺。劝返中的量刑承诺应当是量刑情节的认定,不宜就具体的刑罚幅度进行确定。劝返作为一种有效的境外追逃模式,无论是国内立法的规定,还是具体开展劝返活动,都应致力求法治化。

境外追逃适用劝返措施过程中,主要涉及的法律问题是劝返中的量刑承诺和自首的认定,这些问题是实践中争议较大的问题,直接关系到劝返措施的规范化程度,需要予以明确。量刑承诺是国家机关向外逃人员作出的从宽处罚承诺。量刑承诺的主体是最高人民法院。外逃人员经劝返回国后,有关司法机关在司法程序中应当遵守承诺内容,这样才会形成境外追逃的良性循环机制,促进劝返工作持续化、规范化的发展。根据我国刑法的规定,犯罪分子犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行,可认定为自首。自首的成立应该同时具备主客观两方面的条件:主观方面要求犯罪人必须有悔罪的诚意;客观方面要求行为人必须自动投案并且如实供述自己的罪行。经劝返回国的外逃人员的首肯认定应结合投案的阶段判断。

## 洪刚谈数字平台犯罪治理责任——应以用户权利保障作为核心要素



南京师范大学法学院洪刚在《法律适用》2023年第10期上发表题为《数字平台犯罪治理责任的检视与完善》的文章中指出:

数字平台是犯罪治理的重要主体,对于网络犯罪治理具有重大意义。数字平台承担着部分犯罪治理责任,其具有正当性与必要性,但也可能使得公权力与私人权利之间的界限问题变得复杂,在一定程度上会对平台用户的权利造成损害。因此,需要厘清数字平台犯罪治理责任的基本内涵,遵循适当犯罪治理界限,使“公私合作”成为一种长效的犯罪治理模式和机制。

数字平台的犯罪治理权力、责任性质以及协助义务,相较于公权力机关均处于辅助地位,而非主导性权力。数字平台的主要职责是作为经济社会发展的主体,为平台用户提供服务,满足他们的使用需求,以此来维系生存和发展的基础,保持在市场经济中的竞争力。然而,数字平台在履行协助义务时,可能会对用户的隐私权和个人信息利益产生损害,会导致用户对该平台的信任度不断降低,造成平台用户出现大量流失。由此,数字平台的经济利益面临下滑,市场竞争力降低,直至无法维持自身的运营。因此,数字平台犯罪治理责任不能忽视用户利益,而是应以用户权利保障作为核心要素。

数字平台参与犯罪治理是一把“双刃剑”,需要将其纳入良法善治的轨道上,保障用户利益。不论是平台权力的滥用,还是对数字平台赋予过高的责任要求,都可能会导致数字平台犯罪治理机制异化甚至夭折。因此,应保障平台用户的合法权益,明确数字平台犯罪治理责任的具体机制,构建犯罪治理新格局。首先,建立数字平台的法律规范与行业标准。为了能更好地发挥平台治理效能且形成有序的自律平台生态,需要在平台建设时就遵循技术逻辑与法治逻辑并重。其次,优化数字平台的监管责任。数字平台在日常的经营活动中,需要承担对用户的基本监管义务,以实现与信息网络犯罪的惩治和预防。日常监管责任的承担需要遵循比例原则。再次,健全平台信息层级保护的协助义务。最后,确立数字平台的跟踪矫正义务。

(赵珊珊 整理)

## 准确认定“职业打假人”主体身份 建立惩罚性赔偿分级适用制度

### 前沿观点

□ 王哲

我国惩罚性赔偿制度初见於1993年消费者权益保护法第四十九条,其中规定了商品或服务欺诈的“双倍赔偿”规则,而这条“退一赔一”的规定很快造就了一大批“职业打假人”,催生了“职业打假”现象。2013年修订的消费者权益保护法提高了惩罚性赔偿额度,打假者数量更是随之激增且显现出职业化等趋势。“职业打假人”的出现,对于增强消费者的权利意识,鼓励百姓运用惩罚性赔偿机制打假,打击经营者的违法侵权行为产生了一定积极作用。但随着“职业打假人”数量的激增,其“牟利性”和“无序性”的特点也带来了扰乱营商环境、占用司法资源等诸多负面影响。同时,各地法院对于此类案件的判决也不尽相同,究其根本是对“职业打假人”能否作为消费者、“职业打假人”能否适用惩罚性赔偿制度等问题认识的不同。因此,要解决上述问题,应准确认定“职业打假人”主体身份,规范“职业打假人”适用惩罚性赔偿制度,建立惩罚性赔偿分级适用制度。

首先,对于“职业打假人”是否属于消费者,笔者认为应对消费者的含义进行综合考量,根据其购买、使用商品或者接受服务的目的是为了生活

所需,还是为了再次交易而进行判断,不应仅因“职业打假人”带有牟利的目的,就否定其消费者身份。根据消费者权益保护法中的规定“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护”。由此可以看出,只要是为了生活消费需要购买、使用商品就属于消费者,就受消费者权益保护法的保护。生活消费,是指人们为满足物质、文化需要而进行的各种消耗过程,与相对应的概念是为生产消费而进行的活动,如企业采购原材料等。由此可知,判断某主体是否为消费者应以其购买商品或接受服务的目的为核心进行判断,如果购买者是为了再次交易进行购买则不属于“消费者”。此外,在本法修改的过程中,有人建议将知假买假后进行索赔的“职业打假人”,排除适用本法。还有的人建议明确规定,“以营利为目的”或者“以职业打假为目的”的行为,不属于“为生活消费需要”的范围。最终此类建议并没有采纳,由此可以看出立法者在修订本法时并未否定“职业打假人”的消费者身份。

其次,“职业打假人”的出现符合消费领域设立惩罚性赔偿制度的目的。修改前的消费者权益保护法第四十九条规定的惩罚性赔偿制度确认了消费者的维权收益,极大地调动了广大消费者与奸诈经营者展开法律斗争的积极性,培育了一大批王海式的聪明消费者,一些地方人民法院根据这一规定也作出了一些涉及惩罚性赔偿的判决。

但是,这一规定对消费者的利益激励仍有局限,对商业欺诈行为的制裁力度仍显不足。为了加强对消费者合法权益的保护,打击和惩罚经营者的恶意欺诈行为,这次修改消费者权益保护法的过程中,各方面普遍呼吁进一步强化惩罚性赔偿制度,提高惩罚性赔偿数额,加大对欺诈行为的惩罚力度。由此可以看出,消费者权益保护法设立惩罚性赔偿制度之初的主要目的与功能就是为了惩治不法商家,增加不法商家的违法成本,通过利益激励的手段调动消费者与奸诈的商家展开法律斗争的积极性,激励消费者通过诉讼等方式维权,以弥补由于公共资源的有限性,导致的公共执法不足等问题。此外,如果某一违法行为被追诉的概率和违法成本都比较高,则容易形成负面激励,难以有效遏制该领域违法行为。基于此,对于严格在法律范围内进行打假维权的“职业打假人”,有必要予以支持,支持这群特殊的“消费者”进行维权,以形成共建共治共享的消费领域治理格局,不能仅仅因为他们“知假买假”或带有“牟利”的目的,就对他们的正当索赔予以驳回。

最后,虽然“职业打假人”属于消费者,其存在也符合惩罚性赔偿设立的目的,但应规范“职业打假人”适用惩罚性赔偿制度,建立惩罚性赔偿分级适用制度,逐步压缩“职业打假人”的牟利空间,在充分发挥“职业打假人”积极作用的同时,最大化地消除“职业打假人”带来的负面影响,实现消费

者权益保护和优化营商环境之间的动态平衡。目前,我国消费者权益保护领域中的惩罚性赔偿金是以倍率方式方法计算,即在既有赔偿中选择适当的“基数”,与法定范围内的固定“倍数”相乘得出惩罚性赔偿的具体数额。笔者认为,由于消费者权益保护领域中的惩罚性赔偿的“基数”是固定“倍数”,此部分并没有自由裁量的空间,因此可以将惩罚性赔偿金额“基数”按照一般消费和特殊消费进行分级计算。具体来说,即对于食品、药品等影响消费者健康和生命安全的特殊消费领域,人民法院应坚持将保护食品药品安全作为处理食品药品安全纠纷的首要价值取向,不论原告是否为“职业打假人”都应本着加强赔偿力度的原则,以实际支付价款或损失为基数对原告或经营者进行惩罚性赔偿,以满足人民群众对美好生活的需要;而在普通消费领域,法院则应该加强能动司法,对“职业打假人”的牟利性行为审慎适用惩罚性赔偿制度,仅以普通人认定的实际生活消费需求为“基数”计算惩罚性赔偿金额,从而缩小“职业打假人”的牟利空间,同时防止部分生产者“小过重罚”现象发生。此外,针对食品药品等特殊消费领域中的小额商品连续购买诉请惩罚性赔偿案件或者小额商品重复诉请惩罚性赔偿案件,对于“职业打假人”的多次购买行为虽应适用惩罚性赔偿,但应以其购买的所有商品价款总额作为惩罚性赔偿的计算“基数”。

## 网络犯罪对策的法理学视角

### 前沿关注

□ 朱芮婷

一是法理学倡导的责任和义务原则在网络犯罪对策中的应用。法理学中强调每个社会成员都应承担起相应的责任和义务,这在网络犯罪防治中尤为重要。政府作为法律的制定者和执行者,应当制定明确、严格而合理的网络犯罪相关法律,并确保其有效执行。例如,政府可以通过立法明确网络犯罪的定义,设定相应的法律责任,建立健全网络犯罪的监测和报告系统。此外,政府还应通过公共宣传等方式提高社会对网络犯罪的认识。对于企业而言,特别是那些处理大量用户数据的互联网公司,它们应负有保护用户数据的重要责任,防止数据泄露或被非法利用。这包括加强内部数据管理制度,提升网络安全防护水平以及在发现网络犯罪时及时通报相关执法机关。对于个人用户来说,增强自身的网络安全意识和自我保护能力也非常关键。这包括学习识别各种网络诈骗手段,使用复杂的密码和双重验证等安全措施以及定期更新自己的网络安全知识。

二是法理学中的比例原则在网络犯罪对策中的应用。法理学认为,法律的制定和执行应当

遵循比例原则,即法律的力量和范围应当与其旨在解决的问题的严重性相匹配。在网络犯罪对策中,这意味着法律和政策的制定既要严厉打击犯罪,又不至于过度限制网络自由或侵犯公民合法的隐私权。例如,对于一些轻微的网络不当行为,可以采用更为温和的教育和警告手段;而对于严重的网络犯罪,则需要采用更为严厉的法律手段。此外,比例原则也要求在执法过程中应避免滥用权力或不当扩大执法范围。这要求执法机关在追查网络犯罪时,严格遵守法律程序,保护无辜公民不受不正当的侵扰或调查。

三是法理学支持的预防和教育原则在网络犯罪对策中的应用。除了法律手段外,法理学还强调通过教育和预防来减少犯罪的发生。在网络犯罪领域,这意味着需要通过公共教育提高社会对网络犯罪的认识。例如,政府和教育机构可以合作开展网络安全教育项目,教授公民如何识别和防范网络诈骗、网络欺凌等常见网络犯罪。同时,还可以通过媒体和网络平台普及网络安全知识,提醒公众注意保护个人信息。此外,鼓励企业和组织采取主动防御措施也是预防网络犯罪的重要方面。这包括鼓励企业开发更为安全的网络技术和产品以及培训员工识别和应对网络安全威胁。通过这些教育和预防措施,可以有效降低网络犯罪发生的频率和严重性。

#### 知识产权在网络环境中的法理学保护

一是强调创新激励与保护平衡。法理学提倡在知识产权法律中寻找创新激励与原性保护之间的平衡点。这意味着法律应该既鼓励创新活动,例如通过合理的版权期限和专利保护,又保障公众对知识和文化资源的合理访问,例如通过公平使用原则和版权例外规定。

二是注重知识产权法律的适应性和灵活性。在不断变化的数字时代,知识产权法律必须具备适应新兴技术和市场需求变化的能力。这包括对新兴领域如网络出版、软件和数字媒体的版权保护以及对网络盗版和数字复制技术等新挑战的及时应对。

三是维护知识产权法律的技术中立性。法理学强调,知识产权法律应保持对不同技术手段的中立态度,即保护的重点应放在创新成果本身,而非特定的技术形式或媒介。这有助于避免法律偏袒某一技术,同时确保法律能够应对技术进步带来的各种挑战。

#### 新兴技术与法律调和的法理学指导

一是法理学强调法律与技术的协同发展。在面对人工智能、区块链、物联网等新兴技术的快速