

虞政平 著

# 公司法

## 案例教学

下

COMPANY CASE LAW

人民法院出版社



政平同志有着深厚的公司法理论功底，并长期以审判专家的视角从事公司法的理论研究，其关于公司法理论研究的著作已经十分丰厚，这本《公司法案例教学》更是其十余年来公司法研究最为重要的成果，凝结了其无数的心血、汗水及聪明才智。这本著作囊括改革开放三十余年来司法实践遇到过的各类主要公司诉讼法律问题，纵横国内外、旁征博引，跨越历史与现代、游刃有余，足以让人学以解惑、学以明理、学以致用。可以肯定地说，这是一本公司法案例教学的典范教材，是一本公司法理论与实践运用相结合的最佳读本，是值得广大法官、律师、法律院校师生、公司企业高管与法律顾问等研习参考的力作好书。

—— 最高人民法院常务副院长 沈德咏

由政平博士编著的《公司法案例教学》一书，可谓近些年来案例教学的典范教材。书中选编案例全部来自近些年的司法实践，具有鲜明的实践特性，每一案例更是具有很强的针对性、典型性、代表性，书中提示的问题几乎涵盖到全部公司法知识要点，反映了公司法实践运用中可能遇到的多角度、多方面主要问题，书中所作的理论分析与演绎更是深入浅出、通俗易懂，既讲解现行公司法精神又不受现行规范之所限，既分析理论、历史与社会背景又比较介绍国外相关制度规范，足以让人触类旁通、融会贯通、学以致用。可以说，《公司法案例教学》为我国各门法律学科案例教学提供了十分难得的编写参考模式，是我国法学领域案例教学十分难得的参考教材。

—— 中国政法大学终身教授 江平

ISBN 978-7-5109-0449-3



9 787510 904493 >

定价：198.00元(上、下册)

虞政平 著

# 公司法

## 案例教学

下

COMPANY CASE LAW

人民法院出版社

PDG

# 目 录

## CONTENTS

### 上 册

#### 一、公司设立与公司权能

1. 公司设立协议之法律效力 ..... (2)
2. 公司设立过程中发起人为设立公司对外所签合同之责任 ..... (8)
3. 公司设立过程中发起人发起行为之认定与判断 ..... (19)
4. 法院是否享有变更公司章程条款之权力 ..... (27)
5. 公司章程关于公章使用约束条款之约束力 ..... (34)
6. 公司名称商号权之法律维护 ..... (47)
7. 工商行政部门是否享有变更企业名称之权力 ..... (54)
8. 公司网络域名争执案件之处理 ..... (61)
9. 公司名誉权之法律维护 ..... (70)
10. 公司财产权之法律维护 ..... (76)

11. 公司经营权之法律维护 .....	(82)
12. 公司经营范围对合同效力之影响 .....	(90)
13. 诉请归还被侵占之公司印鉴与证照 .....	(100)
14. 股东诉公司董事会违反转投资比例之限制规定 .....	(110)
15. 公司可否为其股东之对外债务提供担保 .....	(119)
16. 公司之间垫借资金协议之法律效力 .....	(133)
17. 以对方公司出资瑕疵为由主张解除双方合同 .....	(140)
18. 公司法定代表人越权行为之对外效力 .....	(146)
19. 公司应否承担法定代表人犯罪行为引发之民事责任 .....	(155)
20. 公司应尽之社会责任 .....	(166)

## 二、公司人格与揭开面纱

21. 企业法人资格之认定标准 .....	(178)
22. 夫妻公司人格之法律认定 .....	(197)
23. 戴红帽子企业产权界定之法律标准 .....	(203)
24. 处理企业产权归属之司法考量 .....	(214)
25. 公司与独资企业之法律区分 .....	(228)
26. 分公司之间纠纷之法律性质 .....	(238)
27. 挂靠纠纷案件之处理 .....	(245)
28. 究竟是隶属分公司还是挂靠经营关系 .....	(254)

29. 承包合同纠纷案件之处理 ..... (269)
30. 股东意思与公司意思之法律区分 ..... (276)
31. 揭穿公司面纱之一般理解与把握 ..... (282)
32. 是否应当逆向揭穿公司人格之面纱 ..... (305)

### 三、公司资本与股票

33. 公司诉股东补足出资 ..... (320)
34. 股东诉公司退还多缴的资本 ..... (327)
35. 股东诉股东履行出资责任 ..... (333)
36. 新老股东之连带出资补足责任 ..... (341)
37. 债权人诉股东补足出资之程序要求 ..... (349)
38. 增资不实股东对公司旧债应否承担责任 ..... (359)
39. 公司注册资本是否到位之法律认定 ..... (367)
40. 抽逃资本之法律认定 ..... (374)
41. 帮助他人虚假验资的责任 ..... (383)
42. 虚假验资责任之时间界限及继受承担 ..... (390)
43. 会计事务所验资责任时间点之法律把握 ..... (399)
44. 出具不实资金证明之金融机构应否承担民事责任 ..... (416)
45. 追加出资人、验资机构为第三人之程序要求 ..... (423)
46. 资产评估结果可否作为入资到位与否之衡量标准 ..... (429)

47. 有限责任公司未能设立时之入资款处理 ..... (437)
48. 公司形态转换过程中之发起人责任 ..... (443)
49. 认股人诉发起人退还认股资金 ..... (452)
50. 股东诉请公司退还股金 ..... (460)
51. 投资总额超过注册资本部分资金之法律性质 ..... (473)
52. 股东之间代垫出资之法律性质与认定 ..... (479)
53. 公司为股东之入资提供担保 ..... (484)
54. 以入股为名之有偿集资 ..... (490)
55. 挂名股东请求返还投资款项 ..... (495)
56. 隐名投资可否退还 ..... (503)
57. 区分企业合法投资行为与转移财产逃废债务之界限 ..... (509)
58. 股权出资与抽逃出资之区分 ..... (516)
59. 股权投资与借贷之法律区分 ..... (522)
60. 债转股现象及其法律效力 ..... (528)
61. 诉请确认债转股无效并追偿债权或入股资金 ..... (537)
62. 虚假增资情形下股东应否承担出资责任之考量 ..... (543)
63. 认股权证之法律性质 ..... (556)
64. 股票转让价格确定之原则 ..... (563)
65. 场外交易股票之法律效力 ..... (569)
66. 股票委托买卖是否造成损失之认定 ..... (575)
67. 婚前股票婚后增值部分是否属于夫妻共同财产 ..... (581)

68. 出资行为履行地对公司诉讼管辖之影响 .....	(585)
-----------------------------	-------

#### 四、股东资格与股东权利

69. 入股书能否作为股东资格之证明依据 .....	(592)
70. 工商登记是否实质影响股东资格之确认 .....	(603)
71. 可否以股东会决议之方式开除股东资格 .....	(623)
72. 隐名投资者可否诉请显名 .....	(632)
73. 股东大会决议等可否作为股权确认之依据 .....	(645)
74. 中外合资企业中隐名股东资格之确认 .....	(651)
75. 股东资格之继承 .....	(658)
76. 公司收益分配及股权继承与遗产继承之关系 .....	(665)
77. 股份合作制职工股东退休后其股东身份是否自然消灭 .....	(671)
78. 股东自立遗嘱转让公司财产与经营权之效力 .....	(676)
79. 股东知情权之行使方法 .....	(680)
80. 股东知情权应向谁主张行使 .....	(689)
81. 股东诉请法院指定检查人审计公司应否支持 .....	(693)
82. 未出资股东之股权行使应否受到限制 .....	(698)
83. 未出资股东是否享有知情权 .....	(705)
84. 隐名股东能否对外代表公司主张债权 .....	(709)
85. 股东可否诉请确认公司对外所签合同为无效 .....	(713)



86. 股东利益分配请求权之行使 ..... (721)
87. 股东获得盈余分配之现实条件及比例标准 ..... (728)
88. 可否依股东会批准之年度利润分配方案诉请给付利润 ..... (736)
89. 诉请分配利润是否应受诉讼时效之限制 ..... (741)
90. 股利分配权之转让 ..... (747)
91. 股东之间约定保底分红条款之法律效力 ..... (754)
92. 不得以非法出资主张利益分配请求权 ..... (760)
93. 隐名股东对公司剩余财产之分配权利 ..... (772)
94. 公司增资扩股情形下股东优先认购权之行使 ..... (776)
95. 股东代表诉讼权之行使 ..... (791)
96. 小股东联合诉请大股东承担损害公司之法律责任 ..... (796)

下 册

五、股权转让

97. 股权转让协议之法律形式 ..... (804)
98. 工商变更登记是否影响股权转让协议之法律效力 ..... (812)
99. 工商行政部门对股权变更登记审查之法律责任 ..... (821)
100. 未报经证监会批准是否对股权变更登记产生效力影响 ..... (830)

101. 能否以欺诈转让为由对抗已经完成之股权变更登记 ..... (841)
102. 以重大误解为由诉请撤销股权转让协议 ..... (850)
103. 股权转让无效之法律后果 ..... (857)
104. 有限责任公司股权转让之限制 ..... (864)
105. 国有股权转让是否获得审批之衡量标准 ..... (872)
106. 是否评估对国有股权转让效力之影响 ..... (894)
107. 中外合资企业股权转让之限制 ..... (901)
108. 发起人股权转让之限制 ..... (908)
109. 内部职工股转让之限制 ..... (915)
110. 公司章程有关股权转让限制条款之效力审查 ..... (921)
111. 空股股权转让引发之法律问题 ..... (929)
112. 引发一人公司后果之股权转让效力 ..... (937)
113. 显名人转让隐名股权所获溢价之处理 ..... (945)
114. 名义股东之间转让股权是否须要支付对价 ..... (954)
115. 冒名股权转让效力之审查 ..... (960)
116. 丈夫未经妻子同意私自转让名下股权可否被撤销 ..... (967)
117. 股权转让价格之确定方法 ..... (974)
118. 股东诉请公司回购股份 ..... (980)
119. 股权受让人对受让前公司债务之法律责任 ..... (988)
120. 公司职工退回职工股之效力认定 ..... (1000)
121. 农村股份合作制企业之股权可否遗赠 ..... (1006)

122. 股权拍卖成交与否之法律衡量 ..... (1012)
123. 有限责任公司股份质押合同效力之审查 ..... (1019)
124. 以股权转让为名收购项目公司土地协议之效力 ..... (1026)
125. 股权转让协议之履行地及其司法管辖 ..... (1041)

## 六、公司决议与高管职责

126. 股东诉股东主张公司股东会决议无效 ..... (1050)
127. 股东会多数票之计算方法 ..... (1056)
128. 资本多数决原则与股东会决议效力之关系 ..... (1062)
129. 关于处置公司重大资产之决议效力把握 ..... (1069)
130. 法人股东投票代理权之正确行使 ..... (1085)
131. 召集程序对董事会决议效力之影响 ..... (1094)
132. 股东会关于限缩自身职权之修改章程决议是否有效 ..... (1100)
133. 诉请召开临时股东会议之权利 ..... (1106)
134. 董事长因未能召集临时股东会而成为被告 ..... (1112)
135. 股东诉公司增补董事违法 ..... (1117)
136. 经理诉公司主张董事会决议无效 ..... (1126)
137. 累积投票制对董事选举效力之影响 ..... (1133)
138. 股东状告上市公司董事监事不履行法定职责 ..... (1141)
139. 公司对其董事行为之法律责任 ..... (1146)

140. 公司诉请董事赔偿损失 ..... (1155)
141. 董事长是否应对执行董事会决议造成之损失承担责任 ..... (1164)
142. 公司法定代表人免职生效时间之界定 ..... (1172)
143. 限制董事自我交易义务之衡量标准 ..... (1192)
144. 竞业禁止义务之法律界定 ..... (1201)
145. 经理报酬之支付标准 ..... (1209)
146. 执行董事是否享有解除总经理职务之权力 ..... (1214)
147. 上市公司虚假陈述案件之审理 ..... (1221)

## 七、公司并购

148. 公司形态转换与债务承继之法律认定 ..... (1230)
149. 新设合并公司对原有企业债务之法律责任 ..... (1237)
150. 企业兼并无效后原所承接之债务如何处理 ..... (1244)
151. 国企改制中遗漏之债权应如何处理 ..... (1251)
152. 企业出售之债权可否向改制后之股权受让人追偿 ..... (1257)
153. 诉请终止履行企业兼并协议 ..... (1267)
154. 股权协议收购之签署及其履行 ..... (1274)
155. 要约收购股权之法律效力确认 ..... (1283)
156. 公司分立行为和公司投资行为之法律区分 ..... (1290)
157. 公司分立过程中之违约之诉应以谁为诉讼当事人 ..... (1296)

158. 仲裁条款是否因公司合并而失去效力 ..... (1302)
159. 个人独资企业投资人变更后之债务承担 ..... (1308)

## 八、公司解散与清算

160. 股东以受压制为由诉请解散公司 ..... (1316)
161. 公司因僵局而解散之司法认定 ..... (1323)
162. 调解在公司解散诉讼中之价值 ..... (1329)
163. 吊销营业执照之法律效力 ..... (1334)
164. 不服行政解散公司之诉 ..... (1343)
165. 判决终止合作经营合同能否等同于解散合作企业 ..... (1351)
166. 未出资股东是否享有参与公司清算之权利 ..... (1356)
167. 公司吊销执照后股东可否请求法院指定成立清算组 ..... (1367)
168. 公司被撤销登记后股东可否诉请清算公司 ..... (1373)
169. 股东未尽清算义务之法律责任 ..... (1379)
170. 股东全部死亡时其继承人是否负有清算公司之责 ..... (1391)
171. 公司解散过程中股东剩余财产分配请求权之转让 ..... (1395)
172. 解散中之公司可否对外提供担保 ..... (1402)
173. 清算过程中回收债权之性质及其处理 ..... (1407)
174. 公司注销前约定债务由股东承担是否属于债务转移 ..... (1411)
175. 公司被注销后其原股东是否有权追讨公司遗留债权 ..... (1417)

176. 公司复活经营后之责任承担 .....	(1422)
-------------------------	--------

## 九、公司诉讼之执行

177. 以申请执行人设立瑕疵为由不履行裁判确认之债权 .....	(1428)
178. 可否以执行裁定逆向揭穿公司面纱 .....	(1435)
179. 能否执行被执行人隐名持有的全资子公司之财产 .....	(1443)
180. 被执行企业无财产可供执行能否追加开办单位责任 .....	(1449)
181. 追加执行被执行人享有到期债权的第三人之开办单位 .....	(1457)
182. 出资不实股东转让股权后应否追加受让人为被执行主体 .....	(1465)
183. 查封冻结执行股权是否仅以工商登记为依据 .....	(1471)
184. 公证质押股权与登记质押股权执行效力之比较 .....	(1479)
185. 涉外股权质押未经登记质押人是否有优先受偿权 .....	(1487)
186. 发起人持有之股份在限制转让期内可否被执行 .....	(1496)
187. 上市公司发起人股份质押及其红利抵债协议之效力 .....	(1502)
188. 强制执行股东股份以充抵其所欠公司债务 .....	(1510)
189. 公司未经清算被注销股东是否当然成为被执行主体 .....	(1518)
190. 公司经营权作为司法执行之标的物 .....	(1524)

## 十、公司中犯罪

191. 公司企业所有制对罪名成立与否之影响 .....	(1532)
------------------------------	--------

192. 工商变更登记日对其工作人员犯罪性质之影响 .....	(1538)
193. 如何认定国企改革中之国家工作人员 .....	(1543)
194. 虚报注册资本罪之法律认定 .....	(1551)
195. 抽逃出资罪之法律认定 .....	(1559)
196. 把国有公司资金借给他人注册登记如何定性 .....	(1569)
197. 利用职务便利侵占股东股权行为之定性 .....	(1576)
198. 公司法定代表人签发空头支票拖欠货款行为之定性 .....	(1583)
199. 故意销毁会计凭证罪之认定 .....	(1590)
200. 违规披露、不披露重要信息罪之认定 .....	(1595)
<b>参考文献资料</b> .....	(1601)
<b>后记</b> .....	(1611)



# 五

## 股权转让

股权自由转让制度，是现代公司制度最为成功的表现之一。正是凭着充分而有效的股权自由转让制度，新老投资者不断更替，资本市场不断拓展，公司运营所需资本源源不断地得到补充与供应，以资本为基础追求商业财富增长之现代市场经济才充满着活力。在现代市场经济运行中，股权转让最为经常地发生着，全球范围内股市之兴起与繁荣便是最有力之见证。在股市推动着股权频繁交易之同时，协议转让股权之交易也在大量地进行，由此引发之纠纷成为公司诉讼中最为常见之种类之一。股权转让协议无疑是各类协议交易之一种，对于其协议效力之审查当然首先应当按照契约法律制度进行衡量。然而，由于其协议交易之标的物——股权，不仅附着有财产利益，而且也附着有特定之身份利益，附着有特别之组织与团体利益，因此，对于此类交易协议之效力，还要进行公司法律制度之特别衡量。有时不得不顾及原有股东之权益而排斥看似并无不当的对外股权转让，有时甚至还要顾及国家企业之特殊利益或外资监管之特殊需要而要求特别之审批程序，有时更要顾及特定公司章程对于其公司股权转让之约束等。总之，尽管股权转让总体自由，但特别之限制依然必要。



产过户给原告，作价人民币42万余元，甲公司或董事会成员应配合原告办理房产过户手续；董事会同意将甲公司另一处房产以总价270余万元、首付95%的条件出售，卖房首期款中的人民币150万元支付给原告，余款付给被告；前述房产作价及出售款，作为被告张某支付给原告的部分股权转让款，其余股权转让款的支付由决议B调整。决议B约定：原告持有的甲公司20%的股权作价美元40万元或人民币330余万元；根据决议A，被告张某以房产作价及出售款实际支付的股权转让款为人民币192万余元，除此，被告张某还将其在美国A公司的全部股权以2.6万美元折合人民币21万余元折抵被告应付的股权转让款，数者相抵后，被告张某还应支付原告股权转让尾款人民币106万余元，从协议订立后第三日起12个月付清。同年12月5日，在原告未参加情况下，甲公司又召开了一次董事会，作出“关于2000年3月13日之A、B决议终止执行的决议。（以下简称12·5决议）”。“3·13”决议后，原告即离开甲公司，被告张某也向员工宣布了原告退股的消息，但双方一直未到有关部门办理股权变更手续。后因被告甲公司以及张某一直未依决议履行约定义务，故原告诉至法院，请求被告张某立即向原告支付股权转让款40万美元或相应折价的人民币330余万元，诉请被告甲公司连带清偿被告张某的这一债务。审理中，原告以两被告故意不到政府部门办理股权变更手续，人为制造诉讼障碍为由，增加一项诉讼请求为：判令两被告到政府有关部门办理因股东、股权变化所引起的一切法律手续。

原告认为：股权转让协议签订后，虽未到政府相关部门办理变更登记手续，但已经是依法成立的合同，具有法律约束力。现两被告未按协议向原告支付相应的股权转让款，已构成违约，应依约继续履行其支付股权转让款的法律义务。

两被告则辩称：甲公司确实作出过“3·13”董事会决议，并全体董事同意由被告张某承购原告20%的股权，但根据《中外合作经营企业法》的规定，公司股权的变更，光有董事会决议是不行的，必须经过审批机关的批准和登记机关进行变更登记；且由董事会决议的形式转让，也不符合法律的形式要求，根据《合同法》的规定，经济合同除即时清结的以外，应采取书面形式；决议后，原告与被告张某没有订立过转让的书面合同，更何况，这次董事会决议，还将属于甲公司的两处房产作价给原告以为被告张某支付股权转让款，此举如付诸实施，就会造成甲公司的注册资本减少，这也同样有悖法律规定；并且甲公司“12·5决议”，已经自行终止了“3·13决议”，因此，原告退股的事实前提或者说依据已不存在；故原告依据董事会“3·13决议”

主张支付股权转让款是违法的，其诉讼请求不能成立，况且，原告增加的诉讼请求与原来的诉求两个法律关系，应当分案起诉、分案审理。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：“3·13决议”不但议定了甲公司股东间转让股权的方案，还对受让方如何向出让方支付转让款等问题作出规定，“3·13决议”具有董事会决议和股权转让合同的双重属性。原告与被告张某在“3·13决议”上签字时，双方的股权转让合同即已成立。仅就合同的效力而言，该股权转让合同是双方当事人的真实意思表示，且该意思表示符合法律，应当认定具有法律效力。甲公司后来又形成“12·5决议”，欲以此决议否决“3·13决议”中的股权转让合同，但由于股权转让合同中的另一方当事人原告未参与“12·5决议”的议定，因此，“12·5决议”不能影响股权转让合同的效力。尽管原告与被告张某达成了以上股权转让合同，并且该股权转让行为已经得到被告甲公司董事会的同意，但依法还应报经审查批准机关批准，由于甲公司未按“3·13决议”申报股权变更手续，致股权至今不能转让，股权转让合同未能发生当事人预期的法律效果。但鉴于原告与被告张某之间订立股权转让合同的事实已查清，原告也已提出判令两被告办理股权转让手续的诉讼请求，依法可对该诉讼请求先行判决，至于原告关于支付股权转让款的诉讼请求，待先行判决生效后视审查批准机关的审批结果再行处理。据此先行判决：两被告应于本判决生效之日起10日内，就原告与被告张某之间的股权转让事宜，至审批机关办理相关股权变更手续。

先行判决后，双方均未上诉，并依判决也办理了股权变更手续，审批机关亦相应办理了甲公司股东变更登记。法院继续进行审理，继续审理过程中，被告张某辩称：“3·13决议”作出的基础，就在于以售房款折抵股权转让款，由于相关房屋的销售实际是由原告操作的，房屋未能售出，其责任在于原告，故不同意立刻以现金方式给原告付款。

法院认为：根据“3·13决议”，被告甲公司自愿以其所有的房屋抵顶被告张某欠原告的股权转让款，属于债的加入，甲公司应在本案中承担有限责任，即仅在用于抵债的房屋范围内承担债务清偿责任。法院还进一步确认“3·13决议”是被告甲公司的董事会为原告与被告张某之间的股权转让事宜达成的协议，各方当事人均应恪守。据此判决：一、被告张某应于判决生效之日起十日内，向原告支付股权转让款40万美元或人民币330余万元；二、对

于被告张某前款中的债务，被告甲公司以其各方约定的财产（即前两处房产）为限承担连带清偿责任。

## 【裁判解析】

股权转让一般以单纯的股权转让协议作为基本依据。但是，商业实践具有无限的创造力，市场主体往往根据商业需要创造出符合自身情形之交易形式，股权的交易也不例外。那么，股权转让协议方式之外的股权转让方式具有怎样的效力即成为法律工作者不得不面对的一个问题。本案就是一个以非以股权转让协议方式进行股权转让的典型案例。如要正确地认定本案股权转让的效力以及处理好相关主体的责任问题，必须把握好以问题。

**一、股权转让协议之种类划分。**不同类型的股权转让协议往往具有不同的表现形式，需要采取不同之行为方式，产生不同之效力。因此，划分股权转让协议之类型便具有十分重要之意义。根据不同之标准，可以对股权转让协议作如下不同之划分：

1. **持份转让与股份转让。**这是依据股权的不同表现形式为标准所作之划分。持份转让，即出资份额的转让，一般是指无限公司或有限责任公司股权的转让，在我国仅指有限责任公司出资份额的转让。股份转让主要是指股份有限公司股权的转让。依据股份载体的不同表现形式，它还可以进一步划分为一般股份转让与股票转让。一般股份转让是指非以股票为表现形式的股份转让，它具体包括已缴纳资本却并未出具股票的股份转让和虽经认购但仍未缴付股款因而还不能出具股票的股份转让。股票转让是指以股票为载体的股份有限公司股权的转让。由于股票具有有价证券的性质，因此，其转让一般也须遵循有价证券转让的基本规则。当然，电子时代的到来已对传统的股票交易带来了很大的冲击，法律工作者对此也应适当关注，探索电子时代股权交易之新形式。

2. **有偿股权转让与无偿股权转让。**这是依据受让人是否需要支付相应代价为标准所作的划分。股权转让虽然多以有偿转让的方式进行，但是股权作为一种重要的财产权，也不排除当事人对其进行无偿处分的可能。因此，在实践中应当注意，当股东对其股权已依赠与等无偿方式进行处分之后，法院便不能仅以股权转让未支付合理对价为由否定股权转让协议的效力。

3. **即时股权转让与预约股权转让。**这是以当事人是否意图立即实现股权转让之效果为标准所作的划分。即时股权转让是指，当事人意图并实际在股

股权转让协议生效时立即实现股权转让效果的股权转让协议。预约股权转让是指，当事人并不要求立即实现股权的转让效果，仅约定股权转让的相关事宜，待一定的条件成熟后再实现股权实际转让的股权转让协议。实践中，它一般是当事人为了规避法律或章程的特殊限制，而做出的一种股权安排。

4. 书面股权转让与非书面股权转让。这是以股权转让协议是否以书面形式为载体为标准所作的划分。有些国家要求股权转让必须采用书面形式，例如《法国商事公司法》第20条规定：“公司股份的转让应以书面形式予以确认。股份转让只有在履行上述手续并在商业和公司注册簿上进行公告后，才可对抗第三人。”<sup>①</sup>许多国家则对书面形式并无明确要求。

5. 公司参与之股权转让与非公司参与之股权转让。这是以公司是否参与股权转让为标准所作的划分。股东为股权的适格处分主体，因此，原则上公司无需参与股东处分其股权的股权转让协议。但是，公司参与股权转让也具有积极之意义。公司参与股权交易具有十分重要的证据意义与价值，它至少意味着公司已认可了相关股权交易，股东资格的名义更换亦已经获得公司实质上之同意与接纳。因而，实践中公司或是受当事人双方邀请，或是受股东委托代理处分股权，大量地参与股权交易，这对于保护股权交易双方利益，避免公司事后提出反对意见，十分必要。

**二、本案股权转让协议形式之认定与分析。**本案之争议焦点是案中是否存在可以约束各方之股权转让协议。法院认为，“3·13决议”具有董事会决议与股权转让合同双重属性。双方在“3·13决议”上签字时，股权转让合同即已成立。双方意思表示真实，符合法律规定，应当具有法律约束力。只是由于股权转让协议未经法定手续批准，股权转让合同未能发生当事人预期的法律效果。因此，对办理股权转让手续的诉讼请求先行判决，视审批结果决定对于支付股权转让款的诉讼请求是否支持。公司则因“债的加入”，而应承担自己承诺的责任。一般认为，应以法律对特定行为规定之标准去审查不同行为之效力，如法律对行为方式无特定要求，即不应当囿于意思表示之外在表现形式。本案认为案中存在股权转让协议，并无不当。只是法院对于未经批准之合同具有何种效力以及当事人有效申请审批义务之来源仍态度暧昧。

1. 本案存在股权转让协议。我国法律对有限责任公司股权转让之方式并

---

<sup>①</sup> 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社2005年版，第455-456页。

无明确规定，因此，股权转让协议应受《合同法》调整与规制。根据合同法一般原理，当事人双方意思表示一致时合同即成立。本案双方当事人明确约定“以甲公司董事会决议案的方式代替股权转让合同”，相当于双方已经达成了订立合同的合意，且合意约定合同的内容以甲公司董事会决议案的内容为准。“3·13决议”不仅由双方当事人直接参与，而且明确议定了股权转让之特定标的、具体数额、价款及其支付方式等内容。《合同法解释（二）》第1条的规定：“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”可见，当本案董事会决议达成，双方在董事会决议上签字时，股权转让协议即已成立。

本案提出的另外一个重要问题就是，“12·5决议”是否具有否定“3·13决议”形成之股权转让合同之效力。对此应当认为，股权转让协议一般应通过新的股权转让协议来变更，单纯的“12·5决议”并不具有否定通过“3·13决议”形成的股权转让合同之效力。“3·13决议”之所以可以成为股权转让的依据，是因为它包含了一个独立的股权转让协议。因此，除非新的董事会决议中也包含一个变更原股权转让协议的新协议，单纯的新董事会决议当然不能具有废止原董事会决议中股权转让内容之效力。否则，无异于允许公司越权处分他人权利。因而，案中“12·5决议”不具有否定“3·13决议”中股权转让内容之效力。

2. 本案股权转让协议之效力。学者一般认为，当事人双方意思合致时，合同即已成立，至于合同是否履行特定之形式则属于合同是否生效之问题。如有学者指出的，“如果当事人就契约条款达成合意，就应当认为契约已经成立，至于是否完成法律规定的特别方式，是契约生效的问题而非成立的问题。如果当事人约定以完成某种特别形式为成立要件，则是另外的事情。”<sup>①</sup>因而，本案被告提出的股权转让未采取书面形式，属于合同是否生效的问题。《合同法》第11条明确规定：“书面形式是指合同书、信件、数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形的表现所载内容的形式。”可见，书面形式的主要特点是“可以有形的表现所载内容”，它主要是与无有形载体的口头形式相对而言。本案以董事会决议为载体的股权转让协议，不仅可以有形的载体表现当事人双方约定的主要内容，而且还具有书面文字的外观，因而应当属于书面的股权转让协议。在此，还有必要指出的是，

<sup>①</sup> 李永军：《合同法（第二版）》，中国人民大学出版社2008年版，第75页。

虽然有国家对股权转让有书面形式的要求，甚至要求必须采用公证书的严格形式，但是，我国对此并无明确要求。因而，根据合同自由原则，在我国如无特别约定不应仅因欠缺书面形式而否定股权转让协议之效力。

3. 对于应经批准而未经批准之合同效力如何。学者之间认识不一，存在不同的处理模式。到目前为止，较有代表性与可行性的观点主要有两种：一种观点认为，法律行为分为负担行为与处分行为。股权作为一种财产权，如同动产一样，对其有效处分也可分为作为原因行为之负担行为，即股权转让合同，以及作为结果行为之处分行为，即引起股权转让效果发生之履行行为。国家只要控制股权转让之效果即可实现对特定股权转让进行监控、保护特定利益之目的，至于股权转让之负担行为，国家则无需过度干预，应当最大限度地保护契约自由。因此，按照这一处理模式，当事人双方股权转让合同成立时即已生效，当事人双方应当按照合同约定行使权利、履行义务、办理报批手续，未经批准只是股权转让之效果无法发生，即合同未履行问题。这一处理模式虽然符合私法自治精神以及传统民法原理，但是由于与我国法律规定不太吻合，没有可靠之实体法依据。本案法官似乎采取了这一思路，但是其对已成立合同之“法律效力”是什么，以及未经批准合同不能发生怎样的“当事人预期的法律效果”语焉不详，因此，也不能确切地说其认同了这一观点。另一种观点，即以《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》为代表的一类观点，该种观点认为，未经批准的股权转让合同已成立而未生效。但是根据合同约定或诚信原则所发生的当事人之报批义务条款，具有如同争议解决条款一样的独立条款之属性，其可以先于合同而生效。例如，有学者指出：“还需要进一步说明的是，不仅前述作为合同条款的报批义务应理解为独立于合同而存在，根据诚信原则产生的法定报批义务，也应理解为独立于合同而存在，不能因为合同未生效而认为报批义务也不存在。就合同条款的内容而言，其核心内容虽然是有关当事人之间具体权利义务关系的约定，但在此之外，还有两类合同条款，这两类条款自身的性质决定了它们必然独立于合同的权利义务条款：一是促成合同生效的条款，例如在合同的生效以某一条件的成就为前提时。此种前提性的条款将独立于合同条款而事先生效，否则，就会陷入悖论，最终既无助于缔约目的的实现，也不利于诚实信用原则的维护；二是在合同无效、被撤销或者终止时，有关争议解决的条款。我国《合同法》第57条仅规定了后者，并未对前者作出规定。事实上，二者一个针对合同的‘生前’，一个针对合同的‘死后’；一个促成合同有效，一个解决无效、被撤销或者终止后所生的争议，均具有手段

性特点，不同于当事人意欲通过合同实现交易目的，享受权利承担义务的其他合同条款，当然具有独立性。”<sup>①</sup>这一观点，虽然与传统民法原理不太吻合，需要进一步从理论上论证其合理性，但是与我国的法律规定衔接紧密，具有明确的法律依据，因此，其应成为我国当前处理此类纠纷之指导依据。按照这一处理模式，本案的股权转让合同已成立而未生效，但是本案被告仍负有报批义务，其应当履行，如果其不履行当事人可以依照法律规定寻求相应救济。对此《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第1、5、6、8条均有明确规定。本案法官的思路似乎也与此吻合，但是由于本案法官未明确表达相关意见，对此无法作出明确判断。

**三、本案判令公司承担责任之依据。**根据本案中“3·13决议”之内容可知，涉案公司自愿以自己所有的房产作价并以部分房产转让款作为受让人受让股权之对价，向转让人进行清偿，并经公司、股权转让人、受让人三方同意达成了意思合致。这涉及我国审判实践中经常遇到的“债务加入”问题。对于债务加入，我国法律并无明确规定，但在理论上它与并存的债务承担相类似。按我国一些学者的观点，“与免责的债务承担相同，并存的债务承担合同也可以由债权人、债务人以及承担人三方订立，在此场合合同直接发生法律效力。”<sup>②</sup>因此，涉案公司应当受其自愿签订的债务承担合同约束，对债权人承担相应的清偿义务。

按本案判决，公司对股东之间股权转让价款承担法律责任是否会实质影响公司资产之稳定以及如何对公司债权人进行保护？一般认为，我国法律并未排除公司作为债务承担责任主体的能力，因此，公司可以成为他人债务的清偿义务主体。公司对他人债务清偿之后可依不当得利或与其与债务人之约定对债务人进行追偿。因此，在正常情形下一般不存在影响公司资产稳定性问题。但是，当公司放弃其对股东之相应追偿权时，公司债权人则可通过行使代位权或撤销权获得相应救济，公司其他股东也可以通过派生诉讼及追究高管人员相应责任，来实现对公司利益之必要救济。如果公司股东借此抽逃公司资产，公司与其债权人还可以通过其他相关责任制度得到救济。

<sup>①</sup> 刘贵祥：《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》，载《中国法学》2011年第2期。

<sup>②</sup> 王卫国主编：《民法》，中国政法大学出版社2007年版，第395页。

## 工商变更登记 是否影响股权转让协议之效力

### 【关注焦点】

依照我国公司法律制度，有限责任公司之股东变更应当向工商行政管理部门办理变更登记手续。就这一法律要求对股份转让协议所可能产生之影响，理论界及实务界认识不一。本案所要关注的是，股权转让协议是否可以仅因未办理工商变更登记而失去法律效力？受让人能否仅以未办理工商变更登记而诉请返还股份转让价款？

### 【基本案情】

原告：某物资贸易股份有限公司

被告：黄某

被告：何某

第三人：某度假村有限公司

1996年11月，两被告各出资50%成立第三人，注册资本为人民币800万元，法定代表人为被告黄某。1998年3月，原告与两被告正式签订《股权转让协议》，协议载明：被告黄某向原告转让第三人21%的股权，被告何某向原告转让30%的股权，原告以人民币1200万元受让上述股权；股权转让后，注册资本不变，被告黄某持股29%，被告何某持股20%，原告持股51%，三方



以此比例对第三人承担责任、分享权益；两被告应协助原告在本协议签订后的一个月内共同办理好股权过户、股东变更的有关手续；三方共委派5人组成的董事会，董事长从原告委派的3名董事中推荐产生，董事长为公司的法定代表人；从1998年3月起，第三人由原告正式全权经营管理，交由原告全权经营前第三人的经营亏损由两被告负责，并须从原告受让股权款中扣除后，留给第三人以弥补亏损；原告受让51%的股权1200万元在本协议签订后一个月内分批到位。根据以上协议，同月25日召开了由原告及两被告参加的第三人第一届股东会暨董事会，会议决议载明：会议确认以上股权转让协议；选举原告副总经理董某任公司董事长、法定代表人；同意重新刻制公司的公章，重新启用之日起，原公章作废。会上还讨论通过了新的第三人公司章程，新章程由原告及两被告签名认可。新章程明确：公司由原告和两被告共同出资成立，其中原告占股权51%，被告黄某占股权30%，被告何某占股权19%，在签订以上协议及董事会决议以及修改章程的基础上，至1999年5月底，原告陆续给付两被告股权转让款1100余万元。同时，原告另向第三人经营投入130余万元。但因两被告始终未协助办理工商变更登记手续，1999年10月，原告遂退出第三人经营，并于同月20日与两被告达成协议，决定封存原告在经营第三人期间的财务账册以交付审计，通过诉讼途径解决双方纠纷。原告据此诉至法院。

原告认为：其已依约支付了股权转让价款，但两被告不仅不协助原告办理股权变更登记手续，反而设置障碍，致使原告合法的股东地位无法得到确立，且至1999年9、10月，因两被告采取过激行为导致双方关系恶化，致使第三人目前经营处于瘫痪状态，故请求判令两被告立即返还原告股权转让价款1100余万元以及其投入至第三人中的全部费用，第三人负连带责任。两被告则共同辩称：他们已完全履行了转让协议所约定的义务，但原告迟迟没有足额付清转让款；且工商变更登记未办理的责任也在于原告所派出的董事长人选不愿辞去公职所致，而并非他们不予协助。故不同意返还受让股款，且认为原告仅要求返还其投入于第三人中的投资款而不承担其经营第三人期间的亏损和费用，这有失公平。

## 【审理要览】

一审法院认为：原、被告签订的《股权转让协议》，系双方当事人真实意思表示，符合自愿、公平的原则，上述协议自签订之日起依法成立。但根

据《公司登记管理条例》第31条的规定，因双方股权转让至今未向工商行政管理机关办理变更登记，故该股权转让行为尚未生效。现原告提出要求返还股权转让款和经营投入款的诉请，两被告在另案中亦提出要求原告承担第三人经营亏损等诉请，故虽然当事人双方均未在本案及另一案中提出解除《股权转让协议》的诉请，但应视为双方对于终止协议的履行已形成合意，原、被告双方应各自返还依据协议书从对方所取得的财产。至于原告要求两被告返还经营投入款之诉求，因该款系原告经营第三人的支出费用，并不属于股权转让款，故应列入第三人经营亏损的另案中一并处理，另原告要求第三人对两被告的还款义务承担连带责任的诉请，缺乏法律依据。据此判决：一、两被告应于判决生效之日起十日内返还原告股权价款1100余万元；二、第三人归两被告所有；三、对原告其他诉求不予支持。两被告不服，提起上诉。

二审法院认为：对于股权转让协议，法律并无必须登记才生效的规定，故协议应自成立时即生效。而当事人嗣后未办理股东变更登记，并不影响股权转让协议的效力。从各方当事人股权转让协议的签订及协议的实际履行来看，各方签订并已实际履行了协议，即股权转让款的绝大部分已实际交付，董事会也已召开，并形成了董事会决议。董事会决议表明，本案争议各方已经以公司股东、董事的身份参加了公司的股东会暨董事会。在董事会通过的修改后的公司章程也明确公司的股东是原告及两被告，并就调整后的各自比例作记载，表明当事人已成为公司的股东，且原告已按照董事会决议派员担任第三人的董事长及总经理，第三人也已由原告实际经营，当事人各方均已在依协议行使股东的权利，故应视公司内部的股东登记已完成。根据《公司登记条例》第31条的规定，因股权转让至今未向工商行政管理机关办理股东变更登记，故该股权转让行为原则上对公司以外不产生法律效力，但并不影响对股权转让各方的法律效力，原审法院以未办理股权变更工商登记为由，认定该股权转让行为尚未生效，是将股权转让之后的登记行为视为股权转让协议的生效条件，对此，应予纠正。原审法院根据原告提出要求返还股权转让款和经营投入款的诉请，以及两被告在另案中亦提出要求原告承担第三人经营亏损等诉请，推断双方对于终止该协议的履行已形成合意，同样不妥。因为，协议的解除或终止履行，应由各方当事人协商一致，本案各方当事人并未就协议的解除形成明确的合意，也没有对协议解除的财产后果达成一致意见。据此判决：撤销原判，对原告要求两被告返还股权转让价款以及其他诉讼请求不予支持。

## 【裁判解析】

股权转让协议的效力审查，乃较为复杂的法律问题，常常成为处理此类诉讼的难点所在。尤其在《公司法》缺乏明文规定或者相关规定不甚清晰甚至不合理情形下，试图以正确的效力审查来公正的处理各类股权转让纠纷，对法官而言，是一件极需勇气与智慧来艰难决断之事。结合本案而言，需要重点给予关注的是，股权转让协议效力审查的基本原则是什么？工商变更登记对股权转让协议的效力究竟有何影响？是否可仅因未曾办理工商变更登记而使股权转让协议失去法律效力，或仅因未曾办理工商变更登记而可以诉请返还股份转让价款？

**一、股权转让协议效力审查的基本原则。**股权转让协议效力一般应围绕协议本身来审查，即首先应按合同法进行审查，这是股权转让协议效力审查的基础环节。股权转让是因意思表示一致而发生的股权持有变动，它与仅依某一法律事实（如股东死亡、破产）而发生的股权转移正相对应，因股权转让必须基于转让方与受让方的意思表示一致才能发生，故股权转让实质为契约行为，须以协议的形式加以表现。股权转让协议，作为诸多协议种类之一，对其效力的审查与其他类型的协议效力审查并无实质的不同。这也就是说，各国有关审查合同效力的基本法律原则，应同样适用于股权转让协议的效力审查。如协议主体的权利能力与行为能力是否欠缺、协议主体的意思表示是否真实、协议表示的形式是否合法等，皆是股权转让协议效力审查的基本要素所在；任何重大误解或显失公平的股权转让，当事人同样可以请求变更或者撤销；若是存在解除协议的情形之时，权利方自然也有权解除股权转让协议。在我国当前法律体系下，以《合同法》作为审查股权转让协议效力的基本法律依据，这是审查股权转让协议效力审查首先应予把握的基本环节。

**二、名义更换与股权转让协议效力的一般法律关系。**所谓名义更换，通常是指公司于股东名册上变更记载股东资格的法律行为。结合我国公司制度以及为了研究的方便，不妨将名义更换再做进一步地扩大解释，即将公司注册管理部门（在我国为工商行政机关）的股东变更登记亦列入名义更换的内涵之中。如此理解，股权名义更换实际可包括“对内更换”与“对外更换”、或所谓“内部登记”与“外部登记”两方面。在我国现行公司制度下，有限责任公司的股权转让，不仅要在公司进行内部名义更换，而且还要在工商行政机关进行相应的外部名义更换；至于股份有限公司，法律仅要求记名股票

的转让应在公司进行必要的内部名义更换。正是基于此类法律的规定，当前审查股权转让协议效力的司法实践中，经常会将名义更换作为股权转让协议效力的审查因素。这其实是混淆了股权转让协议效力与名义更换两者之间的法律关系，两者实乃不同层次、不同阶段的法律问题。根据一般公司法原理，在处理两者关系之时，应坚持以下基本原则：

一是名义更换仅属对抗公司的法律要件。我国公司法虽有前述要求名义更换的制度规定，但却没有明确名义更换的法律属性，或者对违反名义更换所引发的法律效果作出明确规定。综合国外通行的做法，名义更换，首先多是指内部名义更换，即一般并不要求对外更换。同时，名义更换，一般仅属对抗公司的法律要件。所谓对抗公司的法律要件，是指进行名义更换乃股权转让受让人以股东身份向公司主张股东权利的前提条件，未能进行名义更换者，不得以股东的身份对抗公司。这一法律属性表明，名义更换仅是处理股东与公司之间法律关系的制度，其对股权转让协议的效力本身并无实质的影响。如果说股权转让协议本身仅是债权债务行为的话，那么名义更换则可类似于物权处分行为，两者有着实质的不同；从另一角度理解，名义更换仅是股权转让协议签署之后，协议各方履行协议的法律问题。很显然，债权债务行为与物权处分行为、协议的效力与协议的履行，当属不同层次、不同阶段的法律问题。一份原本有效的协议显然不会因为不履行即为无效，而一份无效的协议显然也不会因为已经履行而即为有效。故就协议双方而言，有效的股权转让协议没有进行名义更换时仍然有效，而已经进行名义更换的无效股权转让协议，如存在欺诈、损害他人利益等，则仍然不能仅以已经进行了名义更换而即主张应当获得法律的承认与支持。

二是有效股权转让协议当事人有权请求名义更换。所谓未进行名义更换不得对抗公司的法律规定，尽管可以阻止股权受让人以股东身份行使股东权利，但其意并不包括有效股权转让协议的各方当事人享有请求名义更换的法律权利。如香港《公司条例》第69条第1款(1B)项规定：若公司拒绝就股份转让予以注册，受让人可以向法院申请命令公司予以注册。<sup>①</sup>再如《公司法解释(三)》第24条也规定：“当事人依法履行出资义务或者依法继受取得股权后，公司未根据公司法第三十二条、第三十三条的规定签发出资证明书、记载于股东名册并办理公司登记机关登记，当事人请求公司履行上述义务的，

<sup>①</sup> 王叔文等主编：《最新香港民商法律》，人民法院出版社1997年版，第155-156页。

人民法院应予支持。”

三是公司必要时享有依法拒绝名义更换的权利。当然，与股权转让协议当事人有权请求名义更换相对应，公司于特定情形下也可以拒绝名义更换。如当股权转让协议有违股权转让的法律限制规定时，如股权转让损害其他股东的优先受让权、违背公司章程关于股权转让的限制性规定等，公司便有可能拒绝名义更换。公司拒绝名义更换，可能导致各方当事人凭股权转让协议进行股东资格变更的目的落空。有效股权转让协议受让人可以此为由解除合同，收回所曾支付的价款或拒绝支付转让价款，亦可请求公司另行指定受让人从而回收所曾支付的价款，当然更可以诉请确认其股东资格，无论哪种情形，皆不会导致原本有效的股权转让协议变为无效。

**三、关于《公司法》第33条与股权转让协议效力关系的理解与把握。**尽管如前所述，根据一般公司法原理，名义更换仅属对抗公司的法律要件，且有效股权转让协议当事人有权请求名义更换，而公司在必要时亦享有依法拒绝名义更换的权利。但结合《公司法》第33条的独特规定，人们对于名义更换与股权转让协议效力乃至股权变动之间的关系，又有着多种不同的认识。该条一、二、三款分别规定：“有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：（一）股东的姓名或者名称及住所；（二）股东的出资额；（三）出资证明书编号（第1款）。记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利（第2款）。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人（第3款）。”该条实际就股权对内与对外名义更换两种形式均作出了规定，依据该条款之规定，办理股东名册变更登记以及工商注册变更登记对股权转让协议效力是否产生影响，可有以下不同的观点与主张：

一是影响说。所谓影响说，其实质是将名义更换理解为股权转让的生效要件，早期司法实践中，在还未有第33条新规定的情形下，依据旧《公司法》以及公司变更登记等相关制度，这样的理解曾一度较为普遍，据此作出的裁判曾屡见不鲜，本案一审法院裁判即可为证，而在新《公司法》该条规定出台后，这样的观点依然有人主张。根据这一观点，股权转让若未进行名义更换，无论是内部股东名册登记，还是外部工商登记，只要未进行任一股东名义上的变更，股权转让协议即不发生法律效力。之所以会如此理解的原因，是因为该条明确规定，股东应当记载于股东名册之中，因此凡未记载于股东名册之人均不得以股东身份主张权利；同时，记载于股东名册的股东可以主张行使股东权利，那么未记载于股东名册的股东应当理解为不可以行使

股东权利，而且股东发生变更的“应当”办理工商变更登记，未变更登记的不得对抗第三人，这里的第三人是否也可理解为包括公司在内的任何非属于股权转让关系之人。既然如此，那些虽然签订股权转让协议，但并未办理股东名册以及工商注册变更登记的股权受让人，显然不得以股东身份主张行使股东权利，即不能真正获得新股东身份，一个不能引发股东身份变更的股权转让协议又谈何有效呢？这样的理解，不仅是提升与强化了名义更换的法律效力，而且将股权转让协议效力与股权变动或者说股东身份取得相混同。但是，根据之前所提到的《公司法解释（三）》第24条之规定，依法继受取得股权者（当然也包括股权受让人），可以诉请记载于股东名册并办理公司登记机关登记，这显然意味着股权转让协议效力不应受到名义更换的影响，反之，有效的股权转让受让人还可以诉请名义更换，因此，名义更换显然不应作为股权转让协议效力的生效要件。

二是不影响说。所谓不影响说，实质是将名义更换的要求与股权转让协议的效力进行分割，任何股权转让显然不会仅仅因为未进行名义更换而使其效力受到影响，其实质是仅将股东名册登记和工商登记均作为对抗要件。按照这一观点，股权转让协议生效，股权即发生变动。股权转让协议一经生效，股权即转移给受让人，也即发生股权变动的效果。<sup>①</sup>但在未变更股东名册之前，受让人所拥有的股权不得对抗公司；未变更工商登记之前，受让人所拥有的股权不得对抗善意第三人。持此论者认为，股东名册未记载的股东，并不必然没有股东资格。<sup>②</sup>无论是股东名册还是工商登记，均不具有设权效力，而只具有证权效力和对抗效力。<sup>③</sup>之所以可以如此理解与把握，是因为从第33条的规定中，并不能得出只有记载于股东名册的股东才可主张行使股东权利，更何况现实之中，并不设立股东名册的公司具有相当的普遍性，只有记载于股东名册的股东才可以主张行使股东权利，与现实情形也并不相符；至于股东变更“应当”办理工商变更登记的要求，这也仅仅属于管理性质的规范，而并非影响合同效力的“效力性强制性规定”，结合《合同法解释（二）》第14条的规定，新《公司法》第33条关于名义更换的任何要求，均不得用来影响股权转让的法律效力。

<sup>①</sup> 李建伟：《公司法》，中国人民大学出版社2008年版，第313页。

<sup>②</sup> 参见范健：《论股东资格认定的基本理念与原则》，载王保树主编：《实践中的公司法》，社会科学出版社2008年版，第26~32页。

<sup>③</sup> 参见王保树：《有限公司股东的两种不同登记》，载《中国工商管理研究》2005年8月。

三是对内对外区分说。所谓对内对外区分说，即将对内名义更换即股东名册登记作为股权变动的生效要件，而将对外名义更换即工商变更登记作为股权变动的对抗要件。股权转让合同生效后，未变更股东名册的，股权不发生变动；变更了股东名册而未变更工商登记的，不得对抗善意第三人。显然，这一观点，同样均认为无论是对内还是对外名义更换，均并不影响股权转让协议的效力，但对于受让人是否取得股权，或股权是否随股权转让协议而当然发生变动，却要受到对内与对外名义更换的不同影响。借鉴物权法上债权行为与物权行为区分的法理，持此论者也将股权转让的过程区分为股权转让合同生效与合同履行产生股权权属变动之效果两部分。仅股权转让合同生效不发生股权变动，必须完成股东名册变更以后才视为股权转让合同主给付义务的履行完成，即发生股权变动，但受让人此时获得的股权仅得对抗公司，若要对抗公司以外善意第三人，则需进一步履行变更工商登记的程序。<sup>①</sup>

对于以上三种观点，结合之前提到的《公司法解释（三）》关于依法继受取得股权人可以诉请对内与对外名义更换的规定精神，显然第二种不影响说更合乎司法之本意，而这与多数国家关于名义更换制度的一般原理也更相吻合。但也必须指出的是，尽管现行司法基本采纳了不影响说，但关于股权受让人究竟从何时真正取得股东身份，是从股权协议生效时，还是股权名义对内更换时，或是股权对外更换时，这依然存在争论，依然并不十分明朗。

**四、关于本案进一步的分析与解读。**关于本案股份转让协议的效力，一审法院与二审法院显然采纳了不同的观点。一审法院认为：因双方股权转让至今未向工商行政管理机关办理变更登记，故该股权转让行为尚未生效，这显然采纳的是“影响说”的观点；而二审法院认为：对于股权转让协议，法律并无必须登记才生效的规定，故协议应自成立时即生效，而当事人嗣后未办理股东变更登记，并不影响股权转让协议的效力，这似乎采纳的是“不影响说”的观点。但二审判决又进一步认为：根据各方签订并已实际履行协议的情况看，公司内部的股东登记已经完成，尽管股权转让至今未向工商行政管理机关办理股东变更登记，故该股权转让行为原则上对公司以外不产生法律效力，但并不影响对股权转让各方的法律效力。从这些判词表述中，人们又似乎感觉到“对内对外区分说”的身影。

<sup>①</sup> 参见赵旭东主编：《公司法学（第二版）》，高等教育出版社2003年版，第326页；赵旭东：《股权转让与实际交付》，载《人民法院报》2002年1月25日；刘俊海：《新公司法的制度创新：立法争点与解释难点》，法律出版社2006年版，第301页。

但不管怎样，虽然被告未协助原告及时进行工商变更注册登记手续，但从当事人各方股权转让协议的签订业已生效及协议实际履行的程度来看，双方的确均已事实上履行了大部分义务，即原告已经实际履行了交付股权转让款的义务，而被告虽然未及时处理工商变更登记，但在公司章程中也明确了原告的股东身份和各股东的持股比例，事实上承认了其股东地位和股权份额。尤其是原告还事实上派代表进驻公司，从1998年3月到1999年10月负责经营公司长达一年半之久。对于这样的股权转让协议，仅从履行的表象上看，再行予以解除亦显然不妥。







## 工商行政部门 对股权变更登记审查之法律责任

### 【关注焦点】

公司股东变更及由此可能引发之董事甚至公司法定代表人之变更，在向工商行政部门申请相关变更材料时，工商行政部门是应当进行实质之审查还是仅为形式审查？若提交之有关变更申请材料系伪造或不真实之时，工商部门据此批准之公司变更行为是否有效？变更行为涉及之利害关系人事先是否有权向变更登记部门就变更条件作出特别声明？工商行政部门在作出是否批准变更登记行为时，是只应按照有关法律与规章办理变更事宜，还是亦必须同时受到利害关系人变更条件声明之限制？

### 【基本案情】

原告：甲贸易公司  
原告：杨某  
被告：甲市工商行政管理局  
第三人：A 房地产公司  
第三人：乙投资公司  
第三人：丙公司  
第三人：丁公司  
第三人：叶某

经审理查明：原告甲贸易公司原是第三人A房地产公司的股东，原告杨某原是A房地产公司的法定代表人。原告甲贸易公司与第三人丙公司、第三人乙投资公司与第三人丁公司分别签订了《股东转让出资合同书》（合同的落款日期均是2006年10月23日），约定甲贸易公司将原出资人民币2750万元（占公司总注册资本的55%）的全部股份转让给丙公司，乙投资公司将原出资2250万元（占公司总注册资本的45%）的全部股份转让给丁公司。同时，经A房地产公司原股东甲贸易公司、乙投资公司与新股东丙公司、丁公司一致决议，同意甲贸易公司和乙投资公司分别将股权转让给丙公司和丁公司，免去杨某原公司董事职务，选举第三人叶某担任A房地产公司的董事长（法定代表人），选举了A房地产公司的董事和监事，等等。2006年10月25日，A房地产公司委托代理人余某向被告甲市工商行政管理局属下番禺分局申请办理股东和法定代表人变更登记，并提交了《公司变更登记申请书》（原法定代表人杨某、委托代理人余某签名，A房地产公司盖章）、A房地产公司法定代表人登记表和A房地产公司董事、监事、经理情况表、A房地产公司股东会决议、《股东出资转让合同书》两份、A房地产公司原股东和新股东（发起人）出资情况表、A房地产公司新旧章程、《指定代表或者共同委托代理人的证明》（原告杨某在上面签名确认，A房地产公司加盖了公章）及委托代理人余某的身份证复印件等材料。被告甲市工商行政管理局经过审查，认为A房地产公司提交的申请材料齐全，符合法定形式，于同日核准登记，将A房地产公司股东由甲贸易公司、乙投资公司变更登记为丙公司、丁公司，将A房地产公司法定代表人由杨某变更登记为叶某。原告不服，诉至法院，请求撤销被告将A房地产公司股东甲贸易公司变更登记为丙公司和将法定代表人由杨某变更登记为叶某的具体行政行为。

## 【审理要览】

法院经审理认为：《中华人民共和国公司登记管理条例》（以下简称《条例》）第4条第1款规定，工商行政管理机关是公司登记机关。依照《条例》第6、7、8条规定，设区的市（地区）工商行政管理局、县工商行政管理局，以及直辖市的工商行政管理局、设区的市工商行政管理局的区分局，负责本辖区内除国家工商行政管理总局以及省、自治区、直辖市工商行政管理局负责登记的公司以外的公司登记。因此，被告甲市工商行政管理局作为本辖区

公司登记机关，有权办理本案的公司变更登记。

《条例》第27条规定：“公司申请变更登记，应当向公司登记机关提交下列文件：（一）公司法定代表人签署的变更登记申请书；（二）依照《公司法》作出的变更决议或者决定；（三）国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。公司变更登记事项涉及修改公司章程的，应当提交由公司法定代表人签署的修改后的公司章程或者公司章程修正案。……”本案中，原告甲贸易公司与第三人丙公司、第三人乙投资公司与第三人丁公司分别签订了《股东转让出资合同书》，约定甲贸易公司和乙投资公司分别将其股权转让给丙公司和丁公司。同时，经A房地产公司原股东甲贸易公司、乙投资公司与新股东丙公司、丁公司一致决议，同意上述股权转让，并免去原杨某公司董事职务，选举第三人叶某为A房地产公司的董事长（法定代表人）。其后，A房地产公司授权余某向被告申请办理股东变更登记手续，同时向被告提交了《公司变更登记申请书》、A房地产公司法定代表人登记表和A房地产公司董事、监事、经理情况表、A房地产公司股东会决议、《股东出资转让合同书》两份、A房地产公司原股东和新股东（发起人）出资情况表、A房地产公司新旧章程、《指定代表或者共同委托代理人的证明》及委托代理人余某的身份证复印件等材料。《企业登记程序规定》第3条规定：“企业登记机关依法对申请材料是否齐全，是否符合法定形式进行审查。根据法定条件和程序，需要对申请材料的实质内容进行核实的，依法进行核实。”第9条规定：“登记机关收到登记申请后，应当对申请材料是否齐全、是否符合法定形式进行审查。申请材料齐全是指国家工商行政管理总局依照企业登记法律、行政法规和规章公布的要求申请人提交的全部材料。申请材料符合法定形式是指申请材料符合法定时限、记载事项符合法定要求、文书格式符合规范。”被告经过审查，认为A房地产公司提交的申请材料齐全，符合法定形式，于2006年10月25日核准A房地产公司的股东和法定代表人变更登记，符合上述规定。原告以其在公司变更登记申请书（股权转让协议）上签名、盖章的日期是2006年4月，以及股东会决议是伪造的为由，主张A房地产公司提交的申请材料虚假。首先，原告杨某在公司变更登记申请书、《指定代表或者共同委托代理人的证明》、《股东出资转让合同书》上签名，原告甲贸易公司也在《股东出资转让合同书》加盖了公章，证明办理股权变更登记和法定代表人变更登记是原告的真实意思表示。其次，原告虽然主张在《股东出资转让合同书》上的签名和盖章是2006年4月预先签好的，A房地产公司的公章也移交给他，但不能否认上述签名和盖章是原告的真实意思表示，且原告杨某具备完全行

为能力，应对自己的签名负责，同时，甲贸易公司也应对加盖其公章的行为负责。再次，A房地产公司提交的股东会决议上有该公司新旧股东加盖公章，证实办理变更登记是A房地产公司新旧股东（包括甲贸易公司）的真实意思表示，即A房地产公司的真实意思表示，故对原告上述主张，本院不予采纳。至于原告认为股东会决议侵犯其合法权益，依照《公司法》第22的规定，不属于行政案件的审查范围，原告可以另行通过法律途径解决。原告认为，A房地产公司提交的申请工商变更登记的材料中没有企业法定代表人的免职文件，被告核准A房地产公司法定代表人变更登记不符合《企业法人法定代表人登记管理规定》第6条的规定。因A房地产公司提交的股东会决议有免去原告杨某的董事职务和选举叶某为公司董事长（法定代表人）的内容，明确表明了对公司原法定代表人的免职和新法定代表人的任命，故对原告的上述主张，不予采纳。原告杨某认为其向被告提交了《关于公司变更登记申请书（股权转让协议）的有关声明》，声明办理工商登记时必须杨某本人亲自到场、出示身份证原件、亲自签名确认才有效，故被告在杨某未在场的情况下就进行变更登记违法。首先，原告不能提供证据证明其已经向被告提交了《关于公司变更登记申请书（股权转让协议）的有关声明》。其次，即使杨某提交了声明，但其又在《公司变更登记申请书》和办理公司变更登记的《指定代表或者共同委托代理人的证明》上签名，证实办理公司变更登记是其真实意思表示。综上，原告以已提交声明为由主张被告变更登记行为违法，不予采纳。

原告认为，被告在作出涉及其重大利益的变更登记时，未对A房地产公司的工商登记申请材料进行实质审查，也未提前告知原告和听取原告的申辩，违反了行政程序的基本原则，属于程序违法。依照《行政许可法》第12条第（5）项的规定，工商登记属于行政许可。该法第34条规定，行政机关应当对申请人提交的申请材料是否齐全和符合法定形式进行审查，根据法定条件和程序，需要对申请材料的实质内容进行核实的，行政机关应当进行核查。因此，被告对A房地产公司提交的申请材料进行形式审查，无违反上述规定。原告主张被告应进行实质审查，缺乏明确的法律依据，本院不予采纳。同时，依照该法第36条的规定，行政机关对行政许可申请进行审查时，发现行政许可事项直接关系他人重大利益的，应当告知该利害关系人，申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩，行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。上述规定是对行政机关在审查行政许可申请过程中，发现行政许可事项直接关系他人重大利益而利害关系人不知情而又未表达意见的情况如何处理进行

了规定。本案 A 房地产公司、杨某在公司变更登记申请书上盖章、签名，杨某和甲贸易公司分别在《股东出资转让合同书》签名、盖章，证明原告已充分表达了其办理工商变更登记的真实意思，不存在原告对本案的工商变更登记不知情及被告未听取原告意见的情况，故对原告的上述主张，本院不予采纳。

原告认为，本院据以查封和解封 A 房地产公司的工商变更登记的协助执行通知书不是同一案号，被告没有审查就进行变更登记违法。因本院发出的上述协助执行通知书的被执行人均是 A 房地产公司，该系列案客观上存在对同一批案件的协调处理问题，且被告根据本院发出的协助执行通知书实施有关行为，是被告必须履行的法定协助义务，故原告主张被告应对法院发出的协助执行通知书进行审查，不予采纳。

综上，被告作出的 A 房地产公司股东和法定代表人的工商变更登记行为合法，原告要求撤销被告作出的上述具体行政行为，理由不成立，不予支持。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 56 条第（4）项的规定，判决如下：驳回原告甲贸易公司、杨某的诉讼请求。受理费 100 元，由原告甲贸易公司、杨某负担。

## 【裁判解析】

公法与私法的划分是传统法学对法律门类最基本之分类。其作用在于确保国家公权力之运行保持在必要限度与范围之内，避免公权对私权的过度干预，保障公民自由权利。然而，在法律实践中也存在着公法与私法相互交织的领域，在这里私法上之行为需要借助公法上之行为才能获得其预期效力。它既可能是法律为了维护社会公共利益和第三人利益而对私法行为进行之必要监控，也可能是私法行为为了获得一定之公示公信效果而不得不借助于国家公权力。由该类行为之特点所决定，当事人欲实现对该类行为之救济时，往往也会从公法与私法两个方向进行努力。因此，如何对该类行为提供正确之救济便成为法官不得不面对之现实问题。公法与私法一般具有明确的界限和不同立法目的，因此，对于此类行为的救济，也应当分清当事人提出请求的公法性质与私法性质，进行具体审查和分析，对于其提出的不同请求适用不同标准审查，进而判断行为之最终效力，切不可不加分析就武断下结论。本案就是一起当事人欲通过否定工商登记之效力，实现特殊救济目的之案例。

**一、工商变更登记之法律性质。**行为定性是实现正确法律救济之前提。

对行为性质之不同认定，往往会影响到案件之不同处理。就工商变更登记性质而言，国内学者之间仍存在着不小争议。有观点认为，工商变更登记属于行政确认行为。例如，有学者提出：“工商变更登记是工商行政机关通过对企业或者其他组织已发生变更的法律事实或法律关系加以审查、记载和确认，从而完成向社会公众进行宣告和公示的一种行政确认行为。”<sup>①</sup>也有观点认为，工商变更登记属于行政许可，已得到行政许可法的确认，如本案法官之观点。还有观点认为，工商变更登记应属准法律行为性质的行政行为。例如，有学者认为：“工商设立登记与注销登记或可归类为行政许可行为，但工商变更登记应属于准法律性质的行政行为，它既有别于行政许可，也非行政确认，而具有自己的法律特征。”<sup>②</sup>

关于工商变更登记应属准法律行为性质行政行为之观点似更可取。首先，工商变更登记的作用重在对相关登记事实予以宣示，而不在于对当事人之法律地位或处于不明状态之法律关系予以甄别并给出权威性结论，因而它不属于行政确认行为。其次，《行政许可法》第12条第1款第（5）项虽规定了“企业或其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项”可以设定行政许可，但并未规定工商变更登记也属于行政许可范围。工商变更登记并不具备行政许可全面设禁和有限解禁的法律特征。因而它也不应属于行政许可行为。可见，本案对工商变更登记行为性质之认定，仍存在可被质疑之余地。最后，工商变更登记是工商行政机关对申请人相关情况依据法定职权，通过法定程序予以核实、登录，并根据法律规定发生特定法律效果之行为，因而它属于准法律行为性质之行政行为。

在此还有必要辨明的是，工商变更登记与公司注册登记行为之区别与联系。虽然二者都是工商行政机关实施的行为，并且都采取登记的形式，但是，二者在性质与功能上并不相同。如前所述，工商变更登记属于准法律行为性质的行政行为，而根据《行政许可法》的规定，某些特殊的公司注册登记却属于行政许可行为。工商变更登记属于宣示性登记，其作用在于对相关事实予以公示，借以产生对抗与公信效力。而公司注册登记却属于设权性登记，具有创设法律主体资格的效力。新成立股份有限公司或有限责任公司，必须经过登记才能取得法人资格，即属于典型的行政许可行为。

<sup>①</sup> 参见黄新波：《论工商变更登记的性质》，载《行政法学研究》2010年第1期。

<sup>②</sup> 参见江苏省南京市中级人民法院课题组：《公司变更登记司法审查的难点及其解决——行政诉讼角度考察》，载《法律适用》2008年第12期。

**二、工商变更登记过程中工商部门之审查责任。**工商行政部门的审查义务关系到其作出变更登记行为之合法性问题，如果工商行政部门未尽到其应尽之审查义务，其作出变更登记之行为便存在瑕疵，因而应通过认定无效或撤销进行相应救济。到目前为止，对于工商行政部门之审查义务主要存在三种立法例：形式审查、实质审查与折中审查。形式审查是指登记机关仅对申请书和证明文件的形式是否符合法律规定进行审查，而不对申请材料的真伪进行调查核实，日、英、美等国家采用此种审查方式。实质审查是指对企业的登记申请，登记机关不但要审查有关申请文件是否符合法律要求，不但要对申请文件进行形式审查，而且还要审查登记事项的真伪，要对登记事项的真实性、合法性进行实质上的审查，并且还要对登记结果负责。……德国、法国、意大利等公司登记采取此种审查方式。所谓折中审查是对企业登记事项，登记机关有实质审查的职权，但没有必须进行实质审查的义务。登记不能作为推定已登记事项为真实的基础，其证据力如何，仍须由法院裁判来决定。折中审查也可以表述为，仅在对申请登记事项产生疑问或当事人及第三人提出异议时，才开始依照职权进行实质审查。<sup>①</sup>

学者一般认为，“我国的商事登记审查标准，随着经济的发展，历经了实质审查标准到折中审查标准的变迁。”<sup>②</sup> 2004年之前我国对公司登记一般实行实质审查标准。2004年实施的《行政许可法》其第31条和第34条首次在我国确立了申请人对申请材料的真实性负责，登记机关只进行形式审查，仅在有必要时，才依照法定程序对申请材料的真实性进行实质性审查的折中审查规则。之后的《企业登记程序规定》基本上也沿袭了这一做法。因此，就目前来讲，根据《企业登记程序规定》等相关法律规定，我国工商行政部门原则上只对申请人申请材料负形式审查之责，仅在工商行政部门对相关材料的真实性存在怀疑时，其才在其合理注意之范围内对相关材料之真实性进行实质性审查。

结合本案具体情形可知，当本案被告依据《中华人民共和国公司登记管理条例》、《企业法人法定代表人登记管理规定》和《企业登记程序规定》相关规定，完成对申请材料“是否齐全、是否符合法定形式”的审查后，便尽到了应有注意义务，并不存在明显的程序上瑕疵。至于案中提及的，原告以

<sup>①</sup> 参见王妍：《公司登记中的政府角色》，载《政法论坛》第29卷第1期。

<sup>②</sup> 范建、王建文：《商法的价值、源流及本体》，中国人民大学出版社2007年版，第363页。

申请材料日期不准确及决议系伪造为由主张被告未尽到应有的审查义务。对此通常认为，公司登记机关重点关注的应是从形式上审查申请材料之内容是否为申请人之真实意思表示，同时，只要当事人意思表示真实登记机关则无理由否定当事人预先准备的申请材料之效力。因此，本案原告主张的日期不准确及决议实质上伪造，实际并不在被告审慎审查义务范围之内，被告根据形式审查作出相关行为并不构成程序上的瑕疵。此外，本案原告还以其已向被告作出必须符合其要求的条件才能进行工商变更登记之声明，而被告违反其声明进行变更登记为由主张被告行为违法。对此，根据行政法一般原理，行政行为通常具有单方意志性与处分性，行政机关有依据法定职权作出具体行政行为之权力，其原则上并不受行政相对人意思表示之约束。尽管在特定情形下，当涉及相对人重大利益时，行政机关应当听取相关利害关系人之陈述与申辩，但是当事人之陈述与申辩并不具有直接约束行政机关之效力，行政机关仍可依据自己的判断行使法定权力。因此，本案原告作为利害关系人，虽然其声明构成对本案被告之意见申诉，其具有提出相关意见之权利，但是其申诉并不具有约束被告行为之效力，被告是否作出相应行政行为仍应以相关法律和规章之规定为依据。可见，本案被告作出的变更登记行为并不存在明显之程序违法，如无其他瑕疵应为合法有效之变更登记行为。尽管如此，但如果变更登记行为存在实质性瑕疵时，则当然可依行政诉讼处理原则进行处理。接下来之论述即将对此回应。

**三、据以作出变更登记之申请材料存在实质性瑕疵时之行为效力及相关救济。**如前所述，申请人对申请材料之真实性负责，工商行政部门原则上只对工商变更登记材料做形式性审查，仅在必要之时，才进行实质性审查。那么当工商行政部门尽到合理审查义务却未能发现申请材料之实质性瑕疵时，其据此申请材料作出的变更登记行为具有怎样的效力以及如何对其进行相应救济则成为无法回避之问题。应当认为，“行政行为具有公定力，未经法定国家机关按照法定程序作出认定，应推定合法有效，因此登记事项和内容在登记未经法定程序否定情况下也是合法有效的”，<sup>①</sup>这在现实中的体现就是工商登记未经法定变更对于善意第三人仍能产生相应的公信效力。那么对于该类变更登记行为应如何进行救济？根据《公司法》第199条，公司登记机关除了可以对公司进行行政处罚之外还可以撤销公司登记，因此，对于该类行为

<sup>①</sup> 参见江苏省南京市中级人民法院课题组：《公司变更登记司法审查的难点及其解决——行政诉讼角度考察》，载《法律适用》2008年第12期。



首先公司登记机关可以通过行政行为进行相应救济。

实践之中争议较大的主要是，对于该类行为可否通过行政诉讼进行救济以及与民事诉讼救济之关系问题。该类行为属于《行政诉讼法》第54条第2款中主要证据不足的情形，可以判决进行撤销或部分撤销，因此，可以通过行政诉讼进行救济。至于其与民事诉讼救济之关系，一般认为，工商变更登记的主要意义在于对相关事实进行公示以使其获得对抗效力，其本身并不具有对相关事实作出权威性认定之效力。因此，工商登记的存在并不具有阻碍民事救济之效力。相反，根据工商登记是对真实情况进行如实登录之特性，当事人还可以通过确定真正之权属，据以要求工商行政机关对错误的登记进行变更登记。此外，申请人应当对申请材料的真实性负责，加之虚假登记还可能伴随着对真实权利人权利之侵害，利害关系人还可以通过侵权行为寻求相应救济。行政诉讼救济与民事诉讼救济是从不同法域视角，针对该类行为中的不同事实部分进行的不同救济，二者之间既不存在相互阻碍关系，也不存在先后关系，利害关系人可依据自身情形选择相应救济。

根据境外立法例，一般对于虚假登记还可进行刑法上的规制。例如我国澳门地区《商业登记法典》规定：（1）使虚假行为或法律上不存在之行为被登记者，除可能负刑事责任外，亦须对造成之损害负责。（2）为进行登记或缮立所需文件而在登记局内外作出或确认虚假或不准确之声明者，亦须负民事及刑事责任。而在我国大陆地区，类似的规定还有待进一步的完善。可见，对于该类行为，法律从不同的角度进行了不同的调节与规制，各种救济方式之间并不存在冲突与矛盾，它们共同构成工商变更登记行为之救济体系。



## 未报经证监会批准是否 对股权变更登记产生效力影响

### 【关注焦点】

中国证监会是什么性质之机构？其约束及规范证券行业公司之相关规定是什么性质之法律文件？其关于证券行业公司股权变动须报其批准之规定应否优先适用？已经工商部门变更登记而未报请证监会审批之证券公司股权转让是否有效？

### 【基本案情】

上诉人（原审被告）：A公司

被上诉人（原审原告）：B公司

被上诉人（原审被告）：甲证券公司

1999年，甲证券公司在实施增资扩股期间，B公司欲投资5000万元认购甲证券公司股份，但由于当时该公司的净资产收益未达到认购上述股份的标准，故B公司找到与其公司有业务联系的A公司协商，A公司同意以其公司的名义由B公司提供资金，认购上述5000万股份。为完成5000万元款项的支付，B公司与A公司于1999年8月11日以借款的名义签订了一份借款协议。同年8月17日，B公司在汇款单里以投资款的名义，将5000万元人民币汇入A公司账户。为体现所认购股权的实际所有人是B公司，在签订借款协

议的当天，A公司的法定代表人左某向B公司的法定代表人费某出具一份授权委托书，授权B公司行使A公司在甲证券公司所拥有上述5000万股份的一切权利。上述股权登记后，B公司为使该股权转入其名下，便于2000年3月2日与A公司签订了一份转让协议，约定由A公司将5000万股份转让给B公司，A公司因欠下B公司的债务，故不收取转让费。该协议报送中国证监会及湖南省工商行政管理局各一份。

2000年3月27日，甲证券公司根据B公司的申请，向甲证券公司股权的登记机关湖南省工商行政管理局申请上述股权的变更登记。同年3月31日，湖南省工商行政管理局同意将该股权由原来的所有人A公司变更为B公司。自该股权认购之日始至今，一切有关股权的事宜，均由B公司参与和处理，亦由B公司享有权利，A公司对此均未表示异议。2000年12月12日，B公司收到甲证券公司1999年度的分红款384188.36元。B公司因认为甲证券公司在办理股权变更登记手续时未报经中国证监会批准而造成变更登记不规范，遂于2002年2月25日以确保该项股权属其公司所有为由，向法院提起股权确认诉讼，请求确认其公司通过A公司认购甲证券公司的5000万元股权属于B公司所有，并由甲证券公司承担案件的诉讼费用。甲证券公司作出答辩。A公司因经传票传唤未到庭参加诉讼亦未提供书面答辩。

## 【审理要览】

一审法院审理认为：B公司利用其资金，通过A公司认购甲证券公司5000万股份是根据双方签订的股权转让协议和股权转让的变更登记程序完成的。从法律关系的内容上看，B公司与A公司签订的股权转让协议符合法律规定，合法有效，应予保护。由于所认购5000万股的款项系B公司已通过借款合同形式支付，故转让协议约定A公司不再收取转让费。B公司与A公司以借款合同的形式支付其应购股权的款项虽有不妥，但双方签订借款合同实质并非企业之间的互相借贷，该行为的真实意思系B公司支付的以A公司名义认购甲证券公司股份的款项。由于股权转让协议合法有效，故此行为依法予以保护。B公司与A公司在签订借款合同的当日，A公司就书面授权B公司享受该5000万股股权的一切权利。B公司从事实上已经成为甲证券公司的股东，参与了股东大会，享受了股东红利。A公司自始至终对上述行为没有提出异议，也没有以甲证券公司的股东名义享有权利和承担义务。工商登记部门将上述5000万股变更登记到B公司的名下，符合《登记管理条例》第

23条、第31条的规定，该股权变更登记合法有效。虽然依照中国证监会1999年对证券公司的内部管理意见，股权变更登记要报中国证监会批准。但依照《公司登记管理条例》和《证券法》的规定，股东发生变更登记不需要报中国证监会批准。由于中国证监会的内部意见未对外公布，在与法律规定相冲突时，依照对外公布的法律规定办理变更登记的行为应当受到法律的保护。甲证券公司在办理此项股权变更登记时，仍通过中国证监会长沙特派办将变更登记的申请报中国证监会，在中国证监会尚未依内部管理意见批复的情况下，依照《公司登记管理条例》关于股东发生变动之日起30天内申请变更登记的规定，甲证券公司在此期限内向工商行政管理部门申请了变更登记，是守法行为，应当得到法律的保护。因此，甲证券公司在办理股权变更登记时没有任何法律上的过错。B公司要求甲证券公司重新办理登记手续成为不必要。据此，依照《民事诉讼法》第130条、《民法通则》第72条、第85条，《登记管理条例》第23条、第31条之规定，判决：B公司通过股权转让协议取得的甲证券公司5000万股，并依法办理了变更登记，均合法有效，该5000万股份的所有权人为B公司。案件受理费260010元由B公司承担。A公司不服判决，向最高人民法院提起上诉。

上诉人A公司上诉称：原审法院对事实的认定存在严重错误，将B公司认定为系争股权的实际股东，将借款与股权转让两个不同的法律关系混为一谈，既保护了企业之间拆借的违法行为，又保护了未经生效的股权转让行为；且原审法院任意曲解法律，导致原判适用法律不当，中国证监会的内部通知是对《证券法》相关规定的细化，对证券行业（包括相关股东）具有约束力，与《证券法》的有关规定并不冲突，证券公司修改章程必须报经中国证监会批准，A公司与B公司的股权转让未经证监会批准，应当无效。因此，请求二审法院依法撤销原审判决，作出对B公司的诉讼请求不予支持의判决。

被上诉人B公司答辩认为：本案股权转让协议已经成立生效并履行完毕，B公司依法已取得本案诉争股权，A公司在股权转让过程中，没有提出任何异议，实际上也承认了B公司的股东地位。A公司认为本案股权转让应报经证监会审批的上诉理由不能成立，《公司法》、《证券法》并未规定证券公司股东之间转让出资应报主管部门批准。一审判决认为证监会内部文件不能作为认定本案股权转让协议效力的依据并无不当，《合同法解释（一）》第4条明确规定《合同法》实施后，人民法院确认合同无效的依据只能是法律和行政法规。因此，一审判决认定事实清楚，适用法律正确。

被上诉人甲证券公司认为：无论从工商登记的角度看，还是从甲证券公

司与 B 公司、B 公司与 A 公司之间的关系来看，B 公司在法律和事实上都已经是诉争股权的股东。且证监会已经审核了甲证券公司修改后的公司章程，确认了 B 公司持有甲证券公司 6625.2 万元股权、A 公司不再是甲证券公司股东的事实。

最高人民法院除对原审法院查明的事实予以确认外，另查明：在湖南省工商行政管理局于 2000 年 3 月 31 日将本案诉争股权的所有人 A 公司变更为 B 公司之后，甲证券公司据此变更股东名册，并向 B 公司签发了 6000 万元的《出资证明书》。B 公司作为股东连续参加了甲证券公司 2000 年度和 2001 年度的股东大会以及 2002 年度第一次临时股东大会，并按 6000 万元的持股比例行使了表决权。

2000 年 3 月 27 日，甲证券公司正式向证监会提交公司股权变更申请报告书。证监会长沙特派办于 2001 年 8 月 21 日向证监会出具了同意股权转让的初审报告。2001 年 11 月，甲证券公司向证监会申请第二次增资扩股，2001 年 12 月 24 日证监会下发证监机构字（2001）314 号文，同意甲证券公司增资扩股。2002 年 3 月 20 日，甲证券公司向证监会呈送《甲证券公司落实第二次增资扩股方案回报文件》及修改后的公司章程（该章程载明 B 公司持有甲证券公司 6625.2 万元股权），证监会于 2002 年 4 月 9 日下发证监机构字（2002）91 号文《关于同意甲证券公司调整增资扩股方案的批复》，同意甲证券公司调整后的增资扩股方案。2002 年 5 月 8 日，甲证券公司向证监会汇报该次增资扩股情况并申请换发《经营证券业务许可证》，并将修改后的公司章程作为附件再次向证监会呈报，证监会于同年 5 月 16 日核发了甲证券公司新的《经营证券业务许可证》。

另查明：2001 年 9 月 10 日，上海市某中级法院在原告某银行诉被告某教育咨询公司、某教育发展公司、A 公司借款合同纠纷一案中，应原告的申请作出民事裁定书，裁定准许原告关于对三被告财产进行保全的申请，于同年 9 月 19 日冻结了 A 公司在甲证券公司的价值 10368343.62 万元的投资股权及收益，并分别于同日和次日向湖南省工商行政管理局和中国证监会发出协助执行通知书。

最高人民法院审理认为：B 公司与 A 公司之间签订的股权转让协议是否有效，B 公司是否为甲证券公司的合法股东，系本案当事人诉争焦点之一，亦是解决本案其他诉争焦点问题的前提和基础。B 公司通过与 A 公司签订借款协议、股权转让协议以及股权转让变更登记的方式，以实现认购甲证券公司 5000 万元股权的目的，可谓本案的基本事实所在。根据《合同法》第 32

条关于“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立”之规定，本案中股权转让协议业已经过双方当事人签字盖章，故该协议已依法成立。根据《公司法》第35条第1款关于“股东之间可以相互转让其全部出资或者部分出资”之规定，本案中B公司与A公司签订股权转让协议符合该条之规定。虽然《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”但鉴于现行法律、行政法规并未规定证券公司股东之间的股权转让协议应办理批准、登记手续才生效，故本案中股权转让协议已经依法成立并生效。尽管B公司所认购5000万股的款项系该公司通过借款合同形式支付，即B公司与A公司以借款合同的形式支付其应购股权的款项存在不妥之处，但双方签订借款合同之实质并非企业之间的相互借贷，该行为的真实意思系B公司支付的以A公司名义认购甲证券公司股份的款项。A公司在上诉状中也承认该转让协议是双方以互负到期的债权债务相互抵消，是对自己民事权利进行处分的一种行为，符合《合同法》的有关规定，这表明A公司亦认为股权转让协议已经依法生效，并认可B公司已向A公司支付了股权转让款。故一审法院关于本案中B公司与A公司签订的股权转让协议合法有效并应予保护的认定正确，二审法院予以维持。B公司与A公司在签订借款合同的当日，A公司就书面授权B公司享受该5000万股股权的一切权利。特别是在甲证券公司于2000年3月27日向湖南省工商行政管理局申请变更登记后，湖南省工商行政管理局于2000年3月31日依法予以核准登记符合《公司登记管理条例》第23条和第31条的规定，该股权变更登记合法有效。将本案诉争股权的所有人A公司变更为B公司，意味着甲证券公司的股权变更已以工商登记的形式被公示并具有公信力，即使工商登记资料或者程序存在某些瑕疵，对于善意受让方的权利亦应给予保护。加之，甲证券公司根据上述工商部门核准的登记而变更股东名册并向B公司签发6000万元的出资证明书，B公司作为股东连续参加股东大会，已享受股东红利，以及A公司自始至终对上述行为没有提出异议等系列事实，已经充分表明B公司在法律和事实上皆已经成为甲证券公司的股东。故A公司关于一审法院错误认定B公司为甲证券公司的股东的主张于法于理无据，二审法院不予支持。

本案股权转让是否应报中国证监会审批，系本案的另一诉争焦点，解决该焦点的关键在于辩明“股东变更”与“公司章程变更”之间的关系。根据《公司法》第39条第2款关于“股东会对公司增加或者减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式作出决议，必须经代表2/3以上表决权的股东

通过”以及该法第40条关于“公司可以修改章程。修改公司章程的决议，必须经代表2/3以上表决权的股东通过”之规定，可以认为公司章程的变更与公司注册资本和形式变更属于并列关系而非包容关系，前者并不包括后者。同样，根据《证券法》第123条规定：“证券公司设立或者撤销分支机构、变更业务范围或者注册资本、变更公司章程、合并、分立、变更公司形式或者解散，必须经国务院证券监督管理机构批准。”该法将证券公司的业务范围、注册资本等事项与公司章程的变更并列作为国务院证券监督管理机构批准的内容范围，说明该法条并不认为证券公司章程所记载事项的变更就是证券公司章程的修改或变更。质言之，不宜将证券公司章程所记载事项的变更与该法条所规定的“变更公司章程”等量齐观，该法条之规定并非证券公司股东转让出资应报证监会审批的法律依据。此外，《公司登记管理条例》第23条关于“公司变更登记事项，应当向原公司登记机关申请变更登记”之规定，以及该条例第31条关于“有限责任公司变更股东的，应当自股东发生变动之日起30日内申请变更登记，并应当提交新股东的法人资格证明或者自然人的身份证明”之规定，亦未明确要求股东发生变更登记需要报经中国证监会批准。

应当指出的是，中国证监会于2001年12月28日公布并于2002年3月1日施行的《证券公司管理办法》第17条规定：“证券公司下列事项，应当经中国证监会批准：（一）撤销或者转让分支机构；（二）变更业务范围；（三）增加或者减少注册资本；（四）证券业务部异地迁址；（五）修改公司章程；（六）合并、分立、变更公司形式以及解散或向人民法院申请破产；（七）中国证监会认定的其他事项。”第18条规定：“证券公司变更下列事项，应当在5个工作日内向中国证监会备案：（一）变更公司名称；（二）变更总公司、分公司的住所；（三）证券营业部和证券服务部的同城迁址；（四）中国证监会认定的其他事项。”该办法的上述条文将诸如证券公司名称和住所的变更等公司章程记载事项列为证监会备案的内容而非审批的事项，说明证券公司章程所记载事项的变更并非必然属于“变更公司章程”的范畴，而且该办法的上述条文并未明确要求证券公司股东之间转让出资应报证监会批准。

虽然依照中国证监会于1999年3月17日下发的《关于进一步加强证券公司临管的若干意见》（证监机构字[1999]14号）明确规定股权变更登记要报中国证监会批准；但是，现行法律、行政法规以及证监会新近出台的相关管理办法并未明确证券公司股东之间转让出资必须报经证监会的批准，故上诉人A公司关于甲证券公司股东变更登记必须报经中国证监会批准的主张

于法无据，二审法院不予支持。原审法院关于股东发生变更登记不需要报中国证监会批准的认定，二审法院予以维持。

关于原审法院未将中国证监会文件作为审理本案的依据是否不当一节，根据《合同法解释（一）》第4条关于“合同法实施后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据”之规定，一审判决未将中国证监会证监机构字（1999）14号《关于进一步加强证券公司监管的若干意见》作为认定股权转让协议效力的依据，并无不当。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，最高人民法院依照《公司法》第39条第2款、第40条，《证券法》第123条、《公司登记管理条例》第23条、第31条、《合同法解释（一）》第4条，以及《民事诉讼法》第153条第1款第（1）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案从实质上讲是一起普通的股权转让纠纷案件，但它涉及证监会之性质、证监会制定法律文件之效力、证券公司股权变动程序以及“股东变更”与“公司章程变更”之关系等一系列现实中极具争议之问题。因此，认清上述问题，并对其作出合理解读，不仅对于本案处理具有重要意义，对实践中类似问题之解决亦具有一定启发意义。

**一、中国证监会是什么性质的机构。**我国的证券监管体制是随着市场经济体制的改革与证券市场的发展在探索中逐步建立的。与之相适应，我国证券监督管理机关的具体设置及其职能也是历经多次变化才发展到今天之格局。但是，证监会作为我国对证券市场进行集中统一监管之机构，从其产生至今，在我国之定位即始终无多大变化。《中国证券监督管理委员会职能配置、内设机构和人员编制规定》，规定它为国务院直属正部级事业单位，为全国证券期货市场的主管部门。然而，由于其在实践中不仅拥有广泛的行政管理职权，而且还有权制定规范证券市场的规范性法律文件，这与一般事业单位之地位与职能极不相称，因此，学者一般认为，其在我国之定位模糊不清，有必要给予重新定位。

通观境外各代表性国家立法可以发现，虽然各国与地区由于历史传统、市场状况、监管体制的不同，在监管机关的具体设置与职能上可能存在着很大的差异性，但是他们的共同特点是，证券监管机关在人事、财权、监管职



权方面均具有很大的独立性。或如美国直接设立的独立于传统行政机关之外的“全国性委员会”作为监管证券市场的独立行政机构，或如日本与我国台湾地区在政府行政机关序列内确立其独立的行政机关地位。这与学者认为的“中国证监会在体制上既未能真正独立于政府，又未能真正独立于监管对象”并不相同。因此，有学者认为，“鉴于证监会在法律定位上存在的种种问题，应尽快确认证监会的行政机关性质，改事业单位为行政部门，直接作为国务院的一个下属行政部门”。也有学者认为，“应借鉴日本与我国台湾地区的折中模式，在政府机关序列内确立其独立行政机关地位。也就是说，不妨放弃国务院直属事业单位这一主体属性模糊不清的现有定性，而将其明确界定为委员会制的独立行政机构。但作为具有独立规制机构色彩的特殊行政机构，其职能定位与职权行使皆应具有必要的独立性。”<sup>①</sup>

鉴于我国行政机关序列设置的特殊性，以及我国目前尚不具备监督独立行政机构的完善配套机制和公众意识，从便宜的角度讲，似可采取后一种观点。可以在我国现有行政机关序列中，确立证监会独立行政机关之地位，既给予其包括法律文件制定权、行政管理职权、准司法权等在内的应有的独立性职权，又使其最大限度地与行政干预和监管对象保持必要之距离。

**二、证监会文件法律性质一般分析。**《证券法》第179条规定的国务院证券监督管理机构的职责中包括“依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则，并依法行使审批或核准权。”据此，证监会仅拥有“规章与规则”的制定权限。根据我国《立法法》规定，法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章，行政法规的效力高于地方性法规、规章。《公司法》和《证券法》是全国人大常委会通过的法律，其法律效力自然高于证监会制定的规章或规则。因此，当证监会制定的规范性法律文件与《公司法》或《证券法》规定相冲突时，应当适用相关法律规定，证监会的文件应无优先适用之效力。

结合本案具体情形来看，《公司法》与《证券法》对证券公司股权变动并未作出明确之审批要求，仅是证监会下达的《关于进一步加强证券公司监管的若干意见》（证监机构字〔1999〕14号）通知中，对此作了规定。应当认为，这一规定并不能作为本案裁判依据。首先，从法律文件之效力角度讲，如果法律无明确授权之证监会文件一般不应与《证券法》或《公司法》之规定相抵触，否则不具有相应效力。其次，从判定法律行为之效力依据角度讲，

<sup>①</sup> 参见王建文：《中国证监会的主体属性与职能定位：解读与反思》，载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=48903>。

《合同法解释（一）》第4条明确规定：“合同法实施后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据”。证监机构字[1999]14号通知其效力充其量不会超过行政规章，因此，它不能作为判断证券公司股权变动是否有效之法律依据。最后，从其实施情形来看，证监会在其之后颁布的《证券公司管理办法》对审批已不再作出明确要求，到本案发生时证监会也不再处理该类审批事宜，因此事实上，证监会自己的新规定已经对旧规定作出了变更，该规定更不能再作为处理本案之有效依据，否则类似本案之审批将永远无法落实，股权也无法实现转移。

综上，在相关法律无明确规定情形下，证券公司之股权变动也应遵循《公司法》、《证券法》、《公司登记管理条例》等法律法规规定的股权变动程序。证监会的文件在股权变动问题上，并不具有优先适用之效力。只要证券公司之股权转让双方已依据法律规定进行了股权变更，股权转让之效果即已发生，即使未按证监会规定进行相应审批，也不应影响股权变动之效力。虽然证监会可能会根据监管需要对其监管对象股权变动作出某些特殊的要求，但根据其文件之效力等级，也仅具有管理性规范之效力，只能产生相应之行政责任，而不能以此决定股权变动之最终法律效力。

**三、“股东变更”与“公司章程变更”之关系。**本案另一个重要争议焦点是，股东变更引起的公司章程变更，是否必然属于公司法立法本意上的修改公司章程之内容，进而是否可以得出，因为证券公司修改公司章程需要证监会批准，证券公司股权转让也即需要经过证监会批准。本案最终裁判经过比较公司法不同条款的规定以及证券法等法律、法规的类似规定得出，在我国“修改公司章程”具有特定内涵，“公司章程所记载事项”的变更，并不一定就是我国法律上的“修改公司章程”。然而，本案最终裁判并未指明，涉及股东变更的公司章程记载事项变更是否属于我国法律意义上的“公司章程修改”之内容，因此，本案最终裁判对此问题实际最终并未给出明确解答。

德国学者认为，并不是公司章程任何事项之变更，均需采用严格形式，因为公司章程中可能包含一类任意记载事项，它们本属于普通债权契约即可约定之内容，“对于废除或修改没有章程性质的公司合同条款，则不需要采用特别的形式。”<sup>①</sup>而我国《公司法》明确规定，修改公司章程为特别多数决议

<sup>①</sup> [德] 格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，法律出版社2010年版，第355页。

事项。因此，从法理上讲，我国的“修改公司章程”，确实应当具有特定内涵，应是从狭义上讲的，而不应泛指对公司章程记载事项的任何修改。然而，对于公司股东变更与增加减少注册资本等引起的公司章程记载事项之变更，是否属于“修改公司章程”当然应包含之内容，《公司法》并未给予明确回应。那么是否可以根据《公司法》对公司章程记载某一事项的变动已经规定了特殊规则，而其变动必然引起公司章程的修改，或根据法律或法规将公司章程自身修改与公司章程记载的某类事项之变动在同一或并列条文中作出并列规定即得出，该类事项之变动所引起公司章程记载事项的变更即不属于“修改公司章程”所应包含之内容呢？这一推理过程并不严密。从事实角度而言，公司章程记载事项之变动与其引起的公司章程记载事项之变更实为不同事件，二者之间虽然有因果关系，但是不排除法律对其进行分别规制的可能。例如，公司章程内容变更与变更登记之间，二者虽然也存在前因后果关系，法律仍对其却作出了分别规制，公司章程内容变更不登记其效果也可以发生，仅仅是不能对抗第三人。此外，《公司法》第74条明确规定：“依照本法第七十二条、第七十三条转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需要由股东会表决。”可见，《公司法》对股权变更事项本身和由其引起的公司章程记载事项变更采取了分别规制的思路。前者属于股权转让规制的内容，后者属于章程修改规制的内容。只是法律对由股权变更引起的修改公司章程的程序作出了有别于普通修改章程程序的特别简化规定。因此，对于增加或减少注册资本等事项以及由此引发的公司章程变更情形，也可以认为法律采取了同样的分别规制思路，这样即可以解释，为什么股权变动、增加、减少注册资本等事项的变更必然引起公司章程之变更，其引起的公司章程变更属于公司章程的修改，但要法律还将这类事项之变更与公司章程修改在某些情形下并列规定之原因，因为，二者具有不同的规则与规制意义。

由上可见，从法律对章程记载的某些事项提供特殊的变动规则或将章程记载事项的变更同修改公司章程并列规定这一现象本身，并不能得出由这些事项变更所引起的章程变更即不属于修改章程范畴之结论。相反，《公司法》已有明确的迹象表明，这类情形引起的公司章程变更仍属于修改公司章程，只是对于公司章程的这类修改应遵循简化之程序规则。然而，仍有疑问的是，我国法律仅对公司股权转让引起的章程修改明文规定了简化规则，那么是否意味着对于其他情形，皆必须遵循公司章程修改的特殊表决要求？一般认为，如果法律对章程记载事项本身的变动已设定了明确规则，那么由此所引起的

章程修改便只具有如实记录事实之意义。因此，对于该类情形，无论法律是否有如股权变动那样之明文规定，只要法律为事项本身变动提供了明确规则，即应视为法律在该类事项所引起之章程修改上可以实行简化规则，可以不再适用法律所以要求的特别多数决规则。否则，定会徒增必要修改之难度，于实践无益。

综上，在《公司法》之中，“修改公司章程”有特定之内涵，但股权变更、增加、减少注册资本等公司章程记载事项本身的变更，并不能等同于由其所引发的公司章程变更，后者依然属于章程修改之内容，只是由于该类变更仅具有如实记录事实之意义，并不具有直接改变公司结构之意义，法律在对这类记载事项本身提供特殊变动规则时，即意味着对该类事项所引起的章程修改作了简化规定。因此，在我国，修改章程其实并不一定或完全是奉行单一的绝对多数表决规则，例外情形可能会有例外之规定。

如前所述，股东变更引起的公司章程变更属于公司章程修改的内容。那么，是否可据此即得出，当法律要求公司章程修改须经批准时，股东与股权之变更也同样应经过相应批准之结论呢？显然并不能。如之前所曾分析，我国法律对股东与股权变更与其引起之章程变更采取了分别规制的思路，二者为不同事实，分别受不同规则约束，股权变动之效果发生与否并不受章程修改与否之影响。相反，只有发生股权变动事实之后才会涉及公司章程之变更问题。因此，并不能从法律要求章程修改必须经过批准的规定得出，股权变动也应得到相应批准之结论。即使因股权变动引起的章程修改还未得到相关主管部门之批准，而无法实现章程之有效修改，也不应据此影响股权变动之效果发生。因此，本案上诉人以公司章程应记载股东股权等事项，该类事项变更须经主管部门批准，即倒推出股权变更也应经相关主管部门批准之观点显然不正确，犯了倒果为因之错误。

101

## 能否以欺诈转让为 由对抗已经完成之股权变更登记

### 【关注焦点】

股权转让，就其根本性质而言，应属合同行为，若此类合同签署存有欺诈之时，受欺诈人可以享有怎样的救济权利？其中，股权受让人可否主张合同无效并请求退还所支付之股份转让对价款？而当股权变更已经完成情形下，欺诈性股权转让是否可以同时影响该变更登记之法律效力？

### 【基本案情】

原告：甲创业发展有限公司

原告：乙投资管理有限公司

原告：陈某

被告：A 投资有限公司

被告：B 技术开发有限公司

案外人：C 置业发展有限公司

案外人：项某

A、B、C 三公司系内蒙某草业有限公司之法人股东，2000 年 8 月，原告甲公司与被告 A 公司达成受让草业公司股权的意向。同年 12 月，被告 A、B 两公司为促成股权转让事宜，向受让方出具“承诺书”称：草业公司自筹建

至2000年11月底，净投入（货币投入）不少于4500万元，另有银行贷款2000万元也投入草业公司，未挪作他用，如经双方认可的会计师事务所审计后的净投入（货币投入）少于4500万元或银行贷款挪作他用，A、B两公司愿以现金方式补齐差额部分。基于以草业公司的股东A、B、C三公司与原告甲、乙公司、陈某、以及案外人项某正式签订了《股权转让协议书》，该协议书约定：A公司同意将其拥有草业公司58%的股权转让给甲公司28%、乙公司12%、陈某13%、项某5%；C公司同意将其拥有草业公司4%的股权转让给项某；A公司股权转让总价款为2200余万元，甲公司相应支付股权受让款1100余万元，乙公司支付500余万元，陈某支付550余万元，项某支付210余万元；C公司股权转让款为170万元，由项某负责支付；当A、C公司配合受让方完成股权变更及工商登记全部手续后三个工作日内，甲、乙公司以及陈某应一次性支付A公司2000万元，项某应一次性支付A公司180余万元，支付C公司150万元；草业公司完成股份制改制及工商登记注册后，余款全部付清，并且草业公司新股东应为A公司办理2000万元担保的反担保事宜，因为A公司曾就此笔金额为草业公司之贷款提供过担保。该协议签订以后的当月，当事人在工商行政机关即完成了股东变更登记，不久，A公司依约获得2000万元股权受让款。

收款后三个月，即2001年3月，双方共同委托某会计师事务所对草业公司的资产、财务、注册资金、2000万元贷款等进行审计，该所于同年5月出具第79号、80号及81号审计报告。第79号报告证实：草业公司的财务收支存在不合规的问题有15项之多，该公司资产总额中固定资产及在建工程虽有2800余万元，但其中2000余万元无产权证明，2600余万元已抵押给银行，19万余元因涉讼已被法院查封，220余万元的拖拉机等固定资产记账原始发票不合规；应收款高达2100余万元，其中应收股东B公司的款额便有1600余万元。第80号报告系对草业公司注册资本的审计，该报告证实：从所提供的资料无法确认各股东的实际投入，且与公司注册登记的股东不符；公司注册时的1500余万元设备、1000万元无形资产、960万元草籽也权属不清；货币投入1700万元，注册验资时由B公司汇入，但验资后由B公司划回1000万元。第81号报告系对2000万元银行贷款的专项审计，其结果证实只有455万元按规定使用，85万元用于支付利息，其余款项均未按规定使用，被挪作他用。

在以上财务审计报告出具后，三原告即多次要求被告A、B公司将投入草业公司的资产办理产权过户，将抽逃的1000万元注册资金归位，将占用草业

公司的资产及挪用的银行贷款返还或以现金方式补足，但两被告拒不履行。据此，三原告以股权转让协议存有欺诈为由提起诉讼，请求解除本案股权转让协议，要求两被告连带返还所得转让价款。两被告主要抗辩理由为：（1）依据79号报告，草业公司所有者权益高达4500余万元，故应当认定草业公司净投入已达4500万元；（2）第80号报告反映财产权属凭证不足、所有权归属不明，并不能说明这些资产不属于草业公司所有，至于B公司划回的1000万元，属于股转公司向正常的债务清偿关系；（3）第81号报告中即便能证明银行贷款被挪用，也属草业公司对银行承担违约责任，与新股东无关。故请求驳回三原告诉讼请求。另查明：草业公司成立前，其股东还有项某，因注册时未加登记，故在股权转让协议中才以A、C公司转让9%股权给项某的形式体现出来，事实上该部分股权转让未履行。

## 【审理要览】

一审法院认为：（1）草业公司在成立之初，就存在严重的注册资本不实，在实际经营中也是负债经营，在此情况下，两被告A、B公司向原告出具虚假的承诺，具有明显的欺诈性；同时，两被告挪用银行专项贷款和公司流动资金，严重地违反了公司法的有关规定，使原告成为草业公司股东后无法经营，侵害了原告的合法权益。（2）两被告在庭审中提出股权转让不存在任何附加条件与其中出具的承诺书相互矛盾，其答辩理由不能成立。至于被告B公司提出没有参与股权转让不能成为本案被告的理由不能成立，因为B公司与A公司共同出具了虚假承诺，侵害了原告人的合法权益，同时挪用草业公司的巨额资金，对此项无效的股权转让行为应承担相应的法律责任，其主张抽回1000万元的注册资金是抽回其垫付的前期开办费，因其不能提供证据证实，不予采信。据此判决：一、双方所签《股权转让协议》无效；二、被告A公司返还原告购股款2000万元及损失80余万元，被告B公司承担连带责任。两被告对此不服，提起上诉。

二审法院认为：本案会计事务所及鉴定人的资格均符合规定，对草业公司财务及资产进行鉴定也是各股东共同委托的，被告A公司虽对其内容有异议，但在其经法院告知权利仍未申请重新鉴定的情况下，该鉴定报告应当作为认定本案事实的证据。基于该鉴定结论，原审法院认定被告A公司的转让股权民事行为构成欺诈，认定股权转让协议无效正确。且本案所涉草业公司，登记注册的股东为A、B、C三公司，而项某事实上也是该公司原始股东，草

业公司在股东的确认上原本就存有瑕疵，后又通过股权转让协议虚设了 A、C 公司转让给项某股权 9%，该内容不真实，也无法履行。草业公司注册登记载明，被告 A 公司投资 4400 万元，事实上，它却没有作任何投资。当原告得知 A、B 两公司的承诺虚假后，要求 A、B 两公司补足未果，这直接侵犯了股权受让方的民事合法权益。股权受让方因此而受到的损失应由股权转让方予以赔偿。本案中，虽然被告 B 公司没有转让股权，但其行为与被告 A 公司属共同故意欺诈，应当承担共同侵权的民事责任，原审法院对此作出认定是正确的，本案股权转让协议中虽有 C 公司转让股权给项某的隐瞒真实情况的事实，而这也是导致该股权转让协议无效的因素，但鉴于项某与 C 公司未参与本案诉讼，原审直接确认民事行为无效并不影响案外人的民事权利。据以上理由，判决如下：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案提出的问题是股权转让过程中存在不实陈述时，当事人事后是否可以寻求救济，以及如何寻求救济。由于股权转让主要以股权转让合同为基本载体，因此，对于这类问题的分析，还必须从合同法及其理论上寻求依据。

**一、欺诈对合同效力之影响及其救济。**公平正义是法律之永恒追求。欺诈作为一种不当干扰他人意思表示与决定之行为，难免损及被骗当事人之正当利益，有伤当事人之间的公平正义，因此，对于欺诈行为，无论是英美法系还是大陆法系历来均不吝嗇对于受害人提供必要之救济。学者一般认为，“基于私法自治及当事人自主原则，表意人于其意思形成与意思决定受到不当干涉时，法律应有保护之必要。”<sup>①</sup> 保护之方式即为不承认通过欺诈订立之合同具有完全之效力。例如，我国台湾地区“民法”规定：“因被诈欺或被胁迫，而为意思表示者，表意人得撤销其意思表示。但诈欺系由第三人所为者，以相对人明知其事实或可得而知者为限，始得撤销之。被诈欺而为之意思表示，其撤销不得以之对抗善意第三人。”我国立法对于欺诈订立之合同应当具有何种效力，在认识上经历了一个演变过程。1986 年《民法通则》规定，一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为无效。但到 1999 年《合同法》立法时，又对欺诈订立之合同进行了更为细致的区分，并根据这一区分，赋予了不同行为以不同之效力。例如《合同

<sup>①</sup> 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 389 页。



法》规定，一方以欺诈、胁迫的手段订立合同损害国家利益的，合同无效；一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或撤销。对于这一演变，学者一般认为，“合同的无效和可撤销制度，反映了国家对私法社会干预的尺度和标准，在合同效力方面的意思自治。与大陆法系国家民法典相比，我国《民法通则》的规定无限扩大了无效合同的范围，而极大缩小了可撤销合同的范围。……这样就将本来应当由当事人个人行使的决定合同命运的权利归到法院或其他机关，扩大了国家对私人生活的干预，造成了严重的后果。在1999年《合同法》的立法过程中，改变了民法通则的体例，顺应了世界各国立法的一般原则，……在实质上是扩大了私人支配的领域，从而将确定合同效力的权利更多地赋予了当事人。”<sup>①</sup>因而，就目前来讲，在我国立法中对于通过欺诈订立的合同，是以是否侵害国家利益为标准，区别规定为无效与可变更、可撤销两种不同之效力状态，分别给予相应之救济。

通过欺诈手段订立之合同不应具有完全之效力，应当无效或者可变更、可撤销，自无异议。但是，存在疑问的是，当事人在订立合同过程中存在欺诈情节时，是否可以通过侵权法进行救济？我国台湾地区1974年庭推总会决议认为：“因受欺诈而为之买卖，在经依法撤销前，并非无效之法律行为，出卖人交付货物而获有请求给付价金之债权，如其财产总额并未因此减少，即无受损害之可言，即不能主张买受人成立侵权行为而对之请求损害赔偿，或依不当得利之法则而对之请求返还所受之利益。”<sup>②</sup>因其有从形式立论，否定合同撤销前受害人存在侵权损害赔偿请求权之嫌，从这一决议精神产生之初，它就多受学者诟病。随后，于1978年庭推总会决议时又进一步补充申明：“所谓‘因受欺诈而为之买卖，在经依法撤销前，并非无效之法律行为，出卖人交付货物而获有请求给付价金之债权，如其财产总额并未因此减少，即无受损害之可言，即不能主张买受人成立侵权行为而对之请求损害赔偿……’。旨在阐明侵权行为以实际受有损害为其成立要件。非谓类此事件，在经依法撤销前，当事人纵已受有实际损害，亦不得依侵权行为法则请求损害赔偿。”至此，在我国台湾地区，受害人对于因欺诈而订立之合同寻求侵权法上之救济已经没有了法律障碍。对于因欺诈而订立的合同，受害人既可以

<sup>①</sup> 李永军：《合同法（第二版）》，中国人民大学出版社2008年版，第105页。

<sup>②</sup> 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第二册），北京大学出版社2009年版，第149页。

通过撤销合同进行救济，也可以通过行使损害赔偿请求权进行救济。学者明确指出：“侵权行为损害赔偿请求权与表意人之撤销权得同时并存。申言之，被害人于撤销前或撤销权消灭后，均得主张损害赔偿请求权。”<sup>①</sup> 但有必要指出的是，欺诈产生的合同撤销权旨在保证当事人的缔约自由，欺诈产生的侵权损害赔偿请求权旨在填补受害人因欺诈受到的实际损害，二者在性质、功能、构成要件与法律效果上均有不同，是法律从不同角度出发对受害人提供之不同救济，在实践中应当注意区分，准确把握。例如，撤销权的产生并不要求对受害人已经造成了实际损失，但侵权损害赔偿请求权的产生却要以实际损失之存在为前提。我国大陆地区立法对于当事人是否可以寻求侵权法上的救济虽然没有明确法律规定，但是，从学理上解释，似也可以得出同样之结论。因此，如果行为人的欺诈行为对受害人造成了实际之财产损失，并符合侵权行为之构成要件，那么受害人不仅可以通过撤销或变更合同寻求救济，还可以通过行使侵权损害赔偿请求权进行救济。二者之间是竞合关系，并不因欺诈发生于当事人缔结合同之情境而排斥侵权法对受害人之救济。受害人既可以在撤销合同之后对仍不能弥补的损害寻求侵权法上之救济，也可以在维持合同有效前提下，对其因被欺诈而遭受之损害寻求侵权法上之救济。

**二、股权转让中之欺诈认定。**股权转让主要以股权转让合同方式进行。因此，在股权转让中也不排除当事人通过欺诈方式订立合同之可能。《合同法》对于何为欺诈并未明确规定。但是，《民法通则意见》第68条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。”据此，学者一般认为，欺诈行为从总体上可分为两种类型，即“积极性欺诈”与“消极性欺诈”。前者主要是指行为人通过积极的行为和言辞，故意提供虚假情况，诱使对方作出错误意思表示之行为，后者则指，当依据诚信原则、交易习惯或法律规定行为人有告知或披露义务时，当事人故意或因重大过失不作相应说明，致使对方当事人作出错误意思表示之行为。例如，出售明知有瑕疵的商品，却不做相应说明的行为。

一般认为，欺诈行为须由以下要件构成：（1）须有欺诈行为。（2）须欺诈行为与表意人陷于错误及作出意思表示存在因果关系，即表意人意思表示错误地发生是因欺诈行为导致的，而其为意思表示是基于错误地认识。（3）

<sup>①</sup> 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第395页。

欺诈人有欺诈的故意。<sup>①</sup> 股权转让合同同样属于合同之一种，因此，对于股权转让行为中欺诈的认定也应遵循以上关于欺诈行为之分类与具体构成要件标准。就股权转让行为而言，股权价格往往会受到股权转让合同签订时的公司投入状况、经营状况、财务状况、市场前景、技术水平、无形资产等一系列复杂因素之影响，如果行为人对影响股价的相关信息故意做出虚假陈述，并使相对人依赖于其陈述而做出错误投资决定时，或当相对人提出明确要求或根据法律以及诚信原则行为人有说明义务，行为人为使相对人做出错误决定而故意不做相关说明或做出虚假说明时，行为人的股权转让行为即构成欺诈，应承担相应之法律后果。然而，值得注意的是，根据认定欺诈的一贯原则，适当的宣传并不构成欺诈，只有当行为人涉及对相关事实的说明或承诺时，如果其承诺失实，并对相对人投资决定造成不当影响时，行为人之行为才构成欺诈。简言之，即行为人仅对其陈述事实的真实性负责。另外，在自由市场中，投资人作为理性人也应当尽到合理之注意义务，承担其应当承担的适当商业风险。在英美法上，构成欺诈还要求一个特殊的“合理信赖”要件。它排除了法律对过于轻信谎言的相对人之保护。因为，人们不应被过分明显的谎言所欺瞒。然而值得注意的是，法律也并不排除对既受到行为人欺诈，而自身也存在过错的受害人提供救济。正如阿狄亚所言：“当事人没有必要说明错误陈述是订立合同的唯一诱因，假如不知情的一方至少部分信赖了虚假陈述，他就有权撤销该合同。”<sup>②</sup>

综上，股权转让中之欺诈行为，虽然因涉及影响股权转让的一系列复杂因素，而在具体认定上比一般欺诈行为更为复杂，但是其本质上与其他合同中之欺诈行为并无不同。因此，在认定时，仍应以欺诈行为的两种具体类型以及其构成要件为指导，综合考察股权转让合同订立过程中是否存在欺诈情形来具体判定。一旦认定构成欺诈，即便股权转让已经办理过户手续，同样可以被撤销，所办过户手续应予再次变更。

**三、对本案合同效力及其救济之分析。**本案一、二审法院虽然在说理论证上有牵强附会之迹象，但均认为本案股权转让合同因存在欺诈而应当认定为无效。对于被告人B公司承担连带责任的法律依据，一审法院语焉不详，含糊其词，二审法院则认为其应为共同欺诈的连带侵权责任。事实上，影响本案认定的一个关键性因素就是被告向受让方出具的作为股权转让合同订立基

<sup>①</sup> 参见王卫国主编：《民法学》，中国政法大学出版社2007年版，第122页。

<sup>②</sup> [英]阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社2002年版，第275页。

础之“承诺书”。该“承诺书”既对有关事实进行了承诺，又承诺了自身对承诺事实不实之现金补足责任。这些承诺事实不仅会影响到受让人对股价的正确判定，而且由于其另有承诺事实不实的现金补足责任承诺，显然会增强受让人的信赖进而左右其投资决定。如果被告承诺之事实属实，或者在不实情形下，其主动承担其承诺之现金补足责任，那么，本案股权转让合同自然不存在欺诈情形。但是，如果被告在订立合同时即无承担现金补足责任的真实意图，仍对事实进行不实承诺并故意承诺虚假之现金补足责任，那么被告行为无疑构成欺诈。

结合本案具体情形来看，被告对相关事实之承诺原本就与事实不符，在受让人发现承诺事实虚假后，要求其进行相应之现金补足，其又明确拒绝，其行为已经表明其在合同订立时即存在欺诈订立合同之故意，并且既隐瞒了真实情况，又作出了虚假之承诺，存在作为欺诈构成要件之欺诈行为。此外，被告之虚假承诺对原告意思表示明显具有较大影响，二者之间存在因果关系，因而，二被告之行为构成欺诈。如前所述，在当事人缔结合同过程中存在欺诈情形时，只要符合相应的责任构成要件，受害方当事人既可以寻求合同法上之救济也可以寻求侵权法上之救济，二者之间为竞合关系，而非排斥关系。本案一、二审法官首先对合同效力进行判定，显然是在提供合同法上之救济。但是，根据《合同法》规定，一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思情况下订立的合同，只要未损害国家利益，受损方有权请求人民法院或仲裁机构变更或撤销，而非直接认定合同无效。因而，本案法官在对合同效力认定上存在着认识上之偏差。

关于被告人B公司承担责任之依据，由于其并非股权转让合同当事人，因此，基于合同相对性，其不会承担相应之合同责任，至于其可以承担“承诺书”中之相应责任，则另当别论，因为其承诺并不属于股权转让合同法律关系之内容，而是股权转让合同之外的一个单独法律关系的内容。因而，其承担责任之依据只能是因其在他人缔结合同过程中，存在欺诈行为，并给他人造成了损失的侵权损害赔偿。案中被告人B公司之恶意欺诈行为，使受害人不当评估了股价，缔结了股权转让合同成为出资不实公司之股东，并且使其对公司贷款使用情况的合理预期落空，给受害人带来了实际之财产损失，实际上也应构成侵权责任。因而，二审法院认为其承担责任的依据为共同侵权之民事责任并无不当。

至于受害人寻求相应救济之具体法律后果。如果受害人仅寻求合同法上的救济，请求撤销股权转让合同，那么合同撤销之后，当事人双方的权利义务关

系应依《合同法》的相关规定进行处理。股权转让合同将因受害人撤销权之行使而归于无效，欺诈行为人应当返还其取得的价金，并对受害人受到的信赖利益损失予以赔偿，受害人应当将股权返还给欺诈行为人，公司应当协助办理股权变更等事宜。只要在撤销权行使的法定期间之内，受害人并不会因股权转让已完成而即丧失对受欺诈所订立合同进行撤销、恢复原状之权利。当然受害人也可以请求变更股权转让合同，法院当以公平原则为指导对合同权利义务关系进行相应变更。如果受害人不行使撤销权，仅对其他损失通过行使侵权损害赔偿请求权进行救济，那么股权变更的效力将继续予以维持，只是欺诈行为人应当赔偿受害人受到的相应损失。如果受害人既通过行使撤销权进行救济，又行使侵权损害赔偿请求权进行救济，则二者之间存在竞合，原则上应由当事人择一行使。当然，对于受害人通过行使其一而未能实现完全救济之部分，受害人还可以通过行使另一请求权进行救济。本案情形较为特殊，受害人对被告人A公司显然行使的是撤销权救济，但对于被告人B公司其只能寻求侵权法上的救济。虽然，受害人对二者的请求权不同，但是，二者都有对受害人遭受之损失进行赔偿之责任，因而二者应对受害人在其遭受之实际损失范围内负连带责任。



## 以重大误解为由 诉请撤销股权转让协议

### 【关注焦点】

作为合同性质之股权转让协议，可否以重大误解为由主张撤销？如果可以，那么股权转让协议中重大误解之衡量标准又是什么？

### 【基本案情】

原告：某商品调剂有限公司

被告：郑某

被告：A 生物科技股份有限公司

被告 A 公司原为有限责任形态公司，被告郑某系其股东之一。2000 年 4 月，原告和被告郑某订立了一份关于预付股权转让款意向书，该意向书主要内容为：A 公司因申请高新技术企业板股票上市发行，须将有限责任公司改制为股份有限公司，因此原告以法人股东参加，被告郑某将其在 A 公司拥有的部分股权计 28% 转让给原告，并提交 3 千万元股本的资产评估报告书，每股单价暂订 1.50 元，原告预付 30 万元作为受让 28% 股权的诚意；A 公司收到原告的 30 万元预付款后应将原告的法人股东资格上报市政府有关部门。该意向书订立后，原告于二天后将 30 万元交给两被告，两被告出具收条。两被告也向原告提交了《关于 A 有限责任公司资产评估报告书》，同年 8 月 30 日，

原告和被告正式签订《股权转让协议书》。该协议书主要载明：双方根据中国证券监督管理委员会关于《第二交易系统股票发行上市试行办法》有关规定，为被告A公司申请股票发行上市达成协议；被告郑某将其在被告A公司3400万总股本中的68%股权，计2312万股中的408万股（占总股本的12%）转让给原告，每股价值为1元，计408万元，原告受让股权后为被告A公司的发起人之一；该协议双方签字、盖章后生效，原告须在协议生效后三日内将408万元汇入被告A公司的账户内。该协议生效后，原告分二次在三日内将408万元汇入被告A公司账内。嗣后，原告和两被告及其余股东总计18名股东向上海市人民政府有关部门以发起人的名义申报，请求将被告A公司从有限责任公司形态整体变更为股份有限公司形态，上海市人民政府批复同意。与此同时，上海市工商局予以核准登记被告A公司由有限责任公司变更为股份有限公司。此后，原告以被告郑某在被告A公司实际未出资2312万元，两被告出具资产评估报告不真实进行欺骗，因此，其对股权转让协议存在重大误解为由，诉请法院判决撤销其与被告郑某订立的股权转让协议，且两被告应共同返还其所支付的股权转让价款408万元。两被告则辩称，被告郑某转让的股权是真实的，而且原告现已是被告A公司的发起人，原告所谓欺骗之事根本不存在，请求法院驳回原告诉求。另查明，原告所谓的两被告提供给他资产评估报告不真实，主要是指评估报告中所曾载明的A公司名下的一处房产，其实并未付清他人转让费，且该房地产人的权属证书还未注销。故以此不完整权属的房地产按照完整价格评估，并以此作为A公司的资产，这就是一种欺骗，原告正是在相信A公司有以上完整产权的资产情形下，才受让了被告郑某的股权，原告应属重大误解。

### 【审理要览】

法院经审理后认为：原告与被告郑某所签订的《股权转让意向书》以及《股权转让协议》不仅是双方真实意思的表示，而且是在原告审查了两被告提交的《关于A有限责任公司资产评估报告书》的有关资料的情形下达成的合约，故依法成立。嗣后，原告作为A公司的发起人之一向有关部门申报了一切符合国家和法律有关规定的程序，并且履行了作为A公司股东的权利及义务。现原告认为，两被告提交的资产评估报告中关于房地产的价值是不真实的，不仅A公司未付清该房地产转让费，而且该房地产原权证还未注销，现被告A公司所持有的房地产证是不合法的，原告是受两被告欺骗，所签订

意向书和协议书是在产生重大误解的情况下产生的，故应当依法撤销。对此法院认为，被告A公司与案外人订立合同取得转让的房地产而且经国家有关部门认可，是符合法律规定的，被告A公司持有的房地产权证已经合法取代了原有权证，至于被告A公司在转让房地产合同中是否付清转让费属A公司与案外人间的合同纠纷，据此不能否认被告郑某在被告A公司中确有转让给原告股权中的股份。故原告要求撤销其与被告郑某订立的《股权转让协议书》无事实证据，也无法律依据。据此判决：一、原告要求撤销与被告郑某订立的《股权转让协议书》的诉讼请求不予支持；二、原告要求被告A公司和被告郑某返还原告人民币408万元的诉讼请求不予支持。

## 【裁判解析】

股权转让协议，作为法律行为之一种，在实践中也难免会出现意思与表示不一致问题。当出现这些问题时，如何对这些问题进行准确认定并为其提供恰当救济，是实践中不得不面对之难题。本案提出的问题是：当转让人存在出资不实现象，并且公司与转让方提供的公司资产评估报告与事实不符时，受让方是否可以以重大误解为由请求撤销已经完成的股权转让合同？

**一、重大误解与欺诈之关系。**对于重大误解，我国立法并未给出明确定义。学者一般认为，“我国法上的误解，同德国法及日本法上的错误是在同样意义上使用的。”<sup>①</sup>它不仅包括表意人自身无过失的表示与意思不一致，也包括相对人对表意人意思表示内容理解的错误。而“欺诈，又称诈欺，是指故意告知对方虚假情况，或故意隐瞒真实情况，诱使对方基于错误判断而做出违背真意的意思表示”。二者之间的共同之处在于，二者均可能对左右合同签订的重要事实存在着错误之认识与判断，并在最终结果上出现了表意人实际表示之意思与真实意图之背离。但二者之间的重要区别在于，造成表意人认识与判断上错误之诱因不同。在错误，表意人产生错误之认识与判断，进而做出背离其真实意图之意思表示，一般是由于其自身原因造成的，并不存在相对人之不当干预。这一错误，既可能产生于意思形成之过程中，也可能产生于意思表示之过程中。而在欺诈，表意人之所以会作出背离其真实意图之意思表示，一般是由于相对人对表意人之意思形成施加了不当干扰，通常表现为故意向表意人提供虚假事实，或者有意隐瞒真实事实。它通常主要存在

<sup>①</sup> 李永军：《合同法（第二版）》，中国人民大学出版社2008年版，第107页。



于意思形成之过程中，至于表意人在具体表示上一般并不存在什么问题。因此，错误属于意思表示不真实之范畴，而欺诈属于意思表示不自由之范畴。此外，在构成要件上，在我国构成重大误解，还要求对表意人造成较大损失，而欺诈对此并无明确要求。对于通过欺诈手段订立之股权转让合同，我国法律实践中一般认为，受害方可以事后通过行使撤销权予以救济。例如，江西省高级人民法院审委会2007年通过的《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》中第40条规定：“瑕疵出资股东转让股权的，人民法院不得以出资存在瑕疵为由认定股权转让合同无效。股东转让股权时隐瞒瑕疵出资事实的，受让人可以受欺诈为由请求撤销股权转让合同。”

那么，对于当事人因重大误解订立之股权转让合同是否可以通过撤销进行救济呢？我国各地实践对此作出明确规定的并不多。但是，应当认为，股权转让合同虽然以股权为特殊之合同标的，存在一定的特殊性，但其在本质上仍为合同，因此，对其效力之判断也应以《合同法》为依据，只要双方当事人订立之股权转让合同存在重大误解的情形，其表意人即可通过行使撤销权进行相应之救济。

**二、股权转让协议签订过程中之重大误解情形。**《民法通则》和《合同法》对于何为重大误解均未给出明确法律定义。但是，《民法通则意见》第71条规定：“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。”从其他国家与地区立法例来看，虽然上述原因可以构成因重大误解而撤销之理由，但为了与交易安全、交易秩序等之间作出适当的平衡，各个国家和地区一般会对上述可撤销之原因进行必要限制，使其仅在构成“重大错误”与“根本性错误”时才可以撤销方式进行救济。例如，对于“当事人及物之性质错误”我国台湾地区“民法”规定：“当事人资格，或物之性质，若交易上认为重要者，其错误，视为意思表示内容之错误”可以撤销。虽然我国立法并未对这些具体情形中的错误作出“重大性限制”的明确要求，但是从我国使用“重大误解”等概念来规定这一类可撤销之情形来看，似也应当得出同样之结论。

实践中对股权价值之高估或低估可否作为重大误解之理由？如果表意人在股价判断上之错误受到了相对人之不当干扰，例如，相对人故意提供虚假的作为股价判断的基础资料或者对股权价格作出了虚假承诺的，则表意人事后可以因欺诈而获得撤销救济；如果表意人在股价判断上的错误是由于自身能力不足引起的，与相对人的过失并无关系，那么一般不应当允许表意人以

重大误解为由寻求撤销救济。如果构成显失公平的，并不妨碍受害方当事人可以通过行使“显失公平”之变更或撤销权予以救济。因为，一般认为，买方对标的物之适当估价是其进行的商业判断，应当由其承担判断失误之风险，而且对标的物价值之判断在性质上为一种主观判断，如果允许买方事后予以任意撤销，将极大地危害交易安全。例如，我国台湾地区学者王泽鉴先生就认为，“所谓‘形成价值’的因素（如戒指的含金量、雕刻品的作者）虽为物的性质，但物的市场价格，则不属之，因其系依市场供需，由当事人自由决定，非直接存在于其物之上，具有主观性，倘容许表意人得为撤销，势将严重影响交易安全。”<sup>①</sup>当然，如果表意人对于股权价格的不当判断是由于对股权标的本身之重大误解引起的，例如相对人拥有甲、乙两支股票，甲收益非常好，而乙几乎无收益，表意人意图购买相对人收益好的股票也是按照甲股票的标准去与相对人谈判价格的，但是其一直误认为相对人收益好的股票是乙股票，这时表意人对交易标的产生了重大误解，其可以以重大误解为由进行撤销。但是，在这里的撤销仅仅是因为表意人对交易标的发生了重大误解，而非单纯的对股权价格本身判断不当。

关于表意人对公司资产真实性、价值正当性之错误理解可否构成重大误解之问题。一般认为，股东未必对公司资产之状况完全知晓，不加分析地使股权转让效力一概受公司资产真实性左右对中小股东并不公平，应当结合案件情形进行具体问题具体分析。当然，如果当事人在交易中把资产的真实性的约定为股权交易之条件则另当别论。当转让方对公司资产状况知晓，但其未进行相应披露时，应考虑其是否构成欺诈问题，而不是受让方的重大误解问题；当转让方知晓公司资产实际状况，并进行了披露，只是由于受让方的过失出现了重大误解，那么只要符合重大误解之构成要件，可以构成重大误解之撤销理由。当股东既不知晓，也不存在欺诈行为时，则受让方对公司资产真实性与价值正当性的判断失误，应当属于其商业风险范畴，不应构成重大误解。因为，股票市场具有一定的投机性，正是交易双方对公司状况以及前景之不同判断才促成了股票交易，如果使股票交易之效力受制于公司资产之真实性与价值判断之正当性，那么不仅违背股票交易之一般原理，也会使股票交易因撤销而陷入混乱，甚至使交易难以进行。更为严重的是，在公司经营者通过虚假陈述影响股价情形下，如果允许受让人以对公司资产存在误解为由进行撤销，这对整个股票市场来说结果将是难以想象的。

<sup>①</sup> 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第377页。

关于对股东出资真实性、出资义务履行之误解可否作为重大误解问题。一般认为，对股东出资真实性、出资义务履行之误解原则上可以构成重大误解。出资义务之履行与股东权利之行使密切相关，如果股东出资不实，其股东权利通常会受到一定限制。因此，出让出资不实之股权，与出让有瑕疵之货物有类似之处，如果转让人在出让中故意不作披露，那么如前所述，其显然构成欺诈；而如果出卖人已作出相应披露，只是由于受让人之过失对其出现了误解，那么受让人可以重大误解为由进行撤销。

综上，对于股权转让中重大误解之认定，要依据民法中重大误解制度及其基本原理，并结合股权转让之特殊情形进行具体问题具体分析。对于受让人应当承担之风险不应当使其得以借助重大误解制度逃避商业风险，而对于其确实存在误解可能性之情形则应当对其提供必要救济。必须把握好商业风险与重大误解之间的适当界限，为当事人提供恰当之救济。

**三、关于本案相关情形之分析。**本案之中，原告以被告郑某在被告A公司实际未出资2312万元，两被告出具资产评估报告不真实进行欺骗，因此其对股权转让协议存在重大误解为由，诉请法院判决撤销其与被告郑某订立的股权转让协议，并判令两被告共同返还其所支付的股权转让价款408万元。首先，对于原告主张的被告人郑某出资不实，原告并未提供相关证据予以证明，法院因此亦未予认定。其次，即使被告人郑某出资不实及公司提供之资产评估报告不真实，这也是被告是否构成欺诈之问题，而非原告所谓的重大误解。因为重大误解往往是由于表意人自身原因造成了其真实意图与实际表示之不一致。而如果原告的主张属实，显然是因为被告原因造成了原告意思与表示之不一致，则当为欺诈。最后，对于两被告是否构成欺诈问题。如果被告人郑某确实存在出资不实，而未进行相关披露，那么原告举证成功，被告人郑某即可构成欺诈。

对于原告主张的两被告提供的资产评估报告存在不实表述之问题，虽然原告主张不实报告成为左右其交易决定之依据，但是，对于相关事实对投资决定重要性之判断不能仅凭一方陈述，应从一个“理性投资人”之角度进行判断。否则，将会造成撤销之泛滥，危害交易安全。从本案情形来看，虽然两被告提供的资产评估报告与事实有一定出入，但还是基本上如实地反映了公司资产状况，房屋转让手续之瑕疵以及房款未结清并不实质影响公司取得房屋产权之效力，因此，对这一问题之不实报告并不具有决定受让人投资决策之意义。加之两被告并无明显之欺诈意图。案中两被告对此并不构成欺诈。

那么，本案纠纷之实质是什么，对受让人应当如何进行救济？本案原告

之所以会提出撤销股权转让合同，其主要原因是因为对被告人郑某之出资问题存在怀疑。对这一问题，原告除了可以通过举证证明被告人郑某出资不实存在欺诈，从而进行撤销救济外，他还可通过督促公司对郑某未能到位之出资予以追缴，必要时也可以就此提起代位权诉讼。但是，其意图以重大误解为由进行撤销，显然无法获得有效救济。



## 股权转让无效之法律后果

### 【关注焦点】

股权转让行为必然会引发一系列后续行为之发生，诸如改组董事会、形成股东会决议等，一旦股权转让被确认无效时，对由此转让而引发之系列行为效力将产生怎样的影响？

### 【基本案情】

原告：某高新技术产业公司

被告：某药业有限责任公司

案外人：甲公司

案外人：乙公司

原告系甲公司下属国有企业，1995年3月由甲公司独资兴办依法注册成立。同年6月，甲、乙公司签订关于改制原告公司的协议，约定将原告改制为有限责任公司，并通过改制后的原告再去组建被告公司。根据该改制协议，乙公司委派杨某出任改制后的原告董事长，甲公司则委派原告改制前的法定代表人刘某出任改制后原告的董事。同年7月1日，刘某以未改制的原告名义给杨某出具法人授权证明书，并将原告名下的印鉴（包括财务章、刘某个人印鉴等）交杨某保管，以方便杨某以原告的名义操作被告公司的组建。随后，由于四川省工商局未批准原告改制计划，故原告最终未能改制成功。就

在原告积极推动自身改制的同时，其与另外5位自然人共同制定了被告公司章程，同年7月20日，被告以100万元注册资本依法注册成立。原告在被告公司拥有股权80%，而原告的法定代表人刘某及总经理邓某则分别拥有被告公司股权为5.5%及4.5%，乙公司曾欲委派至改制后的原告中担任法定代表人的杨某，则担任新设立的被告公司的董事长。三年后，即1998年7月18日，杨某凭着1995年7月原告法定代表人刘某因原告改制而给其出具的授权期限不明的授权证明书，代表原告与乙公司签订了股份转让协议。协议约定：乙公司以80万元人民币现金购买原告于被告公司中的80%的股份，同时，乙公司以9.5万元接受原告曾赠与刘某及邓某的个人股份共计9.5%，乙公司应于签订协议两日内首付原告现金20万元，余额69.5万元，在1998年12月31日付清。该协议签订三天后，即同年7月21日，在杨某主持下，被告召开了第四届股东会，此时杨某代表的是原告股权，大会同意原告将所持80%的股份及收回的9.5%的赠股转让给乙公司，同时，就被告股东成员、董事会成员、监事会成员进行了相应调整。同年7月30日，乙公司与被告其他自然人股东（刘某及邓某除外）修改了被告公司章程，并报经工商行政管理局备案登记。同年10月26日，被告董事会和股东会会议决定，投资850万元组建丙生物产业（集团）股份有限公司，杨某此时则以乙公司代表的身份出席会议，并行使乙公司89.5%的投票权。会后，被告与案外人签订了投资组建丙生物产业（集团）股份有限公司协议。另查明，鉴于杨某长期持有原告的印鉴不予退还，1998年6月10日，作为原告主管部门的甲公司以原告名义在某报上刊登声明称：因不慎，将原告《企业法人营业执照》正、副本、公章、财务专用章、《税务登记证》等证章遗失，特此登报声明作废。并于7月2日，向四川省工商局申请补发了原告新营业执照，并变更法定代表人为印某，重新刻制了印鉴。原告认为：杨某主持召开被告股东大会和董事会，并决议批准同意由其单方操纵的所谓原告转让股权于乙公司的协议，以及决议批准出资850万元组建丙生物集团，侵害了原告及其他投资人的合法权益。遂于1998年11月8日，向法院提起诉讼，请求确认被告以上两次股东大会和董事会上形成的决议无效，并判令被告停止侵犯其股东权的行为。

### 【审理要览】

一审法院认为：原告原法定代表人刘某于1995年7月因原告改制而给杨某出具的《法人授权证明书》，虽然有效期限不明，但该证明书载明杨某仅为

“签订经济合同经办人”，这表明原告对其授权范围十分明确。因为经济合同是指企业作为一整体为开展对外经济活动所签订的合同，而股份转让协议显然不属于经济合同范畴，应由《公司法》进行调整。股份转让协议直接涉及到企业法人的分立、合并、消亡和股东权利的确认等，对企业及其股东至关重要。对于公司转让股权需要有公司明确的授权，就原告而言，杨某持有原告授权证明书并不能证明其有权代表原告对外签订股份转让协议和出席股东会，并就股权转让作出决议。故其擅自以原告名义与乙公司签订的股份转让协议及由此而形成的1998年7月21日的股东会决议均应无效。由此，无效股东会决议而产生的新的董事会和股东会于1998年10月26日召开的董事会议和股东会议，因参加会议的部分董事和部分股东不具有合格的董事和股东资格，因而形成的关于向丙生物集团股份有限公司投资的决议，亦应属无效。但鉴于被告系依法成立的企业法人，应对外承担民事责任，其内部经办人或负责人违反董事会决议和股东会决议系公司内部问题，应由经办人和负责人承担相应的责任，并不当然导致被告对外所签协议无效。故原告诉请确认被告对丙生物集团股份有限公司850万元投资行为无效，不应予以支持。据此判决：一、被告1998年7月21日股东会作出的关于将原告持有的被告80%的股份转让给乙公司的决议无效，根据该决议而进行的股东会成员、董事会成员、监事会成员的调整和被告章程的修改均属无效。二、被告1998年10月26日召开的董事会形成的决议和同日召开的临时股东会的决议无效。被告不服，提起上诉。

二审法院认为：杨某明知自己是乙公司人员，仍代理原告与其所属的乙公司为民事行为，属于恶意串通损害被代理人利益行为，故1998年7月18日，杨某以原告名义与乙公司签订的转让被告股份的协议无效。1998年7月21日，被告第四届股东大会，是在没有原告参加的情况下召开的，大会所作出的同意原告将所持80%的股份及收回的9.5%的赠股转让给乙公司的决议，违反了《公司法》的规定，侵犯了原告的合法权益，因而应认定该决议无效。《公司法》第111条规定，股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规，侵犯股东合法权益的，股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼。1998年10月26日，被告关于投资组建丙公司的董事会和临时股东会的决议，也是在排除了原告等股东权益而乙公司取代情况下形成的，故该两项决议也属无效。据此维持原判的终审判决。

## 【裁判解析】

股权变更往往会引起股东会成员变动、董事会重组等公司组成人员之变动。那么，当股权转让协议因无效或被撤销而最终丧失效力后，这些变动后的公司机关所作决议以及公司以这些机关决议为基础所实施之对内对外行为具有怎样的效力状态，将成为人们不得不面对的一个现实问题。

**一、影响本案股权转让协议效力之原因分析。**本案一、二审裁判均认定涉案股权转让协议无效，但是对于无效原因，一、二审裁判给出的理由却并不相同。一审裁判认为，原告原法定代表人给杨某出具的《法人授权证明书》，虽然有效期限不明，但该证明书载明杨某仅为“签订经济合同经办人”，其代理权范围并不包括代表原告公司转让股权，因而其代表原告公司签订股权转让合同之行为，应属超越代理权之无权代理，在未得到原告追认情况下，股权转让协议无效。二审裁判却认为，由于杨某明知自己为乙公司人员，仍代理原告与其所属的乙公司为民事行为，属于恶意串通损害被代理人利益行为，因而杨某代理原告与乙公司签订之股权转让协议无效。显然，一、二审法院的立论基础并不相同，一审法院立足于杨某无代理权进行分析，二审法院立足于杨某不正当行使代理权进行分析。很显然，要对涉案股权协议之效力做出正确认定，首先应当判断杨某是否具有代理权。我国台湾地区学者王泽鉴先生认为，“本人究为何种授权，其范围如何，系解释的问题，应依诚实信用原则及斟酌交易惯例加以认定。”<sup>①</sup>依照这一精神，结合本案情形观之，虽然原告对杨某之授权并无有效期限之限制，但原告授权之目的为进行改制，在原告目前已经确定无法进行改制情况下，杨某之代理权显然已经消灭，其之后再以原授权书为依据以原告名义同他人签订股权转让合同，显然属于代理权消灭后之无权代理。

那么，本案之中杨某之代理行为可否构成表见代理呢？表见代理制度立足于对善意相对人之保护，而本案中乙公司作为原告改制的参与方对原告无法改制显然知情，加之在原告方主管机关已经声明杨某所持一系列重要凭证作废，并对其进行重新更换情况下，乙公司仍然以杨某为原告代理人与其签订股权转让合同，其显然不可属于善意信赖杨某具有代理权之第三人。因而，本案之中并不存在善意信赖表见代理权的第三人，本案中杨某之行为不能构

<sup>①</sup> 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第466页。



成表见代理。在其未得到原告追认情况下，其行为应当归于无效。此外，如果认定乙公司非善意，结合本案情形，可以发现杨某与乙公司之行为显然还构成恶意串通损害第三人利益之行为，从这一角度来讲，该行为亦应当无效。但是，依照我国法律规定，似乎还可进行另外一番解释。《民法通则》第65条第3款规定：“委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事责任，代理人负连带责任。”在此我国立法并未言明此处被代理人承担之责任究竟是代理行为有效之后果，还是因授权不明给他人造成损失之损害赔偿。如果为代理有效的责任，就意味着在我国立法中，代理权授权不明情形下，代理人之代理行为是可以构成有权代理的。结合本案情形来看，本案对原告对杨某之授权确实也存在着授权不明情形，因此，其后杨某以代理人名义与乙公司签订合同似又可属于有权代理。但如前所述，本案中第三人乙公司显然对杨某无此项代理权是知情的，加上本案股权转让协议签订之时机以及杨某与乙公司之关系，显然可以认定杨某与乙公司存在恶意串通损害第三人利益之情形，因此，其行为依然应当无效。可见，本案一、二审法院虽然在说理上存在不充分之处，但从理论与立法上分析，二者得出之结论均无明显不当，从两者角度出发均能得出同样之结论。

**二、影响本案决议效力之原因分析。**本案涉及的公司决议，包括关于同意原告股权转让与变更被告股东成员、董事会成员、监事会成员的第四届股东会决议，以及关于决定投资850万元组建丙生物产业（集团）股份有限公司的董事会及临时股东会决议。一审法院认为：第四届股东会决议无效的原因为杨某无权代表原告出席股东会并就该事项进行决议，而做出投资决定的董事会决议与临时股东会决议无效之原因是，股权转让协议的无效使部分参会的董事与股东不具备相应资格，相关决议存在瑕疵。二审法院认为，第四届股东会决议无效之原因是股东会决议在原告未参加情况下处分原告之权利，属于违法股东会决议因而无效。做出投资决定的董事会与临时股东会决议无效之原因是，相关表决排除了原告之表决权。

比较一、二审法院判决理由，一审法院的观点似更可取。首先，参加股东会并行使表决权，是股东具体行使股东权利之行为，其与处分股权行为为不同性质之行为。因此，即使原告已经授予了杨某完整合法的转让股权之代理权，也不意味着杨某同时获得了代理原告参加股东会并行使表决权之权利。因此，在未获得原告代理其行使表决权之授权情形下，杨某代理原告参加股东会并行使表决权之行为，显然因无权代理而无效。其次，原告作为拥有80%股权之股东，其表决权行使无效显然会使股东会之决议因达不到法定多

数而无效。因而，第四届股东会决议当属无效。至于二审法院认为，其之所以无效是因其侵犯了原告利益，似乎未能抓住要害。

关于作出对外投资决定的临时股东会决议无效之原因，应当是股权转让协议之无效以及第四届股东会决议因达不到法定多数而无效，致使乙公司无法有效获得股东资格，临时股东会是在80%表决权不能得到有效行使情况下作出的决议，因达不到法定多数而无效。至于本案董事会决议之效力，则不能武断地因个别董事资格瑕疵而即否定整个决议之效力，应当具体问题具体分析，视相关决议在排除瑕疵董事情况下是否符合法定要求再最终决定其效力。因案中对此未给出更详细的信息，在此不做针对性之分析。

**三、股权转让协议无效可否对公司之内部后续行为产生影响。**本案之中，股权转让协议签订后，被告公司又在此协议基础上，作出了一系列行为。例如，召开了第四届股东会并作出了股东会决议，变更了股东成员、董事会、监事会成员，修改了公司章程，并且由新组成的公司机关作出了对外投资的决议，这些行为均发生于股权转让协议签订之后的公司内部，而且其效力可能会受到股权转让协议效力之影响，这些均可被称之为股权转让协议之内部后续行为。也许有些公司在股权转让协议签订后还未来得及进行这些行为，或根本没有进行过任何此类行为，那么自然不会发生所谓的股权转让无效对公司内部后续行为影响之问题。但是，如果公司存在这些内部后续行为，当股权转让协议被确定为无效时，是否意味着所有的这些行为均应因作为它们出发点或基础的股权转让协议无效而即随之无效呢？对此应当认为，无效股权转让协议对公司内部后续行为之影响并非必然连带，更非无所不包，需要具体问题具体分析。其对公司内部后续产生影响显然需要一定之条件，其对公司内部后续行为之影响也具有其有限性。例如，公司相关决议是否有效并不完全取决于单个成员之行为效力，对其效力之判定应当立足于公司决议之整体进行分析。如果无效性质之股权转让仅涉及少部分股权且对已经作出的内部股东会决议票数并不产生实质影响时，显然股权转让协议无效并不能影响之后所作出决议之效力；同理，如无效性质之股权转让仅涉及少部分董事之变更，而这少部分董事人选对董事会决议票数也同样不能产生实质性影响时，则董事会决议也并不当然无效。此外，还有更为复杂之情形。例如，公司依据无效股权转让协议作出了无效的董事会乃至股东会决议，公司内部进一步依照该类决议实施了一系列内部管理行为，如发放薪金、派发红利等等，显然不能仅因股权转让协议之无效而武断地否定这些行为之效力。因为这些行为之实施实际还牵涉其他多方因素，并可能实质取决于这其他多方

因素。

**四、股权转让协议无效可否对公司之外部后续行为产生影响。**与内部后续行为相对应，公司同样也可能据此对外实施了一定之行为，姑且将这些对外实施之行为称之为外部后续行为。例如，本案中被告公司与其他主体签订的关于投资组建丙生物产业（集团）股份有限公司协议之行为，即属于外部后续行为。此外，公司也完全有可能在之后又依据新的公司机关决议，做出了为他人债务提供担保行为，转移公司重大资产等行为。公司还有可能因股权转让协议签订而变更了法定代表人，而该法定代表人又与他人签订了各种经济合同、劳务合同，甚至进行了捐赠行为等等。是否这些行为均应因股权转让协议之无效而无效？与内部后续行为一样，股权转让行为对外部后续行为之影响更不是绝对的，需要结合相关法律制度与法理进行具体之分析。通常，股权转让协议效力要想对依决议作出之外部后续行为效力产生影响，还必须通过作为公司内部后续行为的公司相关决议为中介。如果股权转让协议之效力对作为公司内部后续行为之相关决议效力尚不构成影响，那么更谈不上对根据这类内部后续行为所作出的外部后续行为之效力产生影响。

即便是无效股权转让协议已经导致了作为外部后续行为作出依据之相关决议无效，也不必然导致公司之外部后续行为无效。因为，基于对交易安全之维护以及根据商事外观主义法则，在公司对外交易中还存在着对善意第三人之保护问题。对于新更换之法定代表人代表公司所为行为之效力问题，善意相对人更是有理由通过主张表见代表而维持外部后续行为之效力。因此，一般而言，外部后续行为之效力原则上均不因股权转让协议之无效而当然受到影响。但是当相对人为非善意时，尤其是在其对股权转让协议无效明知等情形下，则应当否定外部后续行为之效力。因为，此时相对人对外部后续行为之有效并不存在信赖之合理根据，相反，其对于行为无效之后果具有合理之预期，其本身并不具有值得保护之信赖利益，自然亦无权以善意而主张保护自己之利益。

## 有限责任公司股权转让之限制

### 【关注焦点】

有限责任公司以人合封闭性作为其显著特征，因而该类公司股权之转让，普遍受到一定限制。其中，原有股东优先受让权之限制，被普遍作为该类公司股权转让之法定限制措施。那么，此类限制之法理基础何在？对此类限制应如何具体把握与运用？

### 【基本案情】

原告：卞某

被告：某汽车销售有限公司

被告成立于1996年11月，注册资本为人民币200万元，原始股东为甲公司、徐某以及顾某，其中甲公司出资102万元，占注册资本的51%，徐某出资88万元，占注册资本的44%，顾某出资10万元，占注册资本的5%。2002年1月，原告与被告签订以下内容的一份协议：（1）被告同意将原被告自然人股东徐某名下持有的49%股份转让给原告，转让后被告的股东为甲公司名下51%，徐某24.5%，原告名下24.5%；（2）被告已收到徐某以及原告名下各24.5%的股本注册资金，对双方超过注册资金的金额作为流动资金增加投入；（3）由于大股东甲公司实际未有资金存放在被告公司，所以不在公司担任任何职位；（4）双方同意原告担任被告公司法定代表人，总理由徐某

担任，并修改公司章程及办理自然人股权转让手续，该协议除原告签名、被告盖章外，徐某也在上面签了名。据查明，在该协议之前，原告曾向被告投资人民币70万元，并由被告出具收据25张。2002年2月，被告分别向原告以及徐某出具投资确认书，表示收到原告投资款70万元，收到徐某投资款125万余元。2002年3月，原告与徐某达成《关于对原出租车辆出售及租赁收入的处理办法》，约定甲公司两辆车出租及出售共得款9万余元，双方已各按50%分配作为各自收入款，协议之后，双方各出具了4.5万余元的相应收据。另查明：被告一直未到工商行政管理部门办理原告所购股权的转让变更登记手续，故在工商行政管理部门存档的材料中，未反映出原告是被告股东。正是基于这一事实原因，原告以被告收到其投资款后，却迟迟不予办理相关股权转让的手续，以至于其未能依法享受股东相应的权利，故其诉请解除双方之间的无效协议，由被告返还其投资款65万余元，并要求赔偿利息损失13000余元。被告对此辩称：其与原告不是股权转让关系，而是合作经营关系，应扣除公司的亏损后才能向原告退款；原告主张利息损失无法律依据，因投资不是存银行，不存在利息；至于原告在诉状中讲被告不办理股权转让手续不是事实，当时正值年检，工商局不办理股权转让，另这些手续是原告派人办理的，原告所派之人没有积极地实施。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：民事活动必须遵守法律。《公司法》明确规定，有限责任公司的股东向股东以外的人转让其出资时，必须经全体股东过半数同意，被告公司属于有限责任公司，其公司章程第九条亦明确约定，股东出资在股东之间可自由转让，但向股东以外的人转让时，必须经全体股东过半数同意。被告工商登记资料反映，被告的股东分别是甲公司、徐某及顾某，徐某其中只占44%。现原告与被告、徐某达成的协议中约定，由徐某将其所有的49%股份转让给原告一半，该股权转让未经被告公司全体股东过半数同意，且徐某仅持有被告44%的股份，却擅自转让公司49%股份的一半，这侵犯了其他股东的合法权益，故该股权转让行为违反了《公司法》的规定和被告公司章程的约定，系无效民事行为。无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。现原告提供的由被告所出具的投资确认书及收据等证据表明，原告按股权转让协议支付的70万元款项，均由被告公司收取，故被告应当将基于无效民事行为取得的

财产返还给原告。基于原告已取回4.5万余元，故被告尚需返还原告65万余元，且民事行为被确认为无效后，有过错的一方还应当赔偿对方因此所受的损失，原告所交款项由被告占用期间，被告应当支付该款此期间的利息。因法院已确认股权转让行为无效，无效的民事行为从开始就没有法律约束力，故不存在解除协议，对原告要求解除协议之诉请，不予支持。关于被告认为其与原告是合作经营关系，其理由仅是收据和投资款确认书上载明原告支付的是投资款，然本案双方协议明确约定，由徐某将股份转让给原告，故原告与徐某之间是股权转让关系，原告与被告之间未有合作经营之约定，所以被告此辩称亦不能成立。另被告认为：未办理相应的工商变更登记手续是原告所派之人办事不力所致，然前去办理工商手续的滕某系被告工作人员，故被告所述不是事实。据此判决：被告应返还原告人民币65万余元以及赔偿原告利息13000余元，原告其余诉讼请求不予支持。

## 【裁判解析】

本案是一起典型的股权转让纠纷案例。它涉及股权转让中，公司的参与以及公司其他股东的优先购买权等复杂问题。

**一、本案股权转让协议之特点分析。**与典型的转让与受让双方参与的股权转让协议不同，本案股权转让协议表现出如下特殊性：（1）公司参与股权转让协议。在与本案纠纷相关协议中，涉案公司不仅直接参与股权转让协议，甚至是在主导股权转让协议，涉案公司有时在相关协议中还被直接表述为股权转让人，而作为真正权利享有者的涉案股东徐某，反倒除了在协议落款处签署同意外，并未作出其他主动积极的意思表示。（2）股权转让款不是支付给股东而是直接投入公司。结合本案情形可知，本案股权转让款并未作为涉案股东徐某转让股权之对价向其本人支付，而是由受让人原告支付给公司。公司把其视为投资，并为受让人出具了投资确认书。从时间上看，在股权转让协议签订之前，作为转让款的该笔款项实际已经以其他方式进入公司，在协议签订之后，仅仅做的是抵充。因此，这笔款项的性质让人生疑。究竟是原告自己直接向公司投入的投资款？还是简单的仅作为受让方向转让方支付之对价，只不过根据约定向第三人（公司）进行了支付？（3）对受让人预先投入到公司的资金扣除转让款之后的余款作出了约定。约定余款作为受让人增加投入到公司的流动资金，但对公司是否负归还责任未作约定。（4）对公司法定代表人及总经理人选作出明确约定。（5）对另一大股东，即甲公司未

人资一事作出说明，且剥夺登记为大股东的甲公司在公司担任任职资格及权利。从涉案协议之上述特点可以看出，它并非一份规范意义上的股权转让协议，更不是一份典型的股权转让协议。它在签约主体、转让款支付方式、以及约定内容上均有其特殊性，甚至对公司之人事安排以及其他股东之权利均作了约定，这些显然并不属于仅对签约双方产生约束力之合同所应具有之内容。由此可见，法律规则具有原则性和抽象性，法律仅为当事人提供了最基本之交易模型，而商业实践则往往具有更加现实之复杂性。为了获得稳定之交易预期，当事人往往会基于自身需要，在法律提供之交易模型之外约定许多特殊内容，以期这些约定能够得到法律强制力之保护。然而，这些约定最终是否能够成为具有法律效力之约定，还要依照法律基本精神，结合具体案情进行具体之判定与分析，这就增加了实践中对非典型性股权转让协议纠纷进行处理之难度。

**二、关于本案纠纷性质之把握。**根据以上对涉案协议主要特点之分析可知，涉案协议约定之内容具有特殊复杂性，它的约定超出了通常股权转让协议应当包含之内容，因此，站在不同角度分析，基于对协议不同内容重要性认识之不同，难免会对涉案协议之性质作出不同认定。首先，涉案协议不排除可以认定为股权转让协议之可能。结合商业实践之情形来看，涉案协议有可能是当事人作出的这样一种特殊安排。公司在运营中资金周转出现了问题，对外借入了大量资金，为了缓解公司还债压力，维持公司继续运营，实现股东对公司经营之盈利预期，公司、股东与资金投入人通过交涉达成了合意：将股东已取得之部分股权转让给资金投入人作为其投入资金之对价，资金投入人对公司资金之投入不再收回，转让人不收取股权转让对价而将其作为投入到公司的资金。至于这部分资金，根据现实情况，转让人可能会约定到期收回，但转让双方也可能约定将该笔资金作为转让人对公司的额外投入，转让人不得收回，这完全取决于当事人的自由约定。同时，为了提高对资金投入人的吸引力，降低实现这种安排的难度，公司也可能会对公司未来的人事安排向受让人作出某种承诺。从这一角度来分析，涉案纠纷依然可以认定为股权转让纠纷。如果将其认定为股权转让纠纷，那么，本案就不是单纯的受让人与公司之间的纠纷，还应包括股权转让人与受让人之间的纠纷，因此，至少应当追加转让人为本案当事人。另外，由于本案协议内容涉及对公司未来人事安排之承诺可能会损害到第三人甲公司之利益，因此，当涉及甲公司利益时还应当追加甲公司为第三人。本案被告基于其给原告出具之收据及投资款确认书上载明原告支付的投资款之事实，为了实现扣除经营亏损后再返

还原原告投资款之目的，主张其与原告之纠纷为合作经营纠纷而非股权转让纠纷，其目的显而易见，但该主张未必成立。因为涉案合同显然并非一个合作经营合同，相反它主要涉及的却是与股权安排相关之内容。

从本案情形来看，如果本案并不追加当事人，而是把本案纠纷认定为局限于原告与被告之间的协议纠纷，那么本案情形与股权受让人因公司未能履行协议中之承诺而要求公司退还相应股款之情形相类似，股东起诉要求公司退还股款请求，显然也不能得到相应的支持。因为，禁止抽逃出资为公司法资本维持原则之重要体现。如果允许股东单独直接通过诉请公司收回股权以收回股款，将违背这一原则。本案原告可实现之救济，显然是诉请转让人退还股款。

本案法院最终判定股权转让协议无效，当事人双方返还各自因无效合同取得之财产，并赔偿对方因此而遭受的损失。按照这一处理思路，首先存在疑问的是，无论是股权转让无效，还是退股诉请，受让人对于曾为公司股东期间的公司经营损失是否应当承担责任呢？对此，有学者明确指出：“不能笼统地将买方在实际经营管理公司期间出现的经营亏损损失判令买方承担。倘若买方在经营管理期间违背对公司的诚信义务（如利用关联关系侵害公司利益），并给公司造成了损失，买方应当承担赔偿责任。倘若公司在买方实际经营管理公司期间遭受的亏损不能归咎于买方诚信义务之违反，则公司亏损应推定为正常亏损，买方可免责。”<sup>①</sup>“与公司亏损相对的是公司盈利。既然公司在诚信买方实际经营管理期间遭受的经营亏损原则上属于正常经营风险，在诚信买方在实际经营管理公司期间创造的盈利也应视为公司正常经营成果。此种经营成果归属公司而非买方。”<sup>②</sup>虽然这主要是从合同无效后买方应承担的赔偿责任范围角度进行分析，但是，他传达出的处理思路对于所提出问题之解决仍值得借鉴，那就是在受让人对公司经营亏损并不存在过错情形下，股权转让无效，受让人对公司经营亏损不应承担责任。

本案判决还存在另外一个问题是，判令公司对无效转让股权之价款承担返还责任，并同时判令公司承担其他投入资金（未曾明确是否为股东贷款）的返还责任是否妥当？如果认定本案为股权转让纠纷，那么承担股权转让款返还义务以及收回股权的应为股权转让人而非公司。至于对受让人按照转让人要求投入公司的作为转让价款之使用方式约定以及对受让人转让价款之外多余资金的使用方式约定等，则因股权转让协议之无效而同样丧失约束力，

<sup>①</sup> 刘俊海：《论有限责任公司股权转让合同的效力》，载《法学家》2007年第6期。



当事人可以分别按照原来法律关系请求返还。本案裁判依据股权转让协议之无效而直接要求公司向受让人返还转让价款及其他投资款的做法，实际考虑了公司获得转让价款以及相关投资款项的客观事实，从处理结果上看并无不当。

**三、法院关于本案股权转让协议无效之理由解读。**本案法院最终认定涉案股权转让协议因违反《公司法》及被告章程规定而无效。其具体理由主要包括以下两个方面：（1）该股权转让未经被告公司全体股东过半数同意；（2）徐某仅持有被告44%的股份，却擅自转让公司49%股份的一半。那么，根据以上理由是否能够确定无疑地得出涉案协议无效之结论呢？

就第一点理由而言，侵犯其余股东之优先受让权并不直接导致转让人与第三人签订的股权转让合同无效，具体理由将在下文详加阐述。但是，在此值得思考的是，像本案这样在甲公司投资未到位情形下，所谓股东过半数同意该如何具体加以理解与把握？首先，过半数同意应指其余股东人数之半数而非出资份额之半数。对此，有学者明确指出，“所谓的‘必须经其他股东过半数同意’，指的是股东人数之多数，而非持股数额之多数，也即以股东人数计算表决票数，而非以股份数额计算表决票数。”<sup>①</sup>其次，甲公司应当具有表决权。虽然现在主流观点均认为可以对瑕疵股东之权利进行一些合理限制。但是，对于关乎公司生存与发展之重大事项仍应当承认瑕疵股东之表决权。因为，瑕疵股东虽然出资未到位，但是其作为股东始终是要承担出资义务的，仍要承担公司经营的风险，在这一点上，与其他股东并无不同。因此，对于关乎公司前途命运之事项应当承认瑕疵股东之表决权。

对于第二个理由，根据股东处分了超出自己股权总数之股权即直接得出整个股权转让协议无效之结论亦并不准确。首先，本案之中转让人并非对于其处分之所有股权皆无转让权，断然否定整个合同之效力并不妥当。其次，虽然徐某仅持有被告44%的股份，却擅自转让公司49%股份的一半，可能存在着侵犯他人权益之可能性。但是，49%股份的一半从数量上看，并未超出徐某所持有之股权总额，因此，徐某对于转让24.5%股权是否有权处分仍无疑问。最后，即便是徐某无权处分了他人股权，根据《合同法》规定，无权处分合同也是效力待定之合同而非当然无效之合同。如果顾某在诉讼中表示认可对其股权转让之行为，显然即不能再认定转让合同无效。因此，在另一登记股东顾某并未提出疑义情形下，直接判定合同无效并不妥当。

① 赵旭东主编：《公司法学（第二版）》，高等教育出版社2006年版，第335页。

**四、股东优先受让权对股权转让协议之具体影响。**股东优先受让权，又称股东优先购买权，是指有限责任公司股东在向股东之外的第三人转让其所持有之股权时，其他股东在同等条件下享有的优先于股东之外的第三人购买该转让股权之权利。其法理基础在于，尽量维持有限责任公司之人合性，保护公司正常运营。例如，有学者指出：“从立法本意看，公司法之所以规定股东享有优先购买权，一方面在于保证有限责任公司老股东可以通过行使优先购买权增持股份，从而实现对公司的控制权。另一方面在于保障公司人合性。”<sup>①</sup>那么，违反股东优先受让权的股权转让协议应当具有何种效力呢？实践中存在不同的观点。一种观点认为，优先购买权是法律对有限责任公司股东处分股权作出的法律上的限制，因此，违反股东优先受让权的股权转让协议应当认定为无效。另一种观点认为，违反优先受让权的股权转让协议是否有效应当根据受让人的主观状态来确定，如果其是善意受让，协议有效，否则协议无效。第三种观点认为，鼓励交易、减少对缔约自由的国家干预为现代合同立法之基本精神，在对合同效力的认定上，能使之有效则不可使之无效。就优先受让权而言，权利人行使与否不具有必然性，因此，通过赋予权利人事后的撤销权即完全可以实现对当事人该类权利之适当保护。同时，还可以最大限度地维护本可有效之交易，节约社会资源，对于违反优先受让权之合同统统判定为无效既无必要，也无合理性。第三种观点显然更为可取。我国最新法律规定也采用了这一观点。例如，自2010年8月16日起施行的《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第12条规定：“外商投资企业一方股东将股权全部或部分转让给股东之外的第三人，其他股东以该股权转让侵害了其优先购买权为由请求撤销股权转让合同的，人民法院应予支持。其他股东在知道或者应当知道股权转让合同签订之日起一年内未主张优先购买权的除外。前款规定的转让方、受让方以侵害其他股东优先购买权为由请求认定股权转让合同无效的，人民法院不予支持。”自此，股东可以请求对侵犯优先受让权的股权转让协议进行撤销并无疑问。

然而，存在疑问的是对于无股东主张优先受让权的股权转让协议，法院可否主动以违反股东优先受让权为由而宣布无效？应当认为，法律之所以将侵犯优先受让权的合同规定为可撤销，其目的即在于保护当事人之意思自治，尽量减少国家之干预。因此，在权利人未曾主张权利之情况下，法院不应当越俎代庖主动干预。对于优先受让权可否限制甚至予以排除之问题，应当认

<sup>①</sup> 赵旭东主编：《公司法学（第二版）》，高等教育出版社2006年版，第337页。

为公司可以通过章程特别规定等方式对其加以限制甚至排除。因为,《公司法》第72条最后一款明确规定:“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”对于优先受让权之限制性或排除性规定,显然属于该款中规定的章程对股权转让可以另作规定之内容。现实之中,因为股权继承之需要、因为股权作为夫妻财产分割之需要、因为股权赠与之需要、因为股权在特定关系人(如父子)之间的其他过户之需要、因为多数决通过而实施公司并购之需要等等,皆有可能限制甚至完全排除股东所谓的优先认购权。总之,股东优先认购权并不能绝对化,更不能神圣化。



## 国有股权转让 是否获得审批之衡量标准

### 【关注焦点】

什么是国有股权？对于国有股权转让为什么要设置审批环节之程序限制？现实之中，对于国有股权审批环节之把握可有怎样的解读？

### 【基本案情】

申请再审人（一审原告）：A石油公司  
申请再审人（一审原告）：B投资公司  
被申请人（一审被告）：甲省财政厅  
被申请人（一审被告）：甲省经贸委  
被申请人（一审被告）：甲省工商银行  
被申请人（一审第三人）：乙公司  
被申请人（一审第三人）：丙集团  
被申请人（一审第三人）：甲股份公司  
被申请人（一审第三人）：甲省经贸委服务中心

经审理查明：甲股份公司经甲省人民政府批准，自1992年6月开始筹建。按照国家体改委《股份有限公司规范意见》等有关规定，进行了各项筹备工作。1993年3月18日经上海市工商行政管理局核准，甲股份公司以发起

方式设立，股本总额为人民币 1050 万元。由甲省保险公司、甲省工商银行、甲省企业科技开发基金会（隶属于甲省经贸委的社团组织）、甲省财政厅等 11 家发起人认购。1993 年年底甲股份公司法定代表人变更为张某。1998 年 12 月 29 日，甲股份公司根据公司实际持股人及股份的变化，变更了股东名册的股东登记，其中甲省财政厅持有 140 万股，甲省经贸委持有 140 万股，甲省工商银行持有 200 万股。

1999 年 9 月 20 日，甲省财政厅、甲省经贸委同时向甲股份公司提出转让各自所持股份 140 万股（股本金 140 万股）的申请。9 月 29 日，甲股份公司召开 1999 年第二次临时股东大会，审议批准甲省财政厅、甲省经贸委各转让 140 万元股份的申请。会议主持人张某说明现有 A 石油公司、B 投资公司受让股份。甲省财政厅、甲省经贸委、甲省工商银行的股东代表参加了会议并进行了表决，表决意见均为同意。会上甲省财政厅股东代表董某声明，转让协议生效后，权利、义务、责任随之转让，前提是资金到位。会后，甲股份公司法定代表人张某就甲股份公司股东会审议批准财政厅、甲省经贸委、甲省工商银行的转股申请事宜告知 B 投资公司和 A 石油公司。A 石油公司作出同意按原值购买甲省财政厅 90 万股的承诺（本次股东会议之前 B 投资公司已向张某表示同意购买）。于是，B 投资公司和 A 石油公司分别授权张某代其办理受让甲省财政厅、甲省经贸委、甲省工商银行股份转让事项。

甲省财政厅与 B 投资公司、A 石油公司之间无书面股权转让协议。1999 年 10 月 11 日，付款人 A 石油公司开具建设银行汇票一张，金额 90 万元，10 月 12 日甲省财政厅开具了收到 A 石油公司 90 万元银行进账单 1 张。1999 年 10 月 11 日，付款人甲股份公司向甲省财政厅开具了金额为 50 万元的转账支票一张，10 月 12 日甲省财政厅向甲股份公司开具了股本金 50 万元的收款收据。1999 年 10 月 8 日，B 投资公司以甲股份公司为收款人分别电汇 1 张 100 万元和 2 两张 50 万元的汇票。1999 年 10 月 11 日，付款人甲股份公司向甲省经贸委开具 140 万元转账支票，10 月 12 日甲省经贸委出具了受让方甲省经贸委转让甲股份公司 140 万股的收据，证明收到 B 投资公司 140 万元。甲省工商银行与 B 投资公司之间无书面股权转让协议。1999 年 10 月 13 日，甲省工商银行向 B 投资公司出具了受让甲股份公司 200 万元股份人民币 200 万元的收据。1999 年 10 月 13 日，甲股份公司之《关于甲股份公司股份转让的公告》，说明截止 1999 年 10 月 12 日，甲省经贸委所持 140 万元股份、甲省工商银行所持 200 万元股份已转让给 B 投资公司。1999 年 10 月 14 日，甲股份公司对其股东名称进行了公司变更登记，其中 B 投资公司持股比例 37%，出资

额 390 万元，A 石油公司持股比例 8.6%，出资额 90 万元。但未在上海市工商局进行股东名称工商变更登记。

1999 年 9 月 18 日和 1999 年 10 月 18 日，甲省财政厅与丙集团签订了二份内容相同的《股权转让协议书》。其主要内容为：“财政厅持有的甲股份公司 140 万股份已经甲股份公司第四次股东大会 1999 年第二次临时股东大会批准转让；经财政厅、丙集团协商，财政厅同意将持有甲股份公司的 140 万股份，以 140 万元转让于丙集团。财政厅享有的股东权利及义务转移到丙集团。”同年 10 月 15 日，甲省财政厅收取了丙集团购股款 140 万元。1999 年 10 月 1 日，甲省经贸委与乙公司签订了一份《股权转让协议书》，协议的主要内容是：“经经贸委、乙公司协商，经贸委同意将持有甲股份公司的 140 万股份以每股壹元，即以 140 万元转让于乙公司。经贸委享有的股东的权利、义务转移到乙公司。该协议标明的签订日期为 1999 年 10 月 1 日。甲省经贸委的转股事宜是由其机关事务中心负责具体办理的，机关事务中心于 1999 年 11 月 26 日作了一份《甲省经贸委服务中心有关转让甲省经贸委 140 万甲股份公司股权的说明》。该说明陈述了转股过程，表明其与乙公司洽谈协商并达成转股协议是在收取甲股份公司职员交来的 B 投资公司购买甲省经贸委的 140 万股份之后（即 1999 年 10 月 13 日之后），该说明的内容与人民法院对机关事务中心所做的调查一致。机关事务中心于 1999 年 11 月 9 日收取了乙公司股权转让款 140 万元。2000 年 3 月 30 日，甲省工商银行与乙公司签订了一份《股权转让协议书》。协议的主要内容是：“经甲省工商银行与乙公司协商，甲省工商银行同意将持有甲股份公司的 200 万股，以每股壹元，即以 200 万元转让于乙公司，甲省工商银行享有的股东权利和义务转移到乙公司。”协议签订后，2000 年 4 月 12 日乙公司支付了甲省工商银行 200 万元。

1999 年 11 月 22 日，甲省国有资产管理局下达了《关于甲股份公司转让股权的批复》的文件，其主要内容为：“甲股份公司：你公司关于有关股东转让股权的申请报告收悉。根据股权转让尊重股东意愿的原则，我局尊重甲省财政厅和经贸委的意见。省财政厅、经贸委在报我局之前，已将股权转让给丙集团、乙公司，并与这两个公司签订了转让协议等事宜，请你公司补办产权变动登记手续。”该文件下达后未送达甲股份公司。

## 【审理要览】

一审中级人民法院认为：本案的主要争议之一为，B 投资公司、A 石油公

司与甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委之间的股份转让行为是否有效，B投资公司、A石油公司与甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委之间的股份转让虽未签订书面协议，但双方均履行了主要义务，其交易的标的非法律、行政法规规定附条件交易的标的，故上述当事人之间因相互履行股份转让义务所形成的股份转让合同成立并生效，应受法律保护。理由为：（1）判定民事行为双方未签订书面协议，但合同已告成立的依据之一是，《合同法》第36条规定的一方已经履行主要义务，对方接受的情形。就股份转让合同而言，受让方应履行的主要义务是支付股份受让金，其权利为取得出让方的股份；出让方应履行的义务是出让其股份，其权利为接受受让方的股份受让金。本案中，B投资公司、A石油公司将受让股款均足额交付了甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委，后者在接受了受让股款后，未提出异议，即双方均履行了出让、受让的主要义务，形成了股份转让的事实法律关系，符合《合同法》规定的合同成立的要件。（2）A石油公司、B投资公司具有受让股份的真实意思表示，甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委具有出让股份的真实意思表示。出让其股份经过了其向甲股份公司递交转股申请及其参加甲股份公司股东会、董事会审议批准等环节；A石油公司、B投资公司受让股份经过了甲股份公司告知，甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委转股事项已经过了上述环节及A石油公司、B投资公司对甲股份公司的该告知做出承诺，并委托甲股份公司代其购买股份及将购股款支付甲股份公司等环节。在股份出让、受让的实际履行过程中，甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委均足额接受了B投资公司、A石油公司的股份受让金，甲股份公司就甲省工商银行、甲省经贸委出让股份给B投资公司之事项给各股东单位发出了公告，甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委在收到公告后未提异议，应视为是对甲省工商银行、甲省经贸委出让股份给B投资公司的进一步确认。（3）甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委出让的股份类别为国家股及国有法人股。《公司法》及相关法律法规对股份有限公司中，国家股及国有法人股的出让与受让没有强制性条件的限制。因而应视为当事人之间股份转让合同的内容符合法律法规的规定。综上，当事人之间的股份转让行为合法有效，A石油公司、B投资公司要求确认其受让甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委持有的甲股份公司480万股份的效力的主张成立，本院予以支持。

甲省工商银行对其向甲股份公司提出转股申请，并由其股东代表参加甲股份公司股东会，就其转股进行了审议批准等事实不持异议，其在接受B投资公司的股份受让金所开具的收据上明确载明：“B投资公司依照甲股份公司

股东会决议受让工行持有的甲股份公司 200 万股份”并加盖了其计划财务处的公章。嗣后，甲股份公司通过公告的形式告知甲省工商银行，其所持股份已出让给 B 投资公司，对此甲省工商银行未持异议。甲省工商银行所实施的上述提出申请、收取股份转让金及对甲股份公司公告的默示等，均为甲省工商银行的意思表示和行为，而非其股东代表的个人意志，故甲省工商银行提出其向 B 投资公司出让股份是其股东代表之个人行为的理由不能成立，不予支持。

甲股份公司是《公司法》颁布施行前设立的股份有限公司。《公司法》颁布后，甲股份公司未按《公司法》的规定进一步规范，但该公司仍属于股份有限公司性质，并已为有关工商机关认可，其公司行为应受《公司法》调整。按《公司法》的规定，股份有限公司的股份应以股票的形式体现，发起人所持股份应为记名股票。甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委所持股份属于甲股份公司发起人股份，因甲股份公司未发行股票，发起人所持股份既未能以股票的形式体现，但却具有《公司法》规定的记名股票的性质。按照《公司法》第 145 条第 1 款的规定，记名股票由股东以背书方式或法律、行政法规规定的其他方式转让。甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委在出让其股份时，具有特定的相对方，在开具的出让收据上加盖了公章，对转让对象、每股价格、出让股数等均有体现，具备记名股票转让的基本要素。《公司法》第 145 条第 2 款对记名股票的转让还规定，记名股票的转让由公司受让人的姓名或名称及住所记载于股东名册，这是记名股票转让的法定程序（法定要式）。其意义在于公司对股东资格的确认，即在公司记名股份转让后必须由公司将受让人的姓名或名称及住所记载于股东名册，否则该记名股份的转让对公司不发生效力。《公司法》没有规定确认股东资格以工商登记为要件，也没有规定股份转让必须签订协议，股东转让股份的效力是出让方与受让方意志一致的结果，工商登记不能干预和改变交易双方的意志，这是符合民事、行政法律的基本原则的。股份有限公司的股份转让一经公司确认（公司股东名册登记）不仅对转、受让双方具有法律约束力，而且对公司及其他股东也具约束力。股份转让生效与股东工商变更登记是两个不同的概念，股份转让生效是转受让当事人意志和公司意志一致的结果；股东工商变更登记是股份转受让生效的结果产生后，对该结果由公司进行工商登记的问题，其功能为使股东权的变动产生公示的效力，其目的是为不知情的善意第三人在与公司进行民事行为时，对其谋求合法利益安全的保护。B 投资公司、A 石油公司在受让股份后，公司为其履行了公告及变更股东名册的义务，完成了



《公司法》规定的股份转、受让（记名股票转让）的法定程序。甲省工商银行、甲省财政厅及第三人丙集团和乙公司提出A石油公司、B投资公司与甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委交易股份未进行工商登记，未签订协议及未完成法律规定的要式行为属于无效交易，不受法律保护的理由于法无据，故本院不予支持。A石油公司、B投资公司提出其与甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委的股份交易行为已完成法定要式，其已取得甲股份公司股东资格的理由成立，其提出请求依法实现股东权利的主张，予以支持。甲股份公司在确认股份转让的事实及将股东名册变更后，未将变更结果及时进行工商登记，致使丙集团、乙公司又与甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委签订了股份转让协议并进行了交易，对A石油公司、B投资公司及丙集团、乙公司因此造成的损失，甲股份公司应承担相应的民事责任，但鉴于A石油公司、B投资公司及丙集团、乙公司未就此提出诉讼请求，故对此不予调处。

按1998年甲股份公司的公司章程，被告甲省财政厅持有的甲股份公司140万股份属于国家股，是国有资产。《公司法》规定公司具有法人财产权，对股份公司而言，即是股东出资构成的公司独立财产。但是《公司法》还规定，公司中的国有资产所有权属于国家。《公司法》的这一规定虽然与公司具有法人财产权的规定相悖，但有其现实意义，表现为防止国有企业在改制过程中造成国有资产流失。据此，在适用《公司法》的该项规定时应充分理解其精神实质，即其要旨并不在于国家因向公司投入国有资产而对公司行为进行行政干预而是国家不允许任何人、任何公司非法占用国有资产，因此在国家股的转让上，国家国资局、体改委联合制定印发了《股份有限公司国有股权管理暂行办法》（国资企发[1994]81号，已被2008年1月31日《财政部关于公布废止和失效的财政规章和规范性文件目录（第十批）的决定》废止，以下简称《暂行办法》），该《暂行办法》与《公司法》的立法精神并不冲突，但就本案而言，其不能对抗甲省财政厅与B投资公司转受让国家股的效力。理由为：（1）该《暂行办法》属于部门规章，非法律、行政法规。《合同法解释（一）》第4条规定，合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。（2）《公司法》规定，公司中的国有资产所有权归国家所有，但同时还规定，国家授权投资的机构，可以依法转让其持有的股份，转让股份的审批权限、管理办法由法律、行政法规另行规定。《公司法》在该规定中说明的“法律、行政法规”至今尚未颁布。（3）代表

国家资产的股东与公司及其他股东具有平等的民事主体地位，其行使权利、承担义务时并不因为其是代表国家资产的股东身份而与公司和其他股东不同，它同样受法律约束。从实践上看，公司的利益最大化之后，国家是受益人之一，因而代表国家资产的股东进行民事行为时，对保护公司利益应具有更重要的责任。就本案而言，代表国家资产的股东甲省财政厅，在转让其持有的国家股时应必须遵守维护国家利益和保护公司整体利益的原则。通过诉讼表明，甲股份公司表示了其愿意接受 A 石油公司、B 投资公司为其股东的意愿，A 石油公司、B 投资公司也意在通过诉讼使其在甲股份公司的股东权得到保护，公司与股东意志的一致，是实现公司利益的基础。甲省财政厅的转股前提是国家不允许其在公司中继续持股，其在转股过程中应办理有关审批手续以维护国家利益和保护交易方交易的安全，这是其应履行的义务和承担的责任。甲省财政厅在与 A 石油公司、B 投资公司就其股份交易后，虽履行了审批手续，但其以办理审批手续的便利，在审批手续中确定了新的交易对象，且交易值与 A 石油公司、B 投资公司与其已进行的交易值相同，破坏了原有的交易安全，危害了 A 石油公司、B 投资公司的利益，违背了甲股份公司的意志，因而从维护诚实信用原则的角度对其审批手续只能认定为，其持有的股份转让已经审批，且视为是对 A 石油公司、B 投资公司与其进行股份交易中的瑕疵的补漏。(4) 本案中甲省财政厅并未因出让其持有的国家股使国家利益受到损害。甲股份公司依据国家有关政府机关不得经商办企业的精神对甲省财政厅的转股申请进行了审议批准，此前，公司经甲省审计事务所审计，至 1998 年已亏损 387 万元并存在潜亏因素，按公司的注册资本，该公司的股份已大幅贬值，而甲省财政厅发起投入股金 100 万元，1996 年取得红利 40 万元，并转为股本金，其以 140 万元向 A 石油公司、B 投资公司出让股份回收本利，已使国有资产获得了增值安全。综上，甲省财政厅及丙集团、乙公司以甲省财政厅与 A 石油公司、B 投资公司交易的股份属国有资产，未经审批程序，应认定交易无效的理由无事实和法律依据，不予支持。

甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委向 A 石油公司、B 投资公司出让所持股份，经甲股份公司公告并送达及甲股份公司变更股东名册后即丧失了其在公司的股东权，A 石油公司、B 投资公司与甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委所履行的合同无重大误解和显失公平的情形，且其间也均未做出解除合同的意思表示，而甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委又与丙集团、乙公司签订了股份转让协议书，应认定其无效。具体理由为：(1) 甲省财政厅、甲省经贸委与丙集团、乙公司签订的协议在形式的真实性上有瑕

疵，甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委与丙集团、乙公司签订的协议在内容上不具有真实性。通过庭审调查表明，甲省财政厅与丙集团签订的协议书存在时间上的瑕疵。甲省财政厅与丙集团于1999年9月18日签订了一份转股协议，该协议载明“根据甲方（财政厅）持有的甲股份公司140万元股份已经甲股份公司第四次股东大会1999年第二次临时股东大会批准同意转让”。庭审查明，财政厅提出转股的申请日为1999年9月20日，甲股份公司第四次股东大会1999年第二次临时股东大会的召开时间为1999年9月29日。甲省经贸委与乙公司签订的协议书存在时间上的瑕疵。其签订日为1999年10月1日，此时，A石油公司、B投资公司与其尚未进行股份交易，甲省经贸委向法庭提供的证据证明，其与乙公司协商转股事宜是在B投资公司与其进行股份交易之后。（2）甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委出让其股份后，已丧失股东权，即对其原持有的甲股份公司的股份已无处分权，而其仍以股份持有人的身份与丙集团、乙公司签订协议故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误表示，其行为构成欺诈，属于无效民事行为，故其与丙集团、乙公司签订的协议不受法律保护。（3）甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委与丙集团、乙公司签订的协议侵害了善意权利人的利益，即A石油公司、B投资公司受让股份并由甲股份公司确认后，又与丙集团、乙公司签订定协议，转让已转让给A石油公司、B投资公司的股份，致使A石油公司、B投资公司持有的甲股份公司的股份安全及股东权的及时行使受到侵害。综上，甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委与丙集团、乙公司签订协议未依诚实信用的方式行使权利履行义务，并使他人利益受到危害，因而其与丙集团、乙公司签订的协议无效。故，丙集团、乙公司与甲省工商银行、甲省财政厅共同提出协议有效的主张不能成立，本院不予支持。

综上所述，判决如下：（1）B投资公司与甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委之间的股份转受让行为合法有效，且B投资公司已取得甲股份公司390万股份的股东权。二、A石油公司与甲省财政厅之间的股份转受让行为合法有效，且A石油公司已取得甲股份公司90万股份的股东权。三、甲股份公司于本判决生效后三十日内，到有关工商管理部門办理B投资公司及A石油公司与甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委股权转让工商变更登记事宜。四、甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委于判决生效后，履行协助B投资公司和A石油公司，办理其在甲股份公司的股权工商变更事项的义务。五、驳回丙集团及乙公司的诉讼请求。

甲省财政厅、甲省工商银行不服，向甲省高级人民法院提出上诉，之后，

甲省财政厅以丙集团放弃购买其股权、甲省工商银行以为保障自身及对方企业利益不受损失为由，申请撤诉并得到批准。一审民事判决随之发生法律效力。2003年，甲省财政厅又向甲省高级人民法院申请再审。

甲省高级人民法院再审认为：股权转让是公司股东依法将自己的股东权益转让给他人，使他人取得该股权的行为。股东权作为《公司法》规定的一种具有独立内涵包括财产权等多种权利在内的综合性权利形态，有别于普通商品的性质，这种权利的特殊性，决定了股权转让不仅涉及转受让双方，还直接关系到公司、公司其他股东以及股权转让方债权人的利益，因此，受到法律的严格规制。（1）股权转让受让应当采用书面形式，通过订立股权转让协议，明确转受让双方的权利义务，体现当事人意思自治原则，维护股东各方利益。本案中甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委虽有转股的意思表示，且经甲股份公司董事会同意，其他股东也表示不购买，但未明确受让方，未与B投资公司、A石油公司签订转让股权合同，甲省经贸委亦否认与B投资公司签订股权转让协议的事实，导致该股权转让行为缺乏必要的要约与承诺过程，违背了当事人意思自治的法律原则。（2）甲省财政厅出让140万股，甲省工商银行出让200万股，甲省经贸委出让140万股，三家未向甲股份公司明确每股出让价格，也未与B投资公司、A石油公司协议价格，甲股份公司即代理出让，超出了委托代理的权限，违背委托代理的民事法律规定，其后果不应有甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委承担。虽然甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委仍以每股1元转让给丙集团和乙公司，该价格是经双方自愿协商签订协议体现的，符合自愿、公平、等价有偿的民事法律原则，不能以价格未变而推定甲股份公司越权行为有效。同时，受让方B投资公司实购390万股，A石油公司实购90万股。出让方与受让方的相对关系不明，不符合股权转让的法律特征。（3）甲省财政厅、甲省经贸委出让的是国有法人股，属国有资产，国有股权的转让实质上是国有资产转让。依照《公司法》第148条规定，“国有股的转让应当按照有关法律、行政法规规定的审批权限管理办法，报请有关部门批准”。故其转让应遵循国务院《国有资产评估管理办法》及其《国有资产评估管理实施细则》的规定，履行必要的审批手续。未经审批，擅自转让国有股权，即国有资产，其转让行为依法不应保护。（4）在股权转让中，甲股份公司同时代理甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委和B投资公司、A石油公司，违反了民事代理的一般原则，其代理行为依法应无效。

综上所述，甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委与B投资公司、A

石油公司股权转让行为仅以 B 投资公司、A 石油公司支付了现金，甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委未提出异议，即视为履行了合同的主要义务，而忽略股权转让的特殊性。转、受让双方未经协商、国有股权转让未履行必要的审批手续、出让方授权不明、代理方又同时代理转受让双方的情况下，B 投资公司、A 石油公司主张股权转让行为有效，其理由不能成立。甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委与丙集团、乙公司自愿签订股权转让协议，履行必要法律手续，符合法律规定的要式行为，协议合法有效，依法应予保护。判决：一、撤销一审民事判决书；二、驳回 B 投资公司、A 石油公司的诉讼请求；三、甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委与丙集团、乙公司股权转让合同合法有效。四、甲股份公司于本判决生效后 30 日办理甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委与丙集团、乙公司股权转让变更登记有关事宜。

B 投资公司、A 石油公司不服该判决，向最高人民法院申请再审称：（1）再审判决无视事实，论点错误。在立论之时就明显带有倾向性。（2）在采纳证据上去真存伪，曲解法律。认定 B 投资公司和 A 石油公司的购股无效有两个理由：①转让方甲省财政厅在申诉中主张愿意与丙集团和乙公司成交，那么支持此申诉请求正是所谓遵循当事人意思自治原则；②丙集团和乙公司与转让方之间有书面转让协议，而 A 石油公司和 B 投资公司与转让方之间却没有。对于第一个理由，A 石油公司、B 投资公司认为这是对意思自治的肆意扭曲。对于第二个理由，《公司法》并没将签订书面合同规定为股权转让的必要条件，为股权转让附加书面合同为要件。况且，A 石油公司、B 投资公司与转让方之间是存有收据、交割手续等大量书面文件，这些文件也是合同的一种。（3）再审判决采用双重论证标准，偏袒一方。再审判决认为转让方持有的是国有资产，在未遵守国务院《国有资产评估管理办法》及其《实施细则》进行评估的前提下就转让给 A 石油公司、B 投资公司，属于未履行法定评估程序而转让无效。可是该资产在协议转让给丙集团、乙公司的时候也同样没有评估。对甲省财政厅与丙集团之间签订的两份内容相同、时间不一致的协议的真实性持有异议，但再审将这两份证据归类到双方无争议的证据里。（4）再审判决结论荒谬，枉法裁断，程序违法。再审判决在事实认定上、论述上和适用法律上都是错误的，才得出丙集团、乙公司成为甲股份公司股东，A 石油公司、B 投资公司不是甲股份公司股东的荒唐结论。请求撤销甲省高级人民法院的再审判决，并依法予以改判。

甲省工商银行答辩认为：一审判决生效后，其已经按照判决履行义务。

甲省财政厅提出再审申请，再审不应处理其与 B 投资公司、A 石油公司之间的法律关系，再审程序违法。请求维持一审判决。甲省财政厅答辩认为：甲省财政厅不存在一股二卖问题，B 投资公司、A 石油公司认为付款就是合同成立的理由欠妥。其与丙集团股权转让真实合法。再审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法。

甲省经贸委答辩认为：对于国有资产的转移和转让，必须经过相关部门批准，否则转让行为无效。如果认定 B 投资公司、A 石油公司受让于甲省财政厅、甲省经贸委的股权合法有效的话，丙集团、乙公司取得的股权也是善意的，其合同效力要高于 B 投资公司、A 石油公司。请求维持再审判决。

丙集团、乙公司答辩称：其与甲省工商银行、甲省财政厅、甲省经贸委签订的股权转让协议，是当事人的真实意思表示，程序合法，请求维持再审判决。

甲股份公司答辩称：答辩意见与丙集团、乙公司一致，请求维持再审判决。

最高人民法院再审认为：如何认定涉案股权转让行为的效力包括了如下几个层面，（1）股权转让是否必须以书面形式的问题；（2）股权转让行为在形式上存在瑕疵的问题；（3）股权转让未经审核批准对转让行为效力的影响问题。

**一、股权转让是否必须以书面形式的问题。**根据上海市经济体制改革办公室《关于同意甲股份公司作为上海市股份制试点企业的函》记载，甲股份公司是在 1992 年 11 月 9 日甲省股份制试点领导小组按照国家体改委《股份有限公司规范意见》的规定，批准以发起方式设立的定向募集公司。甲股份公司的设立时间是 1993 年 3 月 18 日，早于 1993 年 12 月 29 日通过，自 1994 年 7 月 1 日起施行的《公司法》。故甲股份公司的设立不能适用 1993 年《公司法》，依照《股份有限公司规范意见》，甲股份公司的设立的方式为定向募集方式，发起人认购公司股份比例以及发起人的人数，公司最低注册资本金等符合法定条件，经上海市工商行政管理局核准注册登记。甲股份公司是依法设立的股份有限公司。

涉案股权转让行为的时间发生在 1993 年《公司法》颁布之后，故股权转让行为应当参照 1993 年《公司法》，《股份有限公司规范意见》和甲股份公司的公司章程。1993 年《公司法》第 143 条规定，股东持有的股份可以依法转让。《股份有限公司规范意见》第 30 条规定，股东可以按照国家有关规定和公司章程的规定转让股份。其中第一款但书规定，定向募集方式设立的公司，

其股权证按其原持有人身份，可在法人之间以及公司内部职工之间转让。1998年甲股份公司的公司章程第16条股东享有以下权利第5款规定，按《公司法》有关规定转让股份。故本案中甲省财政厅、甲省经贸委、甲省工商银行有权依法转让股份，且法律、部门规章及公司章程均未对股权转让协议的形式作强制性规定。再审判决认定股权转让必须有书面协议无法律依据，本院不予支持。

## 二、股权转让行为在形式上存在瑕疵的问题。

1. 委托代理人转股事宜的瑕疵。涉案代理行为事实上包括了代理股权转让方与受让方协商股权转让和收款事宜，以及代理在股份交易机构签署交易合同和代理协议。就前者而言，在甲省财政厅、甲省经贸委、甲省工商银行提出转股申请之后，甲股份公司召开了股东大会。结合原审法院调查甲省经贸委股东代表何某的笔录；A石油公司、B投资公司以甲股份公司为收款人开具的银行票据；甲省经贸委出具的付款人为B投资公司，甲省工商银行出具的付款人为B投资公司，甲省财政厅出具的付款人为A石油公司的收条；甲股份公司有关公告。本院认为，甲省财政厅、甲省经贸委、甲省工商银行虽然未授权甲股份公司代理股权转让和收款的书面协议，但从上述系列行为来看，涉案股权转让方知晓拟转让的股权数量、转让价格、转让对象，由甲股份公司寻找股权受让方，接受购股款，在事实上甲股份公司完成了代理事项且各家股权转让方认可了甲股份公司的代理行为。甲股份公司的上述代理行为没有形成书面的授权文件，再审判决关于甲股份公司超出委托代理的权限，违背委托代理的民事法律规定的认定，既没有委托代理权利范围的事实基础，也没有委托合同形式的法律基础。

就后者而言，甲股份公司代理甲省财政厅签署了产权转让合同，委托上海某产权经纪有限公司申请上海产权交易所鉴证了交割单；上海市产权交易所向上海市工商行政管理局出具的函；2000年3月28日，甲省财政厅向上海市产权交易所出具转让股权申请；甲省财政厅向本院提交上海产权交易所2001年4月3日的证明；甲省国有资产管理委员会办公室向上海市产权交易所出具《关于甲股份公司股权转让的函》等。虽然甲股份公司在上海产权交易所备案的甲省经贸委和甲省财政厅的委托书系复印件，甲省财政厅也向上海市产权交易所出具了声明。事实上，甲股份公司为代理B投资公司、A石油公司受让股权的行为向上海市产权交易所出具了承诺函。甲省财政厅授权甲股份公司代理交割事宜但甲股份公司并未完成代理事务，且甲省经贸委未授权甲股份公司代理交割事宜。本院对甲股份公司提交的委托书复印件不予

采信，但上述事实表明 B 投资公司、A 石油公司与甲省财政厅、甲省经贸委的股份交易行为已经上海产权交易所鉴证完毕，而甲省财政厅、甲省经贸委与丙集团、乙公司在上海产权交易所的交割行为并未完成。

2. 涉案股权转让行为的形式瑕疵。本案中，B 投资公司、A 石油公司与甲省财政厅、甲省工商银行之间的股权转让没有书面形式，B 投资公司与甲省经贸委之间的股权转让有书面形式。相对比，甲省财政厅与丙集团之间存在 1999 年 9 月 18 日和 1999 年 10 月 18 日两份内容相同的股权转让协议，形式上存在瑕疵。且 1999 年 10 月 18 日的协议以及甲省经贸委与乙公司的协议、甲省工商银行与乙公司的协议时间均在 B 投资公司、A 石油公司完成股权受让的主要权利义务之后。在 B 投资公司、A 石油公司完成股权受让之后，甲股份公司召开第五次股东大会 1999 年第一次临时股东会，会议通报了公司股份转让情况；甲股份公司向上海市工商行政管理局提交了《关于准予办理〈甲股份公司章程〉工商备案登记的报告》；上海市人民政府经济体制改革办公室《关于同意甲股份公司转让股权的批复》；上海某会计事务所有限公司 2004 年 3 月 25 日工商年检审计报告。上述事实表明，B 投资公司、A 石油公司成为甲股份公司的股东已经股东大会同意，在甲股份公司的股东名册上已经进行了变更登记。相对比，丙集团、乙公司的受让行为事先没有经过甲股份公司股东大会的讨论，虽然法律、行政法规未对股份有限公司的股份转让必须由股东大会讨论或者其他股东同意等限制性规定。但甲省财政厅、甲省经贸委和甲省工商银行的第二次转让行为完全没有经过公司股东大会，而是由各转让人告知甲股份公司而已。甲股份公司并没有因第二次股权转让行为的发生进行股东名单的变更，而是在再审判决作出之后进行了相应的变更。

综上，本院认为，股权转让行为不以书面形式为法定要件；甲股份公司代理股权转让行为为各股权转让方和股权受让人知晓；甲省财政厅申请向丙集团转让股权的委托书所指定的委托事项是在上海产权交易所完成签订交易合同和代理协议的签字；第一次股权转让已经上海产权交易所鉴证且甲股份公司进行了相应的股东名单的变更登记。尽管第一次股权转让行为、第二次股权转让行为都存在形式上的瑕疵，但第一次股权转让行为发生在先，且已经完成了公司股东名单的变更和产权交易所的转让手续。第二次股权转让行为是在甲股份公司内部发生争夺公司领导权的争斗，有关人员非法控制了甲股份公司领导和管理权，致使在该期间甲股份公司有关人员非法撤换了受让公司主体，改由丙集团作为受让主体。作为转让方的甲省财政厅、甲省经贸委、甲省工商银行，作为受让方的丙集团、乙公司关于第一次股权转让行为



无效的事实和理由不充分。再审判决关于各股权转让方未向甲股份公司明确每股出让价格，也未与B投资公司、A石油公司协议价格，甲股份公司即代理出让，超出了委托代理的权限的认定，本院不予支持。

### 三、涉案股权转让审核批准行为的认定问题。

1. 对涉案股权的性质进行确认。根据《股份有限公司规范意见》第24条第1款；《暂行办法》第2条规定，组建股份公司，视投资主体和产权管理主体的不同情况，分别构成“国家股”和“国有法人股”。国家股和国有法人股统称国有股权。本案中，甲省财政厅持有的是国家股，甲省经贸委持有的是国有法人股，甲省工商银行持有的也属国有法人股，均属国有股权。

2. 相关法律法规对国有股权转让程序的规定。根据《暂行办法》第29条第1款规定，转让国家股权应以调整投资结构为主要目的。第二款规定，转让国有股权须遵从国家有关转让国家股的规定，由国家股持股单位提出申请，说明转让目的、转让收入的投向、转让数额、转让对象、转让方式和条件、转让定价、转让时间以及其他具体安排；《国家国有资产管理局关于加强企业国有产权转让监督管理工作的通知》（国资发〔1995〕54号）第三条规定转让股份有限公司和有限责任公司国有股权的，应根据《暂行办法》的规定报批；《关于规范股份有限公司国有股权管理有关问题的通知》（国资企发〔1996〕58号，该法规已被《财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》废止）第1条国有股权管理审批程序规定，国有股股东转让其拥有的非上市公司的股权（不包括向外商转让）时，股权由地方有关单位持有的，国有股权管理事宜由地方国有资产管理部门逐级审核后报省、自治区、直辖市、计划单列市国有资产管理部门审批。本案中甲省国有资产管理委员会办公室有权对涉案国有股权转让进行审批。A石油公司、B投资公司向法院提交了1999年9月29日甲股份公司向甲省国有资产管理局申请《关于甲股份公司部分股东转让股份的商请函》，提出了甲省财政厅、甲省经贸委、甲省工商银行申请转股的原因，股权受让对象，甲股份公司审计结果等事宜，请求批准转股。该商请函为复印件。甲省财政厅以及丙集团、乙公司向法庭提交了1999年11月19日，甲股份公司向甲省国有资产管理局提出《关于转让股权的申请》，签发人为吉某。该申请产生于甲股份公司内部发生管理层非法变动期间，上海市浦东新区公安局相关文检鉴定书；上海市中级人民法院相关行政判决书查明事实部分均说明该份申请并非甲股份公司的真实意思表示。故对于该份申请本院不予确认。

基于该份申请，甲省国有资产管理局《关于甲股份公司转让股权的批复》所确认的事实也并不存在。并且从该批复的内容来看，甲省国有资产管理局

并未行使国有股权转让的审批权，而是对甲省财政厅、甲省经贸委自行转让国有股权行为的追认。确认该股权转让行为合法性的依据是尊重股东意愿的原则，而不是从履行加强和规范国有股权管理工作，维护国有股权益的职责出发，对国有股权转让行为实施的监管。因此，甲省财政厅、甲省经贸委、丙集团和乙公司将该批复视为对国有股权转让的审批行为，本院不予认可。

本院认为，评价经济生活中法律行为的效力，并不能与法律规定总是一一对应。国有股权的转让一直是我国国有资产管理中的一个重要方面，无论是涉案股权转让之前的国资企发〔1994〕81号、国资产发〔1995〕54号，还是国资企发〔1996〕58号，还是涉案股权转让之后的《财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》（财管字〔2000〕200号）、《企业国有资产监督管理暂行条例》、《企业国有资产法》。如何审查涉案股权转让行为的效力，应当考虑以下几个方面：（1）股权转让应当尽可能满足立法所设定的程序和条件。根据1993年《公司法》第154条第1款，记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让。涉案第一次股权转让行为在上海产权交易所完成了转让手续。第2款规定，记名股票的转让，由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。涉案第一次股权转让行为已由甲股份公司在股东名册上作了变更登记。而第二次股权转让未在上海产权交易所进行交割，也未在股权转让行为发生后即行变更登记公司股东名单。（2）具有一定封闭性的股权有限公司中股权转让应当尽可能符合当事人的真实意思，并为公司及公司股东知晓。涉案第一次股权转让行为，转让方向甲股份公司提出转股申请之后，股东大会讨论审议，完成股权转让款的缴付、甲股份公司向各股东发出了公告，股东名册的变更。与第二次股权转让行为相比，更加符合当事人的真实意思，且公司及公司股东知晓程度更大。（3）国有股权转让应最大满足国有资产管理立法的宗旨。1993年《公司法》第184条的规定，国有股权的转让必须经过审批原则，这对于维护国家基本经济制度是至关重要的。对已经实际履行，未履行审批手续的股权转让应当从鼓励交易角度出发，寻求程序瑕疵的补救，以成就合同生效的法定条件。根据《合同法》第44条第2款，《合同法解释（一）》第9条第1款之规定，第一次股权转让行为在转、受让方之间已经完成了股权转让的债权效力，尚未发生股权转让的物权效力。应当责令当事人补充办理相关审批手续。并且在本案中，由于两次股权转让的价格是一致的，甲省审计事务所的《关于甲股份公司1993年至1998年末资产、负债及经营情况的审计报告》说明，至1998年底，甲股份公司亏损387万元，并有部分潜亏因素。第一次股权转让

价格是1股价值1元人民币，使得国有股权实现了保值增值。再审判决关于第一次股权转让未经审批，擅自转让国有股权，即国有资产，其转让行为依法不应保护的认定，本院不予支持。

综上所述，本案再审申请由甲省财政厅提出，在甲省工商银行出庭但未对第一次股权转让提出异议，甲省政府办未出庭的情况下，再审判决否认甲省工商银行与B投资公司，甲省经贸委与B投资公司之间的股权转让协议效力的做法不当，本院予以纠正。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。原审判决中关于国有股权转让协议未经审批的效力认定理由论述欠妥，本院予以纠正。据此判决如下：一、撤销甲省高级人民法院再审判决；二、维持中级人民法院一审民事判决。

## 【裁判解析】

本案裁判结果经历了改判、撤销、之后又维持的过程，在审判过程中法官对涉及国有股两次买卖的效力的判断及最终归属问题存有不同的认识。

### 一、对本案多份判词之综合评价。

1. 历次判决的判理对于未经审批之国有股权转让效力之认定。某中级人民法院一审判决的表述是，《公司法》及相关法律法规对股份有限公司中国家股及国有法人股的出让与受让没有强制性条件的限制，因而应视为当事人之间股份转让合同的内容符合法律法规的规定。<sup>①</sup>甲省高级人民法院再审判决的表述是，国有股权的转让实质上是国有资产转让，故其转让应遵循国务院《国有资产评估管理办法》及其《国有资产评估管理实施细则》的规定，履行必要的审批手续，未经审批，擅自转让国有股权，即国有资产，其转让行为依法不应保护。最高人民法院再审判决的表述是，1999年11月19日，甲

<sup>①</sup> 具体论述理由包括了：（1）国家国资局、体改委联合制定印发了《暂行办法》，该《暂行办法》属于部门规章，非法律、行政法规。人民法院确认合同无效，不得以地方性法规、行政规章为依据。（2）《公司法》规定，国家授权投资的机构，可以依法转让其持有的股份，转让股份的审批权限、管理办法由法律、行政法规另行规定。但该“法律、行政法规”至今尚未颁布。（3）甲省财政厅的转股前提是“国家不允许其在公司中继续转股，其在转股过程中应办理有关审批手续以维护国家利益和保护交易方交易的安全，这是其应履行的义务和承担的责任。但不能因其拥有审批职权的便利，而违背市场交易的诚实信用。”（4）本案中甲省财政厅并未因出让其持有的国家股使国家利益受到损害，已使国有资产获得了增值安全。

股份公司向甲省国有资产管理局提出《关于转让股权的申请》，……产生于甲股份公司内部发生管理层非法变动期间，……说明该份申请并非甲股份公司的真实意思表示；基于该份申请，甲省国有资产管理局《关于甲股份公司转让股权的批复》所确认的事实也并不存在；并且从该批复的内容来看，甲省国有资产管理局并未行使国有股权转让的审批权，而是对甲省财政厅、甲省经贸委自行转让国有股权行为的追认。

上述三份判决对于未经审批的国有股权转让纠纷提出了三种不同的解决思路。一审判决实质上是以股权转让合同是否有效为焦点，分别从法律、行政法规层面对未经审批的国有股权转让合同效力未作否定性规定，《暂行办法》也仅为部门规章，故不能作为合同效力判断之法律依据。而甲省高级人民法院再审判决则从国有股权转让管理角度出发，认为国有股权转让应当经过审批乃基本原则，基于这一原则，未经审批的国有股权转让行为不应受到保护，即视为未转让。至于最高人民法院的再审判决，则考虑到国有股权与普通股权相比有特殊性，相关部门也制定了特殊规定，针对具体案件，无法以判决的形式直接回答未经审批之类似合同效力应如何看待，故在本案中，以甲省国有资产管理局《关于甲股份公司转让股权的批复》不能视作审批行为，从而认定两次股权转让行为均未经过审批，但第一次转让更加符合普通股权转让的基本规则，故应予以保护。从裁判技巧而言，最高人民法院的再审判决更加稳妥；但在之后本案评析中将对未经审批之国有股权转让合同的效力进行基本之价值评判。

2. 历次判决之判理对于一股两卖效力之认定。某中级人民法院一审判决认定，第二次股权转让合同在内容上不具有真实性；经第一次转让之后已丧失股东权，第二次转让则构成了无权处分，属于无效民事行为，所以第二次股权转让行为侵害了善意权利人的利益。甲省高级人民法院的再审判决认定，第一次转让没有书面形式，缺乏必要的要约与承诺过程；甲股份公司在未明确每股出让价格的情况下代理出让，超出了委托代理的权限，故违背委托代理的民事法律规定。最高人民法院的再审判决则认定，法律、法规及甲股份公司章程均未对股份有限公司股权转让协议的形式、以及公司代理进行股份转让作出禁止性规定；第一次转让完成了法律规定的股份有限公司股权转让的行为，应当认定转让行为有效；而第二次转让行为不仅违反了诚实信用原则，侵害了A石油公司、B投资公司利益，也没有在甲股份公司的股东名册进行变更登记，没有按法律规定的形式履行该次股份有限公司股权转让一般程序，故不能认定第二次转让行为有效。

一股两卖涉及的问题比较复杂，既有合同形式层面上的考虑，也有股权转让效力变动标准上的判断，还有股权转让合同是否成立、生效的评价等。总之，评价股权转让行为的效力，既要从民事法律行为角度考察交易行为的适当性，也要从公司法角度考察交易行为的合规性。而一股两卖情形下，既不能单纯以股权转让协议签订时间的前后作为确定合同成立之依据，也不能以股权转让协议是否具备书面形式作为合同成立的判断依据。结合《合同法》第10条、第37条、第44条，无论是普通股权转让还是国有股权转让，在法律并未要求必须采用书面合同形式之情形下，认定股权转让是否成立和有效更不能拘泥于有无书面之合同。本案之中，第一次股权转让行为已经完成了公司股东名册的变更和产权交易所的转让手续，相比较而言，第二次股权转让行为的形式瑕疵对转让行为效力之影响更大。

**二、国有股权转让程序中审批制度之基本认识。**本案之中，甲省财政厅、甲省经贸委及甲省工商银行持有的均属国有股权。

1. 关于国有股权转让之特殊性规定。国有产权转让有区别于一般私有产权转让的特殊性，这些特殊性决定了国有产权转让所遵循的程序区别于一般产权的转让程序，<sup>①</sup>而这又是为了保证国有资产监督管理部门的有效监控，确保国有资产不致流失。2003年12月31日实施的《企业国有产权转让管理暂行办法》，是调整国有产权转让行为最为主要的规范性文件，其中第四章专门规定了企业国有产权转让的批准程序：原则上应由国有资产监督管理机构决定所出资企业的国有资产转让，其中，转让企业国有产权导致国家不再拥有控股地位的，还应当报本级人民政府批准；所出资企业可以决定其子公司的国有产权转让，其中，重要子企业的重大国有产权转让事项，应当报同级国有资产管理机构会签财政部门后批准，若涉及政府公共管理审批事项的，还需预先报经政府有关部门审批。

国家对国有股权转让的特殊规定大致作用于以下方面：（1）限定转让目的。国有股权是我国公有制经济的重要组成部分，国有股权的持有数量将直接关系到国家对国民经济的调控能力，因此，对于国有股权的转让必须坚持谨慎的态度，严格限定其转让目的。依据《暂行办法》第29条第1款规定，转让国有股权应以调整投资结构为主要目的。（2）规制申报、审批程序。《暂行办法》第29条第2款、第3款对申报内容、审批职能机构作出规定。财政

<sup>①</sup> 参见李杰：《企业国有产权转让法律程序研究——〈企业国有产权转让管理暂行办法〉的缺陷与完善》，载《研究生法学》2005年第2期。

部发布的“财管字〔2000〕200号”通知则对固有股权管理工作的职能划分予以了进一步的细化，并具体规定了转让股权需报送的材料。《企业国有产权转让管理暂行办法》（国资委、财政部令第3号）第25条也规定了股权转让的审批程序，第32条第1款第2项规定国有资产监督管理机构或国有股权转让批准机构甚至有权通过诉讼方式确认转让行为无效。（3）强化事后监督。《暂行办法》第29条第4款规定，非国有资产管理部门持股的股东单位转让国有股权后，须向国有资产管理部门报告转让收入的金额、转让收入的使用计划及实施结果。

2. 本案中未经审批之国有股权转让之法律后果。上世纪90年代之前我国尚无对国有产权转让管理的法律，有关国有产权转让管理的行政法规也很不健全。90年代之后，国有股权转让主要依据的是《公司法》、《暂行办法》，股权转让的审批机关是1988年10月成立的国家国有资产管理局。2003年3月10日，设立国务院国有资产监督管理委员会。2003年6月1日，根据中央决定，上市公司国有股转让的审批权划归到国资委，并制定了相关规范制度。<sup>①</sup>《企业国有产权转让管理暂行办法》根据转让权重、转让事项规定了不同的审批机构；《关于企业国有产权转让有关事项的通知》（国资发产权〔2006〕306号）规定了企业国有产权协议转让方式的审批机构应当按照转让方的隶属关系确定。上述文件明确了国资委对国有股权转让具有审批、监督的权力。上市公司国有股权转让方面，国务院国资委、中国证监会发布了《国有股东转让所持上市公司股份管理暂行办法》、《国有单位受让上市公司股份管理暂行规定》，以及《上市公司国有股东标识管理暂行办法》三个政策性文件。总之，随着对国有资产出资者所有权与法人财产权的关系，即国有资产管理机构、国有资产运营机构和基层企业三者之间的关系认识不断深入，国有产权转让的审批职能作出了调整。

对于未经审批的国有股权转让行为的效力，司法实务界的主流观点是，对于未履行审批程序的国有企业转让国有资产、上市公司国有股转让合同、外商投资企业股权转让等，均普遍认为不经审批则不生效，但是人民法院应秉持鼓励交易之原则，寻求程序瑕疵之补救，努力成就合同生效之法定条件。本案之中，从证据材料反映的情况来看，第一次股权转让确未经过审批，而

<sup>①</sup> 《中华人民共和国企业国有资产法》、《企业国有资产监督管理暂行条例》、《企业国有产权转让管理暂行办法》以及《关于企业国有产权转让有关事项的通知》（国资发产权〔2006〕306号）等。

第二次股权转让则看似经过审批。但再审判决从两个角度对甲省国有资产管理局《关于甲股份公司转让股权的批复》进行了评述，一是从该批复的内容来看，甲省国有资产管理局并未行使国有股权转让的审批权，而是对甲省财政厅、甲省经贸委自行转让国有股权行为的追认；二是从作出该批复的申请文件来看，《关于转让股权的申请》系甲股份公司内部发生管理层非法变动期间作出的，该份申请并非甲股份公司的真实意思表示，故该批复对甲股份公司不应产生法律后果。以此将第二次股权转让行为也置于未经审批的情境下，并在此基础上与第一次股权转让行为进行对照判断。

按照国务院国有资产监督管理委员会和财政部发布的《企业国有产权转让办法》的规定，国有股权转让过程中，资产评估、政府批准均为不可或缺的必经程序，并且对于股权转让协议达成交易的交易场所和交易方式都有特别要求。这些因素的缺少皆有可能事后引发对于股权转让合同效力以及股权转让行为效力之质疑。必须指出，国有股权的转让涉及国家利益与社会公共利益，鉴于很多现实条件，事后补办的资产评估、交易方式的模拟，均无法对当时的交易条件作出令人满意之补正；对程度要求的放松，导致的将是国有资产的大量流失。因此，在一审、二审程序中处理该类纠纷上应当严格要求，不宜将未经审批的股权转让行为认定为不生效。但从再审程序来考虑如何妥当解决该类纠纷，由于再审案件的特殊性，基本上是在纠纷发生时隔许久，当时规范性要求欠缺而再审理时的制度规范和司法实务相对成熟，纠纷当事人之间的合同已经实际履行，甚至在履行了相当长的时间之后发生纠纷，一些纠纷引发的根源是地方政府的决策等因素考虑，故再审理该类纠纷，应当综合考虑原审判决作出之后的法律效果和社会效果，地方政府及国有资产管理部门的基本立场，不宜轻易否定此类转让行为的效力。

3. 处理未经审批的国有股权转让案件的几点裁判标准。如何审查确认未经审批的国有股权转让行为的效力，结合本案具体情况应当考虑以下方面：（1）股权转让应当尽可能满足立法所设定的程序和条件。根据《公司法》第154条第1款，记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让，本案第一次股权转让行为在上海产权交易所完成了转让手续；第二款规定，记名股票的转让，由公司受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册，本案第一次股权转让行为已由甲股份公司在股东名册上作了变更登记，而第二次股权转让未在上海产权交易所进行交割，也未在股权转让行为发生后即行变更登记于公司股东名册。（2）具有一定封闭性的股权有限公司之股权转让应当尽可能符合当事人的真实意思。本案第一次股权转让行为，

转让方向甲股份公司提出转股申请之后，股东大会讨论审议，完成股权转让款的缴付，甲股份公司向各股东发出了公告，股东名册进行了变更，这与本案第二次股权转让行为相比，更加符合当事人的真实意思。(3) 国有股权转让应最大程度满足国有资产管理立法之宗旨。1993年《公司法》第148条的规定，国有股权的转让必须经过审批原则，这对于维护国家基本经济制度至关重要。在再审中，对已经实际履行，未履行审批手续的股权转让应当从鼓励交易角度出发，寻求程序瑕疵的补救，以成就合同生效的法定条件，综合考虑判决法律效果与社会效果。

**三、国有股权一股两卖与《公司法解释（三）》中股权善意取得规则之关系。**《公司法解释（三）》第28条规定，原股东将股权转让之后，由于未办理公司登记机关变更登记而处分仍登记于其名下股权时，应参照《物权法》第106条规定的善意取得制度处理，即公司登记材料内容构成了第三人的一般信赖，为保护第三人信赖利益，第三人可以登记内容主张其不知道股权归属于前一受让方并进而最终取得该股权；但前一受让方可以举证证明第三人知道或应当知道该股权已经归属受让方自己，一旦证明成立，该第三人即不构成善意取得，处分股权行为的效力即应当被否定。根据《公司法》第33条的规定，《公司法》对于股东资格的确认与股权权属纠纷的处理，原则上采取公示主义和外观主义，即公司外部的股东资格与股权权属确认纠纷，一般应以公司登记机关的登记为准。在出现股权转让及一权多卖情形时，如何确认效力？虽然《物权法》及《合同法解释（二）》对类似问题的规定相对明确，但鉴于股权转让及一权多卖之特殊性，《公司法解释（三）》第28条进一步予以了明确：

1. **区分权利表征与股权变动。**工商登记机关的记载是股权权利表征，权利表征的确立对于善意取得制度的适用，第三人信赖利益的保护有着重要作用。《公司法》对于股权的表征形式缺乏统一的明文规定，只能根据公司的不同类型具体确定。《公司法》第33条第2款规定：“记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。”似乎规定有限责任公司的股权，其表征形式是股东名册，但其第三款似又肯定登记机关的登记为股权的表征形式。司法实践中，一直存在着将权利变动要件和权利表征形式混淆的问题（当然两者也可以统一）。权利表征使得无形的民事权利得以通过有形的、可以由外观直接观察的手段表现出来，并还具有权利证明的价值。权利变动是确立物权变动的构成要件，是确立物权归属的判断标准。股权转让中处分权存在瑕疵的原股东，应当是工商登记中注明的“权利人”，这一要件构成了判断受让



人在受让时是否善意的标准之一。

2. 善意受让应当符合股权变动要求。依照《公司法》的规定，股份有限公司无记名股票转让应当交付（《公司法》第141条），记名股票转让应当背书或者以法律、行政法规规定的其他方式办理（《公司法》第140条），上市公司股权转让应当遵照证券法的规定依法进行登记，而对有限责任公司股权变动未有明文规定。对于有限责任公司处分权瑕疵情形下之股权转让，应当依照什么标准确立权利变动或者对于股权登记和交付应作怎样的解释，《公司法》及《公司法解释（三）》均没有明确规定。股权的交付是一种虚拟交付，股权交付时并没有占有的现实转移，实际上，受让人与让与人之间有关股权变动的合意决定了股权变动，受让人取得股权并不需要对标的物之现实占有。因此，股权交付作为外在权利变动的表征并不明显，这也是法律规定将工商登记作为权利表征形式的意义所在。在签订股权转让合同之后，受让人可以或应当以接受股权权利凭证的方式实现占有的转移。

本案之中，在第一次股权转让合意达成后，甲股份公司对其股东名册进行了变更登记，其中B投资公司持股比例37%，出资额390万元，A石油公司持股比例8.6%，出资额90万元，但未在上海市工商局进行股东名称变更登记，即该部分股权仍然登记在原股东甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委名下。甲省工商银行、甲省财政厅和甲省经贸委通过第二次股权转让，出让给丙集团、乙公司，第二次股权转让虽有书面转让合同，但却没有完成股权交付之变动要件，因此，丙集团、乙公司并不构成股权之善意取得。

## 是否评估对国有股权转让效力之影响

### 【关注焦点】

依照中国公司法律制度，国有股权之转让受到特殊规则之限制。那么，这些限制制度之出发点何在？其合理性怎样？国有股权转让之把握标准又有哪些？

### 【基本案情】

原告：某股份有限公司

被告：A公司

被告：B公司

被告：C公司

被告：甲公司

被告甲公司系由原告与另两家公司投资设立的有限责任公司，其中原告占有股份16.67%。1999年8月2日，原告与被告A公司签订《股权转让协议》，约定原告将其在被告甲公司全部的股权转让给被告A公司，股权转让价格按原告投资总额1:1的比例计算，即股权转让价格总额为300万元。协议还对付款方式、延期付款的资金占用费等进行了约定。同时，被告B公司、C公司以及甲公司与原告达成《保证担保股权转让款协议》，约定B、C以及甲三公司为被告A公司支付原告的股权转让款承担连带责任。同月18日，被告

甲公司召开首届四次董事会，并通过决议，同意原告将其拥有的 16.67% 的股权转让给被告 A 公司。同月 20 日，被告甲公司又召开股东会，被告 A 公司与甲公司的另两家股东参加会议并通过了决议，确认 A 公司在甲公司享有股权为 16.67%，原告未参加此次股东会议。另查明：原告系由国有公司改组而来，由 27 名股东组成，股东均为国有企业或国有投资企业。原告在被告甲公司中的股权转让未经国有资产的评估，至发生本案纠纷前，所转让股权一直也未办理工商变更登记手续，而被告 A 公司也未支付任何股权转让价款。

据以上事实，原告诉称：因其在甲公司的股权只是收益权，而无所有权，故转让股权无需评估，诉请法院判令被告 A 公司与原告共同办理股权变更登记手续、支付股权转让款 300 万元以及资金占用费 17.55 万元，被告 B、C 以及甲三公司对被告 A 公司的义务承担连带责任。审理中，原告将判令被告 A 公司与原告共同办理股权变更登记的请求，变更为请求判令被告 A 公司提供变更股东登记的有关资料，并与原告共同办理手续，由被告甲公司向工商管理行政部门办理变更登记手续。被告 A 公司确认《股权转让协议》的真实性，但辩称股权转让未经股东会同意，被告甲公司至今未办理股东变更登记，其未依约取得股权；且股权转让前，被告甲公司的财产被拍卖，现不愿受让原告的股份。被告甲公司则辩称：原告与被告 A 公司未在产权交易所进行产权交易，未取得产权交易凭证，原告转让股权未经资产评估，致使其无法申请股东变更登记，过错在原告，其不应承担担保责任。被告 B、C 公司共同辩称：原告未按规定经产权交易存在过错，致使被告 A 公司不能取得股权，A 公司可以不再支付股权转让款，他们也不再承担保证责任。

### 【审理要览】

法院经审理后认为：原告系国有企业或国有投资企业出资成立的股份有限公司，其在被告甲公司的股权属国有资产，虽原告对在被告甲公司的投资不享有所有权，但不能否定原告该股份的国有性。因此，其转让该股份应当进行评估，未经评估，股权转让无效，故原告与被告 A 公司之间的股权转让合同无效。被告 B、C 以及甲公司对被告 A 公司应付股款的担保责任，因合同无效而免除。因股权转让合同的履行期限跨越《合同法》实施之日，就该合同的履行发生的纠纷，适用《合同法》的有关规定。为此，根据《国有资产评估管理办法》第 3 条第（1）项及《合同法》第 52 条第（5）项的规定，判决如下：一、原告与被告 A 公司签订的《股权转让协议》无效；二、原告

的诉讼请求不予支持。

## 【裁判解析】

在我国，与一般股权转让不同，国有股权转让具有特殊之规则。然而，由于形成这一特殊规则之规定在效力上多属于部门规章而非法律或法规，因此，实践中对于违反这些规则的股权转让应具有怎样的效力在认识上并不统一。探讨这些规则背后之立法价值，对于准确认定这类合同之效力具有重要意义。

**一、国有股权转让需要评估之法律意义。**国有股权转让时常伴随着股权性质从国有向私有之转化过程。因此，如何防止国有资产在转让过程中流失，并实现国有资产的保值与增值就成为国有股权转让中的重大课题。为解决这一问题，国务院及其部委出台了一系列具体规定，国有股权转让的评估要求即是其中重要措施之一。我国最早规定国有资产转让需经评估之法规是1991年国务院出台的《国有资产评估管理办法》，其中第3条规定，国有资产占有单位有资产拍卖、转让情形的，应当进行资产评估。虽然其并未明确规定国有股权转让应经评估，但从其本意上来讲，国有股权显然应包含在这里所指的国有资产之中。1992年国有资产管理局出台的《国有资产评估管理办法施行细则》第5条、第10条又进一步规定：“《办法》第三条规定的应当进行资产评估，是指发生该条款所说的经济情形时，除经国有资产管理行政主管部门批准可以不予评估外，都必须进行资产评估。”“对于应当进行资产评估的情形没有进行评估，或者没有按照《办法》及本细则的规定立项、确认，该经济行为无效。”随后出台的一系列规章等也都有类似规定。例如，国务院国有资产监督管理委员会出台的《企业国有产权转让管理暂行办法》第13条规定：“在清产核资和审计的基础上，转让方应当委托具有相关资质的资产评估机构依照国家有关规定进行资产评估。评估报告经核准或者备案后，作为确定企业国有产权转让价格的参考依据。在产权交易过程中，当交易价格低于评估结果的90%时，应当暂停交易，在获得相关产权转让批准机构同意后方可继续进行。”第32条有关法律责任部分又规定：“在企业国有产权转让过程中，转让方、转让标的企业和受让方有下列行为之一的，国有资产监督管理机构或者企业国有产权转让相关批准机构应当要求转让方终止产权转让活动，必要时应当依法向人民法院提起诉讼，确认转让行为无效。”这些情形之一就是该条第3项规定的“转让方、转让标的企业故意隐匿应当纳入评估范

围的资产，或者向中介机构提供虚假会计资料，导致审计、评估结果失真，以及未经审计、评估，造成国有资产流失的”。之后出台的《企业国有资产评估管理暂行办法》第6条第5款、第27条第1款进一步重申了这一规定。2008年出台的《企业国有资产法》也在第47条中规定：“国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司合并、分立、改制，转让重大财产，以非货币财产对外投资，清算或者有法律、行政法规以及企业章程规定应当进行资产评估的其他情形的，应当按照规定对有关资产进行评估。”可见，要求对转让的国有股权进行评估是我国法律、法规与规章一贯之精神。

那么，未经评估的股权转让协议应当具有怎样的效力状态呢？对此，我国在具体实践中认识并不统一。“一种观点认为，对于应当进行资产评估而未评估的股权转让合同因违反国有资产监督管理条例、企业国有产权转让暂行办法而应认定无效。第二种观点认为，只要受让人善意无过错，股权转让合同即应认定有效。特别是对于相对人难以直接判断股权为国有性质的案件，赋予相对人审查股权性质之义务并不公正。第三种观点认为，违反规定没有评估的，除合同相对人属非善意当事人以外，仅应当导致合同价格条款无效，如果相对人愿意接受经过评估后的价格，合同效力应当得到维护。如果评估后的价格不能得到相对人的认可，方可考虑整个合同无效。”<sup>①</sup>一般认为，以上规定在效力等级上多数属于部门规章，而唯一的法律性质之《中华人民共和国企业国有资产法》对违反评估程序之法律后果又并未给出明确规定。加之我国目前法律又明确规定合同效力之认定一般应以法律与行政法规为依据，这正是造成实践之中不同观点从不同角度出发对这类合同效力进行不同认定之原因。肯定之观点会从国有资产保护与该类规定之立法价值角度寻找依据，而否定之观点则会从法律规定等级效力以及交易秩序保护角度寻找理由。各种观点从各自角度出发均有一定说服力。

从实践中倾向来看，由于这类规定毕竟属于部门规章，许多法官往往并不直接以违反这类程序为由认定合同为无效，往往会以公共利益保护等为借口，否定该类合同之效力。例如本案裁判。可见，法官往往倾向于认为虽然不能以规章为依据否定合同之效力，但也必须贯彻保护国有资产之立法本意。因此，他们常常会通过对其他法律规定做扩大解释之方法提供迂回救济。可以认为，国有股权转让与一般股权转让不同，它属于公共产品之经营，在交

<sup>①</sup> 参见江苏省高级人民法院民二庭：《审判实务中公司法适用的若干问题——全国法院公司法理论与实践论坛学术会议综述》，载《人民司法》2007年第23期。

易中确实会伴随有某些具有道德风险之行为，不能简单地以普通交易秩序保护之眼光来分析此类问题。因此，为了防止国有资产流失，作为确保其准确市场价值之评估措施应当得到贯彻执行。然而，否定合同效力并不是贯彻这一措施之唯一方式，在鼓励交易、尽量维持合同效力之当前主流价值追求下，能不否定合同效力还是尽量不否定之。只要能够达到贯彻评估措施之目的，没有必要否定整个股权转让之效力。有关于此的司法解释草案基本上也坚持了这种观点。《最高人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的规定（一）》（征求意见稿）第31条曾规定：“股东转让国有股份的，应当对国有股权的价值进行评估，没有评估的不影响股份转让协议的效力。有关权利人主张补充评估并补足差价的，人民法院应予支持。受让人因为须补足的差价款过高而主张撤销转让协议的，人民法院应予准许。”而《公司法解释（四）》（草案）第47条第2款也拟规定：“转让国有股权时未对股权价值进行评估的，人民法院应委托中介机构进行评估；合同约定的转让价格显著低于评估价值的，以评估价值确定股权转让的价格。”

**二、目前对国有股权转让要求拍卖形式之意义。**我国目前规定国有股权转让需采取拍卖形式，这主要基于国有资产监督管理委员会出台的《企业国有产权转让管理暂行办法》等相关规定。其中第5条规定：“企业国有产权转让可以采取拍卖、招投标、协议转让以及国家法律、行政法规规定的其他方式进行。”第17条规定：“经公开征集产生两个以上受让方时，转让方应当与产权交易机构协商，根据转让标的具体情况采取拍卖或者招投标方式组织实施产权交易。”此外，《企业国有资产法》第54条也规定：“国有资产转让应当遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则。除按照国家规定可以直接协议转让的以外，国有资产转让应当在依法设立的产权交易场所公开进行。转让方应当如实披露有关信息，征集受让方；征集产生的受让方为两个以上的，转让应当采用公开竞价的交易方式。”法律之所以作出这样的规定，目的在于确保国有股权通过公开竞价方式形成市场价格，避免国有资产在交易中被低估从而可能造成国有资产之流失。

有观点认为，关于国有股权转让需采评估、拍卖程序之规定与股东之优先购买权相冲突。首先，它排除了转让方与受让方协议定价之权利。其次，按照这一程序要求，在拍卖成交以前股权之价值尚未确定，股东也即无法行使优先购买权利。再次，由股东在拍卖程序形成高价以后再行使优先购买权利也与《拍卖法》之规定相冲突，无法得到实施。因此，拍卖程序之要求事实上剥夺了股东优先购买之权利。但是，也有观点认为，可以将股东之优先购

买权视为该类股权上的一种负担，预先告知竞拍人，由有意愿者参与竞拍，这样在竞拍之前参与人已有合理预期，在形成高价以后由股东行使优先购买权优先取得股权也未超出其合理预期。然而，这一做法的最大弊端是，它增加了竞拍人获得股权之不确定性，竞拍人的参与意愿很有可能因此而降低，股权未必能够形成真正的市场价格。因此实践中出现了第三类观点。这一观点认为，股东之优先购买权只能在同等条件下行使，既然法律规定了国有股权应当通过拍卖程序确定价格，那么股东的优先购买权也应在拍卖程序中进行，拍卖程序的要求本身就是一种同等条件。股东应当参与拍卖，当拍卖出现最高价后，拍卖人应征询股东的意见，如果其愿意购买股权拍归股东，如其不愿购买，拍归最高应价者。它与前一观点的不同之处在于，它要求竞拍前股东申明优先权保留，并同时参与竞拍程序，当出现高价后即使股东同意购买，如果仍有人愿意出高价，股东应当继续跟进，直至再无其他更高喊价时，股东才能在最高价位决定是否行使优先购买权。虽然这种做法仍与《拍卖法》有冲突，但是与前一观点相比，它引进了拍卖中的股东参与竞价因素，能够尽可能的促使股权形成真正的市场价值。因而这也是目前许多人力主的做法。最高人民法院出台的《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》也采取了类似思路。例如，其第16条规定：“拍卖过程中，有最高应价时，优先购买权人可以表示以该最高价买受，如无更高应价，则拍归优先购买权人；如有更高应价，而优先购买权人不作表示的，则拍归该应价最高的竞买人。顺序相同的多个优先购买权人同时表示买受的，以抽签方式决定买受人。”可见，实现股东优先购买权与国有股转让特殊程序之间的平衡与协调是我国法律工作者追求的基本价值，为了实现这一目标价值，他们已作出种种努力。第三种观点虽然仍不理想，但它仍不失为当前一种最佳处理方式，至于如何找到一种更为恰当之协调方式，这仍需要法律工作者进行不懈努力。

**三、关于本案相关诉请与抗辩之分析。**虽然本案焦点在于对违反特殊程序股权转让合同效力之认定问题，但对于当事人提出的具体主张及其对合同产生之影响进行具体分析也很有意义。

案件审理中原告主张：“股权只是收益权，而无所有权，故转让股权无需评估。”虽然原告对投入公司之财产丧失了所有权，但是其对经过这一投资行为所形成的股权拥有所有权当属确定无疑。而根据当时有效的《国有资产评

估管理办法施行细则》第3条的规定,<sup>①</sup> 股权显然属于国家通过投资与投资收益所形成之财产范畴, 因此, 原告的这一主张不能成立。

被告A公司辩称: “股权转让前, 被告甲公司的财产被拍卖, 现不愿受让原告的股份。”对于这一主张, 虽然股权的真正价值与公司财产状况密切相关, 但是二者之间毕竟相互独立, 只要转让人在转让过程中不存在欺诈行为, 受让人事后便不能简单以公司财产状况不佳为由进行毁约, 其应当承担自身商业判断失误之风险。如果构成显失公平的, 当事人可以通过法定程序进行变更。

关于被告甲公司、B、C公司共同辩称: “原告未按规定经产权交易存在过错, 致使被告A公司不能取得股权, A公司可以不再支付股权转让款, 他们也不再承担保证责任。”当事人以由于原告原因致使股权转让效果尚未发生为由, 主张其不必再承担合同相关义务之理由并不成立。因为, 股权转让合同之签订与股权转让效果之发生是相互分离的。在股权转让行为中, 实质上存在着两种行为: 一是股份转让的债权行为, 二是股份转让的权利变动行为。前者是当事人之间关于股权转让合同的签订行为, 后者则是合同生效之后当事人之间为履行合同而实际交付股份的行为。因此, 如果仅仅是这一原因, 那么只是存在着原告违约与被告抗辩问题, 并不直接导致合同无效或丧失约束力。在原告履行相应义务后, 被告仍应依合同约定履行相关义务。至于其不能履行而解约则属于另外问题, 但在此之前合同仍有约束力。

---

<sup>①</sup> 《国有资产评估管理办法施行细则》第3条规定: “国有资产是指国家依据法律取得的, 国家以各种形式的投资和投资收益形成的或接受捐赠而取得的固定资产、流动资产、无形资产和其他形态的资产。”





## 中外合资企业股权转让之限制

### 【关注焦点】

中外合资企业之股权转让一直受到严格法律监控，这是自我国改革开放以来内、外贸市场分割体制的必然法律要求。但随着中国加入 WTO，随着内外贸市场体制一体化之推进，对中外合资企业股权转让之限制，还有无现实之法律意义？

### 【基本案情】

原告：某机械进出口有限公司

被告：A 器皿有限公司

被告：B 器皿厂

被告 A 公司是由被告 B 厂与法国某公司合资组建的中外合资经营企业，于 1992 年 8 月经批准成立。在被告 B 厂与法方签订的合资合同中约定有以下内容：A 公司的注册资本为 634 万美元，其中 B 厂认缴出资额 317 万美元，占 50%；B 厂认缴的出资额中有原告以及上海某工业公司的部分比例。1993 年 3 月，原告与被告 B 厂约定，B 厂同意将其出资份额中部分转让给原告，由原告以现汇出资 95100 美元，占 A 公司股权比例的 1.5%。同年 7 月，原告向被告 A 公司支付 95100 美元，A 公司将该款视为被告 B 厂按照合资合同约定所支付的出资认缴款作了入账处理。同年 11 月，原告与被告 B 厂又签订协

议一份，约定：原告投入 A 公司的 95100 美元，现保留 12510 美元，仍作为投资股本金，其余部分 82590 美元转回给被告 B 厂；B 厂应于 1998 年 1 月底、2 月底前各支付原告转让金 41295 美元，如以人民币支付，以支付日的银行中间牌价为准；原告投资分成比例按实际收到 B 厂资金的情况计算；分成比例调整后，原告在 A 公司享有的其他权益不受上述转让的影响。1998 年 3 月及 8 月，由 A 公司先后向原告支付人民币 3 万元及 17 万元，其余约定款项，B 厂未能支付，原告因余款与两被告协商未果，遂提起诉讼。

原告认为：在其 1993 年按两被告要求入资 A 公司 95100 美元（折合人民币 786477 元）之后，被告 B 厂一直未能办理合法有效的股权转让手续，而被告 A 公司也没有增加投资主体及变更 B 厂与法方之间的投资比例，后被告 B 厂虽承诺还款，但除仅还 20 万元外，尚欠 586477 元人民币未还，请求判令返还。被告 A 公司则辩称：其不应作为本案的被告，股权转让是原告与被告 B 厂之间发生的，与其无关；还款协议也是 B 厂承诺的；其之所以付款给原告是代 B 厂支付；且原告从未向其催要过款项，原告的起诉已经超出法律规定的诉讼时效期间；原告支付款项时美元与人民币的汇率是 1:5.7 左右，起诉时却按现在的汇率计算；原告主张的利息损失没有依据；A 公司至今已亏损 1000 万元，原告作为股东，应当承担损失。被告 B 厂的辩称是：首先其同意 A 公司的辩称内容，并且认为，在其与法方的合资合同中已经表明了其名下所拥有的部分股权是原告的；原告投入 A 公司的款项是投资款，至今原告在 A 公司仍有股权，所以原告应当承担 A 公司的亏损责任。另查明，在原告投入 95100 美元后，原告委派了代表作为 A 公司的董事参与了 A 公司的经营管理。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：被告 B 厂作为中外合资企业的中方合营者，将自己在合资企业中的出资部分转让给原告，却未按国家法律、法规规定，报经审批机构批准。因此，原告与被告 B 厂之间的出资转让无效。原告支付的转让款虽然直接支付给了 A 公司，但 A 公司并非该无效合同的当事人，其收取该款项是依据合资合同的约定，作为 B 认缴的出资额而收取的，所以，该笔款项权利的享有人实际是 B 厂，理应由 B 厂予以返还，被告 A 公司并没有转让合同上的权利、义务，A 公司虽然曾经归还过部分款项，但并不能据此认定其有返还原告款项的义务，而且其认为系代被告 B 厂返还钱款的辩称也得到

了被告 B 厂的认可。所以，原告要求被告 B 厂返还转让款的请求，可予支持，但其要求被告 A 公司连带返还的请求，于法无据。对于双方之间无效的出资转让行为，原告也有过错，其因此而造成的损失依法应自行承担。至于汇率问题，原、被告双方之间出资转让协议的无效，并不影响双方对汇率的约定效力，被告应按照约定，以支付日银行中间牌价折合人民币返还原告的转让款。据此判决：一、被告 B 厂应返还余欠原告款额计人民币 586477 元；二、原告其余诉讼请求不予支持。

## 【裁判解析】

三部外商投资企业立法开创了我国公司立法之先河，引领了一个时代潮流，但随着汇集当代各国公司立法最新成果的新《公司法》之出台，《外商投资公司法》的某些制度与规定则显得日渐陈旧，落伍于时代潮流。对《外商投资公司法》之批评之声也因之不断鹊起，许多学者甚至积极呼吁要尽快实现《公司法》与外商投资企业法律制度之并轨。但是，在实现并轨之前，《外商投资公司法》之相关规定仍具有法律效力，在实践中出现纠纷时仍要以其作为裁判依据。因此，如何在其不合时宜的规定与新的理念之间做出恰当的调和成为我国当前司法实践中极具挑战性之课题。

**一、关于外商投资企业股权转让之批准要求。**我国三部外商投资企业立法和实施细则以及《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》都对外商投资企业的股权转让做了特殊审批的要求。例如，《中外合资经营企业法实施条例》第 20 条第 1 款规定：“合营一方方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。”第 4 款规定：“违反上述规定的其转让无效。”《外资企业法实施细则》第 22 条规定：“外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。”《中外合作经营企业法》第 10 条规定：“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准。”其实施细则第 23 条第 1 款规定：“合作各方之间相互转让或者合作一方方向合作他方之外的他人转让属于其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，须经合作他方书面同意，并报审查批准机关批准。”《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第 3 条规定：“企业投资者股权变更应遵守中国有关法律、法规，并按照本规定经审批机关批准和登记机关变更登记。未经审批机关批准的股权变更无效。”

从当时时代背景来看，以上系列审批要求是必要的，也是合理的。改革开放之初，我国民营企业地位尚处于模糊不清的争论之中，虽然为了搞活经济引进外资，我国进行了外资立法，但逐步开放的过程加上开放经验之不足，对外资存在较大戒备心理并进行严密监控必不可避免。从另一方面讲，为了引进外资发展经济，我国对外资又实行了一系列的税收优惠等“超国民待遇”。同时，为了保证引进外资质量，防止外国投资者以投资为名骗取我国之优惠，对外资实行严密监控更是必然。再则，从一般意义上讲，我国的外资审批制度同样肩负着一般国家对引进外资进行准入审查之职能。它包括，对外商投资比例之限制、产业政策之引导控制、经济安全与反垄断等方面之审查，其目的在于审查引进的外国资本与技术，是否有损于国家主权，是否有利于国家经济与技术发展，是否有利于改善国际收支平衡，是否符合国家目前及长远之经济规划。我国早期学者观点也证实了这一点。例如，他们认为审批之目的与作用在于“禁止或限制外资进入某些工业部门，或涉猎某些项目；对外资是否与本国的经济计划、优先发展相冲突进行评价，排除或缩小外资的消极影响；确保外国投资符合本国的法律和法规；防止外资的重复引进，影响本国的收支平衡”。<sup>①</sup>

但是，随着我国开放程度之提高，开放经验之增加，以及社会主义市场经济体制之建立，尤其是在我国加入WTO，对许多领域承诺开放并实行“国民待遇”以后，再回过头来审视当初之规定，发现其许多东西已不合时宜，甚至已不必要、也不合理。尤其是其以主体为标准，对所有外资股权转让都要进行审批以及其过于宽泛与冗杂之审批领域，更是备受人们诟病。有学者甚至激进地提出，要废除外商审批制度。对此，应当理性地看待。虽然我国外商投资法律制度中一些规定已显然落后于时代潮流，亟需变革，但它本身承载的外资进入监控功能仍不能被轻视。因此，当下需要的并不是全面废除外资审批制度，而是对其中不合时宜之部分进行改革，缩小审批之范围与限度，清除不必要之审批。就股权转让而言，如果该行业已经属于我国之开放行业，那么再对其股权转让进行严格审查已无必要，不仅浪费行政资源，而且同内资相比还会成为一种双重标准下之差别待遇，实际并不利于外资引进。当然对于国家关键性部门和行业，对于涉及国家经济安全、产业政策、反垄断等等利益领域，出于对外资进入以及持股比例之控制，对其股权转让进行必要监控依然必要而且合理。因此，当务之急要做的就是对关于外资审批尤

<sup>①</sup> 姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社1993年版，第519页。

其是关于外资股权转让审批法律制度进行必要之修订与整理，使其更加适合我国经济实际，避免因法律滞后给实践增加不必要之难题。

**二、司法机关对未经批准之外资企业股权转让之裁判方法。**由于我国外商投资法律制度中关于外资企业股权转让之规定已不合时宜，加上其与公司立法存在着一定冲突，因此，如何在存在滞后规定之背景下，适当拓宽裁判领域，恰当保护当事人利益，抑制社会不诚信现象，成为我国司法实践之一大难题。例如，有观点指出：“如何在审理案件中既不僭越行政权又尊重当事人意思自治，既有效抑制违约当事人利用行政审批逃避民事责任又能够与外资行政管理合理衔接，成为涉外商事审判的一大难题。”<sup>①</sup>我国的司法裁判，随着认识逐步深入，在发展过程中，对于未经批准的外资企业股权转让大致形成了以下几种裁判方式。由于我国外商投资企业法对于未经批准的外商投资企业股权转让效力给出了明确的否定性评价，在最高人民法院适用《合同法解释（一）》出台之前，人民法院对于该类未经批准的股权转让合同一般直接简单地否定其效力，其法律后果也按合同无效进行处理。这无疑助长了转让人待价而沽的投机心理以及受让人事后毁约的机会主义动机。《合同法解释（一）》的出台，引进了合同成立未生效之新观念，但由于当时人们对于这一新效力状态下，当事人之间的权利义务状况还没有准确一致的认识，因而实践中法官也仅仅是试探性的借助诉讼中之中间判决制度，先对该类纠纷作出中间判决，责令负有报批义务之一方履行报批义务，然后视行政机关之审批情况，最终确定该类合同有效或者无效，而不再直接否定合同之效力。当然，实践中的做法并不统一，一直以来也存在着根据具体情形进行不同处置之裁判方式。例如，有些法官会根据股权受让人是否已经参与公司经营、分配等具体事实，而不仅仅因未批准即否认这类协议之效力。至此，尽量不否定该类合同效力之观念已经确立。《合同法解释（一）》的出台，第一次为改变这种未经批准合同之尴尬处境提供了明确救济。其第8条规定：“依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的‘其他违背诚实信用原则的行为，人民法院可以根据案件具体情况和相对人之请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生费用和给相对人造成之

<sup>①</sup> 参见刘贵祥：《外商投资企业纠纷若干疑难问题研究》，载《法律适用》2010年第1期。

实际损失，应当承担损害赔偿责任。”在此基础上，《关于审理外商投资企业纠纷案件若干规定（一）》又对未经批准的未生效合同中报批人的积极报批义务作了明确肯定性规定，同时表明了合同未生效并不影响其中报批义务条款效力之鲜明立场。除此之外，该规定还在总结既往经验之基础上，通过第1条以及第5条至第10条，对未经批准状态下外商投资企业股权转让合同之效力、受让方之合同解除权、受让方之损害赔偿请求权及其范围、受让方诉请履行报批义务以及自行报批之请求权、特殊之先付款后报批约定下当事人各方之救济方式以及合同未通过审批情形下当事人之救济等进行了全面具体的规定。至此，我国司法机关对于未经审批的该类合同效力、当事人权利义务状况及其救济已经形成了一个清晰明确的认识，并就该类合同产生之问题形成了一套相对完备之救济体系。其一以贯之的指导性思路是，“一个已经合法成立的合同，即使因欠缺审批这一生效要件，亦对当事人具有形式约束力，任何一方当事人不能擅自撤销或解除，尤其是合同中关于促成合同生效的报批义务条款具有可履行性。”<sup>①</sup> 其救济体系是，承认该类合同未生效而非无效，受让人可以诉请报批或解除合同，转让人在受让人违反诚信义务时也可以行使解除合同之权利并获得损害赔偿救济。虽然，自其出台之日就有学者不断地对该规定之逻辑合理性及其与传统民法理论之衔接问题提出批评，但不可否认的是，目前在我国立法尚未承认物权行为之大背景下，它仍是最符合我国实践需要以及法律规定之解释。

**三、关于本案纠纷性质之分析。**从本案具体情形来看，原告实际上是被告A公司的原始隐名股东。因为，首先，被告B厂在其与法方合资合同中已经明确原告的投资主体身份。其次，被告B厂与原告之间名义上是在进行股权转让，但实际上，原告并未向被告B厂支付转让金，而是将转让金直接向被告A公司支付，并作为被告B厂向A公司的认缴出资，从这一行为特点来看，极有可能原告是在通过B厂名义向A公司进行投资。最后，再结合原告还委派董事并实际参与A公司经营之情节来看，更可认定原告即为被告A公司之原始隐名股东。进而也就不难理解，本案B厂向原告转让所谓1.5%股权的行为，在性质上并非一般的对外转让股权行为，而实际是挂名股东将股权转让回给隐名股东之行为。他们之间并不存在实质的股权交易关系，而是股权交易掩盖之下的隐名投资安排关系。

<sup>①</sup> 参见刘贵祥、高晓亮：《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）解读》，载《法律适用》2010年第10期。

至于本案原告与 B 厂之间的第二次转让，实际上是二者之间对于各自实际投入的投资款比例以及享受的分配利益所进行的调整与安排，并非股权转让。因为，就其约定内容来看，该合同仅仅是实现了原被告之间投资分成比例以及投资数额之调整，而“分成比例调整后，原告在 A 公司享有的其他权益不受上述转让的影响”。在第二次约定未得到完全履行情形下，原告起诉之真实目的其实是请求 B 厂履行第二次约定返还剩余的款项，而非诉请公司向其退还已缴纳之股款，或解除第一次股权转让协议。因为，虽然原告提及第二次约定产生的背景事实，但是其明确的诉讼请求却是请求法院判令被告 B 厂依约定返还剩余的款项。而法院却直接判决原告与被告 B 厂之间的第一次股权转让协议无效，双方关系按合同无效处理。而且，该判决比较奇怪的地方还在于，如果认为该案就是原被告之间简单的对外股权转让纠纷，因而判决第一次股权转让协议无效，那么，被告 B 厂应当向原告返还的就是原告向其所曾支付的所有转让款，而不是按照第二次约定，被告返还部分款项之后的余款 586477 元，但法院却将被告 B 厂向原告返还转让款的问题又按第二次约定进行处理。显然，本案裁判在对案情认定与纠纷处理上，存在着一定认识上之偏差与误区。

**四、关于本案被告抗辩理由之点评。**从本案被告方之抗辩情形来看，他们并没有清晰的抗辩思路以及前后一致的抗辩理由，而是为了达到抵消原告诉讼请求之目的，从各种可能之角度寻找对自己有利之抗辩依据，这也就造成了他们之抗辩前后矛盾，削弱了应有的抗辩效力。

被告 A 公司一方面主张股权转让是原告与被告 B 厂之间的关系，与其无关，另一方面却又主张原告是其股东应当承担经营损失，甚至还对原告诉请归还之汇率计算以及原告诉讼时效提出质疑，其抗辩杂乱无章，自相矛盾！而被告 B 厂的抗辩实质上是在主张原告为被告 A 公司股东，现在原告诉请其与 A 公司返还出资款等于是于是在诉请退股。而如果将原告的诉请定性为退股，这种抗辩一旦成立，其责任将彻底免除；但其却又赞同 A 公司的全部抗辩，赞同 A 公司是在代其返还股权转让款，甚至还代 A 公司主张原告应承担公司亏损，可谓既前后矛盾，又越俎代庖。

## 发起人股权转让之限制

### 【关注焦点】

发起人股权转让受到三年期间（现改为一年）之限制，对于该三年期间该作何理解？公司法限制发起人股份转让之出发点是什么？有无积极之法律意义？

### 【基本案情】

原告：某国有资产管理局

被告：某股份有限公司

案外人：甲（上市）股份有限公司

甲上市公司成立于1998年11月8日，原、被告均为甲公司的发起人，1999年12月30日，原、被告签订股权转让协议，协议约定：被告因欠A银行以及甲公司的债务，主动要求原告收购其持有的甲公司2468万股股权；鉴于被告所持股份为发起人股份，目前尚不能流通，故由被告先将其上述股份全部质押给原告，质押期间，无论是否办理出质登记，均由原告享受股东权益（包括股票分红、送配股、表决等）并承担股东义务，被告不承担公司的任何经营风险，亦不承担股东义务。自协议签订之日起，由原告负责清偿被告欠A银行和甲公司的7354.64万元债务，被告应于2002年2月3日，以其在甲公司的2468万股份按每股2.98元抵偿原告代还债务；该协议签订之当



日，原、被告与A银行以及甲公司签订《债权债务转让协议》，主要约定内容为：被告所欠A银行以及甲公司债务由原告代还，自协议签订后，A银行和甲公司不再向被告主张上述债权，被告则只向原告清偿债务。在以上协议之后，原告分别于2000年1月以及2001年11月，代被告偿还了甲公司和A银行的全部债务。而股份质押一事，由于被告系甲公司的发起人，双方在办理股份质押登记时，甲公司成立未满三年，证券登记机构未予办理质押登记手续，2000年8月，甲公司公布2000年度中期报告载明，甲公司于2000年4月20日召开股东大会，审议通过1999年度利润分配方案，并于2000年4月20日前实施完毕。以1999年末股本总额14000万股为基础，向全体股东每10股送红股二股，公基金每10股转增8股，调整后甲公司股份由1999年12月31日的每股净资产3.24元降为1.685元，被告名下股数由原来的2468万股增加为4936万股。2002年2月3日，原、被告约定的清偿期限届满，被告未依约履行义务，故原告向法院提起诉讼，请求判令其与被告之间的股权转让行为合法有效，并确认被告持有的甲公司2468万股及10送2转增8所形成的2468万股归原告所有。原告认为：双方股权收购的约定系真实交易关系，被告在约定期限内没有偿还原告用于收购股权所支持的对价，在约定期限届至后股权过户的法律障碍已不存在情形下，有义务履行股权转让义务；《公司法》规定的三年期不能转让股票是针对股权本身，并没有禁止三年内提前支付股权转让对价，提前支付对价对上市公司、转让方、公司其他股东和公司债权人是有好处的；由于协议转让的股权是含权股，甲公司实施10送2转增8分配方案后，该含权股折细成除权后的股份为4936万股，该4936万股是协议时2468万股的转化形式，被告亦应将送配股一并过户给原告。被告则认为：双方股权转让行为应为无效，因为违反了《公司法》关于发起人转让股权的时间限制规定；且双方股票质押行为无效，因为股票质押未经登记，在质押行为无效的情况下，质押物项下的权利送配股2468万股不应归质押权人享有；且被告是用原有2468万股以每股2.98元的价格折抵7354.64万元的债务，现原告要求将债权债务转让合同签订日（1999年12月30日）以前与本案无关的股东权益分配即1999年度分配所得2468万股判归其所有，此有违公平原则。

## 【审理要览】

一审法院认为：被告在不能偿还A银行及甲公司到期债务的情况下，通

过协商，与原告达成由原告收购其持有的甲公司股份，并代其偿还债务的约定，系双方当事人的真实意思表示，且双方鉴于发起人股权转让受三年期间的限制，故将该股权转让的时间约定在法律规定的股份可以进入流通领域以后，因此，不存在预定标的物股权违法的问题。另外，双方从慎重和稳妥的角度考虑被告股权需等待时日才能合法过户，故要求被告在协议期间，以该股权对其所欠原告的债务提供质押，尽管该质押因违法未能获准登记，因而应属无效，但股份质押系从行为，该行为的无效不能导致股权转让行为的无效，因为股份转让行为和质押行为是两个独立的行为，股份转让行为的合法效力来自于股份转让行为本身的合法。且原告依约定已经代被告偿还了债务，故被告在清偿期到来时，亦有义务办理转让股权的变更手续，以履行其所承诺的义务。据此判决：被告应于判决生效后15日内将其持有的甲公司股份2468万股及送、配股2468万股的产权办理过户给原告名下。

二审法院认为：甲公司于1998年11月18日成立，其发起人在2001年11月18日之前依法不得转让股份。但原、被告签订协议，将股份转让时间约定在2002年2月3日，即甲公司成立三年之后，这并没有违反《公司法》关于限制发起人转让股份期间的规定，且《公司法》规定发起人三年不得转让股票是针对股权本身而言，并不等于三年期间不得签订转让协议或者先期支付股票对价，故应当认定双方当事人之间的股份转让协议内容有效。在原告依约代被告已经偿债情形下，被告应将约定的股份过户给原告。双方当事人还明确约定，自协议签订之日起，被告持有的甲公司股票分红、送配股的权利由原告享有，该协议内容不违反法律、法规的规定，故亦应认定为有效。被告在该约定之后，获得甲公司送配股2468万股，同样应依其与原告之约定，过户给原告名下。至于原审关于股票质押行为与股份转让行为相互独立，质押行为无效并不影响转让行为无效的理由，二审法院亦予以支持。据此判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

股份自由转让为股份公司基本法律特征之一，但是法律为了特殊立法目的，也会例外对股份自由转让作出某些合理限制。对发起人股权转让期限限制即是这类特殊限制之一。然而，对于这一特殊限制是否合理，应当如何适用，在我国理论与实务界曾存在不小争议。本案争议之焦点即是发起人在限制期内签订的股权转让协议是否具有法律效力？

**一、为什么要对发起人股权转让进行期限限制。**对发起人股权转让进行期限限制是我国公司立法的一贯传统。1993年《公司法》第147条第1款规定：“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起三年内不得转让。”新《公司法》第142条第1款规定：“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。”二者相比，虽然新《公司法》缩短了发起人股份的禁售期，对其限制有所放松，但仍未完全放弃限制。那么，这一限制的立法价值何在呢？国内教科书之主流观点认为，“由于股份有限公司的发起人对公司的成立及公司成立初期的财产稳定和组织管理具有重要的影响，所以，为了保护其他股东和公众的利益，防止发起人利用设立公司进行投资活动和逃避发起人责任，保证公司成立后一段时期能够顺利经营，各国或地区的公司立法一般要对发起人所持股份的转让予以一定的限制。”<sup>①</sup>

然而，纵观世界各国与地区公司立法，除了我国台湾地区对发起人股权转让进行类似的限制之外，鲜有立法例作出类似规定。因此，也有学者不断地对这一规定的合理性提出质疑。他们的观点大致如下：设立人的主要职责是设立公司，因此，其责任也主要发生于设立阶段，对于其责任的追究通过发起人责任制度与侵权责任制度即完全可以得到救济，而无需多此一举对其股份转让进行限制；而且公司设立成功之后发起人身份已转化为普通股东，再限制其股份转让有违股东平等原则；股份有限公司实行所有权与经营权分离原则，公司成立之后之稳定运营取决于董事、经理等管理层人员，而非发起人，因此，如果是出于这一目的，对董事、经理等管理层的持股进行限制即可，而无需限制发起人；获得发行溢价乃发起人的一种正当利益，甚至是一种经济上的奖励；“防止发起人利用发起组织公司为手段，获取发起人报酬和特别利益，形成专业上的不正当行为”，这一立法目的本身就脱离了社会现实，也与当今社会分工之理念相悖。<sup>②</sup>以上质疑者之观点并非无理。事实上，法律对于发起人股份作出这样的限制，既无必要，也无多大实际意义。而且，更为主要的是，其还会不当阻碍公司资本的自由流转，且往往是大额资本的自由流动，并不利于资本效益之充分发挥，也不利于公司通过资本流动来改善经营管理、提高运作效率。

**二、关于本案灵活处理方式之理解。**由于这一规定存在着以上不合理性，

<sup>①</sup> 赵旭东主编：《公司法学（第二版）》，高等教育出版社2006年版，第350页。

<sup>②</sup> 参见张勇健：《发起人股份转让限制若干问题研究——〈公司法〉第147条第1款之理解适用》，载《法律适用》2005年第3期。

因此，实践中许多法官与学者一致认为，应当对这样的条文作出限制性解释，使其不当影响局限于一定范围之内。学者们多倾向于借用民法上负担行为与处分行为相区分之观念，将股权转让行为也区分为，设定股权转让协议之预约行为与实际产生股权变动效果之处分行为，并认为，我国公司法中限制发起人股权转让之规定，只是限制股权转让效果之发生，而并不禁止在限制期内进行股权转让之预约行为。因此，在限制期内进行的股权转让预约行为有效。例如，有学者在谈到这一问题时明确指出：“公司法禁止发起人自公司成立之日起一年之内转让所持有的股份，如果发起人在公司成立之日起一年内签订了股份转让合同，但约定在一年之后实际办理股份的交付手续，这种转让合同行为不应当然认定为无效，只是股权不能在此期间内发生转移。法律所禁止的应是在特定时间内实际上的股份变动，而不一定是为股份变动所签订的将来履行的合同。”<sup>①</sup>

从本案处理情形来看，本案二审法官基本上持上述观点，即我国公司法关于对发起人股权转让期限的限制，其禁止的仅是股权变动效果之发生，而并不禁股权转让协议的签订。例如，本案二审法官在判决中明确指出：“《公司法》规定发起人三年不得转让股份是针对股权本身而言，并不等于三年期间不得签订转让协议或者先期支付股份对价，故应当认定双方当事人之间的股份转让协议内容有效。”这一处理方式，并没有僵化地否定发起人在禁售期内签订的任何股权转让合同之效力，而是结合民法负担行为与处分行为相区分之原理，对我国公司法规定进行了灵活掌握与运用，适应了我国之现实需要，值得肯定。

如果按照以上处理思路，那么发起人在禁售期内签订的即时结清的股权转让协议又应当具有怎样的效力呢？应当认为，发起人在禁售期内签订的即时结清的股权转让协议，不仅其预期的股权转让效果无法实际发生，而且其本身也应当无效。按照上述思路，既然主张应当对股权转让行为作负担行为与处分行为之区分，而且公司法对发起人股权转让的限制，禁止的仅是股权变动效果之发生，并不禁止设定股权交易负担的债权行为，那么依据民法原理，对于负担行为与处分行为之效力可以依照法律规定分别判定。当事人在禁售期签订的即时结清的股权转让协议，虽然因违反法律禁止性规定而无法实际履行，但是其设定股权转让负担的债权行为本身并未违反法律禁止性规定，为什么其也应当归于无效呢？事实上，这之所以无效并不是因为其负担

<sup>①</sup> 赵旭东主编：《公司法学（第二版）》，高等教育出版社2006年版，第326页。

行为本身违反了法律禁止性规定，而是因为发起人在禁售期内签订的即时结清的股权转让协议其标的自始不能。根据传统民法理论，自始不能的合同应当无效。在此应当注意的是，其与发起人在禁售期内签订合同，但约定股权转让效果在禁售期之后才发生的情形不同，前者当事人是以明确的、可预期的履行期内不能履行之给付为合同标的，而后者则由于当合同履行期届满时股权转让的法律禁止已经解除，当事人对此有也明确合理预期，因而，当事人在签订合同时即是以可能之给付为标的。对此，史尚宽先生在谈到给付不能时也曾指出：“原始的客观不能，如为永久的不能，使契约无效，一时的不能，则否。（例如尚未发行之公司股票之买卖，公物或输出禁止之物之买卖，如于约定得为给付期间内可期待公司之发行股票，公物之公用废止，或输出禁止之解禁者，则为原始的一时不能，其契约为有效，否则为永久的不能应为无效）。”<sup>①</sup>

在本案审理中，原告还提出：“我国公司法规定的三年期不能转让股份是针对股权本身，并没有禁止三年内提前支付股权转让对价，提前支付对价对上市公司、转让方、公司其他股东和公司债权人是有好处的。”那么对此又应当如何理解与把握？根据以上思路，公司法禁止的仅是股权变动效果之发生，并不禁止签订股权转让协议等其他行为的进行。因而，受让人预先履行的具有支付转让对价性质的处分行为也应当有效。虽然股权变动在禁售期内无法发生，但是并不排除受让人自愿与转让人达成预先支付转让价款协议之可能。从尊重当事人意思自治的角度出发，对于当事人依照约定履行的预先支付价款行为之效力应当给予充分肯定。

**三、关于股票质押问题。**本案审理中，法官还认定股票质押因未登记而无效。而未登记的实质原因乃法律规定发起人持有的本公司股份三年内不得转让，质押在此被等同理解为转让，故不能获得登记。如此，司法判断质押无效的实质法律依据依然是发起人股票转让的限制规定，这与认定股份转让协议本身有效是否相矛盾？一般认为，质权支配的仅仅是质物的交换价值，并不会直接造成股权权属变动效果之发生，在此意义上，其与在禁售期内签订在禁售期之后实现股权权属变动效果实际发生之合同并无实质之不同，同样未违背法律禁止性规定。因而，当事人如果设定在禁售期之外实现质权，应当允许设立。至于发起人在禁售期内设定的拟于禁售期内实现之质权，由于其股权变动效果为法律所禁止，股权无法实现变价，与质权本质相违背，

<sup>①</sup> 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第384页。

因而应当认定为无效。本案裁判在承认当事人可以签订禁售期之后实际转让股权合同之情况下，却否定股权权属变动实际效果也在禁售期之后发生之质权设定，实际存在着前后矛盾。

当然，本案裁判认定质权设立无效的另外一个重要依据是质权未经登记。那么，在我国股权质押应当如何设定呢？《物权法》第226条第1款规定：“以基金份额、股权出质，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。”可见，《物权法》对股权质押之设立采用书面合同加登记之模式，而且以股权是否在证券登记结算机构登记为区分标准，为不同类型的股权规定了不同的登记部门。

在股票交易已经实现无纸化的今天，上市公司数字化的股票在进行质押时，与传统股权质押相比有无特殊之处呢？其特殊之处在于，结合其自身特点，并利用现代科技优势，已经开始试着对其进行更加便捷的电子化质押登记。例如，上海证券交易所出台的《股票质押登记实施细则》即对此作了示范性规定。其第6条规定：“本公司办理股票质押登记，视不同情况可采用有纸化质押登记和电子化质押登记两种形式。”第9条规定：“采用电子数据文件形式在本公司进行股票质押登记的，质押双方应与本公司签订《股票质押登记协议书》（以下简称“协议书”）。协议书的具体条款由本公司制订。”第10条规定：“质押双方以电子数据文件形式办理股票质押登记的，应事先在本公司预留电子签名，并通过本公司提供的参与者远程操作平台（以下简称“PROP”）办理。”第12条规定：“通过PROP向本公司提出股票质押申请时，质押双方应按协议书约定，正确提供电子数据文件。本公司核实质押双方申请质押登记的股票符合本实施细则的，通过PROP向质押双方出具证明书。证明书发出之日为该股票质押登记日。”第13条规定：“采用电子数据形式办理股票质押登记的，如质押当事人需要书面证明书，在质押期内可向本公司申请另发书面证明书。”

## 内部职工股转让之限制

### 【关注焦点】

内部职工股是公司股份中较为特殊之一种形式，因其特殊而受到相应限制。那么，这类限制一般都表现为哪些方面？其原理何在？

### 【基本案情】

原告：薛某

被告：徐某

某制药总厂经批准为不向社会公开发行的股份制企业后，于1992年6月开始给企业内部职工配售股份，以每股1元让职工认购，职工认购的股份采用记名股权证形式。该厂三分厂职工被告徐某认购1000股，但未取得股权证，同年6月15日，被告徐某经人介绍，将自己名下的1000股内部股以每股4元转让给原告薛某（同厂一分厂职工）。原告如数付给被告4000元，次日，双方补签转让股份协议，被告签应取得股权证后再交与原告，但被告所在单位一直未将股权证发给认购者，原告因此没有收到被告的股权证，原告担心股权证落空，遂向法院起诉，要求被告10日内退回4000元，并承担案件受理费，被告答辩同意退回4000元，但不愿承担案件受理费。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：本案中某制药厂进行股份制改造后，性质为采取定向募集方式设立的股份有限公司。按照《股份有限公司规范意见》第7条第3款的规定，定向募集公司经批准也可以向本公司内部职工发行部分股份，同时，根据该意见第25条第1款的规定，定向募集公司的股份应以股权证代替股票，作为股东的权利凭证。企业内部职工认购股份后，作为股东转让股份，应符合该意见第30条的规定。该条虽然规定企业内部职工之间可以进行转让，但同时还规定：“公司内部职工的股份（除去辞职和死亡者的股份外），在公司配售后三年内不得转让。”此种规定属于禁止性规定，故当事人必须遵守，本案被告在公司配售的当月，即将其认购的股份转让给在同一公司的原告，违反了“三年内不得转让”规定，应属无效民事行为。由于原、被告之间签订股份转让协议的行为被确认为无效民事行为，该行为从开始起就没有法律约束力，因而不是该协议应予终止的问题，而是协议无效的问题。因原、被告均是股票发行单位的职工，违反规定进行股份转让，属双方都有过错。据此判决：一、原告与被告所签订的股份转让协议无效；二、本判决生效之日起10日内，被告返还原告4000元，本案受理费170元，原、被告各负担50%。

## 【裁判解析】

定向募集股份有限公司与内部职工股是我国特定历史时期之产物。从当时时代背景来看，它们的产生有着深刻的现实原因和历史必然性。它们为我国企业股份制改革做出了积极贡献。但是，囿于我国当时正处于逐步探索阶段之历史条件，加上相关法律规定之欠缺以及市场主体之投机活动，这些制度也产生了很多弊端，至今仍遗留下许多历史问题。时至今日，如何正确地解决这些历史遗留问题并总结历史经验仍是我国法律工作者不得不面对的极具挑战性课题。

**一、定向募集公司之背景知识。**定向募集股份有限公司，是指不向社会公开发行股票，只对法人和公司内部职工募集股份的股份有限公司。它包括采取发起方式设立和采取定向募集方式设立的股份有限公司。它的主要特点是：不向社会公开发行股份，但可以向其他法人发行部分股份，经批准也可



以向本公司内部职工发行部分股份；其不同性质的股份有不同的流通范围与法律限制；其股份不采用股票形式，而是采取股权证形式；在具备一定条件时，也可以转化为社会募集公司。我国规范定向募集的法律主要包括：1992年国家体改委颁布的《股份有限公司规范意见》、1992年国家体改委联合其他几个部门发布的《股份制企业试点办法》、1993年国家体改委发布的《定向募集股份有限公司内部职工持股管理规定》等，此外，还有国家相关部门为了贯彻实施这些规定而出台的一系列配套实施文件。1993年《公司法》取消了定向募集的提法，但是到新《公司法》立法时，又重新肯定了定向募集这一公司设立方式。其中《股份有限公司规范意见》第7条规定：“公司可以采取发起方式或募集方式设立。采取发起方式设立，公司股份由发起人认购，不向发起人之外的任何人募集股份。国家大型建设项目方可采用发起方式设立公司。募集方式包括定向募集和社会募集两种。采取定向募集方式设立，公司发行的股份除由发起人认购外，其余股份不向社会公众公开发行，但可以向其他法人发行部分股份，经批准也可以向本公司内部职工发行部分股份。采取社会募集方式设立，公司发行的股份除由发起人认购外，其余股份应向社会公众公开发行。采取发起方式设立和定向募集方式设立的公司，称为定向募集公司；采取社会募集方式设立的公司，称为社会募集公司。定向募集公司在公司成立一年以后增资扩股时，经批准可转为社会募集公司。”第24条规定：“定向募集公司内部职工认购的股份，不得超过公司股份总额的百分之二十。”第25条规定：“公司的股份采取股票形式。但定向募集公司应以股权证替代股票。定向募集公司不得发行股票，社会募集公司不得发行股权证。”第30条规定：“定向募集方式设立的公司，其股权证按其原持有人身份，可在法人之间以及公司内部职工之间转让，本公司内部职工持有的股权证要严格限定在本公司内部，不得向公司以外的任何人发行和转让。以上两种方式设立的定向募集公司在公司成立一年以后，增资扩股时如需转为社会募集公司，扩大股份的认购和转让范围，应按照国家规定的审批权限并按第三十四条的规定，经批准后方可进行，同时应换发股票。”以上具体条文，确立了我国定向募集公司之基本法律框架，之后的《股份制企业试点办法》与《定向募集股份有限公司内部职工持股管理规定》，都是在此基本框架基础上作出的细化规定或适当调整。

那么，作为我国国有企业股份制改造过程中募集设立方式之一的定向募集与社会公开募集相比具有怎样的特殊性呢？其与公开募集相比优越性体现在：（1）在股票市场尚未充分开放情况下，它可以不受股票发行配额的限制，

通过向特定对象发行股份达到筹集资金和改变企业产权结构之目的；(2)与公开募集相比，其设立程序要相对简易；(3)更便于公司发起人实现掌控公司之目的。其弊端体现在：透明度不高，没有严格规范的发行程序，在形成的公司内部职工股与社会个人股之间存在着相差悬殊的待遇，由于缺乏有效的职工行权方式，不能很好的保护股东权益。<sup>①</sup>就定向募集公司发展现状而言，从我国启动股份制试点起，到我国叫停设立定向募集股份有限公司止，我国累计设立股份制企业 2.58 万家，其中股份有限公司有 1.51 万家，除少部分采用公开募集方式设立以外，主要为定向募集设立。截止 2000 年，我国尚有近 6000 家定向募集公司。它们很多均不同程度地存在无规范运行之公司治理结构、筹集资金违规使用、公司运营不规范、股权流转困难等等问题。

**二、内部职工股之背景知识。**内部职工股，在我国是个具有特定历史内涵之概念。它是随着我国企业股份制改革试点启动而出现的。根据我国《定向募集股份有限公司内部职工持股管理规定》，内部职工股，是指公司募集股份时，在公司工作并在劳动工资花名册上列名的正式职工，公司派往子公司、联营企业工作，劳动人事关系仍在本公司的外派人员，公司的董事、监事，公司全资附属企业的在册职工，公司及其全资附属企业在册管理的离退休职工，定向募集公司依照法律规定向其自己的这些内部职工发行的股份。在我国进行企业股份制改革初期，内部职工股起到了重组企业资产、为公司发展筹集资金、调动员工积极性、减轻企业改革包袱、降低企业改革成本、改善职工福利待遇、推进企业改革进程的积极作用。它是我国“公有制企业改革的重要形式和企业产权清晰化的一个重要途径”。<sup>②</sup>但是，由于当时相关法律规范之不健全，加上企业、职工基于投机获利心理违规操作，使整个内部职工股制度之运作出现了一片混乱局面，并造成了“内部职工股社会化的严重后果”。1994 年国家体改委通知各部门、各地方立即停止审批定向募集股份有限公司，在规制内部职工股新办法出台前暂停内部职工股的审批与发行工作。1998 年证监会发布通知停止上市公司内部职工股的发行。虽然国家叫停了内部职工股的发行，并对违规从事内部职工股交易的证券中心与产权交易所进行了清理，但是地下的内部职工股交易从来没有停止过，而且有愈禁愈烈之势。

<sup>①</sup> 参见张恩众：《定向募集公司分析及其解决思路》，载《山东大学学报》2002 年第 4 期。

<sup>②</sup> 参见孙丽：《国有企业职工持股会的意义》，载《北京市政法管理干部学院学报》2003 年第 1 期。

为了解决历史遗留问题，充分发挥内部职工股优势，实现设立内部职工股制度之初衷，许多学者提出了进行职工持股制度改革、规范内部职工股流转之建议，许多地方也进行了有益探索。就目前主流观点来看，建立规范的职工持股制度具有如下积极意义：它可以改善企业资产结构，把职工、经营者、企业利益连在一起，起到调动员工积极性、留住人才、稳定职工队伍、防止公司被恶意并购之作用；它有助于改善公司法人治理结构，对管理层形成有效的制约监督，促进公司决策民主化、科学化；它可以对社会保障制度起到有益的补充作用，降低企业改革成本、保障企业职工利益；它有利于扩大企业筹资渠道，降低企业筹资成本，实现企业从外源融资向内源融资的转化；它有助于保证职工在公司中的主人翁地位，优化劳动者与生产资料结合的方式。因此，进一步探索适合我国国情的职工持股制度，还需要进行不懈之努力。就我国传统的内部职工股转让而言，它们通常受到如下限制：内部职工持有的股份在公司配售三年内不得转让，三年后也只能在内部职工之间转让，不得在社会上转让交易；内部职工持有的股份，在持有人脱离公司、死亡或其他特殊情况下，可以不受转让期限限制，转让给本公司其他内部职工，也可以由公司收购；内部职工转让股份，须经公司委托的证券经营机构办理过户手续，并开具转让收据；内部职工持股的定向募集公司转为社会募集公司时，内部职工持有的股份从配售之日起，满三年后才能上市转让。

**三、关于本案股权转让效力之分析。**本案是一起简单的内部职工股转让纠纷。从本案具体情形来看，原告薛某、被告徐某都是同一公司之内部职工（见前文内部职工部分解释），符合相关规定对内部职工股之交易主体要求。原、被告也达成了股份转让的合意，并在事后补签了股份转让协议，双方意思表示真实、自由。甚至本案原告还在双方达成交易合意之同时，完成了支付对价之合同义务。但是，该交易唯一存在的问题是，根据当时有效的《定向募集股份有限公司内部职工持股管理规定》，除非当事人有脱离公司、死亡或其他特殊情况，内部职工股在公司配售后三年内不得转让，而本案原、被告在被告获得公司配售的当月，即进行了该交易，且不属于不受转让期限限制的情形。因此，法官认定他们的转让行为因违反了相关禁止性规定而属于无效民事行为。这一规定从性质上看，属于公司法出台之前的部门规章。如果严格按照今天法律适用之规定来看，这一违反行为并不能当然导致相关行为无效。因为1999年12月29日生效的《合同法解释（一）》第4条明确规定：“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”本案属于特定历史时期产

生的判决，因此，也只能用历史的眼光去审视这一问题。从本案原告请求解除合同之理由来看，其主要理由是“被告没有交付股权证”，客观上这是因为公司一直未将股权证发给认购者，而双方明确约定的就是被告取得股权证后再与原告，被告在此并不存在明显的违约行为。单从这一角度来看，“没有交付股权证”似乎并不能构成原告主张解除合同的强有力理由。从当时相关规定情形来看，当事人的这一约定根本无法实现，因为股权证并不能交由职工个人持有，要由公司委托省级、计划单列市人民银行认可的证券经营机构集中托管。该约定属于自始不能的约定，但是它显然并不能对合同效力造成实质性影响。

在此有必要认清的是，股权证与股票并不相同。1992年《股份公司规范意见》第25条明确规定：“公司的股份采取股票形式。但定向募集公司应以股权证替代股票。定向募集公司不得发行股票，社会募集公司不得发行股权证。”可见，在我国特定历史时期，股票与股权证为不同类型股份公司股份之表征，它们之间具有严格之发行界限，不同股份公司只能发行不同的股份表征。除了具体表现形式、记载事项、和加具批准募股的文号及日期等与股票不同之外，股权证权利的行使与转让方式与股票相比也具有很大之不同。1993年《定向募集股份有限公司内部职工持股管理规定》，职工个人不得持有股权证，职工的股权证由公司委托省级、计划单列市人民银行认可的证券经营机构集中托管。公司应当依据股权证向持股职工签发股权证持有卡作为持股身份之证明。股权证持有卡应加盖股权证托管机构的登记专用章。股权证持有卡不得载明持股职工持有的股数、金额。内部职工可凭本人的股权证持有卡和身份证及工作证（职工离退休证）到公司委托的证券经营机构核对自己拥有之股份，办理股权证转让、过户、分红等手续。

110

## 公司章程有关 股权转让限制条款之效力审查

### 【关注焦点】

公司章程可以对股权转让作出特别而优先之规定，而这类规定又往往具有限制股权转让之特性。当这些限制规定可以优先适用之时，人们不禁要问，公司章程对股权转让究竟可以作出哪些限制？难道这些限制可以不受任何之限制？

### 【基本案情】

原告：滕某

被告：甲医药有限公司

原告滕某是被告甲医药有限公司的自然股东，出资4万元，拥有0.45%的股权。在原告加入后，甲医药有限公司修改章程规定：“自然股东的股权与其任职挂钩，自然人股东离职本公司时，其股权应转让给本公司职工持股会。”2002年7月31日，原告离职。被告于2004年12月8日书面通知原告，其股东权已依公司章程转让给职工持股会，并要求其领取相应的转让款。之后，原告没有将出资证明交付给被告，被告也未将转让款交付给原告。2005年3月10日，原告起诉至法院，要求确认其股东身份，确认被告强制转让股东权的行为无效。

## 【审理要览】

法院经审理认为：股东权具有财产权与身份权的双重属性，非经权利人的意思表示或法定的强制执行程序不能变动。被告在原告没有作出同意意思表示的情况下所作出的通知及股东会决议，对原告没有约束力。因此，在原告不接受的情况下，股东权不能作出变动。且股权转让合同系双务履行合同，需要转让方和受让方双方的履行才能完成转让行为。本案中，争议双方没有进行股权转让的要约和承诺，既没有将出资证明这一股权的权利凭证进行转移，也没有交付转让款，因此应认定不存在股权转让合同，也无履行行为。据此判决：一、确认滕某为甲医药有限公司的股东，在甲医药有限公司中拥有0.45%比例的股权；二、驳回滕某的其他诉讼请求。

## 【裁判解析】

本案形式上为股东资格确认纠纷，但实质争议焦点为股权是否已经发生转让，深层次的问题则是公司章程对股权转让限制的效力。本案法院判决实际上回避了后面一个问题。股权转让本属于股东之基本权，然股权转让受到限制已成为各国公司立法之主流，这种限制主要来自于两类：法定限制与自我限制。<sup>①</sup>法定限制即为法律强制性规定对公司股权转让的限制。对于公众公司而言，法定限制是其股权转让的主要限制模式。这种限制不仅来源于公司法，也来源于证券法、反垄断法等相关法律。有限责任公司股权转让的限制则主要属于自我限制。<sup>②</sup>特别是对股东对外转让股权时的限制，此乃有限责任公司人合性因素所决定，维护高度的信任机制是有限责任公司股权转让限制的动因。有限责任公司股权转让的章程限制涉及以下问题：

① 亦有学者将股权的限制分为内部转让的限制和外部转让的限制，有限责任公司的股权转让限制和股份公司的股权转让限制。

② 早期的立法通常直接对有限责任公司股权转让作出限制或者强制有限责任公司对股权转让作出限制，如1948年美国公司法规定，有限责任公司必须在其章程中对股权转让作出限制，如果公司没有作出相关规定，就可能受到一定的惩罚。美国马里兰州公司法针对有限责任公司股权转让仍然通过法律直接进行限制，规定非经全体股东同意不得转让。实际上，在许多国家，对有限责任公司股权转让的限制是有限责任公司（封闭型公司）的基本特征之一，参见施天涛：《公司法论》，法律出版社2006年版，第62页。

**一、公司章程对股权转让限制之特征。**对于有限责任公司股权转让的限制，法律通常给予公司内部自治的高度尊重。《公司法》第72条、76条均体现了公司章程规定的优先性。就自我限制而言，通常有两种方式：一为契约，二为章程。股东既有转让股权之自由，亦有通过契约自我限制之自由，在不违反法律和公共政策之前提下，法律通常不应干预。章程之限制方式在实务中得到较为普遍的采用，此种限制可能采用赋予股东或者公司优先权的模式，也可能采用将转让对象锁定在股东或者公司的模式。本案之中，修订后的公司章程采纳了后一种模式，将股权转让的对象锁定在职工持股会。值得注意的一点是，无论将公司章程的性质如何界定，在公司设立时，章程表现出高度的“契约性”特质，而在修改章程时，资本多数决或者股东多数决标准则取代了契约一致原则。由于资本多数决或者股东多数决原则存在资本暴政或者多数股东暴政的风险，所以控股股东利用其自身优势，通过修改章程限制其他中小股东股权转让，锁定转让价格和对象，排挤其他股东的现象尤为常见。章程限制的此项特征是其同契约限制最为明显之区别。

**二、限制上之限制：章程限制的合理性问题。**有限责任公司股权转让的限制涉及两种价值的平衡：股权的可流通性与其他股东和公司利益之间的保护。深层次的价值冲突则为有限责任公司资合性与人合性之间的冲突。资合性要求股权可以自由转让，而人合性则要求对股权转让作出限制，以维系公司之信赖基础。资合性的最低标准体现在不应当禁止或者变相禁止股权之转让。各国在此问题上的立法态度不一。意大利、瑞士立法明确规定有限责任公司章程可以禁止股东股权之转让。在英美国家普通法中，未禁止股权之流通性是认定封闭型公司股权转让限制是否有效的标准之一。<sup>①</sup>在美国《标准公司法》和颇具影响力的特拉华州公司法中，禁止或者变相禁止股权转让并非绝对不可接受，判断的标准在于其是否合理，而限制的期限、限制的范围、限制的目的、双方的股权结构等等因素均是法官进行合理性判断之依据。任何股东都不想自己的投资被永久地锁定在公司，即便在允许章程禁止转让股权的意大利，也通过其他方式赋予股东相应的退出权力。可以肯定的一点是，绝对禁止股权转让且无合理性救济的限制，在多数国家之立法和司法实践中是不被接受的。我国学界在此问题上亦存在争议，赞成者多依据章程为自治性规约，应尊重股东的意思自治；反对者则认为股权为固有权，章程不应做

<sup>①</sup> [美] 罗伯特·汉米尔顿：《美国公司法》，齐东祥等译，法律出版社2008年版，第218页。

绝对剥夺；司法实务界则较为偏向于认定禁止或者变相禁止股权转让的章程限制为无效。<sup>①</sup>

人合性之最低标准体现在有限责任公司股权转让应当受到限制。这种限制可能出现在对内转让之中，理由多在于维系剩余股东之间的股权结构平衡。限制更多地出现在了对外转让之中。限制股权的对外转让，防止不受欢迎之人进入公司，维系有限公司的稳定至关重要。有限公司股东持有的股权不仅仅具有财产属性，而且带有类似于合伙的身份属性，<sup>②</sup> 外部股东的进入可能破坏此种实质类似于“合伙”之关系。各国立法对于有限责任公司股权外部转让设定的限制明显高于对内转让的限制。虽然这种限制由强制性规范逐渐转向于任意性规范，但立法明显表现出这一偏向。如下表所示：

	对外转让的限制	对内转让的限制
法国	只有在征得至少代表 3/4 公司股份的多数股东的同意后，有限责任公司股份才可转让给与公司无关的第三者。（强制性规范）	股份在股东之间自由转让。章程含有限制转让条款的，适用外部转让限制的规定。
德国	在全部转让的情况下，有限责任公司的股权可以自由转让；但是公司章程可以对转让股权附加其他条件，尤其是可以规定转让必须经公司批准。将一股股份分割出让则必须征得公司之同意。	公司章程可以规定，将一股股份分割出让给其他股东以及在死亡股东的继承人当中分割其股份而不必经公司之同意。
日本	股东将其份额的全部或一部转让给非股东时，须经股东大会同意。只有经全体股东半数以上并持有全部股东表决权 3/4 以上的股东同意，方可通过。（强制性规范）	社员（股东）之间可以自由转让份额。

<sup>①</sup> 广东省高院和上海市高院进行的课题调研报告印证了司法实务界的在该问题上的态度，参见古锡麟、李洪堂：《股权转让若干审判实务》，载《法律适用》2007年第3期，类似观点参见江办省常州市中级人民法院民二庭课题组：《股权转让若干审判实务问题研究》，载《人民司法·应用》2008年第23期；李晓峰：《有限责任公司股权转让之限制》，载《人民法院报》2008年年1月17日，第6版。《江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）》第60条也反映了该观点。

<sup>②</sup> 在普通法系中，人合性被界定为同合伙类似的关系，而在德国法中，人合性因素通过“社员权”这一概念表达，有限责任公司股权被称为公司的社员身份（Gesellschafterstellung）。



我国《公司法》同样区分了内部转让和外部转让。《公司法》第72条解释上虽然存在着争议，但内部转让上的自由基调与外部转让上的限制基调从我国旧公司法延续至今。而在我国台湾地区公司立法和美国《标准公司法》中这种区分则并不存在。本案之中，章程将转让对象锁定在公司职工持股会，实际上同时禁止了内部股东之间转让和外部转让，而职工持股会在我国之法律地位又充分地模糊。<sup>①</sup>

本案中之章程规定本质上属于强制性转让。强制性转让是公司在“同意”和“优先购买”之外经常采用的一种限制性措施。一般认为，强制性转让是在章程规定的强制转让条件被触发时，<sup>②</sup> 触发条件的股东应当按照章程规定之价格和方式，将股权转让给章程指定的对象。本案之中，强制转让股权的条件为“自然人股东离开公司”，此类条件在职工持股的公司章程中极为常见。强制转让成为附加于股权之上最为沉重的负担。英国格林（Greene）大法官曾指出：“股东的正常权利之一是自由地处置其财产，并向其选择的任何人转让之。”<sup>③</sup> 在普通法中，财产自由流转乃基本原则。强制转让股权无疑于剥夺了股东自由处分自己财产之权利，实则构成对股东意思自治的最大限制。“非契约性”实为强制股权转让之本质性特征，触发条件股东的合同权利实际被剥夺。经验表明，法律对此种限制设置简单的规则并不能实现预期的效果。强制转让与强制受让相对应，强制受让（固定买卖协议）作为一种安排被写入公司章程，被美国多数紧密型公司所采用。一方面，外部市场的缺乏使得有限公司股票的流通性缩水，载入公司章程的买卖协议为中小股东退出公司提供了保障，在公司陷入僵局时，章程的此种安排无疑有利于消除此种危机；另一方面，在控股股东“排挤”、“欺诈”中小股东时，这种固定在章程中的买卖协议又成为其摄取不当利益之工具。一般而言，基于对公司内部意思自

<sup>①</sup> 职工持股会在我国缺乏明确的法律界定，全国各地规定存在较大的差异。主要有三种形式：社会团体法人；非法人团体，依托工会运作；企业法人。参见王保树：《职工持股会的法构造与立法选择》，载《法商研究》2001年第3期。

<sup>②</sup> 此处的强制性转让仅仅包含狭义上的强制性转让，广义上的强制性转让包含基于法律或者法院的裁决而进行的股权转让。

<sup>③</sup> 刘俊海：《股份有限公司股东权的保护》，法律出版社2004年版，第139页。

治的尊重，法律对章程中强制转让的安排并不予以干涉，<sup>①</sup>但前提是强制转让的安排在内容和程序上应当合法、合理。内容上的限制主要由法官进行判定，比如其他股东是否存在滥用权利的情形、转让价格是否显失公平、条件是否由被告故意促成等等；程序上的要求则体现在限制所应具有的形式，以及限制是否符合既定的表决程序。

一条重要的规则是，事后修改章程而加入的强制性转让限制必须得到之前股东的同意，强制转让的安排并不溯及既往，除非得到股东之同意。《德国有限责任公司法》第34条规定：“未经股份所有人同意而收回股份，须在权利人购置股份前章程中已有关于股份回收的规定，才能收回。”《美国标准公司法》第6.27条第1款也作出了类似的规定：“该类限制性规定并不影响已发行的股份，除非该类股份持有人为限制性协议的一方当事人，或其曾投票赞成该限制性规定。”显然，人们应当充分注意到“自愿性因素”在强制转让股权安排中的核心地位。《欧盟私人有限公司纲要》第25条甚至规定，此类安排必须得到投资人会议的一致通过。“不溯及既往”规则构成对强制转让安排程序上最为重要的限制。该规则一定程度上杜绝控股股东利用章程修改规则中的多数原则来实现排挤其他中小股东出局的情况。如前文所述，章程限制与契约限制相比，最明显的特征在于它是资本多数决或股东多数决的产物。契约限制完全基于股东自愿而对其发生效力；而就章程限制而言，在章程制定初期，它与契约类似，是当事人完全自愿的结果，至少在形式上如此，但后期通过修改章程而加入的限制则并非如此，它一旦满足表决规则就对所有股东产生约束力。“不溯及既往”规则在这诸多利益中间找到了一种平衡点，利益和价值平衡恰好是公司法的灵魂所在。我国《公司法》并未就此问题作出界定。本案之中，被告公司通过修改章程的方式对原告股权负担了此种限制，案情中并未交代原告是否在表决时同意此种限制。股权转让为股东的一项基本权利，如果通过事后修改章程，违背股东意愿的方式强制转让其股权，

<sup>①</sup> 部分学者对此提出了不同观点，集中反映在应对《公司法》第72条第4款作严格解释，理由如下：新《公司法》规定的章程对股权转让的约定是有条件的。新《公司法》第72条第4款“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”的规定是对前三款的补充，也就是说，约定的范围仅限于前三款所述的“股东之间转让股权”“股东向公司以外的第三人转让股权”及“股东优先权行使”三个方面。公司章程仅能对股东主动转让股权时作出特殊约定，而不能强制股东在非自愿的情况下转让其股权。参见薛国岳、李学泉：《有限公司章程中强制转让条款的效力分析：谈公司章程之效力范围的限制》，载中国法院网 <http://www.chinacourt.org/html/article/201004/12/403736.shtml>。

则显属不公。当然本案法院的判决并非以此为理由，而是以是否符合股权转让之要件作为其判决之依据。

**三、章程限制对股权转让效力之影响。**股权转让属于转让财产权利的民事法律行为。这一行为一般被划分为债权行为和物权行为。我国物权法虽未承认物权行为无因性理论，但区分了物权变动与合同效力。通过合同发生股权转让包含两种行为：一是股权转让的债权行为，二是股权转让的权利变动。股权无法发生变动并非必然推导出股权转让合同为无效，股权转让合同的效力应根据法律规定和自身约定来判定，这是我国学界和司法界均较为认同的观点。在章程对股权转让作出限制的情况下，首先需要认定章程限制是否对股权转让合同的效力产生影响。《公司法》第72条规定了股东同意权和优先购买权两种限制方式，当然公司章程可能放弃这两种限制方式，<sup>①</sup>也可能使用其他方式。股东违反公司章程的限制同第三人签订股权转让合同的效力存在较大的争议。主要有无效说、效力待定说、有效说、附条件合同说等几种学说。一般认为，如果这种限制导致合同自始不能履行，合同则应当认定为无效；如果这种限制只是导致嗣后履行不能，合同则应当认定为有效，但会产生违约责任的问题。

另外一个重要问题就是，章程限制对于权利变动之影响。违反公司章程限制的一个通常结果是，公司将拒绝在股东名册予以登记。这又涉及善意第三人保护的问题。在美国，学者普遍认为，如果公司未能满足章程限制在形式上的要求，则对第三人并不具有强制执行之效力。《纽约商业公司法》第1151条规定：“本法、公司章程、章程细则以及债券买卖或债券赎回协议中对股份买卖或股份转让的限制规定，应该明显地载明在职业服务公司配发的每一份股份证书的正面或背面。”《标准公司法》第6.27条第2款也作出了类似的规定。在大陆法系国家，通常只有善意第三人才能受到保护，如果第三人知悉公司存在此种限制，则明显不属于善意第三人。鉴于我国《公司法》已经列明了两种限制：同意和优先购买，则第三人均应当被推定为知道此两种限制。此种情况下，同意和优先购买理应得到优先保护。有限责任公司章程并非公开，第三人查询亦存有困难，故而对于章程的“另有规定”，则并不应当推定第三人当然知晓。因此，章程的“另有规定”一般并不能对抗满足善

<sup>①</sup> 少数学者认为第72条规定了公司股权限制的底线，公司章程不能突破这条底线，第72条第4款不应作扩大解释，参见参见古锡麟、李洪堂：《股权转让若干审判实务》，载《法律适用》2007年第3期。

意取得要件的第三人。前述均是针对章程限制对协议股权转让效力的影响而言，但在强制性股权转让中实则并不存在这样一种协议。因而，各国对于强制转让股权之限制对于股权变动之影响则持一种谨慎之态度，自愿性同意一般应得优先获得认同与保护。在我国，合同和法院判决是股权发生变动的基础。如果强制转让股权的安排符合内容上与程序上之要求，最明显的是符合“自愿性同意”的要求，则这种安排可以被视为一种合同，只不过这种合同被载入了公司章程。如果股东名册已经发生变动，则当然应当承认此种情况下的股权变动效力。

**四、关于本案之结论性评述。**本案法院判决虽未直接对公司章程强制转让股权规定的效力作出界定，但隐含了股权转让应有其基础这一层面之意思，而这一基础即为合同或者法院之判决。在原告取得股权后，公司通过修改章程的方式加入强制转让条款，且未征得原告同意的情况下强行转让股权，这显然有失公允。只有具有“自愿性”因素的强制性转让，才能被视为股权变动之基础。在尊重公司自治和维护股权自由转让之间寻找平衡点，乃处理此类案件之关键所在。



111

## 空股股权转让引发之法律问题

### 【关注焦点】

严格而言，在实收资本制度下，未注资股权不应得到法律之承认。但实践之中，这种股权现象却相当普遍地存在。那么，此类股权法律性质该如何看待？持有该类股权者之权利与义务该如何把握？尤其当该类股权转让时，法律该如何予以处置？新《公司法》关于公司资本模式之新规定对于这一问题之认识又会产生怎样的影响？

### 【基本案情】

原告：某机械有限公司

被告：A 宾馆

被告：唐某

被告：甲航空服务有限公司

经工商登记，被告 A 宾馆出资 50 万元，被告唐某出资 10 万元，设立了甲公司。至 2000 年 10 月，原告与被告 A 宾馆签订了股权转让合同。同时，被告 A 宾馆与被告唐某又共同签署股权转让决议，同意被告 A 宾馆将其在甲公司占有的股资 50 万元，占总股本的 83.33% 转让给原告，2002 年 8 月 14 日，由甲公司出具收条，表示已收到原告给付的股权转让款 42.5 万元，并注明已于 2000 年 9 月 8 日收到原告股权转让款 7.5 万元，亦即甲公司总共收到

原告股权转让款 50 万元整。后因被告以种种理由迟迟不办理修改公司章程及工商变更登记手续，故原告诉请被告共同协助原告办理有关于股权变更的公司章程修改以及工商变更手续，并由被告甲公司召开股东会决定修改公司章程。被告 A 宾馆则辩称：股权转让合同及股权转让协议是在未召开股东会的情况下私下操作的，故属内容虚假的无效协议；而且其并未同意转让股权，事实上，其作为甲公司的股东至今也未收到过原告的任何转让款。被告唐某及甲公司则认为：他们同意股权转让事宜，同时认为虽然工商登记中系被告 A 宾馆及唐某共同投资甲公司，但是，被告 A 宾馆实际并未投资，所有的资本均由被告唐某出具，现甲公司已收到原告支付的股权转让款。原告也补充认为，正因被告 A 宾馆实际未向甲公司投资，故其将股权转让款直接支付给了甲公司。经查证，被告 A 宾馆确实未向甲公司投入任何资本。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：公司是否需要召开股东会决定修改公司章程，属公司内部的管理事项，并不需要由法院处理。而且，股东变更并不必然涉及到公司章程的修改。因此，对原告提出的要求甲公司召开股东会决定修改公司章程的诉请难以支持。原告主张其已受让被告 A 宾馆的股权，并已支付股权转让金 50 万元，但是，作为转让者的被告 A 宾馆，并未收到该转让金，原告并未将转让金支付给被告 A 宾馆，而是支付给了被告甲公司，原告的行为于法有悖。在被告 A 宾馆未收到股权转让金时，无义务协助原告办理有关工商变更登记手续。因此，原告作为股权转让协议中的受让人在未支付给转让人转让金时，主张办理工商变更登记手续并不适时，至于被告甲公司的实际出资人是谁与本案无关。据此判决：驳回原告诉讼请求。

## 【裁判解析】

本案性质为股权转让纠纷。本案争议的焦点是在被告 A 宾馆未实际出资，其所有的股权为空股股权时，股权受让人向公司直接支付股权转让款是否能够取得股权。一审法院和二审法院均认定股权转让合同的效力，但否认了原告替代被告 A 宾馆出资并取得其股权的主张。有关此类空股股权转让引发的纠纷，《公司法》及司法解释并没有作出明确的规定。要正确处理此类案件，必须对以下问题有正确的认识：

**一、空股股权之法律特征。**一般认为，空股股权是指根本未履行出资义务的股东所持有的股权。<sup>①</sup>空股属于广义上的瑕疵股权，出资瑕疵是瑕疵股权形成的重要原因，而空股则是其中瑕疵程度最高的股权，空股形成的原因主要是虚假出资和抽逃出资。无论是在授权资本制、法定资本制抑或折中资本制下，出资义务都是股东应当履行的主要义务，均有存在空股股权现象的可能。就我国立法而言，1994年《公司法》要求一次性认足缴足，除了中外合资经营企业外，不允许分期缴纳。在此等资本缴纳制度下，于公司成立时未缴纳所认购的资本即可认定为空股股权。2006年新《公司法》则允许分期缴纳，在不违反公司法资本缴纳强制性限制的情况下，股东在约定期限届满前未缴纳资本则并不能认定为空股股东，认缴人在缴纳期限届满后仍未缴纳资本，则属于认购未缴，构成空股。在形式上出资而实质上未出资的虚假出资行为即可能导致空股现象，虚假出资所致空股现象在司法实践中极为常见。虚假出资主要通过伪造、骗取验资报告的方式进行，实质上并未履行任何出资义务。但针对股东出资后又抽逃出资的情形，有观点认为其并未违反对公司的出资义务，而仅是构成对公司的侵权，因为空股股东的法律特征在于对于认缴人对所负出资义务的根本性违反，即未向公司作任何出资，<sup>②</sup>故事后抽逃出资的股东亦不宜认定为空股股东。这种观点显然值得商榷。此外，部分学者认为，股东在认购股份以后拒绝出资或者不能出资亦有可能导致空股现象的发生。很显然，根据《公司注册资本登记管理规定》的规定，若认缴人在认缴后拒绝出资或者不能出资，自然不能取得验资报告，若非通过获取虚假验资报告等虚假出资方式，公司自然不能取得实缴资本的登记，如此也就不会存在所谓空股之现象。总之，司法实践中，空股现象广泛存在，这实际也进一步印证了我国注册资本信用体系的薄弱，即便在新《公司法》放低最

<sup>①</sup> 学者对空股股东和空股股权的概念存在争议。部分学者认为空股股东与借名股东、名义股东是同一概念，是指具有股东的形式特征，但基于与他人（公司其他股东或公司登记股东以外的第三人）的约定，其名下的出资全部或部分由他人投入并由他人享受股东权利的人，与隐名股东相对，属于显名股东的一种。参见江苏省高级人民法院民二庭：《有限责任公司股东资格的认定》，载《人民司法》2003年2月刊；林晓霖：《公司中隐名投资的法律问题》，载中国法院网 [www.chinacourt.org/html/article/200209/11/10658.shtml](http://www.chinacourt.org/html/article/200209/11/10658.shtml)，最后访问于2011年8月15日。另有学者，区分了空股与隐名投资，认为“空股”与“干股”的概念相似，参见黄小民：《对空股的法律思考》，载《人民司法》2001年第7期。

<sup>②</sup> 部分学者认为未履行出资义务是指股东根本未有出资行为，即实际出资金额为零，包括履行不能、拒绝履行、虚假出资和抽逃出资，参见刘俊海：《新公司法的制度创新：立法争点与解释难点》，法律出版社2006年版，第306页。

低注册资本限制并且允许分期缴纳资本的情况下，空股现象仍然广泛存在，其重要原因在于社会对于注册资本信用体系的广泛迷信。

**二、空股股权转让法律效力之分析。**对于空股股权转让之法律效力，我国法律缺乏明确的规定。股权转让可以分为股权转让合同以及股权权属变动两个方面。就空股股权转让的合同效力来看，我国学界主要存在四种学说：无效说、有效说、区分说和可撤销说。无效说认为，股东出资是股权的对价，“股东未履行出资义务，实际上意味着其不具备股东资格，不享有股权，其与受让人所签订的以不存在的股权作为合同标的的瑕疵股权转让合同也就是当然的无效合同”。<sup>①</sup>有效说认为，“只要该出资人已被载入公司股东名册、公司章程或公司登记材料之中，那么该出资人就具有股东资格，因此瑕疵出资股东人有权与受让人签订股权转让合同”，<sup>②</sup> 出让方承担的只应当是瑕疵担保责任，出资所致的空股瑕疵并不影响合同效力。区分说认为，应视公司设立时遵循实缴资本制还是认缴资本制设立而定。在实行实缴资本制的公司设立时，股东缴足注册资本后公司才能成立，公司成立后，只有实际出资的投资者才能成为公司股东，未出资的投资者不能成为公司股东，其转让股权的合同无效；而在实行认缴资本制的公司设立时，实际缴纳资本只需要满足法律规定的最低限额，就不会导致公司设立无效。即使个别股东未实际缴纳出资，也不会影响其股东资格，股权转让合同理应有效。<sup>③</sup>可撤销说认为，应当根据股权转让过程中是否存在欺诈来作为合同效力的判断依据，如果存在欺诈，善意相对人理应享有根据《合同法》第54条撤销合同的权利。

四种学说的争议点实际可以归结为两点：一是空股股东是否享有转让空股的权利，二是空股的瑕疵因素是否影响空股转让合同之效力。针对第一个问题，多数学者认同应当将股东资格与股东权能相分离，出资上的瑕疵并非导致股东资格的丧失，股东资格与出资并不存在必然的对价关系。如果认定空股股东无股东资格，将使得《公司法》第28条规定的出资瑕疵股东对公司的资本补足责任丧失根据，也与我国以股东名册和工商登记作为判断股东资格的一般精神不符。股东资格的存在是公司要求股东承担此项责任的前提，故而以空股股东无股东资格为依据的无效说明明显缺乏合理性。在明确股东资

<sup>①</sup> 李后龙：《股权转让合同效力认定的几个疑难问题》，载《中国民商法审判》2003年第1期，第234页。

<sup>②</sup> 俞宏雷：《瑕疵出资的股权转让及其民事责任的承担》，载刘贵祥主编：《中国民商事审判新问题》，人民法院出版社2006年版，第345页。

<sup>③</sup> 丁巧仁主编：《公司法案件判解研究》，人民法院出版社2003年版，第291页。



格与权能相区别的前提下，应当首先承认空股股东的股东资格。<sup>①</sup>空股股东实际上未缴纳任何出资，其所有的权能则理应受到相应限制。《公司法》第35条规定按实缴比例分红和新股认购，这通常被认为是“对瑕疵股东权利的限制”。<sup>②</sup>在法律无明确限制的情况下，拥有股东资格的空股股东也有自由转让其空股股权的权利。《公司法解释（三）》第19条实际上也变相承认了空股股东有转让其空股的权利。

针对第二个问题，关键点在于瑕疵因素是否导致或可被视为合同欺诈。如果在签订合同时，受让人对空股事实明知或应当知道，则空股所存瑕疵因素应成为影响空股转让合同效力之因素；如果受让人对空股瑕疵情况毫不知情，空股股东隐瞒空股瑕疵事实或者告知虚假事实，则应当认定空股股权转让合同效力待定，受让人自可依据合同法所赋予的撤销权申请撤销该合同。《公司法解释（三）》第19条将受让人的明知或者应知作为其承担连带出资补足责任的条件，实际等于承认了在受让人明知或者应知情况下，空股股权转让合同的有效性。至于隐瞒股权瑕疵因素能否构成欺诈，《公司法》和司法解释均缺乏明确规定。最高人民法院二庭在2003年发布的《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定（一）（征求意见稿）》第28条曾拟规定，有限责任公司股东未足额出资即转让股权，受让人以转让标的瑕疵或者受欺诈而主张撤销合同的，人民法院不予支持。根据该征求意见稿，空股瑕疵并不能当然被视为合同欺诈，受让人也不能当然享有撤销合同之权利。该征求意见稿虽最终没有形成司法解释，但在地方层面，江苏省和浙江省高院意见认为隐瞒

---

<sup>①</sup> 在司法实践中，多数法院也认同了出资瑕疵不影响股东资格的观点，例如《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》第32条就规定：当事人仅以股东瑕疵出资为由主张其不具备股东资格的，人民法院不予支持。但公司可以依照规定对空股股东进行除权，解除其股东资格。这点在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干规定（三）》第18条中得到了认可。

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干规定（三）》第17条规定：股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。该规定实际上进一步认可了公司在《公司法》之外对于空股股东权利的限制。

空股瑕疵的合同应为效力待定的合同，受让人可以申请撤销合同；<sup>①</sup> 上海高院的意见稿则偏向于征求意见稿的观点，认为受让人不享有撤销权利，但认可法律另有规定的除外。<sup>②</sup> 多数学者认为此类合同有效的根据主要有两方面：一是公司法是商事法，商人无需谨慎行事，自身保持合理注意义务；二是认定合同有效有利维系交易稳定和秩序，维护公示公信力。一般而言，股权转让合同在公司法无特别规定情况下，应当适用《合同法》之规定。空股股权在权能上虽可能受到限制，甚至有被除权的风险，但对于受让人而言，转让人的虚假陈述或者故意隐瞒无疑对受让人的合理期待构成最为严重的威胁。在我国法律体系下，受让人有理由信赖工商登记和股东名册，但当权利真实状态与受让人的信赖完全不一致时，转让人的故意隐瞒或者虚假陈述导致受让人基于错误认识而缔结合同，这明显符合《合同法》第54条所谓“欺诈”的构成要件。此外，在空股股权转让中还存在一种情形，即空股股权经过连续性转让，转让人根本不知空股瑕疵，对于此等情形，受让人若能举证证明明显失公平或者重大误解时，则同样可申请撤销或者变更合同。<sup>③</sup>

就空股股权权属变动而言，股东名册的变更一般产生空股股权移转的法律效力，工商登记则是其取得对抗第三人效力之依据。空股股东受让人一旦成为公司之股东，若其对空股事实明知或者应当知道，则其即负有对空股瑕疵的补足责任，<sup>④</sup> 此时股东名册的变更即成为公司要求其承担补足责任的前提和条件。若受让人“符合善意取得”标准，公司则无权对善意受让人进行除

<sup>①</sup> 《江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）》第58条规定，当事人仅以转让方未出资、出资不足或抽逃出资为由请求认定股权转让合同无效的，不予支持。订立合同时转让方隐瞒未足额出资或抽逃出资的事实，受让方可以请求撤销合同。《浙江省高院民二庭关于公司法适用若干疑难问题的理解》第9条规定，转让人未告知受让人注册资本未到位的真实情况，受让人对此也不明知或应知，受让人可以欺诈为由主张合同无效或撤销合同。

<sup>②</sup> 《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见（二）》第4-2条规定，有限责任公司股东未足额出资即转让股权，受让人以转让标的存在瑕疵或者受到欺诈为由主张撤销合同的，人民法院不予支持，有法律规定的特殊情形除外。

<sup>③</sup> 潘福仁主编：《股权转让纠纷》，法律出版社2010年版，第151页。

<sup>④</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干规定（三）》第19条规定，有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第13条第2款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。

名。从《公司法解释（三）》第18条、19条的规定来看，18条只明确了公司对未履行出资或者抽逃出资股东的除名程序，并未涉及对善意受让股东的除名，19条同样只规定了非善意受让人的补足责任，未规定善意受让人的连带不足责任。应当看到，对于善意受让人权利的维度和责任的限度应当受制于两方面的价值：一方面，保护善意受让人是维护商事外观主义和交易秩序的需要；另一方面，任何人不得获取大于其前手之权利。若善意受让人不受保护，势必妨碍股权之商事流通；但合同撤销只发生在当事人之间，如若承认受让人（无论是否为善意）无连带补足责任，则又极易发生转让人和受让人合谋逃避出资补足责任的情况。应当认为，善意受让人从工商登记中获得的公示公信力，只能是股东资格上的公示公信力，因而善意受让人所信赖的对象仅为股东资格，并非股东权能上的完整，工商登记和股东名册仅能表明股东资格的存在。故而，对于善意受让人而言，在合同未被撤销，转让人股东资格未恢复之前，公司有权要求其承担连带补足责任；若公司起诉要求受让人承担连带补足责任的同时，受让人起诉要求撤销合同，法院则应当先处理撤销合同的诉讼。在承担补足责任后，受让人自可向转让人追偿，这一观点被世界多国公司立法和司法实践所接受。<sup>①</sup>

**三、本案股权转让之效力分析。**本案之中，被告A宾馆并未履行出资义务，其转让给原告某机械公司的股权应当属于本文所言的空股。原告同被告A宾馆签署股权转让协议时，唐某与A宾馆作为甲公司的股东，共同签署协议，同意将A宾馆所持股份转让给原告。公司股东只有唐某与A宾馆，双方均同意转让，符合公司法对外转让的规定，因而被告A宾馆辩称的私下操纵其股权转让的主张明显不能成立。在本案中，被告A宾馆、唐某以及甲公司对于A宾馆所持股份为空股的事实均属明知，不存在欺诈情形，该股权转让合

<sup>①</sup> 例如法国《公司法》第282条规定，未支付股款的股东、相继的受让人和认股人对股份未支付的股款负连带责任，公司可以同时对他们提起诉讼以获取应支付的股款。又如意大利《民法典》第2356条规定，在转让尚未缴足全部股款的股票的情况下，若受让人经催缴仍未支付股款，则自转让之日起3年内，转让人与受让人应连带承担缴纳尚未付清的股款责任。参见虞政平：《股权转让协议的效力审查》，载《法律适用》2003年第9期。《德国有限责任公司法》第16条也有类似的规定：“对于在申报时股份中尚未支付的款项，购买人与转让人共同承担责任。”但《统一有限责任公司法》（1996）倾向于保护善意受让人，规定，已成为成员的受让人，需承担本法第402条规定的转让人的出资义务，及第407条规定的转让人退还非法分配的义务，但该受让人对其成为成员之时所不知晓的转让人成员的负债并不承担责任。参见虞政平编译：《美国公司法精选》，商务印书馆2004年版，第182页。

同也不符合《合同法》所规定的无效情形，故而应当认定其为有效合同。被告A宾馆辩称合同无效的主张明显不能成立。在认定合同有效的前提下，A宾馆负有协助原告办理股权变更登记的义务，而原告同样也负有支付股权转让款的义务。

本案争议的关键点在于空股股权转让情形下，原告是否能直接向公司支付股权转让价款以修正空股瑕疵。《公司法》对此无明确规定。《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定（一）（征求意见稿）》第28条曾拟规定：有限责任公司股东未足额出资即转让股权，公司或者其他股东请求转让人将股权转让价款用于补足出资的，人民法院应予支持。《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见（二）》第四部分第2条有类似的规定。<sup>①</sup>《公司法解释（三）》第18条规定了人民法院在进行股东除权判决时可以释明由公司减资或者由股东或第三人缴纳相应的出资。这一规定实际上隐含了第三人缴纳出资获取空股对应股权的可能性。公司请求受让人直接将股权转让款用于补足出资，实际上是代位行使空股股东对受让人享有的权利。这一制度很好地平衡了各方利益，也利于减少纠纷解决成本，但应当将这一制度限定在通过诉讼判决代位的范围内。本案中，法院否认了被告A宾馆在原告在向其支付转让款之前有协助办理工商登记的义务，实际上等于否认了原告可以通过补足空股瑕疵的方式替代对被告清偿的观点。在不能替代清偿的情况下，若股权转让合同未规定履行先后顺序，A宾馆无疑享有同时履行抗辩权，自然无协助原告办理工商登记和修改公司章程的义务。本案原告受让股权得到了公司和全体股东的认可，并且也已经替代被告A宾馆补足了空股瑕疵。本案法院的判决虽然没有明显的违法，但明显对原告不公，并不符合司法应有之价值取向。此外，在本案判决之中，法院认为股东变更不必然涉及章程变更的观点，显然与《公司法》不符。根据新旧《公司法》的相关规定，股东的姓名和名称是有限责任公司章程必须记载事项，股东变更必然要涉及到章程的变更；若股东已经变更，新股东自然有权要求变更公司章程中的原有记载。

---

<sup>①</sup> 《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见（二）》第4部分第2条规定，有限责任公司股东未足额出资即转让股权，公司或者其他股东请求转让人将股权转让价款用于补足出资的，人民法院应予支持，并且可以追加受让人为第三人参与诉讼。

112

## 引发一人公司后果之股权转让效力

### 【关注焦点】

在新《公司法》出台前，除了国有独资以及外商独资企业外，皆不允许以一人股东之方式设立公司。然而，市场经济生活中，由于股份转让引发公司股份集中于一人股东名下之情形时常发生，这也就是学理上通常所说的设立后一人公司之情形。那么，对设立时一人公司之禁止，是否意味着设立后一人公司也必然要被禁止？尽管新《公司法》已经允许设立一人有限公司，但这在新《公司法》之前却一直是个具有争论之话题。

### 【基本案情】

原告：某房地产开发经营有限公司

被告：某餐饮经营管理有限公司

案外人：甲有限公司

1996年10月，原、被告签订《甲公司设立协议》，约定原告投资30%计180万元，被告投资70%计420万元。之后，双方投资到位，甲公司经工商登记依法成立，注册资金600万元，次日，双方达成《补充协议》，约定由被告全面负责甲公司的日常经营管理。两年后，即1998年12月，原、被告又签订《谅解备忘录》，以解除双方合作关系。该备忘录约定：由被告收购原告在甲公司的30%股权，作价180万元，该款应于备忘录签署后30天内支付给

原告；原、被告一致确认，被告应退还原告为甲公司所支付的装修款总价为400余万元，被告已分别于1996年和1997年向原告支付了200万元，余额应在2000年6月底前付清，双方一致同意原所签订的《甲公司设立协议》及补充协议同时终止，原告应协助被告办理工商变更登记手续。上述备忘录签署后，无论是股权转让价款还是应退装修款，被告皆未支付。另一方面，由于该股权变更登记违反了法律规定，工商行政管理局未对甲公司作变更登记。在此情形下，原告向人民法院提起诉讼，请求被告支付《谅解备忘录》所载明的全部款项。

## 【审理要览】

一、二审法院皆认为：我国《公司法》对一人公司有特别限制，只有国有独资和外商独资企业可以成立一人公司，而本案《谅解备忘录》的约定，原告将其于甲公司的全部股权转让给被告，致使甲公司的全部股权集于被告一人，形成一人公司状态，该约定因违背公司法的规定，应确认无效。至于《谅解备忘录》在确定以上引发一人公司股权转让的前提下，确定被告应代甲公司向原告履行付款义务，因股权转让的前提已违反法律，故该前提下的约定条款均应无效。且《公司法》第5条规定，公司以其全部法人财产，依法自主经营、自负盈亏。甲公司既已经工商登记为独立法人，便具有独立承担责任的能力，原告为甲公司的装修所曾支付的款项，应属甲公司的债务，应由甲公司负责归还。《公司法》第3条还规定，有限责任公司，股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任。被告作为甲公司的股东，已按约定投足了资金，便不应再承担甲公司对外的责任，原告请求被告代甲公司归还所欠原告的债务，于法无据。据此，一审判决对原告的诉讼请求不予支持，在原告上诉情形下，二审判决驳回上诉，维持原判。原告仍然不服，继续提出申诉，其申诉的主要理由是，原、被告所签《谅解备忘录》系双方真实意思的表示，内容中既有对股权的转让，也有对双方债务的确认，而原一、二审判决以股权转让无效为由，确认被告原本自愿认可的对原告所负的债务亦一并无效，这显然令人无法接受。

再审法院认为：本案争议焦点在于原、被告签订的《谅解备忘录》的效力，该《谅解备忘录》中既有双方债权债务关系的条款，又有股权转让条款，关于债权债务关系部分的内容本身，双方并无争议，有争议的是该债权债务关系是否以股权转让的条款为前提。关于股权转让部分的条款的效力，则取

决于如何认定导致股份集中于股东一人名下的股权转让协议的效力。对此，原一、二审判决均以该股权转让协议违反了《公司法》第20条有关“有限责任公司由二个以上五十个以下股东共同出资设立”的规定为由而认定该协议无效。再审认为，首先，《公司法》第20条的规定，属于对公司设立时的人数的法律规定，而并未涉及公司在合法设立后因股权转让而产生的人数问题。因此，以公司设立的法律规定来判断公司设立以后的股权转让行为的效力，并不妥当。其次，公司法并无禁止股东间进行股权转让的法律规定。相反，依《公司法》第35条的规定，股东可以自由转让股份，并且依该条第3款规定，股东在股权转让过程中还享有优先受让权。因此，本案系争股权转让条款符合《公司法》第35条的规定。再次，股东间因股权转让的原因而致公司全部股份集中于股东一人名下时，并不必然产生一人公司。这是因为该名股东既可寻找或吸纳新的股东，使公司重新符合公司法对公司股东人数的要求，也可以对公司进行清理后向工商行政管理部门办理注销手续。可见，在这种情况下，并非必然导致产生一人公司的结果。最后，如果股东在股份全部集中于其一人名下时，既不吸纳新的股东，也不及时办理有关手续，则会使公司在只有一名股东的状态下存续。但在这种情况下，该名股东并不因此而解除其应承担的法律责任。综上所述，就本案事实而言，原、被告签订的《谅解备忘录》系双方当事人真实意思表示，并未违反我国法律和行政法规的规定。因此，该《谅解备忘录》依法成立，其中所约定的股权转让和偿还垫装修款条款皆应认定为有效，双方当事人负有全面履行《谅解备忘录》规定的义务。据此改判：一、撤销原一、二审判决；二、被告应支付原告股权受让价款180万元；三、被告应支付原告代甲公司垫付的装修款280余万元。

## 【裁判解析】

本案性质为股权转让合同纠纷，同时涉及公司债务之承担问题。本案一审、二审及再审争议之焦点，均集中在导致有限责任公司股东归为一人的股权转让合同效力的判断上。一审法院认定合同将导致“一人有限责任公司”状态，违反公司法的强制性规定而无效，同时认定股东承担的是有限责任，无义务在出资额以外承担其他责任。二审法院在股权转让合同效力上认可了一审法院的判决理由，但认为股权转让是债务承担的前提条件，股权转让无效则为公司债务承担之协议亦无法生效。再审法院则完全认可了股权转让协

议以及债务承担约定的效力。本案所涉及到的引发一人有限责任公司后果的股权转让协议效力问题，在新旧《公司法》中均缺少明确规定，理论界和实务界对此有不同的认识。

**一、我国一人有限责任公司制度之发展。**一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。在我国，一人有限责任公司是一人公司的主要类型，学说认为一人公司还包括一人股份有限公司。一人有限责任公司根据其成因上的差异可以分为设立时一人有限责任公司和设立后（衍生的）一人有限责任公司。按股东身份的不同，可以分为国有独资公司、法人独资公司和自然人独资公司。《公司法》在一人有限责任公司的承认上经历了从否认到承认的转变。1993年《公司法》第20条规定：有限责任公司由二个以上五十个以下股东共同出资设立；国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以单独投资设立国有独资的有限责任公司。从该条规定可以看出，旧《公司法》原则上并不允许设立一人有限责任公司，但国有独资有限责任公司除外。另根据《外资企业法实施细则》，外商独资企业在设立时也可以采用一人有限责任公司的模式。新《公司法》则明确承认了设立时的一人有限责任公司，并在第二章第三节辅之以专门规定。这一转变的主要根据有三点：一是尊重一人公司客观存在之事实，鼓励投资创业；二是顺应全球立法之趋势；三是一人公司与法人制度的本质和债权人保护并不矛盾。很显然，承认一人有限责任公司的设立，实际上顺应了我国个人投资需求变化，与其否认一人有限责任公司，不如正本清源，辅之以相关制度使其良性发展；承认设立一人有限责任公司，更是减少权利不真实状态和由此带来的法律纠纷之有效途径，是现代商事法律制度发展的必然要求。

值得注意的是，新旧《公司法》均没有涉及设立后一人有限责任公司的问題。设立后一人有限责任公司，是指公司成立时有数名股东，后来因为股权转让、继承、赠与等原因归至一名股东而形成的有限责任公司。本案之中，甲公司成立时有原告和被告两名股东，符合当时设立有限责任公司股东人数的规定。但后来通过《谅解备忘录》的形式签订了股权转让协议，若协议得到履行，将使公司股权全部归于被告名下，从而形成设立后一人有限责任公司。部分学者认为，在我国公司法承认设立时一人有限责任公司后，衍生的设立后一人有限责任公司则当然不存在问题。但事实也许并非如此，新《公司法》就一人有限责任公司的诸多特别规定恰好是问题产生的源头。如新《公司法》第59条规定了一人有限责任公司的注册资本的限额和出资方式，以及自然人设立有限责任公司的限制以及有限责任公司的投资限制等。这条规



定即有可能产生诸如衍生的设立后一人有限责任公司注册资本和出资方式不符合注册资本和出资方式要求的问题；也可能产生诸如自然人原本只设立了一个一人有限责任公司，但后来因为股权归一，同时拥有两个一人有限责任公司，或者一人有限责任公司投资设立的有限责任公司因为股权归一而又拥有另一人有限责任公司等问题。这些问题在我国立法和司法解释中均缺少相应之规定，这些问题上的缺位又是相关争议产生之根源。

**二、引发一人有限责任后果之股权转让协议效力分析。**导致股权归一的原因主要集中于归一性股权转让协议。所谓归一性股权转让协议，是指导致公司股份集中于一名股东名下或全体股东以外的第三人一人名下的股份转让协议。<sup>①</sup>我国学界和司法界对于归一性股权转让协议存有“无效说”和“有效说”两种学说。本案之中，一审和二审判决即认为该协议无效，而再审判决则认定该协议有效。在新《公司法》颁布之前，“无效说”的理由集中在对于一人有限责任公司的否认上，认为一人有限责任公司违背公司社团性与合性之特征，存在人格混同之危险，不利于债权人之保护。因而普遍主张旧《公司法》第20条属于强制性规范，即不允许存在一人有限责任公司。由此，如果股权转让协议导致公司股东人数违背第20条所规定的限制，则该协议因违反法律的强制性规定而无效。在新《公司法》修改之后，“无效说”理由则集中在了“一人有限责任公司”与普通有限责任公司的法律规制所存在的较大差异上。如果归一后的有限责任公司不能符合一人有限责任公司的特殊要求，则该协议因违反法律规定而同样无效。必须指出的是，正确认识和处理归一性股权转让协议的首要前提，在于对股权转让协议效力和股权变动效力之区分。股权转让协议应当依据《合同法》有关于合同效力的要件来判定；若股权变动违背法律规定则不能发生权利移转和不能取得登记，但这并不影响作为其基础合同之效力。如果将不能发生权利移转和不能登记作为合同无效的原因，则势必会出现一种“倒果为因”的情形：基于一个有效的股权转让合同而产生的股份集中于一个股东的后果，导致了对有效股权转让合同效力的否定。<sup>②</sup>将股权转让协议所产生的股权变动结果作为股权转让协议无效的依据，实际上产生了一个严重的悖论，即完全混淆了处分行为和负担行为。此外，恰如本案再审判决所言，归一性股权转让也并非最终必然导致

① 孙福山、石旭斋：《归一性股权转让协议效力探讨》，载《西安财经学院学报》2009年第3期。

② 柳经纬：《股权转让与一人公司问题探讨》，载《法学论坛》2005年第1期。

一人有限责任公司的产生。故而关于无效说之观点并不可取。

“是否违反法律的强制规定”是判断归一性股权转让协议效力的争议焦点。根据《合同法解释（二）》第14条的规定，判定合同无效的强制性规定指的是效力性强制性规范。而所谓效力性强制性规范，又是指“非以违法行为之法律行为为无效，不能达其立法目的者，为效力规定。”<sup>①</sup> 史尚宽先生认为：“自法律规定之目的言之，惟对于违反者加以制裁，以防止其行为，非以之为无效者，此种规定，称为取缔之规定，与以否认法律之效力为目的之规定相对称。”<sup>②</sup> 效力性规范之主要目的在于否认法律行为的效力，而取缔性（管理性）规范之主要目的则在于禁止相关行为，否认其事实价值。就旧《公司法》第20条的规定而言，其关于股东人数规定之目的在于维护公司之社团性，对于不符合该条规定的公司设立予以禁止。首先，该条规定规范的是公司设立行为，并没有规范设立后存续的一人有限责任公司。在本案中，再审判决即以此点为依据，认为合同有效。其次，该条规定之立法目的在于禁止一人有限责任公司的设立，而非否认导致一人有限责任公司合同之效力。故该条规定当属取缔性（管理性）规范，并不应作为判断合同效力之依据。

在民商法领域，法不禁止则为自由。无论是旧《公司法》还是新《公司法》均未对设立后存续性一人有限责任公司作出明确的界定，更未对作为其基础的归一性股权转让协议的效力作出规定。只要此类协议并未违反法律效力性禁止，则应当承认其效力。这也符合在没有明确限制情况下，股东可自由转让其股权的法律精神。在承认归一性股权转让合同有效性前提下，如何处理由此而生的股权变动是处理此类案件另一核心问题。归一性股权转让合同履行结果为股权权属发生变动，股权归于一人，即是在禁止一人有限责任公司的国家，也通常赋予一定的期限，使得公司有机会吸纳新的股东，以避免公司解散。<sup>③</sup> 从司法政策上来说，只要这种瑕疵能够补正，就应当尽量避

① 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第330页。

② 同上书第331页。

③ 如《法国公司法》规定：全部股份或者出资集中于一人时，公司并不当然解散，而应当在一定的年限内补正，逾期未补正时，利益关系人可向法院请求解散公司。又如《韩国商法》第610条第2款规定：当发生社员仅剩一人的事由时，可以社员的加入继续公司。再如我国香港特别行政区《公司法》规定：公司的股份因为各种原因集中于一位股东手中时，该股东有六个月时间对此予以调整，该股东可以将价值一港币的一股转让于他人，公司的地位就不受任何影响。参见莫晓明、金剑锋：《公司诉讼的理论与实践问题研究》，人民法院出版社2008年版，第338页。

免解散。无论是1993年《公司法》还是2006年《公司法》均没有将“股权归一”作为公司解散的原因。最高人民法院2003年发布的《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定》（征求意见稿）第50条规定：有限责任公司因股权转让导致股东为一人时，在6个月内既未吸纳新股东又未进行企业性质变更登记的，该股东应当对公司债务承担无限责任。该征求意见稿虽未颁行实施，但一定程度上反映了司法政策的原有导向，实际这也是借鉴其他国家相关有益经验之结果。

在旧《公司法》体系下，虽然法律没有禁止设立后存续性一人有限责任公司，但若取得一人有限责任公司登记在当时显然是不可能的。归一后的公司可有三种选择：一是积极吸纳新股东，继续维持公司的法人团体性；二是变更（如果股东为自然人则变更为个人独资企业。若股东为法人，则可变更为法人分支机构）；三是解散。当然根据该意见稿，若既不吸纳新股东，又不变更也不解散，根据上述《征求意见稿》，公司归一股东将承担无限责任。<sup>①</sup> 在新《公司法》颁行后，归一后的公司可以将企业性质变更为一人有限责任公司。若归一后的一人有限责任公司存在瑕疵而不符合公司法设定的有关一人有限责任公司的标准，则为了提高公司运作效率，维护市场交易秩序，可以要求归一股东限期补足瑕疵”。当然，归一后的公司股东也可以选择前述三种途径。

**三、关于本案债务承担协议效力之分析。**本案另一争议是有关公司债务承担约定之效力。本案中原告与被告签订的《谅解备忘录》实际包含股权转让和债务承担两部分内容。所谓债务承担，是指不改变合同的情况下，债权人、债务人与第三人订立协议，将债务全部或者部分转让给债务人承担的情形。债务承担可由债务人和第三人订立，但需得到债权人同意，亦可由债权人同第三人订立，通说认为只需通知债务人。本案之中，原告已经完全履行了其出资义务，其借款予甲公司进行装修，与甲公司之间又进一步形成借款合同法律关系，原告为债权人，甲公司为债务人。本案中原告具有双重身份：一为甲公司的股东，一为甲公司的债权人。被告亦具有双重身份，一为甲公司股东；二为合同相对人。原告向甲公司提供借款进行装修，并没有损害甲公司利益，也得到了被告的认可，故而其与甲公司之间的债权债务关系合法有效。被告基于其将受让原告股权，成为甲公司唯一股东的考虑，在债务承

<sup>①</sup> 戚莹：《存续的一人公司探析：兼论〈公司法〉关于一人公司制度的完善》，载《云南大学学报法学版》2008年5月刊。

担协议签订之前就代甲公司清偿其债务。被告在答应签订债务承担内容协议时，并非仅以甲公司股东之身份，更不能与其作为股东所履行的出资义务相混淆。一审法院与二审判决均认为被告已经履行了出资义务，对公司债务承担有限责任，故不应再为甲公司对原告的债务承担责任，这实际上就是混淆了当事人的股东身份和在公司股东之外的债权债务受让人等其他身份。作为公司之股东，自然有同公司债权人缔结协议而为公司债务承担个人责任之自由，无论是股东代为履行清偿还是以债务承担的方式替代公司还债，法院均不应干涉股东的此等自由。

从协议内容上来看，被告与原告签订债务承担协议虽然基于其能受让原告股权的考虑，但股权转让协议效力并非债务承担协议生效的当然条件，股权转让协议的生效与否可以并不影响债务承担协议之生效。司法实践中，股权转让人与受让人之所以又签订债务承担协议，多是基于一人有限责任公司与股东债权债务一体化的简单认识，但事实上，各国对于一人有限责任公司财产与股东财产混同现象均设立了较为严格的限制。一人有限责任公司的显著特征依然是其独立之法律人格及其独立之财产。新《公司法》承认设立时一人有限责任公司，但附有严格的规制，最核心的就是要避免公司股东和公司之间人格与财产之混同。该法规定了特别的透明要求、审计与会计要求以及英美法系“刺穿公司面纱”类似的人格否认制度。实践之中，有关于一人公司股东和公司财产责任一体化的认识难免存在误区。若想在归一后实现股东与公司财产责任的完全一体化，唯一的途径即是变具有法人资格的公司为不具有法人资格的个人独资企业。

113

## 显名人转让

### 隐名股权所获溢价之处理

#### 【关注焦点】

代他人持有之股份，若进行转让，应遵从怎样的规则？该类股权转让获利时，代持股人应否将所获溢价支付给实际投资人？

#### 【基本案情】

原告：甲有限公司

被告：乙有限公司

被告曾与原告之间的项目合作关系而欠原告款额 450 万元人民币。1995 年 6 月，被告与另一公司共同组建一饮水公司，其中被告出资 1590 余万元，占该饮水公司出资比例的 51%，另一公司占出资比例的 49%。1996 年 9 月，被告与原告签订协议，双方约定：原告同意被告将所欠其款 450 万元投入饮水公司，以此作为原告在饮水公司中的出资金额；原告出资的上述资金，同意以被告名义出资于饮水公司；原告在饮用水公司注册资金中的出资比例为：被告在饮水公司注册资金中的出资额（含原告的 450 万元）所占的出资比例，乘上原告出资额在被告出资额中的比例。饮用水公司的盈利额或亏损额，在被告按注册资金中的出资比例分享或分担后，再按原告在被告出资额中的出资比例，由被告向原告分给利润或分担亏损。饮用水公司每次董事会

会议讨论的内容，在会议举行前由被告用书面形式通报原告，会议讨论通过的书面决议和其他书面文件报表，由被告分送原告一份。1997年7月，饮水公司的注册资金增加为4300余万元，被告出资3070余万元，占出资比例的70%，另一公司则占出资比例的30%。同年12月饮水公司首届董事会临时会议形成决议，同意被告向A公司转让其在饮水公司的70%的股权，该A公司为上市公司。半个月后，A公司在《上海证券报》刊登首届董事会决议公告，发布了其收购被告在饮水公司70%的消息。10天后，被告与A公司正式签署《股权转让协议书》，明确被告将其持有的饮水公司70%股权全部转让给A公司，转让价格为4230余万元。三天后，A公司再次在《上海证券报》刊登收购饮水公司70%股权的补充公告，A公司在之后的二个月内即1998年2月前全部付清了上述转让款。近一年后，1999年1月19日，原、被告签订《股金转让合同》，约定：原告在饮水公司的全部股金450万元在1999年1月1日按原额全部转让给被告，被告支付此转让款的日期为合同签订后3日内支付250万元，1999年2月10日、3月30日、4月30日、5月30日前各支付50万元，若逾期支付应按未付金额的延期期限支付每日万分之五的违约金，或解除本合同，终止股金转让。该协议签订后，被告至1999年12月1日才将上述款项全部付清。

2000年4月，原告因上述转让款逾期支付以及1996年、1997年度饮水公司净利润之事，曾向法院状告过被告，2000年12月法院判决被告应支付原告1996、1997年度利润款5万余元以及股金转让款逾期支付违约金6万余元，该判决现已生效。2001年8月，原告因欠案外人B公司借款70万元，曾将其在被告处的饮水公司1998年度利润67万余元及相关从权利转让给B公司，该B公司因向本案被告催收无着，于2001年11月向法院起诉，要求本案原、被告共同偿还70万元借款。人民法院于2002年1月曾作出判决，认定从1998年起，被告已不是饮水公司股东，不再享有饮水公司的利润，故原告与该B公司之间的债权转让协议不能成立，判决原告单独偿还B公司借款70万元，该判决也已生效。据此，原告得知被告已于1997年12月将包含其450万元股权在内的全部股权转让给A上市公司一事，并得知被告因该转让获得相应溢价，遂以被告转让股权给A上市公司未征得其同意以及之后双方《股金转让合同》系被告隐瞒事实所为提起本案诉讼，再次状告被告，请求被告按照同股同权原则，支付其450万元股权下的转让溢价计人民币168万余元。被告则辩称：450万元应是借款，而非原告的投资款，之所以双方曾约定为投资款，是为了规避法律，故原告不是饮水公司股东，不享有股东权益。因此，

也就不享有股权转让溢价的权利，其向 A 上市公司转让股权与原告无任何关系；何况，在 1999 年 12 月，被告即已全部归还了 450 万元，且对该笔还款逾期还承担了相应的违约金。另外，其于 1997 年 12 月向 A 上市公司转让股权时依法进行了公告，原告于公告之时知道或应当知道股权转让之事，但原告在知道后又与被告于 1999 年 1 月签订 450 万元的股金转让合同，表明原告已对自己的权利进行了处分。无论从 1997 年 12 月起算，还是从 1999 年 1 月起算，至原告提起本案诉讼时，皆已超过诉讼时效；而且，原告曾将所谓应当得到的 1998 年度利润转让给 B 公司，现原告没有撤销该转让，又来主张权利，故也不具备合格的原告主体资格。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：原、被告双方曾明确以协议方式约定，由原告将 450 万元以被告名义投入饮水公司，并共享利润、共担亏损。从该约定来看，原、被告之间设定的是一种隐名投资关系，原、被告之间的这一隐名投资协议是双方真实意思表示，没有违反我国法律和行政法规的强制性规定，所以双方之间的隐名投资不具备无效合同的要件，可以确定被告在饮水公司的投资中有原告的股份。隐名投资中，隐名合伙人对外不参加企业的管理，不具有经营者的身份，不能对外行使权利。但隐名合伙人与显名合伙人之间的权利义务受双方的隐名投资协议的约束，被告将其在饮水公司中投资款 3070 余万元以 4230 余万元的价格转让给 A 上市公司，其中也包括了原告的投资款 450 万元，故原告在 4230 余万元的转让款中也享有相应的份额，原告诉请被告支付相应比例溢价 168 万余元的理由成立，应予支持。至于被告辩称，其与原告之间的 450 万元是借款而非投资款，之所以约定为投资款意在规避法律，所以原告不是饮水公司的股东，被告就此并未提供相应的证据来证实其主张，反之，被告实际已按另案判决将 1996、1997 年度饮水公司的利润分给了原告，原告已实际享受了饮水公司股东的权益，故被告该项辩称不能成立。至于被告辩称原告已自己处分其权利，且已超过诉讼时效的主张，法院认为：原、被告双方签订《股金转让合同》确在 A 上市公司刊登股权收购公告后，但双方在该合同中，仅是对 450 万元股本金进行了处理，并未对该股本金下的转让溢价款作出处理。诉讼时效期间系从知道或应当知道权利被侵害时起计算，在被告未向原告作出拒绝支付股权转让溢价款的明确表示前，不能认为原告的权利受到了侵害，只有被告明确表示不同意给付溢价款，才能视为

原告知道或应当知道自己的权利受到了侵犯，所以被告抗辩原告起诉溢价款超过诉讼时效一说也不能成立。至于被告认为原告曾向案外人 B 公司转让 1998 年利润款，因而原告不具备本案适格主体之说，因法院已于另案判定，原告的该项债权转让不能成立，且原告转让的是利润而非股权转让溢价款，故被告此说亦不能成立。据此判决：被告应于判决生效之日起十日内支付原告应得股权转让溢价款计人民币 168 万元。

## 【裁判解析】

本案系因隐名投资而引发的合同纠纷。在本案之前，原告因其隐名投资曾发生过两起诉讼纠纷。司法实务中，因与本案类似隐名投资和名义持股所生的纠纷逐年增长。本案争议之焦点在于原告同被告之间的法律关系是属于借贷法律关系还是隐名投资法律关系。法院最终认可了双方签订的代持股协议，认为原告作为实际投资人，有权获得其投资股权的转让溢价。《公司法》对此类隐名投资法律关系缺乏明确的规制，《公司法解释（三）》对于隐名投资所生纠纷的法律适用则作出了一些原则规定。处理由隐名投资而引发的股权转让纠纷需对以下问题有合理之认识：

一、代持股关系之法律性质。在多数情况下，投资者既是实质股东，也是名义股东，即所谓股东名实相符。但基于各种原因，也出现了实际出资者与名义持股人不相符的现象，<sup>①</sup> 其中原因既有合法的，也有非法的。在公司法实务中，较为常见的原因分为规避法律和政策的原因与非基于规避法律和政策的原因，前者如不愿意暴露真实财富、个人商业投资的考虑等；后者如规避公司法对有限责任公司股东人数之限制、规避法律对公务员投资盈利行为之限制、规避法律对投资领域和投资主体之限制、利用国家的特殊优惠政策等。实际出资并委托他人代为持股的人成为隐名出资人，受他人委托并名义持股的人称为显名股东。显名股东通常记载在股东名册、章程以及公司的工商登记材料之中。因隐名投资所生法律关系主要分为两大类，即内部法律关系与外部法律关系。在内部法律关系中，则又通常包含隐名出资人与显名股东之间的法律关系、隐名出资人与公司之间的法律关系、隐名出资人与其他

<sup>①</sup> 学者一般将实际出资人（隐名出资人），称为“隐名股东”，与“名义股东”或者“显名股东”相对。但实际上实际出资人在我国现行公司法体系下并非股东，并不当然具有股东资格。实际出资人要获得股东资格需要一个确权或者认可之程序。



股东之间的法律关系三大类。在隐名出资人和显名股东之间一般会有一份代持股协议，而这代持股协议则是解决内部法律关系纠纷的基础所在。此类协议内容通常包括隐名出资人的实际投资情况、红利的分配、责任的负担以及报酬支付等内容。多数学者认为，只要此类代持股协议不违反法律的强制性规定，原则上即应当承认其效力。《公司法》同样并未禁止此类代持股协议，更未否定其效力。

代持股协议是代持股法律关系的基础。按照大陆法系传统学说，对内而言，此种关系似应认定为委托关系；对外而言，此种关系则似应认定为隐名的间接代理。但代持股关系与隐名的间接代理关系中实则存在诸多之不同，比如工商登记的公信力决定了受托人的披露不能免责。相对于委托解释而言，源于英国衡平法的信托制度则提供了更好的解释。有学者认为：“当隐名出资人为公司的实际股东时，由于公司其他股东均认可其股东身份，隐名出资人亦实际以显名股东的名义行使了股东权利，故其信托的财产应为相应的股权。”<sup>①</sup>该观点与《公司法解释（三）》第25条的精神相吻合，公司半数以上股东同意隐名出资人显名为股东，成为隐名出资人取得股权的必备条件。在此种情形下，只要其他股东认可其股东身份和资格，法院通常会认可其股东资格，而在公司其他股东不认可其股东身份时，则似应认定为其信托的为出资，而非股权。受托人按照委托人的意愿购买股权，无论是信托股权还是信托出资，受托人虽以自己名义所有，但均不能损害受益人（委托人）之利益。

如何将代持股关系与借贷关系进行区分是处理代持股纠纷的关键所在。在所谓信托出资情形下，隐名投资人不被公司其他股东所认可，不具有股东资格，因此在产生纠纷时，受托人多会以借贷关系作为抗辩。本案之中，被告就辩称双方为借贷法律关系。如果将双方认定为借贷法律关系，在没有约定利息情况下，无疑出资方仅得享有收回借款的权利，并无权请求移转红利以及股权转让价款等；当然，名义股东亦无权权利要求出资方承担亏损风险以及支付报酬等。在借贷法律关系和隐名投资法律关系中，双方的权利义务存在较大的差距。很显然，区分两者的关键在于对代持股协议的性质进行界定。合同的性质一般可从合同之目的中得以区分，并反映在合同的具体条款之中。对于所谓代持股协议，首先应当确定该协议之中是否对股权归属作出了明确的约定，若协议中明确约定隐名出资人出资并享有股权，则一般应当认定为代持股协议；而若协议中约定“甲方出资1000万用于乙方购买股权”，

① 潘福仁主编：《股权转让纠纷》，法律出版社2010年版，第44页。

则单凭此类约定则一般并不能认定为隐名投资法律关系。其次，还应当看协议之中是否存在如红利支付、亏损承担等条款。本案之中，双方不仅约定了原告出资所占公司股份之比例，而且约定亏损和盈利的移转，甚至还规定了董事会会议文件的移送等。最后，应当注意显名投资人是否向隐名投资人实际移转了股东权益。名义持有人多年向隐名出资人移转股东权益的事实，将成为证明双方为隐名投资关系而非借贷关系的重要事实证据。

**二、代持股转让之法律效力。**享有股东资格是股东进行股权转让的前提。在股东资格认定上，历来存在“实质说”与“形式说”两种最为基本的观点或争议。<sup>①</sup>学者蒋大兴认为，这实为“意思主义”和“表示主义”之争。<sup>②</sup>某种程度而言，我国新《公司法》实际上偏重采纳了“形式说”的观点，这无疑是基于保护商业交易安全和商事外观主义特质的考虑。根据新《公司法》第33条的规定，确定股东资格的依据，可以公司的股东名册，凡记载于股东名册之上的股东，一般应当认定其具有股东资格，而工商登记则是股东资格产生对抗第三人效力的依据。简而言之，股东资格对内一般以股东名册为据，对外则一般以工商登记为据。在隐名投资法律关系当中，名义股东记载于股东名册和工商登记之中，隐名出资人通常只能依据代持股协议享有请求权。

因隐名投资所形成的股权转让一般涉及两种情形：一是隐名出资人对外转让股权；二是名义股东对外转让股权。本案所涉为后一种情形。根据形式说，名义股东无疑应当具有对外转让股权的资格，而隐名出资人在出资未显名化之前则不具有对外转让所谓股权的资格，其转让的并非股权，而是某种广义上“受益权”或者与其协议所对应产生之债权。显名出资人依照形式说享有股东资格，对外转让所谓其名下之股权，第三人信赖工商登记而受让该股权自应受到法律保护。然如前所述，显名股东与隐名出资人之间关系犹如一种信托关系，作为受托人的显名股东自不得损害隐名出资人的利益。在受让人利益的保护和隐名出资人利益的保护之间往往可能存在一定的冲突。

<sup>①</sup> “实质说”认为应当依据“谁出资，谁所有”的原则，认定实际出资人享有公司的股权。“形式说”认为应当根据股东名册、公司章程和工商登记等外在形式表征作为认定股东资格的依据。在这两种学说之间还存有“折中说”，折中说认为应当以隐名投资人是否直接以股东的名义行使权利为依据。若隐名出资人以股东名义直接行使权利，则以其为股东。若隐名出资人未直接以股东名义行使权利，则以显名投资者为股东。参见赵旭东主编：《公司法》，法律出版社2003年版，第280页。

<sup>②</sup> 蒋大兴：《公司法的展开与评判：方法·判例·制度》，法律出版社2001年版，第444页。

如果名义股东对外转让股权得到隐名投资人的授权和指令,则该股权转让应自不生异议,但如果对外转让股权并未得到隐名投资人的同意,则便产生该股权转让行为是否有效的法律问题。

人们可以注意到在隐名投资人与显名股东之间的信托关系当中,信托目的构成对受托人处分信托财产的限制。信托的股权或出资虽然归于受托人名下,但实际上是为信托目的和受益人利益而存在的财产。如果受托人违反信托目的,损害受益人利益,大陆法系国家信托法通常赋予受益人撤销权。<sup>①</sup>《信托法》第22条规定,受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的,委托人有权申请人民法院撤销该处分行为,并有权要求受托人恢复信托财产的原状或者予以赔偿;该信托财产的受让人明知是违反信托目的而接受该财产的,应当予以返还或者予以赔偿。在隐名投资法律关系中,信托之主要目的在于名义持股并移转股东权益,若受托人“托而不信”,损害隐名出资人的利益,则作为委托人(受益人)的隐名出资人即可行使撤销权。《信托法》对此种撤销设定了限制,即善意受让不得撤销。善意受让人的保护关乎商事交易秩序安全,尤为重要,显名股东记载于工商登记之中,如第三人善意信赖此项登记,自应受到法律优先之保护。部分学者认为,该情形类似于《物权法》第106条所规定的无权处分。但也许两者存在一定差异。是否享有处分股权的权利,原本应以股东资格为前提。但所前文所述,在隐名出资人“准正”之前,其并不具有股东资格,自然即无处分股权的权利。此时,若又不承认显名股东的处分权,则使得该类处分权实际处于真空之状态。以信托的角度加以解释,受托人则可享受信托目的范围内之相应处分权,故从信托角度予以解释似乎更为恰当。《公司法解释(三)》第26条规定,名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,实际出资人以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的,人民法院可以参照《物权法》第106条的规定处理。《物权法》第106条即是有关无权处分和善意取得之条款规定。根据该条款,善意受让人需满足三项标准:受让时善意;合理价格受让;已经登记。尽管如此,从更严谨的观点来看,显名股东所处分股权实际并非物权处分,故自不应适用物权处分之相关条款,也许依据《信托法》之相关规定,来判断该类权利之归属状态,可能更为适当。

**三、代持股转让价款之处理。**名义股东处分股权后,实际出资人原则上

<sup>①</sup> 徐卫:《信托受益权的法律性质新探》,载《上海财经大学学报》2006年8月。

有权要求名义股东移转相应价款。如果处分未征得实际出资人的同意，损害了实际出资人的利益，实际出资人还可依据双方协议要求名义股东承担相应的赔偿责任。《公司法解释（三）》第26条第2款进一步规定：名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。名义股东持股既是为了隐名出资人的利益，无论处分是否得到隐名出资人的同意，其转让所得价款自应归入信托财产。这也与《信托法》第14条关于信托财产的规定精神相符。隐名投资人作为受益人自应享有信托受益权。有关于信托受益权的性质，一直存在较大的争议，存有债权说、物权说和双重性质说三类学说。<sup>①</sup>对此应当认为，首先应厘清受益权是否确实包含了受益人的信托知情权、信托财产管理方法变更权、将信托财产追及权等权利。如果其中包含有物上请求权效力的“追及权”，则信托受益权即含有物权因素；但仅从信托利益归属之狭义角度而言，信托受益权一般应当界定为债权较为妥当，即本质上应为请求权。从《公司法解释（三）》第25条、第26条以及江苏、山东和上海等地方高院的规定来看，将这种要求移转投资权益（包括转让价款）的权利理解为债权是合理和恰当的。至于因股权转让所产生的溢价归属问题，如能认定双方为代持股信托关系，则溢价款归属于信托财产应无异议。溢价款即应当属于《公司法解释（三）》第25条所称的“投资权益”，隐名出资人依据代持股协议所形成的关系，应可享有请求显名股东移转溢价款之权利。

尽管股权转让价款可属于信托财产之范围，因而应向受益人移转，但此种受益权是否应当受制于时效之限制则存有疑问。将受益权（狭义）界定为债权，则无疑应受制于诉讼时效的限制。按《民法通则》的规定，一般为两年普通诉讼时效，从当事人知道或者应当知道权利被侵害之日起算。从本案法院认定的事实来看，1998年被告既已将股权转让给A公司，并未征得原

<sup>①</sup> 债权说认为，信托受益权是受领和请求受托人的特定行为的权利，属于债权；其所含的监督、异议、知情、撤销等权能，均不得直接对标的物占有、使用、收益和处分，实为债权之救济权利、派生权利，属于债权之权能。参见李锡鹤：《论法律上的归属》，载易继明主编：《私法》（第5辑第1卷），北京大学出版社2005年版。

物权说认为，信托受益权是一种新型的特殊物权，只是具有某些债权因素而已。参见周晓敏：《论信托受益权的法律性质》，载《法制与社会》，2009年12月下。

双重性质说认为，信托受益权既具有物权性要素又具有债权性要素。参见[日]新井诚：《信托法》，有斐阁株式会社2002年版，第42页，转引自张淳：《关于信托受益权的性质：对有关国家法学界的有关研究的审视与检讨》，载《湖南大学学报》2010年9月。

告的同意。股权既已转让，信托的目的已经不能实现，理应终止。按《信托法》第55条之规定，股权转让款（包含溢价款）应当归属于受益人（隐名出资人）。然本案原告在2001年参加另案诉讼之前，并不知悉股权既已转让之事实，还曾提起诉讼要求被告支付1996年、1997年之利润。1999年签订的《股金转让合同》显然是原告基于被告隐瞒股权已经转让之事实情形下签订的。信托在1998年既已终止，自无转让受益权之可能，故该项合同自始履行不能，应当认定为无效。被告向原告支付400万元的行为，应当认定为向受益人（隐名出资人）移转部分信托财产的行为。1996年、1997年利润以及股权转让溢价款皆属于信托财产范围，自应当也移转于原告。原告2002年才知悉股权转让及由此而引发的信托终止事实，诉讼时效应当从2002年起算，故本案并未超过两年诉讼时效。法院将本案界定为“股权侵权纠纷”，认为应当从被告明确表示拒绝支付之日起算，这也许有所不妥。如前文所述，在原告“准正”之前，并不享有股权，作为显名股东的被告将股权转让，应不认为存在侵害股权之可能。正确的理解与把握是，将其理解为信托合同履行引发之纠纷，故而诉讼时效同样应当从原告知悉股权转让和信托终止之日开始起算。

**四、关于本案相关判词之分析。**本案判词中部分内容亦存有不妥之处。首先，本案法院判决将原告与被告之间的关系认定为隐名合伙关系并不妥当。从本案双方签订的协议内容来看，双方并不存在所谓的合伙意图，不能认定为合伙协议。原告只是将其出资托被告代管。根据该约定，被告实际上无权从原告投资中获取利润，双方投资及收益各自归属己方，自无共享利益之可能。双方缺乏合伙所必须具备的高度人合性，故而认定为隐名合伙关系当然不妥。其次，法院关于原告已经实际享有了股东权利的界定亦有不妥。原告通过诉讼要求被告移转投资收益并获得法院支持，并不表明原告直接享有股东权利，且即便收取红利也只是股东权利的一部分，并不表明整个股东权利，即使显名股东向隐名出资人移转红利，也并不表明股东即实际享有了收取红利的股东权利。在隐名出资人通过一定程序“准正”其隐名投资之前，其只享有受益权，并不享有股东权。

## 名义股东之间 转让股权是否须要支付对价

### 【关注焦点】

按隐名股东之意愿，显名股东将其代为持有之股权转让给隐名股东指定之受让人，该受让人依然是代同一隐名股东持有股权，该类有名无实之股权转让合同是否有效？认定其有效或是无效将会产生哪些不同之影响？

### 【基本案情】

原告：蔡某

被告：肖某

1991年初，港商王先生出资60万元挂靠于某集体，设立甲皮革制品厂。2002年，相关政策规定，挂靠集体的企业必须脱钩改制，王先生遂委托厂内包括原告蔡某在内的5名工作人员作为名义上的股东向工商部门进行登记，将企业改为股份合作企业。按照工商登记的公司章程及股东名录记载，蔡某、陈某、沈某、谢某、叶某分别出资24万元、12万元、12万元、6万元、6万元，各占股份的40%、20%、20%、10%、10%。同时，以王先生为“甲方”，5位名义股东为“乙方”，双方于2002年4月28日签订了一份《协议书》约定：“注入甲皮革制品厂中的60万元资金，属于甲方所有；乙方各人所持有的股份，全部是受甲方的委托；因此，厂中的所有资金、财物、产业，

全部属于甲方所有。”2006年7月，王先生对厂内管理人员进行调整。通过“协商”，股东会制作了《股东会决议》向工商部门变更登记，以股权转让的方式，将原在工商部门登记为原告蔡某、谢某和叶某名下的股份转让给被告肖某，将陈某名下的股份转让给沈某。2006年7月19日，被告肖某与原告蔡某以及原企业的名义股东谢某、叶某三人分别签订《股份转让合同》。《股份转让合同》分别约定，被告肖某分别受让原登记于蔡某名下的40%股份、谢某名下的10%股份、叶某名下的10%股份，被告肖某作为受让人须在合同订立之日起7日内分别支付原告蔡某、谢某、叶某股份转让款24万元、6万元、6万元。同日，作为新的“股东”，被告肖某也与实际投资人王先生签订了一份《协议书》申明，被告肖某与原告蔡某及谢某、叶某三人签订的《股份转让合同》所记载的股份转让实际上是无偿的，肖某所持股份是受王先生委托，厂中的所有资产仍然属于王先生所有。另外，陈某也与沈某签订了《股份转让合同》，将登记于其名下的20%的股份转在沈某的名下。合同签订后，该企业向工商部门申请变更登记。原告蔡某向被告肖某主张24万元的股权转让款未果，遂诉至法院。

## 【审理要览】

法院经审理认为：本案中，甲皮革制品厂是由港商王先生出资60万元设立，虽然后来的工商登记材料显示，原告蔡某在甲皮革制品厂的出资是24万元，但就该24万元的出资，蔡某除了提交上述工商登记材料外，并无其他证据证明其对甲皮革制品厂的出资情况。相反，从原告与王先生签订的《协议书》可以充分证明原告是受王先生的委托持有股份。由于蔡某并没有在甲皮革制品厂履行出资义务，因此，从实质性方面审查，蔡某仅是甲皮革制品厂的名义股东。

被告肖某也是受王先生的委托，在明知蔡某是名义出资人的情况下与其签订《股份转让合同》“受让”登记于蔡某名下的股份，从真实意思表示来考量，双方签订的《股份转让合同》并非基于“原告转让股权、被告支付对价”的意思表示，故双方所签订的合同无效。因此，原告要求被告支付股权转让款24万元无事实及法律依据。据此于2006年11月22日作出判决：驳回原告蔡某的诉讼请求。一审判决后，原、被告均未上诉。

## 【裁判解析】

本案性质为股权转让合同纠纷，所涉企业之性质为股份合作制企业。股份合作企业极具我国特色，但在法律上缺少明确的规范，只有一些部门规章和地方法规对此有部分规定。国家经济体制改革委员会1997年曾颁布了《关于发展城市股份合作制企业的指导意见》。该意见第4条认为：股份合作制企业是独立法人，以企业全部资产承担民事责任，主要由本企业职工个人出资，出资人以出资额为限对企业的债务承担责任。股份合作企业在诸如有限责任、公司架构等方面与公司存在相似性，但其与公司也存在一定的差别，如职工股占多数，特殊的表决方式以及高度的人身附随性等。由于股份合作企业缺少法律上的明确定位和规制，一些地方人大和工商行政管理部门也颁布了一些股份合作制企业向公司改制的规定和意见。<sup>①</sup>由于公司内部治理结构和外部权利义务与有限责任公司存在一定的相似之处，<sup>②</sup>股份合作制企业又有向公司改制的趋势，因而参照公司法规定处理其中的股权转让问题应是合理之选择。本案名义股东之间的纠纷实际亦可参照公司法相关法理和规定来进行处理。

本案之中，原告与被告均未向该股份合作制企业进行任何实际的投资，原告与被告名下的股份均是由第三人王某出资，原告与被告均系名义股东。名义股东产生于隐名投资现象之中，与隐名投资人相对，是指其出资全部由隐名出资人实际认购缴纳，但却记载在股东名册、公司章程或者工商登记材料中的股东。原告与被告均原系该企业改制前的员工，均与实际出资人王某签订了代持股性质（隐名投资协议）的协议书。之后的股权转让也是在王某的安排下进行的，原告与被告之间的股权转让实际上只是名义股东的变更而已。法院最终认定原告与被告之间的这类股权转让协议无效。很显然，显名股东之间的股权转让纠纷，其根源依然在于隐名投资。

**一、本案代持股协议之效力。**本案隐名投资关系由企业改制形成。隐名投资人受制于其香港身份，并不能成立股份合作制企业，故而采用了隐名投资的方式，由其他五名原企业职工代为持股。如之前案例分析所曾指出，隐

<sup>①</sup> 如浙江省工商局颁布的《股份合作企业改制操作意见》、贵州省人大常委会颁布的《贵州省股份合作企业条例》，均涉及股份合作制企业采用公司制的规定。由于股份合作制法律性质上的模糊，以及缺少配套的法律规制，弄虚作假现象十分严重。向公司制或者合伙企业改革是股份合作制企业改革的方向。

<sup>②</sup> 潘福仁主编：《股权转让纠纷》，法律出版社2010年版，第129页。



名投资形成的原因可以分为规避法律和政策的原因和非基于规避法律和政策的原因两大类。隐名出资形成的原因可能影响到隐名投资协议的效力，如基于洗钱犯罪活动而进行的隐名投资无疑是不受法律保护的。根据《公司法解释（三）》第25条的规定，法院原则上应当认定代持股协议有效，除非满足《合同法》第52条规定的无效情形。在处理因隐名投资所生法律纠纷中，应当坚持内外有别的原则。代持股协议属于显名股东和隐名股东之间的内部约定，只要不违反法律的强制性规定就应当尊重意思自治，承认其效力。《合同法》第52条共涉及五种合同无效的情形。隐名投资现象产生的原因不能一一罗列，较为常见的规避原因是对法律关于投资主体、投资领域、投资比例等限制的规避；违法律、行政法规的强制性规定则是法院否认代持股协议效力的常见原因。对此，应当将“强制性”规定做严格之解释：首先，应当将“强制性”规定限定在法律和行政法规范围内。《合同法解释（一）》第4条规定：“合同实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”地方性法规和规章中对于投资主体、比例、领域的限制一般不能成为判定代持股协议效力的依据。其次，应当区分效力性规范和取缔性规范。根据《合同法解释（二）》第14条的规定，判定合同无效的强制性规定是指效力性强制规范。效力性强制规范的目的在于否认法律行为的效力，而取缔性（管理性）强制规范的目的在于禁止相关行为，否定其事实效力。如《公司法》关于设立有限责任公司人数限制的规定，即不能作为判断导致超出人数限制的股权转让合同为无效的依据。

就本案而言，可能涉及的规避情况包括：对投资主体身份的限制、对投资人数的限制。就投资主体身份而言，我国并没有法律禁止港商设立股份合作企业；就投资人数的限制而言，只有广东省地方法规《广东省股份合作企业条例》第8条对股东人数作出了限制。<sup>①</sup>该条例对股东身份和人数的限制，是本案隐名投资人之所以选择由五名股东代持股份的直接原因，隐名出资人通过五名义职工股东出资的方式最终获得了工商登记。但该条例从效力等级上来看仅仅是地方法规，不能作为判断本案代持股协议无效的依据。在民商法领域，法不禁止即自由，本案中的两份代持股协议应当认定为有效。

**二、名义股东更换引发的股权转让协议之效力。**本案之中，隐名投资人

<sup>①</sup> 《广东省股份合作企业条例》第8条规定，设立股份合作企业，应当符合下列条件：（一）职工股东人数不少于五人。

通过显名股东之间签订《股权转让合同》的方式实现名义股东的更换。原告是40%股权转让之前的名义股东，与隐名投资人之间签订了代持股协议。被告作为受让人，在股权转让协议签订后，也与隐名投资人签订了代持股协议，原告与被告均实际是名义股东。根据本案事实，原告与被告均事实知悉本案隐名投资情况，也知悉双方所签订协议之真实目的并非真正意义上股权转让，而是通过这种形式来实现名义股东的更换。在处理隐名投资法律关系的内部问题时，当然应坚持意思主义，应充分尊重与把握当事人之间的真实意思表示。只要不涉及第三人的利益，完全可以按照一般契约原则加以调整。<sup>①</sup> 在确定隐名投资形成的法律关系所涉各方当事人权利义务时，尽管存在“实质说”和“形式说”两种观点，但在处理并不涉及外部第三人利益时，无疑应以“实质说”为主要依据，以真实出资情况和真实意思与目的作为确定各方权利义务之依据。本案之中，显名股东和受让人均知悉股权代持和真实出资的情况，更不涉及外部第三人的利益，故而不应当仅以股东名册和工商登记材料的形式记载作为判定合同性质的依据，而应探究股权转让合同形式之下所掩盖之真实目的。本案所谓转让合同也不应视为对原来股权代持协议的更新，因为狭义上的合同变更并不包含主体的变更，并且隐名出资人亦非该股权转让合同的一方。本案转让合同也不应当视为第三人代为履行合同，本案中原显名股东实际上脱离了代持股关系，不再因受让人的违约而承担责任，这也明显不符合第三人代为履行合同的特征。因此，将本案争议合同界定为债的概括承受合同似较为合理，即属于以受让人概括承受转让人在代持股协议中的权利义务为内容的合同。

如果隐名出资人不知道显名股东更换他人为新显名股东，显名股东的这一行为超出了信托目的，则因未得到隐名出资人的同意和追认，对隐名出资人可能并不产生法律效力，显名股东的地位并能不发生变化；但如果显名股东的变更得到了隐名出资人的同意乃至支持，即可以视为对受让人概括承受名义股东权利义务的同意或者追认，原名义股东即脱离代持股关系，其权利义务即由受让人概括承受。

恰如《德国民法典》第133条所言：“法官不应当拘泥于当事人所使用的文词，应探究当事人的真正用意。”<sup>②</sup> 根据本案情形，无疑应将名义股东和受

<sup>①</sup> 王成勇、陈广秀：《隐名股东之资格认定若干问题探析》，载《法律适用》2004年第7期。

<sup>②</sup> 沈达明等编：《意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社1992年版，第92页。

让方《股权转让合同》界定为债的概括承受协议，因而受让方自无向名义股东支付股权转让价款之义务。

**三、本案判决对合同效力之认定并不妥当。**本案名义股东与受让人订立《股权转让合同》，实际上是通谋的虚伪表示。所谓通谋的意思表示，是指表意人与相对人串通共谋虚伪意思表示的行为。在通谋的虚伪表示情形中，表意人仅仅是发出了一项需要受领的意思表示，而受领人对此是同意的。双方不仅心照不宣，而且还着意加以约定。<sup>①</sup> 通谋的虚伪表示与通谋当事人之间常为无效，但不得以其无效而对抗善意第三人。就本案情形而言，受让人支付价款的表示为虚伪表示，双方对此均是明知的。故而该约定对于双方而言无效。在虚伪的意思表示之中通常包含了通谋双方所欲达之真实行为，这一行为又被称为隐藏行为或者隐匿行为，与伪装行为正相对应。例如假装买卖而实为赠与，则买卖为伪装行为，赠与为隐匿行为。隐匿行为的效力，应依据其本身规定作为效力判断之依据。在前例中，应当与赠与与行为之标准判断其效力。本案之中，“受让人支付价款 24 万元”为虚伪表示，双方所谓股权有偿转让的行为显系假装行为。但双方所欲实现的真实目的是实现名义股东的无偿变更，本案中转让人将名义股东资格移转给受让人的表示却并非虚伪表示，确系他们之真实意图。故而，本案中隐匿行为应当认定为名义股东资格之无偿变更，结合本案事实，对此应当认定其为有效。本案判决未能区分合同中的真实约定与虚伪表示，一概认定合同无效的做法似有不妥。根据《合同法》第 56 条的规定，合同部分无效，并不影响其他部分的效力。本案支付价款之约定无效，应并不影响股权移转约定之效力。

<sup>①</sup> [德] 迪科尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邓建东译，法律出版社 2001 年版，第 594 页。

## 冒名股权转让效力之审查

### 【关注焦点】

冒名股东与显名股东之异同何在？冒名股权之法律效力是否应当获得法律之承认？冒名股权转让效力之审查焦点何在？

### 【基本案情】

上诉人：柯某

被上诉人：蔡某

被上诉人：李某

1998年5月25日，史某、蔡某、高某、许某、吴某五人签订《甲出租车有限公司第一次股东会会议纪要》，由上述五人共同出资成立甲公司，由史某出资12.75万元，占公司的51%；蔡某出资5万元，占公司的20%，许某出资2.5万元，占公司的10%，高某出资2.5万元，占公司的10%，吴某出资2.25万元，占公司的9%，并由史某任公司的法定代表人，由蔡某任公司经理。

1998年6月，甲公司经工商行政管理部门批准成立。2000年1月，史某、许某、高某、吴某四人与蔡某签订《协议书》一份，协议约定史某等四人以人民币18万元转让金将他们四人在甲公司所占的股权全部转让给蔡某，甲公司由蔡某个人经营。

根据工商材料记载,2000年3月,蔡某与柯某签订《股东会议纪要》,由柯某出资4.75万元购买史某在甲公司19%的股权;由柯某出资7.25万元购买许某、高某、吴某三人在甲公司29%的股权,由蔡某出资8万元购买史某32%的股权,并由蔡某任公司的法定代表人。2000年3月26日,蔡某出具收款收据给柯某,收据注明:今收到柯某交来购买公司股金人民币12万元。2000年3月,甲公司在工商行政管理部门办理了股权变更登记手续。2000年4月18日,甲公司与李某签订《合作经营出租车公司协议》一份,协议约定,由李某参股甲公司,蔡某与李某各占公司股权50%,2000年4月18日,柯某申请退股,另出具退出股份意见,认为其不能履行出资义务,要求退股,并经公证,同时蔡某出具保证书,称保证办好手续。同日,蔡某出具收款收据给李某,收款注明:今收到李某交来公司股金人民币12.5万元。蔡某与李某签订协议,双方并到公证处办理公证手续,但没有到工商行政管理部门办理股权变更手续。2001年3月12日,蔡某与李某签订《甲公司第七次股东会议纪要》,纪要决定同意蔡某将其在公司的52%股权转让给李某,由李某任公司法定代表人,蔡某并聘请其老乡在《股权转让声明》及《会议纪要》代柯某签字,蔡某与李某双方并到工商行政管理部门办理股权变更登记手续。甲公司自2001年3月起,一直由李某个人经营,2002年3月,柯某向法院提起诉讼,要求确认其股东身份及被告之间股权转让行为无效。

## 【审理要览】

一审法院审理认为:甲公司是由史某、蔡某、高某、许某、吴某五人出资设立,并经工商行政管理部门依法核准登记成立的企业法人。后史某、高某、许某、吴某四人将他们占有的股份转给蔡某个人所有。2000年3月,蔡某与柯某形式上签订股权转让声明书,用转让形式,取得股东的地位,但本案中,原告柯某实际上没有将资金投入甲公司,原告提供的收款收据从编号、时间上与蔡某出具给李某的收款收据顺序倒置,原告与蔡某说法不一,其形式上是转让史某、许某、高某、吴某的股权,但事实上是史某等四人的股权转让给蔡某,原告提供的证据与事实不符,其真实意图在于符合《公司法》关于有限责任公司设立的规定,系有意规避法律,蔡某仍属甲公司的股东,故原告柯某提出其系甲公司的股东缺乏充分的依据。综上所述,原告柯某起诉主张确认被告之间股权转让行为无效等没有法律依据,依法不予支持。依照《民法通则》第4条,《民事诉讼证据规定》第2条的规定,判决:驳回原

告柯某的诉讼请求。

柯某不服一审法院判决上诉称：其通过受让股权成为甲公司48%股权的股东，已支付12万元购买股金并在工商局办理变更登记手续，是依法取得甲公司股东地位的。蔡某将属于自己的股权转让给李某，没有经过其同意，该转让行为不符合《公司法》、《合伙企业法》的有关规定，应认定转让行为无效。且原审判决适用《民法通则》是不符合本案的案情，应适用《公司法》和《合伙企业法》的有关规定，才符合本案的事实。请求二审法院撤销一审判决，支持其上诉请求。

李某辩称：上诉人出资12万元支付有关的款项是不正确的，上诉人柯某没有参加会议，不是他所签的字，他自己也承认蔡某转让股权给李某是合法有效的，因此，上诉人的上诉理由不能成立。

二审法院另查明：柯某在二审调查笔录中，承认其在工商变更登记及股东会会议上均没有一个名字是其本人所签，是蔡某让其公司人员在《股权转让声明》、《会议纪要》及工商变更登记材料中代柯某签字，即柯某在所有的工商材料上没有一个是其亲自所签。2000年公司变更登记申请书中股东一栏的名字为蔡某、柯某，2001年公司变更登记申请书中由原股东蔡某、柯某变更为李某、柯某，2001年公司年检报告书法定代表人名称一栏为：李某。甲公司自2001年3月起一直由李某经营。

二审法院审理认为：甲公司是由史某、蔡某、高某、许某、吴某五人出资设立，并经工商部门登记的合法的企业法人组织，后由于史某、高某、许某、吴某四人将他们的股份转给蔡某个人所有，尽管蔡某与柯某在形式上签订了股权转让声明，以及股东会议纪要、退股等，但柯某自始至终均没有参与，也没有出资。《公司法》规定的有限责任公司的股东人数为2~50人的法定人数，史某、高某、许某、吴某将其所有的股份转让给了蔡某，甲公司实际成为蔡某一人为股东之一人公司。我国现有法律对一人公司没有明确规定，2~50人只是公司成立的要件，法律上并未禁止公司在只有一个股东后，公司即应当解散。虽然柯某在本案中为名义上的股东，但实际既没有出资，又没有证据证明其曾参与过其中任何一项内容，实质上均是蔡某个人的行为，其意在于避免甲公司成为一人公司才将柯某作为股东之一；且在转让给李某后，没有其他股东在甲公司里，没有损害国家、集体及第三人的利益，故不能否认该项转让的效力，柯某主张其为甲公司股东的证据不足。据此判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案性质为股权转让纠纷，且涉及多次股权变动。一审与二审判决均否定了被冒名股东的确权要求，承认了冒名股东和第三人合同转让之效力。此类纠纷因股东之形式状态与真实状态不符，极易引发相关纠纷。

**一、冒名股东之法律特征。**在公司法司法实务中，经常出现股东形式与其实质不相符合之状态。记载在股东名册和工商登记材料中的股东与实际出资人不符，按照名义记载人与实际出资人之间是否存在协议为标准，这种名实不符的投资现象又可以分为隐名投资与冒名投资。所谓冒名投资，是指冒用他人的名义进行投资的现象。冒名者通常被称为冒名股东，指虚构法律主体或盗用他人名义持有股权者。<sup>①</sup> 被冒名者，通常被称为被冒名股东，<sup>②</sup> 与冒名股东相对；被冒名者可能真实存在，也可能纯属虚构。从冒名股东产生的原因来看，同隐名投资人相似，可能基于规避法律的原因，也可能基于其他原因。本案之中，被告蔡某冒柯某的名义受让股权，实乃基于旧公司法无明确承认一人公司之顾虑。冒名股东一般具有以下两项特征：（1）冒名股东通常实质上行使被冒名股东之权利，承担相应的义务。冒名股东通常以被冒名人的名义实际行使股东之权利，如参加股东大会，行使表决权并享受相应的股利，而被冒名股东则完全不行使股东权利，也没有投资或成为公司股东之任何意思表示。（2）冒名股东与被冒名股东之间通常不存在意思联络，缺少合意。在冒死亡者或者虚构者名义之情形下，被冒名者根本不存在，自然不可能存在合意；而在冒真实存在的他人名义情形下，被冒名股东与冒名股东之间也不存在名义持股或代为持股之合意。而在隐名投资中，名义股东不仅真实存在并且具有民事行为能力，且与隐名股东之间存在代持股之书面或口头等约定，有代隐名股东持股的真实而明确之意愿。

**二、冒名股权转让合同之效力。**冒名投资的一个显著特征是，除了被冒用的名称外，被冒名股东与其股权之间不存在任何联系。从形式上来看，被冒名者虽然记载于股东名册和工商登记材料中，但通常对此毫不知情；从实

<sup>①</sup> 虞政平：《股东资格的法律确认》，载《法律适用》2003年第8期。

<sup>②</sup> 从严格意义上来讲，冒名股东与被冒名股东之称谓存在不严谨之处。我国判断股东资格的依据是股东名册，工商登记材料是股东资格产生对抗第三人效力的依据。被冒名股东并不具备股东的任何实质性法律特征，不具有股东资格，唯谓股东。被冒名股东的称谓多为学术研究之便利，便于与一般意义上的股东相对比。

质上来看，登记或者记载在被冒名股东名义下的股权实际则由冒名股东持有。在处理因冒名投资产生的纠纷中，应当坚持实质主义，即冒名股东即已享受相应的股东权利，则应承担相应的义务和责任，除非冒名投资行为本身违反法律的强制性规定。冒名投资纠纷也多产生于因冒名投资所引发的股权转让过程中。此类股权转让又可分为冒名股东对外转让股权和被冒名股东对外转让股权两种情形。

在前一种情形中，即冒名股东对外转让股权时，冒名股东作为真实权利人，应当承认其对股权的处分资格，一般应承认其冒他人名义所签订股权转让协议之效力。因为冒名股东与被冒名股东之间并不存在任何法律联系，冒名股东只是借用被冒者名义，其对外处分股权相当于处分自身的权利，法律一般不应当予以干涉。惟股权转让合同的效力则并非当然有效，如果合同相对方知悉冒名事实，并无异议，且因被冒名人与股权不存在任何实质上的联系，不涉及其利益，原则上应当承认其合同效力，被冒名股东既不享有股东资格，故冒名股东对外转让股权亦无需经过被冒名股东的同意和追认；但如果合同相对方并不知悉冒名事实，应当界定为隐瞒与订立合同相关的重要情况，此时合同之效力则处于待定之状态。

在后一种情形中，即被冒名股东对外转让股权时，首先被冒名股东并无股东资格。《山东省高级人民法院关于印发审理公司纠纷案件若干问题意见（试行）的通知》第38条第1款即规定：“盗用他人名义出资的，被盗名者不具有股东资格。”《最高人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的规定（一）》（征求意见稿）第21条和《公司法解释（三）》第29条都实际上确认了被冒名股东不享有股东权利、不承担责任的原则。既然被冒名股东不拥有股东资格，自然无权对外转让股权，同他人签订的股权转让合同实质上是处分冒名股东权利的合同，根据《合同法》第51条之规定，该合同的效力同样处于待定之状态。并且，此类处分也涉及善意第三人的保护问题，若受让人并不知悉冒名股东之存在，信赖于股东名册及工商登记，此等情形下之权利归属，应当依据《物权法》第106条之规定进行处理。如果受让人的确符合善意取得之要件，即应当承认其对股权之善意取得。冒名股东明知冒名可能存在的风险而仍然冒他人名义投资，自应当承担被他人善意取得的法律风险。当然，此时冒名股东可以提起不当得利之诉，要求被冒名股东返还不当得利。

被冒名股东既无投资之意，也无持股之意，自无股东资格可言，然冒名股东冒用被冒名股东姓名进行投资或者转让股权，并未征得被冒名股东之同意，又有侵害被冒名股东姓名权之行为。根据《民法通则》第99条的规定，



冒用、盗用他人姓名属于侵害姓名权的典型行为，被冒名者自可要求冒名股东停止侵害。如果冒名行为涉及了被冒名者的相关社会评价和个人信用评价，冒名者还应当消除因冒名行为带来的不良影响。例如，冒名股东利用被冒名人名义设立公司进行违法犯罪活动，后经媒体报道，公诸于众，冒名股东自应承担消除不良影响之法律乃至社会责任。

本案之中，被告蔡某冒用原告柯某的名义受让史某、许某、高某、吴某四人在公司的股权。从本案认定的事实来看，柯某既没有出资，也没有持股，只是其名义被蔡某所冒用，其不具有股东资格，其要求确认其股东资格的诉求确无法律与事实依据。柯某不具有股东资格，也不享有公司股东权利，应无权依据股东优先受让权诉请确认被告之间的股权转让为无效。柯某只能要求蔡某停止对其姓名之使用，而无权要求享有股东相关之权利。

**三、冒名股权之法律责任。**如前文所述，被冒名股东实际上不具备股东的任何特征，自不应当享有股东资格及权利。通常情况下，权利、义务和责任相伴而生。被冒名股东既无相应的权利，自不应当承担相应之义务与责任。冒名股东的冒名行为使得股东之外在特征与其真实状态不相符合，理应承担由此产生之相应责任。《公司法解释（三）》第29条规定：“冒用他人名义出资并将该他人作为股东在公司登记机关登记的，冒名登记行为人应当承担相应责任；公司、其他股东或者公司债权人以未履行出资义务为由，请求被冒名登记为股东的承担补足出资责任或者对公司债务不能清偿部分的赔偿责任的，人民法院不予支持。”该条规定明确了冒名投资所生责任之承担主体为冒名股东而非被冒名股东。国外立法亦有类似之规定。如《韩国商法典》第332条第1款就规定：“以虚构人的名义认购股份者，或者未经他人承诺而认购股份者，承担股份认购人应承担的责任。”<sup>①</sup>冒名股东的责任主要包含两方面：（1）因冒名工商登记所生信赖责任；（2）对公司和其他股东的内部责任。前者主要指对信赖冒名登记状态的第三人所需承担的责任，第三人若信赖工商登记状态，并基于此种信赖为相应的法律行为，冒名股东不得以其冒名行为进行抗辩。后者主要是指冒名股东虽然冒用他人名义进行投资，但实际上持有股权，拥有股东资格，享受股东权利，承担股东义务，若冒名股东违反其应尽的股东义务，自应承担相应的责任。例如，冒名股东违反出资义务，公司自可要求其承担差额补足法律责任。

此外，冒名投资行为还可能涉及公司人格之否认问题，进而要求冒名股

① 吴日焕译：《韩国商法》，中国政法大学出版社1999年版，第68页。

东承担无限连带责任。本案之中，蔡某在其股权转让于李某之前既是公司的股东，同时又冒柯某的名义进行持股，公司在这一阶段实际上由蔡某个人经营。冒名行为妨害了第三人对于公司真实状况之认识。即使是在《公司法》修改后承认设立一人有限责任公司之前提下，如果冒名股东通过冒名投资行为规避一人有限责任公司设立的特殊规定，获取信用，滥用有限公司独立人格，无疑应当直索其责任。《江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）》第32条即规定：“以根本不存在的人的名义或盗用他人的名义出资并登记为股东设立公司的，应认定实际出资人为股东；因此导致出现一人公司的，应当由冒名人对公司债务承担无限责任。”如果是在公司设立时就存在冒名现象，事实上只有一名股东，且存有规避设立一人有限责任公司特殊规定之不当目的，此时应当认定公司之设立为无效。如果是在公司设立后出现冒名现象并致股权实际归于一人，则可以要求冒名股东为公司债务承担股东为一人期间之无限连带责任。本案判决认为，设立后因归一性股权转让而产生的一人公司并不为法律所禁止，尽管这一观点并无不当，但冒用他人名义获取普通有限公司之外观，并获取相应信用，当然有规避法律和欺诈之嫌。在此等情形下，要求冒名股东对外承担超过普通股东的无限责任当属合理。



116

## 丈夫未经妻子同意 私自转让名下股权可否被撤销

### 【关注焦点】

夫妻之间各自名下股权之财产性质是什么？丈夫未经妻子同意私自转让名下股权，属什么性质之法律行为？对这类股权转让是否可适用善意取得制度？

### 【基本案情】

原告：陈某

被告：汪甲

被告：汪乙

被告：A（有限）公司

1986年，陈某与汪甲结婚，双方至诉讼时未解除夫妻关系。2006年3月16日，在未征得妻子陈某同意的情况下，汪甲同其胞妹汪乙签订了《股份转让协议》，将登记在汪甲名下的A公司的出资988万元及其未分配的收益作价170.6万元转让给其胞妹。2006年3月17日，A公司向工商行政管理局办理了相应的变更登记手续。

陈某获悉后诉至法院称：近年来，夫妻感情破裂，双方一直在为财产分割问题进行协商。汪甲将其在A公司的出资及其未分配的收益作价170.6万

元转让给其胞妹，未经其同意。汪甲擅自将夫妻共同财产转让给汪乙的协议，侵犯了夫妻对共同财产的平等处理权，属于恶意串通，损害第三人利益的协议，故请求判令：一、确认2006年3月16日汪甲同胞妹汪乙签订的《股份转让协议》无效；二、汪乙、A公司承担连带责任。

## 【审理要览】

法院审理认为：由于原告陈某诉请的是确认股份转让协议无效，则审查的重点在于《股份转让协议》的效力。《婚姻法》第17条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的生产、经营的收益，归夫妻共同所有。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。本案中，由于汪甲并未举出夫妻之间就双方婚姻关系存续期间所得的财产有特别约定的证据，则汪甲在A公司拥有的股份在转让之前自然属于夫妻共同所有的财产。夫妻共有属于共同共有，如果没有特别约定，对共同共有财产的处分须经得全体共同共有人的同意。《民法通则意见》第89条规定，共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的，应当维护第三人的合法权益，对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。汪甲未举出其与陈某之间就共同共有的财产如何处分有特别约定的证据。因此，汪甲要处分本案争议的财产，如果没有陈某的同意，则汪甲构成无权处分。《合同法》第51条规定，无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。本案中，汪甲至今未取得该财产的单独处分权，则其同胞妹汪乙签订的《股份转让协议》处于效力待定状态。陈某追认该协议，则《股份转让协议》生效。然陈某不仅未追认该协议，反而以诉诸法院要求法院确认协议无效的方式，来保护其作为妻子对夫妻共同财产享有的平等处理权，法院应予以支持。

对于汪甲的胞妹一直就是A公司的隐名股东，汪甲转让的股份绝大部分本来就是其胞妹出资的抗辩理由，法院认为，虽然我国法律并未禁止股东隐名投资，但显名股东与隐名股东协议的效力仅限于约束签约双方，对外不具有抗辩力。本案中，签订《股份转让协议》在前，汪甲的胞妹成为A公司98.8%的持股股东的工商变更登记在后，因此，在审查该协议的效力时，对此项抗辩理由，不予采纳。

另外，陈某要求汪乙、A公司承担连带责任的请求无任何法律依据，对

陈某的该项诉讼请求法院不予支持。综上，依照《民事诉讼法》第108条，《婚姻法》第17条，《民法通则》第70条第1款、第2款，《民法通则意见》第89条之规定，判决：一、被告汪甲同被告汪乙于2006年3月16日签订的《股份转让协议》无效。二、驳回原告陈某其余的诉讼请求。汪甲及其胞妹汪乙均不服该判决，提起上诉。

二审法院审理认为：原审依据《婚姻法》第17条、《民法通则意见》第89条作出的判决正确，判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案性质为股权转让纠纷，争议焦点为股权转让协议之效力。更深一层的问题则涉及夫妻一方在未取得另一方同意情况下对作为夫妻双方共同财产的公司股权进行处分之效力。司法实践中，此类案件涉及利益主体多，法律关系也较为复杂。要正确处理此类案件，有必要对以下问题进行梳理和探讨。

**一、夫妻间各自名下股权之财产性质。**根据《婚姻法》的规定，在夫妻双方未作出特别约定时，婚姻存续期间的一方以共同财产投资或因继承或受赠所形成的股权归夫妻双方共同所有。<sup>①</sup>本案之中，原告陈某与被告汪甲之间并不存在特别约定，故而以双方共同财产投资所形成的股权应当归原告陈某与被告汪甲共同所有。夫妻共有股权，是指夫妻在婚姻关系存续期间，夫妻一方或双方依法取得的由夫妻共同所有的股权。夫妻共有股权因其登记状况的不同又可以细分为两种情形：一是夫妻双方均登记为某一有限责任公司股东；二是只有夫妻一方登记为公司股东。如果对后一种情形有正确的法律认识，前一种情形所引起的纠纷也就迎刃而解。

夫妻共有为共同共有之典型情形，此乃夫妻双方特殊的身份关系所决定。学界对于夫妻双方共同共有之标的为“股权”、或“股东资格”抑或“股权价值”存有争议。部分学者认为，夫妻共有之对象应仅限于股权所包含的财产价值。当股权登记于夫妻一方名下时，非股东配偶与股东配偶所共有的并非该股权。<sup>②</sup>也有学者认为，虽然股权登记于一人名下，但并不影响夫妻对股权的共有关系，因股权本身之特殊性质，应当建立起“股权共有”之特殊制

<sup>①</sup> 根据《婚姻法》第18条第3款的规定，遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的股权应当不属于夫妻共有。

<sup>②</sup> 参见王琪：《由一起离婚案中股权分割问题引发的法律思考》，载《法制与经济》2006年第7期。

度；在该制度下，股权可以由两个以上之股东共同享有，并由其中一名股东作为代表行使权利。此项制度下共有股权之股东被称为“复合股东”。<sup>①</sup> 凡此种种不同观点，若要对登记于夫妻一方名下股权的共有状态有正确之认识，则需对股权的性质应有正确之把握。股权是指股东基于股东资格而享有的在公司中的各项权利，包括在公司中获取一定经济利益和参与公司管理之权利。就股权之法律性质而言，存在所有权说、债权说、社员权说、股东地位说和新型民事权利说等几种学说，其中社员权说和新型民事权利说在我国颇具影响力。总体而言，多数学者承认股权既包含财产内容也包含非财产内容（如参与公司管理），学界也普遍承认股权中“自益权”和“共益权”的划分。自益权多以财产利益为内容，共益权多涉及公司利益。

股权与其他夫妻间共有财产的相似之处在于它包含了财产利益，与其他财产的一项重要区分则在于它涉及公司、其他股东以及第三人之利益。正是因为股权涉及他人之利益，如果承认共有之对象为股权将可能面临以下问题：首先，承认股权共有将使《公司法》关于股东人数的限制形同虚设，与我国现行公司法制度严重冲突。其次，有限责任公司兼具资合性和人合性特征，股东之间的相互信赖是股权存在的基础，股权的对外流转可能破坏此种信赖；承认共有股权，则在离婚时势必产生分割，有影响公司人合性之嫌。最后，允许记载在公司股东名册和工商登记材料之外的人共有该股权还会产生权利的不真实状态，对信赖此项登记的第三人交易带来风险。但如果只承认夫妻共有之对象为财产价值，则离婚时分割之物为股权中的财产价值，也可能产生问题：在离婚时，如果登记为股权转让的一方无力支付对另一方的价值补偿，且其他股东不愿意受让该股权且不存在外部受让人时，法院将被迫对股权进行拍卖，同样存在破坏公司人合性的可能，同样不利于维系公司之发展。

对于夫妻各自名下股权，尽管作为一类财产皆认为应当由夫妻共有，但如何具体认定夫妻共有之对象，即究竟是股权共享还是股权所对应的财产利益共享，这实际涉及如何平衡共有权利人与利益相关者两方面利益之问题。可以肯定的一点是，夫妻共有之对象应不包含股东资格。即使是在偏向于保

<sup>①</sup> 参见李玉福：《论公司（企业）法人财产权——兼论股权作为夫妻共同财产的分割》，载《政法论丛》2000年第4期。

护共有人利益之法国，在夫妻财产清算之前，非登记一方也并非共有股权。<sup>①</sup>而根据《公司法》之一般规定，认定股东资格的依据为股东名册，且未经工商登记亦不得对抗第三人。故非登记于股东名册的股东或公司与其他股东并不知道或认可接纳之人，一般并不能享有股东资格。夫妻之间的共有关系并不能产生对抗公司、其他股东以及债权人的效力。所以，在共有关系存续期间，夫妻双方共同共有之对象，实际上仅应限于股权所对应之财产性价值。离婚之时，夫妻双方的共同共有关系消灭，共同共有之财产需要进行分割。此时非登记为股东之一方所享有之权利与隐名股东类似，非登记一方并非当然享有股权或可当然替代成为股东。此时的分割类似于股权外部转让或者隐名股东之显名化，均需要公司半数以上股东之认可，以求维系公司人合性基础与保护共有权利人之间找到一个恰好的平衡。这一点在《婚姻法解释（二）》第16条中亦得到了体现。根据该条规定，非股东一方因离婚财产分割成为股东需要满足类似于股权对公司股东以外的第三人转让之条件，并受制于其他股东的优先购买权。<sup>②</sup>故而在婚姻存续期间，所谓夫妻双方各自名下股权为彼此之共有，对公司或其他股东而言，即在夫妻以外的外部关系者看来，其实质仅应限于该股权所对应之财产价值；但在内部关系上，即夫妻双方之间，应可为共有股权关系，故而在离婚时夫妻一方可以要求分割股权，此种共有似定义为民法上的准共有较为恰当，其适用规则可以参照《民法通则》、《物权法》及相关司法解释有关共有之相关规定。

**二、夫妻一方单独处分其名下股权之效力。**夫妻一方对于登记于其名下股权进行处分需要分两种情形加以讨论：一是该股权属于该方个人财产；二

<sup>①</sup> 《法国商事公司法》第44条规定：“公司股份通过继承方式或在夫妻之间清算共同财产时自由移转。但是章程可以规定，配偶、继承人等只有在按章程规定的条件获得同意后，才可成为股东。”参见李萍译：《法国公司法规范》，法律出版社1995年版。

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第16条规定，人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前款规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

是该股权属于双方共有。对于前一种情形而言，股权既属于个人所有，该方应有自由处分该股权的自由。对后一种情形而言，则涉及到作为共有人之配偶利益与受让人之利益。股权就其财产属性而言，为夫妻双方共有。虽然夫妻双方在婚姻存续期间共有之对象仅包含股权中的财产价值，但一方对股权进行处分必然涉及对股权中“自益权”为核心的财产价值进行处分。夫妻双方既为共同共有关系，自应共担义务，共享权利。根据《婚姻法解释（一）》第17条之规定，夫妻一方处分日常生活需要之外的财产应当取得另一方的同意。如果一方在未征得夫妻另一方的同意擅自处分其名下的股权，实际上构成无权处分。根据《民法通则意见》第89条之规定，在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共同财产的，一般认定无效。在合同层面，依据《合同法》第51条之规定，此时股权转让合同应当认定为效力待定之合同。然股东名册和工商登记材料中均无非股东配偶之记载，善意第三人对该股权登记状况之信赖并因此而进行之交易法律应当给予保护。在内部关系上，夫妻双方之间共同共有，非股东一方配偶权利应受保护。在外部关系上，夫妻之间的共有关系以及对处分的同意与否不应构成对善意第三人权利之限制。

也许此类案件之处理比照隐名股东之规定进行处理较为妥当。《公司法解释（三）》第26条规定：“名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。”虽然股权登记于夫妻一方名下，但另一方对此享有类似于隐名股东之权利。原则上应当保护作为真实权利人的非登记配偶之权利，但受制于善意取得制度。实际上，受让人信赖的只是股权登记情况，如果将调查转让人婚姻状况的义务强加于受让人，不但有失公允，还妨碍了股权的自由流通。因而，此等情形下参照《物权法》第106条的规定无疑较为合理。首先，股权受让人需为善意。如果受让人知道或者应当知道股权转让未获得非登记方的同意，即知道转让人处分权上的瑕疵，受让人自不应当受到善意第三人制度之保护。其次，受让人需向转让人支付合理价款。一般情形下，法律不干涉当事人交易的对价，当事人双方认可的价格即为公平价格。但法律赋予善意第三人以优先保护自应设定严格标准。合理价格通常依据当时的市场价格确定，在无相应市场价格可资参考时，应当引入理性人之标准。值得注意的一点是，由于有限责任公司股权缺乏外部市场，在价格的确定上应当积极引入评估机制。最后，股权转让的变更登记手续已经完成。股东名



册的记载并不能取得对抗第三人的效力，受让人如欲取得善意第三人地位，必须还完成工商登记材料的变更，否则不能对抗非登记方配偶。受让人需满足上述三方面的要件，方可成为股权善意受让人进而对抗非登记配偶股东。此时，股权转让款原则上属于夫妻共有，如果对非登记一方配偶造成了损害，出让一方配偶应当以其个人财产对非登记一方进行赔偿。

**三、对本案股权转让协议效力之分析。**本案之中，汪甲在未征得原告陈某之同意下，擅自处分其名下股权。该股权在婚姻关系存续期间属于原告陈某和被告汪甲共同所有。故而在未征得陈某同意情况下，汪甲的处分属于无权处分。无权处分则属于效力待定的合同，作为共同共有权利人之陈某拒绝追认，故合同应当认定为无效。然受让人汪乙如果符合善意受让人要件，陈某与汪甲之间的共同共有关系亦不足以对抗汪乙。

就本案情况来看，汪乙明显不符合善意受让人要件。首先，汪乙作为被告汪甲的胞妹，对汪甲的婚姻状况应当知悉。在明知股权为汪甲和陈某共有情况下，仍然以低价受让股权，难谓善意。其次，汪甲名下的A公司出资988万元及其未分配的收益仅仅作价170.6万元就转让给被告汪乙，难谓支付了合理之对价。虽然本案被告抗辩称，汪乙一直是公司之隐名股东，但是汪乙和汪甲之间的隐名持股协议并不能对抗外部善意第三人。当然，本案法院并未查明双方是否存在隐名投资协议。如果法院能通过诸如注资转账记录、汪乙实际参与公司管理并分享其实际投资部分比例的利润等证据，能查明汪乙为隐名投资人，则法院的判决即可能存有疑问。汪乙一旦为隐名投资人，则陈某的地位与汪乙类似。陈某应当知悉夫妻双方的实际出资情况。如果汪乙能证明其为隐名投资人，则就隐名投资部分而言陈某明显即不能属于善意第三人。因而，此时陈某的共有主张即不能对抗汪乙的隐名投资主张。由于法院在此问题上未能进行查明，使得本案的处理方向可能会出现偏差。最后必须指出，本案股权转让虽经公司同意，并已变更登记，但作为其基础之合同被拒绝追认，受让人汪乙亦不符合善意受让人之标准，故而汪乙并不能最终取得涉案股权。

## 股权转让价格之确定方法

### 【关注焦点】

股权转让价格之确定，可有多种法律之方法，其中当事人约定之价格应当优先遵循。但当事人约定之价格表面存在矛盾或出现不一致时，则应以当事人之真实合意为准。

### 【基本案情】

原告（反诉原告）：庄某

被告（反诉被告）：李某

甲（有限）公司成立于1997年5月14日，注册资本人民币1000万元，庄某出资人民币900万元，乙公司出资人民币100万元。1998年10月7日，甲公司在深圳市工商行政管理局办理了股东及股东出资比例的变更登记。变更后，庄某出资人民币400万元占40%股份，卢某出资人民币250万元占25%股份，乙公司出资人民币100万元占10%股份。2001年3月2日，甲公司股东大会一致通过股权转让一事，并形成《甲公司股权转让定价书》决定将公司所有股权转让给李某，转让价人民币1800万元。次日，甲公司股东大会决定将庄某拥有的公司40%股权转让给李某，股权转让价格是人民币720万元。同日，庄、李签订《股权转让协议书》，约定庄某将在甲公司40%的股权转让给李某，转让价人民币720万元；转让款分四次付清；签约后，李某共向庄某支付股权转让款人民币576万元。庄、李在公证处办理《股权转

让协议书》公证时，公证处认为股权转让协议没有评估报告佐证，对股权转让价格提出质疑。为办理公证手续及进行股权变更工商办理登记手续，2001年3月16日，庄、李再次签订《股权转让协议书》，约定以庄某占甲公司40%的原始出资额即人民币400万元为股权转让价格。同年3月19日，李某向庄某出具欠条，声明尚欠庄某股权转让款人民币144万元。同年3月21日，双方在工商行政管理局办理了股权变更登记手续。庄某认为双方签订的两份股权转让协议书分别约定的是股东权益分配款及股权转让款，两份协议书的总转让价格为人民币1120万元，庄某已付款人民币576万元，尚欠人民币544万元未付，为此，请求法院判令李某支付余款，并负担本案诉讼费用。

李某认为：2001年3月2日，几方股东同意在不作资产评估的情况下，确认甲公司的100%股权价值为人民币1800万元，并确认以此价格作为股权转让的定价标准。同年3月3日，双方签订《股权转让协议书》（下称《3·3股权转让协议书》），庄某40%的股权转让价格为人民币720万。公证处因该份股权转让协议书没有评估报告佐证，对股权转让价格提出质疑。同月15日，庄、李为此重新签订一份《股权转让协议书》（下称《3·16股权转让协议书》），约定以庄某的原注册资本人民币400万元作为股权转让价格，该协议经公证生效，双方以此协议办理工商变更登记。至同月16日，李某共向庄某支付股权转让款人民币576万元。同月19日，李某依据《3·3股权转让协议书》约定的股权转让价格向庄某出具欠条，确认欠庄某股权转让款人民币144万元未付。李某认为，庄、李签订的《3·3股权转让协议书》因未办理公证、工商备案及股权转让价格没有法定依据，为无效协议书。为此，反诉请求法院判令《3·3股权转让协议书》为无效协议，双方应当按《3·16股权转让协议书》确定的人民币400万元转让股权，庄某返还李某多付出的人民币176万元，并判令李某出具的欠条无效。

### 【审理要览】

法院审理认为：庄、李的股权转让行为经过甲公司股东大会的决定，取得公司股东的一致同意。双方签订的《3·3股权转让协议书》是在协商一致的基础上签订的，是双方当事人真实意思表示，且双方按该协议书实际履行，该协议书依法有效，双方当事人应严格履行协议书确定的义务。依照《民事诉讼法》第64条第1款、1993年《公司法》第35条第1款、《合同法》第97条之规定，判决：李某应于判决生效之日起15日内向庄某支付尚欠转让款

人民币 144 万元；驳回庄某的其他诉讼请求；驳回李某的反诉请求。本案一审判决后，各方当事人均未上诉。

## 【裁判解析】

本案性质为股权转让纠纷，涉及的核心问题是股权转让价格之确定。本案之中，当事人双方签订了两份股权转让合同，诉争标的股权的计算依据有二：一是《甲公司股权转让定价书》中所确定的标准，被第一份《股权转让协议书》所采用；二是记载于工商登记材料中的原始出资额，被公证的《股权转让协议书》和股权变更工商登记所采用。当存在多份股权转让协议和多种股权转让价格计算依据时，不能简单以股权转让合同签订的时间顺序判断双方的股权转让价格，而需要探寻双方当事人的真实意思。

**一、影响股权价格之主要因素。**对有限责任公司股权进行定价常常面临困难。有限责任公司股权不存在二级市场股票价格的参照系，有限责任股权的流通性远不及股份有限公司，外部市场的缺乏是有限责任公司股权定价困难的主要原因。如何给有限责任公司股权确定一个公平、合理的价格，往往也是法院在处理此类案件时所面临的困惑。在美国，有限责任公司（紧密持股公司）股权定价存在多种方法：一是声明的价格；二是账面价值；三是所得的资本化；四是外部人的最佳邀约；五是由专家、中立的评估师或仲裁员，或由董事或其他股东所为的估价或仲裁；六是在引起出售事件后的确定年限内所支付的净利润。要确定哪一种方法最为可取是不可能的。<sup>①</sup>当事人可以采用上述任何一种方法确定股权转让价格，当事人也可以不采用其中任何一种方法来确定股权转让的价格。只有在法院面临必须决定股权转让价格时，才会在上述方法中选取一种。

在我国，如果缺乏交易参照系，交易当事人通常会采用的方法包含：之前类似交易的价格、股东会协商确定的价格、独立评估机构的评估价格等，当然当事人也会在这些方法之外自己协商确定价格。法院在面临必须确定股权价格的问题时则通常会选择委托评估机构进行评估。评估机构进行评估的依据主要包括财政部、注册会计师协会和中国资产评估协会发布的一些评估规范。总体而言，评估标准建立在传统会计体系的基础上。传统会计体系建

---

<sup>①</sup> [美] 罗伯特·汉米尔顿：《美国公司法》，齐东祥等译，法律出版社 2008 年版，第 222 页。

立在历史数据的基础之上，在无形资产估价方面亦表现出谨慎的态度。这种估价体系以净资产值作为其基础。在我国国有股权转让的相关规定中，净资产值往往是国有股转让价格的底线。<sup>①</sup>但市值和账面价值严重脱离的现象是普遍存在的。这种现象被称为“托宾 Q”现象。<sup>②</sup>转让人以高于账面价值的价格购买有限责任公司股权在转让中也极为常见。以净资产值作为评估基础的估价方法忽略了公司的未来价值，但在法院面临需要对股权进行评估时，此种方法又不得不被采用。因为有限责任公司缺乏二级市场价格的参照，如果没有相似的价格作为参照，采用会计账面价值则显然较为稳妥。诸如商誉等无形资产往往波动性和主观性太强。诸如三鹿公司商誉一夜化零的现象在市场中也是普遍存在的。未来价值往往也带有浓厚的主观价值，法院和评估结构都不是经验丰富的商人。会计评估方法提供了一个可以预见的结果，而这正是司法所欲达成之目标之一。

不管当事人基于何种方法确定了他们之间的股权交易价格，法院对此首先应当予以尊重。在股权交易中，私法自治精神贯穿始终。在私法领域，人被假定为理性的，被假定为有能力行为且应当为自己的行为负责。虽然在 20 世纪的法律进程中，这样的原则得到部分修正，但私法自治作为私人生活的基本准则并未改变。在商法领域，商人往往被界定为理性而又精明的，尊重他们的行为尤为重要。法官并非比商人要精明许多，人为的干涉往往被认为是理性的自负。只要一方不能证明行为存在无效或可撤销的情形，当事人之约定就应当得到尊重。对价并非等值，也并非评估的价格，对价是当事人双方认同的价格。股权定价中的正义就是：一切都交给“私法自治”。<sup>③</sup>

**二、股权转让价格确定之一般程序。**在有限责任公司股权转让过程中，股权的评估不是股权转让的必经程序，但国有股权的转让例外。根据相关规定，国有股权的转让必须进行相应的评估，未经评估的不予办理产权变动手续。评估是国有股股权权属发生变动的必经程序。国有股股权转让价格原则上不应低于国有股评估价格。如果低于评估价格的 90%，要经过国资委的特

<sup>①</sup> 《股份有限公司国有股股东行使股权行为规范意见》第 17 条规定，转让股份的价格必须依据公司的每股净资产值、净资产收益率、实际投资价值（投资回报率）、近期市场价格以及合理的市盈率等因素来确定，但不得低于每股净资产值。

<sup>②</sup> 参见李敬：《市盈率盈余质量和公司价值：基于中国 A 股上市公司的经验数据分析》，经济科学出版社 2008 年版，第 128 页。

<sup>③</sup> 蒋大兴：《公司法的观念与解释 II：裁判思维 & 解释伦理》，法律出版社 2009 年版，第 246 页。

殊批准。公司股东大会的价格决议也并非转让价格确定之必经程序。股东在转让股权时可以采用股东大会的决议价格，也可以不采用，除非章程事先对此有明确之规定。但这些规定也不能根本性禁止股权的流转，禁止或者变相禁止股权转让的条款通常构成不当限制。股东会决议价格程序通常出现在公司并购情形之中。本案之中，股东会通过决议将所有的股权以1800万元转让给李某，李某实际上收购了该公司。在股东会决议通过后，各个股东与李某分别签订协议，办理过户。本案之中，股权转让的价格得到了公司所有股东的一致同意，存在的争议不大。如果部分股东不同意股权转让价格，但同意公司被收购，则股权定价协议即不对该股东发生效力。私权处分原则上是自由的，除非法律明确限制或者当事人自愿的限制。虽然《公司法》第72条规定，公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。即使公司通过修改章程的方式确定了股权转让的定价，这种条款也应当被严格解释。转让价格上的限制不对之前的股票持有人产生效力，除非持有人赞成该决定。美国《示范公司法》第6.27(1)条即有类似的规定。<sup>①</sup>如果公司股东拒绝遵守其曾同意的股东会价格决议，公司则可以拒绝办理股权变更。但是如果第三人是善意的，这种价格机制上的限制不应当对作为受让人的第三人发生效力。即使当事人拒不采纳其赞成的股东会决议价格，股权转让协议的效力亦并不因此受影响，因为公司拒绝在股东名册中进行变更所将引起的仅是该类协议之履行不能。在股权价格的确定程序中，“自愿性原则”应当得到完全的贯彻与遵循。

**三、本案两份股权转让协议效力之认定。**本案中存在两份股权转让协议。股权转让价格应以双方之真实意思表示为准。一份为双方在充分协商基础上签订的，即《3·3股权转让协议书》，另外一份为应付公证之用，并放置于工商登记材料之中，即《3·16股权转让协议书》。因为公证和工商登记以及避税等缘故，当事人之间可能存在多份股权转让协议，通常只有一份合同是双方的真实意思表示。法院在审理此类案件时，不能简单依据合同订立时间来确定各份协议之效力，而是应当结合案件具体情况，确定当事人之间真实的意思表示。虽然《3·16股权转让协议书》签订在后，取得了公证，并以此办理了工商登记，但并不能因此就认定该份协议构成对《3·3股权转让协

<sup>①</sup> 美国《示范公司法》第6.27条第1款规定，公司章程、章程细则、股东之间的协议或股东与公司之间的协议，可对公司股份的转让或转让行为的登记备案作出限制性规定。该类限制性规定并不影响已发行的股份，除非该类股份持有人为限制性协议的一方当事人，或其曾投票赞成该限制性规定。参见虞政平：《美国公司法规范精选》，商务印书馆2004年版，第43页。

议书》股权转让价格的变更。实践中，如果股权转让价格与股权对应的出资额不一致，公证和工商登记机关常常需要当事人提交评估报告。当事人因为评估成本与时间因素等考虑，常常并不愿意进行评估，而是选择在公证或者变更登记时临时签订一份合同。与当事人之前签订的合同相比，此等情形下的合同条款通常极为简单，更多时只是选择公证或者工商机关提供的格式模板。此等情形下签订之所谓协议，双方当事人手中通常均无原件，原件只保存在相应的登记材料之中。股权转让价款的支付情况，通常也能进一步作为双方当事人真实意思表示的重要证据。本案之中，李某在股权转让协议公证与股权变更登记以后仍向庄某支付价款，此时的价款已远远超过了后一份股权转让协议的约定。此后，李某还出具了144万股权转让款的欠条。支付的数额与欠条数额之和恰好与公司股东会决议价格标准一致，也与《3·3股权转让协议书》相一致。工商登记只是产生外部效力的依据，主要针对第三人而言，而股东之间的约定则当然应以当事人之真实意思表示为准。即使《3·3股权转让协议书》未办理公证和工商登记，也并不影响其本身效力。故而李某关于《3·3股权转让协议书》未进行公证且未办理工商登记的主张显然不能成立。庄某主张两份协议分别为股权转让款和权益分配款，但两份协议并没有对此作出明确的约定与表述，其主张与本案事实明显不符。事实上，本案双方当事人对股权转让的真实情况都是明知的。

总之，在股权价格确定上，应当坚持主观标准，尊重私法自治。而在合同的解释上，亦应当坚持主观标准，决不拘泥于表面的合同，而应当认真探寻双方当事人之真实意思表示。主观真实的意思表示，才是具有约束力的表示，才是应当获得遵循的表示。真实的主观即为完全的客观，客观之真实才是最高境界之真实，才是人们应当努力探究之事实！

## 股东诉请公司回购股份

### 【关注焦点】

股份回购之法律性质？股东诉请公司回购股份实质是否为退股行为？公司回购股东股份之法律条件？股份回购与公司资本维持法律原则又是什么法律关系？

### 【基本案情】

原告：诸先生

被告：甲房产（有限）公司

2002年2月，诸先生、王先生等三人通过产权交易受让了甲房产公司的整体产权，公司注册资本为2000万元，王先生占其中的1200万元，诸先生和另一股东各占400万元。王先生担任公司法定代表人、董事长、总经理，诸先生担任副总经理。但在后来的经营活动中，双方渐起摩擦。一年后，诸先生被免去副总经理职务，双方发生激烈冲突，甚至发展到拳脚相加。双方积怨日深，诸先生因此萌生退意。因甲房产公司变更注册资本及其他股权转让等事宜，诸先生后来持有甲房产公司的股份为16%。诸先生遂以其遭排斥无法正常行使股东权为由，诉请法院判令甲房产公司以1000万元股价回购其股份。



## 【审理要览】

法院审理认为：依照《公司法》确定的资本维持原则，公司在其存续过程中，应经常保持与资本额相当的财产；公司资本一经确定，不得随意改变，如需增减资本，应严格按照法定程序进行。故除非公司为减资或者与持有本公司股票的其他公司合并而回购股份，否则不得随意回购本公司股份。此案中，诸先生的诉讼请求不属于上述公司可以回购股份的情形，明显与公司资本维持原则相悖。故判决：不予支持原告之诉讼请求。

## 【裁判解析】

本案性质为股份收购请求权纠纷。股份收购请求权纠纷，按照新《公司法》之规定，是指股东依据1993年《公司法》第75条或第143条之规定要求公司按照合理价格收购其股权（股份）而引起之纠纷。1993年《公司法》对股份收购尚缺乏明确的规定。新《公司法》在总结司法实践经验和借鉴其他国家公司立法有益经验的基础上引入了股权回购制度，作为异议股东在特定情形下的退出机制。本案的争议焦点集中在股东是否有请求公司回购股份之权利以及在何种情形下可以请求回购？

**一、股东诉请公司回购股份之性质。**股东诉请公司回购股份，是指股东于法律规定之特定情形下请求公司以公平合理之价格回购其所持有之股份。股东即已投资成为公司股东，其所投资本亦成为公司财产，原则上并不享有从公司退回股份的权利，只享有转让其股权的权利。按照美国克拉克教授的观点，如果一个主体在某个公司购买了股权，这个主体就有权利期望自己投资者的身份得到延续，无论谁都不能强迫他变成另外一个完全不同企业之投资者。<sup>①</sup>但在一些特殊情形下，股东期待落空却无相应的转让机制时，中小股东将被迫忍受压制，而公司亦可能陷入僵局。这种现象的产生与公司的治理结构息息相关。股东会资本多数决原则可能带来资本压制现象，即大股东通过资本多数的表决机制挤压、排挤、压制中小股东，损害中小股东之利益。在这此种情形下，法律即需要为中小股东提供一种退出的机制。退出机制无

<sup>①</sup> [美] 罗伯特·C·克拉克：《公司法则》，胡平等译，工商出版社1999年版，第355页。

外乎三类：向外部转让股权；其他股东收购其股权；公司回购其股权。有限责任公司通常缺乏有效的外部市场，受压制股东无法通过“用脚投票”的方式自由转让其股权，<sup>①</sup>进而退出公司。在公司存在严重冲突的情况下，股东之外的人通常也不愿意受让股权进入公司。收购股权并非其他股东的义务，如果双方不能协商，法院通常不能强迫股东收购其股权。于此情形下，股东只有诉请解散公司。但解散公司的诉请通常只能于公司陷入僵局时提请，且存在一定持股比例的限制要求。在司法解散公司的态度上，法院通常是谨慎的。维持一个公司的存在远比解散一个公司好得多，除非这个公司确实无药可救，且解散公司成本通常高昂。前两种退出机制上的缺陷即是催生股权回购机制的重要因素。

异议股东股权回购制度起源于美国，被称为异议股东评估权（appraisal right for dissent shareholders）。该制度的诞生反映了美国一贯的实用主义态度。早期的制定法通常要求根本性交易需要取得股东的一致同意。这种机制妨碍了公司的决策效率，也与资本多数决制度相冲突，可能损害拥有多数资本的大股东之利益。法律为解决此类弊端，特设反对和评估制度，作为异议股东的救济方式，以求平衡各方利益。就其性质而言，部分学者认为其为形成权，并不需要公司的意思表示，仅仅需要异议股东发出请求购买之意思即可发生。<sup>②</sup>也有部分学者认为股东回购请求权为公司法上的请求权，但区别于民法上的请求权，公司不能援用民法上的抗辩权来阻止其效力。<sup>③</sup>应当这样认为，股份收购请求权本质上是公司法为中小股东提供了一种法律救济，是股权的派生性权利。从权利的功能上来看，它为基础权利提供救济。股东单方面的意思表示并不能产生股权回购的效力，故将其认定为形成权颇为不妥。股东请求公司回购其股权，如果未能与公司形成一致，则只能诉请法院强制公司回购。将股东收购请求权界定为请求权是恰当的，只不过这是一种法定的请求权。章程可以扩大适用范围，但不允许缩小法律规定的适用范围，更不允

<sup>①</sup> 这也是美国原则上不承认上市公司或者股份分散到一定程度以上的公司股东的股份收购请求权的主要原因。上市公司的股份具有高度的流通性，股东自可通过流通性交易选择离开公司，法律没有必要提供额外的保护机制，即著名的“市场例外”原则。参见蒋大兴：《公司法的展开与批判》，法律出版社2001年版，第771页。

<sup>②</sup> 李海龙、邹松生：《论异议股东回购请求权行使规则》，载《西南政法大学学报》2009年4月。

<sup>③</sup> 甘培忠、刘兰芳主编：《新类型公司诉讼疑难问题研究》，北京大学出版社2009年版，第276～277页。

许通过章程取消异议股东的此项请求权。

股权回购亦并不必然导致公司减资。这一点与股东退股制度存在差别，因为在股东退股情形下，公司将会面临必然的减资。而对于股份回购，则只有在立法规定“回购股份必须立即注销”的国家中，才会导致公司减资。公司持有自己的股份虽非常态，但在特殊情形下并非没有可能。多数国家允许公司持有回购之股份，但存在诸多限制。常见的限制是，公司必须在一定期间内转让或者注销其持有的股份以及这些股份并不享有表决权等。在采纳授权资本制的国家，立法通常将公司回购的股份纳入已经授权但尚未发行股份的范畴，美国《示范商业公司法》即采纳了这种制度。我国台湾地区“公司法”虽采授权资本制，但采用了库存股制度。根据我国《公司法》第143条的规定，回购的股份也并非当然立即注销。公司为减少注册资本的，需在10日内注销；为与持有公司股份的其他公司合并或者因分立、合并异议回购的股份，需在六个月内转让或者注销；因职工激励而回购的股份，则需在一年内转让给职工。可见，减资只是股份回购的一个原因，股份回购也并不必然导致减资。异议回购的股份只要在六个月内能进行转让，并不会必然导致公司进行减资。

**二、关于公司股份回购之条件。** 股东不能自由退股，这是公司法的一般原则。若允许股东自由退股，则公司势必难以维系，也可能危害其他利益相关者的权益。如前文所述，股东诉请公司回购股权制度实际上是平衡各方利益之产物。如果禁止股东股份回购，受压制的中小股东将不得不长期忍受压制状态和权利受损风险。如果允许股东可自由将其股份由公司回购，则公司制度又可能名存实亡。股东本已享受有限责任，若再允许其自由以回购股份的方式退股，则势必对公司的债权人带来风险，难谓公平。故而法律虽允许股东于特定情形下请求公司回购股份，但设置了严格的标准和条件，以求平衡双方利益。《公司法》第75条、第143条分别规定了有限责任公司股权的回购和股份有限公司股份的回购。根据第75条的规定，股东请求公司回购股权的情形包含股东对以下事项投反对票：公司连续五年盈利却不分红；公司合并、分立、转让主要财产；章定营业期限届满或者章定解散事由出现，股东会修改章程使公司存续的。第143条第4款规定了股份有限公司股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议而回购股份的情形。此外，根据《公司法解释（二）》第5条的规定，在公司陷入僵局时，当事人可以协商由公司或者股东收购股份，公司应当在调解书生效之日起六个月内转让或者注销股份。值得注意的是，此等情形下公司并非承担回购当事人股份的义务。

如果公司和股东之间不能达成协商且符合司法解散之条件，公司将面临司法解散。部分学者认为我国公司法规定的回购请求适用范围过于狭窄，应当适当扩大。<sup>①</sup>下表列举了一些国家和地区公司立法对于股东回购请求权适用范围之规定：

美国《示范商业公司法》	公司合并；公司分立；股份置换；特定资产处置；公司章程的特殊修改；本州化；转换为非营利企业；转换为非公司实体。 <sup>②</sup>
台湾地区“公司法”	缔结、变更或终止关于出租全部营业，委托经营或与他人经常共同经营之契约；让与全部或主要部分的营业或财产；受让他人营业或财产，对公司营运有重大影响。 <sup>③</sup>
意大利	变更公司目的；变更公司类型；向国外迁址。 <sup>④</sup>
日本	转让营业；合并；为限制股份转让而变更章程；有限公司组织变更；公司分割；组织变更为有限公司等。 <sup>⑤</sup>
美国《特拉华州普通公司法》	合并；特定情形下的章程修改；出售公司全部或者实质性全部资产。

从上表中，可以看出各国在股东请求股份回购的适用条件上既有共同之处，也存在明显的差异。各国公司立法多将公司组织形式的变更、主要营业财产的转让、合并与分立、公司形式的变更纳入股东回购请求权的适用范围之中。在这些情形中，公司的决议使得公司的基础发生变化，根本上违反了

① 林承铎：《有限责任公司股东退出机制研究》，中国政法大学出版社2009年版，第205页。

② MBCA, § 13.02 (a) .

③ 台湾地区“公司法”第185~186条。

④ 意大利民法典第2437条，参见费安玲、丁玫译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社1997年版，第632页。

⑤ [日]末永敏和：《现代日本公司法》，金洪玉译，人民法院出版社2000年版，第126页。

异议股东的期待，严重影响了股东权益，法律没有必要强迫股东继续留在变化后的公司。但是如果条件过于宽泛，公司将时刻面临退股的担忧，影响公司的发展。在公司经营状况预期下降时，宽泛的条件会损害外部债权人的利益。在原则承认异议股东有权请求回购的前提下，法律试图通过条件的设置来寻求中小异议股东、公司和利益相关者之间利益之平衡。

**三、股份回购与公司资本维持原则之关系。**反对股权回购的理由主要集中在股权回购对于利益相关者，特别是公司外部债权人利益之损害。在大陆法系国家，股东回购请求权与公司资本维持原则之间的争论一直没有平息过。资本维持原则又称为资本充实原则，它是指公司在其存续过程中，应经常保持预期资本额相当的财产。该原则价值有二：一为债权人利益之保护；二为维系公司之正常运营。股东禁止退股通常被认为是该原则的直接体现。以资本维持为理由进而反对股东回购请求权制度的主张建立在这样一种逻辑之上：资本为债权人提供信用担保——退股引起公司资本额的减少——退股将危及债权人的利益。资本维持原则，被认为是平衡有限责任和债权人利益的一种机制，一度被许多国家奉为公司资本制度的圭臬。在20世纪，这一原则出现了松动。“伴随‘建设股利’的出现及员工认购公司股份及公司抵御‘恶意收购’的需要”<sup>①</sup>，原先绝对坚持资本维持的国家改革了自己的公司法。以日本为例，在股权回购制度上，日本公司法先后经历了“原则禁止，严格例外允许”（1994年商法修订之前），“原则禁止，放宽例外允许”（1993~2001年），“原则允许并附加条件”（2001年以后）三个阶段。<sup>②</sup>我国《公司法》虽然积极借鉴和引进其他公司立法的制度，以适应时代需要。但在资本制度上，公司法仍然坚持法定资本制。在中国，对于注册资本的迷信状况仍然普遍存在，注册资本仍然是提供交易信用的基础性因素。在这一背景之下，为维持注册资本信用的资本维持原则仍有存在的理由。比照日本的立法进化阶段，在退股问题上可以认定我国仍处在“严格禁止，例外允许”之阶段。

精心设计的资本维持制度，在现实之运行往往却不尽如人意。以公司作为被执行人案件长期存在的低执行率似乎印证了该制度面临的困境。恰如赵旭东教授所言：“资本信用构建的神话终将破灭”<sup>③</sup>。注册资本虽然不能提供信用，但在市场机制不甚健全的中国，公司法仍然需要对此予以严格维持。

① 王东光：《股东退出法律制度研究》，北京大学出版社2010年版，第24页。

② 平力群：《日本公司法修订及其对公司治理制度演化的影响：以种类股制度和股份回购制度为例》，载《日本学刊》2010年第5期。

③ 赵旭东：《从资本信用到资产信用》，载《法学研究》2003年第5期。

事实上，股东请求回购与公司资本额的减少并不存在必然的联系。公司成立之后，公司资产经常处于变动状态，法律应当限制异常的变动以保护债权人的利益。如果公司运行状况良好，公司资产将远远大于注册资本额。如果资本维持原则的功用在于维持注册资本项下的信用，只要退股不损害注册资本所能提供的信用，法律自无干涉的必要。这也是许多国家原则上允许退股，但从财务准则上予以限制的主要原因。在坚持资本维持原则的德国，财务准则反映在不得用股本进行支付，<sup>①</sup> 退股所需支付的价款原则上限定于可分配利润或者新股发行所获资金。美国特拉华州公司法、英国《1985年公司法》均规定了类似的制度。在美国《示范商业公司法》中，财务准则上的限制表现为动态的“偿债能力标准”和“资不抵债标准”。“偿债能力标准”是在股份回购所需资金并不会导致公司无法偿还经营过程中的到期债务。“资不抵债标准”是指股份回购并不会导致公司总资产少于总负债与回购资金之和。只要回购不满足其中一项标准，回购就不能进行。这种要求与破产法中的破产条件类似，因而又被称为“破产标准”。美国《加利福尼亚公司法典》采用了另外一种财务限制规则——财务比率规则，股份回购与股东分配均适用该规则。根据该法第500条的规定，公司总资产至少需为总负债的1/4倍并且流动资产至少等于流动负债。“破产标准”与“财务比率标准”均不以过去的注册资本作为限制性标准，而是引入了资产的概念。以回购时的财务状况作为限制依据，这进一步印证了公司法信用制度由注册资本信用向资产信用转变的趋势。

**四、本案股东之间矛盾激化可否作为股份回购之理由。**本案之中，原告诸先生诉请公司回购股份的理由在于股东之间的矛盾导致其无法行使股东权利。法院以资本维持原则为依据，驳回了原告的诉请。由于该案刊登于人民法院报，引起了学者们的广泛关注。有学者将此案作为新旧公司法股权回购制度对比中的典型案例，并认为法院之所以未能支持诸先生的原因在于旧公司法对此没有规定。公司法对于诸先生的情况则将予以救济。<sup>②</sup> 事实上，即使按照《公司法》的规定，本案情形亦不属于股东请求公司回购其股份的范围。股东之间的冲突并不能成为其请求公司回购其股份之法定理由。纵观世界各国公司立法，几乎没有将股东之间的冲突纳入股东请求回购其股份的范围。

<sup>①</sup> 《德国有限责任公司法》第30条第1款。

<sup>②</sup> 林承铨：《有限责任公司股东退出机制研究》，中国政法大学出版社2009年版，第218页。

按照《公司法》的规定，原告自无理由请求公司回购其股份。如果股东间的纠纷导致了公司僵局的出现，新《公司法》提供了另外一种救济途径——诉请公司司法解散。本案案情并没有明确反映出控股股东王先生对于原告的压制，也没有任何案情反映出公司因此陷入了僵局。如果因为股东间的冲突最终导致了《公司法解释（二）》第1条规定的公司僵局状况的出现，原告自可以诉请解散公司。如果在此过程中，经过法院调解或者当事人自行协商，达成由股东或者公司回购其股份的协议，只要这种协议不违反法律的规定，这种协议原则上有效。此种情形下的股份回购并非强制而是依赖于当事人之间的协商。如果大股东想避免公司被解散，则势必自己受让股权或者通过股东会决议由公司回购股权。在本案中，原告持股比例为16%，如果冲突导致了公司僵局的情况，依据《公司法解释（二）》的规定，他可以提请解散公司。股东王先生作为控制股东，为了避免公司的解散，也会积极协商由自己或者公司以原告能接受的价格受让原告的股权。可以肯定的一点是，本案原告无权诉请强制公司回购其股份。



## 股权受让人 对受让前公司债务之法律责任

### 【关注焦点】

当股权转让人所转让之股权存在瑕疵出资情形，而公司又面临对外债务责任时，转让人已不再是公司股东是否还要为公司之债务承担瑕疵出资责任？股权受让人因已是公司股东是否又应当承担瑕疵出资补足责任？或者因瑕疵出资与受让人无关因而其并不应当承担责任？或者股权转让人与受让人应当连带为公司债务承担责任？如果要承担责任，那么这种责任是否同样应以瑕疵出资为限？并且，如果受让人实际承担责任后，是否有权向转让人进行追偿？

### 【基本案情】

抗诉机关：中华人民共和国最高人民检察院

申诉人（一审被告、二审被上诉人）：乙药业股份有限公司

被申请人（一审原告、二审上诉人）：A 制药公司

被申请人（一审被告，二审被上诉人）：丙医药股份有限公司

被申请人（一审被告，二审被上诉人）：甲医药有限公司

A 制药公司于 2004 年与甲医药公司签订《OTC 产品全年购销协议书》，约定由丙医药公司购买 A 制药公司生产的药品，总价款为 500 万元。双方对



产品种类、价格、付款等进行了约定。协议签订后，丙医药公司即开始从A制药公司进货。经双方于2004年11月8日对账核实，截止2004年11月5日丙医药公司尚欠A制药公司货款5413697.11元。之后，丙医药公司未能通过2003年、2004年年检，公司处于歇业状态。

2002年12月24日，甲医药公司与乙药业公司签订《股份转让协议》约定：乙药业公司以每股0.893元的价格，受让甲医药公司所持有的丙药业公司的2700万国有股。甲医药公司保证在协议约定的股份转让完成时，将其作为向丙药业公司原始出资的三块土地使用权过户到丙药业公司的名下，土地出让金和相关费用由甲医药公司支付。该协议第八条对协议生效条款约定：“本协议自双方法定代表人或其授权代表签字盖章，并在甲医药公司与B银行签订了协议，使法院解除了冻结甲方所持有丙药业公司2700万股的股份，甲方与华融资产管理公司签订协议，并得到华融总部的批准，使甲市中级人民法院下达了终止执行裁定书，且本协议各鉴于条款第3.1.4款（即土地过户到湖北恒康药业公司名下）成立后生效。”2003年5月16日，乙药业公司将2411.1万元股权转让款支付给了甲医药公司，后正式办理企业名称和股东变更手续，取得了新的企业法人营业执照。同时对公司章程进行了修改，修改后的章程记载：乙药业公司所认股份2700万股，所占比例67.5%。此后，乙药业公司通过增资扩股向丙医药公司增加出资2588.9万元，持有丙医药公司81.16%的股份。

由于甲医药公司作为向丙药业公司2700万元出资的三块土地在另案中已向债权人B银行设定了抵押，为将这三块土地过户到丙药业公司名下，2003年4月22日，乙药业公司与甲医药公司、B银行三方签订《协议书》，约定B银行在不放弃上述三块土地抵押权的前提下，同意该土地过户给丙医药公司，如甲医药公司届时不能偿还借款本金1000万元，则由乙药业公司予以偿还。但B银行事后即申请法院强制执行，法院遂依据其申请查封了上述土地。故该土地至今未能过户到丙医药公司名下。

2006年11月9日，A制药公司起诉至甲市中级人民法院，请求判令：（1）被告丙医药公司支付原告货款5413697.11元；（2）被告乙药业公司、甲医药公司对上述货款承担连带清偿责任；（3）诉讼费用由三被告承担。

## 【审理要览】

一审法院认为：A制药公司与丙医药公司签订的购销协议合法有效，对

双方当事人具有法律约束力。丙医药公司未按合同约定支付货款，其行为属违约行为，应承担相应的民事责任。在丙医药公司所欠货款金额问题上，由于A制药公司提供了盖有丙医药公司公章的对账单，A制药公司按该对账单上载明的金额提出诉请，于法有据，予以支持。而丙医药公司主张对账单列举的药品名称及总价款和购销协议不一致，说明对账单与购销协议之间并不存在对应关系，该对账单作为证据与本案没有关联性。由于丙医药公司对对账单上的公章未持异议，亦未申请司法鉴定，且药品名称及总价款和购销协议有不一致是合同约定与合同实际履行结果的差异，属正常情况，故其抗辩理由不予采信。

在丙医药公司的股东是否承担责任的问题上，甲医药公司作为丙医药公司的发起股东，以其对公司出资的土地在未过户至公司名下的情况下为其自身债务设定抵押，导致该土地作为其责任财产被法院查封，并已进入执行程序，现已不能过户至公司名下。甲医药公司的上述行为应认定为出资不实，滥用公司独立地位的行为，依法应在其出资不实的范围内对丙医药公司的债务承担连带清偿责任。甲医药公司将其股份转让给乙药业公司后，虽已不再是丙医药公司的股东，但滥用公司独立地位的责任承担及于原股东和通过股权受让方式新加入的股东，故甲医药公司对丙医药公司的债务不因其现已不是丙医药公司的股东而免责。A制药公司诉请甲医药公司承担连带责任，于法有据，予以支持。乙药业公司通过受让甲医药公司的股份成为丙医药公司的股东，其虽在甲医药公司出资的土地未过户的情况下支付了股份转让款，但此行为并未使丙医药公司的责任财产减少，且在事后乙药业公司为使土地过户至丙医药公司名下已尽了自己的义务，并向丙医药公司增资。因此，乙药业公司没有滥用公司独立地位的行为，其对丙医药公司的债务不承担连带责任。A制药公司提出乙药业公司承担连带责任之诉请，于法无据，不予支持。但由于丙医药公司已处于歇业状态，乙药业公司作为其控股股东，应及时妥善地对公司的债权债务进行清理清算，以保障公司债权人的债权能得到最大程度的实现。该院依据《合同法》第8条、第60条、第107条，《公司法》第3条、第20条、第138条以及《民事诉讼法》第130条之规定，于2007年8月17日作出（2006）筑民二初字第202号民事判决，判决：一、丙医药公司于判决生效后15日内支付货款5413697.11元给A制药公司；二、甲医药公司对上述债务承担连带清偿责任；三、驳回A制药公司的其余诉讼请求。案件受理费37078.50元，由丙医药公司和甲医药公司负担。

二审法院认为：A制药公司与丙医药公司于2004年1月签订的《购销协

议书》应为有效。A 制药公司依约向丙医药公司供货，丙医药公司未履行付款义务，尚欠 A 制药公司货款 5413697.11 元，予以确认。丙医药公司未履行付款义务已构成违约，应承担相应的民事责任。甲医药公司作为丙医药公司的股东，以其已设置抵押的土地作为向丙医药公司的出资，并造成作为出资的土地不能过户到丙医药公司名下的后果，故甲医药公司向丙医药公司的出资 2700 万元未实际到位。甲医药公司应依法承担出资不到位的民事责任。乙药业公司明知甲医药公司出资不实，且丙医药公司的债务发生在甲医药公司转让股权之后，甲医药公司应在丙医药公司不能清偿 A 制药公司债务时，在其原应出资的 2700 万元范围内承担补充清偿责任。原审法院判决甲医药公司承担连带清偿责任不当，予以纠正。乙药业公司明知甲医药公司用于向丙医药公司出资的土地未过户到丙医药公司名下，甲医药公司出资未到位，仍受让甲医药公司的股份，故丙医药公司因该股东所应承担的义务也一并转移给受让股东乙药业公司，乙药业公司应履行股东补足出资的法定义务。虽然乙药业公司通过增资扩股向丙医药公司增加出资 2588.9 万元，但乙药业公司和甲医药公司始终未补足原股东甲医药公司应向丙医药公司的出资 2700 万元。故乙药业公司应在其出资不实的范围内，对公司的债务承担责任。A 制药公司关于乙药业公司 2700 万元出资实际不到位，不能因乙药业公司向甲医药公司支付了股权转让款，就视为完成了对丙医药公司的出资义务的上诉有理，予以支持。原判关于乙药业公司对丙医药公司的债务不承担责任的认定不当，予以纠正。另外，A 制药公司与丙医药公司之间的债务形成于乙药业公司受让股权成为控股股东之后，故乙药业公司应在丙医药公司的资产不足以清偿到期债务时，以其认购的 2700 万元股份为限对丙医药公司的债务负连带清偿责任。乙药业公司在承担责任后，有权对甲医药公司出资不到位的行为行使追偿权。综上，该院依照《民事诉讼法》第 153 条第 1 款第（1）项、第（3）项的规定，于 2007 年 12 月 12 日作出（2007）黔高民二终字第 96 号民事判决，判决：一、维持甲市中级人民法院（2006）筑民二初字第 202 号民事判决第一项；二、变更甲市中级人民法院（2006）筑民二初字第 202 号民事判决第二项为：甲医药公司在丙医药公司不能清偿 A 制药公司的债务时，对其 2700 万元出资不实部分承担补充清偿责任；三、撤销甲市中级人民法院（2006）筑民二初字第 202 号民事判决第三项改判为：乙药业公司对丙医药公司不能清偿 A 制药公司的债务，在 2700 万元范围内承担连带清偿责任。一审案件受理费按原判确认的负担。二审案件受理费 49695.88 元由乙药业公司承担。

检察机关抗诉称：（1）该二审判决判令甲医药公司应在丙医药公司不能清偿A制药公司债务时，在其原应出资的2700万元范围内承担补充清偿责任，却判令乙药业公司对丙医药公司的债务承担连带清偿责任，违反有关法律规定。（2）乙药业公司没有滥用公司独立地位的行为，其对丙医药公司的债务不应承担连带责任。

A制药公司辩称：（1）丙医药公司滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害债权人利益，违反《公司法》第20条之规定；乙药业公司对丙医药公司发生的债务承担连带责任。（2）乙药业公司在受让前对丙药业公司资产进行了评估并知晓甲医药公司原始出资的2700万股份为瑕疵股权，虽然采取了一系列举措要求甲医药公司履行出资义务，但未能实现。故乙药业公司应当承担第一位出资义务，甲医药公司承担补充出资义务。（3）丙医药公司的债权人A制药公司请求瑕疵出资股东乙药业公司清偿债务，符合《合同法》第73条规定的代位权构成要件。二审法院判决乙药业公司对丙医药公司不能清偿A制药公司的债务，在2700万元范围内承担连带清偿责任的判决正确。

最高人民法院经审理认为：原审法院对A制药公司与丙医药公司签订的《购销协议书》认定为有效；对A制药公司依约供货，丙医药公司未履行付款义务，尚欠A制药公司货款5413697.11元的认定；对丙医药公司未履行付款义务已构成违约应承担相应的民事责任以及甲医药公司对丙医药公司的债务承担责任等认定，鉴于当事人未提出异议，也不损害国家、社会和第三人的利益，且认定并无不当，应予维持。

股权的本质是股东和公司之间的法律关系，既包括股东对公司享有的权利，也包括股东对公司的出资义务，因此，股权的转让导致股东权利义务的概括转移。受让人所受让的并不是股东的出资，而是股东的资格权利，受让人受让他人的股权而成为公司的股东。同时，股东的出资义务与其获得股权属于不同的法律关系，民事主体获得股权的前提是其取得相应的股东资格，而取得股东资格主要依据在于公司章程、股东名册和工商登记的确认，并不以履行出资义务为必要条件。甲医药公司与乙药业公司在股份转让协议中约定以每股0.893元的价格，受让甲医药公司所持有的湖北恒康药业公司的2700万国有股，乙药业公司向甲医药公司支付的2411.1万元是股权的对价，而是乙药业公司完成了对丙医药公司2700万元的出资义务。而且，无论从丙医药公司的章程、股东名册，还是工商登记来看，乙药业公司已为丙医药公司占67.5%股份的股东。鉴于股东的瑕疵出资民事责任是公司股东的特有民事责任，除法律法规有特别规定和当事人有特别约定外，该责任应当由公司

的股东承担，而不是由公司股东以外的人承担。由于出资瑕疵的股东将其股权转让给其他民事主体后，便产生了该瑕疵股权出资责任的承担主体问题，因此，在处理上要遵循股权转让双方当事人的真实意思表示和过错责任相当的基本原则。就股权转让的受让人而言，核实转让股权是否存在瑕疵出资是受让人应尽的基本义务。如果其明知或应当知道受让的股权存在瑕疵而仍接受转让的，应当推定其知道该股权转让的法律后果，即受让人明知其可能会因受让瑕疵股权而承担相应的民事责任，但其愿意承受，这并不超出其可预见的范围，司法没有必要对其加以特别保护而免除其承担出资瑕疵的民事责任。乙药业公司委托中发国际评估有限公司对湖北恒康药业公司的评估、湖北省财政厅鄂财企复字〔2003〕109号《关于〈甲医药公司关于落实湖北恒康药业公司股本金等有关问题的请示〉的批复》以及与甲医药公司双方签订的《股份转让协议》等均可证实，乙药业公司明知甲医药公司用于向湖北恒康药业公司出资的土地未过户到湖北恒康药业公司名下，但仍然自愿受让甲医药公司的股份并成为湖北恒康药业公司的股东。故乙药业公司通过受让的方式享有丙医药公司瑕疵股权2700万股份，应负有承担出资瑕疵责任的义务。虽然乙药业公司通过增资扩股向丙医药公司增加出资2588.9万元，但乙药业公司和甲医药公司始终未补足原股东甲医药公司应向丙医药公司的出资2700万元，不能因其对丙医药公司增资扩股而免除其应出资的义务。对丙医药公司的债务，乙药业公司、甲医药公司均应在未足额出资部分2700万元的范围内承担补充清偿责任。原审判决乙药业公司对丙医药公司不能清偿A制药公司的债务，在2700万元范围内承担连带清偿责任不当，应予改判。乙药业公司在最高人民法院再审时提出对丙医药公司享有2280万元的追偿权以及与丙药业公司债务抵销之后的责任承担问题，因本案一、二审时均未涉及，不属本案再审的范围，最高人民法院不予支持。

综上，甲省高级人民法院（2007）黔高民二终字第96号民事判决认定事实清楚，法律适用不当。最高人民法院根据《民事诉讼法》第186条、第153条第1款第（1）、（2）项之规定，判决如下：一、维持甲省高级人民法院（2007）黔高民二终字第96号民事判决主文第一项、第二项。二、撤销甲省高级人民法院（2007）黔高民二终字第96号民事判决主文第三项以及甲市中级人民法院（2006）筑民二初字第202号民事判决主文第三项。三、乙药业公司对丙医药股份有限公司不能清偿A制药股份有限公司的债务，在2700万元范围内承担补充清偿责任。如果未在本判决生效之日起十五日内履行给付金钱义务，应当依照《民事诉讼法》第229条之规定，加倍支付迟延

履行期间的债务利息。一审案件受理费 37078.50 元，由丙医药股份有限公司、A 医药公司共同承担，二审案件受理费 49695.88 元由乙药业公司承担。

## 【裁判解析】

本案性质为买卖合同纠纷，案件先后经过一审、二审和再审，争议之焦点并不在于买卖合同本身，而在于因买卖合同所引发的公司债务追究前后股东连带补足出资责任之争执。一审法院判决认定应当由股权转让人甲医药公司承担连带清偿责任，作为受让人的乙医药公司不承担责任。二审法院判决认定股权转让人甲医药公司承担补充清偿责任，受让人乙医药公司承担连带清偿责任。最高人民法院再审判决认定股权转让人甲医药公司和受让人乙医药公司均须承担补充清偿责任。三级法院判决上的差异反映出我国司法实践在这一问题上并没取得一致意见。如何处理瑕疵股权转让所引发纠纷一直是公司法司法实践所面临的难题。《公司法解释（三）》试图统一各级法院在此问题上的认识。根据该司法解释第 13 条、第 19 条的规定，未履行或者未全面履行出资义务的股权转让人应当在未出资本息范围内承担补充赔偿责任。受让人是否承担责任取决于其是否知道或者应当知道瑕疵状况。如果受让人知道或者应当知道股权瑕疵，则其应当承担连带责任。要正确处理此类案件，需要对以下问题有深入、正确的认识。

**一、瑕疵股权转让人对公司债务之责任。**我国学界对瑕疵股权转让后，转让人是否应当承担责任以及承担何种责任存在争议。主要观点有四种：转让人应当单独承担责任；转让人不应当承担责任；转让人和受让人承担连带责任；转让人是否单独承担责任取决于受让人是否善意。分析此问题的前提实质要对出资义务之性质进行界定。出资为股东最为主要之义务，股东出资形成公司资本并成为公司存在和发展之基础。出资为股东对公司的法定义务，因而并不受诉讼时效的限制。《公司法解释（三）》第 20 条即规定：“公司股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司全面履行出资义务或者返还出资，被告股东以诉讼时效为由进行抗辩的，人民法院不予支持。”根据《公司法》第 28 条的规定，股东按期足额缴纳其认缴的出资额，该条规定应当被认定为强制性规范。股东违反出资义务将承担两方面的责任：一为差额补足责任；二为对其他股东的违约责任。即使股东会通过决议免除股东的出资义务，股东仍然不能免除其差额补足责任，除非公司按照法定程序对其进行除名。这是因为股东会免除股东出资义务的

决议实际上违反了《公司法》第28条的强制性规定，根据《公司法》第22条的规定，这种股东会决议应当认定为无效。如果允许股东会决议免除股东的出资责任，将破坏公司法所构建的资本制度，危机外部债权人之利益。但如果股东间达成协议或者通过决议免除股东因未履行或者未全部履行其出资义务所引发之违约责任，这种协议或者决议因不涉及其他利益主体，为私权主体之间的权利处分，原则上应当认定为有效。

出资义务同样不能因为股权转让而被免除，这是世界各国公司立法之通例。德国《有限责任公司法》第19条即规定：“如果会员不兑现其承诺的出资，则该会员也不能以转让出资的放肆免除其责任，这时，其余会员应当按照出资比例承担未出资会员的出资。”<sup>①</sup>美国《统一有限责任公司法》第503条(c)款亦规定：“转让人依照经营协议或本法规定而对有限责任公司所应承担的责任均不得被免除。”<sup>②</sup>这种责任自应包含出资义务引发的责任。法国《商事公司法》第282条亦规定：“未支付股款的股东和相继的受让人对未支付的股款负有连带责任。”<sup>③</sup>

股东因出资瑕疵所生对公司的差额补足责任，是其对公司债权人承担责任的基础。在大陆法系国家，学界普遍认为股东对债权人承担责任的法理依据源于债法中的代位权制度。相对于公司债权人而言，公司为债务人，瑕疵出资股东为次债务人。如果公司缺乏清偿能力且又怠于行使对瑕疵股东的权利，公司债权人债权的清偿势必受阻。此时公司债权人代公司行使对瑕疵股东的权利自属公平。然瑕疵出资股东对于公司债务所承担责任之性质，学界和司法界均存在争议。本案一审判决即认为该种责任性质为连带清偿责任，而二审和再审均认为其为补充清偿责任。所以，如果认为瑕疵股东承担此种责任的法理依据源于代位权制度，则只有当股东的瑕疵出资危机到债权人利益时债权人方能要求股东在其出资差额范围内承担责任。如若将其界定为连带责任，则债权人有权选择瑕疵出资股东为清偿的权利，而这与代位权制度的初衷相违背。如果公司没有丧失对债权人的清偿能力，债权人自可从公司资产中获偿。法律于此等情形下自无提供额外救济之必要。故而将瑕疵出资股权转让人所承担的此等责任界定为补充连带责任较为恰当。《公司法解释(三)》第13条即规定：公司债权人请求为履行或者未全面履行出资义务的股

<sup>①</sup> 杜景林、卢湛译：《德国股份法·德国有限责任公司法·德国公司改组法·德国参与决定法》，中国政法大学出版社2000年版，第168页。

<sup>②</sup> 虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆2004年版，第197页。

<sup>③</sup> 金邦贵译：《法国商法典》，中国法制出版社2000年版，第210页。

东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予以支持。《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》第15条、《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）》第52条以及最高人民法院《对审理公司纠纷案件的若干问题的司法解释》（征求意见稿）第12条均作出了类似的规定。瑕疵出资股东承担的此种责任既为补充连带责任，则瑕疵股东享有检索抗辩权。只有公司不能清偿债务时，才能要求瑕疵股东承担责任。所谓“不能清偿”是指对公司的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具、房屋、土地使用权等可以方便执行的财产执行完毕后，债务仍未得到清偿的状态。<sup>①</sup>

补充连带责任原则上应当覆盖在其出资成为股东之后到补足差额之前的所有公司债务。瑕疵出资股东的瑕疵出资行为并没有对其出资之前的公司债务构成危害，之前的债权人在债权成立之时亦未对后来增资部分的资本信用产生信赖，故而补充连带责任的范围不应当包含之前的债务。但是通过受让出资瑕疵股权成为公司股东则有可能对之前的债务承担责任。下文将对此问题详述。股东退出公司并不阻断其对公司此后债务所应承担的责任，除非瑕疵得到修复。瑕疵股权转让人与受让人之间就瑕疵弥补的约定亦不足以对抗债权人；当然转让人或者受让人在承担责任之后可以根据约定要求其中一方承担相应的责任。就责任范围而言，学界普遍赞同瑕疵出资的股东只应当在差额本息范围内承担责任。让瑕疵出资股东就其出资瑕疵行为对公司无穷无尽的债权人承担补充清偿责任，不仅有失公平，而且根本违背股东有限责任的基本原则。有限责任公司股东与合伙企业合伙人一项重要区分便在于其有限责任，让瑕疵出资股东承担无限的偿债责任完全背离了有限责任公司的基本制度架构。以往的司法经验做法是，当股东瑕疵出资导致公司资本低于最低注册资本要求，并且由此导致公司人格被否认时，瑕疵出资的股东应当对公司债务承担连带责任。《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见（一）》第（四）部分第2条、《江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）》第51条以及《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》第22条均对此有明确的规定，这些条文规定之精神实际均值得商榷。

## 二、瑕疵股权受让人对于公司债务之责任。就瑕疵股权受让人是否应当

<sup>①</sup> 《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》第15条第2款。



对公司债务承担责任的问题，我国学界亦存在四种观点：完全不承担责任；单独承担责任；与转让人承担连带责任；是否承担责任取决于善意。赞成第一种观点的学者认为，根据责任自负原则，只有瑕疵出资股东对公司及其债权人承担责任。本案一审法院即采纳了此种观点。赞同第二种观点的学者认为，股东资格既已经变更，附着于其上的权利义务也应当一并变更。还有学者认为股权之性质为物权，物权既已经发生移转，权利上之瑕疵与负担也应当一并移转。第三种观点认为，即使受让人因欺诈受让股权，但这并不阻断其与转让人对公司债权人所应承担的责任，受让人在承担责任后，可以其受到欺诈为由，请求转让人赔偿。第四种观点认为受让人是否应当承担责任取决于受让人在受让股权时是否善意，如果受让人善意受让股权，则其不应当对公司债务承担责任。

根据《公司法解释（三）》第19条的规定，受让人如果在受让时知道或者应当知道股权上存在的出资瑕疵状况，则受让人应当承担连带责任。受让人之所以承担对债权人责任的一个重要原因在于：任何人从前手中取得的权利不得大于前手。如果股权上存在瑕疵，则受让人受让的股权同样存在这样的瑕疵，股权的转让并不能消除股权上所负担的瑕疵。此外，债权人对于股权转让通常是不知情的，如果转让能消除瑕疵，瑕疵出资的股东自可以通过股权转让逃避出资责任，而这对于债权人显然不公平。但如果受让人在受让股权时确属善意并且支付了公平合理的对价，让无辜的受让人承担责任，完全忽视转让股东在瑕疵出资上之过错的观点又似乎显得矫枉过正。所以，公平合理的解决方案是引入物权法中的善意取得制度。如果受让人在受让股权时确属善意并且支付了合理对价，已经办理登记，股权上负担的瑕疵应当被阻断。此时，受让人应当负担证明其符合善意受让人之举证责任。《公司法解释（三）》第19条只规定了受让人不符合主观善意之情形，并未规定其他不符合善意取得之情形。典型的情形如受让人以明显低于无瑕疵股权之合理价格受让股权，这即明显不符合善意受让人的要件，法律自无保护之必要。司法实践中，有一种观点认为，如果受欺诈的受让人在债权人提起诉讼时并未起诉转让人行使撤销权，即应当推定其愿意承担股权负担之瑕疵责任。<sup>①</sup>应当认为，撤销权是否行使乃当事人之权利，受让人不行使撤销权可能基于多种原因，比如公司良好的收益预期，不行使撤销权并非就一定推定受让人在

<sup>①</sup> 吴晓明、金剑锋：《公司诉讼的理论与实务问题研究》，人民法院出版社2008年版，第362页。

受让时知道股权上所负担之瑕疵。所以，不能因为事后知道股权上的瑕疵就断然否定善意取得之效力，善意取得可以消除股权上的瑕疵负担，至少对善意取得人而言是如此。

就责任之性质而言，《公司法解释（三）》第19条将其界定为“连带责任”。这里的连带责任应当是指与出让股东之间的连带责任，而非与公司之间的连带责任。相对于公司而言，受让人在此处承担的仍然是补充责任而非连带责任。因而只有当公司不能清偿债务时，债权人才能要求受让人承担责任。而就责任之范围而言，应当限于出资差额之本息范围内。受让股东承担责任后还可向出让股东追偿，因为出资瑕疵是出让股东过错所致；但是如果双方对此问题已经存在另行之约定，且不涉及第三人利益，法律自无干涉之必要，双当应当依照约定各自承担相应责任。

**三、对于本案之具体分析意见。**从本案情况来看，转让人甲公司以已经设立抵押的土地作为向丙公司的出资，该土地最终被法院查封，并未过户到丙公司的名下，因而甲公司在土地作价2700万元范围内并未实际履行任何出资义务。从查明的事实来看，受让人乙公司在受让股权时对甲公司土地瑕疵出资的事实是明知的。虽然乙公司已经支付了对价款2411.1万元，但这并非是对出资瑕疵的弥补，而是支付给出让的股权受让款，因而依然不能免除其连带补足出资责任。乙公司在明知股权存在出资瑕疵的情况下仍然愿意受让股权，也不符合善意受让标准，法律对其自然没有额外保护之必要。虽然乙公司在事后通过增资扩股向丙公司增加出资2588.9万元，但这并不影响其因受让瑕疵股权而应对债权人所应承担之责任。故一审法院判决认定受让人不承担责任颇为不当。

虽然丙公司对A制药公司的债务发生在股权转让之后，但作为瑕疵出资过错的甲医药公司之责任并不因此而免除。如前文所述，出资为股东之法定义务，并不因为股权转让而免除。只要出资上的瑕疵未能得到弥补，这种义务和责任就一直存在。至于公司歇业状态同样不影响转让人和受让人对于债权人之责任。就责任性质和范围而言，一审、二审、再审判决结果存在较大的差异。一审判决认定转让人在出资不实范围内承担连带责任，受让人不承担责任。二审判决认定转让人在出资不实范围内承担补充清偿责任，受让人在出资不实范围内承担连带清偿责任。再审判决认定转让人和受让人均在出资不实范围内承担补充清偿责任。再审判决显然更加平衡了各方利益，在责任分配上兼顾了过错因素和真实意思表示，因而较为恰当。但再审判决也并未言明转让人和受让人之间的补充清偿责任是否连带，也未提及受让人之

追偿问题。

此外，本案一审法院以甲公司滥用公司独立地位，进而要求其与甲公司承担连带责任，这样的表述也极为不妥。《公司法》第20条规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”从本案案情来看，公司债务产生于股权转让之后，转让人根本不存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任逃避公司债务的故意，因而也就不应当适用《公司法》第20条的规定要求转让人承担连带责任。



## 公司职工退回职工股之效力认定

### 【关注焦点】

股东与公司自愿达成之退股协议是否有效？股东可否在退股款已获支付但公司章程及注册材料未就退股事宜进行变更记载情形下，依然主张股东之身份及权利？如确认退股为无效，应当怎样作出裁判并保证裁判获得妥当履行？

### 【基本案情】

原告：陈某

被告：甲公司

原告陈某原系被告甲公司职工。2003年8月，原告向被告出资9926元，同年8月15日，被告改制成为有限责任公司。在被告的公司章程上记载原告系其股东，原告本人也在章程上签字确认。2003年12月30日，原告决定买断工龄，故与被告签订解除劳动关系协议。2004年1月6日，原告向被告出具书面报告，表示其已按公司要求将购买的公司股份退还给公司，请公司结清其购股钱款。1月7日，被告向原告支付了全部退股现金计9770元，但在工商部门登记的公司章程上原告的股东身份一直未予变更。

2006年4月16日，被告召开股东大会，未通知原告参加。原告认为被告侵犯了其作为股东的知情权，故诉至法院，要求被告告知其2006年4月16日

股东大会的会议内容并提供 2005 年度公司财务报表。对此，被告认为，对原告提出的退股申请，被告表示同意，且已将原告入股款全部退还给了原告，所以原告已不再是被告的股东，不再享有相应的股东权利，请求法院驳回原告的诉讼请求。

## 【审理要览】

一审法院审理认为：（1）原告虽然仍被登记记载为公司股东，但事实上，原、被告已就原告退股一事达成一致，原告也已将所持有的被告公司股份予以退还并取得了相应的退股款。（2）原告所持有的股份是具有职工股性质的股份，依据《江苏省现代企业制度试点企业职工持股会暂行办法》的有关精神，持股职工经批准脱离公司时，公司应将职工货币出资形成的股权购回，同时将股份收回。（3）有限责任公司的股东名册、公司章程及公司登记机关对股东资格的登记或记载，仅是当事人取得股东资格的表面证据，如果其已事实上丧失了股东资格，即不能以登记或记载确认其仍享有对公司的股权。综上，本案原告已不再是被告的股东，其亦不应享有基于股东资格而享有的股东权利。故原告要求行使股东知情权的请求，缺乏依据。依照《民事诉讼法》第 64 条第 1 款、《民事诉讼证据规定》第 2 条及《公司法》第 4 条之规定，判决：驳回原告陈某的诉讼请求。宣判后，原告不服一审判决，提起上诉。

二审法院认为：被告甲公司为有限责任公司，股东在向公司履行了出资义务后，不能以任何形式从公司取回投资款。甲公司与陈某之间办理的退股手续实质为公司退还陈某投资款，该行为违反了公司法的强制性规定，应为无效。故陈某虽然收取了退股款，但其仍是被告的股东。股东在投资款不到位的情况下，其股东权利的行使应当受到限制，因此陈某必须在退还甲公司退股款的情况下，方能行使知情权，查阅甲公司的相关文件。依照《民事诉讼法》第 153 条第 1 款第（2）项、《公司法》第 36 条之规定，判决：一、撤销一审民事判决；二、陈某在归还甲公司退股款 9770 元后，有权查阅甲公司 2006 年 4 月 16 日股东会议决议和 2005 年度甲公司财务报表。

## 【裁判解析】

本案性质为股权转让纠纷。一审法院判决认定股权已经发生移转，原告

不再具有股东资格，故而不享有股东知情权。二审法院认定原被告之间的股权转让实质上是退还出资，违背了法律的强制性规定，因而股权转让行为无效，原告仍具有股东资格，但因其实际已经抽回出资，故而其股东权能应当受到限制，在补足退回出资之前不享有知情权。本案争议之焦点在于股权是否发生移转以及退股行为是否违反法律强制性规定。

**一、退股生效日之判定。**广义上的退股，是指特定股东于公司存续中，因一定事由（股东个人意思或法定原因）退出公司而丧失股东资格的一种行为。<sup>①</sup>退股分为股东主动退股和被动退股两类。前者如股东于法定情形下请求公司回购其股份，后者如股东除名。本文中所提及的退股仅指股权回购情形下之退股。

有一种观点认为，股权回购同股权转让类似，应当区分合同效力和股权变动之效力；退股协议是股权发生权利变动之基础，但股权是否发生权利变动并不影响退股协议之效力，退股协议应当以其自身构成要件作为判断其效力的依据。根据《公司法》第74条、第33条之规定，股权变动内部登记（股东名册）的变更才是股权发生变动的生效要件，而工商登记是其权利发生变动的对抗要件。当然也有观点认为，在股权转让或类似股权发生转让效果的股权回购协议生效后，即便未发生内部变更登记或外部工商登记，也并不排斥股权变动的必然后果。因为有效股权转让协议或股权回购协议各方，可以基于有效协议而申请相关变更，甚至可以向法院诉请相关变更，而这在《公司法解释（三）》相关条文规定精神中已经得到体现。如《公司法解释（三）》第23条即规定：“当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，应当证明以下事实之一：（一）已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强制性规定；（二）已经受让或者以其他形式继受公司股权，且不违反法律法规强制性规定。”第24条进一步规定：“当事人依法履行出资义务或者依法继受取得股权后，公司未根据公司法第三十二条、第三十三条的规定签发出资证明书、记载于股东名册并办理公司登记机关登记，当事人请求公司履行上述义务的，人民法院应予支持。”这些司法解释条文实际已经传达出很清晰的法律精神，即意在变动股权的有效协议完全可以作为股权变动的事实与法律依据。基于以上不同观点，在第一种观点主张下，股东名册变更才产生生效效力，而工商登记产生对抗效力，由此影响

<sup>①</sup> 邹振旅主编：《经济活动国际惯例大辞典》，当代世界出版社1995年版，第918页。

到本案二审判决结果，即在股权回购中，退股协议的成立和生效本身并不导致股权发生变动，即便退股对价的支付同样也不能表明股权已经发生变动，对价的支付只是作为股权回购方的公司履行合同之行为。只要股东名册的记载未发生变动，股权在当事人之间就不发生移转。但若根据后一种观点或《公司法解释（三）》的精神，本案一审法院认定股东名册、公司章程和工商登记机关对股东资格的登记或者记载只是表面证据的判断则并非毫无道理，甚至更应获得认同与支持。当然，关于股权变动中的合同行为与权利变动行为的关系问题，目前依然并非定论之问题，无论是对法律之解释与理解，还是借鉴物权行为与债权行为关系理论等而可以引发之探讨，依然还有待统一。

对于退股生效日的判断，实际可有多个考量之标准：如退股协议签订生效日；退股决议批准日；退股资金支付日；退股股东名称被剔除日；工商变更登记日或股东名册变更日等等。究竟应以哪个日期应为退股正式生效日期，不仅决定着退股价格的支付标准问题，更影响着退股股权存续期间的法律衡量问题。对此，不同国家公司立法可有不同之设定，具体可参考本书第五十号案例分析之有关内容。

**二、对于我国退股制度之简要评析。**1993年《公司法》严格禁止股权回购。根据该法第34条的规定，股东在出资后严禁抽回出资。股权回购在当时被认为是抽回出资的一种方式，因而被严格禁止。股权只能在股东之间流转或者向公司之外的人流转，严格禁止股权回购被认为是资本维持原则的要求。新《公司法》放弃了严格禁止的模式，进而采纳了原则禁止、例外允许的模式。根据该法第75条的规定，退股被严格限制在三种情形：五年连续盈利不分红；合并、分立、转让主要财产；章定营业期限或者其他解散事由出现，股东会决议继续存续的。又根据《公司法解释（二）》第5条的规定，在公司陷入僵局情况下，当事人协商退股原则上亦被允许。我国在退股制度上的态度呈现出逐步放宽的趋势。这与世界各国公司的立法趋势一致。日本公司立法在这一问题上也曾历了从严格禁止到例外允许再到原则允许并附加条件的转变。<sup>①</sup>公司立法的发展绝非立法者书斋中理性自负的产物，公司法变革的需求来自于商事经济活动的需求。虽然适合现实或者经济发展的需要不再是公司立法的唯一目标，但是它仍然是公司法之基础性目标。市场经济的自治秉性最终促使我国《公司法》减少管制，扩大自治，以更加灵活地适应市场经

<sup>①</sup> 平力群：《日本公司法修订及其对公司治理制度演化的影响：以种类股制度和股份回购制度为例》，载《日本学刊》2010年第5期。

济发展之需。新《公司法》引入退股制度即是适应这种趋势之表现。

股东退股或因法定情形或因与公司之间的自愿协商。法定股权回购情形下，如果股东符合法定情形并请求公司回购股份，公司负担回购其股份的义务。如果法律规定的情形过于宽泛，公司势必负担较重的义务，不利于公司之稳定发展。如果法律规定的情形过于狭窄，则异议股东有被锁定和面临长期压制的风险。与国外立法例相比，我国《公司法》规定的法定回购情形既存在相同之处也存在特殊之处。相同之处表现在：多数国家公司立法将合并、分立和转让主要财产纳入法定异议股东回购情形，我国《公司法》亦采之。不同之处表现在：国外公司立法多将公司类型的转换纳入法定情形，而我国《公司法》未予采纳；我国《公司法》规定了国外公司立法中罕见的“连续盈利却不分红”情形以及“章程解散不解散”情形。有学者认为，应当将“章程的重大修改”、“受让对公司有重大影响的他人资产”、“组织形式变更”、“股权交换”以及“章程规定的其他事项”纳入范围之中。<sup>①</sup>应当指出的是，在范围的扩大上应该谨慎而为，异议股东回购制度毕竟是利益平衡的产物。如过分强调保护非控制股东的权利，势必增加公司的负担，影响公司的稳定并损害债权人的利益。毕竟异议股东股权回购制度是公司法提供给异议股东的最后救济，如范围过宽，将根本性危及公司的存在。这也是美国《示范公司法》和《特拉华州公司法》等引入“市场例外规则”以限制股份收买请求权的主要动因。

就自愿协商而言，我国原则上是只承认公司僵局下的协商退股。提请公司僵局诉讼的要求相对而言比较严格，因而其适用范围极其有限。但是，如果公司章程对于退股情形已有详细的安排，只要这种安排并不违反法律的强制性规定，司法原则上皆应予以支持。当然，这种安排不能缩小法律规定之范围，因为法律规定的范围为异议股东提供了最低限度之保护。如果是股东会决议同意退股，法院原则上同样应当予以支持。至于债权人的保护，则可以通过财务规则予以限制，原则上退股款只应当从税后利润中支付。充分尊重公司和当事人之间的自治，原则上允许退股并附加相应条件，应是我国《公司法》未来立法修改之趋势。

**三、对于本案判决之评析。**本案之中，双方虽未签订股权回购书面合同，但是书面形式并非股权回购合同的成立要件。公司要求原告退回股份，原告亦出具书面报告表示已经退还股份并请求公司结清其股权转让价款，双方意

<sup>①</sup> 林承铎：《有限责任公司股东退出机制研究》，中国政法大学出版社2009年版，第205页。



思表示一致。公司的行为可以视为要约，被告的书面报告可以视为承诺。根据我国《合同法》第25条的规定，承诺生效时合同成立。因而双方股权回购合同自2003年1月6日成立。又根据《合同法》第44条的规定，依法成立的合同自成立时生效，法律法规另有规定的除外。本案涉及的股权转让合同并不需要以批准登记手续作为生效要件，因而原则上合同自2003年1月6日起即可生效。

有争议之处在于股权回购合同是否违反法律的规定而无效。本案发生在新《公司法》颁行之前，当时的《公司法》严禁退股。一审法院以《江苏省现代企业制度试点企业职工持股会暂行办法》作为认定股权回购有效的依据。该规章第29条规定：“持股职工经批准脱离本公司或者死亡，公司应参照公司上年度每股净资产值将职工货币出资形成的股权购回，同时将派股收回。”但该办法的性质毕竟为地方规章，不能与效力位阶较高的《公司法》相冲突。二审法院在当时认定退股合同无效也并非无法律依据，因为从当时的《公司法》精神来看，原则上的确不允许退股或公司股份回购。所以，法院以退股无效作为认定原告仍然具有股东资格的依据，也并非错误。

但是，二审法院一方面认定退股无效，另外一方面又认定原告出资不实，两方面的认定存在矛盾之处。既然双方退股合同无效，根据《合同法》第58条的规定，因该合同取得的财产应当予以返还。此时原告占有的“退股款”的性质应当为不当得利，而非退回的出资。原告应当返还该笔“退股款”并不是因其违反了出资义务，而是因为合同无效而丧失了合法根据。简言之，原告应当返还该笔款项的依据是不当得利而非差额补足责任。

此外，二审法院将出资不实作为股东知情权应当受限的依据亦显不妥。股东出资义务上的瑕疵虽然不影响股东资格，但其权能无疑应当受到限制。但这种权能上的限制主要体现在自益权方面。《公司法解释（三）》第17条列举的限制亦主要是自益权方面的限制，如利润分配请求权、新股优先认购请求权、剩余财产分配请求权等。可见股东在出资不实的情况下并非不能行使任何权利。原则上，受到限制的应当是按出资比例而确定的权利。而知情权明显不属于按照出资比例确定的权利，而是基于股东资格所享有的权利。再者，比照《公司法解释（三）》精神分析，对股东权利进行限制需要以公司章程或者股东会决议的形式进行，在公司未对瑕疵出资股东权利进行限制时，法院径行就宣告股东不享有知情权也并不妥当，尽管当时并未出台相关公司法解释。

## 农村股份合作制企业之股权可否遗嘱

### 【关注焦点】

股权为财产之一种形式，股权遗赠与一般财产之遗赠有何不同？其作为股权变动方式之一，与一般股权转让又有何不同？在我国现行社会制度下，对农村股份合作制企业之股权变动，可否设定特别之法律要求？

### 【基本案情】

原告：郑甲

被告：A村经济合作联社

广州市A村在1993年就开始探索实行了经济股份合作制，将本村用于发展生产的固定资产（包括土地）和生产资金全部折股成立了A村经济合作联社。本村年满16周岁以上，有正式农业常住户口的村民按农龄取得股权成为股东，农龄从年满16周岁起计一股，以后每满一年计算一股。在1967年1月1日起至1993年6月30日止，历次由村安排农转居、结婚和其他迁出的人，本村户口迁出的现役军人，迁出时年满16周岁以上的人员可计算农龄年限按每股200元折股值入股。同年8月，首届股东代表大会通过了A村经济股份合作制章程，对折股、股权的确认、股红分配、组织管理等问题进行了规定。其中第18条规定，股权可以由持股人的直系亲属办理继承，如无直系亲属的，待其寿终后一次性补回按股值50%的抚恤补助金，股红分配发至其

寿终为至。

郑乙原是本村的村民，在1991年由该村安排农转居，1993年7月其按每股200元缴纳股值取得该社25股的股权。郑乙一生未婚，也未有子女。为了解决赡养问题，其与侄子郑甲在1994年12月签订了遗赠扶养协议，约定由郑甲负责照顾他的生活，在他去世后郑甲有权继承他在A村经济合作联合社的股权和应得未得的分红。2004年2月4日郑乙去世，郑甲在办理完后事后即向A村经济合作联合社要求承受郑乙名下的股权及红利，A村经济合作联合社以郑乙的遗赠扶养协议违背了A村经济股份合作制章程为由拒绝了郑甲的要求，郑甲遂在同年7月向法院起诉。

### 【审理要览】

一审法院审理认为：A村经济股份联合社是属于农村集体所有制自治组织。从该联合社制定的《A村经济股份合作制章程》的内容来看，该社社员所持有的股权，无论在取得形式和具体性质上，都明显有别于股份公司的股权，因而不能将其等同于股份公司的股权看待。由于确定股权取得、股红分配及股权继承的A村经济股份合作制章程是由村民代表大会通过，因而全体社员均应遵守。根据A村经济股份合作制章程规定，社员死亡后，其股权只能由直系亲属继承，而郑乙生前与郑甲达成《遗赠扶养协议》，以遗赠的形式将其拥有的股份遗赠给郑甲，显然违反章程的规定，有损集体的利益。因而郑甲现根据《遗赠扶养协议》的约定，要求继承郑乙所拥有的25股股权，依据不足，不予支持。据此于2004年12月17日判决：驳回郑甲的诉讼请求。郑甲不服，提出上诉。

二审法院审理认为：A村经济股份联合社不是公司，而是该村村民委员会建立的以本村的集体资产（包括土地）全部折股而组成的新的产权组织形式，其性质仍是农村集体所有制经济组织，各个股东所持的股份数也不是以出资额计算而是以农龄计算。所以，为了保证集体财产的完整性，A村经济股份联合社经由股东代表大会通过A村经济股份合作制章程，将股东限制为本村村民，或者在特定期限内迁出的原住村民，并且规定股东对这部分股权不能抽走，不得转让、买卖，只能由直系亲属继承。该限制条款符合我国农业法规的有关规定，合法有效。郑乙作为股东，有义务遵守该章程。而其却在该章程通过后与郑甲签订遗赠扶养协议，约定在其死后将其持有的股权遗赠给郑甲，违反了该章程第18条关于股权只能由持股人的直系亲属办理继承

的规定，属无权处分，事后亦未得到 A 村经济股份联合社的追认，故该约定无效，不能作为郑甲继受郑乙所持股权的依据。原审法院判决驳回郑甲的诉请并无不当，予以维持。对郑甲要求继受郑乙生前应得红利的请求，根据 A 村经济股份合作制章程的规定，A 村经济股份联合社应当在郑乙寿终后发放其红利至 2004 年的第一季度，故该红利是郑乙的个人合法财产，郑甲有权予以继受。郑甲对红利的请求理由成立，原审法院驳回郑甲的诉请，处理不当，予以纠正。因此，A 村经济股份联合社应当向郑甲支付 2004 年第一季度的红利。以每股红利 340 元计算，A 村经济股份联合社应当支付郑甲红利 2125 元（即 340 元  $\times$  25 股  $\div$  12 个月  $\times$  3 个月）。综上所述，原审法院认定事实部分不清，处理部分不当，应予纠正。依照《民事诉讼法》第 153 条第 1 款第（3）项的规定，于 2005 年 6 月判决如下：一、撤销一审民事判决。二、A 村经济股份联合社向郑甲支付股红款 2125 元。三、驳回郑甲的其他诉讼请求。

## 【裁判解析】

本案性质为遗赠纠纷案件。当事人双方对遗赠扶养协议本身之效力并无争议，争议之处在于遗赠扶养人并非章程规定的直系亲属情况下能否继承股权并获得相应之红利。一审法院和二审法院均认可了章程对于股权继承的限制，但二审法院认定未分红利属于受抚养人的个人财产，遗赠扶养人有权依据《遗赠扶养协议》的约定予以继受。股权可否遗赠以及章程可否对此进行限制是本案核心问题。

**一、股权之遗赠。**遗赠，是指自然人用遗嘱的方式表示死后将其遗产的全部或者一部分赠与法定继承人范围之外的第三人、国家或者集体的民事法律行为。股权能否遗赠取决于股权的性质。就股权的性质而言，存在所有权说、债权说、社员权说、股东地位说和新型权利（独立民事权利）说等学说。在我国学界，大陆法系的社员权说和新型权利说占据了主导地位。社员权说认为股权是股东基于其在盈利性社团中的身份而享有的权利，新型权利说认为股权为<sup>①</sup>人格权兼财产权之结合体，即股权性质既包含财产性也包含身份人格性，且二者不可分割。所以，仅仅认可股权中之财产价值可以遗赠的观点，实际上可能人为地割裂股权所固有之特性。股权首先是股东的财产，始于股东的投资。作为财产，只要法律不设限制，原则上应当自由流转。遗赠作为股权流转的一种方式，原则上应当被法律所允许，不允许股权遗赠也公司法鼓励投资之目标格格不入。股东投资公司之终极目标在于投资价值的最大

化，基于股东身份而享有的共益权最终也是服务于前述目标。如果不允许股东对自己投资形成的股权进行自由处分，势必影响其投资的积极性，这种自由处分当然包含有关于遗赠股权之安排。股权的财产属性是决定股权可遗赠性的决定性因素，而这来源于有限责任公司的资合特性。

**二、股权遗赠之限制。**有限责任公司股权毕竟不同于一般财产所有权，股权中的身份属性包含了类似于合伙的人合性因素。反对股权可以遗赠者的主要依据即在于此，认为允许股权遗赠会破坏有限责任公司内部之人合性信赖。股权的财产性决定了其可遗赠性，而股权所包含的身份因素则是股权遗赠应当受到限制的主要依据。这又是股份有限公司股份遗赠不受限制的主要原因。权利上的限制来源于两个方面：法律上的限制和契约的义务。法律是否有必要介入股权的流转取决于公司法的角色定位和股权流转的涉他性。按照梅尔文·阿伦·爱森伯格教授的分类，如果存在有关于股权遗赠的规则，这种规则应当属于补充性规则或者授权性规则，性质上应当为任意性规则。恰如刘俊海教授所言：“人合性之有无、强弱完全是股东的心理感觉，要尊重当事人的判断。作为局外人的立法者缺乏充分的话语权。”<sup>①</sup>的确，公司是否愿意设定股权遗赠上的限制，这应当是公司之自由，人们应当相信，公司就自己事务作出决策的错误率毕竟要远远低于别人替他作出的决策。现实中的公司也许并非处于人合性和资合性天平的中心。如果公司建立在高度的人合性基础之上，其自然会通过章程来预防陌生人的介入。不管对章程的性质做“契约”抑或“自治”的界定，章程包含了股东的自愿性同意这应是不争之事实。既然法律上的限制并不适合与股权遗赠，那么自愿性同意前提下的限制无疑是合理的。法律的干涉也许是蛮横与非效率的，但当事人自己负担对自己权利契约法上的限制则无疑是合理的。资本多数决并不代表股东的自愿性同意，因而事后修改章程对公司股权遗赠附加的相关限制原则上不具有溯及既往之效力，当然股东自身同意对其权利进行限制的除外。

多数国家公司立法均选择了“章程优先的模式”，法律只提供补充性规定。例如《法国民法典》第1870条规定：“公司（合伙）不因某一参股人（合伙人）死亡而解散，但得有死者之继承人或受遗赠人参与而继续存在，章程规定参与之继承人或受遗赠人应当得到参股人（合伙人）认可的情况除外。但是，可以约定：一参股人（合伙人）死亡将引起公司（合伙）解散，或者公司（合

<sup>①</sup> 刘俊海：《新公司法的制度创新：立法争点与解释难点》，法律出版社2006年版，第353页。

伙) 仅以其他参股人(合伙人)为成员而继承存在。亦可以约定:公司(合伙) 得由死亡的参股人(合伙人) 健在的配偶为其成员而继续存在, 或者以该参股人(合伙人) 的一名或数名继承人为成员, 或者以公司章程指定的其他任何人为成员而继续存在, 或者如公司章程允许, 得由遗嘱指定之人为公司(合伙) 成员。”<sup>①</sup> 与事后股东会表决或者有限购买权相比, 章程上的限制为股东提供了一种可预见性, 这种可预见性为股东的处分安排提供了基础。

部分学者认为股权遗赠的限制, 应当参照股权转让的限制, 法律提供的补充性规定应当适用股权对外转让的限制——即优先购买权的限制。另有部分学者认为股权遗赠应当参照股权继承的规定, 原则上不设限制。很显然, 虽然股权转让和遗赠同属于股权的流转, 但基础法律事实上的差异决定了二者在规则上应当有所区分。在《法国商事法》中, 出资的一般转让称为“股份的转让”(cession), 仅指“两个活着的人以特定方式所从事的一种活动”。而“法定的继受方式被称为股份的移转(transmission)”, 是指“以遗产的部分或全部为基础的一种活动”。<sup>②</sup> 遗赠中包含了股东对于受赠人的高度信赖。法律在此需要选择有限保护公司的人合性信赖还是股东对于受赠人的信赖。有限公司的基础毕竟是资本, 这点不同于合伙, 在补充性规则的设计上应当首先保护股东自由处分财产的自由以及受赠人之利益。另一反对意见认为, 遗赠通常是无偿的, 距离善意受让规则距离较远, 不应当予以特别保护和救济。但实际情况是, 遗赠和遗嘱继承十分类似, 都包含了股东对于受赠人或者继承人的高度信赖, 基于对财产自由流转和受赠人利益之保护, 补充性规则之设计无疑应当参照继承之规定, 允许受赠人继受股权。前述《法国民法典》第 1870 条的规定即是一例。日本《有限责任公司法》虽未作出直接规定, 但区分遗赠和一般股权转让的态度也是明显的。该法第 19 条第 8 款规定:“因转让导致股东总数超过了第八条第一款对顶的限制时, 除遗赠情形外, 其转让行为无效。”根据我国《公司法》第 76 条的规定, “自然人股东死亡后, 其合法继承人可以继承; 但是公司章程另有规定的除外。”在《公司法》之外, 《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》亦对遗赠情形下的股权变更作出了规定。根据该规定第 2 条第 5 款, 投资者去世的, 受赠人依法取得该投资者的股权。又根据该规定第 14 条第 2 款的规定, 如果其他投资

① 罗结珍译:《法国民法典》, 中国法制出版社 1999 年版, 第 430 页。

② 吴越主编:《私人有限公司的百年论战与世纪重构》, 法律出版社 2005 年版, 第 392 页。

因该变更不同意继续经营的，可以申请终止企业合同、章程并进行清算；如受遗赠人不同意继续经营的，经过其他投资者的一致同意可以将其股权转让给企业其他投资者或者第三人。

**三、对于本案之评析。**本案涉及的经济合作联合社并非公司，而是我国深化改革过程中所采用的一种特殊合作形式，性质上应当认定为股份合作制企业。我国法律对此种类型企业缺少明确的界定。只有一些部门规章、地方法规、规章或者政策性文件对此有所规定<sup>①</sup>。股份合作制企业是劳动力和资本的联合。总体而言，股份合作制企业的股份分为两种类型：一种是基于身份而享有的股份；一种是基于出资而形成的股份。前者主要是基于集体经济组织身份而享有的股份，通常被称为集体股，计算的依据通常是工龄或者农龄，该类型的股份流转往往予以禁止或者设有严格的限制。后者又细分为职工个人出资所形成的职工个人股、集体经济组织之外的个人投资所形成的社员个人股以及法人投资所形成社会法人股。相比前一种类型的股份而言，基于出资而形成的股份流转上的限制较少。当然，股份合作企业在股份的具体设置上并非完全一致。本案股份合作制企业之股份实际上只有两种类型：一是基于农龄和集体经济组织成员身份之集体股；二是基于农龄和以往集体经济组织身份之出资股。

由于股份合作制企业具有浓厚的自治与人合特性，章程作为该类企业的自治纲领，只要不违反法律之强制性规定，应当认定其效力。如果章程对于股权转让存有限制，法律亦应当尊重这种限制。当然对于出资股而言，如果事后的章程修改超出了股东的预期，对股权的流转构成了实质性的限制，股东可以请求以合理价格退股。对于出资股而言，事后的限制通常被认为是不公平的，除非该种限制得到了股东的赞成。就本案而言，根据《A村经济股份合作制章程》第18条的规定，股份只能由直系亲属继承，如果不存在直系亲属，则作价补偿。一审法院及二审法院均认可了该条款的效力，这并无不当。此外，二审法院只认定未分配红利属于个人财产而忽视了章程中规定的股份不能继承时的抚恤补助金。抚恤补助金虽然名系抚恤金实为对股份的补偿，原则上同样应当属于个人遗产，受遗赠人有权继受。

<sup>①</sup> 对于股份合作制企业的规定主要以地方法规的形式出现，如《北京市农村股份合作企业暂行条例》、《江西省股份合作企业暂行条例》、《广东省股份合作企业条例》、《陕西省股份合作企业条例》、《贵州省股份合作企业条例》、《河北省乡村股份合作企业条例》、《深圳经济特区股份合作公司条例》。

## 股权拍卖成交与否之法律衡量

### 【关注焦点】

股权拍卖是一种较为常见之现象，其作为拍卖标的有何独特之处？股权拍卖之交易有何法律之风险？其与股东对本公司股权之优先受让权发生冲突时该如何处置？

### 【基本案情】

原告：沈某

被告：甲市拍卖（有限）公司

被告：甲市招投标中心

2004年1月31日，沈某应甲市拍卖公司的邀请，在交纳了10万元的竞拍保证金后，参与了对甲市服装公司22.387%股权拍卖的竞拍，服装公司准备拍卖的股权为国有企业甲市商业集团公司持有，评估价为79万元。当时竞拍价格一路上扬，当他开出714万元的竞拍价后，拍卖公司的拍卖师3次询问无人应价，于是拍卖师便落槌宣告成交。但几十分钟后，拍卖公司却表示，此次拍卖未达到1005万元的保留价，拍卖师看错了保留价，因此拒绝履行拍卖合同。

沈某认为：拍卖中落槌就意味着拍卖合同已经成交，拍卖公司不能以拍卖师的工作失误为由否定先前的行为，拍卖公司和拍卖师的行为已严重违反



了拍卖规则。沈某在诉状中请求法院确认被告以714万元竞价成交的拍卖合同有效，并履行拍卖合同。

## 【审理要览】

法院审理认为：拍卖公司提供的证据尚不足以证明此次拍卖的保留价就是1005万元，其以拍卖最高应价未到保留价为由，抗辩拍卖无效的主张缺乏事实和法律依据，不予采纳。沈某在开出714万元的最高应价后，无人继续加价，拍卖师落槌拍定，应当认定该拍卖已成交。据此于2004年10月27日判决：沈某以714万元参与对甲市服装公司22.387%法人股的拍卖成交，甲市拍卖公司、市招投标中心在收到成交价款及佣金后十日内交付股权。

## 【裁判解析】

本案性质为拍卖合同纠纷，双方争议之焦点在于拍卖合同是否成立。股权拍卖同一般财产拍卖相比，有其自身特殊性，因而在相关规则上也与一般财产的拍卖有所区分。要正确处理股权拍卖的纠纷，需要对以下问题有正确的认识。

**一、股权拍卖之性质。**拍卖，是指以公开竞价的形式，将特定物品或者财产权利转让给最高应价者的买卖方式。拍卖提供了这样一种可能：集体决定价格。如果单次交易的价格不能反映出市场价值，拍卖无疑能更加接近市场价值。股权之所以能够成为拍卖标的一个重要原因在于其财产属性。虽然学界对于股权的性质存在争议，但股权包含财产性价值已经成为通说。有限公司虽具有人合、资合二重属性，但资合属性毕竟为其基础。有限责任之基础在于其人格独立，人格独立的基础在于其财产独立，财产独立源于股东的投资。股权既为一种财产性权利，自得在法律无限制时自由流转。财产的流转是市场经济的必然要求，财产流转的兴盛反映在财产流转法律的爆炸式发展，主要反映在近代契约法的扩张。日本我妻荣先生曾经指出：“债权法在近代法中具有优越地位。”

股权拍卖属于股权的一种流转方式，与股权的协商转让或者评估转让相比，拍卖为股权提供了一个更为接近市场价值的价格。有限责任公司股权不存在外部市场可资参照，价格通常难以确定。拍卖所能提供的流通性虽不及二级市场，但他们同属于一种公开竞价机制，与证券市场的交易原理颇为相

似。股权拍卖提供了一种更为合理的价格，与其他流转方式相比更为透明公证。与一般性财产拍卖相比，股权拍卖涉及对利益相关者的保护，特别是对公司其他股东优先购买权的保护。这种保护源于股权的身份属性，基于有限责任公司之人合性。有限责任公司同股份有限公司相比，通常建立在股东相互信赖的基础之上，法律设置优先购买权制度作为补充性规定，以保护有限公司的此种人合性信赖。在公司章程无不同于公司法之特殊规定时，股东会之同意与其他股东之优先购买权构成股权流转的主要限制。股权拍卖同样受制于股东会之同意及其他股东之优先购买权。

从股权拍卖之分类来看，可以分为自愿委托之股权拍卖与司法程序之股权拍卖。在我国，股份有限公司股份的场外交易被严格限制，委托拍卖股份有限公司股份存在严重的法律障碍。<sup>①</sup>而法律对于有限责任公司股权的自愿性委托拍卖所设限制则相对较少。股份有限公司股份自愿性委托拍卖的限制主要在于交易场所的限制，目的在于维护经济秩序和交易安全。有限责任公司股权自愿性委托拍卖的主要限制则主要来源于其他股东的优先购买权，目的在于维护公司之人合特性。就司法程序中之股权拍卖来看，拍卖是强制执行股权的主要方式。根据《民事诉讼法》第220条的规定，拍卖是被执行财产变卖的一种主要方式。司法实践中，法院也多采用拍卖方式将被执行财产予以变现。《最高人民法院关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题的规定》第8条第3款规定：人民法院执行股权，必须进行拍卖。此外，根据《中国证券监督管理委员会关于加强对上市公司非流通股协议转让活动规范管理的通知》的规定，人民法院在执行上市公司非流通股时，亦可选择证券交易结构以公开征集的方式进行执行。司法实务中，法院多选择前一种方式，后一种方式的适用并不常见。

**二、股权拍卖与股东优先购买权之平衡。**如前文所述，有限责任公司股权拍卖的主要限制来源于股东会之同意与其他股东之优先购买权。优先购买权，是指特定主体依照法律的特殊规定在同等条件下享有优先购买他人特定财产的权利。就优先购买权的性质而言，主要存在请求权说与形成权说两种学说。主张前一种学说的学者认为，享有优先购买权的股东仅仅享有的一种缔

<sup>①</sup> 《中国证券监督管理委员会关于加强对上市公司非流通股协议转让活动规范管理的通知》对上市公司非流通股的场外委托拍卖予以禁止。该通知虽不是法律或者行政法规，不能对拍卖合同的效力产生影响，但根据该通知的规定，场外委托拍卖的股份将不能办理过户手续。此外，代办股份转让系统（俗称三板市场）中的股份亦不存在自愿委托拍卖的可能。地方产权交易中心挂牌公司的公众股原则上也不能自愿委托拍卖。

约的请求权，只是在同等条件下，出让股东必须承诺。但优先购买权本身并不表示合同的成立，合同的成立仍依赖于双方的协商。主张后一种观点的学者认为，“优先承买权，无论其为法定或约定，论其性质，系属形成权，即优先承买权人得依一方之意思，形成以义务人出卖与第三人同样条件为内容之契约，无须义务人（出卖人）之承诺。惟此项形成权附有停止条件，须候义务人出卖标的物于第三人时，始得行使。”<sup>①</sup>就优先购买权的效力而言，亦主要存在两种学说：物权说与债权说。持物权说之学者认为，优先购买权具有对抗第三人之物权效力。持债权说之学者则认为，优先购买权仅在当事人之间发生债权性效力，不能对抗外部第三人。其实，正确界定其优先购买权的前提是明晰法律设优先购买权之目的。如前文所述，法律设优先购买权之目的，在于维护公司之人合性信赖。因而法律限制的实为股权的权利变动，而非股权变动之方式。如果股东违反有限购买权的限制委托拍卖股权，拍卖合同仍应当依据自身要件作为成立和生效之依据，优先购买权的限制虽不应妨碍拍卖合同之效力，但却可以阻止股权权利发生变动。优先购买权本质上认为系一种请求权，只不过法律赋予其类似于物权的特殊效力，这反映了债权物权化的一种变化。如果其他股东在拍卖后行使优先购买权，拍卖合同将履行不能。<sup>②</sup>委托人和拍卖人如果存在过错，比如隐瞒股权上优先购买权瑕疵，买受人有权依据《拍卖法》第61条的规定，要求拍卖人进行赔偿。即使是竞买人属于善意，因股权上负担法定物权性担保，仍不能对抗优先购买权人。即股东优先购买权和非股东的善意受让权发生冲突时，应当优先保护前者，以维护有限责任公司内部信赖关系的稳定。为平衡双方利益和保护交易秩序，优先购买权的优先保护应当有期限上之限制。《公司法》对此并无规定，只有同意权中的30日和强制执行中的20日。为尽快稳定财产秩序，这一期限不宜过长，优先购买权人的物权性优先保护期间应当适用短期诉讼时效，具体期限仍有待于法律的明确规定。

如何保护优先购买权涉及法律技术问题，核心在于期间的确定和“同等

<sup>①</sup> 王泽鉴：《民法学说与判例研究（一）》，中国政法大学出版社1998年版，第507页。

<sup>②</sup> 有学者认为：既未取得半数同意也未告知优先购买情况下签订的股权转让合同为可撤销合同；取得半数同意后与第三人签订的股权转让合同为附停止条件的合同。参见刘俊海：《新公司法的制度创新：立法争点与解释难点》，法律出版社2006年版，第319-320页。作者认为，优先购买权的限制只涉及股权权利变动，不影响合同的效力，只是权利变动上的限制可能导致合同履行不能。

条件”规则之设计。于自愿性股权拍卖情形，作为委托人的股东应当亲自或者委托拍卖行在拍卖之前的合理期间内将拍卖有关事宜通知其他股东，其他股东如果在此期间明确表示放弃，自无疑问。有争议之处在于：如果其他股东既不表示放弃也不参加竞拍，能否在竞拍成交后主张优先购买权。对此应当认为，同等条件依赖于股东与第三人价格之确定。最高应价确定后，允许其他股东基于此价格决定是否行使优先购买权自属公平。有学者主张为了维护拍卖公信力，应当在最高应价确定之后立即做出是否行使优先购买权的决定。<sup>①</sup> 这种制度设计也许能较好地平衡了各方利益。值得注意的一点是，股权拍卖之前的评估价（拍卖底价）并不是“同等条件”判断的依据，底价毕竟不能等同于成交价，以底价为依据要求股东选择是否行使优先购买权难谓公平。优先购买权作为股权上的瑕疵负担，拍卖人应当根据《拍卖法》第18条的规定向竞买人予以说明。如果拍卖人未尽瑕疵说明，应当对买受人由此造成损失的应当予以赔偿。如果是委托人故意隐瞒或者伪造相关瑕疵状况，拍卖人承担责任后则可以向委托人追偿。

因司法强制执行程序而引发的股权拍卖，其法律适用目前主要涉及《公司法》第72条、第73条，《最高人民法院关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题的规定》，《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》以及《执行工作规定》第54条等相关规定。争议主要集中在优先购买权行使的期限以及多人主张优先购买权的处理。根据《公司法》第73条的规定，受通知的其他股东不在二十日之内行使优先购买权的，视为放弃。而根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第14条规定，“人民法院应当在拍卖五日前以书面或者其他能够确认收悉的适当方式，通知当事人和已知的担保物权人、优先购买权人或者其他优先权人于拍卖日到场。优先购买权人经通知未到场的，视为放弃优先购买权。”有学者单纯以效力位阶为由，认为应当适用《公司法》的规定，进而排斥司法解释之适用。应当认为，在确保《公司法》所规定的20日优先购买权行使期间前提下，司法解释中的规定仍然有适用的余地。如果其他股东在20日内明确表示放弃优先购买权，则法院通知参加拍卖已无必要。如果其他股东在20日之内表示意欲行使优先购买权，则法院应当在拍卖5日前进行拍卖通知。如果在20日之内其他股东未作任何表示，视为放弃优先购买权，法院

<sup>①</sup> 杨彬：《有限责任公司股权强制拍卖中的有限购买权保护》，载《人民司法》2009年第3期。

自不必通知其参加拍卖。因而，拍卖原则上应当安排在法院优先权通知 25 日之后。

针对多人主张优先购买权的问题，主要有三种观点：一种观点认为，应当依据《公司法》第 72 条的规定，在最高应价确定后，先由意欲行使优先购买权的股东间协商，协商不成的，按出资比例购买；另外一种观点认为，应当依据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第 16 条的规定，用抽签的方式决定买受人；还有一种观点认为，应当在优先购买权人之间继续进行竞拍。应当认为，虽然《公司法》第 72 条的规定并未直接针对强制执行中的股权拍卖，但该条规定反映了《公司法》上的一股一权原则。按出资比例享有优先购买权体现了权利义务相一致的原则，在股权拍卖适用中同样不应存在障碍。因而第一种观点较为可取。第三种观点实际上是对同等条件误解。股权优先购买权制度的初衷在于防御外部受让人，因而同等条件也是针对外部第三人而言，只要满足外部第三人提供的同等条件，即可认定为满足了“同等条件”要件。

**三、对于本案之具体评析。**本案实际上是股权拍卖合同是否成立之问题。《拍卖法》第 50 条第 2 款规定：“拍卖标的有保留价的，竞买人的最高应价未达到保留价时，该应价不发生效力，拍卖师应当停止拍卖标的的拍卖。”本案之中，诉争拍卖虽然存在保留价，但是由于拍卖师的过失，并未停止拍卖。依照行业惯例，未达到拍卖保留价的拍卖属于流拍，一般应当重新进行公告并降低底价。<sup>①</sup>但由于拍卖师的过失，拍卖在未达到底价时并未宣布停止，而是落槌宣布拍卖成交。依据《拍卖法》第 51 条的规定，竞买人的最高应价经拍卖师落槌或者以其他公开表示买定的方式确认后，拍卖成交。因而本案诉争拍卖应属成交。由此给委托人造成的损失，因拍卖人存在过错，应由拍卖人承担。此外，拍卖成交后确认书的签订不应当视为拍卖合同的成立。部分学者依据《合同法》第 33 条的规定，认为确认书签订时合同成立。但拍卖并不属于《合同法》第 33 条规定的“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的”的适用前提，以确认书签订作为拍卖合同成立的时间也不符合行业惯例。一般而言，在加价拍卖中，应价为要约，落槌为承诺，合同应当自承诺时成立。故而《拍卖法》第 52 条规定：“拍卖成交后，买受人和拍卖人应当签署

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题的规定》第 13 条即体现该行业惯例。该司法解释第 13 条规定：“股权拍卖保留价，应当按照评估值确定。第一次拍卖最高应价未达到保留价时，应当继续进行拍卖，每次拍卖的保留价应当不低于前次保留价的 90%。”

成交确认书。”此时应价者已成为买受人，签署确认书只是双方的义务。当然如果法律、法规明确规定特定股权的流转合同须经批准方能生效时，在批准之前，合同则属于成立但未生效之状态。再有，如对于特殊形态股权的拍卖，成交时间并不一定是“落槌成交”，像国有权拍卖制度，在新《公司法》出台后，依然是采取先拍卖而后征询其他原有股东意见的模式，这主要是为了追求国有股权价值的最大化。就本案事实而言，合同应当自落槌时成立并生效，对双方当事人具有法律约束力，委托人和拍卖人应按约履行拍卖合同，交付股权，本案法院判决应属公平合理。





## 有限责任公司

### 股份质押合同效力之审查

#### 【关注焦点】

股份质押与股份转让有着怎样的法律关系？《公司法》与《担保法》对股份质押之法律规定该如何衔接适用？

#### 【基本案情】

破产企业：甲公司

异议债权人：B 纺织公司

A 纺织公司系有限责任公司，由甲公司出资 29.59%，乙公司出资 70.41% 组建成立。2001 年 3 月 28 日，B 纺织公司与甲公司签订一份《亚美半消光聚酯切片购销协议书》，双方约定 B 纺织公司作为供方同意铺垫资金 260 万元给甲公司使用，但甲公司应以其持有的 A 纺织公司股权作为质押担保。2001 年 3 月 26 日甲公司召开董事会决议，决定将其对 A 纺织公司 29.59% 的股权质押给 B 纺织公司。原甲公司的董事长谢某（兼 A 纺织公司的副董事长），甲公司董事卓某（兼乙公司董事长）及甲公司其余董事在董事会决议上签字。对于股份出质，A 纺织公司未另行形成股东会决议或董事会决议，A 纺织公司另一股东乙公司亦没有作出同意与否的意思表示，此外，股份出质事项并未记载于 A 纺织公司股东名册。2001 年 9 月 5 日，甲市国有资

产投资公司向 B 纺织公司发出《关于决定收回甲公司在 A 纺织公司 29.59% 国有股股权的通知》，将甲公司对 A 纺织公司 29.59% 的国有股股权转让给甲市国有资产投资公司。该项转让已办理工商变更登记。2003 年，甲公司因资不抵债，被甲市中级人民法院宣告破产。在破产还债程序中，B 纺织公司向破产清算组申报债权，要求除确认甲公司欠款债务外，一并确认股份出质合同的效力。甲公司清算组认为，该股权质押未经 A 纺织公司过半数股东的同意，亦未登记于股东名册，应认定为无效。债权人会议后，清算组书面答复 B 纺织公司，确认其债权人民币 3049905.43 元属实，但该债权的股权质押担保无效。B 纺织公司接到书面通知后，向法院提出债权异议申请，认为谢某、卓某不仅以甲公司董事身份在董事会决议上签字，更是作为 A 纺织公司的股东代表身份签字确认，因此，不存在未经 A 纺织公司过半数股东同意的事由。另外，B 纺织公司曾要求甲市工商行政管理局办理质押登记事项，但甲市工商行政管理局以未开展此项业务为由不予办理，对此，甲市工商行政管理局于 2004 年 2 月 26 日向甲市中级人民法院复函予以证实。因此，本案股份质押应认定有效。

## 【审理要览】

法院审理认为：甲公司出质的 A 纺织公司的股权系有限责任公司的股权。根据《担保法》第 78 条第 3 款的规定：有限责任公司股东的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。虽然《公司法》第 35 条规定：股东向股东以外的人转让其出资时，必须经全体股东过半数同意，不同意转让的股东应当购买该转让的出资，如果不购买该转让的出资，视为同意转让。但股份质押不同于股份转让，股份出质后其所有权仍属于出质人，而股份转让后转让人就不再对股份享有任何权利了。因此，股份出质时无需要求“经全体股东过半数同意”，该条件不应作为股份质押合同的生效要件。质押合同的成立与生效只适用担保法的规定，即只要包含（1）反映当事人真实意思的质押合同或股份质押条款；（2）股份出质记载于股东名册即可。只有在质权人以出质股份实现其质权，对该股份进行处分时，才适用《公司法》的上述规定。本案甲公司与 B 纺织公司虽然签订了表示双方真实意思的股权质押合同，却未共同履行将该股权质押情况登记在 A 纺织公司股东名册上的义务。双方当事人有关行政管理部门不予办理抵押登记、甚至 A 纺织公司未在公司内部置备股东名册的情况下，仍



可采取督促 A 纺织公司作出相应知悉并接受质押的股东会或董事会决议等行为实现法律规定的合同生效要件，但这一条件也未实现，导致合同未能生效，对此，质押合同双方当事人均有过错。B 纺织公司未取得合法质权，就不得以该股份存在质权为由，向股份受让人主张权利，其要求确认股权质押合同有效的异议不能成立。据此裁定：确认申请人 B 纺织公司的债权额为 3049905.43 元，B 纺织公司不享有对 A 纺织公司股权的质权。

## 【裁判解析】

本案是一起股权质押纠纷案例，案件争议之焦点为股权质押效力问题。对于本案的纠纷可以从以下方面逐一分析与把握。

**一、股权质押与股权转让之关系。**股权质押，是指为担保债权的履行，债务人或者第三人依照法律规定将其拥有处分权的可转让股权出质给债权人，当债务人不能履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权情形时，债权人可以将该出质股权依法处分并就转让所得价金优先受偿的特殊质权。它实质上是质权人对出质股权交换价值的一种支配，属于权利质押与担保范畴。如果债务人的债务届期不能完全清偿，债权人则可对该股权进行变价处分，在这一意义上，其与股权转让又具有很大的相似性。但从本质上而言，其与股权转让又并不相同。它们的区别主要表现在：（1）二者的行为性质不同。股权质押为债务一种特殊担保方式，是一种权利担保行为，因而具有担保性、从属性特点；而股权转让行为，其本身即为当事人意欲实现之交易目的，并非当事人为了担保其他债务履行而设定，因而不具有从属或担保属性。（2）转让发生的可能性程度不同。正因为股权质押是一种担保行为，因而，其是否最终引发股权变价行为具有不确定性或者说或然性，它要视主债务履行情形而定，当主债务得到完全履行时，其变价行为并不会发生；而股权交易行为，其本身即在于引起股权变动，因而，在这里股权变动的发生几乎具有必然性。（3）能否直接引起股权权属之变动不同。股权质押只是在股权上设定权利负担的行为，其本身并不直接引起股权权属的变动。在股权质押中，股权权属变动必须借助于作为中介的独立变价行为。法律明令禁止不通过变价即实现股权的变动，流押禁止条款的存在即其明证；而在股权转让行为，其本身即在于引起股权权属的变动，因而，随着股权转让行为的圆满完成，股权权属的变动即顺其自然的发生，行为与股权变动之间具有直接关联性与必然性，无需任何中间环节。

二、我国法律关于股权质押之规定及其衔接适用。《民法通则》对于股权质押并无明确规定；《担保法》及之后出台的司法解释首次对股权质押进行了具体规定。其中《担保法》第75条规定，依法可以转让的股份、股票可以质押。第78条又对于股票、股权的出质方式作出了具体规定：“以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。以有限责任公司的股份出质的，适用《公司法》股权转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。”由于该规定并未区分股份公司中上市公司与非上市公司的情形，而非上市公司的股票并不在证券登记机构登记，因而该法在立法上出现了与现实脱节的情形。为了弥补这一漏洞，《担保法司法解释》第103条规定：“以股份有限公司的股份出质的，适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定。以上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效。以非上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。”以上规定确立了股权转让的基本规则，即股权可以质押，股权质押需要当事人签订书面合同，并要根据股权的不同依法进行不同的出质登记，股权质押合同才能生效。同时，法律还强调，股权质押要遵循《公司法》有关股权转让的规定。

对于《担保法》及其解释的规定，学者一般认为，其存在如下三方面问题：（1）用语不规范。例如，早在1999年就有学者指出，“在我国‘股份’是股份有限公司的特有概念。”<sup>①</sup>而《担保法》第78条第3款却规定，以有限责任公司的股份出质的，适用《公司法》股份转让的有关规定。同时，区分有限责任公司与股份公司，并列使用“股份质押”和“股票质押”也不妥当。因为，“股份是股票的价值内涵，股票是股份的存在形式，两者之间的关系，犹如灵魂和躯壳”，“因而，股份与股票是两个不同层次上的概念，不应并列使用。”<sup>②</sup>应当统一适用“股权质押”这一称谓。（2）忽视了质押合同生效与质权设定之间的区别。例如，有学者明确指出：“由于立法者未严格区分物权法律关系与合同法律关系，《担保法》不仅没有规定股权质押的生效时间，

① 阎天怀：《论股权质押》，载《中国法学》1999年第1期。

② 参见阎天怀：《论股权质押》，载《中国法学》1999年第1期。

也没有规定其他权利质权乃至动产质权的生效时间。”<sup>①</sup> (3) 混淆了股权质押合同与股权质押的生效时间。《物权法》对股权质押也进行了规定，其第 226 条规定，以股权出质，当事人应当订立书面合同。以证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。《物权法》第 178 条规定：“担保法与本法的规定不一致的适用本法。”至此，我国股权质押改变了前述用语不规范的现象，规定了股权质押的设定时间，并确立了设定股权质押的新规则，即当事人设立股权质押，应当订立书面合同，依据股权登记机关的不同，股权质押自在法定的机构办理出质登记时设立。有限责任公司股权的出质不再需要进行公司股东名册的记载，而必须到工商行政管理部门进行出质登记。但是，《物权法》对于未经出质登记的股权质押合同本身的效力并未作出明确的规定。对此，《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第 13 条作出了示范性规定：“外商投资企业股东与债权人订立的股权质押合同，除法律、行政法规另有规定或者合同另有约定外，自成立时生效。未办理质权登记的，不影响股权质押合同的效力。当事人仅以股权质押合同未经外商投资企业审批机关批准为由主张合同无效或未生效的，人民法院不予支持。股权质押合同依照物权法的相关规定办理了出质登记的，股权质押自登记时设立。”这表明了我国司法机关对于股权质押中质押合同的效力与质权设立之间的关系的基本态度。因此，可以认为，在股权质押中，未经出质登记并不影响质押合同之效力，质押合同在符合其自身生效要件时生效。

虽然《物权法》的出台确立了新的股权质押规则，之后的法律规定也进一步澄清了股权质押合同与质权设定之间的关系问题，但对于股权质押如何按《公司法》股权转让的规定进行处理以及未按相关规定进行处理会对股权质押效力产生怎样的影响，法律并未给出明确规定。对于这一问题，实践中也有不同观点。一种观点认为，依照《担保法》第 78 条规定，股权质押的设定应当遵循如同股权转让的程序。如果是股东之间设定质权，无需取得其他股东同意。但是如果是股东对第三人设定质权还应当经其他股东半数以上同意。“如果违反这一原则，那么，其股权质押的协议就是无效的。”<sup>②</sup> 另一

<sup>①</sup> 参见徐海燕：《有限责任公司股权质押效力规则的反思和重构》，载《中国法学》2011 年第 3 期。

<sup>②</sup> 黄建文：《论物权法中有限责任公司的股权质押制度》，载《学术界》2008 年第 1 期。

种观点认为,《担保法》第78条规定的“以有限责任公司的股份出质的,适用公司法股权转让的有关规定”的内容,是就股权质押的实现而言的,而股权质押权的设定并不需要履行这样的程序。后一种观点应更为可取。这是因为,《担保法》之所以作出这样的规定,无非是为了在股权质押中继续贯彻保护有限责任公司人合性之目的,继续具体落实股权转让之有关规定,不使公司之人合性因股权质押而受到损害。但是,股权质押本身与股权转让并不相同,前文已经述及。在股权质押中,仅仅到了股权质押权实现时,才会引起股权质押权之变动,才会涉及保护公司人合性之问题,在此之前的所有环节中,股权质押并未发生任何变动,根本还谈不上公司人合性之保护问题,也无履行股权转让程序之必要。而股权变价本身就是股权转让,在此阶段贯彻股权转让之规定既符合公司法之立法本意,也能够完全实现保护公司人合性之目的。因而,理解与把握《担保法》之相关规定,应是在股权质押权实现意义上讲的,至于在股权质押权设定上应无需遵循股权转让之特殊程序。我国台湾地区公司法学者柯芳枝也指出:“出质之设质,似只须经双方合意,实无须经其他股东之同意。”<sup>①</sup>相反,如果要求在股权质押权之设定阶段即履行这样的程序,实质上是在尚不能影响到公司人合性时即对股东之权利作出限制,如此既过度地限制了股东权利,也增加了股权质押权设定之难度,并不利于股东利用股权进行融资,不利于股权多角度、多方位地利用,不利于股权价值之最大化。

**三、关于本案纠纷之具体分析。**结合本案实际情形来看,涉案股权其实是一种国有股权。那么,以国有股权设定质权是否又具有某些特殊性呢?关于国有股权转让的审批、评估等特殊程序在此是否适用?《担保法》、《物权法》以及关于国有股权的相关法律对此均无具体明确规定。应当认为,股权质押权的实现必然要经过股权变价处分行为,而股权之变价处分本身就是一种股权转让行为。因而,在实现国有股权质押权时,应当严格遵循我国有关国有股权转让的规定,须经批准的应当经过批准,需要评估的应当进行相应之评估。至于在股权质押权的设定阶段,国有股权是否也须履行特殊的批准、评估程序?我国法律对此并无明文规定。从理论上讲,在股权质押权设定阶段,股权质押权尚不发生变动,我国对流质条款又明令禁止,并不会发生国有资产流失问题。加之,质权本身并不排斥出质人以高于被担保债权额价值之标的出质,因而在股权质押权的设定阶段对国有股权进行评估并无必要。那么,在国有股权上设定质权是否需要经过批准呢?结合《最高人民法院关于审理外商投资企业

<sup>①</sup> 柯芳枝:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第554页。

纠纷案件若干问题的规定（一）》的相关规定，对于回答这一问题具有一定启发意义。该《规定》第13条规定：“外商投资企业股东与债权人订立的股权质押合同，除法律、行政法规另有规定或者合同另有约定外，自成立时生效。未办理质押登记的，不影响股权质押合同的效力。当事人仅以股权质押合同未经外商投资企业审批机关批准为由主张合同无效或未生效的，人民法院不予支持。股权质押合同依照物权法的相关规定办理了出质登记的，股权质押权自登记时设立。”可见，该解释倾向于认为，批准程序并不影响股权质押合同之效力及股权质押权之设定，只要当事人依照物权法的相关规定进行了股权之规范出质，股权合同即已生效，股权质押权即已设立。因此，在国有股权质押问题上，似也可以采取同样思路，仅在实现股权质押权时，要求当事人履行国有股权转让的程序，在国有股权质押权的设定上，则无需履行特别审批程序。

本案事实部分还涉及甲市国有资产投资公司向B纺织公司发出通知，决定收回被质押国有股股权，并实际进行了股权转让与变更登记。对此，应当认为，如果是规范设立之股权质押，甲市国有资产投资公司的这一做法显然不妥。因为，法律明文规定，未经质权人同意股权出质后不得转让，即使经与质权人协商同意转让，对于出质人转让所得的价款，也应当向质权人提前清偿债务或者提存，甲市国有资产投资公司的做法显然违背这一规定。

在本案审理中，工商部门证实，当事人确实向其申请过办理股权出质登记，但是其以未开展此项业务为由不予办理。这就提出一个问题，当工商部门不予办理股权出质登记，而公司又无股东名册的情形下，股权质押应当如何设立。本案裁判认为，双方当事人有关行政管理部门不予办理抵押登记，甚至A纺织公司未在公司内部置备股东名册情况下，仍可采取督促A纺织公司作出相应知悉并接受质押的股东会或董事会决议等行为实现法律规定的合同生效要件，但这一条件也未实现，导致合同未能生效，对此，质押合同双方当事人均有过错。B纺织公司未取得合法质权，即不得以该股份存在质权为由，向股份受让人主张权利，其要求确认股权质押合同有效之异议不能成立。这是发生在《物权法》出台之前的案例，如果以现在规定来看，未进行股权出质登记，并不影响当事人之间质押合同之效力，只是质权未能有效设立。即使是按照当时法律规定，要求当事人在这种情况下必须取得股东会或董事会决议来使股权质押合同生效也显得过于苛刻，实属强人所难。因为，《公司法》并未规定，股权质押应当经过股东会或董事会决议，而股东会和董事会之召开具有法定程序，在设定质权时要求当事人取得股东会或董事会决议并不现实，在出质人为小股东情形下，这一问题显得更为突出。

## 以股权转让为名 收购项目公司土地协议之效力

### 【关注焦点】

现实市场经济交易中，为实质买卖公司名下之土地使用权，交易各方不直接以土地使用权转让协议方式进行，而却以间接股权转让名义收购项目公司全部股权或控股股权，从而实质控制项目公司名下土地使用权的做法有一定代表性。对于这一类名为股权转让实质为土地使用权交易之协议效力该如何把握？是以股权交易来衡量还是以土地交易来把握？

### 【基本案情】

抗诉机关：最高人民检察院

申诉人（一审被告、反诉原告、二审上诉人）：甲房地产公司

申诉人（一审被告、反诉原告、二审上诉人）：李某

被申诉人（一审原告、反诉被告、二审被上诉人）：郑某

被申诉人（一审原告、反诉被告、二审被上诉人）：程某

被申诉人（一审原告、反诉被告、二审被上诉人）：乙公司

经审理查明：2005年1月，郑某（甲方）、程某（乙方）和乙公司（戊方）与甲房地产公司（丙方）、李某（丁方）签订《协议书》。协议主要约定：（1）郑某、程某（以下合称郑某一方）将其在乙公司名下的全部股权

(其中郑某占 60%，程某占 40%) 转让给甲房地产公司、李某 (以下合称李某一方)，李某一方向郑某一方支付股权转让款；转让后的公司股权结构为甲房地产公司占 60%，李某占 40%；(2) 郑某一方将项目 (指乙县土福湾土地开发项目、项目土地总面积为 263 亩) 及为本项目的先期投入及所有前期开发的工作成果转让给李某一方，李某一方对郑某一方在本项目中的先期投入及前期开发成果予以补偿；(3) 李某一方向郑某一方支付的股权转让及项目补偿等的总价款按每亩地人民币 12.36 万元计算；(4) 在协议签署之日，李某一方向郑某一方支付定金人民币 400 万元；郑某一方各自将名下 6% 的股份合计 12% 的股份转让给李某并办理工商变更登记手续；(5) 在乙县土福湾地区总体规划批复后 10 日内，李某等依本协议第 5 条第 2 款付款 (第 5 条第 2 款约定：在本协议签署后，郑某一方向李某一方出示本项目地块的总体规划批复后并总体规划符合双方约定条件的，李某一方向郑某一方支付本项目补偿款总额的 55%)；(6) 李某一方负责项目的规划、设计、施工、销售等各项经营工作，筹措项目开发所需要的全部建设资金；(7) 如因郑某一方原因导致不能取得依本协议约定的工商变更后的营业执照，逾期 15 日内，李某一方有权终止协议，郑某一方应向李某一方双倍返回定金，并将李某一方已支付的款项予以返还；李某一方违反本协议第 5 条第 2 款第 (2) 项的约定，不能如期支付相应款项，每逾期 1 日，向郑某等支付未付款金额的日万分之三的违约金，逾期 30 日，郑某一方有权终止本协议，并没收李某一方支付的定金人民币 400 万元。除以上约定外，双方对合作内容、合同内容的实施、转让方责任、受让方责任等均作了详细的约定。

以上协议签订后，2005 年 2 月 1 日，李某一方依约向郑某一方支付定金 400 万元，郑某一方依约将各自名下的 6% 共 12% 的股权变更至李某名下，并办理了工商变更登记。

《协议书》涉及的位于乙县土福湾的 263 亩土地使用权系乙公司受让于乙县政府，1996 年 10 月 28 日乙公司取得《国有土地使用证》后，由于未能投入资金对土地进行开发，2004 年 2 月 6 日，乙县政府作出收回的决定。乙公司不服，于 2004 年 9 月 8 日向乙省人民政府申请行政复议。乙省人民政府撤销了乙县政府收回土地的决定，要求给乙公司合理期限开发建设。

2005 年 2 月 28 日，乙公司向乙县政府提交了《关于乙县“土福湾产权度假酒店”项目建设概念的请示》，要求将位于土福湾 263 亩闲置土地建设用地作为“四星级产权度假酒店”项目用地进行限期开发，并承诺愿意承担土福湾景区规划和该区今后基础设施建设所投入的费用。2005 年 5 月 30 日，乙县

政府作出《关于同意乙公司限期开发土福湾 263 亩闲置建设用地建设星级产权式酒店项目的决定》。依照该决定，乙公司与乙县国土局签订出让合同和补充协议。出让合同约定：受让人同意自签订出让合同之日起，3 个月内按项目投资总额 1 亿元人民币的 10%，向转让人缴交项目开发保证金，3 个月内受让人未按要求交完项目开发保证金的，出让合同和补充协议自行解除和终止，转让人无偿收回土地使用权。项目开发保证金按开发建设项目的进度分三期退还给受让人；如受让人在 2 年内未完成项目开发建设，受让人所交的项目开发保证金不予退还，并无偿收回土地使用权。2006 年 3 月 28 日，乙县国土局下达关于《缴交限期开发项目开发保证金的函》。要求乙公司在接到该函之日起十五日内，按项目投资总额 1 亿元人民币的 10%，即 1000 万元人民币，向乙县政府缴交项目开发保证金。

2006 年 4 月 11 日，郑某等向李某一方去函称：根据 2005 年 1 月双方签订的合同第 7 条第 4 款、第 7 款的约定，乙县国土局 2006 年 3 月 28 日要求缴交的 1000 万元项目保证金应由你方支付；鉴于情况紧急，贵方应在 2006 年 4 月 13 日前拨付此项费用，逾期不付，我方将终止与贵方的合作，并解除 2005 年 1 月签订的协议。李某一方接函后未支付 1000 万元项目开发保证金。

2006 年 5 月 16 日，郑某等又向李某一方去函称：现将《会议纪要》审议乙县海滨风景名胜区等总体规划（修编）出示给你们。根据上述文件，总体规划与贵我双方约定条件一致，为旅游开发用地。为此，我们要求贵方履行《协议书》第 5 条第 2 款第（2）项的约定，向我方支付项目补偿款 55% 的股权款。请贵方收到函件后，认真研究后在五个工作日内以书面形式答复我方。同月 26 日，郑某等再次给李某一方去函，催促其按照《协议书》第 5 条第 2 款第（2）项内容支付 55% 的股权受让款，否则，将按《协议书》第 9 条第 3 款执行。

同年 6 月 6 日，李某一方以《催促函》名义向郑某一方回函称：（1）根据你方转来的政府文件，到 4 月底，你方拟转让给我方的项目用地已经被政府收回，或者说，政府已有权收回，而近日你方一再称，政府给你方延期到本月底，这种说法有何种证据，希望你方予以明确答复。（2）你方仅据上面的说法就要求我方继续履行主协议下一项义务，向你方付款，是不符合主协议规定的，如果你方已失去项目，主协议的交易目的将完全丧失，我方继续向你方付款实属不当，这更不符合主协议的条款及条件。换句话说，总体规划即便已经下达，如果你方已被收回土地，这份总体规划与你方将完全无关，而根据主协议，如果你方不能提供合格的总体规划，我方无义务进行下一期



付款。所以，只有在你方证实你方拥有向我方转让的项目情况下，我方才能继续与你方讨论有关继续履行主协议的事宜。此前，请你方继续努力保有你方欲转让给我方的土地，而不要一味地向我方发函，催促根本未到期的主协议义务。(3)我方不能同意你方在未与我方结清债务的情况下向任何第三方转让的行为。据你方称，你方已准备向第三方转让，这种行为是恶意的侵犯我方权利的行为，在你方未向我方双倍返还定金，并且，由我方同意解除主协议的情况下，我方将依据我方的所有权利反对你方的行为，并会采取一切可能的手段保护我方的权利。同月11日，郑某一方向李某一方出具《承诺书》称：乙公司二位股东（即郑某、程某）承诺：2006年6月20日前，乙县国土资源局承认2005年5月20日协议有效。如果政府在2006年6月20日前收回土地，二位股东同意退还400万元定金并支付400万元违约金，要求李某及卢某（甲房地产公司法定代表人）三日内自带汇票1000万元到乙县银行自开账户，同国土资源局、当地商业银行及本公司签署三方共管协议书（土地项目保证金），该保证金是政府保证乙公司263亩土地的合法性。在以上保证金协议签署后，三日内按2005年1月协议执行，支付股权款55%。我方要求在2006年6月13日前给予答复，以上要求如果不予答复，后果自负。对于郑某一方的承诺，李某等复函称：就土地的权益，该承诺书在法律上毫无意义，我方不知你方发函来承诺2005年5月20日协议有效是何意义，如果你方想向我方证明土地仍未被收回，请取得与政府有关部门的谈话记录性质的文件，以证明政府对这种情况的认可，而不是你方的单方承诺，原因很明显，收回土地是政府的行为和权利，不是来自你方的自主权利。李某等在该函中明确其观点为：（1）请尽快书面回复我方2006年6月6日的催促函；（2）请尽快与政府部门协助，合理处理有关土地的事宜，并取得相关豁免或批准的文件，再与我方洽谈是否继续履行主协议的事宜；（3）再次重申，我方不能同意你方在未与我方结清债务的情况下向任何第三方转让的行为。同年6月23日，李某一方再次回函申明其上述观点。2006年7月3日，郑某一方向李某一方去函，通知终止双方的合作、终止2005年1月双方签订的《协议书》。

以上郑某一方于2005年5月16日发函所称提供给李某一方的《会议纪要》，时间为2006年4月11日，该纪要第3条内容为：原则同意《乙县海滨风景名胜总体规划（修编）》，由乙县政府根据会议精神会同规划设计单位进一步修改完善后上报省政府审批。郑某等提供给李某一方的乙县人民政府网的相关网页等资料载明：“11日下午，省规划委员会召开第五次会议，审

议并原则通过了乙县滨海风景区等三项规划。”

2006年7月21日，郑某等向甲市中级人民法院提起诉讼，请求：（1）确认郑某一方于2006年7月3日向李某一方发的解除协议的《函》有效；（2）判令400万元定金归郑某、程某所有。赔偿因违约给郑某一方造成的经济损失120万元；（3）退还已变更在李某名下的乙公司12%的股权；（4）由甲房地产公司和李某承担诉讼费用。甲房地产公司和李某以郑某一方要求履行合同义务的条件不成就予以答辩，并反诉请求：（1）确认郑某一方解除合同的行为无效；（2）判令郑某一方继续履行《协议书》；（3）判令郑某一方承担全部诉讼费。

## 【审理要览】

甲市中级人民法院一审认为：本案争议的焦点是李某一方是否违反《协议书》，未按约定支付55%项目补偿款，《协议书》是否应予解除。本案股权转让《协议书》有效，各方当事人应依约履行。依《协议书》第4条第3款、第5条第2款约定，郑某等于2006年5月17日向甲房地产公司李某出示《会议纪要》，证明了土福湾地区总体规划已经得到政府的批复；郑某等提供的2006年4月11日网上资料，也证明乙县滨海风景区总体规划（包含土福湾景区规划）已得到政府批复。郑某一方要求李某一方按协议约定支付55%补偿款时，李某一方提出抗辩的理由并非郑某一方不提供土福湾地区总体规划批复，而是以郑某一方的263亩土地的使用权尚不确定而拒付补偿款。李某一方经多次催促，拒付协议约定的土地补偿款，构成违约，郑某等有权终止协议，并可对所收取的400万元定金不予返还。据此判决：一、郑某、程某和乙公司于2006年7月3日向李某一方发出的关于解除双方签订《协议书》的《函》有效，解除双方当事人于2005年1月签订的《协议书》；二、甲房地产公司与李某已经支付的400万元定金郑某、程某不予返还；三、李某在本判决发生法律效力之日起30日内将持有的乙公司12%的股权按各6%办理变更至郑某、程某名下；四、驳回郑某、程某和乙公司的其他诉讼请求和甲房地产公司、李某的反诉请求。

李某一方不服，向乙省高级人民法院提起上诉，请求撤销以上判决，驳回郑某等的诉讼请求。郑某一方以李某一方不按协议约定支付项目补偿款已构成违约，1000万元项目开发保证金属于开发建设资金应由李某一方交纳、其拒绝缴纳，《协议书》应予解除等进行答辩。

乙省高级人民法院二审认为：本案争议焦点为，李某一方未支付55%项目补偿款是否构成违约，《协议书》是否应解除。根据《协议书》第5条第2款的约定，李某一方支付55%项目补偿款的条件：一是土福湾地区总体规划获政府批准；二是郑某一方向其出示批复后的总体规划。郑某一方等虽然向李某一方出示了《会议纪要》，但《会议纪要》不能认定为乙省政府对土福湾地区总体规划所作的批复。李某一方未支付55%项目补偿款不构成违约。由于李某一方未支付55%项目补偿款不构成违约，双方约定的协议解除条件没有出现。故郑某等要求解除《协议书》和没收定金，不应支持。据此判决：一、撤销一审民事判决；二、驳回郑某、程某、乙公司的诉讼请求；三、郑某、程某、乙公司与甲房地产公司、李某于2005年1月签订的《协议书》继续履行。

郑某等不服以上二审判决，向最高人民法院申请再审。根据原审查明的事实，双方在协议中虽然约定郑某、李某将持有的乙公司全部股权转让给甲房地产公司和程某，但该股权转让、受让的标的是乙公司名下的国有土地使用权。所谓的股权转让款及项目补偿费即土地使用权转让费，双方也是由于土地开发项目手续的办理及款项给付产生了纠纷。据此，原判将之定性为股权转让合同纠纷无事实和法律依据。对案涉土地使用权转让协议，双方诉讼中虽未提出异议，但人民法院应根据有关法律主动审查，合同有损国家利益的，应认定合同无效。原判认定所谓的“股权转让合同”有效，无法律依据。据此裁定：指令乙省高级人民法院再审本案。

乙省高级人民法院再审后提交审判委员会讨论，该院审判委员会认为：本案的合同性质是股权转让纠纷，合同是有效的。理由是：（1）双方当事人一、二审及再审中都认可是股权转让纠纷，而且对合同的有效性没有异议；（2）当事人之间的股权转让并没有违反法律禁止性规定；（3）此类案件最高人民法院有过案例；（4）实践中，大多数法院也是如此把握审理的；（5）本案合同已经部分履行；（6）在法律规定没有出台之前这样处理，对保护交易安全及对外搞活经济也是必要的。另，关于本案具体处理结果是：一种意见认为，本案合同应认定为有效合同，但鉴于甲房地产公司拒不支付1000万元土地项目保证金，已构成违约，郑某一方已和重庆某公司等另行组成合资合作公司进行开发，合同已无法继续履行，故解除合同，返还甲房地产公司方400万元定金及相应的利息。另一种意见认为，同意维持二审判决，即认定合同有效，继续履行合同，理由是甲房地产公司不构成严重违约，且土地还在乙公司名下，重庆第一中院的判决在本案二审判决之后，因此应当继续履行

合同。因存在意见分歧，又向最高人民法院请示。

最高人民法院对该请示案件审查后认为：从请示意见可以看出，乙省高级人民法院对本案所涉合同效力意见一致，所请示意见并非疑难法律问题；且该院关于本案当事人甲房地产公司究竟是否构成严重违约、本案是否可以继续履行等重要事实的判断尚不一致，属于事实不清，在本案事实尚未查清之前尚不宜就法律问题作出判断。该案不符合有关请示案件的规定，对该请示案件特作退卷处理。

退卷后，乙省高级人民法院再审认为：双方当事人在一、二审及再审中，都认可本案是股权转让纠纷，对合同的有效性无异议，且股权转让不违反法律禁止性规定。二审认定合同有效正确。二审法院围绕李某一方不支付55%项目补偿款是否构成违约的争议焦点审理，不存在审理错误。但李某一方未支付协议约定的55%项目补偿款构成违约，合同解除的条件已经具备。且郑某一方第一次请求李某一方支付1000万元项目开发保证金的函件，在本案中产生的作用，足以影响到本案合同的解除与否，此点也是李某一方一审反诉中的请求之一，故对此也应审查。《协议书》有效，各方当事人均应全面履行。从本案事实看，双方在2006年4月11日至7月10日，多次函件往来。2006年4月11日，郑某一方第一次发函给李某一方，要求支付1000万元项目开发保证金，否则解除合同。依据《协议书》“（受让方）负责本项目开发建设的全部资金”与“基础设施配套建设费等涉及开发的费用由受让方承担”等的约定，项目开发保证金应由李某一方承担。乙公司和乙县国土局、中国建设银行乙县支行签订的《项目开发保证金监管协议书》第3条第（3）款约定：所缴交的项目开发保证金可转为按项目建筑面积和建设开发面积应分摊的所在景区基础设施建设费；而在《补充协议书》也有约定：项目开发保证金按项目开发建设的进度分三期退还给受让人。这些表明，缴纳1000万元作为项目开发保证金，义务在于李某一方，其在限定时间内未缴纳该保证金，构成违约，郑某一方请求解除《协议书》的条件已经成就。经该院审判委员会讨论决定，判决如下：一、撤销一、二审民事判决；二、解除郑某等与李某等签订的股权转让《协议书》；三、郑某一方在本判决生效后十日内返还400万元定金及利息（利息起算时间为2006年7月19日，至还清之日止按中国人民银行同期同类一年期贷款利率计算）给李某等；四、李某在本判决生效后三十日内将持有的乙公司12%的股权按各6%办理变更登记至郑某、程某名下；五、驳回郑某等的其他诉讼请求和李某等的反诉请求。

最高人民检察院抗诉认为：乙省高级人民法院再审判决认定李某一方在

限定时间内未缴纳保证金已构成违约、郑某一方请求解除合同的条件已经成就，缺乏证据证明、超出诉讼请求，判令解除股权转让《协议书》适用法律错误。因为郑某一方向李某一方出示的《会议纪要》，不能认定为政府对乙县土福湾地区总体规划所作的批复，李某一方向郑某一方支付55%项目补偿款的条件尚不具备。郑某等行使合同解除权的条件未成就。郑某一方未以李某一方未缴纳1000万元项目开发保证金为由，主张解除协议。乙省高级人民法院再审判决却以李某一方未在限定时间缴纳1000万元项目开发保证金，构成违约为由，判令解除股权转让《协议书》，超出当事人的诉讼请求。根据《协议书》各方特别声明与保证条款的约定，本案1000万元项目开发保证金，应当全部由郑某一方承担。根据本案股权转让协议的性质，即使李某一方有义务支付该1000万元项目开发保证金，其未支付也不是违反本案股权转让协议的主要义务。李某一方同意检察机关的抗诉意见。

最高人民法院审理认为：双方当事人对于本案性质为股权转让纠纷及《协议书》有效不持异议。原审对本案《协议书》的性质和效力的认定正确，应予维持。双方当事人的主要争议焦点为，李某、甲房地产公司未支付第二期补偿款是否构成违约；双方签订的协议书是否应该解除。根据本案事实，2005年5月，乙县政府已作出关于同意乙公司限期开发263亩闲置建设用地建设星级产权式酒店项目的决定，原则同意将位于土福湾景区的涉案263亩土地作为“星级产权式度假酒店”项目用地进行开发。2006年4月11日乙省城乡规划委员会第五次会议，审议同意乙县海滨风景名胜区总体规划（修编），而土福湾景区包含于乙县海滨风景名胜区总体规划之中。意味着涉及本案项目地块的规划已经得到政府主管部门的批准，涉案地块可以作为旅游开发用地进行相应的开发建设。2006年5月16日，郑某等向李某一方出示乙省城乡规划委员会已审议通过乙县海滨风景名胜区总体规划（修编）的《会议纪要》，已能够说明《协议书》所述的本项目地块的总体规划已得到批准，涉案地块可以按《协议书》的约定进行旅游开发建设。郑某一方向李某一方出示说明本项目地块的总体规划已得到政府主管部门批准、涉案地块可以进行旅游开发建设的文件资料后，《协议书》第5条第2款第（2）项约定的付款条件已经成就，李某一方应依约支付总金额55%的项目补偿款。李某一方未按郑某一方的催告支付总金额55%的项目补偿款，不符合《协议书》的相应约定。根据《协议书》第9条第3款第（1）项“受让方违反本协议第五条第2款第（2）项的约定，不能如期支付相应款项，每逾期一日，向转让方支付未付款金额的日万分之三的违约金，逾期三十日，转让方有权终止本协议”

的约定，原审认定李某一方构成违约并解除《协议书》，符合《合同法》第93条“当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同”的规定。李某一方提出只有对方出示经批复的“本项目地块的总体规划”，才能支付总金额55%的项目补偿款的主张，因客观上没有也不可能有什么专门的涉及双方《协议书》约定的“本项目地块的总体规划”和“本项目地块的总体规划批复”，按其只有“出示本项目地块的总体规划的批复”才能支付55%项目补偿款的主张，将导致《协议书》一直不具备履行条件，显然不符合双方当事人签约的本意和目的。故其主张，本院不予支持。

本案项目开发保证金是乙县政府为约束并保证项目开发方及时对项目投资开发而收取的费用，根据乙公司与乙县国土局签订的《补充协议》第4条、乙县国土局、乙公司、中国建设银行乙县分行签订的《项目开发保证金监管协议书》第3条第3款等的约定，限期开发项目开发保证金的数额是按照本案项目投资开发总额的10%的比例收取的，将按照投资开发建设进度返还给项目开发方，或者转化为项目开发方按项目建筑面积和建设开发面积应分摊的所在景区基础设施建设费。该费用自然应由对项目负有开发责任并能享受开发权益的人负担。因随着对股权转让《协议书》的履行，郑某一方应将项目土地及项目开发权益转让给李某一方，并退出对本项目的开发，而李某一方要受让项目用地及项目，郑某一方要求项目受让人李某一方负担该项目开发保证金，符合本案股权转让的内容和目的。李某一方反而把不按期缴纳该款政府将无偿收回本案项目用地，认为是政府将要收回本案项目用地、郑某一方将丧失涉案土地，并以此为由，拒绝承担该款并拒绝履行协议书约定的支付55%项目补偿款的义务，没有根据。而根据《协议书》关于受让方“负责…筹措项目开发所需要的全部资金”、“负责本项目开发建设的全部资金”、承担本案“基础设施配套建设费等涉及开发的费用”的约定，该项目开发保证金属于应由李某一方承担的费用范畴。根据《协议书》第2条第2项、第5条第1款的约定，李某一方支付给郑某一方的项目补偿款，仅相当于至签约时郑某一方的前期投入和开发费用的对价，该对价显然不包括也不意味着郑某等还要对签约以后所产生的项目开发及其相关费用承担义务。郑某一方基于协议书约定的以上对价的获得，应将土地项目权利和利益转让给李某一方，并退出对项目的开发和拥有。在此情况下，再让按约定应退出项目开发的郑某一方缴纳项目开发保证金，不符合本案股权转让的内容和目的。

李某一方主张，限期开发项目开发保证金属于土地闲置费，应由郑某等

交纳。根据《补充协议》第一条和第四条的约定，本案乙县国土局要求缴纳的1000万元限期开发项目开发保证金不属于土地闲置费，土地闲置费21.04万元郑某等已经另外缴纳。因该项目开发保证金也不属于股权转让之前乙公司应承担的债权债务范畴，因此，李某一方以《协议书》第8条第4款第(1)项的约定为由，认为该项目开发保证金应由郑某等承担，也不能支持。本案《协议书》所转让的标的物主要是公司所拥有的项目及至签约时的项目开发成果。不履行缴纳项目开发保证金的义务将可能导致失去所约定转让的标的物，缴纳该项目开发保证金，是影响双方合同利益的主要义务。但根据从2006年4月11日至同年7月10日，双方当事人多次函件往来的事实看，李某一方一直拒绝郑某一方要求其依约承担该费用的请求。根据《合同法》第94条第3项“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”的规定，乙省高级人民法院再审认定李某一方拒绝交纳本案项目开发保证金已构成违约并解除《协议书》正确，本院予以维持。

本案郑某等在一审时提出的“依法确认二原告（郑某、程某）2006年7月3日向二被告（甲房地产公司、李某）所发的解除协议的函合法有效”的诉讼请求，就是请求确认解除《协议书》的条件已经成就，要求解除股权转让协议。对于一审、二审和乙省高级人民法院再审期间所归纳的本案的争议焦点为股权转让协议是否应予解除，双方当事人一直都表示同意。因此，乙省高级人民法院对此案再审期间，围绕本案的股权转让协议是否应予解除进行审理，对股权转让协议是否应予解除进行裁判，并不超出当事人的诉讼请求。李某一方主张原审超出当事人诉讼请求范围没有事实和法律依据。综上，原审认定李某一方已构成违约，郑某一方请求解除《协议书》的条件已经成就，本案股权转让《协议书》应予解除正确。据此判决：维持乙省高级人民法院的再审民事判决。

## 【裁判解析】

本案经乙省高级法院二审判决生效后，当事人不服向最高人民法院申请再审。最高人民法院立案部门再审审查认为，本案争议协议名为股权转让实为土地使用权转让，且作为土地使用权转让协议，应认定协议无效，据此裁定指令乙省高级法院再审本案。乙省高级法院再审后提交该院审判委员会讨论认为，本案协议性质应为股权转让纠纷，协议应为有效。因该意见与最高人民法院指令再审意见实质不同，故又特向最高人民法院请示处理。最高人

民法院审判监督部门对于该请示案件审查后认为，乙省高院审判委员会对本案所涉协议效力意见一致，所请示意见并非疑难法律问题，故对该请示案件特作退卷处理，这实质是认同并支持了乙省高级人民法院审判委员会有关本案协议性质及其效力之认定意见。之后，乙省高级人民法院据此作出再审判决。随后，最高人民检察院又对乙省再审判决提出抗诉，理由虽不再是协议性质与效力，但认为解除本案协议无事实与法律依据。最高人民法院对该抗诉案件审理认为，双方当事人对于本案协议性质为股权转让纠纷及《协议书》有效不持异议，故原审对本案《协议书》性质与效力之认定正确，应予维持，并根据最终查明事实，维持了乙省高级法院作出的再审判决。从本案以上历经程序可以看出，涉案协议性质与效力始终是本案处理之关键，对该协议性质与效力之把握是本案处理方向之基点。那么，为什么人们对于以转让公司股权名义实施的转让公司土地使用权之类的协议效力总是会产生质疑呢？此类协议之效力究竟应当如何看待？

**一、以股权转让为名收购项目公司土地与单纯土地使用权转让方式之比较。**股权转让与土地使用权转让均是商业运营中经常发生的交易现象。基于进出公司以及资本流动之需要，人们会不时地进行股权转让，基于土地价值变现以及实现利益之需要，人们也不时地进行土地乃至附着土地之上的项目买卖。两者原本均属于可以独自运行之交易方式，原本各属于性质并不相同之法律协议，原本各有相关法律规范加以约束，原本可以毫无关联。但是，现实之中犹如本案一般，两者表里不一、虚实结合之情形却并不少见，甚至成为房地产行业一种较为常见之交易现象。那么，为什么人们会选择以股权转让方式来实现公司土地项目之实质转让呢？这种交易方式与单纯的土地使用权转让或项目转让又有哪些联系与区别？

1. 就交易之法律条件比较而言，以收购土地项目为目的之股权转让，最起码应是控股受让、甚至是全部股权受让，因此需要其他多数股东甚至全体同意，需要符合《公司法》关于股权转让之法律条件，需要符合该公司章程关于股权转让之限制规定等。对项目公司股权受让，实际是对项目公司之控股收购，必然涉及项目公司或者说被收购公司主要股东、甚至全部股东之替换，由此也当然会涉及项目公司股东会、董事会、监事会等相关治理结构成员之变更，涉及公司法定代表人之变更，涉及公司章程之变更等。而单纯的土地使用权或者项目转让，实际是项目公司的一种资产经营行为，除了需要满足国家有关土地使用权或项目转让之法律条件，如必须投资达到法定比例要求（25%）、受让项目主体甚至需要房地产开发资质等以外，并不涉及项目



公司本身股东或原有治理结构等方面之变化。

2. 就交易之风险比较而言，以股权受让方式收购项目公司，虽意在被收购公司土地项目，但实质却要间接概括承受项目公司全部债权债务。因此，对项目公司任何债权债务忽视调查而仅以土地评估价值衡量股权交易价值之做法，实际均将面临很大风险。尤其当项目公司对外存在诸如担保等或有性债务、或其他隐形债务之时，一旦项目公司收购到位之后，类似债务显现之时，即便在以股权转让为名而实质收购项目公司土地协议之中曾经约定应由转让股东对转让之前项目公司之债权债务负责，但由于项目公司作为债务主体对外并未发生变更，故依然仍应由被收购之后的项目公司对外还债，这应无任何疑义。现实之中，不少以此方式收购股权进而试图收购项目公司土地之交易，常常引发隐形债务或有形债务等等纷争，原本试图收购之土地甚至因此而被查封，由此形成很大风险。而单纯的土地使用权转让或是项目转让，则风险显然相对要小些，一般只要对土地权属把握好，对土地或项目本身价值把握准，对支付与过户交易条件设定到位，对项目公司信誉作必要了解，即可防止交易风险之发生。至于项目公司自身债权债务情况，原则上可以不加顾及，无须考虑。当然，如果项目公司所负债务可能危及土地或项目交易时，则必须为确保土地权属过户设定更加周全之条件与保障。

3. 就交易之手续办理比较而言，两种交易方式对外正式生效之一般法律条件下，以股权转让为名收购项目公司土地时，股权应当经过变更登记与过户，应当于公司名册之中进行变更记载，以此确保对内对外产生公示效力；至于项目公司名下土地则无须办理任何变更手续，土地权属及项目户头实际视为未作变更；因此相对而言交易手续并不繁杂。而土地使用权转让，尤其是已经经过规划、建设等相关手续办理的以土地为载体之项目转让，除了应当办理权属过户手续外，往往会涉及土地出让金补交，尤其是项目开发多个相关手续之系列变更申请，需要与土地、规划、建设等多个不同政府部门打交道，需要重新审批，其中任何手续过户变更之障碍，均可能使原本简单的土地项目交易变得复杂化。因此，相对而言，所谓单纯的土地使用权或是项目转让，实际可能并不单纯，其所可能涉及之变更手续往往更加复杂。

4. 就交易涉及之相关费用比较而言，前者要交股权交易所得税，后者要交土地交所得税、增值税、契税等，并还要负担另行办理规划、工程建设等审批费用。不少质疑名为股权转让实为土地买卖协议效力者，也正是基于两者可能涉及之费用尤其是税费不同，而认为该类协议意在恶意规避国家税收，因此属于违反法律之协议，当为无效。

很显然，两种不同标的之交易方式，各有利弊，具体以何种方式交易，要看各方当事人之意愿取舍，并无绝对之利，或绝对之弊。

**二、以股权转让为名收购项目公司土地协议之效力。**人们也常将这种协议称之为名为股权转让实为土地买卖之协议。无论怎样表述，对于这类协议效力究竟该如何把握，或应当如何对该类协议效力进行审查？是因为其名为股权转让而仅按股权转让相关法规进行审查，还是因实质涉及土地交易而必须对土地或项目转让法律条件也一并进行审查，或是要结合名实两方面对该类协议效力统一全面进行审查。对这一问题之回答，首先要对此类交易方式本身要有正确认识与把握。有些人一看到这类交易协议，似乎本能地反应是，交易双方动机不纯，明明是买卖土地，为何却要按股权转让方式来进行，必然是为了规避土地交易法律条件，甚至是为了恶意规避国家税收。因此，对这种名实不符的带有不良企图之协议，或者所谓以合法形式掩盖非法目的之行为，必须按协议实质进行审查，如此才能防止商人钻法律漏洞，才能确保国家税收。持这种观点之人，意在维护法律秩序与国家税收，似不能容忍商人胡作非为。事实上，人们不仅要问，这样的交易方式真的必然为恶吗？难道这不是商业交易习惯之中再正常不过的交易方式吗？难道运作土地项目就只能是直接买卖土地一种方式吗？难道通过控制项目公司股权进而实质控制项目公司土地运作不是国际通行的商业运作模式之一吗？难道公司法不允许股权转让吗？难道《物权法》、《土地法》、《房地产法》不允许土地或项目转让吗？为什么将两者依法结合在一起便成为形式合法而目的不法呢？如果说涉及国家税收或费用问题，如果土地交易需要交纳土地交易税费，难道股权转让交易所得就不需要交纳税费吗？对于那些反对此类交易方式之任何主张，实际与现实之中普遍采用这一交易方式之做法大相径庭，商人普遍认为可行、普遍愿意采取的交易方式，为什么司法却不能予以认同呢？

事实上，还可以从其他以股权收购为手段而收购公司非土地项目之商业运作中得到启发。例如，人们显然可以为了获得目标公司商标、专利等无形资产，或是为了获得目标公司生产流水线、或是为了获得目标公司客户群等，而收购目标公司股权，并通过收购获得之控股股权而间接获得目标公司无形资产、有形生产线、或者客户群体等控制运营权利，这与直接买卖或收购目标公司商标、专利、流水线等可能也各有利弊，但实际均无不不可。人们不能要求商人只能直接收购公司有形或无形资产，却不可以收购目标公司股权为手段实现几乎同样之商业扩展追求。而犹如纯粹是为获得目标公司客户群体之类的设想，甚至还只能或最好是通过收购目标公司股权之方式来实现，这

样以目标公司为载体之客户群落几乎不会受到任何动摇，而围绕目标公司之不同投资主体或新老投资者却通过股权转让方式而实际发生了合法变更。对于类似商业操作模式，均无可非议，人们不应再去质疑股权转让背后商人之动机，或是非得强求商人单一之交易模式。

再则，从此类协议直接目的来判断，显然是为了追求项目公司股权转让，至于通过转让股权控股之后而可以有效控制项目运作，这样实际仅是该类协议之间接目的，而这样的目的也并非不合法。尽管对合同效力之审查也确实需要对合同目的之正当性一并考虑，但司法审查权力绝非漫无边际，除了对合同直接目的进行审查外，并不能将合同间接目的也一并拿来审查，更不能想当然将原本合法的选择一律视为目的非法。也许间接目的很多，也许间接目的亦并非不正当。就如以股权转让为名而实质转让土地之交易协议，即便其意在避免土地交易法律条件之审查有何不可？毕竟土地的确依然在项目公司名下，土地实际确未曾发生变动，为什么还要按其协议所谓之实质目的而硬性以土地交易法律条件来审查呢？原本就未曾发生土地权属变动，却硬要按土地变动进行效力审查，这不显然与事实不符吗？为什么协议约定的是股权转让，实际进行的也是股权转让，而且随着股权转让手续之完成，该类协议也即履行完毕，按股权转让法律条件对这类协议效力审查已经足已，为什么还非要进一步探其究竟、深追不舍，进而有以目的非法加以否认呢？

因此，对于这些以股权转让方式而收购项目公司土地之协议效力审查，应当只按股权转让法律条件来衡量。土地转让虽为双方股权交易所追求之最终目的，但股权转让是双方现实选择之交易方式，且以股权转让而交易土地实质亦并不为法律所禁止，反而是商业投资过程中经常发生之现象，所以，对于这类协议之效力，除按通常合同裁量审查与把握外，应审查是否存在其他股东优先认购权、是否涉及特殊股权转让权限制、是否存在其他对股权转让之限制等，按股权转让协议之通常审查模式进行处理即可，无须涉及土地转让法律条件之审查。

**三、结合本案之具体分析。**本案各方当事人对于本案争议协议均认同属于股权转让协议，也均未主张协议无效。但偏偏二审审查却认为对涉案协议应当进行实质审查，且认为以土地转让法律条件来衡量，因实质转让土地项目并未达到房地产法所规定的25%以上投资比例要求，故法院应主动宣告涉案协议为无效。这实际仅代表司法实践中的一种少数观点与主张。且不论当前房地产审判实践中，已经不再将房地产法该条规定理解为效力性强制性条款，即不再以所谓的投资比例来衡量土地转让是否有效。如前所述，这种努

力探究所谓当事人真实企图而忽视当事人直接合同目的追求之做法，这种将非法目的扩大化解释的做法，并不能为大多数所接受。如之后上下两级法院两次再审判决，均认为本案实质就是股权转让纠纷，并均认为协议效力并非无效，这实际代表了司法实践部门绝大多数法官之认同。

就本案股权转让协议约定而言，股权转让价款实际是考虑了项目公司土地价值，这与一般股权转让应当考虑公司净资产价值的做法其实并无实质不同。任何股权转让对价，均会将股权所对应的公司净资产作为主要甚至唯一参考标准，这几乎是股权转让协议最为主要特征之一。尽管涉案协议将股权转让与土地项目转让分别表述，甚至将股权转让价款及支付进度等与土地项目办理进度相互挂钩，这虽然表明了双方当事人以股权转让为手段而追求土地项目转让的意图，但这依然不能改变双方股权全部转让与受让的直接目的。事实上，其他非以土地项目转让为目的之股权转让，其他意在控制被收购公司有形或无形资产的股权收购，也经常采取类似约定方式进行处理，即将股权支付价款与被收购公司资产交接或实现进度等相互挂钩，或与股权变更过户、与公司公章与文件交接、与公司管理人员安排等多方面进行挂钩。所有这些，依然不能改变股权转让本身的行为性质，所谓以项目公司土地转让为目的之股权转让，同样不会因为股权转让价款以土地价值为依据，以及股权转让价款支付进度甚至过户办理与土地项目办理进度相挂钩等，即会使其股权转让之根本性质发生改变。

本案协议实际即属于以上情形之股权转让性质。一方随另一方已支付款项，先办理部分股权过户（12%），而后再随土地项目办理进度再支付剩余价款。必须指出的是，尽管本案协议之中双方约定将股权转让及项目补偿等总价款按每亩地人民币 12.36 万元计算，但实际均应视为股权转让价款，类似表述实际只是双方关于股权转让价款计算参照标准的一种特殊约定，并不能由此认为涉案协议即为土地转让协议。正是因为股权转让价款支付与土地项目办理进度相互挂钩，而双方对于土地办理进度是否符合协议约定始终存在争议，由此引发本纠纷，而这也才是本案始终争议之焦点。最终再审判决认为，股权收购方李某等实际已经构成违约，因此对方可以解除本案合同。这与其他股权转让协议因一方违约而另一方有权解除合同的处理，实际并无不同。对任何股权转让协议而言，即便已经办理股权过户，但由于一方存在违约而依约或依法可以解除合同的话，则股权转让合同同样可以解除，所谓解除之后果与处理，与一般合同解除并无两样。

## 股权转让协议之履行地及其司法管辖

### 【关注焦点】

股权转让协议之履行地以何标准确立？是公司注册地、还是受让人所在地、或是转让人所在地？股权转让协议履行地对股权转让纠纷之管辖会产生怎样的影响？股权转让协议纠纷与一般合同纠纷在诉讼管辖方面是否存在不同？

### 【基本案情】

原告：甲公司

被告：乙公司

1993年4月18日，甲公司与乙公司签订一份股权转让协议，约定：甲公司将其在丙厂拥有的600万元人民币股份转让给乙公司。乙公司向甲公司支付了第一笔转让的股本金及利息后，以甲公司一直未办理三方联营的《合同》、《章程》的制定及其他有关工商登记的手续为由，拒付余额，合同双方遂发生纠纷。甲公司于1995年3月27日向北京市海淀区法院起诉，后又于1995年12月25日申请撤诉，次日海淀区法院口头裁定同意撤诉。其间，乙公司曾就管辖权问题提出异议。北京市一中院于1995年12月29日以（1995）经监字第670号裁定撤销该院及海淀区法院有关本案管辖权异议的书面民事裁定，将该案移送乙公司住所地（无锡市）法院处理。甲公司于1996

年2月8日在加大诉讼标的额后向安徽蚌埠市中院起诉，次日，该院立案受理。

## 【审理要览】

围绕两地法院管辖权之争，产生两种意见，特请示最高人民法院协调处理：

第一种意见认为：（1）甲公司向北京市海淀区法院起诉后又申请撤诉，该院口头裁定同意撤诉，则该院受理的甲公司与乙公司股份一案终结，江苏省高级人民法院以北京市第一中级人民法院（1995）经监字第670号民事裁定为依据，要求该案移送无锡中院审理没道理。（2）本案系股权转让纠纷，合同履行地应为丙厂所在地蚌埠市。（3）蚌埠中院立案在先，无锡市北塘区人民法院立案在后，且属重复立案，违反《民事诉讼法》等有关规定。本案应由蚌埠市中级人民法院审理。

第二种意见认为：乙公司与甲公司股份转让纠纷一案，北京市海淀区法院受理在先。经北京市一中院审理，1995年12月29日裁定，案件移送无锡市人民法院审理。无锡市北塘区法院、蚌埠市中级人民法院又分别受理同一当事人就同一标的提起诉讼，均违反《民事诉讼法》和最高人民法院的有关规定。甲公司在北京有关法院裁定本案移送无锡法院审理后，提出撤诉，亦属违反法律规定。倾向意见：北塘区法院、蚌埠市中院在海淀区已受理本案的情况下，又先后受理同一当事人、以同一标的提起的诉讼，因违反规定，应由两地法院按审判监督程序予以撤销。本案应由海淀区法院依法移送无锡市中级人民法院审理。

最高人民法院在讨论过程中，也存在两种不同意见：

一种意见认为，涉案合同性质属于股权转让，且该合同对履行地未作约定，目前的法律及司法解释亦没有具体规定，海淀区法院以第一笔股权转让金在甲公司交付为由确定其管辖权过于牵强。该案应以被告所在地原则确立管辖，那么海淀区法院也就无权受理此案，亦无权作出准予撤诉的裁定。但是，北京市一中院对乙公司管辖权异议的申诉作出的民事裁定，无论是从程序上还是具体内容来看都是合法的，应予维持。而北京市海淀区法院移送无锡的案件与蚌埠中院所立的案件，尽管争诉标的额不一致，但属于同一事实、同一法律关系，应由一地法院审理，其被告均为乙公司，且争诉标的为600万元的股份转让，故这两宗案件应由江苏省高级人民法院一并审理。

另一种意见认为，关于股权转让合同的履行地如何确定，我国的法律及司法解释还未作出规定，通过此案可以对这类问题确立个原则。股权转让合同纠纷往往涉及到法定代表人变更、工商管理部门对企业管理等问题，对这类案件的管辖如果一概采纳“原告就被告”的原则，恐怕不利于人民法院查证，对这类纠纷，应以企业在工商部门登记的所在地作为合同履行地。那么，被告所在地无锡市中院与合资企业所在地蚌埠市中院对本案均有管辖权，从有利于查明案件事实出发，同时鉴于蚌埠中院抢先判决，宜指定本案由安徽省高级人民法院作一审。另外，无锡市北塘区法院自己立的案件属重复立案，应予撤销。

最高人民法院结论性意见为：1993年4月18日，甲公司与乙公司签订的协议约定：甲公司将其在华能丙厂拥有的600万元人民币股份转让给乙公司。该协议性质属于股权转让，协议的履行地应当是丙厂所在地即安徽省蚌埠市。依据《民事诉讼法》第24条之规定，对甲公司诉乙公司案，蚌埠与无锡两地法院均有管辖权。北京市海淀区人民法院于1995年12月26日口头裁定准予甲公司撤诉之后，甲公司又于1996年2月8日在增加诉讼标的额后向安徽省蚌埠市中级人民法院起诉，次日，该院立案受理。北京市第一中级人民法院又于1995年12月29日作出民事裁定，撤销了该院及海淀区法院有关本案管辖权异议的民事裁定，北京市海淀区人民法院于1996年5月方依上述裁定将案件移送给无锡市中级人民法院，无锡市中级人民法院又发函指定该市北塘区人民法院受理。在安徽与江苏两地法院对该案协商管辖期间，安徽省蚌埠市中级人民法院于1996年7月30日抢先作出了一审民事判决，违反了我院《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》中第4条规定，应当予以撤销。江苏省无锡市北塘区人民法院在甲公司向蚌埠市中级人民法院起诉之后，又以同一事实、同一法律关系受理了乙公司诉甲公司股权转让纠纷案，应予以撤销。鉴于甲公司诉乙公司股权转让纠纷一案，其协议履行地在安徽省蚌埠市，为了便于人民法院查明案件事实、方便诉讼、保证案件得以公正审理，维护当事人的合法权益，本院指定该案由安徽省高级人民法院管辖。安徽省蚌埠市中级人民法院应当依法撤销该院（1996）蚌经初字第18号民事判决，并将案卷及有关材料于1997年1月30日前移转给安徽省高级人民法院。

## 【裁判解析】

管辖权纠纷是司法实践中经常遇到的一类现象，它产生的原因是多种多

样的。它的出现阻碍了案件正常审判、拖延了诉讼进程，对其处理是否妥当还会直接影响到当事人能否服判息讼等。为了解决这类纠纷，我国民法及司法解释出台了許多具体规定，但是由于法律对某些特殊纠纷之管辖地没有作出具体规定或者做出了模糊甚至矛盾的规定，当这些案件诉诸法院时仍会出现管辖权争议。本案即为这样的一起案例，其争议之焦点为股权转让协议之管辖法院应当如何确定。

**一、一般合同履行地之判断标准。**关于股权转让协议纠纷之管辖法院我国法律没有作出特殊的规定，因此，当出现这类纠纷时，首先，只能依照法律关于一般合同纠纷的管辖规定去把握此类案件之管辖法院。根据《民事诉讼法》第24条之规定，合同纠纷的管辖法院应为被告住所地或者合同履行地法院。一般来说，确定被告住所地较为容易，但是，确定合同履行地则显得较为复杂。《合同法》、《民事诉讼法意见》以及其他一些司法解释，对于如何确定一般合同履行地作出了一系列具体规定。例如，《合同法》规定，履行地点不明，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行，其他标的，在履行义务一方所在地履行。《民事诉讼法意见》规定，购销合同对交货地点有约定的，以交货地点为履行地，没有约定的，以交货方式确定履行地，采用送货方式的，以货物送达地为履行地，采用自提方式的，以提货地为履行地，代办托运或按煤炭木材送货办法送货的，以货物发送地为履行地；加工承揽合同，无特殊约定的，以加工地为履行地；财产租赁合同、融资租赁合同如无特殊约定，以租赁物使用地为履行地。

从以上规定之特点来看，法律在确定合同履行地时，通常会考虑不同之因素，如义务人履行义务之便利、交易之具体方式、交易标的物之具体属性等。然而，不可否认的是，法律一般倾向于把与可能的合同纠纷具有最密切联系之地点确定为合同履行地，如不动产所在地、加工地、租赁物使用地等。此外，虽然，程序法与实体法在具体确定地合同履行地时，会表现出不同之侧重。例如，《合同法》意在指导合同义务之实际履行，因而其更多是从便于当事人履行义务之角度出发，然后再结合不同标的之不同特点进行具体规定；而程序法则意在确定纠纷管辖法院，因而，其会更多的从便利当事人诉讼、便于法院查明事实、搜集证据、便于执行角度出发进行具体规定，但是，在将合同履行地确定为与合同纠纷具有最密切联系地点这一倾向上，二者之间并无实质上之不同。这是因为，合同纠纷发生最集中之地点，一般也是有关合同争议相关证据最集中之地点，程序法与实体法虽然在合同履行地选择上侧重不同，但是他们在合同履行地的选择结果上仍会出现高度的一致性。



那么，在法律对股权转让协议履行地未作出明确规定情形下，依照这一基本倾向，应当如何确定股权转让协议之履行地呢？

**二、股权转让协议之履行地。**一般而言，与合同履行密切相关之地点主要有，转让人所在地、受让人所在地以及合同标的物所在地等。结合股权转让协议之具体特点来看，由于其标的物是一种权利，而非通常之实物，它并不存在着一般提货或送货等特殊情形，因而，转让人所在地与受让人所在地在这类合同履行中便丧失了其重要性，合同纠纷一般也并不会发生于此，以转让人所在地或受让人所在地作为股权转让合同之履行地并无多大之合理性。那么，合同标的物所在地呢？如前所述，股权转让协议之标的物为股权这一特殊权利，严格来讲它并不存在所谓的所在地，但是由于法律对股权变动规定了严格程序，使股权变动需要借助一定的公示行为。如将变更股东名册作为股权权属发生变动之依据，将变更工商登记作为股权变动发生对抗效力之依据等。这就使其与不动产之交易表现出很大相似性，因而，与法律把不动产所在地确定为不动产交易合同的履行地一样，也不妨把公司住所地视为股权转让协议之标的物所在地，进而将其确定为股权转让协议之履行地。从股权交易的具体实践来看，股权转让协议的纠纷也大多发生于股东名册和工商登记变更的过程中，因而，将与股权转让协议纠纷最具有密切联系之公司住所地确定为股权转让协议履行地，更具有一定的合理性。此外，从公司实践来看，法律对股东身份一般并无明确的地域限制，这就使得公司股东可能遍布各地，难以确定，然而，公司股东所持有的股份所在地却是确定的，只能认定为公司住所地。在这样的一种背景下，如果将公司住所地确定为股权转让协议之履行地，不仅对于当事人义务之具体履行有很大便利性，而且对于法院调查相关事实、查明案件真相也具有极大之便利性。

在此还有必要进一步涉及的是，如果以公司住所地作为股权转让协议之履行地，那么无法回避这样一个问题，即在我国应当如何具体确定公司之住所地。《民法通则》与《公司法》均明确规定，公司以其主要办事机构所在地为公司住所地。同时，我国关于公司登记之法律规定，公司住所属于应当登记之事项，当其发生变动时，应当进行变更登记。但是《民事诉讼法意见》却规定，法人住所地是指法人之主要营业地或主要办事机构所在地，这就使在对公司住所地之确定上似乎出现了另外一条标准，那就是也可以公司实际之主要营业地作为公司住所地，进而导致在公司住所地确定上出现了不确定性。实践中对于究竟应以公司主要营业地还是以主要办事机构所在地或以公司登记注册之住所地作为确定公司住所地之依据同样存在着不少争议。对此

应当认为，原则上应以公司登记之住所地作为公司住所地之确定依据。首先，公司住所地一经登记即产生一定公示效力，对于第三人会产生一种信赖之表象，其次，法律明确规定公司住所地变更时公司应当进行变更登记，对于登记事项与事实不一致时公司负有一定之责任；最后，《民事诉讼法意见》虽然作出了这样规定，但是对比其效力更高的《民法通则》与《公司法》来看，它们并没有确定以公司之主要营业地为公司住所地。因而，一般应当情形下应以公司登记之住所地为股权转让协议之法定履行地。

**三、股权转让纠纷可否适用“原告就被告”之管辖原则。**“原告就被告”是《民事诉讼法》确定地域管辖的一般原则。学者一般认为，“实行‘原告就被告’原则，有利于法院传唤被告出庭应诉，有利于采取财产保全和先予执行措施。如果被告败诉，在执行阶段，还有利于法院执行。实行这一原则还有防止原告滥用诉权的功能。”<sup>①</sup>因而，在大多数的民事纠纷案件中，法律都会承认被告住所地法院之管辖权，即使在法律承认其他法院有管辖权的情形下，有时也并不排除被告住所地法院之管辖权。对于合同纠纷案件的管辖权，法律规定合同履行地与被告住所地法院均有管辖权。但是它们在确定法院管辖权中的作用并不相同。《民事诉讼法意见》规定，因合同纠纷提起的诉讼，如果合同没有实际履行，当事人双方住所地又都不在合同确定的履行地的，应由被告住所地人民法院管辖。最高人民法院法发〔1996〕28号《关于在确定经济纠纷案件管辖中如何确定购销合同履行地的规定》也规定，当事人在合同中对履行地点、交货地点未作约定或约定不明确的，或者虽有约定但未实际交付货物，且当事人双方住所地均不在合同约定的履行地，以及口头购销合同纠纷案件，均不依履行地确定案件管辖。可见，法律虽然将合同履行地与被告住所地均作为确定合同案件管辖地之依据，但是，被告所在地在确定合同案件管辖上具有更广泛之适用性。股权转让协议纠纷，作为一种特殊的合同纠纷，对其管辖法院之确定在法律未作出特别规定情形下，自然也应当依照一般合同纠纷之规定来确定。因而，在股权转让协议纠纷案件中，不仅合同履行地的法院享有管辖权，被告所在地的法院也应享有管辖权，而不能认为，法律规定合同履行地法院具有管辖权，就自然排除了被告所在地法院之管辖权，“原告就被告”原则在这里依然可予适用。但必须指出的是，对于股权转让协议，最为主要或可优先享有管辖权的法院，应为公司住所地，这一点可在今后相关程序制度中予以明确。

<sup>①</sup> 秦伟：《‘原告就被告’原则的反思与重构》，载《法学论坛》2009年第1期。

**四、关于本案管辖争议之简要评析。**关于案件管辖权之争，实质上为不同地区、不同法院、不同当事人之间的权力之争、利益之争，除了法律规定之模糊性之外，它往往还受到经济利益及地方保护主义等驱动。本案几个法院之间为了争夺管辖权，无视其他法院已立案事实，仍重复立案甚至不顾法律规定抢先判决，即体现出管辖权争议之这一典型特征。虽然最高人民法院最终依据《民事诉讼法》之相关规定，认为对股权协议纠纷可以适用“原告就被告”原则，在这一点上并无创新性，但是本案之最大价值在于它确立了股权转让协议履行地为公司登记注册住所地之案例标准，为今后股权转让纠纷管辖乃至其争议提供了较为明确、较为权威之案例参考依据。





# 六

## 公司决议与高管职责

公司决议是公司意志形成的重要机制与表现形式，任何公司最为重要之决策均是通过公司决议之方式作出，无论这种决议是由股东会作出还是由董事会形成。公司决议之形成过程及其内容，可以集中反映与体现公司意志决策之合法与否，是衡量与把握公司意志是否有效之重要审查载体，诸如公司决议程序、决议方法、决议内容等违反法律或违反其章程等，皆可能成为公司决议效力之瑕疵因素，皆可能使得公司决议被撤销或被宣告为无效。公司决议多是由公司股东代表或公司高管推动而形成，因而公司决议之效力与公司高管人员是否切实履行职责又密切相关。从世界范围来看，无论公司高管是否与股东身份重叠或是分离，无论公司规模大小，无论公司形态是否相同，身为公司管人员皆必须始终忠于公司利益，始终为公司经营勤勉负责。尤其当公司高管人员自身利益与公司利益发生冲突之时，更是必须作出必要之披露，并回避必要之表决，以此尽可能避免自身利益与公司利益发生冲突。当然，身为公司高管人员，一方面，必须始终为公司利益最大化尽职尽责；另一方面，也必须对自身失职给公司造成之利益损失负起责任。



## 股东诉股东主张公司股东会决议无效

### 【关注焦点】

股东显然有权力对公司股东会决议之效力提出质疑。本案所将关注的是，股东提出此类质疑时被诉主体应当是谁？

### 【基本案情】

原告：某电梯厂

被告：某投资发展有限公司

被告：某经济技术开发公司

被告：黄某

1998年2月，原告与三被告共同出资500万元，设立甲电梯有限责任公司，出资额分别为：黄某投资255万元，计51%股权；某投资发展有限公司投资100万元，计20%股权；某经济技术开发公司投资100万元，计20%股权；原告投资45万元，计9%股权。甲公司制定了公司章程，设立了董事会和监事会，并经工商管理机关登记领取了企业法人营业执照，法定代表人为黄某。该公司章程规定，对股东间互相转让出资或向股东以外的人转让出资作出决议，有代表1/2以上表决权的股东同意即可生效，不要求必须全体股东同意。2001年4月28日，甲公司向工商管理机关递交了《公司变更登记申请书》，申请变更公司住所，变更公司股东黄某为武某，同时变更法定代表人为武某。原告企业负责人在该变更申请书上签名并加盖了公章，此后未提出

异议。2001年6月21日，在原告未出席的情况下，三被告召开股东会形成决议并写入股东会议纪要，内容为被告黄某将其拥有的甲公司255万元计51%的股权转让给公司外股东武某。2001年8月27日，在原《公司变更登记申请书》以及前述股东会决议的基础上，工商管理机关依法批准，甲公司办理了股东变更手续，领取了新的企业法人营业执照，法定代表人由武某担任。后原告诉至法院，要求确认甲公司于2001年6月21日形成的股东会决议无效，确认被告黄某向案外人武某转让股权无效。原告认为：一、三被告在召开股东会议时违反了公司法和公司章程关于股东会议应通知全体股东的规定，该决议无效；二、三被告已将股金抽回，出资不实丧失了股东资格，无权召集股东会。三被告则辩称：召开股东会前已通知原告，原告系有意不出席股东会，但对此情节，三被告未提出证据证明。

## 【审理要览】

一审法院认为：甲公司章程规定有代表1/2以上表决权的股东同意，其公司股东即可向股东以外的人转让出资；且原告已在甲公司《变更登记申请书》上加盖公章，故其对股权转让知情，在该知情情形下，其未提出异议即可视为其放弃行使股东优先购买权，故原告诉求不能成立，判决驳回原告诉讼请求。

二审法院认为：依据《公司法》，原则上应理解为通知瑕疵将影响与此有关的股东会决议无效或可撤销，但这并不意味着所有通知瑕疵都必然导致股东会决议无效的法律后果。结合本案，通知瑕疵虽然剥夺了原告参加股东会的权利，但并未造成损害其股东利益的后果，因为即使重新召开股东会，三被告无论以人数还是股权数，仍能有效通过原股权外部转让决议。至于股东出资瑕疵问题，依据《公司法》的有关规定，虚假出资或中途抽撤出资的股东，应当对公司承担差额补足责任，工商机关可给予罚款、责令改正的行政处罚，这表明，股东出资瑕疵只会导致相应的民事和行政责任，并不必然丧失其股东资格，故本案三被告出资瑕疵问题与本案无关。据此认定本案股权转让有效，甲公司相关决议之法律效力应予维护，终审判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案系因公司股东对外转让股份而引发的主张公司决议无效之诉讼，本案之焦点问题在于：仅因股东会通知程序瑕疵而非实体上股东权利之剥夺是否能

否定公司股东会决议之效力。原一、二审法院均以甲公司章程中的“对股东间互相转让出资或向股东以外的人转让出资作出决议，有代表1/2以上表决权的股东同意即可生效，不要求必须全体股东同意”之规定为依据，认为原告已在甲公司《变更登记申请书》上加盖公章，其已对该股权转让知情，未提出异议即视为其放弃行使股东优先购买权，通知上的瑕疵并不必然导致股东会决议无效，且即使重新召开股东会，三被告无论以人数还是股权数仍能有效通过原股权外部转让决议，据此判决原告败诉。且先撇开判决之结果不谈，试问，是否仅有实体上之正义即可无视公司决策之正当程序？未履行通知义务是否必然导致股东会决议无效或者可以撤销之法律后果？本案判决值得商榷。

**一、公司决议效力之诉被告主体应当是谁？**公司决议效力（无论是无效或是可撤销）之诉的被告均应当是作出决议之公司，这在各国立法和学说上均无分歧。因为决议实质为公司意志行为，诉请撤销决议或决议无效，只能是针对公司主体提起，股东大会决议体现的为公司意思，只有公司对股东大会决议具有处分权，决议之法律效果也只能归属于公司，诉讼结果也只能直接由公司承受，且除此之外，通过将公司作为被告，还可以对与公司相关之利害关系人产生效果，例如其他未参加诉讼之股东即可直接适用该判决之胜诉结果。司法实践中，股东作为原告起诉时，应当由法定代表人代表被告公司参加诉讼；如果是法定代表人作为原告提起决议效力之诉时，则应对代表被告公司者作出特别之限定。

那么，如果有不当控制公司决议作出行为之人是否可列为连带被告或第三人，如其他控制股东或参与决议之董事等人可否为决议效力诉讼下之被告？如前所述，公司决议效力之诉的被告主体只能是公司，其他股东或者董事不应列为被告或连带被告。关于能否列为第三人之问题，《民事诉讼法》第56条第1款规定：“对双方当事人的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼”；同时第2款规定：“对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，而案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。”该条确立了民事诉讼的第三人制度，并分为有独立请求权之第三人与无独立请求权之第三人。有独立请求权之第三人对被告及原告之间之诉讼标的有独立之请求权；而无独立请求权之第三人对被告和原告之间之诉讼标的无独立之请求权，其仅因与案件处理结果有法律上之利害关系而参加到诉讼中来。<sup>①</sup>在公司决议效力之诉中，有可能存在反对决

<sup>①</sup> 江伟主编：《民事诉讼法》，高等教育出版社2000年版，第123~125页。



议撤销之利害关系人，如对该无效决议投赞成票之股东，因为决议被撤销将可能损害其利益。因此，在公司决议效力之诉中引入第三人制度有其必要性，但一般仅存在无独立请求权之第三人，而不存在有独立请求权之第三人。无独立请求权之第三人无权变更、承诺或者放弃当事人所提出之诉讼请求，无权请求和解；但可以自己之名义参加诉讼，其所作出之承认、放弃等处分诉讼请求之行为均不发生效力。公司决议效力之诉引进第三人制度，是为了保护反对决议撤销之利害关系人之利益，因此，利害关系人如股东、董事甚至公司以外之第三人都可能作为第三人申请或由人民法院通知参加到决议效力诉讼中来。实际上，在我国地方法院审判实践中，原告股东将公司列为被告，同时将其他股东列为第三人提起股东会决议效力之诉的现象也颇为常见。

本案之中，仅将其他股东作为公司决议效力诉讼之被告，而未将公司列为被告，仅从形式上之诉讼程序上判断，似无不可，因为此时虽然存在被告不适格的情况，但根据《民事诉讼法》之规定只要起诉符合起诉之四个条件，并且没有法律规定的不予受理情形，法院即应当受理。而对被告主体而言，只需“有明确的被告”即可，至于是否为正确之被告，这属于实体问题。当然，此时法院可以要求变更被告，尤其在司法解释进一步明确之后，非以公司为被告主体而提起的公司决议效力之诉，原则上即不应当再予受理。因为在公司决议效力之诉中，无论是董事会、监事会抑或少数股东召集的股东（大）会，会议所作决议在形式上均代表公司，故股东诉请撤销股东（大）会决议时，被告均应为公司而非召集人或其他相关利益主体。

**二、本案原告之实质诉请是什么？**对此可做以下分析，如果是主张其股东之优先购买权，认为其他股东之行为侵害了其优先受让权，那么则可以起诉转让人、受让人甚至是其他股东。因为根据《公司法》之规定，股东向股东以外之人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求意见，其他股东自接到书面通知之日起满30日未答复的，视为同意转让。经股东同意转让之股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。本案之中，在原告未出席情况下，三被告召开股东会形成决议并写入股东会议纪要，内容为被告黄某将其拥有的甲公司255万元计51%之股权转让给公司以外之人武某。此时，原告可以自己的优先购买权受到侵害为由，以其他股东为被告，提起优先购买权之诉。

如果原告旨在否认其他股东之合法资格，则可以将其认为未出资的其他股东均列为被告。根据《公司法解释（三）》之相关规定，当事人对股东履行出资义务发生争议的，原告举证足以对股东是否履行出资义务产生合理怀

疑之证据后，被告股东应当就其履行出资义务承担举证责任。而在本案中，二审法院以“股东出资瑕疵只会导致相应的民事和行政责任，并不必然丧失其股东资格，故本案三被告出资瑕疵问题与本案无关”为由，对三被告是否出资到位一事不作任何查明，显然不妥。

如果原告因召开股东会做出决议未通知其参加而赌气打官司，则属于以程序瑕疵为由主张公司决议可撤销，应以公司为被告。为了确保每位股东享有均等的参会与公司决议之表决权机会，我国新旧《公司法》均要求股东会之召集人提前通知全体股东。旧《公司法》第44条就股东大会的召集通知期限作出规定：“召开股东会会议，应当于会议召开十五日以前通知全体股东。”新《公司法》第42条也没有弱化股东大会会议通知程序的要求，仅仅将对十五天通知期限进行微调的权力回归公司自治：“召开股东会会议，应当于会议召开十五日前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。”该但书并不是否定或者免除召集人之通知义务，而是赋予章程或者股东对于通知方式灵活变通之自由。在通知并保证全体股东知晓股东会之召集方面，一般理解为此属于强行性法律规定，至于通知之方式则属于任意性规定。因此，倘若公司章程或者股东协议并没有排除十五天之通知期限等，则任一公司召集股东会会议仍应遵守这一法律期限之法定要求。

关于股东会召集通知程序之瑕疵，又可以进一步分为通知方式瑕疵、时间瑕疵、内容瑕疵与对象瑕疵等。如通知没有采用法定之书面形式、未按照规定时限通知股东、通知没有载明拟表决事项以及未通知全部应当被通知之股东等。本案中即存在召集对象瑕疵，即召集对象有遗漏。所以召集人未通知全体股东而召开股东会议，可以构成决议被撤销之事由。

**三、对本案决议效力之分析。**本案中二审法院以“即使重新召开股东会，三被告无论以人数还是股权数，仍能有效通过原股权外部转让决议”为由，认为本案通知瑕疵虽然剥夺了原告参加股东会之权利，但并未造成损害其股东利益之后果，该判决显然不当，只注重实体公平而忽略程序正义，是无视公司决策程序之行为，未获得开会通知本身已经构成对股东正当权利行使之损害。程序公正原本为公法之内容，但随着社会不断发展，公法逐渐开始影响私法，就连私法性很强之公司法也引入了很多程序性规范。程序之价值在于保证实体正义与程序之效率，因此程序公正对于公司法亦有着极其重要甚至不可替代之价值。任何实体权利之实现均离不开程序权利之保证，每一种程序制度均与一定之实体权利相关联。法律程序不仅仅是实现实体法之工具与手段，还有其自身独立之价值，如秩序与效率等。正义之结果必须靠正义之程序来实现，一个程

序不合法之决议，不管其实体上如何合法也同样是缺乏公平与正义的，实体正义乃立法者确定人们实体权利时所必要遵循之价值标准，而程序正义则为立法者程序设计中所要实现之价值目标。实体正义为结果价值，而程序正义则为过程价值。因此，一项法律行为除了要满足内容上合法外，其程序合法同样是必须的，违反正当程序将当然成为影响效力之瑕疵因素。

当然，正如本案二审法院判决所述，程序违法也不一定必然会损害到实体之正义。股东大会决议程序之违法，也不一定必然损害股东或公司之利益。因此，虽然单纯的决议程序违法不能构成决议无效之事由，但在一般情况下则可构成决议撤销之事由，立法上创设撤销股东大会决议制度之目的，即在于否定以违法程序假借多数决之所谓公正意思而成立公司决议之效力。<sup>①</sup>可见，程序违法造成可撤销之前提是其有可能造成对实体公正之侵犯。当然，如果程序违法显著轻微，并不足以对实体公正产生任何不利之影响，不会对股东利益构成任何实质性损害，则可认为并不存在适用撤销效力之必要。

二审法院关于“股东出资瑕疵只会导致相应的民事和行政责任，并不必然丧失其股东资格，故本案三被告出资瑕疵问题与本案无关”的理由同样值得斟酌。按照《公司法解释（三）》第22条规定，股东未履行或者未适当履行出资义务或者抽逃出资，公司可以通过公司章程或者股东会决议，对其表决权、利润分配请求权、新股认购优先权、剩余财产分配权等股东权利作出相应的限制；股东起诉请求认定限制无效的，人民法院不予支持。因此，是否出资到位问题，实质涉及决议表决票数之计算以及多数表决是否合法形成之问题。该解释第23条甚至还进一步规定，有限责任公司的公司章程规定或者股东会决议，对于虚假出资或者抽逃出资的股东，经过合理期限的催缴仍未缴纳或者返还的，还可以解除其股东资格。尽管该案作出判决时《公司法解释（三）》尚未出台，但该判对本案三被告是否出资到位一事不作任何查明与表述，显然有所不妥。

因此，那些认为既然召集股东占绝对控股地位，小股东即便参加股东会，亦不能影响股东会决议之通过，且实体上并无瑕疵因而似乎程序瑕疵并不重要之观念显然是错误的。应该知道，现代公司治理贵在程序民主、程序公正。如果任由控股股东抛开公司决议之正当法律程序而自由操纵公司决策，则股东会与董事会也就失去了其应有之价值。

<sup>①</sup> 钱玉林：《论可撤销的股东大会决议》，载《法学》2006年第11期。

## 股东会多数票之计算方法

### 【关注焦点】

关于公司诸多运营事项之股东会决议，往往需要多数票通过方为有效。问题是，在面对具体情形时，多数票之计算方法怎样？不同形态之公司以及不同之公司章程对多数票之计算会产生怎样的影响？

### 【基本案情】

原告：杨某

原告：方某

被告：甲贸易有限公司股东会

案外人：乙生物化学有限公司

原告杨某、方某系甲公司股东，甲、乙公司则系关联企业。乙公司负责某品牌产品的生产，甲公司负责经销，但该品牌产品的商标专用权属于甲公司，并已注册在案。为获取更大经济效益，两公司经协商达成协议，甲公司归入乙公司，双方董事会分别向各自公司股东会提议，双方股东会均决议同意合并，两公司签订的合并协议生效。根据合并协议，乙公司要求甲公司移交其全部财产和产品商标专用权。然而，甲公司部分股东反对移交公司财产及商标权，两原告并提起诉讼，将甲公司股东会列为被告，诉请法院撤销甲股东会关于公司合并的决议。经法院查明的事实是：甲公司共有七名股

东，当甲公司董事会就合并事项通知召开股东会讨论表决时，即有两名股东（刘某、王某）书面明确表示不赞成合并，且拒绝到会表决，该两名股东代表公司股份的20%，而在公司股东会讨论这一合并事项时，虽有三名股东表示赞成，并且他们代表公司股份的55%，但其余两名与会股东（即两原告）也表示反对合并，虽然两原告仅代表公司股份的25%，但加上另外两名不赞成合并的未与会股东所代表的股份共计45%。据此，两原告认为，股东会有关甲、乙公司合并决议，并未获得绝对多数表决权的通过，故股东会决议应为无效或可予撤销。两名未参会股东刘某及王某虽未参与诉讼，但也表示，若公司坚持要合并，则要求退股。

### 【审理要览】

法院经审理后认为：甲公司共有股东七名，如全体出席股东会，则合并决议的通过至少需要由代表67%以上股份的表决权同意。但本案中代表20%股份的股东刘某、王某拒绝出席股东会，应认定为放弃表决权，其所代表的股份自然不能计入股东会决议所需的有效表决权范围。这样，在剩余的有效表决权仅代表公司80%股份的情况下，有代表55%以上公司股份的表决权同意合并，即已占有有效表决权的2/3以上，因此，该合并决议符合法定程序，合法有效，两原告主张不能成立。据此判决：驳回原告杨某、方某要求撤销公司股东会合并决议的诉讼请求。

### 【裁判解析】

本案实质系因股东会多数票计算方法上之不同认识而产生之纠纷。案情非常简单，但其之所以引起人们关注或本书将其收入加以分析与研究之主要原因是，对股东会多数票之计算方法在司法实践中存在很多错误之认识与做法，在看似简单之案情中，实际上有很多复杂之细节需要不断厘清。《公司法》虽然对股东（大）会的议事方式和表决程序有明确规定，但在细节上仍然有很多亟待解决问题，司法实践中也因法律规定之不明确而导致不少判决令人费解。本案之中，法院仅以出席股东会的股东所持表决权为基数来计算股东多数票，认为经过占出席股东会表决权股份2/3以上同意，即可认定公司合并决议符合法定程序，而对拒绝出席股东会之股东视为放弃表决权，未将其所代表之股份计入股东会有效表决权范围，这种判决显然不当。那么，

公司股东会决议法定多数之计算标准到底是什么？股东放弃表决权是否应当明示？对这些问题的正确把握将是处理此类案件关之关键。

**一、公司股东会决议法定多数之计算标准。**多数决原则作为公司股东大会和董事会决议方式之基本原则，是公司治理最为重要法则之一。它是指在公司组织中，全体股东都享有表决权，并对需要决定之事项进行表决，依照一定之表决权计算后，多数表决权所支持之决定即为公司之决定，且该决定对反对者同样有效。不过，多数决在股东大会与董事会上之含义不一样，一般而言在股东大会为资本多数决，而在董事会则为人头多数决。多数决原则中之多数，是通过基数乘以比例数而计算出来的。依据基数之不同，多数决一般可以分为绝对多数决与相对多数决。绝对多数决之计算基础，为公司中有表决资格之全体股东，此为我国有限责任公司形态之一般计算方法；而相对多数决之基数则是实际出席或者实际参加表决之股东，此为我国股份有限公司形态之一般计算方法。依据比例数之不同又可分为一般多数与绝对多数，过一半表决权之多数为一般多数，超过 2/3 表决权之多数为绝对多数。如《公司法》就规定，有限责任公司股东会做决议时，对一般事项需要全体股东之简单多数即可通过，对修改公司章程、增加或减少注册资本以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式之决议，必须经过代表 2/3 以上表决权之股东通过。而对股份有限公司而言，则是需要通过出席大会股东所持表决权的一半或者 2/3 以上通过。

之所以会对有限责任公司与股份有限公司规定不同之参照标准，前者以全体表决权为参数，后者以到会股东表决全为参数，这与该两类公司之不同性质密切相关。股份有限公司是典型的资合公司及开放式公司，通常都以发行股票之方式公开募集资金，使得股东人数众多，分散广泛，若以全体表决权为参数既不可行也不现实；而有限责任公司更具封闭性之特点，兼具人合性与资合性，使得股东之间相对更加了解、更加信任，以全体表决权为参数有利于有限公司持续良好之运作。多数决原则以牺牲少数表决权人之意见为代价追求公司决策之效率，适当之表决权计算标准，可以实现公司内部公平与效率之均衡。

国外公司法律制度关于多数决制度之其他安排。例如，以股份类别作为计算参数，当涉及特定股份（如职工股、优先股等）股东之利益时，应由该类别股份之股东所持多数来表决。美国各州公司法规定，几乎所有的股东均平等拥有一票表决权，只有股东享有投票权，优先股股东与债券持有人则在

公司陷入财务困境时才可以享有投票权。<sup>①</sup>此外，还有类别股东大会制度，即凡股东大会调整某一类别股份之权利时，只有在该类别股东召开专门大会同意后才能做出决议。这些也是为了避免资本多数决滥用对少数股东侵害之保护措施。

公司章程对多数比例也可以作出更加多样化之安排，例如一致通过之要求等，之前相关案例四已对此作过必要分析。《公司法》第44条第1款规定：“股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”这也就是说，法律规定了最低法定数，公司章程可在此基础上另行规定，但一般认为只能增加而不能减少法定最低表决票数。我国台湾地区“公司法”对此则有明确规定，如其第174条规定，股东会的普通决议，应有代表已发行股份总数过半数股东的出席；特别决议应由代表已发行股份总数2/3以上股东出席，公开发行公司股票公司出席数可以由代表已发行股份总数过半数股东的出席；章程有较高规定者，从其规定。

**二、股东放弃表决权是否应当明示。**未出席股东之表决权是否当然视为放弃？这实际又涉及多种具体之情形，如未经正当程序通知而未出席；虽经正当程序通知但明确反对决议事项而未出席；经正当程序通知而未出席且未作任何意思表示。对于第一种情形不能视为股东放弃表决权自不必言。对于第二种情形，当然也不能视为股东放弃表决权，因为股东出席会议是股东享有的一项权利而非义务，股东可以依法行使也可以放弃，股东明确反对决议事项而未出席，即是其行使表决权的一种方式，法院将明确反对并拒绝到会之表决权视为放弃显然不妥，与事实亦明显不符。对于第三种情形，虽经正当程序通知而未出席且未作任何意思表示的，也不宜笼统认为就是放弃表决权；因为缺席股东会之股东，既不可能预先知道股东会之表决结果与自己之主张不符，也不可能当场表示反对，而股东会之决议将会涉及其自身权益，所以至少应当认为，其对股东会决议享有撤销权。综上所述，将凡是未出席股东之表决权均视为放弃，显属不当。

对于虽然到会但未作任何明确意思表示之表决权应视为弃权，虽然如此其仍对投票结果会有影响。实践之中，这些弃权票之效果究竟视为反对票还是应将它们算作赞成票，是一个很大的问题，在计算股东批准程度时是否把弃权者计算在分母内可能是成败之关键。弃权是一种不明确之意思表示，所

<sup>①</sup> [美] 弗兰克·伊斯特布鲁斯、丹尼尔·费希尔：《公司法经济结构》，张建伟、罗培新译，北京大学出版社2005年版，第71-72页。

谓过半数或2/3以上通过之反面解释，也可以理解为不到半数或1/3之反对通过，这样弃权票之意义就更显而易见了。理论界对此也存在很大争议。有的学者认为，正确的做法是把弃权票算入赞成票之范围，因为投弃权票之成员恰恰是不想拒绝决议。而另学者则认为，弃权票虽然构成出席法定数，但在计算投票结果时却可以不把它算在分母之内。例如在美国，很多州的法律都规定法定数的多数赞成票才能对公司具有约束力，按照传统法律弃权票被视为反对票，因为只有当出席会议的全部表决权数中的多数为赞成票时，决议才有效力；后来法律修订改变了这传统规则，认为赞成票超过了反对票决议即可获得通过，但这种做法实际上是忽略了弃权票之意义。对此，有学者提出解决方案有二：一是由公司章程规定出席股东表决时应作肯定之赞成票或否定之反对票，不得投弃权票；二是由立法上明文规定“过半数或三分之二以上之赞成票通过”。<sup>①</sup>

**三、关于本案表决权之计算与分析。**本案之中，决议公司甲贸易有限公司为有限责任公司，且决议事项为甲公司归入乙公司，属公司合并事项，根据《公司法》第43条第2款的规定：“股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”而在本案中，占20%表决权的两名股东（刘某、王某）在甲公司董事会就合并事项通知召开股东会讨论表决时，即书面明确表示不赞成合并，且拒绝到会表决，占25%的两名原告股东虽然到会，但在公司股东会讨论这一合并事项时明确反对公司合并，只有占55%表决权的其他三名股东赞成公司合并，故显然未能达到《公司法》所规定的“必须经代表三分之二以上表决权的股东通过”的强制性标准。

然而，本案裁判却认为占代表20%股份之股东刘某、王某拒绝出席股东会，应认定为放弃表决权，其所代表的股份不能计入股东会所需的有效表决权范围。因此，占代表55%以上公司股权的表决权同意合并，已经达到有效表决权（80%）的2/3以上，从而认定该合并符合法定程序，合法有效。显然该判决是错误的，主要存在两个问题：首先，如上文所述，股东明确反对决议事项而未出席者一般不能一并认为其放弃了表决权，因为股东出席会议是股东享有的一项权利而非义务，股东可以依法行使也可以放弃，股东明确反对决议事项而未出席，即是其行使表决权的一种方式，法院将明确反对并

<sup>①</sup> 朱慈蘧：《关于公司决议瑕疵之诉的若干问题探讨》（草稿），JICA中国经济法完善项目“2007年度第1次公司法研讨会”（2008年1月，浙江宁波）提交论文。



拒绝到会之表决权视为放弃，与事实明显不符。其次，由于有限责任公司具有封闭性特点，以及兼具人合性与资合性特征，使得有限责任公司股东会的表决权必须是以全体股东的表决权为基数，计算基础为公司中有表决资格之全体股东，即绝对多数决，这也是《公司法》所明文规定的。而法院仅要求按照到会的绝对多数计算，这亦显然不妥。

**四、本案被告主体为甲贸易有限公司股东会亦为不妥，应直接列甲公司为被告。**因为公司决议实质为公司意志行为，诉请撤销决议或决议无效，只能是针对公司而言，股东大会决议体现的是公司意思，只有公司对股东大会决议具有处分权，决议之法律效果只能归属于公司，诉讼结果也只能直接由公司承受。而且除此之外，通过将公司作为被告，还可以对与公司相关之利害关系人均产生效果，如未参加诉讼之股东刘某和王某也可以直接适用该判决之胜诉结果。



## 资本多数决原则 与股东会决议效力之关系

### 【关注焦点】

公司资本多数决制度之精神实质是什么？什么样之行为是滥用资本多数决行为？滥用资本多数决行为会对相关公司决议效力产生怎样的影响？

### 【基本案情】

上诉人（一审被告）：甲出租车公司

上诉人（一审被告）：乙物业公司

被上诉人（一审原告）：林某

甲出租车公司成立于1996年5月21日，属有限责任公司，由林某与乙物业公司共同出资设立。甲出租车公司的章程约定了股东会议、董事会议的召集程序和表决方法。1997年6月18日，甲出租车公司股权比例变更为乙物业公司出资442.2万元，林毅民出资217.8万元，股东会决议由林某出任甲出租车公司法定代表人。2000年2月29日，林某因涉嫌挪用、侵占公司财产与职务受贿等违法行为被公安机关羁押，3月30日被逮捕，后由检察机关提起公诉。2003年10月30日，某中级法院就林某犯职务侵占罪、挪用资金罪一案作出终审判决，判决林某无罪。林某被羁押期间，甲出租车公司于2000年3月6日召开股东会议，决议：鉴于甲出租车公司总经理（法人代表）林某涉

嫌经济犯罪，公司股东会于2000年3月6日召开会议，会议一致决定，免去林某公司董事、董事长（法人代表）职务，选举何某为公司董事长（法人代表），李某为董事，公司办公地点搬迁至甲市天河区五山路×号。该决议分别由何某在“股东成员签署”栏、由冯某、李某在“董事会成员签署”栏署名，并加盖甲出租车公司公章。同日，甲出租车公司作出与该股东会决议内容一致的董事会决议。上述股东会会议的召开未通知林某，其后，甲出租车公司董事会也未将有关股东会决议和董事会决议的内容告知林某。2000年3月17日，甲出租车公司向工商行政管理部门申请变更登记并获核准。2005年1月25日，林某以其股东权益被侵害为由诉至法院，请求撤销甲出租车公司2000年3月6日作出的股东会决议和董事会决议，并宣告现任董事长、董事会成员组成不合法。

## 【审理要览】

一审法院根据《公司法》第44条、第49条第2款判决：一、撤销甲出租车公司于2000年3月6日作出的股东会决议和董事会决议；二、甲出租车公司现任董事长的任职、董事会成员的组成不合法。

甲出租车公司、乙物业公司不服原审判决，提起上诉称：乙物业公司是甲出租车公司占绝对控股地位的股东，林某即便参加股东会，亦不能影响股东会决议的通过，在实体上并无瑕疵。乙物业公司没有通知林某即召开股东会属程序上存在瑕疵，只构成股东会决议被撤销的事由。

二审法院审理认为：林某于2000年2月29日被羁押，乙物业公司在知道林某被限制人身自由后，于2000年3月6日召开股东会、董事会，并作出改选董事会成员、免除林某法定代表人、变更公司办公地点的决议，目的是剥夺林某对公司的经营管理权限，取得公司的控制权。乙物业公司乘人之危夺取公司控制权属于滥用资本多数决的行为。上述决议因违反禁止权利滥用和诚实信用原则，属于违反强行法规定的行为，应认定决议无效。被上诉人提起的虽然是撤销之诉，但本案所涉股东会决议和董事会决议在程序、实体上均侵害了股东林某的股东权，理应确认无效。诉讼请求是当事人通过诉讼要达到的具体的法律上的效果，林某提起撤销之诉的目的是否认本案所涉股东会决议、董事会决议产生法律上的效果，与股东会决议、董事会决议被确认无效的法律后果并无实质不同。在权利的保护期限上理应亦适用决议无效之诉的相关规定。据此判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案是因公司大股东利用资本多数决原则侵犯少数股东利益而引起之纠纷。资本多数决原则为公司治理基本原则之一，《公司法》第104条规定：“股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。”即坚持了股份平等原则和资本多数决原则。该原则使得那些拥有控制权的股东在股东会或者股东大会决议中往往处于支配地位，其意志也常常被上升为公司意志，从而对公司及少数股东产生约束力。资本多数决原则，是建立在投资回报率与风险系数相一致基础之上的，是激励大股东投资积极性之重要手段，在公司议事中的正当运用，能有力地保护公司经营决策之高效运行，其产生、发展与延续都有着深厚之经济学乃至法理学根基，在公司发展史中有着重要的积极作用。但在实践中，由于资本多数决原则之自身缺陷及运行环境之不足，该原则也经常被盗用，从而导致损害小股东利益之现象频发，严重挫伤小股东之投资热情，甚至妨碍了市场经济之发展。那么，公司资本多数决有怎样的法律意义，盗用资本多数决又有怎样的具体表现，以及盗用资本多数决对公司决议效力之影响究竟怎样？

**一、公司资本多数决之法律意义。**公司资本多数决，是人类多数决制度在公司法领域的具体体现与运用。任何组织都必须有将其成员意志集中转化为集体决定之机制，这其中无非包括三种：个人决定、全体一致与多数决原则。个人决定是指在组织中，单个组织成员或全体成员委托一个成员代表组织作出决定，个人决定虽然最有效率，但它为专断提供之机会也最多，无疑是最缺乏民意正当性的，如果不是迫于紧急情势而让效率牺牲于正义，它就是一种最不可取之方式，在政治制度中独裁政体即是典型之个人决定。而全体一致无疑是最具正当性的，它尊重所有人之意见，但却会导致道德风险与决策不能，因为最后一个反对者可以绑架所有其他人，决策不是无法作出即是效率低下。若运用在公司法领域，一致性规则可能使股东大会所有之决议均遭到搁浅，因为一致性规则导致了一个否决票的有效持股价值可能为100%，而剩余的九十九个赞成票的有效持股价值则又可能相当于零。在当今民主社会之中，作为将立场不同之多数人之意思民主地吸收并单一化之方法，即是采用多数决原则。约翰·亚当斯认为，“由于全体一致性是不可能的，并且共同的意见总是意味着多数人的赞同，因此不言而喻，少数人受到多数人

的支配。”<sup>①</sup> 这实际就是团体行为之逻辑。

人类多数决是人类进化的制度文明成果，是现代民主制度的基础与核心所在。这当然也同样适用于公司意思决定上，股东会表决时所使用的资本多数决原则即是民主表决机制在公司领域的具体应用。公司是没有“血肉之躯”的拟制法人，它所有的决策都必须由公司股东（大）会做出，然而每个股东由于知识、经验等不同在做决定时往往会有不同意见，因此就需要一种机制来达成共同意见以减少决策成本。确立少数服从多数之民主原则，按照公司多数股东之意见进行经营活动，不仅是必要的，也是必须的。尤其是，多数决的基本前提与基础必须是个人或个权之平等，而这实为民主之灵魂与核心，只有个人与个权平等基础上的多数决，才是真正意义上的民主决策，没有个人与个权平等基础之多数决，不仅不可能而且毫无意义。因此，公司资本多数决原则以一股一权为基础，以股东平等原则为核心，是在股东平等原则基础上向效率与民主原则延伸之必然逻辑结果。

公司资本多数决也是由公司组织之法律特性所决定的。公司是以一定资本基础而追逐财富梦想之组织，虽有人合性，但更具资本特性，凭资本多数决也是公司制度文明自然进化之产物。公司作为一个社团法人，遵循团体意思决定之规则方法，只不过在吸收多数决时加入了其独特之法律特性，使之更符合公司资本集合团体之行为逻辑。这里的“数”是相对于“资本”而言，并非针对“人”而言，换言之，是将基于“人头”的多数决转换为基于“资本”的多数决。因此，资本多数决原则之产生与存在也就成了理所当然之事。这是由于公司不同于人合企业，它更注重资本与资产之信用，贯彻资本民主，公司作为资本企业，其权利建立在资本基础之上。因此，所谓的多数决，其实质是资本的多数决，也即以股份代表的表决权数为计算标准的多数决，这也是各国公司资本多数决之出发点。在公司治理结构中，股东会与董事会表决机制之不同便是其说明，股东大会之表决机制为资本多数决，而董事会之表决机制则为人头多数决。

公司资本多数决也是经济民主之具体体现。在市场经济环境中，任何一家公司之组织与经营都不是为了使股东得到相同或相等的利益，否则就与市场经济的利益驱动原则相违背。均等的对待会使人产生搭便车的心理，将会使公司生产经营陷入困顿，人的积极性与能动性便得不到有效发挥。公司大

<sup>①</sup> [美] 丹尼斯·C·穆勒：《公共选择理论》，中国社会科学出版社1999年版，第73页。

股东由于投入的资本多，其相应承担之风险也就比小股东更大，任何一次决策上之失误都可能会使其血本无归，坚持资本多数决原则，能够满足控股股东付出高额投资后在管理权限上取得之对价需求，使股东承担之风险与获得之收入尽可能的成正比，刺激了投资欲望。法律通过资本多数决原则赋予多数股东在决定公司事务上处于优越之地位，这是公司制度得以运作之必要条件，也是经济民主之应由之意。资本多数决规则之确立与发展，对平衡股东间之利益冲突、使公司快速有效地形成决策，并为保护与刺激股东之投资热情具有不可替代之贡献。

**二、滥用资本多数决之具体法律表现。**虽然资本多数决有着深厚之经济学根基与法律逻辑上之正当性，但由于其自身之缺陷及运行环境之不健全，导致资本多数决原则被滥用之情形也经常出现。所谓滥用资本多数决，是指多数股东为了实现自己之利益，以资本多数决为手段而实施的旨在损害公司利益及少数股东利益之行为。其原因无非有二：（1）资本多数决是建立在资本有效控制机制上的，这就使得众多小股东可能根本无法参与到公司实际管理中来，而大股东以自己的资本优势实际占有公司之控制权，在制度上介入并控制公司更具有可能性。大股东通过多数股份控制公司之意思，使小股东的有限表决权难以发挥实际效用，只能被动承受大股东之决策后果，从而在公司决策中很可能不顾小股东利益而恣意妄为。（2）公司是股东为了追求财富，实现自己利益最大化而共同建立起来的组织，但这并不是说股东之间的利益是一致的，每个加入公司之股东在动机与目的方面都有很大之差别，由于股份之差异，他们从公司取得之利益也就不同，期望这些各自独立之股东放弃自身之特殊利益也是不现实的，在公司决策时各股东之间难免会有意见不一之情况出现，此时，大股东可能利用其资本优势，本着追求自身利益最大化之目的而不正当的行使表决权，从而滥用资本多数决之法律原则。

股东滥用资本多数决在程序与实体上会有不同之表现。在程序上，大股东可能会无视公司组织之程序性特征，不通知少数股东开会、甚至不开会等即凭多数决而决定公司事务。例如，不遵守《公司法》之强制性规定，在召开股东会会议时没有在会议召开十五日以前予以通知，或者仅通知部分股东，本案正是这样的例子；不遵守股东大会会议召集与主持之程序，作为大股东的董事长或者其他董事未经董事会决议经行召集股东大会，一般情形下，任何人未经董事会有效决议擅自召集股东大会的，将导致决议的召集上之瑕疵。在实体上，虽作出决议，但实质损害公司或其他股东之正当利益。如决议不向股东分配利润或仅向大股东分配、作出有损公司财产利益之决议，等等。

**三、滥用资本多数决对公司决议效力之影响。**公司大股东纯粹为了追求自己或者其他第三人利益，行使表决权时违反诚信义务，以资本多数决为手段形成内容不公正之决议，侵害公司或者少数股东利益的，即构成权利滥用，其所作决议即为滥用多数决之决议。滥用资本多数决的股东会决议存在怎样的效力，对此学说上有不同之见解。主要有以下三种观点：一种观点认为，股东会决议并无具体违法，因为多数派股东牺牲公司或少数派股东利益，以追求自己或第三人利益所为实质上不当之决议，不论该公司之具体规定或精神为何，均没有超出法律所设定之框架，最多存在合理性之问题而不属于合法性问题，所以应当认为合法有效。<sup>①</sup>另一种观点则认为，如果认定股东大会决议之做成是因为多数派股东滥用多数决之结果，则这时可以认为该决议之内容违反了公序良俗原则而无效，所以应认为该决议无效。<sup>②</sup>还有一种观点认为，滥用多数决所为决议内容之违法性，不宜以同一方式处理，应依具体个案决定决议可撤销或宣告决议为无效。<sup>③</sup>

一般认为，在当前我国关于滥用多数决尚无具体针对性规定情形下，可以参照并结合《公司法》第20条之规定予以处理。该条第1款明确规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益。”该条第2款进一步明确：“公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。”股东滥用资本多数决原则通过之决议，如果也可作为违反《公司法》第20条规定之行为，而该条禁止权利滥用之规则又实为法律之强制性规定，由于多数决滥用违反了禁止权利滥用与诚实信用等原则，在性质上属于违反了强行法规范，故滥用多数决情形下之公司股东会或者股东大会、董事会决议内容即可视为违反法律、行政法规而无效。另外，依照民法上权利滥用之法律，权利之行使如果属于法律行为，则当权利行使构成权利滥用时，该行为不发生法律效力，同样亦应当认定决议为无效。

**四、关于本案案情之具体分析。**本案之中，原、被告各占公司股权之比

<sup>①</sup> 参见[日]石井照久：《股东大会决议的瑕疵（一）》，载《法学协会杂志》1933年第51卷第1号。转引自钱玉林：《股东大会决议瑕疵研究》，法律出版社2005年版，第254页。

<sup>②</sup> 参见[日]加藤良三：《股份有限公司法》，中央经济社1984年版，第394页。转引自钱玉林：《股东大会决议瑕疵研究》，法律出版社2005年版，第255~256页。

<sup>③</sup> 参见[日]大隅健一郎、今井宏：《商法（5）》，日本有斐阁1959年版，第226页。转引自钱玉林：《股东大会决议瑕疵研究》，法律出版社2005年版，第255页。

例分别为原告 33%、被告 67%，被告显然为股份优势明显之大股东。原告因被逮捕羁押，被告在得知原告被限制人身自由后，随即召开股东会、董事会，并作出改选董事会成员、免除原告法定代表人、变更公司办公地点之决议，且被告作为控股股东无视公司股东会议必要通知程序，在事前根本不通知，事后也不告知，根本未给少数股东参与决策并表达之权利与机会，将原告法定代表人之职免除，损害原告利益，实质为剥夺林某对公司之经营管理权限，取得公司控制权，被告乘人之危取公司控制权即属于滥用资本多数决之行为，其不仅侵犯了原告之程序性权利，更使其实体权利受到损害。在股东利益发生冲突情况下，多数派股东只有遵循诚实信用原则行使权利，才能根据多数决原则将自己之利益拟制为公司之意志，否则即为滥用资本多数决。本案之中，被告不仅违反了禁止权利滥用原则，更违反了诚实信用原则，因此可以比照《公司法》第 20 条之相关规定精神，认定本案决议内容违反了法律强制性规定，宣告本案决议为无效。即便本案决议作出时新《公司法》尚未修订颁布，但也可以结合民法有关权利滥用理念与精神以及诚实信用原则等，作出正确判决，本案即为如此。





## 关于处置公司 重大资产之决议效力把握

### 【关注焦点】

本案公司决议效力之审查，涉及诸多法律关系之把握。不仅有表决票数计算问题，也有多数决是否滥用之问题，其中更涉及公司重大资产处置乃至公司营业转让行为效力之把握，还涉及关联交易情形下交易正当与否之把握，以及公司外部关联交易对公司内部决议效力可能产生之影响等。

### 【基本案情】

申请再审人（一审原告、二审上诉人）：谭某  
被申请人（一审被告、二审被上诉人）：甲公司  
被申请人（一审被告、二审被上诉人）：黎甲  
被申请人（一审被告、二审被上诉人）：胡甲  
被申请人（一审被告、二审被上诉人）黎乙  
被申请人（一审被告、二审被上诉人）：张某  
被申请人（一审被告、二审被上诉人）：叶某  
被申请人（一审被告、二审被上诉人）：乙公司

经审理查明：2003年9月23日，谭某与黎甲、胡甲、黎乙、张某、叶某共同签订《合股经营“香河经纬家具装饰材料城”项目合同书》，约定共同

出资成立甲公司，合股经营开发建设“甲家具装饰材料城”项目。公司注册资本为80万元，其中谭某出资32万元，占出资额40%，黎甲出资32万元，占出资额40%，胡甲出资4.8万元，占出资额6%，黎乙出资4万元，占出资额5%，张某、叶某分别出资3.6万元，各占出资额4.5%。同日，上述股东共同制订了甲公司章程并取得企业法人营业执照。公司章程第16条规定：“股东会的议事方式和表决程序按照本章程的规定执行，各股东按照股份比例行使表决权。股东会对公司增加减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式以及公司章程的修改、生产经营事宜，增资等各种事项作出决议，必须经代表百分之五十以上表决权的股东通过。”后该公司增加注册资本为1500万元，但股东持股比例未发生变化。

2003年12月9日，甲公司以出让方式取得甲县386.046亩土地的国有土地使用权，并支付土地出让金28308753.18元。

2006年2月28日，甲公司召开第十一次临时股东大会，谭某委托其弟代表出席，甲公司另五位股东除胡甲授权委托黎甲代其出席并表决外，均参加了会议。会议主要审议《关于将公司资产作价整体出让的议案》，主要内容为：经中介机构评估该公司资产合计113550000元，上述资产以整体出让的形式出让给第三方公司或个人，该公司股东在同等条件下可单独或组合对公司的资产作整体购买，整体资产作价不低于113550000元。有意受让的公司或个人需在十日内提出申请并交付4000万元保证金，符合条件的受让方在交付保证金的次日在无竞争对手的情况下与该公司签订出让合同；若有两个以上受让方时进行竞价，由出价高者得之。甲公司另五位股东表示同意并在决议上签字，谭某委托的代表谭弟既未对股东会议案表态，也未在决议上签字。

2006年3月15日，甲公司召开第十二次临时股东会，审议并表决受让该公司整体资产的第三方公司或个人以及《资产出让合同》的具体条款。谭某委托韩某、邝某代表其出席并委托韩某为表决代表，甲公司另五位股东中的黎甲、叶某出席了会议，胡甲、张某、黎乙均授权黎甲代表其出席并行使表决权。与会股东除谭某（委托代表韩某、邝某）对本次会议议案未表态之外，其他五位股东（享有60%的表决权）同意并通过决议如下：“1. 同意“黎丙、胡乙、胡丙、温某、左某”共五人组合受让该公司整体资产。2. 同意本次会议议案的公司整体资产出让的《资产出让合同》的具体条款。3. 授权执行董事黎甲具体办理本次整体资产出让的谈判，签约及所有相关的手续。”

2006年3月20日，甲公司与乙公司签订《资产转让合同》，主要内容为：甲公司将386.046亩的土地使用权及土地上的已建工程以113800000元转让给

乙公司，乙公司已交付的受让保证金4000万元转让变为合同的首期付款。乙公司的股东为黎丙、胡乙、胡丙、温某、左某，法定代表人为黎丙。2006年4月24日，乙公司取得了上述三宗土地的国有土地使用证。

谭某诉称：五位股东滥用股东权利将公司整体资产低价转让的行为，损害了甲公司及谭某的合法权益，请求判令：一、甲公司于2006年3月15日召开的股东会所作出的向乙公司转让资产的决议无效或予以撤销；二、乙公司返还土地使用权及相关资产并办理变更登记手续；三、如果乙公司不能依法返还本案争议土地，请求依照《公司法》第75条之规定，由甲公司及甲公司另外五位股东向谭某承担相应法律责任。四、本案诉讼费由甲公司、黎甲、胡甲、黎乙、张某、叶某以及乙公司承担。

### 【审理要览】

甲省高级人民法院经审理认为：本案当事人的主要争议焦点在于甲公司2006年3月15日股东会决议的效力问题。认定股东会决议无效应当是股东会决议的内容违反法律、行政法规的强制性规定，而甲公司2006年3月15日股东会决议的内容主要是转让该公司整体资产、确认《资产出让合同》的具体条款并委托其执行董事具体办理资产出让的相关手续，这些内容均不违反法律和行政法规，甲公司2006年3月15日的股东会决议不应认定为无效决议。甲公司2006年3月15日股东会决议的内容既不涉及增加或减少注册资本，也不涉及公司分立、合并、解散、变更公司形式以及修改公司章程，因此代表该公司60%表决权的股东于2006年3月15日通过的股东会决议，其表决方式既不违反法律、行政法规的规定，也不违反该公司章程的规定。故，甲公司2006年3月15日股东会决议亦不具有可撤销的事由。

谭某要求乙公司返还已取得的甲公司财产的诉讼请求，实质是谭某为维护公司利益代表甲公司向乙公司主张权利并提起诉讼，即股东代表诉讼。但谭某的起诉不符合《公司法》第152条规定的股东直接提起诉讼的条件。而且，股东代表诉讼与本案审理的股东会决议无效之诉的法律关系并不相同，诉讼标的既不是共同的也不是同一种类，上述两个诉在本案中不应合并审理。谭某可依照《公司法》的相关规定，对其主张另行提起诉讼。综上判决：驳回谭某的诉讼请求。

谭某不服一审判决，向最高人民法院提起上诉称：一审判决认定甲公司2006年3月15日股东会决议不应为无效，没有事实依据，违反法律规定；一

审判决认定谭某两个诉讼请求不应在本案合并审理，但一审法院未履行释明义务。

甲公司答辩称，谭某的上诉请求没有事实和法律依据；一审判决认定股东代表诉讼与股东会决议无效之诉不应合并审理，不符合法律规定。

乙公司答辩称，股东会决议无效之诉，为甲公司内部纠纷，与乙公司没有法律上的必然利害关系；谭某增加认定《资产转让合同》无效的诉讼请求，没有法律依据；《资产转让合同》应为合法有效。

最高人民法院二审认为：本案的争议焦点有两个，（1）甲公司2006年3月15日股东会决议应否认定为无效；（2）谭某请求判令乙公司返还土地使用权及相关资产并办理变更登记手续的诉讼请求应否与本案合并审理。

关于甲公司2006年3月15日股东会决议应否认定为无效的问题。本院二审认为，从谭某委托谭弟参加的甲公司第十一次股东会（2006年2月28日）的议案、决议以及会议录音的文字记录看，甲公司资产转让的价格、程序等事项已经向包括谭某在内的所有股东公开，股东在同等条件下可单独或组合对公司的资产集体受让。谭弟表示“回去再考虑一下”。而从甲公司第十二次股东会（2006年3月15日）录音的文字记录看，谭某委托参加会议并可以表决的韩某发言认为：决议文本内关于不低于113550000元的表述说明价格还没有确定，建议进行修改，因为买卖关系要成立，确定的价格是前提；表决内容违反《公司法》，不同意转让，不表决。综合以上事实可以认定：（1）甲公司资产转让事项均已经对谭某公开。（2）甲公司资产转让对第三方和该公司股东而言，机会均等。（3）谭某委托参加会议的代表均未对资产转让价格提出明显偏低的异议和主张。谭某作为甲公司的股东，其对公司资产包括公司拥有的土地使用权的市场价格应当是知晓的。在谭弟代表其参加甲公司第十一次股东会后，谭某应当已经知道了甲公司资产转让的价格。根据谭某的委托代理人在二审当庭的陈述，谭弟是谭某的胞弟，也在甲县经营家具公司，而且经营的时间比甲公司长。因此，对当地土地的市场价格，谭弟应当是清楚的。但在甲公司第十一次股东会上，谭弟并没有提出11355万元的转让价格偏低。在甲公司第十二次股东会上，代表谭某参加会议的韩某同样未对转让方案中的价格提出异议。在本院二审过程中，谭某的委托代理人当庭陈述：“股东会第十一次决议……也限定了一个比较苛刻的转让条件，当时谭某的代表不能同意的原因是如果谭某要接手也履行不下去。所以股东代表说要回去考虑……我们当时要接手的话，也是没办法接手的。”谭某委托代理人的上述陈述表明，在甲公司确定资产转让价格的时候，谭某亦有受让该资产

的意向，只不过对转让条件和能否顺利履行下去存有异议和顾虑。此外，谭某委托出席甲公司两次股东会的代表不仅未在股东会决议上进行表决签名，且在股东签到表上也不签字。上述事实说明，关于11355万元的转让价格，谭某应当知道是否极低，但在两次股东会上其委托出席股东会的代表并没有提出该转让价格极低，损害了甲公司和谭某本人的利益。在甲公司资产已经转让给乙公司的情况下，现谭某以资产转让价格过分低于市场价格为由，认为黎甲、胡甲、黎乙、张某、叶某等五位股东滥用股东权利，构成恶意串通，损害第三人利益的主张和理由，违背诚实信用原则，不能成立。从《公司法》规定内容看，谭某认为该“公司整体资产转让”不应受到法律保护的主张，没有法律依据。根据《公司法》第44条的第2款规定，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过的决议事项为“修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式”。而转让公司整体资产并不属于该条款规定的须经代表三分之二以上表决权的股东通过的决议事项。因此，谭某有关本案涉及股东会决议应当经过“代表三分之二以上表决权的股东通过”的主张，缺乏法律依据。综上，应当认定甲公司2006年3月15日股东会决议并未违反法律、行政法规的强制性规定，应为有效。谭某有关该股东会决议应为无效的上诉请求和理由，不能成立，应予驳回。

关于谭某请求判令乙公司返还土地使用权及相关资产并办理变更登记手续的诉讼请求应与本案合并审理的问题。本院认为，谭某两项诉讼请求的诉讼标的、当事人范围以及当事人的诉讼地位均存在差异，因此，两项诉讼请求不应在本案合并审理。在本案为确认股东会决议无效之诉的情况下，谭某可就其第二项诉讼请求另循法律途径解决。一审判决有关此点的认定正确。但一审判决在其“本院认为”部分对谭某是否已经具备有关其第二项诉请的起诉条件的认定，已经超出本案审理范围，其判决主文援引《公司法》第152条属于适用法律错误。因一审判决已经认定谭某对其第二项诉讼请求可以另诉解决，故其有关“驳回谭某诉讼请求”的判决主文，应系针对谭某要求确认甲公司2006年3月15日股东会决议无效的诉讼请求。该判决结果正确，应予维持。综上判决：驳回上诉，维持原判。

谭某不服判决，继续向最高人民法院申请再审。其申请再审理由是：最高人民法院的二审民事判决在事实认定和法律适用上存在诸多错误，（1）应认定甲公司股东会决议无效而未认定。黎甲以甲公司执行董事身份，操纵公司股东会作出整体转让公司全部资产的行为，是违法的，当然是无效的。（2）应认定甲公司股东会决议表决方式违法无效而未认定。二审判决认定转让公

司整体资产并不属于《公司法》第44条第2款规定的必须经三分之二以上表决权的股东通过的决议事项，是错误的。(3) 二审判决认定谭某违反诚实信用原则是错误的。(4) 漏查黎甲在转让甲公司全部资产过程中的重要违法事实及黎甲控制甲公司的重要违法事实。(5) 有新证据足以推翻原判决。一是甲县国土资源局关于《绣水街拍卖地块价格说明》，二是甲市公安局经侦支队已对黎甲等人进行刑事立案侦查的证明。

黎甲提交书面意见认为：甲公司股东会决议整体转让公司资产，内容、程序合法。谭某已于2009年9月30日向甲省高级人民法院另案起诉黎甲、刘某（甲市会计师事务所有限公司法定代表人）、黎丙（乙公司法定代表人），请求判令确认黎甲与刘某意串通，虚假评估，侵害谭某财产权；确认黎甲、黎丙以甲公司的名义恶意串通，侵占谭某的土地使用权和其他财产权，并返还土地，赔偿损失。该案甲省高级人民法院正在审理之中。

经再审审查进一步查明如下事实：

1. 2003年9月23日，谭某与黎甲、胡甲、黎乙、张某、叶某签订《合股经营“甲家具装饰材料城”项目合同书》，并制订了《甲公司家具装饰材料城有限公司章程》后，甲公司与甲县淑阳镇经济委员会于2003年12月9日签订《项目协议书》，主要内容是：甲方同意乙方在绣水街以南、五一路以东占地730亩建设家具城和家具材料城；乙方在南环路以北建设家具城，每亩平均投资不能低于100万元，且必须建一座具有展览功能的家具博览中心，南环路以南建设家具材料城，每亩平均投资不能低于70万元；甲方为乙方办理其受让土地的出让（或转让）手续，土地使用性质为国有商业、办公用地；土地出让费每亩73330元，乙方先期占用350亩土地，土地出让费共计25665500元。

2. 2003年12月22日甲公司召开股东会议，确认了甲公司与甲县淑阳镇签订的上述项目协议书，决议甲公司第一期建设约35万平方米的家具城，第一期投资额约4.3亿元。

3. 由于第一期投资额就达4.3亿元，在商讨各股东的投资时，谭某提出要修改公司章程、监督公司财务、派人进公司监督项目运营，并以此作为继续投入资金的条件。股东之间开始产生纠纷，并影响了家具城的开工建设。为此，甲县政府于2005年9月5日召开县长办公会议，专题研究经纬家具城项目的进展，会议认为经纬家具城项目作为省重点项目，省市领导及全县人民非常关注，会议议定：为确保家具城按照时间进度建设，各股东必须将所需资金在9月9日前到位；修改公司章程不能影响工程进度；工程项目由黎

甲牵头，确保9月中旬之前全面开工。

4. 甲公司为此于2005年11月11日召开第六次股东会会议，在这次会议上，谭某提出要求修改公司章程，否则不向公司投入资金，其他股东认为，须待项目开业之后再商讨修改章程事宜。谭某最后提出将土地按份额分开，实行分地经营，另几个股东提出由各方的其中一方承接其他方的股权，他方退出。会议没有形成最终决议。

5. 2005年11月15日甲公司召开第七次股东会会议，就第六次会议上的问题继续商讨。会议上，谭某提出分割土地、分别经营的方案，另五位股东提出土地不能分割，可以实行一方退出，另一方接手继续经营项目的方案。因无法达成协议，各方约定2005年11月25日全体股东到甲县将各方的方案提交给甲县委县政府及淑阳镇领导，请求协调解决。

6. 2005年11月29日甲公司在甲县淑阳镇镇政府召开第八次股东会，甲县政府及淑阳镇领导参加了会议。甲县及淑阳镇领导不同意分割土地、分别经营的方案，并提出如果分割土地、分开经营，政府将收回一切优惠政策。股东会上另五位股东提出以无息退还谭某已投入公司的资金并支付补偿款的方式承接谭某的股权，谭某提出其不再向公司投入资金，不同意将其股权转让给其他股东，也不同意承接其他股东的股权。最后股东会形成的决议是，谭某保持目前对公司的投入及权益，不再参与公司新的增资或新的投入，公司新增资本由另五位股东继续投入。

7. 为落实第八次会议决议，甲公司先后于2005年12月31日和2006年1月4日召开第九、十次股东会议，提出增资及股权结构变动方案。即甲公司再次增加注册资本3500万元，并将之前公司向股东的借款832750元变更为106832750元，谭某不再向公司投资，新增注册资金3500万元由另五位股东投入。公司增资和债转股后，各股东持股比例发生变化，黎甲占44.68%，谭某占26.90%，但两次会议均没能就股权结构变化形成最后的决议。

8. 由于第九、十次股东会未能形成决议，公司召开第十一、十二次股东会（会议内容如上述）。

9. 乙公司成立于2006年3月，由五位股东组成，分别是黎丙，44.5%、胡乙，占40.%、胡丙，占6.%、温某，占5.%、左某，占4.5%。其中，黎丙是黎甲的胞妹。

10. 甲公司将资产转让给乙公司后，乙公司向甲县发展局请示由其经营家具城项目，甲县淑阳镇及甲县发展局表示同意。

11. 谭某因本案纠纷已经提起了五起民事诉讼。第一起为本案；第二起

是：2008年5月谭某向黎甲提出请求，要求以公司名义对黎甲利用关联关系将整体资产出售给乙公司、损害甲公司利益提起诉讼。甲公司复函同意谭某的请求。于是，甲公司作为原告，并以乙公司为被告，向甲省高级人民法院起诉，要求乙公司将受让资产返还给甲公司。甲省高级人民法院于2009年3月作出一审判决，认为甲公司的诉讼请求理由不成立，判决驳回甲公司的诉讼请求。该判决已经生效。第三起是：谭某作为原告，以侵权之诉向甲省高级人民法院起诉被告黎甲等五股东及乙公司，请求认定黎甲等五股东滥用股东权利，利用关联关系与乙公司恶意串通，共同实施侵权行为，并返还土地、赔偿损失。甲省高院认为，谭某主张的利益与甲公司具有直接的利害关系，而与其股东利益不具有直接的利害关系，裁定驳回谭某的起诉。谭某不服，上诉至最高人民法院，最高人民法院于2009年10月裁定维持。第四起是：谭某作为原告，以黎甲等五股东及乙公司为被告，以甲公司为第三人向甲省高院提起股东代表诉讼，请求确认甲公司与乙公司签订的资产转让合同无效，乙公司将受让的资产返还给甲公司。甲省高院认为谭某的股东代表诉讼所提出的诉讼请求，已由甲公司在上述第二起案件中提出，且已作出终审判决，谭某的股东代表诉讼系就同一诉讼标的再次提起诉讼，于2009年6月裁定驳回谭某的起诉。谭某不服，已上诉至最高人民法院，正在审理之中。第五起是：2009年9月，谭某作为原告，以黎甲、甲市会计师事务所有限公司法定代表人刘某、黎丙及乙公司为被告，向甲省高院提起诉讼，请求确认黎甲与刘某恶意串通，虚假评估；确认黎甲、黎丙以乙公司的名义恶意串通、侵占原告的土地使用权和其他财产权，判令黎甲、黎丙及乙公司返还强占的土地，将土地使用权变更登记为谭某。亦该案在审理之中。

12. 谭某向本院申请再审时，提交了两份新的证据：一是甲县国土资源局关于绣水街拍卖地块价格说明：2006年绣水街拍卖地块平均价格每亩103.72万元。二是甲省甲市公安局经侦支队已对黎甲等人员进行刑事立案侦查的证明，即甲市公安局经侦支队于2009年3月18日向甲省高级人民法院出具已对甲市会计师事务所有限公司涉嫌提供虚假证明文件案进行侦查的证明。

最高人民法院再审审查认为：谭某的再审申请主要集中在香河公司2006年3月15日第十二次股东会决议的内容和表决方式是否违反法律的规定。

1. 关于股东会决议整体转让公司资产是否违反法律规定的的问题。香河公司2006年3月15日第十二次股东会决议的主要内容是整体转让公司资产、确认《资产出让合同》的具体条款并委托公司执行董事具体办理资产出让的相关手续。由于《公司法》及其他法律、行政法规并未禁止公司整体转让公司



资产，故谭某认为香河公司股东会决议整体转让公司资产违反了法律规定，没有法律依据。

2. 关于股东会决议的表决方式是否违反《公司法》的规定的的问题。香河公司2006年3月15日第十二次股东会就公司整体转让资产问题进行了表决，香河公司整体转让公司资产的决议经代表60%表决权的股东通过。《公司法》第44条第2款，仅规定了四种须经2/3以上表决权的股东通过的决议事项，其中并无公司整体转让资产的事项。所以，原审判决认定转让公司整体资产并不属于《公司法》第44条第2款规定的须经2/3以上表决权的股东通过的决议事项，并无不当。

3. 关于谭某提交的新的证据问题。谭某申请再审时向本院提交了两份新的证据，即甲县国土资源局关于2006年绣水街拍卖地块平均价格每亩103.72万元的说明，及甲省甲市公安局经侦支队2009年3月18日向甲省高级人民法院出具的已对甲市天元会计师事务所有限公司涉嫌提供虚假证明文件案进行侦查的证明。经审查，香河公司在第十一次股东会召开之前，即委托甲市天元会计师事务所有限公司对香河公司拟转让的整体资产进行了评估，该评估报告已对谭某公开，且谭某的委托代理人在香河公司2006年2月28日第十一次股东会议上并未对评估价格提出异议。故甲县国土资源局关于2006年绣水街拍卖地块平均价格的说明并不足以证明香河公司2006年3月15日第十二次股东会会议决议的内容和表决方式无效。甲省甲市公安局经侦支队虽于2009年3月18日向甲省高级人民法院出具已对甲市天元会计师事务所有限公司涉嫌提供虚假证明文件案进行侦查的证明，但该证明只能说明甲省甲市公安局经侦支队已对甲市天元会计师事务所有限公司涉嫌提供虚假证明文件进行立案侦查，并不能证明甲省甲市公安局经侦支队已经对该案侦查终结并得出甲市天元会计师事务所有限公司提供虚假证明文件的结论，尚不足以证明黎某与甲市天元会计师事务所有限公司之间及香河公司与香河彩星公司之间存在恶意串通的行为。故该两份新的证据不足以推翻原审判决。

综上，谭某提出的再审申请事由不能成立，依照《民事诉讼法》第181条第1款之规定，裁定如下：驳回谭某的再审申请。

## 【裁判解析】

本案经最高人民法院二审判决后，当事人不服申请再审，后经组织专家论证也未能形成一致意见，最终以驳回当事人再审申请而结案。尽管如此，

本案所代表的公司决议效力之诉依然有相当之代表性，它涉及到公司决议效力审查多方面、深层次法律问题，深刻剖析本案相关法律问题，对于人们认识公司决议效力之合法性将有重要启发价值。

一、**本案公司决议事项之性质。**本案甲公司于2006年3月15日召开第十二次临时股东会，审议并表决受让该公司整体资产的第三方公司或个人以及《资产出让合同》具体条款，并最终以60%的表决权同意通过了相关决议。就该股东会决议事项而言，实质就是将甲公司仅有的一块土地及其地上已建工程、仅有的原本用于建设开办“家具装饰材料城”项目整体对外转让，由此公司原定营业亦被整体转让。这无疑属于公司法之中的公司重大资产处置行为。由于公司重大资产处置行为事关公司事业发展大局，事关公司乃至股东整体与根本利益，因而对该类处置行为加以规范与约束十分必要。

比较相关国家与地区公司法律制度，尽管对于公司重大资产处置或公司营业转让并不禁止，但由于其与公司合并与分立等所引发之效果并无实质之不同，所以多将此作为公司股东会决议事项并须按特别决议要求、按更高比例要求进行表决方得实施。如美国《示范商业公司法》第十二章即用专章对公司资产出售问题作出规定，对于一般常规商业经营过程中的公司资产出售及资产抵押行为，公司可依照董事会决定的条件、条款及对价进行，除非公司章程有特定要求，否则无须获得股东会批准；但对于非日常及非常规商业过程中，公司出售、租借、交换或以其他方式处理全部或实质上为全部公司财产行为时，无论是否为善意，公司董事会均须按照股东会批准的条件、条款及对价方得进行相关交易，且除非公司章程或董事会要求更高赞成票数或投票团体投票，待批准之交易最起码也必须获得对该交易有投票权利之所有票数之半数以上赞成。<sup>①</sup>如韩国《商法》第374条第1款规定：公司营业之全部或者重要一部分之转让，为须经股东大会特别决议事项之一。尽管在韩国对于公司营业转让与公司重大资产处置是否同等适用该项条款存在争议，但如果转让之财产是作为公司存续基础之重要营业性财产时，由于这种财产转让会导致营业之停止和中断，故与营业转让实质并无不同，因此同样要受到该项条款约束。<sup>②</sup>再如我国台湾地区“公司法”第185条规定：“公司为下列行为，应有代表已发行股份总数三分之二以上股东出席之股东会，以出席股东表决权过半数之同意行之：① 缔结、变更或终止关于出租全部营业、委托

① 虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆2004年版，第109~110页。

② 吴日焕译：《韩国公司法》，中国政法大学出版社2000年版，第396~400页。

经营或与他人经常共同经营之契约；② 让与全部或主要部分之营业或财产；③ 受让他人全部营业或财产，对公司营运有重大影响者。”<sup>①</sup>

就我国公司法律制度而言，旧《公司法》对于公司重大资产处置行为或公司营业转让行为未作任何规定，但新《公司法》第 75 条及第 105 条已有相关规定，尽管并不十分明确。分析这两条规定：（1）在各自表述上存在差别。第 75 条表述为“转让主要财产”，而第 105 条表述为“转让、受让重大资产”，所谓公司“主要财产”与“重大资产”究竟有何实质之差别，其实立法者自身也并不清晰，也许仅是立法表述不严谨罢了。（2）第 75 条摆在有限责任公司规范中，而第 105 条则放在股份公司规范之中，两者可否相互通用或比照适用，依然会产生争议。（3）第 75 条将公司转让主要财产行为与公司合并与分立并列为同一条款之中，其意实质是将转让主要财产行为与公司合并与分立行为同等对待。因此，尽管对于公司转让主要财产行为并未另行规定须由公司股东会特别多数表决要求，但参照有关公司合并与分立之表决机构及表决票要求执行，应更符合立法之本意。（4）第 105 条虽然并未十分明确公司转让与受让重大资产必须经公司股东大会表决，但探究其表述之真意，如此涉及或关乎公司重大利益、关乎股东根本利益之行为，经公司股东会决议应为必要程序。尽管究竟应当如何票数才能通过该条并无规定，但综观整部公司法前后相关立法本意，要求多数票甚至绝对多数票通过并无不当。（5）尽管以上两条对于公司主要财产与重大资产未作具体解释，但借鉴国外相关法律，此处所指无疑可理解为影响公司营业基础或核心业务之营业转让，或占公司资产达相当比例之资产处分行为。如德国司法实践中将“重大”之比例一般限定为交易数额占公司资产 20%~25%，因为，对于如此数额比例之公司资产交易，人们有理由相信这无论如何都是有关公司结构变更之交易。<sup>②</sup>

还必须指出的是，实践之中，常有人将公司营业转让或公司重大资产处置行为与公司解散相混同，这其实是一种误解。事实上，公司即便将其全部或者实质性全部资产出售之后，出售公司仍可继续存在，并可以将其出售所得再行投资，当然，也可以解散公司并将出售所得分配给股东。所以，即便公司转让整体资产或将其营业全部转让，这也只是公司资产形态发生了变化，如本案即是将公司土地及在建工程之实物资产转化为现金资产，公司本身并未解散。

<sup>①</sup> 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社 2005 年版，第 79 页。

<sup>②</sup> [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法》，高旭军等译，法律出版社 2005 年版，第 226 页。

**二、本案交易关联性之认定。**本案交易发生于甲公司与乙公司之间，两家公司之间并不存在以控股或相互持股等为表现形式的直接关联关系，仅从形式上判断并不属于关联企业。但是，甲公司最大股东、实际也属于控股股东之黎甲与乙公司最大股东、实际也属于控股股东之黎丙之间为同胞兄妹关系，由此使得黎甲与黎丙形成关联关系。依照《公司法》第217条第(4)项规定，关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。而所谓控股股东，依该条第1项之规定，不仅指所持股份占公司50%以上之股东，而且还包括依其出资额或所持股份享有之表决权足以对股东会决议产生重大影响之股东。本案甲公司作出涉案股东会决议时，不仅代表自己所持40%表决权出席会议，而且还代理另外三位股东胡甲、张某、黎乙所总共持有的15.5%的表决权参会并投票表决，毫无疑问，在本案股东会议上，黎甲无疑可被认定为控股股东。同时，因黎丙与黎甲属于同胞兄妹关系，且黎丙在乙公司也持有高达44.5%之出资份额，如此紧密亲近之亲属关系，显然属于上述“可能导致公司利益转移的其他关系”范畴，由此黎甲在甲公司作出将整体资产及营业转让给乙公司之交易中，显然与该项交易、与该项交易之乙公司、与该项交易对象乙公司之控股股东，存在法律上所谓之关联关系，构成所谓之关联交易。这在中国传统亲属文化理念之下，并不难以理解。

对于关联交易，尽管法律并不当然禁止，但是对于存在关联关系之股东所持表决权，却多有表决回避之要求。如韩国《商法》第368条第4款即规定：对于股东大会的决议有特别利害关系者不得行使表决权。而可以视为特别利害关系之股东如：进行关于免除发起人、董事、监事责任之决议时作为发起人、董事、监事之股东；进行营业转让、营业受让、经营委任等决议时作为交易方的股东；决定董事、监事报酬时作为董事、监事之股东等。<sup>①</sup>如《欧盟第五号公司法指令》第34条也规定：就与下列事项有关的决议而言，无论是股东，还是其代理人都不得行使自己股份、或者属于第三人股份之表决权：①该股东责任之解除；②公司可以对该股东行使之权利；③免除该股东对公司之义务；④批准公司与该股东之间订立的协议。<sup>②</sup>再如我国台湾地区“公司法”第178条之规定：股东对于（股东）会议之事项，有自身利害关系

① 吴日焕译：《韩国公司法》，中国政法大学出版社2000年版，第369~370页。

② 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社2005年版，第338页。

致有害于公司利益之虞时，不得加入表决，并不得代理他股东行使其表决权。<sup>①</sup>除此之外，当股东同时身为公司董事等高管人员之时，各国法律关于禁止或限制董事自我交易之规定更将同时发挥作用，更要进行表决回避，而且是在股东会与董事会上均得回避。之所以在股东或董事等可能与公司利益存在冲突之时，限制或禁止其表决权之行使，其法律思想无非是：任何人不得成为评判自己行为之法官。<sup>②</sup>

我国目前公司法律制度下，虽然对关联关系及关联交易有所规定，但是，对于关联关系与关联交易之下表决回避问题，并未作出明确规定。仅有的相关规定可在《公司法》第125条之中看到。依该条之规定，上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。事实上，不仅上市公司关联关系董事投票应回避，非上市公司关联关系董事也应回避，不仅关联关系董事应回避，而且关联关系股东也应回避。由此不难看出，《公司法》在处理类似问题上尚不周全。正是因为类似问题缺乏相互照应之衔接规定，致使司法实践处理类似问题案件上出现不同评判标准，很多案件问题实质相同，但处理却大相径庭。即如本案之处理，实际已经注意到关联关系及关联交易之存在，但是因为《公司法》并未明确规定关联关系股东表决回避制度，故依然认为像黎甲如此重大关联关系股东参与之表决为有效。试想，如果应当表决回避，那么，本案股东会议表决实际根本未能形成有效多数，因而也就根本不能认定为有效决议。

对于本案关联关系下的关联交易处理，实际还可援引《公司法》第21条之规定进行处理。依照该条规定：公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用关联关系损害公司利益；违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。由此，只要查明涉案股东会决议实质损害公司利益，即可认为黎甲等利用关联关系损害公司利益，违反了该条法律规定。再援引《公司法》第22条之规定，凡违反法律、行政法规之股东会决议应为无效。据此，可以判定涉案决议为无效。

**三、本案是否属于多数决滥用？**关于资本多数决问题，本书前一案例已作必要介绍，在此不再赘述。对于资本多数决滥用之理解，简单而言，即是指形式上经多数表决通过之决议，实质上却损害了公司或股东、尤其是少数

<sup>①</sup> 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社2005年版，第337页。

<sup>②</sup> [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法》，高旭军等译，法律出版社2005年版，第249页。

股东之利益，由此多数表决权构成滥用。尽管从一般意义上，公司相关决议经多数表决同意，无论是相对多数或是绝对多数，即可获得通过，即可上升为公司意志，但并非所有凡经多数表决通过之公司决议均即有效。为防止控股股东利用多数表决机制不当追求自身利益，尤其是利用多数决机制损害公司与其他少数股东利益，公司法理论及制度已经建立起对多数决滥用所形成决议效力之否定机制，以此确保多数决正当价值之实现。

就多数决构成要件而言，客观上应是形成了极不公正之决议，即损害公司或其他股东利益；主体上则应存在多数股股东；所谓多数股股东并不一定局限于单个股东，即使是小股东为实现自己或第三人利益而结合起来，达到了大股东规模，也可以将其视为多数股股东；主观上必须是故意而非过失，并一定是为追求多数股东自身利益而为。现实之中，多数决滥用之表现主要有：（1）从公司规模、营业成绩方面看，赋予公司职员巨额不正当报酬之决议；（2）从一般交易规则上看，极不公正条件下的合并、营业转让之类决议；（3）以不正当之高额经费给予个别股东高额利益，而其他股东却给予不正当的少数利益分配之决议；（4）对一部分股东特别有利价格条件下之新股发行决议；（5）以母公司强迫子公司在极其不利条件下进行合并之决议；等等。<sup>①</sup>资本多数决一旦构成滥用之时，所作决议应为无效，不论是公司还是任何一位股东，均得有权提起股东大会决议无效之诉，多数股东据此决议所获不当利益应返还予公司。

《公司法》目前尚无明确规定多数决滥用制度，但已经建立公司决议无效之诉。实践之中，完全可以结合《公司法》相关规定，将滥用多数决损害公司与股东利益之决议，宣告无效。如《公司法》第5条第2款规定：公司的合法权益受法律保护，不受侵犯。由此，任何侵犯公司利益之行为，均可认为违法法律。如《公司法》第20条之规定：公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或其他股东利益。由此规定，凡滥用多数决而进行之表决，均可认为滥用了其股东之权利，违反了法律规定，公司相关决议亦可因此宣告为无效。

本案公司股东会决议，形式上获得60%的表决权同意，已经形成多数。但是，其实质是将公司高价资产而低价处置的行为，实质损害了公司利益，因而可以认定构成多数决滥用。之所以认定本案决议实质为低价处置公司资产因而损害公司利益并最终有损其他股东利益之行为，是因为谭某申请再

<sup>①</sup> 参见姜一春：《日本公司法判例研究》，中国检察出版社2004年版，第86页。

时，提交了两份新证据：（1）甲县国土资源局关于绣水街拍卖地块价格说明：2006年绣水街拍卖地块平均价格每亩103.72万元。本案交易土地面积为386.046亩，按此价格计算，交易土地价格近4亿，但实际经决议出售价格仅为1.13亿元；其差价已相当悬殊。对于国土部门出具的有关交易当时土地价格的初步证明，已经有足够的证明效力。（2）甲市公安局经侦支队于2009年3月18日向甲省高级人民法院出具已对甲市会计师事务所有限公司涉嫌提供虚假证明文件案进行侦查的证明，且经了解涉案会计人员已下落不明。如此，又不得不进一步引发人们之猜想与怀疑。正是有此两份新证，人们有理由质疑涉案决议交易之土地价值是否明显偏低，是否因此而损害公司财产利益，法院很有必要就此以鉴定、评估等方式进一步查证。如果确实土地交易价格明显偏低，且又存在关联关系，那么既可以上述关联交易要求表决权回避或认定利用关联关系损害公司利益而可以宣布决议无效；同时也可以多数决滥用为由，依据上述我国已有公司法律依据，认定该过低价格处置公司之所谓获得多数通过之决议，应为无效。

#### 四、关于本案涉及其他法律问题之分析。

1. 本案甲公司章程决议条款之效力。甲公司章程第16条规定：“股东会对公司增加减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式以及公司章程的修改、生产经营事宜，增资等各种事项作出决议，必须经代表百分之五十以上表决权的股东通过”，这是否违背《公司法》关于相关事项需要绝对多数表决通过之规定？答案很明显、也很肯定。《公司法》第44条明确规定，股东会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表2/3以上表决权的股东通过。该条即为通常所谓的绝对多数法条。本书之前相关案例，曾围绕公司章程与公司法律之间的关系进行过探讨，但不管有怎样的争论，一个为绝大多数学者、甚至根据现行法条也只能唯一作出的正确理解是，任何围绕法定事项而低于法定绝对多数之章程条款，其效力显然不应获得司法之认可。本案甲公司章程的这一条款效力，实际即为无效条款。甲公司依据这一章程条款，依60%的表决权通过实质为公司资产整体处置及公司营业整体转让的决议，明显缺乏法律依据。之前已经分析指出，对于公司资产整体处置或公司营业整体转让，尽管我国法律并无绝对多数表决票要求，但应实质比照公司合并等表决票数进行处理。如果考虑关联交易之下表决权之回避，则本案决议根本无任何多数通过。

2. 本案谭某可否将乙公司归还土地一事合并诉讼。本案一审法院认为，

谭某要求乙公司返还已取得的甲公司财产之诉讼请求，实质是谭某为维护公司利益代表甲公司向乙公司主张权利并提起诉讼，即股东代表诉讼；而股东代表诉讼与本案审理的股东会决议无效之诉法律关系并不相同，诉讼标的既不是共同的也不是同一种类，上述两个诉在本案中不应合并审理；故谭某就此可另行提起诉讼。本案二审法院同样认为：谭某两项诉讼请求之诉讼标的、当事人范围以及当事人诉讼地位均存在差异，因此两项诉讼请求不应在本案合并审理；在本案为确认股东会决议无效之诉情况下，谭某可就其第二项诉讼请求另循法律途径解决；一审判决有关此点认定正确。

其实，有关股东会决议效力以及围绕该决议之对外交易可否合并诉讼问题，法律并未禁止。结合本案具体案情，根据涉案公司决议，甲公司已经与乙公司另行签订了土地等资产转让合同，已经办理完土地过户手续，这显然是与本案决议密切关联之交易行为，在这种情形下只允许单纯提起决议效力之诉，而不允许同时提起对外交易一并无效之诉，显然与本案实际情形并不相符。如此即便主张决议无效获得胜诉，还须另行提起对外交易无效之诉，显然是不经济的，显然会增加当事人诉讼成本，增加当事人诉累。尤其是对外交易明显为关联交易时，股东提起决议无效之诉的同时将依该决议进行的对外交易行为一并加以诉讼，不能认为这是股东派生诉讼，实际应为公司决议对内对外效力合并牵连之诉，应当予以准许。就此，可从正在起草的《公司法解释（四）》（草案）相关条文得到相关印证。该解释草案第9条第2款拟规定：“当事人因股东会或者股东大会、董事会决议设立的其他法律关系发生争议时，可以请求与决议无效或者撤销之诉案件合并审理，也可以另行提起诉讼。”

3. 本案是否漏审当事人之诉求。必须指出，本案各级法院审理或审查过程中，对于原告提出的第三项诉讼请求，即关于请求甲公司回购其股份的诉请均未作审理，而这显然不妥当。实际上，根据新《公司法》第75条的规定，原告作为对公司处置主要资产而提出疑义之股东，在不能阻止决议效力情形下，当然享有异议股东所可享有之股份回购请求权，而这也需要对公司股权价格进行评估与鉴定，这也同样涉及对本案交易土地价格之鉴定问题。如果本案各审法院确实对原告这一诉求认真给予正当回应，则原告至少可以获得公平价格之股权回购款，也可以此有效平息本案纷争。很可惜，一、二审对此未进行审理，属于漏审当事人之诉求，而再审审查又再次对此予以漠视，以致原告在本案原本有理之任何诉求均未获得司法支持。

评判本案各审裁判，由于缺乏直接明文法律规定，仅由此衡量似并无不妥，但以司法公正以及相关程序处理而最终衡量，的确值得商榷。



130

## 法人股东投票代理权之正确行使

### 【关注焦点】

表决权是股东重要权利之一，但就法人股东而言，投票权具体该如何行使？在其委托行使表决权情形中，怎样的委托投票方为有效？投票代理权应遵循怎样的法律规则？

### 【基本案情】

原告：A 汽车工业有限公司

被告：甲汽车工业有限公司

第三人：陈某

第三人：B 机械有限公司

A、B 两公司于 1998 年共同出资设立甲公司，注册资本 2800 万元，A 公司出资 1960 万元，占总出资额 70%；B 公司出资 840 万元，占总出资额 30%。2000 年 3 月 1 日，A 公司董事长叶某授权该公司总经理席某出任甲公司的股东代表，同年 7 月 15 日，席某参加了修改甲公司章程的股东会，章程上加盖了 A 公司公章。该修改的甲公司章程第四章规定：股东会议由董事长召集；出资各方股东代表由出资方法定代表人出任或授权他人出任，参加股东会议，代表出资方行使股东权益；公司董事会应在股东会会议召开前 15 天书面通知双方股东，每年召开一次，经一方提议可以召开临时会议，股东会

依据《公司法》及本章程的规定行使职权，股东会的所有决议需经 2/3 以上股东通过方为有效。2001 年 1 月，席某向 A 公司申请辞职，同年 4 月 12 日席某向第三人陈某出具书面函称：鉴于在我的辞职期间，董事会未能委派新任总经理，为了维持公司的正常经营活动，特委托陈某全面负责公司的经营活动，直至董事会委派新的人选为止。随后，陈某事实上担任着 A 公司总经理之职责。2001 年 5 月 17 日，甲公司通知 A、B 两公司于 6 月 8 日在甲公司召开股东会议，研究员工对甲公司参股事宜。A 公司席某收到该会议通知后在通知上注明：“我已于 4 月 10 日办理了离职手续，正式离开 A 公司，在董事会正式决定以前，董事会赋予我的全部权力、责任、义务已移交给公司财务总监陈某负责，请直接与陈某接洽。”

2001 年 6 月 8 日，陈某代表 A 公司与 B 公司代表曹某参加了甲公司股东会并作出如下决议：（1）同意 A 公司和甲公司的经营骨干以现金出资，对甲公司增资扩股，增资金额不超过 2800 万元；（2）甲公司在增资扩股前的资本增值，除已计入资本公积金部分不变外，由原股东按出资比例分享权益，转增资本金；（3）授权甲公司董事会操作增资扩股的全部事项，办理相关法定手续，陈某、曹某二人在该决议上签字并分别加盖了 A、B 两公司公章。6 月 8 日的会议同时明确，6 月底前召开股东会讨论决定增资方案，修改公司章程。6 月 22 日，甲公司再次召开股东会，并作出决议如下：（1）经营骨干出资额为 2000 万元；（2）甲公司注册资本从 2800 万元增加到 4800 万元；（3）经营骨干按各自出资额的 1:1.2 认缴现金，即认缴现金合计为 2400 万元。其中多认缴 400 万元计入甲公司盈余公积，增资后各方股东的投资额及投资比例为：A 公司出资 1960 万元，占 40.83%；B 公司出资 840 万元，占 17.5%；10 个自然人出资 200 万元，各占 4.167%；（4）A、B 公司承诺，经资产评估报告确认的甲公司增资前的资本增值，不再转赠发起人股东的资本金，该部分权益由增资后的新老股东共享；（5）通过修改后的公司章程；（6）同意董事会、监事会成员不变。曹某以 B 公司名义签字并加盖该公司公章，陈某以 A 公司名义签字并加盖 A 公司公章。另包括陈某在内的 10 位自然人在该股东会决议上也分别签字。在该会议通过的公司章程上，陈某等 10 位自然人签字确认，A 公司也加盖了公章。以上会议当日，委托某会计事务所出具的甲公司资产评估报告显示，甲公司评估后资产价值加未评估资产账面净值合计金额为 20773 万元。6 月 26 日，某会计所对陈某等 10 个自然人的投资资金进行了验资，确认投资注册资本 2000 万元，资本公积金 400 万元。6 月 27 日，江苏省工商行政管理局核准甲公司的变更申请，颁发了新的营业执照。

2001年7月18日，甲公司工会委员会制定了《甲公司工会委员会设立职工持股会实施方案》。同时，作出《甲公司一届三次职工代表大会审议通过设立职工持股会方案的决定》，决议同意成立甲公司职工持股会，并以甲公司工会委员会社团法人的名义将持股会股本金投资到甲公司，该会推荐崔某为持股会理事会理事长，第三人陈某则为副理事长。2001年8月13日，甲公司获得所在地经济体制改革委员会办公室。以及总工会的批复，内容为：同意组建甲公司职工持股会；职工持股会股本金总额为2400万元，占总股本金的41.67%，全部由职工现金入股。后经查实，该部分增资扩股资金包括甲公司职工近300人出资621.6万元以及A公司职工955人出资1778.4万元，虽以前述10个自然人名义出资，但各职工的出资与各自然人所持股权之间不存在对应关系。

2001年7月18日，A公司召开董事会并作出以下决议：“甲公司2001年6月22日股东会决议对公司无法律约束力，陈某无权代表公司在股东会上签字，陈某所签署的决议公司不予承认，公司将通过一定的法律程序将甲公司的股权结构恢复到原状，公司不反对职工持股，但应通过合法、正当程序办理职工持股，A公司在甲公司持股应高于51%以上。公司希望通过协商的方式解决此次甲公司增资扩股问题。”两天后，A公司正式下达任免通知，批准席某的辞职申请，免去其总经理职务，免去陈某财务总监职务，聘任沈某为公司总经理。同年8月15日，原告A公司即提起诉讼，要求确认甲公司2001年6月22日的股东会决议无效。原告诉讼的主要理由是：（1）陈某未取得A公司合法授权，故陈某无代表A公司参加甲公司股东会并行使表决权的资格；（2）A公司从未授权陈某在以上争议的两份股东会决议书上盖章，陈某使用A公司公章是其个人行为而不是职务行为，应认定为无效；（3）股东会会议程序不合法，即甲公司并未按章程要求将会议通知A公司法定代表人叶某。被告甲公司及第三人陈某、B公司一致提出了与A公司以上意见完全相反的辩词。另外，诉讼过程中，A公司曾与参加增资扩股行动并经工商登记为甲公司的6位自然人新股东，分别签署了股权转让协议，约定该6人各自将其在甲公司中的4.167%股权转让给A公司，有关股权转让款由双方协商支付。2002年5月18日，A公司亦将其职工的出资本金及相应利息共计1800余万元支付给各出资职工。在每份收据上有以下声明内容：（1）本人已收到A公司退回的甲公司集资入股款；（2）本人收款后有关集资入股事宜均由A公司与甲公司交涉处理，因交款产生的一切权利，转让给A公司。后由于上述6人拒绝办理有关股权转让的法律手续，A公司将该6人诉至法院，请求判令

其与该6人之间的股权转让行为有效，确认上述6人代表A公司职工在甲公司拥有的股权归A公司所有，并即时办理相应的工商变更登记手续，该案处于另行审理之中。

## 【审理要览】

一审法院认为：A公司原总经理席某出于维护公司经营管理的需要，委托陈某全面负责公司事务至本案争议的决议通过之日有相当一段时间，在该过程中，陈某实际行使了总经理职责，董事会对此没有提出任何异议，因此，陈某的行为应当认定是为了A公司的利益。而陈某以A公司名义参加股东会并在决议上加盖公章的行为，因A公司对行使总经理职责且保管公章的陈某未明确限制公章的使用范围，也应认定为A公司的行为，据此，应认定陈某有权代表A公司参加6月8日、6月22日的股东会行使表决权。另外，本案两股东会召开前，甲公司董事会均履行了通知义务，各股东也实际参加了股东会并充分行使了表决权，故应认定甲公司履行了召集股东召开股东会的义务，A公司认为会议通知应送达法定代表人的观点，不符合法律规定，本案两股东会的表决程序也符合法律和甲公司章程的规定，故股东会决议的程序合法。至于股东会决议的内容，并不违反法律的强制性规定。股东会决议涉及的增资优先认购权以及增值资本分配权，因属私法范畴，权利人有放弃的自由，A公司盖章确认后又认为侵犯其权益，依据不足。至于十个新增自然人股东的出资中实际包括其他职工的货币资金，这属于这些自然人和其他职工之间的法律关系问题，该法律关系不同于公司和自然人之间的法律关系，不属于本案审理范围，故A公司据此认为决议规避法律不能成立；至于职工持股会问题，因决议内容本身未涉及，故不作评判；至于陈某是否实施双方代理一事，因陈某代表A公司行使表决权并在决议上盖章的行为属于A公司的行为，而且，A公司没有证据证明陈某作为自然人所作的表决损害了A公司的利益，故亦应认定陈某参加股东会所行使的表决权正当，而并非滥用表决权损害A公司的利益。综上所述，甲公司于2001年6月8日、6月22日作出的两份股东会决议有效，甲公司据此向工商登记机关申请变更注册资本登记事项并无不当，A公司的诉讼请求不能成立。据此判决：驳回原告A公司的诉讼请求。A公司不服，提出上诉。

二审法院认为：在甲公司召开本案两次股东会期间，席某的股东代表的资格并没有被告A公司解除，更未通知甲公司。因此，甲公司向席某发出召

开股东会议的通知是正当的，席某此时仍应有权转委托陈某参加甲公司的股东会，而陈某参加甲公司股东会之时的身份已经不能再以财务总监、而应以A公司代理总经理的身份看待，陈某以此身份参加股东会并加盖公章这一事实本身，能够使甲公司以及B公司相信他能够代表A行使表决权。况且，A公司与六位自然人股东的股权转让诉讼纠纷亦表明，其已经确认该六人的持股为合法，而这就等于A公司已经实际认可了甲公司的增资扩股。A公司在本案请求确认甲公司增资扩股决议无效，否定增资后股东资格的合法性，同时又另行诉请确认增资后的新增股东向其转让的股权为合法。这种截然相反、互相矛盾的法律行为所造成的在法律上的不利后果，应由其自行承担。就本案两份股东会决议的内容而言，本案可以认定的事实是，十名自然人股东代表了千余名甲公司以及A公司入股的职工，《公司法》及相关行政法规虽未规定上述投资或持股形式，但根据《合同法》、《公司法》及行政法规的规定，得不出法律禁止上述投资方式的结论，各职工与自然人股东之间仍有权依据《合同法》的规定在双方之间建立合同关系，但这属于另一法律关系，并非本案审理范围。而就增资前A公司应得的资本增值权益部分而言，一方面，该权利属于当事人可以自行处分的权利；另一方面，新增股东并非无偿取得，亦以溢价方式进行投资，溢价部分也为A公司与其他股东共同拥有，故A公司关于本案所涉两份股东会决议内容违法的理由不成立。综上所述，原审法院判决认定本案基本事实清楚，适用法律正确，处理并无不当，应予维持。据此判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案实质系因法人股东投票代理权应如何行使而引发之纠纷。本案之中，被告甲汽车工业有限公司的两个股东均为法人股东，且在其公司章程第四章明确规定：股东会议由董事长召集；出资各方股东代表由出资方法定代表人出任或其授权他人出任，参加股东会议，代表出资方行使股东权益。那么本案中，陈某并非为法定代表人授权之人情况下，其是否有权代为A公司参加股东会，席某作为原股东代表是否有权将其股东代表权利与资格转委托，甲公司在得知席某辞职情况下又应当向谁通知召开股东会？原一、二审法院均认为陈某实际行使了总经理职责，且A公司董事会对此也没有提出异议，认为陈某之行为应认定为代表了A公司之利益，故驳回了A公司之诉讼请求。但关键在于，甲公司在明知陈某没有取得合法授权情况下，仍通知其参

加股东会并形成股东会决议，那么甲公司具有过错？该判决难免给人牵强附会之嫌，只要稍微从法律关系上给予厘清，便会发现其判决显有不足。那么就法人股东而言，其投票权具体该如何行使，在其委托行使表决权情形中，怎样的委托投票方为有效，投票代理权究竟应当遵循怎样的法律规则？

**一、法人股东投票权该如何行使。**法人作为以人之集合为基础而成立之组织，如同自然人通过其器官来行为一样，其也要通过为其作决定之人来行为。一般来说，一个法人应当具有以下三个机关：决策机关、执行机关和代表机关。所谓法人代表机关是指法人之意思表示机关，即代表法人对外进行民事活动之机关。<sup>①</sup>《公司法》第13条规定：“公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。”因此，我国法人意思之形成必须由单一代表制度下的董事长、执行董事或者经理担任。即法人股东投票权无疑应由自然人股东代表代为投票，其实，其他国家公司法律制度下亦莫不如此。

股东表决权既有身份性质，也有财产性质，且关系到公司治理结构之规范化以及公司权力运行之控制力等问题，事关重大。因此，股东代表应具有合法授权，在公司章程未作特别规定情形下，股东代表是否享有合法授权应以一般标准来衡量。《民法通则》第38条规定：依照法律或者法人章程的规定，代表法人行使职权的负责人即为法人的法定代表人。法定代表人具有如下特点：（1）法定代表人的资格是法定的。（2）法定代表人是代表法人行使职权的负责人。法定代表人一般是执行机关的负责人，他可以依照法律或者章程的规定，无须法人机关的专门授权，即可以法人之名义，代表法人对外进行民事活动，并为签字人。（3）法定代表人是代表法人从事业务活动之自然人。法定代表人只能是自然人，且该自然人只有代表法人从事民事活动与民事诉讼活动时才具有这种身份。法定代表人与法人之间是代表法律关系，代表权是由法律及章程赋予的，法定代表人之职务行为当然就是法人之行为。由此可见，作为法人之股东，其表决权只能由自然人行使，且该自然人原则上为法人之法定代表人；当然，由法定代表人所委托之人亦无不可。

公司章程是公司股东（或投资人）依据法律规定通过相应程序制定的，是公司组织体自治领域范围内之“宪法性”文件，是公司治理之最高行动指南。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员均具有约束力，一

<sup>①</sup> 张俊浩主编：《民法学原理（上）》（修订第三版），中国政法大学出版社2000年版，第198页。

且股东履行了出资义务之后，则对公司不再负有其他积极义务，因此公司章程对于股东之效力更多表现为股东如何行使权利，章程在股东之间犹如法律之效力，各股东应该严格遵守，超出章程规定之范围将会导致权利瑕疵。本案之中，甲公司章程第四章明确规定：股东会议由董事长召集；出资各方股东代表由出资方法定代表人出任或其授权他人出任，参加股东会议，代表出资方行使股东权益。由该章程判断，作为出资方的 A 公司之股东代表只能是由其法定代表人或法定代表人所特定委托之人担任。

**二、本案陈某是否具有股东代表资格。**甲公司章程已明确规定股东代表只能是出资方法定代表人或法定代表人授权之人，而陈某显然不属于甲公司章程明确规定之股东代表范畴之内，所以陈某当然不具备股东代表之资格。在 2000 年 3 月 1 日，A 公司董事长叶某授权该公司总经理席某出任甲公司股东代表，而席某作为原股东代表无权将其股东代表权利与资格转委托给陈某，席某作为 A 公司法定代表人之授权之人不能再转授权与他人。按照民法一般法理，在转委托法律关系中，除非当事人有特别约定或者特别事由，受托人原则上没有转委托之权利。如《民法通则》第 68 条对此作出了规定：“委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任，但在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。”《民法通则意见》第 80 条规定：“由于急病、通讯联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的，属于《民法通则》第 68 条中的‘紧急情况’。”本案之中，席某因为 A 公司董事长叶某的委任和授权而获得代理权后，就应当按照授权行使表决权，忠实履行代理义务，违反授权而行使表决权则可能要承担相应之责任。席某并无转授权之权利，即使席某转授权也需要经过叶某之同意，而席某将其权利转与陈某时，只是单方向陈某出具书面函，A 公司董事长叶某根本就不知晓，因此席某作为原股东代表无权将其股东代表权利与资格转委托给陈某。

实际上，根据《公司法》精神以及本案甲公司章程，股东代表只能是特定之人，按民法一般转委托理论衡量股东代表身份根本就不成立，甲公司必须严格遵循自身章程，等待符合规定之股东代表出席方可召开有效股东会并作出相应决议，根本没有必要如此急迫地按所谓转委托关系进行处理。本案之中，甲公司在已经得知席某辞职情形下，本应当按照其公司章程规定向具

有合法代表资格之股东代表重新发出邀请，等待并接纳合法股东代表来参加股东会议表决，但其却向陈某通知参会。陈某虽然持有 A 公司公章，但因其原本无合法股东代表资格且甲公司对此应当十分清楚了，故其亦不能属于善意相对人或第三人（事实上甲公司为当事人），不得仅以公司决议盖有股东公章而即视为获得股东认可之意思表示。

**三、主张增资决议无效与主张增资扩股行为无效有何区别。**本案之中，原告 A 公司以陈某未取得其合法授权，无代表 A 公司参加甲公司股东会并行使表决权的资格为由，认为陈某在未取得其授权便在两份具有争议之股东会决议书上加盖 A 公司公章之行为属于其个人行为而非职业行为，因此主张增资决议无效。仅此而言，无合法股东代表参与作出之公司股东会决议，显然应属无效。然而，在诉讼过程中，A 公司却又与参加增资扩股行动并经工商登记为甲公司之六位自然人新股东分别签署股权转让协议。A 公司与六位自然人股东之股权转让之诉讼纠纷表明，其已经确认该六人之持股为合法，而这是否也就等于 A 公司实际认可了甲公司之增资扩股？A 公司在本案请求确认甲公司增资扩股决议无效，否定增资后股东资格之合法性，同时又另行诉请确认增资后之新增股东向其转让之股权为合法。这种截然相反、互相矛盾之法律行为所可能造成的法律上之不利后果，应由其自行承担。至于股东会决议之内容，仅就放弃优先认购权本身而言，并不违反法律之强制性规定，可以认为合法有效。因为股东会决议涉及之增资优先认购权以及增值资本分配权，属私法范畴，权利人有权放弃之自由，本书其他相关案例（94）对此有过更加详细之分析。

那么，主张增资决议无效与主张增资扩股行为无效到底有何区别呢？主要有以下几点：（1）两者诉讼针对之情形不同。增资决议无效仅适用于尚未发行之公司拟增资扩股行为，因为此时该决议仍只是股东会决议，增资并未实际发行；而增资者已经发行，扩股已经到位，则不仅要对该增资决议提出质疑，也要诉请确认增资扩股行为整体无效；（2）两类判决效力范围不同。前者增资决议无效或撤销，效力仅及于公司，因为此时决议仅及于公司内部，尚未对外产生影响；而增资行为无效，其效力则及于全体获得增资认股之人，即所谓对世效力；（3）两者诉讼主体不同，前者以公司为被告，后者要起诉特定之增资认股之人。

**四、应当如何完善股东代表制度。**股东代表制度，是法人股东行使投票权的必然要求，完善股东代表制度，也是优化公司治理结构之应有之义。完善股东代表制度可以采用股东代表非定期制、股东代表单次制、股东代表人



非特定制等。即法人股东在授权股东代表时，不应将代表资格长时间的授予某个特定个人，可以规定在某次股东会时由某个股东行使表决权，不定期的进行更换，这样有利于保障股东代表尽忠职守，避免权力滥用。另外还有股东代表投票非个人意志，即应按其所代表公司之决策意愿进行投票表决等。如日本公司法即规定：股东可以代理人行使其表决权，但须向公司提交代理人之代理权之书面证明，且该类代理权之授予，须于每届股东大会进行。这实质即为单次股东代表制度之法律强制性规定。

对于股东代表制度，关键是要防止股东代表特定化、长期化、重复化、个人化之现象，一定要防止股东不代表股东现象之发生，尤其是我国国有股权之管理与运作过程中，更要竭力避免假公济私、流失国有利益情形之发生。国有股之股东权与其他公司之股东权本质上并无区别，国有股股东同样也应当具有股东表决权。但由于国有股之特殊性，即国有股股东本质上应为“全体人民”，因此在国有股行使表决权时就牵涉到多层代理之关系。在国有股东表决权代理关系中，首先要确定的是谁为股东，谁为代理人，谁为第三方，即主体问题。国有股权最原始的股东应该为“全体人民”，但“全体人民”不可能来行使这个股权，因此应“法定”国有股权之主体为国家，但国家可以是所有者，它却不能作为股东来参加股东大会。<sup>①</sup>按《公司法》之规定，国有资产监督管理机构履行出资人职责，实际享有公司法所规定之股东角色与地位，不少地方也进一步建立国有资产管理与控股运用公司代行国有股股东之权利与义务。因此，实际上国有股权的具体行使与代表，可以通过三次授权来实现。首先是国家通过法律授权国务院统一行使国有资产所有权，然后国务院通过行政法规授权给国有资产监督管理机构或国有控股公司，国有资产管理机构或国有控股公司再授权给某一个具体之自然人，该自然人依法代表国有控股公司在委托权限范围内具体行使国家股东之权利，从而达到国有股东表决权之正确行使。可以看出，一个自然人股东所代表之国有股的分量何其重大，只有从制度上保证其股东权之正确行使，才能使国家利益得到保护，国有资产才有可能真正实现保值并增值。因此，采取切实有效措施，防止国有股东代表特定化、长期化、重复化、个人化之现象发生与蔓延，是国有股乃至国有资产运营与管理必须认真予以研究与面对之重大课题。

<sup>①</sup> 黄小喜：《应完善国有股表决权代理制度》，载《法律适用》2007年第11期。



## 召集程序对董事会决议效力之影响

### 【关注焦点】

董事会临时会议之召集程序违反了公司章程，会议形成之决议是否有效？召集程序之法律意义如何？其一般内容所指是什么？

### 【基本案情】

原告：甲公司

被告：乙公司

乙公司系中外合资股份有限公司，甲公司是乙公司股东之一。2006年3月，乙公司召开第六次临时股东大会组成了第二届董事会，其中林女士为甲公司委派的董事。2006年6月19日，乙公司召开第二届董事会第一次临时会议，会议审议并通过了四项议案。

甲公司认为：乙公司未将该次会议的召开通知董事林女士和另一董事李女士，剥夺了董事的合法权益。因此，在会议召集程序不合法的前提下，乙公司董事会第一次临时会议所作出的决议应视为无效，请求法院撤销该决议。

乙公司则认为：尽管公司的章程对董事会临时会议的召开规定了发送书面通知的程序，但是按照公司惯常的运作方式，历来不以各董事到会的方式召开董事会临时会议，相关董事会临时会议决议均是事先通过电话与各董事联系后，再将会议决议传真给各董事签名形成。第二届董事会第一次临时会

议采用的是上述同样的方式召开。因此，甲公司所持异议不能成立。

## 【审理要览】

法院审理认为：根据乙公司章程规定，董事会召开临时董事会会议，应当于会议召开十日以前以书面方式通知全体董事。而乙公司于2006年6月19日召开的第二届董事会第一次临时会议，没有依据章程的规定完成通知程序。因此，此次会议的召集程序违反了公司章程。据此判决：撤销乙公司第二届董事会第一次临时会议决议。

## 【裁判解析】

本案系因公司董事会临时会议召集程序违反公司章程而引发之董事会决议无效之诉。根据《公司法》第22条第2款之规定，股东会或者股东大会、董事会之会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内请求人民法院撤销。那么股东会或董事会之召集程序瑕疵是否必然导致决议无效或可撤销呢？通说认为，股东会或董事会决议撤销诉讼系一种形成之诉。<sup>①</sup>所谓形成之诉，是指原告主张法律上一定事由即形成原因之存在，而当此种存在为法院所认可时，根据法院判决形成新法律关系之诉讼。一方面，形成之诉与给付之诉不同，形成之诉将产生一种对世的权利，对股东会决议撤销而言，其涉及众多股东、董事、监事、公司债权人甚至是公司员工等利益，并影响公司之正常运营，故对撤销诉讼应当予以慎重对待和限制，以维护股东会决议之安定性<sup>②</sup>；而另一方面，从法之程序正义来讲，只注重实体公平而忽略程序正义，则是无视公司决策之行为，程序公正对于公司法同样具有极其重要之价值。因此，一项法律行为除了要满足内容上合法外，其程序合法也是必须的，违反程序当然会导致该行为之效力瑕疵。

**一、公司决议召集程序之法律意义。**公司之任何会议无论是董事会议还是股东会议均是从召集程序开始，如果启动会议不合法，会议从一开始即面临效力之瑕疵。董事会是依法由股东选举产生，代表公司并行使经营决策权

<sup>①</sup> 参见赵旭东：《新公司法实务精答》，人民法院出版社2005年版，第415~416页。

<sup>②</sup> 参见王文宇：《公司法论》，中国政法大学出版社2004年版，第277页。

之公司常设机关。董事会执行股东会决议，负责公司之经营决策，它有自己的独立之职权，在法律与章程规定之范围内对公司之经营管理行使决策权力，为公司经营决策机关。《公司法》对董事会之召集与主持以及议事方式与表决程序均有明确规定，因此，谨慎之重视并坚持董事会之正当程序，可以避免董事之间甚至是股东之间产生不必要之混乱与争议。董事会决议存在瑕疵之情形，一般有两方面：（1）内容之瑕疵，即决议实体内容违背法律、行政法规；（2）形式之瑕疵，即决议之程序违背法律、行政法规、公司章程。前一种情形为无效情形，而后一种为可撤销情形，有待于股东之提出，在股东未提出撤销诉讼之前，其依然是有效存在的，并发生法律效力。不论是股东会还是董事会之决议必须是在遵守法律、行政法规及公司章程之前提下做出，少数股东若未获正当程序通知及必要方式行使表决权，是对少数股东权利之侵害，必须赋予少数股东必要之救济；召集程序为会议程序性质，属于可撤销范畴，如果召集通知未在法定期限内发出，或因召集人过错未有效通知全体股东，则属召集程序瑕疵。本案之中，董事林女士作为甲公司在乙公司中利益之代表，理应在召开董事会时得到通知，而乙公司在未通知其参加情形下便召开董事会之行为，法院原则上可以根据股东之诉请撤销该董事会决议。

当然，在实体处理中还是要坚持原则性与灵活性之统一。根据《公司法》之规定，任何一种召集程序瑕疵，均可能致使股东会或董事会决议被撤销。法院在实体处理中毫无疑问应当坚持原则，依法维护股东权益，这在客观上也有利于促进公司会议召集程序之日益规范化。但实践中的情形千差万别，不能一概而论，若机械地固守原则，反而会与制度设计之初衷背道而驰。法院在审理此类案件时亦应充分考虑公司之团体法性质，仔细区分召集程序瑕疵之不同情形，努力谋求个别股东权益与多数股东、公司乃至第三人权益之平衡。

对于以上方面，其他一些国家与地区之立法和司法实践作出了有益的探索。其做法可简单归纳为两类：（1）承认一定情形之下，召集程序之瑕疵可以治愈。如《意大利民法典》规定，在公司未遵守法定通知期限之情况下，若代表公司全部资本之股东、全体董事以及全体监事均出席了会议，则股东大会视为依法召开。《香港公司条例》也规定，因意外遗漏而没有向任何有权接收会议通知之人发出通知，或任何有权接收会议通知之人没有接获该通知，均不使有关会议之议事程序失效。我国《上市公司章程指引（2006修订）》第169条也有类似之规定。（2）对轻微瑕疵之忽略。如我国台湾地区“公司法”第189条规定，法院对于上述撤销决议之诉，认为其违反之事实非属重

大且于决议无影响者，得驳回其请求。日本《商法》亦有相似规定。因为在召集程序瑕疵较为轻微且对最终决议并无实质影响之情形下，法院若机械地撤销股东（大）会决议，公司就须被迫重新召开股东大会，这不仅大大增加了公司成本，而且对其他大多数股东甚至第三人也可能造成不利之影响。故法院在此等情形下应权衡利弊，在符合条件时“忽略”该种轻微瑕疵，依职权驳回个别股东之诉请。以上立法例均有其合理可取之处，值得我国公司法及司法实践参考借鉴。

**二、公司决议召集程序之一般内容。**公司决议召集程序是指公司在召开股东会或者董事会时，应当遵循的召集、通知等程序性规则与标准。召集程序在股东会与董事会之间有所不同，甚至在有限责任公司与股份有限公司之间也有差别。关于召集权人，股东大会应由具备召集权的人召集，旧《公司法》仅在第105条做了笼统之规定：“股东大会会议由董事会依照本法规定负责召集。”而对于除董事会以外的其他人是否有权召集股东大会，则没有明确规定。新《公司法》规定较为明确，对有限责任公司而言，其股东会会议的召集与主持程序为：有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持；董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。至于董事会会议之召集与主持程序为：董事会会议由董事长召集与主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集与主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集与主持。对于股份有限公司，《公司法》也有类似的规定，如《公司法》第102条对股东大会会议的召集与主持程序的规定与有限责任公司基本相同，只是在最后规定监事会不召集和主持时，连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份之股东可以自行召集和主持。而对于董事会召集与主持的规定则与有限责任公司完全相同。

关于召集通知，通知程序是否合法主要条文体现在《公司法》第42条、第103条及第111条。有限责任公司召开股东会会议，应当于会议召开十五日以前通知全体股东；除非公司章程另有规定或者全体股东另有约定。对有限责任公司董事会之通知程序，《公司法》没有作出明确规定，根据公司法原

理，召开董事会要提前通知董事，以便董事对议题有所准备，以达到开会目的，有效、正确、及时解决公司面临之种种问题，公司法将有关会议通知事项留由公司章程规定。而对于股份有限公司，《公司法》作出了较为明确的规定，如召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开十五日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开三十日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。第一百一十一条对董事会会议召集之规定为：董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开十日前通知全体董事和监事。

实务之中，通知程序违法一般表现为以下几种形式：公告或通知中对召集权人记载有瑕疵，未进行召集股东会之通知或公告，开会的通知或公告未遵守法定期间，对部分股东遗漏通知，通知形式违法如对记名股东采取公告，对部分股东遗漏通知，召集通知或公告记载违法，不适当的开会时间或开会地点，没有出具委托书即由代理人出席股东会，等等。本案之中，公司通知程序不符合《公司法》之相关规定，主要表现在有部分股东被遗漏通知的情形，林女士作为甲公司委派到乙公司的董事，代表了甲公司作为乙公司股东的股东利益，在召开董事会时不通知作为董事的林女士参加，实际上是剥夺了甲公司作为股东之知情权与表决权，根据乙公司章程之规定，董事会召开临时董事会会议，应当于会议召开十日前以书面方式通知全体董事，而乙公司没有依据章程规定完成通知程序。因此，会议之召集程序违反了公司章程，可予撤销。

另外，对于股东大会之会议地点、形式以及会议议程安排是否应保障与会人发言权利等，《公司法》未作明确规定。例如对于会议地点，一般认为在公司注册所在地召开，以方便股东出席会议。学理解释认为：“如章程未明定股东大会会议召开处所，通常理解为应在公司住所地召集。”<sup>①</sup> 还有的学说认为：“股东大会的召开地点应以‘方便’为原则，一是要方便股东出席大会，二是要方便股东作出决策。”<sup>②</sup> 比如说，公司所在地在北京，而安排在西藏举行股东会，这一地点的选择很难讲符合法律规定之精神，但由于《公司法》有关股东会议地点没有强制性要求，这一选择似乎对当事人也没有什么不利之法律后果，这是我国公司立法之一个缺陷。在韩国，如果会议地点远离公司

<sup>①</sup> 王保树、崔勤之：《中国公司法原理》，社会科学文献出版社1998年版，第225页。

<sup>②</sup> 王新、秦芳华：《公司法》，第225页。

住所地则被认为是违法的。<sup>①</sup>我国台湾地区也认为，所选地点不适宜的，可以构成撤销股东会决议之事由。因此，我国《公司法》在以后修改时，应该完善相关程序，对股东会召集的时间、地点以及形式予以明确。我国在2006年修订的《上市公司章程指引》以及《到境外上市公司章程必备条款》中，对通知的时间、地点与审议事项等均做了更为详细的规定，司法实务可以此为参考。总之，看似并无大碍之会议地点、形式甚至是会议议程安排等，实则体现着股东平等、程序正义、协商民主等多重法律精神与价值追求，有时即便是会议发言机会或时间长短之不平等，均有可能引发相关利益主体对相关决议效力提出质疑。

**三、董事会决议可否传签作出。**《公司法》第38条第2款规定：“对前款所列事项股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。”可见，在我国，有限责任公司股东会可以传签方式召开。传签方式召开股东会增加了股东会召开之灵活性，适应了现实之需要，因为全体股东一致同意即可作出决议，节约了公司之人力、物力，使公司决议更加高效；同时，由于有时一人同时为数家公司股东及其他兼职之情形较为普遍，若这些公司同时召开股东会或与股东其他职务与时间安排相冲突，即使股东愿意参加却也可能分身无术，若全体股东一致同意即可以传签方式作出股东会决议，这也充分体现了公司法以人为本之精神。当然，传签作出股东会决议亦有其弊端与不足，如书面形式一致同意更有可能被造假，更可能沦为大股东操纵公司之工具，股东会更可能流于形式。甚至因为各股东未能当面讨论决议文本，股东被各个不当说服、被各个不当击破从而所谓一致传签决议之情形亦并非不可能。《公司法》未规定董事会决议可否传签作出，但也未作禁止。因此，参照股东会可以书面一致同意形式作出之规定，董事会以一致书面形式传签作出，亦无不可。但前提是要遵守公司章程，如公司章程并不允许传签作出该类决议，则章程规定应当优先获得尊重并加以适用，本案即为如此。

<sup>①</sup> [韩]李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社2000年版，第359页。

## 股东会关于限缩自身 职权之修改章程决议是否有效

### 【关注焦点】

公司股东会享有哪些类型之权利？哪些可以放弃、哪些不可放弃？股东会是否可以任意性作出限缩自身职权之决议？

### 【基本案情】

原告：周某

被告：甲集团公司

甲集团公司系有限责任公司。2004年6月，该集团公司召开股东会会议，经代表96.92%表决权的股东通过，作出了修改公司章程的决议。对原公司章程的10个条款进行了修改。其中，将股东会的职权由“决定公司的经营方针和投资计划”修改为“决定公司的经营方针和重大投资计划、单项重大投资（达公司净资产15%以上的）”。该集团公司修改章程中该条款的目的是为了将部分投资决策权授权董事会行使。周某系该集团公司的股东，其向法院提起诉讼，以公司章程的修改违反《公司法》，侵害了其股东权中的表决权和知情权为由，要求确认甲集团公司有关修改公司章程中股东会职权的内容部分为无效。



## 【审理要览】

一审法院经审理认为：甲集团公司系有限责任公司，其股东之间通过充分商讨，将属于股东会投资决策权中的部分职权授权董事会行使，并不违反法律的强制性规定，不应予以限制或禁止。股东会职权的行使主体并不具有法定的排他性，该集团公司股东会限缩自身的部分职权而将其授权董事会行使，不违背股东会职权的性质。甲集团公司股东会职权的限缩也不构成对股东表决权和股东知情权的侵害。另外，甲集团公司股东会修改公司章程第20条的决议系以多数决的形式通过，在程序上不违反《公司法》的规定。因此，周某关于甲集团公司对公司章程第20条限缩股东会职权的修改，违反了《公司法》的规定，侵害了其股东表决权和股东知情权的主张，不应获得支持。甲集团公司修改公司章程的行为并不违反《公司法》，亦未构成对周某股东权的侵害。据此判决：驳回周某的诉讼请求。

## 【裁判解析】

本案系因公司股东会决议修改章程将其自身权利授权董事会行使而引发之纠纷。如果在公司章程中，缔约当事人约定之内容比法律规定之基本规则内容更严格，如规定：“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东、董事、经理或者本公司的其他个人债务提供担保。”该约定应是有效的，因为它更有利于保护公司和债权人的利益，高于法律规定之最低要求，因此，应当得到法律之尊重与维护。而像本案之中股东会限缩自身职权，把本应属于自己职权范围内之权利通过修改公司章程之形式而授予董事会行使，是否有效呢？同理亦应认定为有效。因为从最基本之民法原则来看，民事权利具有私权属性，民事权利主体享有依法处分自己权利之自由，即其既可以积极地行使权利，从而获得法律上之利益，亦可消极不行使权利，甚至抛弃权利，即有放弃权利之权利，这是民事主体自由意志发挥作用之空间，法律并无干涉之必要。所以，类似上述约定，应为有效。那么，在公司法领域，公司股东会究竟享有哪些类型之权利？哪些可以放弃、哪些则不可放弃？股东会是否可以任意作出限缩自身职权之决议呢？

**一、股东会之权利通常有哪些。**公司为股东投资的产物，因此，公司之治理权利理所应当最终由股东会享有，股东会为公司最高权利机关，以股东

会作为公司治理结构的核心机构与权利中心，此即所谓的“股东会中心主义”。公司法人治理结构之研究也大多以股东利益至上之理念为中心，其宗旨在于寻求如何减少代理成本，建立起使董事忠实、勤勉地为公司及股东利益最大化行事之机制。不管是德国的双层制治理模式、日本的董事会监事会并行模式，还是英美国家的董事信义义务、独立董事制度等，均是在所有权与经营权相分离前提下如何尽量减少代理成本、维护股东会对董事会的之为根本出发点的。

我国以往公司法之研究往往过于强调股东会之中心地位，新《公司法》实际上仍然坚持着“股东会”之中心地位，只是更加强化的对中小股东之保护。《公司法》第38条第1款对股东会职权作了如下明确之规定：“股东会行使下列职权：（一）决定公司的经营方针和投资计划；（二）选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；（三）审议批准董事会的报告；（四）审议批准监事会或者监事的报告；（五）审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；（六）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（七）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（八）对发行公司债券作出决议；（九）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；（十）修改公司章程；（十一）公司章程规定的其他职权。”而对于股份有限公司股东大会的职权，《公司法》第100条也规定：“本法第三十八条第一款关于有限责任公司股东会职权的规定，适用于股份有限公司股东大会。另外，股份有限公司股东大会还有重要事项的决议权和是否适用累积投票制的决议权。”如《公司法》第105条就规定：“本法 and 公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会作出决议的，董事会应当及时召集股东大会决议，由股东大会就上述事项进行表决。”第106条第1款规定，股东大会选举董事、监事，可以根据公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。可见，股东会在公司法人治理结构中之决定性地位。

股东会中心主义是以“资本中心主义”为理论基础并以公司发展早期规模小、股东人数少为基础的，其前提为比较集中与稳定之股权结构。但随着科技和生产水平之不断提高，公司朝着规模空前扩大、股权结构极度分散之大型开放式公司甚至跨国公司发展，公司之管理业务越来越专业化，每个股东参与决策既不必须也客观做不到，股东会中心主义即显得与公司之经营与管理需求格格不入，表现出一些难以克服之不足与缺陷。比如说，股东会决策之效率低下，难以适应市场竞争之需要；股东持股分散且退出途径通畅，

缺乏参与公司管理之激励；股东直接参与公司管理缺乏监督机制，容易造成公司独立人格被滥用以及普通股东对公司经营管理专业知识之缺乏等等。而董事会恰恰能克服这种弊端，对复杂多变之市场情况作出及时而灵活之反应，因此，更多之权利被赋予董事会，股东会之法定权利则更多地受到限制。如德国自1937年股份公司法改革以来，股东大会所拥有之权利就很少了，其《股份有限公司法》第119条第1款规定属于股东大会权限范围的仅仅是一些基本之决策，包括章程之变更以及公司之解散、一些定期决策等，而该条第2款则规定：“关于业务经营中之问题，只有在董事会提出要求时，股东大会才能作出决定。”由此可见，股东会之权利正逐渐开始弱化，股东会中心主义似有没落之态势，尤其是对大公司、开放性公司而言，更莫不如此。

**二、董事会之权利通常有哪些。**正是由于前述股东会中心主义与现代公司发展趋势之不协调，进入20世纪以后，各国公司法均呈现出一种权利中心之转移趋势，体现在公司治理结构上即是从股东会中心主义向董事会中心主义之变迁。现代公司法发展的一个突出趋势，即是股东与董事之职责分野以及股东会与董事会之权责划分，随着公司专业化经营与管理层权力之持续扩大而日趋鲜明，且越来越向着保护董事经营权、防止股东对其不当干涉之方向倾斜。<sup>①</sup>一方面，董事会中心主义能体现公司之专业化经营优势，另一方面，公司权力重心从股东会向董事会之转移是经济发展与社会分工带来之必然结果，也是商业效率原则之必然选择。

《公司法》第47条对董事会之职权也作了列举性规定，该条对董事会之职权规定如下：“董事会对股东会负责，行使下列职权：（一）召集股东会会议，并向股东会报告工作；（二）执行股东会的决议；（三）决定公司的经营计划和投资方案；（四）制定公司的年度财务预算方案、决算方案；（五）制定公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（六）制定公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；（七）制定公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；（八）决定公司内部管理机构的设置；（九）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；（十）制定公司的基本管理制度；（十一）公司章程规定的其他职权。”将之与股东会之职权相对应可知，《公司法》所赋予之董事会职权在很大程度上受制于股东会。从这一点来看，《公司法》中之董事

<sup>①</sup> 叶敏、周俊鹏：《从股东会中心主义到董事会中心主义》，载《商业经济与管理》2008年1月第1期。

会还并不是公司治理机构之核心。

传统英美公司法则在理念上表现为，股东会与董事会之间之权利分配，完全由公司章程及章程细则规定，并依其变更而变更。<sup>①</sup>对于股东而言，只要能够得到满意之分配，就愿意把公司之各项事务交给董事处理，而公司治理在现实中则可能偏离股东会中心主义之控权结构这一公司法之最初设计。在董事会中心主义下，董事会为了实现自身利益之最大化，往往会制定有利于自己之决议，甚至可能对股东利益造成损害。事实上，股东会中心主义与董事会中心主义均只是相对之说法，各自强调的是股东会与董事会在公司治理结构中地位与作用之不同对比状况，任何一种提法其实并没有否认另一方在公司治理结构中之地位和作用。董事会中心主义只是讲公司权利向董事会转移，并不否认股东会对公司重大事项保留之最终决策权。立法对公司运营之现实应当正视并有所反应，而不是听任法律与现实之分离。公司权利重心从股东会向董事会之转移确为公司发展之必然趋势，这是发挥经营者积极性并增强公司竞争力之必然选择，公司规模之扩大与资本市场之发展所带来之专业化与效率化需求，决定了这是各国公司发展进程中不可回避之趋势。如法国《商事公司法》第98条就规定：“董事会拥有任何情况下以公司名义进行活动的最广泛的权利。董事会在公司宗旨范围内行使这些权利，法律赋予股东会议的权利除外。”由此可见，董事会的权利正在不断强化，董事会中心主义确实正在不断兴起。

**三、股东会、董事会各自法定权利可否由公司章程或公司股东会决议进行调整。**对这个问题之回答，实际上是要探讨公司法强制性规范与任意性规范之界定问题。有些学者认为，当事人之间的合约安排优于法律制度，只要各方合意，他们即可改变规则，甚至可以打破传统的关于董事、经理不得利用公司机会、在没有得到批准之前不得从事利益冲突交易等类规定。甚至一些具有实用主义倾向之经济学家，主张公司法都应当是具有合同倾向之任意性规范。他们认为，如果当事人双方选择了一项规则以调整他们之间的关系，那么他们一定非常清楚这项规则对他们是有利的，至少他们不会因此而处境变糟，因而将公司法设计成具有合同倾向之任意性规则，允许当事人选择适用，这样将改善各方之处境。因此认为，公司法在本质上是赋权性的，而不应当有任何强制性规则。然而，显而易见的是，这种几乎是以自由为精神预约之起点，无疑是浪漫有余而思虑不足了，正如戈登在《公司法的强制性结构》中所阐述的：“即使是遵循

① 张开平：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社1998年版，第36页。

合同主义者的视角，市场本身的缺陷也足以使公司法中的强制性规则获得正当基础。”<sup>①</sup>

一般认为，根据公司法规则类型之不同，其强制性与任意性存在着差异。就规范对象而言，公司法规则大体可分为三类：（1）结构性规则，主要规范公司权力在不同机关之分配、以及各机关行使这些权力之要件，以形成运作有序之公司治理架构，这类规则因为只涉及公司内部之权利分配，宜为任意性规范。（2）分配性规则，规定了公司财产在股东间之分配方式，此类规则因不涉及第三方利益，而应为任意性规范。（3）信义规则，规范了董事与控股股东之义务，应为强制性规范。<sup>②</sup>

本案之中，股东会之法定权利当然可以由公司章程进行调整，因为公司法关于股东会职权之规定正是上述所谓之结构性规则，这类规则只涉及公司内部之权利分配，并不涉及第三人利益。公司通过股东会决议修改公司章程将股东会权利下放给董事会，是其自由意志发挥作用之法律空间，也是行使其自身权利的一种方式，法律无权也没有必要加以干涉。况且，《公司法》第38条第1款第（11）项和第47条规定的“公司章程规定的其他职权”作为兜底条款，也为公司通过修改章程赋予董事会其他权利保留了必要之法律空间。当然，由于股东会与董事会在公司治理结构中之不同地位，其法定权利并不是可以无限制地作出调整，比如，关于公司修改章程、决定公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式等重大事项的决定权，仍应该由公司股东会行使，而召集股东会会议等职权则一般也应由董事会来行使。

**四、关于对本案之简要评析。**本案之中，甲集团公司作为有限责任公司，其股东之间通过协商，将原属于股东会投资决策权中的部分职权授予董事会行使，这正是其行使自身权利的一种方式，且实质并不违反法律之强制性规定，不应予以限制。股东会职权之行使主体并不具有法定之排他性，该集团公司股东会限缩自身之部分职权而将其授权董事会行使，并不实质违背股东会职权之性质。甲集团公司股东会职权的限缩也不构成对股东表决权及股东知情权等侵害。且甲集团公司股东会修改公司章程第20条的决议系还系以绝对多数决之形式通过，在程序上亦不违反《公司法》之规定。因此，应认定甲集团公司股东会关于限缩自身职权而修改公司章程之决议为有效。

<sup>①②</sup> 罗培新：《公司法强制性与任意性边界之厘定：一个法理分析框架》，载《中国法学》2007年第4期。

## 诉请召开临时股东大会之权利

### 【关注焦点】

谁有权诉请召开临时股东大会？什么情形下法院应当或可以判令公司召开临时股东大会？若公司不执行关于召开临时股东大会之裁判时，法院可否径行组织召开涉案公司之临时股东大会？

### 【基本案情】

原告：蔺某、项某、李某等 16 名股东

被告：甲物资（有限）公司

甲物资公司成立于 1998 年 3 月，由原国有企业改制形成，注册资本 50 万元，每股人民币 1000 元，折股 500 股，实际股东 44 名。公司成立后，第一届监事会任职期间，董事会、股东大会虽然开过会议，但公司财务状况未公开。第一届任期满，董事会宣布 3 年完成毛利收入 177.5 万元，费用（含股东工资 130 万元）支出高达 211.9 万元，经营亏损 34 万元。为此，股东非常震惊，要求查账和审计，均被董事会以种种理由拒绝。故 16 名股东（认股 12.6 万元）诉至法院，请求判令被告履行召集临时股东大会的法定义务，判令被告履行向股东公开财务报告的法定义务，并由新一届监事会对公司成立以来的财务账目进行检查。

本案在审理过程中，被告方董事会决议拒绝召开临时股东大会，且被告

在开庭时当庭向 16 名原告分发 2001 年度财务会计报告表，并向法庭辩称：（1）原告只有提议董事会召开临时股东大会的权利，而没有强迫董事会召开临时股东大会的权利；（2）被告当庭分发财务会计报告，且财务会计报告的构成是资产负债表和利润分配表等，故人民法院对此作出判决已成不必要；（3）原告要求被告给予监事会检查财务的权利应当依法不予采信；（4）原告提出召开临时股东大会无实体意义。故应驳回原告的诉讼请求。

## 【审理要览】

法院审理认为：原告的诉讼请求符合公司法和该公司章程的规定，依法应予支持。（1）被告自成立以来只召开过一次股东会，而且是第一届任期满召开的。按该公司章程，应当每季度召开一次定期股东会，然而被告未能召开。因而现在代表四分之一以上表决权的股东提议召开临时股东大会，是符合法律和公司章程的。（2）作为公司股东的 16 名原告应按投入公司的资本额享有所有者的资产受益、重大决策和选择管理者等权利，而现在股东连其最基本的公司财务状况都不知情，其他权利的行使也就无从谈起。现在股东要求知晓公司财务状况，要求监事会检查公司成立以来的财务，行使监事会的职权，也是符合《公司法》的立法目的的，即保护公司、股东和债权人的合法权益。综上，依据《公司法》的有关规定，判决：一、被告在判决书生效后 1 个月内召集全体股东召开临时股东大会；二、被告应将公司财务会计报告备好，以便于股东们查阅；三、被告应将公司财务报告备好，以便于监事会检查。判决后，当事人未上诉。

## 【裁判解析】

本案系因公司董事会不履行召集股东会议义务而引发之纠纷。董事会作为公司常设机关、业务执行机关，其与公司乃至公司全体股东之利益息息相关，董事会之法定职权之一即为召集股东会会议，并向股东会报告工作，且该条被列为董事会法定十一条职权中之首位。《公司法》第 41 条也明确规定，有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持。可见，董事会对召集股东会起着至关重要之作用，将其作为股东大会之召集权人，不容置疑。但是，应当注意的是，该项“权利”对董事会而言不仅是一种权利，更是一种不可推卸之职责，是董事会资格或职能之体现。那么，如果董

事会怠于履行此项职责，谁有权诉请召开临时股东大会？什么情形下法院应当或可以判令公司召开临时股东会？若公司不执行关于召开临时股东大会之裁判时，法院可否径行组织召开涉案公司之临时股东大会？

**一、临时股东会会议召集权人有哪些。**股东大会分为定期股东大会与临时股东大会。定期股东大会（也称普通会议、股东常会、股东年会），是指依据法律与公司章程规定在一定时间内必须召开之股东会议，一般以每一会计年度为期召开股东大会。定期会议主要决定股东会职权范围内之例行重大事项，股东们可以根据上一年度之经营状况决定下一年度以及长远之重大事项、分配当年股息与红利等。临时股东大会，也称特别会议，是指在定期会议以外必要之时，由于发生法定事由或根据法定人员、机构之提议而召开之股东会议。《公司法》列举了必须召开临时会议之法定事由：董事人数不足公司法规定的人数或者公司章程所定人数的2/3时；公司未弥补的亏损达实收股本总额的1/3时；单独或者合计持有公司股份10%以上的股东请求时；董事会认为必要时；监事会提议召开时以及公司章程规定的其他情形。以上临时会议召开之前提条件，一种是在法定的客观事由出现时必须召开的，属于强制召开之临时会议；另一种是由公司内部特定之人主观判断而召开，属于任意召开之临时会议。公司法规定在特定情形下召开股东大会，有利于及时应对与解决公司紧急、重大事项，或避免公司与股东利益受到损害。召集人应当在召开股东大会前将会议召开时间、地点与审议事项等通知各股东，让他们明确何时、何地召开股东大会以及主要议题是什么，以利于股东自己作出判断是否参加股东大会，以什么方式参加股东大会，以什么意见表决决议事项。股东大会不得对通知中未列明之事项作出决议。可见，股东年会与临时大会适用于不同之场合，对股东与公司利益各有不同之意义，均为股东行使权利之重要方式，两者缺一不可，其他机关不得阻碍股东会之召开。

通常情形下，股东大会之召集权由董事会或者不设董事会之执行董事来行使，董事会为法定召集机关。因为董事会为公司业务执行机关，对公司经营状况比较了解，由董事会来召集并赋予其一定的自由裁量权是合适的。特别就临时股东大会而言，这有利于防止少数股东为一己之利而随意地利用召集权召开股东大会而损害其他股东之利益，或损害公司之利益。为了把董事会召集所带来之利益固定下来，大多数国家之法律均赋予了董事会召集之相应法律效果：召集股东大会应具有召集权之人依照法律规定之程序召集。股东大会之召集权人为股东大会必备条件之一，没有召集程序而股东自行集会一般可不视为股东大会会议，该会上所作决议也可不被视为股东大会决议。



同样，即使有召集程序而召集者属于无召集权之股东集会也不能视为股东大会，其所作决议亦属无效。<sup>①</sup>

定期股东会议之召集和召开，立法已经作了较为详细之规定，实际运作中一般不会遇到很大难题。但临时股东会则不同，其通常是由于发生了涉及公司或股东利益重大事项之情形下，由召集权人根据需要自行决定召集与召开，召集权人的自由裁量空间很大，实践中通常引发不少争议，甚至严重影响到公司与股东以及第三人之利益。不可否认，在一般情况下，有一个固定之召集机关对股东大会之召开是有益的，但是董事会并不是一个总是为股东与公司最大利益服务之机构。因为董事会毕竟是一个相对独立之机构，有相对独立之自己利益，董事会成员本身也有各自独立之利益。现代公司中，公司之权利事实上由董事会操纵，即使是监事会也往往处于董事会之控制之下。<sup>②</sup>如果董事会滥用手中权利，应当召集而不召集，股东之权利与公司之利益就可能受到损害。因此，新《公司法》第41条对召集权主体予以了完善，将召集权主体之范围扩大到股东及监事会。根据新《公司法》第41条，股东临时会议之召集主体为董事会、监事会和代表1/10以上表决权之股东（股份有限公司为连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份之股东）。

应当注意的是，尽管根据《公司法》第40条第2款之规定，监事会以及持有公司股份10%以上（或代表1/10表决权）之股东有权召集临时股东会议，但为了防止少数股东滥用临时股东会议召集权，《公司法》对股东召集权之行使又作了一定之限制。一般理解，根据《公司法》第41条之进一步规定，股东会会议召集权之行使存在法定顺序。董事会为第一顺序召集人，监事会为第二顺序召集人，而股东为第三顺序召集人。正常之股东会议，无论是定期还是临时的，均首先应由董事会召集，只有在董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责时，才由监事会或者不设监事会公司的监事召集和主持；在监事会或者监事也不召集和主持时，代表1/10以上表决权之股东才可以自行召集并主持。因此，后一顺位召集权人在没有向前位顺序召集主体依次行使召集请求权时，一般不得自行召集。代表1/10以上表决权之股东作为股东会临时会议之召集权主体，应当在行使股东临时会议召集权之前，先行使召集请求权，向董事会、监事会提议召开，并不能未经董

<sup>①</sup> 王保树、崔勤之：《中国公司法》，中国工人出版社1995年版，第200页。

<sup>②</sup> 梁上上：《自行召集的股东会议所作出的决议是否有效》，载《法学》2003年第1期。

事会或监事会而直接召集股东会。本案之中，原告作为拥有公司四分之一以上表决权之股东，按照《公司法》之规定当然拥有召集临时股东大会的权利，但如前所述，应先向董事会及监事会先行请求召集。

**二、法院判令公司召开临时股东大会之基本条件以及该类裁判之执行。**在公司利益保护理念与制度设计上，应该充分重视股东维护公司利益之原始驱动力，坚持公司利益保护方面之股东本位主义，而不是经营管理层本位。公司治理最关键主体无疑应该是股东，只要股东就有关公司治理活动提起诉讼，无论该活动是违反强制性规范还是任意性规范或股东合意之规范，司法均有介入之必要，以保证国家立法与股东合意所形成之公司治理结构在动态治理活动中得以实现。股东提起的治理权诉讼，是司法介入公司治理之途径，是股东参与公司动态治理之形式。当公司治理主体要素的股东之间，股东与管理层之间发生纠纷，使公司治理出现障碍，公司自治难以实现时，司法应当对股东治理诉讼积极予以回应，此时司法介入公司是保障公司自治，矫正公司治理机制失效、失衡之重要手段，司法介入之价值即在于保障并回归公司治理有效、均衡之实现。

司法介入判令公司召开临时股东大会时亦需满足一定之条件：（1）原告是否有召集权限？如果原告没有召集权则属于民事诉讼法规定的原告主体不合格，不能提起诉讼。本案之中，十六名股东之股份已经占到有表决权股份之四分之一多，远远高于公司法规定的十分之一，当然为适格原告，能够提起本案诉讼。（2）是否有必要召开临时股东大会？如果股东提起召开临时股东大会只为一时赌气，而没有实质性理由，此时如果董事会不同意召开股东会，法院亦无必要判令召集，因为这样无疑是对公司资源之一种浪费，既不必要也不必，召开股东会无任何实质意义。本案之中，被告自成立以来只召开过一次股东会，而且是第一届任期期满召开的，按照该公司章程，应当每季度召开一次定期股东会，然而被告未能召开，这已严重影响了原告作为股东所享有的资产收益、参与重大决策及选择管理者等权利，当然有必要召开股东会。（3）诉请事项是否属于临时股东会权限范围？公司法规定在特定情形下召开股东大会，就是为了及时应付并解决公司紧急、重大之事项，或避免公司及股东利益受到损害。本案之中，股东要求被告履行向股东公开财务报告之法定义务属于临时股东会权限范围。（4）法院决定召开临时股东会议之自由裁量权范围是什么，是否可限期召开、限地召开、限内容召开等？回答当然是肯定的。因为如果法院在裁判时对这些最基本的内容都不做规定，那么这样的判决简直就与一张白纸没有什么差别。当然，法院在裁判时也要根据

案件之具体情况，既要满足原告行使股东权利之诉求，又要保证公司之合法权利，不能天马行空、随意判决。

如果公司不执行关于召开临时股东大会会议之裁判时，法院可否径行组织召开涉案公司之临时股东大会会议呢？答案同样是肯定的。但是法院也应注意司法介入之尺度，决不可代为作出股东会决议，否则即有越俎代庖之嫌。因为公司治理在本质上说是公司自治、私法自治，私法自治在民商事领域具有最核心价值，为民商法之核心理念。司法自治在公司领域主要包含两方面：一方面，公司作为法人对交易行为享有充分之意思自治；另一方面，公司在内部治理活动中实行公司自治。司法对公司治理的介入，绝不是强调司法积极主动的插手公司治理，而是强调司法应为公司治理纠纷寻求积极之救济，不应把它排除在案件受理之外，也不是否认公司治理中价值取向上效率之优先选择，而是要保证优先选择之效率不能过于偏离公平之基础。<sup>①</sup> 如果法院径行组织召开涉案公司临时股东大会会议并且代为作出股东会决议，即是越权行为，是对公司自治、公司治理之实质侵犯。

**三、本案还实质涉及股东知情权一并诉请处理之问题。** 股东知情权，即股东获取公司信息、了解公司情况之权利。知情权是保护股东正确进行投资行并使其他股东权之前提。《公司法》第34条规定，有限责任公司“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿”；第98条规定，股份有限公司股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债权存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告。本案之中，股东在要求查账与审计时，均被董事会以种种理由拒绝，实际上已经侵犯了股东之知情权。股东要求知晓公司财务状况，要求监事会检查公司成立以来之财务，行使监事会之职权，这是股东行使其知情权之法律表现，符合公司法之立法目的，即保护公司、股东与债权人之合法权益。本案法院最终判决值得肯定。

<sup>①</sup> 马黎：《公司治理的司法介入》，载《法律适用》2008年第1、2期。

## 董事长因未能召集 临时股东会而成为被告

### 【关注焦点】

诉请召开临时股东会应列何主体为被告？是公司还是拒不组织召开会议之董事长、甚至是其他相关董事？将董事长列为此类诉讼之被告妥当与否？

### 【基本案情】

原告：陆某、秦某、吕某、钱某，均系甲技术公司职工股东  
被告：沈某，甲技术（有限）公司董事长

吕某、钱某、秦某、葛某、杨某、高某、石某、黄某均系甲技术公司股东，2001年2月17日~18日，分别与陆某签订了股权转让协议；2月19日，陆某及出让股权的八位股东联名提请召开临时股东会。同年2月28日，吕某、钱某、秦某、陆某又联名提请董事会召开临时股东会议，并将该两份报告用挂号信和特快专递形式分别寄送董事长沈某及董事股某，有国内挂号邮件收据2张，特快专递邮件详情单、发票2张及特快专递退件2件，被告沈某否认收到或拒收信函，退件上无速递公司的改退批条，仅有拒收两字，原告对此未能进一步举证。四原告认为股权发生重大变化，根据甲技术公司章程（修订稿）规定，应当在三个月内重新选举董事和监事。被告认为根据甲技术公司章程（修订稿）规定，一年之内股东之间不得相互转让股权；同时，认

为公司法规定股东会由董事会召集，董事长主持，四原告的起诉不符合公司法的规定，且章程（修订稿）明确章程内容与法律、法规和行政规章相抵触时，以法律、法规和行政规章的规定为准。被告对四原告所持股权占甲技术公司总股本比例1/4以上无异议；对钱某、陆某系甲技术公司监事会监事无异议。庭审中陆某等陈述，除用邮寄方式以外，也曾于2001年2月19日将提请召开临时股东会议的报告面呈董事长沈某及董事股某，但未提供其他足够证据证明。

## 【审理要览】

法院审理认为：公司法及甲技术公司章程均未规定或约定提请召开临时股东会议需经审议程序和任何形式要求。因此，股东直接向法院起诉要求董事长根据公司法及甲技术公司章程（修订稿）行使股东会议召集权并不违反法律规定。同时，甲技术公司章程关于董事长召集并主持会议的条款因公司法无禁止性规定，故该条款不违反法律规定。此外，四原告所持股权占甲技术公司总股本的比例超过1/4，且陆某、钱某均系监事，符合《公司法》及甲技术公司章程（修订稿）对提请召开股东会议对股东所占表决权比例，监事所占人数比例的规定。根据《公司法》第43条第1款的规定，判决：被告沈某在本判决发生法律效力之日起30日内根据甲技术公司章程（修订稿）的规定，召集并主持临时股东会会议。案件受理费350元由沈某负担。

## 【裁判解析】

本案系因董事长未能召集临时股东会而成为被告之诉讼。案情其实并不复杂，法院判决是依据公司自治即公司章程之规定作出，该公司章程规定临时股东会由董事长召集并主持，法院据此认为，股东直接向法院起诉要求董事长根据《公司法》及甲技术公司章程（修订稿）行使股东会议召集权并不违反法律规定。同时认为，甲技术公司章程关于董事长召集并主持会议之条款因《公司法》无禁止性规定，故该条款不违反法律而有效，并据此作出判决由董事长即本案被告在一定期限内召集并主持临时股东会会议。然而《公司法》明确规定，不论是有限责任公司还是股份有限公司之股东会会议均由董事会召集，董事长主持。如前一案例所述，这种规定有其制度应有价值。本案之中，董事长不履行召集股东会之职权，原告股东提起诉讼，究竟该如

何行使其诉权，这引出了一个看似简单却不能回避之法律问题，即诉请召开临时股东会应列何主体为被告？是公司还是拒不组织召开会议之董事长甚至是其他相关董事？将董事长列为此类诉讼之被告妥当与否？

一、诉请召开临时股东会谁应为被告。诉请召开临时股东会之原告当然是认为有召集权之主体，如果原告没有召集权即属于《民事诉讼法》规定之原告不适格，即不能提起诉讼。通常情况下，股东大会之召集权由董事会或者不设董事会之执行董事来行使，董事会为法定召集机关。因为董事会为公司业务执行机关，对公司状况比较了解，由董事会召集股东大会特别是临时股东大会，有利于防止少数股东为一己私利而随意利用召集权召开股东大会而损害其他股东或者公司之利益。《公司法》第41条规定，有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。但不能否认，董事会并不总是为股东与公司最大利益服务之机构，董事会成员本身也有自身独立利益，当董事会滥用手中权利，应当召集股东会而不召集时，《公司法》也规定，董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。可见，符合诉请召开股东会原告资格的可以是董事会（执行董事）、监事会（监事）以及有1/10以上表决权之股东。

诉请召开临时股东会之被告无疑应为公司。由于新《公司法》并未对股东提请召开临时股东会纠纷诉讼之被告问题作出明确规定，司法实践中很多人均主张股东提请召开临时股东会诉讼之被告只能是公司，但也有人主张董事长、董事甚至高级管理人员也可与公司一起成为提请召开临时股东会诉讼之被告。应当认为，股东作为公司最重要之利益相关者，其所享有的提议召开临时股东会会议之权利，所指向之义务主体应当是公司。因为公司应定期或经有关权利主体提议须召开股东会，保证股东享有资产收益、参与重大决策及选择管理者等权利，公司才是召开会议之最终法定义务主体，如果公司不履行该法定义务造成股东权利受到侵犯，当然公司应作为提请召开临时股东会诉讼之被告。但由于股东提请召开临时股东会之诉讼案件中，往往是由于董事或高管人员不履行或不正当履行职责所引起，因此，依据《公司法》第153条“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼”之规定，股东也可以将董事、高管人员与公司一起作为诉讼之共同被告。但是本案之中，将阻碍召开临时股东会的董事长单独列为被告，则存在着被告不适格之问题，因为召开临时

股东会之义务主体应该是公司而绝不是董事长。

**二、新旧《公司法》关于股东会议主持人规定之修改解析。**旧《公司法》将股东会议的召集权赋予给单一的机构董事会，而监事会及持有公司10%以上表决权股东仅有召集会议之建议权或请求权，而建议或请求是否被采纳，则由董事会单方面决定，从而绝对排除了其他股东及机构之召集权。由董事会作为唯一的召集权人根据需要自行召集和召开，召集权人之自由裁量空间很大，实践中通常引发大量争议，甚至严重影响公司与股东以及第三人利益。但不论新旧《公司法》均规定，一般情形下，公司股东会应由董事长或执行董事主持。《公司法》之所以规定董事长负责主持，是因为股东大会由董事会负责召集，而董事会是集体机构，董事长作为董事会成员可为董事会代表，亦为公司法定代表人。因此，会议主持人若只能由董事会的某个成员担任，则正常情况下董事长无疑最为合适，董事长不能时，则为其他董事。为了保证股东大会组织工作的前后衔接、合理有效，由一个主体统一履行召集与主持的职责显然是最合乎逻辑之安排。

但新旧《公司法》对于董事长不能履行或不履行主持人职责之情形，作了不同条件之规定。旧《公司法》第43条第3款规定，有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持，董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定的副董事长或者其他董事主持。而新《公司法》第41条第1款规定，有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。总体上看，在新《公司法》下召开股东会议相对较容易，一般不会因为董事长个人原因而使公司股东会议召开陷入僵局，因为在公司现实生活中存在有多数董事要求罢免董事长，而董事长拒不召集与主持董事会、也不指定副董事长召集与主持董事会之情形，按新《公司法》之规定此等情形下则不再需要由董事长“指定”，而是规定副董事长可以径行召集并主持董事会，副董事长不能履行职务或不履行职务的，还可由半数以上董事共同推举一名董事主持。这种递进、替补式之安排，为小股东行使股东权利克服了不必要之法律障碍，在程序上更加保证了股东会正常召开之可能，为防止公司重要权力机构陷入瘫痪，为避免公司僵局，提供了更加良好的法制环境。

关于董事会主持人之规定，新《公司法》也采取了上述同样之立法修改精神。旧《公司法》第48条规定，董事会会议由董事长召集和主持；董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定副董事长或者其他董事召集和主

持；1/3以上董事可以提议召开董事会会议。针对实践中出现的董事长、副董事长因各种原因均不履行召集董事会会议职责，公司董事会会议无法召开，公司陷入僵局之情形，新《公司法》也在第48条规定，董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。新法对旧法之不完善或漏洞显然进行了弥补，显然更加完善了董事会之召集与主持程序，为公司治理有序良性运行提供了法律保障。

**三、法院是否可判决由原告在指定期限内自行组织召开临时股东会。**《公司法》明确规定，董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会公司的监事召集和主持；监事会或者监事不主持和召集的，代表1/10以上表决权的股东即可自行召集和主持。本案之中，四原告所持股权占甲技术公司总股本之比例超过1/4，且陆某、钱某均系监事，符合《公司法》及甲技术公司章程（修订稿）对提请召开股东会议股东所占表决权之比例、及监事所占人数比例之规定，有权提请董事会召集临时股东会。如果董事会不召集，则根据法律其可自行召集，或者法院可直接判决由原告在指定期限内自行组织召开临时股东会议，并根据《公司法》规定，自行召集临时股东会人可以自行主持，无需再由董事长主持。

本案之中，法院其实并不一定要责令被告限期召集临时股东会，其可以直接判决由原告即有权召开临时股东大会之股东自行召集并主持。法院更不能责令身为董事长的被告召集，因为董事长并无法定召集临时股东会议之权利或职责，其仅是法定主持人选之一，《公司法》第41条第1款明确规定，有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持。由该法条之规定可以看出，关于董事长主持会议之规定是义务性而非权力性规范，其目的就是为了确保股东大会召开能够顺利进行。有限责任公司股东会由董事会召集，董事长主持，董事长仅仅有主持权利与义务，根本没有直接召集股东会之法定权利。本案属于召集临时股东会会议之诉，判令董事长召集显然不妥，但却判令董事长主持，因为董事长是《公司法》明确规定的首要股东会议法定主持人，正是在这样之意义上，本案将董事长列为被告主体，亦无不可，但毕竟缺乏了公司这一最为主要的被告主体。



## 股东诉公司增补董事违法

### 【关注焦点】

公司董事处于公司治理结构之核心环节，各国公司法律对董事人选之产生皆有着严格法律规定。本案将探讨的是，董事人选应当如何产生？什么情形下增补董事构成违法？谁有权提出此类主张？

### 【基本案情】

原告：张某

被告：某实业股份有限公司

第三人：李某

第三人：马某

第三人：莫某

原告系被告股东，被告则系依法成立的股份有限公司。1995年2月25日，被告召开三届二次董事会，会议通过第5号、第6号两份决议，增补马某、莫某为公司董事。同年8月12日，被告召开三届三次董事会，会议通过第7号决议，增补李某为公司董事并增选其为常务副董事长。被告董事会增补李某等三人为董事的依据是：1994年4月28日被告股东大会通过的公司章程。该章程第18条规定：“股东大会闭会期间，董事人选有必要变动时，由董事会决定，但所增补的董事人数不得超过董事总数的1/3”；第20条规定：

“董事会设董事长一人，根据需要可设副董事长1至2人。董事长和副董事长由董事会以全体董事过半数选举和更换”。但原告认为，被告公司董事会增选李某、马某、莫某为董事，是违反《公司法》的行为，侵犯了股东的权益，故诉讼请求法院判令被告停止侵权并确认增补李某、马某、莫某三董事的决议无效。被告则辩称：公司董事会关于增补李某等三人为董事的决议是依据公司章程实施的行为，而公司章程是经股东大会表决通过的，故增补董事决议有效，请求驳回原告诉讼请求。三位第三人一致同意被告的意见，并认为他们在出任董事后，已经履行了董事职责，故亦请驳回原告请求。

## 【审理要览】

一审法院认为：董事会是公司的最高决策机关，董事人选的产生合法与否，必将影响公司的经营和股东的权益；增补董事的决议若违反法律、行政法规，侵犯股东合法权益，股东有权提起诉讼要求停止该行为。1993年《公司法》明确规定，选举和更换董事的职权由股东大会行使，《公司法》颁布之前的行政法规对董事的选举和更换也作了相同的规定，股份有限公司应当严格按照《公司法》及其配套法规的规定进行规范。被告公司1994年4月28日股东大会通过的公司章程关于董事选举和更换董事的规定，与《公司法》及有关行政法规相悖，不具有法律效力。据此判决：被告公司第5、6、7号关于增补马某、莫某、李某为董事并任命李某为副董事长的决议无效。被告不服，提出上诉。

二审法院认为：《公司法》明确了股份有限公司股东大会与董事会的性质与职权，股东大会是公司的权力机构，选举和更换董事的职权应由股东大会行使，董事会是对股东大会负责，执行股东大会的决议，为公司的执行和经营决策机构，被告上述增补董事的行为均发生在《公司法》颁布实施之后，因此是违法的。至于被告公司章程第18条的规定，不仅违反了《公司法》，而且与《公司法》颁布前的有关股份有限公司的政策、法规是相悖的，因此，该公司章程该条规定没有法律效力。被告公司第三届董事会作出增补董事的决议，超越了股份有限公司董事会的权限，违反了法律，侵害了股东的权益。据此判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案系因股东诉公司增补董事违法而引起之纠纷。董事会为公司重要决

策机关，公司董事处于公司治理结构之核心环节，董事人选产生之合法与否，必将影响公司之经营与股东权益。各国公司法对董事人选之产生皆有着严格法律规定，新旧《公司法》对董事任免也作了不同规定。本案之中，被告公司董事会在股东大会闭会期间增补了马某、莫某和李某为公司董事，其依据的是该公司股东大会通过的公司章程。该章程规定：股东大会闭会期间，董事人选有必要变动时，由董事会决定，但所增补的董事不得超过董事总数的1/3。原告对此认为，董事会增补董事的做法是违反《公司法》之行为，侵犯了股东权益，应判令该增补董事之决议为无效。那么，公司董事会依据经股东大会表决通过的公司章程所实施之行为，效力到底怎样？《公司法》中关于公司股东会与董事会职权之划分究竟是强制性规范还是任意性规范，能否通过公司章程予以修改与变通？股东大会作为公司权力机构，将选举与更换董事之职权通过修改公司章程授予董事会是否属于违反法律强制性规定？应当如何具体把握国家强制与公司自治之间的平衡？

**一、关于公司董事选任方式之一般比较。**绝大多数国家与地区公司法中均明确规定董事系由股东会选举或任命，除此之外，有部分国家也规定对特定情形下之董事会也有权选任。但选任方式之不同，对于公司董事之产生机构究竟是源于股东会之授权，或是董事会本身之权利，仍然在各国学说与实践产生一定争议。

一般而言，股东作为对公司出资、设置公司、对公司拥有主要与最终权利之人，股东当然有权选任董事。而由全体股东所组成之股东大会作为公司内部最高意思决定机构，享有对公司经营与支配之权利，当然也有权选任董事。一般做法是，按股东持有之股份为基础，作为对公司事务或是决定董事人选之表决规则。但此规则也容易导致公司受大股东控制，所以有些国家已经着手修订该类规则，避免公司受同一股东控制局面之产生，所谓的累积投票表决机制即为其中探索规则之一。

具体而言，对于原始董事与更替董事之产生方式实际又存在着一定之差别。对于原始董事人选而言，绝大多数国家或地区法律规定，公司刚成立时，首任公司董事由公司设立时之股东或发起人选任或指定。法国《商事公司法》第90条明确规定，董事由创立股东大会或普通股东大会任命，于公司创立时，董事姓名还需记载在公司章程之中。我国台湾地区“公司法”将首任董事之选任方法根据公司设立方式之不同，而有所相异规定，其中较为特殊的为第128条规定：“政府或是法人股东一人所组织的股份有限公司，其董事由政府或是法人指派。”我国《公司法》同样也采用了由设立时股东选任董事之

模式。其他较为特殊的模式，如德国《股份法》第119条第1款则规定，先由股东大会选任资方监事与劳方依法选任的劳方监事后，共同组成监事会，然后由监事会选任董事。而当公司成立后，公司董事之选任又可分为两种模式：

1. **股东大会选任模式。**其主要目的在于公司所有权与公司经营权分离情形下，股东仍能够掌握公司最终控制权。但此种制度当董事职位出现空缺时，极易导致公司运作效率下降。例如，原任董事辞职、退休或死亡而即需选任董事时，还必须按法定程序召开股东（大）会，光是达成可以召开股东大会条件之前的时间，公司许多决策即可能因此而停摆，此为以股东大会作为董事选任为唯一法定来源所可能存在之缺陷，而这也是许多国家考虑在股东会选任董事之外允许另外法定主体能够有选举权的原因之一。对于股东大会会议选任董事模式，其表决机制又有直接投票方式与累积投票方式两种，究竟采用何种表决方式，则是根据法律规定或是公司章程而定。所谓累积投票制，一般是指当股东在选举董事时，每一个股份拥有与应选出董事人数相同之选举权，并且允许将这些选举权集中于一人或是分配到数人。以这种方式，有助于持有股份相对少数之股东所推举之代表能够有机会当选为董事。美国大多数州对于累积投票制采行许可主义，并未强制规定必须采用累积投票制。日本于1974年修订法律时采纳了美国做法，允许公司章程可以排除适用累积投票制。在公司章程未加排除的情形下，公司股东选任董事时一般应当采用累积投票制。尽管董事会成员通常由股东会选举产生，但在部分法定情形下则应由职工选举产生，这种情形特别出现于有如我国强制规定需有职工董事之场合下，包括《公司法》第45条第2款及第68条规定的国有企业或其他国有投资主体投资设立之有限责任公司之中。

2. **多元化选任模式。**这种模式以股东会选任董事为常态，但同时允许特殊情况下其他主体如公司董事会、甚至法院亦有权选任。当然对于有权选任董事之董事会同样有着人数、投票方式等限制。董事会在选任董事时，一般采用简单多数表决原则，一名董事拥有与应选董事人数相对应之表决权；其次，对于选举董事会要求剩下之董事人数必须符合法定最低人数，否则董事会亦无权选举董事；再则，对于要选任董事时召开之董事会出席人数亦应当符合法律或章程规定，否则当出席董事会人数不符合规定时，该选举或提补董事之决议可为无效。例如，法国《商事公司法》第90条在规定董事由股东大会任命之同时，于第94条第1款进一步规定：“因死亡、辞职，一个或若干个董事席位空缺时，董事会可以在两次股东大会之间任命临时董事”；第2

款规定：“董事人数变为低于法定最低数的，其余董事必须召集普通股东大会以补足董事会人数”；第3款规定：“于空缺之日起3个月内，必须任命临时董事补足董事会人数。”以上规定，已经明确排除了董事会在召开会议人数不足时的董事选任权。依该法规定，在一定情况下，董事会任命董事不仅是权利，还是其义务。这类规定挑战了传统公司法所谓的仅由股东为产生董事权利来源之学说，变为短暂的以法律有条件的赋予了董事会任命董事之权力。这无疑是公司运营实践之客观所需，实际本案遇到的即是这种情形，而且该公司章程对此还已经事先作了务实之安排与规定。

美国《商业公司法（修订版示范文本）》之规定相较于法国《商事公司法》有所不同，当董事出现空缺时，包括由于增加董事会人数而出现席位空缺时，除非公司章程另有规定，则：“[1]股东会可决定填补该空缺席位的人选；[2]董事会可决定填补该空缺席位的人选；[3]如果尚在任的董事人数少于董事会的法定人数，则以尚在任的所有董事中半数以上的赞成票，可决定填补该空缺席位的人选。”<sup>①</sup>如此，直接规定了按照顺序之填补董事制度，允许股东会、董事会皆可直接填补董事空缺。

3. 法院选任模式。有些国家也立法赋予法院选任董事之权力。如在日本《商法典》第258条第2款即规定：“于前款情形（董事人数不足法律或章程所定人数时），法院认为必要时，可以依据利害关系人之请求，选任临时执行董事职务之人”。德国《股份法》第85条第1款也规定：“欠缺一名必要之董事会成员的，在急迫情形下，法院应依当事人中一人之申请，选任该名成员。”由上述规定可以看出，法院选任董事并不能依职权主动进行，而应由利害关系人申请，法院经审查认为必须时方可进行，同时此种立法模式以法律规定，赋予了公司组织以外的主体主要是法院选任董事之权力。

**二、我国关于公司董事任免机构权属划分之规定。**本案涉及股东大会与董事会之权限划分问题，关键要看董事会、股东会之职权以及公司章程之规定。《公司法》第38条第1款规定了股东会之职权，其中该条第（2）项规定为：“选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项”；第（11）项为“公司章程规定的其他职权”，即所谓的兜底条款。对该兜底条款可做如下理解：（1）公司章程可以增加股东会之职权；（2）股东会的《公司法》规定以外之职权需由公司章程作出规定；（3）《公司法》第38条第1款第（1）项至第（10）项所规定的为股东会之专属职权，一般

<sup>①</sup> 虞政平编译：《美国公司法规精选》，商务印书馆2004年版，第70页。

不能通过章程规定变更为其他机关之职权。从法律文本来解读，根据第38条之规定，股东会职权之前十项法律均作了明文规定，而第(11)项则为“公司章程规定的其他职权”。仅从该法律条文规定可见，法律并未将前十项职权纳入允许公司章程可自主规定之范围。参与《公司法》修改之专家也认为，第38条第1款第(1)项至第(10)项规定的为股东会最原生、最重要且不可剥夺之职权。<sup>①</sup>认为这些均是公司股东会之法定职权，章程不能加以限制，限制者则为无效。对新《公司法》第47条董事会之职权实际也可做上述相同之理解与把握。由以上论述似可得出如下结论：公司不能通过修改公司章程把第38条第1款第(1)项至第(10)项所列举的股东会之专属职权变更为董事会之职权，也即本案所争议之焦点，即公司不得把本属于股东会之董事任免权通过修改公司章程之方式而授予董事会行使，即使全体股东同意，所形成之股东会决议也会因违反《公司法》之强制性规定而无效，股东可以援引《公司法》第22条第1款规定诉请公司决议无效。

公司法发展到今天，已经日益成为调整商事领域各方主体利益之重要法律规范，因而其带有强烈之公法色彩。股东会与董事会分别作为公司权利机关与执行机关，均必须要有相应的职权，并且基于二者地位与作用之不同，其职权也应有所差别，不能互相代替，如此才能保证公司治理结构之均衡。比如《公司法》规定的股东会与董事会各自相应法定职权即不能通过修改公司章程之形式进行互换，否则就会因违反公司法强制性规定而无效。因此，不论是何种公司形态，任免董事会之权属都应属于公司股东会，不会因为公司形态之不同而产生不同之影响。但除了法定职权以外之其他职权则可以通过章程约定而自主决定，如果规定得过于僵化，公司就有可能难以适应复杂多变之市场竞争，从而损及公司与股东之利益。如一些股东较少的封闭性公司，股东可能更希望扩大股东会的职权，而这些公司很容易召集股东会，不会造成决策之迟延或增加公司之成本。而另一些规模较大之公司，如上市公司，因为股东人数较多，很多股东只关心股价的涨跌，对经营并不感兴趣，或者没有能力参与决策，这样的公司则完全可以将更多的权利授予董事会行使，这样做不仅不会损害股东利益，反而会提高公司经营效率，最终给公司与股东带来利益。

新旧《公司法》有关股东会与董事会职权之规定有很多不同之处。新《公司法》规定有关有限责任公司股东会职权的规定，适用于股份有限公司股

<sup>①</sup> 赵旭东主编：《新公司法条文解释》，人民法院出版社2005年版，第82页。

东大会。新《公司法》第38条的规定股东会行使下列职权：“（一）决定公司的经营方针和投资计划；（二）选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；（三）审议批准董事会的报告；（四）审议批准监事会或者监事的报告；（五）审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；（六）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损的方案；（七）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（八）对发行公司债券作出决议；（九）对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；（十）修改公司章程；（十一）公司章程规定的其他职权。”而旧《公司法》中的规定是：“……（二）选举和更换董事，决定有关董事的报酬事项；（三）选举和更换由股东代表出任的监事，决定有关监事的报酬事项；（十）对股东向股东以外的人转让出资作出决议。”新《公司法》第38条第1款规定有限责任公司股东会的职权，是将旧《公司法》第38条第（2）项和第（3）项进行合并，并删除了第（10）项，增加了第（11）项“公司规定的其他职权。”没有兜底条款的旧《公司法》第38条和第103条可以理解为条文只是列举了股东会的职权，并不妨碍公司在不违反强行法规定前提下，通过公司章程之规定加以变更，没有兜底条款的董事会职权也可做相同理解。变更即既包括调整股东会与董事会之间的职权分配，也包括通过章程的规定增加董事会与股东会的其他职权。而新《公司法》第38条第1款第（1）项至第（10）项和第47条第（1）项至第（10）项所列举的是股东会与董事会之法定职权，由于二者职权性质之不同，二者之间不能通过公司章程之规定相互变更，也不能互换。否则，违反《公司法》，而违反强行法规定之章程无效。

**三、我国关于董事产生之具体规定。**公司董事处于公司治理结构之核心环节，各国公司法律对董事人选之产生皆有着严格法律规定。根据我国《公司法》第109条之规定，股份有限公司董事会成员为5~19人，董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数时，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。由此可见，公司董事一般由股东会选举产生，也即符合了《公司法》第38条第1款第2项之规定：股东会选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项。另外，《公司法》第54条也规定：两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表，董事会中

的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。此即董事产生的选举制。

在国有独资公司中，其董事会成员则是由委派产生。《公司法》第68条规定，国有独资公司的董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。另外，在《中外合资经营企业法》中规定，合资经营企业公司章程可以规定特定人员为公司当然董事甚至终身董事、或董事长等。如该法第6条第1款规定，合营企业设董事会，其人数组成由合营各方协商，在合同、章程中确定，并由合营各方委派和撤换；董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生；中外合营者一方担任董事长的，由他方担任副董事长；董事会根据平等互利的原则，决定合营企业的重大问题。此即所谓董事委派与协商产生之特定制。

增补董事方式与原始董事之产生方式是否可存在一定之差异？《公司法》对此并未作出特别规定与安排。正因如此，在我国现行公司法制度下，一般认为，两者不应该存在差异。因为董事作为董事会成员应有相同之权利空间，不应因先选或后选关系而有差别，任何人只要具有董事资格便享有相同之董事权利。实践之中，很多公司规定了分期分级董事会条款，也被称为“交错选举董事条款”。其典型的做法就是公司章程中规定，董事会分成若干组，每一组有不同之任期，每年都有任期届满之董事被改选，新选任之董事与原始董事具有相同权利，其目的便是为了防御敌意收购。如果增补董事与原始董事产生方式存在差异，则该制度也就没有适用之空间。但是，越来越多的人倾向于认为，对于替补董事，应当赋予公司董事会一定之权利，或至少公司在其章程之中可以对此作出特别安排，如本案之该选董事等决议，即并非当然无效。

#### 四、公司章程与公司法对董事任免方式产生冲突时效力究竟该如何把握。

新《公司法》的修改特点之一，就是大幅增加了任意性规范适用范围，并且强化了公司章程的自治功能，赋予公司更大的自治空间。但需明确的是，即便公司章程的自治性提高了，但也并非毫无条件的任由股东制定，无论是制定还是修改公司章程，均必须在法律、行政法规允许之范围内。公司章程作为公司行为准则，对公司内、外关均作了约定与规范，依据法律，公司章程记载事项可分为：绝对必要记载事项、相对必要记载事项与任意记载事项。其中绝对必要记载事项为章程必不可少之事项，是章程之要素，其中一项记



载违法，将可能导致该章程条款无效，甚至是公司设立之合法性受到影响。那么，关于董事选任机构与方式是否属于公司章程绝对必要记载事项呢？

一般认为，公司法对股东选任董事权利之规定属于权力分配之核心结构性条款，各国法律都将选举董事方式与程序列入法律强制性规定之范围内，属于绝对必要记载事项，不能任意通过公司章程放弃或是改变。如同上文分析，董事会作为公司依法必须设置的核心治理机构，对公司经营有重要意义，按照我国《公司法》第47条和第109条，列举规定了董事会之职权范围，多数学者将这些职权归纳为对公司重大事务之决定权，影响着公司之经营。因此，也就不能任意允许公司章程擅自修改《公司法》当中关于选举董事机构权限及方式之规定，而是必须按照《公司法》之相关规定，才能更好地保证公司统一法律模式运作以及市场整体机制之稳定。但关于董事会组成之细节，在一定程度允许当事人以公司章程方式做出改变，像《公司法》第45条第1款有关董事人数之规定、董事任期等，只要符合法定最低标准，即应允许公司自治。

所以，当公司章程关于董事选举机构与方式与公司法规定不一致时，一般应当认定该类章程条款为无效。但是，也应允许公司章程在法定最低限度内或与法律精神并不实质违背情形下，尤其是当公司确有替补董事需要时，可以预先设定必要的替补方式，以此尊重公司之意思自治。

结合本案而言，本案被告公司章程中规定：“股东大会闭会期间，董事人选有必要变动时，由董事会决定，但所增补的董事人数不得超过董事总数的三分之一。”法院裁判认定如此章程条款违反公司法等规定，实质是认为按照我国公司法规定，公司董事会无权自行产生董事，即所谓董事皆应由公司股东会产生。但是，正确理解我国公司法，选举与更换董事之一般权利原则上应由股东会行使；但如本案公司章程，考虑其公司为股份有限公司，为公司运营之中可能遇到的董事人选变动需要，为节省公司治理成本而避免凡董事变动即应召开股东会之繁琐，经股东事先同意在公司章程中明确赋予公司董事会一定比例之增补董事之权限，从更有利于公司治理运行之角度而言，从弥补公司法之原则规定所存在之缺陷而言，也完全可以认为这并不实质违反公司法之规定。本案裁判尽管依法律来衡量并无不当，但从公司实际运营乃至尊重公司意思自治角度而言，仍值得推敲。

## 经理诉公司主张董事会决议无效

### 【关注焦点】

作为董事会成员之董事，是否有权诉请主张董事会决议无效？如果说可以的话，那么应当受到怎样的限制？是否董事有权对任何内容之董事会决议诉请主张无效？

### 【基本案情】

原告：钱某

被告：甲激光加工有限公司

被告：王某

原告钱某系被告甲公司的董事，并担任甲公司的总经理职务；被告王某则为被告甲公司的董事长，担任法定代表人之职。被告甲公司系中港合资企业，系由A上海公司与B香港公司共同投资成立，A公司委派原告钱某以及被告王某作为甲公司董事，B公司委派唐某、付某为甲公司董事。2002年7月3日，由董事王某、唐某以及甲公司副总经理沈某签名形成了甲公司董事会决议，免去了钱某总经理职务，并决定在任命新的总经理之前，甲公司的日常工作由副总经理沈某负责。次日，被告王某以上述决议为依据，向18家单位发传真，通知原告被免职一事；同时，在原告出差之机，以董事长的名义召集全体员工会议，宣布以上决议，免去原告的总经理职务，并将经理室

等处的门锁更换，以至于原告不可能再行使总经理职务。原告认为，被告王某的行为侵害了其合法经营权和個人名誉权，给其造成极其不良影响，使其精神上受到了损害，故诉至法院，请求判令两被告在2002年7月3日签署的甲公司董事会决议无效，由被告王某赔偿原告精神损失费2000元。两被告则辩称：甲公司的董事会决议在形式及内容上均是合法的，由于原告失职并卷走公司的财产，公司在紧急情况下依章程召开临时董事会，作出了免去原告总经理职务的决议，该决议是合法有效的，应驳回原告的请求。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：原、被告双方在庭审中围绕2002年7月3日的董事会决议在形式上、内容上是否符合公司法及甲公司的章程展开了激烈的争论，但是，原、被告双方争论的问题并不是本案的争议焦点，本案的争议焦点是原告是否有权主张董事会决议无效？原告的主张是否属公司法调整？依照《公司法》有关规定，董事会应向股东负责，如果董事会的决议侵害了公司股东的利益，股东则有权按《公司法》的有关规定行使股东权，以维护其作为公司股东的合法利益。原告钱某并非甲公司的股东，只是股东委派的董事，董事会决议对作为董事的钱某本身无实质性的损害，如有损害，也仅损害股东的利益，而董事无权就董事会决议是否侵犯了股东的利益提出诉讼主张。至于原告认为由于董事会决议的无效导致决议所作出的免去原告总经理职务的决定侵害了原告的利益，则不属于《公司法》调整范围。原告作为甲公司的总经理如认为甲公司及其法定代表人王某的行为使原告无法履行总经理职权，实际上剥夺了原告的劳动权，原告则完全可通过其他途径行使权利。综上所述，原告作为甲公司的董事和总经理，要求宣告甲公司董事会决议无效于法无据；原告认为被告王某的行为造成了其精神损害，要求王某赔偿其精神损失费也同样于法无据，故本院对原告的请求难以支持。据此判决：驳回原告钱某的诉讼请求。

## 【裁判解析】

本案系因董事诉公司主张董事会决议无效而引发之纠纷。董事会作为公司权力执行机关，在公司治理中起着至关重要的作用，其法定职权之一便是决定聘任或者解聘公司之经理。董事会应向股东负责，如果董事会之决议侵害

了公司股东利益，股东有权按照《公司法》的有关规定行使股东权，以维护其作为公司股东之合法权益，而作为股东委派之董事，能否对董事会决议提出无效之主张呢？作为董事会法定职权之一的总经理任免权属在新旧《公司法》中是否有不同的规定？经理可否对解聘自己的董事会决议提出质疑，甚至要求精神损失赔偿？

**一、总经理任免之权属。**经理是因公司规模逐步扩大，为提高董事会运作效率而产生的董事会之下的一个人数更少、更精练之执行权力中心，是为了执行董事会决策所设立之公司业务执行机关。在传统公司治理结构理论中，经理就是接受董事会委托，对内进行公司实际业务之管理，在董事会授权范围内对外代表公司之高级管理人员，公司董事会与经理之间一般认为属委托人与被委托人之关系，由于传统公司法遵循的股东会、董事会、监事会相互制衡之理念，所以经理仅作为董事会之附属机关，其产生与活动根据均来源于董事会授权，同时还受到股东会与监事会之监督。从公司经理之产生来看，董事会应当是委托关系中之被代理人，经理是为了执行董事会决策而设立之业务执行机关，它依照法律及董事会之授权而产生，并非由股东或股东大会而产生。

不论是新《公司法》还是旧《公司法》，均规定股份有限公司与有限责任公司经理之任免权限均归公司董事会。如旧《公司法》在其第46条第（9）项规定的董事会职权之一便是：“聘任或者解聘公司经理（总经理）（以下简称经理），根据经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项。”新《公司法》在第47条第（9）项关于董事会的职权也规定：“决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项。”新《公司法》第50条还规定：“有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘，经理对董事会负责。”由此也可看出，经理之产生一般是依照法律规定或者由公司章程之任意设定，并且经过董事会之委托授权，有无必要设定经理可以由公司根据自身业务状况确定，法律并没有对经理设立作出强制性规定。经理之设置本是为了保证董事会所作决策与方案能够贯彻实施，以达到预期效果，经理进行活动时应以股东利益为行为目的与动机，并且从根本上说应为股东利益服务。

然而，随着公司规模进一步扩大，董事会的规模也越来越大，同时由于其又是会议制度，决策之效率就受到很大影响。因此，董事会在公司管理方面的权限又有所减弱，公司经理之权力则越来越得到增强，公司法人治理结构之权力中心有越来越向“经理中心主义”转变之态势。“作为经理之权利

日渐扩大，作为股东之地位日益消退。随着公司之日益发展，小业主把资产抵押给不断扩大之大财团，而他们又是由分散之小股东所组成。股东日益依靠雇用经理，他们不仅仅处理公司日常事务，而且为公司制定长远目标和经营战略方针。董事会在理论上代表企业主，但是他们对企业之管理正日益生疏，并且对企业之管理也拙劣无能，他们成为象征性的指挥者。”<sup>①</sup>

所谓“经理中心主义”，其实是在公司从股东会中心主义向董事会中心主义转变过程中，董事会相对孱弱，经理权逐步加强而形成的一种发展态势。在现代大型公众公司中，董事会自身权力萎缩，董事会之独立性似只存于理论层面，董事会之决策权实际却由公司之经营层来掌握，公司之经营决策权在实际运作中被掌握在经营者手中，形成了席卷全球的经营者革命。<sup>②</sup>对于“经理中心主义”出现之原因，学者们概括了以下几点：（1）知识在知识经济时代已经成为一种重要生产要素，知识之所有者与资本所有者是一样的，公司经理作为专业管理知识之拥有者，理应有类似于股东之权益；（2）经理层控制着“表决权代理机制”，大型公众公司之管理层本身为官僚体系，无论是股东会或是董事会皆无力涉足公司具体业务活动；（3）董事会制度上之缺陷导致它对经营层之监督与约束缺乏力度，经营者容易肆意滥用权力。<sup>③</sup>根据我国《公司法》，经理为公司之经营管理者，其职权由法律列举及章程授权相结合两种方法获得，而非单纯之职权法定。经理作为公司高级管理人员之一，负责公司日常经营活动，并拥有为实现有效管理所必要之权利，这些均为经理扩大或者滥用职权提供了便利条件。

**二、本案是否存在有效之董事会决议。**董事会决议是公司董事会对某一或某些事项作出决定的具体表现形式，是董事会这个公司法人机关意思表示之外化表现形式。根据《公司法》规定，公司重大事项之处置，均须由董事会作出决议。如决定公司之经营计划与投资方案、制定公司年度财务预决算方案以及公司利润分配方案、弥补亏损方案等等。董事会决议不仅是公司进行这些内部管理行为具有法律效力之要件，更是公司作为一个独立民事法律关系主体对外进行民事法律行为有效之构成要件之一。因此，就要求公司在实施法律或章程规定的须经董事会决议之法律行为时，不仅要作出董事会决

① [美] 托夫勒：《第三次浪潮》，新华出版社1996年版，第63页。

② 嫣梦莹：《论公司治理结构中的董事会与经理的关心》，载《河北法学》2006年6月，第6期。

③ 嫣梦莹：《论公司治理结构中的董事会与经理的关心》，载《河北法学》2006年6月，第6期。

议，而且要严格遵循《公司法》关于董事会决议之程序与实体规定，以保证董事会决议之效力。否则，即有可能因董事会决议存在瑕疵而导致董事会决议之无效或可撤销。

一般而言，对某一法律行为效力之判断，主要是看其是否违反强制性规范，董事会决议即是一种团体性法律行为。因此，看其是否有效，也应该从其是否违反强制性规范出发进行判断。《公司法》第112条对董事会会议之议事规则作了明确规定：“董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，实行一人一票。”本案之中，法院在审查时，对公司董事人数并未做具体查明，以至于对董事会有效表决票数无法界定。对公司当时合法有效董事人员身份也未作查明，以至于对参与董事会表决之人是否享有表决权也难以把握。另外，对公司章程规定的董事产生模式也未加查明，如果采取的是股东委派制，公司董事会就无权对董事予以罢免或解聘。因为董事职位的取得往往是公司股东之间妥协的结果，董事职位的维持是公司股东实现投资回报之前提，因此，公司章程可以对其职位之获取与丧失设定必要之規制机制。大多数大陆法系国家均承认法人之董事资格，在法人被任命为董事情形下，它必须指定一名常任代表，并享有与自然人董事一样之权利，承担相应之义务与责任，此时公司董事会即无权对董事予以罢免或者解聘。虽然《公司法》对法人能否作为董事未做明确规定，但考虑到我国与大陆法系较接近，且法律并未做禁止性规定，应当认为法人作为公司董事并无不可。此外，本案之中对法律或公司章程关于总经理产生方式也未加进一步查明，如果法律或章程明确由特定人员或股东一方担任公司经理，董事会同样亦无权对特定经理予以解聘。例如，我国《中外合资经营企业法》即规定，正副总经理（或正副厂长）由合营各方分别担任，对于这特别规定或约定之经理人员，公司董事会原则上无权解聘。

**三、经理可否对解聘自己之董事会决议效力提出质疑。**对于公司高管因董事会决议不当罢免其职务而寻求诉讼救济的，法院应当根据不同请求权之基础，区别不同法律关系，正确适用不同之法律规定作出相应裁判。聘任与解聘总经理为公司董事会之法定职权，只要董事会决议在程序上不违反《公司法》及公司章程之规定，内容上不违反公司章程规定，召集程序、表决方式上均无任何瑕疵，法院对解聘事由是否属实一般不予审查与认定，其对董事会决议效力亦不构成实质之影响。

本案原告可以经理身份提起诉讼。享有劳动者身份之经理是介于雇主与

雇员之间的特殊群体，其与公司的劳动关系具有与一般劳动者不同之特征，他们与公司之间的劳动关系在法律适用时，既应考虑适用《劳动合同法》，还要考虑适用公司法对高管人员劳动关系之特别规定。从公司法角度来讲，经理属于公司事务之执行代理人，由董事会聘任与解聘，并对董事会负责，享有经营事项执行权，作为公司代理人享有公司法授予之法定代理权限、公司章程及董事会授予之委托代理权限，经理作为公司法上享有特定权利与义务之对象，其行为及人身均受到法律约束，当董事会决议之形成使其人格权利或民事权益遭受侵害，或遭受明显不公正之待遇时，司法应当进行干涉，以保护其合法权益，维护董事会决议形成之合法性与公正性及公司法律关系之稳定。从劳动法角度来看，公司经理与公司签有劳动合同或存在事实劳动合同关系，可依照《劳动合同法》以公司为被告提起劳动争议之诉，法院则应根据《劳动法》与《公司法》之相关规定具体审理。

本案之中，兼任经理之董事，也可以董事身份直接对其认为侵害其合法权益的公司董事会决议效力提出质疑，因为这原本也是董事职责所在，董事为自己利益也可以提起诉讼，如果其认为公司董事会决议内容损害其人身、财产或者其他民事权益的，完全可依据《公司法》等相关规定以公司或相应行为人为被告提起侵权或损害赔偿之诉，法院亦应据此予以受理并作出裁判。但本案判决却认为，原告钱某并非甲公司的股东，只是股东委派的董事，董事会决议对作为董事的钱某本身无实质性的损害，如有损害，也仅损害股东的利益，而董事无权就董事会决议是否侵犯了股东的利益提出诉讼主张；至于原告认为由于董事会决议的无效导致决议所作出的免去原告总经理职务的决定侵害了原告的利益，则不属于公司法调整范围。这样的判词显然不当。原告作为甲公司总经理身份的高管人员，对于解除其职务的决议效力完全可以提出诉讼，尤其是像本案事实，甚至连最起码的有效的董事会决议也许都不存在，凭如此决议即解除其职务，显然难以成立。类似观点与主张在《公司法解释（四）》（草案）中也获得引证与支持。如该草案解释第1条关于公司决议（含董事会决议）无效之诉的原告主体即规定：“与股东会或者股东大会、董事会决议内容有利害关系的公司股东、董事、监事、公司职员，可以请求确认股东会或者股东大会、董事会决议无效。”这里即明确将董事列为可以主张董事会决议无效的原告诉讼主体。事实上，董事、或如本案原告兼任总经理的董事，对于解聘自身职务的董事会决议提起效力之诉，是最为正常、最为常见的高管有关公司决议效力之诉讼，而本案判决却认为不妥，这仅是旧《公司法》下的错误观念与认识，在新《公司法》施行之后，如此判决理

由显有不妥。

**四、关于本案原告要求被告王某赔偿精神损失之简要点评。**所谓精神损害，是指侵害自然人之合法权益，从而造成其生理上与心理上之损害，最终表现为其精神痛苦和精神利益之丧失或减损。《民法通则》第120条规定：“公民的姓名权、肖像权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。”2001年最高人民法院之司法解释中又将其范围进一步扩大，将具有人格象征意义之特定纪念物所体现的精神利益等也作为保护对象。一般认为，精神损害赔偿的范围包括：因侵犯人身权导致之精神损害，因侵犯财产权造成之精神损害，因违约造成之精神损害等。本案之中，董事会决议既未违反法律强制性规定，也没有对原告钱某产生实质性损害，未侵犯钱某合法权益，其并无受到任何精神损失。因此，原告要求被告王某赔偿精神损失于法无据，不应获得法律支持。





137

## 累积投票制对董事选举效力之影响

### 【关注焦点】

累积投票制采用与否，对公司董事选举之结果将产生怎样不同之影响？如何认定公司是否应当采纳累积投票制度？本案控股股东之认定方式是否妥当？

### 【基本案情】

原告：甲公司

被告：乙公司

原告甲公司是被告乙（上市）公司的第五大股东，持股 11.5%。2003 年 6 月 20 日，原告收到被告发出的《2002 年年度股东大会选举董事、监事议案表决方法指引》，该指引提出对每位股东分别进行投票，按照得票多少确定当选的董事、监事，但每位当选董事的最低得票数必须超过出席股东大会股东所持有股份的半数。原告于同年 6 月 23 日向各股东、董事会董事发出《甲公司关于〈表决方法指引〉的意见》，原告指出《表决方法指引》选举董事、监事的计票方法存在严重问题，应该实行累积投票制。同年 6 月 25 日，被告复函各位董事，载明《表决方法指引》的目的在于提交各董事讨论，被告没有也不会要求各股东依照执行。股东、董事就《表决方法指引》争议问题未达成一致意见。2003 年 6 月 27 日，被告在其会议室召开了股东大会，在会上

原告以及被告第一大股东丙投资有限公司要求股东大会解决争议问题，但股东大会未解决上述争议问题即要求各股东代表进行投票。由于第二、三、四大股东采取了一致行动并按照被告发出的《表决方法指引》计票选举董事，其持股数占出席大会股东所持表决权的55.12%，这导致依被告章程应选举9名董事，却只选出6名。另外，依照被告公司《章程》，被告应聘任适当人选担任独立董事，其中至少包括一名会计专业人士（会计专业人士是指具有高级职称或注册会计师资格的人士），但是选举结果是有2名会计专业人士参选独立董事却无一人选上，选出的两名独立董事均不是会计专业人士。据此，原告认为被告股东大会表决程序、表决方式违反法律和章程的规定，要求法院判令被告股东大会有关董事选举的决议无效，被告第四届董事会没有依法成立，责令被告停止侵权。

原告认为：本次股东大会有关董事的选举违反法律和公司《章程》的规定，被告关于本次股东大会有关董事选举的决议应当依法宣布无效。理由是：（1）被告《章程》第115条第3款规定：“公司聘用适当人选担任独立董事，其中至少包括一名会计专业人士（会计专业人士是指具有高级职称或注册会计师资格的人士）。”但选举结果表明，6名独立董事候选人中2名会计专业人士无一人当选，显然有关独立董事的产生已经违反被告《章程》的规定，独立董事的选举是无效的。（2）《上市公司治理准则》（简称《准则》）第31条规定，“控股股东比例在30%以上的上市公司，应当采用累积投票制。”所谓“应当”是必须的意思，不是说“可以”，而是说“必须”，条件是“控股股东”比例在30%以上的上市公司。什么是《准则》第31条所指的“控股股东”？被告《章程》第42条明确规定：“本章程所称‘控股股东’是指具备下列条件之一的股东：①此人单独或者与他人一致行动时，可以选出半数以上的董事；②此人单独或者与他人一致行动时，可以行使公司30%以上的表决权或者可以控制公司30%以上表决权的行使；③此人单独或者与他人一致行动时，持有公司30%以上的股份；④此人单独或者与他人一致行动时，可以以其他方式在事实上控制公司。本条所称‘一致行动’是指两个或者两个以上的人以协议的方式（不论口头或者书面）达成一致，通过其中任何一人取得对公司的投票权，以达到或者巩固控制公司的目的行为。”被告《章程》第78条还规定：“股东（包括股东代理人）以其所代表的有表决权的股份数额而行使表决权，每一股份享有一票表决权。”根据中国证监会颁发的《准则》和公司《章程》的规定，本次股东大会董事、监事选举应当采用累积投票制，而被告采用的计票方式不仅公司《章程》没有规定，而且违反了

《准则》和公司《章程》的规定，因而本次股东大会的投票和计票程序不符合法律。

被告认为：（1）股东大会关于董事会成员选举所采取的投票表决方式符合法律和公司《章程》的规定，“累积投票制”不适用于被告，被告章程没有规定“累积投票制”；（2）两名独立董事的当选符合章程规定的条件，对任何一名独立董事的当选资格均不应予以否认。

## 【审理要览】

一审法院审理认为：被告《章程》第42条规定，公司章程所称的“控股股东”是指具备下列条件之一股东：（1）此人单独或者与他人一致行动时，可以选出半数以上的董事；（2）此人单独或者与他人一致行动时，可以行使公司30%以上的表决权或者可以控制公司30%以上表决权的行使；（3）此人单独或者与他人一致行动时，持有公司30%以上的股份；（4）此人单独或者与他人一致行动时，可以以其他方式在事实上控制公司。被告公司的股东采取一致行动扮演了《章程》规定的“控股股东”的角色，根据证监会《上市公司治理准则》第31条规定：“控股股东控股比例在30%以上的上市公司，应当采用累积投票制。”被告在庭审中称，其他股东不约而同的作出了相同的行为，不选举本案原告及第一股东推选的候选人为董事。这说明了被告股东采用了一致行动，出现了《章程》预先规定的“控股股东”，并违反了《章程》第41条规定的“控股股东”不得作出有损于公司和其他股东合法权益的规定。因此，2002年度股东大会有关行使董事选举中未采用累积投票制是违反相关法律及公司《章程》规定的，应当宣布无效。据此作出判决，支持了原告的诉讼请求。被告不服，提起上诉。

二审法院审理认为：按照《上市公司治理准则》和《上市公司累积投票制》操作指引的规定，出现控股股东的情形，应采用累积投票制进行董事选举。最终选择何种投票制度进行董事选举，还应从最大化实现公司和全体股东利益出发，避免多数股东滥用其地位恶意侵害公司和少数股东利益，充分体现公平公正和诚实信用原则。因此，在召开股东大会前遇到股东对表决方式争议较大特别是股东提出累积投票要求时，首先应该就该争议问题提交各股东表决决定采用合理合法的表决方式进行选举。本案中，被告在股东大会召开前，对原告提出投票方式的意义及要求没有提交各股东讨论表决达成共识，而是强行采用直接投票制进行董事选举，显属程序不当，应予纠正。据

此判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案系因对公司股东大会选举董事与监事是否应适用累积投票制度而引发之纠纷。《上市公司治理准则》中首次引入了董事选举累积投票制，后来在新《公司法》中对累积投票制度也作了明确规定，目的在于适当或必要地维护中小股东参与公司经营之权利。本案之中，原告甲公司作为被告乙公司之股东要求乙公司根据其公司章程规定，在股东大会选举董事时实行累积投票制，而被告乙公司则认为累积投票制不适合于被告，且以被告章程中也没有规定必须实行累积投票制为由提出抗辩。最终一、二审法院均援引被告公司章程规定及证监会《上市公司治理准则》关于控股股东控股比例达到30%必须实行累积投票制之规定，认为本次股东大会之投票与计票程序不符合法律，判令被告通过之公司决议无效。那么，累积投票制之采用与否，对公司董事选举之结果究竟将产生怎样不同之影响？如何认定公司是否应当采纳累积投票制度？本案控股股东之认定方式是否妥当？

**一、累积投票制度之法律意义。**所谓累积投票制，是指股东所持的每一股份都拥有与股东大会拟选举的董事或者监事数量相等的投票权，股东既可以把全部股票集中选举一人，也可以分散选举数人，最后按得票多寡决定当选董事或者监事之法律制度。与累积投票制相对应的为直接投票制。所谓直接投票制，是指在行使股东会表决权时，针对某一项决议，股东只能将其持有股份代表的表决票数一次性直接投在这些决议上，而且股东将其全部表决权集中投向一名候选人时，其拥有的投票权总数不超过其股份总数。

累积投票制起源于英国，世界上最早的累积投票制法律渊源表现为宪法规范，而非公司法规定。<sup>①</sup> 股东累积投票制最早成文见于美国伊利诺斯州1870年《伊利诺斯州宪法》第三章第11条的规定：任何股东在法人公司选举董事或经理人的任何场合，均得亲自或通过代理人行使累积投票权，而且此类董事或经理不得以任何其他方式选举。随后，该州《公司法》也规定了累积投票制度。至20世纪50年代，美国有二十多个州在其宪法或制定法中规定了累积投票制度。

<sup>①</sup> 梅慎实：《现代公司机关权力构造论》，中国政法大学出版社1996年版，第203页。

2002年初颁布实施的《上市公司治理准则》首次在我国引入了关于董事选举的累积投票制。该准则第31条规定：“在董事的选举过程中，应充分反映中小股东的意见。股东大会在董事选举中应积极推行累积投票制度。控股股东控股比例在30%以上的公司，应当采用累积投票制。采用累积投票制度的上市公司应在公司章程里规定该制度的实施细则。”新《公司法》第106条对累积投票制也作了专门规定：“股东大会选举董事、监事，可以根据公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。本法所称累积投票制，是指股东大会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。”

在累积投票制度发展史以及现存立法中，有关累积投票制度之立法出现了两种制度，即强制性累积投票制与许可性（或自愿性、选择性）累积投票制。其中许可性累积投票制又分为选出式与选入式两种模式。所谓选出式，是指除非公司基本章程或附属章程排除了累积投票制，即应实行累积投票制度。所谓选入式，是指除非公司基本章程规定了累积投票制，否则不实行累积投票制。随着公司之发展，累积投票制度经历了从强制性累积投票制向许可性累积投票制的一般转化态势。目前，采取强制主义施行累积投票制立法模式之国家越来越少，大多数国家与地区之公司立法更趋向于许可主义模式。累积投票制立法模式由强制主义向许可主义转变，表明各国与地区随着现代企业制度之成熟与公司治理结构之完善而呈现出一种渐趋宽松之发展态势，立法者宁愿将选择之权力交由公司股东并尊重其意思自治之结果。

累积投票制作为中小股东利益保护机制之一，其价值在于使中小股东有机会选出代表自己利益之董事或监事入主管理层，制衡控股股东及其可能操纵之董事会与监事会，防止其实施侵害中小股东利益之行为，扩大小股东之话语权，增强小股东表决权之含金量，弱化控制股东之话语霸权。累积投票制可以降低集中决策之风险，并有效监督大股东在董事会之代表，防止其滥用权力。这里包含双重含义，一方面，从消极方面来讲，防止大股东作出不利于中小股东或不利于公司之决策。另一层面从积极角度讲，累计投票制度也为中小股东提供了一个表达意志的渠道。累计投票制在制度设计上，比直接投票制具有较大优势。它通过票数之累积计算，扩大了股东表决权数量；通过限制表决权之反复使用，限制了大股东对董事监事选举之控制力，保护了中小投资者之投资热情，符合资本社会化原则。累积投票制将制约机制引入董事会内部，通过选举代表不同利益之董事来架构并完善董事会之内部制衡机制，从而在一定程度上弥补了股东会与外部制衡机制之不足，可以有效

防范董事会滥用权力而侵犯中小股东合法权益现象之发生。

累积投票制度存在一个从强制性向许可性转变的趋势，多数采用累积投票制度之国家与地区在股东投票权制度上之立法政策也几渐趋宽松。我国即将累积投票制设计为许可模式。如我国新《公司法》第106条规定：股东大会选举董事、监事，可以根据公司章程的规定或股东大会的决议，实行累积投票制。如无章程规定或公司股东会相关决议，则公司一般并不采取累积投票制。不容否认，累积投票制立法政策，与现代企业制度之成熟及公司治理机构之完善相适应，目前我国建立现代企业制度之实践尚处于起步与探索阶段，因此有必要积极推行甚至扩大累积投票制的适用。《上市公司治理准则》第31条就规定：“在董事会的选举过程中，应充分反映中小股东的意见。股东大会在董事选举中应积极推行累积投票制度。控股股东比例在30%以上的上市公司，应当采用累积投票制。”目前，对大股东持股比例低于30%的上市公司以其他股份公司，仍不作强制性要求，多数公司因此很难主动积极地采用累积投票制。

**二、本案应否要求被告公司采用累积投票制。**本案被告公司作为上市公司，规范上市公司行为的《上市公司治理准则》应优先获得遵循。《上市公司治理准则》第31条规定控股股东比例在30%以上的上市公司，应当采用累积投票制。这里所说的“应当”即为“必须”之意，即只要被告公司控股股东比例达到30%以上即必须采用累积投票制。而被告在其公司《章程》第42条明确规定：“本章程所称‘控股股东’是指具备下列条件之一的股东：①此人单独或者与他人一致行动时，可以选出半数以上的董事；②此人单独或者与他人一致行动时，可以行使公司30%以上的表决权或者可以控制公司30%以上表决权的行使；③此人单独或者与他人一致行动时，持有公司30%以上的股份；④此人单独或者与他人一致行动时，可以以其他方式在事实上控制公司。本条所称‘一致行动’是指两个或者两个以上的人以协议的方式（不论口头或者书面）达成一致，通过其中任何一人取得对公司的投票权，以达到或者巩固控制公司的目的行为。”

本案之中，被告辩称其他股东是不约而同的作出了相同的行为，但这实际已经说明被告股东采用了一致行动，出现了《章程》预先规定的“控股股东”。可见，被告已经构成控股股东范畴，满足了应当采用累积投票制的规范要求。该公司《章程》第78条还规定：“股东（包括股东代理人）以其所代表的有表决权的股份数额而行使表决权，每一股享有一票表决权。”而被告在股东大会召开前，对原告提出投票方式的异议及要求并没有提交各股东讨论

表决以达成共识，而是强行采用直接投票制进行董事选举，这已经侵犯了小股东权益，且出现了损害小股东利益之不当后果。根据《上市公司治理准则》及被告公司《章程》规定，本次股东大会董事、监事选举应当采用累积投票制，而被告采用之计票方式不仅公司《章程》没有规定，而且也违反了《上市公司治理准则》和公司《章程》规定，因而本次股东大会之投票与计票程序不符合法律，本案被告公司应当采用累积投票制。

**三、控股股东之法定定义理解与把握。**对于控股股东，《公司法》给出了明确定义。《公司法》在第 217 条规定：“控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占有限责任公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。”可见，对控股股东之界定分为两类，一类是公司出资或股份 50% 以上的持有人，二类是表决权已足以对股东会、股东大会之决议产生重大影响之股东，这一类范围把握起来可能较宽。现代国家一般都采取实质标准来确认控股股东，即判断某股东是否拥有对公司之控制力，对公司之经营决策能否有经常性、支配性影响，是否能够实施利用自己某种优势地位以自己意思支配和利用公司财产之行为。一般而言，“控制力”之有无可以从以下三个方面予以综合考量：（1）有支配公司之意思；（2）对公司之主要营业活动实施了控制，通常表现为对公司之重大经营决策施加了影响或控制，从而按其意思贯彻经营战略；（3）对公司之控制是持续的、强制的。<sup>①</sup>

控股股东利用其股权的简单多数控制、操纵股东大会作出有利于自己之决定，包括制定公司重大战略决策与投融资计划、决定监事会与经理层之人选，由于受自身利益之驱动，上市公司控股股东在决定公司事务时常常可能会侵犯公司及小股东之利益。因此，为了规制控股股东之行为，两大法系对控股股东皆规定了特定之法律义务，这些对控股股东义务与责任之规定均围绕其诚信义务而展开。

在普通法系，董事对公司及中小股东负有诚信义务，对股东而言，却一般并不认为负有此项义务。但由于控股股东往往通过行使股权、派遣董事等方式对公司行使经营管理权，因此，普通法系国家一般也均对控股股东像董事一样课以诚信义务，要求控股股东在为自身利益行使表决权时，不得损害公司及少数股东利益。大陆法系对控股股东也课以诚信义务。如德国《股份

<sup>①</sup> 吴民许：《控制股东义务基础的比较法研究》，载《河北法学》2007 年第 12 期。

公司法》第 309 条即规定：存在支配合同的，支配企业之法定代理人在向公司下达指标时应有一个正直的、负有责任心的业务领导人的细心；如果他们违反了其义务，应当作为连带债务人对公司因此而受到的损失负有赔偿义务；如在诉讼中，他们对自己的行为负有举证责任。<sup>①</sup>《公司法》虽然对控股股东也有类似规定，但从现行立法来看，控股股东利用非公允关联交易盘剥公司及中小股东利益之行为规制还十分粗浅。因此，借鉴世界各国已有立法经验对控股股东之义务与责任直接进行规制显得十分必要。《公司法》应当进一步规定控股股东之信义义务，允许少数股东依照《公司法》第 22 条之规定，以控股股东违反信义义务为由请求法院确认股东大会会议通过之相关决议无效，以此来保护中小股东之利益。



<sup>①</sup> 卞耀武主编：《德国股份公司法》，贾红梅、郑冲译，法律出版社 1999 年版，第 192 页。



138

## 股东状告上市 公司董事监事不履行法定职责

### 【关注焦点】

董事、监事是否履行法定职责之衡量标准是什么？董事、监事不履行职责时，应如何提起诉讼？

### 【基本案情】

原告：甲投资（有限责任）公司  
被告：周某等八名董事  
被告：章某等三名监事

2005年6月3日，乙公司第四届董事会第十六次会议通过了《关于丙集团收购事宜致全体股东报告书》，审查丙集团收购乙公司股权的行为并作出决议，各被告均参加会议，周某等八名董事均同意此报告。该报告书于2005年6月4日公布于上海证券交易所网站。

原告认为：周某等八名董事作出决议时，对丙集团收购主体资格不进行尽职调查，放任其任意修改、调整重要财务数据，同时，报告书中遗漏与本次收购有关的重大诉讼及收购方关联公司情况，侵犯了乙公司及原告（乙公司股东）的合法权利。而作为公司监事的章某等三人，在董事的行为损害公司及公司股东利益时，未进行有效监督并要求其予以纠正。故原告诉请法院

确认周某等八名董事于2005年6月3日通过发表的、乙公司董事会《关于丙集团收购事宜致全体股东报告书》中对公司控股权转让事项发表意见虚假，未尽到董事个人的诚信、勤勉、注意之受托义务，并赔偿原告公司专项调查费用2000元，对丙集团收购主体资格履行董事审慎尽职之调查，履行董事诚信、勤勉、注意之义务，重新各自发表符合事实的意见；判令作为公司监事的章某等三人忠实履行监管职责，对公司董事的行为进行有效监督等。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：甲公司以其11名被告未尽职责，侵犯乙公司及其作为乙公司股东利益为由提起侵犯公司利益诉讼，其诉讼请求中，既有要求赔偿其调查费的主张，亦有分别要求董事、独立董事、监事履行职责的主张。依据本案案由可以看出，受损害的应当是公司利益，即使甲公司行使股东代表诉讼，亦不应要求其自己的损失。因而，甲公司作为本案原告，其主体资格并不妥当。不论是国家法律、法规或公司章程规定，独立董事、董事、监事的职责不尽相同，每一个体均负有相应的职责，不能因其参加相同的会议或参与决策，即将他们的职责混而为一。故甲公司将11名被告在本案之中一并诉讼，亦属不当。再者，11名被告的涉诉行为，系乙公司召开董事会时履行其应尽职责，决议虽由董事会作出，但应视为系乙公司的行为，不宜将作为公司独立董事、董事、监事的个人作为被告提起诉讼。所以，本案原、被告主体均不适格。据此裁定：驳回原告起诉。宣判后，双方当事人均未提出上诉。

## 【裁判解析】

在当代公司治理模式中，如何维护股东权益是一个非常重要之课题。这是因为随着现代商品经济之迅速发展、随着公司规模之逐渐膨胀，公司治理之重心从股东会过渡到董事会，董事等公司高级管理人员对公司经营事务之管理权力越来越大，而股东对公司事务之控制力相对而言越来越弱。于是这就为某些董事等高管人员谋取个人私利、损害公司及股东利益提供了便利。为了保护无辜股东之利益，法律不仅为董事等高管人员设定了忠实与注意等义务，同时还为股东提供了股东直接诉讼与股东派生诉讼等法律救济途径。但法律在保护股东合法权益之同时，也应注重保护公司之正当利益，避免股

东滥用权利损害公司之正常经营秩序。本案即是这样一个股东滥用权利之案例，值得人们思索如何去实现股东、公司及董事之间之利益平衡。

**一、本案诉讼之性质分析。**涉及本案可能之诉讼主要有三种：股东利益受到损害之直接诉讼、股东派生诉讼与针对董事履行职责之诉。那么本案诉讼究竟为哪一类诉讼？

本案之诉是否为股东利益受到损害之直接诉讼？——不是！根据《公司法》第153条的规定，董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。本案之中，原告并未提出自身利益受到损害之任何证据，其仅请求被告等赔偿其为本案调查费用2000元，这并非主张被告等对其身为公司股东之利益受到损害，因而本案并不属于股东因其直接利益受到损害而发起之股东直接诉讼。

本案之诉是否为股东派生诉讼？——似乎也不是！尽管原告为公司股东、被告为公司高管人员，就这一原、被告模式似乎像股东派生诉讼，但公司本身（即乙公司）并未作为诉讼主体（无论是第三人、被告或原告等）追加进来。更为主要的是，原告也并未提出被告等损害乙公司或可能给乙公司造成损失且应当赔偿公司之具体诉求，对于股东派生诉讼而言，这一点至少是必要的。

本案之诉是否为针对董事履行职责之诉呢？——似乎也不是！《公司法》第148条规定了董事、监事、高级管理人员的忠实和勤勉义务，第149条详细列举了董事、高级管理人员的禁止行为。另外，《公司法》第150条还规定，董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。因此，法律详细地规定了董事等高管人员的职责，一旦董事等高管人员违反其职责、损害了公司利益，均应受到法律追究、承担赔偿责任。但是，根据《公司法》第152条之规定，在追究董事等高管人员之损害赔偿责任人时，存在两种诉讼模式。董事、高级管理人员执行公司职务时有违反法律、行政法规或者公司章程之行为的，有限责任公司之股东、股份有限公司连续180日以上单独或合计持有公司1%以上股份之股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事执行公司职务时有违反法律、行政法规或者公司章程之行为的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。此时，如果监事会、不设监事会的有限责任公司的监事或者董事会、不设董事会的有限责任公司的执行董事接受了股东的请求并以公司的名义向有违反法律、行政法规或者公司章

程之行为的董事、监事、高级管理人员提起诉讼，则此时为公司诉董事等高级管理人员损害公司利益之诉。本案中的原告是股东，而不是公司，因此，显然不属于该种诉讼模式。根据我国法律的规定，监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼，此即股东派生诉讼。可见股东派生诉讼需要满足一定条件即无法提起公司诉董事等高级管理人员损害公司利益之诉时才可以提起。而从本案案情中无从得知是否存在监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的任一情形，因此原告径行提起股东派生诉讼是不合适的。况且，即使符合法律规定之条件，但如前文所述，本案也非股东派生诉讼模式。由此可见，仅从本案原告对其诉讼性质把握之不准，即可驳回其诉讼请求。

**二、本案原告之实质诉求是什么？**本案之中，原告提出的诉讼请求着实令人费解，表面上是要求被告董事等对丙集团收购主体资格履行董事审慎尽职之调查，履行董事诚信、勤勉、注意之义务，重新各自发表符合事实的意见并要求作为公司监事之章某等三人忠实履行监管职责，对公司董事之行为进行有效监督等，但其实质诉求究竟为何？其意图为何？

1. 原告之实质诉求为请求确认董事会决议内容虚假而应被撤销？如果是这样，该诉虽然涉及董事职责，但主要应为公司董事会决议效力之诉，那么是否应当审查决议所依据之事实为虚假，以及原告调查事实是否属实，据此进一步判定公司决议是否应当被撤销？但原告这一诉请并不明朗。

2. 原告之实质诉求是反对公司被收购？如果是试图阻止公司被收购，应当根据公司决议规则凭其表决权在公司股东会上相抗衡，或以其调查之所谓事实说服其他股东共同阻止公司被合并，或直接对公司合并提出异议之诉，但原告这一诉请似乎同样不明朗。

3. 原告之实质诉求是请求董事会重新作出相关决议？原告诉求似乎有请求司法责令各董事、监事依法履行职责，并按其所谓调查的事实，重新就收购主体的资格等问题发表意见，那么原告调查的所谓事实是否真的属实？以及公司董事、监事凭什么就要按照一个股东的意见与建议发表自己之意见与观点？这样的诉讼请求本身也许就是过分的、苛刻的、强加于人的，这实际

并非要求各被告履行职责，而是要各被告按其意思行使，这样的诉讼请求显然更加难以获得最终支持！

**三、对本案原告诉讼失败原因之简要点评。**本案之中，原告提起之诉讼存在很多问题，包括诉讼性质把握之不准、诉求之不明以及诉讼针对之主体过大等。但这些并非导致其诉讼失败的最为主要之原因。最主要之原因实质是原告作为股东滥用了其权利，试图通过诉讼迫使被告董事、监事依照其意图行事从而实现其阻止公司被收购之目的。这种行为不仅与现代公司管理模式相违背，也严重干扰了公司之正常经营活动、损害了公司利益。原告其根本就不应发起这样之诉讼，如果其真是要阻止公司被收购，其主要精力应当放在公司股东会最终决议上，可以凭其股权、调查报告等反对、阻止收购，或在公司决议存在无效或可撤销情形下诉请确认公司决议无效或者诉请撤销公司决议。如果公司决议有效，而原告作为股东确实难以接受公司被收购这一决议与事实的，其亦可在阻止未能情形下，以对股东会或者股东大会作出的公司合并决议持有异议为由，要求公司收购其股份从而从公司中彻底脱身以保护其作为异议股东之最终利益。由此可见，现代公司法不仅一方面要注重保护股东尤其是小股东、异议股东之合法权益；另一方面，也要避免股东尤其是异议股东滥用其权利损害公司、董事等高管人员利益，要实现股东、公司、董事等高管人员三方之间利益之平衡与协调。





## 公司对其董事行为之法律责任

### 【关注焦点】

什么情形之下，董事在外行为对公司具有法律约束力，这是公司治理结构制度必须回答之问题，也是本案所要关注之法律问题。

### 【基本案情】

原告：某银行

被告：A 外贸发展公司

被告：B 香港投资有限公司

1992年12月23日，原告向A公司发放贷款金额450万美元，借款期限届满后，A公司仅偿还本金50万美元，其余本金及利息并未偿还。1994年9月13日，B公司董事吴某签署了一份致原告的《担保书》，称：“B公司谨此确认：如A公司在1995年6月30日前未全数清偿该公司与贵行于1992年12月23日签订的金额为450万美元，编号为第F9213号借款合同的债务，则由我司承担保证还款责任。本担保书为不可撤销担保，自本文签署之日起生效。”该《担保书》最后“B公司董事长”署名处，有吴某签名，但没有B公司印章。此后，原告曾多次向被告A公司发出《逾期贷款催收通知书》，并抄送担保人B公司，要求履行还款义务或保证义务，但两被告皆未履行。故诉至法院，请求判令A公司归还贷款及利息并由B公司承担连带保证责任。

据查明，B公司系1989年3月22日在香港依《公司条例》注册的私募有限公司，并获发公司注册证书；该公司现任董事为吴某及张某，吴某在B公司还持有10%的股份。1990年，吴某代表香港B公司与深圳市某公司合作成立深圳C工业城有限公司，1997年12月29日，A公司将原告银行获得的450万美元贷款转入B公司，用于B公司于深圳的C工业城项目，1993年，B公司与湖南岳阳某地产公司合资成立“湖南某地产开发有限公司”，该公司董事长为吴某。

原告认为：首先，本案应按照最密切联系原则确定本案合同争议所适用的法律。本案主合同《外汇流动资金借款合同》无涉外因素，应当适用中国法律；本《担保书》是上述主合同的从合同，虽然担保人系香港公司，但该《担保书》是在大陆境内签署并履行的，无论从担保合同本身，还是从合同附属于主合同角度，都明显地与中国法律具有最密切的联系，本案担保合同也应当适用中华人民共和国法律。其次，本案中的《担保书》依中国法律认定应属有效，B公司应当承担相应的担保责任。吴某以B公司法定代表人、董事长的身份在中国大陆投资开办的公司有数间，均经中国政府有关外商投资主管部门批准，所提供的有关法人行为能力的资料真实，吴某具有法定代表人资格。本案《担保书》中，吴某以董事长身份签署该文件也应具有法律效力。根据《涉外经济合同法》第7条，最高人民法院关于保证司法解释的有关规定，本案B公司出具的《担保书》是依法成立、具有法律效力的保证担保合同，即使适用香港法，B公司董事长吴某的职务行为依然有效。根据香港《公司条例》及有关判例，公司董事的权力及职责决定了董事有权代表公司订立正常业务合同。关于代理问题有“寻常权力”、“表面权力”、“不容否定的代理”等多项规则，公司董事对外行为效力不受有关董事任命或资格瑕疵影响，《担保书》产生的法律后果应由B公司承担。针对原告的起诉，B公司辩称：其公司是否具有担保能力以及吴某是否有权代表B公司作出担保的意思表示，应当根据香港的法律确定。首先，B公司是在香港注册登记的，按照《民法通则意见》第184条、《最高人民法院关于审理港澳经济纠纷案件若干问题的解答》第3条第（3）项的规定，B公司的民事行为能力应当依照其注册登记地香港的法律来确定。本案中，B公司是否具有出具《担保书》的民事行为能力，应当适用香港《公司条例》及其公司章程（包括公司章程大纲和章程细则）来确定。根据香港《公司条例》第5B条的规定，“任何公司的宗旨已在其章程大纲中说明，则该公司不得经营其章程大纲没有授权经营的任何业务，亦不得作出其章程大纲没有授权作出的事情”。B公司

的主要宗旨是公司章程大纲第(8)条规定的“购入或以其他方式获取永久业权、租借土地或其他土地或非土地财产,以及接受上述的认购权;经营一般土地持有公司、土地投资公司、土地及楼宇按揭公司、以及楼宇和产业公司所有或其中部分的一般性业务”,本案中的《担保书》也不符合B公司章程大纲第(41)、(42)、(43)、(44)条列出的公司可提供担保的情形。因此,本案中的《担保书》超越了B公司的宗旨和权利,对B公司没有约束力。其次,根据《最高人民法院全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要》中“关于法律适用问题”的规定,吴某与B公司之间的代理关系是否成立及其效力如何也应当适用香港法律确定。香港法律属普通法系,香港《公司条例》中并没有类似内地法律的公司“法定代表人”制度,吴某并不是B公司的“法定代表人”。按照B公司章程的有关规定,吴某无论作为公司的董事还是董事长,在没有获得公司董事会授权的情况下,无权对外代表公司从事民事活动。从公司组织形式来看,B公司是私有限公司,区别于个人独资企业或合伙企业。按照香港法律及B公司章程的有关规定,吴某未经公司授权,无权代表公司对外出具《担保书》。最后,香港《公司条例》第34条对香港公司“在外地签立契据”的程序和方式有明确的规定,即首先必须由公司以书面形式并盖上法团印章授权代理人,而后由该代理人代表公司签署“契据”并盖上其本人的印章,该“契据”才对公司具有约束力。而本案中的《担保书》是在内地出具的,并没有加盖B公司的法团印章,因此,该《担保书》对B公司没有约束力。B公司直到本案涉诉前对吴某出具《担保书》一事并不知情,更没有对《担保书》予以追认,B公司对吴某的无权代理行为不应承担民事责任。

## 【审理要览】

一审法院认为:A公司未依约偿还贷款本息,已构成违约,依法应承担还本付息的民事责任。B公司属私人有限公司,吴某系该公司的主要负责人(即行政主管),吴某有权代表B公司对外从事民事活动,B公司向原告出具的《担保书》虽然没有加盖公司印章,但在该担保书公司董事长一栏中有吴某的亲笔签名,该担保行为客观真实,确系B公司的真实意思表示。原告接受B公司的担保后,没有提出异议,已认可了B公司的担保行为,故该担保法律关系合法有效。B公司提出担保书上没有加盖公司印章应无效的理由不成立,该院不予支持。据此判决:一、A公司应偿还所欠原告本金及利息;二、如A公司不能



履行给付义务，则由 B 公司承担赔偿责任。B 公司不服，提出上诉。

二审法院认为：A 公司应当依约偿还原告本息。关于 B 公司董事吴某 1994 年 9 月 13 日签署的致原告的《担保书》的效力问题，B 公司为在香港特别行政区设立的企业，根据《民法通则》第 145 条的规定，当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。本案所涉《担保书》中，当事人并未明确约定所适用的准据法，发生纠纷后，当事人之间亦未就此达成协议，因此，本案应根据最密切联系原则确定有关该《担保书》争议的准据法。该《担保书》系为 A 公司与原告借款合同提供担保出具的，具有从属性，且该《担保书》在内地签署，故应当认定为该担保合同与内地“有最密切联系”，有关该《担保书》的争议应适用中国内地法律。就《担保书》的效力问题，当事人争议的焦点在于：吴某是否有权代表 B 公司出具该《担保书》，B 公司是否应就该《担保书》承担相应的法律责任，亦即本案中吴某签署《担保书》的行为系吴某的个人行为还是 B 公司的行为。不可否认，国际私法的一般原则是行为人的行为能力问题以其属人法为准据法。但同时根据我国法律确立的有关原则，在根据其属人法应确认为无行为能力的情况下，如果根据行为地法应确认行为人有此行为能力，即应认定行为人有该行为能力。因此，就当事人争议的焦点问题，依据属人法香港法律确定的结果并不能最终决定《担保书》的法律效力，《担保书》的效力应当根据其准据法——中国内地法律确定。也就是说，即使在“吴某是否有权代表 B 公司出具该《担保书》”这个问题上适用香港法律的结果是否定的，也不能随即认定 B 公司对《担保书》不承担任何责任，《担保书》的法律效力最终应根据中国内地法律予以确定。本案中，A 公司从原告处获得的 450 万美元贷款实际已转入 B 公司的账户并由其占用，事实表明，吴某曾代表 B 公司在内地从事多项投资活动，即吴某以 B 公司的名义出具《担保书》并非其首次或仅有的一次代表 B 公司在内地从事活动的情形，原告完全有理由相信吴某出具的《担保书》系代表公司的行为，原告在本案中是完全善意的，该《担保书》系当事人的真实意思表示。根据我国法律确立的有关原则，本案中吴某代表 B 公司出具《担保书》的行为应认定为有效，即本案中吴某向原告出具的《担保书》的行为应认定为 B 公司的行为，而非吴某个人行为，B 公司应当根据该《担保书》承担相应的责任，原审判决对此认定正确。据此判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

公司为各国法律所普遍承认之商事主体，在市场经济中占有非常重要之地位，但其作为组织体与自然人有明显区别，其权利能力与行为能力必须通过自然人（如董事等）之行为方能得以实现。而董事虽代表公司，但作为自然人，其意志独立于公司之意志，在利益上也有很大差别。于是，在代表公司从事经营管理时，董事很可能为了其自身利益而超越权限或者滥用职权，擅自代表公司对外从事交易以致严重损害了公司利益。因此，法律必须加强对董事在外代表行为之规制以保护公司利益，但同时董事在外代表行为常常还会影响到第三方利益，法律亦应保护第三方之正当利益。那么应当如何认定公司对其董事行为之法律责任？即在什么情形下董事在外行为对公司具有法律约束力？这一问题涉及到公司与第三方之利益平衡，对促进市场交易健康发展和维护市场秩序意义重大。

**一、董事代表制度之法律模式。**欲研究董事对外代表行为效力这一问题，必先判明董事是否具有对外代表权，而这一问题与董事代表制度模式密切相关。当前世界上主要有三种董事代表制度模式。

1. **第一种为单数代表制。**即所谓享有法定公司代表权者仅为一人之制度。如中国的法定代表人制度。1993年《公司法》仅规定董事长为公司法定代表人。而2005年修订后的新《公司法》第13条规定：“公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记。”据此，我国公司法定代表人限于董事长、执行董事与经理这一范围内，公司其他人等均没有代表权。相比于之前的规定，新《公司法》已经明显拓宽了公司法定代表人之范围，赋予了执行董事或经理担任公司法定代表人的资格，体现了尊重公司当事人意思自治的立法理念。但是一般董事依然不能成为公司法定代表人，而且也只能从董事长、执行董事与经理中选择一人担任公司法定代表人。我国《公司法》仍然坚持单数代表制。单数代表制其优势在于公司法定代表人预先由法律设定好范围，便于交易第三方识别。但是其缺陷亦非常明显：首先，剥夺了其他一般董事之代表权，使得董事长之地位高于一般董事，容易造成董事长独断专行，不利于在董事会内部实现权力制约与制衡；其次，过于死板之模式也不利于公司在市场经济中之竞争；最后，面对瞬息万变之市场经济、不断变化之市场信息和日益激烈之市场竞争，单个法定代表人也很难很好地承受方方面面之压力、处理各种事务，实际使公

司权利能力与行为能力受到单一代表之客观制约。

2. 第二种为复数代表制。典型如日、韩之代表董事制度。日本《商法典》第261条规定：“公司须以董事会决议确定应当代表公司之董事。在前款情形下，可确定数名代表董事共同代表公司。”日本《有限公司法》第27条规定：“董事代表公司。有数人为董事时，各自代表公司。前项的规定，并不妨碍公司以章程或股东会的决议，确定应当代表公司的董事，或者确定由数名董事共同代表公司，或者基于章程的规定，以董事互选的方式确定应当代表公司的董事。”<sup>①</sup>该模式规定各董事（包括董事长）都有单独代表公司的权力，同时允许公司通过章程确定可以代表公司的董事或规定数名董事共同代表公司。此种模式有利于董事会内部的权力制约与制衡，而且比较灵活，更加符合商事活动效率之要求。

3. 第三种为董事会代表制。以德国为代表。德国《股份法》第78条规定：“①董事会在诉讼上和诉讼外代表公司。②董事会由数人组成的，在章程无其他规定时，董事会的全体成员只有权以共同的方式代表公司。应向公司进行意思表示的，向董事会成员中的一人进行表示即可。③章程可以规定，董事会的各个成员有权单独或与一名经理人一起代表公司。章程向监事会进行此种授权的，监事会可以作出同样的规定。④有共同代表权的董事会成员可以授权其中的个人实施特定的行为或特定种类的行为。董事会中一个成员有权与一名经理人共同代表公司的，准用此种规定。”<sup>②</sup>该模式的理论基础是董事会为公司之代表机构与执行机构，当然应由其代表公司。但同时为了交易灵活性之需要，规定公司可以通过章程规定授权董事或者董事与经理作为公司之代表人。此种模式也比单数代表制灵活，也能较好地适应市场需求。

**二、董事对外职务行为之认定。**不同的董事代表制度模式，对董事对外职务行为效力之认定会有不同之影响，但总体上而言，认定董事对外职务行为应考虑以下因素：（1）是否具有代表公司履行行为之表象，即是否为公司经营管理而为行为。只有为公司经营管理而为行为才可以被认定为董事对外职务行为。（2）是否具有代表身份。必须具备代表身份而为行为才可以被认定为董事对外职务行为。不具有代表身份之人不能代表公司行为，其行为亦当然不能被认定为董事对外职务行为。考虑这一要素时须具体结合各国董事代表制度模式，如此才能判断具有代表身份者是否法定代表人、代表董事、

① 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社2005年版，第31~32页。

② 同上书，第34页。

董事会或其他等。(3) 是否有权代表。即使具有代表身份,但其是否有权代表仍需进一步判断。这是因为代表权并非是不受限制的,其受到法律、公司章程或者董事会决议的限制。即便为法定代表人,但显然违背法律授权、章程授权等代表行为,亦属于无权代表行为,亦不被认定为董事对外职务行为。(4) 其他把握标准与考虑因素,例如,公司是否事后追认等。虽然董事实施对外行为时没有代表权、属于无权代表,但是公司之追认行为亦可以使其变成有权代表,则其行为亦应被认定为对外职务行为。

**三、公司对董事对外行为之法律责任。**对董事对外职务行为进行认定之目的是为了明确公司是否应对董事对外行为承担法律责任。具体而言,认定公司对董事对外行为之法律责任时,主要存在以下三种情形:

1. 董事对外行为被认定为职务行为,则该有权代表行为一律视为公司行为,由公司对权利义务概括承受。此时,公司既享有由董事对外职务所带来之利益,同时也承担相应之法律责任。待公司承担法律责任后,如具备一定之条件,其可追究实施对外职务行为董事之法律责任。

2. 董事对外行为不被认定为职务行为,则构成无权代表行为。对于董事对外行为,公司享有选择权。一方面,公司可以选择对董事对外行为进行追认,则董事对外行为变成有权代表行为,由公司对权利义务概括承受;另一方面,公司也可以选择不追认并以对方恶意或存在重大过失为由相抗辩而免责,第三人只能追究实施对外行为董事之法律责任。

3. 虽然董事对外行为不被认定为职务行为而属于无权代表行为,但是其行为构成表见代表。此时,由其行为产生之法律责任依然由公司承担。表见代表是指法人代表的行为虽然超越了法人的代表权限,但善意相对人基于一定外观相信其有代表法人之权而与之从事交易行为,该代表行为可为有效之制度。<sup>①</sup> 表见代表在大陆法系中源于“外观主义法理”、英美法系中则表现为“禁反言原理”。所谓外观主义原理,表示事实与真实不相符时,保护信赖表见之事实。而所谓禁反言原理则是指,一个人做出意思表示后,即使其意思表示是错误的,也受其表示意思之约束,如果认可禁反言之成立导致违反法律或违背公序良俗之结果,则可以免除表示者之责任。<sup>②</sup> 当交易行为外观与事实不符时,交易相对人可根据行为的外观主张其权利。表见代表制度同表见

<sup>①</sup> 李建华、许中缘:《表见代表及其适用——兼评〈合同法〉第50条》,载《法律科学》2000年第6期。

<sup>②</sup> 李井杓:《韩国商法上的表见代表制度之研究》,载《商法论集》第3卷。

代理制度相类似，皆为保护善意第三人之信赖利益、维护市场交易安全。但表见代表制度常用于商事领域，而表见代理制度则常用于民事领域。并且表见代表不仅适用于法律行为，还适用于事实行为和违法行为，而表见代理仅适用于法律行为。除此之外，两者还有很多区别。因此，《合同法》在第49条规定了表见代理制度后，紧接着在第50条规定了表见代表制度：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”

在构成要件方面，表见代表制度与表见代理制度相类似，主要包括：（1）行为人无代表权。如果董事有代表权且在授权范围内行使，则其行为当被认定为职务行为、有权代表行为，也就无须适用表见代表制度。此处的行为人无代表权包括三种情况。第一种情况，董事没有代表权，亦即董事不是法定代表人或者有代表权的代表董事等；第二种情况，董事虽然有代表权，但是其超越代表权。对其超越代表权的行为亦应认定为无权代表行为；第三种情况，董事虽有代表权，但是其代表权已经终止。对其代表权终止后实施的代表行为应认定为无权代表行为。（2）具有信赖外观的客观存在。此要件又包含两点内容：第一，董事的行为必须具有有权代表之外观，即除无代表权外，就行为外观而言，与有权代表行为无异；第二，第三人有理由相信董事有代表权。学界普遍认为公司章程仅具有对内效力，仅能约束公司的董事、股东、职工等内部人员，无对外效力，即使是经过登记其对外效力也非常有限。因此，在实施在代表董事制度的国家，董事都有可能具有代表权；在我国这样坚持单数代表制的国家，董事长、执行董事和经理都有可能具有代表权，对于这些主体，第三人有理由相信其具有代表权。另外，即使不在法律规定范围内，如果董事能出具其享有代表权的凭证，第三人也有理由相信其具有代表权。（3）第三人必须是善意且无过失。知情第三人属于恶意，其不能主张董事之行为成立表见代表；如果第三人对于不知情有重大过失的，其亦不能主张董事之行为构成表见代表。具备以上构成要件后，董事之对外无权代表行为即被认定为表见代表，其法律后果由公司承担。

**四、对本案之具体分析。**由于本案被告B公司为香港公司，因此对吴某担保行为效力之分析既要考虑我国公司立法之有关规定，同时必须兼顾香港地区公司法之有关规定。《香港公司条例》附表A表第I部“非私人公司的股份有限公司管理规例”释义部分对“董事的权力及职责”规定如下：“在本条例的条文、章程大纲、章程细则及藉特别决议给予的任何指示的规限下，公司的业务及事务须由董事管理，而董事可行使公司的一切权力。章程大纲

或章程细则的修改以及上述的指示，并不令董事在该修改或指示作出或给予前所作的本属有效的作为失效。本条所给予的权力，不受章程细则给予董事的任何特别权力所局限，而有法定人数出席的董事会议可行使一切可由董事行使的权力。”“董事可不时并于任何时间，藉授权书委任任何经其直接或间接提名的公司、商号、个人或团体，作为公司的一名或多于一名受权人，而委任的目的，所授予的权力、权限及酌情决定权（以不超过根据本规例归于董事或可由董事行使者为限），以及委任的期限和规限的条件，均须按董事所认为合适者而定；任何此等授权书，均可载有董事认为适合用以保障及方便与任何此等受权人进行交易的人，以及可授权任何此等受权人将归于他的所有或任何权力、权限及酌情决定权转授他人。”该条例第 157 条还规定：“董事或经理的作为均属有效，即使于其后可能发觉在他的委任或资格方面有任何不妥善之处，亦是如此。”由此可见，《香港公司条例》赋予了公司董事很大的管理权利，即使董事的委任或资格方面有任何不妥善之处，其行为依然有效。这就充分地保障了第三人的信赖利益。据此，虽然《香港公司条例》中并没有类似内地法律的公司“法定代表人”制度，吴某并不是中国公司法所要求的 B 公司的“法定代表人”。但是，根据《香港公司条例》的规定，吴某作为 B 公司的董事，即使没有得到公司的授权，其行为对 B 公司依然有效，B 公司依然要承担担保责任。

本案如果适用中国法律的规定，则处理方式有所不同。由于我国采取多数代表制的董事代表制模式，因此仅有法定代表人可代表公司，其他董事无权代表公司。B 公司作为香港公司，其不设法定代表人，因此，B 公司董事吴某不是该公司的法定代表人，也就无权代表公司。其为 A 公司提供担保的行为属于无权代表行为、不对 B 公司发生法律效力。但是，本案之中吴某曾代表 B 公司在内地从事多项投资活动，即吴某以 B 公司名义出具《担保书》并非其首次或仅有的一次代表 B 公司在内地从事活动之情形，原告完全有理由相信吴某出具的《担保书》系代表公司之行为，原告在本案中具有完全之善意，可以认定该《担保书》系当事人真实意思之表示。这些条件满足了表见代表之构成要件，根据《合同法》第 50 条的规定，吴某的行为构成表见代表，其行为法律后果归属于 B 公司，B 公司应向原告承担担保责任。

综上所述，无论是依照香港《公司条例》规定，还是按照内地《公司法》和《合同法》之有关规定，吴某的担保行为均对 B 公司发生法律效力，由 B 公司向原告承担担保责任。而本案也正说明虽然立法规定不同，但是在保护善意第三人、维护交易安全方面，不同法系之立法理念总体相通、大体一致。

140

## 公司诉请董事赔偿损失

### 【关注焦点】

各国公司法关于公司董事职责之规定，多有类似之处。本案所要关注的是，公司董事在何等情形下应对公司承担赔偿责任？如应承担责任的其范围又该多大？

### 【基本案情】

原告：某置业有限公司

被告：王某

被告：刘某

第三人：某实业有限公司

原告系由甲、乙、丙、丁四家公司组建的中外合作经营企业，其中甲公司为—香港公司。该四家公司于1992年8月签订了《合作经营原告合同》，该合同约定：原告注册资本为1800万元人民币，其中甲公司出资1116万元，乙公司出资360万元，丙公司出资180万元，丁公司出资144万元，合作经营成都某项目的开发和管理；任何一方未按期如数交付出资数额，应承担应交数额3%的违约金，且守约方有权终止合同。四家公司于同年10月，还共同签署了原告公司章程。该章程要求在原告领取营业执照之日起一个月内，各方应缴各自认缴出资额的15%，其余部分在领取营业执照之日起半年内按董

事会的要求，根据企业发展的实际需要调入合作公司账户内，章程还规定第一任董事长由甲公司和丙公司委派的董事中产生。1993年1月3日，原告公司注册成立时，董事长为甲公司委派的董事即本案被告王某。1993年3月18日，原告与第三人签订《融资协议》，约定第三人融资2700万元人民币给原告于成都项目的开发和建设，期限一年，融资款项不计息，不计回报率，到期只还本金；利息、回报率作为第三人在此项目的投资，据此第三人占原告的股份为17.5%，享受17.5%开发项目的权益；第三人出任原告公司董事一名，至项目开发完毕。同日，原告、甲公司与第三人还签订一份股份确认书，三方一致确认第三人于原告公司占有17.5%的股份，该股份归第三人代表刘某享有，该确认书上有原告、甲公司以及第三人的印章，王某与刘某也在上签字。在以上《融资协议》以及《股份确认书》签署后，第三人交付原告人民币1290万元，王某则对原告其他三家股东宣称该融资是甲公司的出资款。其后，刘某曾多次以甲公司委派的董事名义出席原告的董事会。

1994年1月10日，原告董事会决定，将该公司注册资本由1800万元人民币扩资到3000万元人民币，原股东丙、丁公司退出原告，退出股份全部转让给甲公司；增加另一香港A公司为新股东，其出资额为1050万元人民币，甲公司的出资额变更为1590万元，乙公司的出资额仍为360万元，董事长由甲公司委派董事产生，这些内容在合作合同以公司章程上皆作了相应修改，新的三方股东亦共同签章认可了修改后的合作合同和公司章程。根据以上约定，王某仍为原告公司董事长。两年后，即1996年9月4日，原告董事会决议免去王某董事长职务，选举A公司派出的董事永某为董事长，第三人代表刘某为副董事长。同年10月，原告委托某技术鉴定中心对王某任职期间经营活动的财务情况进行审计。出具的审计报告载明：甲公司投资4900万元中有3100万元系虚假投资，有1770万元系其他企业或个人投入资金，其中第三人投入1290万元，不能视作甲公司的投资；1993年4月16日电汇200万元至河北某公司，应冲减甲公司投资款；1993年3月18日电汇河北张某个人3万元，是否有移转公司资金嫌疑，有待查证；“其他应收款”账面记载第三人欠款201万元，四川某公司欠款20万元。另还查明：1994年8月24日、12月20日，被告王某通知原告公司财务部向某中外合资企业两次电汇计30万元。1996年1月至9月，王某先后以借差旅费、购家具以及甲公司资金周转较紧张等作理由，9次向原告借款计384万元，一直未还。据此，原告向人民法院提起诉讼，请求：（1）判令王某、刘某承担执行公司职务中的违法及违反公司章程的法律责任，赔偿原告公司因此所发生的经济损失900余万元及利息；（2）



判令王某、刘某承担虚假出资的法律责任，并按虚假违法出资总额的10%，即490万元，向原告承担赔偿责任；（3）判令第三人非法出资支持王某、刘某侵权，而应对王某、刘某的侵权行为承担连带赔偿责任。原告认为：由于甲公司虚假出资，王某才窃得原告董事长的职位，其后，滥用职权，造成原告的损失，王某应对虚假出资的侵权行为产生的一切后果负责，同时，正是由于刘某与第三人的非法出资，使得甲公司出资严重失实的情况得以隐瞒，从而帮助了王某窃取原告公司董事长的职务，这是对原告公司的严重侵权。两被告及第三人均未答辩。

## 【审理要览】

一审法院认为：原告系依法成立的中外合作经营企业，其成立时由董事会推选王某出任董事长，同时由股东各方共同签订的合同与章程确定甲公司为控股公司后，原告与第三人签订融资协议，双方约定第三人融资款用于原告项目的开发，用款人为原告，性质为融资，第三人据此出任原告董事一名。第三人依法将融资款支付原告，原告未提出异议，虽然原告收据写明是投资款，但后来董事会决议仍为融资款，现原告告诉第三人非法出资无事实和法律依据。被告王某出任原告董事长源于其代表甲公司的地位，甲公司未按合同约定出资，王某将从第三人融得资金挪作甲公司出资资本，违反了法律规定，董事会对此已作出了予以纠正的决议。但王某对原告已构成侵权，除依法承担违法、虚假出资的法律责任外，对由此给原告造成的损失应按合作合同约定的3%予以赔偿，其以借差旅费、购家具等方式所借原告资金应予退还，并支付占用资金利息。但王某不应对其履行职务的经营活动承担民事责任，被告刘某出任原告董事源于第三人与原告之间的融资协议，并始终得到原告公司董事会认可，其担任董事期间参加董事会会议系履行董事职务，刘某对原告不构成侵权，原告未能举证证明第三人、刘某与被告王某恶意串通损害原告的利益，故原告诉刘某承担执行公司职务中的违法、违反原告章程的法律责任、赔偿责任及诉第三人承担连带赔偿责任的请求证据不足，不予支持。甲公司因违法、虚假出资金额巨大，其在合同和章程中的地位系建立在违法基础之上，应依法承担相应的法律责任，由有关部门作出处理。据此判决：一、被告王某向原告退还借款384万元；二、被告王某赔偿原告公司损失147万元。原告不服，提出上诉。

二审法院认为：原告选择其前任董事长王某为被告提起侵权损害赔偿之

诉，应将王某的行为与甲公司的行为区别开来。王某出任原告董事长系合作合同各方当事人的合意，甲公司在王某出任董事长后，未按合作合同的约定出资，则系甲公司的违约行为，应由甲公司对该合同的其他签约主体承担责任，而不应由王某对甲公司的虚假出资行为承担责任。鉴于甲公司非本案诉讼当事人，且合作合同约定各方约定了终局性仲裁条款，故股东的投资是否到位等有关合作合同产生的争议，不应在本案中处理，故原告上诉坚持要王某承担甲公司虚假出资的法律责任，赔偿其虚假出资额的10%，即490万元，该主张没有事实和法律依据。至于原审认定，原告主张900余万元损失中，王某除以差旅费等为由支取的384万元，王某应负责偿还外，其余系王某任职期间，与各地商户发生经济往来所汇出或批准汇出款额，此系其履行职务的经营活动，不应就此让原告承担民事责任，原告上诉认为此项认定与判适用法律错误，认为王某应对其滥用职权的后果承担赔偿责任，但原告不能举证证明王某在上述执行原告职务时有违反法律、法规或公司章程的行为，故原审此项认定应予维护。至于王某出任原告董事长后，将原告从第三人融资得款1200余万元挪作甲公司的出资款的行为，确有损于原告公司，但在诉讼中，原告始终未提出此侵权行为所对应的损害结果，原审判决认定王某对原告构成侵权，应按合作合同（出资总额4900万元的3%）予以赔偿。此判项，对损害结果的认定缺乏事实依据，将合作合同的约定约束非该合同主体，缺乏法律依据；但原审判决后，王某未提起上诉，可视为其接受了原审判决结果，故二审不作变更。至于被告刘某以及第三人责任一事，第三人与原告系借贷关系，王某将借得的款项挪作甲公司的出资款，侵犯了原告的利益，并不表明出借款项者也因而构成侵权，而且原告没有举证证明王某与刘某以及第三人具有共同损害原告的行为，故原审认定原告的该项主张不能成立，并无不当。综上判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

在现代公司治理结构中，为了提高公司经营管理效率，同时也为了减少股东对公司之过度干预，出现了公司所有权与经营权相分离之现象。股东逐渐远离公司经营，而董事会则日益成为公司实际控制者，董事对公司经营与管理享有很大的权力。如果董事能够妥善地行使这种股东赋予之权力为公司谋取利益，则公司与股东利益均能得到保障；但如果董事辜负了股东信任、滥用了股东赋予之权力谋取个人私利，则公司与股东利益可能会受到很大侵

害。并且，随着现在公司发展之规模化及公司事务管理之专业化，股东对董事行使职权行为进行监督之难度越来越大。仅依赖股东自身之努力，很难实现对董事之监督与问责。于是，法律为了保护公司及股东利益明确地规定了董事之法定义务与职责。一旦董事行为违背了其法定义务导致公司及股东利益受损，则公司与股东可以追究其法律责任。

**一、董事等高管人员之主要职责。**当代各国公司立法均对董事等高管人员之主要职责予以规定，尽管内容及表述方式不同，但基本上皆规定了董事之忠实义务与注意义务。

1. **忠实义务。**简言之即董事应当对公司忠实。忠实义务即要求董事在经营公司业务时，其自身利益与公司利益一旦存在冲突，董事则必须以公司之最佳利益为重，不得将自身利益置于公司利益之上。<sup>①</sup>各国公司立法普遍规定了公司董事应当履行对公司忠实之义务，但具体内容及表述有所不同。德国对董事忠实义务未明确规定，仅规定了董事之竞业禁止义务。德国《股份法》第88条规定：“董事会的成员不经监事会允许不得进行竞业行为，董事违反则公司享有损害赔偿请求权。”我国台湾地区“公司法”的规定与之类似；而日本、韩国则明确规定了董事的忠实义务。日本《商法典》第254条之3规定：“董事负有遵守法令或章程规定及股东全会决议，为公司忠实执行其职务的义务。”韩国《商法》第382条之3规定：“董事应按照法令与章程的规定，为公司忠实履行其职务。”韩国《商法》还详细规定了董事忠实义务的几种具体义务，第382条之4规定：“董事在任期间及离职后，均不得泄露因工作关系而了解到的营业机密。”第397条之1规定，“未经董事会的同意，董事不得为自己或者第三者进行属于公司营业范围内的交易，或者不得成为以同种营业为目的之其他公司的无限责任股东或者董事。”<sup>②</sup>相比于域外立法的简洁，我国公司法对董事忠实义务规定得非常具体、详细。第148条第2款规定：“董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。”第149条规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（四）违反公

① 张开平：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社1998年版，第237页。

② 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社2005年版，第285-287页。

公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。”

2. 注意义务。又称善管义务、勤勉义务。大陆法系国家和地区一般称善管义务，而英美法系一般称注意义务。董事注意义务之基本含义是：董事有义务对公司履行其作为董事的职责，履行义务必须是诚信的，行为方式必须使他合理地相信为了公司的最佳利益并尽普通谨慎之人在类似的地位和情况下所应有的合理的注意。<sup>①</sup>德国在立法中明确规定了董事之善管义务。德国《股份法》第93条规定：“董事会的成员应在其执行业务时，尽通常及认真的业务执行人之注意。对于其因其在董事会内的活动所知悉的机密事项和秘密，特别是营业或业务秘密，其应保持缄默。”德国《有限责任公司法》第43条规定：“董事在公司的事务上，应尽通常商人之注意。”美国亦在立法中明确规定了董事之注意义务。美国《示范公司法》第8.30条规定：“（1）董事会的每个成员在履行董事职责之时，应以下列原则行事：①以善意的动机；②以该董事合理信赖系为公司最佳利益的方式。（2）董事会的成员或董事会委员会的委员，在获悉与其行使决策职责相关的信息，或被提示注意履行起督察职责时，应以类似职位之人类似情形下合理信赖为适当的方式履行其注意职责。”与前文之忠实义务相反，我国对注意义务之规定非常简略，仅在《公司法》第148条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。”

除忠实义务与注意义务之外，董事还承担其他法定义务，例如离任义务等。根据诚实信用原则，董事在离任后对原任职公司仍需承担一定的法律义务。一般来说，董事离任义务主要包括离任后的竞业禁止义务、商业秘密的保密义务、善后义务和股权转让受限制等义务。《公司法》明确规定了董事的离任义务，第46条第2款规定了董事的善后义务。如“董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。”第142条第2款规定了董事离任后股权转让受限制的义务，公司董

<sup>①</sup> 张开平：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社1998年版，第181页。

事、监事、高级管理人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。除此之外，《公司法》还规定了董事须承担的其他法定义务。如第142条第1款规定公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司股份及其变动情况，这条明确规定了董事的股权申报义务。

**二、本案所谓董事责任之分析。**结合本案案情分析，本案之中关于董事责任须探讨以下三点内容：

1. **董事责任是否包括承担委派其担任董事之股东出资责任。**在公司治理中，董事与股东是完全独立的两类不同主体，二者在权利和义务上有很大区别，这也是由二者之不同身份所决定的。股东作为公司的所有者，最主要的义务是出资，通过股东的出资，公司才能有独立的资产，才能正常地开展经营活动；而董事作为公司的管理者，其主要义务是为公司、股东利益计，忠实、谨慎地行使公司、股东赋予的权力，帮助公司参与激烈的市场竞争。在实际生活中，董事常从股东中选拔，一人兼有股东及董事身份的情形很常见，但不能因此将董事责任与股东责任这两种不同性质之责任混同。若权利人向担任董事之股东请求承担股东出资责任，则该董事承担责任之依据是其股东身份，而非董事身份。况且，有些董事并非从股东中选拔，例如由股东委派担任的董事、职工代表董事及独立董事等。这些董事既非股东，则无须承担股东的出资责任等。因此，对于委派其担任董事之股东出资责任，原则上该董事并不连带负责，不属于董事职责范畴，本案两被告董事（无论是王某还是刘某）对其各自所代表之股东出资原则上均不負責，本案司法对此作了准确把握。

2. **董事对其任职期内公司经营过程中对外产生的正常债权债务是否应承担担保责任。**公司作为市场交易的主体，在从事经营过程中，必然会对外产生债权债务。若是董事违反职责而发生损害公司利益之债权债务，则董事当然承担责任。但若为正常之债权债务关系，则董事无须承担责任，尤其在尚未判明是否构成损失情形下，董事更不应负责，除非证明具体哪笔业务上董事违背了什么职责。本案之中，原告主张900余万元损失中，除以差旅费等为由支取的384万元外，其余系王某任职期间，与各地商户发生经济往来所汇出或批准汇出款额，此系其履行职务之经营活动，不应就此让被告王某承担民事责任，尤其是原告不能举证证明王某在上述执行原告职务时有违反法律、法规或公司章程之行为。对此，本案司法之认定同样是准确的。

3. **对于董事借公司款项，公司可否以董事违背职责为由主张赔偿。**董事

须对公司承担忠实义务，因此，董事不得私吞、侵占公司资产。实践中，董事通过借贷等方式私吞、侵占公司资产之行为并不罕见，但因此就立法禁止公司向董事借款未免因噎废食。董事向公司借款固然有产生私吞、侵占公司资产等不良后果之可能，但公司向董事借款也有其重要的现实意义。作为公司董事，其难免会出现急需用钱之情形，若公司慷慨地向董事提供借款，有利于加强公司与董事之间的关系，也有利于提高董事对公司的忠诚，激励董事更加努力为公司前途而努力。并且相比于配发职工股、岗位股等方式，向董事借款的方式更为便利，经济成本也更低。但为了避免被用来私吞、侵占公司资产，须对公司向董事借款的方式加以严格限制。《公司法》第149条明确规定董事、高级管理人员不得违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保。但是我国公司立法对董事向公司借款的情形却没有明确规定。根据私法自治原则，对于董事向公司借款的情形应由公司章程明确规定，授权股东会、股东大会或者董事会决议。在向董事追讨债权时，存在以下两种情形：（1）董事向公司借款符合公司章程规定并且经过股东会、股东大会或者董事会同意。此时，公司应以债权人身份，基于借贷法律关系要求董事偿还债务。（2）董事向公司借款违反了公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意。此时，公司可以董事违背忠实义务为由，要求董事承担损害赔偿。《公司法》第150条明确规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。公司亦可选择不主张董事责任，而主张不当得利之诉，诉请董事返还其不当得利。”本案案情中未提及被告王某以借差旅费、购家具以及甲公司资金周转较紧张等为由9次向原告借款计384万元之行为是否经过原告股东会或董事会之同意，应属于前述第二种情形。对此，公司可以董事违背职责为由主张赔偿。

**三、本案可以选择之其他替代诉讼。**除了诉请董事赔偿损失之外，本案原告还可以选择以下替代诉讼：（1）对本案甲公司发起出资责任之诉。本案之中甲公司作为原告股东虚假出资，违背了股东出资义务。对此，原告可以对甲公司发起出资责任之诉。（2）对甲公司发起债权债务诉讼。原告亦可以在审计基础上，核算甲公司作为股东利用其委派之董事长而侵占公司资金之状况，依侵权之诉或不当得利之诉等请求甲公司归还。

那么，对于本案第三人，原告可否根据与其签订的融资协议对其发起出资责任之诉呢？应当不可。因为本案第三人入股原告的行为无效，其不具有

股东资格。本案之中，原告与第三人签订了融资协议，约定利息、回报率作为第三人在此项目的投资，据此第三人占原告的股份为 17.5%，并且原告、甲公司与第三人还签订一份股份确认书，三方一致确认第三人占原告 17.5% 的股份，该股份归第三人代表刘某享有，该确认书上有原告、甲公司以及第三人的印章，王某与刘某也在上签字。如此一来，似乎第三人已经成为了原告之股东。但是，第三人入股的行为存在很多程序上之瑕疵。新股东入股的方式主要有继承、从原股东处受让公司股份及认购公司增资股份等。本案之中，第三人之人股方式不属于继承，亦不属于从原股东处受让公司股份之方式，应属于认购公司增资股份之方式。而根据《公司法》第 38 条的规定，有限责任公司中对增加注册资本作出决议的职权属于股东会，董事长无权决定增加注册资本，也就无权通过增加注册资本的方式吸纳新股东。本案之中，被告王某对原告其他三家股东宣称该融资是甲公司的出资款，因而其他三家股东对于第三人入股原告一事并不知情更莫论在股东会上通过增加注册资本的决议。由此，该增加注册资本之决议未经股东会通过而无效，第三人之人股行为亦属无效，第三人不具有原告股东资格。本案之中，原告主张第三人为非法出资，实质上是否定第三人之股东资格。但一、二审法院在判决中皆回避了这一问题，未明确第三人是否为原告股东。应当认为，根据前文分析，可以得出第三人并不具有公司股东身份之结论，一、二审法院应在判决中予以明确，以此有利于明确本案法律关系，增强判决之说服力。

## 董事长是否应对执行 董事会决议造成之损失承担责任

### 【关注焦点】

董事长与一般董事在履行法定职责方面有无不同之处？如何把握与理解“商业判断准则”？如何将董事或董事长之个人行为与公司集体行为加以区分？

### 【基本案情】

上诉人（一审被告）：叶某

被上诉人（一审原告）：甲公司

法院经审理查明：甲公司的前身是甲玻璃厂。2000年9月8日，胡某作为甲玻璃厂法定代表人以甲玻璃厂名义与乙公司签订了一份《合作协议书》，约定由乙公司提供生产合格产品所需要的模具数套，价值约200万元，模具制作费用由乙公司承担。甲玻璃厂投入生产时，乙公司委派三名以上管理生产、技术质检人员对甲玻璃厂生产全过程进行管理生产技术质量指导，委派人员工资由乙公司负责，甲玻璃厂提供相应的吃宿待遇，费用由甲玻璃厂承担等。2000年12月19日，甲市政府与甲玻璃厂达成了一份《转让甲玻璃厂产权合同》，将甲玻璃厂改制为甲（有限）公司，并于2001年3月14日经股东大会选举产生董事会、监事会等公司经营管理机构，并开始运作。叶某担任该公司的董事长。2001年3月26日，甲公司召开董事扩大会议，到会人员



一致同意与乙公司合作吹拉瓶项目，总投资 20 多万元。次日，经叶某同意，支付了 23.8 万元给乙公司。2001 年 3 月 28 日，甲公司召开董事会讨论有关金属表面处理系列产品的问题，通过了购买设备自己生产试用的方案，在会议记录中还确定了设备投资约 3 万元。2001 年 5 月 23 日，甲公司召开董事会，按多数人的意见，决定上吹拉瓶项目，先付保证金 6 万元。5 月 28 日，由董事丘某经手支付了 6 万元给乙公司。2001 年 6 月 27 日，甲公司召开董事会决定扩大生产投资。6 月 29 日，由董事丘某经手支付了 9.8 万元给乙公司。7 月 2 日，由董事丘某经手支付了 2 万元给乙公司。2001 年 5 月，甲公司以 2.8 万元向丙公司购买了不锈钢搅拌桶。2001 年 11 月 6 日，甲公司召开临时股东大会，免去叶某董事、董事长职务，选举原甲玻璃厂法定代表人胡某为甲公司董事长。2002 年 4 月 15 日，工商行政管理部门将甲公司的法定代表人变更为胡某。

另查：2002 年 1 月 31 日，甲公司委托甲市产品质量监督检验所现场鉴定，确认 4 套 PET 吹瓶机为假冒伪劣产品。2002 年 2 月 26 日，甲公司又委托甲市物价局对吹瓶机 4 套（8 台）、搅拌桶一个进行价格鉴定，其鉴定结果为：塑胶吹瓶机 4 套合计价值人民币 26400 元、搅拌桶价值人民币 7800 元。

## 【审理要览】

一审法院审理认为：原告是经改制的有限责任公司，被告是该公司的董事长，被告在执行公司职务期间，未尽履行董事长的职责，对公司所订购的吹瓶机以及搅拌桶未进行检查，所订购的设备均为伪劣产品，亦未与供货单位签订购货合同，严重损害了公司的利益，对此，被告应承担本案的全部责任。原告分别委托了具有法定鉴定资质的甲市产品质量监督所以以及甲市物价部门对所购买的吹瓶机和搅拌桶进行质量鉴定和物价评估，诉讼期间，被告亦未提供充足证据足以反驳，故其鉴定的结果依法应作为本案认定的依据。原告要求被告赔偿公司财产损失 46.78 万元的请求，有理有据，法院予以支持。被告辩称原告不具备诉讼主体资格，因原告是依法登记的具备法人资格的单位，其不应以法定代表人的变更而改变主体资格，故被告的辩解不予采纳。被告在执行公司职务期间，虽对购进的吹瓶机以及搅拌桶进行了股东集体讨论，但未对上述设备的型号达成一致意见，作为法定代表人的被告，对所订购的设备属伪劣产品负有赔偿责任，被告辩称其与本案无关，理由不充足，法院不予采纳。据此，根据《公司法》第 59 条和第 63 条的规定，判决

如下：被告叶某应在本判决生效后十五日内赔偿给原告财产损失 46.78 万元。

被告叶某不服，提起上诉称：（1）原审认定事实不清：①原审查明事实错误，遗漏重要事实。原审认定经上诉人同意付清了设备款 50.2 万元是错误的。事实上，所有付款上诉人只在 2001 年 3 月 27 日的付款通知书上签名，并且先签名的是其他董事长赖某；上诉人签名的前一天，即 3 月 26 日召开董事会讨论通过，董事邱某在庭审中予以了证明；2001 年 3 月 14 日，上诉人才被当选为董事长，忙于办理工作交接手续及适应全盘管理工作，不可能也没有时间亲自去办理设备引进的具体工作；2001 年 5 月 23 日，又召开董事会讨论吹拉瓶机的问题。2001 年 5 月 28 日，上诉人代表公司与乙公司签订《补充协议书》，确定由乙公司负责采购调试，并派出生产技术质检人员对乙公司生产全过程作技术质量指导，并不是三无设备；②上诉人不是设备引进的具体经办人。关于与乙公司的合作，既有董事会的讨论通过，又有作为董事的财务人员办理汇款手续，然后由监事会成员王某等人具体经办。关于购进反应釜的问题，2001 年 3 月 28 日，董事会一致通过，并且有关发票已寄给被上诉人，付款及设备引进均不是上诉人，只是其他董事具体经办；③被上诉人根本不存在损失的事实。《补充协议书》约定由乙公司负责采购调试，未约定价款，完全可以与乙公司进一步结算。而乙公司提出代垫设备款 58000 元没有依据；④物价局的鉴定报告书明确指出，价格鉴定结论仅对本次委托有效，不作他用，不得向委托方和有关当事人之外的任何单位和个人提供，因此，该鉴定报告不能作为本案证据使用。（2）一审遗漏重要当事人，理应发回重审。乙公司和丙公司与本案有直接的关系，将其列为本案被告可以查清本案的案情；被上诉人的所有董事是参与讨论的当事人，均应列为本案的当事人。（3）一审适用法律错误：①上诉人没有违法行为。上诉人既未违反公司章程，公司章程也未规定董事长须对所购设备进行检查；②上诉人没有任何主观过错；③上诉人的行为与被上诉人的“损失”无任何因果关系。综上所述，请求二审法院依法撤销原判，驳回被上诉人的所有诉讼请求。

二审法院审理认为：上诉人在担任公司董事长期间，其所在公司与乙公司和丙公司购买的机械设备前，已经董事会讨论决定，并且经多人操作共同实施，属于公司集体的行为，而不是上诉人的个人行为；上诉人的行为又无违反法律或公司章程的情形，况且被上诉人并无证据证明上诉人在该行为中有为自己谋取私利的事实。因此，被上诉人主张应由上诉人承担损失赔偿责任没有依据。另外，被上诉人在一审提供的其委托甲市价格事务所所作的鉴定又属单方委托，上诉人亦不予认可，故该鉴定结论不能作为公司因上述购

销行为造成的损失的依据，被上诉人以该鉴定结论作为上诉人的行为给公司造成损失的计算依据也缺乏充分的理由。综上所述，一审判决支持被上诉人的主张错误，法院予以撤销。上诉人请求驳回被上诉人的诉讼请求的上诉理由充分，应予支持。但是，上诉人认为一审遗漏当事人的主张不成立，法院不予采纳；根据《民事诉讼法》第153条第1款第(2)、(3)项的规定，判决：(1)撤销一审民事判决；(2)驳回被上诉人甲公司的诉讼请求。

## 【裁判解析】

在现代公司治理结构中，董事作为主持公司之实际经营者，直接参与公司之经营管理。为避免董事滥用股东赋予之权力而损害公司与股东利益、为自己谋取不正当利益，现代公司法制度为董事设置了注意义务、忠实义务等。但是，对董事限制过多又不利于董事放开手脚、积极参与市场竞争。因此，美国司法实践即通过判例法确立了商业判断准则制度，以此维护公司董事正常商业判断决策之行为。在我国，公司法定代表人一般为董事长，相比于一般董事，董事长对公司经营管理之控制力更大，其对公司经营损失所承担的风险亦明显高于一般董事。在立法与司法实践中确立并运用商业判断准则，对于保障董事等正常商业判断决策，维护公司有效运行，保障公司经营秩序，实现公司经营价值与利益追求，十分必要。

**一、董事长与一般董事之职责比较。**我国司法实践中，董事长往往从董事中选举产生，董事长均兼有董事之身份。因此，凡董事应尽之职责，董事长无疑皆应尽到，董事长亦应履行忠实、注意等董事义务。但是，董事长与一般董事之职责又有所不同。在1993年《公司法》中，法定代表人仅限于董事长，虽然新《公司法》拓宽了法定代表人选范围，允许公司章程从董事长、执行董事或经理中选择法定代表人，但通常情形下大多数公司依然选择董事长为公司之法定代表人。而公司法定代表人在各国公司法中均具有非常重要之地位，尤其是在我国。因此，董事长其地位与作用和一般董事又有显著区别。

1. 对外而言，董事长作为公司法定代表人具有对外代表公司之权利，而我国采用法定代表人制度，一般董事则不具有法定代表人身份，亦不具有当然对外代表公司之权利。

2. 对内而言，董事长为公司决策事务最高主持人，所以公司法多处均规定股东会议、董事会议原则上应由董事长主持。例如，《公司法》第41条规

定：“有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持。”第48条规定：“董事会会议由董事长召集和主持。”第102条规定：“股东大会会议由董事会召集，董事长主持。”第110条第2款规定：“董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。”第111条第2款规定：“代表十分之一以上表决权的股东，三分之一以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后十日内，召集和主持董事会会议。”

3. 董事长与一般董事之产生方式不同。我国公司立法对有限责任公司与股份有限公司之相关事项采取区分立法之模式，对有限责任公司与股份有限公司董事长之产生方式也进行了区分规定：对有限责任公司董事长的产生办法采取了自由任意主义，而对股份有限公司董事长的产生办法则采取了严格法定主义。根据《公司法》第45条第3款的规定，“董事会设董事长一人，可以设副董事长；董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。”据此，立法者将有限责任公司产生董事长方法之权力赋予了各有限责任公司，由各个有限责任公司根据自己的具体情况决定产生董事长之办法。但是，考虑到国有独资公司之特殊性，《公司法》对国有独资公司董事长产生办法作了特殊规定。根据《公司法》第68条第3款的规定，“董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。”而根据《公司法》第68条第2款的规定，“董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。”因此，国有独资公司董事长由国有资产监督管理机构在其委派的董事会成员中指定产生，并非根据公司章程产生，国有独资公司产生董事长之自主权力受到严格限制。与有限责任公司的规定不同，根据《公司法》第110条的规定，“股份有限公司的董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。”据此，股份有限公司董事长产生的唯一方法是由董事会以全体董事的过半数选举产生，股份有限公司不得通过其他方法产生董事长。我国公司法对一般董事之产生办法没有规定，全部交由各个公司自主决定，但国有独资公司与职工代表董事除外。根据《公司法》第68条的规定，国有独资公司董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。另外，根据《公司法》第45条第2款的规定，“两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。”

**二、董事是否违背职责之商业判断准则。**股东选举出董事与董事长之目的为了发挥董事与董事长之商业才能以帮助公司更好地参与市场竞争、谋取更多经济利益。正是基于这一目的，股东们才心甘情愿地将公司之经营权权力全部交给董事，自己则可能退居幕后，由此实现了公司所有权与经营权的分离。这种所有权与经营权相分离的模式不仅有利于从公司外部吸收更多的优秀人才进入公司管理层成为董事，也有利于提高公司管理层的决策效率，从而极大地提高了公司的经营效率与市场竞争力。当今社会，公司制度在世界范围内的普遍被接受以及当代社会经济竞争中公司之主导地位亦证明这一方式之优越性。但是优秀的人才成为公司董事并不能保证公司一定能够增强经营管理能力、提高竞争力。优秀的董事亦可能作出错误决策或实施错误行为从而导致公司利益严重受损。此时，如果将公司之全部损失皆由董事来承担，一方面可能会导致严重之不公平。公司作为市场竞争主体，在追求利润最大化的过程中，必须要承受经营失败之风险，并且利益与风险成正比，在某些情形下，即便董事充分履行了自己之注意义务与忠实义务，依然可能作出错误的商业判断；甚至董事作出了正确的商业判断，但是由于市场行情骤变而导致不测之风险，如果将公司正常经营所承担之风险转嫁于董事会产生严重之不公平。另一方面，如果无论董事是否有过错均需承担如此重大之责任，则董事一职也就为人所恐惧而无人敢于担任。因此，必须对董事之经营决策行为进行考察、评判。如果董事之经营决策行为违背了董事之注意与忠实等义务，则其须承担公司经营损失。反之，如果董事在从事经营管理活动中尽到了注意义务与忠实义务等，则其无须承担公司经营损失。由此才能既打击董事之不当行为又保护董事之正当经营行为，从而既实现董事利益与公司利益之平衡，保障公司之经营活力。而如何判断董事经营行为是否正当之标准，成为大陆法系与英美法系司法实践中皆面临之难点。其中，美国司法实践积累的“商业判断准则”，很有借鉴价值与意义。

商业判断准则，在英文中表述为“business - judgement rule”，是由美国法院在长期司法实践中逐步发展起来的一项关于经营者免于就合理的经营失误承担责任的一项法律规则。《布莱克法律词典》将其解释为：“免除管理者在公司业务方面的责任的一个规则，其前提是该业务属于公司权力和管理者的权限范围之内，并且有合理根据表明该业务是以合理注意和善意方式为之。”<sup>①</sup>商业判断准则的主要判断路径主要包括：一是高管在作出一项商业判

<sup>①</sup> Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, ninth Edition, Thomson West, 2009, p227.

断时，他与该事项并无利益之冲突，这即为正当地履行忠实义务应为该规则适用之前提；二是高管作出该项商业判断时，依据了他所能合理信赖的判断信息与资料（如律师法律意见书、会计事务所报告、市场调研报告等）；三是作出该项商业判断时，遵循了正当决议程序与权限；四是作出该项商业判断时，尽到了普通正常人所应尽到的注意，即在一个普通的、审慎的人处于相同地位或相似背景下都会给予的注意；五是有理由相信或者理性地相信自己所作出的商业判断是善意地为了公司的最佳利益。董事等高管人员之行为若符合这五个标准，则其行为即可认为属正当经营行为，其亦无须为公司经营之损失负责。

商业判断准则以其准确性与便捷性在司法实践中发挥着重要的作用。不仅在美国应用广泛，日本等许多国家也均逐渐承认这一准则。而在我国，商业判断准则不仅在立法中未规定，在司法实践中也鲜有适用。这与我国市场经济发展之水平以及公司法律制度之研究水平皆有着直接关系。但随着我国市场经济之不断发展、公司治理模式之不断完善，实践中因董事等高管责任而引起之纠纷日渐增多，商业判断准则之重要性日渐突出，亟需相关司法解释及指导性案例援引指导！

**三、如果运用商业判断准则处理本案结论如何？**结合本案案情运用商业判断准则分析，判断叶某其行为是否为正当经营行为可考虑以下因素：（1）被告董事与决策事项有无利益冲突？本案之中，原告无法证明被告叶某与决策事项存在利益冲突。（2）作出经营决策依据了什么信息？本案之中，被告董事多次召开董事会议（甚至扩大会议），集体讨论决策，程序透明、意见充分、决策民主；且在被告之前，公司原法定代表人已经与乙公司签有合作协议等。不过，本案亦充分说明在我国目前公司决策体制下，集体研究所代表之意义，正面看是信息化、科学化、民主化之体现；但也存在会议走过场、形式化严重之突出问题。（3）经营决策事项是否属于董事会可以决策之权限范围？本案之中，购买吹瓶机和搅拌桶显然属于董事会可以决策之权限范围。（4）对于假冒伪劣产品，董事长是否能够检查出其为假冒伪劣产品？本案被告董事并未具体经办购买吹瓶机和搅拌桶这些事务，并且作为董事长，其为经营管理人员，而非质量检查人员，对于吹瓶机和搅拌桶是否伪劣产品其岂能轻易看出？（5）董事长之商业判断是否为了公司之最佳利益？本案被告董事叶某等之所以作出上吹拉瓶项目，出发点显然是为公司创造商业利益发展之机会。总之，原告并未证明董事长在涉案交易中，与设备提供商有任何之关联关系、或从中谋取私利、或显然未尽注意义务而疏忽大意、或越权擅断

等，因而不应当承担责任。本案二审判决强调集体决策，强调未违背公司法及章程，强调未谋取私利，甚至强调关于公司受到损失之证据并不充分等，其判决思路实质上与商业判断准则基本吻合，尽管其并不知道也确未直接运用表述为所谓之“商业判断准则”。



## 公司法定代表人免职生效时间之界定

### 【关注焦点】

公司董事等管理者之辞职或被免职，应当从何时开始生效？是从辞职提交之时或免职文件生效之时即刻生效？还是以工商部门备案登记时间为准？或是应当区分对内与对外不同之生效情形，并同时作出例外之规定，例如以第三人是否善意作出区分等？

### 【基本案情】

申请再审人（一审被告 二审上诉人）：上海甲公司  
被申请人（一审原告 二审被上诉人）：香港乙公司  
被申请人（一审原告 二审被上诉人）：澳门丙公司  
原审被告：香港丁公司

经审理查明：上海甲公司系由香港 A 公司于 1994 年投资设立的外商独资企业。香港 A 公司注册成立于香港特别行政区，其核定资本为 2009000 港元，1995 年时已发行 9000 股，股东分别为香港乙公司、沈某、吴某、梁某。1995 年 1 月 25 日，香港乙公司、沈某、吴某、梁某、澳门 B 公司和香港丁公司签订了一份合约（以下称转让合约），其主要内容为：香港乙公司、沈某、吴某、梁某作为香港 A 公司在册股东，承诺将他们持有的香港 A 公司已发行的 9000 股股份转让给香港丁公司，并且将香港 A 公司未发行的 2000000 股份也



配予香港丁公司，为此香港丁公司应支付配股报酬 79793000 港元，其中在订约前支付 1000 万港元，1995 年 1 月 30 日前支付余款给香港乙公司；同时，对于香港 A 公司投资拥有的上海甲公司，对外借款不可多于 246123516.78 港元，香港乙公司将向上海甲公司提供的 48236567.83 港元的贷款以 1 港元的价格出售给香港丁公司；如果由于合约而发生索赔要求或其他纠纷，适用香港法律，均服从于香港最高人民法院管辖，但并非由其享有唯一管辖权。上述合约经司法部认可的香港律师出具的公证文书确认。1997 年 1 月 22 日，香港 A 公司新增发行股份 2000000 股，转到香港丁公司名下为 1979910 股及尹某（系香港丁公司董事）名下 20090 股，同年 2 月 5 日，香港 A 公司已发行的 9000 股转到香港丁公司名下。

1997 年 1 月 17 日，香港乙公司、澳门丙公司和香港丁公司签订《上海甲公司中心付款补充协议书》（以下简称付款补充协议），约定：根据转让合约，确认还款计划为，香港乙公司在 1997 年 1 月 22 日前办理有关产权及业权转让手续，包括上海甲公司的法人代表，所有房产证及股票等，香港丁公司以上海甲公司大夏作为还款担保；香港丁公司在 1997 年 2 月 3 日前还款 1000 万港元给香港乙公司，在 1997 年 7 月 22 日前分期把余款还清，并将所还款项代香港乙公司付给澳门丙公司。该补充协议书有吴某、梁某代表香港乙公司，陈某代表澳门丙公司，李某代表香港丁公司签字。

1997 年 1 月 18 日，上海甲公司召开董事会，决定免去沈某董事长、总经理职务，免去吴某副总经理职务，任命尹某为董事长、总经理，沈某、吴某、梁某、尹某、李某、杨某在该董事会决议上签字。同日，香港 A 公司签发《委派书》，决定：免去沈某上海甲公司董事长职务，免去吴某上海甲公司副董事长职务，今后上海甲公司的业务及一切工作由尹某接管。

1997 年 1 月 20 日，沈某在明知自己已被免除上海甲公司法定代表人职务的情形下，仍然代表上海甲公司，与自己另一代表的香港乙公司以及香港乙公司的债权人——澳门丙公司，签订一份《抵押担保合同》，约定上海甲公司以上海甲公司中心作为香港丁公司还款担保抵押物，担保还款款项为 1.1 亿港元（利息以香港 1997 年 1 月优惠利率加 2）；上海甲公司为还款担保人，本合同与《抵押担保书》同时生效；《抵押担保合同》上同时代表上海甲公司及香港乙公司签字的人还有同样被免除职务的吴某。同月 23 日，上述各方当事人又签订一份《抵押担保书》，约定抵押人为上海甲公司，抵押财产为位于上海市中山北路 2438 号的房地产，抵押金额为 1.1 亿港元；《抵押担保书》上代表上海甲公司签字的人仅为沈某，代表香港乙公司签字的人为沈某及吴

某。同年2月25日，上述各方当事人再次签订一份《保证合同》，约定上海甲公司愿意为香港丁公司承担保证还款责任，保证金额为1.1亿港元及利息、违约金、赔偿金等，保证期限以最终清偿所有债务完毕为止；《保证合同》上唯一代表保证人上海甲公司和债权人香港乙公司两方签字的人均为沈某，代表澳门丙公司签字的人为陈某。上述抵押、保证文件均是在负责接管上海甲公司的新任法定代表人尹某不知道的情形下签署的，上面所盖的上海甲公司一方的印章亦属于不在工商部门登记备案的“上海甲公司合同专用章”。

1997年4月4日，沈某代表香港乙公司与香港丁公司分别签署《上海甲公司公章移交清单》及《上海甲公司文件移交清单》，约定将上海甲公司的全部文件及全部公章移交给香港丁公司。在当日由沈某主持移交的上海甲公司的全部文件中，并无上述涉及上海甲公司参与签署的《抵押担保合同》、《抵押担保书》以及《保证合同》文件；在同时移交的上海甲公司全部五枚公章中，有上海甲公司公章、业务专用章、报关专用章、支票专用章以及沈某印章，并无上述担保文件中所采用的“上海甲公司合同专用章”。由上海市工商行政管理局出具证明的上海甲公司注册备案的印鉴式样中，也是仅有上述移交的五枚公章式样，并无本案涉及的“上海甲公司合同专用章”的备案式样。1997年6月27日，经工商核准登记，上海甲公司的法定代表人由原来的沈某变更为香港丁公司的尹某。

1998年10月8日，香港乙公司、澳门丙公司和香港丁公司签订《关于一九九七年一月十七日〈补充协议〉中第二条的说明（一）》（以下简称“说明一”），明确自1995年1月25日签订合约至签订付款补充协议之日止，香港丁公司已付给香港乙公司约1.6亿港元，尚欠1.1亿港元；因香港乙公司欠澳门丙公司前期债务7000万港元，为解决三方长期形成的债务，三方一致同意，香港乙公司把其中7000万港元的债权转移给澳门丙公司，香港乙公司欠澳门丙公司的等额债务即时终止，香港丁公司同意将该7000万港元支付给澳门丙公司，余额4000万港元仍由香港丁公司归还香港乙公司。同日，香港乙公司、澳门丙公司、香港丁公司另又签订一份《关于一九九七年一月十七日〈补充协议〉中第二条的说明》（以下简称“说明二”），明确香港丁公司已付给香港乙公司约1.6亿港元，欠1.1亿港元，香港乙公司同意将7000万港元的债权转让给澳门丙公司，澳门丙公司确认已于1997年收到500万港元，尚欠6500万港元。

根据1995年转让合约，到签订付款补充协议时，香港丁公司陆续支付给香港乙公司149680944.01港元，加上香港乙公司确认收到相关款项

20944551.65 港元，合计支付了 170625495.66 港元。1997 年 1 月 17 日付款补充协议签订后，香港丁公司支付了 7710092 港元。

1999 年 4 月 19 日，香港乙公司、澳门丙公司共同向上海市高级人民法院提起欠款担保纠纷诉讼，请求判令香港丁公司支付欠款 109404733.65 港元并赔偿利息 29423548.20 港元、判令上海甲公司承担连带清偿责任。2000 年 8 月 10 日，香港乙公司、澳门丙公司变更其诉讼请求为：判令香港丁公司支付欠款 108689230 港元并赔偿利息 35914260 港元（从 1996 年 5 月 1 日至 2000 年 4 月 30 日止），上海甲公司承担连带责任。

2000 年 10 月 10 日，香港乙公司和澳门丙公司向上海市高级人民法院提交《原告说明》称：两公司诉讼请求一致，两原告债权不要求在本案中分割。

## 【审理要览】

上海市高级人民法院一审认为：原被告争议的焦点在于付款补充协议及担保协议是否有效。（1）关于付款补充协议的效力。该协议系根据 1995 年 1 月 25 日合约确认的还款计划。原告方确认付款补充协议上所指的 1995 年 1 月 25 日合约实际上就是指前述由六方当事人签订的合约。被告方认为付款补充协议上所指合约并不存在的辩解没有事实依据。从该合约签订至 1997 年 1 月付款补充协议签订之日止，香港丁公司已支付 149680944.01 港元，大大超过了香港丁公司辩称的其受让香港 A 公司股权及上海甲公司项目的总价 7979.3 万港元，而且香港丁公司在付款补充协议及说明中亦多次确认已支付约 1.6 亿港元，尚欠约 1.1 亿港元，并且承诺向澳门丙公司还款。因此原告方提出的转让费约 2.7 亿港元的主张可以采信，被告方不存在欠款事实的辩解与已查明的事实不符，不予采信。在付款补充协议及其后的“说明一”、“说明二”中并没有确定明确的欠款数额，仅仅确认欠款额约 1.1 亿港元。审理中查明当时的实际欠款额为 107054452.34 港元（277679948 - 170625495.66），与有关协议双方的约定相一致，可以认定。付款补充协议由香港丁公司董事李琛代表香港丁公司签字，且在此后双方签订的“说明二”中，有香港丁公司盖章确认，故可认定系香港丁公司的真实意思表示，而且 1995 年 1 月 25 日合约的其他权利人（包括沈某、吴某、梁某）均对该付款补充协议予以确认，同意他们对香港丁公司的债权，由香港丁公司向香港乙公司偿还，故该付款补充协议及相关的说明均合法有效。香港丁公司虽提出香港乙公司和澳门丙公司有恶意串通进行民事欺诈的行为，但没有提供相应的证据，亦不予采信。

(2) 合同的履行及责任的承担。付款补充协议签订后,各方当事人均应严格履行。原告已将香港 A 公司的股份转让并配予香港丁公司,并且移交了上海甲公司的有关文件及公章等,完成了其交付义务。香港丁公司仅支付了 7710092 港元,余款 99344360.34 港元未付清,其行为属属违约,应承担偿付余款和逾期利息的责任。香港乙公司将其部分债权转让给澳门丙公司,经该公司确认后,澳门丙公司即取得这部分债权。因两原告要求其债权不在本案中分割,可按照两原告的意愿,对两原告的按份债权不予分割,待判决后由两原告自行分割。(3) 抵押合同、保证合同等的效力及责任承担。上海甲公司认为在抵押合同、保证合同等协议上上海甲公司合同专用章系原告方私刻,故这些协议均系伪造。该院认为,沈某当时是上海甲公司的法定代表人,其能控制上海甲公司公章并可对外直接签约,因此客观上原告方无私刻该章之需要;在办理移交时原上海甲公司没有交出该章并不能排除该章在当时的合法存在;而且上海甲公司亦未进一步提供原告方私刻该章的证据。故对上海甲公司的这一辩解不予采信。抵押合同签订后,至今未办理抵押登记手续,因此,抵押合同依法未生效,现有证据也不能证明合同的某一方对合同的未生效就存在过错,故该合同对双方当事人均无法律上的拘束效力。《保证合同》系沈某代表上海甲公司签订,并盖有上海甲公司的合同专用章,签约时沈某的法定代表人职务虽被董事会免去,但工商登记尚未变更,在法律上其还能代表上海甲公司对外意思表示;以上海甲公司的财产作担保经过上海甲公司的原控股股东香港乙公司和转让后的控股股东香港丁公司同意,上海甲公司虽未就担保一事形成董事会决议,但其大部分董事会成员均在有关协议上签字,确认以上海甲公司为还款担保人;保证合同的产生,是由于债务人未付清转让款,使债权人的债权有可能落空,故债权人为了规避风险而以其转让的标的物作担保实现自我救济,是当时能够采取的相对合理的方式,符合公平原则。而且目前并无法律明文禁止这种行为。综上,判定《保证合同》系上海甲公司的真实意思表示,该合同应属有效,因合同中未约定保证方式,上海甲公司应承担连带清偿责任。据此,该院依照《民法通则》第 84 条、第 111 条,《担保法》第 19 条、第 41 条、第 42 条之规定,于 2001 年 1 月 18 日作出一审民事判决:一、香港丁公司于判决生效之日起十日内偿付香港乙公司和澳门丙公司欠款 99344360.34 港元及逾期利息(自 1997 年 7 月 23 日起至 2000 年 4 月 30 日止,按中国人民银行同期贷款利率计算);二、上海甲公司对上述还款义务承担连带清偿责任。案件受理费 754799.89 元人民币,由香港乙公司和澳门丙公司负担 111869.99 元人民币,由香港丁公司负担

633929.90 元人民币；财产保全费 736309.89 元人民币，由香港乙公司和澳门丙公司负担 110446.48 元人民币，由香港丁公司负担 625863.41 元人民币。上海甲公司和香港丁公司不服，提出上诉。

最高人民法院二审认为：关于本案《保证合同》的效力，上海甲公司主要提出了如下主张：（1）沈某作为上海甲公司的董事为上海甲公司的股东香港丁公司提供保证，该保证合同应认定无效；（2）沈某同时代表香港乙公司和上海甲公司签订《保证合同》，属于“双重代理”，损害了上海甲公司的合法权益，《保证合同》应认定无效；（3）沈某在签订《保证合同》时，已经被上海甲公司免除董事长职务，因此，其无权代表上海甲公司签订《保证合同》，该《保证合同》对上海甲公司没有约束力；（4）《保证合同》未经批准、登记，应认定无效。二审认为，上海甲公司主张《保证合同》无效的理由没有法律依据：（1）根据一、二审已经查明的事实，上海甲公司是香港 A 公司于 1994 年在上海市设立的外商独资企业，香港丁公司虽然通过转让合约成为香港 A 公司的控股股东，但香港丁公司并不是上海甲公司的股东。因此，上海甲公司为香港丁公司出具保证担保，并不受《公司法》第 60 条第 3 款即“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保”规定的约束。（2）根据我国法律、法规的有关规定，具备企业法人条件的企业，经国家授权的审批机关或主管部门审批和登记主管机关核准登记注册，其代表法人行使职权的主要负责人是企业法人的法定代表人。我国现行法律法规并没有禁止个人同时担任两个或两个以上企业法人法定代表人的规定，也没有限制法定代表人为同一人的企业之间实施民事法律行为的规定。因此，沈某当时作为香港乙公司和上海甲公司的法定代表人，在《保证合同》上同时代表两个公司进行签字，并不违背我国现行法律法规的规定。（3）《保证合同》是沈某代表上海甲公司于 1997 年 2 月 25 日与相关当事人签订的，而沈某本人确实于 1997 年 1 月 18 日被上海甲公司董事会决议免去上海甲公司董事长职务，同年 6 月 27 日，经工商核准登记，上海甲公司的法定代表人由沈某变更为尹某。经国务院批准的由国家工商行政管理局于 1998 年 4 月 7 日发布的《企业法人法定代表人登记管理规定》第 3 条规定：“企业法人的法定代表人经企业登记机关核准登记，取得法定代表人资格。”因此，在企业登记机关未对上海甲公司的法定代表人作出变更登记前，沈某仍然是上海甲公司的法定代表人，其有权代表上海甲公司对外签订相关文件。《保证合同》所涉保证事项虽然未经上海甲公司董事会决议同意，但本案有其一定的特殊性，即债权人、债务人以及担保人之间有一定的关联，尤其是债权人与担保人之间董

事会成员有相当人员的交叉，上海甲公司的大部分董事已经在有关协议上签字同意上海甲公司作为香港丁公司的还款担保人，而上海甲公司在本案纠纷形成前亦从未对保证事项提出任何异议。因此，可以认定《保证合同》的签订并未损害上海甲公司的利益，且符合上海甲公司的真实意愿。至于上海甲公司“合同专用章”的问题，由于沈某有权代表该公司对外签署文件，“合同专用章”是否被隐匿或被伪造均不影响《保证合同》的效力。（4）《境内机构对外担保管理办法实施细则》第8条第2款规定：“外商独资企业可以自行提供对外担保，无需得到外汇局逐笔批准。”根据上述规定，作为外商独资企业的上海甲公司为香港丁公司提供保证担保无需经过外汇局的批准。综上，上海甲公司与香港乙公司、澳门丙公司签订的《保证合同》是上海甲公司的真实意思表示，上海甲公司没有证据证明相关当事人之间存在欺诈、恶意串通损害其合法权益的情形，《保证合同》亦不违反我国现行法律法规的禁止性规定，应认定有效。由于当事人未在保证合同中约定保证方式，根据《担保法》第19条即“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任”的规定，上海甲公司应对香港丁公司就本案所涉债务承担连带清偿责任。原审判决对于《保证合同》的性质认定是正确的。遂于2003年8月5日作出二审民事判决：一、驳回上海甲公司的上诉；二、香港丁公司按撤回上诉处理；三、维持甲市高级人民法院（1999）沪高经初字第4号民事判决。一审案件受理费及财产保全费按一审判决结果承担；二审案件受理费754799.89元人民币，由上海甲公司承担。上海甲公司不服，继续向最高人民法院申请再审。

上海甲公司申请再审称：本案中所涉及的与担保相关的《抵押担保合同》、《抵押担保书》、《保证合同》均是虚假的，这些担保文件均是在沈某被免去上海甲公司法定代表人职务后仍代表该公司与其同时所代表的香港乙公司之间所签的双重代理合同，不能视为上海甲公司的真实意思表示，且这些文件上的“上海甲公司合同专用章”，既未经工商管理部门备案，也未在移交的全部公章之列，属沈某私刻的印章。另本案再审过程中，由香港乙公司的董事吴某在香港律师见证下所出具的证词证实，其代表债权人香港乙公司所签署的本案《抵押担保合同》、《抵押担保书》、《补充协议》、《说明一》是在1999年2、3月间补签的，并非文件上所显示的1997年1月20日、1月23日、1月17日和1998年10月8日，至于《保证合同》及《工作备忘》其并不知晓。作为签署本案系列重要文件的吴某的新证词，可以进一步证明本案所涉及的担保文件的虚假性。原审依据虚假的、不能代表其公司真实意思

的无效保证文件，判定上海甲公司承担保证责任，属错误裁判，依法应予纠正。同时，依据被申请人一审中提交至法庭的证据材料，有理由怀疑本案主债务属虚构，不具有客观真实性，请求法院依法查明。

香港乙公司辩称：本案争议的《保证合同》是合法有效的，因为明知沈某被免职的不仅仅是香港乙公司和沈某本人，保证人本人和其唯一股东香港A公司也是明知的，保证人的大多数董事在相关担保文件上也签了字，《保证合同》是保证人的真实意思表示，本案中不存在对债权人进行善意和恶意区分的问题。且私刻合同专用章的问题无论是否存在，均不影响沈某代表上海甲公司所签订法律文件的效力，因为沈某在签署《保证合同》之时仍具备上海甲公司法定代表人的资格。至于本案争议的主债务是真实存在的。原审判决并无不当，请求依法予以维持。

澳门丙公司辩称：本案保证合同应为有效，因为沈某签署《保证合同》时，其法定代表人身份未被免去，且沈某是否签名均对该合同的效力不构成影响，该《保证合同》上加盖了上海甲公司合同专用章。该章不仅在《保证合同》上使用，而且《抵押担保合同》、《抵押担保书》等文件上均加盖了该印章，至于工商局对该印章没有备案及印鉴移交清单中没有该印章，与上海甲公司没有该印章不能划上等号。申请再审人主张该印章是沈某私刻，但至今未能举证，亦没有任何审判机关认定沈某已犯私刻公章的罪行。至于申请再审人所出具的吴某的新证词，由于吴某未出庭接受质询，故依法不能作为本案证据使用。关于本案所涉及的主债权是否真实的问题，申请再审人申请再审时并未就此提出再审请求，而是在庭审时对此提出怀疑，依据相关司法解释及法理，人民法院在本案中不应就该问题进行审查，且被申请人向法院提交的证据已充分证明主债权的存在和主债权的具体数额，申请再审人对主债权真实性的抗辩理由不能成立。原审判决并无不当，予以维持。

最高人民法院再审认为：本案再审过程中，双方当事人争议的焦点主要是两个问题，一是本案主债务是否存在，二是本案《保证合同》是否有效，这也是本案一、二审过程中双方当事人始终争议的焦点。

1. 关于主债务是否存在的问题。经审理查明，1998年10月8日由主债务人香港丁公司盖章及其当时的法定代表人李琛签字的两份说明文件，明确有1.1亿港元主债务的记载。尽管上海甲公司及香港丁公司一直主张，李琛曾是澳门丙公司一方即南海市西樵公司的总经理，而后才受托担任香港丁公司的代表董事，李琛有滥用香港丁公司代表权与澳门丙公司、香港乙公司串通签署虚假主债务的可能。但由于李琛自本案诉讼以来始终未能到庭，李琛行为

的真实意图难以查清，而李琛于本案两份说明文件签署之时确实享有代表香港丁公司签字的权力；至于吴某的新证词是在本案二审终审后提供，因其不能到庭作证，无法质证并认定。原审依据主债务人的盖章以及法定代表人的签字认可，认定本案主债务的真实有效性，并无不当。且作为主债务人的香港丁公司，二审时虽提出上诉但经合法传唤未能出庭，视为放弃上诉，本案再审开庭时经合法传唤仍未到庭，应视为其放弃对本案主债务的抗辩权利。上海甲公司申请再审时，也未就主债务真实性问题提出再审请求，仅是再审开庭时对此提出怀疑。故原审关于本案主债务的判项，依法可以维持。

二、关于本案《保证合同》是否有效的问题。经庭审查明，本案《保证合同》是沈某代表保证人于1997年2月25日与相关当事人签订的，而沈某本人已于1997年1月18日被保证人的董事会决议免去董事长的职务，且同年6月27日保证人的法定代表人由沈某变更为尹某。沈某在其法定代表人职务被公司决议免除之后且未被工商部门正式变更登记之前，实施了代表公司的行为。沈某本人参加了上海甲公司免除其法定代表人职务的董事会会议，并亲自签署了该项董事会决议，十分清楚自其职务被免除之日起，即1997年1月18日之后，上海甲公司的业务及一切工作应由受让方的代表、即新任董事长尹某接管，但沈某在其法定代表人职务被免除之后的短时间内，仍然代表上海甲公司与自己所代表的香港乙公司签署一系列的担保文件。由于沈某同时代表以上两方签署同一文件，因此，作为债权人的香港乙公司应当知道沈某已不再是保证人的法定代表人，该保证行为显然不应视为保证人的真实意思表示。故香港乙公司由此获得的保证效力，不予支持。原审关于沈某法定代表人职务未被工商部门变更登记前应当享有一切当然的法定代表权的认定，与本案查明的事实显然不符，应予纠正。

至于《保证合同》上所盖的“上海甲公司合同专用章”，系沈某盖用于《保证合同》之上，香港乙公司对此同样明知，故沈某代表保证的行为被认定为无效的同时，其无权盖用的印章行为，同样不应发生法律效力；且该印章确实未经工商部门印鉴备案，在买卖双方移交公司全部印章的过程中，该印章事实上也未在移交之列。作为实质受让上海甲公司的一方而言，其依照工商部门备案的全部印鉴要求转让方进行移交，已经尽到了买方应有的谨慎注意义务，沈某在《保证合同》上加盖合同专用章的行为，不应视为上海甲公司的意思表示。这一枚印章在本案的审理过程中，始终无法查找，更无法作出任何的鉴定。对于本案所出现的“上海甲公司合同专用章”的真实性、尤其是合法性，本院不予认可。



关于澳门丙公司所获保证是否有效的问题。法定代表人职务随免除决议生效之日即刻免除，凡知道该法定代表人职务免除事实却仍然接受其代表行为的，该代表行为的效力应为无效，但对未经工商部门正式变更登记前善意信赖其为法定代表人所实施交易的第三人而言，被代表公司仍应负责。澳门丙公司主张，其对沈某被免职一事并不知情，因而其应属于善意第三人。但本案现有证据表明，澳门丙公司对香港乙公司与香港丁公司之间的本案交易始终清楚，且一直随沈某进行讨债。尤其是在1997年1月17日由香港乙公司、澳门丙公司和香港丁公司三方共同参与签署的本案《补充协议》之中既已明确规定：香港乙公司应在1997年1月22日前办理有关产权及业权转让手续，包括上海甲公司的法人代表、所有房产证及股票等。而且代表澳门丙公司签署本案《补充协议》和《保证合同》之人均为陈某。因此，澳门丙公司在1997年1月17日签署本案补充协议时，即应当知道沈某将于1997年1月22日这一特定日期之前应向保证人移交法定代表人手续，但1997年2月25日，即《补充协议》约定的必须更换法定代表人的截止日之后，澳门丙公司仍然接受已经事实被免除职务的沈某代表保证人所作的签字，且不向保证人上海甲公司作任何的征询，澳门丙公司不能以不知沈某被免职而主张自己为善意第三人。且根据本案1998年10月8日的两份说明文件，香港乙公司与澳门丙公司两方均认为，从这一天开始，香港乙公司将其对香港丁公司享有的部分债权，转让给澳门丙公司，香港乙公司即不再欠澳门丙公司债务，从这一天开始，澳门丙公司才正式对香港丁公司享有债权。这足可证明，本案《保证合同》于1997年2月25日签署时，澳门丙公司事实上并不直接对香港丁公司享有债权，而是仅对香港乙公司享有债权，香港乙公司又对香港丁公司享有债权。由于上海甲公司为香港丁公司向香港乙公司所提供的以上保证，依法应当认定为无效，故澳门丙公司无权凭香港乙公司在所获保证无效后转让给他的债权获得任何保证利益，澳门丙公司要求上海甲公司承担连带保证责任的理由不能成立。

综上所述，沈某在被免除上海甲公司法定代表人职务后，仍代表上海甲公司与自己同时所代表的香港乙公司签订保证合同并盖用合同专用章的行为，有违诚信原则，不能视为上海甲公司的真实意思表示。澳门丙公司对沈某作为上海甲公司法定代表人的职务被更换一事是明知的，但其仍然接受沈某的无权代表行为，不应视其为善意第三人；且澳门丙公司无权凭香港乙公司在所获保证无效后转让给他的债权诉请上海甲公司承担保证责任。原审认定本案《保证合同》有效并据此判定上海甲公司应向香港乙公司及澳门丙公司为

香港丁公司债务承担连带保证责任，显属不当，应予纠正；但原审关于本案主债务认定，并无不当，可以维持。经本院审判委员会讨论决定，依照《民事诉讼法》第184条第1款，第153条第1款第（2）项、第（3）项之规定，判决如下：一、撤销最高人民法院（2001）民四终字第13号民事判决；二、维持甲市高级人民法院（1999）沪高经初字第4号判决第一项；三、撤销甲市高级人民法院（1999）沪高经初字第4号判决第二项；四、驳回香港乙公司和澳门丙公司诉讼请求。一审案件受理费及财产保全费按一审判决结果承担，二审受理费解754799.89元人民币由香港乙公司和澳门丙公司负担。

## 【裁判解析】

本案再审过程中，双方当事人争议焦点主要是两个问题：一是本案主债务是否存在，二是本案《保证合同》是否有效，这也是本案一、二审过程中双方当事人始终争议之焦点。最终再审判决认为，原审关于本案主债务之判定虽有可质疑之处，但并无不当，依法仍可维持，这亦并非本案作为公司法案例视角分析所要关注之问题；而原审认定本案《保证合同》有效并据此判定上海甲公司承担连带保证责任，不能成立，应予纠正；这其中关于本案保证合同无效认定之关键，即在于对担任法定代表人之董事长沈某免职效力及其生效时间点之界定与把握，而这也正涉及到公司法之中董事任职与免职生效时间等具体法律问题。实践之中，由于对这一问题把握不准，致使案件处理在关键问题上出现偏差，以至于整案处理有失公允，犹如本案原审之现象，并不少见。

**一、董事任免时间节点把握。**董事任免时间节点之把握，事关董事职务履行起算时点以及终止时点。这不仅事关董事个人职责之起始衡量与终结把握，如果被任免董事参与公司内外行为的话，还可能涉及公司内部治理决策效力之把握，甚至还涉及公司外部行为效力之界定，因此断不可忽视。董事任免时间节点之把握，涉及董事任免方式、涉及董事任任期、涉及董事任免事由、涉及董事任免个人意愿等多个方面。如董事选举或委派方式，即有委派日与选举日之区分；如任期董事任免与非任期董事任免，即有任期起始及届满日与替补日之区分；如董事因故或非因故任免，或如董事犯罪、死亡等，引发董事任免职务之不同原因对任免时间节点也可能产生影响；再如董事是主动离职还是被动离职，即是否辞职或被罢免等，基于董事个人意愿之不同也可能对最终免职时间节点产生影响。一般而言，董事任职时间

点一般较为清晰，更好把握，多以任职决定作出并正式生效日为其时间节点。如按委派方式任命之董事，则原则上自其获得委派之日即为其担任董事之日；而经选举担任董事者，则一般自选举会议推举其担任董事之决议生效之日开始任职董事。现实之中，较难把握的是董事免职时间生效时点，它往往较为灵活，标准更加多元化。因此，以下重点围绕董事免职时间节点之衡量标准进行具体介绍：

1. 免职决定生效日。即免职决定作出并正式发生效力之日。任何一名董事之当选，均有其获得任命之方式，均有对其任命之决定，而任何一名董事之免职虽非均有正式免职之决定，但多数情形下也均有免职决定。因此，对于董事免职决定生效日，一般即可作为董事任职截止日。如按委派方式任命之董事，被撤销委派之日原则上即可为其董事职务免除之日；而经选举担任董事者，则选举会议罢免其董事之决议生效之日即可为免除其董事之职。正常情形下，公司董事一经任命，非经正当程序免职或其他原因离职，其任职一般至任期届满时为止，而所谓届满之衡量与把握，往往是以任期结束时经股东会任命或选举产生新的接任董事产生时为止，当然董事可以连连连任。董事免职多数是经由公司股东会按正常程序进行罢免，因此，罢免决定成为绝大多数董事离职的主要原因，罢免决定生效日多为董事职务免除之日。公司罢免董事可以有理由罢免，也可以无理由罢免，但无理由罢免或非任期届满罢免等无故罢免时，被罢免董事可以主张相关赔偿。关于股东或公司罢免董事制度从美国《示范商业公司法》相关规定可见一斑。该法第 8.08 条就股东罢免董事规定：（1）股东会可在有理由或无理由之情形下，罢免一名或多名董事；除非公司章程规定，唯有在提出罢免理由之情形下，董事方可被罢免。（2）如果董事由一个股东投票团体选出，则唯有该投票团体的股东可参加罢免该董事的投票表决。（3）在允许累积投票之情形下，如果反对罢免董事的累积投票达到了选举其为董事的足够选票数量，则该董事不能被罢免；在不允许累积投票之情形下，惟有当同意罢免董事的票数超过了反对罢免该董事的票数时，该董事才能被罢免。（4）惟有在为罢免董事而召集的股东会议上，董事才可被罢免；且在会议通知中必须说明该会议之目的或目的之一为罢免该董事。<sup>①</sup>

2. 董事辞职日或声明离职日。董事无疑可以辞职，而且现实之中辞职董事并不少见。一般而言，董事辞职并不存在需要公司批准之程序，这也表明

<sup>①</sup> 虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆 2004 年版，第 69～70 页。

董事实质享有辞职之权利。因此，当董事辞职之时，其免除职务时间之节点一般应为其提交辞职报告之日，除非该辞职报告对离职日有着特别之声明。如美国《示范商业公司法》第8.07条关于董事辞职即规定：（1）董事可向董事会、董事会主席或公司递交书面通知的形式于任何时候辞去其董事职务；（2）除非辞职通知特别说明了较晚生效的日期，董事的辞职自其辞职报告递交之时即为生效。<sup>①</sup>如《维尔京群岛国际商务公司法》第43条第三款（b）项也规定：董事可以通过向公司提交书面辞职通知的方式辞去职务，自公司受到通知之日起或通知中指定的更晚日期起，该辞职生效。<sup>②</sup>需要指出的是，董事非正常辞职离任给公司造成损失时，公司可以主张赔偿。

3. 继任董事产生日。与董事辞职日一样，这实际也仅涉及董事免职日把握问题。之所以要以继任董事产生日作为董事免职正式生效日，是基于各国公司法普遍遵循的这样一条基本原则，即董事任职原则上不得中断。所谓董事任职原则上不得中断，主要是指公司董事席位原则不得空缺运行，至少不得低于法定人数运行。正所谓一国不得一日无君，而一公司董事席位原则上也不得无人履职，或因空缺致使董事会无法依法运行，否则会造成公司治理机制运行不畅，甚至使得公司治理陷入困境。因此，即便董事被免除职务或者董事辞去职务，有时也并非即刻生效，董事职务尤其董事职责并非即刻被免除，而是需要等候继任者到位才得正式离任。《公司法》第46条即为此类规定：“董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。”类似规定在其他多国相关法律之中也均有体现。如意大利《民法典》第2385条规定：“如果留任的董事无法形成必要的多数，则辞职董事自董事会通过接纳新董事而重新组成必要多数之日生效；因期限届满而终止履行职务的董事，其任职期限自董事会重新组建之日起终止。”<sup>③</sup>再如澳门《商法典》第464条规定：“董事得透过致董事会或公司秘书之信函放弃其职位；放弃仅在通知月份之翌月底产生效力，但在此之前已指定或选出代任人除外。”<sup>④</sup>

4. 法院罢免董事裁决生效日。董事职务不仅公司或股东可以罢免，在一

① 虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆2004年版，第69页。

② 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社2005年版，第196～197页。

③ 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社2005年版，第193页。

④ 同上，第192页。

定条件下，司法亦可罢免董事。如美国《示范商业公司法》第 8.09 条就司法程序罢免董事作出规定：“（1）公司主营办事处（或，如于本州没有主营办事处，则其注册申报的办事处）所在××××县法院，在公司或其持有任何类别流通股份至少 10% 的股东所提起的诉讼中，可罢免董事，如果法院认为：[1] 董事参与了欺诈或不诚实的行为，或在处理公司事务时严重地滥用其权力或任意处事；及 [2] 罢免该董事符合公司的最佳利益。（2）罢免董事之法院，可下令禁止该董事在法院所规定的期限内重新当选董事。（3）如果股东依据本条第（1）款之规定提起诉讼，则他们亦应将该公司一并被列为被告。”<sup>①</sup> 再如我国台湾地区“公司法”第 200 条规定：“董事执行业务，有很大损害公司之行为或违反法令或章程之重大事项，股东会未为决议将其解任时，得由持有已发行股份总数百分之三以上股份之股东，于股东会后三十日内，诉请法院裁决之。”<sup>②</sup> 很显然，以司法程序罢免之董事，随司法裁决生效之日其职务随之解除。

5. 指定生效日。有时董事免职决定生效并非董事即被免职，而是有特别指定之免职日。事实上，当董事存在特定任职期限时，在任职期限并未届满而需要召开股东会议或董事会议，任命董事职务或免除董事职务决定即便作出且生效，也并不当然产生新董事任职或免职之效力，如果任免职决定存在一个特别指定之日期，则获得任命之董事或被免职之董事，应在该特别指定日开始任职或被正式免除职务。

6. 董事劳动合同解除日。如董事为职工身份，系由职工中选举产生，或董事与公司存在特别合同约定等，则随着劳动合同之解除，董事职务亦可随之免除。如法国《商事公司法》第 97-6 条规定：“职工选举产生的董事的劳动合同被解除即行终止其董事职务。”该条同时还规定：“职工选举产生的董事，只有因履行董事职务过程中的过错，应董事会多数成员要求，由大审法庭庭长按紧急程序作出裁决，始可被解除职务。裁决具有临时执行力。”<sup>③</sup>

**二、法定代表人任免职时间节点及引发内外效力之把握。**依《公司法》规定，法定代表人一般也身为董事，即公司董事长或执行董事，当然新《公司法》下公司经理、主要是总经理也可能担任公司法定代表人，但这并非常态现象。而依国外公司法律制度，公司法定代表人既可以是单数代表人，也

① 虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆 2004 年版，第 70 页。

② 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社 2005 年版，第 184 页。

③ 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社 2005 年版，第 189 页。

可以是复数代表人，既可以是自然人代表人，甚至也可以是董事会以一个集体、一个机构之名义代表公司，为公司代表主体。因此，法定代表人任免职时间节点之把握，与一般董事任免职时间节点之把握既有其关联性、相通性，但又有其特殊性、存在差异性。就关联性或相通性而言，身为董事之法定代表人，往往在获得董事职务任免之时，也同时获得代表人资格之任免，对其董事身份与代表人身份之任免往往同时进行。董事身份是其代表人身份之基础，代表人身份以其董事身份为要件，甚至当选为董事即可为公司代表人，至少在那些采取复数代表制度的国家可以如此。因此，关于董事任免职时间节点之衡量标准同样可以适用于法定代表人任免职时间节点之衡量。

就所谓特殊性或差异性而言，尽管法定代表人依董事身份为前提，但当选董事并非即能当然成为公司法定代表人，甚至任免董事与任免法定代表人由不同机构、不同程序而区别产生。如我国公司董事一般系由公司股东会选举产生，但董事长则既可由股东会选举产生，也可由公司董事会选举产生，更可依照公司章程规定由相关股东选举产生。因此，即便股东委派某人为董事，或股东会选举某人为董事，但该人是否能当选为董事长，或被任命为公司法定代表人，则还要看董事会选举或公司章程之规定等。且不仅如此，董事任免与法定代表人任免差异还在于，依照我国相关规章，公司法定代表人并非经选举或任命即刻发生法律效力，而是需要经过工商登记备案才正式生效。这也就是本案二审所提到的国家工商行政管理局于1998年4月7日发布的《企业法人法定代表人登记管理规定》第3条之规定：“企业法人的法定代表人经企业登记机关核准登记，取得法定代表人资格。”因此，就一般意义而言，就公司法定代表人任职方式而言，我国公司法定代表人资格之取得，一般须经工商登记才可取得。同时，基于董事任职不得中断原则，公司法定代表人更不得中断，因此当发生公司新老法定代表人交替时，原法定代表人真正离职时间之把握，应当以新法定代表人实际到任为准，公司不得一日无主。

尽管我国公司法相关制度，规定了公司法定代表人任职生效方式，但对于任免具体时间节点仍会产生争议，尤其是法定代表人免职生效时间节点之把握，更会产生争议。因为，就法定代表人任职时间节点而言，一般随公司登记之成立，公司法定代表人也即同时任职生效，故关于法定代表人任职时间节点并无争议之必要。但是，正因为《公司法》关于法定代表人任职需经工商登记之要求，且对于法定代表人免职生效又并未作出具体明确规定，现实之中，由于担任法定代表人之董事长或执行董事被免职、死亡、辞职等而新任命公司法定代表人时，因内部任命与外部登记必然存在一个时间之差，

必然有一个过程，必然有一个法定代表人衔接时期，在此衔接期间，如何认定公司法定代表人身份及其行为？应由谁来代表公司并主持公司内外事务？是被免职者依然可代表公司，还是只能有新获任职者才能代表公司？对此，可从以下方面加以把握：

1. **对内效力。**所谓对内效力，即公司法定代表人任免对公司内部所产生之效力。对此，无疑应以任免决定内部生效日为准。而所谓内部生效日，实际是公司内部关于法定代表人任免决定作出并生效之日。而所谓任免决定生效日，具体把握起来又可能面临多种选择。既可以是任免之日，如果没有特别注明任职生效之日或免职生效之日的話；也可以是指定到任日或指定离任日；还可以是辞职日，甚至辞职获准之日（一般认为无须批准），或辞职声明特定之日；当然，在无相应继任者被任命时，法定代表人尚不得真正离职，其离职生效之日还须以继任者获准任命甚至到任之日为准。但不管怎样，就公司内部而言，一旦任命新法定代表人且明确生效时，则原法定代表人职责即刻免除。这也就是说，法定代表人职务任免随公司内部生效而即刻生效。

2. **对外效力。**所谓对外效力，即法定代表人任免职务对公司外部外发生之效力，即与公司第三方交易主体之影响力。很显然，原则上应当以工商登记为准。这是因为我国公司法律制度对公司法定代表人要求进行登记之必然结果。按我国公司法律制度规定，公司法定代表人应当记载于公司章程之中，法定代表人之变更，不仅应当修改公司章程，应当按章程修改程序经三分之二多数通过，而且需要进行工商登记变更备案。因此，就与公司进行交易的第三人而言，究竟谁为公司法定代表人，谁才可以代表公司实施代表行为，无疑可依公司登记对外公示资料为准。正是从这一角度而言，公司法定代表人之任免要想产生对外效力，就必须进行必要之变更登记，否则并不能对外产生相关效力，即便公司法定代表人已经事实上在内部发生了变动，甚至原法定代表人离职公司已经很长。因此，为防止法定代表人变动所可能引发之法律风险，公司必须在尽可能短的时间内完成法定代表人外部变更登记，任何公司法定代表人内外衔接时间过长做法，实际均可能将公司置于不利之境地。

3. **例外情形。**尽管原则上，公司法定代表人任免职务对内随决定生效而生效，对外随变更登记而发生公示效力，但是，也并非没有例外，尤其是对外效力。如外部明知法定代表人已被免职之人，仍接受该被免职法定代表人之代表行为，且又损害被代表公司之利益时，该第三人应则属于非善意第三人，对其交易显然不应予以保护。当法定代表人已被免职但仍未变更登记时，

此时亦可理解为，这样的法定代表人实质上并无代表公司之权力，或者相关外部知情人也可按公司内部人员对待，法定代表人内部免职生效日即为其不得代表实施外部行为日，此时不应给外部知情人任何利用衔接空档期谋求不当利益之机会。比照《合同法》第50条关于法定代表人无权代表公司或越权代表公司之交易行为处理方式之规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”这也就是说，尽管一般可以有效，但知道或应当知道法定代表人职务已被免除还仍然接受该被免职代表人之代表行为时，则并不受法律保护。

**三、结合本案之具体分析。**本案关键问题在于涉案《保证合同》是否有效的问题。就作为本案担保人的上海甲公司而言，一、二审判决因抵押未经登记均否定其应承担抵押责任，但均肯定其应承担保证责任。之所以判定上海甲公司应当承担保证责任的核心证据，便是1997年2月25日以上海甲公司名义与香港乙公司、澳门丙公司之间所签订的《保证合同》。那么，本案《保证合同》的效力究竟如何，这将取决于以下事实及法律的判断。

1. 沈某在其法定代表人职务被保证人免除后，仍代表保证人与自己所代表的债权人签订保证合同的行为是否有效。原一、二审证据皆认定，本案《保证合同》是沈某代表保证人于1997年2月25日与相关当事人签订的，而沈某本人确实于1997年1月18日被保证人的董事会决议免去其为保证人董事长的职务，并且同年6月27日，保证人的法定代表人由沈某变更为尹某。这也就是说，沈某在其法定代表人职务被公司决议免除之后且未被工商部门正式变更登记之前，实施了代表公司的行为。对于此类代表行为的法律效力，应按照这样的原则进行处理，即：法定代表人职务随免除决议生效之日即刻免除，凡知道该法定代表人职务免除事实却仍然接受其代表行为的，该代表行为的效力应为无效。就本案而言，沈某参加了上海甲公司免除其法定代表人职务的董事会会议，并亲自签署了该项董事会决议，沈某也十分清楚自其职务被免除之日起，即1997年1月18日之后，上海甲公司的业务及一切工作应由受让方的利益代表、即新任董事长尹某接管。然而，沈某就是在其法定代表人职务被免除之后的短时间内，仍然代表上海甲公司与自己所代表的香港乙公司签署一系列的担保文件。本案《保证合同》签署时，沈某一方面已经被保证人免除了其法定代表人职务，另一方面又仍为香港乙公司的合法代表人，由于沈某同时代表以上两方签署同一文件，因此有充足理由认为，作为债权人的香港乙公司应当知道沈某已不再是保证人的法定代表人。但是，



香港乙公司却仍然接受沈某代表保证人为自身债权提供巨额保证，该保证行为显然不是保证人的真实意思表示，并严重损害保证人的利益，也违背基本的诚信原则，故香港乙公司由此获得的保证效力，应当不予支持。被申请人关于沈某的法定代表人职务未被工商部门变更登记前应当享有一切当然的法定代表权的抗辩，与本案查明的事实显然不符，原审对此予以支持，显属不当。

2. “上海甲公司合同专用章”的法律效力应当如何看待。首先，该印章系沈某盖用于《保证合同》之上，而香港乙公司对此同样明知，故沈某代表保证的行为被认定为无效的同时，其无权盖用的印章行为，同样不应发生法律效力。其次，该印章确实未经工商部门印鉴备案，且更为主要的是，在买卖双方移交公司全部印章的过程中，该印章事实上也未在移交之列。就一般的商业交易规则以及基本的法律判断而言，这样的印章显然不应赋予其代表公司意志的法律效力，否则，便会造成难以预料商业乃至法律上的风险。作为实质受让上海甲公司的一方而言，其依照工商部门备案的全部印鉴要求转让方进行移交，已经尽到了买方应有的谨慎注意义务，不为其所知、更不为其所能控制的合同专用章的出现，显然不应强加视为上海甲公司的意思表示。而就作为实质转让方的香港乙公司而言，合同专用章为其提供了至关重要的保证权益，但其却在移交公章之时不作任何的移交与说明。尤其是，按本案《保证合同》记载的签署时间衡量，《保证合同》签署之时，沈某事实上还控制着上海甲公司的全部备案印鉴，但是他却均未加以使用，偏偏盖用了这样一枚既不在备案之中、也不移交之列的印章，并且在移交全部文件时，这样重要的文件也没有向受让方进行移交或作出任何的交代，这与商业交易的一般惯例均不相符。而这一枚印章在本案的审理过程中，始终也无法查找，更无法作出任何的鉴定。申请再审人也正是据此主张，本案《保证合同》确系倒签，即沈某已移交完全有效公章及文件后，另行私刻合同专用章所为。对此，申请再审人于一审之时既已提交的与本案有关的另一方面的证据，可以让我们进一步对沈某的行为有所判断。经上海市公安局（99）沪公刑技文鉴字第458号鉴定书证实，沈某曾私刻上海甲公司的公章，于1999年6月21日将上海甲公司名下拥有的一辆宝马车私自变卖过户给他人，沈某的确有过私刻公章的行为。总之，对于本案所出现的“上海甲公司合同专用章”的真实性、尤其是合法性，司法显然不应当予以承认，由该枚印章所代表的意思表示，当然也不应认可其任何的法律效力。

3. 是否上海甲公司的多数董事同意了担保行为。原审认定上海甲公司的

大部分董事已经在有关协议上签字同意上海甲公司作为香港丁公司的还款担保人，而上海甲公司在本案纠纷形成前亦从未对保证事项提出任何异议，这与再审查明的事实不符。本案涉及上海甲公司为香港丁公司提供担保的文件共有三份，分别是《抵押担保合同》、《抵押担保书》及《保证合同》。《抵押担保合同》与《抵押担保书》上代表上海甲公司签字的只有沈某和吴某二人，而该二人均是被上海甲公司同时免除代表职务的董事，且该两份文件由于抵押未经登记而不能发生法律效力，原审对此已予认定，本案各方当事人对此均不持异议。至于由香港丁公司在本案相关文件上代替上海甲公司作出担保的意思表示，在法律上属于股东的股东代行公司意志的行为，对此显然不能承认其法律上的效力，原审对于《补充协议》中香港丁公司代替上海甲公司所作的“以上海甲公司中心作为还款担保”的约定，也已认定为无效。至于李某、杨某代表香港丁公司作出的以上无效的意思表示，更不能以此二人也是上海甲公司的董事为由，便认定上海甲公司的多数董事同意了提供担保之事。最为主要的是，本案实质是关于上海甲公司大楼买卖的交易纠纷，自1997年1月18日后唯一有权代表受让方、代表上海甲公司的人是新任法定代表人尹某，作为转让方的香港乙公司对此十分清楚，尹某从未在以上任何担保文件或有涉及上海甲公司提供担保内容的文件上进行过签字确认，上海甲公司在本案纠纷形成前也根本不知道以上担保文件的存在，更无从对保证事项提出任何所谓的异议。

4. 澳门丙公司是否享有本案保证利益的问题。首先，根据之前的分析，沈某代表上海甲公司签署本案《保证合同》并盖用合同专用章的行为，依法应认定为无效，这一点对澳门丙公司应具有同样的效果。尽管澳门丙公司事后主张，其对沈某被免职一事并不知情，因而其应属于善意第三人。但再审查明的事实表明，本案实际情形是，澳门丙公司对香港乙公司与香港丁公司之间的本案交易始终清楚，且一直追随沈某之后进行讨债。尤其是在1997年1月17日由香港乙公司、澳门丙公司和香港丁公司三方共同参与签署的本案《补充协议》之中既已明确规定：香港乙公司应在1997年1月22日前（向香港丁公司）办理有关产权及业权转让手续，包括上海甲公司的法人代表，所有房产证及股票等。这充分表明，澳门丙公司对沈某作为上海甲公司法定代表人的职务应于1997年1月22日前被更换一事，是十分清楚的，而实际上是沈某于该《补充协议》签署的次日即被免除了上海甲公司法定代表人的职务。本案《保证合同》载明的签署时间为1997年2月25日，即《补充协议》约定的必须更换法人代表的截止日之后，澳门丙公司显然不能以不

知沈某被免职而主张自己为善意第三人。其次，即便《保证合同》签署的时间是真实的，即便澳门丙公司对沈某被免职一事确实不知情，但经再审开庭进一步查明的事实表明，本案《补充协议》于1997年1月17日签署之时，香港丁公司仅是代香港乙公司向澳门丙公司付款，香港丁公司并不直接欠澳门丙公司的款项，此仅属于《合同法》第65条所规定的第三人代为履行债务的法律关系。直至1998年10月8日本案两份说明文件签署时，为解决三方之间的债权债务关系，香港乙公司才把其对香港丁公司享有的部分债权转让给澳门丙公司，而澳门丙公司自此之后才享有对香港丁公司的债权。这充分表明，本案《保证合同》于1997年2月25日签署时，澳门丙公司事实上并不直接对香港丁公司享有债权，而是仅对香港乙公司享有债权，香港乙公司又对香港丁公司享有债权。由于上海甲公司为香港丁公司向香港乙公司所提供的以上保证，依法应当认定为无效，故香港乙公司对香港丁公司的债权依法并不附着任何的保证利益，澳门丙公司也当然无权凭香港乙公司在无效保证之后转让给他的债权而获得任何的保证利益，澳门丙公司凭其受让获得的对香港丁公司的债权，要求上海甲公司承担所谓的连带保证责任，依法不能成立。

综上所述，尽管本案《保证合同》究竟是否倒签难以查清，但依据本案现有相关材料，沈某确实是在其法定代表人职务被保证人免除后，仍代表保证人与自己所代表的债权人签订保证合同，有违诚信原则，且《保证合同》上所盖的上海甲公司合同专用章，不应视为上海甲公司的真实意思表示，本案《保证合同》依法应认定为无效。

本案经2004年12月9日1336次最高人民法院审判委员会会议讨论认为，沈某被上海甲公司免去法定代表人职务后，仍以该公司法定代表人名义与自己担任法定代表人的香港乙公司签订保证合同，有违诚信原则，申请再审人上海甲公司提出的二审判决认定该保证合同有效不当的理由，应予支持。

## 限制董事自我交易义务之衡量标准

### 【关注焦点】

限制或禁止董事自我交易之法定义务应如何具体把握？其主体标准、程序标准、实质标准该如何理解？董事义务法定或必然之延伸范围该怎样设定？

### 【基本案情】

原告：A公司

被告：皮某

第三人：甲公司

甲公司成立于2000年1月2日，是由A公司、B公司、C公司、D公司、王某、李某、何某、刘某共同出资设立的有限责任公司。公司的注册资本总额为800万元人民币，其中A公司出资160万元人民币，占股东出资总额的20%；B公司出资80万元人民币，占股东出资总额的10%；C公司出资80万元人民币，占股东出资总额的10%；D公司出资80万元人民币，占股东出资总额的10%；王某出资80万元人民币，占股东出资总额的10%；李某出资80万元人民币，占股东出资总额的10%；何某出资80万元人民币，占股东出资总额的10%；刘某出资160万元人民币，占股东出资总额的20%。甲公司在工商行政管理部门登记的经营范围为生产制造各类家具用品。公司成立后，召开了第一次股东大会，选举了皮某、马某、何某、张某、王某为甲公

司第一届董事会成员，任期3年，其中马某为公司董事长，何某兼任公司总经理。此外，该次股东会还选举刘某、胡某、张某、毛某、谢某为甲公司第一届监事会成员，任期3年。

2001年1月2日，甲公司召开董事会讨论公司购车事宜。会上，董事皮某提出，其子拥有一辆红旗轿车，愿以40万元人民币的价格卖给甲公司。经过与会董事讨论，公司董事会通过了公司以40万元人民币向皮某之子购买该红旗轿车的决议。2001年2月2日，甲公司支付皮某之子40万元购车款，皮某之子遂于2001年3月1日将其所有的红旗轿车交付给了甲公司，并办理了相关登记过户手续。

A公司在得知甲公司40万元人民币向皮某之子购买红旗轿车后，认为皮某违反了作为公司董事所承担的自我交易之禁止的义务，对甲公司的利益造成了严重损害，遂于2001年4月20日向甲公司董事会提出请求，要求公司追究董事皮某的法律 responsibility，但董事会以上述购车合同已经公司董事会同意为由，拒绝追究皮某的法律 responsibility。A公司后又向甲公司监事会提出同样请求，但公司监事会以同样理由予以拒绝。于是，A公司于2001年5月20日代位甲公司向法院提起诉讼。案中标的物红旗轿车后经有关部门评估，其实际市场价为30万元人民币。

原告A公司认为：被告皮某的行为违反了公司董事自我交易之禁止义务，应对甲公司承担损害赔偿 responsibility，因此，请求法院判令被告赔偿甲公司因被告与公司进行自我交易对公司造成的经济损失10万元。

被告皮某认为：甲公司是与其子而非自身进行轿车买卖，所以其并未违反董事自我交易之禁止义务；况且，该轿车买卖合同已经过公司董事会同意，合法有效。原告要求被告赔偿甲公司因此轿车买卖所造成的经济损失没有法律依据。因此，请求法院驳回原告的诉讼请求。

## 【审理要览】

法院审理认为：本案属于董事侵害公司利益纠纷案。A公司作为甲公司的合法股东，在其认为甲公司的合法权利受到公司董事皮某的自我交易行为侵害，而向甲公司董事会和监事会请求追究皮某的法律 responsibility 遭到拒绝后，有权代表甲公司提起诉讼。根据《公司法》第61条第2款的规定，董事、经理除公司章程规定或者股东会同意外，不得同本公司订立合同或者进行交易。因此，被告作为甲公司的董事，应当对公司负有该种义务。原告认为，被告

在甲公司购买轿车的事件当中利用了其董事身份与公司进行了自我交易，但合议庭认为，甲公司购买的是被告之子所有的轿车，而非被告的轿车，皮某之子既非甲公司的董事，也非甲公司的经理，对甲公司不负有自我交易之禁止的义务。尽管被告与其子之间是父子关系，但不能因此将皮某之子与甲公司所为的交易视同被告与甲公司所为的交易，并据此认定被告违反了董事自我交易之禁止义务。因此，被告并未违反《公司法》的规定，原告要求被告赔偿甲公司因此次轿车买卖所造成的经济损失没有法律依据。依照《公司法》第61条第2款的规定，判决如下：驳回原告A公司的诉讼请求。

## 【裁判解析】

现实之中，公司与其董事等高管人员直接进行交易之情形并不少见，无论法律是否对此进行禁止或是限定，这种交易皆难避免。那么，此类交易是否应当加以规制或是完全严禁？国内外关于董事等自我交易义务该如何具体理解与把握？司法实践中又应当如何具体的加以运用？

**一、限制或禁止董事自我交易义务之理解。**董事自我交易，简言之，即董事与其所任职公司之间进行交易。但董事自我交易之主体往往并不限于董事，还包括经理等高级管理人员及其关联之人；其方式也不限于交易行为，只要存在冲突性利益即可。限制或禁止董事自我交易业务属于董事忠实义务之范畴，为各国公司立法所普遍规定。传统公司法一般对董事、经理与公司间之交易持绝对禁止态度，现代各国公司法已经普遍持有条件许可之态度，只是条件非常严格。这是因为董事自我交易更可能损害公司利益、更可能使董事等获得不当利益。

在正常市场交易过程中，常常存在着信息不对称问题，即交易双方明了自身状况，但对交易对方之信息却不甚明了。正是基于信息之不对称，交易双方才能通过种种手段进行谈判、交涉与博弈，最终达成双方都满意之协议。因此，如果交易一方对交易另一方之情形了如指掌，则其在交易之中便可获得更大优势。例如，甲方知道乙方急于变卖一套房产以清偿其债务，则甲方可以借机压价，以较为低廉之价格购得该房产。同理，乙方知道甲方为了结婚急于购置一间商品房，则其可以借机抬价，以较高价格出售该房产。这正是“知己知彼百战百胜”在现代商业竞争中之灵活展现。而董事作为公司之经营管理者，其对公司之经营状况与发展前景必然更加了解，甚至了如指掌。倘若公司与董事进行交易，则公司如同透明一般，毫无秘密可言，董事可以

轻易地在交易中取得优势地位，攫取可观经济利益。与之相应，公司则在交易中处于劣势地位，可能丧失许多甚至重大经济利益。因此，董事自我交易存在使董事通过损害公司利益而获得不当利益之非正常商业风险。但是，董事自我交易也有降低交易成本及有利于加强公司与董事关系等优点。因此，为了维护公平同时又兼顾效率，各国公司法皆重视对董事自我交易之法律规制。

但在主体范围、自我交易的认定、义务豁免等方面，各国公司立法之规定有显著不同。美国《商事公司法（修订示范文本）》将董事自我交易称为“董事的冲突利益交易”，所谓“董事冲突利益交易”，当针对公司而言时，指公司（或由该公司的子公司、该公司对其有控制权的其他任何实体）实施或计划实施的一项交易，且在该交易上该董事拥有冲突的利益。<sup>①</sup> 法国 2000 年《商事公司法》第 101 条规定：“公司与其一名董事或总经理之间签订的协议，应事先获得董事会的批准。公司董事或总经理被间接涉及的协议或通过中间人与公司签订的协议，亦然。公司董事或总经理系某一企业的企业主、无限责任股东、经理、董事、总经理、经理或监事会成员的，公司与该企业之间签订的协议，应事先经过批准。”<sup>②</sup> 日本 2005 年《公司法典》第 356 条第 1 款则规定：“董事在下列情况下，必须在股东大会上，就该交易披露重要事实，接受其承认：①董事拟为自己或第三人与属股份公司事业的部类进行交易时；②董事拟为自己或第三人与股份公司进行交易时；③股份公司拟保证董事的债务在以外的其他董事之间进行股份公司与该董事的利益相反的交易时。”<sup>③</sup> 韩国《商法》第 398 条之规定是：“董事经董事会同意，才可以为自己或者第三人与公司进行交易。在此情形下，不适用民法第 124 条的规定。”韩国《民法》第 124 条规定：“代理人如没有本人同意，不能为本人和自己作出法律行为，或者就同一法律行为代理双方当事人。但是，债务的履行不在此限。”我国新《公司法》第 149 条则规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：……（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易”。综上所述，各国公司立法对限制董事自我交易义务之规定差异较大。

## 二、限制自我交易义务之实际人员范围。如上文所述，各国公司立法对

① 参见虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆 2004 年版，第 90 页。

② 金邦贵译：《法国商法典》，中国法制出版社 2000 年版，第 128 页。

③ 王保树主编：《最新日本公司法》，于敏、杨东译，2006 年版，第 214 页。

限制或禁止董事自我交易义务之规定多有不同，突出表现在限制自我交易人员之范围不同。

英美法系国家对限制自我交易人员范围规定得非常详实。美国《商事公司法（修订示范文本）》不仅对“有冲突利益”董事之范围作了详细规定，还明晰了“与董事相关之人”范围。如该法第 8.60 节第一款规定：所谓“冲突的利益”，当针对公司而言时，指董事就该公司（或由该公司的子公司、该公司对其有控制利益的其他任何实体）实施或计划实施的交易所拥有的利益。

（1）无论该交易是否提交该董事会讨论通过，该董事在交易之时即知道，他或作为该交易当事方的相关之人，在该交易中拥有有利之经济利益或与该交易有紧密之联系，且此类经济利益对该董事或相关之人意义重大，以至于根据合理判断可以预见，当该董事对该交易的实施投票表决时，会影响他的合理判断；（2）当交易被提交（或根据该项交易的性质和对公司的意义，该交易按正常程序被提交）该董事会讨论通过时，该董事在交易之时即知道，下列任何之人或为该交易之当事方，或在该交易中拥有有利之经济利益或与该交易有紧密之联系，且此类经济利益对该人意义重大，以至于根据合理判断可以预见，当该董事对该交易的实施投票表决时，会影响他的合理判断；①该董事为其董事、普通合伙人、代理人或雇员的一个实体（该公司之外的）；②对一个或多个第①目所提到的实体拥有控制权之人，或由一个或多个第①目所提到的实体控制或集中控制的实体；或③作为该董事的普通合伙人、委托人或雇员的自然人。该法第 8.60 节第二款则规定与董事“相关之人”是指：（1）该董事的配偶（或配偶的父母或兄弟姐妹），或该董事的子女、孙子女、兄弟姐妹、父母（或上述这些人的配偶），或与该董事共同拥有同一家庭的自然人，或本项所提到的自然人为其实际受益人的信托或地产；或（2）该董事为其受托人的一项信托、不动产、无行为能力人、受保护人或未成年人。<sup>①</sup> 据此，美国《商事公司法（示范修订文本）》将限制自我交易义务人员之范围限制在“有冲突利益”之董事及“与董事相关之人”，不包括经理等高级管理人员。

与之相比，大陆法系对限制自我交易义务人员范围之规定比较简略。如依上述法国 2000 年《商事公司法》第 101 条之规定，法国将限制自我交易义务人员之范围限制在有利害关系之董事或总经理，而不包括与董事相关之人。而前述日本 2005 年《公司法典》第 356 条第 1 款之规定，则认定有利害关系

① 参见虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆 2004 年版，第 89～90 页。



董事之标准及其披露义务。同时，该法第423条第2款规定：“董事或执行官违反第三百五十六条第一款之规定进行第三百五十六条第一款第一项之交易时，因该交易董事、执行官或第三人所得利益额，推定为前款之损害额。”<sup>①</sup>据此可知，日本2005年《公司法典》将限制自我交易义务人员范围限制在有利害关系的董事、第三人（即与董事有关的人）或执行官等。<sup>②</sup>

我国新《公司法》对限制董事自我交易义务之规定更为简单，仅规定董事、高级管理人员负有限制自我交易义务，未规定“与董事相关之人”，亦未对董事、高级管理人员之“有冲突之利益”进行界定，存在明显漏洞。在未来公司立法中应增添与董事相关之人并对有冲突利益之董事、高级管理人员等进行详细或者必要之界定。

**三、限制自我交易义务之免除。**尽管董事自我交易相当可能会对公司利益造成损失，使得董事获得不当利益，但是各国公司立法并非绝对禁止，反而规定一定条件下可以免除董事自我交易之法定义务。这是在充分考察了董事自我交易利弊之后所采取的一种立法选择。董事自我交易固然可能会损害公司利益，但是董事自我交易也有三个值得肯定之优点。

1. 董事自我交易可以降低交易成本。传统的乡土社会是个熟人社会，商品交易不频繁同时交易双方往往都熟识，无须对交易对方之经济实力与资信状况进行调查。而市场经济为陌生人社会，交易双方往往并不熟识。因此在市场交易过程中，为了降低商业风险，交易双方都需要对交易对方之经济实力与资信状况进行调查。而调查即需要花费一定时间与费用，同时市场交易又非常频繁。这皆显著地增加了交易双方之交易成本。市场主体往往倾向于同曾经交易过的其他主体再次进行交易，而这正是基于降低交易成本之考虑。在董事自我交易中，董事对公司的经营状况、发展前景与资信状况均较为了解；相应地，公司对董事之基本情况也比较了解，只是对交易的具体信息不甚了解。对董事而言，其免去了对公司之调查成本；对公司而言，其亦免去了对董事之调查成本，仅需重点调查交易之具体信息即可，即对交易之标的等予以重点调查。虽然在董事自我交易中，公司作为交易一方，其对交易信息之了解往往比不上董事，交易双方存在着信息掌控上之不平等，但是，董事自我交易显著地降低了交易双方之交易成本，同时也降低了社会总体之

① 王保树主编：《最新日本公司法》，于敏、杨东译，2006年版，第214页。

② 执行官是指由董事会聘任的一名或数名执行官负责公司业务执行并对董事会报告工作，以代表执行官代替代表董事。参见吴建斌：《日本引进独立董事制度的经验及启示》，载《南京大学学报（哲社版）》2003年第2期。

交易成本。

2. 董事自我交易有利于加强董事与公司之信赖关系，增强公司内部之向心力。在市场交易中，交易双方之目的均是为了获得更多利益。但是，除了经济因素之外，交易双方往往还需要考虑其他因素。例如，交易一方为了能够与对方建立长期合作关系，在交易中主动放弃一部分利益。又或者，交易双方为好友，基于友情考虑，交易一方按照成本价出售货物，可以不赚取分文利润；交易对方也基于友情考虑，在支付货款时可能多支付一些。在民法上，为了保护某些特定关系，法律规定了优先购买权，如共有人之优先购买权、承租人之优先购买权等。这些均说明在市场交易中，仅仅考虑经济因素是不够的，往往要兼顾其他因素。同理，对于董事自我交易也存在着其他因素之考量，即董事与公司之间良好关系之考量。董事作为公司之经营管理者，尤其是当股东同时担任董事时（实际上大多数中小公司是如此），董事还兼有公司所有人这一身份，公司的经营状况直接影响到董事之利益。因此，董事与公司在整体利益上又往往是一致的。虽然，某些董事与公司“同床异梦”而“貌合神离”，通过损害公司利益来获得个人利益，但这毕竟不能认为是普遍现象，否则董事制度早就会被现实所抛弃。因此，在对董事进行规制时，注重维护董事与公司之间之和谐关系是不容忽视的。如果公司对董事如同防贼一般，则董事必然不会与公司同心同德，同甘共苦，公司之经营管理必然受到影响。就董事自我交易而言，公司向董事提供交易机会确有利于加强董事与公司间之经济联系，促进双方关系的和谐发展。

3. 一旦董事自我交易损害了公司合法利益，公司也可以较为便利地挽回损失。司法实践中，常常出现当事人打赢官司却无法执行的状况。这一方面激励立法者与司法者尽快完善司法执行制度，切实保障当事人合法利益，维护法律尊严；另一方面也警示当事人在从事市场交易、经营活动中，更谨慎地选择交易对象，尤其是对交易对象之财产状况要非常重视，一旦出现纠纷要迅速对有关财产进行保全以免出现打赢官司却无法执行之尴尬境况。相比于与外部市场主体之交易，公司与董事进行交易时对董事之财产状况更为熟悉，一旦出现纠纷更便于保全董事财产，尤其是当董事同时为公司股东时，可以通过保全董事即股东所持有之股权来确保损失之追偿。在完善公司内部监管体系前提下，即使董事通过自我交易损害公司利益，公司也可以相对便利地挽回损失。

各国公司立法对限制自我交易义务还规定了各自不同之免除条件与程序。以美国为例，美国《商事公司法》采取之规则是“公平标准”。根据“公平

标准”，只要符合如下三种要求之一，交易即为有效：（1）取得非利害关系董事同意；（2）取得股东会同意；（3）证明该交易是公平的。详言之，“取得非利害关系董事同意”，是指一项利益冲突交易如果得到了董事会（或者其委员会）与该交易没有直接或间接利益之董事多数的投票赞成即可视为被授权、同意或者追认。“取得股东会同意”，是指当董事会的所有董事都卷入了利益冲突交易，或者董事会不能满足法定人数时，董事与公司之间的交易可以通过股东会之追认而成为合法的自我交易。“证明该交易是公平的”，是指在利益冲突交易既没有董事会同意也没有股东会同意情形下，如果有人对该交易提出异议，那么，该种交易就须经过法院审查，如果法院认为该种交易涉及欺诈或者浪费公司资产，法院则可能判决该交易无效从而使其恢复到交易前的状态。<sup>①</sup>前两个要求为程序性要求，第三个要求为实体性要求。对于程序性要求，美国公司法又规定了“有冲突性利益”董事之披露义务及该董事表决权之排除义务。根据美国《商事公司法（示范修订文本）》第8.60节第4款之规定，当董事与公司存在冲突性利益交易之时，则董事要进行必须之披露。所谓“必须的披露”指，拥有冲突利益的董事对下列事实的披露：（1）其冲突利益之存在及特征；及（2）其所知道的关于该交易之事项的所有事实。一个通常谨慎之人有理由相信；了解该事项将对是否进行该交易的判断具有重大影响。<sup>②</sup>该法亦在第8.62节董事行为部分和第8.63节股东行为部分规定了有冲突性利益董事表决权排除制度。对于实体性要求，美国公司法要求进行自我交易的董事承担举证责任，如果利害关系董事能够有信服力地证明该交易是公平的，法院就会支持该交易。相比于美国公司立法之相对完备与严密，我国新《公司法》仅仅在第149条第（4）项对董事自我交易进行规制，要求董事进行自我交易必须符合公司章程之规定或经股东会、股东大会同意。既未规定董事之披露义务与表决权排除制度，也未规定司法审查时董事所应承担之举证责任。并且，将决定允许董事自我交易之权力授予股东会、股东大会，在效率上也存在明显缺陷，未发挥董事会应有之作用。在我国现有公司立法存在空白情形下，司法实践中可以借鉴类如美国公司法之此类规定。

**四、关于本案之简要评析。**结合前文所述域内外相关公司立法制度分析本案，可知法院判决并不妥当。首先，本案之中，董事皮某之子显然属于“与董事相关之人”，董事皮某与该笔红旗轿车交易存在明显之冲突性利益。

<sup>①</sup> 参见施天涛：《公司法论》，法律出版社2006年版，第412~418页。

<sup>②</sup> 参见虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆2004年版，第91页。

其次，就甲公司董事会之决议程序而言，董事皮某之披露义务履行并不完全，虽然其披露了交易对象为其儿子，但其未披露该红旗轿车之转让价格明显高于市场价等重要信息，并且董事皮某在董事会进行表决时亦未排除其表决权。最后，本案中红旗轿车之转让价高于市场价 10 万元，存在着明显之不公平，严重损害公司合法利益。因此，本案中董事皮某违背了限制或禁止董事自我交易义务，损害了公司合法利益，应向公司承担损害赔偿赔偿责任。本案裁判以董事儿子非为董事，故凡公司与董事儿子等相关之人进行交易均可不受董事自我交易义务约束之理由，显然难以成立。





## 竞业禁止义务之法律界定

### 【关注焦点】

竞业禁止义务，又称同业禁止业务，这一义务之法律主体应当包括哪些？所谓竞业或者说同业，又应当包括多宽之范围？这一义务之法理根基何在？

### 【基本案情】

原告：某纸箱有限公司

被告：赵某

被告为原告股东并担任董事之职。原告于1998年3月成立，注册资本为717500元，企业类型为有限责任公司，经营范围纸箱制造、印刷（含商标）、销售；纸张购销；化工产品（危险品除外）销售。原告在成立时依法制定了公司章程，按章程规定董事会由5名董事组成，董事每届任期3年，董事任职期满，连选可以连任，董事、经理应当遵守《公司法》第59条至63条的规定。原告经工商部门核准成立后，即按其经营范围进行生产经营；被告系原告公司的董事，同时又出资117500元，占原告注册资本的16.37%。2000年3月，被告向工商行政管理局申请设立了一私营独资企业性质的甲纸箱包装印刷厂，企业负责人为被告，经营范围为纸箱制造、印刷（含商标）、销售；纸张购销；塑料包装制品制造、销售。甲厂自企业成立后也按其经营范围进行生产经营。2001年5月，原告以被告从事同其公司同类的营业活动而

获取利益，从而损害其合法权益为由，向法院提起诉讼，要求被告立即停止自营活动，并将其自营期间（自2000年3月至诉讼提起时）的收入2万元归原告所有。被告则辩称：甲厂企业的负责人为夏某，自己没有自营与原告同类的营业或者从事损害原告利益的活动，而且甲厂的生产经营并没有对原告的利益造成损害，甲厂经营期间亦未曾盈利，故要求驳回原告的诉讼请求。另查明，本案审理之中，被告于2001年6月到工商部门申请将其经营的甲厂企业负责人变更为其妻子夏某。法院于2001年7月委托某会计事务所有限公司对被告自营业以来至2001年5月份所得收入进行审计，后又补充委托要审计至2001年11月的所得收入，2001年12月，会计事务所作出的审计报告显示，被告经营的甲厂自营业至2001年5月，经营利润为-2888.82元，至2001年11月经营利润为-5711.90元。

### 【审理要览】

法院经审理后认为：被告系原告公司董事，应当遵守《公司法》第61条的规定，不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业。被告在其所任职期间成立并经营与原告公司相同类型的营业活动，尽管被告后期将甲厂企业负责人变更为妻子夏某，但实质即经营范围和内容没有改变。被告与其妻子在婚姻关系存续期间的所得属于被告家庭财产所得，其妻子经营活动等同与被告的经营活动，从本质上说，仍属于被告为自身的利益而进行的生产经营。被告的这一行为已损害了原企业公司的利益，被告应当停止经营与原告公司相同类型的营业活动。至于原告要求将被告自营期间的收入2万元收归其所有的诉请，因为《公司法》中规定的“所得收入”应是企业的收入去除支出后的利润，现审计报告显示，甲厂经营为亏损，故对这一诉请，不予支持。据此判决：一、被告于本判决生效之日起不得自营或为他人经营与原告公司相同类型的营业活动；二、驳回原告要求将被告自营期间的所得2万元收归其所有的诉讼请求。

### 【裁判解析】

竞业禁止义务，是董事等公司高管人员负有的重要法定义务之一，其对于维护董事等对公司之忠诚，平衡董事等与公司之间的利益冲突，均发挥着重要作用。这一义务之法律主体应当包括哪些？所谓竞业或者说同业，又应

当包括多宽之范围？这一义务之法理根基何在？

**一、竞业禁止义务的理解。**竞业禁止义务，又称同业禁止义务，是指法律禁止公司董事、高级管理人员自营或者为他人经营与所任职公司同类之业务。法律之所以规定之原因是因为公司董事、高级管理人员自营或为他人经营与所任职公司同类之业务构成对公司不之正当竞争，可能损害了公司之利益。董事、高级管理人员身为公司之实际控制人，其对公司经营状况、商业秘密与发展前景等均有较为详细地了解。一旦董事、高级管理人员自营或为他人经营与所任职公司同类之业务势必会与所任职公司产生利益冲突、挤占所任职公司之市场份额，所任职公司其在竞争中必然处于劣势，其合法商业利益难以得到保障。这是基于这样的考虑，竞业禁止成为大陆法系国家普遍设定之规则。德国《股份公司法》第 88 条第 1 款规定：“未经监事会许可，董事会成员既不允许经商，也不允许在公司业务部门中为本人或他人利益从事商业活动。未经许可，他们也不得担任其他商业公司之董事会成员或业务领导人或无限责任股东。监事会的许可只能为某些商业部门或商业公司或某种商业活动而授予。”<sup>①</sup>我国台湾地区“公司法”第 209 条第 1 项也规定：“董事为自己或他人为属于公司营业范围内之行为，应对股东会说明其行为之重要内容并取得其许可。”与大陆法系国家公司法之严格限制相比，英美法系国家公司法对董事竞业行为之限制相对较小。英美法系国家公司法并不禁止董事从事与其所任职公司有竞争关系之商事活动，董事基于善意而且在不损害公司利益之前提下，可以从事与公司竞争相类似之行业。但是，禁止董事非法同公司开展竞争，否则，董事即应承担责任。

对于董事之竞业行为，我国公司立法经历了一个从绝对禁止到严格限制的转变。1993 年《公司法》第 61 条规定：“董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动，从事上述营业或者活动的，所得收入应当归公司所有。”新《公司法》改变了这一规定，该法第 149 条第（5）项规定，未经股东会或者股东大会同意，董事、高级管理人员不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。据此，《公司法》对董事、高级管理人员的竞业行为并非绝对禁止，而是设定了一个免除竞业禁止义务之条件，即经过股东会或股东大会同意。这一规定符合世界立法趋势，有利于完善对董事竞业禁止义务之规制，实现公司与董事利益之平

<sup>①</sup> 卞耀武主编：《德国股份公司法》，贾红梅、郑冲译，法律出版社 1998 年版，第 57 页。

衡。但是该规定亦有弊端，其将允许董事、高级管理人员从事竞业行为之权力授予了股东会和股东大会。这也导致程序复杂、效率低下，同时，随着公司之迅速发展尤其是上市公司之茁壮成长，公司股权愈加分散，多数小股东持股目的是为了投资，其对公司具体事务并不感兴趣，由股东会与股东大会来决议是否同意董事、高级管理人员从事竞业行为这一模式之效果值得反思。故未来公司立法也许可以规定先由董事会对于是否允许董事、高级管理人员从事竞业行为进行决议，当董事会无法进行决议时再交由股东会、股东大会进行决议。

值得深思的是，竞业禁止义务虽然保护了董事、高级管理人员所任职公司之利益，但是另一方面，该义务对董事、高级管理人员未免过于苛刻，在某些情况下会导致有失公平。这是因为董事、高级管理人员自营或为他人经营与所任职公司同类的业务，实际并非一定会与其所任职公司产生利益之冲突。由此，立法必须对竞业禁止义务禁止之范围主体、禁止之竞业范围具体予以明确。

**二、竞业禁止义务禁止的范围主体。**根据《公司法》第149条的规定，承担竞业禁止义务之主体仅限于董事、高级管理人员。这是因为董事、高级管理人员直接参与公司运营管理，对公司经营状况等内部信息非常了解，其从事竞业行为对公司危害很大。与之相比，其他职员即使能够获知公司内部信息，鉴于其级别较低，其所能够获得的信息级别也较低，即使从事竞业对公司危害也不大。当然，在公司中存在着这样一部分职员，虽然其级别不高，但由于其所处的职位较为重要，因而亦能获得部分非常重要的公司内部信息。对此，公司可通过合同方式为其设定竞业禁止义务，此即劳动法上的竞业禁止义务，其与公司法上的竞业禁止义务之区别将在下文予以详述。

另外，竞业禁止义务禁止的范围主体一般不包括股东。在“董事会中心主义”的现代公司治理模式下，股东将公司的经营权让与董事，仅持有所有权，其不直接参与公司经营管理，对公司事务之影响力大为削弱，其参与竞业行为一般也不影响公司的正常经营管理，也不认为这会损害公司的合法利益，甚至认为股东原本即可以享有不同公司同时开展相同、相关业务之权利。当然如果股东兼任董事或者经理等高级管理人员，则其应受竞业禁止义务的限制，但其受竞业禁止义务限制之原因在于其董事或经理等高级管理人员之身份，而非其股东身份。

值得关注的问题是，与董事等高管有关联关系之人员是否也应受竞业禁止义务之限制。竞业禁止义务与董事自我交易义务同属董事忠实义务，其在



许多方面有相似之处，可以进行对比思考。董事自我交易义务将与董事等高管相关之人纳入义务主体范围的原因是，在董事等高管相关之人与公司交易时，董事等高管与公司间同样容易产生冲突性利益。同样的情形也可能发生在竞业禁止义务中，当与董事等高管相关之人从事与公司之同类业务时，董事等高管与公司间亦同样容易产生冲突性利益。因此，与董事等高管存在关联关系之人员亦应属于竞业禁止义务禁止的主体范围。对于与董事等高管相关之人之具体范围，可借鉴美国《商事公司法》第 8.60 节第 3 条规定。如“与董事有关的人”是指：（1）董事的配偶（或配偶的父母或兄弟姐妹），或董事的子女、孙子女、兄弟姐妹、父母（以及上述人的配偶），或者与董事共同居住的人，或一个信托或不动产（2）如果本款中规定之人为该信托或不动产之实质性受益人；（3）该信托或不动产中的无行为能力人、受保管人和未成年人之受托人为董事等。

**三、竞业禁止义务禁止的竞业范围。**竞业禁止义务禁止的竞业范围应如何确定？新《公司法》第 149 条第（5）项规定的是“与所任职公司同类的业务”。对于“同类的业务”应如何确定？标准何在？公司在注册登记时必须载明其经营范围；在公司正式运营后，其经营活动一般也限于营业执照所载明之经营范围，否则将可能受到工商行政管理部门之处罚。因此，公司营业执照上所载明之经营范围可以作为确定同类业务之标准之一。但是，仅仅以经营范围为标准又显然是不足的。对于业务之具体范围，存在以下两种观点：一种观点认为对业务范围应做扩大解释，认为属于公司营业范围之交易并不限于公司章程或营业执照规定之经营范围，事实上成为该公司营利活动对象的均应在这一范围之内，并且被限制的范围无须局限于同种营业，对公司的营业具有替代性或者市场分割效果的营业也会妨碍公司利益之实现，因此也应放在属于公司营业范围的交易范畴。<sup>①</sup>另一种观点则主张应严格限制此类业务范围，认为被禁止的竞业营业限于目前公司实际上进行之营业，目前公司没有进行之营业不应被列入禁止的竞争营业之内，即使公司章程有明确记载的营业，但公司完全不准准备进行的营业以及完全废止的营业也不被列入公司营业范围内。<sup>②</sup>其实，这两种观点并不矛盾。以公司营业执照所载明的经营范围作为确定业务范围的标准仅为形式上的判断标准；实质的判断标准是有无

<sup>①</sup> 参见 [韩] 李哲松：《韩国公司法》，吴日煊译，中国政法大学出版社 2001 年版，第 436 页。

<sup>②</sup> 参见黄来纪：《董事禁止竞业义务论》，载《上海社会科学院学术季刊》1999 年第 3 期，第 71 页。

冲突性利益。虽然董事从事的竞业不属于公司章程或营业执照规定的经营范围，但属于对公司营业具有替代性或市场分割效果之营业，则董事之竞业行为与公司之间存在冲突性利益；虽然董事从事的是公司章程明确记载的营业范围，但倘若公司已明确宣称放弃该经营领域的，则即使董事从事竞业行为，实质上也并不与公司产生冲突性利益。因此，在判断竞业禁止义务禁止的竞业范围时，应以公司章程或营业执照所载明的经营范围为形式标准，并对董事的竞业行为进行有无冲突性利益进行实质性审查。

**四、公司法上的竞业禁止义务与劳动法上的竞业禁止义务之比较？**竞业禁止义务包括法定竞业禁止义务与约定竞业禁止义务。法定竞业禁止义务，即由公司法作出明确规定的竞业禁止义务，主要是指董事、高级管理人员在任职期间对其任职公司负有的忠实义务要求。约定竞业禁止义务，则是指由当事人以合同作出明确约定的竞业禁止义务，主要是董事（董事作为公司高级雇员）、高级管理人员离职后对其原任职公司所负有的不得从事竞争性营业的义务。约定竞业禁止义务是公司企业为了保护其商业秘密而采取的一种特殊手段，主要是通过在一定期限、一定区域限制或剥夺其雇员之自主择业权实现的；同时，为了维持离职雇员的正常生活而应该给予其相应的经济补偿。因此，董事、高级管理人员很有可能同时负有法定竞业禁止义务与约定竞业禁止义务。但是，这两个义务性质迥异。法定竞业禁止义务是基于公司法而产生的法定义务，属于《公司法》上的竞业禁止义务；而约定竞业禁止义务是基于《劳动合同法》而产生的合同义务，属于《劳动法》上的竞业禁止义务。《公司法》上的竞业禁止义务与《劳动法》上的竞业禁止义务存在着显著的区别：

1. 禁止的主体范围不同。《公司法》上的竞业禁止义务其主体一般仅限于董事及高级管理人员；但是根据《劳动合同法》第24条之规定，劳动法上的竞业禁止义务主体不仅包括董事及高级管理人员，还包括高级技术人员和其他负有保密义务之人员。

2. 义务范围不同。《公司法》上的竞业禁止义务其义务范围是法定的；而根据《劳动合同法》第24条之规定，劳动法上的竞业禁止义务其范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

3. 义务所持续的时间不同。《公司法》上的竞业禁止义务仅存在与董事、高级管理人员任职期间，一旦董事、高级管理人员离职，则其不再受竞业禁止义务的拘束；而劳动法上的竞业禁止义务主要是拘束董事、高级管理人员、

高级技术人员和其他负有保密义务的人员离职后的行为。并且，根据《劳动合同法》第24条之规定，在解除或者终止劳动合同后，董事、高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

4. 在是否享有经济补偿方面亦有不同。董事、高级管理人员履行公司法上的竞业禁止义务不能享有经济补偿；而董事、高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员履行劳动法上的竞业禁止义务则可以享有经济补偿。《劳动合同法》第23条规定：“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。”

5. 在责任承担方面不同。根据《公司法》第149条之规定，董事、高级管理人员违背了公司法上的竞业禁止义务，其所得的收入应当归公司所有，即公司享有归人权；并且，根据该法第150条之规定，董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。据此，公司还享有对违反竞业禁止义务的董事、高级管理人员就其损失提出损害赔偿的权利。而根据《劳动合同法》第23条之规定，负有保密义务的劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金，即公司享有违约损害赔偿请求权。

**五、结合本案之进一步评析。**本案之中，被告赵某身兼股东与董事双重身份，其属于竞业禁止义务所禁止的主体范围。其次，被告开办的独资企业营业范围与被告担任董事所在公司的营业范围基本相同，从形式标准上即可判断得知被告赵某从事的竞业范围属于公司之业务范围；从实质标准上判断，被告赵某竞业行为实质上与所任职公司间也事实上产生冲突性利益。并且，该开办独资企业系被告担任公司董事后开办，其当时已负有竞业禁止义务。

另外，法院关于“被告与其妻子在婚姻关系存续期间的所得属于被告家庭财产所得，其妻子经营活动等同于被告的经营活动，从本质上说，仍属于被告为自身的利益而进行的生产经营”的理由，显然不妥。法院以婚姻法上的夫妻共同财产制为依据审理本案之理由并不充分。倘若被告赵某将独资企业负责人变更为其子女或父母，则法院还能以此为法律依据作出判决吗？事

实上，本案被告赵某诉讼期间将独资企业负责人变更为其妻子，并不能改变其开办独资企业与其所任职公司同业竞争之事实。基于此，即可认定被告赵某违背了董事竞业禁止义务。还有，法院亦可借鉴董事相关之理论，认定被告妻子作为被告的配偶属于“与董事相关之人”，其亦负有竞业禁止义务。

并且，《公司法》还赋予违背竞业禁止义务董事所任职公司归入权及损害赔偿请求权。被告从事竞业行为没有获利，因此其所任职公司并不能行使归入权，但其损害赔偿请求权依然可以行使。不过，本案被告仅请求行使“归入权”，而未提起损害赔偿请求权，在诉讼请求的把握上存在不足，最后导致其“归入权”被驳回后无法得到赔偿。这一结果值得同类诉讼当事人总结深思。



## 经理报酬之支付标准

### 【关注焦点】

公司经理无疑应获取相应报酬。问题是，掌管公司实际运营之经理，时刻有着调配公司资金之权力，在此情形下，将以什么准绳来衡量并约束经理不至于给自己滥发报酬，更不至于采用巧立名目之方式侵吞公司资产。

### 【基本案情】

原告：某工程有限公司

被告：章某

原告系中外合资的有限责任公司，被告章某系原告公司董事会聘任的总经理。2001年3月6日，原告公司特别董事会决议辞退了被告章某的总经理职位，原告在辞退章某总经理之后，委托某会计师事务所有限责任公司对原告截止2001年2月28日的资产负债情况进行了清查核实，该会计所2001年4月21日出具了一份原告清产核资审计报告。依据该报告显示，从1997年起至2000年，被告章某从原告公司签收私自领取的无发放明细的资金总计181余万元，其中130余万元是以所谓奖金名义提取，其余部分无任何名义，以奖金名义提取部分有30万元左右是发给章某自己的。以上事实，除审计报告外，还有原告公司账目、原告总会计师张某证词以及被告的承认可以证实。为此，原告诉请法院，请求判令被告返还其个人领取后无明细的总计为181

万余元的资金。被告辩称：其未拿原告的任何财产，虽然181万余由其领取是事实，但这种由其领取巨额年终奖金而财务账无发放明细的做法，是原告公司内部的一种管理模式。同时，被告提供了其手中保存的181万余元奖金的发放明细，以证明这些奖金的去向，上面有公司员工、被告本人及部门负责人的签字。原告虽然承认签字的是公司员工，只是对此证真实性提出异议，但未提供相应的证据。原告公司总会计师张某出庭作证时，证明被告章某签字领取的巨额奖金，发放明细由其本人保存是符合当时公司内部管理方式的。针对以上情形，原告进一步认为：被告以奖金名义提取现金是没有董事会决议作为依据的，被告作为当时的总经理越权擅自处置公司财产是违法行为。这一情况在原告董事会辞退被告并进行审计后才知晓，而款项具体的发放情况又是在案件开庭时才拿出“发放签收白条”予以说明的。这恰好证明，被告瞒着原告董事会，在未经原告董事会认可情形下，以上述“擅自决定给管理人员发奖金，然后自己跟着一起拿钱”的方式，非法侵占原告公司财产的事实，故被告理应负责退还由其侵占的公司财产。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：被告提供了181万余元作为奖金的发放明细，证明了这些奖金的去向，而且按原告公司总会计师张某证明，被告签领的巨额奖金发放明细由其本人保存是符合当时公司的内部管理模式的，故对原告的诉讼请求，不予支持。据此判决：驳回原告诉讼请求。

## 【裁判解析】

公司经理是现代公司高管队伍中一支十分重要甚至不可或缺的力量。对公司经理法律约束是否到位，是衡量公司法律制度尤其是治理机制是否健全、健康、有序运行的重要标准。经理是否无疑应获取相应报酬，但问题是，掌管公司实际运营之经理，时刻有着调配公司资金之权力，在此情形下，将以什么准绳来衡量并约束经理不至于给自己滥发报酬，更不至于采用巧立名目之方式侵吞公司资产？

**一、明确经理支付标准之法律意义。**在现代公司治理模式中，随着股东大会的形骸化，董事会的作用也有愈加缩小之趋势，尤其是在上市公司中，因公司规模不断膨胀、公司部门不断增加，面对公司中如此多的纷杂事务与各

种专业性经营活动，董事会的人手明显不足以应付。而职业经理人作为从事经营管理的专门性人才脱颖而出，逐渐掌控了公司的真正控制权。继从“股东会中心”到“董事会中心”模式转变后，现代公司已出现了从“董事会中心”到“经理中心”的转变趋势，此点在一些发达国家如美国等表现得最为突出。在金融危机的严重情形下，美国诸多上市公司高管依然为自己发放高额薪酬，甚至拿着美国政府给公司的援助资金为自己发放高额薪酬，这不仅大大激怒了美国民众，也使得美国总统奥巴马下达了限薪令。这虽然反映了一些上市公司高管的自私自利，但同时也说明既有的以董事会中心为基础的公司治理模式已难以控制高管们的行为。现代公司法对于“董事会中心”到“经理中心”这一变化趋势，似有改变原有以董事会为公司治理中心模式之必要，建立新的公司治理模式，而新的公司治理模式又必须以加强对经理等高管控制为核心。其中，明确经理支付标准是非常重要的控制环节。

在市场经济中，经理是一项重要的人力资源，而且是一项非常稀缺的资源，其价值应由市场决定。一刀切限薪的做法不符合市场规律，不利于调动经理积极性、发挥经理的市场价值，也不利于公司的健康发展。只有根据经理的市场价值支付相当的薪酬才能充分发挥市场规律的调节作用，实现人力资源的合理配置。因此，明确经理支付标准具有鲜明的经济意义。但是同时，若不明确经理薪酬支付标准，则部分经理可能会滥用手中职权，假借公司名义为自己发放高额薪酬，这样既违背了经理作为公司高管人员应当负有的忠实义务，也严重损害了公司利益。因此，明确经理支付标准有重要的法律意义，公司法是否又必要明确经理报酬支付之条件、原则与标准等，以实现经理与公司利益之平衡，实现经理与公司之和谐发展。

**二、经理报酬之支付标准。**经理作为一项重要的人力资源，其价值是由市场决定的，并受供求关系影响，并且每个经理的特性又决定了其具有不可替代性。因此，确定经理报酬支付标准实际是一件非常困难之事。一般来说，经理报酬的支付标准会受以下因素影响：

1. 经理报酬的支付标准以经理与公司之间的约定（如聘任合同或者任何劳动合同等）为准。在私法领域内，尊重当事人意思自治是一项非常重要的法律原则。经理与公司作为两个理性经济人，在订立聘任合同或者任何劳动合同时可以通过谈判、协商等方式维护自身利益。在当事人意思真实自由且不违法亦不违反公序良俗之情形下，其意思一致所达成的协议受法律保护，任何一方违反该协议都将受到法律的惩罚。因此，经理报酬的支付首先应以双方之间的约定为准。

2. 经理报酬的支付受公司奖惩制度的影响。公司为一个自治团体，其通过公司章程的方式来调节、运作公司。没有规矩不成方圆；没有良好的奖惩制度，公司的良性运转几不可能。而经理作为公司的高级管理人员，其对公司的良好运转影响巨大，更应受公司奖惩制度的规制。通过奖惩制度，公司可以实现对公司人员的有效管理，亦可更有效地调动经理积极性、发挥其价值。

3. 经理报酬的支付受董事会或股东会批准奖励计划与安排的影响。公司的奖惩制度针对的是公司全体员工，具有普遍性。这就导致其难以针对经理的特殊地位予以特殊奖励，从而使得经理等高管的特殊价值得不到体现，不利于挽留人才。现代公司为了挽留经理人才、吸收更多的经理人才，允许董事会或股东会批准奖励计划与安排，主要是通过股权激励等方式来奖励经理。相比于通过业绩予以奖励的传统方式，股权激励方式一方面有利于提高经理在公司中的地位，增加经理对公司的忠诚度；另一方面，也有利于鼓励经理为了公司长远利益而努力，避免股东为了追求短期业绩而损害公司长远利益。

4. 经理报酬的支付受公司报酬支付惯例的影响。不同企业有不同的企业文化及管理方式，其在公司报酬支付上也有不同的方式。因此，确定经理报酬的支付标准时亦应具体考察不同公司的具体支付惯例。

**三、衡量经理报酬支付是否超标之考虑因素。**在确定经理报酬支付标准后，还须考虑经理报酬支付是否超标这一问题。判断经理报酬支付是否超标，应从形式上与实质上分别考虑。从形式上而言，应考虑以下三个因素：一是判断经理报酬支付是否有支付依据。前文已述，经理报酬的支付标准受经理与公司之间的约定、公司奖惩制度、董事会或股东会批准奖励计划与安排以及公司报酬支付惯例等因素的影响。在判断经理报酬支付是否有支付依据时应综合考虑上述因素。二是判断经理报酬是否按正当程序支付。例如，履行向董事会或股东会的披露义务并获得其批准等。另外，由于经理报酬支付标准受多项因素的综合影响，因此，在判断经理报酬是否按正当程序支付时还应分别考虑每个因素之正当程序。三是判断经理报酬是否按财务制度办理。公司财务对经理报酬支付的方式、程序有规定的，应以该规定为准办理。但公司财务制度不得违反国家法律法规之规定，否则以国家有关法律法规之规定为准办理。

在进行形式判断后还须进一步作出实质判断，即对经理报酬支付结果进行实质审查。即使经理报酬的支付符合有关程序，但若存在明显不公平的结果，则对经理所获得之不当报酬公司仍有权追回。对此，可借鉴美国公司法



的规定。在公众公司中，法院用以认定薪酬金额是否过高的标准是看这项支出是否构成了“破坏或浪费”（spoilation or waste）。但是，法院在实践中很少采用这一标准，其主要理由是“法院有权削减这项管理薪酬，但是人们必须承认，这种削减是主观的和人为的，而非分析和科学的。”“法院不能够处理甚至是把握这些复杂的经济问题。的确，这些问题的解决方法超出司法管辖范围。”因此，只要在管理人员所得薪酬总额与其所提供的服务之间具有一定最低限度的联系即不构成“破坏或浪费”。否则，这种支付就构成了对公司资产的浪费。<sup>①</sup>我国公司立法亦可借鉴这一规则，只要管理人员所得薪酬总额与其所提供的服务之间具有最低限度之联系即可通过实质审查。如此即可实现司法权力对公司高管等薪酬之必要监督，亦可避免法院滥用司法权力损害公司之正常经营管理。

**四、关于对本案之简要评析。**本案之中，被告章某提取 181 余万元发放奖金的行为，既没有明确的支付标准，也无奖励依据如公司章程、股东会或董事会决议、公司奖惩制度等，属于自发奖金、自己奖励自己。其亦未履行向董事会的披露义务，在程序上不具有正当性。另外，其不按正规财务制度办理，无具体明细。尽管原告公司总会计师张某出庭作证时，证明被告章某签字领取的巨额奖金，发放明细由其本人保存是符合当时公司内部管理方式的。但是这种内部管理方式并不符合正规财务制度，不应得到法律之认可。因此，从形式上审查，被告章某的行为即不符合正当程序标准，不具有程序上之正当性与合法性。

本案之中，法院对有争议年限内的公司经营状况亦未作基本查明，是亏损还是赢利不得而知，因此也难以判断被告提取奖金与其所创造的公司业绩是否合理、对等，因此也难以运用“破坏或浪费”等类规则来处理本案。但是，本案被告其行为已违反了正当程序，不具有程序上之正当性与合法性。即使其在任职期间带领公司创造了辉煌的业绩，但也不能违背正当程序、随意支取公司资金为自己和他人发放奖金。该行为违背了其忠实义务，严重损害了公司合法利益，应当受到法律制裁。本案法院判决值得商榷。

<sup>①</sup> 参见 [美] 罗伯特·W·汉密尔顿：《美国公司法》，齐东祥等译，法律出版社 2008 年版，第 357 页。

## 执行董事是否享有解除总经理职务之权力

### 【关注焦点】

有限公司执行董事与其总经理是什么法律关系？作为法定代表人之执行董事有无解除总经理之权力？在无公司公章情形下，其代表公司诉讼之行为究竟是股东代表诉讼还是履行法定代表人之行为？有限公司治理与公司股权比例构成有何实质法律关系？

### 【基本案情】

原告：甲（有限）公司

被告：李某

李某与李某翁婿二人共同投资 50 万元成立甲公司，丈人张某出资 5 万元，为公司法定代表人、执行董事，女婿李某出资 45 万元，为公司总经理。张某因故于 2004 年 5 月发布通告，解除李某公司总经理的职务，将公司控制，并通知女婿李某。女婿李某接到解除总经理职务的通知后，为防止个人利益受损，遂将公司的营业执照正、副本，公章、财务章拿走。老丈人张某一怒之下以甲公司名义将女婿告上法庭，以影响公司正常营业为由，要求女婿还营业执照正、副本，公章、财务章等。女婿李某不同意返还。

## 【审理要览】

一审法院审理认为：公民、法人的合法权益受法律保护。李某所拿走的营业执照正、副本，公章、财务章应由原告公司保存管理，否则会影响公司的正常经营，且被告李某亦接到原告解除其总经理的通知，故被告李某应将上述物品返还原告，被告李某返还上述物品并不影响被告股东权利的行使。故作出判决：被告李某返还原告甲公司营业执照正、副本，公章、财务章。

李某不服，提起上诉称：2004年3月，李某之妻伙同其岳母——天津某科技发展有限公司法定代表人赵某，利用非法手段侵害李某在上海某信息技术有限公司的合法股东权益，李某与该二人在上海市成讼。李某为防止甲公司出现同样情况，保护自己在公司的合法权益，采取保管公司营业执照、印鉴的措施完全正当，也极为必要。李某已明确表示，为维护双方的共同利益而保管公司的营业执照和印鉴，并向公司管理人员承诺如为公司利益需合法使用上述物品时，李某随时予以配合，以保证公司的正常经营。一审法院认为上述物品由李某保管会影响公司的正常经营，没有法律依据，是错误的。同时李某还认为，2004年5月13日，公司部分员工违反公司章程及相关法律法规规定，发布通告，非法强行占有、控制公司，并将李某驱离公司的做法严重侵害了他作为公司控股股东所应享有的合法权益。公司法定代表人张某虽于2004年5月20日通知解除李某公司总经理的职务，但该通知非依法律及公司章程规定作出，属无效决定，李某依法仍为公司的管理者，有权保管公司的营业执照和印鉴。一审期间公司的营业及办公地点既已不知坐落何处，张某本人及其控制下的所有公司财产均已下落不明，其合法股东权益已受到严重损害，他若不保管公司营业执照和印鉴必将蒙受难以挽回的损失。

被上诉人甲有限公司辩称：李某原是公司总经理，不是法人代表，其在担任总经理职务时只是进行经营管理活动，无权掌控公司的营业执照、印鉴等。营业执照、印鉴等应由公司法定代表人掌管。财务章则委托财务经理保管使用。2004年4月初，由于李某私自从公司提取了28万元现金用于自己的费用支出，公司的法定代表人作为执行董事才解除了其总经理职务。此后，李某带人将公司的营业执照、印鉴等抢走，离开公司，避而不见，使公司的经营完全陷入停顿状态。李某的行为导致公司无法运营，侵犯了公司的整体利益，使公司蒙受了极大损失。

二审法院审理认为：被上诉人甲公司是依照《公司法》注册成立的有限

责任公司，并有其公司的章程。公司的章程对公司、股东、董事、监事、经理具有约束力。张某虽为公司的法定代表人，能够代表公司对外行使职权，但本案实属公司内部股东之间的公司控制权之争。张某作为公司的执行董事，其职权应当参照董事会的职权，由公司章程规定。而根据公司章程规定，执行董事张某在公司除享有股东权利外，不具有任何职务权利。所以张某解除上诉人李某总经理职务，不符合相关法律及公司章程的规定。依照《公司法》的规定，股东会是公司的权力机构，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。张某作为公司的股东之一，其出资比例仅占公司资本金的10%，而上诉人李某的出资比例则高达90%。依照上述法律规定，在上诉人李某未参加公司股东会议进行表决的情况下，张某则无权代表股东会作出任何决定，改变公司的现状。上诉人李某作为被上诉人公司的控股股东、总经理，依照其公司章程的规定，有权管理公司事务，决定公司事项。故张某以被上诉人名义要求上诉人交出公司的营业执照、印鉴，没有法律依据。一审法院要求李某十五日内返还原告甲公司营业执照正、副本，公章、财务章的判决有误，予以撤销，并驳回原告诉讼请求。

## 【裁判解析】

现实运行的不少公司甚至是绝大多数公司，皆为资本规模不大、股东人数不多且关系密切之公司。此类公司治理结构与机制应当有其灵活性，法律对于他们所选择的符合自身特点的治理机制应当给予必要的认可与尊重。本案纠纷即反映出这样的必要性。

**一、有限公司治理结构反思。**相比于股份有限公司，有限责任公司相对而言不仅资金少、规模小，而且具有封闭性。尤其是对绝大多数关系密切性的中小型有限公司而言，其内部股东之间关系密切，成员经营色彩浓厚，股东往往直接兼任董事或者经理，公司所有权与经营权实际上并没有分开。因此，比较法学者通常将大陆法系中的有限责任公司归入英美法系中的封闭公司一类。有限责任公司的封闭性，决定了其在公司内部治理模式上应当有别于股份有限公司。除此之外，不同的有限责任公司，其股东人数、公司规模与资金实力也有显著区别，在公司治理模式上亦可以有所区别。这是因为不同的公司治理结构模式，其制度成本及收益不同，公司的股东人数、资金实力、发展规模等状况以及公司所处的发展阶段，皆会影响到股东对公司治理结构模式之实际抉择。现代公司标准的股东会、董事会（含执行董事）、监事

会（含监事）的治理结构模式，虽然具有明晰权力、实现权力制约与平衡等优点，但是对于绝大多数小型有限责任公司而言，其治理运营的制度成本显然较高。首先，公司须向董事、监事等支付报酬，这对一些小型公司以及刚刚起步的公司即为一个不少的负担。新《公司法》将普通有限责任公司注册资本的最低限额降至人民币3万元，显著地放宽了公司注册的资本门槛，有利于更多的人开公司和创业。但是，一个注册资本仅有3万元的小型公司，其利用自有资金从事市场经营已经捉襟见肘了，实际并没有多余的资金聘任专职董事和监事。为了满足《公司法》对公司治理结构模式的要求同时又节约公司的人力资源成本，这些小公司的董事和监事通常皆由股东等内部人兼任，而这些内部人实际同时还从事公司其他具体经营管理工作。这也导致公司所有权与控制权实际并未分离，封闭性特征十分明显。其次，公司运营效率不高。对于股东人数较少或规模较小的有限责任公司而言，其公司事务相对简单，股东会、董事会与监事会所讨论的问题，实际完全可以通过一次会议一并解决，多次召开会议真的影响公司之运营效率。

而目前我国关于有限责任公司不分资本大小、规模大小、员工人数多少、是否国有等因素，一律采用标准的股东会、董事会（含执行董事）、监事会（含监事）的治理结构模式，是否妥当值得探讨。对此，可否借鉴域外相关公司立法经验，对有限责任公司之公司治理模式予以特殊规制。传统大陆法系国家，一般将公司主要区分为有限责任公司与股份有限公司两种类型，我国更是如此。但是，这些国家的公司立法并未针对两类公司之特性设定不同之公司治理模式，其对有限责任公司甚至也采用同股份有限公司相同之公司治理模式，未能客观真实反映其封闭运营之特性。随着公司制度在世界范围内的迅速发展，尤其是随着各国公司设立门槛之降低，市场上涌现出越来越多的小型公司。这些小型公司与传统公司治理理论所预设的公司模型实际有着显著区别，这就导致其在适用传统公司治理模式时出现了不少问题。为此，各国公司立法开始重视对小型公司治理模式的立法指导，为小型公司治理模式设定了许多特殊规则。其中，美国公司法律在立法上较为完善，堪为代表。在美国公司法律中主要存在两种模式：特拉华模式与美国标准商事公司法模式。特拉华模式，简言之即为封闭公司制定特别法律规则。这种模式试图将特定封闭公司当作合伙那样对待，承认封闭公司是一种“公司型合伙”并将合伙原则有选择地适用于封闭公司，以使其在管理上具有与合伙一样之灵活性，同时达到缓解冲突、欺压和僵局之目的。符合法定条件的公司一旦选择成为法定封闭公司即可采取各种内部控制安排，包括对董事权力之限制或者

完全取消董事会、允许公司采取各种各样的控制协议等，但是同时该公司的股东亦应承担董事一样之受信义务。美国标准商事公司法模式，实际也进一步放宽传统法律规制，允许封闭公司内部更加灵活的控制权协议，通常称之为“股东协议”。该模式实际上承认所有的有关公司治理与商业安排的股东协议都均为合法。在这种法律安排下，实际为封闭公司提供了更大的灵活性与自由度。据此，封闭公司几乎可以完全按照自己的意愿治理公司。<sup>①</sup>不论是特拉华模式还是美国标准商事公司法模式，均为封闭公司提供了更大的灵活性和自由度，便于封闭公司根据自身条件选择合适的公司治理模式。虽然我国2005年修订后的公司法，大大加强了公司内部自治、赋予公司章程更大的自治权力，但是与美国特拉华模式以及标准商事公司法模式相比，我国对有限责任公司的立法规制仍过于严格，可以借鉴美国公司之相关立法经验，对一定规模以下的有限责任公司是否可以允许其根据“股东协议”设定符合其自身特点之灵活公司治理模式。

**二、执行董事与总经理之法律关系。**在现行公司法下，有限公司执行董事与其总经理之法律关系值得探讨。在设董事会情形下，总经理显然一般应由董事会聘任。但在不设董事会仅设执行董事的有限公司中，对于总经理该如何产生并无法律明确规定。此时，公司应在公司章程中明确总经理产生办法，并根据公司章程之规定聘任总经理。若公司章程规定由执行董事决定聘任总经理，则依其规定。而在既无法律规定又无公司章程规定时，有两种模式可供选择：第一种模式是可参照设董事会的有限公司办理而由执行董事聘任总经理；第二种模式是由股东会聘任总经理。就第一种模式而言，对于股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，法律允许其不设董事会仅设执行董事，实质上将本应由董事会整体行使之经营管理权力交由执行董事个人行使，以提高小型有限公司之运营效率。因此，虽然未设董事会，但董事会之权力依然存在，由执行董事依照公司法关于董事会职权之规定行使，则其当然享有聘任或者解聘总经理之权利。该模式更符合公司治理结构中设立股东会、董事会与监事会以相互制约之立法初衷。第二种模式将本属董事会的权力转由股东会行使，不仅违反了公司所有权与经营权相分离原则，还打破了股东会、董事会和监事会之间权力的平衡，同时亦存在使执行董事一职虚设化之危险。相比较而言，第一种模式即由执行董事聘任总经理似更符合公司治理原理以及现行公司法之立法精神。

<sup>①</sup> 参见施天涛：《公司法论》，法律出版社2006年版，第286-288页。

除此之外，还需探讨作为法定代表人的执行董事有无解除总经理之权力这一问题。一般而言，总经理的免职程序与权限应与任职权限与程序对应。既然执行董事享有聘任总经理之权利，则其亦应享有解聘总经理之权利。但若执行董事职位与总经理职位系基于股权结构而刻意作出的安排时，或者当所谓解聘职位实质隐含着股权纷争之时，则不应以管理岗位之形式之争而掩盖公司控制权之实质之争，而公司控制权实质又将涉及股权之争、股东关系平衡与维系、乃至股东退出或除名、甚至公司解散等实质矛盾与纠纷。此时，对执行董事解聘总经理则应当进行实质性考察。

**三、关于本案纠纷性质之分析。**本案形式上为公司证照返还之诉，仅就其直接诉请而言，原告要求被告归还公司营业执照正、副本、公章、财务章等。但是实质上为公司控制权之争，小股东拟排挤大股东，在显然隐含着股权纷争情形下，司法显然不应仅按所谓法定代表人已经免除总经理职务，因而总经理应当返还证照予以处理。《公司法》第183条规定，公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。据此，当出现本案这种公司僵局情形时，公司股东即李某和张某均可选择提起公司解散之诉，并进而申请司法清算。本案之中，被告李某亦可以选择不提起公司解散之诉，而主张召开股东会临时会议。如果执行董事不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，李某可以自行召集和主持。作为公司的绝对控股股东，被告李某可以在股东会上通过股东会决议解除张某执行董事之职位，选举自己担任执行董事，再以执行董事之权力聘任自己担任公司总经理，以此实现自己对公司之控制与管理。这样的安排，看似别扭，但按照先行我国公司法关于有限公司治理结构与机制的基本安排，不这样处理又能怎样呢？实际如本案这样的小型公司，其治理结构与机制完全可以通过公司股东之间的协议来安排，或者通过公司章程作出灵活选择。任何强行要求股东会、董事会（执行董事）、监事会（监事）之机构设置，实际真的很多余，且纯属添乱。

**四、对本案裁判之评析。**本案一审法院将本案纠纷性质形式化，仅仅审查公司证照返还之诉，而不审查诉讼背后的公司控制权之争，从而导致一审裁判实际并未真正解决公司所面临之经营困境。二审法院则对本案进行实质化审理，明确本案真正之争议核心在于公司控制权之争。其首先认定公司章程明确规定执行董事张某在公司除享有股东权利外，不具有任何职务权利，

以此明确排除了执行董事张某解聘总经理的权限。因此，执行董事张某以其法定代表人之身份解聘总经理是无效的，这充分反映了司法对本案公司治理机制的尊重。二审法院紧接着认定张某作为公司股东之一，其出资比例仅占公司资本金的10%，在被告为大股东（占90%）情形下，小股东无权代表股东会解聘总经理，其解聘大股东经营管理公司权利之决定显然不妥。综上，二审法院通过实质审查排除了张某解聘总经理之权利依据，从而得出其决定无效之结论，据此撤销了一审法院判决，驳回原告诉讼请求。二审法院的判决抓住了本案争议核心，解决了股东控制权之争。因此，其结论比一审法院更为合理，更利于打破公司僵局，实现公司之正常经营管理。





147

## 上市公司虚假陈述案件之审理

### 【关注焦点】

股票市场原本风险较大，而虚假陈述则更使得股票之交易为人所操控。对于虚假陈述之认定该依何为准？尤其是虚假陈述造成之损失该如何界定？对虚假陈述案件之审理要点及难点何在？

### 【基本案情】

原告：柏某

被告：甲（上市）公司

原告柏某诉称：原告根据被告披露的年报和公告买入其股票，总金额为179630元。2001年8月《财经》杂志首先披露了被告已经公布的近两年业绩是个骗局，后被告股票被停牌一个多月。中国证券监督管理委员会于2002年4月23日下发处罚决定，认定被告有隐瞒重大事项，披露虚假信息的违法行为。原告认为被告的虚假陈述行为已使原告蒙受了巨大的经济损失。请求判令被告赔偿原告投资差额损失143550元，赔偿投资差额损失部分的佣金和印花税损失1347元，赔偿前两项损失的利息673.41元，共计1145570.41元，并由被告承担本案的诉讼费用。

被告甲公司辩称：原告的投资损失不完全是被告的行为所致，还有证券市场系统风险的影响。

## 【审理要览】

法院审理认为：依照《证券法》和《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（以下简称《规定》）的规定，按照买入股票的单价计算出平均价格为 32.84 元。平均价格应按照自 2001 年 8 月 5 日虚假陈述揭露日起，至 2001 年 10 月 12 日，期间 19 个交易日收盘价的平均价格 12.96 元确定。原告方的投资差额损失为 109340 元，投资差额损失部分的佣金按 0.35% 计算为 382.69 元，印花税按 0.4% 计算为 437.36 元，投资差额损失、佣金、印花税的资金利息按银行同期活期存款年利率 0.99% 计算为 512 元。以上原告损失合计 110672.05 元，被告应予赔偿。据此判决：被告甲公司于判决生效之日起 15 日内赔付原告各项损失 110672.05 元。

## 【裁判解析】

公司阵营中的极少数，即大型开放型公司可以通过上市方式发行股票并募集资本，因而被称为上市公司。其实，回顾公司发展历程，尤其是公司法律制度发展历程，正是出于对大型公司尤其是开放型募集资本公司进行规制的需要，公司法律制度才得以不断丰富与完善，各国公司法律亦无不首先或重点关注大型公司之设立、治理乃至解散与清算等，而后才日渐延伸并不断关注中小公司，甚至是很小公司。如何将开放型公司法律制度适用于中小公司或是封闭性公司，成为各国公司法律制度进一步完善与发展的法制空间。当然，如何进一步规范与约束大型公司，尤其是上市公司，如何避免由于上市公司资本募集带给资本市场的冲击与打击，如何更好地实现公司法律与证券法律制度之间的有效衔接，同样成为各国公司法乃至证券法研究者、立法者、司法者关注之重点。股票市场原本风险较大，而其中可能发生之虚假陈述则更使得股票的交易为人所操控。对于虚假陈述的认定该依何为准？尤其是虚假陈述造成的损失该如何界定？对虚假陈述案件的审理要点及难点何在？

**一、股票证券交易与一般股权转让之比较。**股票证券市场交易为特殊的股权转让方式，与一般股权转让不同。（1）交易客体不同。一般股权转让的客体既包括有限责任公司的股权，也包括股份有限公司的股权；而股票证券市场交易的客体仅限于股份有限公司中的上市公司股票。（2）交易场所不同。

在一般股权转让中，交易场所由交易双方协商确定；而在股票证券市场交易中，交易场所仅限于证券交易所及其他法定场所。（3）交易方式不同。在一般股权转让中，其交易方式由交易双方协商；而在股票证券市场交易中，交易双方不能自行协商交易事宜，其必须遵守证券交易的“价格优先、时间优先”原则竞价，通过竞价交易系统自动撮合。“价格优先、时间优先”原则包括价格优先和时间优先两个内容。成交时价格优先的原则为：较高价格买入申报优先于较低价格买入申报，较低价格卖出申报优先于较高价格卖出申报。成交时时间优先的原则为买卖方向、价格相同的，先申报者优先于后申报者。先后顺序按证券交易所交易主机接受申报的时间确定。此外，股票证券市场交易双方还须采用法定的竞价方式。目前，我国证券交易所采用两种竞价方式：集合竞价方式与连续竞价方式。所谓集合竞价，是指对在规定的时间内接受的买卖申报一次性集合撮合的竞价方式。根据我国证券交易所之相关规定，集合竞价确定成交价之原则为：①可实现最大成交量之价格。②高于该价格的买入申报与低于该价格的卖出申报全部成交之价格。③与该价格相同的买方或卖方至少有一方全部成交之价格。连续竞价是指对买卖申报逐笔连续撮合的竞价方式。连续竞价阶段的特点是，每一笔买卖委托输入交易系统后，当即判断并进行不同的处理：能成交者予以成交；不能成交者等待机会成交；部分成交者则让剩余部分继续等待。连续竞价时，成交价格之确定原则为：①最高买入申报与最低卖出申报价位相同，以该价格为成交价。②买入申报价格高于即时揭示的最低卖出申报价格时，以即时揭示的最低卖出申报价格为成交价。③卖出申报价格低于即时揭示的最高买入申报价格时，以即时揭示的最高买入申报价格为成交价。（4）交易费用不同。在一般股权转让中，交易双方一般仅须支付股权过户费用；而在股票证券市场交易中，除过户费之外，交易双方还须向证券经纪商支付佣金并向国家支付印花税。（5）法律规制不同。一般股权转让除受公司法规制外，还须受合同法之规制；而股票证券市场交易除受公司法之规制外，更须受到证券法等规制。（6）社会影响不同。一般股权转让的社会影响仅限于交易双方，而股票证券市场交易之社会影响很大、涉及范围很广，因此，国家立法对此予以特别规制。

正是由于股票证券交易的以上特殊性，使其所面临的风险也有其特殊性。一般股权转让中，交易风险主要是由于交易对方造成的，交易主体重点关注交易对方的实际情况及股权转让合同的具体内容；而在股票证券市场交易中，整个交易程序全部由证券交易所的系统处理，交易双方没有实际接触，其并

不知道与其交易的对象为何人。并且其交易的方式、程序皆由证券交易所的系统根据国家法律规定的方式、程序处理，交易安全性很高。因此，交易主体无须对交易对方的实际情况及股权转让合同的具体内容予以关注。交易主体仅需关注股票本身之价值即可。由此，股票证券市场交易面临之风险在于非法操纵股价以及利用信息谋取非法利益等通过股票获取非法利益从而影响投资人合法利益等证券违法之行为。具体而言，包括内幕交易、虚假陈述、操纵证券交易价格、欺诈客户等行为及其他证券违法行为。本案所涉及的正是因上市公司虚假陈述而引起的民事责任问题。

**二、上市公司之虚假陈述。**根据《规定》第17条之规定，证券市场虚假陈述，是指信息披露义务人违反证券法律规定，在证券发行或者交易过程中，对重大事件作出违背事实真相的虚假记载、误导性陈述，或者在披露信息时发生重大遗漏、不正当披露信息的行为。根据虚假陈述表现形态之不同，可分类为虚假记载、误导性陈述、重大遗漏与不当披露。虚假记载，是指信息披露义务人在披露信息时，将不存在的事实信息披露文件中予以记载的行为。误导性陈述，是指虚假陈述行为人在信息披露文件中或者通过媒体，作出使投资人对其投资行为发生错误判断并产生重大影响之陈述。重大遗漏，是指信息披露义务人在信息披露文件中，未将应当记载的事项完全或者部分予以记载。不正当披露，是指信息披露义务人未在适当期限内或者未以法定方式公开披露应当披露的信息。

约束上市公司虚假陈述具有重大法律意义：首先，对所涉上市公司的投资人而言，通过约束上市公司虚假陈述，可以使其了解上市公司的真实状况，保障其作为股东的正当知情权，从而便于其通过公司治理方式行使股东权利以规范上市公司行为，并对实施违法行为之董事、经理等予以约束。其次，对其他投资人而言，通过约束上市公司虚假陈述，也可以使其了解上市公司的真实状况，从而为其作出投资决策提供重要依据。再次，对上市公司而言，通过约束其虚假陈述，可以规范其行为，使其专心于公司经营管理、提高公司收益。最后，对整个股票证券市场而言，约束上市公司虚假陈述、打击证券非法行为，也是维护整个股票证券市场秩序，促进其健康发展的重要措施，从而保证资本市场健康发展。

认定虚假陈述行为须考虑原告、被告、主观过错、客观违法行为、重大事件、危害后果与因果关系等因素：

(1) 原告适格即在证券市场上从事证券认购与交易的自然人、法人或者其他组织。证券市场，是指发行人向社会公开募集股份的发行市场，通过证

券交易所报价系统进行证券交易的市場，证券公司代办股份转让市場以及国家批准设立的其他证券市场。

(2) 被告适格即虚假陈述行为人。根据《规定》第7条之规定，虚假陈述证券民事赔偿案件的被告，应当是虚假陈述行为人，包括：①发起人、控股股东等实际控制人；②发行人或者上市公司；③证券承销商；④证券上市推荐人；⑤会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等专业中介服务机构；⑥上述②、③、④项所涉单位中负有责任的董事、监事和经理等高级管理人员以及⑤项中直接责任人；⑦其他作出虚假陈述的机构或者自然人。

(3) 被告主观上具有过错。我国证券立法对于虚假陈述案件的不同被告，采用不同的归责原则。根据《证券法》第69条和《规定》第21条至第25条之规定，发起人、发行人、上市公司承担无过错责任；发行人、上市公司的董事、监事和经理等高级管理人员和其他直接责任人，证券承销商、证券上市推荐人及其董事、监事和经理等高级管理人员和其他直接责任人，会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等专业中介服务机构及其直接责任人等承担过错推定责任；发行人、上市公司的控股股东、实际控制人则承担过错责任。

(4) 有客观违法行为的存在，即被告实施了虚假记载、误导性陈述、重大遗漏及不当披露等行为。

(5) 被告虚假陈述针对的是重大事件。根据《证券法》第67条之规定，重大事件包括：①公司的经营方针和经营范围的重大变化；②公司的重大投资行为和重大购置财产的决定；③公司订立重要合同，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；④公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；⑤公司发生重大亏损或者重大损失；⑥公司生产经营的外部条件发生的重大变化；⑦公司的董事、1/3以上监事或者经理发生变动；⑧持有公司5%以上股份的股东或者实际控制人，其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化；⑨公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；⑩涉及公司的重大诉讼，股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效；⑪公司涉嫌犯罪被司法机关立案调查，公司董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被司法机关采取强制措施；⑫国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

(6) 产生了危害后果，即原告因被告虚假陈述行为造成实际损失。对于实际损失之计算，《规定》作了详细规定。《规定》第30条规定，虚假陈述行为人在证券交易市場承担民事赔偿责任的范围，以投资人因虚假陈述而实际发生的损失为限。投资人实际损失包括：①投资差额损失；②投资差额损失

部分的佣金和印花税。前款所涉资金利息，自买入至卖出证券日或者基准日，按银行同期活期存款利率计算。第31条规定，投资人在基准日及以前卖出证券的，其投资差额损失，以买入证券平均价格与实际卖出证券平均价格之差，乘以投资人所持证券数量计算。第32条规定，投资人在基准日之后卖出或者仍持有证券的，其投资差额损失，以买入证券平均价格与虚假陈述揭露日或者更正日起至基准日期间，每个交易日收盘价的平均价格之差，乘以投资人所持证券数量计算。对于基准日，《规定》第33条规定，投资差额损失计算的基准日，是指虚假陈述揭露或者更正后，为将投资人应获赔偿限定在虚假陈述所造成的损失范围内，确定损失计算的合理期间而规定的截止日期。基准日分别按下列情况确定：①揭露日或者更正日起，至被虚假陈述影响的证券累计成交量达到其可流通部分100%之日。但通过大宗交易协议转让的证券成交量不予计算。②按前项规定在开庭审理前尚不能确定的，则以揭露日或者更正日后第30个交易日为基准日。③已经退出证券交易市场的，以摘牌日前一交易日为基准日。④已经停止证券交易的，可以停牌日前一交易日为基准日；恢复交易的，可以本条第项规①定确定基准日。《规定》第34条和第35条还规定了计算实际损失时的特殊事项。第34条规定，投资人持股期间基于股东身份取得的收益，包括红利、红股、公积金转增所得的股份以及投资人持股期间出资购买的配股、增发股和转配股，不得冲抵虚假陈述行为人的赔偿金额。第35条规定，已经除权的证券，计算投资差额损失时，证券价格和证券数量应当复权计算。

(7) 客观违法行为与危害后果之间存在因果关系。《规定》对此亦做了详细规定。第18条规定了存在因果关系的条件，投资人具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系：①投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券；②投资人在虚假陈述实施日及以后，至揭露日或者更正日之前买入该证券；③投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损。第19条规定了不构成因果关系的条件，被告举证证明原告具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系：①在虚假陈述揭露日或者更正日之前已经卖出证券；②在虚假陈述揭露日或者更正日及以后进行的投资；③明知虚假陈述存在而进行的投资；④损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致；⑤属于恶意投资、操纵证券价格的。第20条对“虚假陈述实施日”、“虚假陈述揭露日”和“虚假陈述更正日”的概念做了明晰，虚假陈述实施日是指作出虚假陈述或者发生虚假陈述之日；虚假陈

述揭露日是指虚假陈述在全国范围发行或者播放的报刊、电台、电视台等媒体上，首次被公开揭露之日；虚假陈述更正日是指虚假陈述行为人在中国证券监督管理委员会指定披露证券市场信息的媒体上，自行公告更正虚假陈述并按规定履行停牌手续之日。

**三、上市公司虚假陈述之法律责任。**结合本案分析，本案责任主体为甲公司，属于虚假陈述人的范围。甲公司的董事、监事和经理等高级管理人员，证券承销商、证券上市推荐人及其董事、监事和经理等高级管理人员和其他直接责任人，会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等专业中介服务机构及其直接责任人等承担过错推定责任，如不能证明其无过错，则与甲公司承担连带赔偿责任。甲公司的控股股东、实际控制人有过错的，亦应与甲公司承担连带赔偿责任。本案之中，原告柏某仅起诉甲公司，因而由甲公司承担赔偿责任。就原告适格而言，本案中柏某作为在证券市场上从事证券认购和交易的自然人，具有原告资格。本案中除柏某可担任原告主张被告甲公司赔偿其损失外，其他因甲公司虚假陈述而利益受损的投资人皆可向甲公司主张损害赔偿。由于受损的投资人人数众多，可考虑采用代表人诉讼的模式以提高诉讼效率。就主观过错而言，被告甲公司为上市公司，法律对其采用无过错责任原则，因此其是否有过错法院不予考虑。就客观违法行为而言，本案被告甲公司公布了虚假的业绩，实施了虚假陈述中的虚假记载行为。就重大事件而言，甲公司的业绩属于重大事件。就危害后果而言，被告甲公司的虚假陈述行为对原告造成了损失，在计算损害赔偿范围时，本案法院严格依照《证券法》和《规定》之规定予以认定，其判决是准确的。就因果关系而言，原告的情形符合法律关于因果关系的认定规则，因而具有因果关系。综上所述，本案被告应向原告承担损害赔偿赔偿责任，法院判决正当。





# 七

## 公司并购

在公司制度几百年孕育发展之下，公司规模已经发展到令人难以置信之地步，公司已富可敌国，决非夸张。而伴随一代一代公司成长与发展之同时，无数公司相继倒下，相继淹没在经济发展之浪潮之中。一方面一些公司经历几百年风雨不倒，另一方面一些公司甚至还未开业便就退出舞台；一方面一些公司不断扩张，另一方面一些公司又不断为扩张浪潮所吞噬；一方面一些公司不断按照“大鱼吃小鱼”之市场经济法则适者生存，另一方面诸多小鱼、小虾性公司也愿意借助大鱼、大虾之吞噬而继续变相其生存与发展。当今世界，公司并购浪潮已经从国内蔓延至国际，且一浪高过一浪，一浪胜过一浪，一浪险过一浪，并购浪潮已成各国国内经济乃至跨国经济难以阻挡之态势。在此浪潮吞噬之中，各国法律不断加强公司并购监管，而各公司自身也纷纷通过章程等设置阻挠并购措施。无论是公司合并还是分立，无论是新设合并还是吸收合并，无论是要约收购还是协议收购，无论是股权收购还是经营权控制买卖与交易，无论公司并购以怎样的方式实施与推行，皆可能引发新老公司、施并与被并公司对外债权债务之处理等相关问题，皆实际并非合并公司之间的法律事务，显然也必然涉及第三方合法利益之平衡与保护问题。

## 公司形态转换与债务承继之法律认定

### 【关注焦点】

公司经营过程中，时常会发生多种注册事项之变更甚至形态转换，那么，公司变更与转换之法律意义究竟是什么？其能否作为公司对外抗辩不承继债务之法律理由？

### 【基本案情】

原告：某帘子布总厂  
被告：甲市化纤制品有限公司  
被告：乙镇人民政府

1993年8月，日方A株式会社与中方B厂于乙镇所在地依法注册成立中日合资“乙镇工业布有限公司”，该公司注册资本120万美元，其中中方B厂出资90万美元，占股份75%，以场地开发费、现有设备、公用设施、建筑作价出资；日方A株式会社出资30万美元，以现汇出资。1997年5月8日，“乙镇工业布有限公司”变更为日方A株式会社独资开办的公司，中方B厂退出，其股权全部转让与日方公司，名称亦变更为“乙镇化纤制品有限公司”。中方投入的土地、厂房（价值16.17万美元）抽回，改由独资公司租用，注册资本由120万美元调整为52万美元。“乙镇工业品有限公司”同时被核准注销，但其公章未被收缴，为B厂所保存。1998年8月4日，“乙镇化

纤制品有限公司”迁址至甲市，公司名称遂变更为“甲市化纤制品有限公司”，即本案被告。中方B厂于1999年3月经工商核准注销，其债权债务由“乙镇工业公司”负责处理，但“乙镇工业公司”并未注册登记，系被告乙镇人民政府下属职能机构。

本案原告于1993年始至1997年上半年间，与“乙镇工业布有限公司”（下称乙公司）发生加工业务往来，1998年3月13日，双方经对账确认，截止1997年12月止，乙公司尚结存15余吨涤纶丝未还给原告。原告经多次索要未果，依据上述事实，将被告甲公司及乙镇政府诉至法院，要求两被告为已被注销的乙公司所欠货物承担实物返还或折价返还之责任。原告认为：被告甲公司系由“乙公司”变更而来，根据我国法律，原“乙公司”的债权债务应由甲公司承担，而B厂于本案中抽逃资金，被告乙镇政府为其债权债务清理单位，故被告乙镇政府亦应于清理财产范围与被告甲公司承担连带责任。被告甲公司辩称：1997年5月，乙公司的营业执照已被收缴，作为合资公司的乙公司显然已不存在，故原告举证的1998年3月13日对账单上乙公司的盖章不代表任何主体；且根据中日两方股东的约定以及乙市政府经贸委的批复，乙公司的债权债务由中方B厂承担，与甲公司无关，甲公司与原告之间不具有任何合同关系，是新设立的外商投资企业，并非由乙公司股东变更而来的企业，对此甲公司已登报公告。被告乙镇政府同意被告甲公司的辩称意见。

## 【审理要览】

一审法院认为：原告与乙公司基于加工合同而形成的原料结余，乙公司理应及时返还。乙公司（即乙镇工业布有限公司）变更为“乙镇化纤制品有限公司”，虽公司性质发生变化，但上述变更只是股东的变更，法人仍存续，并未消亡，原法人的债权债务应由变更后的公司承担，乙公司董事会决议及乙市经贸委批复确认的债权债务由中方承担，其效力仅限于内部，对外不能对抗善意债权人；“乙镇化纤制品有限公司”迁址后变更名称为“甲市化纤制品有限公司（即甲公司）”，相应地“乙镇化纤制品有限公司”的债权债务转由甲公司承担。因此，甲公司应对乙公司结存的原料向原告承担返还责任，如不能返还，应折价赔偿。B厂在乙公司由合资公司变更为独资公司中，未经结算，将其投资的土地、厂房收回，属抽逃资金，B厂应在抽逃资金范围内承担民事责任。现B厂已注销，其债权债务由乙镇工业公司负责处理，而乙镇工业公司未注册登记，系乙镇政府下属职能机构，故乙镇政府应对B厂负责

清算，并在清算财产范围内承担民事责任。遂判决：一、甲公司应返还原告15余吨涤纶丝，如不能返还，则按判决生效日市场平均价折价赔偿；二、乙镇政府应对B厂资产负责清算，并在B厂财产范围内，向原告承担赔偿责任。被告甲公司不服，提出上诉。

二审法院认为：原乙公司与原告之间存在未了结的债权债务关系，这从双方间的《对账情况汇兑》、来往函件等材料中可以得到证实。虽然对于乙公司被注销后，在《对账情况汇总》上所盖乙公司公章的效力，双方当事人有争议，但乙公司确实结存原告涤纶丝，原告亦曾行使过追索权，这两点从现有的证据材料中可予以认定。对于这一笔未了债务，乙公司应以自身财产予以清偿。现乙公司未经清算已被核准注销，其部分财产被中方投资者B厂收回，部分财产转移至甲公司处，无论甲公司是新设立企业还是变更企业，原乙公司的部分财产已并入甲公司，对于这一点可以从一审中已经质证的工商材料中予以确定，故甲公司与B厂一起向原告履行所欠的债务是其在接受乙公司资产的同时必须承担的义务，不存在利益受侵犯的事实发生。至于乙公司的董事会决议及乙市外经贸委批复确认的债权债务由中方承担，这是合资企业股东间的责任分担方式，对善意债权人不具有抗辩力。综上，一审法院对本案的事实认定和定性处理并无不妥。据此判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案系因公司形态转换引发的对公司形态转换前债务是否应由转换后公司承担责任的诉讼。对此，一、二审法院虽然都判决转换后的公司需要承担责任，但一、二审法院采用的理由略有不同。一审认定公司性质虽发生变化，但只是股东的变更，法人仍存续，并未消亡，从而判令原法人的债权债务由变更后的公司承担。二审并没有对公司是否属于变更作出认定，而是从财产并入角度让形态转换后的公司承担责任。从本案最终结果上看，一、二审显然并无实质之不同，但仍引发出一个深刻的公司法律问题，即公司经营过程中，时常会发生多种注册事项的变更，那么，公司变更或形态转换的法律意义究竟是什么？其能否作为公司对外抗辩不承继债务的法律理由？

**一、本案是否属于公司变更或形态转换。**公司变更，是指公司设立登记的事项包括名称、住所、法定代表人、注册资本、企业类型（组织形式）、经营范围、营业期限、有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称的变化。公司形态转换，也称公司组织形式变更，公司形式变更、公司

组织变更、公司类型变更或公司转型，是指在保持公司法人人格持续性的前提下，将公司从一种形态变为另一种形态的行为。可见，公司形态转换仅是公司变更的一种形式，公司变更的概念实际比公司形态转换的概念更加宽泛。

公司形态转换具有以下基本法律特征：（1）转换内容的复合性。公司在组织形式转换的过程中，公司形态本身及为公司形态所反映、所关联的诸多方面（如人的构成和物的构成）均要发生变更或转换。（2）法人人格的同一性。公司形态转换的最大好处是并不中断其法人资格。这样，公司可以在保持其法人资格不中断的前提下继续维持其营业，并不需要经过解散清算程序。（3）种类程序的法定性。实施形态转换前后的公司形态，一般以法律明文允许为限，法律没有明确规定允许的，不得为之。目前绝大多数国家和地区公司立法所规定的公司形态转换，都限于法定公司形态之间，即什么形式的公司可以实施形态转换、公司可以转换成何种形态的公司，都由法律明确规定。但是对于公司形态转换，并不以狭义的转换为限，即允许非公司制企业通过形态转换变更为公司。一些国家和地区已经有此种立法例，例如，我国澳门地区《商法》第307条规定：“合伙可以变更为无限公司、两合公司、有限公司和股份公司中的任何一种公司形态。”再如，依据德国《变更法》第191条的规定，可以实施形式转换的权利承担人包括：“人合公司（无限公司、两合公司）、资合公司（有限公司、股份公司、股份两合公司）、登记合作社、有权利能力的社团、相互保险社、公法团体和机构。”形态转换后新法律形式的权利承担人，包括“合伙、人合公司、资合公司、登记合作社”，不仅允许非公司制企业之间的形态转换，甚至允许特定非企业主体作为形态转换前后的权利承担人。可见，公司形态转换理论，已经全面突破了公司形态转换限于法定公司形态之间进行的传统立法模式。此外，各国公司法还均规定形态转换必须履行一定的程序。未履行法定程序而自行转换或变更的，并不产生法律效力，公司也不得以所谓公司形态转换或变更为由对抗他人。

就本案而言，公司形态由中日合资转换为日本独资，转换形态后的公司又发生了地址的变迁，虽然公司性质或其形态发生了变化，但上述变更只是股东的变更，法人仍然存续，并未消亡，转换前的合资经营企业与转换后的独资企业，在法律上实质仍应视为同一主体。

## 二、本案相关因素对本案以公司形态转换进行处理是否产生实质影响。

就本案而言，针对以公司形态转换进行处理或许有不同意见。（1）企业转换时已经将转换前的企业进行了注销，这是否影响？对此，应当认为，中日合资“乙镇工业布有限公司”在实质上已经变更转换为日方A株式会社独资开

办的公司“乙镇化纤制品有限公司”后，将“乙镇工业布有限公司”注销的行为，实际上属于不规范的公司登记管理行为，企业本质上并没有消亡终止，注销的只是转换前公司的名称。故不应以不规范的登记变更而否定公司主体前后实质上之承继关系。（2）转换时中方股东退出并抽回投资行为，这是否影响公司形态转换的认定？应当认为，中方是以日方受让其全部股权为由而退，即便实质为退股，但上述变更只是股东的变更，法人仍事实存续，并未消亡，对转换前后公司主体的同一性亦同样不应产生影响。（3）形态转换的同时公司即变更减少注册资本的行为是否对公司形态转换的认定产生影响？对此，公司减资只是公司基于某种情况或需要，依照法定条件和程序，减少公司资本总额的行为，公司仍旧存在。减资行为显然并不会影响减资前后公司主体的同一性，犹如公司增资并不会影响增资前后公司主体的同一性一样。（4）本案公司转换后还发生地址变迁，这是否对公司形态转换的认定产生影响？同理，公司主体的同一性，更不会因为公司注册地址的变更而受到影响。

三、公司形态转换之法律意义及法律效力辨析。《公司法》明确规定各种公司形态的初衷是，帮助投资人正确选择公司组织开展活动，降低商事活动的交易成本。然而，公司外部环境和内部条件的变化和投资者不断追求利益最大化的本性，使得公司产生了变更或转换形态的现实需求。譬如，原先设立一家有限责任公司属于家族式企业，后来由于公司规模扩大，需要外部资金的支持，一种简单的做法就是将原先的有限责任公司变更为股份有限公司，这样，公司就可以向社会公众融资了。因此，各国公司法在坚持公司形态法定原则的同时，也规定公司形态变更制度作为例外，这是公司法的一项重要制度。随着公司规模经营和资本扩张需求的增加，在我国已经出现了大量有限责任公司变更转换为股份有限公司的个案，如用友软件、太太药业、中软股份、精伦电子、天士力、光明乳业、上海航空等公司都是由有限责任公司变更为股份有限公司后，进而被核准公开发行并上市的。

公司形态转换是在不中断公司法律人格的情况下，以省略公司解散清算和设立程序的方式改变公司的法律形态，转换之后的公司能够继续从事原公司的事业。形态转换只是改变了公司的法律形态，而非新设立公司，原公司法律人格的存续不受转换的影响。因此，原来属于转换前公司的权利和义务，当然应由转换后的公司继续享有或负担，即所谓权利义务概括承受。公司组织形态变更的效力具体包括如下内容：（1）实施形态转换的公司，在不中断公司法律人格的前提下，依法成为变更后的公司形态。（2）原来属于转换前公司的权利和义务，由转换后的公司继续享有或负担，权利、义务概括承受。

(3) 股东的地位和持股的性质将依前后公司形态的不同而略有变化,其参股根据变更决议执行,其享有的权利和承担的义务均具有延续性。(4) 第三人的权利在新的股份上继续存在。<sup>①</sup>

《公司法》第9条规定:“有限责任公司变更为股份有限公司的,或者股份有限公司变更为有限责任公司的,公司变更前的债权、债务由变更后的公司承继。”虽然,《公司法》基于保护公司交易安全的考虑,明确规定了公司形态转换前后债权债务的归属主体,但实践中依然有人认为,从《公司法》的法律条文中,无法直接得出形态转换前后公司法律人格具有同一性的结论,事实上本案甲公司就是持这种观点。如果不能对公司形态转换前后属一个公司还是两个公司作出判断,则会对债权、债务的承受产生影响。因为如果认为转换前后为一个公司,形态转换之前公司名下的动产、不动产并不视为实质发生所有人的变更登记,而如果认为是两个公司,则发生动产、不动产的转移登记,这就有可能发生课税的问题,甚至增加形态转换的成本。也许,由于《公司法》对公司形态转换同一性的模棱两可,给形态转换制度的适用带来诸多现实困惑。尤其是在债权、债务承受方面,不同的理解将产生截然不同的法律效果。因此,为了使公司形态转换发挥其应有的制度功能,应在公司立法中进一步明确形态转换前后公司法律人格之同一性。

#### 四、司法实践中对公司形态转换法律效力特别是债务承继效力之把握。

公司形态转换引发最大的问题,就是转换前公司债务是否应由转换后公司承担,转换后公司能否以公司形态转换作为公司对外抗辩不承继债务的法律理由?对此,司法实务普遍认为,公司形态转换原则上并不能改变公司债权债务主体的承继关系。具体有以下层面需要把握:(1)转换后公司应概括承受变更前公司之权利与义务。究其原因,形态转换只是改变了公司的法律形态,而非新设立公司,原公司法律人格的存续不受转换之影响,因此,原来属于转换前公司的权利和义务,当然应由转换后的公司继续享有或负担。(2)转换过程中公司内部股东关于公司权利义务分摊的任何约定,原则上对外均不具有抗辩效力。公司内部股东关于公司权利义务分摊的约定,属于内部股

<sup>①</sup> 综观各个国家和地区的公司立法,对公司组织形态变更效力的规定各有不同,其中以德国的规定最为全面,组织形态变更的效力包括:(1)变更形态的权利承担人以改组决议中规定的法律形态继续存在;(2)变更形态度的权利承担人的股份持有人,以其参股不消灭为限,依新法律形式所适用的规定对权利承担人参股;(3)第三人对变更形态的权利承担人的股份或成员资格的权利,在取得其地位的、新的法律形态的权利承担人的股份或成员资格上继续存在。参见德国《变更法》第202条。

东之间的约定，这种约定只在内部股东之间发生法律效力，旨在发生纠纷时，用以正确处理内部股东之间的权利义务关系，是内部股东之间进行追偿的法律依据。此种内部约定，当然不能用以处理公司对外产生债务的负担，对外不具有法律约束力。否则，因公司自身原因而进行的形态转换，却将风险留给善意相对人，本身就是权利义务不对等的一种表现，更不符合商事交易安全规则，并不利于经济社会发展。（3）转换过程中，如果公司内部权利义务继承约定已经征得第三人同意的，则此内部约定对第三人有效。第三人同意公司转换过程中公司内部权利义务继承约定的行为，是自我处分权利的表现，法律应当尊重当事人的意愿，而这也是商事交易中私法自治原则的充分体现。

**五、结合本案之进一步评析。**本案从公司变更与转换角度判令转换后公司承担责任从理论上并无问题，但从实务和社会接受程度来讲，似显单薄且不太令人信服。但以转换前公司资产实质进入转换后公司，作为判定前后公司责任一体化的依据，则可以消弭上述不足，也足见二审之高明。此外，也进一步明确了变更过程中，公司内部股东关于公司权利义务分摊的任何约定，原则上对善意债权人并不具有抗辩效力，这也很好地把握了商事交易的基本规则。针对退出股东B厂在转换过程中抽回出资的行为，法院不予保护且判令在抽逃出资范围内承担民事责任，这也与此案之后颁布的《公司法解释（三）》中有关股东抽逃出资责任的规定精神吻合。<sup>①</sup>应当说，本案法院对责任主体和责任形式之认定与此无关处理，均值得充分肯定。

<sup>①</sup> 《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（三）》第14条规定：股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。



## 新设合并公司对原有企业债务之法律责任

### 【关注焦点】

公司合并有着多种不同之表现方式，因公司合并引发之债务承继纠纷，是公司合并纠纷乃至公司诉讼中较为常见之一类。本案所要探讨的是，因公司合并引发之债务承继原则有哪些？什么情形下，合并后之公司才应对合并前之公司债务承担法律责任？

### 【基本案情】

原告：某建行

被告：甲建筑安装有限公司

被告：乙物资贸易有限责任公司

被告：丙市发展计划委员会

1997年2月3日，原告依据借款合同向被告甲公司发放贷款70万元，约定还款期限为1998年2月2日。同日，原告还与法人企业A物贸中心签订以上贷款的保证合同，约定A物贸中心为甲公司的70万元贷款提供连带责任担保，保证期间为自保证合同生效之日起至借款合同履行期届满后两年。借款到期后，甲公司未能归还全部借款本息，A物贸中心也未能履行保证责任。2002年2月1日原告向甲公司、A物贸中心分别寄发了逾期贷款催收通知书，要求甲公司还本付息，A物贸中心承担连带责任，但甲公司、A物贸中心均

未能还款。

另查明：被告“乙物资贸易有限责任公司（下称乙公司）”系由 A 物资中心与“B 物资贸易有限公司（下称 B 公司）”合并改制后新成立的企业法人。A 物资中心于 2001 年 3 月 19 日办理注销手续，B 公司于 2001 年 6 月 4 日办理注销手续。乙公司于 2001 年 3 月 19 日登记成立，在 A 物资中心的改制审计中，对 A 物资中心为甲公司担保的本案借款未涉及。2001 年 9 月 13 日，A 物资中心的开办主管部门丙市物资总会，因机构改制被撤销，与其他单位合并组建为丙市商贸局，并与计划委员会合署办公，物资总会原有职能由计划委员会下属的丙市物资办公室行使。基于以上事实，原告在起诉甲公司还款的同时，将 A 物资中心与 B 公司合并后的乙公司以及丙市计划委一并列为被告，诉请被告承担归还贷款及连带保证责任，被告甲公司对原告起诉借款事实不予否认。被告乙公司辩称：原 A 物资中心的保证债务，在该中心改制过程中遗漏审计，故该笔债务应当由出卖方即原丙市物资总会向原告承担责任，而不应当由改制后的乙公司承担责任，被告丙市计划委认为不应将其列为被告，其不应承担任何责任。

## 【审理要览】

一审法院认为：原告与甲公司的借款合同、与 A 物资中心签订的保证合同，其内容和形式均符合法律规定，应确认合法有效。借款到期后，甲公司未能归还全部借款本金，A 物资中心未能履行担保责任，均构成违约，应承担相应法律责任。A 物资中心在 2001 年根据丙市经济体制改革委员会文件，与 B 公司合并改制，成立了新企业物资公司，即乙公司。由于 A 物资中心与 B 公司在合并改制时，未将 A 物资中心在本案中的保证责任列入处置范围，致使合并改制后本案保证责任的承担主体在形式上不明确。但综合本案 A 物资中心与 B 公司合并改制时对资产、人员的处置及 A 物资中心与 B 公司合并改制后作为企业法人权利能力、行为能力均实际丧失的事实而言，改制后成立的乙公司从法律关系上应当认定为 A 物资中心与 B 公司合并后新设立的企业，属新设合并。首先，A 物资中心、B 公司以“零资产”出售的形式进行改制，改制企业的买方就是 A 物资中心的法定代表人和主要干部职工，他们接受 A 物资中心财产时，没有实际支付对价，因此不符合“出售”的法律特征；其次，改制后新设的乙公司实际占有原企业所有有效资产，原有企业因此而丧失了对原企业资产的有效控制；再次，原企业因乙公司的设立而从事

实上、形式上不具有企业法人资格，新设企业乙公司作为原企业所有权利义务的承继者，应当概括承担原企业的所有债权债务，包括遗漏的保证债务。现乙公司以改制遗漏债务为由，要求不承担原A物贸中心的保证债务，不符合法律规定，也不符合公平、诚信的原则，不予支持。在此意义上，原告再行要求原丙市物资总会，作为原A物贸中心的主管部门和改制企业的卖方，对A物贸中心在改制评估审计中遗漏的保证债务，承担相应法律责任无事实和法律依据。因此，原告要求丙市计划委作为原丙市物资总会的义务承继人承担相应责任的请求不予支持。据此判决：一、甲公司应归还原告本金70万元及相应利息；二、乙公司对甲公司的还款义务承担连带责任；乙公司承担连带保证责任后可凭本判决直接向甲公司追偿；三、驳回原告其他诉讼请求。乙公司不服，提起上诉。

二审法院认为：对于原审关于本案借款合同与保证合同有效的认定，以及甲公司、A物贸中心违约的认定，应予维持。乙公司系A物贸中心与B公司合并改制成立，乙公司作为A物贸中心和B公司的所有权利义务承继者，应承担A物贸中心和B公司的债务责任，包括保证之债。因乙公司对A物贸中心的财产、债权债务是概括性继受，A物贸中心在改制审计中遗漏本案担保债务，不能构成乙公司免责条件。因此，乙公司以改制遗漏债务为由，要求不承担本案原A物贸中心的担保债务的上诉请求及理由不能成立，本院不予支持。据此判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案系因公司合并引发的债务承继纠纷，是公司合并纠纷乃至公司诉讼中较为常见的一类。在通常情况下，尤其是在强强联合的情况下，公司合并对债权人来说都是大好事。因为两家债务人公司的优质资产加在一起，更有利于债权人的及时足额受偿。但是，在强弱联合的情况下，强公司的债权人则未必欢迎公司合并。因为，此种合并有可能将强公司彻底拖垮。债权人的优质债务人公司有可能一夜之间由上亿元的净资产变成净资产为零、为负的劣质债务人。这种深刻的教训在现实生活中也经常发生。在弱弱联合的情况下，也有可能发生债权人利益受到贬损的情况。正因为公司合并潜伏着对债权人利益的损害，故现实中因公司合并引发的纠纷比较常见，而解决此类纠纷的关键点在于对公司合并引发的债务承继原则的把握，即什么情形下合并后的公司才应对合并前的公司债务承担法律责任。

**一、公司合并方式与合并意义。**公司合并，是指两个以上的公司订立合并契约并依照法定程序归并为一个公司的法律行为。<sup>①</sup>以合并前后公司的组织形态变化为准，公司合并分为吸收合并与新设合并。根据《公司法》第173条规定，公司合并可以采取吸收合并或者新设合并。所谓吸收合并，又称存续合并、公司兼并，是指一家公司吞并和吸收另外一家公司，存续公司的资本规模和业务规模更大，而被合并公司未经清算而解散，并将其全部资产和负债转让给存续公司的法律行为。其中，被合并公司股东所持的股份转换为对存续公司所持的股份。在吸收合并中，合并一方的法人资格得以保全，而其他公司的法人资格则告消灭。所谓新设合并，又称新创合并、创设合并，是指两家以上的公司未经清算而解散，并将其全部资产和负债转让给一家新设公司的法律行为。在新设合并中，所有公司均丧失法人资格，新公司在此基础上得以破土而出，被合并公司股东所持的股份转换为对新设公司所持的股份。吸收合并与新设合并各有利弊。就吸收合并而言，兼并公司并不消失，亦无需设立新公司，合并程序较为简单，但对兼并对价心怀不满的被兼并公司管理层和股东可能会滋生“被吃掉”的失落感，被兼并公司的许多资源尤其是无形资产，如商誉、商标和上市公司壳资源等，也可能被打入冷宫，进而导致资源浪费。就新设合并而言，各家公司的高管和股东平起平坐进入新公司，不存在孰高孰低的问题，但其缺点在于新设公司程序繁琐、同归于尽的原公司的诸多资源，如知名度和上市公司的壳资源等，在事实上和法律上无法或很难传承给新设公司。但无论是吸收合并，还是新设合并，都取决于合并各方的市场地位和博弈关系。势均力敌的公司有可能选择新设合并，原有公司形式上同时消灭但实质上又同时新生；而竞争力相差悬殊的公司则有可能选择吸收合并方式。

从经济学的角度看，公司合并是资本运营的形式之一。资本运营，是指资本运营主体（主要是公司）将其所拥有的资本包括各种资源和生产要素纳入价值资本的运行轨道，通过流动、裂变、组合、重新排列等各种方式进行有效运营，以最大限度的实现资本价值增值的活动。从资本运营对企业经营的影响上看，可分为外扩型资本运营、收缩型资本运营和内变型资本运营。

<sup>①</sup> 关于合并的性质，理论上有人格合一说和现物出资说。前者认为，两个以上的公司合而为一是人格的合一或者人格合并。后者认为，合并的本质是通过以解散公司的全部营业向存续公司或者新设公司现物出资而形成的资本增加（吸收合并）或公司设立（新设合并）。不过，通常大多数人认为，公司合并的本质是人格的继承，是一种人格的合并。参见李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社2000年版，第89-92页。

公司合并即属于外扩型资本运营的主要形式之一。在市场竞争的压力下，公司欲获得新的发展，可以通过增加投资这种内部发展途径扩大生产能力，也可以通过合并获得行业内原有的生产能力获得发展。相比之下，合并往往是效率比较高的方法，它在诸多方面具有优越于其他发展战略的地方：（1）有利于资源的优化配置。从整个社会看，公司合并过程就是经济资源的重组过程，是资本的优化配置过程。通过合并，优势公司可从劣势公司获得资产，使资产从效益差的公司流向效益好的公司，使有限的经济资源（包括资金、技术、人才等）集中到高效益的公司，以发挥其潜能，从而实现资源的优化配置和利用效率的提高。一句话，公司合并虽然看起来似乎是大鱼吃小鱼，但这主要是市场经济发展的必然需求，是公司主体消亡与壮大的一种法律方式，是资本进退的一种法律渠道。（2）有利于调整和优化产业结构。我国的产业结构不合理，主要表现在传统行业落后，公司合并则是促进结构合理化最直接、最迅速的途径。公司合并作为资源流动与配置的手段，可以通过存量调整而优化产业结构。通过合并，可以使落后、过剩产业的公司减少，使先进、新兴产业的公司增加，进而实现产业结构的调整和优化。（3）有利于消除亏损，帮助被并公司走出困境。在我国，优势公司合并劣势公司不但是优势公司扩张的手段，也是消除劣势公司亏损，帮助其走出困境的重要手段。一方面，通过合并制度的确立，可以建立优胜劣汰的机制，加大亏损公司的经营压力，促进其努力提高经营效率，扭亏为盈；另一方面，通过现实的合并，也可以使优势企业带动劣势公司的发展。

**二、公司合并后对合并前公司债务承担的方式。**公司合并属于公司经营中的重大变动事项，会发生公司消灭和股东身份变化的法律效力。在吸收合并中，被合并公司的全部资产并入合并公司，被合并公司债权人赖以保障其利益的全部资产发生了转移，可能影响被合并公司债权人的利益。在新设合并中，合并各方公司的全部资产并入新设公司，合并各方公司债权人赖以保障其利益的全部资产都发生了转移，这就使得合并各方债权人的利益都可能受到影响。从公司合并的一般效果看，似乎公司合并会导致公司资产的增加，也相应提高了公司的偿债能力，但是从现实情况来看，公司合并强强联合的情形不是没有，而是居于少数。可见公司合并会产生公司组织体的变化，并且在转移资产的同时，将概括转移原公司所有负债，所以公司债权人并不会因为合并而使其债权更加有保障，虽然法律规定债权具有优于股权的特性，但是公司合并中资产减少的可能性，尤其是在与一个资产负债率极高的公司合并的情形下，对原有公司债权人具有极大的危害。因此，对公司合并中债

权人利益的保护，势必应成为公司法规制的重要内容。对此，各国公司法往往都有公司合并致使权利义务概括转移的规定。

正确理解和把握权利义务的概括转移是解决公司合并引发的债务承继问题的关键：（1）因合并而消灭的各家公司项下的全部权利义务（包括资产和负债）一概由存续公司或新设公司继受。消灭公司的财产也要依法（包括《物权法》、《知识产权法》等）办理权利移转手续。这种继受不仅在存续公司或新设公司与被合并公司之间生效，而且对第三者也产生法律效力。《公司法》第175条规定，公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后的存续公司或者新设公司承继。《合同法》第90条也规定：“当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务”。据此，合并后公司继受合并前公司的债权时，无需通知债务人公司即可生效；合并后公司继受合并前公司的债务时，亦不以债权人的同意为生效要件。当然，这并不等于公司合并无须通知各合并公司债权人，甚至公司债权人不得对公司合并提出异议。<sup>①</sup> 公司合并引发的权利义务的概括继受，不仅包括实体法上的权利义务，也包括程序法上的权利义务。就消灭公司尚未完结的诉讼、仲裁（包括商事仲裁与劳动仲裁）及其他争讼程序而言，均由存续公司或新设公司承受消灭公司的当事人地位。（2）根据私法自治原则，如果合并时，各合并公司与其债权债务协商处理过相关债权债务的话，则依相关约定进行处理。（3）对于遗漏的债权债务，对外而言依然是先由合并后的公司主体承担。对合并公司内部而言，如果有对遗漏债权债务等有内部约定的承担责任范围，则应当按照内部约定处理，承担责任的公司主体，当然可以按照约定向有关责任主体行使相关追偿权。

**三、结合本案之具体评析。**乙公司系由A物贸中心与B公司合并改制后新成立的企业法人，A物贸中心与B公司在合并成立乙公司后均被注销，故属于公司合并中的新设合并。本案纠纷恰恰是由于A物贸中心与原告曾经签订保证合同，约定A物贸中心为贷款提供连带责任担保，现债务人和保证人A物贸中心均未还款而引发。焦点问题便在于，新设合并后的乙公司应对合并前A物贸中心的保证债务承担责任。根据合并后公司对被合并前公司债权债务概括继承的原则，乙公司当然应当概括承担原企业的所有债权债务，

<sup>①</sup> 《公司法》第174条规定：“公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。”

即便确实在合并时的改制审计中遗漏本案担保债务之事，乙公司也应当对遗漏的保证债务承担责任，而不能构成乙公司可以免责的理由。

需要指出的是，本案原告还同时起诉了 A 物贸中心曾经的主管部门与其他部门合并后的丙市发展计划委员会。A 物贸中心曾经的主管部门为市物资总会，因机构改制被撤销，该总会又与其他单位合并组建为市商贸局，而市商贸局又与计划委员会合署办公，市物资总会原有职能由计划委员会下属的物资办公室行使。可见，市计划委员会实际上只是在行政上充当管理的角色，其并没有在 A 物贸中心改制过程中承继 A 物贸中心的财产。A 物贸中心改制后的财产实际由新设的乙公司占有和有效控制。乙公司作为原企业 A 物贸中心所有权利义务的承继者，理应由其概括承担 A 物贸中心的所有债权债务，而不应由管理部门市计划委员会承担责任。本案原告起诉市计划委员会，缺乏依据。



## 企业兼并无效后原所承接之债务如何处理

### 【关注焦点】

企业兼并有多种不同之方式，其中承接债务方式便是国内较常采用之企业兼并方式。企业兼并总体上是协议行为吗？当这种协议被确认无效后，原所对外承接之债务是否当然应当按照返还财产、恢复原状之思路予以处理？

### 【基本案情】

原告：某交通银行

被告：甲企业集团

案外人：乙洗涤剂厂

1997年3月，被告甲集团与案外人乙厂签订了兼并协议，约定甲集团拟以接收乙厂全部资产并承担企业全部债务方式兼并乙厂。之后，于同年7月，甲集团与乙厂的债权人即原告签订了人民币资金借款合同，由甲集团以借款的方式承接乙厂原所欠债务1721万元人民币，期限自1997年7月10日至1998年11月20日。合同到期后，因以上债务未能归还，甲集团与原告于1999年11月15日再次就前述1721万元的债务签订资金借款合同，期限自1999年11月15日至2000年11月14日。合同期满，甲集团对1721万元的本金和利息117万元仍未归还。

另查明：甲集团与乙厂之间围绕企业兼并协议的效力以及企业兼并引发



的债务两事进行过两起诉讼，就甲集团诉乙厂企业兼并协议效力纠纷一案中，法院认为：从已经查明的事实看，双方签订的兼并协议，主体有误，且未按国家有关规定的程序进行，在兼并后的资产评估中，对甲厂的资产评估不实，致使双方在违背其真实意思表示的前提下，签订并部分履行了兼并协议，因此，双方签订的兼并协议为无效协议，应予解除；对此双方均有过错，由此造成的损失应由双方分担。但鉴于本案为确认合同效力之诉，双方对损失承担问题既无诉讼请求，又未提供有关证据，故应另行处理。据此判决：甲集团与乙厂所签兼并协议无效，双方应在三个月内办理完相关的手续。在甲集团诉乙厂兼并债务一案中，法院认为：双方所签协议在法律上已被确认为无效，且双方已就兼并协议无效的后果作了处理并实际履行，故双方的权利义务均应恢复到兼并协议签订前的状态，即原属乙厂的债权债务及在兼并过程中所产生的债权债务，均应由乙厂承担，甲集团没有承担该债权债务的责任义务。因乙厂之过错，甲集团代为支付应由乙厂偿还的债务 1150 万余元，乙厂应就此返还甲集团。据此判决：一、甲集团与乙厂签订兼并协议前乙厂的债权债务及实施兼并过程中所产生的债权债务均由乙厂承担；二、乙厂应返还甲集团代其偿还的债务 1150 余万元。

以上两判皆已发生法律效力，关于原告与甲集团以贷款承接债务一事两判均未涉及。于是，原告诉至法院，请求判令甲集团偿还所欠贷款及本息，引发本案。针对原告诉讼，被告甲集团认为，其并未在原告处办理过开户手续，原告于两项借款合同签订后，皆未向其实际发放任何贷款；且其与乙厂之兼并协议已经法院判决确认为无效，其实际亦从未接收过乙厂资产。故其原为乙厂所承担的巨额债务亦自然不能成立，应追加乙厂为本案被告，并让乙厂承担还款责任。

## 【审理要览】

一审法院认为：借款合同是借款方与贷款方之间，为了借贷一定数量的货币而明确相互权利义务的协议。本案两份借贷合同，符合《经济合同法》第 24 条和《合同法》第十二章的规定，故合同有效。从甲集团与乙厂的行为来看，无论是否有效，均不影响借贷本身，二者不属于同一法律关系。因此，甲集团称应追加乙厂为被告，并由其承担还款义务的主张不能成立。据此判决：甲集团应返还原告借款本金 1721 万元及利息 117 万元。甲集团不服，认为本案借款与其是否有效兼并乙厂存在着必然的联系，提起上诉。原告针对

甲集团的上诉辩称：本案两份借款合同主体合法，合同内容真实，故均为有效，至于甲集团是否成功完成其兼并行为，这只是其自身的一种商业行为，是独立于借款之外的行为，在甲集团实施的兼并行为被确认无效后，应当要求乙厂返还其实施无效兼并行为时所支付的财产，而不能以不归还原告借款为对抗理由。

二审法院认为：根据甲集团与乙厂签订的兼并协议，甲集团承接本案1721万元借款债务的前提是兼并协议已经生效，该笔债务自然转由甲集团承担。在本院庭审过程中，甲集团称从未在原告处开户，并表示无法从银行调取证据。原告虽一直主张其确实将1721万元已经向甲集团发放，并提供了贷款凭证，但也未能举出甲集团在其处开户的相关手续的证明，故对原告已将贷款划给甲集团的主张，本院不予认定。此后，原告又提出其将款发放给乙厂，由该厂将款归还银行。显然，这种主张的成立，应当有甲集团的授权作为支持的依据。但原告不能举证证明甲集团同意乙厂接受和代为偿还本案债务，对原告此种主张亦不予支持。由于甲集团与乙厂的兼并行为未获成功，根据以上甲集团与乙厂之间已经发生法律效力的一项判决，亦均证明本案1721万元债务仍然应当由乙厂承担，而不是由甲集团承担。综上，本案所涉借款合同中的款项，应认定为系甲集团接受乙厂原有的债务，实际上甲集团并未得到新的贷款，鉴于甲集团兼并乙厂的行为已经为生效判决确认无效，且原告并未向甲集团发放新的贷款，对于甲集团上诉称其不应承担还款责任的主张，本院予以支持。原告的诉讼主张不能成立，应当予以驳回，其应依法向乙厂主张权利。据此判决：一、撤销原审判决；二、驳回原告对被告甲集团的诉讼请求。

## 【裁判解析】

本案系因企业兼并无效导致原所承接之债务如何处理引发的纠纷。一、二审法院判决结果完全相反。一审以是否成功完成兼并行为只是一种商业行为，是独立于借款之外的行为，故不能以不归还原告借款为对抗理由，从而判令甲集团承担还款责任。二审以甲集团承接借款债务的前提是兼并协议已经生效，现兼并协议无效并且原告并未向甲集团发放新的贷款为由，驳回了原告要求甲集团承担还款责任的诉讼请求。一、二审法院不同的审理思路也就引发出一个深刻的公司法律问题，即：企业兼并协议被确认无效后，原所对外承接的债务是否当然应按照返还财产、恢复原状的思路予以处理？

**一、关于企业兼并之一般理解。**“兼并”，在经济学中常常用来指一个企业或公司吞并或控制其他企业或公司的行为，但在法律上还不是一个完全统一的概念。在我国的规范性文件中第一次出现“兼并”是在1989年2月19日国家体改委、国家计委、财政部、国家国有资产管理局联合发布的《关于企业兼并的暂行办法》中，其中第1条规定，“本办法所称企业兼并，是指一个企业购买其他企业的产权，使其他企业失去法人资格或改变法人实体的一种行为。不通过购买方式实行的企业之间的合并，不属本办法规范。”这一概念虽基本揭示了企业兼并的本质，但缺陷也显而易见。例如它规定“企业兼并是指一个企业购买其他企业的产权”，将兼并方限定为“一个企业”，显然不能解释和调整现实生活中所有兼并的行为，将两个或两个以上企业联合兼并其他企业的活动排除在该办法调整之外了；它又规定企业兼并的法律后果是“使其他企业失去法人资格或改变法人实体”，这就意味着被兼并方必然是一个具有法人资格的企业。但《关于企业兼并的暂行办法》第2条又规定：企业的兼并不仅要考虑经济效益，还要考虑方便人民生活，一些经营蔬菜、小百货和从事其他生活服务的小型商业、服务业店铺，在兼并时应统筹考虑经营范围和经营方向。”这里又显然未要求被兼并方必须是企业法人。法条之间的矛盾必然导致实践操作中的混乱；它还规定企业兼并的方法是“购买其他企业的产权”，而《关于企业兼并的暂行办法》第4条规定的企业兼并形式有承担债务式、购买式、吸收股份式、控股式四种，很难将他们都理解成为“购买产权”。另外，《公司法》中规定的“公司吸收合并”，表明公司也可成为兼并的主体。2003年1月3日最高人民法院公布的《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》中所规定的“企业兼并”，也将“股权收购”作为兼并形式之一。所以，正确理解企业兼并可以对其作如下表述：企业兼并是指一方企业、公司通过购买产权、股权或吸收入股的方式使另一方企业、公司失去独立主体资格或改变其实体的现象。

企业兼并的方式包括现金购买式、承担债务式、吸收股份式和控股式。现金购买式是指兼并方出资购买被兼并方全部产权的兼并方式；承担债务式是指兼并方以承担被兼并方的全部债务为代价而取得其产权的兼并方式；吸收股份式是指被兼并方所有者将被兼并企业的产权折价入股投入兼并方，成为兼并方股东的兼并方式。控股式是指一个企业通过购买其他企业的股权，达到控股，实现兼并。

实行企业兼并是盘活企业资产存量的一个重大举措和步骤。通过兼并，能够拓展了企业的生存发展空间，提高优势企业和大型支柱性企业集团的市

场竞争力，实现规模经济和组合经济，即实现生产和经营的合理化，从而提高整个国民经济运行质量和效益。在目前世界经济全球化之际，对我国这样一个发展中国家而言，就更需要保障风险资本运营和再配置的制度基础，而加强对中小企业的兼并等资本重组手段的法律调控，应成为我国经济生活中传统企业走向现代企业不可或缺的内容。

**二、企业兼并与公司合并之比较。**企业兼并与公司合并是两个既有联系又有区别的概念。企业是依法成立并具备一定组织形式，以营利为目的的独立从事生产经营和服务性活动，具备独立主体地位的经济组织。企业不但包括公司制企业，也包括独资企业和合伙企业等。可见，企业概念更加宽泛，由此企业兼并之内涵与外延也大于公司合并。当然，企业兼并也更多具有市场乃至经济学上的价值，传统公司法理论多是公司合并的概念，少有企业兼并之说。虽然从严格意义上企业兼并不同于公司合并，但二者却有重叠交叉之处，甚至有时互用。企业兼并可以包容公司合并，如同企业可以将公司包容其中一样。企业兼并以被吸收合并企业的法人资格宣告消灭、吸收合并企业成为存续企业的合并形式为特征，此点与公司合并中的吸收合并极为类似，故也有观点认为，企业兼并被视为公司合并的组成部分，其仅属于公司合并中的吸收合并。另外，企业兼并与公司合并<sub>在</sub>承继因兼<sub>并</sub>或合并而消灭的各家<sub>公司</sub>项下的全部权利义务（包括资产和负债）方面亦有相当的互通性。

兼并双方之间达成的包括债务处理在内的兼并协议，是双方当事人就企业兼并中的事项经过协商达成一致而签订的明确双方当事人权利义务的协议，它是全面反映企业兼并活动过程及双方当事人意思表示的唯一法定形式，本质上是一种合同。公司合并往往也是以订立合并协议为基础。原则上，无论兼并还是合并<sub>在</sub>私法领域均有一个显著的法律特征是意思自治原则，即企业之兼<sub>并</sub>或合<sub>并</sub>均必须遵循市场经济之规则，不能由政府来操纵，应由企业自主决定其存在的法律形式。但在中国，曾经一段时期企业之间的兼<sub>并</sub>或合<sub>并</sub>，更多的是出自政府的行为，这与企业合并意思自治的法律原则相悖。现实之中，很多企业的兼<sub>并</sub>并非出自主观的愿望，有些甚至是被迫的。这是因为中国的企业特别是国有企业一直承担着社会的各项功能，它必然受到政府的强烈干涉，效益好时政府找企业，效益差时企业找政府，官商混合的经济给中国的改革带来了前所未有的困难。效益差的企业被兼<sub>并</sub>给效益好的企业，未必能改变其效益差的现状，反倒可能增加好企业的负担。不少地方政府对企业兼并的命<sub>令</sub>式行为主要出自解决就业、保持社会安定等因素考虑，但这种行为对经济的损害实际是不可低估的，很可能导致企业改革的困惑愈

发加深。总之，无论是企业兼并还是公司合并，两者皆不能简单以协议行为处理。二者往往从一开始就不仅仅是兼并与合并各方之间的事，也涉及与他们相关的多方主体之间的法律关系。如内部涉及主管部门乃至公司股东的批准与认可，对外涉及各方主体债权债务人的协商与处理等，任何将兼并与合并仅按协议行为处理，或按合同法而不按公司与企业法处理的话，均可能会带来被动，或引发更多矛盾与纠纷。

**三、什么是本案所谓的承担债务式兼并。**承担债务式兼并，是指兼并方以承担被兼并方的全部债务为代价而取得其产权的兼并方式。作为被兼并企业，所有资产整体归入兼并企业，法人主体资格消灭。根据权利义务对等的原则，兼并企业没有理由取得被兼并企业的财产而却拒绝承担其债务。就本案而言，甲集团与乙厂在签订兼并协议中明确约定，甲集团拟以接收乙厂全部资产并承担企业全部债务方式兼并乙厂，随后，甲集团与乙厂的债权人即原告以签订人民币资金借款合同的方式承继乙厂原所欠原告的债务，故当然属于承担债务式兼并。承担债务式兼并方式与公司合并中的吸收合并基本相似，只是兼并对价特殊，即并不支付现实的合并对价，而是代被合并企业偿还债务，现实对价的支付与债务的代为偿还，其实质并无两样。新《公司法》对公司合并中关乎债权人的规定明显有了变化。如将“有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。不清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得合并”，修改为“可以要求”，且删除了“不清偿债务或者不提供相应担保的，公司不得合并”的内容。可见，立法调整之本意是，公司合并原则上可以不需要债权人之同意，否则如果需要取得所有债权人的同意包括小额债权人的同意，对公司来说确有点不胜其烦，更有甚者影响公司之合并进程。所以立法将债权人的权利由强制性变为自治性，改为债权人和债务人公司可以在合并前或合并中另行约定债务之承担，且并不影响合并之实施。

**四、兼并无效是否必然导致依据兼并签订之相关协议均无效。**本案属于承担债务式兼并，甲集团与乙厂明确约定甲集团承担乙企业全部债务方式兼并乙厂。但本案有其特殊性，甲集团以与原告签订人民币借款合同方式获得被合并一方债权人即原告对合并事实的认可，而且在借款合同期满后，甲集团与原告再次签订借款合同，对乙厂所欠原告债务由甲集团偿还的事实再一次的进行了确认。故本案甲集团已经依照兼并事实与债权人原告达成了债权债务处理协议，且再次签订了新的债权债务转移关系协议的行为，对善意债权人而言当属债务主体在事实和法律上的转移。本案二审法院认定所谓两次贷款均未实际贷出款项，显然与两次协议均实际是承接已经发生的债务的事

实并不相符。

当兼并无效时法院依据什么原理认定依据兼并签订的相关协议均无效？难道围绕兼并协议而进行的任何其他协议均为次合同，只要主合同兼并协议无效，其他均必然无效或解除吗？当然不是，尤其围绕兼并而发生的对外债权债务关系转移的相关协议，更不能当然地认为，兼并无效则相关协议均无效，两者之间并非必然的主从关系。而且，本来公司合并中债权人的利益就容易受到损害，立法又对公司合并中是否需债权人同意的规则进行了调整，而如果与兼并公司签订的各项债权债务清偿协议均因兼并协议无效而必然无效的话，如果司法采取这种导向，必将引发被兼并公司的债权人在公司兼并过程中对兼并的不认同和担忧，加大对兼并实施的阻挠，从而影响公司兼并的市场形成与发展。但无论如何，在因公司兼并引发纠纷的价值判断过程中，无论是侧重于保护善意债权人之利益，还是迎合现代公司法律制度与现代商业运行规则，司法都应该有自己明确的导向，从而达到裁判标准之统一。



## 国企改革中遗漏之债权应如何处理

### 【关注焦点】

国有企业改制前形成之债权，在国有企业改制过程中没有被依法处分，该项债权应由谁主张行使？该债权归属之争议是否属于人民法院受理民事诉讼之范围？

### 【基本案情】

原告：甲公司

原告：乙公司

被告：丙公司

甲公司原为国有企业 A 控股公司的全资子公司。1991 年 8 月 8 日，甲公司与丙公司签订土地使用权转让合同，约定甲公司将 6 万平方米土地使用权转让给丙公司，地价款 7002 万元。合同签订后，甲公司交付了土地，丙公司支付了地价款 1600 万元，余款 5402 万元未付。该土地未办理权属转移登记手续，但在地籍资料中显示用地单位为丙公司。

2004 年 12 月，A 控股公司经 A 市国资委同意，发出控股〔2004〕125 号文，计划将甲公司进行改制。除“甲”商号及九家港口物流企业资产留在甲公司外，其他甲公司的资产划归 A 控股公司下属的另一企业乙公司。乙公司的股权向员工出售，同时 B 集团以增资扩股的方式控股甲公司。2005 年 2 月，

A市国资委和A市国土房管局分别发出文件，作出对原属甲公司的土地资产的处理意见：未转让的4宗土地直接确权到乙公司，由乙公司办理资产评估备案手续；已经转让的23宗土地（含涉案土地）直接确权到受让单位，有关的确权、土地费用收缴等手续由乙公司负责到国土部门办理。

2004年12月，A控股公司、甲公司和B集团签订《增资和重组协议》，约定由B集团增资扩股甲公司并最终持有甲公司76%的股权，A控股公司持有24%的股权。该协议约定了甲公司增资扩股的资产评估范围。2005年2月、10月，甲公司、乙公司、B集团、A控股公司先后签订了《甲公司和乙公司账目分割》及《甲公司、乙公司账务分割补充协议书》。这两份协议将改制前的甲公司的资产在甲公司和乙公司之间进行具体分割，列出了详细的资产清单，但本案债权在分割资产的清单中没有被涉及。

2004年9月21日，甲公司起诉丙公司，请求丙公司支付拖欠的地价款及利息，以及土地转让增值费、年差地价等合计1.4亿元。一审法院追加乙公司为原告，但乙公司未提出诉讼请求。本案一审过程中，一审法院致函A市国土房管局，询问甲公司改制后，本案诉争的地价款、年差地价、土地转让增值费等，丙公司应直接交给该局还是支付给甲公司或乙公司。A市国土房管局复函称：丙公司所欠缴的地价款及利息应交给乙公司；年差地价和土地转让增值费应由丙公司支付给该局。

## 【审理要览】

一审法院认为：本案争议的债权，已经在甲公司改制时划给乙公司，本案债权应由乙公司享有，甲公司无权主张。故判决驳回甲公司的诉讼请求。甲公司不服一审判决，提起上诉。

二审法院审理认为：本案债权的归属不明确，属国有企业改制中被遗漏的资产。在A控股公司和A市国资委确定该债权的归属之前，人民法院对请求履行债务的起诉应不予受理。该院于2006年10月27日裁定：撤销原判，驳回甲公司的起诉。

## 【裁判解析】

企业改制无不涉及债权债务。实践之中，企业在改制过程中对企业的债务不作清理和清理不彻底而遗漏债务，或者漠视债权人利益，擅自转让债务，



甚至故意“悬空”债务，致使改制前后的企业都受拖累，对改革国有资产管理体制或建立现代企业制度造成不良影响的事件时常发生。本案即系因国有企业改制前形成的债权，在国有企业改制过程中没有被依法处分而引发之纠纷，纠纷的核心问题是没有被依法处分的债权应由谁主张行使？该债权归属之争议是否属于人民法院受理民事诉讼的范围？对此问题，一二审法院的裁判思路完全不同，一审以甲公司不是涉案债权的享有者判决驳回诉讼请求，而二审认为涉案债权并没有确定归属，该案根本不应该由人民法院受理，从而撤销一审，驳回甲公司的起诉。

**一、企业改制概述。**企业改制，其实并非法律术语，而是经济学概念，是指企业根据法律、法规和政策规定，在政府指导下进行的企业产权制度改革。鉴于国有企业在我国企业结构中的主导地位，企业改制特别是国有企业改制为我国经济体制改革的中心环节，也是改革的重点、难点和关键所在。我国历次企业改制浪潮均主要围绕国有企业和部分集体企业进行，且呈现出一个渐进的过程。1979年，国务院《关于扩大国营企业经营管理自主权的若干规定》的发布，标志着国有企业改制的开始。1984年10月，党的十二届三中全会通过的《中共中央关于经济体制改革的决定》，提出了所有权与经营权分离的重要理论。实行企业承包经营责任制成为企业改革的内容，转换企业经营机制成为企业改革的主要方向。但改革初期，并没有触及企业产权结构的调整和制度的创新，一些深层次的问题并没有得到根本解决。党的十四届三中全会决议提出要进一步深化国有企业改革，着力解决深层次矛盾，实现企业制度创新。党的十五届一中全会又进一步提出，从战略上调整国有经济布局和改组国有企业，建立现代企业制度。党的十五届四中全会则专门作出《中共中央关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定》，要求从战略上调整国有经济布局，推进国有企业战略性改组，建立和完善现代企业制度。1993年《公司法》颁布，为建立现代企业模式提供了法律依据，国有企业改革由此进入到企业产权制度深层次的改革阶段。企业公司制和股份合作制的改造，企业出售、企业分立、企业兼并等不同的改制方式，改变了原有的企业产权制度，实现了企业投资主体的多元化，增强了企业的市场竞争力。党的十六大再次明确提出：在今后一个时期要继续按照现代企业制度的要求，对国有大中型企业实行规范化的公司制改造，完善法人治理结构；推进垄断行业改革，积极引进竞争机制；进一步放开搞活国有中小型企业，这又为国有企业改革提出了新目标。

应当说，一方面企业改制是经济体制改革、传统企业向现代企业转型、

调整国有经济在市场经济中的布局（国退民进与国进民退）的集中体现。改制的直接动因是减轻政府负担，提高企业效率。改制的基本原则是引入市场机制，实施政企分离。改制的基本内容是组织形式的公司化、股权结构的社会化。另一方面也必须看到，企业改制是历史阶段的产物或者说仅是特定历史发展阶段的现象，向未来看，所谓的改制不可能无期限、无尽头，今后规范状态下的市场主体形态格局，应是传统企业形态必将逐步消亡。即便在公有制社会体制下，公有也应当以公司形态或公司股份的方式加以体现，传统企业法律制度亦将逐步以改制的方式向公司制主要并轨。当然，在目前中国特殊国情和社会背景土壤下，合伙企业与独资企业也将以市场主体的全新形态长期存在并发展。

**二、关于企业改制的一般方式。**总结多年来我国企业改制的实践，具体改制方式可有以下几种：

1. **企业公司制改造**，是指依据《公司法》的有关规定，将企业改造为有限责任公司或者股份有限公司的法律行为。它是国家对国有大、中型企业进行产权制度改革，建立现代企业制度的一项重要措施，是企业改制的主流方式。目前，企业公司制改造客观存在着两种改制方式：一是企业依据《公司法》整体改造为公司（通常称作企业公司制整体改造）；二是企业依据《公司法》部分改造为公司（通常称作企业公司制部分改造）。

2. **企业股份合作制改造**，是指创建一种集股份制和合作制优点于一体的新型经济生产组织形式，它体现了劳动者劳动联合和资本联合相结合的特点。目前，企业实行股份合作制改造主要存在着三种形式：一是由企业职工出资买断企业产权，将企业改造为股份合作制企业（通常所称企业职工买断式）；二是企业向企业职工转让部分产权，由企业与企业职工共同组建股份合作制企业（通常所称企业与职工共建式）；三是企业通过职工增资扩股，将原企业改造为股份合作制企业（通常所称企业增资扩股式）。

3. **企业分立**，是指企业依法和合同约定，将企业变更为两个或者两个以上企业的法律行为。企业分立包括新设分立和派生分立两种形式。

4. **企业债权转股权**，是指债权人与企业债务人之间，就两者之间的债权债务，平等协商，双方同意并将债权人之合法债权转变为对企业债务人的投资，增加企业的注册资本。目前，我国并存着两种债权转股权形式，一是国有企业政策性债权转股权；二是非政策性企业债权转股权，即所谓商业债转股。

5. **企业出售**，是指企业的所有权人出卖企业的产权给买受人的一种买卖

行为。企业出售一般包括两个部分：一是企业股权整体转让；二是企业资产整体出售。

6. **企业兼并**，是指一方企业、公司通过购买产权、股权或吸收入股的方式使另一方企业、公司失去独立主体资格或改变其实体的现象。

**三、企业改制与相关概念之比较。**主要可与企业兼并、公司合并、公司形态转换等进行比较。与企业兼并相比较，根据上述企业改制方式的分析，不难发现，企业改制的概念外延远比企业兼并要宽，企业兼并只是企业改制方式之一种。与公司合并相比较，公司合并是指两个以上的公司订立合并契约并依照法定程序归并为一个公司的法律行为，公司合并是公司发展中的常态，且合并公司的类型没有特殊限制；而企业改制更侧重于国有、集体企业的改制，且有其特殊的社会背景和历史阶段；另外，公司合并主要是公司自身在经营过程中资本运营的形式需求导致，更多体现的是公司自身的意志，而企业改制行为本质上虽然仍是民事法律行为，但企业改制是根据有关法律、行政法规及相关政策，对企业产权制度进行改造，主要是在政府指导下进行，尤其是国有企业改制，还需经有审批权的地方人民政府审批后才能进行，企业自身往往并无真正意义上的自主权。与公司形态转换相比较，公司形态转换也称公司组织形式变更，公司形式变更、公司组织变更、公司类型变更或公司转型等，是指在保持公司法人人格持续性的前提下，将公司从一种形态变为另一种形态的行为，可见公司形态转换的核心是保持公司法人人格的持续性；但企业改制侧重的是企业产权制度的改造，改造方式多样，且在改制过程中并不一定保持公司法人人格之持续性。总之，企业改制的外延很广，既包括建立健全企业资产管理和监督体制、完善企业法人治理结构、企业产权并购和管理层收购，又包括企业资产处置和原企业债权债务处理，还包括职工权益保障和税收筹划。这其中关系到政府、企业、债权人、职工等多方利益调整，涉及行政法律关系、民商事法律关系、劳动法律关系、甚至刑事法律关系等不同地位主体之间的权利义务，各种法律关系更加错综复杂。

**四、结合本案之具体分析。**就本案而言，甲公司是在其控股公司经A市国资委同意进行的改制。除“甲”商号及九家港口物流企业资产留在甲公司外，其他甲公司的资产划归A控股公司下属的另一企业乙公司。甲公司依然存在，另一公司乙公司原先也即存在，将甲公司的部分资产划归乙公司，甲与乙共有一股东A公司，乙还另有控股股东B公司。所以，本案既非合并亦非分立，属于纯资产划拨性质的改制。本案纠纷产生于有一原甲公司的债权在改制时遗漏了分配与处置。对此，从一般而言，遗漏了处理的原本属于甲

公司的债权，或者说未明确被划转的资产，应当仍归属原企业。但政府主管部门对企业国有资产进行行政性调整、划转，指的是在国有企业之间，因管理体制和组织机构调整，政府主管部门依据行政命令将属于一家国有企业的资产划转到另一家国有企业中。这种调整和划转，不是企业自身意志所能决定的，而是政府意志的体现，是政府对国有企业实施的行政管理行为。在调整和划转中，政府主管部门与被调整的企业实际并不处于平等地位，所调整 and 划转的企业资产也是无偿的，并非等价交换的市场交易。因此，在政府主管部门对企业国有资产进行行政性调整和划转中发生的纠纷，并不能适用民事诉讼程序获得司法救济。当事人以民事纠纷诉至人民法院的，人民法院原则上应当不予受理。

鉴于本案遗漏债权实质涉及国有资产在相关改制企业甚至国家税费等多方面的分配问题，且甲公司资产也确实应有原各方协商处理，司法依据一般企业财产原理处理似有不当，一审法院认定该债权属乙公司的依据不足。原甲公司是控股公司的全资子公司，市国资委是代表国家行使国有资产管理职能的政府部门。因此，在甲公司的改制中，控股公司和市国资委对原甲公司的资产包括本案债权享有最终的处分权，该债权的归属应当由控股公司和市国资委确定，该债权归属的争议不属人民法院受理民事诉讼的范围。在本案债权归属未明确之前，人民法院对当事人请求履行债务的起诉当然不应受理。故二审法院裁定驳回甲公司的起诉，意在将本案交由国资部门处理为宜，这样的处理既符合国情，也符合本案资产并非本案相关企业可以自行主张之实际。

## 企业出售之债权 可否向改制后之股权受让人追偿

### 【关注焦点】

企业出售协议法律关系与被出售企业公司化改制后之股权转让法律关系之间是否会有关联？因企业出售引发之债权在向买受人追偿之同时，可否连带向买受人之股权受让人进行追偿？

### 【基本案情】

抗诉机关：辽宁省人民检察院

原审原告：某军区联勤部工厂局某军区善后办（以下简称某军区善后办）

原审被告：甲公司

原审被告：乙公司

原审被告：A公司

原审被告：B公司

原审原告某军区善后办与原审被告甲公司、乙公司、A公司、B公司企业出售买卖协议纠纷一案，沈阳市中级人民法院于2002年4月10日作出一审民事判决，宣判后各方当事人均未上诉。判决发生法律效力后，A公司向辽宁省人民检察院申诉后引发抗诉。沈阳市中级人民法院于2003年7月19日下发裁定再审本案。

原审判决认定：1999年2月14日，原告（卖方）同被告甲公司就某集团出让签订一份买卖合同，卖方出售某集团全部资产及权益，双方约定买方首期支付3000万元，卖方将标的物所有权转移至买方名下，余款至本合同成交之日起一年内付清并支付银行同期利率，卖方协助买方办理在工商部门、银行、房地产管理及国有资产管理等部门等变更登记事项。双方又于1999年8月11日签订一份补充协议，约定交易总价款抵扣截止交易日之交易标的物全部离退休和内退职工的安置费用、社会统筹费用及基准日至成交日期间交易标的物维持运营开支等费用。并于合同规定成交日七日内买方向卖方支付首期交易价款2000万元，余款在卖方协助买方办理完毕所有土地、房屋所有权转移手续之日起七日内一次性付清。买方交付2000万元之日即为合同项下交易成交日，卖方应于该日将交易标的物所有权转移至买方名下。双方又于1999年9月3日签订一份价格协议，约定买卖合同项下某集团全部资产及权益的价格为83356100元人民币。扣除职工安置费用等44182836.43元人民币，买方向卖方支付首期交易价款人民币2000万元，余款在卖方协助买方办理完毕所有土地、房屋所有权转移手续之日起七日内一次性付清。2000年5月13日又签订一份会议纪要，买方应付卖方某集团转让款8174.5万元。买方已付卖方2000万元，买方还应支付卖方837.4万元，待买方企业恢复生产后首先支付所欠余款。1999年2月26日原告收到甲公司转账1900万元；同年10月14日收到乙公司转账100万元，剩余837.4万元甲公司至今未付。2001年3月17日甲公司同A公司签订一份股权转让协议，甲公司将其持有某集团11%的股权转让给A公司，并规定甲公司对拥有某集团股权的一切权利、义务均转至A公司；同年同月同日，乙公司同B公司签订一份股权转让协议，乙公司将其持有某集团89%的股权转让给B公司，并规定乙公司对拥有某集团股权的一切权利、义务均转至B公司。另查，自1999年、2000年、2001年上半年某汽车股份有限公司发表的财务报告均表明有经营活动，并且有盈利。

原审认为：原告同甲公司及甲公司同乙公司、A公司、B公司之间的买卖协议及转让协议系根据财政部及解放军总后勤部的有关文件且均系当事人之间在平等自愿基础上达成的，各方应恪守协议，履行义务。甲公司在取得原告转让的某集团全部资产和股权，对剩余的837.4万元转让金未给付原告，未办理房屋产权过户手续和未履行完支付安置费、退休费、保险费等义务的情况下又与乙公司、B公司、A公司签订股权转让协议；应对本纠纷承担主要责任；对甲公司提出欠款属实，但恢复生产后才能还款的主张，经庭审质证，证明1999年至2001年上半年某汽车股份有限公司财务报表中已有盈利；至

于乙公司、A公司、B公司提出同本案无关，因乙公司在甲公司售让某集团中实际支付原告100万元，又取得了某集团89%的股权，应对本纠纷承担连带偿还责任；A公司、B公司对其各自售让股权后实际履行了房屋产权变更、职工养老费交纳、医药费报销及有关职工福利费用承诺等义务，且均将转让方在某集团的债权债务明确受让，对此，应承担连带偿还原告剩余转让金的责任。判决如下：一、甲公司于本判决生效后，10日内偿还原告837.4万元；二、甲公司于本判决生效后，承担上述欠款的相应利息（利息自2001年3月17日至本金付清之日止，且按中国人民银行同期贷款利率执行）；三、如被告甲公司到期不能偿还原告上述本息，则由乙公司、A公司、B公司共同承担连带偿还责任；四、驳回当事人其他诉讼请求。本案案件受理费51,880元，财产保全费42,390元，由四被告负担。

甲省人民检察院抗诉的理由是：原判决适用法律确有错误。某军区善后办与甲公司之间的股权转让协议和A公司与甲公司签订的股权转让协议是两个独立的买卖行为。甲公司在出让某集团11%的股权时，是该股权的合法持有人和该公司的合法股东，对其所持有的股权依法享有处置权，因而A公司依法受让股权的行为理应受法律保护。A公司已按照协议约定履行了义务，而甲公司拖欠某军区善后办转让款的债权债务关系，是另一法律关系，与A公司无关；故法院判令A公司承担连带偿还责任，确属适用法律错误。甲公司同A公司签订股份转让协议的时间为2001年3月17日。在此之前，A公司与某军区善后办尚无任何法律上的直接或间接的因果联系，而判决适用的法律是1999年10月就已经失效的《经济合同法》，确属适用法律错误。

再审审理中，当事人均未提供新的证据。经再审查明的基本事实与原审认定的事实一致。

另查：某军区善后办出售某集团是经中国人民解放军国有资产管理局、中国人民解放军总后勤部审核同意，并经财政部批准备案；2001年3月17日甲公司同A公司签订一份股权转让协议，甲公司将其持有的某集团11%的股权转让给A公司；原审审理中所提供的股权转让协议没有转让价款，检察院抗诉卷中提供的股权转让协议标明的转让价款为743.05万元。同日乙公司与B公司签订一份股权转让协议，乙公司将其“持有”的某集团89%的股权转让给B公司，股权转让协议中没有写明转让价款。再审审理中，甲公司、乙公司、A公司、B公司均不能提供证据证明股权转让的标的额是多少，且没有给付行为；甲公司与乙公司之间没有签订股权转让协议，乙公司是怎么拥有某集团89%的股权呢？对此，甲公司的辩称是：甲公司是民营股份制有限责

任公司，乙公司是外资独资企业，两公司是两个独立法人企业。甲公司在收购某集团时，向深圳某科技发展有限公司融资人民币 2400 万元，由乙公司以美元 300 万元作质押担保。为了实现抵偿为甲公司担保的风险，在某集团改制时，甲公司让出 89% 的某集团股份给乙公司。经查：甲公司在 1996 年 7 月 1 日所核发的营业执照上，其法定代表人为杨某（至今仍为杨某），1998 年 9 月 1 日所核发的乙公司营业执照上，其法定代表人为韩某（至今仍为韩某）。而 1999 年 2 月 14 日甲公司在与某军区善后办签订企业出售买卖协议时，以及 1999 年 8 月 11 日所签补充协议，韩某均以甲公司的法定代表人身份与某军区善后办签约。既然甲公司与乙公司是两个独立的法人单位，彼此没有其他联系，作为乙公司的法定代表人怎么以甲公司法定代表人的身份进行签约？事实是：甲公司注册资金为 5000 万元，由三个股东出资成立，其中韩某作为股东之一出资 4500 万元，占该公司股份的 90%。这就是韩某名义上不是甲公司的人，但实际上却能以甲公司的名义进行经营活动，而甲公司亦没有任何异议，也是乙公司在没有任何手续的情况下，能将甲公司取得的某集团的股份，以自己的名义出让给 B 公司的问题所在。再查：某军区善后办所出售的某集团全部资产，占某汽车股份有限公司 53.08% 的股份。1999 年 2 月 2 日解放军总后勤部在批复中要求：某集团在某汽车股份有限公司所占 53.08% 的股份，由国家股变更为国有法人股出让给甲公司，并进行股权重组。2001 年 4 月 1 日 A 公司、B 公司在接收某集团后，进行了股东变更。

## 【审理要览】

法院再审认为：某军区善后办与甲公司所签订的企业出售买卖协议合法有效，原审判令甲公司应给付拖欠余款并承担违约责任是正确的。本案经院审判委员会讨论认为：关于法律适用问题，《合同法解释（一）》第 2 条规定，合同成立于合同法实施之前，但合同约定的履行期限跨越合同法实施之日或者履行期限在合同法实施之后，因履行合同发生的纠纷，适用合同法第四章的有关规定。本案当事人所签订的企业出售买卖协议是在《合同法》实施之前，但合同履行期限跨越《合同法》实施之日，应当适用新《合同法》的有关规定。原审判决引用旧《合同法》的相关规定予以处理，属适用法律不当，故抗诉书认为原审判决适用法律错误的理由成立，应予纠正。关于抗诉书认为甲公司与某军区善后办之间股权转让协议和甲公司与 A 公司签订的股权转让协议是两个独立的买卖行为，甲公司拖欠某军区善后办转让款的债权债务



关系，与 A 公司无关，原审判令 A 公司承担连带偿还责任，确属适用法律错误的问题，本院认为：甲公司与某军区善后办所签企业出售买卖协议，是对企业整体资产及企业权益所有权的处置，而甲公司与 A 公司签订的股权转让协议，是股权持有人对所持股权及股权项下权益的处理，这是两个不同的民事法律关系，对此，检察院抗诉理由是成立的。原审以 A 公司、B 公司在与甲公司、乙公司签订股权转让协议中已明确约定甲公司、乙公司对拥有某集团股权的一切权利、义务均转至受让方为由，判令 A 公司、B 公司承担连带偿还责任属确认有误。因为，股权的转让，受让方只承接股权项下的权利、义务，对转让方与第三人之间的债权债务没有义务承担，除非转让协议中另有约定。对于抗诉书认为：甲公司在出让某集团股权时，是该股权的合法持有人和该公司的合法股东，依法享有处置权，因而 A 公司依法受让股权的行为理应受法律保护。本院认为，根据《公司法》第 144 条规定，股东转让其股权，必须在依法设立的证券交易场所进行；第 147 条规定，甲公司在接收某集团后，按照相关规定进行了股权重组和企业改制，甲公司作为新控股方，是以新的股权持有人的身份参股于某汽车股份有限公司，并处于某汽车股份有限公司股东发起人的地位。按照《公司法》的规定，其持有的股份在三年内不得转让。另外，甲公司与 A 公司，乙公司与 B 公司所签股权转让协议均未在证券交易场所进行和备案，因此，其转让行为违反了公司法的规定，故检察院抗诉的理由不成立。甲公司与 A 公司虽然签有股权转让协议，但协议没有转让价款，且至今不能提供支付转让价款的证据，证明其股权的取得是有偿的。而甲公司与乙公司之间在没有签订任何形式的股权转让协议的情况下，乙公司即以股权持有人的身份将某集团 89% 的股权转让给 B 公司，且双方至今无法提供股权转让的价款及给付转让款的证明。因此，甲公司与 A 公司，乙公司与 B 公司所谓的股权转让虽然有形式要件，但没有给付价款的实质要件，其做法存在着有意规避法律和债务的行为，形成甲公司在将全部股权出让后，虽承认欠款，但已无力偿付所欠余款的状况，其结果直接侵害了某军区善后办的合法权益。由于上述四公司在股权转让协议签订后，A 公司、B 公司已实际接管了某集团，为维护某军区善后办的合法权益；保证国有资产的回收，又防止因企业经营权和所有权再次变动而形成新的争诉，故对甲公司尚欠某军区善后办的余款，在甲公司到期不能给付时，乙公司、A 公司、B 公司应当承担接收股权份额内的有限责任。但由于甲公司与 A 公司，乙公司与 B 公司在所签订的股权转让协议中没有标价，因此，上述三公司在额度内承担多少有限责任无法确认，即什么额度内承担责任？虽然检察院在抗诉

时提供一份甲公司与A公司签订的股权转让协议中标有转让价款为743.05万元,但因一审审理中所提供的协议中是无标价的,且检察院所提供的协议又是复印件,对检察院所提供的协议不应予以确认。如果以转让股权的份额予以认定,则容易在执行程序中产生异议。因此,在甲公司到期不能给付时,三公司应当承担连带偿还义务。根据《合同法》第44条、第107条,《民事诉讼法》第130条之规定,判决如下:维持原审民事判决。

## 【裁判解析】

近年来,随着我国市场经济体制的逐步建立,国有企业改革不断深化,许多国有企业通过改组改制,实现了经营机制的转变,特别是一些国有中小企业,通过出售的方式,相继进行了资产重组和结构调整,盘活了存量资产,对促进整个国有企业的改革发展产生了积极的推动作用。但是,在企业出售的实务中,由于人们对企业出售的本质和含义存在理解上的偏差和谬误,加上相关规则不尽合理,造成企业出售过程中名不副实、债务清偿无序、责任归属错位的现象比比皆是。由此也引发了大量关于原企业债务如何承担等纠纷,出现了许多借企业出售而侵害第三人债权的行为,对交易安全构成了严重危害。本案即是在企业出售过程中产生的纠纷,争议之焦点是企业出售引发之债权在向买受人追偿的同时,可否连带向买受人的股权受让人进行追偿?

**一、企业出售概述。**企业出售是商主体在市场竞争机制的作用下,为实现资源的重新整合和优化配置而采取的常规商行为之一。所谓企业出售,是指企业的所有权人出卖企业的产权给买受人的一种买卖行为。企业出售从范畴上来看,属于广义的买卖关系,是基于出售合同而发生的企业资产及相关权利义务关系的转移。从主体上来看,则是指企业的资产管理人(出资人——国家的代表)作为出让方,通过法定程序将所属的企业整体转让给其他企业、经济组织或公民个人的法律行为。企业出售与一般意义上的买卖合同相比,又有许多特殊之处。企业出售不仅涉及到财产的移转,而且包括原企业债权债务的转移和职工的接纳与安置,其利益构成较为复杂。此外,企业出售除当事人双方意思表示一致外,还必须经过法定代表人离任审计、资产清查、资产评估、职工安置、国有资产管理部门批准等法定程序,而且有时在出售的具体形式上还受到一定限制。因此说,企业出售是一种较为复杂的合同关系。

企业出售产生的民事法律关系,主要有三个层次:一是原企业转让人与

收购人之间特定的债权债务关系（买卖关系），这个层次的法律关系主要通过出售合同进行约定，并由《民法通则》、《合同法》及其他法律加以约束，这也是企业出售最基础的法律关系。二是原企业与第三人（原企业的债权人或债务人）之间的债权债务关系，这是原企业在出售前的生产经营过程中所产生的法律关系，这一层次的关系对原企业资产影响较大。三是原企业收购人与第三人（原企业的债权人或债务人）之间的债权债务关系，这两者之间原本没有法律上的联系，但由于企业出售引起原企业财产关系的变动，直接影响到第三人承担的债务或享有的债权，在原企业债权债务因出售发生转移或出售不当时，第三人就会因为当事人的约定或法律的规定而和原企业收购人发生一定的民事法律关系。这三个层次，形成了债权转让上的三角关系。在这里最容易引起纠纷的，就是原企业债务的承担，究竟由谁来承担，承担多少？这些问题，直接关系到原企业债权人债权之实现。

企业资产出售，则是指企业将其所拥有的子公司、经营部门或其他固定资产的所有权有偿让渡给第三方，以获得现金或有价证券的行为。资产出售不仅是一种公司资产所有权的变更，也是公司一种重要的融资途径，更是一种资源优化配置的选择。可见，企业资产出售系单纯的营业用财产的转让，其转让主体是企业自身，转让标的是企业所拥有的资产。在法律效果上，单纯的营业用财产转让只要钱货两讫，交易双方之间通常再无其他权利义务关系。而企业出售则还要涉及商号的转让、营业转让人的竞业禁止、营业受让人继续使用原商号的责任、向继续使用原商号的营业受让人清偿的法律效力等问题。另外，出售资产的企业依然保持企业人格的完整性，只是企业资产形式发生了变换。

企业出售与公司吸收合并比较而言，企业被出售后仍可独立存在，也可不再存在而由收购企业所吸收，而在公司吸收合并中，被合并公司的法人资格则告消灭。企业出售亦不同于收购股东全部股权。后者属于单纯的权益性转让，其转让主体为企业的出资人（所有者），转让标的为企业出资人对企业所拥有的投资权益。在法律效果上，企业股权的被收购并不能导致企业债权债务随之转移，即被收购股权企业的债务仍由该企业自行承担。另外，公司股份被全部收购显然也不会影响公司人格之完整性、延续性；但企业出售中被出售企业可以为收购企业所吸收，从而导致其人格之消灭。可以看出，企业出售、企业资产出售与企业股权被收购三类商行为在法律关系和法律效果上有着根本区别。企业出售可能导致企业法律人格之改变或消灭，而企业资产出售与股权转让则并不会对企业法律人格之存续产生影响。

**二、本案企业出售纠纷之背景。**作为企业出售的一个较为典型的案例，本案之中，甲公司从某军区善后办（某集团主管部门）手中收购了某集团，双方通过签订买卖合同、补充协议、价格协议、会议纪要等形式明确了各自的权利和义务。虽然某集团被甲公司收购，但其在被出售后依然作为一个独立企业主体存在。由于甲、乙公司以签订股权转让协议的方式分别将其持有某集团11%、89%的股权转让给A、B公司，并规定甲、乙公司对拥有某集团股权的一切权利、义务均转至A、B公司，可见，某集团在被出售后公司形态发生了转换，由某军区善后办主管的形式改为甲、乙公司分别持股，甲、乙公司持股后再分别将各自股权转让给A、B两公司，最后某集团由A、B两公司分别持股。乙公司之所以取得甲公司所收购的某集团股权，主要是因为甲、乙公司之间的关联关系，是否支付对价并不清楚。虽然甲、乙公司是两个独立的法人单位且法定代表人不同，但由于乙公司法定代表人是甲公司股东之一且占该公司股份的90%，因此乙公司法定代表人名义上虽不是甲公司的人，但实际上却能以甲公司的名义进行经营活动，而甲公司亦没有任何异议，由此乙公司在没有任何手续的情况下，还能将甲公司取得的某集团的股份，以其自己的名义再出让给B公司。

本案之所以发生收购某集团的事实，其原因在于某集团持有某汽车股份有限公司53.08%的股份，通过对某集团的收购，实际能够达到收购控制某汽车股份有限公司之目的。目前，某汽车股份有限公司一直处于赢利状态。本案企业出售纠纷缘起于收购方甲公司收购某军区善后办后未偿还支付企业收购尾款，企业出售方（某军区善后办）遂以原告身份起诉收购方甲公司。此外，根据案件查明事实看，甲、乙公司将各自股权转让给A、B两公司均为无偿进行，结合甲乙公司之间关联关系的事实，企业出售方（某军区善后办）在起诉甲公司偿还收购尾款的同时，一并要求甲公司关联企业乙公司、以及无偿取得被收购企业股权的A、B公司连带负责。

**三、本案判令无偿受让被收购企业股份之人连带承担收购款支付责任是否妥当。**企业改制后原企业的债务，应当根据企业法人财产原则处理，由此又派生出企业债权债务承继原则和企业债务随企业财产变动之原则。对于企业出售后，新的企业主即受让人是否对企业原有债务承担责任的问题，各国商法规定不尽相同。一般来说，如果没有特别约定，随着营业转让的发生，营业上的债务也随之转移给受让人。同时，除非债权人同意免除转让人的债务责任，否则转让人仍须承担责任，因而在转让人与受让人之间可能构成非真正连带债务。总之，企业出售情形下支付收购款的责任人，一般应为收购

人；或为收购付款提供担保或承诺连带付款之人。本案之所以判令无偿接受被收购企业资产的乙公司和无偿接受被收购企业相应股权的 A、B 两公司承担连带偿还责任，可以从以下方面来理解：

1. 甲公司与乙公司之间在没有签订任何形式且是否支付对价并不清楚的股权转让协议的情况下，乙公司即以股权持有人的身份将某集团 89% 的股权转让给 B 公司，且双方至今无法提供股权转让价款及给付转让款的证明。甲公司无偿转让股份之行为，实质是恶意逃债，将利留给关联企业乙公司、将债留给空壳的自己，形成甲公司在将全部股权出售后，虽承认欠款，但实际已无力还债，其结果直接侵害了某军区善后办的合法权益。因此，无偿取得股份的乙公司属于不当得利。公平原则在企业出售中对于保护第三人债权也十分重要。一方面，买卖双方在售出企业时，要根据公平原则合理确定双方的权利义务关系，特别是对涉及的第三人债权，要做出公平的处理，明确债务承担的主体，使第三人债权在企业出售之际即能获得很好的保护；另一方面，在企业出售时对第三人债权没有进行处理、恶意逃避或侵害等情况下，要最终确定债务承担的主体，并要遵循公平原则来进行。此外，在企业出售时，诚信原则对买卖双方的行为具有约束力，特别是对原企业出让方的行为，要求其从订立合同到履行合同，都要遵循诚信原则，忠实履行合同的各项义务及附随义务。企业出售，在转让人和原企业的债权人之间，发生了债务的转移，部分或者全部债务在企业出售后要由收购人承担，债务主体的变化对第三人享有的债权影响很大，此时，诚信原则就集中表现为转让人在企业出售时对第三人的告知义务。法律虽然有明确规定，但实际上企业出售时，转让人却很少履行这样的告知义务，而是故意隐瞒甚至借机逃避债务，这是企业改制中严重违背诚信原则的典型表现。故对于本案中的恶意逃债行为，债权人当然可以行使撤销权，根据公平与诚信原理，要求相关责任人承担连带责任。

2. 根据《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》中对企业出售债务承担的制度设计精神，在尊重当事人意思自治的前提下，与其他国家商法相比，上述司法解释显然更加注重受让人对所购企业原有债务的当然承受，即原则上在企业售出后受让人应当直接或者间接地承担所购企业的债务，而将“买卖双方另有约定并经债权人认可”作为受让人免责的例外条件。此外，上述司法解释亦规定，当债务人放弃对第三人的债权、实施无偿或者低价处分财产的行为有害于债权人的债权实现时，债权人可以依法请求人民法院撤销债务人所实施的行为。可见，充分保护债权

人的合法权益不因企业出售而受到侵害乃上述司法解释规范之目的。

3. 《公司法解释（三）》第19条，实际也有关于股权转让人与受让人对外连带负责的相关规定，这一规定虽然仅适用于连带补足出资责任，但是对理解本案判令无偿受让被收购企业股份之人连带承担收购款支付责任亦有一定的帮助，虽然本案发生时《公司法解释（三）》尚未出台。

**四、必须指出，本案再审法院认定股权转让违法的理由牵强。**本案再审判决所谓股东转让其股权，必须在依法设立的证券交易场所进行以及发起人持有的股份在三年内不得转让，因此，本案甲公司与A公司，乙公司与B公司所签股权转让协议与转让行为违反了《公司法》的规定，这些理由有所不妥。因为，本案某集团并非股份有限公司，所谓发起人三年内不得转让股份之规定，原则上并不能适用于本案；至于股份转让必须在证券交易场所进行的规定，实际上也几乎或根本不会用于股份转让合同效力的衡量准则，尤其对于本案某集团这样被收购后而改造的公司企业。本案实际是将转让改制后的某集团股份完全等同或混同于转让该集团下属某汽车股份公司的股权，两者显然受到的法律约束并不相同。但不管怎么说，再审法院认定本案各股权转让行为系恶意逃债行为，因而要求彼此承担连带责任，似并无不妥，甚至值得肯定。



## 诉请终止履行企业兼并协议

### 【关注焦点】

企业兼并协议是很特殊之一种协议，此类协议可否终止履行？如终止履行应就什么问题进行处理？什么问题又不应予以处理？

### 【基本案情】

原告：某物业有限公司

被告：某农工商总公司

1999年8月28日，原告与被告签订《协议书》一份，约定由被告将其所属镇办甲厂和乙厂以“零资产转让”的方式出售给原告，两厂占地面积共38亩，净资产总额250余万元；被告应于1999年9月10日之前办好财产转移手续，原告则应同时变更两厂的营业执照、法定代表人和出资人，使之成为原告的下属企业。原告接收两厂资产后，必须承担原两厂的一切债权债务，并在1999年10月底前偿付原两厂欠镇合作基金会的贷款及利息150万元，原告应在接收两厂资产的同时，应对原属两厂的职工按照精简、高效、满负荷的原则及劳动法的规定予以安置，该协议对涉及两厂所租土地一事也进行了约定。并且还约定：“本协议经双方签字后生效，不得违约，如违约将由违约方承担由此给另一方造成的所有损失，本协议生效后，原两厂暂中止一切经营活动，由双方各派4人在协议生效后10日内负责交接工作。”双方代表在该

协议上均签字并加盖了单位公章。

合同签订后，双方于1999年9月4日进行了财务账目的交接，由原两厂的会计将两厂的相关账簿及凭证交给了原告委任的主办会计曹某。随后，原告派员进厂安排生产，并先后投入76万元资金购买原材料、进行设备改造，并代为两厂领取了部分土地的使用权证。同年底，在原告刚生产一个多月的情况下，甲、乙两厂工人发难，阻挠原告生产和管理，导致生产经营全面停顿，原告人员撤出；原告人员撤出后，当地所在镇政府出面恢复了部分生产。因两厂均未申报2000年度年检，当地工商部门于2001年11月23日分别作出行政处罚决定书，决定依法吊销甲、乙两厂的企业法人营业执照。另查明：在签订本案合同前，某会计事务所接受甲、乙两厂委托，分别对两厂1999年7月30日的资产负债表、损益表及相关资产盘点资料作了审计，于1999年8月28日（即合同签订之日）出具两份《审计报告》。结论是：截至1999年7月底甲厂所有者权益为123万余元，乙厂所有者权益为124万余元。但协议双方未委托有关部门对两厂现有资产进行评估，也未清理两厂的债权债务，以确定资产或产权转让底价，被告转让两厂的方案，未经两厂职工代表大会讨论通过。合同签订后，双方没有将两厂的资产做交接，也未对两厂的工商、税务等相关事项办理变更登记。审理过程中，委托某会计事务所对甲、乙两厂与原告在兼并过程中所发生的往来账款进行审计，该所出具报告反映：原告代垫各类款项70余万元，但有20余万元有待进一步查实。

原告提起诉讼，认为被告出尔反尔，使得协议不能履行，给其造成极大的经济损失，故请求判令终止转让协议，判令被告返还原告投入甲、乙两厂的费用58.93万元及相应损失。被告辩称：其已经依法按约履行了义务，法定代表人、营业执照等变更手续应由原告自行办理。如果对方需要其可以协助；原告的资金投入，都是在原告组织生产经营过程中发生的，其不予认可，原告进厂经营受阻，被告并无过错；至于原告撤离后，政府出面恢复了部分生产，则是为了减少损失，钝化矛盾。总之，原告应继续履行合同，请求法院依法驳回原告诉求。

## 【审理要览】

法院审理认为：本案的争议焦点有二：（1）原告可否主张终止与被告签订的《协议书》？（2）原告可否请求判令被告返还投资并赔偿损失？就第一个焦点问题而言，法院认为，被告在订立和履行《协议书》的过程中存在过



失及违约行为，原告可以主张解除合同，尚未履行的终止履行，主要理由是：（1）原告在签订合同之前违规操作，导致转让协议存在严重瑕疵。因为原告以“零资产转让”的方式将所属两厂出售给原告，实质上是一种承债式的企业兼并，而此类兼并，应由被兼并企业职工代表大会讨论通过，报政府主管部门备案，且被兼并企业的有形及无形资产，一定要进行评估作价，并对全部债务予以核实。但被告未经两厂职工代表大会讨论并通过，最终导致职工因不满而阻挠兼并，同时亦未对两厂资产全面评估，并对全部债务予以核实；（2）被告在签订合同之后亦未尽义务，导致转让协议难以完全履行。因为被告没有指令甲、乙两厂的法定代表人签署变更登记申请书，也没有出具审查同意的文件，使原告无法自行办理变更手续。同时，被告也未按约向原告移交两厂资产，两厂应视为未能完成兼并，被告对此负有违约责任。鉴于双方签订的企业转让协议本身存在严重瑕疵，合同难以实际履行，加之由于被告迟延履行债务，原告的目的已不能实现，况且被兼并企业的营业执照已被依法吊销，继续履行也缺乏法律依据，故原告可以依照法律规定主张解除合同，本院予以支持。至于第二个焦点问题，法院认为，原告的部分请求有事实和法律依据，主要理由是：（1）双方协议有关于违约者应承担赔偿对方损失的约定；（2）根据审理过程中就原告投入甲、乙两厂费用的审计报告，已经核实的部分有50余万元，对此应予确认，被告应如数返还；（3）原告其他损失主张缺乏具体证据支持，故难以认定。综上所述，双方签订的《协议书》合法有效，应受法律保护。但鉴于合同目的已不能实现，该《协议书》依法可予解除，被告违反合同约定，导致合同无法履行，应当承担民事责任，赔偿原告由此造成的经济损失。据此判决如下：一、原告与被告签订的《协议书》终止履行；二、被告应偿付原告人民币50余万元。

## 【裁判解析】

企业兼并行为是多种法律关系的综合反映。企业兼并不仅是一种经济行为，而且是一种法律行为，不仅受经济政策所约束，而且受法律规范所调整。企业兼并协议作为企业兼并行为的核心，其有效与否不仅关系到兼并行为是否能有效顺利进行，而且关系到兼并双方当事人、股东（出资人）、债权人以及企业员工的利益。因此，实践中认定兼并协议的效力具有极为重要的意义。本案系因在企业兼并过程中由于各种原因导致企业兼并协议不能履行，原告诉请终止履行企业兼并协议，且返还投入及赔偿损失而引发的纠纷。虽然从

法院认定事实和阐述理由看并无多大争议，但作为企业兼并协议因故不能履行产生纠纷的一个较为典型的案例，着眼点并不仅仅在于案件本身，而是通过案件整理归纳分析影响企业兼并协议本身和履行效力的相关因素，以及企业兼并协议无效或解除后果的处理等，为企业兼并之实施和纠纷之处理提供借鉴。

**一、影响企业兼并协议的效力因素通常有哪些。**企业兼并协议，是兼并双方就兼并事项达成的确定双方权利义务关系的书面协议。从兼并协议的定义中，可以看出：兼并协议是一种兼并各方签订的书面协议；兼并协议是兼并双方就兼并事项达成的权利义务约定；兼并协议以兼并双方的权利义务为内容。兼并协议的内容因企业兼并的法律形态不同而有所区别，但一般来说兼并协议应包括以下内容：兼并双方的名称、住所、法定代表人；兼并方式，是采用吸收合并还是新设合并；吸收合并的价格、支付方式及期限，新设合并的各方出资人在新设合并企业中的股权或出资份额；债权债务的承继及清偿办法；资产移交方式或资产变动事项；职工安置办法；违约责任；签约日期；兼并协议各方认为需要规定的其他事项等。总之，兼并协议作为一种合同，和一般合同有效的条件并无不同。《民法通则》第55条规定：“民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。”这是一般合同生效的条件，也是兼并协议有效的一般条件。也就是说，兼并协议要有效也必须具备三个条件，即行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律和社会公共利益。

在司法实践中，确认企业兼并协议有效还是无效，主要从协议的主体、内容、形式三个方面来审查：（1）主体审查。主要是从企业兼并协议的主体资格上来审查。《关于企业兼并的暂行办法》第2条第（4）项规定：“企业兼并除国家有特殊规定者外，不受地区、所有制、行业和从属关系的限制。”从目前来看，我国法律没有规定私营企业、股份制企业、集体企业、国有企业等之间不能相互兼并。而事实上，不同所有制企业之间相互兼并的事件也时有发生。再从当前发展市场经济的需要和经济领域里的实际状况来看，对兼并双方的主体资格也没有限制。主体资格的审查，关键在于兼并双方是否各自拥有本企业的所有权或法人财产权。否则，就无权与其他企业发生兼并行为。（2）内容审查。主要是对兼并协议主体之间权利义务的审查，它是兼并关系成立的实质要件。主要有以下几方面：①协议的条款是否违反国家法律和政策；②协议中所确定的财产数额、质量、商标等是否有欺骗和弄虚作假

假的行为；③被兼并企业的有形财产中是否有违禁的物质、产品或商品，无形资产中是否有冒充、剽窃、篡改他人的知识产权的；④在签订兼并协议时是否采取欺诈、哄骗、胁迫等手段；⑤协议的内容是否损害国家、社会公共利益和他人利益，如职工、债权人利益等。（3）形式审查。主要从三个方面来看兼并协议的形式要件是否合法有效。①兼并协议应当采取书面形式。企业兼并涉及两个以上的企业兼并为一个企业，它不仅是两个或两个以上企业资产的转移，而且涉及到一系列的人事、债权债务等复杂的问题，因此，宜采用书面形式。②是否经过必要的审批。根据《关于企业兼并的暂行办法》第3条第1款规定：“……全民所有制企业被兼并，由各级国有资产管理部門负责审核批准。尚未建立国有资产管理部門的地方，由財政部門会同企业主管部門报同級政府作出决定……集体所有制企业被兼并，由职工代表大会讨论通过，报政府主管部門备案。”可见，现行有关企业兼并的法律规定将某些所有制企业或某些行业的兼并必须经过政府有關部門的审批作为兼并协议有效的形式要件。此外，某些公司性质的兼并无论是根据法律的规定或者公司章程的约定都应当获得股东决议的批准或认可。③是否依法进行评估。企业兼并中，被兼并企业应当会同产权市場等有關部門清理債務、債權，在对全部債務进行核实后，对企业現有资产作出评估。在资产评估的基础上，确定产权转让底价，以底价为基础，通过拍卖、招标、投标确定成交价格。需要强调的是，在不同所有制之间的产权转让，资产正确估价是十分重要的。如果价格过低，将造成国家财产转移到集体或个人手中，从而损害国家的利益。而另一方面，如果转让价格定得过高，加之产权购买者要承担经营风险，因而会出现产权无人接手，造成转让的困难。

**二、影响企业兼并协议履行的因素通常有哪些。**当事人缔结合同，意在追求一定之目的，而合同目的之实现，又须借助于合同之正常履行。如果合同没有正常履行，无论表现为不能履行、迟延履行或者不完全履行，也不论当事人对此是否有过错，均可纳入“履行障碍”范畴，通俗讲就是影响合同履行的一般因素，即合同不能够正常履行的各种情形。从妨碍合同正常履行的一般意义上讲，其因素包括：合同义务不履行（违约）、缔约过失、不可抗力、情势变更、当事人死亡或丧失行为能力等情形。就影响企业兼并协议履行的因素而言，通常也不外乎签约方反悔、兼并企业人员阻碍，如原法定代表人不配合、原职工阻拦、甚至兼并企业人员反对并阻拦等违约行为，以及因各种原因导致兼并目的落空、不能履行或履行不能，甚至因情势变更导致企业兼并无法履行。就本案而言，由于被告在签订合同之前违规操作，导致

转让协议存在严重瑕疵。而本案承债式的企业兼并原本应由被兼并企业职工代表大会讨论通过，并报政府主管部门备案，且被兼并企业的有形及无形资产，一定要进行评估作价，并对全部债务予以核实。但被告未经两厂职工代表大会讨论并通过，最终导致职工因不满而阻挠兼并，同时亦未对两厂资产全面评估，且未对全部债务予以核实。此外，由于被告签订合同之后亦未尽义务，导致原告无法自行办理变更手续，同时，被告也未按约向原告移交两厂资产。总之，被告的各种违约行为直接导致了本案兼并合同之目的已不能再实现。

**三、企业兼并协议无效或解除情形下之后果处理。**企业兼并作为一种民事行为，同样也会因为欠缺某些实质要件或形式要件而产生无效的法律后果，当然也会存在协议解除之问题。确立兼并无效制度之目的，就是为了恢复因不法兼并而被破坏的利益格局，保护债权人、股东以及兼并过程中无过错的一方当事人之利益。无效兼并制度的具体设计，不仅要反映无效民事行为的共性，更要体现企业兼并的个性特征。无效企业兼并与一般无效民事行为不同的区别主要表现在以下几个方面：（1）无效的种类不同。一般无效民事法律行为主要是指因欺诈、胁迫、乘人之危或者恶意串通等违背当事人真实意思，损害一方当事人利益或社会公共利益的行为。无效企业兼并的种类除了上述情形外，还应包括两种情况：一是为追求垄断而进行的企业兼并无效，此种兼并之目的是为了获取较大的市场份额，控制和支配市场。为维护正常的市场竞争秩序，保持市场主体利益和社会公共利益的平衡，应将垄断性兼并规定为无效兼并。至于何为垄断性兼并，则应由垄断法作出规定；二是违反法定的企业兼并程序，无视股东利益或债权人利益而实施的无效兼并行为，比如，董事会擅自取代股东会独自决定实施兼并行为，即属于无效企业兼并。（2）提起无效兼并诉讼之主体范围不同。提起一般民事行为无效之主体一般仅限于当事人，而提起无效兼并的主体除了当事人以外，还包括对企业兼并不持有异议的股东、未获清偿的债权人以及垄断性兼并的受害人。就企业兼并协议解除而言，是指在兼并协议有效成立之后，因一方或双方当事人的意思表示，使兼并协议关系溯及或不溯及地消灭，未履行部分不再继续履行，已履行的部分依具体情形予以清算的制度，它是合同特有的消灭原因。

就协议无效或解除的后果来说，二者亦有一定区别。《合同法》第58条规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。第97条规定，

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。可见，协议无效当然地产生返还财产、恢复原状的法律后果。而协议的解除存在已经履行与尚未履行的区分处理问题。对于已经履行的，按协议约定处理，无约定当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失，并非仅简单返还财产一条途径可行。就本案而言，根据审理过程中就原告投入甲、乙两厂费用的审计报告，已经核实的部分有50余万元，对此应予确认，被告应如数返还。虽然双方协议有关于违约者应承担赔偿对方损失的约定，但由于原告其他损失主张缺乏具体证据支持，故没有获得法院认可。

当然，企业兼并协议无效或解除的后果通常并非如上那样简单，如在兼并完成后至无效宣告期间，兼并企业因从事各项经营活动而取得的财产，属于兼并双方的共同财产，可由兼并双方按协议进行分配，协议不成的，按兼并前各方所拥有的财产份额妥善进行分割；兼并完成后到无效宣告期间发生的债务，亦应由兼并双方承担连带清偿责任。至于兼并各方的责任负担问题，往往协议没有约定以及事后无法达成协议的情况下，往往需要借助于对兼并后的企业进行全面审计，不然无法达到恢复原状的处理后果。此外，如果被兼并企业已经被注销则如何恢复原状也是值得深入思考与研究之问题。由于企业兼并协议无效或解除的后果处理毕竟与一般协议无效或解除的后果处理有所不同，对此，全面总结司法实践之成功经验与做法，尽早明确相关配套的有针对性的具体法律原则与处理规则，十分之必要。

## 股权协议收购之签署及其履行

### 【关注焦点】

从某种意义上而言，股权收购是公司合并方式之一，此类协议之签署主体及其履行与一般股权转让有着不同之处，本案即将就此展开讨论。

### 【基本案情】

原告（反诉被告）：甲实业有限责任公司

被告（反诉原告）：A水产公司

被告（反诉原告）：B生物技术开发公司

被告（反诉原告）：C建业有限公司（香港）

1994年8月15日，由A公司投资28.6万美元、B公司投资10.4万美元、C公司投资13万美元设立中港合资企业乙公司，经北京市人民政府批准依法注册成立，该公司注册资本为52万美元，投资总额为74万美元。1997年3月30日，A、B、C三股东授权乙公司与原告甲公司签订了《企业收购协议书》，约定：乙公司的企业全部资产（包括注册资本52万美元）折合443万元，后续投入的资本300万元和该款利息40万元（乙公司尚有应付款56万元），作价839万元出让给甲公司；上述资产由三家股份组成，其中A公司占55%，B公司占20%，C公司占25%，三家股东均同意将各自的股权全部转让给甲公司，甲公司同意乙公司的出让价格，待对乙公司各项投资使用经

费等账目核准后，正式与乙公司签订认证协议。作为本协议的补充，乙公司现有占地 2500 余平方米的场地及 1400 平方米的厂房、办公楼和锅炉房，其产权非乙公司所有，乙公司与出租方签有 20 年的使用协议书，乙公司保证在甲公司收购的同时，将承租方变更为甲公司并重新签约，甲公司的付款可分期分批进行，签订本协议时支付定金 50 万元，3 月 31 日先汇 50 万元，此后甲公司可以开始对乙公司进行全面交接验收，验收合格后签署正式接收文件。1997 年 5 月 1 日，甲公司再付款 100 万元，剩余 639 万元，从 5 月底开始在五个月内付清，每个月底的最后一天为付款时间，每次付款 127.8 万元，其中 5 月底的应付款中应当有 13 万美元或者以 8.53 元的比价折算的等值港币，由甲公司负责在境外支付给 C 公司；甲公司对乙公司原企业名称，产品名称有变更和继续使用的权利。在甲公司于 5 月 1 日付款 100 万元后，乙公司同意待国家级企业生产批号下达，进行企业法人代表以及工商、税务、卫生、防疫、城管、公安等方面的变更手续；乙公司如未能帮助甲公司办理完所有变更手续，甲公司有权拒付最后一期款项；甲公司如超过三个月不付款，所有已付款归乙公司所有，企业由乙公司收回。该协议签订后两日，甲公司和乙公司之中方股东 A、B 两公司共同签订一份《股权转让协议书》约定：三方一致同意在报请董事会通过后，A 公司将其拥有的乙公司 55% 的股权、B 公司将其拥有的乙公司 20% 的股权全部转让给甲公司；本协议在 A 公司、B 公司收到甲公司的转让金，并经董事会决议通过，获得原审批机构批准后方可生效。

以上《企业收购协议书》和《股权转让协议书》签订后，甲公司于 1997 年 4 月至 5 月间全面接收了乙公司。5 月 14 日，北京市人民政府给乙公司换发了《中华人民共和国外商投资企业批准证书》。该证书载明：注册资本 52 万美元，投资者甲公司出资额为 39 万美元，投资者 C 公司出资额为 13 万美元。6 月 28 日，国家工商局给乙公司换发了《中华人民共和国企业法人营业执照》。该执照载明：企业类别为合资经营（港资），董事长为赵某，赵某亦为甲公司的法定代表人。从 1997 年 4 月至同年 11 月间，甲公司共向 A、B、C 公司支付收购款 581.6 万元，此后，甲公司再未按约定支付剩余的收购款。另查明：1994 年 7 月 16 日，乙公司与某水产销售公司签订了《场地租赁合同》，约定：水产公司将北京某处 2500 余平方米场地出租给乙公司，租期 20 年，厂房的改造由乙公司承担。1997 年 3 月 30 日，该水产公司又和乙公司、甲公司签订了《关于场地租赁合同的补充协议书》，约定：原由水产公司与乙公司签订的场地租赁合同，从即日起改由水产公司与甲公司履行，租期仍为

20年。又查明：在乙公司转让过程中，其账上还有A、B、C三公司的45万元未转出，现在甲公司控制中。

1998年4月，原告以乙公司使用的生产办公用房属违法建筑物且建筑物的基础部位和整体结构存在着严重的危险隐患，以及《企业收购协议书》没有依法报请原审批机关审批为由，将A、B、C三被告诉至法院，认为三被告采用欺诈方式出售企业，出售标的物具有严重缺陷，请求确认双方签订的《企业收购协议书》无效，判令三被告连带返还原告已支付的581.6万元收购款及其利息，并连带赔偿给原告造成的经济损失120余万元。三被告答辩并反诉称：原乙公司经三方股东授权与原告签订的《企业收购协议书》是合法有效的，不存在欺诈原告的情节，合同应当继续履行，原告的诉求应依法驳回。按合同约定的价格，原告至今尚欠257.4万元，另外在原乙公司的账上，还有三被告的45万元未转出，被原告占有，故反诉请求判令原告立即支付257.4万元欠款和该款逾期支付利息，判令原告返还不当得利45万元及利息。

### 【审理要览】

一审法院认为：被告A、B、C三公司以乙公司的名义与原告甲公司签订的《企业收购协议书》，是各方当事人的真实意思表示，且不违反国家的法律规定，该合同依法成立，在合同履行过程中，甲公司已全面接收了乙公司的产权，A、B两公司向甲公司转让股权的行为也获得政府有关部门的批准，但甲公司仅支付了部分收购款，违背了合同的约定，应当承担违约的民事责任，A、B两公司的反诉请求有理，应当支持。C公司虽收取了甲公司支付的股权转让金，但双方的股权转让行为未报政府有关部门审批，不能发生法律效力，故C公司要甲公司支付尚欠收购款的反诉请求，无法律依据，不予支持。甲公司称转让的乙公司生产办公用房存在危险隐患，是乙公司三方股东的欺诈行为。查该生产办公用房的产权并非乙公司所有，甲公司在签订《企业收购协议书》时，对此明知，并已与产权所有单位签署了租赁补充协议，故甲公司以对方欺诈为由主张企业收购行为无效，没有事实根据，不予支持。在原乙公司的账上，确有A、B、C三公司的45万元财产，甲公司占有该财产无法律依据，应当返还。据此判决：一、原告应向被告A、B公司支付欠款257.4万元及相应违约金；二、原告向A、B、C三公司返还45万元及相关孳息；三、驳回原告诉讼请求；四、驳回被告C公司的反诉请求。

原告甲公司不服，提起上诉。上诉的主要理由是：（1）本案《企业收购



协议书》的实质是股权转让，股权转让的行为，应当由企业的所有人即股东来实施，乙公司无权以自己的名义来处分股东的财产，即使是股东授权委托的，也是无效的民事行为，所以，本案《企业收购协议书》由于乙公司不具有合同主体资格，因此是无效的；（2）《企业收购协议书》中约定，A、B、C三公司将其拥有的股权全部转让给甲公司，按照这一约定，转让后的乙公司将只有一个股东，而这与公司法关于有限责任公司必须由两个以上股东组成的规定相违背，这样的公司，在我国目前的法律环境下是不可能存在的，此合同因此亦没有法律意义，为不可能实现之合同；（3）本案《股权转让协议》显然是规避法律的协议，然一审竟予以法律认可，同时，一审既认为C公司转让的25%的股权因未经批准而无效，但又仍然要原告支付该部分款项，这种判决显然自相矛盾。三被告共同答辩称：根据我国法律，乙公司有资格代理订立合同，其实施的民事行为合法有效。乙公司已经交出了属于三被告的所有有形和无形资产，转让了房屋租赁关系，并且工商登记事项已经变更，甲公司也履行部分付款义务，现其认为合同不能履行是不存在的；至于以房屋有瑕疵为由要求返还所支付款，理由更不能成立。

二审法院认为：本案《企业收购协议书》以及《股权转让协议书》所反映的当事人的真实意思是将乙公司的股权100%转让给甲公司，两份合同一个目的。因其中75%的股权转让行为依法已经有关部门批准，并经工商部门进行了变更登记，故应认定《企业收购协议书》中涉及75%股权转让的部分和《股权转让协议书》均有效。甲公司依据上述合同接收了乙公司的75%股权，并支付了581.6万元款项，合同大部分已履行。但甲公司与C公司25%的股权转让，未依法报原审批机关批准，亦未向原登记管理机构办理变更登记，故《企业收购协议书》中涉及C公司的股权转让条款无效。C公司无权从甲公司索取25%的转股款13万美元，甲公司这一上诉理由成立，应予支持。至于甲公司提出乙公司无权作为合同签署主体问题，从《企业收购协议书》的内容可以看出，甲公司在签订协议时就已经知道，该合同的权利义务主体为A、B、C三公司，双方通过《企业收购协议书》，表现出来的真实本意是转让股权，乙公司不仅在签订协议前有A、B、C三公司的授权，而且所签订的协议事后也得到A、B、C三公司的承认，乙公司作为签订合同的主体是合格的，合同约定的股权转让内容，不违背国家的强制性规定，不损害他人的利益，应当受法律保护。事实证明，A、B两公司转让股权的行为已经得到审批机关授权的部门批准。故甲公司关于因签约主体不合格、合同内容不合法而协议无效的主张，不能成立。本案案由是企业收购纠纷，并非货物买卖合同

同纠纷，乙公司的生产使用房屋，不是本案合同的标的物，且甲公司知道乙公司及 A、B、C 三公司不是所谓瑕疵房屋的所有权人，并以自己和该房屋的所有权人签订了租赁补充协议，现甲公司反又以该房屋有危险隐患主张 A、B、C 三公司对自己实施了欺诈，并进而主张确认企业收购行为无效和返还已付的收购款，该主张于理不通，不予支持。鉴于一审一方面认定甲公司与 C 公司的股权转让无效，另一方面又未将该转让款从甲公司应付转让款中予以扣除，这确有矛盾。C 公司在乙公司的股东地位既然依法没有变更，便无权收取与其 25% 股权相应的 13 万美元的企业收购款，该款应从甲公司应付的余款 257.4 万元中予以扣除。综上判决：一、维持原判决第二至第四项；二、撤销原判第一项；三、甲公司应向 A、B 公司支付欠款 1498003 元，并支付该款利息。

## 【裁判解析】

股权收购，又称为股权合并，是指企业获得某个目标公司的股权并达控股状态的行为。随着人们认识角度的不同，对股权收购的方法可以做出多种不同的划分。依据收购方式的不同可将股权收购分为股权协议收购与股权要约收购两种，这也是实务中常采用的两种收购方式。协议收购实际是以股权转让方式而收购公司股权最为主要的方式，在有限公司与股份公司、在上市与非上市公司等不同公司形态中均得到广泛运用。尤其曾是在我国证券市场上市公司资产重组的主要方式。我国上市公司股权分置改革前，曾存在大量不能流通的发起人国有股，绝大部分上市公司国家股、法人股在股本结构中占绝对控股地位，在这种市场分割背景之下，纯市场式收购是非常困难的，协议收购曾成为我国上市公司收购的主要形式。它曾为限制流通股份的交易提供了渠道，有利于盘活国有资产，促进企业机制转化；它可以更好地发挥证券市场优化资源配置的功能，使优质资产向上市公司集中，尤其为一些主营业务萎缩、连年亏损的上市公司提供了改善资产状况的契机。因此，总体而言，立法与政策应该对上市公司协议收购持积极鼓励的态度。本案属于中港合资企业协议收购情形，是在股权协议收购中因对收购协议效力认识不一而产生的纠纷，一方主张收购协议无效应当返还收购款及利息并赔偿经济损失；另一方主张收购协议有效且应当继续履行。对股权收购协议效力的认定，必须建立在股权协议收购特征及签约主体与履行等相关情况的了解之上，有必要对以下方面作进一步之分析与把握。

**一、股权协议收购的特征。**股权协议收购，是指由收购人通过与目标公司的股东达成股权转让协议以获取目标公司控制权的一种收购方式。股权协议收购的法律特征主要有：（1）股权协议收购实质是股权转让的一种方式；但其以部分或全部控股为目的，这又显著不同与一般的股权转让。如何确定协议收购与一般股权转让的临界点，这关系股份受让人是否要履行相应的法定义务。一般说来，由于协议收购所涉及的股权转让比例大，可能发生公司控制权的转移，影响到公司未来经营发展和股东的根本利益，因而法律要求收购人履行一定的义务，主要是信息披露义务，以保护公司和股东利益不受侵犯。至于临界点的确定，既不能太高，过高对保护公司和股东的知情权不利，也不能太低，否则会增加收购人的负担，影响其收购之积极性。（2）股权协议收购又是广义上的公司合并的方式之一。广义而言，公司合并不仅仅是吸收与新设两种合并，也可以是收购方对被收购方的控股运营，这实际也能达到一定甚至相当之公司合并目的。正因为如此，股权收购的协议主体尤其是全部股权收购的协议谈判主体，有可能是被收购公司来替代股东进行，而这也是股权协议收购之所以被称之为收购的原因所在。（3）协议收购的股权可以是任一种类形态的目标公司股东所持有的股权。诸如有限责任公司，或者是以发起方式设立因而股份非公开发行的股份有限公司，或者是股份公开发行然而其股票却在证券交易所上市的股份有限公司，甚至是上市的股份有限公司（如果存在所谓的非流通股情形的话）。总言之，几乎任何一类公司皆可成为协议收购的目标公司，因而任何一类公司的股权皆可成为协议收购之对象。（4）协议收购由于是以协议方式进行，因而合并各方必然要直接地、自愿地接触，并且由于协议收购完全可由各方决定是否公开进行，因而它也可以是非公开的。（5）协议收购由于是以协议方式直接在相关当事人之间自愿地进行，因而原则上法律均不要求任何一方作任何信息披露。至于协商过程中，各方为谈判的顺利进行，在自我介绍中作必要的信息透露，这完全是各方自愿之行为，并非法律强加于他们的责任。（6）协议收购面向目标公司之股东乃特定的，它可以只与目标公司的某一控股股东进行协议，亦可以与目标公司的众多非控股股东甚至是全体股东分别进行协议。但不管怎样，每一协议对象在协议开始实施之时即应是明了的，协议的签署更是在明确的各方之间进行。（7）协议收购的价格由协议各方充分协商达成，随着协商的不同，与不同股东之间所达成的交易价格可以是互不相同的。（8）协议收购除支付约定的股权交易价格外，一般无须向任何他方另行支付交易费用。（9）协议收购对上市交易股票的价格，直接影响较小，可以相对减少对股市的冲

击，较有利于证券市场的稳定。

**二、股权协议收购之签署主体与履行。**协议的签订是整个股权协议收购的正式开始，由于股权协议收购手段之不同，人们签署股权收购协议之名称也可以各不相同，如股份买卖协议，股份转让协议以及认购股份协议等。而且，股权收购协议可以由一份或多份组成。如果说与目标公司的某一控股股东达成转让协议，则仅此一份便可完成股权合并协议的签署；但若想要全面股权收购，则往往一份是不够的，因为多数公司的股权均由数个股东所享有，除非独资公司；当然，如果与目标公司的多数股东所达成的转让条件均完全相同的话，亦并非不可仅凭一份由多数股东共同签署的股份转让协议实现股权收购协议的目的；而在增资控股过程中，一份由新老股东共同签署的认股协议或股权变更协议同样可以取得股权收购协议之效果。就股权收购协议之当事人而言，除接收企业作为一方当事人之外，另一方当事人，在受让控股中，应为目标公司之特定股东；在增资控股收购中，应为目标公司之所有原有股东；而在债权转换控股收购中，则是指那些将其股权用于抵押而又无力偿债之目标公司股东。至于股权收购协议之内容，则由于上述手段与协议的不同，应当各不相同。

就股权协议收购之具体签署主体与履行主体而言，可以分为：（1）由被收购股权之股东签署并履行。股权收购协议一般应由收购公司与被并公司相关股东之间签约并履行，但由于股权协议收购实质是股权转让的一种方式，故这时可能面临其他股东优先受让权等限制的影响，因此，在股权收购过程中必须考虑其他股东的优先受让权等限制因素，客观评估和采取有力措施，方能达到实现股权收购之目的。（2）由目标公司代为签署股权收购协议而目标公司股东遵照履行。拟被股权收购之公司当然可以统一代为签署公司收购协议，此时所谓的公司收购协议实质为公司全部或部分控股股权的转让，而股权转让必然还要征得相关股东同意。所以，如由被并公司代为谈判并签约时，应当获得相关公司股东会事前授权或事后批准，而这种情形下显然也要相关股东遵循公司决议来履行。同时，这种收购可能还将面临异议股东之阻碍以及强制收购等问题。（3）被收购公司与被收购股权股东均签署股权收购协议。此种情况下，被收购公司与被收购股权股东同时签约或分别签约均有可能，无论签约时间是否有先后，只要被收购公司与被收购股权股东均在协议上签字，则此股权收购协议显然更能获得履行之保障。必须说明的是，虽然就股权协议收购之具体签署主体和履行主体看似有多种样式，但不可忽视的是，股权协议收购之最终签约主体和履行主体，即法律上的权利义务承担

者，只能是被收购公司股东，至于被收购公司只能是形式上之合同主体与履行责任者而已。

**三、结合本案之具体分析。**作为被收购之目标公司乙公司系由 A、B、C 三公司投资设立，且 C 公司为一家香港有限公司，可见，乙公司为中港合资企业，即外商投资企业，由此本案涉及的股权协议收购性质为外商投资企业之股权收购。针对外商投资企业之股权收购，其涉外股权转让具有一定之特殊性。与一般股权转让相比，其涉外股权转让更为要式法律行为，必须办理审批登记手续。审批登记手续为我国作为东道国对外资进行监管的一种重要手段，也是行使国家主权的重要体现。特别条件的设置使法院审查涉外股权转让的法律效力，尤其是对未经审批的涉外股权转让纠纷的效力认定更具复杂性，而较为经常的做法是，法院经常以未经审批而合同无效来处理此类问题。就本案而言，法院即以甲公司与 C 公司 25% 的股权转让，未依法报原审批机关批准，亦未向原登记管理机构办理变更登记为由，认定《企业收购协议书》中涉及 C 公司的股权转让条款部分无效。将未经审批的合同认定为无效，这一做法甚至可以从现行法上找到依据。以外商投资企业的股权转让为例，《中外合资经营企业法实施条例》第 20 条即对中外合资经营企业的股权转让程序做出如下规定：“合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。……违反上述规定的，其转让无效。”此外，《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第 3 条也规定：“企业投资者股权变更应遵守中国有关法律、法规，并按照本规定经审批机关批准和登记机关变更登记。未经审批机关批准的股权变更无效。”正是根据上述规定，一些法院在处理未经审批的涉及外商投资性企业股权转让合同时，一般均认定双方订立之合同为无效。这种处理问题之思路无疑深受早期合同效力二分法的影响，其合理性值得怀疑。

如何在审理案件中既不僭越行政权又尊重当事人意思自治，既有效抑制违约当事人利用行政审批逃避民事责任又能够与外资行政管理合理衔接，成为涉外商事审判的一大难题。正是在此背景下，《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》再次将行政审批对合同效力的影响作为重点问题予以规制，试图在现行法框架下尽可能公平合理地解决相关纠纷。该解释关于外商投资企业股权转让未经审批有了更加明确的规范。即外商投资企业股权转让合同签订后，转让方不履行报批义务，结果为致使合同不生效。司法解释也为受让方提供了多种救济途径：一是如果受让方起诉时径行选择解除合同、赔偿损失的，人民法院予以支持，损失范围一般应为业已实际发生的

损失。二是对受让方关于由转让方及外商投资企业实际履行报批义务的请求，人民法院予以支持。三是转让方拒不履行人民法院关于由其履行报批义务的判决，受让方请求解除合同、赔偿损失的，人民法院予以支持。赔偿损失的范围不仅限于信赖利益，还包括股权差价损失、股权收益及其他合理损失等。

另外，本案股权协议收购实为全部股权之收购，且公司事先也获得了全体股东授权代为谈判收购事宜。被收购公司及被收购股权之主要股东也均已签约。如果不是外商投资企业股权转让需要审批之程序要求，则即便外方股东没有另行与收购方单独签订股权转让协议，仅凭全体股东一致事先授权而被收购公司已经代为签署全部股权收购协议之情形下，则本案全部股权协议收购均应当有效。但是，鉴于外商投资企业股权需要审批的特别属性，认定部分股权转让因未经过审批而无效并无不可。相反，本案是企业收购纠纷，并非货物买卖合同纠纷，乙公司的生产使用房屋，并非本案合同之标的物，且甲公司知道乙公司及A、B、C三公司并非所谓瑕疵房屋之所有权人，且自己与该房屋的所有权人也已经签订了租赁补充协议，现甲公司反又以该房屋有危险隐患来主张A、B、C三公司对自己实施了欺诈，进而又主张确认企业收购行为无效和返还已付之收购款。甲公司所谓的被收购公司资产有所谓瑕疵，其实际仅属于被收购公司租赁财产之瑕疵，而租赁契约也在收购方甲公司收购股权并接管公司后与出租方重新签订。因此，甲公司之上述主张于理不通，法院不予支持并无不当。

## 要约收购股权之法律效力确认

### 【关注焦点】

要约收购是公司并购重要手段之一，有着独特之法律特征。要约收购通常之操作程序如何？要约收购成功与否以何标准衡量？什么情形下要约收购人可以成为被收购公司之股东？

### 【基本案情】

原告：甲（有限）公司

被告：乙（股份有限）公司

1994年6月，乙市彩电配件总厂和乙市机电器材厂投资，并定向募集内部职工股，将甲市彩电配件股份有限公司改制为乙公司，该公司注册资本4000万元，其中法人股3003股，个人股997股。1995年3月15日起，乙公司在山东A市证券交易自动报价系统挂牌进行流通股交易。1998年2月23日中国证监会根据国务院的决定，发出清理整顿场外非法股票交易方案。该方案确定的清理整顿对象是未经国务院批准擅自设立的产权交易所（中心）、证券交易中心和证券交易自动报价系统等机构，所从事的非上市公司股票股权证等股权类证券的交易活动。清理整顿工作的政策措施是有条件的挂牌企业，可按照市场价格赎回其流通股，在自愿的前提下，鼓励其他企业收购有发展前景的挂牌企业的流通股。非法交易所全部业务清理完毕之后，由所在地人

民政府予以关闭。1998年3月25日，国务院办公厅以国办发〔1998〕10号文转发了中国证监会的上述方案，并要求有关地方人民政府和国务院有关部门要坚决执行党中央、国务院的决定，按期完成清理整顿场外非法股票交易任务。根据国务院及中国证监会文件规定，A市人民政府成立了清理整顿证券场外交易工作领导小组，对证券交易报价系统交易的股票进行清理。1999年7月12日，甲公司为配合政府的清理工作，与乙公司签订委托收购乙公司流通股的协议，约定：收购时间为1999年7月19日至8月13日，收购完毕后2个月内与系统核对无误后由乙公司发给股权证。7月14日，甲公司发布收购乙公司挂牌流通股的公告，收购时间自1999年7月19日至8月3日，收购价格为每股1.12元，收购方式为在证券交易报价系统上进行网上定价收购。截止到1999年8月17日，甲公司通过证券交易报价系统以每股1.12元的价格共收购乙公司流通股17037335股。此后，双方又于2000年8月4日发布公告，继续通过证券交易报价系统收购，但未成交。1999年10月甲公司经乙公司通知参加了第三届股东大会。至诉讼时乙公司尚未向甲公司签发股权证书，股东名册中无甲公司登记，乙公司也未变更工商登记。另查明，乙公司因未参加企业年检被工商行政管理局于2001年7月吊销营业执照。

2001年6月18日，甲公司向法院提起诉讼，请求判令确认甲公司在乙公司的股东资格和持股数额。

## 【审理要览】

法院经审理认为：乙公司与甲公司于1999年7月12日签订的流通股收购协议是双方真实意思表示，其内容符合国务院有关文件精神，应确认合法有效。乙公司虽对甲公司的股东身份予以确认，但未向甲公司签发股权证书，确认甲公司的持股数量，现乙公司已被吊销营业执照，甲公司要求确认持有乙公司股份的诉讼请求应予支持。依照《公司法》第143条、《民事诉讼法》第128条规定作出判决：确认甲公司持有乙公司17037335股股份。

宣判后，被告乙公司不服，提起上诉称：（1）本案所涉及的股票交易属于场外非法交易，根据《最高人民法院关于中止审理中止执行涉及场外非法股票交易经济纠纷案件的通知》规定，法院不应受理本案。（2）甲公司没有举出能够证明其股东资格和持股数量的证据。（3）本案双方当事人之间并无纠纷，乙公司从未否认甲公司享有股东资格，也不存在拒绝签发股权证的情况。乙公司在甲公司收购数额尚未确定的情况下，本着尊重事实的精神，已



经通知甲公司参加股东大会，至今未签发股权证的原因在于甲公司迄今为止从未向乙公司出示过任何证明其收购数量的有效文件。甲公司实际上属于滥用诉权。(4) 乙公司被吊销营业执照不足以构成甲公司提起诉讼的理由。请求二审法院驳回甲公司诉讼请求。

二审法院经审理认为：(1) 根据《最高人民法院关于中止审理中止执行涉及场外非法股票交易经济纠纷案件的通知》规定，法院不予受理的是因场外股票交易而引起的纠纷，而甲公司与乙公司之间纠纷并非因双方之间存在场外非法股票交易，而是双方根据国务院、中国证监会的有关清理整顿工作的政策所签订的协议履行问题而引发，原审法院受理此案是正确的。(2) 乙公司对甲公司的股东资格并无异议，仅认为其持股数量不明确，根据甲公司所举出的甲公司汇款凭证、证券交易报价系统出具的收款收据和交易清单等证据，可以认定甲公司已经收购了乙公司 17037335 股股份。上诉人乙公司的上诉请求不成立。根据《民事诉讼法》第 153 条第 1 款第 (1) 项规定，于 2001 年 12 月 25 日判决如下：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

要约收购作为一种争夺公司控制权之利器，在英美证券市场上得到了广泛的运用。它被认为是把“双刃剑”，在形成公司外在监督机制的同时，可能会因控制权移转而导致股东利益受损。各国从国情出发，在不同立法理念指引下，对要约收购采取了不同的监管模式和制度设计。上市公司并购法律之所以制定要约收购的相关规范，正是因为上市公司控制权的转移会对目标公司之所有股东产生重大影响。对目标公司非控股股东而言，也存在因有新的控股股东利用多数表决权而损害他们利益之风险。所以，为体现证券市场的公平原则，要约收购制度赋予了小股东根据自己对新控股股东之进入是否会对自己利益构成侵害之判断权力，以此来选择是否采取“用脚投票”，是否退出公司而免受侵害。本案目标公司并非严格意义上的上市公司，因而亦非典型意义上之上市公司要约收购行为，但从研究之角度而言，亦可作比较性研究。

**一、要约收购之法律特征。**要约收购，是指接受企业（投资者）以公开要约方式，并按照依法公告的收购条件、收购价格、收购期限以及规定事项，收购上市公司上市股票并获得该公司控股权的行为。要约收购是与协议收购相对应的股权收购公司的另一方式，也是广泛意义上的公司合并方式之一。

要约收购按是否受法律强制规范为标志，又具体分为自愿要约收购和强制要约收购两类。前者是指收购方自主发出要约，按自己意愿决定收购股票数量之多少，而强制要约是指收购方持股比例达到法定数额时，法律强制其向目标公司同类股份之全体股东发出公开收购要约。要约收购的主要法律特征有：（1）要约收购以收购目标公司股权从而获得该公司控股权为目的。（2）要约收购，由于其收购之对象仅为上市公司之上市股票，被收购股权为流通股，所以要约收购实际多是以上市公司为目标公司。（3）要约收购以公开要约之方式收购，有明确之收购价格与期限甚至收购股权目标。（4）要约收购，由于其收购对象为上市股票，其要约应通过证券交易所方能进行，因此，要约收购不仅应公开进行，而且各方之间不被允许私下接触，他们只是通过证券交易所的交易市场完成股票之买卖，并以此实现要约收购之目的。另外，要约收购亦可以是在非自愿基础上完成，如许多国家规定的强制发出要约或强制出售股票制度即说明了这一点。（5）在要约收购中，由于是对上市股票通过证券交易所以公开要约方式进行收购，为保证要约之真实，为保证整个收购之公正进行，或者为保护中小持股者利益，总之可以有众多的理由，以致各国证券法律几乎无一例外地均要求要约收购之要约方甚至是承诺方承担法律上信息披露之严格责任。违反信息披露之责任，既有可能使要约收购无法进行，亦有可能使要约收购归于无效，还有可能使相应之责任人承担相应之法律制裁。（6）要约收购则须以要约之方式向目标公司全体股东发出，最终是哪位目标公司股东承诺要约，到底又有多少目标公司之股东会承诺要约，在要约发出之时均不可知，在要约结束之后亦无必要探知。因此，从这一角度而言，要约收购之股东对象可以说不特定的，除了知道承诺者应为目标公司股东之外，要约者无法选择亦不能选择具体之承诺股东。（7）要约收购其交易价格虽多由要约人具体确定，但法律往往就其要约价格之标准作有原则规定，更为主要的是要约价格适用于目标公司全体股东，不可能发生要约交易价格互不一致的情形，这是要约收购中平等待遇原则所必然之要求。（8）要约收购由于通过证券交易所进行，不仅要支付证券交易所有关要约收购之申请费以及表格材料费等，还须支付相应之证券交易税，因而，要约收购除其支付的正当交易价格外，必然发生一笔额外的佣金或交易费用。（9）要约收购对股市之冲击力显然要比协议收购大。

**二、要约收购通常之操作程序。**要约收购通常之操作程序是：（1）选择目标公司，并与目标公司之控股股东或主要股东初步接触，在确定目标公司时，收购人应聘请财务专家对目标公司之公开财务信息进行详细分析。（2）

要约收购方发出要约收购前必须履行相应的手续：①要约收购方案获得收购公司董事会的批准。因为对于收购方来说，进行收购另一个上市公司是一项重要的财务活动，对公司之发展有重大影响，故应获得董事会之批准。如果依公司章程之规定，需要召开股东大会的话，则还需获得股东会之通过。②收购方将收购意图通知其主要债权人。因为要约收购需要巨额资金，这将极大影响收购方之偿还能力。如果债权人有异议，则收购方应当提供相应的担保或采取其他措施。③在符合法律规定之情况下公布收购意图。公布收购意图与大股东之权益披露密切相关，因为某一股东持股达到一定之法定比例，往往是公司收购之前兆。因此，各国收购法律大都规定，股东在持股达到法定比例时，有报告和披露持股意图之义务。依据《证券法》第86条规定，通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行之股份达到5%时，应当在该事实发生之日起三日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公司，并予公告；在上述期限内，不得再行买卖该上市公司之股票。投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到5%后，其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少5%，即应当依照前款规定进行报告和公告。在报告期限内和作出报告、公告后二日内，不得再行买卖该上市公司之股票。可见，持有一个上市公司5%以上的发行在外的流通股股份之股东即被视为可能的大股东，为了防范内幕交易，保护中小股东利益，所以，法律规定大股东有披露持股比例及其意图之义务。（3）拟草收购要约。要约收购是围绕收购要约展开的，收购要约是整个收购行为之中心，收购要约的发出标志着法律意义上收购程序之开始，一项关于收购的意思表示是否构成收购要约，对收购者、目标公司及其股东、甚至股票市场都会产生巨大影响。所以，法律对于收购要约之形式、内容、撤回、撤销、变更、公告等事宜都有相当详细之规定。（4）公开在特定载体发布收购要约。由于收购要约之公布标志着收购这一重大交易行为之开始，因此，要约人应经过审慎并负责任之态度作出考虑之后才公布要约。如《上市公司收购管理办法》规定，收购人应当编制要约收购报告书，并应当聘请财务顾问向中国证监会、证券交易所提交书面报告，抄报派出机构，通知被收购公司，同时对要约收购报告书摘要作出提示性公告。收购人依照前款规定报送符合中国证监会规定的要约收购报告书及本办法第50条规定的相关文件之日起15日后，公告其要约收购报告书、财务顾问专业意见和律师出具的法律意见书。（5）结算。收购人可以采用现金、证券、现金与证券相结合等合法方式支付

收购上市公司的价款。以现金支付收购价款的，应当在作出要约收购提示性公告之同时，将不少于收购价款总额的20%作为履约保证金存入证券登记结算机构指定之银行。收购人以证券支付收购价款的，应当提供该证券发行人最近3年经审计之财务会计报告、证券估值报告，并配合被收购公司聘请的独立财务顾问的尽职调查工作。收购人以在证券交易所上市交易之证券支付收购价款的，应当在作出要约收购提示性公告之同时，将用于支付的全部证券交由证券登记结算机构保管，但上市公司发行新股的除外；收购人以在证券交易所上市的债券支付收购价款的，该债券可上市交易时间应当不少于一个月；收购人以未在证券交易所上市交易的证券支付收购价款的，必须同时提供现金方式供被收购公司之股东选择，并详细披露相关证券之保管、送达被收购公司股东的方式和程序安排。（6）由证券登记结算公司出具交割清单等。

**三、要约收购成功与否以何标准衡量。**针对要约收购成功与否之衡量标准，有观点认为以是否实现收购目的来衡量，也有观点认为以控股与否来衡量，还有观点认为以是否获准认可为股东来衡量。这些观点并无明显之不同，其实质是一样的，只不过是不同角度看问题的结果。不达到控股谈何实现收购目的，既然能控股必然为股东。但实务中一般而言，股权收购以实现控股为完成的标志。股权收购的直接目的在于控股，因为只有控股才能实现对目标公司最高经营决策权的决定影响，获得目标公司最大业务控制权，最高主管任命权等一系列决定目标公司命运之权力，从而形成目标公司为接收企业完全左右之局面，以此达到目标公司与接收企业间接合并之功效，实现接受企业经营能量之外部增长，而这正是所有企业合并之根本目的所在。对于是否达到控股之衡量，大多国家均有法律设定之比例标准，可将此称之为法定比例标准。显然，它是指一国法律设定某一固定或幅度之比例，并以此比例作为公司股东是否达到或完成控股之标志。法定比例标准无论其当初是怎样结合实际而科学的拟定，但均难以避免与每一公司控股状况脱节之现象，均难以照顾所有公司之实际控股状况。每一公司之股权比例结构是如此之不同，每一公司之章程即便在法律之统一管束下仍然是如此现实地存在差异，而每一公司股东之间之社会关系则更是如此微妙地让人难以捉摸，再加各国法律就公司股东会普遍决议案与特别决议案所设定的不同比例之通过要求，凡此种理由，足以致使每一公司之实际控股要求事实上难以相同，难以统一。如果说真要完全地取得目标公司绝对之控股权，那么持有比目标公司章程所订特别决议之出席股数和表决票数还要多的股权，自应成为法律之必然

要求。

**四、对本案要约收购之具体分析。**本案目标公司并非严格意义上的上市公司，因而本案并非典型意义上的上市公司要约收购行为。根据国务院及中国证监会文件规定，A 市人民政府成立了清理整顿证券场外交易工作领导小组，对证券交易报价系统交易的股票进行清理。在此背景下，甲公司为配合政府的清理工作，与乙公司签订委托收购乙公司流通股的协议，可见，本案已经征得目标公司乙公司的同意，且是以正在被责令清理场外交易的股票为收购对象。后甲公司发布收购乙公司挂牌流通股的公告，类似要约收购中的收购要约。且甲公司已经收购到一定数量的目标公司的股票。根据甲公司所举出的甲公司汇款凭证、证券交易报价系统出具的收款收据和交易清单等证据，可以认定已经结算交割完毕。正是因为结算交割完毕，甲公司经乙公司通知参加了第三届股东大会。本案纠纷源于至诉讼时乙公司尚未向甲公司签发股权证书，股东名册中亦无甲公司登记，且乙公司因未参加企业年检被工商行政管理局吊销营业执照。故甲公司向法院提起诉讼，请求判令确认甲公司在乙公司之股东资格和持股数额。因此，本案实质诉讼性质为股权确认之诉。在乙公司被吊销执照情形下，公司被视为存续情形下，甲公司当然可以提起股东资格确认之诉，且应当获得确认支持，本案一、二审判决均无不当。



## 公司分立行为和公司投资行为之法律区分

### 【关注焦点】

公司分立行为与公司转投资行为常常难加区分，但两者法律后果可能很不相同。究竟应以何标准对两者加以区分？

### 【基本案情】

原告：A 农村商行

被告：甲信托投资公司

被告：乙证券公司

A 农村商行购买了甲信托投资公司经中国人民银行批准发行的金融债券 3800 万元，期限 3 年。兑付期满后甲信托投资公司兑付了部分本金及利息，仍有 3040 万元本金及相应利息未付。嗣后，甲信托投资公司依照国家有关部门的决定，按照“信证分离原则”，将其证券业务及证券类净资产剥离，以分离出的证券类净资产作为出资，与其他单位另行组建乙证券公司。甲信托投资公司剥离资产、另行组建乙证券公司，未通知 A 农村商行。2004 年 1 月，原告 A 农村商行向法院提起诉讼，请求判令被告甲信托投资公司、乙证券公司连带清偿金融债券本息。乙证券公司辩称：一、乙证券公司与甲信托投资公司是两个彼此独立的企业法人，二者仅存在股权关系，没有任何担保合同关系，故乙证券公司对甲信托投资公司的债务无偿还责任；二、乙证券公司

是依法成立的独立法人，依照《公司法》的规定享有法人财产权，对其股东甲信托投资公司的债务没有承担义务。

## 【审理要览】

一审法院判决：乙证券公司对甲信托投资公司的债务承担连带清偿责任。乙证券公司不服，提出上诉。

二审法院审理认为：本案争议的焦点在于，乙证券公司应对甲信托投资公司欠付 A 农村商行的债券本息承担连带清偿责任。要化解这一争点，须首先对“甲信托投资公司将分离出的证券类净资产作为出资与他人组建乙证券公司”之关键事实进行法律定性，明确其究竟属于“母公司投资设立子公司”还是“公司派生式分立”。依据《公司法》第 185 条关于“公司分立，其财产作相应的分割”之规定，甲信托投资公司首先将证券类净资产剥离，实现了公司财产的分割，然后再以剥离出的净资产作为出资与他人组建乙证券公司，其实质是对分割后的财产进行重组。从该操作模式的主要法律特征来看，应属《公司法》规定的公司分立。且甲信托投资公司明知对 A 农村商行负有巨额债务，在剥离证券类资产、另行组建乙证券公司时，并未依法履行通知 A 农村商行的法定义务，给债权人利益造成重大损害。根据最高人民法院于 2003 年 1 月发布的《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》第 6 条规定，乙证券公司与甲信托投资公司承担连带责任。据此于 2005 年 4 月作出终审判决，维持一审法院对乙证券公司承担连带清偿责任的判决。

## 【裁判解析】

如果把公司比作政治上的国家，产品的市场占有率如同国家的版图，经营产业种类的多寡则是国家的幅员，公司以利润最大化为目的，而国家则以国力强盛为归依，二者异曲同工，因此，现代大企业多有“企业王国”之称。然而，王国版图的过分扩张，往往产生治理困难、效率不彰等问题，为此中国历史上出现所谓的“分封制”，藉由分散权力来巩固政权，同理，就公司而言，要维持经营的效率和效益，必须放弃组织内竞争力较弱的事业，选择更具发展潜力的事业集中发展，形成核心竞争力。在产业结构的快速变迁中，公司分立制度成为减少经营风险、凝结公司核心、方便公司转型的助力。实

践之中，公司分立行为与公司转投资行为常常难加区分，但两者之法律后果可能很不相同。究竟应以何标准对两者加以区分是必须回应的问题，这也是本书将本案收入加以分析与探讨的主要原因。

**一、公司分立之法律特征与法律意义。**公司分立，俗称“公司拆分”或者“公司分家”，指一家公司不经过清算程序，分设为两家以上公司的法律行为。与公司合并比较，公司合并是公司主体的减少，而公司分立则是公司主体的增加，即所谓一分为二、甚至一分为三等。

从分立之表面形式看，分立是被分立公司和承受公司组织结构之变更，从公司分立之结果看，往往是两个以上的公司之间发生全部或部分资产的混同。因此，关于公司分立之本质存在不同的见解。学说上有“人格分裂说”及“现物出资说”两种观点。人格分裂说认为，“所谓公司分立，系一公司将其营业或事业部门切离，分立为二个以上的公司，为一种社团法上的特别法律行为，且此一分立行为会发生财产继承与股东地位取得的效果，较偏重于分立行为组织法上的性格。”现物出资说将公司分立分为两种情形：“吸收分立时，公司分立系指被分立公司以营业或事业部门作为出资而增加既存公司的资本；新设分立时，公司分立系指被分立公司以营业或事业部门作为新设公司的资本，而被分立公司之所以将财产移转予既存或新设公司，是为了取得既存或新设公司所发行的新股，以便交由被分立公司的股东分配。”从我国的公司立法观察，公司分立与公司合并、增资减资并列于《公司法》第9章，如果将公司分离出去的营业或事业部门作为现物出资标的，以换取承受公司所发行股份，公司分立之本质为现物出资；如果从公司分立导致公司人格消灭或者组织结构变动之法律事实看，公司分立则属于组织法上之行为，并非单纯之现物出资。但是，一方面，就实际操作而言，既存公司或新设公司发行股份的对象，不以被分立公司为限，被分立公司的股东也可能成为接受分配的对象，换言之，被分立公司即使以营业或事业部门为现物出资，也未必会分配到既存或新设公司所发行股份，因此不能完全与现物出资作同样的定性；另一方面，从公司之所以采取公司分立制度的目的看，大部分公司分立是为了借由企业的组织再造、结构调整，提高经营绩效或重塑企业核心，偏重于公司分立在组织法上的作用。因此，关于公司分立之本质依人格分裂说较为合理。

从公司分立之本质和含义，可以归纳出公司分立之以下特征：（1）公司分立是公司组织结构的重大变更。公司分立为公司法上的结构性变更行为，公司分立除了涉及移转营业部门和财产的债权行为、物权行为外，还要履行



新设公司的组织设立行为或增资行为。其中，如果因公司分立而必须另设公司来接受被分立公司一部分或全部营业，属于新设分立；如果以既存公司接受被分立公司的一部分或全部营业，则属吸收分立。无论哪种形式的分立，都会使原公司的组织结构发生重大变更。(2) 公司分立不必然导致公司法律人格之变化。就公司分立之法律主体而言，新设分立将会使一家公司分为二家以上具有独立法律人格之公司，公司法人人格数将会从单一变为复数；而吸收分立由既存公司接受被分立公司之一部分或全部营业，公司的法人人格数不会产生变化。(3) 公司分立之法律客体为公司“营业及财产的全部或一部分”。对于营业应做特定解释，是指公司为特定经营目的而组织起来的具有整体性功能的财产，包含营业所涉之物或权利，以及具有经济价值之非财产资源或事实关系，如商业秘密、生产工艺、顾客信息、经营组织等等。(4) 公司分立发生“局部概括承受”之法律效力。就公司分立之法律效力而言，既存或新设公司应在接受的被分立公司营业和财产之范围内，概括承受权利、承担义务。

如果说公司并购是追求规模经济的手段，那么公司分立则是为了调整公司之业务经营和进行组织再造。具体而言，公司分立之意义主要表现在如下方面：(1) 公司分立有利于实现企业经营的专门化和提升企业经营的效率。当一企业形成相当规模时，其经营事业的多元化和组织结构的多极化必然要求实现企业经营管理的专门化和效率化。为了能够合理安排企业经营和有效控制企业，企业可以将其部分营业分立出去，以达到上述目的。譬如，公司为了优化组合或者降低风险将其非主营业务或者绩效较差的业务或者风险较高的业务剥离出去，交由另行设立的新企业专门经营管理，或者由恰好需要该类业务的企业吸收，两得其便。(2) 公司分立可成为一种规避法律的手段。譬如，某一企业因其规模过大而受到反垄断法的禁止时，则可以公司分立的方式满足反垄断法的要求。这既可以是事后被动的分立，如被主管机关责令分立，也可能是事先企业自觉进行分立。(3) 公司分立也是一种解决公司纷争的手段。譬如，公司中股东之间发生争议，互不让步，并影响到公司经营，此时若将企业一分为二，各自经营，亦不失为一种解决问题的方法。

**二、公司分立与转投资行为之比较。**公司转投资是公司以现金、实物、无形资产或者购买股票、债券等有价证券的方式向其他单位投资。转投资并不必然导致公司资产变现困难，公司通过转投资获得的股权仍然是公司资产的组成部分，仍然构成对债权人的担保。转投资实际上是资产置换，是资产间的形态变换。资产具有实物形态和价值形态两种形态，实物形态是以生产

资料的物质实体为存在形态；价值形态则是它的价值表现，即以货币、股票、债券等形式表示的凝结在生产资料中的劳动量；价值形态又可分为货币形态和证券形态或虚拟形态。从理论上讲，两种形态应该是一致的，因为实物形态是价值形态的物质载体，价值形态是实物形态的货币表，从实践中看，两者又常不能保持一致。但总体看来，两种形态的资产增值、保值的机遇与风险是同时存在的。一方面，作为实物形态的资产在经营生产、创造价值的物质流过程中，既面临着生产、经营、销售和市场的风险，也存在实物资产损耗、闲置等带来的价值减少；另一方面，作为货币、股票、债券的资产在价值流过程中，同样面临着证券市场的风险。

就公司分立和公司转投资比较而言，两者有如下区别：一是股东构成不同。公司分立属于公司组织法的问题，强调的是公司组织的变更。公司分立后，分立公司与新设公司或承继公司之间发生股东构成的重叠，即新设立公司的部分或全部股东是原公司的部分或全部股东；而在转投资中，转投资公司获得新设公司或接受投资公司的全部或部分股权，即投资公司成为被投资公司的部分或全部股东。二是公司资产数量变化不同。公司分立必然导致公司资产数量减少；公司转投资不发生公司资产数量变化，只是公司资产的形态发生变化。以现金、实物、无形资产作为转投资的，其资产的实物形态变为股权形态。三是公司之间的相互关系不同。公司分立后，分立前的公司与分立后的公司之间属于并列平行关系，彼此分立的公司之间互相独立，且相互并不持股，相互之间不存在控制和被控制关系；而公司转投资则是纵向关系，相互之间存在控制和被控制关系。四是决议程序不同。公司分立因涉及公司债权债务人的利益的保护程序，一般应当由公司的股东作出特别决议，一般需要 $2/3$ 以上代表通过；而公司转投资一般纯属于公司可自行决策行为，公司股东会作出普通决议即可，一般只需经过 $1/2$ 以上代表通过，甚至可以根据公司章程赋予董事会等进行决策。五是债务承继不同。在公司分立中，分立公司与新设公司承担连带责任；在公司转投资中，投资公司与被投资公司之间并不存在债务承继问题。被投资公司显然一般不对投资公司投资前后的债务负责，更不会连带负责。但当投资公司无法清偿自身债务时，债权人可以申请执行转投资收益，即用被投资公司到期应分得的股息、红利偿还，也可以通过受让转让公司的股份或转让转投资公司的出资获得债权保护，以此体现法人财产独立之原则。

**三、对本案之具体分析。**就本案而言，甲信托投资公司依照国家有关部门的决定，按照“信证分离原则”，将其证券业务及证券类净资产剥离，以分

离出的证券类净资产作为出资，与其他单位另行组建新公司乙证券公司。至此，甲公司获得与剥离资产相对应的乙证券公司的股权。此外，甲信托投资公司在剥离证券类资产，另行组建乙证券公司时，并未进行对债权人 A 农村商行的告知程序。上述事实和行为显然应符合较为典型的转投资行为之特点，甲信托投资公司基于出资目的以其资产投资人股，该行为为合法出资行为。企业对外投资后，原企业的资产价值并不减少，资本金也不发生变化，只是企业部分财产改变了原有的形态，由实物性财产转变为价值性财产，以企业在新设公司中的股权形式表现出来。在 2007 年 5 月 31 日全国民商事审判工作会议上，最高人民法院曾指出：“企业出资设立公司是一种合法出资行为，并以企业在新设公司中的股权形式表现出来。若该企业发生偿债问题时，可以通过执行出资企业在新设公司中的股权的方式解决。”故二审法院认定本案为公司分立且适用《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》第 6 条之规定，即“新设公司在所接受的财产范围内与原企业承担连带民事责任”，似有不妥。



## 公司分立过程中 之违约之诉应以谁为诉讼当事人

### 【关注焦点】

公司分立与公司设立是怎样的关系？分立各方因公司分立过程签署之合同而引发之纠纷，应以谁为诉讼主体？是分立后之各公司？还是代表分立各方利益之合同签署人？此时合同相对性应当如何把握？

### 【基本案情】

原告：黄某、王某、胡某

被告：刘某、张某

被告：甲公司

黄某、王某、胡某、刘某、张某各方原系甲公司股东。2003年5月6日上述5股东召开公司分立股东会议，作出如下决议：股东一致同意公司分立，分立后存续方为甲公司、分出方为乙公司。存续方的股东为刘某、张某，分出方的股东为黄某、王某、胡某。资产、债权债务双方原则上按分立前所持有股权比例分割，不能分割的双方以竞价方式决定，价高者得。

2003年6月14日，5股东各方签署了《关于甲公司分立的确认函（二）》，其中第二条2.2约定：甲公司的无形资产和厂房实行捆绑处置，采取竞买方式进行，价高者得，竞得方须向另一方即未竞得方支付价款；上述价

款竞得方应以现金方式支付给未竞得方，并应分三期支付：首期于2003年7月30日前支付总额的50%；第二期于2004年4月30日前支付总额的25%；余款于2004年12月31日前付清。如到期未付款或未足额付款的，则按照应付未付的总额计算，每天处以万分之八点四的迟延履行金。2003年7月25日，张某作为存续方股东或受托人、黄某作为分出方股东或受托人又签订了一份《关于甲公司分立的确认函（四）》，其中第三条第一款约定：首期款可延迟到审计报告完成之日支付（支付的同时分出方开具收款收据给存续方），但7月30日首期款必须到账，如未到账则视为存续方违约，分出方有权每天收取应收款总额万分之八点四的滞纳金；如到账后分出方在审计报告完成前支取则视为分出方违约，存续方有权按照付款总额每天收取万分之八点四的违约金。其后，存续方甲公司向分出方乙公司支付了首期款共计378.27万元，具体付款情况如下：2003年8月12日，付款1321252.4元；2003年9月17日，付款200万元；2003年9月27日，付款227327.6元；2003年10月14日，付款234120元。分立后的存续方甲公司与分出方乙公司于2003年11月17日经工商行政管理局核准分立变更登记。

2004年4月17日，甲公司、乙公司签署了《合同书》一份，其中，甲公司确认至2004年4月17日尚欠乙公司资产分割补偿款共计378.26万元。

2004年11月8日，黄某、王某、胡某以刘某、张某及甲公司迟延支付资产分割补偿款已构成违约为由，向法院起诉，请求判令被告刘某、张某向其支付违约金67703.21元。

## 【审理要览】

一审法院依照《民事诉讼法》第108条第（1）项、《民事诉讼法意见》第139条的规定，作出裁定：驳回黄某、王某、胡某的起诉。原告不服该判决，提起上诉。

二审法院经审理认为：本案属典型的公司派生分立中产生的纠纷。在甲公司分立完毕，乙公司设立成功后，本案涉及的确认函所产生的权利义务关系及法律后果，应由分立后的甲公司与设立后的乙公司各自承担。由于原甲公司在分立后仍然存续，其具有与股东财产相分离的独立财产权，故黄某、王某、胡某无权以股东身份就两公司在资产过程分割中的权利义务提出主张。在本案涉及的公司分立资产分割款纠纷中，如果违约事实能够认定，亦是分立后乙公司之权利受到侵害，在公司存续的情况下此与股东黄某、王某、胡

某并无直接利害关系。倘若允许股东直接主张这一损失，即是允许股东在公司存续期间变相抽回股本，这与股东资本所有权与公司财产权相分离的原则相悖，亦违反资本不变原则。综上所述，黄某、王某、胡某与本案并无直接利害关系，不是适格原告，根据《民事诉讼法》的相关规定，原审驳回其起诉的处理正确。据此裁定：驳回上诉，维持原审裁定。

## 【裁判解析】

公司分立是现代公司开展资产重组、调整公司组织结构、降低投资风险、提高公司盈利能力的重要经营战略之一。公司分立之原因很多，包括但不限于：调整公司的主营范围，提升公司的核心竞争力；削减人浮于事的公司内部官僚组织机构，提高公司经营管理效率；消除势均力敌、但势不两立的股东尤其是经营者股东之间的对抗；增强消费者对专业产品与服务的识别能力和信任度；作为落实反垄断法的公权力措施，政府对具有垄断地位的大公司予以强制拆分等等。公司分立虽然有各种各样的好处，但不容否认的是，由于公司分立涉及众多股东和公司债权人之利益，且由于公司分立程序不规范可能导致损害相关权利人之利益，因此，在公司分立过程中产生纠纷也在所难免。本案即为公司分立过程中产生的一个比较典型的纠纷。

**一、公司分立之一般操作程序。**公司分立也必须按照法律规定之程序进行。根据《公司法》之规定，公司分立一般应依下列程序进行：

1. **董事会起草公司分立方案。**拟分立公司的董事会应当以书面形式起草公司分立方案。公司分立方案至少应当载明下列事项：（1）拟分立的公司的类型、名称和住所；（2）股份交换的比例及现金的支付金额；（3）分配股份的条件；（4）新取得股份的股东开始享有公司利润分配请求权的日期以及影响该权利的特殊条件；（5）被分立公司的营业活动开始在会计上被视为存续公司或新设公司营业活动的日期；（6）存续公司或新设公司赋予被分立公司特别股股东、股票之外的证券持有人之权利或者其他有关方案；（7）对注册会计师事务所以及拟分立公司的董事、监事和高级管理人员赋予的特别利益；（8）向分立后公司或存续公司转移公司资产与债务的精确说明和分配情况；（9）向拟分立公司的股东分配存续公司或新设公司股份的情况及其分配标准；（10）存续公司和新设公司的章程草案等。

2. **公布公司分立方案。**为帮助广大股东正确判断公司分立之利弊，使得股东在参加股东会决议之前有所心理准备，拟分立公司应当在决定该问题的

股东大会会议召开之前按法定方式将公司分立方案通知全体股东。

3. **股东大会作出公司分立的特别决议。**鉴于公司分立对公司命运与广大股东之切身利益密切相关，公司分立由股东会作出决议（《公司法》第38条第1款第9项），公司分立属于资本绝对多数决事项、而非资本简单多数决事项，公司分立决议属特别决议，而非普通决议。因此，股东会作出公司分立决议时，必须经代表2/3以上有限责任公司表决权的股东通过（《公司法》第44条第2款）或者必须经出席会议的股东所持股份有限公司表决权的2/3以上通过（《公司法》第104条第2款）。倘若公司发行了不同类别的股份，公司分立决议还需得到各类股份股东以绝对资本多数决规则表示同意。董事会应当在分立公司的股东会上解释分立方案的内容，说明编制分立方案尤其是股份转换比例的法律和经济理由，以及报告起草中遇到的特殊评估困难。必要时董事会应当聘请会计师事务所审查分立方案，并向股东会提交书面报告，对公司分立草案的内容尤其是股份转换比例是否公平合理发表意见。股东大会决议的内容包括两个不可或缺的重要内容：一是批准分立方案；二是为推行公司分立计划而修改既有的公司章程或通过新设公司的章程。在新设公司的情形下，就公司分立而召开的股东会可以视为新设公司的发起人会议。

4. **异议股东保护程序。**不同股东对公司分立的利弊有着不同的看法。因此，公司分立决议很难获得全体股东一致同意。为保护对公司分立持反对意见的少数派股东的正当权益，法律例外赋予此类股东退股权。在有限责任公司，对股东会作出的公司分立决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。自股东会会议决议通过之日起60日内，股东与公司不能达成控制权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起90日内向人民法院提起诉讼（《公司法》第75条）。在股份有限公司，对股东大会作出的公司分立决议持异议的股东也有权要求公司收购其股份；但是，公司回购的股份应当在6个月内予以注销（《公司法》第143条）。

5. **分割公司财产。**公司分立，其财产作相应的分割。公司应当在合理期限内编制资产负债表及财产清单（《公司法》第176条）。在存续分立的情况下，由于财产分割导致存续公司财产之减少，存续公司应当将资本减少事项记载于公司章程。

6. **债权人保护程序。**为保护债权人利益免于不当公司分立行为的威胁，《公司法》第176条规定：“公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。”由于《公司法》未规定公司分立的公告次数，允许拟分立公司在法定期限内只公告一次，债权人应当格外留意债务人

公司的分立信息。即使被分立公司未履行通知与公告义务，亦不影响公司分立的效力，但分立后公司不得以公司分立的事实对抗分立前公司的债权人。为保护交易安全，《公司法》第177条明确规定了公司分立后诸分立公司之间的连带清偿责任：“公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。”这意味着，债权人可以只对分立后的一家公司主张债权，也可以同时对分立后的全部公司主张债权。被选择的公司应当心悦诚服地清偿债务，而不能相互推诿，互踢皮球。其实，《合同法》第90条对该问题早有明文规定：“当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人公司另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。”可见，《公司法》第177条实际上是《合同法》第90条在公司法领域的精神延续。二者除在文字表述上稍有差异外，其立法理念并无二致，都在于加大债权人的保护力度，但允许拟分立公司与债权人基于契约自由精神，达成相反之约定。

7. 办理公司分立登记。公司分立的，应当依法向公司登记机关办理相应登记手续。(1) 被分立公司解散的，应当依法办理公司注销登记；(2) 设立新公司的，应当依法办理公司设立登记（《公司法》第180条第1款）；(3) 分立后存续公司登记事项发生变化的，应当申请变更登记（《公司登记管理条例》第39条第1款）。公司分立时的变更登记应当遵循严格的时间要求。公司分立的，应当自公告之日起45日后申请登记，提交分立决议或者决定以及公司在报纸上登载公司分立公告的有关证明和债务清偿或者债务担保情况的说明。法律、行政法规或者国务院决定规定公司分立必须报经批准的，还应当提交有关批准文件（《公司登记管理条例》第39条第2款）。

**二、公司分立过程中有关公司资产分配协议之法律性质。**如上所述，公司分立过程中必须对公司财产进行分割。向分立后公司或存续公司转移公司资产与债务的分配情况必须有一个精确说明。故有关公司资产分配协议在公司分配中具有举足轻重的作用。公司资产分配协议所载内容实质就是公司资产的分配。既然分配的是公司资产，则该类分配资产的所有权人应当为分立后的各公司。此类资产的分配一般应由公司以决议方式作出与认可，且代表分立各方的股东亦可签署认可这类资产分配协议，但代表签署认可，并不意味着此类分配资产的所有权人发生变化，此时的股东，犹如公司设立过程中的发起人，其行为的最终效力应当归属设立后的公司。

所谓设立中公司，系指发起人签订发起人协议或者达成发起人合意时起至设立登记完成前尚未取得法人资格的公司。根据设立中公司之机关说，发



起人为设立中公司的执行机关，发起人对外代表设立中的公司进行创立活动，对内负责办理公司筹办的各项事务。<sup>①</sup> 一般认为，设立中公司的行为应当区分设立公司所必要的行为和设立公司非必要行为。发起人为公司设立而为之必要行为，该行为的直接受益者是成立后的公司，该行为的法律后果也直接归属于成立后的公司。当然，《公司法解释（三）》中对发起人为设立中公司以自己名义或以设立中公司名义对外签订合同时的责任承担问题有了更加明确的规范，上述规范更多的是坚持合同的相对性和外观主义原则，减少合同相对人的审查义务，从而更好的保护善意相对人的利益。但本案公司分立过程中涉及的是分立公司之间的资产分配协议，规范的是公司内部关系，与公司设立过程中的发起人对外签订合同的行为有别。但举重以明轻，公司设立过程中的发起人其对外行为的最终效力一般归属于设立后的公司，更不用说公司内部之间关于公司自有资产的分配问题，即资产分配协议虽由代表分立各方的股东签署认可，但并不意味着此类分配资产的所有权人发生变化，无论公司分配决议以哪种方式签署，最终分配财产随着分立公司的设立，则应当分归分立后的各家公司。

**三、对本案之具体分析。**就本案而言，首先由甲公司原股东就公司分立作出了决议。其次，在分立签署多份《关于甲公司分立的确认函》过程中，要么全体股东、要么代表分立各方的股东曾参与签署关于公司资产分配的协议。最后，当公司分立到位后，各分立公司又就公司资产分配问题进行过协商与最终确认。本案纠纷起源于分立后乙公司一方股东代表所谓的分立公司起诉存续公司甲公司及其股东，且要求将所谓约定的分配资产判归分立后乙公司的股东所有。根据上述资产分配协议无论以哪种方式签署，最终分配财产随着分立公司的设立，则应当分归分立后的各公司的结论，显然乙公司一方的股东与本案并无直接之利害关系，并非适格原告，根据《民事诉讼法》相关规定，原审驳回其起诉的处理正确。但需说明的是，分立后乙公司一方的股东之所以起诉不当的主要理由，并非法院所谓的违反资本维持或属于抽逃资本，实际最根本的理由是，分立资产乃归分立后公司所有，公司应为财产所有权人，原则上股东不得代为主张公司之财产，更不得直接主张将公司财产诉归自己所有。

<sup>①</sup> 奚晓明主编：《最高人民法院关于公司法解释（三）、清算纪要理解与适用》，人民法院出版社2011年版，第31页。

## 仲裁条款是否因公司合并而失去效力

### 【关注焦点】

仲裁条款对当事人而言是什么性质之权利义务？公司合并所具有之权利义务概括继承特征，是否应当包含对仲裁条款之概括继承？对接受仲裁条款义务之继承与实体上之权利义务承担是何关系？

### 【基本案情】

申请人：A公司

被申请人：B公司

异议人：C公司

某地仲裁庭在第一次开庭审理申请人A公司与被申请人B公司工程建筑合同纠纷一案后，B公司即并入C公司而被注销，为此C公司以其与A公司间并无仲裁协议为由，向该仲裁委员会所在地人民法院提出管辖权异议，认为仲裁委员会对本案已无管辖权。

### 【审理要览】

法院受理后，对本案是否由仲裁庭继续审理存在两种意见：

一种意见认为，根据《仲裁法》及相关司法解释的规定，仲裁协议只能

约束订立协议的当事人，对未订立仲裁协议的第三人不发生法律效力。现 B 公司被注销，其法人资格消灭，C 公司与原合同当事人 A 公司之间属新的合同关系，当新的合同关系中的双方当事人不能重新达成仲裁协议时，原合同中的仲裁条款对 C 公司就不具有强制执行力。因此，法院应裁定仲裁委对本案不具有管辖权。

另一种意见认为，当 B 公司被 C 公司兼并时，B 公司的权利义务是作为一个整体由兼并后的主体 C 公司承继，这种概括性的承继，当然包括了本案合同中的权利义务。现仲裁委员会受理本案是依据合同中的仲裁条款，而该条款是合同中的一部分，当 C 公司承继整个合同时，就意味着接受了该合同中的仲裁条款，并包括仲裁及仲裁程序中的权利义务，当 C 公司取代了 B 公司的法律地位后，就应接受仲裁委员会对本案的管辖。因此，法院对 C 公司的申请应裁定不予支持，并由仲裁庭直接变更主体后继续行使仲裁权。

法院最后采纳了第二种意见。

## 【裁判解析】

合同中的仲裁条款与合同其他条款的性质不同，它的目的在于保证主合同权利义务的履行，作用在于纠纷发生时提供解决争议的救济手段。传统观点认为，仲裁条款是含有该条款的主合同中不可分割之一部分，主合同无效，合同中的仲裁条款因失去了存在的基础而当然无效。现代观点则认为，仲裁条款与合同是可分割的，仲裁条款与主合同为两项分离或独立之契约，合同的无效或终止并不必然引起仲裁条款的无效或终止。这即为仲裁条款独立原则之主要内容。本案系因对仲裁条款是否因公司合并而失去效力，仲裁委员会是否对本案已无管辖权的不同理解从而向仲裁委员会所在地人民法院提出管辖权异议引发的纠纷。案情其实并不复杂，但其之所以引起人们关注或本书将其收入加以分析与探讨的主要原因是，仲裁条款对当事人而言到底是什么性质之权利义务？公司合并所具有的权利义务概括继承特征，是否应当包含对仲裁条款之概括继承？对接受仲裁条款义务之继承与实体上之权利义务承担是何关系？

**一、仲裁条款之法律性质。**仲裁条款，是当事人协商一致将纠纷提交仲裁解决的合意，是合同当事人关于合同争议处理的程序条款，也是合同当事人的程序法律义务与负担。仲裁条款是一项争议解决条款，在商事合同无效、变更、解除或者终止等情形下，如何认定其中仲裁条款的效力是仲裁理论和

实践中非常重要的问题。仲裁条款的独立性理论就是为解决该问题而在仲裁实践中发展起来的一种仲裁理论。仲裁条款的独立性，又称仲裁条款的分割性、仲裁条款自治性，是20世纪80年代以后发展起来的关于仲裁协议有效性的理论。<sup>①</sup>该理论认为，含有仲裁条款的主合同与仲裁条款应被看作是两个单独的协议，主合同关系到当事人在商事交易方面的权利义务，仲裁条款作为从合同则关系到当事人之间的另一项权利义务，即通过仲裁解决因履行商事交易而产生的争议。因此，仲裁条款具有保障当事人通过寻求某种救济而实现当事人商事权利的特殊性质，它具有相对独立性，其有效性不受主合同有效性之影响。主合同的效力，例如主合同无效、失效、变更或终止等等，并不影响仲裁协议之效力，仲裁协议独立存在。

仲裁条款独立性之原理在于：（1）仲裁条款独立性是仲裁制度的基石。仲裁与民事诉讼是民事纠纷解决的两种不同的途径。在诉讼中，法院的管辖权由国家赋予，并通过法律的形式保障。而仲裁机构的管辖权来自于双方当事人的合意授权，仲裁协议（包含仲裁条款）是合意授权的体现。因此，仲裁条款是仲裁机构管辖权的来源，是启动仲裁程序的前提条件，它具有排除法院强制管辖的效力，是仲裁制度的基石。如果仲裁条款不能独立，仲裁程序很难启动。若仲裁条款相对于主合同不具有独立性，随主合同的无效或失效而无效或失效，必将使仲裁机构丧失管辖权的基础，整个仲裁程序将因此而无法进行。而且在仲裁机构依据仲裁条款作出裁决后，若当事人申请法院执行仲裁裁决，法院判断是否执行的条件之一，就是有效的仲裁协议（包括仲裁条款）是否存在。如果仲裁条款的效力依附于主合同的效力，将导致法院首先要判断主合同是否有效，进而才能确定仲裁条款是否有效。这无疑使仲裁机构的裁决失去意义，因为法院要再就合同的实体问题审查一遍。所以，仲裁条款应当具有独立性，这是仲裁机构管辖权来源之要求，是仲裁制度之基石。（2）仲裁条款独立性是意思自治原则之体现。当事人在合同中订立仲裁条款，约定将可能产生的与合同有关的争议提交仲裁解决，表明了当事人不愿将争议通过其他方式解决的真实意思，体现了当事人的意思自治。如果将仲裁条款的效力依附于主合同的效力，使仲裁条款随主合同的无效或者失效而无效或失效，从而排除仲裁机构的管辖权，则违背了当事人的真实意思，构成对私法领域中意思自治原则之否定。意思自治原则在仲裁制度中，无论是对于仲裁制度价值的实现，还是对于仲裁具体程序制度的构建，都起着非

<sup>①</sup> 杨良宜：《国际商务仲裁》，中国政法大学出版社1997年版，第129页。

常重要的作用。当事人通过意思自治选择仲裁方式解决争议，排除法院的管辖，应当获得尊重，而这即需要仲裁条款的独立性来作保证。仲裁条款具有独立性，仲裁条款的效力不依赖于主合同的效力，只要仲裁条款本身有效，仲裁机构就享有管辖权，以此尊重当事人将争议提交仲裁之意愿。(3) 仲裁条款独立性是仲裁条款发挥作用之要求。仲裁条款不同于合同中的其他条款。合同中的其他条款多是关于当事人实体权利义务的规定，违反的后果往往是损害赔偿。而仲裁条款不仅仅是关于合同一方当事人对另一方当事人义务的规定，而且是双方当事人对第三方的授权，即授权仲裁庭或仲裁员解决主合同的相关争议。仲裁条款的实施以主合同相关争议的产生为前提条件，作用是使当事人将有关争议提交仲裁机构解决，从而明确当事人之间的权利义务或确定违反义务方的损害赔偿赔偿责任。如果仲裁条款不具有独立性，不独立于主合同，当主合同被确认为无效或者失效时，当事人之间的权利义务或者索赔将无法通过仲裁途径来解决，使仲裁条款的作用得不到发挥。因此，仲裁条款的独立性也是其发挥作用的必然要求。(4) 仲裁条款的独立性是仲裁制度经济价值的保障。从仲裁制度的经济价值看，仲裁较之于诉讼有快速、灵活、节省时间的优点，从而具有降低交易成本的功能。如果一方当事人可以通过声称因主合同无效或失效因而合同中的仲裁条款无效或失效，以此达到阻碍另一方当事人提起仲裁程序，剥夺仲裁机构管辖权之目的，因此解除其参与仲裁的义务；或者如果仲裁条款的效力从属于主合同的效力，为解决主合同的争议，则首先必须求助于法院确认主合同的效力从而确认仲裁条款之效力，然后在此基础上决定仲裁机构是否享有管辖权，那么就会导致争议难以解决，或拖延争议解决时间，加大交易成本，使仲裁制度快速、经济等优越性丧失殆尽。因此，承认仲裁条款的独立性，也才能保障仲裁制度快速、灵活的经济价值。

虽然仲裁条款独立性有其重大意义，但司法作为解决纠纷的最终手段，对于仲裁赋予司法必要的干预权利不仅必要而且有其现实意义。一般情形下，司法并不干预仲裁，但当没有达成仲裁协议、裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的，仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的，裁决所根据的证据是伪造的，对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决证据的，仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为等情形时，当事人可向法院申请撤销仲裁裁决。即可将原本仲裁的问题提交司法裁决或对仲裁裁决可提出执行异议。如本案，C公司就以其与A公司间并无仲裁协议为由，向该仲裁委员会所在地人民法院提出了管辖权异议。

**二、公司合并下之概括继承范围。**公司合并后，对合并各方的法律地位、法律人格的重大变更各国公司法均做了规定。为了维护利害关系人的利益和公司的稳定，公司结构性变更的法律效力应当贯彻“概括承受的原则”。合并导致消灭公司可以不经清算而解散，其财产以合并合同确定的日期和状态概括转移给存续公司，消灭公司的股东可在合并的同时，根据合同规定的条件取得存续公司的股东地位。当合并生效时，除非在合并之前就已经被转移或者消灭，合并前公司的全部资产和责任都将由合并后之存续公司所有和承担。“双方不再需要准备特别的证书或清单也不需要验明他们准备承担的债务。”<sup>①</sup>换言之，权利义务的转移依法律规定而产生，只要合并生效，被合并公司的权利和义务就直接一并移转给存续公司或新设公司，并且权利义务的形式和内容与在其原公司中时一致。《公司法》第175条规定，公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。《合同法》第90条也规定：“当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。”据此，合并后公司继受合并前公司的债权时，无需通知债务人公司即可生效；合并后公司继受合并前公司的债务时，亦不以债权人的同意为生效要件。理解公司合并的概括继承，更多的着眼点在于各方对内资产与人员之合并，合并各方对外发生的债权与债务之承继。其实，权利义务之概括继受不仅包括实体法上的权利义务，如合并一方产品可能发生的对外质量责任；也包括程序法上的权利义务，就消灭公司尚未完结的诉讼、仲裁（包括商事仲裁与劳动仲裁）及其他争讼程序而言，均由存续公司或新设公司承受消灭公司的当事人地位。

**三、本案第二种观点无疑是正确的。**《合同法》第57条规定：“合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”因此，仲裁条款是具有独立性的，它不因合同的无效而无效，也不因合同被撤销而失效，仲裁委员会仍然可以依照合同中的仲裁条款所确定的仲裁事项行使仲裁权。因此，合同主体的变化，并不必然影响合同中仲裁条款的独立有效性。此外，《合同法》第90条规定：“当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。”现B公司被C公司兼并后，原B公司与他人所订立的合同中所确定的各项权利、义务，同时也包括合同中的仲裁条款，对兼并后的C公司同样具有约束力，因此，C

<sup>①</sup> [美] 罗伯特·C·克拉克：《公司法则》，胡平等译，工商出版社1999年版，第327页。

公司应当按照合同中的仲裁协议履行义务，当仲裁委员会根据《民事诉讼法意见》中“企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人”的规定变更 C 公司为该案当事人时，C 公司应接受仲裁庭对本案的审理。

就本案而言，作为 A 公司与 B 公司订立仲裁协议时，其目的是为了通过仲裁解决双方可能产生的纠纷，在订立仲裁协议时双方主体是否变化一般是无法预见的。如果法院一旦认可 C 公司所提出的异议成立，这就意味着双方所订立的仲裁条款或协议的效力在订立时就处于不确定状态，那么 A 公司与 B 公司订立的仲裁条款意愿将随 B 公司主体变化而被化为泡影，导致 A 公司选择仲裁的愿望破灭，显然对 A 公司极不公平，有违法律的公平性，无疑也增加了当事人解决争议之成本。可见，第一种观点会带来不诚信等相当不利的社会后果，如果按第一种观点处理，则当公司面临任何仲裁纠纷而可能不利时，即可寻求与他人或关联方合并，而一旦合并则可阻止仲裁程序的进行，如果规则以这样方式确立的话，则仲裁程序必将大乱，从这一侧面亦可印证仲裁条款法律义务必须由合并公司来概括继承。



## 个人独资企业投资人变更后之债务承担

### 【关注焦点】

个人独资企业之合并与公司之合并有何不同？个人独资企业之债权债务因投资人之变更将对追索程序及实体责任之承担产生怎样的影响？

### 【基本案情】

原告：乙（有限）公司

被告：甲水泵厂

被告：李某

被告甲水泵厂系个人独资企业，在2000年至2002年间多次向原告购买配件。2002年6月，双方结欠货款57259元，在支付2万元后，被告投资人李某以水泵厂名义和原告于2002年8月达成还款计划，约定余款于2003年5月前还清。

2002年11月8日，李某与王某达成转让协议，决定将甲水泵厂转让给王某，协议约定：（1）转让之后所发生的债权债务由王某承担。（2）王某自签字之日方能有自由经营权。（3）本协议自签字之日起生效。协议签订的当日，甲水泵厂即在工商部门办理了企业投资人变更登记。

后原告依还款计划要求被告甲水泵厂偿还到期债务，但被告以投资人变更为由拒绝偿还。原告诉至法院，要求甲水泵厂承担到期债务的清偿责任，



在审理期间，又依原告申请追加李某为被告。被告甲水泵厂辩称，甲水泵厂为个人独资企业，原厂负责人是李某，2002年11月6日变更为王某，并办理了工商变更登记，依据协议的约定，转让前的债务应由李某承担，请求驳回原告对甲水泵厂的诉讼请求。被告李某辩称甲水泵厂负责人的变更不能影响债务的承担方式，故应由企业承担清偿责任。

## 【审理要览】

法院经审理认为：原告乙公司与被告甲水泵厂买卖合同成立并合法有效，本案的争议焦点为二被告应由谁履行还款义务。甲水泵厂工商登记为个人独资企业。而个人独资企业因其有自己的名称，且必须以企业的名义活动的特性，使个人独资企业在法律人格上具有相对独立性，因此，对企业债务的承担亦应具有相对独立性。即应先以其独立的自身财产承担责任，而不是既可由企业承担，亦可由投资人承担，本案中甲水泵厂所负债务应首先以企业财产偿还，在其财产不足偿还的情况下原告有权请求现在的投资人以个人所有的其他财产偿还，若由此而致现投资人利益受损，现投资人可依其与李某签订的企业转让协议向李某追偿。原告不能依投资人应对个人独资企业的债务承担无限责任的特性向甲水泵厂的原投资人李某追偿。综上，依照《合同法》第60条第1款，第161条的规定，于2003年12月18日作出判决：一、被告甲水泵厂在本判决生效后十日内向原告支付货款18629.50元。二、驳回原告对李某的诉讼请求。判决作出后，原、被告均未提出上诉。

## 【裁判解析】

传统的民事主体模式主要由自然人和法人构成。但是随着商品经济的发展，市场主体实际呈现多元化发展态势，存在着个人独资企业、合伙企业等众多有别于自然人、法人的实体。就独资企业而言，在德国，独资企业就是德国商法意义上的商人，一般被称为个体商人或个人企业，由商法予以调整。与德国法相似，法国的独资企业也是由商法加以规范的。国外一般无专门的独资企业法调整独资企业组建及运作。我国在独资企业上首开立法之先河，制定了专门的法律，即《个人独资企业法》，对个人独资企业的设立、解散等都作了具体规定。随着我国现代企业产权制度的建立，个人独资企业数量随着经济的快速发展而激增，个人独资企业的出售和营业转让行为大量出现，

越来越频繁。随之而来的是营业转让前债权及债务关系应如何处理，个人独资企业之合并与公司之合并有何不同，个人独资企业之债权债务因投资人之变更将对追索程序及实体责任之承担产生怎样的影响等问题，这些问题《个人独资企业法》并未作出相应明确的具体规定。因此，须根据我国个人独资企业的特点和《个人独资企业法》的相关规定进行分析与把握。

**一、个人独资企业之法律特征。**一般认为，个人独资企业为企业的最初形式。这种企业组织形式与简单商品经济的社会条件相适应。这种简单的商品生产因其投资资金需求少，生产经营规模小，技术水平要求低而与个人独资企业个人投资、个人管理的特点正相一致。同时，这种简单生产和交换又因其生产经营周期短，交易过程、交易方式直接简便，尤其是交易风险承担与个人独资企业主人承担无限责任的特点很少冲突。基于上述两点，个人独资企业应运而生，适应了社会商品生产对财产经济效率提高的要求，也满足了社会对交易安全的需要。因此，个人独资企业的产生成为推动社会经济向前发展的一种财产运营方式。

《个人独资企业法》第2条规定：“本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。”由此，我国个人独资企业的法律特征如下：（1）个人独资企业是单个自然人投资设立的企业。这是个人独资企业区别于合伙及公司形式最显著的特征之一。合伙是由两个以上的投资主体共同设立的，而个人独资企业的设立主体只能是一个自然人。个人独资企业投资主体的这种特性，使得个人独资企业的存续期间往往与投资人的状况联系紧密，投资人可以自行决定终止其经营，也可能由于投资人健康不良而停业，或者出于投资人的其他原因而关闭。这种难以消除的不稳定性，对企业乃至经济的发展都产生了一定的弊端。（2）投资人的投资以及企业所得财产为投资人所有。由于个人独资企业仅由一人设立，投资及收益当然归投资人所有，这并不难理解。这是市场经济中通行的“谁投资，谁受益”原则的具体法律体现。设立企业的资金完全属于投资人自己，不存在其他的投资主体，所以由此产生的收益也当然归投资人所有。（3）个人独资企业非法人组织，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任。这是个人独资企业的另一个重要特点，它表现在责任形式上，就是个人独资企业的投资人作为债务人，要以其全部个人财产对其所投资的个人独资企业债务承担责任。也就是说，当个人独资企业财产不足以清偿企业债务时，投资人以其个人财产予以清偿，若不能全部清偿，则个人亦破产。我国目前尚未实行个人破产制度，

若个人财产仍不足清偿，以后也无能力清偿的，则成为无法执行的“死债”，往往被免除清偿责任。(4) 个人独资企业是一个设立在中国境内的经营实体。这是个人独资企业作为企业的一个特点，也是对个人独资企业的一项基本要求。个人独资企业必须是一个实际存在的从事生产经营的单位，是能够实际享有权利和承担责任的主体，而不能是一个虚构的市场主体，不能是一个既不能拥有权利又不能承担责任的空洞的名义。个人独资企业只有成为经营实体，才有存在的价值，在市场中发挥作用，也才能有独立的利益，履行应尽的义务，成为权利义务主体。这要求个人独资企业必须是具有一定规模的生产经营组织，包含固定的生产经营场所和必要的生产经营条件以及必要的从业人员。这些条件的要求，将个人独资企业与公民登记取得营业执照从事工商业的个体工商户又区别开来。

就个人独资企业与一人公司比较而言，虽然二者均为单个业主投资所设立，但却有着实质上的巨大区别，主要表现在以下几个方面：(1) 设立主体不同。独资企业的投资者、设立人只能是自然人，不能是法人。而一人公司由于公司承担的是有限责任，故其设立人既可以是自然人，也可以是法人。(2) 企业性质不同。个人独资企业属于自然人企业，企业不具有法人资格，企业财产与投资者个人的财产并无分离。独资企业本身不享有独立的企业财产所有权，个人出资者的出资财产不构成独资企业所有的独立财产，即投资者个人财产与公司财产并无分离，处于混同的状态。因此，个人独资企业不能单独以其财产承担民事责任。一人公司属于法人企业，具有独立的法律人格，股东资本一旦作为出资投入公司，即转化为公司财产，公司的财产与股东的财产彻底分离，不得混同。(3) 经营管理不同。个人独资企业的所有权和经营权合一，通常其投资者即为经营者，独资企业主对公司事务具有绝对的控制权和支配权，可以决定企业的一切事项，进行经营管理，处理内外事务。而一人公司尽管只有一个股东，不能成立股东会，但仍需设立执行董事或将股东与董事融入一体、并设立监事会或监事、经理。此外，根据《公司法》第63条的规定，一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告并经会计师事务所审计。由此可见，一人公司的经营管理较个人独资企业组织上更为规范，财务上更为严谨。甚至可以说，不少投资人之所以不选择一人公司而选择独资企业，其最大的考虑则是因为一人公司需要建账以及可能由此带来的规范税收缴纳等相关麻烦，独资企业在这一方面显然要简单的多。(4) 责任承担不同。个人独资企业由于没有独立的法律人格，企业财产与投资者的财产并无分离，因此，个人独资企业无独立承担债务的独

立财产，其债务需由投资者个人承担，即投资者对独资企业的债务需承担无限赔偿责任。一人公司由于具有独立的法人资格，其公司财产与投资者个人的财产彻底分离。作为拥有独立民事权利能力和民事行为能力，并拥有独立财产的法人，一人公司对其债务原则上独立承担责任。即便一人公司依我国现行公司法律规定应对公司财产独立于其一人股东的财产举证倒置，因而一人公司很可能被揭穿面纱，但这也不能从根本上否定一人公司人格及其财产的独立性，不能否认一人公司与一人股东之间人格乃至财产彼此分离之特性。

**二、个人独资企业收购操作。**个人独资企业转让或者说个人独资企业收购按照法律规定，必须按照一定的操作程序进行方能达到转让或收购之目的。具体而言：（1）决策程序。鉴于个人独资企业收购对投资人命运与切身利益密切相关，无论是独资企业的出售方还是收购方都必须有一个决策的过程，选择投资者和目标企业，并初步接触。（2）协商价格。企业收购双方最关键的就是收购价格的确定。为此，双方必然存在协商甚至多次协商的过程，并最终签订合同或者至少签订书面协议书。发生效力的收购合同（协议）是收购执行的纲领和内容。从收购协议订立的程序看，它是一个双方对未来交易作出许诺的正式文件，表达了各方投资者将推动独资企业转让的一致意愿。（3）清理资产。投资人将个人独资企业整体出让给别人，企业的形式虽然没变，但投资主体变了，故必然涉及对独资企业原有资产的清理。（4）个人独资企业在转让前以企业名义经营，所形成的债权、债务事实上是属于原业主的个人债务。当企业脱离原业主甚至解散时，债权债务并未发生消灭的事实，业主仍然可以享有企业存在前以企业名义形成的债权，同时也承担以企业名义形成的债务。独资企业毕竟不同于具备法人资格的公司，法律对公司收购中的债权人设置了通知相关债权人的保护程序，但《个人独资企业法》并无通知相关债权债务人的要求。在法律无强行要求的情况下，为了保护自身的利益和保障投资企业的顺利发展，收购人更应当与被收购独资企业投资人约定担保或追偿条款。即当收购后出现收购时未明确的债权、尤其是债务时，原投资主体是否应当承担责任，以及应当承担何种责任，比如连带责任。（5）变更投资主体工商登记。个人投资企业转让投资人变更的，应当依法向公司登记机关办理相应登记手续。

另需注意的是，个人独资企业收购与公司合并有一定之区别。其中，独资企业收购，独资企业主体始终存在，仅是投资主体发生变化；而公司合并则会发生合并公司一方或双方主体的同时消亡。因此，是否需要公告或通知的要求等等均会随之而不同。

**三、个人独资企业所负责任是否随其投资主体而变更。**个人独资企业转让后，谁应当承担原债务？对此，有不同观点。有的观点认为，投资人将个人独资企业整体出让给别人，企业形式虽未变，但投资主体变了，由于个人独资企业的设立本身就是原投资人的个人行为，转让应视为原企业的消灭，产生的则是新企业。个人独资企业在转让前以企业名义经营，所形成的债权、债务应归属于原业主个人，受让人给付对价取得该企业，他无权对原来的债权主张权利，也没有义务偿还原来的债务。基于以上理由，应判令原投资人承担还款责任。也有观点认为，个人独资企业固然在法律上应被视为投资人的个人财产，且投资人应以其个人财产对企业债务承担无限责任。但个人独资企业的法律人格具有相对独立性，对其债务的承担上亦具有相对独立性，即应先以其独立的自身财产承担责任，而不是既可由企业承担，亦可由投资人承担。如本案甲水泵厂所负债务应首先由该企业以企业财产偿还，其财产不足以偿还的情况下，原告有权请求现在的投资人王某以其个人的其他财产偿还。若由此而导致王某的利益受损，王某可依转让协议向李某追讨，但原告不能直接向原投资人李某追讨本案所涉债务。第二种观点无疑具有其合理性。作为本案而言，原投资人李某与王某转让企业的行为，只是引起甲水泵厂投资人发生变化，并非消除原企业而产生新企业，该企业具有法律人格上的延续性，其转让之前所欠之债，应由其企业承担，即首先由该厂以其企业资产偿还。这样做更重要之意义在于，有利于交易安全和市场经济秩序之稳定，同样也有利于企业之延续经营。如果投资人死亡，宣告死亡或者变更就必然导致个人独资企业解散、消灭或承担责任主体发生变化，则使交易相对人对投资人的生死变化等时时处于担心之中，实则并不利于促成交易的达成，而且对已经达成的交易，也不利于合同的履行和交易的完成，并为个人独资企业投资人逃避债务打开方便之门。如果这样，就会从根本上违背促进交易、保护交易安全的市场经济法则和立法精神。

现实中还必须注意到这样的现象，如果所谓独资企业的收购实际是逃避债务的恶意行为，即收购人与被收购人串通逃债行为，实际是将有还债能力的原投资主体替换为无还债能力的投资主体，则原投资人并不能因企业转让而免除所有的责任，其应对现投资人的补充责任承担连带责任。这是因为，个人独资企业的出售和转让行为并不是单纯的财产所有权的转移，更涉及到企业经营权的转移，这种转移的过程，便表现为新投资人的加入和原投资人的退出。在这一过程中，实际上是两位投资人共同经营该企业，从法律关系上看，二人之间的关系犹如实质上之前后合伙关系。根据《民法通则》第35

条,《合伙企业法》第44条、第53条的规定看,均规定了入伙人对入伙前的债务,退伙人对退伙前形成的债务承担无限连带责任。故此原投资人虽已退出了企业经营,但仍应对退出前形成的债务承担责任,但该责任应仅限于和现投资的补充责任承担连带责任。此外,若原投资人对企业转让前所形成的债务不负任何责任,在法律上免除了债权人的追索,无疑将为原投资人合法逃债打开了方便之门。由于债权人不可能对个人独资企业的投资人的行为完全掌握,投资人转让企业完全可以在债权人不知情的情况下进行。其可以在抽走企业财产的情况下,把企业转让给没有偿债能力的第三人,由没有偿债能力的企业和第三人承担责任,而自己免于债权人的追索,从而达到逃债的目的。故独资企业的收购如果实际是恶意逃避债务,由原投资人对现投资人的补充责任承担连带责任,则更加有利于保护交易债权之安全。诉讼程序上,债权人当然也可以基于对独资企业责任的请求而连带起诉其投资人,甚至是已经退出的原投资人。



# 八

## 公司解散与清算

任一公司之发展轨迹，必然由设立而至解散消亡，这是无法回避之事实。尽管其中公司设立有繁有简，公司存续有长有短，公司解散有自愿与非自愿，公司注销有经清算或非经清算，公司犹如自然人生存一样终归也要消亡，公司并非不灭之事业追求，不灭之公司显然难寻其踪影。公司解散涉及公司事业之终止，涉及诸多相关者利益，涉及公司外部债权人与债务人利益平衡，涉及公司内部股东利益之实现，涉及公司雇员利益之保护，涉及国家税收利益之把握，公司解散绝非公司任意、随意、放任之事。尽管现实之中，不经过清算而让公司自生自灭者不在少数，但当公司涉及对外债权与债务之时，公司解散无疑应当经过清算程序。只有经过公正清算，通知已知债权与债务人，公告未知债权与债务人，对公司剩余财产依法、依比例公平分配，才可实现公司内外相关利益者之间利益之平衡。公司由解散而消亡，但消亡之公司并非其利益与责任即全部当然随之消失，对于那些虽已消亡但的确面临遗留债权处置或责任追究需要时，围绕相关解散公司甚至消亡公司之遗留诉讼并非不可能之事。公司虽死，但事情未了，诉讼更未了，任何认为公司消亡甚至解散即可免除或逃避债务之天真邪念，显然都将受到法律之打击。

## 股东以受压制为由诉请解散公司

### 【关注焦点】

解散公司，不仅有多种方式而且有多种理由，就小公司而言，股东以受压制为由诉请解散公司，是十分重要之法律途径。

### 【基本案情】

原告：王某

被告：甲租赁有限公司

被告：李某

原告王某和被告李某共同出资组建了甲公司，其中李某占67%的股份，王某占33%的股份，公司营业期限为15年。甲公司设立一年后，因李某独揽财政和决策大权，王某十分不满，遂要求撤股，遭李某拒绝后，王某诉至法院，要求解散甲公司。被告李某则辩称：原告以所谓的受压制为由诉请解散公司，于法无据。

### 【审理要览】

一审法院经过审理，判决解散甲公司，并且通过清算，判决李某给付王某按股份应得的收益。李某不服，提出上诉。



二审法院经过审理认为：被告李某的主张成立，原审判决解散公司，于法无据，遂撤销原判，驳回了原告王某的起诉。王某不服，说自己撤股撤不了，解散散不了，股东应有的所有权利也享受不了，坚持法院对该案进行再审。

在再审复查过程中，查明甲公司已于王某起诉前就被注销，据此，再审法院以甲公司已被注销，王某请求法院解散该公司已无意义为由，驳回了王某的请求。

## 【裁判解析】

本案为诉请解散公司纠纷，争议之焦点在于小股东能否以受到压制为由诉请解散公司，这不仅涉及司法解散公司诉讼的许可，而且还涉及司法解散公司的事由等主要问题。对于是否允许提起解散公司之诉的问题，新旧《公司法》采取了不同的立法态度，而本案正是旧《公司法》未建立公司解散诉讼制度情形下所提起的所谓解散公司之诉。从本案一、二审的判决，可以一般了解司法面对解散公司诉讼所曾采取的为难处理方式，从中更可以体味到股东等相关诉讼主张者权利保护的落空感受。

**一、公司解散制度概述。**所谓公司解散，是指公司因章程或法定事由的出现而停止公司的经营活动，并开始公司的清算，最终使公司法人资格消灭的状态和过程。一个健全的市场经济社会，不仅要有一套保障企业良性运转的法律制度，也要有一套保障企业正常退出的机制。公司解散清算制度即是关于公司退出市场并消灭主体资格的法律制度。至于公司破产，它也是企业退出的方式之一，实质也是公司解散的特殊方式之一，同时，也是公司清算的特殊方式之一，因其有一套更为独特的规则且专门由破产法调整，故本书如无特别说明，所称公司解散并不涉及破产之内容。

公司解散制度，实际上意在解决公司退出市场经营机制的法律问题，正如公司设立应当规范一样，公司的解散更需加以规范。公司解散过程所涉及的内部与外部利益关系更加复杂，矛盾亦更加突出，有序而可行的公司解散制度，既应为公司及其投资者退出市场经营提供自由的空间，同时，也要切实维护因为公司解散而可能受到损害的第三人的利益。公司解散制度，既应成为满足市场自由的法律机制，亦应成为维护市场信用的法律武器。

近年来，由于法律制度尚不健全，公司在退出市场方面存在许多问题，债务人利用公司解散制度漏洞而逃避债务的现象屡见不鲜，很多公司出现解

散事由后，不及时清算，甚至故意借解散之机逃废债务，严重损害了债权人利益；同时，很多公司由于股东或管理层关系的僵局等多种原因，公司经营管理陷入十分困难的境地，让这样的公司维持下去还不如解散之；而一些大股东更是压制小股东，不少小股东特别盼望能够通过解散并清算公司的方式来最终维护并实现自己的投资权益。凡此种种，建立一套完善的公司解散制度具有十分重要的现实意义。2005年《公司法》修订时，在第10章“公司解散和清算”中明确规定了公司解散与清算的条件和程序，《公司法》第183条还特别建立了公司解散之诉。为正确适用公司法，最高人民法院又专门针对公司解散清算问题制定了《公司法解释（二）》，为审理公司解散清算案件直接提供了法律依据。

就公司解散方式而言，主要分为自愿解散、行政解散、司法解散三种。所谓自愿解散，是指基于公司或股东的意愿而自行以决议的方式解散公司。所谓行政解散，是指国家相关行政部门（一般是负责公司登记与注册的机构，如我国的工商行政部门）基于法定事由宣告解散公司的行为。如我国实践中经常采用的吊销营业执照，实际就是一种典型的行政解散公司方式，再如公司因违法经营而被相关行政部门责令关闭，实际也同样引发行解散的后果。所谓司法解散，则显然是专属于司法审判部门的权利，是司法以裁判方式宣告解散公司的方式，其属于典型的强制解散公司的方式。

与公司解散方式相衔接，公司清算也有三种方式：一为自愿清算，即由公司及其股东自愿、自行组织的清算。二为行政清算，即由行政部门组织的清算，实践中人们看到的由政府相关机构对某证券公司进行的清算即为例证。所谓司法清算，是由相关利益主体向司法机关提起的关于强制清算某公司的诉讼，如《公司法》第184条之规定。这三种清算方式与前三种解散方式并非完全对应，即并非自愿解散后即应自愿清算，很可能达成自愿解散公司决议但自愿清算却难以如愿进行，因而自愿解散的公司也可能诉请司法清算。同样，行政解散的公司，如被吊销执照的公司，实际已经处于被行政解散的状态，但多数并不自愿组织公司清算，债权人则可以诉请司法清算公司。至于司法宣告解散公司时，实际也并不必然要司法清算公司，甚至解散公司之诉与清算公司之诉往往并不允许被同时提起，我国现行规定即如此。

通常而言，公司解散与公司清算是联系紧密而又相互区别的两个法律制度，公司解散是公司清算开始的原因。理论上讲，公司解散一定要经过清算程序才能了结债权债务关系，使得公司的法人资格消灭。当然，也有例外。如因合并和分立引起的公司解散，在这种情形下，由于原被合并公司的全部

权利、义务均由合并后公司或分立后公司概括性地承受，因此，并不需要进行复杂的清算程序，只需依法办理注销登记即可终止被合并公司或被分立公司之人格。

**二、公司解散的一般原因。**公司解散意味着公司将走向解体和终结，必须以法律规定的原因的出现作为前提。依《公司法》第181条列举的公司解散原因有如下方面：

1. **公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现。**章程是公司自治的重要依据，法律允许公司在制定章程时对解散事由进行自由规定，只要章程并不违反法律的强制性规定均为有效。一旦章程规定的解散事由出现，则公司将随之步入解散清算程序。章程规定的解散原因，最为典型的是公司的营业期限届满。如果营业期限届满，股东希望公司继续存续，就需要经过股东会特别决议，修改公司章程来延长公司的存续期限。《公司法》第182条规定：“公司有本法第一百八十一条第（一）项情形的，可以通过修改公司章程而存续。依照前款规定修改公司章程，有限责任公司须经持有三分之二以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东大会会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。”除了规定公司的存续期限届满为公司解散事由外，公司章程中还可以规定其他解散事由，如规定公司经营目的的实现或者无法实现、公司亏损达一定状态、经营条件发生重大变化、发生难以维持公司经营的不可抗力等，公司均可按章程规定事予以解散。

2. **股东会或股东大会决议解散。**股东会或股东大会决议解散同章程规定解散事由一样，也属于公司自愿解散范畴，体现了公司或股东的意志自治。由于公司解散关系到公司的生死存亡进而影响到各个股东乃至公司外部债权人的切身利益，许多立法例将解散公司的股东会决议明确为绝对多数决的特别决议，而非简单多数决的普通决议。《德国有限责任公司法》第60条规定，有限责任公司因股东会决议解散的，若公司章程中无另外规定，须经投票的3/4以上多数通过。《瑞士债务法典》第820条规定，决议解散公司的，除章程另有规定外，须经代表至少3/4资本和3/4以上多数股东的同意。我国台湾地区“公司法”在规规定股份有限公司应经股东会代表已发行股份总数2/3以上股东出席，以出席股东表决权过半数同意。<sup>①</sup>我国新旧《公司法》均规定，对于有限责任公司，其解散决议须经代表2/3以上表决权的股东通过，而股份有限公司的解散决议亦应由出席会议的股东所持表决权的2/3以上

<sup>①</sup> 梁宇贤：《公司法论》，台湾地区三民书局2003年版，第143页。

通过。

3. 因公司合并或者分立需要解散。公司因合并和分立需要解散，是在吸收合并、新设合并和新设分立的情形下才会发生，派生分立则不需要公司解散。如前所述，这种情形的特殊之处在于不需要经过清算程序就可以注销公司。

4. 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。此种解散并非依公司或股东的意见，而是由于公司违反了法律与行政法规的强制性规定，由行政机关命令公司解散，属于行政解散公司范畴，这实际是对公司的一种惩罚。其中，吊销营业执照是行政处罚的一种，主要由工商行政管理机关作出。例如，《公司登记管理条例》第72条规定：“公司成立后无正当理由超过6个月未开业的，或者开业后自行停业连续6个月以上的，可以由公司登记机关吊销营业执照。”

5. 司法解散。司法解散是公司解散的重要方式，各国普遍规定了这一公司解散事由。根据所保护法益之不同，司法解散又可分为法院命令解散和法院判决解散两种情况。其中，法院命令解散主要是针对公司损害社会公共利益之情形；法院判决解散主要是针对公司出现经营困境或公司僵局，可能使中小股东利益受到损害之情形。<sup>①</sup>

旧《公司法》未规定司法解散制度，导致公司出现僵局时无法寻求司法救济，中小股东的利益得不到保护。新《公司法》明确规定了司法解散的方式，其第183条规定：“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。”可见，我国的司法解散属于国外的法院判决解散，其立法目的在于保护公司及其社员的利益，目前尚不存在法院命令解散之情形。

**三、对于本案解散之诉的分析。**本案之中，从主体资格方面讲，原告王某占甲公司33%的股份，持有公司全部股东表决权10%以上，可以依法提起解散公司之诉。但在被告的选择上，王某在以公司为被告的同时，将大股东一并作为被告起诉却有不妥。因为虽然原告是直接与大股东发生利益冲突，但大股东的压制行为都是以公司名义作出的，且如果原告胜诉，须承担法律后果的仍然是公司，并且公司是具有独立人格的主体，既然股东要求解散公司、消灭公司的主体资格，自然应以公司为被告。《公司法解释（二）》第4

<sup>①</sup> 周友苏：《新公司法论》，法律出版社2006年版，第491页。

条也明确规定：“股东提起解散公司诉讼应当以公司为被告。原告以其他股东为被告一并提起诉讼的，人民法院应当告知原告将其他股东变更为第三人；原告坚持不予变更的，人民法院应当驳回原告对其他股东的起诉。”

基于公司维持原则，《公司法》第183条将“通过其他途径不能解决的”作为股东提起解散公司之诉的前置条件之一。本案原告在诉请解散公司之前曾请求撤股，但遭到李某拒绝。如原告所述，自己撤股撤不了，解散散不了，股东应有的所有权利也享受不了，处于受压迫的窘境，应当认为，原告已穷尽公司内部救济，通过其他途径不能解决，符合提起解散之诉的条件。

从法院审理情况来看，本案一审法院不仅判解散公司，而且通过清算判令大股东给付小股东按股份应得的收益，显然不妥。《公司法解释（二）》第2条规定：“股东提起解散公司诉讼，同时又申请人民法院对公司进行清算的，人民法院对其提出的清算申请不予受理。人民法院可以告知原告，在人民法院判决解散公司后，依据《公司法》第184条和本规定第7条的规定，自行组织清算或者另行申请人民法院对公司进行清算。”可见，股东请求解散公司和申请法院对公司进行清算，这是两个独立的诉讼请求，两个诉的种类截然不同，股东请求解散公司诉讼是变更之诉，公司清算案件则是非讼案件，两者审判程序不同，并不能合并审理。况且，本案之中，原告仅起诉解散公司，法院却作出进行清算的判决，有违不告不理的民事审判原则。退一步讲，即使法院可以一并作出清算判决，也不应判令大股东给付小股东应得的收益。根据前文分析，公司解散之诉的被告应当是公司，需要承担法律后果的也是公司。在解散公司诉讼中，并不存在所谓解除设立协议、要求大股东给付股份收益之问题。

本案二审法院之所以驳回原告起诉，是因为本案发生在《公司法》修订之前，旧《公司法》并无司法解散公司的制度，即司法并未赋予解散公司的裁判权，同时在旧《公司法》下，股东亦无退股之权利，因而二审判决在法律上并无不当。出现本案的情形显然是受当时立法所限，所幸新《公司法》规定了司法解散制度，使得这种情况得以现实改观。

**四、小股东受压制情形下诉请解散公司之权利救济。**因本案实质为小股东因受压制而提起的解散公司之诉，所以有必要对小股东是否可以如此提起诉讼作必要之了解。所谓小股东，一般是指公司的非控制股东，或不能制约公司决策的股权持有人，即在公司的人事、业务及决策等方面不具有支配能力的股东，并不单纯以持有的股份数额为标准。现实之中，小股东受到压制的情形包括但不限于：小股东被排除在管理层之外；不向其支付红利；其股

东权利行使受限；控制股东盗用或转移公司资产；通过关联交易输送公司利益；通过不当发行股份稀释小股东的股权等。

之所以赋予小股东受压制情形下的救济权利，其法理之基础在于：一是股东平等理论。股东平等不仅包括形式平等，即一股一权或股份平等，也包括实质平等，即对控制股东进行必要的限制，以避免其滥用权利欺压小股东，达到实质意义上的平等，以免挫伤中小股东进行投资的积极性。二是资本多数决原则的缺陷。资本多数决原则的存在，使持有股份占公司绝大多数的控制股东的意志很容易上升为公司的意志，控制股东为谋取私利而置广大中、小股东的利益于不顾，这时就产生了公司与中、小股东权益脱离的现象，这对中小股东是不公平的。新《公司法》十分强调中小股东保护问题，设计了一系列的制度来为小股东提供救济。主要包括累积投票制、股份回购请求权、股东知情权等。

那么，小股东是否可以受压制为由诉请解散公司呢？从我国司法解散的制度来看，确有保护中小股东的立法目的。但是《公司法解释（二）》第1条明确列举了可以提起解散公司诉讼的四种情形，而这几种情形只是关于公司僵局的规定，并不包括小股东受压制之情形。公司僵局与公司压迫行为实质并不相同，当公司压迫行为存在时公司并不一定就处于僵局状态。正如本案，虽然存在大股东压制小股东的事实，但是甲公司的经营管理并没有发生严重困难，若按《公司法解释（二）》列举之情形来衡量，本案亦不符合诉讼受理之条件。

从国外相关规定看，股东压迫通常构成司法解散事由。在英国，是以“不公平损害”（unfair prejudice）的概念替代“压迫”之表述。1980年英国《公司法》第75条规定了“不公平损害救济”，1985年英国《公司法》第459~461条则形成了较为完善的“不公平损害”救济制度。<sup>①</sup>美国大多数州也有这方面的规定，《示范商业公司法》及其《示范法定封闭公司补充规范》也将压迫作为解散公司的事由之一。如北卡罗莱纳州司法解散公司之立法规定，当“为保护申诉股东的权利或利益是合理必要时”，法院可以解散公司。因此，我国是否也应当借鉴国外相关立法经验，允许小股东以受压制为由而诉请解散公司呢？

① 金海平：《公司司法解散制度研究》，中国政法大学2007年博士学位论文。

161

## 公司因僵局而解散之司法认定

### 【关注焦点】

公司司法解散之实质条件是什么？对公司僵局如何理解与把握？什么是可打破之僵局？什么又是不可打破之僵局？

### 【基本案情】

原告：A公司、B公司、董某

被告：甲公司

第三人：C公司

2001年3月，原告A公司、B公司、董某分别出资1950万元、45万元、5万元，第三人C公司出资2000万元，四方共同成立被告甲公司，从事基因芯片技术开发。根据公司设立协议及公司章程约定，先由C公司委派人员担任公司法定代表人1年，在此期间，A公司向甲公司转让“肝炎基因芯片技术”，2002年则应由A公司委派人员担任公司法定代表人。因A公司未履行技术转让义务，甲公司于2002年亦未变更法定代表人。C公司、A公司为此先后提起一个仲裁和两个诉讼，仲裁机构和法院分别作出了A公司返还甲公司技术转让款2000万元和C公司、甲公司履行变更法定代表人义务的裁决和判决，但各方均未实际履行裁决与判决。此外，工商年检报告显示，自2001年3月甲公司成立以来，公司历年经营亏损，现已无主营业务收入，处于停

业状态。2006年6月，三原告向法院提起诉讼，请求判令解散甲公司。C公司不同意解散甲公司，认为只要A公司履行返还技术转让款的义务，公司经营状况就会好转。法院在该案审理中责成甲公司召开股东会，但A公司要求解散公司、更换法定代表人、行使股东知情权三项议题以及C公司关于制定公司发展规划的议题，均未在股东会上形成有效决议。法院还曾要求各方股东就各自持有的甲公司股权进行内部或对外转让宜，限期洽谈，并主持调解，未能达成调解协议。

## 【审理要览】

法院经审理认为：虽然甲公司连续数年经营亏损，公司股东会也未能达成有效决议，但三原告请求解散公司的理由仍不充分。首先，A公司对甲公司经营不善应负一定的责任。A公司既不履行向甲公司转让技术的合同义务，也不履行返还技术转让款的仲裁裁决，无疑在技术、资金上对甲公司正常经营产生重大影响。正是由于A公司违约在先，C公司和甲公司才以不更替法定代表人和不提供公司账簿来对抗，以至于造成公司股东相互指责和表决僵持的态势。其次，甲公司仍然存在摆脱困境的可能。如果双方股东各自积极履行行业已生效的相关仲裁裁决和法院判决，在甲公司获得返还资金和更换法定代表人的情况下，公司经营状况应有改观。此外，B公司和董某作为公司小股东，如其合法权益遭到侵害，也完全可以依法通过其他途径寻求相应救济。据此，判决对三原告要求解散公司的诉讼请求不予支持。判决后，各方当事人均未上诉。

## 【裁判解析】

本案是典型的因公司僵局引起的司法解散公司之诉。自《公司法》修订以来，公司僵局以及司法解散公司问题引起了各界广泛关注。如何认定是否形成公司僵局成为公司诉讼实践中需要解决的重要问题。

**一、司法解散公司之诉的原告资格。**根据《公司法》第183条之规定，持有公司全部股东表决权10%以上之股东，可以请求人民法院解散公司。《公司法解释（二）》第1条进一步规定，单独或者合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以提起解散公司诉讼。可见，我国可以提起司法解散公司之诉的主体范围显然较为狭窄。比较国外相关制度，可以发起公司解



散之诉的主体一般有：

1. **公司股东**。股东是发起公司解散之诉的最重要的主体，各国立法均肯定股东的这一诉权。但在持股比例上，各国规定有所不同。有的国家未规定持股数量的限制，如法国、意大利及美国的《示范商业公司法》等。根据法国《民法典》第1884条的规定，法庭可以根据一个股东基于正当理由、尤其在一个股东不履行其义务或股东之间不和致使公司管理活动陷于瘫痪情况下提出的请求而判决提前解散公司。<sup>①</sup>有的国家为防止股东滥诉权，则对持股比例进行了限制。根据德国《有限责任公司法》第61条的规定，司法解散之诉只能由出资额合计至少相当于股本1/10的股东提起。而韩国《商法典》第612条则规定，有限责任公司股东需要持有公司资本的10%以上份额，才可请求法院解散公司。还有的国家和地区对股份有限公司和有限责任公司作出了不同的规定，如日本和我国台湾地区。台湾地区“公司法”第11条规定：“……在股份有限公司，应有继续6个月以上持有已发行股份总数百分之十以上股份之股东提出之”，而有限责任公司股东提出司法解散公司的则无持股要求。很显然，我国《公司法》关于提起解散公司诉讼之股东应当持股10%的规定，实际是借鉴了相关国家和地区的相关比例要求。

对于股东的原告资格，还需探讨的一个问题是，对公司僵局之形成存在过错之股东能否提请法院解散公司？从《公司法》的规定来看，只对股东之持股比例作出了限制，并未区分股东对公司僵局之形成是否存有过错。根据私法“法无明文规定及许可”的原理，应当理解为过错方也应有提起司法解散之诉的诉权。如果在诉讼过程中发现原告方确有过错，法院完全可以依法判决其承担因过错而产生的责任，但不能剥夺其起诉之权利。另外，过错方起诉亦不应等同于恶意诉讼，尽管公司僵局是由过错方造成的，但是现实存在之问题是，公司确实无法打破僵局，此时，公司任何一方股东都有权利为打破僵局而诉请法院解散公司。本案之中，A公司既未向甲公司转让技术，也不返还技术转让款，对甲公司的经营不善负有责任，对公司僵局之形成有一定的过错，但其仍应具有起诉之权利与资格。

2. **公司债权人**。从国外立法例来看，不少国家公司法对公司债权人可以诉请法院解散公司作了明文规定。如《美国示范商业公司法》就规定：若债权人提出诉讼能够证实，债权人的债权请求已为判决所确认，而该判决的执行却未能如愿，且该公司已无偿还之能力；或者该公司已以书面形式承认债

<sup>①</sup> 罗结珍译：《法国公司法典》，中国法制出版社2007年版，第20页。

权人债权已到期并未能支付，且该公司无偿付之能力，则法院可以据此做出解散公司之判决。<sup>①</sup>另外，我国香港地区《公司条例》也有类似之规定。

3. 检察机关。检察机关代表国家和社会公共利益，当公司出现违法行为而有必要时可以向法院申请解散公司。如《美国示范商业公司法》也规定：在检察长提起的诉讼程序中如果能够证实，公司通过欺诈手段获准其章程，或者公司已持续逾越或滥用法律所赋予的权利，则法院可以判令解散该公司。<sup>②</sup>

4. 公司自身。即公司自己提起解散自身的诉讼。按照美国《示范商业公司法（修订本）》的规定，公司可以提起一项诉讼，以使其自愿解散于法院监督下进行。<sup>③</sup>在英国公司法中亦有类似之规定。

**二、我国因僵局而解散公司之条件分析。**公司僵局理论起源于英美法系，它是指公司在存续运行中由于股东或董事之间发生分歧或纠纷，且彼此不愿妥协而处于僵持状态，导致公司机构不能按照法定程序作出决策，从而使公司陷入无法正常运转甚至瘫痪的事实状态。<sup>④</sup>

《公司法》第183条采用“公司经营管理发生严重困难”来表达公司僵局的概念。为统一执法尺度，更好地适用《公司法》，《公司法解释（二）》第1条采用列举的形式对此进行了细化，共包括四种情形：（1）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；（2）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能作出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；（3）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；（4）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。其中前两种情形是股东会僵局，指股东会无法召开或者虽然能够召开，但无法作出有效的股东会决议，导致公司经营管理发生严重困难。第三种情形是董事会僵局，不仅指董事长期冲突、达不成决议，而且无法通过股东会化解矛盾。第四种情形采用兜底条款涵盖公司经营管理中发生的其他困难情形，如股东家庭关系恶化等个人因素导致的公司僵局等。

公司僵局与公司经营亏损、甚至破产并不相同。公司经营亏损是指公司财务出现困难，长期困难则会导致公司不能清偿到期债务，并且资产不足以

① 虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆2004年版，第133页。

② 同上书，第132页。

③ 同上书，第133页。

④ 周友苏：《公司法通论》，四川人民出版社2002年版，第701页。

清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的财务困难之状态甚至达到破产之境地。而公司僵局是指公司治理中出现的严重困难，其侧重点不在于公司财务，而是经营管理方面的困难。如果公司机构运作正常，即使财务出现困难，也可能通过公司自身的行动摆脱困境，转危为安。《公司法解释（二）》第1条第2款明确规定：“股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。”

**三、公司僵局之化解途径。**公司僵局是导致公司解散的原因之一，但出现公司僵局并不意味着公司必然走向解体。各国公司法都为公司僵局之化解积极寻找路径。一般而言，化解公司僵局之途径主要有：

1. **解散公司。**当公司各方的矛盾达到无法调和的程度时，法律赋予利益相关者起诉请求解散公司的权利。这对于化解公司僵局十分彻底，但付出的代价也是巨大的，一般只作为最后的救济途径。公司解散不仅导致公司解体，使投资者少了一个投资的对象，也使职工面临下岗的困境，还令国家少了一个收税的对象，因此，不能动辄解散公司。

2. **强制股权收购。**强制股权收购，是指公司僵局产生后，僵持一方股东通过诉讼请求法院判令公司或对方股东收购自己的股份，以达到退出公司，打破公司僵局的目的。强制股权收购可以避免公司走向解散，是化解公司僵局的有效途径。《公司法》第75条规定了异议股东的股份回购请求权，这对于化解股东之间的矛盾有一定作用，但与国外有关强制股权收购制度不同的是，它仅仅是一项请求权，并不具有强制的效力，且适用的前提是公司已经作出了决议但股东对该项决议有异议，这并不属于公司僵局的情形。因此，我国需要建立和完善强制股权收购相关制度。

3. **任命监管人。**在美国，出现公司僵局时，法院可以通过任命监管人负责管理公司事务，直至僵局化解。《美国示范商业公司法》14.32节规定，在为解散公司而提起的司法程序中，法院可以指定一位或多位接管人以结业和清算，或者指定一位或者多位监管人管理公司业务和事务。接管人或者监管人的权力和职责由法院规定和修改。

4. **仲裁。**与诉讼相比，仲裁更加便捷和保密，且仲裁员可以由当事方选择对商业实务熟悉的人担任，更利于纠纷的解决。但其前提是有仲裁协议，这又大大限制了仲裁的适用范围。

5. **调解。**由中立的第三方进行调解，可以避免冲突激化，比起双方自行解决更为有效。但其弊端在于不具有法律约束力，难以保证获得有效执行。

6. 章程预定。即在章程中预先规定打破公司僵局的途径。这种方式可以最大限度地避免僵局的产生，并在僵局出现时有效地化解矛盾。

**四、关于本案之简要评析。**本案是典型的因公司僵局引起的司法解散公司案件。在诉讼结构上，三股东为原告，甲公司为被告，并将争端另一方股东 C 公司作为第三人，有利于查明案件事实，有利于法院进行调解。

本案争议之焦点在于是否已经达到或符合公司僵局之状态。从本案查明的事实来看，公司僵局的类型属于股东会僵局，三原告与第三人 C 公司各占 50% 的股份，持股比例均衡，互不相让，长期不能有效作出股东会决议。甲公司股权结构不合理，容易形成僵局，诉至法院后，法院曾责令股东之间就公司股权结构进行谈判，但未成功。法院还要求股东会决议相关事项以打破僵局，但 A 公司要求解散公司、更换法定代表人、行使知情权的议题以及 C 公司制定公司发展规划的议题均未能形成有效决议。另外，甲公司自成立以来连年亏损，现处于停业状态，经营管理发生严重困难，股东设立公司本是为了投资以获取收益，但这一初衷迄今并未实现，公司继续存在将会给股东带来更大的、更严重的损失。尤其是，股东之间曾多次进行诉讼与仲裁，各方均不实际履行裁决与判决，公司的人合性已丧失殆尽，几无继续合作的可能性。很显然，本案已经符合公司法规定的公司僵局之情形，且僵局通过其他途径已经不可打破，法院应当判令解散甲公司。但原审法院却认为公司仍有摆脱困境的可能，对原告的诉讼请求不予支持，这实际是过多地强调公司维持原则，过严地把握或限制公司解散之条件，并没有正确地估量公司摆脱困境之可能性。请问，本案甲公司真的仍有摆脱经营困境之可能吗？

162

## 调解在公司解散诉讼中之价值

### 【关注焦点】

解散公司之法律目的及价值何在？对解散公司之诉求应采取怎样的司法对策？调解在解散公司之诉讼中真的具有很重要之价值吗？

### 【基本案情】

原告：祁某、周某、魏某

被告：何某、吴某

第三人：甲纸制品有限公司

1998年3月28日，祁某、周某、魏某、何某、吴某等五人共同出资设立了甲纸制品有限公司。注册资本206.3万元。股东出资额及比例为：由何某出资77.8万元，占公司股份37.7%；由吴某出资28.5万元，占公司股份13.8%；由祁某出资36万元，占公司股份17.5%；由周某出资29万元，占公司股份14%；由魏某出资35万元，占公司股份17%。公司成立后，经营管理发生严重困难。2006年6月，公司股东祁某、周某、魏某等三人向法院起诉，要求解散公司。

### 【审理要览】

法院在审理案件中，多次召集当事人进行调解，分析公司陷入僵局的原

因，讲明解散公司对各方当事人利益的影响，寻求调解方案。2006年8月8日，各方当事人达成了调解协议：祁某、周某、魏某自愿将其在甲纸制品有限公司的股权以36万元、29万元、35万元转让给公司股东之一何某。各方当事人应于调解协议生效之日起十日内办理股权转让的相关手续。

## 【裁判解析】

本案也是关于公司解散的诉讼，但不同之处在于，通过法院的调解，各方当事人达成了调解协议，避免了公司的解散。《公司法解释（二）》第5条规定：“人民法院审理解散公司诉讼案件应当注重调解。”由此可见，调解在公司解散诉讼中似乎具有重要之价值。

**一、司法解散公司之法律目的与价值。**旧《公司法》未规定司法解散公司的制度，导致出现公司僵局时，股东无法退出公司，被公司牢牢困住，形同坐牢。新《公司法》吸取教训，借鉴国外立法经验，确立了司法解散制度。创设这一制度之目的与价值主要有：

1. **打破公司僵局为公司退出市场提供更多的途径。**由于股权结构、表决方式不合理，以及股东或董事之间在经营管理或其他方面之分歧等因素，公司经营管理发生严重困难的僵局情形时有发生。当各方矛盾达到无法调和的程度时，公司自身已经无法打破僵局，只能借助外力来破解。在法治社会，审判权是解决纠纷的最后一道屏障，只要符合起诉条件，人民法院不得拒绝行使。司法解散为打破公司僵局提供了最为彻底的方式，为公司退出市场提供了另一种有效路径。它可以帮助受困的公司解脱，避免公司和股东遭受更大的损失，同时，对于整个社会经济而言，剔除那些竞争力不强甚至连年亏损的企业，将有利于维持公司经营整体的有序性、有效性，更利于市场经济的健康运行与发展。

2. **保护中小股东之合法权益。**由于资本多数决原则存在的缺陷，使得公司往往被大股东所控制，小股东的权益得不到保障。又由于有限责任公司的封闭性特点，股东对外转让股权受到很大的限制，小股东对内权益无法保障，对外无法转让股权或退出公司，处于十分弱势的境地。此时，赋予中小股东提请解散公司的诉权，将为他们退出公司、摆脱困境提供有利的武器。“公司的司法解散作为一种制度，它并非仅仅是为了穷尽公司终结的全部方式而在成文和不成文的公司法中加以列举或确认，以期使法律本身的体系能够圆满，它的真正的立法价值在于当公司内部发生股东之间的纠纷，在采用其他的处

理手段尚不能平息矛盾，赋予少数股东请求司法机关介入以终止投资合同、解散企业、恢复各方权利，最终使基于共同投资所产生的社会冲突得以解决的可选择的一种救济方式。”<sup>①</sup>

如进一步完善公司解散之诉，扩大提起公司解散之诉的主体范围，则公司解散之诉的司法价值亦将同步拓展。如建立债权人提起公司解散之诉制度，则公司解散之诉对于保护债权人的利益无疑具有十分重要的法律价值。

**二、调解在公司解散诉讼中之价值。**尽管司法解散具有重要的价值，但是它却是一把双刃剑，其负面作用也十分明显。公司解散不仅导致公司解体，使投资者少了一个投资的对象，也使职工面临下岗的困境，还令国家少了一个收税的对象。因此，“在公司成立以后，保留一个运营的公司比解散一个公司要好。一个公司的经营资产（包括无形的商誉）作为一个整体的价值通常要比分拆后高。”<sup>②</sup>美国法院在处理裁判解散请求时，更倾向于采用其他替代性方法解决纠纷。哈佛大学的克拉克教授在其《公司法》一书中提到了解决公司僵局的七种方法：仲裁、由衡平法院任命破产管理人、准许为封闭公司任命监管人、准许法院任命临时董事、授予法院广泛的自由裁量权以批准解散之外的补救措施、法定清购权、信托义务。<sup>③</sup>

但是，我国《公司法》却未提供太多裁判解散的替代方法，仅在《公司法解释（二）》第5条中规定：“人民法院审理解散公司诉讼案件，应当注重调解。当事人协商同意由公司或者股东收购股份，或者以减资等方式使公司存续，且不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院应予支持。当事人不能协商一致使公司存续的，人民法院应当及时判决。”调解的目的即在于积极寻求替代救济的办法，尽可能维持公司之存续。实践之中，对公司解散之诉调解通常采取的替代方式可有：

1. **当事人协商同意由股东收购股份。**在我国，司法解散制度一个重要的立法背景是，在“禁止抽回出资”和股权外部转让以及减资受到严格限制的情况下，少数股东欠缺退出渠道，极易被“锁定”而困于公司之中，难以脱身。因此，呼吁授予少数股东强制解散公司之诉权，在很大程度上，实质是

<sup>①</sup> 甘培忠：《公司司法解散：〈公司法〉中说不出的痛》，载《中国律师》2002年第9期，第64页。

<sup>②</sup> 罗伯特·W·汉密尔顿：《公司法概要》，李存捧译，中国社会科学出版社1999年版，第213页。

<sup>③</sup> 克拉克 R C：《公司法》，胡平译，工商出版社1999年版，第657-661页。

呼吁构建一种帮助其退出公司的司法机制，而非真正需要彻底解散公司。<sup>①</sup>如果当事人在法院的主持下，协商同意由部分股东收购争议方的股份，争议股东一方退出，则纠纷可以顺利解决，公司亦不必解散。本案即是各方当事人达成了调解协议，祁某、周某、魏某自愿将其股权转让给了公司股东之一何某，从而使纠纷获得解决。这种情况下，需要注意股权收购后公司变为一人公司的问题。新公司法虽允许设立一人公司，但一人公司的注册资本金、设立主体等均有不同于其他有限责任公司的限制，因此当股权转让后，公司股东仅剩一人，但公司又不符合一人公司之条件时，调解协议内容的合法性就可能出现问题，应该尽量避免这种情况的发生。

2. **由公司收购股份。**如果其他股东不愿意购买，那么可以由公司收购一方股东的股份，使其退出公司。此时需要考虑购买资金的来源，要符合公司法关于提取公积金的规定。另外，为避免公司资本与股东实际出资额不一致，公司回购的股份应尽快转让或注销。《公司法解释（二）》第5条第2款规定，经人民法院调解公司收购原告股份的，公司应当自调解书生效之日起6个月内将股份转让或者注销。股份转让或者注销之前，原告不得以公司收购其股份为由对抗公司债权人。

3. **案外人接纳或收购公司股份。**由股东或者公司收购股份是解散公司诉讼中比较常见的做法，但是也可能出现案外人接纳或收购公司股份的情形。此时，需要考虑公司原股东的优先购买权问题。在同等条件下，公司原有股东拥有优先购买权，目的在于维护公司之人合性、封闭性。

4. **原告经说服而撤诉。**原告在起诉时，双方可能情绪比较激动，互不相让。但是，有限责任公司的人合性较强，股东之间原来的关系比较密切，法院再通过调解工作，为各方分析公司陷入僵局的原因以及解散公司对各方之利弊，各方矛盾非常有可能就此化解。原告经说服而撤诉，各方和好如初，继续合作经营公司，无疑是皆大欢喜之结局。

5. **股东通过决议而解决相关争议。**法院在处理裁判解散公司之纠纷中，可以责令公司召开股东会。针对公司僵局出现的原因，各方提出议案，通过股东会决议解决相关的争议。例如，就股东会或董事会的议事规则、表决方式进行调整，以决议的方式修改公司章程中之障碍条款等，以从源头上打破僵局，化解争议。

除了以上方式之外，实践中还有许多其他的方法，只要不违反法律、行

<sup>①</sup> 蒋大兴：《公司法的观念与解释Ⅲ》，法律出版社2009年版，第210页。



政法规的强制性规定，调解协议即为有效。当然，调解之主要目的在于寻求替代救济方案以避免公司解散，但是也并不意味着不解散公司是唯一的调解途径。如果双方同意解散公司，也可以以这种方式调解结案。另外，调解必须在双方自愿的基础上进行，当事人不能协商一致使公司存续的，人民法院应当及时判决，避免久调不决、损害各方利益。

**三、调解在解散公司诉讼中之价值反思。**司法解散公司是一把双刃剑，其积极意义在于打破公司僵局，为公司退出市场提供更多的途径，促进市场经济优胜劣汰、健康发展，还可以保护中小股东的合法权益，为其提供救济方式；其消极方面在于在企业设立成本较高的我国，动辄解散公司是对有限经济资源的浪费，影响就业和税收，事关社会发展稳定之大局。

法院在处理此类案件时，要充分考虑国家之司法政策，进行利益衡量。公司的解散涉及利益众多，包括公司、公司股东及其他利害关系人利益乃至社会公共利益等，法院在强制解散公司前，必须对这些利益进行综合考量，以作出恰当的裁判。即使在自由主义盛行的美国，法院在解散诉讼中，也是在股东的投资自由权利与企业维持的社会利益之间进行综合平衡，寻求作出恰当的裁判。当然，对于解散公司的利弊，恐怕亦不能一概而论，而是要进行个案分析，看公司僵局的具体情况，看僵局打破的可能性。对于能够打破的僵局要通过调解，积极寻求替代救济的方案，对于不可打破的僵局，则要尽快作出判决以解决纠纷。

调解在解散公司诉讼中虽具有重要作用，现行司法解释也规定解散公司诉讼案件应当注重调解，但调解必须在自愿、合法的基础上进行，毕竟法律仅是规定应当注重调解而并没有规定必须进行调解。今后，若进一步完善公司解散制度，如赋予公司债权人等可以起诉解散公司之情形下，也必须凡解散公司之诉均应先行调解吗？对于公司债权人而言，是否维持公司或让公司继续存续并非其所关心之目的，在其债权无法获得清偿的情形下，其之所以提起解散公司之诉，根本目的在于以解散并清算公司为追求，并从中寻求其债权获得偿还的可能。再如建立检察机关代表国家起诉解散公司制度，在这样的解散公司诉讼中，强调任何所谓的调解，显然也毫无意义。所以说，调解在解散公司诉讼中之价值仍值得深入地进行探讨，至少不可以无限地扩大与运用。



## 吊销营业执照之法律效力

### 【关注焦点】

在我国公司诉讼实践中，吊销营业执照属较难处理法律问题之一。由于我国公司制度对吊销营业执照法律效力之规定曾长期不明确，故实践中对于吊销营业执照之法律处理后果亦难统一。

### 【基本案情】

原告：甲制药厂

被告：乙科工贸有限责任公司

被告乙公司与某银行签订一借款合同，原告甲厂为乙公司提供了保证。1996年2月，因乙公司到期未偿还借款，某银行即从保证人甲厂账户中扣划走借款本金共334000余元。1996年4月15日，甲厂与乙公司就该笔扣款达成借款合同和还款计划，乙公司只履行了部分还款义务，仍欠275000余元。1999年3月10日，甲厂向法院提起诉讼，要求乙公司偿还欠款，并赔偿经济损失。法院于1999年4月7日立案受理了本案，乙公司作为被告参加了诉讼，其公章也在使用。1999年6月11日一审开庭时，乙公司出庭应诉，举证其于1999年6月8日收到吊销营业执照的处罚决定书，并表示其不申请复议。此后，甲厂请求追加乙公司股东为被告，请求法院对乙公司组织清算。

## 【审理要览】

一审法院认为：乙公司已被吊销营业执照，本案已无明确被告，故于1999年6月29日裁定驳回甲厂起诉。甲厂不服，提出上诉。

二审法院认为：《公司法》第192条规定：“公司违反法律、行政法规被依法责令关闭的，应当解散，由有关主管部门组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组，进行清算。”但该条对主管机关未予明确，经法院征询国家工商局所获答复是：该条有关主管机关，是指依国家法律、行政法规，有权责令公司关闭的部门或机关，工商机关作为登记机关，不负责吊销营业执照的公司组织清算。乙公司被吊销营业执照后，未对债务进行清理。甲厂作为债权人诉至法院，请求法院组织清算，缺乏法律依据，鉴于审判实践中特别是涉及到有限责任公司为债务人，而被工商行政管理局吊销营业执照后，没有明确债务承担者，无部门组织清算，股东又不管，一审驳回起诉，二审虽可以维持，但债权人的利益无法保护，为妥善解决此类问题，故报请最高人民法院给予答复。

最高人民法院原经济庭研究后，以庭函形式答复如下：“吊销企业法人营业执照，是工商行政管理局对实施违法行为的企业法人给予的一种行政处罚。根据《民法通则》第四十条、第四十六条和《企业法人登记管理条例》第三十三条的规定，企业法人营业执照被吊销后，应当由其开办单位（包括股东）或者企业组织清算组依法进行清算，停止清算范围外的活动。清算期间，企业民事诉讼主体资格依然存在。本案中人民法院不应以乙公司被吊销企业法人营业执照，丧失民事诉讼主体资格为由，裁定驳回起诉，本案债务人乙公司在诉讼中被吊销企业法人营业执照后，至今未组织清算组依法进行清算，因此，债权人甲厂以乙公司为被告，后又要求追加该公司全体股东为被告，应当准许，追加该公司的股东为共同被告参加诉讼，承担清算责任。”

## 【裁判解析】

本案发生在《公司法》修订之前。曾经相当长时期内，人们对吊销营业执照的法律效力认识不清，认识不一，尤其是司法部门与工商部门之间更是存在相当的冲突，以至于不少涉及此类问题的案件处理成为十分棘手的法律难题。事实上，在人们的现实生活中，在公司企业进退市场的浪潮中，在诸

多相关报刊中，人们经常可以看到成批的企业与公司被吊销营业执照的公告。在我国，吊销营业执照被如此普遍地加以运用，以至于原本不很规范的市场秩序由此平添了诸多混乱，同时，也给诉讼秩序带来了不应有的干扰。究其缘由，不仅在于吊销营业执照制度内容本身的不合理，更主要在于相当长时期内吊销营业执照所引发的法律效力未加明确，直至《公司法》修订后才得以基本明确。结合本案，有必要就以下问题进行介绍、分析与比较。

**一、营业执照的法律意义。**为了正确把握吊销营业执照的法律效力，不妨先行就营业执照的法律意义进行简要的探讨。众所周知，营业执照的产生与公司设立制度的发展密不可分。在公司设立采取放任主义的中世纪自由贸易时代，公司凭当事人自由决定而设立，法律不加干涉，此时显然没有营业执照的立足空间。当公司设立进入特许主义乃至核准主义年代时，公司若未能获得特许令状或者是核准文件，则难以有效成立，故特许令状或者核准文件成为公司有效成立的唯一合法凭证。而当公司设立进入准则主义乃至严格准则主义时代时，符合法律条件的公司、合伙以及其他各类企业，凡经登记注册，即可有效设立，并可以获得营业执照或者其他类似的注册证书。所以说，营业执照乃现代企业自由注册制度的附随产物，这一点不容置疑。就世界范围而言，营业执照（或类似证书）的法律意义主要有两种模式：

1. 为企业成立之要件。即营业执照的签发乃公司企业得以成立的不可或缺的条件。赋予营业执照这一意义的法律并不普遍，事实上也只是在我国相关的企业法规以及台湾地区“公司法”中才得以体现。如我国《公司法》相关条文规定：公司营业执照签发日期，为有限责任公司以及股份有限公司的成立日期。台湾地区“公司法”第6条规定：公司非在中央主管机关登记并发给执照后，不得成立。<sup>①</sup>诸如此类的规定表明，公司或者企业的成立，不仅要经过设立登记，更要获得相应的营业执照，否则，公司或企业难以成立。

2. 为企业获准注册的凭证。即营业执照仅具有证明企业获准注册的证据效力，凡拥有营业执照的企业即可以证明该企业经过注册，但企业的成立并不以颁发或者拥有营业执照为条件。如美国，一家公司是否设立，仅是以该公司的组织章程是否获得州务秘书归档认可为标志，至于营业执照或者注册证书之类，则可由人们于公司成立之时或成立之后自由决定是否申请。美国《统一有限责任公司法》第208条第2款规定：任何人皆可以要求〔州务秘

<sup>①</sup> 张知本编、林纪东续编：《最新六法全书》，台湾地区大中国图书公司1998年修订版，第124页。

书]提供一份公司的成立证书(certificate of incorporation),而由州务秘书签发的成立证书则可以被信赖为公司于本州存在的最终证据。<sup>①</sup>尽管美国有的州颁发注册证书或执照(Charter)作为注册的凭证,但有的州则是由州务卿在公司注册文件的副本上盖章后退回,或是仅以州政府的收据为注册的凭证。<sup>②</sup>再如法国《商事公司法》第5条规定,商事公司自在商业和公司注册簿登记之日起享有法人资格。<sup>③</sup>大陆法系多数国家的公司法律相关规定皆与此实质相同,皆不以营业执照或注册证书作为公司成立的要件。事实上,现代绝大多数国家的公司企业法律,虽然普遍要求公司企业应经注册登记方可设立,但同时又以营业执照的颁发作为企业成立共同要件的,极其少见。

**二、我国吊销营业执照制度的基本内容。**由于我国以营业执照为企业成立要件之一,故营业执照与企业的存续密切相关。几乎所有对企业的监督管理,无不与营业执照有关,营业执照实际成为对企业进行工商管理的核心与基点所在。吊销营业执照制度,便能最为集中地代表我国对企业的工商管理理念。具体而言,我国吊销营业执照制度主要有以下方面内容:

1. **吊销营业执照的类型。**由于我国营业执照总体上分为《企业法人营业执照》与非法人性质的《营业执照》两种,故吊销营业执照亦可相应分为“吊销企业法人营业执照”与“吊销营业执照”两大类。前者主要是针对获得法人资格的公司及各类企业,后者适用于个人独资、合伙、分支机构等。

2. **吊销营业执照的理由。**主要有以下方面:(1) 虚假注册。即以各类虚假文件(含虚假注册资本证明等)骗取注册的情形。(2) 一定期限内(如六个月)无故不开业或者停业。(3) 不申请注销。即已经破产或者解散清算结束后却不办理注销登记的,对此名存实亡的企业,可以吊销。(4) 逃避年检。企业年检制度,意在年度审视企业经营状况并就此备案公示,这是国家管理企业并维持企业经营秩序的必要手段,多数国家的企业法律皆有类似的制度。企业若是以虚假手段通过年检或者干脆不参加年检,将有可能受到吊销营业执照的处罚。实践掌握的标准是,当一企业连续两年未参加年检时,即可以被吊销其营业执照。(5) 滥用执照。执照颁发的对象是特定的,执照上面的内容亦是经过特定审视而特别加以记载的,且执照本身原则上不得作为谋利的手段,任何伪造、涂改、出租、出借、转让营业执照的行为,皆实质破坏

<sup>①</sup> Corporations and business associations (statutes, rules, materials, and forms), 1999 edition, foundation press, p. 270.

<sup>②</sup> 胡果威:《美国公司法》,法律出版社1999年版,第33页。

<sup>③</sup> 卞耀武主编:《法国公司法规规范》,李萍译,法律出版社1999年版,第24页。

执照颁发的秩序，皆有可能引发营业执照之吊销。(6)非法经营。具体又可分为两类情形：一为超越经营范围的越权经营；二为违反各类法律法规的非法经营，产品质量违法、环境污染等。从以上简要列举可以看出，我国吊销营业执照的理由确实相当宽泛，而且性质各不相同，这不仅造成我国现实之中吊销营业执照的滥用，而且使得关于吊销营业执照法律效力的争论更加激烈。

3. 吊销营业执照的实施机关。正如营业执照的颁发专属于企业登记部门一样，吊销营业执照的实施也只能由企业登记部门进行，在我国即为工商行政管理部门。依照2001年4月19日，《国家工商行政管理总局关于公司登记机关是否有权对非本机关登记注册的公司违反登记管理规定的行为实施行政处罚问题的答复》中规定：“对公司违反登记管理规定实施吊销营业执照行政处罚的，应由原公司登记机关作出。”这即表明，只有原登记企业的工商行政管理部门才有权对该企业行使吊销营业执照的权力，除此，任何其他部门皆无权吊销企业营业执照。

4. 吊销营业执照的实施程序。吊销营业执照，就其法律性质而言，当属行政处罚范畴。依照《行政处罚法》第8条所列举的行政处罚的种类规定，其中第5项明确将吊销执照（其中当然也包括吊销营业执照）纳入行政处罚范畴。依照该法的有关规定，作出吊销营业执照的机关，除依法可以对相关企业进行必要的调查或者检查外，最为主要的是，应于下发吊销营业执照的《行政处罚决定》之前，告知当事人有要求举行听证的权利，当事人要求听证的，行政机关应当组织听证，只有在听证结束后，方可最终作出处罚决定。依照《行政复议法》的规定，当事人对此吊销营业执照处罚决定不服的，还可以提起行政复议甚至行政诉讼。显然，吊销营业执照的实施可能并非一蹴而就，它与其他行政处罚一样，皆应受到法律程序的严格约束。

**三、吊销营业执照的法律效力之争。**吊销营业执照的法律效力或者说所可能带来的法律后果究竟怎样？由于旧《公司法》未作明确规定，致使从理论到实务曾长期争论不休：

1. 学说之争。关于吊销营业执照法律效力的学说之争，主要有两种观点：一为企业终止说，即凡被吊销营业执照的企业，随着营业执照的吊销，其企业主体资格随即消灭，当企业为法人时，其法人人格随即终止，当企业为非法人时，其企业主体则不再为法律所承认。本案被告的主张其实质，就是企图以死亡学支持其抗辩，企图以死亡学阻止诉讼程序的进行，从而最终达到逃避债务的目的。二为企业解散说，即吊销营业执照仅引发企业的解散，属

于行政解散公司的方式之一，任何一个由此被宣告解散的企业，无论是法人还是非法人企业，其企业主体资格并不随即终止或者消灭，因为解散后的企业直至终止注销前，仍有一个待于清算的过程。

2. 部门之争。关于吊销营业执照法律效力的部门之争，主要表现为国家工商行政管理总局与最高人民法院两部门之间。前者代表吊销营业执照行政处罚的实施者，后者代表因吊销营业执照引发纠纷的裁判者；前者拥有行政规章的制定权，后者拥有司法解释的发布权；从各自制定的相关规定与公布的文件中可以看出，前者倾向为企业终止说，后者倾向于企业解散说。如国家工商行政管理总局2002年5月8日的工商立字〔2002〕第106号《关于企业法人被吊销营业执照后法人资格问题的答复》便清楚规定：“根据《公司登记管理条例》第三条和《企业法人登记管理条例》第三条和第二十五条的规定，企业法人营业执照是企业法人凭证，申请人经登记主管机关依法核准登记，领取企业法人营业执照，取得法人资格。因此，企业法人营业执照被登记主管机关吊销，企业法人资格随之消亡。”最高人民法院虽未发布相关司法解释，但所公布的有关司法文件与国家工商行政管理总局的以上精神并不相同。如最高人民法院法经〔2000〕24号《关于企业法人营业执照被吊销后，其民事诉讼地位如何确定的函》中指出：“……企业法人被吊销营业执照后，应当依法进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭，因此，企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以自己的名义进行诉讼活动。……”本案实际就是按这一精神进行答复与处理的。

3. 实务之争。关于吊销营业执照法律效力的实务之争表现为两方面：（1）被吊销营业执照的企业与工商部门的主张之间时有冲突。依照《企业法人登记管理条例》第33条规定：“企业法人被吊销《企业法人营业执照》，登记主管机关应收缴其公章，并将注销登记情况告知其开户银行，其债权债务由主管部门或者清算组织负责清理。”但实践中，由于被吊销营业执照的企业数量过于庞大，要做到一一收缴执照与公章十分困难，故诸多虽被吊销营业执照，但仍然凭着未被收缴的执照与公章从事经营或进行债权债务清理的企业比比皆是，大量在工商部门看来原本应随营业执照吊销而即消亡的企业，实际却并未当然地终止或者说消灭。依照《公司登记管理条例》的规定，吊销《企业法人营业执照》或者《营业执照》的，应由登记机关负责公告，并未要求收缴执照或者公章之类，这更是造成一大批被吊销营业执照的公司，仍然可以名亡实存。（2）各地法院之间关于被吊销营业执照企业的诉讼主体

资格的看法不统一。尽管最高人民法院曾以前述庭函的方式就吊销营业执照的法律效力作出过答复，但由于该类函复不具有司法解释的效力，故各地法院可结合本地实际情况决定是否遵照执行。司法实践之中，在最高人民法院没有作出以上函复之前，实际就是以本案为分界线，本案之前，凡针对被吊销营业执照企业所发起的诉讼，曾普遍被以诉讼主体资格不符为由而不予受理或者驳回起诉，这实际为那些欠债公司与企业逃避债务诉讼的责任追究提供了极佳的法律保护渠道；而在本案之后以及出台相关函复之后，有的地方法院仍然遵照先前的做法，但有的法院则遵照最高人民法院的文件精神加以办理。如北京市高级人民法院2001年制定的《关于企业下落不明、歇业、撤销、被吊销营业执照、注销后诉讼主体及民事责任承担若干问题的处理意见（试行）》第15条规定：“企业法人和被吊销营业执照后未注销登记前，虽然丧失经营资格，但其法人资格仍然存续。”而上海市高级人民法院2000年制定的《关于在民事诉讼中企业法人终止后诉讼主体和责任承担的若干问题的处理意见》规定：“企业法人被依法吊销营业执照后，其法人资格与经营资格终止，在民事诉讼中也不再具备诉讼主体资格，原告坚持以被吊销企业为被告的，法院裁定不予受理，已经受理的，经原告申请，法院应当变更清算组织或其清算责任人为被告。原告不申请的，裁定驳回起诉。”很显然，北京高院对待吊销营业执照的法律效力采取的是企业解散说，而上海高院所采取的则为企业终止说。

在注意到以上有关吊销营业执照法律效力争论的同时，也不得不回头关注吊销营业执照的以下情形带给其法律效力的不同影响。（1）吊销营业执照与撤销公司登记的并用，可以引发公司自始无法人格的法律效力。依照1998年2月1日国家工商行政管理总局发布的《公司登记管理若干问题的规定》第34条规定：“依据《公司登记管理条例》第五十八条（虚报注册资本）、第五十九条（虚假注册证明文件）的规定被撤销登记、吊销营业执照的，该公司自始即无法人资格。”此类自始无人格的情形，与企业终止说及企业解散说皆不相符。（2）吊销营业执照可以替代注销登记的法律效力。如前所述，在企业破产、解散并清算结束后，不按规定办理注销登记的，由企业登记机关吊销营业执照。此类情形下的吊销营业执照，其效力的确仅是宣告已经死亡企业的注销，这又使得主张解散说者处于难堪之境。总之，以上两类吊销营业执照情形的存在，使得关于吊销营业执照法律效力的把握更加处于难以捉摸之中。

#### 四、新《公司法》对吊销营业执照法律效力的明确以及依然存在的司法



**困惑。**《公司法》第181条第(4)项规定,公司因依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销而解散;第184条进一步规定:公司因181条第(4)项等而解散的,应当成立清算组,开始清算;第187条第3款又明确,清算期间,公司存续。基于以上这些规定,以上长期以来关于吊销营业执照法律效力的学说之争、部门之争、实务之争,应当划上句号,相关文件规章、制度规范与新《公司法》存在的冲突也应当及时予以清理。很显然,新《公司法》十分明确地赋予吊销营业执照以解散公司的法律效力,关于吊销执照的解散学说最终获得法律上的认可。因此,近些年来最高人民法院曾一贯坚持与主张的吊销营业执照仅具有解散效力的原则应当得到更严格的执行与贯彻。在新《公司法》下,任何将吊销公司营业执照视为终止或死亡的观点及其程序安排与处理,均与新法不相符!

但是,在新《公司法》赋予吊销营业执照以解散效力的情形下,尽管可以避免公司企业利用吊销执照而逃避诉讼责任的追究,但也进一步引发或者说强化了诉讼程序适应上的新困惑。事实上,大量被吊销执照的公司企业确实已经是名存实亡,而且大多被吊销执照的公司企业基本不进行任何的事实清算。在这样的现实情形下,结合最高人民法院相关答复与解释以及新《公司法》的相关规定,那些虽已被吊销执照但并未经过事实清算的公司,其法律地位将永远是“僵而不死”。而这样以来,带给诉讼秩序上的适用困惑便是,明知被吊销执照的公司不可能到庭应诉,明知这些公司也实际无任何可供执行的财产,而且明知公司被吊销已经长达多年甚至十几年或者更长,但考虑法律上关于被吊销执照公司未经事实清算因而应当视为依然存续的制度安排,于是不得不向那些所谓“僵而不死”的公司送达立案文书、开庭传票、裁判文书等等,甚至因为的确无法采取一般方式送达情形下,还不得不一一次又一次地对其进行公告送达。但令人遗憾的是,这样的送达几乎是没有任何意义的,这样的送达显然是一种浪费,更是毫无意义的拖延。难道公司法真的对此无能为力?对那些已经不可能唤醒的被吊销执照的公司真的非要视为永远还活着吗?难道公司走向死亡只有事实清算一条道吗?难道不可以再设定一项更细化的制度,安排那些无任何财产、且被吊销达一定年限(如3年或5年等)的公司,即便其不进行任何的事实清算,也可视其为死亡,由此针对这类被吊销执照公司之诉讼可以不再进行,相关的诉讼程序可以予以免除,这样不是可以更好地避免不必要的诉讼困扰与拖延吗?

借鉴国外相关制度,在韩国公司法制度中,了解到一种所谓的拟制清算制度。它主要是指已经进入解散状态的公司,经过一定期限后即视为清算完

毕的制度，它并不要求一定发生实际的清算，时间的流逝就是最好的结局。凡经过拟制清算的公司，原则上即视为其公司人格消灭。如韩国商法第 520 条之二第（4）项便规定：被拟制解散的公司，在 3 年之内若未继续该公司时，3 年之后视为已终结清算。<sup>①</sup> 为了解决拟制清算制度下，可能发生的债权债务处理问题，韩国司法还建立了以下的配套处理机制：若拟制清算的公司仍存在某些权利关系，事实上有必要进行整理时，在该范围内不消灭其法人人格，仍有可能引发实际的清算。<sup>②</sup> 韩国的这一拟制清算制度，的确十分的独特，它既考虑到公司解散与终止的实际状况，又兼顾了清理公司债权债务的诉讼需求。难道不可以为我国进一步完善吊销公司营业执照制度提供有价值的借鉴！

在此必须指出的是，现实之中，大多被吊销执照的公司，实际都是属于无须清算的公司。所谓无须清算，既可能是企业投资者之间对企业财产不存在争执，也可能是企业没有任何负债，还可能是企业放弃其债权的追讨，当然也可能是企业如愿盈利而不再经营，更可能是企业徒劳四壁而毫无偿债之能力。总之，这些形式上被吊销执照的公司，实质上可能毫无清算之必要或价值，故以类似韩国所采用的拟制清算制度来视为这些公司企业终止或死亡，这比非得通过事实清算才能终止公司企业的一种制度安排，显然要大大节省人力、物力的投入，从而为企业快速地退出市场提供便利通道，并可最大限度地避免毫无意义的诉讼争端与处理。

① 吴日焕译：《韩国商法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 130 页。

② [韩] 李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 690 页。

164

## 不服行政解散公司之诉

### 【关注焦点】

行政解散公司之方式，为世界各国公司法律制度普遍采用。本案所要关注的是，被行政解散之公司有何法律救济渠道？对于不服行政解散公司之诉，是否应建立不同于一般行政之诉的独特救济机制？

### 【基本案情】

原告：某有限责任公司

被告：某工商行政管理局

原告系张某、吕某两人所设公司。1995年初，张某着手筹办原告设立登记事宜。同年3月，张某委托其朋友所开设的甲公司为其出具存放资金50万元的证明，甲公司已于出具证明前的1994年11月因未参加年检被吊销了企业法人营业执照。之后，张某凭此资金证明委托某审计所（诉讼时已撤销）出具验资报告，该所会计师在未实际核验资金的情况下，于同年3月3日，出具了张某、吕某两人各投资25万元的验资报告，并说明截止1995年2月底，张某、吕某两人的投资款已暂存于甲公司。原告在以上资金证明及验资报告的基础上，依照公司设立登记的必有手续，还提交由吕某以董事长身份签署的《公司设立登记申请书》、公司住所证明等相关文件。同年3月13日，原告经依法核准，注册成立。1996年2月，原告因注册场所租期届满，便搬

至异地继续经营，1997年再次搬迁经营场所。原告两次搬迁办公场所，皆未办理公司住所变更登记手续。1998年1月，原告最先注册所在地的工商所限令原告于30日内办理注册地址变更登记，原告仍未办理。1999年6月，被告根据举报对原告涉嫌登记时提交虚假文件、虚报年检材料问题展开调查，并于同年7月21日正式立案。2000年1月，被告对原告作出了撤销设立登记、吊销营业执照的行政处罚决定。被告不服，向某基层法院提起诉讼。诉讼期间，被告认识到其作出的处罚决定未尽法定程序，于同年5月撤销上述处罚决定，原告遂撤回起诉。

此后，经补充调查，被告拟对原告重新作出处罚，于同年7月18日向原告送达听证告知书。在原告申请听证后，被告于同年8月7日通知原告于同月15日进行听证，并告知原告可委托代理人参加听证，有正当理由可申请延期听证等权利。同月12日，原告以法定代表人吕某喉部长有息肉需入院手术为由申请延期听证。同月15日，被告决定推迟至8月24日举行听证，并再次告知原告申请延期须在8月21日前提出。同月19日，原告持同一理由申请延期至10月进行听证。同月22日，被告决定不予准许再次延期，告知原告逾期不参加视为放弃听证，同月23日，原告将其法定代表人的诊断证明传真至被告处。同年9月6日，被告对原告再次作出与前述行政处罚相同的处罚决定。据查，原告法定代表人吕某于同年8月21日确实入住某医院，同月28日确曾进行医疗手术，同年9月5日出院。针对被告再次作出的撤销公司设立登记以及吊销营业执照的行政处罚决定，原告以违反法定程序、已过追责时效、适用从重处罚违反法律为由，再次向某区人民法院提起行政诉讼。

另据原告诉称：其之所以提起本案之诉，是因为其在另一案件中，法院判决另一当事人要给予其支付应得利益几千万，但在其申请另案执行后，即发生本案被吊销执照之事，致使另案当事人以其被吊销执照为由申请中止另案执行，而执行法院采纳该建议已经中止了另案执行；同时，另案当事人还继续以其被吊销执照为由申请再审，理由是其因被吊销执照而自始即无公司合法人格，故另案认定无人格公司所签合约有效显然错误，依据合同有效而判决几千万利益更应撤销。正因为如此，原告才不得不提请本案诉讼。

## 【审理要览】

一审法院认为：被告提交的证据证明，原告在申请设立登记时持有的资金证明系他人以已被吊销企业法人营业执照的甲公司名义所出具，因而该资

金证明不具有客观真实性，不能证明原告的两位股东已全部缴纳了出资；某审计所经办人员未对原告股东的出资情况进行实际查验，以上述不真实的资金证明为依据出具验资报告，此验资报告同样不具有客观真实性；至于原告成立后使用流动资金的证明不必然表明是其股东在登记时所实缴的注册资本金；由于原告未能提供有效的反证证明其两名股东确已缴足注册资本，故被告认定原告设立时虚报注册资本、提交虚假验资报告的事实成立。同时，被告提交的证据能够证明原告实施了未经变更登记即变更公司住所、且不按要求改正的行为，原告所作的辩解不能说明其上述行为的合法性。由于原告上述违法行为发生之后，始终未按公司登记的法定条件予以自行纠正，上述违法行为是持续状态，至被告立案查处之时仍未終了，故被告对原告进行查处，没有违反《行政处罚法》第29条第2款有关追诉时效的规定。被告就原告作出行政处罚之前，告知了原告申请听证等相关权利，并根据实际情况作出延期听证的决定。原告在再次申请延期听证未获批准情形下，未参加听证，被告据此认定原告放弃听证权利，径行作出处罚决定，似有不甚合理之处，但认为被告此举违反法定程序尚显依据及理由不足。被告依据原告申报50万元注册资本全部为虚报及该公司股东张某指使他人作虚假陈述等情节，在其权限内裁量确定原告上述违法行为构成情节严重，予以从重处罚，并未违反公司登记法律法规的规定。综上所述，判决维持被告行政处罚决定，原告不服，提出上诉。

二审法院认为：一审判决认定事实清楚，适用法律及行政法规正确，程序合法，故终审判决，驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

行政解散是公司解散的方式之一，各国普遍采用此种方式。本案即是关于行政解散公司的纠纷，牵涉到撤销设立登记、吊销营业执照等行政行为，案件性质属于行政诉讼。

**一、国外行政解散公司制度之比较。**我国行政解散公司制度在公司法中规定得较为简略，多作为一种行政行为规定在行政处罚法以及行政诉讼法等行政法律规范之中。然而，实务之中对于撤销公司设立登记、吊销营业执照的适用条件、法律效力等认识较为混乱。通过对国外行政解散公司制度的比较，可以发现值得借鉴之处。

1. 美国。美国的行政解散公司制度与自愿解散公司以及司法解散公司共

同构成美国公司解散制度的三种模式。美国的行政解散公司，是由州务秘书（负责公司登记的行政长官）依照法定事由而强制实施的，在中国最为典型的吊销营业执照事由——逃避年检情形，在美国亦被作为行政解散公司的主要理由之一。如在到期后 60 天内公司向不向州务秘书送交年度报告书时，即可被行政解散；除此之外，如公司超过 60 天未在本州设立注册代理人、超过 60 天未缴纳公司特许税或者罚款、以及公司经营期限届满等，皆有可能被行政解散。<sup>①</sup> 行政解散公司的方式是，先由州务秘书将确认存有解散事由的通知送达该公司，若公司不能予以改正，则州务秘书可以签署一份解散证书，于该证书中复述公司解散的根据及生效日期，并将该证书正本归档，副本送达该公司，行政解散公司即告完成。<sup>②</sup> 按照美国《示范商业公司法》14.21 条 3 款以及《统一有限责任公司法》第 810 条 3 款规定：一家被行政命令解散的公司得以为清算目的继续其存在，且应当履行与自愿解散公司以及司法解散公司一样的清算义务，清理公司债权债务的方式亦与自愿解散公司所采取的方式相同。<sup>③</sup> 以上两法的有关规定，还允许被行政解散后的公司可以如自愿解散后的公司一样，被申请恢复到公司未被解散前的状态，当该恢复申请遭到拒绝时，公司可以发起撤销行政解散之诉。这也就是公司法理论中所谓的“公司继续制度”。以上美国行政解散公司制度，不仅较为狭窄地规定了行政解散公司的事由，而且清楚地规定了行政解散公司的方式，更为主要的是准确地界定了行政解散公司的法律效力，同时必要地设立了公司继续制度，这一切皆使得美国行政解散公司制度相对地合理，且便于操作运用，不至于引发司法之争议。

2. 日本。日本的相关法例，最为主要的是休眠公司的解散制度。所谓休眠公司，是指那些停止营业活动并且未经解散及清算而又闲置商业登记的公司，有如我国所谓的长期未进行年检的公司。依照《日本商法》第 406 条之三的规定：法务大臣在官报公告，要求最后登记起经过 5 年的公司在本公司所在地管辖的登记所申报不废止营业，如果公司在以上公告之日起 2 个月内不申报继续营业或不予登记的，视为在前述期限届满时已经解散，有上述公告时，登记所应向公司通知已有公告。<sup>④</sup> 这显然是以行政公告的手段来拟制解

① 虞政平编译：《美国公司法规范精选》，商务印书馆 2004 年版，第 130 页。

② 同上书，第 131～132 页，见美国《示范商业公司法》第 14.21 条。

③ 同上书，第 131 页、第 215 页。

④ [日] 永未敏和：《现代日本公司法》，金洪玉译，人民法院出版社 2000 年版，第 272 页。

散连续 5 年皆末年检的休眠公司。依照该法第 417 条的规定：凡公司解散时，除合并及破产以外，皆进入清算程序，以上对休眠公司的拟制解散，当然引发公司的清算；同时，依照该法第 430 条及第 116 条，公司虽已解散，但在清算的目的范围内，仍视为存续。<sup>①</sup> 依照该法第 406 条之三第 3 项的规定：一家被视为解散的休眠公司，在被宣告解散后三年内仍可依特别决议使公司继续，从而恢复至解散前的同一公司状态。<sup>②</sup> 对于不符合注册条件而设立的公司或者即使公司已经设立登记，但如果根本不能确认公司组织存在，可以提起公司设立无效或公司不存在之诉，这已经不属于行政解散的范围。

3. 韩国。韩国商法中也存在与日本法相类似的休眠公司解散制度、公司继续制度等。另外，韩国还存在法院命令解散公司制度。依照韩国商法第 176 条第 1 款规定：“有下列事由时，法院可以根据利害关系人或者检事的请求，或者依职权，命令解散公司：①公司的设立目的为违法时；②公司无正当理由，自设立之日起 1 年内未开始进行营业或者歇业 1 年以上时；③因董事或者执行公司业务之股东违反法令或者章程作出不可容许公司存续的行为时”。<sup>③</sup> 类似情形，在中国显然也只是以吊销营业执照方式来处理，而韩国却由法院以命令方式予以解散（命令解散不同于判决解散），而且以命令方式解散公司后，在清算目的范围内，公司仍视为继续存在。可见，韩国把在我国属于行政机关的职权赋予了法院，更注重法院在公司解散中的作用。

4. 香港地区。依照香港《公司条例》第 290A 条以及第 291 条各款项的规定：凡公司连续 2 年未有向处长（负责公司登记管理的）递交本条例规定的周年中报表，或者处长如有合理理由相信某公司并非是在营业或运作中，则处长可以邮递方式通知，并在未能获得合理回覆后的一定期限内（1~3 个月），于宪报刊登公告，将公司名称自登记册中予以剔除，而公司亦即解散。<sup>④</sup>

5. 台湾地区。在大陆通过吊销营业执照而处理的情形，台湾地区则是以行政命令解散公司或者撤销公司登记的方式来加以处理。如台湾地区“公司法”第 9 条规定，当公司设立登记有违法情事或者公司虚报注册资本以及抽逃股款的，不仅公司负责人应受经济甚至刑事处罚，而且在法院就以上事项

① 卞耀武主编：《当代外国公司法》，法律出版社 1995 年版，分别见第 702、705、593 页。

② 同上书，第 697 页。

③ 吴日焕译：《韩国商法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 37 页。

④ 王叔文等主编：《最新香港民商法律》，人民法院出版社 1997 年版，第 460-467 页相关。

作出裁判认定后，还可由法院检察处通知中央（企业）主管机关撤销公司登记。这种先司法裁判而后行政撤销的模式，值得关注。该“法”第10条规定，当公司设立后六个月未开业或自行停业6个月以上且无正当理由，或者公司有违反法令或章程之行为足以影响正常经营者并不于限期内改正时，中央主管机关得依职权或依地方（企业）主管机关报请而命令公司解散。<sup>①</sup>凡以行政命令而解散的公司应进入清算程序，但被撤销登记的公司是否需要进入清算，台湾地区“公司法”未作明确规定。

通过以上比较，可以看出国外或地区对于行政解散公司的法律效力规定得较为明确，即引发清算义务，公司得以为清算目的继续其存在。许多国家还建立了公司继续制度，使公司恢复到未被解散前的状态。并且，一些国家和地区赋予了法院命令解散公司的职权，实际是把在我国属于行政解散的内容交由法院来管辖。

**二、我国吊销营业执照的法律性质。**本案涉及吊销营业执照的行政行为，争议的焦点在于行政机关作出吊销营业执照的行政处罚决定是否合法，是否违反了法定程序。这就需要对我国吊销营业执照的法律性质和程序进行梳理。

依照《行政处罚法》第8条所列举的行政处罚的种类规定，其中第（5）项明确将吊销执照（其中当然也包括吊销营业执照）纳入行政处罚范畴。因此，吊销营业执照的法律性质属于行政处罚当无异议。依照该法的有关规定，作出吊销营业执照的机关，除依法可以对相关企业进行必要的调查或者检查外，最为主要的是，应于下发吊销营业执照的《行政处罚决定》之前，告知当事人有要求举行听证的权利，当事人要求听证的，行政机关应当组织听证，只有在听证结束后，方可最终作出处罚决定。依照《行政复议法》和《行政诉讼法》的规定，当事人对此吊销营业执照处罚决定不服的，还可以提起行政复议甚至行政诉讼。所以说，吊销营业执照的实施并非一挥而就，它与其他行政处罚一样，皆应受到法律程序的严格约束。<sup>②</sup>

**三、对本案之具体分析。**本案属于行政诉讼，争议的焦点在于工商管理机关所作出的撤销设立登记、吊销营业执照的行政处罚行为是否合法。这就需要考察原告的违法行为是否符合行政处罚的标准以及作出行政处罚的程序是否合法。

<sup>①</sup> 张知本编、林纪东续编：《最新六法全书》，台湾地区大中国图书公司1998年修订版，第124页。

<sup>②</sup> 虞政平：《吊销营业执照的法律效力》，载《法律适用》2003年第10期。



原告设立时持有的资金证明系他人以已被吊销企业法人营业执照的甲公司名义出具，不具有客观真实性，以此为基础的验资报告也不具有真实性，因此公司设立时的资本显然虚假。但是公司设立后资本是否补足，公司所有者权益是否已满足，如是否通过赢利未分配而补足资本等事实，却未加查明。依照《公司法》第199条的规定，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，应首先由公司登记机关责令改正。另外，依照国家工商行政管理局2000年8月22日下发的《对公司登记违法行为行政处罚追责时效问题的答复》规定：“如违法的公司自行纠正其违法行为，并达到《公司法》规定的条件，自该纠正行为之日起超过二年的，则不应再追究其违法行为。”该答复意在进一步赋予瑕疵公司自行更正瑕疵的权力，即允许瑕疵公司通过更正瑕疵的方式获得完全的法律承认。但本案之中，行政机关对公司设立后是否更正了瑕疵的事实未加查明，径行作出吊销营业执照的处罚并不恰当。至于原告先后两次公司地址变更，虽没有登记而违法，但这种现象很普遍，并未达到吊销营业执照的程度。纵观国外相关制度，并不要求公司搬迁即应备案、甚至变更登记。

从行政处罚的程序来看，依照《行政处罚法》第42条的规定，行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。也即听证是必经程序，除非当事人放弃。被告第一次处罚时未经听证而自行撤销了处罚决定，再一次拟处罚前通知听证，但被处罚人以其代表人生病为由两次拒绝出席听证，最终处罚虽实际是在未经听证的情形下作出，但并不能就此认为工商部门实质剥夺了被处罚人听证的权利。因为已经给予了被处罚人两次接受听证的机会，但被处罚人以不能出席为由实际是变相拒绝听证，其股东之一生病并不能代表被处罚公司不能派人接受听证。很显然，当事人对于听证权利的放弃，并不能视为工商部门没有给予当事人听证的权利与机会。试想，如果任何被处罚人都像本案当事人一样，以各种理由拒绝听证，那么，是否意味着凡需要听证而又未经实质听证的处罚均不能作出呢？立法规定听证之本意显然并非如此，核心在于是否给予听证的权利与机会！故此，司法最终维护行政处罚，仅从是否听证来看，并无不妥。

必须指出的是，事实上，正如原告陈述，其之所以打本案官司的原因，是因为有一个生效裁判确认了原告有相当可观的胜诉利益（几千万元），当原告申请执行时被举报而受处罚，因为处罚而其胜诉判决执行被中止，甚至还试图就其获得胜诉的生效裁判考虑是否进行再审。因为原告是虚假设立主体

而现又被吊销，按工商部门相关规定，此类吊销视为设立之时即无人格，无人格公司所签订的一个合约显然应无效，而其凭无人格之公司与人签约且最终获得几千万利益是不合法的。正因为如此，原告才提取本案之诉讼。实际上，按照之前案例之分析，吊销执照并不影响吊销之前所签合同之效力，以及吊销执照仅为解散公司效力之观点，本案之诉完全是多余的，即便公司被吊销执照，同样可以申请执行其被吊销执照之前已经获得的胜诉判决。



165

## 判决终止合作经营 合同能否等同于解散合作企业

### 【关注焦点】

中外合资或合作企业之人格特性是什么？其与一般公司之人格有何不同？中外合资或合作企业经营合同与各自公司人格之间有何互动关系？判决解除或终止合资或合作合同即等于解散合资或合作企业吗？在解散公司诉讼中，被解散公司是否应当参加诉讼？

### 【基本案情】

原告：甲公司

被告：乙公司

原告甲公司诉称：1995年甲公司购买丙公司原股东匈牙利布达佩斯富云责任有限公司的股份，成为丙公司的股东之一，乙公司系丙公司的另一股东。2003年7月，甲公司与乙公司重新修订并签署了丙公司的《公司章程》。该章程规定，公司董事会由五名董事组成，其中乙公司委派三名，甲公司委派两名，董事长由乙公司委派。公司设总经理一名，由董事会聘请并任命。双方之一不履行合同或公司章程义务，其他一方提出警告仍不纠正时，任何一方有权依法终止合资。

2005年7月，丙公司原董事长兼总经理任期已到，为选举新的董事长及

总经理，甲公司派驻丙公司的两名董事建议召开董事会。但召开董事会的通知遭到乙公司委派的三名董事拒绝。甲公司认为，乙公司委派的董事拒不出席董事会，且拒绝重新委派董事，致使丙公司长期处于无法定代表人、无总经理的尴尬处境，极大地阻碍了公司的正常经营，致使公司根本无法运作，公司及股东的权益遭受极大的损害。故甲公司诉至法院要求：终止与乙公司的合资关系；对双方合资成立的丙公司进行注销清算，并要求乙公司承担本案全部诉讼费用。

乙公司辩称：其与甲公司双方认可的在1992年8月8日签订的合资经营企业合同中订有仲裁条款。该条款明确约定：凡因执行本合同所发生的一切争议，协商不能，应提交北京对外经济贸易仲裁委员会裁决。因此，请求裁定驳回甲公司起诉，告之向仲裁机构申请仲裁。

## 【审理要览】

法院经审理认为：本案属于新《公司法》中规定的“公司僵局”纠纷，即“公司经营管理发生严重困难”，股东间或公司管理人员之间的利益冲突和矛盾，使得公司的运行机制完全失灵，股东大会、董事会、包括监事会等权力机构和管理机构无法对公司的任何事项做出决议，公司的一切事务处于瘫痪，公司的运行陷于僵局。新《公司法》施行前，法院在公司僵局面前，对当事人解散公司的诉讼请求持谨慎态度，对此类案件能否受理，诉讼请求能否给予支持多有疑虑。而新《公司法》中第183条规定：“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。”根据本案查明事实，甲公司主张终止双方的合资关系符合公司章程的规定，亦符合《公司法》的规定，应予以支持。据此判决：终止甲公司与乙公司签订的《丙公司合资经营企业合同》，驳回甲公司其他诉讼请求。

## 【裁判解析】

本案的特殊之处在于被解散公司是中外合作经营企业，这类企业具有不同于一般公司之特性，因此这类企业的解散纠纷也呈现出自己的特点。

**一、中外合资或合作企业之人格特性。**中外合资或合作企业是依中国法律在中国境内设立的外商投资企业，是利用外国直接投资的主要形式。二者

既有共同点又各具特色。中外合资经营企业（以下简称合资企业）是指外国的公司、企业和其他经济组织或个人同中国的公司、企业或其他经济组织依照中国法律在中国境内共同投资举办的法人企业。合资企业是一个独立的法律实体，具有独立的法律人格，根据《中外合资经营企业法实施条例》第16条的规定，其组织形式为有限责任公司。

而中外合作经营企业则更加灵活，与合资企业相比，合作企业具有鲜明的契约性特征，即合作各方的权利义务包括各方的出资或者提供的合作条件、收益或者产品的分配、风险的分担、经营管理的方式和合作企业终止时财产的归属等事项均是依照中外合作各方签订的合作企业合同确定的。根据《中外合作经营企业法》第2条的规定“合作企业符合中国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格”，即我国的合作企业既可以是法人，也可以是非法人组织。

无论是中外合资还是中外合作企业，合营合同均具有重要的法律意义。它是成立中外合资经营企业、中外合作经营企业的前提和基础，在外商投资企业成立、存续和终止过程中，发挥着重要的不可替代的作用。按照《中外合资经营企业法实施条例》第7条的规定，由合营各方授权代表签署的合营企业协议、合同和章程是申请设立合营企业必须报送的文件。同样的，《中外合作经营企业法实施细则》第7条也规定：“设立合作企业，应当由中国合作者向审查批准机关报送下列文件：……（三）由合作各方的法定代表人或其授权的代表签署的合作企业协议、合同、章程。”也即，合资与合作合同是组建设立中外合资或合作企业过程中的必要文件。

根据以上法律的规定，中外合资或合作企业的设立文件包括协议、合同、章程。其中，协议是指合营各方对设立合营企业的某些要点和原则达成一致意见而订立的文件；合营企业合同，是指合营各方为设立合营企业就相互权利、义务关系达成一致意见而订立的文件；合营企业章程，是指按照合营企业合同规定的原则，经合营各方一致同意，规定合营企业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的文件。就协议而言，合营协议与合营合同有抵触时，以合营合同为准。经合营各方同意，也可以不订立合营企业协议而只订立合营企业合同、章程。而对于合营合同和章程，则是设立中外合资或合作企业的必备文件，都是由合营各方共同制订，二者的联系在于合营合同的约定是制订章程的基础和依据，一般先于章程制订。不同之处在于内容各有侧重，合同是投资者之间共同投资、共同经营的意思表示，主要规定投资者各方的权利和义务。而企业章程是各方参与合营企业组织运营的规则，公司组织机

构的职权和议事规则等是其主要条款。当二者发生冲突时，对于中外合作企业而言，合作企业章程的内容与合作企业合同不一致的，以合作企业合同为准，这突显了中外合作企业的契约性特征，反映了合同在合作企业运行中的核心地位。由上可知，与非外商投资公司之人格比较，中外合资与合作企业人格的合同特性更加鲜明，以至于中外合资与合作企业似乎更像是合同关系。

**二、解除合资与合作合同等同于解散合资与合作企业吗？**本案为《公司法》中规定的司法解散公司纠纷，但判决却是宣告终止合资经营企业合同，那么解除合资与合作合同等同于解散合资与合作企业吗？

由于合资与合作企业的特殊性，在其订立的合同、章程中一般都有“争议的解决”的内容，多选择仲裁的方式解决纠纷，这就为通过仲裁解决公司僵局提供了依据。而实务中通过仲裁解除合资与合作合同的案例普遍发生，通常均认为解除合资与合作合同即等于解散合资与合作企业，司法机关也持类似的观点。在《最高人民法院关于审理中外合资经营合同纠纷案件如何清算合资企业问题的批复》中规定：“中外合资经营企业一方当事人向人民法院提起诉讼，要求解散合营企业并追究对方违约责任的，人民法院仅应对合营合同效力、是否终止合营合同、违约责任等作出判决。”本案法院的判决也是受此影响。

事实上，解散合资与合作合同并不能等同于解散合资与合作企业，就像公司设立以后，绝不可能再通过解除公司设立协议而即能解散公司一样，解除合资与合作合同，原则上也不能起到解散企业的法律效力。但为什么我国仲裁乃至司法实践中如此普遍地将解除合同与解散公司相混同呢？而且基本只发生在合资与合作企业相关纠纷的处理之中，对于非外商投资的纯国内性公司，尽管也有人会主张解除公司设立协议从而解散公司，但并不多见，且一般不能获得司法的支持，司法一般都会让其直接提起解散公司之诉，而非解除公司设立协议之诉。或许，对于合资与合作企业，存在这样的认识，认为他们根本而言就是合同关系，至于其公司主体身份仅是冠名而已，其人格独立之特征性实际并不明显。

**三、解除合资与合作合同与解散公司再比较。**尽管合资与合作合同在合营企业中居于十分重要的地位，但是，仍不能得出解除合资与合作合同就等同于解散公司。二者的不同之处在于：

1. 主张主体不同。合同具有相对性，合资与合作合同是投资各方所签，解除合同也只能由合同各方主张，公司并不参与；而根据《公司法》的规定，提起解散公司之诉的原告则只能是股东等特定主体，尤其被告只应当是公司

本身。

2. 主张理由不同。解除合同需要查明的是存在违约与否等解除理由，而解散公司则要看公司是否符合解散条件，查明的路径几乎完全不同。

3. 涉及的利益主体也不一样。合同解除一般只涉及合同各方，而解散公司则涉及公司主体乃至公司债权、债务人等多方主体。

4. 效果不同。即是否需要清算？根据《合同法》的规定，解除合同只发生相互返还的义务，并不导致清算程序的启动，而除公司合并、分立的情形外，公司解散均需要清算才能办理注销手续。

通过以上分析可以看出，已经依照合同设立的公司显然不能再通过解除合同而解散公司。只有还未设立公司的状态下，才可能通过解除设立协议而结束设立关系。公司一旦设立就具有了独立的人格，其解散也必须符合公司解散的条件，不能简单地以解除合资与合作合同来混同于解散公司。

**四、对本案之简要评析。**本案发生在新《公司法》刚刚颁布施行之时，但关于司法解散公司的具体司法解释尚未出台，法院对于“公司僵局”纠纷的理解与把握尚处在探索阶段，因此，在本案纠纷的处理上存在诸多不足。

本案为解散公司之诉，原告为股东之一，其持股比例也符合《公司法》的规定，原告的主体资格并无异议，但解散公司消灭的是被解散公司的主体资格。因此，被告本应为公司，在本案中却为公司的另一股东，不符合公司解散之一般法理。

乙公司辩称：合资经营企业合同中订有仲裁条款。该条款明确约定：凡因执行本合同所发生的一切争议，协商不能，应提交北京对外经济贸易仲裁委员会裁决。根据《中外合资经营企业法》第15条规定：“合营各方发生纠纷，董事会不能协商解决时，由中国仲裁机构进行调解或仲裁，也可由合营各方协议在其他仲裁机构仲裁。合营各方没有在合同中订有仲裁条款的或者事后没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。”本案明确约定了仲裁事项和仲裁地点，订立了有效的仲裁条款，但法院却对仲裁条款置之不理，不作任何进一步地查明与确认，依然按诉讼处理，显然不妥。

《公司法》及相关的司法解散程序，明确规定了司法解散公司的事由和条件，本案却对是否符合解散事由，或是否符合新《公司法》关于因僵局而解散公司的具体充分的事实未作进一步地查明与阐述，判决主文依然是将宣告解除合同来替代解散公司，似乎在故意张冠李戴、回避问题。随着我国司法解散公司制度的进一步完善，这种做法应该得到纠正。

## 未出资股东是否享有参与公司清算之权利

### 【关注焦点】

当公司进入清算状态时，未出资股东是否有权参加公司之清算？没有将未出资股东纳入而组建之公司清算委员会是否为合法之诉讼主体？不将未出资股东纳入公司清算委员会究竟会带来哪些法律上之问题？是否出资之事实应当经过怎样的程序予以确认？

### 【基本案情】

原告：甲房地产公司清算委员会

被告：A 房地产公司

1993年7月22日，甲省A房地产公司为甲方，香港简称B公司为乙方，双方签订《浙江甲房地产开发有限公司合同》（以下简称合资合同）和《浙江甲房地产开发有限公司章程》（以下简称章程）各一份，甲省对外经济贸易委员会于同月26日以（93）浙外经贸资字488号批复批准。同月29日，中外合资经营企业浙江甲房地产公司获企业法人营业执照。合资合同约定：合资公司的生产经营范围是甲市文一路北侧骆家庄2号地块内天湖公寓及配套辅助设施的开发、建设、销售、服务和物业管理；投资总额为1200万美元；注册资本为600万美元；A房地产公司认缴240万美元，占注册资本的40%；B公司认缴360万美元，占注册资本的60%；董事会由3名董事组成，其中



甲方委派一名，乙方委派两名；董事会会议程序、董事会的权力和职责等事项，在合资公司的章程中详细规定。章程规定：董事会是合营公司的最高权力机构；董事会决定合营公司的一切重大事宜，其主要职权包括负责合营公司终止和期满时的清算工作；合营公司董事会由3名董事组成，其中甲方委派一名，乙方委派两名；首届董事会董事长由乙方委派，副董事长一名，由甲方委派；董事任期4年，经委派方继续委派可以连任。

甲房地产公司董事会由董事长陈甲、副董事长陈乙、董事陈丙3人组成，其中陈甲、陈丙系B公司委派，陈乙系A房地产公司委派。

1996年6月，合资双方发生纠纷，B公司依据合资合同中的仲裁条款向中国国际贸易仲裁委员会上海分会（以下简称贸仲上海分会）申请仲裁，要求确认A房地产公司未出资、不享有股权、承担违约责任、终止合资合同等；A房地产公司提出反请求。仲裁庭于1997年5月23日作出（97）沪贸仲字第096号仲裁裁决：终止合资合同，合资公司应依照《外商投资企业清算办法》的规定进行清算；A房地产公司因未出资，应向B公司支付违约金14.4万美元；驳回B公司的其他请求及A房地产公司的反请求等。A房地产公司向上海市第一中级人民法院申请撤销该仲裁裁决，上海一中院于1998年4月2日作出（1997）沪一经仲撤字第2号民事裁定，驳回了其撤销仲裁裁决的申请。

1998年4月22日，甲房地产公司召开董事会特别会议，董事陈甲、陈丙出席，会议决议确认了在仲裁裁决作出后甲房地产公司董事会有关成立清算委员会对甲房地产公司进行普通清算的决议；重申根据仲裁裁决确认的A房地产公司未出资的事实，A房地产公司除依法承担责任外，不拥有投资者的相应权利；组成甲房地产公司清算委员会，依法行使法定职权，清算委员会由陈甲、陈丙、郭某、海某、贺某5人组成。甲房地产公司清算委员会成立后，分别在法制日报和浙江法制报发布了公告。1999年8月25日，甲省工商行政管理局发出公告，以甲房地产公司未在法定期限内参加1998年度企业联合年度检查为由，决定吊销其营业执照。

1998年7月16日，甲市中级人民法院就原告中国建设银行甲市房地产信贷部与被告A房地产公司、甲房地产公司借款合同纠纷一案作出（1997）杭经初字第404号民事判决，判令主债务人A房地产公司归还债权人中国建设银行甲市房地产信贷部借款本金800万元、支付利息87,900元、截至1997年11月30日的逾期利息1484800元，共计9572700元；支付1997年12月1日起至判决生效之日止按中国人民银行的有关规定计付的逾期利息；上述款项应

于判决生效之日起十日内付清；抵押物拍卖后所得价款优先受偿；保证人甲房地产公司对抵押物拍卖所得价款不足以清偿 A 房地产公司应归还和支付中国建设银行甲市房地产信贷部上述款项的部分负连带清偿责任；案件受理费 54760 元，财产保全费 40520 元，合计 95280 元，由 A 房地产公司负担，甲房地产公司负连带责任。该判决已经发生法律效力。为执行该判决，甲房地产公司清算委员会于 1999 年 12 月 21 日以自己的名义向甲市中院交付 12585874.35 元。

1999 年 12 月 30 日，甲房地产公司清算委员会在履行完该（1997）杭经初字第 404 号民事判决并为 A 房地产公司承担担保责任后，行使追偿权，以 A 房地产公司为被告，向甲市中院提起本案诉讼，请求判令 A 房地产公司向其偿还因承担担保责任而支付的 1258 万多元并承担本案诉讼费。

## 【审理要览】

甲市中级人民法院认为：甲房地产公司清算委员会的成立不符合《公司法》第 191 条规定的程序，不具有合法的诉讼主体资格。该院依照《民事诉讼法》第 108 条、第 140 条的规定，作出（2000）杭经初字第 10-1 号民事裁定：驳回甲房地产公司清算委员会的起诉。案件受理费 50 元，由甲房地产公司清算委员会负担。甲房地产公司清算委员会不服一审裁定，向甲省高级人民法院提起上诉。

甲省高级人民法院认为：甲房地产公司系 B 公司与 A 房地产公司按《中外合资经营企业法》成立的中外合资经营企业。合营双方的权利义务及甲房地产公司的清算事务应根据《中外合资经营企业法》及其实施条例和《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》、《外商投资企业清算办法》等相关法律法规。A 房地产公司作为中方投资者，未向合营企业甲房地产公司投入注册资金的事实已为贸仲上海分会作出的仲裁裁决所确认，上海一中院也已作出民事裁定驳回了 A 房地产公司要求撤销仲裁裁决的申请，故甲房地产公司嗣后按照《外商投资企业清算办法》有关普通清算的规定设立清算委员会并无不当。甲房地产公司虽已被工商行政管理部门吊销营业执照，但不影响在此前已成立并开展工作的清算委员会的合法性。甲房地产公司清算委员会可以代表合营企业参加民事诉讼活动。甲房地产公司清算委员会关于一审适用法律不当和其具有诉讼主体资格的上诉理由成立，予以支持。甲市中院适用《公司法》的有关规定认定甲房地产公司清算委员会的诉讼主体资格不当，

应予纠正。该院经审判委员会讨论，依照《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第七条第一款、《外商投资企业清算办法》第二章第二节、《中外合资经营企业法实施条例》第105条第2款、《民事诉讼法》第154条、第108条的规定，作出（2000）浙经终字第452号民事裁定：一、撤销甲市中院（2000）杭经初字第10-1号民事裁定；二、指令甲市中院对本案继续审理。

A房地产公司不服二审裁定，向浙江高院申请再审。浙江高院经审判委员会讨论，根据《民事诉讼法》第177条第1款、第183条的规定，作出（2004）浙民监字第29号民事裁定：该案由该院另行组成合议庭进行再审；再审期间，中止原裁定的执行。

浙江高院再审认为：本案双方讼争的焦点是甲房地产公司清算委员会是否具有诉讼主体资格。甲房地产公司清算委员会否定A房地产公司参与甲房地产公司清算权利的主要理由是A房地产公司没有出资。根据再审对有关证据的审查，A房地产公司在合营期间对合营企业有出资，而具体的出资数额等情况，因合营双方有争议，故应由合营双方通过公开、公正的清算方式予以查清。另，甲房地产公司是国家工商行政管理部门确认的合营企业，虽然仲裁裁决终止合资合同，但并未否认甲房地产公司的企业性质和A房地产公司的股东地位，因此，B公司无权剥夺A房地产公司作为合营一方参与甲房地产公司清算的权利。参与合营企业的清算，既是A房地产公司作为合营一方的权利，更是其依法应当承担的一项义务。在合资合同终止后，由合营各方共同参与对合营期间的投资状况以及合营企业的债权债务进行清算，有利于维护合营双方和债权人的合法权益。甲房地产公司清算委员会以合营者有无实际出资决定合营者能否参与清算的主张缺乏法律依据为由，排除了合营一方A房地产公司的参与，因而，其不具有合法的诉讼主体资格。A房地产公司的申诉理由成立，予以支持。该院依照《民事诉讼法》第153条第1款第（2）项的规定，作出（2005）浙民再字第8号民事裁定：一、撤销该院（2000）浙经终字第452号民事裁定；二、维持甲市中院（2000）杭经初字第10-1号民事裁定。甲房地产公司清算委员会不服上述再审裁定，向最高人民法院申请再审。最高人民法院于2005年11月22日作出（2005）民四监字第23号民事裁定提审本案。

最高人民法院认为：本案诉讼源于A房地产公司因（1997）杭经初字第404号民事判决被判令向该案债权人偿还借款本金及其利息、罚息，甲房地产公司被判令对A房地产公司抵押物拍卖所得价款不足清偿部分负连带清偿责任，该案判决交付执行后，甲房地产公司由于进入清算阶段并已成立了甲房

地产公司清算委员会进行普通清算，甲房地产公司清算委员会以其名义向甲市中院交付了执行款项，并因此向 A 房地产公司行使追偿权。甲房地产公司清算委员会是为了追索其为 A 房地产公司作为独立的企业法人的另案债务承担担保责任后对 A 房地产公司形成的债权而提起的诉讼，因此，本案系担保追偿纠纷。对此，原审法院认定正确。

担保人承担担保责任后，取得向主债务人追偿的权利，由此产生纠纷，可以向人民法院提起诉讼。对于此类纠纷，人民法院应当对担保人的追偿权是否成立等问题进行重点审查，并作出相应的裁判。然而，本案中，由于甲房地产公司已进入清算阶段并成立了甲房地产公司清算委员会，且甲房地产公司清算委员会代表甲房地产公司履行了（1997）杭经初字第 404 号民事判决中确定的连带还款义务，在其以自己的名义向主债务人 A 房地产公司行使追偿权时，A 房地产公司提出了甲房地产公司清算委员会组成不合法、不具有诉讼主体资格的抗辩，因此，甲房地产公司清算委员会在本案中是否具备合法的诉讼主体资格即成为本案争议的焦点。

甲房地产公司作为中外合资经营企业，其中、外方合营者根据合资合同中约定的有效仲裁条款，将合资合同争议交付仲裁解决，在仲裁裁决终止合资合同并进行清算后，甲房地产公司即应进入清算阶段。甲房地产公司章程明确规定，董事会决定合资公司的一切重大事宜，其中包括合资公司终止和期满时的清算工作；董事会由 3 名董事组成，其中 A 房地产公司委派一名，B 公司委派两名；但甲房地产公司章程没有详细规定董事会议事规则，如有效股东会议应参会股东的人数、对特定事项表决有效的人数等。《中外合资经营企业法实施条例》第 35 条第 2 款规定：“董事会会议应有三分之二以上董事出席方能举行。”《外商投资企业清算办法》第 3 条第 1 款规定：“企业能够自行组织清算委员会进行清算的，依照本办法关于普通清算的规定办理”；第 8 条规定：“企业进行清算，应当由企业权力机构组织成立清算委员会”；第 9 条规定：“清算委员会至少由三人组成，其成员由企业权力机构在企业权力机构成员中选任或者聘请有关专业人员担任。”本案中，甲房地产公司清算委员会系由甲房地产公司董事会三分之二董事出席的董事会会议讨论，并经出席该董事会会议的全体董事一致同意组成的，符合甲房地产公司章程的规定，也并未违反中外合资经营企业法实施条例、外商投资企业清算办法等相关法律、法规的规定，因此，其成立是合法的。又根据《中外合资经营企业法实施条例》第 105 条第 2 款的规定，清算期间，清算委员会代表该合营企业起诉和应诉；根据《外商投资企业清算办法》第 11 条的规定，清算委员会在清

算期间可行使下列职权：清理债权、债务；代表企业参与民事诉讼活动。因此，在清算期间，甲房地产公司清算委员会有权代表甲房地产公司参与民事诉讼活动。甲房地产公司清算委员会代表甲房地产公司履行了（1997）杭经初字第404号民事判决，其有权为行使因履行该判决中的义务形成的追偿权而提起本案诉讼，在本案中具有诉讼主体资格。

因为合资合同中存在有效的仲裁条款，合资公司股东是否履行出资义务以及履行的出资义务是否得当等问题只能通过仲裁解决，且贸仲上海分会的仲裁裁决已经对此问题作出了结论。在本案中，浙江高院不能超越审理范围，对已经仲裁解决的合资公司股东的出资问题进行审查。浙江高院（2005）浙民再字第8号民事裁定最终以“甲房地产公司清算委员会排除了合营一方A房地产公司的参与”为由，认定甲房地产公司清算委员会成立不合法、不具有合法的诉讼主体资格，其并未围绕甲房地产公司清算委员会的成立是否符合甲房地产公司的章程以及中外合资经营企业法实施条例、外商投资企业清算办法等相关法律、法规的规定进行审查。仅从合资公司的清算应当由合资双方共同参与的认知出发得出甲房地产公司清算委员会不具有合法的诉讼主体资格的结论，缺乏法律依据。该再审查定错误，应予撤销。浙江高院（2000）浙经终字第452号民事裁定结论正确，应予维持；但其将《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第7条第1款作为法律依据援引不当，应予指出。

综上，甲房地产公司清算委员会的成立符合甲房地产公司章程的规定，且并不违反我国中外合资经营企业法实施条例、外商投资企业清算办法的相关规定，是合法的。浙江高院（2005）浙民再字第8号民事裁定缺乏法律依据，裁定结果错误，应予纠正。再审申请人甲房地产公司清算委员会的再审申请理由成立，应予支持。最高人民法院经审判委员会讨论，于2006年4月25日根据《民事诉讼法》第184条第1款的规定，裁定如下：一、撤销甲省高级人民法院（2005）浙民再字第8号民事裁定；二、维持甲省高级人民法院（2000）浙经终字第452号民事裁定。即：撤销甲市中院（2000）杭经初字第10-1号民事裁定；指令甲市中院对本案继续审理。

## 【裁判解析】

出资制度是公司法中十分重要的内容，未出资的股东也应具有股东资格，但其出资责任并不免除。在承担出资责任之外，未出资股东的权利行使是否

应受限制？哪些权利可以受限？这是一个十分重要的问题。具体到本案，即未出资股东是否享有参与公司清算之权利？

**一、公司清算之责任主体。**公司清算是指在公司解散之后，了结公司一切法律关系，清理公司财产及公司债权与债务，并最终消灭公司法律人格的过程。公司清算一般由清算人负责，清算人又称清算组，是公司解散后接管公司财产、执行公司清算事务的主体。清算人与清算义务人是两个不同的概念，清算人的任务是完成具体的清算事务。而清算义务人是指公司解散时，依法负有启动清算程序、对公司组织清算义务的主体，依《公司法》等相关规定，主要包括有限责任公司的股东和股份有限公司的董事和公司控制股东，以及特定情形下公司的实际控制人。

《公司法》第184条规定：“有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。”可见，在我国，不同形态公司的清算义务主体是存在差别的。具体来说，有限责任公司的清算义务人是股东，而股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成，当然，这并不排除股东成为股份有限公司的清算组成员，因为董事或者股东大会确定的人员多可能是股东。本案之中，甲房地产公司是有限责任公司，因此下文将围绕有限责任公司清算主体来展开。

**二、未出资股东是否享有参与公司清算之权利。**我国法律规定，有限责任公司的清算组由股东组成，但对清算组的任职条件未作规定，也没有明确规定清算组是全体股东还是可以是部分股东组成。那么清算对股东而言是权利还是义务呢？

一方面，参与公司清算应当是股东的一项权利。股东是公司解散和清算的直接利害关系人，公司是股东投资设立的，当公司终止时，在支付了清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金、缴纳所欠税款、以及清偿债务后，公司的剩余财产是归属于全体股东。这笔财产利益可能是相当可观的，股东只有全程参与清算过程，才能充分了解与掌握公司债权、债务状况，才能更好地维护自己的利益。从这个角度讲，参与清算应是股东的一项权利。

另一方面，公司的解散和清算不仅关涉到股东的利益，也关系到公司职工、公司债权人等多方主体的利益。如果不及时组织清算，他们的利益将得不到保障。现实之中，公司利用解散之机逃废债务的现象屡见不鲜。对于外资公司来讲，近些年来，“外资非法撤离”的消息频频见诸报端，造成了极为

恶劣的影响。因此，依法组织清算又应是股东的义务。《公司法》第184条规定：“公司因本法第一百八十一条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。”“应当”二字表明清算又是一种法定义务。如果不进行清算，则需承担相应法律责任。

既然参与清算是股东的一项权利，那么未出资的股东是否也应享有该项权利呢？针对未出资股东的地位问题，新出台的《公司法解释（三）》作出了比较详细的规定。其中，第17条对未出资股东的股权行使作了限制的规定，第18条则对未出资股东的除名制度进行了规定。

股东除名是指股东在不履行股东义务，出现法律规定的情形下，公司依照法律规定的决议程序，将该股东从股东名册中删除，强制其退出公司，终止其与公司和其他股东的关系，使未出资股东绝对丧失其公司股东资格的法律制度。股东除名涉及股东资格的丧失，因此，必须依据特定的事由，《公司法解释（三）》设定的事由为“股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资”。可见，股东不履行义务必须达到比较严重的程度才可以将其除名。股东除名的事由可以是公司法直接规定也可以是藉由章程的约定。由于《公司法》并未规定股东除名制度，从司法解释的权限而言，其仅规定解除股东资格的股东会决议效力问题是合适的，但这也使得现行的股东除名制度适用的范围十分有限，要真正建立完整的股东除名制度还需在立法层面承认股东除名规则的合理价值。

本案主要涉及未出资股东参与公司清算之权利应否受到限制的问题，以下将着重分析瑕疵出资股东的权利限制问题。一般而言，必须承认，未出资股东亦应享有参与公司清算之权利。

首先，从司法解释的条文看，《公司法解释（三）》第17条规定：“股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。”可见，未出资股东股权受限的前提是公司章程或股东会决议对此有规定，且受到限制的权利类型是与出资义务相对应的权利。参与清算是一项程序性的权利，并不具有直接的财产性内容，与出资义务联系并不紧密，凡具有股东资格的人均应享有。因此，未出资股东应当享有参与公司清算之权利。

其次，从权利义务相一致的角度看，在出资义务未免除之情形下，不应剥夺未出资股东的清算权利。出资是股东最基本、最重要的义务，是取得股权的事实根据和法律根据。在公司清算阶段，股东的出资义务并未被免除，且股东作为有限责任公司的清算义务人，应当承担清算义务，在公司财产不足以清偿债务时，未缴出资股东仍应当在未缴出资范围内对公司债务承担连带清偿责任。既然未出资股东的义务和责任不能免除，那么剥夺其参与清算之权利则有失公允。

第三，股东虽未出资但其股东资格未被除名情形下，其在公司仍然还存在一些利益。只有参与清算过程，才能掌握公司了结事务的基本情况，从而切实维护其自身合法权益。

综上所述，赋予未出资股东参与清算公司之权利合法、合理、合情。股东如应当参与而未被参与，将显然会对清算组构成的合法性产生影响。本案也正是因为未出资股东未被吸纳为清算组成员，以至于各级法院在认定清算组成是否合法问题上犹豫徘徊。也许人们从感觉上即能把握，任何将未出资股东排除在外而却有可能让其承担补充出资责任的公司清算安排，难道还能认为是公正的吗？程序还可能是正当的吗？

**三、我国外商投资企业之清算操作。**为了保障外商投资企业清算的顺利进行，1996年对外经济贸易合作部经国务院批准，制定和颁布了《外商投资企业清算办法》，成为这一时期外商投资企业清算的具体依据。《外商投资企业清算办法》将清算分为普通清算和特别清算，规定：“企业不能自行组织清算委员会进行清算或者依照普通清算的规定进行清算出现严重障碍的，企业董事会或者联合管理委员会等权力机构、投资者或者债权人可以向企业审批机关申请进行特别清算。企业审批机关批准进行特别清算的，依照本办法关于特别清算的规定办理。企业被依法责令关闭而解散，进行清算的，依照本办法关于特别清算的规定办理。”该办法中的特别清算制度弥补了我国企业解散与清算制度的法律空白，对解决当时大量出现的企业僵局问题具有极强的现实和理论指导意义。

在清算组织方面，《外商投资企业清算办法》规定：“企业进行清算，应当由企业权力机构组织成立清算委员会。清算委员会应当自清算开始之日起15日内成立。”“清算委员会至少由3人组成，其成员由企业权力机构在企业权力机构成员中选任或者聘请有关专业人员担任。”即企业权力机构是清算义务主体，清算组的成员既可以是企业权力机构的成员也可以是其他专业人员。

《外商投资企业清算办法》在外资企业解散与清算中发挥积极作用的同时



时,也存在着一些问题,如行政干预过强等。在现行《公司法》颁布后,又存在与《公司法》的规定相冲突的问题。因此,国务院2008年1月15日发布的《国务院关于废止部分行政法规的决定》废除了该办法。2008年5月5日,商务部发布了《商务部办公厅关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见》,其中明确指出:“《外商投资企业清算办法》自1996年实施以来,对于保障外商投资企业清算工作的顺利进行起到了积极作用。随着我国法律制度的逐步完善,对内外资企业的管理趋于一致,国务院于2008年1月15日废止了该《办法》。现将《办法》废止后有关做好外商投资企业解散和清算工作的意见通知如下:一、今后外商投资企业的解散和清算工作应按照公司法和外商投资法律、行政法规的相关规定办理。外商投资法律和行政法规有特别规定而公司法未做详细规定的,适用特别规定。”因此,现行外商投资企业的清算操作主要应当依据《公司法》及相关司法解释进行。

**四、关于本案之简要评析。**本案系担保追偿纠纷,未出资股东是本案被告。A公司未出资的事实有生效仲裁进行过确认裁决,法院并无管辖权,最高人民法院的终审裁定维护了仲裁庭已经作出的仲裁裁决的效力,对处理法院与仲裁的关系具有指导意义。

原告甲公司清算委员会曾代表甲公司代A公司承担了担保还款责任,无论被告A公司是否进入清算委员会,A公司均应依法偿还原告代为支付的款项。实际上,这是由于我国以前对清算人的诉讼地位认识不清所造成的。《民法通则意见》第60条曾规定:“对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼,清算组织可以用自己的名义参加诉讼。”随着法学研究的深入,人们逐渐认识到清算中公司与解散事由出现前的公司在法律人格上系同一民事主体,因此,涉及清算中公司的有关民事纠纷仍应以清算中公司的名义参加诉讼活动,并非必须得以清算组织的名义参加诉讼。对此,《公司法解释(二)》第10条明确规定:“公司依法清算结束并办理注销登记前,有关公司的民事诉讼,应当以公司的名义进行。公司成立清算组的,由清算组负责人代表公司参加诉讼;尚未成立清算组的,由原法定代表人代表公司参加诉讼。”如果按此规定,甲公司应以自己的名义向主债务人A公司行使追偿权,即使甲公司清算组构成不合法,A公司也应偿还甲公司代为支付的款项。如果A公司败诉而支付还款后,所得款项则归合资公司所有,并按清算过程中分配公司剩余财产的原则进行分配。如被告A公司未曾支付出资,依然将可能需要其补足出资,如公司获利有节余,或可冲抵免除其全部或部分出资。

总之,A公司原本应当进入清算组,如前所述,这既是其权利更是其义

务，但结合本案来看，其虽未进入清算组但并不必然会导致其利益受损。反之，如果因其未进入清算组而即认定清算组不合法，并因此驳回清算组的诉讼，那么实际上等于判决原本合法的追偿权落空，这最终并不有利于公司清算的进行。应当说，本案被告 A 公司的抗辩，不仅不具有针对性，而且其亦不能以原告组成的不合法性来主张免除自己的还款义务。但是，在其还款之后，若清算组织损害其合法权益，则其当然可依法追究清算组乃至清算组成员的相关责任。



167

## 公司吊销执照后股东 可否请求法院指定成立清算组

### 【关注焦点】

公司被吊销营业执照后，处于行政解散之法律状态，绝大多数之此类公司将不了了之。但若此等情形下，公司因有剩余财产或法律纠纷而须清算之时，谁可以主张清算？法院可否根据需求和可能径行判令公司组成清算组？此类诉讼下，公司是否为必要当事人？

### 【基本案情】

原告：黄某

被告：蔡某

2003年2月8日，黄某、蔡某经协商各投资25万元成立甲有限公司，两人制定了公司章程，并领取了企业法人营业执照。2004年12月该公司因未参加企业年检而被工商行政管理机关吊销了营业执照，但黄某、蔡某没有对公司进行清算。2005年6月14日，黄某认为蔡某多占公司财产，便请其律师发函给蔡某，要求对公司的剩余资产进行清理、分配，但遭蔡某拒绝。黄某遂诉至法院，请求判令蔡某与自己成立甲有限公司清算组，履行公司清算义务。

## 【审理要览】

法院经审理认为：对于公司被吊销企业法人营业执照后，股东是否有权请求人民法院指定成立清算组，法律并无直接规定，但黄某作为公司的股东，在公司被吊销企业法人营业执照的情况下要求清算，符合《公司法》规定的公司解散后应当进行清算的原则。依照《公司法》第192条的规定判决：限蔡某与黄某在判决书生效后十五日内成立甲有限公司清算组，依法对公司进行清算；如逾期未清算，由法院委托清算，清算费用由黄某、蔡某各半承担。蔡某不服判决，提起上诉。二审法院以相同理由判决：驳回上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案案情比较简单，主要涉及公司被吊销执照后的清算问题。公司被吊销营业执照后，处于行政解散之法律状态，绝大多数之此类公司将不了了之。但若此等情形下，公司因有剩余财产或法律纠纷而须清算之时，谁可以主张清算？法院可否根据需要和可能径行判令公司组成清算组？此类诉讼下，公司是否为必要当事人？这都是实务性极强的法律问题，必须现实地予以把握好。

**一、公司被吊销执照后清算之必要性。**公司清算是公司退出市场的法律渠道，从理论上讲，公司清算是公司消灭的必经程序。《公司法》第184条规定：“公司因本法第一百八十一条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。”也就是除公司合并、分立外，其他解散事由（包括吊销执照）出现后都必须进行清算，目的主要在于防止公司在解散过程中出现隐匿财产、逃避债务、损害债权人和其他利益相关者权益的现象。

但实践之中，依法进行清算的公司并不普遍，且清算对于大多数公司而言实际上并无必要，即大多处于解散状态下的公司属于无须实际清算的企业。所谓无须清算，既可能是企业投资者之间对企业财产不存在争执，也可能是企业没有任何负债，还可能是企业放弃其债权的追讨，当然也可能是企业如愿盈利而不再经营，更可能是企业徒穷四壁而毫无偿债之能力。总之，这些形式上之所以休眠的公司，实质上可能毫无清算之必要或价值。这些公司往往会在吊销前自行清理公司内部财产及外部债权债务，尤其是对绝大多数中

小私人公司而言，“不了了之”看似不正常的公司消亡方式，但实际却是绝大多数公司退出市场而消亡的正常方式。但是，在有剩余财产需要分配、有债权债务需要清理、股东之间存有其他争议等情形下，应当进行公司的清算。否则将导致清算秩序的混乱，无法顺利结束与公司有关的法律关系。

**二、申请司法清算公司的基本条件。**对于行政解散公司，旧《公司法》仅在第192条规定：“由有关主管机关组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组，进行清算。”并没有申请司法清算公司的规定。旧《公司法》下虽有人提起清算公司之诉，但并无明确的法律依据。

新《公司法》则在第184条规定了申请强制清算之诉：“逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。”除此之外，《公司法解释（二）》及《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》对司法清算公司的基本条件作了进一步的规定。

**1. 清算案件的诉讼主体。**公司强制清算案件并非完整意义上的诉讼案件，当事人诉讼地位不能列为原告和被告，而应列为申请人与被申请人。依照《公司法》第184条规定，公司解散后逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算，即仅规定债权人为申请人。但实际上股东也是公司清算的直接利害关系人，且股东之间可能存在利益分歧，由于大股东掌握着股东表决权的多数而享有对公司的控制权，如大股东不予清算，小股东也就无法启动清算程序。如果法律将强制清算的申请权人限定为债权人，那么债权人不申请时，小股东的利益可能就无法得到保护。<sup>①</sup>因此，《公司法解释（二）》第7条第3款规定，债权人未提起清算申请，公司股东申请人民法院指定清算组对公司进行清算的，人民法院应予受理。事实上，境外立法中对有权申请法院选任清算人的主体范围规定的比较宽泛。如美国《特拉华州公司法》第279条规定，公司无论以何种方式解散，法院得应债权人、股东、公司董事和其他表明正当理由之人的请求，任命一人或多人为清算人。德国、日本等国家的公司法中也规定利害关系人均可申请选任清算人。关于被申请人的主体资格，是公司还是其他股东，存在不同的认识和做法。一般认为申请人的目的是启动公司清算程序，公司清算的效力及于公司，由公司承受，最终消灭的是公司的主体资格。因此，公

<sup>①</sup> 吴晓明主编：《最高人民法院关于公司司法解释（一）、（二）理解与适用》，人民法院出版社2008年版，第200页。

司应当列为被申请人。

2. **清算案件的提起事由。**公司解散后本应自行组织清算，但当公司逾期不成立清算组进行清算时，就可以申请法院指定有关人员进行清算，这是公司法所规定的司法清算的提起事由。为了充分发挥强制清算的制度价值，保护公司股东、债权人等切身利益，《公司法解释（二）》对司法清算启动的事由作了适当扩大。包括：公司解散逾期不成立清算组进行清算；虽然成立清算组但故意拖延清算；其他违法清算可能严重损害债权人或者股东利益等三种情形。

3. **清算案件处理的基本程序。**司法清算案件体现了公司自行清算不能情形下，司法权力对公司清算介入的必要性，但这种介入，相对于破产清算而言还是非常有限的。司法清算作为普通清算的内容，其启动的理论前提仍是公司资产超过负债，因此，更多体现的是公司自治，并不需要法院和债权人过多的介入。法院介入的目的无非是在公司自行清算有障碍时，通过公权力的行使，排除障碍，推动程序的顺利进行。在法院确定了清算组成员之后，具体清算事由仍由清算组按照一般清算程序完成，只是在个别重要环节上，法院给予必要的监督。<sup>①</sup>清算案件的基本程序为：（1）申请与受理。法院根据当事人的申请，考察主体是否适格、是否满足清算之诉的提起事由、是否属于本法院管辖等，然后裁定是否受理。（2）指定清算组成员。《公司法》仅规定法院可以指定“有关人员”组成清算组，由于其规定较为模糊，引发了许多争议。《公司法解释（二）》结合实践经验和国外立法例，在第8条中规定：“清算组成员可以从下列人员或者机构中产生：（一）公司股东、董事、监事、高级管理人员；（二）依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构；（三）依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的人员。”在清算过程中，当指定的清算组成员存在违反法律或者行政法规，丧失执业能力或民事行为能力，或其他严重损害公司、债权人利益行为时，法院应当及时予以更换。（3）确认清算方案。人民法院组织的公司清算，清算组制作的清算方案应当报经人民法院确认后方可执行。（4）确认清算报告。公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报人民法院确认。（5）裁定终结清算程序。通过以上程序，清算案件终结，公司终止，退出市场。

**三、司法清算公司面临之障碍。**从司法实践来看，很多公司在进入强制

<sup>①</sup> 刘敏：《公司解散清算制度》，北京大学出版社2010年版，第155页。

清算之前已经人去楼空、不了了之，尤其是像本案中被告吊销营业执照的公司。因此，司法清算公司实际可能会面临许多的障碍。例如：

1. **无财产可供清算。**在人民法院受理强制清算申请前或清算过程中，公司财产可能存在被隐匿、转移、毁损等情形。依据《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第27条的规定，法院可依清算组或者申请人的申请，对公司财产采取相应的保全措施。

2. **无账目可供清算。**在公司不能运转的情况下，公司账目可能早已不知去向，给清算工作带来很大困难。

3. **被申请人人员下落不明。**对于以上几种无法清算的案件，《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第28、29条作出了规定，对于被申请人主要财产、账册、重要文件等灭失，或者被申请人人员下落不明的强制清算案件，经向被申请人的股东、董事等直接责任人员释明或采取罚款等民事制裁措施后，仍然无法清算或者无法全面清算，对于尚有部分财产，且依据现有账册、重要文件等，可以进行部分清偿的，应当参照企业破产法的规定，对现有财产进行公平清偿后，以无法全面清算为由终结强制清算程序；对于没有任何财产、账册、重要文件，被申请人人员下落不明的，应当以无法清算为由终结强制清算程序。法院裁定终结强制清算程序的，债权人、股东可以另行依据《公司法解释（二）》第18条的规定要求清算义务人承担相应责任。

4. **清算专业人员缺乏。**因清算事务主要是清理债权债务、清产核资、了结公司现存的各种法律关系等，需要对公司的财产进行评估、拍卖、审计、对外追收债权、清偿债务等，这些清算事务专业性较强，需要清算组成员具备财务、审计、法律等多方面的专业知识。但是，我国现在仍缺乏这方面的专业人员，清算人职业化之程度仍不高，有必要进一步加强清算人职业化队伍的建设，从根本上保证清算之质量。

5. **其他问题。**如清算费用标准等问题，这些同样给司法清算工作带来很大困难，亟待改进与完善。

**四、结合本案之具体评析。**通过以上之分析，可以看出本案处理存在的一些问题：

1. **诉讼主体问题。**本案清算诉讼仅发生在股东之间，公司却未被列入为诉讼主体。该案发生在2005年，根据《公司法》的规定，股东是否有权申请对公司进行强制清算当时法律规定并不明确。但在之后的司法解释中明确赋予了股东申请清算公司的权利，而在这样的纠纷处理程序中，被申请人应列

公司，而不是股东。

2. 法院当时裁决清算实际缺乏直接的法律依据，仅是依据公司解散后应当清算的基本精神与原理而作出。这与当时法律规定之不完善不无关系，但是司法裁判应当“穷尽法律规则方可适用法律原则”，动辄直接引用法律的基本精神与原理并不利于法治之发展。

3. 判决股东先自行组成清算组，若股东不能自行组成清算组，则由法院委托组成，亦不符合法律之规定。根据法律规定，当事人提出申请后，法院应当指定人员成立清算组，逾期还不清算的，公司股东、债权人可以申请法院变更清算人，而不是由法院委托清算。

4. 清算费用由股东共同承担没有法律依据。对于清算费用，应从公司财产中优先支付，而不是直接由股东自行承担。

总之，本案虽名为清算之诉，但最终并未进行任何实质之清算，其清算程序根本无从展示。这也许正是当时处理类似案件的司法水准所在，反映了一段时期司法清算公司的处理方式与方法，在法律原本规定不明、不清、甚至根本缺乏之情形下，司法又能奈何处置？





168

## 公司被撤销登记后 股东可否诉请清算公司

### 【关注焦点】

公司被撤销登记对公司意味着什么？撤销公司登记与吊销公司营业执照有何法律之区别？在公司被撤销登记情形下，股东或相关利益主体可否主张清算公司或诉请法院判令公司成立清算组？

### 【基本案情】

原告：蒋某，甲（有限）公司法定代表人

被告：颜某，原甲公司财务负责人

第三人：乙塑料制品有限公司

1999年4月12日，蒋某与颜某签订了甲公司章程主要内容载明：股东由蒋某、颜某组成，各股东出资方式 and 出资额为蒋某以实物出资人民币67万元，占67%，颜某以实物出资人民币33万元，占33%，公司注册资本为100万元，经营范围是塑料编织包装袋制造、塑料原料等。另约定：公司违反国家法律、行政法规依法责令关闭的，公司应解散，由有关主管机关组织有关人员成立清算组，进行清算。章程签订当日，蒋某与颜某用购置机器设备的合同、发票进行验资，取得某会计师事务所出具的验资报告，并同时到甲县工商行政管理局领取了甲公司法人营业执照。该公司无主管机关。2000年

4月12日，甲公司函告某会计事务所要求对公司账务进行审计。同年4月19日，某会计师事务所出具审计报告称：（1）因蒋某与颜某两人投资不实引起纠纷，公司停产两月有余；（2）从公司财务发现经双方签字认可的已入账的实际投资为蒋某计60万元（其中股本40万元，借款20万元）颜某为40万元（股本30万元，借款10万元），这既不符合已约定的投资份额，也不符合投资应作为股本账务处理要求，且当事人出资清单不详，无法确定具体投资金额和用途；（3）机器设备价值实为42.2万元，蒋某与颜某以100万元的投资额中有57.8万元为虚假投资。同年6月14日，甲县工商行政管理局经立案查实后下发处罚决定书载明：颜某等人于1999年4月份，到某塑料机械总厂购买生产塑料编织袋机器设备，总价39.6万元，运费1.6万元，合计41.2万元，但机器设备不含税价值计39.6万元，故认为当事人将39.6万元机器设备，虚报100万元作为注册资本，情节严重，依据《公司法》第206条规定，处以撤销公司登记和罚款5万元。同年7月，被告在甲公司住所地成立了乙塑料制品有限公司（本案第三人）。之后在甲公司未组织清算情况下，蒋某于2001年6月6日向法院提起诉讼，请求：（1）对甲公司进行清算；（2）分配蒋某在甲公司投资款60万元；（3）承担案件诉讼费用。

## 【审理要览】

一审法院审理认为：原告蒋某在甲公司被撤销而未组织清算的情况下，请求法院对甲公司进行清算，没有法律依据。鉴于甲公司未经清算，故对原告的其他诉讼请求，也不予审理。依据《民事诉讼法》第140条第1款第（3）项之规定，裁定：驳回原告蒋某的起诉。案件受理费50元，其他诉讼费600元，诉讼保全费4020元，合计4670元由原告蒋某承担。蒋某不服一审判决提起上诉。

二审法院经审理认为：在甲公司被撤销但未组织清算的情况下，蒋某向原审人民法院提起的诉讼请求中实质含有要求人民法院组织清算的意思表示。而《民法通则》第47条、《公司法》第192条及其相应的司法解释都明确规定：公司被解散或者被撤销的，应当由主管机关组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组进行清算。参照《国家工商行政管理局关于公司被吊销营业执照后其清算工作组织实施问题的通知》中“公司法第一百九十二条的有关主管机关是指依照国家法律、行政法规有权责令公司关闭的部门或机关，不包括公司登记机关”的规定，人民法院作为审判机关既不属于负有组织公

司股东等进行清算的义务主管机关，也未被设置相应的清算程序，故原审裁定认为蒋某请求人民法院对甲公司进行清算没有法律依据并无不当。原告要求分配其在原甲公司投资款60万元的诉讼请求应否受理及该请求能否成立，虽与其要求组织清算的诉讼请求无直接的因果关系，但前提条件是对原甲公司必须进行清算。故原审裁定鉴于甲公司未经清算，对蒋某的其他诉讼请求也不予审理亦无不当。依照《民法通则》第47条、《民法通则意见》第59条、《公司法》第192条、《民事诉讼法》第153条第1款第（1）项、《民事诉讼法意见》第188条第1款第（1）项之规定，裁定：驳回上诉，维持原裁定。二审案件受理费由上诉人蒋某负担。

## 【裁判解析】

撤销公司登记作为一种行政行为，其法律性质和法律效果并不十分明确。撤销公司登记与吊销营业执照有何法律之区别？在公司被撤销登记情形下，股东或相关利益主体可否主张清算公司或诉请法院判令公司成立清算组？

**一、撤销公司登记之法律性质。**关于撤销公司登记的性质，因法律上并没有明文规定，理论和实务中存在一些争议。大多数观点认为：

1. 撤销公司登记的法律性质应为行政处罚。虽然《行政处罚法》第8条明确列举的六类处罚种类（警告；罚款；没收违法所得、没收非法财物；责令停产停业；暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；行政拘留）并不包括撤销公司登记，但是除这六类之外，还包括法律、行政法规规定的其他行政处罚。而《公司法》第199条、《公司登记管理条例》都明确将撤销公司登记作为一种法律责任而予以规定，因此，它应当属于法律、行政法规规定的其他行政处罚，此其一。

2. 公司法中的撤销公司登记符合行政处罚的特征。行政处罚是指行政主体为维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益并实施有效的行政管理的目的，依法对行政相对人违反行政管理秩序的行为给予人身或财产上的法律制裁的行政行为。其主要特征之一是它是对有违反行政法律规范行为的行政相对人的制裁，是一种行政制裁。<sup>①</sup>《公司法》第199条规定：“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

<sup>①</sup> 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法（第二版）》北京大学出版社、高等教育出版社2005年版，第308-309页。

段隐瞒重要事实取得公司登记的……情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。”《公司登记管理条例》第58、59条也作了与《公司法》基本相同的规定，也即撤销公司登记针对的是采取欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的行为，该行为具有违法性，撤销公司登记即取消了其相应的资格和权利，是一种制裁，符合行政处罚的特征。

3. 将撤销公司登记作为一种行政处罚，则要严格按照行政处罚的程序来走，当事人可以获得充分的陈述、申辩和举行听证等权利，有利于查明事实，也能更好地维护当事人的合法权益。

**二、撤销公司登记与吊销营业执照之比较。**撤销公司登记与吊销营业执照具有许多相同点：在法律性质上，二者都属于行政处罚；依据《公司法》第181条第（4）项“依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销”为公司解散的原因之一，即二者都起到解散公司的效力。

基于这些相同点，两者常常并用。如《公司登记管理条例》第58、59条规定：虚报注册资本、提供虚假资料或者以其他欺诈手段取得公司登记，情节严重的，撤销公司登记，并吊销营业执照。

但是两者也有不同。被撤销登记的公司原本是不具备设立条件的，其公司法人资格通常是通过欺诈手段骗取获得的，它仅仅是在形式上享有法人资格但事实上却并不具备法人条件的公司。而吊销营业执照的公司通常是具备法人条件的，只是因为出现了违法行为或法律规定的情况而给予处罚。因此，除采取欺诈手段取得公司登记之情形外，吊销营业执照还有一些不同于撤销公司登记的适用情形。如《公司登记管理条例》第62条、第67条、第68条、第69条、第71条分别对无故不开业或者停业达到一定期限、不申请注销、逃避年检、滥用营业执照、超范围经营等情形作出吊销营业执照的规定。

**三、撤销公司登记与公司清算之关系。**如前所述，被撤销登记的公司原本是不具备设立条件的，也就是其自始就不具备法人资格。而清算程序是对公司法人的清算，或者说公司具备法人资格是进入清算的前提，既然被撤销公司登记的公司根本就不具备法人资格，那么，其作为清算中公司的前提似乎就不存在。因为撤销公司登记就意味着法律对该公司自始没有法人资格事实的认可，也就没有必要通过清算来消灭其法人资格了。<sup>①</sup>

但是，纵观两大法系关于瑕疵公司的制度，公司设立无效或撤销公司登记在法律效力上并没有溯及力，这是社会对公司作为商事交易主体的基本法

<sup>①</sup> 周友苏：《新公司法论》，法律出版社2006年版，第506页。

律要求，否则，可能会给商事交易秩序平添混乱。这表明瑕疵公司存续期间的权利能力，获得了两大法系的普遍认可。因此，我国应借鉴国外经验，建立以形式判断准则为原则的瑕疵公司处理机制。即原则上将一切经合法注册并领有法人营业执照的公司，视为满足了公司法人人格设立的所有先决条件，明确规定，公司法人营业执照乃为公司合法注册的结论性证据，非经法定特别的方式，不得对领有营业执照公司的合法性提出质疑。综上所述，被撤销登记的公司亦应视为享有清算中公司的法律地位，只有通过清算程序才能消灭其法人资格。

依《公司法》第184条规定：“公司因本法第一百八十一条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。”即在公司被撤销登记情形下，与其他需要清算之情形相同，股东等可以自行清算，逾期不清算的，债权人同样可以诉请法院判令公司成立清算组。另依《公司法解释（二）》第7条第3款，债权人未提起清算申请，公司股东申请人民法院指定清算组对公司进行清算的，人民法院同样应予受理。本案即是股东蒋某在甲公司被撤销而未组织清算的情况下，诉请法院对甲公司进行清算。

**四、关于本案之简要评析。**本案发生在2005年之前，新《公司法》还未颁布。依据旧《公司法》第192条“公司违反法律、行政法规被依法责令关闭的，应当解散，由有关主管机关组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组，进行清算”的规定，也即，当时司法机关并未被明确赋予清算公司之权利。

本案始终在为谁是公司主管机关而争论，因为按照当时的规定只有主管机关才有组织清算的义务。由此可以看出，当时的企业法律制度，依然主要延续了传统企业制度模式，因为传统企业都有所谓的主管机关，而现代公司则是以股东及资本为结合的公司，不一定有主管机关，甚至根本就没有任何所谓的主管机关，本案就是在按当时法律特别需要主管机关组织清算的情形下（当时并未明确股东等为清算义务主体），却因主管机关的概念把握不清，且工商部门与法院之间谁都不愿担当主管机关的责任，而最终使得公司清算诉请无法获得满足与支持。从中人们不难体味，现代公司制度与传统企业制度的脱节，更可看出工商管理制与现企业制度的脱节之处，其实，至今

这样的现象依然存在。《公司法》在不断地修订与完善，而相关工商登记管理制度却总是在滞后地跟进与发展，甚至将已经取得的公司法发展成果大打折扣。试想，如果一个股东在公司被行政解散情形下，如本案一样却无任何行政与司法关于清算公司的救济渠道与程序，那么对于公司制度的发展必将是极大的伤害与阻碍，好在新《公司法》出台以及相关司法解释制定后，这样的面貌得以改善，但要做到与市场主体的需求同步发展，还须不断地加以完善！



## 股东未尽清算义务之法律责任

### 【关注焦点】

清算是公司法中较为特殊的一项法律制度。人们通常认为，股东应是履行公司清算义务的法律主体，至少在小公司理当如此。本案所要关注的是，是否任何公司解散皆必须经过清算环节？究竟谁应作为公司清算之义务主体？清算义务主体与清算人是否等同？未尽清算义务将面临何种责任？是否任何未经清算皆应承担相关赔偿责任？

### 【基本案情】

再审申请人（一审原告、二审被上诉人）：成某  
再审被申请人（一审被告、二审上诉人）：奚甲  
再审被申请人（一审被告、二审上诉人）：奚乙  
再审被申请人（一审被告、二审上诉人）：魏某  
再审被申请人（一审被告、二审上诉人）：林某

成某与奚甲、奚乙、魏某、林某股东出资瑕疵损害赔偿和清算赔偿责任纠纷一案，甲省高级人民法院于2009年作出二审民事判决，已经发生法律效力。成某不服该判决，向最高人民法院提出再审申请。

一审法院审理查明：甲市中级人民法院曾作出（2002）洪民一初字第23号生效的民事判决，判令甲公司偿还所欠成某债务本金4492000元及利息

1397136.5元(利息计算至1999年9月30日)。但甲公司未能执行该判决。为主张该判决所确定之债权,成某再次另行起诉本案各被告,要求各被告为上述判决债务承担连带责任。

甲公司成立于1992年,公司注册资本160万元,原由股东张某出资100万元,股东田某、李某各出资30万元。1993年2月24日,股东田某、李某将各自的股份分别转让给洪某、付某,1994年股东张某将全部股份转让给奚甲,并变更法定代表人为奚甲。1996年2月29日,甲公司股东再次发生变更。依据甲会计师事务所作出验字(96)第03号验资报告:甲公司由奚甲、奚乙两先生共同出资兴办,已于1994年3月3日取得《中华人民共和国企业法人营业执照》,注册资本(人民币)160万元。截止1995年12月31日止,公司实际到位实收资本共计8065781.5元,其中:160万元已由乙会计师事务所于1994年3月验证,另外的6465781.52元,由股东继续投入,其中现金投资1454581.52元,机械设备投资5011200元。实收资本总额中,奚甲实际出资7329931.70元,奚乙实际出资735849.82元。1996年4月18日,公司注册资本由160万元变更为800万元。1997年5月甲公司与某制革二厂达成联营协议,制革厂以土地46933.57m<sup>2</sup>和部分厂房作为联营出资作价343万元,甲公司注册资本变更为1143万元。

另查明,甲公司已于2005年被工商部门吊销营业执照,公司股东多年来对公司未清算,其对公司出资的500余万元机械设备及公司财务账本、其他文件因保管不善,已全部丢失,现公司无法进行清算。

奚甲与魏某、奚乙与林某原系夫妻关系,双方分别于2003年和2002年协议离婚。另奚甲与奚乙为兄弟关系。

## 【审理要览】

一审法院审理认为:被告奚甲、奚乙作为甲公司的股东,实际控制人,对公司出资,除了一份甲会计师事务所的验资报告外,无法提供证明其已出资到位的原始出资凭证以及作为出资组成部分价值500余万元机械设备的购买发票,设备评估报告及资产交付与入账的财务记录。而鉴于作为客观证据的这些凭证都是由甲公司及甲公司的股东奚甲、奚乙掌管,作为债权人的原告无从取得也无从提供,根据《民事诉讼证据规定》第75条规定,有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人的可以推定该主张成立,本案应适用举证责任倒置。因此,



在被告奚甲、奚乙无法提供上述证据的情况下，应推定其出资不到位，其应对本案的债务承担连带清偿责任。

即便是被告奚甲、奚乙对甲公司出资足额到位，但由于甲公司在2005年已吊销营业执照，根据《公司法》的相关规定，作为有限公司的股东，其对公司负有法定的清算义务和清算责任。而二被告明知其公司营业执照被吊销却长期不清算，导致公司的机械设备流失，同时公司的主要财务账册及其他重要文件也全部丢掉，使公司无法进行清算。因此，根据《公司法解释（二）》第18条，有限公司的股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，有限公司股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算的，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的人民法院应当予以支持。因此，对上述债务作为股东的奚甲、奚乙也应承担连带清偿责任。

因上述理由，被告奚甲、奚乙对甲公司的债务负有连带清偿责任，同时这些债务均发生在1999至2001年期间，而奚甲与魏某是于2003年10月6日协议离婚，奚乙与林某是于2002年11月协议离婚，上述债务都发生在夫妻关系存续期间，应属夫妻共同债务。《婚姻法》第41条规定，离婚时原夫妻共同生活所负的债务以共同财产偿还。《民法通则意见》第43条规定，在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共同财产，债务也应以夫妻共同财产清偿。《婚姻法解释（二）》第24条规定，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。因此，按照上述规定，被告魏某、林某应对各自夫妻存续期间的债务承担连带清偿责任。

依照《公司法》第3条、《公司法解释（二）》第18条、《婚姻法》第41条之规定，经审判委员会讨论决定判决如下：一、被告奚甲、奚乙在判决生效后十日内向原告成某连带清偿甲市中级人民法院（2002）洪民一初字第23号生效的民事判决书所确定的债务本金4492000元及利息1397136.5元（利息计算至1999年9月30日）。二、被告魏某、林某对上述债务承担连带清偿责任。

二审法院对一审法院查明的成某与甲公司间的债权债务关系和甲公司的设立、工商登记变更情况等事实予以确认。另查明：一审法院（2002）洪民一初字第23号民事判决书生效后，成某申请强制执行甲公司财产。2003年7月18日，一审法院作出（2003）洪中执字第48号民事裁定书，以据甲会计师所江龙验字（97）第24号验资报告证实，奚乙作为甲公司股东应出资

471.72万元的设备和资金并未到位为由，追加奚乙为被执行人，裁定奚乙向成某履行449.2万元债务本息。2007年4月23日，一审法院作出（2003）洪中执字第48-1号民事裁定书，直接以奚甲作为甲公司的开办人投入注册资金不实为由，追加奚甲为被执行人，裁定奚甲向成某履行449.2万元债务本息。奚甲、奚乙向一审法院提出执行异议。原审法院组成合议庭组织听证并经该院审判委员会讨论决定，于2008年5月26日作出（2007）洪中执异字第141号民事裁定书，以成某未能提供及举证奚甲、奚乙出资不实的事实及证据，工商部门登记档案中的验资报告证实奚甲、奚乙对甲公司出资到位为由，认为奚甲、奚乙提出已足额缴纳出资，不应承担出资不实责任的异议成立，裁定撤销上述（2003）洪中执字第48、48-1号民事裁定书。2005年1月3日，甲公司被甲市工商行政管理局吊销营业执照。

二审法院审理认为：本案纠纷系因成某与甲公司之间存在民间借贷关系，甲公司未偿还成某借款本息而引起。成某与甲公司之间的民间借贷纠纷，业经一审法院作出（2002）洪民一初字第23号民事判决，认定成某享有对甲公司449.2万元借款及相应利息的债权。该民事判决生效后，成某经向原审法院申请强制执行未能受偿债权，遂提起本案诉讼，请求判令奚甲、奚乙、魏某、林某连带清偿上述449.2万元借款本息。成某的主要理由是，奚甲、奚乙作为甲公司的股东出资不到位，在甲公司被吊销营业执照后不组织清算，故应对甲公司的债务承担连带清偿责任；而奚甲、奚乙的上述连带清偿责任产生于奚甲与魏某、奚乙与林某夫妻关系存续期间，属于夫妻共同债务，故魏某、林某也应对甲公司的上述债务承担连带清偿责任。对此，根据现已查明的案件事实，分析认定如下：

关于奚甲、奚乙的出资差额填补责任问题。依据我国《公司法》规定的瑕疵出资股东对公司的资本充实义务和《合同法》的债权人代位权理论，公司债权人有权要求瑕疵出资股东在出资不足的金额及其同期银行贷款利息的范围内对公司债务承担连带清偿责任。因此，公司股东是否存在瑕疵出资的事实是确定其民事责任承担的关键，而证明责任的分配直接关系到该事实的认定结果。根据《民事诉讼证据规定》第五条规定的合同纠纷案件的举证责任分配原则，对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。由于股东出资行为系履行合同约定的出资义务，故本案本应由奚甲、奚乙就其作为甲公司股东已经向甲公司足额出资的事实承担举证责任。一审法院根据《民事诉讼证据规定》第75条“妨碍举证的推定”的规定将举证责任倒置属于适用法律错误。但是，奚甲、奚乙对甲公司足额出资的事实已为

甲市中级人民法院（2007）洪中执异字第141号民事裁定书认定。奚甲、奚乙、成某均系该民事裁定书的当事人，该生效民事裁定书对奚甲、奚乙、成某均具有法律约束力。根据《民事诉讼证据规定》第9条规定，已为人民法院发生法律效力之裁判所确认的事实，当事人无需举证。故奚甲、奚乙作为甲公司的股东出资到位的事实属于免证事实，奚甲、奚乙无须再为此举证。而奚甲、奚乙提供的验资报告作为证明其出资到位的书证，在没有相反证据质疑的情况下，其内容的真实性亦应当予以肯定。因此，应认定奚甲、奚乙作为甲公司股东已经足额出资，成某要求其承担出资差额填补责任缺乏事实根据。并且，对于人民法院生效裁判文书认定的事实，只有经法定程序撤销该法律文书后方能否定。故成某在本案中重复起诉奚甲、奚乙承担股东出资差额填补责任亦违反了民事诉讼“一事不再理”原则。

关于奚甲、奚乙的清算赔偿责任问题。《公司法》规定，有限责任公司因被吊销营业执照而解散的，公司全体股东作为清算义务人应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组开始清算。《公司法解释（二）》将股东的清算责任向财产责任作了转化。根据该司法解释第十八条第一款规定，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。故清算义务人在法定期限内未成立清算组开始清算，即根本未履行清算义务的，清算义务人应当在造成公司财产贬值、流失、毁损或者灭失的范围内对公司债务承担赔偿责任。该清算赔偿责任的理论依据是法人财产制度和侵权责任制度。该司法解释第18条第2款规定，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。故清算义务人虽然已经成立清算组但却未及时开始清算，即怠于履行清算义务的，如果导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算的，清算义务人应当对公司债务承担连带清偿责任。该清偿责任的理论依据是法人人格否认制度。本案奚甲、奚乙作为甲公司的股东在2005年甲公司被吊销营业执照后根本未履行清算义务，符合上述司法解释第18条第1款规定的情形。在该款规定的股东清算赔偿责任中，由于股东未尽清算义务，造成公司财产损失，并最终导致公司债权人的利益不能实现，公司股东的行为侵害了作为相对人的公司债权，因此，公司股东承担的清算赔偿责任在性质上属于侵权责任。根据《民法通则》第106条的规定，公司股东不

履行清算义务的不作为行为造成公司财产损失以及债权人债权得不到清偿的结果，且公司股东未履行清算义务的行为与公司及公司债权人的利益受到侵害的结果之间存在因果关系，是公司股东承担清算赔偿责任的必要条件。本案中成某在（2002）洪民一初字第23号民事判决书生效后、甲公司被吊销营业执照前已经申请人民法院强制执行甲公司的财产，至2008年6月提起本案诉讼时，一直没有执行结果。根据人民法院对甲公司财产的强制执行效果，说明奚甲、奚乙不履行清算义务的行为并没有侵害到成某债权的实现，亦未造成导致甲公司财产贬值、流失、毁损或者灭失的情况发生。因此本案中奚甲、奚乙的行为在侵权责任构成要件上缺失侵权结果和因果关系环节，奚甲、奚乙不应成某承担清算赔偿责任。

关于魏某、林某在本案中的民事责任问题。鉴于前述对奚甲、奚乙出资差额填补责任和清算赔偿责任的否定，相应的魏某、林某也无须对成某的债权承担连带清偿责任。

故奚甲、奚乙、魏某、林某的上述理由成立，本院予以支持。据此判决如下：一、撤销甲市中级人民法院（2008）洪民二初字第66号民事判决；二、驳回成某的诉讼请求。

成某申请再审称：（1）甲会计师事务所出具的江龙验字（96）第03号《验资报告》，未说明和提供验资依据，不符合法律及业务准则、规则的相关规定，依法不能作为本案认定事实的根据。（2）奚甲、奚乙对其已向甲公司足额出资到位依法负有举证责任，本案不适用《民事诉讼证据规定》第9条之规定，二审判决依据甲市中级人民法院的执行裁定免除其举证责任，属适用法律错误。（3）奚甲、奚乙无正当理由拒不提供所持有的其向甲公司出资的相关凭证，本案应适用《民事诉讼证据规定》第75条之规定，依法推定奚甲、奚乙向甲公司出资不到位。（4）二审判决对奚甲、奚乙不履行清算义务的行为未侵害本案债权以及未导致甲公司财产贬值、流失、毁损或者灭失的认定亦缺乏证据证明，应当依据《公司法解释（二）》第18条规定判决奚甲、奚乙对本案债务承担连带清偿责任。（5）奚甲、奚乙出资不到位的违法行为发生在其与魏某、林某夫妻关系存续期间，魏某、林某依法应对奚甲、奚乙出资不到位违法行为产生的民事责任承担连带责任。且奚甲、奚乙与魏某、林某均为离婚不分家系非法逃避债务的假离婚，其关于夫妻共同财产及共同债务的分割约定违法无效，魏某、林某依法亦应对本案债务承担连带清偿责任。

被申请人奚甲、奚乙、魏某、林某共同答辩称：甲省高级人民法院二审

民事判决认定事实清楚、适用法律正确。2008年5月26日甲市中级人民法院做出(2007)洪中执异字第141号民事裁定书,作为发生法律效力法律文书,已经载明成某不能提供证据证实我方出资不到位,这是不容置疑的证据。成某所诉本案实为一案两诉,理应驳回。甲公司经营后期出现问题,负债经营,进入执行程序后就已无财产可供执行,所以没有清算也不会造成财产损失,不应承担清算责任。另奚甲、奚乙已分别与原配魏某、林某离婚,不存在承担连带责任的法律事实。请求驳回成某的再审申请。

最高人民法院经审查认为:依据原审判决对本案事实的认定及申请再审人成某提供的证据材料,本案债务人甲公司的成立是经过甲市工商行政管理局对甲公司一系列变更登记后确认的,工商登记档案中对股东奚甲、奚乙的出资情况有明确记载,并有甲会计师事务所作出的江龙验字(96)第03号验资报告和江龙验字(97)第24号验资报告等资料作为凭证,故申请再审人成某提出的否定奚甲、奚乙已足额出资的理由因证据不足,本院不予支持。关于奚甲、奚乙的清算赔偿责任问题,本案中,申请再审人成某2002年底开始对其拥有的甲公司债权向人民法院申请强制执行,至2005年甲公司被吊销营业执照历时两年半之久,并未发现甲公司有可供执行的财产,到本案2008年一审诉讼时,仍然没有执行结果。本案申请强制执行在前、请求清算赔偿在后的客观情况表明,奚甲、奚乙因不履行清算义务的行为导致甲公司财产贬值、流失、毁损或者灭失的情况发生没有切实证据予以证实,故甲省高级人民法院二审判决认定奚甲、奚乙不履行清算义务的行为并未侵害到成某债权的实现,驳回成某的诉讼请求并无不当。关于魏某、林某在本案中的民事责任问题,鉴于认定奚甲、奚乙应当承担出资差额补偿责任和清算赔偿责任的证据不足,故魏某、林某无须对成某的债权承担连带清偿责任。

综上,申请再审人成某的申请不符合《民事诉讼法》第179九条第1款规定的应当再审之情形,对其申请再审请求不予支持。依照《民事诉讼法》第181条第1款裁定如下:驳回成某的再审申请。

## 【裁判解析】

本案是一起债权人向债务公司讨债,判决胜诉后因债权未能实现,引发债权人二次诉讼,状告公司股东出资不到位以及未及时对公司进行清算,导致公司资产损失的纠纷案件。关于本案涉及的股东出资到位与否问题以及夫妻离婚责任问题等并非本案分析所要关注之内容,本案所要重点分析的是

股东清算责任问题。应当说，清算制度对于清算秩序的建立以及债权人和其他利益相关者的保护，具有十分重要的意义和价值。为实现清算的制度价值，就需要相关主体履行清算义务。股东作为法定的清算义务主体，应当如何履行义务以及在未尽清算义务时该承担怎样的法律责任，这是本案关注之焦点。

**一、清算法律义务概述。**清算是公司消灭的必经程序，其意义和价值在于：（1）确立清算秩序。公司作为市场主体，牵涉到多种多样的法律关系，当公司解散后，如果没有清算程序的约束，各方主体往往处于混乱无序的状态，不利于权利义务关系的消灭。有了清算程序，则可以确立良好的清算秩序，从而顺利结束公司的法律关系，确保公司正常退出，维护经济秩序。（2）保护债权人和其他利益相关者的利益。确立清算秩序之目的就在于对公司财产进行恰当的评估和处分，平衡各方利益，避免不公平清偿，保护债权人和其他利害关系人的利益。（3）贯彻公司法人责任财产制度。公司是独立的企业法人，以其自身财产对债权人负责。只要公司进行了清算，即使公司不能清偿全部债务，公司的出资者也不再承担责任，即公司的出资人因清算程序的完成而享有有限责任之庇护。

为确保清算制度价值之实现，在公司被解散后，相关主体必须依法履行清算义务，即依法组织选任清算人启动清算程序。当负有清算责任的人不履行或不完全履行清算义务时，法律必须强制清算义务主体承担违反法定义务所引发的不利法律后果，并赋予公司债权人或利害关系人行使法律救济之权利。只有这样才能避免公司解散后无人清算的状态，发挥清算制度应有的价值功能。

**二、谁是清算义务主体。**清算义务人，是指依照法律规定对公司清算负有特定义务并在未尽清算义务之时承担相应责任之民事主体。《公司法解释（二）》第18条第1款规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”结合《公司法》第184条和《公司法解释（二）》第18条之规定可以看出，我国立法实际上已经通过设定法律责任的间接方式确立了清算义务的主体范围，即有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东为清算义务主体。另外，最高人民法院二庭在有关《公司法解释（二）》答记者问中也明确提出：“根据公司法的规定，公司解散后，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东有义务及时启动清算程序对公司进行清算，即有限责任公司的股东和股份有限公司的董事、

控股股东应为公司解散后的清算义务主体。”<sup>①</sup>

需要明确的是，清算义务主体与清算人并非同一概念。随着清算人职业化程度的提高，不少会计师事务所、律师事务所可以担任清算人之角色，但他们并不是清算义务主体。清算义务主体与清算人之区别在于：<sup>②</sup>

1. 产生途径不同。清算人可由公司章程或者股东会决议确定，未约定时由法定清算人担任，法定清算人不能担任或有其他障碍时可由法院指定。清算义务人则是法律直接规定的。

2. 所负义务内容和形式不同。清算人的义务是完成具体的清算事务，既包括积极的作为义务，如通知、公告债权人、清理公司资产等，也包括消极的不作为义务，如禁止自我交易、不得擅自披露公司商业秘密等。清算义务人的义务是负责启动清算程序、组织清算和产生清算人，主要是积极的作为义务。

3. 所负义务性质不同。清算人的义务是约定或指定的，是基于公司或者法院等的委任或指派产生的，因公司或者法院的解任或清算人的辞任而解除。清算义务人的义务则是法定的，不能任意解除。

4. 承担责任不同。从责任性质看，清算义务人的责任系由于违反法定义务而导致的侵权责任，而清算人的民事责任既可能是侵权责任，也可能是违反清算人与公司之间委任合同的违约责任。从责任对象看，清算义务人怠于履行义务的，赔偿对象为公司债权人或股东，但不包括公司，清算人的赔偿对象首先应当是公司。

**三、不履行清算义务之后果。**依照《公司法》第3条的规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”即公司具有独立的法人人格，依法独立承担责任，股东仅承担有限责任，这是公司区别于其他企业形态的最主要特征。因此，当公司解散时，也应当由公司独立承担民事责任。公司的清算义务人在公司解散时承担的只是清算责任，即组织清算人进行清算的责任。

但是，如果清算义务人怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要

<sup>①</sup> 奚晓明主编：《最高人民法院关于公司法司法解释（一）、（二）的理解与适用》，人民法院出版社2008年版。

<sup>②</sup> 以下参见刘敏：《公司解散清算制度》，北京大学出版社2010年版，第66页。

文件等灭失，无法进行清算的；或者公司未经清算就办理注销登记，导致公司无法进行清算的，按照《公司法解释（二）》的理解与把握，似将此归属于股东滥用公司的法人地位和股东有限责任逃避债务之范畴，明确规定清算义务人要对公司债务承担连带清偿之责任。如《公司法解释（二）》第18条第2款即明确规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。”如此规定，要求清算义务人对公司债务承担连带责任，这无疑加大、加重甚至改变了清算义务人的清算民事责任，但如此设定的理由又如制订者所想，意在督促相关责任人尽快成立清算组进行清算，以避免借公司解散之机逃避债务，从而达到保护债权人利益、维护市场经济秩序之目的。

应当指出的是，不履行清算义务其实并不当然意味着必然要对公司债务承担连带责任，司法不应将股东可能应尽的所有清算责任均直接转化为对公司债务的赔偿责任，除非符合特别规定之情形（如《公司法解释（二）》第18条特别规定之情形等）且经过特别情形事实之查明。但是，在我国以往司法实践中，凡有清算责任即直接判令清算义务人对公司债务连带负责的现象确实并不少见，即便只判决清算义务主体履行清算责任，但在实际在执行过程中又常常演变为让股东为公司之债务承担连带责任，这样扩大化的做法显然与公司法的基本精神相违背。

那么，股东未尽清算义务的法律性质是什么呢？其法律后果又将怎样？按照《公司法解释（二）》的理解，实质是将其视为清算义务人对公司债权人的一种侵权责任，即清算义务人故意实施妨害债权实现的行为，使债权人因此遭受财产利益损害，所以应当承担损害赔偿。如前述《公司法解释（二）》第18条第1款之规定，即是清算义务人不作为的侵权责任。而其第19条之规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记，债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”这实际被视为作为的侵权责任。

需要明确的是，即便是按照侵权责任来定位未尽清算之责任性质及后果，清算义务人承担侵权责任的损害赔偿范围亦应以债权人受到的实际损失为限，而不是公司所有债务一律无条件地要求未尽清算之义务主体连带承担清偿责任。并且必须强调的是，所谓清算义务人的侵权行为与公司债权人的实际损



失之间，必须要有直接的因果关系。如果显然有证据表明，公司债权人的债权在公司未解散或未进入清算状态之前即已经不能获得偿还，那么显然至少从形式上即可判断，清算义务的未履行与债权不能获得偿还之间并不存在必然的因果关系，则未尽清算义务人即便未尽清算义务，亦不构成所谓的侵权责任，更不应判令他们承担任何所谓的债权连带偿还之责任。

**四、关于本案之简要评析。**本案申请再审人成某与甲公司之间存在民间借贷关系，甲公司未能偿还成某借款本金而引起。成某与甲公司之间的民间借贷纠纷，已经一审法院作出民事判决，认定成某享有对甲公司 449.2 万元借款及相应利息的债权。该民事判决生效后，成某经向原审法院申请强制执行但未能受偿债权，遂提起本案诉讼，请求判令奚甲、奚乙、魏某、林某连带清偿上述 449.2 万元借款本金。本案一、二审判决结果大相径庭，两审朝着两个完全不同的方向作出判决：一审判决认定成某诉由成立，支持了成某的诉讼请求，二审判决则完全否定一审，驳回了成某的诉讼请求。

针对申请再审人成某的再审申请，尽管最终予以了驳回，但在研究过程中也曾有观点认为，其再审申请成立，本案应予再审。之所以主张应予再审的主要理由是：依照《公司法》及其司法解释的相关规定，当公司被工商登记机关吊销营业执照以后，应当成立清算组对公司资产进行清算，即进行公司清算是公司股东的法定义务。本案被申请人奚甲、奚乙作为甲公司股东，在 2005 年甲公司被工商登记机关吊销营业执照以后，没有依法履行对公司的清算义务是不争的事实。二审判决在认定上述事实情况下，仅以人民法院没有执行到甲公司财产为由排除被申请人奚甲、奚乙没有组织清算的责任属适用法律不当。况且，因何种原因导致人民法院没有执行到甲公司的财产以及于工商登记的甲公司实物资产去向问题亦未能予以查明，故二审判决免除奚甲、奚乙的清算赔偿责任缺乏事实与法律依据，将奚甲、奚乙的责任摘得干干净净，难以服人。另根据本案事实，借款发生在 1997 年，申请人成某起诉甲公司还款是 2002 年上半年，一审判决的作出是 2002 年 11 月，一审即告生效，随即进入执行程序。而奚甲与魏某是 2002 年 10 月离婚，奚乙与林某是 2003 年 11 月离婚，兄弟俩一年之内分别与自己的妻子离异也是件不多见的事，而且与债务纠纷案件如此之近，离婚协议内容更是慷慨大方，全部家产都归女方，在这种情形下，判决不承担连带责任同样难以服人。

但是，正如之前分析所指出，所谓清算义务人未尽清算义务而构成的侵权行为与公司债权人的实际损失之间，必须要有直接的因果关系。本案事实的特殊性在于，债权人已经先行对公司单独提起过诉讼，虽获胜诉判决但未

能获得有效执行，之后再另行诉请股东承担补足出资尤其是未尽清算义务的法律責任。正是基于这种先获胜诉判决而未获有效执行在先、公司被吊銷執照且未能组织清算在后的事实，二审判决认为，这说明奚甲、奚乙不履行清算义务的行为并没有侵害到成某債权的实现，亦未造成导致甲公司财产贬值、流失、毀损或者灭失的情况发生，因此，本案奚甲、奚乙的行为在侵权责任构成要件上缺失侵权结果和因果关系环节，故奚甲、奚乙不应对成某承担清算赔偿责任。通俗理解该判决，即执行在前、申请清算在后，因为没有财产所以清算也无意义，或者说因为没有财产，所以不清算也就不会造成具体损失，所以可以免除赔偿责任。这样的判决理由与解读，尽管依然有人会持不同意见，但这种关于未尽清算义务而引发的赔偿责任与債权损失之间应当具有必然因果关系的理解也并非不正确，甚至原本即应当这样加以理解与把握。正是基于这样的理解，再审裁定中同样认为，本案申请强制执行在前、请求清算赔偿在后的客观情况表明，奚甲、奚乙因不履行清算义务的行为导致甲公司财产贬值、流失、毀损或者灭失的情况发生没有切实证据予以证实，故二审判决认定奚甲、奚乙不履行清算义务的行为并未侵害到成某債权的实现，驳回成某诉讼请求并无不当。



170

## 股东全部死亡时 其继承人是否负有清理公司之责

### 【关注焦点】

当公司股东全部死亡时，对公司人格之存续会产生怎样的影响？各股东之继承人对死亡股东及该股东所在公司负有什么性质之法律责任？清理公司与清算公司有何实质之差别？

### 【基本案情】

原告：蒋某某等三人

被告：某纺织有限责任公司

被告：王父、王母、季父、季母四人

被告某纺织有限责任公司成立于2005年1月4日，公司注册资本为人民币50万元，系由王某某和季某某夫妻两人共同出资成立，王某某出资30万元，季某某出资20万元，王某某为该公司法定代表人。公司成立后，向原告蒋某某等三人借款30万元，用于公司经营周转，被告某纺织有限责任公司向原告蒋某某等三人分别出具了借据，并约定于2006年9月底前一次性还清。

2006年7月，王某某和季某某夫妻及儿子因同起交通事故全部身亡，两人开办的纺织有限责任公司处于停业状态。原告蒋某某等三人为索要借款，以纺织有限责任公司和王某某、季某某的法定继承人王父、王母、季父、季

母为被告，诉至法院，要求被告承担还款责任。法院审理过程中，被告某纺织有限责任公司及王父、王母、季父、季母均未出庭参加诉讼。王父、王母、季父、季母表示不继承财产。

## 【审理要览】

法院经审理认为：被告某纺织有限责任公司的股东全部死亡，公司处于停业状态，被告王父、王母、季父、季母作为被告某纺织有限责任公司两股东的法定继承人，应对被告某纺织有限责任公司的资产进行清理，并以清理的资产为限偿还三原告的债务。遂判决被告王父、王母、季父、季母于判决生效之日起30日内对某纺织有限责任公司的资产进行清理，并以清理的资产为限偿还三原告30万元。

## 【裁判解析】

本案在性质上看，属于债权债务纠纷，原告起诉之目的是索要借款。之所以放在公司解散清算这部分进行讨论，是因为本案有些特殊，即债务人公司因股东全部死亡而处于停业状态，实际是名存实亡，既无法继续经营，又未经过解散清算而注销，股东的继承人又表示放弃继承权，此时，公司债权人处于索债无门的不利地位。当此情形，公司的债权债务应如何处理？当公司股东全部死亡时，对公司人格之存续会产生怎样的影响？是否属于当然解散之情形？各股东之继承人对死亡股东及该股东所在公司又负有什么性质的法律责任？这是本案所延伸出来的法律问题，也反映了公司法所存在的法律漏洞。

**一、股东全体死亡对公司人格之影响。**依据公司制度理论，公司拥有独立的法人地位，具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利、承担民事义务，股东仅以其出资额或股份为限承担责任。也就是股东人格与公司人格相互区分，原则上为彼此独立而区分的人格主体。如果股东部分死亡，人们显然不会认为会影响到公司之人格。但是，股东全部死亡尤其是小公司股东全体死亡，如本案一般，人们通常会认为公司人格必将受到影响。事实上，在股东全部死亡时，公司组织还在，尤其是公司资本及股份还在，如果股份通过继承或第三人受让股份，新的股东接管公司，则公司依然可以有效存续与发展。但是，如果股东全体死亡而又无继承人、更无人愿意受让

股份时，公司人格又将处于何种状态呢？

本案之中，并未出现公司章程规定的解散事由，事实上也不再可能通过股东会决议来解散公司，公司也没有受到行政吊销等处分，更无人提起司法解散公司之诉（按新《公司法》第183条的规定，司法解散请求权主体只能是股东，债权人提起不符合条件），法院面对这种情形，是否应当按公司当然解散而必须清算之情形进行处理，否则公司将处于既不能正常经营，也不能退出市场之尴尬状态。

如果认为要清算，那么接下来的问题就是应由谁来负责？本案之中，公司很小，除股东主持公司管理外，并无真正意义的高管人员，因此不能由公司管理人员来主持。在市场经济条件下，政府也没有组织清算的义务和职权。法定意义上的清算义务主体，即有限责任公司的全体股东已经不存在了。此时，如果逾期未成立清算组进行清算，则债权人可以依据《公司法》第184条的规定申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。由于公司已无股东、董事、管理人员，人民法院可以指定依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构或其中具备相关专业知识和取得执业资格的人员组成清算组进行清算。

**二、股东继承人对公司负有清理责任吗？**既然法定清算义务主体已经死亡，那么清算义务与责任可否继承呢？在现代法治社会，“父债子还”式的责任连带已经被视为封建或落后法律制度的产物，现代法制的基本精神是责任独立且原则上自负其责（未成年人责任除外），故继承法也原则上并不允许被继承人的责任必须由继承人来继承。股东清算义务如果作为一种责任，显然继承人亦无法定义务代被继承人承担，尤其在继承人明确表示放弃继承之前提下。

如果不继承清算责任，但是否要如本案法院所判承担清理责任呢？如本案基于特定亲属关系的存在，继承人帮助清理被继承人的财产，从道义上未尝不可，但却不宜作为法定义务而判决其承担法律责任。只是公司的债权债务总要有人进行处理，从民间习惯法来看，由死亡股东的近亲属负责清理亦乃合情合理之事，以此亦可减少聘请专业人员进行公司清算之成本。

**三、本案判决如何监督执行。**由于清理公司财产并非清算公司财产，“清理”一说在法律上并无相应规定，故只能参照与其相似的清算公司之程序进行。那么，应当如何参照、本案判决如何监督执行成为非常现实之问题。

本案判决被告在30日内进行清理，并以清理资产为限偿还原告款项，从现行法律规定来看，并无明确的法律依据，此纯属法院行使自由裁量权的结

果。对于公司自行清算，法律并未规定期限问题，目前仅在《公司法解释（二）》中规定了法院组织清算的期限。“人民法院组织清算的，清算组应当自成立之日起六个月内清算完毕。因特殊情况无法在六个月内完成清算的，清算组应当向人民法院申请延长。”本案判决被告在30日内清理完毕，时间较短，概因该纺织有限责任公司规模较小、债权债务关系简单，为提高清理之效率而作出。

至于清理的具体程序，是否也应参照清算程序进行？在清算程序中，通知和公告债权人是必经程序，它是将企业解散、清算信息公开、维护企业债权人利益、保障清算事务顺利执行的重要制度。在清理公司财产过程中，也应公告清理事项并通知债权债务，以维护债权人利益，避免遗漏。本案原告只有蒋某某等三位债权人，如果还有其他债权人出现并申报债权，也应同等参与剩余财产分配。另外，根据《公司法》第187条的规定：“清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。”本案也应制作清理报告，报人民法院确认。至于清理过程中是否需要聘请审计、会计等专业人员，则应视情况而定，毕竟我国清算人的职业化程度并不高，法律也未规定清算时必须聘请专业人员。对于一些小公司来讲，法律关系简单，聘请专业人员花费的成本较大，并无必要。

公司清算的前提是公司财产尚能清偿债务，利害关系人的利益并不会因为公司的终结而受到损害，因此，普通清算中，债权人基本不介入。本案之中法院既然判令王父、王母、季父、季母对公司进行清理，原告等类似其他债权人不应介入清理程序。如果清理人告知无财产可供还债，应当允许债权人提出异议。如果公司确实资不抵债，符合破产条件，是否应当进入破产程序还应进一步听取相关债权人的意见。如果连破产费用亦不能支付，则破产一说亦无从谈起。本案判决以清理财产为限偿还原告款项原则上并无不当，但如果公司财产不能完全偿还原告三人的债务，是否按比例清偿等问题如不加以明确，将可能会再次发生相关争议。

171

## 公司解散过程中 股东剩余财产分配请求权之转让

### 【关注焦点】

公司解散过程中，股东对公司剩余财产之分配请求权是什么性质之法律权利？该项权利可否进行转让或者由他人代位行使？

### 【基本案情】

原告：甲外贸公司

被告：A市港务局

1994年1月27日，A市港务局与香港乙公司签订中外合资经营合同，成立A市金属公司。1996年9月26日，A市会计师事务所出具验资报告，乙公司尚未出资。1997年5月20日，A市对外经济贸易委员会下发了《关于A市79家外商投资企业自动解散的通知》，其中A市金属公司亦属自动解散企业之一。1997年5月27日，A市金属公司经A市工商行政管理局核准注销。同年7月7日，A市港务局发函乙公司，告知双方合资的A市金属公司被解散，要求其派员前来清算资产、商定善后处理事宜。8月11日，乙公司致函A市港务局，将其在A市金属公司中所占的全部资产转让给甲外贸公司作为抵债。1999年11月30日，甲外贸公司与乙公司签订了债权转让协议书，约定：乙公司投入A市金属公司35万元人民币及1700MM横切机组、Q45牵引车；乙

公司将其对原 A 市金属公司清算所应取得的财产权利、依据合资合同要求 A 市港务局赔偿损失、承担违约责任的权利及其他权利全部转让给甲外贸公司，并负责通知 A 市港务局等。2000 年 1 月 10 日，甲外贸公司向 A 市港务局发出催债通知书，要求 A 市港务局归还人民币 35 万元、1700MM 横切机组及 Q45 牵引车的折价款 18.5 万元。2000 年 1 月 12 日，乙公司通知 A 市港务局，称其已将 A 市金属公司清算所得财产权利等转让给甲外贸公司。

甲外贸公司根据债权转让协议向法院起诉 A 市港务局请求：（1）确认合资双方均违约，过错责任同等。（2）判令 A 市港务局返还人民币 53.5 万元及利息和 1700MM 横切机组。（3）（诉讼中）要求对合资公司进行清算。

## 【审理要览】

一审法院经审理认为：（1）本案合资合同签订当事人为乙公司和 A 市港务局，甲外贸公司并非合资合同签约人，合同效力仅及于缔约当事人，任何第三人无权请求合同当事人履行合同债务，故甲外贸公司无权依据合资合同要求确认合资双方违约，过错责任同等，A 市港务局返 53.5 万元人民币和 1700MM 横切机组及对合资公司进行清算。（2）乙公司与 A 市港务局的合资合同关系中，既有权利又有义务，合同一方将合同的权利、义务转让给第三人的，应当取得合同另一方的同意，也不能单独将合同权利转让给当事人，在本案中甲外贸公司亦无证据证明 A 市港务局同意与乙公司的转让关系，故甲外贸公司与乙公司的转让关系无效，甲外贸公司不能依此无效关系取得诉权。遂作出裁定：驳回原告甲外贸公司的起诉。案件受理费 50 元，由甲外贸公司负担。

甲外贸公司不服，提起上诉称：原审法院认定事实错误，适用法律不当。理由是：（1）乙公司与 A 市港务局合资成立了 A 市金属公司。该公司成立后，乙公司投入了 35 万元人民币和 1700MM 横切机组、Q45 牵引车，而 A 市港务局应投入的不动产并未投入。1997 年 5 月，A 市金属公司被有关部门撤消了批准证书，并被注销工商登记。在没有对合资公司清算的情况下，原开办单位共同继受取得合资公司的剩余财产，故乙公司对 A 市港务局拥有债权。现 A 市港务局侵占了合资公司的全部剩余财产，即侵犯了乙公司的财产所有权。（2）因乙公司欠甲外贸公司 200 万元债务，乙公司与甲外贸公司于 1999 年 11 月 30 日签订了债权转让合同，将其在合资公司的全部财产转让给了甲外贸公司。而且甲外贸公司在一审已依法行使代位权，主张实体权利。



但原审法院对代位权只字未提，却以转让合同无效为由驳回起诉，适用法律显然不当。A市港务局未作书面答辩，庭审中辩称：A市港务局与甲外贸公司没有任何法律关系；合资公司应由合资双方进行清算，在合资公司未清算的情况下，不能确认乙公司对A市港务局拥有债权；甲外贸公司不具备原告的诉讼主体资格。

二审法院经审理认为：A市港务局和乙公司系合资公司的投资主体，而甲外贸公司与合资公司之间没有任何法律关系。合资公司即A市金属公司被注销后，应当由合资双方对合资公司的资产进行清算，而乙公司与A市港务局对合资公司的资产并未清算，乙公司在合资公司中是否享有剩余财产的分配权尚无法确定。因此，甲外贸公司主张的乙公司对A市港务局的所谓债权尚未成立。另外，根据《合同法》及有关司法解释，提起代位权诉讼，必须符合一定的条件，而且仅限于债务人享有的具有金钱给付内容的到期债权。显然，甲外贸公司以行使代位权为由提起诉讼，亦不符合起诉条件，应予驳回。原审法院裁定虽然对甲外贸公司提起的代位权诉讼未作认定，但适用法律及处理并无不当，应予维持。二审审理过程中，上诉人甲外贸公司又以其与被上诉人A市港务局协商达成和解协议为由申请撤回上诉。二审法院遂于2001年3月29日作出民事裁定：准许上诉人甲外贸公司撤回上诉。

## 【裁判解析】

剩余财产分配请求权是股东对公司所能行使的最后一项权利，该项权利的法律性质如何？可否进行转让或者由他人代位行使？

**一、清算权利可否转让。**在甲外贸公司与乙公司签订的合同中，曾表示将清算权利转让给甲外贸公司，这就涉及到清算权利能否转让的问题。清算对股东而言是一项权利，股东只有全程参与清算过程，才能充分了解与掌握公司债权债务状况。但是，股东参与清算亦不仅是一种权利，更是一种义务与责任。《公司法》第184条规定，公司应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。这反映了清算对有限责任公司的股东而言更是一种义务。

权利可以依主体的意思进行转让，但是义务却不能放弃或转让，尤其是具有身份特性的责任与义务。既然清算为股东权利与义务一体化之产物，且显然附有以特定身份为前提之要求，那么就不可以随意地被转让，或由他人

随意地来替代。

**二、剩余财产分配权可否转让。**当公司解散时，经过法定的清算程序，公司的剩余财产应归属于全体股东，应由股东共同决定如何分配，它是股东行使的最后一项权利。股东的剩余财产分配权，仅限于公司的剩余财产，这个剩余财产并非指公司解散时的剩余财产，而是指公司经清算偿还了公司全部债务后的剩余财产。因此，股东剩余财产分配权的实现条件，是公司清偿了全部债务后仍有财产剩余。那么，这项权利是否可以单独转让呢？

在公司剩余财产分配方案通过之前，股东的剩余财产分配请求权并不确定，仅是一种期待性的权利，它与股东资格密不可分，单独转让不具有可操作性。但是，当股东会通过了剩余财产的分配决议时，股东的剩余财产分配请求权已经具体化为一种债权性的权利，是一种既得权，此时即可按照普通债权进行转让。因此，所谓的剩余财产分配请求权的转让，必须在公司进入清算程序后，必须是股东会已对剩余财产分配形成有效决议之后才可转让，而这种转让与一般债权的转让实质并无区别。

**三、公司解散过程中股权可否转让。**对于公司解散过程中的股权转让，人们常常抱以怀疑的态度，似乎公司进入解散状态后，股东便不可以进行其股权的转让。其实，股权存续期间与公司存续期间相伴随，股权随公司主体设立而生效，亦随公司主体消失而失效。正如人们所知，公司解散仅是引发公司清算进而消失的法律缘由，自公司解散至消失将有一个过程，甚至还会是漫长的过程，公司解散并不等同于公司的消失。故公司解散期间，股东可以继续行使其股东权利，如查阅账簿的知情权、剩余财产分配权、以及终止解散而恢复公司的权力等，其中当然也包括股东转让其股权的权利。如法国《商事公司法》第272条便明文规定：“在公司解散后直至清算结束时的期间内，股票仍可转让。”<sup>①</sup> 香港何美欢教授在解释英国上诉法院的一则判例时也指出：“如果有人愿意承担股款责任，公司清算前夕的转让也是可以注册的，只要董事对受让人的人格不提出反对。”<sup>②</sup> 很显然，解散过程中的股权转让，是公司运营实践中的客观要求，断不能想当然地否认其应有的法律效力。事实上，清算期间，公司人格存续，股权存续，甚至还须凭股权决定公司清算及财产分配等多种事宜，同时还有剩余财产分配等可能的利益，此时的股权转让并非毫无意义。

① 卞耀武主编：《法国公司法规范》，李萍译，法律出版社1999年版，第171页。

② 何美欢：《公众公司及其股权证券》，北京大学出版社1999年版，第245页。

**四、股权转让与债权转让之比较。**股权在性质上并非债权，它是一种自成一体的独立权利类型。尽管股权的部分内容具有请求权属性，如财产性权利中的分红权、剩余财产分配权等属于财产性的请求权能，公司事务参与权中的临时股东会召集请求权等属于非财产性的请求权能。但是，这些请求权不过是股权的部分权能，不同于债权，而且其非请求权内容更非债权所能涵盖，因此，债权说依据股权的请求性内容而认定股权为债权失之片面，不能成立。<sup>①</sup>

就债权转让而言，它是指在不改变债的内容前提下，债权人将其债权移转于受让人的民事法律行为。受让人取得让与债权后，成为新的债权人，原债权人退出债的关系。债权转让要受到一些限制，并非任何债权都可转让。根据《合同法》第79条的规定，根据合同性质不得转让、按照当事人约定不得转让、依照法律规定不得转让的债权不能转让。另依《合同法》第80条第1款的规定，债权让与以通知债务人为对债务人生效之要件，即采取让与通知原则，未经通知的债权让与对债务人并不生效。

而股权转让比债权转让要更为复杂，需要经过一系列程序才能完成。根据《公司法》的规定，有限责任公司转让股权的程序大致为：（1）股权转让双方签订股权转让合同；（2）书面通知其他股东征求同意。有限责任公司具有较强的“人合性”，因此，各国立法例都对有限责任公司的股东对外转让股权进行限制。我国《公司法》第72条对此作出了规定：“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。”（3）履行审批手续。这主要针对需要国家干预的特殊企业，如《中外合资经营企业法实施条例》第23条规定，中外合资有限责任公司的“合营一方如向第三者转让其全部或部分出资额，须经合营他方同意，并经审批机构批准”；（4）进行工商变更登记；（5）公司内部变更登记，即向新股东签发出资证明书，并修改公司章程和股东名册。

**五、股东之债权人可以代位行使股东权利吗？**债权人的代位权是指债权人为了保全其债权不受损害，而以自己的名义代债务人行使其对第三人权利之权利。代位权是一种债的保全方法，债权原则上不涉及第三人，但当责任财产因债务人与第三人行为而发生不当减损，影响债权实现时，为了维护

<sup>①</sup> 江平、孔祥俊：《论股权》，载《中国法学》1994年第1期。

债权人的利益，法律赋予债权人以代位权对债务人与第三人之为行为进行干预，以此对债权进行必要之救济。

代位权的行使应当满足一定的条件，《合同法解释（一）》第11条列明了代位权行使的条件：“（一）债权人对债务人的债权合法；（二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；（三）债务人的债权已到期；（四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。”需要明确的是代位权的客体必须是金钱债权，且不能专属于债务人自身。

股权作为一种新型的权利，既具有财产性，又具有身份性，它是区别于债权的独立的权利类型。因此，股东权利不能作为代位权的客体。股权是具有股东资格的人所享有的权利。股东资格是享有股权的前提，或者说，享有股权的主体应当是股东。股东权利专属于股东的特征，决定了股东的债权人并不能代位行使股东权利。

**六、本案转让的究竟是什么性质之权利。**本案合同中曾表述，转让的是清算公司之权利。但清算对股东来讲，既是权利，更是责任和义务，因而并不能转让。

合同中还表述，将剩余财产分配权转让给甲外贸公司。根据前文分析，只有当公司进入清算程序，股东会作出了剩余财产分配决议时，剩余财产分配权转化为债权后才可转让。而乙公司与A市港务局对合资公司的资产并未进行清算，乙公司在合资公司中是否享有剩余财产的分配权尚无法确定。因此，甲外贸公司主张的乙公司对A市港务局的所谓债权尚未成立，故亦不可转让。

甲外贸公司在一审中主张自己行使的是代位权，但一审法院未作认定。根据《合同法》及有关司法解释，代位权的行使须符合一定的条件，且仅限于债务人享有的具有金钱给付内容的到期债权。股权具有身份性，不能作为代位权的客体。因此，甲外贸公司亦不符合提起代位权之诉的条件。

甲外贸公司与乙公司签订的合同名为债权转让协议书，且当事人签约后通知方式似乎是比照债权转让程序处理。这是否表明本案是债权转让呢？但是，乙公司与A市港务局的合资合同中，既有权利又有义务，乙公司对港务局拥有的不止是债权，还有债务。债权让与仅通知债务人即可，但债务承担却应当取得债权人的同意。本案之中并无证据证明港务局同意乙公司将合同权利义务转让给甲外贸公司。因此，甲外贸公司与乙公司的转让关系无效，难以获得法律支持。

那么，本案转让的是股权吗？但是合同中却并没有进行股权转让的任何

明确意思表示，实际也并未按照股权转让的程序进行运作。A市金属公司是中外合资公司，合营一方如向第三者出资，须经合营他方同意，并经审批机构批准。本案并未进行转让审批程序，并不符合股权转让的法律条件。

综上所述，本案转让的客体扑朔迷离，对于案件性质的判断并不容易。简言之，就是“四不像、不伦不类”。但无论是哪种性质的权利，都不符合转让的条件。法院判决驳回甲外贸公司的起诉，并无不当。



## 解散中之公司可否对外提供担保

### 【关注焦点】

解散中公司作为法人主体的资格显然是被承认的，但此类公司之权利能力应当受到怎样的限制？尤其如本案所关注的，此类公司可否对外提供担保，这是极为现实之法律问题。

### 【基本案情】

原告：某银行

被告：甲企业有限公司

被告：乙房产有限公司特别清算委员会

1993年3月，被告甲公司向原告贷款4069万元，贷款期满未予归还。1998年7月3日，原告与两被告签订一份《协议书》，内容为：乙公司同意为甲公司向原告贷款债务承担连带担保责任，直到贷款本息还清为止；乙公司还同意用其所有的6000余平方米的用地作为甲公司向原告履行债务的抵押物，并将土地证（注明证号）交付原告保管。该协议签订后，因甲公司仍没有还款，1999年6月24日，原告向法院起诉，请求判决甲公司偿还借款本金4069万元及相应利息2300余万元，并乙公司承担连带清偿责任。

另查明：乙公司系由A、B两公司合作成立的中外合作经营企业，经营期限自1993年7月20日至1996年7月20日止，A公司负责提供前述用地6000

余平方米，B公司投入1.2亿元作为成立乙公司的条件。然至合作期满，因B公司资金问题未能履行，A、B两公司产生纠纷。1998年5月27日，A公司申请仲裁，请求解散乙公司并将其投入乙公司6000余平方米土地使用权裁归其所有，于申请仲裁的同时，A公司依法申请财产保全。1998年6月1日，有关法院作出裁定，依法查封A、B两公司合作所指向的6000平方米土地使用权，查封期间该幅土地的使用权不得转让、抵押或以其他方式处置该块土地使用权。1999年2月10日，仲裁部门作出裁决，其中裁决内容有：终止A、B两公司合作经营乙公司合同书，乙公司依法进行清算。1999年3月31日，有关政府外商投资企业清算委员会成立了乙公司特别清算委员会，对乙公司依法进行清算。

## 【审理要览】

一审法院认为：原告与被告甲公司的借款关系成立，甲公司应偿还原告所借款本金4069万元及相应利息。1998年7月3日，原告与两被告签订《协议书》，约定由乙公司对甲公司所欠原告的债务承担连带责任，以及由乙公司用其用地提供抵押。但事后该抵押物没有办理抵押登记手续，故该抵押没有生效，乙公司不应承担抵押担保的责任，对于乙公司在该协议中承诺承担连带保证责任问题，经查实乙公司系中外合作经营企业，该企业经营期限从1993年7月20日至1996年7月20日，乙公司对外提供担保系在其经营期限届满之后。企业的经营期限届满后，依法应对该企业的有关事务进行清理，停止重大的经营活动，企业的活动应当仅限于清算清理范围。原告在接受乙公司提供担保过程中，没有严格审查乙公司的资质，对此原告应承担过错责任。由于对外担保是企业经营的重大事项，乙公司法定代表人在《协议书》的签章行为，并没有经过乙公司董事会同意，事后亦未得到董事会的追认，此行为应确认为其法定代表人的个人行为。另外，在企业经营期限届满后，乙公司的民事行为能力是受限制的，再继续对外提供担保，该担保对担保人来说，不发生法律效力。为此，原告请求乙公司清算委员会对甲公司的债务承担连带责任的理由不能成立，不予支持。据此判决：一、被告甲公司尚欠原告本息共计6000余万元应付清偿给原告；二、驳回原告对乙公司清算委员会的诉讼请求。原告不服，提出上诉。

二审法院认为：原告与两被告《协议书》约定的抵押物，在抵押之前已被法院依法查封。依照《担保法》第37条的规定，依法被查封的财产不得抵

押，故该抵押无效，乙公司不应承担抵押担保的责任。关于该《协议书》中乙公司承诺承担连带保证责任问题，因该企业的经营期限届满日为1996年7月20日，届满后，有关部门并未对乙公司合作双方的合作合同作延期处理，依照法律规定，乙公司应成立清算组织，依法对该企业进行清算，停止经营活动；而且在经营期满后，企业的民事行为能力也受到限制，其对外的民事活动应当仅限于清算清理范围，不得以企业的名义实施与清算无关的其他民事法律行为，因此，乙公司法定代表人在《协议书》上的签章，表示为甲公司的借款作连带责任的保证，是无效的，但乙公司应对其无效的担保行为承担过错责任。故乙公司清算委员会应以清理乙公司的财产对甲公司不能清偿的本案责任承担30%的赔偿责任。据此判决：一、维持原判第一项；二、撤销原判第二项；三、乙公司清算委员会应以清理乙公司的财产对甲公司不能清偿本案的债务承担30%的赔偿责任。

## 【裁判解析】

解散中公司作为法人主体的资格显然是被承认的，但此类公司的权利能力应当受到怎样的限制，尤其如本案所关注的，解散中的公司可否对外提供担保，这是极为现实的法律问题。从各国的规定来看，解散中的公司只能进行与公司清算有关的活动，这是否意味着公司的其他行为一律无效呢？

**一、公司经营期限之法律意义。**公司的经营期限是指公司的存续期间，各国立法对公司营业期限的规定有所不同。少数国家立法规定有公司的最长营业期限，如法国《商事公司法》第2条明确规定公司章程可以确定“不得超过99年的期限”。大多数国家立法并不规定公司的最长营业期限的。在我国的《公司法》中，没有公司经营期限的规定，原则上也不要求公司必须设定经营期限。但是，《公司登记管理条例》第9条明确将营业期限列为公司登记事项。在我国的外商投资企业法中也有关于企业营业期限的规定。《中外合作经营企业法实施细则》第12、13条规定，营业期限应当记载于合作经营合同和中外合作经营企业公司章程之中。

公司营业期限届满一般导致公司解散，但并非当然解散。包括我国在内的绝大多数国家都规定，可以在营业期限届满前后以投资人特别决议的方式延长公司经营期限。如日本《商法典》第406条规定：“公司因存立期间届满而解散的，可以依法作出特别决议，使公司继续存在。”对于既不展期也不清算的公司，一种观点认为，公司应当进入解散程序；另一种观点认为，该公



司视为自动延续存在；还一种观点则认为，股东有权请求公司召集临时股东大会或董事会，以决定公司的未来命运。<sup>①</sup>

事实上，我国《公司登记管理条例》中规定的经营期限，仅是对企业进行行政管理的一种行政措施，经营期限届满不能当然视为公司即进入解散之状态，更不能以此当然否定公司的法人资格或者经营资格，公司经营期限届满后与届满前的权利能力实质并无不同，除非公司已经有效决议或其他合法方式而正式进入解散之状态。

**二、解散公司之权利能力。**《公司法》修订前，国内学者对解散中公司的法律地位存在不同的认识，主要有：（1）“清算法人说”。此学说认为，法人因解散事由出现而消灭其主体资格，其权利能力、行为能力也随之丧失。但是，为了便于清算，法律专为法人的清算目的而设立一种清算法人，这种法人能力是特殊的，不再享有原法人的能力，是不依附于原法人而独立存在的另一个清算法人，但一样享有权利能力。（2）“拟制法人说”。该说认为，法人因解散事由出现而丧失权利能力，仅为了清算的目的，法律拟制法人在清算目的范围内享有权利能力。从解散至清算完结，视为法人仍然存续。（3）“同一法人说”。此说认为，法人的解散并不等同于法人的消灭，清算终结才意味着法人资格的消灭，故清算中的公司与原经营中的公司为同一法人，只是处于清算阶段的公司其权利能力受到一定的限制，但它仍以原法人名义对外享有债权和负担债务。<sup>②</sup>

随着经济的发展和法学研究的深入，“同一法人说”成为通说，其符合公司法理且得到了新《公司法》的确认。根据《公司法》第187条的规定：“清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未按前款规定清偿前，不得分配给股东。”可见，解散中公司主要是经营权限受限，即只能从事与清算有关的事务。

进入解散阶段，公司的组织结构也发生变化，只能通过清算组织代为行使权限。股东会和监事会依然存续，但是，以经营活动存在为前提的有关公司法律规定，对清算中的公司当然不再适用。如清算中的公司不得选任经理人员，原有经理人员应当终止其委任关系。公司解散确定清算人后，原公司代表人的代表权终止，由清算人对外代表公司。清算人的职务一般仅局限于

<sup>①</sup> 刘俊海：《现代公司法》，法律出版社2008年版，第799页。

<sup>②</sup> 周友苏：《新公司法论》，法律出版社2006年版，第503页。

以下三项：了结业务，收取债权并清偿债务，移交剩余财产。<sup>①</sup>

对于解散中公司的能力，许多国家都有规定。美国《示范商业公司法》规定，一家解散的公司仍应继续其公司的存在，但不能继续经营业务，除了经营和其结业有关的以及和清算有关的业务和事务。《德国股份公司法》第268条规定，清算人应结束现行业务、收回款项、将其他财产兑换成现金以及偿还债务人。如果是清算所需要的，也可以开展新业务。《法国民法典》第2449条规定：“当解散公司事由出现时，董事不得再拓展新业务。”韩国《公司法》第57条规定：“清算公司的权利能力限定在清算目的范围之内。”

**三、关于本案之简要评析。**从本案事实看，公司经营期限于1996年7月20日届满，既未续展期限也未正式宣布解散，而是继续经营，甚至还在1998年7月与原告签订担保协议，对甲公司向原告的贷款债务承担连带担保责任，还将土地抵押给原告。对于抵押之土地，已于1998年6月1日，即抵押合同签订前被法院查封，依照《担保法》第37条的规定，依法被查封的财产不得抵押，故该抵押无效，乙公司不应承担抵押担保的责任。因此，本案争议之焦点在于公司经营期限届满后，乙公司承诺承担连带保证责任是否有效？

对此焦点问题，一、二审法院均认为，企业的经营期限届满后，其民事行为能力应受到限制，企业对外民事活动应当仅限于清算范围，不得以企业之名义实施与清算无关的其他民事法律行为，因此，乙公司的对外担保行为为无效，这在当时并无明确的法律依据。但从公司法原理来看，如本案经营期限届满而尚未进入清算状态之公司，其提供的担保不应仅因期限届满而认定为无效。这不仅是因为经营期限届满的公司并不当然进入解散与清算之状态，同时出于对第三人保护之考虑，如果进行交易时都要对公司的经营期限进行核查，无疑会加大交易成本，降低效率，亦不符合商业交易的一般惯例。从保护交易安全和善意第三人的角度看，亦不宜仅因企业经营期限届满而即认定其所提供的担保则当然无效。故乙公司仍应承担相应担保责任或因上述抵押无效而引发的相关过错赔偿责任。

<sup>①</sup> 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第71页。

173

## 清算过程中回收债权之性质及其处理

### 【关注焦点】

公司清算过程中回收之债权是否属于公司剩余财产？对该类财产可否由股东之间或公司清算组于回收之前约定处理方式与方法？还是必须等待回收后再以公司清算办法进行处置？

### 【基本案情】

原告：甲食品（有限）公司

被告：浦某

甲食品公司成立于2002年8月，经股东会议决议，股东施某为公司执行董事兼公司法定代表人，股东浦某任公司监事。2006年8月，经两股东协商决定，公司不再经营，向有关部门申请注销了税务登记，并委托审计部门出具了歇业审计报告，公司进入清算程序阶段。

同年9月，因某承销商尚欠歇业甲食品公司货款21万元未了，两股东之间签订了个人间的分配协议，约定欠款由浦某负责讨回后总结算。同年10月，欠款承销商支付了一张金额为12万元的转账支票（其余9万元欠款已了结）。该支票经施某在背书栏上加盖了法人章和财务章后，浦某在未告知施某的情况下，把支票解入其他单位。因此，双方为分配协议执行问题产生纠纷。同年11月，施某以甲食品公司名义起诉公司股东兼监事浦某到法院，认为12

万元是公司应收款，首先要解入公司的账户，浦某该行为属私下转移钱款，请求浦某把收回的12万元如数返还公司。

法庭上，浦某辩称双方均系公司股东，因公司要解散，两股东间签订了内部分配协议，约定在可收回的21万元钱款中，自己可分得12万元。那张12万元支票上，施某还加盖了印鉴，表明施某同意自己将支票再背书至第三方，该12万元支票款属于合法转移。

## 【审理要览】

法院审理认为：金额为12万元的转账支票属公司财产，在浦某收回该欠款后，经施某在背书栏加盖法人章和财务章后，应解入公司账户。浦某身为公司的工作人员，在未经授权的前提下，把支票再次背书解入其他单位的行为侵犯了企业的合法财产权。至于股东浦某与施某在分配中的争议，系股东个人之间的矛盾，属于另一法律关系，权利人可另案再诉。据此，法院判决浦某败诉，支持了甲食品公司的诉请。

## 【裁判解析】

本案案情并不复杂，法律关系也较为简单，主要涉及公司清算过程中回收债权的性质以及如何进行处理。清算中公司的人格依然存续，这已在理论和实务界达成共识，因此，公司清算过程中回收之债权应当属于公司的财产。对该类财产可否由股东之间或公司清算组于回收之前约定处理方式与方法？还是必须等待回收后再以公司清算办法进行处置？这是本案所关注的焦点问题。

**一、公司清算过程中回收债权之归属。**要确定公司清算过程中回收债权之归属，首先要明确解散中公司的法律属性。如果公司进入解散清算阶段，人格即归于消灭，则回收之债权显然不能归属于公司。只有在公司人格不消灭的情形下，公司清算过程中回收的债权才能归属于公司。

解散中公司，是指公司进入解散阶段后至依法清算完毕并注销前这一阶段的公司。对于解散中公司的法律属性问题，各界争论较多，存在多种观点。日本、德国和我国台湾地区有学者曾认为，公司解散后，其人格即告消灭，

公司财产归股东所有。<sup>①</sup>依此种观点，公司一旦出现解散事由，则人格消灭，公司所有的财产，包括回收的债权全部转变为股东的共有财产。但这种理论并不能达到清算之目的，已经被各国学者及立法者抛弃。

依现行之通说，公司解散，其法人资格并不立即消灭，解散中公司与解散前的公司具有同一人格，从前的权利义务关系不因解散而变更，公司的财产仍归其所有，债权仍由其享有，债务也由其承担。这也是我国立法所秉持的观点。《公司法》第187条规定：“清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未按前款规定清偿前，不得分配给股东。”就本案而言，清算公司回收债权的性质应为公司之财产，归公司所有。只有在支付了清算费用、职工工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿完公司债务后仍有剩余财产时，且股东会作出了剩余财产分配决议后，股东才能拥有剩余财产的所有权。

公司进入清算程序后，虽然人格未消灭，但其经营权能受到限制，组织机构也发生变化，原公司代表人的代表权终止，由清算组行使权能，对外代表公司。根据《公司法》第185条第1款第（5）项的规定，清理债权债务是清算组的职权。因此，公司清算过程中由清算组负责回收债权。在清算中，清算人为清算中公司的代表及执行机关，清算人的行为视为公司之行为。

**二、股东之间关于清算债权与债务之分配协议效力。**股东剩余财产分配请求权本应在清理完债权债务后才能行使，但是对于小公司而言，公司清算期间约定关于公司债权债务的分配与分担协议，并非不正常的现象，而是有着现实的需求。小公司股东人数少，经营规模小，对外牵涉的法律关系并不复杂，因此，其清算事务也相对简单。《公司法》所规定的清算程序较为复杂，主要是针对大公司设计的，如果小公司严格按照清算程序走，将加大清算成本，也是对社会资源的浪费，因此，并非不可免除非必要之程序。股东之间签订公司债权债务的分配与分担协议，实际就是简便清算程序，减少非必要之清算成本。对于此类协议的效力，应当从对内、对外两方面来看：

1. **对内效力。**此类协议为清算公司股东之间的内部协议，性质上属于合同，是双方当事人的真实意思表示，对签约股东而言应当具有约束力。实际上，普通清算启动的理论前提是公司资产超过负债，这种情况下，由于公司债权人的利益均能得到充分的保障，因此，清算程序侧重于使股东的利益能够得到公平的维护，其更多体现的是公司自治，并不需要国家过多地干预。

<sup>①</sup> 梁宇贤：《公司法论》，台湾地区三民书局1993年版，第128页。

对于公司清算期间约定关于公司债权债务的分配与分担协议，如果并不损害外部第三人和公共利益，不宜认定其为无效。但是，如果股东依据彼此之间剩余财产分配协议而清算公司却又面临其他责任承担时，那么就应当首先维护外部第三人的利益，将内部分配协议获得的财产视为不当分配，并责令股东在不当分配之财产范围内承担补充责任。

2. 对外效力。对外而言，清收债权依然应以公司（实际为清算中的公司）的名义，承担债务主体更是清算中的公司，对外不得以股东之间所谓的分配协议以股东个人名义主张属于公司的剩余财产。这就相当于承担连带责任的债务人，其内部之间可以约定债务分担的比例，但是却不能以内部协议对抗债权人。

**三、关于本案之简要评析。**2006年8月，经两股东协商决定，公司不再经营，属于股东会决议解散公司的情形。公司已经处于歇业之状态，并注销了税务登记，实际已经进入清算状态。某承销商欠甲食品公司货款21万元，该项债权已知且特定。针对该债权，两股东之间签订了个人间的分配协议，约定浦某可分得12万元。浦某在未解入公司账户的情形下，把承销商支付的12万元的支票解入其他单位，实际上是简化了程序，直接执行了分配协议。

法院对于分配协议具体内容未加查明，即是否如被告所主张，其根据协议可以分得该特定债权12万元，认为金额为12万元的转账支票属于公司财产，在收回欠款后应解入公司账户。浦某在未经授权的情况下，把支票再次背书给其他单位的行为是对公司财产权的侵犯。可见，法院对于股东之间关于公司剩余财产分配协议的效力，实际是持否定的态度。由此亦可看出，法院一般观点是，凡公司清算过程收回的任何财产只应属于公司财产，且只应由公司依清算程序进行分配。

但是，本案当事人之间的争议并未完全解决。该12万元归于公司之后，属于公司剩余的待分配财产，股东拥有剩余财产分配请求权，最终仍然是要在股东之间进行分配。此时，还需要审查股东之间关于清算债权与债务的分配协议的效力，如果不违反法律、行政法规的禁止性规定，仍应当按此协议进行最终分配。

174

## 公司注销前约定债务 由股东承担是否属于债务转移

### 【关注焦点】

公司注销前约定债务由股东承担，这是一种什么性质之法律行为？是债务转移？是第三人代为还债？是法定或约定之概括承继？还是别的什么法律上之承诺？

### 【基本案情】

原告：甲资产管理公司

被告：乙公司

被告：丙造纸厂

1998年10月，因乙公司接管案外人的财产时资金紧缺，便由其投资设立的A公司出面为其向银行借款。A公司遂与甲市工行签订《借款合同》，约定A公司向甲市工行借款400万元，借款期限为1年。丙造纸厂为该笔借款提供连带责任保证。其在提供担保时知道该笔借款是用于接管案外人的财产。后借款到期后，A公司未按约还款。2000年4月30日，甲市工行将上述债权及相关权利转让给甲资产管理公司。

2002年6月24日，A公司申请注销，注销前未进行具体的债权债务、现有财产等相关清算工作和公告，未通知债权人甲资产管理公司。所谓的清算

工作仅是与乙公司约定该公司债权债务由乙公司承担，并将该约定在其解散清算报告、股东会决议中载明，并凭上述材料在公司登记机关申请了注销。甲资产管理公司在起诉时始知道 A 公司已注销等上述事实，故诉请判令乙公司承担还款责任，丙造纸厂承担连带清偿责任。

乙公司答辩称：其有义务偿还债务，但无实际偿还的能力。

丙造纸厂答辩称：因 A 公司与乙公司均是独立的企业法人，A 公司的债务由乙公司承担，是二者在 A 公司尚存时，基于合意达成的债务转移行为，该项行为并得到了甲资产管理公司以起诉的方式予以确认许可，但未取得保证人丙造纸厂的书面同意，根据《担保法》第 23 条“保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任”之规定，保证人免责，原保证合同对其不再具有法律约束力。

另，本案甲市工行在主债务诉讼时效期间、保证期间内分别向主债务人 A 公司和保证人丙造纸厂主张过权利。甲资产管理公司受让债权后，延续着权利的主张。至提起本案诉讼时止，本案主债务和保证债务仍受时效制约。

A 公司的股东共 5 个，其中乙公司为企业法人股，占 72%；其余 4 个为自然人股，该 4 人系乙公司职工，且都一定程度代表乙公司集体职工股份。A 公司实际是由乙公司主要出资并吸收部分职工集资成立。

## 【审理要览】

一审法院认为：2002 年 6 月 24 日，A 公司申请注销，债权债务约定由乙公司承担，因乙公司虽是 A 公司的股东，但股东对公司只承担出资义务，对公司的对外债务无法定承担的义务，故 A 公司注销时乙公司为其承担债务不具有法定性，不是承继关系，而是债务转移。现甲资产管理公司起诉乙公司，即承认了该公司是债务人，承认债务转移的事实，乙公司对此事实也无异议。但现有证据不能证明该转移行为征得了保证人丙造纸厂的书面同意，根据《担保法》第 23 条，丙造纸厂对未经其同意转让的债务，依法不再承担保证责任。遂判决：一、由乙公司偿还甲资产管理公司借款本金 400 万元及相应利息。二、驳回甲资产管理公司要求丙造纸厂承担保证责任的诉讼请求。甲资产管理公司不服，提起上诉。

二审法院认为：公司准备注销，在通常情况下，应通知债权人，并按法律规定进行相关的债权债务等清算工作。而本案 A 公司在准备注销时，与乙



公司约定，由乙公司承担该公司的全部债权债务。基于公司自愿承受 A 公司一切债权债务这一约定的存在，使得 A 公司未经清算即行注销，因此，在此特定情况下，A 公司的债权债务由乙公司承担的法律性质是一种承继行为，该承继行为为法定承继，而是基于一公司即将注销，另一公司自愿代其承受全部债权债务的合意承继。该行为不属于债务转移，债务转移是在两个继续存在的主体之间进行的行为。另 A 公司和乙公司就债权债务事宜作出处理，当时并未取得债权人甲资产管理公司的同意，两公司之间的约定不能约束债权人。现甲资产管理公司起诉乙公司的行为，不能视为其构成了《担保法》第 23 条规定的“债权人许可债务人转让债务”，该行为只能视为债权人甲资产管理公司面对债务人 A 公司已经注销的现实，为保全自身利益实现的最大化，对既成事实的一种接受。因此，保证人丙造纸厂的保证责任不能免除，应继续承担保证责任。

此外，丙造纸厂在为本案借款提供担保时知道借款是用于支付接收案外人财产而产生的债务，而接收案外人财产的主体是为乙公司，因此，丙造纸厂应是知道真正的借款人系乙公司，其实际是为乙公司提供担保，故本案借款现由乙公司直接偿还，并不违背丙造纸厂提供担保时的真意。且本案保证责任方式为连带责任保证，按照法律规定，债权人有权单独起诉连带保证责任人承担债务，但甲资产管理公司鉴于本案发生的实际情况，将乙公司与丙造纸厂作为共同被告起诉要求二单位共同对本案借款承担还款责任，一定程度上减轻了保证人的责任，对保证人而言也是有利的、公平的。综上，保证人丙造纸厂的保证责任不能免除，其应依据原保证合同对本案借款继续承担连带保证责任。遂依法改判丙造纸厂对本案借款承担连带清偿责任。

## 【裁判解析】

本案属于保证合同纠纷，特殊之处在于主债务人 A 公司已被注销，但未进行清算，其股东乙公司承诺承担所有的债权债务。现乙公司无偿债能力，故债权人起诉请求保证人丙公司承担连带清偿责任。这就涉及到公司注销前约定债务由股东承担的性质，如果属于债务转移，则保证人对未经其同意的债务不再承担保证责任；如果不属于债务转移，则保证人可能仍需要承担保证责任。

**一、公司注销方式。**公司注销是工商部门办理公司终止的登记程序，正如公司的成立必须要进行设立登记一样，公司的终止也必须经过法定的注销程

序。与此同时，在实体上，注销登记又必须具备公司法人的终止要件，而唯一的终止要件就是清算。从理论上讲，清算是终止公司人格必经的法律程序，只有清算完成、了结各项债权债务之后，才能办理公司注销登记。

但在实务中，经常出现由其出资者出具债权债务处理完毕的承诺即可办理注销登记的现象。这主要来源于《企业法人登记管理条例》及其《施行细则》的有关规定。根据《企业法人登记管理条例》第21条的规定：“企业法人办理注销登记，应当提交法定代表人签署的申请注销登记报告、主管部门或者审批机关的批准文件、清理债务完结的证明或者清算组织负责清理债权债务的文件。”同时该条例施行细则第48条规定，企业法人申请注销登记，应当提交主管部门或者清算组织出具的负责清理债权债务的文件或者清理债务完结的证明，也即清算组织负责清理债权债务的文件与清理债务完结的证明具有相同的效力，均可依此办理注销登记。因此，虽未经事实清算而仅由出资者出具负责清理债权债务的承诺，也可以终止企业的法人资格。

这种注销承诺的表现形式一般有四种：（1）清理之承诺。即承诺对企业注销后遗留或者未清理债务，负责处理。（2）债务承担之承诺。即承诺人明确承诺由其代为偿还企业遗留或者未清理之债务。（3）债务担保之承诺。即承诺对企业遗留或者未清理之债务予以担保。（4）虚假清理之承诺。即承诺注销企业的债权债务已清理完毕（包括有关文件内容中注有“股东会确认清算报告”字样），未表明对企业遗留或者未清理债务承担责任，但事实上企业债务并未清理或未完全清理。本案之中，乙公司在A公司注销时承诺A公司债权债务由乙公司承担，即属于第二种——债务承担之承诺。

对于注销承诺的民事责任，《公司法解释（二）》第20条第2款规定：“公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。”

**二、股东为注销公司作出的承担公司债权债务之承诺性质。**明确注销承诺的法律性质才能理顺其间的法律关系，并确定责任之承担。对于股东为注销公司作出的承担公司债权债务承诺之性质，主要有以下几种观点：

1. **注销承诺属债务承担。**债务承担是指不改变债的内容，由第三人承受债务人的部分或全部债务的法律行为。按照传统理论，引起债务承担的原因既可以因法律行为引起，也可直接根据法律规定产生。依《公司法》的规定，股东对公司的对外债务并无法定承担的义务，因此，不是根据法律规定引起债务承担。那是否因法律行为引起呢？如果是法律行为，则须承诺人与原债

务人达成合意，即存在一个债务承担合同，但注销承诺是股东单独作出的，并不存在与公司之间的合意，因此，注销承诺亦不能归属于债务承担。当然，也有人认为，这种承诺可以构成了一种并存的债务承担处理，股东作出承诺时，公司尚未办理注销登记，公司仍然是债的关系中的债务人，承诺人作为并存的债务承担人加入到原先债的关系之中，即便如此，这与法律意义上的债务转移也不能混同。

2. **注销承诺属于第三人代为履行。**第三人代为履行，是债务人与第三人之间约定，由第三人负担对债权人给付的契约，此时，债的当事人并未发生变化。当第三人不履行时，承担违约责任的仍为债务人，债权人不能直接追究第三人的责任。但是，在注销承诺的情形下，债务人已被注销，第三人承担债务并直接对债权人负责，因此，注销承诺亦非第三人代为履行。

3. **注销承诺属债务担保。**债的担保是指债的双方当事人为了保证债权的实现、债务的履行，债务人向债权人作出的具有法律意义的保证措施。债的担保是为主债的实现而设立的从债，它以主债的存在为存在的前提。<sup>①</sup>但随着公司的注销，债务人已经不存在了，主债消灭，从债将不能单独存在。这与注销承诺的内容不符，因此，它也不属于债务担保。

4. **注销承诺属置备于工商登记文件中的“对公承诺”。**即因工商登记文件是公开的，故将注销承诺置备于工商登记文件中，就具有了一定的公开、公示性，这种承诺由于公示而转化成面向不特定人（包括债权人）的承诺，故不可撤回。这成为目前理论界的普遍观点。

**三、对本案之简要评析。**一审法院认为注销的债权债务承诺即为债务转移，这实际是混淆了二者的区别，显然不当。并且一审法院还认为，甲资产管理公司起诉乙公司，即承认了该公司是债务人，承认债务移转的事实，从而符合了《担保法》第23条保证人免责的前提——“保证期间，债权人许可债务人转让债务”之规定。但A公司和乙公司就债权债务事宜作出处理时，并未征得债权人的同意，现甲资产管理公司起诉乙公司只能视为甲公司面对债务人A公司已经注销的现实，为保全自身利益而不得不对既成事实的一种接受，不能认为债权人许可债务人转让债务。因此，这种情形下，保证人免责的前提条件不能成立，也就不能适用《担保法》第23条的相关规定。

二审认为是一种合意承继行为，不是债务转移行为。实际上，债务转移也有因法律行为引起的，也存在当事人之间的合意，因此，债务转移与合意

① 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2007年版，第491页。

承继实际是有交叉的，并不是完全对立的两种类型。而且，二审还认为债务转移是在两个继续存在的主体之间进行的行为，故注销承诺不属于债务转移。通常来讲，债务转移确实是在两个继续存在的主体之间发生的，但这并不是债务转移的本质特征。因此，二审这些判决理由值得进一步推敲。

尽管二审的判决理由尚待商榷，但二审还进一步补充了乙公司本来就是原始意义上的真正债务人，且担保人丙造纸厂原本就知道是为乙公司担保，这使得判决理由相对更加充分。总体来看，判决结果并无不当，乙公司应当承担担保责任，丙造纸厂应当承担连带责任。



175

## 公司被注销后 其股东是否有权追讨公司遗留债权

### 【关注焦点】

公司被注销后仍然有遗留债权，对此类债权该由谁主张行使？公司注销后股东可否主张该类债权？股东诉请主张此类债权时，负有怎样的举证责任？此类债权收回后又该如何进行分配？

### 【基本案情】

原告：孙某、王某

被告：B 网络公司

孙某、王某原系在 1999 年 7 月成立的 A 公司的股东，快递服务是该公司的经营业务之一。2005 年 6 月，A 公司经工商管理部门批准注销。因 A 公司与 B 网络公司存在快递服务业务关系，在 2004 年 8 月至 2005 年 3 月间，B 网络公司共拖欠 A 公司快递服务费 6.6 万余元未付。为此，双方于 2005 年 4 月 10 日经对账后，B 网络公司储运部人员书写了欠款对账单给 A 公司，确认了上述欠款，签字后并加盖了公司的收货专用章。后 A 公司被注销，双方即对这笔欠款产生了争议。

2006 年 11 月，孙某、王某以 A 公司原股东身份状告 B 网络公司拖欠快递服务费到法院，声称虽然 A 公司已依法注销，但公司未了结的债权债务仍

应由公司股东承担，况且 B 网络公司的欠款数额发生在该公司被注销前，自己是合法的诉讼权利主体。

法庭上，B 网络公司辩称，双方公司自 2004 年 8 月后就不存在任何业务往来，双方不存在未了结债务。A 公司在向工商部门递交的注销登记申请书中，债权债务一栏中明确填写了无其他债权债务。对于账单上盖章，B 网辩称是下属储运部人员所为，加盖的只是公司收货章不能代表企业的行为，收货章只能证明公司曾实施了收货。

## 【审理要览】

法院经审理认为：B 网络公司储运部人员在欠款对账单上签字，加盖了公司的收货专用章，表明 B 网络公司对欠款数额确认无异。B 网络公司的员工行为，系履行职务期间发生的职务行为，B 网络公司应对员工的职务行为，承担法律责任。涉及 A 公司在注销登记“债权债务清理情况”一栏中填写了“/”字样，并不表示放弃了合法债权。法律规定合法债权的放弃，需向债务人明示，被注销的 A 公司原股东孙某、王某有权行使该笔债权。此外，B 网络公司辩称孙某、王某在企业注销登记时，未向主管部门申报债权债务，这笔债权已被消灭缺乏事实与法律依据。据此，法院作出判决：B 网络公司支付被注销的 A 公司原股东孙某、王某快递服务费 6.6 万余元及利息。

## 【裁判解析】

本案属于债权债务纠纷，与一般的债权债务纠纷不同的是，债权人公司已被注销，但是遗留的债权却不能无缘无故地消灭。那么对此类债权该由谁主张行使？公司注销后股东可否主张该类债权？

**一、公司注销后遗留债权之归属。**按照理想的制度设计，公司注销意味着法人资格消灭，与公司有关的各项法律关系终结。但是，实务中公司注销后依然会有遗留债权债务的现象发生。尽管公司一般应当经清算而注销，但即便进行此类清算亦不等于全部债权债务实际清算完毕。清算结束只是一个事实状态，即公司的债权债务已经清偿完毕，剩余财产已经分配给股东的一种事实状态。但是在现实中，清偿公司的债权债务是一个极其复杂的过程，有些债权可能在短时间内无法实现，仍然存在着实现的可能，还有一部分债权在清算时因为种种原因被遗漏，公司又不可能无期限地清算下去，这样一来，到公

司清算结束，可能还会有未实现的债权。更何况，更多小公司注销常常并不经过事实的清算，而是采取自行申报、承诺、声明等方式注销，这就更加可能发生遗留债权债务的处理问题。

1. **遗留债务的处理。**公司清算时，清算组应当按照《公司法》的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体债权人，并在报纸上进行公告。如果证明公司注销并未采取正当程序，或实际并未通知已知债权人导致出现遗留债务，则清算组应当承担赔偿责任。《公司法解释（二）》第11条对此作出了明确规定：“公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十六条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

如果是因清算义务人怠于履行义务，导致债务人主要财产、账册、重要文件等灭失无法清算而终结的，虽然公司的法人资格消灭，但既有的民事责任并不当然消灭，而是应当由其清算义务人承担偿还责任。对此，《公司法解释（二）》第18、19、20条进行了规定。尤其要注意的是，第20条第2款规定：“公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。”即如果股东在注销公司时作出了相关承诺，则其应当对公司的遗留债务负责。

2. **遗留债权的处理。**由上可知，《公司法解释（二）》非常注重债权人的保护，对于遗留债务并不因公司的消灭而当然丧失，而是由清算义务人承担相应的责任。基于法律公平正义的理念，对于遗留债权也不应不了了之，而是应当赋予股东主张债权的权利，法律不应偏重于保护一个群体而忽视另外的群体，或者在权利与义务上进行非对等之设计。尽管对于遗留债权的处理规定并不具体，至少不如遗留债务的处理规定详细，但如果确有属于公司遗留债权而在注销前未能收回的，股东同样应可作为清算责任主体予以主张。

**二、股东有权主张注销公司遗留债权之法理分析。**公司清算注销后遗留的债权，通常是未经过清算程序的，且原公司在注销前并未表示放弃债权，则该遗留债权并不能凭空消失，而仍然应为原公司之剩余财产。原公司债务人不能因为公司注销而取得本应清偿给公司的财产，这将构成法律上的不当得利，否则，显然不公平、不合理。如果对这种行为不予以追究，则同样也不

利于社会诚信体系的建立。但是，公司终止后即告消灭，其权利义务失去了载体。公司失去其法人资格，也就失去其民事主体资格，失去以公司名义行使债权人权利的资格。因此，如果还存在原公司尚未实现之债权，因原公司已不存在，自然则不能仍由注销后的公司主张遗留之债权。

那么，应由谁来主张呢？按照“谁出资，谁受益”的理念，股东作为公司的出资者，在公司注销后，拥有对公司财产的最终处置和所有权。股东出资设立公司之目的亦是追求利益，公司终结后的剩余财产无疑应属于原股东所有，即使这部分利益未实现，它仍然属于股东所有，而不能属于公司原债务人所有。因此，股东应是注销公司当然的、法定的权利义务承继主体。这在公司法理论上亦可找到相关依据，即原公司股东主张遗留债权的法理基础在于股东之权利。作为股东权权属之一，原公司股东在公司资产存有剩余之前提下，得以主张对原公司剩余资产的所有权，并在该基础上主张股东分配权。公司的剩余资产不仅包括物权，也应包括债权。在普通清算中，只要原公司股东没有放弃作为公司资产的继受主体，那么公司遗留债权将成为公司之剩余资产，则原公司股东得以对该剩余资产主张权利。<sup>①</sup> 还有观点认为，“揭开公司面纱”理论的实质在于公司债权人可越过公司而直接向股东主张权利，<sup>②</sup> 那么根据民法主体地位平等的基本原则，既然允许债权人越过公司直接向股东主张权利，在公司被注销后，法律是否也可以赋予原股东在特定情形下越过公司而直接主张公司遗留之债权呢？

可见，公司人格曾由股东以其资本与人格而设立，从而使公司人格具有资合与人合的特性，注销终止后，消亡的公司人格又将在股东身上继续延续。但是，这种延续是有条件、有范围、有限定的，否则将会背离公司清算制度和股东有限责任。如必须在股东不当分配剩余财产范围内承继责任；必须是在公司有效权利范围内主张，且主张回来的债权利益视为公司财产，如果公司在清算时仍有债务未能还清，则由股东主张获得的公司遗留债权仍应属于公司剩余财产的一部分，统一按公司财产性质进行再分配。

如果是再分配，对内依然是按出资比例等原则进行，除非另有约定。也就是说，公司注销后，股东之间的出资比例关系等依然按公司存在时的状况进行处理，股东之间的关系将延续至公司注销之后。

① 张尚谦：《公司遗留债权债务法律问题探讨》，载《人民司法》2008年第19期。

② 闫周秦、程华：《公司注销后的债权实现问题》，载《经济与管理》2007年第12期。



本案表明，在公司遗留有债权债务之情形下，即使办理了注销登记，还是会出现与公司有关的权利义务关系。所谓公司注销即了结与之有关的一切法律关系，这其实只是理论上假设的一种理想状态。事实上，人们对于公司注销后所遗留的债务常常会给予高度关注并予以立法规制，而对于公司注销后所遗留的债权却又常常漠不关心，这显然是不公平的。如本案之情形，实际还意味着已被注销的公司因其遗留有债权债务而在一定意义上又复活其公司之人格，有关公司复活之问题可见下一案例之分析，在此不予赘述。

**三、关于本案之简要评析。**本案之中，A公司已明确被注销，且注销文件已经记录公司无债权债务。事实上，如果要获得注销资格，则必须要提交清理债权债务完结的报告，或者清算组织负责清理债权债务的文件。但由于目前公司制度运作尚不规范以及清算工作的复杂性，注销文件上的记录并不能实际代表公司所有的债权债务均已了结。

B网络公司曾以A公司申报的注销文件，作为其拒绝原公司股东主张公司遗留债权的抗辩。但很显然，公司在向工商部门递交的注销登记申请书中填写无其他债权债务，这并不能表示公司或其股东放弃公司之合法债权。由于涉及对权利放弃之认定，考量股东相关意思表示时应当遵循严格标准，未足以达到明确无误之程度时，一般不宜认定为放弃权利之意思表示。基于此，一般情况下，仅以清算报告书或原公司注销登记中关于“原公司债权债务已经清理完毕”或“公司债权债务已经全部了结”的记载，仍不足以认为公司原股东即主动放弃了公司剩余资产的所有权，除非原公司股东在上述资料中明确作出了放弃债权的意思表示。例如“公司股东在公司注销后放弃主张所有可能存在的遗留债权”等，方可认定放弃债权。从本案法院之判决精神来看，实质也是持相同之态度。

## 公司复活经营后之责任承担

### 【关注焦点】

公司复活是指什么？正常之公司复活其最为主要之法律特征是什么？非正常之公司复活有哪些现象？假公司复活与事实公司或虚假公司又是怎样的法律关系？

### 【基本案情】

原告：甲水泥公司

被告：乙建材（有限）公司清算小组

被告：陈某

1996年，甲水泥公司与乙建材公司建立起了水泥买卖关系。1998年7月6日，乙建材公司因故被工商行政管理局吊销了营业执照。此后，作为乙建材公司股东之一的陈某竟私刻了工商部门的年检专用章，伪造了乙建材公司已通过年检的材料；并持乙建材公司公章，以乙建材公司名义与甲水泥公司订立了买卖合同，致使甲水泥公司继续向所谓的乙建材公司提供水泥。2003年4月，甲水泥公司得知乙建材公司早在1998年就被吊销营业执照，当即停止供货；经对账，陈某确认共拖欠甲水泥公司水泥款85万余元。

## 【审理要览】

法院审理认为：乙建材公司与陈某存在恶意串通之过错，此前签订的买卖合同当属无效，乙建材公司与陈某应承担相应过错责任。鉴于乙建材公司被吊销营业执照后已组成清理组，故应由该清理小组承担相应民事责任。据此判令：乙建材公司清算小组以乙建材公司清算后所剩余的财产和陈某共同赔偿甲水泥公司水泥损失 856205.1 元，并承担案件诉讼费用。

## 【裁判解析】

本案发生的时间较早，新《公司法》尚未出台，案情也不复杂，在判决结果上，法院判令乙公司和陈某共同赔偿甲水泥公司的损失并无不妥。本书之所以将其收入并进行分析探讨的原因在于，由它引出了公司法中并未引起广泛关注但又具有重要意义的公司复活制度。这在我国《公司法》中并无规定，因此，本文将从比较法视角，介绍公司复活制度的概况及其存在的合理性和必要性，以便大家关注此类问题，并予深入研究。

**一、公司复活制度。**公司复活制度，又称公司激活，是指公司在终止或注销后，因为诉讼的需要等原因而依然可依公司名义进行、或是公司在终止或注销后一定条件下可以申请恢复其营业主体资格的制度。美国公司法、香港公司法中有类似制度。现实之中，对公司复活存在两种理解：一种是狭义的公司复活，即公司在终止后恢复法人主体资格；另外一种为广义的理解，即包括进入解散状态的公司可以通过一定的程序恢复到解散之前的状态，从而避免清算程序的进行和公司法人格之消灭，这又被称为公司继续制度。

公司复活分为两种类型：（1）视为复活——因诉讼的需要暂时恢复公司的主体资格。如前一案例“公司被注销后其股东是否有权追讨公司遗留债权”，在公司遗留有债权债务之情形下，追回的债权其实是公司的财产，为便于诉讼，可以认为已被注销的公司因其遗留有债权债务而人格复活。（2）现实复活——公司因恢复营业而实现真正意义的“复活”。

因公司复活涉及主体资格的恢复，对公司而言意义重大，必须符合一定的条件。如果是因诉讼复活，则应是有特定的财产。依台湾地区“公司法”第 333 条：清算完结时，公司之人格即因而消灭；惟清算完结后，如有可以

分派之财产，法院因利害关系人之申请，得选派清算人重新分派。<sup>①</sup>如果是申请复业，则需要满足更多的条件。如美国关于公司行政解散的恢复，依美国《示范商业公司法》第14·22条及《统一有限责任公司法》第811条，行政解散恢复的申请须在解散生效后两年内提出，且需要符合解散的事由已经消除，公司的名称须符合公司法的规定，拖欠的税款已偿付完毕等这些实质性的条件。

公司复活制度的核心在于复活公司与原公司之人格具有同一性，公司复活视为原公司人格之延续。对于公司人格终止的标准，一般有三种观点：（1）注销说，公司办理注销登记后即死亡。如我国现行法之规定。（2）财产说，公司没有财产才真正死亡，而并非只要注销即消亡。如果公司注销后还依然拥有资产，则必须对此进行补充清算，而这显然意味着公司注销后还必然暂时出现一个具有部分权利能力的组织。<sup>②</sup>（3）双重标准说，要求同时满足两个构成要件，即只有在注销登记并且分配了所有的剩余财产以后，才可以认为公司已经终止。<sup>③</sup>可见，公司从何时开始在法律上即不复存学说上并非没有争议。注销和没有资产可能是两个不同的时间，公司注销后依然拥有资产之情形下，公司之人格其实并不能完全消亡，这就为公司复活制度提供了空间。与其认为公司注销后因遗留财产等而另外出现一个具有部分权利能力的组织，不如承认公司注销后可以人格复活，且复活后的公司与原公司为同一人格主体。

公司复活制度确有其存在之必要性。由于清算过程的复杂性，公司在注销后仍有资产或债权债务的现象并不鲜见，甚至有的公司根本未进行清算即办理了注销登记。此时，公司人格因为其资产的支撑而有复活的可能性。公司复活，可以较好的解决公司注销后的一些遗留问题，避免公司注销后无人应诉、也无人承受实体权利义务的尴尬局面。对于进入解散状态但未注销的公司而言，如果引入公司继续制度，则更可以避免公司的消灭，节约清算成本以及另行新设公司之成本。

**二、公司可能假复活。**公司复活需要满足一定的条件，但是现实中却在许多不符合条件的公司假复活现象。这些公司本已被注销或吊销营业执照，但仍然凭着未被收缴的执照与公章从事经营。大量在工商部门看来原本应随

<sup>①</sup> 王文宇：《公司法论》，中国政法大学出版社2004年版。

<sup>②</sup> [德]托马·莱赛尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法》，高旭军等译，法律出版社2005年版，第342页。

<sup>③</sup> 同上。

营业执照吊销而即消亡的企业，实际却并未当然地终止或者说消灭。依照《公司登记管理条例》的规定，吊销《企业法人营业执照》的，应由登记机关负责公告，并未要求收缴执照或者公章之类，这更是造成一大批被吊销营业执照的公司，仍然可以名亡实存。这类公司的存在扰乱了市场秩序，为恶意逃债提供了生存的土壤，并不是真正意义上的公司复活。

公司假复活并不同于事实公司。事实公司是存在设立瑕疵，但曾善意地试图遵从法律的强制性规定，且必须以公司名义从事了某种商业交易的公司。事实公司的意义在于阻止公司没有实质上遵守公司设立前的强制条件时对公司人格的间接否定。<sup>①</sup>可见，事实公司是在设立时存有瑕疵，但假复活的公司设立时并无瑕疵，其公司人格的取得并没有任何问题，只是不符合公司复活的条件，公司人格本应消灭而却没有消灭。

**三、关于本案之简要评析。**依据《公司登记管理条例》第45条的规定：“经公司登记机关注销登记，公司终止。”公司终止意味着公司法律人格的绝对消灭，与公司有关的一切法律关系了结。对于公司来讲，经过法定清算程序终止后，不仅公司的债务清偿责任得以解除，投资者的责任也随之解除。这充分体现了股东有限责任制度的价值。在我国，公司注销后再以公司名义营业并不允许，即我国目前并无公司复活或继受之制度。

其实，本案中乙建材公司只是被工商行政管理局吊销了营业执照，至起诉时清算工作尚未完成，公司并未注销。长期以来，我国对吊销营业执照的法律效力存在模糊认识，曾认为吊销营业执照即导致公司终止，企业主体资格随即消灭。随着法学理论和实践的发展，主流观点越来越倾向于企业解散说，即吊销营业执照仅引发企业的解散，属于行政解散公司的方式之一，任何一个由此被宣告解散的企业，无论是法人还是非法人企业，其企业主体资格并不随即终止或者消灭，因为解散后的企业直至终止注销前，仍有一个待于清算的过程。既然公司在被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人应认定为依然存续，那么在公司依然存续的状态下，即无所谓公司之复活。

根据《公司法》第181条第(4)项的规定，公司被吊销营业执照的情形为公司解散的原因，公司应当成立清算组进行清算，此时被吊销营业执照的公司具有清算中公司的法律地位。依照《公司法》第187条，清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动，即清算中公司的行为能力受到限制，只能进行与清算有关的工作，包括清理公司财产和债权债务、通知公

<sup>①</sup> 孙天全：《公司设立瑕疵刍议》，载《北京理工大学学报》2004年第6期。

告债权人、处理与清算有关的公司未了结的业务等。本案乙建材公司被吊销营业执照后，即进入公司解散状态，其依然与他人签约交易，进行与清算无关的经营活动，明显违反了《公司法》的规定，属于超越清算公司权能的行为。

乙公司的股东陈某私刻工商部门的年检专用章，伪造乙建材公司已通过年检的材料，属于妨碍行政管理的虚假行为，应当受到处罚。企业年检制度，意在年度审视企业经营状况并就此备案公示，这是国家管理企业并维持企业经营秩序的必要手段，多数国家的企业法律皆有类似的制度。根据《公司登记管理条例》第76条：“公司不按照规定接受年度检验的，由公司登记机关处以1万元以上10万元以下的罚款，并限期接受年度检验；逾期仍不接受年度检验的，吊销营业执照。年度检验中隐瞒真实情况、弄虚作假的，由公司登记机关处以1万元以上5万元以下的罚款，并限期改正；情节严重的，吊销营业执照”的规定，本案乙公司吊销营业执照在先，显然不能再次被吊销营业执照，但是也应当接受相应的处罚，情节严重的，伪造行为人还可能构成伪造国家机关公文、印章罪，面临刑事处罚。

就民事责任来讲，陈某作为伪造行为人应当承担第一责任，但因其持有乙建材公司的公章，且股东身份也是真实的，处于清算过程中的公司事实上又被表见代理，故也负有责任。所谓表见代理，是指被代理人因疏忽的表见行为引起了善意第三人对无权代理人有代理权的合理信赖，为保护这种合理信赖而让无权代理产生如有权代理相同的结果。<sup>①</sup> 本案甲水泥公司与乙建材公司早就存在水泥买卖关系，乙公司的股东陈某持乙公司的公章继续与甲公司订立买卖合同，足以使不知情的甲公司产生合理信赖，构成了表见代理，故亦应当由乙公司连带承担相应责任。

<sup>①</sup> 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2007年版，第226～227页。

# 九

## 公司诉讼之执行

司法执行程序与司法审判程序之法律界限，一直是困扰各国司法之难题，在中国司法实践中这一问题尤其突出。以公司诉讼为例，不仅公司开办单位或股东之出资责任可以通过执行程序加以追究，而且揭穿公司面纱、包括逆向揭穿公司面纱也可能通过执行程序来实施；不仅公司经营权可以作为司法执行之标的物，而且发起人持有之股权在限制转让期内也可能被强制执行过户转让。总之，现实之中，如何通过执行程序弥补、替代或规避公司诉讼之安排与进程，已经成为诉讼技巧研究之重要对象。当然，更为主要的是，有关公司诉讼裁判如何获得有效执行，执行程序如何与公司裁判程序有效衔接，诸如公司名称变更、股权确认与归属、股东资格除名、股权继承、股权转让协议效力维护、公司法定代表人资格确认、公司章程特定条款效力、公司并购效力之下公司主体注销与恢复等等，均无不涉及执行程序实施以及相关工商等部门配合执行之问题。一个最为基本之原则是，对于一项已经发生法律效力之判决，执行部门尤其是相关协助执行部门，不应当再以任何既定部门规章或制度为借口而设置任何执行裁判之障碍，否则应按照不协助执行行为追究其相应法律责任。



## 以申请执行人设立 瑕疵为由不履行裁判确认之债权

### 【关注焦点】

就一般原则而言，公司设立应当满足相应之法定条件。然而现实之中，缺乏条件却又领有法人营业执照之公司并不少见。对此类设立上存有瑕疵公司之权利能力应如何看待？其对外所实施法律行为之效力究竟又该如何看待？其是否有作为申请生效裁判执行之民事主体资格？

### 【基本案情】

申诉人：某房地产股份有限公司

被申诉人：某房地产中介有限责任公司

本案系一起申诉执行转致审判监督复查的案件。1995年5月，被申诉人在得知某航空公司正在物色购买办公大楼的信息后，便与申诉人签订《协议书》，约定由被申诉人向某航空公司推销由申诉人所开发的房地产业务，申诉人应按照成交价额的3%向被申诉人支付咨询费。协议签订后，被申诉人着手营销策划，协助制作楼型渲染图、报价书等，并安排申诉人与某航空公司有关人员相识，积极促进双方进行谈判。1996年2月，某航空公司与申诉人签订了一揽子购房以及新房装修合同，总成交价为1亿3千余万美元。随后，申诉人以被申诉人没有从事房地产经纪业务资格为由诉至法院，请求判令双



方推广房地产物业的《协议书》无效，被申诉人无权主张咨询费用。而被申诉人则反诉，诉请认定《协议书》有效，请求判令申诉人依协议约定支付咨询费用。另查明，被申诉人于1995年3月经北京市工商行政管理局登记注册，并于1996年7月，经北京市房屋土地管理局审核，首批取得北京市房地产经纪机构资质证书。

## 【审理要览】

一审法院认为：被申诉人经工商登记注册，具有房地产信息的经营范围，并在建设部《城市房地产中介服务管理规定》颁布后，依法取得了房地产经纪机构的资质证书，双方所签协议系买卖中介协议，协议内容并不违背法律规定，应为有效协议。被申诉人依协议约定，向某航空公司推广申诉人之房地产物业，并最终撮合买卖双方成交，应认为被申诉人履行了协议约定的义务，故其有权依协议取得相应的报酬。但鉴于双方约定的咨询费比例过高，参照国家相关部门的规定，对咨询费应予酌减。据此判决：一、驳回申诉人的诉讼请求；二、申诉人应于判决生效后十日内给付被申诉人咨询费200余万美元。一审判决后，双方均不服，提起上诉。二审法院以相同理由认定双方所签协议有效。并认为，尽管双方约定咨询费比例过高，但一审判决酌减一半咨询费不妥，应适当提高。据此判决：一、维持原判第一项；二、变更原判第二项为申诉人应向被申诉人支付咨询费340余万美元。

1999年5月判决生效后，被申诉人即申请一审法院强制执行。在长期未能有效执行情形下，2000年9月，北京市工商局以被申诉人办理公司登记时虚报注册资本、提交虚假验资报告等为由，决定撤销被申诉人设立登记，并吊销被申诉人企业法人营业执照。被申诉人对此处罚决定不服，向人民法院提起行政诉讼，一、二审人民法院皆判决维持以上行政处罚决定。自2000年9月行政处罚作出至2001年9月行政诉讼终结期间，申诉人与被申诉人之间的民事判决，一直被暂缓执行。

自人民法院作出维持吊销被申诉人营业执照的行政生效判决之后，申诉人即向最高人民法院申请监督其与被申诉人之间的民事生效判决。申诉人认为：根据工商部门的处罚决定，被申诉人不具备法人资格，已无法成为本案执行程序的适格当事人；同时，执行依据的法律文书，因被申诉人被吊销营业执照，表明其自始不具备法人资格，故民事生效判决也已经丧失继续有效的基础，请求最高人民法院督促终结本案民事生效判决的执行，以维护申诉

人的合法权益。鉴于申诉人反映的问题为实体问题，涉及民事生效判决对被申诉人的主体资格和该案协议效力的认定问题，故最高人民法院函转下级执行法院，决定暂缓对本案的执行，同时，将该案交由最高人民法院相关庭室复查处理。经复查后最终认为：一、二审法院审理时，被申诉人具备民事主体资格，一、二审民事判决并无不当；二审终结后，进入执行程序中，被申诉人被撤销设立登记，不应影响其在此之前所进行的正常交易活动，更不能以此否定二审判决的法律效力，故原民事判决应予执行。

## 【裁判解析】

本案涉及被吊销执照的公司是否享有申请法院执行之主体资格以及该类主体对外所签合同效力之法律认定等相关问题，是司法执行实践中引发人们困惑的难题之一。

**一、吊销执照并不影响吊销之前公司对外签订协议之法律效力。**本案涉及焦点之一是，一旦公司被吊销营业执照之后，在此之前公司对外签订的合同效力应如何认定与把握？这一问题的认识应当从合同效力立法理念之变迁来考察。长期以来，我国的法律制度从主体、内容、意思表示、法定手续等多方面限制了合同的效力，私法自治的观点难以真正确立。然而，随着市场经济的发展，立法理念的转变，对合同效力的严格限制给经济生活带来的负面影响显而易见。最高人民法院1997年2月25日法复〔1997〕2号《关于对注册资金投入未达到法规规定最低限额的企业法人签订的经济合同效力如何认定的批复》（以下简称〔1997〕2号批复）：“企业法人注册资金投入未达到法规规定的最低限额，在对外承担民事责任时，应根据本院1994年3月30日法复〔1994〕4号《关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》第一条第三项的规定处理，即其民事责任由开办该企业的企业法人承担，但为了稳定经济秩序，保护权利人的合法权益，对这类企业法人被依法吊销《企业法人营业执照》之前签订的经济合同，不宜因其注册资金投入未到法规规定的最低限额而确认为无效。”当公司经法定机构核准登记、颁发营业执照时，即标志着其已具备相应的民事权利能力和民事行为能力，并对外产生公信力。与之发生交易关系的合同相对人，乃是基于对工商登记资料的信赖，与之签约亦并未因此而必然损害国家、集体、第三人或者社会公共利益。若将该种合同认定为无效合同，作为善意的合同相对方不仅对合同的信赖利益无法实现，还有可能为无效合同的处理继续付出代价。

《合同法》颁布实施以后，〔1997〕2号批复符合合同法尊重当事人意思自治，保护交易安全的理念，仍是司法实践中处理相关纠纷的重要法律适用依据。本案之中，审判监督程序针对的是生效判决，判决生效之后案件当事人是否被吊销营业执照并非再审审理的范围。因此，申请执行人被吊销营业执照并不影响再审审理的认定。进一步而言，即便是申请执行人在签订合同后被吊销营业执照，这一事实也并不必然影响申请执行人被吊销营业执照之前所签订协议的效力，判断合同效力应当依据合同法确定的既有规则进行处理。故审判监督程序认定生效判决并无不当，事实上也就是承认并维护吊销营业执照公司之前所签协议的法律效力。

**二、作为解散公司性质之吊销营业执照处罚不应影响其申请司法执行之主体资格与权利。**对此，人们之所以会产生疑问，实质上是对公司被吊销营业执照后对其之前签订合同无法确定适格权利义务承受主体之担忧所致，进一步而言，就是对吊销营业执照的法律后果认识不清。实践之中，由于适用吊销营业执照方式之不同，导致了吊销营业执照效力上的争论。<sup>①</sup> 吊销营业执照就其法律性质而言，是工商行政管理部门针对公司违反法律规定所采取的一种行政处罚行为。最高人民法院经济审判庭法经〔2000〕23号《关于人民法院不宜以一方当事人公司营业执照被吊销，已丧失民事诉讼主体资格为由，裁定驳回起诉问题的复函》中肯定了企业法人被吊销营业执照之后，应当停止清算范围外的活动，企业民事诉讼主体资格依然存在。因此，公司被吊销营业执照后，虽作为一个商事主体营业资格丧失，但其民事主体地位并不消灭，仍然可以作为诉讼主体参加诉讼活动，作为民事主体为维持公司生存可以从事非经营性活动。之前相关案例也已经阐明，吊销营业执照仅具有解散公司之法律效力，而作为处于解散状态之公司，其人格存续，公司主体资格依然有效，其权利能力保持延续。

本案之中，北京市工商局对申请执行人作出的处罚决定，是撤销被申诉人之设立登记，并吊销被申诉人之企业法人营业执照。撤销公司登记的根本原因在于该公司在法律上被认定为设立无效，工商管理机关撤销公司登记实质是对其自始就不具备法人条件的一种确认。而这里的吊销营业执照，实际上又是撤销公司登记的延伸，公司都不存在了，其营业执照已经没有存在之

<sup>①</sup> （一）吊销营业执照与撤销公司登记的并用，可以引发公司自始无法人格的法律效力，（二）吊销营业执照可以替代注销登记的法律效力。参见虞政平：《吊销营业执照的法律效力》，载《法律适用》2003年第10期。

必要。由于撤销公司登记不同于合同无效，在法律效力上应无溯及力。许多国家都规定，确定公司设立无效不具有溯及力。如法国规定，受理无效之诉的商事法庭，可以依职权确定一个期限以对无效的原因进行纠正，并且不得在诉状送达之日起2个月内宣布公司设立无效。<sup>①</sup> 德国也规定了对无效瑕疵的弥补，当出现无效原因时，当事人可以通过章程予以弥补。<sup>②</sup> 我国《公司法》尽管没有对此作出直接规定，但结合该法第181条第（4）项将公司被撤销列为公司解散事由的情形，也可以推导出公司设立无效不具有溯及力之结论。<sup>③</sup>

值得注意的是，本案中吊销营业执照并不属于一种单独的行政处罚，而仅仅是实施撤销公司登记行政处罚后的一种程序性做法。因此，本案中申请执行人主体资格被撤销之后不复存在，其失去了作为申请执行本案判决的主体资格。依照《公司法》第181条、184条、185条之规定，申请执行人应当成立清算组并以清算组名义申请执行，参加执行程序。如果在法定期限内申请执行人并未组成清算组，依照《公司法》、《公司法解释（二）》之规定，公司强制清算申请的主体有权向人民法院申请指定有关人员组成清算组进行清算。因此，本案执行程序的继续进行，应当等待组成合法清算组后方可实施。换言之，如果本案中申请执行人只是单纯被吊销营业执照，那么此时公司享有法人资格的条件并没有发生实质意义上的变化，公司可以通过其自身的努力重新具备营业条件，向行政机关申请撤销对其吊销营业执照的处罚，恢复营业资格。此种情形下，公司清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼，应当以公司的名义进行，这也符合《公司法》第187条、《公司法解释（二）》第10条第1款规定的精神。

**三、本案之所以暂缓执行是因为当时司法与工商有关吊销执照效力之不同认识所干扰。**本案自2000年9月行政处罚作出至2001年9月行政诉讼终结期间，申诉人与被申诉人之间的民事判决，一直被暂缓执行。之所以出现这一问题，主要是因为当时司法与工商有关吊销执照效力的不同认识所干扰。

<sup>①</sup> 《法国商事公司法》第363条第1款规定：“受理无效之诉的商事法庭，可以依职权确定一个期限以对无效的原因进行纠正。商事法庭不得在起诉通知送达之日后不足两个月时，宣布无效。”

<sup>②</sup> 《德国股份公司法》第276条规定：“有关企业经营范围方面的规定的缺陷，可以在遵守法律和章程有关规定的情况下，通过修改章程予以弥补。”

<sup>③</sup> 王跃龙：《“撤销公司登记”与“吊销营业执照”的适用辨析》，载《法学》2009年第6期。

1. 当时司法机关与行政管理机关对吊销营业执照的不同认识。国家工商总局工商企字〔1999〕第173号《关于企业登记管理若干问题的执行意见》第10条规定：“企业被吊销营业执照的，其法人资格或经营资格终止。”而工商企字〔2002〕第106号《关于企业法人被吊销营业执照后法人资格问题的答复》亦明确指出：“吊销营业执照、注销登记是企业法人资格消亡的两种方式，两者的法律后果均导致企业法人资格消亡。注销登记以企业法人申请为前提，是企业法人的主动行为，经登记主管机关核准登记，法人资格消亡；吊销营业执照是登记主管机关依照法律法规的规定，对企业法人违反规定实施的一种行政处罚，对企业法人而言，吊销营业执照就意味着其法人资格被强行剥夺，法人资格也就随之消亡，并由登记主管机关在企业档案上予以载明，不需要被吊销营业执照的企业法人再申请办理注销登记。”而最高人民法院对企业被吊销营业执照之后的主体存续问题却作出了截然不同的解释，其在分别给甘肃省高级人民法院和辽宁省高级人民法院的（2000）23号函和（2000）24号函中指出，企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业仍视为存续，可以自己的名义进行诉讼活动。

2. 当时各地法院之间关于被吊销营业执照企业的诉讼主体资格的看法不统一。尽管最高人民法院曾以前述庭函的方式就吊销营业执照的法律效力作出过答复，当时各地还是有不同的做法。如北京市高级人民法院2001年制定的《关于企业下落不明、歇业、撤销、被吊销营业执照、注销后诉讼主体及民事责任承担若干问题的处理意见（试行）》第15条规定：“企业法人在被吊销营业执照后未注销登记前，虽然丧失经营资格，但其法人资格仍然存续。”而上海市高级人民法院2000年制定的《关于在民事诉讼中企业法人终止后诉讼主体和责任承担的若干问题的处理意见》规定：“企业法人被依法吊销营业执照后，其法人资格与经营资格终止，在民事诉讼中也不再具备诉讼主体资格，原告坚持以被吊销企业为被告的，法院裁定不予受理，已经受理的，经原告申请，法院应当变更清算组织或其清算责任人为被告。原告不申请的，裁定驳回起诉。”

本案之中，由于申请执行人被处以撤销公司登记，并吊销营业执照的处罚，因此该公司主体资格丧失，必须组成清算组方能申请执行并参与到执行程序当中。也正是申请执行人一直未组成清算组，也无有权主体申请人民法院强制清算，使得本案执行程序处于暂缓状态。最高人民法院函转下级执行法院，决定暂缓对本案的执行，同时，将该案交由最高人民法院相关庭室复查处理的做法是适当的。最终最高人民法院的复查处理结论认为，本案判决

应予执行。这是基于确认公司被吊销营业执照之前所签协议应为有效之基础上，应当继续本案执行程序所作出的最终处理意见，但并没有明确应当如何具体实施执行程序，而这则是相关执行程序应当继续予以明确与解决之问题。当然，此时恢复执行实际亦面临的另一主要问题是，耽搁多年的执行，在恢复执行后，被执行人还有执行财产可供执行吗？如果曾经是提供担保而解封，而现担保财产的有效性又将如何，这均将最终实质地影响申请执行人裁判利益之实现。



178

## 可否以执行裁定逆向揭穿公司面纱

### 【关注焦点】

诸多涉及以公司为对象之执行案件，被执行公司采用各种方式转移资产以逃避判决之执行，其中，将被执行公司资产转入另行新设公司便是较常采用的逃避手段之一。对于此类意在逃债的新设公司之法人人格，是否可于执行程序中直接予以否认，或是否可以逆向揭穿其公司面纱？

### 【基本案情】

申请执行人：A集团有限公司

被执行人：B集团有限公司

异议人：甲、乙、丙三公司

本案系一起执行异议案件。A、B两集团公司之间合作开发房地产合同纠纷及房屋买卖合同纠纷两案，均经人民法院终审判决，发生法律效力。依据两项判决，B公司应给付A公司房地产物业、轿车等相关财产。A公司依法申请执行，但执行法院在1年多的时间内未能执结两案，并以被执行人B公司无可供执行财产为由拟中止执行，上级人民法院发现后，裁定将两案指定某铁路中级人民法院执行。在铁路中级法院执行过程中，甲、乙、丙三公司向最高人民法院反映，该法院错误地查扣了与本案无关的应属他们三公司的大量财物及银行账号，请求最高人民法院监督纠正。

## 【审理要览】

经监督查明，自 A 公司申请执行两案以来，被执行人 B 公司一直想方设法转移财产，逃避债务，抗拒执行。在省高级人民法院指定铁路中院执行后，该院于 2001 年 5 月某日对被执行人的办公室、财务室等进行了搜查，省高院派员对该搜查行动进行了现场监督。经搜查，搜获被执行人 B 公司在判决后与其数名职工签订的 3 份《协议书》，约定由被执行人 B 公司出资成立甲、乙、丙三公司，由数名职工做名义上的股东及法定代表人，但不享有任何权利，不承担任何义务，一切权利义务均属于被执行人。另搜获了甲、乙、丙三公司的营业收入现金 7 万多元，搜查结束后，对有关的内部协议、相关的会计账本、现金、以及甲、乙、丙三公司的财务专用章进行扣押。根据搜查取得的证据，铁路中院在对被执行人 B 公司采取罚款以及对 B 公司法定代表人采取拘留措施的同时，就甲、乙、丙三公司也下发了执行裁定，该裁定书中认定：甲、乙、丙三公司各自的注册资金 100 万元，虽以职工个人名义出资，但实际均是被执行人 B 公司出资投入，被执行人 B 公司实际享有股东权利。被执行人 B 公司在法院依法立案执行之后，假借他人名义，并向工商行政管理部门提供虚假材料成立甲、乙、丙公司，该注册成立的三公司的真正目的是为了非法转移 B 公司的财产，逃避债务。故裁定：甲、乙、丙三公司不具备法人资格，该三公司名义下的财产属于被执行人 B 公司所有。

针对以上情形，最高人民法院提示以下处理意见：如甲、乙、丙公司确系被执行人 B 公司全部投资，现有其他股东全部为名义股东，可依据《执行工作规定》第 53 条、第 54 条的规定，执行被执行人 B 公司在甲、乙、丙三公司享有的投资权益，但不应在执行程序中直接裁定否定甲、乙、丙三公司的法人资格。

## 【裁判解析】

诸多涉及以公司为对象的执行案件，被执行公司采用各种方式转移资产以逃避判决的执行，其中，将被执行公司资产转入另行新设的公司便是较常采用的逃避手段之一。对于此类意在逃债的新设公司的法人人格，是否可于执行程序中直接予以否认？

**一、审判程序与执行程序之界限把握。**审判程序是程序在法律生活中的



具体表现，它的对象“不是人们的权利和义务，而是用来申明、证实或强制执行这些权利义务的手段，或保证在它们受到侵害时能够得到补偿”。<sup>①</sup> 以所列举案件为研究对象，是在民事诉讼中讨论执行程序 and 审判程序。民事审判是法院审理法官对当事人之间的争执作出判断，以确定其权利义务关系，而民事执行则是法院执行机构对已发生法律效力法律文书确定的给付内容，以国家强制力为后盾，依法采取强制措施，迫使义务人履行义务，以确保司法的权威性。<sup>②</sup>

民事执行权与民事审判权都是司法权，但它们在执行活动和审判活动中各自承担着不同的任务，采用不同的方法，实施其公力救济。执行程序与审判执行的界限区分，关键是贯彻审执分立的原则，解决好执行权和审判权不分开的问题。一是把需要通过审判程序解决的实体争议事项从执行事项中分立出来；二是将仍保留在执行程序内部的实体裁判事项和程序裁判事项以及纯粹的执行实施事项进行分工。在德国，根据执行内容和职能管辖的不同，强制执行分别由法院执行员（Derhtsvollzieher）、执行法院（vollstreckungsgericht）、诉讼法院（prozessgericht）和土地登记所（Grundbuchamt）等多个不同的机关行使。从实践来看，除对执行员的抗议等少数几项权力由法官行使外，执行法院所行使执行权限中的大部分都由不是法官但属于较高级别官员的司法辅助官行使。诉讼法院的执行权限主要是对作为或者不作为等行为进行执行以及对执行程序中产生的一些诉讼行使专属管辖权。<sup>③</sup> 而按我国台湾地区“强制执行法”第1条和第2条之规定，在“地方法院及其分院”内设“民事执行处”办理执行案件，“民事执行处”由法官、书记官和执达员组成。其中，法官对民事执行案件的执行享有主导权，在具体的执行途径上区别不同的事项既可以自行办理，也可以命令书记官办理，还可以命令书记官督同执达员办理。<sup>④</sup>

从国外的司法实践来看，执行程序多是由执行法院通过签发执行文、执行令状或者执行证书等文件而启动的，虽然在英国、德国和日本，执行令状、

<sup>①</sup> [英] 沃克：《牛津法律大辞典》（中译本），光明日报出版社1988年版，第15页。

<sup>②</sup> 巫肇胜：《审判与执行运行协调机制研究》，载《广东广播电视大学学报》2011年第1期。

<sup>③</sup> 参见赵秀举、赵晋山：《德国执行机关简介》，载《强制执行指导与参考》2004年第4辑，法律出版社2004年版，第342~352页。

<sup>④</sup> 参见陈荣宗：《强制执行法》，台湾地区三民书局2000年版，第44页。

执行签证的签发并不是由法官负责的，但与执行当事人、有关利害关系人权利义务关系重大、可能产生争议的执行令状还是需要法官许可后才能签发，而当执行当事人、有关利害关系人对执行签证等产生争议时还可以提起相应的诉讼予以救济。当执行当事人、有关利害关系人需要改变有关实体性事项或者对之产生争议的，也是由执行法院来进行审查认定。

如何妥善处理好两者关系，在实务操作中非常重要，也的确难以平衡与把握。也许应当赞同这样一种观点，在一种权力运行的过程中兼顾另一种权力，才能够实现二者在功能上良性互动的基础。因此，区分执行程序与审判程序之目的不是划地盘、争职能，认清两者的差异性，不是为了限制执行权力，而是为了更好地发挥执行程序的效率，特别是对执行程序中需要对诉讼事项进行判断审查问题予以清晰认识。总体而言，正确区分审判程序和执行程序：一是遵守审执分离的基本原则。审执分离原则是在我国民事诉讼体制改革过程中确立、并一再强调的一项基本原则，亦是国际社会普遍认可的一项基本原则。“审”的目的就是确认当事人之间的权利义务关系；“执”则是为了促使该权利义务关系的实现，且仅限于该权利，不能涉及其他。二是执行工作贯彻程序性审查原则。人民法院在执行案件过程中可以对相关事实进行审查，并作出相应的裁决，法律、法规对此亦作出了相应的规定。但执行阶段的审查与诉讼阶段的审查毕竟分属两个不同系列。一般情况下，执行阶段侧重于程序性审查，而非实体性审查，这在司法界也得到普遍认可。

**二、揭穿公司面纱不宜在执行程序中认定并处理。**公司法人人格独立，作为公司法律制度的核心理念，是构建现代公司的基础。而公司法人人格否认或更妥当表述为揭穿公司面纱的制度，则弥补了单纯法人人格制度的固有缺陷，有效防范了不法股东利用法人的合法形式和有限责任来逃避承担法定或约定之责任与义务，使法律从理论形式上的公平合理走向了实质上的公平合理，是对法人人格独立制度的发展和补充。因此，司法实践和理论界均对公司法人人格否认、揭穿公司面纱适用情形作了进一步研究和探索，并在2005年修订《公司法》时被吸收为立法之成果。

本案引发人们思考的问题是，揭穿公司面纱制度能否直接在执行程序中予以适用。在执行程序中可能适用揭穿公司面纱的两类基本情形：一是若被执行主体无可供清偿债务的财产，开办单位或股东是否应当对申请执行人承担责任。二是在裁判文书发生法律效力之后，被执行人通过新设公司、提供担保等方式将自身优质资产进行转移，接受被执行人资产的公司是否应当在接受资产范围内对申请执行人承担责任。在司法实践中，第一种情形出现较

多，相对而言第二种情形较少，且被称之为“逆向揭穿公司面纱”。

总体而言，揭穿公司面纱制度能否在执行阶段适用，法学界有两种观点：一是肯定说，一是否定说。结合司法实践中运用揭穿公司面纱理论案件办理的基本思路，需要审理认定的事实包括三个部分：一是前提要件，公司存在合法有效的法人人格；二是行为要件，公司股东滥用法人人格；三是结果要件，该股东滥用法人人格行为严重损害公司债权人利益。

在执行阶段追加开办单位或股东为被执行人的情形下，必将面临以下问题：首先，如果在执行阶段追加主管单位或股东为被执行人，实际上是生效法律文书所作判决裁定的既判力和执行力的扩张，而这已经超出了生效判决所确认的当事人之间的权利义务关系，而且被追加人必将承担的又是实体义务，显然不仅仅是限于程序义务。其次，执行阶段直接追加开办单位或股东作为被执行人，需要执行法官查明股东是否存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的行为，并必须对此作出明确无误的认定。而要认定这些方面的事实，又可能涉及举证责任分配，相关财务资料的审查、评估等一系列复杂的过程，这也显然属于实体审查之范围，远远超出了执行机构仅进行程序性审查的权限范围。最后，虽然《公司法》第20条作了相应的规定，但该条之本意显然是用来处理相关诉讼案件，而一般并不能直接作为执行程序之处理依据。关于股东是否存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的行为，通常皆需要通过诉讼予以认定，才能确定其是否能成为被执行人，并最终应承担怎样的责任。

尽管1998年《执行工作规定》第80条规定，申请法院可以变更或追加其开办单位作为被执行人。但该规定明确只能针对注册资金不实或抽逃注册资金的开办单位。该规定为何只针对公司注册资金，而不将其扩大为公司资产，正是立法者考虑到执行机构的审查权能有限的问题。<sup>①</sup>

因此，特别是揭穿公司面纱行为要件与结果要件的审查，显然已经超越了人民法院执行机构的审查权能，执行异议及复议程序的审查力度明显不如诉讼程序，难以保证变更与追加后的被执行主体得到充分的诉权保护和程序救济。正确的做法应当是，引导当事人向有管辖的人民法院提起诉讼，而不宜在执行过程中直接适用揭穿公司面纱制度来裁定追加有限责任公司股东为

<sup>①</sup> 许欧凯：《论公司法人人格否认制度能否在民事执行阶段直接适用的问题》，载《商品与质量》2011年4月刊。

被执行人。本案之中，执行法院事实上运用了逆向揭穿公司面纱规则，但 A 公司申请执行，否定甲、乙、丙三公司的法人人格，应当经过独立的诉讼程序来进行确认。原则上，不得将对公司判决的既判力和执行力的范围，扩张适用于未参加诉讼的其他公司或者股东。正因为如此，最高人民法院才函复，不应在执行程序中直接裁定否定甲、乙、丙三公司的法人资格。

**三、为逃避债务而假借他人名义投资设立公司之有效性。**大陆法系国家的公司法理论，一般将公司设立瑕疵分为“主观性瑕疵”和“客观性瑕疵”两种类型，为逃避债务而假借他人名义投资设立公司属于“主观性瑕疵”，即存在于个别设立人本身或其意思表示之中的瑕疵。<sup>①</sup>对该行为效力进行评判的理论基础是公司设立行为的性质，传统公司法对此有三种学说，即合伙契约说，单独行为说，共同行为说<sup>②</sup>，一般倾向于共同行为说。通常法律行为之生效要件分为两类：一为内容，二为意思表示。为逃避债务而假借他人名义投资设立公司涉及设立行为内容是否确定、可能、合法及社会妥当性的判断，是公司设立无效之原因。对此，我国《公司法》当前并没有关于公司设立无效制度的规定，虽曾在《公司法解释（三）（草案）》中试图对设立无效作出规定，但终因被反对而未获得最高人民法院审判委员会通过。目前，对于公司注册成立后产生的瑕疵，只有《公司法》第 206 条的规定。

多数国家公司法或者商法均将“公司目的不得违法或违反社会公共利益”列为公司设立无效的原因之一。在日本、韩国、意大利、中国澳门等国家和地区，当某些类型的公司在设立中存在法定的“主观性瑕疵”时，可以“撤销公司”。如日本《公司法典》第 832 条规定，对于份额公司（包括无限公司、两合公司和合作公司），在以下两种特定情形下，可以撤销公司设立。即：如果社员可以依据民法及其他法律的规定撤销有关设立的意思表示，则该社员可以提起公司设立撤销之诉；如果社员明知损害其债权人的利益而设立份额公司的，债权人可以提起公司设立撤销之诉。<sup>③</sup>《意大利民法典》第 2332 条第（4）款规定，公司目的违法或违反公共秩序的情形应该被宣告无效。欧共体第 1 号公司法指令第 11 条第（2）款指出，公司之目的范围非法或者有悖于公共政策，可以确认公司设立无效。英美法系的国家其实并不存

<sup>①</sup> 朱一飞：《公司设立主观性瑕疵的处理模式——民事法律行为的研究进路》，载《政治与法律》2008 年第 6 期。

<sup>②</sup> 参见赵廉慧：《公司设立法律制度研究》，载《商法研究》2000 年第 1 期。

<sup>③</sup> 吴建斌、刘惠明、李涛译：《日本公司法典》，中国法制出版社 2006 年版，第 435 页。

在公司设立无效制度，他们对于瑕疵公司的人格并非完全予以否定，而是采取原则承认或个别承认的态度。并且，其发展趋势是对瑕疵公司的人格采“结论性证书规则”，即公司注册机关所颁布的设立证书具有结论性证据的功能，一旦公司获得该设立证书，无论公司设立过程中是否存在瑕疵，原则上均视为公司已依法成立。<sup>①</sup>

设立公司目的不纯与揭穿公司面纱制度两者并不相同。前者规范的是公司设立中的行为，并且是对该设立行为价值层面上的考察，公司设立无效的法律后果是“公司被撤销”，但并不影响公司此前从事的正当交易活动。后者主要是针对股东滥用公司法人人格，以股东有限责任为“庇护”实施欺诈行为，构成揭穿公司面纱的事由是被揭穿面纱的公司股东在公司经营管理过程所实施的，在法律后果上将导致滥用公司人格的股东直接承担公司债务的责任。需要揭穿面纱而排除股东有限责任适用的主要情形一般包括：公司资本严重不足、公司人格与财产混同、以公司为工具欺诈债权人、公司经营成本的不当社会化、保护特定雇员利益的需要、以公司人格面纱为掩护规避法律义务等等。通常认为，公司设立目的不纯导致的公司设立无效是法人资格的绝对消灭，而揭穿公司面纱制度则是在消除滥用法人行为后又恢复其法人功能，解决的是特定法律关系中的个案，是一种司法救济手段，并非普遍原则。

从本案来看，如果依照通常情形下适用揭穿公司面纱的原则，应当是在A公司与B公司之间存在债权债务关系时，B公司的股东实施了滥用B公司法人独立地位和股东有限责任的行为，B公司股东实施该行为的目的是为了逃避债务，在结果上A公司的利益受到严重损害。这一逻辑与本案案情不相吻合，但正如前文所述，本案乃一种逆向揭穿公司面纱之处理方式。美国、日本揭开公司面纱规则在司法实践发展过程中，曾出现通过揭开公司面纱让公司承担股东的债务、以及否认姊妹公司各自独立人格之判例，这意味着揭穿公司面纱适用范围的扩大。正如学者所言，虽然我国《公司法》第20条第3款关于“揭穿公司面纱”规则的表述属于最为传统的揭穿面纱情形，但逆向揭穿公司面纱并非随意之主张，而是严格遵循法解释学规则，对公司法之基本原理进行诠释的结果。尽管学者乃至司法实践中人们已经关注到揭穿公司面纱之特殊情况，但对于司法能否依照《公司法》第20条第3款来作为逆向揭穿公司面纱案件的处理依据，仍存有不少疑问与争议。

<sup>①</sup> 张民安：《公司瑕疵设立效力研究》，载《比较法研究》2004年第4期，第58-67页。

因此，就本案处理而言，如确须追究甲、乙、丙三公司的连带还款责任，则应当中止执行程序，由 A 公司向有管辖权的人民法院起诉，追加诉请甲、乙、丙三公司为 B 公司的共同债务人。在此类案件审理中，人民法院则需要确认 B 公司作为甲、乙、丙三家公司的实际出资人，甲、乙、丙三家公司应当在接受 B 公司资产的范围内承担责任，而所谓的接受资产范围亦可能就是 B 公司在甲、乙、丙三家公司的股权。这种处理结果与最高人民法院执行部门的最终答复并无不同，关键则是把握执行程序与审判程序之应有界限。



179

## 能否执行被执行人 隐名持有的全资子公司之财产

### 【关注焦点】

被执行人以怠于履行《公司登记管理条例》中办理股东变更登记规定之方式，隐匿其实际持有之股权，逃避法院执行，执行人员经调查、核实的，可否依法采取适当方式，将被执行人隐名持有的全资子公司相关财产予以执行？

### 【基本案情】

申请执行人：沈某、朱某

被执行人：甲（有限）公司

原告沈某、朱某诉被告甲公司建设工程施工合同纠纷一案，某中级人民法院于2006年8月作出民事判决，判令被告甲公司支付原告沈某、朱某工程款人民币8236883元及利息。该判决生效后，因甲公司未予履行，三原告遂向人民法院申请强制执行。

### 【审理要览】

执行中，执行人员查明，被执行人甲公司名下无可供执行的财产。但其

下级企业 A 五金厂曾与案外人乙公司各持有丙公司 50% 的股权。2000 年 12 月，乙公司通过上海产权交易所将其持有的 1% 股权转让给 A 五金厂，49% 转让给本案被执行人甲公司。2000 年，A 五金厂注销了工商登记，并在工商登记材料上注明其债权债务由甲公司继受。故甲公司实际持有丙公司 100% 的股权。2007 年 1 月 4 日，法院到上海市工商行政管理局某分局办理甲公司所持有的丙公司 100% 股权的冻结手续，但该分局以丙公司未变更股东登记，股东仍为乙公司和 A 五金厂为由，拒绝予以协助。之后，法院经多方调查，查明丙公司在某指挥部有拆迁补偿款，最近将领取，并了解到有关丙公司动迁补偿谈判、何时取款、钱款分配等问题均是甲公司出面与该指挥部商定。执行人员据此多次对甲公司开展法制教育，在事实和压力面前，甲公司最终放弃了对抗，转而主动向申请执行人谋求和解。

2007 年 1 月 9 日，申请执行人、被执行人与案外人丙公司和上海某宾馆达成协议，丙公司代被执行人甲公司偿还本案欠款人民币 500 万元，并同意法院冻结其拆迁补偿款中的人民币 500 万元，如其未在规定期限内履行代偿义务，其同意法院直接扣划上述冻结款用于偿还本案债务。同时，上海某宾馆为被执行人剩余债务提供担保。后因丙公司未在规定期限内将钱款划入法院账户，执行人员遂从某指挥部直接扣划了丙公司人民币 500 万元拆迁补偿款，发还给债权人。甲公司随后将本案余款全部付清。

## 【裁判解析】

被执行人以怠于履行《公司登记管理条例》中办理股东变更登记的方式，隐匿其实际持有的股权，逃避法院执行，执行人员经调查、核实的，可否依法采取适当方式，将被执行人隐名持有的全资子公司相关财产予以执行

**一、执行程序能否对隐名股东身份予以确认。**前一案例解析已就审判程序与执行程序之关系进行了介绍，在此不再赘述。从私权维护角度而言，审判与执行都不过是私权保护的不同阶段和环节。要实现审判权公平正义的最终要义，必须要执行权以强制力予以维护。对于执行程序的认识，首先，要确立执行程序是借助国家强制力强制被执行人履行义务，故在性质上属于非诉程序的基本定位；其次，执行程序基本应当无权处理执行当事人、利害关系人之间的实体性争议，实体性争议应当通过诉讼程序加以解决；最后，由于执行行为的形式判断性、执行条件的不断变化性，执行程序中需要对诉讼事项进行判断审查，应当采取对衍生实体性争议由执行程序先行审查并作出



决定，执行当事人、有关利害关系人对审查决定不服的，再通过提起诉讼救济之方式进行处理。<sup>①</sup>

可见，实体性争议应由审判程序解决是基础与原则所在。因为审判程序具有公开性、透明性，设置了双方质证与抗辩、上诉等严格的程序保护。而衍生实体性争议可以在执行程序中进行审查，其目的是为了保证执行程序的顺利完成，审查之重点是当事人对执行程序本身提出异议。例如，执行依据的合法性、执行对象的合法性、执行手段的合法性、执行中止、执行终结、执行和解、被执行主体的变更等问题。本案之中，从工商登记资料来看，丙公司的股东为乙公司和 A 五金厂，丙公司与甲公司并无直接关系。股权的实际变动和甲公司的受让股权均是在案件进入执行之前发生的事实。如果认定甲公司是丙公司的股东并持有丙公司 100% 的股权，那么就需要对甲公司获得丙公司 100% 行为的法律效力，以及乙公司、A 五金厂与甲公司之间究竟准具有合法股东资格进行实体审理，而不是仅仅针对执行行为本身来进行。

值得关注的是，在执行程序中似乎又经常有介入处理此类问题之必要，甚至认为此属于执行程序中发现而必须作出裁决的问题。结合本案来看，应当认识到，执行程序应当尊重生效裁判的既判效力，不能随意扩张生效裁判确定的当事人之间的权利义务。由于执行程序当庭质证程序的缺失、执行裁决权的有限性，法院对有争议的事实只能进行形式审查，而股权转让合同的效力、股东资格变动要件、甲公司是否支付了相应股权转让款等问题，均可能涉及举证责任分配、相关财务资料分析等属于实体裁判的审理范围。如果在执行程序中，直接追加执行甲公司在丙公司的股权，一旦乙公司对向甲公司转让股权的效力提出异议或者对甲公司作为丙公司的股东资格提出异议，将会使法院工作陷入被动。

总之，执行程序中不宜直接确认实际出资人的股东资格，直接执行实际出资人的股权。更何况在实体审理程序中，实际出资人股东资格的确认也是比较棘手的法律问题。从《公司法解释（三）》第 25 条第 3 款的规定可知，公司其他股东过半数的同意，是确认实际出资人股东资格的法律标准。该标准实际是比照《公司法》第 72 条关于股权转让的规定，在司法解释价值取向上对实际出资人之股权确认，采取了相对保守的裁判尺度。

**二、本案还进一步涉及隐名股东所对应公司资产之处理问题。**如果该被执行人持有另一有限责任公司或股份有限公司的股权，则冻结其股份或扣押

<sup>①</sup> 金殿军：《民事执行机制研究》，复旦大学 2010 年博士学位论文。

其股票予以转让或拍卖，以转让或拍卖所得清偿债务，这就是股权强制执行的一般方法。股权能否作为强制执行标的之争论主要集中在有较强人合性特征的有限责任公司方面。就我国司法政策层面而言，在1998年之前处于较为混乱之状态。1987年《最高人民法院关于审理涉港澳经济纠纷案件若干问题的解答》第七部分“关于审理和执行问题”第（四）项明确，香港、澳门地区的当事人被判决败诉的，如果在内地有投资兴办的独资企业、合资经营企业或者合作经营企业而没有其他财产可供执行的，可以其投资所得的利润偿还债务，一般不宜以其投资清偿债务，确有必要的，应商得内地合资方或合作方和有关方面的统一，通过转让投资权益的方式进行。根据该解答，虽然可以得出能够强制执行股权的结论，但仍然不够明确。最高人民法院《执行工作规定》颁布之后，其中有直接适用于公司股权的强制执行，这是我国首次明确地把股权列为强制执行之标的。2001年8月28日，《最高人民法院关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题的规定》，第一次专门对强制执行有关上市公司的股权程序做了较为详细、具体的司法解释。

股权具有可转让性是各国公司立法之通例，也是股权能够强制执行之前提条件。股权的主要内容是财产性权利，其他非财产性权利是为了保障财产性权利的实现而设置的，股权自身具有并能派生出相当价值。股权的流转在符合章程情形下由权利人自行处分，国家并不干预；而当股东对他人负有到期债务又无其他财产可做清偿时，法院可根据申请人之申请，依诚实信用原则行使公平裁量权，凭借国家强制力强制转让该项出资，而不论被执行之股东及其持股的公司是否同意。<sup>①</sup> 股权的强制执行立法例本身在国外也并不鲜见，如《法国民法典》第1078条第1款就有“强制执行被担保抵押的公司股份”的规定。《日本公司法》第19、20条规定：“非股东依拍卖或公开出卖而取得份额”。<sup>②</sup> 我国台湾地区“公司法”过去并没有关于股权执行的内容，后来在其“公司法”第111条第3项中增加了有关股权强制执行的内容。可见，强制执行债务人的股权与强制执行该债务人的其他财产，在法理上是相通的。

2005年修订《公司法》时，强制执行股权制度被写入条文之中。《公司法》第73条的规定包括了这样几个方面：一是应当有执行的法律依据，即已经发生法律效力的并且应当是具有给付内容的法律文书；二是被执行人在相应的公司中应当持有股份，具备股东资格；三是执行应当优先考虑其他股东

① 褚红军主编：《公司诉讼原理与实务》，人民法院出版社2007年版，第568页。

② 余向阳等：《股权强制执行的法律思考》，载《人民司法》1997年第10期。

的意愿，包括通知及保障其他股东的优先购买权。

就本案而言，一旦甲公司作为丙公司股东资格通过实体审理程序予以确认，那么按照《公司法》第73条的规定，在甲公司无其他财产可供执行的情况下，人民法院则可以根据债权人的申请，对甲公司作为股东在丙公司持有的股份可以采取强制转让措施。需要注意的是，本案甲公司事实上形成了对丙公司的全面控股，甲公司与丙公司之间形成了母子公司的关系，人民法院可以强制执行甲公司在丙公司的股权，而不能以丙公司的其他财产作为执行标的。具体理由有：（1）母子公司的法律地位。母公司与子公司的关系不同于总公司与分公司，母子公司均为独立法人，而在总分公司中，只有总公司具有法人资格，分公司仅为总公司的分支机构。在法律上，分公司没有自己独立的财产，由其经营管理的那部分财产应属总公司所有。因此，在执行程序中，如果总公司实际控制的现有财产不足以清偿债务时，法院可以径行执行其分公司的财产。（2）母公司对子公司的投资权益与子公司的自有财产是两个相互分离的财产集合体。母公司享有的对子公司的股权不能落实到子公司的实体财产上，尤其不能量化到子公司的每一宗具体财产上。母公司对其股权的转让，不应影响子公司任何财产之完整性。因此，执行母公司的股权，应当具有特定的条件和程序，不得以对其子公司财产的直接执行来代替甚至当作对母公司股权的执行。

本案之中，如果不考虑到丙公司曾以协议方式自愿代甲公司还款因素，人民法院直接执行丙公司500万元的做法，将直接侵犯丙公司的独立人格与独立财产权，丙公司有权就此提出执行异议，该异议当可成立。执行丙公司的自有财产清偿甲公司的债务，则丙公司对其自身债务的一般担保财产会随之减少，有损丙公司债权人的利益，从而影响善意第三人的利益及整体市场交易之安全。

**三、本案最终丙公司之所以承担还款责任是基于其自身作出的承诺。**正如上文分析，本案在执行程序中直接执行甲公司持有的丙公司股权还是丙公司的财产，均不可行。但由于2007年1月9日，申请执行人、被执行人与案外人丙公司和上海某宾馆达成协议，丙公司代被执行人甲公司偿还本案欠款人民币500万元，并同意法院冻结其拆迁补偿款中的人民币500万元，如其未在法院指定期限内履行代偿义务，其同意法院直接扣划上述冻结款用于偿还本案债务。这一执行模式，并不能被认定为径行执行被执行人子公司的财产。

在此需要明确的是，丙公司的行为属于什么性质？对此主要有两种观点：

第一种观点认为，本案属于第三人代为清偿；第二种观点认为，属于并存的债务承担。很显然，应当认为此属于第三人代为清偿而非债务承担。第三人代为清偿制度在《合同法》中并未作明确规定，按照债法的原则，债务本应由债务人履行，债权人因债务人合乎本旨的清偿而实现债权，从而使债归于消灭。但债权的价值贵乎其财产本性，为了促进债权的实现，同时有效保护债务人的利益，在一定情形下，债法又承认可由债务人以外的第三人代债务人为清偿，使债权人的权利得以实现。<sup>①</sup>

从执行角度而言，执行程序更加强调司法效力，在法律规制的范围内灵活采取执行措施，才能有效保护申请执行人的合法权益。通过让丙公司作出承诺，即替被执行人代偿债务，其法律地位也从案外人转为被执行人，只不过对其执行的金额应限于其承诺的范围之内。故在上述条件下，法院将丙公司承诺的代本案被执行人偿债的拆迁补偿款人民币 500 万元列为强制执行对象，并无不妥。



<sup>①</sup> 贺才美：《第三人代为清偿制度研究》，载《法学研究》2008年第8期。

180

## 被执行企业无财产 可供执行能否追加开办单位责任

### 【关注焦点】

开办单位是什么性质的法律主体？其对所开办之企业在什么情形下将承担什么样之法律责任？要求开办单位承担法律责任之历史渊源及其法理基础何在？

### 【基本案情】

申请执行人：张某

被申请人：甲旅游公司

被追加执行人：甲市旅游局

2000年12月26日，甲旅游公司向社会发布旅游服务中心装潢工程招标通知，张某人介绍到临沧投标。双方洽谈后，甲旅游公司表示愿意将该装潢工程交给张某施工，但要求张某先支付30万元工程质量保证金。2001年1月8日，张某将30万元款项汇入甲旅游公司的银行账户，同时，为履行合同约定积极的准备，支出装潢工程设计、预算、绘图等费用3万元。一个月后，张某打电话联系，甲旅游公司以种种理由表示不能动工。同年3月张某对承接的工程产生怀疑，要求甲旅游公司退还30万元质量保证金，甲旅游公司表示因主体工程未完工，装潢工程无法启动，施工合同不能签订，同意退还30

万元质量保证金，并于2001年3月28日写下退款协议，载明甲旅游公司应于2001年4月10日前退还30万元质量保证金，并按银行利率支付利息。期限届满后，甲旅游公司未退还款项，经张某多次催要，于2001年5月收回了6万元，6月收回了1万元，7月收回了4万元，共收回11万元，余款本金19万元及其利息就再也未能收回。于是，张某向法院起诉，要求甲旅游公司退还工程质量保证金19万元及利息，并承担工程设计、预算、绘图以及催讨该款项的损失42594元。

## 【审理要览】

法院经审理认为：甲旅游公司以发包装潢工程为由收取张某工程质量保证金30万元，因其过错导致合同不能履行，理应返还工程质量保证金，并承担利息以及由此给张某造成的损失。遂于2002年12月11日作出判决：一、由甲旅游公司退还张某工程质量保证金人民币19万元，并按银行同期贷款利率承担自2001年4月11日起的利息；二、由甲旅游公司赔偿张某工程设计、预算、绘图等费用人民币3万元，差旅费6218元；诉讼费7980元由甲旅游公司承担。上述款项应于本判决发生法律效力后三十日内履行。判决作出后，双方均未上诉，判决书发生了法律效力。由于甲旅游公司不履行生效法律文书确定的义务，张某于2003年4月4日申请执行，法院于同日立案执行。

该案在执行过程中，法院于2003年4月8日向被执行人甲旅游公司发出执行通知书，指定其于2003年4月15日内履行还款义务。期限届满后，被执行人甲旅游公司未履行。由于被执行人甲旅游公司因经营管理不善已歇业，债务累累，无任何财产清偿债务，该案中止执行。2005年1月3日，张某再次申请执行，并要求追加甲市旅游局为被执行人，法院依法恢复执行。经查实，甲旅游公司系甲市旅游局开办的国有独资企业，由甲市旅游局投资和管理，注册资金为人民币200万元，该公司成立时，甲市旅游局没有投入注册资金。法院根据《执行工作规定》第80条的规定，裁定追加甲市旅游局为该案的被执行人，由甲市旅游局在注册资金不实的范围内承担责任。2005年3月14日，法院向甲市旅游局发出追加被执行人裁定书和执行通知书，指定其于2005年3月18日内履行义务，甲市旅游局认为甲旅游公司是独立的法人，自主经营，独立核算，自负盈亏，与其无关，不履行义务，并向上级人民法院提出复议申请，要求撤销追加其为被执行人的裁定。上级人民法院经复议认为甲市旅游局申请复议的理由不成立，予以驳回。后来通过多方协调、努

力，双方当事人达成了执行和解协议并履行完毕，该案得以执结。

## 【裁判解析】

开办单位是什么性质的法律主体？其所开办的企业在什么情形下将承担什么样的法律责任？要求开办单位承担法律责任之历史渊源及其法理基础何在？本案甲市旅游局应否作为被执行人的开办单位被裁定承担责任，是否符合法律之相关规定？

**一、开办单位之法律地位。**曾在相当长时期内，我国将企业经营政治化，将整个国家中所有企业的组织与运行，按照计划经济的模式，当作一种政治运动来对待。公有制企业的组织与管理模式，也是参照国家机关的设置。正常情况下，政府应担负起依法规范和管理、保护和服务的职能，但却被绝对的支配和控制职能所替代。在这种背景下，我国企业的公司制实践中，出现了资本所有权的缺位、公司主体性的弱化、公司治理的机关化、公司机关的空壳化、社会组织的公司机关化等问题。<sup>①</sup>特别是在公司注册资金问题上，由于企业资产的国家所有权与法人财产权的双重标准，以国有企业为代表的整个公有制企业的处理政策，总是不能突破公有制企业财产的国家集体直接所有权这一误区。因此，对于要求享有内部财产完全所有权的公司制度，总是心存疑虑，而对其执行自然也就不能真正到位。企业设立虽有注册资金规定，但多是不出资到位，甚至以提供资金担保的方式设立企业，这也就不足为奇了。

公司制度的不完善加之产权关系不明晰，在1993年《公司法》颁布之前，法律上一直没有确认“资本”或“注册资本”的概念，而是含混地规定“有必要的财产和经费”（《民法通则》第37条）或者“有符合国家规定的资金”（《全民所有制工业企业法》第17条）。与此同时，内资企业的工商登记管理自1982年恢复以来，企业的资本金一直是法定注册事项，但由于缺乏企业组织法中的明确依据，有关资本金的注册登记内容及其相关术语几经变化。

1988年的《企业法人登记管理条例》第12条使用“注册资金”的提法来概括对各类企业法人资本金的共同要求：“注册资金是国家授予法人经营管理的财产或者企业法人自有财产的数额体现。”1993年《公司法》的颁布，虽然注册资本制度已经在我国的企业组织基本法中确立下来，但是1996年的

<sup>①</sup> 郑若山：《公司制的异化》，北京大学出版社2003年版，第107～115页。

《公司注册资本登记管理办法》仍然把国有企业拒之门外。因此，企业的产权关系，特别是国有企业的财产权性质，似乎成为注册资本概念应用于内资企业、特别是国有企业的巨大障碍。

注册资本制度产生的历史表明，法律对公司资本的强制性要求固然与市场经济中规范公司产权关系的需要有关，但更主要是为了保护公司债权人的合法权益，维护社会经济秩序的稳定。注册资本制度最重要的功能，是表明公司法人能够对外独立承担责任的财产能力，向债权人或公司的相对人展现公司稳定的财产基础。至于法人的财产是来源于国家出资，还是一般社会公众的出资，企业的财产权是绝对的所有权，还是权能不完全的经营权，只要企业法人能以注册资本所表示的财产对债权人承担责任，注册资本制度的主要意义就已经实现。<sup>①</sup> 在这一阶段中，学界对公司资本信用和公司资产信用认识的存在分歧，对公司到底以什么作为公司债权人利益实现的担保，有着不同看法。在经济生活中，对于交易秩序的维护和债权人利益的保护仍未成为主旋律，公司化之后的公司资本虚假现象，也同样较为普遍。

**二、开办单位对所开办企业之法律责任。**注册资金不到位，开办者如何承担其所开办单位对外所欠债务之问题，这是民商审判中经常面对并需要解决的问题，然而这一问题曾经在全国法院判例中存在两种差别极大的裁决思路。一种是，判其承担有限责任，即不管注册资金实际到位多少，是否达到法人的最低标准，均判决其在承诺的、即工商登记上注明的注册资金范围内承担清偿责任；另一种则是，如开办者实际所投资金达不到其成立法人单位的最低资本额要求，则应承担该法人全部对外所欠债务，此又称为无限责

<sup>①</sup> 刘燕：《注册资本与注册资金双轨制质疑》，载《工商行政管理》1997年第12期。



任。<sup>①</sup>究其原因，主要是“立法”上的不统一。<sup>②</sup>通过本案评析，需要进一步认清主管部门和开办企业的法律地位，主管部门和开办企业承担公司债务的责任类型、条件以及在强制执行程序中如何运用的问题。

新中国建立之后，我国国有资产一直实行的是国家统一所有、各国各单位分散占有使用，国家严格计划管理的模式。改革开放后一段时期，不少党政机关与其所开办的企业亦没有脱钩，以至官商不分，政企不分，或名为脱钩，实则仍利用主管部门及其相关职权经商。这类企业大都注册资金不到位或过后又抽逃资金，有的甚至是“皮包”公司，对当时的经济运行曾造成极大的负面影响。为此，中共中央、国务院先后下文予以清理整顿，1990年12月国务院又作出了国发〔1990〕68号文件，即《关于在清理整顿公司中被撤并公司债权债务清理问题的通知》（以下简称《债权债务清理问题的通知》）。而在本世纪之初，随着国有资产管理体制的逐步建立，过去由主管部门和开办企业担负着管理者、投资人、甚至所有者的角色开始发生变化。在公司制企业模式下，主管部门和开办企业作为国有资产出资人的身份更为突出，而监管者、所有者身份逐渐褪去。

**三、开办单位为所开企业承担法律责任之历史渊源及其法理基础。**根据《公司法解释（三）》之规定，为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人为公司的发起人，包括了有限责任公

① 宋悦来：《民事审判实践中的三个法律问题》，载《中国律师》2007年第3期。

② 1993年最高人民法院全国经济审判工作座谈会纪要明确规定：人民法院审理时发现企业注册资金不实的判令其开办单位在注册资金不实的范围内承担责任，即有限责任。此虽为纪要，但历来作为法院判案的重要依据，该纪要目前仍生效。而1994年最高人民法院又出台《关于企业开办的企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》，该司法解释将企业开办者注册资金不到位的情况分为几个层次，其中规定如该资金达不到法定最低点的由开办者对企业所欠债务承担全部责任，即无限责任。从此两个规定并存致审判中两种判法同在，如果按后法优于先法的规定似应按“批复”断案。然而1997年《最高人民法院关于城市街道办事处是否应当独立承担民事责任的批复》、《最高人民法院关于产业工会、基层工会是否具备社团法人资格和工会经费集中户可否冻结划拨问题的批复》中均规定，抽逃或投资不足的在注册资金范围内承担责任（有限责任）。之后，1998年《执行工作规定》第80条规定，执行时发现被执行人注册资金不实的，由其开办单位在不实范围内承担责任（有限责任）。2001年《最高人民法院关于审理军队、武警部队、政法机关移交、撤销企业和与党政机关脱钩企业相关纠纷案件若干问题的规定》第3条规定，被开办企业虽领取法人执照，但投入资金未达到《企业法人登记管理条例实施细则》第15条第7项规定数额的，或不具备企业法人其他条件的，应当认定其不具备法人资格，其民事责任由开办单位承担无限责任。

司设立时的出资人和股份有限公司的发起人。很显然，主管部门和开办企业与出资人的法律地位并不完全相同。具体而言：

1. **在公司设立中作用不同。**主管部门和开办企业一般作为行业管理者，基于管理行业经济活动的需要开办公司从事商业活动，向公司注入经营资金，同意设立公司的行为以及对公司设立之后经营活动进行管理。而公司发起人是向公司注入注册资金，共同制定和签署公司章程，参与公司筹建活动，在公司设立之后一般具备了公司股东身份。

2. **在设立公司过程中的法律地位不一样。**主管部门和开办企业并不必然成为公司的股东，因此在公司设立过程中可能不投入资金，也不具体参加筹建工作。而公司发起人之间是民法上的合伙关系，发起人是设立中公司事务的执行机关，发起人对外行为原则上由成立后的公司承担。

3. **责任方式不一样。**上述《债权债务清理问题的通知》中对主管部门和开办单位对公司债务承担问题上作了类似于瑕疵出资股东对公司债权人清偿责任的规定。而发起人则因为法律地位的多样性，可以细分为对公司承担补缴出资的责任、其他股东对公司承担补缴出资的连带责任、瑕疵出资股东对其他股东承担违约责任、瑕疵出资股东对公司承担赔偿责任、瑕疵出资股东对公司债权人承担清偿责任、瑕疵出资股东对其他股东承担赔偿责任等等。

总体而言，主管部门和开办企业由于在公司设立过程中充当的角色和地位各有不同，应当结合具体情况加以判断。在实践中，不能一概将主管部门和开办企业视作出资人，并且出资人是公司设立过程中的民事主体，严格意义上也不等同于公司股东，主管部门和开办企业也不能当然视作股东。本案之中，甲旅游公司系甲市旅游局开办的国有独资企业，由甲市旅游局投资和管理，注册资金为人民币 200 万元，该公司成立时，甲市旅游局没有投入注册资金。由此可见，甲市旅游局在对于甲旅游公司而言，不单纯是行业管理者，同时也是该旅游公司的出资人，在公司设立之后成为了公司的股东。

对注资不实或抽逃注册资金的法律责任和后果首先进行规定的是《债权债务清理问题的通知》。该通知第 4 条规定，在出现实际上没有自有资金，或者实有资金与注册资金不符情形下，直接批准开办公司的主管部门或者开办公司的申报单位、投资单位在注册资金范围内，对公司债务承担清偿责任。尽管该文件对注资不实或抽逃注册资金的法律责任进行了明确规定，但其时

间效力与适用范围均有一定的局限性。<sup>①</sup> 随后，最高人民法院 1994 年 3 月 30 日作了法复〔1994〕4 号《关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》，对企业开办的其他企业被撤销、歇业后规定了两种情形：一是企业开办的其他企业已经领取了企业法人营业执照，其实际投入的自有资金虽与注册资金不符，但满足了法律、行政法规对企业设立的最低资本要求，开办企业应当在该企业实际投入的自有资金与注册资金差额范围内承担民事责任，即相对有限之责任；二是企业开办的其他企业虽然领取了企业法人营业执照，但实际没有投入自有资金，或者投入的自有资金低于法律、行政法规对企业设立的最低资本要求，其民事责任由开办该企业的企业法人承担，即所谓无限连带责任。

企业法人的投资者或开办单位，并不限于党政机关、事业单位、社会团体与企业法人，还可能包括公民个人，企业法人的前述开办人存在“注资不实或抽逃注册资金”之情形，将如何在执行程序中对该企业法人的债权人承担相应的法律责任？对此，《执行工作规定》第 80 条规定，开办单位承担责任的前提条件是：（1）被开办单位作为被执行人且无财产清偿债务；（2）开办单位在开办时有投入注册资金不实或抽逃注册资金行为。承担责任的范围是，在注册资金不实或抽逃注册资金之范围内。虽然该规定针对的是人民法院的执行工作，但该规定所反映的内容却是对法律责任主体进行广泛和统一的界定，实际也为人民法院在审判活动中对案件进行实体裁判提供了参考依据。之后，《最高人民法院关于审理军队、武警部队、政法机关移交、撤销企业和与党政机关脱钩企业相关纠纷案件若干问题的规定》、《公司法解释（三）》等，就相关问题的处理提供了更加详细的指导。

综上，司法实践对主管单位和开办企业的责任类型和条件的认识有一个发展变化的过程。起初，是不区分被设立的公司是否成功，一概认定为在注册资金范围内对公司债务承担责任，并且责任承担的范围是注册资金而不是不实或者抽逃的部分。随后，人们认识到应当区分公司是否设立成功，但对于主管部门和开办单位在不实或者抽逃的范围承担责任的类型没有明确，且主要适用于公司被撤销、歇业的情形下。最后，依据公司是否设立成功，区分主管部门和开办单位承担补充赔偿责任和无限连带责任的类型和条件。值得关注的是，《执行工作规定》第 80 条没有区分公司是否设立成功，即使存

<sup>①</sup> 参见龙翼飞等：《企业法人开办人注资不实的法律责任机制之完善》，载《法学杂志》2005 年第 4 期。

在虚假出资或未出资的股东，也仅是在出资不实的范围内，对申请执行人承担清偿债务的民事责任。这与在审理过程中对虚假出资股东民事责任的确定原则，有所不同。因为由虚假出资股东对公司债权人承担无限连带责任是以否定公司的有效设立为前提的，而对公司设立是否有效的判断与否定揭开公司面纱一样，均应当通过民事诉讼的审理程序来确认和解决，一般不宜通过执行程序来直接认定。

结合本案情况，甲旅游公司成立并对外开展经营活动，甲市旅游局作为甲旅游公司的开办单位、投资者、国有独资公司的股东，申报注册资金人民币200万元，可是在甲旅游公司成立时，甲市旅游局没有投入任何注册资金。因此，该公司应当经由审判程序认定为不符合公司设立的基本要件，或即便设立亦不被视为具有法人人格。本案中人民法院依据《执行程序若干规定》第80条规定，由甲市旅游局在注册资金不实的范围内承担责任，虽有其直接法律依据，但由于执行程序不能对甲旅游公司设立的效力作出判断，进而也无法认定甲市旅游局对甲旅游公司承担的是补充赔偿责任还是无限连带责任。这也是有人认为在执行阶段由执行部门变更追加被执行主体不妥的一个重要理由。<sup>①</sup>

本案理论上还可选择的处理方式是，待甲旅游公司被确认不符合企业设立条件后，由甲市旅游局承担无限连带责任，而后在执行阶段再直接追加其为被执行人。但是，由于本案申请执行人主张的债权金额相当地有限，且显然未超过完全虚假的注册资金金额，责令甲市旅游局在未出资范围内承担责任已足可实现债权人的利益要求与主张。因而，通过所谓的审理程序来确定开办单位或主管部门的无限连带责任，显然没有现实之必要，本案执行部门直接援引相关执行规定进行处理，实际亦未引发任何之不公平，无论是在当事人还是在执行部门看来，本案之执行并无任何之不妥！

<sup>①</sup> 陈志军：《在执行阶段由执行庭（局）变更追加被执行主体不妥》，载《福建法学》2004年第3期。

181

## 追加被执行人 享有到期债权的第三人之开办单位

### 【关注焦点】

被执行人对第三人享有之到期债权能否被执行？该第三人不能还债时，能否继续追加执行该第三人之开办单位为被执行人？

### 【基本案情】

申请执行人：甲电气公司  
被执行人：乙冰箱（有限）公司  
被执行人：丙股份公司  
第三人：丁集团股份有限公司  
追加被执行人：某省国资局  
变更追加被执行人：某省财政厅

2004年10月27日，甲省高级人民法院向最高人民法院报送了《关于在执行程序中能否将被执行人享有到期债权的第三人的开办单位裁定追加为被执行主体的请示》一案。甲省高院报告称：该省甲市中级人民法院在执行甲电气公司申请执行乙冰箱公司、丙股份公司买卖合同给付货款纠纷一案中，经甲省高院研究，对在执行程序中能否将被执行人享有到期债权的第三人的开办单位裁定追加为被执行主体的适用法律问题，有两种不同意见，特报送最高人民法院请示。

原告甲电气公司与被告乙冰箱公司、丙股份公司买卖合同给付货款纠纷一案，甲市中院于2002年8月16日作出（2002）黄民四初字第19号民事判决：一、被告乙冰箱公司于本判决生效之日起十日内，偿付原告甲电器公司货款21841373.60元，同时支付违约金1092068.68元，合计22933422.28元；二、被告丙股份公司对上述应付款项承担连带清偿责任。二被告在法定期限内均未提出上诉，该判决发生法律效力。

本案进入执行程序后，甲市中院查明丙股份公司对第三人丁集团享有107438666.82元的到期债权，遂于2003年8月18日向丁集团送达了履行到期债务通知。丁集团在指定的期限内既没有提出异议，又没有按通知的要求履行义务，甲市中院于2004年2月6日作出（2002）黄执字第101—10号民事裁定书，裁定将丙股份公司在丁集团中的到期债权2360万元予以强制执行。执行过程中，甲市中院核查丁集团的工商注册登记档案，该档案中载明：1996年8月2日，某省人民政府以陕政发（96）58号文件，作出合并A机器厂、B制造厂组建丁集团的决定。将A机器厂、丙股份公司等四企业的国家股，授权丁集团持有，丁集团作为国有资产的投资主体行使出资者权利，丁集团为国有独资企业。同年11月12日，某省国有资产管理局根据某省人民政府陕政发（96）58号文件，以陕国企（96）69号关于授权丁集团统一经营和管理集团国有资产的批复，授权丁集团作为国有资产投资和运营机构，统一经营丁集团本部和所属企业的国有资产，包括对丙股份公司（上市公司）持有的法人股119026400股。丁集团为丙股份公司的控股公司。该文件为开办丁集团报送某省工商局文件。同年11月14日，某省工商局批准成立丁集团，注册资金4.64亿元，其中包括作为丁集团注册资本在丙股份公司的法人股119026400股（每股价值人民币1元）。但在中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司的股东姓名为某省国资局，未过户给丁集团。2004年3月8日，甲市中院依甲电气公司申请，作出（2002）黄执字第101—12号民事裁定书，追加某省国资局为本案被执行人。同年3月15日，甲市中院依法冻结某省国资局持有的丙股份公司法人股83000000股（当日该股权价值为每股0.29元，目前每股负1.58元，已被深圳证交所停牌）。甲市中院在执行中查明，某省国资局与某省财政厅合并，于2004年4月16日作出（2002）黄执字第101—15号民事裁定书，变更某省财政厅为本案被执行人。同年4月21日，甲市中院依法扣划某省财政厅在金融机构的存款80万元和642万元（之前此款处于冻结状态）。4月22日，又依法冻结了某省财政厅的分支机构某省生产资金管理局在金融机构的人民币存款1638万元。某省财政厅不服甲市中院（2002）

黄执字第 101—15 号民事裁定，提出异议，甲市中院予以驳回。

## 【审理要览】

甲省高院对本案中能否将被执行人享有到期债权的第三人的开办单位裁定追加为被执行主体，有两种不同意见：

第一种意见，绝大多数同志认为，根据《执行工作规定》第 80 条、参照最高人民法院执行办（2003）执他字第 1 号批复的精神，本案第三人丁集团的开办单位某省国有资产管理局（后并入某省财政厅）应在注册资金不实的范围内（即丙股份公司法人股 119020400 股的价值范围内）承担民事责任。《执行工作规定》第 68 条中的“不得就第三人对他入享有的到期债权强制执行”，系规范不能对第三人的债务人直接追究民事责任，因第三人与其债务人之间的债权债务关系须经法律程序后才能确认，而本案涉及的不是第三人与其债务人的债权债务关系，而是第三人与其开办单位的资金注册关系，且对第三人强制执行的裁定生效后，第三人即取得被执行人的法律地位，故本案不能适用《执行工作规定》第 68 条，而应适用《执行工作规定》第 80 条，因此，甲市中院可以裁定某省财政厅为本案的被执行人。

第二种意见，少数同志认为：根据《执行工作规定》第 68 条“在对第三人作出强制执行裁定后，第三人确无财产可供执行的，不得就第三人对他入享有的到期债权强制执行”的规定，不能裁定某省财政厅为本案的被执行人。同时，第三人在执行中的法律地位不等同于被执行人，不能适用《执行工作规定》第 80 条，故裁定将第三人丁集团的开办单位某省国有资产管理局（后并入某省财政厅）追加为被执行人无法律根据。本案民事责任的追究，依照《执行工作规定》第 65 条的规定，只宜到第三人丁集团为止，不能追究到第三人的开办单位某省国有资产管理局（后并入某省财政厅）。

甲省高院倾向第一种意见。

某省财政厅等有关部门的申诉意见是：（1）甲市中院追加丁集团为被执行人毫无事实根据。因丁集团已于 2003 年 7 月 1 日被某省人民政府实施了资产分离，并办理了更名和公告手续。而甲市中院是在 2003 年 8 月 18 日才追加丁集团为被执行人的，此时，丁集团已不复存在。（2）甲市中院以投资不实追加某省财政厅为被执行人严重违法。《执行工作规定》第 68 条规定：“在对第三人作出强制执行裁定后，第三人确无财产可供执行的，不得就第三人对他入享有的到期债权强制执行。”2003 年 7 月 31 日《陕西日报》也刊登了丁

集团公司实施资产分离的公告，该公告称，分离后原丁集团更名为戊集团。戊集团也向我院来函说明，称2003年8月中旬，甲市中院来人将丁集团的到期债权通知书送到我公司驻西安办事机构，我公司明确告知对方丁集团已于当年7月份经省政府决定实施了分离，该公司已不存在，并已在相应的报纸上进行了公告，但对方不听我公司人员解释。

最高人民法院答复认为：人民法院在执行程序中不得裁定追加被执行人享有到期债权的第三人的开办单位，因该第三人的法律地位不同于被执行人，其本身不是案件的当事人，因此，裁定追加第三人的开办单位于法无据。且本案中，甲市中级人民法院于2003年8月18日裁定追加第三人丁集团时，该公司已根据某省人民政府的决定实施资产分离，分离后原丁集团更名为戊集团，故甲市中级人民法院裁定追加丁集团缺乏事实依据。因此，上述追加裁定依法应予纠正。

## 【裁判解析】

本案的焦点问题包括了两个方面：一是在被执行人无财产可供执行后，能否执行被执行人对第三人享有的到期债权；二是能否追加执行该代位执行第三人之开办单位？司法实践中，第一个问题已经为最高人民法院司法解释所确认，但在实务操作中，“第三人”应如何界定？对其执行的条件有哪些？对一些特殊问题应如何认识和理解还是有不同认识。第二个问题涉及“第三人”之开办单位，目前立法层面对这一问题没有作出规定，前述案件的做法是否具有合法性亦是本篇进一步评析之重点内容。

**一、被执行人对第三人享有的到期债权能否被执行。**对“第三人”强制执行的规定，酝酿于1991年，实施于1992年。当时的社会背景是，经济领域的治理整顿刚刚取得阶段性成果，实现经济生活良性循环的任务仍十分艰巨，特别是“三角债”问题仍十分突出，困扰和束缚着经济发展的活力。1991年的《民事诉讼法》第233条规定：“债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。”但这一规定对解决上述问题并不奏效。随后《民事诉讼法意见》第300条明确规定了对案外第三人的强制执行制度，1998年的《执行工作规定》第61条对案外第三人履行通知进一步作了规定。

1. “第三人”称谓及含义。《民事诉讼法》第56条规定：“对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。”由于诉讼中第三人的称谓立法规定在先，而且作为立法上设立的一个专用名称，有自己特



定的含义，因而，司法解释上再次作出称谓上完全相同的规定并不合适。在本案评析中，称之为“代位执行第三人”。从广义上来讲，民事执行中的第三人就是生效民事裁判文书所确定的执行债权人和执行债务人以外的第三人。<sup>①</sup>在我国民事诉讼法执行程序中，只有执行异议第三人，而上述规范性文件所指的第三人实际是代位执行第三人。“执行异议的第三人”从本质上来说，是认为法院执行行为侵犯其实体权益的第三人，而“代位执行第三人”从本质上来说，是一种执行主体的变更和追加。其目的在于扩大被执行主体的范围，增加债权人的受偿机会，使债权人的权利获得最大程度上的保障和满足。人民法院作出协助执行通知时，不能将代位执行第三人直接作为被执行人，代位执行第三人在法律地位上，应基本类似于依法负有协助义务的单位和个人。

2. 到期债权的界定。由于立法对此没有明确规定，司法实践中首先在理解上即存在分歧。如有种观点认为：“该债权既可以是金钱债权，也可以是以给付种类物或特定物的债权；该债权在性质上既可以与申请执行人对被执行人享有的债权相同，也可以相异。”<sup>②</sup>其次，执行中也存在着实际的差距。一些法院不论债权的性质，也不论债权的类型和范围，只要是债权一律视为“到期债权”。对此需要把握的是：（1）到期债权在性质上只能是金钱、货币或者有价证券一类的可执行债权，在范围和类型上不能是专属于债务人人身的一些权利。与之相关的是期限确定问题，特别是债务履行期限既无法律规定，当事人之间又无约定情形下，有观点认为，申请人执行人可以随时申请代位执行。<sup>③</sup>这显然不妥。（2）到期债权从类型上讲应当是由被执行人单方面享有，且不存在被执行人向案外其他人对待给付或履行的债权。（3）到期债权是指未经法院判决的债权。如果把经法院判决的债权视为《民事诉讼法意见》第300条规定的到期债权去执行，就会使当事人的申请执行权、执行和解和法院的执行管辖权及执行实施权发生冲突。<sup>④</sup>

代位执行制度因为债权突破其效力之相对性而对第三人产生了效力，由

① 梁会青：《民事裁判执行中的第三人及权利保障》，载《广西政法管理干部学院学报》2004年第4期。

② 谢春和、黄胜春：《代位执行制度的理论与实践》，载《现代法学》1995年第5期。

③ 因为不考虑该债权债务关系的形成原因，直接执行对“第三人”的债权，对代位执行第三人而言，也是不公平的，具体理由阐述参见廖中洪：《代位执行中的若干问题研究》，载《法律适用》2005年第6期。

④ 参见《最高人民法院关于石狮德辉开发建设有限公司对江苏省高级人民法院执行异议案的复函》（〔2000〕执监字第304号）。

此受到了理论界的批评与反对。债权的相对性，是指债的关系只产生于债权人、债务人双方当事人之间，因而权利义务的效力也只发生于双方当事人之间，债以外的第三人原则上不受其约束。因为在商品经济社会，人人都有行动自由，自己只受自己自由允诺作出的合同约束。然而，法律尤其是民事私法所要保护的并不是某个人或某些特定人群的利益，从本质上来讲，民法在积极促进利益形成的同时，必须维护整个社会的商品交易秩序。<sup>①</sup>代位执行制度，就是法律在债务人企图利用债的相对性来逃避自己法定义务时，出于维护整个社会商品交易安全目的所作出的特殊规定。代位执行制度对债的效力相对性仅仅是特殊情况下的突破而非否定。因此，必须严格限制其适用范围、适用条件，以免第三人在代位执行中受到不当侵害。从国外立法例来看，大都明确规定了代位执行的根据，如英国的绝对判决、美国的不应诉判决，德国的扣押裁定等，即属于此类执行根据之典型，它们均是在法院依法扣押被执行人对第三人所享有的债权后，于第三人不行使救济权情况下才作出的。<sup>②</sup>

**二、第三人不能还债时能否继续追加执行该第三人之开办单位为被执行人。**申请执行人与被执行入之间的债权债务关系，与被执行人和代位执行第三人之间的债权债务关系，原本就是两个各自独立的法律关系。不仅两者的主体不同、客体的内容不同，而且基于相对方各自之间的关系，以及熟悉程度和认识程度，其债的约定等均有所不同。代位执行制度关于“被执行人不能清偿债务”的条件，意指债务人的资产不足以清偿债务，债务人资产若足以清偿其债务，也同样不需要执行代位执行第三人，即使债务人对代位执行第三人享有到期债权却不行使其权利，也显然与债权人无关系。只有债务人资产不足以清偿债务，其不足部分的财产执行才涉及到代位执行第三人利益。因此，代位执行第三人清偿对被执行人到期债务的前提条件是，被执行人已经承担无限责任。申言之，对代位执行第三人之执行，受到债权人、债务人、代位执行第三人间债权债务数额范围上的严格限制，即代位执行第三人承担的是有限责任，是以被执行人不能清偿部分、且小于或等于被执行人对代位执行第三人所享有的到期债权数额为限。

能否执行代位执行第三人之开办单位承担责任？对此争议较大。有观点认为，只要全部符合代位执行的适用条件，并同时提供担保，第三人可以申

<sup>①</sup> 梁会青：《民事裁判执行中的第三人及权利保障》，载《广西政法管理干部学院学报》2004年第4期。

<sup>②</sup> 赵钢等：《代位执行中的几个基本问题》，载《政治与法律》1998年第1期。

请法院执行。<sup>①</sup>司法实践中也有观点认为,《执行程序规定》第68条中的“不得就第三人对他入享有的到期债权强制执行”,系规范不能对代位执行第三人的债务人直接追究民事责任,因代位执行第三人与其债务人之间的债权债务关系须经法律程序后才能确认;但本案涉及的不是代位执行第三人与其债务人之间的债权债务关系,而是代位执行第三人与其开办单位的资金注册关系,且对代位执行第三人强制执行之裁定生效后,代位执行第三人即处于被执行人的法律地位,故本案不能适用《执行程序规定》第68条,而应适用《执行程序规定》第80条,即如本案甲省高院的多数意见。这一观点有以下值得商榷之处:

1. 对于代位执行第三人法律地位之认识发生错误。代位执行第三人与申请执行人之间并无实际发生的债权债务关系,被执行人的债务人与申请执行人之间存在的是一种代位债权清偿关系,并且这种关系是缘于人民法院发生的协助执行通知书而产生。因此,对于代位执行第三人不能使用强制执行措施,不能适用裁定的方式确定为被执行人。因此,作为类似协助执行人的代位执行第三人之开办单位并不能适用《执行程序规定》第80条的规定。

2. 关于“复代位”执行的问题。所谓“复代位”是指代位执行中,代位执行第三人也无直接履行能力,不能履行代偿义务,但对其他人享有到期债权,经申请执行人或代位执行第三人申请,人民法院审查裁定,由代位执行第三人的债务人向申请执行人进行的代位履行。对于“复代位”,《执行程序规定》第68条是明确禁止的,代位执行第三人只能是与被执行人有直接债权债务关系的第三人。因为将代位执行第三人的范围无限制扩大并没有法律依据,并且这种扩张解释会导致执行程序的复杂化,极易侵害案外人的合法权益,使执行权利几乎可以处于无限循环、无休无止、无边无界之境地。

3. 对于《执行程序规定》第80条的正确认识。《执行程序规定》第80条规定,开办单位承担责任的前提条件是:(1)被开办单位作为被执行人且无财产清偿债务;(2)开办单位在开办时有投入注册资金不实或抽逃注册资金的行为。承担责任的范围,限定在注册资金不实或抽逃注册资金之范围内。结合本案事实来看,适用《执行程序规定》第80条追究开办企业责任的前提条件是,被开办单位是相关案件的被执行人,并且被开办单位在设立时开办企业有投入注册资金不实或抽逃注册资金的行为。本案中第三人丁集团以及

<sup>①</sup> 李霞:《浅议代位执行的适用条件及其立法完善》,载《山东法学》1997年第4期。

某省国资委均不能作为被执行人，本案真正的被执行人只能是乙冰箱公司和丙股份公司。某省国资委持有丙股份公司法人股并不能证明省国资委是丙股份公司的开办企业，更不能证明某省国资委有投入注册资金不实或抽逃注册资金行为。因此，甲省高级人民法院的多数意见难以成立。

综上，最高人民法院（2004）执他字第28号认定，人民法院在执行程序中不得裁定追加被执行人享有到期债权的第三人的开办单位，因该第三人的法律地位不同于被执行人，其本身不是案件的当事人，裁定追加第三人的开办单位于法无据。这实际是从代位执行第三人法律地位的角度，阐述了不能追加该第三人开办单位的理由，有其法律依据。

**三、本案究竟是执行到期债权人之开办单位还是执行被执行人之开办单位？**根据案情给定的信息，甲市中级人民法院查明了丙股份公司对第三人丁集团享有107438666.82元的到期债权，在人民法院送达履行通知书后，丁集团公司并未提出异议。依据某省人民政府陕政发（96）58号文件，某省国有资产管理局以陕国企（96）69号关于授权丁集团统一经营和管理集团国有资产的批复，授权丁集团作为国有资产投资和运营机构，统一经营丁集团本部和所属企业的国有资产，包括对丙股份公司（上市公司）持有的法人股119026400股。在开办丁集团时，丁集团为丙股份公司的控股公司的文件已经报送某省工商局。如此看来，某省国资委似应为丁集团的开办单位，执行某省国资委，即可认为是在执行被执行人（丙股份公司）享有到期债权人（丁集团）之开办单位（某省国资委），如前分析，这样的执行显然不妥。

但是，丙股份公司的法人股119026400股，在中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司的股东姓名仍为某省国资局，并未过户给丁集团，即丁集团事实上并未获得法人股119026400股的股权。同时丁集团公司所谓持有的丙股份公司法人股119026400股，由于仍登记在某省国资委名下，依据《公司法》之相关规定，上市公司法人股权属于记名股票，应当在规定的交易场所以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让，故本案丁集团事实上又并未真正获得该法人股119026400股的股权，而某省国资委实际上仍是丙股份公司的合法持股人。因此，某省国资委在法律上仍是丙股份公司的股东，但并非开办企业，本案甲市中级人民法院追加某省国资委为被执行人，实质上又类似于执行被执行人丙股份公司的开办单位。但由于某省国资委只能是合法股东而并非传统意义上的开办单位，故即便确认某省国资委为丙股份公司的合法股东，比照开办单位的相关规定追加某省国资委为被执行主体，是否妥当，亦值得商榷。

## 出资不实股东转让股权后 是否追加受让人为被执行主体

### 【关注焦点】

如果可以追加出资不实股东为公司承担债务的话，那么，当该出资不实股东转让股权后，可否将该股权受让人单独或一并追加为被执行主体呢？

### 【基本案情】

申请执行人：甲金属材料公司

被执行人：乙工程公司

甲金属材料公司与乙工程公司因买卖合同纠纷而涉讼。法院审理后判决乙工程公司于本判决生效后10日内向甲金属材料公司支付货款人民币600万元。一审宣判后，双方当事人未提出上诉。判决生效后，由于乙工程公司未按判决履行义务，甲金属材料公司向法院申请执行。案件进入执行程序后，由于被执行人乙工程公司无履行能力，甲金属材料公司以乙工程公司注册资金不实为由，要求追加被执行人乙工程公司的原股东为被执行人，在出资不实的范围内承担责任。

执行法院查明：被执行人乙工程公司由A、B、C、D四家公司于2000年投资成立，注册资本1000万元，约定分别出资250万元。但在公司成立时，4家股东分别只投资了100万元，并在工商登记材料中作了登记。2002年，

上述股东的出资情况分别变更为实际出资 250 万元，但并无出资证明。经调查，该出资实际一直没有到位，上述股东对此亦予以承认。2003 年底，A 公司将对乙工程公司的股权以 300 万元的价格转让给 E 公司。

根据上述情况，执行法院裁定追加乙工程公司成立时出资不实的原股东即 A、B、C、D 公司为本案被执行人，在各自出资不实范围的 150 万元范围内对甲金属材料公司承担责任。

## 【审理要览】

执行过程中，根据《执行工作规定》第 80 条的规定，被执行人无财产清偿债务，如果其开办单位对其开办时投入的注册资金不实，可以裁定变更或追加其开办单位为被执行人，在注册资金不实的范围内，对申请执行人承担责任。从本案有关事实看，乙公司成立时 A、B、C、D 四股东出资不实是确定的，依据《执行工作规定》第 80 条追加 B、C、D 股东为被执行人要求各自在出资不实的 150 万元范围内对申请执行人甲金属材料公司承担责任应无争议。本案的焦点是，由于乙工程公司出资不实的 A 股东已变更为 E 股东，执行中究竟应当追加股权转让前的 A 股东，还是追加股权转让后的 E 股东为被执行人。最后法院还是追加了股权转让前的 A 股东为被执行人，由其在出资不实的 150 万元范围内对甲金属材料公司承担责任，并未追加 E 公司为被执行主体。

## 【裁判解析】

瑕疵出资股东转让股权之后，是否对转让前的公司债务承担赔偿责任，并且接受瑕疵股权的受让人能否作为赔偿责任人予以追加？本案之中，由于乙工程公司出资不实的 A 股东已变更为 E 股东，执行中究竟应当追加股权转让前的 A 股东，还是追加股权转让后的 E 股东为被执行人？人民法院追加了股权转让前的 A 股东为被执行人，由其在出资不实的 150 万元范围内对甲金属材料公司承担责任，并未追加 E 公司为被执行主体的做法是否正确？

**一、出资不实股东是否比照开办单位承担责任。**我国现行规范性文件中，将开办单位（股东）追加作为责任人的规定主要涉及如下方面：

最高人民法院〔1993〕8号《全国经济审判工作座谈会纪要》关于执行法人制度的规定，企业法人注册登记时，投资方出资不足的，人民法院在审

理案件时，如果发现该企业财产不足清偿债务，应判令投资方补足其投资用以清偿债务。

最高人民法院1994年3月30日法复〔1994〕4号批复第1条第3项的规定处理，即其民事责任由开办该企业的企业法人承担。

最高人民法院1997年2月25日法复〔1997〕2号《关于对注册资金投入未达到法规规定最低限额的企业法人签订的经济合同效力如何确认问题的批复》重申了法复〔1994〕4号批复的精神。

最高人民法院1997年5月16日法复〔1997〕6号《关于产业工会、基层工会是否具有社团法人资格和工会经费集中户可否冻结划拨问题的批复》第2条规定，产业工会或基层工会投资兴办的具备法人资格的企业，如果投资不足或者抽逃资金的，应当补足投资或者在注册资金不实的范围内承担责任。

1998年最高人民法院《执行程序规定》第80条，如果其开办单位对其开办时投入的注册资金不实或抽逃注册资金，在注册资金不实或抽逃注册资金的范围内，对申请执行人承担责任。

《公司法》第28条第2款、第84条第2款规定了虚假出资股东对公司和其他股东的违约责任，第31条、第94条规定了虚假出资股东对公司承担差额补充责任，而公司股东对公司债权人的债务承担清偿责任则一直未予明确，司法实践中根据公司资本维持原则和《公司法》第31条、第94条规定的精神操作。因此，在执行程序中，虚假出资股东对公司债权人责任的承担一直参照《执行程序规定》第80条的规定。

《公司法解释（三）》第13条第2款规定了公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。这一规定为执行程序中追加被执行人出资股东为执行人提供了最新实体法依据。

在执行程序中，将股东比照开办单位责任进行处理，可能出于以下几个原因：一是在《执行程序规定》出台之前，实体法上包括司法解释，一直没有明确瑕疵出资股东对公司债权人责任承担的规定，因此与之相对的执行程序只能就主管部门或者开办单位在执行中的责任进行规定。二是正如在案例一百八十评析中曾就主管部门和开办企业与出资人法律地位的异同所进行的分析，实践之中，并不能一概将主管部门和开办企业视作出资人，并且出资人是公司设立过程中的民事主体，严格意义上也不等同于公司股东，主管部门和开办单位也不能当然视作股东。在具体案件执行过程中，《执行程序规定》第80条适用的前提是开办单位向被开办公司缴纳注册资本金，并在公司

成立之后取得了股东资格。本案之中，A、B、C、D四家公司设立了乙工程公司，四位股东的出资实际一直没有完全到位，上述股东对此亦予以承认。因此，执行法院追加A、B、C、D四股东为被执行人，要求其在注册资金不实范围内向申请执行人甲金属材料公司承担责任，比照援引《执行程序规定》第80条之规定进行处理，似为执行工作的惯例方式，似无不妥。

**二、出资不实股东转让股权后受让人可否被追加为被执行人。**《公司法解释（三）》第19条规定了瑕疵股权的受让人，对于瑕疵股东依照《公司法解释（三）》第13条第2款确定的补偿赔偿责任，要承担连带责任。这一规定是对公司法的一个重要补充和完善。2005年《公司法》修订之前，内地公司注册资本制度实行的法定实收资本制，瑕疵出资股东的出资责任在公司成立之际即已产生。因此，《执行程序规定》第80条的本意，应当针对的是公司股东投资设立公司时的出资不实行行为，而该行为显然只是出让股权的股东行为。《公司法》修改之后，虽然延长了公司资本金缴纳的期限，采取了所谓的折中资本模式，但是并没有明确瑕疵股权受让人的责任。在适用《执行程序规定》第80条时，如果瑕疵出资的股东已将其股权转让，那么变更或追加的主体依然应当是公司设立时的股东，而非股权之受让人。很显然，在《公司法解释（三）》实施之前，执行程序中并不能直接将瑕疵股东的受让人变更追加为被执行人。本案执行未追加受让股东E公司为被执行人的执行处理方式，显然正确。

那么，瑕疵股权所附着的出资责任在股权转让后又应由谁承受呢？一种观点认为，应当追究现有的股东，即股权受让人。理由是现有股东享有股东的权益，相应的责任也应当由其承担。而另一种观点则认为，应当追究原股东的责任，因为出资责任是基于原出资瑕疵而产生，出资瑕疵的责任主体应为原股东。还有观点认为：“有限责任公司的股东投资不到位，该股东又将股权转让给其他人的，对股权转让前公司的债务，原股东仍应承担因公司注册资金不到位而产生的法律责任。新股东知道原股东出资不到位仍接受股权转让的，由新股东承担因公司注册资本不到位而产生的法律后果。”<sup>①</sup>

从国外相关立法例来看，《德国有限责任公司法》第19条第1款规定，如果会员不兑现其承诺的出资，则该会员也不能以转让出资的方式免除其责

<sup>①</sup> 钱卫清：《公司诉讼——公司司法救济方式新论》人民法院出版社2004年版，第35-36页。



任，这时，其余会员应当按照出资比例承担未出资会员的出资。<sup>①</sup>又如，《法国商事公司法》第282条规定，未支付股款的股东和相继的受让人对未支付的股款负有连带责任。<sup>②</sup>《新加坡股份有限公司管理规则》第32条规定，股票被没收的人就丧失了股东资格，但仍有义务向公司支付没收当日应负的全部款项，当他付清全部款项后，他的义务也就被解除了。<sup>③</sup>美国的《统一有限责任公司法》（ULLCA 1996）规定：成员的出资义务不会因为成员的死亡、丧失能力或因其他原因无法亲自履行承诺的义务而免除责任，除非经公司全体成员的一致同意予以免除；而且，即使成员同意免除的，债权人仍可要求成员按原承诺履行其出资义务（ULLCA § 403.）；有限责任公司成员可以不受限制地、全部地或部分地将自己在公司中的财产利益自愿地转让给任何人，一旦转让了全部财产利益，其成员资格即告终止并不得行使任何公司成员的权利和权力（ULLCA § 502.）；但转让人根据有限责任公司经营协议和本法所承担的对有限责任公司的责任不能被免除 [ULLCA § 503 (c).]；如果受让人成为公司新成员，即可在转让的范围内全面地享受作为成员的权利与权力，但同时也必须受经营协议和有限责任公司法的拘束并承担成员的责任，还要承担接受转让时知道的转让人应负的出资义务和退还非法分派的红利之义务 [ULLCA § 402, 407, 503 (b)].<sup>④</sup>

从这些域外制度来看，股东的出资责任并不会随着股权的转让而消灭。而受让人也不会因为转让人对出资义务的承受即不承担出资责任。瑕疵出资股东的股权转让后，受让股东取得股东资格，同时也就当然承担瑕疵出资股权上负担的出资填补责任。因为，股东资格的基础不是股东权的取得，而是对股东责任的承担。《公司法解释（三）》第19条规定了瑕疵股权受让人的责任，但是否在执行程序中当然追加瑕疵股权受让人为被执行人值得进一步思考。具体而言，《公司法解释（三）》第19条规定了瑕疵股权转让人、受让人对公司的责任以及对债权人责任两种情形：

第一种情形下的构成要件包括：瑕疵股东有未履行或者未全面履行出资义务的行为，受让人知道或者应当知道受让股权存在权利瑕疵，公司向瑕疵转让人、受让人提出赔偿请求，承担责任的范围是未出本息范围内。换言之

① 杜景林、卢湛译：《德国股份法、德国有限责任公司法、德国公司改组法、德国参与决定法》，中国政法大学出版社2000年版，第168页。

② 金邦彦译：《法国商法典》，中国法制出版社2000年版，第210页。

③ 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社2005年版，第415页。

④ 虞政平编译：《美国公司法规范精选》，2004年版，第189~205页。

之，一旦受让人提出抗辩或者行使对股权转让合同的撤销权，受让人就有可能免责。故即使生效判决已经确定了瑕疵转让人向公司承担责任，但由于涉及瑕疵股权受让人具体权利义务的确定问题，在执行程序中直接追加显然不妥。

第二种情形下的构成要件包括：瑕疵股东有未履行或者未全面履行出资义务的行为并且侵害了公司债权人的债权，即公司不能清偿公司的债务，公司债权人向瑕疵转让人、受让人提出赔偿请求，承担责任的范围依然是未出资本息范围内。但对于是否确定瑕疵股权的受让人知道或者应当知道这一要件，<sup>①</sup>人们会有不同看法。瑕疵股东受让人登记成为股东，在交易过程中具有公示公信力，对公司外部债权人形成了权利上的外观。当公司债权人有权证明公司的注册资本没有到位，即有权将公司登记在册的股东与公司一同列为被告。瑕疵股权受让人在承担责任之后，有权向转让人追偿。此等情形下，如果生效判决已经确定了瑕疵转让人向公司债权人承担责任，公司债权人申请人民法院追加执行瑕疵股权的受让人，似乎没有道理不予支持。但是，从执行程序与审判程序的价值区分而言，由于追加瑕疵股权受让人涉及到受让人与转让人之间协议效力的具体审查、支付条件的具体把握、以及让受让人可能享有的其他各种抗辩权利等，在执行程序中基于债权人对瑕疵股权转让人的执行申请不能获得满足，而即直接将瑕疵股权受让人追加为被执行人的主张，应当认为，并非妥当。

本案之中，人民法院追加了股权转让前的 A 股东为被执行人，由其在出资不实的 150 万元范围内对甲金属材料公司承担责任，并未追加 E 公司为被执行主体，这一做法即便在《公司法解释（三）》已经明确规定瑕疵股权受让人要为瑕疵股权转让人承担出资连带责任的新精神下，依然是妥当的。

<sup>①</sup> 吴晓明主编：《最高人民法院〈公司法解释（三）〉、清算纪要理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 284 页。

## 查封冻结执行股权 是否仅以工商登记为依据

### 【关注焦点】

登记于被执行人名下之股权实际早已转让他人，但是公司工商登记材料中并未加以反映。此等情形下，当法院查封冻结被执行人名下股权而实际受让人提出异议时，异议是否应予支持？处理类似问题之基本原则该如何把握？

### 【基本案情】

申请执行人：甲金属材料公司

被执行人：乙集团公司

异议人：丙大厦

2004年11月22日，甲金属材料公司与乙集团公司因债权债务纠纷涉诉，法院经审理后于2005年2月23日作出一审判决：被告乙集团公司于判决生效之日起10日内返还原告甲金属材料公司借款人民币700万元。在提起诉讼的同时，原告甲金属材料公司认为被告已不再从事经营活动、以处理遗留问题为主，为了保证将来裁判能够得以执行遂向法院申请诉前保全，由于被告乙集团公司没有动产或者不动产可供保全，审理法院于2004年11月24日作出保全裁定，冻结了被告乙集团在丙大厦的股权价值700万元。一审判决作出后，被告乙集团公司未提起上诉亦未按照判决所确定的内容履行义务。

2005年6月20日，原告甲金属材料公司向法院申请强制执行，同日，执行法院立案执行。

## 【审理要览】

在执行的过程中，丙大厦于2006年2月20日向执行法院提出执行异议。异议认为，丙大厦系乙集团公司于1988年筹建，在筹建的过程中使用的资金和建材大都由丁钢铁集团等5家企业提供。1994年9月，丙大厦等建设完毕后，乙集团公司将其向丁钢铁集团等5家企业的借款3000万元转为对丙大厦的长期投资，同时，确认乙集团公司欠丁钢铁集团等5家企业债务3000万元。2003年9月，乙集团公司与丁钢铁集团等5家企业在征得丙大厦的同意后签订《债权转让协议》，协议约定：经双方核对账目，截至2003年8月，乙集团公司共欠丁钢铁集团等5家企业债务计4750万余元，双方同意以乙集团在丙大厦享有的投资权益3000万元及其对丙大厦享有的债权1750万余元予以偿还，丁钢铁集团等5家企业从而成为丙大厦的实际投资人，乙集团在丙大厦不再享有任何权益，两法人之间不再有任何债权债务关系。《债权转让协议》达成后，乙集团公司和丁钢铁集团等5家企业将该协议上报河北省国资委予以备案。据此，异议人丙大厦认为，乙集团公司将其在丙大厦的投资及其对丙大厦享有的债权转让给丁钢铁集团等5家企业的行为合法有效，乙集团在丙大厦不再享有任何权益，执行法院冻结乙集团持有的丙大厦价值700万元股权系属错误，申请予以解冻。

此外，经查，乙集团公司、丙大厦、丁钢铁集团等5家企业均系国有企业。2004年11月24日，审理法院（即执行法院）于诉前保全裁定冻结乙集团公司所享有的股权时，根据工商登记资料记载，被执行人乙集团公司为丙大厦的出资单位，投资金额为人民币3000万元。

综上，本案能否继续执行乙集团在丙大厦所享有的股权以实现申请执行人甲金属材料公司的债权，其间的关键问题就在于丙大厦的异议能否成立。析言之，本案的争议焦点有以下三个方面：（1）执行法院冻结乙集团在丙大厦所享有的股权，丙大厦是否有权提起执行异议。（2）丙大厦的异议理由能否成立，此中的关键问题是乙集团公司与丁钢铁集团等5家企业之间的《债权转让协议》是否合法有效。（3）即使乙集团公司与丁钢铁集团等5家企业之间的《债权转让协议》合法有效，但在未将丁钢铁集团等5家企业变更为丙大厦投资人的情况下，执行法院能否冻结并变现登记在被执行人

乙集团公司名下的对丙大厦所享有的股权。

执行法院最终认为：

1. 在我国现行法律和司法解释的规定中，作为案外人的适格异议主体应当是对执行标的物主张且享有所有权的第三人。本案中，执行法院冻结的是乙集团公司所享有的在丙大厦的价值 700 万元股权。该股权的所有人为乙集团公司，即使在认定乙集团公司与丁钢铁集团等 5 家企业之间《债权转让协议》合法有效的情况下，该部分股权也应当由受让人丁钢铁集团等 5 家企业所有。由于乙集团公司是本案的被执行人而非第三人，其无权对执行法院冻结其股权提出异议，因此，对冻结价值 700 万元股权有权提起异议的可能主体只能是丁钢铁集团等 5 家企业。至于丙大厦，由于其对价值 700 万元股权并不享有权益，执行法院并没有对丙大厦的财产采取执行措施，其无权对冻结股权提出异议。

2. 乙集团公司在向丁钢铁集团等 5 家企业转让其对丙大厦所享有的价值 3000 万元股权时，一方面，只是向河北省国资委进行备案而非经其决定或者经由河北省人民政府批准；另一方面，也未按照转让程序对股权价值进行评估，因而，乙集团公司与丁钢铁集团等 5 家企业之间的《债权转让协议》违反了行政法规的强制性规定。依据《合同法》第 52 条第（5）项的规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效，因此，乙集团公司与丁钢铁集团等 5 家企业之间的《债权转让协议》应当认定为无效，不能产生股权转让的效力。

3. 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第 2 条第 1 款规定：“人民法院可以查封、扣押、冻结被执行人占有的动产、登记在被执行人名下的不动产、特定动产及其他财产权。”据此，即使登记在被执行人名下的财产已经转让给其他人，但只要该财产仍登记在被执行人的名下，执行法院就可以予以查封、扣押或者冻结。在本案中，2004 年 11 月 24 日，执行法院在采取诉前保全措施，裁定冻结乙集团公司所享有的股权时，根据工商登记资料的记载，被执行人乙集团公司仍为丙大厦的出资单位，因此，执行法院的冻结以及此后的续冻符合司法解释的规定。即使乙集团公司与丁钢铁集团等 5 家企业所签订的《债权转让协议》是合法有效的，但因在合同的履行过程中未办理股权变更登记手续，乙集团公司对丙大厦所享有的价值 3000 万元的股权不能转移给丁钢铁集团等 5 家企业，执行法院仍可以冻结、变现被执行人乙集团在丙大厦所享有的股权以清偿其对申请执行人甲金属材料公司所欠的 700 万元债务。

综上，不论是从丙大厦作为本案的异议人主体不适格的角度考虑，还是从被执行人乙集团公司与丁钢铁集团等5家企业所签订的《债权转让协议》违法了行政法规的强制规定，属无效合同的角度考虑，或者从需要办理过户登记手续的股权因未办理登记手续不得对抗申请执行人甲金属材料公司的角度考虑，对于案外人丙大厦所提出的冻结价值700万元股权系属错误，应予撤销的执行异议，应当裁定予以驳回，本案应当继续执行。

## 【裁判解析】

2005年《公司法》出台以前，我国对有限责任公司股权强制执行的规定主要体现在3个司法解释，即《执行程序规定》、《关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题的规定》和《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》。2005年《公司法》第73条对强制执行股权作了新规定。虽然上述规范性文件为有限责任公司股权的强制执行提供了法律依据和执行方式，但由于相对简单，法律空白较多，我国目前强制执行股权的操作仍极不规范，实践上仍有许多问题。本案核心问题是登记在工商登记资料中的股权受让人能否作为执行程序中有权提起执行异议的第三人？结合具体案情，本篇评析试图梳理和研究的问题包括：执行中能否对股权采取查封冻结的执行措施？本案中股权转让协议的效力？未在工商机关进行变更登记的股权受让人能否对人民法院的执行措施提出异议？

**一、股权持有人之认定标准。**《公司法》第73的规定，股权作为财产权，可以作为强制执行标的。根据《执行程序规定》第53条规定，冻结被执行人在有限责任公司、其他法人企业中的投资权益或股权，应同时向有关企业发出协助执行通知，要求其不得办理被冻结投资权益或股权的转移手续，不得向被执行人支付股息或红利。据此，在具体执行股权应当注意的是，人民法院对股权采取冻结、拍卖措施时，被保全人和被执行人应当是股权的持有人或者所有权人。本案之中，在判决生效之前，乙集团公司已经将其持有的丙大厦股权3000万转让给丁钢铁集团等5家企业，但并未办理工商变更登记手续。

1. 执行法院能否冻结没有办理变更的原股东名下之股权。按照执行规范的要求，被执行人应当是被冻结股权的持有人或者所有权人。因此，乙集团公司或者丁钢铁集团等5家企业到底谁是被冻结股东的持有人或者所有权人？涉案股权转让合同的效力如何暂且不论，关键是股权变动要件的认识问题。

关于股权的变动模式，基本上存在两派对立的观点：一是形式主义的观点，二是意思主义的观点。<sup>①</sup>司法实践中，由于股权变动一直没有确定、统一的判断标准，导致操作上的混乱。那么股权变动到底有无标准，本身也是值得思考的。股权毕竟不同于传统物权，立法上也没有确立类似传统物权的权属变动标准。一般认为，在转让与受让内部，股权转让应当以意思表示为准，当双方当事人之间就股权转让达成合意，则股权在双方当事人间转移。未进行股东名册变更与工商登记并不影响股权转让的效力，只是对公司以及第三人不发生股权转让之效力。

有种观点认为，取得股权和获得股东资格之间可以不一致。即股东资格是公司投资人取得和行使股东权利、承担股东义务的前提和基础，而股权是因出资而取得，参加公司经营并在公司中享有财产性权益的一种权利，故股东资格的认定应当是在团体法上进行判断，而股权的取得和转让则应当是在个体之间进行判断。换言之，如果某人具备了公司股东资格，那么可以认为其在公司拥有一定数额的股权。以此来分析本案，乙集团公司将持有的丙大厦股权3000万转让给丁钢铁集团等5家企业，假设合同成立并生效了，那么丁钢铁集团等5家企业依据该合同当然取得了丙大厦的3000万股股权，是3000万元股权的持有人或者所有权人。虽然乙集团公司与丁钢铁集团等5家企业签订了股权转让协议，但由于乙集团在工商登记中仍记载为丙大厦的股东，具有股东资格，因而人民法院在执行程序中，认定乙集团公司是3000万元股权的持有人或所有人，符合《执行程序规定》的要求。

2. 在执行程序中能否确认股东资格。由于发生了股权转让行为，但未办理变更登记手续，导致了股东资格之争。如前文所述，股东资格的确认是团体法上的问题，应当贯彻表示主义的立法理念和形式化证据优先适用的司法政策。在出资证明书、股东名册、公司章程、工商登记记载之间，根据公示证明力的强弱来确认股东资格。股东资格的确认属于实体裁判问题，人民法院不宜在执行程序中直接确认。本案之中，虽然乙集团公司与丁钢铁集团等5家企业签订了股权转让协议，但并不能因此认定丁钢铁集团等5家企业即取得了丙大厦的股东资格。成为公司的股东应当满足公司法对于公司章程、股东名册以及工商登记记载等形式化要件。<sup>②</sup> 人民法院冻结了乙集团公司名下的

<sup>①</sup> 参见奚晓明主编：《最高人民法院〈公司法解释（三）〉、清算纪要理解与适用》，人民法院出版社2011年版，第411~412页。

<sup>②</sup> 形式化证据是指通过一定的证据外观和载体予以识别的证据。参见刘兰芳主编：《公司法前沿理论与实践》，法律出版社2010年版，第121页。

价值 700 万元股权，并不能据此断定，人民法院否定了丁钢铁集团等 5 家企业对 3000 万元股权的所有权，更谈不上否定了丁钢铁集团等 5 家企业的股东资格。

**二、查封冻结股权是否仅依登记为准？**查封、冻结股权表面上看是一种执行保全措施，实质上是关系到股权权属的确认。执行机构对于执行标的实体权属进行形式审查并作出形式判断，理论上的解释是：一方面，从法技术的角度说，依据法定的权利公示方法所呈现的权利状态与真正的权利状态一般具有高度的吻合性，执行法官所判断的形式物权、权利外观往往符合实质物权、真实权利；另一方面，从法政策的立场看，执行程序以快速、及时、不间断地实现生效法律文书中所判定的债权为己任，在价值取向上注重效率。<sup>①</sup>因此，在执行程序中，由于当庭质证程序的缺失、执行裁判权的有限性以及基于执行效率优先理念等因素的考虑，人民法院对有争议的事实问题从证据上只能进行形式审查，以客观标准作为判断原则。此时应遵循商事交易公示主义、外观主义的原则，可以确认工商登记材料中记载的股东即为股权的所有者或持有者。本案之中，由于乙集团公司没有在工商登记机关进行变更登记，经形式审查认定乙集团公司拥有一定数额的股权，因此，人民法院依据工商记载进而采取查封、冻结措施并无不当。

但如本案发生之争议，实际的股权受让人主张其股权及股东资格，这在执行程序中能否予以裁决？在案例第 178 中曾涉及类似或相关之评析，在该案之中，被执行人于判决生效之后，恶意将名下财产转移逃避债务的，对其“名下财产”的理解采取了实质之把握之标准。如前所述，该案显然涉及到揭穿公司面纱行为要件和结果要件的审查，显然已经超越了人民法院执行机构的审查权能，执行异议及复议程序的审查力度明显不如诉讼程序，难以保证变更与追加后的被执行主体获得充分的诉权保护和程序救济。原本正确的做法应当是，引导当事人向有管辖的人民法院提起诉讼，而不宜在执行过程中直接适用揭穿公司面纱制度裁定追加接受被执行人财产的公司为被执行人。该案中执行法院事实上却运用了逆向揭穿公司面纱之规则，但揭穿接受被执行人财产的公司之面纱，原本应当经过独立的诉讼程序进行确认。股权归属、股东资格的确认实质与揭穿公司面纱一样，均无疑属于实体审查之范畴，均不宜在执行程序中直接按执行程序予以裁决。

<sup>①</sup> 肖建国：《执行标的实体权属的判断标准——以案外人异议的审查为中心的研究》，载《政法论坛》2008 年第 28 卷第 3 期。



三、未经变更登记之股权实际受让人是否享有执行异议权。案外人对执行标的主张权利并提出异议，表明案外人与申请执行人之间就执行标的之实体权属问题发生了争议，故大陆法系国家规定案外人均有权直接向执行法院提起案外人异议之诉，如德国《民事诉讼法》第771条、日本《民事执行法》第38条之规定，<sup>①</sup>以通过审判程序对执行标的之实体权属作出最终的实质判断，而执行机构一般并不作任何审查，因此，也谈不上执行法官依据何种标准判断权利归属之问题。我国的案外人异议制度为《民事诉讼法》第204条所确认，《执行程序规定》第70~75条则进一步对案外人异议的处理作了具体规定。这实际上是明文肯定了执行法官对执行标的实体权属的裁判权，并且明确划定了执行法官与审判法官在判断执行标的实体权属上的基本界限与分工。

本案之中，异议人丙大厦作为第三人提出执行异议并认为，乙集团公司将其在丙大厦的投资及其对丙大厦享有的债权转让给丁钢铁集团等5家企业的行为合法有效，乙集团在丙大厦不再享有任何权益，执行法院冻结价值700万元股权系属错误，申请予以解冻。那么，丙大厦是否能够作为本案执行异议人？案外人异议，是指在案件执行过程中，没有参加该案诉讼的人，即案外人，对执行标的主张独立的实体权利，要求排除人民法院对特定标的强制执行所提出的异议。<sup>②</sup>适格的异议主体应当是对执行标的物主张且享有实体权利的第三人，700万股股权属于即便按丙大厦的主张亦应归丙大厦的股东所有，公司与其自身的股权并无法律上的权属关系，不能将公司股权与公司资产同等看待。且执行法院并没有对丙大厦拥有的资产采取执行措施，因此，丙大厦应无权对冻结本案股权提出异议，本案执行法院的认识有其法律依据。

另一方面，如果本案中丁钢铁集团等5家企业提出执行异议，并且符合案外人提起异议的要件，则首先应当由负责执行的人民法院执行机构进行审查。但乙集团公司与丁钢铁集团等5家企业签订的股权转让协议是否有效，将决定着700万元股权是否发生了权属变动，这又应属于实体权利之争议，应当通过诉讼程序解决。执行程序中，执行机构对案外人权利主张存在与否的审查，一般仅限于形式审查，审查的程序、适用的法律、审查结论的效力

<sup>①</sup> 德国《民事诉讼法》第771条第1款规定：“第三人主张在强制执行的标的物上有阻却让与的权利时，可以向实施强制执行的地区的法院提起异议之诉。”日本《民事执行法》第38条第1款规定：“对于强制执行的标的物，第三人拥有所有权或其他妨碍标的物转让或者交付的权利时，可对债权人提起不准许强制执行的第三人异议之诉。”

<sup>②</sup> 吴为民：《案外人异议的审查和诉讼制度简析》，载《法商论丛》2008年第2期。

均不同于审判程序。<sup>①</sup> 执行机构所作的案外人权利存在与否之判断，性质上仅针对执行标的物之形式物权而非实质物权，或者权利表象而非真实权利。

股权作为有体物之外的权利形态，对其权属的判断性质上有权利表象与真实权利之分。《公司法》第33条第2、3款规定了股权的两种法定公示方法：股东名册的记载和工商登记，同时，实践中还存在着以出资证明、股权转让协议来表征股权的情况。本案之中，丁钢铁集团等5家企业持有股权转让协议向人民法院提出执行异议，执行法官在权属判断上，当然应按照权利公示方法所彰显的权利外观作为判断标准。司法实践中对此有不同认识，在执行程序中，若出资证明或股权转让协议、股东名册、工商登记文件等对股权记载有冲突时，该以何者作为执行法官股权判断的标准？有人认为，应当区分不同情况，分别作出认定：对原始取得的股权，以工商登记作为股权认定标准；对继受取得的股权，以股东名册或出资证明书作为股权认定标准。<sup>②</sup> 也有人认为，工商登记对公司股东而言并非设权性登记，而是宣示性登记。其只对善意第三人才具有证权功能。工商登记可被视为证明股东资格并对抗第三人的表面证据，如有相反证据如出资证明书、股东名册登记的股东与工商登记不一致的，应当以出资证明书和股东名册登记为准。一般认为，审判程序与执行程序股权判断的机理不同，应当依据公示证明力的强弱来确认股东资格，公司的工商登记对社会具有公示公信效力，执行法官也应当主要以工商登记表现的权利外观作出股权权属的判断，而股东名册、股权转让协议等并不能当然对抗申请执行人。因此，在股权强制执行中，对股权权属之判断首先应以工商登记为依据。进一步而言，如果涉案股权已由丁钢铁集团等5家企业确实享有，但由于未在工商登记机关办理变更登记，法院仍可以其未曾办理股权过户手续而驳回其异议。在驳回其异议时，应当赋予其进一步的救济途径，以最终确定执行标的物之权属，并在此基础上决定涉案股权是否如何继续执行。

<sup>①</sup> 肖建国：《执行标的实体权属的判断标准——以案外人异议的审查为中心的研究》，载《政法论坛》2008年第28卷第3期。

<sup>②</sup> 蔡世军：《论股权强制执行的基本原则》，载《人民司法》2007年第2期。

184

## 公证质押股权 与登记质押股权执行效力之比较

### 【关注焦点】

股权质押可以公证，但此类公证可否作为直接申请法院执行之法律依据？尤其当股权同时存在登记质押情形时，哪种效力更应为法律所认可？

### 【基本案情】

申请执行人：甲证券公司  
被执行人：乙信托公司  
被执行人：丙燃气公司  
异议人：丁银行

1997年11月25日甲证券公司与乙信托公司、丙燃气公司就乙信托公司欠甲证券公司资金事宜签订抵押协议，甲证券公司同意乙信托公司以丙燃气公司所持有的A管道公司之法人股股权750万股为抵押，作为部分还款担保。该协议第7条约定：本协议经三方法定代表人或授权代理人签字加盖公章后，并甲证券公司为乙信托公司办理欠款展期五个月的手续之日和抵押物出质登记之日起生效，至欠款全部还清时失效。办理登记费用甲证券公司和乙信托公司各承担50%。三方于11月26日将上述《抵押协议》予以公证，公证机关作出《公证书》，并赋予该公证书具有强制执行的法律效力。甲证券公司与

乙信托公司、丙燃气公司借款纠纷一案，甲证券公司于1998年4月1日依据已发生法律效力债权文书甲省第二公证处的（96）琼二证字第1337号（公证的是甲证券公司与乙信托公司的借款协议书）、（97）琼二证字第1527号（公证的是三方抵押协议）、（98）琼二证字第618号公证书（强制执行公证书）向甲省高院申请执行，该院于同年4月20日立案执行。

## 【审理要览】

执行情况：1998年6月3日甲省高院向丙燃气公司发出执行通知书。同年6月16日该院以（1998）琼高法执字第26—1号民事裁定书，冻结丙燃气公司持有的A管道公司法人股750万股。1998年6月18日向被执行人丙燃气公司送达该裁定书，该公司拒不签收，留置送达。注明拒绝事由为重复查封。同年9月2日，该院向深圳证券交易所送达协助执行通知书，要求将丙燃气公司持有的A管道公司法人股750万股予以冻结。经深圳证券交易所法规部查询，该股权无质押冻结等情况后办理了冻结手续。经该院委托评估、拍卖后无人竞买。该院于1999年5月3日以（1998）琼高法执字第26—6号民事裁定书裁定将上述750万股抵债给付申请人。2000年4月14日过户至甲证券公司名下。

丁银行提出异议认为：（1）甲省高院执行丙燃气公司持有的A管道公司750万法人股侵犯其质权。1997年12月29日，丁银行与琼海B公司签订《借款合同》，丙燃气公司愿以其未设质权的燃气股份为B公司担保，并于1998年6月30日与丁银行签订《质押合同》。合同约定：丙燃气公司以其792.5万股燃气股份法人股为B公司向丁银行贷款340万美元的担保。签订《抵押合同》前，双方向深圳证券结算公司查询，该公司出具“丙燃气公司，股东代码97094150，拥有发起人股7925000股，没有进行抵押登记”的证明文件，而后双方签订了上述《质押合同》。鉴于1998年6月19日燃气股份公告股东大会审议通过10过2股转增8股的分红方案，质押双方在质押登记申请书中注明该792.5万股发起人股所派生的792.5万红股一并冻结。同年7月18日双方代表向深圳证券登记有限公司递交了质押登记材料。由于当时派生红股尚未到账，深圳证券登记有限公司承办人称先冻结本股，待红股到账后再行冻结，并于7月21日签发《股份抵押登记证明书》。由于工作人员的操作失误未将冻结红股输入电脑，致使甲省高院于9月2日将上述792.5万股派生红股冻结。后该院将该红股执行给甲证券公司，侵犯了其质权。（2）甲

证券公司与乙信托公司、丙燃气公司签订的《抵押协议》是一份尚未生效的担保文书。因为该协议应自出质登记之日起生效，但丙燃气公司提供的抵押物750万股法人股未办理出质登记。(3)甲省高院《抵押协议》的公证书立案执行是错误的。因为法院据以强制执行的公证文书只能是“公证债权文书”，对于公证担保文书是不能直接强制执行的。

甲省高院认为，丁银行提出的异议不能成立。理由如下：(1)1998年6月18日该院以(1998)琼高法执字第26—1号民事裁定书依法冻结了丙燃气公司所持有的A管道公司法人股中的750万股，并于当日将裁定书送达双方当事人，该裁定书送达后即发生法律效力。因此，丙燃气公司在法院没有对上述股权解封之前，不得以任何形式擅自使用或者转让该股权。而丙燃气公司于1998年6月30日将上述750万股股权质押给丁银行，显然是非法行为。(2)1998年6月30日，丁银行与丙燃气公司签订质押合同，7月21日在深圳证券交易所办理他项权利登记，登记冻结该股权792.5万股，剩余792.5万红利股没有办理登记冻结手续。而且双方在质押合同中未约定质押所生的孳息在质押范围之内。该院于1998年9月2日冻结其中750万股，不属于重复冻结。(3)该院立案执行的甲证券公司诉丙燃气公司、乙信托公司借款纠纷一案，执行依据是生效的公证债权文书，其公证书的债权债务数额清楚，双方当事人予以认可，无人提出异议，该案具备执行立案的条件。

最高人民法院处理意见：依据最高人民法院和司法部于1985年4月9日作出的《关于已公证的债权文书依法强制执行问题的答复》，公证机关能够证明有强制执行效力的，仅限于《公证暂行条例》第4条第10项规定的“追偿债款、物品的文书”；即使此后的司法解释扩大了公证管辖的范围，仍不包括担保协议。甲省第二公证处于1997年11月26日对本案的《抵押协议》作出(97)琼二证字第1527号并注明具有强制执行的法律效力的公证书，不符合法律规定。根据《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第168条的规定，受申请的人民法院发现公证文书确有错误的，不予执行，并通知原公证机关。故甲省高院依据上述1527号公证书强制执行担保人丙燃气公司有限公司显属不妥。

## 【裁判解析】

赋予强制执行效力的公证债权文书，是指公证机关依照国家赋予的权力和法律规定的程序，对于追偿债款、物品的文书进行审查，认为事实清楚，

双方没有争议并经当事人申请，依法制作的证明该项文书具有强制执行力的法律文书。《民事诉讼法》第214条、《民事诉讼法意见》第256条和《执行程序规定》第2条，明确将公证债权文书列为人民法院执行机构的执行依据之一。本案焦点问题是：经过公证的股权质押文书能否直接作为人民法院的强制执行依据？

**一、股权质押公正可否作为法院执行依据。**根据最高人民法院与司法部1985年4月9日《关于已公证的债权文书依法强制执行问题的答复》的规定，公证机关赋予强制执行效力的债权文书应当具备的条件为：（1）债权文书具有给付货币、物品、有价证券的内容；（2）债权债务关系明确，债权人与债务人对债权文书有关给付内容无疑义；（3）债权文书中载明债务人不履行义务或不完全履行义务时，债务人愿意接受依法强制执行的承诺。可采用公证赋予强制执行效力的债权文书范围包括：（1）借款合同、借用合同、无财产担保的租赁合同；（2）赊欠货物的债权文书；（3）各种借据、欠单；（4）还款（物）协议；（5）以给付赡养费、扶养费、抚育费、学费、赔（补）偿金为内容的协议；（6）符合强制执行效力条件的其他债权文书。实践中，人民法院执行的公证债权文书中，较为常见的就是银行对个人贷款及个人之间的借贷。

所谓股权质押，是指公司股东以自己持有的股权作为自己或他人履行债务的担保，当债务到期未得到履行或者发生当事人约定的实现质权之情形时，债权人有权就该股权优先受偿的担保方式。根据《物权法》的规定，目前我国股权质押采取的公示方式是登记公示，登记机关是证券登记结算机构和工商行政管理部门。前者公示登记的股权范围是证券登记结算机构登记的股权，后者为其他股权。<sup>①</sup>

股权质押担保应当不属于债权文书，其理由是：（1）标的物价值不确定。股权的价值是股权质押担保功能的基础，股权价值的内涵包括两项：一是红利，二是分配的公司剩余财产，股权担保功能的大小最终决定了股权价值的大小，而债权文书中债权债务关系明确，债权人与债务人对债权文书有关给付内容无疑义。（2）对于权利人的效力不同。质权人可就出质物的价值优先受偿，优先受偿的范围是质物及孳息。公证债权文书中债权人收取的是具有确定内容的给付货币、物品、有价证券。（3）质权人实现权利的方式不同。股权质押的实现应当是质权有效存在，并且须债权清偿期满而未受清偿。股

<sup>①</sup> 吴吉芳：《股权质押公示方式及其效果探析》，载《中国律师》第2009年第6期。

权质权必须通过折价、变卖、拍卖的方式实现，出质股权不得自然归质权人所有，在结果上还要发生了股权的转让，涉及公司组织意思表示等。而债权文书中债权的实现依赖于债务人的履行行为，转移了货币、物品、有价证券等所有权。因此，股权质押合同与一般债权文书并不能等同。

正因为债权文书的上述特点，法律限定只有具备一定条件的债权文书才可以作为人民法院强制执行的依据，债权文书的强制执行效力来源于立法之规定。现实生活中，公证债权文书相比较诉讼和仲裁，债权人通过公证债权文书来实现债权更具有经济、简便、高效的特点。而股权质押即便是经过公证，由于股权质押合同不同于债权文书，故并不能归属于可以凭公证即赋予强制执行力的范畴。同时，公证机关对股权质押合同的公证赋予强制执行效力，亦无国家赋予的权力基础和法律规定的相应程序。因此，赋予公证机关以股权质押合同的强制执行效力，显然不妥。

**二、股权质押公正与股权质押登记效力之比较。**《公证法》第36、37、38条，规定了公证的证明效力、执行效力、法定公证效力。<sup>①</sup>其中公证的证明效力是最基本的效力，公证的证明力直接源于法律的规定，一般无须经过法庭审查即可确定；经过公证的证据证明力高于其他证据；公证证明效力是法律推定的，但也允许当事人提出反证予以推翻。

根据《公证法》之规定，公证可以分为民事法律行为公证、有法律意义的事实公证、有法律意义的文书公证等。依法能够赋予强制执行效力的只限民事法律行为，这种民事法律行为是以债权文书的形式表现出来的。需要注意的是，并不是所有经过公证的债权文书都能够具有执行效力，《公证法》为此又进一步设定了两个条件：（1）从客观上讲，债权文书必须以给付为内容；（2）从主观上讲，债务人必须要有自愿接受强制执行的承诺。这两个条件缺一不可。本案之中，股权质押合同虽为民事法律行为，但其与债权文书并不相同，股权质押合同的性质是担保功能而不是给付功能，在股权质押合同中不得规定流质条款。因此，经过公正的股权质押合同仅具有证明效力，而不具有强制执行效力。公证处对本案《抵押协议》公证并赋予其强制执行的法律效力，显然超越了公证的权限范围，不符合法律之规定。

股权质押合同的成立、生效与股权质权的生效，并非同一问题。从性质上讲，股权质押合同为诺成合同，是依附于主合同的从合同，属于债权行为，只要具备民事法律行为的一般要件即可依法成立并生效。而股权质权属于担

<sup>①</sup> 参见黄伟：《关于我国公证效力的解析》，载《政治与法律》2006年第5期。

保物权，是否生效，还要看其是否符合股权质押生效的条件。一般认为，物权法定原则为物权法的基本原则，物权变动除债权合同外，还须公示，才能产生真正的物权效力。关于质权成立的公示效力，在立法上有两种主张：（1）成立要件主义，即将公示方法作为质权成立之必备条件，德国民法、我国台湾地区“民法”均采用这种主张。（2）对抗要件主义，即质权只须当事人合意即发生效力，但只有公示才可以发生对抗第三人之效力，日本民法采用此一主张<sup>①</sup>。我国立法上对股权质押设立的公示效力，一般认为采用的是成立要件主义，《物权法》第226条对此亦作了明确规定。

本案之中，丙燃气公司持有的A管道公司法人股750万股属于上市公司股权。根据中国证券监督管理委员会发布并于2006年7月1日起施行的部门规章《证券登记结算管理办法》第2条规定：“在证券交易所上市的股票、债券、证券投资基金份额等证券及证券衍生品种（以下统称证券）的登记结算，适用本办法。非上市证券的登记结算业务，参照本办法执行。”涉案股权出质登记应当在证券登记结算机构进行，并且在登记之后才能生效。甲省高级人民法院关于民事裁定书依法冻结了丙燃气公司所持有的A管道公司法人股中的750万股，并于当日将裁定书送达双方当事人，裁定书送达时即发生法律效力的理解并不妥当。民事裁定书发生法律效力并不等于股权质押即发生物权效力，股权质押发生效力应当符合法定条件，涉案股权由于没有在深圳证券登记有限公司办理质押登记，因此并不能产生相应的公示效力。同理可知，公证亦非股权质押发生效力的法定条件，故经公证的股权质押合同亦不能发生物权效力，因而也就谈不上与之后登记的股权质押是否存在前后顺位的问题。

**三、本案股权质押登记是否及于派生股份？**A管道公司公告股东大会审议通过10过2股转增8股的分红方案，其中作为本案质押的792.5万股法人股所派生792.5万股红股。A管道公司发行股票的方式属于股票股利。一般而言，股票发行有两种主要类型：一是设立发行，一是新设发行。股票股利既是股票发行方式，也是盈余分配的一种形式。在现代公司分配理论中，盈余分配一般又分为三类：即现金股利、实物或财产股利与股份股利。其中现金股利和财产股利属于现实的分配，分配的结果能够增加股东当前的真实收入，包括现金收益或股权收益。而对于股票股利而言，股东取得的只是增加未来

<sup>①</sup> 吴吉芳：《股权质押公示方式及其效果探析》，载《中国律师》第2009年第6期。



股利收入的一种可能性。<sup>①</sup> 根据《物权法》第 213 条规定，质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。这里的孳息既应当包括天然孳息，也包括法定孳息。<sup>②</sup> 那么，以股票形式表现的红利是否应认定为孳息呢？有学者认为“法定孳息是原物根据法律规定带来的物。如存款、利息、股利、租金等”。<sup>③</sup> 也有学者认为，法定孳息是由他人使用原物而产生的。自己利用财产所得到的收益以及劳务报酬等，不是法定孳息。<sup>④</sup> 司法实务界也有人认为，当记名股票出质登记后，质权的效力扩张及于公司，公司不得向出质人分配公司的盈余或者股息、剩余财产，而应将其移交质权人充抵债权。<sup>⑤</sup>

公司盈余分配是法定孳息或是其他，在学理上存有争议，研究的范围实际关系到股权性质的认识。首先，按王泽鉴教授的定义，法定孳息系通过法律关系（包括法律行为及法律规定而言），原物供他人使用而得之对价<sup>⑥</sup>。在考察股利的时候，不仅关注股利取得的投资法律关系，更重要的是作为他人使用之对价，即法定孳息不同于增值利益，法定孳息是用益的对价，需有他人用益的法律事实，而增值利益是该物本身的交换价值增加，并不要求有他人用益的法律事实。其次，《执行程序规定》第 53 条第 2 款的表述是，不得向被执行人支付股息或红利。故即便是法定孳息也并非归质权人所有，而只能以其充抵所担保的债权或向约定的第三人提存。股息或红利仅仅是“担保”被质押的股权能够实现对主债权的担保功能。最后，公司以当年利润分配新股，能否作为股票孳息而被质权人享有，我国法律无明确规定。在这里，要注意区分股票股利与转增股本、配股的区别。<sup>⑦</sup> 一般认为，股票股利虽然不是质权标的之变形，但由于股票股利实质上使得公司每股净资产降低了，因此，已经质押的股票价值也随之减少了，从而削弱了股票质押的担保功能。质权人收取股票股利，应当先充抵收取孳息的费用，有剩余的与质押的股票一起充作质押物。

本案之中，丙燃气公司为 B 公司担保，合同约定，丙燃气公司以其 792.5

① 王宪森：《试析现代公司法的股份股利分配制度》，载《法商研究》1996 年第 3 期。

② 林建伟：《股权质押制度研究》，法律出版社 2005 年版，第 85 页。

③ 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 323 页。

④ 王利明：《物权法研究》（上卷），中国人民大学出版社 2007 年版，第 76 页。

⑤ 金剑锋：《权利质权法律与实务研究》，载《法律适用》2004 年第 6 期。

⑥ 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 230 页。

⑦ 参见林建伟：《股权质押制度研究》，法律出版社 2005 年版，第 198 页。

万股燃气股份法人股为 B 公司向丁银行贷款 340 万美元的担保，且双方在质押登记申请书中注明该 792.5 万股发起法人股所派生的 792.5 万红股一并冻结。可见，股权冻结自然涵盖了派生股权，即设立质押包括进行质押登记时无须特别就股份的本息另行约定和登记，股份的质押一经生效，由其所产生的本息包括送、增股份当然具有同样的质押效果。甲省高级人民法院依据股权质押合同强制执行原本即缺乏合法的执行依据，在执行中当然更无权将已经设质股份所产生的送股、转增股另行执行给质权人之外的任何人，否则即构成对质权的实质侵害。



185

## 涉外股权质押未经 登记质押权人是否有优先受偿权

### 【关注焦点】

一边是异议人在香港就股权更早地设定了抵押并登记，一边是申请执行人依靠国内法院对同一股权进行了查封与冻结，哪个效力更应获得承认？

### 【基本案情】

申请执行人：某省国际关系调研室（以下简称调研室）

被执行人：香港甲公司

异议人：香港乙公司

1995年7月13日，香港甲公司与香港乙公司在香港签订一份《抵押契约》。该契约确认，香港甲公司自1993年2月至今尚欠香港乙公司贷款本金美元390万元、港币3.1亿元。同时约定，香港甲公司愿以下列财产作为担保：香港乙公司作为第一固定抵押权人对所有属于香港甲公司的账册债务、应收款或债券或以其他方式得到的财产，及所有香港甲公司享有的抵押权、受偿权、受保证权和其他担保权利、知识产权等权利，享有第一抵押权；让与香港乙公司所有香港甲公司在合资公司拥有的权利；香港乙公司作为第一浮动抵押权人对香港甲公司拥有的财产、房产、权利（不论地点、性质）享有第一浮动抵押权。任何时候，香港乙公司若要求偿还担保债务，可指定一

人或多人作为全部或部分抵押物的接管人，接管人应为香港甲公司的代理人，其行为后果由香港甲公司承担。本契约应适用香港法，并根据香港法解释等。同年7月21日，《抵押契约》在香港公司注册部办理了抵押注册登记。

2000年11月6日，因香港甲公司不能归还借款，香港乙公司委派香港某会计师事务所的会计师卓某、廖某接管香港甲公司。廖某随即代表香港甲公司，就其在南京丙公司〔系香港甲公司与南京丁公司合资成立的中外合资经营企业〕持有的65%股权，与南京丁公司共同协商处理。2002年1月26日，南京丙公司董事会作出同意香港甲公司将其持有的65%股权转让给江苏A公司的决议。同日，香港甲公司、南京丁公司、江苏A公司、江苏B公司四方签订一份《股权转让协议》。协议约定：香港甲公司将其持有的南京丙公司65%的股权转让给江苏A公司，转让价扣除负债实际支付款为1923.38198万元人民币；南京丁公司将其持有的其余35%股权转让给江苏B公司；协议签订后3日内，江苏A公司给付香港甲公司定金人民币300万元；香港甲公司和南京丁公司应在收到定金5日内提交董事会决定，并将股权变更报告报送审批机关审批；股权变更并领取新的营业执照之日起3日内，江苏A公司支付给香港甲公司转让费1500万元，剩余123.38198万元尾款在领取新营业执照之日起3个月内结清等。协议签订后，江苏A公司如约给付香港甲公司定金人民币300万元。

调研室与香港甲公司自1995年5月2日起至2000年间发生了多次借款合同关系，因香港甲公司到期未还款，调研室依据双方达成的仲裁协议，于2000年11月20日向中国国际贸易仲裁委员会深圳分会（以下简称深圳仲裁委）提出仲裁申请。2000年12月14日，甲市中级人民法院根据调研室提出的保全申请，作出民事裁定书，冻结了香港甲公司在南京丙公司持有的股份及红利。2001年11月21日，深圳仲裁委作出裁决：香港甲公司应向调研室支付人民币本金955万元、港币1023万元及其利息。该仲裁裁决生效后，调研室于2001年12月25日向甲市中院申请强制执行。

因上述股权被甲市中院保全冻结，2002年2月25日，股权受让方江苏A公司与香港甲公司的债权人调研室签订一份协议书，约定：（1）调研室同意江苏A公司从南京丙公司受让股权。（2）江苏A公司承诺：本协议签署当日，将股权转让款人民币1700万元打入江苏A公司在中国光大银行太平南路支行的账户，该款入账后由甲市中院在人民币1700万元范围内依法查封。（3）调研室承诺：在本协议第2条所定事项完成后当日，向甲市中院申请解封股权，以便江苏A公司办理股权过户手续。（4）江苏A公司承诺：在股权

办理工商变更登记至其名下后，本协议第2条所述被查封款项人民币1700万元由甲市中院直接划拨给调研室，江苏A公司放弃对该款项的一切权利等。同日，调研室以其与南京丙公司股权受让人江苏A公司签订了协议书为由，向甲市中院申请解除对南京丙公司股权的冻结措施。甲市中院向南京市对外经济贸易合作局发出南京丙公司股权解除冻结令，同时，作出冻结江苏A公司购买南京丙公司65%股权的转让款1700万元的裁定，并于2月26日在银行办理了冻结手续。2月28日，南京市对外经济贸易合作局作出《关于同意南京丙公司股权转让并终止合营合同的批复》。3月7日，香港甲公司持有的南京丙公司65%股权经工商部门核准变更登记给江苏A公司。3月21日，甲市中院作出扣划江苏A公司购买上述股权的转让款1700万元的民事裁定，并将上述款项划至该院。

香港乙公司对此提出异议称，甲市中院冻结、扣划1700万元股权转让款是对该公司财产所有权的侵犯。主要理由有二：一是调研室申请仲裁前，香港乙公司已经依照香港法律委任接管人接管了香港甲公司的财产，其中包括香港甲公司在南京丙公司的股权。其委任的接管人接管香港甲公司财产后，就已经依香港法律实现了债权。二是香港乙公司依据香港法律，通过对香港甲公司的全部财产设定浮动抵押，而对香港甲公司持有的南京丙公司的股权转让款享有优先受偿权。

## 【审理要览】

甲省高院请示的问题是，香港乙公司与香港甲公司签订《抵押契约》，约定由香港甲公司将其财产、权利（不论地点、性质）浮动抵押给香港乙公司，并在香港有关部门办理了抵押登记手续。该抵押关系所涉及的香港甲公司在南京丙公司的股权的浮动抵押行为，我国内地能否承认其效力。对此，甲省高院审判委员会存在两种意见：

第一种意见认为，香港乙公司对香港甲公司所持南京丙公司股权的抵押权，不能对抗调研室。主要理由：我国法律对涉外动产物权的法律适用没有明确的规定，根据《民法通则》第142条第3款的规定精神，应参照世界各国目前普遍采用的物之所在地法原则，适用我国的有关法律规定。香港乙公司与香港甲公司于1995年7月13日订立的《抵押契约》，虽然不违反我国当时的法律规定，但该抵押契约订立时，《担保法》已经全国人大常委会通过并颁布，且于同年10月1日起实施。香港乙公司应当按照《担保法》第78条

第3款关于“以有限责任公司股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效”的规定，办理股份出质记载手续。香港乙公司未办理股份出质记载手续，其抵押权不具有对抗第三人的效力。

第二种意见认为，对香港乙公司与香港甲公司关于抵押南京丙公司股权的行为，应承认其效力，香港乙公司据此对南京丙公司65%股权的转让价款享有优先受偿权。主要理由：（1）香港乙公司与香港甲公司于1995年7月13日签订《抵押契约》，约定由香港甲公司将其全部财产、权利，包括其持有的南京丙公司的股权浮动抵押给香港乙公司，并明确约定适用香港法律。《抵押契约》订立后，双方又按照香港法律的规定在香港有关部门办理了抵押登记手续。鉴于《抵押契约》为双方当事人的真实意思表示，又不违反双方所约定适用的法律，因此，《抵押契约》有关香港甲公司所持南京丙公司股权浮动抵押给香港乙公司的约定，应认定有效。（2）股权属于无形动产，我国法律对涉外动产物权的法律适用至今没有明确的规定。即使按照国际上关于涉外物权关系法律适用的普遍原则，即物之所在地原则适用我国的法律，由于香港乙公司与香港甲公司签订该抵押契约时，我国《担保法》尚未实施，按照我国当时的法律规定即《民法通则》第89条第2款第（2）项、《民法通则意见》第112条的规定，当事人订立书面抵押合同，抵押关系成立，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。当时的法律既没有将抵押与质押加以区分，也没有关于抵押（质押）合同登记（记载）生效的规定。因此，该抵押行为亦不违反我国当时的法律规定。（3）作为物权公示方法的抵押登记或质押出质记载，其法律意义在于让当事人设定的抵押或质押具有社会公信力，从而保护善意第三人的权益。香港甲公司为担保巨额借款的还款而将其财产、权利抵押给香港乙公司，调研室作为香港甲公司的开办单位对此应当明知。因此，调研室不属于善意第三人，香港乙公司所享有的抵押权的效力应当及于调研室。

最高人民法院的最终处理意见是，同意甲省高院审判委员会的第一种意见。最高人民法院经审查认为：香港乙公司与香港甲公司签订的《抵押契约》所涉及的抵押物，是香港甲公司在南京丙公司持有的65%股权。虽然我国法律对涉外动产物权的法律适用没有明确的规定，但根据《民法通则》第142条第3款规定的精神，本案可参照世界各国目前普遍采用的物之所在地法原则。因南京丙公司系在内地注册成立的有限责任公司，故审查该公司股权的质押是否有效，应根据中华人民共和国的法律法规来认定。上述《抵押契约》

订立时,《担保法》已经全国人大常委会通过并颁布,且于1995年10月1日施行。《担保法》实施后,香港乙公司应当按照该法第78条第3款的规定,将香港甲公司在南京丙公司持有的65%股权在内地办理股份出质记载手续,但香港乙公司未办理股份出质记载手续,故不具有对抗第三人的效力。况且,香港甲公司已将其持有的上述股权转让给江苏A公司,并经南京市有关行政主管部门批准,该转让未经法定程序撤销前合法有效。

## 【裁判解析】

本案涉外民事活动中,由于具有涉外因素,显得较为特殊和复杂。本案的关键问题是,依据香港法对国内企业股权进行的抵押,其效力能否当然及于国内第三人,进而对该股权享有优先受偿权?

一、涉外股权质押之管辖及法律适用。公司法上的诉讼,包括股东权的诉讼,一般均由公司住所地法院管辖。其原因,是因为股东权诉讼都涉及公司的组织关系,即公司与其股东的关系;有时还涉及公司与众多相关人的关系,如公司设立无效之诉、股东会决议否定之诉,这些法律关系都以公司为稳定的一方。由于这些诉讼通常都以公司为被告,由公司所在地法院管辖,便于法院审理和当事人进行诉讼;另外,统一由公司所在地法院管辖也有利于防止一类案件在多个法院诉讼而产生不同的判决。因此,公司法上的诉讼一般不允许有协议管辖、任意管辖或应诉管辖。<sup>①</sup>

股权是市场主体基于对公司的投资行为而取得的、在公司中享有参与经营管理及以财产受益权为核心的、可转让的权利。股权虽由股东享有,但股权必须依附公司而行使。任何股东权利的行使虽然形式上基于其所持有的股权,但实际均必须依托于公司组织框架与治理机制来运行,离开公司组织架构与治理机制的股权行使是不可想象的。就本案股权抵押(质押)合同而言,我国法律对涉外动产物权的法律适用没有明确的规定,但根据《民法通则》第142条第3款规定的精神,可参照世界各国目前普遍采用的物之所在地法原则,即江苏丙公司所在地法。这也是最高人民法院在本案答复中的观点。因此,从公司法角度,丙公司是中外合资企业,公司所在地是江苏南京,涉及该公司股权质押的问题理应由国内法院管辖。由于涉案股权的权利人是香港公司,但股权的行使必须依附于丙公司,故应当依据江苏丙公司所在地法

<sup>①</sup> 吴日浛译:《韩国公司法》,中国政法大学出版社2000年版,第84页。

即中国内地法来确定本案股权质押之效力。

**二、有效股权质押权人对股权享有优先受偿权利。**我国股权质押制度的立法源于1995年的《担保法》，在2007年《物权法》颁布之后，国家工商行政管理总局发布了《工商行政管理机关股权出质登记办法》（国家工商行政管理总局令第32号2008年10月1日以下简称《出质登记办法》），权利出质制度得到了确立。而涉外股权的质押具有特殊性，因此，对外贸易经济合作部（现商务部）、国家工商行政管理局关于印发《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》的通知（〔1997〕外经贸法发第267号以下简称《股权变更规定》）第2条外商投资企业的股权可以出质，第6条、第7条规定，外商投资企业将股权质押的，必须报经有权审批的机关批准，即需经国家各级对外经济贸易主管部门批准。结合本案来看，有两种不同的担保制度值得介绍与分析：

1. 香港甲公司对在内地投资股权依据香港法设定浮动抵押。香港甲公司与香港乙公司在香港签订一份《抵押契约》，同年7月21日，《抵押契约》在香港公司登记注册部办理了抵押注册登记。根据上述契约，持有南京丙公司65%股权在内的所有财产浮动抵押给香港乙公司，并在香港办理了抵押登记手续，符合香港的担保法律制度。

浮动抵押制度，是香港承袭英国法上的浮动担保（floating charge）制度而来的。浮动担保具有三个特征：①它是以公司目前存在或将来存在的一类资产为基础的担保；②在正常的经营过程中，这类资产的形态会随着时间的变化而变化；③除非债券持有人（浮动担保的担保权人）提出利用担保资产偿债的请求，否则公司可以运用所抵押的资产进行正常的经营活动。从上述特征可以看出，在设定此项担保时，担保物并未特定化，借款人公司在正常经营过程中始终拥有这类资产；这类资产可以包括公司的机器设备、原材料、库存物资、应收款项、合同权利以及无形资产等。但这类资产的各个具体形态将始终在变化，这样公司便始终保持着正常生产经营活动所需要的这类资产，而且可以在正常业务中处分已供担保之用的这类资产，且毋需征得债权人的同意。但是，允许债务人公司在正常经营过程中自由处置其担保的资产并非否定担保权益，只是推迟对其固定化，只是在借款人违约或借款人公司发生停业清理或解散等情势时，才以借款人当时拥有的全部资产为固定担保物，即以“冻结”时的全部资产清偿债务。

那么，什么是浮动担保的“冻结”呢？所谓冻结，就是指担保物停止浮动，浮动担保变为固定担保，浮动担保权人授予债务人处置担保物的权利终



止，担保权人有权变卖担保物来清偿担保的债务。冻结的事由可分为三类：第一类是公司停止营业；第二类是担保权人介入，执行担保物；第三类是合同中特别规定的导致冻结的其他事件或行为。<sup>①</sup> 本案即是采取第二类方式，由担保权人香港乙公司以委任接管人的方式介入。

2. 香港甲公司在内地投资的股权设定质押。对此，通常称之为涉外股权质押。从形式上看，涉外股权的股东是特定的涉外市场主体，公司性质是外商投资企业。<sup>②</sup> 正如在前一案例评析中所述，股权质押属于担保物权，是否生效，还要看其是否符合股权质押生效的条件。依据《物权法》、《出质登记办法》的规定，股权质押的成立应当进行公示，设立涉外股权质押的受理登记机关应为工商行政管理部门。涉外股权质押期间，如债权因为履行、清偿、抵消等消灭，则质权也相应地消灭。涉外股权质押的消灭，应当以向工商行政管理部门办理撤销登记为标志。股权质押与股权质押合同不同，2010年最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（以下简称《外商投资纠纷规定（一）》）第13条第1款作了股权质押合同效力的规定，股权质押合同自成立时生效，未办理质权登记的，不影响股权质押合同的效力。第3款规定了股权质押的公示，股权质押合同依照《物权法》的相关规定办理了出质登记的，股权质押自登记时设立。

依据《股权变更规定》，设定涉外股权质押必须要报外资管理部门审批，否则股权质押无效。而内资企业的股权质押，则没有审批的要求，而是仅要求当事人在质押合同之外办理出质登记即可。随着《合同法》的颁布，司法审判理念向鼓励交易理念转变。司法实践中，将未经审批的涉外股权质押合同直接认定为无效的做法，往往被要求当事人去补办审批手续以促成涉外股权质押合同生效而替代。但这种做法在遵循司法规律，贯彻国家经济政策上也存在争议。<sup>③</sup> 因此，鉴于涉外股权质押与涉外股权转让的不同，司法政策进

<sup>①</sup> 参见孙春华：《论英国法上的浮动担保》，载《国际商法论丛》第1卷，法律出版社1999年版。

<sup>②</sup> 根据《外资企业法实施细则》第85条的规定，在我国涉外股权的股东，是涉外市场主体，其中包括外国企业、其他经济组织和个人，港澳台投资者在我国大陆拥有股权的，也视为涉外股权的权利主体对待。

<sup>③</sup> 有法官在评析未经审批的国有股权转让效力时曾论述，国有股权的转让涉及国家利益和社会公共利益，鉴于很多现实条件，事后补办的资产评估、交易方式的模拟都无法对当时的交易条件作出令人满意的补正。对程序要求的放松，导致的将是国有资产的大量流失。参见丁俊峰：《公司股权转让合同效力认定》，载《审判监督指导》2010年第4辑。

而采取了涉外股权质押合同自合同签订时发生法律效力,<sup>①</sup>《外商投资纠纷规定(一)》第13条第2款即明确了这一观点。也就是说,涉外股权质押合同并不以是否经过审批为其效力要件。

**三、本案执行异议不能成立。**英国浮动担保制度中指定接管人的行为,在国内法上能否取得如英国法上浮动抵押变为固定抵押的效力,实为本案适用法律问题上的关键之一。因为,香港乙公司委任的接管人接管的不是香港甲公司在香港公司中的股权,而是在内地依法设立的丙公司的股权,该合资公司又是依内地法律登记设立。况且,香港《公司条例》第80条第(4)项规定:“如押记在香港设定,但包含香港以外的财产,则设定或看来是设定该项押记的文书,可根据本条送交登记,即使按照该财产所在国家的法律,可能需有进一步的法律程序,始可使该项押记有效或有作用”。毋庸置疑,关于香港甲公司与香港乙公司在香港签订的《抵押契约》的效力,根据当事人的约定,应适用香港法律来认定。根据香港《公司条例》的有关规定,双方办理了浮动抵押登记,应为合法有效。但是,如果执行该《抵押契约》涉及香港乙公司对在内地设立的合资企业的股权行使抵押权的问题,则该股权能否抵押以及应履行何种手续,还应遵守我国内地相关强制性规定。

涉案《抵押合同》在国内发生法律效力需要解决两个问题:一是依照国内法判断股权能否抵押,一是《抵押合同》有效与抵押担保效力的区分。自罗马法以来,各国民法上的质权制度基本上形成了标的动产性、移转占有性和交付公示性三大基本特点。抵押制度在日尔曼法完善了登记制度后,各国民法基本形成了以不动产为标的、以不移转占有为设立条件、以登记为公示手段的与质权制度相对应的特点。<sup>②</sup>以权利为标的物设立抵押权,是世界上不少国家和地区的共性规定。如《德国地上权条例》第11条规定,地上权可以独立地作为抵押权的标的物。《日本民法典》、我国台湾地区的“民法”、我国澳门地区的《澳门民法典》均肯定了权利抵押权。《法国民法典》虽然在条文中未明确标示出权利抵押,但其肯定了不动产抵押,而不动产包括不动产之用益权、地役权及土地使用权、旨在请求返还不动产的诉权。<sup>③</sup>我国《担保法》规定可以设定抵押权的不动产他物权,仅局限于土地使用权。2007年

<sup>①</sup> 具体理由阐述参见刘贵祥:《外商投资纠纷中的疑难问题》,载《法学杂志》2010年第3期。

<sup>②</sup> 吴晨曦等:《权利质权?抑或权利抵押权?——论知识产权设定担保的体例选择》,载《广西政法管理干部学院学报》2005年第4期。

<sup>③</sup> 屈茂辉:《论权利抵押权》,载《法商研究》2001年第2期。

《物权法》颁布，并没有将权利抵押的范围作进一步的扩大。因此，如前文分析，在香港法上涉案《抵押合同》是有效的。并且由于内地与香港属于不同法域，香港乙公司对丙公司股权享有的质押权，因未在我国内地办理相应的公示登记手续，其在香港办理的抵押注册登记无法在内地起到公示的作用，其登记的效力并不能及于内地。

进一步而言，涉案《抵押合同》签订于1995年7月，此时《担保法》尚未生效，而香港乙公司委任接管人接管香港甲公司在南京丙公司股权的时间是2000年11月，此时《担保法》已经生效。香港乙公司如果依照《担保法》当时第78条第3款关于“质押合同自股权出质记载于股东名册之日起生效”之规定，办理相应的登记等公示手续，可以达到对抗第三人的目的，即在国内发生抵押效力。因此，甲省高院第二种意见中，关于当时法律既没有将抵押与质押加以区分，也没有关于抵押（质押）合同登记或记载生效的规定，该抵押行为亦不违反我国当时法律规定的认识实际并不准确。

本案之中，丙公司是中外合资企业，其公司所在地在南京，应适用中国法律并无异议。丙公司的股权抵押应当按照国内规定的要件及程序设定，否则不能发生物权效力。从另一方面而言，江苏A公司取得香港乙公司在南京丙公司的股份，调研室因向甲市中院申请保全而最终取得该股权转让的对价，当事人均履行了相应的审批登记手续，非经法定程序不得撤销。本案执行查封冻结手续合法，处理股权过程自愿、真实、合法、有效。况且，甲省高院第二种意见中关于调研室不是善意第三人的理由亦不能成立，因为香港乙公司所享有的抵押权效力不能在国内发生效力，无论调研室是否善意，均不应当及于调研室，进而不能对抗甲市中级人民法院冻结了香港甲公司在南京丙公司持有的股份及红利的认定。综上，香港甲公司提出执行异议，所谓香港乙公司依据香港法律，通过对香港甲公司的全部财产设定浮动抵押，因而对香港甲公司持有的南京丙公司的股权转让款享有优先受偿权的理由，并不能成立。

## 发起人持有之股份 在限制转让期内可否被执行

### 【关注焦点】

按照新旧《公司法》之规定，股份公司发起人持有之股份在法定期限内均被限制转让，只是限制期限长短不同。这种限制性规定是仅在当事人之间有约束力，还是人民法院之执行亦应当受此限制？被执行人持有之发起人股份在限制转让期内是否可被执行？

### 【基本案情】

甲省高院执行的一个案件中，被执行人同意以其在一家城市合作银行（系股份有限公司）持有的 1500 万股股权抵偿给申请执行人。该院作出了裁定，并向该城市合作银行发出协助执行通知书，要求协助办理股权过户手续。该城市合作银行不予协助，理由是：被执行人是该城市合作银行的发起人，而根据《公司法》第 147 条规定，发起人的股份自公司成立之日起 3 年内不得转让，该行现成立未满 3 年。甲省高院就此问题向最高人民法院请示。

### 【审理要览】

最高人民法院认为：（1）《公司法》147 条适用于发起人协议转让行为。而本案中转让股权，发生在强制执行过程中，且法院已作出裁定并发生法律

效力，具有强制性，应不受《公司法》第147条的限制，合作银行应予以办理股权过户手续。(2)为维护申请执行人合法权益和生效法律文书的严肃性，该案股权转让时间应以法院向协助执行单位送达民事裁定书和协助执行通知书之日起算。据此答复如下：

《公司法》第147条中关于发起人股份在3年内不得转让的规定，是对公司创办者自主转让其股权的限制，其目的是为防止发起人借设立公司投机牟利，损害其他股东的利益。人民法院强制执行不存在这一问题。被执行人持有发起人股份的有关公司和部门应当协助人民法院办理转让股份的变更登记手续。为保护债权人的利益，该股份转让的时间应从人民法院向有关单位送达转让股份的裁定书和协助执行通知书之日起算。该股份受让人应当继受发起人的地位，承担发起人的责任。

## 【裁判解析】

近年来，国有股股东持有的上市公司股权因债务纠纷被法院冻结，甚至因为成为法院强制执行标的而被转让的案例越来越多，这就引发了一个争议，如果发起人股份转让并非出于股东自己的意思，而是法院在执行程序过程中需要采取的强制转让措施，是否违反了公司法上的规定？法院是否可以在执行程序中裁定强制拍卖上市公司还处于禁售期内的发起人股份？

**一、人民法院强制执行股权之性质。**之前案件评析中曾经提到《公司法》修订之后，在股权转让规定中增加了有关股权强制转让的制度，明确了股权可以作为强制执行之标的物。强制执行股权是指人民法院依照法定的程序，行使司法强制权，强制股权的持有人或所有人转让其股权的司法活动，具有强制性、公权性、非自愿性等特点。因此，股权强制执行，明显有别于依股东会决议而进行的自愿性股权转让，可以说它是一种特别制裁性股权转让，其转让的根据为法院的命令及相应之法律规定。

股权强制执行必将发生股权权属主体的变化，实质上属于股权转让的一种，因而必须符合法律规定的股权转让的一般条件。在实际操作中，股权强制执行应按一定的程序进行，简单说包括调查与了解、裁定冻结被执行人的股权、对被执行股权进行作价、通过其他股东行使优先购买权、由人民法院委托拍卖机构发布转让公告等。本案属于被执行人自愿以其股权抵偿债务，并得到申请执行人的同意，因合意抵消体现的是当事人意思自由之原则，一般看来并无不可。但是，由于以股抵债涉及其他股东的优先受让权、涉及可

能的审批程序、涉及所抵股权的真实价值评估、涉及限制转让等诸多法律规定，故所谓以股抵债又并非仅是抵债双方之间的事情，执行程序中的以股抵债实际同样如此。

**二、强制执行股权是否受股权转让规范之约束。**前文评析可知，股权可以作为强制执行之标的物，并且在结果上也实现了股权转让。那么强制执行股权是否应当受到股权转让规范的约束呢？依据《执行程序规定》，具体执行操作上要区分有限责任公司和股份有限公司。《执行程序规定》第52条规定，对于被执行人在其他股份有限公司的股份，人民法院可以强制其按照《公司法》的有关规定转让，也可以直接采取拍卖、变卖的方式进行处分，或直接将股票抵偿给债权人。《执行程序的规定》第54条规定，对于被执行人在有限责任公司的股权，人民法院可以依据《公司法》第35条、第36条的规定，征得全体股东过半数同意后，予以拍卖、变卖或以其他方式转让，也可允许并监督被执行人自行转让其投资权益或股权。据此，无论是强制执行股份有限公司股权还是有限责任公司股权，均应当符合公司法上关于股权转让的基本规则。需要说明的是，由于强制执行行为性质上的特殊性，应当与普通股权转让存在差别。这种差别主要体现在，执行股权涉及到被执行人以外的他人权利时，则应受公司法规则的约束，如其他股东的优先受让权；不涉及他人权利时，则强制执行股权一般不受公司法规则的约束。以下围绕股东优先受让权、发起人股转让限制等进一步展开分析：

1. 执行程序中优先受让权的行使方式。在有限责任公司中，公司的人合性是反对强制执行股权最主要的顾虑，<sup>①</sup>而在股权执行的实际操作中，有种种方法可以兼顾股东之意愿和债权人的利益，如保障其他股东的优先受让权制度。目前对于有限公司股权的强制执行与股东所享有的优先受让权如何平衡，主要应依《公司法》第73条之规定进行处理。按照该条之规定：一是应当有股东明确作为被执行主体受到强制执行；二是应当向该股东所持股份公司的其他全体股东先行发出拟强制执行相关股权的通知；三是应当给予其他股东法定行使优先受让权的期限，法定为20日；四是其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权；五是其他股东放弃优先购买权之后被执行人持有的股权才能被强制予以执行，而所谓的股权被强制执行，实际即是对股权进行拍卖，或在拍卖失败时进行变卖处理。

<sup>①</sup> 郭国汀、高子才：《国际经济贸易法律与律师实务》，中国政法大学出版社1994年版，第71页。

2. 发起人股份的强制执行。对发起人股份进行分类,它可能是国有股,也可能是社会法人股,甚至可能为自然人所持有。基于发起人信用责任的考虑,《公司法》第142条禁止发起人股在一年内转让,修订之前禁止转让期限曾为三年。这一规定对市场交易行为带来的司法评价如何呢?《公司法》修订之后,虽然将期限缩短为1年,但没有废除这一规定。规定禁售期的立法理念实际过于陈旧,所谓发起人可能以发起成立公司为业,不事创造性生产的担心,既与公司实务中的情况不符,亦与当今社会分工之理念相悖。并且国外鲜有类似的立法例,我国台湾地区是该立法例的代表。在审判实务中,对此亦进一步区分订约行为和履行行为,订约行为虽在禁售期内,但其约定的履约期在禁售期外的,一般亦认定该约定为有效,这一理念亦正不断地适应变迁的情势和价值观。<sup>①</sup>

那么,执行程序中发起人股的强制转让是否也受上述期限之限制呢?有人认为,《最高人民法院关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题的规定》(以下简称《冻结国有股若干规定》)作为《执行程序的规定》的重要补充性司法文件,对此并未作出明确规定,因而进一步确认了禁止转让期内的发起人股本不应成为强制执行之标的。<sup>②</sup>还有人认为,《公司法》第142条的规定是一项强制性规定,凡符合此规定情形的股份均不得强制执行,但法院可以采取保全措施,待期满后予再执行。<sup>③</sup>当前司法实践的普遍观点是,关于发起人股限制转让期限的条款,应理解为只适用于当事人之间协议转让的行为,而且该项限制的目的也仅是为了防止发起人借设立公司投机牟取不正当利益,损害其他股东及社会公共利益。法院在强制执行案件中转让发起人的股份,是为了债权人利益而实施的国家行为,并不存在所谓发起人投机牟利的动机。同时,为了防止发起人故意规避《公司法》的该条规定,人民法院只有当作为被执行人的发起人无其他财产可供执行时,才能强制执行发起人持有的尚在《公司法》规定的禁售期内的股份。因此,对于发起人股的强制执行,更多关注的是债权人利益的保护,对此可以不受转让期限的限制。

<sup>①</sup> 张勇健:《发起人股份转让限制若干问题研究——〈公司法〉第147条第1款之理解和适用》,载《法律适用》2005年第3期。

<sup>②</sup> 马勇:《强制执行股权之评析》,载《人大报刊复印资料(经济学、劳动法学)》2002年05期。

<sup>③</sup> 转引自马万飞等:《股权强制执行问题探讨》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2006年第1期。

进一步而言，关于涉外股权的强制执行。1987年《最高人民法院关于审理涉港澳经济纠纷案件若干问题的解答》中第7条第4款规定，对执行境外债务人投资权益具有重要的参考价值。《执行程序规定》第55条第1款具体规定了执行境外债务人境内投资权益的基本条件。其中，强制执行必须征得对外经济贸易主管机关的批准同意。

关于国有股的强制执行，《冻结国有股若干规定》中对上市公司国有股权的强制执行也进行了规定，其中涉及查封、冻结，评估，拍卖程序。国有股权的管理主要体现在《冻结国有股若干规定》第5条第3款规定了采取冻结和拍卖措施时，人民法院应当告知国有股份持有人向具有行政隶属关系的主管财政部门备案。第17条规定，拍卖成交后，国有股份过户时，除人民法院应当向证券交易市场和证券登记结算公司出具协助执行通知书外，还应由买受人持拍卖机构出具的成交证明和财政主管部门对股权性质的界定文件，向证券交易市场和证券登记结算公司办理股权变更登记。可见，上市公司国有股权的执行没有规定审批程序，而评估程序和评估值的确定，则体现了对国有资产的特殊保护。

**三、如何防止利用股权执行而规避法律的行为。**如依据本案前述观点处理，那么是否可能出现原本不可自由转让股权的股东，可以通过与股权拟受让人虚假或真实地拟定欠债却不能还债的协议方式，使自己成为被执行人，而后自愿以股抵债，如此法院执行程序便成为当事人规避股权转让限制规范的最好渠道，对此又该如何加以防范？

人们对自愿以股抵债行为的担忧，主要是执行有限责任公司股权、股份有限公司中发起人股份及高级管理人员股份等转让受到限制的情形。从《执行程序规定》来看，被执行人在其他有限责任公司、其他法人企业中的投资权益或股权，人民法院可允许并监督被执行人自行转让股权。对此，由于有限责任公司股权在自行转让之前已经满足了其他股东优先购买权的行使，所以立法上强调的是股权必须进行价格评估。被执行人在其他股份有限公司中的股份，人民法院可以直接将股票抵偿给债权人，用于清偿被执行人的债务。需要注意的是，公司内部股如发起人股和董事、监事、经理、公司职工所持本公司的股票转让要按照《公司法》的有关规定执行。从《冻结国有股若干规定》来看，上市公司国有股和社会法人股还必须进行拍卖，上市公司的内部发起人股等也应当按照《公司法》的有关规定执行。《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第34条第1款进一步明确了人民法院对查封、扣押、冻结的财产进行变价处理时，应当首先采取拍卖的方式。



故上述司法解释的变化可以说明，执行标的物首先采取拍卖的方式是第一位的，但这当然并不排除在股权执行过程中合意抵债存在的可能。

民事执行之目的在于保障债权人的债权得以清偿，而不在于使债权人获得股权，成为股东，甚至控制相关公司。人民法院对于被执行人以股权合意抵债的，不仅要经申请执行人和被执行人双方同意，还要经过有关权利人同意，要充分顾及有关权利人的利益。<sup>①</sup>因此，在执行程序中，对于被执行人特别是受限制转让股权的被执行人，执行机构应当判断以股抵债的合法性，从抵债行为本身的适用条件、适用依据等进行实质性判断。

尤其是，执行任何股权若只能拍卖，且决不允许申请执行人与被执行人之间自愿变卖或抵债，如此任何试图通过执行程序而将其股权转让给特定受让人的愿望，均可能面临任何其他竞拍者介入的风险，如此特定关系人之间的规避行为便很难得逞。只要严格把握程序，所谓规避法律之可能实际并不可可能，所谓的漏洞实际并不可漏。



<sup>①</sup> 乔宇：《合意抵债瑕疵问题刍议》，载《法律适用》2011年第9期。

## 上市公司发起人股份 质押及其红利抵债协议之效力

### 【关注焦点】

上市公司发起人持有之股权转让受到一定时间限制，在限制转让期内设定股份质押是否亦应比照转让期限进行限制？对于上市公司发起人以其股份孳息抵债之行为效力该如何看待？

### 【基本案情】

申请执行人：甲集团清算组

被执行人：乙织造厂

被执行人（申诉人）：丙服装公司

甲市人民法院在审理甲集团清算组破产还债一案中，认定乙织造厂第一门市部欠甲集团清算组下属分支机构货款 252 万余元，并于 2001 年 3 月 5 日裁定乙织造厂向甲集团清算组清偿债务 252 万余元。因乙织造厂未履行，宜兴市人民法院于同年 3 月 8 日作出民事裁定，冻结乙织造厂在丙服装公司的全部股份及收益。但执行人员在深交所办理冻结手续时发现，乙织造厂已将其持有的股份全部质押给了丁银行。关于乙织造厂在丙服装公司的股份及质押的基本情况如下：

1. 丙服装公司系由中国服装集团公司、乙织造厂等为主要发起人，于

1999年1月向社会公开募集设立的股份公司，中国服装集团持有4亿多股份，占51.01%；乙织造厂持有3030万股，占14.1%。

2. 2000年10月23日，乙织造厂与丁银行签订“债务重组协议”，确认以前乙织造厂所欠丁银行债务7470万元、外汇838万余美元，经重组约定还款期限为2005年9月25日；同时签订质押合同，约定乙织造厂以其持有的丙服装公司3030.52万法人股为该债务提供担保。同年11月3日，该质押在深圳证券交易所办理了质押登记手续。

3. 2001年6月9日上午，丙服装公司召开股东大会，通过了每10股派发现金红利1元人民币的决议。随后，宜兴市人民法院作出民事裁定，冻结乙织造厂在丙服装公司应分得的全部红利，并由执行人员于当日上午向丙服装公司留置送达该裁定和协助执行通知书。丙服装公司当即提出该红利系向丙服装公司抵偿欠款，随后又于同年6月24日提出书面异议：2000年11月8日，丙服装公司、乙织造厂与吴江某面料有限公司（以下简称面料公司）三方签订了“债务履行协议”确认，乙织造厂对面料公司负有债务，面料公司对丙服装公司负有债务。债务数额以北京兴华会计师事务所对丙服装公司进行审计后发出的企业询证函记载的数额为准。约定该连环债务的履行方式为：乙织造厂作为丙服装公司的股东，如果在丙服装公司产生红利未超过债务的部分，就用以抵偿面料公司所欠丙服装公司的债务，面料公司相应冲减乙织造厂所欠的债务。经上述询证函确认，截至2000年12月底，乙织造厂对面料公司负有债务近5993万元，面料公司对丙服装公司负有债务522万余元。

此后，甲市人民法院终结了甲集团清算组破产程序。2002年1月，甲市新城镇人民政府以其为甲集团清算组公司的主管部门，甲集团清算组破产程序终结后尚有剩余应收债权为由，申请甲市人民法院对乙织造厂在丙服装公司的红利进行强制执行。同年5月对日，甲市人民法院作出民事裁定，以丙服装公司拒不协助执行，擅自处置乙织造厂应分得的全部红利为由，冻结丙服装公司银行账户，并于7月5日划拨252万余元到甲市人民法院。

丙服装公司就此提出申诉称：“债务履行协议”是丙服装公司与乙织造厂、面料公司三方当事人的真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，具有债权转让合同的性质，合法有效。根据协议，乙织造厂应得的红利与其所欠丙服装公司的债务相抵。由于债务冲抵无须通过资金的划转，而货币的转让又是以占有为公示方法的，故债权转让在丙服装公司股东大会决定派发红利之时即履行完毕，甲市人民法院向丙服装公司送达协助执行通知书时，乙织造厂在丙服装公司处已无财产可供执行。

丁银行也致函甲省高院，提出依据《担保法司法解释》第104条，股份质押的效力及于股份的法定率息，故甲市中级人民法院的执行侵害了其质押权，要求恢复到执行前的状态。

## 【审理要览】

甲省高院就本案请示的问题及意见是：

1. 上市公司发起人股在法定不得转让期间内设定质，担保在可转让时清偿期届满的债权，其质押合同效力如何确认。关于此质押合同的效力共有三种意见：

第一种意见认为，乙织造厂在其持股时间不足两年时以其股份设定质押，违反《担保法》或《公司法》规定，质押无效，主要理由有：（1）出质权利必须是可转让的财产权，而且必须是在设质时可以转让的，在出质时不可转让的股权不能质押。（2）质押股份实际上就是转让股份。乙织造厂质押其股份违反了《公司法》第147条关于发起人股份自公司成立之日起3年内不得转让的规定。（3）发起人股份在3年内质押违反《公司法》第147条的立法目的。《公司法》对上市公司发起人股份转让进行限制，目的是为了防止发起人投机钻营，理由是发起人之便谋取投资人利益。如果允许在3年内不得转让的股权设定质押，发起人就可能规避《公司法》对该种股份转让的限制，通过质押套取现金，投机钻营。因此，应禁止上市公司发起人将其不得转让期内的股份设定质押。

第二种意见认为，乙织造厂的出质股份只要在质权人丁银行依法可以实现质押权时可以转让，就不应以出质时不能转让为由认定质押合同无效，主要理由有：（1）法律和司法解释对上市公司发起人股份在不得转让期内出质的效力问题，没有强制性规定，因此，认定本案质押合同无效依据不足。只要质押合同当事人意思表示真实，且质押行为不违反法律的禁止性规定，不损害国家、集体或第三人利益或社会公共利益，就应当尊重当事人意思表示，认定质押合同有效。（2）本案中的质押合同不违反《担保法》第75条的立法本意。该条要求出质权利必须是可以转让的权利，是要求该出质权利在依法实现质押权时能够变现，使质权人优先取得其交换价值，其立法目的是为了保护债权人的利益。质押人以在不得转让期内的股权质押的，只要质权人在股权不得转让期内，以及债权清偿期届满前不行使质押权，就不存在与不得转让的规定冲突的问题。（3）《担保法》第75条只是调整质押合同当事人

之间的关系，目的在于保护质押权人的权利，不应以此来损害质权人的利益。只要当事人质押的权利在债权清偿期届满时可以转让，质权人的权利可以实现，就没有理由确认质押合同无效，从而导致质权人质权的丧失。(4) 股权自由转让是现代各国公司法普遍遵循的基本原则。公司法限制发起人转让其股份，目的在于维护交易安全，防止出现操纵市场的职业发起人，绝不是对该种股权转让性的否定。乙织造厂以其发起人股质押并不存在投机牟利的问题，故其质押与《公司法》第 147 条并无根本冲突。

第三种意见认为，本案质押合同于质押股份法定不得转让期内不生效，丁银行在此期间不享有质押权；该股份依法可以转让后，质押合同生效，丁银行才能行使质押权。

甲省高院倾向于第一种意见。

2. 如果质押合同无效，丙服装公司能否依据其与乙织造厂、面料公司签订的红利抵债协议对乙织造厂在丙服装公司的红利主张权利。关于该问题，主要有两种意见：

第一种意见认为，丙服装公司抵债协议抗辩宜兴市人民法院执行乙织造厂红利的理由不能成立，主要理由有：(1) 面料公司对丙服装公司的债务与乙织造厂对面料公司的债务是两个不同的法律关系。在三方债务履行协议中，面料公司未将其对乙织造厂享有的债权转让给丙服装公司，也未将其对丙服装公司负有的债务转让给乙织造厂，乙织造厂对丙服装公司不负有债务。协议实际上是乙织造厂将处于不确定状态的预期收益代面料公司偿还面料公司所欠丙服装公司的债务，且代为履行的数额不明确，缺乏协议的必备条款，故该协议不成立，丙服装公司不得行使抵销权。(2) 丙服装公司的利润分配方案必须在 2001 年 6 月 9 日上午召开的股东大会上通过并形成决议后才能生效，且红利分配的具体实施也有一定时间，而宜兴市人民法院在丙服装公司股东大会刚刚通过利润分配方案后就立即采取了冻结措施，丙服装公司此时已无权处分。

第二种意见认为，丙服装公司的抗辩理由成立，主要理由是：三方签订的红利抵债协议，是附条件的民事法律行为。其条件为乙织造厂能够从丙服装公司分得面料公司所欠丙服装公司债务额内的红利。根据《民法通则》第 62 条的规定，三方用红利抵债的协议在所附条件成就时生效，即丙服装公司 2000 年股东大会作出分红决议后生效。由于三方约定的红利抵债为连环抵债，最终红利应由丙服装公司取得，而该红利款原本就为丙服装公司占有，乙织造厂或面料厂无需履行支付红利的义务。参照《合同法》第 140 条、第 174

条的规定，丙服装公司股东大会作出分红决议后，不仅三方协议生效，而且红利所有权即时转移。宜兴市人民法院在此之后送达冻结裁定或协助执行通知书，此时丙服装公司处已无乙织造厂财产可供执行。宜兴市人民法院不应再行裁定扣划丙服装公司银行存款。

甲省高院倾向于第二种意见。

最高人民法院的答复意见是：

1. 关于本案发起人股份质押合同效力的问题，基本同意江苏高院的第二种意见。《公司法》第147条规定对发起人股份转让的期间限制，应当理解是对股权实际转让时间的限制，而不是对达成股权转让协议时间的限制。本案不应以该股份在设定质押时依法尚不得转让为由确认质押合同无效。

2. 关于本案中三方当事人达成的以股份所产生的红利抵债的协议（简称三方抵债协议），认为该协议性质上属于三方当事人之间的连环债务的协议抵消关系，抵消的条件可由当事人自主约定。同时，该协议属于预定抵消合同，当事人之间将来发生可以抵消的债务时，无须另行作出抵消的意思表示，而当然发生抵消债务的效果。

3. 关于股份质押协议与三方抵债协议的关系问题，因本案股份质押权的行使附有期限，质押的效力只能及于质押权行使期到来之后该股份产生的红利，故质押权人不能以股份质押对抗依据三方抵债协议所为的抵消。

4. 乙织造厂在丙服装公司的红利一旦产生，按照三方抵债协议的约定，丙服装公司给付乙织造厂的红利即时自动抵消面料厂对丙服装公司的债务，不需要实际支付。因此，在宜兴市人民法院向丙服装公司送达协助执行通知时，被执行人乙织造厂在丙服装公司的红利债权已经消灭，不再有可供执行的债权。

## 【裁判解析】

股权质押的强制执行及发起人股在禁售期内能否强制执行问题，之前已有多个案例从不同侧面涉及。而本案则是沿着发起人股继续追问的一个问题，在禁售期内发起人股设定股份质押是否有违反公司法之嫌，在执行程序是否亦有限制性措施？对于上市公司发起人以其股份孳息抵债的行为效力该如何看待？前述案例评析中曾就股权质押及孳息问题作了简单分析，在此结合发起人股这一特定对象进一步分析与研究。

**一、发起人在限制转让期内可以质押其股份。**禁售期内的发起人股能否转让，在案例第186评析中已经作了介绍。在处理此类纠纷中，事实上采用

了物权行为与债权行为相区分的司法理念。有法官对此进一步加以细化：订约行为虽在禁售期内，但其约定的履约期在禁售期外的，应当认定其约定有效；但如果当事人订约时间和履约时间均在禁售期之内，则应认定其合同因为约定的内容违反了效力规范性质的强制性规定而无效。<sup>①</sup>《公司法》关于发起人股限制转让条文的规范属性究竟如何暂且不论，但《公司法》该条文应当只是对转让股份的客观行为作出限制性规定，并没有对股东转让股权的主观意思表示时间作出限制。因此，发起人在禁售期内表示在禁售期届满之后转让股权，也就是附期限的转让股权并不违反《公司法》的规定。<sup>②</sup>对发起人股权转让期限的限制，只要在禁售期内不实质转让股份即可，当事人在禁售期内签订预约性股权转让协议，将实际股权转让时间安排在限制转让期满后的，该发起人股转让协议应当有效。

那么发起人在禁售期内设立质权的合同效力如何呢？最高人民法院执行工作办公室（2002）执他字第22号《关于上市公司发起人股份质押合同及红利抵债协议效力问题请示案的复函》认定，发起人股质押合同签订于禁售期内，但在质押权人有权行使质押权时，该质押的股份已经没有转让期间的限制，因此，不应以该股份在设定质押时依法尚不得转让为由确认质押合同无效。《物权法》第219条第2款规定了质权人的优先受偿权。优先受偿权是质权人实现质权担保作用的方式。质权人实现质权，就质押财产的变价优先受偿，其前提条件是债务履行期届满而债权人未受清偿。发起人在禁售期内将其股权质押，在主债务偿还期未到来之前，显然并不会发生质押权实际行使的问题。进一步而言，即便在禁售期内质押权实现的条件已经具备，只要质押权人并不实际主张变卖质押的股权，而是等待禁售期满后再行使，也同样不能否认质押合同的效力。换言之，发起人股权出质并不受限制，只是股权质押的实现受限制。<sup>③</sup>

**二、本案以股份红利抵债协议应当有效。**案件中丙服装公司召开股东大会，通过了每10股派发现金红利1元人民币的决议，这是一种以现金形式派

<sup>①</sup> 张勇健：《发起人股份转让限制若干问题研究——〈公司法〉第147条第1款之理解和适用》，载《法律适用》2005年第3期。

<sup>②</sup> 王东敏：《股份有限公司发起人股份转让和质押的限制——平江县国有资产管理局与湖南泰和集团股份有限公司股权转让纠纷上诉案》，载《民商审判指导与参考》2003年第1卷，人民法院出版社2003年版，第226~227页。

<sup>③</sup> 高圣平：《物权法与担保法：对比分析与适用》，人民法院出版社2010年版，第348页。

发的红利，与案例第 184 评析中股票股利相比，现金股利属于现实的分配，分配的结果能够增加股东当前的真实收入，包括现金收益或股权收益。从另一个方面而言，公司盈余分配都具有不确定性，这由公司的盈利能力、公司的发展前景等决定。本案之中，丙服装公司、乙织造厂与面料公司三方于 2000 年 11 月 8 日签订了“债务履行协议”，早于 2001 年 6 月 9 日丙服装公司的分红决议。因此，丙服装公司是以将来可能的预期收益抵债，是对特定的债务履行方式进行的约定。该合意抵债协议的效力如何？对此应当分两个层面进行讨论：

1. 在被执行程序启动之前，债务人（被申请人）与案外人已经达成了合意抵债协议，协议标的物与执行标的物重合，之后的执行程序是否影响合意抵债协议的履行。结合具体案情，当事人之间达成的合意抵债协议之标的物具有一定的特殊性，即为预期收益，该协议出于当事人真实的意愿，协议中所确定的债权债务均是真实存在的。依据《合同法》第 100 条的规定，在排除了恶意逃债的情形以外，该协议的效力并不因还债方式特殊而受到影响。<sup>①</sup> 抵消的发生，不仅有法定抵消的情况，还有当事人之间协议合意的情况。在合意抵消的情况下，债务人得约定以自己对于第三人之债权与债权人之债权为抵消，第三人也可以以自己对于债权人之债权为债务人与债权人订立抵消契约。<sup>②</sup> 基于合意抵债协议，由于乙织造厂对面料公司负有债务，而丙服装公司对面料公司享有债权，进而乙织造厂以其在丙服装公司的红利抵消对面料公司的债务，抵消的范围是丙服装公司对面料公司享有债权范围内。一旦丙公司作出分红决议之后，乙织造厂就享有了随时要求丙服装公司给付红利的请求权，以抵消对面料公司的债务。在乙织造厂的分红确定之后，甲市人民法院作出民事裁定，冻结乙织造厂在丙服装公司应分得的全部红利，并由执行人员于当日上午向丙服装公司留置送达该裁定和协助执行通知书。此时乙织造厂在丙服装公司的红利债权已经消灭了，不再有可供执行的债权。仅就这一问题，丙服装公司的异议成立。

2. 若质押合同生效，丁银行对乙织造厂在丙公司的红利主张质权，是否影响到合意抵消协议的履行。如上文所述，发起人股权出质并不受限制，只

<sup>①</sup> 最高人民法院将其认定为连环债务的协议抵消关系，并且是预定抵消合同。当事人之间将来发生可以抵消的债务时，无须另行作出抵消的意思表示，而当然发生抵消债务的效果。参见最高人民法院执行工作办公室《关于上市公司发起人股份质押合同及红利抵债协议效力问题请示案的复函》〔（2002）执他字第 22 号函〕。

<sup>②</sup> 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 871 页。



是股权质押的实现受限制。丙服装公司是1999年1月向社会公开募集设立的股份公司，按照当时《公司法》的规定，1999年1月至2002年1月是发起人股的禁售期，而乙织造厂与丁银行于2000年10月23日“债务重组协议”，重组期限至2005年9月25日。同时签订了发起人股权质押合同，并于2000年11月3日办理了质押登记。本案之中签订质押合同的时间在发起人禁售期内，但并未约定在该期限内行使质权，故涉案发起人股权质押合同有效，质押行使应当具备重组期限届满时而债权人未受清偿这两个条件，即在约定的重组期限2005年9月25日之后。丁银行实行质权时间晚于当事人达成“债务履行协议”的时间（2000年11月3日）。质押的效力只能及于质押权行使期到来之后该股份产生的红利，故质押权人不能以股份质押对抗依据三方抵债协议所为的抵消。

**三、股权质押是否及于股份所派生的孳息。**《担保法》第68条第1款规定：“质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的，按照约定。”《担保法司法解释》第104条规定：“以依法可以转让的股份、股票出质的，质权的效力及于股份、股票的法定孳息。”《物权法》第213条规定：“质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。”可见，我国立法上对于质权孳息收取规则是该条一种任意性规范，即在双方对孳息没有特殊约定的情况下，孳息的收取权归质权人，但收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用。质权的效力及于孳息，这里的孳息是主张质押权后至实现质押权期间所派生的孳息，还是设定质押之后的任何孳息均可行使优先权？这一问题主要是权利质押的效力与权利质押实现之间的界定。

股权质押的效力，是指质权人就质押股权在担保债范围内优先受偿的效力及质权对质押股权上存在的其他权利的限制和影响力。<sup>①</sup>在理论研究中，股权质押的效力一般就是效力范围，包括了对出质人的效力，对质权人的效力，对出质物的效力及对第三人的效力。而股权质押的实行，是指股权质押人于其债权已届清偿期而受清偿时，处分出质权而使其债权优先得到清偿。因此，一般认为，股权质押人对于质押股权孳息的权利，应当是主张质押权后至实现质押权期间所派生的孳息，而不能是设定质押之后的任何孳息皆可行使优先权，或者只能是主债务履行期届满后的股份孳息，即只有可以主张质押权利之后所派生的孳息才可归于质押权人。本案执行法院最终采纳的即为此种观点与主张。

<sup>①</sup> 阎天怀：《论股权质押》，载《中国法学》1999年第1期。

## 强制执行股东 股份以充抵其所欠公司债务

### 【关注焦点】

依我国《公司法》有关规定，公司原则上不得收购本公司之股票。问题是，当股东欠公司债务而又确无其他资产可供执行时，可否判令股东以其所持公司股份抵偿公司债务？

### 【基本案情】

申请执行人：A 房地产经营公司

申请执行人：B 国有资产投资管理有限公司

申请执行人：甲实业股份有限公司

被执行人：C 股份有限公司

A、B、C 三公司共同出资设立甲公司，在甲公司 8000 万元的股本金中，C 公司持有 4400 万元的股份，A 公司持有 1450 万元股份，B 公司持有 400 万元股份，其余股份由各小股东占有，在甲公司经营过程中，C 公司利用其控股地位，以其 1100 余万元的房产高额作价 4000 余万元抵偿其欠甲公司的债务。A、B 两公司不服，在甲公司无法作出起诉 C 公司决议情形下，遂代表非控股股东提起诉讼，诉请法院判令 C 公司赔偿给甲公司所造成的侵权损失，后经法院判决，C 公司应给付甲公司人民币 2800 余万元及其他有关费用。该

判决生效后，C公司没有自觉履行判决所确定的给付义务。2000年11月10日，原告A公司与B公司以及第三人甲公司向法院申请执行被告C公司。

接到执行申请后，法院依法立案，并向被执行人C公司送达了执行通知书，执行中了解到，除持有甲公司股份外，C公司再无其他财产可供执行，遂于2001年1月16日查封了C公司持有的4000万股甲公司股份，并委托某会计事务所对该股份价值进行评估。经评估，甲公司的股份，每股净资产约为0.92元，2001年4月16日，法院委托某拍卖行有限公司拍卖查封的4000万元甲公司股份，但拍卖未成交，该股份也无法变卖。至此，被执行人C公司所欠申请执行人甲公司的全部本金和利息，以及所欠甲公司与A、B两公司垫付的诉讼费、财产保全费、执行费、评估费等，已达3600余万元。

## 【审理要览】

执行法院经研究后认为：被执行人C公司所欠主要是申请执行人甲公司的债务，而现在执行回来的只是C公司持有的4000万股甲公司的股份，该股份目前无法拍卖和变卖，只有由甲公司收回以抵顶C公司欠其的债务。《公司法》第149条规定：“公司不得收购本公司的股票，但为减少公司资本而注销股份或者与持有本公司股票的其他公司合并时除外，公司依照前款规定收购本公司的股票后，必须在10日内注销该部分股份，依照法律、行政法规办理变更登记，并公告。公司不得接受本公司的股票作为抵押权的标的。”从此条规定可以看出，一般情况下，公司是不得收购本公司股票的，但在特殊情况下，法律允许公司按照法定程序收购公司的股票。甲公司如果收购了C公司所持的股份，C公司在甲公司的股份才能注销，甲公司的资本也必然会减少，从而符合了法律对收购本公司股票的特殊要求。但是要真正做到这一步，必须经甲公司的股东大会同意授权。C公司至今仍然是甲公司的控股股东，甲公司无法在股东大会上作出这样的决议。为维持法律的尊严，规范和完善股份公司制度，依法保护股份公司所有股东的合法权益，制裁股份公司内部发生的侵权行为，只能由人民法院强制甲公司收购C公司持有的甲公司股份。据此，法院于2001年4月28日裁定：以甲公司对C公司享有的36426331元债权作为收购款，强制收购C公司持有的39593838股甲公司股份，收购后，甲公司依法相应减少其注册资本并注销股份。

法院该项裁定生效后，被执行人C公司所欠申请执行人甲公司的债务已清偿。C公司所持有的甲公司股份也相应地由4400万股减为4576162股，甲

公司注销股份的法律手续已办理完毕，并已召开了新一届股东大会，选举组成了新的董事会和经营班子。目前，甲公司的经营状况良好。

## 【裁判解析】

股权作为一种财产权，在执行程序中作为执行标的用于偿还对第三人债务并无异议。但作为债务人的股东对公司负有债务，在无其他财产可供执行的情况下，能否执行股东持有的公司股份，抵偿该股东所欠公司的债务？这一方面可以分为两个层次：（1）公司资产价值与股东持有的公司股权的关系，即公司股权的增加减少是否对公司资产价值产生影响；（2）以股东持有的公司股权抵偿债务是否违背公司不得收购本公司股份的原则？

**一、股东以其股份抵偿所欠本公司债务之合法性分析。**股份代表了股东在公司的投资份额，自然属于股东的合法财产范畴。但这种财产的性质又不完全等同于民事主体的其他动产或不动产。如何认识股份，可从两个角度来看：一是从公司外部向内看，股份是股东权益的价值反映，是股东对公司剩余价值的要求权，是其中可计量部分在会计系统中的反映；二是从公司内部向外看，股份是公司对股东义务的价值反映，是股东投资、公司经营、利润分配等行为结果的价值计量。<sup>①</sup>因此，一国在相关制度设计上会有不同的价值取向和利益平衡，故而在制度取舍上也会有不同的态度。在英美法系国家，强制公司回购异议股东的股份，其目的在于平衡异议股东和公司以及其他股东之间的利益冲突。任何一个股东加入一个公司，总是有着他的投资偏好，当公司变化得不符合其投资偏好，甚至是不能忍受时，该股东就会产生离开公司的想法。另外，公司的变化可能会损害一部分股东的利益，受损害或者有受损害之虞的股东有权离开公司。<sup>②</sup>

从学理上来讲，股东退出公司主要包括了两种途径，主动退出公司或强制退出公司，具体包括了转让股份或者强制公司收购股份。转让股份不会对公司资产，公司债权人带来实质性影响，而争论的焦点是强制公司收购股份

① 黄中：《从法学视角对权益定义的探讨》，载《会计研究》2004年第8期。

② 王义松：《有限公司股东退股的法律分析》，载《法学论坛》2006年第3期。

的方式。<sup>①</sup>在当前《公司法解释（三）》中规定了股东除名制度，事实上也是股东退出制度中的一种类型。但从上述司法解释的立法意图可知，对于股东除名制度的运用还是持比较谨慎的态度。可以说，股东退出制度是一把双刃剑。我国公司法上规定了有限责任公司异议股东买回请求权，股份有限公司收购本公司股权制度。值得注意的是，本案中的股份公司收购本公司股权，并不同于《公司法》所规定的股份有限公司回购公司股份之情形，涉案强制收购到底是什么性质？

1. 执行程序中强制收购之本质。依据《执行程序规定》第52条对被执行人在其他股份有限公司中持有的股份凭证（如股票），人民法院可以扣押，并强制被执行人按照《公司法》的有关规定转让，也可以直接采取拍卖、变卖的方式进行处分，或直接将股票抵偿给债权人，用于清偿被执行人的债务。故在《上市公司规定》第8条规定了人民法院执行股权，必须进行拍卖。股权强制执行的结果是股权本身并不消灭，而持有股权的主体发生变化。本案之中，由于拍卖未成交，强制股份有限公司出资购买本公司股权，就是由公司代替股东，抵偿股东对执行申请人的债务，而公司获得的对价是受让了本公司的股权。执行程序中强制收购的结果是公司受让了本公司的股权，公司发生了实质性减资。虽然强制执行股权与执行程序中强制收购本公司股权都是以实现申请执行人的权益为落脚点的，但执行程序中强制收购本公司股权以抵偿股东债务本质上并不属于股权的强制执行，并且很有可能造成了公司注册资本的实质减少。

2. 执行程序中强制收购不同于股东主动退出。股东不得随意收回出资，若不加以限制，可能损害公司和其他股东的权利。并且公司资本的减少使公司的偿债能力下降，从而影响到公司债权人的清偿。在韩国学者看来，“实质减资等于股东先于债权人回收所投入的资本”。因此《公司法》对有限责任公司股东行使异议股东买回请求权规定较为苛刻的条件。并且公司股份收买必须符合股份回购的最低财务要求，即不能导致公司资本金的减少。公司不能

---

<sup>①</sup> 例如公司取得自有股份制度可能会危及作为公司赖以存在必要前提的资本充实原则；若允许公司收购自己的股份，由于公司对自己的情况享有天然的信息优势，因此公司就有可能利用自己的雄厚财力操纵公司的股票价格，而造成市场运行秩序紊乱和损害中小投资者的利益；假如允许董事利用公司资金囤积自有股份，则会阻碍其他投资人对公司股份在购买，从而导致公司支配的固定化等等。参见赵万一等：《公司取得自有股份制度法律问题研究》，载《国家检察官学院学报》2005年第2期。

满足最低财务要求时，公司有权解除与异议股东之间的股份回购合同关系。<sup>①</sup>故执行程序中强制收购支付的款项，应当以满足申请执行人债权为限，也不论回购资金的来源，股权评估的结果不是作为回购股权的对价，而是作为偿还申请执行人债权的款项。

3. 执行程序中强制收购不同于股份有限公司回购股份制度。股份有限公司对公司自有股份的取得，本质上是一种商业行为，有利于确保公司资产，保障中小股东及公司债权人的利益，并促进证券市场高效、有序地运作，因而具有合理性。在立法上，各国既无绝对的禁止，也无完全的允许，总的趋势是逐步放宽其限制。其中，英美法系主要运用财源限制，而大陆法系更注重公司取得自有股份目的之限制和范围之限制。<sup>②</sup>执行程序中强制收购则是人民法院运用执行权“强制”公司抵偿股东对申请执行人的债务，在“强制”过程中无需考虑回购资金的来源，公司取得自有股份目的和条件。并且，在实际上“非法”剥夺了公司的财产。

综上，执行程序中强制收购本公司股份在我国立法上是没有规定的，并且也不符合《公司法》上公司回购自己股份的条件。在实践中，我国上市公司曾经出现了以股抵债的现象，中国证监会曾批准《关于同意通化东宝药业股份有限公司注销以股抵债股份的批复》（证监公司字〔2006〕143号）等，其中强调了以股抵债是为了纠正控股股东占用公司资金的过错，且公司回购股份之后应及时办理股份注销和变更登记等工作，并及时履行信息披露义务。这种做法仅是比较简单的一种行政管制措施，可以理解为“特事特办”，并无法律依据。本案之中，人民法院以《公司法》第143条为法律依据，强制公司回购自己股份的做法并不适当。同时，在执行程序中，亦应当将其与股权的强制执行相区别，随意突破《执行程序规定》的做法并不可取。

**二、股东以其股份抵偿所欠本公司债务面临之程序障碍。**假设在执行程序中，需要适用该项制度，对其程序是否有特别要求呢？股权强制执行程序中，有限责任公司带有浓厚的人合色彩，为了保护原股东的利益，我国法律规定了股东对转让股权的优先购买权。《执行程序规定》第54条对此作了明确规定。在执行有限责任公司中股权时，强制公司收购本公司股权，是否有程序性限制。参照《公司法》关于减资、公司提供担保的程序制度，强制抵

① 王东光：《股东退出法律制度研究》，复旦大学2008年博士学位论文。

② 赵万一等：《公司取得自有股份制度法律问题研究》，载《国家检察官学院学报》2005年第2期。

债实应经股东大会讨论。如果是主动抵债情况下，股东会配合公司股东会决策，这时将面临该项决议能否被通过的问题；如果是被动抵债的情况下，则面临被执行股东是否同意的问题。由于该项表决议题关系到被执行股东切身利益，在股东会决议程序中是否应当运用股东表决权排除？股东表决权排除，是对资本多数决原则的一种有条件的修正，是在承认控制股东控制地位的前提下，对控制股东与其他股东利益的一种权衡和调整。另一方面，股东表决权排除制度，仅是股东表决权的非常状态，资本多数决仍是公司决策问题上的根本原则。所以应当尽量避免股东表决权排除制度对公司经营决策过分的积极干预。因此，股东表决权排除一般都是法律明文规定，严格加以适用。参照欧共体公司法指令第34条第1款的立法精神，股东表决权排除制度主要被限制于以下情形：（1）免除股东责任；（2）公司可以对该股东行使权利；（3）免除该股东对公司所负的义务；（4）批准公司与该股东之间订立的协议等。本案之中，C公司作为甲公司的股东，在甲公司中享有55%的股权，拥有控股地位，并且由于甲公司经营状况良好，C公司不愿意放弃在甲公司的控制地位。那么，在执行过程中如果C公司参加股东会表决以股抵债议题，很有可能不能获得通过。因此，为了使申请执行人的合法权益得到实现，并且该议题的内容涉及股东对公司债务的免除，应当通过立法的明确，适用表决排除制度。

在股权强制执行程序中，股权价格的评估也是其中重要环节。对于股权价值的评估，应遵循等价评估原则，在查封或拍卖股权时应做到与执行标的额相当，不能随意侵犯被执行人应有的财产权。具体实施过程应当注意：（1）以认缴并以实际缴付的出资额为重点，即以转让方缴付的并经注册会计师验证和公司认可的出资额为依据；（2）公司的实际盈亏是作价的基础；（3）公司的发展前景是作价的条件之一。强制公司回购自己的股份的情况下，股份作价规则可以参照债转股的评估规则来进行。

**三、股东以其股份抵偿所欠本公司债务与公司债权人利益该如何平衡？**以股抵债属于市场经济中一种交易方式，也是市场主体处置自身权益的真实意思表示。在理论上不应轻易对其持否定态度，但由于该项制度涉及利益相关者众多，且相关配套制度基本空缺。因此，可以在理论上作进一步探讨，实务操作中不应当提倡。如上文所述，强制公司回购自己的股份，实质上导致公司净资产从公司流出，公司的信用或者说公司的偿债能力面临降低的危险。这里可主要结合公司法上关于减资的制度进一步分析。公司减资过程中债权人利益保护制度包括了：（1）减资的效力。一些国家或地区均对保护债

权人作了明确的规定。例如，加拿大商事公司法第38条规定：“如果有合理的理由相信：①公司不能或在资本减少后不能支付；②公司资产可实现的价值将因此而低于债务总和；那么公司不得减资。”（2）债权人的减资停止请求权。一旦公司违反相关法律规定，不履行债权人保护程序，致使债权人蒙受损失之虞时，债权人享有请求公司停止减资的权利。这是一种事前防御的措施，通常发生在减资尚未开始或尚未结束的阶段。债权人行使这种请求权的方法分两种：一是诉讼外方式，二是诉讼方式。（3）减资无效诉权。债权人由于特定事由而享有的请求法院判决公司减资行为无效的权利。这是一种事后救济措施，发生在减资行为完成并且生效之后。<sup>①</sup>

在债权人的保护方面，德国立法规定，董事会或监事会应当将削减资本的决议在商业登记簿上登记注册。在发布公告后6个月内，债权人可以申报债权，如果债权不能实现，则应当向债权人提供保证金。对于股东因为削减资本所可获得的支付款，必须于公告期满后，即发布公告后的6个月后，才能现实地支付。《韩国公司法》规定债权人保护程序主要分为公告、催告及债权人的异议，即公司自资本减少之决议起两周内，向公司债权人公告；债权人如有异议，应当在一个月内提出；对于公司已知的债权人，应当进行催告；公司债权人如果提出异议，应有公司债权人集会的决议，在此期间，法院根据利害关系人之请求，可以延长异议期间；对于提出异议的债权人，公司应清偿债务或提供相当的担保，或以此为目的将相当的财产信托给信托公司。同时，规定在资本减少的程序或内容上有瑕疵时，即资本减少的方法或其他程序违反股份平等原则时，违反其他法令、章程或显著不公正时，股东、董事、监事、清算人、破产财产管理人或者不承认资本减少的债权人均可以提起。<sup>②</sup>

就我国公司立法而言，虽然减资的程序成本相对较高，但我国立法上采纳的减资决策配置给股东大会特别决议的立法例，以股抵债也应当是先由公司作出股东会特别决议，此时抵债协议可以已经签订也可能尚未签订。从公司团体法角度来看，公司内部的决策并不当然对债权人发生约束力，且由于以股抵债是在执行程序中发生的，应当是法院作出回购裁定之前，由人民法院发布公告，告知债权人公司发生以股抵债的事实，给予公司债权人足够的时间行使债权。从另一方面讲，如果在人民法院作出裁定之后再公告债权人，

① 参见李智：《公司减资制度初探》，载《政法论丛》2005年第1期。

② 李智：《公司减资制度初探》，载《政法论丛》2005年第1期。



则可能会出现基于法院裁定的实质性减资而给债权人带来损害。所以，以股抵债协议应当从当事人签订合同时发生法律效力，这一效力只能基于当事人之间。该协议何时真正发生对抗公司及第三人效力，依照以股抵债程序的要求，应经公司股东会特别决议以及公告期满后才能发生对抗效力。如果该类抵债实质影响公司债权人债权实现时，公司债权人可以行使减资停止请求权和减资无效请求权，而且这与合同法上的撤销权亦不完全等同，此属于公司法基于债权人利益保护所特别建立的规则，其适用条件等均按公司法的特别规定进行处理。



## 公司未经清算被注销 股东是否当然成为被执行主体

### 【关注焦点】

公司未经清算而注销却又负有判决确定之债务时，是否当然可以追加其股东为被执行主体？如不是当然追加，又应当设定怎样的条件？即便追加，被追加股东又应当承担什么样之法律责任？

### 【基本案情】

申请执行人：A公司

被执行人：B公司

变更执行人：陈甲、陈乙

2005年11月29日，法院作出判决，确定B公司返还A公司25万元，并承担案件受理费6260元。判决后，双方当事人均未提起上诉，该判决发生法律效力。由于B公司未自动履行判决义务，2006年6月26日，A公司向法院申请执行。执行过程中，A公司以B公司未经清算即注销、股东在注销清算报告中承诺承担责任为由要求变更其股东陈甲、陈乙为本案被执行人。

执行法院经听证审查查明：B公司于1996年10月30日登记注册，注册资本为50万元，公司股东为陈甲、陈乙。2006年5月8日，公司两股东向工商管理行政部门提交了B公司注销清算报告，两股东在该清算报告中承诺：公司

债务已清偿完毕，若有未了事宜，股东愿意承担责任。2006年6月21日，B公司被工商部门准予注销登记。

## 【审理要览】

执行法院审查后认为：作为被执行人的B公司注销后，其主体资格不复存在。鉴于其在注销时首先约定了企业的债务承受人为两股东，其次公司原有资产已被两股东清理完毕，导致本案无财产可供执行，故裁定B公司所负债务由两股东负责清偿。裁定后，两股东不服，向上级法院申请复议。

上级法院经审查后认为：作为被执行人的公司未经清算即被注销的，执行机构仅在申请执行人主张并举证证明其股东无偿接收公司财产的情形下，才有权直接以裁定变更其股东为被执行人，而且裁定股东承担责任的范围应限定在无偿接收财产的范围之内。除此情形外，申请执行人如认为股东未履行法定清算义务即将公司注销应承担赔偿责任，需通过审判程序解决。据此下发复议通知：原审法院就B公司注销时的财产状况等相关事实进行调查，并根据调查结果再对本案作出处理。

## 【裁判解析】

本案涉及两个层面的问题：（1）本案被执行主体注销的事实发生在执行程序启动以前。生效法律文书作出后至申请执行前，主体发生分立、合并、撤销、注销的，应由执行机构裁定变更执行主体？（2）申请执行人以股东未履行法定清算义务即将公司注销、股东在注销清算报告中承诺承担责任为由要求变更股东为被执行人的，执行机构应如何处理？这两个问题关系到执行机构与裁判机构的职能分工、执行裁决程序的审查范围。此外，实践中主体变化的事实发生在诉讼阶段，而生效判决没有对诉讼主体作出相应变更的现象也屡见不鲜，此时如何处理？

**一、可否因公司未经清算注销而追加其股东为被执行主体？**前述案例第180评析已经就开办企业的责任进行了分析。依《执行程序规定》第80条规定，执行程序中未注销企业的开办单位可追加为被执行人，且要求他们在未出资范围内为企业债务承担补充赔偿责任。这里，开办单位事实上具有出资人或股东的地位，因此，对于未注销的公司股东也常常比照处理。那么在公司注销后，出资人或股东是否应当承担偿还公司对外债务的责任呢？公司

注销后原股东原则上不再对公司注销前的债务承担责任，这也是股东有限责任制度的必然延续与要求。所以，一般情形下不应因公司注销而即追加其股东为被执行人。但在现实经济生活中，实际存在着公司未经清算即办理注销登记的情形，主要有：（1）公司解散后没有清算，但是以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记。（2）公司解散后，股东或第三人向登记机关承诺负责清理债权债务但公司并未清算情形下，办理了公司注销登记。

公司未经清算而办理注销登记，或公司股东对公承诺而即注销公司，这一现象产生于《企业登记管理条例》以及该条例《施行细则》的有关规定和目前工商性质管理机关的具体行政行为之中。对这种承诺如何看待，存在三种不同观点：一种观点认为，既然《企业登记管理条例》及《施行细则》将出具负责清理债权债务文件与清理债务完结作为注销的两个同等条件，该承诺的结果就应等同于清理债务完结的结果，清算义务人应当承担企业法人债务的偿还责任。另一种观点认为，鉴于实践中清算义务人向工商管理机关出具的承诺五花八门，故应分别予以对待，不应过多加大清算义务人的民事责任。对于明确承诺承担偿还责任的，或承诺予以担保的，应当按照其承诺承担偿还责任或担保责任；如果仅仅承诺负责处理等，则不宜要求其承担偿还责任，而应由其承担清算责任。第三种观点认为，对于承诺负责处理的，不应免除其对企业法人的民事责任，应由其在造成企业法人财产损失范围内对企业法人的债务承担赔偿责任。<sup>①</sup>一般认为，股东对公承诺构成了一种并存的债务承担处理，股东作出承诺时，公司尚未办理注销登记，公司仍然是债的关系中的债务人，承诺人作为并存的债务承担人加入到原先债的关系之中。

**二、执行程序中追加股东为公司注销前债务承担责任之条件。**执行实务中，申请执行人往往以公司未经清算即注销、股东在注销清算报告中承诺承担责任为由申请变更股东为被执行人，要求股东对公司债务承担清偿责任。对此，有两种不同的态度：一种观点认为，根据《民事诉讼法》第213条规定，作为被执行人的法人或其他组织终止的，由其权利义务承受人履行义务。既然股东在注销被执行人单位时明确承诺承担责任，可以追加股东为被执行人。第二种观点认为，此种情形应另行诉讼解决，执行机构不予处理。依据《执行程序的规定》第81条，被执行人被撤销、注销或歇业后，上级主管部门或开办单位无偿接受被执行人的财产，致使被执行人无遗留财产清偿债务

<sup>①</sup> 吴晓明主编：《最高人民法院关于公司法司法解释（一）、（二）理解与适用》，人民法院出版社2008年版，第383页。

或遗留财产不足清偿的，可以裁定由上级主管部门或开办单位在所接受的财产范围内承担责任。据此，作为被执行人的公司未经清算即被注销的，执行机构仅在申请执行人主张并举证证明其股东无偿接收公司财产的情形下，才有权直接以裁定变更其股东为被执行人，而且裁定股东承担责任的范围应限定在无偿接收财产的范围内。那么，是否可以根据股东在清算报告中承担责任的承诺，认定股东为公司注销后的权利义务承受人，根据《民事诉讼法》第213条的规定，追加股东为被执行人呢？

《公司法解释（二）》第20条第2款已经明确了作出承诺的公司股东，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。那么，在股东仅承诺承担责任或负责处理而未明确承受公司权利义务的情况下，执行机构不宜裁定变更股东为被执行人的顾虑已经不存在了。从执行程序来看，这一规定构成了执行力扩张的实体法依据。申请执行人追加公司股东作为被执行人，应当以当事人的申请来启动。因为处分原则是民事诉讼中的重要原则，当事人有权处分自己的权利。如果当事人不申请，表明其放弃对案外人义务的追求，人民法院不应当干涉。<sup>①</sup> 申请执行人提出追加或变更被执行人时，应当向人民法院提交公司注销时有为公司注销前债权债务承担责任的承诺等初步证据。对此，申请执行人亦无须提供担保。首先，依据《执行程序规定》第84条规定，执行担保主要是被执行人或其担保人以财产向人民法院提供，案件审结后如果被执行人无财产可供执行或其财产不足清偿债务时，人民法院有权裁定执行保证人在保证责任范围内的财产。其次，《公司法解释（二）》已经明确了未经清算而作出注销承诺的股东承担相应责任，基于该实体法之规定，人民法院可以通过裁判直接确定该股东作为义务人，这也包括执行程序。

对于申请人的追加申请，人民法院该如何进行审查？这同样也关系到执行权的定性及范围问题。如果是承担义务主体变化的事实发生在生效法律文书作出以前，即执行依据效力产生之前，当然属于原裁判机构的职责范围，生效法律文书没有作出相应变更的，应当由原裁判机构裁定更正；主体变化的事实发生在生效法律文书作出以后，则属于执行依据效力主观范围扩张的范畴，应当由执行机构以裁定方式变更其权利义务承受人为执行主体。如果需要追加承担义务主体的，一般而言在生效判决作出之后由于追加案外人作

<sup>①</sup> 肖建国：《执行当事人变更与追加的程序研究——基于德、日、韩执行文制度的比较研究》，载《法律适用》2011年第9期。

为被执行人，使得案外人承担了实体上的权利义务，在执行程序中应当有执行机构中负责行使裁决权的机构来处理。<sup>①</sup> 本案之中，被执行主体 B 公司注销的事实虽然发生在执行程序启动以前，但是系生效判决作出以后，执行机构应当办理。

确定了追加被执行人的审查机关之后，进而也需要明确对执行被申请人变更与追加事由进行的是实质审查还是形式审查？如前述第 178 案例评析所言，执行程序中应当贯彻程序性审查为主的原则，同时考虑到我国执行机关同时行使执行裁决权和执行实施权两种职能，对于实体权利内容的如果立法有明确规定的，可以由执行机关径行裁决。例如《执行程序规定》第 81 条规定，被执行人被撤销、注销或歇业后，上级主管部门或开办单位无偿接受被执行人的财产，致使被执行人无遗留财产清偿债务或遗留财产不足清偿的，可以裁定由上级主管部门或开办单位在所接受的财产范围内承担责任。本案之中，《公司法解释（二）》已经明确了未经清算作出注销承诺的股东承担民事责任，因此执行机构可以依据股东在清算报告中作出的承诺，直接裁定追加其为被执行人。除此情形外，申请执行人如认为股东未履行法定清算义务即将公司注销而应承担赔偿责任的，则一般应当通过审判程序予以解决。

**三、股东为公司注销前债务承担责任之形式。** 具体而言，公司注销引发股东可能承担责任的主要情形包括：（1）公司设立中存在瑕疵，在公司注销之后，由于股东不履行其法定出资义务，使公司财产减少，损害了债权人利益的，属于违反法定义务应承担的责任（与公司债务形成不真正连带之债）。公司及公司的债务消灭了，股东的这种法定责任不当然消灭。（2）股东不尽清算之责（这种行为可以是积极的作为，也可以是消极的不作为），造成公司财产流失、贬值，甚至私分公司的财产，致使债权人的债权受到实际损失的，应当对债权人承担赔偿责任。（3）公司因股东承诺而注销，股东的承诺被企业登记机关登记公示，具有对公承诺的性质，是不可撤回的。这种债务承担不受股东（开办单位）所接收的公司财产数量影响。但也有例外的情况，如法释〔2001〕8号文《最高人民法院关于审理军队、武警部队、政法机关移交、撤销企业和与党政机关脱钩企业相关纠纷案件若干问题的规定》第 7 条规定。（4）在公司注销后发现有无未决民事责任的，由分得了被注销公司剩余财产的股东、开办单位或其他单位，其可以按照债务随资产转移的原则，在

<sup>①</sup> 马方伟：《论执行力的扩张》，中国人民大学法学院 2008 年硕士学位论文。

分得的剩余财产的范围内直接向公司债权人承担清偿责任。<sup>①</sup>

司法实践中，承诺主要分为两种情况：一是承诺承担公司债务的，一是承诺对公司的债权债务进行处理的。<sup>②</sup> 第一种情况下，作出承诺的股东应当对公司债务承担偿还或保证责任。第二种情形下，如果公司财产流失无法清算，承诺人在造成公司财产损失的范围內承担赔偿责任。本案之中，B公司被注销之前，B公司两股东向工商管理部门提交了B公司注销清算报告，两股东在该清算报告中承诺：公司债务已清偿完毕，若有未了事宜，股东愿意承担责任。这一承诺有其模糊性。在执行法院看来，B公司两位股东作出的应是承担公司债务的承诺，故作为被执行人的B公司注销后，其主体资格不复存在，鉴于其在注销时首先约定了企业的债务承受人为两股东，其次公司原有资产已被两股东清理完毕，导致本案无财产可供执行，故裁定B公司所负债务由两股东负责清偿，如此理解似无不妥。但在复议法院看来，这一承诺尚不能等同于自愿承担债权债务的承诺，最多仅属于负责清理债权债务的承诺，依据这样的承诺，只能视为股东还须履行清算义务，负责再行清算公司，而对于这样的问题则应当通过审判程序来解决。应当说，复议法院这样的理解，当然更加符合程序正义之原则与精神。

<sup>①</sup> 李巧敏：《论公司注销后股东对债权人的民事责任》，载《广东工业大学学报（社会科学版）》2009年第9卷第2期。

<sup>②</sup> 吴晓明主编：《最高人民法院关于公司法司法解释（一）、（二）理解与适用》，人民法院出版社2008年版，第371页。

## 公司经营权作为司法执行之标的

### 【关注焦点】

公司经营权是什么性质之法律权利？其与公司财产权及其公司人格可否进行分离？当公司经营权作为执行标的之时会带来怎样的法律问题？被执公司之治理机构及其机制该如何与行使经营权之法律主体相互衔接？

### 【基本案情】

申请执行人：甲房地产（有限）公司

被执行人：乙酒店（有限）公司

被执行人：乙物业（有限）公司

被执行人：乙集团（有限）公司

被执行人：王某

1997年3月15日，申请执行人甲房地产公司与被执行人乙酒店公司签订借款协议，约定：甲房地产公司借款人民币5000万元给乙酒店公司用于酒店的精装修、购买设备及安装和开业费用，乙酒店公司以酒店8000万元财产权和5年经营权作抵押担保，届时如乙酒店公司不能按期还款，甲房地产公司有权先索取酒店中价值8000万元产权及5年的经营权。该借款于1997年9月30日偿还3500万元，12月30日前偿还1500万元。该笔借款由乙酒店公司指定汇入被执行人乙物业公司银行账户。借款协议签订的当天，被执行人王某以个人名义向甲房地产公司出具一份《还款承诺书》称：本人保证责任偿还



所借 5000 万元之债务，直至还清为止。同年 5 月 4 日，甲房地产公司又与被执行人乙集团公司签订了一份与上述借款金额、还款日期、担保内容相同的《借款协议》。同年 5 月 8 日，乙酒店公司和乙物业公司共同向甲房地产公司出具了一份《抵押承诺书》称：我公司在乙酒店拥有的 0.8 亿元人民币现有产权，同意抵押给你公司作为借款的保证并不再抵押给第三方（抵押楼层 1~10 层）。自同年 3 月 20 日起至 6 月 3 日止，甲房地产公司委托本公司陈某陆续将 5000 万元支付到乙物业公司账户上。乙酒店公司将该款用于酒店装修、设备购置和安装等，所建成的乙酒店于同年 5 月 26 日开业。事后不久，甲房地产公司发现上述承诺和保证虚假成分严重，重复抵押行为和隐瞒巨额负债的情况突出，为了维护自身的债权利益，行使不安抗辩权，于 1997 年 8 月 15 日向法院提起诉讼，请求判令借款方立即归还所借全部资金并承担相应损失的责任。

## 【审理要览】

一审法院判决：被告乙酒店公司、乙物业公司、乙集团公司、王某向原告甲房地产公司返还借款人民币 5000 万元整。4 被告不服，以“原判认定事实有误，适用法律不当”为由，提起上诉。

二审法院审理认为：上诉人乙酒店公司、乙集团公司分别与被上诉人甲房地产公司签订的借款协议均指的是同一笔 5000 万元借款，因此应视乙酒店公司、乙集团公司为共同借款人；乙酒店公司和上诉人乙物业公司用其拥有的酒店财产为借款作抵押，乙酒店公司和乙物业公司应为借款抵押人；上诉人王某以个人名义保证还款，应为借款保证人。乙酒店公司、乙集团公司与甲房地产公司的借款合同，属企业之间的借贷行为，违反国家金融法规，应认定为无效合同，对此双方均有责任。主合同无效，担保合同也无效。乙酒店公司、乙集团公司依无效借款合同取得的借款应返还给甲房地产公司；乙物业公司、王某明知企业间不能相互借贷，仍为借款合同作担保，应对乙酒店公司、乙集团公司的债务承担连带赔偿责任。据此，于 1997 年 11 月 27 日作出终审判决：乙酒店公司、乙集团在判决书送达之日起 5 日内还款 3500 万元，1997 年 12 月 30 日前还清余款 1500 万元；乙物业公司在向甲房公司抵押的财产范围内对乙酒店公司、乙集团公司的本案债务承担连带赔偿责任；王某对乙酒店公司、乙集团公司的本案债务承担连带赔偿责任。

判决生效后，上述四被执行人未能自觉履行判决所确定的给付义务。申

请执行人甲房地产公司向甲市法院申请执行。鉴于被执行人和需要执行的财产均在乙市，依照《民事诉讼法》第210条第1款之规定，甲市法院于1998年2月17日委托乙市法院代为执行。乙市法院于1998年2月23日立案，同时，向4被执行人送达了执行通知书，责令其于同年3月3日前向申请执行人甲房地产公司履行生效判决所确定的义务，但被执行人仍逾期未予履行。该院经查得知：

被执行人乙集团公司由乙物业公司、乙酒店公司、丙酒店、丁饭店、戊娱乐公司等5家企业组成，注册资金6000万元，但至今仍未真正组建；被执行人乙物业公司系1993年3月13日经批准成立的合资企业，注册资金3000万元，其主要资产为乙商务大厦；被执行人乙酒店公司主要以租赁乙商务大厦附2~10层进行装修后从事酒店经营；被执行人王某为上述各公司法人代表，个人资产不明。同时，全国其他法院受理对乙物业公司讼案30多件，诉讼标的4亿多元。现可供执行的财产只有乙商务大厦、乙酒店及汽车和设备。乙商务大厦除被乙物业公司用作贷款抵押外，另一联建方——A物业公司也将其拥有的26%份额向银行抵押贷款1200万美元。

执行法院委托审计部门对乙酒店进行司法审计，从中发现乙酒店注册资金早已被抽走，就连甲房地产公司的5000万元借款除用于装修和开业等外亦已大都流失，已无资金可供法院执行。为了维护法制的统一和法律的尊严，依法平等保护本地和外地债权人的合法权益，该院依据所有权和经营权分离的原则，在本着既保证国有资产不流失，又兼顾各债权人利益不受损失的前提下，提出了“强制执行乙酒店，将其经营权交付甲房地产公司使用，以收益冲抵债权”的方案。按此方案执行，经测算，乙酒店在交纳租金、扣除成本后，每年净现金流入额应为517万元；乙酒店经营权交甲房地产公司后，以每年517万元额定数额冲抵债权，直至冲抵完毕。申请执行人甲房地产公司与被执行人乙酒店公司均同意这一执行方案。甲房地产公司还向法院书面承诺：接管乙酒店经营权后，保持酒店员工队伍稳定，维持酒店良好经营，按期缴纳租用乙商务大厦的租金和应付税款。同时承诺在法院处理乙商务大厦时，在同等条件下优先购买乙商务大厦涉及乙酒店的相应楼层。

至此，本案以执行和解结案。乙市法院依照《民事诉讼法》第210条第1款之规定，已将执行情况函告甲市法院。

## 【裁判解析】

参照最高人民法院《民事案件案由规定》的理解与适用中表述，企业出

售合同纠纷，转移的是企业的所有权，而不仅仅是经营权，这与挂靠经营、租赁经营不同。企业出售概念中的所有权包括了投资者的最终所有权（对企业的剩余控制权、剩余索取权）和经营权两个主要部分。何为企业经营权，经营权能否作为一种权利类型，是否可以转让甚至作为人民法院执行程序中的执行标的物？本案中人民法院执行乙酒店经营权，以每年经营所得充抵债务的做法事实上是一种委托经营方式，在具体操作中应如何理解和运用？

**一、公司经营权可否作为执行标的？**作为一个法律术语，企业经营权概念在《民法通则》、《全民所有制工业企业法》、《全民所有制工业企业转换经营机制条例》均有出现。在当时计划经济语境下，经营权以国家授权为依据而产生，以全民所有制企业为载体，是依附在全民所有制企业上的一种权利。<sup>①</sup>这一提法本质上是为了化解我国国有企业改革时国家所有权与企业经营权的矛盾，提出国家所有权与企业经营权分离，目的是要使企业成为依法自主经营、自负盈余的主体，从而形成市场机制。<sup>②</sup>经营权并不属于物权范畴，在《物权法》中不规定，并不是《物权法》遗漏。故经营权本身主要是一个经济学概念，作为法律术语当借鉴日本法上“营业”的概念，以及德国判例中的“营业权”概念。<sup>③</sup>在此就不再就经营权内涵的界定展开分析。本书十一号案例对此已有相关介绍与分析。

执行标的是强制执行行为的对象，执行标的可分为财物、行为和人身。<sup>④</sup>基于执行标的的基本法律特征，执行标的来源于生效法律文书确定的给付内容。因此，经营权本身原则上并不能作为执行标的。但经营权是公司对内管理与对外管理的权利综合体，也是公司追逐经营利益的权利载体，从中可以相对独立并分离的权利形态包括了经营权承包、经营权托管等，<sup>⑤</sup>经营权交易、买卖与收购，成为公司发展乃至商业发展的模式之一。司法实践中，通常表现出来的是经营权承包、经营权委托的执行问题。从本案来看，实质上

<sup>①</sup> 王中：《论企业经营权抵押》，载《求索》2005年第6期。

<sup>②</sup> 孟俊红：《全民所有制企业经营权的法律定位及重塑》，载《经济与社会发展》2005年第3卷第7期。

<sup>③</sup> 参见樊涛：《我国营业权制度的评析与重构》，载《甘肃社会科学》2008年第4期。

<sup>④</sup> 肖建华：《执行标的的若干问题研究》，载《诉讼法论丛（1998年第2卷）》，法律出版社1998年，第616页。

<sup>⑤</sup> 经营权抵押、经营权信托问题已有学者提出了中肯的法律分析。参见王中：《论企业经营权抵押》，载《求索》2005年第6期；张军建：《企业经营权信托设立的法律思考》，载《河南省政法管理干部学院学报》2010年第6期。

是经营权的委托，目的在于以经营所得充抵债务，从而实现生效判决的给付内容。委托经营这种方式在执行中的适用，法律上没有明确的规定。在执行中是否可以适用，实践中主要有两种意见：一种观点认为，《民事诉讼法》及有关法律法规和司法解释中没有对委托经营作出规定，案件在执行中不能适用。另一种观点认为，执行之目的是维护法律的严肃性，及时有效地实现生效法律文书确定的权利，维护当事人的合法权益，<sup>①</sup>只要符合实现这一目的而又明确违背法律的方式与方法均无不可。

**二、公司经营权作为执行标的需要满足之法律条件。**从本案来看，甲房地产公司与乙酒店之间存在着两种法律关系：一是不当得利法律关系，甲是权利人，乙酒店是义务人；二是经营权委托合同法律关系，经营权交甲房地产公司。公司委托经营的核心法律特征有三：一是委托人对公司委托期间发生的全部债务承担清偿责任，股东依然对公司债务享受有限责任待遇；二是受托人理论上收取固定的报酬，当然也与受托人的经营绩效与市场风险等不特定因素相关，而公司的收益具有可预见性与可确定性；三是委托公司事先概括授予受托人在委托期间享受为开展经营所必需的广泛经营管理权限，公司治理机构的经营管理权限受到相应的限制和影响。由于经营权委托是在执行程序中发生，因为司法裁判权的介入使得委托合同关系具有公权力的色彩。

具体而言，执行程序中经营权委托无须通过得董事会或者股东会的表决或者决议。但应当保障或不损害公司已有债权人的利益，维持公司对内雇员的劳动合同关系。在经营利润抵偿完毕申请执行人债务或约定委托经营期限届满，如以特定年限经营权抵债，无论申请执行人是否真实获利均视为债务抵消的执行模式，则应当将经营权交回公司股东接管。至于经营权接管期间所可能产生的债务如何控制与处理，是经营权能否作为执行标的之主要障碍。如上文所述，在申请执行人与被执行入之间存在公司经营权的委托合同关系，对此应当按照《合同法》关于委托合同法律规则及公司法基本原理进行处理。受托人在接管公司期间，产生的债务，对外形成的担保，合同法层面上包括了不依照委托合同指示履行义务，超越权限委托事务，擅自转委托等；公司法层面上包括了高级管理人员或者实际控制人的勤勉义务、注意义务等。所以，即便是在执行程序中，也应当由申请执行人与被执行入签订公司经营权委托合同，由当事人对委托经营期间的权利义务作出约定，从而有效地控制

<sup>①</sup> 唐德华主编：《执行法律及司法解释案例评析》，人民法院出版社2009年版，第352页。

委托经营期间风险的发生。一旦受托人由于过错造成了公司不良债务，并经审判程序确定具体的损害赔偿数额，则可以从申请执行人的债权中相应扣减。由于公司经营权委托权利义务关系复杂，可以有中立的审计与监督机制，就对内与对外义务履行以及公司经营获利、经营权交接、防范不良债务的发生等情况进行监督。

**三、经营权作为执行标的被执行后如何与公司原有治理结构与机制相衔接。**公司原本有其既治理机构与机制，公司经营权与实际密切附着于这些机构与机制之上。当公司经营权成为执行标的之时，则必然面临与原有治理机构以及相关治理机制之间法律关系的处理问题，而且这一问题实际并不好处理。

1. **对公司股东会的影响。**在公司经营权委托的框架下，股东会依然属于公司必备的最高权力机关。问题是，股东会的职权可否依然行使？鉴于股东会的决策事项攸关股东的根本利益，原则上股东会的职权仍应专属股东会，而不宜拱手交由受托人行使。对于修改章程、增减注册资本、发行公司债券、合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议等涉及公司前景和股东根本命运的权力而言，尤为如此。当然，有些股东会的职权行使应当针对公司委托经营的特殊性作出相应调整。如在委托经营期间公司利润的分配，应在股东分配之前优先充抵对申请执行人的债务，并由人民法院执行裁定确定的具体数额。

2. **保障股东特别是中小股东行使监督权。**《公司法》和公司章程赋予的股东权，尤其是固有权，如会计账簿查阅权、表决权、股东代表诉讼提起权、分红权等，应当继续受到公司和受托人的尊重。倘若受托人利用委托经营公司之机，大肆侵占公司财产，则在公司董事会或监事会拒绝或怠于代表公司对其提起诉讼时，股东有权根据《公司法》第152条之规定对受托人提起追究违约责任或侵权责任的股东代表诉讼。

3. **对公司董事会、监事会的影响。**接管经营权人可以保留原董事会，因为董事会是公司经营权的重要机构载体。但也可在改组董事会，派驻新董事，如接管时未与股东谈判约定改组事宜，可能面临与董事合约解聘商谈等问题。被执行人在委托经营合同中可以限缩、甚至在受托期内暂时“冻结”董事会的部分职权。例如，在受托经营期间，董事会不得随意聘任或解聘公司经理，也不得随意聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项，更不得决定经理报酬。鉴于监事会制度不仅具有维护股东权益的职能，而且具有维护职工权益的重责大任，应当允许监事会继续行使监督职权，包括但不限于监

督公司在公司受托经营期间的财务状况与经营状况，监督董事会履行职责的行为。在董事会成员亲自担任受托人的情况下，监事会更应加大对经营活动的监督力度。<sup>①</sup>

4. 对经理管理人员、公司证照、印章的影响。传统公司法将公司经营决策权托付董事会，并将具体的日常经营管理权交给经理层。在公司受托经营的情况下，公司必须毫无条件地将经理层的日常经营管理权限拱手交给受托人。承包人在受托期间享受日常经营管理权限不仅具有合法性，也有正当性。就合法性而言，受托人的经营管理权以委托经营合同为契约基础；就正当性而言，受托人的经营管理权限同样源于公司及其广大股东的意思自治。在公司受托经营期间，受托人需要与大量的交易伙伴签订合同，实施民事法律行为。倘若受托人每实施一项法律行为都要事先获得委托人的单独授权，则有可能严重压抑交易效率，妨碍商事流转。因此，公司的证照、印章等应当由受托人管理和使用。当然，应采取相应的有效风险防范措施（如担保手段、公章使用特别程序）以加强自我保护。

结合以上分析，可以看出，本案中人民法院的执行行为显然并不全面，留下的问题很多，但将经营权作为执行标的，这又显然具有开拓性。对于创新执行手段，保证生效裁判获得有效执行具有相当的现实意义。



<sup>①</sup> 刘俊海：《新公司法框架下的公司承包经营问题研究》，载《当代法学》2008年第2期。

# +

## 公司中犯罪

公司法不仅是实体法，而且也是程序法，不仅是民商法，而且也可能是刑法。各国公司法典或公司法律制度之中，关于公司中犯罪之内容规定并不缺乏，不少公司中犯罪直接在公司法典之中明文加以规定，明确予以打击。我国公司法典中，尽管有关于公司中犯罪之原则规定，但更为具体之罪名则被规定于刑法之中。公司中犯罪，首先是依附于公司这一特定主体而引发之犯罪，如因虚设立公司而引发之虚报注册资本罪、抽逃资本罪等，其实各国关于虚设立公司均有相关罪名之不同规定。公司中犯罪，也可能是直接基于公司性质与形态而引发之犯罪，如我国因为公司企业所有制性质之不同引发相同行为罪名之变化、因公司企业工作人员身份之不同而影响罪名之轻重等，这皆是公司制度对犯罪制度影响之具体表现。公司中犯罪，更可以是依托公司企业制度而特有之犯罪，这些罪名之形成与发展，同样将随着公司制度之发展而发展，随着公司制度之变化而变化。

## 公司企业所有制 对罪名成立与否之影响

### 【关注焦点】

在我国刑事审判实践中，经常会遇到公司企业所有制对罪名认定产生影响之法律问题。为什么企业所有制会对罪名产生影响？企业所有制的法律意义究竟如何？以企业所有制划定罪名是否科学？

### 【基本案情】

公诉机关：某市人民检察院

被告人：沈某，原系甲公司总裁

甲市人民法院经审理，查明：甲公司注册登记为集体企业，被告人沈某系甲公司法定代表人。被告人沈某在担任北京甲公司总裁期间，于1993年3月2日，以借电机款的名义，填写了一张人民币100万元借款单，指使孙某（系沈某之妻，同案被告人，已判刑）凭此借款单从该公司集资部提取社会集资款人民币100万元，并用孙某的名字分别于同年3月18日、22日存入银行。而后，孙某让本公司财务部会计从记有沈某个人借款100万元的账上，改记到付深圳乙公司电机款100万元账下，从而将该款非法占为己有。沈某被采取强制措施后，孙某于1993年4月5日将100万元银行存单，交还甲公司。



被告人沈某于1993年3月，指使深圳乙公司总裁尤某等人，开具乙公司同年一、二月份销售电机产品的虚假发票，并向国家税务机关谎报销售额20500万元。3月，沈某指使尤某拟定了沈某可按销售额10%的比例，从深圳乙公司提取专利费的董事会决议，并把该决议日期倒签为1993年1月4日。同年3月21、23日，沈某以借专利款提成为名，先后填写了两张各100万元的单据，用其中一张从深圳乙公司支出100万元，另一张交给尤某为其提取现金。沈某支取的所谓提成费100万元，给了孙某40万元，孙某以个人名字存入甲公司集资部（案发后已追回）。其余60万元沈某给了××等人（案发后追回48.2万元），沈某让尤某代提的现金100万元，在沈某被采取强制措施后，由尤某等人决定用该款为沈某交纳个人收入调节税32万元，冲抵沈某在深圳乙公司部分个人借款68万元。

案发后，追缴沈某贪污的赃款人民币48.2万元。

被告人沈某在1989年至1993年3月前，为给北京甲公司谋取不正当利益，先后向国家科委副主任李某等21名国家工作人员（均另案处理）行贿钱、物等合计人民币25万余元。

以上事实有证人胡某、尤某等人的证言，沈某的借款单、账册、户名为孙某的存折、存单及起获的赃款等证据证实。

## 【审理要览】

一审法院认为：被告人身为集体经济组织的负责人，利用职务之便，采取欺骗的手段，侵吞公款，其行为构成《全国人民代表大会常务委员会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》（以下简称《补充规定》）第1条规定的贪污罪；沈某为本企业谋取不正当利益，向国家工作人员行贿，其行为构成《补充规定》第9条规定的行贿罪；沈某一入犯数罪，依照《刑法》第64条第1款的规定，应当数罪并罚；依照《补充规定》第12条规定，贪污的公共财物一律追缴，依照《刑法》第55条规定，应当没收沈某个人的全部财产；依照《刑法》第53条第1款的规定，对沈某应当剥夺政治权利终身。据此于1994年3月4日判决如下：被告人沈某犯贪污罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，没收个人全部财产；犯行贿罪，判处有期徒刑四年；决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，追缴的被告人沈某的赃款人民币48.2万元，予以没收。

一审宣判后，被告人沈某提出上诉。其上诉理由是：北京甲公司是假集

体真民营企业，被告人不能成为贪污罪的主体，也没有贪污的动机和行为，不构成贪污罪。沈某的辩护人提出，二审应对北京甲公司的经济性质重新确认，沈某的行为不能定贪污罪，沈某的大部分案款已追回，且有坦白行贿罪和揭发多人受贿罪的情节，应当对其从轻处罚。

二审法院认为：甲公司是集体所有制企业，不仅有该公司的营业执照证明，而且业经工商行政管理局予以确认。沈某上诉否认甲公司的集体所有制性质及其不构成贪污罪主体的理由，不能成立。沈某贪污公司集资款的事实，有该公司多名证人证言、沈某的借款单、公司的账册、记账凭证及有孙某名字的存折、存单等证据在案证实，足以认定。沈某上诉否认贪污动机和行为，不符合实际，沈某的辩护人所提沈某的大部分案款已被追回，有坦白行贿罪和揭发他人受贿罪行的理由，均不足以减轻沈某贪污罪的罪责，要求对其从轻处罚的意见，不予采纳。一审根据沈某的犯罪事实、性质、情节、后果和对社会的危害程度所作出的判决，定罪和适用法律正确，量刑适当，审判程序合法。据此，1994年4月4日，该院依照《刑事诉讼法》第136条第（1）项的规定，裁定驳回上诉人沈某的上诉，维持原判。

## 【裁判解析】

本案之争议焦点在于企业所有制到底是何形态。被告人认为，甲公司应为民营企业，其不构成贪污罪；一、二审法院认为，甲公司应是集体所有制企业，甲应为集体经济组织工作人员，其行为已构成贪污罪。甲公司之企业所有制形态决定了甲的行为是否构成犯罪、构成何种犯罪。企业所有制究竟有何法律意义，以此作为罪与非罪、此罪与彼罪之依据是否合适？

**一、企业所有制的法律意义。**在社会主义公有制下，以所有制形态对企业进行划分是国家经济制度的重要体现与载体。在我国企业法律制度中，人们仍在坚持一种以企业法律地位标准为基础，以所有制形式为补充的企业形态分类标准。根据这种标准，我国企业可分为法人企业和非法人企业。法人企业有国营企业、集体企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业中符合法人条件的企业、私营企业中采取有限责任公司形式的企业、紧密型联营企业以及经国家主管部门批准的股份公司；非法人企业有民营企业中的独资企业和合伙企业、联合企业中虽不具备法人条件的合伙企业。根据目前之企业立法，只有全民所有制企业和城镇集体所有制企业被确定为法人；乡村集体所有制企业、民营企业、独资企业、合伙企业并不一定能取得

法人身份。因此，企业所有制形态甚至成为决定企业是否具有法人资格的重要要素，至少曾经是如此。

另外，在计划经济时代，企业所有制也是能否获得审批（设立资格）、能否获得更多扶持（如贷款等）、税收待遇区分、甚至工人待遇差别等重要之法律界限。企业所有制问题因此成为设立企业首要之问题、根本之问题、最大之问题。为了取得能够享受竞争中优惠条件之身份与待遇，有的企业本来是由国有资产投资设立，为了解决国有企业职工子女就业而设立的“厂办企业”，在进行工商登记时也注册为集体所有制企业；有的企业本来是由公民个人投资兴办的，但为了享有私营企业无法享受的税收、信贷优惠，为了在经济交往中可能赢得更多的信用，同样也登记为集体性质之企业，而这也就是之前本书一些分析案例所曾提到的挂靠企业等。

以所有制作为企业划分标准是计划经济体制下的产物。随着市场经济体制的建立，人们发现并认识到这种分类方法存在着严重之问题，它不仅制约了作为市场关系主体的各类企业在生产经营活动中的正常竞争活动，而且更为重要的是它对经济体制改革从全局上起着实质阻碍之作用。

**二、我国刑法之中企业所有制对不同罪名之影响表现。**综观我国刑法规定，企业所有制对罪名之影响主要有以下几种表现方式：

1. 罪名因所有制不同而不同。为了体现保护国有财产所有权与使用权以及保证国家工作人员职务行为之廉洁性，并与非国有财产与其他职务行为相区别，《刑法》根据所有制不同而规定不同之罪名。例如国有公司、企业的工作人员利用职务之便，侵占国有财产，收受他人财物，为他人谋取利益，或者挪用公款等行为，《刑法》规定了贪污罪、受贿罪和挪用公款罪等罪名。与此相对应，如果不是国有公司、企业的国家工作人员，则只能构成是职务侵占罪、公司企业人员受贿罪，挪用资金罪，其立法之主要目的则是为了保护公司。

2. 对国有公司企业工作人员规定为犯罪，非国有公司企业的不规定为犯罪。为保护国有企业财产，《刑法》相关条文分别规定了非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪、签订履行合同失职罪、国有公司企业单位人员失职罪、国有公司企业单位人员滥用职权罪、徇私舞弊低价折股、低价出售国有资产罪，专门针对国有企业职员之违法行为而规定了刑罚。而非国家公司、企业之工作人员即便有上述行为，也不构成犯罪。

3. 罪名不因所有制不同而不同。为了保护公司、企业的财产免受侵害，为了保护公司的正常运营和债权人的利益，刑法在设立企业及企业经营活动

的规制罪名中，未因企业所有制不同而规定不同之罪名和刑罚。如刑法规定的虚报注册资本罪、抽逃出资罪，不管是国有公司还是私营公司，只有具备上述形式，都可以构成以上几种犯罪。

**三、以企业所有制划定罪名或区分刑罚在刑法理论上之依据。**企业所有制不同，意味着企业财产的所有权不同，也意味企业工作人员的身份与职务不同。由于国有公司企业是我国国民经济的支柱，是社会主义公有制经济的主体。我国刑法的特点之一，就是十分强调国有资产的保护，这一点与西方资本主义国家是明显不同的。有的资本主义国家虽然也有国家垄断资本主义性质的企业，但在法律上对私有企业和国有企业的保护基本上不作严格之区分。由于社会主义国家的社会性质决定，公有制经济特别是国有经济必须在我国国民经济中占据主导地位，否则就不能保证社会主义的发展方向。随着社会主义初级阶段经济体制改革的推动，国家经济结构发生了显著变化，国有私有混合制经济形态大量出现。这些经营方式虽然有一定之区别，但目的是一致的，就是为了促使国有资产的保值增值，加强社会主义中国之经济实力。因此，在国有资产运营过程中，如何避免国有资产遭到不法侵害而损失，就成为我国立法上十分重视与关注之问题。这是我国刑法对国有公司企业工作人员的一些行为规定为犯罪，而非国有公司企业工作人员并不规定为犯罪之重要原因。

当然，从长远发展或成熟的市场经济制度而言，因为企业所有制不同而划分为罪与非罪也许并不是合理的。因为一旦企业进化为法人或公司，而不论其为国有企业，均应受到同等的约束。当企业成为法人或公司，它即被社会所利用并成为公共利益的一部分，当个人或企业的财产演化为法人财产或公司财产时，个人或企业财产必须与法人、公司财产划清界线，不得混合、挪用、抽逃、占用。这不仅仅表现在财务制度上法人必须建立账册以便财务检查、审计，而且表现在税收制度上法人必须交纳企业所得税，表现在民法上债权人可以对企业主张财产权利包括财产的去向，表现在刑法上不得挪用与贪污或侵占。因而，保护法人与公司财产就是保护公共利益与社会利益，就是法律面前人人（包括法人）平等。<sup>①</sup>另外，现行刑法之有些修正也已经体现了这种趋势。例如，《刑法》第190条规定国有企业、公司违反国家规定，擅自将外汇存放境外或者将境内外汇非法转移到境外，情节严重者将构

<sup>①</sup> 张国炎、黄海林：《国有企业、民营企业、私营企业及法律质疑》，载《政治与法律》2002年第6期。

成逃汇罪。无疑人们会认为，国有企业或公司在刑法上有些特殊或受到差异待遇或表面上看起来与其他企业主体相比，似乎不公平，但1998年8月28日最高人民法院审委会通过的《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条已经改变了这种歧视待遇，即以“行为认定”替代了“主体认定”犯罪之不公平方式及陈旧观念。

**四、结合本案之分析。**虽然根据所有制不同，对企业工作人员作罪与非罪之区分存在一定的不公平之处，但在刑法强调保护国有资产的价值倾向下，且刑法没有作明确修改之前，应尊重刑法之现有规定，这也是法治的重要表现。具体到本案，还有一个问题需要引起重视，即被告人曾是轰动一时的所谓民营企业企业家，但却以贪污罪受到处罚，第二审法院仅以该公司之营业执照及工商行政管理局之登记为准即认定该公司之企业性质是否合适。应该说，相对于民事审判、刑事审判应更注重实质真实，而不是形式真实。应当认为，在判断企业性质之时，并不能仅仅审查形式上之证据，而应作实质之审查，要审查查明原始投入情况、企业实际经营管理机制、甚至用工形态等，以判断涉案企业或公司究竟是挂靠集体名下的私营企业或是真正之集体企业，只有这样，才真能做到罚当其罪，罚当其刑。



## 工商变更登记日 对其工作人员犯罪性质之影响

### 【关注焦点】

因公司企业所有制之不同，公司企业工作人员相同之犯罪行为可能却构成不同之犯罪罪名，并因此受到不同之刑罚处罚，这在我国社会主义公司企业法律制度下较为常见。当国有企业改制为民营公司与企业过程中，原有企业工作人员之身份性质亦将随之发生变化，在此过程中实施之犯罪行为，将依据什么标准来认定改制行为完成与否？依据什么时间段来判定企业工作人员之身份性质发生了变化？

### 【基本案情】

被告人：李某

2002年4月，李某受某市建设局委派担任某建设集团有限公司董事长（国有控股公司）。后该公司准备改制为民营公司。2003年12月18日，市政府批复：同意集团公司改制，资产清算的基准日为2003年12月31日。建设局以国有土地作为国有股权，全部转让给企业内部45个自然人，自然人的购股资金三年内分三次到位。2004年1月4日，该集团与职工重新签订了劳动合同。同年9月7日，在第一批股金到账的情况下，建设局与45名自然人签订了股权转让协议。9月18日，召开股东大会选举产生了董事会和监事会，

李某任董事长。2004年9月30日，该公司在工商登记部门办理了股权变更登记。在此期间，企业经营活动正常进行，李某利用其担任公司董事长的职务之便，在安排建设工程中，先后收受多名工程承包人数十万元的贿赂款。

## 【审理要览】

法院在审理过程中分歧意见：对2004年1月1日至9月30日期间李某的受贿行为，是定非国家工作人员受贿罪还是受贿罪，争议较大。

第一种意见认为，2004年1月1日至9月30日间的受贿行为均应定受贿罪。理由是：认定企业性质应当以工商行政管理机关的登记为准。2004年9月30日为企业转制的时间，被告人在工商登记变更企业性质之前，仍属于受国家机关委派从事公务的国家工作人员。

第二种意见认为，2004年9月18日前的受贿行为应定受贿罪，之后的则定非国家工作人员受贿罪。理由是：公司的改制在2004年9月18日股东大会召开后实际完成，此时被告人的身份也随公司的实际转制而由国家工作人员变为非国家工作人员。

第三种意见认为，2004年1月1日至9月30日的受贿行为应定非国家工作人员受贿罪。理由是：2003年12月31日为资产清算的基准日，公司又与职工重新签订劳动合同，以此为标志，公司和职工的身份同时进行了变更。李某的身份也从国有控股公司的董事长转为民营企业的董事长，属非国家工作人员。

第四种意见认为，45个自然人收购股权的资金未完全到位前的受贿，应定受贿罪。理由是：自然人收购股权的资金分三年才能全部到位，此前公司的资产结构中，国有资金仍占有一定的比例，李某受国家机关委派管理国有资产的身份没有完全改变。

第五种意见认为，股权转让协议签订后的受贿行为应认定为非国家工作人员受贿罪。理由是：股权转让协议签订后，股东发生了实质变化，资金的性质也发生了实质变化，购股资金分期到位只不过是一种履行方式，并不影响企业性质实际转换，此后公司的盈亏也只对新股东收益产生影响。

最后采纳了第五种意见。

## 【裁判解析】

当国有企业改制为民营企业过程中，原有企业工作人员的身份性质

亦将随之发生变化，在此过程中实施之犯罪行为，将依据什么标准来认定改制行为完成与否？依据什么时间段来判定企业工作人员之身份性质发生了变化？

**一、企业改制完成的几个时间点。**本案的关键在于如何确定国有控股公司转制为民营公司的时间界限。根据《公司法》及相关法律之规定，我国企业改制从启动到结束往往时间跨度较大，其间通常会涉及五个重要的时间点：一是有权国家机关正式批准改制时间；二是非国有资产注资到位的时间；三是股权转让协议签订的时间；四是召开公司股东大会选公司董事会、监事会的时间；五是工商部门核准登记的日期。从司法实践来看，对将哪一个时间定为刑法意义上的公司转制时间，意见不一，而这对国家工作人员身份之界定意义重大。

第一个时间，有权国家机关正式批准改制的时间，其实是同意改制方案的时间，是企业改制的起点。此时企业的资产性质并没有发生实质改变，改制企业中原有国有控股企业的工作人员仍然在代表该企业履行管理职能并组织改制活动，将这一时间点作为改制时间，必然导致将国家工作人员犯罪行为为非国家工作人员犯罪处理，从而放纵了犯罪。

第二个时间，非国有资产注资到位的时间。实践中，非国有资产注资到位往往有一个较长的时间段，不少企业为了在规定时间内完成改制工作，往往与国有单位达成分期付款的协议，因此，有相当长一段时间处于只有部分非国有资产实际到位的状况。而验资部门进行形式审查后也往往出具资金到位验资证明，所以，验资证明也并不能客观反映非国有资产的实际到位情况，如果以此作为确定资金性质发生改变之时间点，容易造成混乱。

第三个时间，召开公司股东大会选出公司董事会、监事会的时间。该时间只是股权发生变化后，股东大会选举公司决策机构的时间，并非股权资金性质发生变化的实际时间，通常具有滞后性，是工作人员身份发生变更之形式要件。

第四个时间，产权交割的时间，即股权转让协议的签订，该时间意味国有控股的公司转变为民营公司。

第五个时间，工商登记的时间。工商登记包含有企业性质的内容，是企业性质变更的形式要件。但在实践中，出资登记与事实不符的情况普遍存在，企业性质变更后未及时办理变更的现象也比比皆是。因此，仅以工商行政管理部门核准登记的企业性质为准，也必然对股东的持股权造成侵害。

**二、如何认定刑法意义上企业改制完成之时间。**如何确定企业改制完成



时间对国家工作人员的身份认定意义重大。如原系国有单位委派从事公务的人员，改制后又在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作，在上述五个时间段，行为人侵占公司资产的，应否认定贪污罪还是职务侵占罪？对企业改制完成时间现行法律并无明确规定，学界存在不同观点。有观点认为，应以召开公司股东大会选出公司董事会、监事会的时间为准；<sup>①</sup>也有观点认为，以产权交割的时间作为企业改制的时间节点；司法实践中，则通常以工商变更登记作为企业改制完成之时间节点。

从刑法把握与运用上看，形式而言，企业改制完成的时间节点以工商变更登记日为准无疑更为妥当。因为，企业工商登记是新企业成立或原有企业发生变更最为显著的法律标志，工商登记也是企业开展对外经济活动的必备程序，对外具有最强的公示效应，且工商变更登记的时间具有十分的确定性。但在个案之中，或实质而言，在产权交割后至工商变更登记前，如果被告人确实存在犯罪行为的，应该查清产权交割时间，以产权交割时间作为企业改制完成的关键时间节点。改制过程中最为关键的时间节点在于产权之真实变更，改制企业一旦发生产权交割，其资产国有之性质随即发生变化，在此之后，行为人隐匿资产等行为的对象也就成为非法占有其他非国有企业资产之行为，行为性质随之发生变更。国家机关向非国有公司、企业委派工作人员之目的主要是为了加强对该公司、企业中国有资产的监管，刑法上将这部分人以国家工作人员论也是出于同样之目的。因此，刑法意义上的改制时间，应以产权交割时间作为实质判定之标准。

由此可见，只有产权交割时间才能准确区分企业改制前后之本质特性。但产权交割是一系列活动的代称，双方通常需要约定交割之方式与期限，双方还需凭产权交易机构出具的产权交易（交割）凭证和产权交易合同，办理结算交割手续等，产权交割时间本身存在很多不确定性。同时，纵观企业改制过程中职务犯罪之作案手段，绝大多数情况下，行为人通过将相关财产不纳入审计，或者低价评估等方法侵占国有资产，即犯罪行为通常在产权交割之前完成，在产权交割至工商变更登记期间一般不会再发生类似隐匿资产的行为。就此分析，企业改制完成之时间节点应以涉案企业工商变更登记时间为原则，以产权交割时间为补充，两者形式与内容互为一体，有便于更加全面衡量与把握。

<sup>①</sup> 李长坤：《如何认定国有单位改制过程中的国家工作人员》，载《政治与法律》2004年第7期。

**三、结合本案之分析。**本案之中，李某作为董事长在董事会中行使的权利也不再是代表国有出资人，其从事的也不再是国家公务，因此，不再具有国家工作人员身份，之后的受贿行为只能认定为非国家工作人员受贿。至于购股资金的分期到位，实际上是国家机关与新股东之间达成的一种债的履行方式，新股东如不按时履行将产生其他法律关系，但并不因此影响认定企业资金之性质已经发生变化。所以，以2004年9月7日建设局与45名自然人签订股权转让协议且第一批股金到账之前为界限，之前李某的受贿行为构成受贿罪，而此后的受贿行为则构成非国家工作人员受贿罪。



193

## 如何认识国企 改制中之国家工作人员

### 【关注焦点】

国有公司整体改制为国有控股公司后，原来承担一定技术管理职责、从事一定公务之人员，即使岗位未变，但由于单位性质发生变化，能否还认定为受委派从事公务之国家工作人员？

### 【基本案情】

被告人：蒋某

甲铁道公司原是甲铁路分局的下属基层单位，为全民所有制企业。蒋某在该公司的分公司担任助理工程师。2003年8月，根据铁道部和上海铁路局的有关规定，甲铁道公司将其资产作为甲铁路经营总公司的出资，加上其他5家公司共同出资成立乙铁道工程公司，改制为有集体经济参股的国有控股公司，其中国有资本占92.4%股份，非国有资本占7.6%股份。蒋某担任乙铁道公司分公司助理工程师，但签订了变更聘任劳动合同。2004年8月，蒋某经乙铁道公司党政联席会议讨论决定，聘任为乙铁道公司分公司副经理，全面负责该分公司工作。2004年12月至2005年底，蒋某利用职务便利，先后4次收受本公司委托工程的包工头宣某、应某、陶某所送的贿赂，共计人民币6.8万元，并为其谋取利益。

## 【审理要览】

法院审理认为：被告人蒋某作为公司、企业的工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人6.8万元，数额较大，并为他人谋取利益，其行为已构成公司、企业人员受贿罪。鉴于蒋某具有自首、立功情节，依法予以从轻处罚。故判处被告人蒋某有期徒刑二年，缓刑三年。

一审判决后，检察机关提出抗诉，认为在企业改制的过程中，蒋某与公司虽然签订了变更劳动合同书，但其原来的权利、义务继续履行，其在原甲铁道公司管理国有资产的职责不因公司的改制而发生变化。乙铁道公司在实际经营活动中明显留有铁路企业所具有的行政化管理模式的痕迹，甲铁路经营总公司实质是乙铁道公司的上级主管单位，党政联席会议的成员均由甲铁道经营总公司委派，其实质是代表国家在国有控股公司中管理国有资产的组织。蒋某是国有企业委派到国有控股公司从事公务的人员，应以国家工作人员论，其行为应当构成受贿罪。

二审法院审理认为，蒋某在原甲铁道公司分公司担任助理工程师，由于原甲铁道公司的国有性质，决定了蒋某具有国家工作人员身份。甲铁道公司改制为乙铁道公司后，乙铁道公司系国有资本控股的非国有公司，蒋某在乙铁道公司继续担任助理工程师，虽然蒋与乙铁道公司只签订了劳动合同变更书，但由于劳动合同的主体以及公司性质发生变化，其权利义务亦发生了本质变化。作为非国有公司内的技术人员，蒋某不具有监督、管理国有资产的职责，其身份转变为非国家工作人员。抗诉机关提出的蒋某原有的国有资产管理的主体身份在公司改制后并未解除而是延续的意见不能成立，蒋某经乙铁道公司党政联席会议讨论决定担任分公司副经理职务，属于乙铁道公司中层领导。根据刑法和有关司法解释的规定，在国有资本控股、参股的公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。本案中，甲铁道公司改制后，乙铁道公司按公司法和公司章程开展了经营活动。乙铁道公司党政联席会议的成员由国有公司经营总公司委派，其性质是乙铁道公司总经理按公司章程组织的处理公司日常经营事务的内部经营管理机构。党政联席会议对于中层领导的任命决定属于企业内部事务，人事任免手续由公司办理，不需要得到出资主体即国有企业的批准。上述情况得到了相关证据证实。因此，抗诉机关提出的党政联席会议对蒋某职务的任命决定可视为国有公司、企业的委任、派遣的意

见亦不能成立。原审被告人蒋某作为公司、企业的工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人人民币 6.8 万元，数额较大，并为他人谋取利益，其行为已构成公司、企业人员受贿罪。原判事实清楚，证据确凿，定性准确，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法。故依照《刑事诉讼法》第 189 条第 (1) 项之规定，裁定驳回抗诉，维持原判。

## 【裁判解析】

“国家出资企业”，包括国家出资的国有独资公司、国有独资企业，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。《刑法》第 93 条规定：“国有公司委派到非国有公司从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论”。这就是人们通常所说的受委派从事公务的人员。但是，对于该条中“受委派从事公务”的范围界定，却仍然存在不同的认识。同时，由于法律条文本身之概括性、模糊性，致使司法实践中面临不少难以合理解决之问题。

**一、关于国家工作人员之立法沿革。**关于国家工作人员，刑法与司法解释曾有不同之规定。1979 年《刑法》第 83 条规定，国家工作人员是指受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员；1982 年全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》规定，国家工作人员是指在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员。这两部法律对国家工作人员的范围表述不尽一致，理论上曾有人主张，后者扩大了国家工作人员的范围。实际上，二者并没有实质变化。当时国家工作人员的范围包括二类：一类是国家各级权力机关、行政机关、司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中的工作人员；另一类是其他各种依法从事公务的人员。前者范围是明确的，后者范围较灵活，解释各不一致。理论上一种观点认为，其他依法从事公务的人员，理解起来可包括民主党派、人民团体等机关的工作人员；但集体组织的工作人员（如生产队的队长、会计、城乡集体企业的管理人员），当然不算国家工作人员。<sup>①</sup>另一种观点认为，集体所有制企业与人民公社的社办厂厂长、经理、生产队长、会计、出纳员、保管员、营业员、

<sup>①</sup> 高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社 1981 年版，第 130 页。

采购员等可视为其他依法从事公务的人员。<sup>①</sup> 实践中，一直将集体经济组织的工作人员也认定为可以构成国家工作人员构成之罪，属于其他从事公务之人员。1985年《最高人民法院、最高人民检察院关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答》在提到贪污罪主体时规定：贪污罪主体是国家工作人员；也可以是集体经济组织工作人员，或者其他受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员。这也就是说，《刑法》第83条国家工作人员的范围本不包括集体经济组织的工作人员，司法解释作了扩张，将贪污罪的主体扩大到了集体经济组织的工作人员。1988年全国人大常委会通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》，该《决定》根据主体身份的不同将原贪污、受贿、挪用公款等罪分解成贪污罪、受贿罪、挪用公款罪与职务侵占罪、公司、企业人员受贿罪、挪用资金罪，而且不同罪名的量刑幅度差别也较大。由此，国家工作人员之范围特别是国营公司、企业中国家工作人员之范围再次成为激烈争论之问题。

在全国人大常委会作出《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》之后，最高人民检察院与最高人民法院开始各自单独推行司法解释。最高人民检察院在1995年11月制发了《关于办理商业受贿、侵占、挪用公司资金案件的通知》指出，所谓国家工作人员是指：（1）国家机关工作人员，即国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关和军队工作的人员；（2）在国家各类事业机构中工作的人员；（3）国有企业中的管理人员；（4）公司企业中由政府主管部门任命或者委派的管理人员；（5）国有企业委派到参股、合营公司企业中行使管理职能的人员，其他依法从事公务的人员。国家工作人员的范围比较宽泛，但检察机关紧紧把握了国家工作人员的本质就是从事公务这一核心理念。同年12月，最高人民法院制发了《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》指出：公司企业中的国家工作人员是指在国有公司、企业或者其他公司、企业行使管理职权并具有国家工作人员身份的人员。可以看出：最高人民法院强调准国家工作人员行使管理权的同时还要具有国家工作人员之身份。最高人民法院认定的国家工作人员的范围显然相对较窄。由于《公司法》的实施，“两高”对《公司法》的不同理解导致在同年相差不到一个月的时间出台不同之司法解释，不仅在理论上造成矛盾，而且在司法实践具体操作中也造成了混乱，形成了所谓的检

<sup>①</sup> 中央政法干部学校编：《中华人民共和国刑法讲义》，群众出版社1982年版，第202页。

察机关的“公务论”以及法院系统的“身份论”。从此高检与高法两机关的不同理论在司法实践中不断摩擦、碰撞。1997年刑法第93条第2款规定，国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员与国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。但在国有单位中从事公务的人员是否必须具有国家工作人员身份这一点仍没有明确，最高人民检察院和最高人民法院仍按照各自的理解在司法实践中贯彻执行。

持“身份论”的法院系统认为：从事公务活动与具有公务活动的特定身份是无法分割的，行为人所以可以从事公务活动，是由其特定的身份决定的，国家工作人员的身份是国家法律确立和认可的。身份论的观点比公务论要严格，要求行为人不仅要具有国家工作人员的身份，同时还要满足从事公务的条件，从而缩小了国家工作人员的范围。同时“身份论”的观点也是全国人大1995年立法解释的观点，但全国人大在1997年新法之后未对该问题进行澄清，虽然1995年全国人大的立法解释已经废止，但可以看出最高人民法院是沿承了全国人大隐含的意思。

持“公务论”的检察机关认为：国家工作人员的本质就是从事公务，刑法上的公务是指公共事物，既包括国家事务，也包括社会事务。是代表国家行使的管理活动，具有国家性。所以行为人无论具有何种身份，只要他被聘任从事管理岗位的工作，就是在从事公务。其实，“身份论”与“公务论”均有一定的道理，身份论的优点在于可以防止人为的将国家工作人员范围扩大，做到形式与内容相一致，与1995年全国人大的立法精神相一致，缩小国家工作人员之范围。公务论的观点在于有利于打击犯罪，切实地保护国有资产不流失，与现实的社会转型期相适应。由于认识的不同，在实践中造成了混乱，检察机关按照公务论进行立案侦查，法院按照身份论进行判决，两机关认定罪名不统一，尤其在挪用和受贿罪中，由于追诉的标准不同，有时可能涉及到罪与非罪的问题。不同的认识造成了司法机关之间不必要的内耗。

**二、如何理解改制企业中受委派从事公务之国家工作人员？**如何界定“受委派从事公务”的国家工作人员的范围，关系到某些职务犯罪是否成立，也是学界和实务部门长期争议的问题。从法条出发，判断某人是否属于“受委派从事公务”的国家工作人员，应当从界定国有公司、企业范围开始，把握从事公务这一本质特征，并厘清委派之涵义，从而做出判断。

1. **国有公司之范围。**近年来，随着我国社会主义市场经济的进一步发展，经济体制改革的日益深化，大量的国有企业开始向公司转变，形成了国有独资、

国有控股、国有参股的公司化格局。在这种格局下，如何认定公司为国有公司，刑法学理论界主要有两种观点：一是认为只有公司的全部股份都属于国家所有时才能认定为国有公司，即只有国有独资公司才能认定为国有公司，国有控股、参股公司不能认定为国有公司；二是认为国有控股公司也应当认定为国有公司，即国有资产占据绝对控股或相对控股的时候即可以认定为国有公司，甚至有一小部分人认为只要有国有资产的存在即可认定为国有公司。<sup>①</sup> 第一种意见应较为妥当，即所谓国有公司，应是指公司财产完全属于国家所有的公司。如果是国有公司、企业与非国有单位共同出资组建的股份有限公司、有限责任公司，即使国有资产占99%，非国有资本占1%的股份，这种公司仍然不应认定为国有公司。理由如下：

1. 从公司法法理上来讲，国家和非国家股东同样都有选择管理者等权利，在国有控股、参股公司中的国有资产所有权属于国家，并不是说公司的全部财产属于国家所有。国有资产是否控股，国有资产在公司中是否处于优势地位只表明国有资产在公司中的股份或者份额的多少，并不能因为股份或份额的多少而使公司的性质成为国有。如果国有资产份额多，公司就转化为国有公司，那么是否私人资产份额多，公司就转化为私营公司呢？那么公司的性质也会随着股权变动而不断在国有公司和非国有公司间来回变化，所谓混合所有制这一名词也就没有存在之意义。

2. 如果将国有资本控股、参股公司视为国有公司，那大量“非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员”将无可争议被认定为国家工作人员，那么，《刑法》第93条第2款关于“受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的人员以国家工作人员论”的规定就将成为多余，从而造成立法上的自相矛盾。

另外，《最高人民法院关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》规定：“在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。”结合分析刑法关于国家工作人员的规定，上述规定也可以从侧面证明，国有公司是指公司财产完全属于国家所有的公司这一论断之正确性。

2. 从事公务之理解。对于什么是公务，法律界有不同之观点。第一种观点认为，公务是具有国家性质的管理、组织、领导、监督等活动，仅仅指纯

<sup>①</sup> 周振想：《公务犯罪研究综述》，法律出版社2005年版，第100页。



粹的国家事务；第二种观点认为，公务是指公共事务，包括对政治、经济、文化等社会各方面公共事务的组织、管理和监督；第三种观点认为，公务是指一切国家机关、事业单位、人民团体管理的事务和国有公司、企业的经营管理活动。第三种观点对公务的界定显然相对比较准确，现行刑法中的“公务”应该包括三个部分：一是纯粹的国家事务，即国家机关的事务；是国家参与管理的社会事务即国有事业单位、人民团体的事务；三是国有公司、企业单位对国有财产的经营事务。

理解公务的概念应把握两个特征：一是具有国家权力性，因为这种管理活动是代表国家进行的，是一种国家行为或国家权力派生出来的行为；二是管理性，即是对公共事务进行的管理活动。从“从事公务”的主体身份来看，必须以国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体为依托，并且通过依法选举、任命、聘任、委托、委派等方式，取得为实行管理所必需的职务上之权利与义务，这种权利义务是通过对公共事务之管理体现出来的，同时，对于他们的管理内容而言又是一种国家赋予之权力。这就要求公务是来源于国家所赋予的权力，并体现国家对人、财、物的一种具有公共管理性质之活动。

基于上述公务活动的特征，可以区分公务活动与劳务活动。劳务活动，通常是指直接从事物质资料的生产活动和服务活动，是依靠自己的体力或技术直接创造物质财富，或者为社会生产和生活提供服务的活动，与公务活动不同，劳务活动不具有国家权力性和管理性的特征。因此，有些人虽然在国有公司、企业、事业单位工作，也经手、管理具体的公共财产，但确实不是国家工作人员，因为这些人对公共财产的经手、管理是靠提供劳务来实现的，而非在从事公务。当然，公务活动和劳务活动的界限也不是一成不变的。比如，国有事业单位老师的教学活动不是公务活动，但其进行招生的活动就是公务活动。

3. 对委派之理解。国家机关、国有公司、企业、事业单位向非国有公司、企业事业单位、社会团体委派从事公务的人员，目的是为了加强对非国有单位的管理和对其工作的指导、监督。在把握这类工作人员时，关键要正确认定“委派”的涵义，《刑法》第93条对“委派”概念的立法表述，应该是理解“委派”涵义之法律依据与基础。

一般认为，委派应同时具备下列条件：（1）委派主体的特定性。即委派单位必须是国家机关、国有公司、企业、事业单位，并且是以单位的名义进行的委派，任何以个人名义进行的委派都不是刑法意义上的委派。（2）委派目的之特定性。受委派到国家控股、参股公司中的人员必须是从事领导、监督、管理

等公务活动，如受委派从事的是劳务活动，则受委派人员不能被认为是国家工作人员，也不属于刑法中的委派。（3）委派程序的有效性。委派方与被委派方应有同意的意思表示，这种意思表示一般应采取书面形式予以确认。以口头方式进行的“委派”，则必须经过事后委派单位和被委派单位以及被委派人员的行为予以充分的证实。而至于受委派对象是否在委派前就必须具备国家工作人员的身份，则不影响委派是否有效，只要符合委派的条件，受委派人员无论在委派前是何种身份，委派后均可以认定为国家工作人员。（4）委派的合法性。即委派的单位只能在其合法权限范围内进行委派，如果超越委派权限，这种委派就不具有合法性，“受委派人”不能成为国家工作人员。

**三、本案被告人之身份应当如何认定为宜？**本案争议之焦点在于国有企业改制后担任原职的管理人员能否认定为“受委派从事公务的人员”。委派通常应当履行合法的手续，从形式上来看，在改制后的企业中担任原职的管理人员，是在非国有企业中从事相关工作，因为其没有履行相关委派手续，似乎又不能认定为受委派从事公务的人员。但是，这些人员所从事的工作性质却并无实质变化，因此，实质而言则可以认定为受委派从事公务的人员。此外，由于实际工作中的某些不规范性，如果不认定相应层级的管理人员为受委派从事公务的人员，则会造成这些企业中无人代表国有资产的局面，这对国有资产的保护而言，也极为不利。本案被告人蒋某在原甲铁道公司分公司担任助理工程师这一技术管理岗位，具有一定的管理国有资产的职责，从而具有了国家工作人员的身份。在公司改制后，其依然从事这一工作，工作性质并无实质变化，因此，可以认定其为受委派从事公务的人员。改制为合资、股份制公司、企业中从事公务的原国有公司、企业的人员，也应适用受委派从事公务的人员之规定，因为这些人员虽不一定履行有关手续，但实际上却具有委派性质。

2002年最高人民法院刑二庭、最高人民检察院公诉厅在《关于贪污贿赂、渎职犯罪适用法律问题座谈会纪要》中谈到：国有公司、企业改建为国有控股、参股的股份有限公司后，原国有公司、企业中从事公务的人员继续在新公司从事公务的，视为受国有公司、企业委派从事公务的人员，改建以后的股份有限公司中新招聘的人员，以及非国有公司、企业委派的人员，不能以国家工作人员来认定。这一规定以公务论为基础，解决了国有公司工作人员在公司改制为国有控股公司后，继续在新公司从事公务人员的身份问题，是有其理论和规范依据的。本案一、二审法院认为蒋某不具有国家工作人员身份，看来值得商榷！

## 虚报注册资本罪之法律认定

### 【关注焦点】

新刑法规定了围绕注册资本方面之犯罪，尽管现实之中虚报注册资本等现象还较为严重，但被加以犯罪惩处之案例似乎并不常见，其中缘由如何？是该类犯罪很难把握与适用？或是较为普遍而难以惩罚？或是实际并不一定产生损害社会之后果？

### 【基本案情】

公诉机关：某区人民检察院

被告人：余某

1996年5月，A对外贸易中心集团与B进出口公司共同决定成立“甲进出口有限公司”，同月10日，甲公司股东大会任命被告余某为总经理，并委派余某全权办理甲公司的工商登记手续。同年9月，余某擅自将A集团提供的净资产担保书的投资额50万篡改为550万元。同时，余某又私刻了B公司的公章以及仿冒该公司法定代表人、财会人员的签名，伪造了该公司给甲公司450万元的净资产担保书，余某将甲公司章程中的注册资本100万元篡改为1000万元。此外，余某又伪造了有关的收据，证明等材料，造成股东投资款已到位的假象。同年10月，余某持上述假材料到某会计师事务所进行验资，该事务所据此出具了甲公司的验资证明的验证报告。随后，余某持该验

证报告到工商局办理了甲公司的企业法人营业执照。

检察院指控：被告人余某的行为已触犯了《刑法》第158条第1款的规定，构成虚报注册资本罪。被告人余某对检察院的指控无异议，余某的辩护人辩称：对起诉书指控的被告人余某使用虚假证明文件，虚报注册资本，构成虚报注册资本罪，不表示异议；但提出余某以注册后的甲公司的名义向某银行贷款人民币1000万元，与1000万元虚报注册资本没有任何关系。余某此前无任何劣迹和前科，案发后交代态度较好。综上所述，余某的行为并没有造成严重后果。

### 【审理要览】

法院经审理后认为：一、被告余某虚报注册资本罪名成立，被告人余某被甲公司任命为总经理，并全权办理成立甲公司的工商登记及其他手续，明知公司章程规定注册资本为100万元，却擅自采用伪造、篡改、使用虚假证明文件的手段，将注册资本虚报为1000万元，欺骗国家工商行政管理机关，取得公司登记，严重侵害了我国的工商行政管理制度，数额巨大，后果严重，根据《刑法》第158条第1款之规定，其行为已构成虚报注册资本罪。（2）被告人余某的行为发生在修订后的《刑法》施行前，从新旧《刑法》对比看，新《刑法》第158条第1款规定，本罪的法定刑是3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额1%以上5%以下罚金，而1995年2月28日全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第1条第1款规定，本罪的法定刑是三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处虚报注册资本金额10%以下罚金，新《刑法》在处罚上要比旧《刑法》轻，故依照修订后的《刑法》第12条从旧兼从轻的原则，按照修订后的《刑法》第158条第1款的规定予以处罚。（三）检察院起诉书指控被告人余某在1997年1月，持甲公司的营业执照及虚假的验资证明等向某银行贷款人民币1000万元，至今无法还款。因甲公司向该银行贷款人民币1000万元属正常的经济往来关系，其贷款手续是合法、有效的，至于无法还贷是由诸多因素造成，与余某的伪造注册资本犯罪无内在的必然因果关系。故辩护人的辩护意见，予以采纳。（4）被告人余某的犯罪事实，虽无法定从轻处罚情节，但余某在归案后交代态度较好，可酌情从轻处罚。依照《刑法》第12条、第158条第1款的规定，以余某犯虚报注册资本罪，判处有期徒刑1年6个月，并处罚金人民币9万元。

## 【裁判解析】

由于经济结构与企业制度客观发展条件之限制，我国1979年《刑法》并没有虚报注册资本罪的规定。随着改革开放的推进，1988年6月，国务院发布的《企业法人登记管理条例》第30条规定：“企业法人人在登记中隐瞒真实情况、弄虚作假或者未经核准登记注册擅自开业的，登记主管机关可以根据情况分别给予警告、罚款、没收非法所得、停业整顿、扣缴、吊销《企业法人营业执照》的处罚；触犯刑律的，由司法机关依法追究刑事责任。”随后国家工商行政管理局又制定了相应的《实施条例》对虚报注册资本的行为进行了责任细化。1993年12月29日通过的《公司法》确立了公司法定资本制，并在第206条对虚报注册资本的行为的法律责任作出了明确规定。但由于旧《刑法》对相关犯罪没有涉及，导致该条规定徒有文本意义。随后，1995年的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第1条规定了对虚报注册资本追究刑事责任的内容。1997年刑法将该条在犯罪主体和法定刑上作出修改后，在妨害公司企业管理秩序类犯罪中的第1条，即第158条规定了虚报注册资本罪。我国对虚报注册资本罪的立法经历了一个从无到有，从民商事法的规定到单行刑事法的规定，再到刑法典规定之演进过程。它反映出我国法律对虚报注册资本行为的惩治力度在不断加大，也从另一个方面反映出该类行为对我国经济生活危害性之加大。

**一、设立虚报注册资本罪之法律价值。**国内学者关于本罪犯罪客体的观点，归纳起来，主要有以下三种：第一种观点认为，本罪侵害的客体为公司登记管理制度及公司资本管理制度；<sup>①</sup>第二种观点认为，虚报注册资本必然侵害债权人之合法权益，进而认为其侵犯的客体是现代企业制度与社会主义市场经济秩序。<sup>②</sup>最后一种观点也是大多数学者的观点，认为本罪侵害的客体是单一客体，即公司登记管理制度。<sup>③</sup>上述观点从不同的角度阐述了虚报注册资本罪侵犯的客体。具体而言，我国刑法之所以设置虚报注册资本罪，在立法上主要出于以下三个方面之考虑：

1. 规范公司设立行为、保障行政管理秩序。依法规范公司登记，实质上

<sup>①</sup> 张国轩：《经济刑法原理与适用》，南京大学出版社1995年版，第475页。

<sup>②</sup> 杨春洗、高格主编：《我国当前经济犯罪研究》，北京大学出版社1996年版，第483页。

<sup>③</sup> 孙国祥、魏昌东：《经济刑法研究》，法律出版社2005年版，第247页。

是保障市场经济条件下参与经济活动之特定主体具备一定的资格，以维护市场经济之有序化、规范化。因此，目前世界各国或地区均对公司登记注册制定了详细的规范。但是，由于商法调控力度有限，行政处罚强度不足，仅仅委诸其调整，远远不能够达到规范公司登记之目的。因此，保障对公司的行政管理，治理公司登记过程中的严重违法行为，必须加强刑法调控。

2. 推动现代公司信用体系的建立。信用是现代市场经济活动的基本要求。近年来，我国市场经济秩序混乱，假冒伪劣、欺诈交易等形形色色的现象层出不穷，严重制约了我国经济的发展与市场经济秩序的形成，极大地损害了投资者和消费者的利益，造成人们对公司信用乃至社会信用的丧失。但是，由于市场机制本身存在天生的弱点，单纯依靠自律无法消除这种缺陷，还必须根据市场经济的特点和需要，介入法律的调控，维护公平竞争的市场经济秩序。而法律对公司诚实守信的引导，实质上是通过法律义务的设定、履行而形成一种法律机制，从而通过外部约束促使各方当事人严格履行法定义务。作为一种法律机制，信用是通过信息的传递、披露、监督等环节的良性运作来发挥作用的。因此，要求相关利益主体及专业信息咨询、信息提供机构与人员必须及时、准确、客观、真实、全面地传递和披露信息。只有这样，才能切实有效地改变经济活动中的信息不完备、不对称的现象，构建公司的诚信体系。我国刑法规定虚报注册资本罪，通过对虚报注册资本行为的揭示立法，对公司信息欺诈作否定性评价，积极引导公司合法、诚信经营，推代公司信用体系之建立。

3. 保护公司财产所有权。财产是形成公司法人人格之基础，某种意义上，无财产即无人格。根据公司法原理，公司以其全部财产承担无限责任，股东只以其出资承担有限责任，因此，财产更是公司承担责任之物质保障。有鉴于公司财产在其运作过程中的这两个重要作用，我国刑法给予了高度的重视，注册资本为成立公司法定条件之一，是公司财产之初始组成部分。公司由于其人合性，各个股东或发起人利益、动机不同，并且公司作为一个组织体，为拟制法人，并不能对自己财产进行有效的监管，内部人员侵害公司财产的现象相当普遍。特别是20世纪80年代出现的“皮包”公司现象，行为人利用空壳“公司”进行欺诈交易，极大地破坏了市场经济秩序和社会的稳定。因此，必须介入外部力量进行监管，才能够形成有效的保护。虚报注册资本罪正是这外部力量之最后一道保护线。

考察世界各国或地区有关规范注册资本犯罪的立法史，我国刑法典设置虚报注册资本罪这一罪名为特例。尽管目前世界上大多数国家或地区均在公

司法典或者商法典里面规定了公司注册资本或最低资本制度，但大都没有规定公司注册资本方面的犯罪行为。

**二、虚报注册资本罪之犯罪构成要件分析。**虚报注册资本罪的主体要件。本罪的主体要件为特殊主体，必须是申请公司登记的人或单位。根据公司法的规定，有限责任公司“申请公司登记的人”是由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人，股份有限公司“申请公司设立的人”是董事会，单位犯本罪的，同时，也要对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任。本案总经理作为公司管理人员，受公司委托具体办理申请公司登记之事，且实施各虚假出资与验资行为，从主体而言同样可以构成本罪。

虚报注册资本罪的主观要件。本罪的主观方面只能由直接故意构成，即行为人明知无实有资本或是实有资本未达到公司法规定的最低注册资本限额，而虚报其实有的资本已达到法定最低限额，或其实有资本虽已达到法定最低限额，但却故意加大注册资本限额，已达到其欺骗公司登记之目的。至于公司登记之后，是否具有非法牟利之目的，经营活动中是否违法，并不影响本罪的成立。过失不构成本罪，对于确实不知道公司登记条件，或因工作疏忽造成注册资本虚假的，不能构成本罪。如果由于经办人更迭、或业务不熟而过失导致注册资本数额与实有资本数额不符的，即使在客观上造成了一定的危害后果，也不宜以虚报注册资本罪论处。

虚报注册资本罪的客观要件。如何理解“欺骗公司登记主管部门，取得公司登记”，骗取公司登记是虚报注册资本之目的。由于公司只是企业的一种组织形式，除公司之外，还存在很多企业，如国有企业和合伙企业等。因此，采取虚报注册资本违反企业登记管理秩序骗取公司以外企业登记的，则不能按本罪处理。所谓骗取公司登记，是指行为人采取虚报注册资本的方式骗取公司登记主管部门信任，并取得了公司登记。取得公司登记，是指经工商管理部门核准发给企业法人营业执照，根据《公司法》和《公司登记管理条例》的规定，申请设立有限责任公司或者股份有限公司，符合法律规定条件的，经登记主管部门批准后发给企业法人营业执照，公司即告成立。如何理解“公司登记”是很难把握的，依《公司法》和《公司登记管理条例》，我国的公司登记可以分为设立登记、变更登记和注销登记。公司变更注册资本时，仍应当提交具有法定资格的验资机构出具的验资证明。在这个过程中，仍然存在虚报注册资本从而危害公司登记管理制度，潜在危害社会公众利益，亦应受刑罚规制、调控。而且，《刑法》第158条亦未将骗取公司登记限定为设立登记，其措词仅为“取得公司登记”，而非“取得公司设立登记”或

“公司得以设立”等等。因此，骗取设立登记是虚报注册资本罪的最常见形式，但并非单一形式，在变更注册资本时进行虚报而骗取新的登记时亦构成本罪。

如何理解“数额巨大”。关于“虚报注册资本数额巨大”的标准，根据2001年《追诉标准规定》的规定，“数额巨大”是指实缴注册资本不足法定注册资本最低限额，有限责任公司虚报数额占法定最低限额的60%以上，股份有限公司虚报数额占法定最低限额的30%以上的；或者实缴注册资本达到法定最低限额，但仍虚报注册资本，有限责任公司虚报数额在100万元以上，股份有限公司虚报数额在1000万元以上的情况。新《公司法》施行后，由于设立公司的门槛相对来说降低了很多，注册资本也比以前相对少，2001年《追诉标准规定》规定的公司虚报的数额不再适宜；2010年《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称《追诉标准规定（二）》）第3条对数额巨大的标准作了新的规定。根据该规定，超过法定出资期限，实缴注册资本不足法定注册资本最低限额，有限责任公司虚报数额在30万元以上并占其应缴出资数额60%以上的，股份有限公司虚报数额在300万元以上并占其应缴出资数额30%以上的，或者超过法定出资期限，实缴注册资本达到法定注册资本最低限额，但仍虚报注册资本，有限责任公司虚报数额在100万元以上并占其应缴出资数额60%以上的，股份有限公司虚报数额在1000万元以上并占其应缴出资数额30%以上的，属于“数额巨大”。此外需强调的是，这一标准是全国通行的，而不是像对盗窃罪数额起点的认定那样，允许各地区根据其经济发展程度的高低而灵活规定。这样规定，是因为公司是以其拥有的全部资产独立承担责任的企业法人，经济往来中是平等主体，在刑事司法领域也应平等对待，不能因其所处地区的经济发展水平有异而产生“歧视”待遇问题，否则会滋生地方保护主义，从而导致因保小利而失大利。

如何理解“后果严重”和“其他严重情节”。虚报注册资本“后果严重”，是指公司登记后贷款不能返还，或者在交易中资不抵债，严重损害债权人利益，或者引发重大涉外诉讼，毁损我国公司登记管理信誉等重大后果。2010年《追诉标准规定（二）》规定，造成投资者或者其他债权人直接经济损失累计数额在10万元以上的，属于后果严重。所谓“其他严重情节”是指虚报注册资本手段恶劣甚至牵连其他犯罪，或多次虚报注册资本骗取公司登记，或因虚报注册资本曾受过工商行政管理机关处罚又虚报注册资本、骗取公司登记等。2010年《追诉标准规定（二）》规定以下几种情形属于其他严



重情节：(1) 两年内因虚报注册资本受过行政处罚二次以上，又虚报注册资本的；(2) 向公司登记主管人员行贿的；(3) 为进行违法活动而注册的。

**三、民事出资责任之诉与刑法虚报注册资本罪之间的关系。**虚报注册的行为是引发民事出资责任之诉的一种重要表现形式，但是民事出资责任之诉与刑法虚报注册资本罪的构成要件有很大不同。首先主体不同，民事出资责任的主体仅限于公司股东或出资人，而刑法虚报注册资本罪的主体是申请公司登记的人或单位；其次，主观要件不同，民事出资责任的行为人在主观上没有骗取公司登记的目的，只是客观上无法及时足额缴纳注册资本，而刑法上的虚报注册资本罪在主观上要求行为人明知无实有资本或者是实有资本未达到《公司法》规定的注册资本的最低限额，而虚报其实有的资本已达到法定的最低限额，或者其实有资本已达到法定的最低限额，但故意加大注册资本限额，已达到其欺骗公司登记的目的；最后，侵犯的客体不同，民事出资责任侵犯的客体是债权人和其他股东的合法权益，虚报注册资本罪侵犯的公司的登记管理制度。鉴于以上区别，实际很难把握，只要不是造成特别之影响或特别需要予以处理，实践中一般很少对一些股东的虚报注册资本行为作为刑法上的虚报注册资本罪予以追究。

**四、虚报注册资本罪在刑法中之未来走向。**其实，我国公司资本犯罪的设立是根据我国当时的国情和社会经济状况，具有较强的针对性和现实性，其目的主要在于规范公司设立阶段相关行为人的出资以及出资申报行为。但在原公司法较高公司注册资本门槛和严格法定资本制的情形下，虚报注册资本犯罪已成为社会的普遍现象。因此，此类犯罪在具体司法实践中表现出以下几个特点：(1) 犯罪系数较高。一方面，是因为此类犯罪高发，有限的司法资源无法应付，司法机关每年查处的只是其中很少的一部分，而工商等部门以罚代刑等现象更为突出；另一方面，是因为虚报注册资本后要成立公司，该公司可能实施了一些犯罪行为，那么这个虚报注册资本就被当作后面那些犯罪行为的“手段”。因此，“虚报注册资本罪”就成为后面犯罪的“牵连犯”，不单独惩罚，因此就没有用本罪去处理，这种不处理导致人们感觉似乎只是走私罪、诈骗罪，而“虚报注册资本罪”没有被硬性处理，给公众的印象就是，“虚报注册资本罪”似乎不算一回事。(2) 执法的弹性较大，政策性特征明显。如一些地方为吸引投资，出台了注册资本分期缴纳等相关制度，实际上已排除了虚报注册资本犯罪。(3) 刑罚的发动不再具有确定性，成为某些人擅断的工具，丧失了最基本的价值——公正性。在一些地方，当企业或某个经济领域发生经营性风险，或发生涉众、涉稳事件时，在许多情况下，

司法机关都以查处虚报注册资本为切入点，立案查处，介入调查。如人们熟悉的顾维军案、周正毅案、仰融案等无不以虚报注册资本罪立案侦查，有人称这类犯罪已成为公司企业老板的“第一罪”。但由于实践中的“选择性执法”，只对部分人追究刑事责任，因此，造成了事实上的司法不公正。(4) 现实中不乏某些公司在成立时虽虚报了注册资本，但资产运行良好，实际偿债能力强。若仍将其贴上犯罪的标签，于公司，可谓致命性的打击；于社会，也得不偿失。

事实上，中国刑事立法往往为了遏制犯罪而将某些行为“入罪”，但是，随着中国市场经济在国际市场洗礼中的逐步成熟，相关的配套设施和规范也会逐步完善，有关经济方面的不规范行为将能够得到非刑罚的其他方法的有效遏制，刑法因而需要退出，交给其他法规甚至非制度性规范去调整。就虚报注册资本行为本身而言，随着公司信用观点的转变，相关社会信用机制的完善，必然走向非犯罪化的道路，承担规范资本注册行为任务的不应再是刑法规范，现实的司法困境也反映了刑法介入之无力及规制作用之有限性。



195

## 抽逃出资罪之法律认定

### 【关注焦点】

抽逃出资在公司设立后之运营中，是较常发生之法律现象。长期以来，民事诉讼中对于抽逃出资认定及其责任承担问题一直争论不一，而刑事诉讼中被以抽逃出资罪追究刑事责任之现象也并不多见。抽逃出资罪对于公司制度乃至市场秩序之法律意义是什么？对其犯罪构成要件应当如何把握？该罪名与挪用资金罪等相关罪名该如何区别？刑罚上的抽逃出资与公司法上的抽逃出资又是怎样的一种关系？

### 【基本案情】

被告人：李某

2000年7月，李某通过许某借款1990万元，又编制公司章程和伪造“股东”签名，在“股东”未实际出资，其本人仅出资10万元的情况下，以注册资本2000万元，成立甲投资公司，并于2000年8月17日取得工商营业执照，此后，2000年9月11日李某将2000万元抽逃归还西安达尔曼实业股份有限公司。

认定上述事实的证据有，证人周路文的证言，甲投资公司的工商注册资料、企业法人营业执照、公司章程、验资报告，乙公司和丙公司的付款凭证、转账支票、收据，丁公司的通知书、电汇凭证，A银行取款凭条、存款凭条、

明细账、支票，B 银行电汇凭证，被告人李某的供述等。

## 【审理要览】

西安市中级人民法院认为，被告人李某在以借款出资申请成立甲投资公司后，又抽逃出资，归还借款，数额巨大，其行为构成抽逃出资罪，检察院指控被告人李某所犯抽逃出资罪成立。根据《刑法》第 159 条第 1 款、第 52 条、第 53 条之规定，判决被告人李某有期徒刑二年六个月。关于被告人李某及其辩护人提出的李某不构成抽逃出资罪的辩解和辩护意见，经查，被告人李某通过借款取得资金作为股东出资，待公司注册成立后，又抽回这些资金，其行为侵犯了国家对公司的管理制度，违反了《公司法》的规定，抽逃出资数额巨大，符合抽逃出资罪的构成要件，被告人李某的辩解和辩护意见不能成立。关于李某称没有伪造和某、周某的签名的辩解，经查，被告人李某供述和某、周某的签名是受和、周二人委托所为，但其不能提供证据证明，且周某证实他对于成立甲投资公司的事情并不知情，故该辩解不能成立。对辩护人提出的李某的行为是单位行为的辩护意见，经查，李某个人借款成立公司，又伪造和某、周某的签名，使其二人为公司股东，而李某不仅是甲投资公司的发起人，而且个人实际控制该公司，该公司的成立是其个人意志的体现，依法不属于单位犯罪，辩护人的该项辩护意见也不能成立。

李某上诉称，其不构成抽逃出资罪，理由是：（1）其借款成立甲投资公司的行为没有违反法律、法规的有关规定；（2）其没有抽逃出资的行为，虽然 2000 万元调离过甲投资公司，但在一年内陆续超额返还给甲投资公司，故其行为不属于抽逃出资；（3）其将 2000 万元调离甲投资公司的行为没有造成严重后果，也不具有法律规定的其他严重情节；（4）一审对其超期羁押。李某的辩护人称，李某将甲投资公司的款项转出的行为不属于抽逃出资行为，李是以乙公司向甲投资公司借款的形式将甲投资公司 2000 万元资金转走的，在甲投资公司的账面上反映的是一笔与乙公司的债权。李某的行为没有造成任何损失，未达到《追诉标准规定》的追诉标准。

甲省高级人民法院经审理认为，一审判决认定上诉人李某于 2000 年 7 月，通过借款 1990 万元，自己出资 10 万元，以 2000 万元注册成立甲投资公司，待公司注册成立后，于 9 月 11 日将出资的 2000 万元抽逃的事实清楚、正确的。李某违反 1993 年《公司法》的规定，在申请成立股份有限公司后，抽逃出资，数额巨大，其行为已构成抽逃出资罪。对李某及其辩护人提出的理由

和意见，经查：（1）李某抽逃出资的行为发生在2000年，按照我国1993年《公司法》的资本制度和原则，公司资本总额不仅要明确记载于公司章程，而且要求股东实际地一次性全额缴纳，并不得抽回出资。李某待甲投资公司成立近一个月，即抽逃全部出资，用于归还借款，显然侵犯了国家对公司的管理制度，故李某的行为具备了抽逃出资罪的构成要件，李某及其辩护人提出的李不构成抽逃出资罪的理由和意见不能成立。（2）李某抽逃甲投资公司注册资金2000万元，数额巨大，具备了刑法规定的抽逃出资罪的数额标准。其辩护人提出李的行为未达到《追诉标准规定》的追诉标准的意见不予采纳。（3）李某辩护人提供的证据并不能证明李某及其他股东在李抽逃出资后将出资返还给甲投资公司。而且李某于2000年9月11日抽逃出资2000万元时，其行为就已触犯了抽逃出资罪，故李某及其辩护人称李在公司成立一年期限内又将抽逃的出资返还给甲投资公司，进而认为李不构成抽逃出资罪的意见不能成立，不予采纳。（4）一审法院在审理本案时，根据本案的具体情况，依法进行了延期审理，符合《刑事诉讼法》的规定，故李某提出对其超期羁押的理由不能成立。一审判决认定事实清楚，证据确实、充分，定罪准确、量刑适当。审判程序合法。根据《刑事诉讼法》第189第（1）项之规定，裁定驳回上诉，维持原判。

2008年2月28日，李某向最高人民法院申诉称：原判认定其行为构成抽逃出资罪的事实不清，适用法律错误。主要理由如下：（1）法无明文规定不为罪。根据罪刑法定原则，股东借款出资，公司资金在验资完成后调离公司，短时间后足量资金又回到公司，这些均不是抽逃出资的犯罪构成。（2）抽逃出资的实质定义在于将已注入公司的资金抽回，不再交还给公司。甲投资公司首年资金的调动和进出是合乎规范的，并没有给甲投资公司或权益人带来损害。即便认定资金离开公司属违法，但因资金迅速回笼，而且自我纠正时间已远超两年，已不在行政处罚和法律追究之列。（3）抽逃出资是结果犯罪。抽逃出资行为只有在造成了法律规定追诉的严重后果和情节时，才构成犯罪。本案不构成《追诉标准规定》第三款的情况。（4）甲省高院为维持原判，故意违背和忽略新公司法立法的本义和刑法从旧兼从轻的原则。（5）国家工商总局认定，股东向公司的正常借款不应视为抽逃出资，李某将2000万元转出、转回甲投资公司都是按往来款处理的，按国家会计规则，往来款即可理解为借款。

最高人民法院经审查认为，原判认定李某于2000年7月，通过借款1900万元，自己出资10万元，以2000万元注册成立甲投资公司（以下简称甲投

资公司)，待公司成立后，于2000年9月11日，将出资的2000万元抽逃用于归还借款的事实清楚，证据确实、充分。对于李某提出根据国家工商总局的有关规定，股东向公司的正常借款不应视为抽逃出资的申诉理由，经查，李某将2000万元注册资金转出的行为并非其个人向公司的正常借款，而是其抽逃用于归还给乙公司的借款，该行为不适用国家工商总局的有关规定。对于李某提出原判忽略了其在短时间内实现了自我纠正的事实，其行为不符合抽逃出资罪的犯罪构成的申诉理由，经查，根据《刑法》第159条之规定，只要抽逃出资数额巨大，即可构成抽逃出资罪。李某抽逃出资的行为于2000年9月11日即已完成，且数额巨大，符合抽逃出资罪的犯罪构成，其提出的已实现自我纠正的事实与本案的定性无关。对于李某提出抽逃出资行为只有在造成了法律规定追诉的严重后果和情节时，才构成犯罪，其行为不符合《追诉标准规定》第3条的规定的申诉理由，经查，根据《刑法》第159条规定，公司发起人，股东违反《公司法》规定，抽逃出资数额巨大，后果严重或者有其他严重情节的，构成抽逃出资罪。《追诉标准规定》第3条只是对抽逃出资罪后果严重和其他严重情节两种情形作了具体解释，而未对数额巨大情形作进一步解释，故李某的行为虽不符合该追诉标准的规定，但是符合《刑法》第159条的规定，李某该项申诉理由不能成立。对于李某提出的原判违背公司法立法本意和刑法从旧兼从轻原则的申诉理由，经查，不管是抽逃资金行为时生效的公司法还是审判时生效的公司法，都严格规定：“股东在公司成立后，不得抽逃出资”，“抽逃出资构成犯罪的，依法追究刑事责任”，这一点《公司法》并未进行修改，所以，原判认定李某构成抽逃出资罪并未违背公司法的立法本意和刑法从旧兼从轻的原则。综上所述，李某申诉理由不符合《刑事诉讼法》第204条的规定，依法予以驳回。

## 【裁判解析】

刑法上所谓的抽逃出资，一般是指公司的发起人或股东，违反《公司法》的规定，在公司成立后从公司内转移出自己出资额的全部或一部分的行为。根据《公司法》的规定，股东在公司登记后，不得抽回出资；发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。股东抽逃出资属于公司法理论中股东瑕疵出资之一种。一般而言，股东瑕疵出资包括公司成立前的虚假出资与公司成立后的抽逃出资。由于股东抽逃出资

是近年来公司治理中发生的较为普遍之现象，而相应法律调整却较为薄弱，尤其是对股东抽逃出资的民事责任尚没有明确的法律规定。长期以来，民事诉讼中对于抽逃出资认定及其责任承担问题一直争论不一，而刑事诉讼中则以抽逃出资罪追究刑事责任之现象也并不多见。

**一、抽逃出资之认定与危害。**抽逃出资行为具体表现在公司财务账册上，虽然关于实收资本的记载是真实的，并且在公司成立当日足额存于公司，但后来以违反公司章程或财务会计准则之各种方式从公司转移资本的行为。一般认为，构成股东抽逃出资有三个要件：（1）公司已有效成立。只有公司有效成立，股东出资才构成公司资本。倘若公司尚未成立，则公司发起人之间处于合伙状态，自然不存在公司法意义上的抽逃出资问题；（2）公司发起人依据公司章程所约定的出资均已到位，并构成公司注册资金的一部分。此时，公司股东才有通过抽逃行为使企业注册资金减少的物质基础；（3）抽逃出资的直接责任主体一般为公司发起人股东，包括单位与个人。当然，公司成立后因受让股权而成为公司股东的，亦可因抽逃出资而成为直接责任之主体。

众所周知，公司资本是公司赖以生存的“血液”。其既是公司从事经营活动之物质基础，又是公司对外承担债务之信用保障。而股东抽逃出资不仅与《公司法》法定资本原则相违背，更严重的是股东抽逃出资后必然给公司第三人造成资本充实的假相，而实际公司法人的偿债能力不足，严重危及债权人利益以及公司其他股东乃至公司利益。抽逃出资有以下不利影响：

1. 股东抽逃出资是对股东有限责任制度的破坏。依据《公司法》第3条规定，股东仅以其出资额为限对公司承担责任。这一制度规定犹如一层“面纱”，将股东可能承担的公司经营风险降低到最低限度。如果股东将其出资抽逃，不仅使债权人的债权难以实现，而且亦使股东有限责任制度的应然价值完全丧失存在之基础。

2. 股东抽逃出资是对股权平等原则的破坏。依《公司法》规定，股东应按照其出资比例享有权利，从而获得利益。而公司股东在公司成立后将所缴出资暗中撤回且仍保留股东身份及原有的出资数额，无疑是对守约股东利益的一种变相剥夺。

3. 股东抽逃出资是对公司法人财产权的严重侵害。依据《公司法》第4条之规定：“公司享有由股东投资形成的全部法人财产权。”故公司财产与股东财产分离被认为是支撑公司法人制度存在的支柱之一。抽逃出资如同抽走公司的血液，公司将无以正常运作。同时，由于股东出资后其已不再享有对其出资的所有权，所以，股东抽逃出资实质是对公司法人独立财产权之侵害，

行为严重者将构成刑法上抽逃出资罪。

**二、抽逃出资罪与民事上抽逃出资行为之区别。**区分民事上的抽逃出资行为与抽逃出资罪，首先要看抽逃出资是否数额巨大、后果严重或者有其他严重情节。如何认识数额巨大，后果严重或者其他严重情节，《追诉标准规定》第3条有关抽逃出资应予追诉情形的规定。《追诉标准规定》第3条规定：“公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，涉嫌下列情形之一的，应予追诉：1. 虚假出资、抽逃出资，给公司、股东、债权人造成的直接经济损失累计数额在十万元至五十万元以上的；2. 虽未达到上述数额标准，但具有下列情形之一的：①致使公司资不抵债或者无法正常经营的；②公司发起人、股东合谋虚假出资、抽逃出资的；③因虚假出资、抽逃出资，受过行政处罚二次以上，又虚假出资、抽逃出资的；④利用虚假出资、抽逃出资所得资金进行违法活动的。”

2010年5月7日，最高人民检察院、公安部制定了《追诉标准（二）》，其第4条规定：“公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）超过法定出资期限，有限责任公司股东虚假出资数额在三十万元以上并占其应缴出资数额百分之六十以上的，股份有限公司发起人、股东虚假出资数额在三百万元以上并占其应缴出资数额百分之三十以上的；（二）有限责任公司股东抽逃出资数额在三十万元以上并占其实际缴出数额百分之六十以上的，股份有限公司发起人、股东抽逃出资数额在三百万元以上并占其实际缴出数额百分之三十以上的；（三）造成公司、股东、债权人的直接经济损失累计数额在十万元以上的；（四）虽未达到上述数额标准，但具有下列情形之一的：1. 致使公司资不抵债或者无法正常经营的；2. 公司发起人、股东合谋虚假出资、抽逃出资的；3. 两年内因虚假出资、抽逃出资受过行政处罚二次以上，又虚假出资、抽逃出资的；4. 利用虚假出资、抽逃出资所得资金进行违法活动的。（五）其他后果严重或者有其他严重情节的情形。”

另外，目前民法上或公司法上关于抽逃资本情形之理解与把握也许比刑法上抽逃出资的情形要更加广泛，这从《公司法解释（三）》第12条之相关规定中即可看出。该条规定是：“公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：（一）将出资款项转入公司账户验资后又转



出；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（四）利用关联交易将出资转出；（五）其他未经法定程序将出资抽回的行为。”很显然，如果按照该解释规定把握刑法上的抽逃出资，则打击面必然更加宽泛，显然并不妥当。

**三、抽逃出资之犯罪构成。**在主体上，抽逃出资罪的主体是特殊主体，即只能由公司发起人、股东构成。所谓“公司发起人”，站在刑法角度理解，是指启动股份有限公司设立程序、依法完成发起行为之人。公司发起人是仅指股份有限公司而言，有限责任公司是不存在发起人的。按照《公司法》的规定，设立股份有限公司，应当有5人以上的发起人，其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于5人，但应当采取募集设立方式。股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式当股份有限公司成立后，公司发起人的出资已成为股份有限公司的股份，公司发起人作为股份持有人而成为股东。股东抽逃其出资的，可构成本罪。所谓“公司股东”，在有限责任公司和股份有限公司中有不同的含义。有限责任公司的股东是指向公司投入资金并依法享有权利、承担义务的人。股份有限公司的股东是指股份有限公司的股份持有人，依其股份享有权利，承担义务。有限责任公司成立后，股东由于抽逃其出资，可构成本罪。依照《刑法》第159条的规定，本罪的主体可以是自然人，也可以是单位。单位作为股份有限公司的发起人、股东或者有限责任公司的股东，如果有抽逃出资行为的，应依法追究其刑事责任。

在客观行为上，《最高人民法院关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》中，将《刑法》第159条规定的犯罪确定为虚假出资、抽逃出资罪。这一罪名属于选择性罪名。要构成抽逃出资罪，必须在客观上有抽逃出资的行为。所谓“抽逃出资”，是指公司的股东在公司成立后从公司内转移出自己出资额的全部或者一部。抽逃出资的两种基本形式：一是为达到借设立公司进行经营之目的，在毫无资金情况下，拆借巨额资金，作为其实有资本进行注册登记，或者欺骗社会公众募集股本，当公司成立后即将其抽回还贷，将“空壳公司”留在社会上进行“买空卖空”活动，致使交易市场潜伏着极大的危机。二是事前恶意串通，作为公司发起人先按照公司章程规定各自认缴的出资额足额缴纳，在公司成立后又将资金各自抽回。另外，抽逃出资罪在客观上必须抽逃出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节。

在主观方面出于故意，即行为人明知自己的行为会造成抽逃出资的结果

而为之。行为人、抽逃出资可能出于各种各样的动机，如只愿坐取分红不愿冒风险而虚假出资，应人之邀将资金投入一段时间，待公司成立再抽走资金，看到公司经营状况不良为避免损害而抽走资金等。这些均不影响犯罪构成，对不同动机，在量刑上可适当予以考虑，但过失则不构成本罪。

#### 四、抽逃出资罪与其他几种相似行为之区别。

1. 抽逃出资罪与转让出资之界限。公司法对有限责任公司与股份有限公司的股东转让出资有不同的具体规定。有限责任公司虽为合资公司，也重视股东的选择，允许股东转让出资。而为了维护公司内部稳定性，转让出资受到公司性质限制，要求股东在转让出资时，首先考虑在公司现有股东间进行，股东之间可以相互转让其全部出资或者部分出资；股东向股东以外的人转让其出资时，必须经全体股东过半数同意；不同意转让的股东应当购买转让的出资，如果不购买该转让的出资，视为同意转让；经股东同意转让的出资，在同等条件下，其他股东对该出资有优先购买权；股东依法转让其出资后，由公司将受让人的姓名或者名称、住所以及受让的出资额记载于股东名册。在股份有限公司中，股东持有的股份可以依法转让，实质上也就是转让出资；股东转让其股份，必须在依法设立的证券交易所进行；记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；记名股票的转让，由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册；股东大会召开前30日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行上述股东名册的变更登记；无记名股票的转让，由股东在依法设立的证券交易所将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。原《公司法》第147条规定，发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起3年内不得转让；公司董事、监事、经理应当向公司申报所持有的本公司的股份，并在任职期间内不得转让。这一规定是对上述特定人员所持股份的转让予以特别要求，其目的在于增加上述人员的责任意识，防止其利用职权损害公司利益。但即使他们违法转让出资的，也不构成抽逃出资罪。区分转让出资与抽逃出资的根本界限，是有限责任公司和股份有限公司的股金、股本是否实际减少。转让出资不会造成股金、股本的实际减少。如果行为人以转让出资为名，行抽逃出资之实，必定会造成股金、股本的实际减少。

2. 抽逃出资罪与挪用资金罪之区别。挪用资金罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽然未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为。实践中，如果发起人

或股东出资后在成立的公司担任一定职务，就可能存在行为人利用职务将公司资金从公司中转移走的情况。对于这种情况，有观点认为，在股东利用职务便利抽逃出资的情形下，其与挪用资金或挪用公款便可能产生交叉。因为股东的出资一旦经公司登记成立，便成为公司资金，非经《公司法》规定的法定程序不得任意抽回，而非法抽回的行为便可能既符合抽逃资金罪，又符合挪用资金或挪用公款罪。对于抽逃出资既可构成抽逃出资罪，又可构成挪用资金罪或挪用公款罪的，应当认定为想象竞合犯，择一重罪论处。<sup>①</sup>挪用资金罪与抽逃出资罪的根本区别在于挪用资金仅是转移了资金的使用权，而抽逃出资则是转移了财产的所有权。如果行为人本人是股东，其利用自己在公司的职权，挪用公司的资金归自己使用或借贷给他人，仅成立挪用资金罪，不构成抽逃出资罪。区分是挪用，还是抽逃出资，关键要看行为人是否有归还之意思。抽逃出资，行为人自然是不再归还，而挪用，行为人则是想归还的。即使行为人挪用后产生不归还的想法，也不能按照抽逃出资罪处理，而是按照职务侵占罪处理。一般情况下，行为人抽逃出资，往往是想与公司脱离关系，也不参与公司的分红；而挪用或侵占资金，行为人并不想与公司脱离关系，也并不退出公司的分红。另外，行为人抽逃出资后，往往会向公司表明自己已把出资抽回；而对于挪用或侵占资金的行为，行为人往往会极力掩盖。

**五、关于本案之简要评析。**李某转出2000万元资金的行为到底是什么性质，是抽逃出资，还是股东向公司之借款，或者是甲投资公司给乙公司之借款？李某认为，其2000年9月11日将2000万元从甲投资公司转出是按往来款处理的。往来款即可理解为借款，根据国家工商总局的规定，股东向公司的正常借款不应视为抽逃出资。虽然李某转走了甲投资公司的账面资金2000万元，但是以乙公司借款（往来款）形式转走的，在甲投资公司的账面上反映的是一笔与乙公司的往来款。截止到2001年9月从乙公司和李某个人处以往来款名义陆续有超过2000万元的资金进入甲投资公司账户，因此，对该公司2000万元资金的转出转入是否属于借款后又还款的情况，有必要进行查证。李某的这一申诉理由涉及其转出2000万元行为的性质问题，即到底是股东向公司的借款，还是乙公司向甲投资公司的借款，还是抽逃出资。正确地认定李某这一行为的性质，主要涉及的是事实认定问题。

其实，要判断李某转出2000万元这一行为是否是抽逃出资的性质，要考

<sup>①</sup> 龚培华：《虚假出资、抽逃出资罪及其认定》，载《正义网》2002年9月26日。

虑以下三个因素：一要考虑公司资本是否作为公司的资金而被部分地使用过。如果注册资本进入验资账户后就没有正常使用就离开公司账户，那么就很有可能是抽逃出资。二要考虑公司成立到股东转走注册资本之间间隔时间的长短。“抽逃出资罪”的立法宗旨在于预防、制裁公司设立中违反公司资本充实原则的犯罪行为。如果抽出公司资本的行为在时间上与公司设立非常短暂，那么很有可能是抽逃出资。三要考虑抽出资本的用途，如果抽出资本是用于还款，而不是用于生产经营活动，那么极有可能是抽逃出资。本案中李某在将2000万元（1990万元借款，10万元自筹）作为验资资金将公司登记成功后，将2000万元资金转走用于归还借款，其中没有将一分钱用于公司的经营活动，而且间隔时间只有短短的不到一个月，侵犯了国家有关公司的管理制度，抽逃性质较为明显。

李某还认为，抽逃出资罪是结果犯罪，数额不是界定犯罪的决定性前提，抽逃出资行为只有造成了法律规定追诉的严重后果和情节时才构成犯罪，李某被指控的行为，不符合《追诉标准规定》的任何一条规定，因此，不构成抽逃出资罪。但是，《刑法》第159条规定，公司发起人、股东违反《公司法》的规定，在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，构成抽逃出资罪。根据《刑法》的规定，只要符合抽逃出资数额巨大、后果严重或者有其他严重情节这三种情形之一的，都构成抽逃出资罪。抽逃出资不是结果犯，并不是后果或者情节严重才构成犯罪。



## 把国有公司资金 借给他人注册登记如何定性

### 【关注焦点】

在现实之中把国有公司资金借给他人用于工商验资注册之现象时常发生，对于这类行为是否应当按挪用公款罪追究刑事责任，看法不一。而这既涉及对公司验资行为性质之法律判断，也涉及对国有资金监管使用之特别考量。由此还要思考的是，非国有公司若将资金借给他人验资注册是否也构成犯罪？或是仅可能发生帮助他人虚假验资的民事责任？

### 【基本案情】

被告人：李某

李某系河南省郑州市某国有公司经理。今年2月，他的两个朋友陈某和王某想在市内注册开办一家房地产开发公司，由于开办此类公司最低需要注册资本资金50万元，而他们仅能筹集到20万元，相差30万元，怎么办呐？二人正在为难时突然想起了李某。于是，他们便去找李某帮忙。碍于朋友面子的李某听了陈某和王某的请求，立即指示公司财务人员将其公司资金30万元打入陈某和王某的账户上。陈某和王某收到这30万元后，即到工商部门顺利通过注册验资。骗过工商部门10日后，陈某、王某即来了一个“金蝉脱壳计”将李某挪用给他们的30万元又抽出来归还了对方。

## 【审理要览】

法院审理本案过程中，针对李某的行为是否构成挪用公款罪，存在两种截然不同的意见：

一种意见认为：李某的行为不构成挪用公款罪。其理由是：根据《刑法》第384条规定，挪用公款归个人使用构成挪用公款罪在客观方面具有三种情形：一是挪用公款数额较大，超过3个月不归还；二是挪用公款数额较大，进行营利活动；三是挪用公款归个人使用，进行非法活动。然而，本案中的情况似乎与上述法律规定不符：（1）李某挪用公款数额达30万元虽然属于数额较大，但是，这30万元在挪用10日内已归还到公司，不属于上述法律规定的第—种情形；（2）李某挪用公款数额虽达30万元，符合数额较大标准，但其将款挪给他人作开公司时的注册资金了，并没有让他人将这30万元作为经营资本，不属于营利活动，因此，也不符合第二种情形；（3）正是李某将这30万元挪给他人作为开公司验资资金，并不是用于他人从事非法活动，所以，更不符合第三种情形。基于此，这种意见认为李某不构成挪用公款罪。

而另一种意见认为：对于李某动用公司这30万元给陈某、王某注册登记房地产开发公司作验资资金的行为，属于挪用公款归个人使用，其行为构成了挪用公款罪。具体理由如下：（1）陈某、王某注册登记公司的行为，属于营利活动。刑法关于挪用公款罪中所称营利活动是指以营利为目的的为法律所允许的一切经营活动。例如将挪用公款作为资本，从事生产、经商、投资、入股分红、存入银行、借给他人获利、偿还因经商欠下的债务、申请办理营业执照等为营利活动服务的活动，都属这种情况。注册验资就是为了办理营业执照，为营利活动做准备，属于为营利活动服务的活动内容。挪用公款达到数额较大的标准注册验资是一种触犯刑律的营利活动，刑法对进行营利活动这种情况只规定了挪用公款“数额较大”就构成了犯罪，至于挪用的时间长短，不影响挪用公款罪的成立，只是在量刑时作为—定的酌情节予以考虑。（2）陈某、王某这种注册登记成立房地产开发公司的行为，构成虚报注册资金罪，理所当然也属于非法活动。根据《刑法》第158条之规定，虚报注册资金罪，在客观方面表现为申请公司登记的自然人或单位使用虚假证明文件或者采用其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。从

本案看，陈某、王某串通李某虚报了注册资金30万元，骗取了公司登记主管部门的认可，达到了登记开办公司之目的。陈某、王某的这些行为符合虚报注册资金罪构成的主、客观要件，构成该罪。但是，根据《刑法》的有关规定，这种情况的犯罪如果与其他罪行有牵连的话，应按牵连犯从一重罪处罚。从另一角度看，本案的李某主观上对陈某、王某将本不属于他们所有的资金30万元虚报并实施骗取公司登记主管部门注册登记行为是明知的，客观上有将国有公司的30万元资金挪给陈某、王某个人使用的行为。因此，从这一点上看，李某的行为也符合挪用公款归个人使用进行非法活动的界定，所以，仍然构成了挪用公款罪。

本案经人民法院公开开庭审理，被告人李某构成挪用公款罪，依法判处其有期徒刑五年。

## 【裁判解析】

近几年，随着对市场经济秩序的整顿，提高对工商、银行、审计等设立公司中间环节监管力度的加强，原先大量以伪造验资报告等虚假证明文件来骗取注册登记的违法犯罪行为得到一定程度之遏制，虚报注册资本犯罪大量减少。但是，随着时间的发展，实践中出现了许多垫资注册公司之形态，此类形态因其作案手段的隐蔽性，登记主管部门和公安机关通过表面形式审查难以发现和识别，致使此类违法犯罪行为容易得逞。垫资来源有的是其他公司通过挪用资金的形式，有的是中介机构予以垫资，对于这类行为，应该如何处理，成为整顿公司登记秩序必须要面对之问题。

**一、代人垫资注册公司而抽回的可能引发之法律责任。**代人垫资注册公司，待公司成立后再抽回，可能引起如下民事乃至刑事上的法律责任：

民事责任。出资义务是股东对公司最基本的义务，股东未尽出资义务既损害公司利益，也损害公司债权人的利益，督促股东全面履行出资义务是《公司法》及有关司法解释的一个重要任务。《公司法解释（三）》第15条规定：第三人代垫资金协助发起人设立公司，双方明确约定在公司验资后或者在公司成立后将该发起人的出资抽回以偿还该第三人，发起人依照前述约定抽回出资偿还第三人后又不能补足出资，相关权利人请求第三人连带承担发起人因抽回出资而产生的相应责任的，人民法院应予支持。该规定明确了在第三人代垫资金协助出资人设立公司、双方约定验资成立后出资人抽回资金偿还该第三人的情形下，在出资人不能补足出资时，该第三人应与出资人承

担连带责任。

刑事责任。第三人可能构成股东虚假出资、抽逃出资犯罪的共犯。从抽逃出资罪犯罪构成要件来分析：股东的行为从犯罪主体、客体以及客观方面都不存在问题。关键在于把握客观行为的实质。第三人垫资注册，从形式上看作作为股东已经履行了自己的出资义务，银行交款凭证及验资报告均能证实。这说明股东资金已经到位，审计部门以及登记主管部门对于股东要求是出资必须到位，只要资金到位，就准予注册登记；同时，以形式性审查来确定出资是否到位。至于对出资资金的真实来源，法律并不关注，既不作禁止性规定，也不作实质性审查，但对于注册资本的使用和去向，法律则有明确的规定。同时，设置了禁止性条款，即禁止随意减少、抽回注册资本，目的在于保证公司之正常运作，维护其他股东或社会公众之利益。对于注册后抽逃的行为，违反了禁止性法律规定，数额巨大、情节严重的构成抽逃出资罪。既然股东的行为构成抽逃出资罪，那么第三人的垫资行为与股东的抽逃出资罪存在共同犯罪关系。（1）股东与第三人之间具有共同的犯罪故意，即通过垫资注册的方式先设立公司，公司成立后即抽逃的共同故意，行为目的在于骗取注册登记；（2）同时在具体行为与结果上，第三人垫资注册的行为与取得登记、事后抽逃有直接的因果联系，第三人为防范资金风险，负责整个资金的流转，亦是抽逃出资的直接实行犯。由此可见，股东与第三人之间虽然分工不同，但他们行为目的一致，彼此联系，相互配合实施，犯罪的危害结果与他们行为之间亦有着明确的因果联系，他们的行为可以构成抽逃出资的共犯。另外，第三人挪用本公司的资金代人垫资注册公司，还可能构成挪用公款罪或挪用资金罪。

**二、挪用公款用于公司验资注册是否属于进行“营利活动”。**《刑法》第384条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。”由上可知，挪用公款以后的用途，对于挪用公款的犯罪构成影响甚大。在区分其用途时，是否属于非法活动或营利活动，往往又成为认定犯罪的关键，直接关联到罪与非罪的判定。现实生活中，挪用公款用于公司、企业注册资金证明的现象频发。通常情况是，公司、企业注册申请人将挪用的公款交到指定的账户，由验资部门进行验资，出具验资报告，工商行政管理部门经审核发放营业执照，其后又将公款划回被挪用单位。公款被挪用的时间不长，但挪用的数额往往却很大。对这类情形是



否属于营利活动，刑法理论界一直存在不同认识。一种观点认为，验资注册与营利活动虽有联系，但差异甚大。首先，营利是经营活动，能够产生利润，而验资注册行为是取得经营资格，本身不产生利润。其次，经营活动存在经营风险，挪用公款经营可能出现无法收回的后果，基于此，刑法规定挪用公款进行营利活动构成犯罪仅有“数额较大”的要求而无时间限制。而验资注册是通过银行划拨资金，注册后公款一般能安全划回，大多不会发生资金损失风险。再次，验资注册行为一般数额较大，被挪用时间短，不会造成损失，如果将其认定为营利行为，将使行为的社会危害性与刑罚的适用之间失衡，与罚当其罪原则相悖。综上，注册验资行为不应认定为“营利活动”，而是属于非法活动或营利活动以外的其他挪用行为，应当在超过三个月未归还时才认定为挪用公款罪。

另一种观点认为，对“营利活动”不应作狭义理解，“营利”中的“营”即谋取之意，凡是具有谋取利益的行为都应当纳入“营利活动”的范畴。这是因为，验资注册是公司、企业成立的前提，是公司、企业经营的必备条件，而成立公司、企业的目的就是营利，将公款挪用作为公司、企业成立的注册验资，是为公司、企业营利做准备，属于营利活动的组成部分，应当视为挪用公款进行营利活动。此种情形如不认定为营利活动，往往就不能对挪用公款进行验资注册的行为予以刑罚制裁，势必纵容此类行为，不利于有效遏制其蔓延和发展。再者，挪用公款用于验资注册，往往伴随着后续的抽逃公司注册资本金的问题，此种行为对社会经济秩序危害甚巨，如不能得到有力的刑罚惩治，必将对整个经济生活产生严重影响。我国司法实务界大多持此观点。为此，最高人民法院在《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中明确：“申报注册资本是为进行生产经营活动做准备，属于成立公司、企业进行营利活动的组成部分。因此，挪用公款归个人用于公司、企业注册资本验资证明的，应当认定为挪用公款进行营利活动。”

所以，借资注册虽不是直接进行的营利活动，但在为营利活动作准备，是行为人整个营利活动中不可缺少的环节，因此，仍应视为“营利活动”。就本案而言，被告人周某利用管理国有公司的职务之便，指示公司财务人员将其公司资金30万元打入陈某和王某的账户上。陈某和王某收到这30万元后，即到工商部门顺利通过注册验资。从转款过程来看，显然周某将30万元公款被挪用到陈某、王某的账户上，属于挪用公款用于公司、企业验资注册的情形。按照《最高人民法院全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的精神，应当认定周某的行为构成挪用公款罪，陈某、王某属于挪用公款的共犯。

### 三、本案涉及之其他几个问题。

1. 周某同时还构成抽逃出资罪的共犯，但根据刑法上的牵连犯理论，仅以挪用公款罪论处。有一种意见认为，陈某、王某这种注册登记成立房地产开发公司的行为，构成虚报注册资金罪，周某作为共犯，也构成虚报注册资本罪。事实上，陈某、王某构成的是抽逃出资罪，不是虚报注册资本罪，周某只是抽逃出资罪的共犯。公司股东可以用自己所有的资金出资，也可以用自己合法取得使用权的资金出资，包括用借款出资，但出资之后不得将注册资金抽出，否则即可构成抽逃出资罪。本案陈某、王某在注册成立公司时并未违反刑法的有关规定，只是其在公司成立后即将30万元抽出，才构成注册之后的抽逃出资罪。

我国刑法上的牵连犯，是指以实施某一犯罪为目的，其方法或结果又触犯其他罪名的犯罪形态。其基本特征是：（1）必须具备两个以上的犯罪行为，并且这些行为在形式上均可独立的构成犯罪。（2）数行为必须是触犯了不同的罪名。（3）数行为必须具备牵连关系，并呈现出数行为之间的主从关系。（4）数行为必须发生在为实现本罪的客观要件方面的犯罪构成过程中。也就是说，牵连犯不论同时触犯几个罪名，其主观上却是为了实现主罪或本罪的犯罪目的，客观上是为了实现主罪或本罪的犯罪行为的。从本案中看，周某挪用公款的主观故意和目的，是私自把公款交给朋友注册开办房地产开发公司的，但在其朋友注册过程中，周某又明明知道他们抽逃注册资本，却不阻止、不举报，与朋友同流合污。这样，周某在这一问题上有两种行为相牵连，同时都触犯了刑律：即不但犯了挪用公款罪，而且，又犯了抽逃注册资本罪。按照我国刑法理论，对“牵连犯”一般实行的是“从一重罪处断”的原则，即同时所犯的数罪中，哪个罪处罚的最重，就以哪个罪定罪处罚。本案中，挪用公款罪最高刑为无期徒刑，而抽逃注册资本罪的最高刑只有三年，因此，本案以挪用公款罪追究被告人周某的刑事责任是正确的。

2、对周某的量刑问题。周某为陈某、王某注册成立房地产公司挪用公款30万元，按照《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第3条的规定，挪用公款“数额巨大”是挪用公款“情节严重”的情形之一，而“数额巨大”的起点为15至20万元，依法应当认定周某的行为“情节严重”。依照《刑法》第384条之规定，应当对周某判处五年以上有期徒刑。但是，对周某的行为进行量刑时，应当区别于其他形式的营利活动。挪用型犯罪侵犯的客体主要是被挪用单位的资金的占有、使用、收益这三项权能。借资注册行为时间短，基本上不会造成本单位的经济损失，可以说对

上述三项权能的侵犯相较于其他典型营利活动而言，行为所造成的危害轻微，应当与其他典型的营利活动有所区别。本案在法定刑五年以上只判处周某五年以上有期徒刑，属于从轻处罚。但如果考虑到本案挪用公款时间短，未给国家造成经济损失，且被告人认罪态度好，属于《刑法》第63条第2款中所指的“特殊情况”，依法可对被告周某在法定刑以下处刑，社会效果和法律效果可能会好些。

3. 非国有公司工作人员若将资金借给他人验资注册是否也构成犯罪。挪用资金罪是指公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位的资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大，超过3个月未还，或者虽未超过3个月，但数额较大，进行营利活动，或者进行非法活动的行为。本罪主体是特殊主体，即公司、企业或其他单位的工作人员。客体是单位资金的使用权。挪用公款罪与挪用资金罪是我国刑法中主要的挪用型犯罪，二者在主观、客观表现等方面相似，都是职务犯罪，但也存在严格的界限。挪用公款罪属于贪污贿赂罪中的具体罪名，而挪用资金罪属于侵犯财产罪中的具体罪名，前者为复杂客体，后者为单一客体，因此应对两罪做严格区别。非国有公司工作人员如果利用职务之便，将单位资金借给他人验资注册，属于挪用本单位的资金归个人使用，进行营利活动。这种情形除了主体不同于挪用公款罪的主体外，其他方面并无不同，因此，无疑可以构成挪用资金罪。



197

## 利用职务便利 侵占股东股权行为之定性

### 【关注焦点】

作为非公司股东之公司管理人员，利用掌管公章等职务便利，以欺诈方式，通过非法侵占股东股份，进而完全操控公司、占有公司财产之行为，是否构成职务侵占罪？

### 【基本案情】

被告人：栗某

2003年3月，周甲、郑某、朱某3人共同出资100万元注册成立了A节水公司，3人各持公司40%、40%、20%的股份。2005年11月，经协商3人所持股份分别变更为70%、10%、20%，并在阿克苏垦区公证处进行公证。2005年11月，该公司聘任栗某（本案被告人）为副经理。2006年1月，栗某利用掌管公司公章等职务之便，未经公司股东郑某、朱某的同意，伪造了《股东会议纪要》、《股权转让协议》等文件，在甲市工商行政管理局办理变更登记，将股东郑某、朱某的全部股份变更到其妻周乙、其岳父周甲名下。而后，郑某、朱某二人的经营权、求偿权等权利被完全剥夺。经甲资产评估事务所评估，A节水公司净资产为4074591.73元，栗某非法侵占A节水公司股东郑某、朱某的股份价值为1222377元。该案在侦查期间，检察机关将A节

水公司的资产进行了审计，审计报告显示，栗某将郑、朱二人的股份变更转移后，将许多资金用于个人支出，如审计报告中记载其中有一笔27万元，栗某用于个人交纳经营性水费。

2006年3月26日，栗某被检察院批捕，后以职务侵占罪和挪用资金罪被公诉至某区人民法院。

## 【审理要览】

某区法院一审认为：被告人栗某被A节水公司聘任为副经理，利用职务便利，以伪造文件、变更登记等手段，非法占有他人股份价值122.2377万元，数额巨大，其行为已构成职务侵占罪。据此，一审法院判决被告人栗某犯职务侵占罪判处有期徒刑十年。栗某不服，提起上诉。二审法院审理后，对该案作出驳回上诉，维持原判的终审裁定。

## 【裁判解析】

职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。本罪的犯罪对象是本单位（公司、企业、其他单位）的财物。随着社会的日益发展以及研究的逐渐深入，职务侵占罪对象的外延正在发生变化，股权能否成为职务侵占罪的对象，如果能，应该如何计算数额，这是选择本案予以探讨之问题。

**一、股权可否作为侵犯财产犯罪之对象？**侵占股权是近年来新出现违法现象，具有较大的社会危害性。在讨论股权能否成为职务侵占罪犯罪对象之前，有必要弄清几个概念：股票、股份和股权。股票是一种有价证券，是股份公司为筹集资金发给出资人作为公司资本部分所有权的凭证。股份，是股份有限公司的资本所划分成的均等的份额，每一股份都代表着一定的金额，每一股的金额都完全相等。出资人因取得股份而取得公司股东的地位，并基于股东地位在公司中依法享有权利和承担义务。股权，又称股东权，是指股东基于出资或认购股份的行为而在依法设定的公司中取得股东地位，因而在公司中享有以财产受益权为核心并可依法参与公司事务的权利。可见，股票是股东享有股权的载体，而股份的多少则直接决定股东享有股权的多少和股东地位的高低。关于股权可否成为职务侵占罪的犯罪对象，可以从以下两个方面进行分析：

1. 从职务侵占罪“本单位财物”范围的理解来看，股权可以成为职务侵占罪的犯罪对象。关于职务侵占罪“本单位财物”的范围，理论界有不同的意见。第一种意见认为，职务侵占罪的犯罪对象仅指本单位所有的财物，不包括本单位管理、使用、运输中的非本单位财物；第二种意见认为应包括本单位管理、使用、运输中的非本单位财物。<sup>①</sup> 第二种观点更为合理。因为单位基于某种原因而合法地占有、管理他人的财物，单位与财物的所有权人之间将形成某种合同关系，对该财物被损毁、灭失须承担相应的赔偿责任。这时，行为人的侵占行为虽不会给财物的所有人造成财产上的损失，但会给本单位财产造成损失，因为若该财物被侵占，本单位将无法返还财物，须以其自身其他财产承担返还责任。所以，行为人侵占这些财物，就等于侵占了本单位的财物。

2. 从公司管理股权的法定义务来看，股权可视为本单位的财物，尽管股权根本上应归股东真正所有。职务侵占的犯罪对象不仅包括有形财物，也包括无形财产，但无形财产中必须是能够导致本单位财物损失的才属于职务侵占罪的犯罪对象（如技术成果、权利证书）。股权属于本单位管理的财产范围之一。《公司法》第33条规定：“有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：（一）股东的姓名或者名称及住所；（二）股东的出资额；（三）出资证明书编号。记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记，未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”学界认为，该规定体现了股东名册的自治性、法定性，股东可以将此名册作为主张股东权的形式上的证据，公司可以以此作为对抗名册外的第三人，具备对抗的效力；同时，该规定也明确了公司在管理股权上的法定义务。从刑法意义上理解与把握，股权在法理上可以被视为公司管理之财产范畴，亦可视为“本单位财物”。

基于此，2005年6月24日《公安部经济犯罪侦查局关于对非法占有他人股权是否构成职务侵占罪问题的工作意见》明确指出：“对于公司股东之间或者被委托人利用职务便利，非法占有公司股东股权的行为，如果能够认定行为人主观上具有非法占有他人财物的目的，则可对其利用职务便利，非法占有公司管理中的股东股权的行为以职务侵占罪论处。”可见，股权成为职务侵占罪的犯罪对象不但有其实质理由，而且还有相应法律依据。

<sup>①</sup> 王作富：《刑法分则实务研究（中）》，中国方正出版社2007年版，第1189页。

**二、股权价值之计算。**上市公司股份价值的认定。众所周知，上市公司股份的价值主要是通过股市中相应股票的交换价值来体现的，与上市公司的实际资产量并不直接发生关联。哪怕是生产经营可能处于资不抵债之窘境的ST公司，其股票在证券市场上依然存在交换价值。侵占人通过股票交易，能够随即兑现股票所代表的财产利益，而不需要与相应的上市公司及其资产状况发生关系。

那么，究竟是以侵占行为日还是案发日的股票市值作为侵占数额？对于刑法上财物价值的计算，实践中大多都是以犯罪日为基准计算有关犯罪数额，这样能够相对准确地揭示具体行为的社会危害性及其程度。只有某些犯罪日期难以准确认定或者以危害行为造成的实际损害后果作为犯罪构成要件的犯罪，才以案发日为基准计算相应的犯罪数额或者损害后果，如伪造货币、玩忽职守等犯罪所涉及的外币面额和重大损失的计量等属于此类。侵占股票的价值计算问题，显然不属于后种类型，因此有必要遵循常规，按犯罪日的股票价值计算侵占数额。况且，股票价格的涨跌均属股市常态，如果案发日侵占股票的价格大幅下挫，能否以此认定侵占数额，甚至不作为犯罪追究？答案是不言而喻的。此外，在案发日之前侵占人已经将股票抛售的，自然也不存在案发日的股票市值问题。由此可见，以侵占日为基准认定所收受股票的犯罪数额，将案发时侵占人实际非法获利的事实作为量刑情节考虑，应当具有更多的合理性。

与上市公司的股份比较，非上市的股份有限公司、有限责任公司等的股权具有明显不同的特点：（1）股权的价值大小直接由所占公司资产量的比例来体现；（2）股份价值的实现方式，因为不存在专门的股份或股权交易市场，大多只能通过个别的转让方式来即时兑现股份价值。值得一提的是，虽然非上市公司的股份不存在股市中变动不居的交换价值，但伴随公司经营业绩的好坏及资产量的升降，其价值实际上也存在一定程度的波动或增减。因此，准确认定侵占之日相应公司、企业的资产量，对于正确认定对应股份的价值大小是至关重要的。那么，如何计算涉案公司、企业的资产量？实践中有必要澄清以下几个问题：

1. 能否径直将公司、企业的注册资金额视为公司、企业的资产量？从司法实践看，不少股份有限公司、有限责任公司等，在成立时及生产、经营过程中，实际投入生产、经营的资产量往往大于注册资金额，其目的就是相应减少将来承担有限责任的基础分量。另有一些公司、企业的注册资金额本来就是虚报而成，其与实际资产量之间自始就不相符合。有鉴于此，尽管人们

比较容易查核注册资金的大小与真伪，而对实际资产量的查证难度要大得多，但是，为了准确计算股份价值及相应的侵占数额，还是不能求简避难，在关注司法效率时损及刑法之公正价值。

2. 如何认定负债经营公司、企业的资产量？负债经营是现代公司、企业的经营方式之一，这类公司、企业也可能牵涉到职务侵占案件。单从公司、企业的会计账簿资料看，可能存在公司、企业的负债额明显大于资产量的情形。在此，能否认定该种公司、企业的资产量为负数，相应的股份价值为零呢？譬如，某公司自有资金100万，另外举债500万投入某一盈利前景很好的经营项目。就该公司股权价值的认定而言，需要把握两个要点：（1）应当遵循债权优于股权的公司法原则，将公司债务从公司资产中先行划出，予以清偿，然后以公司的净资产作为股权价值认定的基础。（2）在优先清偿债务时，应当注意区分债务的不同情况或种类。在现实经济生活中，债务资金可能存在两种状态：有的可能正处于经营、盈利的过程之中；有的则属于已经亏损待偿的真实债务。无须赘言，二者对于公司资产的计量来讲，应当具有不同的意义。对于前者，虽然还不能计算出经营利润或收益作为公司资产，但至少不能与已经亏损形成的债务同等看待。对于后者，则应当从公司资产量中划出用于优先清偿的资金。从司法操作层面说，只要没有证据证明举债资金已经部分或全部亏损的，就不能简单以会计账簿为依据，从公司资产量中扣减相应的负债数额。据此，负债经营公司、企业的股权价值，最终应当以侵占之日该公司、企业拥有的净资产量为基础进行计算。至于侵占人持有该种公司、企业的股权，股权价值大多增值的情形，因前面已经述及不宜以案发日为基准计算变化中的股权价值，故将其作为量刑情节考虑是适当的。

### 三、本案涉及之其他几个问题。

1. 股权侵占方式。股权是可以价值衡量与评估并以身份为前提的权利集合体，因此股权侵占的完成需要以股权登记作为标志，只要将股权违背股东意志或隐瞒股东而过户到自己或与自己关联人名下，侵占的方式才算完成。案件审理中，辩护人认为，被告人只是将股东郑某、朱某的全部股份变更到其妻周乙、其岳父周甲名下，没有变更到其名下，不属于侵占完成。对此问题：（1）依照《全国人大常委会关于〈刑法〉第三百八十四条第一款的解释》“归个人使用”是指：“（一）将公款供本人、亲友或其他自然人使用；（二）以个人名义将公款供其他单位使用；（三）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用谋取个人利益的。”所以，这里的占有既可以是本人的直接占有，也可以是由他人代管等形式的间接占有，而不应将非法占为己有机械地



理解为被犯罪人本人占有。(2)即使栗某将公司股份转至其妻子名下,而在栗某与其妻子婚姻关系存续期间,除非特别约定,该部分股份系二人共有。再者,以诈骗方式非法将他人股权转移到自己或近亲属名下,在侵权人不能操控公司的情况下,并不必然导致对公司财产的侵占。然而本案中,由于合法股东郑某、朱某被剥夺了股东权而不能正常行使权利,公司处于被非法操控状态,不仅被栗某非法转移的财产,而且公司的所有财产实际上被周某、栗某个人占有并使用,也即周、栗二人通过非法将他人股权转移到自己或近亲属名下的途径,非法占有了这部分“抽象的”股权所代表的相应比例的公司财产,这从栗某以公司资金为自己所用也可得到证明。所以,作为非公司股东的公司管理人员,本案中公司的财产仍然是被栗某“非法占为己有”。

2. 民事上的股权侵占与职务侵占罪的区别。审理中,栗某的辩护人提出:依据《公司法》的相关规定,股东之间的侵权应适用民事程序解决,该案是民事纠纷。对此问题:一是栗某不是股东,而只是公司高级管理人员。二是《刑法》第271条规定:“公司、企业或其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位的财物非法占为己有,数额较大的,构成职务侵占罪。”《公司法》第216条规定:“违反本法规定构成犯罪的,依法追究刑事责任”;第217条规定:“(一)高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人,上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员”。结合本案,可以认为,栗某为公司副经理,是高管人员,其身份属于刑法规定的公司、企业和其他单位的工作人员。三是本案中栗某侵占的财产数额巨大,行为具有严重的社会危害性,已超出《公司法》规定的一般违规、违章(程)行为,而是构成犯罪的行为,故应依法定罪处罚。

3. 利用掌管公司公章之便利是否属于利用职务之便。侵占股权之所以可以构成职务侵占罪,其在客观方面一个重要表现是利用职务之便,符合职务侵占罪的犯罪构成。实践中侵占股权主要分为两种情况:一种是股东或其他人侵占其他股东的股权,如股东或其他人利用受托办理股权转让之机,将属于委托人的股权转让给自己或特定关系人;另一种是公司经营管理人员利用保管公司印章之便,伪造股东签名及其他有关法律文书,将他人股权转让给自己或特定关系人。这两种行为的共同特征都是利用委托关系或是保管公司公章等职务之便,制作、提交伪造的材料(就目前普遍适用的办理程序而言,侵占股权一般都会涉及提交虚假的申请材料,包括虚假的公证书、股权转让协议、变更登记申请表等)。一个与公司或股东毫无关系之人是不可能成功侵占股权的。

利用职务之便的含义，学界有不同看法。第一种意见认为，利用职务之便一般是指行为人利用自己在本单位所具有的一定职务，如董事、监事、经理、会计等，并因这种职务所产生的方便条件，即管理、经手本单位财物的便利。对于不是利用职务上的便利，而是利用工作上的便利，侵占本单位财物的行为不能认定构成本罪。<sup>①</sup>第二种意见则认为，利用职务上的便利是指利用自己主管、管理、经管、经手本单位财物的便利实施侵占行为，并且该侵占行为可以是占为己有，也可以是使他人占有。<sup>②</sup>第二种意见更为妥当。至于上述第一种观点，则把职务之便的含义更多地指向依据公司管理层级任命、聘任产生的行政职务，该观点将职务等同于公务，即只有从事侵占公务活动中管理、经手的单位财物才构成本罪。这种观点对于“利用职务之便”实际是作出了不恰当的限缩解释，依照这种理解无疑会使部分“侵占行为”得不到应有之惩处，同时一些“公司、企业或者其他单位”的财产权也会失去刑法保护，与《刑法》设立此罪的初衷并不相符。职务侵占罪中之“职务”有其特定含义，应作广义之理解，不仅包括公司、企业或者其他单位的人员所从事的单位公务活动，同时也包括其从事的特定的劳务活动。至于职务之从事者是特定人，还是不特定人；是基于行使职权经手、管理财物形成的便利条件，还是临时受委托处理某项事务权利形成的便利条件，均不影响本罪之成立。本案中栗某身为公司副经理，虽不是股东，但系公司工作人员。其虽然没有利用管理、经手本单位财物之便利，但栗某利用掌管公司公章等职务之便，未经公司股东郑某、朱某之同意，伪造了《股东会议纪要》、《股权转让协议》等文件，在甲市工商行政管理局办理变更登记，将股东郑某、朱某的全部股份变更到其妻周乙、其岳父周甲名下，属于利用职务之便。

① 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，人民法院出版社2007年版，第526页。

② 张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第747页。

198

## 公司法定代表人 签发空头支票拖欠货款行为之定性

### 【关注焦点】

公司签发支票属于正常民事法律行为，但当公司所签发的支票为空头时，是否当然意味着或可推定为诈骗企图？或是根据具体情形认定公司或行为人之主观意图？还是更应认定为延缓债务支付之拖欠行为？

### 【基本案情】

被告人：杨某

1998年，被告人杨某以180万元实物，其母亲以20万元资金共同投资200万元，登记成立了某饮食文化有限公司（以下简称饮食公司），杨某任法定代表人。为扩大经营规模，杨某在经营火锅店、烧烤店的情况下，接连开设多家连锁店面，装修、房租、设备、广告等巨额费用占用了营业收入，造成入不敷出，以致拖欠了186家供货商的600多万元货款。随后，因该公司长期不能兑现不断增加的货款，众多供货商纷纷登门索债。为应付供货商追债，杨某指使其副总经理和部门经理多次向供货商签发在约定日期兑付的空头支票，并要求供货商继续供货。在签发的支票兑付期届满前，公司又将部分空头支票收回换成欠条。由于无法支付房租，房屋所有权人将公司旗下的店面封了起来。于是引发了众多供货商哄抢公司其他连锁店面的事件，公司

处于停业状态。

## 【审理要览】

本案在审理过程中，对于被告人杨某的行为定性问题，存在多种不同意见：

第一种意见认为，被告人杨某指使他人采取欺骗手段，多次收取多家供货商的货物，为应付供货商催款，多次签发空头支票，并继续骗取供货商的货物，是以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的财物的行为，构成诈骗罪。

第二种意见认为，被告人杨某以非法占有为目的，在履行合同的过程中虚构事实，隐瞒真相，骗取供货商货物，价值人民币629万余元，数额特别巨大，其行为已构成合同诈骗罪。

第三种意见认为，被告人杨某签发空头支票，骗取供货商的财物，数额特别巨大，符合我国刑法关于票据诈骗罪的构成要件，构成票据诈骗罪。

第四种意见认为，被告人杨某拖欠供货商的货款主要用于扩大经营规模，尚无证据证实具有转移、隐匿、挥霍本案货款的行为。其为应付供货商追债而出具空头支票后，在约定承兑日前，已主动将部分空头支票转换成欠条，故认定其具有非法将供货商货款占为己有的证据不足，杨某的行为不构成诈骗罪，而应定性为民事纠纷。

法院最终采纳了第四种意见。

## 【裁判解析】

本案争议焦点在于被告人杨某签发空头支票的行为的定性问题。根据《票据法》的有关规定，签发空头支票属于被禁止的行为。但现实之中不少公司在日常经营过程中，签发空头支票之行为经常地发生，对此类行为，公司及其管理者显然应当保持高度警惕、审慎而为。而这也是本书列选此案作为公司法相关案例的原因所在，意在为公司行为、为公司相关管理人员行为可能面临的责任追究提供分析与帮助。

**一、公司签发空头票据行为之违法性。**一般认为，空头支票是指出票人违反与付款银行（即开户银行）之间的资金账户关系，签发的没有资金保证

或超出其账户内资金余额的支票。<sup>①</sup>《票据法》第87条规定：“支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处的实有的存款金额。出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处的实有的存款金额的，为空头支票。禁止签发空头支票。”中国人民银行总行发布的《2009年支付体系发展报告》显示：在中国支票是最普遍使用的非现金支付工具。从未来发展趋势来看，尽管包括电子支付在内的各种新的支付工具不断出现和被广泛使用，但支票使用量仍将保持在较高水平。特别是个人支票的推广使用，将会改变支票的结构，成为支票中富有生命力的品种。伴随着支票业务的发展，签发空头支票诈骗的现象呈上升趋势，据2004年10月某一学者对114起票据诈骗案的分析，以支票为载体的票据诈骗案最多，占78.1%。<sup>②</sup>

签发空头支票的危害性表现在以下几方面：（1）对社会的危害。空头支票具有较大的社会危害性，一部分不法分子利用签发空头支票进行诈骗活动，严重侵犯了票据管理秩序，影响社会经济和金融秩序；空头支票造成大量退票，加大票据市场的风险，损害了社会信用基础；人们不愿意接受支票，势必影响支票在经济生活中支付功能的发挥。（2）对金融机构的危害。空头支票会增加不必要的处理手续，延误银行资金结算；由于得不到付款，持票人对银行产生怀疑，影响银行信誉。空头支票的增多，必然降低同城清算资金的抵用率，造成商业银行报表存款数据不实，影响中央银行货币政策之准确性。空头支票的大量出现，也将明显加大监管机构之监管成本。（3）侵犯公私财产权。对于持票人而言，出票人签发空头支票，轻则造成拖延付款，资金被占用，影响正常生产经营活动，重则会因为空头支票出票人即诈骗人逃之夭夭或者破产，造成财物的损失。而对于背书人而言，也会因付款人拒付带来被追索财产之风险。

鉴于签发空头支票行为之社会危害性，各国法律都对签发空头支票行为给予一定惩治。对签发空头支票行为的惩治主要表现为对空头支票出票人法律责任之追究上。通过考察各国相关法律可以发现，世界范围内对签发空头支票出票人之法律责任的追究有三种立法例：以瑞典为代表的追究民事责任之立法例；以日本为代表的追究行政责任之立法例；以法国为代表的追究刑事责任之立法例。<sup>③</sup>与这些国家不同，我国对签发空头支票的行为同时规定了民

① 孙应征：《票据法理论与实证解析》，人民法院出版社2004年版，第236页。

② 谢晓雪：《票据诈骗犯罪初探》，北京大学出版社2004年版，第560页。

③ 付娇娇：《论我国对空头支票之防治》，载《邢台学院学报》2010年第4期。

事、行政及刑事责任。

1. 追究民事责任。空头支票的出票人不仅要承担票据责任，还要承担民事责任。中国人民银行《支付结算办法》第125条规定，出票人签发空头支票……持票人有权要求出票人赔偿支票金额2%的赔偿金……。该条款明确规定了空头支票出票人的民事责任。但是，这里有两个问题需要明确：（1）作为授权性条款，该规定只是赋予了持票人向出票人求偿的权利，该权利是可以放弃的。（2）“2%的赔偿金”具有惩罚性违约金的性质，因为持票人一般通过行使票据权利即可使损失得到完全补偿，而此处赔偿金的规定可以理解为对空头支票出票人违反合同约定的惩罚。如此以来，无论持票人是否有损失，都可以就出票人的违约行为得到违约赔偿。

2. 追究行政责任。对空头支票出票人进行行政处罚是目前我国惩治空头支票行为之主要手段。《票据管理实施办法》第31条规定了对空头支票行为处以票面金额5%但是不低于1000元的罚款。《中国人民银行关于对签发空头支票行为实施行政处罚有关问题的通知》第3项以及《支付结算办法》第125条对屡次签发空头支票的，规定了停止签发票据资格的处罚。

3. 追究刑事责任。《票据法》第103条第3项规定，签发空头支票或者故意签发与其预留的本名签名式样或者印鉴不符的支票，骗取财物的，依法追究刑事责任。这是《票据法》关于签发空头支票应当承担刑事责任之规定。在此基础上，《刑法》第194条又对因签发空头支票而构成的金融票据诈骗罪及其刑事处罚作了明确具体的规定。根据《刑法》规定，票据诈骗罪应具备下列特征：（1）该犯罪侵犯的客体是复杂客体，既包括国家的金融管理秩序，也包含国家、金融机构或者他人的财产所有权。（2）在客观方面，行为人必须具有利用金融票据进行诈骗活动，数额较大的行为。（3）犯罪的主体是一般主体，既可以是个人，也可以是单位。（4）在主观方面，必须出于故意，即行为人明知自己的支票账户上没有存款或存款不足而签发明显超出其实有存款金额的支票，以骗取公私财物。如果行为人出于过失，则不构成犯罪。区分票据诈骗罪的未遂与既遂，以是否骗取到财产作为标准，如果行为人实施了行为，但未骗取到财产，应以犯罪未遂论处。对于构成金融票据诈骗罪（签发空头支票行为）的刑事处罚，《刑法》第194条规定，对于通过签发空头支票骗取公私财物构成犯罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万

元以下罚金或者没收财产

**二、诈骗罪、合同诈骗罪以及票据诈骗罪之简要比较与分析。**以非法占有为目的，以签发空头支票的形式诈骗他人财物的，一般构成票据诈骗罪。那么票据诈骗罪与诈骗罪、合同诈骗罪之间有什么区别呢？

诈骗罪，是以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。其主要特征是：在客观方面表现为骗取数额较大公私财物的行为。即行为人使用骗术，以虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法，使财物的所有人、管理人产生错觉，信以为真，从而似乎“自愿地”交出财物。“虚构事实”是指捏造不存在的事实，骗取被害人的信任。“隐瞒真相”是指对被害人掩盖客观存在的某种事实。应当注意的是，这里的自愿是因为被害人上当受骗所致。诈骗的手段和方法多种多样，如编造谎言、假冒身份、骗取钱财；伪造、涂改单据，冒领财物；伪造公文、证件骗取款物等。依照《刑法》第266条的规定，诈骗公私财物，数额较大的，才构成诈骗罪，骗取少量财物且数量不大的，属一般违法行为，视其情节予以批评教育或治安管理处罚。

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同的过程中，骗取对方当事人的财物，数额较大的行为。《刑法》第224条规定：“有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；（二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；（三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；（四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；（五）以其他方法骗取对方当事人财物的。”

1997年刑法在修订过程中，考虑到包括合同诈骗罪在内的各种经济欺诈型犯罪，主要是市场经济环境下在生产、交换、分配，消费领域中形成的，与传统型诈骗犯罪相比，在犯罪主体、犯罪客体、犯罪行为的具体方式等方面具有不同特点，有必要将合同诈骗在内的各种经济欺诈性犯罪从普通诈骗罪中独立出来；同时，从当今世界上许多国家的立法以及我国的立法实践看，全国人大常委会在有关决定中，已经规定了许多特殊的诈骗犯罪，因此，1997年刑法将合同诈骗罪从普通诈骗罪中独立出来而单独定罪量刑。

其实，合同诈骗罪与票据诈骗罪都是从普通诈骗罪里分离出来的，三者的关系属于一般与特别之关系。可以说，三个罪名在是否具有非法占有为目的之认定上是相通的。

为了防止客观归罪，区分行为是否构成欺诈罪的关键是行为人之主观目的，即行为人是骗取财物为目的，还是以通过履行约定的民事法律行为而获得经济利益。从法律角度讲，心理态度只有外化为客观行为时，才能成为法律评价的对象。下面以签发空头支票为例，分析一些行为人是否具有非法占有之目的可以综合以下因素整体考虑：

行为人有无兑付支票的实际能力。行为人在签发空头支票时，如果明知自己没有兑付支票的能力，而且也根本不去创造条件兑付支票，就非法将他人财物占为己有的，应以票据诈骗罪论处。但是仅仅以此为根据去判断，也会有失偏颇。还要结合以下情况综合考虑：

行为人是否采取了欺骗手段。利用签发空头支票进行诈骗的人，其手段一般是：（1）无中生有，编造虚伪的事实。（2）有意隐瞒真相，以假充真。

行为人对取得财物的处置情况。行为人对其占有的他人财物的处置情况，很大程度上反映了其主观心理态度：（1）如其将取得的财物全部或大部用以挥霍，或从事非法活动、携款潜逃等，应认定有非法占有之故意；（2）如将取得财物全部或大部用正常的经营活动，即使客观上未能完全履行合同义务，一般应认定为民事欺诈；（3）如将取得财物用于合法经营，但其没有履约行为，而是迟迟不归还财物，应认定为合同诈骗罪。（当然，行为人虽不履行合同但在合同有效期内将对方财物予以退还的，仍应认定为民事欺诈。）

行为人的事后态度。如果给对方造成损失后，不主动采取补救措施，而是推脱责任，拒不履行合同清偿债务，或逃匿，应认定行为人有诈骗故意。

**三、结合本案之具体分析。**本案之中，杨某为应付供货商追债，指使其副经理和部门经理多次向供货商签发在约定日期兑付的空头支票，并要求供货商继续供货。但在签发的支票兑付期届满前，公司又将部分空头支票收回换成欠条，证明主观上被告人并没有非法占有之目的。

（1）从欠条法律性质上来看，欠条又称为欠据，通常是由于债务人应当向债权人履行债务时，因自身原因不能按时偿还而向债权人出具的债权凭证。在很多时候，欠条往往是对双方经济往来的一种结算凭证，表明自写欠条之日起双方之间形成的一种债权债务关系。从另外一个角度去理解，欠条实际上证实了债权人已履行基础合同的义务，债务人却没有及时履行基础合同的付款义务。这充分说明，被告人主观上是想偿还其欠供货商之债务，并不具



有非法占有之目的。

(2) 从公司拖欠货款的流向来看,大部分资金都投入了再生产,没有用于个人消费。饮食公司的经营收入主要用于承租店面、广告宣传、设备投入和公司装潢。调查发现,饮食公司走的是一条飞速扩张的道路,其在后设立了几家大型连锁店,各家连锁店的装潢费用基本上都在50~130万元。公司拖欠供货商的货款均用于扩大公司的再生产,而不是用于被告人的个人消费。被告人曾于1998年12月购买商品房一套,但该套房产并没有占用供货商的货款,而是采用向银行按揭的方式支付。不仅如此,在公司经营出现困难后,被告人还积极筹划出售自有的商品房以筹集钱款,还清债务。以上事实说明:对供货商的货款,是饮食公司暂时“占用”,并非被告人非法占有,被告人没有非法占有之目的。所欠供货商的债务仅是正常公司经营管理不善所欠之债,并非是被告人对供货商财物的非法占有。

(3) 被告人没有虚构事实和隐瞒真相。被告人以股东身份设立饮食公司并从事经营,该公司有自己的名称、从业人员,有自己的经营设备和经营场所,饮食公司和被告人都是真实存在的,无需虚构。另外,被告人也没有隐瞒真相。饮食公司前期投入较大,设备、装修花费较多,资金情况无须隐瞒,由于扩张经营的战略决策,被告人在原有经营基础上开设分店,策划广告宣传,清偿债务,增加利润。在1999年以前,公司的烧烤业经营一直很火爆,被告人根据当时的经验判断延期支付供应商的货款原本是不成问题的。实际上,被告人开远期支票的付款时间基本上都是在九月份之后的经营旺季,其有理由相信旺季经营的利润足以清偿供应商的货款。饮食公司在1999年9月发现支票出现问题后,立即采取措施以期解决。主要有:一是成立清偿小组,制定具体的还款计划;二是收回不能兑现的支票,更换新支票;三是被告人也出售了刚购买的商品房,所得钱款用于偿还拖欠的货款;四是公司向其员工借款,以偿还拖欠的货款。事实上,如果饮食公司的店面不被房屋所有权人强行封门,货物不被供货商强行哄抢,该公司还能够继续经营,并能够逐步偿还拖欠供货商的货款。

以上事实,从多个角度说明被告人杨某内心没有非法占有他人财物的故意,更没有用虚构事实和隐瞒事实真相的方法来逃避债务,因此,不构成诈骗罪。其行为亦不符合合同诈骗罪或票据诈骗罪之构成要件,法院最终按民事纠纷处理,并无不当。



## 故意销毁会计凭证罪之认定

### 【关注焦点】

会计凭证是反映公司财务真实性最为重要之资料。现实中有些公司为了逃避有关法律责任之追究，故意销毁公司会计凭证，致使追究公司及相关人员之责任缺乏证明依据。有效打击故意销毁会计凭证之行为，对于确保公司诚信经营、维护市场交易秩序至关重要。

### 【基本案情】

公诉机关：甲市人民检察院

被告单位：甲市造纸厂

被告人：扬某

法院经审理查明：2000年3~4月间的一天，时任被告单位甲市造纸厂厂长的被告人扬某，召集该厂经营副厂长、财务科长、副科长、出纳和该厂劳动服务公司的出纳到其办公室，指使上述人员共同对该厂劳动服务公司上年度（1999年3~4月至当日止）的财务支出流水账、凭证等会计资料进行审核，确认无异议后，将余额结转到新账簿上，由在场人签名。之后，扬某决定沿用该厂以往的做法，将审核过的会计资料让人拿到锅炉房予以烧毁。2001年4月5日，被告人扬某仍沿用前次做法，将审核过的该厂财务和该厂劳动服务公司上年度的财务流水账、凭证等会计资料，指使他人拿到锅炉房

予以烧毁。被告单位甲市造纸厂的劳动服务公司两次被烧毁的会计资料，涉及收入金额共计 567952.52 元。

## 【审理要览】

法院审理认为：被告人扬某身为被告单位甲市造纸厂的厂长、法定代表人，召集有关人员审核并指使他人烧毁该厂的会计资料，事实清楚，证据确凿、充分。该人民法院于 2001 年 11 月 16 日判决：一、被告单位甲市造纸厂犯销毁会计凭证罪，处罚金 10 万元。二、被告人扬某犯销毁会计凭证罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金 5 万元。宣判后，被告单位甲市造纸厂和被告人扬某均未提出上诉，检察机关也未抗诉，一审判决已发生法律效力。

## 【裁判解析】

会计凭证是反映公司财务真实性的最为重要的资料，现实中有些公司为了逃避有关法律责任的追究，故意销毁公司会计凭证，致使追究公司及相关人员的责任缺乏证明依据，有效打击故意销毁会计凭证的行为，对于确保公司诚信经营、维护市场交易秩序至关重要。事实上，在不少民事案件处理过程中，如公司股东知情权纠纷中，当股东请求查阅公司账簿时，一些公司也会以公司账簿丢失等为由拒不提供查阅，而在一些公司清算纠纷中，一些公司也同样会以公司账簿丢失或不全为由阻止公司清算的正常进行，而其中即很可能存在故意隐藏或销毁公司会计账簿之现象。

**一、会计资料之重要意义及刑法设立本罪之背景。**会计资料是一个单位经济活动的重要记录，对于有效实施国家经济管理活动或者对于查证有关违法犯罪活动具有重要作用。保存会计资料是公司正常经营之需要，是股东利益保护之平台，是公司商业信誉之重要载体，是市场秩序维护之迫切需要。因此，《会计法》、《会计基础工作规范》、《会计档案管理办法》等国家会计管理法律制度对单位的会计凭证、会计账簿、财务会计报告等会计资料的保管和依法销毁都作了明确规定。隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告为主的会计资料的行为造成会计信息失真，不但严重损害国家、公众利益，而且对社会经济秩序构成严重威胁。

故意销毁会计凭证罪，是 1999 年 12 月 25 日通过的《中华人民共和国刑法

法修正案》（以下简称《刑法修正案》）第1条增加规定的新罪名。1997年刑法对虚报注册资本、虚假出资、提供虚假的财务会计报告以及中介组织及其人员提供虚假证明文件等直接做假账，严重破坏会计秩序的行为作为单独的犯罪作了规定，但对故意销毁会计凭证的违法行为则没有单独规定为犯罪。当时主要是考虑到故意销毁会计凭证本身很少体现为犯罪目的，一般情况下实施这种行为是为了掩盖犯罪事实、毁灭犯罪证据，或者是以此作为进行某种犯罪之手段。如《刑法》第201条规定的偷税罪就是纳税人采取擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段，达到不缴或者少缴应纳税款的偷税目的。其他如骗取出口退税罪、贷款诈骗罪、侵占罪、贪污罪、私分国有资产罪、挪用资金罪、挪用公款罪等，为了掩盖罪行，逃避法律追究，通常都会销毁相关的会计资料，因此，未对此种行为单独作为犯罪加以规定。

随着社会主义市场经济的发展和各项改革的不断深入，会计工作在加强经济管理、提高经济效益、维护社会主义市场经济秩序、实现国家强化宏观经济调控的目标等方面的特殊作用也显得越来越重要。而在近年来的实践中，销毁会计凭证的行为频频发生，有些单位为了小团体的利益弄虚作假，有的甚至直接从事某些经济犯罪活动，但当有关部门监督检查时，不但不积极予以配合，而且还将有关的会计资料转移、隐藏起来，拒不接受监督检查，更有甚者，直接将会计资料予以销毁，严重影响执法活动。为了维护国家利益、公众利益和社会经济秩序，严厉打击隐匿、销毁会计资料的违法行为，《刑法修正案》第1条规定，在《刑法》第162条后增加1条，作为第162条之一：“隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。”“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

**二、销毁会计凭证罪之一般犯罪构成。**隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪的构成特征如下：

**犯罪主体。**本罪的犯罪主体不限于公司、企业，所有依照会计法的规定办理会计事务的国家机关、社会团体、公司、企业、事业单位等组织和个人，都可以成为本罪的主体。一般认为，《刑法修正案》第1条中的“直接负责的主管人员”是指在单位实施犯罪行为过程中起领导、组织、决策作用的负责人，可能包括：单位负责人、总会计师、主管会计工作的负责人、会计机构负责人（会计主管人员）。《刑法修正案》第1条中的“其他直接责任人员”

就是指在单位实施犯罪行为过程中直接参与的其他人员。一般是指在单位从事会计工作的其他一般会计人员。当然，单位的非会计人员也可以成为本罪的主体。

**犯罪客体。**本罪侵犯的客体是国家的会计管理法律制度及社会正常经济秩序。

**犯罪的主观方面。**本罪在主观方面必须出于故意，即行为人明知是依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告而故意隐匿或者销毁。至于其动机，有的是毁灭犯罪证据，有的是为了逃避税收等等，动机、目的如何，不影响本罪成立。只要达到前述明知和故意，即可认定其主观罪过。

**犯罪的客观方面。**本罪在客观方面表现为违反国家会计管理法律制度，隐匿、故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的行为。具体表现为三个方面：

1. 行为人的行为必须违反了《会计法》等有关法律的规定。《会计法》第23条规定：“各单位对会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料应当建立档案，妥善保管。会计档案的保管期限和销毁办法，由国务院财政部门会同有关部门制定。1984年财政部、国家档案局颁发的《会计档案管理办法》规定，会计档案的保管分为永久保管和定期保管两类。行为人的行为如果不具备违法性这一前提条件，就不能构成本罪。

2. 行为人的客观行为表现为隐匿或者销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告。所谓隐匿会计凭证、会计账簿、财务会计报告，就是采取各种手段将真实的会计凭证、会计账簿、财务会计报告予以隐藏、隐瞒，使其不为人们发现的行为。所谓销毁，就是采取各种手段使真实的会计凭证、会计账簿、财务会计报告失去其内容的完整性、真实性的行为。会计凭证、会计账簿、财务会计报告载体的毁灭和损毁固然是销毁，使会计凭证、会计账簿、财务会计报告原始记录的内容失真或毁灭、损毁也是销毁。应当指出，本罪属于选择性罪名。行为人在客观上实施了隐匿或者销毁行为中的一个行为，即可以构成本罪。同时，实施了隐匿和销毁行为，也只能按照本罪处罚，不实行数罪并罚。

3. 行为人实施的客观行为必须达到“严重情节”的程度。由于本罪是一种情节犯，因此必须情节严重才能构成犯罪。依据《追诉标准规定》规定，在隐匿、销毁会计资料案（《刑法》第162条之一）故意隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，涉嫌下列情形之一的，应予追诉：（1）隐匿、销毁的会计资料涉及金额在50万元以上的；（2）为逃

避依法查处而隐匿、销毁或者拒不交出会计资料的。

**三、结合本案之具体分析。**会计凭证、会计账簿是会计法规定依法应当保存的会计资料，任何单位与个人均不得隐匿或者故意销毁。被告单位甲市造纸厂为本厂私利，经该厂决策机构集体研究同意后，用锅炉烧毁了依法应当保存的上述会计资料，其行为与法律规定公开相悖。依照《刑法》第162条之一的规定，甲市造纸厂的行为构成销毁会计资料罪。依照《刑法》第162条之一第2款和《刑法》第30条关于“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任”的规定，甲市造纸厂应当承担刑事责任。被告人扬某身为甲市造纸厂的厂长、法定代表人，召集有关人员审核并指使他人烧毁会计资料，对甲市造纸厂实施的销毁会计资料犯罪行为负有直接责任，是《刑法》第162条之一第2款规定的“直接负责的主管人员”，也应依照《刑法》第162条之一第1款的规定承担销毁会计资料之刑事责任。

被告人单位及被告人在《刑法修正案》施行之前就有烧毁会计资料的行为，根据罪刑法定和不溯及既往的原则，以往的这些行为不构成犯罪。但被告单位和被告人被指控的两次烧毁会计资料的行为分别发生在2000年3、4月，均是在《刑法修正案》公布施行之后。且两次被烧毁的会计资料，涉及收入金额共计567952.52元，符合《追诉标准规定》规定的追诉标准。

本罪属于情节犯，只有情节严重才构成《刑法》第162条之一规定故意销毁会计凭证罪。关于情节严重的标准，《追诉标准规定》有了详细的规定，人民法院在审理类似案件时一般会参照此规定。当然，该《补充规定》仅有销毁会计凭证涉及的金额作为情节严重的标准，也许显得过于单一。应该说，涉及金额是判断情节严重的重要标准，但不应是唯一标准。多次销毁，销毁造成公司无法清算、致使公司债权人利益不能偿还、国家税收无法追缴等严重后果的，也应视为情节严重。为此，《追诉标准规定》改变了追诉标准单一的规定，增加了其他情节严重的情形这一总括性、兜底性条款，以此更好地满足了实践中打击此类犯罪之需要。

200

## 违规披露、不披露重要信息罪之认定

### 【关注焦点】

财务会计制度能否正常有效之建立并运转，是商业信用体系能否建立之关键所在。对严重危害财务会计制度之行为，施以犯罪惩罚，不仅必要，而且应进一步加大力度。

### 【基本案情】

公诉机关：某市人民检察院

被告人：隋某，甲电子股份有限公司董事长、总经理

被告人：高某，甲电子股份有限公司董事、副总经理、董事会秘书

被告人：方某，甲电子股份有限公司财务总监、总会计师

经查明：被告隋某于1994年初在甲电子股份有限公司定向募集期间，与当时负责股票发行的董事会秘书高某密谋，指使财务处负责人注册成立一壳公司——某高新技术发展公司，并以该公司的名义，累计购买本公司内部职工股1044万股。后盗用他人名义，在证券公司营业部开设44个人股票账户，全部股票交由甲公司证券部掌管。自1997年1月甲电子公司股票上市到2001年8月间，隋某等人虚构公司业绩，相继抛售1044万原始股。此外，隋某还指使公司财务人员，向高某控制的69个人账户累计投入6.8亿元，在二级市场进行股票炒作，将大部分股市收益用于虚增主营业务收入。为了

应付审计，隋某安排公司工作人员，采用私刻客户印章、粘贴复印等方式伪造销售合同 1242 份，合同金额 17.2968 亿元，虚开销售发票 2079 张，金额 17.0823 亿元。为了掩盖资金的真实来源，隋某、方某等通过在银行设立的甲电子公司户头、账户，中转、拆分由证券公司所得的收入，并根据伪造的客户合同、发票，伪造 1509 份银行进账单以及相应的对账单，金额共计 17.0475 亿元。现经查验证实，并经司法判定、司法审计、会计鉴定，甲电子公司于 1997 年至 2001 年，共计虚增主营收入 17.0475 亿元。2001 年 7 月，中国证监会对甲电子公司展开调查；9 月 7 日，甲电子公司披露正在接受证监会调查；11 月 8 日，甲电子公司发布因重大会计差错可能导致经营业绩下滑的风险预警公告。

## 【审理要览】

法院经审理后认为：甲电子公司编制向股东和社会公众提供的虚假的财务会计报告，严重损害了广大股东利益，扰乱了证券市场正常秩序。隋某、高某、方某作为甲电子公司提供虚假财会报告的直接负责的主管人员，均应对甲电子公司提供虚假财务报告承担刑事责任，三人行为均已构成提供虚假财会报告罪。据此判决：隋某有期徒刑二年，并处罚金人民币 5 万元；高某有期徒刑一年，并处罚金人民币 2.5 万元；方某有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金人民币 5 万元。

## 【裁判解析】

本案各被告均被判处提供虚假财会报告罪。根据全国人大 2006 年通过的《中华人民共和国刑法修正案（六）》，将《刑法》第 161 条作了重要修改：一是对主体添加了一个限制词“依法负有信息披露义务的公司、企业”；二是扩大了行为的范围，增加了“或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露”；三是增加了“或者有其他严重情节的”一款。随后，最高人民法院和最高人民检察院联合公布《关于执行刑法确定罪名的补充规定》，其中将“提供虚假财会报告罪”修改为“违规披露、不披露重要信息罪”。

**一、财务报告制度之价值。**财务会计报告是由公司的业务部门或者公司委托的其他会计、审计机构，按照国家的规定于每一会计年度终了时制作的反映公司财务状况和经营成果的总结性书面文件。公司财务会计报告是非常



重要的公司文件，它反映了一个公司在一定时期内的经营全貌，其内容的真实性与否，直接关系到公司股东和债权人及其他社会公众的合法权益能否得到实现和保护，关系到国家有关部门对公司财务实施的监管活动的有效性，关系到社会主义市场经济建设能否健康有序地进行。公司有义务实事求是地制作财务会计报告，如实提供给股东、债权人和社会公众，并依法接受审查验证。(1) 公司财务会计报告是股东和债权人及其他社会公众了解公司财产状况、经营现状和发展前景的重要途径。根据《公司法》的规定，有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东；股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的20日以前置备于本公司，供股东查阅；以募集设立方式成立的股份有限公司必须公告其财务会计报告。(2) 财务会计报告是国家税务部门、工商行政管理机关、国务院证券管理部门等有关部门对公司依法进行监督管理的重要依据和手段。一般公司的财务报告包括资产负债表、损益表、财务状况变动表、财务情况说明书、利润分配表等内容。

**二、上市公司财务管理制度之特别要求。**上市公司因其股票交易的公开性、广泛性（涉及中小股民广泛利益）以及数字化集中竞价交易等特性，对其财务报告要求应当更加严厉。上市公司财务管理制度的特别要求主要体现在以下几个方面：

1. **定期报告。**上市公司应当披露的定期报告包括年度报告、中期报告和季度报告。凡是对投资者作出投资决策有重大影响的信息，均应当披露。年度报告应当在每个会计年度结束之日起4个月内，中期报告应当在每个会计年度的上半年结束之日起2个月内，季度报告应当在每个会计年度第3个月、第9个月结束后的1个月内编制完成并披露。

2. **必须披露的主要事项。**年度报告应当记载以下内容：公司基本情况；主要会计数据和财务指标；公司股票、债券发行及变动情况，报告期末股票、债券总额、股东总数，公司前10大股东持股情况；持股5%以上股东、控股股东及实际控制人情况；董事、监事、高级管理人员的任职情况、持股变动情况、年度报酬情况；董事会报告；管理层讨论与分析；报告期内重大事件及对公司的影响；财务会计报告和审计报告全文；中国证监会规定的其他事项。中期报告应当记载以下内容：公司基本情况；主要会计数据和财务指标；公司股票、债券发行及变动情况、股东总数、公司前10大股东持股情况，控股股东及实际控制人发生变化的情况；管理层讨论与分析；报告期内重大诉讼、仲裁等重大事件及对公司的影响；财务会计报告；中国证监会规定的其

他事项。季度报告应当记载以下内容：公司基本情况；主要会计数据和财务指标；中国证监会规定的其他事项。第一季度报告的披露时间不得早于上一年度报告的披露时间。

3. **依法登记并公布。**上市公司及其他信息披露义务人依法披露信息，应当将公告文稿和相关备查文件报送证券交易所登记，并在中国证券监督管理委员会指定的媒体发布。信息披露义务人在公司网站及其他媒体发布信息的时间不得先于指定媒体，不得以新闻发布或者答记者问等任何形式代替应当履行的报告、公告义务，不得以定期报告形式代替应当履行的临时报告义务。

4. **要经有资格会计师事务所审计。**年度报告中的财务会计报告应当经具有证券、期货相关业务资格的会计师事务所审计；定期报告中财务会计报告被出具非标准审计报告的，上市公司董事会应当针对该审计意见涉及事项作出专项说明；定期报告中财务会计报告被出具非标准审计意见，证券交易所认为涉嫌违法的，应当提请中国证监会立案调查；注册会计师应当秉承风险导向审计理念，严格执行注册会计师执业准则及相关规定，完善鉴证程序，科学选用鉴证方法和技术，充分了解被鉴证单位及其环境，审慎关注重大错报风险，获取充分、适当的证据，合理发表鉴证结论。

5. **财务报告披露的责任主体。**发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员应当忠实、勤勉地履行职责，保证披露信息的真实、准确、完整、及时、公平。信息披露义务人及其董事、监事、高级管理人员，上市公司的股东、实际控制人、收购人及其董事、监事、高级管理人员违反本办法的，中国证监会可以采取以下监管措施：责令改正；监管谈话；出具警示函；将其违法违规、不履行公开承诺等情况记入诚信档案并公布；认定为不适当人选；依法可以采取的其他监管措施。

**三、结合虚假财务报告罪之犯罪构成对本案具体分析。**本罪的主体为特殊主体，属于纯正的单位犯罪。在处罚时采取单罚制，即只对“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”进行处罚。我国的公司包括有限责任公司和股份有限公司，实际上企业是指包括公司在内的一切合法成立的经济实体。也有人认为，本罪的主体是公司内部负责财务会计的主管人员和其他直接责任人员。<sup>①</sup>这种观点没有注意到本罪为单位犯罪。还有人认为，《刑法修正案（六）》第5条对本罪的主体添加了限制词，即“依法负有信息披露义务的公

① 苏惠渔：《刑法学》，中国政法大学出版社1997年版，第498页。

司、企业”，而不是原来的“公司”，实际上缩小了本罪的犯罪主体范围。<sup>①</sup>但应当认为，这些规定实际上是对公司、企业应当“依法负有信息披露义务”的进一步明确，而非限制性规定。

本罪主观方面表现为故意。即明知向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，会严重损害股东或者其他人的利益，并希望或者放任这种危害结果的发生；或者故意对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露，导致严重损害股东或者其他利益，或者有其他严重情节的行为。

本罪的客观方面表现为提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告的行为，以及对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露的行为。具体讲这些行为表现为：

1. 公司、企业向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告。当然，虚假的财务会计报告可以是虚假的资产负债表，也可能是虚假的损益表或者财务状况变动表，也可能是虚假的财务情况说明书或者利润分配表，也可能所有的会计报表及附属明细表都是虚假的。本案属于提供虚假财务会计报告。隐瞒重要事实的财务会计报告，主要是隐瞒公司的负债情形或重大亏损从而误导股东或社会公众的情形，但是这种虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，必须已经向股东与社会公众公布。所以，即便公司制作了虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，如果没有向股东与社会公众公布，则不构成本罪。

2. 对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露。依照《公司法》、行政法规和国务院财政部门的规定，公司应当在每一会计年度终了时制作财务会计报告，并依法经审查验证。如上所述，财务会计报告应当包括下列财务会计报表及附属明细表，包括资产负债表；损益表；财务状况变动表；财务情况说明书；利润分配表等。而且有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东，股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的20日以前置备于本公司，供股东查阅，以募集设立方式成立的股份有限公司必须公告其财务会计报告等。也就是说，如果行为人不按照这些规定披露应当披露的信息，严重损害股东或者其他利益或者有其他严重情节的行为，也将构成犯罪。

<sup>①</sup> 潘志国：《刑法修正案（六）修改了什么》，<http://law-lib.com/lw/lw-view.asp?no=7715&page=2>。

3. 严重损害股东或者其他入利益。很显然,本罪属于结果犯,即行为必须严重损害股东或者其他入利益时,才有可能构成本罪。所谓“严重损害股东或者其他个人利益”,是指因公司财务会计报告的误导致使股东投资严重亏损或损失,债权人重大债权利益不能实现,投资者蒙受重大经济损失等情形。公司提供了虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告,但没有使股东或其他人遭受利益损失或利益损失并不严重的,也不构成本罪。根据司法实践,具有下列情形之一的应予追诉:(1)造成股东或者其他入直接经济损失数额在50万元以上的。这里的“直接经济损失”,是指股东或者其他人所遭受的直接经济损失数额的总和。(2)致使股票被取消上市资格或者交易被迫停牌的。股市交易方便快捷,商机稍纵即逝,参与股票交易的人员流动性大,有时要逐一核实股东或者其他入因虚假财会报告所造成的损失,难度较大。此时可以从另一个角度考虑是否应对行为人进行追诉,因为使股东或者其他入利益遭受严重损害的情况,除了直接经济损失外,还有两种情况是比较明显的,那就是股票被取消上市资格或者交易被迫停牌。股市被看作是一个国家经济形势的晴雨表,如果某一股票因违规行为被取消上市资格或者交易被迫停牌,将会引起股民的强烈反映,影响社会经济秩序的稳定,在这种情况下,即使由于措施及时,未造成重大损失或者损失暂未显现出来,其所造成的影响也是十分恶劣的,必须追究行为人之刑事责任。



参考文献资料<sup>①</sup>

## (一) 虞政平公司法相关著作与论文

## 代表性著作

序号	书名	出版社	出版日期
1	《英国公司法规汇编》	法律出版社	2000年11月
2	《股东有限责任—现代公司法律之基石》	法律出版社	2001年7月
3	《中国公司企业法规全书》	法律出版社	2002年9月
4	《美国公司法规精选》	商务印书馆	2004年10月
5	《现代公司法之历史渊源》	法律出版社	2007年3月

## 代表性文章

序号	论文题目	刊物名称	出版卷期
1	构建中国多元化公司治理结构新模式	中外法学	2008年第1期
2	中美有限责任公司制度比较	中国法学	2003年第1期
3	法人独立责任质疑	中国法学	2001年第1期

① 本书各分析案例参考相关论文已作脚注，不再在参考文献资料中列出。

序号	论文题目	刊物名称	出版卷期
4	On the independent liabilities of the legal person	CHINA LEGAL SCIENCE	2002 (中国法学海外版)
5	罗马法债权理念的一般发展	政法论坛	2001年第6期
6	早期特许公司——现代股份公司之渊源	政法论坛	2000年第5期
7	企业合并方法的法律探讨	政法论坛	1999年第3期
8	论国家对跨国企业合并的阻扰	政法论坛	1998年第2期
9	论要约收购的基本法律问题	法学	1998年第1期
10	公司意思自治的法律空间	人民司法	2010年第9期
11	违法分配公司利益的责任追究	法律适用	2003年第3期
12	瑕疵公司的权利能力	法律适用	2003年第6期
13	公司可以为其股东提供担保	法律适用	2003年第7期
14	股东资格的法律确认	法律适用	2003年第8期
15	股权转让协议的效力审查	法律适用	2003年第9期
16	吊销营业执照的法律性质	法律适用	2003年第10期
17	目标企业及其股东对企业合并的阻扰	中国律师	1998年第3期
18	企业合并：对传统企业产权制度的挑战	中国律师	1997年第10期
19	质疑“公司人格否认”之说	人民法院报	2003年6月9日
20	公司可以为其股东提供担保	人民法院报	2003年1月2日

## （二）公司法案例著作

1. 江平、李国光主编：《最新公司法案例评析》，人民法院出版社 2006 年版。
2. 赵旭东主编：《新公司法案例解读》，人民法院出版社 2005 年版。
3. 沈四宝等编著：《揭开公司面纱法律原则与典型案例选评》，对外经济贸易大学出版社 2005 年版。
4. 王信芳主编：《公司纠纷案例精选》，上海人民出版社 2004 年版。
5. 丁巧仁主编：《公司法案件判解研究》，人民法院出版社 2003 年版。
6. 祝铭山主编：《股东权益纠纷》，中国法制出版社 2004 年版。
7. 祝铭山主编：《股权纠纷》，中国法制出版社 2004 年版。
8. 祝铭山主编：《企业改制纠纷》，中国法制出版社 2003 年版。
9. 吴越编著：《公司法先例初探》，法律出版社 2008 年版。
10. 黄学海、王少春、马桦编著：《企业法公司法案例精选精析》，法律出版社 1999 年版。
11. 陈国辉主编：《公司法案例与评析》，中山大学出版社 2005 年版。
12. 宋彪主编：《企业公司法典型案例》，中国人民大学出版社 2003 年版。
13. 刘永光、许先丛主编：《公司法案例精解》，厦门大学出版社 2005 年版。
14. 陈宇等编著：《公司法案例（学理精解）》，中国经济出版社 2004 年版。
15. 王仁宏主编：《商法裁判百选》，中国政法大学出版社 2002 年版。
16. 朱伟一：《美国公司法判例解析》，中国法制出版社 2000 年版。
17. 姜一春：《日本公司法判例研究》，中国检察出版社 2004 年版。
18. 最高人民法院审判监督庭编著：《最后的裁判》，中国长安出版社 2007 年版。

## （三）公司法法规著作

1. 赵旭东主编：《境外公司法专题概览》，人民法院出版社 2005 年版。
2. 赵旭东主编：《新公司法条文释解》，人民法院出版社 2005 年版。
3. 奚晓明主编：《最高人民法院关于公司法解释（三）、清算纪要理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版。
4. 卞耀武主编：《当代外国公司法》，法律出版社 1996 年版。
5. 贾红梅、郑冲译：《德国股份公司法》，法律出版社 1999 年版。

6. 李萍译：《法国公司法规范》，法律出版社 1999 年版。
7. 黄道秀等译：《俄罗斯联邦民法典》，中国大百科全书出版社 1999 年版。
8. 刘俊海译：《欧盟公司法指令全译》，法律出版社 2000 年版。
9. 费安玲等译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社 1997 年版。
10. 王叔文等主编：《最新香港民商法律——公司法卷》，人民法院出版社。
11. 杜景林等译：《德国商法典》，中国政法大学出版社 2000 年版。
12. 杜景林等译：《德国股份法、德国有限责任公司法、德国公司改组法、德国参与决定法》，中国政法大学出版社 2000 年版。
13. 吴建斌、刘惠明、李涛合译：《日本公司法典》，中国法制出版社 2006 年版。
14. 中国政法大学澳门研究中心编：《澳门商法典》，中国政法大学出版社 1999 年版。
15. 殷生根等译：《瑞士民法典》，中国政法大学出版社 1999 年版。
16. 吴日焕译：《韩国商法》，中国政法大学出版社 1999 年版。
17. Melvin aron eisendenrg; corporations and business associations - statutes, rules, materials, and forms foundation press, 1999.
18. Richard w jennings; federal securities law foundation press 1999.
19. Selecteel commercial statutes, west group, 1999.
20. Philip mead; european community company law, oceana publications inc, 1991, council regulation 2137/85 on the european economic interest grouping.

#### (四) 公司法理论著作

1. 江平主编、赵旭东副主编：《法人制度论》，中国政法大学出版社 1996 年版。
2. 江平主编、方流芳副主编：《新编公司法教程》，法律出版社 1996 版。
3. 王保树主编：《中国公司法修改草案建议稿》，社会科学文献出版社 2004 年版。
4. 王保树主编：《日本公司法现代化的发展动向》，于敏译，社会科学文献出版社 2004 年版。
5. 王保树主编：《商事法论集》（第一卷），法律出版社 1997 版。
6. 赵旭东主编：《公司法学》（第二版），高等教育出版社 2006 年版。
7. 赵旭东：《企业法律形态论》，中国方正出版社 1996 版。



8. 赵旭东主编：《国际视野下公司法改革》，中国政法大学出版社 2007 年版。
9. 顾功耘主编：《公司法》，北京大学出版社 1999 年版。
10. 朱慈蕴：《公司法人人格否认法理研究》，法律出版社 1998 版。
11. 甘培忠：《公司控制权的正当行使》，法律出版社 2006 年版。
12. 刘俊海：《股份有限公司股东权的保护》，法律出版社 1997 年版。
13. 施天涛：《公司法论》，法律出版社 2005 版。
14. 施天涛：《关联企业法律问题研究》，法律出版社 1998 版。
15. 孔祥俊：《公司法要论》，人民法院出版社 1997 年版。
16. 周友苏：《新公司法论》，法律出版社 2006 年版。
17. 赵万一、卢代富主编：《公司法国际经验与理论架构》，法律出版社 2005 年版。
18. 郭锋、王坚主编：《公司法修改纵横谈》，法律出版社 2000 年版。
19. 蒋大兴：《公司法的展开与评判》，法律出版社 2001 年版。
20. 蒋大兴：《公司法的观念与解释》，法律出版社 2009 年版。
21. 罗培新：《公司法的合同解释》北京大学出版社 2004 年版。
22. 罗培新等：《公司法的法律经济学研究》北京大学出版社 2008 年版。
23. 楼建波、陈炜恒、朱征夫、李骥译：《公司治理原则：分析与建议》，法律出版社 2006 年版。
24. 王红一：《公司法功能与结构法社会学分析》，北京大学出版社 2002 年版。
25. 何美欢：《公众公司及其股权证券》，北京大学出版社 1999 年版。
26. 柯芳枝：《公司法论》，中国政法大学出版社 2004 年版。
27. 王效文：《中国公司法》，中国方正出版社 2004 年版。
28. 王文宇：《公司法论》，中国政法大学出版社 2004 年版。
29. 奚晓明、金剑锋：《公司诉讼的理论实务问题研究》，人民法院出版社 2008 年版。
30. 刘敏：《公司解散清算制度》，北京大学出版社 2010 年版。
31. 刘连煜：《公司法理论与判决研究》，法律出版社 2002 年版。
32. 乔欣等：《公司纠纷的司法解释》，法律出版社 2007 年版。
33. 刘桂清：《公司治理视角中的股东诉讼研究》，中国方正出版社 2005 年版。
34. 扬勤法：《公司治理的司法介入》，北京大学出版社 2008 年版。
35. 李金泽：《公司法律冲突研究》，法律出版社 2001 年版。

36. 毛亚敏：《公司法比较研究》，中国法制出版社 2001 年版。
37. 胡果威：《美国公司法》，法律出版社 1999 年版。
38. 苗壮：《美国公司法制度与判例》法律出版社 2007 年版。
39. 肖贤富主编：《现代日本法论》，法律出版社 1998 版。
40. 吴建斌：《最新日本公司法》，中国人民大学出版社 2003 年版。
41. 吴日焕译：《韩国公司法》，中国政法大学出版社 1999 年版。
42. 陈卫忠：《澳门公司法比较研究》，广东人民出版社 2006 年版。
43. 邓辉：《论公司法中的国家强制》，中国政法大学出版社 2004 年版。
44. 王文杰：《国有企业公司化改制之法律分析》，中国政法大学出版社 1999 年版。
45. 赵旭东等：《公司资本制度改革研究》，法律出版社 2004 年版。
46. 傅穹：《重思公司资本制原理》，法律出版社 2004 年版。
47. 刘燕：《会计民事责任研究》，北京大学出版社 2004 年版。
48. 冯果：《现代公司资本制度研究》，武汉大学出版社 2000 年版。
49. 左传卫：《股东出资法律问题研究》，中国法制出版社 2004 年版。
50. 薄燕娜：《股东出资形式法律制度研究》，法律出版社 2005 年版。
51. 李友根：《人力资本出资问题研究》，中国人民大学出版社 2004 年版。
52. 石俊志：《商业性债权转股权法律研究》，中国检察出版社 2005 年版。
53. 邱海洋：《公司利润分配法律制度研究》，中国政法大学出版社 2004 年版。
54. 钱玉林：《股东大会决议瑕疵研究》，法律出版社 2005 年版。
55. 梁上上：《论股东表决权—以公司控制权争夺为中心展开》，法律出版社 2005 年版。
56. 伏军：《公司投票代理权法律制度研究》，北京大学出版社 2005 年版。
57. 王作全、马旭东、牛丽云：《公司利益相关者法律保护及实政分析》，法律出版社 2010 年版。
58. 王东光：《股东退股法律制度研究》，北京大学出版社 2010 年版。
59. 蓝寿荣：《上市公司股东知情权研究》，中国检察出版社 2006 年版。
60. 郑琰：《中国上市公司收购监管》，北京大学出版社 2004 年版。
61. 柳经纬、黄伟、鄢青：《上市公司关联交易的法律问题研究》，厦门大学出版社 2001 年版。
62. 张开平：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社 1998 年版。
63. 张民安：《现代英美董事法律地位研究》，法律出版社 2000 年版。

64. 赵旭东主编：《上市公司董事责任与处罚》，中国法制出版社 2004 年版。
65. 李建伟：《独立董事制度研究》，中国人民大学出版社 2004 年版。
66. 王天习：《公司治理与独立董事研究》，中国法制出版社 2005 年版。
67. 滨田道代、吴志攀主编：《公司治理与市场监管》，北京大学出版社 2003 年版。
68. 曹顺明：《股份有限公司董事损害赔偿研究》，中国法制出版社 2005 年版。
69. 郭雳：《美国证券私募发行法律问题研究》，北京大学出版社 2004 年版。
70. 扬峰：《证券民事责任制度比较研究》，法律出版社 2006 年版。
71. 李东方：《证券监管法律制度研究》，北京大学出版社 2002 年版。
72. 吴越：《企业集团法理研究》，法律出版社 2003 年版。
73. 吴越主编：《私人有限公司的百年论战与世纪重构》，法律出版社 2005 年版。
74. 王长斌：《企业集团法律比较研究》，北京大学出版社 2004 年版。
75. 赵德枢：《一人公司详论》，中国人民大学出版社 2004 年版。
76. 樊云慧：《英国少数股东权诉讼救济制度》，中国法制出版社。
77. 曹富国：《少数股东保护与公司治理》，社会科学文献出版社 2006 年版。
78. 刘丹：《利益相关者与公司治理法律制度研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。
79. 李玉福、曲伶俐、王瑞洲、扬晓静：《公司运作的刑法保障》，中国检察出版社 2006 年版。
80. 李永军：《合同法》（第二版），中国人民大学出版社 2008 年版。
81. 王卫国主编：《民法》，中国政法大学出版社 2007 年版。
82. 范建、王建文：《商法的价值、源流及本体》，中国人民大学出版社 2007 年版。
83. 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版。
84. 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第二册），北京大学出版社 2009 年版。
85. 姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社 1993 年版。
86. 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版。
87. 苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社 1999 年版。
88. 谢怀轼：《票据法概论》，法律出版社 1990 年版。
89. 王小能主编：《中国票据法律制度研究》，北京大学出版社 1999 年版。
90. [美] 罗伯特·C·克拉克：《公司法则》，胡平等译，工商出版社

1998年。

91. [英] 梅因著、沈景一译：《古代法》，商务印书馆 1959 年版。
92. [英] 保罗·戴维斯：《英国公司法精要》，法律出版社 2007 年版。
93. [英] 丹尼斯吉南：《公司法》，朱羿锷译，法律出版社 2005 年版。
94. [英] A. J. 博伊尔：《少数股东救济措施》，段威、李扬、叶林译，北京大学出版社 2006 年版。
95. [英] 阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社 2002 年版。
96. [加拿大] 布莱恩 R·柴芬斯：《公司法：理论、结构和运作》，法律出版社 2001 年版。
97. [德] 格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，法律出版社 2010 年版。
98. [德] 托马斯·莱塞尔，吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法》，高晓军等译，法律出版社 2005 年版。
99. [日] 未永敏和：《现代日本公司法》，金洪玉译，人民法院出版社 2000 年版。
100. [日] 志村治美：《现物出资研究》，于敏译，王保树审校，法律出版社 2001 年版。

## (五) 英文原著与论文

1. L. c. b. gower: gower's principles of modern company law, 4 th. ed, london sweet & maxwell, 1979.
2. Paull · davles: gower's principles of modern company law, 6th. ed, london sweet & maxwell, 1997.
3. Tony orhnlal: limited liability and the corporation london & canberra 1982.
4. Ronald ralph formoy: the historical foundations of modern company law, london, seet and maxwell 1923.
5. Bayless manning with james j. hanks, jr: legal capital, 3rd. ed, foundertror press 1990.  
A · p · poley: the history, law, and practice of the stock exchange, london, sir isaac pitman and sons, tud, 1926.
6. Michaec p. pogarty: company and corporation - one law london, geoffrey chapman 1965.

7. Charles tappan haviland: a concise treatise of the law of corporation, new york, diossy and company, 1890.
8. Alfred f topham: the shareholders', directors' and voluntary liquidators', legal companion, 31 st, ed london, stevens and sons ltd. 1921.
9. James t benneu thomas j diloren20: unfair competition the profits of nonprofits hamilton press, new york 1989.
10. Robertt j mcdonald: corporations and corporate distributors, practicing law institute 1962.  
Charles de hoghton: the company law, structure and reform in eleven countries an arkville press book 1969.
11. Vanessa edwards: ec company law, clarendon press - oxford, 1999.
12. Robertt goralski: the modern corporation and social responsibility, (usa) 1972.
13. Henry hansmann: the ownership of enterprise, the belknap press of harvard university press 1996.
14. R. h. coase: the firm, the market, and the law, the university of chicago press 1988.
15. Oliver e, williamson: the nature of the firm, oxford university press 1993.
16. William l. cary: corporations cases and materials, 7th, ed, the foundation press in 1995.
17. Charles r. o'kelley, jr: corporations and other business associations - cases and materials 2nd ed, little, brown and company 1996.
18. Phillip l blumberg: limited liability and corporate groups, journal of corporation law, summer, 1986.
19. Steven c, bahls: application of corporate common law doctrines to limited liability companies, montana law review, winter, 1994.
20. Robertt r. keatonge: limited liability partnerships: the next step in the evolution of the unincorporated business organization, business lawyer, november 1995.
21. Phillip l blumberg: the corporate entity in an era of multinational corporations delaware journal of corporate law, spring 1990.
22. Azizah y. al - hibrij: the american corporation in the twenty-first century: future forms of structure and governance, university of richmond law review, december 1997.

23. Carrle Leahy: selection of the business enteity, illinois institute for continuing legal education, may, 1999.
24. Bryan A. G arner (Editor in chief): Black's law Dictionary, west group, seventh edition Cocil t. carr: select charters of trading companies, 1913.
25. The history of english law (before the time of edward. I. ) 1899.
26. Dr. burkhardt. meister: german law concerning the companies with limited liability, fritz.
27. Knapp verlag frankfurt am main, 1981, fourth editionHarm - jan dekluiiver, walter van gerven: the european private company, 1995.
28. A digest of the law of partnership, twelfth edition, 1930.



## 后 记

写一本公司法理论与实践运用相结合著作的想法由来已久，而正式收集相关案例并编辑整理的工作实际于十年前即已经着手。日积月累下来，相关案例收集已达几百余件，而本书最终编选分析了其中的二百件案例，以涵盖公司法实践运用中可能遇到的主要问题。自有写作本书的想法伊始，我给自己所定下的著作追求是：案例研究绝不应成为案件事实及相关材料的堆砌，尽管它应当是现实审判的真实写照，但它更应该有超越现实审判理念束缚之追求，从而切实地推动理论研究之深入，鞭策现实审判水准之提高；应当通过案例之裁判与分析，让人们从案例看商道，看公司治理之道，看裁判之道，看人性之道。

全书主要分为案情与理论分析两大板块，案情部分约 60 万字，理论分析约 90 万字。本书案例收集之主要来源，有《最高人民法院公报》发布的、各级人民法院法官以及各地律师提供的、相关案例书籍与报刊杂志甚至网上收集到的、本人以法官身份承办或参与处理的与公司企业法相关之各类案件等。从具体案例类型看，以民事纠纷为主，但也涉及行政、刑事以及执行等案件类型，当然所有选编案例一定是司法诉讼案例，并有生效裁判结果，无论这种结果是一审生效、二审生效或是再审生效。就编选案例之原则而言，一案一主题一评述，尽量避免各案例之间法律问题之重复以及分析与评述内容之重复，最终是按照公司设立与公司权能、公司人格与揭穿面纱、公司资本与股票、股东资格与股东权利、股权转让、公

司决议与高管职责、公司并购、公司解散与清算、公司诉讼之执行、公司中犯罪总计十个部分之先后顺序编排写作。就每一案例的写作结构而言，先是【标题】，以简明扼要地揭示案件遇到的问题；后是【关注焦点】，以提示本案关注之主要法律问题；再是【基本案情】，以尽可能概要之方式叙述查明之案件事实；紧接着是【审理要览】，以审判理由与主文以及各审时当事人之陈词为介绍重点，这原本也应是案例教学与运用重要的参考内容；最后是【裁判解析】，这无疑是一例分析之中心，借助于每一案例之内容分析，将案例涉及的公司法理论问题尽可能展开精要地介绍，并就裁判对错以及与之相关的现行法律制度进行讲解与辨析，以最大可能地让读者学以致用。当然，需要指出的是，为案情表述简洁之需要，几乎每一案件当事人的真实身份皆被隐去，每一案裁判之诉讼费裁决内容均被删除，而各案裁判法院之名称、裁判援引之法律依据、裁判文书文号等也多被省略或删除。

本书选编之案例跨越时间较长，既有上个世纪八九十年代的，也有本世纪以来直至著作出版前裁判生效之案件。这一案例时间跨度之选择与安排，实际恰好反映了我国改革开放三十余年以来公司企业法律制度所走过的历程，展现了不同时期人民法院处理公司企业纠纷之基本理念以及不同阶段公司法理论研究之不同成果。其中有些案例带有明显的时代烙印，有些案例则十分鲜明地体现了社会主义制度的对公司企业制度之影响，有些则显然是改革开放之产物，有些还是特定社会文化观念下之产物，有些则是不良社会现象之写照。当然，如此跨越长度的案例选择与安排，也必然面临不同时期尤其是新旧公司法之间、法律与司法解释之间等制度比较与合理性分析，人们借此对于新旧制度之更替可有更为深刻之认识。总之，不同时期案例之选择与安排，对于学习与了解我国公司法理论研究与实践运用之读者而言，正好可有更加完整而体系之把握。



本书之写作完成，得益于专家学者于各类研讨会之相互交流与学习，得益于长期以来与法官同事裁判思维之争辩与交锋，得益于各类教学与培训课程上学生之提问与独到见解，得益于方方面面人士为我所提供之案例、所作的编辑与整理、所收集之理论观点与文章，得益于人民法院出版社的大力支持与帮助，得益于家人之理解与照顾，在此，一并致以深深的谢意！愿本书之出版能为中国公司法之案例教学添砖加瓦，为公司法之理论研究抛砖引玉，为公司法之实践运用助一臂之力！

虞政平

2012年3月23日

于北京·东交民巷27号院

数字图书馆  
PDG

[General Information]

书名=公司法案例教学 下

作者=虞政平著

页码=1613

ISBN=1613

SS号=13086993

dxNumber=000007851110

出版时间=2012.05

出版社=该引擎未能查询到

定价:198.00(上、下册)

试读地址=<http://book.duxiu.com/bookDetail.jsp?dxNumber=000007851110&d=132A19116E76176086CAEA620230BFA7&fenlei=0410031002&sw=%D3%DD++%C6%BD>

全文地址=<http://dkj.5read.com/image/ss2jpg.dll?did=b13&pid=617A64B79F7E7776DDF32613ED1C9022727F2B1FF30AEF4EFF445BB953091C8F21C66CEE81FAC25B033649DAA604634D5F1BCCE0BCABFCA33E0AD9A6A4EF6DA2577A9D595F2A577414869902C0D3EC88AB52B69A08CA65E2E64CE2C63DE0E9724EB3C93EB5F285B4605A72294055BF79EB55&jid=/>