

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书
企业法律风险管理丛书

从败诉案件看 企业法律风险防范

LEGAL RISK PREVENTION
IN ENTERPRISE

邓海虹 主编

解决经营管理者、法务、总裁律师风控难题
资深律师支招 助力企业发展



法律出版社 | LAW PRESS

从败诉案件看 企业法律风险防范

LEGAL RISK PREVENTION
IN ENTERPRISE

主 编 邓海虹
副主编 傅 军 秦建军 张 正
陈映红 涂 晟



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

从败诉案件看企业法律风险防范 / 邓海虹主编. —
北京:法律出版社,2015.9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8400 - 8

I. ①从… II. ①邓… III. ①企业法—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第203835号

从败诉案件看企业法律风险防范
邓海虹 主编

策划编辑 邢艳萍
责任编辑 邢艳萍
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 710毫米×1000毫米 1/16

版本 2015年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 郭艳萍

印刷 固安华明印业有限公司

印张 17.5 字数 228千

印次 2015年10月第1次印刷

编辑统筹 大众出版分社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8400 - 8

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

写在前面

——为服务在企业一线的律师同行们

风险一词来自于航海专业术语,意为“有风即有险”。也警示人们风险如影随形无处不在。企业也是这样,从设立到终止,风险相伴全程无处不在,因此“风险防范”就成为企业经营和发展须臾不容回避的重要课题。

一个发展中的企业,在不断积累财富扩大规模的同时,各种风险也随之出现。如何防范法律风险,是每个企业家都要面对的课题,也是一道影响企业长远发展的难题!

为了帮助企业破解风险防范的难题,从真实的失败案例中学习借鉴无疑是个好方法。本书主编邓海虹律师带领主创团队,把大型企业、上市公司典型的败诉案例编辑汇总,通过对每一个败诉案件的败战总结、法理解读和律师支招,清晰告诉读者如何有效防范法律风险,书名就定为《从败诉案例看企业法律风险防范》。

这本书介绍了企业从设立、成长、发展、直至死亡(解散或破产)中常见的投融资风险、合同管理风险和经营中的刑事风险等各种风险的典型表现形式,以及如何防范解决。这是一本难得的好书,也将成为企业预防风险的必备文本。

以史为鉴,可以明兴衰,以案为鉴,可以知进退。本书的特点是从败诉案例入手,让企业家从一个个案例中、一个个真实存在的故事中、一个个血淋淋的教训中,分析风险产生的原因,透视了风险漏洞存在的环境与土壤,寻找了规律,从一个细小的问题入手,让企业找为之受用的闪光点,从中挖掘出规律性的东西。从而提高经营者和管理者的防范意识,避免风险发生。《从败诉案例看企业法律风险防范》一定会为你和你的企业带来启迪,带给你全新的思维模式。

这本书区别于市场上同类书籍的特点在于,案例真实、切入点独特、判决结果触目惊心,让经营者、管理者看得懂、记得牢、易操作。

各位企业家、各位管理者以及法律从业人员,为了推动中国经济的发展,在大众创业、万众创新的改革大潮中,立于不败之地,我特别向您推荐这本书。

此致

中华律师协会政府顾问委员会副主任

郝惠珍

2015年9月3日于北京

目 录

CATALOGUE

第一章 股东出资和股权转让中法律风险及防范

- | | |
|-----------------------|------|
| 1. 出资人恶意认缴注册资本的法律风险 | / 2 |
| 2. 高管受让干股后的股东资格确认 | / 7 |
| 3. 隐名股东股权被代持人转让的法律风险 | / 12 |
| 4. 特殊准入行业中股权转让的法律风险 | / 18 |
| 5. 侵犯原股东优先认缴权的增资协议效力 | / 22 |
| 6. 如何在章程中设计特殊条款保护股东利益 | / 27 |

第二章 公司治理中法律风险及防范

- | | |
|------------------------------|------|
| 1. 公司财产与股东个人财产混同的法律风险 | / 33 |
| 2. 公司高管未经股东会同意的自我交易效力问题 | / 38 |
| 3. 法定代表人超越权限提供担保的效力 | / 43 |
| 4. 高管违反忠实勤勉义务应承担何种责任 | / 48 |
| 5. 公司回购自身股权的效力问题 | / 53 |
| 6. 股东会的程序瑕疵是否会导致决议无效 | / 59 |
| 7. 职员利用职务便利从事犯罪活动后,企业应承担何种责任 | / 63 |
| 8. 股东死亡后的权利继承 | / 68 |

第三章 合同管理中常见法律风险及防范

- | | |
|-------------------------|------|
| 1. 代理人超越代理权限签订的合同是否有效 | / 74 |
| 2. 接受其他企业挂靠的法律风险 | / 79 |
| 3. 分公司越权签订的合同的效力是否及于总公司 | / 83 |
| 4. 签约不成给对方造成损失是否承担赔偿责任 | / 87 |
| 5. 格式合同中免责条款的效力问题 | / 91 |

- 6. 签订阴阳合同的法律风险 / 96
- 7. 借款合同中违约金、定金和损害赔偿金可否并用 / 100
- 8. 一方经营状况恶化,另一方是否有权解除合同 / 105

第四章 劳动用工管理中常见法律风险及防范

- 1. 公司未与员工签订书面劳动合同的法律风险 / 110
- 2. 试用期内用人单位是否可以任意解除劳动合同 / 114
- 3. 公司能否直接辞退严重违反规章制度的员工 / 118
- 4. 离职人员违反了竞业禁止协议,公司能否要求赔偿 / 122
- 5. 劳务派遣的员工发生工伤,实际用工单位是否承担赔偿责任 / 125
- 6. 第二份固定期限劳动合同到期后,用人单位可否终止劳动合同 / 128

第五章 投资融资中常见法律风险及防范

- 1. 约定固定收益的投资合同,能要求共担投资风险吗 / 134
- 2. 企业以高息向员工和社会融资,缘何成为非法集资 / 141
- 3. 公司并购的目标公司有瑕疵,出让方的承诺能保障受让方利益吗 / 148
- 4. 未经批准的国有资产转让,购买方面临哪些风险 / 156
- 5. 出资并购失败,兼并经营期间收益归何方 / 163
- 6. 什么是对赌协议及对赌协议的效力问题 / 170

第六章 企业财税管理方面常见法律风险及防范

- 1. 应收账款缘何因时效问题而无法追回 / 178
- 2. 企业开具阴阳发票的相关法律风险 / 184
- 3. 企业支付佣金、进场费等回扣,是合法营销还是商业贿赂 / 190
- 4. 公司财务账册、财务凭证不规范的法律风险 / 197
- 5. 擅自销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告等资料的法律责任 / 204

第七章 经营中可能涉及的刑事法律风险及防范

- 1. 挪用资金作抵押,缺乏形式证明算作归个人使用吗 / 212
- 2. 虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为要承担何种法律责任 / 219
- 3. 对非国家工作人员行贿罪及非国家工作人员受贿罪 / 223
- 4. 国企高管持暗股与他人合营同类企业非法获利,是否构成刑事犯罪 / 228

5. 拒不执行人民法院生效判决是否构成犯罪 / 234
6. 为了隐匿财产,企业进行清算时做假账严重损害债权人利益,
主管人员要承担何种法律责任 / 238
7. 签订买卖合同后发现没有履行能力仍收取高额货款,是否构成
合同诈骗罪 / 245

第八章 企业解散、清算、破产中的法律风险及防范

1. 企业被吊销营业执照未合法注销,股东和法定代表人未经清算能否
对企业债务直接承担连带偿还责任 / 252
2. 债务人设立的在管理与资产上严重混同的关联公司,能否与债务人
合并清算 / 256
3. 清算义务人怠于履行清算义务,是否应对公司债权人承担赔偿责任 / 262

第一章 股东出资和股权转让中 法律风险及防范

本章要点

股东出资是指公司设立时或增加资本时股东向公司投入货币或非货币财产,股东只要按期足额缴纳公司章程中规定认缴的出资额即完成其出资义务。股东在出资过程中存在的风险主要可以归为实质风险和形式风险两种。前者指股东在出资过程中没有履行好自己出资义务所带来的风险,如股东拒绝出资、虚假出资、出资标的物估价过高、抽逃出资等实质风险;后者是指股东在出资过程中没有完成法律规定的程序所带来的风险,如股东未在公司章程上签名盖章、未在股东名册上记载、未在工商部门登记为股东等形式风险。

股权转让,是指公司股东依法将自己的股东权益有偿转让给他人使他人取得股权的民事法律行为。由于股权转让是企业募集资金、产权流动重组、资源优化配置的重要形式,在实践中被大量运用,使得股权转让纠纷的数量远高于股东出资纠纷的数量。在股权转让的过程中,常见的法律风险主要集中于隐名股东股权转让、特殊准入行业中股权转让和担保股权转让等方面。

一直以来,股东出资与股权转让都是一个较为复杂的法律问题。如能妥善地处理好这些问题,会使公司和股东取得“双赢”的结果;但在实践当中,由于上述风险的广泛存在,想实现“双赢”的结果并不容易。因此,公司在出资和股权转让的过程中,应全方位做好风险的把控工作,以便保护好公司和股东的权益。笔者把股东出资和股权转让作为本书的开篇章,凸显了股东出资及股权转让风险的重要程度。

1. 出资人恶意认缴注册资本的法律风险

股东瑕疵出资是公司设立过程中的一种常见现象,不少投资者由于缺乏诚信和投资实力,在设立公司时企图以瑕疵出资的方式成立公司。新《公司法》鼓励出资方式的多样性,客观上使瑕疵出资呈多发态势;因此,也会增大相应的法律风险。

【案情简介】

原告:中国信达资产管理股份有限公司山东省分公司(以下简称信达公司)

被告:烟台市海洋与渔业局(以下简称海洋局)

2006年9月,经某法院生效判决,水产集团应支付信达公司1100万元借款本金及利息。由于水产集团无可供执行资产,判决未得到执行。经查,海洋局是水产公司的开办单位,1990年12月16日,水产集团向烟台市工商局申请将注册资金由40万元变更为6593万元,海洋局向工商局出具《注册资金证明书》一份,其上载明:“兹证明烟台水产集团公司拥有资金总额6593万元,其中固定资金5867万元,流动资金726万元。情况属实,承担法律责任”。该证明书上明确注明:“提供注册资金证明单位对被证明单位在注册资金额度内负连带责任”。此后的账目中未显示海洋局向水产集团投入固定资产和资金。

据此,信达公司将海洋局诉至法院,要求海洋局在6553万元出具虚假注册资金证明的范围内对水产集团借款本息1676.3万元承担连带清偿责任。

[本案例来源于山东省高级人民法院民事判决书(2014)鲁商终字第245号]

【各方观点】

原告观点:海洋局作为水产集团的组建单位,向工商局提供虚假的注册资金证明,增资不到位,海洋局应在6553万元虚假证明范围内承担连带还款

责任。

被告观点:水产集团是由海洋局根据烟台市政府的指示组建,市政府没有向海洋局拨付资金。海洋局为水产集团出具的注册资金证明同样是根据市政府的要求及指示精神而出具。海洋局仅仅是作为组建单位,海洋局的出资证明也是按照水产集团提供的资产情况而出具。事实上,水产集团也确实达到了其增资的注册资本额,水产集团下面的七家企业和事业单位的注册资金总额已达到6593万元,所以海洋局才出具证明,海洋局不存在出具虚假注册资金证明的事实。

【法院观点】

本案争议焦点:

- (1) 水产集团6553万元的增资是否到位?
- (2) 如增资不到位,海洋局是否应承担出具虚假注册资金证明的责任?

法院认为:水产集团应偿还信达公司借款,已由生效判决予以确认。水产集团增加注册资本时,注册资本由原来的40万元变更为6593万元,增加注册资本6553万元。对所增加的注册资金6553万元,水产集团的工商登记材料中没有验资报告及相应银行进账单和权属证明,海洋局也未能提供证据证明增资6553万元确实到位。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第二十七条规定,海洋局向工商局为水产集团出具注册资金证明书,依法应承担出资不实责任。

一审判决:对水产集团欠信达公司债务本金1100万元、利息5,766,315.17元(计息截至2004年12月21日,从次日起仍按中国人民银行规定逾期付款的利率计算利息),海洋局在6553万元虚假证明范围内承担连带责任。

海洋局不服,提起上诉。

二审判决:驳回上诉,维持原判。

【法理解读】

注册资本也叫法定资本,是企业章程规定的全体股东或发起人认缴的出资额或认购的股本总额,并在公司登记机关依法登记。股东出资义务是指股东依协议向公司交付财产或履行其他给付的义务。由于公司系由股东出资设立,对

于股东出资,《公司法》第28条规定,^①股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。由此可见,股东瑕疵出资主要可以分为以下两种类型:一类是出资时间上的瑕疵,即没有按期缴纳股东认缴的出资额;另一类是出资财产上的瑕疵。公司增加注册资金是扩张经营规模、增强责任能力的行为,原股东约定按照原出资比例承担增资责任,与公司设立时的初始出资义务相同。公司股东若有增资瑕疵,应承担与公司设立时的出资瑕疵相同的责任。

出资人未足额出资,即便金融机构为企业提供虚假的验资报告或资金证明,相关当事人使用该报告或证明与该企业进行经济往来而受到损失的应当由该企业承担民事责任。对于该企业财产不足以清偿债务的,由出资人在出资不实或者虚假资金范围内承担责任。^②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。^③

随着《公司法》将企业注册资本由实缴制修订为认缴制后,除金融类、资产管理类以及担保类等法律明确要求实缴注册资本的公司仍然适用注册资本实缴制之外,其他公司均实行注册资本认缴制,其公司章程可自行约定股东认缴注册资本金额、认缴期限及出资方式。股东在章程规定的认缴期限到期后注册资本应足额缴付并不得抽逃,否则应在出资不实或抽逃资金范围内对公司不能清偿的债务承担责任。如认缴到期前,企业因拖欠巨额债务无法正常运营时,债权人可依法申请企业破产,此时视为认缴期限已到期。

【败战总结】

在市场交易中,债权人往往是基于对企业注册资本的信任,从而产生该项债权债务关系。股东按照其承诺履行出资或增资的义务是相对于社会的一种法定的资本充实义务,股东出资或增资的责任应与公司债权人基于公司的注册资金对其责任能力产生的判断相对应。对债权人来说,追究出资不实股东的赔

^① 《公司法》第28条规定:“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的,应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户;以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。”

股东不按照前款规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当已向按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”

^② 参见最高人民法院执行工作办公室2003年12月11日做出的《关于股东因公司设立后的增资瑕疵应对公司债权人承担责任的问题的复函》。

^③ 参见最高人民法院于2002年2月2日做出的《关于金融机构为企业出具不实或者虚假验资报告资金证明如何承担民事责任的通知》。

偿责任,已是最后的救济手段。在企业不能清偿到期债务时,债权人追加出资人在其出资不实的范围承担清偿责任,应予以支持。

海洋局作为水产集团的组建单位,在其出具的《注册资金证明书》中已明确承诺其对被证明单位在注册资金额度内承担连带责任。即使其不提供该项证明,其作为组建单位,也应提供相应的资产转移证明或其他出资证明。出借人向水产集团出借借款时,正是基于对水产集团注册资本及资产的信任。在企业不能清偿债务时,债权人可以追加其出资人在其出资不实范围内承担相应责任。所以海洋局应在其出资不实范围内对企业债务承担连带责任。

【风险提示】

新修订的《公司法》取消了原来法律要求的设立公司的最低注册资本限额,使得投资者比较容易地设立公司,大大激活了市场。对于设立公司后的继续投资也取消了后续出资年限,给投资者设置了更宽松的投资环境。若出资人恶意认缴出资,高额认缴,低额实缴,从形式上取得交易相对方的信任,用于产生大额交易,在产生债权债务纠纷时,出资者往往会利用“法人独立承担责任”来做挡箭牌,但是由于其出资不实,按照法律相关规定,其仍应承担相应责任。

(1)虽然《公司法》将企业注册资本修订为认缴制,其缴纳期限也可自行约定,但企业交易相对方正是基于对注册资本的合理信赖,从而使得债权债务关系产生。在发生企业资产无法清偿债务的情况时,若出资人认缴的出资额已达履行期限,债权人当然可以追加其为连带责任人;若出资人认缴的出资额未达履行期限,债权人亦可以申请企业破产。

(2)根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第20条规定:债权人申请企业破产之后,出资人以认缴出资尚未届至公司章程规定的缴纳期为由进行抗辩的,不能得到支持。意味着债权人申请企业破产时,即便出资人认缴的出资额未到期,也应补足其认缴出资额用于企业债务清偿。

【律师支招】

现实中出资人认缴的出资额与实缴额往往有很大的出入,出资人为了企业获得较好的信誉会认缴较高的出资额,而交易相对方也会基于对注册资本的信赖而选择交易对象。为避免纠纷的出现,特提出以下几点意见:

(1)出资人在认缴出资时,应根据自身经济状况及企业的发展状况合理安排,尽量避免长期高额认缴低额实缴的局面出现,以免出现企业高额负债被债

权人申请破产股东在认缴出资范围内承担连带责任的情况。

(2)企业在与对方交易时不能仅查看营业执照上显示的注册资本,可到工商局查询该企业内档以查明股东出资情况,要求公司出具股东认缴说明,以了解企业的真实资产状况和履约能力。

(3)在企业无法清偿债务时,债权人可要求未缴足出资的股东在瑕疵出资或不实出资范围内承担责任,但出资人认缴期限未到期时,应通过申请债务人破产程序以要求股东立即补足出资或承担相应责任。

2. 高管受让干股后的股东资格确认

股权激励是以公司股权为标的而对公司的董事、高管、核心员工及其他人员进行长期激励的一种方式。股权激励旨在达到经营者和企业股东利益一致的目的,缓解公司所有者和管理者之间的委托代理道德风险问题。尽管股权激励的初衷是为了减少代理成本,激励员工追求企业价值最大化,但在具体的实施过程中却经常出现问题,使得这种激励效果大打折扣。

【案情简介】

原告:南京市规划设计研究院有限责任公司(以下简称规划公司)

被告:彭琛

规划公司于2004年在南京市规划设计研究院基础上改制成立,公司注册资本为1272万元。彭琛任公司技术总监,持股比例为1.8%,公司代为支付出资额。公司章程第20条规定:与公司有正式劳动关系是成为干股股东的必要条件,和公司终止劳动关系的股东必须转让其管理股;公司内部实行“股随岗变”的原则,股东离职必须将其股权转让给公司指定的人员。

2005年2月23日,彭琛向规划公司提出辞职申请。2005年3月11日,规划公司作出解除与彭琛劳动合同关系的决定。2005年4月15日,规划公司依据法律规定通知所有股东召开股东会,并作出股东会决议,公司其他股东均同意将彭琛在公司1.8%的出资额转让给新任技术总监。

公司将股东会决议内容通知彭琛,要求其于5日内协助办理变更登记,彭琛明确予以拒绝。2005年11月,公司诉至鼓楼法院,要求彭琛按176,299.26元的价格将其持有的规划公司1.8%的股份转让给新任技术总监。

[本案例来源于江苏省南京市中级人民法院(2013)宁商终字第1337号]

【各方观点】

原告观点:彭琛原为规划公司1.8%股权的股东,但规划公司章程规定:与

公司有正式劳动关系是股东的必要条件,和公司终止劳动关系的股东必须转让其出资。股东因为岗位发生变化、解除或终止劳动合同关系而导致其所持有的股份必须转让,其转让的股份所对应的权利和义务终止时间与岗位发生变化、解除或终止劳动合同关系时间相同。彭琛向规划公司提出辞职申请,规划公司已作出同意解除劳动合同的决定。故请求法院判决彭琛按 176,299.26 元的价格将其持有的规划公司 1.8% 的股份转让给新任技术总监。

被告观点:股权自由转让是《公司法》赋予股东的法定权利,股权的管理特别是股东对于股权的处分并非公司自治的范畴,除非股东自己作出同意转让的意思表示。劳动关系消灭并不能产生股权转让的效力,故请求法院确认公司章程无效,驳回起诉。

【法院观点】

本案争议焦点:

- (1) 规划公司章程规定“股随岗变”是否有效?
- (2) 彭琛是否应无条件转让其所持股权?

法院认为:规划公司章程仅规定了“和公司的正式劳动关系是股东的必要条件,和公司终止劳动合同关系的股东必须转让其出资”,但对于离职股东的股权如何转让、以什么价格转让并没有约定,且无“股东资格自然丧失”或“不再享有股东权利”等类似的约定。故仅凭规划公司章程,并不能构成一个完整的股权转让合同,不足以确定股东自离职之日起即已丧失股东资格。

股权自由转让是《公司法》赋予股东的法定权利,股权的管理特别是对于股权的处分,并非公司自治的范畴,除非股东自己作出同意转让的意思表示。虽然规划公司的股东均应受公司章程和《股权管理办法》中“股随岗变”规定的约束,但股东对其所有的股权仍享有议价权和股权转让方式的决定权。在该两项内容双方未能协商一致或通过诉讼以公允方式予以明确的情况下,该股权的强制转让无法实际履行,即不当产生权利变动的法律后果,其对应的权利仍属于原权利人即彭琛。依照《公司法》第 35 条的相关规定,公司章程中股随岗变相关规定有效,但彭琛仍享有持有该股权期间的分红权和股权转让的议价权,判决驳回南京市规划设计研究院有限责任公司的诉讼请求。

规划公司不服,提起上诉。

二审判决:驳回上诉,维持原判。

【法理解读】

所谓股权激励是一种公司的董事、高管、核心员工及其他人员通过一定形式获取公司一部分股权的长期性激励制度,使其能够以股东的身份参与企业决策、分享利润和承担风险,从而勤勉尽责地为公司的长期发展服务。我国法律法规对于上市公司股权激励的规定较为完善,但对于非上市公司股权激励并未作出明确规定。随着公司治理的发展,越来越多的非上市公司也在考虑采取股权激励的方式来吸引和留住人才。但对于非上市公司的股权激励,尚缺乏明确的法律法规指引,实践中也出现了一些问题,影响了股权激励的效果。

本案主要涉及有限责任公司自治及股权激励的退出机制设计问题,关于企业实施股权激励、股权的管理办法、各项考核以及退出机制,我国《公司法》赋予其自治的权利,即可以通过公司章程予以规定。公司章程中“股随岗变”的规定并未违反《公司法》的强制性规定。《公司法》第71条第4款规定,“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定”,^①规划公司的章程应认定为有效,而且该效力及于所有股东。

对于本案判决结果,笔者持不同观点。虽然规划公司没有对彭琛持股期间股权收益和转让股权时享有的议价权予以保护,但法院驳回原告的诉求,意味着公司章程中关于股随岗变的规定实质无效,使公司陷入僵局。为了利于公司正常运营管理,笔者认为本案件可判决彭琛应依据公司章程规定转让其管理股,但其享有持股期间的股权收益应由规划公司予以补偿。

【败战总结】

虽然规划公司章程中规定的股随岗变符合法律规定,但是仍不能当然产生要求彭琛退还股权的效力。

公司的股东均应受公司章程中“股随岗变”规定的约束,但股东对其所有的股权仍享有议价权和股权转让方式的决定权。由于公司章程中对于股东与公

^① 《公司法》第71条规定:“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。”

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。

经股东同意转让的股权,在同等条件下,其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的,协商确定各自的购买比例;协商不成的,按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”

司之间转让价格条款和转让方式未明确规定,因此双方就股权转让价格和股权转让方式在未达成意思表示一致时,彭琛享有拒绝转让股权的权利。规划公司在实施股权激励政策时,对于员工离职时的退出机制未予以规定,在解除劳动关系后未就股权转让价格和转让方式协商一致或未给予合理补偿的情况下,该股权的强制转让无法实际履行,其对应的权利仍属于原权利人即彭琛。

【风险提示】

通过股权激励的方式,公司可以提高经营业绩,留住绩效高、能力强的核心人才。与此同时,能够适当地降低经营成本,减少现金流出。但在实践中,实施股权激励存在如下风险:

(1)公司在实施股权激励时未制订相应的考核制度以及退出机制,使得股权激励的实施效果较差,在激励对象离职时造成公司股权的流失。

(2)对于拒绝退出人员的责任承担方面约定不明而导致员工违约持有股权时,这对公司造成的损失无法弥补。

【律师支招】

公司章程可以体现企业的自治原则,但仅凭章程的规定未必能实现初衷。公司如何在实施股权激励时不让自己陷入类似的僵局成为我们的研究对象。

(1)对于股权激励对象可以采取期权激励方式代替实股激励的措施

公司在招徕人才进行实股激励时,应同时制定完备的股权管理办法,对股权转让条件、股权价格以及股权转让方式予以明确约定。对于公司相关管理机制暂不完善的可采取期权激励,即与激励对象约定一定的服务期限与业绩目标,在服务期限满并达成约定的条件时,才将股权授予激励对象。

(2)鼓励采取分红收益权定期让与的方式来解决法律困境

因股权激励发生的法律纠纷,往往是由于股权和分红收益权相混淆导致。公司投资人一方面不想放弃对公司股权的控制以及对公司的操控,但另一方面也需要采取激励措施来增强企业高管、科技人员等核心团队成员的向心力。出资股东享有股份所有权、公司事项表决决定权、利润分红收益权、转让权等。只要根据人才及资源的价值不同分别采取不同的激励措施,赋予不同的权利种类就可以解决该困境。

(3)明确股权期权激励的“退出机制”

在股权期权激励出台时,公司应与激励对象就股权退出相关事宜予以明确约定。一是预先设定股权期权丧失的条件,如果被激励人没有达到公司设定的

目标,那么应当约定到时由出资人收回股权期权。二是约定回购条件,如果股权激励采取实际股权转让的方式,那么被激励者是可以获得公司股东出资人地位的。三是约定违约条款,如果激励对象拒绝退还实股股权,则应承担相应的赔偿责任,以确保股权激励有效实施。因此,可以提前约定如果被激励人达不到设定的目标或者退出公司,则需要将股权无偿或者按照一定价格由出资人回购,以确保出资人对公司享有绝对的控制权。

3. 隐名股东股权被代持人转让的法律风险

当下很多投资者由于各种原因没有“名正言顺”地登记为企业的股东,而是退居幕后成为“隐名股东”。隐名股东的境遇也大相径庭,少数强悍者“垂帘听政”,实质享有股东权益;而多数弱势者股权旁落,更有甚者股权被代持人转让他人。为了规避隐名持股的风险,需要了解该做法所隐含的相关法律风险和防范措施。

【案情简介】

原告:王明亮(隐名股东)

第一被告:齐建峰(显名股东)

第二被告:威龙公司(投资的目标公司)

2008年4月16日,原告王明亮与被告齐建峰签订合伙出资协议约定共同出资100万元受让威龙公司11.8%的股权,王明亮出资60万元,齐建峰出资40万元,双方各占5.9%;以后需扩股或融资,双方各按50%继续出资,盈利平均分配;股权证应署双方姓名和金额;出资转让须经双方同意等内容。次日,王明亮通过齐建峰向威龙公司转入资金60万元。一年后,由于威龙公司注册资本增加,王明亮再次通过齐建峰向威龙公司转入资金25万元。威龙公司财务记载齐建峰的实际出资为150万元,而威龙公司的工商档案一直没有登记变更,直至2010年7月22日才进行了股权变更登记,但工商档案显示的是齐建峰出资150万元,持股比例11.8%,未显示王明亮持有股权。

2010年12月20日,威龙公司股东会决定以500万元(股本150万元、股权转让金350万元)收购齐建峰所持11.8%的股份。齐建峰与威龙公司签订股权回购协议后,威龙公司按照齐建峰要求,支付给王明亮260万元,其余款项直接支付给了齐建峰。

随后,王明亮发现威龙公司在2010年4月30日开发了一房地产项目,认为5.9%股权的价值应为740万元。威龙公司伙同齐建峰采取欺诈手段骗其退

股,股权价格过低,遂于2012年6月21日提起诉讼,要求威龙公司和齐建峰连带支付剩余股权转让款480万元。

[本案例来源于甘肃省高级人民法院(2013)甘民二终字第106号民事判决]

【各方观点】

原告观点:原告出资85万元拥有威龙公司的股权,享有股东资格和请求盈余分配的权利。齐建峰与威龙公司采取欺诈手段骗其退股,齐建峰处分王明亮股权的行为亦属无效行为,应支付真实价格的股权转让款。

第一被告齐建峰辩称:威龙公司和其他股东并不知晓王明亮出资事实,也未同意其入股;退股是征求王明亮意见后才实施的,不存在欺诈;齐建峰领取的股权转让金与王明亮已按协议分配,二者之间的合伙关系已清算终结。请求驳回原告诉求。

第二被告威龙公司答辩称:股东身份的确认是股东行使盈余分配权利的前提。王明亮非威龙公司股东,无权向威龙公司主张股权收益分配。本案中无论公司的章程、股东名册等内部文件还是工商登记机关对股权的宣示性登记的股东均无王明亮。王明亮既未出资亦未得到半数以上股东同意,从未参与公司管理,不对公司承担任何风险,故王明亮与威龙公司之间并无任何权利义务关系。《股权收购合同》是由威龙公司与股东齐建峰签订,王明亮不是合同当事人,无权主张无效。故请求驳回原告诉求。

【法院观点】

本案争议焦点:

(1)王明亮与威龙公司、齐建峰之间形成的法律关系性质,王明亮是否具有股东资格?

(2)威龙公司与齐建峰签订的《股权收购合同书》是否合法有效,有无显失公平?

(3)齐建峰与威龙公司签订《股权收购合同书》时,威龙公司的股权收益是多少?

一审法院认为:威龙公司股东齐建峰约定将其享有的威龙公司股权与王明

亮合伙共享,但未能按照《公司法》第71条的规定^①经过书面征得威龙公司其他股东过半数同意,王明亮依法不能继取得威龙公司的股东资格。王明亮与齐建峰签订的《合伙协议》,按照合同的相对性原理和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第25条的规定^②只在王明亮与齐建峰之间发生法律效力,对于合同之外的威龙公司无法律拘束力且无对抗性。王明亮在股权转让后已经领取其应得的股权转让金260万元,且未提供充足的证据证实威龙公司与齐建峰在转让股权时存在恶意串通或采取欺诈、胁迫手段而损害其利益的行为,在本案中未按照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第26条第1款的规定^③提起确认处分股权行为无效之诉,只是以股权转让价格过低显失公平为由诉请变更增加股权收益,按照不告不理原则和当事人意思自治原则,应对齐建峰与威龙公司的股权转让协议效力予以确认,故对王明亮诉请威龙公司给付股权收益的主张不予支持。

一审判决:驳回原告王明亮对齐建峰和威龙公司的全部诉求。原告不服,提起上诉。

二审法院认为一审事实清楚,判决:驳回上诉,维持原判。

【法理解读】

我国法律目前并未对隐名股东进行定义,通常认为隐名股东是指为了规避法律政策或出于其他原因,借用他人名义设立公司或者以他人名义认购公司股

^① 《公司法》第71条规定:“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。”

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。

经股东同意转让的股权,在同等条件下,其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的,协商确定各自的购买比例;协商不成的,按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”

^② 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25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。”

^③ 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26条规定:“公司债权人以登记于公司登记机关的股东未履行出资义务为由,请求其对公司债务不能清偿的部分在未出资本息范围内承担补充赔偿责任,股东以其仅为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩的,人民法院不予支持。”

名义股东根据前款规定承担赔偿责任后,向实际出资人追偿的,人民法院应予支持。”

权,且实际履行了出资义务,但在公司股东名册、公司章程等权利凭证中却记载为他人的出资人。最高人民法院的司法解释中隐名股东被界定为“实际出资人”。相对应的,显名股东是指按照约定将隐名股东的出资以自己名义出资并在公司及工商部门进行登记的股东。实践中符合以下条件之一的可认定为隐名股东:(1)有证据证明其确实履行了出资义务;(2)有代为履行股东权利义务的主体出资协议,并有据可查;(3)有证据证明其享有公司权益,履行公司义务;(4)确实在公司经营管理的相关文件上签字的。

本案中,隐名股东王明亮与显名股东齐建峰之间是合伙法律关系,显名股东齐建峰与威龙公司之间属于投资关系,两个法律关系是相对独立的,因此隐名股东即便得到法律的确认,也无法凭借合伙协议直接向公司主张自身的权利。按照法律规定,隐名股东变成显名股东需要同时具备四个条件:首先是隐名股东作为实际出资人与显名股东订立了投资协议;其次是隐名股东按照投资协议实际履行了出资义务;再次是该投资协议不存在合同法规定的无效情形;最后是隐名股东若要真正成为公司的股东需征得公司半数以上其他股东的同意方能实现。王明亮符合前三个条件,但是在无法得到过半数股东同意的情况下,王明亮仍然无法显名,也就不能直接向威龙公司和其他股东主张股东权利。

【败战总结】

在威龙公司即将给公司股东创造巨大股权收益之前,显名股东齐建峰退回股份,其代持的王明亮的股份也无奈出局。而最终导致败诉结局是由于王明亮对其隐名股东的风险认知不足,权利行使不当,导致本应享有的收益流失。

综观本案案情,王明亮有三处败笔:首先,实际投资前,投资协议的约定不够严谨细致,未对显名股东齐建峰转让股权等有关事项进行限制和约定,也未对齐建峰对王明亮的违约责任有明确约定,造成了齐建峰后来退股使王明亮权益受损害的后果;其次,王明亮通过齐建峰向威龙公司付款后,既未要求公司出具出资证明,也未积极行使股东权利、参与公司经营管理,自然得不到公司其他股东的认可和接纳;最后,发生争议后,王明亮未能组织有效证据确立正确的诉讼方向和请求。在没有确认其股东身份的情况下直接诉请分配威龙公司的股权收益,其请求自然成了无源之水,理应被法院驳回。王明亮将威龙公司作为被告则缺乏法律依据,要求齐建峰和威龙公司承担连带赔偿责任更是不会得到法院支持。王明亮若认为齐建峰在退股时存在欺诈和侵害其投资权益的行为,应要求齐建峰赔偿。

【风险提示】

以隐名股东身份投资的不透明性容易导致以下法律风险：

(1) 隐名股东的股东资格不被认可,无法行使股东权利

隐名股东若要真正成为公司的股东需征得公司半数以上其他股东的同意方能实现,这就意味着隐名股东即使履行了对目标公司的投资义务,但还有极大可能不被公司其他股东认可成为公司股东,无法行使股东表决权及参与公司管理,最终无法按照股权份额分享公司创造的利润。

(2) 隐名股东与显名股东签订的投资协议因存在《合同法》第 52 条的情形而导致无效

实践中,最常见的隐名投资合同无效的原因就是违反法律、行政法规的强制性规定。^① 例如,对外商投资企业投资、金融、国防以及自然资源相关领域投资的,隐名投资合同可能被认定无效。在投资协议被认定为无效合同的情况下,隐名股东不但无法行使股东权利,而且其出资作为债权,无法获得投资收益,甚至可能面临目标投资公司财务状况恶化使投资难以收回的结果。

(3) 股权收益分配的风险

隐名股东的股东身份无法得到确认,就面临难以凭借其股东身份向公司追偿股东权益的风险,此种情况下只能根据隐名股东与显名股东的协议进行追偿。而隐名股东不能以股东身份查阅、复制公司的财务会计报表和公司账簿,也就难以提供证据证明其股权收益,其诉求的股东权益不能获得支持。

(4) 显名股东恶意转让股权或质押股权获利,侵害隐名股东的权利

显名股东恶意将登记在其名下的股权抵押给他人,并非法占有所获得利益。这时隐名股东只能通过原双方签订的合同追究其违约责任。如果显名股东隐藏或处置了自己的资产,那么即使隐名股东通过诉讼也很难维护自己的合法权利。

(5) 显名股东不为隐名股东代言,随意行使公司重大事务的表决权

隐名股东的意见一般要通过显名股东才能得以表达。显名股东很可能受公司大股东及公司实际控制人的影响,无法充分表达隐名股东的诉求,甚而为谋求私利而作出损害隐名股东权益的表决意见。

^① 《合同法》第 52 条规定：“有下列情形之一的,合同无效：(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益；(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益；(三)以合法形式掩盖非法目的；(四)损害社会公共利益；(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”

(6) 显名股东资信状况恶化导致其代持股份被冻结或执行

当显名股东资信度降低或对外负有较大债务时,债权人通过诉前保全或者是债权人胜诉后申请强制执行显名股东在公司的股权来实现自己的债权,这样自然就给隐名股东带来了法律风险。

【律师支招】

(1) 起草严谨有效的投资协议,约束显名股东

双方可对投资数额、出资方式、出资期限进行明确约定,厘清隐名股东和显名股东各自的权利和义务;规定隐名股东有权要求显名股东利用其股东身份,协助隐名股东查阅公司的盈利情况和参与经营管理;明确双方对股权收益的分配方法和结算时间;规定显名股东违反投资协议的违约处罚条款;限制显名股东代持股权的转让条件等。

(2) 妥善保存实际出资的凭证和相关证据,必要时签署出资确认证明

出资单据或交款收据应保存完整。隐名股东应要求显名股东对出资数额、出资期限、出资方式予以确认,尽量采取书面形式。若隐名股东的身份可向公司其他股东披露,则应要求公司及其他股东对出资情况予以确认。

(3) 参与公司经营管理,落实重大事项中股东的表决权和分红权

隐名股东应直接或间接参与公司经营管理,了解公司经营和财务状况。隐名股东虽未进行工商登记,但如果能记载于公司股东名册并可行使股东表决权,则在其变更为显名股东时不必再经过其他股东的同意,因为隐名股东的实际权力行使已经得到公司和其他股东的认可。隐名股东应积极对公司进行公示并获确认,通过参加股东会、行使表决权来获得股东身份。应审查公司章程的相关内容,必要时提出公司章程的修改和变更,以最终获得公司利润和分红。

(4) 做好尽职调查,避免投资无效导致损失

实际投资者在考虑通过隐名投资的方式设立企业或者受让企业的股权时,应当事先对拟投资的企业是否存在强制性法律的禁止或者限制性的规定作尽职调查,以避免投资损失。

4. 特殊准入行业中股权转让的法律风险

出于公共利益考虑,法律往往对特殊领域的股权转让交易予以特殊规定。如果在签订或者履行这些特殊领域的股权转让协议时没有遵守相关法律法规的特殊规定,极易导致法律风险,引发诉累。

【案情简介】

原告:上海天迪科技投资发展有限公司(以下简称天迪公司)

第一被告:西部信托有限公司(以下简称信托公司)

第二被告:陕西天王兴业集团有限公司(以下简称天王公司)

2007年年底,天迪公司通过竞标购得天王公司持有的信托公司3.07%的股权。2008年2月26日,信托公司依据股东会决议向中国银监会陕西监管局提交了《关于股权转让及股东资格审核的申请报告》,就天迪公司与天王公司股权转让、天迪公司股东资格等事宜报请审核。双方于2008年2月29日签订了西部产权交易所产权转让合同,股权转让价款为2620万元,随即天王公司所享有的相应权利交由天迪公司行使。同年3月5日天迪公司将全部股权转让价款交付。同年10月10日,银监会陕西监管局在陕银监复[2008]62号批复同意天迪公司受让天王公司持有的信托公司3.07%的股权,并同意天迪公司成为信托公司的出资人。10月20日,信托公司修改公司章程,将天迪公司列入信托公司股东名册。12月15日,信托公司向陕西省工商行政管理局申请工商变更登记。2009年2月20日获批准,修改公司章程后天迪公司变更为信托公司股东。

其后天迪公司因与原股东天王公司就2008年3月5日之后的股东红利归属问题发生争议,天迪公司起诉至法院要求确认其自股权转让价款之日取得股东资格,应取得2008年的股东红利。

[本案源自陕西省高级人民法院(2010)陕民二终字第09号民事判决书]

【各方观点】

原告观点:原被告方签订的股权转让合同合法有效,且原告支付了全部股权转让款,应该自股权转让合同生效之日起取得信托公司的股东资格。

被告观点:股权转让合同的生效不等于原告享有股东资格,原告经银监会批准股权转让后才成为信托公司的股东。

【法院观点】

本案争议焦点:天迪公司从何时取得信托公司的股东资格。

一审法院认为,信托公司章程第20条规定“受让公司股权的股东,应具备《公司法》、《信托法》及中国银行业监督管理委员会规定的向信托公司投资入股的条件”;第25条规定“公司增减注册资本、转让股权、调整股权结构,以及回购股权的应当事先报请中国银行业监督管理委员会审查批准,并依照法定程序修改公司章程、在公司登记机关办理变更登记”;第30条第1款第10项规定“对股东向股东以外的人转让出资做出决议需报请中国银行业监督管理委员会审批”。因此信托公司章程规定,进行股权转让需经过中国证监会的批准。另外,《信托公司管理办法》第12条规定:“信托公司有下列情形之一的,应当经中国银行业监督管理委员会批准,包括改变组织形式、修改公司章程等。”^①因此,天迪公司要实现股权的转让,不仅要求签订合法有效的股权转让合同,还要依据法律规定经中国证监会批准的情况下才能进行或生效。故根据信托公司的公司章程及《信托公司管理办法》之规定,天迪公司应自中国银行业监督管理委员会批准之日即2008年10月10日起才成为信托公司的股东。

一审法院认定天迪公司自银监会批准之日起取得公司股权。原告天迪公司不服一审判决,上诉至二审法院。

二审法院认为一审法院认定事实清楚、适用法律正确,应予维持。

【法理解读】

一般情况下,公司股东股权转让遵从当事人意思自治,通过修改公司章程

^① 《信托公司管理办法》第12条规定:“信托公司有下列情形之一的,应当经中国银行业监督管理委员会批准:(一)变更名称;(二)变更注册资本;(三)变更公司住所;(四)改变组织形式;(五)调整业务范围;(六)更换董事或高级管理人员;(七)变更股东或者调整股权结构,但持有上市公司流通股份未达到公司总股份5%的除外;(八)修改公司章程;(九)合并或者分立;(十)中国银行业监督管理委员会规定的其他情形。”

以及进行变更登记后即可取得股东资格,法律不会过多加以干预。但是在特殊情况下,出于国家公共秩序管理的需要,对某些涉及国防、安全、金融秩序、矿业等特殊行业,法律对股权转让做出了特殊规定。这时候当事人的意思自治就不能超越法律的强制性规定。本案就是这种情况,原告取得股权的信托公司属于金融行业,《信托公司管理办法》要求其股权转让必须经过证监会批准方可生效。更何况,本案中信托公司的公司章程也明确规定,成为其股东必须经过银监会的审批。所以本案中股权转让合同生效的时间为银监会批准时间,也即原告取得股东资格时间。所以天迪公司自银监会批准通过股权之日起取得股东资格。

【败战总结】

本案中依据双方签订的股权转让合同,原告天迪公司在支付股权转让款后,信托公司的股权已经转让给天迪公司,天迪公司应该享有其股权收益,但是法院却没有支持天迪公司的诉讼请求。其根源就在于天迪公司将股权转让合同的履行和股东资格的取得相混淆,同时当事人意思自治不能对抗公司法范畴的强制性规定。

本案中天迪公司在签订合同时没有考虑到其受让的信托公司股权有特殊规定,而且该行业审批时间跨度较长,导致合同签订与审批程序通过的间隔时间过长。合同没有对该期间的股东红利归属问题作出规定,最后出现本案中支付全部股权转让权而丧失七个月股东红利的结果。假如本案中银监会没有批准股权转让,天迪公司承担的风险将会更大。

天迪公司失败原因在于其签订股权转让合同之前,没有考虑合同是否属于涉及国防、安全、金融秩序、矿业等法律对股权转让作出特殊规定的行业,当事人的意思自治也要遵从这些强制性规定,否则会发生不能取得股东资格或者合同不能生效的后果。

【风险提示】

在金融、国防、安全等特殊行业的股权转让中,法律法规或者公司章程往往对其作出特殊性规定。一旦违反这些特殊性规定,受让人需承担法律风险。

(1) 法律法规或者公司章程对于股权转让规定了特殊程序的,若没有办理特殊程序而导致股权转让协议目的不能实现,会引发法律风险;

(2) 通常情况下,股权转让合同的签订与股权转让行为获得批准之间存在一个空窗期,股东极易就此期间的股东资格问题、股东权益问题发生法律争议;

(3)我国公司法规定记载于股东名册方可行使股东权利,^①而上述特殊行业只有经过特殊程序方可进行股权变更即股东名册的变更,方可取得股东资格。所以股权转让协议签订时并不意味着受让人当然取得股东资格,法律在认定股东资格是以股东名册变更为准,受让人极易忽视此项规定而引发争议。

【律师支招】

在特殊行业股权转让中,受让人可以通过以下方式来规避上述法律风险:

(1)受让方在受让特殊行业公司的股权前,要审查其准入门槛、审批程序及要求,对于自身条件与法律法规的规定相差悬殊的特殊行业要谨慎投资;由于出让方原因导致股权转让目的不能实现的情况可签订责任赔偿条款;

(2)在审查转让股权的审批手续时应确保特殊行业的股权转让符合法律法规强制性规定;

(3)在特殊行业股权转让合同中,对因转让程序和批准手续问题产生的合同纠纷规定争议解决方式,如解除合同返还价款;或者设计股权转让因上述原因失效时己方的财产保护的条款;

(4)在特殊行业股权转让合同中,如果因为出让方的原因导致转让程序出现瑕疵或者不符合审批条件使股权转让协议无效的情况出现,受让方要及时止损,必要时采取法律措施要求损害赔偿;

(5)即使法律法规对于股权转让没有强制性规定,也要注意公司章程对于股权转让是否有程序要求以及实体上的资格限制。如果有此类规定,要严格按照其规定进行股权转让;

(6)可约定合同签订后支付部分股权转让款和交付定金,在取得股东资格后再交付剩余价款。

① 《公司法》第32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。”

5. 侵犯原股东优先认缴权的增资协议效力

《公司法》规定股东在公司进行增资时享有优先认缴权,如增资协议侵害了原股东的优先认缴权,股东有按照法律规定采取救济措施的权利。但是这种权利行使是有期限和行使要求的,超过此期限,其优先认缴权就得不到法律的支持,不能得到实现。

【案情简介】

第一原告:绵阳市红日实业有限公司

第二原告:蒋洋(红日实业法定代表人)

被告:绵阳高新区科创实业有限公司(以下简称科创公司)

第三人:福建省固生投资有限公司(以下简称固生公司)

陈木高(固生公司法定代表人)

科创公司成立于2001年7月,其中原告蒋洋持股14.22%,原告红日实业持股5.81%,其他股东合计持股79.97%。2003年12月5日,科创公司向全体股东发出通知,定于2003年12月16日召开股东代表大会,会议议题为公司增资问题和吸纳新股东陈木高等内容。12月16日,会议如期召开,在关于吸收陈木高为新股东事项表决时,蒋洋投反对票;关于增资扩股事项表决,蒋洋投赞成票。

红日实业虽全部投了赞成票,但是对提议中由陈木高认缴权持不同意见,认为原股东对新增资本也享有认缴权。表决后形成股东会会议纪要,记载事项为:同意吸纳陈木高为新股东(经表决75.49%同意,20.03%反对)。

同年12月18日,科创公司与陈木高签订了《入股协议书》,约定陈木高出资800万元,认购615.38万股,占总股本1090.75万股的56.4%。随后陈木高支付了800万元。2003年12月22日,红日公司向科创公司递交了《关于要求作为科创公司增资扩股增资认缴人的报告》,主张蒋洋和红日公司享有优先认缴出资的权利。但科创公司未予答复。12月25日,科创公司完成了工商档案

变更登记,陈木高为公司法定代表人,变更后的注册资本为10,907,500元。

2005年3月30日,陈木高将其持有的56%的股权转让给固生公司,个人仍持有公司0.4%股权。

同年12月12日,蒋洋和红日公司向法院提起诉讼,请求确认科创公司2003年12月16日股东会通过的吸纳陈木高为新股东的决议无效;确认科创公司和陈木高2003年12月18日签订的《入股协议书》无效;确认其对800万元新增资本优先认购权。

[本案例来源于最高人民法院(2010)民提字第48号民事判决]

【各方观点】

原告观点:

(1)科创公司提前11天通知召开股东会违反了《公司法》规定的提前15天通知的强制性义务,决议作出程序违法,该决议无效。

(2)“吸纳陈木高为新股东”的决议和《入股协议书》侵犯了红日实业和蒋洋的优先认缴出资权,损害其股东利益。科创公司在原告明确反对且提出行使该权的前提下,仍然与陈木高恶意串通,签订《入股协议书》,故该协议无效,全部赋予陈木高,明显侵犯了原告的优先认缴权,应属无效。

被告、第三人观点:

(1)虽然表决该决议的股东会通知程序不符合《公司法》关于要提前15天通知的规定,但是该决议经表决,同意票占表决权75.49%,由2/3的股东表决通过,该决议是合法有效的。

(2)陈木高在与科创公司签订《入股协议书》是为履行章程中继续经营管理义务,故签订《入股协议》不存在恶意串通的行为。

(3)优先认缴权行使符合一年合理期间的限制。原告虽然不同意涉案股东会决议,但是从未以诉讼等形式主张过权利,也正常参加由陈木高主持的董事会和股东会。这些都表明原告没有反对涉案股东会决议的意思表示。

【法院观点】

本案争议焦点:

(1)2003年12月16日科创公司作出的股东会决议和2003年12月18日科创公司与陈木高签订的《入股协议书》是否有效?

(2)红日公司和蒋洋能否对科创公司2003年新增的615.38万股股份(股权比例)行使优先认缴权?

一审法院认为:首先,红日公司和蒋洋以决议作出的程序不符合公司法的规定主张“吸纳陈木高先生为新股东”决议无效的理由不成立。其次,原告未能提供证据证明科创公司与陈木高签订《入股协议书》存在恶意串通行为,因此该协议有效。原告提起诉讼的时间距其知道优先认缴权被侵害已达两年之久,主张优先认缴权的合理期间已过,所以其无权主张优先认缴权。故驳回原告诉讼请求。

原告不服,提出上诉。

二审法院认为:科创公司股东会决议中公司的增资决议经股东会 2/3 以上表决权通过,是合法有效的。科创公司在明知原告明确要行使优先认股权的前提下仍然与陈木高签订了《入股协议书》,违反了法律规定,该协议无效。股东行使优先认缴权的诉讼时效,参照两年的普通诉讼时效,原告可以主张其优先认缴权。

二审法院判决:撤销原一审判决,科创公司股东决议中新增陈木高为新股东经 2/3 以上有表决权的股东表决通过后是合法有效的,《入股协议书》无效,原告可以行使其优先认缴权。

二审宣判后,被告不服,申请再审,后经最高人民法院提审。

再审认为:公司新增注册资本的决议是经过具有 2/3 以上有表决权的股东表决通过,应属于有效决议。但是根据《公司法》第 35 条的规定,公司新增资本时,股东的优先认缴权应限于其实缴的出资比例。^① 2003 年 12 月 16 日做出的股东会决议是在原告表示明确反对情况下做出的。科创公司未给予原告优先认股选择权就将新股认购权给予陈木高,侵犯了原告的优先认股权,违反了《公司法》第 35 条的规定。综上,公司增资决议是有效的,而吸纳陈木高为新股东的决议无效。

《入股协议书》系科创公司与陈木高签订的合同,应适用《合同法》的一般原则及相关法律规定认定其效力。陈木高作为外部人员并无审查公司作出决议过程的义务,且没有证据证明陈木高与科创公司恶意串通,所以《入股协议书》是有效的。

原告超过优先认缴期间,股权发生变化,故不能行使优先认缴权。

再审法院撤销一审、二审判决,确认股东会决议中新增股份决议有效,陈木

^① 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(一)》第 2 条规定,当时的法律和司法解释没有明确规定的,可参照适用现行公司法的规定。最高人民法院于 2010 年作出本案判决,依据的是 2005 年修订的《公司法》第 35 条的规定,公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。

高认购新股决议部分无效,原告不能行使其优先认缴权。

【法理解读】

优先认缴权是指公司新增资本时股东有优先按照实缴的出资比例认缴出资的权利。依据《公司法》规定,公司新增资本时股东有权按照实缴的出资比例认缴出资;^①违反法律、法规的股东会决议无效。^②

股东优先认缴权属于形成权,法律虽然没有规定其行使期间,但是出于维护交易安全目的,对于其合理期间的认定必定比普通民事行为更加严格。原告在2003年12月召开股东会时就知晓其优先认缴权被侵害,但未采取积极有效的法律措施进行救济。此后在科创公司召开的股东会中陈木高作出转让股权行为时,原告不仅列席且未表示反对。原告在股权变动两年后主张优先认缴权,此时,不仅股权价值已经发生较大变化,而且公司股权又再次发生了变更,如允许其行使优先认缴出资的权利将导致已趋稳定的法律关系遭到破坏,极易产生显失公平的后果,因此法院判决原告不能行使优先认缴权是正确的。

【败战总结】

本案在经过长达五年之久的审理后尘埃落定,法院最终确认涉案股东会决议无效,但是却不可原告行使优先认股权。原告看似胜诉,实质上却是形式上的胜利,没有达到其诉讼目的。究其原因,最大的败笔在于其怠于合法有效地主张权利。

“法律不保护权利上的沉睡者”。综观全案,原告虽然向公司表示过行使优先认缴权,但是在公司未允许的情况下没有采取进一步有效措施。随后在股东会上的一系列行为都表示原告对陈木高成为新股东持默然态度。待其两年后诉诸法院要求对其优先认缴权进行保护时,股权价值和结构已经发生重大变

① 《公司法》第34条:“股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”

② 《公司法》第22条规定:“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”

股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、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60日内,请求人民法院撤销。

股东依照前款规定提起诉讼的,人民法院可以应公司的请求,要求股东提供相应担保。

公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的,人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后,公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。”

化。原告要求依据当时的股东会决议主张优先认缴权,显然已不具备客观可能性。所以再审判决支持其合情诉讼请求亦属法理使然。

【风险提示】

《公司法》规定,公司增资时股东享有优先认缴权。但该权利若行使不当,也会产生以下风险:

(1) 股东优先认缴出资权的行使期间不明而产生法律风险。

现行《公司法》未对优先认缴权的行使期间或者诉讼时效作出明确规定。如果公司章程也未对此作出规定,股东极易忽视此项时间,而导致权利过期不能行使此项权利的法律后果。

(2) 股东未及时行使撤销请求权而导致法律风险。

根据《公司法》第22条规定,股东会、股东大会或者董事会的决议做出程序或者决议内容违反法律、行政法规规定时,股东可以自决议作出之日起60日内请求人民法院撤销该决议。股东未及时行使行使该项权利,就要承担相应法律后果。

(3) 对新增资本溢价比例约定不明的法律风险。

公司股东决议通过增资扩股方案时,未根据公司的资产状况约定原股东享有的优先认缴比例和新股东认缴的溢价率时,会使原股东与新股东之间对认缴股权价格是否相同产生争议。

【律师支招】

公司新增资本时,股东要注意以下几点来保护自己的优先认缴权:

(1) 股东在制定公司章程时,可约定公司增资时原股东优先认缴权的认缴比例、出资方式等具体问题,同时对股东优先认缴权行使的时间等程序性问题加以明确约定;

(2) 对公司股东会通过的增资方案部分有异议时,不仅要投反对票,而且应将反对或持异议的理由在股东会会议记录或者股东决议上明确记载,进行签字确认;

(3) 认为股东大会决议作出程序有瑕疵或者认为决议内容不符合法律行政法规、公司章程规定或者认为其优先认缴权受到侵害,要及时行使决议撤销请求权。采取诉讼等法律措施时应防止超过合理期限,导致权利无法得到保护;

(4) 公司新增资本时,小股东对于新晋股东可要求其明确出资情况、入股过程,防止其与公司大股东恶意串通损害股东利益。

6. 如何在章程中设计特殊条款保护股东利益

新公司法赋予公司更大的自治空间,最重要的体现在公司可以通过章程的制定来实现公司经营的自由。对于章程的内容除了法律规定的必备条款外,在不违反《公司法》强制性规定的前提下,法律允许公司及其股东对章程做出个性化设计,自由规范公司内部关系。因此,在章程修订过程中约定有利于股东的一些内容,成为保障股东利益最重要和最有效的手段。

【案情简介】

原告:蒋学文

被告:上海老友计网络科技有限公司(以下简称老友计公司)

第三人:奇虎三六零软件(北京)有限公司(以下简称360公司)

老友计公司于2011年3月21日经上海市工商局杨浦分局批准注册成立,成立之时股东为胡喆与李某,公司法定代表人为胡喆。2011年6月,360公司作为投资方与胡喆及李某签订《投资协议书》,该协议中老友计公司作为合同主体。为保障大股东利益,各方约定360公司对于老友计公司包括任何股权的出售与转让等经营重大事项上享有“一票否决权”。该协议书经老友计公司全体股东签字确认。

2011年6月13日,老友计公司修订章程第16条为:“董事会对所议事项作出的决定由二分之一以上的董事表决通过方为有效,但以下事项的表决还需取得股东奇虎三六零公司委派的董事的书面同意方能通过:(根据协议添加至此处)。”同时,该章程第24条关于股权转让的规定与《公司法》规定相同,即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。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。

2013年8月12日,胡喆分别向老友计公司各股东发出《股权转让通知书》,载明:“本出资人拟将拥有老友计公司37.2%的股权以10万元的价格转让给蒋学文。请各股东自收到本通知书之日起30日内给予书面答复,确定是否需要

使用优先购买权以同等价格购买欲出让的股权;逾期未予答复的视为同意转让。”李某出具书面回复同意其转让股权,360 公司收到通知后未向胡喆作出书面回复。

2013 年 9 月 27 日,胡喆与受让方蒋学文签订《股权转让协议》。蒋学文按照协议约定支付了股权转让款,后老友计公司迟迟不为蒋学文办理股权变更登记手续,蒋学文诉至法院要求办理变更登记。

[本案例来源于上海市第二中级人民法院民事判决书(2014)沪二中民四(商)终字第 330 号]

【各方观点】

原告观点:2013 年 8 月,原股东胡喆已将股权转让事宜通知 360 公司,而 360 公司放弃行使优先购买权,同时按照《公司法》及公司章程规定,原告有权受让诉争股权。原告与胡喆签订《股权转让协议》并支付股权转让款,但老友计公司的实际控制人为 360 公司,其拒绝为原告办理股权变更登记手续。据此,请求判令老友计公司至工商局办理将胡喆持有的老友计公司 37.2% 的股权变更登记至蒋学文名下的工商变更登记手续,胡喆及奇虎 360 公司予以协助。

被告观点:老友计公司章程第 16 条对公司的某些事项需要取得 360 公司委派董事的书面同意方能通过的规定,体现了《投资协议书》中“一票否决权”之含义。胡喆对外转让股权未取得 360 公司同意,因此其转让股权行为无效,不应为其办理股权变更登记。

第三人观点:360 公司称因公司办公地址变更,其未收到胡喆寄交的《股权转让通知书》。胡喆未履行法定通知义务,通知程序存有瑕疵,未能有效保障奇虎 360 公司的优先购买权;同时该转让行为侵犯了在股权转让事宜上 360 公司享有一票否决权的特殊约定。《股权转让协议》系原告与胡喆恶意串通损害奇虎 360 公司的利益。

【法院观点】

本案争议焦点:

(1)老友计公司章程是否将《投资协议书》中关于“一票否决权”的约定纳入其中?

(2)关于 360 公司对其他股东转让股权拥有“一票否决权”的规定是否合理?

法院认为:胡喆在转让股权之前已向股东奇虎 360 公司及李某发出关于行

使优先购买权的通知。但奇虎 360 公司未予回复,亦未对此提出异议,系怠于行使自己的权利。原告蒋学文在交易中尽到了合理谨慎的注意义务,其与胡喆系在行使优先购买权通知发出一个半月后签订诉争股权转让协议,转让价款尚属合理,蒋学文已履行了付款义务。老友计公司章程中关于“一票否决权”的内容不明晰:一是章程第 16 条中关于需要奇虎 360 公司委派董事书面同意之具体事项约定不明。该条款的解读与《投资协议书》中“一票否决权”的含义明显有异,且该《投资协议书》未在工商行政管理部门予以备案,故奇虎 360 公司关于章程中“根据协议添加至此处”的“协议”即指《投资协议书》的解释缺乏依据。二是胡喆并无证据证明其在上述过程中已向蒋学文告知过奇虎 360 公司对于股权转让事项拥有否决权,也无证据证明蒋学文与胡喆存在恶意串通的情形。从维护商事交易安全方面考虑,应遵循商事外观主义原则对善意第三人的信赖利益应予保护,老友计公司股东之间的内部约定不能对抗善意第三人。因此,一审法院依据《公司法》第 71 条第 4 款,^①老友计公司应于判决生效之日起 20 个工作日内至上海市工商行政管理局杨浦分局办理将胡喆持有的老友计公司 37.2% 的股权变更登记至蒋学文名下的工商变更登记手续,胡喆及奇虎 360 公司应予协助。

一审判决后,360 公司上诉。二审法院经审理维持一审判决,驳回上诉。

【法理解读】

关于公司章程能否对股权转让设定限制条款问题,我国《公司法》对有限责任公司作出了相关规定。其中,涉及有限责任公司股权转让部分的原《公司法》第 71 条第 4 款规定:“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定”,即有限责任公司的章程可以约定对股份转让的限制。为维护股东之间的关系及公司自身的稳定性,章程可以对有限责任公司的股权转让作出相应的限制和要求。这是公司自治及人合性的重要体现,同时也是诚实信用原则和当事人意思自治原则的体现。故公司章程中对股权转让所作的特别规定,各方均应遵守。本案中,360

^① 《公司法》第 71 条规定:“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

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 30 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。

经股东同意转让的股权,在同等条件下,其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的,协商确定各自的购买比例;协商不成的,按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”

公司将“一票否决权”的特殊约定明确规定于公司章程之中。这种限制是各方出于各自利益需求达成引进投资的真实意思表示的结果,符合当时股东的真实意思表示,未违反《公司法》的强制性规定,应认定符合公司股东意思自治的精神,其效力应得到认可。

如果按照投资协议约定 360 公司可以对股权转让等重大事项享有“一票否决权”,可以依据我国《公司法》第 42 条“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外”的规定,有限责任公司股东表决权可以实现同股不同权或一票否决权。^①

【败战总结】

股东享有“一票否决权”的特殊约定本是公司股东意思自治的合理体现,但本案中《投资协议》明确约定的“一票否决权”在庭审中却未得到认定。败诉的原因是:其一,老友计公司章程中关于“一票否决权”的内容表述并不明晰,在工商行政管理部门登记备案的信息中对此也未有反映,无法据此认定公司章程中明确规定 360 公司享有一票否决权;其二,原告在收到转让股权通知书时也未积极行使“一票否决权”亦或是通知受让方,从而丧失其实际行使特权的机会,使得辛苦争取而来的权利因怠于行使归于形同虚设。

【风险提示】

(1) 特殊条款的约定事项违背了《公司法》第 43 条的强制性规定,^②导致该项约定无效。

(2) 特殊条款约定客观上不客观或约定过于笼统,使得该项约定流于形式,违背订立该项约定的初衷。

(3) 怠于行使其特殊权利,导致权利处于真空状态而无法实现。

【律师支招】

(1) 公司章程赋予股东享有特殊权利或限制其他股东权利的时候,不得与

^① 《公司法》第 42 条规定:“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。”

^② 《公司法》第 43 条规定:“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。”

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。”

公司法强制性规定相违背。

(2) 股东之间若是在投资协议中约定了特殊条款,如惩罚股东权、强制退股权、限制继承权、大股东强制回购权等权利;不仅应在投资协议中体现,更应积极通过公司章程公示出来,并办理工商备案。

(3) 即便公司章程中规定了公司享有特殊权利,其仍应遵守《公司法》和公司章程中的合法行使方式行使其权利,从而实现特殊权利的目的。