



公司法司法解释征求意见稿股权代持主要规则评析

□ 刘凯湘（北京大学法学院教授）

股权代持在民商事实践中是很普遍的现象。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释(征求意见稿)》(以下简称征求意见稿)对股权代持相关问题进行了更为全面的规定,归纳出实际出资人的显名、股权代持无效及其后果、名义股东处分股权等规则。笔者就其中的实际出资人显名的要件、名义股东处分股权的法律效力两个条文进行评析。

关于实际出资人显名的程序要件

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《公司法司法解释(三)》)第二十五条第3款规定:“实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。”该条从反面规定了人民法院不支持隐名股东显名请求的条件,但仅此于此未能规定应当支持隐名股东显名请求的情形,实为缺憾。征求意见稿从正面规定了隐名股东请求显名(即请求公司将其姓名或者名称以记载于公司股东名册等方式确认其股东资格或身份)的程序条件,其第三十一条第2款规定:“存在下列情形之一,实际出资人请求公司确认其具有股东资格,并向其签发出资证明书、变更股东名册以及办理股权变更登记,人民法院应予支持;但是法律、行政法规或者公司章程另有规定的除外:(一)公司经股东会决议认可实际出资人具有股东资格的;(二)过半数的其他股东同意实际出资人行使股东权利,或者过半数的其他股东知道或者应当知道股权代持事实,且对其实际行使股东权利未提出异议的。”但是对于第(二)项,该条同时给出了第二种方案,即:“其他所有股东一致同意实际出资人行使股东权利,或者其他所有股东知道或者应当知道股权代持事实,且对其实际行使股东权利未提出异议的。”

就第(一)项情形而言,如果公司同意隐名股东的显名请求,并且就此召开公司股东会,股东会作出认可隐名股东的真实股东资格的决

议,亦即以公司决议的方式同意其显名请求,此种情况下当然可以让隐名股东显名,公司依据该决议向隐名股东签发出资证明书并且办理股东名册与公司登记的变更手续。但是该项规定仍然存在几个未解决而实务中可能存在的问题:其一,公司就此事项作出决议,是应当适用公司法第六十六条第2款规定的半数决还是第3款规定的三分之二多数决?如果此规则不明确,将来在实践中易生疑窦与纠纷。笔者建议,参照公司法仅需通知其他股东、由其他股东行使优先购买权的立法旨趣,应当不需要适用三分之二多数决,只需经代表过半数表决权的股东通过即可。其二,名义股东的股东资格是从股东会决议作出之时还是办理股东名册、公司登记的变更之时?这既涉及隐名股东与名义股东各自权利的行使,也涉及公司债权人等利益相关者的权利保护,需要予以明确。笔者认为,应当规定自办理公司内部股东名册之时由隐名股东取得股东资格,但未经公司登记机关的变更登记不能对抗善意第三人。其三,名义股东能否对此等公司决议提起确认决议无效或者撤销决议之诉?笔者认为,应当给予名义股东以救济途径,允许其向人民法院提起公司决议无效或者撤销之诉。

就第(二)项情形而言,征求意见稿提供了两种方案,笔者赞同第一种方案,即在公司未就隐名股东的显名请求作出公司决议的情况下,只要除名义股东之外过半数的其他股东同意隐名股东行使股东权利,或者过半数的其他股东知道或者应当知道股权代持事实,且对其实际行使股东权利未提出异议的,即满足隐名股东显名请求的程序条件,无需所有股东一致同意或全体知情。

接下来需要讨论“同意”的方式。此处的“同意”应当是指有同意的形式即可,即隐名股东有证据证明其曾经实际行使过股东权利。例如,参加股东会并行使表决权等,过半数的其他股东对隐名股东的该等行为表示同意;或者隐名股东现在提出显名请求,其他股东表示同意。

所谓实质同意是指尽管过半数的其他股东没有作出同意的意思表示,但是其行为足以表明

过半数的其他股东是同意隐名股东的显名请求的,此等行为需符合两个要求:一是过半数的其他股东知道或者应当知道股权代持的事实,更清楚地知道背后的隐名股东是谁;二是对隐名股东已经实际行使股东权利或者现在提出行使股东权利未提出异议。换言之,如果有超过一半的股东过去就曾经对隐名股东参与公司经营、行使股东权利以明示的方式表示过异议,或者现在对隐名股东的显名请求明确表示过反对,人民法院就不能支持隐名股东的显名请求。

名义股东处分股权的法律效力

《公司法司法解释(三)》第二十六条规定:“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。”该条首次引入善意取得规则,对名义股东处分股权的行为后果进行了规定,具有开创性的积极意义。但是,该条仅解决了名义股东处分股权时善意取得规则的可适用性,而未规定具体如何适用善意取得规则,并且存在对隐名股东利益保护不足的缺陷。征求意见稿在很大程度上弥补了上述缺陷。

征求意见稿第三十三条修正了《公司法司法解释(三)》将第三人(相对人)保护作为规则重点的错误,转而首先强调了对隐名股东权利的保护。这完全符合民法典善意取得制度的立法宗旨。民法典第三百一十一条规定“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权”,在占有人无权处分财产时,法律首先保护所有权人的利益,即“所有权人有权追回”,此即物权应有效力之一的所有物返还请求权,只有当符合善意取得的全部条件时,法律才会牺牲所有权人的利益而保护善意第三人的利益。征求意见稿第三十三条第1款规定:“名义股东未经实际出资人同意将其名下的股权转让、质押给他



人,实际出资人请求相对人向名义股东返还股权或者请求确认质权未有效设立的,人民法院应予支持,但是受让人参照民法典第三百一十一条规定善意取得股权的除外。”此规定与民法典第三百一十一条的立法精神完全契合,当隐名股东发现名义股东将股权转让给第三人或者以股权设立质押担保,其有权请求受让人返还股权给名义股东,或者请求人民法院确认股权质押未有效设立。债权人(质权人)不能取得质押权,除非受让人或者质权人能够举证证明其符合民法典第三百一十一条规定的善意取得的全部条件。

为平衡隐名股东与善意第三人之间的利益,体现对股权代持现象“不禁止但也不鼓励”的立法精神,让隐名股东承担其应当承担的法律风险,征求意见稿第三十三条第2款进一步规定了股权处分中的举证责任,将第三人非善意的举证责任分配给隐名股东,而将第三人推定为善意。即原则上,当出现名义股东转让股权或者以股权设质的情形,首先推定受让人或者质权人为善意,能够取得股权或者有效设定质权,而隐名股东欲保护自己的股权,对抗第三人,就必须承担举证责任,证明第三人在主观上不构成善意。

股权代持关系中股东瑕疵出资责任规则的适用问题

□ 徐冲（北京金融法院审判第一庭副庭长、三级高级法官）

股权代持关系中存在实际出资人与名义股东的分离,这种分离在瑕疵出资情形下引发了责任承担主体的争议。一方面,基于商事外观主义原则,登记公示的名义股东应当承担出资责任;另一方面,基于合同相对性原理,实际出资人作为真正的投资主体应当承担最终责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《公司法司法解释(三)》)第二十六条、第二十七条确立了“名义股东对外担责、对内追偿”的责任承担模式。这种模式有利于简化出资责任追究方式,明确责任预期,但也加大了名义股东责任,有违实质公平。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释(征求意见稿)》(以下简称征求意见稿)第三十四条、第三十五条对此予以突破,构建了“外观主义为原则,实质主义为补充”的裁判规则体系,其核心在于引入“名义股东举证显名条件—法院释明变更再诉请—公司/债权人择一主张责任主体”的裁判逻辑。这一规则设计,既坚守了公司法的外观主义原则以维护交易安全,又兼顾了实质正义以平衡各方利益,是对长期困扰司法实践的名义股东与实际出资人责任划分问题的系统性回应,具有重要的理论价值与实践意义。

公司内部操纵显名与恶意规避显名情形的处理

征求意见稿第三十四条第2款规定:“名义股东主张由实际出资人承担出资责任的,人民法院应当依名义股东的申请或者依职权追加实际出资人为第三人参加诉讼,名义股东举证明实际出资人符合本解释第三十一条第二款规定的显

名条件的,人民法院可以向公司释明,告知其变更诉讼请求;公司经释明后拒绝变更诉讼请求的,应当判决驳回其诉讼请求。”该规范是平衡外观主义与实质正义的关键设计,为名义股东提供了明确的免责抗辩路径。该条第3款规定:“公司请求实际出资人与名义股东承担连带责任的,人民法院应当告知其选择请求实际出资人或者名义股东承担出资责任。公司拒绝作出选择的,按照本条第二款规定处理。”该规范的核心是禁止连带责任的滥用,当实际出资人明确后,法院需释明公司择一主张权利,若公司拒绝选择,则驳回其对名义股东的请求,实质上将责任主体锁定为实际出资人。

对于“择一主张”规则的适用,司法实践中需要防范两种规避实质责任的情形。一是为逃避出资责任,其他股东可能通过“同意显名”的意思表示,虚构实际出资人或者刻意选择无履行能力或者无资产的“职业背债人”为实际出资人,使名义股东免责但债权人利益受损。二是在实际出资人为公司实控人时,可能存在操纵其他股东拒绝“同意显名”,造成“其他股东过半数同意”条件无法实现,导致名义股东持续担责的情形。既损害公司、债权人利益,亦损害名义股东利益,与“实质责任归属”的立法初衷相悖。

对于前者,如果其他股东系通过虚构代持协议方式引入虚假实际出资人,法院可依法否认代持事实,仍判令名义股东承担责任,并按照民事诉讼法相关规定对虚构证据妨害诉讼行为进行处罚。对于后者,因法院无法对其他股东不同意是否存在合理事由进行审查,因此很难防止。只能允许名义股东在举证操纵事实成立(如能证明实际出资人存在明确投意、串通或者胁迫的事实)的基础上提起“股东资格否认之抗辩”,人民法院可基于民法典第一百五十九条“附条件的民事法律行为,当事人为自己的利益不正当阻止条件成就的,视为条件已经成就;不正当促成条件成就的,视为条件不成就”的民法原理(诚实信用原则),以“恶意促成显名条件不成立”

为由,认定显名条件已成立。实践中,鉴于名义股东对此举证确实存在困难,法院可结合实际出资人与其他股东的关系(此时的实际出资人可能是公司实际控制人或者与其他股东存在亲属关系、关联关系等),其他股东是否知晓其为实际出资人等情况依据高度盖然性标准予以综合判断,适当降低名义股东的举证难度,以防止实际出资人逃避责任,维护公司治理秩序与实质公平。

名义股东与实际出资人对代持行为具有明显过错情形下的责任分配

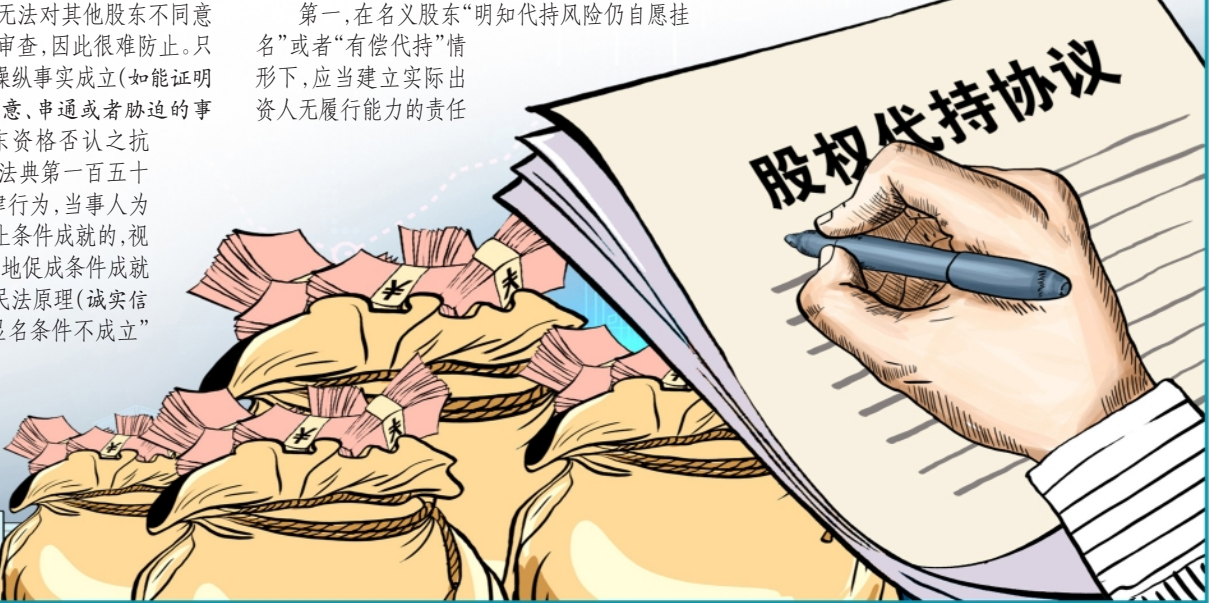
征求意见稿第三十五条明确了债权人主张股东瑕疵出资责任时,完全准用第三十四条公司主张的裁判规则,包括显名条件认定、追加第三人、释明变更再诉请、择一主张等。这一规定的合理性在于,债权人与公司均属于股权代持关系的外部主体,其对股东身份的认知均基于工商登记的外观公示,两者的权利主张应受到同等保护。同时,将债权人的请求权纳入统一规则体系,有利于避免“公司主张”与“债权人主张”的裁判尺度分歧。但商业实践中,外部债权人毕竟远离公司内部治理,相较于公司,债权人更难以对公司内部控制、股东之间利益关系以及合谋逃避债务等情况及时了解和掌握。完全适用公司主张的责任标准,容易滋生股东道德风险,在适用时需要特殊考虑。因此,在外部债权人主张股东瑕疵出资责任时,人民法院在坚守“择一主张”规则的前提下,还需根据代持双方过错程度对责任分配予以特殊处理。

第一,在名义股东“明知代持风险仍自愿挂名”或者“有偿代持”情形下,应当建立实际出资人无履行能力的责任

回溯机制,即当实际出资人显名债权人主张后,若经过执行程序,其无财产可供执行,则允许对名义股东另行提起诉讼,名义股东需根据过错比例原则承担补充赔偿责任。允许责任回溯,既突出对外部债权人的保护,也表明对不当股权代持行为明确否定的鲜明司法态度。

第二,在名义股东与实际出资人恶意串通挂名,帮助实际出资人逃避债务时,即使实际出资人显名,公司、债权人亦可请求名义股东与实际出资人就其瑕疵出资范围承担连带责任。双方通谋,在法理上构成对公司、其他股东及债权人的共同侵权,承担连带责任合乎法律逻辑。

第三,在股权代持协议被确认无效时,即使实际出资人未被告显名,也应根据无效的具体情形和过错责任原则,允许债权人在执行不能时,对实际出资人另行提起诉讼,判令其承担相应比例的补充赔偿责任。此时的责任依据乃基于实际出资人对瑕疵出资以及代持协议无效的情形明知且存在过错,责任性质为侵害“公司资本充实责任”或“出资不实责任”。虽然司法实践中亦有观点认为该责任性质为损害公司、债权人利益的直接侵权责任,但笔者更倾向于将此认定为对公司资本制度的违反,属于公司法上的特殊责任,而非一般侵权责任。侵权责任说虽然可以解释对债权人的保护,但忽略了公司资本维持原则的特殊性,且与连带责任的法定性不符,故而不采纳。



实务精解

1.在著作权纠纷案件中如何认定作品的独创性?

作品的可版权性问题是著作权纠纷案件的核心问题,而对独创性的认定是核心中的核心。著作权法及其实施条例中未对独创性的定义、标准等作出具体规定,只在《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十五条“由不同作者就同一题材创作的作品,作品的表达系独立完成并且有创作性的,应当认定作者各自享有独立著作权”的规定中有所涉及。

什么样的智力成果具有独创性?通常认为,根据上述规定,独创性包含独立完成和创作性两个方面的内容,既要求成果源于作者本人,又要求该成果具有一定的智力创作性。而所谓的智力创作性可以解释为能够体现作者的智力判断、选择,体现作者的个性。

如何判断作品的独创性?结合著作权法的理论研究及司法审判实践,应从“独”和“创”两个方面对独创性作出判断,“独”要求作者独立完成;“创”要求对表达的安排体现作者的选择、判断。独创性的审查判断需要注意以下三点:第一,独立完成完成,强调作者独立构思创作,不抄袭、不模仿他人作品。即使两作品因巧合而几乎相同,只要是作者各自独立完成,均可构成著作权法保护的作品。但独立创作完成并不是作品独创性的充分条件,如果作者独立完成的表达是按照一定的公式、定律以程式性方式完成或者表达是无可选择的,即使是独立完成,也不具有独创性。第二,作品表达的安排体现了作者的选择、判断,即作品应当体现作者的智力创作。简单的常见图形、字母、短语等一般不作为作品给予保护,也就是著作权法上的独创性,应体现最低限度的智力创造性。第三,智力创造性的评价,既不是对作品艺术价值的评价,也不是对作品市场价值的评价。

——摘自《全国法官培训统编教材·知识产权审判实务》

2.实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权?

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》(以下简称《审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》)的规定,实际施工人包括三种类型:一是转包合同的承包人即转包人;二是违法分包合同的承包人即违法分包人;三是借用资质的施工人。

第一,转包合同和违法分包合同的承包人不享有建设工程价款优先受偿权。依据《审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第三十五条,与发包人没有建设工程施工合同关系的实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。如上文所述,实践中实际施工人包括转包人、违法分包人和借用资质与发包人签订建设工程施工合同的承包人等个人。之所以规定只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款优先受偿权,主要是基于以下考虑:一是建设工程价款优先受偿权是对世权,具有优先于设立在建设工程上的抵押权、普通债权的效力,对交易安全和第三人利益影响较大,为维护交易安全和平衡善意第三人利益,对其权利主体不宜过度放宽。二是实际施工人并非严格的法律主体概念,实践中实际施工人身份的认定本身就是争议很大的问题,如果实际施工人均享有建设工程价款优先受偿权,则围绕建设工程建立的一系列法律关系均将处于不稳定之中,不仅损害交易安全和其他相关方的利益,也会对建设工程的使用、转让等造成不良影响;三是依据民法典第八百零七条的文义理解,只有依约请求发包人支付建设工程价款的才能行使建设工程价款优先受偿权,若实际施工人与发包人之间不具有建设工程施工合同关系,则不当享有建设工程价款优先受偿权。四是《审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第四十三条突破合同的相对性,对实际施工人的利益予以保护,是以不加重发包人的责任为前提,实际施工人与发包人未建立建设工程施工合同关系,发包人在与承包人签订建设工程施工合同时,往往并不知道实际施工人的存在,但是建设工程价款优先受偿权对发包人利益有重大影响,如果允许与发包人无合同关系的实际施工人向发包人主张建设工程价款优先受偿权,有损发包人的利益。

第二,在借用资质签订建设工程施工合同的情况下,缺乏资质的单位或者个人是否享有建设工程价款优先受偿权的问题,实践中存在争议。缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑企业的名义与发包人签订的合同属于隐藏行为,对于隐藏行为的法律效力,民法典第一百四十六条规定:“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。”隐藏行为为由两个行为组成:一个是各方当事人以虚假意思表示作出的民事行为,该行为欠缺意思表示,系虚假意思表示,属于无效行为。另一个是当事人虚假意思表示所隐藏的行为,该行为系当事人的真实意思,并非当然无效,只有在违反法律的强制性规定的情况下才无效。缺乏建筑工程施工资质的单位或者个人以建筑企业名义与发包人签订建设工程施工合同的行为,类似虚假意思表示所隐藏的行为。所谓隐藏,是对社会和第三人而言的,对于合同当事人而言则系明知。但是该被隐藏的行为因违反了不得借用资质签订建设工程施工合同的强制性规定而无效。虽然两个行为均无效,但法律后果却因基础法律关系不同而有所区别。由此引发谁有权请求发包人支付建设工程价款的问题。建设工程价款优先受偿权从本质上讲赋予了建设工程价款债权以优先受偿的效力,原则上建设工程价款优先受偿权的权利人均应当是建设工程价款债权人。由于实践中对于借用资质签订建设工程施工合同的情况下,谁享有建设工程价款债权存在争议,相应地,由谁享有建设工程价款优先受偿权也存在争议,有待深入研究。下一步适时通过司法解释,人民法院案例库案例、法官网等方式明确裁判规则。

——摘自《全国法官培训统编教材·民商事审判实务(第3册)》



全国法官培训统编教材重点内容摘要(二)