

法律资讯汇编

(2018年第8期)

上海王岩律师事务所
2018年8月

目 录

行业新闻——郭树清答记者问	3
新法速递——金融资产投资公司管理办法（试行）	7
案例解析——违规也无效，最高院接连裁决两起金融领域代持股合同无效	27
——挂靠公司对外从事合伙事务，被挂靠公司能否取得合伙人身份？	34
业务研究——审理有限责任公司治理结构案件中的三个基本问题	43

郭树清答记者问

来源：中国人民银行官网

日期：2018年07月05日

日前，中国人民银行党委书记、中国银保监会主席郭树清接受了《金融时报》记者的采访，就当前经济金融界关心的几个热点问题回答了记者的提问。

记者：最近，美国蓄意挑起贸易战，能不能解决其贸易逆差问题？最终结果会如何？

郭树清：美国挑起的贸易战最终难以持续。我们坚决反对贸易战，贸易战不会有赢家。过去40年快速发展的全球化，导致国际产业形态发生根本改变，世界经济前所未有地融为一体。美国在货物贸易中存在较大逆差，成因有多个方面，但丝毫不意味着美国因此而吃亏。恰恰相反，美国贸易逆差的形成和持续，是其经济科技创新能力、高端服务业竞争能力以及在国际货币金融中特殊地位的反映。正因如此，美国才能长期享用来自世界各地多种多样物美价廉的商品，以及源源不断的低成本资金，中国在这两个方面转移的价值量都占极大比重。如果说现行国际经济秩序不合理，那么处于不利地位的也绝不是美国。由于新兴市场经济体能够高效率低成本生产海量产品，过去20多年里，美国、欧洲不再受通胀折磨，而且能够较快地从严重的

金融危机中复苏。也是由于这个原因，发达国家跨国公司利润不断翻番。它们在中国有庞大的商业存在，销售额数以万亿美元计。在中国进出口总额中，外商投资企业占比接近一半，在对美出口中已超过一半。打击中国的贸易和投资，很大程度上是打击多国企业，包括众多美国企业。挑起贸易战既是对目标国家的发难，更是对自身经济的损害。这场贸易战最终难以进行下去。

记者：应对中美贸易摩擦，您认为中国经济有什么优势和特点？

郭树清：我国经济有较强的承受力。社会主义市场经济在应对各种困难和风险方面具有明显的制度优势。但是，这与所谓“国家资本主义”毫无关系。我国在履行加入世贸组织承诺、遵守自由贸易规则方面堪称模范。经过近些年的调整，中国经济增长已从过度依赖投资、出口，转向消费为主较为均衡的拉动作用。我国实行全方位开放，对外经贸并不完全取决于一个国家或一个地区。中国经济已经成为比较典型的大国经济，产业体系完备，内需潜力巨大，13多亿人口的消费市场继续保持快速成长。我国商品市场和就业市场弹性都较强，涉外经济部门的灵活调整能力更为突出。从整体上看，中国贸易顺差绝大部分由民营企业和合资企业实现，这类企业最具活力、最富韧性。来自外部的任何压力，最终都会转化为发展的动力，客观上会加快供给侧结构性改革。

记者：中美贸易摩擦是否会对国际金融体系造成负面影响？

郭树清：保持世界金融体系稳定，符合各国人民的共同利益。今年以来，我国金融体系总体运行平稳。伴随着国民经济的稳中向好，

银行业、保险业和证券业经营安全稳健。6月以来，投向实体经济的资金大幅增加，上半年社会融资规模总体稳定增长。上市公司盈利能力提升，平均估值水平在主要经济体中居于低位。国际投资界普遍认为，中国资本市场已显示出较好的投资价值。上半年，境外资金净流入股票市场1313亿元，境外机构投资者净买入中国政府债3089亿元。信用债市场略有波动，但违约率远低于国际市场平均水平，总体风险完全可控。人民币汇率经过去年以来的调整，已进入双向波动的合理区间，经济基本面决定了其不存在大幅贬值的可能。作为一个逐渐国际化的新兴储备货币，人民币未来总体上会趋于走强。过去30多年里，凡是看贬人民币、抢购并较长时间持有外汇的居民和企业，最终都蒙受了较大损失。近些年里，一些国际投机者试图通过做空人民币谋取暴利，事实证明他们严重误判了形势。

记者：您怎么看待美国打算限制中国的高新技术产业发展？

郭树清：中国总体上还是一个发展中国家。与发达国家相比，我们在科学技术上还有很大差距，但是产业升级是中国经济发展的必然趋势。发展是每个国家的基本权利，产业结构的不断调整升级构成了发展进程。限制他国经济的结构升级，就等于不允许他国人民追求美好生活。人类文明进步是通过交流互鉴实现的，自由贸易和投资有利于各国，多边主义符合全世界人民利益。习近平总书记提出构建人类命运共同体，倡导要同舟共济，促进贸易和投资自由化便利化，得到了国际社会的热烈响应。任何一个国家实现现代化，归根结底要靠本国人民自己努力奋斗，绝不可能靠别人“恩赐”，也不能靠所谓“强

迫技术转移”。我们学习借鉴他国先进经验，从来都是以互利共赢、双方自愿为基本原则。中外企业开展了千千万万种合作，所涉知识产权问题都能得到妥善解决，已签订的商业合同必须受到相关国家保护。中国以自我革命精神调整工业结构，淘汰落后产能，降低资源消耗和环境污染，不仅将推动中国经济转向高质量发展，而且势必使世界各国都从中受益。中国经济的进步是任何力量都无法扭转的。

记者：中美贸易战会不会影响中国的改革开放？

郭树清：我们将进一步加快改革开放步伐。40年来，中国经济社会发展遇到许多困难和问题，但是只要我们坚持党的领导、坚持改革开放，我们就能战胜各种挑战。党的十九大提出，要打好防范化解重大风险攻坚战，其中就包括防范外部冲击风险。国际贸易摩擦确实有可能诱发一些问题，但是这并没有什么可怕。最重要的是要坚定道路自信，合理引导预期，充分发挥改革开放的根本动力作用。金融领域将继续深化改革、扩大开放，完善公司治理结构，优化机构体系，规范市场秩序，不断提高服务实体经济水平。我们坚信，在党中央、国务院领导下，在习近平新时代中国特色社会主义思想指导下，坚持稳中求进，加强协调配合，把握好各类政策出台的节奏和力度，就一定能够打好防范化解重大风险攻坚战，为我国经济持续健康发展提供坚强保障。

金融资产投资公司管理办法（试行）

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

中国银行保险监督管理委员会令 2018 年第 4 号

日期：2018 年 06 月 29 日

第一章 总则

第二章 设立、变更与终止

第三章 业务范围和业务规则

第四章 风险管理

第五章 监督管理

第六章 附则

第一章 总则

第一条 为推动市场化、法治化银行债权转股权健康有序开展，规范银行债权转股权（以下简称债转股）业务行为，根据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》和《中华人民共和国公司法》等法律法规以及《国务院关于积极稳妥降低企业杠杆率的意见》《中国人民银行 中国银行保险监督管理委员会 中国证券监督管理委员会 国家外汇管理局关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》，制定本办法。

第二条 本办法所称金融资产投资公司是指经国务院银行业监督

管理机构批准，在中华人民共和国境内设立的，主要从事银行债权转股及配套支持业务的非银行金融机构。

第三条 金融资产投资公司应当遵循市场化、法治化原则运作，与各参与主体在依法合规前提下，通过自愿平等协商开展债转股业务，确保洁净转让、真实出售，坚持通过市场机制发现合理价格，切实防止企业风险向银行业金融机构和社会公众转移，防止利益冲突和利益输送，防范相关道德风险。

第四条 银行通过金融资产投资公司实施债转股，应当通过向金融资产投资公司转让债权，由金融资产投资公司将债权转为对象企业股权的方式实现。银行不得直接将债权转化为股权，但国家另有规定的除外。

鼓励金融资产投资公司通过先收购银行对企业的债权，再将债权转为股权的形式实施债转股，收购价格由双方按市场化原则自主协商确定。涉及银行不良资产，可以按不良资产处置的有关规定办理。鼓励银行及时利用已计提拨备核销资产转让损失。

第五条 银行、金融资产投资公司应当与债转股对象企业、企业股东等相关方按照公允原则确定股权数量和价格，依法建立合理的损失分担机制，真实降低企业杠杆率，切实化解金融风险。

鼓励通过债转股、原股东资本减记、引进新股东等方式优化企业股权结构。支持金融资产投资公司推动企业改组改制，切实行使股东权利，履行股东义务，提高企业公司治理水平。

第六条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构依法对金融资

产投资公司及其分支机构和业务活动实施监督管理，对其设立的附属机构实施并表监管。

第二章 设立、变更与终止

第七条 金融资产投资公司应当具备下列条件：

（一）有符合《中华人民共和国公司法》和国务院银行业监督管理机构规定的章程；

（二）有符合本办法要求的股东和注册资本；

（三）有符合任职资格条件的董事、高级管理人员和熟悉业务的合格从业人员；

（四）建立有效的公司治理、内部控制和风险管理制度，有与业务经营相适应的信息科技系统；

（五）有与业务经营相适应的营业场所、安全防范措施和其他设施；

（六）国务院银行业监督管理机构规章规定的其他审慎性条件。

第八条 金融资产投资公司应当由在中华人民共和国境内注册成立的商业银行作为主要股东发起设立。商业银行作为主要股东，应当符合以下条件：

（一）具有良好的公司治理机制、内部控制体系和健全的风险管理制度；

（二）主要审慎监管指标符合所在地监管机构的监管要求；

（三）财务状况良好，最近3个会计年度连续盈利；

（四）监管评级良好，最近2年内无重大违法违规行为；

(五)为金融资产投资公司确定了明确的发展战略和清晰的盈利模式;

(六)入股资金为自有资金,不得以债务资金和委托资金等非自有资金入股;

(七)承诺5年内不转让所持有的股权,不将所持有的股权进行质押或设立信托,并在金融资产投资公司章程中载明;

(八)国务院银行业监督管理机构规定的其他审慎性条件。
商业银行作为金融资产投资公司股东应当符合前款第(一)、(二)、(三)、(四)、(六)、(七)、(八)项规定要求。

国有商业银行新设的金融资产投资公司应当依据国有金融资产管理规定做好相关工作。

第九条 其他境内外法人机构作为金融资产投资公司的股东,应当具备以下条件:

(一)具有良好的公司治理机制;

(二)有良好的社会声誉、诚信记录和纳税记录;

(三)其他境内外法人机构为非金融机构的,最近1年年末总资产不低于50亿元人民币或等值自由兑换货币,最近1年年末净资产不得低于总资产的30%;

(四)其他境内外法人机构为非金融机构的,权益性投资余额原则上不超过其净资产的50%(合并会计报表口径);

(五)财务状况良好,最近2个会计年度连续盈利;

(六)经营管理良好,最近2年内无重大违法违规经营记录;

(七) 入股资金为自有资金，不得以债务资金和委托资金等非自有资金入股；

(八) 承诺5年内不转让所持有的股权，不将所持有的股权进行质押或设立信托，并在金融资产投资公司章程中载明；

(九) 国务院银行业监督管理机构规章规定的其他审慎性条件。
其他境内外法人机构为金融机构的，应当同时符合所在地有关法律法规和相关监管规定要求。

第十条 有以下情形之一的企业不得作为金融资产投资公司的股东：

- (一) 公司治理结构与机制存在明显缺陷；
- (二) 股权关系复杂且不透明、关联交易异常；
- (三) 核心主业不突出且其经营范围涉及行业过多；
- (四) 现金流量波动受经济景气程度影响较大；
- (五) 资产负债率、财务杠杆率明显高于行业平均水平；
- (六) 代他人持有金融资产投资公司股权；
- (七) 其他可能对金融资产投资公司产生重大不利影响的情形。

第十一条 金融资产投资公司的注册资本应当为一次性实缴货币资本，最低限额为100亿元人民币或等值自由兑换货币。

国务院银行业监督管理机构根据审慎监管要求，可以调整金融资产投资公司注册资本最低限额要求，但不得少于前款规定的限额。

第十二条 金融资产投资公司设立须经筹建和开业两个阶段。

第十三条 筹建金融资产投资公司，应当由作为主要股东的商业

银行向国务院银行业监督管理机构提交申请，由国务院银行业监督管理机构按程序受理、审查并决定。国务院银行业监督管理机构自收到完整申请材料之日起4个月内作出批准或不批准的书面决定。

第十四条 金融资产投资公司的筹建期为批准决定之日起6个月。未能按期完成筹建的，应当在筹建期限届满前1个月向国务院银行业监督管理机构提交筹建延期报告。筹建延期不得超过一次，延长期限不得超过3个月。

申请人应当在前款规定的期限届满前提交开业申请，逾期未提交的，筹建批准文件失效，由决定机关注销筹建许可。

第十五条 金融资产投资公司开业，应当由作为主要股东的商业银行向国务院银行业监督管理机构提交申请，由国务院银行业监督管理机构受理、审查并决定。国务院银行业监督管理机构自受理之日起2个月内作出核准或不予核准的书面决定。

第十六条 金融资产投资公司应当在收到开业核准文件并领取金融许可证后，办理工商登记，领取营业执照。

金融资产投资公司应当自领取营业执照之日起6个月内开业。不能按期开业的，应当在开业期限届满前1个月向国务院银行业监督管理机构提交开业延期报告。开业延期不得超过一次，延长期限不得超过3个月。

未在前款规定期限内开业的，开业核准文件失效，由决定机关注销开业许可，发证机关收回金融许可证，并予以公告。

第十七条 金融资产投资公司董事和高级管理人员实行任职资格

核准制度，由国务院银行业监督管理机构及其派出机构按照有关金融资产管理公司董事和高级管理人员任职资格的行政许可范围、条件和程序进行审核。

第十八条 金融资产投资公司根据业务发展需要设立分支机构和附属机构，由国务院银行业监督管理机构及其派出机构参照有关金融资产管理公司的行政许可范围、条件和程序进行审核。

第十九条 金融资产投资公司有下列变更事项之一的，应当报经国务院银行业监督管理机构批准：

- （一）变更公司名称；
- （二）变更注册资本；
- （三）变更股权或调整股权结构；
- （四）变更公司住所；
- （五）修改公司章程；
- （六）变更组织形式；
- （七）合并或分立；
- （八）国务院银行业监督管理机构规定的其他变更事项。

金融资产投资公司股权变更或调整股权结构后持股 5%以上的股东应当经股东资格审核。变更或调整股权后的股东应当符合本办法规定的股东资质条件。

经国务院银行业监督管理机构批准，金融资产投资公司可以发行优先股。

第二十条 金融资产投资公司有下列情形之一的，经国务院银行

业监督管理机构批准后可以解散：

（一）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；

（二）股东会议决议解散；

（三）因公司合并或者分立需要解散；

（四）其他解散事由。

第二十一条 金融资产投资公司因解散、依法被撤销或被宣告破产而终止的，其清算事宜按照国家有关法律法规办理。

第二十二条 金融资产投资公司的机构变更和终止、调整业务范围及增加业务品种等行政许可事项由国务院银行业监督管理机构受理、审查并决定，相关申请材料、许可条件和程序参照适用有关金融资产管理公司行政许可相关规定，本办法另有规定的除外。

第三章 业务范围和业务规则

第二十三条 经国务院银行业监督管理机构批准，金融资产投资公司可以经营下列部分或者全部业务：

（一）以债转股为目的收购银行对企业的债权，将债权转为股权并对股权进行管理；

（二）对于未能转股的债权进行重组、转让和处置；

（三）以债转股为目的投资企业股权，由企业将股权投资资金全部用于偿还现有债权；

（四）依法依规面向合格投资者募集资金，发行私募资产管理产品支持实施债转股；

(五) 发行金融债券；

(六) 通过债券回购、同业拆借、同业借款等方式融入资金；

(七) 对自营资金和募集资金进行必要的投资管理，自营资金可以开展存放同业、拆放同业、购买国债或其他固定收益类证券等业务，募集资金使用应当符合资金募集约定用途；

(八) 与债转股业务相关的财务顾问和咨询业务；

(九) 经国务院银行业监督管理机构批准的其他业务。

金融资产投资公司应当以前款第（一）、（二）、（三）、（四）项业务为主业。金融资产投资公司全年主营业务占比或者主营业务收入占比原则上不应低于总业务或者总收入的50%。

第二十四条 金融资产投资公司应当建立系统规范的债转股各项业务经营制度，明确尽职调查、审查审批与决策流程，全面准确了解掌握债转股对象企业的真实情况，科学合理评估债权和拟投资股权的价值。

第二十五条 金融资产投资公司可以设立附属机构，由其依据相关行业主管部门规定申请成为私募股权投资基金管理人，设立私募股权投资基金，依法依规面向合格投资者募集资金实施债转股。

金融资产投资公司及其附属机构应当加强投资者适当性管理和信息披露，明确告知投资者募集资金用于债转股项目。

第二十六条 金融资产投资公司申请在银行间市场和交易所市场发行金融债券，应当符合以下条件：

(一) 具有良好的公司治理机制、完善的内部控制体系和健全的

风险管理制度；

（二）资本充足水平符合审慎监管要求；

（三）风险监管指标符合审慎监管要求；

（四）国务院银行业监督管理机构规定的其他审慎性条件。

金融资产投资公司发行金融债券募集的资金，应当主要用于流动性管理和收购银行债权。金融资产投资公司使用发行金融债券募集的资金开展债转股业务，不适用本办法第二十七条第三款和第三十一条。

第二十七条 商业银行控股或者参股的金融资产投资公司应当与该商业银行及其关联机构建立防止利益冲突和利益输送的机制。

金融资产投资公司使用自营资金收购债权和投资企业股权时，鼓励不同商业银行通过所控股或参股的金融资产投资公司交叉实施债转股。

金融资产投资公司使用募集资金收购债权和投资企业股权，应当主要用于交叉实施债转股。

第二十八条 商业银行不得对控股或者参股的金融资产投资公司投资的企业降低授信标准，对其中资产负债率持续超出合理水平的企业不得增加授信。

第二十九条 金融资产投资公司收购银行债权应当严格遵守洁净转让、真实出售的原则，通过评估或估值程序审慎评估债权质量和风险，坚持市场化定价，实现资产和风险的真正完全转移。

银行债权评估或估值可以由金融资产投资公司会同银行对企业

进行尽职调查后确定，也可以由独立第三方实施。银行债权转让可以采取招标、拍卖等公开方式，也可在评估或估值基础上自主协商确定公允价格，允许金融资产投资公司折价收购银行债权。

金融资产投资公司对企业进行股权投资后，由企业将股权投资资金全部用于偿还银行债权的，应当与企业约定在合理期间偿还银行债权，并约定所偿还银行债权的定价机制，确保按照实际价值偿还银行债权。金融资产投资公司应当与企业约定必要的资金用途监管措施，严格防止企业挪用股权投资资金。

第三十条 金融资产投资公司收购银行债权不得接受债权出让方银行及其关联机构出具的本金保障和固定收益承诺，不得实施利益输送，不得协助银行掩盖风险和规避监管要求。

金融资产投资公司不得与银行在转让合同等正式法律文件之外签订或达成任何协议或约定，影响资产和风险真实完全转移，改变交易结构、风险承担主体及相关权益转移过程等。

第三十一条 金融资产投资公司收购银行债权，不得由该债权出让方银行使用资本金、自营资金、理财资金或其他表外资金提供任何形式的直接或间接融资，不得由该债权出让方银行以任何方式承担显性或者隐性回购义务。

金融资产投资公司对企业进行股权投资，股权投资资金用于偿还企业银行债权的，不得由该债权人银行使用资本金、自营资金、理财资金或其他表外资金提供任何形式的直接或间接融资。

第三十二条 转股债权标的应当以银行对企业发放贷款形成的债

权为主，适当考虑其他类型银行债权和非银行金融机构债权。转股债权资产质量类别由债权银行、企业和金融资产投资公司自主协商确定，包括正常类、关注类和不良类债权。

第三十三条 金融资产投资公司应当加强对所收购债权的管理，认真整理、审查和完善相关债权的法律文件和管理资料，密切关注债务人和担保人的清偿能力和抵质押物价值变化情况，及时采取补救措施，切实维护和主张权利。

第三十四条 债转股对象和条件由金融资产投资公司、债权银行和企业根据国家政策依法自主协商确定，转股债权及股权价格按市场化原则确定。对于涉及多个债权银行的，可以由最大债权银行或主动发起债转股的债权银行牵头成立债权人委员会进行协调。

经过法定程序，债权可以转为普通股，也可以转为优先股。

第三十五条 金融资产投资公司确定作为债转股对象的企业应当具备以下条件：

（一）发展前景良好但遇到暂时困难，具有可行的企业改革计划和脱困安排；

（二）主要生产装备、产品、能力符合国家产业发展方向，技术先进，产品有市场，环保和安全生产达标；

（三）信用状况较好，无故意违约、转移资产等不良信用记录。

第三十六条 金融资产投资公司开展债转股，应当符合国家产业政策等政策导向，优先考虑对拥有优质优良资产的企业和发展前景良好但遇到暂时困难的优质企业开展市场化债转股，包括：

- (一) 因行业周期性波动导致困难但仍有有望逆转的企业；
- (二) 因高负债而财务负担过重的成长型企业，特别是战略性新兴产业领域的成长型企业；
- (三) 高负债居于产能过剩行业前列的关键性企业以及关系国家安全的战略性企业；
- (四) 其他适合优先考虑实施市场化债转股的企业。

第三十七条 金融资产投资公司不得对下列企业实施债转股：

- (一) 扭亏无望、已失去生存发展前景的“僵尸企业”；
- (二) 有恶意逃废债行为的失信企业；
- (三) 债权债务关系复杂且不明晰的企业；
- (四) 不符合国家产业政策，助长过剩产能扩张和增加库存的企业；
- (五) 金融业企业；
- (六) 其他不适合实施债转股的企业。

第三十八条 金融资产投资公司应当按照公开、公平、公正的原则，根据自身业务经营和风险管理策略，开展市场化债转股业务。

金融资产投资公司应当对债转股对象企业开展尽职调查，合理评估对象企业价值，并与企业、企业股东等利益相关方协商明确转股价格、转股比例、资产负债重组计划、公司治理安排、经营发展规划、股权退出等事宜，签订债转股协议。

金融资产投资公司应当积极争取各级政府和相关部门推动债转股企业改组改制，并在剥离相关社会负担、分流安置富余人员、税收

优惠、股权退出等方面给予支持。

第三十九条 金融资产投资公司应当建立严格的关联交易管理制度，关联交易应当遵循商业原则，以市场价格为基础，按照不优于非关联方同类交易的条件进行，防止利益输送，防范掩盖风险、规避监管和监管套利。

金融资产投资公司重大关联交易应当经董事会批准，并进行充分披露。重大关联交易是指金融资产投资公司与一个关联方之间单笔交易使用的自营资金总额占金融资产投资公司净资产5%以上的交易。重大关联交易应当自批准之日起10个工作日内报告监事会，同时报告国务院银行业监督管理机构及其派出机构。

上市商业银行控股或参股的金融资产投资公司，与该上市商业银行及其关联方的关联交易，应当符合证券监管有关规定。

第四十条 金融资产投资公司应当与相关主体在债转股协议中对企业未来债务融资行为进行规范，共同制定合理的债务安排和融资规划，对企业资产负债率作出明确约定，防止企业杠杆率再次超出合理水平。

第四十一条 金融资产投资公司应当建立和完善股权管理制度，明确持股目的和持股策略，确定合理持股份额，并根据《中华人民共和国公司法》等法律法规要求承担责任。金融资产投资公司对于实行债转股的企业，原则上不应当控股。如确有必要，应当制定合理的过渡期限。

债转股企业涉及上市公司和非上市公众公司的，应当符合证券监

管有关规定。

第四十二条 金融资产投资公司应当按照法律法规、公司章程要求和合同约定，派员参加企业股东（大）会、董事会、监事会，审议修订公司章程和议事规则，明确重大事项决策程序，依法行使股东权利，参与公司治理和企业重大经营决策，督促持股企业持续改进经营管理。

第四十三条 金融资产投资公司应当依法行使各项股东权利，在法律法规和公司章程规定范围内依法采取措施，制止损害股东权益行为。当持股企业因管理、环境等因素发生不利变化，导致或可能导致持股风险显著增大时，应当及时采取有效措施保障自身合法权益。

第四十四条 鼓励金融资产投资公司建立股权退出策略和机制。对股权有退出预期的，可以与相关主体协商约定所持股权的退出方式。实施股权退出涉及证券发行或交易的，应当符合证券监管的有关规定。涉及国有资产产权登记和转让的，应当符合国有资产管理的有关规定。

第四十五条 鼓励金融资产投资公司通过市场化措施向合格投资者真实转让所持有的债转股企业股权。

第四十六条 金融资产投资公司应当建立履职问责制，规定在债转股业务过程中有关部门和岗位的职责，对违反法律法规、本办法及其他债转股监管规定的行为进行责任认定和处理。

第四十七条 金融资产投资公司开展业务应当遵守法律法规和监管政策，严禁以下违法违规行为：

- (一) 与债务人等串通，转移资产，逃废债务；
- (二) 违反规定对禁止性对象企业实施债转股或变相实施债转股；
- (三) 违规接受银行承诺或签订私下协议；
- (四) 伪造、篡改、隐匿、毁损债转股相关档案；
- (五) 其他违法违规及违反本办法要求的行为。

第四章 风险管理

第四十八条 金融资产投资公司应当建立组织健全、职责清晰的公司治理结构，明确股东（大）会、董事会、监事会、高级管理层以及业务部门、风险管理部门和内审部门的职责分工，建立多层次、相互衔接、有效制衡的风险管理机制。金融资产投资公司对其设立的附属机构应当加强并表管理。

控股或参股金融资产投资公司的商业银行与金融资产投资公司之间应当建立防火墙，在资金、人员、业务方面进行有效隔离，防范风险传染。

第四十九条 金融资产投资公司应当建立与其业务规模、复杂程度、风险状况相匹配的有效风险管理框架，制定清晰的风险管理策略，明确风险偏好和风险限额，制定完善风险管理政策和程序，及时有效识别、计量、评估、监测、控制或缓释各类重大风险。

第五十条 金融资产投资公司应当按照国务院银行业监督管理机构的相关规定建立资本管理体系，合理评估资本充足状况，建立审慎、规范的资本补充和约束机制。金融资产投资公司资本充足率、杠杆率

和财务杠杆率水平参照金融资产管理公司资本管理相关规定执行。

第五十一条 金融资产投资公司应当严格按照有关规定，对所持有的债权资产进行准确分类，足额计提风险减值准备，确保真实反映风险状况。

第五十二条 金融资产投资公司应当确保其资产负债结构与流动性管理要求相匹配，建立、完善明晰的融资策略和融资渠道，提高融资来源的多元性、稳定性和可持续性，合理控制期限错配，实施流动性风险限额管理，制定有效的流动性风险应急计划。

第五十三条 金融资产投资公司应当加强债转股项目全流程管理，严格落实尽职调查、审查审批、风控措施、后续管理等各项要求，加强监督约束，防范超越权限或者违反程序操作、虚假尽职调查与评估、泄露商业秘密谋取非法利益、利益输送、违规放弃合法权益、截留隐匿或私分资产等操作风险。

第五十四条 金融资产投资公司应当制定合理的业绩考核和奖惩机制，建立市场化的用人机制和薪酬激励约束机制。

第五十五条 金融资产投资公司应当建立健全内部控制和内外审计制度，完善内控机制，提高内外部审计有效性，持续督促提升业务经营、内控合规、风险管理水平。

第五章 监督管理

第五十六条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构通过非现场监管和现场检查等方式对金融资产投资公司及其分支机构（附属机构）实施持续监管。

第五十七条 金融资产投资公司及其分支机构（附属机构）应当按规定向国务院银行业监督管理机构及其派出机构报送监管信息，主要包括：

- （一）业务经营和风险管理制度；
- （二）组织架构及主要管理人员信息；
- （三）财务会计报表、监管统计报表；
- （四）信息披露材料；
- （五）重大事项报告；
- （六）国务院银行业监督管理机构及其派出机构认为必要的其他信息。

金融资产投资公司定期报送上述信息时，应当包括股权投资和管理业务运行及风险情况，作为其主要股东的商业银行及其关联机构对所投资企业及其关联企业的授信、融资及投资变化情况。

金融资产投资公司所投资企业出现杠杆率持续超出合理水平、重大投资风险、重大经营问题和偿付能力问题等重大事项时，应当及时报告。

第五十八条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构应当定期对金融资产投资公司及其分支机构（附属机构）开展全面现场检查和股权投资管理等业务的专项检查。

第五十九条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构根据履职需要，可与金融资产投资公司董事、高级管理人员及外部审计人员进行监管谈话，要求其就业务活动和风险管理等重大事项作出说明。

第六十条 国务院银行业监督管理机构应当按照法律法规要求，督促金融资产管理公司落实信息披露要求。

第六十一条 金融资产管理公司及其分支机构（附属机构）所投资企业出现企业杠杆率持续超出合理水平、重大投资风险、重大经营问题和偿付能力问题，或者可能对金融行业和金融市场产生不利影响的，国务院银行业监督管理机构及其派出机构可以依据有关法律法规规定对金融资产管理公司采取限期整改、暂停业务、限制股东权利等强制监管手段。

第六十二条 金融资产管理公司及其分支机构（附属机构）违反有关法律法规以及本办法有关规定的，国务院银行业监督管理机构及其派出机构应当依法责令金融资产管理公司限期整改，并可区别情形，依照《中华人民共和国银行业监督管理法》等法律法规，对金融资产管理公司采取暂停业务、限制股东权利等强制监管措施和行政处罚。

第六十三条 国务院银行业监督管理机构对金融资产管理公司及其分支机构（附属机构）业务开展情况和债转股效果定期进行评估，根据降低企业杠杆率实际效果、主营业务占比、购买债权实施转股业务占比、交叉实施债转股占比等情况，研究完善监督管理、激励约束和政策支持措施。

第六章 附则

第六十四条 金融资产管理公司、信托公司等其他银行业金融机构参与开展市场化债转股，商业银行通过其它符合条件的所属机构参

与开展市场化债转股，应当参照适用本办法规定的业务规则和风险管理要求，法律法规和金融监管部门规章另有规定的除外。

金融资产投资公司对非银行金融机构债权实施债转股适用本办法规定，法律法规和金融监管部门规章另有规定的除外。

第六十五条 商业银行已经签订框架性协议尚未实施的债转股项目应当符合本办法相关要求，已实施的债转股项目管理方式不得违反本办法相关要求，法律法规和金融监管部门规章另有规定的除外。

第六十六条 本办法由中国银行保险监督管理委员会负责解释。

第六十七条 本办法自公布之日起施行。

违规也无效，最高院接连裁决两起金融领域代持股合同无效

来源：法务部公众号

日期：2018年07月08日

案例内容：代持股

裁判结果：合同无效

一直以来，从鼓励交易的角度出发，对合同无效的确认始终持较为审慎的态度，要求严格按照法律规定的情形加以确认。我国《合同法》第52条是确认合同无效的直接法律依据，《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。”《合同法解释二》第14条进一步确认：“合同法第52条第（五）项规定的强制性规定，是指效力性强制性规定。”而近期最高院公布的两起金融领域内有关于代持股合同效力确认的案件，似乎违反了部门规章等金融监管规定也会被认定为无效，此类问题裁判思路的改变，值得引起研究和关注。

01 福建伟杰投资有限公司、福州天策实业有限公司营业信托纠纷案

【裁判要旨】

对相关协议的效力审查，应从《保险公司股权管理办法》禁止代持保险公司股权规定的规范目的、内容实质，以及实践中允许代持保

险公司股权可能出现的危害后果进行综合分析认定。

该案中，伟杰公司与天策公司签订有《信托持股协议》，天策公司委托伟杰公司代持讼争的4亿股君康人寿公司股份。后天策公司要求显名，伟杰公司由于一些原因不同意其显名，双方遂涉诉。一审福建省高级人民法院（2015）闽民初字第129号民事判决认定双方间代持股关系合法有效，遂判令伟杰公司为天策公司办理讼争股权的过户手续。而二审最高人民法院（2017）最高法民终529号则作出了截然相反的裁定：由于双方签订的《信托持股协议》违反了《中国保险监督管理委员会《保险公司股权管理办法》》的禁止性规定，损害了社会公共利益，依法应认定为无效。具体理由如下：

天策公司、伟杰公司签订的《信托持股协议》内容，明显违反中国保险监督管理委员会制定的《保险公司股权管理办法》第八条关于“任何单位或者个人不得委托他人或者接受他人委托持有保险公司的股权”的规定，对该《信托持股协议》的效力审查，应从《保险公司股权管理办法》禁止代持保险公司股权规定的规范目的、内容实质，以及实践中允许代持保险公司股权可能出现的危害后果进行综合分析认定。

首先，从《保险公司股权管理办法》禁止代持保险公司股权的制定依据和目的来看，尽管《保险公司股权管理办法》在法律规范的效力位阶上属于部门规章，并非法律、行政法规，但中国保险监督管理委员会是依据《中华人民共和国保险法》第一百三十四条关于“国务院保险监督管理机构依照法律、行政法规制定并发布有关保险业监督

管理的规章”的明确授权，为保持保险公司经营稳定，保护投资人和被保险人的合法权益，加强保险公司股权监管而制定。据此可以看出，该管理办法关于禁止代持保险公司股权的规定与《中华人民共和国保险法》的立法目的一致，都是为了加强对保险业的监督管理，维护社会经济秩序和社会公共利益，促进保险事业的健康发展。

其次，从《保险公司股权管理办法》禁止代持保险公司股权规定的内容来看，该规定系中国保险监督管理委员会在本部门的职责权限范围内，根据加强保险业监督管理的实际需要具体制定，该内容不与更高层级的相关法律、行政法规的规定相抵触，也未与具有同层级效力的其他规范相冲突，同时其制定和发布亦未违反法定程序，因此《保险公司股权管理办法》关于禁止代持保险公司股权的规定具有实质上的正当性与合法性。

再次，从代持保险公司股权的危害后果来看，允许隐名持有保险公司股权，将使得真正的保险公司投资人游离于国家有关职能部门的监管之外，如此势必加大保险公司的经营风险，妨害保险行业的健康有序发展。加之由于保险行业涉及众多不特定被保险人的切身利益，保险公司这种潜在的经营风险在一定情况下还将危及金融秩序和社会稳定，进而直接损害社会公共利益。

综上所述，违反中国保险监督管理委员会《保险公司股权管理办法》有关禁止代持保险公司股权规定的行为，在一定程度上具有与直接违反《中华人民共和国保险法》等法律、行政法规一样的法律后果，同时还将出现破坏国家金融管理秩序、损害包括众多保险法律关系主

体在内的社会公共利益的危害后果。《中华人民共和国合同法》第五十二条规定，“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。”故依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第四项等规定，本案天策公司、伟杰公司之间签订的《信托持股协议》应认定为无效。

02 杨金国与林金坤委托投资协议纠纷案

【裁判要旨】

通过隐名代持方式投资拟上市公司，因违反相关股权清晰的监管规则，损害社会公共利益而无效；代持协议无效，因代持所产生的投资收益应根据双方过错以及贡献大小等情况进行公平与合理的分割。

该案中，原告杨金国在常州亚玛顿股份有限公司上市前，与林金坤签订《委托投资协议书》约定，林金坤受杨金国委托，将杨金国以现金方式出资的人民币1200万元，以林金坤名义投资收购亚玛顿公司的股权，以谋求在亚玛顿公司投资所实现的资本增值；林金坤承诺以杨金国的出资额代为杨金国投资并持有亚玛顿公司总股本1%（即1200万股）的股权。后杨金国与林金坤因协议履行纠纷成讼。经江苏省高级人民法院二审作出（2016）苏民终1031号民事判决，认定双方间代持股协议有效。该案经最高人民法院再审作出（2017）最高法民申2454号民事裁定，认定双方签订的《委托投资协议书》，违反公司上市系列监管规定，而这些规定有些属于法律明确应于遵循之

规定,有些虽属于部门规章性质,但因经法律授权且与法律并不冲突,并属于证券行业监管基本要求与业内共识,并对广大非特定投资人利益构成重要保障,对社会公共利益亦为必要保障所在,故依据《中华人民共和国合同法》第五十二条第四项等规定,本案上述诉争协议应认定为无效。具体理由如下:

诉争协议即为上市公司股权代持协议,对于其效力的认定则应当根据上市公司监管相关法律法规以及《中华人民共和国合同法》等规定综合予以判定。

首先,中国证券监督管理委员会于2006年5月17日颁布的《首次公开发行股票并上市管理办法》第十三条规定:“发行人的股权清晰,控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷。”《中华人民共和国证券法》第十二条规定:“设立股份有限公司公开发行股票,应当符合《中华人民共和国公司法》规定的条件和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件”。第六十三条规定:“发行人、上市公司依法披露的信息,必须真实、准确、完整,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。”中国证券监督管理委员会于2007年1月30日颁布的《上市公司信息披露管理办法》第三条规定:“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”。根据上述规定等可以看出,公司上市发行人必须股权清晰,且股份不存在重大权属纠纷,并公司上市需遵守如实披露的义务,披露的信息必须真实、准确、完整,这是证券行业监管的

基本要求，也是证券行业的基本共识。由此可见，上市公司发行人必须真实，并不允许发行过程中隐匿真实股东，否则公司股票不得上市发行，通俗而言，即上市公司股权不得隐名代持。本案之中，在亚玛顿公司上市前，林金坤代杨金国持有股份，以林金坤名义参与公司上市发行，实际隐瞒了真实股东或投资人身份，违反了发行人如实披露义务，为上述规定明令禁止。

其次，中国证券监督管理委员会根据《中华人民共和国证券法》授权对证券行业进行监督管理，是为保护广大非特定投资者的合法权益。要求拟上市公司股权必须清晰，约束上市公司不得隐名代持股权，系对上市公司监管的基本要求，否则如上市公司真实股东都不清晰的话，其他对于上市公司系列信息披露要求、关联交易审查、高管人员任职回避等等监管举措必然落空，必然损害到广大非特定投资者的合法权益，从而损害到资本市场基本交易秩序与基本交易安全，损害到金融安全与社会稳定，从而损害到社会公共利益。

【案例启示】

对比两起案件，我们可以发现其中在裁判思路上的共性：最高院在两起案件中，都与地方高院唱起来“反调”，将地方法院认定为有效的代持股改为无效。事实上，这也将改变此前司法实践的一般认识。如果我们照搬《合同法》及其司法解释的规定，违反部门规章等金融监管规定而订立的合同，似乎并不应被认定为无效合同。但是，最高院这两则案例给我们上了生动的一课：无论是保监会的规定，还是证监会的规定，也无论是保险公司监管规定还是证券发行监管规

定，在判定合同效力时，将上溯至该规定的上位法立法精神，而违反此类规定订立的合同将可能被归入“损害金融秩序和交易安全”，进而适用《合同法》第52条第（四）项“损害社会公共利益”来认定为无效。

同时，我们需要再次将注意力聚焦在“代持股”合同效力问题上：并非所有代持股均是显名股东和隐名股东自己的事情；但凡目标公司为金融持牌机构或上市公司，所涉相关代持股合同的效力即须重新审视，“违规”同样可能被认定为无效。今后，对于投资人而言，在金融领域内须格外关注自己的“股权”权益，不能再一味简单的以代持股方式进行投资，否则，最终可能无法实现自己的投资目的。

当然，虽然上述合同最终被认定为无效，但并不意味着实际投资人即隐名股东权利全无。正如最高院在杨金国与林金坤委托投资协议纠纷案中认定的那样，“本案中双方协议因涉及上市公司隐名持股而无效，但这并不意味着否认杨金国与林金坤之间委托投资关系的效力，更不意味着否认双方之间委托投资的事实；同样，也不意味着否认林金坤依法持有上市公司股权的效力，更不意味着否认林金坤与亚玛顿公司股东之间围绕公司上市及其运行所实施的一系列行为之效力。据此，因本案双方协议虽认定为无效，但属于“不能返还或者没有必要返还的”情形，故杨金国要求将诉争股权过户至其名下的请求难以支持，但杨金国可依进一步查明事实所对应的股权数量请求公平分割相关委托投资利益。”

挂靠公司对外从事合伙事务,被挂靠公司能否取得合伙人身份?

来源: 公司法权威解读公众号

作者: 唐青林、李舒、袁惠

日期: 2018年07月19日

阅读提示: 在合伙过程中, 挂靠公司对外开展合伙事务的情形屡见不鲜, 尤其在合伙开发建设项目或经营煤矿的情况下, 由于合伙人不具备相应资质, 无法开展合伙事务, 因此合伙人之间约定挂靠有资质的公司进行开发或经营, 所得利润归合伙人所有。此种情况下, 时常发生挂靠公司主张自己为合伙人, 请求参与合伙利润的分配。对此, 法院在裁判时均认为, 挂靠公司开展合伙事务, 被挂靠公司因未实际出资, 故不具有合伙人身份, 无权参与盈余分配。

【裁判要旨】

合伙人之间约定以公司名义合伙开发项目, 公司不是项目合伙人, 不能参与项目利润分配, 其取得的利润应返还给各合伙人。

【案情简介】

一、2003年5月9日, 杨俊成、王平均、金喜良三人口头约定以庆丰公司的名义合伙开发“荣华小区”, 合伙的财产登记在庆丰公司名下并由其处分。王平均是庆丰公司的实际控制人。

二、金喜良以王平均、杨俊成为被告诉至川汇区人民法院, 请求解除合伙关系, 返还剩余投资款, 并进行利润分配。法院审理期间,

金喜良变更诉讼请求,请求王平均、杨俊成支付利润 1083.3779 万元。

三、川汇区人民法院以金喜良的诉讼请求超出其管辖权为由,报请一审法院将本案移送一审法院审理。一审法院受理本案并判决支持金喜良的诉讼请求。一审期间,杨俊成去世,其妻子张景参加诉讼。

四、王平均、张景向河南省高院上诉,河南省高院裁定发回重审。重审期间,法院追加庆丰公司为第三人参加诉讼,金喜良增加诉讼请求,请求庆丰公司承担连带清偿责任。法院判决支持金喜良的诉讼请求。

五、庆丰公司向河南省高院上诉,请求撤销一审判决,并主张自己为项目合伙人,请求参与利润分配。法院驳回庆丰公司的诉讼请求。

六、庆丰公司向最高人民法院申请再审。法院认为,根据已生效裁判所确认的事实,王平均、金喜良、杨俊成是以庆丰公司的名义合伙开发该项目,庆丰公司未实际投资,不能认定为项目合伙人。项目所得利润理应属于三位合伙人所有,庆丰公司应予返还,加之合伙财产登记在庆丰公司名下,故庆丰公司应对返还利润及剩余投资款承担连带责任。

【裁判要点】

本案中,王平均、金喜良、杨俊成是以庆丰公司的名义合伙开发“荣华小区”,庆丰公司并未实际投资。虽然“荣华小区”项目土地出让成交确认书、国有土地使用权、规划许可证、施工许可证、土地出让金票据及土地增值税票据等书证上载明的使用权人、纳税人均为庆丰公司,也不能证明其亦为该项目的合伙投资人。

“荣华小区”项目由庆丰公司出售后，取得的利润理应属于三合伙人所有，庆丰公司实际占有和支配该利润没有事实依据，理应返还。加之合伙财产登记在庆丰公司名下，由庆丰公司处分，故最高人民法院判决认定庆丰公司应对返还利润及剩余投资款承担连带责任。

【实务经验总结】

前事不忘、后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

一、通过挂靠公司对外处理合伙事务时，除合伙人之间签订合伙协议外，我们建议全体合伙人作为一方，与挂靠公司单独签订一份挂靠协议，并在协议书中明确约定合伙利润归合伙人所有，挂靠公司不享有分配利润的权利。

二、挂靠公司若实际投资，对于实际投资的证据应注意留存。认定挂靠公司与合伙人之间属于挂靠关系还是合伙关系，关键在于公司是否实际投资，挂靠公司若想参与利润分配，需提供证据证明其存在实际投资的事实，具备合伙人的身份，从而有权参与利润分配。

三、即使部分合伙人是挂靠公司的股东、实际控制人或其财产与公司财产发生混同，亦不能认定挂靠公司具备合伙人身份，享有分配利润的权利。

【相关法律规定】

《中华人民共和国民法通则》

第三十条 个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。

第三十二条 合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用。

合伙经营积累的财产，归合伙人共有。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》

第四十六条 公民按照协议提供资金或者实物，并约定参与合伙盈余分配，但不参与合伙经营、劳动的，或者提供技术性劳务而不提供资金、实物，但约定参与盈余分配的，视为合伙人。

【法院判决】

以下为该案在法院审理阶段，判决书中“本院认为”就该问题的论述：

关于庆丰公司是否为“荣华小区”项目合伙投资人的问题。庆丰公司申请再审主张其对“荣华小区”项目进行了投资，一、二审判决未查明该项目的实际投资情况及真实的资金来源。经查，“荣华小区”项目系王平均、金喜良、杨俊成三人合伙以庆丰公司名义开发等事实，已经河南省高级人民法院（2008）豫法民一终字第71号民事判决、最高人民法院（2009）民申字第1440号民事裁定、河南省人民检察院豫检民不（2013）10号民事行政检察不支持监督申请决定所确认。

《最高人民法院关于适用的解释》第九十三条规定，对于已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实，当事人无须举证证明，有相反证据足以推翻的除外。故庆丰公司须针对自己的主张提供足以推翻生效裁判所认定事实的相反证据。

本案中，虽然“荣华小区”项目土地出让成交确认书、国有土地使用权、规划许可证、施工许可证、土地出让金票据及土地增值税票

据等书证上载明的使用权人、纳税人均为庆丰公司，但根据已生效裁判所确认的事实，王平均、金喜良、杨俊成是以庆丰公司的名义合伙开发该项目，即使上述凭证上载明的权利人为庆丰公司，也不能证明其亦为该项目的合伙投资人。庆丰公司认为该项目投资额为2000多万元，而金喜良和杨俊成的投资不足300万元，主张剩余资金均由其投入，但未提供其对该项目实际进行了投资的相关证据，不能推翻生效裁判所确认的事实。

关于庆丰公司应否对金喜良诉请的合伙利润及剩余投资款承担连带责任的问题。经一审查明，王平均始终是庆丰公司的实际控制人，也是合伙事务的执行人和控制人，合伙财产均登记在庆丰公司名下，由庆丰公司处分。本院认为，“荣华小区”项目由庆丰公司出售后，取得的利润理应属于三合伙人所有，庆丰公司实际占有和支配该利润没有事实依据，理应返还。二审法院根据金喜良的诉请、利益的归属及资金控制等实际情况，维持了庆丰公司对合伙利润及剩余投资款承担连带清偿责任的一审判决结果，并无不当，亦未加重其责任。至于庆丰公司提出应缴纳税费及为购房户办理房产证等费用分担问题，经一审法院委托河南正泰房地产咨询评估有限公司出具的豫正泰评字FY（2011）090023D《房地产估价报告》所鉴定得出的利润已经扣除了开发建设成本，王平均虽然申请重新鉴定，但拒不提交鉴定所需账目资料，亦不交纳鉴定费用，一审法院根据该鉴定结论确认三人合伙盈亏状况，于法有据。况且，庆丰公司在本案中对于应缴纳税费等并未提出具体的诉讼请求，该主张不应属于本案再审审查的范围。

【案件来源】

周口市庆丰置业有限公司、金喜良合伙协议纠纷再审审查与审判监督民事裁定书[最高人民法院（2017）最高法民申 1043 号]

【延伸阅读】

在合伙过程中，挂靠公司对外开展合伙事务的情形屡见不鲜，尤其在合伙开发建设项目或经营煤矿的情况下，由于合伙人不具备相应资质，无法开展合伙事务，因此合伙人之间约定挂靠有资质的公司进行开发或经营，所得利润归合伙人所有。此种情况下，时常发生挂靠公司主张自己为合伙人，请求参与合伙利润的分配。从本书作者在写作中检索到的 4 个相关判例来看，法院在裁判时均认为，挂靠公司开展合伙事务，被挂靠公司因未实际出资，故不具有合伙人身份，无权参与盈余分配。

案例一：泰来县鑫兴达房地产开发有限公司与于会波合伙协议纠纷二审民事裁定书[最高人民法院（2016）最高法民终 35 号]于会波、周军、王春发签订协议约定以鑫兴达公司的名义进行开发建设。该院认为：“关于鑫兴达公司与本案的关系。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条规定，提起诉讼的原告必须是“与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”、“有具体的诉讼请求和事实、理由”。虽然鑫兴达公司提出的诉讼请求比较明确，即要求于会波返还占用资金和对翠湖名苑项目进行清算，但是结合鑫兴达公司起诉和诉讼中提出的具体事实和理由，以及一、二审的审理情况，本院认为，张险峰和于会波等人围绕《协议书》的性质、效力及履行情况产生的

争议，应当由协议各方当事人依照法律程序进行解决。对于该协议是否属于合伙协议，协议是否有效，以及对于协议中约定的张险峰、于会波、王春发、周军四人开发翠湖名苑项目是否应当进行清算等，鑫兴达公司不是协议当事人，无权进行干预，鑫兴达公司不能因为其是张险峰投资开办的一人公司而代替张险峰向《协议书》中的其他当事人主张权利。因此，鑫兴达公司提起本案诉讼属于主体不适格，对于鑫兴达公司的起诉依法应予驳回。综上，原判决认定鑫兴达公司与张险峰、于会波等四人没有合作开发房地产的意思表示，亦无合同权利义务关系，其依据《协议书》主张合作关系及清算、返还占用款项没有事实及法律依据正确，但判决驳回鑫兴达公司诉讼请求不当，应予纠正。”

案例二：魏朝军、朱任明合伙协议纠纷二审民事判决书[江西省高级人民法院（2017）赣民终 303 号]该院人为：“关于南昌二建是否是本案项目合伙人及是否应当承担责任的问题。魏朝军以朝阳项目部在《工程合作协议书》上盖章为由，主张南昌二建是本案工程的合伙人。本案中，南昌二建在中标本案工程后，将该工程项目通过《内部承包协议书》的形式转包给了朱任明施工，并由朱任明独立核算、自负盈亏。可见朱任明是挂靠南昌二建，并以朝阳项目部负责人的身份对本案工程进行施工的实际施工人。《工程合作协议书》中虽盖有朝阳项目部的公章，但该协议书中，明确约定了合伙人出资及享有的份额，即朱任明和熊巍出资 130 万元占有 65%的份额，魏朝军出资 200 万元占有 35%的份额。根据该协议书的约定，南昌二建既没有出资占

有合伙体的合伙份额，也没有对合伙体享有或承担相应的权利义务，且魏朝军与朱任明、熊巍在之后就合伙事务订立的《补充协议》中，亦没有南昌二建的盖章，及涉及南昌二建权利义务的约定。故朝阳项目部在《工程合作协议书》上的盖章，应当是表明朱任明为该项目部负责人身份，并不能就此认定南昌二建是本案工程项目的合伙人。”

案例三：柯德官与林群辉、云南银鹏实业集团有限公司等合伙协议纠纷二审民事判决书[福建省高级人民法院(2015)闽民终字第1129号]该院人为：“从实际供货情况看，柯德官和林群辉是实际供货人，合伙体以权恒公司的名义对外签订并履行《钢材购销合同》，权恒公司是名义上的供货人。权恒公司已通过诉讼依法取得对银鹏公司、银鹏昆明分公司的总债权，即2090906.92元货款及相应货款分段计算的逾期付款违约金。在执行过程中，双方自行达成《执行调解书》，银鹏昆明分公司先行将部分执行款项166万元汇入权恒公司的法人代表赵丽芳和案外人林双娇（系林群雄妻子）的账户，权恒公司已确认收到166万元款项。林正荣在本案一审时是权恒公司的委托代理人，其在一审庭审时确认《执行调解书》是由其与林群辉一起去协商的。从本案和另案的审理及执行情况可以看出，林群辉、林正荣与权恒公司关系紧密并可以实际控制执行款项的收取，其指定的收款人赵丽芳和林双娇所收到的166万元款项应视为合伙一方林群辉收取。如上所述，该166万元实质上应属于合伙人林群辉和柯德官共有，故林群辉、权恒公司按约定应共同返还柯德官一半款项即83万元。林群辉已以权恒公司名义通过诉讼先行取得合伙体对外的总债权，还有权

继续执行取得剩余的债权，林群辉和权恒公司在享有权利的同时，应当共同承担向另一合伙人柯德官支付其应得款项的义务。”

审理有限责任公司治理结构案件中的三个基本问题

来源：法务部公众号

日期：2018年7月29日

因有限责任公司治理结构矛盾产生的纠纷是近年来公司诉讼案件的主要类型之一。2006年1月1日开始实施的修订后的公司法在公司内部治理的架构、原则、具体制度方面作了较多新的规定。审判实务中调整公司审判实务的裁判尺度，以及时适应法律规则的变化，回应社会生活的发展，成为摆在民商事审判业务面前的一个迫切的问题。江苏省高级人民法院民二庭在新公司法背景下对公司内部治理结构矛盾引发的诉讼案件进行了调查研究，研究认为，公司治理结构诉讼中涉及三个基本问题：公司自治与司法介入、资本多数决原则与少数股东权保护、股东权基础与股东权的行使。这三个方面的问题贯穿于公司治理结构诉讼的各个方面，是公司治理结构案件审理中的重点和难点问题。

壹、公司自治与司法介入

在如何理解公司自治、司法可以在多大程度上介入公司治理，长期以来一直存在很大的分歧。表现在诉讼问题上，主要是法院究竟可以受理哪些类型的公司诉讼？笔者认为，在公司自治与司法介入的关系问题上，必须明确：司法介入与公司自治之间，并非各有各的领地而互不侵扰，相反，前者于后者而言，更具备保障公司实现自治和矫

正自治机制失效的功能,在实质上是公司治理的必要组成部分。因此,在公司诉讼的受理问题上,并不存在不可介入的绝对禁区。

公司自治是建立在近代民法私法自治的基础上,包含两个方面的含义:一,公司作为私法自治的主体,以公司名义享有私法自治权利,如契约自由、营业自由等;二,公司是股东基于意思自治而形成的用以营利的工具,是自律的团体,公司内部借助股东自治由股东自行决定公司事务,自我监督和管理,他人一般无权干涉。公司自治体现了经济自由的要求。但是,“商事主体在商事活动中的自我调节机制是有局限性的,需要国家以社会的名义进行整体调节。”在公司运营过程中,各种利益主体之间的博弈交锋并不能保证都能获得各安其位的效果,完全指望股东特别是控股股东的自觉行为来落实公司自我调节机制、实现义务的履行是不可能的,在公司自治的大旗下对合约的违反及控制权滥用的现象屡见不鲜,这些都可能导致内部自我调节机制陷入停滞、失效状态,而自我调节机制的失效又不能通过其自身来恢复。此时,解决纠纷、救济私权的唯一途径只能是司法救济。

而且,司法介入不仅仅具有保护权益的意义,更是一种从不同角度调节公司运行、完善公司治理的重要机制,是公司治理的组成部分。公司治理的目标在于实现公司的高效运行,促进公司和股东利益的最大化。其实质涵义在于,以公司控制权制度安排为核心,在公司内部组织机构之间进行合理的权力分配与制衡。公司内部各主体之间具有错综复杂的法律关系,法律关系权利义务的界定要考虑公司法作为团体法的特性,还要考虑外部债权人利益的保护。因此,在广义上说,

公司治理更表现为由一定的治理目标联系起来的一系列制度的总和。它应当包括内部机制、市场机制和诉讼机制。诉讼机制的意义在于作为公司治理的备份动力，在内部机制失效的时刻，重启公司的内部运作系统。从这个角度说，司法介入在实质上即为公司治理机制的有机组成部分，是公司自治的备份动力系统。

公司自治并不排斥司法介入，但是不是司法在任何情况下都能介入而且能够为公司、股东利益提供完美保护呢？在公司诉讼中，必须考虑到公司法律关系的多边性和复杂性。在公司法律关系中，任何一项诉讼的启动，都将给公司和其他股东带来巨大的成本和不确定性。因此，对公司法律关系中民事权利的保护必须瞻前顾后，注意在对某方权利保护的同时是否不利于诉讼当事人以外的第三方。对中小股东诉权的保护应当严格遵循公司法确立的程序要件的要求。

遵循上述原则，根据对公司法的文义解释与目的解释，在新公司法框架下有限责任公司内部治理结构诉讼的案件类型主要有：

1、股东诉股东：（1）股东依据公司法第二十条、对滥用股东权给股东造成损失的其他股东提起的损害赔偿之诉；（2）股东依据公司法第二十八条，对出资瑕疵的股东提起的违约责任之诉；（3）股东依据公司法第七十二条，对股权转让合同相对人提起的合同之诉。

2、股东诉公司：（1）股东依据公司法第二十二条向公司提起的请求确认股东会、董事会决议无效之诉；（2）股东依据公司法第二十二条向公司提起的请求撤销股东会决议之诉；（3）实际股东依据公司法第三十三条向公司提起的请求确认股东身份、办理工商登记手

续之诉；（4）股东依据公司法第三十四条向公司提起的行使知情权之诉；（5）股东依据公司法第三十五条向公司提起的利润分配请求权之诉；（6）股东依据公司法第四十条向公司提起的股东会召集请求权之诉；（7）股东依据公司法第七十五条向公司提起的请求公司收购股权之诉；（8）股东依据公司法第一百八十三条向公司提起的公司解散之诉。

3、股东诉董事、高级管理人员：股东依据公司法第一百五十三条对董事、高级管理人员提起的损害赔偿之诉。

4、公司诉股东：（1）公司依据公司法第三十一条向瑕疵实物出资的股东及设立时的其他股东提起的补足资本之诉；（2）公司依据公司法第三十六条对抽逃资本的股东提起的返还之诉；（3）公司依据公司法第二十条对滥用股东权给公司造成损害的股东提起的损害赔偿之诉。

5、公司诉实际控制人、董事、监事、高级管理人员：（1）公司依据公司法第二十一条对利用关联关系损害公司利益的实际控制人、董事、监事、高级管理人员提起的损害赔偿之诉；（2）公司依据公司法第一百五十条对董事、监事、高级管理人员提起的因其执行职务违反法律、行政法规或者公司章程给公司造成损失的损害赔偿之诉。

6、监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事（以下简称监事会或者监事）诉公司：（1）监事会或者监事依据公司法第五十四条第一项对公司提起的检查公司财务之诉；（2）监事会或者监事依据公司法第五十四条第四项向公司提起的召集股东会之诉。

7、监事会或者监事诉董事、高级管理人员：（1）监事会或者监事依据公司法第五十四条第三项对董事、高级管理人员损害公司利益的行为提起的停止侵害行为和损害赔偿之诉；（2）监事会或者监事依据公司法第五十四条第六项、第一百五十二条规定、董事、高级管理人员的行为违反公司法第一百五十条规定给公司造成损失、在股东依照法定程序向其提出起诉的书面请求时提起的损害赔偿之诉。

8、股东代表公司诉董事、监事、高级管理人员：股东依照公司法第一百五十二条规定、在董事、监事、高级管理人员违反公司法第一百五十条规定给公司造成损失、董事会（董事）、监事会（监事）拒绝起诉时提起的损害赔偿之诉。

贰、资本多数决原则与少数股东权利保护

有限责任公司中少数股东利益保护一直是公司诉讼的焦点问题，公司内部治理诉讼在绝大部分情况下都起源于控股股东与少数股东之间的矛盾。当控股股东以公司治理的基本游戏规则——资本多数决原则决定公司事务、却遭到少数股东反对时，资本多数决原则的边界在哪里？法律容忍资本多数决对少数股东利益损害的边界和标准在何处？这些问题经常在法官之间引起争论。

[案例一]：常熟市法院（2006）常民二初字第xx号滕某诉常熟市a医药有限公司股东权纠纷案

滕某系常熟市a医药有限公司的自然人股东，出资4万元，拥有0.45%的股权。2002年7月28日，常熟市a医药有限公司一届三次股东会对原章程第十二条进行修改，增加“自然入股东因本人原因离

开企业或解职落聘的，必须转让全部出资，由工会股东接收”的内容。该章程的修改以公司 880 万元注册资本，每一万元出资额为一计票额进行表决，最终以 872 票同意、8 票弃权而获得通过。7 月 31 日，滕某离职。常熟市 a 医药有限公司于 2004 年 12 月 8 日书面通知滕某，其股东权已依章程转让工会持股会，并要求其领取相应的转让款。之后，滕某没有将出资证明交付给常熟市 a 医药有限公司，常熟市 a 医药有限公司也未将转让款交付给滕某。

2006 年 3 月 10 日，滕某起诉要求确认其股东身份，并判令常熟市 a 医药有限公司强制转让股东权的行为无效，诉讼费由常熟市 a 医药有限公司负担。

常熟法院经审理认为，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被变动。常熟市 a 医药有限公司在没有滕某作出同意的意思表示情况下所作出的通知及股东会决议，对滕某没有约束力。因此，在滕某不接受的情况下股东权不能作出变动。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。因此，对滕某方确认股权的请求应予以支持；而滕某关于判令常熟市 a 医药有限公司强制转让股东权行为无效的请求，因股权转让不存在合同行为也无实际履行行为，没有作出合同效力判断的基础，故而对滕某方请求不予支持。依照《中华人民共和国公司法》第七十二条

之规定，判决确认滕某为常熟市 a 医药有限公司的股东，在常熟市 a 医药有限公司中拥有 0.45% 比例的股权。

在本案审理过程中有以下不同观点。一种观点认为，根据公司法第三十八条第十项、第四十四条的规定，股东会有权以资本多数决原则修改公司章程。不论在股东会决议过程中赞成还是反对的股东，一旦决议作出，即应受此约束。第二种观点认为，股权的处分权是股东固有的财产权，他人不能以资本多数决的方式处分该权利，除了公司已经与股东达成合意、即股东对决议投赞成票的外，应当确认章程相关条款对投反对票的股东无约束力。第三种观点则认为，股东会决议固然不能处分股东的股权，但不应当出现公司因此通过的章程对投赞成票的股东有效而对投反对票的股东没有约束力的荒谬局面，应当确认股东会决议整体无效。三种意见截然对立，处理结果迥异。

笔者认为，自从 1843 年英国的著名案例福特诉哈伯特案件确立了公司事务的资本多数决原则以来，该原则已经成为各国公司法的基本原则之一。从风险与收益的角度看，控股股东之所以能控股，原因在于他提供了相对多的资本，他与公司实际营利能力的利害关系相对较大，承担的风险亦较大。同时，控股股东通过股东会、董事会贯彻自己对公司经营的意志，在公司决策的过程中占据主导地位，符合了权利与义务相一致的民法原则。正是这个原则才保证了作为全新营业工具的现代公司生生不息、延续不断。它对于保护投资者的投资热情、平衡股东间的利益、维护公司的独立人格和提高公司决策效率均有十分重要的作用。因此资本多数决原则作为公司法的一项基本原则，有

着坚实的经济、法律和现实基础，是公司产权制度的核心理念。

但是任何事物都有其两面性。公司资本多数决原则有效运行的前提是，股东间（尤其是控股股东与少数股东间）利益同质、股东与公司间利益同质。少数股东在加入公司时之所以接受资本多数决原则，是建立在多数股东的利益与公司利益一致的前提下的，是建立在多数股东作出决议是为了公司利益的基础上的。但这仅仅是一种理想状态，现实中两者之间经常处于冲突之中。多数股东的利益往往与公司利益并不一致。一旦多数股东通过资本多数决原则将不合法、不合理侵害其他少数股东利益的意志上升为公司意志，公司中资本多数决原则的基础将不复存在，这种情况下就需要对多数决原则作出矫正。

需要注意的是，公司法的团体性和公司法律关系的多边性、涉他性，要求在资本多数决原则和少数股东权保护之间必须寻求利益平衡，在保护少数股东利益的同时，不能走向极端。对少数股东权的保护只是对资本多数决原则的补充和矫正，多数决才是公司和公司法的基本原则和常态，这一原则无论是过去、现在还是将来，在公司法中的地位都是不可动摇的。对少数股东权的保护要注意协调利益，注意对多数决原则的尊重和少数股东权保护的并重。

那么，在股东诉讼中怎样才能资本多数决原则和中小股东利益保护两者之间寻求平衡呢？笔者认为：

- 1、股东权中固有的、不可因公司各主体的合意和资本多数决原则加以改变的权利应当包括两种权利——关系到在公司治理过程中实现民法诚实信用原则的权利和涉他性权利，即：如果该权利被放弃

或者剥夺，则危及其他当事人和社会公共利益，危及公司治理法律关系中的基本道德底线，危及公司作为法定形态市场主体的同质性，使股东不仅丧失权利，而且丧失了保障自身权利的基本能力。一般而言，民事主体对其拥有的民事权利有处分权，但是公司法律关系的涉他性、公司治理结构所应当具备的最低限度的同质性、诚实信用和公序良俗原则对公司治理结构的基本支撑，使得有关股东权在某种意义上发生了异化，演化为不可抛弃、更不能以资本多数决原则予以剥夺的权利。在公司法规范中，符合上述特征的权利应当包括：（1）股东基于公司法第二十六条、第二十七条、第二十八条、第三十一条、第三十六条所产生的、对于其他股东在资本瑕疵问题上的相关请求权。从股东的角度而言，对于其他股东资本瑕疵问题依法拥有请求其承担违约责任的权利。但是公司资本的真实性与外部债权人利益密切相关，因此，股东之间如果就资本瑕疵问题达成某种一致的意思表示，而可能有损于债权人的利益，这种对权利的处分行为应当认定为无效。（2）基于公司法第三十四条所产生的知情权。知情权不能为资本多数决限制或者剥夺，但是对知情权能否为股东依据合同自愿放弃，认识上存在差异。笔者认为，第一，知情权在股东权中处于基础地位，知情权如果受限或者丧失，股东将失去保障其他权利所必不可少的信息。第二，公司作为商主体，为了自身经营、更为了社会公共利益，必须保管会计凭证、置备财务账簿、向股东出具财务会计报告，公司应当具备的财务制度，其意义决不仅仅在于便于公司精确判断自身运行情况，从更根本的意义上说，财务会计制度对于商主体的同质

性、对于外部债权人利益的保护至关重要。第三，股东之间就知情权的自愿限制看似符合意思自治，但是一旦在股东之间产生隔阂甚至矛盾，这种限制将必然仅仅有利于控股股东，甚至鼓励了控股股东实施背离诚实信用原则的各种欺诈行为，既不利于公司团体利益，也不利于其他股东利益。（3）基于公司法第四十条所产生的股东会召集权、以及隐含于公司法第四十二条中的出席权。在有限责任公司治理结构中，股东会的作用、意义可能最为关键。股东的所有权利，都需要通过股东会这一场所行使，股东会是法律提供的用以保护股东权的时间与空间，离开了这一时空，股东权将失去立足的维度。因此，笔者认为，公司法第四十条所确定的在一定条件下股东的股东会召集权、第四十二条所隐含的出席权是一项不可因多数决予以限制和剥夺的权利，即便股东之间存在限制或者剥夺出席权、召集权的约定，此种约定因其所产生的后果将彻底颠覆公司治理的基本结构，而应以其违反强行法规定而认定无效。

2、可因公司各主体的合意、但不可因资本多数决而改变的权利应当是股东拥有的股东权中的重要、关键的权利，同时这种权利的放弃与自愿受限制不影响到公司外部当事人、其他股东的权利，也不影响公司治理结构的基本同质性。认定的标准亦应当根据公司法的明确规定和立法本意。应当包括以下权利：（1）基于公司法第三十五条产生的依照出资比例分取红利的权利和新增出资优先认缴的权利。依照该条规定，公司可以就利润分配方式和新增出资的认缴方式作出特别的安排，但是，这种安排必须得到全体股东的一致同意，不能遵

循资本多数决原则。同时，这也排除了股东会按照第四十四条规定对已经确定的利润分配和新增出资认缴方式以三分之二以上多数对章程进行修改的可能性，利润分配方式和新增出资的认缴方式一经章程确定，该章程条款除经全体股东一致同意外，不可修改。（2）依照公司法第四十三条产生的股东表决权。表决权对股东具有重要的意义，它直接决定了股东在公司中的地位，是股东最重要的共益权，是公司所有与公司控制的连接点。应当注意的是，公司法第四十三条规定表决权由股东按照出资比例行使的，“公司章程另有规定的除外”，并未如第三十五条一样要求全体股东协议。但是，如果在设立公司时制定的章程中设置的表决权的行使方式能够在公司设立后被资本多数决所改变的话，也就意味着少数股东在公司中的控制权可以被多数股东任意地予取予夺，这与表决权在股东权体系中的重要地位是完全不相称的。由此也可以得出结论——虽然对表决权的限制与剥夺不得以资本多数决原则限制，但是可以依据所有股东共同的约定加以改变，至于这种改变是否必须以首先体现为公司章程的修改，尔后才能约束公司和股东，在法官之间存在争议。笔者倾向于认为，在对公司法第四十三条所规定的章程作出限缩解释的前提下，不应当持双重标准对此作扩张解释，仍应遵循文义解释的规则。（3）股东权的整体处分权。如果说分红权与表决权是股东最重要的自益权和共益权的话，那么囊括了上述权利的股东权的整体处分非股东同意不得以资本多数决予以强行处分，则是民事权利保护的应有之义。股东权一经股东取得，除非公司解散、破产，或者转让，不能因为资本多数决的方

式予以强行处分。司法实务中，最典型的情况就是案例一所述情形。控股股东往往通过股东会决议修改公司章程的方式，要求少数股东在与公司解除劳动关系时将股权转让给公司或者控股股东。此种决议或者章程条款是否有效？笔者认为，在公司与修订章程时投反对票的股东之间，并未建立任何合同关系，以资本多数决原则通过的章程或者股东会决议不能约束反对股东。

如果全体股东一致同意对章程作如此修改，情况则完全不同。根据民事权利的处分原则，在股东同意的情形下，自愿接受一个附生效条件的股权转让协议符合合同法的合同自由原则。这种附生效条件的股权转让协议的表现形式可能是多样的，经过股东同意的章程条款、股东会决议，只要具备了一份股权转让合同的基本条款，即可作为约束股东、公司的合同。第二，既然是合同，就应当受到合同法规范的调整。在此类纠纷中，较为常见的是在章程条款预先确定了转让价格，引起争议最大的是“以出资额原价转让”的约定，当事人往往以价格远远偏离股权的实际价值相抗辩，这仍应按照合同法第五十四条规定的订合同时显示公平条款或者依照情势变更原则来衡量各方权利。

章程条款能否约束投赞成票的股东？这里似乎存在一个两难情形：如果能够约束投赞成票的股东，会出现章程条款对部分股东有约束力而对另外部分股东无约束力的尴尬状况，与股东平等原则相悖；如果不能约束，那么又将同意这种股权转让安排的股东与公司之间的合同关系置于何处？笔者认为，为了保证章程对股东的普遍约束力，此类章程条款应当因投反对票的少数股东提起的诉讼从整体上认定

无效。如果投赞成票的股东仍愿意与公司之间达成此类安排，可以另外再签署同样内容的合同。

3、除了上述含有固有权性质的权利外，资本多数决在原则还应当受到公司法第二十条的限制。一般而言，学界与实务界对公司法第二十条的理解集中于公司法人格否认方面。笔者认为，该条款在解决资本多数决原则与少数股东权保护之间的关系问题上具有“兜底”作用。公司法第二十条规定：“公司股东……不得滥用股东权利损害公司和其他股东的利益”，“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。”依照公司法第三十八条的规定，股东会在公司运营过程中对于公司的诸多事项要作出决策，除了前述的两类权利外，当然应遵循资本多数决原则，其中不可避免地可能造成对部分股东的不利。必须看到，这种不利在大多数情况下是小股东所必须付出的代价。但是，在控股股东并非为了公司整体利益，而是仅为自身利益而采取的不利于少数股东的决策的情况下，法院可以援引公司法第二十条对少数股东利益进行保护。

在公司法第二十条中存在一个“滥用”这样的模糊语词，这是一个具有高度弹性的概念。总体而言，应当注意以下两个方面的问题：第一，滥用权利的前提是存在合法的权利，如果控股股东利用资本多数决原则侵害了那些不可因资本多数决而改变的权利，就不再是是否滥用权利、而是无权处分的问题了。第二，并非控股股东实施所有的对少数股东不利的行为都能够被认为是滥用权利行为。有学者认为，在同时具备以下三种条件的情况下，不能认为属于资本多数决的滥

用：（1）给少数股东造成的不利益确实为实现全体股东利益所必需；（2）控股股东与少数股东均因此而蒙受不利益，且此种不利益与持股比例成正比；（3）在实现股东会决议目的的诸种可选手段中，选取了给少数股东造成不利益程度最低的一种手段。笔者同意这种观点。当然，如何区别滥用股东权利与合理运用股东权利，是一个需要通过大量审判实例进行概括总结、需要根据每一个个案中的不同情况具体掌握的问题。

叁、股东权的基础与股东权的行使

在很多股东权纠纷案件中，当股东提出行使某项权利的诉讼请求时，公司或者控股股东往往以原告不具备股东资格、或者股东资格存在瑕疵为由进行抗辩，以阻止、限制原告行使股东权。此类案件在股东权纠纷中占了相当比例，可以说，股东资格的认定，是当前公司内部治理结构纠纷中的基础性问题的。典型的案件类型包括两种：实质股东向公司主张行使各种股东权，公司以其不具备股东资格抗辩；未实际出资或者出资存在瑕疵的股东向公司主张行使各种股东权，公司以其出资瑕疵为由限制或者禁止其权利行使。

登记的股东与公司运营中实际行使股东权利的主体发生错位、当事人的出资行为与所获得的对公司的实际控制权之间发生错位，导致在究竟谁是公司的股东问题上发生的争议，包含着两个问题：一是认定公司股东的标准是什么？二是行使股东权的前提是什么？股东权行使与出资、股东资格之间的关系是什么？

1、关于股东资格的认定标准。

股东资格的认定在实务中表现得较为普遍的是两种情形，一是以自己名义出资但没有被记载于工商登记文件中的人向公司主张确认股东身份，二是以他人名义出资的隐名股东向公司主张确认股东身份。以下两个案件的处理较为典型地反映了目前法官的不同认识。

[案例二]：（2006）江宁民二初字第 xx 号邓某与南京 q 贸易有限公司、卞某、张某股东权纠纷案

1996年11月，q公司设立，登记股东为卞某、南京y实业有限公司、江宁县n能源经营部。2001年9月7日（当时的经营负责人为张某），q公司收取原告邓某5万元，并出具收款事由载明为股金的收据。后q公司既未向邓某发放出资证明书，亦未在公司股东名册记载邓某股东身份，同时也未到工商行政管理部门办理股东变更登记手续。期间，原告邓某参与公司经营。2002年，q公司歇业，邓某未要求q公司办理股东变更登记。2006年4月18日，邓某提起诉讼，认为q公司收取其股金，既未在工商登记档案中记载其为股东，也从未给其分红，q公司以合法的形式，掩盖非法目的，采取欺诈手段收取股金的行为，违反法律规定，本人并不具备股东资格。q公司收取股金行为无效，应予返还其投资的5万元，股东卞某、张某应对q公司的债务承担连带清偿责任。审理中，被告q公司抗辩：收到邓某交付的5万元投资款属实，但该款已用于公司经营，邓某也参与了公司的经营活动，其从未提出退款或分红。q公司收取股金行为没有采取欺诈手段，并不违法，现公司已歇业，不同意退款。被告卞某抗辩，其系q公司股东属实，但自2001年以后公司实际由张某管理，

邓某向公司交纳股金的事实其当时并不知晓，也没有过错，不承担任何民事责任。被告张某未答辩。

南京市江宁区人民法院认为：q公司未依法向邓某签发出资证明书、办理股权登记，属违约行为。邓某据此可要求q公司签发出资证明书，办理股权变更登记，并可要求行使相关股东权。邓某主张q公司以合法形式掩盖非法目的，以欺诈手段骗取其股金的行为无效，q公司应当返还股金5万元的诉讼请求不予支持。关于邓某主张卞某、张某滥用股东有限责任，逃避债务，要求两股东对q公司的债务承担连带责任的诉讼请求。首先邓某没有提供张某系q公司股东的证据，其次，邓某也未提供卞某、张某滥用股东有限责任的事实依据。综上，江宁区人民法院判决：驳回原告邓某诉讼请求。

本案的判决要点在于，根据公司曾经收取原告的5万元资金并向其出具了载明为“股金”的收据这两个事实，认定原告具备股东资格，从而丧失请求公司退还5万元的权利。而公司章程的签署、股东名册的记载、股东权的实际行使等因素，并未在法官的考虑范围内。

但是在以下案例中，法官显然认为在股东资格认定问题上，需要考虑的不仅仅是资本的投入问题。

[案例三]：（2006）张民二初字第xx号陆某与陶某、张家港市a模具有限公司股权转让纠纷案

张家港市b包芯氨纶纺织厂（简称纺织厂）原系集体企业，开办单位为原张家港市b镇福民村经济合作社（简称村经济合作社）。1998年4月，纺织厂改制为股份合作制企业，股东为黄生才等十人（无陆

某)。2000年9月18日,纺织厂又改制为有限责任公司,名称也变更为c氨纶纺织公司(即本案被告),其间股东虽有变化,仍无陆某。因陆某认为其也应该是c氨纶纺织公司的股东,为此涉讼。审理中,陆某提供了一份盖具纺织厂财务专用章的《收款收据》,收款事由为股本金,金额为4000元。陆某称:该份证据证实了我在包芯氨纶纺织厂改制时投入股本金的情况,故我理应为现在c氨纶纺织公司的股东。c氨纶纺织公司则称:原包芯氨纶纺织厂收取陆某的4000元是为了企业发展所需,但公司股东并未同意陆某为新股东,故该4000元并不是股本金。

张家港法院认为:陆某在纺织厂转制成c氨纶纺织公司的过程之中,从未以股东的身份在工商登记材料和股东名册中出现过,故只能以其是否实际出资并以股东身份行使股东权利来认定其身份。《收款收据》虽可以证实陆某向包芯氨纶纺织厂投入了4000元,但纺织厂的股东在数次召开股东会决议时并未对上述4000元的性质及陆某的身份予以讨论,验资部门在审验纺织厂以及c氨纶纺织公司的注册资本时也并未有该4000元的明细;同时,陆某也未以股东身份行使股东权利。至于纺织厂收取的4000元,应予以返还,因原告未提出返还请求,本案中不予理涉。据此,判决驳回原告的诉讼请求。

法官在本案中提出了不同的判断标准,即在认定股东资格时不仅仅考虑是否存在资本投入的事实,还要考虑资本投入者的股东身份是否得到其他股东的认可、以及是否存在实际行使股东权的事实。

在新公司法生效之前,江苏省高级人民法院的指导性意见对有限

责任公司股东资格确认问题提出了解决方案。基本上采取了“内外有别”的双重标准，即股东之间关于股东资格的约定有效，但不得对抗外部第三人。新公司法第三十三条对这一实践中普遍存在的问题作出了回应，提出了以股东名册的记载作为在公司内部确认股东资格的判断标准。但是这并未解决审判实务所面临的具体问题。股东名册虽然是公司法明确要求公司必须置备的公司法律文件，但是很多公司事实上并未置备股东名册，即便置备名册，因公司法对名册的产生、保管、变更并无更严格的形式要件要求，使得股东名册无法起到在公司内部证明股东身份的作用，在大股东控制公司的情况下，股东名册的记载更加成为各方当事人所争议的问题。这样，股东名册在事实上丧失了作为股东资格认定的唯一依据作用。第二，目前的审判实践中，判断股东资格大致考虑了以下因素：（一）是否与其他股东存在共同投资设立公司的意思表示；（二）该意思表示是否得到了其他股东的同意；（三）是否依照约定实际履行了出资义务；（四）公司是否承认其向公司所支付的资金、交付的财产的性质为出资；（五）公司登记文件的和公司章程的记载；（六）股东名册的记载；（七）当事人在公司运营过程中是否实际行使了股东权。那么，在公司登记文件、公司章程缺乏记载，股东名册不存在等情况下，当事人究竟要具备哪些因素才能被确认为公司的实际股东？

《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（二）》（征求意见稿）（以下简称《征求意见稿（二）》）对认定股东资格提出”①已经出资、认缴出资或者继受取得股权；②已

经或者应当被公司章程和股东名册记载为股东”两个应当同时具备的条件。

笔者认为，目前在股东资格认定问题上出现的各种不同观点，不仅反映了审判实务中的裁判标准不一的问题，也反映出在解决这一问题时缺乏为大家所共同接受的理论，亦反映出各种解决思路本身的缺陷。如果以源泉证据作为认定股东资格的主要标准，那么在出现大股东利用控制公司的机会、隐瞒其他股东向他人出具出资证明书、任意扩张股东范围的情形时，将无法有效保护其他股东对有限责任公司人合性的基本预期，而这正是商法公示主义和外观主义在公司内部关系上的必要体现。如果完全秉持外观主义、以登记文件、章程和股东名册的记载为确认依据的话，那么对于实际出资并实际行使股东权的当事人的权利又将造成某种不公平。因此，笔者提出判定股东资格的一个新的思路：

(1) 在不涉及外部善意当事人利益的情形下，首先根据证据判断出主张确认股东资格的当事人是否存在投资于公司的意思表示与投资行为。可能用于判断的证据会包括当事人向公司投入财产的证据，以及这些证据所反映出的投入者的意思表示。如当事人将资金投入公司账户时相关银行凭证“投资款”等内容的记载，当事人在自己的财务资料上对投入款项在相关记帐凭证的记载，当事人从公司获得的相关收据上的资金用途记载等。

(2) 在当事人存在向公司投资的意思表示与投资行为、但公司并未在公司登记文件、公司章程和股东名册作相关记载的情况下，根

据证据判断公司和公司的其他股东对当事人股东身份的认知。笔者认为,在当事人仅仅持有出资证明的情况下,并不足以证明其股东身份,必须结合其他证据判断公司和公司的其他股东对其股东身份在实质上是否认可。这些证据可能包括当事人以股东身份实际参与公司经营、或者实际行使股东权的证据,公司财务账册对该笔款项财务课目的记载,公司其他股东是否认可的证据等。

(3) 被记载于公司登记文件、章程和股东名册的当事人应推定为具备股东资格,其是否实际履行了出资义务不影响股东身份的认定,而应按照瑕疵出资对待,除非该当事人被冒名登记。

(4) 以他人名义出资的当事人,如果其与受托人之间存在明确的委托或者信托合同,按照合同法规则处理。如果无法证明其与名义股东之间存在合同关系,或者即便存在相关合同关系、但公司及股东以股东身份对待该当事人、该当事人以股东身份行使权利的,则可认定其股东身份。

(5) 如果认定当事人的股东身份将导致强制性规范的违反,则不能认定其股东身份。

以上述思路考虑案例二,可以看出,原告向公司投入资金的意思表示为投入资本,公司认同其股东身份,公司的其他股东对其股东身份亦予以认可,基本上可以认定原告的股东身份。而案例三中,法官没有对公司财务账册记载、公司其他股东的意见、原告是否存在以股东身份参与公司经营管理的行为等能够反映出公司及公司其他股东对原告身份的认知情况作出进一步的调查,使得本案的判决尚感缺乏

必要的证据基础。

需要说明的问题是，如果按照相关规则认定了公司的实际股东，但却导致公司的股东人数超过了公司法对有限责任公司股东人数的限制，应如何处理？我们认为，股东资格的认定与超过股东人数限制之间并非是一个非此即彼的问题，即便认定的实际股东人数超过了五十人，那么当事人亦可通过公司收购后减资、股东之间的股权转让、公司分立、甚至公司解散等方法自行处理后续事项。

2、股东瑕疵出资与股东权的行使。

通过一起知情权诉讼展现这一问题。

[案例四]：南京中院（2006）宁民二初字第 xx 号王某诉南京 e 资产管理有限公司案

王某系南京 e 资产管理有限公司（以下简称 e 公司）股东，公司章程记载王某出资额为 10 万元（实物出资），占公司资本的 20%，但是王某在公司设立后没有交付实物。2006 年 5 月，王某提起诉讼，请求查阅公司账簿。e 公司抗辩称，王某出资未到位，无权行使股东权。

法院认为，股东权的行使与股东身份紧密联系，除非公司法存在明确规定，否则公司无权以其出资瑕疵限制或者剥夺其股东权，判决支持原告诉讼请求。

对本案的处理，法官之间存在不同看法。

第一种观点认为，出资存在瑕疵的股东享有知情权且不应受到限制。对权利的限制应以立法来确定，瑕疵股东是股东，具有股东资格，

因其出资瑕疵存在补资、对其他股东承担违约责任等义务，但法律未禁止其享有知情权。对其权利的限制在公司法中仅有第四十三条分红权与新股认购权按实缴出资比例确定的规定。第二种观点认为。股东知情权和出资瑕疵无关系，而应和是否股东相对应，是股东则享有知情权，不是股东则无知情权。股东是否出资并非确定股东资格的唯一条件，如股东权的内容和出资有关联性的则应限制，无关联性则无限制。知情、质询、建议等权利和出资都无直接联系，不应受到限制。第三种观点认为，知情权属于人身权范围，瑕疵股东的这类人身权应不受限制的享有。股东权利包括人身权和财产权，出资不到位，管理权、财产权应有所限制，而知情权对财产无直接影响，属人身权，应以股东资格确认是否享有，有股东资格即享有知情权。第四种观点认为，应对瑕疵出资股东的知情权予以限制。因为虽然知情权具有人身属性，但紧随其后的就是财产利益的权利，如对知情权不加以限制则会影响到财产权。对于第一种观点，有法官指出，新公司法第三十五条所称分红权按实缴出资是相对于新公司法第二十五条的分期缴纳出资而言，并非对股东权利的限制，所以新公司法第三十五条不宜作为限制股东权利的依据；同时，对于股东权利进行限制属于形成之诉，判决的执行亦存在困难。

本案虽然是一起知情权诉讼，但其中折射出的实质问题是，虚假出资或者抽逃出资的股东，其权利行使是否可以被公司所限制。而这一问题不仅存在于知情权诉讼，更是普遍地存在于公司内部治理结构纠纷之中。笔者认为，要回答这一问题，必须回到对公司法规范的法

律解释框架中。

在公司法关于股东权行使的规范中，第四十三条、第七十二条、第一百八十七条中出现了按照出资比例行使相关权利的表述，第三十五条中出现了按照实缴的出资比例行使权利的表述。而在其他股东权行使的表述中，均未使用类似表述，因此我们认为，除了上述条款涉及的分红权、新股认购权、股权转让优先认购权、表决权、剩余财产分配权外，其余股东权的行使均应与出资问题脱钩。

但是，上述权利的行使是按照股东实际到位的资本比例、还是股东认缴的出资比例行使，不无争议。笔者认为，该问题的解决依赖于对上述所提及的各规范的解释，有两种选择：一是根据第三十五条实缴的出资比例的表述，按照文义解释的方法，将分红权和新股认购权解释为应当按照实际到位的资本比例行使，而对股权转让优先认购权、表决权、剩余财产分配权解释为按照认缴资本比例行使，或者说，瑕疵出资对于股权转让优先认购权、表决权、剩余财产分配权的行使不产生影响。二是对各相关规范进行比较以进行目的解释。究其实质，分红权与剩余财产分配权、新股认购权与股权转让优先认购权之间在性质上是相同的，如果将分红权和新股认购权解释为应当按照实际到位的资本比例行使的话，那么，将剩余财产与股权转让优先认购权作相反解释并没有让人信服的理由。因此，从目的解释的角度出发，应当将上述权利的行使统一解释为应受到资本实际到位比例的限制。

这里出现的文义解释与目的解释之间令人困惑的矛盾，原因在于立法的不完备，需要修订法律或者由最高人民法院作出明确司法解

释。笔者认为，第一，在各种解释出现矛盾，而且文义解释自身亦出现矛盾的情况下，应当按照民法的权利与义务相一致的基本原则处理，即将资本的实际到位情况与分红权、新股认购权、股权转让优先认购权、表决权、剩余财产分配权统一挂钩；第二，这种处理方法亦符合社会公众的道德观念和思维习惯，更能为公众所接受；第三，这种处理方法也使诚实履行出资义务的股东在面对瑕疵履行义务的股东时，除了主动提起诉讼外，多了一种抗辩手段，更有利于促使股东自觉履行出资义务；因此，笔者倾向于同意最高人民法院《征求意见稿（二）》的观点，以采第二种解释方法为宜。