

# 中国审判指导丛书

2008年·第4辑  
(总第16辑)

CHINA TRIAL GUIDE  
GUIDE ON CIVIL AND COMMERCIAL TRIAL

# 民商事审判指导

最高人民法院民事审判第二庭 编  
奚晓明/主编

## 本辑要目

### 【民商审判动态】

《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）》研讨会综述

### 【司法解释专题】

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》的理解与适用

### 【请示与答复】

股东以其控股企业用以抵偿其债务的财产投入到其所属的另一家公司中进行增资扩股后，被控股企业的债权人能否据此要求股东和进行增资扩股的公司对被控股企业的债务承担连带责任

### 【民商审判专论】

试论公司领域侵权责任制度

### 【民商审判案例分析】

企业兼并产生的借款债务的确认及政府解除该兼并后相关担保人的民事责任

——上诉人中国东方资产管理公司武汉办事处与被上诉人冶钢集团有限公司、黄石市国有资产经营有限公司借款担保纠纷上诉案

### 【民商判解点评】

民办学校破产清算的法律适用问题

### 【民商审判调研】

关于就企业破产法有关问题进行梳理的报告

**中国审判指导丛书**

2008年·第4辑

(总第16辑)

CHINA TRIAL GUIDE

GUIDE ON CIVIL AND COMMERCIAL TRIAL

# 民商事审判指导

---

最高人民法院民事审判第二庭 编

人民法院出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

民商事审判指导. 2008 年. 第 4 辑: 总第 16 辑/奚晓明  
主编: 最高人民法院民事审判第二庭编. —北京: 人民法  
院出版社, 2009. 2

(中国审判指导丛书)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 780 - 2

I. 民… II. ①奚…②最… III. 民事诉讼 - 审判 -  
中国 - 参考资料 IV. D925. 118. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 006979 号

## 民商事审判指导 2008 年第 4 辑 (总第 16 辑)

最高人民法院民事审判第二庭 编

主编 奚晓明

---

责任编辑 姜 峤

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550573 (责任编辑) 67550516 (出版部)  
67550551 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

---

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 336 千字

印 张 18. 625

版 次 2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 780 - 2

定 价 38. 00 元

---

版权所有 侵权必究

## 目 录

## 民商审判动态

- 《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)》研讨会综述  
 ..... 最高人民法院公司法司法解释小组(1)

## 司法解释专题

- 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》的理解与适用  
 ..... 宋晓明 刘竹梅 张雪樑(17)

## 请示与答复

- 股东以其控股企业用以抵偿其债务的财产投入到其所属的另一家公司中进行增资扩股后,被控股企业的债权人能否据此要求股东和进行增资扩股的公司对被控股企业的债务承担连带责任  
 ..... 叶小青 隋汶兵(36)

## 民商审判专论

- 抵押权实现:程序定性和规则设计  
 ——兼议物权法第一百九十五条第二款之适用  
 ..... 吴庆宝 王 松 张媛媛(43)
- 试论公司领域侵权责任制度 ..... 潘勇锋(56)
- 关于商事侵权责任立法建议的报告  
 ——以期货、票据侵权为重点  
 ..... 李晓云(71)
- 破产债权确认诉讼程序研究 ..... 刘子平(90)
- 论我国破产管理人制度中的几个问题 ..... 景 宏(104)

## 民商审判案例分析

### 企业兼并产生的借款债务的确认及政府解除该兼并后相关担保人的民事责任

——上诉人中国东方资产管理公司武汉办事处与被  
上诉人冶钢集团有限公司、黄石市国有资产经营有限公司借款  
担保纠纷上诉案 ..... 李京平(117)

### 当事人双方举证合同内容不一致时民事证据规则的运用

——上诉人长沙金霞开发建设有限公司与被上诉人中国  
农业银行长沙市先锋支行、湖南金帆投资管理有限公司借款担保合同  
纠纷上诉案 ..... 杨征宇(128)

### 就低价转让的股权交易行使撤销权条件之审查

——上诉人国家开发银行与被上诉人沈阳高压开关有限  
责任公司、东北电气发展股份有限公司等借款合同、撤销权纠纷  
上诉案 ..... 沙 玲(141)

## 民商判解点评

民办学校破产清算的法律适用问题 ..... 刘 敏(161)

## 民商审判调研

关于就企业破产法有关问题进行梳理的报告 ..... 赵 柯(173)

关于保险案件审理的调研报告 ..... 林海权(181)

商事办案思路与诉讼标的理论研究 ... 上海市高级人民法院课题组(194)

关于成立破产类案件专门审判机构的调研

..... 北京市第一中级人民法院(208)

关于有限责任公司内部治理结构纠纷案件法律问题的调查报告

..... 江苏省高级人民法院民二庭(229)

## 法官学术交流

关于德国和瑞典破产法律制度的考察报告

..... 最高人民法院民二庭破产法考察团(258)

对两份判决书写作的对比分析 ..... 付金联(277)

公司合并分立中的债权人利益保护

——在 21 世纪商法论坛国际研讨会上的主旨发言 ... 刘 敏(289)



## 民商审判动态

# 《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）》研讨会综述

最高人民法院公司法司法解释小组

2008年7月28日至30日，最高人民法院民二庭在北京怀柔召开研讨会，就《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）》（以下简称《公司法司法解释（三）》）初稿征求意见。此次会议由民二庭副院长张勇健主持，民二庭公司法司法解释小组全体成员及北京高院法官代表与部分公司法学者、专家参与了讨论。

与会代表围绕公司设立的相关专题，分别对设立中公司的民事责任、公司章程、出资效力认定、股东资格确认、股东出资瑕疵的民事责任，公司投资和担保等展开了热烈讨论，并就有关条文的内容和具体设计提出了宝贵意见。现将有关情况综述如下：

### 一、设立中公司的民事责任

从筹备设立到公司注册登记，取得法人资格需要经过一段时间，在公司成立前，出资人或发起人以设立公司为目的组织人力、物力、财力等资源，进行相应的行为，形成前公司组织形态，一般称为设立中公司。对于设立中公司的民事责任专题此次会议重点探讨了虚假登记的民事责任、先公司交易行为和发起人的赔偿责任。

#### （一）虚假登记的民事责任

公司登记包括设立登记、变更登记和注销登记。其中设立登记是公司诞生的标志。设立登记后，公司有效成立，取得经营资格和法人资格。我国公司法对公司设立登记程序规定为：有限责任公司，股东的首次出资经依法设立的验资机构验资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司

登记机关报送公司登记文件；以发起方式设立股份有限公司的，发起人首次缴纳出资后，应当选举董事会和监事会，由董事会向公司登记机关报送文件，申请设立登记；以募集方式设立股份公司的，由董事会在创立大会结束后30日内向公司登记机关报送文件，申请设立登记。

对于因公司虚假登记产生的民事责任，目前司法解释的观点是：公司登记事项中存在虚假记载或者重大遗漏，使公司或者第三人受到损害的，提供虚假登记材料的发起人或者原始股东应当承担赔偿责任，公司的董事和中介机构承担连带赔偿责任。因故意或者过失而对虚假事项进行登记的，不得以该事项虚假为由对抗善意第三人。

对于董事的责任承担问题与会代表意见分歧较大。有观点认为，在公司设立阶段，董事报送文件，申请设立登记时也有审查的义务，可以要求董事承担责任，日本、韩国有类似的立法例，我国审判实践中也有相关案例。在公司设立登记过程中，董事不是虚假材料的提供者，其承担责任的基础不是虚假陈述，而是其怠于履行职责，没有尽到审查义务，追究的是董事违反受信义务的责任。现阶段我国是否要董事承担虚假设立登记的民事责任，应从法律政策角度考量。如要求董事承担责任，也与发起人承担的连带责任不同，董事与中介机构应承担过错责任。可采取过错推定原则，董事和中介机构能够证明自己无过错的，可以不承担责任。反对意见则认为公司设立登记中的虚假材料是由发起人或原始股东提供的，中介机构负责评估、验资等事宜，也参与其中，应该是由发起人、股东和中介机构各自承担相应的责任。而董事是公司设立后才选举产生的，董事的义务应该起始于公司成立之后的运营阶段，设立阶段产生的责任不宜要求董事承担。

有代表提出，《公司登记管理条例》第九条规定了公司登记应申报的九项登记事项，司法解释中应明确规定，哪类登记事项虚假，给公司或者第三人造成损害后果的，需要承担何种民事责任。也有代表提出，中介机构的责任性质与公司诉讼关系不大，可以不必在司法解释中规定。

对于公司不得以登记内容虚假为由对抗善意第三人的问题，有代表提出，公司法第三十三条第二款规定：“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。”这条规定中的第三人没有区分善意和恶意。公司登记具有公信力，起到确定权利和公示证明的作用，只要经过登记，就不得以该事项虚假为由对抗第三人，无论该第三人是恶意还是善意。另有代表对这种观点提出质疑，认为如交易相对方明知登记内容虚假，则其在决策时并非信赖登记的内容，而是根据所知情况进行交易，在这

种情况下没有必要根据登记内容来保护其利益。登记公信力原则保护的应是第三人对登记内容的合理信赖，有证据证明第三人明知登记内容虚假的，不再予以保护。

## （二）先公司交易行为

设立中公司不具有法人资格，但具有某些主体性特征。这种组织有自己的名称，有自己的组织原则，有自己的组成成员，有自己的财产和自己的机关，一般可以“某某公司筹备处”等设立中公司的名义对外活动。在公司登记成立之前，发起人或原始股东为设立公司必须进行相应的民事行为，其取得的权利义务如何确定归属？拟议中的司法解释所持有的观点是：原则上未经设立登记的公司以设立中公司的名义所实施的民事行为，应当参照适用关于合伙的有关规定；公司设立登记后，发起人或者原始股东为设立公司所实施的民事行为，其后果归属于公司。未经设立登记的一人公司所发生的民事行为，应当参照适用有关个人独资企业的规定。出资人或者发起人以自己的名义签订的与公司设立行为有关的合同，应由出资人或者发起人承担合同责任。但是公司成立后对上述合同进行了确认，或者已经实际享有了合同权利的，合同相对人可以请求公司和出资人或者发起人共同承担合同责任。出资人或者发起人以设立中公司名义签订的与公司设立行为有关的合同，公司成立后应当承继合同的权利义务；公司未能成立的，应由发起人承担个人责任或者连带责任。公司有证据证明出资人或者发起人冒用设立中公司的名义，为自己的利益与他人签订合同，向公司转嫁债务的，公司不承担合同责任，但交易相对人善意的除外。出资人或者发起人以设立中公司的名义签订的与公司设立行为无关的合同，公司成立后确认该合同的，则合同的当事人更新为公司和第三人，合同责任由公司承担；公司成立后拒绝确认该合同的，合同责任由出资人或者发起人承担。第三人知道或者应当知道公司尚未成立，出资人或者发起人和公司尚未获得合同利益的，损失由第三人承担；出资人或者发起人和公司享受到合同利益的，则应履行相应的合同义务。

有代表提出公司成立后债务归公司承担应在性质上明确是债务转让还是债务加入，如果是债务转让必须经过债权人同意。而另有代表认为，设立中公司与成立公司之间为同一体，设立中公司是拟成立公司的前身，与成立后的公司可以超越人格的有无而在实质上归属于一体，其因设立行为所生之权利义务，公司一经成立，就自然归属于公司，不需要再办理转移手续。

对于先公司交易取得的权利义务，大陆法系处理方式较简单，如公司成立，则由公司承担；如果公司不成立，则由发起人承担。而英美法系则通过



判例规则，考虑了实际中的多种情况。司法解释中可以参照英美法系立法例，予以适当改造：原则上发起人为公司设立实施的行为，当公司成立后经公司确认其后果由公司承担。如果公司不能成立或者未经公司确认的，以发起人自己的名义签订的合同由发起人承担责任；以设立中公司名义签订的合同，在合同中有明确约定的按照约定处理，没有约定的由发起人承担责任；如果是以公司的名义签订的合同，因为公司没有登记，合同无效；如果相对人明知公司没有成立而签订合同的，相对人要承担相应责任。

有意见认为，对于先公司交易，原则上应以设立中公司的名义还是以个人名义签订合同为区分标准，但可以根据事实推定，即使不是以设立中公司的名义签订的合同，但是从合同内容看确实是为了公司设立而进行的行为，应该与以设立中公司的名义所为的行为同等对待。反对意见则认为应确立以谁的名义签订的合同由谁承担责任的原则，即使出资人或发起人举证证明合同是为公司签的，也不能对抗交易的相对方，除非有证据证明公司成立后确认或公司明确承诺承担该合同的责任。

有代表提出司法解释中规定公司成立后对为设立公司而签订的合同进行确认的内容指代不明，不清楚是确认公司成为合同中的一方当事人还是确认签订的合同有效，应明确为：公司依法定程序承接合同项下所附债务的，或者实际上享有合同权利的。此外，还有代表指出公司未经登记任何人不得以公司的名义进行活动，司法解释中一定要强调在公司设立过程中这样一个特殊的法律环境条件下，发起人或原始股东以设立公司为目的以设立中公司的名义所实施的民事行为，取得的权利义务归属于成立后的公司这一基本原则。为保护债权人的利益，可以增加规定如果设立后的公司明显缺乏履行能力，债权人可以请求发起人或原始股东承担连带清偿责任。合同相对人有权根据履行能力强弱来选择是否让公司承担责任，但有代表则质疑合同相对人具有选择权对公司和其他股东不公平。

就此问题形成倾向性意见，认为以设立中公司名义所从事的交易，公司成立后，取得的权利义务归属于公司。如果公司成立后经审查认为交易侵犯了公司的利益，可以追究行为人对公司的赔偿责任。如交易相对人恶意，则公司可以拒绝承担责任。公司未能设立的，其合同责任由全体发起人连带承担。

### （三）发起人的损害赔偿责任

公司法中规定发起人有设立公司的职责，但是没有规定发起人在设立公司过程中违反这一职责所要承担的责任。司法解释中规定，公司设立过程

中，发起人因故意或者重大过失怠于执行职责而给第三人造成损害的，应对第三人承担赔偿责任。

倾向性意见则认为，发起人在设立公司过程中给第三人造成损害的，是为了设立公司付出的代价，应该比照民法通则中职务行为的原则进行处理：发起人履行职责给第三人造成损失的，由成立后的公司承担责任，公司赔偿后可以向有过错的责任人追偿，但有故意或者存在重大过失的发起人要对第三人承担连带赔偿责任；如果公司设立不能则由发起人承担责任。但有代表提出，发起人筹备公司，只对公司负责，与第三人之间只产生债权债务的关系，不产生职责的关系。

公司设立失败，对已发生的设立费用或对他人侵权产生的民事责任承担问题，司法实践中也存有争议。目前司法解释所持观点是：公司设立失败，如果是由于一方违约所导致，则由违约方承担设立行为所产生的债务和费用；如果是由于不可抗力或者其他客观原因所导致，则应由各出资人承担设立行为所产生的费用和债务。但是不得对抗第三人。

多数代表同意司法解释的观点，认为公司设立失败后对设立阶段产生的债务和费用的分担属于发起人内部民事责任分配问题。公司法要求设立公司，发起人必须签订发起协议，当公司设立失败时，发起协议中有约定的按照约定承担责任；没有约定的，根据导致公司设立失败的原因，由违反发起人协议有过错的一方承担责任。但这种责任不是合同责任，不适用合同法。

#### （四）公司设立瑕疵

设立瑕疵，是指公司虽然在形式上已经成立，即依法经设立登记并获得营业执照，但实际上却存在着未能满足法定条件或者程序或者其他违反强制性法律要求的情形，或者发起人或者股东本身或者其他意思表示存在缺陷的情形。

综观各国对公司设立瑕疵的法律态度，主要有三种：一是瑕疵设立有效；二是瑕疵设立无效；三是瑕疵设立可行政撤销。英美国家一般认为即使公司设立存在着瑕疵，所设立的公司也是有效的，无论是公司股东还是公司债权人均不能以公司设立瑕疵为由而向法院提起诉讼，要求法院宣告公司设立行为无效。大陆法系各国一般认为，如果公司设立存在瑕疵，则公司的设立行为应属无效，公司的股东或者其他利害关系人可以提起无效诉讼。但一般国家的立法例中都规定有公司瑕疵补正制度，以弥补公司设立过程中的瑕疵之处，尽量维持公司法人格的存续。

我国公司法中并无确认公司设立无效或者公司设立瑕疵补正制度，但目

前司法解释中增加了这两项制度。公司已经登记成立，但是并不符合公司法规定的条件或者程序，当事人采取补正措施后，公司的法人资格不受影响。如果瑕疵严重到不可补正的程度，则公司设立无效，股东、董事或者监事可以在公司成立之日起2年内向公司住所地人民法院提起公司设立无效之诉：（1）违反法律法规的禁止性规定；（2）公司设立的目的违法或者违背社会公共利益；（3）公司章程缺乏公司法规定的法定记载事项（绝对必要记载事项）；（4）公司发起人或者股东不适格；（5）公司资本没有达到法定最低资本限额；（6）从事特定事业的公司未经主管部门批准。人民法院判决公司设立无效的，公司应当依法进行清算。公司设立无效的判决对第三人发生法律效力，但无溯及力。如果公司设立无效是由于某股东未出资到位而导致公司已缴资本未达到应缴资本，可以根据其他股东的同意，使公司继续存续。存在无效原因的股东视为退股，给公司造成损害的，应当承担连带赔偿责任。

与会代表均赞同建立公司设立瑕疵补正制度，以维持公司法人格存续。提出公司设立过程中没有满足公司法的条件和程序产生了公司设立过程中的瑕疵，司法解释应对瑕疵的种类进行细化分类，明确规定哪些瑕疵属于轻微瑕疵，可以补正，经补正后公司人格存续；哪些瑕疵属于重大瑕疵，不能补正，导致公司设立无效，权利人可以提起确认公司设立无效之诉。司法解释中还应明确公司设立存在瑕疵时，当事人采取补救措施前公司法人格是否存在及如果公司最终没有采取补救措施，公司的法人格是因此消灭还是继续存续，如不办理注销登记则公司法人格不消灭。

有代表担心企业设立属于行政许可范畴，确认公司资格的权力是行政权力，公司法司法解释无权认定公司法人资格是否有效。如有人认为公司不具备资格，应向行政机关就准许公司设立登记行为申请行政复议，如对复议结果不满意，提起行政诉讼，不能通过民事诉讼来解决。但多数代表认为，公司法司法解释中解决的不是公司在行政法中的主体资格的问题，而是解决的民事诉讼中的主体资格问题，决定公司是否能独立承担民事责任。此外，最高人民法院法复〔1994〕4号批复中规定了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达不到规定的数额，或者不具备企业法人其他条件的，应当认定其不具备法人资格，其民事责任由开办该企业的企业法人承担。根据法复〔1994〕4号批复的精神，虽然公司法中没有确认公司设立无效的制度，但是法院已经可以认定公司因设立瑕疵不具备法人资格，由行为人直接承担责任。

按照法律行为无效的原理，任何人都可以提出公司设立无效之诉，但司法解释中应当对起诉人进行适当的限制。民事法律行为有无效和可撤销之

分，因欺诈成立的民事行为可以申请撤销。多数代表赞同区分公司设立无效和公司设立可撤销两种处理方式，将欺诈作为撤销公司设立的事由之一。在因欺诈订立发起人协议，后又设立公司的情况下，发起人协议的撤销与公司设立行为的撤销可以分开。当事人可以选择以欺诈为由仅撤销发起人协议，但不申请撤销公司设立；也可以选择撤销发起人协议的同时请求认定公司设立无效或者撤销公司设立。

## 二、设立阶段公司章程

会议就此重点讨论了公司章程与公司设立协议的关系及公司章程的制订程序问题。关于章程与公司设立协议的关系，拟议中的司法解释所持有的观点是公司设立协议与公司章程条款的规定不相一致的，应当以公司章程为准确定发起人或者原始股东的权利义务。

与会代表大多同意这一处理原则，认为章程效力高于协议的效力。设立协议与公司章程都是发起人或者原始股东意思自治的表达，公司章程制订在后，如果两者内容不一致，应认为是股东或者发起人以新的意思表示更改了原来的意思表示。另有意见虽同意这一原则，但补充认为不能规定章程效力绝对高于协议的效力，应允许发起人明确约定以设立协议为依据确定发起人之间的权利义务关系，如果此种约定不违反法律法规的强制性规定，则此种约定对发起人具有约束力，但不能对抗善意第三人。反对意见则认为设立协议和公司章程是不同性质的法律文件，其内容、目的各不相同，如果两者内容不一致，应根据行为的时间段确定适用章程还是协议。如果是规范公司成立后的行为，应该以章程为准，如果规范公司设立阶段的行为，则应该以设立协议为准。

关于发起人制定章程的程序问题，现有司法解释认为，发起人设立公司，应以全体一致通过的方式制定公司章程。未经发起人全体一致通过订立的公司章程，发起人提起公司章程无效确认之诉的，人民法院应予支持。

代表担心这样处理可能会存在道德风险，法院判决确认公司章程无效，不影响公司的人格存在，但可能影响公司股东的利益，实践中，这种诉往往涉及重大利益之争。可以将允许发起人提起公司章程无效确认之诉改为提起章程撤销之诉。章程撤销之诉应有时间限制，从公司设立登记之日起一定时间内没有提出撤销之诉的，则丧失该权利。章程制订程序方面的瑕疵可以通过公司股东的追认行为而弥补，只要股东实际参与公司的经营管理，就视为同意该公司章程。法院认定章程的制订程序存在瑕疵，也可以根据实际情况，不撤销章程，而是责令公司在一定期限内补正。为保护交易相对方的利

益，应规定章程被确认无效或者被撤销后，不影响对善意第三人的效力。

### 三、出资方式效力认定

会议就此重点探讨了如下问题：

#### （一）以违法所得出资的效力认定

关于以违法所得出资，司法解释所持有的立场是：出资人以借贷等合法形式取得的现金出资的，不影响出资行为的效力。出资人以贩毒、走私、贪污、受贿、侵占、挪用等违法所得及其收益出资的，国家、被侵占单位或者其他受害人可以对于出资形成的股权及其收益同时主张权利。

代表普遍反对这种处理方式，认为出资行为的效力与出资财产的来源无关。司法解释应尽量保持公司人格的独立性和公司资本的完整性，只要犯罪行为不影响出资的真实性，就不影响股权本身的状态，以犯罪所得投资取得的股东资格依然能够确认，可以享有股东权利。以犯罪所得出资的情况下，确认股权的有效性并不影响追赃，只是追赃时不应直接从被投资的公司中抽走资金，而是应执行投资形成的股权，将股权变卖所得予以追缴或者没收。股权被执行后，股东发生变更的，公司应该及时变更章程和工商登记。对于受害人来说，犯罪行为侵害其财产利益的，不能直接判定以犯罪所得投资形成的股权属于受害人，而是应该通过拍卖、变卖股权等形式，将所得价款返还受害人。而在处置该股权时，还应注意保护有限责任公司中原有股东的优先购买权。

#### （二）以债权出资的效力认定

关于以债权出资的问题，现有司法解释的立场是股东以其对第三人享有的债权出资的，应当认定出资无效。但是，以依法可以转让的无记名公司债券出资的，或者用以出资的债权在一审庭审结束前已经实现的，应当认定出资有效。

与会代表认为，债权作为非货币资产的一种，其具有财产价值且能够转让，应该可以作为非货币出资。但目前中国诚信状况不理想，债权的真实性以及能否实现具有较大的不确定性。比较稳妥的做法是司法解释中不直接否定债权出资的效力，只从正面表述以债券和国库券等信用等级较高的债权出资有效，为将来的发展留有空间。另一种意见则认为，既然肯定债权是公司法中规定的可以出资的非货币财产，就不能限制出资的债权种类。如果担心债权的真实性及实现状况，可以参照国外立法例，在出资债权实现之前，以



该债权出资的股东暂不行使分红、表决等股东权利，直至债权实现。

还有代表建议，为了保证公司和债权人的利益，如果出资债权不能实现，属于出资不到位，应由该出资人承担补足出资的责任，公司设立时的其他出资人承担连带偿还责任。反对意见则认为，出资人以对他人的债权出资的，其出资额、出资是否真实、是否到位都应该根据出资当时的评估结果认定，与债权实现的结果无关。如果在评估当时债权超过诉讼时效期间或者债务人虚假、债务人丧失了偿还能力的，可以认定为出资不实；如果在评估时债权真实，即使其后债权不能实现也不能认定出资不实。

### （三）非货币财产出资评估

关于非货币财产出资评估问题，司法解释认为股东以非货币财产出资，未经法定机构（注册会计师事务所或者资产评估事务所）评估作价的，或者非货币财产出资的评估作价结果，未经股东会或者创立大会、股东大会确认的；出资方式无效。股东对公司和公司的债权人在出资瑕疵的范围内承担责任。

有代表提出，虽然工商登记要求所有非货币出资都必须由评估机构进行评估，但是这种要求在某些情况下给当事人造成了不合理的负担。应该规定数额较小、价值较低的非货币出资只要经发起人或原始股东同意即可认定其出资数额，不需要由评估机构进行评估。即使将来发现上述出资实际价额显著低于公司章程所定价额的，也可以根据出资瑕疵的规定由发起人或原始股东承担差额填补责任。但反对意见认为，我国目前信用评估体系不发达，对评估问题进行差异性规定条件不够成熟，而且也直接与现行的做法相冲突。

## 四、股东资格确认

股东资格确认问题是公司法律适用中的热点和难点问题之一。目前司法解释的立场是当事人依法取得有限责任公司股权后，请求公司签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程或者办理工商登记，公司拒绝或者怠于办理的，权利人起诉请求公司履行义务的，人民法院应予支持。公司依据股东名册向股东履行义务，实际出资人以其与他人约定由其出资而以他人名义享有股东权利，请求公司向其履行义务的，人民法院不予支持。但是，实际出资人、名义股东与公司有特别约定的除外。股东之间就股东资格发生争议的，应当根据股东名册的记载确定股东资格。但是，存在以下情形的可以认定实际出资人的股东资格：（1）当事人对股东资格有明确约定，并且其他股东对实际投资人的股东资格予以认可的；（2）根据公司章程的签署、

实际出资、出资证明书的持有或者股东权利的实际行使等事实可以对股东名册记载作出相反认定的；(3) 实际出资人持有出资证明书，且能证明是由于办理注册登记的人的过错致使错误登记或者漏登的。股东与公司之间就股东资格发生争议，应当根据公司章程、股东名册的记载作出认定。公司章程、股东名册没有记载但已实际出资并以股东身份行使股东权利的，应当认定其具有股东资格。股权转让人、受让人与公司之间因股东资格发生争议的，应当根据股东名册的变更登记认定股东资格。公司没有办理股东名册变更登记的，受让人已经实际参与公司经营管理，行使股东权利的，应当认定受让人具有股东资格，并责令公司将受让人记载于股东名册、公司章程并办理工商登记。股权转让合同约定办理工商登记或者股东名册变更登记手续后，股权才能转移的，没有办理工商或者股东名册变更登记手续之前，仍应认定转让人为公司股东。公司或者股东与第三人就股东权益发生争议的，应当根据工商登记的记载确定有关当事人的股东权益。股东之间约定公司全部出资由一名股东投入，其他股东不出资，也不享有股东权利的，公司内部的权利义务关系按股东之间的约定处理；公司对外债务应由出资人承担连带责任，其他挂名的股东在其认缴出资的范围内承担补充清偿责任。股权继承自被继承人死亡时开始。股东死亡后，除公司章程另有规定外，其合法继承人自然取得股东资格。

### (一) 股权取得的时间点

关于股东取得股权的时间点问题一直存在争议。有代表提出，因受让继受股权的，应从转让合同生效之时股权移转，取得股权后，要求变更股东名册、工商登记等是基于股权的准物权效力，而股权登记后取得相应的对抗效力。即股权转让合同生效之时，股权由出让股东移转至受让股东。当受让股东姓名或名称登记于股东名册，则其取得对公司的对抗效力，当工商登记变更之时，其取得对第三人的对抗效力。还有代表提出，无论原始出资、增资扩股或者继受股权的，股东都应该从股权登记完成之日取得股权。股权的移转不仅需要转让合同生效，还需要完成股权转让登记的事实。股权的移转是对股权转让合同的履行。最后形成的倾向性意见认为，股东身份确定的实质要求是向公司出资或者认购股份，而股东身份的形式要求则是股东姓名或者名称被记载于公司章程或者股东名册。有限公司中，股东取得股权在出资人取得股东资格的法律关系发生之后，以其姓名或者名称登记于股东名册为标志。

## （二）隐名出资的相关问题

如果名义股东的其他债权人申请执行该名义股东名下登记的股份，隐名股东有证据证明股权实际归属的，能否以此对抗申请执行人？也就是股权登记的效力能否对抗申请执行人的问题。这一问题争论激烈，一种意见认为，股权登记具有绝对的公信力，名义股东的申请执行人也属于善意第三人的保护范围，可以信赖工商登记。名义股东与隐名股东之间关于名实出资的协议约定等都不能对抗名义股东的申请执行人。另一种意见则认为，股权登记具有公信力，但是公信制度仅仅适用于权利人和围绕该股权与之发生交易的当事人之间的关系，这种关系可以称之为外部关系。而在登记记载的名义股东与对该股权提出异议的当事人之间就股权归属发生争议时，双方是就实质法律关系的存在及其内容发生了争议，争议双方的关系可以看成是内部关系。内部关系的典型代表就是名义股东与隐名股东之间的争议，此时登记只是证据之一，可以被其他证据所推翻。在内部关系中，不能适用登记的绝对对抗效力和公信原则。对于名义股东的申请执行人来说，其与名义股东之间的争议不是股权交易双方当事人之间发生的争议，而是在名义股东和申请执行人完成其他交易后，因名义股东不能履行债务，申请执行人为其他债权的实现而在股权登记是否发生错误、名义股东是否股权的真正权利人等问题上发生争议。对于这种争议，不能适用股权登记的善意第三人保护原则。法院应审查股权的实际权利权属，如果当事人能够举证证明名义股东确实不是股权的实际权利人的，可以对抗申请执行人对股权的执行申请。

有代表认为，允许实际出资人举证对抗名义股东的申请执行人将会破坏登记制度的公信力，而另一种意见认为，公司法第三十三条中规定未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。这里的第三人应该是指交易过程中的善意第三人，保护的利益是第三人对登记内容的信赖。从交易的角度理解，即对善意第三人的保护是在交易过程中，而申请执行不属于交易过程。如果是针对登记的股权进行的交易，在交易的时候必须要了解该股权登记权属，能推定交易相对方合理信赖该股权登记。但是在第三人明知股权登记虚假的情况下，其进行交易信赖的就不是登记内容本身，法律也就没有必要对其进行保护。同理，名义股东的债权人与名义股东进行其他交易，其交易时不一定知道该股权登记，其信赖的不是登记的内容。因此，法律也不必要对其进行保护。如果上述债权人能证明自己是因为信赖该股权登记状况才决定与名义股东进行交易的，法律同样保护其对登记内容的信赖。公信力是对信赖的保护，如果不存在信赖也就不适用公信力原则。同样，对于实际出资人来

说,虽然股权登记在名义股东名下,如果隐名股东的债权人因其他交易申请执行隐名股东的财产,只要其有证据证明该股权权属应归属于隐名股东,也可以将其作为隐名股东的财产予以执行。因此,不存在不利于债权人利益的保护等利益失衡的问题。

对于股东之间约定公司全部出资由一名股东投入,其他股东不出资,也不享有股东权利的,应避免当事人借此规避一人公司的有关规定。形成的倾向性意见为只要出资真实,形式上符合要求,应维持公司的独立人格。如果出资不到位,则股东应该承担出资不足的相应责任。其基本原则是可以按照一人公司的规定对其债务、出资等问题进行处理。

司法解释目前区分实质股东和挂名股东,对其责任承担上有所不同,有代表对此提出异议认为实质股东与挂名股东之间的关系应该与一般股东之间的关系相同,其责任都限制在出资范围内,发起人、原始股东之间承担出资不足的连带补充清偿责任。

### (三) 确认股东资格的证据

取得股权的证据可以分为源泉证据,即证明取得股权的基础法律关系的证据;推定证据,即股东名册等记载,凡是记载于股东名册上的推定为股东,享有股权,但是这种证据可以被相反证据所推翻;对抗证据,例如,工商登记。在工商登记中登记为股东的,可以对抗第三人。虽然司法实践中许多公司没有股东名册,但是有章程、分红等替代性证据,可以起到同样的证明作用。在股东与公司之间就股东资格发生争议时一定要注意基础证据的效力,如果章程与股东名册的记载发生冲突,应该以股东名册为准。股东名册作为证据具有推定效力,可以被相反证据所推翻,章程就是可以作为推翻股东名册记载的证据之一。

有代表提出,其实股东资格确认问题可以简化规定为股东名册是确认股东资格的唯一文件,凡是股东的姓名或者名称记载于公司股东名册上的即为股东。但是股东名册作为证据其效力是推定的,可以以相反证据予以推翻。如果当事人之间另有约定或者有证据证明其实际行使股东权利的,即使其姓名或名称没有记载于股东名册上,也可以认定其股东资格。人民法院应当根据公司的股东名册认定股东身份,公司没有股东名册,或对股东名册记载有异议的,法院应根据公司章程、出资证明书等证据,依法予以认定。

### (四) 股权继承问题

关于因继承取得股权的问题,司法解释中持有的立场是股权继承自被继