

2009年第5辑 (总第49辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

本辑要目

【焦点笔谈】·外商投资与外资审批的理论与实务·

刘贵祥 / 外商投资若干前沿问题之探讨

叶林 / 论扬弃“三资企业法”

——兼论三资企业法并入公司法

孔玲 叶军 / 内外资企业法律适用协调若干问题研究

王锴 / 行政法视野下的中外合资经营企业登记制度

付荣 麻锦亮 / 解释学视野下的外资审批制度

【判例评析】

王利明 / 商铺业主的专有权及其行使

【公报案例评析】

蒋文军 / 论抵押财产转让的法律规定及其适用

——基于一起公报判例展开的思考

【调查与研究】

何波 / 公司纠纷案件审理的动向及思考

——北京市高级人民法院民二庭关于公司类纠纷案件的调研报告

人民法院出版社

2009年第5辑(总第49辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2009年. 第5辑:总第49辑/王利明主编.
北京:人民法院出版社,2009.12
ISBN 978-7-5109-0029-7

I. 判… II. 王… III. ①判例-研究-中国-丛刊②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. D920.5-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第231074号

判解研究

2009年第5辑(总第49辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专

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 邮编:100745

电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550516(出版部)
67550558(发行部)

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

E-mail 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 209千字

印 张 12

版 次 2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0029-7

定 价 28.00元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇〇年

七月一日

《判解研究》编辑委员会

主 任：王利明 副 主 任：杨立新

委 员：（以姓氏笔画为序）

龙翼飞 刘春田 刘德权 江 伟 杜万华 宋晓明

吴汉东 俞灵雨 姚 辉 郭明瑞 董安生

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 麻锦亮 周云涛 段 睿 梁展欣 吴秋余

电 话：（010）67550626 62514868 传 真：（010）67550586 62514868

目 录

焦点笔谈

外商投资与外资审批的理论与实务

外商投资若干前沿问题之探讨

..... 刘贵祥 2

论扬弃“三资企业法”

——兼论三资企业法并入公司法

..... 叶 林 27

内外资企业法律适用协调若干问题研究

..... 孔 玲 叶 军 46

行政法视野下的中外合资经营企业登记制度

..... 王 锴 64

解释学视野下的外资审批制度

..... 付 荣 麻锦亮 81

判例评析

商铺业主的专有权及其行使 王利明 98

上市公司股改争议纠纷案之评析与启示 辛焕平 107

公报案例评析

论抵押财产转让的法律规定及其适用

——基于一起公报判例展开的思考

..... 蒋文军 115

法学专论

论无因管理之请求权体系 张丽娜 132

调查与研究

公司纠纷案件审理的动向及思考

——北京市高级人民法院民二庭关于公司类纠纷
案件的调研报告

..... 何波 148

海外判例选介

企业重整与大量侵权问题之研究

——从1986年美国 Johns - Manville 的重整决定谈起

..... 邱智鹏 166

“利”字何解？

——德国法上不当得利典型案例分析 孟子扬 179

编辑后语..... 188

外商投资与外资审批的理论实务

刘贵祥 叶林 孔玲 叶军 王锴 付荣 麻锦亮

【编者按】近年来，外商投资企业纠纷的类型日益增多，诸如外商投资企业的设立与解散、股权确认、股权转让、股权质押、股东盈余分配等纠纷在涉外商事纠纷中所占比例越来越大。由于外商投资企业在设立、经营、变更、终止等环节均需行政主管部门审批，行政行为与民事行为交织在一起，使外商投资企业纠纷复杂化，审理难度加大。尤其是行政审批对民事合同效力的影响成为审理该类纠纷的瓶颈，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。尽管最高人民法院试图通过会议纪要等形式统一有关裁判尺度，但拘囿于立法的滞后，在法理及实务操作上未能寻找到合理且有效的突破点，实施效果不甚理想。外商投资企业纠纷在司法实践中面临之困境表现为合同效力、纠纷解决机制以及股权确认等方面，而究其根本，则在于如何理解外资审批的性质、范围及效力等问题。有鉴于此，最高人民法院拟出台司法解释，对司法实践中常见的、疑难的因外资审批而生发的纠纷进行规制，但这远非问题的终结，毋宁是问题的开始。本次焦点笔谈针对外资审批所涉问题，既有理论的探讨，也有实务的研究；既有民法学的视野，也有行政法的维度，希望通过此次探讨，对司法实践以及理论研究均有所裨益。

外商投资若干前沿问题之探讨

刘贵祥*

一、外资审批制度对审理外商投资企业纠纷之重大影响

(一) 我国外资审批之现状

我国外资审批包括设立外商投资企业的审批和外商投资企业成立后的变更审批两种类型，其中设立审批又包括立项审批与合同、章程、协议书等（以下简称合同）审批。立项审批涉及外资准入问题，主要由国家或地方发改委进行审批。立项审批后，商务部门还需要对设立外商投资企业的协议、章程、协议书等进行审批，在收到批准证书后的法定期限内，还需要向工商行政管理部门申请登记、领取营业执照，向税务部门办理税务登记。

有关立项审批涉及的外资准入政策的规定主要见于2002年2月国务院正式发布的《指导外商投资方向规定》以及与之相配套的《外商投资产业指导目录》、《中西部地区外商投资优势产业目录》。《外商投资产业指导目录》在2002年公布后，2004年、2007年又进行了修改。立项审批部门主要是国家或地方发改委，但涉及特殊行业管制的，还需要由特定的行业主管部门进行审批。为了进一步完善社会主义市场经济体制的需要，国务院于2004年7月颁布了《关于投资体制改革的决定》。在此基础上，国家发改委于2004年10月发布《外商投资项目核准暂行管理办法》，详细规定了外国投资者来华投资的核准程序、核准条件、核准机关等事项，其中的核准机关明确为国家或地方各级发改委。这次改革意味着作为外资准入第一步的立项审批程序被核准程序替代，并明确核准是外资准入的必经程序。

设立审批还包括合同审批。根据原外经贸部1991年颁布的《外商投资企业合同、章程的审批原则和审查要点》，合同审批的审查要点包括合同的

* 最高人民法院民四庭庭长。

法律有效性、内容是否有遗漏、用词是否严谨规范等十四项内容，几乎涉及了所有可能的合同条款。实践中，也未见对审批权限进行限制的规定。2008年8月，商务部出台《关于进一步简化和规范外商投资行政许可的通知》，对企业名称、投资者名称、经营地址、董事会人数、符合法律规定的经营期限等事项归为非实质性事项，其变更授权当地商务主管部门审批，仅须报商务部备案即可；而涉及投资性公司、涉专项规定、特定产业政策和宏观调控行业的项目则属于实质性事项，仍归商务部审批。

至于外商投资企业变更审批的报批范围，外商投资企业法及其对应的实施细则或条例均认为仅限于“重大事项”的变更，但具体表述并不一致。《中外合作经营企业法实施细则》仅抽象的规定“重大变更”应经审批，^①至于何为“重大变更”，未作列举式的规定。《外资企业法实施细则（修正）》则将“重大变动”限于“外资企业的分立、合并或者由于其他原因导致资本发生的重大变动”^②，《中外合资经营企业法实施条例》则更进一步，将其限于“投资总额和生产经营规模的减少”、“注册资本的增加、减少”等情形。^③原对外经贸部、工商总局于1997年颁布的《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》（以下简称“股权变更规定”）第2条将导致或可能导致外商投资企业股权变更的几乎所有情形，包括设立股权转让、股权质押、继承等均纳入审批范围之内。根据《关于保留部分非行政许可审批项目的通知》（国办发〔2004〕62号），“外国、港澳台地区企业与中外合资经营企业签订的承包经营合同”作为保留下来的非行政许可项目，仍应报经审批。

总体来看，我国的外资审批制度具有以下一些特点：一是审批的复合性，表现为在审批机关的设置上，既有横向权限的划分，也有纵向的划分。

① 《中外合作经营企业法实施细则》第11条：“合作企业协议、合同、章程自审查批准机关颁发批准证书之日起生效。在合作期限内，合作企业协议、合同、章程有重大变更的，须经审查批准机关批准。”

② 《外资企业法实施细则（修正）》第17条：“外资企业的分立、合并或者由于其他原因导致资本发生重大变动，须经审批机关批准，并应当聘请中国的注册会计师验证和出具验资报告；经审批机关批准后，向工商行政管理机关办理变更登记手续。”

③ 《中外合资经营企业法实施条例》第19条：“合营企业在合营期内不得减少其注册资本。因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少的，须经审批机构批准。”第21条：“合营企业注册资本的增加、减少，应当由董事会会议通过，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。”

焦点笔谈

横向权限的划分表现在：立项审批主要由发改委以及特定的行业主管部门来审批，而合同审批以及变更审批则由商务部门来行使。纵向分权权限的划分表现为，在确定了由哪一部门负责审批后，该审批机关可以将审批权限委托或下放给地方，地方审批机构又可以在自己的权限范围内再次下放审批权。二是审批的逐次性、概括性。所谓逐次性是指，在立项审批上，任何外资项目，不论投资额大小，不论投向哪个行业，都必须经过审批机关的审查，获得批准后方能成为合法投资。所谓概括性是指，在审批事项上，并无明确的具体的审查范围，实践中，任何外资事项均在审批范围之内，当事人对于审批行为难以有合理的预期。三是规范的低位阶性、多头性以及滞后性。在规范形态上，法律法规的规定较为抽象，实践中据以操作的往往是审批部门尤其是商务部门制定的规章，其位阶较低。审批部门的规章固然细化了审批制度，使之更具可操作性，但其往往是“头痛医头脚痛医脚”，欠缺体系性、前瞻性的考量。而且很多法律法规、规章制定时间较早，在我国已经加入WTO，合同法、行政许可法、公司法、物权法等法律相继出台的情况下，很多既有的规范与这些基本法并不相符，但并未得到及时的清理与修改，仍在实践中适用，导致了很多矛盾。

从整体上看，外资审批制度的运作效果是良好的，但也存在着不少问题。外资审批的主要功能在于维护宏观的产业政策以及经济秩序与安全，即限制外资进行关系国计民生以及设计国家经济安全的行业，引导外资进入我国所欲进入的行业。但实践中，随着审批权越来越下放到地方，加之审批事项的微观性、规范的低位阶性，很难说外资审批起到了其应有的宏观控制的功能。不惟如是，随着我国社会主义市场经济体制的日渐完善，外资审批对具体民事行为的限制越来越显示其不适应性，使司法实践面临困境。

（二）外资审批使司法实践面临之困境

外资审批使司法实践面临之困境表现在以下几个方面：

一是在合同效力问题上。以股权转让为例，《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第3条：“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。”《中外合资经营企业法实施条例》第20条第4款也规定，未经审批的股权转让行为无效。于是，问题接踵而至：既然合同无效，当事人并不负有报批义务，从而导致实践中当事人怠于履行报批义务。负有报批义务的当事人完全可以待价而沽，视行情而作出是否报批的决定：觉得报批对自己有利的，就去报批；反之，则不去报批。对此种情形，法律似乎

只能徒呼奈何！就其结果而言，现行的法律规定使得不诚信的当事人因其不诚信行为而获得了利益，不符合法律精神。此外，根据现行外资审批制度，合同的所有细节均须报批。实践中，主合同已报批，但事后当事人又就某些细节问题达成了补充协议的，该补充协议是否也在报批之列？如认为应报批，则公权力对当事人行为自由的干预甚巨，客观上导致了当事人会采取其他方式规避报批，实践中出现的“黑白合同”即为其适例。如认为无须报批，则报批的范围如何确定？又会产生新的问题。

二是在纠纷解决机制上，当未在外商投资企业批准证书上记载的涉外股权的实际受让人请求人民法院确认其股东地位和股权份额时，因为事涉审批，根据《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第87条的规定，人民法院应当告知其通过行政程序解决，如其坚持提起民事诉讼的，应当判决驳回其诉讼请求。但当当事人试图通过行政程序解决时，发现其同样无从获得救济。因为当其要求行政机关进行审批时，根据《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》的相关规定，申请变更股权的，企业至少应向审批机关报送诸如企业董事会关于投资者股权变更的决议、转让方与受让方签订的并经其他投资者签字或以其他书面方式认可的股权转让协议等文件。发生纠纷大多意味着转让人、企业乃至其他股东不予积极配合，单凭受让人自身的努力根本无法完成报批手续，因而连审批机关的形式审批都难以通过，更不用说获得最后的审批了。既然不能获得审批的原因在于当事人不报批而非审批机关不审批，则错在当事人本身而非审批机关，因而也难以对其提起行政复议或行政诉讼。可见，《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》在尊重行政权的同时，客观上造成了部门之间的推诿，不利于当事人合法权益的保护。

三是在股权确认问题上。根据《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第87条的规定，批准证书的记载具有确权的功能，但在某些案件中，具名股东根本未参与公司的经营，甚至都没有出资，仅是挂个名，而隐名投资人既进行了出资，又实际参与了经营，此时，如不允许其进行确权，难谓公允。相同的情形，如认为批准具有确定力，则经审批的外资审批合同如存在无效或可撤销情形时，是应通过行政程序解决还是在民事程序解决？

实践中，因审批而导致的纠纷远不止外资股权转让、隐名投资等情形，还包括因继承、承包、设定质押等导致的纠纷。此类纠纷之所以困扰着司法实践，究其根本其症结均在于绕不过又说不清的行政审批。

(三) 外资审批对合同效力之影响

外资审批对合同效力的影响表现在两个方面：一是未报批的合同效力如何；二是已报批的合同效力如何。

先来看未报批的合同效力问题。在早期的合同效力二分法下，应报批而未报批的合同无效。但合同无效显然既不合于法理，也不利于当事人合法权益的保护。因此，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《合同法解释（一）》）改变了此种做法，认为其属于未生效合同。《合同法解释（一）》第9条第1款规定：“依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定的合同应当办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效。”《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》对此也予以了确认，“纪要”第88条明确规定，外商投资企业的股权转让合同、承包经营合同未经审批的，应认定合同未生效。至此，未经审批的合同为未生效合同已经获得了一致认同。

考察未报批合同的效力，一个不可避免的问题是：报批范围如何确定。我国外资法律法规对于立项审批以及合同、协议、章程的审批并未规定审批的范围，仅在变更审批中规定仅“重大变更”应报经审批。实践中，主合同报批后，当事人又签订补充协议，该补充协议是否仍须报批？我们认为，关键要看该补充协议是否构成对合同、协议及章程的实质变更或重大变更：如果构成实质变更或重大变更的，应报经审批；否则，无须报批。但在如何确定实质变更或重大变更问题上，存在不同观点，我们认为，应从审批目的而非合同本身的角度来考察某一事项是否属于实质变更。具体范围的确定，仍有待于进一步探讨。据从商务部了解，其也在着手拟订新的规章，以适应社会经济的发展。

二是关于已报批合同的效力问题。未报批合同固然不生效力，但经审批的合同却并不一定有效。因为行政审批作为合同的特别生效要件，与一般生效要件之间属于并列而非包含关系。也就是说，审批机关仅对在其审查范围内的事项进行审查，并不对合同的所有生效要件，如意思表示是否存在瑕疵等进行审查。如认为审批是对所有影响合同效力的因素进行审批，则无异于将合同的所有其他生效要件化约为一个要件审批，这既不可能，也不符合实际。因此，如果经审批的合同存在合同法规定的其他导致合同无效的情形的，人民法院可以迳行认定合同无效；如果存在可撤销的情形的，撤销权人

也可以行使撤销权，而无须另行提起行政诉讼。如，甲以欺诈的手段骗取乙的信任，双方签订了合同，在报经审批机关批准后，乙事后发现甲存在欺诈行为，以此为由向法院提起诉讼请求撤销合同的，人民法院应予支持。

二、关于侵害外商投资企业股东权益纠纷问题

实践中，侵害股东权益大体可以区分为两类：一是以欺诈手段使实际投资人丧失股东资格或不能取得合法的股东地位；二是侵犯股东的知情权、盈余分配权、表决权等股东权益。因后者与内资公司侵犯股东权益纠纷无实质区别，此处不作赘述。就前者而言，亦存在两种情形。

（一）实际投资人因受欺诈而未能取得股东资格

在此种情形中，一方利用其履行报批手续的便利，向外商投资企业提交伪造的合同及其他材料并获得了批准，使第三人获得了外商投资企业的股权，而本应获得股权的另一方却未能获得。例如，甲公司与乙公司签订中外合资经营合同后，由甲公司负责办理报批及登记手续，但甲公司将与自己有关联关系的丙公司报批并登记为合资一方，乙公司知悉后向法院起诉请求确认其股东资格。此时，甲、乙公司间的合同本身并不存在因欺诈而可撤销的问题，而是甲公司在履行合同过程中实施了欺诈行为，导致乙公司遭受了损失，构成侵权。此时，乙公司既可根据侵权责任，请求侵权方（甲公司）承担因欺诈行为所致的损失；也可以请求违约方（甲公司）承担违约责任，包括解除合同，返还转让款并损害赔偿，二者构成责任竞合，受害人可择一行使。

问题是，本案中乙公司是否可直接向法院请求确认其本应具有股东地位？法院在审理该案件时存在两种分歧意见：一种意见认为，外资审批机关的批准证书上从未记载作为实际投资人的乙公司的股东身份，工商管理部门亦未将其登记为股东。在审批机关的批准证书上没有记载乙公司为合资一方的情况下，乙公司不能据以确权，因此法院应驳回其诉讼请求。另一种意见则认为，在甲公司侵犯乙公司的权益的事实可以认定的情况下，应确认乙公司之股东资格。笔者认为，以上两种意见均有偏颇之处。如果简单地驳回乙公司的诉讼请求，其合法权益如何得到保护？如果认为乙公司唯一的救济途径只能是要求甲公司归还投资款及赔偿损失，这对无过错的乙公司的保护是不力的，尤其是在甲公司无清偿能力的情况下，将使乙公司承受本不应该承受的风险。因此，应允许乙公司享有更多的救济途径。如乙公司选择确认股东资格的，因外商投资企业股东资格的取得需外资审批机关审批，法院可确

认甲公司构成侵权或违约，判令其在确定的期限内办理审批手续。如果甲公司怠于或不履行该义务，则由乙公司凭判决书及有关出资证明办理审批手续。当然，审批机关审查的结果，可能是予以批准，亦可能不予批准。在审批机关不予批准的情况下，乙公司可退而求其次，另行起诉请求甲公司退还投资款、赔偿损失。这样既拓宽了对乙公司的救济途径，又能够与行政审批相衔接。

需要指出的是，在常态情况下股东的变更需有董事会的决议、章程修改文本、修改后的合资合同等文件资料，但在股权纠纷出现时，这些文件资料是不可能签署的，审批机关应当区别常态情形下的审批文件资料要求，将法院判决作为审查审批事项的依据，而不应以报批的文件资料不齐全为由驳回报批。这一点，需要审批机关与法院取得共识。事实上，正是因为目前行政审批未能把发生股权纠纷情形的审批与常态情形的审批在报批资料文件要求上区别对待，使受害方关于确认股东资格的诉讼往往不能获得成功。受害方的股东资格之所以没有经过审批，是由于一方的故意违约或侵权造成的，而该当事人反而在诉讼中以未经行政审批进行抗辩，成为其对抗受害方诉讼请求，逃避民事责任的利器。长此以往，不仅使受害当事人对法院裁判的公平性产生怀疑，而且还会助长外商投资领域的不诚信之风，危及外资管理秩序，与外资立法目的相悖。因此，关于驳回受害方诉讼请求的观点是不可取的。当然，关于法院直接判决确认受害方股东资格的意见亦存弊端。从外资管理的角度而言，受害方是否符合法律法规规定的取得股东资格的条件，是否符合我国的产业政策等，毕竟是行政主管部门应审查的事项，法院迳行判决有越俎代庖、僭越行政权之嫌。

(二) 已取得股东资格的实际投资人因受欺诈而丧失股东资格

在第二种情形中，外商投资企业的合同一方本已在批准证书上被记载为股东，合法取得股东资格，但由于另一方采取欺诈手段骗取审批机关的变更审批，使其股东资格得而复失。例如，A公司与B公司系甲合资公司之股东，A公司利用其管理经营公司之便利，并伪造董事会决议等文件，向审批机关报批，将B公司之股权变更到C公司名下，B公司提起诉讼请求确认其是甲合资公司之股东。在处理该案时，某裁判认为，C公司的股东资格是基于外资审批机关的审批而获得，而外资企业审批行为属于实质性的行政行为，是我国法律赋予有关行政主管部门的特有权力，不能通过民事诉讼程序变更，应通过行政复议或行政诉讼解决。毫无疑问，本案A公司严重侵害了B公司的股东权益，B公司的确权诉讼请求中暗含着一个侵权之诉，法院

应对 A 公司是否构成侵权进行认定,并在此基础上作出是否支持其请求的判定。既然系民事纠纷,又有明确的诉讼请求与被告,符合民事诉讼法第 108 条之规定,除非基于特殊的社会效果考量,不予受理或驳回起诉均是不甚妥当的。而通过行政程序或行政诉讼程序解决, B 公司败诉无疑。因为行政机关对当事人报批的文件资料的真实性是不应当负审查责任的。何况,行政复议程序或行政诉讼程序的期限制度亦极有可能使其丧失救济机会。

不可否认,对任何事物的认识有当时认知程度的局限性,亦有其时代的合理性。分析这一案件之目的无非是对一决断在现有的认知水平下进行反思,寻求解决类似问题的更合理方案。笔者认为,在本案侵权事实可以确认的情况下,应当直接判决 B 公司系甲公司股东,具有股东资格。而无需像第一种情形那样判令侵权股东履行办理报批手续义务。法院在执行时,只需向行政审批、登记机关发协助执行通知书,通知其变更批准证书及进行变更登记即可。理由在于, B 公司的股东资格曾经过了行政审批机关之审查批准,无非是恢复其原来状态而已,断无侵犯外资行政管理秩序僭越行政管理权之虞。

三、关于隐名股东确权纠纷

(一) 隐名股东确权之诉

隐名股东是指实际认缴公司资本但不具备股东身份形式要件的出资人。与之相对应,隐名股东必然伴生显名股东(又称挂名股东、名义股东、借名股东),即未认缴公司资本却具备股东身份形式要件的人。即使我国内资公司的隐名股东确权纠纷亦是一个比较棘手的问题,学界及司法实务中多有争议。司法实务界最早的裁判标准是“谁投资、谁受益”的原则,认为出资是获取股东资格最核心的法律方式。后又一度以工商登记内容决定股东身份。随着公司审判实践的发展,又出现综合标准论,^①还有不少法院又倾向于根据不同种类的法律关系适用不同的规则,即区分争议的法律关系是属于个人法的法律关系还是团体法上的法律关系,仅涉及公司内部关系的根据当

^① 综合标准论将股东资格认定标准总结为:(1) 签署公司章程并在公司章程中记载为股东具有决定性的意义;(2) 股东名册记载为股东具有推定力;(3) 工商登记文件中记载为股东具有相对优先的效力;(4) 实际出资不是决定性条件;(5) 出资证明是初步证明。参见吴庆宝主编:《商事裁判标准规范》,人民法院出版社 2006 年版,第 173 页。

焦点笔谈

事人之间的约定探究其真实意思表示；涉及公司外部关系的则按公示（如工商登记）的内容认定股东资格。^①目前多数观点认为，在公司其他股东均明知隐名股东系实际出资人，或虽事前不知道但事后同意隐名股东取得股东资格的情况下，隐名股东关于确认其股东资格的诉讼请求应予支持。

在外资企业领域（包括内资公司实际由境外投资者隐名出资的情形），因股东资格需经行政审批，使隐名股东资格确认问题显得更加复杂。一种观点认为，隐名出资所涉及的当事人都是明知存在外资企业审批制度而希望通过隐名方式予以规避的，行政审批机关基于维护外资管理秩序的考量，不应通过民事诉讼途径将其合法化，因此，不应同意隐名投资者的确权请求。审判实务中亦鲜有持支持态度者。认为隐名投资均规避了外资的行政审批，法院如支持隐名股东取得合法股东地位的请求，所形成的司法导向将危及外资审批制度，影响外资管理秩序。

笔者认为，尽管隐名投资可能存在规避法律或违反社会公共利益的情形，如有的内资为享受减免税待遇而假冒外资，有的规避我国对特定行业的准入限制或禁止。但并不能依此就认为隐名投资行为一定存在规避法律或违反公共利益的情形。事实上，外资企业的实际出资人之所以隐名可能基于不同的动机和目的，如有的碍于外资审批程序的冗长繁杂，有的是与另一方缺乏人合基础，有的则是不便显名，诸此等等，并不一定都存在不良动机或违法目的。在后述情形中，隐名股东之所以选择隐名，是其进行商业判断与考量后作出的自愿选择，亦即是其真实的意思表示，不同于规避法律的情形，亦与前述外商投资合同一方在履行合同中采取欺诈手段剥夺另一方股东资格之情形明显相区别。故而法院在裁判时应区别对待，对其确认股东资格的请求一般不应支持。问题是，在不予支持的情况下，法院是驳回起诉还是驳回诉讼请求？隐名股东提起股权确认之诉，应是符合民事诉讼法第108条有关起诉条件的规定的，驳回起诉的观点显然欠妥。法院应进行实体审理，以其股东资格未经行政审批，缺乏程序要件为由驳回其诉讼请求。在隐名股东利益与善意当事人利益发生冲突的情况下，驳回隐名股东的确权请求更具合理性。

但是，实践中面临的情况往往是复杂的，如果忽视个案的特殊性而沿袭

^① 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《法律适用》2002年第12期，第85页。北京市第一中级人民法院民四庭：《公司法审判实务与典型案例评析》，中国检察出版社2006年版，第32页。

上述思路，会陷入机械适用法律的泥潭。如，某法院曾受理这样一起诉讼：A公司系日本公司，中国法人B公司与其商定，由B公司全部实际出资，成立中日合资公司C公司，A公司享有名义上30%股权，但不实际享受股东权益，不参加公司经营管理。C公司成立并营运5年后经营状况良好，A公司向C公司提出利润分配未果，遂提起诉讼，请求C公司以合理价格购买其股权，B公司作为独立请求权第三人参加诉讼。对该案如果完全沿袭以行政机关批准书记载确认股东身份的做法，似应确认A公司系C公司股东，进而支持其关于由C公司以合理价格购买其30%的股权的请求。但这样处理的结果是，实际出资股东反而需另外向C公司支付一笔股权回购款，才能取得本是自己实际出资的股权，显然有失公平。事实上，隐名股东的权益与第三人的权益发生冲突时，当首先保护第三人之权益，但隐名股东与显名股东的关系应受他们之间的协议的约束。本案A公司与B公司约定A公司仅系名义股东，不实际享有股东权益，A公司提出分配利润或股份购买请求权本身就违反了双方的约定，法院断无支持之理。在隐名股东请求确认其股东资格情形，之所以不予支持是因不具备批准书记载及登记机构登记等形式要件，而显名股东请求行使股东权利，之所以不予支持则是因其与实际出资股东之间的约定。至于本案可能存在违反我国税收政策问题，则是税收行政管理部门应否给与行政处罚的问题，不应成为支持A公司请求的理由。何况，A公司亦系共谋者。

（二）委托投资协议之效力

隐名股东与显名股东往往通过口头或书面协议该约束相互关系，一般称为委托投资协议。如甲与乙订立委托投资协议，由乙代替甲进行投资，乙与丙、丁一起设立了外商投资企业A。此时，甲、乙之间系委托投资关系，乙与丙、丁之间系合作经营或合资经营关系，甲根据合同向乙主张权利，自无疑问。问题是甲是否可向丙、丁甚至外商投资企业A主张权利？在对隐名股东股权确认请求不支持的情况下，并不是不给以隐名股东任何救济，而救济的路径应是委托投资协议。

首先，有必要明确委托投资协议的效力。对此，存在无效说和有效说的分歧。无效说认为，我国外资立法仅规定了采取外商投资企业方式的外商投资，并未规定其他形态的外商投资方式，因此，其他形态的外商投资均应归于无效。况且如认为委托投资协议无须以审批作为特别生效要件，则意味着外资可以通过合同而非设立外商投资企业的方式进入我国，最终可能架空我国的外资管制制度。笔者认为，无效说并不妥当：一者，我国现有的外资立