

华诚律谈

二〇一九年上半年刊

华诚律谈编委会 编著



目录

知识产权

- 1、知识产权出资不当，投资人惹祸上身·····3
- 2、商标侵权诉讼攻与防·····6
- 3、知识产权运营之特许经营·····11

公司商事

- 1、认缴制下资本充实责任相关实务问题探讨·····14
- 2、一票否决权 | 小股东的自我保护方案·····18
- 3、被挂名法定代表人如何除名·····21
- 4、伪造股东签名转让股权，股权被侵夺的股东如何维权？·····25

破产与清算

- 1、借破产“金蝉脱壳”难逃法网·····30
- 2、破产清算程序中，管理人应如何处分财产·····34
- 3、公司解散纠纷诉讼实务·····36

知识产权篇

知识产权出资不当，投资人惹祸上身

作者：蒋力飞

知识产权作为重要的生产要素，已成为企业乃至一个经济体的核心竞争力。知识产权出资是知识产权利用方式的创新，对我国科技创新型企业尤其是中小企业发展起着关键作用，然而涉及知识产权出资的相关具体标准和程序一直缺乏相应法律依据，导致现实中因知识产权出资引发争议越来越多。

案情简介

2005年6月，A公司通过股权转让及增加注册资本取得B公司60%的股权，成为控股股东，认缴的新增注册资本为人民币5000万元。增资协议约定技术、专利等无形资产的使用权出资人民币4000万元，占注册资本比例的20%。经评估，两项专利价值为5370万元，评估报告自评估基准日起1年内有效。经验资，专利技术出资为人民币4000万元，A公司向工商部门作出书面承诺，承诺在2006年3月10日前补齐其专利出资认可的相关资料，但其并未在上述期限内到专利部门办理专利转让的相关审批手续。

2007年6月，C公司承揽了B公司的加工业务。2007年8月至2008年4月期间，B公司共欠C公司定作款人民币120万元。2008年6月，B公司停产停业，C公司尚有已生产的60余万元货物未能交付。于是，C公司起诉至法院，请求判令B公司支付所欠定作款120万元，并承担延期付款违约金、赔偿损失90余万元；同时，请求法院判令A公司在出资不实范围内对B公司的上述债务承担清偿责任。

A公司分别于2008年9月21日和28日才将约定出资的两项专利变更到B公司名下。

法院裁判

法院认为：C公司承揽B公司加工业务，系双方真实意思表示，构成承揽法律关系，未违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。B公司应支付所欠定作款并承担延期付款违约金、赔偿损失合计人民币180万余元。依照公司法第二十八条“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”的规定，以知识产权出资的股东，应当将出资的知识产权评估作价后，依法办理权属变更手续，向公司转让专有权利。A公司协议以专利使用权出资入股，但专利使用权只是专利权的一部分，与该法规定不符。同时，涉诉两项专利的评估价值是对专利权价值的评估，从办理工商登记资料显示，应认定A公司是以专利权出资。A公司未在专利行政主管部门办理专利权转让的相关审批登记手续，故A公司对B公司的出资不实，属于滥用公司股东权利、公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的行为，应在出资不实的范围内对B公司的债务承担连带清偿责任。

笔者评析

2005年修订的《公司法》，对股东出资方式进行了改变，《公司法》第27条第一款规定“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资”。

2013年12月《公司法》的再次修订，又取消了货币出资不得低于注册之本的百分之三十的规定，即理论上，知识产权出资份额可达注册资本的百分之百。

然而《公司法》对于可作为出资的知识产权没有做具体规范和限制，结合司法实践，可作为出资的知识产权种类一般包括：著作权、专利权、商标权、受保护的商业秘密权、非物质文化遗产权。从知识产权权利的形态来看，知识产权的所有权以及使用权可以作为出资。

《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十六条规定“当事人以技术成果向企业出资但未明确约定权属，接受出资的企业主张该技术成果归其享有的，人民法院一般应当予以支持，但是该技术成果价值与该技术成果所占出资额比例明显不合理损害出资人利益的除外”。从该规定看出，司法审判实践中法院认可知识产权使用权作为出资的一种方式。

案例中，增资协议约定A公司以知识产权使用权出资是符合《公司法》关于知识产权出资要件的规定，但为什么法院最终未认定A公司以知识产权使用权出资的行为呢？

笔者认为，从本质上看，专利使用权的价值体现在一定期限的许可使用费。对知识产权使用权出资效果的法律评价，不仅仅看被出资公司是否在一定时期内合法使用作为出资的知识产权，同时被出资公司与知识产权所有权人是否签署“知识产权使用权许可协议”、是否向相关部门进行知识产权许可使用的备案、是否以知识产权使用许可协议作为出资评估作价对象等事实，上述事实均是衡量知识产权出资行为是否完成的评判标准。然而在增资协议中，B公司与A公司并没有就“专利使用许可协议”的签署、专利使用许可的方式、许可使用费等进行约定，事后也没有签订专利使用许可协议，更为关键的是，在委托评估机构对专利出资进行作价评估时，也没有提示评估机构以“专利使用权”价值作为作价评估的对象。基于以上种种原因，法院没有采纳A公司关于“对B公司知识产权使用权出资已到位”的辩解。可见，以知识产权作为出资方式时，依法及时进行知识产权权属的变更登记对于出资人来讲至关重要，这也是知识产权出资中极易发生风险的环节。

除此之外，以知识产权出资的出资人可能面临的另一大风险是知识产权出资后知识产权价值大幅贬损的情形。依据《公司法》第三十条和第九十三条之规定，公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定的价额，应由交付该出资的股东或者发起人补足其差额，其他发起人承担连带责任。可见，作为非货币财产的知识产权出资股东可能会因所出资的知识产权的价值贬损而陷入补足差额的风险。需要指出的是法律对非货币出资股东承担补足责任的期限没有明确限制。

结合当前司法实践，我国目前对知识产权出资股东责任采取的是无过错责任原则，也就是说一旦发生出资后知识产权价值贬损现象，该出资股东将承担无期限限制的补足责任。这将不利于知识产权转化为现实生产力，阻碍科学技术的迅速发展。

本案中，A公司评估报告有效期为自评估基准日起1年，A公司办理专利所有权的更名手续时已超过评估报告有效期内。在这种情况下，知识产权价值产生的贬损，A公司存在过错，因此A公司应在其出资不实的范围内承担连带责任。

知识产权虽然属于法定出资方式的一种，但并不是每一个公司都适合知识产权出资，公司发起人或股东应当结合公司自身经营特点进行选择。

一、知识产权存在诸多不确定的特性可能会影响公司经营发展。

(一) 知识产权出资后，一旦因出资主体不适格、出资标的物不适格、权利存在瑕疵或者价值被高估等情形，就可能使公司面临营运资本不足或者将公司拖入纠纷或诉讼中，直接影响到公司可持续经营能力，甚至将公司其拖垮，对创新型科技公司来讲尤其如此。

(二) 如果出资人以知识产权使用权出资后向第三人转让该知识产权，可能发生权利受让人在公司的知识产权使用权到期后提高权利展期标准或者发生权利受让人自己使用该项知识产权的情形，从而导致公司资本和运营成本处于不稳定状态。

(三) 由于知识产权保护期有时间限制，公司在接受知识产权出资时，如果不考虑知识产权有效期届满后，要如何填补可能缺失的公司资本，也会使公司可持续经营能力减弱。

二、知识产权占公司注册资本比例过高，造成公司经营资金短缺。

2013年修订的《公司法》取消了公司注册资本货币必须占百分之三十的限制，理论上存在公司全部注册资本都是非货币财产的可能。

笔者认为，知识产权资本虽然是公司资本的重要组成部分，但其只有与其他资产（特别是货币资产）合理配置才能发挥最佳效能。因此，公司发起人或股东决定接受知识产权出资时，应当从行业发展状况和公司经营特点等考虑知识产权出资所占资本的比例，否则将导致公司资本配置失衡，造成公司经营成本的增加。譬如，如果公司只以知识产权和货币两种出资方式设立，一旦知识产权出资所占比重过大，将无法满足公司经营中的现金需求，公司将不得不通过短期借贷或者其他方式融资，产生不必要的额外利息支出。

从上述分析能够看出，相比较其他出资方式，知识产权出资所隐含的风险可能更多也更为复杂，具体表现为：

(一) 所出资知识产权权利本身归属有争议，可能会被撤销或宣告无效。例如专利权、商标权被第三人提出权利要求，直接导致该知识产权出资无效。

(二) 所出资知识产权未取得权利使用国的保护。例如外国出资人以在国外取得的知识产权出资，而未向我国申请知识产权保护，那么，该项知识产权将有可能不在我国有关法律保护之列。

(三) 所出资知识产权不合法。譬如出资人没有取得商标注册证、专利证书、计算机软件著作权登记证书，或者作为权利受让人的出资人不能提供经有关机构核准的权利转让合同原件；个人以职务技术成果作为非职务技术成果出资；或未经共有人同意以共有知识产权出资等等。

(四) 以计算机软件、工程设计图等著作权作为出资，有可能因侵犯他人先权利等，让公司官司缠身。

(五) 作为出资的知识产权有效期即将届满或者有效期接近出资公司经营期，则会使公司面临难以维持注册资本的风险。

商标侵权诉讼攻与防

作者：汪华韵

编者按：即日起本订阅号将不定期更新华诚律师事务所公司商事专业委员会在线分享的内容整理。欢迎留言交流，共同探讨相关问题。

一、案件要素

商标侵权诉讼的核心法律条款是 2013 年修订的《商标法》第 57 条：

第五十七条有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

- (一) 未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；
- (二) 未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；
- (三) 销售侵犯注册商标专用权的商品的；
- (四) 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；
- (五) 未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；
- (六) 故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；
- (七) 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

其中，最常用的条款是第（一）、（二）、（三）项。从前三项的条款可以提炼出商标侵权行为的以下要素：

- 1、无过错。即有侵权行为即构成侵权，不需要主观过错；
- 2、未经商标注册人许可。不适用表见代理，只要没有得到商标权人的许可，即构成侵权；
- 3、侵权标识的使用。《商标法》第 48 条对商标使用行为作了规定：

第四十八条：本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。

- 4、侵权标识与权利商标相同或近似；
- 5、侵权产品或服务与权利产品或服务相同或类似；
- 6、混淆可能性。只有侵权标识与权利商标相同，且侵权产品或服务与权利产品或服务相同时，不需要再考虑混淆可能性。

二、商标权的权能

根据孔祥俊老师的著作，商标权具有两种基本权能，即专用权与排斥权。专用权的边界是固定的和清晰的，即在核定商品上的核准商标的权利（《商标法》第五十六条：注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。），核定商品完全根据商品分类表，而核准的商标也是固定的。排斥权是在相同或者类似商品上排斥他人注册和使用相同或者近似商标的权利，在相同商品上排斥相同商标也是固定的，关键是在类似商品上的排斥权以及对于近似商标的排斥权，无论类似商品的界定还是近似商标的认定，均有其不确定性。

由此可见，专用权和排斥权具有一定的“对称性”，但排斥权的范围又比专用权要广。以下就结合第一部分提到的要素，来分析商标侵权诉讼中的攻防策略。

三、商标侵权诉讼攻与防

以下将原告列为攻方，被告列为守方进行说明。

·首先，攻方要确认商标的权利状态，包括：

1、商标标识

《商标法》第八条：任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。

2、商标权人

(1) 共有商标权人（以商标证记载为准）

《商标法》第五条：两个以上的自然人、法人或者其他组织可以共同向商标局申请注册同一商标，共同享有和行使该商标专用权。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第七十二条：共有财产权受到他人侵害，部分共有人起诉的，其他共有权人为共同诉讼人。

(2) 被许可人

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条：商标法第五十三条规定的利害关系人，包括注册商标使用许可合同的被许可人、注册商标财产权利的合法继承人等。

在发生注册商标专用权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼；排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同起诉，也可以在商标注册人不起诉的情况下，自行提起诉讼；普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以提起诉讼。

3. 商标在有效期内（以商标证记载为准）

《商标法》第三十九条：注册商标的有效期为十年，自核准注册之日起计算。

第四十条：注册商标有效期满，需要继续使用的，商标注册人应当在期满前十二个月内按照规定办理续展手续；在此期间未能办理的，可以给予六个月的宽展期。每次续展注册的有效期为十年，自该商标上一届有效期满次日起计算。期满未办理续展手续的，注销其注册商标。

商标局应当对续展注册的商标予以公告。

相应地，被告可以从程序上抗辩，争取时间：

1、原告不是商标权人（原告可能没有提交相应的变更证，或者公司更名未及时办理变更）。

2、原告不是唯一的商标权人（共有商标的共有人应共同起诉）。

3、排他被许可人没有与商标权人共同起诉，也没有商标权人不起诉的文件。普通被许可人没有得到商标权人明确授权。

4、商标不在有效期内（原告可能没有提交最新的续展证，或续展证在办理中尚未取得）。

·解决程序问题后，就进入到实体问题，我们围绕第一部分的要素展开：

1. 无过错。

攻方：原告不需要对被告的过错举证。

守方：

(1) 在先使用抗辩。

《商标法》第五十九条第三款：商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用其商标，但可以要求其附加适当区别标识。

【守方的攻击】：主张原告侵犯其在先权利，对权利商标提起无效申请。

《商标法》第四十五条第一款：已经注册的商标，违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，自商标注册之日起五年内，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时间限制。

如果无效申请成功，攻方的商标权利自始无效。

(2) 合法来源抗辩。

虽然行为人的主观过错不是构成侵权的要件，但是如果被告证明自己没有过错，则只需停止侵权，不需赔偿。

《商标法》第六十四条：销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。

2. 未经商标注册人许可。

攻方：原告不需要证明消极事实。

守方：只有来自权利人的授权才能构成有效抗辩。对于被控侵权产品生产者，需要证明其商标使用行为得到授权。对于被控侵权产品销售者，则可以抗辩权利利用尽（如：平行进口，注册商标地域性，境外商标权人与境内商标权人一致或关联。但需要注意的是，在平行进口的商品上擅自添加、去除、变更商标标识，则很可能构成商标侵权的生产行为。非必要地在商业活动中使用权利商标的行为也可能构成商标侵权的生产行为（擅自在相关联的商品或服务上使用权利商标）。

3. 侵权标识的使用。

《商标法》第48条对商标使用行为作了规定：

第四十八条本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。

攻方：不仅直接在产品上使用侵权标识构成侵权，在合同、广告宣传和和其他商业活动中使用侵权标识均构成侵权。

守方：

(1) 描述性使用不构成商标侵权（但可能构成不正当竞争）；

(2) 将他人商标作为企业名称中的字号或字号的一部分，如果突出使用该字号，构成商标侵权。但如果完整使用该企业名称，则不构成商标侵权（但可能构成不正当竞争）。

4. 侵权标识与权利商标相同或近似；

攻方：需举证或论述侵权标识与权利商标相同或近似。

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》：

第九条 商标法第五十二条第（一）项规定的商标相同，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。

商标法第五十二条第（一）项规定的商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合

近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。

第十条 人民法院依据商标法第五十二条第（一）项的规定，认定商标相同或者近似按照以下原则进行：

（一）以相关公众的一般注意力为标准；

（二）既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；

（三）判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。

守方：

（1）权利商标与被控侵权标识在字形（如字体设计）、读音（如英语 VS 拼音）、图形等方面均差异大；

（2）权利商标缺乏显著性（公有领域元素）；

《商标法》第五十九条第一、二款：注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

三维标志注册商标中含有的商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

（3）权利商标不知名。

5. 侵权产品或服务与权利产品或服务相同或类似；

攻方：如果被控侵权产品或服务与权利商标核定产品或服务相同，则只需指出相同的项目。如有不同，需举证或论述二者相同或近似。

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》：

第十一条 商标法第五十二条第（一）项规定的类似商品，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。

类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务。

商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆。

第十二条 人民法院依据商标法第五十二条第（一）项的规定，认定商品或者服务是否类似，应当以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断；《商标注册用商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或者服务的参考。

守方：从权利商标的核定商品或服务与被控侵权的商品或服务的差异论述。

6. 混淆可能性。

只有被控侵权标识与权利商标相同，且被控侵权产品或服务与权利产品或服务相同时，不需要再考虑混淆可能性。

相关公众：《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条：商标法所称相关公众，是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。

攻方：除标识、类别相同的情况，攻方需证明或论述混淆的可能性，包括守方企图混淆的恶意。被告在使用被控侵权标识时，同时使用自己的商标，并不是侵权的阻却事由。

守方：

- (1) 相关公众不同，或专业度高（需举证）；
- (2) 权利商标未使用。

· 被告的行为定性后，就是解决责任的承担问题。如果构成侵权，停止侵权的责任是没有争议的。但被告可能免除赔偿责任。

攻方：权利人损失、侵权人获利、许可费、法定 / 酌定（可以超出法定限额）

《商标法》第六十三条侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。

权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。

守方：

- (1) 合法来源抗辩

《商标法》第六十四条：销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。

- (2) 权利商标未使用

《商标法》第六十四条第一款：注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

【守方的攻击】：提起商标撤三申请

《商标法》第四十九条第二款：注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。商标局应当自收到申请之日起九个月内做出决定。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。

但应当注意的是：诉讼中提起撤三申请并不能阻却之前的行为构成侵权。

知识产权运营之特许经营

作者：王建英

2018年4月，摩拜单车创始人胡玮炜成功套现15亿，这背后是强有力的知识产权支撑，从2015年到2018年，北京摩拜科技有限公司共申请自行车相关专利431件，即使被美团收购之后，摩拜单车还在持续申请专利。

知识产权对于企业发展的重要性毋庸置疑。而知识产权运营作为将无形的知识产权转化为有形的经济价值的一种方式，也将逐步被认可和运用。知识产权运营是指通过专利储备布局、知识产权价值评估、转让许可、作价入股、知识产权产业化、知识产权证券化、知识产权质押融资、知识产权维权等多种方式使知识产权经济价值得以实现的过程。

在上述诸多模式中，知识产权证券化可能相对而言较难理解。知识产权证券化是指以知识产权未来预期收益为基础，发行可流通证券。上海和北京获批的知识产权证券化案例都是以知识产权交易过程中的应收债权为基础申报成功的。

在“互联网+”浪潮之下，还出现了以知识产权为基础，通过众筹、众包获得资金，推动项目运作的知识产权运营模式。

在研发成功一种知识产权之后，企业可以先考虑自己生产产品销售，当市场上同类产品出现后，将除了核心技术之外的知识产权进行转让，或者将核心技术部分高价转让，所以尤其对于持有诸多知识产权的公司而言，需要定期对现有的知识产权的价值进行评估、处置，并对新的知识产权进行布局。

在知识产权运营中，知识产权特许经营可能更为大家所熟悉，知识产权特许经营能使企业规模化地快速复制成功的经营模式，同时使创业者可以利用已有的经营平台进行创业，减少创业风险。

- 对知识产权特许经营的特许人一方而言，需要满足下面的条件：
- 应该为企业（此条为效力性强制性规定）
- 拥有2个直营店，且经营时间超过1年（简称“两店一年”）（此条为管理性强制性规定）
- 具有注册商标、商号
- 需要有经营资源
- 对特许经营进行备案（此条为管理性强制性规定）
- 在特许经营合同签署前30日，以书面形式向被特许人披露规定的信息。

在不符合效力性强制性规定时，合同当然无效；在不符合管理性强制性规定时，不能据此确认合同当然无效。

因此，特许人需要对经营资源进行商标注册，为防止“傍名牌”现象的发生，需要注册防御商标，联合商标。例如，阿里巴巴集团控股有限公司注册了阿里巴巴，还注册了：阿里巴巴集团 ALIBABA GROUP；阿里爷爷；ALIGRANDPA；阿里奶奶；ALIGRANDMA；阿里爸爸；ALIPAPA；阿里妈妈；阿里妈妈 ALIMAMA.COM；阿里伯伯；ALIUNCLE；阿里姑姑；阿里叔叔；阿里审审；阿里兄弟；ALIBROTHER；阿里哥哥；阿里弟弟；阿里姐妹；ALISISTER；阿里姐姐；阿里妹妹；阿里宝贝；ALIBABY；阿里宝宝。从这一个个小小的侧面可以看出，阿里巴巴的防御商标注册意识较强。

在取得较大成功的知识产权特许经营企业中，往往要求投资人参与经营工作，其目的是使投资人与经营者

有较大幅度的重合或者完全重合，使投资人更投入地进行店铺营运。

特许人需要防范的几种风险及化解方式：

1、**恶意磋商。**因为特许经营合同签署前特许人需要向被特许人披露诸多商业经营信息，为防止恶意磋商，可以考虑在信息披露前让被特许人缴纳一定数量的定金，该定金在特许经营合同签订后返还，因被特许人原因未签署合同，定金不予返还。当然，特许经营合同中的保密条款或者单独的保密协议必不可少。

2、**特许经营合同终止后的被特许人的后合同义务。**特许经营合同中需规定，特许经营合同终止之后一段时间内（如两年），被特许人仍需承担保密义务，并要求被特许人缴纳相应定金或押金等。在特许经营合同中，需要明确在合同终止后一定时间内，被特许人需停止使用特许经营资源，并明确约定含有特许人知识产权的物品在合同终止后的处置方式以及含有特许人知识产权的物品的品类。在特许人使用加盟店的字号时，需要在特许合同中明确约定在特许合同终止后一定时间内，被特许人应到工商管理部门进行字号变更，并明确不按约定进行字号变更时特许人的违约责任。

3、**被特许人创造类似的新产品或服务。**为防止被特许人复制特许人的产品或服务并与特许人进行竞争，在特许经营合同中需要规定限制竞争条款，即规定被特许人在一定期限内不得从事与特许人有竞争的商业活动。

4、**被特许人难以管理。**特许人需要有规范合同，对运营的标准化、信息化以及双方的权利义务等用合同体系来规范。

5、**被特许人擅自转让特许经营权。**对此，特许合同中需要规定禁止被特许人擅自转让特许经营权，确实需要转让时，需要重新订立三方协议。

6、**高额赊销的风险。**在特许合同许可的情况下，被特许人通过赊销模式从特许人处采购货物时，为了确保被特许人按照约定付款和提货，需要在特许合同中明确约定提货时间、数量、付款时间、金额以及相应的违约责任，对被特许人逾期付款、逾期提货进行严密监控并及时催告督促。可以在合同中约定，被特许人在经催告后一定时间内不付款、提货时，特许人可以提出终止合同。

7、**被特许人滥用《商业特许经营管理条例》规定的“冷静期”单方解除合同。**特许合同中应明确约定，在特许人能够独立正常经营的情况下，不能依据“冷静期”主张单方解除合同，并明确规定相应的违约责任。

8、**特许人未保存信息披露、磋商、合同履行、变更的证据。**例如无法证明进行了准确的信息披露，导致合同被撤销。

被特许人需要防范的几种风险及化解方式：

1、**特许人虚假宣传、虚假披露信息。**例如，将国产品牌宣传为外国知名品牌，特许人对“两店一年”做虚假宣传，进而导致被特许人订立特许经营合同时，被特许人可要求撤销合同。虚假宣传、虚假披露信息的界定需要具体情况具体分析。

2、**显失公平的格式合同条款。**特许人故意减轻自己责任，加重被特许人责任的显失公平的格式合同条款，被特许人可主张撤销。例如，不予退还加盟费条款，应该根据合同履行情况、双方过错程度进行处置。

3、**被特许人未保存证据。**在合同履行和变更过程中，被特许人缺乏取证意识，相应的证据到维权时无从获得，就此，应留意保存合同履行过程和变更过程中的证据。

4、**特许人不是企业。**被特许人可以主张合同无效。

出现特许经营合同纠纷时，出于对维权途径不了解或者维权成本过高等原因，特别是一些案值不高的特许

经营合同纠纷案件未诉诸司法途径。不管是特许人还是被特许人，建议都应做好对策应对商业特许合同订立、履行、变更过程中的风险，以开拓诚信共赢的良好局面。

公司商事篇

认缴制下资本充实责任相关实务问题探讨

作者：贾杰

2013年修正后的《公司法》将资本实缴登记修改为资本认缴登记，股东对其认缴的出资额、出资方式、出资期限可在公司章程中自由约定。尽管公司资本制度的改革措施使股东出资更加灵活，公司设立更加便利，但实践中围绕着认缴制下资本充实责任产生了很多争议，诸如认缴期限未届满前股权转让，转让股东是否继续承担出资义务、认缴期未届满前股东是否承担加速出资义务等，现行法律均未给出明确的答案。某股权转让纠纷案集中体现了相关争议问题，本文借助该案对相关问题进行探讨与评析。

案情简介

注册资本1000万的某投资公司，实缴出资200万。其中，发起人A认缴出资700万，实缴出资140万，发起人B认缴出资300万，实缴出资60万。发起人A、B的认缴期限均为两年。

2014年3月1日，股东B与自然人C签订股权转让协议，2014年3月4日，该投资公司通过股东会决议同意股东B的股权转让，同日，投资公司通过另一股东会决议，将注册资本增至5亿，实缴金额仍为200万，股东A、C在股东会决议上签字，公司章程约定A、C在2022年12月31日前缴纳出资，后工商局核准了此次增资。

2014年4月9日，该投资公司受让某贸易公司持有的某子公司99%的股权，股权转让款接近3000万，后投资公司迟迟未支付转让款，2014年6月1日双方达成补充协议，约定股权转让款分期支付，首期1000万应在2014年7月30日前支付。

2014年7月，股东A准备将其持有的股权转让给自然人D，股东A称为了不想按照5亿注册资本交税，减资和股转一起操作。

2014年6月20日，投资公司通过股东会决议，决定将注册资本由5亿减至200万，自然人D和股东C在决议上签字，2014年6月30日在某报上刊登减资公告。2014年7月21日，股东A与自然人D签订股权转让协议。2014年8月10日，投资公司向工商局申请核准减资，公司法定代表人一栏签名为自然人D。在向工商局提交的“有关债务清偿及担保情况说明”中，投资公司表述：“根据公司编制的资产负债表及财产清单，公司对外债务为0万元”。后工商局核准了此次减资。

债权人某贸易公司在首笔1000万元无法收取后提起诉讼，诉请投资公司支付股权转让款，股东C、D在未出资本息范围内承担补偿赔偿责任，股东A、B、C、D承担连带责任；股东C、D在减资本息范围内就股权转让款不能清偿部分承担补充赔偿责任，股东A、B在各自未出资范围内与股东C、D承担连带责任。

待缴股权转让与资本充实责任

案例中针对股东 B 的责任承担问题，有意见认为，由于在某投资公司负担 8000 万股权转让款债务之前，股东 B 已经将其持有的某投资公司的股权转让给了股东 C，已经不是某投资公司股东的 B 不对某贸易公司主张的股权转让款承担责任。

但是，上述意见引发了一个问题：认缴制下出资期限未届满的股权（下文简称待缴股权）进行转让，转让股东是否对公司继续负有出资义务？理论界和实务界对该问题均存有较大争议。

一种观点认为，待缴股权转让后，转让股东不再负有出资义务，主要理由大致如下：1. 对于公司而言，转让股东欠缴的出资，视为对公司的债务。公司认可并办理受让股东受让股权，转让股权系对权利义务的概括转让，转让股东不再承担原债务。2. 资本信用所对应的实缴制已被抛弃，在资产信用背景下，债权人的期待是公司的资产包括已到期债权而非公司资本。注册资本根本不是对债务履行的担保，要求转让股东对债权人未获清偿部分承担责任，其结果是纵容了债权人放弃自身的风险管理。

另一种观点认为，即便待缴股权转让后，转让股东仍不能免除出资义务，当受让股东不能缴纳到期出资或者公司不能清偿债权人债务的情况下，需要在未缴纳出资本息范围内承担补充清偿责任。主要理由大致如下：认缴责任是对公司的责任，股权转让合同是新旧股东之间的法律关系，股权转让协议不能处理作为第三人的公司债权，公司配合办理受让股东变更手续是法定义务之履行，不能解释为对认缴义务转移之同意。^[1]

上述争议转化到具体的法律适用中，即关于待缴股权转让是否属于未全面出资即转让股权的情形，是否适用相关规范^[2]的争议。

对此，不同地区及不同级别的法院持有不同的态度：

四川高院在成都同美誉投资管理公司与张进民间借贷纠纷中，认定：

股东未全部缴纳其认缴的出资额，属未全面履行出资义务，其将持有的股权转让后，转让人和受让人仍需在认缴出资差额本息范围内对公司不能清偿的债务承担连带责任。^[3]

上海高院则持相反的态度，2016 年上海高院民二庭《关于当前公司纠纷案件审理中若干问题的讨论纪要》第三条规定：

股东在出资期限届满前转让股权，因尚未待出资期限，出让股东并不构成对出资义务的违反，不属于“未履行或全面履行出资义务即转让股权”的情形。^[4]

最高人民法院在绿能高科集团有限公司、孙思科企业借贷纠纷案中认为：

安徽控股与中能控股签订《股权转让协议》，将其持有的安投资本 99% 的股权转让给中能控股，并将股东的权利义务一并转让。故安徽控股在出资义务尚未到期的情况下转让股权，不属于出资期限届满而不履行出资义务的情形，安徽控股不应再对公司承担出资责任。^[5]

我们认为，注册资本认缴制下，出资期未届满的股权进行转让，不属于未全面出资即转让股权的情形，如果一味的让转让股东就公司债务承担补充赔偿责任，那么会极大地限制股权转让与流动。另外，让已经脱离公司的股东承担公司后续经营风险也显失公平。但是，对于出资期未届满的股东将股权转让给明显缺乏出资能力的主体以达到逃避债务的情形，则应另当别论。

出资期限届满前股东加速出资的适用

本案中，针对股东 A、C 的责任承担问题，有观点认为股东 A、C 应该履行其出资义务，以便能够对本案原告承担责任财产，也即股东应承担加速出资义务，理由主要在于：

首先，认缴制下公司股东的出资义务只是暂缓缴纳，而不是永久免除，在公司经营发生了重大变化时，公司包括债权人可以要求公司股东缴纳出资，以用于清偿公司债务。如果僵化地坚持股东直至认缴期限届满才承担出资义务，只会让资本认缴制成为个别股东逃避责任的借口。

其次，让公司的股东缴纳出资以承担本案中的责任，符合平衡保护债权人和公司股东利益这样的立法目的。如果完全固守认缴制的股东一直要等到承诺的期限届满才负有缴纳出资的义务，则可能会让负债累累的股东悠然自得地待在公司有限责任这一保护伞之下，看着债权人急切而又无可奈何的样子暗自窃喜。

再次，责任财产制度也要求资本认缴制的公司股东在公司出现重大债务时缴纳出资，以用于对外承担责任，公司的财产包括对外享有的债权。

理论界和实务界对出资期限届满前股东是否承担加速出资义务也存在很大争议。

支持的理由主要是，股东向公司出资的承诺，相当于其向公司承诺日后以其出资额为限为公司债务承担担保责任，这种担保责任不以出资期限届满为必要。^[6] 实践中，有些法院如宁波中院在《宁波市中级人民法院商事审判若干疑难或需统一问题的解答（四）》^[7] 中持有类似观点。

反对的理由主要基于：如果法律允许债权人强行要求股东承担加速到期出资义务，等于变相剥夺了认缴制赋予股东自由约定的出资期限，且目前并没有法律依据。最高人民法院民二庭在《关于当前商事审判工作中的若干问题》（2015年12月24日）中倾向于认为当公司资不抵债或明显缺乏清偿能力时，债权人可以申请企业破产，而不能要求公司股东承担加速到期出资义务。

部分法院如山东高院在《山东高院民二庭：关于审理公司纠纷若干问题的解答》^[8] 中和最高院持完全相同的态度。

尽管最高院就此问题表达了相对保守的倾向性意见，但是各地法院在司法实践中仍有较多的案例支持股东加速到期出资。在这些裁判中，说理部分同本文案例的前述观点高度类似。

应当注意到，一方面《公司法》修订后采取的认缴出资方式理应受到尊重，另一方面，结合案件的具体情况考量，可以要求股东承担加速出资的义务，以维护债权人的合法利益。但不可否认的是，在当前法律框架内，要求股东承担加速出资义务存在直接的规范依据缺失。为此，我们认为可以从以下途径寻找规范依据：^[9]

1. 扩张《公司法》第3条第二款的规定，即“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任”。此处的股东解释为包括出资义务未届期的股东；

2. 扩张《公司法司法解释三》第13条第二款的规定，关于未全面出资股东补充赔偿的适用主体范围，即“未全面出资义务的股东”包括出资期限未届满的股东。

违法减资与资本充实责任

针对本文所述案例，亦有观点主张，在认定股东A、C承担加速到期出资义务之前，先行认定公司的减资行为无效，将公司注册资本恢复到减资之前的金额。但是由于即便将注册资本恢复，股东A、C的出资期也尚未届至，所以才考虑让其承担加速到期出资义务。

投资公司在未通知债权人的情况下，向工商登记机关虚假陈述其对外负债为“0”元，骗取了减资登记。针对公司减资未通知债权人，减资行为是否无效的问题，《公司法》并没有明确的规定。

司法实务中，在公司减少注册资本未通知债权人而债权人诉至法院的案件中，法院一般回避对减资行为效力的认定，一般不判决减资行为无效，而是类推适用抽逃出资等规范，让减资股东对公司不能清偿的债务在减资范围内承担赔偿责任。^[10] 回到案例中，则有观点认为，根据《公司法》第177的规定，公司如想要在法律

上有效进行减资，必须符合相应的条件：（1）编制资产负债表及财产清单；（2）在作出减少注册资本的决议之后，在法定时间内通知债权人；（3）公司债权人要求进行清偿或者担保的，必须进行清偿或者担保。

本案中，除了公司减资未通知债权外还存在一个特殊事实，即公司决定减资的股东会决议并不是由公司的实际股东作出，当时在股东会决议上签字的自然人 D 尚未成为公司的股东。没有合法有效的股东会减资决议，整个减资行为就没有法律基础，

综上，应当认定减资行为无效。试想本案中如果不存在这一特殊事实，法院完全存在延用实务中“通用做法”的可能，回避减资行为效力的问题，直接判决股东在减资范围内承担补偿责任而免除适用股东加速到期出资这一争议性做法。

我们认为，一方面，在本案中直接认定减资行为无效而没有类推适用抽逃出资等规范的做法值得肯定，因为，尽管违法减资和抽逃出资在效果上具有相似性，但两者的性质不同，抽逃出资是股东个人行为，减资是公司行为；另一方面，这样的观点引发新的思考，在否决减资行为效力的同时又认可“原告作为公司债权人也可以要求股东 A、C 对于公司不能清偿的部分承担补充赔偿责任”。上述观点显然属于双重救济。正确的做法是，否认减资行为后将判决抄送给工商登记机关撤销公司减资登记，并对违法减资当事人给予行政处罚。

一票否决权 | 小股东的自我保护方案

作者：周雪爽律师团队

最近，笔者收到了一个客户 A 的咨询。A 和 B 两人合开公司，A 主要出钱，B 主要出力。公司已经运营了两年多，两个股东之间难免会因为一些事情产生分歧，比如某个项目该不该做？某笔钱该不该借等等。B 认为自己是公司的经营管理者，对公司的发展最为了解，希望自己在表决权上能占优势，在开股东会时以自己意见为准。A 当然认可 B 的能力，但是又有所顾虑，担心 B 是公司法定代表人，实际掌控公司，又有多数表决权，万一 B 有恶意损害 A 利益的打算，A 怎么办呢？

对此，笔者建议 A 至少在一些重大事项上，比如分红、大项目的投资、大额资金的动用等，在公司章程里赋予自己一票否决权作为保护性条款。因为作为小股东，如果在一些重大事项上都没有一定的话语权，那会很容易被大股东滥用股东权利而遭受损失。

一票否决权的由来

要了解一票否决权，先需要了解以下几个重要的股权比例及所对应的权利。

首先是三分之二——绝对控制线。

《公司法》规定，公司重大事项必须经代表三分之二以上表决权的股东通过，这就意味着，在同股同权的机构里，拥有三分之二以上的股东相当于拥有 100% 的权力，可以决定公司的合并、分立、解散，增资、减资，变更公司形式，甚至修改公司章程等。

然后是过半数——相对控制线。

除了《公司法》规定的重大事项，其他公司的一般治理事项，需要过半数以上同意，即可通过。

再下来是三分之一——安全控制线，或者叫一票否决权。

把绝对控制线的“三分之二以上同意，才可以通过”，反过来理解，就是“三分之一不同意，就无法通过”，这是一票否决权的由来。

所谓的一票否决权就是指小股东（通常持股不超过三分之一）事先约定享有的排除公司股东会依法作出决议的权利，是针对某些决策事项的单方否决权。

一票否决权的范围

一票否决权所涉及的事项都是公司的重大事项，可以分为：

由股东（会）决策的公司最重大事项：通常涉及公司章程变更，如：注册资本等股权结构的变化；公司的合并、分立、解散；董事（会）以及分红等股东利益分配等等。

由董事（会）决策的公司日常重大事项：终止或变更公司主业；高管任命；预算外交易（如对外投资）；非正规借贷或发债；子公司股权或权益处置等等。

从整体来看，股东（会）决策的公司事项仅限于股东权益的最重大事项，而由董事（会）决策的公司日常重大事项则将更加深入地介入到公司日常运营中。

实践中，一些公司章程对一票否决权条款所列事项的表决权通过比例进行了更为严格的限制，例如“修改公司章程需经全体股东通过”，这实际上是赋予了每位股东一票否决权。

以案说法

下面，我们通过一个案例来看一票否决权在实际运用中的体现。

案例：北京市海淀区人民法院，杨池生与中审会计师事务所有限公司及赵建中、雷春平、于君廷、阴兆银、曾凡焯、史世利股东会决议撤销纠纷（来源 | 裁判文书网）

【裁判要旨】

公司法规定公司重大事项必须经代表三分之二以上表决权的股东通过，系对该类事项赞成票的最低限制。公司章程约定“通过重大事项需经全体股东通过”是高于公司法关于这一规定的，属当事人意思自治的范畴，具有法律效力。违反该章程规定、未经全体股东通过的修改公司章程的决议并非有效。

【基本案情】

中审公司共有杨池生、郑丰等8位股东。公司章程规定，“对以下事项需经全体股东表决通过：(一)公司合并、分立、变更形式；(二)公司解散；(三)修改章程；(四)股东退出或加入；(五)应当由董事会提请股东大会作出决议的其他重要事项”。

2008年1月4日，中审公司召开股东会，形成修改公司章程的公司决议，将章程中“对以下事项需经全体股东表决通过”修改为“对以下事项需经代表三分之二以上表决权的股东通过”。对此项决议，杨池生投反对票、郑丰未参会，其他股东以总计75%的表决权通过该决议。

杨池生向法院提起诉讼，以该修改章程的决议未经全体股东通过为由，请求确认决议无效。中审公司及其他股东则认为：章程规定的“全体选举表决通过”不能理解为股东一致同意通过，而应按公司章程规定由董事会解释为“经代表三分之二以上表决权的股东通过”，否则将可能导致因一人反对，股东会决议无法通过，这不符合公司法立法的本意。

问：修改公司章程的决议是否有效？

【裁判结果】

中审公司原章程的规定具有法律效力，案涉股东会决议没有经过全体股东表决通过，该决议无效。

【裁判理由】

中审公司及其他股东的意见是，“需经全体股东表决通过”不能理解为“需经全体股东表决一致同意”。法院认为，首先从文义上看，“需经全体股东表决通过”与“需经代表三分之二以上表决权的股东通过”的意思明显不一致；

其次从逻辑结构上看，章程第二十四条明确股东大会作出决议必须经出席会议的股东所持出资额半数以上通过，其后第二十五条规定特殊情形下“需经全体股东表决通过”，上下文之间已经使“全体”之意十分明确；

最后从公司法的角度看，中审公司章程里规定“修改公司章程等公司重大事项需经全体股东表决通过”，关于该规定，对于修改公司章程等公司重大事项，公司法规定必须经代表三分之二以上表决权的股东通过，系对该类事项赞成票的最低限制，公司章程规定高于这一规定的，属当事人意思自治的范畴，应当具有法律效力。

因此，中审公司原章程里的规定，表明了修改该章程应当由全体股东一致同意，否则表决不能通过。案涉股东会决议未经全体股东表决通过，故该决议无效。

一票否决权设置建议

1、在章程中适当提高公司重大事项的表决权通过比例，甚至是一票否决权。例如，《公司法》规定有限公司重大事项的决议必需通过三分之二以上表决权的股东通过，原则上股东可以在三分之二以上提高表决权通过比例，如四分之三、五分之四，甚至是直接约定需经全体股东表决通过。这在一定程度上可以达到打破大股

东对公司的绝对控制，保护小股东合法权益的效果。

2、细化“一票否决权”的设置要素，如适用时间、适用范围、适用情形。将范围限定在对小股东利益有损害的重大事项上，例如变更公司章程、增资减资、分红和利益分配等；列明决议召集程序和通知时限等。

3、否决权与表决权的设置选择。一票否决权名为否决权，但往往通过设置表决权的方式来实现。比如，可以有两种表述方式：A. 小股东甲对于公司重大事项的决议拥有一票否决权；B. 对于公司重大事项的决议必须经全体股东一致同意方可通过。两个条款都能达到小股东甲一票否决的目的，但在可执行性上却存在高下之分。A条款的实际约束力相对低，投资人甲的行权成本相对高，而B条款则相反。如果按照A条款，其他股东在甲未参加的情况下通过股东会决议，甲事后得知后想行使一票否决权进行撤销时会面临举证的额外成本，而按照B条款，根据《公司法》规定，决议内容因未达表决比例而当然无效，更有利于保障甲的利益。因此建议以约定最低比例表决权的方式来设置一票否决权，这样更具有约束力和可执行性。

知识延伸

但是需要注意的是，对于公司章程如此约定的效力，司法实践中存在一定的争议。有的裁判观点认为：公司章程规定“公司重大事项需经全体股东通过”，应理解为全体股东均有权参加股东会决议的表决，而不应理解为全体股东都同意该事项才能通过决议，否则违反了“少数服从多数”的基本原则。针对司法裁判在这个问题上的争议，对于一票否决权的设置，建议在律师的帮助下进行全面细致的安排。

被挂名法定代表人如何除名

作者：周雪爽律师团队

上周五，有个咨询者小 A 来到笔者的办公室，笔者见到他的时候，见他愁眉苦脸，就问了他的情况。小 A 介绍说，他之前应聘到一家甲公司上班，这个公司老板跟他说要他担任公司的法定代表人，小 A 当时感觉这个公司老板对自己很信任，以及出于想获得这个职位的渴望，就满口答应了。

没想到进到公司不久就发现，该公司信誉不佳，屡屡当被告，且都不能执行法院的生效判决，小 A 作为公司法定代表人因此还被限高了。小 A 最近准备买房结婚，但因为限高的事情连银行贷款都出了问题。小 A 过来咨询就是想知道，在这样的情况下他应该怎么做才能解除担任公司的法定代表人呢。

要解决小 A 的问题，那我们首先得了解法定代表人的责任是什么？其次是挂名法定代表人和公司之间关于挂名是什么样的法律关系？再次，如果你成为了这样一个“挂名”法定代表人，应该怎么解除与公司之间的关系？

挂名法定代表人是什么？

根据《公司法》规定，公司法定代表人是依照法律或者法人组织章程的规定，代表公司行使职权的负责人，一般由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。

但是有些人出于自身原因的考虑，不方便或者不愿意担任公司的法定代表人，于是找到了身边的亲朋好友做挂名的法定代表人，社会中出现了这样的一种“挂名”的公司法定代表人的情况。

挂名的法定代表人即在工商局登记的法定代表人实际不参与和担当公司董事长或经理的任何职务与职权，甚至不是公司的员工，与公司的运营和成立毫无实际关系，仅是因公司实际股东或掌控人的口头或书面协议，充当工商登记的法定代表人，并从事一定的程式化的工作（如在法律文件上签字）。

通常而言，法定代表人根据法律、法规和公司章程规定，以公司名义所从事的行为，即被视为公司的行为，应由公司承担相关法律责任。但是为了保护交易安全，商法奉行的是“外观主义”，挂名法定代表人作为公司的法定代表人，由于法定代表人的特殊身份和职责，仍然可能承担各种法律责任。

不得不知的法律风险与责任承担

法定代表人，意味着他与公司具有人格上的统一性，可以把此人称为是“行走的公章”。因为他在履行职务时，就代表了公司。这种“代表”制度是法律拟定的，营业执照、工商局网站上早已经注明，不需要公司一而再、再而三地出具《授权委托书》，说某某代表我们公司了，因为对外公示登记就已形成信赖。

那有的公司为什么要设定一个“傀儡”的、没有实权的挂名法定代表人呢？往往是有一些不可告人的动机，这本身是具有一定的过错性和违法性的，因为既然叫“法定代表人”，那一定是说这个人能够代表公司的，那首先他要参与公司的经营，具有一定的职位，至少是管理层，不然的话他怎么能很好地代表公司，承担起责任呢？

实践中之所以存在挂名法定代表人，主要是因为现今的工商登记主要是实行形式审查，如果没发生什么事情，国家一般不会进行主动干预，这也是更大程度保护公司自治的体现。但是如果公司出了事情，国家层面是会进行事后追责的。

案例一：公司欠债无法归还，公司法定代表人被限高

A 公司因欠债 300 万元，被法院强制执行。但 A 公司因连年经营亏损，名下只剩一辆价值 20 万元的汽车

和价值 80 万元的厂房，别无其它。于是，法院进一步对登记的公司法定代表人李某采取强制措施，限制其高消费行为。

法律依据为最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定第三条之 2 行：被执行人为单位的，被采取限制消费措施后，被执行人及其法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人不得实施前款规定的行为。

案例二：天津港爆炸案顶格重判，挂名法定代表人被追责

2015 年 8 月 12 日深夜，天津港瑞海公司危险品仓库发生爆炸事故，共造成 165 人遇难，并造成直接经济损失折合人民币 68.66 亿元，堪称建国以来最大的安全生产责任事故。2016 年 11 月 9 日，49 人被送上刑事被告席，各法庭分别依法对系列案件作出一审判决。

其中，被追责判刑的包括公司前法定代表人李亮。李亮在庭审中辩称，自己之前只是替于学伟代持股份，公司注册法人代表时也只是“挂个名”，没在公司领过薪水。但法院经认定，这并不足以免除其法律责任，公诉机关提供的证据显示，瑞海公司违法经营期间，他曾在多份公司文件上签字，因此需要为任职时公司非法储存危险物质、非法经营等违法犯罪行为承担责任。

由上可见，虽然根据《民法总则》第 61 条规定“法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受”，即公司的法定代表人代表公司所进行的民事活动，相关法律责任由公司承担，但是这并不意味着公司的法定代表人就无须承担任何民事责任。公司的挂名法定代表人有可能承担相应的民事、行政及刑事责任。

挂名法定代表人和公司之间的法律关系

挂名法定代表人和公司之间通常会签订一个挂名协议，实际上这构成了一个委托合同关系，通常合同内容为公司委托某人为公司挂名法定代表人，挂名法定代表人可获得一定的报酬。基于委托合同的性质，委托合同里的双方均可随时解除委托关系，挂名法定代表人与公司也可随时解除挂名关系。但是此挂名协议属于公司的内部约定，只能约束协议中的内部人员，不能约束其他单位或个人，其他单位或个人仍然可以依法追究挂名法定代表人的责任。挂名法定代表人无论是否知情，对公司对外借款或其它经营行为出具担保文件的行为，不能对抗善意第三人，仍然需承担法律责任。



挂名董事离职诉请“我不要当法定代表人” 法院：未参与公司日常经营管理 亦非股东或员工 应涤除相关登记事项

作者：上海法院 发布时间：2018-03-01 14:37:59 打印 字号：大|中|小

图片来源：上海法院网

以案说法

沈伟民与上海蜜意食品贸易有限公司请求变更公司登记纠纷 | 案件来源：裁判文书网

【基本案情】

蜜意公司于2015年8月25日注册成立，注册资本1,000万元，公司类型为一人有限公司（自然人独资），程一峰为公司股东及法定代表人。8月27日，被告的股东程一峰做出股东决议，内容为免去程一峰担任的法定代表人职务，委派原告为被告的法定代表人。之后，被告向区市场监督管理局进行了相应工商变更登记，原告在该登记申请书的“法定代表人签字”栏目签字。9月2日，区市场监督管理局出具了《准予变更登记通知书》。

事实上，原告从未参与被告的实际经营和管理，甚至也不是被告的员工，也没有从被告处领取过任何形式的报酬或费用。被告一直是由股东程一峰实际控制并由其负责经营管理。

2016年11月29日，原告以《告知函》明确提出了去除其名义上的法定代表人等职务的要求，但经多次与被告协商无果，原告遂提起诉讼，请求判令被告蜜意公司向区市场监督管理局涤除原告沈伟民作为被告法定代表人的登记事项，将被告的法定代表人由沈伟民变更登记为程一峰。

被告蜜意公司辩称，其不同意原告的诉请。原告的诉请事项应当是要求行政机关撤销行政登记的行为，不属于法院的管辖范围。原告登记成为被告的法定代表人，程序合法，内容真实有效，被告不同意涤除登记。

【裁判结果】

法院判决被告蜜意公司应到区市场监督管理局涤除原告沈伟民作为蜜意公司法定代表人的登记事项。

【裁判理由】

首先，法人性质上属于法律拟制人格，其对外开展民事活动主要是通过其法定代表人进行，这就要求法定代表人与其所代表的法人之间存在实质关联性。就公司法人来说，其法定代表人与公司之间的实质关联性，就在于法定代表人要参与公司的经营管理，正如我国《公司法》规定，“公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记”。一个不参与公司经营管理的人，不可能也不应成为公司的法定代表人，因其根本就不具备对外代表法人的基本条件和能力。被告公司实际由股东程一峰控制，除了在《公司登记（备案）申请书》的“法定代表人签字”栏目签过字外，没有任何证据能够证明原告实际参与过被告的经营管理，让原告担任名义上的法定代表人，与我国《公司法》的相关规定明显不符，背离了立法宗旨。

其次，从权利和义务的角度上看，我国民法总则第六条规定“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务”。原告既非被告的股东，亦非员工，原告实际未参与过被告的经营管理，亦未从被告处领取任何报酬。但是，原告作为名义上的法定代表人，却要依法承担其作为法定代表人的相应责任，显然有失公允。

再次，从法律关系上分析，原告与被告之间构成委托合同关系，内容为原告受被告的委托担任被告的法定代表人。依据《合同法》规定，委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因此，原告有权要求解除与被告的委托合同关系。原告在起诉前曾发函被告，要求辞去被告的法定代表人等与其实际身份不符的职务，并要求被告到工商登记机关办理法定代表人变更登记手续符合法律规定。合同既然解除，被告理应涤除其在登记机关登记的法定代表人事项。

针对被告的主张，办理法定代表人变更登记是公司的法定权利和义务。沈伟民提起本案诉讼，请求法院判令蜜意公司涤除其法定代表人身份并办理相应公司变更登记手续，是其与蜜意公司之间的民事纠纷。蜜意公司主张本案争议属行政诉讼案件管辖范围，不能成立。

最后，关于原告要求将被告的法定代表人由原告变更登记为程一峰的诉请事项，鉴于被告股东之间尚未就是否应由程一峰担任法定代表人形成决议，本院则不予支持，因为具体由谁担任被告的法定代表人属于被告的

内部治理事项。

被挂名法定代表人如何除名

挂名法定代表人的风险特别大，可能会无故吃上官司，甚至还会有牢狱之灾。所以，挂名法定代表人应当尽早解除挂名关系，以免得了小便宜吃了大亏。

首先，挂名法定代表人应与公司解除委托合同关系，因为挂名法定代表人与公司之间的权利义务关系都是基于委托合同产生的。而委托合同的解除权是形成权，只要一方解除合同的意思到达对方，合同即可被解除。

其次，应到工商部门办理法定代表人涤除登记。可以通过以下途径：

1、君子做法：与公司股东协商，表达不愿意挂名的意愿，要求撤销挂名法定代表人。如果公司不同意的话，可以向公司发律师函起一定震慑作用。

2、斡旋做法：一是挂名法定代表人可以通过行使法定代表人的一些真正权利，来迫使股东主动更换法定代表人，如需签字的文件不签字，收回自己的印章等；二是可以争取召开股东会，二分之一表决通过更换法定代表人的决议。

3、铁面做法：一是如果是公司的员工被挂名法定代表人的，可以通过辞职的方式，单方提出终止劳动关系，并发出不再担任此公司法定代表人的书面声明，登报以强制退出挂名法定代表人；二是可以到工商登记部门投诉，举报公司虚假登记的情况；三是可以向法院起诉，要求法院涤除法定代表人登记信息。

以上强制退出挂名法定代表人的方法，根据事情的轻重缓急，可以循序渐进地使用。总而言之，我们应该慎当“挂名”法定代表人，不然一不小心就容易变成背锅侠。

伪造股东签名转让股权，股权被侵夺的股东如何维权？

作者：周雪爽律师团队

股权是一种财产权，当公司股东转让其股权时首先应得到其本人的同意，该转让才有效。但在公司控制权的争夺战中，掌握了公司公章证照、控制公司实际运营的大股东，常常会采取先下手为强的手段，伪造小股东签名，签订虚假的股东会决议及股权转让协议，并骗取工商变更股权登记，将小股东的股权强行掠夺。这已经成为控股股东侵占小股东利益的典型行为。那么此类伪造股东签名，恶意处分小股东股权的行为是否有效呢？伪造股东签名的股权转让协议效力如何？受侵害的股东又应当如何维权呢？

这里可以分为两种情况，通过案例来一探究竟。

情况一

甲的股权被乙通过伪造甲的签名，转让给了丙。如果股权受让人丙不是善意第三人，其没有向股权出让人乙支付股权转让款的转账记录，那么甲可以以丙为被告要求确认股权转让协议无效，恢复股权登记。

以案说法

案例 1: 张科奇与西安越达环保科技有限公司、关越等股东资格确认纠纷 [(2015)西中民四终字第 00486 号]

来源 | 裁判文书网

【裁判要旨】通过伪造股东签名，制作虚假的《股东会决议》和《股权转让协议》，转让股东股权的行为属于无权处分，《股权转让协议》无效。受让方应当知道该类决议和协议上的签字属于伪造的，不构成善意的第三人，因此该种股权转让行为无效。

【基本案情】

越达公司于 2012 年 3 月 16 日注册成立，工商登记显示张科奇出资 200 万元，并持有该公司 40% 的股权；关越出资 300 万元，并持有该公司 60% 的股权。张科奇、关越均未履行各自的出资义务。越达公司成立时的所有登记注册手续均是找代办公司持张科奇及关越的身份证复印件代办完成，张科奇及关越均未实际办理越达公司成立的登记注册手续，工商登记档案中所有资料上张科奇和关越的签字均是由代办公司代签。越达公司的设立及运行由关越、关珍旺实际控制。

2012 年 8 月 16 日，关越未经同意，伪造张科奇签名，作出股东会决议及出让方为张科奇、受让方为关珍旺的《股权转让协议》，将张科奇在越达公司的 40% 股权转让给关珍旺，并在工商局做了股权变更登记。

张科奇知悉情况后，诉至法院请求判令：确认张科奇为越达公司的股东，并享有 40% 的股权。越达公司、关珍旺在一审中提出反诉称：张科奇从始至终未参与设立越达公司的公司章程起草与签署、未参与设立公司的登记文件的填写与签署、未参与向工商行政机关提交的登记文件，更未向越达公司出资 200 万元，请求法院判令张科奇依法不享有越达公司的股东资格。

一审法院认为，关越、关珍旺伪造法律文件，上述股权转让行为应属无权处分行为，依法应属无效，张科奇仍是越达公司 40% 股权的股东。关越、关珍旺不服一审判决，向西安市中院提起上诉。

【基本案情】

驳回上诉，维持一审判决。

【裁判理由】

法院认为，本案的争议焦点是：能否确认张科奇是越达公司的股东。

确认股东资格应当综合考虑多种因素，如实际出资数额、股权转让合同、公司章程、股东名册、出资证明书、工商登记。在具体案件中对事实证据的审查认定，应当根据当事人具体实施民事行为的真实意思表示，选择确认股东资格的标准。

张科奇在越达公司成立时未按照公司章程约定足额缴纳出资，并且在公司成立后也没有补缴出资的意思表示。根据我国《公司法》第二十八条规定：“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，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”张科奇未实际出资的行为已经构成违约，应当承担相应的违约责任。但是未实际出资并不必然导致股东资格的丧失，即实际出资是取得股东资格的必要条件而非充分条件。

张科奇作为股东已经被记载于公司章程及工商备案登记之中，越达公司设立前张科奇与关越对于公司设立有过协商，在设立过程中也曾经使用张科奇的身份证件办理公司注册手续，并且双方有着争议的2012年8月16日作出的股东会决议中张科奇的身份也是越达公司的股东。

结合上述事实及法律规定，张科奇有着成为股东的意思表示，虽然未实际出资但不影响确认张科奇作为越达公司股东的事实。至于2012年8月16日作出的股东会决议，因张科奇的签名属于伪造且受让方关珍旺主观上具有恶意，不属于法律保护的善意第三人，该股权转让行为无效。综上，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

【相关法律规定】

《公司法司法解释三》

第二十一条 当事人向人民法院起诉请求确认其股东资格的，应当以公司为被告，与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼。

第二十二条 当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，应当证明以下事实之一：

- （一）已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强制性规定；
- （二）已经受让或者以其他形式继受公司股权，且不违反法律法规强制性规定。

第二十三条 当事人依法履行出资义务或者依法继受取得股权后，公司未根据公司法第三十一条、第三十二条的规定签发出资证明书、记载于股东名册并办理公司登记机关登记，当事人请求公司履行上述义务的，人民法院应予支持。

情况二

甲的股权被乙通过伪造甲的签名，转让给了丙，丙再转让给了丁。如果股权受让人丁是善意第三人，在购买股权前，在工商局核对了工商股东情况，了解了丙是在册股东，并向股权出让人丙支付了合理对价并且办理了工商变更登记，那么丁可以合法取得股权，甲只能向相关侵权人主张民事责任。

以案说法

案例2：崔海龙、俞成林与无锡市荣耀置业有限公司、燕飞等股权转让纠纷 [最高人民法院(2006)民二终字第1号] 来源 | 裁判文书网

【裁判要旨】伪造股东签名转让其股权，受让人尽到审慎审查义务、符合善意取得条件、转让的股权价格合理、转让的股权依照法律规定已经登记的可以适用善意取得制度，合法取得股权。

【基本案情】

2003年5月12日，崔海龙、俞成林、荣耀公司三方共同出资成立了世纪公司，崔海龙占54%股份，荣耀公司占40%股份，俞成林占6%股份。

2003年9月25日，荣耀公司、燕飞等四人伪造崔海龙、俞成林的签名，签订一份《股东会决议》及五份《股权转让协议》，将崔海龙、俞成林在世纪公司60%的股权，转让给荣耀公司、燕飞等四人，并到工商局办理了相应的工商变更登记手续。

2003年12月17日，荣耀公司、燕飞等四人与孙建源等五人分别签订了五份《股权转让协议》，约定荣耀公司、燕飞等四人将其在世纪公司的股份转让给孙建源等五人。在签订协议前，孙建源等到工商管理部门核实，荣耀公司、燕飞等四人确实拥有世纪公司全部股份。12月29日，合同当事人办理了工商变更登记手续，支付了股权转让款，变更后的世纪公司的股权组成为荣耀公司持有20%股份，孙建源等五人持有80%股份，由孙建源担任世纪公司的法定代表人。

后，崔海龙、俞成林得知其二人的股权被转让，以荣耀公司、燕飞等四人为被告，以孙建源等五人为第三人向法院提起诉讼，请求判令上述股权转让协议无效、确认二人在世纪公司中拥有的股权。

【基本案情】

本案历经江苏省高院一审、最高法院二审，最终判令孙建源等五人已基于善意取得受让世纪公司的股份，崔海龙、俞成林丧失股权和股东身份，可向荣耀公司、燕飞等无权处分人主张承担民事责任。

【裁判理由】

最高人民法院认为，本案的争议焦点在于孙建源等五人受让荣耀公司、燕飞等四人在世纪公司的股权，能否适用善意取得制度。

荣耀公司、燕飞等四人伪造崔海龙、俞成林的签名，制作虚假的《股东会决议》、《股权转让协议》，并到工商行政管理机关办理了股权变更登记手续，将崔海龙、俞成林在世纪公司60%的股权，变更到荣耀公司、燕飞等四人名下。此后，荣耀公司、燕飞等四人通过与孙建源等五人签订《股权转让协议》，将已经在工商行政管理机关登记其名下的世纪公司80%的股权转让给孙建源等五人。上述荣耀公司、燕飞等四人伪造签名制作的《股东会决议》、《股权转让协议》载明的股权转让法律关系应不成立。荣耀公司、燕飞等四人与孙建源等五人签订的《股权转让协议》，因荣耀公司、燕飞等四人并非股权所有人，该协议处分的部分股权，应属于崔海龙、俞成林所有，而崔海龙、俞成林并不追认荣耀公司、燕飞等四人的股权转让行为，根据《合同法》第五十一条的规定，上述《股权转让协议》属于无权处分他人财产的合同。

然而，孙建源等五人与荣耀公司、燕飞等四人在签订本案《股权转让协议》时，曾经到工商行政管理机关查阅过世纪公司的股权登记，对于荣耀公司和燕飞等四人是否享有该公司股权尽了审慎审查的义务。在协议签订后，孙建源等五人履行了合同规定的主要义务，已经向对方支付了部分股权转让款，并于2003年12月29日在工商行政管理机关办理了股权变更登记。此后，孙建源开始进入公司担任该公司法定代表人，参加公司的经营和管理。

上述事实表明，孙建源等五人在与荣耀公司、燕飞等四人进行股权受让行为时，尽到了充分的注意义务，并依据协议支付了部分股权转让款，股权变更登记已经经过多年。根据本案现有证据，不能证明孙建源等五人

在股权受让过程中存在恶意，以及协议约定的股权受让价格不合理等情况，可以认定孙建源等五人受让股权系善意。虽然孙建源等五人系从无权处分股权的荣耀公司、燕飞等四人处受让股权，但孙建源等五人在本案涉及的股权交易中没有过错，为维护社会经济秩序的稳定，应认定其取得世纪公司的相应股权。

孙建源等五人在二审中答辩认为本案应当适用善意取得制度的理由成立，法院予以采纳。上诉人崔海龙、俞成林主张确认其享有世纪公司股权、恢复其股东身份的请求，法院难以支持。在判决生效后，本案争议的股权原权利人崔海龙、俞成林因丧失股权和股东身份，可以向相关侵权人主张承担民事责任，如果发生争议，可以另行起诉。

【相关法律规定】

1. 《物权法》

第一百零六条 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：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

2. 《公司法司法解释三》

第二十五条 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。

知识延伸

上述的案例 1 中认定，通过伪造股东签字制作的股权转让协议无效，但是司法实践中也存在有的法院判决协议不成立，并确认股东资格的情况，其法律性质属于未成立的决议和合同。

例如，案例 3：程秋因与湖南众智工程咨询有限公司、被上诉人袁明股东资格确认纠纷 [（2017）湘 01 民终 2009 号]

法院认为，需要变更登记的股权转让协议应经转让股东双方本人或授权委托人签字。本案中，《股东会议纪要》及 2015 年 12 月 16 日形成的《股权转让协议》上两个“袁明”的签名均系伪造，袁明无股权转让的意思表示，并无向他人转让其股权的要约，《股东会议纪要》及《股权转让协议》所约定的民事法律行为不具备成立的要件，故该《股东会议纪要》及《股权转让协议》不成立，对袁明无法律约束力。该案最终判决：责令众智公司、程秋于判决生效后立即到工商行政登记机关恢复袁明出资 20 万元人民币的股权工商登记。

小结：

1、被侵权的股东

股东签名被伪造，导致股权被转让，丧失股东资格的，股东可以依法提起确认股东资格之诉，并要求法院确认其股权比例。但需要注意的是，主张股权转让协议无效的，应当以股权转让协议中受让人为被告，确认股权转让协议的效力；主张股东会对其股权予以转让所作的决议无效的，应当以公司为被告，确认股东会决议的

效力。但是当第三人已经善意受让股权的情况下，此时向法院起诉确认股权归其所有，难以获得支持，此时可以向无权处分人主张承担相应的侵权责任。

2、股权受让人

在进行股权转让的交易过程中，应当尽到谨慎审查的义务，例如查询工商登记中股权的情况等。股权转让中受让人只有同时具备：受让股权时为善意、转让的股权价格合理、转让的股权依照法律规定已经登记这三个条件，才可以适用善意取得制度，认定受让人取得的股权合法有效。

破产与清算篇

借破产“金蝉脱壳”难逃法网

作者：蒋力飞

随着市场经济的不断发展与健全，市场竞争主体日益扩大，越来越多缺乏竞争优势、管理不善的企业在竞争中逐渐被淘汰，企业破产已成为企业法人退出市场的主要途径和方式。企业破产制度一方面优化了市场资源，保障债权人的合法利益，另一方面又可以帮助企业清理繁重的债务。然而不少经营者打着“破产”名号逃避累累负债，甚至出现破产致富的“畸形”现象，但无论如何，最终难逃法律的制裁。

案情简介

2008年4月10日，胡某与妻子陈某登记成立了一家防水材料公司。由于经营不善，经营近四年后，防水材料公司到处欠债，胡某也因此常常被追着还债。一气之下，胡某与妻子商量，与其这样整天狼狈地躲债，不如申请公司破产，一举消灭公司繁重的债务负担。妻子陈某也赞同丈夫的建议，并提议将公司名下的两辆奥迪轿车想办法转到“自己人”名下。

2012年3月，胡某将公司名下两辆奥迪轿车无偿转让给了妻子弟弟的贸易公司，并办理了车辆产权转移登记。随后贸易公司将两部车辆出售给他人，获利60万元用于偿还债务。2012年10月10日，防水材料公司向法院提起破产清算申请，法院受理后指定当地一家会计师事务所担任防水材料公司的管理人。

管理人接管防水材料公司的财产、印章和财务账簿等资料后，对公司财产进行清算时，发现公司名下两辆奥迪轿车“莫名”消失了。经过调查，管理人了解了整个事情的来龙去脉后，便向法院提起诉讼，要求法院确认防水材料公司将其名下的两辆机动车转移至贸易公司的转让行为无效，并请求法院判令贸易公司返还两辆奥迪轿车或等额款项。

庭审中，陈某的弟弟声称防水材料公司以前曾向自己公司借过钱，两辆轿车是防水材料公司用于还款之用，并且两辆轿车已出售给他人，无法归还车辆。后法院以防水材料公司涉嫌“虚假破产”刑事犯罪，遂中止审理该案，将该案移送公安机关。公安机关刑事立案后，对胡某、陈某实施抓捕。审讯过程中，胡某、陈某对故意隐匿财产的事实供认不讳，陈某弟弟也承认贸易公司与防水材料公司之间并无借款关系，纯粹是配合防水材料公司转移车辆产权手续。2013年1月检察机关以防水材料公司、胡某、陈某涉嫌虚假破产罪提起公诉。

法院裁判

法院经审理后认为，防水材料公司在资不抵债的情况下，通过隐匿财产、转移、处分财产，实施虚假破产，严重损害债权人的利益，构成虚假破产罪，胡某、陈某作为防水材料公司的直接负责主管人员和其他直接责任人员，对防水材料公司将涉案车辆过户给贸易公司起到直接作用，构成虚假破产罪，遂判处胡某有期徒刑两年，罚金二万五千元，判处陈某有期徒刑两年，罚金二万五千元。

笔者评析

破产制度是指在债务人不能清偿到期债务的情况下，以其全部财产对债权人按一定的顺序和比例进行公平清偿的法律制度。

企业依法破产清算之后，对于未能清偿的债务部分，破产企业可以获得免责，这一方面是对债务人的保护，另一方面也防止严重亏损、无力复苏的企业为避免破产而勉强维持，继续举债，造成损失的不断扩大。然而，破产制度本身存在着道德风险，少数经营者为追求个人利益，钻法律空子，利用破产制度，逃避企业债务，甚至因破产获取巨额利益。很多企业在破产后造成大量职工失业下岗，生活艰难，企业对外庞大债务不能清偿，而企业经营者却不承担任何法律责任。上述案例中，胡某、陈某在申请企业破产前，故意逃避债务、恶意转移企业的财产，就是一个典型。

一、司法实践中利用破产程序实施逃债行为层出不穷，具体表现为：

（一）破产前充分准备，蓄意破产以逃避债务。

1. 隐匿、转移财产，制造资不抵债的假象逃债；
2. 虚构债务或者承认不真实的债务，以合法形式转移资产；
3. 以改制名义“金蝉脱壳”。即剥离企业有效资产投入或者成立另一企业，以合法形式非法转移财产，导致原企业资不抵债，形成空壳企业而破产；
4. 无偿转让或以明显不合理价格交易；
5. 对没有财产担保的债务提供财产担保或放弃债权；
6. 对未到期的债务提前清偿。

（二）破产中，利用破产程序漏洞，恶意减少破产财产。

1. 破产企业故意隐瞒破产财产具体清单，缩小财产范围，低估破产财产价值，压低赔偿比例。刻意遗漏无形资产（专利、商标、专有技术、配方等知识产权）申报和转移，或对无形资产不作价、不评估；
2. 刻意增加共益债务。债务人将自有财产造成无人管理的假象，增加利害关系人因无因管理所产生对债务人的债权；
3. 重整期间，利用关联交易或虚假交易等转移企业资产；
4. 随意拔高职工安置费等优先受偿费用，使企业无产可破。目前，破产企业通常做法是根据职工人数和破产企业资产状况，事先从破产财产中提取一定比例或数额的职工安置费。

（三）引入政府干预破产，为逃债提供方便。

有些破产企业利用政府关心社会公益与社会维稳的心理，在清算破产企业债务时，往往求助政府通过行政权力，要求一些资金实力雄厚、效益良好的企业或者银行、其他金融机构等放弃对破产企业的债权，以平缓破产企业终结时，因破产财产不足可能激化债权人及职工等方面的矛盾，避免产生社会不稳定因素。

为防止出现类似案例中破产企业隐匿财产、承担虚构债务或其他方法转移、处分财产，实施虚假破产，严重侵害债权人利益的行为，我国《企业破产法》详细规定了破产企业及其负责人在破产程序中相关义务和责任，并设置民事责任、司法责任和刑事责任对破产企业及其负责人的行为进行规制。

二、破产期间，相关法律责任的规制

（一）民事责任

根据《破产法》的规定，企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务，致使所在企业破产的，依法承担民事责任。同时还规定上述人员自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。

破产企业在破产申请前一年内有不当交易行为或在破产申请六个月内对个别债权人进行清偿或恶意隐匿、转移财产、虚构债务等行为的，债务人的法定代表人和其他直接责任人员需要对债权人承担赔偿责任。

（二）司法责任

司法责任又称司法强制措施，是人民法院对妨害司法程序的行为人所适用的强制措施。破产程序的顺利进行不仅关乎法院的司法效率和权威，同时也关系到债权人利益的及时实现。

根据《破产法》规定，债务人的有关人员经法院传唤无正当理由不列席债权人会议，法院可以拘传并处罚款；债务人的有关人员拒不陈述或作虚假陈述或不提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工公司的支付情况和社会保险费用的缴纳情况的，法院可以处以罚款；擅自离开住所地的，法院可以训诫、拘留或罚款。

（三）刑事责任

我国《刑法》针对企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产，实施虚假破产，严重损害债权人或其他人利益的行为专门设置了“虚假破产罪”。根据司法实践，凡符合：“隐匿财产价值在五十万元以上；承担虚构的债务涉及金额在五十万元以上；以其他方法转移、处分财产价值在五十万元以上；造成债权人或者其他直接经济损失数额累计在十万元以上；虽未达到上述数额标准，但应清偿的职工的工资、社会保险费用和法定补偿金得不到及时清偿，造成恶劣社会影响；其他严重损害债权人或者其他利益的情形”条件的，均应当追究刑事责任。

同时，《刑法》还专门针对国有公司、企业直接负责的主管人员，徇私舞弊造成国有公司、企业破产，导致国家利益遭受重大损失的行为设立了“国有公司、企业人员失职罪”。

策略提示

企业破产制度是企业法人独立人格的实践，尤其针对有限责任公司类型，充分体现与发挥了有限责任制度的优势。企业经营者要充分利用破产制度赋予自己的权利，保护个人财产不受到追偿或损失。

一、当企业法人不能清偿到期债务并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力时，为维护企业债权人和自身合法权益，企业经营者应当做好以下几个方面的工作，依法履行相关职责和义务。

（一）符合破产条件时，应及时申请破产。

“企业法人不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部债务或明显缺乏清偿能力”是破产法规定的破产前提，当满足这个条件时，企业应尽快向法院申请破产，利用法律赋予的合法权利保护债权人及投资人利益。

（二）知晓破产财产范围和保护期间，避免违法擅自处分。

债务人破产财产范围包括，破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产。

破产财产时限保护范围延伸至破产申请受理之前，即在法院受理破产申请前一年，债务人不得将财产无偿转让、以明显不合理价格交易、对无财产担保债务提供财产担保、放弃债权；在法院受理破产申请前六个月，债务人在出现资不抵债、不能清偿到期债务、明显缺乏清偿能力时，不得对个别债权人进行清偿。

(三) 在法院受理破产申请时, 及时向法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告及职工工资支付和社会保险费用缴纳情况等资料。

(四) 在法院受理破产申请至破产程序终结期间, 债务人的有关人员(法定代表人或法院指定的财务管理人员和其他经营管理人员)应当遵守如下义务:

1. 妥善保管其占有和管理的债务人财产、印章和账簿、文书等资料;
2. 根据人民法院、管理人的要求进行工作, 并如实回答询问;
3. 列席债权人会议并如实回答债权人的询问;
4. 未经人民法院许可, 不得离开住所地;
5. 不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。

二、当企业的交易相对方面临破产或法院已经受理交易相对方破产申请时, 企业经营者应做好如下工作:

(一) 如果企业对交易相对方有未结债务或持有其财产的, 则企业应当向交易相对方的管理人清偿债务或者交付财产。

(二) 如果企业与交易相对方之间的合同均未履行完毕, 且交易相对方管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知企业的, 则从法律意义上讲, 企业与破产交易相对方之间的合同已经自动解除, 企业最好不要再向交易相对方履行合同义务, 否则存在无法收回相应债权的风险。同时企业也应当及时要求交易相对方管理人提供担保, 管理人不提供担保的, 视为解除合同, 企业无需再向交易相对方管理人履行未履行合同义务, 已履行合同所产生的债权债务通过债权申报等破产程序处理。

(三) 及时申报债权。企业应当在法院受理交易相对方破产申请后最长不超过三个月内向其破产管理人申请债权并提供有关证据。申报的债权包括: 未到期债权, 附条件、附期限的债权, 以及诉讼、仲裁未决的债权。

破产清算程序中，管理人应如何处分财产

作者：蔡炳辉 朱小苏

在破产清算程序中，债权人只能在破产企业财产范围内得到清偿，破产企业财产数额大，债权人受偿率便会高些，破产企业财产数额小，债权人受偿比例便会低。而对债权人的清偿，一般以货币形式清偿。换言之，在破产清算过程中，需对破产企业财产进行变现，这样，如何变现破产企业财产便显得尤为重要，变现方式得当、及时，即意味债权人可以在较短的时间内、在较大程度上获得清偿。

一、破产企业财产处置的时间点

有关破产企业财产变现，按《企业破产法》规定，管理人需按债权人会议审议通过的“破产财产的变价方案”变现破产企业财产。这无可厚非，变现所得主要用于清偿债权人，变现方式理应尊重债权人意见。但按《企业破产法》规定，前述“破产财产变价方案”中的“破产财产”并非针对破产企业所有财产泛泛而谈，而是针对进入特定破产清算阶段的破产企业财产而言。《企业破产法》第107条规定：“债务人被宣告破产后，债务人称为破产人，债务人财产称为破产财产，人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权”，因此，前述由债权人会议审议的“破产财产的变价方案”，指的应当是人民法院宣告企业破产后，债权人会议针对届时的破产财产，审议的变价方案。那么，这是否意味着只有人民法院宣告企业破产了，才能变现企业财产，在人民法院宣告企业破产前，不得变现企业财产？对此，我们认为，在破产程序过程中，在债权人会议审议通过破产财产变价方案之前，管理人应有权处置、变价企业财产。在集中规定管理人权限的《企业破产法》第25条，规定管理人的职权之一为“管理和处分债务人的财产”，并未将管理人处分财产限定在“处分破产人财产”或者处分“破产财产”，换言之，在破产企业被人民法院宣告破产而转为“破产人”之前，管理人便可按《企业破产法》第25条规定处分破产企业财产。这也与《企业破产法》第43条所规定的“破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿”相契合，在破产企业没有货币现金的情况下，当然只能随时变现破产企业部分实物资产以随时清偿破产费用和共益债务，这样才可确保破产程序的正常开展。

二、破产企业财产处置的原则规制

当然，《企业破产法》在授权管理人管理和处分破产企业财产的同时，也并不是放任而为，对管理人处分破产企业财产的行为也提出了相应要求：

第一、《企业破产法》第27条规定：“管理人应当勤勉尽责，忠实执行职务”，对于处分破产企业财产而言，忠实、勤勉即量化体现为以最低费用、最高价值变现破产企业财产。《企业破产法》第112条规定，变价出售破产财产，除债权人会议另有决议外，应当通过拍卖进行。因此，在管理人提前变现破产企业财产时，也可参照该规定，尽量通过拍卖的方式变现。但如果所变现物品价值市场价格透明（如市场流通的有价证券），或者所变现物品价值已有合理根据（如已经价值评估），或者所变现物品已有合适买家（如在企业进入破产程序前，已以合理的价格分批变卖了部分同类别物品），则可以考虑不通过拍卖程序，而直接变现。再者，在已出现较多买受人的情况下，也可以考虑通过参考招标、投标的方式在意向买受人中遴选出价最高者成交，在寻求最高变价价值的同时节省拍卖费用。

如果管理人怠于履行忠实、勤勉职责，而在公开拍卖之外，以没有根据的、明显不合理的价格变现破产企业财产，则需承担相应责任。如《企业破产法》第130条便规定：“管理人未依照本法规定勤勉尽责，忠实执行职务的，人民法院可以依法处以罚款，给债权人、债务人或者第三人造成损失的，依法承担赔偿责任。”

第二、在管理人非按债权人会议审议的“破产财产分配方案”变现财产，而是按破产工作现实需要提前变现部分财产时，如所变现的财产是列入《企业破产法》第 69 条规定的破产企业重大资产时，则需提前报告人民法院或债权人委员会。《企业破产法》第 69 条规定的重大资产处分包括以下几项：①涉及土地、房屋等不动产权益的转让；②探矿权、采矿权、知识产权等财产权的转让；③全部库存或者营业的转让；④债权和有价证券的转让；⑤对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为。管理人在进行前述重大资产变现前，应将拟变现财产范围、变现原因、变现方式等向人民法院或者债权人委员会报告，在取得人民法院或者债权人委员会同意后，再进行变现。《企业破产法》为此规定，其目的主要在于监督管理人行为，以免管理人不适宜处分破产企业财产而减损债权人权益，另一方面则从破产程序整体上进行统筹考虑，在破产企业被宣告破产前，破产企业仍存在破产重整、破产和解的可能性，如果未经周全考虑，径行对破产企业重大财产予以处置，则可能致使破产企业丧失破产重整、破产和解的机会，因此需要多方更为审慎的考量。

第三、根据最高院《关于适用〈企业破产法〉若干问题的规定（三）》第 15 条，当管理人拟变现破产企业财产属于破产企业重大资产时，应事先制作财产管理或者变价方案，并提交债权人会议表决。若表决未通过，管理人不得处分。该条规定实质是对《企业破产法》第 69 条的再细化规定，针对性的加强对管理人财产处置行为的规范。《企业破产法》第 69 条界定了“重大资产”的范围，同时规定：“管理人实施下列行为，应当及时报告债权人委员会……未设立债权人委员会的，管理人实施前款规定的行为应当及时报告人民法院”，而实践中，不少破产案件并未设立债权人委员会，而在破产实践中，也越来越要求法院居于监督管理人履职的位置，而不是代替管理人做决定、履职。因此，《企业破产法》第 69 条在实践中的操作，适用性并不是很理想。《若干问题的规定（三）》第 15 条在很大程度上拓展（甚至可以说突破）《企业破产法》第 69 条的规定，再将对重大资产的处置决定权，返还给破产案件的利害关系人群体—债权人会议。正因如此，该条第三、四款也规定了救济途径，如“债权人委员会认为管理人实施的处分行为不符合债权人会议通过的财产管理或变价方案的，有权要求管理人纠正。管理人拒绝纠正的，债权人委员会可以请求人民法院作出决定。人民法院认为管理人实施的处分行为不符合债权人会议通过的财产管理或变价方案的，应当责令管理人停止处分行为。管理人应当予以纠正，或者提交债权人会议重新表决通过后实施。”

三、破产企业财产处置的普遍方式

通过网络公开拍卖破产企业财产，成为管理人处置破产企业财产的普遍方式。一者这是一种公开拍卖方式，契合《企业破产法》第 112 条“变价出售破产财产应当通过拍卖进行”的规定。再者，《全国法院破产审判工作会议纪要》第 47 条，也要求“要适应信息化发展趋势，积极引导以网络拍卖方式处置破产财产，提升破产财产处置效益。”最后，破产程序作为一项非诉的司法程序，《企业破产法》第 4 条规定“破产案件审理程序，本法没有规定的，适用民事诉讼法的有关规定”，而在民事诉讼法中，对于法院强制执行时对被执行人财产的处理，目前主流均已财务网络拍卖，如《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第 2 条便规定“人民法院以拍卖方式处置财产的，应当采取网络司法拍卖方式，但法律、行政法规和司法解释规定必须通过其他途径处置，或者不宜采用网络拍卖方式处置的除外。”

从我所目前担任管理人处置破产企业的经验看，通过网络拍卖主要通过三大网络平台进行：“淘宝”、“京东”和“人民法院诉讼资产网”。

公司解散纠纷诉讼实务

作者：朱雄一

以下文字整理自华诚公司商事专业委员会线上分享会。本次分享会上，朱雄一律师分享了其有关公司解散纠纷诉讼实务的一些经验和见解。

一、公司解散纠纷的请求权基础

《公司法》第 182 条：公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

二、诉讼主体

1. 原告：持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东。既可以是持有公司全部股东表决权百分之十以上的单个股东，也可以是合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的多个股东。

特别注意：隐名股东不是适格的公司解散纠纷原告主体。

2. 被告：“公司”。

3. 第三人：公司其他股东、公司解散的利害关系人。

相关法条：《公司法司法解释二》第 4 条：

股东提起解散公司诉讼应当以公司为被告。

原告以其他股东为被告一并提起诉讼的，人民法院应当告知原告将其他股东变更为第三人；原告坚持不予变更的，人民法院应当驳回原告对其他股东的起诉。

原告提起解散公司诉讼应当告知其他股东，或者由人民法院通知其参加诉讼。其他股东或者有关利害关系人申请以共同原告或者第三人身份参加诉讼的，人民法院应予准许。

三、管辖

1. 解散公司诉讼案件由公司住所地人民法院管辖。

2. 公司解散纠纷存在级别管辖规定，基层人民法院管辖县、县级市或者区的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案件和公司清算案件；中级人民法院管辖地区、地级市以上的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案件和公司清算案件。

相关法条：《公司法司法解释二》第 24 条

四、公司解散之诉的实质要件

1. 公司经营管理发生严重困难（形成公司僵局）；

2. 继续存续会使股东利益受到重大损失；

3. 通过其他途径不能解决；

相关法条：《公司法司法解释二》第 1 条：

单独或者合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，以下列事由之一提起解散公司诉讼，并符合公司法第一百八十二条规定的，人民法院应予受理：

（一）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；

（二）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东

大会决议，公司经营管理发生严重困难的；

(三) 公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；

(四) 经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。

五、公司解散纠纷在实践中的司法处理原则

1. 调解优先、司法审慎介入原则；

相关法条：《公司法司法解释二》第5条：

人民法院审理解散公司诉讼案件，应当注重调解。当事人协商同意由公司或者股东收购股份，或者以减资等方式使公司存续，且不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院应予支持。当事人不能协商一致使公司存续的，人民法院应当及时判决。

经人民法院调解公司收购原告股份的，公司应当自调解书生效之日起六个月内将股份转让或者注销。股份转让或者注销之前，原告不得以公司收购其股份为由对抗公司债权人。

2. 利益平衡原则；

3. 穷尽内部救济原则；

4. 一事不再理原则。

相关法条：《公司法司法解释二》第6条：

人民法院关于解散公司诉讼作出的判决，对公司全体股东具有法律约束力。

人民法院判决驳回解散公司诉讼请求后，提起该诉讼的股东或者其他股东又以同一事实和理由提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。

六、公司解散纠纷中各方的举证责任

1. 原告方应完成的举证责任

(1) 证明原告具有起诉资格的相关证据，如工商信息、股东名册、公司章程。

(2) 公司陷入僵局以及原告已穷尽内部救济方式的相关证据。查询工商内档获取股东会决议及董事会决议、向其他股东发函要求召开股东会的书面通知、要求其他股东行使优先受让权的通知、股东会录音录像、股东会会议纪要、第三方调解记录等。

(3) 公司财务状况相关证据，用于证明公司经营困难，继续存续会使股东利益遭受重大损失。可提交公司财务报表、审计报告等财务数据，必要时可通过股东知情权纠纷的前置诉讼来获取相关财务资料。

(4) 原告已穷尽内部救济

2. 被告方或第三人应完成的举证责任

(1) 公司未处于经营管理困难的状态，如2年内形成的股东会决议或董事会决议，以及相关决议得以履行的证据。


(2) 证明公司财务状况良好，继续存续不会损害股东利益。

(3) 如解散公司可能损害其他股东、债权人或利害关系人利益，或造成不良社会影响。



地址：上海市长乐路989号世纪商贸广场26楼

网址：www.watson-band.com.cn

 (86-21) 5292-1111;(86-21)6350-0777

 (86-21) 5292-1001;(86-21)6273-6366