文章编号: 1674 - 5205(2016)05-0175-(009)

有限责任公司股权代持的法律性质

——兼评我国《公司法司法解释(三)》第24条

葛伟军

(上海财经大学法学院, 上海 200433)

摘要 将实际出资人能否显名交给其他股东决定,有其合理性,但是也有缺陷。显名问题,可以由股权代持的性质来决定。股权代持的性质,主要为信托或代理。如果代持设立了一项信托,那么实际出资人不得要求显名;如果代持构成了一项代理,能否显名要根据具体情况确定。《公司法司法解释(三)》第24条存在一个困境,即投资权益与股权分别归属实际出资人与名义股东而导致的股权代持性质与双方法律地位,无法通过我国现有的法律框架来解释。借鉴英国法解决该困境,主要有三个优点:一是确定了代持的性质是假定的归复信托;二是厘清了名义股东作为受托人,对实际出资人负有受信义务;三是明确了实际出资人作为受益人的责任。

关键词 股权代持; 信托; 代理; 假定的归复信托; 间接代理

Abstract: To let the other shareholders decided whether actual contributor is entitled to requiring for his name to be entered seems reasonable, however it has drawbacks. The problem of entry may be determined by the nature of stock - holding, which mainly is trust or agency. If the stock - holding creates a trust, then actual contributor is not allowed to be entered, while if it constitutes an agency, whether his name can be entered or not shall be determined case by case. A trouble arises from paragraph 24 of the third company law judicial interpretation, which is that the current legal framework of China fails to explain the status of parties and the nature of stock - holding resulting from the different vesting of stock and the proceeds on it. There are some advantages from the view of English law to construct the problem. First, the nature of stock - holding may be regarded as presumed resulting trust. Second, the nominal shareholder, as trustee, owes fiduciary duty to actual contributor. Third, the liability of actual contributor as beneficiary may be clarified.

Key Words: Holding stock for others; Trust; Agency; Presumed resulting trust; Indirect agency

中图分类号: DF411.91 文献标识码: A

去年有两个事件全国瞩目。一个是2015年7月底少林寺方丈释永信被人举报,涉嫌贪污、挪用公款、受贿、滥用职权、非法拘禁、非法持有少林资产等违法问题。另一个是2015年8月12日天津港发生大爆炸,导致多人伤亡,损失巨大。两个事件虽然地点、人物以及性质不同,但是背后有一个共同点,即均存在股权代持现象。对于前者,释永信持有河南少林无形资产管理有限公司80%的股权,被人质疑侵占资产,其本人辩解是为少林寺代持股权。^[1]对于后者,引起爆炸的涉事单位是天津东疆保税港区瑞海国际物流有限公司,其登记的股东为两个自然人,但是他们提出真正的股东另有他人,他们只不过是代持而已。^{[2][3]}

股东持有股权可以分为两种情况,即亲自持股和代为他人持股(简称“代持”)^①。股权代持又可以分为两种情况:其一,名义股东持股时表明代为他人持股,既可能指明实际出资人,也可能不指明实际出资人而仅表明代持关系的存在。其二,名义股东以自己名义持股,不表明代持关系。此时在其他股东、公司以及其他利害关系人看来,不用揣测和怀疑名义股东的股东身份,不存在任何威胁股东关系和股权结构的潜在疑问。

股权代持背后的动机,则是多种多样的,主要包括为了规避法律上关于股东资格的限制(如党政干

^① 在我国公司法的语境下,股权适用于有限责任公司,而股份适用于股份有限公司。股权不同于股东权利,前者是指股东因出资而获得的出资份额上所承载的权利,后者则指股东因持有出资份额而得以向公司所主张的权利。股权也不同于出资,后者是指股东向公司的财产投入,其目的是为了公司运转。

收稿日期: 2015 - 09 - 15

作者简介: 葛伟军(1975—),男,浙江宁海人,上海财经大学法学院副教授,博士生导师。

部不得参与企业经营)、基于身份关系为之配置财产(如父母出于财产分配的考虑而将股权登记到子女名下)、避免债权人将来的强制执行(如债务人为了逃避债务而将其股权登记到第三人名下)、隐匿财产等。

一、问题的提出

(一) 现有的两类法律规制

立法者在一系列规定中,清晰地表达了其立场,即股权代持原则上是被禁止的。外国投资者并购境内企业时,并购当事人应对并购各方是否存在关联关系进行说明,如果有两方属于同一个实际控制人,则当事人应向审批机关披露其实际控制人,并就并购目的和评估结果是否符合市场公允价值进行解释。当事人不得以代持等方式规避该要求^①,此外,应从交易的实质内容和实际影响来判断并购交易是否属于并购安全审查的范围,外国投资者不得以代持等方式实质规避并购安全审查^②。证券投资基金管理公司的股东处分其股权时,股东与受让方应当就转让期间的有关事宜明确约定,确保不损害基金管理公司和基金份额持有人的合法权益,股东及受让方不得通过股权代持、股权托管、信托合同、秘密协议等形式处分其股权^③。证券投资基金管理公司子公司的股东不得为其他机构或者个人代持子公司的股权,任何机构或者个人不得委托其他机构或者个人代持子公司的股权^④。对于创业投资企业,如果多个投资者以某一个投资者名义代持创业投资企业股份或份额,那么不予备案^⑤。

上述禁止也存在例外情形。例如,中央企业或者其各级子企业境外出资形成的股权,可以根据境外规定以个人名义持有,但是需要事先批准,依法办理代持等手续,并以书面形式报告国资委^⑥。本文关注一般的有限责任公司,不涉及股份有限公司^⑦。也不涉及开展代持业务的企业或者信托公司^⑧。

在我国,有限责任公司股权代持通常以隐名股东的资格认定作为话题出现并加以讨论^⑨。“隐名”及“股东”的表述具有一定迷惑性,因为有时候实际出资人表明身份、为其他股东所明知的,并且实际出资人事实上从来没有成为股东。从公司法的角度看,一个人成为股东的主要标记是该人的名称是否记载于股东名册,以及是否在工商局登记备案^⑩。至于该人对公司的出资来源于何处,是不重要的。一旦被记载为股东之后,不能以没有实际出资或者其他股东不同意等理由让实际出资人显名。简言之,股东(即使是名义股东)的资格和地位不能轻易被剥夺^⑪。

(二) 《公司法司法解释(三)》第24条的疑虑

实践中经常发生的股东资格确认纠纷,包含两个法律问题:一是投资权益的归属,二是实际出资人能否显名。前者涉及实际出资人与名义股东之间的关系,而后者涉及实际出资人、名义股东与其他股东、公司之间的关系。

首先,根据《公司法司法解释(三)》第24条第2款,已经实际履行了出资义务的实际出资人,有权向

① 2009年商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》第15条。

② 2011年《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》第9条。

③ 2012年《证券投资基金管理公司管理办法》第19条第(3)项。

④ 2012年《证券投资基金管理公司子公司管理暂行规定》第8条。

⑤ 2009年国家发展和改革委员会《关于加强创业投资企业备案管理严格规范创业投资企业募资行为的通知》第1点第(3)项。

⑥ 2011年《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第10条。

⑦ 股份有限公司的股份代持,似乎是允许的,试举两例:其一,根据2007年中国证券监督管理委员会《上市公司的收购及相关股份权益变动活动监管工作规程》,上市公司收购时,对收购人的监管:通过信托或其他资产管理方式进行收购的,应当重点关注本次收购是否为其利用自有资金进行投资、是否与其他信托投资分账管理、是否代他人持有股份(如代持,应着重了解他人的基本情况)。其二,根据2008年中国保险监督管理委员会《保险公司董事会运作指引》第86条和第87条,保险公司治理报告的内容之一是股东及股权,其中包括股权代持等情况。该报告由董事长牵头负责起草或汇总后,提交董事会审议。关于股份代持的问题,参见赵威《证券间接持有法律问题研究》,中国检察出版社2008年版。

⑧ 信托公司大多将股权代持信托作为事务管理类业务,纳入其信托业务(其他业务还包括信托融资业务、信托投资类业务等)。例如,交银国际信托有限公司《2014年年度报告摘要》,载《上海证券报》2015年4月28日。

⑨ 参见王芳《隐名投资人股东资格认定问题研究》,载《河北法学》2012年1月第30卷第1期;华小鹏《有限责任公司隐名股东的股东资格认定》,载《甘肃政法学院学报》2008年7月总第99期;周友苏《试析股东资格认定中的若干法律问题》,载《法学》2006年第12期。与股权代持比较接近的一个问题是不动产的借名登记,在此方面也积累了一些相关的文献:林诚二《不动产物权变动登记之实与虚——以我国台湾地区借名登记契约之相关问题为说明》,载《北方法学》2014年第1期;冉克平《论借名实施法律行为的效果》,载《法学》2014年第2期;马一德《借名买房之法律适用》,载《法学家》2014年第6期;马强《借名购房案件所涉问题之研究——以法院裁判的案件为中心》,载《政治与法律》2014年第7期。

⑩ 名称是否记载在股东名册上,属于形式标准。此外,还存在实质标准,即是否实际向公司出资。英国法采纳的是前者,我国法强化了后者。根据英国《2006年公司法》第112条,公司备忘录认购人视为同意成为股东,并且基于公司登记而成为股东,必须据此被记载于股东名册;同意成为公司股东并且其名称被记载于股东名册的每个人,是公司股东。参见邓峰《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第347-352页。

⑪ 有学者总结了不同层次的认定股东资格的三大证据:源泉证据(证明股东取得股权的基础法律关系的文件)、效力证据(对股东资格的确认具有推定的证明力)、对抗证据(在公司登记机关登记备案的章程等文件)。参见刘俊海《现代公司法(第二版)》,法律出版社2011年版,第244-248页。

名义股东主张投资权益。该款所称的“投资权益”,有别于因投资而形成的股权,应当仅限于因持有股权而享有的分红权与剩余财产索取权,是一种财产性权利,不包括表决权等人身性权利^①。换言之,第2款没有涉及对股权归属的认定,即使实际出资人被法院判定享有投资权益,该投资权益所依附的股权仍然在名义股东的名下。投资权益归属,与实际出资人能否显名无关,不涉及股权代持的性质,即无论代持的性质如何,都不影响投资权益的归属。

其次,根据《公司法司法解释(三)》第24条第3款,实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。该款采纳的“其他股东半数以上同意”标准,其实质在于,实际出资人能否显名交由其他股东来确定^②,并不考虑代持的性质。

按照第3款,可能会出现这样的情形:法院判定实际出资人履行了出资义务从而享有投资权益的归属,但是由于公司其他股东半数以上(不清楚是指持股比例的半数,还是人数的半数)不同意,因此法院不得判定公司不得将股东变更为实际出资人。实际出资人享有投资权益,却无法成为公司的股东,而名义股东仍然持有公司股权,但是却不享有投资权益(简称“第3款困境”)。

由此产生了一系列法律上的问题:(1)在判断谁是股东的问题上,除了追求当事人的本意以外,还应当注意什么?其他股东的意思表示是否重要?(2)如何认定股权代持的法律性质?该性质对于决定实际出资人能否显名具有什么影响和作用?(3)第3款困境呈现的投资权益归属与股权归属相分离的后果,其法律依据是什么?如果能够分离,那么持有股权的仍然是名义股东,而其完全有可能根据其持股地位,妨碍实际出资人对投资权益的享有,此时如何理解名义股东的法律地位及其对实际出资人的义务或责任?

(三)“其他股东半数以上同意”标准的意义

实际出资人显名与否,需要取得其他股东半数以上同意,其本意在于保护公司其他股东的利益,免受其他股东因显名而可能带来的利益损害。该标准的根基是有限责任公司的人合性。股东出资的非股份性、资本的封闭性、股东人数的限制性、组织机构的简便性都体现了该人合性的色彩。⁽⁴⁾⁹⁴⁻⁹⁵但是,即使对于有限责任公司,人合性也并非绝对的、不变的,人合性的有无、大小取决于公司章程与股东协议的自治条款。⁽⁵⁾¹⁹⁻²⁰不可盲目地将有限责任公司与人合性必

然地联系在一起。对于那些股东人数少、规模小的有限责任公司而言,股东之间比较熟识、关系亲密,他们的信心和信任是设立公司的根基,如果换了其他人来投资,公司不一定能设立。这些公司的人合性比较强,又称为准合伙公司。对于这类公司,法院在审视股东利益时,通常将考虑股东对公司的期望和义务,股东与股东之间以及股东与公司之间的关系等。股东对公司事务将以一种特定的方式管理具有合理期待。如果不能以期待的方式运营公司,则对该股东的利益构成损害。⁽⁶⁾³¹⁹相反地,对于那些规模较大的有限责任公司而言,人合性是一个虚幻的措辞,资本的联合才是公司设立的基础。

问题是,实际出资人显名对其他股东存在真实的利益损害吗?可以区分两种情况考量:第一,名义股东是大股东,其他股东是小股东;第二,名义股东是小股东,其他股东是大股东。在第一种情况下,实际出资人根据名义股东的持股比例,事实上已经控制了董事会;在第二种情况下,实际出资人在董事会中的地位是卑微的,发言权有限。因此,这两种情况都不会导致董事会的结构发生根本改变,其他股东无论是小股东还是大股东,都不会通过董事会的变化而遭受损失。

其他股东的劣势仅在于,产生了股东发生变化之后的磨合成本以及对原有股权结构的信赖利益的损失(该成本与损失很难计算且数额不大),但不会对董事会的控制产生根本性的影响。受影响最大的是名义股东,因为其丧失了持股的地位。受益最大的是实际出资人。对于公司而言,实际出资人显名不会带来持股的结构变化,只是股东在名义上发生了变更。因此,如果仅仅考虑资合性,很难将实际出资人显名与其他股东的利益受到损害之间联系起来^③。此外,尚需关注两点:其一,“其他股东半数以上同意”其含义不明。到底是应当按照法院在案件审理时所取得的股东意见来判断,还是按照在公司正常经

^① 投资权益归属的标准,应当遵循以下几个原则:(1)谁投资,谁受益;(2)追寻双方的本意即真实意图,如果有合同,根据合同,若无合同,根据具体情况推定;(3)由谁实际行使股东权利,例如参与股东会议并作出决策等。

^② 对于股东资格确认,有学者结合该款规定,认为不仅要考察实际出资人是否有真正出资,而且还要看其他股东对其身份是否接受或者认可。参见胡晓静、崔志伟《有限责任公司隐名出资法律问题研究——对〈公司法解释(三)〉的解读》,载《当代法学》2012年第4期。

^③ 如果名义股东在公司中担任要职,显名将逼迫其离开公司,那么只有当该股东作为雇员而离去时对公司有损害时,才会对其他股东带来间接而非直接的损失。如果名义股东不在公司中担任要职,那么该股东也是消极的投资者之一,不会由于其离去而影响其他股东的利益。

营过程中其他股东所表现出来的实际意见(包括是否对代持明知、是否已经认可实际出资人的股东地位等)来判断?如果其他股东已经明知代持,并不时与实际出资人一起表决公司事务、同意公司向实际出资人分红,而在庭审时又基于自身利益考虑拒绝实际出资人显名,那么其他股东应当视为同意还是不同意?其二,名义股东与其他股东、公司之间,存在合同关系。名义股东与公司之间签订了股权认购合同,如果没有依约出资,公司可以起诉名义股东违约。名义股东与其他股东之间签订了合作合同,如果没有依约履行,其他股东可以起诉名义股东违约。但是,股东资格的获得,源于公司对投资者作为股东身份的承认,与其他股东是无关的。“其他股东半数以上同意”标准的缺陷在于,将股东意志代替公司意志,无视公司的独立人格。

其他股东意见如何在实际出资人显名的案件中发挥作用,值得进一步探讨。本文试图抛开这一要素,从股权代持的性质出发,考察其与实际出资人显名之间的关系,并且回答发生《公司法司法解释(三)》第24条第3款困境时,如何认识名义股东的持股性质。

二、股权代持的性质之辩

实际出资人能否显名,可以由股权代持的性质来决定。股权代持的性质可能是代理,也可能是信托,要结合具体情况予以判断^①。如果代持的性质是信托,那么信托法规则适用,作为委托人的实际出资人不得要求显名。如果代持的性质是代理,那么民法中的代理规则适用,作为被代理人的实际出资人能否要求显名,视其情况而定。

(一) 股权代持明示为信托

有时候,当事人明确将代持表示为一种信托。例如,在一个案例中,28名自然人(即实际出资人)与信托公司签订“资金信托合同”,约定这些自然人将1亿元资金作为信托财产委托给信托公司,指定由该信托公司以受托人名义受让改制公司的9000万股股权,占改制公司全部股权的95%。该合同还约定,这些股权的所有权在信托期限内属受托人即信托公司所有;信托期限为三年;信托期限内,信托公司按照委托人的意愿行使股东权利;由此产生的责任和后果,全部由委托人及信托财产承担;信托收益为改制公司分配的红利,由受托人划至受益人账户;信托终止后,信托财产和增值的部分归属受益人,并办理股权变更手续,等等。法院认为,在信托公司以信托财产完成股权价款的支付后,信托财产的形态发生了变化,转

为相应的股权。根据上述合同的约定,该信托名为资金信托,实为股权信托。在信托期限内,受托人即信托公司取得股权,实际出资人不具有股东身份^②。但是要注意,本案中的名义股东是信托公司,该类公司的性质和业务决定了持股的性质是信托。

在另一个案例中,65户农民以289亩土地的承包经营权,经评估作价103万元入股公司,占公司全部股权的48.93%。这些农户与名义股东签订了“股权信托合同”,将其名下的股权办理到名义股东名下,由名义股东行使公司的股东权利。名义股东提起了公司解散之诉,得到法院的支持^③。

如果实际出资人与名义股东之间明确约定以信托方式代持股,而实际出资人通过诉讼要求显名的,法院应当结合“信托的内容”作出判断,并考虑以下因素。

第一,必须存在一个有效的信托。不仅要有设立信托的书面文件,而且必须要有信托目的、信托当事人、信托财产的范围和种类等必要记载事项^④。受托人(即名义股东)通常是信托公司,但是也有可能是自然人或其他法人。受托人(即名义股东)以自己的名义行使股东权利。例如,对于私人股权投资信托(指信托公司将信托计划项下资金投资于未上市企业股权、上市公司限售流通股或中国银监会批准可以投资的其他股权的信托业务),信托公司必须以自己的名义,按照信托文件约定亲自行使信托计划项下被投资企业的相关股东权利,不受委托人、受益人干预^⑤。

第二,原则上,如果没有约定信托期限或者仍然在约定的信托期限内,实际出资人的显名主张不能得到支持。因为实际出资人和名义股东之间的信托,对公司没有约束力;公司也不会受到任何此类信托的影响。公司所认定的股东只有一个,那就是在股东名册上记载的名义股东。

第三,信托期限届满是信托终止的事项之一。如果约定了信托期限并且该期限已经届满,那么信托财产(即股权)应当归属信托文件指定的人。如果没有指定,信托财产归属受益人(即实际出资人)或其继

^① 双方之间也可以是合作关系,双方对出资方式、代持义务、收益分配、违约责任等事项作出安排。

^② 2006年江苏省无锡市北塘区人民法院:陈金龙诉无锡二十一世纪集团有限责任公司股东知情权案。

^③ 2010年重庆市綦江县人民法院:代洪财诉重庆恒众农业发展有限责任公司公司解散纠纷案。

^④ 《信托法》第6-9条。

^⑤ 2008年中国银监会《信托公司私人股权投资信托业务操作指引》第2条、第11条。

承人^①。

第四,如果没有约定信托期限或者仍然在约定的信托期限内,但是出现了关于信托终止的争议(例如信托的存续违反信托目的,或者信托目的不能实现,或者信托当事人协商同意等),那么法院应当考虑该信托是否终止^②。如果认定信托已经终止,那么按照上述第(3)项处置信托财产。

其他股东和公司对于名义股东的受托人地位的主观认知是不重要的。换言之,无论其他股东和公司是否明知,都不会影响该代持的信托性质。此处的“明知”包括实际知道和推定知道。前者是指实际知道实际出资人与名义股东之间的信托关系,例如信托文件在公司有备案,或者实际出资人或名义股东已经向其他股东以及公司作出明确的书面声明。后者是指虽然没有证据表明实际知道,但是从具体的情境可以合理推断其他股东以及公司应当知道信托关系的存在,例如名义股东是信托公司或者名义股东的主要业务是股权代持。

(二) 股权代持构成代理

专家指出,以何人名义实施代理行为作为标准,代理可以分为直接代理和间接代理。间接代理,是指代理人以自己名义,为本人之计算(损益归于本人)而为法律行为,其法律效果首先对间接代理人发生,然后依间接代理人与本人的内部关系,而转移于本人的制度。我国《民法通则》规定了直接代理,而《合同法》第402条、第403条则引入了间接代理。⁽⁷⁾²²⁹⁻²³⁰英美法将代理分为三类:显名代理(即表明代理关系存在并公开本人姓名、以本人名义而行使的代理)、隐名代理(即表明代理关系存在但不公开本人姓名的代理)以及未经披露的代理(即不表明代理关系并以自己名义而行使的代理)。后两类相当于我国的间接代理。⁽⁸⁾⁵⁹⁻⁶²

如果代持的性质是直接代理,那么名义股东(代理人或受托人)在登记时,应当表明代为实际出资人(本人或委托人)持有股份并且指明实际出资人的姓名;其他股东和公司对此应当是明知的。显然这在实践中是极少见的。如果代持的性质是间接代理,那么名义股东以自己名义持有股权。实践中发生的多为此例:名义股东与实际出资人存在亲戚关系或利益关系,前者接受后者的委托而以股东身份记载于股东名册,其他股东大多不知道代理关系的存在或者即使知道也因市场地位相差悬殊而无能为力。

对于构成间接代理的持股,在处理显名时应当把握以下几个方面。

第一,原则上实际出资人不能要求公司显名。如

果规则过松,会导致实际出资人和名义股东滥用间接代理,即利用代理之名行转让之实。可以想象,如果轻易地让实际出资人显名,其后果是实际出资人获得股权的同时,规避了其他股东的优先购买权。一个显而易见的例子是,当公司成立之后,现行股东将其股权私下转让给实际出资人,双方约定实际出资人将股权的对价支付给现行股东,而该股权继续由现行股东代表实际出资人而持有。如果实际出资人是现行股东以外的人,则属于向股东以外的人的股权转让,此时其他股东的权利可能受到侵犯^③。

第二,在特殊情况下,实际出资人可以介入。该介入的前提是名义股东与其他股东或公司(第三人)存在合同关系,例如签订设立公司的合作协议或发起人协议,签订公司章程等。如果其他股东明知实际出资人与名义股东之间代理关系的,那么实际出资人可以介入。有时候该介入有利于实际出资人,但是其应当证明实际出资人与名义股东之间确实存在代理关系、其他股东明知该代理关系并且名义股东旨在代表实际出资人而非为自己与其他股东或公司签订合同或从事交易。⁽⁹⁾²⁴³⁻²⁴⁵有时候该介入却有利于名义股东,例如当名义股东需要履行出资义务时可能会主张代理关系的存在并要求实际出资人履行,此时实际出资人“被介入”,不能以非股东为借口而逃脱出资义务。但是,名义股东也不能据此免责,其在承担责任之后可以向实际出资人追偿^④。

第三,在以下三种情况下,实际出资人不得介入:首先,明示排除,是指名义股东与其他股东或公司之间的合同指明,未经披露的本人不得介入合同。其次,默示排除,是指名义股东与其他股东或公司之间的合同通过默示方式表明,未经披露的本人被排除在外。例如,名义股东将其拥有所有权的房屋作为出资投入公司。再次,名义股东的身份具有特殊的重要性。如果其他股东或公司是在完全信赖名义股东的个人技能或能力之基础上,同意其成为公司股东的,那么未经披露的本人被排除在外。例如,名义股东将其具有个人性质的财产(劳务或技术等)作为出资投

① 《信托法》第54条。

② 《信托法》第53条。

③ 根据《公司法》第71条,股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意。经股东同意转让的股权,在同等条件下,其他股东有优先购买权。

④ 根据《公司法司法解释(三)》第26条,公司债权人以登记于公司登记机关的股东未履行出资义务为由,请求其对公司债务不能清偿的部分在未出资本息范围内承担补充赔偿责任,股东以其仅为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩的,人民法院不予支持。名义股东根据前款规定承担赔偿责任后,向实际出资人追偿的,人民法院应予支持。

入公司。⁽⁹⁾²⁴⁶⁻²⁴⁷

第四,需要考虑的其他因素。首先,在显名这个问题上,公司的意见似乎比其他股东的意见更重要,因为承担显名义务的一方是公司,而不是其他股东。其次,在未经披露的代理中,其他股东或者公司不能视为明知。再次,一旦其他股东或公司知道了实际出资人的存在,那么便要行使选定的权利,即决定到底信赖哪个人;一旦选定,不得更改。如果其他股东或者公司要求实际出资人履行股东义务(例如出资)或者要求实际出资人行使股东权利(例如参与表决),此时应当视为已经承认实际出资人的股东地位,不得反言。⁽⁹⁾²⁵⁹

三、英国法关于股权代持的现行规定

在英国,也存在着这样的情况:实际出资人(即受益所有权人)将其股份交给一个中介机构(通常是银行,或者作为被指定人或托管机构的其他机构),由后者登记为股份的名义股东(即登记所有权人)。由此产生的问题是,名义股东行事的权力与其行事的经济动机的分离。名义股东不是受益人,却享有依附于股份的所有权力和特权;与之相反的是,名义股东只有很少的动机去行使该权力,除非实际出资人能够并且确实要求名义股东行使该权力。其背后的原因是,行使该权力的任何好处,都将归于股份的实际出资人,而不是名义股东。实际出资人具有监管该权力行使的巨大经济动机,以提高其自己的利益;但是实际出资人不因为其投资而对公司享有直接的权利。⁽¹⁰⁾⁵⁷⁰

名义股东仅因为其成为公司股东而享有依附于股份的所有权力和特权。针对公司而言,影响股份的任何信托或其他安排,都不会改变该事实。法官在一个早期的案例中曾言“如果一个受托人作为股份的持有人而出现在公司的登记册上,该受托人对于该股份可以和其他人具有的关系,与该公司根本是无关的。”^①

根据《2006年公司法》第126条(即《1985年公司法》第360条,来源于更早的《1862年公司法》第30条)明示、默示或拟制的任何信托的通知,不得记载于公司的股东名册,或者登记官不得收到。私人公司的标准章程第23条以及公众公司的标准章程第45条规定:除非法律另有要求,否则公司不承认一个人基于任何信托而持有任何股份;并且除非法律或章程另有要求,否则公司在任何情况下不受任何股份利益的约束或者不承认任何股份利益,除了股份持有人的绝对利益以及依附于该股份的所有权利外。

这些条款都允许公司登记一项股份转让而不参考影响该股份的任何信托,并允许公司不受该股份的受托人以及受益人之间关系的影响,除非公司干涉该信托。其合理性在于:能够促进公司对其自己股份的管理。如果没有这些条款,公司必须登记的任何股份转让可能会让公司由于违反与转让相关的义务而面临诉讼。同时,如果没有这些条款,公司可能会轻易卷入某些股份的受托人和受益人之间关于如何行使股份表决权的纠纷。尽管如此,英国法并没有让受益人不受保护:受益人经常可以通过法院诉讼来保护其权利,并且同时寻求停止交易的指令或通知,来防止或规制股份的任何交易。⁽¹⁰⁾⁵⁷¹⁻⁵⁷²

由于实际出资人数量的增加,《2006年公司法》第9部分(股东权利的行使)第一次在成文法中承认了实际出资人的某些权利。该部分的主要目的在于,使实际出资人更加容易地接收常规的公司信息并行使治理的权利。以下是几个相关的条款。

第146条允许名义股东指定一个人(即实际出资人)享有信息权,即接受所有的一般股东通讯的权利。实际出资人没有权利要求名义股东作出该指定,该邀请基于名义股东的自由裁量,并且是实际出资人与名义股东之间合同的事项。“信息权”,是指收到公司向包括作出指定的人在内的所有股东或任何类别股东发出的所有通讯副本(包括公司的年度账目和报告)的权利,要求账目和报告之副本的权利以及要求(以其他格式提供的)文件或信息之纸质版本的权利。

第152条和第153条,使得实际出资人可以通过名义股东行使表决等权利,使得名义股东更加容易以不同的方式行使权利,以反映背后的持股情况。根据第152条(代表其他人持有股份时权利的行使:以不同方式行使),当股东代表一个以上的人持有公司股份时,依附于该股份的权利以及(根据任何制定法)因持有该股份而可行使的权利,不必全部行使,并且如果行使,不必全部以相同的方式行使。行使该权利但没有行使全部权利的股东,必须将其行使权利的范围通知公司。以不同方式行使该权利的股东,必须将其行使权利的方式以及每种方式行使权利的范围通知公司。如果股东没有通知公司(即其不再行使全部权利或者其以不同的方式行使权利)而行使该权利,那么公司有权假定该股东在行使全部权利,并且以相同的方式行使权利。

^① Re Perkins, ex p Mexican Santa Barbara Mining Company (1890) 24 QBD 613, p 616, per Lord Coleridge CJ.

根据第 153 条,触发一项权利的股东门槛是 100 个人、平均每人持有 100 英镑以上的股份,提出相关的请求,那么这些人可以要求公司必须根据所适用的条款而行事^①。这些人是实际出资人,他们提出关于行使股东权利的请求时,必须要附带一个包括下列事项的声明:(i) 代表实际出资人持有股份的名义股东的名称和地址;(ii) 在经营过程中名义股东代表实际出资人持有那些股份;(iii) 名义股东代表实际出资人在公司中持有的股份数量;(iv) 那些股份已缴付的数额;(v) 那些股份并不代表任何其他人而持有;(vi) 那些股份载有相关的表决权,以及;(vii) 实际出资人有权指示名义股东如何行使那些权利等。

除了第 9 部分以外,第 13 部分(决议和会议)的部分条款也涉及实际出资人。例如,根据第 324 条(任命代理人的权利),名义股东有权任命实际出资人作为其代理人,行使其参加并在股东会议上发言以及表决的权利。但是,该权利属于名义股东自由裁量的范畴,实际出资人不得强制要求任命。由此可见,原则上公司和名义股东之间的紧密关系,几乎排除了公司和实际出资人之间的任何关系:实际出资人对公司管理没有权利。但是,英国法已经允许实际出资人可以对公司产生影响。

四、第 3 款困境的解决之道

《公司法司法解释(三)》第 24 条第 3 款困境所提出的是,当实际出资人与名义股东就设立信托的目的不是很明确时,法律却将股权归属与投资权益归属分离开来。根据我国信托法,信托目的合法,是设立信托的一个必备要件。信托在设立时,必然要有委托人所希望达成的目的,即信托行为所希望实现的具体内容。该目的可以各种各样,必须明确记载于信托文件,但是不得违反法律的强制性规定。如果信托目的缺失,那么该信托是无效的。^{(11)163-164,172}因此对于第 3 款困境的持股结构,我国信托法无法解释并提供法理上的支持。

借助英国法的经验审视第 3 款困境,有三个优点。首先,明确了该类持股结构的性质。第 3 款困境设立了一个归复信托。归复信托(或称结果信托),是指当财产转移的情形表明委托人并没有使受托人从财产中受益的意图时,法律将其规定为信托。⁽¹²⁾¹¹⁹³委托人在转移财产时,由于某种原因并未完全放弃财产上的权益。当委托人的动机不清楚时,法院会判定这是一个信托,以此来填补财产所有权的缺口。正是由于委托人没有彻底剥夺财产上的权益,所以该权益又“归复”给委托人。

归复信托又分为两类。一类是假定的归复信托。如果无法证明当事人的意图是什么,那么转让人无偿地将财产转移给受让人,产生了假定的归复信托,受让人视为为了转让人的利益而持有财产。产生此类信托的情况包括:以他人的名义购买财产(转让人用自己的钱购买一项财产,却指示将该财产转移到受让人名下,并且没有其他法定的假设或相反的证据),或者将财产转移到他人的名下(如果没有预赠的假设,转移动产构成一项为了转让人利益的归复信托,而不构成对受让人的赠与)等。⁽¹³⁾¹¹²⁻¹²⁵

另一类是自动的归复信托。如果转让人将财产转移给受让人并纳入信托,但留下部分或全部受益权未作处理,对于未处理的受益权,构成自动的归复信托。此类信托不依赖于任何意图或假设,而是转让人未能处理全部受益权的自动结果。产生此类信托的情况包括:宣言信托无效(转让人宣布成立一项信托之后,可能由于标的物不确定、未能满足形式要件、违反公共政策等原因而归为无效),或者明示信托失败(明示信托所规定的条件不能满足从而导致信托失败)或者未能全部处理受益权(转让人设立信托时没有全部处理信托财产上的受益权)等。⁽¹³⁾¹²⁵⁻¹²⁹

与归复信托比较接近但又有根本区别的一个概念是推定信托。推定信托,是指法律根据当事人的某些行为以及衡平法原则而推定产生的信托关系,以阻止不法行为人从其不法获得的财产上不当得利。⁽¹²⁾³⁰⁵简言之,一个人持有一项财产,但是根据良心和正义,该财产应当由他人持有或享有,此时该人视为以信托方式为他人持有该财产。此类信托的目的在于,当推定受托人不合良心的行为影响到财产权益时,运用推定信托来保护受害人的权益。⁽¹³⁾⁴³⁴⁻⁴³⁵不合良心的行为包括违反他人意愿或滥用其信任,利用欺诈、胁迫、不公正、阴谋或隐瞒等各种违法手段获得在公平和诚信的情况下不应该获得的权利。

归复信托与推定信托的主要区别在于意图。前者(主要是指假定的归复信托)产生于委托人的意图,即委托人主观上保留财产权益的意图是明确的(即使该财产名义上转移给了受托人)。而后者与委托人的意图无关,完全是由法律施加的。这种区别的用意是,将注意力集中到意图上,为选择适当的救济

^① 《2006 年公司法》第 153 条(代表其他人持有股份时权利的行使:股东的请求)适用的场合包括:(a) 第 314 条(要求传阅声明的权力);(b) 第 338 条(公众公司:要求传阅年度股东大会决议的权力);(ba) 第 338A 条(可交易公司:股东在年度股东大会处理的事务中增添事项的权力);(c) 第 342 条(要求投票表决之独立报告的权力);以及(d) 第 527 条(要求审计事务之网站公布的权力)。

提供信息。⁽¹⁴⁾⁴⁰⁻⁴¹

在第3款困境的场合,实际出资人与名义股东之间虽然就股权代持的性质约定不明确,但是名义股东持有股权具有合理的依据,并不是出于非法的因素而持有。实际出资人对名义股东的持股不仅明知,而且存在合法的授权。也没有任何证据显示实际出资人将代持的股权赠与名义股东,或者允许名义股东享有该股权上的权利。因此该持股事实上设立了假定的归复信托。

其次,明确了名义股东的受信义务。名义股东与实际出资人之间是一种受信关系。实际出资人既是委托人,也是受益人。受信义务主要包括忠实义务(受托人为受益人利益而处理信托事务,不得借此为自己或第三人谋利)、分别管理义务(受托人将信托财产和股东财产相互分离进行管理)、自己管理义务(受托人原则上亲自处理信托事务)、谨慎义务(受托人在管理信托事务中尽到一个审慎的人应该尽到的合理注意)以及保护义务(受托人在信托关系存续期间应当妥善保护信托财产)等。⁽¹¹⁾⁹⁹⁻¹⁰⁹

具体而言,名义股东对实际出资人的受信义务,主要表现在以下几个方面:⁽¹³⁾¹⁹¹⁻¹⁹³ (1) 名义股东取得股权并将其置于自己的控制之下。该股权的本质是信托财产,具有独立性。名义股东必须将该股权与其自身的固有财产区别开来。名义股东的债权人不得对该股权主张权利。(2) 名义股东必须在授权范围内,为了实际出资人的利益而持有并管理该股权。名义股东必须严格向实际出资人说明账目,将获得的分红分配给实际出资人,并且保存好账目资料等文件,在必要时向实际出资人提供。(3) 名义股东应当诚实、认真地行使其作为股东的权力,不得违背实际出资人的合理愿望。如果名义股东与实际出资人就权力的行使达成一致意见的(例如行使表决权的方式)应当根据该意见进行。(4) 名义股东不得使自己处于利益冲突的地位,即处于一种其个人利益与受信义务相冲突的境地,或者处于一种受信义务相互冲突的境地。名义股东未经授权,不得利用其受托人地位谋取利益,也不得以受托人地位与自己发生交易。(5) 名义股东是否收取报酬,根据其与实际出资人之间的约定决定。如果不收取报酬,名义股东应当像一个谨慎的商人管理自己的事务那样处理一般事务。如果收取报酬,名义股东必须采用更高的注意标准,例如采用第三人合理预期的与受托人具有相同专业特征的某些人应当采用的注意标准和技能。(6) 如果名义股东实施了违反信托的行为,其必须承担以下责任:由于违反信托造成的股权价值的损失;由于违

反信托而失去的利润;如果没有违反信托的行为,可能给持股增加的利润等。

再次,明确了实际出资人作为受益人的责任。在早期的一个案例中,公司进入清算时股份并没有全额缴付。分担人发出催缴,原告是其中之一。清算人针对原告的诉讼中,原告被判决要承担缴付责任。原告接着针对被告起诉,理由是原告仅仅是名义股东,从未享有任何受益利益,被告作为实际出资人应当承担股份的缴付责任。法院认为,双方从未处于买卖关系,没有合同,被告从未要求原告成为受托人等事实,都是次要的;确立受托人与信托之间关系的关键是,证实原告享有法定所有权而被告享有衡平法上的所有权(案件事实已证实了这一点);最基本的原则是,获得信托财产所有收益的受益人,应当承担责任,除非其能证明应当由受托人承担。因此判决实际出资人对未全额缴付的股份承担缴付责任,尽管该股份由名义股东持有^①。

除了上述所讨论三个优点以外,还有一个相关的问题是:当构成一项信托时,实际出资人是否有权提起派生诉讼,要求公司董事承担赔偿责任。在一个案例中,J作为股份的受益所有权人(即实际出资人),通过C公司(即名义股东)分别持有R1和R2两家公司15%的股份。J代表其自己和这两家公司的其他股东,主张R1和R2公司的6个董事(在两家公司中都是一致的)将两家公司的资产低价出售,并且将属于两家公司的合同机会转移到这6个董事享有实质利益的其他公司手中。这6个董事通过C公司,在R1和R2公司中分别持有51%的股份。J针对6个董事提起派生诉讼,并将R1和R2公司以及C公司作为诉讼当事人。被告认为J不具备提起派生诉讼的诉讼资格。一审法官驳回了被告的主张,被告不服,专门针对原告关于派生诉讼的诉讼资格提起上诉。上诉法院一致认为,股份的受益所有权人不享有提起派生诉讼的权利^②。

英国法中很少有判例涉及股份的受益所有权人是否可以提起派生诉讼。专家的意见也是不一致的。有学者认为,有权获得股份或者享有股份利益但是没有被登记为公司股东的人,可以提起派生诉讼。但是另一些学者认为,派生诉讼必须由当时的登记股东提起。允许受益所有权人提起派生诉讼,将削弱公司不承认影响其股份的信托这个基本原则。⁽¹⁵⁾²¹²⁻²¹³ 有些观点则干脆认为,如果一项信托的受托人无法或错误

^① *Hardoon v Belilios* (1901) AC 118.

^② *Svanstrom v Jonasson* (1997) CILR 192.

地拒绝提起派生诉讼,那么受益人可以代表该信托项下的股权所在的公司,针对侵害公司利益的人(如董事等)提起派生诉讼。^[16]

结论

实际出资人能否显名,是个复杂的问题,涉及合同法、公司法和信托法等领域。原则上实际出资人与名义股东之间的任何约定,不能对公司产生约束力。现有条款将能否显名交给其他股东决定,虽有一定合理性,但是也有缺陷。本文认为,结合代持的性质去诠释显名问题,或许是一种更好的方式。本文的讨论隐含了两个维度。正向维度为性质决定结果,即代持

性质决定了实际出资人能否显名。如果代持设立了一项信托,那么实际出资人不得要求显名,除非信托终止。如果代持构成了一项代理,那么能否显名应当根据具体情况确定。逆向维度为结果决定性质,《公司法司法解释(三)》第24条的规定,割裂了股权归属与投资权益归属。我国现行的法律框架,无论《物权法》还是《信托法》,都不能解释这个问题,即如果法院判决实际出资人不得显名,那么名义股东处在何种位置上为实际出资人持有股权。英国法的经验从三个方面提供了启发:该类持股的性质是假定的归复信托;名义股东作为受托人,对实际出资人负有信托法上的受信义务;实际出资人作为受益人的责任。

参 考 文 献

- (1) 曹晶晶,宋凯欣. 南都调查:释永信是如何代持到8成股权的(N). 南方都市报,2015-08-19.
- (2) 安钟汝,涂重航. 前公安局长之子被指持瑞海暗股(N). 新京报,2015-08-17.
- (3) 李壮壮,王臣,彭小东. 天津滨海爆炸事故追踪:迷雾中的瑞海国际(N). 21世纪经济报道,2015-08-18.
- (4) 范健,王建文. 公司法(第三版)[M]. 北京:法律出版社,2011.
- (5) 刘俊海. 现代公司法(第二版)[M]. 北京:法律出版社,2011.
- (6) 葛伟军. 英国公司法要义[M]. 北京:法律出版社,2014.
- (7) 梁慧星. 民法总论(第四版)[M]. 北京:法律出版社,2011.
- (8) 徐海燕. 间接代理制度比较研究(J). 外国法译评,1998,(4): 56-70.
- (9) Roderick Munday, Agency: Law and Principles[M]. Oxford University Press, 2010.
- (10) Richard C. Nolan, Shareholder rights in Britain(J). European Business Organization Law Review, Vol. 7(2) (2006): 549-588.
- (11) 徐孟洲. 信托法[M]. 北京:法律出版社,2006.
- (12) 薛波. 元照英美法词典[M]. 北京:法律出版社,2003.
- (13) 何宝玉. 信托法原理与判例[M]. 北京:中国法制出版社,2013.
- (14) 邢建东. 衡平法的推定信托研究——另一类的物权性救济[M]. 北京:法律出版社,2007.
- (15) Jennifer Payne, Derivative Actions by Beneficial Shareholders(J). Company Lawyer, Vol. 18(7) (1997): 212-213.
- (16) Judith Schemel Suelzle, Trust Beneficiary Standing in Shareholder Derivative Actions(J). Stanford Law Review, Vol. 39 (1986): 267-295.

(本文责任编辑 松 明)