

# 公司法视野下公证制度的建构

薛冰

(国家行政学院法学部 北京 100089)

**内容提要:** 公证作为一种事前风险防范机制,在预防纠纷、减少诉讼方面具有独特的制度价值。公司是市场经济中的重要商事活动主体,其重大经济行为是否规范有序,不仅影响着公司内部成员的合法权益,还对与公司交易的不特定第三人的交易安全构成影响。目前,我国公证制度介入公司实务遭遇现实困难、公司法领域里强制公证的立法缺失以及现有公证立法与公司立法不协调等问题都阻碍了公证在公司活动领域预防纠纷的制度功能的有效发挥。因此,在公司法中引入公证规则,能够充分发挥公证预防纠纷、维护市场主体交易安全的作用。在公司立法中应区分强制公证和任意公证的公司事项,并具体列明二者的适用范围。

**关键词:** 公证员 公司事项公证 公司法

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2018.12.014

在市场经济发展的今天,公司作为重要商事活动主体,其重大经济行为是否合法有效不仅影响其本身的稳健发展,还关乎与公司交易的其他市场主体的交易安全。我国实践中的多发案例集中在因公司章程的制定和修改引发的内容效力争议、名义股东擅自转让股权引发的法律纠纷等。当事人因信息不对称而在缺乏对交易相对方真实情况了解的情况下做出违背本意的意思表示,说明形式上的意思自由并不代表实质上的意思自治。通过法院诉讼虽能解决公司实践中的部分问题,但事后裁判即使能解决纠纷,也未必有助于保持公司经营的稳定和持续。笔者认为,将公证规则引入公司法是一个可行的制度设想,公证的证据功能有助于消

除诱发公司纠纷的因素,防患于未然。在实行拉丁公证制度的国家,公证作为法律行为的特殊证明形式适用于公司的设立和运营是一种法律常态。

## 一、我国公证介入公司实务的现实困难

我国公证员协会于2004年3月14日得到国际拉丁公证联盟的批准加入,成为该国际公证组织的正式成员。该组织要求其成员国有关公证的性质、体制、基本原则、业务范围、公证程序 and 法律责任等均置于严格的法律规定之下。<sup>①</sup>在国内与国际的双重压力下,我国于2005年8月28日通过了《中华人民共和国公证法》,这标志着我国公证制度的确立。与我国公证业务实践的迅速发展相比,公证制度本身的规定

作者简介:薛冰(1988—),女,朝鲜族,河南郑州人,国家行政学院法学部博士研究生。

<sup>①</sup> 王公义主编《公证事务知识问答》,中国社会科学出版社2006年版,第4页。

仍不完善。总体来看,《公证法》第11条与第12条主要是以列举的方式说明公证机构可以办理的依当事人申请的法律事务,即自愿或任意公证事项。而有关强制公证的规定只有第11条第2款做出了阐述,但过于笼统不能明确哪些具体事项需要强制公证。民商实体法中有关公证的规定太少,未形成公证制度的法律依托。《公证法》没有与具体民商事法律规范形成制度上的呼应。而以上问题具体到公司法领域,表现为公证员在办理公司事务公证时面临无法可依的困境,具体分析如下:

#### (一) 公司法领域强制公证的立法缺失

在实行拉丁公证制度的国家,公司事项公证是公证人重要的业务范畴,这些国家的民商法对公证人介入公司事务设有专门法律条款。反观我国立法现状,无论是修改前还是修改后的《公司法》中均无公司事项公证的任何规定,《公证法》中仅有第11条第1款第8项明确了办理公司章程公证的任意公证规则。可见我国立法上没有对公司事项的强制公证规定。修订后的《公司法》虽出于刺激经济发展的本意放宽了公司设立条件,但在我国市场信用机制还不完善的现状下,也加大了交易风险,具体内容如下:

1. 将公司股东(发起人)必须自公司成立之日起2年内缴足出资、投资公司可以在5年内缴足出资、一人有限责任公司股东必须一次足额缴纳出资的规定取消。明确了出资额、出资方式、出资期限等由公司股东(发起人)自主约定认缴,并记载于公司章程。

2. 取消有限责任公司最低注册资本3万元、一人有限责任公司最低注册资本10万元、股份有限公司最低注册资本500万元的限制。不再限制公司设立时股东(发起人)的首次出资比例以及股东(发起人)的货币出资比例。

3. 简化了公司登记事项和登记文件。有限责任公司股东认缴出资额、公司实收资本不再

作为公司登记事项,且公司登记时无需提交验资报告。

以上三点使公司设立门槛降低,能够激发市场主体的创业热情。但是在现代商业社会,无论实缴制还是认缴制,注册资本永远是一个公司实力的象征,民事主体在从事市场交易时都更愿意与信用良好、资本雄厚的大公司缔结合同,因为更能保障自身债权的实现。法定注册资本最低限额被取消、设立公司不再需要验资证明,也就意味着一块钱就能注册一家公司且缴足注册资本无时间限制,这在实践中容易引发信用风险。如果在公司法中引入公证规则,利用公证实质审查的法律证明手段,就能有效强化纠纷的事先风险防范机制。

#### (二) 公证立法与公司立法不协调

1. 《公证法》第11条第1款第8项关于公证机构办理公司章程公证的条文仅是原则性规定,缺乏具体程序规范。公司立法中没有公司事项公证的规定,且商事部门法中也欠缺此类规定。《公证法》与《公司法》之间无法在公司事项公证方面形成有效的法律衔接。笔者认为,我国可借鉴拉丁公证制度国家的立法经验,在《公证法》中规定需要强制公证的公司事项作为原则性规范,在《公司法》中对该类事项作进一步具体规定并明确进行实质审查,以确保公证事项内容真实,实现立法协调。

2. 在办理公司事项公证上,我国立法欠缺可操作性的程序规范。现行《公证程序规则》虽然对公证事项的办理规定了普遍适用的操作规范,但由于公司法领域往往涉及重大经济活动,因此应在《公司法》之外规定统一适用的公司事项公证程序规则,以规范公证机构的业务办理。

3. 公证行业尚未广泛建立与其他部门、单位之间的信息共享机制,不利于对公司事项公证的有效监督。以立法形式确立公证机构与行政登记机关、中国证监会、银行等相关部门和单

位的信息共享,真正实现公证机构对重大公司事项的实质审查,是构建市场经济中息诉止争“第一道防线”的应有之义。<sup>②</sup>例如,深圳市公证处与市工商部门通过该市监察局网络平台共享股权转让公证信息、核实公证书真伪,避免了当事人利用伪造、变造的虚假公证书骗取工商登记的情况发生。<sup>③</sup>

## 二、公证制度的建构——公司法视野下的强制公证与任意公证

我国公司法视野下公证制度的建构应以维护交易安全、保障各方信赖利益为宗旨,将公证规则和公证实践以立法形式确立下来,依公司事项的重要程度区分强制与任意公证事项,并采用列举方式明确两类事项的适用范围。就强制公证而言,以对各方当事人的合法权益产生重大影响的事项为限,此类事项为法定必须公证事项,当事人不具备自由选择权。任意公证事项属于应列明由当事人根据需要自愿申请公证的事项,一来给当事人明确提示,告知其遇到涉及自身合法权益的公司活动可以通过公证预防潜在风险;二来对非重大的公司事项不强制当事人必须公证,以保证国家权力不过度干涉私法领域里的意思自治。

### (一) 公司法中强制公证的适用范围

1. 公司章程公证。(1) 公司设立时的章程公证。公司章程作为股东和发起人就公司重要事务所做的规范性和长期性安排,是规范公司内部关系和外部各项活动的最基本文件。<sup>④</sup>现实中由于缺乏专业指导和相关知识,参与公司章程制定的发起人或股东未能足够重视,许多时候都是照搬范本,导致章程内容雷同严重。

还有一些发起人或股东利用自己的持股优势,在制定章程的过程中设置条款剥夺或变相剥夺中小股东和非控股股东对公司事务的知情权和质询权、限制或剥夺中小股东的固有权利等。这样的公司章程显然不能完整反映全体公司发起人和股东的意志,且违法的章程条款具有无效的可能性,导致公司面临经营风险。

笔者认为,在《公司法》中将公司设立时的章程规定为强制公证事项,并作为向行政机关报送登记的法定前置程序,可有效实现对其内容的实质审查,弥补行政机关形式审查的不足,形成良好的制度配合。公证员在办理公司章程公证时应重点查明申请人的主体资格是否合法、章程中的条款是否符合《公司法》及相关法规规定。公司章程上有发起人签字的,公证员应逐一核实,必要时对发起人逐一取笔录进行确认,以避免不实签名的情况发生。当事人对章程内容如有疑问,公证员应认真解答,使其完全明白法律规定和公司章程的内容,对涉及股东个人和公司整体利益的重大事项应进行必要的提示说明,引导投资人对相关事项做出安排。(2) 公司章程的修改公证。有学者认为公司章程包括公司运营的诸多方面,如果任何条款修改均需办理公证,则必将提高公司运营成本,小公司将更加不堪重负,由股东协商决定哪些条款修改需公证更为合适,立法上不必强制。<sup>⑤</sup>

笔者认为该观点值得商榷,公司章程中的内容是公司最为重要的事项,且作为公司设立登记时的必备文件对外具有公示效力,目的是使利害关系人能了解公司基本情况。如果将公司章程修改作为任意公证事项,一旦经公证的

<sup>②</sup> 汪霞《试述建立市场经济的“司法免疫系统”——从公证制度的作用看》,载李金琪主编《公证理论与实务研究论文集》,河北大学出版社2013年版,第401页。

<sup>③</sup> 秦世平《发挥公证在股权转让中的积极作用——走进广东省深圳市公证处(四)》,载《中国公证》2009年第9期,第18页。

<sup>④</sup> 马宏俊主编《公证实务》,北京大学出版社2012年版,第261页。

<sup>⑤</sup> 参见叶林《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第422页。

公司章程在运营阶段被股东大会修改,由于不要求强制公证,修改后的章程内容就容易引发纠纷。同时,公司以外的第三人由于信赖设立时的经过公证的章程而与公司进行交易,但事后却被告知交易涉及的章程规定已被修改,将不利于保护交易相对人的合法权益。因此,为维护交易安全,确保经过修改的公司章程合法、合理,修改公证也应纳入法定必须公证范畴。

2. 上市公司董事、监事、高级管理人员任职资格公证。董事、监事、高级管理人员<sup>⑥</sup>对公司的经营管理和业绩效益负有重要责任,《公司法》第146条规定了五种禁止任职情形。<sup>⑦</sup>上市公司的经济行为是否合法、公司自身是否运行平稳、信用是否良好,不仅直接影响广大股民的合法权益,也事关证券市场的稳健发展。因此《证券市场禁入规定》第4条<sup>⑧</sup>和第5条<sup>⑨</sup>对违反法律、行政法规或中国证监会有关规定的责任人员规定了严格的证券市场禁入措施,目的是维护证券市场稳定,保护广大投资者的合法权益。由于信息不对称和举证困难等劣势,投资者对上述人员的具体信息了解不多,无法有效行使表决权更换不合格的公司管理人员。有的

高级管理人员利用与自己有关联的企业谋求自身利益,或利用对公司的实际控制损害投资者的利益,给证券市场的健康发展造成不利影响。笔者认为,《公司法》应当将上市公司的董事、监事及高级管理人员的任职资格也规定为法定必须公证事项,只有经过公证才能申请登记,利用强制公证的前置程序对上述人员的实际情况予以核实,维护公众的合法权益。

首先,我国立法可以建立公证机构与中国证监会的信息共享机制。在对上述人员的任职资格进行公证时,重点审查其是否被中国证监会列为采取证券市场禁入措施的人员,必要时可向证监会调阅其诚信档案。

其次,公证机构应当与行政登记机关协调配合,就上述人员是否有《公司法》第146条规定的情形进行核实,查明是否曾在已终止法人资格的公司、企业任职并对相关公司、企业的终止负个人责任,是否未逾法定期限。审查上述人员是否正在其他公司任职、是否在关联公司还有兼任职务、是否存在同业竞争情况。公证机构就某些事项向当事人询问的,应做好谈话笔录,由当事人确认后签字、盖章,在审查所有

<sup>⑥</sup> 我国《公司法》第216条规定,高级管理人员包括公司的经理、副经理、财务负责人,上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

<sup>⑦</sup> 《公司法》第146条“有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员:(一)无民事行为能力或者限制民事行为能力;(二)因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,被判处刑罚,执行期满未逾五年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾五年;(三)担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理,对该公司、企业的破产负有个人责任的,自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年;(四)担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人,并负有个人责任的,自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年;(五)个人所负数额较大的债务到期未清偿。公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效。”

<sup>⑧</sup> 《证券市场禁入规定》第4条第1款“被中国证监会采取证券市场禁入措施的人员,在禁入期间内,除不得继续在原机构从事证券业务或者担任原上市公司董事、监事、高级管理人员职务外,也不得在其他任何机构中从事证券业务或者担任其他上市公司董事、监事、高级管理人员职务。”

<sup>⑨</sup> 《证券市场禁入规定》第5条“违反法律、行政法规或者中国证监会有关规定,情节严重的,可以对有关负责人采取3至5年的市场禁入措施;行为恶劣、严重扰乱证券市场秩序、严重损害投资者利益或者在重大违法活动中起主要作用等情节较为严重的,可以对有关责任人员采取5至10年的证券市场禁入措施;有下列情形之一的,可以对有关责任人员采取终身的证券市场禁入措施:(一)严重违反法律、行政法规或者中国证监会有关规定,构成犯罪的;(二)违反法律、行政法规或者中国证监会有关规定,行为特别恶劣,严重扰乱证券市场秩序并造成严重社会影响,或者致使投资者利益遭受特别严重损害的;(三)组织、策划、领导或者实施重大违反法律、行政法规或者中国证监会有关规定的活动的;(四)其他违反法律、行政法规或者中国证监会有关规定,情节特别严重的。”

事项真实、合法后出具上述人员的任职资格公证书,然后再向行政机关申请登记,予以公示。

3. 有限责任公司股权转让协议公证。为维护股东之间的信任合作关系并促进公司发展,《公司法》对有限责任公司股权转让的受让人通过该转让行为成为新股东的情形规定了严格的限制条件,其第71条<sup>⑩</sup>和第73条<sup>⑪</sup>明确了股权转让的法定条件,赋予公司其他股东同等条件下的优先购买权。在股权转让时,如果是有限责任公司内部股东之间转让股权则不受限制,因为此时没有产生新股东只是原股东之间持股比例的变化,不影响公司的人合性质。但股东向公司以外第三人转让股权,必须依《公司法》征求其他股东同意,并保证其优先购买权的行使。立法给予公司其他股东以是否接受新股东作为合作对象的选择权,但实践中股权转让人伪造其他股东签名、使用假身份证、编造虚假股东会决议、侵害既有股东优先权的情况非常普遍。现行行政登记制度不能对股权转让的实质真实进行审查,却对不合法的股权转让的受让人的股东资格予以登记、公示,这将严重影响市场交易安全。笔者认为,在立法上应规定有限责任公司的股权转让协议必须办理公证,利用公证的实质审查机制有效防范相关法律风险。笔者建议审查程序如下:

首先,公证机构应对转让方的股东资格进行审查,查明其是否为公司的实际出资人,是否

与他人签订有隐名投资协议。如果转让方是名义股东,则公证员应充分履行告知义务,提醒申请人如实告知有关情况,并通知实际出资人到公证处接受询问,同时做好询问笔录。

其次,公证机构应对受让方主体资格的合法性进行审查,查明其是否存在《公务员法》第53条第14项<sup>⑫</sup>和《中国人民解放军内务条令》第127条<sup>⑬</sup>的法定禁止情形。

再次,转让方股东应向公证机构提供其就股权转让事项已经书面通知其他股东、其他股东就这一事项的答复以及优先购买权的行使或放弃声明、经公司半数以上股东同意的股东会决议或其他通过合法途径取得的股东书面声明材料。公证员审查材料的真实性,必要时可以向公司其他股东询问、核实上述情况的真实性,由接受询问的股东确认后签字,留公证机构归档。

最后,公证员应审查该股权转让协议的真实性、合法性,要求股权转让方和受让方签署保证书,由转让方保证其未与他人签订隐名投资协议,如果隐瞒实际出资人,则其承担一切赔偿责任。受让方应保证其未与转让方恶意串通订立股权转让协议,仅凭其对登记内容的信赖确认登记的股东就是实际出资人,如有虚假愿承担一切法律责任。<sup>⑭</sup>在办理公证后,公证员应提醒当事人办理有限责任公司股东变更登记。为防止原股东将该股权再次转让,我国立法可借

<sup>⑩</sup> 《公司法》第71条“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。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。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意,其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的,视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的,不同意的股东应当购买该转让的股权;不购买的,视为同意转让。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。两个以上股东主张行使优先购买权的,协商确定各自的购买比例;协商不成的,按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”

<sup>⑪</sup> 《公司法》第73条“依照本法第七十二条、第七十三条转让股权后,公司应当注销原股东的出资证明书,向新股东签发出资证明书,并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。”

<sup>⑫</sup> 《公务员法》第53条第14项“公务员必须遵守纪律,不得有下列行为:……从事或者参与营利性活动,在企业或者其他营利性组织中兼任职务。”

<sup>⑬</sup> 《中国人民解放军内务条令》第127条“军人不得经商,不得从事本职以外的其他职业和传销、有偿中介活动,……不得利用工作时间和办公设备从事证券交易、购买彩票,不得擅自提供军人肖像用于制作商品。”

<sup>⑭</sup> 吴伟东《公司法司法解释三与公证实务》载《中国公证》2011年第8期,第16页。

鉴深圳经验,建立统一的信息共享平台,公证员可凭当事人的姓名和身份证号码查询其在各公证处办理公证的信息,避免为同一股权重复转让办理公证。

4. 股东资格继承公证。修订后的《公司法》第75条<sup>⑮</sup>以立法形式承认有限责任公司中死亡自然人股东的合法继承人对该股东资格继承的合法性,但由于该规定过于概括,导致实践中出现大量的股权继承纠纷。例如,甲乙丙三人共同出资设立一家有限责任公司,但公司章程没有对股东出现意外时其合法继承人继承该股东资格规定限制条件。大股东甲意外死亡后,甲的儿子丁依据《继承法》和《公司法》的规定继承了甲在该公司中的股东资格,但丁根本不懂如何经营公司,作为公司原股东的乙和丙也不愿与丁继续共事,因此公司股东之间的人合性发生动摇。此外,如果甲仅是公司的名义股东,那么丁在继承股东资格之前如果没有与隐名股东就此进行协商,还会损害隐名股东的合法权益。实践中还存在合法继承人有多名且均主张继承股东资格导致有限责任公司的股东人数超过法定最高人数50人的限制的情形。<sup>⑯</sup>笔者认为,《公司法》应当将有限责任公司自然人股东资格继承列为强制公证事项,通过事前公证介入相关继承人的主体资格审查,提前消除日后可能发生纠纷的隐患。

首先,查明公司章程对股东资格继承有无特别约定。《公司法》第75条的内容过于原则,只规定公司章程对股东资格继承可做例外规定,但公司章程未另作规定时,继承人无需其他股东同意就可以继承股东资格,将会给公司的人合性造成破坏,也与《公司法》第71条相

矛盾。股权转让的受让人在进入公司成为新股东之前须取得其他股东过半数同意,继承人通过继承进入公司成为新股东却可以不用征得其他股东同意,这显然是不合理的。为保护股东与有限责任公司的稳定性,可适用《公司法》中关于股权转让的规定,即公证机构应要求申请人取得公司其他股东对该继承人取得股东地位的书面意见,以过半数的股东同意为条件。<sup>⑰</sup>必要时,公证员可向其他股东进行询问,并制作笔录备案。

其次,公证机构应查明继承人资格的合法性,包括被继承人的死亡证明、亲属关系证明、婚姻状况证明、股权证明、继承人的主体身份证明,重点在于继承人有无法定限制经商条件。如果继承人是公务员或军人,则公证机构应告知其有权继承股权的财产性权利,但不能取得股东资格,并可根据继承人的意愿为其办理股权出资份额的继承权公证书。<sup>⑱</sup>若死亡股东与他人签订有隐名投资协议,则公证员应向继承人解释名义股东与实际出资人的法律关系,要求继承人与实际出资人就股东资格继承问题进行协商,若双方达成协议约定由继承人作为名义股东出面行使股权,实际出资人继续作为隐名股东享有投资权益,则公证机构可以先办理双方的隐名投资协议公证,再办理股东资格继承公证。<sup>⑲</sup>如果双方不能达成协议,则公证员应告知双方就争议事项可向法院起诉解决纠纷。

再次,合法继承人有多名并均主张继承权致使继承后的股东人数超过法定最高上限50人时,公证员应向继承人说明这一问题并提出法律建议,要求其进行协商,确定其中一人继承股东资格。由于立法存在空白,这一问题常借

<sup>⑮</sup> 《公司法》第75条“自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格;但是,公司章程另有规定的除外。”

<sup>⑯</sup> 《公司法》第24条“有限责任公司由五十个以下股东出资设立。”

<sup>⑰</sup> 张大海《有限责任公司股权继承法律问题研究——兼评我国〈公司法〉第76条》载《法律适用》2008年第4期,第83页。

<sup>⑱</sup> 张志明《有限责任公司自然人股东资格继承公证初论》载徐昕、黄群主编《公证的中国进路(专号)》,厦门大学出版社2011年版,第247页。

<sup>⑲</sup> 吴伟东《公司法司法解释三与公证实务》载《中国公证》2011年第8期,第17页。

由继承人之间签订隐名投资协议的方式解决,且工商管理部门也建议公证机构使用代持股协议的方式处理。<sup>①</sup> 公证员应告知各继承人隐名投资协议存在的法律风险,建议办理该协议的公证。

5. 一人公司自然人股东资格公证。在实践中,法人股东设立一人有限责任公司<sup>②</sup>前,已就其自身的设立在登记机关办理过登记,相关信息已被有关部门掌握。自然人股东则不同。《公司法》第58条规定一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司,但目前全国登记机关尚未实现信息完全共享,一旦出现同一个自然人跨地域申请设立一人有限责任公司的情况,行政机关很难审查核实相关信息。<sup>③</sup> 由于《公司法》修订后删除了一人有限责任公司法定注册资本最低限额10万元的规定,自然人的实际出资情况将难以监管。为防止自然人股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的情况,笔者认为应规定自然人在申请一人有限责任公司的设立登记前,必须取得由其户籍所在地或住所地的公证机构出具的自然人股东资格公证证明,然后才能向行政机关申请设立登记。

公证机构在对自然人进行股东资格的实质审查时,应重点审查自然人对公司的实际出资情况,即公司财产能否独立于股东自己的财产,以防止日后出现公司法人人格滥用的情况。公证机构之间应建立已办理公证业务的联网查阅机制,一个公证机构对自然人股东出具公证书后,相关信息应在其内部网络信息库归档。如果同一自然人在异地办理一人有限责任公司设立前的股东资格公证,当地公证机构可就相关事项是否已办理过公证进行内部信息查询。

## (二) 公司法中任意公证的适用范围

### 1. 公司会议公证。公司法人治理结构的完

善、股东之间及股东与公司之间权利义务关系的确定,客观上需要会议现场公证监督。公司会议主要是募集设立的股份有限公司的创立大会、股东会(股东大会)、董事会、监事会会议。在会议参加各方意见一致且内容不涉及公司运营重大事项的情况下,基本上没有进行公证的需要。只有当与会各方对会议内容存在不同意见,或涉及事关公司发展的重大事项,如股东大会做出修改公司章程的决议、公司转让、受让重大资产或对外提供担保等事项时,为保证慎重进行法律行为才会寻求公证机构介入,以监督会议召开的真实合法,公司法中应规定由当事人根据需要自愿选择是否公证。

首先,公司会议公证坚持实质审查原则,由事前的相关材料审查和现场监督公证两部分组成。当事人应提交主体资格证明、公司章程、会议通知、议案、投票规则以及公证员认为应提交的其他材料。有代理人的,应提供有效的授权委托书和代理人的身份证明。<sup>④</sup> 公证机构对当事人提供材料的真实性、合法性进行审查核实,可以就不合理的地方提出修改意见。当事人如果拒不修改,公证员可以不予受理,不参加现场监督。在会议召开过程中,公证员应重点监督是否按预先制定的议程进行,审查监督投票表决和统计表决票的过程是否按照投票规则及法律法规的规定进行。<sup>⑤</sup>

其次,公证员的职责在于保证会议程序合法,因此只能对程序上的问题做出判断,不能对实质性问题做出评判,但可就相关问题向当事人提供咨询意见,由当事人自己决定。

再次,会议中各项文件的签署均应在公证员面前进行,避免实践中出现冒名签字引发纠纷的情况。公证员在会议现场做详细的现场记

<sup>①</sup> 胡家祚、文璟《〈公司法〉第七十六条与公证实践》,载《中国公证》2011年第1期,第48页。

<sup>②</sup> 《公司法》第57条第2款规定其为只有一个自然人股东或一个法人股东的有限责任公司。

<sup>③</sup> 叶林《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第421页。

<sup>④</sup> 张文章主编《公证制度新论》,厦门大学出版社2008年版,第244页。

<sup>⑤</sup> 叶俊寅、刘颖《谈股东大会之公证》,载《中国司法》2002年第10期,第46页。

录,并要求有关人员在会议记录上签名,当事人的会议记录也应要求公证员签名。会议程序不符合规定,公证员应当当场制止,当事人拒不改正、其行为可能会导致会议结果不真实的,公证员有权拒绝继续公证。

最后,除会议决议外,公证员还应当将公司会议记录、发言记录、表决记录等全部归档,且公证机构可要求当事人出具其所提供文件材料真实、准确、完整的书面承诺,以降低公证执业风险。<sup>⑤</sup>

2. 公司资信公证。《公司法》修改前,注册资本是否雄厚对公司债权人和交易对象来说是显示公司实力的方法,且重要交易的前期调查中也必然包括对方注册资本的到位情况。修订后的《公司法》取消了注册资本法定最低限额的规定,不再要求公司设立登记时必须提交验资报告。欲与公司交易的当事人对公司信用的调查成为重中之重,而仅依靠其自身力量很难查明公司资信状况。这在当前企业信用水平不高的环境下,不利于保护将与公司交易的第三人的合法权益。

笔者建议,规定公司资信为法定任意公证事项,由当事人在需要时提出申请。当事人与公司交易前可要求公司出具资信证明,由公司提供相关证明文件交至公证机构,包括公司开户银行或其他金融部门出具的资金情况证明、会计年度报表、资金平衡表、损益表、资产负债表等,以及近年来主要经济活动记录等证明材料。<sup>⑥</sup> 公证员有权查阅与股东认缴公司章程规定的出资额相关的公司文件,有关单位应当配合公证员的工作,由其查明后出具公司资信公证证明。这是为当事人提供了一种调查公司经营

能力和履约能力的手段,帮助其决定是否选择该公司为交易相对人。

3. 股份有限公司股东协议转让股份公证。与有限责任公司不同,股份有限公司的股份转让只是变更了股份持有人,不会减少公司资本,也不影响公司经营与债务清偿能力。股东转让股份原则上无须过多限制,仅在例外情况下为避免内幕交易、维护交易安全,强调特定主体的责任而对股份转让的条件和程序做出某些限制性规定,《公司法》第141条<sup>⑦</sup>即为其体现。但实践中由于交易信息不对称,受让人很难了解转让方转让股份行为的合法性,如是否与他人签订了隐名投资协议、是否存在法定不得转让股份的情形等,尤其是转让股份涉及数额较大时,上述问题更是交易隐患。为保护股份交易当事人的合法权益,笔者认为应将股份有限公司协议转让股份规定为任意公证事项,由当事人根据需要自愿公证。

公证机构在办理此类业务时,除应对上文提到的办理有限责任公司股权转让协议公证的双方当事人主体资格是否合法、是否存在隐名投资协议等相关事项进行审查外,还应重点审查转让方股东是否具有《公司法》第141条规定的不得转让股份的法定情形,并查明该转让的股份是否违反公司章程的限制性规定。如有疑问,公证员应就相关问题向有关部门及公司负责人进行询问、核实,并制作询问笔录,由被询问人员签名。在查明所有事项后,再由公证员根据具体情况决定是否出具公证书。

4. 隐名投资协议公证。我国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问

<sup>⑤</sup> 向南、谢山《公司会议公证的若干法律问题》,载《河南司法警官职业学院学报》2005年第4期。

<sup>⑥</sup> 王公义主编《公证事务知识问答》,中国社会科学出版社2006年版,第165页。

<sup>⑦</sup> 《公司法》第141条“发起人持有的本公司股份,自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份,自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况,在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五;所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内,不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。”



题的规定(三)》第25条<sup>28</sup>及《公司法》第216条第1款第3项<sup>29</sup>在立法上承认了代持股,即委托持股关系的合法性。委托人是隐名股东,即实际向公司出资并应享有股东权利,但未记载于公司股东名册、公司章程及工商登记中的投资者。<sup>30</sup>相对应的受托人即为显名股东,作为公司名义上的出资人行使股东权利。由于经济生活中存在隐名投资需要,隐名股东不通过公开的法律文件对外显示其实际出资人身份,行政机关也不对其实际股东资格进行登记,相关信息无法对外披露,从而存在权益纠纷隐患。实践中常见名义股东与隐名股东对股东身份与权利问题发生争议,继而引发公司利润分配纠纷、隐名股东行使股东权利纠纷、股权转让纠纷、股东资格继承纠纷等法律风险。目前法院对这种问题的处理主要是通过确权之诉认定其中一方当事人的股东资格,而确权的关键则是双方是否签订过隐名投资协议。笔者建议,为减少因真实股东资格引发的纠纷,可以立法明确告知当事人这一事项能通过公证证明其真实性,同时不强制当事人必须办理公证,由其对日后交易的安全性进行自我评估,自愿选择是否公证。

首先,应根据公司形式区分情况办理。对于有限责任公司,由于其具有一定程度的封闭性,股东之间以相互信任为基础,公证员对隐名投资协议进行公证时应询问其他股东的态度。可借鉴《公司法》第71条关于有限责任公司股权转让的规定,以公司半数以上其他股东同意隐名投资人作为公司股东,且公司认可其以实际股东身份行使权利为条件,并由公证员就这一情况做好谈话笔录,其他股东在笔录上签字确认。而对于股份有限公司的隐名股东资格确

认,则不再需要这一条件。

其次,公证员应着重审查当事人办理隐名投资协议的目的,如双方是否有恶意串通、逃避债务、转移财产的情形。对当事人的身份进行审查,查明是否有规避法律禁止性规定的情形。

最后,公证员应履行告知义务,使当事人清楚该隐名投资协议仅对名义股东和隐名股东双方具有法律约束力,不能以此对抗信赖行政登记的善意第三人。<sup>31</sup>

除上述任意公证事项外,笔者还建议在立法中明确其他未列举的公司事项可以由当事人自愿选择公证。以此作为兜底条款,为当事人提供其他公司事项公证的法律依据。

### 三、结语

公证作为预防纠纷、减少诉讼的法律措施,是公证机构对待证事项真实性与合法性的证明活动。公证机构的法定性、非营利性、非行政性和独立性能够确保机构本身及其工作人员处于客观中立的立场开展证明活动,作为证明活动结果的公证书具有法定证据效力。为排除经济交往中的纠纷隐患,大陆法系国家普遍在公司活动领域适用公证规则,规定应当公证的重大公司事项。我国《公司法》虽未做相关规定,但公证员已积累了大量实践经验。在《公司法》中引入公证规则是维护交易安全的重要举措。通过公证的实质审查机制可弥补行政登记形式审查的不足,有效实现公示的公司信息实质真实,促进公司建立良好的信用机制。

国家行政学院教授、博士生导师胡建淼  
点评:

我国公证员协会早已于2004年加入了国

<sup>28</sup> 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)》第25条“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义股东,实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的,如无合同法第五十二条规定的情形,人民法院应当认定该合同有效。”

<sup>29</sup> 《公司法》第216条第1款第3项“实际控制人,是指虽不是公司的股东,但通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人。”

<sup>30</sup> 王欣新《公司法》,中国人民大学出版社2008年版,第28页。

<sup>31</sup> 吴伟东《公司法司法解释三与公证实务》载《中国公证》2011年第8期,第17页。

际拉丁公证联盟,并于2005年通过实施了《公证法》。但由于《公证法》规定仍不完善,缺乏强制公证与任意公证的细化规定,又未与相关部门法形成良好的制度衔接,导致我国公证立法滞后于公证业务的实践。将公证规则引入公司法领域,以立法形式确立法定必须公证事项与依申请自愿公证事项,以此建构公证制度解决我国公司实践中相关主体的信用缺失问题,并与行政登记机关等相关部门形成完善的信息共享机制,对促进交易达成、保障公司运营的稳健和诚信意义重大。该文的论述围绕在公司法视野下进行公证制度的建构展开。首先,从分析我国公证介入公司实务的现实困难出发,指

出同为拉丁公证联盟国家,我国公司法领域缺乏法定强制公证的立法规定,现有公司法的实施在增进市场活力的同时也加大了交易风险。其次,具体阐述我国公证制度的建构,在公司法领域中强制公证与任意公证的公司事项的划分基础上展开。再次,分别分析我国公司法中强制公证与任意公证事项的适用范围,从现状与学者争议的角度出发,阐明了具体哪些公司事项属于必须公证、哪些事项属于自愿公证,并提出相应可操作性的立法建议。探讨公司法领域中强制公证与任意公证的适用范围并提出相应的立法建议是本文的一大亮点。

## The Construction of Notarization System under the View of Company Law

Xue Bing

**Abstract:** As an ex ante risk prevention mechanism, notarization has unique value in preventing disputes and reducing litigation. A company is an important business entity in the market economy. Whether its major economic behavior is regulated or not will not only affect the legitimate rights and interests of its members, but also affect the transaction safety of the third party that is not specific to the company's transactions. At present, our country's notary practical difficulties, the lack of legislation of compulsory notarization in the field of company law, and the current notarization legislation of our country is not harmonious with the legislation of the company, have hindered the effective function of notarization in the system of preventing disputes in the field of corporate activities. Therefore, the construction of notarization rules in the company law, which aims to play a role in the prevention of disputes and safeguard the security of market transactions. In the legislation of the company, the company matters of compulsory notarization and arbitrary notarization should be distinguished, and the scope of application of the two parties shall be specified, respectively.

**Keywords:** notary; company affairs notarization; company law

(责任编辑:李 辉)