



《商事法律资讯》

第二期

北京市朝阳区律师协会 商事与经济业务研究会

2012-2-29

《商事法律资讯》由北京市朝阳区律师协会商事与经济业务研究会制作，每月一期。

该资讯将近期商事法律动态及资讯加以选取，并选定一个专题将相关的研究成果进行归纳，并以电子邮件的形式向全体朝阳律师发送。旨在促进律师间交流、提高律师的执业水平。

如邮件给您带来不便，请回信至 lawyerliutao@foxmail.com，或来电 18611164275，我们将立即取消发送。

欢迎您对《商事法律资讯》的改进提供建议。

本期责任编辑：郑传锴 商事与经济业务研究会副秘书长

联系人：刘涛

联系电话：18611164275

Email: lawyerliutao@foxmail.com



目录:

1、立法动态

[1] 国家发展和改革委员会发布《西部大开发“十二五”规划》(2012.02.01)

[2] 中国证券监督管理委员会关于修改《期货市场客户开户管理规定》的决定
(2012.02.02)

[3] 中国证券监督管理委员会[第77号令]《关于修改〈上市公司收购管理办法〉第六十二条及第六十三条的决定》(2012.02.14)

[4] 中华人民共和国商务部令2012年第2号《商业特许经营信息披露管理办法》
(2012.02.23)

2、热点追踪

[1] 吴英案之“法理情”：细节仍需梳理 融资尚待监管（来源：人民网，2012年2月13日）

[2] 工商介入 iPad 商标侵权案 苹果或面临100亿元罚单（来源：人民网，2012年2月6日）

[3] 东莞首宗和解终结破产案让负债企业获重生（来源：人民网，2012年02月20日）

3、专题讨论

隐名出资的有效性及法律风险



[立法动态]

[1] 国家发展和改革委员会发布《西部大开发“十二五”规划》(2012.02.01)

<http://www.sdpc.gov.cn/zcfb/zcfbqt/2012qt/P020120301350030023669.doc>

为全面贯彻落实党中央、国务院关于实施新一轮西部大开发的战略部署,促进区域协调发展,依据《中共中央国务院关于深入实施西部大开发战略的若干意见》(中发〔2010〕11号)和《中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》,编制西部大开发“十二五”(2011—2015年)规划。

[2] 中国证券监督管理委员会关于修改《期货市场客户开户管理规定》的决定
(2012.02.02)

http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/G00306201/201202/t20120210_205463.htm

2011年12月15日,我会发布了《关于修改〈期货市场客户开户管理规定〉的决定(征求意见稿)》,同时向社会公开征求意见。截至2011年12月31日,征求意见已满15日期限。

截至2011年12月31日,我会收到来自社会各界通过电子邮件提出的意见和建议共13份,分别来自8家期货公司、2家证券公司、1家基金公司及2位匿名者。在收到的13份意见中,涉及《期货市场客户开户管理规定》(以下简称《规定》)的意见共有10份,主要集中在三个方面:

一是关于外国人代理单位客户开户的问题,建议允许非中国国籍居民作为开户代理人。目前,外国人代理单位客户开户的情况在现实中已经存在,但是数量较少,而且这些客户有能力雇用中国人代理开户。从严起见,此次《规定》修改没有考虑这方面的需求,仍通过身份证要求限定由中国人代理单位开户。

二是关于合伙企业进入期货市场的问题,建议尽快出台合伙企业开立期货账户的相关规范。目前合伙企业开户和交易均无障碍。考虑到合伙企业的特殊性和灵活性,下一步我会将从便于加强市场监管的角度出发,指导监控中心完善针对合伙企业的业务操作规则。

三是关于授权监控中心发布另行规定的相关问题,建议监控中心根据《规定》的授权就相关内容尽快发布明确、可行的具体业务操作规则。我会采纳了这条建议,将指导监控中心根据《规定》的相关授权,在广泛听取交易所及社会各界的相关意见和建议后,尽快发布具体业务操作规则。

总体来看，经过前期反复论证，以及此次向社会公开征求意见，《规定》的修改工作已经完成，我会决定以证监会公告（2012 年 1 号）的形式发布。

[3] 中国证券监督管理委员会[第 77 号令]《关于修改〈上市公司收购管理办法〉第六十二条及第六十三条的决定》（2012. 02. 14）

http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/G00306201/201202/t20120220_206261.htm

根据我会 2011 年 12 月 29 日第 11 次主席办公会议精神，《关于修改〈上市公司收购管理办法〉第六十二条及第六十三条的决定》（以下简称《决定》）于 2011 年 12 月 30 日向社会公开征求意见，截止 2012 年 1 月 15 日征求意见结束。有关征求意见情况如下：

《决定》自 2011 年 12 月 30 日开始向社会公开征求意见，投资者、上市公司和社会各界对此反响积极，主要媒体均做了报道，舆论普遍认为，《决定》符合我国国情和资本市场的实际，既减少并购重组行政许可事项、简化并购重组行政许可程序，又完善资本市场内生稳定机制、健全资本市场运行机制。一些上市公司及其控股股东还专门打来电话，对我会制订《决定》表示支持和感谢。

《决定》向社会公开征求意见期间，共收到电子邮件 12 封及电话建议 1 个，均支持本次《修订》，12 封邮件中，有 5 封建议和 7 封提问。5 封建议中，有 3 封涉及文字表述的修订建议，有 2 封涉及《上市公司收购管理办法》其他问题的修订建议，对这 5 封建议，我会均予以回复并表示感谢。7 封提问中，3 封涉及本次修订，4 封涉及其他问题，对涉及规则解释的问题，我会均予以了答复。

对于建议进一步强化通过集中竞价方式增持股份的信息披露的建议，我会予以了采纳。为配合 2008 年 9 月《上市公司收购管理办法》的修订，上海、深圳证券交易所发布了《上市公司股东及其一致行动人增持股份行为指引》，该文件已经明确了持股 30%以上股东每 12 个月增持不超过 2%股份的信息披露时点，分别是首次增持时、增持达到 1%时、增持完成后。

《决定》发布后，上述规则继续适用，并可在证券交易所《上市规则》修订时予以纳入。但对于持股 50%以上股东增持 2%及以上股份的披露要求未明确，因此有必要进一步明确。

按照《证券法》第八十六条的规定和本次征求意见的《决定》相关规定，持股 50%以上股东自由增持的股份可达到上市公司已发行股份的 5%，增持每达到 5%时需要披露，披露后可继续增持。这种方式将对股价有较大影响。为进一步强化信息披露要求、保障交易的公平性，我会经研究建议采纳相关建议，在《决定》第二条最后一款中增加每 1%的次日披露、每 2%的当天及次日（披露当天）暂停增持的要求。明确持股 50%以上股东每自由增持达到

2%的当天及次日（披露当天）暂停增持。这样，持股 50%以上股东自由 增持股份的 披露要求与持股 30%以上股东每 12 个月增持不超过 2%股份的披露要求相同，区别是持股 30%以上股东每 12 个月增持的股份不能超过 2%，而持股 50%以上股东没有上述限制 。

为此，在《决定》中第二条最后一款中增加如下的规定：“相关投资者按照前款第（一）项、第（二）项规定采用集中竞价方式增持股份，每累计增持股份比例达到该公司已发行股份的 1%的，应当在事实发生之日通知上市公司，由上市公司在次一交易日发布相关股东增持公司股份的进展公告。相关投资者按照前款第（二）项规定采用集中竞价方式增持股份的，每累计增持股份比例达到上市公司已发行股份的 2%的，在事实发生当日和上市公司发布相关股东增持公司股份进展公告的当日不得再行增持股份。”

我会一直密切跟踪实践发展的需求，并将其作为修订或制定相关规则的重要参考因素，我会也一直高度关注相关规则制订过程中向社会征求意见的工作，并衷心感谢社会各界对征求意见工作的支持。我会将进一步做好相关规则制订和征求意见的工作。

[4] 中华人民共和国商务部令 2012 年第 2 号《商业特许经营信息披露管理办法》

（2012. 02. 23）

<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/b/c/201203/20120307997784.html>

修订后的《商业特许经营信息披露管理办法》已经 2012 年 1 月 18 日商务部第 60 次部务会议审议通过，现予发布，自 2012 年 4 月 1 日起施行。《商业特许经营信息披露管理办法》（商务部令 2007 年第 16 号）同时废止。

[热点追踪]

[1] 吴英案之“法理情”：细节仍需梳理 融资尚待监管（来源：人民网-法治频道，2012年2月13日）

近日，浙江东阳吴英的命运，成为公众关注的焦点。浙江法院经过二审判处吴英死刑，目前该案进入最高法院死刑复核期。与浙江法院坚持处以吴英极刑不同，一些专家学者、网上言论有着截然相反观点。探讨内容已从吴英杀与不杀，延伸到了此罪彼罪、罪与非罪。

吴英案之所以引起如此广泛的关注，不仅在于非法集资案件在江浙一带频发，涉及面广。也在于实践中民间借贷与非法集资，非法吸收公众存款与集资诈骗，往往交织在一起，很难区分。围绕吴英是否应处极刑的激烈争议，事实上也是对民间借贷行为是否合法的长期争议。

详情参见：<http://legal.people.com.cn/GB/17098183.html>

[2] 工商介入 iPad 商标侵权案 苹果或面临 100 亿元罚单（来源：人民网-法治频道，2012年2月6日）

据中国之声《新闻纵横》报道，提起 IPAD，大家都知道这是苹果公司生产的平板电脑，是如今最时髦的电子产品。但是 IPAD 的这个商标的今后苹果还能否继续使用现在却陷入质疑之中。一家名不见经传的企业——唯冠科技（深圳）公司现在正与苹果公司打官司，说自己才是 IPAD 这个牌子的所有者。

2001 年，唯冠国际旗下的“深圳唯冠公司”在中国内地注册了 IPAD 商标，主营业务是显示器。而当时苹果公司并未推出 IPAD 平板电脑产品。

2006 年苹果公司的 IPAD 平板电脑入市，苹果公司通过多种途径，从唯冠台北公司手中以 3.5 万英镑购得 IPAD 欧洲及各地的商标权。但是关于中国内地的 IPAD 商标的使用权却一直没有与“深圳唯冠公司”达成协议。

2010 年 6 月，苹果公司向深圳中级人民法院提起诉讼，要求确认其为涉案商标专用权人，但一审判决苹果败诉。苹果不服，向广东高院提起上诉，案件目前还在审理过程中。

所以目前这样一个纠纷让苹果公司很为难，IPAD 品牌在中国已经深入人心，如果放弃这个品牌，从前的品牌推广投入将都付之东流，同时还要再次进行新的品牌推广，如果不放弃，这样的官司又很缠人，IPAD 这个牌子总是面临质疑。今后，IPAD 还会不会是苹果的产品？苹果将如何处理有关 IPAD 品牌的问题，我们也将拭目以待。

详情参见：<http://legal.people.com.cn/GB/17028019.html>

[3] 东莞首宗和解终结破产案让负债企业获重生（来源：人民网-法治频道, 2012 年 02 月 20 日 16:42）

人民网东莞 2 月 20 日电（吴 冰、黄彩华、林雄东）记者今天从广东省东莞市第二人民法院获悉，该院已成功处理东莞新兴织造厂有限公司申请破产和解一案。目前，该公司的债权人正陆续收到清偿债权款项。据悉，此为 2007 年新《企业破产法》适用后，东莞首宗企业申请破产和解成功的案件。该案的成功处理，对企业如何合法摆脱经营困境提供有益的借鉴，为法院如何审理同类案件积累了宝贵的经验。

详情参见：<http://legal.people.com.cn/GB/203936/17165492.html>



[专题讨论]

隐名出资的有效性及其法律风险

商事与经济业务研究会副秘书长 郑传锴整理

一、隐名出资（股权代持）协议的有效性及其相对性

法条：《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）》第二十五条第一款

“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。”

解读：隐名出资（股权代持）协议是指隐名股东为了规避法律或出于其他原因，借用他人名义设立公司或者以他人名义出资，但在公司的章程、股东名册和工商登记中却记载为他人的出资人。与此相对应，名义股东（或代持股东）是指记载于工商登记资料上而没有实际出资的股东。

在商事实践中，隐名出资（股权代持）已大量存在，故《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“公司法解释三”）中对隐名出资（股权代持）协议的有效性作出了确认，既如合同法第五十二条规定的情形（《合同法》第五十二条[合同无效的法定情形]有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定），例如，中国自然人不得成为中外合资企业的股东，在实践中某些人就采取隐名投资的方式参股合资企业。在这种情况下，隐名股东如果向法院提起确认之诉，将不会受到法院的支持，对于隐名股东以及名义股东双方而言，都将承担较大的风险。

二、隐名股东的保护及名义股东的抗辩

法条：《公司法解释三》第二十五条第二款

“前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不予支持。”

解读：《公司法解释三》第二款中规定股东名册中的记名，是名义股东（即记名人）用来向公司主张权利或向公司提出抗辩的身份依据，而不是名义股东对抗实际出资人的依据，所以名义股东不能据其抗辩实际出资人。同样，公司法第三十三条第三款虽然规定未在公司

登记机关登记的不得对抗第三人,但我们认为在名义股东与实际出资人就股东资格发生争议时,名义股东并不属于此处的“第三人”,所以名义股东不得以该登记否认实际出资人的合同权利。

三、隐名股东成为显名股东的程序

法条:《公司法解释三》第二十五条第三款

“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。”

解读:在实际出资人与名义股东间,实际出资人的投资权益应当依双方合同确定并依法保护。但如果实际出资人请求公司变更股东、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等,此时实际出资人的要求就已经突破了前述双方合同的范围,实际出资人将从公司外部进入公司内部、成为公司的成员。此种情况下,参照公司法第七十二条第二款规定的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,我们规定此时应当经其他股东半数以上同意。

四、相关第三人的利益的保障

法条:《公司法解释三》第二十六条第一款

“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。”

解读:《公司法》第三十三条第三款规定股东姓名或名称未在公司登记机关登记的,不得对抗第三人。所以第三人凭借对登记内容的信赖,一般可以合理地相信登记的股东(即名义股东)就是真实的股权人,可以接受该名义股东对股权的处分,实际出资人不能主张处分行为无效。但是实践中,有的情况下名义股东虽然是登记记载的股东,但第三人明知该股东不是真实的股权人,股权应归属于实际出资人,在名义股东向第三人处分股权后如果仍认定该处分行为有效,实际上就助长了第三人及名义股东的不诚信行为,这是应当避免的。故实际出资人主张处分股权行为无效的,可以按照物权法第一百零六条规定的善意取得制度处理,即登记的内容构成第三人的一般信赖,第三人可以以登记的内容来主张其不知道股权归属于实际出资人、并进而终局地取得该股权;但实际出资人可以举证证明第三人知道或应当知道该股权归属于实际出资人。一旦证明,该第三人就不构成善意取得,处分股权行为的效力就应当被否定,其也就不能终局地取得该股权。

实践中，也存在这样的情况，即原股东转让股权后，由于种种原因股权所对应的股东名称未及时在公司登记机关进行变更，此时原股东又将该股权再次转让。这种情况下，按照我前面所谈到的，第三人凭借对既有登记内容的信赖，一般可以合理地相信登记的股东（即原股东）就是真实的股权人，可以接受该股东对股权的处分，未登记记名的受让股东不能主张处分行为无效。但是，当确有证据证明第三人在受让股权时明知原股东已不是真实的股权人，股权权属已归于受让股东，在原股东向该第三人处分股权后如果仍认定该处分行为有效，同样也会助长第三人及原股东的不诚信行为，这也是应当避免的。所以我们规定受让股东主张处分股权行为无效的，应按照物权法第一百零六条的规定处理。

五、隐名股东的追偿权

法条：《公司法解释三》第二十六条第二款

“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。”

解读：如果没有证据证明第三人知道上述情形，那么第三人可以取得该股权，受让股东的股权利益也不存在了，隐名股东可以要求原股东承担赔偿责任。而且，受让股东受让股权后之所以未及时在公司登记机关办理变更登记，常常是由于公司的管理层（如董事、高管人员）或实际控制人等未及时代表公司向登记机关申请且提供相应材料而造成，此时，我们认为该类人员对受让股东的损失也有过错，应当对受让股东承担相应的赔偿责任。受让股东有过失的，可以减轻上述人员的责任。