股权代持的效力与风险

□上海瀛东律师事务所 张占平

股权代持是公司运营实践中的一种常见现象，然而司法实践中因此引发的诉讼也非常多。如何设计合法有效的代持协议，在发生纠纷时如何保护名义股东或者实际出资人的合法利益，是一个值得深入研究的实务问题。

本文旨在通过对相关法律法规和案例的梳理，对股权代持的常见实务问题进行分析。

资料图片

法律的规定

（一）股权代持条款的效力

《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）》第二十四条第一款规定：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。

除了公司中的股权代持外，实践中还常常存在合伙企业份额的代持，2006 年修订的《合伙企业法》通篇未提及合伙企业份额的代持问题。在法律没有明文禁止的情况下，只要是当事人双方的真实意思表示，应属有效。

（二）股权代持的相关规定

在现行法律体系中，针对特殊主体、特殊企业均有限制或者禁止股权代持行为的相关规定。这些规定有些属于管理性规定，有些属于效力性规定，对其法律效力应当区别对待。

1. 对特定主体的限制及效力

（1）公务人员、国有企业中高层管理人员

《公务员法》第五十九条规定，公务员应当遵纪守法，不得有下列行为：……（十六）违反有关规定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……对于国有企业中高层管理人员，亦有类似的规定，比如《国有企业领导人员廉洁从业若干规定》第五条规定国有企业领导人应当忠实履行职责，禁止“个人从事营利性经营活动和有偿中介活动，或者在本企业的同类经营企业、关联企业和与本企业有业务关系的企业投资入股”。

公务员若违反了该规范，应由其管理机关追究相应责任，但并不能以此影响代持协议的效力。这种情况下隐名投资人有权要求取得财产性权益，但是希望成为显名股东则无法得到支持。

（2）外商投资企业股东

《外商投资法》第四条规定，国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》第三条规定，外国投资者投资外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，当事人主张投资合同无效的，人民法院应予支持。

第四条规定，外国投资者投资外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，当事人以违反限制性准入特别管理措施为由，主张投资合同无效的，人民法院应予支持。人民法院作出生效裁判前，当事人采取必要措施满足准入特别管理措施的要求，当事人主张前款规定的投资合同有效的，应予支持。

2. 对特定公司股东资格的限制及效力

（1）上市公司

《首次公开发行股票并上市管理办法》第十三条规定，发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷。上市公司股份代持行为涉及不特定多数潜在投资人的证券市场公共秩序，涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等的公序良俗。股权代持关系的建立本身并不直接构成对公共利益的危害性，构成违规并对公共利益造成损害的最直接行为是上市主体的不实信批及代持人的刻意隐瞒行为。因此，上市公司股权代持协议无效。

（2）保险公司

《保险公司股权管理办法》第四十九条规定，保险公司股东不得利用股权质押形式，代持保险公司股权、违规关联持股以及变相转移股权。关于该项规定，有不同的认识。（2017）最高法民终 529 号判决认为，违反《保险公司股权管理办法》有关禁止代持保险公司股权规定的行为，在一定程度上具有与直接违反《保险法》等法律、行政法规一样的法律后果,同时还将出现破坏国家金融管理秩序、损害包括众多保险法律关系主体在内的社会公共利益的危害后果。因此，保险行业股权代持协议无效。

但是，（2017）苏民终 66 号判决认为，《股权管理办法》尚不属于立法法所规定的授权立法范畴，故违反该规定的股权代持协议并不属于违反国家强制性法律规定而无效。而且，由于保险法及股权管理办法对保险公司持股比例在5%以上的股东有较严格的要求，未达到上述比例的股权代持协议并非无效。

（3）证券投资基金管理公司

《证券投资基金管理公司管理办法》第三十八条规定，基金管理公司的股东不得为其他机构或者个人代持基金管理公司的股权，不得委托其他机构或者个人代持股权。但是该规定系部门规章，中国证券监督管理委员会对于基金管理公司股东最高出资比例等作出限制非效力性规范，属于管理性规范，不影响代持股权协议的效力。而且，《证券投资基金管理公司管理办法》的目的是为了加强对证券投资基金管理公司的监督管理，股权代持并未损害社会公共利益。

除了上述类型的公司外，还有其他类型的企业也存在股权代持的限制或禁止性规定。对相关条款效力的认定，主要从是否违反强制性法律法规或损害社会公共利益的角度予以确定。

司法实务规则

股权代持内部关系指的是显名股东与隐名股东之间的权利义务关系以及责任承担，我们通过梳理上海一中院和二中院 2017 年至 2020 年结案的 100 多起此类案件，总结裁判规则如下：

（一）没有股权代持协议，如何认定股权代持关系？

在司法实践中，大量的股权代持案件的双方当事人并没有明确具体的代持协议，当叠加股权转让、民间借贷等其他因素后，双方当事人往往为了自身利益而给出完全不同的解释。界定双方是否具有股权代持关系的裁判规则如下：

1. 是否有实际的出资。隐名股东必须有实际的出资，可能是先支付给显名股东、之后再支付到目标公司，也可能是直接支付到目标公司。

2. 显名股东和隐名股东之间是否有股权代持的合意。在相关的会议纪要、往来邮件等材料中是否有股权代持的意思表示，是否明确约定过隐名股东行使哪些股东权利、双方的分成比例、持股行为的变动条件、违约责任等。

3. 是否实际参与公司的管理、取得股东收益。包括参与公司重大决策、在股东会议中发表意见、选择管理者等。当目标公司曾有过分红的情况下，显名股东是否取得过分红收益。

（二）隐名股东如何实现股东身份显名化？

股权是一种特殊的财产权益，有限责任公司股权因公司的人合性，还具有一定的人身属性，因此有限责任公司股权受让取得方式不同于物权、债权、知识产权等其他财产权益的受让方式。结合《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）》第二十四条第三款的规定，隐名股东实现股东身份显名化，需要满足实际出资、代持股协议不违反法律规定和代持协议的约定、其他股东过半数同意三个要件。

关于“其他股东过半数同意”的理解，除了有明确同意股权代持的情形外，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 28 条还明确，实际出资人能够提供证据证明有限责任公司过半数的其他股东知道其实际出资的事实，且对其实际行使股东权利未曾提出异议的，对实际出资人提出的登记为公司股东的请求，人民法院依法予以支持。

但是，实践中相当多的隐名股东不满足登记为显名股东的条件，在主张成为显名股东时因其他股东的拒绝而无法实现。在这种情况下，可以选择的救济路径有：要求确认股权代持协议有效、要求确认其为实际出资人、要求确认显名股东名下的股权为其所有。

（三）隐名股东是否可以主张行使股东权利？

股东权是股东基于股东资格而享有的权利，应由记载于公司股东名册并经工商登记的股东行使，该股东须为显名股东。在公司显名股东与隐名股东相分离的情形下，股东的权利应由显名股东直接行使，隐名股东应通过显名股东之手间接行使股东权益来实现其投资权益。因此，以隐名股东的身份行使股东知情权等股权权利，难以得到法院的支持。

（四）显名股东转让股权后对隐名股东的赔偿义务？

因为股权代持的隐蔽性，在实践中常出现显名股东转让名下股权，善意第三人取得之后，隐名股东无法实现回转，只能向显名股东主张赔偿。一般情况下，隐名股东可以主张返还出资款。

实践中，隐名股东常常主张股权转让后股权价值的溢价款或者股权转让价低于实际价值的差额款。但是，因为股权转让本身就包含着不同人对股权价值的不同理解，一般情况下法院很难支持隐名股东要求支付溢价款或者差额款的请求。

股权代持的外部关系

股权代持外部关系指的是显名股东与第三人之间的权利义务关系以及责任承担，我们通过梳理上海一中院和二中院 2017 年至 2020 年结案的 100 多件案件，总结裁判规则如下：

（一）善意第三人是否可以合法受让股权或者成为质押权利人？

《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）》第二十五条规定，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。

隐名股东在依法显名之前，其股东身份和权益并不被外人所知，故不能对抗善意第三人。

实践中，显名股东擅自以转让、设定质押或者以其他方式处分股权时，当受让的第三人无从知晓显名股东与隐名股东之间的股权代持关系时，参照善意取得原理，善意第三人可以取得受让的股权。

（二）隐名股东出资不实，债权人是否可以要求显名股东在出资范围内对公司的债务承担责任？

《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）》第二十六条规定，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。

隐名股东和显名股东之间的代持关系约定，仅仅是其内部约定。对于不知情的债权人而言，公司的登记本身就具有公信力，登记在股东名册上的股东就是真实的股东。根据《公司法》和相关司法解释的规定，在公司需要对外承担债务而公司资产不足以偿还时，如果股东对公司有虚假出资或抽逃出资的，债权人可要求该股东在出资不实的范围内承担补充清偿责任。因此，债权人有权要求显名股东承担相应的责任。

综上，股权代持的风险还是非常大的，应慎重为之。当确定采取股权代持时，应根据具体情况拟定代持协议并采取相应的保护性措施，比如采取股权质押、参与实际经营管理并留下证据等，尽可能减少风险。

声 明

尊敬的消费者：

2020年1月24日新型冠状病毒疫情防控期间，我公司因工作疏忽，购进不符合标准且来源不明的“飘安”牌一次性使用医用口罩并对外销售，侵害了众多消费者合法权益。事件发生后，我公司一直积极向消费者进行赔付。在此我公司向广大消费者公开赔礼道歉，并提醒消费者谨慎使用本店所出售的“飘安牌”口罩。今后公司将始终严把质量关，确保消费者买到的都是合格产品。

上海金匮堂药品经营有限公司
2020年8月10日

声 明

尊敬的消费者：

2020年1月下旬新型冠状病毒疫情防控期间，本店在上海市宝山区共江路1208号SHBS-76&77的上海复美共江大药房对外销售不符合标准且来源不明的一次性使用医用口罩，侵害了众多消费者合法权益。在此本店就销售不符合标准的一次性使用医用口罩的行为向广大消费者公开赔礼道歉，并提醒消费者谨慎使用本店所出售口罩。

上海复美共江大药房
2020年8月10日

遗 失 声 明

梁晓轩，遗失法律执业资格证书副本，证书编号：A20123101050038，颁证日期：二O一三年三月，声明作废。

上海创美律师事务所姚柏明，遗失律师执业证，证号：13101200710101782，声明作废。

减 资 公 告

凯穆易金属（上海）有限公司，统一社会信用代码：91310112MA1GCW866D，经股东会决议，拟向公司登记机关申请减少注册资本，由原人民币200万元（原注册资本）现减至160万元（减少后注册资本），请债权人于本公告发布之日起45天内向本公司清算组申报债权，特此公告。

减资公告

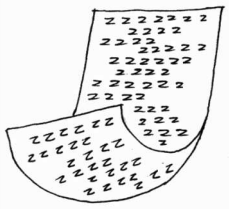
上海荣康展示展览制作有限公司经股东会决议注册资本由原人民币1000万元减至人民币500万元，特此公告

上海淀山湖医疗保健有限公司经股东会决议注册资本由3000万元减至450万元，请债权人自本公告刊登之日起45日内向本公司提出清偿债务或要求提供相应的担保请求，特此公告。

陆宽传媒 遗失注销减资登报 021-59741361
13764257378(微信同号)

环保公益广告

重复使用，多次利用



双面使用纸张
=减少½的废纸产生

优先购买绿色食品

健康
安全
无污染