

论代持股协议中隐名股东的权益保护

李澍馨

宁波大学, 浙江 宁波

收稿日期: 2022年5月10日; 录用日期: 2022年6月2日; 发布日期: 2022年7月14日

摘要

随着市场经济的开放, 我国经济领域接受许多经济制度与投资方式。而隐名投资就是外来品。隐名投资实际上是借用他人的真实姓名隐去自己的真实姓名为特征, 与正常的投资的方式不一样, 一旦遇到纠纷等问题实际出资人的合法权益无法得到有效的保护。如何保护出资人的权益, 这在英美法系与大陆法系中都是一个难以解决的问题。根据我国新出台的《九民纪要》中对隐名股东的认定及隐名股东能否排除强制执行等一系列问题作出的回应意味着对隐名投资名义上的合法化, 但是对于我国所有的法律解释都过于笼统, 并没有针对具体的问题出此对策, 实际操作起来十分不易。如果缺乏有效的法律约束而不加控制则很可能造成经济泡沫, 所以如何保障隐名股东的合法权益值得我们进行深入的讨论, 本文将对隐名股东的权益保护进行研究。

关键词

隐名股东, 代持股协议, 股东权益, 《九民纪要》

On the Protection of Rights and Interests of Hidden Shareholders in Proxy Shareholding Agreement

Shuxin Li

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: May 10th, 2022; accepted: Jun. 2nd, 2022; published: Jul. 14th, 2022

Abstract

With the opening of the market economy, China's economic field accepts many economic systems and investment methods. And anonymous investment is introduced from foreign countries. In fact,

anonymous investment is characterized by the use of other people's real names to conceal their own real names, which is different from normal investment. In case of disputes and other problems, the legitimate rights and interests of actual investors can't be effectively protected. How to protect the rights and interests of these investors is a difficult problem in the common law system and civil law system. According to China's new "9th Conference Minutes", it cognizes anonymous shareholders and its response to a series of problems on whether eliminate compulsory execution of anonymous shareholders, which means the legalization of anonymous investment in name; but for all the legal interpretation in our country, it is too general, there is no countermeasure for the specific problem, thus actually not easy to operate. If there is no effective legal constraint and no control, it is likely to cause economic bubbles. Therefore, how to protect the legitimate rights and interests of the hidden shareholders is worth our in-depth discussion. This paper will study the protection of the rights and interests of anonymous shareholders.

Keywords

Hidden Shareholder, Entrustment Agreement, Shareholders' Equity, 9th Conference Minutes

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

自改革开放以来,我国开始实行市场经济,促进了经济市场的自由竞争,出现了各种各样的商事主体,公司的投资方式也不断增多,从而导致利益纠纷的增加,在隐名股东和显名股东通过签订“代持股协议”进行商事投资活动过程中出现的问题尤为显著。

隐名股东是实际出资但真实姓名没有记录在股东行列,并且工商登记处也没有记载,当出现纠纷的时候实际出资人的权益无法得到有效的保护。《公司法》司法解释(三)承认了代持股权协议的合法性,也肯定了隐名股东的合法地位,但是关于隐名股东、显名股东之间的冲突如何解决没有明确的规定。《九民纪要》中对隐名股东的认定以及相关问题进行了说明,因此本文结合相应条款对隐名股东的认定,隐名股东享有的权益以及当权益受到侵害时该如何保障自己的合法权益进行讨论。

2. 隐名股东相关概念及辨析

2.1. 隐名股东的定义

2.1.1. 广义的隐名股东

广义的隐名股东是存在于各种不同的商事组织中,它的历史起源是类似现在的隐名合伙制度,但隐名股东的范围远远大于隐名合伙的范围,其存在于公司、合伙或者其他经济组织中,甚至还包括个人独资企业中。

从广义上来看,广义隐名股东可以分为两种:第一种是指借名股东,即盗取他人姓名或者捏造不存在的人的姓名;第二种是隐名股东,即实际出资人或者公司成立者不希望自己的姓名出现,或者其他理由,用其他人姓名投资,但是这个实际投资的股东并不是真正意义上的股东^[1]。而理论和实践中对隐名股东的股东资格的确认争议最大,因而对此的研究主要针对隐名股东,有些学者将隐名股东的外延限于“隐名股东”,笔者将之称为狭义的隐名股东。

2.1.2. 狭义的隐名股东

根据虞政平的《股东资格的法律确认》[2]中对狭义股东的认定来看就是指“隐名股东”，即自己的真实姓名不使用，而是借助于别人的姓名。其主要具有四个特征：(一)“隐名”即不使用自己的真实姓名，借用他人的姓名登记于公司股东名册和工商登记处。同样，名义股东也应当具有投资资格，不能违反法律对投资主体的规定，这一点与冒名股东有区别；(二)“实际出资人”即使用他人的姓名但必须实际缴纳出资的，其实际缴纳的出资包括使用实物、知识产权、货币出资或者使用土地使用权等情形进行出资。不过法律要求的一些资产不能作为出资的资产要刨除出去[3]；(三)“具有隐名投资合意”即实际出资人在出资之前会与名义股东进行协商，以及当双方之间产生纠纷时权利义务的认可；(四)“全面享有股东权”即股东权并非必须由自己亲自使用，实际出资人可以委托名义股东代为持股并通过名义股东对公司行使相应的权利。

通过上述的介绍可以看出隐名股东的实际情况是隐藏自己的姓名，假借他人之名进行投资，实际出资人与工商局备案人不是一个人，但是实际出资人拥有股东的权利。

2.2. 隐名股东产生的原因

对隐名股东进行梳理和分析非常有必要，这有助于后期隐名股东与其他股东之间权利的分配的研究，这是基础工作之一，能够帮助法律以及各种学说的价值取舍做出判断。

2.2.1. 规避类成因

随着社会经济的发展，出于对国家的经济安全、社会安全、商业竞争秩序、维护社会生活的良性运作等各方面因素，对商事主体的设立以及商事主体中关于股东资格的取得，股东数量等设立了各种禁止性的法律规范。这些规范包括：

1) 对于投资主体的限制。

例如公务员这种具有国家公职人员身份的工作者不得从事经营性的活动。一般投资主体为了规避掉此类法律法规对自身的限制，与亲友协商由自己出资并让亲友作为公司的名义股东，从而获得实际享有的投资收益，甚至是参与到公司的管理中。故法律法规对此类人群作出限制不无道理。

2) 特殊行业对股东主体资格的要求

中国特色社会主义市场经济是改革开放以来我国重建的经济体制，法律法规对一些重要行业，例如关系到国计民生的一些行业准入门槛会做一些特别的限制，对于外国自然人及法人的投资准入有限制。

3) 对于股东人数的限制

股东彼此之间比较了解，信用度比较高，公司防止因为股东人数过多而导致信用的弱化，公司会对股东人数加以限制。而公司因为经营困难或者其他原因，为招募资金而吸收大量的小股东的资金，同时也为了逃避各种审查，绕过法律的监管，所以有许多通过隐名投资的方式逃避此类情形的融资活动。

4) 规避法律关于一人有限责任公司主体的限制

《公司法》中规定我国的自然人只有资格建立一个公司，这是法律要求的。但是现实中，许多投资者会建立不止一家有限责任公司，而根据相关规定，他们会选择使用他人的名义设立公司。

2.2.2. 非规避类成因

这类隐名股东的产生主要是基于投资人趋于保护自身利益而采取的投资方式进行，其理由也是成千上万，比较难归类，笔者试着进行分析：

1) 为了隐蔽自身财产状况

投资人为了隐蔽自己的真实的财产状况，通过隐名投资的方式来隐藏自己，这样既可以获得收益又

可以隐藏自己的真实财产。除此之外一些投资人为了避免竞争者的注意，使用隐名股东的方式进行投资从而进行更大的投资。

2) 规避优惠政策的限制

投资者为了获得大中专毕业生创业减免税收等类似的优惠政策，或者是近几年来部分地区的政府为了吸引招商投资，为投资者提供税收、土地等优惠政策使得许多投资者使用符合优惠条件者的姓名进行隐名投资，从而获得更多的利润空间。

3) 其他规避类原因

股份公司的资合性较强，股权不得继承。基于这样的一个现实，股东会将自己股份通过代持股的形式转化给自己的亲人或者后人，这样他们就可以获得股权。还有一些公司刚成立时会选择能力强的股东加入，此时一些投资者会与有经验的行业人员协商，让有能力的行业人员作为名义股东进行投资。

2.3. 隐名股东享有的权利

股东权是团体法上的权利。公司与股东之间的关系是团体与成员之间的关系。股东自己的权利和义务是与所有股东的利益都息息相关的，所以将股东自身的权利划分为自益权和共益权，这样的划分也是在法律基础上进行的，主要参考《公司法》。

2.3.1. 隐名股东的自益权

自益权主要是指股东为了有利于自身的发展而使用的权利，周苏友教授的《新公司法论》[4]也认为股东的自益权来自于公司，不管定义是怎样的，法律没有规定的就是指能够做的，所以股东是应该享有这些权利的。

股东之所以有维护自身利益的权利，是因为他们付出了金钱，这是义务所以有相对应的权利出现。也就是说股东享有自益权是合理的；而且绝大多数的自益权都涉及到金钱的问题，所以无论实际投资人表面上出于何种原因实际出资都不会影响最终获得金钱的利益。如果实际出资人不是以获得利益为目的进行的实际出资，那很大程度上是出资人将资金以借款的名义给他人且他人以自己的名义进行的投资，那么就不叫代持股的关系，而是借贷关系。所以，实际投资人具有股东的内在特征，应当享有自益权[5]。

综上，实际出资人想要获得利润分配权以及剩余财产分配请求权是可行的，而对于实际享有自益权还是存在许多现实的问题的。因为实际出资人想要享有自益权就必须走在阳光之下，其中几项自益权涉及到公司的内部变更等问题，必须使自己的真实身份暴露在公司内部。根据《公司法》的规定，隐名股东需要经过公司其他股东半数以上的同意才能显明自己的身份，除此之外，还要向公司申请变更股东名册以及记载于工商登记机关的股东姓名。据此可知实际出资人想要完全的享有一些权利，还需要走很复杂的法律程序，以确保自身可以切合公司法对股东外在表面特征。

2.3.2. 隐名股东的共益权

股东的共益权是指“股东在考虑到自身利益的同时兼顾企业的利益所行使的有效权利”，也有人认为共益权就是股东对公司的管理权[6]。

股东的共益权并非为了自己的私益，而是为了告知公司的发展经营。现实中会有两种类型的实际出资人：第一种是不参与到公司的日常经营管理且不参与决议表决的，只是单纯的获得红利。只有当公司的经营状况不佳严重影响自身利益才会出面干预。第二种指的是其它股东知道真实投资人的身份，并且允许该隐名股东对公司进行正常的管理。这类人只是表面上的“隐身”，名义股东只是个幌子。这类实际出资人即使可以参加股东大会，但是对于要做出决定事项时，还是需要名义股东签字才行，绝对不可以越俎代庖表达自己的观点。这时在工商局备案登记的名字实际上是名义上的股东。因此实际出资人无

法直接行使公司的管理权。

我们之所以愿意让实际出资人得到知情权，是因为我们为了使公司的安全性与收益性等具体细节提供准确的判断。有些研究人员认为：“隐名股东以及带有瑕疵的股东他们也拥有公司的实际管理权并且能够提供相关的材料和证据，那么他们和普通股东一样就具备查阅权。”根据施天涛的《公司法论》^[7]中的观点认为，知情权诉讼中的原告的身份必须是和案件相关的公司员工、法人、其他组织，然而实际出资人不具有这样的特点，所以不具备当原告资格。”笔者认为，作为实际出资人怎么可能不与此有直接利害关系，身为股权实质意义上的间接所有人，关切着实际收益等权益，即应当具备利害关系人的资格。

2.4. 隐名股东面临的风险

隐名股东与名义股东签订合同时，如果双方没有专业人士的指导之下很可能存在代持股协议效力的问题。隐名股东可能遭遇的风险如下：

1) 隐名和实名股东有利益冲突时，之前所签订的代持股协议被认为没有效力。代持股协议非常重要，这是证明隐名股东最主要的证据，当双方没有签订正当的代持股协议时，如果仅仅是口头答应，或者是双方虽然签订了协议，但是合同中并未对双方的权利义务进行明确的说明甚至是触犯了法律所禁止的规定等类似的情形，往往会导致在发生纠纷的时候，双方之间的代持股协议被认定为无效。

2) 由于隐名股东身份的特殊性导致其可能在利益遭受严重损害的时候无法及时保障自身的权益。根据我国《公司法》第4条明确规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”据此可知隐名股东身份的隐蔽性导致其无法直接参与到公司的经营中，即使公司作出一些对隐名股东利益不利的决策隐名股东也无法及时的保障自身权益。

3) 名义股东不经过隐名股东的同意而自行决定把股份或者权益进行转让。《公司法》中也有规定说明受让人能够在善意的基础上取得股权，这一条件成立的基础是《公司法》司法解释(三)第7条和第26条明确规定：“人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。”《九民纪要》第三条也进一步明确，《公司法》第32条第3款规定：“公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”这是要求的更加严谨。据此，可以得知，当受让人符合善意取得条件获得股权的时候，隐名股东的合法权益就遭受损害。

3. 隐名股东事前风险防范方式

3.1. 证据及法律意识的建立

联系上文提及的，主体的不适格会导致代持股协议的无效，即主体适格是一个非常重要的因素。当公司遭受重创时会损害到实际投资者的利益，这也就是过错相抵原则，此时很可能使实际投资者连投入的资本都收不回来。根据商事诚信原则，法律是不会保护本就怀有恶意的人，所以投资者在任何时候都应该考虑到投资所带来的风险，投资时不仅仅要看到其中所带来的利益，更要考虑到其中可能带来的风险。除此之外，因为隐名股东处于一个较为劣势的地位所以实际投资人必须要从自身的利益考虑，目的是为了能在诉讼或者是仲裁中掌握更多对自己有利的资源。因此，隐名股东应该切实注意到以下几点：

1) 在选择合适的名义股东时，对名义股东进行全面的了解，查清楚名义股东的各种情况，是否有外债、信用是否良好等类似的问题，从源头上避免将来可能与名义股东之间发生的纠纷。

2) 应当与名义股东签订书面合同，并且需要在合同中明确各种股东权益的归属问题。比如未经隐名股东的同意不得转让股权转让；股权不能够随便质押或者买卖转让给第三人；发生违约行为时承担责任

的主体等问题。对于名义的股东限制也要写进双方的合同里面,这样才会产生法律效力。

3) 在与名义股东协商的过程中应当全程记录,保存与之相关的纸质材料并让名义股东向隐名股东出具书面证明文件。在将资金移转时最好避免现金转账的方式,并且妥善保管实际出资的证明性文件如汇款证明、汇款票据单等。为了防止在未来发生纠纷时名义股东不承认两者间的协议效力,除此之外,也应当保存能证明隐名股东参加公司相关管理的证据。而证据意识的建立也需要相关的法律措施来配合,我国的实践中,对于商事案件的事实证据的认定不同于我国刑法那样严谨,商事的证据认定比较随意。关于根据何家弘、刘品新所著的《证据法学》说明了我国证据法的发展历程,我国的证据法在上个世纪80年代初得到重新的重视,并且证据法随着社会的发展进一步完善,只是我国有关的证据法典还没有产生,需要大家进一步努力[8]。我国最高院出台的司法解释对证据规则虽有所完善,但总体而言还是会有各种疏漏。

3.2. 利用合约保障自身权益的方式

3.2.1. 显名股东高额的违约责任

大多数隐名股东与名义股东签订合同的时候,彼此都互相信任且在订立的时候并没有根本性利益的利益纠纷,所以彼此对风险的防范意识较弱。除此之外许多隐名股东为了节约成本或者是基于盲目的对他人的信任,双方之间草草的签订了代持股协议,这往往导致合同不够严谨漏洞百出,合同中大量的漏洞在日后的冲突中留下了严重的后患。于是将合同订立的严谨是对隐名股东的一种保护,这是日后在发生任何纠纷时,隐名股东拥有的实质性的证据是行使股东权的依据。即使是无法取得股东的身份,也是将资金赎回或撤资的一个重要的依据。

在订立代持股协议时,邀请见证人以及聘请专业人士(比如律师)起草相关的代持股协议条款并提出相关的法律意见,以确保隐名股东的合法权益得到保障,因为专业人士可以预测许多的经济风险和法律风险。

基于隐名股东自身权利的保护出发,在名义股东与隐名股东在进行代持股协议签订时,应该限制名义股东的权利,设置高额的违约金,并且公正生效,一旦在以后的经营中名义股东违约,隐名股东能够通过法律来保障自己的权利,将自己的损失降到最低。

3.2.2. 显名股东向隐名股东提供质权抵押

虽然代持股协议有别于一般的合同,但也是因为代持股协议的特殊性才利用质押合同来保障隐名股东的利益。根据王全弟主编的《债法》可知,以下特点的权利可以被称为质权,其中包括,“财产权指的是能够转让的财产,因此这些财产可以设质”[9]。在隐名股东和名义股东的协议上,为了保护自身的利益,隐名股东需要在协议基础上签订质押合同,然后将合同进行公开、公正,使其产生法律效力,防止后期自己的利益受损。

综上,可以得出将质权质押的优点有:1) 防止名义股东将股权出卖给第三人或者是质押给第三人,又或者是因为显名股东死亡或者是变卖股权的情况下可以享有优先受偿权;2) 可以应对出现名义股东对外欠款被法院强制执行的被动局面。

3.2.3. 其他保护自身权益的情形

第一、隐名股东应当积极的参与到公司的经营中,比如股东积极地行使知情权,《公司法》第三十四条规定:“股东有权查阅、复制公司章程、股东会议记录、董事会会议记录、监事会会议记录和财务会计报告。”比如股东享有诉讼的权利,当公司在做某项决策的时候损害了股东的权益,股东可以通过诉讼保障自己的权益,再比如参加股东会、董事会或者是参与到公司的重大利益问题的讨论中。除了上述做法,保险起见,公司重要的文件信息以及印章应该交给重要的人负责保管。

第二、名义股东在公司所享有的所有权利其实都应当是实际出资人的权利，所以双方应当在签订协议的时候，隐名股东应当对名义股东的财产处分进行规定，例如对当名义股东死亡或者离婚之后的财产分割情况进行规定。隐名投资人在最开始投资时就要充分将证明文件留存好。在签订代理持股说明中就应该规定好双方的权利和义务，名义股东在公司里所具有的权利实际是隐名股东带来的，所以为了防止名义股东乱用权利，所以要对其加以权利限制。隐名股东要书面授权给名义股东才行，不然名义股东不能行使表决权和分红权利，这需要在协议中说清楚。

3.3. 利用股东权的二分性保障权益的方式

很长一段时间里，代持股协议都存在着很大的争议。其争论的焦点在“出资”与“股权”的关系，并延伸到对股权问题的讨论。“股东是公司的所有权人”是较为传统的观点，即秉承着“谁出资，谁所有”^[10]的理念，并据此来认定股东是否享有股东资格以及股东是否享有相应的权利。有许多学者提出了认定股东的方式不是固定的一种模式，也就是说对“出资人即股东”这一说法提出了质疑，认为出资与股东权利的取得之间并不是一个必然的关系，而获得股权也并不必然取得了股东资格。接着又有学者提出“股权的二分论”^[11]，把财产利益与人身利益进行区分，从而提出了两者在法律适用及内容上的不同。据此，股东权的二分性被众多学者适用，具体表现如下。

3.3.1. 隐名股东参与公司管理

隐名股东需要对自己的权利熟悉并且能够在代持股协议中进行说明，使得自己通过法律的手段保护自身利益，防止利益被窃取，能够主动掌握公司的发展动向。除此之外还应当安排信任的人看管印章、证件。隐名股东应当积极的了解公司的近况，并且参与到公司的管理中去，掌控公司的重大决策。此外，隐名股东应当积极的行使自己的权利，例如查阅权，查阅公司债券存根、股东会及董事会的会议记录、财务部的会计报告等等。在公司内部公布自己的姓名和身份，保持对公司事宜的掌控权以及保留对名义股东之间的相应证据，以便防止日后发生纠纷时有证据论证。

3.3.2. 排除显明股东对财产的控制权

首先，制定完善的代持股协议。因为根据商事外观主义原则，股东权利只能由名义股东行使，这样名义股东就可以对股东权利肆无忌惮地行使，为了避免名义股东滥用权利的行为，隐名股东应当在协议中对名义股东的权利进行严格控制。比如名义股东如何行使分红权必须经过隐名股东的书面同意；除此之外，还有股东享有的增资时的优先购买权、剩余财产分配请求权等重要权利都可以用书面的行使加以规定，并可以制定高额的违约金，约定好违反条约时应当承担的责任等等。

实践中，当名义股东因为某些原因要被追究责任的话，名义股东名下的股份也必将作为承担责任的一部分财产。虽然名义股东名下的股权是隐名股东实际出资，但是在公司股东名册和工商登记处的名字是名义股东的名字，所以按照“公信原则”其股权应当归名义股东所有，这就损害到隐名股东的权利，而此时的股权被划入处分的范围，被公权力介入实行的处分行为，隐名股东很难通过法律手段保护自身的权益。往往这种情况下名义股东的股份被查封，而他自己都自身难保，名义股东已经没有任何的财产去赔付给隐名股东，这将极大的损害了隐名股东的权利，所以制定完善的代持股协议是十分有必要的。

4. 隐名股东的权益被显名股东侵害的现象及救济

4.1. 显名股东损害隐名股东权益的现象

4.1.1. 隐名股东对显名股东过于信赖

隐名股东在进行隐名投资之前，选择的名义股东一般都是比较信任或者是自己比较亲近的人与之签

订协议，并且很多隐名股东对名义股东过于信任以至于签订代持股协议的时候并没有对相关的事项作具体的规定，以至于双方发生纠纷时，隐名股东无法通过法律手段很好的保护自己的权益。另一方面的原因是隐名股东与名义股东在签订代持股协议时没有巨大的利益冲突，双方是在友好往来、互惠互利的基础上签订的协议，而在日后发生了利益冲突的时候，双方都没有有益于自己的证据证明股权情况，就会导致名义股东利用自己在公司章程和工商登记处登记的合法性作出损害隐名股东的行为。

4.1.2. 我国《刑法》对显名股东损害行为的惩罚力度不大

在我国不断完善发展的公司股东制度下，越来越多的投资者不愿意显露真实持股的现象越来越多。而我国《刑法》针对名义股东侵害隐名股东权益的行为的惩罚力度是极小的，与之相关的法律法规也不多。加之法律不能完全的演示出现实，许多现象法律无法预测，且实践中出现的各种不同情形的发生，刑法并不能对症下药，久而久之刑罚的打击力度对名义股东而言就变得不那么有震慑力。因此许多名义股东也就抓住了法律的漏洞，滥用权力或者损害隐名股东的权力甚至是损害善意第三人的合法权益等手段使自己获得利益。

4.1.3. 缺乏明确的法律法规对民商事纠纷加以引导

从某种程度上来说，在经济刚开始发展的时候，对于隐名股东与名义股东签订代持股的现象不是特别多，所以我国并没有对这方面的法律问题作出详细的规定。从另一个层面来说，受到我国的经济发展和结构制度的影响，民间大量的钱急需转入投资，而民间投资诚信是最基础的东西，但是诚信是软性的行为规范，在法律上并没有那么多的硬性规定所以在民间商事案件中纷繁迭起^[12]。隐名股东与名义股东在最初签订的代持股协议时都过分的信任协议想对方，而真正发生纠纷时则无从举证，隐名股东和名义股东、企业之间的关系也异常紧张，而最后败诉的往往是隐名股东，其权益处于十分尴尬的状态。

4.2. 显名股东损害隐名股东权益的刑法救济

4.2.1. 职务侵占罪

根据我国《刑法》第 271 条第 1 款对职务侵占的规定，该罪的犯罪主体的范围较大，基本上各种经济组织不具备刑法意义上的国家工作人员身份的工作人员均可构成此罪。根据《刑法学》这本书的相关的研究可以看出，公司股东，在日常经营管理的过程职务侵占罪主体条件的描述，职务侵占罪不适用于身份说，更适用于实质去认定。

本罪的客体是公司的财务，公司的财务范围是已经在公司的掌控之下或者实际占有下的，亦或者是公司没有占有但是实然状态下应有的，如公司的应收账款。如果名义股东利用自身的职务便利，对公司的财物进行侵占而导致公司的财产实际的遭受损失甚至是间接损害了隐名股东的财产的行为，符合职务侵占的构成要件的可以对名义股东定职务侵占罪。

本罪的主观状态是不法侵害或者是不法占有，实则为直接故意，也就是说，当名义股东明知会损害公司的权益或者隐名股东的权益还要作出不法行为的时候，可以认定名义股东符合职务侵占的构成要件。

该犯罪之所以发生是因为犯罪主体利用自身的职务便利，发生违法犯罪行为。利用职务之便主要体现在：名义股东利用自身的权力教唆下级人员去干不正经的事情，从而获取不正当的利益；或者是名义股东利用自身的权利地位侵占公司的财务或用公司的财产去进行盈利活动之类的行为时，再根据刑法学家陈浩然的观点构成职务侵占罪^[13]。故根据构成要件的分析认定为职务侵占罪没有不妥。

4.2.2. 合同诈骗罪

根据《刑法》第二百二十四条对合同诈骗的规定这一罪行主观方面是直接故意的行为，而且必须要以占有他人财物为目的的故意，包括自主占有和他主占有。而且根据该法条的概念可以得出其欺骗目的

和故意的时间包括签订前也包括签订后。

根据王利明、崔建远的《合同法》[14]中对代持股的认定,认为代持股协议属于合同的一种,当一个合同被现行法所规定的明确的合同类型才能被定性为合同诈骗,属于有名合同。其中有三种合同类型是容易被不法分子诈骗的:买卖合同、承包合同、联营或者合作合同,而代持股协议就是联营或者合作合同。

当名义股东与隐名股东签订合同的时候,名义股东从一开始就是有故意占有的目的或者在履行的过程中有不法占有的目的,想将其成为自己的实际利益而伤害了隐名股东权益的行为,此时就符合了合同诈骗罪的构成要件。故名义股东利用代持股协议对隐名股东进行诈骗的话可以定为合同诈骗罪。

4.2.3. 非国家工作人员受贿罪

根据《刑法》第 163 条第 1、2 款都对非国家工作人员,非法收取别人财务的行为做出规定,公司的工作人员利用自身工作的方便性,为他们谋取不正当利益或者接受他人好处,而做出损害公司利益的行为时就要定为非法受贿罪。非国家工作人员受贿罪有时也会被认为是“商业受贿罪”,但是这种说法有失偏颇,因为商业中的受贿、行贿的概念与刑法上的概念有不同之处,有时非国家工作人员受贿也不一定是为了获得相应的利益。

名义股东私自侵吞的现象还是多样的,而名义股东属于非国家工作人员,当名义股东利用自身在公司的权力地位通过不法手段获得利益,损害了公司甚至是隐名股东的利益时则可以定此罪。比如在实务中经常出现的一种现象就是:名义股东与其他公司的管理层约定,向其公司购买商品签订合同,而且约定每一笔交易中名义股东以固定的比率收受回扣,虽然公司的账面并没有任何的损失,但是这实际上损害了公司的利益,更是损害了隐名股东的合法权益。张明楷教授对此的观点是杜绝此类收受回扣的现象。

受贿罪成立的前提条件是有索贿或者收受贿赂的行为发生,还是要求受贿或者收贿者是在工作中进行,自身很方便做这件事情,其中所涉及的金额在 5 千元到 2 万元之间就构成受贿罪。

4.2.4. 虚假出资、抽逃出资罪

根据《刑法》第 159 条第 1 款对虚假出资、抽逃出资的规定,公司出资人或者股东违反公司法的规定没有支付应该的钱款而虚假出资时,应该定罪为虚假出资罪,如果出资以后又设法将资金抽逃出去,则应该判定为抽逃资金罪。出资问题一般发生在公司成立后或者注册前,但是公司成立之前也有可能出现虚假出资[15],假设股东出资的形式是实物,在公司刚刚注册时以实物出资,实物出资评估以后,在公司注册时将其资本抽回。此时就造成了抽逃出资,所以隐名股东应该在将出资交给名义股东的时候,关注这笔钱的动态,以免出现股东抽逃出资或者虚假出资的现象。如果隐名股东发现名义股东将其实际的出资从公司中抽离出来,或者是欺骗隐名股东将其虚假出资等情形的,可以定为此罪。

虚假出资不仅仅是损害了公司的利益和其他股东的合法权益,更是对企业管理秩序的法律法规造成了破坏。因此隐名股东的权利被侵害时,可以考虑名义股东是否涉及虚假出资或者抽逃资金的罪行,如果符合可以定此罪。

4.3. 显名股东损害隐名股东权益的民法救济

4.3.1. 违约责任

如上述文中所言代持股是一种合同的形式,隐名股东和名义股东签订的协议的内容,若名义股东不遵守该约定造成隐名股东的权益受到严重损害的时候,双方造成了纠纷,违反了《民法典》合同编的规定则必然导致违约责任的承担,据此隐名股东可以依据名义股东对合同的违约行为提出要求承担违约责任。实践中,有很大一部分隐名股东都是以自身权益受损,以违约的形式利用法律保护自己,虽然违约

的情况经常发生,但并不代表所有的案件都适用违约,这样不能更好的保护隐名股东的权益。虽然现代的立法为了适应现代社会的需要,在各个方面有不小的突破,如投保人和受益人主体不同的保险合同等。以下是具体的分析:

由于合同的相对性只能向合同相对方追究违约责任。现代立法随着时代的发展,适应现代社会的需要或多或少都对相对性有所突破,比如德国立法界的“附保护第三人作用之契约”[16]王全弟所写的《债法》[9]中对违约责任补偿性作出了详细的说明,违约责任补偿所强调的是质的规定,没有量上的说明,这点还是需要注意的。违约方补偿给损失方的实际所得不论是超过对方的损失还是原模原样赔偿或者只有赔偿一部分,这都说明违约责任的补偿性。王全弟在书中说明违约责任要视情况而定,但是本文的观点是非违约方应该享有更多的补偿,因为对于非违约方来说,他们的损失并不是原来这些。并且在《民法典》第585条的规定:“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金,也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”也就是说双方对于损失多少的计算可以随意进行,只要最后能够达成一致的协议就可以。其实这些法规是在平衡双方的利益,使社会得到和谐发展,但是其实这并不能对违约方造成震慑作用,其实这并不是对违约方的一种惩罚,而是对他的一种赔偿。当违约赔偿生效以后,之前的合同就不再适用,不需要继续遵守。总的来说是为了使这个社会平衡,但是对于风险防范的震慑作用而言是不足的,真正的恶意者不会为此放弃伸出“黑色的手”,因为对部分利益的放弃可以换来更大的利益。虽然违约责任对隐名股东的权益受到侵害而言比较实用,但是对其保护力度不强。

4.3.2. 侵权责任

若名义股东侵害隐名股东的权利或者是滥用股东权利导致隐名股东的权力遭受严重的损害时,隐名股东可以以自身股东权受到侵害要求名义股东承担侵权责任[17]。比如名义股东随意地转让股权给第三人或者将股权出质行为都会造成隐名股东权利受损,此时可以提出要求名义股东承担侵权责任。《民法典》第一千一百八十四条规定了财产侵犯相关的说明:“侵害他人财产的,财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。”由此我们可以推导出侵权人侵害被侵权人的三种行为模式,(一)侵占;(二)损坏(包括因承担责任的形式不同区分为受损和灭失);(三)侵害除有形财产外的其他财产性利益(如著作权、智力成果等)。名义股东对于损害隐名股东的行为可以分为两类,名义股东对显名股东的股权占有是基于合法的代持股协议所占有,其正当享有合法的股东权利,并对股东权利进行侵占及使用,对公司行使决策权,但是往往开始的时候名义股东与隐名股东之间是相互信任的关系,但是时间久了,对于人性的“变质”或者名义股东对利益的诱惑抵挡不住,于是为了自己的一己私利而损害了隐名股东的权利。

虽然《民法典》侵权责任编第二条对民事权益的规定可得知隐名股东的权益是受到该《侵权责任编》所保护的,但笔者仍然认为,对名义股东侵害隐名股东的权利仅仅通过侵权责任来追究的话保护力度还是不足的,这一观点笔者通过王胜明的《中华人民共和国侵权责任法解读》[17]得出的结论。我国《侵权责任编》在一定程度上增加了造成损害赔偿的立法工作,但是其大多数目的是为了保护人身权利的,如《民法典》中1183条对精神损害赔偿之规定,第1207条对于产品缺陷惩罚性的赔偿的规定,另外2013年新修订的《消费者权益保护法》第55条,《食品安全法》第96条,这些都是与惩罚性赔偿相关的法规,但是这些法规都是和人身权益有关的,没有一条是对股权和所有权涉及的。

虽然有诸多的缺陷,但是其适用也有优点。根据《民法典》侵权责任编第1184条对于财产损失计算标准之规定:“侵害他人财产的,所造成的财产损失应该按照当时的物价和市场价格进行估计。”因为股价随时变化,所以当隐名股东的权益受损时,他的赔偿额也需要变化。综上所述,追究名义股东侵权责任在一定层面上可以保护隐名股东的权利,适用时应该权衡各方因素。

5. 隐名股东的权益被公司侵害的现象及其救济

5.1. 损害隐名股东权益的现状

5.1.1. 公司通过各种手段弱化股东权益

公司虽然在法律中是以“独立的人”来看待的，但是对于公司所作出的决策，终究逃不过人的主观意愿的控制，当然也包括主观恶意。股东的权利在公司内部会有多种形式对其限制或者排除，比如股东大会可以改变股权结构，从而否认股东的地位，股东会也可以因为人数不够为理由而视为无效，同时公司可以限制那些对外隐名对内不隐名的股东的权利。公司的大股东还可以使隐名股东的权利架空，大股东可以实际的操控着公司的各项决策，严格把控管理层，使得隐名股东无法参与到公司决策中；或者是对控股大股东有利的形式转移定价，债务担保，对公司投资机会进行侵占等^[18]。公司股东会可以通过各种手段去弱化股东的权益，造成隐名股东的合法权益被虚化，失去了话语权隐名股东的权益就会遭受损害。

5.1.2. 公司不承认股东的地位

基于有限责任公司的人合性使得资本背后对主体的要求更高，正是因为有这么高的门槛，所以许多为了追逐利益的投资人冒着风险投资并与名义股东签订代持股协议，注入公司资本。但是在大多数情况下，公司不愿意承认隐名股东的正式股东地位。隐名股东对于公司的运行或多或少造成阻碍，当名义股东与隐名股东之间产生权益纠纷的时候会对公司的经济造成很大的影响，特别是对内不隐名对外隐名的股东，对公司的重大决策进行表决的时候，若隐名股东与名义股东之间产生意见不统一的时候，会对公司的管理造成障碍。对于股东而言所享有的知情权，公司若承认了隐名股东的合法地位，则隐名股东也就享有了知情权，隐名股东将公司的情况告知与隐名股东相关的竞争对手，则会对公司的利益造成损失。公司经常会从自己的利益考虑，不愿意承认隐名股东的真实地位，这样的情况经常发生，为了保护隐名股东的利益《九民纪要》第二十八条规定：“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。公司以实际出资人的请求不符合公司法司法解释（三）第24条的规定为由抗辩的，人民法院不予支持。”因此对于公司通过各种方式对隐名股东的权益造成损害的，或是公司对于隐名股东地位不予承认的情况终于有了较为明确的法律规定。这实际上是承认了隐名股东的股东地位。

5.2. 公司损害隐名股东权益的救济

5.2.1. 确权之诉的适用

根据《公司法》司法解释(三)第22条之规定：“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23条之规定：“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。”从隐名股东举证的角度来说只要提出两方面的证明：一是出资证明，二是股权取得之证明。出资证明比较容易获得，因为在你将资金转交给名义股东的时候就可以将转账记录保存即可。联系上文，尽量不要与名义股东进行现金交易，最好使用银行账户，这样在发生纠纷的时候证据的证明力大。要求名义股东在写收据的时候明确注明这是投资款而非借款且要求保留各种相关的文件凭证，并要求在其复印件上标注钱款的来源。

5.2.2. 直接诉讼的适用

根据《公司法》的第21条之规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”该诉讼主体是只要实际出资的股东都可以成为直接诉讼的主体所以隐名股东是属于股东直接诉讼的主体范围之内的，隐名股东利用股东直接之诉的形式保障自身的权益可行性比较高。除此之外根据王全弟的《物权法》[19]中对物权保护的提及，隐名股东的权益受损害时可以提起直接诉讼。

直接诉讼又可区分为决议无效诉讼、决议撤销之诉、损害赔偿之诉、查阅请求之诉。而笔者认为股东直接诉讼中赔偿之诉更具有普遍性。因为该罪的诉讼主体是公司或者其他股东，客观上是违背了股东的个人意愿，只要侵害了原告的财产权利益就可以提起诉讼，这样更有利于隐名股东维护自身的利益。

6. 结语

为鼓励投资兴业、维护交易安全，代持股的相关问题值得被研究透彻。股权代持协议发展至今日，已经成为公司设立、企业投资中非常常见且发展相对成熟的制度。对于民事主体而言，“法无禁止皆可为”。只要股权代持协议未违反法律、行政法规强制性规定，未违背公序良俗，出于商事交易、增加社会财富的角度，都可以被认定为有效。然而在审判中被认定为无效的协议，一定要慎之又慎。只有这样才能促进长远的经济发展，增添人民福祉。对于代持股协议最重要的就是诚信二字，大量外商利用中国公民的名义进行投资，因此代持股协议在中国成为了普遍的现象，还有其它原因产生的代持股的现象，而随之产生了大量的隐名股东和显名股东权益纠纷的问题，这也导致了投资风险的增加。因此对隐名股东权益保障的探讨是相当必要的。尊重人们对私权益的处分，也是民法的基本精神。

参考文献

- [1] 赵旭东. 公司法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2006.
- [2] 虞政平. 股东资格的法律确认[J]. 法律适用, 2003(8): 69-72.
- [3] 叶朱. 商法学[M]. 南京: 东南大学出版社, 2004.
- [4] 周友苏. 新公司法论[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [5] 褚翠巧. 隐名股东的权利保障[J]. 法制博览, 2021(29): 145-146.
- [6] 王凌玉. 隐名股东资格认定的法律分析[J]. 现代营销(下旬刊), 2021(1): 162-164.
- [7] 施天涛. 公司法论[M]. 第四版. 北京: 法律出版社, 2006.
- [8] 何家弘, 刘品新. 证据法学[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 135.
- [9] 王全弟. 债法[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2010.
- [10] 楼晓. 论“出资”“股份”“股权”及“股东资格”间的法律法律关系——以有限责任公司为基础[J]. 法学杂志, 2009 30(2): 114-116.
- [11] 蔡元庆. 股权二分论下的有限责任公司股权转让[J]. 北方法学, 2014(1): 50-59.
- [12] 张勇. 股权代持的法律规制研究[D]: [硕士学位论文]. 保定: 河北大学, 2019.
- [13] 陈浩然. 应用刑法学分论[M]. 上海: 华东理工大学出版社, 2007.
- [14] 王利明, 崔建远. 合同法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [15] 张明楷. 刑法学[M]. 第4版. 北京: 法律出版社, 2011.
- [16] 庄海丽. 论第三人利益合同[J]. 理论学刊, 2006(7): 87-89.
- [17] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2009.
- [18] 史霖东. “代持股协议中权益享有及风险承担”司法实证探究[J]. 河北北方学院学报(社会科学版), 2020, 36(2): 64-68.
- [19] 王全弟. 物权法[M]. 杭州: 浙江大学出版社, 1997.