

法律资讯汇编

(2019 第 10 期)

上海王岩律师事务所
2019 年 10 月

目 录

行业新闻——中国银保监会有关部门负责人就 《保险公司关联交易管理办法》答记者问	3
新法速递——《保险公司关联交易管理办法》	6
案例解析——图解股东规避出资义务的法律 ——挂靠或出借名义的效力及内外部法律	26 35
业务研究——2014-2018 年股权转让纠纷案件审判白皮书	51

中国银保监会有关部门负责人就 《保险公司关联交易管理办法》答记者问

来源：中国人民银行官网

日期：2019 年 9 月 9 日

一、发布《办法》的背景是什么？

答：近年来，通过违规关联交易进行利益输送问题已成为行业乱象之一，个别保险公司通过设立非金融子公司或者层层嵌套的金融产品，向关联方输送利益，把保险公司当成“提款机”，引发重大风险，引起社会高度关注。十余年前制定的《保险公司关联交易管理暂行办法》已经不能适应防风险和强监管的需要。一是监管制度不完善，存在监管空白。例如，原有规定未明确保险公司对子公司的关联交易管理职责，导致部分实际控制人以保险公司子公司作为“资金中转站”，绕道获取保险资金，规避关联交易审查。二是关联交易形式多样，原有规定缺乏穿透监管内容和手段，存在监管盲区，难以满足关联交易认定的需要。三是制度较为零散，未形成统一全面的制度体系，不利于操作执行。为加强关联交易监管，我们制定并发布了本《办法》。

二、银保监会对关联交易监管的原则和目标是什么？

答：此次《办法》明确了从严监管、穿透监管的原则，建立事前、事中、事后全流程的关联交易审查和报告制度，突出重点、抓大放小，重点监控公司治理不健全机构的关联交易和大额资金运用行为，要求

保险公司提高市场竞争力，控制关联交易的数量和规模，从而达到提高保险公司经营独立性，防止利益输送风险的监管目标。

三、《办法》的总体结构是什么？

答：《办法》共七章六十四条，按照关联交易管理流程，从关联关系认定、关联交易的内控管理及外部监管等方面进行明确规定。第一章总则，明确《办法》制定的法律依据和总体原则。第二章关联方与关联交易，明确关联方认定标准和关联交易类型。第三章关联交易金额的计算与比例限制，明确不同类型关联交易金额的计算方式，并对资金运用类关联交易设置比例监管指标。第四章关联交易的内部控制，明确要求保险公司建立董事会关联交易控制委员会，加强对关联交易的管理、审查、批准和风险控制，并对重大关联交易和统一交易协议的管理和审批流程等方面进行明确规定。第五章关联交易的报告和披露，规定报告和披露的内容、时限、路径等以强化外部监督。第六章关联交易的监督管理，规定对关联交易的管理和审查措施，依法完善相应监管措施。第七章附则，对《办法》中专业用语进行详细解释。

四、《办法》从哪些方面对原有制度进行了优化？

答：一是完善关联方管理。要求董事会关联交易控制委员会负责关联方的识别和维护，定期更新关联方信息档案，董事、监事和高级管理人员以及其他关联方要及时向保险公司报告其关联方情况，同时要求保险公司根据实质重于形式的原则，对可能导致利益倾斜的关联方进行认定。二是加强关联交易内控体系。在管理机制方面，要求保

险公司在董事会和经营层建立关联交易控制委员会和办公室，分别负责关联交易的全面管理和日常管理。增加保险机构的主动管理责任，要求保险公司进一步优化管理流程，明确责任归属，实现管控流程全程可追溯。明确内部问责的发起和审批流程，规定保险公司的相关主体可以对违规关联交易提出问责建议，监管部门也可以责令保险公司对相关责任人予以问责。三是强化关联交易外部监督。完善监管审查措施，监管部门可视情况要求保险公司及其关联方补充提供有关材料，或对其提出公开质询。《办法》同时加强了社会监督，提高关联交易信息披露标准，要求保险公司在年报中不仅按照会计准则披露关联交易情况，还应当按照监管标准披露当年关联交易的总体情况。四是加强关联交易穿透监管。要求保险公司建立以资金流向为线索的全程监控制度，有效防止风险的跨公司、跨行业和跨领域传递。制定穿透认定规则，根据实质重于形式的原则，对实际控制人、一致行动人、金融产品的最终受益人等进行认定。五是强化监管职责，《办法》设立专门章节明确管理和监管职责，要求保险公司股东、董事、监事、高级管理人员等关联方如实披露关联关系有关信息，不得隐瞒或提供虚假陈述。银保监会可以依法对违规行为和相关责任人采取监管措施，加大了对责任主体的监管力度。

保险公司关联交易管理办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

银保监发〔2019〕35 号

日期：2019 年 9 月 9 日

各银保监局、各保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司、相互保险组织：

为规范保险公司关联交易行为，加强保险公司关联交易监管，防范利益输送风险，现将《保险公司关联交易管理办法》印发给你们，请遵照执行。

2019 年 8 月 25 日

第一章 总则

第一条 为规范保险公司关联交易行为，防范关联交易风险，维护保险公司独立性和保险消费者利益，根据《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国保险法》等有关规定，制定本办法。

第二条 保险公司开展关联交易应当遵守法律法规、国家会计制度和保险监管规定，并采取有效措施，防止关联方利用其特殊地位，通过关联交易侵害保险公司或保险消费者利益。

第三条 银保监会依法对保险公司关联交易实施监管。

第二章 关联方与关联交易

第四条 保险公司的关联方是指与保险公司存在受一方控制或重大影响关系的自然人、法人或其他组织。

第五条 具有以下情形之一的，为保险公司的关联法人或其他组织：

（一）保险公司的控股股东、实际控制人；

（二）本条第（一）项规定以外的，持有或控制保险公司 5%以上股权的法人或其他组织，及其控股股东、实际控制人；

（三）本条第（一）（二）项的董事、监事或高级管理人员控制的法人或其他组织；

（四）本条第（一）（二）项所列关联方控制或施加重大影响的法人或其他组织；

（五）保险公司控制或施加重大影响的法人或其他组织；

（六）本办法第六条（一）至（四）项所列关联方控制或施加重大影响的法人或其他组织。

第六条 具有以下情形之一的自然人，为保险公司的关联自然人：

（一）保险公司的自然人控股股东、实际控制人；

（二）本条第（一）项规定以外的，持有或控制保险公司 5%以上股权的自然人；

（三）保险公司的董事、监事或高级管理人员；

（四）本条第（一）至（三）项所列关联方的近亲属；

（五）本办法第五条（一）（二）项所列关联方及其控制的法人或其他组织的董事、监事或高级管理人员；

（六）保险公司控制的法人或其他组织的董事、监事或高级管理人员。

第七条 保险公司可以根据实质重于形式的原则，认定以下可能导致利益倾斜的自然人、法人或其他组织为关联方：

（一）保险公司内部工作人员及其控制的法人或其他组织；

（二）保险公司及其控股股东、实际控制人的一致行动人；

（三）本办法第五条第（一）（二）项的董事、监事或高级管理人员施加重大影响的法人或其他组织；

（四）本办法第六条第（一）至（三）项所列关联方的其他关系密切的家庭成员；

（五）持有保险公司控股子公司 10%以上股份的自然人、法人或其他组织；

（六）信托计划等金融产品或其他协议安排的实际权益持有人或其他最终受益人；

（七）与保险公司在借贷、担保等方面存在依赖关系的企业；

（八）连续三年及以上与保险公司在资金、经营、购销等方面存在协议关系的。

第八条 银保监会可以根据实质重于形式的原则，认定可能导致保险公司利益倾斜的任何自然人、法人或其他组织为关联方，包括但不限于本办法第七条规定的有关情形。

第九条 在过去十二个月内或者根据相关协议安排在未来十二个月内，存在本办法第五条、第六条规定情形之一的，视同保险公司关

联方。

第十条 保险公司的关联交易，是指保险公司与关联方之间发生的转移资源或者义务的事项，包括以下类型：

（一）投资入股类：包括关联方投资入股该保险公司（含增资、减资及收购合并等），关联方投资该保险公司发行的优先股、债券或其他证券；

（二）资金运用类：包括在关联方办理银行存款，投资关联方的股权、不动产及其他资产；投资关联方发行的金融产品，或投资基础资产包含关联方资产的金融产品；与关联方共同投资（含新设、增资、减资、收购合并等）；

（三）利益转移类：包括给予或接受财务资助，赠与、出售或租赁资产，权利转让，担保，债权债务转移，签订许可协议，放弃优先受让权、同比例增资权或其他权利等；

（四）保险业务类：包括保险业务和保险代理业务、再保险的分出及分入、委托或受托管理资产和业务等；

（五）提供货物或服务类：包括审计、精算、法律、资产评估、资金托管、广告、日常采购、职场装修等；

（六）银保监会根据实质重于形式原则认定的其他可能引致保险公司资源或者义务转移的事项。

保险公司控股子公司与保险公司的关联方发生的上述事项，按照保险公司的关联交易进行管理，但控股子公司为上市公司或已受行业监管的金融机构的除外。

第十一条 保险公司的关联交易分为重大关联交易和一般关联交易。

重大关联交易是指保险公司或其控股子公司与一个关联方之间单笔或年度累计交易金额达到 3000 万元以上，且占保险公司上一年度未经审计的净资产的 1%以上的交易。

一个年度内保险公司或其控股子公司与一个关联方的累计交易金额达到前款标准后，其后发生的关联交易，如再次累计达到前款标准，则应当重新认定为重大关联交易。

同一个保险公司与多个关联方在同一笔交易中的金额，应合并计算进行认定。

一般关联交易是指除重大关联交易以外的其他关联交易。

第三章 关联交易金额的计算与比例

第十二条 关联交易金额以保险公司或其控股子公司的交易对价或转移的利益计算，具体计算方式如下：

（一）投资入股保险公司的，以投资金额计算交易金额；减少保险公司注册资本的，以减资金额计算交易金额；投资于保险公司优先股、债券或其他证券的，以投资金额计算交易金额；

（二）资金运用类以保险资金投资金额计算交易金额；投资于关联方发行的金融产品且基础资产不涉及其他关联方的，以发行费或投资管理费计算交易金额；买入资产的，以交易价格计算交易金额；

（三）利益转移类中给予或接受财务资助的，以资助金额计算交易金额；出售或租赁资产、权利转让、签订许可协议的，以交易价格

计算交易金额；提供或接受担保的，以担保金额计算交易金额；保险公司放弃相关权利的，以权利涉及的金额计算交易金额；赠与以赠与标的的市场价值计算交易金额；

（四）保险业务类中保险业务以保费计算交易金额；保险代理业务以代理费计算交易金额；委托金融机构管理资产或受托机构投资者管理资产的，以委托或受托管理费计算交易金额；

（五）提供货物或服务类以发生金额计算交易金额。

第十三条 保险公司对关联交易金额的计算标准，应按照银保监会有关规定，适用实质重于形式的原则穿透计算。

第十四条 保险公司资金运用关联交易应符合以下比例要求：

（一）保险公司对全部关联方的投资余额，合计不得超过保险公司上一年度末总资产的 30%与上一年度末净资产二者中金额较低者；

（二）保险公司投资未上市权益类资产、不动产类资产、其他金融资产和境外投资的账面余额中，对关联方的投资金额不得超过上述各类资产投资限额的 50%；

（三）保险公司对单一关联方的全部投资余额，合计不得超过保险公司上一年度末总资产的 15%；

（四）保险公司投资金融产品，若底层基础资产涉及控股股东或控股股东的关联方，保险公司购买该金融产品的份额不得超过该产品发行总额的 60%。

保险公司与其控股子公司的投资金额应当合并计算并符合上述比例要求。

第十五条 持有保险公司 5%以上股权的股东质押股权数量超过其持有该保险公司股权总量 50%的，银保监会可以限制其与保险公司开展关联交易。

第十六条 保险公司与关联方及其企业集团的其他成员之间发生的资金运用类关联交易，应当合并计算金额并适用本办法第十四条的规定。上述主体不属保险公司关联方的除外。

保险公司与其控股子公司，以及控股子公司之间发生的关联交易，不适用本办法第十四条的规定。

第十七条 保险公司应当动态监测关联交易的各项金额及比例，建立预警和管控机制，及时调整经营行为以符合本办法的有关规定。

第十八条 银保监会可以根据保险公司治理状况、偿付能力状况以及所受行政监管措施和行政处罚的情况，对保险公司适用第十四条规定的监管比例进行适当调整。

第四章 关联交易的内部控制

第十九条 保险公司关联交易管理应遵循以下原则：

- （一）主动管理、职责明确；
- （二）穿透管理、跟踪资金；
- （三）总量控制、结构清晰。

第二十条 保险公司应当制定关联交易管理制度。

关联交易管理制度包括关联方的识别、报告、核验和信息管理，关联交易的发起、定价、审查、报告、披露、审计和责任追究等内容。

第二十一条 保险公司董事会应当设立关联交易控制委员会，负

责关联方识别维护，关联交易管理、审查、批准和风险控制。关联交易控制委员会由三名以上董事组成，由独立董事担任负责人。关联交易控制委员会应重点关注关联交易的合规性、公允性和必要性。

第二十二条 关联交易控制委员会应当设立跨部门的关联交易管理办公室，成员应当包括合规、人事、财务部门负责人等，并指定一名高级管理人员担任负责人，负责关联交易的日常管理等具体事务。

第二十三条 保险公司应当建立关联方信息档案，至少每半年更新一次，并于每年 6 月末、12 月末向银保监会报送。

第二十四条 关联交易控制委员会及其办公室对关联方信息档案的更新、维护负有主动管理责任，应当通过公开渠道查询等方式对有关信息进行必要的核实验证，并对可疑信息和有关媒体报道给予关注。

第二十五条 保险公司董事、监事和高级管理人员应当自任职之日起 15 个工作日内，按本办法有关规定，向保险公司报告其关联方情况。

自然人、法人或其他组织应当在持有或控制保险公司 5%以上股权之日起 15 个工作日内，按本办法有关规定，向保险公司报告其关联方情况。

保险公司报送董事、监事及高级管理人员任职资格、股东变更等申请时，应承诺按照规定报告其主要关联方的情况。相关报告人应如实报告，不得瞒报、漏报、错报。

第二十六条 关联交易应当订立书面交易协议。协议的签订应当

遵循平等、自愿、等价、有偿的原则，协议内容应当明确、具体、可执行。

第二十七条 关联交易应当条件公允，明确交易对价的确定原则及定价方法。必要时关联交易控制委员会可以聘请财务顾问等独立第三方出具报告，作为判断的依据。

第二十八条 保险公司应当完善关联交易的内部控制机制，优化关联交易管理流程，合规、业务、财务等关键环节的审查意见以及关联交易控制委员会等会议决议、记录应当清晰可查。

第二十九条 保险公司应当按照银保监会的有关规定，主动监测保险资金的流向，及时掌握基础资产状况，穿透识别审查关联交易，建立有效的关联交易风险控制机制。

第三十条 一般关联交易按照公司内部管理制度和授权程序审查，报关联交易控制委员会备案或批准。

对于金额小、结构简单的一般关联交易，关联交易控制委员会可以定期集中审议并出具意见。

第三十一条 重大关联交易经由关联交易控制委员会审查后，由董事会或股东（大）会批准。关联交易控制委员会应当就重大关联交易的合规性、公允性和必要性以及是否损害保险公司和保险消费者利益发表书面意见。

第三十二条 保险公司董事会在审议关联交易时，关联董事不得行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的非关联董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经参会的非关

联董事 2/3 以上通过。出席董事会会议的非关联董事人数不足三人的，保险公司应当将交易提交股东（大）会审议。

保险公司股东（大）会审议关联交易时，关联股东不得参与表决，银保监会另有规定的除外。

如保险公司未设立股东（大）会，或者表决权比例因回避而低于章程规定或法定比例的，仍由董事会审议且不适用本条第一款关于回避的规定，但关联方应出具不存在不当利益输送的声明。

第三十三条 保险公司与其关联方之间长期持续发生的下列关联交易，可以签订统一交易协议，协议期限一般不超过三年：

（一）保险业务类；

（二）提供货物、服务或财务资助。

统一交易协议的签订、续签、实质性变更应按照重大关联交易进行内部审查、报告和信息披露。统一交易协议下发生的关联交易无需逐笔进行审查、报告和披露，但应当在季度报告中说明执行情况。统一交易协议应当明确或预估关联交易金额。

第三十四条 独立董事应当谨慎对重大关联交易的公允性及合规性发表意见。两名以上独立董事认为有必要的，可以聘请中介机构等独立第三方提供意见，费用由保险公司承担。

第三十五条 保险公司应当每年至少组织一次关联交易专项审计，并将审计结果报董事会和监事会。

第三十六条 对于未按照规定报告关联方、违规开展关联交易等情形，关联交易控制委员会、独立董事或者监事会可以提出问责建议，

经董事会审议通过后执行。

第三十七条 保险公司董事会、关联交易控制委员会、独立董事或者监事会在关联交易日常监督或专项审计中可以提出纠正建议，可以对存在失职行为的董事及高级管理人员提出罢免建议。

第五章 关联交易的报告和披露

第三十八条 保险公司应当按照本办法的有关规定，真实、准确、完整、及时地报告、披露关联交易信息，不得存在任何虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

关联交易控制委员会应当统筹管理关联交易信息披露工作，提高关联交易的透明度。

第三十九条 以下关联交易应当在签订交易协议后 15 个工作日内逐笔向银保监会报告：

- （一）重大关联交易；
- （二）统一交易协议的签订、续签或实质性变更；
- （三）银保监会要求报告的其他交易。

第四十条 按照本办法第三十九条规定须逐笔报告的关联交易，报告内容至少包括：

- （一）关联交易概述及交易标的情况；
- （二）交易对手情况。包括关联自然人基本情况，关联法人名称、企业类型、经营范围、注册资本，与保险公司存在的关联关系；
- （三）关联交易的具体情况，包括穿透的交易架构图、交易目的、交易条件或对价、定价政策、对财务状况及经营成果的影响等。交易

价格与市场价格之间差异较大的，应当说明原因。投资信托计划、债权或不动产投资计划、资产管理计划、股权投资基金、资产支持计划等金融产品的，应当说明投资标的以及基础资产情况。

向关联方购买或出售资产、股权或其他权益的，应说明前次的交易价格。

与关联方共同投资的，应当说明被投企业名称、业务模式、盈利预测、主要资产情况及保险公司与关联方间关于投资收益分配和损失分担的方案等。

（四）关联交易涉及保险公司控股股东及其关联方的，控股股东及其关联方应当提供上年度经审计的财务报表、上季度末征信评级等材料；

（五）本年度与该关联方发生的关联交易累计金额；

（六）交易协议以及交易基础资产涉及的相关法律文件，交易涉及的有关审批文件，中介服务机构出具的专业报告；

（七）股东（大）会、董事会决议，关联交易控制委员会的意见或决议；

（八）独立董事的书面意见；

（九）银保监会要求提交的其他文件。

第四十一条 保险公司应当按本办法的有关规定统计关联交易金额及比例，并于每季度结束后 30 日内报送关联交易的有关情况。

第四十二条 保险公司应当在公司年报中按照行业监管标准披露当年关联交易的总体情况。

第四十三条 保险公司董事会应当就关联交易整体情况形成年度专项报告，随年度公司治理报告一同报送银保监会。

第四十四条 本办法第三十九条规定须逐笔报告的关联交易，保险公司应当在签订交易协议后 15 个工作日内在公司网站、符合监管要求的公开网站逐笔披露以下内容：

（一）交易对手情况。包括关联自然人基本情况，关联法人名称、企业类型、经营范围、注册资本，与保险公司存在的关联关系；

（二）关联交易类型及交易标的情况；

（三）交易协议的主要内容，包括交易价格，交易结算方式，协议生效条件、生效时间、履行期限等；

（四）关联交易的定价政策。交易价格与市场公允价格之间差异较大的，应当说明原因；

（五）交易决策及审议情况，包括决策的机构、时间、结论，审议的方式和过程；

（六）银保监会要求披露的其他事项。

第四十五条 本法第三十九条规定以外的关联交易应当按交易类型每季度进行一次分类合并披露。保险公司应当在每季度结束后 30 日内在公司网站、符合监管要求的公开网站披露。

第四十六条 保险公司进行的下列关联交易，可以免于按照关联交易的方式进行审议和披露，但在统计关联交易金额与比例时应当合并计算：

（一）与关联自然人单笔交易额在 50 万元以下或与关联法人单

笔交易额在 500 万元以下的关联交易；

（二）一方以现金认购另一方公开发行的股票、公司债券或企业债券、可转换债券或其他衍生品种；

（三）按照关联交易有关协议约定产生的后续赎回、赔付、还本付息、分配股息和红利、再保险摊回赔付、调整再保险手续费等交易；

（四）在关联方办理活期存款业务；

（五）银保监会规定的其他情形。

第四十七条 保险公司进行的下列关联交易，可以免于按照关联交易的方式进行审议和披露，但应当在交易协议签订后的 15 个工作日内报告银保监会并说明原因，在统计关联交易金额与比例时应当合并计算：

（一）同一自然人同时担任保险公司和其他法人的独立董事且不存在其他构成关联方情形的，该法人与保险公司进行的交易；

（二）交易的定价为国家规定的；

（三）银保监会规定的其他情形。

第四十八条 保险公司关联交易信息涉及国家秘密、商业秘密或者银保监会认可的其他情形，按照本办法披露或者履行相关义务可能导致其违反国家有关保密的法律法规或严重损害公司利益的，保险公司可以向银保监会申请豁免按照本办法披露或履行相关义务。

第六章 关联交易的监督管理

第四十九条 保险公司应当维护公司经营的独立性，提高市场竞争力，减少关联交易的数量和规模。

保险公司关联交易不得偏离市场独立第三方的价格或者收费标准，不得制定明显不利于保险公司的交易条件，不得通过关联交易进行利益输送。

第五十条 关联交易应当结构清晰，避免多层嵌套等复杂安排。不得通过隐瞒关联关系等不当手段，规避关联交易的内部审查、外部监管以及报告、披露义务。

第五十一条 保险公司股东、董事、监事、高级管理人员及其他关联方，应当如实披露关联关系的有关信息，不得隐瞒或提供虚假陈述，并对提供信息的真实、准确、完整性承担责任。

第五十二条 保险公司董事会对关联交易管理承担最终责任。关联交易控制委员会、相关业务部门负责人与合规负责人对关联交易的合规性承担直接责任。

第五十三条 银保监会审查关联交易时，可视情况采取以下审查措施：

（一）要求保险公司及其关联方补充说明或提供法律意见、财务顾问意见等有关材料；

（二）对关联交易的有关问题提出公开质询；

（三）要求对特定的交易进行内部审计并出具审计报告；

（四）指定第三方对交易资产进行重新评估、开展外部审计或出具盈利预测报告等专业报告；

（五）银保监会依法采取的其他审查措施。

第五十四条 保险公司违反本办法规定的，银保监会予以责令改

正，并视情况采取以下监管措施：

- （一）责令修改交易条件；
- （二）责令停止、撤销或终止关联交易；
- （三）责令禁止与特定关联方开展交易；
- （四）限制资金运用形式和比例；
- （五）银保监会依法采取的其他监管措施。

第五十五条 保险公司违反本办法规定的，银保监会可依法予以罚款、限制业务范围、责令停止接受新业务或者吊销业务许可证等行政处罚，对相关责任人员可依法予以警告、罚款、撤销任职资格、禁止进入保险业等行政处罚。涉嫌犯罪的，依法移送司法机关追究刑事责任。

第五十六条 保险公司董事、监事、高级管理人员或其他有关从业人员违反本办法规定的，银保监会可以对相关责任人员采取以下监管措施：

- （一）责令改正；
- （二）记入履职记录并进行行业通报；
- （三）责令保险公司予以问责；
- （四）认定为不适当人选；
- （五）银保监会依法采取的其他监管措施。

第五十七条 保险公司股东、实际控制人利用关联交易严重损害保险公司利益的，银保监会可以依法采取责令改正、限制股东权利、责令转让股权等监管措施。

保险公司的其他关联方违反本办法规定的，银保监会可以采取公开谴责、限制投资保险业等监管措施。

第五十八条 关联方违反本办法规定给保险公司造成损失的，保险公司可以要求其承担赔偿责任，必要时银保监会可以督促保险公司采取司法措施要求赔偿。

第五十九条 会计师事务所、专业评估机构、律师事务所、税务师事务所等服务机构违反诚信及勤勉尽责原则，出具文件存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏，银保监会可以进行行业通报，一定时期内不予认可其出具的意见或报告，并移交有关监管部门依法给予行政处罚。

第七章 附 则

第六十条 本办法中下列用语的含义：

控制，包括直接控制与间接控制，是指（一）控制：有权决定一个企业的财务和经营政策，并能据以从该企业的经营活动中获取利益；或（二）共同控制：按照合同约定对某项经济活动所共有的控制，仅在与该项经济活动相关的重要财务和经营决策需要分享控制权的投资方一致同意时存在。

重大影响，是指对法人或组织的财务和经营政策有参与决策的权力，但并不能够控制或者与其他方共同控制这些政策的制定。以下情形视为具有重大影响：（一）持有非保险公司法人 20%以上股权；（二）持有保险公司 5%以上股权；（三）派驻或担任董事、监事或高级管理人员；（四）对重大事项具有一票否决权或存在其他协议安排；（五）

银保监会认定的其他情形。

受一方控制或重大影响,包括(一)受其中一方的控制或重大影响;(二)双方同受第三方的控制或重大影响。

持有,包括直接持有与间接持有。

保险公司的控股股东,是指(一)持股比例达到 50%以上的股东;或(二)持股比例虽不足 50%,但依享有的表决权已足以对股东(大)会的决议产生控制性影响的股东。

控股子公司,是指对该子公司的持股比例达到 50%以上;或者持股比例虽不足 50%,但通过表决权、协议等安排能够对其施加控制性影响。保险公司的控股子公司包括直接、间接或共同控制的子公司或其他组织。

全资子公司,是指对该子公司的持股比例直接或间接达到 100%。

实际控制人,是指通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的自然人或其他最终控制人。

一致行动人,是指通过协议、合作或其他途径,在行使表决权或参与其他经济活动时采取相同意思表示的自然人、法人或其他组织。

最终受益人,是指实际享有保险公司股权收益、金融产品收益的人。

关联董事、关联股东,是指交易的一方,或者在审议关联交易时可能影响该交易公允性的董事、股东。

内部工作人员包括保险公司分支机构的高级管理人员、保险公司关键业务或关键岗位人员、保险公司子公司的关键岗位人员等。

任职，是指取得任职资格或者虽未取得任职资格，但实际履行相应职责的情形。

近亲属，是指配偶、父母、子女及同胞兄弟姐妹。

其他关系密切的家庭成员，是指除近亲属外的包括配偶的父母、子女的配偶、同胞兄弟姐妹的配偶、非同胞兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹以及其他可能产生利益转移的家庭成员。

共同投资一般限于权益性投资，或者以投资于私募股权基金等金融产品的形式实质上进行权益性投资的行为。

书面交易协议的书面形式包括合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等法律认可的有形地表现所载内容的形式。

年度为会计年度。

以上、以下、日内、届满均含本数。

元，均指人民币元。

第六十一条 国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

第六十二条 本办法适用于在中国境内依法设立的保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司。相互保险组织参照适用，自保公司的自保业务不适用。

第六十三条 本办法由银保监会负责解释。

第六十四条 本办法自发布之日起施行。《保险公司关联交易管理暂行办法》（保监发〔2007〕24号）、《关于执行〈保险公司关联

交易管理暂行办法>有关问题的通知》（保监发〔2008〕88 号）、《中国保监会关于进一步规范保险公司关联交易有关问题的通知》（保监发〔2015〕36 号）、《中国保监会关于进一步加强保险公司关联交易信息披露工作有关问题的通知》（保监发〔2016〕52 号）、《关于进一步加强保险公司关联交易管理有关事项的通知》（保监发〔2017〕52 号）同时废止。

图解股东规避出资义务的法律责任

来源：法务部公众号

日期：2019 年 9 月 18 日

引言：公司资本是公司对外部债权人清偿能力的保障，出资是股东的责任与义务。然而实践中，确有部分股东以各种方式规避出资义务。今天我们介绍的这个“深圳市宜安延保担保服务有限公司与上海昊跃投资管理有限公司、徐青松等股权转让纠纷”案件中，股东为了规避出资义务，采取了转让股权、延长缴纳出资，增资又减资等方式，好一番折腾，但结果如何呢？请听本文以下详细分解，『法务部』这次换个风格，简单暴力直接看图划重点。

【案情梗概】

徐青松和毛晓露为昊跃公司的发起人股东

2014 年 4 月 1 日：昊跃公司与宜安公司签订《股权转让协议》，昊跃公司应向宜安公司支付股权转让款

2014 年 4 月 6 日：毛晓露将其持有的昊跃公司股权转让给林冬雪

同日，昊跃公司增资到 10 亿，并将出资期限延长至 2024 年 12 月 31 日，此时昊跃公司股东为徐青松和林冬雪

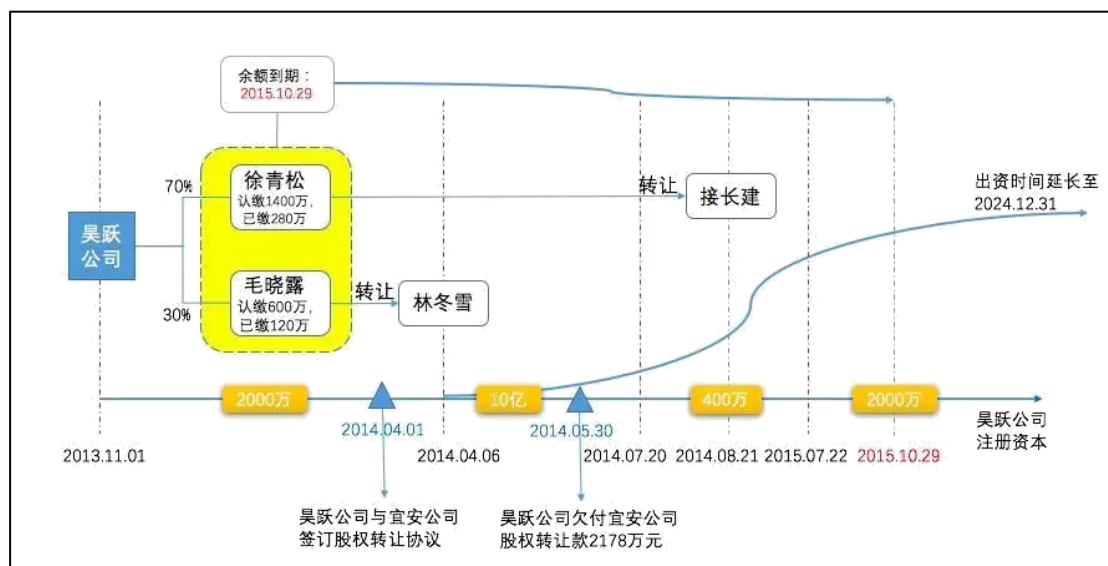
2014 年 8 月 21 日：徐青松将其持有的昊跃公司股权转让给接长

建

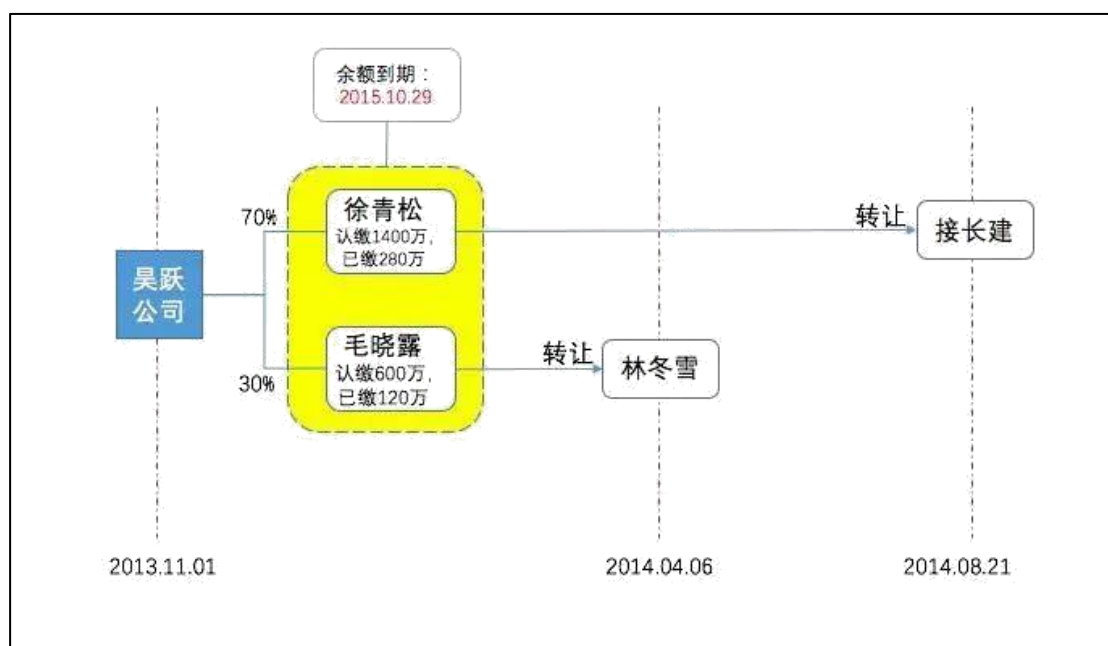
2014 年 7 月 20 日：昊跃公司减资到 400 万元，减资决议由接长建和林冬雪作出

2015 年 7 月 22 日，昊跃公司注册资本由 400 万增加至 2000 万元

详见下图：



一、 出资未缴纳时股权转让的出资义务



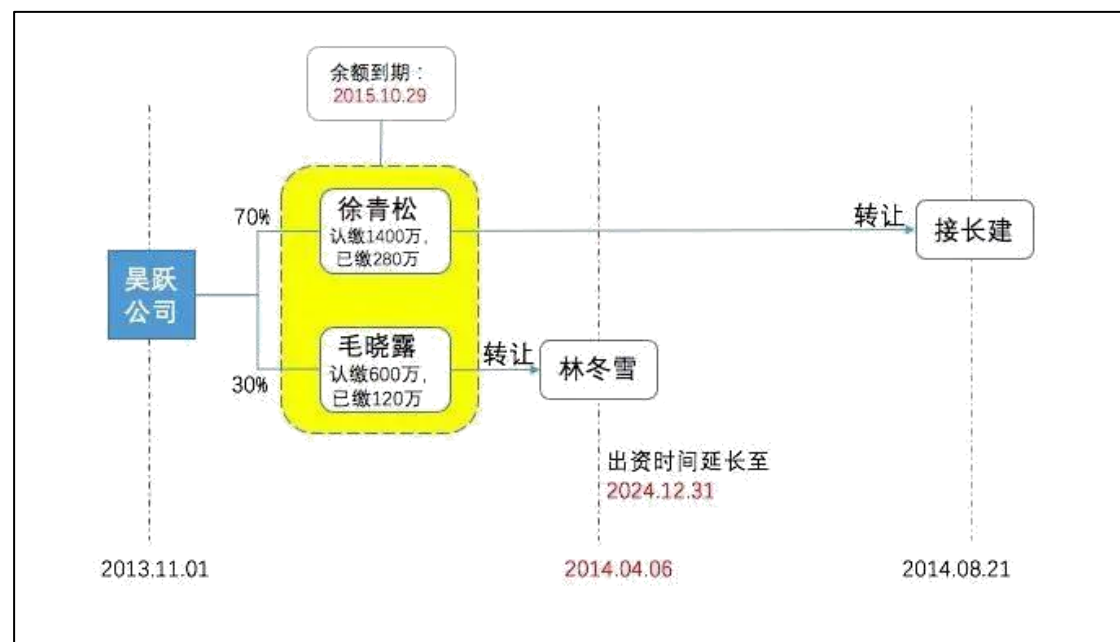
争议焦点一：昊跃公司对外负担债务，毛晓露、徐青松在出资认缴期限未届满的情况下分别向林东雪、接长建转让股权，转让股东是否仍需承担责任？

法院认定：公司债权人对公司股东已认缴出资所对应的公司偿债能力产生合理信赖和可预见的期待。股东认缴出资既有协商确定的合同意思自治属性，又因公司法对股东出资义务的明确规定和公司登记公示制度而具有法定属性，故公司股东因股权转让发生变动，不能当然推定认缴股东的法定出资义务随之发生转移。股权转让交易在其利益相关方即徐青松、毛晓露、接长建、林东雪之间和昊跃公司内部发生法律效力，但不能当然对抗公司债权人宜安公司，在受让人未按期缴纳出资的情况下，出让股东仍应对其原认缴的出资承担财产担保责任。

法务部注意到，法院对毛晓露、徐青松在出资认缴期限未届满时转让股权而仍须承担责任的认定中，特别强调了本次股权转让的过程“昊跃公司股东的股权转让行为存在以下异常情况：林东雪、接长建支付股权转让款的转账时间系在宜安公司提起本案诉讼过程中，且已经显著超出相关股权转让协议约定的付款时间；……；昊跃公司的公章、证照仍由已经出让股权的徐青松持有。基于股东对认缴出资所承担的财产担保责任，再结合上述股权转让中的异常情况，若股权受让人接长建、林东雪未能按期足额出资，徐青松、毛晓露的出资义务并不因股权出让而免除，公司债权人宜安公司有权就昊跃公司不能清偿的部分要求徐青松、毛晓露在未出资的范围内承担补充赔偿责任”。

法务部曾发布过《股权转让后的出资义务谁来承担 | 实务指南》一文，归纳了股东出资期限未届满时的股权转让后的出资义务承担主体，即“原股东在认缴出资期限尚未届满前，将其所持股权转让给新股东，转让后对公司的出资义务应当由受让股东承担，新股东应当依据章程载明的出资期限完成实缴义务”。《公司法解释三》第十八条所规制的转让股东和受让人承担连带责任的条件则是该转让股东“未履行或者未全面履行出资义务即转让股权”，最高院在曾雷、甘肃华慧能数字科技有限公司股权转让纠纷二审民事判决中，就该条款的适用作出进一步明确：“《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第十三条第二款规定的“未履行或者未全面履行出资义务”应当理解为“未缴纳或未足额缴纳出资”，出资期限未届满的股东尚未完全缴纳其出资份额不应认定为“未履行或者未全面履行出资义务”。本案中，冯亮、冯大坤二人转让全部股权时，所认缴股权的出资期限尚未届满，不构成《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）》第十三条第二款、第十八条规定的“未履行或者未全面履行出资义务即转让股权”的情形”。

二、肆意延长认缴期限的法律后果

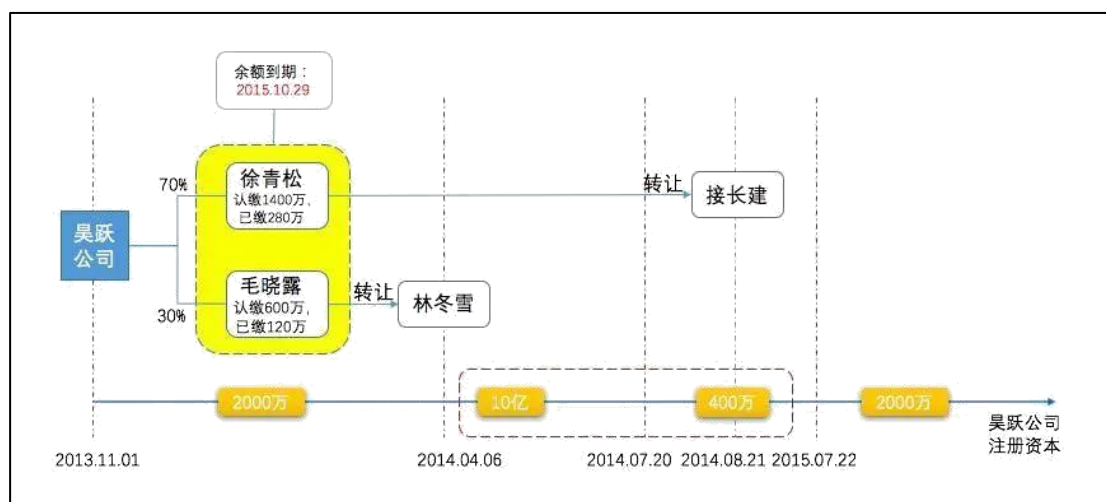


争议焦点二：在昊跃公司与宜安公司签署《股权转让协议》短短几天后，昊跃公司股东就将原本应于 2015 年 10 月 29 日到期的出资期限延长至 2024 年 12 月 31 日，该延长出资期限的对外效力？

法院认定：通常情况下，股东应当按照初始公司章程约定的认缴期限缴纳出资，初始公司章程既是股东行使期限利益的依据，也是行使期限利益的边界，公司股东不得在公司存续过程中以修改公司章程的方式随意延长初始认缴期限，否则有违注册资本认缴制度的设计初衷，阻碍公司资本充实原则的实现。随意延长认缴期限对公司债权人合法权益的负面影响不亚于认缴期限届满未出资。在昊跃公司不能清偿对外债务的情况下，可以认定本案的延长认缴出资期限存在股东滥用期限利益的情况，对宜安公司的债权清偿已经造成严重影响，故昊跃公司股东延长认缴期限的行为对公司债权人宜安公司不发生法律效力，宜安公司有权按照昊跃公司初始公司章程约定的认缴期限向股东主张权利。徐青松、毛晓露在昊跃公司设立时所约定的对于 2000

万元注册资本的认缴期限已于 2015 年 10 月 29 日到期。

三、公司不当减资股东承担连带清偿责任



争议焦点三：昊跃公司注册资本由 10 亿元减至 400 万元时，对已知债权人宜安公司未尽到通知义务，股东是否应承担责任？

法院认定：接长建、林东雪在明知昊跃公司对宜安公司负有债务的情形下，将注册资本从 10 亿元减至 400 万元，未依法向已知债权人宜安公司履行通知义务，亦未清偿债务，在减资手续办理过程中未如实陈述公司对外债务的真实情况，属于减资不当，损害了债权人宜安公司的合法权益。在减资过程中接长建、林东雪向登记机关出具《有关债务清偿及担保情况说明》，承诺对公司未清偿的债务在法律规定范围内提供相应的担保，故一审法院以此认定接长建、林东雪在减资范围内即 99,600 万元范围内对公司债务承担连带清偿责任并无不当。

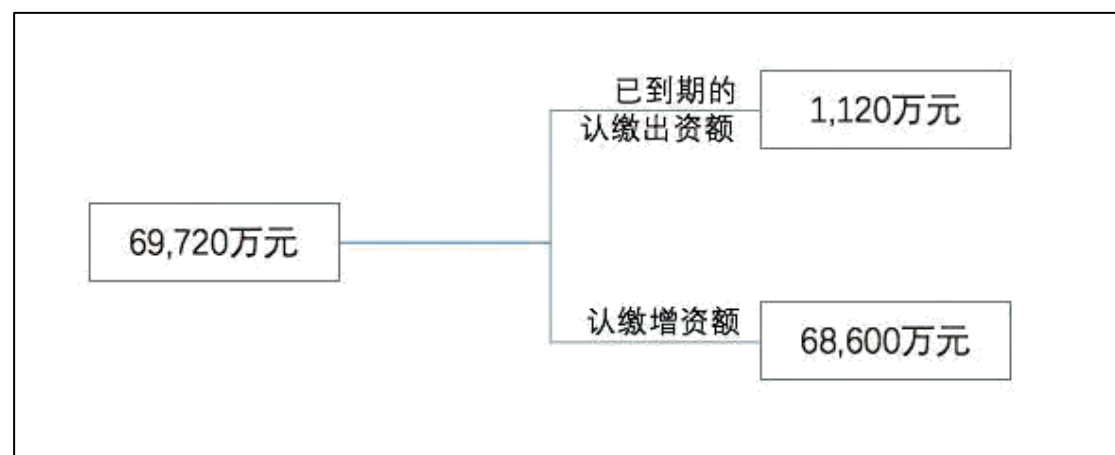
法务部注意到，法院在认定接长建、林东雪减资责任时，系以其向登记机关出具的《有关债务清偿及担保情况说明》，承诺对公司未清偿的债务在法律规定范围内提供相应的担保作为认定依据，判定两

股东承担连带清偿责任。对于减资过程中向主管部门出具该担保情况说明，是否构成担保性质，审判实践中存在不一致的裁判观点但大都倾向认定为不具有担保性质。如上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民四(商)终字第 14 号案件中，法院认为“《债权清偿及担保情况说明》是根据工商部门的示范文本出具，系应工商部门办理减资手续要求而出具。从出具的对象来看，该情况说明是出具给工商行政部门，而非出具给具体债权人，更不是与债权人所达成的协议。从出具的内容来看，行文表述为“情况说明”，结合文义理解，是对债权清偿及担保的事宜作出说明，并未明确针对上海天重公司具体债务，也未明确担保范围等内容。因此，该份《债权清偿及担保情况说明》无论从出具的对象及内容来看，均不符合《担保法》所规定的保证担保”。

四、徐青松的赔偿金额

在案件的梳理过程中，不难发现发起人股东参与了昊跃公司增资、变更认缴期限、减资、又增资的整个过程，鉴于徐青松股东作为本案的关键人物，我们再进一步分析一下徐青松所应承担的赔偿金额。

二审法院最终判决发起人徐青松在其尚未履行出资的 69,720 万元范围内对昊跃公司不能清偿的债务部分承担补充赔偿责任，其构成如下：



首先徐青松虽然已经出让其股权，但仍应在已到期的认缴出资额范围内即 1120 万元对公司债务不能清偿部分承担补充赔偿责任。

其次徐青松在增资过程中认缴的 68,600 万元，对应的认缴期限 2024 年 12 月 31 日不属于延长认缴期限，增资股东依法对认缴的增资享有期限利益。但股权受让人接长建与林东雪又将公司注册资本从 10 亿元减至 400 万元，导致该认缴增资额对应的认缴期限已不存在，期限利益亦不复存在。而如前文所述，徐青松明知并参与了昊跃公司的减资事宜，减资导致丧失期限利益的法律后果应由其承担，故徐青松还应在认缴增资 68,600 万元的范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。

五、二审法院最终判决如下（归纳版）

一、昊跃公司应在判决生效之日起十日内给付宜安公司股权转让款 2,178 万元，及该款自 2014 年 5 月 7 日起至昊跃公司实际付清之日止、按中国人民银行同期贷款利率计算的利息损失；

二、接长建、林东雪在 99,600 万元范围内对昊跃公司的上述判决第一项付款义务承担连带清偿责任；

三、被上诉人徐青松对昊跃公司第一项的付款义务其尚未履行出

资的人民币 69,720 万元范围内承担补充赔偿责任；

四、被上诉人毛晓露对第一项昊跃公司的付款义务在其尚未履行出资的人民币 480 万元范围内承担补充赔偿责任。

挂靠或出借名义的效力及内外部法律责任

来源：人民司法公众号

作者：最高人民法院 丁广宇

日期：2019 年 9 月 30 日

【裁判要旨】

名为联营实为借用资质的系挂靠行为，协议效力应根据合同法第五十二条的规定予以审查。协议被认定无效的，挂靠人与被挂靠人之间应当相互返还，一方受有损失的，应根据双方的过错确定赔偿责任；除非相对人明知或因重大过失不知挂靠之存在，挂靠人与被挂靠人应对相对人的损失承担连带责任。

【案号】

一审：（2011）延中民初字第 00008 号

二审：（2016）陕民终 16 号

再审：（2017）最高法民再 220 号

【案情】

再审申请人：湖南省永州公路桥梁建设有限公司（以下简称永州公司）。

被申请人：山西禹东路桥有限责任公司西安分公司（以下简称禹东公司西安分公司）、山西禹东路桥有限责任公司（以下简称禹东公司）。

禹东公司西安分公司起诉请求：永州公司返还禹东公司西安分公司保函保证金 22 万元以及履约保证金 2146363 元；案件受理费由永州公司负担。

永州公司反诉请求：禹东公司西安分公司、禹东公司赔偿永州公司损失 14512031.04 元；案件受理费由禹东公司、禹东公司西安分公司负担。

陕西省延安市中级人民法院经审理认定以下事实：2007 年 11 月，禹东公司西安分公司与永州公司签订工程联营协议书（以下简称联营协议），约定双方合作建设延安市西过境公路路基工程 L03 合同段，由永州公司派员担任项目部经理及财务会计。2007 年 11 月 6 日，永州公司延安市西过境公路路基工程 L03 合同段项目部收取禹东公司西安分公司履约保函保证金 22 万元和工程履约保证金 2146363 元后，向禹东公司西安分公司出具两张收款收据，并加盖了该项目部财务专用章。工程即将竣工前，2009 年 7 月 8 日，永州公司副总经理于建国以永州公司延安西过境项目部的名义，向业主延安西过境公路管理处作出退场承诺一份，内容为：“经与业主双方协商，业主同意我公司退场，我项目部人员从 2009 年 7 月 18 日离开现场，剩余工程量按清单价由业主重新安排施工队施工，费用在我标段扣除。即日起我项目部所有债权债务由我公司负责，出现的工人上访、阻工由我公司全部承担，否则愿意接受处罚。业主给予借款 70 万元用于支付撤退费用，并在近日把项目所有变更批复完毕，其中隧道加固变更按监理批复（138 万元左右）进行批复。原业主批复的奖金予以兑现”。该退

场承诺有永州公司副总经理于建国的署名。同日，永州公司又以项目部的名义向禹东公司西安分公司作出退场决定一份，内容为：1. 禹东公司西安分公司协助湖南永州路桥项目部（以下简称项目部）做好工程资料的交付、变更申报及工程结算等工作；2. 项目部与业主签订的退场承诺及单方面与隧道队开出的结算单皆与禹东公司西安分公司无关，项目部承担全部责任；3. 永州公司保证在工程结算完成后，退付禹东公司西安分公司在该项目中交付的保函保证金和工程履约保证金合计 236.6 万元；4. 原双方协议书自即日起终止。禹东公司西安分公司对退付履约保函保证金和工程履约保证金有异议，可在工程所在地法院诉讼解决双方争议。禹东公司西安分公司收到上述退场决定后，即按退场决定要求完成了资料移交等工作并退场。永州公司完成了工程决算等事宜，但未退还禹东公司西安分公司保证金。

【审判】

延安中院一审判决：（一）永州公司于判决生效后 10 日内退还禹东公司西安分公司履约保函保证金 22 万元及履约保证金 214.6 万元，两项合计 236.6 万元；（二）驳回永州公司的反诉请求。一审案件受理费 2.4 万元及反诉案件受理费 108872 元，均由永州公司承担。

永州公司不服一审判决，提起上诉，请求撤销一审判决，驳回禹东公司西安分公司的诉讼请求，改判禹东公司、禹东公司西安分公司赔偿永州公司损失 9058480.73 元。

陕西省高级人民法院经审理认为，永州公司与禹东公司西安分公司签订的工程联营协议违反法律禁止性规定，应属无效。

关于退场决定是否真实的问题。永州公司二审提供的新证据显示，在退场承诺和退场决定签订后，永州公司负责工程后续事项，而永州公司对于退场决定的真实性在多次庭审中表述不一致，亦未提供充分证据证明该退场决定虚假。更为重要的是，根据合同法第五十八条的规定，合同无效因该合同取得的财产应当予以返还，永州公司应当返还业主已经退回的禹东西安分公司缴纳的保证金。

关于禹东公司是否应向永州公司赔偿损失 9058480.73 元的问题。根据合同法第五十八条“有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”之规定，本案中永州公司作为具有一级资质的大型建筑施工企业，违反国家禁止性规定，允许无资质的企业挂靠施工，对合同无效存在明显过错。另外，按照退场承诺和退场决定，永州公司单方面承诺“即日起我项目部所有债权债务由我公司负责”，并决定双方联营协议即日终止。涉案退场决定是双方对于相关事宜的约定，对双方具有约束力。同时，解除协议及退场之后的工程决算、债权清理、账务回收等权利均由永州公司负责享有，按照权利责任统一、权利义务一致之原则，享受权利应当履行相应义务，该 L03 合同段工程退场之后所有债务均应当由永州公司负担。二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

永州公司依据民事诉讼法第二百条第（二）项、第（三）项规定，向最高人民法院申请再审。永州公司认为：（一）本案所诉退场承诺是永州公司出具给业主方的，不是出具给禹东公司西安分公司的，处理的系外部关系，非永州公司与禹东公司西安分公司之间就工程债

权、债务的内部约定。（二）项目部实际由禹东公司西安分公司控制、管理和支配，本案所涉退场决定是禹东公司以项目部名义伪造的，该退场决定没有永州公司负责人签字，不是永州公司的真实意思表示。

（三）禹东公司西安分公司实际已取得 4155 万余元的工程款，而禹东公司西安分公司在实际施工中对外发生的剩余债务却高达 1300 余万元，禹东公司西安分公司只取得工程款而不负担工程施工期间的损失，明显有违权责相统一的原则。

最高人民法院再审另查明：1. 2007 年 11 月 10 日，永州公司按照禹东公司西安分公司的要求，将项目理由原来永州公司的贺某变更为禹东公司西安分公司的何某；2. 合同履行中，永州公司未收取约定的管理费；3. 禹东公司西安分公司退场后，永州公司未继续施工。

最高人民法院再审认为：

（一）关于退场决定能否作为处理双方有关债权债务依据的问题。退场决定问题是本案事实认定问题，也是本案处理双方有关债权债务的根据问题。原审法院认为该退场决定是永州公司以项目部名义向禹东公司西安分公司作出，故应当以该决定内容作为处理双方债权债务的依据。对此，永州公司并不认同，同时认为该退场决定为禹东公司西安分公司伪造，并不是其真实意思表示，不能作为处理双方债权债务的依据。再审中，双方虽各执一词，但均未能就退场决定由谁作出之事实进行充分举证。第一，从项目部及公章由谁控制来看，根据原审及再审期间查明的事实，双方均认可虽然联营协议约定由永州公司委派项目经理和财务会计，但实际履行中，永州公司将项目经理

予以变更，有关公章亦交由禹东公司西安分公司管理和控制。双方对退场前的管理和控制并无争议；有争议的是退场中的公章加盖问题。根据相关事实，退场承诺作出时，虽加盖了项目部公章并由永州公司副总经理于建国签字，但禹东公司西安分公司并无证据证明其已将项目部公章交由永州公司控制，认定退场决定系永州公司真实意思表示的证据不足。同时，退场决定与退场承诺同日作出，且只加盖了项目部公章，禹东公司西安分公司作为项目部实际管理人及公章持有人，依法应举证公章移交的证据，否则，难以证明该公章由永州公司加盖并向其出具，应对此承担举证不能的法律后果。第二，从退场决定的形式和内容来看，亦不符合情理和逻辑。退场决定和退场承诺同日作出，永州公司副总经理于建国仅在退场承诺上签字，而退场决定载明由永州公司承诺承担全部清算责任，承担所有未清算的债权债务，并对诉讼管辖等重要事项作出明确，却无永州公司的授权和于建国签字，与情理不符。同时，因联营协议不能履行，双方债权债务尚未清算，永州公司对禹东公司西安分公司施工中有关工程款的收支、给付等情况均不知情即承诺承担全部债务风险，也与联营协议的处理原则不符，有悖常理。据此，原审认定退场决定的真实性并据此处理双方的债权债务，事实认定错误，予以纠正。

（二）关于永州公司损失赔偿的问题。根据双方所签联营协议约定，禹东公司西安分公司自行承担工程经营风险，对工程自主经营、自负盈亏，其只需向永州公司交纳管理费。据此，双方名为联营实为禹东公司西安分公司借用永州公司名义对外施工。依据最高人民法院

《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《施工合同解释》）第 1 条（2）项的规定，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的，合同应为无效。合同无效后，根据合同法第五十八条的规定，因无效合同取得的财产应当予以返还，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失。结合本案合同履行实际，双方应返还依合同取得的有关财产，有过错的应当赔偿对方因此所受到的损失。永州公司反诉请求的有关损失应根据双方的过错予以考虑。本案中，永州公司出借资质，具有一定的过错，应对退场承诺后其处理有关债权债务所产生的相关费用，即有关债务的利息、诉讼费用、差旅费用、律师费用等自行承担责任。作为联营的另一方，禹东公司西安分公司借用他人资质亦有过错，应对自己的过错所致对方损失承担责任。

综上，永州公司请求禹东公司承担其清理债权债务的损失，依法有据，其再审请求部分成立，依据民事诉讼法第二百零七条第一款、第一百七十条第一款第（三）项规定，最高人民法院予以改判如下：

（一）撤销陕西高院(2016)陕民终 16 号民事判决、陕西延安中院（2011）延中民初字第 00008 号民事判决；（二）永州公司于判决生效之日起 15 日内退还禹东公司西安分公司履约保函保证金 22 万元及履约保证金 214.6 万元；（三）禹东公司、禹东公司西安分公司于判决生效后 15 日内赔偿永州公司损失 10341810.16 元；（四）驳回永州公司其它反诉请求。

【评析】

本案系挂靠引发的纠纷。挂靠在实践中较为普遍，因挂靠经营形成的纠纷也并不少见，但诸如挂靠协议的效力如何评价、挂靠人与被挂靠人之间的权利义务如何确定、对外如何承担责任等，实践不一，观点不同。

一、关于挂靠或名义出借合同的效力

有人认为，挂靠是我国社会经济发展特定历史阶段的产物，其肇端是国家在法律、政策上存在很多对私营经济、个体经济的限制性规定或者禁止性规定，一些个体工商户、个人合伙及私营企业，为了进入特定行业，不得已与某些国有企业或集体企业签订挂靠协议，以该企业的名义从事生产经营活动。但也有学者指出，挂靠是商业实践的需要，与法律或政策限制无必然联系，它只不过是由挂靠方使用被挂靠企业的经营资格和凭证等进行经营活动，并向被挂靠企业缴纳挂靠费用的一种经营形式，并非必须对其作出否定性评价。在此意义上，将挂靠定义为商号出借或名义出借更为妥当，即将商号或名义使用权部分或全部让与他人的行为。该出借的效力是借用人通过出借协议依法取得对他人商号或名义的使用权，出借人仍然保留商号或名义的所有权，但不保留或部分保留商号或名义的使用权。后一种界定分析显然更契合多样性的商业实践，更符合有名合同法律关系的定性。为统一行文，本文依然以“挂靠”作为约定俗成的表述，但其法律关系则指名义出借。

我国现行法律对名义出借的效力没有作出十分明确的规定，司法解释除对无资质的挂靠行为予以否定外，对其他挂靠效力也未予以明

确。从比较法的角度看，多数国家的法律承认商号出借的合法性，并在法律上明确规定了商号出借的法律效力和法律责任。在日本民法典的修订过程中，有学者也专门提出增加名义出借的相关规范。可见，名义出借问题并非我国之独特现象。

出借名义的行为有多重因素、诸多考量，存在于众多领域，并非一概违法，更非必然违反效力性强制性规定。公司法中的代持股行为，合同法中的间接代理都系名义出借，实践中广泛存在，且难谓违法。

尽可能维持合同效力、充分维系意思自治，已经成为民商法实践和理论的主流观点。在公共管理领域，随着自贸区负面清单实践的推广，法无禁止即可为的思想也越来越被广泛接受。这期间，关于审批与合同效力之间关系的观念变化较为典型，特别是 2018 年商务部将外商投资的审批改为备案，过去认为未经审批合同无效的观念得以扭转。而对建设工程项目招标事项的修改，也影响着建设工程施工合同效力的观念变化。同样，对挂靠存在的合理性，笔者认为应当抱有宽容的态度，判断挂靠这种出借名义的行为效力，依然应从合同法第五十二条出发，予以具体分析，而不应一概认为挂靠必然损害公共利益、掩盖非法目的或违反法律、法规效力性强制性规范。比如，实践中，挂靠并非一定是为了规避资质。有时挂靠者本身具备建筑等级资质，但为了提高市场竞争力或者由于特定的市场限制，需要挂靠或借用资质等级更高甚至相似的企业名义，而其实际承揽的工程或进行的经营与资质无关或与其自身资质相符，这时不宜认定挂靠协议无效。建设工程司法实践中还经常遇到一种所谓半挂靠形式，挂靠人往往成为被挂

靠人的员工，两者签订劳动合同，由被挂靠者提供工程技术图纸、进行现场施工管理，并由开发单位直接向被挂靠者结算，但在分配利润方面两者有内部特殊的约定。对这种形式，当事人若不披露，往往难以发现，在合同已经实际履行，且不损害第三方利益或公共利益的情况下，若仅仅因一方提出无效的主张，即予以否定性判断，有违诚信原则。这与开发商自己主张未取得预售许可商品房买卖合同无效并无二致，该抗辩应属恶意抗辩，不应得到支持。同时，这种挂靠形式并非典型的直接挂靠，被挂靠人进行了实际管理和风险控制，除非特定领域有明确的禁止性规定，不应一概认定挂靠协议无效。

本案由于挂靠人禹东公司西安分公司缺乏资质，借用永州公司名义对外施工。这种无资质的挂靠行为，影响施工安全和建筑质量，可能对公民造成人身损害、财产损失，因此在建筑法上被明文禁止。《施工合同解释》第 1 条第（2）项也明确规定，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的，合同应为无效。因此禹东公司西安分公司与永州公司虽然名义上为联营协议，但系其虚伪意思表示，双方之间实际系挂靠行为，相关协议因违反效力性强制性规定应为无效。

二、关于挂靠人与被挂靠人之间的内部责任问题

挂靠人和被挂靠人之间通常有挂靠协议，不仅对管理费作出约定，有的还约定双方利益的分配以及在发生对外清偿时责任的分担。在挂靠协议有效的前提下，尊重当事人意思自治，依照协议处理纠纷，并无争议。需要注意的是，在建设工程施工合同纠纷中，有一种观点

认为，挂靠人作为实际施工人可以向被挂靠人主张工程款。这一观点混淆了挂靠关系与工程承包关系。工程款的义务主体是发包人或者转包人，而非被挂靠人。因此，挂靠人只能以被挂靠人名义或者基于代位权以自己名义直接向发包人或者转包人主张工程款。当然，若被挂靠人实际取得工程款的，被挂靠人则可以基于其与被挂靠人之间的挂靠协议要求返还。

若挂靠协议因符合合同法第五十二条规定的情形而无效，这些约定的效力如何，争议较大。一种观点认为，被挂靠人一方具有谈判优势地位，往往会约定其对挂靠人对外经营业务引发的纠纷不承担任何赔偿责任。挂靠人和被挂靠人之间的挂靠协议，如果被认定为无效，根据合同法第五十六条的规定，无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。当事人不得基于一个被确认无效的合同主张任何权利或享有任何利益。因此，挂靠协议中关于双方利益和责任分配的条款不应发生法律效力。另外一种观点认为，应区分对内效力和对外效力，挂靠协议的效力评价，主要在于防范外部风险，挂靠人和被挂靠人之间的纠纷应参照当事人之间协议的约定处理。从司法实践来看，合同无效后，挂靠人与被挂靠人之间的纠纷主要集中于管理费。关于管理费的分配，大致可以分为三种做法：一种是全额返还挂靠人；一种是酌定支持部分管理费；一种是支持约定的管理费。笔者倾向于认为，若挂靠协议因违反强制性规定而无效，管理费不应予以支持。首先，在建设工程合同纠纷领域，《施工合同解释》第4条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质

的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”该解释之所以规定非常严格的收缴性惩罚，目的在于规范建筑市场秩序，保障人民财产生命安全。当然，该解释仅规定为可以收缴，并非必须收缴，法院应根据个案的基本情况予以综合考虑。但根据该条的立法目的，在合同无效的情况下，不应由被挂靠企业取得非法所得。其次，在挂靠无效的情况下，若支持被挂靠人有权取得管理费，显然属于允许挂靠人因违法而获利，将纵容非法挂靠行为的发生，也不符合公平原则。再次，管理费实际系挂靠人应得工程款或其他收入，是其劳动付出所得，由其取得具有合理依据。由上，在挂靠人与被挂靠人之间，通过管理费分配由挂靠人取得的方式同样能实现管理费的取缔效果，达到对非法挂靠行为的遏制。本案即未支持永州公司的管理费。

三、关于挂靠人与被挂靠人对外的责任问题

本案虽然不涉及挂靠各方对外的责任承担，但这一问题在司法实践中十分常见，也存有争议。挂靠协议无论是否有效，其内部关于对外责任的约定并不具有对抗第三人的效力。那么关于挂靠人与被挂靠人对外的责任如何分配与承担的问题，司法解释的规定不尽相同，学术观点不一。一种观点认为，根据民事诉讼法关于挂靠人与被挂靠人为共同被告的规定，以及最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条“以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责

任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持”的规定，按照类推适用的原则，挂靠人和被挂靠人应共同对外承担连带责任。如建筑法第六十六条即采这种观点，该条对于建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程情形下的责任承担规则作出了明确规定，即“对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任”。最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（二）》也持此观点。另外一种观点认为，不应突破合同相对性原则，对外责任应由被挂靠人承担。挂靠最本质的特征在于借用资质或名义，并不存在经营决策或者财务方面的混同，无论是挂靠单位还是被挂靠单位均保持了其法律人格的独立性，不能在缺乏规定的情况下，仅仅认定存在挂靠关系就据此裁判二者互相承担连带责任。还有一种观点认为，被挂靠人在获得利益的范围内承担责任。比如(2001)民一他字第 23 号《最高人民法院关于实际车主肇事后其挂靠单位应否承担责任的复函》中指出：“湖北省高级人民法院：你院关于‘关于实际车主肇事后其挂靠单位应否承担责任的请示’收悉。我们研究认为，本案的被挂靠单位湖北洋丰股份有限公司从挂靠车辆的运营中取得了利益，因此，应承担适当的民事责任。”有人认为，该复函可以解读为被挂靠人以从挂靠车辆的运营中取得了利益为承担责任的前提；被挂靠人承担适当的民事责任而非连带责任。

上述观点的重要区别在于，对外责任的基础究竟是侵权责任还是

合同责任。观点一有关的力证，无论是交通事故还是建筑质量损害赔偿，显然更在于强调侵权责任。其法律根据在于侵权责任法的共同侵权。观点二则立足于合同责任，认为应当坚持合同相对性原则。观点三实则仍然是以侵权为基础，但不认为是共同侵权，而按照过错承担责任。如果将对外责任的承担根据侵权责任和违约责任作一划分，以上观点各有根据，也可能相安无事。然而，最高人民法院《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》则认为挂靠人和被挂靠人应当对外承担连带责任，并且不因合同之诉还是侵权之诉而发生区别。该解释第 16 条规定，旅游经营者准许他人挂靠其名下从事旅游业务，造成旅游者人身损害、财产损失，旅游者请求旅游经营者与挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。之所以这样规定，是因为旅游业经营的行政许可制度就是为了排除旅游业市场中不具备经营资格的主体，保障有相应资质尤其是有健全的经营管理制度的主体进入市场。挂靠行为违反了法律规定，使不具备相应经营条件的挂靠者进入旅游市场，扰乱了国家的经济管理秩序。从规范管理、实现立法目的的角度，也应要求被挂靠人承担连带责任。

由上，挂靠人与被挂靠人的对外责任，在侵权责任和违约责任上能否达到统一，关系相关问题的处理思路。就侵权责任法而言，被挂靠人和挂靠人符合共同侵权的要件，被挂靠人授权挂靠人使用其名义，放任风险的发生，构成帮助侵权。根据侵权责任法第九条的规定，帮助他人实施侵权的，应当与行为人承担连带责任。就合同法而言，要解决的问题恰巧相反，不是被挂靠人是否承担责任的问题，而是挂

靠人作为非合同主体是否承担连带责任。难题在于合同主体名义上为被挂靠人，相对人具有直接主张合同责任的法理基础，但挂靠人并非合同主体，其承担合同责任缺乏依据。对此，日本学者认为，挂靠人作为名义借用人，其具有发生法律效力真实意思，无论对方是否发生错误认识，均是合同当事人，故应当承担责任。该分析切中要害，与谁发生合同关系的选择系决于挂靠者，挂靠经营的存在，仅使被挂靠者在形式上与第三方发生了合同关系，因此，在合同名义人为被挂靠者时，挂靠者也应承担合同责任。也有学者主张，此时被挂靠人仍然是合同主体，而具体挂靠人则在担保意义上承担连带责任。最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 23 条关于借款名义主体与实际主体不一致的处理规则即符合上述观点。当然，该条仅限于法定代表人和企业之间。实践中，由于信用等问题，以他人名义借款的行为也十分普遍，若仅由名义借款人承担责任，而实际使用款项的人不承担还款责任，显然不符合公平原则，也可能造成逃废债的现象。但其承担还款责任的法律基础，也同样符合侵权责任要件，即挂靠人和被挂靠人恶意串通损害第三人利益，因此应负有共同赔偿相对人的连带责任。

挂靠人与被挂靠人的对外责任，还应区分合同相对人是否知悉挂靠的存在。民法总则第一百四十六条规定了虚伪意思表示的效力，若合同相对人明知对方为挂靠人而非名义上的被挂靠人时，则应根据双方之间的真实意思表示确定双方的责任，被挂靠人的名义出借行为与合同相对人之间的损害缺乏因果关系，被挂靠人不应对此承担责任。

同样,对于因重大过失不知挂靠行为的,由于过错并非在于被挂靠人,一般情况下仍应由挂靠人直接承担责任。需要注意的是,根据民法推定善意的基本原则,以及证据规则的有关规定,若存在被挂靠者加盖公章、法定代表人签章等情况,若要认定相对人有重大过失,则被挂靠人应提供充分证据予以反证。

（案例刊登于《人民司法》2019 年第 26 期）

2014-2018 年股权转让纠纷案件审判白皮书

来源：法务部公众号

作者：上海市第二中级人民法院

日期：2019 年 8 月 9 日

股权转让是现代公司制度的重要内容。随着社会主义市场经济的发展以及营商环境的不断优化，股权交易日益频繁，并演化成一种集财产权流动、资本募集、资源优化配置等于一体的重要资本手段。伴随着股权交易越来越多，以及参与主体的普遍化，股权转让过程中反映出的问题也不断涌现。上海市第二中级人民法院（以下简称我院）在审理中发现，股权转让纠纷案件占据公司法相关诉讼很大比例，且呈现出一定的类型化特点。为此，本白皮书对我院近五年审结的股权转让纠纷案件进行梳理，在分析股权转让纠纷案件概况的基础上，归纳总结各类股权转让的共性及个性风险点，提请市场交易主体注意，以期发挥司法对股权转让规范化的正向引导作用。

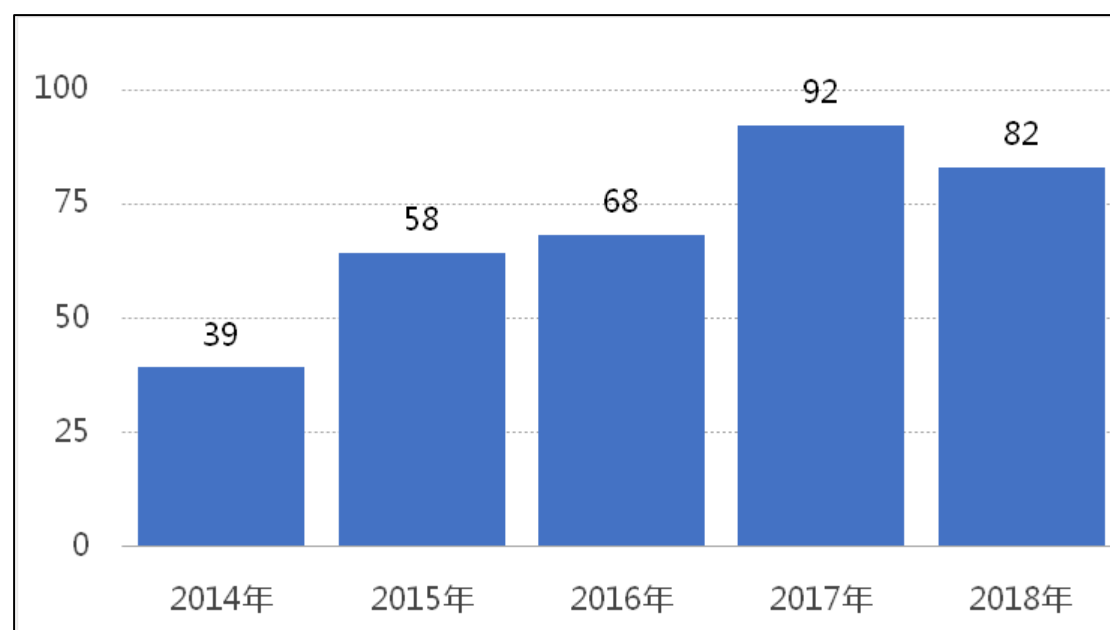
一、2014-2018 年股权转让纠纷案件概况

（一）股权转让纠纷案件数量持续增长

2014 年至 2018 年，我院共审结股权转让纠纷案件 339 件。^[1]其中，2014 年 39 件，2015 年 58 件，2016 年 68 件，2017 年 92 件，2018 年 82 件，整体呈快速增长趋势。

^[1] 去除移送其他法院处理、下级法院请示等案件共 7 件。

图表一：股权转让纠纷案件数量

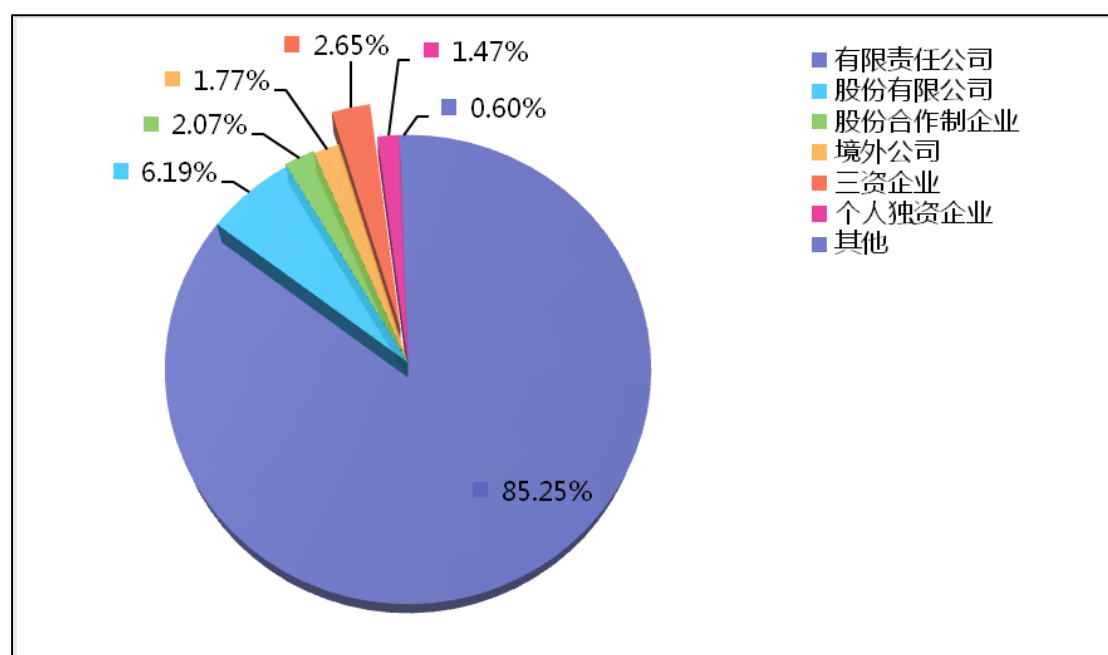


（二）股权转让标的企业性质以有限责任公司为主

2014 至 2018 年，我院审结的 339 件股权转让纠纷案件中，标的企业性质共有九类：1. 有限责任公司，289 个，占 85.25%；2. 股份有限公司，21 个，占 6.19%；3. 股份合作制企业，7 个，占 2.07%；4. 境外公司，6 个，占 1.77%；5. 个人独资企业，5 个，占 1.47%；6. 中外合资经营企业，5 个，占 1.47%；7. 外商独资企业，4 个，占 1.18%；8. 农民专业合作社，1 个，占 0.30%；9. 民办非企业单位，1 个，占 0.30%。可见，有限责任公司系股权转让纠纷的集中发生区域。主要原因有：1. 有限责任公司占据市场主体的大部分，且股权转让在本质上构成对有限责任公司人合性的冲击，易引发纠纷；2. 有限责任公司股权转让法律规范较为原则，普适化交易惯例亦尚未形成。相较于股份有限公司，有限责任公司股权转让，没有强制性信息披露规范及具体交易规则，进场交易比例很低，处于监管空白领域，股权转让呈现

出更多的样态和问题；3. 有限责任公司规模较小，成立时间通常较短，董事、高管的公司治理能力有限，公司运作不规范现象较多。公司内部治理的缺陷往往投射于股权转让法律关系中，易引发纠纷；4. 中小企业融资难背景下，以资本募集为目的的股权转让在有限责任公司中多发。股权转让与资本引入的设计不完善暴露出更多的问题。

图表二：标的企业类型



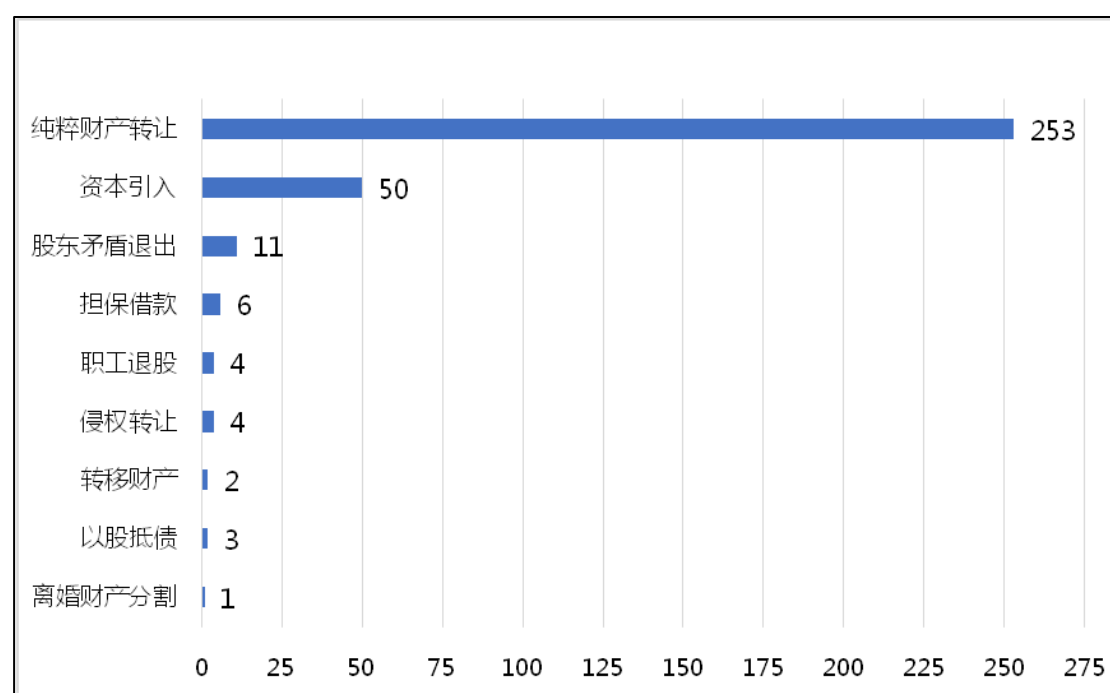
（三）七成以上股权转让原因为纯粹财产转让

股权转让纠纷案件反映的股权转让原因，可归纳为以下九类：1. 纯粹财产转让，253 件，占 74.63%；2. 资本引入（包括金钱资本与人才资本），50 件，占 14.75%；3. 股东矛盾退出，11 件，占 3.25%；4. 担保借款，6 件，占 1.77%；5. 侵权转让（冒名股权转让），4 件，占 1.18%；6. 职工退股^[2]，4 件，占 1.18%；7. 以股抵债，3 件，占 0.89%；8. 转移财产，2 件，占 0.59%；9. 离婚分割共有财产，1 件，占 0.29%。另有

^[2] 股份合作制企业、会计师事务所职工退出企业，企业改制等产生的正常退股。

5 件案件系名为股权转让实为投资、借款等其他法律关系，占 1.47%。可见，七成以上股权转让基于纯粹财产流转而产生，其在具体目的和动机层面又呈现多样化，包括整体或部分经营权的转让，实现标的公司特定的股权架构，合作开发项目，为获得标的公司注册商标、建设工程施工资质、土地使用权等有形或无形资产等。居于次位的因资本引入而生的股权转让表现形式相对单一，多为实现标的公司上市。股东矛盾退出主要表现为，公司经营期限届满，股东间就是否继续经营意见分歧或是经营理念差异，导致一方股东退出。因担保借款发生的股权转让主要表现为，实现股权质押、股权转让与担保两种形式。

图表三：股权转让原因



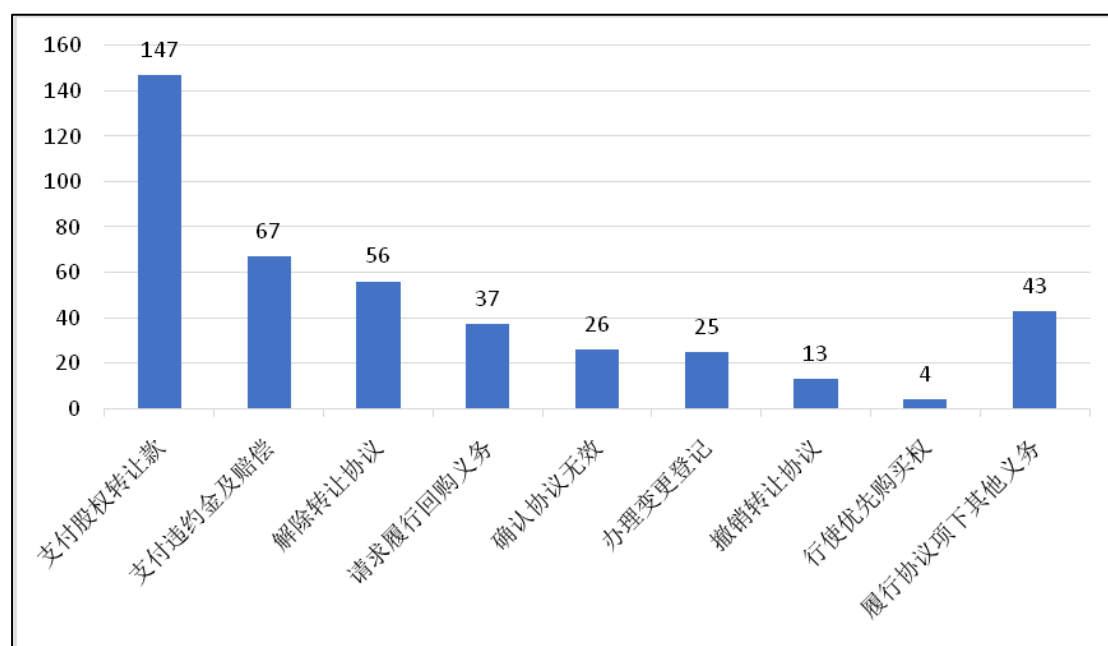
（四）股权转让纠纷诉请类型^[3]

股权转让纠纷案件反映的诉讼请求，涉及以下九类：1. 请求支付

^[3] 因部分案件存在多个诉请或是存有反诉，故此处诉请类型按照实际诉请个数予以统计，在数量上多于案件总数，共计 418 项诉请。

股权转让款，147 件，占 35.17%；2. 支付违约金、损害赔偿，67 件，占 16.03%；3. 解除股权转让协议，56 件，占 13.39%；4. 请求履行回购义务，37 件，占 8.85%；5. 确认股权转让协议无效或不成立，26 件，占 6.22%；6. 办理工商变更登记，25 件，占 5.98%；7. 撤销股权转让协议，13 件，占 3.11%；8. 行使优先购买权，4 件，占 0.96%；9. 履行股权转让协议项下的其他义务，包括承担标的公司对原股东的债务、返还垫付费等，43 件，占 10.29%。

图表四：股权转让纠纷诉请类型



（五）股权转让风险高发点分布^[4]

股权转让纠纷根源于不同的风险点，同一个风险点发生于股权交易的不同环节，不同风险点互相复合，又可能会呈现出新的变式。故，就股权转让纠纷案件的风险触发点予以分析，归纳引起纠纷的高发因素，提请股权交易各方注意。

^[4] 部分案件表现为风险点的复合性，基于统计便利考量，此处选取的为每个案件的主要风险点。

我院审结的 339 件股权转让纠纷案件，涉及十三个风险高发点：

1. 信用风险，主要表现为迟延履行回购、支付股权转让款、办理变更登记，股权转让款支付状况等^[5]；
2. 股权转让协议瑕疵，主要表现为未作约定或约定不明、约定内容互相矛盾；
3. 标的股权瑕疵，主要表现为处分权欠缺、转让方出资不实、股权评估瑕疵等；
4. 股权代持；
5. 标的公司资产状况披露，主要表现为转让方故意隐瞒、虚假陈述、遗漏陈述标的公司资产状况等；
6. 股权转让前后标的公司债务处理；
7. 冒名股权转让；
8. 与借款、投资、增资、资产转让等概念混淆；
9. 审批等强制性规范，包括法律、法规、公司章程对股权转让的限制；
10. 其他股东优先购买权；
11. 入股后合作经营事项争议；
12. 退股不规范；
13. 一股二卖。

图表五：股权转让风险高发点

^[5] 理论上，所有的风险因素都具有一定信用风险的特征，此处的信用风险指的是未呈现出特殊风险因素的案件，如表现出特定的形式，如一股二卖，则不再归入此类。

序号	风险类型	数量	占比
1	信用风险	132	38.94%
2	股权转让协议瑕疵	64	18.88%
3	标的股权瑕疵	29	8.55%
4	股权代持	22	6.49%
5	标的公司资产状况披露	20	5.90%
6	股权转让前后标的公司债务处理	12	3.54%
7	冒名股权转让	13	3.83%
8	与借款、投资、增资等概念混淆	12	3.54%
9	审批等强制性规范	11	3.24%
10	其他股东优先购买权	8	2.36%
11	入股后合作经营事项	6	1.77%
12	退股不规范	5	1.48%
13	一股二卖	5	1.48%

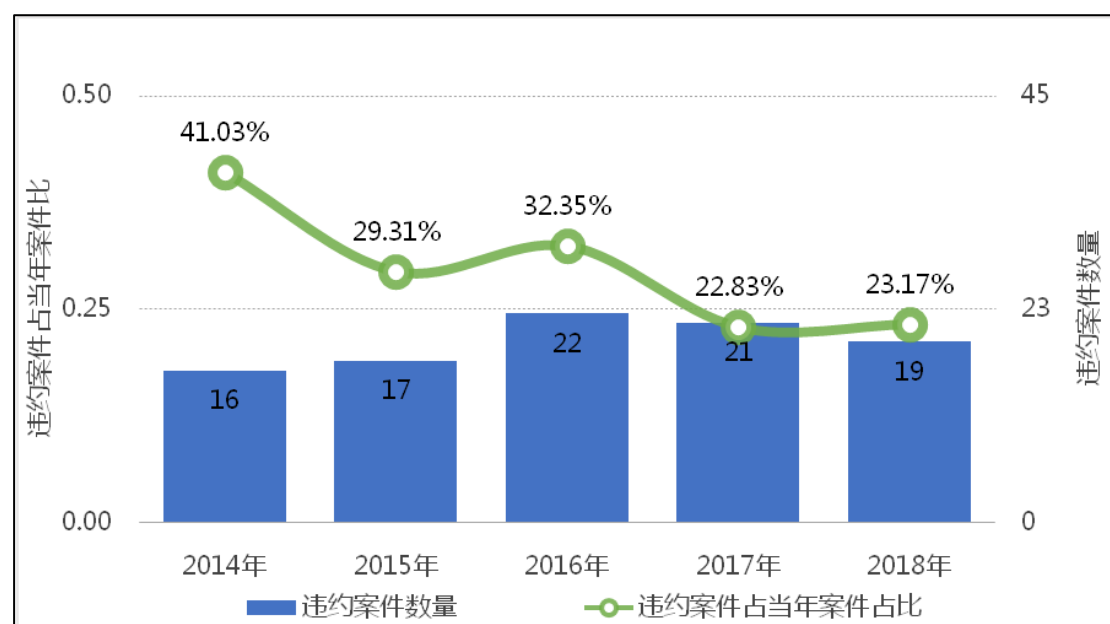
需要指出的是，股权转让系一种特殊财产的转让，具有买卖的基本属性。由此，股权转让客体——标的股权的相关信息系股权交易的关键内容。司法实践中，标的股权相关信息，包括标的公司资产、负债、经营情况、对外投资情况、转让方出资情况、收购情况、标的公司股权架构变动情况等，亦成为影响股权交易正常进行的主要风险。前述股权转让协议瑕疵、标的股权瑕疵、资产状况的披露、债务处理、股权代持，包括信用风险中的一部分，在本质上均可纳入交易信息不对称的范畴。

（六）股权转让违约占比及类型

2014 至 2018 年，我院生效判决认定构成违约的案件数量为 95 件，占整体股权转让纠纷案件的 28.02%。其中，2014 年 16 件，占该

年案件比 41.03%；2015 年 17 件，占该年案件比 29.31%；2016 年 22 件，占该年案件比 32.35%；2017 年 21 件，占该年案件比 22.83%；2018 年 19 件，占该年案件比 23.17%。违约率呈波动下降趋势，表现出股权交易主体履约状况的改善。

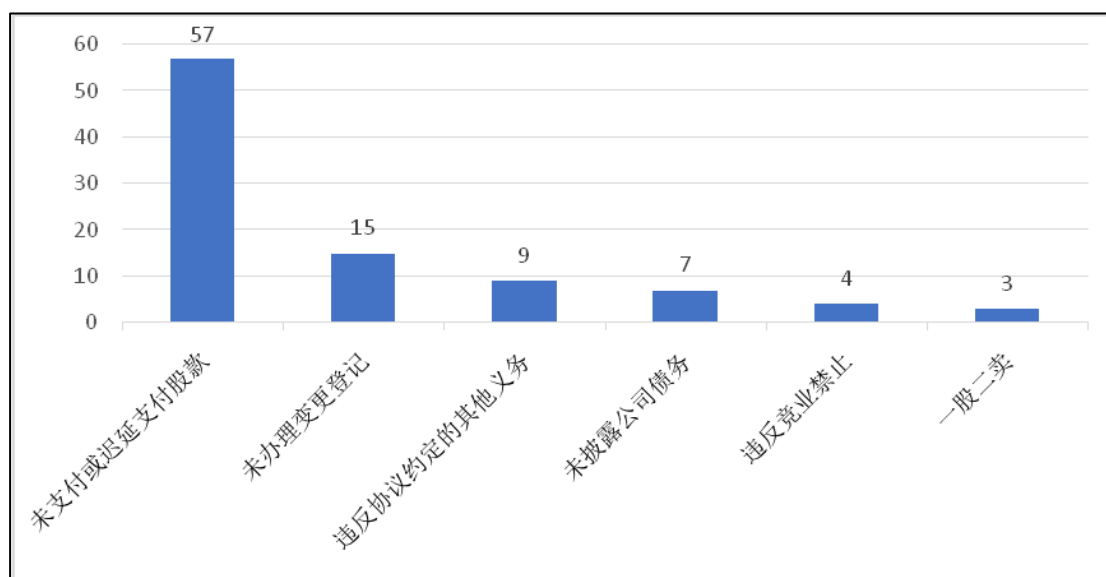
图表六：违约案件数量及占比



95 件判决构成违约的案件中，违约行为的具体样态可归纳为以下六类^[6]：1. 未支付或迟延支付股权转让款，57 件，占 60%；2. 未及时办理变更登记，15 件，占 15.79%；3. 未履行协议约定的其他义务，9 件，占 9.47%；4. 未披露标的公司债务，7 件，占 7.37%；5. 违反竞业禁止义务，4 件，占 4.21%；6. 一股二卖，3 件，占 3.16%。其中，未履行协议约定的其他义务包括，特定资质借用、字号变更登记、转让许可证、在标的公司任职、向标的公司借款、承担费用、剥离标的公司债务等。

^[6] 此处以实体判决构成违约的案件为统计基础，故在数量上少于与风险点重合部分。如，一股二卖在风险点处为 5 件，在违约处为 3 件，其余 2 件为撤回起诉，未纳入此部分统计。

图表七：违约行为类型



二、股权转让共性法律风险

（一）股权转让协议方面的风险

1. 形式不规范

（1）未订立书面股权转让协议。交易双方达成股权转让合意是股权转让法律关系成立的基础。一般而言，股权交易较为重大，且内容复杂，故有必要订立书面股权转让协议，以更为清晰地展现交易双方的意思表示，减少纠纷。实践中，存在以下两类不规范的协议形式：一类是口头协议，另一类是未单独订立股权转让协议，仅在股东会决议中包含了股权转让内容。股权转让纠纷案件反映，交易双方发生争议时，一方当事人往往会利用前述不规范的协议形式，否认双方间已达成股权转让合意或主张股东会决议包含的股权转让内容不可诉。在口头协议情形下，法院通常综合双方间磋商过程、实际履行情况等予以判定，主张已达成合意的一方存在举证不能的风险；在股东会决议中包含股权转让内容的情形下，法院倾向于认为，股东会决议与股权

转让协议存在主体及内容差异，前者系标的公司股东间就公司治理达成的合意，后者系股权交易双方就股权转让事宜达成的合意，股东会决议原则上不可诉，仅在决议形成的权利义务属于合同法调整范畴的例外情形下，才部分可诉。由此，混淆股东会决议与商事平等主体间的股权转让协议，会给股权转让的实现造成不必要的障碍。

（2）股权转让协议签署瑕疵。多起案件反映，股权转让协议因一方或双方未签字而被认定未成立。另外，委托他人代办股权工商变更登记、代为签署股权转让协议的情况在实践中较为普遍，且通常缺少规范的委托授权手续。交易一方在后期不愿意履行股权转让协议时，常利用前述签署上的瑕疵，以冒名签署为由，主张协议并非其真实意思表示。在没有事实辅证存在有效代为签署行为的情形下，法院原则上认定股权转让协议因未真实签署而无效。

（3）就同一股权转让签订数份内容相异的协议。一类是交易双方在缔约或履行过程中形成数份书面协议，但未明确数份协议间是否构成变更、替代，因而产生以何者为准的争议；另一类是交易双方出于避税目的，形成一份专门用于工商登记备案的股权转让协议，集中表现为股权转让款价格低于实际履行的价格。此类出于避税目的形成的协议，本身因具有避法属性或是构成双方虚伪意思表示而存在效力瑕疵，且在履行过程中，受让方常依据工商登记备案的协议，主张少支付股权转让款。此类案件中，法院多以探寻交易双方真实意思为出发点，结合磋商过程、协议缔结时点的股权估值、实际履行情况等作综合认定。

2. 内容不规范

(1) 股权转让协议约定不明。一类是未作约定。遗漏股权转让款数额,支付方式与时间,变更登记办理时间,违约责任等股权转让协议主要条款,易引发履行标准,甚至是股权转让合意达成与否的争议。另一类是约定表述不明。交易双方虽就某一事项作出约定,但表述歧义或是意思不明确。有一起案件反映,双方当事人同一股权转让协议中就多个标的公司的股权转让予以打包转让,但未明确各个标的公司股权的具体对价。后因其中一个标的公司股权转让发生纠纷,双方就违约金的计算基数为整体股权转让款,抑或系争标的公司对应的股权转让款而产生争议。

(2) 混淆转让主体,将标的公司列为股权转让方。实践中,有限责任公司与股东人格区分不明显的现象较多,这在一人有限责任公司领域表现得尤为明显。这种不当的公司治理理念反映在股权转让中,便表现为股东意志与公司意志的等同,将股权转让方列为标的公司。《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 142 条严格限定公司收购本公司股份的情形、程序、转让及注销时间。由此,在股权转让法律关系中,除标的公司员工股权激励计划、处置回购的本公司股份等特殊情形外,股权转让义务的主体为标的公司股东,而非标的公司本身。在公司股东转让股权场合,不当地将股权转让方列为标的公司,容易产生转让主体及协议有效性争议。此类案件中,法院原则上认为,标的公司本身并不享有自己的股权,以标的公司名义与受让人签订的股权转让协议违反《公司法》规定,应属无效。另有

判决依照股权转让款收取方为标的公司股东、股权转让协商过程等实际履行情况认定法律关系的主体为标的公司股东。

（二）标的股权方面的风险

1. 标的股权为夫妻共同财产时，转让方婚姻状态对股权转让的影响。依照《中华人民共和国婚姻法》及司法解释的规定，夫妻关系存续期间以夫妻共同财产出资取得的股权，即便登记在一方名下，亦属夫妻共同财产。未经配偶同意，转让属于夫妻共同财产但登记在一方名下的股权，极易产生未登记一方配偶对标的股权提出权利主张，由此引发诉讼。若股权转让发生于转让方离婚期间，此类风险尤为明显。法院原则上认定股权转让不因未经配偶同意而无效，即将未登记一方配偶就共有股权的权利限于财产利益。^[7]但是，转让方未经配偶同意转让共有股权，仍然成为影响股权转让顺利完成的潜在消极因素。如离婚诉讼期间，夫妻一方低价或是零对价向他人转让共有股权，股权转让因构成恶意转移财产而无效。故受让方宜将标的股权共有状况及转让方婚姻状态纳入考量，必要时，可事先征询未登记配偶一方的意见并取得书面同意。

2. 标的股权已设立质押等权利负担。《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第 226 条对已设立质权的股权转让作出限定，“基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存”。转让方未经质权人同意转让已设立质权的股权，

^[7] 依照最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)第 16 条规定，未登记一方配偶需经其他股东过半数同意，才可以成为该公司股东。

容易引发质权人以股权转让侵害其质权为由主张股权转让无效的诉讼。法院倾向于认为,《物权法》第 226 条旨在禁止出质人处分已出质的股权,并未禁止出质人先行将质押的股权以合同形式转让,故股权质押原则上不影响股权转让协议的效力。但需要注意的是,标的股权上的权利负担仍会实质上阻碍股权转让协议的履行,质押登记未经撤销,股权变更登记存在障碍,同时,股权转让款支付涉及提存或提前清偿债务,也容易引发相应的风险。

3. 转让方出资瑕疵。此风险点根源于受让方对标的股权前期审查不足,后于履行过程中发现标的股权存在未履行出资、抽逃出资等瑕疵,遂以此为由要求解除、撤销协议或是减少股权转让款。受让方受让出资瑕疵的标的股权,具体的风险表现包括:(1)无权要求转让股东补足出资。股东出资与股权转让分属不同的法律关系,股东出资义务的履约对象为股权所对应的标的公司,受让方以自身名义要求转让方补足出资存在障碍,而且还存在被公司债权人另案诉讼承担补足出资连带责任的风险。(2)出资瑕疵原则上不能作为减少支付股权转让款的正当理由。股东是否履行对标的公司的出资义务,并不影响其与他人之间所订立的股权转让协议的效力,受让方仍应按协议约定履行付款义务。(3)自力救济可能构成违约。实践中,受让方发现转让方出资瑕疵,往往以扣留部分股权转让款的方式进行补救,但此类行为通常被判决认定构成迟延履行,反而应承担违约责任。

(三) 股东优先购买权方面的风险

1. 未履行书面通知义务。

依照《公司法》第 71 条规定，有限责任公司股东向股东以外的人转让股权，应就股权转让事项书面通知其他股东，并征得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。有一起案件反映，标的公司股东在股权转让前未向其他股东发送书面通知，征询其他股东意见，判决认定股权转让因损害其他股东优先购买权而无效。^[8]

2. 书面通知义务标准分歧。转让方股东向其他股东发送的书面通知应包含拟受让人的有关情况，拟转让股权的数量、价格及履行方式等主要转让条件。实践中，由于股权转让形式的多样性以及股权转让协议内容的复合性，何为恰当的通知义务标准仍存在分歧，进而影响股权交易进程及履行可能性。有一起案件反映，股权交易双方签订的《公司清算及股权转让协议》除约定了股权转让外，还约定了利润分配结算、债权抵销等内容，且双方就协议项下整体内容约定了捆绑式作价。转让方就股权转让事项书面通知了其他股东后，其他股东以通知未明确股权转让款价格为由，主张优先购买权条件未成就（通知义务未恰当履行），要求对协议对价进行分割，明确股权转让对应的价格并依照该价格行使优先购买权。判决认为，股东转让股权的交易条件不仅限于对价的数额，也应包括清偿特定主体债务、一并转让未分配利润等特殊条件。

3. 其他股东收到通知后，对股权转让行为提出正当异议且在处理过程中的，股东优先购买权仍然存在。有一起案件反映，转让方股

^[8] 此处无效的为股权转让的处分行为，而非股权转让协议。转让方与受让方之间的股权转让协议并不因侵害优先购买权而无效，但即便协议有效，仍因优先购买权的存在而履行不能，无法实现股权转让的目的。

东书面告知其他股东股权转让事宜，其他股东回函表示，转让方存在抽逃出资行为，故不同意股权转让，标的公司就此提起另案诉讼。判决认为，标的公司其他股东并未放弃异议消除后的优先购买权，在转让方抽逃出资一案尚未处理完毕前，受让方诉请履行股权转让协议，不予支持。

（四）隐名持股方面的风险

1. 隐名股东直接以自己名义转让股权。隐名持股本身不影响股权转让协议的效力，但是，隐名股东直接转让股权往往成为受让方主张股权转让协议无效的事由，引发争议。而且，名义股东与隐名股东间于代持股协议项下产生的争议，可能会延伸于股权转让领域，导致股权转让关系复杂化，主要表现为名义股东否认存在代持股关系，不配合办理股权变更登记。另外，隐名股东直接以自己名义转让股权还存在下述履行风险：隐名股东显名系股权转让协议得以实质性履行的前置条件，而隐名股东显名依法需经其他股东过半数同意。有一起案件反映，股权转让协议约定，转让方需在三个月内办理显名手续。后转让方未按约显名，且标的股权被名义股东转让给第三人，法院遂判令解除股权转让协议。故在隐名股东直接转让股权场合，可考虑将名义股东作为一方当事人列入协议中，以降低此类风险。

2. 名义股东转让代持股权。一类是名义股东未经授权，擅自转让代持股权，实际权利人对标的股权提出权利主张，受让方若不符合善意取得的条件，依法不能取得股权。另一类是转让方转让的标的股权部分为自有，部分系代案外人持有，因转让方与案外人间代持股协议

瑕疵，如份额约定不明、口头代持协议等，产生股权转让主体及股权转让款分配之争，客观上阻碍股权转让协议的履行。

3. 以股权转让形式实现隐名持股。

股权转让协议约定，受让方受让股权后不办理工商变更登记，由转让方代受让方持有标的公司股权。此类股权转让除却了通常意义上作为股权转让方主合同义务的变更登记事项，相应的，将股权代持协议项下的实际股权利益分配、股权归属等内容作为转让方的合同义务，容易引发股权转让合意是否达成，转让方一股二卖等法律风险。

4. 以股权代持方式担保股权转让实现。

股权转让与股权代持基于交易目的差异，可互为手段与目的的关系，易产生法律关系性质的争议。有一起案件反映，甲将标的股权转让给乙，且办理了变更登记，但乙未支付股权转让款。同时，双方签订股权代持协议，约定由乙代甲持有标的股权，以确保在乙无力支付股权转让款时，甲仍得以依据股权代持协议对标的股权主张权利。后甲诉请乙支付股权转让款，乙以双方间系代持股关系而非股权转让关系为由，抗辩无需支付转让款。

（五）审批与限制方面的风险

1. 标的企业性质与股权转让。法律对特定类型企业行为能力的限制投射于投资领域，表现为对国有产权转让、三资企业股权转让设定有审批、备案、信息披露、交易场所限制等特殊要求，直接影响到股权转让协议的效力与履行。如国有产权转让需经国资监管机构审核、进行产权评估，且原则上在产权市场公开进行；外商投资企业股权转

让应履行报批义务，未经批准，协议不生效等。

2. 特定经营范围与股权转让。特定行业存在准入与转让的限制，如典当行转让股权，应当经省级商务主管部门批准，未经批准无权申请变更登记。忽略此类规范的限制，有时会导致股权转让行为无效，有时会造成履行障碍，最终影响股权转让的实现。由此，公司经营范围也应引起股权交易双方的注意。

三、特定类型股权转让个性风险

从 2014-2018 年股权转让纠纷案件看，不同原因引起的股权转让在交易模式以及风险触发点上存有差异，故以下就居于股权转让原因前三位的，基于纯粹财产转移、资本引入、股东矛盾退出而产生的股权转让侧重风险点予以分析。

（一）纯粹财产移转股权转让的风险点

1. 转让方未尽告知义务。交易双方对标的股权相关信息的了解系确定是否进行股权交易以及股权价格的基础。转让方负有积极披露标的公司资产负债、经营情况、隐形诉讼、对外债务等基本信息的义务。多起案件反映，转让方隐瞒、虚假陈述、未及时告知前述基本信息，构成协议解除的正当性事由。另外，标的公司股权架构变动、对外投资、收购及被收购计划等非常态化信息，也应当引起转让方的注意，未及时告知可能会影响股权转让的实现。有一起案件反映，在标的股权转让期间，标的公司其他股东同时对外转让股权导致标的公司股权结构发生变化，法院认定此种变化对原有股东结构的影响显著而重大，转让方未及时告知受让方其他股东对外转让股权的事实，导致受

让方背离了签订合同时对标的公司股权结构的认知和预期，判决支持受让方解除股权转让协议的诉请。

2. 资产转让与股权转让混同。资产转让与股权转让存在以下差异：（1）主体不同。资产转让的主体为公司，股权转让的主体为公司股东。（2）法律效果不同。资产转让为财产权利的移转，而股权转让为标的公司资产负债的整体继受。实践中，存在资产转让与股权转让概念混淆的现象。一类是交易双方旨在转让商铺、字号等资产，但签订了股权转让协议，产生法律关系性质争议。另一类是交易双方旨在转让股权，在股权转让协议中同时约定了设备、不动产租赁、字号等资产移转等内容。实际上，股权转让并不涉及资产所有权转移内容，标的公司资产所有权归属于标的公司，受让方受让标的公司股权后，自然享有相应的权益。股权转让协议应约定的应当是资产交接事宜，而非转让事宜。

3. 合作经营事项履行障碍。在部分股权转让的情况下，转让方与受让方后续合作经营事宜成为股权转让的重要内容，容易引发以下两类风险：（1）合作事项约定不明。合作经营事项，包括受让方进入标的公司后参与管理的领域、对董监高人员的指派权限及席位数量、标的公司后续发展方向等，交易双方若仅在股权交易前期达成口头约定或框架性意见，易引发争议。有一起案件反映，转让方为引入受让方成为教育机构的教师，将教育机构的部分股权转让给该教师。双方达成口头意向，即教师受让股权后应在该机构任职并参与管理。后受让方未到该机构任职，转让方遂以此为由请求解除股权转让协议。（2）

合作事项未征询公司其他股东意见。在标的公司存在除交易双方外的其他股东时，双方就后续合作的承诺涉及标的公司及其他股东的意愿，未考量其他股东意愿，容易引起争议。有一起案件反映，转让方承诺协助受让方办理变更董事会成员，让受让方的相关人员作为董事参与公司经营，并变更公司章程。后因标的公司其他股东不予配合，相关承诺落空，由此产生违约责任。故交易双方宜在交易前期与标的公司其他股东进行沟通，征询其他股东对合作经营计划的意见，达成合作协议，避免后期履行障碍。

（二）股东矛盾退出股权转让的风险点

1. 退出形式不规范。股东间基于矛盾而一方退出，仍应当签订股权转让协议，明确股权对价、办理登记等股权转让必要事项。实践中，存在以下几种不规范退股形式：（1）产生矛盾的双方股东签订欠条，约定向退出方支付一笔款项，但未明确该笔款项性质是借款抑或股权转让款，股权转让关系是否成立存疑。（2）产生矛盾的双方股东签订退资协议，或是混淆转让方主体，由标的公司与退出股东签订退资协议，约定退出股东收回投资。此类约定在表述上更接近于标的公司减资，但标的公司通常又没有履行法定的减资程序，产生行为性质的争议。（3）双方签订零对价股权转让协议，同时另行订立合同约定将转让方对标的公司的投资款转化为债权。此种模式下，股权转让法律关系中主要义务——支付对价、变更登记，被分置于两份协议中，而且将价款支付方由受让股权一方变更为标的公司，构成抽逃出资。

2. 退出事项约定不明。一方股东退出场合，因双方间前期矛盾，

退出方对公司相关材料、证照的移交，法定代表人的变更等事项成为协议履行的难点。在双方未明确约定材料移交时间的情形下，退出方拖延移交材料，受让方通常以此为由要求终止股权转让法律关系，甚至引发公司证照返还等新的诉讼。

3. 退股后标的公司性质变化未予以重视，导致协议的履行可能违反法律，进而在效力上产生疑问。有一起案件反映，两个标的公司均只有转让方、受让方两名自然人股东，双方产生矛盾，达成协议，其中一方同时退出两个标的公司。该协议的履行结果将违背《公司法》第 58 条“一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司”的规定。后转让方以此为由，请求不履行股权转让协议。

（三）资本引入股权转让的风险点

1. 入股形式不清。入股标的公司存在两种形式，一是受让股权，二是认缴增资。二者存在以下差异：（1）主体不同。受让股权属于交易双方意思自治范畴，发生在股权交易双方之间，受让方负有将股权转让款支付给转让方的义务，而认缴增资属公司自决范畴，发生在出资方与标的公司之间，出资方负有向公司缴纳出资的义务。（2）程序不同。受让股权仅需交易双方达成合意，而认缴公司增资需经股东会决议通过增资方案，履行法定增资程序。（3）法律责任不同。受让股权形式下，受让方未支付转让款，转让方有权依据股权转让协议向其主张违约责任；认缴增资形式下，未按约履行出资义务，需承担出资不实的法律责任。实践中，存在入股形式混淆的现象。一方面，标的公司股东与受让方签订协议，约定内容为股权转让，具有以受让

股权形式入股的特征，另一方面，协议措辞为出资协议，受让方负有将款项支付给标的公司的义务，又具有认缴增资的特征。而通常情况下，标的公司又未形成增资决议。由此产生以何种形式入股以及是否有效入股的争议。

2. 股权转让未考量增资引起的股权稀释。以资本引入为目的股权转让，有时与增资相结合，即股权收购方承诺以其自身或关联公司对标的公司进行增资。此时，应当将增资协议的单独履行以及增资后对原股权转让协议约定的股权稀释纳入考量。有一起案件反映，股权交易双方约定以受让方向标的公司增资为条件，零对价转让转让方所持有的标的公司 10% 股权。在股权转让过程中（尚未办理变更登记），受让方履行了协议项下的对标的公司进行增资的义务，导致转让方所持标的公司股份稀释为 2.43%。后受让方诉请转让方办理 10% 股权的变更登记手续，转让方以其未持有 10% 股权为由，要求解除股权转让协议。法院判决，依照股权稀释后转让方实际持有的股权份额办理变更登记。

3. 股权回购设置有待完善。股权回购作为资本投入方降低风险的方式，常在股权转让协议中予以约定。交易双方多将标的公司将来一定期间内是否达到约定的收益、是否成功上市等设置为股权回购条件。诉请履行回购义务占据以引资为目的股权转让纠纷案件很大比例，纠纷主要围绕以下几点：

（1）回购条款是本约抑或预约。在双方未就回购内容明确时，一方抗辩仅构成回购预约，引发回购合意达成与否的争议。

（2）法律关系性质是借款抑或股权转让。股权回购加固定收益条款，很大程度上排除了股权转让的投资风险属性，产生借款还是股权转让的争议。

（3）股权回购条件成就与否以及如何履行。如协议约定的回购义务主体为两名自然人，但并未明确两名义务主体各自应承担的回购比例，由此产生回购范围及价款的争议。

4. 公司为股东就股权转让行为提供担保未经股东会决议。公司对内提供担保受《公司法》及公司章程的约束。《公司法》第 16 条规定，“公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额由限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定的事项的表决”。故在股权转让担保设置中，双方均负有义务审查公司担保的程序以及内容的限制。数起案件反映，标的公司为标的股权转让提供担保，但未经股东会决议，故该担保行为因双方过错而无效。

四、规范股权转让行为的建议

（一）转让方应注重交易信息披露

法律和审判实践对持有更多交易信息的转让方课以较为严格的信息披露义务。转让方的信息披露义务包括以下两个层面：一是向交易对方披露可能影响股权交易成立与否、价格高低的各种因素，积极保持与受让方的信息交流，尽量采取书面形式以保证争议时协商交流过程的再现；二是向标的公司其他股东披露对外股权转让事宜，书面

征询转让意见以及是否行使优先购买权。

（二）受让方应完善股权交易前期尽职调查

股权转让纠纷案件反映出，交易关系中受让方整体上处于相对的信息弱势地位，大部分案件根源于交易前期信息的不对称。为避免交易后期矛盾的凸显，股权受让方应当完善股权交易前期的尽职调查工作。1. 通过阅看标的公司年报、章程，要求转让方提供标的公司审计材料等途径，全面了解标的公司经营情况、对外投资情况、股权架构、资产与负债、收购与被收购事宜、标的股权出资等影响股权交易的因素，核实转让方陈述的真实性。2. 寻求律师事务所、会计师事务所、产权评估机构等相关专业机构的辅助，完善前期股权价值评估。3. 在股权转让协议中列明标的公司资产、负债等基本情况，避免后期争议。

（三）以股权转让目的为出发点，合理设置股权转让条款

明确股权转让的目的，侧重不同股权转让目的下股权转让条款的合理设置。1. 在经营权转让为目的场合，注意明确资产转让部分与股权转让部分的差异，可以将二者作分别约定，以明晰义务履行的标准，同时，处理好股权转让前后标的公司债权债务关系；部分经营权转让的，应注重后期共同合作事项的约定，明确各方权利义务。2. 在因股东矛盾退出场合，选取规范的退出形式，避免与公司减资程序混淆，即时履行公司证照、财务账册等资料的移交，无法即时履行的，明确移交时间，并与股权转让款的支付相挂钩。另，建议在协议中明确自一方退出标的公司后，双方再无其他争议。3. 在以资本引入为目的的

场合，注重借款、出资与股权转让的概念区分，明确股权回购条件及时间，合理设置担保条款。

（四）加强法律法规学习，完善内部治理规范

加强法律法规学习，树立法人人格独立的基本理念，严格遵循《公司法》对公司运作的程式化要求，熟悉股权转让涉及的公司、物权、合同、担保等领域的法律规范，了解既有规范对特定类型企业、特定行业企业股权转让的限定和要求，股权转让前后标的企业性质的转变等，防范股权转让因违反法律规定而存有效力瑕疵和履行障碍。同时，标的企业应完善内部治理，健全企业规章制度，规范公司决议程序，形成良好的企业氛围，防止企业内部治理矛盾延伸至股权交易领域。

（五）提高诚信意识，防范信用风险

在引发股权交易的风险中，信用风险占据近四成。其中，有很大一部分案件纯粹因一方未按约履行协议项下的义务而产生。因此，交易各方应秉持诚实理性的理念，提升自主履约意识，保持交易沟通畅通化，营造良好的股权交易市场氛围，优化营商环境。