

Zhong Yin Lawyers, Shanghai Office, Suite H, 21/F, World Plaza, No.855, South Pudong Road, Shanghai, 200120, China
Jason Tian, attorney-at-law, www.zhongyinlawyer.com, E-mail: tianjie@zhongyinlawyer.com, MP:+86-13816548421

外国投资者隐名投资法律问题

田杰 律师

实践中大量存在着一种特殊的外商投资形式，即外国投资者因为各种原因，不能或不愿意以自己的名义设立公司而寻找一位中国公民并以该中国人的名义设立公司。其中，该中国人不过是挂名股东或名义股东（下称“**名义股东**”），其并不实际出资，其名下股权系由外

国投资者（下称“**实际股东**”）出资形成。法律上，实际股东和名义股东之间存在一种委托与受托的法律关系，并通过一份协议规制双方之间的合作关系（下称“**委托投资协议**”）。

不久前，本人代理的一件涉外股权转让案例中，亦涉及这一问题。通常，在法律并不明确的情况下，我们通常并不建议外国投资者采取此类风险较大的交易安排。但鉴于实践中并不鲜见，因此讨论这一问题就颇为有意义。适逢最高人民法院于2009年末发布一份关于外商投资企业纠纷案件的司法解释征求意见稿《关于设立外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（征求意见稿）（下称“**意见稿**”），在此一并探讨之。

此前，此类投资安排一旦出现纠纷的情况下，法院多会认为交易安排违反了国家有关外商投资企业的审批制度而认定为委托投资协议无效。协议无效常常会带来严重的后果，各方利益均受到损害。为避免这样的后果，意见稿第十条第一款规定：当事人之间约定一方实际投资并享有股东权益，另一方作为外商投资企业名义股东的，在无规避或违反我国法律、行政法规强制性规定以及社会公共利益的情况下，应认定该协议有效。

这一规定表明，最高人民法院并非一概否定委托投资协议的效力，而是根据《合同法》关于合同效力的制度来审查此类委托投资协议。这一态度实际上区分了该类委托投资协议与一般意义上的外商投资合同的性质不同，因此不能完全依据外商投资法律法规来审查此类委托投资协议。毕竟，目前并不存在要求委托投资协议也须经过审批的规定，因此不得以未经审批而轻易否定该等协议的效力。此时，委托人仅得以《合同法》主张其权利，换言之，委托人尽管其作为实际股东，但其无法根据《公司法》以及外商投资的法律法规确认其股东地位或行使作为股东的权利。因此，意见稿第十条第二款和第三款规定：作为委托人的实际投资者请求确认其在外商投资企业中的股东身份或者请求变更外商投资企业股东的，人民法院不予支持。实际投资者请求作为受托人的外商投资企业名义股东依据双方约定履行相应义务的，人民法院应予支持。

对于实际股东和名义股东之间的内部利益分配，意见稿亦作出规定：当事人之间在委托投资协议中未约定利益分配，实际投资者请求判令外商投资企业名义股东向其交付从外商投资企业获得的收益的，人民法院应予支持；该名义股东向实际投资者请求支付必要报酬的，人民法院应当酌情予以支持。索

INSIDE THIS ISSUE

实践中外国投资者（港澳台投资者，视为外国投资者）在投资境内时，经常以隐名投资方式进行，即利用他人名义注册公司，实际出资由外国投资者进行。该类投资安排由其在台资企业中存在较多，也滋生了很多问题。

该等委托投资在法律上的效力并不明朗。2009年末，最高人民法院发布一份关于外商投资企业纠纷案件的司法解释征求意见稿《关于设立外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（征求意见稿），本文结合这一司法解释征求意见稿，对外国投资者隐名投资/委托投资进行初步分析，谨供参考。

取相应的报酬。

然而，就委托投资协议之效力问题，意见稿的上述规定过于原则性。有必要探讨具体情况下委托投资协议的效力问题。在此讨论两点。

一、 委托投资的领域

外国人在境内投资须遵循《指导外商投资方向规定》和《外商投资产业指导目录》，其中有鼓励类、允许类、限制类和禁止类等四大类别。既然委托投资协议不因未经审批而无效，是否意味着通过委托投资安排进行的投资均有效呢？笔者认为，根据意见稿第十条第一款该等投资协议“无规避或违反我国法律、行政法规强制性规定以及社会公共利益的情况下”方可被认为有效。如果外国投资者通过委托投资协议投资于禁止类产业，那么应视为规避并违反了国务院《指导外商投资方向规定》这一行政法规而判为无效。同理，如果外国投资者通过委托投资协议投资于限制类产业且超过了行政法规规定的“限制”的，亦应认定无效。除此之外，在上述委托投资安排下投资于鼓励类和允许类的产业的，则应可以认为有效。



二、 以人民币进行委托投资的行为

委托投资的情况下，往往实际投资的货币是人民币，即外国投资者使用人民币进行委托投资。根据中国的三资企业法，外国投资者境内投资须使用可自由兑换的外币。实践中，仅在特殊几种情况下，外国投资者方可在经批准后使用人民币资金进行投资。就此而言，外国投资者通过委托方式以人民币进行的投资实则规避并违反了国家关于外商投资币种的规定。

二、 以人民币进行委托投资的行为

违反外商投资币种规定是否会致使委托投资协议无效尚难定论。尽管目前中国的外汇资本项目仍然受严格管制，然而考虑国家当初要求外商以外币出资的初衷（旨在吸引外汇资金）以及目前中国的巨额外汇储备的实际情况，再虑及最近中国开始允许外国投资者以任意合法的人民币资金投资设立外商投资合伙企业的实施看，违反上述外商投资币种之规定，并不会损害社会公共利益。因此，法律解释上，可以认为上述外商投资币种规定是管理性强制性规定，而非效力性强制性规定，故，不宜因此认定委托投资协议无效。

上述乃一家之言。尚有待之后的实践检验。

如果上述意见稿的内容最终生效并施行，那么实施该等委托投资的当事人，特别是外国投资者，必须充分严密地拟定委托投资协议的具体内容，细致厘清实际股东与名义股东之间的权利义务的界限。

【**请注意，上述意见稿并未生效，本文仅为传达信息之目的，所作分析不得作为法律意见予以信赖。如有相关问题，请咨询您的律师或与本律师联系。**】

田杰 律师

Jason Tian
Attorney-at-law

电话(Tel):
(86) 13816548421
(86-21) 50383762

传真(Fax):
(86-21) 68869532
(86-21) 50383762

电子邮件(E-Mail):
tianjie@zhongyinlawyer.com;
doroto@163.com

We're on the Web!
我们的网址:

www.zhongyinlawyer.com

OR

www.doroto.com

田律师简介

江苏省徐州市人，毕业于华东政法大学研究生院，获硕士学位。曾先后在英国高伟绅律师行上海代表处任高级法律翻译，并在北京市中伦金通律师事务所上海分所担任专职律师。现执业于中银律师事务所上海分所。

服务范围:

- (1) **房地产投资和收购:** 房屋和土地之买卖和租赁、房地产投资（大型商业、居住物业之项目收购，尽职调查、交易结构设计等）、商业地产经营、物业管理、劳动等；
- (2) **外商投资领域:** 外商投资企业（包括外商投资合伙企业）设立、增资和变更、公司治理结构、股权转让和并购，以及技术、商标许可/转让；外汇管理、外债等资本项目等；
- (3) **法律顾问:** 担任各类企业常年法律顾问，合同起草和审查、协助企业建立劳动、合同管理、公司治理、改制重组、对外投资等规范和制度建设，对企业经营进行事先法律风险防范，促进企业依法经营等。

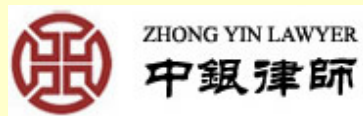
About Mr. Tian and his services:

Mr. Tian graduated from the renowned law school of East China University of Political Science and Law in Shanghai, and before joining Zhong Yin Law Firm, he has worked at Clifford Chance LLP, Shanghai Office and at Zhonglun Law Firm. His legal services cover, *in particular*, **foreign invested real estate businesses** (investment, sale, acquisition, purchase, leasing and property management of both residential, retail, commercial and industrial properties) as well as general FDI, corporate laws and licensing and transfer of trademark/technology, and other general legal businesses such as employment, contract, tort etc.

如果您对上述内容有任何疑问，请致电、致信给我们！

If you have any questions about the contents herein, please do not hesitate to contact us!

中银律师事务所上海分所
上海市浦东南路 855 号世界
广场 21 层 H 座，邮编：
200120



ZHONG YIN LAWYERS
Suite H, 21/F, World
Plaza, No.855, South
Pudong Road, Shanghai,
200120, China