



市场主体法律服务指南系列

科创企业 法律服务指南

本册主编：俞建伟

本册作者：俞建伟 汪家园 沈惜宇
张 红 金明姬



宁波市律师协会
宁波市江北区司法局 宁波市律师协会江北分会
浙江合创律师事务所



市场主体法律服务指南系列

编辑委员会

主 任：林幼红

副主任：欧金铨 徐自立 俞建伟

编委成员：朱利军 陶旭峰 王 榕

胡松松 邓旭东 潘申明

CONTENTS

目 录

第一章 科创企业的设立与内部管理

第一节 科创企业的设立.....	1
第二节 公司章程的设计与修改.....	8
第三节 股东出资、增资与减资.....	17
第四节 公司的组织机构与人员管理.....	32
第五节 股权代持与股权转让.....	46
第六节 公司解散和清算.....	61

第二章 股权设计与股权激励

第一节 公司股权结构.....	76
第二节 股权设计与公司控制权.....	82
第三节 非上市公司股权激励.....	87
第四节 股权激励方案及实施流程详解.....	95
第五节 因股权激励引起的相关纠纷案例.....	99

第三章 企业融资与风险防范

第一节 企业融资方式.....	104
第二节 股权融资.....	107
第三节 银行贷款.....	115
第四节 民间借贷.....	123

第四章 创业投资与鼓励政策

第一节 创业投资企业的备案与表现形式.....	133
第二节 对私募投资基金的管理规范.....	137
第三节 投资协议的主要内容与对赌条款的法律效力.....	140
第四节 明股实债情况的处理.....	146
第五节 国家对创业投资的鼓励与税收优惠.....	152
第六节 股权转让中相关税务问题.....	157

第五章 科技型中小企业申报及优惠政策

第一节 科技型中小企业的申报条件.....	161
第二节 科技型中小企业的申报认定程序.....	167
第三节 申报科技型中小企业的注意事项.....	171
第四节 政府对申报科技型中小企业的鼓励政策.....	172
第五节 研发费用税前加计扣除与风险防控.....	174

第一章 科创企业的设立与内部管理

第一节 科创企业的设立

一、企业的类型与登记规范

根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的相关规定，法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人应当依法成立，应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。法人区别于非法人组织的最主要法律特征是，法人以其全部财产独立承担民事责任，其出资人或股东承担的是有限责任。

法人可以分为营利法人、非营利法人与特别法人。营利法人是以取得利润并分配给股东等出资人成立的法人，包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。显然，绝大多数的科创企业以公司形式设立，属于营利法人。

非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。非法人组织应当依照法律的规定登记。非法人组织区别于法人的主要法律特征是，其财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任。法律另有规定的，依照其规定。

企业只有经设立之后，才具有民事权利能力和民事行为能力，才能开展经营活动。企业的类型有较多，可以分为法人与非法人组织，常见的企业类型有有限责任公司、股份有限公司、个人独资企业、合伙企业等。科创企业大多是有限责任公司，也有少数是股份有限公司或个人独资企业。科创企业的股东除了自然人外，还有较多的是创业投资企业，以公司或合伙企业（主要是有限合伙企业）形式设立。

市场主体的范围比较广泛，除了企业以外，还包括农民专业合作社（联合社）、个体工商户、外国公司分支机构等。2021年前，我国不同市场主体的登记设立适用的是不同的管理规范，如《公司登记管理条例》、《企业法人登记管理条例》、《合伙企业登记管理办法》、《农民专业合作社登记管理条例》等。2021年7月27日，国务院发布了《中华人民共和国市场主体登记管理条例》（以下简称《市场主体登记管理条例》），自2022年3月1日起施行，以上规范同时废止。2022年3月1日，国家市场监督管理总局发布了《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》（以下简称《市场主体登记管理条例实施细则》），对市场主体依照统一规范办理登记。

2023年12月29日通过新修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第32条规定，公司登记事项包括：（1）名称；（2）住所；（3）注册资本；（4）经营范围；（5）法定代表人的姓名；（6）有限责任公司股东、股份有限公司发起人的姓名或者名称。公司登记机关应当将前款规定的公司登记事项通过国家企业信用信息公示系统向社会公示。

《市场主体登记管理条例实施细则》第6条第（一）项作出类似规定。第7条第（一）项规定，公司应当依法备案下列事项：章程、经营期限、有限责任公司股东或者股份有限公司发起人认缴的出资数额、董事、监事、高级管理人员、登记联络员、外商投资公司法律文件送达接受人。

本节以科创企业中最常见的类型有限责任公司为例说明其设立程序。

二、有限责任公司的设立条件

《公司法》第3条第1款规定：公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

我国的公司有两种组织形式：有限责任公司和股份有限公司。其主要差异在于承担民事责任的区别：有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司或者有限公司字样。科创企业的设立首选形式是有限责任公司，其主要特点是：设立程序比较简单，不

必发布公告，也不必公布账目（尤其是资产负债表），公司内部机构设置灵活。但其主要缺点是：由于不能公开发行股票，筹集资金范围和规模一般都比较小，难以适应大规模生产经营活动的需要。所以，科创企业发展到一定规模，尤其是为了上市的需要，就需要改制为股份有限公司。

根据《公司法》第29条的规定，设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。在我国设立有限责任公司，以“严格准则设立主义”为一般原则，以“核准设立主义”为例外。一般情况下，只要符合《公司法》的基本规定，就可以直接办理有限责任公司的注册设立。但是对于关乎国家安全、公共利益、国计民生等行业和领域的有限责任公司的设立，则采取“核准设立主义”。

设立有限责任公司，前期筹备工作应重点关注“名称、住所、章程、认缴出资额与股东”五个基本必备条件。

《公司法》第6条规定：公司应当有自己的名称。公司名称应当符合国家有关规定。公司的名称权受法律保护。

《公司法》第8条规定：公司以其主要办事机构所在地为住所。《市场主体登记管理条例》第16条第（3）项规定，申请办理市场主体登记，应当提交住所或者主要经营场所相关文件。申请人应当向其住所（主要经营场所、经营场所）所在地具有登记管辖权的登记机关办理登记。此前的做法是在办理有限责任公司设立登记时要求提供公司住所证明，公司住所证明是指能够证明公司对其住所享有使用权的文件，包括公司拥有产权的办公用房、租赁的办公用房，或者是所在区域有关部门出具的可以用于办理公司设立登记的场所。现在，对公司住所证明的要求逐渐在放宽。《市场主体登记管理条例》第11条规定：市场主体只能登记一个住所或者主要经营场所。电子商务平台内的自然人经营者可以根据国家有关规定，将电子商务平台提供的网络经营场所作为经营场所。省、自治区、直辖市人民政府可以根据有关法律、行政法规的规定和本地区实际情况，自行或者授权下级人民政府对住所或者主要经营场所作出更加便利市场主体从事经营活动的具体规定。所以，各地对于公司住所的登记规定不尽相同。尤其是科创企业刚开始设立时，经常是以当地科创中心或其他机构提供的地址作为公司的住所，但实际

办公或经营场所另在他处。需要注意的是《市场主体登记管理条例实施细则》第20条第2款规定：市场主体因通过登记的住所（主要经营场所、经营场所）无法取得联系被列入经营异常名录的，在申请办理其他变更登记时，应当依法及时申请办理住所（主要经营场所、经营场所）变更登记。

《公司法》第5条规定：设立公司应当依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

《公司法》第47条规定：有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额、股东出资期限另有规定的，从其规定。

根据此条规定，在一般情况下，登记设立有限责任公司不要求注册资本的最低限额，也不要求股东必须在注册时实际出资，只要股东在公司章程中明确约定公司的注册资本总额以及全体股东认缴的出资额及出资时间即可。因公司注册资本实行认缴登记制，所以也不需要提交验资机构出具的验资证明。新修订的《公司法》与此前规定最大的区别之处是新增的规定：“全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。”

需要注意的是《公司法》第42条规定：“有限责任公司由一个以上五十个以下股东出资设立”。与此前的规定不同的是：有限责任公司可以只有一个股东。同时需要注意第23条第3款规定：只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。如果拟设立公司的股东人数超过50人，可以登记设立为股份有限公司或其他企业形态。如果想设立为有限责任公司，可以考虑设计多层股东结构。

三、有限责任公司设立的具体程序

1.发起人签署发起人协议并制定公司章程。为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人，应当认定为公司的发起人，包括有限责任公司设立时的股东。发起人可以是法人也可以是自然人，有限责任公司的发起人应当不超过50人。需要注意的是：根据我国相关法律的规定，公务员、法

官、检察官不得从事或者参与盈利性的活动，军人不得经商，所以以上这几类人员不能成为有限责任公司的发起人。《公司法》第43条规定：有限责任公司设立时的股东可以签订设立协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。发起人为了设立公司而签订的协议，一般包括以下核心条款：（1）公司的名称、住所、组织机构、经营范围等；（2）公司的注册资本、发起人出资数额、形式和期限；（3）利润的分配；（4）设立费用的承担；（5）违约责任。《公司法》第45条规定：设立有限责任公司，应当由股东共同制定公司章程。公司章程是全体发起人依法制定的基本文件。由于设立时全体股东都需要在公司章程上签名或者盖章，章程便是股东共同一致的意思表示，也是公司获准成立的必备要素。

2.办理公司名称预先核准。由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准，经同意后领取企业名称预先核准通知书。预先核准的公司名称保留期为6个月。预先核准的公司名称在保留期内，不得用于从事经营活动，不得转让。

3.提交设立有限责任公司申请资料。《公司法》第30条第1款规定：申请设立公司，应当提交设立登记申请书、公司章程等文件，提交的相关材料应当真实、合法和有效。申请人可以自行或者指定代表人、委托代理人办理登记、备案事项。所需申请资料具体为：（1）公司法定代表人签署的设立登记申请书；（2）全体股东指定代表或者共同委托代理人的证明；（3）公司章程；（4）股东的主体资格证明或者自然人身份证明；（5）载明公司董事、监事、经理的姓名、住所的文件以及有关委派、选举或者聘用的证明；（6）公司法定代表人任职文件和身份证明；（7）企业名称预先核准通知书；（8）公司住所证明；（9）国家市场监督管理总局规定要求提交的其他文件。法律、行政法规或者国务院决定规定设立有限责任公司必须报经批准的，还应当提交有关批准文件。

4.公司登记机关审查与登记。公司登记机关应当对申请材料进行形式审查。对申请材料齐全、符合法定形式的，登记机关予以确认并当场登记，出具登记通知书。不能当场登记的，登记机关应当向申请人出具接收申请材料凭证，并在3个工作日内对申请材料进行审查；情形复杂的，经登记机关负责人批准，可以延长3个工作日，并书面告知申请人。《公司法》第30条第2款规定：申请材料不齐

全或者不符合法定形式的，公司登记机关应当一次性告知需要补正的材料。第31条规定：申请设立公司，符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。

5.领取营业执照。《公司法》第33条规定：依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。公司登记机关可以发给电子营业执照。电子营业执照与纸质营业执照具有同等法律效力。

6.刻章。公司可以凭营业执照派人到当地公安机关指定的刻章点办理刻印公司公章、财务专用章、合同专用章、发票专用章、法定代表人章等。

7.办理后续事项。如办理银行基本户；记账报税；开设社保账户；申请税控及发票等。

办理公司登记、备案事项，申请人可以到登记机关现场提交申请，也可以通过市场主体登记注册系统提出申请。《公司法》第41条第1款规定：公司登记机关应当优化公司登记办理流程，提高公司登记效率，加强信息化建设，推行网上办理等便捷方式，提升公司登记便利化水平。特别说明：目前浙江省企业设立登记可以在浙江省企业登记全程电子化平台（浙江企业在线）进行操作，企业名称的预先核准和企业开办可以通过线上平台合并办理。如注册在宁波市江北区的企业，既可以在宁波市江北区政务服务中心的登记（发照）机关窗口提交申请材料，也可以通过浙江省企业登记全程电子化平台（浙江企业在线）线上提交。

四、公司设立时的虚假材料申报与信息公示

《公司法》第39条规定：虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司设立登记的，公司登记机关应当依照法律、行政法规的规定予以撤销。

提醒企业注意的是：《公司法》中对违反该规定的相应法律责任的规定。其中第250条规定：违反本法规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资

本的公司，处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以五万元以上二百万元以下的罚款；情节严重的，吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。

还需要注意的是：《市场主体登记管理条例实施细则》第35条规定：市场主体应当按照国家有关规定公示年度报告和登记相关信息。

《公司法》第40条规定，公司应当按照规定通过国家企业信用信息公示系统公示下列事项：（1）有限责任公司股东认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期，股份有限公司发起人认购的股份数；（2）有限责任公司股东、股份有限公司发起人的股权、股份变更信息；（3）行政许可取得、变更、注销等信息；（4）法律、行政法规规定的其他信息。公司应当确保前款公示信息真实、准确、完整。

《公司法》第251条规定：公司未依照本法第四十条规定公示有关信息或者不如实公示有关信息的，由公司登记机关责令改正，可以处一万元以上五万元以下的罚款。情节严重的，处以五万元以上二十万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下的罚款。

《市场主体登记管理条例实施细则》第63条规定：市场主体应当于每年1月1日至6月30日，通过国家企业信用信息公示系统报送上一年度年度报告，并向社会公示。第70条规定：市场主体未按照法律、行政法规规定的期限公示或者报送年度报告的，由登记机关列入经营异常名录，可以处1万元以下的罚款。

根据2014年8月7日国务院令654号公布的行政法规《企业信息公示暂行条例》第17条规定，如果企业未按照规定的期限公示年度报告或者未按照公司登记机关责令的期限公示有关企业信息的，或企业公示信息隐瞒真实情况、弄虚作假的，将被公司登记机关列入经营异常名录，并通过企业信用信息公示系统向社会公示。满3年未履行公示义务的，将被列入严重违法企业名单，并通过企业信用信息公示系统向社会公示。被列入严重违法企业名单的企业的法定代表人、负责人，3年内不得担任其他企业的法定代表人、负责人。

五、有限责任公司设立义务的承担

新修订的《公司法》中新增对有限责任公司设立义务承担的规范。具体见第44条规定：有限责任公司设立时的股东为设立公司从事的民事活动，其法律后果由公司承受。公司未成立的，其法律后果由公司设立时的股东承受；设立时的股东为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。设立时的股东为设立公司以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求公司或者公司设立时的股东承担。设立时的股东因履行公司设立职责造成他人损害的，公司或者无过错的股东承担赔偿责任后，可以向有过错的股东追偿。

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《公司法司法解释（三）》）中有第1条至第5条是关于公司设立的规范。其中第4条规定：公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。部分发起人依照前款规定承担责任后，请求其他发起人分担的，人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任；没有约定责任承担比例的，按照约定的出资比例分担责任；没有约定出资比例的，按照均等份额分担责任。因部分发起人的过错导致公司未成立，其他发起人主张其承担设立行为所产生的费用和债务的，人民法院应当根据过错情况，确定过错一方的责任范围。该解释第5条规定：发起人因履行公司设立职责造成他人损害，公司成立后受害人请求公司承担侵权赔偿责任的，人民法院应予支持；公司未成立，受害人请求全体发起人承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。公司或者无过错的发起人承担赔偿责任后，可以向有过错的发起人追偿。

第二节 公司章程的设计与修改

一、公司章程的内容与特征

《公司法》第46条规定，有限责任公司章程应当载明下列事项：（1）公司

名称和住所；（2）公司经营范围；（3）公司注册资本；（4）股东的姓名或者名称；（5）股东的出资额、出资方式 and 出资日期；（6）公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；（7）公司法定代表人的产生、变更办法；（8）股东会认为需要规定的其他事项。股东应当在公司章程上签名或者盖章。

公司章程是由公司发起人制定的、调整公司内部关系和经营行为的自治规则，其具有法定性、公开性与自治性等法律特征。首先，法定性体现在：设立公司必须依法制定公司章程，公司章程是申请设立登记的必须报送的文件之一；公司章程内容须符合法律规定，《公司法》规定需要载明的事项，公司章程必须逐一载明，不能遗漏，而且章程内容不得与法律法规的强制性规范相抵触；修改公司章程须经过法定程序，股东会会议作出修改公司章程的决议，必须经代表2/3以上表决权的股东通过，公司章程变更需要进行登记。其次，公开性体现在：公司章程需在公司登记机关登记备案，且任何人可以在登记机关通过查询工商档案的方式，查询公司的章程内容；股东有权查阅公司章程，股份有限公司应当将公司章程置备于公司内。还有，自治性体现在：公司在制定章程时可以在《公司法》允许的范围内，确定公司组织及活动的具体规则。其对内效力体现在“公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力”，章程决定着公司日常治理和运营各方面的行为规范；其对外效力，主要表现在公司的权利能力和行为能力方面。未依法登记或者修改后未办理变更登记的公司章程内容不发生对外效力。《公司法》第34条规定：公司登记事项发生变更的，应当依法办理变更登记。公司登记事项未经登记或者未经变更登记，不得对抗善意相对人。第35条第2款规定：公司变更登记事项涉及修改公司章程的，应当提交修改后的公司章程。

公司章程是公司的自治规范，是股东维护其合法权益的重要工具，也是保护公司债权人利益的重要手段。《公司法》对公司章程的规定是法律允许范围内的最低标准，公司章程应当遵守《公司法》的相关规定，同时可以制定高于《公司法》标准的内容。在法律规定必须记载事项的基础上，对于法律上没有强制性规定和要求的内容，股东或发起人在不违反法律和公共道德的前提下可根据具体情况对公司章程进行个性化设计。《公司法》留给有限责任公司的自主空间要

大于股份有限公司。

二、有限责任公司章程的个性化设计

1. 经营范围

《公司法》第9条规定：公司的经营范围由公司章程规定。公司可以修改公司章程，变更经营范围。公司的经营范围中属于法律、行政法规规定须经批准的项目，应当依法经过批准。

公司的经营范围由公司章程规定，并且需要登记，该事项由股东自主决定，按照工商登记的流程办理即可，一般不会出现问題。

2. 法定代表人

《公司法》第10条第1款规定：公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。第11条第2款规定：公司章程或者股东会对法定代表人职权的限制，不得对抗善意相对人。

公司法定代表人变更，应当办理变更登记。法定代表人辞任的，公司应当在法定代表人辞任之日起30日内确定新的法定代表人。《公司法》第35条第3款规定：公司变更法定代表人的，变更登记申请书由变更后的法定代表人签署。

3. 对外投资和提供担保

《公司法》第15条第1款规定：公司向其他企业投资或者为他人提供担保，按照公司章程的规定，由董事会或者股东会决议；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有限额规定的，不得超过规定的限额。

公司章程可规定对外投资和提供担保由董事会还是股东会决议，以及对外投资和担保的额度。投资有风险，对外担保则可能使公司因承担债务而遭受重大损失。此处的担保仅限于对外担保。当公司为公司股东或者实际控制人提供担保时，根据法律规定，应当经股东会决议，是不允许公司章程自由规定的。

4. 注册资本和股东出资

根据《公司法》第46条规定，有限责任公司章程应当载明公司注册资本以及股东的出资额、出资方式 and 出资日期。《公司法》第47条第1款规定：有限责任公司的注册资本为在登记机关登记的全体股东认缴的出资额。全体股东认缴

的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。第49条第1款规定：股东应当按期足额缴纳公司章程规定的各自所认缴的出资额。

根据《公司法》的相关规定，除有特殊限制的主体外，公司注册资本采取认缴制。股东的认缴出资额、出资时间等，由股东自行约定并在公司章程中载明。所以，在公司章程中必须明确注册资本的金额、各股东的认缴出资金额（以实物、知识产权、土地使用权等非货币财产出资的，需明确其价额）和出资时间，非货币财产出资的还需明确交付和过户的时间。股东应按照各自的情况和对公司发展的规划合理确定注册资本金额和出资时间。未履行当期出资义务的股东，应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。建议在章程中明确违约责任的计算方式和承担方式。

5. 利润分配比例和增资优先权

《公司法》第210条第4款规定：公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司按照股东实缴的出资比例分配利润，全体股东约定不按照出资比例分配利润的除外；股份有限公司按照股东所持有的股份比例分配利润，公司章程另有规定的除外。第227条规定：有限责任公司增加注册资本时，股东在同等条件下有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例优先认缴出资的除外。股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东不享有优先认购权，公司章程另有规定或者股东会决议决定股东享有优先认购权的除外。

“同股同权”是《公司法》的一般原则，但考虑到实践中股东对公司的贡献不同，往往不是完全按股权比例确定的。股东之间可以自由约定利润分配比例，不一定按照出资比例分配利润。在公司长期发展中，按照固定的出资比例分配利润会使人力价值贡献和资金价值产生不平衡，也是造成许多股东纠纷的原因。实际中，企业创业初期对股权架构设计或合伙人股权设计的需求越来越高，公司可以充分利用股权的可变特征，制定出适合自己的股权模式。

6. 会议召开和表决方式

《公司法》第24条规定：公司股东会、董事会、监事会召开会议和表决可以采用电子通信方式，公司章程另有规定的除外。

7. 与股东会相关的规范

股东会是公司的权力机构，关于股东会的职权在《公司法》进行了列举，绝大多数公司章程都是直接照搬。但对于有特殊安排的公司，例如针对同股不同权的情形，仍需要企业结合自身情况，将股东会职权具体化，以便于更科学的公司治理。

（1）股东会的职权。《公司法》第59条第1款规定了股东会的职权，在第（9）项规定“公司章程规定的其他职权”，股东可以根据实际需要在章程中赋予股东会其他权利，如：审议批准公司对外进行任何担保事项；审议批准金额超过一定数度的对外投资事项；审议批准公司签订标的额达一定数额的合同；等。

（2）股东会会议召开时间。《公司法》第62条规定：股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议应当按照公司章程的规定按时召开。公司章程中可以规定定期会议召开的时间和次数等。

（3）股东会召开的通知方式。《公司法》第64条第1款规定，召开股东会会议，应当于会议召开15日前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。

（4）股东表决权。《公司法》第65条规定：股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。这条规定意味着公司可以采取“同股不同权”的做法，如华为公司在章程中赋予任正非有“一票否决权”。

（5）股东会的议事方式和表决程序。《公司法》第66条第1款规定：股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。该条第3款规定的事项必须经绝对多数（2/3以上）的表决权才能通过，其他事项由章程自行规定绝对多数决或相对多数决（1/2以上），该种多数决包括股权比例或人数比例，即章程可以规定其他事项按股权比例表决，也可规定按人数比例表决。不同的事项对应不同的表决比例，这也是同股不同权的制度基础。

8. 与董事会相关的规范

（1）董事会职权。《公司法》第67条第2款规定了董事会的职权，在第（10）项规定“公司章程规定或者股东会授予的其他职权”。股东可以根据实际需要在章程中赋予董事会其他权利。常见的扩展职权有：制订修改公司章程的方

案；制订公司职工的劳动待遇、奖罚制度方案；等。此外，股东会可以决议的方式对董事会进行授权，体现股东会对董事会的信任；而对董事会职权的限制，则体现了股东对公司控制的慎重。从现代企业的发展趋势来看，适当扩大董事会职权是大势所趋，有助于提高企业经营决策的效率，也能体现、发挥董事会对公司发展的作用。

（2）董事长、副董事长的产生办法。《公司法》第68条第2款规定：董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。董事会的人员名单由股东会推荐决定。至于董事会中的董事长、副董事长的产生，实践中有股东会决定，也有董事会内部选举。

（3）董事任期。《公司法》第70条第1款规定：董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。需要注意的是：董事的任期按届算，而不是按每个董事个人的任职期限算。这点在董事的增补或改选时要特别注意，最好在增补或改选同时确定为换届。董事在任期内可以辞职，非由职工代表的董事也可以经股东会更换。原董事在没有换人的情况下，应继续履职，这是法定义务，但为了保障董事会的效率，公司还是要及时改选或增补。

（4）董事会议事方式和表决程序。《公司法》第73条第1款规定：董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。从该条规定可见，关于董事会可由章程规定的事项很多，包括董事会的召集方式和召开要求（如通知方式、时限、出席人数）、决议通过的要求（如过半数或2/3）、对不同意见的记录或处理等。由于公司的董事在某些情况下可能给公司造成损害并负有赔偿责任，因此应当将董事对决议发表的不同意见记入会议记录。

9. 与监事会相关的规范

（1）是否设立监事会。根据《公司法》第69条的规定，有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。《公司法》第83条规定：规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。

（2）监事会职权。《公司法》第78条规定了监事会的职权，在第（7）项规

定“公司章程规定的其他职权”。监事会负有监督公司董事、高管，维护公司利益的职责。因此，监事与监事会的职权越大，越有利于对董事、高管形成某种制约，有利于中小股东权利的实现。

（3）监事会的议事方式和表决程序。《公司法》第81条第2款规定：监事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。从该条规定可见，对于监事会的出席人数、通知方式、通知时限、表决程序和方式等可以由公司章程规定。

10. 经理的职权

《公司法》第74条规定：有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。

与此前规定不同的是，新修订的《公司法》对经理的职权没有采取列举方式。经理的职权可以通过公司章程进行明确，公司章程可以详细规定经理的职权。经理的职权也可以由董事会授权，但该授权的权限不应超过董事会自身的权限。

11. 公司股权对外转让

《公司法》第84条第1、3条规定：有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。……公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

有限责任公司具有人合性，股权转让即意味着股东变更或股权结构变动，对维持公司股东的稳定、和谐有重要影响。为确保股东关系的稳定，股东内部转让股权的没有限制条件。在股权对外转让方面，以章程规定优先，章程可以约定禁止股权对外转让、股权对外转让时不受内部优先购买权的限制、不按出资比例行使优先购买权等内容。公司章程没有对股权转让另行约定的，依据《公司法》第84条第2款的规定处理。

12. 股东资格继承

《公司法》第90条规定：自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。

该规定在法律上将股权继承和股东资格继承作了区分。由于股权具有财产和

人身的双重属性，在发生继承时，继承人自然成为股东，很容易打破原先股东的平衡，破坏公司的治理结构，这与有限公司人合性的特征不符。该条规定允许公司章程另作规定，即可以规定继承人不能取得股东资格。

13. “董监高”人员涉及本公司的交易行为

新修订的《公司法》增加的第182、183条分别是对“董监高”人员涉及本公司的关联交易、利用职务便利谋取属于公司的商业机会交易行为的规定，并明确在公司章程中进行规范。

13. “董监高”人员竞业禁止

《公司法》第184条规定：董事、监事、高级管理人员未向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

15. 营业期限和公司解散事由

根据《公司法》第229条第（1）项的规定，公司可因公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现而解散。为了预防出现公司僵局，公司章程应规定公司解散的事由，而具体事由如何约定与公司的商业模式、业务类型等息息相关。

16. 报送财务报告的时间

公司章程应明确向股东报送财务报告的时间。《公司法》第209条第1款规定：有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。

17. 聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所

《公司法》第215条第1款规定：公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所，按照公司章程的规定，由股东会、董事会或者监事会决定。

18. 公司合并是否需要经过经股东会决议

《公司法》第219条规定：公司与其持股90%以上的公司合并，被合并的公司不需经股东会决议，但应当通知其他股东，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权或者股份。公司合并支付的价款不超过本公司净资产10%的，可以不经股东会决议；但是，公司章程另有规定的除外。公司依照前两款规定合并不经股东会决议的，应当经董事会决议。

19. 公司解散后清算组人员组成

《公司法》第232条第2款规定：清算组由董事组成，但是公司章程另有规定或者股东会决议另选他人的除外。

20. 高级管理人员的界定

《公司法》第265条第（1）项规定，高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。公司制定章程时可以根据本公司的具体情况合理列明“高级管理人员”，如技术总负责人、销售总监、法务总监等。

三、公司章程的修改流程

公司成立之初，一般对公司章程的内容写法不是很重视，大都采取的是公司登记机关提供的示范文本。公司章程示范文本的内容相对比较简单，而且股东对可以自定的内容一般采用《公司法》的相关规定，而不是自行约定其他写法。等公司规模发展到一定的阶段，公司章程有了修改的必要。

《公司法》第9、35、59、66、116条中对公司章程修改作出相应的规定。公司章程修改的具体流程如下：

1. 提出修改公司章程的提议

一般由董事会提出修改建议。董事会基于对公司经营情况以及章程的执行和变化情况提出修改建议。

2. 通知股东

公司章程修改属于股东会会议审议事项。有限责任公司应当于会议召开15日前通知全体股东；股份有限公司应于会议召开20日前通知各股东，临时会应当于会议召开15日前通知各股东，发行无记名股票的，应当于会议召开30日前公告。

3. 股东会通过决议

有限责任公司股东会作出修改公司章程的决议，必须经代表2/3以上表决权的股东通过。股份有限公司股东会作出修改公司章程的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

4. 审批（特殊情况）

特定章程变更事项应经主管机关审批。股东会决议通过的章程变更事项应经主管机关审批的，需报主管机关批准。

5. 公告（特殊情况）

特定章程变更事项需经过公告。例如经营范围是章程必须记载事项，经营范围的重大变化，应当予以公告。

6. 办理变更登记

公司变更登记事项涉及公司章程的，应当向公司登记机关提交由公司法定代表人签署的修改后的公司章程或者公司章程修正案。公司章程修改未涉及登记事项的，公司应当将修改的公司章程或者公司章程修正案送公司登记机关备案。

第三节 股东出资、增资与减资

一、股东出资

（一）公司注册资本认缴制的变化

公司的注册资本由股东出资构成。公司设立后，应当向出资人、发起人、股东签发出资证明书、设置股东名册并报公司登记机关登记。股东出资证明书是公司签发给股东证明其享有股东权利的法律凭证。

2013年底修订后的《公司法》规定有限责任公司的注册资本由实缴制改为了认缴制，这样可以大大减轻股东出资的筹资压力。该法第26条第1款规定：有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。注册资本认缴制意味着登记设立有限责任公司不再要求注册资本的最低限额，也不要求股东必须实际出资，即所谓的“零首付”，免去了股东筹资之苦及筹资成本，也避免了公司在开办之初即抽逃注册资本。但“认缴不等于不缴”，认缴制并非免除了注册资本的实际缴付，只是实际缴付注册资本的数额、时间、方式等由公司章程规定。但认缴制也带来一定的弊端，如有些有限责任公司名义上的注册资本很高，但实际缴付到位的资金很少，存在很大的风险；有些有限责任公司章程中约定的认缴期限很长，实际上可能很难到位。所以出现以普通老年人为主要股东

注册成立一个注册资本为上亿元、认缴期限为30年以上的有限责任公司的怪异现象。所以，新修订的《公司法》在第47条中增加了“全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足”的规定。

在一些特殊性质的如银行、保险、证券、期货、担保等领域设立有限责任公司，法律、行政法规以及国务院决定对其注册资本实缴、注册资本最低限额、股东出资期限另有规定的，应当从其规定。

2024年7月1日，以国务院令 第784号发布的《国务院关于实施 中华人民共和国公司法 注册资本登记管理制度的规定》第2条第1款明确规定：2024年6月30日前登记设立的公司，有限责任公司剩余认缴出资期限自2027年7月1日起超过5年的，应当在2027年6月30日前将其剩余认缴出资期限调整至5年内并记载于公司章程，股东应当在调整后的认缴出资期限内足额缴纳认缴的出资额；股份有限公司的发起人应当在2027年6月30日前按照其认购的股份全额缴纳股款。第六条规定：公司未按照本规定调整出资期限、注册资本的，由公司登记机关责令改正；逾期未改正的，由公司登记机关在国家企业信用信息公示系统作出特别标注并向社会公示。

（二）股东出资的方式

《公司法》第48条对股东的出资方式作出了明确规定，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。值得注意的是该条规定与此前规定有所不同，将股权、债权明确纳入可用于作价出资的非货币财产。

《公司法》第49条第1、2款规定：股东应当按期足额缴纳公司章程规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

在以非货币财产出资时，必须同时满足以下几个条件：（1）必须进行评估作价。用于出资的非货币财产必须可以用货币估价，并由有资质的资产评估机构进行评估，出具资产评估报告。（2）可以依法转让。用限制转让的非货币财产

出资有被认定为未全面履行出资义务的风险。（3）办理财产权转移手续。对于以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资的股东，在认定该股东是否全面履行出资义务时，实行权属变更与财产实际交付的双重标准，即及时办理产权转移手续、交付给公司使用。

无论以哪种形式出资，出资人、发起人、股东应当妥善保管入股协议以及出资到位的财务证据、银行转账凭证，出资人、发起人、股东应避免通过“通道方”向公司进行转账投资，在转账时应做好信息备注，保存好能够确认其股东身份的证据。

需要注意《公司法司法解释（三）》中的相关规定。第8条规定：出资人以划拨土地使用权出资，或者以设定权利负担的土地使用权出资，公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理土地变更手续或者解除权利负担；逾期未办理或者未解除的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。第9条规定：出资人以非货币财产出资，未依法评估作价，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。第10条规定：出资人以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资，已经交付公司使用但未办理权属变更手续，公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理权属变更手续；在前述期间内办理了权属变更手续的，人民法院应当认定其已经履行了出资义务；出资人主张自其实际交付财产给公司使用时享有相应股东权利的，人民法院应予支持。出资人以前款规定的财产出资，已经办理权属变更手续但未交付给公司使用，公司或者其他股东主张其向公司交付、并在实际交付之前不享有相应股东权利的，人民法院应予支持。第11条第1款规定，出资人以其他公司股权出资，符合下列条件的，人民法院应当认定出资人已履行出资义务：（1）出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让；（2）出资的股权无权利瑕疵或者权利负担；（3）出资人已履行关于股权转让的法定手续；（4）出资的股权已依法进行了价值评估。

二、股东出资不实的法律责任

（一）股东虚假出资、抽逃出资

股东出资是享有股东权益的基础。股东对于出资应予以重视，避免因虚假出资、抽逃出资承担相应的法律责任。尤其需要注意《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第159条关于“虚假出资、抽逃出资罪”的规定。

虚假出资的常见情况：未交付货币、实物或者未转移财产权；以不享有处分权的财产出资；以划拨土地使用权出资或者以设定权利负担的土地使用权出资。

《公司法》第252条规定：公司的发起人、股东虚假出资，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的，由公司登记机关责令改正，可以处以五万元以上二十万元以下的罚款；情节严重的，处以虚假出资或者未出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

《公司法》第53条规定：公司成立后，股东不得抽逃出资。违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。第253条规定：公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。

《公司法司法解释（三）》第12条规定，公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：（1）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（2）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（3）利用关联交易将出资转出；（4）其他未经法定程序将出资抽回的行为。该解释第14条规定：股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者

实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。

举例：股东以获取验资为目的，短暂的将资金转入又转出的行为，构成抽逃出资，应当承担返还义务。公司高管怠于履行监管出资义务，放任并协助股东抽逃出资的，应承担连带责任。

（二）股东瑕疵出资

常见的瑕疵出资情形有：未按期足额缴纳公司章程规定的出资；非货币财产的评估价值显著低于所认缴的出资额；虽已交付公司使用但未办理权属变更手续的财产出资或虽已办理权属变更手续但未交付公司使用的财产出资。

新修订的《公司法》对股东未按期足额缴纳出资的法律责任进行了详细的规范，具体见第49、50、51、52、54条。其中第49条第3款规定：股东未按期足额缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当对给公司造成的损失承担赔偿责任。第50条规定：有限责任公司设立时，股东未按照公司章程规定实际缴纳出资，或者实际出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，设立时的其他股东与该股东在出资不足的范围内承担连带责任。第51条规定：有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。未及时履行前款规定的义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。第52条规定：股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资，公司依照前条第一款规定发出书面催缴书催缴出资的，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出。自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。依照前款规定丧失的股权应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权；六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起三十日内，向人民法院提起诉讼。第54条规定：公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。

在《公司法司法解释（三）》中，也有一些对股东出资的相关规定，具体见第6条至第20条，需要特别注意的是第16、17、18条规定。其中第16条规定：股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。第17条第1款规定：有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。第18条第1款规定：有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。

（三）因股东出资不足引起的相关案例

案例一：债权人有权请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任

一审案号为（2022）浙0203民初7426号，二审案号为（2023）浙02民终1175号的股东损害公司债权人利益责任纠纷案例。案情简介：舟山维度健身管理有限公司（以下简称维度公司）于2018年6月6日成立，注册资本100万元，贾某1、段某为发起人股东，以货币方式分别认缴出资90万元、10万元，分别持股90%、10%，法定代表人为贾某1。维度公司2018年度报告显示，贾某1、段某实缴出资额均为0元，填报时间2019年5月20日。2019年12月23日，贾某1将其持有的90%股权以0元转让给贾某2，段某将其持有的其中5%股权以0元转让给贾某2，另5%股权以0元转让给盛某。转让方与受让方均签订了股权转让协议。转让后维度公司的新股本结构为：贾某2、盛某以货币方式分别认缴出资95万元、5万元，出资时间均为2038年12月31日前，二人分别持股95%、5%，法定代表人为贾某2。维度公司2019年度报告显示，贾某2、盛某实缴出资额均为0元，填报时间2020年3月26日。

2019年9月24日，浙江省舟山市普陀区人民法院（以下简称普陀法院）作出（2019）浙0903民初1614号民事调解书，调解协议主要内容为：1. 维度公司向江苏君京辰建设工程有限公司（以下简称君京辰公司）支付装修款545,000元，采取分期支付方式；2. 如维度公司未按期履行上述任何一期付款义务，则君京辰公司有权要求维度公司立即支付所有尚未支付的款项，并支付该款自2019年8月8日起按年利率6%计算的利息，同时申请法院强制执行。调解书生效后，因维度公司未按约履行付款义务，君京辰公司向普陀法院申请执行。法院于2020年8月20日作出（2020）浙0903执221号之一执行裁定书，明确君京辰公司仅受偿43,312元，因维度公司无其他可供执行的财产，裁定终结本次执行程序。后，君京辰公司以贾某1、段某、盛某股东损害债权人利益为由，向法院提起诉讼。

宁波市海曙区人民法院审理后认为，在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。但公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的，债权人可以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。君京辰公司对维度公司享有的债权已由普陀法院出具调解书予以确认，维度公司未按约履行调解书确定的义务，经法院强制执行仍无法清偿债务，明显缺乏清偿能力，故维度公司已具备破产原因，但却未申请破产。在此情形下，为保护债权人利益，股东的出资义务依法应当加速到期，君京辰公司作为债权人有权主张未履行或者未全面履行出资义务的维度公司股东承担补充赔偿责任。根据《公司法司法解释（三）》第18条之规定，有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务的情况下转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司债权人有权要求转让股东承担责任，并要求受让人对此承担连带责任。股东在认缴期限届满前享有期限利益，故在认缴期限届满前转让股权的股东，不构成出资瑕疵转让，除非该股东具有转让股权以逃废出资义务的恶意，或存在在注册资本不高的情况下零实缴出资并设定超长认缴期等例外情形。该案中维度公司对君京辰公司所负的债务发生在贾某1、段某转让股权之前，该两人在债务经法院生效裁判文书确认后未积极履行债务，反而在明知维度公司负有到期债务未履行的情况下，以0元转让其所持有的公司股权，且受让人贾某2、盛某在受让股权时年龄已近70周

岁，其清偿能力及经营能力相较贾某1、段某而言明显较弱。所以，贾某1、段某的股权转让行为明显具有滥用股东出资期限利益，以逃避债务，损害公司债权人利益的恶意。故君京辰公司有权要求贾某1、段某在各自未出资范围内对维度公司所负君京辰公司的债务承担补充赔偿责任。盛某应当在5万元未出资范围内对维度公司所欠君京辰公司的债务承担补充赔偿责任。所以判决：（1）贾某1在未出资90万元范围内对（2019）浙0903民初1614号民事调解书确认的维度公司尚欠君京辰公司的债务承担补充赔偿责任；（2）段某在未出资10万元范围内对（2019）浙0903民初1614号民事调解书确认的维度公司尚欠君京辰公司的债务承担补充赔偿责任；（3）盛某对上述第二项判决确定的义务在5万元未出资范围内承担连带责任。

贾某1、段某提起上诉。浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

案例二：公司债权人有权请求未履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任

案号为（2023）浙0205民初602号的买卖合同纠纷案例。案情简介：宁波测昇科技有限公司（以下简称测昇公司）与青海汇隆铁合金有限责任公司（以下简称汇隆公司）就低碳铬铁签订了五份工矿产品购销合同（以下简称铬铁购销合同），约定由测昇公司向汇隆公司购买各种型号的低碳铬铁。案涉五份合同约定的总金额为4078,400元。测昇公司分别于2022年9月7日、9月8日、9月28日向汇隆公司转账支付160万元、130万元、37万元，共计支付货款总额为327万元，支付的货款金额约为80%。后，测昇公司以汇隆公司、刘某、张某为被告向法院提起诉讼。

另查明，汇隆公司于2021年6月29日设立，公司股东为刘某和才某，各认缴出资250万元；因才某将其中20%股份以100万元出让给张某，故2021年8月9日，公司股东由刘某和才某变更为刘某（占股50%）和才某（占股30%）、张某（占股20%）；于2023年3月29日，张某将20%股权以0元转让给刘某，公司股东由刘某、才某、张某变更刘某（以货币认缴出资350万元，占股70%）、才某（以货币认缴150万元，占股30%）。上述股权变更后的公司章程显示认汇隆公司公司

在2022年年度报告中显示，刘某以货币认缴出资为250万元，实际出资为0；张某在2021年7月16日前认缴出资100万元、实际在2021年7月16日缴纳出资80万元，才某认缴出资150万元、实际在2021年7月15日缴纳出资120万元。

浙江省宁波市江北区人民法院审理后认为，在预付货款的买卖合同中，一方支付合同约定货款，而相对方未交付货款的，预付货款的一方当事人有权要求对方当事人交付货物，而对方当事人未能在指定期限内交付货物的，为了减少诉累，可以直接要求对方当事人按主张交货之日的市场价赔偿损失。根据合同约定，汇隆公司应交货时间早已届满，但未能全部交付货物。该案中，汇隆公司未按时交付货物构成违约，亦不能以疫情为由主张免除未交货应承担的违约责任。

法院确认刘某尚未出资，张某仅出资80万元。法院认为，关于刘某、张某是否应在未出资范围内对汇隆公司债务承担补充赔偿责任问题。根据《公司法司法解释（三）》第13条之规定，公司债权人请求未履行或未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予以支持。根据上诉规定，对股东已届出资期未出资的，则公司债权人可以在提起对公司诉讼时一并向已届出资期限但未实际出资的股东提出要求承担补充赔偿责任的诉讼。该案中，刘某作为汇隆公司股东，其出资已届清偿期、但未缴纳出资，根据上述规定，对汇隆公司不能履行义务的，股东刘某应在未出本息范围向测昇公司承担补充赔偿责任。对张某，在2021年成为汇隆公司股东，应缴出资为100万元，实缴仅为80万元，虽然在该案诉讼过程中（具体为2023年3月9日）退出公司，作为出让股东的张某亦应向公司债权人在已届出资期、但未出资范围内承担补充赔偿责任。所以判决：（1）青海汇隆公司应向测昇公司交付《工矿产品购销合同》项下的铬铁共计132吨；（2）若汇隆公司不能在上述第一项指定期限内交付货物，则应返还宁波测昇科技有限公司货款795,555.46元并赔偿货物差价损失241,824元，以上合计1037,379.46元，并赔偿相应的利息损失；（3）该案财产保全费5000元由汇隆公司支付给测昇；（4）刘某与张某分别对汇隆公司上述第一、二、三项义务在未出资的250万元、20万元内对测昇公司承担补充连带责任；测昇公司就前述各项所得不得超出第一、三项或第二、三项之和。

三、公司增加注册资本

（一）公司法中关于增资的规范

《公司法》第十一章专门规范“公司合并、分立、增资、减资”，其中与增资相关的规定有第227、228条。其中，第227条规定：有限责任公司增加注册资本时，股东在同等条件下有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例优先认缴出资的除外。股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东不享有优先认购权，公司章程另有规定或者股东会决议决定股东享有优先认购权的除外。第228条规定：有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，依照本法设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东认购新股，依照本法设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。

（二）公司增加注册资本的方式

公司增加注册资本，简称增资，是指公司为了扩大经营规模，拓展业务，提高公司的资信程度，依法增加注册资本的行为。

公司增资的方式主要有以下几种：1.增加票面价值。是指公司在不改变原有股份总数的情况下增加每股金额，以达到增加资本的目的。例如，应分配股利保留以及股东新缴纳的股款，均可记入每一股中，从而使其票面价值增加。2.增加资本。公司如果需要增加资本，可以由原有股东增加出资，也可以邀请原有股东以外的其他人出资。如果没有特殊约定，有限责任公司股东在同等条件下有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。3.公积金转股。根据《公司法》第214条规定，公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司注册资本。公积金弥补公司亏损，应当先使用任意公积金和法定公积金；仍不能弥补的，可以按照规定使用资本公积金。法定公积金转为增加注册资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的25%。4.债转股。债权人可以将其依法享有的对在中国境内设立的公司的债权，转为公司股权。债权转为公司股权的，公司应当增加注册资本。

除了以上四种常见方式外，股份有限公司增资还可以采取发行新股的方式。

发行新股既可以向社会公众募集，也可以由原有股东认购。公司原有股东不享有优先认购权，公司章程另有规定或者股东会决议决定股东享有优先认购权的除外。

根据《公司法》的相关规定，董事会负责制定公司增加或者减少注册资本的方案。以有限责任公司为例，增资方案的主要内容包括：（1）公司基本情况；（2）新增资本的数额、来源；（3）增资扩股有关当事人；（4）增资扩股目标或用途；（5）资金募集对象（或向原股东增资）；（6）投资者资格要求；（7）出资额度及方式；（8）新增资本与原资本的作价比；（9）认购程序；（10）期限；（11）公司增资后股份的变动情况；（12）公司组织形式等内容。

（三）有限责任公司增资的程序

《市场主体登记管理条例实施细则》第36条第1、2规定：市场主体变更注册资本或者出资额的，应当办理变更登记。公司增加注册资本，有限责任公司股东认缴新增资本的出资和股份有限公司的股东认购新股的，应当按照设立时缴纳出资和缴纳股款的规定执行。股份有限公司以公开发行新股方式或者上市公司以非公开发行新股方式增加注册资本，还应当提交国务院证券监督管理机构的核准或者注册文件。

有限责任公司的增资程序包括：

1.履行公司增加注册资本方案的内部决策程序

一般由公司董事会或董事提出增加注册资本的方案，提交股东会进行决议通过，确定增资方案。

2.签订增资协议

履行完公司内部决策程序后，公司现有股东将与意向增资方就公司的估值，增值的方式、金额、时间、增值方的持股比例、股东权利义务等事项进行磋商，进而签订增资协议，以明确新增注册资本的认缴人、认缴金额、认缴期限以及其他责任等。

3.股东会对增加注册资本进行决议，修订公司章程

公司股东会对增加注册资本进行决议，须经代表2/3以上表决权的现有股东同意后，并据此修订公司章程。

4. 增资方履行增资义务

增资方按照增资协议的约定，认缴或实缴增资款。如果是认缴，则认缴方则只需要在增资协议约定的期限前缴纳出资即可。用财产进行增资的，应对相关财产进行评估，并办理财产所有权的变更手续，将增值财产过户至公司名下，并将动产交付给公司。

5. 办理工商变更登记

公司应持增资协议、股东会决议、修订后的公司章程、公司变更登记申请书等材料，及时向公司登记机关办理注册资本变更登记手续。

四、公司减少注册资本

（一）公司法中关于减资的规范

公司减少注册资本即减资，是指公司成立后，经股东会决议，依法定程序减少原有注册资本的行为。为了维护交易安全，《公司法》对于减资规定了严格的程序要求，尤其是要保障债权人的利益。

《公司法》第十一章专门规范“公司合并、分立、增资、减资”，其中与减资相关的规定有第224、225、226条。其中，第224条规定：公司减少注册资本，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自股东会作出减少注册资本决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。债权人自接到通知之日起30日内，未接到通知的自公告之日起45日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。第225条规定：公司依照本法第214条第2款的规定弥补亏损后，仍有亏损的，可以减少注册资本弥补亏损。减少注册资本弥补亏损的，公司不得向股东分配，也不得免除股东缴纳出资或者股款的义务。依照前款规定减少注册资本的，不适用前条第2款的规定，但应当自股东会作出减少注册资本决议之日起30日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。公司依照前两款的规定减少注册资本后，在法定公积金和任意公积金累计额达到公司注册资本50%前，不得分配利润。第226条规定：

违反本法规定减少注册资本的，股东应当退还其收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

还需要注意《公司法》第255条规定：公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照本法规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以一万元以上十万元以下的罚款。

（二）公司减少注册资本的方式

公司减资主要有三种类型：一是退还资本。即退还股东的部分出资或者股款，主要适用于公司资金过剩的情况。二是弥补亏损。将部分注册资本用于弥补亏损，适用于公司经营亏损或遭受损失的情况。三是免缴出资。即免除股东欠缴的部分资本，由于我国实行认缴登记制，申请设立公司时注明注册资本并认缴部分股本即可成立。所以，这种减资方式适用于我国采取认缴出资的公司。

根据《公司法》的相关规定，减资方案同样是由董事会制定，并经股东会批准后方可执行。减资方案的主要内容包括：减资的理由，减少注册资本的数额，各股东具体承担的减少注册资本的数额，各股东的退款方式、日期，公司减资后的股份变动情况等。

（三）公司减资的程序

公司减资程序包括：

1. 履行公司减少注册资本方案的内部决策程序

一般由公司董事会提出减少注册资本的方案，提交股东会进行决议，须经代表2/3以上表决权的现有股东同意后，确定减资方案并据此修订公司章程。股东会决议需要对减资后的股东利益、债权人利益安排作出明确，并明确章程修改的事项。

2. 编制资产负债表和财产单。根据《公司法》第224条第1款的规定，公司减少注册资本，应当编制资产负债表及财产清单。

3. 进行通知和公告。具体见《公司法》第224条第2款规定。《市场主体登记管理条例实施细则》第36条第3规定：公司减少注册资本，可以通过国家企业信用信息公示系统公告，公告期45日，应当于公告期届满后申请变更登记。法律、

行政法规或者国务院决定对公司注册资本有最低限额规定的，减少后的注册资本应当不少于最低限额。

4.办理变更登记。公司减少注册资本时，公司章程原定的注册资本发生变化，须向原公司登记机关办理变更登记。

（四）未按规定程序减资存在的风险

新修订的《公司法》第47条规定：有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额、股东出资期限另有规定的，从其规定。

该规定此前的《公司法》（2018年）对认缴期限没有明确规定有明显差异，进一步完善了注册资本认缴登记制度。

《公司法》第266条第2款规定：本法施行前已登记设立的公司，出资期限超过本法规定的期限的，除法律、行政法规或者国务院另有规定外，应当逐步调整至本法规定的期限以内；对于出资期限、出资额明显异常的，公司登记机关可以依法要求其及时调整。具体实施办法由国务院规定。

新修订的《公司法》自2024年7月1日起施行。上述规定生效后，对于希望继续经营公司但资金流短缺的股东而言，减少注册资本或许是企业唯一的生存路径。

由于公司减少注册资本的行为将减少或免除股东认缴但尚未履行的出资义务，对债权人的利益造成影响，根据《公司法》第226条规定，公司未按规定程序减少注册资本的，股东不仅要退还其收到的资金，而且要对债务在减资范围内承担补充赔偿责任。

以下举例说明：一审案号为（2014）镇商初字第49号，二审案号为（2015）苏商终字第00140号的分期付款买卖合同纠纷案例。案情简介：2010年2月1日，江苏万丰光伏有限公司（以下简称万丰公司）与上海广力投资管理有限公司（以下简称广力公司）签订《硅料销售合同》一份，约定万丰公司向广力公司供应原生多晶硅10吨，单价39.5万元，计395万元，广力公司于合同签订后3个工作日内支付100万元，剩余货款应于2010年2月28日前支付。合同订立后，万丰公司履

行供货义务，但广力公司只付款124万元。2012年10月26日广力公司出具《还款计划》一份，截止2012年10月25日，广力公司共计欠万丰公司本息380万元，分期偿还：2012年10月30日前付款10万元，2012年11月至2013年9月每月还款30万元，并于2013年10月底还清。若广力公司正常执行上述还款计划，万丰公司免除2012年10月26日以后的利息，如果广力公司未按上述还款计划执行，则向万丰公司按同期银行贷款利率的两倍支付利息，万丰公司有权一次性要求广力公司偿还全部本息。协议订立后，广力公司还款35万元，仍拖欠本金236万元。所以，万丰公司向法院提起诉讼。

广力公司设立于2009年1月，注册资本2500万元，其中丁某2认缴额2000万元，实际出资400万元，持股比例80%，丁某1认缴额500万元，实际出资100万元，持股比例20%。2010年11月19日，广力公司作出股东减资决定，注册资本由2500万元减少至500万元，丁某1、丁某2持股比例不变。广力公司作出减资决议后未通知万丰公司。2011年1月20日，广力公司存于工商档案的《有关债务清偿及担保情况说明》载明，该公司在上海商报刊登了减资公告，广力公司及丁某1、丁某2承诺，未清偿债务及担保债权，由公司继续负责清偿，并由全体股东在法律规定范围内提供相应担保。后，广力公司办理了工商变更登记手续。

江苏省镇江市中级人民法院审理后认为，原告万丰公司与被告广力公司签订《硅料销售合同》合法有效，双方均应依约履行。原告签订合同后，依约履行了供货义务，现被告广力公司尚欠货款236万元事实清楚。2012年10月26日被告广力投资公司于出具《还款计划》，是其真实意思表示，原告主张的截止2014年4月10日利息损失152.8016元（此后利息按同期银行贷款利率的两倍支付利息），未超出还款计划的约定，也不违反法律规定，法院予以认可。广力公司注册资本2500万元，但丁某2、丁某1均只交纳应出资额的20%。2010年11月19日广力公司对注册资本进行了减资，将公司注册资本从2500万元减资至500万元，但并未依照公司法规定通知原告，且只在当地报纸进行公告，其减资行为存在瑕疵，对原告债权人的利益形成侵害。同时，存于工商档案中的情况说明中承诺广力公司及丁某1、丁某2在减资时未清偿债务及担保债权，由公司继续负责清偿，并由全体股东在法律规定范围内提供相应担保。故被告丁某2、丁某1作为股东，应在其

减资额度内对广力公司所欠原告货款承担补充赔偿责任。所以判决：（1）被告广力公司支付原告万丰公司货款236万元、截止2014年4月10日利息152.8016万元（此后利息按中国人民银行同期贷款利率的两倍支付至给付之日止）；（2）被告丁某1、被告丁某2对被告广力公司上述款项不能给付部分，在其减资范围内承担补充赔偿责任。

广力公司、丁某1、丁某2提起上诉，江苏省高级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判决。

第四节 公司的组织机构与人员管理

考虑到科创企业大多是有限责任公司，本节主要是以有限责任公司为例进行说明。

一、公司组织机构：决策、执行与监督

（一）股东会的职权与表决规则

1. 股东会的职权

股东会，是依法由全体股东组成的公司权力机构。根据《公司法》第59条第1款的规定，股东会行使下列职权：（1）选举和更换董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；（2）审议批准董事会的报告；（3）审议批准监事会的报告；（4）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（5）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（6）对发行公司债券作出决议；（7）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；（8）修改公司章程；（9）公司章程规定的其他职权。无论是有限责任公司的股东会还是股份有限公司的股东会，其法定职权都适用该条款规定。

有限责任公司的股东对《公司法》第59条第1款所列事项以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名或者盖章。

2. 股东会的表决规则

股东表决权是指股东拥有的对股东会提案做出意思表示的权利。表决权的大小通常与股东所持的股份多少相对应。《公司法》第4条第2款规定：公司股东对公司依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

《公司法》第65条适用于有限责任公司的规定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。如公司章程中可以采取“同股不同权”的规定，没有实际出资的股东没有表决权。实践中，优先股股东对公司事务无表决权、没有选举及被选举权，一般来说对公司的经营没有参与权。

针对不同的表决事项，股东会作出决议的方式有所区别。有限责任公司股东会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。股东会作出决议，应当经代表过半数表决权的股东通过。股东会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，应当经代表2/3以上表决权的股东通过。

此外，当公司股东与股东会的决议事项有特别利害关系时，该股东与其代理人均不得就其持有的股权行使表决权，以排除利害关系股东通过行使表决权对关联交易决议造成影响。

（二）董事会的组成、职权与表决规则

1. 董事会的组成

根据《公司法》第68条与第120条规定，公司董事会成员为3人以上，其成员中可以有公司职工代表。特别需要注意的是：新修订的《公司法》规定，职工人数300以上的有限责任公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

需要注意的是：新修订的《公司法》取消了对董事会的人数限制。董事会设董事长一人，可以设副董事长。有限责任公司董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。

此外，根据《公司法》第75条与第128条规定，规模较小或者股东人数较少的公司，可以不设董事会，设一名董事。该董事可以兼任公司经理。

2.董事会的职权

董事会是公司的执行机构，也是公司经营决策机关。《公司法》第67条第2款规定，董事会行使下列职权：（1）召集股东会会议，并向股东会报告工作；（2）执行股东会的决议；（3）决定公司的经营计划和投资方案；（4）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（5）制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；（6）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；（7）决定公司内部管理机构的设置；（8）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；（9）制定公司的基本管理制度；（10）公司章程规定或者股东会授予的其他职权。公司章程对董事会职权的限制不得对抗善意相对人。

根据此规定，股东会授权董事会作出其他决定，包括本应属于股东权的职权，如股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议。

3.董事会的表决规则

《公司法》第73条规定：董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，应当一人一票。董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

（三）监事会的组成、职权与议事方式

1.监事会的组成

如果公司设监事会，其成员为三人以上。但公司也可以不设立监事会，只设一名监事或在董事会中设置审计委员会，还可以不设监事。《公司法》第83条规定：规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。

根据《公司法》第76条的规定，监事会成员为3人以上。监事会成员应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。监事会设主席一人，由全体监事过半数选举

产生。董事、高级管理人员不得兼任监事。监事的任期每届为三年。监事任期届满，连选可以连任。

2.监事会的职权

监事会是公司的监督机构，其设置是为了更好地对公司进行内部管理和控制。《公司法》第78条规定，监事会行使下列职权：（1）检查公司财务；（2）对董事、高级管理人员执行职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出解任的建议；（3）当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；（4）提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；（5）向股东会会议提出提案；（6）依照本法第一百八十九条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；（7）公司章程规定的其他职权。

根据《公司法》第79条规定，监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。

3.监事会的议事方式

公司监事会的议事方式及表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。有限责任公司监事会每年度至少召开一次会议。监事可以提议召开临时监事会会议。监事会决议应当经全体监事的过半数通过。监事会决议的表决，应当一人一票。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

（四）审计委员会的设立与议事方式

我国的一些公司中虽然也设立了监事会，但往往是“名不副实”，没有发挥监事会应起到的作用。所以，在新修订的《公司法》中引入“审计委员会”这一机构组织形式，起到替代监事会的作用。

1.审计委员会的设立

《公司法》第69条规定：有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者

监事。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。

审计委员会与传统监事会的主要差异：审计委员会是在董事会中设置，所以其不是一个独立的机构，要受到董事会的领导；而监事会在公司中是一个与董事会平行的独立机构，主要是起监督作用。审计委员会的成员是由董事组成，但“董事、高级管理人员不得兼任监事”。

2. 审计委员会的议事方式

《公司法》第121条对审计委员会的议事方式作出类似监事会的规定：审计委员会作出决议，应当经审计委员会成员的过半数通过。审计委员会决议的表决，应当一人一票。审计委员会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

二、股东会或董事会决议瑕疵及法律救济

（一）公司决议瑕疵及法律救济

股东会、董事会的决议可能存在各种各样的瑕疵，或将严重影响公司、股东的利益和债权人的合法权益。因此，在法律上对股东会、董事会的瑕疵进行救济具有其不可或缺的意义。

《公司法》第25条至第28条对股东会决议的瑕疵情形及救济方式作出规定。第25条规定：公司股东会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。第26条规定：公司股东会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东自决议作出之日起60日内，可以请求人民法院撤销。但是，股东会、董事会的会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，对决议未产生实质影响的除外。未被通知参加股东会会议的股东自知道或者应当知道股东会决议作出之日起60日内，可以请求人民法院撤销；自决议作出之日起一年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。第27条规定：有下列情形之一的，公司股东会、董事会的决议不成立：（1）未召开股东会、董事会会议作出决议；（2）股东会、董事会会议未对决议事项进行表决；（3）出席会议的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数；（4）同意决议事项的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人

数或者所持表决权数。第28条规定：公司股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司应当向公司登记机关申请撤销根据该决议已办理的登记。股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

（二）举例说明公司决议的效力及是否可以被撤销

一审案号为（2021）浙0282民初5364号，二审案号为（2022）浙02民终780号的公司决议效力确认纠纷案例。案情简介：柴某通过股权转让方式分别自案外人处受让宁波慧虹时装设计有限公司（以下简称慧虹公司）2%股权，合计4%股权。慧虹公司于2016年9月28日召开股东会形成决议，同意前述股权转让。2016年9月28日经变更登记，载明柴某出资4万元，占慧虹公司4%股权。慧虹公司2018年9月3日备案的公司章程，载明认缴出资的缴纳期限为2020年8月8日前付清。2020年11月11日，慧虹公司法定代表人向柴某发送电子邮件一份，同时抄送给了其他股东，内容中有“慧虹认购股实缴到期日是2020年8月8日，请尚未缴纳的认购股东及时缴纳。”2021年1月6日，慧虹公司发出股东会会议通知，载明“定于2021年1月25日上午9：30在公司六楼会议室召开全体股东会议”2021年1月25日，各股东均在签到册签名。会后补充制作的股东会决议内容中有：“由于柴某未履行出资义务，经公司催告缴纳，至今逾期出资超165天仍未交纳，因此决定解除柴某的股东资格，即对柴某作出股东除名的决议。同意减少公司的注册资本，由原100万元人民币减至96万元人民币，共减少注册资本4万元，其中，柴某减少出资4万元。减资后，柴某不再是公司股东，公司的注册资本为96万元。”表决情况显示其中四名股东同意，一名股东弃权，同意占比为有表决权股东持股的94.8%。

2021年4月8日，慧虹公司向柴某发送通知，通知后附有前述决议。同年4月16日，柴某向慧虹公司发送函件一份，内容中有：作出该决议的2021年第一次股东会议未在召开前15日之内告知会有剥夺本人股东资格的会议议程，对会议的程序等均没有告知，会议及决议程序违法。本人全程参加了1月25日的股东会会议，会议根本没有讨论本人因未履行出资而被剥夺股东资格一事，会上也没有进行表决和做出决议，本人有整个会议的全程录音。2021年4月19日，慧虹公司出

具回复。后，柴某向法院提起诉讼。

另查明，慧虹公司2016年第1次股东会决议规定的认缴出资期限为2018年8月8日。2018年9月3日的公司章程载明认缴出资期限为2020年8月8日。慧虹公司登记信息显示营业期限自2014年11月18日起，公司注册资本100万元。

浙江省慈溪市人民法院审理后认为，该案主要争议在于案涉落款时间为2021年1月25日的股东会决议是否成立，其效力如何认定。根据《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（四）》第五条规定，股东会决议存在规定的五种情形中任何一种，即可认定股东会决议不成立。慧虹公司在该案中提供的会议纪要、决议内容无法与柴某提供的会议录音对应，故慧虹公司提供的落款时间为1月25日股东会形成的决议并不能视为2021年1月25日股东会形成决议，应视为一项新的股东会决议，但慧虹公司没有证据证明已经按照法律规定、公司章程另行召开股东会，且同时书面决议中一名股东系弃权，因此该决议不能适用前述司法解释第一种情形下规定的可以不召开股东会而直接作出书面决议的例外情形。故法院认为该案慧虹公司提供的股东会决议确属不成立。所以判决确认慧虹公司股东会作出的《2021年第一次股东会决议》不成立。

慧虹公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

三、法定代表人的职责与法律责任

（一）法定代表人的产生

《民法典》第61条第1款规定：依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。《公司法》第10条规定：公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。担任法定代表人的董事或者经理辞任的，视为同时辞去法定代表人。法定代表人辞任的，公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。

由上述规定可知，公司法定代表人由公司章程规定，并不是由法律直接规定，但应是一名自然人。为了防止有些股东逃避责任，将无关人员或不合适的人员委派担任法定代表人，所以《公司法》规定法定代表人由股东在执行公司业务

的董事或者经理之中进行选择。而且，由担任公司何种重要职务的人员担任法定代表人由公司章程进行规定，并依法进行登记。登记后，起到了对外宣示作用，如代表公司对外签订合同或进行诉讼。《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第51条第2款规定：法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。

（二）法定代表人的资格限制

因为公司法定代表人需要担任公司董事或者经理职务之一，所以对法定代表人的资格限制与对“董监高”的资格限制是一样的。具体见《公司法》第178条规定。

另外，依据《中华人民共和国公务员法》第59条规定，公务员不得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。除了公务员不得担任公司法定代表人，事业单位工作人员原则上不能担任或兼任公司法定代表人，除非经过特别批准。

除上述情形外，根据公司章程或合同约定负有竞业限制义务的人、被法院列为失信被执行人的人也不得担任相关单位的法定代表人。

（三）董事长与法定代表人的差异

在大多数公司中，法定代表人是董事长担任的。所以，很多人误解公司董事长就是法定代表人。两者可能是同一人担任，但在法律地位上是有所区别的。

根据《公司法》的相关规定，董事长的法定职权是：（1）股东会由董事会召集，董事长主持；（2）召集和主持董事会会议；（3）股份有限公司的董事长还要检查董事会决议的实施情况。

实务中，董事长的权限往往不限于此，如根据董事会的授权，履行相关职责，常见的权限有审批一定条件下的公司投资事项、一定额度范围的财务开支事项。因为董事长召集和主持董事会会议，所以可以决定董事会是否召开、召开时间、讨论议案等，起到实际决策作用。董事长在公司内部管理中起到核心作用。

法定代表人虽然对外代表公司，但如果不担任公司董事长或董事，往往其权限受到一定的限制，不实质负责公司的重要决策事项。

（四）法定代表人的民事责任

《民法典》第61条第2、3款规定：法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。第62条规定：法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

新修订的《公司法》第11条也有类似规定：法定代表人以公司名义从事的民事活动，其法律后果由公司承受。公司章程或者股东会对法定代表人职权的限制，不得对抗善意相对人。法定代表人因执行职务造成他人损害的，由公司承担民事责任。公司承担民事责任后，依照法律或者公司章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。《民法典》第504条规定：法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。即法定代表人擅自以公司名义与第三人订立合同的，第三人不知道法定代表人超越权限范围的，该合同有效。

需要注意的是，并不是法定代表人以公司名义签订的所有合同都会被认定为有效。根据《公司法》第15条的规定，即使有法定代表人签字、公司盖章的担保协议，如果没有提供董事会或者股东会决议，一般也不会被法院认定为有效。

法定代表人作为公司高级管理人员对公司负有忠实、勤勉义务，不得损害公司利益。如果违反忠实、勤勉义务损害公司利益的，其所得的收入应当归公司所有，给公司造成的损失应当予以赔偿。

（四）法定代表人的其他责任

我国《刑法》中规定了单位犯罪，并对大多数单位犯罪实行双罚制，既对单位判处罚金，又对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。虽然并非所有以单位名义实施的犯罪行为都会对法定代表人追究刑事责任，但是法定代表人还是要时刻防范刑事法律风险。如果法定代表人在单位犯罪案件中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用时，法定代表人就会大概率被认定为该单位犯罪行为的“直接负责的主管人员”，应当承担相应的刑事责任。

如果企业存在违反相关法律法规的行为，其法定代表人可能被处以罚款等行政处罚措施。法定代表人可能还会因企业的不诚信行为受到一定的不利影响，存在较大的风险。如果企业被纳入失信被执行人名单，人民法院对企业采取限制消费措施，企业的法定代表人、主要负责人、实际控制人也要被采取限制消费措施。

四、控股股东、实际控制人的法律责任

（一）控股股东、实际控制人的定义

《公司法》第265条规定中对控股股东、实际控制人进行了定义。控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额超过50%或者其持有的股份占股份有限公司股本总额超过50%的股东；出资额或者持有股份的比例虽然低于50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会的决议产生重大影响的股东。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人。

控股股东、实际控制人应具有能够对股东会的决议产生重大影响或者能够实际支配公司行为的权力，其权力渊源是对公司的直接或者间接的股权投资关系。因此，在判断控股股东、企业实际控制人时，应当审查相关主体与企业相应的股权投资关系及个案的实际情况，综合相关主体对发行人股东会、董事会决议的实质影响、对董事和高级管理人员的提名及任免所起的作用等因素进行分析判断来确定。

（二）控股股东、实际控制人的法律责任

1.以公司名义为公司股东、实际控制人作担保的效力及责任

《公司法》第15条第2、3款规定，公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，应当经股东会决议。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，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

如果公司股东、实际控制人未经授权而擅自以公司名义为其个人债务作担保，一般对公司并不发生法律效力，而担保协议相对方则有权要求公司股东、实

际控制人向其履行担保义务或承担赔偿责任。如果在与公司股东、实际控制人订立担保合同时，相对方明知或应知相关担保事项未经法定决议程序，则该相对方存在一定过错，与实际控制人各按过错承担责任。

2. 控股股东、实际控制人实施关联交易的赔偿责任

《民法典》第84条规定：营利法人的控股出资人、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法人的利益；利用关联关系造成法人损失的，应当承担赔偿责任。《公司法》第22条作出了类似的规定。从以上两条规定可见，控股股东、实际控制人通过关联交易损害公司利益、造成损失的，应当承担赔偿责任。但对于公司普通股东是否可以实施关联交易，法律并没有明确规定，一般由公司章程进行规范。但如果利用其关联关系损害公司利益，给公司造成损失的，也应当承担赔偿责任。

3. 控股股东、实际控制人为对“董监高”的指示行为承担连带责任

新修订的《公司法》中增加的两条内容，明确了控股股东、实际控制人的责任。一是第180条新增的第3款内容“公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定”。意味着控股股东、实际控制人与“董监高”一样对公司负有忠实义务与勤勉义务。二是新增第192条内容：“公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任”。

4. 实际控制人可能会被施以失信惩戒

根据国务院办公厅《关于加快推进社会信用体系建设构建以信用为基础的新型监管机制的指导意见》第12条的规定，对被列入失信联合惩戒对象名单的市场主体，依法依规对其实际控制人进行失信惩戒，并将相关失信行为记入其个人信用记录。

五、“董监高”的义务与法律责任

《公司法》第265条第（一）项规定对高级管理人员进行了定义。高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

（一）“董监高”的资格条件

《公司法》第178条对公司的董事、监事、高级管理人员（以下简称“董监高”）的资格条件作出了一定的限制，如果存在以下情形之一，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：（1）无民事行为能力或者限制民事行为能力；（2）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年；（3）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；（4）担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照、责令关闭之日起未逾三年；（5）个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人。违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的，公司应当解除其职务。

（二）“董监高”的忠实义务和勤勉义务

《公司法》第180条第1、2款规定：董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

“董监高”人员不能凭借其在公司中的特殊地位从中谋取个人利益，也不得将自己置于会造成对公司的义务和对其他人的义务相冲突的位置。忠实义务是指公司高级管理人员应当忠实履行职责，其自身利益与公司利益发生冲突时，应当维护公司利益，不得利用高级管理人员的地位牺牲公司利益为自己或者第三人牟利。董事、高管应当像处于类似位置的普通的谨慎人那样在类似的情况下尽到应尽的注意义务，即理性人标准。当董事、高管履行了一个普通的谨慎人在同样情况下处理同类事情所应尽的勤勉、注意和技能的，就可以免责。而如果行为人对其行为及其后果尽到了适当的注意义务，即可满足善意的要求。

（三）“董监高”人员的行为限制

新修订的《公司法》对“董监高”人员的行为限制进行了细化规范，具体见第181条至第186条规定。其中第181条对董事和高级管理人员的禁止性行为做出了详细规定，要求董事、高级管理人员不得有下列行为：（1）侵占公司财产、挪用公司资金；（2）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（3）利用职权贿赂或者收受其他非法收入；（4）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（5）擅自披露公司秘密；（6）违反对公司忠实义务的其他行为。

《公司法》第182条至第184条分别对关联交易、利用职务便利谋取属于公司的商业机会、经营与其任职公司同类的业务等行为的限制。其中第182条规定：董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。董事、监事、高级管理人员的近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，适用前款规定。第183条规定，董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是，有下列情形之一的除外：（1）向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过；（2）根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。第184条规定：董事、监事、高级管理人员未向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

《公司法》第185条规定：“董事会对本法第一百八十二条至第一百八十四条规定的事项决议时，关联董事不得参与表决，其表决权不计入表决权总数。出席董事会会议的无关联关系董事人数不足三人的，应当将该事项提交股东会审议。”第186条规定：“董事、监事、高级管理人员违反本法第一百八十一条至第一百八十四条规定所得的收入应当归公司所有。”

（四）“董监高”有接受质询和调查的义务

《公司法》第187条规定：股东会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。

根据《公司法》第80条与第131条规定，监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。董事、高级管理人员应当如实向监事会提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

如果公司不设立监事会，是审计委员会行使监事会的职权，可以要求董事、高级管理提供有关情况和资料，提交执行职务的报告。

（五）以案例说明“董监高”的法律责任

《公司法》第188条规定：董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。第191条规定：董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任。

以下举例说明：一审案号为（2019）浙0109民初8807号，二审案号为（2020）浙01民终8086号的损害公司利益责任纠纷案例。案情简介：杭州中南高科产业园管理有限公司（以下简称中南公司）成立于2016年6月23日。2016年7月1日，黄某入职中南公司，担任总经理。2018年5月3日，中南公司法定代表人由丛某变更为黄某。黄某2018年6月不再担任中南公司总经理，改为担任中南集团总经理助理职务。黄某在2018年6月底向丛某等提出辞职，但未获公司批准。2018年8月6日，中南公司法定代表人由黄某变更为丛某。2018年4月，杭州网驿产业园运营管理有限公司（以下简称网驿公司）代理阿尔法智能制造产业园项目。2018年4月18日前黄某已是网驿公司“阿尔法项目”微信聊天群成员，该群聊天记录显示，黄某参与网驿公司阿尔法项目的经营管理。2018年11月12日，黄某向中南公司发送《离职信》申请辞职，中南公司函告黄某，根据公司制度要求，审计部门将在一个月内完成离职审计，之后根据制度办理离职手续。中南公司最后一次向黄某发放工资是在2018年9月11日，之后黄某注销了工资卡。中南公司与黄某在2018年12月16日解除劳动合同。后，中南公司向法院提起诉讼。

另查明，网驿公司成立于2016年5月9日，法定代表人及股东为樊某，监事为黄某，樊某与黄某系夫妻关系。

杭州市萧山区人民法院审理后认为，董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务。该案中，黄某在中南公司任职总经理期间，同时担任其妻

子开办的网驿公司的监事，且实际参与了网驿公司代理的阿尔法智能制造产业园项目的运营，对项目的运营有一定的影响力和控制力。而该项目属于中南公司与网驿公司共同从事的同类业务，应认定黄某违反了对中南公司的忠实义务。现中南公司并未举证证明黄某从网驿公司处取得收益252万元，其相应诉讼请求，法院不予支持。中南公司要求网驿公司承担共同赔偿责任，缺乏事实和法律依据，法院亦不予支持。所以判决驳回中南公司的诉讼请求。

中南公司提起上诉，中南公司提交了新的证据。浙江省杭州市中级人民法院审理后认为，董事、高级管理人员公司负有忠实义务和勤勉义务。未经股东会同意，公司董事、高级管理人员不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。董事、高级管理人员违反忠实义务所得的收入应当归公司所有。综合考量黄某违反忠实义务的行为以及黄某对中南公司造成的损失，出于公平原则，法院酌情认定黄某应向中南公司承担84万元的偿付责任。中南公司要求网驿公司承担连带责任，缺少法律依据，法院不予支持。所以判决：（1）撤销杭州市萧山区人民法院（2019）浙0109民初8807号民事判决；（2）黄某向杭州中南公司支付84万元。

第五节 股权代持与股权转让

一、股权代持的情形与法律效力

（一）股权代持协议的法律效力

股权代持又称委托持股、隐名投资或假名出资，是指实际出资人与他人约定，以该他人的名义代实际出资人履行股东权利义务的一种股权或股份处置方式。其中，实际出资人被称为隐名股东，名义股东又称为显名股东。隐名股东不出现在公司章程或股东名册中，通过名义股东按其指示对公司实施控制行为或行使股东权利。

《公司法司法解释（三）》第24条第1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，如无法律规定的无效情形，人民法院应当认定该合同有效。

该条司法解释规定了有限责任公司股权代持的效力，对股份有限公司则未做具体规定。既然司法解释已经肯定了有限责任公司股权代持的法律效力，那么人和性较有限责任公司更弱的股份有限公司的股权代持法律效力也应该得到肯定。

《民法典》第153条规定：违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。但如果双方签订代持协议的目的是为了规避保险、证券等特定行业的准入禁止性规定，法院一般认为其损害了金融安全、行业管理秩序和社会公共利益，会认定该股权代持协议无效。如果股权代持协议被认定为无效，其法律后果应按照《民法典》第157条的规定进行处理。

（二）股权代持的情形

出现股权代持主要是出于以下三个原因：一是为了规避法律法规关于身份限制的相关规定，如关于国家公职人员禁止投资或入股的规定、关于外商投资准入的规定等；二是为了规避《公司法》关于有限责任公司股东人数限制的规定，或者进行股权激励的需要；三是为了进行资产隔离或规避关联交易、竞业限制等需要，以及股东由于个人情况不方便显名出资。

第一种情形举例：根据《公务员法》第59条第16项的规定，公务员不得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。一般而言，公务员不能成为企业的股东。如果有些公务员想参与企业的投资，但因为身份限制而不能出现在公司股东名册中；如果以亲属名义参与入股，可能会在公务员财产申报时被发现，如果瞒报，将会被处分。所以，有些公务员便以他人的名义进行投资，以股权代持的方式成为隐名股东。此外，较多是外商以中方人员名义投资或在外商投资企业中代持情况。最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第15条第1款规定：合同约定一方实际投资、另一方作为外商投资企业名义股东，不具有法律、行政法规规定的无效情形的，人民法院应认定该合同有效。一方当事人仅以未经外商投资企业审批机关批准为由主张该合同无效或者未生效的，人民法院不予支持。司法实践中，公务

员委托他人的股权代持股权协议一般认定为有效；规避外商投资准入负面清单（“禁止类”）的股权代持协议无效。

第二种情形举例：《公司法》第42条规定：有限责任公司由一个以上五十个以下股东出资设立。如果实际投资者人数太多，不仅影响到有限责任公司的设立，而且可能会影响到公司今后的决策效率。如果股东人数较多，不仅召开股东大会的难度较大，而且通过决议的难度就更大。尤其是对于科创企业而言，创业投资企业往往希望被投资的企业股权比较集中，控制权集中在创始人手中，这样比较容易通过股东会决议，不会出现因为个别小股东的反对导致出现公司僵局，不会出现因为个别股东的股权转让就要修改公司章程并办理变更登记，以后进行股份制改造也相对容易。所以，科创企业的股份往往集中在几个创始人或者实际控制人手中，即使进行股权激励也是由公司的一个或者几个股东代持其他员工的股份，或者设立员工持股平台作为公司股东，由公司创始人或实际控制人担任普通合伙人，其他员工作为有限合伙人。司法实践中，为规避《公司法》关于股东人数限制的股权代持协议一般认定为有效；上市公司股东的股权代持协议一般认定为无效。

第三种情形举例：《公司法》第22条规定：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。一些“董监高”人员想利用关联关系进行交易，但不想因此承担责任，于是以亲友名义进行投资，然后与所任职的企业之间进行关联交易。或者有些人员负有竞业限制义务，在离开原任职的公司两年内不能从事与原用人单位展开同业竞争。于是，以亲友名义进行投资设立公司，自己作为隐名股东，在背后进行实际控制该公司的运行。司法实践中，基于资产隔离、关联交易、竞业限制等目的安排股权代持的，一般认定为有效。还有一些人担心自己从事的行业风险较大，或者自己以个人名义为企业提供担保，以后可能被要求承担责任而导致“破产”，这样自己所投资的企业股份也会被冻结甚至拍卖股权，所以做好提前的预防措施，将自己的资金以他人的名义进行投资，这样所得投资利益可以由自己支配，一般也不会实质损害到自己对公司的控制权，一旦自己被法院强制执行，因为股权登记在他人名下，所以往往可以获得“豁免”。

免”。所以，在一些特殊情况下，以股权代持方式进行隐名投资，可以为实际出资人带来更多的利益，而且可以规避一些风险。

（三）隐名股东与显名股东之间的法律关系

对于现名股东和隐名股东之间关系的处理主要有两种观点：一是实质说。即将实际出资人、隐名股东视为公司股东，重视隐名股东对公司出资的真实意思；二是形式说。即将名义上的出资人、显名股东视为公司股东。

股权归属关系与委托投资关系是两个层面的法律关系：前者因合法的投资行为而形成，后者则因当事人之间的合同行为形成。因此，实际出资人不能以存在合法的委托投资关系为由主张股东地位，受托人也不能以存在持股比例限制为由否定委托投资协议的效力。

在司法实践中，一般在处理外部纠纷时，采取形式说；处理内部纠纷时，采取实质说。对内关系上，隐名股东与显名股东之间应根据双方的协议约定，显名股东为该股权的权利人；对外关系上，即对隐名股东与显名股东以外的其他人，应当按照公示的内容，认定该股权由显名股东享有。

从合同效力看，股东和股东之间的协议与一般的合同在实质上并无本质区别，只要是建立在双方合意的基础上，双方就应当受到约束。实际出资人可以依照约定向显名股东主张权利。《公司法司法解释（三）》第24条第2、3款规定：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。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。

根据《公司法》第55条的规定，有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书，记载内容包括股东的姓名或者名称、认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期。出资证明书由法定代表人签名，并由公司盖章。

根据《公司法》第56条的规定，有限责任公司应当置备股东名册。记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。该条规定可以作为显名股东

对公司主张权利的依据，但不能以此抗辩实际出资的隐名股东。

因为显名股东和隐名股东之间的关系已受《民法典》约束，当隐名股东要求显名时，其与名义股东之间的纠纷就影响到公司，须适用股东对外转让股权的要求。具体见《公司法》第84条第2款规定。

《公司法》第86条规定：股东转让股权的，应当书面通知公司，请求变更股东名册；需要办理变更登记的，并请求公司向公司登记机关办理变更登记。公司拒绝或者在合理期限内不予答复的，转让人、受让人可以依法向人民法院提起诉讼。股权转让的，受让人自记载于股东名册时起可以向公司主张行使股东权利。

依据《公司法》的相关规定，依法进行登记的股东具有对外公示效力，隐名股东在公司对外关系上不具有公示股东的法律地位，其不能以其与显名股东之间的约定为由对抗外部债权人对显名股东主张的正当权利。当显名股东因其未能清偿到期债务而成为被执行人时，其债权人依据工商登记中记载的股权归属，有权向人民法院申请对该股权强制执行。

二、股权代持的风险与控制

股权代持，出资的股东不显名，显名的股东不投资，这种“名不副实”的尴尬处境有潜在的法律风险。

（一）对隐名股东的风险

对于隐名股东的风险主要有：

1. 股权代持协议可能会被认定为无效。如《外商投资法》第28条第1款规定：外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资。如果股权代持协议违反了法律、行政法规的强制性规定，外商投资企业作为实际投资人所投资的科创企业所在的领域属于外商投资准入负面清单（“禁止类”），该股权代持协议会被法院认定为无效。若股权代持协议无效，隐名股东不仅不能享受股东权利，还可能承担行政责任，如被没收违法所得等。最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第20条规定：实际投资者与外商投资企业名义股东之间的合同因恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益，被认定无效的，人民法院应当将因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第

三人。

2. 隐名股东与显名股东之间发生纠纷。股权代持协议，主要是隐名股东与显名股东双方合意的民事合同。若双方没有签订书面形式的股权代持协议，或显名股东一方否认该份协议系其真实的意思表示，且显名股东又未保存相应的证据证明股权代持合意的事实，其可能无法显名，亦无法取回投资款。《公司法司法解释（三）》第24条第2款规定，实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人要证明自己实际履行了出资义务。该解释第25条第2款规定：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。

3. 其他股东可能不同意隐名股东显名。根据《公司法司法解释（三）》第24条第3款规定，实际出资人想要显名，需要经过公司其他股东半数以上同意（类似公司股权对外转让）。即使股权代持协议被认定为有效，显名股东也愿意配合，但如果未经公司其他股东半数以上同意，其变更股东的诉讼请求也得不到法院的支持。

4. 涉及第三人的法律风险。股权代持期间，隐名股东未载于股东名册，股权代持协议对善意第三人也不具有约束力。因此，若显名股东作出转让、质押公司股权等行为，或因其自身原因导致其名下的股权被冻结、追偿等，隐名股东不得以出资人的身份主张这些行为因构成无效处分而无效。如果股权代持协议有约定，只能根据股权代持协议对显名股东进行追偿。《公司法司法解释（三）》第25条第1款规定：“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，人民法院可以参照民法典第三百一十一条的规定处理。”《民法典》第311条是关于“善意取得”的规定。

（二）对显名股东的风险

对于显名股东的风险主要有：

1. 隐名股东出资不实，显名股东要履行出资义务。要成为公司的股东，其首要的义务是出资义务。因为我国实行公司注册资金认缴制，所以存在公司注册成立后，公司股东未按照章程规定按时、足额缴纳出资的情况。如果隐名股东出资

不实，包括抽逃出资，未按时出资，未足额缴纳出资款，以非货币财产出资评估确定的价额显著明显低于公司章程所定价额，显名股东要履行出资义务。

2.公司债务履行不能时受到牵连的风险，例如公司被列入失信被执行人。虽然《公司法》第4条第1句中规定“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任”，但如果有限责任公司的股东存在公司人格混同、出资不实、未办理清算就解散公司等情况，需要承担相应的连带责任。《公司法司法解释（三）》第26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。

3.股权代持协议无效，可能需要根据过错责任赔偿。如最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第19条规定：实际投资者与外商投资企业名义股东之间的合同被认定无效，名义股东持有的股权价值低于实际投资额，实际投资者请求名义股东向其返还现有股权的等值价款的，人民法院应予支持；外商投资企业名义股东明确表示放弃股权或者拒绝继续持有股权的，人民法院可以判令以拍卖、变卖名义股东持有的外商投资企业股权所得向实际投资者返还投资款。实际投资者请求名义股东赔偿损失的，人民法院应当根据名义股东对合同无效是否存在过错及过错大小认定其是否承担赔偿责任及具体赔偿数额。

4.显名股东违反股权代持协议约定，需要承担违约责任。如最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第16条规定：外商投资企业名义股东不履行与实际投资者之间的合同，致使实际投资者不能实现合同目的，实际投资者请求解除合同并由外商投资企业名义股东承担违约责任的，人民法院应予支持。

总而言之，股权代持有利有弊，股权代持协议要根据实际情况，考虑到各种可能出现代持风险进行合理设计。

（三）股权代持的风险控制

因为股权代持情况在现实中较多存在，也有一定的必要性，所以不能一概进行否定，但要注意其中的风险控制。

对于隐名股东而言，建议要注意以下几点：

1.谨慎选择显名股东。显名股东与隐名股东之间的大部分纠纷，归根到底是由于双方缺乏诚信。所以，隐名股东在选择显名股东时候，应充分考虑对方情况，如选择自然人，可选择自己信任的亲友，并了解对方的财产和债务状况；如选择法人，应充分做好资信调查。

2.重视股权代持协议的签订。一般应当采取书面形式，协议中应当明确约定双方的出资比例、利益分配方式、责任划分、纠纷解决方式等。可降低法律风险的协议安排：（1）隐名股东可以在协议中约定显名股东在行使其股东表决权、选任公司管理人员权、请求分配股息红利权、新股认购权、分配剩余财产权等权利时，应当遵照隐名股东的指示来确定；（2）明确显名股东享有的股东权利，并约定上述权利必须经隐名股东书面授权方能行使，如有可能，将上述书面授权告知股东会，强化隐名股东监督权；（3）明确将显名股东的股权财产权排除在外，避免显名股东因死亡、离婚、股权被执行等事由发生时，使得隐名股东陷入到财产追索的泥潭中难以抽身；（4）约定严格的违约责任，对显名股东和隐名股东均起到一定的警示作用，避免任何一方滥用权利给对方造成的损害。

3.保存实际出资的证明。如以货币方式出资，尽量以银行转账方式并保存相关的凭证。如以其他方式出资，应保存交付凭证或办理产权转移登记。

4.参与公司决策和日常经营管理并保留参与的相关证据，发生纠纷时，可以作为其他股东默认隐名股东是公司股东的证据。

5.注意保留股权代持协议及相关材料原件，包括公司开具的出资证明书，隐名股东向公司其他股东、显名股东的配偶及债务人等第三人披露股权代持的书面文件等。

6.必要时可以考虑在签订股权代持协议后办理公证，还可以办理授权委托书公证、股东放弃优先购买权声明书公证、限制股权质押的公证等，以降低法律风险。

对于显名股东而言，建议要注意以下几点：

1.在股权代持协议中明确相关内容。如股权代持协议无效，应由隐名股东承担责任；隐名股东要按时、足额履行实际出资人应承担的义务，显名股东因公司债务履行不能造成的赔偿责任，由隐名股东全部承担；隐名股东不履行股权代持协议，需要承担的违约责任应在协议中进行明确。显名股东对外是公司股东，应承担公司股东不履行相应义务的法律后果，因此在股权代持协议中应明确相关责任由谁承担以及如何承担，设定相应的违约责任。

2.隐名股东与显名股东对投资权益的归属有约定的，应在股权代持协议中予以明确。最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第15条第3款规定：双方未约定利益分配，实际投资者请求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。外商投资企业名义股东向实际投资者请求支付必要报酬的，人民法院应酌情予以支持。

3.显名股东应合理行使知情权。显名股东可以通过查阅公司章程、股东会会议记录、董事会决议以及公司会计报表等，及时了解其他股东的出资情况和公司的经营状况，以预估自己可能面临的风险。

4.显名股东应遵守股权代持协议约定，按照隐名股东的指示处分股权。如显名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，必须得到隐名股东的同意。如果显名股东擅自处分股权造成隐名股东损失，将要承担相应的赔偿责任。

此外，在IPO或并购重组业务中，一般要求拟上市公司和标的公司股权清晰，不存在重大权属纠纷。股权代持有违股权清晰的要求，也容易造成纠纷，所以一般要求解除代持关系，还原实际股东身份。

三、实际投资人的股东资格认定及相关案例

关于实际投资人的股东资格认定，主要是适用《公司法司法解释（三）》第24条规定，股权代持协议有效，不违反法律法规的禁止性规定，实际投资人的股东资格才可能被认定。

一是协议的形式问题。股权代持协议一般是采取书面形式，没有书面形式的协议并不等于股东资格绝对得不到确认。只是因为口头协议的证据力不足，实践

中进行确认还需要更多考虑以下情况：1.是否有证据证明隐名股东的实际出资行为；2.公司其他股东是否知晓甚至同意股权代持行为；3.隐名股东是否实际行使了股东权利等。

二是股权代持协议是否违反法律法规相关规定的问题。一般情况下，违反法律法规强制性规定的股权代持协议会被认定为无效。在实践中，违反程序性规定也可能被认定为无效。

有限责任公司股权对外转让，其他股东在同等条件下有优先购买权。鉴于有限责任公司的人合性，如果隐名股东要求变更股东及办理相关登记，往往也会有一定的限制，但是股份有限公司确认隐名股东资格则限制较少。

需要注意的是：税务机关一般将代持关系还原的股权转让认定为普通的股权转让：一般会按照公允的评估价值计算缴纳股权转让所得税。隐名股东想要取回自己所投资的股权，可能须缴纳一定税款，应予注意。

《公司法司法解释（三）》第21条规定：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。

股份代持常见的纠纷类型主要有以下几种：（1）代持协议效力纠纷；（2）隐名股东确权显名纠纷；（3）隐名股东债务纠纷；（4）投资资金性质纠纷；（5）代持股被转让的善意第三人保护纠纷；等。其中隐名股东确权显名纠纷（案由通常是股东资格确认纠纷）占比过半。

以下举例说明：一审案号为（2021）浙0206民初988号，二审案号为（2021）浙02民终4768号的股东资格确认纠纷案例。案情简介：2020年1月2日，宁波全领达供应链管理有限公司（以下简称全领达公司），设立时登记的法定代表人为俞某，注册资本1150万元。公司章程第11条约定：公司由3个股东投资，股东俞某以货币方式认缴出资690万元，占注册资本的60%；股东宁波全领国际货运代理有限公司（以下简称全领货代公司），以货币方式认缴230万元，占注册资本的20%；股东宁波市北仑万达运输有限责任公司（以下简称万达运输公司），以货币方式认缴出资230万元，占注册资本的20%。第22条约定：公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。第23条约定：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。

2020年2月27日，刘某与俞某签订一份《股权代持协议书》，约定：刘某自愿委托俞某购买全领达公司的股份（占总股本500万的11%），合计55万元，并代为行使相关股东权利。刘某委托俞某代持股份的期间自协议生效开始，至俞某根据刘某指示将代持股份转让给刘某或第三方时终止。

全领达公司成立后，刘某作为总经理参与公司经营管理。2021年1月，全领达公司解除了刘某的总经理职务。后，刘某向法院提起诉讼，要求确认俞某持有全领达公司股权中的11%股权系刘某所有，同时要求全领达公司将刘某持有的股权经工商登记在册。

宁波市北仑区人民法院审理后认为，刘某与第三人俞某之间签订的《股权代持协议书》系双方真实意思表示，未违反相关法律以及行政法规的强制性规定，应属合法有效，对双方当事人均具有约束力。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《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24条的规定为由抗辩的，人民法院不予支持。全领达公司与俞某对刘某作为总经理参与公司经营管理的情况不持异议。从刘某提供的《股权代持协议书》及微信聊天记录看，刘某担任全领达公司总经理期间，负责组织召开每月例会，并负责财务报表、参与共同决策等事宜。虽然第三人万达运输公司、全领货代公司在刘某起诉后出具了回函，不同意刘某成为全领达公司的股东，但是万达运输公司、全领货代公司并未提供证据证明其曾对刘某行使股东权利提出过异议，应当根据其长期接受刘某行使股东权利的行为来判断其真实意思表示。关于刘某的持股比例。刘某与俞某在《股权代持协议书》中约定，刘某自愿委托俞某购买全领达公司的股份（占总股本500万的11%），合计55万元。全领达公司的注册资本为1150万元，公司章程规定第三人俞某认缴出资690万元，占注册资本的60%。认定按照刘某的实际出资金额确定持股比例，刘某持股比例为4.78%。所以判决：（1）确认第三人俞某持有全领达公司股权中的4.78%股权为刘某所有；全领达公司应向公司登记机关申请变更登记，将登

记在第三人俞某名下的股权按上述判决确定的比例变更登记到刘某名下，第三人俞某协助办理变更登记手续。

刘某提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

四、有限责任公司的股权转让

《公司法》第四章专门规定了“有限责任公司的股权转让”，从第84条至第90条。其中第84条规定：有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权的，应当将股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。股东自接到书面通知之日起30日内未答复的，视为放弃优先购买权。两个以上股东行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

与此前的规定不同的是：股东向股东以外的人转让股权，不再需要“经其他股东过半数同意”。区别于股份有限公司以“资合”为主的特点，有限责任公司更加强调“人合”。如果公司股东之间存在特殊关系，如夫妻关系、父子关系或亲戚关系，不希望新的股东加入其中，这在家族企业中表现得尤其明显。所以，有些公司会在章程对股权对外转让作出限制规定，如股权只能在现有股东之间转让，不能转让给其他人；新股东的加入，必须得到原股东的一致同意。

因此，有限责任公司的股权转让流程如下：

1. 股权拟转让方就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，如拟转让的股份数额及价格、付款方式、期限等，并确认其他股东是否行使优先购买权。

2. 股权拟转让方与受让方商定转让事宜，签订《股权转让协议》。协议中应明确公司基本情况；明确转让的股权基本情况，包括股权归属、是否存在股权代持、质押等情况；明确股权转让价款的支付方式、期限；明确税费的承担；明确股权变更期限等相关内容。

3. 通过税务部门取得完税证明。

4. 依据相关法律、行政法规及公司章程约定，通过修改公司章程、股东名册中有关股东及其出资额的记载等公司内部程序确认新股东身份。

5.向公司登记机关办理变更登记。

6.如果原股东退出、增加新的股东，公司注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书。

五、以案例说明股权转让纠纷

需要注意的是《公司法》第88条适用于有限责任公司的股权转让规定：股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不应当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。

以下以案例说明。

案例一：股权转让协议签订后，受让方应按照协议约定支付价款。

一审案号为（2023）浙0212民初460号，二审案号为（2023）浙02民终2996号的股权转让纠纷案例。案情简介：宁波敏露新能源科技有限公司（以下简称敏露公司）注册资本300万元，原股东为忻某和潘某、童某，各持有30%、40%、30%的股权。2022年4月1日，忻某与潘某、童某签订《企业退股函》一份，约定：忻某自愿退出公司，应得股权业务费等总计75万元。2022年5月24日，敏露公司的股权变更为童某持股55%，潘某持股45%。2022年7月8日，敏露公司、童某、潘某与忻某签订《调解协议》一份，约定：1.浙江南都鸿芯动力科技有限公司（以下简称南都公司）欠敏露公司货款1228,593.78元由忻某支付给敏露公司；2.南都公司欠敏露公司模具款47.5万元和16万元库存，共计63.5万元，敏露公司于2022年7月15日前将模具和库存交付给忻某，敏露公司并按照忻某的要求开具增值税发票；忻某在收到发票、模具和库存后于2022年8月31日前支付给敏露公司444,500元；如果忻某向南都公司主张支付模具款和库存，敏露公司应全力配合；3.本协议签订后，南都公司的业务由忻某承接；4.2022年4月1日，敏露公司二股东和忻某签订的《企业退股函》确定敏露公司二股东应支付忻某退股股

权业务费75万元，现三股东重新决算确定敏露公司二股东支付忻某55万元；2022年4月1日，敏露公司二股东和忻某签订的《企业退股函》作废；2022年8月31日前敏露公司二股东支付忻某30万元，剩余25万元于2022年9月30日前敏露公司二股东支付给忻某；5.敏露公司欠供应商566,651.30元，如果供应商主张权利，由敏露公司二股东按照70%和忻某30%的比例承担；6.本协议第一条履行后生效。后，忻某向法院提起诉讼，要求潘某、童某向忻某支付股权转让款55万元。

一审审理中，忻某、潘某、童某确认忻某已履行《调解协议》第一条约定的支付货款1228,593.78元的义务；敏露公司已另行向宁波市鄞州人民法院提起诉讼，要求忻某支付模具和库存款。

宁波市鄞州区人民法院审理后认为，忻某与潘某、童某及敏露公司签订的《调解协议》系各方真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，各方均应全面履行合同义务。现忻某已履行《调解协议》第一条约定的付款义务，据此《调解协议》已生效，潘某、童某应按约支付忻某股权转让款55万元。关于潘某、童某辩称根据涉案《调解协议》的支付时间可以确定忻某具有先履行义务，潘某、童某享有先履行抗辩权。潘某、童某虽为敏露公司股东，但公司财产独立于股东个人财产，敏露公司已就模具款和库存款另行提起诉讼，故潘某、童某不享有先履行抗辩权。潘某、童某辩称忻某应按比例承担敏露公司已支付的6万元债务，但未提交证据证明敏露公司已支付6万元，且主张权利人亦应为敏露公司，故对潘某、童某的辩解，不予采纳。综上，潘某、童某不享有先履行抗辩权。所以判决童某、潘某支付忻某股权转让款55万元。

童某、潘某提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，该案的争议焦点在于涉案股权转让价款的数额。该案中，双方当事人分别为转让忻某持有的敏露公司30%股权，先后签署了《企业退股函》《股权转让协议》《调解协议》，各协议约定的股权转让价款不同。从协议签订时间顺序来看，《调解协议》系最后签署，一般应视为对之前签署的协议的变更或者补充，如存在不一致的，应当以最后一份协议为准。所以二审判决驳回上诉，维持原判。

案例二：其他股东行使优先购买权应从接到书面通知之日起30日内主张。

一审案号为（2021）浙0212民初1960号，二审案号为（2021）浙02民终1739

号的股权转让纠纷案例。案情简介：2016年1月29日，深圳市嘉来达投资有限公司（以下简称嘉来达公司）与宁波司普瑞茵通信技术有限公司（以下简称司普瑞茵公司）签订《股权转让协议》，约定：司普瑞茵公司将其持有的宁波中茵集成科技有限公司（以下简称中茵公司）100%股权中的39%股权转让给嘉来达公司，转让价款为人民币1594万元，一次性支付，居间费3206万元由嘉来达公司承担；双方应配合公司尽快办理有关股东变更的审批手续，并办理相应的工商变更登记手续。协议签订后，当日，嘉来达公司向司普瑞茵公司转账股权转让款1594万元。之后，又通过他人向徐某支付居间费3206万元。2016年5月20日，嘉来达公司与司普瑞茵公司召开股东会，重新选举了中茵公司的执行董事、监事及总经理，并通过了公司章程。嘉来达公司作为股东在决议上签字。公司章程确认嘉来达公司、司普瑞茵公司为中茵公司的股东，分别占注册资本的39%、61%，但一直未办理工商变更登记手续。2017年6月16日，司普瑞茵公司与徐某签订《股权转让协议》一份，约定司普瑞茵公司将其持有的中茵公司注册资本的90%股权以3678.961152万元转让给徐某，徐某在2017年6月30日前将转让款支付给司普瑞茵公司；同日，司普瑞茵公司与蔡某签订《股权转让协议》一份，约定司普瑞茵公司将其持有的中茵公司注册资本的10%股权以408.773461万元转让给蔡某，蔡某在2017年6月30日前将转让款支付给司普瑞茵公司。同日，中茵公司形成《股东决定书》，确认徐某、蔡某为中茵公司的股东，变更公司类型为私营有限责任公司，并于2017年6月19日办理了工商变更登记手续。此后三个月左右，嘉来达公司即知晓了上述股权转让情况及中茵公司在工商登记中的股东变更情况。

2019年10月，嘉来达公司向宁波市鄞州区人民法院提起诉讼，以司普瑞茵公司无权处分嘉来达公司享有的中茵公司39%股权为由。该院就案作出（2019）浙0212民初15576号民事判决：（1）确认嘉来达公司享有中茵公司股东资格，股权份额为39%；（2）司普瑞茵公司、中茵公司、徐某、蔡某协助嘉来达公司办理股权变更登记手续，将徐某持有的中茵公司股权的35.1%、蔡某持有的中茵公司股权的3.9%分别变更登记至嘉来达公司名下。该案判决后，蔡某提起上诉，宁波市中级人民法院作出（2020）浙02民终3361号民事判决，驳回上诉，维持原判。判决后，徐某、蔡某在中茵公司的35.1%、3.9%股权（合计39%）已变更登记

记到嘉来达公司名下。后，嘉来达公司再提起诉讼，诉讼请求：（1）确认司普瑞茵公司分别与徐某、蔡某签署的《股权转让协议》无效；（2）嘉来达公司对司普瑞茵公司对外转让的中茵公司的61%股权享有优先购买权。

宁波市鄞州区人民法院审理后认为，最高人民法院关于公司法的相关司法解释规定，有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权，未就其股权转让事项征求其他股东意见，或者以欺诈、恶意串通等手段，损害其他股东优先购买权，其他股东主张按照同等条件购买该转让股权的，人民法院应当予以支持，但其他股东自知道或者应当知道行使优先购买权的同等条件之日起三十日内没有主张，或者自股权变更登记之日起超过一年的除外。本案中，司普瑞茵公司与徐某、蔡某之间的股权转让事项和股权变更登记发生在2017年6月，嘉来达公司在2017年9月即知道了该股权转让事项及股权变更登记情况，但嘉来达公司并未在知道股权转让事项后三十日内主张优先购买权，且股权变更登记至今已超过一年，嘉来达公司在本案中主张司普瑞茵公司与徐某、蔡某之间于2017年6月16日签订的《股权转让协议》无效并要求实现股权优先购买权，已超过法定的期间。嘉来达公司表示当时司普瑞茵公司告知其徐某、蔡某是代持股份，对此，嘉来达公司没有提交相关证据予以印证，难以认定。所以判决驳回嘉来达公司的全部诉讼请求。

嘉来达公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

第六节 公司解散和清算

法人的民事权利能力与民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。根据《民法典》第68条规定，法人终止的原因有法人解散、法人被宣告破产及法律规定的其他原因，法人需要依法完成清算、注销登记的，法人资格才终止。

想要终结一家公司，需要履行一系列的法律程序，具体而言，主要包括三个阶段：公司解散、公司清算与公司注销。公司解散只是公司法人资格消灭的原

因，在解散过程中，公司丧失的只是从事营业活动的行为能力，其法人资格并未真正消灭。若要公司法人资格消灭，公司解散过程中必须依法进行清算，并办理公司注销手续。

企业破产也是企业法人资格消灭的重要原因，主要是由《企业破产法》进行规范。涉及的内容比较多，所以不在本节中进行阐述。

一、公司解散的原因与类型

公司解散是指已经成立的公司，因公司章程或者法定事由出现而停止对公司的对外经营活动，并开始公司的清算，处理未了结事务从而使公司法人资格消灭的法律行为。

根据公司解散的原因，可将公司解散分为三类：自愿解散、强制解散和股东请求解散三种。根据《公司法》第229条第1款规定，公司解散有以下几种原因：（1）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（2）股东会决议解散；（3）因公司合并或者分立需要解散；（4）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（5）人民法院依照《公司法》第231条的规定予以解散。其中，前3项是自愿解散，第4项是强制解散，第5项是股东请求解散。

《公司法》第229条第2款规定：公司出现前款规定的解散事由，应当在十日内将解散事由通过国家企业信用信息公示系统予以公示。

（一）自愿解散

公司自愿解散，主要是指公司按照章程中的规定或股东会的决议而自动解散公司，这种解散与外在意志无关，取取决于公司或股东的意志。《公司法》规定的自愿解散原因包括以下四个方面：

1. 公司章程规定的营业期限届满

通常来说，公司的营业期限是公司章程中规定的营业期限。实践中，可能会出现公司登记机关登记的营业期限与公司章程中规定的营业期限不一致的情况，应以公司登记机关登记的营业期限为准。根据《公司法》第230条规定，出现公司章程规定的营业期限届满情形的，且尚未向股东分配财产的，可以通过修改公

司章程或者经股东会决议而存续。修改公司章程或者经股东会决议，有限责任公司须经持有2/3以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东会会议的股东所持表决权的2/3以上通过。实务中，股东有继续经营公司的意愿，一般会通过修改公司章程的方式变更营业期限让公司继续经营下去。需要注意的是：公司修改章程后，还需要到公司登记机关办理公司营业期限的变更手续。

2. 公司章程规定的其他解散事由出现

根据《公司法》的规定，公司股东可以在章程中规定解散事由。实务中，公司章程规定的其他解散事由包括：公司完成某个项目后解散；公司亏损达一定数额或比例时解散；公司经营条件发生重大变化；公司持续几年不分红；股东既不能转让股权、公司又不能回购股权形成僵局；等。当公司章程规定的解散事由出现时，公司可以立即解散，无须股东会作出决议。同样，根据《公司法》第230条规定，出现这种情形的，如果股东有继续经营公司的意愿，且尚未向股东分配财产的，可以通过修改公司章程或者经股东会决议而存续。

3. 公司股东会决议解散

股东成立公司的主要目的是为了营利，在合法范围内追求公司利益的最大化。股东作为公司营利的最终受益者，可以在任一时期终止公司持续经营的自主权正是其经营权和财产权合一的体现。这种解散是股东根据其意愿解散公司，完全是基于股东的选择，是公司自治的体现。根据《公司法》第66条第3款、第116条第3款规定，股东会作出公司解散的决议，有限责任公司须经持有2/3以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东会会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

4. 因公司合并或分立而解散

这种解散方式是公司基于法律规定而解散，称之为法定解散。公司合并或分立而导致公司解散，不必履行清算程序。公司合并可以分为吸收合并和新设合并两种形式。一个公司吸收其他公司为吸收合并，被吸收的公司解散。两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并，合并各方解散。无论是吸收合并还是新设合并，至少会有一家原有公司需要解散。《公司法》第220条规定：公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作

出合并决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。债权人自接到通知之日起30日内，未接到通知的自公告之日起45日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。第221条规定：公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

公司分立可以分为存续分立与解散分立两种形式。存续分立是指一个公司分立成两个以上的公司，本公司继续存在并设立一个以上新的公司。在这种情况下，不会发生公司解散事宜，原公司仅需要办理登记事项变更手续。解散分立是指一个公司分立为两个以上的公司，本公司解散并设立两个以上新的公司。在这种情况下，会发生原公司解散事宜。《公司法》第222条规定：公司分立，其财产作相应的分割。公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人，并于30日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。第223条规定：公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

（二）强制解散

公司可能会因行政机关的命令或司法机关的裁定而解散，前者称为行政解散，后者称为司法解散。两者均是基于公权力的介入而使公司法人资格消亡，所以称之为强制解散。狭义的强制解散，一般是指行政解散。

1. 公司被撤销登记

公司被依法撤销，一般是公司设立过程中，提交的材料或设立程序违法，由批准设立的主管部门依照职权作出决定。公司被主管机关依法撤销的，应当解散。《市场主体登记管理条例》第40条规定：提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得市场主体登记的，受虚假市场主体登记影响的自然人、法人和其他组织可以向登记机关提出撤销市场主体登记的申请。

2. 责令关闭

责令关闭，是指公司违反了法律、行政法规的规定，如生产经营者实施了比较严重的违法行为，其行为后果比较严重，被行政机关作出责令停止生产或者经营、停业或关闭的处罚决定。公司被主管机关依法责令关闭的，应当解散。如《环境保护法》第59条第3款规定：企业事业单位和其他生产经营者超过污染物

排放标准或者超过重点污染物排放总量控制指标排放污染物的，县级以上人民政府环境保护主管部门可以责令其采取限制生产、停产整治等措施；情节严重的，报经有批准权的人民政府批准，责令停业、关闭。根据《公司法》第261条规定，外国公司违反本法规定，擅自在中华人民共和国境内设立分支机构的，由公司登记机关责令改正或者关闭，可以并处罚款。

3. 依法被吊销营业执照

吊销营业执照，是指被剥夺公司已经取得的营业执照，使其丧失继续从事生产或者经营的资格。公司被主管机关依法吊销营业执照，应当解散。如根据《公司法》第250条的规定，对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，情节严重的，吊销营业执照。第260条第1款规定：公司成立后无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上的，公司登记机关可以吊销营业执照，但公司依法办理歇业的除外。第262条规定：利用公司名义从事危害国家安全、社会公共利益的严重违法行为的，吊销营业执照。《消费者权益保护法》第56条规定，经营者有“提供的商品或者服务不符合保障人身、财产安全要求的”等情形且情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照。

（三）股东请求解散

《公司法》第231条规定：公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司10%以上表决权的股东，可以请求人民法院解散公司。

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（二）》（以下简称《公司法司法解释（二）》）第1条明确了人民法院应予受理的股东提起解散公司诉讼的四种情形：（1）公司持续两年以上无法召开股东会，公司经营管理发生严重困难的；（2）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会决议，公司经营管理发生严重困难的；（3）公司董事长期冲突，且无法通过股东会解决，公司经营管理发生严重困难的；（4）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

二、公司解散纠纷案件

一审案号为（2023）浙0205民初1497号，二审案号为（2023）浙02民终3251号的公司解散纠纷案例。案情简介：2016年12月27日，宁波易动中融财务管理有限公司（以下简称易动公司）成立，公司注册资本为500万元，法定代表人为吴某，李某、刘某、代某、吴某、赵某是公司股东，分别持有31%、41%、15%、8%、5%股权。易动公司章程第24条载明：由下列情形之一的，公司清算组应当自清算结束之日起30日内向原公司登记机关申请注销登记：（1）公司被依法宣告破产；（2）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定其他解散事由出现，但公司通过修改章程二存续的除外；（3）股东会决议解散；（4）依法被吊销营业执照，责令关闭或被撤销；（5）人民法院依法予以解散；（6）法律、行政法规规定的其他解散情形。后，李某向法院提起起诉，请求解散易动公司。

一审审理中查明，易动公司注册地并无该公司经营场所。吴某于2019年1月被法院以诈骗罪判刑，现已释放。代某于2021年12月被法院以非法吸收公众存款罪判刑。赵某于2019年2月被法院以诈骗罪判刑。刘某于2019年2月被法院以诈骗罪判刑。

宁波市江北区人民法院审理后认为，依据《公司法》第182条规定，公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决时，法院有权依据相关程序，要求公司停止对外经营，依法解散公司。法院认为，李某要求解散易动公司，符合法律规定，理由如下：首先，李某持有易动公司31%股权，符合提起诉讼的条件。其次，易动公司经营管理已经发生严重困难，通过其他途径无法解决。易动公司成立后不久，股东刘某被刑事羁押，此后股东赵某、吴某、代某陆续因刑事犯罪被判刑，公司运行机制完全失灵，股东会、董事会等权力机构和管理机构无法正常运行，无法对公司的任何事项作出任何决议，公司的一切事务处于瘫痪的这种经营管理困难状况，在学理上被称为公司僵局，易动公司已经处于公司僵局状态。再次，易动公司继续存续会使股东利益受到重大损失。易动公司于2016年12月27日成立，成立至今6年有余，并无证据显示其近两年来有经营活动，也无证据显示有任何经营计划和投资方案，注册地址并无易动公司经营场所，易动公司明显属于僵尸企业，无法为股东带来任何

收益。在此情况下，易动公司继续存续会使股东利益受到重大损失。所以判决易动公司于判决生效之日起解散。

代某提起上诉，主要理由：易动公司于2016年底成立，代某作为公司股东已实际出资50万元，不参与公司经营管理，只进行分红。但因股东未完全履行出资义务，易动公司缺乏资金继续经营，加上刘某、赵某因刑事犯罪被羁押，公司濒临倒闭。故在其他未出资股东向代某承担赔偿责任后，易动公司才能解散。浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，易动公司的所有股东于一审中均同意解散该公司。而且，一审法院对解散易动公司已进行了充分说理，故一审法院判决解散易动公司。代某上诉主张的其他股东未出资致其损失而产生的赔偿责任，并非该案审理范围。所以二审判决驳回上诉，维持原判。

三、公司清算义务人与清算程序

（一）公司清算义务人

《民法典》第70条规定：法人解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任；主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

根据《公司法》第232条的规定，除了因公司合并或者分立需要解散不需要进行清算外，因其他原因导致公司解散的，应当清算，应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组，开始清算。董事为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起15日内组成清算组进行清算。清算组由董事组成，但是公司章程另有规定或者股东会决议另选他人的除外。清算义务人未及时履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

该条规定明确了“董事为公司清算义务人”，与《公司法司法解释（二）》第18条规定有区别，应以新修订的《公司法》规定为准。

（二）公司清算的程序

《民法典》第71条规定：法人的清算程序和清算组职权，依照有关法律的规定

定；没有规定的，参照适用公司法律的有关规定。

公司清算的程序见《公司法》第232条至第239条。公司组织进行自行清算的具体程序包括：

1.股东会作出解散公司的决议

根据《公司法》第59条的规定，对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议，是股东会的职权之一。只有一个股东的公司，由该单一股东以《股东决定书》的方式作出决定。根据《公司法》第66条的规定，股东会对公司清算作出决议，应当经代表过半数表决权的股东通过。

2.成立清算组

公司解散的，应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组进行清算。股东会可以在决定解散公司的决议中，同时决定清算组成员及负责人。根据《公司法》第233条的规定，公司因被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销而解散的，作出吊销营业执照、责令关闭或者撤销决定的部门或者公司登记机关，可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。《公司法》第234条规定，清算组在清算期间行使下列职权：（1）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；（2）通知、公告债权人；（3）处理与清算有关的公司未了结的业务；（4）清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；（5）清理债权、债务；（6）处理公司清偿债务后的剩余财产；（7）代表公司参与民事诉讼活动。

3.通知债权人并进行公告

《公司法》第235条规定：清算组应当自成立之日起10日内通知债权人，并于60日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。债权人应当自接到通知之日起30日内，未接到通知的自公告之日起45日内，向清算组申报其债权。债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

4.制订《职工安置方案》并征求职工意见

《公司法》第17条第3款规定：公司研究决定改制、解散、申请破产以及经营方面的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。根据《劳动合同法》第44条

的规定，用人单位解散是劳动合同终止的法定情形。但公司在解散、清算过程中，应做好职工安置工作。所以，清算组制订《职工安置方案》后要通过召开职工代表大会或者其他形式征求职工意见，并征求工会意见，妥善处理解除劳动合同后的相关事宜。例如，确认是否存在拖欠的工资薪酬或社会保险费用的情形，以及决定如何补发、补缴；如何向劳动者计付经济补偿；是否为劳动者安排其他工作岗位等。

5.清理公司财产，编制资产负债表和财产清单

清算组成立后，应当组织编制资产负债表和财产清单，必要时聘请会计师事务所、资产评估公司等进行专项审计、财产价值评估。

6.制定《清算方案》并报确认

《公司法》第236条第1款规定：清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制订清算方案，并报股东会或者人民法院确认。清算组应当编制《清算方案》，就是否需要变现公司财产（包括公司的债权）、如何处理未了结业务，如何清偿债务，以及清偿债务后剩余财产的分配等，提出详尽、可行的方案、步骤。如果公司自行清算，《清算方案》须经股东会审核确认方可实施。

《公司法司法解释（二）》第15条第1款规定：公司自行清算的，清算方案应当报股东会决议确认；人民法院组织清算的，清算方案应当报人民法院确认。未经确认的清算方案，清算组不得执行。

7.进行债务清偿、剩余财产分配等

股东会确认《清算方案》后，清算组应执行该方案，对公司财产实施必要的变现，支付相关费用并清偿公司债务。剩余财产则根据《清算方案》进行分配。

《公司法》第236条第2款规定：公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

8.制作《清算报告》并报确认

《公司法》第239条规定：公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记。《清算报告》是对清算组各项职责履行情况的全面总结和回顾，是公司注销后才主张债权

的债权人等利益相关方判断公司清算行为是否损害其合法权益的重要证据。

（三）与公司清算的相关注意事项

1.清算期间一般不开展与清算无关的经营活动

《民法典》第72条第1款规定：清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动。《公司法》第236条第3款规定：清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。因此，一般而言，清算组只能处理公司未了结的业务以及诉讼、执行案件等，不宜再开展新的经营活动。《公司法司法解释（二）》第10条规定：公司依法清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼，应当以公司的名义进行。公司成立清算组的，由清算组负责人代表公司参加诉讼；尚未成立清算组的，由原法定代表人代表公司参加诉讼。

2.清算组成员负有忠实义务和勤勉义务

《公司法》第238条规定：清算组成员履行清算职责，负有忠实义务和勤勉义务。清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。《公司法司法解释（二）》第23条第1款规定：清算组成员从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失，公司或者债权人主张其承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

3.公司清算应当按照程序进行

在公司清算中，常见的未按照程序进行的情况有：未及时组成清算组，故意拖延清算，未通知债权人或未发公告，未按照规定进行债务清偿，执行未经确认的清算方案，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者在未清偿债务前分配公司财产的。

对于未及时组成清算组或故意拖延清算的处理，《公司法》第233条第1款规定：公司依照前条第一款的规定应当清算，逾期不成立清算组进行清算或者成立清算组后不清算的，利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。《公司法司法解释（二）》第7条第2款规定，有下列情形之一的，债权人、公司股东、董事或其

他利害关系人申请人民法院指定清算组进行清算的，人民法院应予受理：（1）公司解散逾期不成立清算组进行清算的；（2）虽然成立清算组但故意拖延清算的；（3）违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的。

对于未通知债权人或未发公告的处理，《公司法》第255条规定：公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照本法规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以一万元以上十万元以下的罚款。

《公司法司法解释（二）》第11条规定：公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十五条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

对于未按照规定进行债务清偿或执行未经确认的清算方案的处理，《公司法司法解释（二）》第12条规定：公司清算时，债权人对清算组核定的债权有异议的，可以要求清算组重新核定。清算组不予重新核定，或者债权人对重新核定的债权仍有异议，债权人以公司为被告向人民法院提起诉讼请求确认的，人民法院应予受理。该解释第15条第2款规定：执行未经确认的清算方案给公司或者债权人造成损失，公司、股东、董事、公司其他利害关系人或者债权人主张清算组成员承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

对于隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者在未清偿债务前分配公司财产的处理，《公司法》第256条规定：公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载，或者在未清偿债务前分配公司财产的，由公司登记机关责令改正，对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额百分之五以上百分之十以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

4.发现公司财产不足清偿债务，应及时宣告破产

《公司法》第237条规定：清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请破产清算。人

民法院受理破产申请后，清算组应当将清算事务移交给人民法院指定的破产管理人。《公司法司法解释（二）》第17条规定：人民法院指定的清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单时，发现公司财产不足清偿债务的，可以与债权人协商制作有关债务清偿方案。债务清偿方案经全体债权人确认且不损害其他利害关系人利益的，人民法院可依清算组的申请裁定予以认可。清算组依据该清偿方案清偿债务后，应当向人民法院申请裁定终结清算程序。债权人对债务清偿方案不予确认或者人民法院不予认可的，清算组应当依法向人民法院申请宣告破产。

四、公司清算责任纠纷案例

一审案号为（2022）浙0212民初2237号，二审案号为（2022）浙02民终4577号的公司清算责任纠纷案例。案情简介：2011年9月7日，金华力德工程机械有限公司（买方，以下简称力德公司）与熔盛机械有限公司（卖方，以下简称熔盛公司）签订《工程机械买卖合同》7份，约定以分期付款的方式向熔盛公司购买7台型号为ZY210-8的挖掘机。后熔盛公司履行了供货义务，力德公司未按约全额付款，为此，熔盛公司诉至法院。2019年10月12日，安徽省合肥高新技术产业开发区法院（以下简称安徽高新法院）作出（2019）皖0191民初73号民事判决书，判决：（1）力德公司应给付熔盛公司货款2884,096元及逾期付款利息。该判决生效后，因力德公司未按生效判决履行义务，熔盛公司向安徽高新法院申请强制执行。2020年12月30日，法院出具（2020）皖0191执2574号之一执行裁定书，以力德公司暂无其他可供执行的财产为由，裁定终结本次执行程序。

力德公司由刘某、吴某于2011年8月1日发起成立，公司注册资本为200万元，其中刘某认缴出资180万元，出资比例占90%，吴某认缴出资20万元，出资比例占10%。该公司因未参加2012年度年检，于2013年11月11日被吊销营业执照，至今未成立清算组进行清算。熔盛公司向法院起诉，要求刘某、吴某对力德公司安徽高新法院作出的73号判决确定的未履行债务承担连带清偿责任。

宁波市鄞州区人民法院审理后认为，该案当事人对熔盛公司依据73号判决享有对力德公司的债权及该债权目前经法院执行未获清偿的事实均无异议。根据

《公司法司法解释（二）》第18条第2款的规定，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。从该款规定来看，承担清算责任需同时符合被告为清算义务人、存在怠于履行清算义务的情形、存在无法清算的事实及两者之间存在因果关系等构成要件。法院认为，熔盛公司之诉成立。虽然该案中熔盛公司作为债权人未申请人民法院指定清算组对公司进行清算，但根据《公司法司法解释（二）》第7条的规定，债权人申请人民法院指定清算组进行清算系债权人享有的权利并非义务，是否存在无法清算的事实亦非只有通过人民法院强制清算程序方可认定。综上，刘某、吴某符合承担清算责任的法定构成要件，应当依法承担相应责任。所以判决被告刘某、吴某对（2019）皖0191民初73号民事判决书确定的力德公司所负债务向原告熔盛公司承担连带清偿责任。

吴某提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

五、办理公司注销登记

《民法典》第72条第3款规定：清算结束并完成法人注销登记时，法人终止；依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人终止。《公司法》第239条规定：公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记。《市场主体登记管理条例》第32条第2款规定：清算组应当自清算结束之日起30日内向登记机关申请注销登记。市场主体申请注销登记前，应当依法办理分支机构注销登记。

公司的注销登记，包括普通程序注销登记和简易程序注销登记。

关于普通程序注销登记，《市场主体登记管理条例》第31条规定：市场主体因解散、被宣告破产或者其他法定事由需要终止的，应当依法向登记机关申请注销登记。经登记机关注销登记，市场主体终止。市场主体注销依法须经批准的，应当经批准后向登记机关申请注销登记。《市场主体登记管理条例实施细则》第46条第1款规定，申请办理注销登记，应当提交下列材料：（1）申请书；（2）依法作出解散、注销的决议或者决定，或者被行政机关吊销营业执照、责令关

闭、撤销的文件；（3）清算报告、负责清理债权债务的文件或者清理债务完结的证明；（4）税务部门出具的清税证明。此外，《公司法》第241条规定：公司被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，满三年未向公司登记机关申请注销公司登记的，公司登记机关可以通过国家企业信用信息公示系统予以公告，公告期限不少于60日。公告期限届满后，未有异议的，公司登记机关可以注销公司登记。依照前款规定注销公司登记的，原公司股东、清算义务人的责任不受影响。

关于简易程序注销登记，《公司法》新增第240条关于简易程序注销登记的规定：公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务的，经全体股东承诺，可以按照规定通过简易程序注销公司登记。通过简易程序注销公司登记，应当通过国家企业信用信息公示系统予以公告，公告期限不少于20日。公告期限届满后，未有异议的，公司可以在20日内向公司登记机关申请注销公司登记。公司通过简易程序注销公司登记，股东对本条第一款规定的内容承诺不实的，应当对注销登记前的债务承担连带责任。《市场主体登记管理条例实施细则》第47条规定：申请办理简易注销登记，应当提交申请书和全体投资人承诺书。第48条规定了不得申请办理简易注销登记的几类市场主体。

需要注意《国务院关于实施 中华人民共和国公司法 注册资本登记管理制度的规定》第8条规定：公司自被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销之日起，满3年未向公司登记机关申请注销公司登记的，公司登记机关可以通过国家企业信用信息公示系统予以公告，公告期限不少于60日。公告期内，相关部门、债权人以及其他利害关系人向公司登记机关提出异议的，注销程序终止。公告期限届满后无异议的，公司登记机关可以注销公司登记，并在国家企业信用信息公示系统作出特别标注。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

规范名称	性质	发布或开始实施时间	最新修正或修订时间
《中华人民共和国民法典》	法律	2020 年 5 月 28 日	
《中华人民共和国公司法》	法律	1993 年 12 月 29 日	2023 年 12 月 29 日
《中华人民共和国市场主体登记管理条例》	行政法规	2021 年 7 月 27 日	
《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》	规章	2022 年 3 月 1 日（国家市场监督管理总局令第 52 号）	
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（一）》	司法解释	2006 年 5 月 9 日	2014 年 2 月 20 日
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（二）》	司法解释	2008 年 5 月 5 日	2020 年 12 月 23 日
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）》	司法解释	2010 年 12 月 6 日	2020 年 12 月 23 日
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（四）》	司法解释	2016 年 12 月 5 日	2020 年 12 月 23 日
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（五）》	司法解释	2019 年 4 月 22 日	2020 年 12 月 23 日
最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》	司法解释	2010 年 5 月 17 日	2020 年 12 月 23 日

第二章 股权设计与股权激励

第一节 公司股权结构

《公司法》第4条第2款规定，公司股东对公司依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。公司股权属于复合型的权利，其中包含了股东资产收益权、剩余财产分配权、股权转让权、优先购买权、优先认购权、异议股东的回购权、解散公司请求权、确认公司决议无效或者撤销等请求权、知情权及质询权等。

在公司设立或发展过程中，股权设计属于顶层设计，股权设计的最终目的在于公司股东之间的协作与共享。当然，不重视股权设计的失败案例很多，近年来影响较大的有国美控股集团黄光裕控制权之争、餐饮巨头“真功夫”家族股权内斗、“逻辑思维”分家、万宝之争等，这些公司控制权之争的背后，无不映射着股权设计的重要意义。

公司的股权结构直接影响决策权，即影响公司做出什么样的决策，选择什么样的业务范围，怎样进行战略部署，怎样进行经营活动。这些问题解决以后，才能解决公司日常经营管理方面的问题。

一、公司股权结构的类型

公司的股权结构，对公司的类型、发展以及组织结构的形成具有重大的意义。公司股权结构的变化会导致公司组织结构、经营走向的管理方式变化，所以公司实际上是一个动态的、具有弹性的柔性经营组织。

我们一般将公司股权结构分为三大类型：高度集中型、分散型、博弈型。公司股权结构直接影响着公司的决策效率和决策结果，因此，股权结构设计与公司

治理之间存在着天然的联系。

（一）高度集中型

高度集中型股权结构，也称为控制型股权结构，常见于家族企业，公司绝对控股股东一般拥有公司股份的50%以上，其表现为控股股东“一股独大”，对公司拥有绝对控制权。并且该股东推荐自己或家族成员作为该企业董事长（或董事）、总经理、法定代表人，掌管公司公章，从而实现对公司的全方位控制。

该类型的企业在初创期有明显优势，高度集中的股权使得创业成功与否与实际控制人有着直接的关联，并且创业初期需要高效地决策，以便将更多的精力投入最重要的部分——产品的研发与市场开拓。这个时期，只要实际控制人不发生变化，其他股东的加入或退出对公司发展的影响都不大，但如果一个公司长期保持着高度集中的股权，将不利于公司的扩张发展。再者，在高度集中型股权结构下，公司的经营战略、日常管理往往都集中在大股东手中，一旦大股东发生意外，无疑对公司造成巨大冲击。

该类型股权结构的优点非常明显：（1）足够的投票权往往可以保证控股股东本身或其代表直接参与公司经营，由此促进企业经营，提高企业的效率水平并增加全体股东的财富；（2）形成“控制权共享收益”，控股股东的控股行为可以给公司整体（包括大小股东在内的所有股东）带来收益；（3）解决了“搭便车”的问题，大股东有动机，也有能力去监督公司的管理层，使股东与管理者的代理摩擦减小；（4）一定程度的股权集中可以降低股东与管理者之间代理成本。

同时，该类型股权结构的缺点也非常明显：（1）当大股东的控制权缺乏公司其他利益相关者的监督和制约时，大股东就会采取“隧道行为”为自己谋取控制权私利，损害众多小股东的利益；（2）形成“控制权私人收益”，控股股东利用其控股地位从公司转移资产和利润，从而损害了中小股东和公司的利益。

（二）分散型

分散型股权结构一般由于各股东投入和地位相当，公司没有绝对控股的大股东，比如公司有5名股东，各持有20%。公司股权比例在分配上难以集中，导致实际控制人难以准确判断。

相比高度集中型的股权结构，分散型在股东决策效率上相对要低一些。并且太多分散的股权结构中小股东的数量必然过多，可能会导致小股东消极参与决策与管理，甚至在意见不一致时还会导致公司僵局的出现。但这不是意味着分散型股权结构就不好，任何一种股权结构有利也就有弊。在分散型股权结构下，股东之间可以形成相互制衡的关系，有利于提高决策的民主性与科学性，有利于促进企业健全治理结构，促进管理层激励机制多元化。在日常经营中，要充分利用董事会进行日常管理与决策，一人一票的董事会议事规则更适合分散型的公司。

该类型股权结构的优点主要表现在：（1）在股权高度分散的情况下，股东持股数相近，权力分配较为平均，在股东之间存在一种制衡机制，有利于产生权力制衡与民主决策；（2）有利于经营者创造性的发挥；（3）可以降低股东持有股份的流动性风险，带来流动性收益。

该类型股权结构的缺点主要表现在：（1）公司股东无法在集体行动上达成一致，可能会降低公司的反应速度，使公司错失机会，降低工作效率；（2）由于股东“搭便车”的行为和监督成本的存在，经营者常常利用自身的信息优势，采取机会主义行为，侵害广大股东的利益。

（三）博弈型

博弈型的股权结构最为常见，是指股东之间股权平均分配，常常表现为“50%、50%；40%、40%、20%”，公司拥有较大的相对控股股东，同时还拥有其他大股东，所持股份比例在10%与50%之间。

在中小企业设立初期，创始人都偏爱这种“平分天下”的股权结构。但这种结构常常被称为“最差”的股权结构。在这种结构下，通常难以认定公司的实际控制人，没有核心股东，难以达成一致意见，容易造成股东矛盾与公司僵局。不过，最好的股权结构和最差的股权结构并不是绝对的，适合当下企业发展需求的就是最好的股权结构。

该类型股权结构的优点主要表现在：（1）由于股权相对集中，大股东有加强监督减少私人收益的激励；（2）由于大股东各自的利益最大化约束以及利益分配不均衡，部分可能损害中小股东利益的决策常常不易达成一致意见，无形中构造了一种利益均衡机制，有效降低对小股东利益的侵害。

该类型股权结构的缺点主要表现在：（1）股权相对集中但不易达成一致意见，也可能引起大股东关注控制权争夺，导致公司的业务受损甚至瘫痪，使小股东利益受损；（2）大股东对投资项目的未来、回报率、各自所承担的成本与享受的收益的看法可能不一致，并且由于存在多个大股东，通过谈判形成一致意见的难度增加，从而使得一些高价值的投资项目被放弃，最终造成公司价值受损；（3）共同监督公司管理层，大股东之间可能存在搭便车动机，最终造成监督不力。

综上所述，以上三种股权结构各有优缺点，因此企业在进行股权结构设计的时候需要结合公司实际情况进行设计。

二、公司股权结构的治理机制

（一）高度集中型股权结构的治理机制

高度集中型的股权结构在创业初期有一定的优势，因为股权的高度集中，使得创业项目的成功与否与控股股东直接相关。但如果公司长期保持这种模式，将不利于公司的发展。

高度集中型股权结构的治理机制设计要点：（1）实施股权激励。通过实施股权激励实现股权多元化，使得管理层和核心员工持有公司股权，既可调动员工工作积极性，又可弥补激励与约束机制的不足，还可完善公司的股权结构、健全公司的治理机制。（2）将公司的经营权与所有权分离。分离所有权与经营权的主要目的是防止控股股东的专制与武断，降低公司的经营风险。

（二）分散型股权结构的治理机制

分散型股权结构是指股东所持股权比例较为分散，作为公司创始人的股东较多，各创始人的投入与地位旗鼓相当，导致股东股权比例在分配上难以集中，最终导致实际控制人难以准确判断。

分散型股权结构的治理机制设计要点：（1）利用董事会进行公司治理。由于股权的分散导致股东在股东会上难以形成控制权，因此可以利用董事会进行日常的管理与决策。控制董事会席位与提名权无疑成为实现公司控制权的有效手段。（2）形成重大事项的一票否决权。由于股权的分散，想要某一股东实现对

公司的绝对控制权或者相对控制权的难度较大，但实现安全控制权，也就是一票否决权就相对比较容易。在分配股权比例时，可以守住“34%”的底线，这样就拥有了重大事项的一票否决权，在某种意义上，也相当于拥有了控制权。

（三）博弈型股权结构及其治理机制

博弈型股权结构也是日常中较为常见的一种类型，它是指股东之间股权分配较为平均，股权比例相当，相互制衡。这种股权结构难以形成实际控制人，股东之间极易发生矛盾，最终导致公司僵局。

博弈型股权结构的治理机制设计要点：（1）实施动态调整机制。绝大部分公司在设立时会将持股比例“一锤定音”，无论日后公司发生什么变化，都不会考虑动态地去调整股权比例，这其实不利于公司的发展。我们可以适当地去做突破，比如某一股东，连续几年均未实现合作初期约定的事项，可以考虑降低持股比例。（2）适用同股不同权制度。可以在公司章程中对股东的表决权与出资比例作分离设计，在不改变出资比例的情形下，保障实际控制权的实现。

以上是三大股权结构与其治理机制的设计要点，不存在绝对的最好股权结构或最差股权结构，适合企业自身发展的股权结构就是好的股权结构。

三、多层次的股权结构

多层次股权架构，顾名思义，就是多个层次、多重股权。多层次股权结构往往非自然人直接持股，而是通过法人或非法人组织（合伙企业）持股的方式，层层持股，既能保证控制权的稳定性，还不影响收益的流向。多层股权结构的搭建对于公司的股权结构的设计与公司治理结构的完善，有着重要作用。如果公司在初创期就能意识并重视股权的重要性，将为公司后续的发展壮大减少很多障碍。

（一）单层股权结构

单层股权结构是指由股东直接持有目标公司的股权，在股东与目标公司之间未设置持股平台的简单股权架构，也是大多数中小企业和创业公司普遍采用的股权结构。

单层股权结构通常适用于股东人数较少的公司。随着公司的发展，股东人数的不断增多，尤其是股东意见不一致时，会不断增加股东会的工作量，降低企业

经营决策的效率，不利于企业提升整体的市场竞争力。另外，投资型股东直接持股，因为中间没有“隔离带”、“防火墙”，无形中增加股东自身的投资风险，同时在税务的筹划上也没有太多的操作空间。单层股权结构在公司资金运转、经营投资等过程中不利于合理节税，自然人股东直接持股，在分红和发生股权转让时都会增加税收负担。按照《个人所得税法》的相关规定，个人从被投资企业分得的股息红利，要缴纳20%的个人所得税，且不能扣除任何费用；自然人股东转让股权属于《个人所得税法》中的“财产转让所得”，也要按规定缴纳20%的个人所得税。因此，当公司股东人数较多时，不建议采用单层股权结构。

（二）双层股权结构

双层股权结构中，公司不是全部由股东直接持股，而是嵌套一层持股平台。企业在快速发展的过程中，需要融资、吸收外部投资者，或因股权激励增加员工持股，单层股权结构已逐渐不再适用，演变成双层股权结构或多层股权结构已在所难免。

在自然人股东与目标公司之间架构一持股平台，以持股平台对外融资、吸收投资者，有利于资金的流动，降低税负，同时也为投资型股东与目标公司之间架构“防火墙”，有力防范目标公司各种经营风险。另外，架构持股平台也便于预留“股权池”用于股权激励，同时更有利于做好股权的设计，从而确保公司实际控制人的控制权。当然，持股平台的设立也为企业发展成为集团公司或上市公司奠定有利的平台。

架构持股平台的类型主要有：（1）全部通过持股平台持股。自然人股东的股份全部通过持股平台持有，目标公司没有自然人股东，由此可分为单个持股平台模式和多个持股平台模式。（2）部分通过持股平台持股。一部分自然人股东仍保留股东直接持股，另一部分自然人股东则通过持股平台间接持有目标公司的股份。一般根据投资型股东、管理型股东、技术型股东、资源型股东的不同需求、不同类型进行合理的安排。

（三）多层股权结构

多层股权结构中，公司不是全部股东直接持股，而是嵌套两层或两层以上的持股平台。多层股权结构一般层级较多，股权结构比较复杂，大型企业几乎都采

用三层或三层以上股权结构。理论上讲，股权结构可以无限层级嵌套，但层级越多，管理难度越大，很多公司为了特殊目的设置了多层嵌套持股平台，持股平台多是空壳公司或非法人组织（合伙企业），并不实际经营。

双层或多层股权结构的关键都在于持股平台，实践中常用的持股平台为有限责任公司或有限合伙企业。其优势主要在于：

一是保证创始人股东的控制权。企业发展到一定阶段时，对于管理层和核心技术人员，单纯的工资与奖金已经无法留下他们或者公司无法发出可以让他们留下的薪酬时，就需要股权激励了。当股权激励成为唯一选择的时候，创始人股东就在思考有没有一种方式，可以把公司控制权留在自己手上，然后用部分股权进行激励员工，而此时，持股平台，特别是有限合伙企业，可以较好地实现公司实际控制人的这个想法。

二是避免公司登记事项变更繁琐。股东直接持股，一旦股权发生变动，相应会导致公司登记事项变更，这样不利于公司的合规管理，需要经常召开股东会会议和增加合规成本，可能增加很多本不该出现的股权层面瑕疵，不利于创业公司后续融资或资本运作。

三是便于减轻税收。搭建有限合伙企业持股平台可以有效避免对股东和企业的双重征税，有限合伙企业根据规定无需缴纳企业所得税。

四是预留“期权池”引进投资。“期权池”是公司在融资之前为激励人才而预留的一部分股份。相比之下，投资人选择目标公司时更青睐于预留的“期权池”平台公司，否则融资后将会对原有的股份进行稀释，会增加各种不确定的投资风险。

第二节 股权设计与公司控制权

一、股权设计的三大基本点

（一）进入机制

进入机制的重要性不言而喻，不仅包含了股东的出资金额、出资形式、出资

时间与周期，还包括了分红比例、表决比例等。运行良好的进入机制往往决定议事规则与退出机制能否良态运作，同时能起到“四两拨千斤”的奇效。如《公司法》第65条规定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。

该条规定，为企业在股权设计中留下了一定的空间。如果没有进行提前设计，可能会导致大股东、实际控制人为获得公司控制权而付出巨大的资金成本。

（二）议事规则

一些公司在制定公司章程或工作制度时不注重股东会与董事会议事规则，究其原因这是由于控制权绝对掌握在控股股东手中，控股股东派人担任董事长或董事、总经理并作为公司法定代表人，其个人意志完全代表了公司意志。但随着社会发展、企业创业模式与创业理念的改变、创业者对公司管理思维意识的提高，越来越多的创业者开始重视各个机构部门的“权、责、利”，在重大事项的决策上，开始逐渐去“一人说了算”。这个时候，议事规则就显得格外重要。

议事规则，是对公司治理结构与权力分配的全方位设计，包括职权范围、会议的召集、通知、主持、表决、记录、参会资格等。《公司法》第59条、第67条规定列举了股东会、董事会的职权，同时也规定“公司章程规定的其他职权”“公司章程规定或者股东会授予的其他职权”。第74条中规定“经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权”。公司章程可以对股东会、董事会的其他职权与对经理职权进行规定，这也就给议事规则设计提供了一定的空间。

（三）退出机制

创业伊始阶段，绝大部分创业者避而不谈退出机制，认为没有必要或难以启齿，但往往因为没有提前约定而导致股东退出不顺畅，继而损害公司与股东的利益。因此，退出机制一定要提前设计好。

退出的情形，包括法定退出与约定退出。法定退出情形如公司依法解散、股东死亡或者股权被法院强制执行。约定退出又包括主动退出与被动退出。股权设计方案往往也难以对被动退出的情形进行一一列举，因此，在退出情形的设计上，公司章程通常会赋予股东会解释和补充强制退出情形的权利。

《公司法》中明确规定了四种股东退出的路径，即股权转让、减资、异议股东回购请求权、公司解散。2005年颁布的《创业投资企业管理暂行办法》对股东退出开辟了新路径，即通过签订股权回购协议实现退出。

二、公司控制权与股权比例

股权比例临界线：67%绝对控制权，51%相对控制权，34%一票否决权，30%上市公司要约收购权，10%召集会议、解散公司权，1%股东代表诉讼权，等。

其中，前三个比例被称为股权比例的三条生死线。以下分别说明：

1.绝对控制权——67%

《公司法》第66条第3款规定，股东会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，应当经代表2/3以上表决权的股东通过。所以，单一股东持有公司股权比例占67%以上，该股东便是公司的绝对控股股东，可以决定公司各项重大事务。

2.相对控制权——51%

根据《公司法》第66条第2款的规定，股东会作出普通事项的决议，应当经代表过半数表决权的股东通过。

3.重大事项一票否决权——34%。

单一股东持有公司股权比例34%~50%，严格意义讲应是33.34%以上50%以下，虽然不能完全决定公司事务，但当股东会作出重大事项决议时有一票否决的权利。因此，持股比例在33.34%~50%的单一股东，是可以影响公司的重大决策的执行。

其他重要的股权比例还有以下一些比例：

4.上市公司要约收购线——30%

证券交易所规定持股超过上市已发行股份30%以上，继续增持股份的，需要要约方式进行，全面要约或部分要约。这是一个被收购的明确信号，主要股东需要清楚现有核心的股份数量是多少。

5.同业竞争警戒线——20%

20%是一个潜在危险信号，股东、子公司或者联营企业如果存在类似业务且持股比例超过20%，可能存在同业竞争。

6.临时股东会提议权、解散公司申请权——10%

根据《公司法》第62条规定，代表1/10以上表决权的有限责任公司股东有权提议召开临时会议。董事会或监事会不召集和主持股东会会议的，代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。这种情况通常都会发生于公司内部纠纷，或是股权大变动的情况下，才需要召开临时股东会。

适用于股份有限公司的相似规定。根据《公司法》第113条规定，单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以请求召开临时股东大会会议，并应当在两个月内召开。根据第114条规定，如果董事会、监事会不召集和主持股东会会议的，连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以自行召集和主持。

此外，根据《公司法》第231条规定，公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司10%以上表决权的股东，可以请求人民法院解散公司。

7.上市公司重大股权变动警示线——5%

《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）中规定，持有公司5%以上股份的股东或实际控制人持股情况发生重大变化，上市公司应当向相关机构报告和披露。经过往历史的教训，潜在投资者的举动，将投资人的身份披露出来，对所有股东是一件好事。亦是透明度方面来约束“野蛮人”的行动，这是较好的做法。

8.股份有限公司临时提案权、股东代位诉讼权——1%

《公司法》第115条适用于股份有限公司的规定，单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，可以在股东会会议召开10日前提出临时提案并书面提交董事会。公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。

根据《公司法》第118、119条的规定，当董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，而公司却怠于起诉时，有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有

公司1%以上股份的股东，可以书面请求监事会或董事会向人民法院提起诉讼。如果监事会或者董事会收到股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为公司利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，前款规定的股东也可以向人民法院提起诉讼。

三、如何实现公司控制权

实现公司控制权的路径有多个维度，一般来说分为股东会、董事会、监事会、高级管理人员层面的控制以及对公司公章的管控、对法定代表人的选聘所呈现出来的控制。实现公司控制权的载体是公司章程、股东协议、股权代持、投资关系、债权融资协议或者其他安排，。

股东会是公司的权力机构，对股东会的控制通过表决权来实现。控制股东会就可以决定公司经营方针、投资计划，决定公司董事、股东代表监事的任免，决定公司财务预算与决算，决定利润分配方案以及公司是否增资、减资、合并、分立、解散、修改章程等重大事项。

董事会是公司的执行机构，负责日常经营管理，掌控高管层人事任免。董事会采用一人一票的形式进行表决，因此，对董事会的控制需要通过控制董事会席位的方式来实现。

监事会容易被人忽视，但有时候监事会也可以对公司的控制权产生重要影响，甚至可以动摇大股东的地位。

公司高级管理人员不一定是股东、董事，但负责公司的具体运行，其对公司的控制权也会产生实质的影响。所以，大股东一般都会委派财务负责人，以实现自己对公司财务状况的了解与资金流向的知情。

占股50%以上的控股股东，可以通过控制股东会、董事会来实现对公司的控制权，或者占股比例虽然不足50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会的决议产生重大影响。

实际控制人通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为。

其表现形式主要体现在：1.通过股权代持实际控制企业。实际投资人通过以他人名义代持股权，不出现在公司章程或股东名册中，指示名义股东按其命令对公司实施控制行为的方式。2.通过股权控制链条实际控制企业。常见是通过金字塔型结构或多层结构的股权安排取得公司实际控制权，延长股权控制链条，使得处于最前端的实际控制人以少量的投资额实现其对整个企业集团的实际控制的方式。3.通过签订股东协议、债权融资协议、特许经营协议、公司承包经营协议等协议的方式对企业取得实际控制权。该种取得实际控制权的方式往往更加隐蔽，在判断实际控制人时需要通过对协议条款的具体分析进行分析来确认。

第三节 非上市公司股权激励

股权激励是企业为了吸引人才、留住人才并引导员工为公司目标的实现贡献才能的一种方式，股权激励的方式有很多种，不同的股权激励方式有不同的特点，适合不同的企业和人才。不同的激励方式各有优劣，企业在设计股权激励方案时，需结合激励对象、激励目的以及预期实现的激励效果等选择合适的股权激励方式，以达到最佳的激励效果。

一、股权激励的目的与实施原因

股权激励的目的，就是企业为了让员工更好地为公司工作，为了与员工共享企业的发展成果，企业将部分股权利益附条件地授予部分员工达到激励目的，从而实现企业与员工的捆绑与双赢的机制。股权激励分为上市公司的股权激励和非上市公司的股权激励。本节主要介绍非上市公司的股权激励。

股权激励是对员工进行长期激励的一种方法，通过授予激励对象公司股权的形式给予其一定的权利，使他们能够以股东的身份参与企业决策、分享利润、承担风险，从而勤勉尽责地为公司长期发展服务。同时，股权激励也有助于公司优化治理结构，提升融资能力等。

企业做股权激励主要是出于以下两个原因：一方面，传统雇佣制已无法满足

员工激励和家族企业传承的刚需，故而采用激励合作机制；另一方面，员工工作不再满足于获得基本收入，而是想获得满足感、存在感、实现个人价值。因此，越来越多的企业选择通过股权激励的方式，使公司和核心员工共享企业发展成果。

二、股权激励的常见模式及优缺点

股权激励的模式分类有很多种。如根据股权本身的人身性和经济性特点，可以分为实股激励与虚拟股激励。其中实股激励又可分为激励对象直接持股和通过平台间接持股两种方式，激励对象可通过设定的条件最终直接或间接持有目标公司的激励股权。虚拟股激励通常包含分红权及股权增值权。根据股权的特点，有些授予实股，可以很快予以办理股权变更登记，有些授予期权，期权是一种期待权，即授予员工在一定期限，以一定的条件和价格购买公司股权的权利。如果企业想要吸引联合创始团队成员，或者为了设立新项目，可以授予成员限制性股权以达到激励目的，企业通过设置分阶段解锁条件以确定激励对象所持有的股权，限制性股权具有限制性，限制性包括不得转让、出售、质押、赠与等。

（一）激励对象直接持股

激励对象直接持股的优点：激励效果比较明显，持股员工直接成为公司的股东，享有股权对应的包括经营决策权及分红权等在内的所有权利，为了自身的利益最大化，持股员工的积极性会得到最大的激发。另外税收负担相对小，个人所得税部分可参考股息红利所得按20%税率缴纳。

激励对象直接持股的缺点：每次激励股权都需要进行工商变更及作出相应的股东会决议等，如果激励对象众多，工商变更频繁，如开股东会也不容易，会大大降低公司的决策效率，不利于高效运营。此外，直接持股会导致激励对象成为公司的直接股东，享有经营决策权，若激励对象与原始股东或实际控制人在经营决策上产生分歧，原始股东或实际控制人无法顺利地把控公司的方向。此外，因为有限责任公司的股东人数最多不超过50人，激励对象数量也会受此限制。

适用公司及人员：适用于高新技术型企业或初创公司，激励对象适合公司创业元老或对公司发展不可或缺的极少数员工。

（二）激励对象通过平台间接持股

1.激励对象通过有限合伙企业平台持股，这是目前使用相对较多的股权激励方式

有限合伙企业持股的优点：加入和退出不影响目标公司的股权，也不需要复杂的程序，比较自由，有限合伙人只需提前30日通知其他合伙人，然后依据合伙协议中约定相应的加入和退出条件即可办理，不像有限责任公司对外转让股权需要过半数股东同意；方便对目标公司股东或实际控制人把控公司。有限合伙人并不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业，因此设立有限合伙后，可以指定由公司的股东或实际控制人成为普通合伙人，普通合伙人作为执行事务合伙人，有权代表合伙企业对外处理合伙事宜。这样公司的经营决策权能更好地把控在实际控制人或原始股东手中。此外，合伙人之间的权利义务设定非常灵活，收益分配也可以灵活约定，便于公司在激励方案设计时更加灵活自由。

有限合伙企业持股的缺点：激励对象的税负相比较直接持股可能更高，依据财政部和国家税务总局《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》，合伙人税率最高为35%，而直接持股税率为20%。此外，因激励对象无法参与企业的直接管理，自主性相比较直接持股可能不足，另外合伙企业依然存在人数不可超过50人的问题，若目标公司为股份有限公司则可扩充到200人。

适用公司及人员：业绩稳定增长且行业比较成熟的企业中高层管理人员和骨干技术及业务人员。

2.通过有限责任公司平台持股

有限责任公司平台持股的优点：税负可能较有限合伙持股平台更低，若持股平台也经营，股东可能有机会享受高新技术企业的税收优惠，对目标公司而言和有限合伙平台持股一样使经营决策权更好地控制在原始股东或实际控制人手里。

有限责任公司平台持股的缺点：激励对象进入退出程序复杂，自主性不足，同时受50人人数限制。

适用公司及人员：持股平台公司也经营业务且有机会享受高新技术企业税收优惠，中高层管理人员及核心技术业务骨干人员。

对于持股平台而言，无论是有限合伙还是有限责任公司都可以选择将平台公

司注册在有税收优惠的地方，以实现最大程度的降低企业或个人所得税。

（三）通过分红权进行股权激励

如果企业有足够的利润以及很好的现金流，可以授予员工虚拟股权以达到激励目的，员工享有一定比例的企业税后利润和股权增值收益，员工基于虚拟股权不享有表决权等权利，不需进行公司登记事项变更登记，可以给核心团队分配利益又能保持项目控制权。

分红权股权激励的优点：程序简单，无须进行工商变更手续，激励对象可以不用支付对价购买股权。公司控制权不受影响，也无须考虑激励股权来源，法律限制少，可以更加自由灵活。

分红权股权激励的缺点：仅享受股东让渡的分红权，不参与企业经营决策，自主性相对受影响，通常激励实现会受公司业绩和个人业绩双重考核指标影响。

适用公司及人员：业绩稳定增长或有较大发展空间的公司中层干部及技术和业务骨干

（四）通过赋予股权增值权进行股权激励

该种方式和分红权最大的区别是一般享受股权增值权的同时也可享受分红权。

股权增值权激励优点：同分红权优点类同，程序简单，无须进行工商变更手续，公司控制权不受影响，也无须考虑激励股权来源，法律限制少，可以更加自由灵活，但该种激励方式可能需要支付一定金额。

三、股权激励常见因素及设置重点

（一）激励模式

激励模式是股权激励的核心问题，应当根据公司实际情况与公司未来战略安排确定激励模式。一家公司的不同人员可组合选择不同的激励模式。一般对公司长期发展有影响的适宜选用实股激励模式，对公司短期效益影响大的适宜选择虚拟股权中分红权激励模式。

（二）激励对象

股权激励侧重长期战略目标，选择的激励对象应结合企业发展不同阶段及企

业类型，秉承公平、公正、公开，对公司内部员工而言，才能起到良好的作用。应选择公司发展有贡献的，及符合公司发展战略目标及价值观的。拟上市公司还需要考虑上市公司的法律限制，根据《上市公司股权激励管理办法》规定，以下人员不能成为激励对象：独立董事和监事；单独或合计持有上市公司5%以上股份的股东或实际控制人及其配偶、父母、子女；最近12个月内被证券交易所认定为不适当人选；最近12个月内被中国证监会及其派出机构认定为不适当人选；最近12个月内因重大违法违规行为被中国证监会及其派出机构行政处罚或者采取市场禁入措施。

（三）激励股权来源及额度

关于激励来源，一种是通过原有股东的股权或股份转让，一种是通过增资扩股的方式；对于激励的额度原则是不可导致股权激励方案实施后公司原股东或实际控制人失去控制权。一般上市公司股权激励所涉及的标的股票总数累计不得超过总股本的10%，非上市公司没有规定，但可参考上市公司。

（四）激励资金来源及价格确定

激励对象的购买资金来源，可选择自筹、借款（银行、公司、股东）、薪酬转化等。无论何种方式目的是保证激励能够正常实施；通常激励的股权购买价格应低于市场价格，否则起不到激励作用。通常激励股权的价格有几种可参考，不需支付对价、最近一期公司融资价、公司每股净资产价格等。但对于效益好的公司，虽等于市场价格，但授予的股权或虚拟股权使激励对象拥有了参与分配公司利润的资格，也能起到良好的激励作用。

（五）激励的约束

股权激励方案行权条件的设计非常重要，其直接关系股权激励的效果。可以建立动态评价机制。企业可以将员工业绩与其激励性回报联系起来，如针对不同业绩的激励对象，给予不等的利益回报。也可以约定一定的考核标准，当激励对象考核低于该标准时，公司有权对回购价格等进行调整。当然，建立动态的股权激励机制需要公司拥有完善的考核制度及其他相关管理制度，否则企业无法对激励对象进行合理的评价。此外，股权激励的行权条件可参考财务指标和非财务指标，进行多样化考核以适应不同岗位，财务指标比如公司的营收或利润指标，非

财务指标比如个人的综合评价及业绩指标等。对于销售类或生产类岗位激励对象可以结合销售业绩及生产指标，对于技术部门人员可以结合项目技术完成目标，对于高级管理人员可结合企业整体营收及公司内部管理目标等。另外，也可以增加服务年限、竞业限制等约束性条款，约定企业可以在授予激励对象利益时达到一定年限才有行权资格或者出售权等，且激励对象需满足相应的竞业限制条件。

（六）调整与修改、变更与终止条件

股权激励的调整与修改：企业设置股权激励方案时一般是结合设计时的企业的内外部环境及激励对象的情况变化。企业经营受各种因素影响，比如最近两年的新冠疫情就导致了大量企业经营出现异常，这时候激励方案肯定要根据企业相应情况作调整，否则激励的实施可能无法进行或者起不到相应的作用的。此外，激励对象职务变更、丧失劳动能力、死亡、退休，或者激励对象违反竞业禁止、忠诚条款等，给公司造成损失，出现这些情形时，都要预留相应的方案进行调整，可以约定此时公司或股东有权回购股权，同时激励对象应将其因激励计划所获得的利益返还公司，此外还可以约定其他违约责任等。所以股权激励设定的条件并非一成不变，在设计方案时应充分考虑到这些变化，实施过程中根据具体情况对激励方案可以适时进行调整和修改。

出现上述情形时，一种是对现行的股权激励方案进行修改，另一种是直接终止与激励对象的激励方案，终止激励方案后涉及激励股权的回购，无论公司或股东回购均涉及回购价格的设定，通常按激励对象是主动退出还是被动退出设定不同的回购条款，无损害公司的行为或与公司协商一致的可视为主动退出，相反有损害公司行为的视为被动退出。主动退出和被动退出回购价格通常不同，此外，激励时股权支付的对价也与回购价格相关联，比如无偿取得的激励股权，若设定为附条件的赠予，则当激励对象被动退出时可约定为无偿收回或以较低的价格收回。常见的股权回购价格确定标准有以下四种：以公司注册资本对应的价格作为股权转让价格；以员工离职时的上一年度经审计的每股净资产计算的股权转让价格；以员工投资额本金或本金加一定利息；以双方当事人协商价格为转让价格。回购价格的设定与激励效果也有关联性，进行方案设计时应充分考虑。

四、股权激励的常见诉讼争议

近年来，有关股权激励纠纷案件呈快速增长趋势。涉及股权激励纠纷有关的案由主要包括公司纠纷、劳动纠纷、合同纠纷等三类纠纷，与股权激励涉及的相关主体是一致的。

虽然大多数股权激励纠纷案件是员工提起诉讼的，但其被法院支持的比例不高，反而是公司作为原告提起诉讼被法院支持的比例更高。这主要是由于企业在实施股权激励计划方案时，都会由公司内部的法务、人力资源主管或者外部聘请专业的咨询机构、律师等进行制度设计并实施，会提前做好股权激励相关的风险预防措施。

（一）股权激励案件的案由

股权激励存在多种类型，如果是股票增值权、分红权等虚拟股权，法院倾向于认为，该虚拟股权所对应的现金价值是公司给予劳动者的一种特殊劳动报酬，应属于劳动争议的范畴。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）（征求意见稿）》第一条规定：【股权激励争议的受理】用人单位基于劳动关系以股权激励方式为劳动者发放劳动报酬，劳动者请求用人单位给付股权激励标的或者赔偿股权激励损失发生的纠纷属于劳动争议，但因行使股权发生的纠纷除外。当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理。

如果是股权、期权等实股，法院倾向于对此类争议定性为非劳动争议。故为避免将来对于股权激励纠纷的性质产生争议，有必要在股权激励协议中明确股权的性质、授予方式、争议的解决方法等。

股权激励实施后，劳动者并未因成为股权激励对象而改变其从属劳动的地位。相反，企业会对激励性股权的行使设置一定条件，包括业绩指标、服务年限、竞业限制等，在诉讼过程中，员工可能会以业绩考核结果不真实、竞业限制不公平等作为其抗辩理由。因此，在设定激励股权行权规则和条件时，应同时完善相应的规章制度，并对员工进行公示，减轻企业在诉讼过程中的举证责任。

（二）股权激励方案的法律效力

法院评判股权激励方案的法律效力，主要有以下几点方面问题：

1.股权激励方案没有按照法律、行政法规或者公司章程的规定章程的规定召开股东会并作出决议；

2.部分股权激励为将公司股权以“无偿”方式授予激励对象，此种情形下，如果相关约定为双方当事人真实意思表示，不违反国家法律、行政法规的强制性禁止性规定，一般应认定合法有效；

3.关于股权激励中的授予条件、行权条件等问题，法院倾向于认为上述条件属于双方自由约定的范围，约定条件成就时，对主张获取利益或相关股权的诉求予以支持。

4.关于股权激励模式的合法性问题，针对实务中常见的实股转让方式、限制性股权方式、期权与实股转让或限制性股权相结合的方式等，法院均承认其合法有效，更多争议焦点在于激励对象是否满足或违反限制性条件的认定上。

（三）回购及退出机制问题

股权激励方案中一般都约定有回购及退出机制等条款，对“激励对象离职时没收或者强制回购激励股权、返还分红”等类似约定是否违反法律规定，法院倾向于认为：对提前辞职的激励对象所能获得的股权收益予以限制，并不违反公平原则，具体如下：

1.对于离职后是否属于享有股权激励的人员范围，有约定按约定，无约定则不能收回；

2.如激励对象通过支付对价受让而来的股权通常考虑其出资，如无特殊约定，在收回时应对出资额进行退还或以公允价格回购。如激励对象未出资，纯粹由公司奖励获得，同时约定离职时无偿归还的，则支持公司回购。

3.关于回购主体，可以采取指定第三方受让方式。

4.关于回购后风险承担问题，股权转让后因股价变动发生的商业风险应由转让者自行承担。

第四节 股权激励方案及实施流程详解

股权激励是一种企业内部的人才激励方式，企业可根据不同发展阶段适用不同的激励方式。

一、股权激励具体操作方案——以授予激励对象期权为例

作者以非上市公司授予员工期权为例，对股权激励的操作方案及实施流程进行具体分析。

（一）操作流程

（1）确定股权激励池的来源→（2）确定股权激励的方式，可单一可并用→（3）确定激励对象的依据和范围→（4）确定激励对象的授予条件→（5）确定激励对象行权流程→（6）确定激励对象的权利及义务→（7）确定激励股权的约束及处置机制→（8）确定激励对象的退出机制

（二）核心操作

企业做股权激励前需要先明确几个核心内容，即股权或期权决定授予谁、授予多少？怎么合理安排期权的授予进度？满足什么条件员工可以行使权力？员工离职等情况如何退出？即股权激励的四个核心内容——授予、成熟、行权、退出。

1.授予条件

首先，要确定激励对象。成为期权的激励对象要满足3个条件，即激励对象应认可公司文化、长期服务公司、相互价值成就；公司则需要从员工的日常行为表现、工作业绩、绩效考核情况及未来成长潜力等方面考量员工是否适合作为激励对象。公司需要看激励对象是否与公司的使命、愿景、价值观相契合，绩效是否达标，有无损害公司利益的行为，是否能长久为公司创造利益。

其次，明确企业估值及授予数量。

股权激励方案中涉及企业计算估值有3种常见的计算方法：（1）按照市场估

值的较低折扣计算，如需要融资的企业按估值的10%定价；（2）按照企业的净资产计算，需要看企业的资产评估报告；（3）按照公司的注册资本金或其倍数计算。

企业要授予激励对象多少期权应当根据公司自身实际发展情况，将以下3个条件赋予不同的权重予以考量：（1）考虑激励对象过往的贡献；（2）考虑激励对象未来对公司的贡献；（3）考虑激励对象未来的成长潜力，再结合激励对象的业绩、服务年限，及公司的特殊风险，进行科学、明确、具体的量化。

激励对象确定后，企业应当向对象授予加盖企业公章的期权授予证书作为员工获得股权激励的凭证，以实现激励信息的对称性和透明性。

2.成熟机制

成熟机制要与公司的发展战略目标和期权激励对象的实际业绩向匹配，比如授予员工期权时，成熟机制可以分四期，每期实现25%；或者第一期实现10%，第二期达到30%，第三期达到70%，第四期达到100%，都是可以考虑的。

3.行权条件

企业可以根据自身实际情况确定员工行权条件，例如员工的日常表现良好、业绩绩效达标，不存在违反竞业限制义务、损害公司商誉等行为，公司的业绩达标，均可以作为激励对象行使权利的基本前提条件；同时，公司的控制权未发生变更、公司不存在合并分立或被收购、破产清算等情形，可以作为激励对象行使权利的其他前提条件，否则可能导致激励对象无法行权或可能存在相关权利被回收或溢价回购等情形。

4.退出机制

退出机制是股权激励的生命线，积极的退出路径包括企业内部流转、投资人收购等。其中，激励方案中须明确员工离职的期权处理，应当区分员工无过错离职和过错离职。如发生员工劳动合同到期不续签、非因工伤丧失劳动能力解除劳动合同关系、公司按规定裁员等员工无过错离职情形，对于已经行权部分，可约定允许继续保有或进行回购，回购价款根据服务年限确定回购倍数或按公司估值计算；对于可行权未行权部分，可约定允许员工行权也可禁止其行权；对于尚未满足行权条件的部分，可约定公司予以回收。

如员工因未尽忠实、勤勉义务、违反竞争限制条款、盗窃、涉嫌刑事犯罪等情形与公司解除劳动关系的，属于过错离职，对于已行权部分，可约定公司按原价回购员工股权；对于可行权未行权部分，可约定不允许员工继续行权；对于尚未满足行权条件的部分，可约定公司予以回收。

二、股权激励实施流程

1.股权激励尽调

全面了解股权激励有关信息，评估是否具备实施股权激励条件，充分考虑公司的和员工的需求和认知水平，初步确定激励方式，制定适合公司发展实际的激励框架方案。尽调不应局限于书面，必要时需进行访谈工作，访谈对象包括公司的创始团队、高管团队、核心员工、普通员工，在访谈过程中，应掌握员工的实际需求，保证信息对称。

2.框架方案设计

具备实施股权激励条件的，设计股权激励框架方案。

3.持股平台搭建

不建议员工个人持股，可根据尽调掌握的公司情况，以有限责任公司或有限合伙企业作为员工持股平台，便于对该部分激励股权的控制。

4.方案制作讲解

明确股权激励方案中框架、内容、工具的选择后，为员工讲解激励方案，讨论整套法律文件。尤其要对高管等公司关键人士讲解方案，使其明确激励方案的权利和义务。

5.方案决议通过

股权激励方案作为公司顶层架构设计的一部分，属于公司的制度层面，需要通过股东会决议或董事会决议，确保方案合规通过。

6.首批对象甄选

确定首批激励对象的范围和标准，作为未来第二批、第三批激励对象的参照标准。

7.首次宣讲授予

股权激励属于公司顶层制度设计层面，让员工了解并认可该方案，明确其中的权利义务安排，保证信息对称，便于方案的执行。

8.总结培训专员

对于方案的启动、具体执行与管理等工作，需要培训专员完成，专员负责股权激励方案的介绍、文件管理、全权管理等事项。

股权激励方案制定并通过后，企业管理层一定要向激励对象释明主要条款，使其明确自己的权利和义务，充分了解股权激励的意义，才能更好地激发起员工的积极性，让企业和员工共享发展成果。

三、股权激励案例参考

以下案例为律师团队通过设立员工持股平台（有限合伙企业）方式实施股权激励项目，并不一定适用于不同发展阶段的各类企业，案例仅供参考：

1.律师团队与公司达成股权激励项目合作意向，对公司进行尽职调查；

2.律师团队完成对公司劳动合同和分配制度等的分析，了解公司内部治理结构和管理层分工情况。完成关键财务数据的收集并作初步分析。完成公司历史沿革材料的收集。与公司实际控制人交流各类股权激励方案的特点，结合公司情况讨论股权激励方式，并确定签署股权激励决议相关内容；

3.律师团队了解公司薪酬情况、企业现金流情况，进行持股人员层级划分，初定各层级持股比例。向公司出具股权激励初稿，并与实际控制人协商确认。

4.律师团队开展股权激励宣讲会，向拟激励对象集体讲解股权激励方案，回答提问。完成与股权激励对象的逐一访谈，进一步了解不同激励对象对方案的接纳程度、出资能力。完成激励人员名单初步调整。根据访谈情况，对股权激励方案做微调，并与实控人确认。对公司的重要客户/供应商进行走访，从第三方角度评价拟激励对象贡献值。签署附生效条件股权激励协议；

5.根据法律、行政法规或者公司章程规定的程序，律师团队协助公司召开股东会审议《股权激励协议》、《股权转让协议》或《增资扩股协议》并形成决议。根据《公司法》召开公司临时股东会，并制作临时股东会决议，股权激励协议生效；

6.公司完成持股平台（有限合伙企业）的设立，并签署合伙人协议。办理有限合伙企业的登记、完成注册资本缴纳。完成公司股权转让或增资扩股的融资、资金划拨、安排公司及持股平台的验资等事宜。取得公司及持股平台（有限合伙企业）的验资报告。取得持股平台（有限合伙企业）营业执照。召开公司临时股东会，审议章程修正案。办理工商变更登记手续，并领取公司营业执照。

第五节 因股权激励引起的相关纠纷案例

先以案例说明股权激励计划如何行权。

一审案号为（2015）甬东民初字第703号，二审案号为（2015）浙甬民一终字第961号的劳动合同纠纷案件。案情简介：任某原系北京新东方教育科技（集团）有限公司（以下简称新东方公司）的员工，新东方公司安排任某在宁波新东方学校担任校长，双方签有劳动合同。《股票授予协议》载明：股权激励计划（2006），股票数量为普通股数量11000，赠与日期2012年7月23日，行权期日分别为：2013年5月31日到期数量2000，2014年5月31日到期数量4500，2015年5月31日到期数量4500。该协议另载明员工获得股票的条件为自2012年7月23日至2015年5月31日任职于新东方公司或其下属公司，在行权日期之前出现劳动合同变更或解除的，公司有权取消全部或部分赠与股票。2012年7月26日，双方当事人签订《劳动合同终止协议》，约定双方于2012年4月1日订立的期限自2012年4月1日至2017年3月31日的劳动合同自2012年7月25日终止，该终止协议另约定任某与北京智愚嘉业软件科技有限公司（以下简称智愚公司）签订劳动合同。2012年7月26日，任某与智愚公司签订《劳动合同》。2012年7月26日前后，任某的工作岗位，职责等均无变化。

2013年6月1日，任某与新东方公司签订《运营决策层目标任务与薪酬确认书》，就任某的薪酬待遇进行约定，同时约定若任某在财年内主动辞去职务，则不得享受任何奖金分配和股权分配。

2014年2月27日，任某与智愚公司签订《协商解除劳动关系协议》，该协议

约定任某与智愚公司协商解除劳动合同，智愚公司向任某支付离职补偿款458,276元，同时约定在智愚公司向任某支付补偿款后，智愚公司的所有劳动合同项下的义务履行完毕。

后任某向法院提起诉讼，请求判决新东方公司交付任某可交易的员工激励股票4500股新东方普通股，并赔偿损失211,349元。

原宁波市江东区人民法院审理后认为，任某主张新东方公司在赠与其股权时并未告知其行权时必须在职，任某的该陈述与其于庭审中提交的《股票授予协议》相矛盾，现任某未提供证据推翻该协议的真实性，故该协议应为真实有效，该协议约定员工获得股权的条件是2015年5月31日之前任职于新东方公司或下属公司。现任某于2014年2月27日起不在宁波新东方学校任职，也未任职于新东方公司或下属公司的其他职务，故任某行权条件不成就，依据该协议任某无权就剩余9000股新东方普通股行权。因此，对于任某的诉讼请求，法院难以支持。所以判决驳回任某的诉讼请求。

任某提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

以下举例说明公司实施股权激励后，被激励对象因违约被要求进行股权回购的情况。

一审案号为（2017）浙0212民初11412号，二审案号为（2019）浙02民终945号的股权转让纠纷案件。案情简介：2011年11月29日，邹某与斯某（蒙古族）签订了《股权转让协议》一份，约定邹某将其对宁波美康盛德生物工程有限公司（以下简称美康盛德公司）持有的1.02%股权（出资额为20,406元）以40万元的价格转让给斯某。2011年12月23日，邹某先将19.6万元资金存入斯某的银行账户，斯某再将40万元资金转入邹某的银行账户，即该股权转让的实际价格为20.4万元。2011年11月30日，美康盛德公司即办妥了相应股权变更登记手续。美康盛德公司的原始股东为邹某、宁波美康生物科技有限公司（以下简称美康生物公司），美康生物公司于2011年10月拟改制上市，后名称变更登记为宁波美康生物科技股份有限公司。美康盛德公司通过股权受让方式成为美康生物公司的股东。2011年11月29日，斯某向美康生物公司、美康盛德公司及邹某出具了《承诺函》一份。斯某自2006年11月8日起成为美康生物公司的员工，开始从事销售工作。

斯某与美康生物公司签订了《保密及竞业限制协议》，约定斯某负有保密义务，同时负有竞业限制义务，在美康生物公司工作期间及离开美康生物公司之日起两年内（无论因何种原因离开），均不得自营或为他人经营与原用人单位有竞争的业务。呼和浩特市龙顺医疗器械有限公司于2013年8月27日经注册登记成立，成立后即开始销售美康生物公司生产的试剂产品。该公司股东与法定代表人为那某（斯某的兄长）。2013年5月起，美康生物公司聘任斯某为公司销售副总监。2016年10月17日，美康生物公司曾向斯某发出《解除劳动合同通知书》称：因斯某自2015年9月起连续旷工至今，且在职期间因严重失职造成公司重大损失，已严重违反劳动纪律和公司相关规章制度，现正式通知解除与斯某的劳动关系，自本通知书发出之日起即时解除。2016年10月31日，斯某向美康生物公司提出辞职。同日，美康生物公司与斯某签订了《解除劳动合同协议书》一份。2017年9月10日，美康生物公司、美康盛德公司向邹某发函称：斯某严重违反了其于2011年11月29日出具的《承诺函》中的第3条所涉1、3、5、6有关承诺内容，一致决定选择股权回购方式要求斯某承担违约责任，即要求斯某与邹某签署股权转让协议，将原受让的美康盛德公司股权以20.4万元的价格转让给邹某。但斯某一直拒绝配合。所以，邹某向法院提起诉讼。

宁波市鄞州区人民法院审理后认为，根据双方当事人的诉辩主张，案件的争议焦点主要在于：1、斯某于2011年11月29日向邹某、美康生物公司、美康盛德公司出具的《承诺函》对斯某是否具有法律约束力。法院认为，正如在证据分析认定中所认定的，根据斯某提交的证据即美康生物公司2011年度审计报告，恰恰可以证明斯某于2011年11月29日受让诉争股权的价格确实低于实际价值，且当时美康生物公司确实正拟改制上市，故该股权转让确实具有股权激励的目的和性质，因而受股权激励的员工承诺继续勤勉、尽责地为美康生物公司提供劳动服务，也属正当合理，这正体现了权利义务相一致的原则，且其承诺内容也不违反法律、行政法规强制性规定，绝不能仅仅因为条款内容是统一制作的，就否定其效力，显然也不能因《承诺函》出具后承诺人自己未留存，就不遵守。该《承诺函》对斯某具有法律约束力，构成邹某与斯某于2011年11月29日签订的涉案《股权转让协议》的有效补充。根据该《承诺函》，若斯某违反所作承诺内容，原股

权转让人邹某可以选择原价回购股权，即相当于解除原《股权转让协议》，恢复原股权持有状态。现邹某作为原告起诉回购诉争股权，符合双方约定的主体条件，故其具备本案原告诉讼主体资格。2、邹某诉请要求原价回购诉争股权能否得到支持。法院认为，涉案《承诺函》构成邹某与斯某于2011年11月29日签订的《股权转让协议》的有效补充，即斯某享有相应股权的同时，亦应履行相应的义务，这符合权利义务相一致的原则，双方均应严格恪守履行。涉案《承诺函》规定斯某在五年的劳动服务期限即2011年11月29日至2016年11月29日期间内主动离职的，原股权转让人邹某可以原价回购原转让的股权，斯某于2016年10月31日辞职正处于上述期间内，即劳动服务期限尚未满五年，原股权转让人邹某依约有权选择原价回购原转让的股权。邹某诉请要求原价回购诉争股权，符合涉案《承诺函》的约定，法院予以支持。所以判决：限被告斯某于判决生效后十日内将其对美康盛德公司持有的1.02%股权以20.4万元的价格转让给邹某。

斯某提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

规范名称	性质	发布或开始实施时间	最新修正或修订时间
《中华人民共和国公司法》	法律	1993 年 12 月 29 日	2023 年 12 月 29 日
《中华人民共和国证券法》	法律	1998 年 12 月 29 日	2019 年 12 月 28 日
《中华人民共和国合伙企业法》	法律	1997 年 2 月 23 日	2006 年 8 月 27 日
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（二）》	司法解释	2008 年 5 月 12 日	2020 年 12 月 29 日
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）》	司法解释	2011 年 1 月 27 日	2020 年 12 月 29 日
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（四）》	司法解释	2017 年 8 月 25 日	2020 年 12 月 29 日
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（五）》	司法解释	2019 年 4 月 28 日	2020 年 12 月 29 日

第三章 企业融资与风险防范

第一节 企业融资方式

随着企业不断成长发展，如何通过融资让企业发展壮大，成为每个企业在发展过程中所必须面临的现实问题。企业融资是指企业从自身的生产经营状况及资金运用情况出发，根据企业未来经营与发展策略的需要，通过一定的渠道和方式，利用内部积累或者向企业投资者及债权人筹集生产经营所需资金的一种经济活动。实务中，根据融资的方式与途径不同，企业融资主要可以分为股权融资和债权融资两种方式，其中前者是指资金提供者作为股权所有者享有股东权利的融资方式，后者是资金提供者作为债权人到期收回本息的融资方式，后者又分为常见的银行贷款融资与民间借贷融资。

融资的方式有很多种，根据每个企业的发展规模、企业资产等不同，使用的融资方法也是不同的，以下简要介绍七种融资方式，分别是股权融资、债权融资、银行贷款、融资租赁、股票融资、债券融资和海外融资。本章主要对最常见的三种融资方式——股权融资、银行贷款和民间借贷进行较详细的分析，并附相关案例进行说明。

一、股权融资

股权融资是指公司通过出售或以其他方式交易公司的股份（或股票）获得企业生产经营资金和发展资金的融资方式。股权融资与其他融资方式的本质区别就是发生了公司的股权变化，资金提供者通过购买公司股权而成为公司的股东，享有股东权利、承担股东义务。股权融资按融资的渠道来划分，主要有以下两大类。

1. 公开市场发售，就是通过股票市场向公众投资者发行企业的股票来募集资

金，包括我们常说的企业的上市、上市企业的增发和配股都是利用公开市场进行股权融资的具体形式。

2. 私募发售，是指企业自行寻找特定的投资人，吸引其通过增资入股企业的融资方式。因为绝大多数股票市场对于申请发行股票的企业都有一定的条件要求，例如《首次公开发行股票并上市管理办法》要求公司上市前股本总额不少于人民币3000万元，因此对大多数中小企业来说，较难达到上市发行股票的门槛，私募成为民营中小企业进行股权融资的主要方式。

二、债权融资

债权融资是指企业通过借钱的方式进行融资。债权融资所获得的资金，企业首先要承担资金的利息，另外在借款到期后要向债权人偿还资金的本金。

债权融资特别针对过桥资金比较多，企业急需资金的时候，往往会给出比较高的利息。因为债权融资获得的只是资金的使用权而不是所有权，负债资金的使用是有成本的，企业必须支付利息，并且债务到期时须归还本金。

与股权融资相比，债权融资除在一些特定的情况下可能带来债权人对企业的控制和干预问题，一般不会产生对企业的控制权问题。

三、银行贷款

银行是企业最主要的融资渠道。按资金性质，分为流动资金贷款、固定资产贷款和专项贷款三类。专项贷款通常有特定的用途，因其符合国家特定政策支持导向，其贷款利率一般比较优惠，根据增信方式不同，贷款分为信用贷款、保证贷款和抵/质押贷款。

几乎每家企业都会使用银行贷款，毕竟银行贷款比债权融资要稍微便宜点，当然要看具体情况。在不同的国家、地区和一个国家的不同发展时期，按各种标准划分出的贷款类型也是有差异的。

四、融资租赁

融资租赁公司和城投公司的合作项目基本上都是采用融资性更强的售后回租

模式，而非直接租赁模式，在售后回租模式下，租赁公司向城投公司购买非公益性质的资产后向城投公司放款。租赁物应该具有非公益、能变现、能产生现金流的特点。

融资租赁是通过融资与融物的结合，兼具金融与贸易的双重职能，对提高企业的筹资融资效益，推动与促进企业的技术进步，有着十分明显的作用。

五、股票融资

股票融资是指资金不通过金融中介机构，借助股票这一载体直接从资金盈余部门流向资金短缺部门，它的目的是满足广大投资者增加融资渠道，且具有永久性，无到期日，不需归还，没有还本付息的压力等特点，筹资风险较小。

股票融资，仅仅是指已经成功上市的企业，自家公司股票可以自由流通，交易，通过增发等手段，筹集资金，跟股权融资有点像，但是又有不同的地方。通过股票市场进行融资，募集对象非常广泛，有公开和非公开的方式，进行股票融资。

六、债券融资

根据主管部门的不同，债券可分为公司债券、企业债券、地方政府债券和债务融资工具等。地方城市建设类企业主要通过公司债券和企业债券进行融资。

公司债券是指由上海证券交易所、深圳证券交易所审核的品种，企业债券是指由国家发改委审核的品种（目前拟调整至证监会审核）。是企业依照法定程序发行、约定在一定期限内还本付息的有价证券，表示发债企业和投资人之间是一种债权债务关系。债券持有人不参与企业的经营管理，但有权按期收回约定的本息。

七、境外融资

境外融资其实主要是国际贸易或跨国企业一种独特的融资方式，不像国内融资，而是向国际社会寻求资金。通过资本市场和货币市场，最常见的是股票和债权。但也可以按内部融资和外部融资分。其方式和境内融资没什么大的区别，只有发展程度的区别还有就是管制不同，融资方式上基本上没有什么变化。

以上每种融资方式，都有其自身的优缺点，对企业而言，要根据自身发展需要，采取符合自己发展阶段的融资方式，才能起到关键性的作用。

第二节 股权融资

一、股权融资的方式

股权融资是指企业所有者及股东出让部分股权以获取资金。股权融资与债券融资相比较，其主要特点有：一是无需返还资金。股票是一种永久性的证券，股权一经转让，入股注入资金的投资者不得中途撤回出资，股东要拿回这部分资金，只能将股权再次转让。理论上，企业无须偿还这部分资金，这是股权融资与债权融资最大的区别。二是需支付股息。投资者不能撤回出资，承担了较大的风险，因而需要寻求更高的回报。企业需要给股东支付股息，股息通常高于债券融资需要支付的利息。三是使企业的控制权分散。与债券融资通常不影响企业的经营权不同，股权融资的结果是企业获得资金，相应的股份由投资者持有，投资者成为股东以后，就有权参与公司的经营管理。因此通过股权融资的方式成为股东的人越多，有表决权的股东就越多，企业的控制权就比较分散。

在企业融资的多种手段中，增资扩股融资、股权质押融资、私募股权融资是科创企业利用股权实现融资的有效方式。此外，股东可以通过股权转让获得资金，上市融资是企业发展到一定阶段后进行融资的很好方式。随着市场体系和监管制度的完善，产权市场为投融资者搭建的交易平台日益成熟，越来越多的中小企业转向产权市场，通过股权融资缓解企业的资金饥渴，解决融资难题。

（一）增资扩股融资

增资扩股是权益性融资的一种形式，是指企业向社会募集股份、发行股票、新股东投资者或原股东增加投资扩大股权，从而提高企业资本金。对于有限责任公司而言，其通常是指企业增加注册资金，新增部分由新股东认购或新老股东一起认购。

常见的增资扩股的形式主要有以下两种：

形式一：邀请出资，改变原有出资比例。例如，某企业原出资总额为2000万元，其中：A出资1000万元，占出资总额50%；B出资600万元，占出资总额30%；C出资400万元，占出资总额20%。现该企业增资1000万元，A认缴200万元，B认缴600万元，C认缴200万元。认缴后，该企业原有股东的出资比例发生改变，增资后，A、B股东各占出资总额40%，C股东比例不变。

形式二：按原有出资比例增加出资额。比如某企业的原有出资总额为1000万元，其中：A出资500万，占50%；B出资300万，占30%；C出资200万，占10%。现企业需增资1000万元，按照原有股权比例，A需出资500万元，B需出资300万，C需出资200万元。如此，该企业的原有出资比例并不发生改变。该方式只适合用于股东内部增资。

（二）股权质押融资

股权质押是指出质人与质权人约定，前者以其持有的股权质押，当债务人到期不能履行债务时，质权人可以按照约定就股权折价受偿或者就该股权转让所得价款优先受偿的一种担保形式。一般而言，债务人或第三人为出质人，债权人为质权人。

公司股权是股东通过出资获得的相应权利，是一种财产权，进行质押，是股东对该财产行使处分权的一种体现。与其他权利质押类似，股权质押并不会转移占有，还只是转移代表该权利的股权凭证。

股权质押融资指的是质押人以自己所持股权为质押标的物，将其出质给银行或其他金融机构，以获取贷款的融资方式。中小企业以股权为质押物进行信贷融资，能使融资成功的几率大幅提升。一般观点认为，以股权为质权标的物时，质权人只能行使与财产权利相关的权利，如收益权，企业重大决策与选择管理者等与财产权利无关的权利仍由出质股东行使。

过去，中小企业债权融资的主要方式是将不动产抵押给银行或其他金融机构来获取贷款。因为很多中小企业没有足够的实物资产可抵押，政府为了增加这些企业成功融资的几率，提出了股权质押这种融资方案。

办理股权质押融资一般需要经过以下一些程序：1.有意以股权出质进行融资的企业召开股东会或者董事会作出股权质押融资的相关决议；2.公司向金融机构

申请贷款，双方签订贷款合同和股权质押合同；3.办理股权出质登记。股权质押的外在表现形式，就是出质人将其股权在登记机关办理股权质押登记。《民法典》第443条规定：“以基金份额、股权出质，质权自办理出质登记时设立。基金份额、股权出质后，不得转让，但是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。”根据这条规定，在股权质押所担保的债权未受清偿前，未经质权人书面同意，登记机关不得办理质押股权转让的登记。

股权质押贷款可以实现融资的目的，但存在一定的风险。如果债务人（通常也是股权出质人）到期无法偿还债务，质权人（通常是银行或其他金融机构）对出质的股权变价款有优先受偿权。股权变价的方法主要有三种：一是折价，二是拍卖，三是变卖。

（三）私募股权融资

私募股权融资指的是以股权转让或增资扩股的方式引入特定投资者，通过增加新股东来获取新资金的融资方式。相对于股票公开发行而言的，私募股权融资是以非公开出售股权方式引进新股东而获得资金的一种股权融资行为。

国内有不少企业为了获得发展，都进行了私募股权融资，如顺丰速运公司。2013年8月20日，顺丰速运公司获得来自元禾控股、招商局集团、中信资本、古玉资本的联合投资，总投资金额80亿元。此次融资是顺丰速运公司成立20年来的第一次股权融资。顺丰速运公司是行业领先品牌，营业收入和利润率均排在行业前列，股权结构清晰明朗，债务债权关系简单，近年来被上百家基金、投资公司所看好，因此此次顺丰速运公司的私募股权融资非常顺利。

股权融资的主要优点有：一是解决部分企业融资难的问题，成本比较低。部分科创企业规模小、信用积累不足亦无财产可以抵押，难以从对资信情况要求较高的融资渠道获得资金，私募股权融资成为科创企业获得资金支持的一种重要方式。二是通常不影响企业的控制权。投资者追求资本增值而非对企业的控制，因此投资者一般不参与企业日常经营管理，不会分散企业的控制权。三是企业价值的一种体现。私募股权投资基金对于一个企业的投资情况，是对企业投资价值的有力证明，有利于企业后续进行更多的融资。

狭义的私募股权融资是指基金方式私募资金，对非上市公司进行权益性投资。由专业的基金管理公司负责运作，募集方式为非公开，一般无需披露交易细节。其投资标的为股权，即通过增资扩股或股权转让的方式获得非上市企业的股份。

私募股权融资主要的流程包括以下几个方面：1.寻找项目。要吸引投资者的兴趣，有意通过私募股权融资的企业要做好有吸引力的商业计划书，向潜在投资者展示自己值得投资的价值，从而获得投资。2.初步评估。确定拟投资的项目后，私募股权投资基金的项目经理会开展市场调查和公司调研，判断该项目的投资价值，促使该项目通过立项。3.项目成立。项目立项以后，投资者与融资企业落实投资意向，确定初步的投资方案。4.尽职调查。投资者自行或者委托第三方对融资企业进行法律、财务、行业等方面的尽职调查，从而详细了解公司各方面情况，发现问题，挖掘价值，防范因“信息不对称”而可能发生的风险。5.落实投资方案。根据尽职调查掌握的情况，投资者或第三方会提出投资方案建议书，投资方案涵盖价值预估、公司治理等内容。方案通过后，项目小组可以与投资企业就投资方案的关键条款和重要问题进行沟通协商，协商一致后签约。6.后续管理。投资者有针对性的对被投资企业进行有效的管理，才能使股权价值最大化。投资者一般会派股权管理负责人入驻董事会等方式间接对企业进行管理，以保障自己的投资权益。7.项目退出。这是私募股权投资操作的最后一个环节，关系到股权投资效益的实现。投资者的目的是股权增值后实现，实现资本倍增，目前较为常见的退出方式包括：公司上市，兼并收购，股权转让，管理层收购，企业破产清算。

私募股权融资的发展不仅需要政策支持，还需要市场支撑，产权交易市场恰好为其提供了有效支持。通过产权市场，私募股权投资者既能及时发现有投资价值的标的企业，又能迅速退出，不仅能使运作成本与交易费用得以显著降低，还能使投资标的范围与发展空间得以有效拓展。

根据企业发展的四个阶段，相较于债权融资与银行贷款来说，股权交易增值融资能更直接、更快速、更有效地应对企业信用与还款期限等方面的限制，能有效促进企业扩张性发展，使社会资本的流动性与增值性得以大幅提升。

二、股权融资需要准备的资料

科创企业发展到一定阶段，还想把企业做更大、更强、更高质量发展，那么需要一定合作伙伴共同发展，这样就很有可能引入财务性投资者、资源性投资者或战略合作投资者等。那么，如何让这些投资者对企业产生兴趣，愿意为企业带来资源呢？这就需要科创企业准备好一些必备的规范资料文件，在需要引入投资者时可以更快捷、方便地了解企业情况，减少股权融资长时间拉锯战，以免影响公司长远发展。这些必备的规范文件资料包括：

（一）公司介绍

要准备一份公司介绍的PPT，随时可以介绍，内容可以修改与补充，但不宜很多，能介绍5-10分钟为宜。主要从以下几个方面介绍：1.公司介绍；2.创业团队介绍；3.从事主业及技术介绍；4.产品与市场；5.特色或亮点；6.财务指标；7.未来发展规划与战略。

（二）公司历史与股权情况

如公司历史沿革，股东会、董事会决议，股权变更、股权质押、股权代持、股权激励决议、股权代持等资料，及是否申报或已经申报成功国家高新技术企业、科技型中小企业，获得的其他重要荣誉，获得各级科技奖励，建立各级研发机构，从事所在行业必备的资质，主导制定过国际标准、国家标准或行业标准等。

（三）公司经营管理情况

- 1.公司创始人及核心人员履历背景介绍；
- 2.公司股东会、董事会主要成员背景资料；
- 3.公司组织架构图，含职能部门、分支机构职能划分；
- 4.公司业务部门职责描述、经营目标文件；
- 5.公司抵押、质押、担保情况说明；
- 6.公司授信额度及贷款情况说明。

（四）公司所处的行业市场

- 1.公司所处行业的分析报告等参考资料，说明行业发展前景、市场容量、技

术分析、行业集中度及国内外发展趋势；

- 2.公司参与制定的行业标准文件；
- 3.行业有关政策文件，并说明对公司业务影响；
- 4.公司整体竞争优势、与主要竞争对手的对比分析；
- 5.行业客户选择同类产品供应商的考量标准及流程。

（五）公司的主要产品或业务

- 1.阐述公司商业模式，销售渠道，定价权等；
- 2.公司现有核心产品的种类、市场定价、优势特点，新产品或业务的开发时间计划表；
- 3.近三年主要合同清单；
- 4.近三年前十大供应商清单、采购金额及比例；
- 5.近三年前十大客户清单、销售金额及比例；
- 6.公司生产线的建设、投产、生产情况，产线投入成本、年产能及产能利用率说明，设备提升改造计划及预计投入；
- 7.公司主要存在各种风险及应对策略；
- 8.公司所有的知识产权清单。

（六）公司的财务状况（有明确投资意向才提供）

三、与股权融资相关的典型案例

以下举例说明股权融资中发生的纠纷情况。

案例一：股权融资后未达成预定目标，投资人要求公司收购股份相关案例。

案号为（2018）浙0212民初2972号的请求公司收购股份纠纷案件。案情简介：2016年8月10日，宁波梅山保税港区量子新科投资合伙企业（有限合伙）（以下简称量子新科企业）与江苏泰得科技股份有限公司（以下简称泰得科技公司）、颜某（泛亚信息技术江苏有限公司法定代表人）签订《投资协议》一份，三方约定：量子新科企业投资650万元，以认购泰得科技公司原有股东的股份和增资扩股的方式购得200万股股份，向泰得科技公司投资。同日，三方签订《投资协议补充协议》一份，增加如下约定：颜某承诺，如出现如下之一情形的，

颜某按照本协议约定的回购价格，回购量子新科企业所持泰得科技公司的全部股权，并在回购条件成就之日（或原告量子新科企业要求回购之日）起一个月内，一次性支付完毕全部回购价款；超过上述期限不予回购或未付清回购价款的，颜某就应付未付的金额向量子新科企业按日万分之三支付违约金。或者按照目标年度实际达到的经审计后净利润折合10倍估值对量子新科企业予以现金补偿。两种方式由量子新科企业自由选择：（1）2017年6月30日前公司未通过新三板挂牌的；（2）公司2016年未达成经审计后净利润650万元的目标，2017年未达成经审计后净利润720万元的目标，2018年未达成经审计后净利润800万元的目标；（3）公司和颜某出现重大诚信问题严重损害公司利益等等；颜某按上述约定回购量子新科企业所持泰得科技公司股权的，在全部回购价款向量子新科企业支付完毕的情况下，量子新科企业无条件配合颜某办理回购股权的工商变更登记法律手续，回购所涉及的费用均由颜某承担。

2016年12月20日，量子新科企业与泰得科技公司、泛亚信息技术江苏有限公司（以下简称泛亚信息公司）签订《投资协议补充协议（二）》一份，三方约定将股权回购的义务主体由颜某变更为泛亚信息公司。

2017年1月20日，量子新科企业与泰得科技公司、泛亚信息公司签订《投资协议补充协议（三）》一份，三方约定：根据泰得科技公司的实际情况及挂牌推荐工作进度，各方同意不再执行《投资协议补充协议》及《投资协议补充协议（二）》中所涉及到的《投资协议补充协议》中的相关条款。《投资协议补充协议（三）》与各方签订的《投资协议》、《投资协议补充协议》及《投资协议补充协议（二）》中的约定如有不一致的，以《投资协议补充协议（三）》的约定为准。

2017年2月21日，中国中投证券有限责任公司作为泰得科技公司申请进入全国中小企业股份转让系统挂牌的主办券商，为充分了解泰得科技公司与投资人的投资关系及对赌协议解除相关情况，其工作人员莫某对量子新科企业的负责人黄某等人进行了访谈，其中莫某询问量子新科企业与泛亚信息公司的对赌协议是否已真实解除，是否存在其他约定或补偿措施，是否存在争议或纠纷？量子新科企业方回答：量子新科企业与泛亚信息公司的对赌协议已于2017年1月20日各方通

过签订补充协议三的方式解除，各方对对赌无其他约定或补偿措施，其对此无异议，不存在争议或纠纷。

泛亚信息公司、颜某曾向量子新科企业出具《承诺书》一份，主要内容为：泛亚信息公司、颜某共同承诺，如出现如下之一情形的，愿意按照本协议约定的回购价格，回购量子新科企业所持公司的全部股权，并在回购条件成就之日（或量子新科企业书面通知要求回购之日）起一个月内，一次性支付完毕全部回购价款；超过上述期限不予回购或未付清回购价款的，泛亚信息公司、颜某就应付未付的金额向量子新科企业按日万分之三支付违约金。或者按照目标年度实际达到的经审计后净利润对量子新科企业予以现金补偿。两种方式由量子新科企业自由选择：（1）2017年6月30日前公司未通过新三板挂牌的；（2）公司2016年未达成经审计后净利润650万元的目标；（3）泛亚信息公司、颜某和公司出现重大诚信问题严重损害公司利益等等。该《承诺书》上未载明出具的时间。

量子新科企业按约向泰得科技公司支付了投资款650万元。根据泰得科技公司2017年1月21日股东会决议和修改后章程的规定，公司增加股本200万股，由量子新科企业缴足并持有。2017年9月27日，泰得科技公司的股票在全国中小企业股份转让系统挂牌公开转让。

后，量子新科企业向法院提起诉讼。

浙江省宁波市鄞州区人民法院审理后认为，原告量子新科企业以认购被告泰得科技公司原有股东的股份和增资扩股的方式，向被告泰得科技公司投资，原、被告各方就此签订了《投资协议》。各方还在签订《投资协议》当日签订了《投资协议补充协议》，增加约定股份回购与原告退出条件等事项，并约定股权回购的义务主体为被告颜某。各方于2016年12月20日又签订了《投资协议补充协议（二）》，约定将股权回购的义务主体由被告颜某变更为被告泛亚信息公司。此后，各方又于2017年1月20日签订了《投资协议补充协议（三）》，约定解除了上述《投资协议补充协议》和《投资协议补充协议（二）》中关于股份回购与原告退出条件等事项的约定。原、被告各方签订的上述协议，均系各方当事人真实意思表示，且不违反法律、行政法规强制性规定，合法有效，对各方当事人均具有法律约束力。因为各方签订的《投资协议补充协议（三）》已约定解除了上述

《投资协议补充协议》和《投资协议补充协议（二）》中关于股份回购与原告退出条件等事项的约定，所以即使《投资协议补充协议》中所约定的股份回购与原告退出条件已成就，原告也无权依据《投资协议补充协议》、《投资协议补充协议（二）》向被告方主张回购其股权的权利。

原告向本院提供了《承诺书》，认为该《承诺书》独立于其他协议，其有权依据该《承诺书》向被告方主张回购其股权的权利。法院认为，该《承诺书》未载明出具的时间，从该《承诺书》的内容“被告泛亚信息公司作为无锡泰得利通软件科技有限公司的控股股东……”、该《承诺书》骑缝处加盖有“无锡泰得利通软件科技有限公司”印章以及该印章于2016年12月15日被公安机关收回并销毁等事实，法院认定该《承诺书》的出具时间必定早于《投资协议补充协议（三）》签订的时间（2017年1月20日）。因此出具时间早于《投资协议补充协议（三）》的《承诺书》不可能当然成为《投资协议补充协议（三）》的补充协议，各方也未约定《承诺书》是《投资协议补充协议（三）》的补充协议，而且证券公司工作人员在2017年2月21日向原告的负责人黄某等人了解对赌协议解除相关情况时，原告回答“原告量子新科企业与被告泛亚信息公司的对赌协议已于2017年1月20日各方通过签订补充协议三的方式解除，各方对对赌无其他约定或补偿措施，其对此无异议，不存在争议或纠纷。”所以该《承诺书》无法对抗《投资协议补充协议（三）》的法律效力，原告无权依据《承诺书》向被告方主张回购其股权的权利。所以判决：驳回原告量子新科企业的诉讼请求。

第三节 银行贷款

一、银行贷款的特点与方式

银行贷款融资，是指作为出借人的银行对作为借款人的企业提供货币资金，并由借款人（企业）按照约定的利率，在约定的期限内偿还本金和利息的商业活动。

银行贷款是企业获得生产经营资金的主要方式。通过银行贷款方式融资的优点：一是根据企业的资信情况可以获得相应的贷款额度；二是贷款种类较多，企

业可以根据自身的情况，结合经营实际进行选择；三是较其他渠道而言，申请程序、手续相对简单，获得资金的周期较短、成本较低。但该方式融资也存在一些缺点：一是银行贷款对主体的审查较为严格，不利于一般的中小型企业或者资信情况较差的企业获得贷款；二是一般都需要提供担保，在一定程度上限制了部分企业获得贷款的机会和数额。

按照其担保形式，银行贷款可以分为信用贷款与担保贷款。信用贷款就是根据借款人的商业信誉发放的贷款。这种贷款方式对于银行而言存在较大的风险，所以银行对信用贷款比较谨慎，往往会规定一定的限额。普通企业很难获得信用贷款，有些地方为了吸引科创项目到该地落户，与银行合作为科创企业开展一定额度的信用贷款，政府为科创企业提供利息补助。但银行对科创企业提供的信用贷款数额往往不是很高，往往是几十万元。一旦企业出现不按时还款的情况，银行将不再发放贷款，这样可以控制风险。

银行为企业提供最常见的是担保贷款，担保贷款分为以下三种类型：保证贷款、抵押贷款、质押贷款。保证贷款，即为贷款人在第三人承诺借款人不能偿还贷款时按约定承担担保责任后发放的贷款，银行通常要求保证人对债务承担连带责任保证。有时候，银行还要求企业的大股东、实际控制人以私人名义为企业的债务提供连带责任保证，有些还要求企业的其他股东、实际控制人的亲属也要提供连带责任保证，才同意办理贷款。有时候，企业也经常为其关联企业或其他企业的借款提供连带责任保证。抵押贷款，即以借款人或第三人的财产作为抵押物，贷款人取得抵押权后发放的贷款。根据《民法典》第395条的规定，可以作为抵押物的财产类型较多，企业作为抵押物的财产最常见的是不动产，包括房屋与土地使用权。质押贷款，即以贷款人或第三人的动产或权利作为质物，贷款人取得质权后发放的贷款。根据《民法典》第440条的规定，可以作为质物的权利类型较多，科创企业作为质物的财产最常见的是股权与知识产权中的财产权。

按照贷款的年限划分，银行贷款可以分为以下三种：一是短期贷款，一年（含）以内；二是中期贷款，一般是一年至五年（含）；三是长期贷款，五年以上。对于科创企业而言，银行贷款以短期与中期贷款为主，很少能获得银行的长期贷款。

二、申请贷款的一般条件与流程

如果是企业向银行贷款，一般是数额较大，银行一般要求企业提供抵押、质押或其他保证。企业对银行提供的借款合同格式文本往往没有很多的谈判机会，但要特别注意双方自行约定的内容，如借款的用途、借款人支付利息的期限、借款人返还借款的期限、利息与逾期利息（罚息）、抵押物的处置等。《民法典》第673条规定：“借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。”如果企业不按照约定的借款用途使用借款的，轻则借款被银行收回，重则可能会被认定是“骗贷”行为，需要承担刑事责任。

银行贷款往往对借款人有一定的要求。根据《贷款通则》第17条第2款的规定，借款人申请贷款，应当具备产品有市场、生产经营有效益、不挤占挪用信贷资金，恪守信用等基本条件，并且应当符合以下要求：（1）有按期还本付息的能力，原应付贷款利息和到期贷款已清偿；没有清偿的，已经做了贷款人认可的偿还计划；（2）除自然人和不需要经工商部门核准登记的事业法人外，应当经过工商部门办理年检手续；（3）已开立基本帐户或一般存款帐户；（4）除国务院规定外，有限责任公司和股份有限公司对外股本权益性投资累计额未超过其净资产总额的50%；（5）借款人的资产负债率符合贷款人的要求；（6）申请中期、长期贷款的，新建项目的企业法人所有者权益与项目所需总投资的比例不低于国家规定的投资项目的资本金比例。

企业向银行申请贷款的流程有以下方面：1.提出贷款申请。根据《贷款通则》第25条的规定，借款人需要贷款，应当向主办银行或者其他银行的经办机构直接申请。借款人应当填写包括借款金额、借款用途、偿还能力及还款方式等主要内容的《借款申请书》。2.根据贷款银行的要求提供贷款资料。3.银行进行审查审批，包括银行对企业进行信用等级的评估、贷款调查、贷款审批。4.通过审查审批后，企业与贷款银行签订借款合同并办理担保手续。保证贷款应当由保证人与贷款人签订保证合同。抵押贷款、质押贷款应当由抵押人、出质人与贷款人签订抵押合同、质押合同，需要办理登记的，应依法办理登记。5.审批通过并签

订合同后，贷款银行根据借款合同的约定向借款人发放贷款。贷款人不按合同约定按期发放贷款的，应偿付违约金。借款人不按合同约定用款的，应偿付违约金。6.贷后检查，贷款发放后，贷款人应当对借款人执行借款合同情况及借款人的经营情况进行追踪调查和检查。7.贷款归还。借款人应当按照借款合同规定按时足额归还贷款本息。借款人提前归还贷款，应当与贷款人协商。

企业向银行贷款，不仅要符合国家法律法规和政策的规定，还要通过银行的贷款审查程序贷款。贷款能给企业的生产经营活动带来转机，也会触发风险，如果银行被拒贷或者因为违反了借款合同约定而需要提前归还贷款或者银行停止支付贷款，可能会影响企业的财务状况和资金流转，影响日常的经营管理。因此建议企业在申请贷款时，要审查自身是否符合要求，并明确贷款资金的用途和流向，制定合理的贷款和还款计划。

三、不动产抵押贷款

《民法典》第394条规定：为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。

《民法典》第395条规定，债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（1）建筑物和其他土地附着物；（2）建设用地使用权；（3）海域使用权；（4）生产设备、原材料、半成品、产品；（5）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（6）交通运输工具；（7）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

《民法典》第400条规定：设立抵押权，当事人应当采用书面形式订立抵押合同。抵押合同一般包括下列条款：（1）被担保债权的种类和数额；（2）债务人履行债务的期限；（3）抵押财产的名称、数量等情况；（4）担保的范围。

企业将房屋、土地使用权等不动产作为抵押物，需要办理登记才生效。《民法典》第402条规定：“以本法第三百九十五条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登

记时设立。”

还需要注意的是《民法典》第397条规定：以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依据前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

抵押权的法律效力主要是抵押权人的优先受偿权。《民法典》第410条规定：债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。第413条规定：抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。第414条规定，同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（1）抵押权已经登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；（2）抵押权已经登记的先于未登记的受偿；（3）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定。

四、知识产权质押贷款

《民法典》第440条规定，债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（1）汇票、本票、支票；（2）债券、存款单；（3）仓单、提单；（4）可以转让的基金份额、股权；（5）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（6）现有的以及将有的应收账款；（7）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

知识产权质押融资，是指企业将知识产权作为标的质押给金融机构或担保机构，并办理相应的转移登记以取得资金支持。近年来，银行越来越多办理科创企业的知识产权抵押贷款，尤其是可转让的专利质押贷款与注册商标专用权质押贷款。

《民法典》第444条规定：以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权

中的财产权出质的，质权自办理出质登记时设立。知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

五、最高额担保

还需要注意的是银行经常要求企业提供“最高额保证”，即保证人与债权人订立最高额保证的合同，约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证。

《民法典》中对“最高额抵押权”有专门的规范。第420条规定：为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。第421条规定：最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但是当事人另有约定的除外。第422条规定：最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额。但是，变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。第423条规定，有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：（1）约定的债权确定期间届满；（2）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；（3）新的债权不可能发生；（4）抵押权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押；（5）债务人、抵押人被宣告破产或者解散；（6）法律规定债权确定的其他情形。

还需要注意的是：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）中两条关于最高额担保的规定。第15条规定：最高额担保中的最高债权额，是指包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产的费用、实现债权或者实现担保物权的费用等在内的全部债权，但是当事人另有约定的除外。登记的最高债权额与当事人约定的最高债权额

不一致的，人民法院应当依据登记的最高债权额确定债权人优先受偿的范围。第30条规定：“最高额保证合同对保证期间的计算方式、起算时间等有约定的，按照其约定。最高额保证合同对保证期间的计算方式、起算时间等没有约定或者约定不明，被担保债权的履行期限均已届满的，保证期间自债权确定之日起开始计算；被担保债权的履行期限尚未届满的，保证期间自最后到期债权的履行期限届满之日起开始计算。前款所称债权确定之日，依照民法典第四百二十三条的规定认定。”

六、以案例说明金融借款合同纠纷

一审案号为（2023）浙0291民初600号，二审案号（2023）浙02民终3562号为的金融借款合同纠纷案件。案情简介：2021年3月19日，浙商银行股份有限公司宁波分行（以下简称浙商银行宁波分行）与宁波锐泽贸易有限公司（以下简称锐泽贸易公司）签订编号为第02400号的《借款合同（小企业网签版）》，同日借款315万元，到期日2024年3月19日，年利率5.9%，按月结息，到期还本；2022年4月13日，双方签订编号为第02831号的《借款合同（小企业网签版）》，借款70万元，到期日2022年10月13日，年利率7.9%，按月结息，到期还本。借款用途：支付货款或归还借款等经营周转。赵某以其名下坐落于宁波市江北区某小区某幢某号某室的房屋为锐泽贸易公司在浙商银行宁波分行处自2021年3月16日至2031年3月16日期间发生的债务在197万元最高债权余额内提供抵押担保。赵某又以其名下坐落于宁波市江北区某路某弄某号某室的房屋为锐泽贸易公司在浙商银行宁波分行处自2021年3月16日至2031年3月16日期间发生的债务在255万元最高债权余额内提供抵押担保。陈某2（锐泽贸易公司法定代表人）、赵某为锐泽贸易公司在浙商银行宁波分行处自2021年3月17日至2031年3月16日期间发生的债务在452万元最高余额内提供连带保证责任。担保范围包括主合同项下债务本金、利息、复利、罚息、违约金、损害赔偿金以及诉讼（仲裁）费、律师费、差旅费等债权人实现债权的一切费用和所有其他应付费用；保证期间为主合同约定的债务人履行债务期间届满之日起三年。陈某1对编号为第02400号《借款合同（小企业网签版）》项下债务承担共同还款责任。编号为第02400号《借款合同（小企业网签版）》

同》项下欠借款本金315万元，编号为第02831号《借款合同》项下尚欠借款本金699,873.51元，此外还有利息、罚息、复利等。因借款人逾期未还本付息，浙商银行宁波分行向锐泽贸易公司邮寄《浙商银行债务提前到期通知书》，宣布涉案借款于2023年2月6日全部提前到期。后浙商银行宁波分行向法院提起诉讼。

宁波高新技术产业开发区人民法院审理后认为，浙商银行宁波分行与锐泽贸易公司之间存在合法有效的金融借款合同关系，锐泽贸易公司应按约向浙商银行宁波分行归还本金、支付利息。现锐泽贸易公司未按约还本付息，浙商银行宁波分行依约有权宣布债务提前到期，浙商银行宁波分行诉请锐泽贸易公司返还借款、支付利息，并承担罚息、复利、律师费的违约责任，于法有据，法院予以支持。赵某自愿以其名下房产为上述债务提供最高额抵押担保，锐泽贸易公司不履行债务时，浙商银行宁波分行有权以抵押房产折价或者拍卖、变卖后所得价款在约定的最高额范围内优先受偿。陈某1作为共同还款人，应按其承诺承担共同还款责任。陈某2、赵某应按其承诺在最高额范围内承担连带保证责任。所以判决：（1）锐泽贸易公司、陈某1共同返还浙商银行宁波分行借款本金3150,000元，支付利息103766.25元、罚息11615.63元、复利382.64元及自2023年2月22日起至实际履行之日止按合同约定计算的罚息、复利；（2）锐泽贸易公司返还浙商银行宁波分行借款本金699873.51元，支付利息3533.06元、罚息30179.13元、复利152.35元及自2023年2月22日起至实际履行之日止按合同约定计算的罚息、复利；（3）锐泽贸易公司、陈某1共同支付浙商银行宁波分行支出的律师费39948元；（4）对上述第1、2、3项锐泽贸易公司应履行之付款义务，浙商银行宁波分行有权以赵某名下坐落于宁波市江北区某小区某幢某号某室的房屋与坐落于宁波市江北区某路某弄某号某室的房屋折价或者拍卖、变卖后所得的价款在约定的最高额范围内优先受偿；（5）陈某2、赵某对上述第1、2、3项锐泽贸易公司应履行之付款义务在约定的最高额保证范围内承担连带清偿责任。

陈某1提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

第四节 民间借贷

一、民间借贷的概念与借款合同的生效

民间借贷是相对于金融机构贷款的一个概念。根据最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第1条第1款的规定，民间借贷，是指自然人、法人和非法人组织之间进行资金融通的行为。因此，非金融机构的企业之间可以成为民间借贷的主体。

首先，需要明确民间借贷行为成立条件。借贷是一个民事法律行为，应当确保该行为有效。《民法典》第143条规定，民事法律行为有效的条件包括：（1）行为人具有相应的民事行为能力；（2）意思表示真实；（3）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。在实践中的民间借贷纠纷，一部分是因为借贷双方对形成借贷关系时是否满足以上条件有争议，如一方认为是借贷关系，另一方认为是欠货款的关系。

其次，民间借贷合同生效。因为企业具有相应的民事行为能力，所以不会出现因为民事行为能力原因导致合同无效。导致企业签订的合同无效常见的原因是：（1）行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效；（2）违反法律、行政法规的强制性规定或违背公序良俗的民事法律行为无效；（3）行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

根据订立合同的主体不同，民间借贷合同的生效还有一些差别：一是自然人之间的借款合同，实践中常见的是借款人出具的借条。实践中，有些公司股东或实际控制人以个人的名义借款，用于企业的生产经营活动。《民法典》第679条规定：自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立。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9条规定，自然人之间的借款合同具有下列情形之一的，可以视为合同成立：（1）以现金支付的，自借款人收到借款时；（2）以银行转账、网上电子汇款等形式支付的，自资金到达借款人账户时；（3）以票据交付的，自借款人依法取得票据权利时；（4）出借人将

特定资金账户支配权授权给借款人的，自借款人取得对该账户实际支配权时；

（5）出借人以与借款人约定的其他方式提供借款并实际履行完成时。二是非自然人之间的借款合同。《民法典》第667条规定：借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。《民法典》第668条规定：借款合同应当采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外。借款合同的内容一般包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。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10条规定：“法人之间、非法人组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在民法典第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条以及本规定第十三条规定的情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。”

二、民间借贷中的利息问题

《民法典》第680条规定：禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。

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》对民间借贷中的利息问题进行了专门的规范，具体见第24、25、28、29条规定。该规定第24条规定：借贷双方没有约定利息，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。自然人之间借贷对利息约定不明，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。除自然人之间借贷的外，借贷双方对借贷利息约定不明，出借人主张利息的，人民法院应当结合民间借贷合同的内容，并根据当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场报价利率等因素确定利息。该规定第25条规定：出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。前款所称“一年期贷款市场报价利率”，是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自2019年8月20日起每月发布的一年期贷款市场报价利率。该规定第28条规定：借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但是以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率

四倍为限。未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：

（1）既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起参照当时一年期贷款市场报价利率标准计算的利息承担逾期还款违约责任的，人民法院应予支持；（2）约定了借期内利率但是未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。该规定第29条规定：出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但是总计超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的部分，人民法院不予支持。

总之，以中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心每月20日发布的一年期贷款市场报价利率（LPR）的4倍为标准确定民间借贷利率的司法保护上限。也即，超过一年期贷款市场报价利率（LPR）的4倍的利率会被认定为“高利贷”，不受法律的保护。

还需要注意的是，民间借贷不能有“砍头息”。《民法典》第670条规定：借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

三、民间借贷中的相关风险防范

（一）民间借贷合同无效的情形

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14条规定，具有下列情形之一的，人民法院应当认定民间借贷合同无效：具有下列情形之一的，人民法院应当认定民间借贷合同无效：（1）套取金融机构贷款转贷的；（2）以向其他营利法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的；（3）未依法取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的；（4）出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；（5）违反法律、行政法规强制性规定的；（6）违背公序良俗的。如果企业未按照约定用途使用借款，如合同中约定是用于生产经营需要，实际上企业将从银行中获得的贷款用于对其他企业的高息

借款，一旦被银行发现，该转借行为可能会被认定为无效。

（二）企业内部集资行为效力

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11条规定：“法人或者非法人组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金，用于本单位生产、经营，且不存在民法典第一百四十四条、第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条以及本规定第十三条规定的情形，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。”需要注意的是：企业向本单位职工集资取得的资金应用于生产和经营的用途。如果企业将向本单位职工集资取得的资金又转贷给第三人牟利，且该第三人事先知道或者应当知道的，那么企业与该第三人之间的借款合同可能会被认定为无效。

（三）企业之间拆借资金与营业性放贷的差异

企业之间为了生产经营需要互相拆借资金，司法实践中是予以支持的。与内部集资相似，拆借资金的借款合同有效需要满足两个前提条件：一是出于生产经营需要，二是没有违反《民法典》第144、153、154条规定且没有第三人知道或应当知道的情况下转借给第三人。

但若是生产经营型企业，以放贷、融资为业并以此盈利，那么该企业就是未经金融监管部门批准而擅自从事金融机构的业务，会扰乱市场秩序，妨碍国家对市场金融的监管。所以，企业应当注意被认定为营业性放贷的风险。

2019年10月21日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》（法发〔2019〕24号），将“非法放贷”列入非法经营罪的客观行为之一。该意见第1条规定：违反国家规定，未经监管部门批准，或者超越经营范围，以营利为目的，经常性地向社会不特定对象发放贷款，扰乱金融市场秩序，情节严重的，依照刑法第二百二十五条第（四）项的规定，以非法经营罪定罪处罚。前款规定中的“经常性地向社会不特定对象发放贷款”，是指2年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金10次以上。贷款到期后延长还款期限的，发放贷款次数按照1次计算。

（四）非法集资的风险

随着我国经济的持续增长，居民生活水平的不断提高，社会闲散资金也越来越多，投资需求日益增长。投资渠道狭窄、投资信息不对称等问题也随之而来，部分人利用这个矛盾，向不特定对象许诺高额回报以尽可能多地吸纳资金，因此涉嫌非法集资、集资诈骗等。近年来，非法集资案件频发。有些案件受到了社会的广泛强烈关注。实务中，企业应当规范资金借贷过程和借款用途，避免触犯刑法，构成非法吸收公众存款和集资诈骗罪等相关罪名。

最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（对法释〔2010〕18号文的修改，2022年3月1日施行）第1条规定，违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为刑法第一百七十六条规定的“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”：（1）未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金；（2）通过网络、媒体、推介会、传单、手机信息等途径向社会公开宣传；（3）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；（4）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。

（五）需要注意民间借贷纠纷中的虚假诉讼

近年来，法院在大力整治“虚假诉讼”，其中民间借贷纠纷中的“虚假诉讼”现象较多。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18条规定，人民法院审理民间借贷纠纷案件时发现有下列情形之一的，应当严格审查借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项流向以及借贷双方的关系、经济状况等事实，综合判断是否属于虚假民事诉讼：（1）出借人明显不具备出借能力；（2）出借人起诉所依据的事实和理由明显不符合常理；（3）出借人不能提交债权凭证或者提交的债权凭证存在伪造的可能；（4）当事人双方在一定期限内多次参加民间借贷诉讼；（5）当事人无正当理由拒不到庭参加诉讼，委托代理人对借贷事实陈述不清或者陈述前后矛盾；（6）当事人双方对借贷事实的发生没有任何争议或者诉辩明显不符合常理；（7）借款人的配偶或者合伙人、案外人的其他债权人提出有事实依据的异议；

(8) 当事人在其他纠纷中存在低价转让财产的情形；(9) 当事人不正当放弃权利；(10) 其他可能存在虚假民间借贷诉讼的情形。

对于查明属于虚假民间借贷诉讼的法律后果。《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第19条规定：“经查明属于虚假民间借贷诉讼，原告申请撤诉的，人民法院不予准许，并应当依据民事诉讼法第一百一十二条之规定，判决驳回其请求。诉讼参与人或者其他恶意制造、参与虚假诉讼，人民法院应当依据民事诉讼法第一百一十一条、第一百一十二条和第一百一十三条之规定，依法予以罚款、拘留；构成犯罪的，应当移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。单位恶意制造、参与虚假诉讼的，人民法院应当对该单位进行罚款，并可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，应当移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。”

四、以案例说明民间借贷纠纷

案例一：企业之间借贷纠纷与个人承担保证责任的相关案例。

一审案号为(2019)浙0291民初2505号，二审案号为(2020)浙02民终4134号的企业借贷纠纷案件。案情简介：2017年7月5日，宁波黎升花边有限公司(以下简称黎升公司)与公司执行董事胡某向宁波惠轩服饰有限公司(以下简称惠轩公司)出具借条一份，载明：黎升公司欠惠轩公司货款25万元整，因黎升公司资金周转困难，应付货款转为借款，借期自2017年3月起，归还期为2017年12月，利息壹分，同时胡某以个人名义担保。后黎升公司未按时付款，惠轩公司以黎升公司、胡某为被告向法院提起诉讼。

在审理过程中，惠轩公司同意从黎升公司欠其25万元货款中扣除安澜公司应付黎升公司的加工款83,989元。

宁波市高新技术产业开发区人民法院审理后认为，惠轩公司与黎升公司一致同意将黎升公司拖欠惠轩公司的货款转化为借款，系当事人的真实意思表示，内容未违反法律、行政法规的强制性规定，应认定为合法有效。黎升公司应当按照约定的期限返还借款并支付利息。现黎升公司、胡某对惠轩公司变更诉请后主张的借款166,011元无异议，对此予以确认。惠轩公司与黎升公司明确约定借期

自2017年3月起，故利息应从该借期开始计算。因胡某与惠轩公司未约定保证方式及保证担保范围，故胡某按照连带责任保证对黎升公司的全部债务承担保证责任。所以判决：(1)黎升公司返还惠轩公司借款166,011元，并支付自2017年3月1日至实际履行之日止以166,011元为基数按月利率1%计算的利息；(2)胡某对黎升公司应履行之义务承担连带保证责任，胡某承担保证责任后，有权向黎升公司追偿。

黎升公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

案例二：套取金融机构贷款转贷的民间借贷合同无效案例。

一审案号为(2021)浙0211民初3021号，二审案号为(2022)浙02民终1604号的民间借贷纠纷案件。案情简介：2014年2月28日，宁波市海曙铭远车业科技有限公司(以下简称铭远公司)与农业银行鄞州支行签订《流动资金借款合同》一份，约定铭远公司向农业银行鄞州支行借款250万元，借款期限1年，担保方式为最高额保证担保。2014年4月10日，宁波杨家乐电子有限公司(以下简称杨家乐公司)与农业银行鄞州支行签订《最高额保证合同》一份，约定杨家乐公司自愿为农业银行鄞州支行自2014年4月10日起至2015年4月9日止与铭远公司办理约定的各类业务所形成的债权提供连带责任保证，担保的债权最高余额折合人民币1100万元整。2014年4月16日，铭远公司向农业银行鄞州支行借款420万元，借款期限1年，担保方式为最高额保证担保。2014年4月22日，铭远公司再向农业银行鄞州支行借款330万元，借款期限1年，担保方式为最高额保证担保。2015年4月28日，杨家乐公司(甲方)与铭远公司(乙方)、梁某(铭远公司法定代表人)、王某(铭远公司员工)为丙方签订《借款协议》一份，约定：乙方因资金周转困难，无法偿还银行到期贷款，向甲方借款，丙方自愿作为共同借款人，共同偿还甲方本协议约定的借款；乙方、丙方共同向甲方借款1000万元整，借款期限自2015年4月30日起至2018年4月29日止，采取分期还款的方式。2015年4月30日，杨家乐公司与中国农业银行股份有限公司宁波鄞州分行签订《流动资金借款合同》一份，约定杨家乐公司借款1000万用于债务承担，借款期限1年，年利率6.313%。当日，杨家乐公司向该分行出具委托支付通知单一份，要求将上述

《流动资金借款合同》所涉1000万元支付至铭远公司账户。后该1000万元用于返还铭远公司于2014年2月28日、4月16日、4月22日签订的《流动资金借款合同》所涉借款。铭远公司、梁某、王某并已共同向杨家乐公司出具收条一份，载明“今收到杨家乐公司人民币1000万元整”。后，杨家乐公司向法院起诉请求：判令铭远公司、梁某、王某返还杨家乐公司借款1000万元，并支付贷款费用、违约金与律师费。

宁波市镇海区人民法院审理后认为，套取金融机构贷款转贷的，民间借贷合同无效。杨家乐公司主张涉案借款系由其履行担保责任后所享有的追偿权转化，但《借款协议》明确约定铭远公司因资金周转困难，无法偿还银行到期贷款，向杨家乐公司借款，且涉案1000万元用于返还铭远公司于2014年2月28日、4月16日、4月22日签订的《流动资金借款合同》所涉借款，而杨家乐公司并未对其中2014年2月28日签订的《流动资金借款合同》所涉借款提供担保，故不予采信。杨家乐公司从银行贷款1000万元后转贷给铭远公司、梁某、王某，其出借的款项全部来源于银行贷款，故杨家乐公司与铭远公司、梁某、王某签订的《借款协议》无效。合同无效的，因该合同取得的财产，应当予以返还。铭远公司、梁某、王某应向杨家乐公司返还取得的借款1000万元。合同无效，合同中关于贷款费用、律师费等违约责任的约定当然无效，杨家乐公司以《借款协议》约定为由主张贷款费用、违约金、律师费，于法无据，不予支持。所以判决铭远公司、梁某、王某返还杨家乐公司借款1000万元。

杨家乐公司、铭远公司提起上诉。浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，涉案《借款协议》明确约定铭远公司因资金周转困难，无法偿还银行到期贷款，向杨家乐公司借款，且涉案1000万元用于返还铭远公司于2014年2月28日、4月16日、4月22日签订的《流动资金借款合同》所涉借款，杨家乐公司认为涉案借款系由其履行担保责任后所享有的追偿权转化与事实不符，不予支持。杨家乐公司从银行贷款1000万元后转贷给铭远公司、梁某、王某，其出借的款项全部来源于银行贷款，系套取金融机构贷款转贷，一审认为杨家乐公司与铭远公司、梁某、王某签订的《借款协议》无效，有事实和法律依据，并无不当。杨家乐公司认为借款合同有效，无法律依据，不予支持。因杨家乐公司系基于涉案《借款协议》

向农业银行鄞州支行贷款后用于归还铭远公司的贷款，并非基于履行最高额保证合同而偿还铭远公司的银行贷款。合同无效的，因该合同取得的财产，应当予以返还。铭远公司、梁某、王某应向杨家乐公司返还取得的借款1000万元。对无效借款合同，借款人应当支付资金占用费损失，杨家乐公司诉讼请求中的贷款费用实为贷款利息，虽然其请求的贷款利息过高，但对于资金占用费可以支持，应从实际向铭远公司发放贷款之日起计算。所以判决：（1）撤销宁波市镇海区人民法院（2021）浙0211民初3021号民事判决；（2）铭远公司、梁某、王某返还杨家乐公司借款1000万元，并按照中国人民银行同期最低档次贷款基准利率计算自2015年4月30日起至2019年8月19日止、按同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算自2019年8月20日起至实际履行完毕之日止的利息损失。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

规范名称	性质	发布或开始实施时间	最新修正或修订时间
《中华人民共和国民法典》	法律	2020 年 5 月 28 日	
《中华人民共和国公司法》	法律	1993 年 12 月 29 日	2023 年 12 月 29 日
中国人民银行《贷款通则》	部门规章	1996 年 6 月 28 日	
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》	司法解释	2020 年 12 月 31 日	
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》	司法解释	2015 年 8 月 6 日	2020 年 12 月 29 日
最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	司法解释	2010 年 12 月 13 日 (法释〔2010〕18 号)	2022 年 2 月 23 日
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》	司法文件	2019 年 10 月 21 日 (法发〔2019〕24 号)	

第四章 创业投资与鼓励政策

第一节 创业投资企业的备案与表现形式

一、创业投资企业的定义与形式

根据《创业投资企业管理暂行办法》第2条的规定，创业投资企业是指在中国境内注册设立的主要从事创业投资的企业组织。创业投资，系指向创业企业进行股权投资，以期所投资创业企业发育成熟或相对成熟后主要通过股权转让获得资本增值收益的投资方式。创业企业，系指在中国境内注册设立的处于创建或重建过程中的成长性企业，但不含已经在公开市场上市的企业。国家鼓励创业投资企业投资中小企业特别是中小型高新技术企业。

创业投资企业可以以有限责任公司、股份有限公司或其他企业组织（主要是有限合伙企业）形式设立。申请设立创业投资企业，依法直接到企业登记机关注册登记。经营范围应符合相应规定，且工商登记为“创业投资有限责任公司”、“创业投资股份有限公司”等专业性法人创业投资企业。

二、创业投资企业的备案

国家对创业投资企业实行备案管理。按照规定完成备案程序的创业投资企业，应当接受创业投资企业管理部门的监管，投资运作符合有关规定的可享受政策扶持。未按照规定完成备案程序的创业投资企业，不受创业投资企业管理部门的监管，不享受政策扶持。

创业投资企业的备案管理部门分国务院管理部门和省级（含副省级城市）管理部门两级。国务院管理部门为国家发展和改革委员会；省级（含副省级城市）管理部门由同级人民政府确定。在宁波市注册的创业投资企业向宁波市发展和改

革委员会申请备案。

创业投资企业向管理部门备案应当具备下列条件：（1）已在企业登记机关办理注册登记；（2）经营范围符合相关规定；（3）实收资本不低于3000万元人民币，或者首期实收资本不低于1000万元且全体投资者承诺在注册后的5年内补足不低于3000万元实收资本；（4）投资者不得超过200人。单个投资者对创业投资企业的投资不得低于100万元人民币。所有投资者应当以货币形式出资；（5）有至少3名具备2年以上创业投资或相关业务经验的高级管理人员承担投资管理责任。

创业投资企业向管理部门备案时，应当提交下列文件：（1）公司章程等规范创业投资企业组织程序和行为的法律文件；（2）工商登记文件与营业执照的复印件；（3）投资者名单、承诺出资额和已缴出资额的证明；（4）高级管理人员名单、简历。

三、对创业投资企业的规范

创业投资企业可以以全额资产对外投资。其中，对企业的投资，仅限于未上市企业。但是所投资的未上市企业上市后，创业投资企业所持股份的未转让部分及其配售部分不在此限。其他资金只能存放银行、购买国债或其他固定收益类的证券。创业投资企业可以在法律规定的范围内通过债权融资方式增强投资能力。经与被投资企业签订投资协议，创业投资企业可以以股权和优先股、可转换优先股等准股权方式对未上市企业进行投资。创业投资企业对单个企业的投资不得超过创业投资企业总资产的20%。

创业投资企业可以事先确定有限的存续期限，但是最短不得短于7年。创业投资企业可以通过股权上市转让、股权协议转让、被投资企业回购等途径，实现投资退出。

四、有限合伙企业的设立

创业投资企业以设立公司、合伙企业的形式存在，较多是以有限合伙企业形式存在。

合伙企业是按照《合伙企业法》，由自然人、法人和其他组织在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。合伙企业不具备独立的法人资格。

普通合伙企业与有限合伙企业的区分标准为是否有合伙人承担有限责任。普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。有限合伙企业由普通合伙人（也就是GP，即general partner 的缩写）和有限合伙人（也就是LP，即limited partner的缩写）组成。有限合伙企业的好处是确立了普通合伙人的无限连带责任，减轻了合伙企业形式下有限合伙人的责任，是有限公司与普通合伙企业的变种。因为普通合伙人往往是执行事务合伙人，有限合伙人往往不参与合伙企业事务，所以两者在责任承担上有所区别。普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

有限合伙企业一般由2个以上50个以下合伙人设立，其中至少应当有一个普通合伙人。有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。由于有限合伙企业的税收为“先分后税”，即合伙企业生产经营所得或其他所得，先按合伙人各自分配比例分别确定应纳税所得额后，再按各自使用税率计算缴纳个人所得税。有限合伙企业的税率相比公司优惠，故多数创业投资基金会选择有限合伙企业形式，而且为了避税的需要，设立在保税区或其他税收较优惠的特殊区域。又由于执行事务合伙人对有限合伙企业有较强控制力，在公司上市过程中的认定上合并计算股份比例，科创企业的员工持股平台也多数选择有限合伙形式，由科创企业实际控制人担任普通合伙人。

有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。有限合伙人执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。但有限合伙人参与合伙企业的内部事务讨论、参与决策、进行监督的行为，不视为执行合伙事务。如果第三人无理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

有限合伙协议除符合合伙协议的一般规定外，还应当载明下列事项：（1）普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；（2）执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；（3）执行事务合伙人权限与违约处理办法；（4）执行事务合伙人的除名条件和更换程序；（5）有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；（6）有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

五、对有限合伙人的要求

有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及认缴的出资数额。有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资，但不得以劳务出资。

如果在合伙协议中没有约定禁止，有限合伙人的以下行为可以开展：（1）有限合伙人同本有限合伙企业进行交易；（2）有限合伙人自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；（3）有限合伙人将其在有限合伙企业中的财产份额出质；（4）有限合伙人向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前30日通知其他合伙人。

有限合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

提供一份当事人避免承担无限连带责任的方案：当事人可以与他人合作先成立一家有限责任公司，然后用这家有限责任公司在合伙企业中担任普通合伙人。这样，既可以切断个人和合伙企业之间的连带责任，实现风险隔离，同时可以方便更换实际控制人，可以在公司层面更换股东，避开合伙人会议和合伙企业变更登记。

第二节 对私募投资基金的管理规范

2023年7月3日，国务院颁布《私募投资基金监督管理条例》（国务院令第七62号），自2023年9月1日起施行。

一、私募投资基金的定义与形式

私募投资基金（以下简称私募基金），是指在中国境内，以非公开方式募集资金，设立投资基金或者以进行投资活动为目的依法设立公司、合伙企业。私募基金由私募基金管理人或者普通合伙人管理，为投资者的利益进行投资活动。私募基金财产独立于私募基金管理人、私募基金托管人的固有财产。私募基金财产的债务由私募基金财产本身承担，但法律另有规定的除外。

投资者按照基金合同、公司章程、合伙协议（以下统称基金合同）约定分配收益和承担风险。

私募基金分为公司型、有限合伙型、契约型。私募基金的基本运行模式依次为募集阶段、投资阶段、投资后管理阶段、退出阶段。

有限合伙型私募基金是投资者依据《合伙企业法》成立有限合伙企业，由普通合伙人（基金管理人）负责执行合伙事务、具体负责投资运作，对合伙债务承担无限连带责任。有限合伙人不负责合伙事务的管理，以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。有限合伙型私募基金不具有独立的法人地位。其主要优点：可采取灵活的基金缴付安排和退出分配安排；可约定符合行业特点、灵活的收益分配方式；有利于避免双重征税。不同地方工商、税务等部门对合伙企业的监管口径存在较大差异。

二、对私募基金管理人的要求

私募基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任。以合伙企业形式设立的私募基金，资产由普通合伙人管理的。私募基金管理人管理、运用私募基金

财产，私募基金托管人托管私募基金财产，私募基金服务机构从事私募基金服务业务，应当遵守法律、行政法规规定，恪尽职守，履行诚实守信、谨慎勤勉的义务。私募基金管理人不得将投资管理职责委托他人行使。应当遵循专业化管理原则，聘用具有相应从业经历的高级管理人员负责投资管理、风险控制、合规等工作。应当遵循投资者利益优先原则，建立从业人员投资申报、登记、审查、处置等管理制度，防范利益输送和利益冲突。

私募基金管理人应当履行下列职责：（1）依法募集资金，办理私募基金备案；（2）对所管理的不同私募基金财产分别管理、分别记账，进行投资；（3）按照基金合同约定管理私募基金并进行投资，建立有效的风险控制制度；（4）按照基金合同约定确定私募基金收益分配方案，向投资者分配收益；（5）按照基金合同约定向投资者提供与私募基金管理业务活动相关的信息；（6）保存私募基金财产管理业务活动的记录、账册、报表和其他有关资料；（7）国务院证券监督管理机构规定和基金合同约定的其他职责。以非公开方式募集资金设立投资基金的，私募基金管理人还应当以自己的名义，为私募基金财产利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为。

私募基金管理人应当持续符合下列要求：（1）财务状况良好，具有与业务类型和管理资产规模相适应的运营资金；（2）法定代表人、执行事务合伙人或者委派代表、负责投资管理的高级管理人员按照国务院证券监督管理机构规定持有一定比例的私募基金管理人的股权或者财产份额，但国家另有规定的除外；（3）国务院证券监督管理机构规定的其他要求。

三、对私募基金的监督管理

国务院证券监督管理机构对私募基金业务活动实施监督管理，对私募基金管理人实施差异化监督管理，并对创业投资等股权投资、证券投资等不同类型的私募基金实施分类监督管理。

私募基金应当向合格投资者募集或者转让，单只私募基金的投资者累计不得超过法律规定的人数。私募基金管理人不得采取为单一融资项目设立多只私募基金等方式，突破法律规定的人数限制；不得采取将私募基金份额或者收益权进行

拆分转让等方式，降低合格投资者标准。合格投资者，是指达到规定的资产规模或者收入水平，并且具备相应的风险识别能力和风险承担能力，其认购金额不低于规定限额的单位和个人。

私募基金管理人应当向投资者充分揭示投资风险，根据投资者的风险识别能力和风险承担能力匹配不同风险等级的私募基金产品。

私募基金不得向合格投资者以外的单位和个人募集或者转让；不得向为他人代持的投资者募集或者转让；不得通过报刊、电台、电视台、互联网等大众传播媒介，电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单，或者讲座、报告会、分析会等方式向不特定对象宣传推介；不得以虚假、片面、夸大等方式宣传推介；不得以私募基金托管人名义宣传推介；不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益。

私募基金财产的投资包括买卖股份有限公司股份、有限责任公司股权、债券、基金份额、其他证券及其衍生品种以及符合国务院证券监督管理机构规定的其他投资标的。私募基金财产不得用于经营或者变相经营资金拆借、贷款等业务。

四、关于创业投资基金的特别规定

创业投资基金，是指符合下列条件的私募基金：（1）投资范围限于未上市企业，但所投资企业上市后基金所持股份的未转让部分及其配售部分除外；（2）基金名称包含“创业投资基金”字样，或者在公司、合伙企业经营范围中包含“从事创业投资活动”字样；（3）基金合同体现创业投资策略；（4）不使用杠杆融资，但国家另有规定的除外；（5）基金最低存续期限符合国家有关规定；（6）国家规定的其他条件。

国家对创业投资基金给予政策支持，鼓励和引导其投资成长性、创新性创业企业，鼓励长期资金投资于创业投资基金。

国务院证券监督管理机构对创业投资基金实施区别于其他私募基金的差异化监督管理：（1）优化创业投资基金营商环境，简化登记备案手续；（2）对合法募资、合规投资、诚信经营的创业投资基金在资金募集、投资运作、风险监测、

现场检查等方面实施差异化监督管理，减少检查频次；（3）对主要从事长期投资、价值投资、重大科技成果转化的创业投资基金在投资退出等方面提供便利。

第三节 投资协议的主要内容与对赌条款的法律效力

一、投资协议的主要内容

投资方在进行尽职调查后，应与被投资方进行商务谈判，共同拟订投资协议（或称为股权融资协议），准备相关法律文件。如果法律、法规要求投资项目必须经政府主管机关批准的，应向政府主管机关提出批准申请。

投资协议除标的、价款、支付、合同生效及修改、项目合法性的法律依据等主要条款外，通常还包含如下条款：（1）融资估值条款，通常约定公司估值、融资金额、占股比例及交割的先决条件；（2）排他条款，通常约定创业公司在一段时间内，不得同第三方投资人接触；（3）过桥贷款条款，是指在投融资双方签订投资条款清单后，投资资金实际支付前，给予公司一笔贷款，用于创业短期持续经营或者迅速推广，后续该笔贷款往往会转成投资款；（4）对赌条款，具体是指投资方投资后，如果没有达到对赌预期，则需要对公司的估值根据约定进行调整，并据此进行差额结算；（5）优先认购条款，通常约定公司未来进行增资，投资人有权按其届时的持股比例购买对应股份；（6）反稀释条款，通常约定投资完成后，如公司发生新的股权融资，发行价格低于本次投资价格的，公司应无偿向投资人发行新的股份或采取其他方式，使得投资人全部股份的加权平均价格不高于新一轮发行价格；（7）股份回购条款，通常是指若公司未能在投资完成后一定期限内实现合格IPO并上市或出现其他赎回情形时，投资人有权要求公司赎回其全部或部分股份；（8）否决条款，通常约定投资人有权利否决公司的一些决策和安排；（9）优先清算条款，通常是指如果发生触发清算的事件，则进入清算程序。首先投资人优先于其他股东分得公司资产，剩余资产按照股权比例派发给全体股东；（10）优先分红条款，通常是指公司具备分红条件并进行红利分配时，享有优先权的股东有权相较于其他股东优先取得约定比例分

红；（11）领售权条款，通常是指在一定条件下，如果投资人同意出售公司，其他股东包括创始股东应该同意该决定；（12）委派董事条款，通常约定投资人有权委派董事进入董事会；（13）竞业禁止条款，通常约定公司创始人及核心管理层成员应承诺在公司上市满一定期限之前，全部个人工作时间和精力应服务于公司，不从事其他兼职或投资经营其他公司，并且从投资完成开始至离开公司的一段期限之内不参与任何与公司有竞争的业务。

投资协议一般自合同主体签字盖章之日起生效，但投资协议的生效并不当然意味着出资自合同生效时起实际履行，其实际履行根据公司性质及当事人有关需求，可能还需满足法律规定的条件或当事人约定的条件。

二、对赌协议的性质与补偿方式

对赌条款是投资协议中的重要问题。很多投资协议中存在对赌条款，所以这样的投资协议又被称为对赌协议，实务中对对赌协议的法律效力存在争议，因此产生的纠纷也较多。

对赌协议是投资方事前支付，事后被投资方向投资方进行事后补偿，对赌协议实际上是期权的一种形式。对赌条款也就是我们常说的估值调整协议，这是因为投融资双方获取信息的方式不同引起的信息不对称形成的，为了解决投融资双方对目标公司未来发展的不确定性所设计的一系列补偿方案。对赌条款的内容通常包括现金补偿、承诺回购公司股权等协议，通常投资公司还要求目标公司或股东提供连带责任担保。

对赌协议的签订主体通常是投资公司与目标公司的实际控制人、原股东与目标公司的管理层及其他成员。虽然此前在一段时期内排除了投资公司与目标公司之间对赌协议的有效性，但如今投资公司与目标公司之间的对赌协议也被认定为有效。

对赌的方式根据股权融资不同的方式有所差异。如增资入股方式，投资方对目标公司进行增资，并约定对赌目标，实践中往往是高额溢价增资。再如股权转让方式，投资方受让目标公司原股东持有的目标公司的股权，并约定对赌目标。

在实务中，因对赌协议产生纠纷通常是由于创业企业的业绩未达到目标导致

的。对赌目标通常为达到投融资双方协商确定的投资协议上的未来企业业绩指标包括财务会计指标或者非财务业绩指标、具备上市条件以及确定的上市时间。

对赌协议补偿支付方式主要有：（1）现金补偿：目标公司未能实现约定的业绩指标或合格上市时，对赌主体将向投资方给予约定的现金作为补偿；（2）股权调整：目标公司未能实现约定的业绩指标时，投资方可以以低价或者无偿受让其他股东的股权，或者以低价对目标公司进行增资；（3）股权回购：目标公司未能实现约定的业绩指标或者合格上市时，目标公司及其股东或者其他对赌主体按照约定回购投资方持有的股权。但如果对赌协议损害了目标公司和原股东、债权人的利益，可能会被法院认定为无效。

三、对赌协议的法律效力

2008年3月24日证监会颁布的《上市公司重大资产重组管理办法》第33条中规定“交易双方应当与上市公司就相关资产实际盈利数不足利润预测数的情况签订明确可行的补偿协议”，就是我们所说的“对赌协议”，证监会在政策层面上承认了对赌协议存在的合理性。

在司法层面上，法院经历了从不承认到承认的态度变化。目前，对赌协议已被我国司法界所接受，但前提是不得损害目标公司和及其债权人利益。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第二部分“关于公司纠纷案件的审理”专门规定了关于“对赌协议”的效力及履行。内容如下：实践中俗称的“对赌协议”，又称估值调整协议，是指投资方与融资方在达成股权性融资协议时，为解决交易双方对目标公司未来发展的不确定性、信息不对称以及代理成本而设计的包含了股权回购、金钱补偿等对未来目标公司的估值进行调整的协议。从订立“对赌协议”的主体来看，有投资方与目标公司的股东或者实际控制人“对赌”、投资方与目标公司“对赌”、投资方与目标公司的股东、目标公司“对赌”等形式。人民法院在审理“对赌协议”纠纷案件时，不仅应当适用合同法的相关规定，还应当适用公司法的相关规定；既要坚持鼓励投资方对实体企业特别是科技创新企业投资原则，从而在一定程度上缓解企业融资难问题，又要贯彻资本维持原则和保护债权人合法权益原则，依法平衡投资方、公

司债权人、公司之间的利益。对于投资方与目标公司的股东或者实际控制人订立的“对赌协议”，如无其他无效事由，认定有效并支持实际履行，实践中并无争议。但投资方与目标公司订立的“对赌协议”是否有效以及能否实际履行，存在争议。对此，应当把握如下处理规则：【与目标公司“对赌”】投资方与目标公司订立的“对赌协议”在不存在法定无效事由的情况下，目标公司仅以存在股权回购或者金钱补偿约定为由，主张“对赌协议”无效的，人民法院不予支持，但投资方主张实际履行的，人民法院应当审查是否符合公司法关于“股东不得抽逃出资”及股份回购的强制性规定，判决是否支持其诉讼请求。投资方请求目标公司回购股权的，人民法院应当依据《公司法》第35条关于“股东不得抽逃出资”或者第142条关于股份回购的强制性规定进行审查。经审查，目标公司未完成减资程序的，人民法院应当驳回其诉讼请求。投资方请求目标公司承担金钱补偿义务的，人民法院应当依据《公司法》第35条关于“股东不得抽逃出资”和第166条关于利润分配的强制性规定进行审查。经审查，目标公司没有利润或者虽有利润但不足以补偿投资方的，人民法院应当驳回或者部分支持其诉讼请求。今后目标公司有利润时，投资方还可以依据该事实另行提起诉讼。

四、关于赌协议效力确认的相关纠纷案例

（一）对赌协议被认定为有效的纠纷案例

一审案号为（2021）浙0206民初4557号，二审案号为（2021）浙02民终4421号的合同纠纷案件。案情简介：2017年1月9日，宁波君润睿丰创业投资合伙企业（有限合伙）（以下简称君润睿丰）与四川宝兴三兴汉白玉开发有限公司（以下简称三兴公司）、冷某签订《股权转让协议》，载明股权转让前三兴公司注册资本为2070.6万元，冷某是三兴公司的创始股东及实际控制人，持有65.29%的股份；冷某自愿将3.3333%的股权转让给君润睿丰，股权转让款为3000万元。同日，各方又签订了《股权转让补充协议》，本轮股权转让的公司估值为90,000万元，君润睿丰出资3000万元受让冷某所持有三兴公司3.3333%股权。前述估值是在冷某保证三兴公司在2016~2020年完成《股权转让补充协议》约定的承诺净利润的基础上确定的。三兴公司和冷某共同承诺2016~2020年期间三兴公司的净

利润值，其中2018年净利润不低于17400万元，若三兴公司实际完成的净利润低于上述承诺净利润的85%，则冷某应给予君润睿丰现金补偿，计算方式为未完成承诺净利润当年度的补偿金总额=君润睿丰投资金额3000万元×（1-当年度实际净利润÷当年度承诺净利润）。所谓净利润，是三兴公司审计报告中归属于母公司股东的扣除非经常性损益前后孰低的合并报表税后净利润。若冷某已向君润睿丰就某一年度支付现金补偿，而后一年度再发生未完成承诺净利润85%再次触发现金补偿的，则按上述公式计算出补偿金额后应扣除上一年度已补偿金额；触发现金补偿的，冷某应在接到君润睿丰的通知之日起90日内按上述约定支付完毕现金补偿义务。2017年1月24日，君润睿丰按照约定将股权转让款3000万元汇入三兴公司银行账户。2017年3月31日，三兴公司完成了相应股权变更登记手续。2019年7月5日，某会计师事务所出具《审计报告》，其中利润表中载明归属于母公司所有者的净利润为88,972,665.77元。2019年10月21日，君润睿丰向冷某发送《关于要求执行投资协议现金补偿的函》，要求冷某按照《补充协议》的约定，向君润睿丰支付现金补偿共计10,658,100元。2020年1月14日，君润睿丰委托律师向冷某发送《关于要求支付现金补偿款的律师函》，但冷某一致未向君润睿丰支付现金补偿款。所以，君润睿丰向法院提起诉讼。

宁波市北仑区人民法院审理后认为，该案的争议焦点，冷某在履行合同时是否出现了免除现金补偿的法定事由。冷某提出的理由与提交的证据对三兴公司生产经营是否有影响，有何影响以及影响的程度，冷某无充分确凿证据予以证明，即使存在影响亦是商业贸易的潜在风险，故冷某的辩称理由不能成为其免除现金补偿的法定事由。案涉协议系当事人真实意思表示，且并未违反相关法律法规的规定，各方均应依约履行。根据《股权转让补充协议》的约定，三兴公司2018年度的净利润并未达到三兴公司和冷某承诺的净利润目标的85%，已触发现金补偿之给付责任，现冷某并无免除现金补偿款的约定和法定事由，理应依约支付。所以判决：冷某支付宁波君润睿丰2018年度补偿款10,658,100元，并支付相应的利息损失。

冷某提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

（二）与股票市值挂钩的对赌协议被认定为无效的纠纷案例

一审案号为（2020）沪02民初234号，二审案号为（2021）沪民终745号的支付合伙份额回售纠纷案件。案情简介：江苏硕世生物科技股份有限公司（以下简称硕世生物）成立于2010年4月，主营业务为体外诊断产品的研发、生产和销售。2015年，房某、梁某以1：9的比例出资成立绍兴闰康生物医药股权投资合伙企业（有限合伙）（以下简称绍兴闰康），并以此为持股平台，持有硕世生物1560万股，占公司总股本的35.49%。2016年12月，房某、梁某与南京高科新浚成长一期股权投资合伙企业（有限合伙）（以下简称高科新浚）、南京高科新创投资有限公司（以下简称高科新创）签订协议，约定高科新浚、高科新创认购绍兴闰康新增出资1亿元，而绍兴闰康是作为江苏硕世的股东之一，对江苏硕世进行股权投资。此后，各方签订《修订合伙人协议》，其中4.2条上市后回售权约定：在江苏硕世完成合格首次公开发行之日起6个月届满之日，投资方有权要求任一回售义务人（房某、梁某或绍兴闰康）按照规定的价格购买其全部或部分合伙份额对应的收益权；上市后回售价款以按发出回售通知之日前30个交易日江苏硕世股份在二级市场收盘价算术平均值作为计算依据。2019年12月，江苏硕世在上海证券交易所科创板上市。根据《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答二》第10条规定，前述4.2条约定属于发行人在申报科创板股票发行上市前应予以清理的对赌协议。但江苏硕世在申报发行过程中，未按监管要求对回购条款予以披露和清理。2020年7月13日，高科新浚、高科新创向房某、梁某、绍兴闰康发出《回售通知书》，要求绍兴闰康履行上市后回购义务。当日，江苏硕世盘中的股票交易价格达到历史最高价476.76元。此前30个交易日，江苏硕世的股票价格涨幅达155%。次日起江苏硕世股价一直处于跌势，直至2020年9月11日交易收盘价为183.80元。因房某、梁某、绍兴闰康未于高科新浚发出回售通知后3个月内支付相应回购价款。高科新浚向法院提起诉讼。

上海市第二中级人民法院审理后认为，目标公司上市后对赌协议的效力和履行，不仅涉及到公司内部关系的调整，还涉及到证券监管要求以及证券市场交易秩序和金融安全等问题。当事人隐瞒未披露的对赌条款，属于上市审核规则明确必须在上市前予以清理的对赌条款的，对其效力认定应充分考察审核规则所体现的公共法益、监管对象是针对交易行为还是市场准入资格、对金融安全及社会

影响等方面内容。与股票市值直接挂钩的回购条款，存在投资人为追求自身投资利益而故意在行权期内操纵二级市场股票交易价格的潜在风险，应认定为无效条款。所以判决驳回高科新浚、高科新创全部诉讼请求。

高科新浚、高科新创提起上诉。上海市高级人民法院二审认为，案涉《修订合伙人协议》系绍兴闰康的合伙人之间签订，但房某、梁某系江苏硕世的实际控制人，高科新浚、高科新创借合伙形式，实质上与上市公司股东、实际控制人签订了直接与二级市场短期内股票交易市值挂钩的回购条款，不仅变相架空了禁售期的限制规定，更是对二级市场投资人的不公平对待，有操纵股票价格的风险，扰乱证券市场秩序，属于《民法典》第153条违反公序良俗之情形，应认定无效，故驳回上诉，维持原判。

通过该案判决，意味着在上市公司IPO股权投资交易中，与股票市值挂钩的对赌协议无效。该案的判决表明，司法审判与证监规则的自律监管措施具有一致性，对IPO审核规则明确必须清理的对赌协议，即便未经披露明示清理，上市后依此主张权利也不会得到法院的支持。

第四节 明股实债情况的处理

一、明股实债的表现形式与特点

明股实债，或称为名股实债，其核心在于“债”，通俗意思表述应该是：表面上是股权性质的业务，而本质是债权性质的业务，投资人披着股权的外衣，但实际上却能获得债权性质的固定收益。区分股权性质的业务和债权性质的业务，并不按照业务的名称进行区分，而是要看业务的具体内容、性质和特点，股权性质的投资回报应该是投资公司以目标公司的股权增值作为收入投资收入，应该与目标公司的经营业绩挂钩，其收益具有不确定性，但如果投融资双方约定了固定收益，投资人最后能获得的收益与公司经营业绩无关则不属于股权性质的投资。

众所周知，投资有风险，在市场经济中，要想获得高额的回报是要承受市场经济中的高风险，要想获得稳定的回报那么通常来说投资回报率会相对来说较

低，在明股实债业务中投资人既获得高额回报、又获得稳定回报且又有安全的投资到期退出机制，这与市场经济中投资风险和投资收益成正比的规律相背离，是健康有序的市场所不能容许的。

明股实债业务的特点，也就是债权投资的业务特点有：投资者收取固定的本金和利息；目标公司或者融资人的远期回购承诺，连带保证、增信措施等；投资公司不参与目标公司的日常经营管理，因为被认定为债权投资，投资公司在目标公司破产清算时可以优先于股权投资受偿。

二、对明股实债的认定与法律分析

明股实债普遍存在的主要是出于以下原因；一是国家金融政策的变化使得企业融资更加困难，企业为了规避严格监管的需要；二是优化目标公司财务报表的需要；三是目标公司增信措施的需要。

实务中，对是否属于明股实债的认定主要体现在以下几个方面：

1.投资者是否收取固定的本金和利息，是否约定固定收益，也就是投资者是否保本保收益，是区分股权投资和债权投资的核心。概括起来很简单，但实际业务中，如何认定是否保本保收益是一个非常难以区分和认定的事情。首先，既然为了规避财务、税务与法律上的问题，双方达成了名股实债的交易，很显然双方都非常明晰股权投资和债权投资的区分问题，一般来讲双方并不会在合同中显而易见的写上保本保收益的字样，所以我们在分析时，要透过文字看业务的具体操作方式，从经济实质考虑问题，而不是从文字形式进行简单的判断。

2.收益是否与目标公司业绩利润增长相关，是否共担风险与收益

3.明股实债业务中一般都会设定股权回购条款，不能以股权回购条款的存在作为认定股权业务的依据，要看股权转让回购价格是否合理，回购价格是否过度高于市场价格，或者是否过度低于市场价值。

4.投资者是否准备长期拥有目标公司的股权。

5.是否参加公司的实际经营管理，股权是否拥有相对应的表决权等股东权利。

6.具有特定的投资期限或者特定的投资条件。

在明股实债业务中，股权回购条款往往作为融资企业的增信措施，把融资企业的股权作为质押物进行股权质押融资，类似于让与担保的性质是一种非典型担保，实质上也是一种信用担保。这种股权融资方式也叫做股权质押融资，投资公司只拥有对质押股权的收益权，虽然稀释融资公司的股权但没有相对应的决策权。既起到了缓解融资公司迫切需要资金进行融通的情况，又起到了化解资金提供方的风险。

虽然明股实债从表面上来看符合股权投资的外观，但投资交易的实质与股权投资特征相背离，又无明确的借贷合同，这就给投融资双方一个可以周旋的余地。投融资双方在最初投融资交易合作与最后达成商业协议时具有相对一致的出发点和认识，但投资方通常会根据投资后期情况以自己的切身利益出发主张该交易为股权性质的投资或者债权性质的借贷法律关系，然而投资方的这一主张也会相应损害融资方的利益，由此投融资双方对于交易实质的主张不同，就会引起关于投资交易性质的司法纠纷。

对明股实债的法律分析：投融资双方在签订投资协议合同时，应当明确投融资双方的资金性质，区分为股权性质还是债权性质的资金，投融资双方对资金的定性不同，那么由此交易行为所产生的权利与义务也会不同。如果确认为债权，产生的利息费用可以在税前抵减应纳税所得额；如果是股权，属于税后的分红，在征税方面存在明显差异。

三、以案例说明明股实债的情况处理

案例一：一审案号为（2018）黑01民初1774号，二审案号为（2019）黑民终383号的借款合同纠纷案件。案情简介：2015年4月，黑龙江事益科技发展有限公司（以下简称事益公司）与付某（乙方）签订《投资合作协议》，协议第一条第6项约定：甲方融资后，该项目总体投资额1亿元。项目投资和建设期间的经营费用超过1亿元时，追加部分由甲方负责，乙方不追加投资。第二条“乙方投资及收益计算”第1项约定：乙方投资1300万元，按照甲乙双方约定的时间（合同签订后3日内汇款300万元，2015年4月22日前余款全部到位）汇入甲方指定的账户，甲方为乙方开具收据；第3项约定：本协议签订后，建设期间内（1年）按实

际收益的15%计算分红；建设期满后，年净收益不足3000万元时，按3000万元计算分红，超过3000万元时，按实际净收益计算分红，甲方承诺四年内支付给乙方的收益达到乙方投资额度，实际收益未达到的，用甲方收益弥补并支付给乙方；第5项约定：分红每年一次，12月30日结账，次年1月15日前分红。第四条“违约责任”第4项约定：因甲方经营管理不善造成亏损，乙方不承担经济损失，并按约定标准计算投资收益。协议签订后，付某通过银行转账方式，于2015年4月14日至6月2日分六笔向事益公司转款1300万元。协议履行过程中，付某多次向事益公司监事林某要求支付其固定收益，但是事益公司均未履行。双方发生纠纷，多次协商未果。后，付某向法院提起诉讼。

哈尔滨市中级人民法院审理后认为，从双方当事人签订的《投资合作协议》约定的内容看，付某的收益是采用固定回报的方式，并且有保底条款，具体的内容是借款一年后，按照3000万元的收益计算回报，超过3000万元，按照实际收益计算回报，并且事益公司承诺4年内支付给付某的收益达到投资的数额，明确了案涉1300万元的性质是借款，而非投资；事益公司经营的损失由其自行承担，付某不承担损失，但无论盈亏都要按照约定标准计算收益，由上述约定可知，付某不参与事益公司的经营管理，其投入的资金不承担任何经营风险，只收取固定数额的收益，所以不难看出事益公司的真实意思是借款；协议的目的是以投资为名，通过股权的份额作为担保，向付某借款。故本案双方当事人之间的法律关系实质是民间借贷，而非投资。现按照双方协议约定，事益公司一直迟延履行支付利息的主要债务，付某多次催要，并给予合理期限，但是在合理期限内，事益公司仍然没有履行，依据合同法第94条第3款的规定，当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理的期限内仍未履行的，当事人可以解除合同。付某依此主张依法解除双方签订协议的诉讼请求有理，予以支持。关于案涉款项及利息给付的问题。事益公司收到付某支付的1300万元后，没有按照双方协议约定按期给付利息，致使双方签订的协议无法履行，应依法解除，事益公司应当将案涉借款偿还给付某，并按照约定支付相应的利息。因双方当事人在《投资合作协议》中对诉讼费用（含律师费）的承担做了明确约定，按照约定应由败诉方事益公司承担。所以判决：（1）解除付某与事益公司签订的《投资合作协议》；（2）事益公司

偿还付某本金1300万元；（3）事益公司给付付某利息624万元利息（以1300万元为基数，自2016年6月至2018年6月，按年利率24%计算利息）；（4）事益公司给付付某律师代理费19万元。

事益公司提起上诉，黑龙江省高级人民法院审理后认为，本案争议焦点是付某支付事益公司的1300万元款项性质系投资款还是借款。付某主张案涉《投资合作协议》的性质“名为投资、实为借贷”，从协议约定的内容看，并不具有共同经营、共享收益、共担风险的投资合作特征，而是约定付某出资后，享有固定收益，即事益公司四年内支付付某收益达到其投资额度，且约定无论公司经营情况如何，是否亏损，付某均按标准计算投资收益。因此，该投资合作协议更具有借款特征。所以二审判决驳回上诉，维持原判。事益公司申请再审，最高人民法院裁定驳回其再审申请。

案例二：案号为（2021）浙0212民初16390号的股权转让纠纷案件。案情简介：2018年，宁波市鄞州建筑有限公司（乙方，以下简称鄞州建筑公司）与计某（甲方）签订《股东协议》一份，约定双方合资设立宁波鄞建股权投资有限公司（以下简称鄞建公司），公司设立后，募集设立私募股权投资基金或并购基金，用于投资优质项目并获得投资收益。公司注册资本为人民币1亿元，甲方认购90%的股权，乙方认购10%的股权。乙方应在公司完成设立登记后7日内完成其中500万元注册资本的实缴义务，并于2019年1月5日前完成剩余500万元注册资本的实缴义务。甲方承诺自公司完成工商设立登记且乙方完成全部实缴出资之日起的13个月期间内，其自行作为GP或以其他已完成基金管理人备案登记的主体作为GP，募集设立的基金规模合计达到人民币30亿元。如甲方无法完成上述指标的，乙方有权选择是否要求甲方回购其持有的公司全部或部分股权，但应于到期日起3个月内向甲方发出要求回购全部或部分股权的书面通知，甲方收到乙方发出的书面通知后，应于3个月内筹集资金以乙方要求回购股权的投资本金（出资金额）加上年化10%的利息（自乙方完成全部实缴出资之日起算）回购乙方持有的公司股权。计某在协议落款“甲方”处签名，落款日期月和日处为空白。上述协议签订后，双方于2018年10月24日注册成立鄞建公司，注册资本为1亿元，鄞州建筑公司认缴出资1000万元，计某认缴出资9000万元，法定代表人为计某。

鄞州建筑公司于2019年1月22日将投资款1000万元支付至鄞建公司账户。2019年4月30日，宁波鄞宏控股集团有限公司向鄞州建筑公司支付200万元。2020年6月14日，鄞州建筑公司（乙方）与上海鄞宏实业集团有限公司（丙方，以下简称鄞宏公司）签订《股权回购协议书》一份，该协议书列明甲方为计某。经甲、乙、丙三方友好协商一致，就股权回购以及相关款项支付达成如下协议：一、甲方同意收购乙方在鄞建公司的全部股权（即乙方已实际缴付的1000万元出资份额）。二、各方同意，该股权收购的对价价款为人民币1000万元。三、乙方同意甲方以分期付款的方式支付上述1000万元股权收购价款。具体为：（略）。四、乙方同意甲方在上述付款期内，按期支付股权收购款，利息免除；如果甲方未能按期支付，则按照未偿本金年化10%向乙方支付利息，并加收日万分三的罚息。……本协议自甲、乙、丙三方签章之日起生效。但如果甲方最终未签署本协议，而乙方、丙方签署本协议的，则本协议在乙方和丙方之间发生法律效力，即双方协议确认由丙方向乙方履行本协议第二、三、四条约定的付款义务，丙方不以是否最终实现股权回购对乙方抗辩。鄞州建筑公司及鄞宏公司在该份协议落款处加盖公章，计某未在协议上签名。2021年5月25日，鄞州建筑公司、鄞建公司及宁波鄞宏控股集团有限公司共同出具《付款委托书》一份，载明：“宁波鄞建股权投资有限公司应支付宁波市鄞州建筑有限公司股权收购款200万元。2019年4月30日委托宁波鄞宏控股集团有限公司以银行转账形式支付给宁波市鄞州建筑有限公司，用于支付宁波鄞建股权投资有限公司股权收购款。”2021年7月21日，鄞州建筑公司向计某发送《股权回购催讨函》一份，催告其尽快支付股权回购款并支付利息和罚息。后，鄞州建筑公司向法院提起诉讼，称鄞建公司拖欠股权转让款，计某、鄞宏公司为债务承担连带保证责任。被告计某辩称《股东协议》明面上为股权、实为借债的意思表示，即所谓的“明股实债”。

浙江省宁波市鄞州区人民法院审理后认为，原告鄞州建筑公司提供了《股东协议》原件，该协议上有被告计某本人签名确认，被告计某虽辩称其代外人吴某持股且未注意到股权回购条款，但其作为完全民事行为能力人，应该知道签订合同的法律后果。现计某未举证证明该份协议系在其违背真实意愿下签订，应认定为系其真实意思表示。《股东协议》系合同双方真实、自愿的意思表示，双方

均应按约履行。原告鄞州建筑公司与被告鄞宏公司签订的《股权回购协议书》是双方真实、自愿的意思表示，对双方均有约束力，该份协议虽然将被告计某列为甲方，但计某并未签字确认，且协议中也明确约定如果计某未签字则该份协议仅在原告与鄞宏公司之间生效，因此，该份协议对计某并无约束力。根据《股东协议》，被告计某未按约完成资金募集的，原告有权选择要求计某回购股权，根据《股权回购协议书》股权回购的责任方为鄞宏公司，因此，原告要求被告鄞建公司支付股权回购款800万元及支付利息、罚息缺乏依据。原告以《股东回购协议书》约定被告鄞宏公司对被告计某的付款义务承担连带责任为由要求被告鄞宏公司承担连带责任，但计某并未在《股东回购协议书》上签字确认，即主债权并未成立，则担保债权无法成立，原告该项主张缺乏依据，法院不予支持。所以判决驳回原告鄞州建筑公司的诉讼请求。

第五节 国家对创业投资的鼓励与税收优惠

一、国家对科创企业的税收优惠

国家对科创企业的税收优惠，主要是对高新技术类企业和先进制造业的税收优惠。如：国家重点扶持的高新技术企业减按15%税率征收企业所得税；经认定的技术先进型服务企业，减按15%的税率征收企业所得税；自2018年1月1日起，当年具备高新技术企业或科技型中小企业资格（以下统称资格）的企业，其具备资格年度之前5个年度发生的尚未弥补完的亏损，准予结转以后年度弥补，最长结转年限由5年延长至10年；自2021年4月1日起，符合条件的先进制造业纳税人，可以自2021年5月及以后纳税申报期向主管税务机关申请退还增量留抵税额。

二、国家对投资初创科技型企业的税收优惠

国家对创业投资企业和天使投资个人投资初创科技型企业进行税收优惠。2017年5月，财政部、税务总局发布了《关于创业投资企业和天使投资个人有关

税收试点政策的通知》（财税〔2017〕38号，已废止）；2018年5月，财政部、税务总局又发布了《关于创业投资企业和天使投资个人有关税收政策的通知》（财税〔2018〕55号）主要内容如下：

（一）税收政策内容

1.公司制创业投资企业采取股权投资方式直接投资于种子期、初创期科技型企业（以下简称初创科技型企业）满2年（24个月，下同）的，可以按照投资额的70%在股权持有满2年的当年抵扣该公司制创业投资企业的应纳税所得额；当年不足抵扣的，可以在以后纳税年度结转抵扣。

2.有限合伙制创业投资企业（以下简称合伙创投企业）采取股权投资方式直接投资于初创科技型企业满2年的，该合伙创投企业的合伙人分别按以下方式处理：

（1）法人合伙人可以按照对初创科技型企业投资额的70%抵扣法人合伙人从合伙创投企业分得的所得；当年不足抵扣的，可以在以后纳税年度结转抵扣。

（2）个人合伙人可以按照对初创科技型企业投资额的70%抵扣个人合伙人从合伙创投企业分得的经营所得；当年不足抵扣的，可以在以后纳税年度结转抵扣。

3.天使投资个人采取股权投资方式直接投资于初创科技型企业满2年的，可以按照投资额的70%抵扣转让该初创科技型企业股权取得的应纳税所得额；当期不足抵扣的，可以在以后取得转让该初创科技型企业股权的应纳税所得额时结转抵扣。

天使投资个人投资多个初创科技型企业的，对其中办理注销清算的初创科技型企业，天使投资个人对其投资额的70%尚未抵扣完的，可自注销清算之日起36个月内抵扣天使投资个人转让其他初创科技型企业股权取得的应纳税所得额。

（二）相关政策条件

1.通知所称初创科技型企业，应同时符合以下条件：（1）在中国境内（不包括港、澳、台地区）注册成立、实行查账征收的居民企业；（2）接受投资时，从业人数不超过200人，其中具有大学本科以上学历的从业人数不低于30%；资产总额和年销售收入均不超过3000万元；（3）接受投资时设立时间不

超过5年（60个月）；（4）接受投资时以及接受投资后2年内未在境内外证券交易所上市；（5）接受投资当年及下一纳税年度，研发费用总额占成本费用支出的比例不低于20%。

2.享受通知规定税收政策的创业投资企业，应同时符合以下条件：（1）在中国境内（不含港、澳、台地区）注册成立、实行查账征收的居民企业或合伙创投企业，且不属于被投资初创科技型企业的发起人；（2）符合《创业投资企业管理暂行办法》（发展改革委等10部门令第39号）规定或者《私募投资基金监督管理暂行办法》（证监会令第105号）关于创业投资基金的特别规定，按照上述规定完成备案且规范运作；（3）投资后2年内，创业投资企业及其关联方持有被投资初创科技型企业的股权比例合计应低于50%。

3.享受通知规定的税收政策的天使投资个人，应同时符合以下条件：（1）不属于被投资初创科技型企业的发起人、雇员或其亲属（包括配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹，下同），且与被投资初创科技企业不存在劳务派遣等关系；（2）投资后2年内，本人及其亲属持有被投资初创科技企业股权比例合计应低于50%。

4.享受通知规定的税收政策的投资，仅限于通过向被投资初创科技企业直接支付现金方式取得的股权投资，不包括受让其他股东的存量股权。

根据财政部、税务总局《关于实施小微企业普惠性税收减免政策的通知》（财税〔2019〕13号）的规定，以上通知第二条第（一）项关于初创科技企业条件中的“从业人数不超过200人”调整为“从业人数不超过300人”，“资产总额和年销售收入均不超过3000万元”调整为“资产总额和年销售收入均不超过5000万元”。

2023年8月1日，财政部、税务总局发布了《关于延续执行创业投资企业和天使投资个人投资初创科技企业有关政策条件的公告》（公告2023年第17号），明确：对于初创科技企业需符合的条件，从业人数继续按不超过300人、资产总额和年销售收入按均不超过5000万元执行，《财政部、税务总局关于创业投资企业和天使投资个人有关税收政策的通知》（财税〔2018〕55号）规定的其他条件不变。在此期间已投资满2年及新发生的投资，可按财税〔2018〕55号文件和

本公告规定适用有关税收政策。该公告执行至2027年12月31日。

三、创业投资企业可以灵活选择个人合伙人所得税核算方式

2019年1月10日，财政部、税务总局、发展改革委、证监会联合发布了《关于创业投资企业个人合伙人所得税政策问题的通知》（财税〔2019〕8号）。创业投资企业（含创投基金，以下统称创投企业）

可以选择按单一投资基金核算或者按创投企业年度所得整体核算两种方式之一，对其个人合伙人来源于创投企业的所得计算个人所得税应纳税额。

（一）按单一投资基金核算

创投企业选择按单一投资基金核算的，其个人合伙人从该基金应分得的股权转让所得和股息红利所得，按照20%税率计算缴纳个人所得税。单一投资基金核算，是指单一投资基金（包括不以基金名义设立的创投企业）在一个纳税年度内从不同创业投资项目取得的股权转让所得和股息红利所得按下述方法分别核算纳税：

1.股权转让所得。单个投资项目的股权转让所得，按年度股权转让收入扣除对应股权原值和转让环节合理费用后的余额计算，股权原值和转让环节合理费用的确定方法，参照股权转让所得个人所得税有关政策规定执行；单一投资基金的股权转让所得，按一个纳税年度内不同投资项目的所得和损失相互抵减后的余额计算，余额大于或等于零的，即确认为该基金的年度股权转让所得；余额小于零的，该基金年度股权转让所得按零计算且不能跨年结转。个人合伙人按照其应从基金年度股权转让所得中分得的份额计算其应纳税额，并由创投企业在次年3月31日前代扣代缴个人所得税。如符合《财政部、税务总局关于创业投资企业和天使投资个人有关税收政策的通知》（财税〔2018〕55号）规定条件的，创投企业个人合伙人可以按照被转让项目对应投资额的70%抵扣其应从基金年度股权转让所得中分得的份额后再计算其应纳税额，当期不足抵扣的，不得向以后年度结转。

2.股息红利所得。单一投资基金的股息红利所得，以其来源于所投资项目分配的股息、红利收入以及其他固定收益类证券等收入的全额计算。个人合伙人按

照其应从基金股息红利所得中分得的份额计算其应纳税额，并由创投企业按次代扣代缴个人所得税。

3.除前述可以扣除的成本、费用之外，单一投资基金发生的包括投资基金管理人的管理费和业绩报酬在内的其他支出，不得在核算时扣除。

本条规定的单一投资基金核算方法仅适用于计算创投企业个人合伙人的应纳税额。

（二）按创投企业年度所得整体核算

创投企业选择按年度所得整体核算的，其个人合伙人应从创投企业取得的所得，按照“经营所得”项目、5%-35%的超额累进税率计算缴纳个人所得税。

创投企业年度所得整体核算，是指将创投企业以每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后，计算应分配给个人合伙人的所得。如符合《财政部、税务总局关于创业投资企业和天使投资个人有关税收政策的通知》（财税〔2018〕55号）规定条件的，创投企业个人合伙人可以按照被转让项目对应投资额的70%抵扣其可以从创投企业应分得的经营所得后再计算其应纳税额。年度核算亏损的，准予按有关规定向以后年度结转。

按照“经营所得”项目计税的个人合伙人，没有综合所得的，可依法减除基本减除费用、专项扣除、专项附加扣除以及国务院确定的其他扣除。从多处取得经营所得的，应汇总计算个人所得税，只减除一次上述费用和扣除。

（三）创投企业选择按单一投资基金核算或按创投企业年度所得整体核算后，3年内不能变更。

创投企业选择按单一投资基金核算的，应当在按照通知第一条规定完成备案的30日内，向主管税务机关进行核算方式备案；未按规定备案的，视同选择按创投企业年度所得整体核算。创投企业选择一种核算方式满3年需要调整的，应当在满3年的次年1月31日前，重新向主管税务机关备案。

该通知执行期限为2019年1月1日起至2023年12月31日止。

第六节 股权转让中相关税务问题

一、以案例说明公司转让股权中的税务风险

案情简介：2018年1月22日，某供应链商业服务股份有限公司将持有的某电力有限公司25%股权转让给某投资有限公司，实际转让款为4亿元，但申报股权转让款为54,522,518.75元，自报无应纳税所得额。经查明，该公司取得某电力有限公司25%的股权资本性支出为6,022,400元。2023年11月1日，税务机关对该公司发布税务行政处罚决定书，认定该公司2018年度进行虚假的纳税申报，造成少缴企业所得税，是偷税，决定调增应纳税所得额339,772,600元，应缴纳企业所得税84,943,150元，并对该公司处以2018年度少缴税款50%的罚款42,471,575元。

该案件涉及到企业所得税的申报和税收征管问题，案涉公司未按照规定申报股权转让收入，不仅违反了《企业所得税法》的规定，也违反了《税收征管法》的规定。根据《税收征管法》第63条的规定，纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，或者在账簿上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，是偷税。此外，不少企业企图通过阴阳合同的形式，以明显较低的价格甚至0元转让股权，逃避缴纳企业所得税等相应税款。

作者特别提醒：签订阴阳合同的行为不仅可能导致合同无效，股权转让的目的无法实现，还存在涉嫌偷税被处以行政处罚的风险。

二、以案例说明个人股权转让中的税务风险

案情简介：2017年11月30日，伍某与潘某签订《股权转让协议》，转让广州市泽锋投资有限公司15%股权，股权转让价格11,000万元。潘某先后共支付伍某股权转让价款5000万元。2018年1月股权变更办理完成，伍某未按规定申报缴纳财产转让所得个人所得税。《股权转让协议》未按规定申报缴纳印花税。

税务机关作出的处罚决定：1.追征个人所得税，按照“财产转让所得”项目，依20%税率，追征个人所得税1868.9万元。2.追征印花税，按照印花税“产权转移书据”税目，依所载金额万分之五税率，应追征印花税55,000元。3.加收滞纳金，对其上述未按规定期限申报缴纳的个人所得税1868.9万元、印花税55000元，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。

从该案得到的启示：1.个人以分期收款方式转让股权，不能分期缴纳个人所得税，应当将整个股权转让行为视为一次，一次性计缴个人所得税。案例中纳税人实际收到股权转让款5000万元，追征个人所得税时，仍应按照《股权转让协议》约定的转让价格11000万元，作为财产转让收入，按照“财产转让所得”项目计算缴纳个人所得税。2.纳税人转让股权的印花税计税依据，按照产权转移书据所列的金额（不包括列明的认缴后尚未实际出资权益部分）确定。3.个人股权转让所得个人所得税，以股权转让方为纳税人，以受让方为扣缴义务人。4.扣缴义务人、纳税人应当依法在次月15日内向主管税务机关申报纳税。

三、个人股权转让中的风险点

1.即使股东0元转让股权也可能要缴税

如果股权对应的净资产份额大于0，则对于0元转让股权，也是需要缴税的。如果申报的股权转让收入明显偏低且无正当理由的，主管税务机关可以核定股权转让收入。

2.股权转让完成，即使未收到转让款，也要缴税

根据《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》规定，只要股权转让完成，即使没有收到转让款项也要缴纳个税，并非是收到转让款才缴税。后来，即使解除股权转让合同并收回股权，已缴纳的个人所得税不退回。

3.个人转股过程中收到的违约金，征收个人所得税

根据国税函〔2006〕866号文规定，股权转让后，转让方个人因受让方人未按规定期限支付价款而取得的违约金收入，应按照“财产转让所得”项目计算缴纳个人所得税。

4.个人以股权投资，也应缴纳个人所得税

根据财税〔2015〕41号文规定，个人以非货币资产投资，属于个人转让和投资同时发生，对个人非货币资产转让所得，按“财产转让所得”项目，依法计算缴纳个人所得税。

5.股东撤资应按“股权转让”缴纳个人所得税

根据国家税务总局公告2011年第41号文相关规定，个人因撤资从被投资企业取得的款项，属于个人所得税应税收入，应按“财产转让所得”计缴个税。当然如果取得款项低于股权对应的净资产份额，视为股权转让收入偏低，税务机关有权核定征收。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

规范名称	性质	发布或开始实施时间	最新修正或修订时间
《中华人民共和国合伙企业法》	法律	1997 年 2 月 23 日	2006 年 8 月 27 日
《中华人民共和国中小企业促进法》	法律	2002 年 6 月 29 日	2017 年 9 月 1 日
《中华人民共和国个人所得税法》	法律	1980 年 9 月 10 日	2018 年 8 月 31 日
《中华人民共和国个人所得税法实施条例》	行政法规	1994 年 1 月 28 日	2018 年 12 月 18 日
《私募投资基金监督管理条例》	行政法规	2023 年 7 月 3 日	
《创业投资企业管理暂行办法》	规章	2005 年 11 月 15 日	
财政部、税务总局《关于创业投资企业和天使投资个人有关税收政策的通知》	规范性文件	2018 年 5 月 14 日 (财税〔2018〕55 号)	
财政部、税务总局、发展改革委、证监会《关于创业投资企业个人合伙人所得税政策问题的通知》	规范性文件	2019 年 1 月 10 日 (财税〔2019〕8 号)	
财政部、税务总局《关于实施小微企业普惠性税收减免政策的通知》	规范性文件	2019 年 1 月 17 日 (财税〔2019〕13 号)	
财政部、税务总局《关于延续执行创业投资企业和天使投资个人投资初创科技型企业有关政策条件的公告》	规范性文件	2023 年 8 月 1 日	
国家税务总局《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》	规范性文件	2014 年 12 月 7 日 (公告 2014 年第 67 号)	

第五章 科技型中小企业申报及优惠政策

很多科创企业发展到一定的阶段、具备一定的研发能力后，会去申报成为科技型中小企业，为以后申报高新技术企业做好准备。除了地方政府给予的一定鼓励政策外，主要是可以享受研发费用税前加计扣除与小微企业税费减免优惠政策。

第一节 科技型中小企业的申报条件

一、科技型中小企业的定义与评价工作模式

根据《科技型中小企业评价办法》（国科发政〔2017〕115号），科技型中小企业是指依托一定数量的科技人员从事科学技术研究开发活动，取得自主知识产权并将其转化为高新技术产品或服务，从而实现可持续发展的中小企业。

认定科技型中小企业的主要依据是：科技部、财政部、国家税务总局联合发布的《科技型中小企业评价办法》（国科发政〔2017〕115号）；科学技术部火炬高技术产业开发中心（以下简称“火炬中心”）发布的《科技型中小企业评价工作指引（试行）》（国科火字〔2017〕144号）与《科技型中小企业评价服务工作指引》（国科火字〔2022〕67号）。此外，各地也制定本地认定科技型中小企业的规范性文件，如浙江省科学技术厅发布的《浙江省科技型中小企业认定管理办法》（浙科发高〔2016〕88号）。

科技型中小企业评价工作采取企业自主评价、省级科技管理部门组织实施、科技部服务监督的工作模式。科技部火炬中心承担科技型中小企业标准制定与执行及科技型中小企业评价工作协调与服务监督的日常工作。各省、自治区、直辖

市及计划单列市科技管理部门负责组织本地区科技型中小企业评价工作，确定评价工作机构，组织和监督评价工作。宁波市的企业申报科技型中小企业，由宁波市科技局组织评价工作。企业按自愿和属地原则参与科技型中小企业评价工作。

二、中小企业的规模认定标准

根据《中华人民共和国中小企业促进法》（以下简称《中小企业促进法》）的第2条规定，中小企业是指在中国境内依法设立的，人员规模、经营规模相对较小的企业，包括中型企业、小型企业和微型企业。

企业规模的认定按照工业和信息化部、国家统计局、发展改革委、财政部联合发布的《中小企业划型标准规定》（工信部联企业〔2011〕300号）要求，对于产业的认定按照国家发展和改革委员会2023年12月27日最新修订后发布的《产业结构调整指导目录（2024年本）》。

划分具体标准根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标，结合行业特点制定。根据《中小企业划型标准规定（2011年）》，相关行业包括：农、林、牧、渔业，工业（包括采矿业，制造业，电力、热力、燃气及水生产和供应业），建筑业，批发业，零售业，交通运输业（不含铁路运输业），仓储业，邮政业，住宿业，餐饮业，信息传输业（包括电信、互联网和相关服务），软件和信息技术服务业，房地产开发经营，物业管理，租赁和商务服务业，其他未列明行业（包括科学研究和技术服务业，水利、环境和公共设施管理业，居民服务、修理和其他服务业，社会工作，文化、体育和娱乐业等）。工业和信息化部、国家统计局会同有关部门可以根据《国民经济行业分类》修订情况和企业发展变化情况对标准进行适时修订。

三、对于产业的认定

《产业结构调整指导目录》是由国家发展和改革委员会制定和发布，不定期修订，最新一次修订是在2023年12月27日。

《产业结构调整指导目录（2024年本）》由鼓励、限制和淘汰三类目录组成。鼓励类主要是对经济社会发展有重要促进作用的技术、装备及产品；限制类

主要是工艺技术落后，不符合行业准入条件和有关规定，不利于安全生产，不利于实现碳达峰碳中和目标，需要督促改造和禁止新建的生产能力、工艺技术、装备及产品；淘汰类主要是不符合有关法律法规规定，严重浪费资源、污染环境，安全生产隐患严重，阻碍实现碳达峰碳中和目标，需要淘汰的落后工艺技术、装备及产品。鼓励类、限制类和淘汰类之外的，且符合国家有关法律、法规和政策规定的属于允许类。允许类不列入目录。

申报科技型中小企业的企业所选择的行业，应该选择鼓励类。鼓励类目录聚焦基础性、战略性、前瞻性关键领域，重点鼓励市场机制难以有效发挥、需要政府发挥引导作用、对行业发展具有重要指导作用的事项。对鼓励类投资项目，按照国家有关投资管理规定进行审批、核准或备案。

申报科技型中小企业的企业所选择的行业，至少是允许类，不可选择限制类或淘汰类。对属于限制类的新建项目，禁止投资。投资管理部门不予审批、核准，各金融机构不得发放贷款，相关部门不得办理有关手续。对淘汰类项目，禁止投资。各金融机构会停止授信支持，并收回已发放的贷款。在淘汰期限内国家价格主管部门可提高供电价格。如从事虚拟货币“挖矿”活动的企业不能申报科技型中小企业。

四、科技型中小企业的申报条件

《科技型中小企业评价办法》第6条规定，科技型中小企业须同时满足以下条件：（1）在中国境内（不包括港、澳、台地区）注册的居民企业；（2）职工总数不超过500人、年销售收入不超过2亿元、资产总额不超过2亿元；（3）企业提供的产品和服务不属于国家规定的禁止、限制和淘汰类；（4）企业在填报上一年及当年内未发生重大安全、重大质量事故和严重环境违法、科研严重失信行为，且企业未列入经营异常名录和严重违法失信企业名单；（5）企业根据科技型中小企业评价指标进行综合评价所得分值不低于60分，且科技人员指标得分不得为0分。

根据《浙江省科技型中小企业认定管理办法》的规定，浙江省科技型中小企业（认定为省级科技型中小企业的将自动纳入宁波市科技型中小企业名单）

的申报条件如下：（1）在浙江省登记注册成立一年以上，产权明晰，实行独立核算、自主经营、自负盈亏的经济实体，不包括非公司私营企业、分公司、个人独资企业、合伙企业等15类经济实体；（2）拥有自主知识产权、专有技术或先进知识，包括：专利（申请或授权）、标准、商标、经认定的科技成果和其他专有技术，并具有基于自主知识产权、专有技术或先进知识获得的产品或服务；（3）企业具备较强的创新意识，企业从事研发和相关技术活动的科技人员占企业当年职工总数的比例原则上不低于10%；（4）企业具有一定的科技创新经费投入并具有持续开展科技创新活动的的能力；（5）企业规模符合工业和信息化部、国家统计局、发展改革委、财政部联合印发的《中小企业划型标准规定》（工信部联企业〔2011〕300号）要求，企业不属于国家发展和改革委员会《产业结构调整指导目录》规定的限制类和淘汰类范围的；（6）企业上年度未发生重大安全、重大质量事故、严重环境违法或严重失信行为。

五、科技型中小企业的评价指标

《科技型中小企业评价办法》第7条规定，科技型中小企业评价指标具体包括科技人员、研发投入、科技成果三类，满分100分。

（一）科技人员指标（满分20分）。按科技人员数占企业职工总数的比例分档评价。

序号	科技人员指标（满分20分）	分值
1	30%（含）以上	20分
2	25%（含）-30%	16分
3	20%（含）-25%	12分
4	15%（含）-20%	8分
5	10%（含）-15%	4分
6	10%以下	0分

（二）研发投入指标（满分50分）。企业从1、2两项指标中选择一个指标进行评分。

1.按企业研发费用总额占销售收入总额的比例分档评价。

序号	科技人员指标（满分20分）	分值
1	6%（含）以上	50分
2	5%（含）-6%	40分
3	4%（含）-5%	30分
4	3%（含）-4%	20分
5	2%（含）-3%	10分
6	2%以下	0分

2.按企业研发费用总额占成本费用支出总额的比例分档评价。

序号	科技人员指标（满分20分）	分值
1	30%（含）以上	50分
2	25%（含）-30%	40分
3	20%（含）-25%	30分
4	15%（含）-20%	20分
5	10%（含）-15%	10分
6	10%以下	0分

（三）科技成果指标（满分30分）。按企业拥有的在有效期内的与主要产品（或服务）相关的知识产权类别和数量（知识产权应没有争议或纠纷）分档评价。

序号	科技人员指标（满分20分）	分值
1	1项及以上Ⅰ类知识产权	30分
2	4项及以上Ⅱ类知识产权	24分
3	3项Ⅱ类知识产权	18分
4	2项Ⅱ类知识产权	12分
5	1项Ⅱ类知识产权	6分
6	没有知识产权	0分

六、科技型中小企业的直接确认

符合《科技型中小企业评价办法》第6条规定的申报条件中第1~4项条件的企业，若同时符合下列条件中的一项，则可直接确认符合科技型中小企业条件：

- 1.企业拥有有效期内高新技术企业资格证书；
- 2.企业近五年内（包括填报当年）获得过国家级科技奖励，并在获奖单位中排在前三名；
- 3.企业拥有经认定的省部级以上研发机构；
- 4.企业近五年内（包括填报当年）主导制定过国际标准、国家标准或行业标准，应出具相关标准文本或证明文件。

对直接确认为科技型中小企业的条件的说明：

1.高新技术企业

高新技术企业是指拥有有效期内高新技术企业证书编号的企业，其编号在“高新技术企业认定管理工作网”可查。科技型中小企业评价与高新技术企业认定工作已实现数据对接，高新技术企业状态可自动获取。

2.科技奖励

近五年内获得过的国家级科技奖励包括国家最高科学技术奖、国家自然科学奖、国家技术发明奖、国家科学技术进步奖和中华人民共和国国际科学技术合作奖，以奖励证书为准，近五年包括填报当年。科技型中小企业获得国家级科技奖励以国家科学技术奖励办公室公告为准，获奖情况可自动获取。

3.研发机构

企业拥有的省部级以上研发机构包括国家部委、省直单位批准认定的企业牵头建立的实验室、研究中心、技术中心、设计中心、创新中心及研究院等各类国家级、省（部）级创新平台（基地）。证明材料以出具的研发机构批准认定文件为准。

4.制定标准

企业近五年内主导制定过国际标准、国家标准或行业标准的，应出具相关标准文本或证明文件。国家标准以国家标准化委员会网站发布的国家标准为准，行业标准以国家标准化委员会网站备案的行业标准为准，国际标准应是国家标准化委员会网站公布的国际标准化机构制定的标准。相关标准可在全国标准信息公共服务平台查询（<http://std.samr.gov.cn>）。企业应排名标准起草单位前五名。近五年包括填报当年。

第二节 科技型中小企业的申报认定程序

一、科技型中小企业申报认定程序

科技型中小企业评价服务工作实行全流程网上办理，依托全国科技型中小企业信息服务平台（<http://www.innofund.gov.cn>）进行。评价工作流程示意图如下：

（一）注册登记

用户访问全国一体化政务服务平台科学技术部政务服务平台（<https://fuwu.moost.gov.cn>），选择“服务事项—科技型中小企业评价”，点击“我要办理”登录办理。

（二）自主评价

1.信息填报。注册成功的企业登录“科学技术部政务服务平台”，点击“科技型中小企业评价”事项“办理入口”按钮，按要求在线填报《科技型中小企业信息表》（以下简称《信息表》），自主进行科技型中小企业评价。企业填报信息及上传文件不得涉及国家秘密。

2.企业自评。企业填报信息和证明文件齐全且自评结果符合科技型中小企业条件的企业可提交《信息表》，并应同时上传有法定代表人签章和加盖企业公章的《信息表》扫描件单页。企业对所填报信息和上传文件的准确、真实、合法、有效性承担有关法律责任。

（三）信息确认

省级科技主管部门组织评价工作机构对企业提交的《信息表》及相关附件内容是否完整且符合要求进行确认，形成《科技型中小企业信息审核表》（以下简称《审核表》）。《审核表》包括以下内容：

- 1.《信息表》首页是否有法定代表人签章、企业公章；
- 2.《信息表》内容是否完整；
- 3.《信息表》中信息与相关证明文档是否一致；
- 4.《信息表》其他问题说明（如果有，请评价工作机构填写具体内容）。

《信息表》内容完整且符合要求的，信息确认通过，在线提交至省级科技主管部门；上述内容有一项信息不完整或不符合要求的，在线通知企业进行补正后再行提交；《信息表》中内容不符合《科技型中小企业评价办法》第六条规定的，则不通过。

（四）名单公示

省级科技主管部门汇总通过企业名单，按批次生成公示文件，同步在全国科技型中小企业信息服务平台和各省科技行政管理部门官网上公示10个工作日。公示异议的由省级科技主管部门组织评价工作机构进行核实处理，并在线填写科技型中小企业评价公示异议核实处理情况表，相关结果在线告知企业。

（五）企业公告

公示无异议和经核实排除异议的，由省级科技主管部门赋予科技型中小企业入库登记编号，入库登记编号在线自动生成，包括为18位数字或字母（4位年份+6位行政区划代码+1位企业成立日期和自评日期标识+1位直接确认标识+6位系统顺序号）。公众可通过全国科技型中小企业信息服务平台查询科技型中小企业入库登记编号。

（六）其他事项

- 1.省级科技主管部门应在每年10月底前完成企业公示；
- 2.科技型中小企业入库登记编号自取得当年全年有效。

二、浙江省科技型中小企业申报认定程序与流程图

（一）平台登录

- 1.使用政务服务法人网账号，登录“企业研发服务在线”平台（网址：<https://qyyffw.kjt.zj.gov.cn/fwzxpc/>），未注册政务服务网法人账号的，请先注册。
- 2.进入【企业培育】页面，点击【科技型中小企业】入口。
- 3.在唤起弹窗中选择【浙江省科技型中小企业】，进入科技型中小企业认定管理页面。
- 4.进入浙江省科技型中小企业认定管理页面，点击申报入口区【点击申报】

按钮，进行科技型中小企业申报。

（二）在线填报

- 1.填报入口：进入业务系统后，左上角的“开始申报”按钮，即可跳转至浙江政务网在线填报。
- 2.网上填报：系统跳转至浙江政务网在线填报页面后，按照系统要求，填报相应内容，并上传证明材料。
- 3.草稿找回：登录浙江政务网，点击右上角企业名称，进入用户中心后点击左侧菜单栏“我的办事”——“草稿记录”，即可编辑未完成填报的草稿。

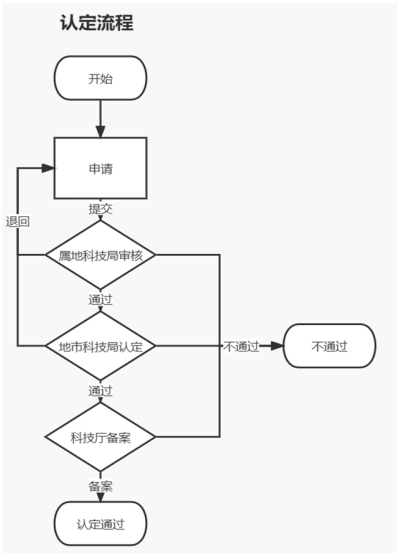
（三）状态查询及修改补正

若申报书被科技局退回，需要修改再提交的，以上流程，进入业务系统，可以在页面中查看到已办理的申报记录，点击“查看申报书”可进行修改补正材料。

（四）证书查看

点击证书下载，进入科技型中小企业证书详情页面。
进入科技型中小企业证书详情页面。点击查看更多，进入证书页面，可进行预览，下载。

申报认定流程如下图所示：



三、年度信息更新与变更登记

科技型中小企业“登记编号”实行年度动态管理，“登记编号”从公告之日起至次年3月31日前有效。

已入库企业应在次年1月1日至3月31日，通过“评价工作系统”主动更新《科技型中小企业信息表》，通过年度信息更新，并对本企业是否仍符合科技型中小企业条件进行自主评价，仍符合条件的，由省级科技管理部门按照规定程序办理，经审核、公示后符合条件的，取得新年度入库“登记编号”。企业应重视年度信息更新工作，以便能够及时享受有关科技型中小企业优惠政策。

已入库企业在企业《营业执照》的统一社会信用代码不变前提下，企业名称、住所、法人代表、经营范围等发生变更。应在三个月内通过服务平台上扫描传新的《营业执照》副本原件、更新《企业注册登记表》，其科技型中小企业登记编号不变。

四、撤销登记编号与信息抽查

已入库企业有下列行为之一的，由省级科技管理部门撤销其行为发生年度登记编号并在服务平台上公告：

- (1) 企业发生重大变化，不再符合规定条件的；
- (2) 存在严重弄虚作假行为的；
- (3) 发生科研严重失信行为的；
- (4) 发生重大安全、重大质量事故或有严重环境违法行为的；
- (5) 被列入经营异常名录和严重违法失信企业名单的；
- (6) 未按期更新《科技型中小企业信息表》信息的。

被撤销登记编号的企业当年不得再次申报科技型中小企业评价。其中，企业存在以上第2~5项情况而被撤销登记编号的，当年及第二年不得再次申报科技型中小企业评价。

每年度企业所得税汇算清缴后，省级科技管理部门组织评价工作机构开展对入库科技型中小企业信息抽查，对抽查中发现不符合科技型中小企业条件的，评

价工作机构提请科技管理部门撤销其登记编号。

第三节 申报科技型中小企业的注意事项

一、填报科技人员人数的注意事项

(一) 职工总数

企业职工总数包括企业上一会计年度在职、兼职和临时聘用人员。在职人员可以通过是否签订了劳动合同、缴纳社会保险费、缴纳工资薪金个人所得税等方式之一进行鉴别，兼职、临时聘用人员全年须在企业累计工作6个月以上。

(二) 科技人员数

企业科技人员是指企业直接从事研发和相关技术创新活动，以及专门从事上述活动管理和提供直接服务的人员，包括在职、兼职和临时聘用人员，兼职、临时聘用人员全年须在企业累计工作6个月以上。

二、填报企业研发费用与收入的注意事项

(一) 企业研发费用是指企业研发活动和创意设计活动而发生的相关费用，具体按照财政部、国家税务总局、科技部《关于完善研究开发费用税前加计扣除政策的通知》（财税〔2015〕119号）有关规定进行归集。研发活动是指企业为获得科学与技术新知识，创造性运用科学技术新知识，或实质性改进技术、产品（服务）、工艺而持续进行的具有明确目标的系统性活动。创意设计活动是指企业为获得创新性、创意性、突破性的产品进行的设计活动。

(二) 准确归集研发费用，是申报工作的重要一步，需要企业予以足够的重视。经常会有一些企业对研发费用的归集不规范，比如：将常规性升级、售后服务等错误列入研发费用；研发费用与非研发费用混淆在一起，将不属于从事研发工作的人员成本、设备折旧等费用，也一起并入研发费用的核算中；企业间共同合作开发的项目，未按照合作方实际承担的研发费用进行合理分配等。如果企业对研发费用归集不规范，很可能导致虚增了研发费用，影响申报工作，并给自

己带来税务风险。

（三）企业销售收入销售收入采用上一会计年度财务数据，为主营业务与其他业务收入之和，按照企业所得税年度纳税申报表的口径。

三、填报知识产权时的注意事项

在科技型中小企业认定中，知识产权非常重要。知识产权采用分类评价，其中：发明专利（不含国防专利）、植物新品种、国家级农作物品种、国家新药、国家一级中药保护品种、集成电路布图设计专有权按 A 类评价；实用新型专利、外观设计专利、软件著作权按 B 类评价。

提醒企业注意的是：国家科技型中小企业认定条件中不包括商标与商业秘密（包括技术秘密）。浙江省科技型中小企业认定条件中包括商标。

对填报的知识产权，有以下一些主要要求：1.需要填报的内容：知识产权编号（IP……）、知识产权名称、类别、授权日期、授权号、获得方式；2.知识产权权属人应为申请企业；3.知识产权须在中国境内授权或审批审定，并在中国法律的有效保护期内；4.知识产权是通过自主研发、受让、受赠、并购等方式获得；5.专利的有效性以企业进行评价前获得授权证书或授权通知书并能提供缴费收据为准；6.填报的知识产权可以通过相关方式进行查询、查验并确认。

第四节 政府对申报科技型中小企业的鼓励政策

一、宁波市对申报浙江省科技型中小企业的鼓励政策

1.成功备案省科技型中小企业可申报最高不超过10万元创新券使用。

2.支持备案省科技型中小企业申报国家科技型中小企业，入库科技型中小企业首次提交高新技术企业认定申报的给予一次性5万元补助。

3.支持备案省科技型中小企业申报高新技术企业，符合条件企业首次被认定为高新技术企业的，给予最高20万元奖补。

二、科技型中小企业可以享受亏损结转延长

根据财政部、税务总局《关于延长高新技术企业和科技型中小企业亏损结转年限的通知》（财税〔2018〕76号）的相关规定，自2018年1月1日起，当年具备高新技术企业或科技型中小企业资格的企业，其具备资格年度之前5个年度发生的尚未弥补完的亏损，准予结转以后年度弥补，最长结转年限由5年延长至10年。

提醒科技型中小企业，充分利用该项政策，将此前尚未弥补完的亏损结转年限延长，实现纳税时间延迟，节约财务成本。并在税法允许的范围内，应尽可能地列支当期费用，减少应缴纳的所得税，合法递延纳税时间来获得税收利益。

三、科技型中小企业可享受加大研发费用加计扣除比例

《中小企业促进法》第32条规定：国家完善中小企业研究开发费用加计扣除政策，支持中小企业技术创新。

根据财政部、税务总局《关于进一步完善研发费用税前加计扣除政策的公告》（2023年第7号）第1条规定，企业开展研发活动中实际发生的研发费用，未形成无形资产计入当期损益的，在按规定据实扣除的基础上，自2023年1月1日起，再按照实际发生额的100%在税前加计扣除；形成无形资产的，自2023年1月1日起，按照无形资产成本的200%在税前摊销。

四、科创企业可以利用折旧方法开展税务筹划

《中小企业促进法》第32条规定：中小企业的固定资产由于技术进步等原因，确需加速折旧的，可以依法缩短折旧年限或者采取加速折旧方法。

科技型中小企业可以利用折旧方法开展税务筹划。可以采取缩短折旧年限或者采取加速折旧的方法的固定资产，包括：由于技术进步，产品更新换代较快的固定资产；常年处于强震动、高腐蚀状态的固定资产。采取缩短折旧年限方法的，最低折旧年限不得低于规定折旧年限的60%；采取加速折旧方法的，可以采取双倍余额递减法或者年数总和法。采取缩短折旧年限或者采取加速折旧的方法，可以把后期成本费用前移，从而使前期会计利润发生后移。在税率稳定的前

提下，所得税的递延缴纳相当于取得了一笔无息贷款。

五、可以适用于科创企业的其他税收优惠政策

如技术转让所得税减免。按照《企业所得税法》及《实施条例》，符合条件的技术转让所得免征、减征企业所得税，是指一个纳税年度内，居民企业技术转让所得不超过500万元的部分，免征企业所得税；超过500万元的部分，减半征收企业所得税。但企业从直接或间接持有股权之和达到100%的关联方取得的技术转让所得，不享受技术转让减免企业所得税的优惠政策。

第五节 研发费用税前加计扣除与风险防控

一、研发费用税前加计扣除的要求

加计扣除，是指按照税法规定在实际发生数额的基础上，再加成一定的比例，作为计算应纳税所得额时的扣除数额的一种税收优惠措施。根据《企业所得税法》的规定，企业用于开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用可以在计算应纳税所得额时加计扣除。享受该优惠政策的企业应为会计核算健全、实行查账征收并能够准确归集研发费用的居民企业。

根据国家税务总局《关于进一步落实研发费用加计扣除政策有关问题的公告》（2021年第28号）规定，企业享受研发费用加计扣除政策采取“真实发生、自行判别、申报享受、相关资料留存备查”的办理方式，由企业依据实际发生的研发费用支出，自行计算加计扣除金额。

根据财政部、国家税务总局、科技部《关于完善研究开发费用税前加计扣除政策的通知》（财税〔2015〕119号）规定，研发活动，指企业为获得科学与技术新知识，创造性运用科学技术新知识，或实质性改进技术、产品（服务）、工艺而持续进行的具有明确目标的系统性活动。根据规定，以下活动不适用税前加计扣除政策：1.企业产品（服务）的常规性升级；2.对某项科研成果的直接应用，如直接采用公开的新工艺、材料、装置、产品、服务或知识等；3.企业在商

品化后为顾客提供的技术支持活动；4.对现存产品、服务、技术、材料或工艺流程进行的重复或简单改变；5.市场调查研究、效率调查或管理研究；6.作为工业（服务）流程环节或常规的质量控制、测试分析、维修维护；7.社会科学、艺术或人文学方面的研究。

不适用税前加计扣除政策的行业：1.烟草制造业；2.住宿和餐饮业；3.批发和零售业；4.房地产业；5.租赁和商务服务业；6.娱乐业；7.财政部和国家税务总局规定的其他行业。上述行业以《国民经济行业分类与代码（GB/4754-2011）》为准，并随之更新。

二、允许加计扣除的研发费用

研发费用具体按照财政部、国家税务总局、科技部《关于完善研究开发费用税前加计扣除政策的通知》（财税〔2015〕119号）有关规定进行归集，研发项目应按照《国家税务总局关于企业研究开发费用税前加计扣除政策有关问题的公告》（2015年第97号公告）设置研发支出辅助账，由企业留存备查。

允许加计扣除的研发费用的具体范围包括：

1.人员人工费用。直接从事研发活动人员的工资薪金、基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费、工伤保险费、生育保险费和住房公积金，以及外聘研发人员的劳务费用。

2.直接投入费用。包括：（1）研发活动直接消耗的材料、燃料和动力费用。（2）用于中间试验和产品试制的模具、工艺装备开发及制造费，不构成固定资产的样品、样机及一般测试手段购置费，试制产品的检验费。（3）用于研发活动的仪器、设备的运行维护、调整、检验、维修等费用，以及通过经营租赁方式租入的用于研发活动的仪器、设备租赁费。

3.折旧费用。用于研发活动的仪器、设备的折旧费。

4.无形资产摊销。用于研发活动的软件、专利权、非专利技术（包括许可证、专有技术、设计和计算方法等）的摊销费用。

5.新产品设计费、新工艺规程制定费、新药研制的临床试验费、勘探开发技术的现场试验费。

6.其他相关费用。与研发活动直接相关的其他费用，如技术图书资料费、资料翻译费、专家咨询费、高新科技研发保险费，研发成果的检索、分析、评议、论证、鉴定、评审、评估、验收费用，知识产权的申请费、注册费、代理费，差旅费、会议费等。此项费用总额不得超过可加计扣除研发费用总额的10%。

7.财政部和国家税务总局规定的其他费用。

研发费用采用上一会计年度最后一个季度财务数据。

如果企业研发费用各项目的实际发生额归集不准确、汇总额计算不准确的，税务机关有权对其税前扣除额或加计扣除额进行合理调整。

此外，企业为获得创新性、创意性、突破性的产品进行创意设计活动而发生的相关费用，可按照规定进行税前加计扣除。创意设计活动是指多媒体软件、动漫游戏软件开发，数字动漫、游戏设计制作；房屋建筑工程设计（绿色建筑评价标准为三星）、风景园林工程专项设计；工业设计、多媒体设计、动漫及衍生产品设计、模型设计等。

三、举例说明企业研发费用加计扣除中的风险

案例简介：A公司是市内的一家游戏开发公司。在遭遇新冠疫情后，由于人们普遍减少外出和聚集性活动，催生了新一轮游戏热潮，A公司的营收也因此屡创新高。在游戏产业快速发展的同时，行业内部竞争也愈发激烈，使得A公司不得不持续加大研发投入。正在A公司财务小王苦于如何平衡公司的收入与研发支出时，他在某行业展览上了解到，业内企业普遍都享受了研发费用加计扣除优惠。于是，在年度汇算清缴申报时，小王将A公司当前的3个项目均按照适用75%加计扣除进行了填报。一天，小王接到税务机关的电话，告知A公司可能存在错误享受研发费用加计扣除优惠的风险。小王按要求提供研发费用支出的相关资料后，经税务机关判断及市科技创新委员会鉴定，A公司所申报的加计扣除项目中，有2个项目属于商品化后为顾客提供的技术支持活动，同时也是作为工业（服务）流程环节或常规指令控制、测试分析、维修维护活动。

根据《关于完善研究开发费用税前加计扣除政策的通知》（财税〔2015〕119号）的相关规定，A公司相关的游戏售后技术支持、游戏故障的维护和游戏

常规性升级，属于产品（服务）的常规性升级，以及作为工业（服务）流程环节或常规的质量控制、测试分析、维修维护，不可享受研发费用加计扣除优惠。在税务机关的辅导下，A公司重新梳理并正确归集相关费用，更正申报并补缴企业所得税税款及滞纳金35.4万元。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

规范名称	性质	发布或开始实施时间	最新修正或修订时间
《中华人民共和国中小企业促进法》	法律	2002 年 6 月 29 日	2017 年 9 月 1 日
《中华人民共和国企业所得税法》	法律	2007 年 3 月 16 日	2018 年 12 月 29 日
《中华人民共和国企业所得税法实施条例》	行政法规	2007 年 11 月 28 日	2019 年 4 月 23 日
科技部、财政部、国家税务总局《科技型中小企业评价办法》	规范性文件	2017 年 5 月 3 日（国科发政〔2017〕115 号）	
科技部火炬中心《科技型中小企业评价工作指引（试行）》	规范性文件	2017 年 10 月 26 日（国科火字〔2017〕144 号）	
科技部火炬中心《科技型中小企业评价服务工作指引》	规范性文件	2022 年 3 月 4 日（国科火字〔2022〕67 号）	
工信部《中小企业划型标准规定》	规范性文件	2011 年 6 月 18 日	2021 年修订稿已征求意见
国家发展和改革委员会《产业结构调整指导目录》	规范性文件	2005 年 12 月 2 日	2023 年 12 月 27 日
浙江省科学技术厅《浙江省科技型中小企业认定管理办法》	规范性文件	2016 年 6 月 1 日（浙科发高〔2016〕88 号）	
财政部、国家税务总局、科技部《关于完善研究开发费用税前加计扣除政策的通知》	规范性文件	2015 年 11 月 2 日（财税〔2015〕119 号）	
财政部、税务总局《关于延长高新技术企业和科技型中小企业亏损结转年限的通知》	规范性文件	2018 年 7 月 11 日（财税〔2018〕76 号）	
财政部、税务总局《关于进一步完善研发费用税前加计扣除政策的公告》	规范性文件	2021 年 3 月 31 日（2021 年第 13 号公告）	
财政部、税务总局《关于进一步完善研发费用税前加计扣除政策的公告》	规范性文件	2023 年 3 月 26 日（2023 年第 7 号公告）	

浙江合创律师事务所简介

浙江合创律师事务所（简称“合创所”）成立于2001年11月，是一家宁波本土的综合性法律服务律师事务所。总所位于浙江省宁波市江北区湾头路428号星湖湾 26 幢10、11层，双层办公面积近2800平方米。三家分所分别位于余姚市、宁海县、镇海区。截至2024年上半年，全所共220人（总所157人、余姚分所31人、宁海分所17人、镇海分所15人）。从创立初期，合创所就将综合化、规模化、团队化作为自己发展的长期目标，将“客户利益至上、法律和事实至上”作为优质法律服务的理念，精益求精，不断发展完善，成为宁波市优秀律师事务所，曾荣获“宁波著名律师事务所”、“宁波市优秀律师事务所”等荣誉称号，连续多年入选宁波市“3660工程”示范律所，并获得“宁波市企业和谐文化建设先进”单位、宁波市江北区“百强企业”、浙江省高院在编的破产管理人、浙江省重大决策社会风险评估机构、宁波市股权交易中心推荐机构会员、中国银行间市场交易商协会会员等荣誉与资质。

经过多年发展，合创所现有执业律师127名，实习律师22名，兼职律师4名，其中多名律师具有高级职称，兼职律师多是高校教授，包含宁波市名优律师培育对象25名。合创所始终关注行业动态和政策导向，积极参与相关标准的研讨与制定工作，为推动行业规范化发展贡献自己的力量，组建启明刑事团队、万商法律服务团队、旭日建设工程专业法律服务团队、金管家法律服务团队、极光法律服务团队、北辰非诉法律服务团队、经纬房地产法律服务团队、通奕法律服务团队等专业律师团队。其中企业破产与重整团队曾获宁波市“优秀专业律师团队”（北辰非诉法律服务团队前身）。同时，合创所还承担过多项省级、市级重



点项目的法律服务工作，如推动既有住宅加装电梯工作相关政策、破产重整、知识产权保护等，展现了强大的专业实力和服务能力。

合创所重视党建创特色，目前中共浙江合创律师事务所党总支共有中共党员58人，占事务所总人数的近40%，下设三个党支部。我们始终以党建为总抓手，先后荣获“浙江省律师行业先进基层党组织”、“宁波律师行业党建工作项目大比武三等奖”、“甬律先锋”等数十项荣誉称号，是市委组织部授予的四星基层党组织。

合创所积极履行社会责任，成立“合创律动公益中心”，与江北区残联密切合作，为残疾人朋友提供免费法律服务；入驻江北区的专门公益服务组织“五号空间”和“北鸣轩”；加入江北区“徐启照法治宣传工作室志愿者服务团”；目前为宁波市中小企业服务联合会会员、宁波中小企业志愿服务工作站并入驻8718综合服务平台，为企业提供法律服务。2024年入选为第二批浙江省法律援助工作联系点。

合创所将通过以党建促所建、打造专业律师团队、强化内部规范管理、培育青年律师成长等，提高律师的业务水平与整体素质，拓宽法律服务领域，提高法律服务质量，在专业化、团队化、品牌化建设上不断实现新的突破，为宁波市经济建设与社会稳定保驾护航，为更多的客户提供高效、优质的法律服务。

本部分指南撰写者简介



主编：俞建伟

浙江合创律师事务所律师，宁波仲裁委员会仲裁员，被宁波大学聘为法学院兼职硕士生导师，并被相关政府部门聘为宁波市农业农村普法讲师团成员、宁波市既有住宅加装电梯专家、宁波市商业秘密领域专家人才库专家、宁波市知识产权纠纷调解专家、宁波市行政合法性审查服务研究中心实务专家等。主要从事民商事与知识产权领域业务，并开展不动产领域与商业秘密领域的相关法律研究。近三年来，所撰写的论文连续3年在宁波市律师论坛上获奖并在《中国律师》等刊物上发表论文3篇，所研发设计的产品在第二、三届宁波市律师法律服务产品研发设计大赛上获奖。2022年9月，所著的《民法典居住权制度的理论与实践》由法律出版社出版；牵头编写的《城市普通住宅法律一本通》与《农村土地与房屋法律一本通》由法律出版社在2024年9月出版。所管理运行的“不动产法律”微信公众号，已经发表300多篇普法文章。

联系手机号：13705749100



作者：汪家园

浙江合创律师事务所律师，参与办理多起建设工程合同纠纷、知识产权侵权纠纷、不良资产处置案件、银行金融借款纠纷等民商事诉讼案件。所撰写的论文在2023年宁波律师论坛上获三等奖。

联系手机号：15057483165



作者：沈惜宇

原是浙江合创律师事务所律师，现是北京恒都（宁波）律师事务所律师。宁波市企业破产与重组专业委员会副主任，宁波市成长型名优律师（金融资本市场及投融资领域）。她擅长企业并购重组、股权激励、企业法律顾问等非诉讼业务。她担任多家大型房产企业、商管公司的常年法律顾问，为公司制定发展计划、风险控制计划，多次为顾问单位及客户提供公司上市服务。

联系手机号：13857881817



作者：张红

原浙江合创律师事务所律师。办理多起合同纠纷、劳动和人事争议纠纷，为公司提供专项法律服务或担任常年法律顾问，维护企业日常法律事务。热心公益，荣获2022年度江北区承办法律援助业务十佳优秀律师。

联系手机号：15869345734



主编：金明姬

现是浙江合创律师事务所实习律师，曾在银行、会计师事务所、财务公司等工作，拥有一定的财务工作经验。主要从事公司法、投融资、企业破产重整等领域，努力将财务工作经验与法律知识整合起来，为公司客户解决经营中遇到的实际问题。

联系手机号：15067471312