



公司常见问题之法律风险防范指引 (上册)

第九届广西壮族自治区律师协会公司法律专业委员会 编

二零一九年十二月

目 录

编写组成员名单.....	2
编写说明及概要.....	3
适用范围及使用原则.....	6
正 文.....	7
一、股东设立公司时不签订出资协议的法律风险及防范.....	7
二、公司章程不规范编写的法律风险及防范.....	25
三、股东认缴出资额（注册资本）过高的法律风险及防范.....	43
四、股东实缴出资不规范的法律风险及防范.....	64
五、股东逾期实缴出资的法律风险及防范.....	79
六、股东抽逃出资的法律风险及防范.....	92
七、股东未缴足出资之前实施股权转让的法律风险及防范.....	110
八、股东隐名出资（股权代持）的法律风险及防范.....	120
九、送“干股”的法律风险及防范.....	147
十、员工股权激励的法律风险及防范.....	162

编写组成员名单

顾 问：

李 杰 广西壮族自治区律师协会副会长

主 编：

廖国靖 广西壮族自治区律师协会公司法律专业委员会主任

副主编：

苏功兵 广西壮族自治区律师协会公司法律专业委员会委员

陈资长 广西壮族自治区律师协会公司法律专业委员会委员

编写组其他成员：

（均为广西壮族自治区律师协会公司法律专业委员会委员，按姓氏笔画排列）

韦凤巧、石振、牟璎、宋菲、张虹、杜琳琳、贾磊、黄勍勍、梁育琼、蒋玉、敬彬儒、蒋桂安、廖富凌

责任编辑：

廖首华、王霞

校对、排版：

岑彦青、黄烁晓

编写说明及概要

在国家“双创”政策号召和指引下，创新、创业者大批涌现，不断发起设立公司；同时，部分公司发展 to 一定的程度，也希望实施核心员工持股，公司创始人与核心员工实现利益的共享和再平衡。对此，不少人发出同一种感慨：“股权时代已经来临”。在市场经济中，公司作为最规范、最常见，也是最重要的市场主体，当然地承担起了“股权”最主要载体的责任。

《中华人民共和国公司法》（简称“《公司法》”）自颁布实施以来，历经多次修改，最高人民法院已发布多个司法解释，《全国法院民商事审判工作会议纪要》也对涉及公司、投融资、股权等方面的重要问题提出了在司法方面的指导性意见，足见《公司法》的重要性、复杂性、专业性以及其必须与国家经济改革发展不同阶段的不同需求相适应的内在联系性。

然而，“双创”人士所设立的公司特别是中小微民营企业，由于资金、资源、人才、管理等各方面客观要素的影响，导致其在初创和成长阶段往往缺乏法律风险防范方面的意识、条件、能力和经验，进而在相当程度上可能对企业的发展壮大甚至是持续经营造成不利影响，最终产生巨大的损失。而这些法律风险的产生，有时并不是因为什么重大的事件，很多情况下倒反是因为一些常见的基础性问题没有解决好而导致，这些常见的问题在很大程度上其实也是较多公司在运营过程中的一些共性问题。

为此，从法律服务的专业性、便利性、效率性和“双创”人士可接受的适当性和实用性角度考虑，第九届广西律师协会公司法律专业委员会（简称“公司委”）希望对一些公司在设立、治理、运营、发展过程中可能遇到的常见、共性问题涉及的主要法律风险进行总结、归纳和揭示，并结合公司委委员在公司法律业务方面的专业实操经验

提出防范措施方面的建议，以供有关“双创”人士及其所设立的公司予以借鉴和参考，同时供有关专业领域的执业律师进行共享、交流，共同促进广西公司法律专业领域的律师执业水平的提高，并进一步促进律师与“双创”人士及相关公司之间融洽的法律服务合作关系。

为了达到相应的预期效果，本次编写尽可能遵循了以下原则：

1. 立足常见的、共性的问题；
2. 用语规范、简洁易懂、便于理解；
3. 讲干货，讲实操经验，不搞虚假臆测；
4. 提出的建议可落地、可操作，不搞纯理论分析。

本指引共设定了 20 个公司常见的法律问题，主要涉及到公司设立、股东出资、股权激励、法人治理、规范管理等方面。本指引分为上、下两册，每册 10 个问题。对于每一个问题，设置了“问题概述”、“主要风险”、“解决方案”、“规定摘录”、“相似判例”共五个部分。其中：“问题概述”，主要是阐明选择问题的原因和该问题的起源；“主要风险”，是就该问题可能涉及的风险进行总结性、归纳性的揭示，但需要注意的是，这些风险也只是常见的共性风险，每个问题由于实践中面临的情况不同，所以出现风险的类别也难以完整预见，存在一定的局限性；“解决方案”，是针对指引中已经提出的风险，结合具体编写人员的实务经验而提出的一些常用的方法，但实践中可使用的方法并不局限于这些，还可以根据不同的需要设计更优的方案；“规定摘录”，是就与该问题有关的主要规定进行摘录，以供读者可以进一步确认相关风险提出的依据和可靠性，也可以在编者提出的风险基础上，由读者自行结合规定进行一定的思考；“相似判例”，均为在网络已经公开发布的裁判文书，主要是用于印证相关问题存在的现实性，以及司法实践对同类问题的处理规则，为了尽可能不影响读者的认知，编者对裁判文书原文没有进行删减。

由于参编人员较多，编写组各成员实操的项目情况千差万别，因

此，站在不同的角度和根据不同的实际，在编写本指引时可能存在不同的经验和方法；同时，由于编写经验有限，在编写过程中难免会有一些不足之处。因此，如读者对相关内容存在不同的理解和解决方法，属于正常现象，若有不同的意见和更好的建议需要反馈，请与广西壮族自治区律师协会业务部联系，并由广西壮族自治区律师协会业务部与公司委协调解决。

适用范围及使用原则

本指引是第九届广西壮族自治区律师协会公司法律专业委员会延续 2017 年《非上市公司法人治理业务规范指引》、2018 年《非上市公司投资并购业务规范指引》制作的惯例并总结相关经验的基础上，以业务研究、业务学习、业务交流、经验共享为主要目的所形成的智力成果，不具有强制性，仅供广大律师同行在办理公司法律业务时参考使用。本指引不作为评价律师相关工作内容、方式、成果及质量的依据，即使本指引使用“应当”“应”等类似表述，也仅是表达建议程度的不同，不应理解为律师未如此操作即属执业过失或重大错误。并且，由于各个公司情况不完全相同，因此各律师应有选择地予以采用，并根据项目的实际情况加以补充、修改和优化，切忌生搬硬套。另外，本指引是根据现行的法律法规、规范性文件及部分实践案例所制定，如与新的法律法规及规范性文件相抵触，或者有法院做出创新的司法判例时，请以新颁布的法律法规及规范性文件为准，并及时参考最新的司法判例进行研究。

律师业务规范指引是一个开放的体系，并且随着时代的前进、经济的发展、法律法规的变化、律师业务的发展而不断产生变化。对此，在适当的时候，第九届广西壮族自治区律师协会公司法律专业委员会将根据该些变化，对原有的规范指引进行更新、修订，并不断推出新的有关律师办理公司类业务的规范指引，为提升律师办理公司类业务专业化、规范化的水平作出相应贡献。

正 文

一、股东设立公司时不签订出资协议的法律风险及防范

◆问题概述

公司出资协议是指出资人（有限责任公司的创始股东、股份有限公司的发起人）为了规范公司设立过程中各出资人的权利和义务而签署的协议。公司出资协议调整的是出资人之间的关系，在出资人之间具有法律约束力。公司出资协议不是公司在市场监督管理部门办理设立登记的必要法律文件，除了股份有限公司规定了发起人必须签订发起人协议外，有限责任公司是否签订出资协议完全由出资人之间自由决定。因此在实践中，不少有限责任公司的出资人之间没有签订出资协议，尤其是中小微企业，一般仅仅是直接套用市场监督管理部门提供的公司章程参考文本进行公司注册登记。

然而，在公司设立过程中，出资人为设立公司之必要，需要进行各种交易活动，比如：租赁房屋作为公司筹备处或公司初始办公场所；聘请律师、会计师等中介提供专业咨询与服务；印制各种文件资料或其他文件；出资人相互之间进行会谈协商等。一些设立中的公司还要进行所谓的“开业准备行为”，即为公司正式成立之后营业进行各种准备行为，如购买原材料、厂房、机械，雇佣员工；进行相关市场前期调查等。以上行为发生时，公司尚未正式成立，这些行为可能需要出资人或其他主体的名义来完成，因此，出资人为设立公司而实施的行为很容易与公司和出资人或者第三方之间复杂的权利义务关系混淆。另外，有些出资人在创立公司时，对于公司未来发展有一定的规划，且这些规划对各出资人会有一些特别的要求或限制，而这些内容往往不便于直接在公司章程中完整地体现。因此，若没有签署出资协议对各出资人设立公司的行为以及部分将来对于出资人的要求或限制进行规范，将可能导致出资人权利义务边界的模糊，当公司未能设

立或出现其他与各出资人预想结果相悖的情况时，就容易引发纠纷。因此，出资人设立公司时不签订出资协议，无论是对出资人还是公司而言，都存在不少的风险。

◆主要风险

（一）股东个人为公司设立之前进行的行为承担责任的法律风险

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（三）》第二条，我国的司法实践中对公司设立前出资人为设立公司以自己的名义而进行的交易行为所持的态度是，该交易行为的责任承担主体，由交易相对方选择，但若该债权人选择由成立后的公司承担责任，债权人须对公司的追认行为承担举证责任。反之，出资人须对其以设立公司为目的而进行的交易行为承担举证责任。因此，对于出资人而言，当发生纠纷的时候，若能够提供一份对各出资人的分工、对设立公司而进行的行为、对各出资人应如何承担责任等事项均有明确约定的出资协议，显得尤为重要。否则，当公司拒绝对发起人为设立公司而进行的行为进行追认时，该发起人可能面临需要向交易相对方独立承担责任的危险。

（二）公司发起人承担连带责任及公司承担侵权责任的法律风险

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（三）》第四条、第五条，至少体现出以下三个方面的问题：

第一，当公司因种种原因未设立成功，公司发起人应对公司设立所产生的债务对外承担连带清偿责任，若发起人之间对公司设立行为所产生的责任分担有明确约定的，从其约定，发起人对债权人承担了连带清偿责任后可依约定向其他发起人追偿。可见，人民法院在判定发起人责任分担时，是优先考虑当事人事前约定的，并不必然按股东出资比例进行判定。第二，发起人应就其过错行为向无过错发起人或公司承担过错赔偿责任。但是，在实践中，损害发生后，尤其是多方均存在过错的情况下，发起人对于过错承担往往是很难达成一致的意

见的，进而酿成纠纷，需要通过诉讼方式予以解决。因此，若事先对责任分担或违约事项进行明确的约定，则可大大降低解决纠纷的成本和提供举证的便利性。第三，因发起人履行公司设立职责造成他人损害，公司存在承担侵权赔偿责任的风险。公司为发起人个人行为买单，实质上也就是全体发起人为该行为买单，与上一法律风险同理，通过订立出资协议，可厘清出资人之间的责任，降低法律风险。由此可见，签订书面出资协议对公司发起人及公司而言，均具有重要的意义。

（三）商业秘密泄露的法律风险

保密条款对公司而言是非常重要的。公司的很多资料、信息，尤其是专利技术、技术秘密，或者特殊的经营方式或服务理念，都是公司的核心资料，在公司成立之前则仍属于出资人的财产或利益，为了公司和出资人的利益，应当在出资协议中作保密约定，并且保密条款应扩大到公司成立之后。这样既可以避免股东利用股东身份损害成立后的公司利益，又可以避免股东利用该公司的信息“另起炉灶”，与公司形成直接的竞争关系，特别是防止在公司未设立时相关资料和信息被其他出资人擅自利用。

◆解决方案

（一）出资人应及时签订出资协议

1. 审查股东资格。由于全体股东要对发起设立公司的行为承担连带责任，所以一定要审查好股东的资格，包括股东的职业、身份、人品、能力、家庭情况、资产情况、有无对外大额债务等。

2. 明确出资额及出资方式。根据《公司法》的相关规定，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。所以，须在出资协议中明确股东的出资方式和金额。如涉及以非货币财产出资的，出资方应当保证该非货币资产来源的合法性、手续的齐全性，并可以用货币估价和依法转让。

3. 明确股东出资时间及财产权的转移。为避免出现股东出资不实或拖延出资的情况，在签订出资协议时，要明确约定出资的时间，以及要明确约定货币出资、非货币财产出资的财产权的转移问题。股东若以货币出资的，应将货币出资足额存入公司在银行开设的账户并注明出资款；若以非货币财产出资的，则应当进行作价并依法办理其财产权的转移手续。

4. 明确股东的出资责任。股东的出资责任包括出资违约责任和资本充实责任。股东出资违约责任，是指股东未按照协议出资时，应承担缴纳出资和应向足额出资的股东进行违约赔偿的责任。股东出资的资本充实责任，是指未按照协议约定出资的股东对出资差额的填补责任，以及其他已出资的股东对该股东填补责任的连带责任。资本充实责任是只适用于公司股东的特殊出资责任，这种责任是连带责任，即股东中的任一人对全部公司的资产不足均负有充实责任，先行承担资本充实责任的股东，可以向违约出资义务的股东求偿，也可以要求其他股东分担；这种责任又是法律强制责任，即不能通过股东之间的约定、公司章程或股东大会决议来免除。

5. 对于某些已经协商达成一致意见，但又不便写入公司章程中的事项，通过出资协议予以明确，与公司章程一并执行，避免个别出资人违反诚信的情形发生时而无法举证和追责。

6. 明确公司未能设立的责任：

（1）对外责任。原则上，公司设立不成功，股东应对外承担连带责任；

（2）内部责任。发起人应对设立行为所产生的债务和费用有所分担，并约定好分担规则；

（3）对由于股东个人的过失原因造成公司不能设立或致使其他股东利益受到损害的赔偿责任。

（二）出资协议的主要条款应当尽可能完整

根据一般的实践，出资人协议应当尽可能包含以下主要条款：

1. 基本情况，包括设立的背景、出资人、拟设立公司的名称和经营范围；
2. 公司注册资本数额、出资比例、出资方式 and 出资期限；
3. 公司组织机构的基本原则；
4. 出资人在设立公司过程中的权利和义务；
5. 筹备小组的成立、组成及工作任务；
6. 保密条款；
7. 避免同业竞争条款；
8. 公司设立不成功时费用的承担；
9. 违约责任与争议解决；
10. 诉讼管辖。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国公司法》

第七十九条 发起人的义务

股份有限公司发起人承担公司筹办事务。发起人应当签订发起人协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

（二）《中华人民共和国民事诉讼法》

第二十六条 公司纠纷管辖

因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。

（三）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)

第一条 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。

第二条 发起人为设立公司以自己名义对外签订合同，合同相对

人请求该发起人承担合同责任的，人民法院应予支持。

公司成立后对前款规定的合同予以确认，或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务，合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。

第三条 发起人以设立中公司名义对外签订合同，公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。

公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同，公司以此为由主张不承担合同责任的，人民法院应予支持，但相对人为善意的除外。

第四条 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。

第五条 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。

第六条 股份有限公司的认股人未按期缴纳所认股份的股款，经公司发起人催缴后在合理期间内仍未缴纳，公司发起人对该股份另行募集的，人民法院应当认定该募集行为有效。认股人延期缴纳股款给

公司造成损失，公司请求该认股人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第七条 出资人以不享有处分权的财产出资，当事人之间对于出资行为效力产生争议的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定予以认定。

以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所得的货币出资后取得股权的，对违法犯罪行为予以追究、处罚时，应当采取拍卖或者变卖的方式处置其股权。

第八条 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。

第九条 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。

第十条 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。

第十一条 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：

- （一）出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让；
- （二）出资的股权无权利瑕疵或者权利负担；
- （三）出资人已履行关于股权转让的法定手续；
- （四）出资的股权已依法进行了价值评估。

股权出资不符合前款第（一）、（二）、（三）项的规定，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，人民法院应当责令该出资人在指定的合理期间内采取补正措施，以符合上述条件；逾期未补正的，人民法院应当认定其未依法全面履行出资义务。

股权出资不符合本条第一款第（四）项的规定，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，人民法院应当按照本规定第九条的规定处理。

◆相似案例

案例一：白慧东与刘晓娜发起人责任纠纷案

辽宁省丹东市中级人民法院民事判决书

（2018）辽 06 民终 311 号

上诉人（原审被告）：白慧东，男，*****年**月**日出生，住丹东市振兴区。

委托诉讼代理人：于德生，辽宁精华律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：刘晓娜，女，*****年**月**日出生，住丹东市元宝区。

委托诉讼代理人：王青山，辽宁圣权律师事务所律师。

上诉人白慧东因与被上诉人刘晓娜发起人责任纠纷一案，不服丹东市元宝区人民法院（2017）辽 0602 民初 705 号民事判决，向本院

提起上诉。本院于2018年2月1日立案后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。上诉人白慧东及其委托诉讼代理人于德生，被上诉人刘晓娜的委托诉讼代理人王青山到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

白慧东上诉请求：撤销（2017）辽0602民初705号民事判决，依法改判驳回被上诉人的诉讼请求。事实和理由：一、上诉人与被上诉人之间的纠纷不属于发起人责任纠纷，原审法院适用法律错误。公司法解释（三）明确规定，公司发起人应当同时具备三个条件，其中第一个条件为：为公司设立而签署公司章程。公司章程与公司设立协议在性质上和功能上存在明显差异，故仅签订公司设立协议但未签订公司章程的人不符合发起人的条件。上诉人与被上诉人虽然签订了以设立公司为目的《丹东市易通综合超市入股协议书》，但双方没有签署公司章程的行为，故双方之间的关系还停留在设立公司的合作者的阶段，不能认定为公司发起人，不属于发起人责任纠纷。二、被上诉人在一审中的诉讼请求为撤销《丹东市易通综合超市入股协议书》，并未要求解除该协议。原审法院变更被上诉人的诉讼请求，但未给上诉人答辩期，属程序违法。双方签订的入股协议书性质属于合伙协议，根据《合伙企业法》的规定，被上诉人作为合伙人，有补足出资的义务，而没有要求返还出资的权利。三、上诉人前期已将资金投入易通超市林江名城店，应出资额44.65万元是作为风险投资的形式出资合伙，故不能说上诉人未履行出资义务。从上诉人与房屋所有权人往来邮件可以证明。最终是因被上诉人未按约定及时补足出资导致无力交纳定金使得租赁协议未达成。

刘晓娜辩称，原判正确，请求维持。1、原审法院定案案由恰当，符合法律规定。被上诉人向公司认缴出资或股份并履行公司设立职责，且是有限责任公司设立时的股东，符合公司法司法解释三第一条的规定，况且协议书也对此进行了约定，因此，本案争议双方是丹东易通综合超市有限公司设立的发起人身份。至于双方没有签署公司章程行

为，并非是拒绝签署，而是因为上诉人至今未认缴出资或股份且未履行公司设立职责，公司至今未设立，也未制定公司章程所致。正是由于上诉人未向公司认购出资，未能与玫瑰港湾店的房屋所有人达成租赁协议而未实际拥有经营权，未制定公司章程且未履行公司设立职责，导致公司发起设立不能，协议书无法履行，应当承担违约责任，被上诉人才请求返还出资，一审程序合法，适用法律正确，应当维持。2、变更诉讼请求是诉讼当事人的诉讼权利，被上诉人一审书面变更诉讼请求申请已经向法庭提交，且在一审庭审时进一步明确了变更诉讼请求内容，上诉人之前和当庭并未请求法庭给予答辩期限，表明认可变更请求，无需举证答辩期限，因此，一审程序合法。3、协议书第一条明确约定各方一致同意，参与公司的发起设立，共同投资人将持有公司股份等内容。协议书中约定的公司，即为有限公司，而不是合伙企业，因此，本案应当适用公司法，而不应是合伙企业法。至于上诉人认为协议书性质应属于合伙协议，与其在上诉状中适用公司法司法解释三第一条关于发起人身份的规定相互矛盾。即使按合伙企业法调整本案，协议书无法实际履行，被上诉人有权要求解除协议，上诉人也应当履行出资义务等各项法定职责。4、被上诉人已经出资十万元占首次出资比例 22%，超过法定首次出 20%比例，正是由于协议书约定的玫瑰港湾店经营权实体不存在，以及上诉人不对其私产个体工商户的临东名城店资产评估、出资等违约行为，才导致被上诉人中止继续出资。事实证明，因上诉人的违约行为导致公司设立失败，因此被上诉人有权要求解除协议，返还出资。

刘晓娜向一审法院起诉请求：判令被告解除 2016 年 7 月 11 日签订的《丹东市易通综合超市入股协议书》；返还原告出资款 10 万元及自 2016 年 7 月 16 日起至实际返还之日止，按中国人民银行同期贷款利率支付利息。

一审法院认定事实：2016 年 7 月，原告与被告作为发起人欲发

起设立丹东市易通综合超市股份有限公司。双方于 2017 年 7 月 11 日签订《丹东市易通综合超市入股协议书》。约定被告以其名义受让 49% 的盈利股权，并作为发起人参与（丹东易通综合超市共同经营权，以下简称“易通综合连锁超市林江名城店以及玫瑰港湾店”）的发起设立事宜，达成如下协议，以共同遵守（林江名城店共计合作期限为 5 年，玫瑰港湾店共计合作期限 10 年，合同期满后按照续签合同期限延续）。原告以风险投资方身份向被告出资 44.65 万元整，占出资总额的 49% 盈利股权；被告出资 46.4712 万元，占出资总额的 51% 持有永久控股权和盈利股权。双方参与公司的发起设立，共同投资人将持有公司股份股本总额比例为原告 49%，被告 51%。原告作为共同投资人应于 2016 年 7 月 17 日前将上述出资额解入指定行或现金。即被告个人招商银行的账户。双方同时约定的利润分享与亏损分担及双方的权利义务等内容。协议书签订后，原告分别于 2016 年 7 月 8 日、7 月 9 日和 7 月 12 日通过向被告指定的第三方支付 40000 元、于 7 月 16 日及向被告支付现金 60000 元，被告于 2016 年 7 月 16 日向原告出具的收条，载明，“今收到入股第一笔资金 10 万元整”。原、被告欲发起设立的易通综合连锁超市林江名城店及玫瑰港湾店中的玫瑰港湾店位于振安区林江后街 152 号，该房屋的所有人为丹东华盛房地产开发有限公司。原、被告签订合同时此房屋系案外人正在经营超市，被告未能与该房屋的所有人达成房屋租赁协议，导致易通综合连锁超市玫瑰港湾店的没有发起设立。而双方合同签订后约定的发起设立的易通综合连锁超市林江名城店地址位于元宝区江城大街 326 号 1 单元 301 室。该房屋系被告经营的丹东市元宝区易通综合超市，为个人经营，经营者为被告白慧东。至今由被告白慧东经营。现丹东市易通综合超市未能设立。原告曾两次起诉要求撤销入股协议，并要求返还出资款 10 万元。后原告申请撤诉，该院亦作了（2016）辽 0602 民初 1426 号和（2017）辽 0602 民初 60 号民事裁定书，裁定准予撤诉。

一审法院认为，本案系双方发起设立有限公司，因公司未设立，原、被告作为发起人为公司不能设立应承担公司设立失败的责任而引发的纠纷。根据《公司法》第九十四条的规定“股份有限公司的发起人应当承担下列责任：（一）公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；（二）公司不能成立时，对认股人已缴纳的股款，负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任；（三）在公司设立过程中，由于发起人的过失致使公司利益受到损害的，应当对公司承担赔偿责任”。可见，公司不能成立时发起人对设立行为所产生的对外债务应承担连带责任。根据《公司法》第八十三条第二款规定“发起人不依照前款规定缴纳出资的，应当按照发起人协议承担违约责任”。从上可以看出，发起人之间的责任，应依据双方协议约定承担责任。从本案认定的事实看，因被告未能与玫瑰港湾店的房屋所有人达成租赁协议，双方未能设立公司，双方的入股协议已无法继续履行，故原告要求解除协议书予以支持。合同解除后，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（三）》第四条三款的规定“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”。原告主张因被告未能与玫瑰港湾店的房屋所有人达成租赁协议导致其不能继续出资，而被告提出因原告未按约出资导致被告未能与玫瑰港湾店的房屋所有人达成租赁协议，关于租赁房屋事宜，被告认可一直是其单方与房屋所有权人商谈，原告未参与，因此被告有责任提供证据证明未达成租赁协议与原告未按约出资有因果关系。况且出资是双方义务，而非原告一方义务，被告也无证据证明其履行了出资 46.4712 万元的义务。故被告无证据证明公司未设立是原告未按约出资的过错所致。原告未按约定出资就发起人内部而言应依据双方的入股协议书的约定承担相应的违约责任。根据入股协议书，双方对未按约出资未约定违约责任，被告也未提供证

据证明原告的违约行为给其造成了损失，故原告要求返还出资款，予以支持。关于原告请求要求支付利息，应从起诉之日起按银行同期存款利息计算。关于被告提出其已履行出资义务的辩解，被告的资金系投入在其个人经营的丹东市元宝区易通综合超市，该出资没有进行依法评估也未进行转让，故根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》第十一条的规定，出资人以其其他公司股权出资，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：（一）出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让；（二）出资的股权无权利瑕疵权利负担；（三）出资人已履行关于股权转让的法定手续；（四）出资的股权已依法进行了价值评估。故不能认定被告已履行出资义务。关于被告提出原告入股仅是林江名城店而非玫瑰港湾店的辩解，因入股协议书已有明确的约定，故被告的辩解无事实依据，不予采信。关于被告提出原告的出资款已投入自己经营的现林江名城店，此林江名城超市属个体经营，而双方发起成立的是有限公司，被告将原告出资款投入到其个人经营的林江名城超市没有事实依据，应予返还。综上所述，依照《中华人民共和国合同法》第九十七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第八十三条二款的规定，判决如下：一、依法解除原告刘晓娜与被告白慧东于2016年7月11日签订的丹东市易通综合超市入股协议书；二、被告白慧东于本判决生效之日起十日内返还原告出资100000元并从2017年5月24日起至被告给付之日止按中国人民银行同期同类存款利率支付利息；三、驳回原告刘晓娜其他诉讼请求。案件受理费2380元，由被告白慧东承担。

二审中，各方当事人没有提交新证据。

本院对一审查明的事实予以确认。

本院认为，上诉人与被上诉人签订的入股协议书系双方当事人的真实意思表示，其内容不违反法律的强制性规定，应认定合法有效。上诉人主张本案不属于发起人纠纷，不应依据发起人的规定作为判决

依据。《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（三）》第一条规定，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。上诉人与被上诉人签订入股协议书，拟设立“易通综合连锁超市林江名城店以及玫瑰港湾店”，并约定当事人作为发起人参与发起设立事宜。被上诉人向公司认缴出资并履行公司设立职责，为有限责任公司设立时的股东，应认定为公司的发起人。双方当事人虽未能制定公司章程，是因为双方在公司设立过程中产生争议，公司未能设立，本案的争议实质是发起人之间就公司未设立责任承担及投资款应否返还的问题，故原审法院认定本案案由为发起人责任纠纷，并无不当。关于双方签订的协议书应否予以解除的问题，因双方拟成立的为“易通综合连锁超市林江名城店以及玫瑰港湾店”，现玫瑰港湾店由案外人经营使用，上诉人未能与房屋所有权人达成房屋租赁协议，导致双方拟成立的公司不能发起设立，故当事人的合同目的不能实现，被上诉人请求解除合同，应予支持。关于上诉人是否履行出资义务，被上诉人投资的款项应否予以返还的问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十一条的规定，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：（一）出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让；（二）出资的股权无权利瑕疵权利负担；（三）出资人已履行关于股权转让的法定手续；（四）出资的股权已依法进行了价值评估。第四条三款的规定“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”。《中华人民共和国公司法》第八十三条第二款规定“发起人不依照前款规定缴纳出资的，应当按照发起人协议承担违约责任”。因双方协议约定上诉人出资 46.4712 元，占出资额的 51%，但被上诉人的资金均投入在其个人

经营的丹东市元宝区易通综合超市，该出资既未进行依法评估也未进行转让，不能认定上诉人履行了投资义务。而且玫瑰港湾店现由他人使用经营，上诉人认为被上诉人未履行履行投资义务导致合同未能签订，没有证据予以支持。现“易通综合连锁超市林江名城店以及玫瑰港湾店”不能成立，上诉人在没有证据证明在公司设立过程存在损失的情况下，其继续占有上诉人投入的资金没有依据，应予返还。上诉人认为被上诉人应补缴剩余出资，10 万元不应返还的主张没有依据，本院不予支持。关于原审法院是否存在程序违法一节，因被上诉人以书面形式提出变更诉讼请求，双方当事人的举证内容均无变化，原审法院在开庭中已经对此进行询问，双方均表示不需要重新答辩、举证、质证，故原审法院的程序并无违法之处。

综上所述，白慧东的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 2380 元，由白慧东负担。

本判决为终审判决。

审判长 张春霞

审判员 吕伯昌

审判员 关 爽

二〇一八年四月二十五日

书记员 王晓宇

案例二：刘景鑫因与余中俊、余懿发起人责任纠纷案

北京市高级人民法院民事裁定书

（2014）高民（商）申字第 03940 号

申请再审人（一审原告、反诉被告、二审上诉人）刘景鑫，男，1983 年 3 月 1 日出生。

被申请人（一审被告、反诉原告、二审被上诉人）余中俊，男，1963 年 4 月 5 日出生。

委托代理人黄绍华，北京市博友律师事务所律师。

被申请人（一审被告、反诉原告、二审被上诉人）余懿，女，1983 年 12 月 24 日出生。

委托代理人黄绍华，北京市博友律师事务所律师。

申请人刘景鑫因与被申请人余中俊、余懿发起人责任纠纷一案，不服北京市第二中级人民法院（2013）二中民终字第 17041 号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。

申请人刘景鑫申请再审称，根据三方《协议书》中第四条第二款“出任法人代表的股东方先行垫付筹办费用，公司设立后该费用由公司承担”。因法人股东方过错导致没有取得营业执照，所以公司不承担筹办期间的所有费用，即所有费用支出由法人承担，违约方承担，而不应由申请人承担。被申请人的违约行为侵害了申请人的股东权益与可得利益，根据《协议》第十条第二款“投资各方如有违反本协议其他约定的，则视作违约方单方面终止本协议，其他守约方有权共同书面决定取消违约方的股东资格，违约方所出的投资金额将作为违约金赔偿给守约方。”二被申请人应承担违约责任，将所出的资金作为违约金赔偿申请人。现根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第三、四、五项的规定，提出申请再审。请求贵院依法改判，维护申

请人的合法权益。

被申请人余中俊、余懿提交书面意见称，一、二审判决认定事实清楚，适用法律正确，申请人的申诉请求无事实和法律依据，应当予以驳回。

本院认为，刘景鑫、余中俊、余懿三方签订的《股份合作协议书》及《赢者力量4月份目标》是三方真实意思表示，各方应按照协议履行各自义务。根据《赢者力量4月份目标》，刘景鑫需完成4月份目标，如不能完成，则三方终止合作。后三方确认4月份目标并未完成，公司不再设立，三方在原审中均表示同意解除《股份合作协议》，原审法院判决解除该协议无不当之处。针对筹备期间的费用负担，《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）》第四条规定，“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发生的费用和债务的，人民法院应当根据过错情况，确定过错一方的责任范围。”《股份合作协议书》亦约定，各方签字认同的经营债务按各自比例负担，且任何一方对外清偿债务后，其他方应当按比例在10日内向对方清偿自己负担的部分。经原审查明，赢者力量公司筹备期间的费用为151514.37元，根据三方出资比例的约定，刘景鑫占总股份的49%，故刘景鑫应当按照49%的比例承担赢者力量公司筹备期间的费用。刘景鑫辩称，公司未成立，故其不应分担此项费用，并且要求被申请人赔偿损失，该意见没有法律依据，本院不予支持。

刘景鑫称余中俊、余懿违反《股份合作协议书》的约定从而导致

公司未能设立，但没有提供有效证据，本院不予支持。刘景鑫主张余懿因违约而应承担公司全部设立费用，并主张余中俊、余懿将投资金额作为违约金赔偿给刘景鑫，没有事实和法律依据，本院不予支持。

《股份合作协议书》虽然约定出任法定代表的股东先行垫付公司设立费用，公司设立后该费用由公司承担，但该协议并未约定公司不能成立情况下的设立费用负担事项，刘景鑫以公司未能成立为由主张设立费用应由出任法定代表的股东承担，没有合同依据。

综上，原判决并无不当。申请人刘景鑫未能提供有效证据证明自己的主张成立，本院不予支持。原判决在认定事实和适用法律上是正确的。申请人刘景鑫的再审申请无事实和法律依据，本院不予支持。申请人的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款的规定，裁定如下：

驳回刘景鑫的再审申请。

审判长 刘 珊

审判员 李宝刚

审判员 杨咏梅

二〇一四年十月二十日

书记员 吴莎莎

二、公司章程不规范编写的法律风险及防范

◆问题概述

公司章程，是指公司依法制定的，规定公司名称、住所、经营范围和经营管理制度等重大事项的基本文件，也是公司必备的规定公司组织及活动基本规则的书面文件。公司章程是股东共同一致的意思表示，载明了公司组织和活动的基本准则，具有公司“最高宪法”之称。

然而，在实务中，相当多的公司股东和一线的经营管理者对此认识却非常淡漠，更有甚者直接套用了市场监督管理部门提供的参考格式文本，且几乎不做任何修改。于是，现实中，很多公司章程其实都照搬了《公司法》所规定的内容，从而造成了公司章程的雷同性，完全抹杀了公司自身所具有的特点，也把公司法赋予公司的意思自治束之高阁。此外，公司章程对公司的很多重要事项或特别事项没有进行明确，也致使公司章程的可操作性并不强。这样的章程于公司而言，不过是写满文字的文稿而形同虚设，最终会给公司造成或多或少的运营风险和法律风险。

◆主要风险

（一）关于股东会会议通知规则条款不规范的法律风险

首先，我们应确认公司章程是否已载有相关规定。在没有规定时，则需要了解公司是否具有约定俗成的操作方式；在有规定时，我们应该看规定是否具体清晰并且具有可操作性。通常而言，这种法律风险只有在股东或董事之间发生矛盾，一方故意寻找会议决议的瑕疵时才会转化为法律危机，因此属于较易弥补的法律风险。首先，《公司法》第四十一条规定“召开股东会会议，应当于会议召开 15 日以前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外”。此条中的“但书”规定赋予了股东召开股东会会议提前通知时间的灵活性。鉴于此，不同公司根据自己公司的特点和需求可以自由约定召开股东会会议提前通知的时间。一般情况下，每次会议都提前 15

日通知股东，时间明显是过长的，如果公司章程对此没有约定，则需要提前 15 日通知，否则召开股东会的程序有瑕疵，就有可能导致公司股东会决议被撤销。其次，虽然《公司法》和公司章程都会就股东会会议召开的日期进行相关的约定，但如何保证通知到位，又以何种方式通知呢？在股东之间出现矛盾时往往会出现因通知不到位或者通知程序不严谨规范而导致最后的股东会会议决议出现瑕疵的情况。

（二）关于股东会会议决议事项条款不明确的法律风险

根据对公司经营影响重要程度的不同，《公司法》列举了若干须经股东会会议特别决议的事项。但法律规定的特别决议事项，仅仅是普遍认为对公司有重大影响的事项。实际上，随着公司的发展以及不同公司的特点，对公司有重大影响的事项并不局限于《公司法》所列举的情况。因此，如果公司章程中对于股东会会议需要特别决议的重大影响事项约定并不明确或范围过于狭窄，那么根据《公司法》第二十二条及《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）》的相关规定，公司股东会会议决议可能会出现无效、可撤销、不成立等几种法律风险，而以上的法律风险还会随着公司的发展不断增大，同时还可能不利于公司的正常经营。因此，公司应结合具体情况对公司章程中的股东会会议特别决议进行妥善安排。

（三）关于股东会和董事会权限划分不清晰的法律风险

股东会与董事会之间的关系如何协调处理值得重视，而且，一些事关公司发展大局的事情可能会引发这两个机构之间的权限争议，而公司章程的一个重要作用就是划分这两个机构的权限，但在实务中往往出现股东会及董事会职权出现交叉或真空的情况，甚至直接违反《公司法》的强制规定。例如：

1. 股东会将《公司法》规定的股东会职权交由董事会行使，一般是将诸如审批年度预算、决算方案、批准监事报告等决策权利下放至董事会，由董事会对这些事项进行表决。有些公司甚至还将增资、减资等决议事项下放至董事会。

2. 《公司法》规定的董事会职权，被上收由股东会行使此类约定多出现在创始人较为强势或早期阶段的投资案例中，由于此阶段创始人持有大部分股权，因此其希望通过利用大多数表决权的优势控制公司。在这类约定中，通常会将诸如选聘总经理、财务负责人、制定年度预算、决算方案等《公司法》规定的董事会职权上收至股东会，由股东会对这些事项进行审议表决。因《公司法》第三十七条明确列举了 10 项由股东会行使的职权，第四十六条明确列举了 10 项基本的董事会职权。故以上两种情况下做出的股东会会议、董事会决议，将存在法律风险，其可能因为违反法律的强制性规定而无效（不同的法院裁判会有一定的偏差），进而影响公司的正常经营决策。

（四）公司对外投资及担保事项的决策主体约定不明确的法律风险

《公司法》第十六条规定，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会议/股东大会决议。即对于公司对外投资及担保，《公司法》规定应由董事会或股东会会议/股东大会作出决议。若公司章程缺乏相应的细化规定，则容易出现“真空”，法律风险必然存在。

◆解决方案

（一）明确规定股东会会议通知规则

公司章程应明确规定股东会会议召开的通知时间，如果公司规模较小，股东人数不多，可以在公司章程中约定通知的时间短于 15 日，或者根据公司股东的实际情况可以多于 15 日。与此同时，也应当将通知的主体、通知的程序、以及通知的方式进行约定。关于通知的具

体方式，可以约定以 EMS、E-mail、微信、短信通知等方式，同时把各股东指定的送达地址、邮箱、微信号或电话号码等明确约定在公司章程中或另行制定通讯册，避免因无法通知股东而导致股东会召开困难，或通知有瑕疵而导致股东会决议被撤销等法律风险。

（二）明确规定股东会决议事项

公司在制定或修改公司章程时应结合自身情况在章程中明确约定重大影响事项的范围。在召开股东会会议前，应就本次的股东会会议各项议题进行严格审核，确定其是否属于重大影响事项，以决定召开股东会议所采用的决议方式。其次，公司一般应根据《公司法》的规定，从议题的实体性和程序性进行规范。从实体性上讲，即决议内容不应违反法律、行政法规的相关禁止性或强制性规定，从程序性上讲，即召集程序、表决方式不违反法律、行政法规或者公司章程相关规定，或者决议内容不违反公司章程的约定。

（三）明确规定股东会和董事会权限划分

因为《公司法》第三十七条、第四十六条对股东会和董事会的基本职权作出了明确规定，因此为避免法律风险，建议公司在制作公司章程时，应严格从《公司法》赋予股东会及董事会的各项权利与义务进行划分职权，不要混淆或忽略了董事会和股东会各自不同的作用。但是，值得注意的是，《公司法》第三十七条除明确规定股东会的 10 项职权外还补充规定股东会还可对“公司章程规定的其他职权”行使权利。同样，《公司法》第四十六条除明确规定董事会的 10 项职权之外，也规定了董事可行使“公司章程规定的其他职权”。所以，若股东想要更好地控制公司或是想要灵活地放权，是可以在《公司法》第三十七条、第四十六条规定的股东会、董事会的基本职权范围之外进行自由约定的。

（四）明确规定对外投资和担保事项

就公司对外投资和担保决策问题，公司章程应明确约定决策的机

构及其决策权限的范围。根据实务经验，在拟定公司章程时就应划分股东会、董事会的职权及权限，例如哪些情形为股东会的权限，什么金额可以由董事会决策，均可以清晰明了地进行约定。

综上，股东在成立公司前就应该结合《公司法》的规定在公司章程中进一步细化各项条款，规范股东会和董事会的权利义务，从顶层设计进行公司决策层法律风险规避，使得公司章程真正意义上成为公司的“根本大法”。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国公司法》

第十六条 公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；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。

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。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。

第二十二条 公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

股东会或者股东大会、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，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。

股东依照前款规定提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。

公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的，人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后，公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。

第三十七条 股东会行使下列职权：

- （一） 决定公司的经营方针和投资计划；
- （二） 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；
- （三） 审议批准董事会的报告；
- （四） 审议批准监事会或者监事的报告；
- （五） 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；
- （六） 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- （七） 对公司增加或者减少注册资本作出决议；
- （八） 对发行公司债券作出决议；
- （九） 对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；
- （十） 修改公司章程；
- （十一） 公司章程规定的其他职权。

对前款所列事项股东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、盖章。

第四十一条 召开股东会会议，应当于会议召开十五日前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。

股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。

第四十三条 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。

股东会会议作出修改公司章程、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，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

第四十六条 董事会对股东会负责，行使下列职权：

- （一）召集股东会会议，并向股东会报告工作；
- （二）执行股东会的决议；
- （三）决定公司的经营计划和投资方案；
- （四）制订公司的年度财务预算方案、决算方案；
- （五）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- （六）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；
- （七）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；
- （八）决定公司内部管理机构的设置；
- （九）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；
- （十）制定公司的基本管理制度；
- （十一）公司章程规定的其他职权。

（二）《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）》

第四条 股东请求撤销股东会或者股东大会、董事会决议，符合公司法第二十二条第二款规定的，人民法院应当予以支持，但会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，且对决议未产生实质影响的，人民法院不予支持。

第五条 股东会或者股东大会、董事会决议存在下列情形之一，当事人主张决议不成立的，人民法院应当予以支持：

- （一）公司未召开会议，但依据公司法第三十七条第二款或者公司章程规定可以不召开股东会或者股东大会而直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章的除外；

- （二）会议未对决议事项进行表决的；
- （三）出席会议的人数或者股东所持表决权不符合公司法或者公司章程规定的；
- （四）会议的表决结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例的；
- （五）导致决议不成立的其他情形。

◆相似案例

李跃进与长春绿新股份有限公司公司决议效力确认纠纷案

长春市绿园区人民法院民事判决书

（2016）吉 0106 民初 909 号

原告李跃进，男，1958 年 5 月 14 日生，汉族，住福建省南安市。

委托代理人黄涛，北京汉鼎联合（绍兴）律师事务所律师。

被告长春绿新股份有限公司，住所地长春市汽车经济技术开发区长沈公路零公里。

法定代表人王文贵，董事长。

委托代理人于宏华，吉林创一律师事务所律师。

原告李跃进与被告长春绿新股份有限公司公司决议效力确认纠纷一案，本院受理后，依法组成合议庭公开开庭进行了审理，原告李跃进及其委托代理人黄涛、被告长春绿新股份有限公司的法定代表人王文贵、委托代理人于宏华到庭参加诉讼，本案现已审理终结。

原告诉称，被告系由长春绿新大市场及包括原告在内的 11 名自然人股东发起设立的股份有限公司，2001 年 4 月 29 日经长春市工商行政管理局批准成立。2007 年 11 月 2 日，被告因逾期未参加工商年检，被长春市工商局吊销营业执照，被告成立清算组对公司清算。2014 年 12 月 8 日，原告到长春市工商局查询工商档案时得知，被告于 2014 年 10 月 15 日申请变更公司注册资本经营范围的申请书，发现被告

2014年10月15日作出的《长春绿新股份有限公司临时股东大会决议》。被告2014年10月15日提交工商备案的《长春绿新股份有限公司临时股东大会会议记录》，该记录中记载本次股东大会决议内容：一、同意公司增加注册资本5000万元人民币，以每股壹元的价格增加股本5000万股，公司总股本由7412万股增加到12412万股。具体：（1）同意王文贵认购2550万股，持股数由4684.16万股增加至7234.16万股；（2）同意陈建设认购2100万股，持股数由1000万股增加到3100万股；（3）同意李保正认购350万股持股数由427.84万股增加到777.84万股。同意因增加注册资本对本公司章程相应条款进行修改并通过章程修正案。被告虽然于2014年9月29日在《长春日报》第十五版刊登了召开本次临时股东大会的通知，但被告明知原告及其他三名股东的联系电话及联系方式，却未有效通知到原告及其他三名股东，恶意剥夺原告参加股东大会的权利，因此，本次临时股东大会的召集程序严重违法。原告认为，本次临时股东大会未通知其他股东参加，违反被告2001年3月5日的《公司章程》第二十七条、第十九条关于股东大会召集及公司增资的规定。被告本次增资之前没有作财务审计，又没有作净资产评估，按照每股1元的价格增资，根本不能体现股权的价值，股东大会增资决议是大股东滥用股东权利，恶意稀释小股东的股权，以掠夺小股东的利益，明显违反我国《公司法》第二十条的规定。为维护原告合法权益，原告根据我国《民事诉讼法》第一百一十九条、《公司法》第二十二条，特向贵院提起诉讼，要求：1、确认被告2014年10月15日的《临时股东大会决议》无效；2、案件诉讼费由被告承担。

被告辩称，一、原告所诉2014年10月15日的股东大会决议，召集程序合法，会议参会股东符合法律规定，满足会议有效召开的条件，参加股东所拥有的股权比例与股权托管中心的备案状态相符，会议决议由公司拥有82.46%表决权的股东通过，合法有效。决议内容

不违反法律、行政法规的强制性规定，不存在任何违法无效的法定情形，原告诉请要求确认无效的主张没有任何事实和法律依据，不能成立。二、原告主张本次股东大会未有效通知到股东，召集程序违法，与客观事实不符，本案原告自公司改制之后，从未来过公司，其也不给公司留任何联系方式，公司无法联系或直接通知到其本人，因此公司根据公司法及公司章程提前十五日在省级报纸上发布公告进行通知，并不违反法律规定，且除原告之诉的其他未到会股东也并未提出异议或诉请撤销，应视为对决议的认可。而且所谓的股东会召集程序违反法律规定或章程规定的，根据《公司法》第二十二条第二款，属于在 60 日内可诉请撤销的决议，而不属于确认无效的决议。三、股东大会此次作出的有关进行增资的决议程序合法，在会前公司已经委托中介机构对公司的资产状态进行了评估，评估结果显示公司处于亏损状态，在此情况下，公司本轮增资以每股一元的价格确定增资格价并不违反法律规定，而且增资股东属于溢价增资，对原股东是更加有利的，并不存在大股东滥用股东权利，恶意稀释小股东股权的情况。四、在股东大会决议所涉本轮 5000 万元的增资决议做出后，增资股东已经全部完成增资，并由中介机构出具了《验资报告》，即增资股东已履行了出资义务，并不存在掠夺小股东利益的情形。五、本案原告在提起确认无效诉讼的同时，又基于同样的决议提起了撤销决议之诉，原告这种滥用司法资源的行为应当受到法律的制裁，而且法院对其这种滥用诉权，基于同一事实提起多个诉讼的行为也不应同时受理。因此法院应对其释明，并要求其明确诉请为确认无效还是诉请撤销，对另一诉请予以驳回起诉。综上，本案原告所诉要求确认股东大会决议的诉讼请求，没有任何事实和法律依据，请求法院依法驳回。

本案在开庭审理时，原告为证实自己的主张向法庭提供的证据有：

证据 1、长春绿新股份公司在 2001 年 3 月 5 日成立时的公司章程，证明：原告系被告的发起人股东，持 1000 万股份，占当时总股

本 13.49%。原公司章程第 27 条对召开股东会有明确约定必须提前 30 日将会议日期、地点等通知，本案 10 月 15 日形成的股东会决议，原告至今未看到任何召开股东会通知，即被告召开股东会的程序违法。

被告质证：真实性没有异议，对证明问题有异议，根据原章程原告李跃进确实登记为公司股东，根据公司章程 27 条之规定公司已经履行了对原告的通知义务。

证据 2、公司变更登记申请书（2005 年 8 月 3 日），证明：原告曾于 2005 年 8 月依法登记成为被告的法定代表人，即李跃进曾任被告公司法定代表人，时间自 2005 年 8 月一直到被告擅自变更之前。

被告质证：没有异议。

证据 3、行政处罚决定书[长工商企处字（2007）第 2 号]，公司备案申请书（2010 年 1 月 18 日），证明：被告于 2007 年 11 月 2 日被长春市工商行政管理局吊销营业执照，在公司备案申请书中显示 2010 年 1 月 18 日被告在该时间点已经成立清算组并办理了备案，公司已经实质进入清算程序，不能恢复经营且增资，不能擅自进行除清算之外的经营活动。

被告质证：在 2014 年 10 月 15 日召开股东大会时公司并不是处于吊销状态或清算期间，但是工商部门已经对公司核发了营业执照，可以开展正常的经营及增资行为，原告该组证据与本案无关联性。

证据 4、长春绿新股份有限公司临时股东大会会议记录、2014 年 9 月 17 日新领取的营业执照，被告的会议公告，证明：被告未按公司章程规定召集股东会，程序违法，被告有意采取公告的方式达到不通知股东参会的目的。关于注册资本增加 5000 万元，公司增加 5000 万元的注册资本，以每股 1 元钱的价格，做价基础是什么，只是形式上的增资，实际上是摊薄和稀释了小股东的股东比例，这是一种滥用大股东的控制权为所欲为的违法行为。

被告质证：真实性没有异议，但是对其证明问题有异议，该决议及营业执照均具有合法性，股东会理性了合法的召集程序，而且决议内容不违反法律法规的强制性规定，没有无效情形，而且关于召集问题，也不属于确认无效的法定事由，在本案中不应予以审理。关于增资事项的问题在会议召开前公司已对公司资产进行了评估并由中介机构出具评估报告，因此并不像原告所说的增资没有依据，而且增资股东是以高于每股净资产价值的价格进行增资，不存在摊薄和稀释问题。会议公告真实性没有异议，证明问题有异议，该报纸公告是根据现行公司章程 15 条召开临时股东大会的要求提前 15 日向股东发出的会议通知，由于原告拒绝接收通知，因此公司在省级以上报刊上进行公告，并对会议召开的时间、地点、议题均进行了通知，因此会议的召集程序符合法律规定。

证据 5，公司章程修正案（2014 年 10 月 15 日），证明：根据涉案的 10 月 15 日的股东会决议将公司章程和经营范围都做了变更，公司注册资本 7412 万股增加至 12412 万股（增加了 5000 万股），并且每股金额为 1 元人民币。公司在 2001 年成立时每股价值是 1 元钱，到了 13 年之后每股还是 1 元钱增资，且增资其他股东没有获得认购权，没有获得保护，开股东会均不通知其他股东参加，如果增资其他股东也有权认购，但是根本未通知其他股东参加，剥夺了其他股东的合法权益，是被告滥用大股东地位，侵害其他股东合法权益的行为。

被告质证：真实性没有异议，公司成立时注册资本 7412 万元，但是长春绿新股份有限公司是由原长春绿新大市场及相关的自然人股东于 2001 年发起设立，在公司整个经营过程中，由于公司经营不善，缺少资金，公司的最重要的土地资产一直没有得到手续上的完善，也就是说至今为止公司的土地使用权尚未办理完毕，因此原告仅以 2001 年和 2014 年两次的增资价格比照没有任何依据，公司实际的资产状况、亏损状况以及每股价值在本次会议召开前公司已经委托中介

机构对公司的资产状况进行了资产评估，该评估报告是由专业的有资质的第三方机构出具的，因此原告所说的每股价值 1 元侵害了小股东的利益是没有任何依据的，而且简单的这种对比也是没有意义的。

被告当庭提供了如下证据材料：

证据一：2014 年 9 月 29 日《长春绿新股份有限公司关于召开临时股东大会的通知》长春日报报纸公告稿，证明：公司在会议召开前十五日在省级报刊上进行公告，通知公司全体股东召开会议的时间、地点及会议议题，会议履行了符合公司法和公司章程的提前 15 日通知的规定。

原告质证：公告违反公司法 102 条之规定，公司法第 102 条强调召开股东大会会议时应当将会议召开的时间、地点、会议事项与召开临时会议应于会议召开前 15 日前通知各股东；发行无记名股票的应当于会议召开 3 日前公告会议召开时间，即只有无记名股票才可以公告通知，被告明知原告的手机，联系地址的情况下未采取前面的通知的情况下直接公告不妥，其实际上是为了达到让原告不了解召开股东大会的信息的目的。

证据二：2014 年 10 月 15 日《长春绿新股份有限公司临时股东大会决议》及《长春绿新股份有限公司临时股东大会会议纪录》及会议通过的《章程修正案》，证明：1、2014 年 10 月 15 日的股东大会决议，会议参会股东符合法律规定，满足会议有效召开的条件，会议决议由公司拥有 82.46%表决权的股东通过，会议决议内容不违反法律、行政法规的强制性规定，不存在任何违法无效的法定情形。2、会议决议自 2014 年 10 月 15 日作出，在决议作出的 60 日内，原告并未向人民法院提出撤销诉讼，即原告请求撤销决议的权利已经丧失。

原告质证：原告当时在工商局查询到该事情后马上到法院立案，12 月 10 日提交诉状，至于法院接到诉状后怎样审核然后确定立案原告无法控制，但是不能以法院立案的时间来确定原告丧失了权利，原

告是在 60 日之内提出的，法院收到材料后立案审核需要几天是法院的问题，不能因此剥夺原告的撤销权行使时间，以此确定原告超期不恰当，如果法院对该事实存在异议，可以向汽开区法院调取。

证据三：长春绿新股份有限公司股权托管备案文件

证明：参会股东的持股比例和表决权与公司股权托管备案文件相符，会议的召开及表决结果不违反公司章程，合法有效。即股东大会决议不存在无效或应撤销的情形。

原告质证：托管备案都不能改变公司发行的股票为记名股票，都应当以记载的股东姓名、地址送达并通知股东参加会议。

证据四：长春核变通内字[2014]第 1400501469 号《核准变更登记通知书》及股权登记托管中心的托管文件，证明：上述股东会决议所涉增资、经营范围及章程修正案的调整，经工商部分核准，已经完成工商变更登记及股权托管中心的备案。

原告质证：托管并不改变我们对股东会有效性的质疑。

证据五：长华誉评报字（2014）第 29 号《资产评估报告书》，证明：公司在进行本轮增资前，对公司资产进行了评估，并由中介机构于 2014 年 9 月 17 日出具了《资产评估报告书》，增资的定价及增资程序完备。

原告质证：评估报告的真实性和真实性有异议，该评估未在工商局备案，工商备案时应将此前的评估和审计结果同时备案，我们今天才拿到这份评估报告，至于该评估报告的内容、审计的结果真实性等等东西我们需要稍候核实完毕后再补充质证意见。原告在 2004 年也做过一次评估审计，是每股 1 元钱，当时土地没有评估，我又交了 900 多万元，2007 年政府以公告形式评估，土地不算钱，公司已经盈利 2000 多万元；故本次的 2014 年的评估报告不客观。无形资产、土地使用权清查评估明细表里面原始入账金额是 47703571.74 元，前面没有写面积、开发程度、准用年限、用地性质，只是做了原始入账价值，可想而知

没有考虑土地面积的情况下进行的评估。本次评估价值远远低于实际价值。2004 年还没有交土地款，做价是 1.3 亿元，而现在只做价 4000 多万元，我不清楚怎么做的。

被告：对评估报告补充一下，原告反复提到土地资产的问题，从评估的角度能够入账评估的必须是一个完全登记在公司名下的法人资产，事实上正是由于公司土地的遗留问题过多一直无法解决，才使公司没有办法正式经营，年年亏损，直到现在即便重新启动评估，土地资产仍然不能以有证资产计价评估。法定代表人补充：到目前为止绿园区人民政府关于土地资产还没有办到绿新股份公司名下，因此评估报告真实。原告说把证办下来了，就请原告把证拿出来。

证据六：吉中会验字[2014]第 005 号《验资报告》，证明：股东大会决议所涉本轮 5000 万元的增资，已经全部完成增资，并由中介机构出具了《验资报告》，即增资股东已履行了出资义务，不存在掠夺小股东利益，侵害小股东财产权的问题。

原告质证：系伪造的，我们在 2014 年 12 月 1 日从工商局打的企业机读档案登记资料显示至 2014 年 12 月 1 日经过两次增资，实收资本 0 万元。我方补充企业机读档案作为证据材料。

被告对原告提交的企业机读档案并进行质证：真实性没有异议，但是对其证明问题有异议，公司的资产状况以及增资股东的增资情况已经经过中介机构的验资报告予以确认，因此机读档案中显示的实收资本状况与公司的客观事实是不相符的，这应属于工商部门机读档案的更新滞后所造成，因此不能以一份机读档案去证实所谓的造假行为，因为原始公司设立时也有验资报告。

经审理查明，被告系由长春绿新大市场及包括原告在内的 11 名自然人股东发起设立的股份有限公司，2001 年 4 月 29 日经长春市工商行政管理局批准成立。2007 年 11 月 2 日被长春市工商局吊销营业执照，2014 年 9 月 17 日恢复经营。2014 年 10 月 15 日作出《长春绿

新股份有限公司临时股东大会决议》，会议应到股东 6 人，实到 3 人，决议内容：2014 年 9 月 19 日王文贵与李保正在吉林省股权登记托管中心签订了《股权转让协议》，王文贵将其持有的公司 427.84 万股股权转让给李保正，李保正正式成为公司股东。公司增加注册资本 5000 万元人民币，由 7412 万元增加到 12412 万元人民币，以每股壹元的价格增加股 5000 万股，公司总股本由 7412 万股增加到 12412 万股。具体为：王文贵认购 2550 万股，持股数由 468416 万股增加到 7234.16 万股；陈建设认购 2100 万股，持股数由 1000 万股增加到 3100 万股；李保正认购 350 万股，持股数由 427.84 万股增加到 777.84 万股；增加注册资本后，股东持股情况如下：

股东名称	增资前的持股数	增资后的持股数	增资后的持股比例（%）
王文贵	4684.16 万股	7234.16 万股	58.28%
陈建设	1000 万股	3100 万股	24.98%
李保正	427.84 万股	777.84 万股	6.27%
李跃进	1000 万股	1000 万股	8.06%
李跃明	200 万股	200 万股	1.61%
张君	100 万股	100 万股	0.80%

另查，原告李跃进自 2005 年 8 月至 2014 年 9 月 1 日本次股东大会及董事会召开前为公司法定代表人。

现原告诉至法院，要求：1、确认被告 2014 年 10 月 15 日的《临时股东大会决议》无效；2、案件诉讼费由被告承担。

本案的争议焦点为：被告公司 2014 年 10 月 15 日临时股东会决议是否有效。

根据审理查明的事实，本案争议的焦点及双方当事人提供的证据，
本院综合评判如下：

本院认为，根据《中华人民共和国公司法》第二十二条规定，公司股东会或股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的应认定无效。本院认为，公司股东实际参加股东会并作出真实意思表示，是决议有效的必要条件。公司未依法通知全部股东参加股东会而作出决议，剥夺个别股东就公司重大事项表达意见、参与决策等重大权利。就有限责任公司而言，股东会是股东行使权利的场所，公司通过股东会对相关事项作出决议，其实质是股东通过参加股东会行使股东权利、决定公司重大事项的过程。法律之所以规定召开股东会必须通知全体股东，主要就是为了切实保障所有股东平等参与公司决策，充分行使表决权等各项股东权利。未通知股东参加股东会，表面上看似属于召集程序问题，但在此情况下作出的股东会决议，无法体现未参会股东的意志，实质结果是剥夺其就公司重大事项表达意见、参与决策的权利，剥夺了股东的知情权，使其无法行使实体权利。故被告公司召开股东会前未履行其应尽的通知全体股东的行为违反法律强制性规定。此次决议作出后，侵害了原告对公司享有的权利，该决议应认定为无效。虽被告在2014年9月29日在《长春日报》发出《关于召开临时股东大会的通知》，但没有证据证明其确实通过其他方式无法联系到原告、符合公告通知的要求，应视为公司未依法通知全部股东参加股东会的情形。

综上，依照《中华人民共和国公司法》第二十二条、第一百零二条、第一百一十条之规定，判决如下：

被告长春绿新股份有限公司于2014年10月15日作出的《长春绿新股份有限公司临时股东大会决议》无效。

案件受理费500.00元由被告长春绿新股份有限公司承担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于吉林省长春市中级人民法院。

审 判 长 杨立春

审 判 员 谢 薇

人民陪审员 李凤香

二〇一六年十二月三十日

书 记 员 石 峰

三、股东认缴出资额（注册资本）过高的法律风险及防范

◆问题概述

《公司法》确立了注册资本认缴制，股东只需要认缴注册资本，且可自行在公司章程中约定实际缴纳期限和实际缴纳形式。该项制度降低了创业的门槛，刺激了创业的活力。注册资本认缴制施行后，我国公司注册登记数量大幅增长，一定程度上促进了经济的发展，提高了交易的效率，优化了资源的配置。不可否认，注册资本认缴制自由度明显大于注册资本实缴制，股东可以任意认缴注册资本，部分股东可能出于增强公司信用目的，认为公司的注册资本越高越好，以期在经济活动中取得相对优势的地位，如在招标中得到更多加分或取得投标资格，又如在合作中通过注册资本彰显公司实力，让合同相对方更加信任公司，促进交易达成。

但权利与义务、自由与限制是相对的，如果股东超越自身能力、信用，盲目地认为注册资本越高越好，认缴的出资额过高，导致公司实力与责任承担能力不匹配，一旦公司陷入经营困境，或因为滥用注册资本认缴制的便利，造成债权人损失的，将面临极高的风险，轻者可能会加速股东出资到期，提前履行出资义务，或被主张为公司债务承担补充清偿责任，或因公司被否认法人人格而由股东承担实质意义上的连带责任，重者还有可能触及刑事犯罪红线，如涉嫌虚报注册资本罪等。因此有必要走出“股东认缴出资额（注册资本）越高越好”的误区，防范相关法律风险。

◆主要风险

（一）虚报注册资本的法律风险

虽然《公司法》原则上确立了注册资本认缴制，但是根据国务院的《注册资本登记制度改革方案》，在相关法律法规及国务院决定修改前，银行业金融机构、证券公司、期货公司、基金管理公司、保险公司、保险专业代理机构和保险经纪人、直销企业、对外劳务合作企

业、融资性担保公司、募集设立的股份有限公司，以及劳务派遣企业、典当行、保险资产管理公司、小额贷款公司等仍实行注册资本实缴制，且仍然有最低注册资本的要求。

而按照《中华人民共和国刑法》及《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》的规定，超过法定出资期限，实缴注册资本不足法定注册资本最低限额，或者实缴注册资本达到法定注册资本最低限额，但仍虚报注册资本，达到一定数额的，将作为虚报注册资本案进行刑事案件立案追诉，个人将面临三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金，公司将可能被处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。

（二）承担连带责任的法律风险

一般情况下，公司具有独立法人地位，股东以认缴出资额为限对公司债务承担有限责任。但如果股东故意以过高的注册资本展示经济实力，夸大公司的责任承担能力，企图“小马拉大车”，获取与自身实力不匹配的项目，股东所投入的资本与公司发展的规模、所开展的项目比例过于悬殊，名义上有很高的资本，但实际上用较少资本从事力所不及的经营，当债权人利益因此遭受损害的，有可能因公司的资本（含注册资本）显著不足，无法承担相应责任，此时将触发公司法人人格否认制度。

公司法人人格否认制度的主要目的在于防止法人独立人格的滥用和保护公司债权人的利益。根据《公司法》的规定，公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

退一步而言，即使没有触发公司法人人格否认制度，当公司出现资本显著不足、信用短缺时，股东可能被要求对公司债务承担补充清偿责任，将使得股东的有限责任保护，反而变成了实质意义上的“无

限责任”，股东需要承担的责任远远超出其自身能够承担责任的能力范围，如同作茧自缚，反受其害。

（三）出资加速到期的法律风险

《公司法》允许股东在章程中自由约定缴纳出资的期限，赋予了股东出资期限利益。对于股东是否应当出资加速到期，学术界尚有争议，实践中的审判结果也不完全相同。

2019年11月，最高人民法院发布《全国法院民商事审判工作会议纪要》，对这个问题以“原则上否定、例外上肯定”的方式进行了具体规定，即在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人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的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：一是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；二是在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

且根据《中华人民共和国企业破产法》的规定，人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。

因此，当出现符合出资加速到期的情形时，股东可能需要承担超出实际财产承受能力的出资责任，对于自然人股东来说，结果大多是倾家荡产，对于法人股东来说，很有可能面临债务无法清偿被迫破产的风险。

◆解决方案

（一）量力而行，如实填报注册资本

随着公司注册资本认缴制的施行，公司的资产与注册资本不一致，逐步成为常态，资产规模时刻处于变化之中，而静态的、历史的注册资本已难以作为判断公司信用能力的单纯因素，不再成为公司实力的

主要判断依据，注册资本原有的强担保功能也被削弱。

因此，过分夸大注册资本没有必要，股东在设立公司时，应量力而行，根据公司经营规模和责任承担能力，如实填报注册资本和认缴出资额。当公司经营逐步走上正轨，有盈利时，再通过把公积金、盈余利润用于出资，增加注册资本的方式，更为稳妥可行。

如果公司确实有一定远景规划，对公司未来发展有充足信心，需要以较高的注册资本体现公司战略导向和实力的，且经过客观评估，能够达到预期目标的，可酌情考虑，设定合理的注册资本范围，尽量不使注册资本过分高于自身能力。

（二）按照规定的时间及时缴纳出资

随着国家简政放权、公司信用信息公示等制度的出台，对于市场主体而言，应该对“公司的注册资本并不等于实缴资本”这一事项有了一定的预见和明确的认知。

股东应当对公司的偿债能力、经营状况进行衡量，在公司的章程中，合理设定出资额和出资期限，只要股东按照规定的时间及时缴纳出资，没有欺骗或其他非法目的，没有滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益，没有滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益的，我国法律自然会保护好“善良”股东的有限责任。

（三）依法经营，避免出资加速情形

公司依法经营、合规管理，是公司走上良性发展的前提。在顺境中如此，在逆境中亦如此。假如公司的注册资本过高，更要注意避免出现股东出资加速情形，以免提前承担超过自身能力的责任。

当公司债务产生后，不要企图通过公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的方式，逃避出资责任。当公司成为被执行人但尚未进入破产程序前，尽量自救，穷尽一切可能，履行债务偿还义务。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国刑法》

第一百五十八条 申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。

（二）《中华人民共和国公司法》

第三条 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。

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。

第二十条 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

第二十六条 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。

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、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

第八十条 股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。

股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。

法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

（三）《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）》

第二十二条 公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资，包括到期应缴未缴的出资，以及依照公司法第二十六条和第八十条的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。

公司财产不足以清偿债务时，债权人主张未缴出资股东，以及公司设立时的其他股东或者发起人在未缴出资范围内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。

（四）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》

第十三条 股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。

公司债权人请求未履行或者未全面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的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务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。

股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追偿。

股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任

的，人民法院应予支持；董事、高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。

（五）《中华人民共和国企业破产法》

第三十五条 人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。

（六）《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》

实行注册资本认缴登记制。公司股东认缴的出资总额或者发起人认购的股本总额（即公司注册资本）应当在工商行政管理机关登记。公司股东（发起人）应当对其认缴出资额、出资方式、出资期限等自主约定，并记载于公司章程。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。公司应当将股东认缴出资额或者发起人认购股份、出资方式、出资期限、缴纳情况通过市场主体信用信息公示系统向社会公示。公司股东（发起人）对缴纳出资情况的真实性、合法性负责。

放宽注册资本登记条件。除法律、行政法规以及国务院决定对特定行业注册资本最低限额另有规定的外，取消有限责任公司最低注册资本 3 万元、一人有限责任公司最低注册资本 10 万元、股份有限公司最低注册资本 500 万元的限制。不再限制公司设立时全体股东（发起人）的首次出资比例，不再限制公司全体股东（发起人）的货币出资金额占注册资本的比例，不再规定公司股东（发起人）缴足出资的期限。

公司实收资本不再作为工商登记事项。公司登记时，无需提交验资报告。

现行法律、行政法规以及国务院决定明确规定实行注册资本实缴登记制的银行业金融机构、证券公司、期货公司、基金管理公司、保险公司、保险专业代理机构和保险经纪人、直销企业、对外劳务合作

企业、融资性担保公司、募集设立的股份有限公司，以及劳务派遣企业、典当行、保险资产管理公司、小额贷款公司实行注册资本认缴登记制问题，另行研究决定。在法律、行政法规以及国务院决定未修改前，暂按现行规定执行。

已经实行申报（认缴）出资登记的个人独资企业、合伙企业、农民专业合作社仍按现行规定执行。

鼓励、引导、支持国有企业、集体企业等非公司制企业法人实施规范的公司制改革，实行注册资本认缴登记制。

积极研究探索新型市场主体的工商登记。

◆相似案例

大拇指环保科技集团（福建）有限公司与中华环保科技集团有限公司股东出资纠纷案

中华人民共和国最高人民法院民事裁定书

（2014）民四终字第 20 号

上诉人（原审被告）：中华环保科技集团有限公司（SINO-）。住所地：新加坡共和国新加坡莱佛士坊一号 10 楼 62 室（OneRafflesPalace#10-62, Singapore, 048616）。

代表人：HamishAlexanderChristie，该公司清盘人。

委托代理人：丹平原，北京市正见永申律师事务所律师。

委托代理人：邓慧琼，北京市正见永申律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：大拇指环保科技集团（福建）有限公司。住所地：中华人民共和国福建省福州市鼓楼区工业路 611 号福建火炬高新技术创业园主楼。

法定代表人：洪臻，该公司董事长。

委托代理人：邓志煌，福建知信衡律师事务所律师。

委托代理人：夏小莉，福建知信衡律师事务所律师。

上诉人中华环保科技集团有限公司（以下简称环保科技公司）因与被上诉人大拇指环保科技集团（福建）有限公司（以下简称大拇指公司）股东出资纠纷一案，不服福建省高级人民法院（以下简称福建高院）于2013年12月18日作出的（2013）闽民初字第43号民事判决，向本院提起上诉。本院受理后，依法组成合议庭于2014年6月11日公开开庭进行了审理，环保科技公司的委托代理人丹平原、邓慧琼，大拇指公司的委托代理人邓志煌、夏小莉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

大拇指公司于2012年4月27日向福州市中级人民法院（以下简称福州中院）起诉称：大拇指公司系由注册于新加坡的环保科技公司在中国设立的外商独资企业，于2000年6月30日取得营业执照，注册资本1.3亿元人民币（以下币种同）。2008年6月30日，大拇指公司经批准注册资本增至3.8亿元，增资部分分期至2010年8月3日缴清。至2009年5月19日，实收注册资本为185221300元，此后环保科技公司未再缴纳。2010年8月18日，大拇指公司向福州中院提起另案诉讼，要求环保科技公司先行支付增资款4900万元，该案判决生效后，环保科技公司于2011年10月31日支付了49395110.4元，至此，环保科技公司实际缴付的出资额为234616431.4元，仍欠缴增资款45383568.6元。据此，请求判令环保科技公司履行股东出资义务，缴付增资款4500万元。福州中院受理后，环保科技公司提出管辖权异议，福州中院裁定驳回其异议，环保科技公司不服，提起上诉，福建高院作出（2013）闽民终字第357号民事裁定，本案由该院管辖。

福建高院经审理查明：大拇指公司于2004年经福建省人民政府商外资字〔2004〕0009号文件批准，取得了《中华人民共和国外商投资企业批准证书》，企业类型为外国法人独资的有限责任公司。该公司自成立始，公司的名称、住所、法定代表人、股东名称、投资总

额与注册资本等进行了数次变更。2005年9月起至今，该公司股东为环保科技公司。2012年12月18日，大拇指公司的法定代表人变更登记为洪臻。

2008年6月30日，福建省对外贸易经济合作厅作出闽外经贸资〔2008〕251号《关于大拇指环保科技集团（福建）有限公司增加投资的批复》，同意大拇指公司投资总额由2.3亿元增至5亿元，注册资本由1.3亿元增至3.8亿元，增资部分应按公司修订章程规定的期限到资，并核准了大拇指公司就上述变更事项签订的《补充章程》。

《补充章程》就增资款及缴纳时间载明：增资部分全部由环保科技公司以等值外汇现金投入，首期缴付不低于20%的新增注册资本，余额在变更营业执照签发之日起两年内缴清。

2008年7月16日，环保科技公司向大拇指公司缴纳了首期增资款50560381元；2009年5月19日，环保科技公司向大拇指公司缴纳了第二期增资款4660940元，至此，大拇指公司实收注册资本为185221300元。2010年8月18日，大拇指公司向福州中院提起另案诉讼，请求判令环保科技公司先行支付增资款4900万元，福州中院判决支持了大拇指公司的诉讼请求，环保科技公司不服提起上诉后，福建高院于2011年8月31日作出（2011）闽民终字第446号（以下简称446号案）民事判决，驳回上诉，维持原判。环保科技公司于2011年10月31日按照生效判决支付了增资款49395110.4元。大拇指公司于2012年3月12日办理了营业执照变更登记，变更后，大拇指公司的注册资本为3.8亿元，实收资本234616431.4元。至2013年7月25日，环保科技公司对大拇指公司尚有145383568.6元的出资款未到位。

2012年5月31日，福州中院根据大拇指公司的申请，作出（2012）榕民初字第252-1号民事裁定，对环保科技公司的银行存款4500万元进行了保全。2013年11月22日，福建高院应大拇指公司的请求，

作出（2013）闽民初字第 43-1 号民事裁定，继续保全环保科技有限公司名下总价值不超过 4500 万元的财产。

该院另查明：环保科技有限公司于 2001 年在新加坡注册成立，公司类别为有限股份上市公司。2010 年 6 月 4 日，新加坡高等法院作出法庭命令，应环保科技有限公司的申请，裁定环保科技有限公司进入司法管理程序，委任 SeshadriRajogpalan 先生和余明缘（EeMengYenAngela）女士为环保科技有限公司的共同及个别司法管理人，主管公司的日常事务、业务及财产，以便对公司进行整顿或者保留其全部或部分业务以便公司可持续经营，及（或）取得比解散企业更有利的企业资产变现等。

2012 年 3 月 1 日，新加坡高等法院作出法庭命令，根据环保科技有限公司的司法管理人 SeshadriRajogpalan 和余明缘的申请，裁定将 2010 年 6 月 4 日作出的司法管理命令延期至 2012 年 5 月 2 日，批准 SeshadriRajogpalan 和余明缘辞任环保科技有限公司的司法管理人之职，并委任 HamishAlexanderChristie 自本命令之日起担任环保科技有限公司的司法管理人，其中包含了继续进行由前司法管理人在原诉传票中提起的任何诉讼或法律程序等。

环保科技有限公司在 446 号案提供的新加坡腾福律师事务所对新加坡公司法所规定的司法管理制度的《法律意见》表明：1. 新加坡公司法所规定的司法管理程序系有关人士向新加坡高等法院提出申请以将一家公司置于司法管理程序。设计司法管理制度的目的是为了使那些无法按时偿还到期债务的公司获得一定的喘息空间，以便其在该制度的监管下获得一定的机会以重新恢复其财务实力或者更好地实现其资产的价值，而不是直接被置于清盘情形。2. 如果新加坡高等法院认为公司确实已经或者将要无法偿还到期债务，且发布有关法庭命令将有机会使得如下三个目的中的一个或者多个得到实现，那么高等法院会针对有关公司发布司法管理命令，使公司存续，或者使公司的部分或全部业务持续经营；根据新加坡公司法而许可有关公司与其债权

人达成妥协方案；或与清盘相比较，有关公司资产的价值能够得到更好地实现。3. 当法庭发布司法管理的命令且在该命令持续有效的期间，不得通过决议或者命令的方式使得公司进行清盘。

2012年5月16日，环保科技公司向福州中院起诉大拇指公司、田垣、陈斌和潘成土与公司有关的纠纷，提出了确认环保科技公司任免大拇指公司董事、监事、法定代表人的决议合法有效等诉讼请求。福州中院就该案已于2013年9月17日作出（2012）榕民初字第268号（以下简称268号案）一审判决：一、确认环保科技公司于2012年3月30日作出的《书面决议》和《任免书》有效；二、大拇指公司应于判决生效之日起十日内办理法定代表人、董事长、董事的变更登记和备案手续，将大拇指公司的法定代表人、董事长变更为保国武（CosimoBorrelli），董事变更为保国武、徐丽雯、宋宽；三、驳回环保科技公司的其他诉讼请求。

2013年5月7日，环保科技公司向福州市鼓楼区人民法院（以下简称鼓楼区法院）起诉福建省工商行政管理局和大拇指公司，请求撤销大拇指公司法定代表人由田垣变更为洪臻的行为及相关行政登记，案号为（2013）鼓行初字第167号（以下简称167号案）。鼓楼区法院于2014年3月20日裁定中止诉讼，理由是该案需以（2012）榕民初字第268号案的审理结果为依据。

2013年6月26日，环保科技公司向福州中院起诉孙江榕、洪臻，请求判令两人就擅自将大拇指公司法定代表人由田垣变更为洪臻等行为停止侵权、赔礼道歉、消除影响和赔偿损失，案号为（2013）榕民初字第753号（以下简称753号案）。

2012年11月28日和2013年7月10日，保国武以环保科技公司法定代表人名义分别向福建省工商行政管理局、福州市鼓楼区对外贸易经济合作局递交《关于大拇指环保科技集团（福建）有限公司减资事宜的申请》。

2013年12月5日，环保科技有限公司向鼓楼区法院起诉福州市鼓楼区对外贸易经济合作局不履行行政审批法定职责，该案已由鼓楼区法院受理。

福建高院认为：本案是股东出资纠纷，环保科技有限公司是在新加坡注册成立的外国法人，故本案为涉外民商事案件。本案纠纷发生地在福州市，根据最高人民法院《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第一条第五项、第三条第一项的规定及福建高院《关于全省法院涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》，该院对本案有管辖权。关于本案的法律适用，主要涉及两个方面，一是环保科技有限公司的民事权利能力及民事行为能力事项，环保科技有限公司系在新加坡登记的法人，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律”的规定，应适用新加坡法律；二是大拇指公司系在中国注册的外商独资企业，属于中国法人，环保科技有限公司作为大拇指公司的唯一股东，对大拇指公司行使包含出资在内的相关权利义务应适用中国法律。

一、关于大拇指公司起诉的意思表示是否真实的问题

大拇指公司系中国法人，其起诉状及其委托律师参加诉讼的授权委托书均加盖了该公司的公章，环保科技有限公司对大拇指公司公章的真实性没有提出异议，仅以环保科技有限公司作为唯一股东已经就大拇指公司包括法定代表人、董事在内的管理层进行更换，新任的大拇指公司“法定代表人”向法庭作出撤诉的意思表示，因大拇指公司实际控制人拒不交出公章，导致新“法定代表人”无法就撤诉申请盖章等为由，否定大拇指公司提起本案诉讼的意思表示。该院认为，在适用中国法律的前提下，工商登记的信息具有公示公信的效力。认定大拇指公司的法定代表人仍应以工商登记为准，在无证据证明保国武被登记为大拇指公司的法定代表人前，其代表大拇指公司作出撤诉的意思表示不

具有法律效力，故不予认可。大拇指公司提起诉讼的目的在于请求其唯一股东履行增资所确定的出资义务，环保科技有限公司不予主动履行，反而向有关部门提出减资申请，以抵销大拇指公司的请求，环保科技有限公司与大拇指公司显然存在利益冲突。在此情况下，大拇指公司起诉主张权利，起诉状及授权委托书盖有公司公章，并不违反中国法律规定，亦不能就此否认大拇指公司提起本案诉讼系真实意思。因此，环保科技有限公司关于大拇指公司起诉没有法律效力的抗辩主张不成立，不予采纳。

二、关于本案是否违反“一事不再理”原则的问题

2008年6月30日福建省对外贸易经济合作厅闽外经贸资(2008)251号批复对大拇指公司增资的申请予以核准后，增资财产权利归属于大拇指公司。在没有证据显示大拇指公司未就增资款项全额、一次性提出请求将损害该公司及其债权人利益的情况下，大拇指公司作为独立法人，有独立的民事权利能力，有权在可增资范围内合法、善意地主张民事权利，自主决定诉讼金额。大拇指公司虽于2010年8月18日起诉提出4900万元的出资请求，且经生效的民事判决支持该诉讼请求，但其在本案另行提起的4500万元的出资请求，据以起诉的事实基础即未到位的增资款数额已经改变，并且4900万元的诉讼请求与本案4500万元的诉讼请求，分属于上述批复项下的增资款的不同组成部分，前者不能替代或涵盖后者。因此，本案大拇指公司的起诉不违反“一事不再理”原则。

三、关于本案是否应中止审理的问题

环保科技有限公司主张本案应中止诉讼，主要理由是本案的审理需要以前述268号案、167号案、753号案的审理结果为依据，环保科技有限公司还主张本案审理应等待环保科技有限公司通过大拇指公司名义申请减资的结果。一审庭审后，环保科技有限公司补充提交了其起诉福州市鼓楼区对外贸易经济合作局不履行行政批准法定职责，请求行政机关立

即履行大拇指公司减资行政初审法定职责的诉讼资料作为证据，坚持主张本案诉讼应中止。本院认为，环保科技公司在上述四个案件中的诉讼请求，前三案请求指向的是大拇指公司董事、监事、法定代表人委派、变更登记及是否有侵权行为等事项，与环保科技公司的减资请求无直接、实质的关联；第四个案件是环保科技公司起诉减资审批机关不作为的行政诉讼，请求是责令行政机关立即履行减资的行政初审法定职责，并非要求行政机关履行减资审批手续。即使环保科技公司的诉讼请求获得支持，行政机关履行的也只是初审的法定职责，并不必然引起大拇指公司减资申请得以核准的结果。换言之，大拇指公司的减资申请仍需行政机关依法审查后决定是否核准。目前，在没有证据显示行政机关已经就大拇指公司减资事项作出有效核准的情况下，福建省对外贸易经济合作厅于 2008 年 6 月 30 日作出的闽外经贸资〔2008〕251 号批复仍具有法律效力，应以此作为定案的依据。因此，环保科技公司提出的四个诉讼案件，其结果如何并不当然影响本案环保科技公司的出资义务，亦不影响本案出资纠纷的审理。本案的审理也无须等待环保科技公司通过大拇指公司名义申请减资的结果。本案不具有《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十一条规定的中止诉讼的情形，对环保科技公司中止本案诉讼的抗辩主张不予支持。

四、关于本案的出资责任问题

环保科技公司系新加坡法人，在中国境内设立外商独资企业大拇指公司，其作为股东对大拇指公司的出资应适用中国法律。大拇指公司于 2008 年经报外商投资企业审批机关福建省对外贸易经济合作厅批准增资，增资的程序合法有效，环保科技公司应遵守中国法律按时、足额履行对大拇指公司的出资义务。根据查明的事实，环保科技公司对大拇指公司尚有 145383568.6 元的出资款未到位。环保科技公司未履行股东足额缴纳出资的法定义务，侵害了大拇指公司的法人财产权，大拇指公司有权要求环保科技公司履行出资义务，补足出资。就环保

科技公司出资不足金额，大拇指公司在本案中仅主张环保科技公司缴纳 4500 万元，并不违反法律规定，应予支持。

综上，该院依照《中华人民共和国公司法》第二十八条第一款、第一百七十九条第一款、第二百一十八条，《中华人民共和国外资企业法》第四条第二款，《中华人民共和国外资企业法实施细则》第二十二条及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十三条第一款之规定，判决：环保科技公司应于判决生效之日起十日内向大拇指公司缴纳出资款 4500 万元。一审案件受理费 266800 元、财产保全费 5000 元由环保科技公司负担。

环保科技公司不服原审判决，向本院提起上诉称：一、保国武为大拇指公司合法的现任董事长。大拇指公司的起诉状和授权委托书是无权人员盗用公司公章而为，未经合法的法定代表人同意，不能代表大拇指公司的真实意思，起诉无效。保国武签署的撤诉申请是大拇指公司的真实意思，应予准许。二、本案处理需要以其他案件的审理结果和减资申请的结果为依据，故本案应当中止审理，在查明相关事实后再恢复审理。三、大拇指公司再次请求环保科技公司履行出资义务，此次起诉构成重复起诉，违反了“一事不再理”原则，应当驳回其起诉。四、因孙江榕等大拇指公司的实际控制人恶意阻挠，导致减资申请未获准许，但减资是环保科技公司的真实意思，大拇指公司作为环保科技公司的全资子公司应服从母公司的减资决议，其阻挠行为侵犯了中国公司法赋予股东的相关权利。故请求撤销原判，驳回大拇指公司的起诉或准许保国武代表大拇指公司撤回起诉；如不能支持前述请求，则中止审理本案或驳回大拇指公司的全部诉讼请求。

大拇指公司答辩称：一、工商登记载明的大拇指公司法定代表人洪臻有权代表大拇指公司提起本案诉讼。按照中国现行法律规定，大拇指公司新任的法定代表人须经合法登记后，方可行使法定代表人职权，环保科技公司司法管理人任命的所谓法定代表人保国武未依法进

行变更登记，故不能行使法定代表人职权，亦无权申请撤诉。二、大拇指公司在环保科技公司前次出资之后，根据经营需要与公司章程，再行要求环保科技公司履行出资义务，不违反法律规定，故本案诉讼不违反“一事不再理”原则。三、环保科技公司提出的中止诉讼的理由不能成立，本案不应中止审理，反而应尽快审理以保护大拇指公司的合法财产权。四、环保科技公司的减资申请应履行相应的核准程序，在未获得核准前，环保科技公司仍应履行其法定的出资义务。故请求驳回上诉，维持原判。

二审庭审中，本案双方当事人对原审查明的事实明确表示没有异议，本院予以确认。

本院另查明：2011年1月20日，环保科技公司的司法管理人作出书面决议，将大拇指公司的法定代表人田垣变更为何昱均（HoYukKwan），将董事田垣、潘成土、陈斌变更为SeshadriRajagopalan、余明缘、何昱均。2012年3月30日，环保科技公司的司法管理人再次作出书面决议和任免书，免去何昱均大拇指公司董事长及法定代表人职务，委派保国武为大拇指公司董事长和法定代表人，免去SeshadriRajagopalan、余明缘、何昱均三人的大拇指公司董事职务，委派保国武、徐丽雯、宋宽三人为大拇指公司董事，任期均为三年。

2013年1月11日，新加坡高等法院作出ORC336/2013清盘令，任命HamishAlexanderChristie等三人为环保科技公司的共同及个别清盘人。清盘令规定，清盘人被授权行使新加坡公司法272（1）（a）至272（1）（e）中规定的任何权力。

新加坡公司法227G（2）规定，在司法管理命令生效期间内，由本法或公司组织章程大纲或组织章程细则赋予董事的所有权力及赋予董事的所有职责，均由司法管理人而非董事行使及履行，但本款并未规定司法管理人须召开任何公司会议。

新加坡公司法 272（2）（a）规定，清算人可以公司名义代表公司提起或抗辩任何诉讼或其他法律程序。

本院另查明的上述事实所对应的证据已经在一审庭审时进行质证，原审法院进行了确认，但并未作为查明的事实予以认定。

本院还查明：HamishAlexanderChristie 在担任环保科技有限公司司法管理人期间，于 2012 年 7 月 19 日签署授权委托书，委托丹平原、邓慧琼律师作为环保科技有限公司的委托代理人参加本案一审、二审、执行等所有程序。

二审庭审时，大拇指公司对环保科技有限公司的诉讼代表权及委托代理人资格提出了异议，认为清算人权力仅限于法院清算令授权范围，并不包括新加坡公司法 272（2）（a）规定的权力，故清算人无权代表环保科技有限公司参加本案诉讼。

本院认为：本案为涉外股东出资纠纷。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律”的规定，环保科技有限公司的司法管理人和清算人的民事权利能力及民事行为能力等事项，应当适用环保科技有限公司的登记地即新加坡法律；大拇指公司提起本案诉讼的意思表示是否真实以及股东出资义务等事项，应当适用中国法律。

根据本案双方当事人的上诉及答辩意见并经双方当事人共同确认，本案二审审理的争议焦点为：一、双方当事人的诉讼代表权以及代理人的代理资格是否有效；二、本案是否应当中止审理；三、大拇指公司提起本案诉讼的意思表示是否真实，即工商登记的法定代表人与股东任命的法定代表人谁能代表大拇指公司的意志；四、本案是否违反“一事不再理”原则；五、环保科技有限公司是否应当履行出资义务。

一、关于本案双方当事人的诉讼代表权以及代理人的代理资格是否有效的问题

《中华人民共和国民事诉讼法》第四十八条第二款规定，“法人由其法定代表人进行诉讼”。环保科技有限公司系新加坡法人，其已经按照新加坡法律先后进入司法管理以及清盘程序，环保科技有限公司的司法管理人以及清盘人是否有权代表公司参加本案诉讼，应当按照新加坡法律的有关规定进行认定。根据新加坡公司法 227G（2）以及 272（2）（a）的规定，环保科技有限公司的司法管理人以及清盘人均有权代表公司进行相关诉讼，亦有权委托代理人参加诉讼。因此，大拇指公司就环保科技有限公司诉讼代表权及其代理人资格提出的异议不能成立。

大拇指公司系中国法人，其提供了中国工商行政管理机关登记的法定代表人的身份证明，并提供了加盖大拇指公司公章的授权委托书，符合中国民事诉讼法的有关规定，大拇指公司的代理人有权参加本案诉讼。环保科技有限公司就大拇指公司的代理人资格提出的异议亦不能成立。

二、关于本案是否应当中止审理的问题

环保科技有限公司在本案一审受理后另行提起了数个关联诉讼，虽然部分案件涉及大拇指公司法定代表人是否适格的问题，但本案的争议焦点之一就是工商登记的法定代表人与股东任命的法定代表人谁能代表大拇指公司意志的问题。鉴于环保科技有限公司在本案中已经就该问题提出了实质性抗辩，本案审理范围当然包括大拇指公司法定代表人是否适格的问题，本案应当对该问题作出认定，无需以其他案件的审理结果为依据。因此，本案不存在中国民事诉讼法规定的中止审理的情形，环保科技有限公司关于本案应中止审理的上诉理由不能成立，对其该项主张不予支持。

三、关于大拇指公司提起本案诉讼的意思表示是否真实的问题

大拇指公司是环保科技有限公司在中国境内设立的外商独资企业，按照 2005 年修订的《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国外资企业法》及其实施细则的有关规定，大拇指公司属于一人公司，其

内部组织机构包括董事和法定代表人的任免权均由其唯一股东环保科技有限公司享有。

环保科技有限公司进入司法管理程序后，司法管理人作出了变更大拇指公司董事及法定代表人的任免决议。根据新加坡公司法 227G 的相关规定，在司法管理期间，公司董事基于公司法及公司章程而获得的权力及职责均由司法管理人行使及履行。因此，本案中应当对环保科技有限公司的司法管理人作出的上述决议予以认可。

根据《中华人民共和国公司法》第四十七条第二项的规定，公司董事会作为股东会的执行机关，有义务执行股东会或公司唯一股东的决议。大拇指公司董事会应当根据其唯一股东环保科技有限公司的决议，办理董事及法定代表人的变更登记。由于大拇指公司董事会未执行股东决议，造成了工商登记的法定代表人与股东任命的法定代表人不一致的情形，进而引发了争议。《中华人民共和国公司法》第十三条规定，公司法定代表人变更应当办理变更登记。本院认为，法律规定对法定代表人变更事项进行登记，其意义在于向社会公示公司意志代表权的基本状态。工商登记的法定代表人对外具有公示效力，如果涉及公司以外的第三人因公司代表权而产生的外部争议，应以工商登记为准。而对于公司与股东之间因法定代表人任免产生的内部争议，则应以有效的股东会任免决议为准，并在公司内部产生法定代表人变更的法律效果。因此，环保科技有限公司作为大拇指公司的唯一股东，其作出的任命大拇指公司法定代表人的决议对大拇指公司具有拘束力。

本案起诉时，环保科技有限公司已经对大拇指公司的法定代表人进行了更换，其新任命的大拇指公司法定代表人明确表示反对大拇指公司提起本案诉讼。因此，本案起诉不能代表大拇指公司的真实意思，应予驳回。环保科技有限公司关于本案诉讼的提起并非大拇指公司真实意思的上诉理由成立。

鉴于大拇指公司的起诉应予驳回，对于保国武代表大拇指公司申

请撤诉是否应予准许、本案是否违反“一事不再理”原则以及环保科技有限公司是否应当履行出资义务等问题，均无需再行审理。

综上所述，环保科技有限公司的上诉理由成立，对其上诉请求本院予以支持。原审判决适用法律错误，应予撤销。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第186条之规定，裁定如下：

一、撤销福建省高级人民法院（2013）闽民初字第43号民事判决；

二、驳回大拇指环保科技集团（福建）有限公司的起诉。

一审案件受理费266800元，退回大拇指环保科技集团（福建）有限公司，财产保全费5000元，由大拇指环保科技集团（福建）有限公司负担；二审案件受理费266800元，退回中华环保科技集团有限公司。

本裁定为终审裁定。

审判长 罗东川

审判员 周 帆

审判员 陈纪忠

审判员 高晓力

代理审判员 沈红雨

二〇一四年六月十一日

书记员 张伯娜

四、股东实缴出资不规范的法律风险及防范

◆问题概述

股东实缴出资不规范的法律风险，是指股东在实缴出资或增资过程中，由于出资时间、出资形式、出资程序等不符合法律、章程的要求，对公司设立、运转造成阻碍，损害其他利益方权益，因此需要承担的法律风险。

根据《公司法》的规定，我国公司的注册资本实缴制已改成了认缴制，除某些特殊行业公司外，取消了注册资本的最低限额要求。这毫无疑问地降低了设立公司的门槛，简化了设立公司的流程，极大激发了创业的热情。以前的注册资本实缴制要求开设公司要有实实在在的“真金白银”，要求股东出资达到法定最低限额，并且中介机构出具验资证明等等。现在的认缴制下，无需验资报告，也无需股东实际出资，出资期限由股东自行约定，法律不作强制要求，市场监督管理部门也不需要核实公司的注册资本实缴情况。一切都看似美好，但是注册资本认缴制下，股东实缴出资不规范的法律风险就不存在了吗？显然不是。注册资本认缴制下，并不是不用缴纳注册资本，或是免除股东出资义务，只是将股东缴纳注册资本的期限往后延期，约定的缴纳期限到期后，仍然需要缴纳注册资本。因此，在注册资本认缴制下，公司股东也不能忽视股东实缴出资不规范这一法律风险，并应采取合理合法措施加以防范。

◆主要风险

（一）虚假出资的法律风险

虚假出资，是指股东通过一定手段隐瞒其没有出资的事实，却对外宣称已经履行出资义务，但是实际上并没有出资的行为。

虚假出资的法律风险有：

1. 民事法律风险。虚假出资人可能对其他股东承担违约责任，赔偿相应损失。公司设立时的其他股东对虚假出资人的虚假出资行为承

担连带责任。

2. 行政法律风险。《公司法》第一百九十九条规定，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，处以虚假出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。

3. 刑事法律风险。《中华人民共和国刑法》第一百五十九条规定，公司的发起人、股东违反《公司法》的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

（二）抽逃出资的法律风险

抽逃出资，是指公司股东在缴纳出资后，又将出资暗中撤回，但仍然保留其股东身份和出资额的一种欺诈性违法行为。抽逃出资可能导致民事责任、行政责任和刑事责任。

1. 民事法律风险。公司可以要求抽逃出资的股东向公司返还出资；公司可以取消抽逃出资股东的股东资格；抽逃出资人对公司债权人承担补充赔偿责任，协助抽逃出资的管理人员对其承担连带责任。

2. 行政法律风险。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。

3. 刑事法律风险。抽逃出资的刑事责任与虚假出资的刑事责任一致。但需要说明的是，抽逃出资现在只适用于注册资本实缴制的公司，而对于注册资本认缴制的公司，即使其股东出资后再抽逃出资，也不会涉嫌刑事犯罪。

（三）延迟出资、未足额出资的法律风险

延迟出资，是指股东没有按照公司章程约定的期限履行出资义务。未足额出资，是指股东没有按照公司章程约定的金额足额履行出资义务。延迟出资、未足额出资的法律风险主要体现在民事领域。

1. 对其他股东的违约责任

公司章程作为各股东之间在共同意思表示情况下所签署的用于调整公司内部关系和经营行为的自治规则或协议，对各股东具有约束力。因此，股东在未履行或者未全面履行出资义务时，其他股东有权依照公司章程中的约定内容请求该股东向公司承担依法全面履行出资义务或者承担延迟出资的违约责任，并可以股东会决议的形式对其部分股东权利作出相应限制。

2. 对公司的补充出资及侵权责任

股东履行出资义务，其目的是将个人财产转化为公司资产，针对公司而言该项义务属于股东的法定义务。如果股东违反了出资义务实际上就是侵害公司的法人财产权，侵犯公司的权利，属于侵权责任。因此，依照规定，股东在未履行或者未全面履行出资义务时，公司有权不受诉讼时效限制地对其进行催告并要求其向公司依法继续全面履行出资义务即补充出资的义务，对造成损害的还需承担赔偿责任。如果该出资义务系在设立时所认缴过程中形成，其他公司发起人则应对其承担连带责任。如发生在股权转让的情形下，当作为转让方的公司的股东在未履行或者未全面履行出资义务时即转让股权的，而受让人对此又知道或者应当知道的，在追究法律责任上，公司不但有权请求该已经转让股权的股东履行出资义务，而且可以要求受让人对此承担连带责任。

3. 对公司债权人的侵权责任

如股东迟延履行或未足额履行出资义务致使公司资本不足以清偿到期债务，违反公司资本维持原则，严重侵害债权人利益，根据《公司法》规定，只要在债权人的债权未过诉讼时效期间，则有权不受未

履行出资义务的诉讼时效限制可直接要求该股东在未出资额本息范围内承担补充清偿责任，要求公司的发起人和其他股东承担连带赔偿责任，要求未尽忠实、勤勉义务的公司董事、高级管理人员承担相应责任。

（四）未完全履行出资手续的法律风险

1. 非货币财产出资手续不完善的法律风险

股东在以非货币财产进行出资的过程中，对于需要办理权属变更登记登记的财产，虽然股东已交付公司使用，但如未完成权属变更登记，则将构成权利上的瑕疵，不仅对公司资本的完整性造成重大损害，而且对公司其它股东、公司债权人均产生不利影响。如以土地、知识产权、股权等形式出资，需到有关行政管理部门办理权属变更登记手续，若未办理的，由于权属未转移到公司名下，则视为股东未履行出资义务。

2. 非货币财产出资评估价不实的法律风险

该项风险一般是指非货币财产评估确定的价额显著低于公司章程所定价额，这可能会引起其他股东质疑，导致延误公司设立或者最终导致公司设立不能；即使公司得以设立，该种情形一般会被法院认定为股东未依法全面履行出资义务，也可能造成该股东、发起人和其他股东等对内和对外承担相应的违约或者赔偿责任。

◆解决方案

（一）杜绝虚假出资和抽逃出资

1. 公司设立前，发起人可以做出承诺，互相充分了解，建立信任基础。对股东进行考察，尤其是经济实力考察，包括股东身份背景，有无诉讼纠纷，有无不良债务等等。

2. 通过《出资协议》或者《公司章程》明确股东虚假出资或者抽逃出资的责任，限制瑕疵出资人的利润分配权和新股认购权。

3. 规范公司财务制度，严格控制公司资金的使用流向，防止抽逃

资金。

（二）合理确定注册资本金额

对投资者而言，在资本认缴制度下，没必要夸大注册资本，应当合理控制注册资本数额，以防范股东因出资对公司产生的负债风险。在确定注册资本数额时，需要考虑公司发展的实际需要、公司未来为取得某项资质可能需要的注册资本数额，以及公司与投资者的税务筹划，既不可盲目求大，也不可过于贪小。注册资本数额越大，意味着投资者对公司的负债越多，投资者按投资协议规定的期限缴付出资的资金压力也就越大。

（三）按期足额出资

1. 按照公司章程约定，及时足额履行出资义务，以货币出资的，注意收集已将货币缴付给公司的证据。缴付的方式一般最好通过银行转账、票据等可以追溯的方式，而且要在恰当的地方注明此笔款项的目的是用于缴付出资。

2. 对公司其他股东未及时、足额履行出资义务的，对其做好尽职调查，摸清其违约的原因、是否存在财产转移的情况，通过股东会限制其股东权利。必要时可以以公司或者股东名义向其提起诉讼，要求其履行出资义务。

（四）适当履行出资义务

1. 出资人以房屋、土地使用权、知识产权等需要办理权属变更登记的财产出资，除了及时交付出资财产之外，还应当及时办理产权变更手续。

2. 应该聘请有资质的机构对非货币出资财产进行评估；签署有效的作价协议。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国公司法》

第二十八条 股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所

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。

股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

第一百九十九条 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，处以虚假出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。

第二百条 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。

（二）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》

第十条 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。

第十二条 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：

（一）将出资款项转入公司账户验资后又转出；

- （二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；
- （三）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；
- （四）利用关联交易将出资转出；
- （五）其他未经法定程序将出资抽回的行为

第十三条 股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。

公司债权人请求未履行或者未全面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的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务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。

股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追偿。

股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的，人民法院应予支持；董事、高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。

（三）《中华人民共和国刑法》

第一百五十九条 公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

◆相似案例

陈立巧、徐为杰与楼冠军、广西鼎盛建设工程有限公司股东损害公司债权人利益责任纠纷案

南宁市中级人民法院民事判决书

（2017）桂 01 民终 4972 号

上诉人（原审被告）：陈立巧，女，汉族，1954 年 2 月 15 日出生，住南宁市青秀区。

上诉人（原审被告）：徐为杰，男，汉族，1956 年 10 月 8 日出生，住南宁市青秀区。

两上诉人共同委托诉讼代理人：苏麟，北京颐合中鸿（南宁）律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：楼冠军，男，汉族，1973 年 11 月 8 日出生，住浙江省东阳市。

委托诉讼代理人：金承东，浙江厚望律师事务所律师。

原审第三人：广西鼎盛建设工程有限公司，住所地：广西南宁市青秀区双拥路 40-1 东方明珠花园 1 号楼 C 座 3 单元 1008 号。

法定代表人：徐为杰。

委托诉讼代理人：苏麟，北京市颐合中鸿（南宁）律师事务所律师。

上诉人陈立巧、徐为杰因与被上诉人楼冠军、原审第三人广西鼎盛建设工程有限公司（以下简称鼎盛公司）股东损害公司债权人利益责任纠纷，不服南宁市青秀区人民法院（2016）桂 0103 民初 12367 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2017 年 9 月 16 日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

上诉人陈立巧、徐为杰上诉请求：撤销一审判决，并依法改判驳回被上诉人的诉讼请求。事实和理由：一、一审判决认定两上诉人未

履行出资义务是错误的。两上诉人在鼎盛公司成立及三次增资中，均将出资足额存入了鼎盛公司的银行账户，两上诉人已完全履行了出资的义务。二、一审认定被上诉人在本案的股东出资纠纷中具有主体资格错误。公司股东出资纠纷，诉讼的主体资格应当为公司或公司股东，被上诉人不是公司的股东，不具有诉讼主体资格。三、一审判决上诉人对鼎盛公司所欠被上诉人的债务承担补充赔偿责任错误。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十三条第二款规定未履行出资义务的股东对公司债务不能清偿部分承担补充赔偿责任。本案一审法院判决上诉人对鼎盛公司欠被上诉人的债务承担补充赔偿责任，明显没有法律依据。公司债务不能清偿的部分与公司所欠债务属于完全不同的概念。一审法院查明，鼎盛公司被查控的财产暂不具备执行条件，而并非债务不能清偿。鼎盛公司所欠被上诉人的债务是否为不能清偿一审没有认定。

被上诉人楼冠军辩称，一、鼎盛公司在成立及三次增资过程当中，两上诉人的出资在款项进入鼎盛公司账户的当日或次日一次性转入两上诉人的个人账户，而两上诉人有能力有责任提供充分证据证明出资款项转入其个人账户是鼎盛公司的正常经营行为，但两上诉人未举证证实，应承担不利的后果。二、根据最高法关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）第十三条第二款的规定，楼冠军具有本案诉讼主体资格。三、原审法院查实，在执行过程中经对鼎盛公司银行、国土、房产、车管等部门进行调查，均未发现被执行人鼎盛公司具备执行财产，所以楼冠军才申请终止本次执行程序，一审法院因此下达终结本次执行程序的裁定。以上足以认定鼎盛公司的债务不足以清偿。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院驳回上诉人的上诉请求，维持原判。

原审第三人鼎盛公司述称同意上诉人的上诉请求。

楼冠军向一审法院起诉请求：1、陈立巧向楼冠军支付 209 万元

及利息（计算方式为以 209 万元为基数，自 2014 年 1 月 2 日起按中国人民银行规定的同期贷款利率计算至实际清偿之日止，暂计至起诉之日起的利息 150 万元）；2、陈立巧向楼冠军支付实现债权支付的律师费 1 万元；3、陈立巧承担第三人迟延履行期间的债务利息（加倍支付）；4、徐为杰对上述款项承担连带清偿责任；5、本案案件受理费、保全费等诉讼费用由陈立巧、徐为杰承担。

一审法院认定事实：鼎盛公司成立于 2008 年 11 月 28 日，注册资金为 5123 万元，股东为陈立巧、徐为杰。

2008 年 11 月 27 日，鼎盛公司收到股东首次出资，出资金额 1000 万元，其中陈立巧认缴、实缴出资为 905.8 万元，徐为杰认缴、实缴出资为 94.2 万元。2008 年 11 月 28 日，鼎盛公司向陈立巧转账支付 1000 万元，银行进账单未写明款项用途。

2008 年 12 月 9 日，鼎盛公司对实收资本进行第一次增资，出资金额为 1123 万元。当日，陈立巧、徐为杰分别向鼎盛公司的银行账户汇入股东出资 1017.2 万元和 105.8 万元，共计 1123 万元。2008 年 12 月 10 日，鼎盛公司向陈立巧、徐为杰分别转账支付 923 万元和 200 万元，共计 1123 万元，银行进账单未写明款项用途。

2010 年 11 月 1 日，鼎盛公司对实收资本进行第二次增资，出资金额为 1260 万元。当日，陈立巧、徐为杰分别向鼎盛公司的银行账户汇入股东出资 977.4 万元和 282.6 万元，共计 1260 万元。2010 年 11 月 2 日，鼎盛公司向徐为杰、陈立巧分别转账支付 800 万元和 459.998 万元，共计 1259.998 万元，银行进账单未写明款项用途。鼎盛公司在 2010 年 12 月 31 日的第 99 号、第 100 号记账凭证中对上述两笔款项所作记账内容均为购入固定资产。

2010 年 11 月 18 日，鼎盛公司对实收资本进行第三次增资，出资金额为 1740 万元。当日，陈立巧向鼎盛公司的银行账户汇入股东出资 1740 万元。2010 年 11 月 18 日，鼎盛公司向徐为杰、陈立巧分

别转账支付 880 万元和 860 万元，共计 1740 万元，银行进账单未写明款项用途。鼎盛公司在 2010 年 12 月 31 日的第 104 号、第 105 号记账凭证中对上述两笔款项所作记账内容均为购入固定资产。

2014 年 10 月 28 日，楼冠军向浙江省东阳市人民法院提起诉讼，要求鼎盛公司第二分公司、鼎盛公司偿付借款本金 209 万元及利息（按月利率 3% 计付）、律师费，陈兵对上述债务承担连带清偿责任。浙江省东阳市人民法院于 2014 年 12 月 2 日作出（2014）东商初字第 4282 号民事判决书，判决：1、鼎盛公司于该判决生效后十日内归还楼冠军借款本金 209 万元并支付利息（利息从 2014 年 1 月 2 日起按中国人民规定的同期同档次贷款基准利率的四倍计算至上述本息归还之日止）；2、鼎盛公司于该判决生效后十日内支付楼冠军律师代理费 1 万元；3、陈兵对上述债务承担连带清偿责任；4、驳回楼冠军的其他诉讼请求。鼎盛公司不服上述民事判决，向浙江省金华市中级人民法院提起上诉。浙江省金华市中级人民法院经审理于 2015 年 7 月 14 日作出（2015）浙金商终字第 1090 号民事判决书，判决驳回上诉，维持原判。

浙江省金华市中级人民法院（2015）浙金商终字第 1090 号民事判决书生效后，鼎盛公司、陈兵没有履行该生效判决确定的内容，楼冠军于 2015 年 8 月 20 日向浙江省东阳市人民法院申请强制执行，因被执行人财产所在地属于一审法院管辖范围，浙江省东阳市人民法院于 2015 年 9 月 29 日委托一审法院代为执行该案，申请执行标的为 210 万元。一审法院于 2015 年 10 月 27 日接受委托立案执行后，在执行中，经对银行、国土、房产、车管等部门进行调查，均未发现被执行人具备执行条件的财产，楼冠军申请终结本次执行程序，一审法院于 2016 年 3 月 25 日作出（2015）青执字第 2210-5 号执行裁定书，认为已穷尽财产调查措施，且被查控的财产暂不具备执行条件，裁定终结浙江省金华市中级人民法院作出的（2015）浙金商终字第 1090

号民事判决书的本次执行程序。

一审法院认为，根据《中华人民共和国公司法》第二十八条第一款的规定，有限责任公司的股东应当足额缴纳各自所认缴的出资额。本案中，楼冠军主张陈立巧、徐为杰作为鼎盛公司的股东抽逃出资损害了鼎盛公司债权人楼冠军的利益，因而向陈立巧、徐为杰主张权利，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（三）》第十三条第二款的规定，股东未履行或者未全面履行出资义务的，公司债权人有权要求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，故楼冠军具有本案原告资格。鼎盛公司主张楼冠军并非鼎盛公司的股东，无权提起本案诉讼的抗辩理由不充分，一审法院不予支持。同时，本案是股东与债权人之间的出资纠纷，而楼冠军与鼎盛公司之间的债权债务关系已经生效判决予以认定，两者不属于同一法律关系，亦非基于同一争议事实，陈立巧、徐为杰、鼎盛公司提出本案构成重复诉讼的抗辩主张不充分，一审法院不予采信。

本案中，鼎盛公司成立时及三次增资中，陈立巧、徐为杰各自出资 4640.4 万元和 482.6 万元，上述款项转入了鼎盛公司的银行账户，但在款项进入鼎盛公司的银行账户的当日或次日即被一次性全部从账户中转出。楼冠军由此认为该情形已构成股东抽逃出资，并提供了《专项审计报告》、银行进账单、记账凭证用于证明。陈立巧、徐为杰作为鼎盛公司的股东，有能力有责任提供充分证据证明争议的出资款项流向属于鼎盛公司正常经营行为，而非抽逃出资，而其二人未能举证证明，一审法院对陈立巧、徐为杰主张其已出资到位的抗辩主张不予采信，故应认定陈立巧、徐为杰未履行在鼎盛公司成立和增资时各自出资 4640.4 万元和 482.6 万元的出资义务。楼冠军举证证明其对鼎盛公司所享有合法债权未获实际清偿，故其有权要求陈立巧、徐为杰在未出资本息范围内对鼎盛公司未能清偿的债务承担补充赔偿

责任。楼冠军未区分陈立巧、徐为杰的出资比例，要求其二人对涉案债务承担连带清偿责任，于法无据，一审法院对其主张超出部分不予支持。

依照《中华人民共和国公司法》第二十八条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十三条第二款、第二十一条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第七十六条之规定，一审法院判决：一、陈立巧在其对鼎盛公司未出资 4640.4 万元的范围内对浙江省金华市中级人民法院（2015）浙金商终字第 1090 号民事判决书确定的鼎盛公司所欠楼冠军的债务承担补充赔偿责任；二、徐为杰在其对鼎盛公司未出资 482.6 万元的范围内对浙江省金华市中级人民法院（2015）浙金商终字第 1090 号民事判决书确定的鼎盛公司所欠楼冠军的债务承担补充赔偿责任；三、驳回楼冠军的其他诉讼请求。案件受理费 35600 元、保全费 5000 元，由陈立巧、徐为杰共同负担。

各方当事人二审均未提交新证据，对一审查明事实亦均无异议，本院对一审查明事实予以确认。

本院认为，楼冠军是以陈立巧、徐为杰抽逃在鼎盛公司的出资，导致鼎盛公司债务履行能力不足，损害了楼冠军的合法权益为由，主张陈立巧、徐为杰对鼎盛公司欠其的债务承担责任，故本案案由应为股东损害公司债权人利益责任纠纷。一审将本案案由确定为股东出资纠纷有误，本院予以纠正。

关于楼冠军是否本案适格当事人的问题。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（三）》第十四条第二款的规定，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。故楼冠军具有本案原告资格。鼎盛公司主张楼冠军并非鼎盛公司的股东，无权提起本案诉讼的抗辩理由不成立，本院不予支持。

关于陈立巧、徐为杰应否就涉案债务承担补充赔偿责任的问题。鼎盛公司成立时及三次增资中，陈立巧、徐为杰虽将各自出资的4640.4万元和482.6万元转入了鼎盛公司的银行账户，但在款项转入鼎盛公司的银行账户的当日或次日即被一次性全部从鼎盛公司账户中转回陈立巧、徐为杰的个人账户。陈立巧、徐为杰对上述款项的划转未能举证证实是用于鼎盛公司的正常经营，也未能做出合理解释，故一审法院认定陈立巧、徐为杰的行为构成股东抽逃出资，并无不妥。鼎盛公司欠楼冠军的涉案债务已经浙江省金华市中级人民法院作出的（2015）浙金商终字第1090号民事判决确认，该判决生效后，鼎盛公司没有履行生效判决确定的内容，楼冠军向法院申请强制执行，在强制执行过程中，一审法院对银行、国土、房产、车管等部门进行调查，均未发现鼎盛公司具备执行条件的财产，一审法院已裁定终结执行程序。楼冠军对鼎盛公司所享有的合法债权未获得实际清偿，故其请求陈立巧、徐为杰承担相应责任依法有据，陈立巧、徐为杰应分别在其抽逃出资范围内对鼎盛公司未能清偿的债务承担补充赔偿责任。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十三条第二款规定的是股东未履行或未全面履行出资义务时应承担的责任，而本案中陈立巧、徐为杰履行了出资义务，但在出资后又将其出资全部抽逃，故本案应适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十四条第二款的规定，一审判决适用第十三条第二款的规定有误，本院予以纠正。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第二十一条规定的是“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。”本案并非请求确认股东资格的案件，一审法院适用该条有误，本院予以纠正。

综上所述，陈立巧、徐为杰的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，但适用法律有误，本院予以纠正。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十四条第二款、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第二项规定，判决如下：

一、维持南宁市青秀区人民法院（2016）桂 0103 民初 12367 号民事判决第三项；

二、变更南宁市青秀区人民法院（2016）桂 0103 民初 12367 号民事判决第一项为陈立巧在其对鼎盛公司抽逃 4640.4 万元注册资金范围内对浙江省金华市中级人民法院（2015）浙金商终字第 1090 号民事判决书确定的鼎盛公司所欠楼冠军的债务承担补充赔偿责任；

三、变更南宁市青秀区人民法院（2016）桂 0103 民初 12367 号民事判决第二项为徐为杰在其对鼎盛公司抽逃 482.6 万元注册资金范围内对浙江省金华市中级人民法院（2015）浙金商终字第 1090 号民事判决书确定的鼎盛公司所欠楼冠军的债务承担补充赔偿责任；

二审案件受理费 35600 元，由上诉人陈立巧、徐为杰负担。一审案件受理费 35600 元、保全费 5000 元，由陈立巧、徐为杰负担。

本判决为终审判决。

审判长 付浩

审判员 黄蔚

审判员 陆力宁

二〇一七年十一月三十日

书记员 李姝雯

五、股东逾期实缴出资的法律风险及防范

◆问题概述

出资，既是股东对公司应尽的法律义务，亦是取得股东权利的来源和基础，还是公司赖以取得社会信用的基石，同时是公司对债权人承担责任的保障。但股东未依照章程约定按时足额缴纳出资之案例在实践中不胜枚举，尤其是随着公司注册资本从原来实缴制改为认缴制，取消注册资本最低额的规定，公司实收资本不再作为工商登记事项，公司成立时亦无需提交验资报告。制度上的松绑，在某种程度上降低了公司及股东对按时足额出资的重视。当然，放开注册资本事前管制，随之而来的定是事中、事后监管的加强和完善。公司股东可自由约定出资数额、方式和期限，但在公司运作过程中，需要严格按照章程规定履行出资义务，否则将会面临承担法律责任的风险。

需要特别说明的是，本文要讨论的仅限于出资期限已届满，但股东尚未实缴出资的情形。至于出资期限未届满的情形则不在探讨范围之内。这源于2019年11月14日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第二部分“关于公司纠纷案件的审理”第二条的规定，即：股东享有期限利益，债权人不能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，但公司作为被执行人，法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因不申请破产，或在公司债务产生后延长出资期限的除外。

◆主要风险

股东逾期出资的法律风险，从风险种类可分为刑事责任风险、行政责任风险和民事责任风险。其中在民事责任风险方面，从其所涉及的内部股东或外部债权人角度，又可细分为内部风险和外部风险。下文将从刑事责任风险、行政责任风险、民事责任中的内部风险和外部风险四个维度逐一说明。

（一）被追究虚假出资罪的刑事责任风险

根据《中华人民共和国刑法》第一百五十九条规定，虚假出资罪是指公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物，或者未转移财产权，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的情形。

根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第四条规定，虚假出资罪的刑事立案标准为：超过法定出资期限，有限责任公司的股东虚假出资数额在三十万元以上并占其应缴出资额百分之六十以上的，股份有限公司发起人、股东虚假出资数额在三百万元以上并占其应缴出资额百分之三十以上的。或虚假出资虽未达到上述数额标准，但致使公司资不抵债或无法正常经营；公司发起人、股东合谋虚假出资；两年内因虚假出资受过行政处罚二次以上，又虚假出资；利用虚假出资所得进行违法活动；其他严重后果或有其他严重情节。

根据全国人民代表大会常务委员会 2014 年 4 月 24 日的解释，《中华人民共和国刑法》第一百五十九条的规定，只适用于依法实行注册资本实缴登记制公司。

根据《注册资本登记制度改革方案》规定，暂不施行注册资本认缴登记制公司有：采取募集方式设立的股份有限公司、金融类、证券类、保险类、典当行、劳务派遣类公司等。据此，以上仍实行注册资本实缴登记制的公司适用《中华人民共和国刑法》第一百五十九条的规定，其他实行注册资本认缴登记制公司则不再面临被指控虚假出资罪的刑事风险。

（二）被罚款的行政责任风险

根据《公司登记管理条例》第六十五条规定，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，处以虚假出资金额 5% 以上 15% 以下的罚款。

（三）民事责任中的内部法律风险

民事责任中的内部法律风险，是指已按时足额出资股东根据法律规定或章程约定要求逾期出资股东承担民事责任，除补足出资外，还需承担逾期出资对公司、其他股东造成损害的责任，责任承担方式通常为：

1. 承担支付利息或违约金的责任。
2. 表决权、利润分配请求权受限制。
3. 解除股东资格。
4. 减少持股份额。
5. 新股认购权、剩余财产分配权受限制。

（四）民事责任中的外部法律风险

1. 对公司的债务承担补充赔偿责任。
2. 与公司股权受让方对补足出资承担连带责任。

◆解决方案

就大多数公司而言，注册资本认缴制本身是化解股东逾期出资法律风险的有力武器，在法律框架下，在国家支持股东享有出资期限利益的基础上，充分利用注册资本认缴制所允许的出资期限设定规则，在公司章程中就股东出资事项设计适当的条款不失为良策。

1. 根据实际情况合理确定认缴的出资数额。
2. 在章程中延后约定股东出资期限。
3. 在章程中约定出资款分多期缴纳。
4. 在已有约定的情形下，按时足额出资。
5. 寻求有条件的股东为出资提供融资渠道，将对公司的出资义务转化为股东之间的借贷关系。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国刑法》

第一百五十九条 公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货

币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

（二）《最高人民法院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》

第四条 公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

（一）超过法定出资期限，有限责任公司股东虚假出资数额在三十万元以上并占其应缴出资数额百分之六十以上的，股份有限公司发起人、股东虚假出资数额在三百万元以上并占其应缴出资数额百分之三十以上的；

（二）有限责任公司股东抽逃出资数额在三十万元以上并占其实缴出资数额百分之六十以上的，股份有限公司发起人、股东抽逃出资数额在三百万元以上并占其实缴出资数额百分之三十以上的；

（三）造成公司、股东、债权人的直接经济损失累计数额在十万元以上的；

（四）虽未达到上述数额标准，但具有下列情形之一的：

- 1、致使公司资不抵债或者无法正常经营的；
- 2、公司发起人、股东合谋虚假出资、抽逃出资的；
- 3、两年内因虚假出资、抽逃出资受过行政处罚二次以上，又虚假出资、抽逃出资的；
- 4、利用虚假出资、抽逃出资所得资金进行违法活动的。

（五）其他后果严重或者有其他严重情节的情形。

（三）《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第一百五十八条、第一百五十九条的解释》

全国人民代表大会常务委员会讨论了公司法修改后刑法第一百五十八条、第一百五十九条对实行注册资本实缴登记制、认缴登记制的公司的适用范围问题，解释如下：

刑法第一百五十八条、第一百五十九条的规定，只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。

（四）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》

第十三条 股东未履行或未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。

公司债权人请求未履行或者未全面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的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务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。

股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追偿。

股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的，人民法院应予以支持；董事、高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。

第十六条 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。

第十七条 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，该股东请求确认该行为无效的，人民法院不予支持。

在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担相应责任的，人民法院应予支持。

第十八条 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。

受让人根据前款规定承担责任后，向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的，人民法院应予支持。但是，当事人另有约定的除外。

◆相似案例

宋余祥与上海万禹国际贸易有限公司等公司决议效力确认纠纷案

上海市第二中级人民法院民事判决书

（2014）沪二中民四（商）终字第 1261 号

当事人：

上诉人（原审原告）宋余祥。

上诉人（原审被告）上海万禹国际贸易有限公司。

被上诉人（原审第三人）杭州豪旭贸易有限公司。

上诉人宋余祥、上海万禹国际贸易有限公司（以下简称“万禹公

司”)因公司决议效力确认纠纷一案,均不服上海市黄浦区人民法院(2014)黄浦民二(商)初字第589号民事判决,向本院提起上诉。

原审法院经审理查明:

万禹公司系设立于2009年3月11日的有限责任公司,设立时注册资本为100万元(币种为人民币,下同),股东为宋余祥、高标,宋余祥担任执行董事,高标担任监事。

2012年8月28日,万禹公司召开股东会会议,作出决议如下:

1、同意增加公司注册资本,由原注册资本100万元增至10,000万元。
2、同意吸收新股东豪旭公司。3、增资后的股东、出资情况及股权比例为:宋余祥60万元(0.6%)、高标40万元(0.4%)、豪旭公司9,900万元(99%)。4、通过新的公司章程。5、公司原执行董事、监事不变。

同日,万禹公司通过新的公司章程,公司章程第五条关于公司注册资本、股东出资额及持股比例的内容与上述股东会决议一致。

公司章程第十二条约定,股东会会议对所议事项作出决议,股东会应当对所议事项的决定作出会议记录,出席会议的股东应当在会议记录上签名。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、成立、解散或者变更公司形式的决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。股东会会议作出前款以外事项的决议,须经代表二分之一以上表决权的股东通过。

第二十八条约定,公司利润分配按照《公司法》及有关法律、法规,国务院财政主管部门的规定执行。股东按照实缴的出资比例分取红利。

2012年9月14日,上海大诚会计师事务所出具验资报告,载明:我们接受委托,审验了万禹公司截至2012年9月14日止新增注册资本的实收情况。……截至2012年9月14日止,万禹公司已收到豪旭公司缴纳的新增注册资本(实收资本)9,900万元,出资方式为货币出资。……

2013年12月27日,万禹公司向豪旭公司邮寄“催告返还抽逃

出资函”，称豪旭公司已抽逃其全部出资 9,900 万元，望其于收函后 3 日内返还全部抽逃出资，否则，万禹公司将依法召开股东会会议，解除其股东资格。豪旭公司于 2013 年 12 月 30 日签收该份函件。

2014 年 3 月 6 日，万禹公司向豪旭公司邮寄“临时股东会会议通知”，通知其于 2014 年 3 月 25 日上午 10 点召开股东会，审议关于解除豪旭公司股东资格的事项。

2014 年 3 月 25 日，万禹公司召开 2014 年度临时股东会，全体股东均出席股东会。股东会会议记录载明：……5、到会股东就解除豪旭公司作为万禹公司股东资格事项进行表决。6、表决情况：同意 2 票，占总股数 1%，占出席会议有效表决权 100%；反对 1 票，占总股数 99%，占出席会议有效表决权的 0%。表决结果：提案通过。各股东在会议记录尾部签字，其中，豪旭公司代理人俞素琴注明，豪旭公司不认可第 6 项中“占出席会议有效表决权的 100%”及“占出席会议有效表决权的 0%”的表述。

同日，万禹公司出具股东会决议，载明：因股东豪旭公司抽逃全部出资，且经合理催告后仍未及时归还，故经其他所有股东协商一致，决议解除其作为万禹公司股东的资格。

万禹公司于本决议作出后 30 日内向公司登记机关申请办理股东变更登记及减资手续。如涉及法律、法规和有关规定应先报经审批的项目，公司将于有关部门审批之日起 30 日内向公司登记机关申请办理相关公司变更登记手续。

以上事项表决结果：同意的，占总股数 1%；不同意的，占总股数 99%。宋余祥、高标在该股东会决议尾部签字。豪旭公司代理人拒绝签字。2014 年 4 月 7 日，万禹公司再次向豪旭公司发函，通知其股东资格已被解除。

由于豪旭公司对上述股东会决议不认可，故宋余祥作为万禹公司股东，诉至原审法院，请求确认万禹公司 2014 年 3 月 25 日股东会决议有效。

原审法院认为，本案争议焦点应归纳为：豪旭公司抽逃出资与否

是否影响其对本案系争股东会审议事项的表决权，若抽逃出资影响其表决权的行使，那么豪旭公司是否抽逃出资。

原审法院认为：

股东基于其股东资格行使股东权利。本案豪旭公司系经过万禹公司股东会决议，以认缴增资形式进入万禹公司，万禹公司在公司章程中确认其股东身份，并完成了相应的工商登记，故豪旭公司享有万禹公司的股东资格，有权依照法律规定、公司章程约定行使股东权利。

股东表决权是股东的一项重要权利，是股东参与公司重大决策和选择管理者的权利。《公司法》第四十二条规定，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。万禹公司章程第十二条第二款亦约定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。

上述规定及约定中“出资”一词的含义，直接关系到上海豪旭公司各股东表决权的行使，对此，原审法院分析如下：

《公司法》第三十四条明确规定股东按实缴出资分取红利，第四十三条则仅表述为股东按出资比例行使表决权。

同样，万禹公司章程第二十八条约定股东按实缴出资比例分取红利，第五条关于股东情况部分则表述为豪旭公司出资额为9,900万元，第十二条亦约定股东按出资比例行使表决权。从文义上判断，在无特别说明的情况下，无论是《公司法》第四十二条中的“出资”抑或是万禹公司章程第十二条第二款中的“出资”均应理解为认缴出资。

此外，《公司法》及相关司法解释、万禹公司章程均未对抽逃出资股东表决权的限制作出规定或约定，万禹公司亦未就此形成股东会决议。

因此，对于除名豪旭公司的股东会审议事项，在无《公司法》规定或公司章程约定的其他限制股东表决权的情形下，即便豪旭公司作为股东违反出资义务，抽逃出资，其表决权并不因此受到限制，豪旭公司应根据其认缴出资的比例行使表决权，宋余祥及万禹公司认为豪旭公司在系争股东会中的不享有有效表决权或应当回避的观点缺乏

依据，原审法院难以采纳。

就此而言，豪旭公司是否抽逃出资一节事实并不影响本案审理，故对宋余祥提供的相关证据及相关主张，原审法院不予审查。若宋余祥或万禹公司认为豪旭公司抽逃出资，可根据《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（三）》（以下简称“《公司法司法解释（三）》”）的相关规定，依法要求其返还出资本息，因此，宋余祥及万禹公司关于若豪旭公司不被除名，则其对豪旭公司抽逃出资的行为无其他救济途径的观点缺乏依据，原审法院亦难以采纳。

根据上述分析，在万禹公司于 2014 年 3 月 25 日召开的审议事项为解除豪旭公司股东资格的股东会上，投赞成票的股东宋余祥、高标认缴出资比例共为 1%，享有 1%的表决权，投反对票的股东豪旭公司认缴出资比例为 99%，享有 99%的表决权，依据万禹公司章程第十二条第二款、第四款的约定，该审议事项应不通过。

本案系争股东会决议关于解除豪旭公司股东资格的内容，未如实反映根据资本多数决原则形成的万禹公司股东会意思表示，对其效力原审法院难以认定。故对于宋余祥要求确认万禹公司 2014 年 3 月 25 日股东会决议有效的诉请，原审法院不予支持。

原审法院据此依据《中华人民共和国公司法》第四十二条之规定作出判决：驳回宋余祥的诉讼请求。一审案件受理费 80 元，因适用简易程序，减半收取计 40 元，由宋余祥负担。

原审判决后，宋余祥、万禹公司亦不服，均向本院提起上诉。

本院经审理查明，原审查明事实属实，本院予以确认。

本院另查明：

2012 年 9 月 14 日，京地公司、子月公司、上海津行投资管理有限公司、上海齐脉事业有限公司、上海圣英投资有限公司、上海九岑建设工程有限公司汇入豪旭公司开设在中国银行上海市闸北支行的账户共计 9,900 万元。

同日，豪旭公司将该 9,900 万元汇入万禹公司开设在同一银行的账户内。2012 年 9 月 17 日，万禹公司以贷记凭证方式将增资验资款

9,900 万元转入万禹公司开设在中国农业银行上海吴淞支行的账户内。

同日，万禹公司又从该账户分别汇入燕拓公司和风动公司开设在中国银行上海市闸北支行的银行账户 4,900 万元和 5,000 万元。

同日，燕拓公司和风动公司又分别将 4,900 万元和 5,000 万元以贷记凭证方式汇入京地公司和子月公司开设在中国建设银行上海邯郸路支行的银行账户内。

二审庭审中，豪旭公司确认其与京地公司和子月公司等 6 家公司有资金往来。对万禹公司于 2012 年 9 月 17 日将款项汇给燕拓公司和风动公司是否基于其他业务往来，豪旭公司表示目前没有证据证明。

本院认为，各方当事人在二审中的争议焦点为：1、豪旭公司在入股万禹公司 9,900 万元后是否存在抽逃出资的情形；2、应否排除豪旭公司在系争股东会决议审议中的表决权。

关于第一个争议焦点：豪旭公司在入股万禹公司 9,900 万元后是否存在抽逃出资的情形

本院认为，豪旭公司于 2012 年 9 月 14 日将 9,900 万元入股款项汇入万禹公司验资账户，并办理完相关验资手续后，完成了对万禹公司的出资义务。但在验资后的第三天，9,900 万元出资款即从万禹公司基本账户转入燕拓公司和风动公司，对于该两笔转账行为，豪旭公司未提供证据证明存在其他合理用途。

而在同一天，燕拓公司和风动公司又将相同金额的款项分别汇入京地公司和子月公司，该两家公司系豪旭公司出资入股前汇集 9,900 万元款项来源的公司。

由此可见，豪旭公司应当明知其出资款项在短时间内即被全部抽回，其出资并未由万禹公司使用，没有证据证明该资金流向存在其他合理用途，豪旭公司之后亦未将其出资补足。豪旭公司的行为符合《公司法司法解释(三)》第四项所规定的情形，即未经法定程序将出资抽回的行为应被认定为股东抽逃出资。

宋余祥系万禹公司法定代表人，两上诉人持有并向原审法院提供的万禹公司增资款项的流转凭证属来源合法的证据，并不能据此否定

豪旭公司存在抽逃出资行为的事实。

故本院认定豪旭公司存在抽逃对万禹公司全部出资的情形，且在万禹公司向其催告后仍未返还。

关于第二个争议焦点，应否排除豪旭公司在系争股东会决议审议中的表决权

《公司法司法解释(三)》第十七条第一款规定，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。

根据本院审理查明的事实和对前述第一个争议焦点的认定，万禹公司以股东会决议形式解除豪旭公司股东资格的核心要件均已具备，但在股东会决议就股东除名问题进行讨论和决议时，拟被除名股东是否应当回避，即是否应当将豪旭公司本身排除在外，各方对此意见不一。《公司法司法解释(三)》对此未作规定。

本院认为，《公司法司法解释(三)》第十七条中规定的股东除名权是公司消除不履行义务的股东对公司和其他股东所产生不利影响而享有的一种法定权能，是不以征求被除名股东的意见为前提和基础的。在特定情形下，股东除名决议作出时，会涉及被除名股东可能操纵表决权的情形。故当某一股东与股东会讨论的决议事项有特别利害关系时，该股东不得就其持有的股权行使表决权。

本案中，豪旭公司是持有万禹公司 99%股权的大股东，万禹公司召开系争股东会会议前通知了豪旭公司参加会议，并由其委托的代理人在会议上进行了申辩和提出反对意见，已尽到了对拟被除名股东权利的保护。但如前所述，豪旭公司在系争决议表决时，其所持股权对应的表决权应被排除在外。

本院认为，本案系争除名决议已获除豪旭公司以外的其他股东一致表决同意系争决议内容，即以 100%表决权同意并通过，故万禹公司 2014 年 3 月 25 日作出的股东会决议应属有效。本院对原审判决予

以改判。

此外需要说明的是，豪旭公司股东资格被解除后，万禹公司应当及时办理法定减资程序或者有其他股东或者第三人缴纳相应的出资。

综上所述，本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(二)项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》第十七条之规定，判决如下：

一、撤销上海市黄浦区人民法院(2014)黄浦民二(商)初字第 589 号民事判决；

二、确认上诉人上海万禹国际贸易有限公司于 2014 年 3 月 25 日作出的股东会决议有效。

一审案件受理费人民币 40 元、二审案件受理费人民币 80 元，均由被上诉人杭州豪旭贸易有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 江南

代理审判员 杨怡鸣

代理审判员 赵炜

二〇一四年十一月十九日

书记员 王乐轶

六、股东抽逃出资的法律风险及防范

◆ 问题概述

抽逃出资，是指在公司注册成立后，股东将所缴出资暗中撤回，却仍保留股东身份和原有实缴出资数额的一种行为。

抽逃出资，其产生的原因往往是对公司享有控制权的股东法制观念不强，认为公司出资成立后，注册资本金放在公司账户一时半会还用不上，放着也浪费了，不如转出去用于其他用途，殊不知，这在某些特定情形下已经涉嫌违法犯罪了。抽逃出资违背了《公司法》规定的资本维持原则，损害了公司的利益，也损害了其他股东的利益和公司债权人的合法权益，情节严重的，还侵犯了国家公司资本管理制度，进而损害市场经济秩序，所以我国法律将其规定为一种违法行为。

（一）抽逃出资行为的常见表现方式

1. 明显的方式

股东将出资款项转入公司账户后又直接转出。过去许多公司设立时，由于股东没有那么多资金用于出资，往往找一些中介机构垫资成立公司，等公司注册成立后，又把垫付的资金转出还给中介机构，以达到不实际出资又能设立公司且在形式上完成了实缴出资的目的。

2. 隐蔽的方式

- （1）通过虚构债权债务关系将其出资转出；
- （2）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；
- （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。

现实中，抽逃出资的方式层出不穷、花样翻新，不可能一一列举，所以法律作了一条兜底性的规定，就是只要是未经法定程序将出资抽回、而且损害公司权益的行为，都构成抽逃出资。

（二）抽逃出资的法理界定

1. 与股东虚假出资的区别

虚假出资是指股东承诺出资实际并没有出资，或者是其实际出资

与承诺出资数额不符而取得公司股权的行为，一般表现为虚假验资，或者是实物出资、知识产权出资等非货币出资实际价值与承诺出资数额严重不符。而抽逃出资则是股东把已经实缴的出资又抽回的行为。

2. 与股东退回出资的区别

退回出资实际上是股东退股的明示行为，在符合法律规定的情况下股东是可以退股的，比如股东会/股东大会作出的对股东有重大利害关系的决议时，如应分红而不分红、公司合并、延长公司章程约定的经营期限等，对该决议持反对意见的股东可以请求公司以公平价格收买自己所持有的股份。退股之后不再享有股东权利。而抽逃出资是一种带有欺诈特点的隐蔽性的违法活动，抽逃出资后仍然享有股东权利。

3. 与公司转移资产的区别

司法实践中有部分企业为逃避债务，恶意将公司财产转移，造成企业处于“空壳”状态，如甲公司以隐秘的手段把其优质资产转移至乙公司名下或者交由其他公司或者个人控制或者保管，造成甲公司的债权人的债权无法实现。而抽逃出资是指股东或者公司把股东的出资以隐蔽手段转移给股东个人的行为。

司法实践中，对于股东抽逃出资行为的认定，关键在于判断，在该笔出资的所有权从公司转为股东个人时，该股东是否向公司支付了合理的对价，或者该股东是否放弃了相应份额的股权。

◆ 主要风险

（一）对公司的风险

股东抽逃出资后，将不可避免的造成公司资产的减少，将会影响公司的经营与发展；公司资本是公司赖以生存的“血液”，其既是公司从事经营活动的物质基础，又是公司对外承担债务的信用保障。而股东抽逃出资不仅与《公司法》资本维持原则相违背，更严重的是股东抽逃出资后必然使得公司的资本处于不充足或虚假充足的状态。当

公司处于该种资本不充实的状态下，公司的实际经营能力大受影响。现实中，很多公司就是由于部分股东的抽逃出资行为而导致资金链断裂、经营困难，继而走向破产。

（二）对其他股东的风险

无论是有限责任公司还是股份有限公司，这两种形式的公司都具有资合性的特点。一旦这种资合性在公司股东抽逃出资后，公司的资本不充实的状态必然导致公司的实际经营能力下降，其他股东作为公司的投资人，其目的是通过对公司的投资获取利润。而一旦公司实际经营受到影响，其他股东通过公司经营获利的权利必将受到损害。从另一个角度讲，部分股东实施抽逃出资的行为，也直接侵犯了其他同比例实缴出资股东的对等权利。

（三）对公司债权人的风险

股东抽逃出资后，会给公司第三人造成资本充实的假相，而实际公司的偿债能力不足，破坏了第三人与公司交易的信任基础，更为容易危及公司债权人利益。

（四）抽逃出资的法律责任

1. 抽逃出资的股东的法律责任

（1）民事责任

抽逃出资的股东对公司需要承担返还出资本息的责任；对公司债权人需承担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的责任；被限制利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利；被公司以股东会决议解除该股东的股东资格的可能。

（2）行政责任

依据《公司法》第二百零一条规定，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 5%以上 15%以下的罚款。

（3）刑事责任

依据《中华人民共和国刑法》第一百五十九条规定，公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

2. 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的法律责任

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，需要对公司承担返还出资本息的连带责任；对公司债权人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的连带责任。

◆ 解决方案

1. 股东如果想设立公司又资金不足，建议量力而行，设立与自己出资能力相匹配的公司，或者采取认缴资本的方式设立公司。

2. 如果公司成立后，股东的实缴注册资本暂时不用，想临时用于其他用途，可以采取在合理期限内向公司有偿借款的方式使用资金或者按照法定程序减资。

3. 其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人，发现股东意欲抽逃出资时，要及时的予以制止，更不能协助股东抽逃出资，否则将要承担连带的法律责任。

4. 发现有股东抽逃出资行为时，作为公司或者其他股东，要及时地行使权利，通过诉讼要求该股东返还抽逃的出资本金及利息，并要求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。

5. 作为公司债权人，发现有股东抽逃出资时，要及时向公司主张债权，并同时要求该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，要求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。之所以强调要及时，因为法律有规定，如果其他债权人已经抢先要求，并且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，人民法院将不予支持。

6. 如有必要，可以提起刑事控告，追究抽逃出资行为的股东的刑事责任，以更好地保护公司、股东、债权人的合法权益，维护公司的经营秩序。

7. 其他公司、经营主体如意欲与该公司开展投资、并购及其他重大经营合作时，建议聘请专业机构对该公司做深入的尽职调查，以便尽可能核实该公司股东是否存在抽逃出资行为，从而有效避免风险。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国公司法》

第三十五条 公司成立后，股东不得抽逃出资。

第二百条 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。

（二）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》

第十二条 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：

- （一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；
- （二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；
- （三）利用关联交易将出资转出；

（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

第十四条 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。

第十七条 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。

在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担相应责任的，人民法院应予支持。

（三）《中华人民共和国刑法》

第一百五十九条 公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

（四）《最高人民法院公安部关于公安机关管辖的刑事案

件立案追诉标准的规定(二)》

第四条 公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

(一)超过法定出资期限，有限责任公司股东虚假出资数额在三十万元以上并占其应缴出资数额百分之六十以上的，股份有限公司发起人、股东虚假出资数额在三百万元以上并占其应缴出资数额百分之三十以上的；

(二)有限责任公司股东抽逃出资数额在三十万元以上并占其实缴出资数额百分之六十以上的，股份有限公司发起人、股东抽逃出资数额在三百万元以上并占其实缴出资数额百分之三十以上的；

(三)造成公司、股东、债权人的直接经济损失累计数额在十万元以上的；

(四)虽未达到上述数额标准，但具有下列情形之一的：

1. 致使公司资不抵债或者无法正常经营的；
2. 公司发起人、股东合谋虚假出资、抽逃出资的；
3. 两年内因虚假出资、抽逃出资受过行政处罚二次以上，又虚假出资、抽逃出资的；
4. 利用虚假出资、抽逃出资所得资金进行违法活动的。

(五)其他后果严重或者有其他严重情节的情形。

◆相似案例

赵波与刘燕股权转让纠纷案

重庆市第一中级人民法院民事判决书

(2016)渝01民终8627号

上诉人(原审原告)：赵波，男，汉族，1982年2月10日出生，住四川省长宁县。

委托诉讼代理人：张正辉，重庆渝峰律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：刘燕，女，汉族，1981年10月26日出生，住福建省厦门市湖里区。

委托诉讼代理人：冯惊雷，重庆百君律师事务所律师。

上诉人赵波因与被上诉人刘燕股权转让纠纷一案，不服重庆市江北区人民法院作出的（2016）渝0105民初1477号民事判决，向本院提起上诉。本院于2016年11月21日立案后，依法组成合议庭，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十九条之规定，分别于2016年12月26日、2017年1月5日、2017年2月17日组织双方当事人进行了询问调查。上诉人赵波的委托诉讼代理人张正辉、被上诉人刘燕的委托诉讼代理人冯惊雷到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

赵波上诉请求：撤销原判，改判撤销上诉人与被上诉人于2015年5月7日签订的《重庆智恩艺术培训有限公司股权转让协议》。事实和理由：1. 双方签订股权转让协议后，被上诉人只要求上诉人出资，而不让上诉人参与经营决策，也未拿出账目核对。由于相关的证据均由被上诉人持有，一审法院却将举证责任确定给上诉人，明显不当；2. 被上诉人在南岸区法院起诉要求上诉人支付股权转让款一案中，在诉状上明确写明其与上诉人的股权转让已办理了工商登记，但在本案中又陈述因上诉人未付清款项，故未办理变更登记。同时，在一审审理中，作为证人出庭作证的重庆智恩艺术培训有限公司（以下简称智恩公司）的其他两名股东与本案有利害关系，其证言不可信，本案明显是被上诉人恶意串通另两名股东将上诉人套进该公司；3. 被上诉人在转让公司股份时，有意隐瞒了智恩公司已经停办的事实，上诉人不知智恩公司还有另外两名股东，被上诉人恶意串通另两名股东，伪造上诉人在与殷小燕、石云平之间股权转让协议中的签名，将已抽逃注册资本且已停办的公司股份转让给上诉人。上诉人在签订涉案股权转让协议时并不知道上述情况，故该协议应予撤销。

刘燕辩称，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求维持。

赵波向一审法院起诉请求：判令撤销赵波与刘燕于2015年5月7日签订的《重庆智恩艺术培训有限公司股权转让协议》。

一审法院认定事实：重庆智恩教育咨询有限公司设立于 2013 年 10 月 12 日。刘燕、石云平为股东，分别出资 30 万元、20 万元，分别持股 60%、40%，并经重庆立信会计师事务所有限公司出具验资报告。2015 年 2 月 1 日，重庆智恩教育咨询有限公司的股东由刘燕、石云平、殷小燕组成，分别持股 50%、30%、20%。2015 年 1 月 16 日，重庆智恩教育咨询有限公司申请更名为重庆智恩艺术培训有限公司，2015 年 2 月 4 日，工商行政管理机关予以核准。2015 年 5 月 18 日，智恩公司的股东变更为刘燕、赵波，分别持股 60%、40%。

2015 年 5 月 7 日，赵波（受让方、乙方）与刘燕（转让方、甲方）签订《股权转让协议》约定：本协议由甲、乙基于智恩公司的股权转让事宜于 2015 年 5 月 7 日在重庆市南岸区弹子石国际社区商务大厦 C 座 620 室（智恩公司）订立；甲方同意将持有的智恩公司 40% 的股权共 10 万元出资额，以 20 万元转让给乙方，乙方同意按此价格及金额购买该股权；乙方同意在本协议签订之日起 5 日内，将转让费 20 万元以现金（或转账）方式一次性支付甲方；乙方承认智恩公司的章程，保证按照章程规定履行股东权利、义务和责任；公司依法办理变更登记后，乙方即成为智恩公司的股东，按章程规定（或出资比例）分享公司利润与分担亏损；股权转让全部费用由乙方承担；由于不可抗力或乙方当事人虽无过失但无法防止的外因致使本协议无法履行时，一方当事人丧失履行能力时，由于乙方或双方违约严重影响守约方的经济利益，使协议履行成为不必要时，因情况发生变化经过双方协商同意变更或解除协议时等情况下，当事人可以变更或解除协议，但必须就此签订书面变更或解除协议。智恩公司股东殷小燕、石云平均同意刘燕将持有的 40% 的股权转让给赵波。

2015 年 5 月 18 日，智恩公司的股东变更为刘燕、赵波，分别持股 60%、40%。

一审审理中，赵波陈述其持有的 40% 股权系智恩公司的股东殷小燕、石云平转让的，并非刘燕转让的，刘燕、殷小燕、石云平串通转让股权，以此履行签订于 2015 年 5 月 7 日的《股权转让协议》中刘

燕的义务。赵波举示了工商登记备案的两份股权转让协议证明：2015年5月18日，殷小燕将持有的智恩公司10%的股权转让给刘燕，转让价格5万元，并签订相关转让协议。2015年5月18日，殷小燕将持有的智恩公司10%的股权转让给赵波，转让价格5万元；同日，石云平将持有的智恩公司30%的股权转让给赵波，转让价格15万元；分别签订了相关协议。但赵波对前述两份协议其签字的真实性不予认可，并要求进行司法鉴定。刘燕对赵波举示的前述工商登记备案的股权转让协议真实性无异议，但其认为与本案无关，本案的《股权转让协议》并未实际履行，因赵波未按照约定支付全部股权转让款，故刘燕并未依约办理股权变更登记。

一审另查明，2015年11月27日，因赵波未按照《股权转让协议》的约定全额支付转让款，刘燕诉至重庆市南岸区人民法院，要求赵波支付剩余股权转让款6.5万元。一审庭审中，刘燕承认股权转让并未在工商登记机关办理变更手续，原因是赵波未依约支付股权转让款。

一审法院认为，案件争议的焦点是：刘燕是否存在出资不实或抽逃出资的情形并构成欺诈，赵波在签订涉案《股权转让协议》时是否存在重大误解，涉案《股权转让协议》应否被撤销的问题。所谓欺诈，就是故意隐瞒真实情况或者故意告知对方虚假情况，欺骗对方，诱使对方作出错误的意思表示而与之订立合同。虽然相关法律法规规定，一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同受损方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销，但主张撤销的一方应对受到对方欺诈的事实承担举证责任，具体到本案，赵波应当就受到欺诈、重大误解的事实承担举证责任，否则应由赵波承担举证不能的法律后果。

关于刘燕出资的问题，根据重庆立信会计师事务所有限公司出具的验资报告，证实涉案公司设立时，刘燕实际出资30万元，石云平实际出资20万元。赵波并未提供证据证明刘燕出资不实或者抽逃出资，刘燕所持的涉案公司60%的股权经工商管理机关登记备案，并经

相关中介机构验资，真实可信，故刘燕所持股权不存在瑕疵，刘燕有权处置该股权。关于刘燕是否存在抽逃出资的问题，现有证据无法证明刘燕抽逃出资，亦不能证明刘燕虚构出资的事实，赵波应当承担相应举证不能的后果。

赵波主张刘燕作出实际向涉案公司投资 50 万元的陈述，导致其对该事实产生重大误解，签订了涉案《股权转让协议》，涉案协议不能成立，同时认为其在受到刘燕欺诈的情况下签订了股权转让协议，协议也应当撤销。本案中，赵波与刘燕签订的《股权转让协议》不违反法律法规的强制性规定，系当事人对自身权利的处分，合法有效，涉案公司的其余股东对刘燕的转让行为也无异议。赵波已履行了部分付款义务，现在其以前述理由要求撤销涉案的《股权转让协议》，但赵波提供的证据并不足以证明其主张的事实，且其已经履行了部分付款义务，故关于赵波要求撤销本案《股权转让协议》的理由不成立，不予支持。关于赵波要求对殷小燕、石云平向其转让股权时签订的协议中签名真实性进行司法鉴定的问题，因该事实与本案并无关联性，是赵波与殷小燕、石云平之间的法律关系，故对鉴定申请不予准许。依照《中华人民共和国合同法》第五十四条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条和《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十二条之规定，判决：驳回赵波的全部诉讼请求。案件受理费减半收取 2150 元，由赵波负担。

本院二审期间，上诉人赵波申请本院责令被上诉人刘燕提供其所持有的公司经营相关证据，本院予以准许，并组织当事人对刘燕提交的证据进行了证据交换和质证。被上诉人刘燕向本院举示了以下证据：1. 现金缴款单二份，拟证明刘燕及石云平足额履行了股东出资义务；2. 户名重庆智恩教育咨询有限公司、账号 11×××19 的账户自 2013 年 10 月 12 日至 2016 年 11 月 30 日的明细，拟证明智恩公司经营不规范，实际发生的与该公司有关的收付均未进入公司账户，而是以刘燕个人账户或其他账户进行经济往来；3. 陈跃芬与重庆智恩教育咨询有限公司签订的《借款协议》、重庆楚天装饰工程有限公司于 2013 年

10月20日开具的30万元装修费发票、装修巡检记录，拟证明重庆智恩教育咨询有限公司向陈跃芬提供40万元借款，由于陈跃芬系重庆智恩教育咨询有限公司的房东，借款支出的目的包括了装修费30万元；4. 陈跃芬还款的收据三份，拟证明陈跃芬以现金方式归还借款近10万元，另外30万元用于装修，对陈跃芬的借款已全部收回；5. 陈跃芬与刘燕（代）、石云平（代）于2013年7月14日签订的《租赁合同》，中国民生银行业务受理单以及收条，拟证明出资款用于支付租金等正常经营；6. 路远借款及还款的收据，拟证明智恩公司借给路远的9万元款项已收回。综上，拟证明出资款全部用于公司正常经营，不存在抽逃出资的行为。

对被上诉人刘燕举示的以上证据，上诉人赵波的质证意见如下：对证据1、2的真实性、关联性、合法性均无异议；对证据3、4、5的真实性无异议，但认为与本案无关；对证据6的真实性有异议，且认为证据2银行流水中有关9万元还款的备注载明为“张强”，该证据与本案无关。

上诉人赵波举示邮政特快专递详情单一份，拟证明智恩公司已不再继续经营。

对上诉人赵波举示的证据，被上诉人刘燕的质证意见如下：对该证据的真实性无异议，但认为与本案无关。

本院认为，对被上诉人刘燕举示的证据，上诉人赵波虽对部分证据的真实性及关联性不予认可，但其并未陈述充分的理由，而被上诉人刘燕举示的证据均为原件且与本案的主要事实尤其是与争议焦点之间存在关联，故本院对上述证据均予以审查采信。对上诉人赵波举示的证据，被上诉人刘燕对其真实性无异议，故本院对其真实性予以确认，但该证据与本案争议焦点并无关联，故本院对上诉人赵波举示的证据不予采信。

本院二审查明的事实与一审法院查明的事实一致。

本院二审另查明，中国银行现金缴款单载明，石云平、刘燕于2013年10月11日向户名重庆智恩教育咨询有限公司、账号

11×××19 的账户分别存入 20 万元、30 万元。

中国银行账户明细显示，户名重庆智恩教育咨询有限公司、账号 11×××19 的账户自 2013 年 10 月 12 日至 2016 年 11 月 30 日的账户明细为：1、截至 2013 年 10 月 12 日该账户余额 50 万元，2013 年 10 月 30 日转账支出 49 万元，其中支出的 9 万元用途为还款，备注张强。2013 年 12 月 1 日支出对公账户维护费 10 元，2013 年 12 月 3 日支出支票费用 20 元、转账收入嘉联商户清算款 1488.3 元，2013 年 12 月 20 日结息 97.48 元，截至 2013 年 12 月 31 日该账户余额为 11555.78 元；2、2014 年 1 月 1 日支出对公账户维护费 10 元，2014 年 1 月 14 日实时缴税 10 元，2014 年 1 月 30 日支出电子银行企业服务年费 300 元。2014 年 2 月 1 日、2014 年 3 月 1 日分别支出对公账户维护费 10 元，共计 20 元。2014 年 3 月 12 日分别转账支出劳务费 10 元、990 元（均备注刘燕），2014 年 3 月 20 日结息 9.86 元。2014 年 4 月 1 日、2014 年 5 月 1 日、2014 年 6 月 1 日分别支出对公账户维护费 10 元、共计 30 元，2014 年 6 月 16 日、2014 年 6 月 23 日、2014 年 6 月 26 日、2014 年 6 月 30 日分别转账收入嘉联商户清算款 406.8 元、99.22 元、992.2 元、992.2 元，2014 年 6 月 20 日结息 9.15 元。2014 年 7 月 1 日支出对公账户维护费 10 元，2014 年 7 月 11 日现金取款 2600 元。2014 年 8 月 1 日、2014 年 9 月 1 日分别支出对公账户维护费 10 元、共计 20 元。2014 年 9 月 20 日结息 9.38 元，2014 年 9 月 22 日转账收入嘉联商户清算款 456.41 元。2014 年 10 月 1 日、2014 年 11 月 1 日、2014 年 12 月 1 日分别支出对公账户维护费 10 元、共计 30 元。2014 年 12 月 20 日结息 9.3 元，截至 2014 年 12 月 31 日该账户余额为 10510.3 元；3、2015 年 1 月 1 日支出对公账户维护费 10 元，2015 年 1 月 4 日支出电子银行企业服务年费 625 元。2015 年 2 月 1 日、2015 年 3 月 1 日分别支出对公账户维护费 10 元、共计 20 元。2015 年 3 月 20 日结息 8.72 元。2015 年 4 月 1 日支出对公账户维护费 10 元，2015 年 4 月 20 日收取商户结算通过渡户（嘉联）款项 555.63 元。2015 年 5 月 1 日、2015 年 6 月 1 日分别支出对公账

户维护费 10 元、共计 20 元。2015 年 6 月 8 日收取商户结算通过渡户（嘉联）款项 2976.6 元，2015 年 6 月 20 日结息 9.52 元。2015 年 7 月 1 日支出对公账户维护费 10 元，2015 年 7 月 9 日现金取款 13300 元。2015 年 8 月 1 日、2015 年 9 月 1 日分别支出对公账户维护费 10 元，共计 20 元。2015 年 9 月 20 日结息 2.38 元，2015 年 10 月 1 日、2015 年 11 月 1 日、2015 年 12 月 1 日分别支出对公账户维护费 10 元、共计 30 元。2015 年 12 月 20 日结息 0.03 元，截至 2015 年 12 月 31 日该账户余额为 18.18 元；4、2016 年 1 月 1 日支出对公账户维护费 10 元，2016 年 1 月 29 日转账支出劳务费 5 元（均备注刘燕）。2016 年 2 月 1 日支出对公账户维护费 3.18 元，之后该账户无其他收支，截至 2016 年 11 月 30 日该账户余额为 0 元。

陈跃芬与重庆智恩教育咨询有限公司签订《借款协议》，该协议约定，陈跃芬向重庆智恩教育咨询有限公司于 2013 年 12 月 15 日提出借款申请，借款金额为 40 万元，借款期限为自 2013 年 12 月 15 日至 2014 年 12 月 14 日。经双方协商确定，本借款陈跃芬只能用于经营所用的流动资金。

2013 年 10 月 20 日，重庆楚天装饰工程有限公司向重庆智恩教育咨询有限公司开具了 30 万元装修费发票。

装修巡检记录载明，巡检人王世建于 2013 年 8 月 28 日至 2013 年 10 月 28 日就墙体改造、水电改造、灭火器配置、材料堆放等内容对国际社区（首钻）房号 14#-620-623 进行了巡检。该装修巡检记录上仅有王世建的签名。

编号 0000773、0020250、0005185 的收据载明，陈跃芬分别于 2013 年 12 月 5 日、2014 年 7 月 15 日、2014 年 11 月 15 日还款 30 万元、4.3 万元、4 万元。

2013 年 7 月 14 日，陈跃芬与承租方刘燕（代）、石云平（代）签订《租赁合同》，约定陈跃芬将其拥有的位于重庆市南岸区腾龙大道 25 号 14 栋（首钻 A 栋 6-20、6-21、6-22、6-23）出租，月租金 8440 元，租赁期自 2013 年 9 月 1 日至 2018 年 8 月 31 日止。

中国民生银行业务受理单显示，刘燕分别于 2013 年 11 月 27 日、2014 年 8 月 27 日向户名陈跃芬、账号 42×××11 的账户存入 25200 元、25200 元。案外人于 2015 年 5 月 26 日出具收条载明，今收到重庆智恩艺术培训有限公司 2015 年 6 月-2015 年 8 月房租 25200 元。

编号为 0006747 的收据载明，2013 年 12 月 11 日，交款人路远，收款方式现金，金额 9 万元，收款事由为收回借款。编号为 0000754 的收据载明，2013 年 12 月 12 日，今收到重庆智恩教育咨询有限公司 9 万还款，经收入路远。

二审审理中，被上诉人刘燕陈述，智恩公司的经营往来账目均通过刘燕本人的账户进行收支，刘燕于 2013 年 11 月 27 日、2014 年 8 月 27 日向户名陈跃芬、账号 42×××11 的账户存入的 25200 元、25200 元分别为三个月的租金。

以上事实，有现金缴款单、中国银行账户明细、《借款协议》、重庆市国家税务局通用机打发票、装修巡检记录、收据、《租赁合同》、中国民生银行业务受理单、收条、收据等证据及当事人的陈述佐证，足以认定。

本院认为，首先，本案系赵波主张因受到欺诈、重大误解而在违背真实意思的情况下订立了涉案《股权转让协议》，依照举证责任分配的基本原则，其应就收到欺诈的事实承担相应的举证责任。但在本案中，刘燕于智恩公司设立时即为该公司的股东，且具体负责该公司经营业务，故其显然持有智恩公司的经营情况及账目等材料，而赵波则不具备该举证能力。故具体到本案的举证责任分配，应由刘燕就其不存在出资不实或抽逃出资的事实进行举证，故对一审判决有关举证责任的分配问题，本院在此予以纠正。其次，关于刘燕与智恩公司的另两名股东是否存在恶意串通损害赵波利益的行为，该事实依据举证责任分配的基本原则，应由赵波举示证据证明。现赵波未举示充分的证据证明存在恶意串通的事实，其应当承担举证不能的不利后果。最后，关于刘燕是否存在抽逃出资的行为，本院认为，第一，现金缴款单证明刘燕已实际向重庆智恩教育咨询有限公司开立的账户缴存了 30 万

元出资款，结合重庆立信会计师事务所有限公司出具的验资事项说明，刘燕已足额履行了其股东出资的义务。第二，刘燕举示的陈跃芬与重庆智恩教育咨询有限公司的《借款协议》载明陈跃芬提出借款申请的时间为2013年12月15日，而重庆智恩教育咨询有限公司的银行账户明细中显示2013年10月30日转账支出了40万元，且未载明相应的对手信息，无法确认转账支出的40万元款项为上述《借款协议》项下的借款。同理，刘燕所举示的陈跃芬的还款收据显示陈跃芬共计还款38.3万元，与《借款协议》中的借款金额并不一致，且其中编号为0000773的收据显示陈跃芬于2013年12月5日即还款30万元，与上述借款申请时间明显矛盾，且上述还款均未进入重庆智恩教育咨询有限公司的账户。同时，刘燕虽举示了重庆楚天装饰工程有限公司于2013年10月20日开具的30万元装修费发票及装修巡检记录，但上述装修费发票的开具时间早于该司银行账户明细中载明的款项转账支出时间，装修巡检记录亦没有物业公司的盖章确认，刘燕也未举示相应的装修合同予以佐证，不能确认转账支出的款项系用于该司装修。第三，刘燕举示的编号为0006747的收据显示交款单位路远，收款事由为收回借款，而其举示的编号为0000754的收据显示路远收到重庆智恩教育咨询有限公司还款，二份收据载明的事项明显矛盾。同时，重庆智恩教育咨询有限公司的银行账户明细中显示转账支出的9万元款项用途为还款，备注为张强，上述二份收据与该银行账户明细显示的信息也不一致，刘燕亦未举示相应的借款合同等证据佐证该笔款项的支出情况，不能确认转账支出的9万元款项系重庆智恩教育咨询有限公司与路远之间的借款。第四，关于刘燕所举示的《租赁合同》，该合同承租方的签名为刘燕（代）、石云平（代），不能证明该《租赁合同》系重庆智恩教育咨询有限公司与陈跃芬之间的租赁关系，有关租金的收条亦非刘燕所称的该司房东陈跃芬所出具。同时，中国民生银行业务受理单中载明的金额与依据《租赁合同》的约定计算出的三个月的租金金额并不一致，且上述租金的支取也未进入重庆智恩教育咨询有限公司的账户。第五，从重庆智恩教育咨询有限公司的账户明

细可以看出，该账户在 2013 年 10 月 30 日即支出了 49 万元，并于 2015 年 7 月 9 日现金取款 13300 元。直至 2016 年 11 月 30 日，该账户除支出了基本账户维护费以及 1005 元劳务费（备注均为刘燕）外，并无其他的经营性收支，刘燕亦陈述该司的收支均是通过其个人账户进行。如前所述，刘燕举示的证据并不能充分证明重庆智恩教育咨询有限公司的 50 万元出资款系用于该司正常经营，根据《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第十二条：“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：（一）将出资款项转入公司账户验资后又转出；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（四）利用关联交易将出资转出；（五）其他未经法定程序将出资抽回的行为”之规定，刘燕虽足额履行了股东出资义务，但其在出资后将出资款项转出，且未举示充分的证据证明其将出资款用于了该司的正常经营，故本院认定，刘燕存在抽逃出资的行为。赵波在签订本案《股权转让协议》时并不知晓上述情况，刘燕并未举证其在签订上述《股权转让协议》时向赵波如实告知，故赵波在违背真实意思的情况下订立了上述《股权转让协议》。对赵波请求人民法院撤销《股权转让协议》的诉请，本院予以支持。

综上所述，因被上诉人刘燕在二审中举示了新证据，本院对案件事实进行了补充认定，并导致本院依法对一审判决进行改判。据此，依照《中华人民共和国合同法》第五十四条第二款，《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第十二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条、第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销重庆市江北区人民法院（2016）渝 0105 民初 1477 号民事判决；

二、撤销上诉人赵波与被上诉人刘燕于 2015 年 5 月 7 日签订的《重庆智恩艺术培训有限公司股权转让协议》。

一审案件受理费 2150 元，二审案件受理费 4300 元，均由被上诉人刘燕负担。

本判决为终审判决。

审判长 钟拯

审判员 章兴东

代理审判员 钟慧

二〇一七年三月七日

书记员 文苑

七、股东未缴足出资之前实施股权转让的法律风险及防范

◆问题概述

根据《公司法》的规定，我国已将公司注册资本的登记管理从“实缴登记制”调整为“认缴登记制”，注册资本的实缴没有期限限制，也没有认缴最低限额，也不再需要提供验资报告。注册资本认缴制的施行，对我国经济尤其是民营经济的发展产生了深远的影响，它进一步发挥了股东的意思自治作用，激发了投资热情，给经济发展注入了强劲的动力。但与此同时，我们发现，社会上出现了大量注册资本巨大但尚未完成足额实缴的公司。

认缴制一定程度上导致了股东履约信用下降、公司信用能力降低的情况。又由于公司法并没有限制未缴足注册资本的公司股权的转让，因此实践中存在大量未缴足出资而实施股权转让的情形。由于不少公司的前任、后任股东对此多存在误解，缺乏清晰的认识和谨慎处理，从而给此类股权转让留下了不少后遗症。

那么，未缴足出资的股权转让后，涉及到哪些主体的利益？有哪些风险？后续缴足出资的责任到底应由谁承担？对此又有什么解决方案？

论述股东未缴足出资之前股权转让的主要风险，有必要先了解股东未缴足出资之前实施股权转让的相关利益主体，以及股东未缴足出资之前所转让股权的性质问题。

1. 股东未缴足出资之前实施股权转让的利益主体

在股权转让时，涉及到的利益主体主要有：股权转让方（前任股东）、股权受让方（后任股东）、目标公司、公司其他股东、公司债权人等，由于股权转让涉及到税收征管的规定，因而还有税收征管部门。

2. 股东未缴足出资之前所转让股权的性质

根据《公司法》第三十四条规定，在没有特别约定的情况下，未缴足出资的股权在分红权和增资权方面受到限制。因此，未缴足出资

的股权是一种附继续缴纳出资义务和股东权利行使受到一定限制的股权。

◆主要风险

1. 股权转让方（原股东）的法律风险

（1）对公司补足出资的责任

无论未缴足出资股东与受让方之间是否约定补足出资责任的主体是谁，只要在未向公司补足出资之前，就不能免除转让方向公司补足出资的责任。具体为：

①未缴足出资股东未明示受让方其未缴足出资，受让方对受让股权出资不实也并不知道，此时补足出资的责任应由未缴足出资股东承担。

②受让方知道或应当知道受让股权并未缴足出资的，需承担补足出资的责任，受让方承担补足出资责任后，可以向转让方追偿。

如何判断受让方是否知情，公司法并没有明确、统一的标准。司法实践中，存在以下情形，法院一般会认定受让方对瑕疵出资事实知道或者应当知道：受让方为公司设立或增资时的股东；受让方无偿受让股权的；公司其他股东对转让方对外转让股权出具书面意见时陈述瑕疵出资事实或善意提醒第三人瑕疵出资事实；可通过公司登记档案、银行资信证明、会计师事务所出具的验资报告、审计报告等公开资料获悉瑕疵出资事实的；转让方、其他股东或公司已明确告知或在股权转让协议中已涉及此方面安排的；其他通过合理推断和商业惯例能够认定受让方知情的情况。

（2）对其他股东出资的连带责任

如果其他发起人或股东未履行出资义务的，在某种条件下，转让方仍应承担相应的连带缴付责任。

（3）对债权人的补充赔偿责任

在未全面出资范围内，需对公司债务不能清偿部分承担补充赔偿

责任。

（4）税务方面的风险

根据国家税务总局《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（2014年第67号）第十、十一、十二条的规定，主管税务机关核定股权转让收入的条件有两个：一是申报的股权转让收入明显偏低；二是无正当理由。因此若股权转让价格过低且无正当理由时，将会面临被税务部门调整纳税的风险。

2. 股权受让方（后任股东）的法律风险

（1）如果受让方知道或应当知道前任股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权的，公司或其他股东请求该股东履行出资义务，受让方即后任股东对此应承担连带责任。

（2）如果未按时缴足注册资本前实施股权转让，对受让方来说，存在对其他股东未按时足额缴足注册资本的违约责任风险。

（3）股东未履行出资或者未全面履行出资义务，除全体股东有特别约定的外，按照公司法相关规定，股东的分红权、新股优先认购权、剩余财产分配权等将按照实缴出资比例确定，股东的部分权利将受到限制。

◆解决方案

（一）股权转让方的角度

1. 转让股权时，转让方可与公司和受让方三方约定，公司认可受让股权的新股东作为后续实缴出资义务人，并就股东信息及时变更公司章程，如公司有出资协议则变更相应出资义务人条款，以明确新股东出资义务。同时，及时办理股权变更登记，在企业年报、审计报告等文件中及时披露公司股权变更相关信息。

2. 在股权转让协议中，也可与受让方约定由受让方承担未缴足注册资本的义务，如受让方未履行缴足义务给转让方造成损失的，转让方承担补足出资义务后，受让方除予以等额补偿外，同时应向转让方

承担较高的违约金，提高受让方的违约成本。可能的情况下，还可以让受让方向转让方提供一定的履约担保。

3. 在股权转让合同中，就实缴注册资本的责任和债务的清偿责任进行明确约定，以便将来承担责任后向约定的责任方追偿。

4. 注册资本是否缴足，是影响股权转让价款的一个重要因素，但即使注册资本未缴足，约定由受让方承担缴足出资的责任，约定的股权转让价格也不宜过低，尤其不要以 0 元价格转让，应以相对公允的价格进行交易。

5. 在股权转让协议中约定，如后续税务部门要求补缴税款的，由受让方予以承担。

（二）股权受让方的角度

1. 加强交易前尽职调查

在受让股权前，对公司和股东进行详细尽职调查，其中重点调查公司债务和股东出资问题。除了要求原股东提供公司章程及《股东协议》或《出资协议》，核实原股东的出资义务外，还应让原股东提供历次出资的《评估报告》《验资报告》，核实出资是否真实、无瑕疵。对可能承担的缴纳出资责任进行权衡评估，若不愿承担缴足出资的义务，则约定由转让方补足出资后再进行转让。

2. 对分红等资本收益权受到限制的风险防控

在签署股权转让文件时，与转让方就谁履行补足出资义务进行协商。同时对公司的经营情况进行多方了解，对持有股权带来的收益与可能承担的缴纳出资责任进行权衡评估。若收益甚小，可以约定由转让方补足出资后再行转让；若收益可观，由受让方承担出资补足义务也未尝不可。

3. 对税务部门调整股权价格的风险防控

建议约定的股权转让价格应以相对公允的价格进行转让交易，尤其不要以 0 元价格转让。同时可对可能存在的税务机关调整纳税事项

涉及的缴税责任进行明确约定。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国公司法》

第三条 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。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。

第二十六条 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。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、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

第二十八条 股东应当按期足额缴纳公司章程中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。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

第三十四条 股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东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分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

（二）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》

第十三条 股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。

公司债权人请求未履行或者未全面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的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务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。

股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追偿。

股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的，人民法院应予支持；董事、高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。

第十六条 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。

第十八条 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。

受让人根据前款规定承担责任后，向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的，人民法院应予支持。但是，当事人另有约定的除外。

（三）《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（2014年第67号）

第十条 股权转让收入应当按照公平交易原则确定。

第十一条 符合下列情形之一的，主管税务机关可以核定股权转让收入：

（一）申报的股权转让收入明显偏低且无正当理由的；

（二）未按照规定期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期仍不申报的；

（三）转让方无法提供或拒不提供股权转让收入的有关资料；

（四）其他应核定股权转让收入的情形。

第十二条 符合下列情形之一，视为股权转让收入明显偏低：

（一）申报的股权转让收入低于股权对应的净资产份额的。其中，被投资企业拥有土地使用权、房屋、房地产企业未销售房产、知识产权、探矿权、采矿权、股权等资产的，申报的股权转让收入低于股权对应的净资产公允价值份额的；

（二）申报的股权转让收入低于初始投资成本或低于取得该股权所支付的价款及相关税费的；

（三）申报的股权转让收入低于相同或类似条件下同一企业同一股东或其他股东股权转让收入的；

（四）申报的股权转让收入低于相同或类似条件下同类行业的企业股权转让收入的；

（五）不具合理性的无偿让渡股权或股份；

（六）主管税务机关认定的其他情形。

◆相似案例

荣成市华达钢材有限公司与陕西有色建设有限公司、威海有色科技园开发建设有限公司等买卖合同纠纷案

中华人民共和国最高人民法院民事裁定书

（2016）最高法民申 2526 号

再审申请人（一审被告，二审上诉人）：陕西有色建设有限公司。

法定代表人：卢晓岚，该公司董事长。

委托诉讼代理人：郭朝阳，陕西时代建功律师事务所律师。

被申请人（一审原告，二审被上诉人）：荣成市华达钢材有限公司。

法定代表人：杨桂凤，该公司总经理。

委托诉讼代理人：国辉，山东弘誉律师事务所律师。

委托诉讼代理人：王升，山东弘誉律师事务所律师。

被申请人（一审被告）：威海有色科技园开发建设有限公司。

法定代表人：孙波，该公司董事长。

被申请人（一审被告）：青岛同舟泛华投资有限公司。

法定代表人：孙波，该公司董事长。

再审申请人陕西有色建设有限公司（以下简称有色建设公司）与被申请人荣成市华达钢材有限公司（以下简称华达公司）、威海有色科技园开发建设有限公司（以下简称有色科技园公司）、青岛同舟泛华投资有限公司（以下简称泛华公司）买卖合同纠纷一案，不服山东省高级人民法院(2016)鲁民终 1168 号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。

有色建设公司申请再审称，一、原审判决将两个不同种类的诉予以合并审理，适用法律错误。华达公司依据与有色科技园公司签订的《钢筋采购合同》起诉有色科技园公司，请求有色科技园公司履行合同义务；同时又一并起诉有色科技园公司的股东即有色建设公司承担未完全出资的股东侵权责任。而请求履行合同义务与承担股东侵权责任不属于共同诉讼，因此，原审将两项诉讼请求合并审理缺乏法律依据。最高人民法院在审理与本案诉讼相同的（2015）民一终字第 185 号案件中，作出的民事裁定认为两种不同种类的诉请，不属于民事诉讼法规定的共同诉讼。原审将两种不同的诉合并审理，与最高人民法院审理同类案件的认定相悖，程序违法。二、原审判决有色建设公司对本案承担补充赔偿责任，适用法律错误。本案中，华达公司与有色科技园公司之间的买卖合同纠纷在没有审结前，华达公司是否为有色科技园公司的合法债权人尚无定论。而且，华达公司在原审中未提供证据证明有色科技园公司不能清偿债务。因此，在华达公司对有色科技园公司的债权尚未确认，且不能确定有色科技园公司对本案债权不能清偿的情况下，不应判决股东承担补充赔偿责任。三、原审判决认

定的基本事实缺乏证据证明。原审中，华达公司为证明其所供钢材的数量及价款，提交了《材料设备采购计划及批价表》、《收料单》等证据。但《材料设备采购计划及批价表》仅反映华达公司及有色科技园公司对该批价表中的钢材价格予以确认，不能证明华达公司实际的钢材供应量。而《收料单》中则没有合同双方当事人的签章确认，不能成为有效证据。原审判决根据上述证据认定本案钢材供应量及价款，缺乏证据证明。综上，原审判决适用法律错误，认定的基本事实缺乏证据证明。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项之规定，申请再审本案。

华达公司提交书面意见称，原审判决认定事实清楚，适用法律适当。一、华达公司根据《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第十三条第二款的规定，请求有色建设公司承担本案责任有法律依据。二、最高人民法院（2015）民一终字第185号民事裁定认定的事实与本案没有关联性。三、原审判决认定华达公司供应钢材的数量及价款有事实依据。原审中有色科技园作为本案买卖合同的直接当事人，对于华达公司主张的钢材所供数量和主张的欠款本金均明确表示认可，且华达公司提供的《材料设备采购计划及批价表》是双方当事人的供货结算表，亦能够证明本案钢材供应数量。四、有色科技园公司在本案债权到期后未能清偿，构成不能清偿到期债务。

本院经审查认为，本案中，华达公司在与有色科技园公司签订《购销钢筋合同》后，依约履行了其供货义务，但是，有色科技园公司在收到华达公司的钢材后未支付钢材款。为此，双方形成债权债务关系，华达公司依法享有向有色科技园公司主张其所欠的钢材款。有色科技园公司成立时注册资金为5000万元，作为股东之一的有色建设公司认缴的出资额为2550万元，占有色科技园公司全部股份的51%。而有色建设公司对于其认缴的出资额，仅在公司成立时投入了510万元，对于剩余应投入的出资2040万元一直未补足。根据《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第十三条第二款的规定，公司债权人请求未履行或者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，人民法院应予支持。故在有色科技园公司未能依约向华达公司支付本案钢材款的情况下，华达公司作为有色科技园公司的债权人，请求未全面履行出资义务的股东即有色建设公司，在未出资范围内对本案债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，符合法律规定。原审判决基于有色科技园公司未支付案涉钢材款以及有色建设公司未全面履行出资义务的事实，判决有色建设公司在未出资范围内对本案债务承担补充赔偿责任，适用法律并无不当。

就本案钢材的供应数量及欠付的钢材款，华达公司提供了《材料设备采购计划及批价表》、《收料单》等证据，原审中，有色科技园公司对于收到华达公司供应的钢材和应当支付的钢材款本金表示认可，只是对于利息和罚息抗辩不应支付。同时，有色科技园公司并陈述华达公司所供应的钢材其已用于在建工程。据此，原审判决根据上述证据并结合有色科技园公司的自认，确认本案钢材供应数量及应付款，有事实依据。

综上，有色建设公司的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项的规定，本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款、《最高人民法院关于适用的解释》第三百九十五条第二款规定，裁定如下：

驳回陕西有色建设有限公司的再审申请。

审判长 陈佳

审判员 张爱珍

代理审判员 杨心忠

二〇一六年十一月三日

书记员 马赫宁

八、股东隐名出资（股权代持）的法律风险及防范

◆问题概述

随着市场经济不断深入发展，人们参与市场活动的积极性和主动性不断增强，为了规避投资过程中的不利因素，部分投资者选择了由他人代为持有股权即股权代持，由此衍生出隐名股东和名义股东两种股东类型。隐名股东，是指根据与名义股东的约定，向公司实际出资，但是并不显露于具有公示效力文件中的人。与其相对的是名义股东，即登记于股东名册及公司登记机关的登记文件，但事实上并没有向公司出资的人。股权代持现象产生的原因主要基于以下几个方面：

第一，为了规避我国现有的限制性规定或享受政府的优惠政策。以外商投资者为例，我国法律对外商投资的领域和渠道做了细致的分类，在有些领域内，是限制或者禁止外商投资的。而已经身处这些领域内的外商投资者，不想放弃眼前良好的收益和投资机会，所以选择以隐名股东的身份，继续参与投资。部分公务员进行投资，由于违反相关规定，也会选择隐名投资的方式。

第二，由于我国法律对有限责任公司股东人数有明确的限制，如果有限责任公司的实际出资人人数众多，就会导致部分出资相对较少的投资人不得不成为隐名股东。

第三，投资人由于主观上的原因，不愿对外公开自己的实际经济情况而自愿成为隐名股东。

第四，某些公司设置虚拟股权，或实施不规范的股权激励、送“干股”等，也可能造成隐名投资。

而隐名股东作为实际出资人，相对于公司法中的股东而言，其权利并没有得到法律的充分保护。由此，在实践中易引发的隐名股东与名义股东之间、隐名股东与公司之间、隐名股东与第三人之间的纠纷也日益剧增。股东在隐名出资时，需要将各种风险防范措施提前做好，一旦有纠纷出现也可使自身利益得以充分保障。

◆主要风险

（一）《股权代持协议》因违反法律强制性规定而无效的风险

如果股权代持的目的在于以合法形式掩盖非法目的或规避法律行政法规的强制性规定的，比如外资为规避市场准入而实施的股权代持、以股权代持形式实施的变相贿赂等，那么该股权代持协议最终可能会被认定无效。

（二）名义股东恶意侵害隐名股东权益的风险

名义股东滥用经营管理权、表决权、分红权、增资优先权、剩余财产分配权等权利，甚至会出于对自己利益的考虑而擅自将其所持有的股权出让或质押，这都会损害实际出资人的利益。

（三）隐名股东身份难确定及显名程序复杂进而难以向公司主张权益的风险

作为实际投资者，理应可以从自己的投资行为中获得回报和收益，但是这份收益不完全等同于股东的权益，这份投资权益只能基于股权代持协议向名义股东主张，不能直接向公司主张。实际投资人想要撤销与名义股东之间股权代持关系，并恢复股东资格，可能会面临两重障碍：第一是其他股东未有过半数同意；第二是其他股东要求行使优先购买权。

（四）名义股东自身经济家庭问题的法律风险

1. 名义股东自身出现不能偿还债务的情形时，法院和其他有权机关依法查封其代持的股权，并将代持的股权用于偿还名义股东的债务。
2. 名义股东离婚或死亡时，则其名下的股权作为遗产有可能涉及到继承或离婚分割的法律纠纷，实际出资人则有可能会卷入相关纠纷案件。

◆解决方案

（一）确保《股权代持协议》的有效性

隐名股东与名义股东之间《股权代持协议》的有效性，是名义股

东代替隐名股东主张权利的基础，协议内容应当无法律行政法规规定的合同无效的情形。

（二）对于名义股东恶意侵害隐名股东权益风险的防范

1. 隐名股东应当找寻自己信任的人，并在《股权代持协议》中提早明晰双方的权利义务以及名义股东对于股权的行使方式，比如名义股东行使表决权、优先购买权等，都必须先向隐名股东进行详细的汇报，经隐名股东的书面同意后，方可按照隐名股东的意思表示代为行使股东权利。同时还可以通过《股权代持协议》约定严格违约责任和高额违约金等，并将协议进行公证，借此来约束名义股东的行为。

2. 公司章程能约束高级管理人员、董事、股东以及公司，想要最大程度地保证隐名股东的权益，必须对公司章程进行完善。在公司章程中应详细规定股权转让的时间、程序、步骤和方式等来限制名义股东擅自处分其代持的股权，并清楚标注，一旦名义股东因转让股权致使公司受损，则由其自身全权负责，这样能够对名义股东的行为进行有效约束，预防发生纠纷。

3. 排除名义股东的财产权，目的是防止名义股东行使其名下股权的财产所有权，如果名义股东出现意外死亡、离婚分割等情况，其代持的股权不是他的个人财产，也就不能作为遗产或者共同财产进行分割。这样就确保了隐名股东的财产所有权。

4. 在《股权代持协议》签订过程中，根据隐名股东的实际情况，将名义股东的代持股权提前办理质押担保给隐名股东或隐名股东指定的第三方，确保名义股东无法擅自将实际出资人的股权向第三方转让或担保。设立股权质押后，名义股东的债权人在行使债权时，也可确保隐名股东的财产不会被法院强制执行。即使由于某些客观原因，如法院因继承分割或者执行拍卖股权，实际出资人也可以利用质押权，获得股权的优先受偿权。

5. 隐名股东可利用信托公司“股权托管”的特点，由实际出资人

与信托公司签订股权托管协议，之后由信托公司完成实际应由隐名股东与显名股东或是其他股东共同签订的合同，最后的股权收益归隐名股东所有。

（三）隐名股东身份难确定及显名程序复杂进而难以向企业主张权益的风险防范

1. 为了防止名义股东在实际出资人不知情的情况下擅自行使股东权利，如果条件许可应当告知公司的其他股东或者由其他股东在协议上书面认可，这样其他股东也可以制止名义股东的违约行为。而且，如果名义股东私下将股权出让给了其他股东，实际出资人也可以其他股东知情而恶意受让为由宣告转让无效而取回股权。

2. 为了防范名义股东损害实际出资人的权益，实际出资人一方面要注意搜集和保存相关的股权代持关系的协议或者证据，比如公司登记资料、股东会决议、验资证明、出资证明、股权代持协议等；另一方面，要和名义股东签订严谨、全面的股权代持协议，并办理公证。如果法院冻结代持股权或名义股东严重违约，隐名股东要及时提出执行异议或者提起诉讼来保障自己的合法权益。

（四）名义股东自身经济、家庭问题法律风险的防范

1. 为最大限度地降低风险，隐名股东和名义股东应当在《股权代持协议》中就一方当事人死亡后的协议效力、纠纷解决事项进行明确约定。例如，名义股东死亡，其继承人继承了股权，应当按照约定的价格对实际出资人进行补偿；实际出资人死亡，名义股东可以按照协议的约定向其继承人主张报酬等。

2. 为了更好地解决代持股权继承问题，公司章程可以约定继承人的相关资格、年龄等条件，还可以在章程中设置股权退出机制或设置其他股东的优先购买权。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国合同法》

第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

- （一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- （二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- （三）以合法形式掩盖非法目的；
- （四）损害社会公共利益；
- （五）违反法律、行政法规的强制性规定。

（二）《中华人民共和国公司法》

第三十二条 有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：

- （一）股东的姓名或者名称及住所；
- （二）股东的出资额；
- （三）出资证明书编号。

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。

公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

第七十五条 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。

（三）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》

第二十二条 当事人向人民法院起诉请求确认其股东资格的，应当以公司为被告，与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼。

第二十三条 当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，应当证明以下事实之一：

- （一）已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强

制性规定；

（二）已经受让或者以其他形式继受公司股权，且不违反法律法规强制性规定。

第二十四条 当事人依法履行出资义务或者依法继受取得股权后，公司未根据公司法第三十二条、第三十三条的规定签发出资证明书、记载于股东名册并办理公司登记机关登记，当事人请求公司履行上述义务的，人民法院应予支持。

第二十五条 有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。

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。

第二十六条 名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

【关联：《物权法》第一百零六条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

- （一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；
- （二）以合理的价格转让；
- （三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，

不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

【当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。】

第二十七条 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。

第二十八条 股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，受让股东以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

原股东处分股权造成受让股东损失，受让股东请求原股东承担赔偿责任、对于未及时办理变更登记有过错的董事、高级管理人员或者实际控制人承担相应责任的，人民法院应予支持；受让股东对于未及时办理变更登记也有过错的，可以适当减轻上述董事、高级管理人员或者实际控制人的责任。

第二十九条 冒用他人名义出资并将该他人作为股东在公司登记机关登记的，冒名登记行为人应当承担相应责任；公司、其他股东或者公司债权人以未履行出资义务为由，请求被冒名登记为股东的承担补足出资责任或者对公司债务不能清偿部分的赔偿责任的，人民法院不予支持。

（四）《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）》

第十六条 有限责任公司的自然人股东因继承发生变化时，其他

股东主张依据公司法第七十一条第三款规定行使优先购买权的，人民法院不予支持，但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。

◆相似案例

王成、倪士东与安徽阜阳华纺和泰房地产开发有限公司等股东资格确认纠纷案

中华人民共和国最高人民法院民事判决书

（2014）民二终字第 185 号

上诉人（一审原告）：王成。

委托代理人：冉彬，北京市子悦律师事务所律师。

上诉人（一审第三人）：倪士东。

委托代理人：齐建慧，北京国宏（天津）律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：安徽阜阳华纺和泰房地产开发有限公司。

住所地：安徽省阜阳市颍**河东办向阳路****。

法定代表人：蒋存基，该公司董事长。

一审第三人：华纺房地产开发公司。住。住所地：北京市东城区正义路**/div>

法定代表人：周增根，该公司总经理。

一审第三人：北京华纺和城房地产开发有限公司。住所。住所地：北京市房山区长阳镇水碾屯村二村 div>

法定代表人：周增根，该公司总经理。

一审第三人：武汉利鑫达科贸有限公司。住所。住所地：湖北省武汉市东湖开发区鲁磨路**国光大厦**div>

法定代表人：蒋存基，该公司董事长。

以上四公司的共同委托代理人：苏海峰、张蕾，均为北京肇文律师事务所律师。

一审第三人：阜阳市源远房地产开发有限责任公司。住所地：。

住所地：安徽省阜阳市颍**北京东路幸福花苑**楼**v>

法定代表人：张辉，该公司董事长。

委托代理人：张海峰，该公司员工。

委托代理人：王明义，安徽法汇律师事务所律师。

一审第三人：张辉，男，汉族，1957年10月10日出生，住安徽省阜阳市颍**幸福村路幸福小区*****。

委托代理人：王明义，安徽法汇律师事务所律师。

上诉人王成、倪士东因与被上诉人安徽阜阳华纺和泰房地产开发有限公司（以下简称和泰公司）、一审第三人华纺房地产开发公司（以下简称华纺公司）、北京华纺和城房地产开发有限公司（以下简称和城公司）、武汉利鑫达科贸有限公司（以下简称利鑫达公司）、阜阳市源远房地产开发有限责任公司（以下简称源远公司）、张辉股东资格确认纠纷一案，不服安徽省高级人民法院（以下简称一审法院）（2013）皖民二初字第00006号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员王慧君担任审判长，审判员刘崇理、代理审判员李玉林参加的合议庭进行了审理，书记员杨立超担任记录。本案现已审理终结。

一审法院经审理查明：2010年11月28日、2011年4月29日，华纺公司与源远公司就联合竞买及运作阜阳市原东方宾馆地块房地产开发用地的国有土地使用权事宜，分别签订《合作协议书》及《补充协议》约定：双方同意以华纺公司名义报名参与案涉项目竞买，挂牌及拍卖的报价区间由源远公司确定；若项目由华纺公司竞得，则双方应按照规定及时在项目所在地设立项目公司，由项目公司作为项目的实际操作主体；项目公司正常运作后，华纺公司按照双方约定将其所持有的项目公司股份转让给源远公司或其指定的第三方，项目的实际开发建设由源远公司投资完成。竞买运作程序：协议签署后三日内，源远公司向华纺公司支付项目前期费用100万元，作为华纺公司提供品牌合作的报酬，当华纺公司报名参与项目竞买并按照源远公

司书面出具的竞买报价区间出价后，则不论是否竞得项目，该前期费用均不退还；项目公告后 3 日内，源远公司应将竞买保证金汇至华纺公司指定账户，华纺公司应在保证金到账后 3 日内将保证金按照规定交纳到项目所在地土地管理部门；竞买程序开始后，华纺公司应按照源远公司书面确认的竞买报价区间出价并参与竞买，若竞得项目，源远公司应在规定时间内补足应付的剩余地价款，同时双方应在获得成交确认书后 1 个月内注册成立项目公司；若华纺公司未竞得项目，则在收到土地管理部门退回的竞买保证金后 3 日内将保证金返还至源远公司指定的账户，协议即行终止。

公司设立、出资及股权转让：项目公司注册资金 800 万元，由华纺公司及其指定公司共同出资，其中华纺公司出资 160 万元，占 20% 股权，华纺公司指定公司出资 640 万元，占 80% 股权；华纺公司及其指定公司的出资由源远公司垫付，不需为设立项目公司实际支付注册资金。项目实际开发建设过程中，以项目公司名义交纳的土地出让金以及项目开发所需其它资金全部由源远公司提供，华纺公司不承担按项目公司股权比例提供建设资金的责任。项目公司设立后 2 个月内，双方应尽快将华纺公司及其指定公司持有的项目公司全部股权转让给源远公司或其指定第三方；股权转让总价 1200 万元，由受让方支付给华纺公司，其中注册资金 800 万元由华纺公司及其指定公司返还给源远公司，剩余 400 万元为华纺公司及其指定公司股权转让溢价收益，由华纺公司自行支配。在项目公司设立后至股权转让完成之前，项目公司的经营管理权由华纺公司享有，项目公司全部资料和印鉴由华纺公司所派人员管控；股权转让完成之后，项目公司经营管理权归源远公司，全部资料和印鉴交付给源远公司。股权转让完成后，项目公司及项目运作、开发、营销所涉的任何经营风险和一切法律责任以及收益均由源远公司享有或承担，与华纺公司无任何关系。协议约定的项目公司股权结构设置及股权变更方式是经过源远公司充分了解和慎重考虑后，由其提出的，源远公司

承诺对因股权结构设置和股权变更方式所造成的一切后果包括但不限于土地出让终止、前期投入损失等全部予以承担，并不据此向华纺公司及其指定公司主张任何权益；如因国家政策、法律、法规等非华纺公司原因导致项目公司股权转让不能完成，则双方同意共同以项目公司作为开发主体实际完成项目的开发建设，双方按照在项目公司的股权比例实投项目开发建设所需资金；源远公司同意由华纺公司实际拥有项目公司及项目开发建设的操盘运作权，由华纺公司委派人员担任项目公司总经理，全权负责项目开发建设经营管理工作，具体责、权、利等事项双方另行签订补充协议明确。协议还约定了违约责任等其他内容。

2011年3月21日，源远公司法定代表人张辉与王成、袁会敏就上述土地使用权竞买保证金8160万元及项目后续开发签订《合伙协议书》，约定：主要联营单位华纺公司、源远公司，合伙期限自协议签订之日起至项目完全清算完毕之日止；张辉、王成以现金共同出资6120万元，袁会敏以现金出资2040万元，于2011年3月25日前交齐，并根据投资额按股份比例按时补足后续资金；盈余按投资比例分配，合伙债务先以合伙财产偿还，不足清偿按比例承担。协议还约定了入伙、退伙、出资转让及合伙人的权利义务、违约责任等内容。

2011年3月29日，张辉、王成、倪士东签订《股东合作协议书》及《阜国土（挂）告字（2011）03号：土地编号：（2011）-6项目合伙协议书》（以下简称《合伙协议》）。《股东合作协议书》约定：三方各出资25%共占8160万元总股权的75%，与袁会敏的2040万元出资占总股权的25%，达到四方共同出资100%的股权比例；三方确保在报名期间共同筹款6120万元，三方平均共同承担实际筹款费用，若项目土地未取得，由此产生的先期开支及费用三方平均承担；三方并按股权比例全额出具后续资金；项目运作期间开支透明、账户共管、加盖印鉴等。《合伙协议》约定：主要联营单位华纺公司、源远公司，

合伙期限自协议签订之日起至项目完全清算完毕之日止；合伙人张辉、王成、倪士东以现金方式共同出资 6120 万元，各合伙人出资于 2011 年 3 月 29 日前交齐，并根据投资额按股权比例按时补足后续资金，账户共管，加盖印鉴；三方融资无论款额大小，均由三方共同平均承担偿还本金及利息，若项目土地未取得，由此产生的所有先期开支及费用三方平均承担；盈余按投资比例分配，合伙债务先以合伙财产偿还，合伙财产不足清偿时，按比例承担。协议还约定了入伙、退伙、出资转让及合伙人的权利义务、违约责任等内容。

2011 年 4 月 1 日，华纺公司向源远公司出具收据，收到源远公司 8160 万元。2011 年 4 月 2 日，华纺公司向阜阳市国土资源局交纳案涉土地使用权竞买保证金 8160 万元。2011 年 4 月 21 日，华纺公司以 1.52 亿元的总价竞得案涉土地使用权，交纳的 8160 万元竞买保证金转为受让土地定金。2011 年 5 月 6 日，和泰公司登记成立，注册资金 800 万元，华纺公司出资 160 万元，占 20% 股权，和城公司出资 640 万元，占 80% 股权。2011 年 7 月 22 日，和泰公司与阜阳市国土资源局签订《国有建设用地使用权出让合同》。2011 年 8 月 17 日，和泰公司缴纳剩余土地出让金 7040 万元；2011 年 9 月 1 日，和泰公司缴纳契税 608 万元；2011 年 9 月 15 日，和泰公司缴纳滞纳金 49.28 万元。上述款项均为张辉、袁会敏、王成、倪士东等实际支付。

袁会敏于 2011 年 3 月 28 日向王成账户付款 2040 万元，2011 年 8 月 17 日向王成账户付款 1760 万元，2011 年 9 月 1 日向王成账户付款 152 万元，用于交纳案涉土地竞买保证金、土地出让金和契税。

2011 年 8 月 15 日，张辉、张海峰、薛淑云为借款人向利鑫达公司借款 5000 万元，期限 6 个月，月息 4%，和泰公司为该借款提供保证担保。借款到期后张辉等未能偿还。

2012 年 4 月 20 日，华纺公司与张辉、王成、倪士东、袁会敏、戎泽芳、孙勇、周胜等就案涉项目的后续开发及利鑫达公司 5000 万

元借款偿还事宜进行协商。协商中张辉、王成、倪士东提出由华纺公司实投 20% 的资金、利鑫达公司的债务由倪士东筹措资金偿还的意向，华纺公司未予同意。后各方达成将利鑫达公司 5000 万元借款转为和泰公司相应股权的意向。同日，张辉、王成、倪士东、袁会敏、戎泽芳、孙勇、周胜签订《关于推进“阜阳东方国际广场”项目实施方案》，确认：土地总成本 1.5808 亿元，其中土地出让金 1.52 亿元，契税 608 万元；出资比例：利鑫达公司 5000 万元，袁会敏、戎泽芳、孙勇、周胜 3952 万元，张辉、王成、倪士东 6856 万元；请利鑫达公司操盘，其他出资方派代表，华纺公司监督，组建项目班子；实施过程中所需资金按出资比例出资；项目产生利润后，优先返还成本，利润按出资比例分配；王成、张辉所欠利鑫达公司的利息 1600 万元，由王成、张辉二人从产生的利润中偿还；项目前期费用袁会敏、戎泽芳、孙勇、周胜承担 25%，张辉、王成、倪士东承担 75%；方案实施后袁会敏、戎泽芳、孙勇、周胜的债权债务与源远公司无关。2012 年 6 月 6 日，和城公司与利鑫达公司签订股权转让协议，和城公司将其持有的和泰公司 32% 股权转让给利鑫达公司。和泰公司就双方股权转让到工商行政管理部门办理了股权变更登记，和泰公司的法定代表人亦由谢华玉变更为蒋存基。至此，和泰公司登记的股权情况为：华纺公司持有 20% 股权，和城公司持有 48% 股权，利鑫达公司持有 32% 股权。

2013 年 4 月 13 日，和泰公司法定代表人蒋存基向王成出具《和泰公司股东投资确认书》，主要内容为：根据王成提供的银行转账凭据，确认王成向和泰公司交纳土地款（含税费）785.28 万元，占总土地款（含税费）的 5%；经公司确认王成享有公司 5% 原始土地款（含税费）出资，并于适当时机进行工商登记，具体股份最终以总投资核实；王成经源远公司交纳 5570 万元土地款另行确认股份。

2013 年 8 月 1 日，华纺公司、和泰公司、利鑫达公司、张辉、王成、袁会敏、戎泽芳、周胜就案涉项目推进及和泰公司的股权问题

召开协商会。会上张辉代表源远公司向华纺公司提交《确认函》，内容为：根据源远公司与华纺公司签订的《合作协议书》及《补充协议》，源远公司确认：一、利鑫达公司持有和泰公司 32%股权（已办理工商变更登记）。二、袁会敏、周胜、戎泽芳、孙勇共持有和泰公司 25%股权（具体比例为袁会敏 6.25%、周胜 7.5%、戎泽芳 9.25%、孙勇 2%），但前述股权需一次性办至前述主体作为股东新设立的公司名下。三、剩余和泰公司 43%股权，工商注册备案在源远公司名下，待倪士东、王成、张辉、张海峰等实际投资人和相关债权人之间的纠纷解决完毕或各方主体协商一致且经华纺公司同意后再行处理；关于尚欠利鑫达公司 1600 万元款项，由剩余 43%股权的实际投资人在和泰公司首次分红时优先偿还给利鑫达公司。同日，与会各方形成《会议纪要》，主要内容为：一、经华纺公司、和泰公司、利鑫达公司商议，同意源远公司法定代表人张辉的表述，转让给小股东（袁会敏、周胜、戎泽芳、孙勇四人）25%股权，根据华纺公司与源远公司 2012 年 4 月 20 日达成的《关于推进“阜阳东方国际广场”项目实施方案》，源远公司及其相关合伙人、债权人拥有的 43%股权暂仍由华纺公司、和城公司按照相关协议约定代持，但涉及争议的 43%股权的转让、变更，必须在无争议、无诉讼的情况下方可办理。二、项目下一步所需启动资金 2500 万元，原则上按照利鑫达公司 32%，源远公司及其相关合伙人、债权人 43%，小股东（袁会敏、周胜、戎泽芳、孙勇四人）25%的比例出资，在纪要签订 15 日内按比例汇到和泰公司账上；如上述各方不能按期按照股权比例出资，将由和泰公司融资，融资成本不高于年利率 24%，公司营销后必须优先偿还。三、源远公司与其合伙人、债权人应尽快解决剩余 43%股权争议问题。四、小股东（袁会敏、周胜、戎泽芳、孙勇四人）在源远公司出具 25%股权确认函后，不再向源远公司和华纺公司主张任何款项，源远公司也不再就 25%股权向华纺公司主张任何款项。五、在华纺公司 20%股权未经工商变更登记前，

华纺公司依据 2010 年 11 月 28 日与源远公司签订的《合作协议书》负责项目的操盘。六、和泰公司法定代表人仍由蒋存基担任，经营班子由华纺公司派人组成，各股东派一名代表进入项目公司管理层。

一审法院另查明：张辉、王成、倪士东合伙期间，除利鑫达公司的 5000 万元借款外，源远公司、张辉、张海峰、王成、倪士东分别或共同向外大量借款用于支付案涉土地使用权出让金、契税及其他费用，部分借款汇入王成账户。经张辉、王成确认，截至 2012 年 4 月底外欠款（含利息）合计 10699 万元。2011 年 5 月 16 日，源远公司、张辉、张海峰、王成与倪士东签订《协议书》，确认倪士东占有案涉项目所有出资额的 25%，并根据该比例享受该项目的权利及承担义务，源远公司指定倪士东从华纺公司及和城公司收购其享有的 25% 股权，并办理股权变更事宜。源远公司、张辉、张海峰、倪士东在《协议书》上盖章、签名。同日，源远公司、张辉、王成出具《确认书》，确认张辉、王成及倪士东共占案涉项目所有出资额（1.5808 亿元）的 75%，倪士东占案涉项目所有出资的 25%，并根据该比例享受该项目的权利及承担义务。王成于 2012 年 11 月 9 日分别在《协议书》及《确认书》上签名并批注：按原合作协议执行。

2013 年 2 月，王成以和泰公司为被告，以华纺公司、和城公司、利鑫达公司、源远公司为第三人，向一审法院提起诉讼，请求：一、确认王成出资 6355.28 万元占和泰公司名下案涉土地使用权出让金总价的 40%，并将该 40% 确认为王成向和泰公司实际出资股权；二、判决王成所占和泰公司上述股权从和城公司持有的 48% 股权中扣除；三、判决和泰公司及其合法股东限期对王成所占和泰公司股权作工商变更登记。后一审法院依法追加张辉、倪士东为第三人参加诉讼。

一审诉讼中，各方当事人对袁会敏、周胜、戎泽芳、孙勇共出资 3952 万元，占和泰公司 25% 的股权的事实均不持异议。华纺公司、和城公司、和泰公司表示，只要张辉、王成等实际投资人达成一致意见，

其可以按源远公司的要求将剩余43%股权变更至源远公司指定的人员名下；利鑫达公司对此亦不持异议。张海峰表示，其在案涉协议履行中的行为均是代表其父亲张辉履行协议的行为，其本人不享有协议的权利义务。

一审法院认为本案争议焦点为：王成能否确认为和泰公司的股东；如果王成能确认为和泰公司的股东，其享有的股权份额是多少。

一、关于王成能否确认为和泰公司的股东。本案系王成以其为案涉项目实际投资人及和泰公司的实际股东为由，请求确认其享有和泰公司股权的股东资格确认之诉。和泰公司设立之前相关当事人为竞拍案涉项目土地使用权及设立、运作和泰公司所签订的协议的效力如何，不影响和泰公司设立的事实及效力，亦不影响相关当事人依据相关协议向案涉项目投资的事实、效力及当事人之间、当事人与和泰公司之间关系的认定。故对当事人之间合作协议、合伙协议的效力，本案中不予评判。根据源远公司与华纺公司的协议，华纺公司以自己名义竞拍案涉项目土地使用权，并与其子公司和城公司共同设立项目公司，但竞拍案涉土地使用权的资金、设立项目公司的资金及项目开发的资金均由源远公司承担，华纺公司、和城公司不承担出资义务亦不享有投资权益；项目公司成立后华纺公司、和城公司应将项目公司的股权转让给源远公司或其指定的第三方。上述约定表明，华纺公司、和城公司并非案涉项目及和泰公司的实际出资人，并不真正享有案涉项目及和泰公司的权利，是和泰公司的名义股东；源远公司是案涉项目及项目公司的实际出资人，享有案涉项目及和泰公司的实际权利，是和泰公司的实际股东。基于合作协议源远公司与华纺公司、和城公司之间成立股权代持关系。为履行源远公司与华纺公司的协议，实际出资竞拍案涉土地使用权、设立项目公司开发案涉项目，源远公司法定代表人张辉分别与袁会敏、王成、倪士东签订协议，约定由四人实际承担竞拍案涉土地使用权及项目开发的出资义务，并享有投资权益。源

远公司实际接受张辉、袁会敏、王成、倪士东的出资转汇给华纺公司或和泰公司，参与张辉、袁会敏、王成、倪士东的对外融资，书面确认张辉、袁会敏、王成的股权，上述事实表明源远公司对张辉、袁会敏、王成、倪士东之间协议及履行行为予以认可。依据该两份协议，张辉、袁会敏、王成、倪士东实际承担对案涉项目及和泰公司的出资义务，享有投资权益；源远公司不承担对案涉项目及和泰公司的出资义务，不享有投资权益。故张辉、袁会敏、王成、倪士东是案涉项目及和泰公司的实际出资人，源远公司是案涉项目及和泰公司的名义出资人，就项目的开发权益及和泰公司的股权双方之间亦成立代持关系。在上述协议履行中，张辉等为支付土地使用权出让金向利鑫达公司借款 5000 万元。因到期不能偿还，经华纺公司、和城公司、利鑫达公司、张辉、袁会敏、王成、倪士东共同协商，将利鑫达公司 5000 万债权转为对和泰公司 32% 股权，并在随后签署的《关于推进“阜阳东方国际广场”项目实施方案》中，对张辉、袁会敏、王成、倪士东承担的对项目的出资义务进行了明确，32% 股权亦实际变更至利鑫达公司名下；在 2013 年 8 月 1 日的《会议纪要》中，华纺公司、利鑫达公司、和泰公司等对袁会敏等依据其与张辉、王成签订的合伙协议向案涉项目的实际出资金额及享有的和泰公司的股权予以确认，并要求张辉、王成、倪士东等尽快解决剩余股权的争议；诉讼中，华纺公司、和城公司、和泰公司表示，只要张辉、王成、倪士东就剩余股权的享有达成一致意见，其愿意按照源远公司的要求将相应股权变更至相关当事人名下，利鑫达公司对此亦无异议。上述事实表明了华纺公司、和城公司系和泰公司的名义股东身份，亦表明华纺公司、和城公司、和泰公司、利鑫达公司对于源远公司非案涉项目及和泰公司的实际出资人，张辉、袁会敏、王成、倪士东等为项目及和泰公司实际出资人事实的明知及对实际出资人成为和泰公司股东的认可。王成依据其与张辉、袁会敏、倪士东的协议，为竞拍案涉土地使用权及设立和泰公

司与张辉、袁会敏、倪士东共同出资，是案涉项目及和泰公司的实际出资人，对其和泰公司的股东资格一审法院予以确认。

二、关于王成享有的和泰公司股权份额。本案中，张辉、袁会敏、王成、倪士东之间存在两个合伙关系：一是张辉、王成与袁会敏之间就整个项目投资的合伙关系，张辉、王成共同承担 75% 的出资义务，袁会敏承担 25% 的出资义务。二是张辉、王成与倪士东之间就前述合伙关系中 75% 的出资义务的合伙关系。诉讼中，各方当事人对于袁会敏等四人实际出资数额、比例及享有和泰公司 25% 股权的事实均不持异议，因此，王成享有的股权份额应在剩余 75% 的股权范围内予以确定。张辉、王成、倪士东签订的《股东合作协议书》及《合伙协议》约定，就袁会敏 25% 股权以外的案涉项目 75% 股权，三方各出资 25%，并按出资比例全额出具后续资金、分配盈余及承担债务，三方融资无论款额大小，均由三方共同平均承担偿还本金及利息；若项目土地未取得，由此产生的所有先期开支及费用三方平均承担。依据上述约定，三方对案涉项目 75% 的股权，平均承担出资义务，平均享有投资权益，平均承担债务。在无相反约定及证据的情况下，三方应按前述原则享受权利，承担义务。协议履行中，为交纳案涉土地使用权出让金，张辉等向利鑫达公司借款 5000 万元，依据三方协议，该 5000 万元债务应由三方平均承担。后经协商，该 5000 万元债务转为和泰公司 32% 的股权并实际变更至利鑫达公司名下。对于该后果，亦应由三方共同承担。诉讼中源远公司、张辉、王成述称倪士东在 2011 年即已退出合伙，倪士东的出资由张辉、王成偿还。但源远公司、张辉、王成并不能提供倪士东退出合伙的书面协议，且证据显示，在 2012 年 4 月 20 日相关当事人就利鑫达公司的 5000 万元债务的处理及项目的后续投资进行协商时，倪士东仍作为源远公司的股东或项目合伙人参与协商，在协商后各方签署的项目实施方案中，仍明确载明张辉、王成、倪士东作为出资一方共同承担案涉项目相应的出资义务；2012 年 11

月9日王成在确认倪士东股权的《协议书》及《确认书》上仍批注“按原合作协议执行”。故对源远公司、张辉、王成关于倪士东已退出合伙的主张，依据现有证据，一审法院不予采信。倪士东诉称，张辉等所借利鑫达公司5000万元系用以支付张辉、王成所应承担的出资义务，系该二人债务，与倪士东无关，该借款的后果应由二人承担。一审法院认为：其一，依据三方协议，无论何方融资所形成的债务，均应由三方平均承担；其二，该5000万元借款系用于支付第二期土地出让金，依据三方的出资比例，三方共应承担 $7040 \times 75\% = 5280$ 万元，张辉、王成二人只应承担 $7040 \times 50\% = 3520$ 万元，如果张辉、王成仅支付其应承担的出资，无需借款5000万元并全部用于支付土地出让金；其三，该5000万元债务转为股权，系张辉、王成、倪士东三方共同与华纺公司等协商一致的结果，在协商过程中及随后签署的项目实施方案中，均未明确该债务为张辉、王成二人债务，而张辉、王成、倪士东在协商中还表达过由倪士东偿还该5000万元以消灭该债权的意愿；虽然项目实施方案中约定该5000万元债务所产生的利息由张辉、王成承担，但该约定不足以得出该债务系其二人债务的结论。故对倪士东的前述主张一审法院不予采信。基于同理及项目实施方案中关于王成应承担5000万元债务利息的约定，对于王成关于5000万元债务系张辉个人债务、5000万元债务转为股权的后果应由张辉个人承担的主张，一审法院亦不予采信。故利鑫达公司受让的32%股权，应从王成、张辉、倪士东享有的75%股权中扣除，剩余43%的股权，由三方按其对案涉项目的出资比例享有。依据现有的事实和证据，王成享有的和泰公司股权份额可确定的比例为14.33333%。三方就协议履行中实际出资或承债数额如有争议，可另行解决。

综上，一审法院认为，王成的诉讼请求部分成立，依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第二十五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，

一审法院判决，一、王成享有和泰公司 14.33333% 的股权；二、和泰公司应于判决生效之日起 30 日内，将上述股权的工商登记从和城公司名下变更至王成名下。案件受理费 357064 元，财产保全费 5000 元，合计 362064 元，由王成负担 235342 元，和泰公司负担 126722 元。

王成不服上述判决，向本院提起上诉，请求改判该判决第一项为王成享有和泰公司至少 21.5% 的股权，维持该判决第二项。理由是：一、倪士东已实际退伙，王成实际出资已占总体股份的 40%。2011 年 3 月 29 日，王成、张辉、倪士东签订了《合伙协议》及《股东合作协议书》。倪士东对外借款 1500 万元，并将该笔借款支付到源远公司账户，用于项目公司名下的土地款。但是，2011 年 5 月 20 日前后，由于倪士东当时发现涉案项目存在巨大风险，就向张辉、王成提出退伙，并要求王成、张辉立即将其在涉案《合伙协议》中认缴的出资额退还，特别要求先把该 1500 万元借款还清。后王成通过向别人借款将该笔借款还清。2011 年 5 月 30 日，倪士东向王成出具了王成还款的证明。至此，倪士东对涉案项目已没有任何投资款项，已实际退伙。一审法院错误认为倪士东退伙证据不足，二审法院应予纠正。二、涉案 43% 的股份的出资，应当视为王成与张辉两人的出资，如果没有明确约定出资比例，可按两人平分来处理，或按实际出资额来分配股份。如果张辉不能实际支付其认缴的出资额，可让出其分得的股份，此问题可另案处理。

倪士东答辩称：一、倪士东按《合伙协议》和《股东合作协议书》的约定向和泰公司完全履行了出资义务，并通过借款方式为项目筹集了大量资金，依法应享有约定的股东权利。（一）倪士东在案涉项目出资 2040 万元，其中 2000 万元倪士东转账至张海峰，经张海峰账户汇入源远公司；40 万元由王成承担以抵销王成对倪士东的等额欠款。

（二）倪士东还与王成、张辉、张海峰等实施共同借款，其中倪士东参与的借款总额 5470 万元，该款均已实际进入张海峰或王成账户，

并汇入源远公司，最终进入和泰公司账户。二、王成、张辉关于倪士东退伙的主张毫无依据，不能成立。（一）本案大量证据反映了 2011 年 5 月之后，倪士东仍然在继续履行与王成、张辉的合作协议，积极筹集项目所需资金，与王成、张辉共同借款。（二）王成、张辉关于将倪士东除名的行为无效。倪士东根据与王成、张辉签订的《合伙协议》、《股东合作协议书》约定，履行了合伙人的出资义务。在本案诉讼过程中，王成、张辉无正当理由作出将倪士东除名的所谓合伙人决议无效。

源远公司、张辉答辩称：倪士东未履行《合伙协议》及《股东合作协议书》约定的出资义务，事实上已退伙，其他合伙人也决定将倪士东除名。王成、张辉应平均享有华纺公司及和城公司代持的和泰公司的 43% 的股权，平均承担所欠债务。

华纺公司、和城公司、利鑫达公司、和泰公司答辩称：一、认可一审判决结果。二、王成是以源远公司股东的身份代源远公司履行相关付款义务。王成上诉主张的股权比例应在扣除利鑫达公司持股 32%、袁会敏等小股东持股 25% 后剩余的 43% 的股权中获得相应的比例。具体股权比例应由源远公司各股东（包括但不限于张辉、王成、倪士东等）在充分解决各方争议，经华纺公司同意后按照法律规定或法院生效判决进行股权转让。三、王成与源远公司、张辉、倪士东等人之间的关系以及由此存在的内部合伙纠纷与华纺等公司无关，他们之间的往来款华纺等公司也并不知道。

倪士东也不服上述一审民事判决，向本院提起上诉，请求撤销该判决，改判并确认倪士东享有和泰公司 25% 的股权。理由是：一、一审判决对倪士东所占股权份额的比例认定错误。（一）倪士东所占的股权比例份额应为 25%，一审法院判决王成所占股权比例为 14.33333% 是错误的。倪士东一审中提供的源远公司“股东会决议”和《协议书》的内容可以明确证明源远公司、王成、张辉等出资人确

认倪士东享有和泰公司 25%的股权并约定倪士东从华纺公司获得相应的股权。（二）一审法院认定利鑫达公司债转股取得的和泰公司 32%的股权应由张辉、王成、倪士东三人的共同份额中扣除是错误的，该 32%的股权应从张辉、王成二人的份额中扣除。该笔借款 5000 万元是张辉、王成二人的共同借款，倪士东并不知情。倪士东也从未和张辉、王成共同与华纺公司协商过债转股一事，一审认定倪士东和张辉、王成共同与华纺公司协商一致将和泰公司 32%的股权转给利鑫达公司无任何事实依据。在 2012 年 6 月利鑫达公司持股和泰公司 32%的股份以后，源远公司及王成、张辉等出资人于 2012 年 11 月 9 日签署《确认书》再次明确确认倪士东享有和泰公司 25%的股权。因此，倪士东应享有的股权并不受到利鑫达公司持股 32%的影响。二、一审判决将倪士东列为无独立请求权的第三人适用法律不当。倪士东向一审法院提出参加诉讼的请求，并要求确认倪士东享有和泰公司 25%的股权。在第一次开庭后，一审法院才通知倪士东作为无独立请求权第三人参加诉讼，对倪士东的股权未予判决确认，明显适用法律不当。

王成答辩称：一、倪士东在本案中无上诉权。本案的案由是股东资格纠纷，王成的诉求是确认成为涉案和泰公司的股东，一审法院将倪士东、张辉列为无独立请求权的第三人，通知其参加诉讼没有错误。一审没有判决倪士东承担民事责任，倪士东在本案中无上诉权。且倪士东已经退出张辉、王成、倪士东三人的合伙关系，二审应依法驳回倪士东的上诉。二、因未经原合伙人袁会敏同意，王成、张辉、倪士东签订的《合伙协议》及《股东合作协议》无效。倪士东也未按该《合伙协议》及《股东合作协议书》认缴的出资额出资，已实际退伙。张辉、王成于 2014 年 7 月 10 日作出《关于将倪士东除名的合伙人决议》，并于 2014 年 7 月 18 日作出《除名通知》，并已送达，倪士东已被除名。三、一审法院按照“融资比例”确定股权比例错误，应按王成对涉案项目的实际投资比例认定其应占和泰公司的股权。

源远公司、张辉答辩称：一、倪士东作为本案无独立请求权的第三人无权提起上诉。本案一审期间，由于倪士东已就确认其享有和泰公司 25%股权的诉求另案诉讼，一审通知倪士东作为无独立请求权的第三人参加本案诉讼，适用法律正确。二、倪士东抽回合伙出资，也未履行其他出资义务，事实上已经退伙，已被张辉、王成决议除名。

华纺公司、和城公司、利鑫达公司、和泰公司答辩称：一、认可一审判决结果。二、倪士东与源远公司、张辉、王成等人之间的关系以及由此存在的内部合伙纠纷与华纺公司等无关，他们之间的往来款华纺公司等也并不知道。倪士东上诉主张的股权比例应在扣除利鑫达公司持股 32%、袁会敏等小股东持股 25%后剩余的 43%的股权中获得相应的比例。具体股权比例应由源远公司各股东（包括但不限于张辉、王成、倪士东等）在充分解决各方争议，经华纺公司同意后按照法律规定或法院生效判决进行股权转让。

二审中，王成、源远公司、张辉提交了新证据，其他当事人未提交新证据。王成提交四份新证据：一、王成、张辉于 2014 年 7 月 10 日签署《关于将倪士东除名的合伙人决议》，二、王成、张辉于 2014 年 7 月 18 日签署的《除名通知书》，三、送达《除名通知书》的 ems 回执，四、张辉、王成向倪士东以短信方式送达《除名通知书》的手机截屏打印件。欲证明：张辉和王成已经做出对倪士东的除名，除名决议已经送达倪士东。倪士东质证认为，对证据的真实性、合法性、关联性均不予认可。华纺公司等质证认为，无法确认证据的真实性。源远公司、张辉质证认为，对证据的真实性、合法性、关联性均予认可。源远公司、张辉提供了三组证据。第一组证据：倪士东的起诉状及安徽省阜阳市颖东区人民法院（以下简称颖东区人民法院）（2013）东民二初字第 00092-1 号民事裁定书。欲证明：倪士东已就本案相同事由向颖东区人民法院起诉，如果一审法院再同意倪士东以有独立请求权的第三人身份参加诉讼，则造成重复诉讼。第二组证据：1. 除名

通知书，2. 张辉、王成向倪士东以短信方式送达《除名通知书》的手机截屏打印件。欲证明：因倪士东未履行出资义务，张辉和王成一致同意将其按除名退伙处理，并已用手机短信的书面形式送达倪士东。第三组证据：倪士东向张辉、王成回复短信的手机截屏打印件。证明倪士东已经接到除名通知，接到通知的时间是 2014 年 7 月 30 日 16 时 20 分。王成质证认为：对第一组证据中的起诉状的真实性的真实性无法确认，对裁定书的合法性、关联性没有异议。对第二组和第三组证据没有异议。倪士东质证认为：倪士东的请求与本案没有关系。对第二组和第三组证据的真实性、合法性、关联性均不予认可。华纺公司等质证认为：对于第一组证据的真实性认可，这也证明了倪士东的上诉请求实际上已经另外起诉了，无法确认第二组、第三组证据的真实性。

各方当事人对前述第 00092-1 号民事裁定书的真实性无异议，故本院对该裁定书予以采信。据此本院查明：倪士东以和泰公司为被告，向颖东区人民法院提起诉讼，请求确认其为和泰公司股东。颖东区人民法院受理该案，案号为（2013）东民二初字第 00092 号（以下简称 92 号案）。后和泰公司以该案必须以本案的审理结果为依据为由，申请中止该案诉讼。2013 年 12 月 2 日，颖东区人民法院以（2013）东民二初字第 00092-1 号民事裁定书裁定中止该案诉讼。此外，各方当事人对二审期间和泰公司的股权登记情况陈述一致，即仍为华纺公司持有 20%，和城公司持有 48%，利鑫达公司持有 32%，本院予以确认。

本院对一审法院查明的其他事实予以确认。

本院认为，本案二审当事人争议焦点问题有两个：一、倪士东有无上诉的权利，二、王成应享有和泰公司股权的比例。

关于倪士东有无上诉的权利。王成提起本案诉讼，请求确认其为和泰公司股东及其持有和泰公司的股权，该股权系王成、倪士东、张辉三人合伙投资形成财产中的一部分，一审判决王成持有股权的比例，对倪士东的民事权益有直接影响，倪士东应有相应的权利救济的途径，

其通过上诉主张其权利，本院予以认可。

王成提起本案诉讼，请求确认其为和泰公司股东及其持有和泰公司的股权，倪士东参加本案诉讼后，亦请求确认其为和泰公司股东及其持有和泰公司的股权。但倪士东已就相同的诉讼请求另行提起第92号案件，且该案已经因需要以本案审理结果为依据而中止审理。一审法院把其作为本案无独立请求权的第三人不会影响其诉讼权利，未确认其股权份额也不属于适用法律错误。倪士东的相关上诉理由本院不予支持。

关于王成应享有和泰公司股权的比例。《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）》（以下简称公司法解释三）第二十四条第一款规定，有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。该条第二款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。该条第三款规定：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。根据该第三款的规定，实际出资人请求登记为股东的，应获得公司其他股东半数以上同意。王成以和泰公司为被告提起诉讼，请求确认其为和泰公司股东及其持股比例。其诉讼请求能否获得支持，取决于王成与和泰公司的出资关系及和泰公司股东是否同意。

王成、张辉、倪士东三人签订的《合伙协议》及《股东合作协议书》系三人真实意思的表示，王成、张辉、倪士东三人合伙与王成、

张辉、袁会敏三人合伙并非同一合伙，故王成、张辉、倪士东三人《合伙协议》效力不受袁会敏是否同意的影响。王成、张辉、倪士东三人《合伙协议》及《股东合作协议书》不违反法律和行政法规的规定，合法有效。王成、张辉、倪士东依据三人之间的《合伙协议》及《股东合作协议书》，通过源远公司向和泰公司投资，其形成的财产属于合伙财产，其归属应按《合伙协议》及《股东合作协议书》约定确认。王成与和泰公司之间并不存在直接的出资关系，但一审中，华纺公司、和城公司、和泰公司表示，只要张辉、王成等实际投资人达成一致意见，其可以按源远公司的要求将剩余 43% 股权变更至源远公司指定的人员名下；利鑫达公司对此亦不持异议。一审判决确认王成为和泰公司股东，确认王成享有和泰公司 14.33% 的股权，不违反公司法解释三第二十四条第三款的规定，和泰公司全体股东及和泰公司均认可该判决，说明和泰公司全体股东均同意王成持有和泰公司相应的股权。一审判决应予维持。

根据《合伙协议》及《股东合作协议书》的约定，王成、张辉、倪士东、袁会敏四方向和泰公司出资，其中袁会敏出资部分占 25%，王成、张辉、倪士东三方各出资 25% 共完成 75% 的出资。一审依据《合伙协议》及《股东合作协议书》关于“三方无论融资款额无论大小，均由三方共同平均偿还本金及利息”等约定，认定利鑫达公司债转股取得的和泰公司 32% 的股权应由王成、张辉、倪士东三人的份额中扣除有合同依据。倪士东以其对该 5000 万元借款不知情为由，主张该 32% 的股权应从张辉、王成二人的份额中扣除，与《合伙协议》及《股东合作协议书》的约定不符，不应支持。王成、张辉、倪士东合伙可以主张持有的和泰公司股权份额应为 $100\% - 25\% - 32\% = 43\%$ 。倪士东以源远公司“股东会决议”和 2012 年 11 月 9 日的《确认书》作为其主张享有和泰公司 25% 的股权的依据，但其主张与《合伙协议》及《股东合作协议书》关于三方共同偿还本金及利息的约定不符，且未得到

和泰公司其他股东的同意，故其主张不能得到支持。王成以 2011 年 5 月 30 日倪士东已经退伙为由，主张王成至少享有 21.5% 的股份。但根据一审查明的事实，在 2012 年 4 月 20 日相关当事人就利鑫达公司的 5000 万元债务的处理及项目的后续投资进行协商时，倪士东仍参与协商，在协商后各方签署的项目实施方案中，仍明确载明王成、张辉、倪士东作为出资一方共同承担案涉项目相应的出资义务；2012 年 11 月 9 日，王成在确认倪士东股权的《协议书》及《确认书》上仍批注“按原合作协议执行”。一审法院据此未支持王成关于倪士东已退出合伙的主张正确。一审判决后，张辉、王成作出关于将倪士东除名的决议，但倪士东不予认可。该除名决议系一审判决后形成，其效力如何，属于合伙纠纷。本案系股东资格确认纠纷，审理的是王成与和泰公司之间的股权关系。倪士东是否退伙，王成、张辉、倪士东各自持有的与和泰公司股权有关的合伙财产该如何进一步分配，属于合伙财产的分配问题，应另行解决。

综上，王成、倪士东的上诉均不成立，应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予以维持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一审案件受理费及财产保全费根据一审判决执行，二审案件受理费 90437.02 元，由王成、倪士东各负担 45218.51 元。

本判决为终审判决。

审 判 长 王慧君

审 判 员 刘崇理

代理审判员 李玉林

二〇一四年十一月二十四日

书 记 员 杨立超

九、送“干股”的法律风险及防范

◆问题概述

“干股”的概念早就在实践中出现了，随着《公司法》将注册资本修改为认缴制，“干股”就更加流行且更为方便操作，无论是上市公司还是非上市公司，都可能会出现送“干股”的情形，特别是初创期或成长期的企业较为常见。其实，“干股”并非一个严格意义的法律概念，它主要属于民间或者社会上对于某种特定股权的称谓。通俗来讲，“干股”指持股人不用通过自己的实际出资就能取得公司的股权。“干股”一般是通过协议约定取得的，包括口头约定或书面约定，较多的情况下具备赠予的性质，而且持股人持有的股权所对应的权利义务，大部分取决于“干股”协议的约定，但更多的是约定不明的状态。

从“干股”持有者的身份来看，主要包括：掌握某种公权力的人士、公司高层管理者、技术骨干、上下游客户、公司员工、公司股东的亲友等。

此外，“干股”的表现形式和附属的权利义务也可能不同，主要包括以下情况：已实缴出资的“干股”、未实缴出资的“干股”；登记于工商公示系统的显名“干股”、未登记于工商公示系统的隐名“干股”；“干股”所对应的股东权利，比如表决权、分红权、优先权等可能不完全对等于所持“干股”比例；其他不确定的情况。总之，由于赠股人和持股人的情形千差万别，各自的目的也不完全一样，因此，不同的人所持有的“干股”所体现的作用和意义也差别较大，其实施方法和保障措施也不尽相同。

但无论是何种形式的“干股”，如果在操作时不符合《公司法》等相关规定，或者没有规范的协议约定，对公司、赠股人及持股人来说都可能存在较大的法律风险。

◆主要风险

（一）对公司的风险

1. 在公司送出“干股”的情况下，若未对“干股”协议进行专门设置和统一管理，可能导致各方股东身份和权利义务无法明确，“干股”的合法有效性和协议的实际履行将存在极大的不确定性，极易引起股权纠纷，波及到公司的经营和利益。而且，公司送出“干股”本身就存在缺乏法律依据和不符合逻辑的重大问题。

2. 若“干股”比例直接对应股东会/股东大会的表决权比例，可能出现公司法人治理结构混乱，影响实际控制人对公司的实际控制权，极易造成公司重大事项决策不能及时通过等情况出现，影响公司发展。

3. 对于拟引进投资的公司而言，若公司存在不规范的“干股”情形，会导致潜在投资人不看好公司的前景，引发投资人投资缩水或者取消投资计划。另外，相关上市规则中，要求对公司股东身份、股东资格、股东出资等信息进行全面、如实地披露，“干股”股东的存在会造成信息披露违规，甚至成为公司上市的绊脚石。

4. 一些国家公职人员利用自己职务上的便利条件或影响力，以及一些不愿意公开身份但又能够为公司带来利益的人，可能采取不投入出资而占有公司股权的情况。其所占有的股权并未体现在公司登记或备案的工商材料中，甚至没有签订任何书面协议（实际上也不敢签订此类文件）。这种情况下极易被认定为公司向公职人员行贿，涉嫌单位行贿罪和行贿罪。

5. 如果赠股人与持股人私下约定形成“干股”，但未及时告知公司及其他股东，则公司对于股东的真实情况不了解，当出现股权纠纷或利益之争时，也会将公司牵涉到诉讼之中。

（二）对赠股人的风险

1. 赠股人在赠出“干股”时，往往有一定的目的，或者基于赠与对象对公司的成立和运营有较大的帮助，但一旦公司的运营没有达到

预期或者当初的目的不能完全实现时，会有“反悔”的举动，这时会导致纠纷或是损害赔偿責任。

2. 在未约定“干股”的退出机制时，可能导致“干股”持有人在本应当退出公司时不愿意交出“干股”，或者对于“干股”退出的程序、方式、对价等提出异议，导致“干股”不能顺利退出，影响公司发展和股东之间的关系，造成公司僵局。

3. 由于“干股”协议不规范，在持股人未能按照原来的“承诺”为公司做出贡献时，有可能导致赠出股权而没有得到应有的回报，但股权却无法收回的风险。

4. 如受赠人属于依法不得持股的人士，则可能导致“干股”无效，甚至引至刑事法律风险。

5. 对于“干股”对应的公司注册资本的实缴责任没有明确约定，或者虽有约定但未形成书面文件，可能导致出资纠纷和损失。

（三）对持股人的风险

1. 若“干股”对应的注册资本未实缴的，则根据《公司法》的规定，有可能被公司或其他股东要求按期足额实缴出资，否则可能丧失股东资格。

2. 在“干股”持有者属于公司隐名股东的情况下，其股东权利可能无法得到法律的充分保护，所享有的“干股”权利也可能随时被收回或终止。很多情况下，赠股人也可能会根据公司的运营情况而“反悔”。

3. 在公司内部来说，“干股”持有人持有的是“干股”，但是基于“干股”协议不得对抗善意第三人的法律规定，一旦“干股”持有人经工商登记成为公司的显名股东，其就需要根据《公司法》的规定承担相应的股东义务。特别是在公司资产无法清偿债务的情况下，需要追查各股东的实际出资情况，进而要求各股东以认缴而未实缴的出资额为限对公司的债务承担补充清偿责任。

4. 根据《公司法》的规定，劳务、商誉等不能作为出资，以非货币出资必须进行评估且须办理产权转移手续，有些情况下，若“干股”持有者是以劳务、商誉等形式出资的，将不能认定为合法的实缴出资。

5. 很多人取得“干股”时都是在公司成立之初，因为自己的某些“一技之长”而获得货币出资人赠与“干股”，但是往往没有签订协议或者协议内容不完整、不规范，主要约定了利益共享，而未约定亏损分担，可能出现各种纠纷。

6. 如果取得“干股”确实是无对价的，则可能涉及获赠财产的税务风险。

◆解决方案

一般来说，公司或股东选择送出“干股”，都会考虑达到一定的股权激励的效果，而股权激励是一项系统性工作，需要在法律允许的框架内，针对实施主体的特殊情况进行特殊的制度和协议条款设置，以保障公司和激励对象以及其他股东的合法权益。而这些都是专业性非常强的工作，建议聘请专业的律师或专业人士担任专项顾问，否则可能面临很大的法律风险。

就送“干股”的法律风险解决方案，提出以下几点建议：

1. 对“干股”持有者进行必要的筛选，结合送出“干股”的目的进行资格审查，避免因向不符合股东资格及其他不恰当的人士送出“干股”但又起不到应有的作用，甚至导致刑事法律风险。

2. 在实施“干股”计划之前，需充分调查了解公司及公司股东的基本情况，结合公司未来的融资和上市计划等因素综合考量，并制定适当的、满足上市条件的退出机制和调整措施。

3. 规范制定“干股”协议，确定“干股”性质、权利范围、权利的行使方式、对应义务、退出机制、违约责任等重要条款，明确各方权利义务关系，尽可能避免纠纷。

4. 确定“干股”的送出方式，如：股权转让、增资、赠予或其他

方式，并及时完善相关工商变更登记和完税手续。

5. 及时将“干股”的情况如实向公司及其他股东通报并获得确认，避免无法“显名”的风险。

6. 以书面形式确定“干股”对应注册资本实缴的义务人、方式、时间及责任。特别注意“干股”对应的实缴出资形式要符合法律的规定，避免出现需要“二次缴资”的情形。

7. 以书面形式确定“干股”的收回条件、方式、时间和价格，避免因股权纠纷导致公司僵局。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国公司法》

第二十七条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用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。

第二十八条 股东应当按期足额缴纳公司章程中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。

股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

第三十条 有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额；公司设立时的其他股东承担连带责任。

第三十五条 公司成立后，股东不得抽逃出资。

第一百二十九条 公司发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。

公司向发起人、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、法人的名称或者姓名，不得另立户名或者以代表人姓名记名。

（二）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》

第二十四条 有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。

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。

第二十五条 名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第二十六条 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。

（三）最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》

干股是指未出资而获得的股份。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人干股的，以受贿论处。进行了股权转让登记，或者相关证据证明股份发生了实际转让的，受贿数额按转让行为时股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。股份未实际转让，以股份分红名义获取利益的，实际获利数额应当认定为受贿数额。

◆相似案例

黄根荣与厦门诺优源化工科技有限公司、许玲玲合同纠纷案

厦门市集美区人民法院民事判决书

（2018）闽 0211 民初 1884 号

原告：黄根荣，男，1988 年 11 月 6 日出生，汉族，住福建省宁化县。

委托诉讼代理人：李芹花，福建瀛坤律师事务所律师。

被告：厦门诺优源化工科技有限公司，住所地厦门市集美区宁海五里 42 号 1604 室。

法定代表人：许玲玲，经理。

委托诉讼代理人：黄禄舜，福建众宁律师事务所律师。

被告：许玲玲，女，1990 年 5 月 13 日出生，汉族，住福建省漳浦县白竹湖农场白竹湖作业区。

委托诉讼代理人：伍尚贤，男，系许玲玲的丈夫。

被告：伍尚贤，男，1986 年 11 月 1 日出生，汉族，住广东省佛山市顺德区。

原告黄根荣与被告厦门诺优源化工科技有限公司（以下简称“厦门诺优源公司”）、许玲玲、伍尚贤合同纠纷一案，本院于 2018 年 4

月 18 日立案后,依法适用简易程序,由审判员黄湧独任审判公开开庭进行了审理。在本案庭审中,原告黄根荣委托诉讼代理人李芹花律师、潘永峰(实习律师)、被告厦门诺优源公司委托诉讼代理人黄禄莽律师、被告许玲玲委托诉讼代理人伍尚贤以及被告伍尚贤到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

黄根荣提出诉讼请求:1、依法确认原告与被告厦门诺优源公司于 2017 年 4 月 28 日签订的《干股合作协议书》于 2018 年 3 月 6 日已解除;2.判令被告厦门诺优源公司立即退还原告出资款 100,000 元,并支付 2017 年 5 月 16 日起至实际付清之日止按照年利率 6%计算的资金占用期间的利息,暂计至 2018 年 3 月 28 日为 5783 元;3.判令被告厦门诺优源公司赔偿被告工资差额损失 34,519 元;4.判令被告许玲玲、伍尚贤对厦门诺优源公司上述第二项、第三项债务承担连带偿还责任;5.本案诉讼费、保全费和公告费由三被告承担。事实与理由:原告黄根荣具有被告厦门诺优源公司所需的水性工业涂料技术经验,被告伍尚贤出面邀请黄根荣加入厦门诺优源公司。原告黄根荣与被告厦门诺优源公司于 2017 年 4 月 28 日签订《干股合作协议书》约定:原告黄根荣出价 10 万元购买被告厦门诺优源公司 20%的干股;干股拥有者仅享有公司年终税后净利润分红权和建议权,不享有所有权和其他权利;每年农历 11 月 1 日为分红结算日;原告获得干股同时,须担任技术类副总,负责被告厦门诺优源公司水性工业涂料研发生产等工作;协议期限为 2017 年 5 月 1 日至长期。基于此,原告于 2017 年 5 月 11 日辞去原来工作,进入厦门诺优源公司担任技术类副总,并于 2017 年 5 月 16 日,按干股协议约定将 100,000 元支付至被告厦门诺优源公司账户。原告已积极履行完毕干股协议中约定的义务。在原告黄根荣及公司其他员工共同努力下,被告厦门诺优源公司每月业务量呈增加趋势,经营状况向好发展。2018 年 1 月 18 日 10 点 03 分,原告黄根荣突然收到被告伍尚贤短信,其以被告许玲玲身份通知

要对公司进行结业处理，当天 10 点 20 分，公司正式发布《公司结业通知书》；当天 12 点整，公司进行封场，并将办公室、实验室、电箱等全部贴上盖有被告厦门诺优源公司公章的封条。后经了解，被告伍尚贤已秘密筹备同业新公司，并于 2018 年 2 月 5 日成立“厦门优众新材料科技有限公司”，经营范围与被告厦门诺优源公司相同或相似。根据工商信息，厦门诺优源公司是许玲玲设立的一人公司；许玲玲向公司账户“缴付”注册资本 1000,000 元不到 1 分钟即全额转出，其明显存在抽逃出资行为；许玲玲与伍尚贤是夫妻关系，在 2017 年 5 月份育有一女，在公司经营过程中，二人将公司业务款项提取至伍尚贤个人名下兴业银行卡，该银行卡同时用于个人消费。厦门诺优源公司与原告签订干股协议仅 8 个月，即强制宣布解散，其行为已构成根本违约，致使《干股合作协议书》无法继续履行，原告的目的无法实现。故原告于 2018 年 3 月 5 日依法向厦门诺优源公司寄送《解除合同通知函》，《干股合作协议书》已于《解除合同通知函》送达日 2018 年 3 月 6 日解除，厦门诺优源公司依法应返还原告已支付的款项，并赔偿原告损失，包括但不限于已付款项利息损失、工资收入差额损失等。许玲玲存在抽逃出资行为，且作为一人公司的股东兼法定代表人，不能证明公司财产独立于个人财产，应对公司债务承担连带责任。伍尚贤无论作为共同侵权人还是实际控制人，其行为损害了债权人利益，也应对公司债务承担连带责任。请求法院依法支持原告诉讼请求。

厦门诺优源公司辩称，1. 原告与伍尚贤、案外人吴邦顺共同合伙经营被告厦门诺优源公司，有《干股合作协议书》为证，原告诉请解除《干股合作协议书》没有法律依据，即使要退股也要经过三方结算后才能处理；2. 原告与厦门诺优源公司不存在劳动关系，即便存在，如发生劳动争议也应该先进行劳动仲裁再予诉讼；3. 原告的其他诉求没有事实与法律依据，应当予以驳回。

许玲玲、伍尚贤的答辩意见与厦门诺优源公司的答辩意见一致。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，其中有黄根荣提供的厦门诺优源公司工商信息、许玲玲、伍尚贤身份信息、《干股合作协议书》、《中国建设银行个人账户支出交易明细》、《代付款确认书》、《中国建设银行股份有限公司活期存款明细账》、《厦门诺优源化工科技有限公司业务员提成列表》（2017年7月份~11月份）、通知结业的短信截图、《公司结业通知书》（拍照件）、《封条》（拍照件）、《视频光盘》、《公证书》、中国邮政速递物流邮件送达情况查询信息（网络打印件）、伍尚贤兴业银行账号交易明细、《验资报告》、《建设银行账户详情截图》、《电子回执》、厦门优众新材料科技有限公司的工商信息、《解除（终止）劳动关系证明》、《中国邮政储蓄银行交易明细》、《结婚登记审查处理表》、“诺优源高层群”微信聊天记录截屏、厦门诺优源公司企业信用信息公示报告等证据；有厦门诺优源公司提供的《股东出资确认表》、《对账单》、《存款明细账》、《2018年回款确认表》、《存款明细账》、《财务代理合同》、《交易记录》、《转账记录》、《业务提成列表》、《微信记录》、《合同书》、《应收款明细》二份、《银行交易信息》、《物流单》、《昆仑加油卡服务单》、《三个阶段股东出资比例表》、《股权转让协议》、微信聊天记录截屏二份、微信截屏（2017.5.19）及企业银行信息截图、微信截屏（2017.7.18）、微信截屏（2018.2.2）及微信支付记录、兴E付截图等证据；原、被告并做当庭陈述。本院组织当事人进行了质证。对于相关证据的质证及认证意见，本院将在判决书的说理部分围绕对争点的分析进行阐述。对于双方当事人不持异议及与本案争点无关的证据，均已在卷佐证，本院不再赘述。

本院经审理认定事实如下：

厦门诺优源公司（甲方）与黄根荣（乙方）于2017年4月28日签订《干股合作协议书》，约定有以下主要条款：“鉴于乙方在水性工业涂料方面的专业技术和管理经验·····经双方友好协商，

双方同意乙方以出资购买干股的方式与甲方进行合作；干股：指经公司股东同意记载在股东名册但不在工商部门登记的股份，对外不产生法律效力，乙方不得以此干股对外作为在甲方拥有资产的依据。干股的拥有者仅享有参与公司年终利润的分配权和建议权，而无所有权和其他权利，不得转让与继承；甲方根据乙方的专业技术和管理经验，授予乙方总股份 20% 的干股既出资 10 万元；每年农历 11 月 1 日为分红结算日；乙方在获得甲方授予的干股的同时，须与甲方签订劳动合同，担任甲方技术类副总职位，负责甲方水性工业涂料研发生产等工作；协议期限为 2017 年 5 月 1 日开始至长期”。

嗣后，黄根荣于 2017 年 5 月 11 日辞去原来工作，进入厦门诺优源公司工作，并于 2017 年 5 月 16 日，按《干股合作协议书》约定将 100,000 元支付至厦门诺优源公司银行账户。

根据工商登记信息，厦门诺优源公司是许玲玲设立的一人公司，但许玲玲与案外人陈艺贞、罗利坚共同签订有《股东出资确认表》一份，载明：许玲玲控股权为 38.25%（出资比例 51%45 万，第一期出资 5.1 万元，第二期出资 15.3 万元，第三期出资 2.55 万元，小计 22.95 万元），陈艺贞控股权为 36.75%（出资比例 49%45 万，第一期出资 4.9 万元，第二期出资 14.7 万元，第三期出资 2.45 万元，小计 22.05 万元），罗利坚控股权为 25%（出资比例 25%60 万，第一期出资 0 万元，第二期出资 10 万元，第三期出资 5 万元，小计 15 万元）。以上出资合计为 60 万元。上述《股东出资确认表》的落款处分别由伍尚贤、吴邦顺及黄根荣以“股东或代理人”身份签名确认。

2018 年 1 月 18 日，黄根荣收到伍尚贤发出的短信，其以许玲玲身份通知“从 2018 年 1 月 12 日到 2018 年 1 月 18 日，我已经在沟通公司是否继续经营或结业问题。到 2018 年 1 月 18 日早上 12:00 前为我等待各位回复的最后期限。如果到最后期限还没有回复，我将视为大家默认进行公司结业处理”，当日，公司发布《公司结业通知书》，

载明：“公司将于2018年1月18日上午12:00后进行结业处理。因公司内部股东产生巨大分歧，并严重影响到双方的诚信和信任问题，故公司已无法继续合作经营。2018年1月18日12:00后对公司一切财产进行封存处理。现特此告知，公司结业”。之后，厦门诺优源公司的办公室、实验室、电箱等全部被贴上盖有该公司公章的封条进行封存。

2018年3月5日，黄根荣向厦门诺优源公司寄送《解除合同通知函》，载明：“1. 正式解除我与贵司签订的《干股合作协议书》；2. 贵司立即退还我所支付的10万元，并按照月利率2%支付资金占用期间的利息”。

另查，2016年12月21日，许玲玲向厦门诺优源公司银行账户汇入注册资本1,000,000元，同日该笔款项被转出，由厦门诺优源公司银行账户转至厦门市中鲁达环保科技有限公司银行账户。

又查，许玲玲与伍尚贤系夫妻关系。

原、被告诉称、辩称的其他事实，于本案审理无涉，不再一一查明。

本院认为，黄根荣在诉讼中提出的请求权基础为《中华人民共和国合同法》第九十四条，但本案系针对公司及股东、实际控制人等提起的诉讼，在考虑前述法条于本案是否应予适用时，需围绕《公司法》相关规定进行审查。此涉及两项争点，第一项争点：黄根荣是否具有厦门诺优源公司股东资格？第二项争点：若黄根荣未取得厦门诺优源公司股东资格，其是否可基于《中华人民共和国合同法》第九十四条对合同行使法定解除权？在位序上，第一项争点应排列在第二项争点之前，因为若可认定黄根荣为涉案公司股东，则依公司法理论，非有公司法所规定的特别情形，其无权要求公司返还股本，在此情形下，就无需对第二项争点进行分析；仅在黄根荣非为公司股东时，我们才需进一步对第二项争点进行分析。

第一项争点：黄根荣是否具有厦门诺优源公司股东资格？

黄根荣提出，根据协议内容，原告的义务是购买干股、任职部分工作，其权利为干股的分红与经营权。从权利义务特点看，其购买干股的行为，并非缴纳出资资本行为，仅享有分红与经营权，亦未被工商部门登记为股东，故其不具备股东资格。

厦门诺优源公司、许玲玲、伍尚贤提出，黄根荣向公司投入资本，参与公司经营决策，对于公司经营管理、公司收入进行了监管，应为公司股东。

本院认为，基于黄根荣在水性工业涂料方面的专业技术和管理经验，厦门诺优源公司（该公司名为一人有限责任公司，实存在其他隐名股东参与投资）与黄根荣签订《干股合作协议书》，允许黄根荣以10万元的价格取得该公司20%的干股，此项协议，得到该公司各名股东的确认（关于各名股东对黄根荣取得干股予以确认一节，可由被告提供的《股东出资确认表》得以证实，该份证据经原告质证认可其表面真实性）。在公司股权配置实践中，干股是指在公司的创设过程中或者存续过程中，公司的设立人、股东或公司依照协议无偿赠与非股东的第三人的股份。本案中，基于黄根荣的技术、经验，公司在《干股合作协议书》允其以10万元的价格取得20%的干股，虽非无偿赠与，但有让利性质，可定性为一种非典型性干股。实践中，干股持有人享有的一般仅为股权中的收益权，并不享有完整的所有权；干股持有的数量一般也仅作为内部利润分配的依据，干股所对应的股权的所有权仍归公司所有。于本案，《干股合作协议书》中约定“干股的拥有者仅享有参与公司年终利润的分配权和建议权，而无所有权和其他权利，不得转让与继承”，与上述实践中的通行做法是一致的。故而黄根荣并未取得公司股东资格，仅享有一部分的股东权利。

第二项争点：在确定黄根荣不具有厦门诺优源公司股东资格后，其是否可基于《中华人民共和国合同法》第九十四条行使

合同的法定解除权？

黄根荣提出，厦门诺优源公司在协议未到期前强制宣布结业，导致《干股合作协议书》的合同目的无法实现，其可依法行使合同解除权。

厦门诺优源公司、许玲玲、伍尚贤提出，黄根荣诉求解除《干股合作协议书》没有法律依据，即使要退钱也要经过股东各方结算后才能处理。

本院认为，判断黄根荣是否可基于《中华人民共和国合同法》第九十四条行使合同的法定解除权，可从公司股东与具有一定的股东权利主体之间的关系（即公司内部关系）与公司股东与公司债权人的关系（即公司外部关系）两方面进行分析。从公司内部关系观察，依《中华人民共和国合同法》第五条规定，当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务，黄根荣既然享有公司经营利润的分红等一部分的股东权利，就应当在其享有公司干股的份额内承受公司经营过程中遭遇到的风险，方显公平合理。在这一点上，作为干股之持有人所承担的义务，与股东并无二致。现黄根荣欲完全置身于公司经营风险之外，要求解除其与公司订立的《干股合作协议书》并退还缴交的出资100,000元，有悖权利与义务相一致的原则。从公司外部关系看，在可能涉及到公司债权人的利益保障时，《中华人民共和国合同法》第九十四条所规定合同法定解除权的行使，应充分考虑到是否损及公司法资本维持原则的实现。本案中，黄根荣虽非公司股东，但作为公司干股的权利人，其出资的目的在于获取公司的投资权益，而非向公司提供借贷资本，现该资金已进入公司的资金运营体系，其欲解除《干股合作协议书》退回投资资金，势必会损害到公司资本的维持，损及公司债权人的利益。综合以上两方面的分析，本院对黄根荣的该项诉请不予支持。至于黄根荣提起的第三、四、五项诉求，本依托于第一、二项诉求而产生，在第一、二项诉求无法成立情况下，第三、四、五

项诉求自亦无法得到支持，对于第三、四项诉求中所涉因解除合同而导致的损失、一人公司股东与公司财产混同、抽逃出资、实际控制人责任等项，本院无需再予分析认定。倘原告认为公司的股东有损害公司利益的行为，可依据其享有的一部分的股东权利在符合法定条件的情形下另案诉请。

据此，依照《中华人民共和国合同法》第五条、第九十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

驳回原告黄根荣的全部诉讼请求。

本案案件受理费 3106 元，减半收取 1553 元，由原告黄根荣负担，应于本判决生效之日起七日内缴纳（已预缴）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于厦门市中级人民法院。

审判员 黄湧

法官助理 吴淑贞

二〇一八年八月二十七日

书记员 陈小卢

十、员工股权激励的法律风险及防范

◆问题概述

进入知识经济时代以来，企业间的竞争越来越体现为人才的竞争，人才成为了企业的核心力量。对于公司来说，如何留住优秀人才，是一个重要课题。当下公司留住人才的普遍做法，是对企业人才实施股权激励机制，激励对象主要是公司高管和核心的业务、技术人员。

企业实施股权激励模式，大致有以下几种：

1. 股权期权。公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的价格和条件购买公司一定数量股权的权利。从授予购买权那天开始到能够实际购买的这段时间，叫做“等待期”，在等待期内，还需要满足一定的条件，比如公司业绩和员工考核，只有满足了这些条件，在等待期满后，激励对象才可实际购买公司股权。

2. 限制性股权。公司事先授予激励对象股权，但是与激励对象约定有“特定条件”，限制期内激励对象不得随意处置股权，其股权存在诸多权利限制。如果在限制期内激励对象考核不合格、辞职或被开除，所授予股权一般会被按照授予时的价格予以收回。

3. 虚拟股权。公司及其现有股东授予激励对象一定数量的非实际的股权，根据虚拟股权方案设计，激励对象可以出资也可以不出资，仅享有该股权对应的分红权，但没有表决权、转让权、继承权、剩余财产分配权，在激励对象离开企业时失效。

4. 员工持股计划。激励对象以个人出资认购本公司部分股权，一般以员工持股平台模式进行管理运作。

实践证明，实施股权激励后，由于员工的长期价值能够经过股权激励得到体现，员工的工作积极性会大幅度提高，同时，企业实施股权激励能够使员工获得对企业的归属感，与企业成为利益共同体，进而对企业绩效的提升产生很好的促进作用，从而有利于企业的长远发展。股权激励对于公司来说是一把双刃剑，既有促使员工为公司更尽

心尽责的好处，但如员工股权激励实施不当，也存在着诸多风险。

◆主要风险

（一）控股股东股权稀释风险

1. 持股比例不足 67%，丧失对公司的绝对控制权。
2. 持股比例不足 51%，丧失对公司的相对控制权。
3. 持股比例不足 34%，丧失对公司的制衡权。
4. 董事会成员中控股股东提名的董事人员不足二分之一，丧失对公司董事会的控制权。

（二）股东纠纷风险

1. 股权激励对象取得公司股权以后，作为新股东，有可能与创始股东在公司经营管理、发展战略上出现分歧。
2. 股权激励对象作为小股东，与大股东利益不一致，可能产生利益纠纷。
3. 公司财务不透明，财务状况对小股东不公开，引发小股东与大股东间的矛盾。
4. 以股权代持代替股东变更登记，股权权属不清晰，引发股东纠纷。

（三）没有完善退出机制的风险

1. 股权激励对象取得公司股权后，业绩考核压力减小，失去工作积极性。
2. 股权激励对象取得公司股权后，出现离职、解聘、严重违纪等情况，已经授予的股权难以收回。
3. 公司与股权激励对象就股权回收价格无法达成一致意见，最终对簿公堂。

（四）股权激励不规范的刑事责任风险

1. 扩大激励对象范围，持股计划人员包括企业外部人员，涉嫌非法吸收公众存款。

2. 参与股权激励的对象超过 200 人，涉嫌非法发行股票、公司、企业债券罪。

◆解决方案

（一）防止创始股东的股权稀释

为保证大股东的控制权，可以在表决权上进行相应的设置，比如可以通过核心人员签署一致行动人协议，扩大大股东的表决权；对部分员工股东，设置委托表决，将其表决权委托给大股东。

（二）规范公司法理和股权管理

公司在决定实施股权激励计划前，公司及公司的实际控制人需要有对公司进行规范化管理的意识，在增加员工股东后，制定符合现时股东架构的公司法人治理机制。对于不需要参与公司经营的员工股东，可以约定员工股东的表决权委托给实际控制人行使，也可以在股权激励方式上仅授予虚拟分红权。

同时，需要规范公司的信息披露。公司的财务需严格按企业会计准则记账，便于公司股东了解公司财务，保障股东利益。在股权激励计划及股权激励协议中约定有关财务信息披露的规则，如向股东报送资产负债表、利润表、现金流量表等，保证股东的知情权。

（三）完善股权退出机制

在制订股权激励计划时，就要对可能发生的不利后果提前予以设定解决办法，预先设定股权期权丧失的条件，如果被激励人没有达到公司设定的目标或者被激励人退出公司，那么应当约定出资人有权收回股权或期权。

退股约定主要需具备如下内容：

1. 退股条件，退股条件主要包括以下三种：（1）正常离职的处理；（2）考核不达标而解聘或违法、违约的处理；（3）退休、因工丧失劳动力、病故的处理。

2. 明确的受让主体及转让方式。

3. 合理的股权转让价格。

（四）防范刑事责任风险

企业在拟定股权激励方案初期，应当聘请律师参与股权激励方案的论证和设计，确保方案和协议的合法合规，避免刑事责任风险。

◆规定摘录

（一）《中华人民共和国公司法》

第二十四条 有限责任公司由五十个以下股东出资设立。

第三十二条 有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：

（一）股东的姓名或者名称及住所；

（二）股东的出资额；

（三）出资证明书编号。

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。

公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

第三十三条 股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。

股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

第三十四条 股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东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分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

第四十二条 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。

第四十三条 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。

股东会会议作出修改公司章程、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，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

第七十八条 设立股份有限公司，应当有二人以上二百人以下为发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

第一百一十一条 董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。

董事会决议的表决，实行一人一票。

第一百四十二条 公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：

（一）减少公司注册资本；

（二）与持有本公司股份的其他公司合并；

（三）将股份奖励给本公司职工；

（四）股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。

公司因前款第（一）项至第（三）项的原因收购本公司股份的，应当经股东大会决议。公司依照前款规定收购本公司股份后，属于第（一）项情形的，应当自收购之日起十日内注销；属于第（二）项、第（四）项情形的，应当在六个月内转让或者注销。

公司依照第一款第（三）项规定收购的本公司股份，不得超过本公司已发行股份总额的百分之五；用于收购的资金应当从公司的税后利润中支出；所收购的股份应当在一年内转让给职工。

公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

（二）《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》

第一条 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”：

- （一）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；
- （二）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；
- （三）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；
- （四）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。

第二条 实施下列行为之一，符合本解释第一条第一款规定的条件的，应当依照刑法第一百七十六条的规定，以非法吸收公众存款罪定罪处罚：

（一）不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的；

（二）以转让林权并代为管护等方式非法吸收资金的；

（三）以代种植(养殖)、租种植(养殖)、联合种植(养殖)等方式非法吸收资金的；

（四）不具有销售商品、提供服务的真实内容或者不以销售商品、提供服务为主要目的，以商品回购、寄存代售等方式非法吸收资金的；

（五）不具有发行股票、债券的真实内容，以虚假转让股权、发售虚构债券等方式非法吸收资金的；

（六）不具有募集基金的真实内容，以假借境外基金、发售虚构基

金等方式非法吸收资金的；

(七)不具有销售保险的真实内容，以假冒保险公司、伪造保险单据等方式非法吸收资金的；

(八)以投资入股的方式非法吸收资金的；

(九)以委托理财的方式非法吸收资金的；

(十)利用民间“会”、“社”等组织非法吸收资金的；

(十一)其他非法吸收资金的行为。

第六条 未经国家有关主管部门批准，向社会不特定对象发行、以转让股权等方式变相发行股票或者公司、企业债券，或者向特定对象发行、变相发行股票或者公司、企业债券累计超过 200 人的，应当认定为刑法第一百七十九条规定的“擅自发行股票、公司、企业债券”。构成犯罪的，以擅自发行股票、公司、企业债券罪定罪处罚。

◆相似案例

南京市规划设计研究院有限责任公司与彭琛盈余分配纠纷案

江苏省南京市中级人民法院民事判决书

(2013)宁商终字第 1337 号

上诉人（原审原告、反诉被告）南京市规划设计研究院有限责任公司。

法定代表人张正康，该公司董事长。

委托代理人周亮、邱奎霖，江苏亿诚律师事务所律师。

被上诉人（原审被告、反诉原告）彭琛。

委托代理人严青、冯标，江苏欣达律师事务所律师。

上诉人南京市规划设计研究院有限责任公司（以下简称规划公司）因与被上诉人彭琛公司盈余分配纠纷一案，不服南京市鼓楼区人民法院（以下简称鼓楼法院）（2012）鼓商初字第 1087 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2013 年 11 月 19 日立案受理后，依法组成合议庭

庭于 2013 年 12 月 11 日公开开庭审理了本案。上诉人规划公司的委托代理人周亮、邱奎霖、被上诉人彭琛及其委托代理人冯标到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

规划公司一审本诉诉称：彭琛原为规划公司 1.8% 股权的股东，但规划公司章程第二十条规定：与公司有正式劳动关系是股东的必要条件，和公司中止劳动关系的股东必须转让其出资。规划公司《股权管理办法》第十四条也规定：股东因为岗位发生变化、解除或终止劳动合同关系而导致其所持有的股份必须转让，其转让的股份所对应的权利和义务终止时间与岗位发生变化、解除或终止劳动合同关系时间相同。2005 年 2 月 23 日，彭琛向规划公司提出辞职申请，规划公司于 2005 年 3 月 11 日作出同意解除劳动合同的决定。彭琛曾于 2005 年以《股权管理办法》违反法律规定为由提起诉讼，请求确认《股权管理办法》无效。经法院审理，生效判决认为：《股权管理办法》中有关以公司章程股随岗变为基础所形成的股份强制转让的内容，不违反法律、行政法规的禁止性规定，也不违反公司章程，应认定该部分内容有效，对全体股东（包括在表决时投同意票、不同意票、弃权票的股东）均有约束力。《股权管理办法》第十五条规定：股东因为岗位发生变化、解除或终止劳动合同关系的，其股权转让手续必须在岗位发生变化、解除或终止劳动合同之日起 30 日内办结。但彭琛至今未按本规定办理转让手续，并坚持认为其至今仍然享有股东分红权，要求规划公司支付其分红款。规划认为，彭琛在 2005 年 3 月 11 日与规划公司正式解除劳动合同关系之日起即不具有规划公司的股东资格及权利，同时，其分红权也截止于 2005 年 3 月 11 日。故诉至法院，请求确认彭琛享有规划公司股东的分红权截止至 2005 年 3 月 11 日。

彭琛一审本诉辩称：一、彭琛至本案诉讼时仍是规划公司登记备案的股东，应当依法享有股东分红权。二、规划公司认为彭琛股东分红权截止至 2005 年 3 月 11 日没有法律依据。股东的股权是股东个人

的合法财产，对股权的处分应当由股东个人行使。规划公司以公司章程为由，剥夺彭琛的股权没有法律依据。故请求驳回规划公司的诉讼请求。

彭琛一审反诉称：彭琛为规划公司股东，持股比例 1.8%。2005 年 4 月 15 日，规划公司在未经彭琛同意的情况下决定将彭琛持有的 1.8%股份转让给张正康，后张正康于 2005 年 11 月提起诉讼，要求彭琛将持有的公司股份转让给张正康。最终法院驳回了张正康的诉讼请求。因此，彭琛现仍是规划公司登记备案的股东，但规划公司自 2004 年至今未向彭琛分红。故请求判令规划公司按 1.8%的股权比例向彭琛支付 2004 年至 2011 年分红 96 万元，并按银行同期贷款基准利率支付逾期利息（2004 年分红的利息自 2005 年 1 月 1 日至判决确定给付之日为止以 75463.47 元为基数计算；2005 年分红利息自 2006 年 1 月 1 日起至判决确定给付之日止以 120000 元为基数计算；2006 年分红利息自 2007 年 1 月 1 日起至判决确定给付之日止以 117022.72 元为基数计算；2007 年分红利息自 2008 年 1 月 1 日起至判决确定给付之日止以 133418.36 元为基数计算；2008 年分红利息自 2009 年 1 月 1 日起至判决确定给付之日止以 70399.19 元为基数计算；2009 年分红利息自 2010 年 1 月 1 日起至判决确定给付之日止以 133609.62 元为基数计算；2010 年分红利息自 2011 年 1 月 1 日起至判决确定给付之日止以 115154.58 元为基数计算；2011 年分红利息自 2012 年 1 月 1 日起至判决确定给付之日止以 205843.14 元为基数计算），并承担本案反诉费用。

规划公司一审针对反诉辩称：一、2005 年 9 月 11 日，规划公司根据公司章程第二十条的规定，作出股东会决议，通过《股权管理办法》。其中《股权管理办法》第十四条明确规定，股东所持有的股权所对应的权利及义务自股东离职之日起终止。根据这一规定，彭琛从 2005 年 3 月 11 日离职之日起，就不再享有规划公司股权的所有权利，

包括其主张的分红权。规划公司同意支付 2004 年度的红利 75463.47 元。二、彭琛所主张的利息不应当得到支持。公司的分红是根据公司法规定，经由股东会决议才能确定。而规划公司作出分红的股东会决议的时间一般是 4 月份或 5 月份，故彭琛要求自 1 月 1 日起就计付上一年的利息无事实基础和法律依据。且在有关分红的股东会决议作出之后，规划公司多次通知彭琛来领取红利，但彭琛未来领取，故对于彭琛未领取红利的情况，规划公司没有任何过错，不应当承担利息损失。故请求驳回彭琛的反诉请求。

原审法院经审理查明：规划公司于 2004 年在南京市规划设计研究院基础上改制成立，公司注册资本 1272 万元。其中，彭琛持股比例为 1.8%。公司章程第二十条规定：与公司有正式劳动关系是股东的必要条件，和公司中止劳动关系的股东必须转让其出资；公司内部实行“股随岗变”的原则，股东之间可以相互转让其出资，但须与岗位相一致，并须经董事会同意，股东一旦转让其出资，就不得要求增加出资。

2005 年 2 月 23 日，彭琛向规划公司提出辞职申请。2005 年 3 月 11 日，规划公司作出解除与彭琛劳动合同关系的决定。

2005 年 4 月 15 日，规划公司作出股东会决议，除彭琛及另一股东王轼外，公司其他股东均同意将彭琛及王轼在公司的各自 1.8% 的出资转让给另一股东、规划公司法定代表人张正康。但该份决议并无彭琛及王轼签名，且规划公司未能证明其已按法定程序通知彭琛参加。2005 年 7 月 11 日，规划公司的律师向彭琛发出律师函，表示彭琛应将其持有的股份即时转让，并要求其在一周内与律师联系。彭琛未向其他人员转让股份，也未向张正康转让股份。

2005 年 8 月 23 日，规划公司向彭琛送达关于召开 2005 年 9 月 11 日股东大会（临时会议）的通知。2005 年 9 月 11 日，规划公司的股东大会决议经三分之二以上股东同意通过《股权管理办法》。其中，

彭琛的委托代理人对该管理办法投了反对票，表示不同意该办法。《股权管理办法》第二条规定：原始股持股资格：1、按照《南京市规划设计研究院改制转企方案》有资格持股的原南京市规划设计研究院职工；2、在公司任职并与公司签订正式劳动合同。第五条规定：原始股股东如发生辞职、被公司辞退、开除等情况，从而导致与公司解除劳动关系，则丧失持股资格，其所持股份应当转让，由公司董事会代理受让后转入预留股；在本公司工作满一年的员工，其政府优惠折让部分的净值从2009年元月1日开始变现；原始股股东如发生退休、劳动合同到期不再续签、死亡等情况，从而导致与公司终止劳动合同，则丧失持股资格，其所持股份应当进行转让，由公司董事会代理受让后转入预留股。第十条规定：本公司股东的持股比例按其所任职的岗位确定，……各岗位持股比例为本岗位的最高持股限额。第十四条规定：股东因为岗位发生变化、解除或终止劳动合同关系而导致其所持有的股份必须转让，其转让的股份所对应的权利和义务终止时间与岗位发生变化、解除或终止劳动合同关系时间相同。第十五条规定：股东因为岗位发生变化、解除或终止劳动合同关系的，其股权转让手续必须在岗位发生变化、解除或终止劳动合同之日起30日内办结。第十六条规定：股东任职岗位发生变化后，拒绝按规定转让股权的，视同放弃自由转让，其全部股权按强制转让规定办理。第十七条关于强制转让原始股价格部分规定为：原始股的强制转让行为如发生在2004年元月1日至2008年12月31日间，则股权转让价格为该部分股份所对应的公司上年度末经审计的净资产值，扣除改制时净资产作价折让部分所对应的净资产值；转让时上年度利润已进行分红的，则上述上年度净资产值须扣除已分红部分。第十九条规定：预留股由董事会统一筹集资金购买，并委托法定代表人代理持有。

2005年11月份，张正康诉至鼓楼法院，要求彭琛按176299.26元的价格将其持有的规划公司1.8%的股份转让给张正康。鼓楼法院

于2006年6月17日作出（2005）鼓民二初字第700号民事判决，认为2005年4月15日召开的股东大会未通知彭琛，该股东大会作出的决议不能约束彭琛，且《股权管理办法》就股东转让及明确受让人的约定与公司章程相冲突，故判决驳回了张正康的诉讼请求。张正康不服，上诉至本院。在该案二审期间，张正康与彭琛就计算股权价格的基数、折算比例、应否扣减改制时政府折让部分，应否溢价等持有分歧，无法协商一致，亦不申请法院对确定案涉股份转让价格的基数委托审计。本院于2008年1月4日作出（2006）宁民二终字第697号民事判决，判决驳回上诉，维持原判。

2006年，彭琛诉至鼓楼法院，要求确认《股权管理办法》无效。鼓楼法院于2007年7月17日作出（2006）鼓民二初字第897号民事判决，判决驳回彭琛的诉讼请求。彭琛不服，上诉至本院。本院于2007年11月29日作出（2007）宁民二终字第642号民事判决（以下简称642号案），判决驳回上诉，维持原判。该判决书中载明：“公司章程是公司法律人格的集中体现。由股东共同制定的章程，由于股东订立的自愿性，体现了全体股东的共同意志，是公司独立法律人格的发生根据，是公司、股东的行为准则。规划公司章程中有关‘股随岗变’的内容，对全体股东均有约束力。《股权管理办法》中有关以公司章程‘股随岗变’为基础所形成股份强制转让的内容，不违反法律和行政法规的禁止性规定，也不违反公司章程，应认定该部分内容有效，对全体股东（包括在表决时投同意票、不同意票、弃权票的股东）均有约束力。《股权管理办法》确定的强制股份转让价格，涉及股东的自益权，规划公司以股东会决议的方式通过《股权管理办法》，直接确定强制股份转让的价格，其效力应区别对待。对在表决《股权管理办法》时投同意票的股东，《股权管理办法》确定的股份转让价格产生法律效力；对在表决《股权管理办法》时投不同意票、弃权票的股东，《股权管理办法》确定的股份转让价格不发生法律效力。在

股东出现‘股份强制转让’的情形时，规划公司不能直接依据《股权管理办法》中有关股份转让价格的内容，要求对《股权管理办法》投不同意票、弃权票的股东接受强制股份转让价格转让其股份。……《股权管理办法》是落实‘股随岗变’的细则，就股份转让价格问题，如不同意票、弃权票的股东认为强制股份转让价格不能接受，股东应当提出自己认为合理的价格；协商不成的，规划公司、股东均可诉讼解决。”

一审审理中，规划公司表示其公司每年4月或5月份召开对上年度利润分红的股东会，并明确2004年度至2011年度公司的分红总额分别为5240518.6元、6110250.57元、8126577.65元、9265163.97元、4888832.88元、9278445.69元、7996848元、14294662.58元，并认为彭琛仅有权领取2004年度的红利75463.47元（扣除20%的税款后所得金额，即按分红总额×股权比例1.8%×80%），且已多次通知过彭琛。彭琛对上述分红总额表示无法确认，但同意在本案中先按上述分红总额主张其应获的红利（扣除20%的税款后所得金额，即按分红总额×股权比例1.8%×80%计算，2004年度至2011年度其应获红利分别为75463.47元、87987.61元、117022.72元、133418.36元、70399.19元、133609.62元、115154.61元、205843.14元，共计938898.72元），并表示如规划公司所述分红总额不对，其仍保留追索其他未获分红的权利。故其诉讼请求变更为判令规划公司支付2004年至2011年的红利938898.72元，并自2012年12月25日起至判决确定给付之日止按银行同期贷款基准利率计付逾期利息。

原审法院认为：规划公司章程虽规定“股随岗变”，与公司有正式劳动关系是股东的必要条件，和公司中止劳动关系的股东必须转让其出资。但事实上，劳动关系消灭了，仍存在非因股东自身原因而实际未转让股权的情形。股权以财产权为基本内容，股东投资的根本目的是为了从公司获取经济利益。公司可以对股东转让股权进行限制，

但这种限制不能直接剥夺股东自身应享有的自益权，除非得到股东本人的同意。因此，股权转让前，原股东仍应享有分红的权利。本案中，《股权管理办法》作出时，彭琛已离职，并对《股权管理办法》投反对票，故《股权管理办法》中关于强制转让指定的受让人及转让价格等规定不能直接约束彭琛。在彭琛离职后，规划公司法定代表人张正康要求彭琛按《股权管理办法》规定的价格向其转让股权的主张并未获得法院支持。就股权转让价格，如彭琛认为强制股份转让价格不能接受，应当提出自己认为合理的价格；协商不成的，规划公司、彭琛均可诉讼解决。但在彭琛所持股权转让前，彭琛仍是其所持股权的权利人，其所持股权产生的相应财产收益，仍应属彭琛所有。规划公司应向彭琛给付红利。故彭琛主张规划公司给付 2004 年度至 2011 年度的红利共计 938898.72 元，并自 2012 年 12 月 25 日起给付利息损失的诉讼请求，本院予以支持。据此，依照《中华人民共和国公司法》第三十五条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百四十二条的规定，判决：一、南京市规划设计研究院有限责任公司于判决生效之日起十日内一次性给付彭琛分红 938898.72 元，并自 2012 年 12 月 25 日起至判决确定给付之日止，按中国人民银行同期贷款基准利率给付利息损失；二、驳回南京市规划设计研究院有限责任公司的诉讼请求。本诉受理费 80 元，由规划公司承担；反诉受理费 6700 元，由规划公司承担 6550 元，由彭琛承担 150 元。

宣判后，规划公司不服，向本院提起上诉，请求撤销原判，依法改判驳回彭琛的诉讼请求，并承担本案全部诉讼费用。事实和理由为：一、一审法院遗漏了对（2013）宁商终字第 19 号民事判决书（以下简称 19 号案）这一重要事实的认定，未能查明 19 号案与本案的联系，导致同案不同判。根据 19 号案的认定，规划公司股东从解除劳动关系之日起就丧失持有规划公司股份的资格，不再享有相应的股东权利，承担相应的股东义务，且 19 号案还特地明确了从离职之日起就丧失

了股东权利的全部内容（包括分红权）。另 642 号案中认定，《股权管理办法》中的股权强制转让规定对全体股东（包括在表决时投同意票、不同意票、弃权票的股东）均有约束力，只是在“股权转让价格”这一问题上需要区别对待。而本案的争议焦点不在于“股权转让价格”，而在于“分红权”等股东资格和权利。彭琛虽然对《股权管理办法》投了反对票，但是《股权管理办法》中除“转让价格”之外的其他有关股权强制转让的规定对其均有约束力，尤其是其中第十四条有关“股东的全部权利从劳动关系解除之日起即全部丧失”的规定对彭琛具有约束力。二、一审判决的认定违反了规划公司的公司章程和《股权管理办法》的相关规定，属于严重的法律适用错误。1、彭琛因离职而丧失股东全部权利的依据不仅仅是《股权管理办法》，还有经过彭琛签字同意的公司章程，公司章程已经明确作出了“股随岗变”的规定。《股权管理办法》以股东会决议的形式作出，经过公司三分之二以上股东同意，彭琛作为公司股东，即使投了反对票，也应当遵守和执行依法通过的公司股东会决议。2、一审判决未能根据《股权管理办法》第十四条的规定认定彭琛从离职时起就已经丧失包括分红权在内的全部股东权利，背离了《公司法》赋予了规划公司的章程自治权。3、股东权利的取得与丧失并非必须发生在“股权转让手续办理完毕”之后，一审判决所谓彭琛在股权转让前仍享有股东权利的观点不能成立，混淆了“股权转让”与“股权转让手续办理”之间的差异，不能因为彭琛尚未“办理股权转让手续”而认为其尚未丧失股东资格和权利。一审将彭琛在转让价格上提出不合理高价，恶意拖延股权转让手续的办理的行为认定为“存在非因股东自身原因而实际未转让股权的情形”，与客观事实严重不符，不符合规划公司依赖于人力资源获得业绩红利的行业性质以及因此才制定“股随岗变”规则的初衷。

被上诉人彭琛答辩称：1、根据 2012 年 11 月 30 日的工商注册查

询记录可以证明彭琛仍然是规划公司登记备案的股东之一，根据公司法的规定，有权取得相应分红。2、规划公司认为彭琛自 2005 年 3 月 11 日离职后不享有股东权利，但规划公司在彭琛离职后，仍向彭琛送达召开股东会通知，彭琛也参加了股东会，可以证明彭琛仍然是合法股东享有权利。3、规划公司要求确认彭琛 2005 年 3 月 11 日之后不享有股东权利无法律依据，股权作为股东的个人财产，除非本人自愿或司法判决，其他情形下无权剥夺。4、现有规划公司的 50% 的股份由董事长代持，违反了公司法第 36 条的规定，明显导致规划公司的资本金减少。综上，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回规划公司的上诉请求，维持原判。

二审中，双方均未提供新证据。

本院经审理查明：对原审判决查明的事实，各方当事人均予认可，本院依法予以确认。

另查明以下事实：

一、朱光远原为规划公司股东，2011 年 7 月 1 日从规划公司辞职，但一直未办理股权转让手续，故规划公司起诉至南京市建邺区人民法院（以下简称建邺法院），要求确认朱光远不具有规划公司股东资格和权利。建邺法院查明对于规划公司 2005 年 9 月 21 日通过的《股权管理办法》，朱光远在同意股东栏内签名同意。建邺法院作出（2012）建商初字第 281 号民事判决，确认朱光远自 2011 年 7 月 1 日起已丧失规划设计院公司持股资格。朱光远不服，上诉至本院，本院于 2013 年 2 月 27 日作出（2013）宁商终字第 19 号民事判决，判决驳回上诉，维持原判。该判决中载明“《股权管理办法》第五条第 1 款明确约定‘股东……与公司解除劳动关系，则丧失持股资格。其所持有的股份应当进行转让……’，该办法并未约定股东在其股权转让合同签订和履行之后才丧失持股资格，朱光远诉称在股权转让手续履行完毕前，其股权资格并未丧失的理由，与章程规定和协议约定不符，……朱光

远因与规划设计院公司 2011 年 7 月 1 日解除了劳动关系即丧失持有规划设计院公司股份的资格，不再享有相应的股东权利、承担相应的股东义务。”

二、查询日期为 2012 年 11 月 30 日的规划公司工商登记资料中显示彭琛为股东。

三、就彭琛持有股份的转让价格，规划公司与彭琛未能协商一致，规划公司亦未就此向法院提起诉讼。

经当事人确认，本案二审期间的争议焦点为彭琛是否享有自其离职之日即 2005 年 3 月 11 日之后的分红权。

本院认为，股东的分红权是股东的一项重要权利。彭琛离职后能否取得分红，应取决于彭琛的股东资格是否丧失和何时丧失。

首先，股权具有财产性和身份性的双重属性，虽然股权中部分权能的行使会受限于公司的意思，但对于具有财产属性的自益权仍应遵循私有财产不受侵犯的民法基本原则，非经股东本人同意或法定的强制执行程序，不得以股东大会决议的方式予以强制处分。在规划公司未与彭琛就股权转让协商一致的情况下，规划公司无权强制转让股东依法享有的股权。

其次，规划公司章程仅规定了“和公司的正式劳动关系是股东的必要条件，和公司中止劳动合同关系的股东必须转让其出资”，但离职股东的股权如何转让，以什么价格转让并没有约定，且无“股东资格自然丧失”或“不再享有股东权利”等类似的约定，故仅凭规划公司章程，并不能构成一个完整的股权转让合同，不足以确定股东自离职之日起即已丧失了股东资格。

其三，股权自由转让是《公司法》赋予股东的法定权利，股权的管理，特别是对于股权的处分，并非公司自治的范畴，除非股东自己作出同意转让的意思表示。虽然规划公司的股东均应受公司章程和《股权管理办法》中“股随岗变”规定的约束，但股东对其所有的股

权仍享有议价权和股权转让方式的决定权。642 号判决已明确认定了对《股权管理办法》确定强制股权转让的价格仅对投赞成票的股东有约束力，即投赞成票的股东，如 19 号案中的朱光远因认可《股权管理办法》中对于股权转让价格和股权交付方式的规定，实质上与规划公司之间已经就股权转让事宜达成了意思表示一致。对于投不同意票、弃权票的股东，《股权管理办法》中的股权转让价格条款和股权转让的方式对其不生法律效力，因此应当认定双方就股权转让价格和股权转让方式并未达成意思表示一致。在该两项内容双方未能协商一致或通过诉讼以公允方式予以明确的情况下，该股权的强制转让无法实际履行，即不当然产生权利变动的法律后果，其对应的权利仍应属于原权利人即彭琛。

综上，规划公司的上诉请求缺乏事实依据和法律依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，处理并无不当，应予维持。据此，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 6780 元，由上诉人南京市规划设计研究院有限责任公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 樊荣禧

审判员 张广永

代理审判员 王瑞煊

二〇一四年三月十七日

书记员 高雁