



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

融贯中西  
务实创新



2011年第2期 (总第48期)

## ■ 专论

- 1、《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》简述

## ■ 新法评述

- 1、国家发改委对试点地区大中型私募基金进行强制备案
- 2、《关于豁免国有创业投资机构和国有创业投资引导基金国有股转持义务有关审核问题的通知》简述
- 3、《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）》简述
- 4、“外商投资创业投资企业”将淡出历史舞台？——外商投资创投企业“透明纳税实体”税务地位正式废止
- 5、软件产业和集成电路产业优惠新政解读

## 《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》简述（作者：孙敏煜、柳絮）

2011年2月3日，国务院办公厅发布了《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发[2011]6号文）（“六号文”），于2011年3月5日正式实施。六号文明确规定，建立外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议制度，对可能影响国家安全的外资并购交易进行国家安全审查。如果认定并购交易对国家安全已经造成或可能造成重大影响的，联席会议应要求商务部会同有关部门终止并购交易，或通过转让股权、资产等措施消除对国家安全的影响。

### 1、并购安全审查范围

(1) 外国投资者并购境内军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；

(2) 外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得。

值得注意的是，六号文规定的“外国投资者并购境内企业”比十号令（即《商务部关于外国投资者并购境内企业的规定》）明确的范围要广，既包括外国投资者购买境内非外商投资企业的股权、增资或购买并运营境内企业资产，也包括“外国投资者购买境内外商投资企业中方股东的股权，或认购境内外商投资企业增资”。另外，外国投资者并购境内金融机构的安全审查不适用六号文，有待另行规定。

六号文未说明何谓重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造；一般来说，粮油、糖、棉花、水、电、石油、天然气、公路运输、通信、电网、水利等均可能被纳入。

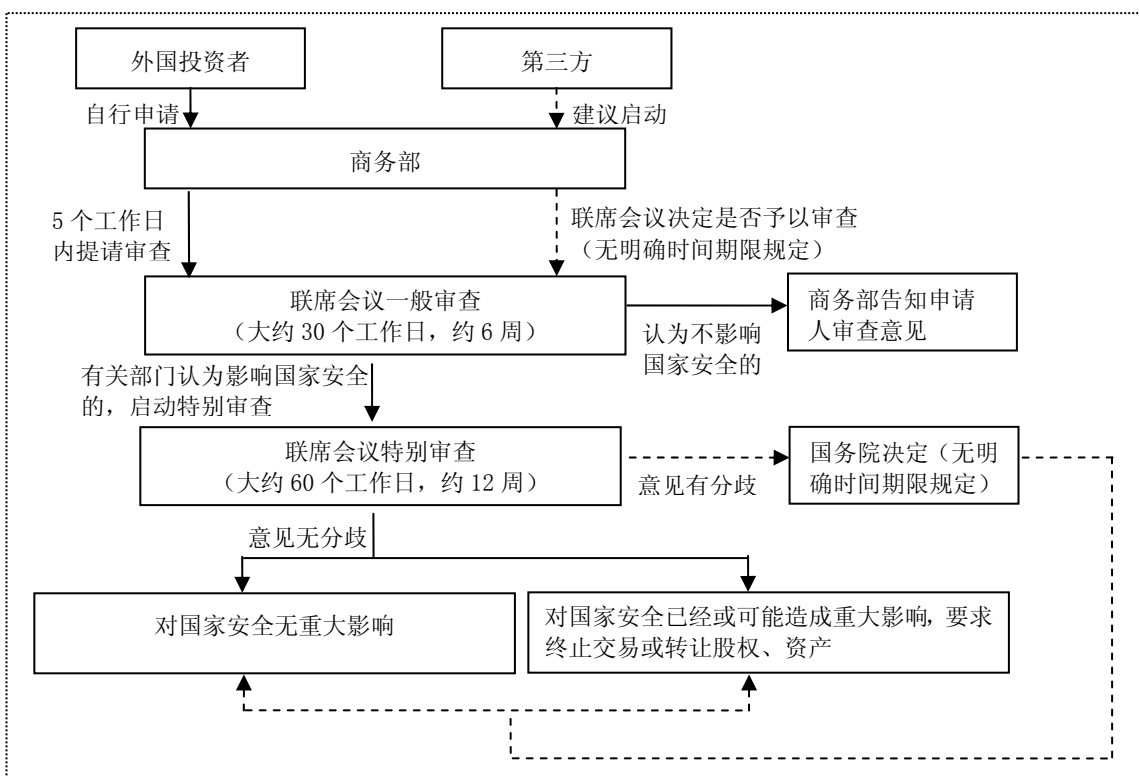
根据六号文，外国投资者取得实际控制权是指：(1)外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后持有的股份总额在50%以上；(2)数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在50%以上；(3)持有的股份总额不足50%，但享有的表决权对股东会或者股东大会、董事会的决议产生重大影响；或者(4)其他导致境内企业经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情况。

### 2、安全审查程序

联席会议具体承担安全审查工作。联席会议由国务院领导、发改委和商务部牵头，联合并购项目所涉及的行业相关部门组成。商务部负责受理审查申请。除了外国投资者自行提出安全审查申请外，其他第三方，如目标企业、国务院有关部门、行业协会、同业企业及上下游企业也可

向商务部提出安全审查建议，由联席会议决定是否启动审查。但联席会议根据第三方建议启动审查存在诸多操作上的不明确性。如根据六号文规定，尚不清楚联席会议是仅根据第三方提供文件决定启动安全审查还是会主动审查，核实所涉交易的细节并要求交易方配合审查。

安全审查分为一般性审查和特别审查两个阶段。一般性审查采取书面征求意见的方式进行，审查期限累计可达 30 个工作日，约 6 周的时间。一般性审查后认为影响国家安全的，方会启动特别审查。六号文规定，特别审查在 60 个工作日内（约 12 周）结束。但若在特别审查过程中，联席会议意见存在重大分歧，则报请国务院决定。六号文对国务院决定期限无明确规定。一般审查和特别审查的结果由联席会议书面通知商务部，并由商务部书面通知外国投资者。在安全审查过程中，外国投资者可向商务部申请修改交易方案或撤销并购交易。具体审查流程请见下图：



### 3、总结

六号文的出台保护了外资并购中的国家安全利益，同时也增加了外国投资者在部分行业的并购成本。六号文仅对审查范围和审查程序做了概要性的规定，许多操作性的规定仍未明确。具体的操作和申请文本的准备取决于商务部的进一步解释和实践中的操作。而第三方建议审查制度是否会被竞争对手恶意利用从而阻碍正常交易进展也取决于联席会议开展该第三方建议审查制度的实践。同时，六号文规定，安全审查制度仅针对外资并购，并未涵盖新设涉及国家安全行业的外商投资企业。

## 1、 国家发改委对试点地区大中型私募基金进行强制备案（作者：王勇、王绍凯）

2011年1月31日，国家发展和改革委员会（下称“国家发改委”）发布了《国家发展改革委关于进一步规范试点地区股权投资企业发展和备案管理工作的通知》（发改办财金[2011]253号）（下称“《通知》”），于发布当天正式实施。《通知》主要规范了在试点地区（请见如下定义）注册成立的股权投资企业及其管理企业的备案程序。

### （1） 适用范围

该《通知》仅适用于在北京中关村科技园区、天津滨海新区、武汉东湖新技术产业开发区和长江三角洲地区（下称“试点地区”）注册成立的股权投资企业。

### （2） 规范股权投资企业的设立、资本募集、投资领域与风险控制

《通知》强调，股权投资企业应当遵照《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国合伙企业法》有关规定设立。

《通知》规定股权投资企业的资本只能以私募方式向具有风险识别和承受能力的特定对象募集，不得通过在媒体（包括企业网站）发布公告、在社区张贴布告、向社会散发传单、向不特定公众发送手机短信或通过举办研讨会、讲座及其他公开或变相公开方式直接或间接向不特定对象进行推介。股权投资企业的资本募集人须向投资者充分揭示投资风险及可能的投资损失，不得向投资者承诺确保收回投资本金或获得固定回报。所有投资者只能以合法的自有货币资金认缴出资。资本缴付可以采取承诺制，即投资者在股权投资企业资本募集阶段签署认缴承诺书，在股权投资企业投资运作实施阶段，根据股权投资企业的公司章程或者合伙协议的约定分期缴付出资。

《通知》指出股权投资企业的投资领域限于非公开交易的企业股权，投资过程中的闲置资金只能存放银行或用于购买国债等固定收益类投资产品。

《通知》强调股权投资企业不得为被投资企业以外的企业提供担保。股权投资企业对关联方的投资，其投资决策应当实行关联方回避制度，并在股权投资企业的公司章程或者合伙协议以及委托管理协议、委托托管协议中约定。对关联方的认定标准，由股权投资企业投资者根据有关法律法规规定，在股权投资企业的公司章程或者合伙协议以及委托管理协议、委托托管协议中约定。

### （3） 建立股权投资企业信息披露制度

《通知》规定，股权投资企业除应当按照公司章程和合伙协议向投资者披露投资运作信息外，还应当于每个会计年度结束后4个月内，向国家发展和改革委员会及所在地协助备案管理部门提交年度业务报告和经会计师事务所审计的年度财务报告。股权投资企业的受托管理机构和托管机构应

当于每个会计年度结束后 4 个月内，向国家发展与改革委员会及所在地协助备案管理部门提交年度资产管理报告和年度资产托管报告。当股权投资企业在投资运作过程中发生 1) 修改股权投资企业或者其受托管理机构的公司章程、合伙协议和委托管理协议等文件；2) 股权投资企业或者其受托管理机构增减资本或者对外进行财务性融资；3) 股权投资企业或者其受托管理机构分立与合并等重大事件时，应当在 10 个工作日内，向国家发展与改革委员会及所在地协助备案管理部门报告。

#### (4) 完善股权投资企业备案程序及其监管

《通知》规定，凡在试点地区工商行政管理部门登记的主要从事非公开交易企业股权投资业务的股权投资企业，以及以股权投资企业为投资对象的股权投资企业，均应当按照本《通知》的要求进行备案，但下列情形除外：1) 已经按照《创业投资企业管理暂行办法》备案成为创业投资企业；2) 基本规模不足 5 亿元人民币或者等值外币；3) 由单个机构或者单个自然人金额出资设立，或者虽然由两个及以上投资者出资设立，但这些投资者均系某一个机构的全资子机构。

股权投资企业将资产委托其他股权投资企业或者股权投资管理企业管理的，其受托管理机构应当申请附带备案并接受相应的备案管理。

《通知》指出，未按照本《通知》的规定备案的，应当将其作为“规避备案监管股权投资企业和受托管理机构”，通过国家发展与改革委员会门户网站进行社会公告。对运作管理不符合本《通知》规定的，应当督促其在 6 个月内改正；逾期没有改正的，应将其作为“运作管理不合规股权投资企业和受托管理机构”，通过国家发展与改革委员会门户网站，向社会公告。

## 2、《关于豁免国有创业投资机构和国有创业投资引导基金国有股转持义务有关审核问题的通知》 简述（作者：王勇、王绍凯）

2011 年 2 月 22 日，财政部发布了《关于豁免国有创业投资机构和国有创业投资引导基金国有股转持义务有关审核问题的通知》（财企[2011]14 号，下称“《审核通知》”），以细化国有创业投资机构（下称“创投机构”）如何申请豁免此前相关法规所规定的国有股权转让义务及相关审核要求。

### 一、政策背景

2009 年 6 月 19 日，财政部、国资委、证监会、社保基金会（下称“四部委”）联合发布了《关于印发〈境内证券市场转持部分国有股充实全国社会保障基金实施办法〉（下称“《办法》”）的通知》（财企[2009]94 号），明确在境内证券市场实施国有股转持。该《办法》规定：股权分置改革新老划断后，凡在境内证券市场首次公开发行股票并上市的含国有股的股份有限公司，除国务院另有规定的，均须按首次公开发行时实际发行股份数量的 10%将股份有限公司部分国有股（但不高于国有股东的实际持股数量）转由社保基金会持有。《办法》的发布，虽对多渠道筹集社保基金具有积极意义，但也抑制了创投机构的投资积极性。



2010年10月13日,为提高创投机构的投资积极性,四部委又联合发布了《关于豁免国有创业投资机构 and 国有创业投资引导基金国有股转持义务有关问题的通知》(财企(2010)278号,下称“《豁免通知》”),规定符合条件的创投机构和国有创业投资引导基金,投资于未上市中小企业形成的国有股,可向财政部申请豁免国有股转持义务,但该《豁免通知》未明确如何界定投资于未上市中小企业等问题。

因此,财政部经商国资委、证监会、社保基金会、发展改革委,发布了上述《审核通知》,对创投机构申请豁免国有股权转持义务的审核要求和相关资料的申报和报送进行了阐述。

## 二、 内容要点

《审核通知》的内容要点如下:

### (1) 创投机构备案及年检要求

创投机构应遵照《创业投资企业管理暂行办法》规定的条件和程序完成备案,且最近一年必须通过备案管理部门的年度检查(申请豁免转持义务当年新备案的国有创业投资机构除外)。

### (2) 投资未上市中小企业时点的界定

创投机构投资于未上市中小企业,其投资时点以创投机构投资后,被投资企业取得工商行政管理部门核发的法人营业执照或工商核准变更登记通知书的日期为准。同一创投机构对未上市中小企业进行多轮投资的,第一次投资为初始投资,其后续投资均按初始投资的时点进行确认。

### (3) 被投资企业为“未上市中小企业”的界定

被投资企业规模按照创投机构初始投资时点之上一年度末的相关指标进行认定。职工人数由被投资企业所在地县级以上劳动和社会保障部门或社会保险基金管理单位核定;年销售(营业额)和资产总额均须以会计师事务所审计的年度合并会计报表数据为准。

### (4) 国有股的回拨或解冻

创投机构已按《办法》实施国有股转持,经财政部会同社保基金会审核符合豁免转持政策的,实行回拨处理。回拨的国有股权包括:1)由该创投机构转持至社保基金会的国有股;2)社保基金会持股期内因上市公司利润分配或资本公积转增等原因,由该部分国有股派生的相关权益,包括送股、转增股本及现金分红等。

创投机构或其国有出资人已按《办法》的规定以现金替代方式履行国有股转持义务,经财政部会同社保基金会审核符合豁免转持政策的,实行回拨处理。回拨金额按照创投机构或其国有出资人缴入中央金库的资金额确定。

按照《办法》的规定,国有全资创投机构所持上市公司国有股被冻结但尚未被转持的,须先按照《财政部国资委证监会社保基金会关于加快推进国有股转持工作的通知》的有关要求,将国有股变更登记到社保基金会转持股票账户后,再按《豁免通知》和《审核通知》的规定申请办理国有股

回拨手续。国有控股创投机构所持上市公司国有股被冻结但尚未被转持的，可直接向财政部提出解冻申请，经财政部审核符合豁免转持政策的，实行解冻处理。解冻的国有股包括：1) 创投机构股票账户中因实施国有股转持政策而被冻结的国有股；2) 该部分国有股被冻结期间因上市公司利润分配或资本公积转增等原因，由该部分国有股派生的部分权益，包括送股、转增股本等。

创投机构应于 2011 年 10 月 31 日前向财政部提出回拨或解冻的申请，逾期将不予受理。

#### (5) 国有创业投资引导基金审核要求

引导基金的资质认定，由财政部会同发展改革委按照《关于创业投资引导基金规范设立与运作的指导意见》有关规定进行审定，引导基金应提供相关说明材料。引导基金申请豁免的其他条件及程序，均比照对创投机构的相关要求办理。

#### (6) 资料的申报和报送

《审核通知》把申请转持豁免所需要申报的材料分为两类：1) 被投资企业拟首次公开发行股票并上市前，创投机构申请豁免国有股转持义务，应当提供的资料；和 2) 已实施国有股转持或国有股已被冻结，创投机构申请国有股（现金）回拨或解冻，应当提供的资料。除了两类所需要的如申请报告等文件外，前者还需要提交省级以上国有资产管理部门出具的被投资企业国有股权管理批复文件以及被投资企业关于公开发行股票股东大会决议及股份发行方案；后者还需要提交被投资企业关于利润分配和资本公积转增等方案的决议及实施公告以及创投机构股票账户卡复印件，创投机构或其国有出资人上缴资金的一般缴款书复印件和承接回拨资金的银行账户复印件（仅限于涉及现金回拨情形）。

财政部企业司具体负责豁免创投机构和引导基金国有股转持义务的审核工作，创投机构和引导基金可将申请资料（一式两份）直接寄送至：北京市西城区三里河财政部企业司企业三处，邮编：100820，联系电话：010-68552428。

### 3、《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）》简述（作者：魏秋菊、唐玉春、王绍凯）

2010 年 12 月 6 日，最高人民法院审判委员会通过了《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）》（“《解释（三）》”），该司法解释于 2011 年 2 月 16 日起实施。《解释（三）》明确了公司设立过程中债务承担的责任主体；出资、股权处分过程中的善意取得制度；非货币财产出资的出资标准及救济方式；未尽出资义务和抽逃出资的认定、诉讼救济的方式以及民事责任；并对平衡名义股东、股权权属的实际享有者以及公司债权人间的利益等问题作出了明确规范：

#### (1) 公司设立过程中债务承担的责任主体

《中华人民共和国公司法》（“《公司法》”）并未明确规定公司设立过程中所产生债务的责任承担主体，《解释（三）》对此进行了细化。就合同之债而言，为了适当降低合同相对人的查证义务、加强对相对人利益的保护，《解释（三）》规定首先以合同的签约主体判断是由发起人还是成立后的公司承担责任；其次，按照合同利益归属的标准判断承担责任。具体而言，发起人为设立公司以自己名义订立的合同，原则上应当由发起人承担合同责任；但若该公司成立后确认了该合同，或者公司已实际成为合同主体，即享有合同权利或者履行合同义务，且合同相对人要求公司承担责任时，则由公司承担合同责任；如果发起人在公司设立阶段以设立中公司名义订立合同，原则上应当由成立后的公司承担合同责任，除非该公司有证据证明发起人是为自己利益而签订该合同，且合同相对人非善意，即合同相对人明知发起人是为自己利益而与之签订该合同的，则仍由发起人承担合同责任。

《公司法》仅笼统规定了股份有限公司不能设立时发起人的责任，及在公司设立过程中，由于发起人的过失致使公司利益受到损害时，发起人应对公司承担的赔偿责任。《解释（三）》明确界定“发起人”的概念还包括有限责任公司设立时的股东。《解释（三）》明确规定了股份有限公司及有限责任公司因故未设立的，就对设立公司行为所产生的费用和债务，发起人承担连带清偿责任，同时明确发起人对外承担责任后，其内部责任划分的原则。同时，《解释（三）》规定了发起人因履行公司设立职责造成他人损害的，受害人可要求成立后的公司或全体发起人承担连带赔偿责任，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。

## （2） 出资过程中的善意取得制度

出资行为在性质上属于处分行为，出资人以非自有财产出资，属于无权处分。《公司法》对以非自有财产出资未作任何规定，《解释（三）》则规定了出资人以自己不享有处分权的财产出资的，即出资人为无权处分人时，其出资行为不能被简单否定，该出资行为的效力受物权法善意取得制度的约束，即如果第三人（包括公司、其他出资人、债权人等）不知道出资人以其不享有处分权的财产出资的，作为出资财产的所有权人不可向第三人追偿，仅能向出资人要求赔偿损失。对于出资人以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所获的货币（注意，此处仅限于货币，其他形式的财产除外）出资的，《解释（三）》规定应当采取拍卖或变卖股权的方式处置股权，而不能直接将出资从公司抽出。以上规定均是为了达到保障公司资本之维持、维护公司债权人利益的目的。

## （3） 非货币财产出资的出资标准及救济方式

《公司法》允许股东按照注册资本的一定比例以非货币财产出资，但对于可用于出资的非货币财产的特性仅进行了笼统规定，即可以货币估价并可以依法转让，但没有明确规定非货币财产出资的标准及程序。

《公司法》已明确作为出资的非货币财产应当评估作价。如果未对非货币财产评估作价，则无



法判断非货币财产的实际价值是否与章程所定价额相符。《解释（三）》则规定了针对作为出资的非货币财产未经评估的情形，指出当事人请求认定出资人未履行出资义务的，法院应委托具有合法资质的评估机构进行评估，并将评估确定的价额与公司章程所定价额作比较，如果评估的价额显著低于公司章程所定的，则应当认定出资人未依法全面履行出资义务。

《解释（三）》对于需办理权属变更的非货币财产（包括土地使用权、其他公司的股权等），规定非货币出资应满足已办理权属变更手续且财产已实际交付的双重要求。如该财产已实际交付公司使用但未办理权属变更登记的，在诉讼中法院应责令出资人在指定的合理期间内办理权属变更手续，如出资人按法院规定的期限办理了权属变更手续的，出资人可主张其自实际交付财产给公司使用时享有相应的股东权利；如非货币财产已办理权属变更手续，但未实际交付公司使用的，法院可以判令出资人向公司实际交付该财产，在交付前该出资人不享有股东权利。

#### （4） 未尽出资义务和抽逃出资的认定、诉讼救济的方式以及民事责任

《解释（三）》从阐明判断非货币出资的标准的角度，进一步补充了未尽全面履行出资义务的判断标准。《公司法》第三十六条规定，公司成立后，股东不得抽回出资，但未对抽回出资的表现作出明确界定。为了保障公司资本的稳定与维持、同时便于法院具体操作，《解释（三）》明确，将实践中较为常见的一些资本侵蚀行为明确界定为“抽逃出资”，包括：将出资款项转入公司账户验资后又转出；通过虚构债权债务关系将其出资转出；制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；利用关联交易将出资转出；其他未经法定程序将出资抽回的行为。

《公司法》第二十八条、三十一条、九十四条原则规定股东未按期足额缴纳其所认缴的出资额的、股份有限公司的发起人未按期缴纳所认股份的股款，应当向公司足额缴纳出资和向已按期足额缴纳出资的股东/发起人承担违约责任；对于公司设立后，发现作为设立公司的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，交付该出资的出资人应当补足其差额，公司设立时的股东/发起人应承担连带责任。《公司法》对于未交付或未按期交付作为出资的货币或者非货币财产、抽逃出资的行为，仅从监管的角度规定了当事人的法律责任。在促使股东履行出资义务的方式上，《解释（三）》在以下方面有所突破：

第一，《解释（三）》拓宽了出资民事责任的主体范围。规定了在公司设立时股东如果未按章程规定缴纳出资的，其他发起人股东与该股东承担连带责任；增资过程中股东未尽出资义务的，违反勤勉义务的董事、高管人员应当承担相应的责任；股东抽逃出资时，协助股东抽逃的其他股东、董事、高管人员或者实际控制人应承担连带责任；第三人代垫资金协助出资人设立公司、双方约定验资成立后出资人抽回资金偿还该第三人的情形下，在出资人不能补足出资时，该第三人应与出资人承担连带责任；未尽出资义务的股东转让股权时，知道该未尽出资义务事由仍受让股权的受让人应当与该股东承担连带责任。

第二，明确并拓宽了请求股东履行出资义务的主体范围。《公司法》并未明确谁有权请求未尽出资义务或抽逃出资的股东履行义务，一般认为公司当然享有该请求。《解释（三）》则从以下方面明确并拓宽了原告的范围：（一）明确了公司可以请求未尽出资义务的股东全面履行出资义务，请求抽逃出资的股东返还出资本息，请求未尽勤勉义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任、请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承担连带责任；（二）规定了其他股东有与公司相同的诉权；（三）明确了债权人在多种情形下可享有诉权，如债权人可请求未履行或未全面履行出资义务或抽逃出资的股东在未出资本息或抽逃出资的范围内对公司债务不能清偿的部分承担责任，请求发起人与被告股东承担连带责任，请求未尽勤勉义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任、请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承担连带责任。

第三，明确了股东未尽出资义务、抽逃出资时的责任包括利息责任，即股东未尽出资义务或抽逃出资时，债权人可请求未履行或未全面履行出资义务的股东在未出资的本息范围内、抽逃出资的股东在抽逃出资的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。

第四，限制了未尽出资义务、抽逃出资的股东以诉讼时效为由进行抗辩，包括两方面：（一）公司或者其他股东请求其向公司全面履行出资义务或者返还出资，被告股东不得以诉讼时效为由进行抗辩；（二）公司债权人的债权未过诉讼时效期间，其请求未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资的股东对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，被告股东不得以出资义务或者返还出资义务超过诉讼时效期间为由进行抗辩。

第五，明确规定了在股东未尽出资义务或抽逃出资时，公司可另行募集出资或允许相应出资由其他股东或第三人缴足。从保障股份公司资本尽快充实的角度出发，《解释（三）》授予了发起人的另行募集权，第六条明确规定股份公司认股人到期未缴纳出资，经发起人催缴后逾期仍不缴纳，发起人向他人另行募集该股份的，人民法院应当认定该募集行为有效。相应地，《解释（三）》第十八条第二款也规定了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，可由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。

第六，《解释（三）》从司法上认可了公司对未尽出资义务或抽逃出资的股东所设定的权利限制，明确规定公司通过公司章程或股东会决议，对前述股东的利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等进行相应的合理限制。

第七，《解释（三）》确认了对有限责任公司未尽出资义务或抽逃出资的股东资格解除规则、并设定了相应的程序规范。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，公司可以股东会决议解除该股东的股东资格，并及时办理法定减资程序。

#### (5) 平衡名义股东、实际出资人、其他股东及公司债权人之间的利益

在实践中，因公司名义出资人（即名义股东）与实际出资人不一致而产生的纠纷并不少见。《解释（三）》作了多项规定以明确有限责任公司中名义股东、实际出资人、其他股东及公司债权人的利益，但是对于上述规定是否适用于股份有限公司中的类似安排，则没有明确规定。

第一，有限责任公司的实际出资人与名义出资人可订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益。对于名义股东与实际出资人之间的合同效力，《解释（三）》遵从缔约自由的原则，即只要以上合同不违反合同法第五十二条的规定的规定的情形，该合同应为有效，实际出资人可依照合同约定向名义股东主张相关权益。对于实际出资人与名义股东因投资收益的归属发生的争议，实际出资人可以以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利，而名义股东不得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的权利。但是，如果实际出资人请求公司变更股东、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等，实际出资人的该等请求已超出了前述双方合同的范围，将导致实际出资人从公司外部进入公司内部、成为公司的成员，在此种情况下，应参照《公司法》第七十二条第二款有关有限责任公司的股权转让的规定，即应当经其他股东过半数同意。

第二，《解释（三）》规定了名义股东对股权进行处分（如将登记于其名下的股权转让、质押等）参照物权法有关善意取得的规定。《公司法》第三十三条第三款规定股东姓名或名称未在公司登记机关登记的，不得对抗第三人。如果第三人凭借对登记内容的信赖，一般可以合理地信赖登记的股东（即名义股东）即为真实的股权人，可以接受该名义股东对股权的处分，在此情形下，实际出资人不能主张处分行为无效，但是如果第三人明知股东名册上登记的是名义股权仍受让股权，则实际出资人可以主张处分行为无效。在第三人取得该股权后，实际出资人可以要求作出处分行为的名义股东承担赔偿责任。与此相类似的情形，如果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有关善意取得的规定处理。

第三，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，名义股东不得以其仅为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩。

#### 4、 “外商投资创业投资企业” 将退出历史舞台？ - 外商投资创投企业“透明纳税实体” 税务地位正式废止（作者：王勇、薛冰、张楚淇）

2011年1月4日，国家税务总局发布《关于公布全文失效废止部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告2011年第2号）（下称“2号公告”）。根据2号公告，《关于

外商投资创业投资公司缴纳企业所得税有关税收问题的通知》(国税发[2003]61号)(下称“61号文”)的第一条、第二条、第三条第一款、第二款第一句(下称“被废止条款”)已于2011年1月4日失效。

61号文发布于2003年6月4日,主要针对《外商投资创业投资企业管理规定》中外商投资创业投资企业(下称“外资创投企业”)缴纳企业所得税的有关问题做出规定。

61号文的被废止条款中最重要的是外资创投企业可选择适用“透明纳税实体”税务处理原则的条款,即规定组建为非法人的创投企业可由投资各方分别申报缴纳企业所得税,也可以由创投企业申请,经当地税务机关批准,统一依照税法的规定,申报缴纳企业所得税。如果非法人创投企业投资各方采取分别申报缴纳企业所得税的,对外方投资者应按在我国境内设立机构、场所的外国公司,计算缴纳企业所得税。但如果非法人创投企业没有设立创投经营管理机构,不直接从事创业投资管理、咨询等业务,而是将其日常投资经营权授予一家创业投资管理企业或另一家创投企业进行管理运作的,对此类创投企业的外方,可按在我国境内没有设立机构、场所的外国企业,申报缴纳企业所得税(“无常驻机构税收待遇”)。很多外商投资创投企业都是根据上述例外设立架构以确保其外方投资人享受无常驻机构税收待遇。61号文部分废止后,无常驻机构税收待遇条款依然有效。但外国投资者是否能够享受此无常驻机构税收待遇需依个案情况而定,分析时需要考虑中国与特定投资者居住国所签署税收条约中对“常驻机构”的定义、此类投资者是否属于中国税法规定的所谓“境外注册中资控股企业”等因素。

实际上,61号文,尤其是“透明纳税实体”的条款,早已受到质疑。61号文发布的法律依据——《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》(“外国企业所得税法”)——已于2008年1月1日伴随着《中华人民共和国企业所得税法》(“企业所得税法”)的颁布而失效。企业所得税法明确规定,除个人独资企业、合伙企业外,所有具有来源中国所得的企业和其他机构都应当依照企业所得税法缴纳企业所得税。非法人制的合作企业或者外资创投企业不在例外之列。

非法人制外资创投企业政策环境逐渐不利的同时,有限合伙作为私募股权和创业投资基金的主要形式,在近年开始逐渐兴起。合伙企业可以根据2007年6月1日起实施的《中华人民共和国合伙企业法》以及相应的税法规则享受“透明纳税实体”资格。自2010年3月1日起,外国投资者也被允许在中国设立外商投资合伙企业。最近,上海就其QFLP(“合格境外有限合伙人”)试点项目出台了试点工作的实施办法,允许与QFLP在上海设立的符合条件的基金在基金层面而非被投资公司层面办理外汇结汇,并允许在外汇资金仅来源于普通合伙人或管理公司且数额不超过基金资本总额5%的情况下,基金可享受内资基金的待遇而基本无须受外商投资产业政策的限制。随着非法人制外资创投企业正式丧失透明纳税实体的地位,正在运营外资创投企业或将要募集基金的海外基金管理人需要仔细考虑这些发展对其基金或募资计划的影响。



## 5、软件产业和集成电路产业优惠新政解读（作者：薛冰、刘家欣）

2011年1月28日，国务院发布了《关于印发进一步鼓励软件产业和集成电路产业发展若干政策的通知》（国发[2011]4号，下称“国发4号文件”），为进一步鼓励软件和集成电路产业的发展制定了涵盖财税、投融资、研发、进出口、人力资源及知识产权等方面的一系列优惠及支持政策。本文将对国发4号文件发布的政策背景及财税方面的优惠政策进行集中阐述。

### （1）政策背景

为推动软件和集成电路产业的发展，国务院曾于2000年发布《关于鼓励软件产业和集成电路产业发展若干政策的通知》（国发[2000]18号，下称“国发18号文件”），对上述产业提供了包括增值税和企业所得税优惠在内的多项政策支持，财政部、国家税务总局及海关总署等部门此后也相继发布了一系列细化规定。

国发18号文件及相关细化规定的施行，促进了我国软件和集成电路产业的快速发展，并有力地推动了国家信息化建设。但随着国发18号文件规定的软件增值税优惠政策于2010年底到期，软件产业和集成电路产业的财税等优惠政策是否将延续实施成为了业界关注的焦点。

国发4号文件重申了国务院对于软件和集成电路产业的支持力度，在延续近年来软件和集成电路产业原有财税优惠政策的基础上，又给予了这两个产业多项新的优惠政策，进一步明确了“十二五”期间国家将进一步通过优惠政策鼓励及扶持软件企业和集成电路企业的发展。

### （2）国发4号文件财税优惠政策要点

国发4号文件中主要的财税优惠政策要点，可总结如下：

#### ① 继续施行原有优惠政策

##### 1) 增值税优惠政策

国发4号文件明确，继续实施软件增值税优惠政策，即对增值税一般纳税人销售其自行开发生产的软件产品，按17%的法定税率征收增值税，对实际税负超过3%的部分实行即征即退，由企业用于研究开发软件产品和扩大再生产。

##### 2) 企业所得税优惠政策

国发4号文件延续了现行的企业所得税优惠政策，主要包括

#### ➤ 两免三减半

对集成电路线宽小于0.8微米（含）的集成电路生产企业，经认定后，自获利年度起，第一年至第二年免征企业所得税，第三年至第五年按照25%的法定税率减半征收企业所得税（下称“两免三减半”）。

#### ➤ 五免五减半



对集成电路线宽小于 0.25 微米或投资额超过 80 亿元的集成电路生产企业，经认定后，减按 15% 的税率征收企业所得税，其中经营期在 15 年以上的，自获利年度起，第一年至第五年免征企业所得税，第六年至第十年按照 25% 的法定税率减半征收企业所得税。

➤ 新设企业优惠政策

对我国境内新办集成电路设计企业和符合条件的软件企业，经认定后，自获利年度起，享受企业所得税“两免三减半”优惠政策。经认定的集成电路设计企业和符合条件的软件企业的进口料件，符合现行法律法规规定的，可享受保税政策。

② 新增财税优惠政策

国发 4 号文件新增的财税优惠政策主要包括：

1) 营业税优惠政策

对符合条件的软件企业和集成电路设计企业从事软件开发与测试，信息系统集成、咨询和运营维护，集成电路设计等业务，免征营业税，并简化相关程序。

2) 增值税优惠政策

对国家批准的集成电路重大项目，因集中采购产生短期内难以抵扣的增值税进项税额占用资金问题，采取专项措施予以妥善解决。

3) 所得税优惠政策延伸

为完善集成电路产业链，对符合条件的集成电路封装、测试、关键专用材料企业以及集成电路专用设备相关企业给予企业所得税优惠。

值得注意的是，国发 4 号文件仅就相关财税优惠政策的一般原则进行了规定，财政部、国家税务总局等部门将制定并发布具体执行办法。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

#### 金文玉 律师：

电话：+86-10-8525 5557

Email: [wenyu.jin@hankunlaw.com](mailto:wenyu.jin@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

#### 曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: [yinshi.cao@hankunlaw.com](mailto:yinshi.cao@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email : [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)