

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书



中小企业 常见法律风险防控 实用精要指引

提示常见及易被忽视风险 给出明确防范及处理指引

钱金森 / 著

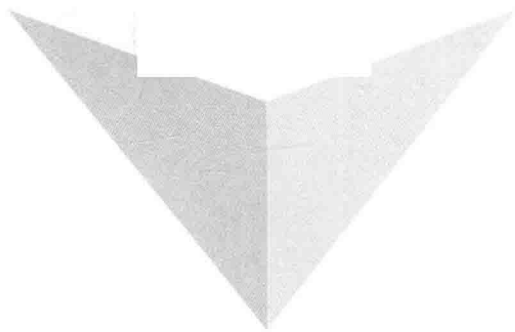


法律出版社 | LAW PRESS

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书

中小企业 常见法律风险防控 实用精要指引

钱金森 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中小企业常见法律风险防控:实用精要指引 / 钱金森著. —北京:法律出版社,2016. 11
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0072 - 0

I. ①中… II. ①钱… III. ①中小企业—企业法—研究—中国 IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 236079 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张 戢

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/9 字数/90千

版本/2016 年 12 月第 1 版

印次/2016 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 上海公司/021 - 62071010/1636
北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995 重庆公司/023 - 65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0072 - 0

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

防患于未然是企业主共同的想法，而法律的严谨、晦涩、庞杂及日新月异又使得企业主难有精力学习钻研法律。除非有专职法律顾问或专职律师时刻参与企业日常经营管理，中小企业通常在争议或者损失发生后才意识到法律风险所在，而这已晚矣。虽然企业、行业经济效益不错，但因法律风险没有预防好、处理好而导致损失甚至招致牢狱之灾的企业家并不鲜见。

法律风险所导致的损失或者被动，通常不是因为风险难以解决，更多是因为没有意识到风险，也未寻求防范控制风险的措施。例如，在民间借贷中，出借人虽知晓有保证人更有利于回款安全，并在欠条落款处加上保证人栏目一起签署，但因没意识到此类情况下保证人主张权利的期限风险，导致超过法律默认的六个月期限而无法向保证人主张权利。若出借人意识到此期限风险而写明更长的、明确的保证期限，或者在六个月期限内及时行使权利，则可避免权利过期不受保护的不利后果。

又如，曾有企业创始人实行股权激励并引入新的投资者，导致所持股权被稀释而被其他股东通过选举致其下台而丧失对企业的控制权。若该创始人对员工进行股权激励时选择有限合伙作为平台且由创始人担任普通合伙人，而被激励员工只作为有限合伙人享受分红，则会保障创始人的控制权。如何施行股权激励？如何安排股权代持？在引入新的投资者时，如何保障创始人对企业的控制权？本书将在第一章就此给出答案与指引。

在日常经营中，中小企业会遇到交付货物后客户破产或者丧失偿债能力而无法收回货款遭受损失的情况，如何进行合同条款设计以预防和控制此类风险？如何有效保全和追索债权？本书第四章和第六章将重点给出指引。

在银行融资门槛较高的情况下，民间融资是中小企业融资的重要渠道之一，可能既有借入也有借出，作为出借人如何增加借款收回的保障？作为借款人如何控制风险？为企业经营而非企业主个人生活所借款项，如何书写欠条以隔离企业主甚至配偶的责任？本书在民间借贷与担保风险防控章节给出了指引及示范条款。

风险与收益相伴，企业经营中遇到的风险具有多样性，也难以完全避免。本书作为实用精要指引，并非涵盖及拒绝所有风险，而是侧重于提示中小企业经营中常见但易被忽视的法律风险，以通俗易懂和实用性作为出发点，给出明确的利弊分析、防控指引及示范条款，同时清晰列出相关法律规定，以避免歧义。

最后，需要说明的是，作为对中小企业常见法律风险防控经

验的书面总结，作者曾与部分同事及客户分享本书相关章节内容，因其实用、简明、易懂受到欢迎而决定根据最新立法及司法解释整理更新、结集出版，以期帮助更多创业者、企业主提高风险意识及防控能力，降低因法律风险所导致的损失和讼累，也算是为大众创业、万众创新尽绵薄之力。若读者阅后认为有所裨益而乐于与亲朋分享，还请推荐亲朋在新华书店或购书购物网站京东、当当及卓越亚马逊购买正版为盼。

第一章 企业组织形式选择及股权架构、股权激励

- 001 1.1 可选择的企业组织形式有哪些？
- 002 1.2 不同企业类型下企业主对企业债务的责任有何不同？
- 005 1.3 哪些情形下股东应对公司债务承担责任？
- 011 1.4 推荐创业者、中小企业主选择何种企业类型？
- 012 1.5 推荐有限公司采取怎样的持股架构？
- 014 1.6 有限公司是否必须同股同权？有何实务价值？
- 015 1.7 股权激励特别注意事项有哪些？

第二章 股权代持的风险与防控

- 019 2.1 何为股权代持？
- 020 2.2 股权代持合同是否受法律保护？
- 021 2.3 实际出资人的主要风险有哪些？
- 024 2.4 实际出资人可否直接向公司行使股东权利？
- 025 2.5 名义股东的主要风险有哪些？

- 026 2.6 是否推荐股权代持?
- 026 2.7 实际出资人如何降低自身风险?
- 027 2.8 名义股东如何降低自身风险?
- 028 2.9 被冒名登记的股东是否对公司债务承担责任?

第三章 企业人格混同风险及其防控与利用

- 031 3.1 何为企业人格混同?
- 032 3.2 人格混同的后果及风险为何?
- 032 3.3 判断关联公司人格混同的主要标准有哪些?
- 034 3.4 如何避免人格混同以隔离不同企业的经营风险?
- 035 3.5 如何在债权追索中利用债务人企业人格混同?

第四章 商事合同签订与履行指引

- 038 4.1 合同签订通用指引
 - 038 (1) 交易对手身份、资信审查
 - 039 (2) 避免基本条款约定不明
 - 041 (3) 收款银行账户条款约定
 - 041 (4) 违约责任条款指引
 - 044 (5) 写明住所、联系方式的必要性
 - 045 (6) 合同签字盖章注意事项
 - 046 (7) 合同签署日期的重要性
 - 046 (8) 诉讼仲裁管辖条款指引

- 049 (9) 涉外合同管辖特殊风险与处理
- 050 (10) 合同中公司 logo、格式条款风险
- 052 4.2 销售类合同主要风险与防范
 - 052 (1) 货款回收风险与增强货款回收能力的条款设计
 - 057 (2) 交付违约风险与防控
 - 057 (3) 其他承诺风险与防范
- 058 4.3 采购类合同的主要风险及防控措施
 - 058 (1) 质量风险及条款设计
 - 059 (2) 最惠价格承诺与落实机制
 - 060 (3) 责任限制条款风险与防范
 - 061 (4) 试用买卖合同风险及其防控
 - 063 (5) 留置权风险及其防范
- 064 4.4 合同履行风险防范注意事项
 - 064 (1) 合同履行通用注意事项
 - 065 (2) 对账单格式、不同效果及注意事项
 - 068 (3) 发票对货物交付与款项支付的证明力
 - 069 (4) 合同履行财务收付款风险与注意事项

第五章 民间借贷、担保相关风险与防控

- 073 5.1 民间借贷及企业间资金拆借是否受法律保护?
- 075 5.2 民间借贷受保护的利息区间为何?
- 076 5.3 民间借贷合同未约定借期内利息如何处理?

- 076 5.4 民间借贷合同未约定逾期利息如何处理?
- 077 5.5 有助于出借人收回借款的措施有哪些?
- 086 5.6 借款人如何书写欠条或借据?
- 087 5.7 借款人如何隔离公司债务与个人责任?
- 089 5.8 保证人如何合理限制保证责任?
- 091 5.9 借款人及保证人如何隔离配偶责任?

第六章 诉讼时效与诉讼追收债权策略方法

- 095 6.1 何为诉讼时效?有何风险及注意事项?
- 099 6.2 诉讼追收债权的策略和方法主要有哪些?

第七章 刑事责任风险的防控与利用

- 110 7.1 职务侵占罪与挪用资金罪
- 113 7.2 贪污罪与挪用公款罪
- 115 7.3 商业贿赂犯罪
- 120 7.4 贷款诈骗罪
- 123 7.5 敲诈勒索罪
- 125 7.6 串通投标罪
- 127 7.7 妨害清算罪
- 129 7.8 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪

企业组织形式选择 及股权架构、股权激励

对于创业者而言，选择何种企业组织形式，将直接影响企业主自身责任及企业后续发展空间。例如，如果选择个人独资企业，由于该类企业没有独立法人资格，企业主依法对企业债务承担连带清偿责任，这显然不是大多数企业主所期望的。而个人独资企业或者合伙企业最终改制为股份有限公司并在中国完成 IPO 实现上市融资，所面临的障碍通常也多于有限公司。

1.1 可选择的企业组织形式有哪些？

通常而言，可供创业者选择的企业类型包括有限公司、合伙企业、个人独资企业。个体工商户也是法律规定的法律主体和企业组织形式，其责任承担与个人独资企业类似，个人承担债务。

虽然在2013年《公司法》修订后，股份有限公司已没有最低注册资本及实缴资本的门槛限制，但组织机构方面要求董事会成员不少于五人，监事会成员不少于三人，管理成本较高且不够灵活，不适宜创业者发起设立，本书不作详细论述。

1.2 不同企业类型下企业主对企业债务的责任有何不同？

这里的企业债务，是指企业对外应该承担的责任，不限于通常的金钱债务，也包括民事赔偿责任。例如，某餐饮企业若因食品变质被消费者诉至法院要求赔偿，法院判决的民事赔偿责任，也是企业债务。

企业类型	企业主对企业债务的责任
有限公司	股东以所认缴的出资金额为限，承担有限责任，原则上债权人无权要求股东对有限公司的债务承担无限连带责任（但也存在股东不受有限责任保护的例外情形，具体见1.3）。
合伙企业	普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人对合伙企业债务在其认缴出资范围内承担有限责任，但第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的无限连带责任。
个人独资企业	投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任；明确以其家庭共有财产作为个人出资的，以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。
个体工商户	个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。

相关法律规定：

《中华人民共和国公司法》（1993年通过 2005年修订 2013年第三次修正）

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。

《中华人民共和国民法通则》（1986年通过 2009年修正）

第二十九条 个体工商户、农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。

《中华人民共和国合伙企业法》（1997年通过 2006年修订）

第二条 本法所称合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。本法对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人

对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

第五十三条 退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

第七十六条 第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。

有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

第七十七条 新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。

《中华人民共和国个人独资企业法》（1999年）

第二条 本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

第十八条 个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

第二十八条 个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在五年内未向债

务人提出偿债请求的，该责任消灭。

第三十一条 个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

1.3 哪些情形下股东应对公司债务承担责任？

为平衡对股东的有限责任保护与对债权人的保护，避免股东滥用公司独立人格而损害债权人利益，现有立法及司法实践对股东的有限责任保护规定了例外情形，该等例外情形下股东对公司债务承担连带责任或者赔偿责任，不受股东有限责任保护。随着国家立法及司法实践的发展，不排除会有更多的例外情形。

一方面，作为有限公司股东的企业主，应清晰了解股东的有限责任保护是有前提和界限的，并着力避免下列例外情形，否则难以得到有限责任保护。另一方面，作为债权人的企业在追索债权时，若发现债务人或其股东存在下列例外情形，可以考虑把债务人公司的股东也列为被告，增加责任主体，从而提高债权得到清偿的可能性。

有限公司股东有限责任保护的主要例外情形如下：

(1) 一人有限公司股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的；

(2) 出资不到位或者抽逃出资的；

(3) 协助其他股东抽逃出资的；

(4) 担任清算组成员未履行通知和公告义务，导致债权人未
及时申报债权而未获清偿的；

(5) 公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或
者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人
注销登记的；

(6) 公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算
的；

(7) 公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在
公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任的；

(8) 未经清算即注销公司的公司解散后，恶意处置公司财产
给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取
公司登记机关办理法人注销登记的；

(9) 清算时怠于履行义务导致公司财产贬值、流失、毁损或
者灭失的；

(10) 清算时怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重
要文件等灭失，无法进行清算的；

(11) 公司解散时，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；

(12) 其他因股东滥用股东权利、公司法人独立地位和股东

有限责任而损害公司、其他股东或者公司债权人利益的。

相关法律规定：

《中华人民共和国公司法》（1993年通过 2005年修订 2013年第三次修正）

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。

第六十三条 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

《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）》（法释〔2008〕6号公布 法释〔2014〕2号修正）

第十一条 公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十五条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影

响的报纸上进行公告。

清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

第十八条 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因急于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

上述情形系实际控制人原因造成，债权人主张实际控制人对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

第十九条 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记，债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

第二十条 公司解散应当在依法清算完毕后，申请办理注销登记。公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，债权人主张有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股

东，以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

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。

第二十三条 清算组成员从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失，公司或者债权人主张其承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，依据公司法第一百五十一条第三款的规定，以清算组成员有前款所述行为为由向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

公司已经清算完毕注销，上述股东参照公司法第一百五十一条第三款的规定，直接以清算组成员为被告、其他股东为第三人向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

《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）》（法释〔2011〕3号公布 法释〔2014〕2号修正）

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。

1.4 推荐创业者、中小企业主选择何种企业类型？

根据 1.2 的对比分析，对于创业者和中小企业主而言，有限公司是较好的组织形式，因为有限公司对股东的有限责任保护能够使企业主在企业万一失败的情况下，不会牵累股东个人责任及家庭财产（当然在 1.3 所述的例外情形下有限公司股东并不受有限责任的保护）。故即使所经营的业务是饭店、茶庄、洗车行等简单门类，除非 100% 稳赚不赔、没有任何责任和风险，还是建议选择选择有限公司这一企业组织形式。

同时，基于 1.3 第（1）种例外情形的原因，应当避免使用一人公司的组织形式，所设立的有限公司股东应不少于 2 个。

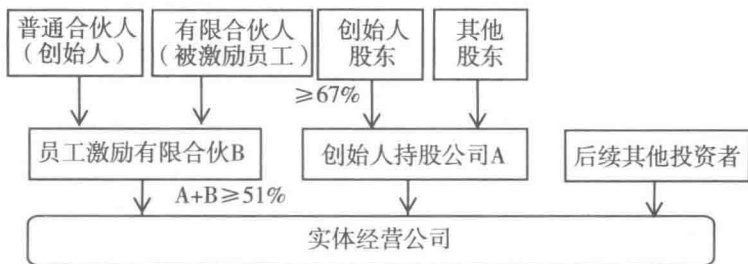
但有特殊考量的，可以选择有限公司之外的企业组织形式。如私募基金，为保障发起人对基金的控制权，更适合采用有限合伙的组织形式，其中发起人担任普通合伙人，其他投资者担任有限合伙人。

1.5 推荐有限公司采取怎样的持股架构？

在确定采取有限公司这一组织形式后，如何安排公司股权架构将影响到企业的长远发展及创始人的实际控制权。

若创业伊始即有股权激励、吸引投资者及国内上市的考虑，在报告期（通常是2~3年）内维持公司实际控制人不变是IPO审核的要点之一，而创始人通常也不希望在股权激励及吸纳后续投资者后丧失对公司的控制权。但后续投资者不同于员工股权激励，通常希望有一定的发言权及影响力。

基于前述几点考虑，建议采用如下持股架构。此架构下，创始人将能够保持对实体经营公司的控制并且为员工股权激励、吸引新的投资者及IPO预留空间。



在前述架构安排下，基于有限合伙由普通合伙人决定合伙事务的特性，有限合伙 B 所持有的实体经营公司的股权，将实际由作为普通合伙人的创始人行使和控制，从而能够有力保障创始人的实际控制权。这并不损害有限合伙人也就是被激励员工根据合伙协议享有和分配红利的权利，能够在实现股权激励让关键员工共享发展收益的同时保障创始人的控制权。创始人及其共同创业者亦可利用持股公司 A 这一平台延伸开展与实体经营公司并行的其他投资及业务。

当然，若没有员工股权激励、吸引投资者及国内上市的安排考虑，可由创始人与其他股东直接持有实体经营公司股权，无需上述复杂的架构安排。

若有海外上市的计划，根据行业不同特别是《外商投资产业指导目录》的规范，需要提前安排上市架构，本书不作深入阐述。

相关法律规定：

《中华人民共和国合伙企业法》（1997 年通过 2006 年修订）

第六十七条 有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

第六十八条第一款 有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

1.6 有限公司是否必须同股同权？有何实务价值？

回答是否定的。虽然法律规定同股同权为原则，但有限公司可以在公司章程中就同股不同权作出具体约定，分红权、后续出资认缴权及表决权并非必须与出资比例一致。其实务价值在于，通过此安排，可以实现创始人对公司的实际控制及个性化安排。包括在 1.5 所述的后续其他投资者的表决权，也可通过此安排加以限制，从而确保创始人的实际控制权。

需要注意的是，此点同股不同权的安排，必须在公司章程中作出明确规定方为有效。章程中有关此安排的示例条款如下：

经全体股东一致约定，各股东认缴出资额如下，并确认各股东的分红比例、股东会表决权比例及新增出资优先认缴权比例不同于认缴出资比例及实缴出资比例，具体安排见下表：

股东名称	认缴出资额	出资比例	分红比例	股东会表决权比例	新增出资优先认缴权比例
A	10 万元	10%	40%	60%	50%
B	30 万元	30%	30%	15%	20%
C	60 万元	60%	30%	25%	30%
合计	100 万元	100%	100%	100%	100%

相关法律规定：

《中华人民共和国公司法》（1993 年通过 2005 年修订 2013 年第三次修正）

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。

1.7 股权激励特别注意事项有哪些？

员工股权激励的目的是通过分红权益鼓励员工与公司共同发

展，共享发展收益。除了通过有限合伙方式保障创始人的实际控制权外，还应在股权激励协议也就是有限合伙协议中，特别注意约定下列事项：

（1）将行权、分红与公司经营业绩、员工工作年限、绩效考评等条件挂钩；

（2）被激励员工承担竞业禁止义务，被激励员工即有限合伙人不得以任何方式自营、协助他人经营与公司相竞争的业务；

（3）员工离职时，创始人即普通合伙人有权以一定的价格强制收购其所持有的有限合伙份额，且收购在员工离职时生效；

（4）在保密条款中特别约定，员工离职后，即使公司客户自愿选择与该员工或者其新单位进行交易的，该员工也有义务将客户转引至公司，否则视为员工侵犯公司商业秘密，构成不正当竞争，并承担赔偿责任。

相关法律规定：

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释〔2007〕2号）

第十三条 商业秘密中的客户名单，一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户。

客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行市场交易，该职工离职后，能够证明客户自愿选择与自己或者其新单位进行市场交易的，应当认定没有采用不正当手段，但职工与原单位另有约定的除外。

股权代持的风险与防控

在企业经营中，因种种原因会出现股权代持的情况，即在工商登记机关登记的股东并非实际出资人，而是作为名义股东为实际出资人代持股权。作为企业主，如果打算安排股权代持，应当了解股权代持的风险，并事先作出妥善安排。

2.1 何为股权代持？

股权代持指有限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。其外在表现为：工商机关登记的名义股东并非实际出资人，名义股东与实际出资人之间存在代持关系。

2.2 股权代持合同是否受法律保护？

通常而言，股权代持合同若是实际出资人与名义出资人的真实意思表示，且不存在《合同法》第五十二条规定的无效情形，将作为有效合同受到法律保护。

但是，若实际出资人没有证据证明实际出资及代持合同关系，将因为缺乏证据的缘故而不是由于法律规定的原因造成其投资权益无法得到法律保护。例如，仅有款项转移记录而没有证据证明款项性质的，很有可能被认定为不当得利或者借款，只会获得款项返还而无法确认投资权益归属。所以，股权代持关系的存在，仅有款项转移记录还不足够，还需有代持合同明确规定代持关系，以及证明实际出资、载明款项性质的款项转移记录。

相关法律规定：

《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）》（法释〔2011〕3号公布 法释〔2014〕2号修正）

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。

《中华人民共和国合同法》（1999年）

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。

2.3 实际出资人的主要风险有哪些？

对实际出资人而言，通过名义股东代持股权，其风险主要包括：

- （1）名义股东可能处置股权的道德风险。

例如，名义股东将所代持的股权转让或者质押给善意第三人。在此情况下，除非实际出资人证明该第三人是恶意的或者价格不合理，该处置行为通常将被认定为有效。

这样，即使股权代持协议规定名义股东未经实际出资人同意处置股权而应承担赔偿责任，但若名义股东并无实际赔偿能力，该规定并不能抑制名义股东处置股权的风险。

（2）名义股东因债务被执行的危险。

若名义股东涉及诉讼被强制执行，代持股权作为登记在名义股东名下的财产权利，很可能被司法机关作为名义股东的财产予以冻结或者处置。

此类情况下，即使实际出资人在司法机关处置股权前得悉情况并提出异议，也很难以保证司法机关会采信该异议，或者需要漫长复杂的确权之诉方能确认股权实际归属，而这不是实际出资人所希望的。

（3）名义股东意外身故的危险。

若名义股东意外身故，其名下的股权将作为遗产纳入遗产执行，其风险类似于前述（2）。

（4）名义股东违背实际出资人意愿行使股东权利的危险。

通常来讲，代持协议会约定，名义股东在代行股东权利如参加股东会议时，应提前获得实际出资人的指示并按照实际出资人的指示行事。但若名义股东行使股东权利时违背实际出资人的意志，其行为对于公司及其他股东而言仍然是有效的。例如，投票

选举董事，或者放弃新增出资的认缴权等，都将直接影响实际出资人的利益。

此种情况下，实际出资人有权根据代持协议追究名义股东的责任，但却难以否定名义股东行为的效力。

相关法律规定：

《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）》（法释〔2011〕3号公布 法释〔2014〕2号修正）

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。

《中华人民共和国物权法》（2007年）

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。

2.4 实际出资人可否直接向公司行使股东权利？

由于代持协议是实际出资人与名义股东之间的合同，并不能约束不是合同当事人的其他股东及公司，故实际出资人只能向名义股东主张权利。

有限公司具有一定的人合属性，故除非经过公司其他股东半数以上同意，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的，通常无法得到法院支持。

相关法律规定：

《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）》（法释〔2011〕3号公布 法释〔2014〕2号修正）

第二十四条第三款 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。

2.5 名义股东的主要风险有哪些？

公司股东除承担出资义务外，还承担如清算、管理等义务。名义股东作为登记股东，若没有履行前述义务，将可能被债权人起诉而承担相应的赔偿责任及连带责任，具体请见第一章 1.3。即使名义股东事后可向实际出资人追偿，但若实际出资人缺乏实际偿还能力，则该不利后果事实上还是由名义股东承担，无法转嫁给实际出资人。

相关法律规定：

《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）》（法释〔2011〕3号公布 法释〔2014〕2号修正）

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。

2.6 是否推荐股权代持？

考虑到股权代持所存在的风险，特别是 2.3 所述实际出资人难以控制的风险，不推荐股权代持。

2.7 实际出资人如何降低自身风险？

若因为特殊情况使股权代持成为唯一可行或最优选项，实际出资人可考虑采取下列措施，降低股权代持所带来的不确定性及风险：

(1) 对股权代持协议进行公证或者律师见证。

实际出资人与名义股东签署书面的股权代持协议，并进行公证或者律师见证。公证或见证的目的是在司法机关冻结执行股权时，有证据证明该股权代持协议并非伪造或者补签，增强其证明力和可信度，降低前面 2.3 所述风险中的第(2)项和第(3)项风险。

(2) 以银行转账支付出资款。

除了签署股权代持协议外，实际出资人在将出资款项通过名义股东缴纳至公司的过程中，应通过银行转账进行，并且款项用途中写明 ×× 公司 ×× % 股权对应出资款人民币 ×× 元。该证据主要是为证明实际出资人实际出资行为的存在。

(3) 名义股东签署授权委托书。

由名义股东签署授权实际出资人参加股东会议及行使其他权利的不可撤销的授权委托书文件。此文件的目的是使实际出资人有能力和便利直接行使股东权利，以降低前面 2.3 所述风险中的第(4)项风险。

上述措施，只能适当控制风险，并不能消除 2.3 所述的全部风险。

2.8 名义股东如何降低自身风险？

在股权代持安排下，名义股东除了要承担股权代持协议下对实际出资人的义务外，还面临 2.5 所述的公司债权人诉讼追责风险。为降低该风险，建议名义股东采取下列措施：

(1) 确保所认缴的出资缴纳到位，并且取得验资报告予以证明，以抗辩公司债权人以股东出资不到位而对股东提起的诉

讼请求。

(2) 不参与、不协助实际出资人或者其他股东抽逃出资的行为，以抗辩被公司债权人因股东抽逃出资而对股东提起的诉讼请求。

(3) 避免担任清算组成员，以降低因为清算失职而被公司债权人起诉的机率。

(4) 在股权代持协议中，明确规定实际出资人对名义股东因为代持股权遭受诉讼、损失的全额补偿义务，以便在遭受损失时有依据向实际出资人主张补偿。

2.9 被冒名登记的股东是否对公司债务承担责任？

因为被登记为股东者并非出于本人意愿，而是被他人冒用名义，故被冒名登记的股东不承担责任。

但需要说明的是，判断是否被冒用名义的准据包括本人是否知情同意及公司登记注册文件上是否本人签署。即使注册文件非本人签字，但若本人对被登记为股东且由其他人代为签字明知而未作明确反对表示的，通常难以用被冒用名义来进行责任抗辩。也就是说，若知悉本人被他人冒用名义登记为股东的，应当立即向工商登记机关提出，要求纠正，否则以被冒名登记为由提出的

抗辩很难被法院支持。

相关法律规定：

《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）》（法释〔2011〕3号公布 法释〔2014〕2号修正）

第二十八条 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。