

资金往来常见法律瑕疵及内控建议 — 资金拆借与抽逃出资

作者：王哲 | 唐玉春 | 张丞

文章摘要：创始股东未经法定程序不得将其在初创企业的出资转出并损害初创企业的权益，否则该行为将构成抽逃出资，创始股东需要在其抽逃出资本息范围内对初创企业未能清偿的债务承担补充赔偿责任。初创企业向创始股东提供资金拆借，如果该等资金拆借行为的真实性及合理性存在瑕疵，股东的该等行为可能会被法院认定为抽逃出资，抽逃出资的股东可能需要向公司、其他股东和/或公司债权人承担赔偿责任。

对于任何一家初创企业的创始股东而言，在筚路蓝缕的创业过程中见证一家公司从无到有、从小到大、从弱到强，同时也面临着对初创企业的资金往来管理方面的更高要求。一方面，根据《中华人民共和国公司法》（“《公司法》”）的相关规定，公司作为企业法人，拥有独立的法人财产，尊重并保护公司财产独立性的理念贯穿《公司法》及相关法律法规的始终；另一方面，初创股东往往身兼股东、董事和高管等多重身份，而无论是哪种身份，《公司法》均强制要求创始股东不得利用其关联关系或职权损害公司利益。

大湾区是中国经济互动最活跃的城市群之一，拥有众多的初创企业。面对经济互动所带来的高频资金往来，如影随形的资金压力往往使得一些初创企业在处理资金往来的过程中不得不采用一种事急从权的态度和方式，而此类操作也使得一些资金往来难以避免地留下了法律瑕疵。**我们希望通过系列文章梳理初创企业与创始股东之间在资金往来过程中较为常见的几类瑕疵行为，并提出对应的内控建议以平衡资金往来的效率及法律风险。**

一、资金往来的定性

（一）资金往来的表现形式

资金往来并非一个明确的法律概念，结合我们在具体项目中的观察，一家初创企业（“公司”）与其创始股东之间的资金往来的具体表现形式包括但不限于：

1. 有偿或无偿地拆借公司的资金给创始股东或其指定方使用；
2. 利用公司资金购买创始股东或其指定方所提供的产品或服务；
3. 公司为创始股东或其指定方提供担保。

（二）资金往来与抽逃出资

法律并不一律禁止公司与创始股东之间发生上述资金往来。然而作为公司的股东，创始股东在上述资金往来的过程中，需要严格遵守《公司法》第二十条¹的规定，不得滥用股东权利并损害公司、其他股东及债权人的利益，否则应当依法承担赔偿责任。

更进一步，现行《公司法》实行注册资本认缴登记制，即除了法律法规明确规定必须实缴注册资本的特定主体，一般企业的股东仅需要按照公司章程约定的认缴出资额、出资方式 and 出资期限进行注册资本的缴付，不再要求股东在初创企业设立时即实缴注册资本，但根据《公司法》和《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）》（“《公司法解释三》”）的相关规定，**滥用股东权利所产生的资金往来，如果损害了公司权益，该等资金往来有可能被认定为股东的抽逃出资行为，进而导致股东承担相应的法律责任。**以下从民事责任、行政责任和刑事责任三个维度进行讨论：

责任类型	具体分析
民事责任	<ul style="list-style-type: none"> ■ 初创企业和其他股东有权要求：抽逃出资的股东向初创企业返还出资本息²；合理限制该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股东权利³，甚至解除该股东的股东资格⁴。 ■ 公司债权人有权要求：抽逃出资的股东在其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⁵。 ■ 初创企业、其他股东及公司债权人均有权要求：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抽逃出资的股东的前述赔偿责任承担连带责任⁶。
行政责任	<ul style="list-style-type: none"> ■ 根据《公司法》⁷及《中华人民共和国公司登记管理条例》的相关规定，股东在公司成立后抽逃出资的，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。

¹ 《公司法》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。

² 《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）》第十四条第一款：

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。

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）》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。

⁴ 《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。

⁵ 《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：

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。

⁶ 《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。

⁷ 《公司法》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。

责任类型	具体分析
	<ul style="list-style-type: none"> ■ 在注册资本认缴登记制下，公司登记机关仍有权力对公司股东抽逃出资的行为进行监督并处罚，特别是在收到举报投诉之后依职权对公司及股东进行调查的情况仍有可能发生。
刑事责任	<ul style="list-style-type: none"> ■ 根据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》的规定，“虚假出资、抽逃出资罪”只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。 ■ 根据《注册资本登记制度改革方案》，法定实行注册资本实缴登记制的公司，通常为商业银行、证券公司、保险公司等从事金融业务的公司，以及直销企业、对外劳务合作企业、劳务派遣企业等主体。 ■ 因此，一般初创企业如属于《注册资本登记制度改革方案》列举的暂不实行注册资本实缴登记制的主体，则适用注册资本认缴登记制，对其股东不以虚假出资、抽逃出资罪追究刑事责任。

在如何认定抽逃出资这一问题上，《公司法解释三》第十二条⁸仅列举了三种具体行为（即，虚增利润并分配、虚构债权债务关系转移出资、利用关联交易转移出资）和一种兜底的表述（即，其他未经法定程序将出资抽回的行为）。为避免正常的资金往来行为被认定为抽逃出资的行为，接下来我们通过系列文章对具体资金往来行为的模式进行分析，并提出对应的内控建议以平衡资金往来的效率及法律风险。

二、资金拆借的行为模式与抽逃出资的风险

（一）行为模式简述：

公司向创始股东提供资金拆借，供创始股东或其指定人使用，在该类模式下，一般由初创公司作为资金的贷款人，由创始股东或其指定的主体作为借款人。创始股东指定的主体与公司之间的关系较为多样，既可能是同一实际控制人控制之下的关联主体，也有可能是不存在任何关联关系的集团外其他主体。

就资金拆借的审批，公司内部可能没有履行董事会或股东会的决议程序⁹，通常仅在财务系统内部就资金使用进行管理层审批。

就资金拆借的书面记录，公司与借款人之间往往也没有签署任何书面协议，仅在银行汇款的备注中简要注明“借款”甚至是“往来款”；或者即使存在书面协议，借款协议本身也并不完善，一方面缺乏对借款背景事实的描述，另一方面关键条款存在缺失。

⁸ 《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。

⁹ 初创企业的公司章程、股东协议和内部管理制度（例如董事会议事规则、股东会议事规则）往往较为简单，通常也没有明确设定该类模式项下的内部审批程序，例如基于关联拆借而设定必须履行的关联交易审批程序，或者基于资金使用金额而设定必须履行的大额资金划拨审批程序。

（二）资金拆借被认定为抽逃出资：一则典型案例带来的启示

资金拆借在实践中较为常见，大部分的拆借也具有合理的商业意图，法律也并不一律禁止该等临时性的拆借。但是以下这则案例，一笔资金拆借被两审法院均认定为目标公司的自然人股东（定义见下文）抽逃出资，并最终以最高人民法院于 2019 年 6 月裁定驳回自然人股东的再审申请而终结，其中的事实认定及裁判观点应当引起初创企业及其股东的注意。

1. 案情简介

2016 年 4 月，经扬州市中级人民法院判决，江苏某公司（简称“目标公司”）需要向上海某公司（“原告”）支付工程款及相关费用合计约人民币 300 万元。

2017 年 11 月，上述判决在执行过程中，原告发现目标公司的财产不足以清偿前述债务，同时原告认为目标公司股东李某甲和李某乙（合称“自然人股东”）存在抽逃出资的行为，因此，原告申请法院将自然人股东追加为被执行人，并申请裁定自然人股东在各自抽逃出资范围内承担补充赔偿责任。扬州市中级人民法院裁定支持了原告的主张。

2017 年 12 月，自然人股东因不服上述裁定，向扬州市中级人民法院起诉，要求撤回执行裁定。该案件经过扬州市中级人民法院一审¹⁰和江苏省高级人民法院二审¹¹，自然人股东均败诉，法院均认为自然人股东存在抽逃出资的行为。

自然人股东提起再审申请。2019 年 6 月，最高人民法院经审查¹²认为，自然人股东存在抽逃出资的行为，驳回自然人股东的再审申请。三级法院在认定自然人股东存在抽逃出资的行为时，关键的事实认定及代表性的裁判观点总结如下表：

事实认定	裁判观点
2011 年 2 月 17 日，自然人股东缴纳投资款合计人民币 863 万元。同日，目标公司向自然人股东所投资的关联公司汇出人民币 863 万元。	三级法院均认为：该等行为造成目标公司资本缺失，降低了目标公司的履约能力和偿债能力，符合《公司法解释三》第十二条规定的抽逃出资情形。
目标公司向关联公司出借人民币 863 万元的借款，没有内部决议和借款合同，仅有证据为目标公司内部账册中将该笔资金往来记为“其他应收款”。	三级法院均认为：在缺乏借款合同的情况下，无法证明借款关系的真实性。扬州中院更是指出，“目标公司在如此之短的时间内，不可能按照公司章程规定的程序研究决定对外借款、签订借款合同、安排财务人员出借资金、财务人员到银行进行转账、银行转账支付，唯一可能的情况只能是缴纳出资之前即已确定资金转进、转出并安排好财务人员操作”。
关联公司后续陆续向目标公司汇回人民币合计 859 万元，汇回资金的银行转款凭证未注明系归还借款，而且目标公司收到的绝大部分汇回款项于汇回当日立即转出（未解释具体流向）。	三级法院均认为：在缺乏证据的情况下，目标公司和关联公司之间的资金往来无法认定为“归还借款”，更无法认定为“将抽逃的注册资金返还”。

¹⁰ 扬州市中级人民法院（2017）苏 10 民初 164 号民事判决。

¹¹ 江苏省高级人民法院（2018）苏民终 412 号民事判决。

¹² 最高人民法院（2019）最高法民申 3343 号民事裁定。

2. 案件启示

(1) “损害公司权益”可能存在较为严格的认定

上述案件中，自然人股东在再审申请中特别提出一个主张，即：《公司法解释三》第十二条的适用的前提是“损害公司权益”；由于关联公司的还款行为，即使借款损害了目标公司的权益，也仅为借款金额和还款金额之间的差额（约人民币4万元）。

最高人民法院没有直接回应上述主张，但其认为：首先，目标公司和关联公司之间构成借贷关系的主张不能成立；其次，自然人股东在向目标公司缴纳出资款的当日将全部出资额转移至关联公司，已经造成了目标公司资本缺失，降低了目标公司的履约能力和偿债能力；因此，自然人股东转移全部出资的行为，符合《公司法解释三》第十二条规定的抽逃出资情形，应认定为抽逃出资行为。

最高人民法院亦未论述自然人股东的行为具体符合的是《公司法解释三》第十二条规定中的哪一项，但对于“损害公司权益”采用了较为严格的一种认定，即：缴纳出资款后当日又“转移出资”，在“转移出资”的当日可能就已经造成了“公司资本缺失”，即使后续有“补缴”或“汇回”的动作，可能并不足以支持没有损害公司权益的主张。

同时，根据两审法院及最高人民法院的裁判观点，**相关法院并没有否认目标公司向关联公司出借资金的合法性及可能性，但是当出借行为的真实性无法被证据加以证明时，则一定程度上使资金往来的定性从“汇出借款”变为了“转移出资”。**

(2) 初始股东对资金拆借的真实性承担的举证责任更重

由上述案件引申出来的出资举证责任的分配的问题，在《公司法解释三》第二十条¹³也有相应规定，简言之，**债权人的举证责任相对较轻，仅需要提供证据证明其对股东履行出资义务产生了合理怀疑；而股东需要就其已履行出资义务并且不存在抽逃出资的行为承担举证责任。**债权人的合理怀疑通常表现为：初创企业在没有合理商业背景之下将资金提供给股东或其指定的主体。而股东则需要进一步证明：其自身与初创企业之间的资金往来存在合法依据（例如真实存在的借款关系），不属于抽逃资金的行为。

大湾区地方法院的司法案例，也印证了上述规则。深圳前海合作区人民法院在2019年6月作出的一则判决¹⁴中，原告（为公司债权人）成功证明了与公司发生资金往来的主体的银行流水与经营状况严重不符（原告甚至没有明确证据表明该主体与被告股东之间存在任何关联关系），该银行账户的资金流动明显异常，法院认为被告股东“应进一步举证证实上述转款是否存在合理的理由、是否存在真实的交易关系、是否符合法定的程序”。但由于被告股东举证不能，被法院判决在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿部分承担补充赔偿责任。

(3) 公司债权人选择了较为激进的诉讼策略

在实务中，根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（法释〔2016〕21号）第十八条¹⁵的规定，公司财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，债权人往往向法院申请变更

¹³ 《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）》第二十条：当事人之间对是否已履行出资义务发生争议，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。

¹⁴ 深圳前海合作区人民法院（2019）粤0391民初192号民事。

¹⁵ 《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十八条：作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加抽逃出资的股东、出资人为被执行人，在抽逃出资的范围内承担

或追加抽逃出资的股东作为被执行人，要求股东在抽逃出资的范围内承担责任。

为最大程度实现其自身债权，债权人在前述执行申请中经常要求将全体股东作为被执行对象，并力图使法院认定股东存在抽逃出资的行为。此种诉讼策略的出现，也给初创企业和创始股东的资金拆借行为带来了进一步的合规压力。

（三）针对资金拆借的合规建议

1. 建立真实的借贷关系¹⁶

初创企业的资金拆借应当基于真实、合理的商业目的，必须事先充分论证拆借的真实性、必要性、合理性，尊重法人财产的独立性，避免资金拆借的存在本身就损害了初创企业的利益，特别是实务中某些纯属为解决私人事务而进行资金周转行为，可能根本没有还款的可能甚至还款的意愿。**为维护公司利益，拆借行为本身应考虑从金额大小、还款期限、借款用途、违约责任等方面对借款人加以限制，必要时还应考虑由借款人向公司提供足额的担保措施。**

2. 重视书面证据

参考上述案件的裁判观点，初创企业必须重视留存资金往来的书面证据，尤其是用以支持借款关系存在的借款合同、公司内部决议、银行汇款备注（包括出借和还款的银行流水回单，应准确记载其为“借款”和“还款”）等文件。针对借款合同，应当充分约定借款用途、还款安排、利息等条款，并严格按照借款合同的约定进行放款及还款。

3. 考虑敏感间隔期

初创企业和创始股东应当充分筹划资金流转的安排，兼顾资金使用效率及合规性要求。在注册资本认缴登记制下，如果只在企业有特定需求的时候进行实缴、并在实缴之后立刻转出，实缴和转出之间的非常短暂的间隔期可能难以支撑“转出并非抽逃”的论证，如果资金转出所依据的法律关系在真实性、有效性方面存在瑕疵，“转出构成抽逃”的嫌疑就会进一步加大。

责任的，人民法院应予支持。

¹⁶ 为避免疑义，根据《公司法》第一百一十五条关于股份有限公司的规定，公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。然而该规定是否同样禁止有限责任公司向董事、监事、高级管理人员提供借款，理论和实务中均存在一定争议。如初创企业注册为股份有限公司，需考虑创始股东是否同时担任了董事、监事、高级管理人员等职务，避免公司法第一百一十五条的规定对借款协议效力产生影响。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

王哲

电话： +86 755 3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com