

资金往来常见法律瑕疵及内控建议 — 咨询顾问、关联交易与抽逃出资

作者：王哲 | 唐玉春 | 张丞

文章摘要：通过关联交易抽逃出资的行为被《公司法解释三》所明确禁止。初创企业购买创始股东或其指定方所提供的咨询顾问服务，该类交易构成关联交易。根据《公司法解释五》的相关规定，前述关联交易有可能被相关法院进行实质审查。在实质审查制度下，为避免该关联交易被认定为实质上损害了公司利益并构成抽逃出资，关联交易必须具备真实性和公允性。

一、序言

在此前的文章中，我们重点关注了初创企业向创始股东提供资金拆借这一资金往来行为模式中的抽逃出资风险。在本文中，我们继续讨论资金往来的另一种行为模式及其风险，即关联交易与抽逃出资的风险。

整体而言，法律并不禁止初创企业与其股东之间发生关联交易。但是，关联交易极易容易发生利益冲突，实践中也不乏股东通过关联交易损害公司及其他股东利益的情况。《公司法解释三》也将“利用关联交易将出资转出”列举为抽逃出资的形式要件之一。因此，**创始股东和初创企业应该审慎处理双方之间的关联交易，避免正常的交易行为被认定为抽逃出资。**

实践中，关联交易的具体形式较为多样，例如买卖、租赁、借贷、担保、代理、许可等交易形式。结合我们在具体案件中的观察，本文以一种较为新型的关联交易模式为例子，分析关联交易与抽逃出资的风险，并提出对应的内控建议。

二、初创企业购买创始股东或其指定方所提供的咨询顾问服务

（一）行为模式简述

在此类行为模式下，由创始股东或其指定方为公司提供诸如管理咨询、技术服务、技术支持等服务（以下统称“**咨询顾问服务**”），由公司以顾问费、咨询费的名义向创始股东或其指定方支付相关费用。实务中，该等关联交易的真实目的可能多种多样，容易产生一种“咨询是个筐，啥都往里装”的现象，特别是在对咨询顾问服务的具体内容和细节没有明确约定的情况下，更容易引发第三方对此类关联交易的真实性及公允性提出质疑。

不可否认，创始股东在市场人脉、专业见解和行业经验等诸多方面确实有不可替代的独特资源，但是，初创企业向创始股东采购咨询顾问服务本身仍属于关联交易的一种，此类行为模式仍需要关注关联交易的合规性，避免被认定为抽逃出资。

(二) 关联交易的“实质审查”与抽逃出资的风险

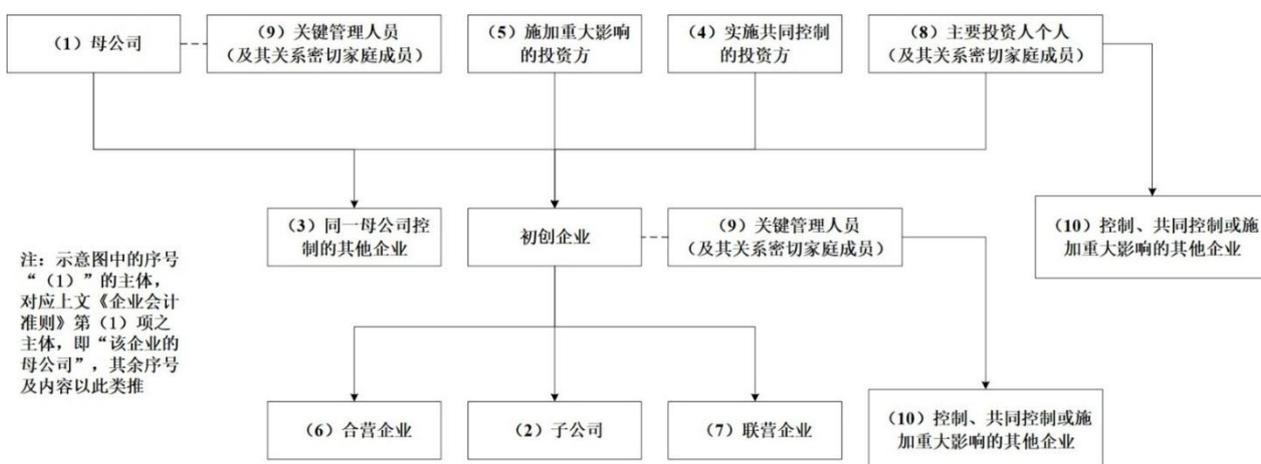
1. 关联交易的认定

《公司法》没有直接定义“关联交易”，而是通过《公司法》第二百一十六条¹明确了“关联关系”的定义。通常认为，如果交易双方之间存在关联关系，则该项交易构成关联交易。

根据财政部于 2006 年 2 月颁布的《企业会计准则第 36 号——关联方披露》（以下简称“《企业会计准则》”）的相关规定，构成初创企业之关联方的主体包括：

- (1) 该企业的母公司；
- (2) 该企业的子公司；
- (3) 与该企业受同一母公司控制的其他企业；
- (4) 对该企业实施共同控制的投资方；
- (5) 对该企业施加重大影响的投资方；
- (6) 该企业的合营企业；
- (7) 该企业的联营企业；
- (8) 该企业的主要投资者个人及与其关系密切的家庭成员；
- (9) 该企业或其母公司的关键管理人员及与其关系密切的家庭成员；
- (10) 该企业主要投资者个人、关键管理人员或与其关系密切的家庭成员控制、共同控制或施加重大影响的其他企业。

根据《企业会计准则》的相关规定，一家初创企业的关联方可以如下图简要示意：



¹ 《公司法》第二百一十六条：本法下列用语的含义：……（四）关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

因此，如果系创始股东与初创企业之间直接发生咨询顾问服务的采购交易，通常会被认定为构成与初创企业的关联交易。如果系创始股东的指定方与初创企业之间发生该等采购交易，则需要结合该指定方的具体身份判断是否与初创企业之间存在关联关系。而在实践中，为充分利用创始股东在市场人脉、专业见解和行业经验等诸多方面的优势，向初创企业提供咨询顾问服务的一方通常为创始股东本人或其直接持股的主体，因此，本文所讨论的行为模式，通常属于初创企业向关联方采购咨询顾问服务的关联交易。

2. 为避免构成抽逃出资，关联交易必须具备真实性和公允性

《公司法》第二十一条要求控股股东不得利用其关联关系损害公司利益。相应的，《公司法解释三》规定股东“利用关联交易将出资转出”且“损害公司权益”的行为有可能被认定为抽逃出资，抽逃出资的股东需要向公司、其他股东和公司债权人在其抽逃出资的本息范围内承担责任。

关联交易是否构成抽逃出资，需要判断关联交易是否实现转移出资的效果。合法的关联交易本质上是一种存在等价交换的市场交易行为，初创企业所支付的咨询顾问费用是作为取得咨询顾问服务的对价。如果咨询顾问服务本身并不存在，或者其价值与初创企业所支付的费用之间并不对等，那么该交易的实际效果是创始股东在没有合法合理的前提下从初创企业中取得或取回了相关资金，则该等交易有可能实现转移出资的效果。

因此，诚如此前系列文章中关于借款关系与抽逃出资的分析所指出，真实可证的借款关系有利于排除“虚构债权债务关系”这一抽逃出资的形式要件，如果关联交易的真实性和公允性存在瑕疵，创始股东“提供咨询顾问服务”所获得的收益不存在合法合理的基础，则该种关联交易很可能构成抽逃出资。因此，关联交易的真实性和公允性需要重点进行考察。

3. 关联交易的“实质审查”

审查一项关联交易的合法性，根据审查程度的不同，实务中有两种观点，分别为“形式审查”观点和“实质审查”观点。

“形式审查”观点认为关联交易是否损害公司权益属于一个商业判断，商业判断具有较大的专业性和复杂性，司法机关仅需要审查关联交易的决策程序是否满足公司章程等公司内部治理要求即可。此种观点的底层逻辑在于，如果公司董事会和/或股东会严格按照公司内部治理程序审议并通过了一项关联交易，已经足以保证该关联交易的公平合理，司法机关应当尊重公司治理机构的决议。

“实质审查”的观点则认为，关联交易除了满足形式合法的要求，还需要从实质角度审查关联交易是否公平、是否损害了公司的利益，司法机关可以主动对关联交易进行实质审查。

2019年4月出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（五）》（“《公司法解释五》”）²支持了“实质审查”观点，即仅履行法定程序不能豁免关联交易的赔偿责任，仍需要结合公平原则判断是否损害公司利益³。最高人民法院在2019年9月的一则判决⁴中也认为，在该案中

² 《公司法解释五》第一条：关联交易损害公司利益，原告公司依据公司法第二十一条规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失，被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的，人民法院不予支持。

³ 《最高人民法院民二庭相关负责人就〈关于适用若干问题的规定（五）〉答记者问》：
<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/04/id/3863768.shtml>。

⁴ 最高人民法院（2019）最高法民终496号民事判决。

关联交易符合形式合法的外观要件的情况下，仍应当对交易的实质内容即合同约定、合同履行是否符合正常的商业交易原则以及交易价格是否合理等进行审查。

大湾区商事交易频繁，因关联交易引发纠纷的情况并不罕见。紧随着《公司法解释五》的出台，深圳市中级人民法院于 2019 年 5 月发布了《关于妥善审理涉关联交易纠纷案件的通知》，重点结合《公司法解释五》作了进一步解读，其认为**判断关联交易行为是否合法，应重点考量以下几方面因素：**

- (1) 关联交易是否违反法律规定的程序要件，即关联交易的披露和批准制度履行情况；
- (2) 关联交易行为是否违反法律、行政法规、公司章程的规定；
- (3) 交易目的是否正当，交易动机是否存在诸如操纵市场、转移利润或财产、虚假报表、逃避税收等恶意；
- (4) 交易价格是否符合市场公允价格，是否给公司带来现实的或明显可能发生的损失；
- (5) 关联交易本身是否违反常规，即商业交易习惯。

4. 关联交易的“实质审查”对抽逃出资认定的影响

《公司法解释五》所确立的关联交易实质审查制度出台较晚，关联交易实质审查机制与《公司法解释三》项下的利用关联关系抽逃出资的审查机制如何在司法审判过程中相结合仍有待观察。

如果相关法院按照《公司法解释五》对关联交易进行实质审查，并将实质审查的思路带到《公司法解释三》之中对涉嫌抽逃出资的行为进行分析，**关联交易的真实性和公允性将很有可能作为案件的争议焦点**。2018 年 10 月，**深圳市中级人民法院在一则涉嫌以关联交易抽逃出资并损害公司利益的案件⁵中，即采用了对关联交易进行“实质审查”的裁判思路，最终判决原告由于无法证明关联交易的不公平而败诉**。该案件的重点事实和裁判观点总结如下：

- (1) 在该案中，被告是原告的股东，原告公司与被告股东之间签订了《某平台建设合作协议》（“《合作协议》”）等协议，约定了被告股东为原告公司提供技术支持，用以打造该互联网平台。该《合作协议》较为详细地记载了技术服务费用和系统运维费用的费用构成、计算标准和计算方式（并明确记载了“考虑到股东的合理收益，按费用基数的 200% 作为结算依据”）。
- (2) 前述合同签署之后，被告股东完成了研发人员招募等工作，但是最终该互联网平台并未完成向原告公司的交付。此时，原告公司主张《合作协议》中的约定与市场惯例不符（特别是 200% 等费用结算标准），《合作协议》也缺乏验收标准等技术开发合同的必要条款，实际上股东系通过该《合作协议》进行抽逃出资。
- (3) 该案经深圳市南山区人民法院和深圳市中级人民法院的审理，针对《合作协议》这一关联交易合同，**两审法院均认为**，综合各方提交的证据，（a）《合作协议》对双方的权利义务均有明确约定，（b）被告股东对《合作协议》也有一定程度的履行，并非无偿接受原告公司所支付的款项，而且原告公司没有证据证明双方以显失公平的价格进行交易，相关证据不足以证明被告股东利用关联交易将出资转出并损害公司权益。

该案件在《公司法解释五》出台之前审结，我们理解，两审法院已经实际采用了实质审查的观点，结合

⁵ 深圳市中级人民法院（2018）粤 03 民终 14423 号民事判决。

双方提供的证据对《合作协议》所设定的价格是否公平进行研判，并以此作为判决依据。

在此案中，两审法院甚至没有讨论该等关联交易是否经过了原告公司的内部决议程序，而是部分基于“价格并非显失公平”的理由即作出了不存在抽逃出资的认定。我们理解，《公司法解释五》出台之后，在此类以关联交易抽逃出资的相关案件中，**大湾区的相关法院可能会进一步考察关联交易的各方面细节，进一步穿透关联交易的实质公平性。**

（三）合规建议

1. 确保善良意图

结合《关于妥善审理涉关联交易纠纷案件的通知》中关于判断关联交易行为是否合法的重点考察因素，在创始股东向初创企业提供顾问、咨询服务并收取费用的行为模式中，首先应当立足于合理的商业目的，实践中那些“借咨询之名、行利益输送之实”的关联交易建立在不良甚至违法意图基础之上，难以构建合法关联交易的其他因素。

2. 程序仍不可少

虽然履行法定程序不能构成对损失结果的抗辩，但是没有履行法定程序必定给关联交易带来程序瑕疵。初创企业在早期阶段往往没有详细的内部管理制度（例如规定关联交易审批层级、程序及回避制度等细节的关联交易管理制度），但应当对关联交易建立起足够的重视，逐步完善该等内部管理制度，并严格按照该等制度履行信息披露和内部审批程序。

3. 服务行为和服务结果的可考性

顾问、咨询等服务内容天然比较抽象，建议在服务提供的过程中固化相关服务行为（包括但不限于书面的咨询建议、会议记录、备忘录、分析报告等文件），对服务结果进行回顾、评测甚至考核，并保留书面证据，以证明服务提供的真实性和有效性。

4. 价格的公允性

如前所述，对于创始股东“只此一家别无分店”的独特服务，市场上往往难以找到同样的服务提供方，应尽可能找到可类比的咨询服务，参考确定市场公允价格。必要时，对于价格的评议和评估，应当组织专门采购人员或财务人员进行讨论确定。

5. 控制关联交易的发生

初创企业阶段，关联交易的发生可能难以避免，但仍需考虑降低对关联交易的依赖性，特别是初创企业未来有上市计划的，应当逐步减少甚至逐步杜绝关联交易的发生，以满足证券监督管理部门对于关联交易的监管要求。

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