



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9期 (总第55期)

■ 专论

- 1、 中央财政资金可直接投资创业企业或参股创业投资基金

■ 新法评述

- 1、 《关于全国社会保障基金理事会回拨已转持国有股有关证券（股票）交易印花税问题的通知》简述
- 2、 《关于软件产品增值税政策的通知》简述
- 3、 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》评述

中央财政资金可直接投资创业企业或参股创业投资基金（作者：张平、冉璐）

2011年8月17日，财政部和国家发展改革委联合颁发了《新兴产业创投计划参股创业投资基金管理暂行办法》（财建〔2011〕668号）（以下简称“《暂行办法》”），明确中央财政资金将以“政府引导，市场运作，规范管理，支持创新”为原则，通过直接投资创业企业、参股创业投资基金（以下简称“**参股基金**”）等方式，培育和促进新兴产业发展。

《暂行办法》的出台并非偶然，自2006年3月中新苏州工业园区成立中国首个创投引导基金（金额为10亿元）开始，各地政府引导基金已经从传统的风险补贴和跟进投资路径转向按市场化的方式运作，通过扶持创业投资企业发展，引导社会资金进入创业投资领域。2009年11月26日，国家发改委、财政部联合发布《关于实施新兴产业创投计划、开展产业技术与开发资金参股设立创业投资基金试点工作的通知》（以下简称“《**试点通知**》”），正式启动了新兴产业创投计划，将北京、吉林、上海、安徽、湖南、重庆、深圳7个省市作为首批试点区域，发起设立20支国家创业投资基金，而汉坤也与时俱进，积极参与了该类基金的设立工作。如今，《暂行办法》的颁布，很大程度上被视为是对中央财政资金联合地方政府力量组建国家直接参与的政府引导创投基金（以下简称“**国家级引导基金**”），通过国家级引导基金的市场化运作推动全国范围内的高新技术产业发展的模式的肯定。

对于国家级引导基金的组建，一个重要问题在于中央财政部门、地方政府、私人投资者和基金管理团队各方的角色定位。根据《暂行办法》和《试点通知》的相关规定，结合首批根据《试点通知》设立的20支基金的实践来看，在基金各方关系上，国家主要以“只参与，不干预”为原则，强调国家级引导基金的引导性、专业性和市场性。

就引导性而言，《试点通知》中规定，国家资金参股比例原则上不超过20%，且不控股。地方政府参股资金规模原则上不低于国家资金。社会募集资金比例应高于60%。对于参股设立的天使基金，国家资金参股比例可适当放大。相比之下，《暂行办法》更进一步明确了对初创期的高新企业的扶持政策，规定参股基金重点投向具备原始创新、集成创新或消化吸收再创新属性、且处于初创期、早中期的创新型企业，投资此类企业的资金比例不低于基金注册资本或承诺出资额的60%。

就专业性而言，《试点通知》只对投资导向有原则性的规定，即符合国家鼓励发展的高新技术产业导向。而《暂行办法》不但列举了每支参股基金应集中投资的具体领域，如节能环保、信息、生物与新医药等，而且为了保障参股基金投资目的的实现，还明确规定参股基金不得从事的业务，如投资于已上市企业；从事担保、抵押、委托贷款、房地产（包括购买自用房地产）等业务；投资于股票、期货、企业债券、信托产品、理财产品、保险计划及其他金融衍生品等。

就市场化而言，《试点通知》中仅说明应由专业管理机构来管理基金，并附有简单的人员构成要求，而《暂行办法》则明确参股基金的管理架构包括参股基金企业、参股基金管理机构、托管银行三方。其中，参股基金管理机构需要在中国大陆注册，注册资本不低于 500 万元人民币，并且要有相应的运营能力，具备丰富的投资管理经验和良好的管理业绩，还要能够为被投资企业提供创业辅导、管理咨询等增值服务。同时，对托管银行业也提出了相应的要求。就出资权益而言，《暂行办法》规定，中央财政出资资金以出资额为限对参股基金债务承担责任，除参股基金章程中约定外，不要求优于其他出资人的额外优惠条款。同时，当参股基金清算出现亏损时，首先由参股基金管理机构以其对参股基金的出资额承担亏损，剩余部分由中央财政、地方政府和其他出资人按出资比例承担。这样，完善了管理架构，明确了各方权益，才能真正实现参股基金按照市场化方式独立运作，自主经营，自负盈亏。

国家级引导基金的建立旨在引导社会资本进入到那些市场化基金不愿进入的高风险的高新技术领域，引导创业投资企业加大投资处于种子期和起步期的企业。较之《试点通知》，《暂行办法》更加表明了政府要通过制度化管理真正做到有所为和有所不为，不因市场环境的变化轻易改变自身的市场角色。政府出资只做引导，大批资金还是由社会募集运作，包括海外资金；基金发起设立后，将由专业团队按照章程协议进行管理，也不排除海外专业团队的参与。

应该说，中小型创新型企业迎来了强有力的政策支持，但同时也应当注意一些约束性的条件，以充分利用时机，实现自身的发展。从基金的设立来看，《暂行办法》规定了两种模式，即中央财政资金与地方政府资金、社会资本共同发起设立创业投资基金或者通过增资方式参与现有的创业投资基金。无论是新设模式，还是参股模式，申请中央财政资金出资的创业投资基金都必须按照《创业投资企业管理暂行办法》的规定进行备案。如果是新设，则每支参股基金募集资金总额不低于 2.5 亿元人民币；主要发起人的注册资本或净资产不低于 5000 万元人民币；社会募集资金不低于 1.5 亿元人民币；若是采取参股模式，则除了满足新设的条件外，创业投资基金全体出资人首期出资或首期认缴出资必须已经到位，且不低于注册资本或承诺出资额的 20%。在投资方向上，除了要求每个基金锁定投资成长性好的高新技术产业，还明确了规定了作为投资重点的“初创期创新型企业”、“早中期创新企业”应当满足的条件。在激励机制方面，《暂行办法》确立了将按照“先回本后分利”的原则对参股基金管理机构实施业绩奖励，即将参股基金增值收益（回收资金扣减参股基金出资）的 20% 奖励参股基金管理机构。

《暂行办法》的出台标志着中央财政资金、地方政府力量、私人投资者以及管理团队各方共同组建的国家级引导基金的创投新模式初步形成，在中国目前私募基金机构投资者市场尚不发达的情况下为一些创投基金带来了新的募资渠道，也为中小创新型企业带来一个更好的市场环境和发展机遇。

1、《关于全国社会保障基金理事会回拨已转持国有股有关证券（股票）交易印花税问题的通知》 简述（作者：张平、刘初）

国家财政部和国家税务总局于 2011 年 8 月 23 日联合发布了《关于全国社会保障基金理事会回拨已转持国有股有关证券（股票）交易印花税问题的通知》（财税〔2011〕65 号），规定全国社会保障基金理事会（下称“社保基金会”）回拨国有创业投资机构和国有创业投资引导基金已转持的国有股，不征收过户环节的证券（股票）交易印花税。

（1）关于国有股转持义务

根据财政部、国家资产管理委员会（下称“国资委”）、证券监督管理委员会（下称“证监会”）和社保基金会于 2009 年 6 月 19 日发布的《财政部国资委证监会社保基金会关于印发〈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〉的通知》（财企〔2009〕94 号）（下称“2009 年 94 号文”），国有股东有义务在其持股的股份有限公司首次公开发行股票并上市时，按实际发行股份数量的 10%，将上市公司部分国有股转由社保基金会持有，国有股东持股数量少于应转持股份数量的，按实际持股数量转持。

（2）关于国有股转持义务的豁免

根据财政部、国资委、证监会和社保基金会于 2010 年 10 月 13 日发布《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“2010 年 278 号文”），符合条件的国有创业投资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，可申请豁免国有股转持义务。

豁免国有股转持义务的国有创业投资机构应当符合的条件包括：

① 经营范围限于“创业投资业务；代理其他创业投资企业等机构或个人的创业投资业务；创业投资咨询业务；为创业企业提供创业管理服务业务；参与设立创业投资企业与创业投资管理顾问机构”；

② 工商登记名称中注有“创业投资”字样；

③ 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，经备案管理部门年度检查核实，投资运作符合《办法》有关规定。

同时，在该国有创业投资机构进行初始投资时，其所投资的未上市中小企业，在应当同时符合下列条件：职工人数不超过 500 人；年销售（营业额）不超过 2 亿元；且资产总额不超过 2 亿元。

（3）关于已转持国有股的回拨

根据 2010 年 278 号文，已经按照 2009 年 94 号文实施国有股转持的，符合条件的国有创业投资机构或国有创业投资引导基金直接向财政部提出国有股回拨申请。

依据财政部 2011 年 2 月 22 日发布的《财政部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),创投机构已按2009年94号文实施国有股转持,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。

2、《关于软件产品增值税政策的通知》简述(作者:薛冰、刘家欣)

为鼓励和发展软件和集成电路产业,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,“18号文”);随后,财政部、国家税务总局和海关总署联合发布了《关于鼓励软件产业和集成电路产业发展有关税收政策问题的通知》(财税[2000]25号,“25号文”),进一步明确了软件和集成电路产业的税收优惠政策。根据18号文和25号文,至2010年底,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,但执行“即征即退”政策,即实际税负超过3%的部分立即退还增值税纳税人。因前述增值税“即征即退”政策在2010年底已经到期,国务院在2011年1月28日发布了《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,“4号文”),正式确认了延续这项增值税“即征即退”政策。

为进一步促进软件产业发展,财政部和国家税务总局于2011年10月13日联合发布《关于软件产品增值税政策的通知》(财税[2011]100号,“《通知》”)并追溯至2011年1月1日生效,对上述增值税优惠政策的适用范围及适用条件作进一步明确,我们就《通知》涉及的相关问题讨论如下:

(1) 软件产品的界定

《通知》规定软件产品是指信息处理程序及相关文档和数据。软件产品包括计算机软件产品、信息系统和嵌入式软件产品。而嵌入式软件产品是指嵌入在计算机硬件、机器设备中并随其一并销售,构成计算机硬件、机器设备组成部分的软件产品。

《通知》明确符合条件的嵌入式软件产品适用增值税即征即退优惠政策,但同时也规定若适用《通知》规定按照组成计税价格计算确定嵌入式软件中计算机硬件、机器设备销售额的,应当分别清楚核算嵌入式软件产品与计算机硬件、机器设备部分的成本,否则该等嵌入式软件产品不能享受增值税优惠政策。

(2) 优惠政策的适用条件

《通知》规定适用增值税优惠政策的软件产品需同时符合以下条件:

- ① 为增值税一般纳税人自行开发生产,或将进口软件产品进行重新设计、改进、转换等本地化改造后对外销售的软件产品(不包括单纯对进口软件产品进行汉字化处理);
- ② 取得省级软件产业主管部门认可的软件检测机构出具的检测证明材料;和
- ③ 取得软件产业主管部门颁发的《软件产品登记证书》或著作权行政管理部门颁发的《计算

机软件著作权登记证书》。

在《通知》公布之前，软件产品增值税优惠政策的适用标准在各地并没有统一明确的规定，部分地区要求需同时完成“软件企业认定”和“软件产品登记”才可以适用优惠政策，而《通知》此次统一明确了适用条件。同时我们注意到适用条件中并没有要求企业已完成“软件企业认定”，我们理解这将有更广泛的软件企业享受增值税优惠政策。

（3）即征即退政策

对于符合《通知》规定的软件产品，经主管税务机关审核批准，按 17% 税率征收增值税后，对其增值税实际税负超过 3% 的部分实行即征即退政策。《通知》同时明确，纳税人受托开发软件产品，著作权属于受托方的征收增值税，著作权属于委托方或属于双方共同拥有的不征收增值税；对经过国家版权局注册登记，纳税人在销售时一并转让著作权、所有权的，不征收增值税。

（4）其他事项

除上述事项以外，《通知》分别明确细化了一般单独软件产品和嵌入式软件产品的增值税即征即退税额的计算公式和进项税额抵扣的限制事项。此外，《通知》还规定纳税人凡弄虚作假骗取享受增值税政策的，税务机关除根据现行规定对其进行处罚外还应当取消其享受优惠政策的资格，该纳税人自发生该等违法违规行为年度起三年内亦不得再次申请享受增值税政策。

3、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》评述（作者：刘冬、钟佳霖）

最高人民法院于 2011 年 9 月 9 日公布了《关于适用中华人民共和国企业破产法若干问题的规定（一）》（以下简称“**司法解释**”），并自 2011 年 9 月 26 日起施行。该司法解释围绕《企业破产法》中破产程序的相关问题，主要就衡量企业是否符合进入破产程序的标准、破产案件的受案门槛、人民法院受理破产程序等问题进行了细化解释。该司法解释的实施将会对可能参加破产程序的中小企业产生一定的影响，这些影响主要将体现在以下方面。

（1）更多的中小企业将可能面临“被动破产”的局面

司法解释首先重点对《企业破产法》中规定的企业破产的原因，即债务人不能清偿到期债务并且资产不足以清偿全部债务，或不能清偿到期债务并且明显缺乏清偿能力，通过列举具体情形的方式做出了细化解释，为法院认定企业是否符合进入破产程序的标准提供清晰而明确的界定规则。其次，司法解释亦降低了破产案件的受案门槛，主要体现在三个方面，即：第一，加大受案范围，对于企业法人已解散但未清算或者未在合理期限内清算完毕的，债权人可申请债务人破产清算。第二，明确了债权人的举证责任，债权人申请债务人破产的，只需提交债务人不能清偿到期债务的有关证据，并不需要提交债务人的财产状况说明、债务清册、债权清册、财务会计报告等有关材料。第三，破产案件的诉讼费用由债务人财产中拨付，相关当事人以申请人未预先交纳诉讼费用为由提出异

议，人民法院将不予支持。与此同时，司法解释亦对人民法院受理破产申请的程序以及相应的监督作出了明确的规定。例如，人民法院在收到破产申请后，应当对申请人出具收到申请及所附证据的书面凭证，及时作出各种审查，认为需要补充材料的，应当在收到破产申请之日起五日内告知申请人。这些规定确保了申请人提出的破产申请不会因故被拖延或被搁置。

从上述规定不难看出，债权人针对企业，尤其是清偿能力相对较弱的中小企业提起破产案件的难度比司法解释出台之前降低了不少。首先，破产案件的诉讼费用由债务人财产中拨付，使债权人作为申请人提起破产程序的成本有所降低，无疑将使更多的债权人把提起破产程序作为解决问题的途径之一；其次，破产案件受案门槛的降低以及债权人申请债务人破产举证责任的减轻，使债权人申请破产程序的可操作性大大增强；再次，司法解释对衡量企业进入破产程序标准的明晰化使债权人对提起破产程序的法律后果有了更加清楚的判断。以上司法解释所带来的变化，其最直接的结果，将使更多的债权人将破产程序作为选择之一，从而使更多清偿能力出现问题的中小企业面临“被动破产”的窘境。

（2）老板“跑路”的企业将直接面临被申请破产的局面

今年以来，受宏观调控、资金链断裂等影响，部分地区的中小企业陷入了经营困境，并频繁爆出企业主“跑路”的消息。在司法解释出台之前，企业主“跑路”并不必然代表企业符合进入破产程序的条件，相反，如果其账面资产大于负债，并且没有其他不具备清偿能力的表征，是难以被认定符合破产条件的。因此，债权人即使发现债务人企业的负责人下落不明，未必会考虑，也未必能够启动破产程序。

司法解释出台后，上述情况则有所改变，在司法解释所列举的明显缺乏清偿能力的情形中，其中之一就是债务人企业的法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务，换言之，若企业不能清偿到期债务，即使其账面资产大于负债，如果其法定代表人失踪且无人管理企业资产，人民法院就可以认定其明显缺乏清偿能力，进而认定其符合破产条件。在这种情况下，债权人便可以选择向法院申请该企业破产，并参加分配。

（3）司法解释为中小企业主动防范破产风险指明方向

司法解释的出台虽然将可能使更多的企业面临破产的风险。但在更好地保护债权人合法权益的同时，司法解释也通过进一步明确企业破产的条件和程序，为中小企业主动防范破产风险指明了方向。

我国传统的中小企业向来对破产程序既不了解也不在意，大多数人都觉得破产离自己很遥远，而很多中小企业对无法如期清偿的债务所持的消极回避态度却使自身无形中具备的被申请破产的条件。一旦被申请破产，对于资金暂时出现问题但仍然希望长期经营与发展的企业而言将是致命的。因此，中小企业必须根据司法解释的内容来主动防范破产风险。首先，企业应当未雨绸缪，时刻警惕并避免出现符合破产条件的情形发生；其次，企业应当建立破产预警机制，在企业陷入破产危机

前发出警告信息。所谓破产预警机制，是利用各种财务指标，度量企业财政状况偏离破产警戒线的强弱程度，发出破产预警信息。这些财务指标一般包括资产负债率、现金比率、销售收益率等。破产预警机制可以使企业在未陷入破产危机但财务开始出现问题时，及时向企业管理者反映企业的财务状况，督促企业管理者及早采取措施，从而有效地避免破产。还有一点值得注意的是，我国《企业破产法》对破产采取了“大破产”的概念，即除了狭义上的破产即破产清算外，还包括破产和解和破产重整等广义破产的概念，后两者并不必然会导致企业的终结，因此企业所有者大可不必对破产感到恐慌。破产和解，是指为避免破产清算，由债务人提出和解申请并提出和解协议草案，经债权人会议表决通过并经法院许可的解决债权债务问题的制度。破产重整，是指经由利害关系人的申请，法院裁定许可债务人继续营业，并与债权人等利害关系人协商后形成重整计划以清理债权债务的程序。破产和解与破产重整均可能使企业免受清算，并透过各种财务、债务、经营上的安排，使企业“起死回生”。企业在具备破产原因时，或在法院受理破产清算申请后、宣告企业破产前，可以向人民法院提出和解或重整申请，保留企业重生的希望。

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

陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: estella.chen@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

孙敏煜 律师：

电话：+86-21-6080 0907

Email: anita.sun@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