

## 资本制度改革与股东出资义务 若干问题研究\*

丁 勇\*\*

**摘要:**我国 2014 年的资本制度改革是一场自上而下的立法变革,取消最低注册资本和首次出资比例要求赋予了股东自由确定注册资本数额及安排出资时间的自由,但畸低的注册资本会使公司设立的严肃性及有限责任的正当性产生疑问,而畸高的注册资本则归咎于完全认缴制并导致了套利行为。改革丝毫不改变我国仍是法定资本制的本质,不改变股东在公司成立时就对全部注册资本承担出资义务的事实。以注册资本实缴制改认缴制为由取消验资以及虚假出资罪和抽逃出资罪在逻辑上并不成立,而应当由立法者作出独立的判断。对于股东出资义务,有必要承认设立中公司的主体地位作为公司设立阶段股东出资的接收者。对于规避出资义务的隐性实物出资或出资后公司以贷款方式返还股东的行为,应当认定股东未完成出资义

---

\* 本文系中国法学会部级课题[CLS(2014)D070]、司法部国家法治与法学理论基金项目(12SFB3027)以及上海市哲学社会科学规划青年课题(2015EFX004)的阶段性成果,并得到中国博士后科学基金资助项目资助。

\*\* 华东政法大学国际金融法律学院副教授。

务而非抽逃出资。

**关键词:** 资本制度 最低注册资本 首次出资比例 认缴 出资义务 隐性实物出资 贷款

我国 2014 年公司法改革对公司资本制度做了较大幅度的修改,取消了最低注册资本、首次出资比例以及验资要求,取消年检制度并将代之以企业信息公示制度。这次制度调整被称为由资本信用向资产信用转变之举,并再次使公司法的核心领域公司资本制度成为理论和实务届关注的焦点。值得注意的是,此次改革与以往不同,并未以学界的理论探讨为先行,因而一度在理论和实务上造成了困惑乃至争议。尽管新制度实施至今已有一段时间,学术界也对其中出现的不少问题进行了探讨,但对改革的法律本质仍存在认识上的模糊,对改革的影响和评价尚不够客观中肯,有必要作出进一步的阐释。

## 一、资本制度改革的总体评价

### (一) 一场自上而下的变革

从历史角度看,我国 2014 年资本制度改革实际上是继 2005 年《公司法》修改大幅降低最低注册资本和首次出资比例之后将这两个标准彻底取消。我国 1993 年《公司法》采取的是最严格的法定资本制,不仅有极高的最低注册资本要求(有限责任公司按公司经营范围不同,从 10 万元到 50 万元不等,股份有限公司为 1000 万元),而且要求注册资本必须在公司注册登记前全部实缴(首次出资比例百分之百),2005 年公司法修改大幅降低了最低注册资本数额(普通有限责任公司 3 万、一人有限责任公司 10 万、股份有限公司 500 万)和首次出资比例要求(从 100% 降低为 20%,一人公司及募集设立股份有限公司除外),而 2014 年的资本制度改革则将最低注册资本和首次出资比例进一步降低乃至取消:除法律法规等对特殊行业另有规定的外,一般的有限责任公司和股份有限公司均不再有最低注册资本要求,理论上一元即可设立,也不再首次出资比例要求,即所谓的完全认缴制(“零首付”)。

值得注意的是,与以往的制度变革不同,如此剧烈的制度变动并未以学术界的理论探讨为先行,因此,一度给学术界带来了不适和争议。<sup>[1]</sup>而且坦白地说,自从2005年大幅降低最低注册资本要求和首次出资比例之后,二者已不构成公司设立的实质性障碍,实践中要求改革资本制度的呼声也并不明显。从改革进程来看,此次修法更多是在政府简政放权和鼓励投资兴业的政策目标驱动下自上而下的立法变革,<sup>[2]</sup>相关改革举措最早也是从深圳等地的商事登记领域的改革开始试点展开,改革向市场释放政策信号的形式意义某种程度上要大于对资本制度变动所带来的实质影响。但是另一方面,这种突然的制度变动也暴露出法学理论对原有资本制度的本质和细节探讨并不充分,因此当改革造成对原有资本制度架构的局部颠覆后一度出现了认识上的模糊,不少观点甚至将对改革所追求的政策目标的肯定扩大为对各项改革具体措施的肯定。相反,笔者认为,在肯定改革目标和价值的同时不应忽略法律制度自身的独立价值以及对实践可能产生的反作用,对改革的不少具体措施更应做审慎评价。

## (二) 取消最低注册资本

1. 资本仍然具有信用、公司设立的严肃性及有限责任的正当性值得追问

取消公司注册最低注册资本尽管大大降低了公司设立门槛,甚至使设立所谓的“一元公司”成为可能,但改革后,公司注册登记实践中绝大部分新设公司仍为公司设定了3万元以上的注册资本,注册资本

---

[1] 对于这种未经理论充分探讨而仓促立法比较有代表性的批评参见甘培忠:“2013年公司法定资本制度改革的迷乱与错愕——一只折断翅膀的法律小鸟”,载《商事法的结构模式与制度创新论坛——“公司资本制度的现代化”学术研讨会论文集》,中国社会科学院法学研究所2014年编制。

[2] 这和我国台湾地区2009年废除最低注册资本制度的动因相似。世界银行自2003年起每年出版全球经商环境报告(Doing Business Reports),台湾地区由于一直有公司设立最低注册资本的要求而导致其在报告中的排名持续滑落,为了降低企业设立门槛、提升台湾在报告中的排名,台湾地区政府推动立法改革,废除了最低注册资本的要求。参见蔡昌宪:“从法域竞争观点论最低资本制之变迁:兼论我国面额制之可能改革”,载《台大法学论丛》第42卷第3期。

低于这个标准的公司寥寥可数,<sup>[3]</sup>这恐怕不能简单的以路径依赖来解释,而更体现了市场自发选择的结果。这是值得深思的,立法者从鼓励创业的角度取消了最低注册资本的要求,但市场自发选择的结果却似乎并不领情。尽管学界已经打破对所谓注册资本的迷信,澄清了对债权人保护具有实际意义的不是公司资本而是公司实际的资产,呼唤从资本信用向资产信用的转变,此次资本制度变革也被解读为这种转变的重要标志。<sup>[4]</sup>然而,同样不可否认的是,相对于难以探查的公司资产状况,简单明确的注册资本信息仍将是债权人评估公司信用的最方便(即便不是最可靠)途径,即资本仍然具有信用。过低的注册资本直接给债权人传递的是公司设立缺乏严肃性的信息。正是在此意义上,德国等传统的法定资本制国家对于一般的有限责任公司之所以规定甚至至今仍保留最低注册资本的要求,并非是将其作为公司具有充足自有资本的保证,而只是将其作为公司设立的“严肃性门槛”(Seriositätsschwelle)。此外,过低的注册资本甚至会使公司难以支付设立费用及日常运作的人力物力开支,极容易使公司面临刚成立就达到破产条件的境地,因此并不现实。实践也表明,以极低的注册资本成立的公司往往并不真正投入运营,开业率极低,大多沦为所谓的“僵尸企业”,徒增工商部门的管理成本,而不得不又开始探索企业简易注销的办法。<sup>[5]</sup>

---

[3] 公司注册资本登记改革实施一个月后,北京市新设公司1.48万户,但并未出现注册资本极小或极大的情况。注册资本10亿元以上的公司5户,主要为国企出资兴办。注册资本3万元(不含)以下的公司81户,其中,注册资本1万元以下的20户,1万元到2万元的46户,2万元到3万元的15户。参见北京市工商局:“改革平稳有序市场主体呈现高速增长势头在中部六省中”,载《工商行政管理》2014年第8期。在中部六省中,河南省新登记市场主体户数和资本总额均排名首位。新登记的企业中,认缴资本在1亿元以上的有65户,1000万元至1亿元的有1160户,100万元至1000万元的有4540户,3万元至100万元的有4049户,3万元以下的有27户,1元公司仅1户。参见曾麒:“‘宽进’成效初显‘严管’格局已现——注册资本登记制度改革满月”,载《工商行政管理》2014年第8期。

[4] 参见蒋安杰:“公司法资本制度改革的解读与思考——专访中国政法大学赵旭东教授”,载《法制日报》2014年3月26日版。对资本信用向资产信用转变的呼吁参见赵旭东:“从资本信用到资产信用”,载《法学研究》2003年第5期。

[5] 参见新华社:“我国试点开展企业简易注销改革”,载新华网,[http://www.tj.xinhuanet.com/gscj/2015-10/07/c\\_1116747403.htm](http://www.tj.xinhuanet.com/gscj/2015-10/07/c_1116747403.htm),2016年1月25日访问。

从根本上看,公司制度赋予股东有限责任本身是对一般性的无限责任的突破和例外,而股东完成其基本的出资义务则是获得这种责任优惠的前提和正当性基础。在取消最低注册资本要求、一元钱也可设立有限责任公司的当下,股东有限责任的正当性需要反思。即便可以将有限责任归根于方便公司融资、减轻投资人责任的一般性理由,在不以出资为对价条件下的有限责任的“泛化”成为单方面牺牲债权人利益的制度安排,而只能通过事中事后更多的制度安排去进行弥补和平衡,公司制度的整体效率和效果都需要进行反思和重估。

## 2. 不改变法定资本制的本质及股东出资义务

更应当明确的是,尽管取消最低注册资本给公司设立的实务运作带来了较大改变,但其并未改变我国资本制度的根本格局——法定资本制,从而也不改变股东认缴出资后所应承担的出资义务。<sup>〔6〕</sup>

众所周知,我国公司法一直继受的是大陆法系的法定资本制,法定资本制的核心特征是股东在公司注册成立时需一次性认足公司全部注册资本,以此区别于授权资本制下股东在公司成立时只对资本总额中的一(小)部分承担认缴义务的做法。换句话说,只要股东在公司成立时必须完全承担对所申报的公司注册资本的出资义务(即便申报的注册资本只为一元),这种做法就是法定资本制,而无论法律是否额外规定一个最低注册资本数额。法定资本制看重的只是注册资本所对应的股东出资义务在公司成立时就确定下来,至于公司注册资本具体数额的选择理论上完全属于股东自决的范畴,法定资本制本身并不干预,其效力是发生在这一数字选定之后,即确定股东对其所选数字(注册资本数额)的出资义务。大陆法系不少国家法律所规定的最低注册资本要求,是对股东选择注册资本数额自由的限制,但这是法定资本制之外的要求,而非法定资本制本身的固有内涵和构成要件。

因此,我国2014年《公司法》修改只是废除了公司注册成立时最

---

〔6〕 我国2014年资本制度改革并不改变股东出资义务的观点是目前我国公司法学界的共识,参见赵旭东:“资本制度改革与公司法的司法适用”,载《人民法院报》2014年2月26日版。

低注册资本的要求,即去除了法律原本对股东选择注册资本数额的限制,但这丝毫未触及和改变法定资本制本身。股东在注册资本数额的确定上获得了自由,但无论其申报的注册资本数额高低(1元的“侏儒公司”,抑或注册资本上亿的“天价公司”),股东都必须在公司注册成立时一次性完全承担对全部注册资本的出资义务(即便公司成立时无需实际缴纳),这种义务的确定性从未发生改变。

法定资本制对于出资义务确定性的要求是其安全价值的体现,只要股东的出资义务在公司成立时就确定成立,对于公司债权人来说就有了保障,而这种保障正是授权资本制下所不具备的。授权资本制下公司成立时虽也有注册资本或资本总额,但其中只有一小部分对应的是股东的出资义务,其余大部分并不对应股东出资义务,而只是划定了授权给董事会在公司成立后结合经营状况和资金需求发行资本的数额范围,待每次发行时再由股东认购形成具体的出资义务,这无疑更具灵活和效率,但由于并不存在与注册资本相对应的股东出资义务,在此意义上牺牲了对债权人的安全价值,资本总额的表述甚至还会让债权人产生误解。

### (三)取消首次出资比例

#### 1. 过高注册资本引发“信用套利”

如果说设立“一元公司”这样的“侏儒公司”因其体量尚不会引发太严重的问题,那么改革后不时可见的巨额注册资本的“巨人公司”则更令人担忧,这一方面反映了改革初期人们对资本制度新框架的认识模糊,特别是没有明确认识到新立法下并未改变我国仍是法定资本制的事实以及股东仍需对所申报的注册资本承担出资义务;另一方面,这些“巨人公司”的出现无疑得益于“零首付”的完全认缴制,将实际履行出资的时间方式完全交给股东自己决定固然最大限度地尊重了公司自治,满足了公司按其实际的资金需求安排股东出资的愿望,但也给了股东在申报注册资本时“吹牛”的可能和条件,改革后实践中的确出现了不少随意的、大幅度增资现象,而这在改革前有首次出资比例要求的情

况下是不太可能的。<sup>[7]</sup> 比如,改革前 20% 的首次出资比例,意味着股东最多只能以其真实资金实力的五倍申报注册资本,而改革前剩余出资两年内缴足的规定更是大大限制了股东夸大申报的可能。可见,如同购房时的首付比例对于控制金融风险所具有的意义,“巨人公司”的出现从一个侧面反映出一定的首次出资比例对于理性申报注册资本的意义。当然,过高的注册资本的确可以通过事后修改章程的方式降低,但这一方面受到股东表决能否达到修改章程所需的资本多数这种不确定性的制约;另一方面更受制于减资时公司法强制性的债权人保护规定的制约。不过,对于不理性甚至是不诚信的公司股东来说,这些限制相较于靠高额注册资本可能吸引到的交易来说可能并不在考虑的范畴之内,实践中甚至不乏高额注册资本的公司为逃避债务而通过修改章程降低注册资本的案例,尽管通过宣告侵害债权人利益的减资无效可以对此予以司法矫正,<sup>[8]</sup>但由此也反映出完全认缴制在一定程度上提供了“信用套利”的空间,在法律允许的范围内合理的利用这一空间尚不为过,而超出此范围的不合法行为虽不能怪罪于完全认缴制,但后者至少是一个重要诱因和条件。

---

[7] 比如,资本制度改革后,泰州靖江一家公司注册资本由 52 万元猛增至 2100 万元;苏州一家公司一月内两次变更注册资本,注册资本从 1000 万元增至 3000 万元再增至 7000 万元,公司负责人坦承并非公司自身经营能力迅速提升,而是为了招投标项目需要。再如,济南市反映,3 月以来,全市办理企业增资 633 户,是去年同期的 3 倍。增资企业的注册资本增幅普遍较大,注册资本翻番的企业有 526 户,其中注册资本翻 10 倍的有 250 户。增资企业主要集中在批发零售类行业,占增资企业总数的 1/3;增幅较高的企业主要集中在投资、房地产和建筑类行业,平均增幅超过 2700 万元。以上数据以及对这种利用认缴制“空手套白狼”现象的批判参见蒋大兴:“‘合同法’的局限:资本认缴制下的责任约束——股东私人出资承诺之公开履行”,载《现代法学》2015 年第 5 期。

[8] 比如,上海普陀法院审理的首例公司股份认缴出资案中,注册资本 2000 万元的某投资公司,实缴出资 400 万元。《公司法》修订引入完全认缴制后,增资到 10 亿元。在签订近 8000 万元的合同后,面对到期债务突然减资到 400 万元,并更换了股东。债权人在首笔 2000 万元无法收取后,将该公司连同新、老股东一同告上法庭,要求投资公司于新老股东均承担债务的连带责任。相关新闻报道参见孙超:“认缴不等于‘任性’——上海普陀法院对首例公司股份认缴出资案件判决”,载民主与法制网上海频道, <http://dfcn.mzyfz.com/detail.asp?dfid=30&cid=620&id=284416>, 2016 年 1 月 25 日访问。

## 2. 不改变法定资本制的本质及股东出资义务

当然,同样必须明确的是,首次出资比例也不是法定资本制的必备要件,法定资本制强调的仅仅是与注册资本相对应的出资义务在公司成立时完全由股东承担下来,关注的仅仅是义务的确定性,而不在于义务何时履行。只要股东在申报注册资本时完全承担了对该注册资本的出资义务,至于公司成立时该义务是已经全部履行(完全实缴制)、还是部分履行(20%的首次出资比例)、或是完全未履行(完全认缴制)都没有关系。取消首次出资比例以及出资期限限制仅仅是赋予了股东在履行出资义务时间上自由安排的权利,但在出资义务按照章程约定到期时,股东仍必须按照法律和章程约定履行该义务,对于违反出资义务的行为仍需按法律和章程的约定承担责任,既有的股东出资瑕疵责任的法律规定仍将适用。总之,资本制度改革其一不改变股东在公司成立时就对注册资本承担完全出资义务的事实,其二不改变股东仍应按法律和章程履行出资义务并在违反义务时承担责任的事实。

### (四) 取消验资问题

与取消首次出资比例相关联的是,2014年资本制度改革还对公司注册取消了验资要求。立法者认为,既然取消了首次出资比例要求,公司可以在只认缴和不实缴的情况下成立,那么要求公司申请注册成立时向工商机关提交验资证明的做法也就显得多余而无意义了,只有对于仍采取注册资本实缴制的公司(比如,募集设立股份有限公司或其他仍实行注册资本实缴制的公司类型如商业银行等)才有必要保留验资的要求。这种观点显然是将验资的意义限定于对股东首次出资的检验,也符合公司法对于验资功能一直以来的定位及规定。然而,验资的本质是检验出资义务是否如实履行,只要存在出资义务,无论其履行是在公司成立前还是成立后,都可以有验资的要求。从这个意义上说,取消首次出资并不直接意味着验资也无必要。将验资限定于对首次出资的做法很大程度是完全实缴制下的惯性思维,在立法允许认缴乃至完全认缴制之后,应在公司成立前实缴的出资挪到了公司成立之后,逻辑上同样应当将验资的时间跟随出资义务的实际履行时间相应的延后,而不是随着首次出资要求的取消而取消。

事实上,只要立法者出于对股东出资履行的不信任而额外规定一

个验资的程序,那么股东出资的履行行为都属于验资的对象,这和履行出资的具体时间无关。从这个意义上,是否取消验资和是否取消首次出资要求无关,根本上取决于立法者对于出资履行行为是否信任的态度。立法者完全可以像对待一般的债务履行行为一样,将违反出资义务的履行行为交由后续的责任机制处理。即便要对商事行为的安全性提出更高的要求,其一,不意味着一定要采取委托事务所验资这种增加当事人成本的方式,如可以考虑只有在存在显著怀疑时要求当事人提供相应的履行证明;其二,也不意味着要无差别的针对各类型的公司提出验资要求,如对于不涉及公共利益以及责任机制更强的有限责任公司不作验资要求,而只对股份有限公司规定验资等。当然,说到底,验资也只是一个确保出资义务履行的手段而已,至于能否达到立法者所希望的目标则当另说。事实上,我国一直以来实行的验资制度在实践中并没有发挥出预期的作用,虚假出资抽逃出资的现象仍屡见不鲜,这当然有各种的复杂原因交织而成,但至少从一个侧面说明,验资制度本身并不能确保出资义务的真实有效履行,取消验资在这个意义上是成立的。

#### (五) 取消资本制度相关犯罪

《公司法》改革放松资本管制的新动向也直接影响了刑法上一直存在争议的虚报注册资本罪、虚假出资罪与抽逃出资罪三个资本犯罪罪名的适用。2014年4月24日,全国人民代表大会常务委员会作出关于《中华人民共和国刑法》第158~159条的立法解释,明确规定虚报注册资本罪,虚假出资、抽逃出资罪的适用范围仅适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。尽管这一放松对资本的刑法管制的做法得到了广泛支持,但这种以公司资本制度由实缴制改为认缴制而取消相应的刑法罪名适用的立法逻辑是有问题的。和取消验资存在的问题一样,这三个罪名中,除了虚报注册资本罪因完全认缴制的实行而失去存在的必要外,虚假出资罪和抽逃出资罪惩罚的都是违反出资义务的行为。如上所述,资本制度改革并没有改变出资义务本身及违反出资义务时的责任追究,实行完全认缴制和取消验资要求并不能为取消虚假出资罪和抽逃出资罪提供直接的理由,是否取消这两个罪名更应当由刑法学界对两种行为的社会危害性是否有必要以刑法手段予以调整作

出独立的判断。甚至,从公司法放松资本管制也并不必然得出此类犯罪危害性已经降低的结论。如本文一再强调的,公司法只是给予股东在出资安排上更大的自由,丝毫没有改变股东应当履行出资义务并在违反该义务(虚假出资或抽逃出资)时承担相应责任的基本事实。总之,难以简单的用公司法上的资本制度改革为刑法上取消(限制)虚假出资罪和抽逃出资罪提供直接有效的论据。换言之,如果公司法放松股东出资安排的自由给股东造成错觉,导致其更加轻视出资义务乃至发生更严重更大规模的违反出资义务的行为,在理论上就不排除对此采取比民事和行政责任更为严厉的刑事责任的措施。当然,本文在此无意对虚假出资和抽逃出资这两个罪名的去留作出价值判断,而重在指出资本制度由实缴制改为认缴制和相关罪名的去留本质上并无直接的因果关系,后者更应当由刑法学科作出独立的回答。

资本制度改革不改变股东出资义务的事实也意味着,股东出资义务中一些在改革前就存在的问题在改革后仍然存在并有待解决,下文重点就其中的几个问题展开讨论。

## 二、股东出资义务的相对人

### (一) 公司

股东出资义务是股东按照章程约定或者公司法的规定向公司履行其所认缴的出资的义务。从公司契约的视角来看,股东出资义务体现的是股东和公司间的合同关系,即股东将属于自己的财产转让给公司以换取公司作为对价所给予其的股权。因此,股东出资义务的相对人当属公司无疑。股东的出资给公司提供经营运作所需的初始资金和实物,股东出资所形成的公司资产也成为对公司债权人的责任财产。

既然公司是股东出资义务的相对人,那么相应的,股东也应当向公司做出履行。对此,《公司法》第28条第1款、第83条第1款都规定了股东履行出资义务应当向公司缴纳作为出资的现金或转让非货币出资的财产权。对于当事人之间对股权归属发生争议、一方请求人民法院确认其享有股权的情形,《公司法司法解释(三)》第22条也要求当事

人对于原始取得股权应证明已经依法向公司出资或者认缴出资。

## (二) 设立中公司

对于公司成立后股东向公司履行出资义务的情形,公司作为出资义务的相对人没有疑问,有疑问的是股东在公司成立前就向公司出资的情形,此时公司尚未成立,尚无法律人格和主体资格,出资义务的相对人值得研究。尽管资本制度改革后实行注册资本完全认缴制,股东理论上可以将出资履行行为都安排在公司成立之后,但这并不排除现实中仍会有不少股东选择在公司成立前就履行出资,以便为公司成立后的正常运营提供必要的财产基础。更何况,立法上仍有不少实行注册资本实缴制的公司类型,这些公司的注册资本仍然只能在公司成立前实缴,明确公司成立前股东出资义务的相对人仍有必要和现实意义。我们不妨先看一个现实的案例。<sup>〔9〕</sup>

建湖隆昌纺织有限公司股东三人,系孔梅芳、陈心雨和张启宏(即被执行人),分别出资额为20万元,该公司成立时间为2005年11月3日。在该公司成立前,2005年10月23日,被执行人张启宏个人出资20万元,存于建湖县辛庄信用社,作为其在拟成立的建湖隆昌纺织有限公司的股东出资。10月25日,此笔存款中的17.46万元被江苏省建湖县人民法院扣划以偿还被执行人张启宏所欠申请执行人庆丰信用社债务。建湖隆昌纺织有限公司成立后,对扣划提出执行异议,认为张启宏的出资从存于公司的注册资金账号这一“特定账户”时起,所有权即发生了转移,已为公司所有,扣划裁定错误。江苏省建湖县人民法院则认为,扣划时公司尚未成立,不具备法人的民事权利能力和民事行为能力,因此,存款的性质在依法扣划时尚属于被执行人张启宏个人资产,而不属于建湖隆昌纺织有限公司资产,扣划行为并无不当,建湖隆昌纺织有限公司应依法另行向张启宏主张相应权利。

江苏省盐城市中级人民法院在复议时同样认为,扣划时公司尚未成立,尚未具备法人资格,因此,该笔资金所有权未发生转移,该所有权一直延续到公司成立之日,并于该日依法发生转移,扣划行为是正确

---

〔9〕 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览·2007年民事审判案例卷》,人民法院出版社、中国人民大学出版社2008年版,第588~592页。

的。针对公司提出的(当时仍有效的)国家工商管理总局1995年12月18日《公司注册资本登记管理暂行规定》第7条规定:“注册资本中以货币出资的,股东应当将其认缴的出资额存入新设立公司所在地银行的‘专用账户’。公司成立前,任何单位和个人不得动用‘专用账户’内的资金。”江苏省盐城市中级人民法院认为,国家工商总局的规定只是公司对其股东的内部约束,即股东一旦出资就失去了对该笔资金的控制,不得随意动用。股东如在公司依法成立后抽出资金,要负抽逃注册资金的责任;如在公司未能成立时抽出资金,则要负违约责任。但这种约束对外不发生效力。在对外关系上,由于设立中的公司不具备主体资格,因而无法以其独立的法律人格对抗他人。

本案所反映出的一个问题是,尽管对于设立中公司的法律地位在理论上尚存有观点争议,也的确有部分观点支持承认设立中公司的主体地位,但我国的立法和司法现实并不承认设立中公司的法律人格和主体地位,这直接导致公司成立前股东的出资履行行为实际上无法实现履行的效果。股东要想完成其出资义务意味着要将自己的财产转让给公司,转让行为要想实现法律效果就必须有相应的受让主体,由于不承认设立中公司的主体地位,股东在公司设立阶段的出资行为便缺乏相应的接收和受让主体,成为出资财产权利的载体,因此,即便股东形式上作出了履行行为,也无法实现所有权的移转,出资财产的所有权仍属于股东。这不仅意味着公司成立前股东的出资行为无法完成,还意味着所谓的验资也是不可能的。任何在公司登记成立前的验资都无法确保出资已经成为或者在公司成立时能过渡为公司财产,因为只要公司尚未成立,出资财产的所有权都仍属于股东,理论上都仍有可能被扣划走用于偿还股东个人的债权人,提交给工商登记机关的验资证明顶多只能证明验资时股东作出了履行出资的行为,无法确保股东已经完成了出资义务。

要解决上述股东在公司成立前无法完成出资义务的尴尬,关键在于提供使股东出资脱离其个人财产的法律解决方案。上述案例的法院判决理由中我们看到,法院尝试将公司成立前股东出资的法律效果解释为股东在对公司的关系上丧失对其出资的处分权,以此在一定程度上实现股东出资与其个人财产的分离,但这种股东与公司内部关系上

的拘束无法对抗第三人,股东出资后的财产所有权仍属股东,无法从根本上解决使股东出资脱离其个人财产从而免遭第三人强制执行的问题。类似的,德国主流学说早期曾长期用共有财产的法律构造来实现股东出资与其个人财产的分​​离,认为在公司设立阶段所形成的公司财产应作为特别财产属于设立股东共同共有,根据德国《民法典》第 719 条所规定的共同共有原则,用于出资的标的物在履行出资义务之后就不再属于个别的设立股东所有,而是属于所有的设立股东共同共有,从而实现了出资财产与设立股东的个人财产的分​​离。<sup>[10]</sup> 不过,这种共同共有理论在解释一人公司的设立时显然无法胜任。为此,学说又发展出信托理论、特别财产理论以及部分权利能力理论等予以应对。<sup>[11]</sup> 目前,承认设立中公司的法律主体地位已经成为学说和司法的通说,按照联邦最高法院判决中经典的表述,设立中的公司是“适用特别法的一个组织,该特别法由在法律和章程中有关公司设立的规定和适用于具有权利能力的公司的法律组成,后者以其不以登记为前提为限”。<sup>[12]</sup> 承认设立中公司的主体资格从根本上解决了公司成立前股东出资的受让和接收主体问题,也确保了无论是多人设立还是一人设立公司时股东出资与其个人财产的分​​离。

可见,要解决公司成立前股东出资受让和接收主体缺失的问题,就必须承认设立中公司的主体地位,任何其他法律方案不仅构造复杂而且都无法圆满解决这一问题。本文在此无法对承认设立中公司主体地位的必要性以及法律适用的细节问题做出全面分析,但从根本上说,法律上是否承认某一组织的法律地位并不取决于法律本身,而更多的是法律对社会经济现实的反映。处于设立阶段的公司需要完成法律所规定的公司成立所需要具备的人员、财产、组织、住所等各项条件,除了需要完成对股东出资的接收之外,还不可避免的和第三人发生诸如买卖、租赁、雇佣等法律关系,这些行为都需要赋予设立中公司以独立的法律主体资格才能顺畅的完成。现实中,公司发起人往往以公司筹备

---

[10] BGHZ 80,129,135;Baumbach/Hueck, § 11, Rn. 7;Hachenburg/Ulmer, § 11, Rn. 30; Hüffer, AktG, § 41, Rn. 4.

[11] 参见丁勇:“设立中的一人公司”,载《中德法学论坛》2006 年第 4 辑。

[12] BGHZ 80,129,135.

组的名义展开上述活动,但由于筹备组并不具有民事主体资格,理论上甚至连以自身名义在银行开户的能力都不具备,更难以成为设立过程中其他民事权利义务的载体。

因此,为完成公司设立活动的现实需要决定了有必要赋予设立中公司独立的法律主体资格,而不能囿于传统民事主体的划分理论对此视而不见。相应地,公司成立前股东出资义务的相对人应当是设立中公司本身,由章程所确定的公司代表人或发起人股东选定的代表设立中公司的行为人负责代表公司接收股东出资。股东在公司成立前履行出资义务的,设立中公司成为出资财产的接收者和所有者。设立中公司与成立后公司为同一主体,公司经工商机关注册登记成立后,设立中公司的财产直接成为成立后公司的财产,无需额外的转让行为。当然,公司设立阶段以设立中公司名义订立的合同也应直接由成立后公司承担,基于同一主体理论,严格意义上甚至不能算作是合同主体的变更。相比目前公司法司法解释三中以“合同—行为模式”对公司成立前交易的责任规制,承认设立中公司作为合同主体的“组织模式”更加简洁和有说服力。<sup>[13]</sup>

### 三、资本制度改革后股东规避出资行为的审查

股东应当按照法律规定和章程约定向公司履行出资义务,在资本制度改革之前,法律对于公司设立一直有首次实缴出资要求,工商机关也承担了对于股东出资的审查职责。不过,为了规避工商机关的审查,实践中也出现了诸如隐性实物出资和出资后公司又向股东提供贷款等有争议的出资履行行为。有关这些出资行为的法律效力一直没有得到清楚的阐释和澄清。而现在,在资本制度改革取消了首次出资和验资要求后,工商登记机关不再对出资行为进行审查,原先这些规避审查的出资行为的效力如何就更需要作出准确的判断。下文首先介绍隐性实

---

[13] 有关不同责任模式的分析参见吴越编著:《公司法先例初探》,法律出版社2008年版,第14~22页。

物出资和出资后公司又向股东提供贷款行为在德国法上的处理经验,接着结合我国资本制度改革后的现实研究类似行为在我国的效力判定。

### (一) 隐性实物出资

隐性实物出资最初是在德国的司法实践中提出的,并一直是德国公司法中的一个重要而复杂的问题。<sup>[14]</sup>对于正常的实物出资,德国《有限责任公司法》规定了记载入章程并在实物设立报告中说明实物出资价值合理的情况以及登记法院据此进行审查等措施,以保证实物价值符合其对应的出资额。为了规避这种花费时间和成本的审查以及避免设立登记由于实物出资价值不实被拒绝或者可能的差额责任,股东往往表面上是履行现金出资,但同时又通过向公司转让财产取得货款的方式收回其现金出资,最终在实质上达到了实物出资的目的。对此,2008年德国《有限责任公司法》修改前并未对此作出明确规定,只是在第19条第5款对出资过程中的一种特殊情形做了规定,即如果股东要以其向公司转让财产的对价折抵其现金出资,只有按照实物出资的规定将该财产标的及其所代表的出资额记载于章程才能免除该股东的出资义务。对于范围更广泛且形式更多样的隐性实物出资的法律调整则一直是由司法判例和学术界承担的。一般认为,如果货币出资和财产交易行为客观上存在实质的和时间上的联系且股东与公司或者股东间存在通过结合上述两种行为实现实物出资的约定,就应当认为构成隐性的实物出资。

在2008年德国《有限责任公司法》修改前,司法实践将隐性实物出资的法律后果(尤其在德国法区分债权和物权行为下)弄得颇为复杂,且在许多细节问题上存在争议。按照德国长期的法律实践,隐性实物出资的法律后果:首先,股东一开始虽然确实给付了承诺的现金出资,但该货币出资由于规避行为而没有真正达到法律所规定的处于公司经理自由支配之下的要求,因而不产生履行出资的法律效果,股东因

---

[14] 参见高旭军:“论德国公司法中禁止隐性实物出资问题”,载《南开学报》2001年第2期;王东光:“隐性现物出资规制比较研究”,载《清华法学》2010年第4期;何旺翔:“德国隐性实物出资规制改革介评”,载王保树主编:《中国商法年刊》,法律出版社2014年版。

此仍负有现金出资义务。尽管对于已经给付的现金出资,股东有对公司的不当得利返还请求权,但其不得以此与仍然存在的出资义务相抵消,而只能作为破产债权按比例受偿。其次,对于股东和公司间规避法律的财产转让行为,主流观点认为债权合同以及作为其履行行为的物权转让行为均无效(类推适用《股份法》第27条第3款第1句),从而股东就其转让财产有对公司的物权返还请求权(《德国民法典》第985条),<sup>[15]</sup>而公司对其给付的货款(由于货币混同发生事实上的权利取得)也有不当得利返还请求权,但是,一般认为后者可以与股东对公司(由于无效的货币出资)的不当得利返还请求权相抵销,<sup>[16]</sup>因而在结果上只剩下股东对公司(由于财产转让合同无效)的物权返还请求权以及公司对股东(由于无效的现金出资)的现金出资请求权,但在股东完成其现金出资义务之前公司依据《德国民法典》第273条第1款有对其所占有的股东财产的留置权。在公司破产的情况下,除非股东原先转让给公司的财产标的还在因而可以行使别除权,否则其只享有作为一般破产债权申报的意义不大的赔偿请求权,但公司却享有要求股东再次履行其货币出资的权利,因而从实际的经济角度看,股东实际上必须履行两次现金出资。这种隐性实物出资的法律后果虽然旨在保证资本真实缴纳,但其不仅复杂而且被广泛批评为过于严苛甚至对股东来说是“灾难性”的。<sup>[17]</sup>

有鉴于此,德国2008年德国《有限责任公司法》改革重点对隐性

---

[15] 之前的主流观点曾认为股东向公司转让财产以及公司支付货款的行为只是作为其基础的债权合同无效,但物权履行行为仍然有效,因而股东对公司接受的财产只有不当得利返还请求权而无物权上的返还请求权。但自从联邦最高法院2003年的一个判决(BGHZ 155,329,338f.)之后,主流观点也认为物权履行行为同样无效。

[16] 对于究竟是哪些请求权可以相互抵销之前也存在争议,之前曾有观点认为是由无效的财产转让行为产生的公司与股东相互间的不当得利请求权可以相互抵销(BGH NJW 1998,1951,1953),现在的主流观点认为是两个无效的往返支付货币的行为产生的不当得利请求权可以抵消(BGHZ 155,329,339f.; Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, GmbHG § 19 Rn. 135; Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 5 Rn. 53)。

[17] 尽管司法判例承认通过将货币出资转变为实物出资能够“治愈”隐性实物出资,从而避免严苛的法律责任,但其实际意义并不大,因为隐性实物出资往往直到公司破产时才被发现,而此时“治愈”已经不可能。

实物出资的法律后果做了修正和放松。该法现在在第 19 条第 4 款规定：“如果股东的货币出资从经济角度看基于与认缴货币出资相关联的约定被完全或部分地评价为实物出资（隐性实物出资），那么这并不免除该股东的出资义务。但有关实物出资的合同及履行实物出资的法律行为并不无效。对于其继续存在的货币出资义务，折抵公司申请登记入商事登记簿时的财产标的的价值或者如果转让是在此之后进行的以向公司进行转让时的价值。折抵不能在公司登记入商事登记簿进行。股东承担财产标的的价值的证明责任。”这样，通过规定关于隐性实物出资的合同的的有效性，立法者矫正了之前司法的严苛立场。德国法中被视为物权合同的财产让与合同和作为其基础的债权合同不再比照《股份法》第 27 条第 3 款而被视作无效，股东是否承担责任以及责任的大小是看其转让的财产价值与其货币出资额是否相符以及可能的差额。原法下通过对隐性实物出资进行“治愈”来避免这一严苛的责任，现在也没必要了。根据新规定，在隐性实物出资的情形，隐藏的实物出资的价值将依照法律自动和货币出资义务相折抵，而不需要当事人作出折抵的意思表示。这种价值角度的责任认定体现了立法者所谓的“资产负债表上的观察方式”（bilanzielle Betrachtungsweise）。

不过，立法特别明确了折抵不能在公司登记入商事登记簿之前进行，这样，如果实物在公司设立登记前就已经通过规避行为投入公司，经理在向登记法院申报登记时所作的保证中就不得说货币出资义务已经通过折抵完成了，无论所涉及的实物具体价值是多少，因为此时折抵尚未能发生，货币出资义务因而由于隐性实物出资的规避行为也未能完成。如果经理不顾事实仍然作出货币出资已完成的保证，其将承担错误说明的刑事责任（德国《有限责任公司法》第 82 条）。登记法院在发现隐性实物出资时也可以拒绝登记，无论实物价值是否达到货币出资额。<sup>[18]</sup> 这表明立法者最终采纳的是德国律师协会商法委员会提出的“折抵方案”（Anrechnungslösung），<sup>[19]</sup> 而非政府草案中的“履行方

[18] Beschluss und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags, BT – Drucks. 16/9737, elektronische Vorabfassung S. 97.

[19] Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (Handelsrechtsausschuss), 02. 2007, Nr. 06/07 C, S. 30ff.

案”(Erfüllungslösung),后者承认隐性实物出资情况下股东仍然完成了其货币出资义务,而只需要承担实物价值与货币出资间的差额责任,<sup>[20]</sup>这被批评为是将股东隐性实物出资这种规避法律的行为合法化,从而出现了同时认可遵守规则和规避规则行为的矛盾立法,而股东也将无需再去主动遵守实物出资的法律规定,甚至经理在设立登记时也可以做出虚假的出资到位的保证而无需承担刑事责任。<sup>[21]</sup>相反,新法所采纳的“折抵方案”通过禁止公司登记前折抵以及相应的经理责任,清楚了表明了立法者仍将隐性实物出资作为法律规避行为的立场,而只是通过折抵这一可能缓和了之前过于严苛的法律责任。

## (二) 出资后公司向股东提供贷款

实践中另一种规避出资的常见做法是,股东虽然按章程规定向公司履行了自己的现金出资义务,但随后公司却通过贷款给该股东而全部或者部分地返还了其现金出资,公司实际上获得的是对股东的贷款返还请求权,这种做法被称之为“往返支付”(Hin- und Herzahlen)。显然,贷款返还请求权实际上是实物而非现金出资,这体现出“往返支付”与典型的隐性实物出资很接近因而实践中两者界限有时并不是很清楚,不过司法判例一般认为其并不构成典型的隐性实物出资,但同样认为这是违反了资本真实缴纳要求,股东的货币出资没有最终处于经理的自由处分之下,其出资义务因而没有完成,公司与股东间的贷款约定也是无效的,但是如果之后股东又(履行其假设有效的贷款约定)将贷款返还给公司则“治愈”这一出资瑕疵从而完成其出资义务。<sup>[22]</sup>虽然这一做法避免了股东必须两次出资的结果,但很难与债法的基本原则相协调。<sup>[23]</sup>由于这在实践中导致了法律不确定性并限制了公司的经济活动,尤其是在设立公司的同时又建立所谓企业集团的“现金池”

---

[20] BT - Drucks. 16/6140, S. 95ff.

[21] Ulmer, ZIP 2008, 45, 50; Lutter, Stellungnahme zum MoMiG zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschluss des Deutschen Bundestages am 23. 01. 2008, vom 17. 1. 2008, S. 7f.

[22] BGHZ 157, 72; BGHZ 165, 113; BGH ZIP 2006, 331; BGH DStR 2006, 382.

[23] K. Schmidt, ZIP 2008, 481, 488.

(cash pool)<sup>[24]</sup> 系统的情况下,子公司参与的增资往往又以母公司清偿对其的贷款债务的形式返还给了子公司,对其规定过于严苛的法律后果显然会对实践造成很大的负面影响。

德国 2008 年修改《有限责任公司法》后,在该法第 19 条第 5 款对“往返支付”做了明确规定,其紧接在第 4 款对隐性实物出资的规定之后,表明两者的接近性。第 19 条第 5 款规定:“如果在股东出资前约定了一个对其的给付,该给付在经济上等同于返还出资且不能被评价为第 4 款意义上的隐性实物出资,那么只有在给付具有等值的返还请求权且该返还请求权随时到期或者通过公司无期限的解约意思表示可以随时到期时才能解除股东的出资义务。此种给付或者对此种给付的约定应当在依据第 8 条进行申报登记时予以说明。”这同样也适用于公司增资的情形(第 56a 条)。立法者在此同样采取了所谓的“资产负债表上的观察方式”(bilanzielle Betrachtungsweise)。

为了确保返回请求权具有足够的流动性,避免实践中贷款合同长达多年而使得返回请求权价值不确定的情况,上述规定除了等值的要求之外,还额外要求公司的贷款返还请求权随时到期或者通过公司无期限的解除可以随时到期时,从而保证了返还请求权的等值性不受权利到期时可能发生的实际价值变化的影响。<sup>[25]</sup> 也就是说,在满足等值和随时到期这些条件的情况下,公司所具有的对股东的债权可以和股东的货币出资等同视之。最后,为了便于登记法院审查上述条件是否满足,新法还要求公司在申请设立登记时向法院说明往返支付的情况,如果经理未说明贷款的情况或者贷款返还请求权实际上不符合法律规定的要求,那么经理也可能会承担第 82 条的刑事责任。

这样,尽管股东出资后通过获得公司的贷款实际上又取回了其出资,但只要公司同时具有对股东的等值的贷款返还请求权,且该请求权满足与公司的给付等值且随时到期或者通过公司无期限的解除可以随

---

[24] Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-KonzernR, § 311 AktG Rdnr. 48; Morsch, NZG 2003, 97; Cahn, ZHR 166(2002), 278. 简单说,集团子公司每日将其多余的资金作为贷款(以市场通常利息)集中转到母公司的账户下,当子公司需要资金时就可以从其在母公司账户下建立的账户下取款或者获得贷款。

[25] 这是根据 Ulmer 教授的建议, Ulmer, ZIP 2008, 45, 54.

时到期的条件,股东依然被认为是完成了其出资义务。不过值得注意的是,与隐性实物出资时的折抵不同的是,德国立法者对于“往返支付”采取了更为严格的立场,即要求贷款返还请求权只能是等值的才能达到履行出资义务的效果,换句话说,返回请求权的价值哪怕只是有一点低于公司的给付价值都不能实现出资义务完成的效果,股东仍负担全额的货币出资义务,而不是像在隐性实物出资下仅承担实物价值与出资义务间的差额责任。这种更严格的做法理由在于,立法者认为“往返支付”情形下公司所获得的对股东的债权要比隐性实物出资下获得的(虽然是隐性的)实物财产更无可靠性,而且在返还请求权由于股东缺乏清偿能力而贬值时,让其承担差额责任由于其同样可能无法清偿而无实际意义,此时更应该一开始就让其负担全额责任。<sup>[26]</sup>这无疑对股东和经理来说都是很大的责任风险,同时也使得区分“往返支付”和隐性实物出资显得更为必要。

### (三)对我国资本制度改革后的借鉴意义

德国对于隐性实物出资和出资后公司向股东贷款的法律规制对我国在立法和司法实践中判定股东出资义务是否完成无疑具有很好的借鉴意义。然而,上述这些出资行为的一个重要特征都在于规避公司登记机关对实物出资价值的审查,在我国资本制度改革取消公司设立首次出资及验资要求后,类似行为的效力判断成为问题。

#### 1. 公司注册登记机关对股东出资的审查

在立法对于公司成立前有首次出资比例的要求时,公司登记机关承担了对股东首次出资的审查职责,这既是登记机关的权力也是其依法承担的义务。为了便于公司登记机关对股东出资义务的审查,立法通常会对股东出资义务的履行提出比一般债务履行更高的要求。比如,我国公司法曾一直要求股东出具验资证明,直到最近由于取消公司成立前实缴出资的要求才被取消。德国虽然对于登记机关的审查不强制要求公司提供验资证明,但要求公司成立前应当实缴的出资最终处

---

[26] 参见 BT - Drucks. 16/6140 v. 25. 7. 2007, Anlage 3 S. 7f. 联邦参议院曾建议对“往返支付”与隐性实物出资规定同样的法律后果,即股东只承担差额责任,参见 BT - Drucks. 16/6140 v. 25. 7. 2007, Anlage 2, S. 66, 158, 但最终未被采纳。

于公司经理或董事会的自由支配之下,对此,公司经理和董事会必须作出保证和证明(德国《有限责任公司法》第8条第2款、《股份法》第37条第1款)。“最终处于公司经理或董事会的自由支配之下”意味着股东必须直接向公司做出履行,出资财产必须实际地处于公司(设立中公司)的直接控制支配之下。因此,通常认为,这种“最终处于公司经理或董事会的自由支配之下”的要求要高于一般的出资履行要求,比如股东在公司指示下向公司的债权人作出履行等方式就达不到处于经理或董事会自由支配之下的要求。立法者作出这样的规定形式上是为了方便登记机关审查,但实质上同样是基于要求首次出资比例的要求的理念,在于确保公司成立时能够真正的具备最低限度的可自由支配财产,从而确保公司设立的严肃性。

隐性实物出资和出资后公司向股东提供贷款无疑规避了公司登记机关的审查,其表面上在章程中规定股东的货币出资义务,在向登记机关申请公司登记时股东也确实履行了现金出资义务,但通过股东事先与公司约定好的在公司成立之后履行的买卖合同或贷款合同,股东实际上又重新获得了自己的出资。通过这种现金出资加买卖合同或贷款合同的特别安排,出资股东规避了登记机关对实物价值的审查,从而顺利获得了公司注册。毫无疑问,这种规避公司登记机关审查的行为效力应当被否定。

不过,在我国对普通的公司设立取消了公司成立前首次实缴及验资要求之后,如果股东事实上还是在公司成立前按章程约定履行了全部或部分出资,工商机关对于股东的首次出资是否还具有审查权就有很大的疑问。从立法放松管制的价值取向上看,工商机关既然无权再要求公司提交验资证明,意味着对于首次出资也不再负有审查职责,其审查权仅限于立法仍有实缴和验资要求的公司设立。既然登记机关不再对股东出资的履行情况作出审查,以现金出资为名而行实物出资之实的行为也不再构成对登记机关价值审查的规避,难道就意味着这种出资安排的合法性吗?

当然不是。公司登记机关对股东出资的审查从本质上说只是国家公权力额外对公司成立前首次出资履行情况的监督,其目的在于保证公司设立的严肃性,终极意义上当然也是为了维护公司、股东乃至债权人

人的利益。尽管为了方便登记机关审查,立法通常会提出验资或经理作出保证等高于普通出资债务履行的要求,但登记机关审查的对象仍是出资义务是否如实履行本身。即便没有了登记机关的审查,股东出资作为向公司所作出的债务承诺,其履行仍要满足一般债务履行的标准方可实现债务履行的效果。不过,股东出资债务并非普通债务,作为公司法上的特别之债,公司法对其履行设定了专门的标准,这就是所谓的资本真实缴纳原则。规避登记机关审查的出资安排即便因为登记机关不再审查而在此范围内没有问题,也要接受资本真实缴纳原则的检验。

## 2. 资本真实缴纳原则

众所周知,大陆法系的法定资本制包括资本确定、维持和不变三原则。资本确定原则在德国实际上被称为资本真实缴纳原则(*Grundsatz der realen Kapitalaufbringung*),是指股东应当按照章程所确定的认缴出资义务真实地向公司缴纳出资,其主要功能在于确保股东出资义务真实履行到位。资本维持原则(*Grundsatz der Kapitalerhaltung*)则指由股东出资所形成的公司资本不能再返还给股东,公司向股东进行分配时不能使公司资产低于用于维持公司注册资本所需的数额,其主要功能在于确保股东已经缴纳的出资不会再由公司返还给股东,从而损害公司及债权人利益。无论资本真实缴纳还是资本维持,都是以一个章程所确定的注册资本为基础的,要想改变这个注册资本,必须按照法定的方式进行增资或减资,此即所谓的资本不变原则。

可见,对于衡量股东是否完成了向公司的出资义务来说,应以资本真实缴纳原则为标准。资本真实缴纳原则要求股东应当按照法律和章程的规定如实履行其所承诺的出资义务。从行为标准角度而言,资本真实缴纳原则包括一系列的行为准则如股东不得逃避或规避其出资义务、股东应当按照章程约定向公司缴付其用于出资的财产(现金或实物)、股东应当遵守法律对于实物出资的特别规定、股东用于出资的实物价值不得低于章程中所声称的价值,等等。

从资本真实缴纳原则的角度考量,上述借现金出资之名行实物出资之实的出资安排显然不符合资本真实缴纳的要求。股东尽管承诺的是向公司履行现金出资,就应当使公司的现金获得真实的增加,但整体

观察,股东的现金出资就像“魔术师玩的飞刀,放手而并没有脱手”,最终仍会回到自己手中,这种现金出资履行行为的效力不能得到承认。股东实际上意欲向公司履行实物出资,就应当按照法律的要求将实物出资的情况列明于章程并接受登记机关的审查,即便我国现在不再有验资及登记机关的审查要求,但仍需履行公司法所规定的在章程中列明并作价值评估的要求。公司法对于实物出资的公开公示及价值审查的强制要求,是在出资问题上保护少数股东及债权人利益的具体体现,不容当事人规避。因此,严格从资本真实缴纳原则的要求出发,不仅股东的现金出资义务的履行应当认定为无效,股东与公司之间规避法律所订立的买卖合同或贷款合同同样也应当无效。德国立法者在2008年改革后承认后者的效力并允许以实物的价值折抵现金出资义务的做法,实际上是在法律后果问题上对资本真实缴纳原则的削弱,单纯从价值角度衡量出资义务是否完成的“资产负债表上的观察方式”本质上并没有达到资本真实缴纳原则的要求,后者要求公司应当真实的获得股东所承诺的现金及实物,而不仅仅是价值相当。所幸,德国立法者只是对违反出资义务的法律后果做了放松,其始终没有承认股东所宣称的货币出资的履行效力,在构成规避时,股东仍需重新履行货币出资义务,仅仅是在重新履行可以折抵实物的价值,而且股东要对实物价值承担证明责任。

### 3. 对我国的借鉴意义

#### (1) 我国相关立法和司法实践

规避实物出资要求的出资履行行为即便在我国资本制度改革后也同样有存在的法律基础。如上所述,尽管公司法取消了验资和工商机关对公司成立前出资的审查,但法律仍明确要求章程应当记载出资方式股东的出资方式、出资额和出资时间(《公司法》第25条和81条),对实物出资必须评估作价(《公司法》第27条),实物出资价值不足时除了股东本身要承担补足责任之外,其他股东还要承担连带责任(《公司法》第30条和93条)。况且,股东有时出于保护商业秘密或专业技术在章程中被公示或者避免发生争议的考虑,也会优先选择先以现金出资,而后通过履行买卖合同的方式完成本应作出的实物出资。

事实上,我国立法也对类似的行为有所规制,《公司法司法解释

(三)》第12条对于公司成立后应认定为股东抽逃出资的情形做了列举,包括:①制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配;②通过虚构债权债务关系将其出资转出;③利用关联交易将出资转出;④其他未经法定程序将出资抽回的行为。在2014年公司资本制度改革前,该条的列举中还包括“股东将出资款项转入公司账户验资后又转出”这一情形,后因公司法取消验资而删除。

司法实践中,法院也的确对类似于上述出资规避的行为适用抽逃出资的规定。比如,在“江西绿海旅游发展有限公司诉刘强股东出资案”<sup>[27]</sup>中,股东刘强将其现金出资存入公司账户后即以个人向公司借款的形式马上转出,属于上述典型的“往返支付”。法院认为其属于“股东将出资款项转入公司账户验资后又转出”,构成抽逃出资。即便在取消验资规定后,该案以及所有符合上述隐性实物出资的情况仍可归入“利用关联交易将出资转出”情形。同样,在“北京威煌电子有限公司诉北京奥林匹克实业开发公司等股东出资案”<sup>[28]</sup>中,作为威煌公司股东的奥林匹克公司在威煌公司成立后即将其货币出资以还借款的名义转回到奥林匹克中心(系奥林匹克公司的上级单位和出资单位)账上,但却无任何证据证明存在借款关系。法院认为其属于“虚构债权债务关系将其出资转出”的情形,构成抽逃出资。当然,如果确实存在如买卖合同这样的债权债务关系,那么这种情形也类似于隐性实物出资。

## (2) 检讨和建议

可见,我国立法和司法实践实际上是用抽逃出资的规定来处理隐性实物出资和出资后公司又向股东提供贷款的情形。可是,抽逃出资属于违反资本维持原则的行为,其适用的前提必须是股东已经完成了出资义务,之后又违背资本维持原则返还给股东的情形。正如德国立法和司法一直所坚持的那样,规避实物出资法律规定而在形式上履行现金出资的行为,不能认为现金出资的义务已经履行完成,这是一个违

[27] 该案案情及判决详情参见国家法官学院案例开发研究中心编:《中国法院2012年度案例·公司纠纷》,中国法制出版社2012年版,第31~35页。

[28] 该案案情及判决详情参见国家法官学院案例开发研究中心编:《中国法院2012年度案例·公司纠纷》,中国法制出版社2012年版,第35~38页。

反资本真实缴纳原则并由其管辖的问题。

资本真实缴纳和资本维持原则的适用不能以公司成立的时间点作为分野,而只能以股东出资义务本身的履行完成与否为标准,只要其出资义务未按照法律和章程的规定履行完成,就必须仍然按照资本真实缴纳继续履行直至完成。明确这一标准对于我国实行资本完全认缴制的当下尤为具有现实意义,股东认缴的出资义务通常在公司成立后(甚至成立后相当长的时间后)才到履行期限,但无论距离公司成立多久远,只要股东出资义务到期应履行时均应以资本真实缴纳原则对其履行行为作出衡量。此外,隐性实物出资和出资后公司又向股东提供贷款等规避实物出资的现金出资履行行为尤其表明,是否完成出资义务也不能以形式上是否作出了履行行为作为判断标准,而必须以资本真实缴纳原则作出实质判断。

当然,对于股东先履行现金后又和公司签订买卖合同并由此向公司提供实物的情形,究竟是适用资本真实缴纳原则认定为股东出资义务尚未履行,还是适用资本维持原则认定为出资义务已经履行完而通过关联交易而抽逃出资,关键在于认定股东的这种出资安排是否构成隐性的实物出资,即试图通过有意连接现金出资和买卖合同而规避实物出资的章程公示和价值审查。比较明显的证据是当事人事先对此做出了约定,有意识的将两者结合起来规避实物出资的法律规定。但即便没有这样的证据,如果现金出资和买卖合同存在实质上(比如,现金出资和买卖合同的价款一致或接近)和时间上(买卖合同发生在现金出资后较短时间内)的关联,可以认为买卖合同的标的物本就直接作为实物出资投入到公司,那么也应当认定构成规避,股东表面上的现金出资因违反资本真实缴纳原则而应无效。只有当买卖合同确实不是和现金出资有意识的结合在一起用于规避实物出资的规定,比如在现金出资义务履行完成后才发现公司需要某实物而订立买卖合同,才应认为资本真实缴纳的要求已经达到,此时才有按资本维持原则加以考察的空间,但也并不能因此就认定这种做法构成抽逃出资,而需以市场上客观的第三人交易标准考察所涉及的关联交易是否价值公允以及是否有其他资本维持原则的其他合法性事由(如以注册资本外的公司自有资金进行购买等)。

在法律后果上,规避实物出资规定的现金出资行为无效,当事人仍负有按法律和章程规定履行其所承诺的现金出资的义务。从我国目前放松资本管制的总体趋势考虑,允许当事人在承担举证责任的前提下将实物价值和现金出资义务相折抵也不失为一个合理的安排,但仍需以明确现金出资义务未完成为前提,否则将使违背资本真实缴纳原则的法律规避行为合法化,最终造成规避出资义务的“试法”行为成为常态,这绝非我国资本制度改革所希望看到的。

#### 四、结论

我国 2014 年的资本制度改革是一场自上而下的立法变革,取消最低注册资本和首次出资比例要求赋予了股东自由确定注册资本数额及安排出资时间的自由,但畸低的注册资本会使公司设立的严肃性及有限责任的正当性产生疑问,而畸高的注册资本则归咎于完全认缴制并导致了套利行为。无论如何,资本制度改革丝毫不改变我国仍是法定资本制的本质,不改变股东在公司成立时就是对全部注册资本承担出资义务的事实。因此,以注册资本实缴制改认缴制为由取消验资以及虚假出资罪和抽逃出资罪在逻辑上并不成立,而应当由立法者作出独立的判断。

对于股东出资义务,有必要承认设立中公司的主体地位作为公司设立阶段股东出资的接收者。对于规避出资义务的隐性实物出资或出资后公司以贷款方式返还股东的行为,应当认定为违反资本真实缴纳原则而非资本维持原则,股东未完成出资义务而非抽逃出资。