

允许劳务出资:资本、股份与市场的 田野观察*

宋 澜**

摘要:《公司法》及相关规则应放松对劳务出资的禁止,理由主要有三方面:一是上市公司实施股权激励本质上是对职工劳务的股份支付。二是因为禁止劳务出资而衍生出“同股不同权”等市场替代机制,实施效果欠佳有违技术专家引领的创业估值需求。三是比较法中以公司决议评估劳务出资比例、规定其他股东对公司的补缴义务等,可以对劳务出资“评估难”“履行难”问题实现有效的规避与弥补。《公司法》修改后,可从理念上区分“资本”(capital)与“股份”(share),未履行劳务可不计入注册资本,但能参与股份比例分配,如此保障公司债权履行又符合公司授权资本制对股东自治的尊重。

关键词:未履行劳务 股权激励 职工薪酬
法国民法典

* 项目来源:上海市哲学社会科学规划课题《国际金融市场中“上海价格”能级提升研究》(2019EJB008)。感谢北京大学刘燕教授、华东政法大学姜影教授、麟毅资本陈智裕总监对本文的提示与支持。本文仅代表作者个人观点,与所在单位无关。

** 上海证券交易所员工。

一、“劳务出资”的禁止、争鸣及转机

一直以来,劳务因为无法用“货币估价”也无法“依法转让”而被明确排除在有限责任公司和股份有限公司的适格资本形式之外。^[1] 其实,长期困扰国内学界的是公司设立阶段未履行劳务是否可以出资的问题——已经完成的劳务可以用价值来衡量,而未完成的劳务难以评判其是否履行以及履行的质量与程度。同时,反对劳务出资的理由还包括未履行劳务确实面临“无法强制履行”的难题,即人的自由意志是法律保护的最高价值,劳务具有人格属性,因此公司债权人无法强迫科技工作者、歌星、球星或任何人为其工作。2021年《市场主体登记管理条例》第13条继续规定,“股东、非公司企业法人出资人、农民专业合作社(联合社)成员不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资”。

对此,近年来学界对劳务出资的评估难与履行难的问题不断进行着辩证而深入的思考:

人力资源评估难题本质上是一个伪命题,股东之间约定的人力资源价格就是妥当的市场价格。人力资源履行中的转移难题也是伪命题,其本质相当于分期缴纳股款。虽然存在一定评估风险与履行风险,但可以通过股东补缴责任、其他股东承担连带责任、股份寄存与竞业限制等加以控制,实现公司资本充实的目的。^[2]

的确,随着经济发展、社会变迁,传统观念对资本市场的田野考察

[1] 《公司法》(2005年)第27条第1款规定,“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外”。因此,我国公司适格的资本形式需要同时满足至少两个条件:一是可用“货币估价”;二是可以“依法转让”。

[2] 梁上上:《人力资源出资的利益衡量与制度设计》,载《法学》2019年第3期。

略显匮乏:依据现行会计准则,上市公司股权激励本质就是公司存续期间,员工以偿付劳务为对价获得公司资本。放眼周遭,无论是上市公司的持续运营阶段还是一般实体的定增时期,劳务与资本的“事实婚姻”无处不在,如果不能以劳务出资,上市公司中“担任公司核心技术人员的股东”〔3〕是原本只是技术人员续而成为股东了,还是反之?其出资方式如何?劳务出资不能时其替代机制的运作情况又如何?新一轮《公司法》修改推进了股份有限公司的授权资本制改革,突破了法定资本制下“法定资本=面值×股份数”的范式。《公司法》允许股份有限公司择一采用面额股或者无面额股,使得资本(capital)和股份(share)的捆绑关系得以解除,关于劳务出资的长期争执也可随之破题。

二、已履行的劳务入股:股权激励与增资扩股

上市公司或拟发行人的“股权激励措施实质上是激励对象薪酬的一部分、是劳务出资的一种形式”已在相当程度上达成共识。因此,在股权激励的监管过程中,公司要求披露的信息核心并不是薪酬的金额(在规则上体现为科创板股权授予价格的放开),而是让市场充分了解薪酬的决策机制和潜在的稀释效应。〔4〕同时,在公司增资扩股的持续运营阶段,劳务与资本的深度结合也无处不在。

(一) 上市公司的股权激励本质是对员工劳动的薪酬支付

股权激励的本质是以公司利润补偿已履行的劳务,从而实现“员工

〔3〕《首次公开发行股票时公司股东公开发售股份暂行规定》(中国证券监督管理委员会公告〔2013〕44号)第12条规定:“首次公开发行时,拟公开发售股份的公司股东属于下列情形之一的,招股说明书及发行公告应当说明并披露此次股东公开发售股份事项对公司控制权、治理结构及生产经营等产生的影响,提示投资者就上述事项予以关注:……(三)本次公开发行前36个月内担任公司核心技术人员的股东……”

〔4〕如中国证券监督管理委员会2014年制定的《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》,就上市公司员工持股计划的资金、股票来源和持股数量、期限,员工持股计划的管理,实施程序和信息披露要求等作出了规范;新《证券法》随后将发行人依法实施员工持股计划的员工人数从“向特定对象发行证券累计超过二百人”的范畴内扣除。

变股东”、达到“出资”目的。根据《上市公司股权激励管理办法》及股票发行上市规则,股份激励根据授予方式、时间节点(等待期、行权期等)、支付方式的不同而分为限制性股票、股票期权等不同形式,其中限制性股票又可分为先获得股票但在一定期限内限制转让的第一类限制性股票和在满足相应获益条件后分次获得并登记的第二类限制性股票。无论何种类别,股权激励费用属经常性损益,按照一定年限摊销,自授予后便开始影响公司净利润,公司在方案制定中一般会重点考虑。从科创板实践看,绝大部分公司将年度股权激励费用控制在净利润的20%范围内,确保公司不会因股权激励费用而业绩变脸或大幅下滑。

具体而言,会计准则对“股份支付”的定义是,企业为获取职工和其他方提供服务而授予权益工具或者承担以权益工具为基础确定的负债的交易。^[5]若公司以权益结算方式授予激励对象股票或期权,那么股权激励产生的当期费用在管理费用(借方)与资本公积(贷方)间调整。若以现金方式进行股份支付,假定公司最终以低于公允价格的价格向员工出售股权,那么该股权激励计划的会计分录为:

借:银行存款(员工实际支付的对价)

 管理费用(同为利润表科目,企业通过扣减当期利润弥补差价)

贷:股本

 应付职工薪酬—股份支付

税制方面,股权激励对象应当在取得激励股权时,按照“工资、薪金所得”项目适用3%~45%的超额累进税率缴纳个人所得税。对此,财政部、税务总局相关文件给出的解释非常清晰:员工从企业取得股权的实际购买价(行权价)低于购买日公平市场价的差额,是员工在企业的表现和业绩情况而取得的与任职、受雇有关的所得,应按工资、薪金所

[5] 参见《企业会计准则第11号——股份支付》第2条。该准则第15条同时规定,企业应当在附注中披露股份支付交易对当期财务状况和经营成果的影响,至少包括当期以股份支付换取的职工服务总额及其他方服务总额。

得适用的规定,计算缴纳个人所得税。〔6〕

上述会计及税务处理规则,足以说明上市公司股权激励是对员工劳动的薪酬偿付,充分彰显人力资本的重要性。除了已上市的股份有限公司,一般有限责任公司也可以通过增资扩股规避《公司法》对劳务的出资禁止。

(二) PE/VC 通过增资扩股、补偿初创团队的前期劳动及智识成果

早在 2017 年,人力资源和社会保障部印发《关于支持和鼓励事业单位专业技术人员创新创业的指导意见》,鼓励和支持科研人员离岗创业。2019 年 12 月,人力资源和社会保障部再次印发了《关于进一步支持和鼓励事业单位科研人员创新创业的指导意见》,鼓励事业单位的广大科研人员在职创办企业,无须离岗,从而大力夯实了我国大众创业、万众创新的制度根基。

然而,不同于家族企业或者集体改制企业,由科学家和技术专家引领的创业企业,往往只有技术积累和行业资源积累,但缺乏财富积累、更需要资本撬动与估值实现。案例显示,南方某知名三甲医院的骨科主任带领团队创办公司、研制有望成为进口替代的骨科医用新材料。该公司注册资本人民币 10 万元,无任何可供出资的知识产权(此前申请的专利皆为职务科技成果),此时科研团队的知识价值如何体现?

经商讨,风投资本出资 1000 万元购买该公司 10% 的股权,即将公司的估值提高到人民币 1 亿元,初始团队仍然占 90% 的股权。此番架构很好地为科研团队前期的知识积累及未来可能的收益实现了当下的溢价,满足了创业团队的融资需求,也无须再另外约定特殊的收益规则。如此增资的会计分录(万元)如下:

借:银行存款	1000
贷:股本	1
资本公积	999

此处,1 万元股本对应公司原始 10 万元注册资本的 10%,其余 999

〔6〕 参见财政部、国家税务总局《关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》(财税〔2005〕35 号)。同时,财政部、国家税务总局《关于完善股权激励和技术入股有关所得税政策的通知》(财税〔2016〕101 号)规定,股票增值权某次行权应纳税所得额=(行权日股票价格-授权日股票价格)×行权股票份数。

万元则是出资溢价,进入资本公积科目,彰显了风投对研发团队能力及信用的认可。换句话说,股东出资作为公司初始运作的财产基础,只要满足公司与股东各方的共同诉求即可;若非法律干预,出资形式本来是多元化的:个人的前期履历都可以构成公司的营运基础,公司法律法规对未来劳动“是否足额出资”的纠结显得徒劳而苍白。

(三) 科创公司劳务入股的特征与趋势

2019年试点注册制后,《科创板上市公司持续监管办法(试行)》扩大了科技类企业股权激励的主体范围、优化了股权激励实施程序。结合2020年科创板上市公司年报披露信息总体来看,科创板股权激励制度已经得到市场广泛认可,在授予价格与数量方面体现出市场化约束,对“硬科技”行业公司的人才激励提供了重要支持。截至2021年4月底,已有109家科创板上市公司推出125单股权激励计划。125单股权激励方案共涉及激励对象20,819人,平均每单166人,占公司全体员工数量的比例平均为23%,并展现出诸多特征,包括但不限于:

1. “硬科技”企业上市后快速推出股权激励计划。推进员工持股、认可人力资本是科创企业生存与发展的核心资源与必然要求。科创板开市两年来,股权激励制度在支持“硬科技”行业集聚人才、积蓄力量、助力不同类型科创板公司灵活运用制度吸引、留住、激励人才等方面已有所建树。目前,科创板109家公司激励方案推出的平均天数为上市后232天,在上市后6个月推出的有45家,占比约41%,其中19家在上市后3个月内即推出,占比约17%。从行业分布看,45家公司中,半导体等新一代信息技术行业企业22家,占比近半,重视吸引人才的行业特点可见一斑。

其中,核心技术人员去留不仅关乎企业在申请上市时是否符合“主营业务和核心技术人员稳定”的发行条件,^[7]更是上市公司持续经

[7] 《科创板首次公开发行股票注册管理办法(试行)》(已失效)第12条要求“发行人业务完整,具有直接面向市场独立持续经营的能力:……(二)发行人主营业务、控制权、管理团队和核心技术人员稳定,最近2年内主营业务和董事、高级管理人员及核心技术人员均没有发生重大不利变化……”创业板也有类似规定。实际上,早在2006年,“高级管理人员和核心技术人员稳定”就已经是重要的发行上市条件之一,见2006年中国证券监督管理委员会令第30号《上市公司证券发行管理办法》。

营的重要风险及信息披露义务的重要方面。正如科创企业披露,“公司如果不能有效地留住核心技术人才,并激发员工的积极性,将面临核心技术人才流失、研发不及预期的风险,进而对公司的持续发展能力产生不利影响。为激励公司员工的积极性,公司设立以研发人员为主的员工持股平台,持股员工比例超过员工总数的50%。公司将进一步吸引及选拔优秀人才,在未来持续推出对核心员工股权激励、提升员工薪酬福利水平,以不断吸引和留住优秀研发人才……”〔8〕

2. 激励对象覆盖面广、持续时间长、考核指标多样,已出现几乎“全员持股”的案例。注册制股权激励改革的一项重要内容便是允许单独或合计持有上市公司5%以上股份的股东或实际控制人及其配偶、父母、子女,在公司中担任董事、高级管理人员或者其他关键人员可以参与股权激励。至2022年,已有7家公司的激励人数超过员工总人数的90%,分别是澜起科技、微芯生物、晶丰明源、思瑞浦、中微公司、君实生物、金迪克。以最近进入“90%俱乐部”的金迪克为例,2021年8月28日,金迪克公司董事会发布《江苏金迪克生物技术股份有限公司2021年限制性股票激励计划(草案)》,其激励对象总人数为369人,约占公司员工总数395人的93.42%,包括公司公告本激励计划时在公司(含子公司)任职的核心技术人员、董事会认为需要激励的其他人员等。

此外,科创企业激励有效期及考核期较长,注重长效激励,授予股份的条件也往往具有科创特征。125单方案平均有效期为60个月,其中86单方案有效期在60个月以上,占比约70%,有效期最长的是九号公司,达到120个月。归属安排方面,119单方案设置了3年及以上的有效期限,占比达95%,注重长效激励的特征明显。同时,部分科研实力较强、研发投入较高的公司,设置了研发投入增长率、特定研发项目进度等科创属性明显的考核指标。例如,澜起科技、微芯生物、君实生物在常规业绩考核指标之外,还分别设置研发项目产业化累计销售额、境外研发项目申请或进入临床试验阶段、临床前项目数等研发指标,如此也致使科技创新成果不断涌现。

〔8〕《首药控股(北京)股份有限公司首次公开发行股票并在科创板上市招股说明书(注册稿)》。

3. 授予股份价格即劳务价值由公司决议决定。如上文分析,公司以多少价格授予员工股份实质是公司的利润分配过程,因此,上市公司的股权激励计划经股东大会审议通过即可生效执行,法律不再对授予价格进行强制性规定,由此给予公司更多的灵活空间。试点注册制之前,《上市公司股权激励管理办法》第23条规定,上市公司在授予激励对象限制性股票时,应当确定授予价格或授予价格的确定方法。授予价格不得低于股票票面金额,且原则上不得低于股权激励计划草案公布前1个交易日、20个交易日、60个交易日或者120个交易日公司股票交易均价的50%。由于科创公司的高新技术行业特征,《上海证券交易所科创板股票上市规则》(2020年12月修订)第10.6条突破了授予价格不得低于市场参考价50%的原则,规定上市公司授予激励对象限制性股票的价格,低于股权激励计划草案公布前1个交易日、20个交易日、60个交易日或者120个交易日公司股票交易均价的50%的,上市公司应当聘请独立财务顾问,对股权激励计划的可行性、相关定价依据和定价方法的合理性、是否有利于公司持续发展、是否损害股东利益等发表意见。

实践中,不同公司因为发展历程、股票市价及行业背景等不同原因而实施不同的激励力度。比如,为与上市前股权激励价格、首发战略配售价格进行平衡,晶晨股份和固德威的授予价格都在市场参考价50%以下;又如,九号公司和石头科技均为小米生态链企业,深受互联网公司股权激励文化影响,且股票市价较高,故授予价格都低于市场参考价20%,折扣较大;作为中国原创新药领域的先行者,微芯生物所在行业对人才需求较大,两期股权激励年均费用合计数占2020年净利润的比重达到90%;主板上市公司海尔智家实施员工持股计划资金来自提取奖励基金,并以部分零对价的方式授予员工股份。

三、未履行的劳务出资：替代不能与理论可能

科学的新发现、技术的新发明、产业的新方向、发展的新理念需要人去开拓、需要人去践行。如前文所述,已履行劳务的估值已然完全交

由公司、PE/VC、劳务入股个人等市场主体自由协定。因此,“允许劳务出资”的议题只须继续讨论是否需要撤销未履行劳务,也即公司设立阶段的禁止性规定。目前,我国《合伙企业法》允许合伙人以劳务出资,^[9]但因为法律明令禁止以劳务在公司组织入股,实践中已经探索出很多承认并激励智识资本的替代措施,可是影响有限。

(一)“同股不同权”及其税收激励局限

劳务出资的本质是解决公司内部的人员激励与约束问题。理论上,如果股东间约定专业技术人员以较少的出资、享有较高的分红收益,即“同股不同权”,是可以解决员工无法以智识资本出资的问题。实际上,资本市场对“未来性”具有极大的包容度,股票的估值与发行须基于发行人的预期未来收益,对于未履行劳务而设计出的“同股不同权”亦是如此。

然而,通过企查查等软件查阅公司工商登记文件发现,上述案件的数量非常有限。这是因为,如果企业想犒劳表现突出的专业技术人员,可通过“职工薪酬”、“研发支出”(在研发投入还不能资本化之前)这样的费用开支来实现。如此,可以降低公司的利润,进而减少企业所得税的应纳税所得额。反之,如果企业与员工约定“同股不同权”,将对员工的现金奖励以股东分红的方式支付,那么,股东分红是在支付企业所得税后的“可分配利润”中支取的,^[10]企业无法实现合理避税的目的,成本较高。所以,实践中,尤其是对中小企业而言,费用类支出比无法抵税的股权类激励更普遍、更有吸引力。

上述方式高效经济,但其实不利于员工保护。薪资费用不超过一定的额度或比例,一般只是管理层召开董事会就可以决定的事项。而

[9] 《合伙企业法》第16条规定,“合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资,也可以用劳务出资。合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资,需要评估作价的,可以由全体合伙人协商确定,也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。合伙人以劳务出资的,其评估办法由全体合伙人协商确定,并在合伙协议中载明”。

[10] 企业每年可供分配的利润=企业每年年初未分配的利润金额+当年的净利润(税后利润)+每年的其他转入。所以企业的纳税情况与可供分配利润关系紧密。同见上海证券交易所《上市公司定期报告工作备忘录第7号——关于年报工作中与现金分红相关的注意事项》(已失效)。

“同股不同权”属于股东权益的特殊安排,一般需要 2/3 以上的股东同意并明示于章程;倘若改变上述安排,还需变更已备案的公司章程。因此,从程序上,专业技术人员的股权性激励比薪资性激励更具稳定性。

(二) 资本认缴制下注册资本难以代表公司信用

2013 年我国实行公司资本认缴制改革。在实践层面,有限责任公司股东认缴资本即成立。除了追缴债务、股东出资义务加速到期的情形,股东的认缴期限也由公司设定,公司在法定资本制下实现了极大的自治空间。这其中,影响最大的便是对“注册资本”“公司信用”等概念的转变。注册资本(实收资本+未收资本)是全体股东出于公司经营需要,提供或承诺提供给公司的资金总数。曾经,注册资本的多寡是衡量公司资产信用的重要方面。^[11] 在注册资本认缴制改革后,现行《公司法》第 26 条规定,有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。同时,公司实收资本不再作为工商登记事项;公司股东(发起人)对其认缴出资额、出资方式、出资期限等皆自主约定,并记载于公司章程。更重要的是,公司登记时,无须再提交验资报告。

在商事登记实践中,公司资本的认缴制改革下,现有非货币资产的出资方式为施行劳务出资提供了参照——诸如专业使用权等知识产权的出资在设立阶段不再要求强制评估,而将非货币资产的估价交由公司自治。2019 年修订的《证券法》也简化了债券公开发行注册申请文件,取消了“资产评估报告”和“验资报告”两项申请文件。促成上述变化的原因是多方面的。除了放松市场主体准入管制的“放管服”改革不断推进、优化营商环境工作的不断深入,规则层面的变化还包括:(1)非货币资产的出资情况采用登记公告制度,保障公司自愿债权人的知情权。现行《公司法》第 30 条、《注册资本登记制度改革方案》第 2 部分规定了公司非货币出资的价额应记载于公司章程;《企业信息公示暂行条例》第 8 条、第 10 条规定股东或发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息属于年度报告的内容,“应当向社会公示”。实际上,我国 1993 年《公司法》第 24 条第 1 款后半段规定,“对作为出

[11] 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。

资的实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权,必须进行评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。土地使用权的评估作价,依照法律、行政法规的规定办理”。而2005年《公司法》已将“必须进行评估”修改为“应当评估”。(2)未依法评估作价的后续再评估机制只在纠纷产生后的诉讼阶段实施。现行《公司法》及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》对非货币财产出资的不当估价设置了严格的连带责任,^[12]以设置补足差额责任保障公司资本充实及公司被动债权人的权益。也就是说,如果非货币财产未依法评估作价,那么法院可以在事后认定出资人未依法全面履行出资义务。^[13]所以,公司设立时无须再施加提交评估报告的行政要求。上述规定已经适用于知识产权等非货币财产的出资及保障模式,亦可以完全适用于劳务出资。

四、劳务出资的制度纾困与构建

鉴于劳务与资本的结合已广泛存在,且为规避禁止劳务出资而派生出的替代实践亦存有诸多弊端,因此,允许劳务出资的必要性无须赘言,更为迫切的是完善劳务出资的配套机制。相较于已有文献,本文认为,更“透彻”的药方是,区分注册资本/资本、资本公积(出资溢价)与股份,不再纠结以何种方式或由何种主体评估劳务出资的“额”,而是由公司股东会决定股东以劳务出资的“股份比例”,以有效解决传统观念中劳务出资“评估难”及“转让难”的问题。由此,既可以在调动公司高管及核心员工积极性、稳定员工队伍、完善公司治理机制等方面发挥

[12] 如《公司法》第30条规定,有限责任公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额;公司设立时的其他股东承担连带责任。

[13] 如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第9条规定,出资人以非货币财产出资,未依法评估作价,公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的,人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的,人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。

积极作用,^[14]又可以避免劳务出资在追缴债务、股东出资义务加速到期时不能强制履行的问题。

(一) 境外的经验:允许劳务出资但不计入注册资本

纵览其他国家和地区的相关规定,不乏允许劳务出资并独具特色的典范。比如,我国台湾地区“公司法”第43条规定,“股东得以劳务或其他权利为出资”,^[15]但须在章程中载明以非现金方式出资的种类、数量、价格或估价之标准。又如,美国《示范公司法》允许“服务”及“将来履行的服务”(services to be performed)出资,董事会对出资的定价是终局性的(conclusive),且无须求助于第三方评估。^[16]

法国2013年《民法典》及《商法典》对劳务出资的规定较为全面。首先,法国允许劳务出资。法国《民法典》第1832-1条^[17]授权公司章程可自行约定是否允许以劳务(法文为industrie,本义为勤劳、勤奋、技艺)^[18]出资;法国《商法典》第L223-7条则规定,有限责任公司公司章程可自行约定股东可否以劳务形式出资;若可以,相关条款及条件亦须在章程中予以说明。从而最大限度地尊重了公司的意思自治。

其次,法国规定劳务出资不得计入注册资本,且取得的股份不得再次投资,从而保护了第三方权益。法国《民法典》第1843-2条规定,劳务出资不构成注册资本。以劳务出资的股东可分享公司的净资产,享有在股东之间分配收益和亏损的权利。法国《商法典》第L225-3条规定,以劳务出资获得的股份不得再一次作为股份有限公司的出资

[14] 部分实证研究探讨了员工持股计划能否促进企业创新。参见孟庆斌、李昕宇、张鹏:《员工持股计划能够促进企业创新吗?——基于企业员工视角的经验证据》,载《管理世界》2019年第11期。

[15] 曾经,我国台湾地区“公司法”还规定“信用”也可以作为出资的方式。但是鉴于信用难以界定,且劳务或其他权利出资已足够股东使用,以至于现实中没有一家公司以信用出资。于是,我国台湾地区在2018年修订“公司法”之时,删除了“无限公司”可以信用出资之规定。

[16] Model Business Corporation Act § 6.21(c).

[17] 法国《商法典》有限责任公司第L223-7条规定,公司章程可自行约定股东可否以劳务形式出资;若可以,相关条款及条件亦须在章程中予以说明。

[18] 亦有观点认为法国法中区分了劳务与技艺,即“技艺属于劳务的范畴,但技艺是更高级形态的劳务”。参见薄燕娜:《股东出资形式多元化趋势下的劳务出资》,载《政法论坛》2005年第1期。

方式。

最后,法国法注重保障以劳务出资的股东的权益。法国《民法典》第1844-1条规定,股东间分享收益、承担亏损的比例依其出资额而定。股东以劳务形式履行出资义务的,其共负盈亏的比例应等于以其他形式出资的额度最小的股东,若另有约定可高于其他股东。该法第1843-3条进一步规定,股东对其承诺的出资比例负有出资义务,无论其承诺的出资方式是实物、现金还是劳务,劳务出资有权获得相应的收益。

(二)可行的路径:劳务出资约定“出资份额”而不计“出资额”

1. 向公司出资但不负有向外部人履行的义务

认缴制的本质不仅在于“缴”更在于“认”。因为认缴制下公司资本不再对应实缴出资而只对应未到期的出资请求权,即股东作出的认缴意思表示属于民法上为自己设定负担的行为,本质上是建立债权债务关系——股东成为出资关系中的债务人,公司则成为出资关系中的债权人。^[19]当然,《公司法(修订草案二次审议稿)》第50条、第51条、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13条第1款还规定,不按规定缴纳出资的股东应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任;股东未履行或者未全面履行出资义务,公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的,人民法院应予支持。总之,出资债权的公司资产属性,无论债权人是公司还是其他股东,劳务出资债权都是承诺股东首先向公司内部承诺的负担。

同时,劳务出资可以从一开始便不纳入注册资本,以免对债权人产生危害。实际上,“注册资本”在现代公司制度中最重要的意义便是债权人给付——股东认缴出资构成公司的债权资产,并以此作为承诺出资但未到期股东应对公司债权人承担责任的重要理由之一。^[20]如此,劳务出资便进一步修正了认缴制下的“出资”内涵,即(1)设立时不转移劳务,这和认缴制下其他包括现金在内的资本形式一样,在设立时认

[19] 参见丁勇:《认缴制后公司法资本规则的革新》,载《法学研究》2018年第2期。

[20] 参见上海市普陀区人民法院:上海香通国际贸易有限公司与上海昊跃投资管理有限公司、徐某松、毛某露、接某建、林某雪股权转让纠纷民事判决书,案号:(2014)普民二(商)初字第5182号,2015年5月25日。

缴而不实缴;(2)追缴债务、股东出资义务加速到期时不强制履行,这也是本文预设的劳务出资实施机制中唯一特别的地方,因为不计入注册资本、不予公示,所以不对外部人负有给付义务,也不影响公司在减资、清算时的资本信用。〔21〕

2. 充分尊重股东协议对劳务出资比例的商定

劳务出资不计入注册资本额,但应允许公司股东约定以劳务出资的股东可分享的股份权利,并可约定参与决议的股东在劳务出资股东缴纳不能时的补足义务。事实上,非货币资产强制评估的制度逻辑是担心资产被高估或低估后,损害公司利益或债权人利益。但这样的“担心”显然已形同虚设。在司法实践中,最高人民法院支持部分股东以非法定的非货币财产出资并持有股权。因为股东认缴的注册资本是构成公司资本的基础,但公司的有效经营有时还需要其他条件或资源,因此,在注册资本符合法定要求的情况下,我国法律并未禁止股东内部对各自的实际出资数额和占有股权比例做出约定,这样的约定并不影响公司资本对公司债权担保等对外基本功能的实现,该约定并非规避法律的行为,应属于公司股东意思自治的范畴。〔22〕

3. 股份寄存并规定其他股东向公司的补缴义务

相较于评估价值,劳务出资的最大难题在于劳务的人身依附性,因而在行为人不愿向公司履行出资义务或履行不能时,无法强制执行。除了上文提到的公司股东及股东的差额补足义务,还可以从三个阶段、两个方面进行制度预设。

(1)预先对股份本身采取寄存措施。美国《示范公司法》第6.21(e)条规定:①劳务出资的股份可于第三方暂存保管;②设置其他安排来限制该股份转让;③将购买价格多对应股票的可分配收益计入公司贷方。这些措施可以延续到该出资人的服务期限完毕为止。

(2)当公司未破产清算时,以公司资产清偿公司债务。此时,劳务

〔21〕 参见朱慈蕴、皮正德:《公司资本制度的后端改革与偿债能力测试的借鉴》,载《法学研究》2021年第1期。

〔22〕 参见最高人民法院:深圳市启迪信息技术有限公司与郑州国华投资有限公司、开封市豫信企业管理咨询有限公司、珠海科美教育投资有限公司股权确认纠纷民事判决书,案号:(2011)民提字第6号,2011年6月21日。

出资是否充实并不直接影响债权人的受偿,尚未履行的服务义务只是转变为劳务出资股东对其他股东的金钱出资义务。至于劳务出资股东无法以金钱等其他资产形式偿付其他股东的风险,则是公司在选择劳务出资时应当默认接受的利益衡量结果。

(3)公司资产不足清偿债务时,劳务出资适用“股东出资义务加速到期”规则。我国《企业破产法》第35条规定,“人民法院受理破产申请后,债务人的出资人尚未完全履行出资义务的,管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资,而不受出资期限的限制”。此时,如果劳务出资的期限尚未届满,属于“分期缴纳尚未届满缴纳期限”的出资状态,所以劳务出资亦应以金钱等其他资产形式履行义务。倘若劳务出资方无可执行的其他资产,则亦转化为其他股东代为缴纳、股东间相互追偿的权责方式。

五、结语:公司法重大修订与实现人才强国

20世纪60至70年代,当法经济学者写下现有公司法律的范式时,智识资本的重要性还未像现在这样凸显。当今世界正经历百年未有之大变局,生产技术与方式、社会结构与环境都处于重大变革之中。此时,鼓励创新、鼓励投资的商事原则更应当是本次《公司法》重大修订所秉持的基本理念。本文提议放松对劳务出资的强制性限制,取消《市场主体登记管理条例》对“劳务”的禁止性规定。允许以劳务出资的股东占有股份比例但劳务出资额不计入注册资本,可以在确保不影响公司债权人利益的前提下,将是否采纳劳务这一出资方式、劳务出资债权何时以及如何实现的问题“还给”公司自治。^[23]

党的二十大报告将科技、教育、人才单列一部分,再次突出企业的科技创新主体地位;习近平同志同时指出,要采取特殊政策,把优秀人

[23] 有观点指出,现行《公司法》承担了许多破产法的功能。公司出资制度及细致入微的补缴义务就体现出对债权人太多僵化的保护,《公司法》修订应体现更多的工具性与自治性。

才聚集到技术部门、研究部门、管理部门中来,在人才入股、技术入股以及税收方面制定专门政策。^[24] 恒产者恒心。如果允许劳务出资、让劳动者拥有更多股权资产,形成资本所有者和劳动者利益共同体,将会是本次《公司法》重大修订为实现人才强国做出的重要努力与突出亮点。

(编辑:张 越)

[24] 参见中共中央党史和文献研究院编:《习近平关于网络强国论述摘编》,中央文献出版社 2021 年版,第 38 页。