

认缴制后公司法资本规则的革新

丁 勇^{*}

内容提要：现行公司法资本规则仍以实缴制为模型，无法适应认缴制后公司仅享有出资债权的资本结构。主体规则上，应将债权人限定为公司。到期规则上，应取消由股东事先对出资债权设定期限的要求，交由有限责任公司股东会或股份有限公司董事会决议自治。对于公司非破产条件下的出资加速到期，组织法方案和代位权方案均有根本缺陷，应采强制执行出资债权方案。处分规则上，禁止出资债务免除、延期、更新或替代履行，禁止股东并限制公司抵销出资债权，转让、质押和强制执行出资债权不应有足值的要求，董事依勤勉义务独立地判断出资债权的价值。计量规则上，改变实缴制下仅以实收资本作为分配标尺的做法，在股东明显缺乏履行能力或约定出资期限时，应对出资债权作减值处理并阻却公司利润分配，回归注册资本责任担保本义。

关键词：认缴制 出资债权 加速到期 强制执行 资本维持

我国 2013 年末公司资本制度改革初步确立了完全认缴制的新格局，但改革出于鼓励创业的实用目标，只满足于取消最低注册资本和首次出资的要求，并未触动长期以来以实缴制为规制模型的公司法资本规则体系。改革不彻底导致的结果是，传统的实缴制规则无法适应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这一资本结构。例如，实缴制下有关出资请求权主体的不合理规则在认缴制下将引发公司治理的更大混乱并危及认缴制追求的自治目标，实缴制下无需关注的出资到期及加速到期规则在认缴制下已然成为立法空白和争议焦点，实缴制对出资义务及责任的悉心规制在认缴制下完全可以通过对出资请求权的“巧妙”处分而被轻易规避和架空。更糟糕的是，实缴制规则对现实中层出不穷的巨额认缴及长期出资的现象束手无策，很大程度上成为股东不负责任的数字游戏。这些都表明，本应是一场系统工程的认缴制改革实际上只开了个头就戛然而止，认缴

^{*} 华东政法大学副教授。

本文系 2016 年度国家社科基金一般项目“认缴制下公司法规则的系统性改造研究”（16BFX115）的阶段性成果。

制的实践和理论都未能正常展开,披着认缴制外衣的实缴制资本规则体系亟待革新。

一、认缴制的法律本质

(一) 出资义务向出资债权的视角转换

基于管制立场,我国资本制度曾长期实行完全实缴制,以确保股东出资在公司成立前全部缴纳。即便2005年引入部分认缴的缓和做法,也一直是在“分期缴纳”意义上理解认缴制,这在2013年确立完全认缴制之后并未发生改变。尤其为了避免改革引发实践误解,理论上更是强调认缴制下股东仍有出资义务,仍需实缴出资,只是出资数额和时间可由公司自主决定。简言之,受长期实缴制思维影响,对认缴制的理解始终仍围绕着“缴”却忽略了“认”,从而错过了认缴制区别于实缴制的关键。

事实上,如果将关注点放在“认”上,则不难发现认缴制的法律本质:股东在初始章程或增资合同中作出的认缴意思表示属于民法上为自己设定负担的行为,本质上是债权债务关系的建立。通过认缴,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。从债权角度看,认缴和实缴实际上就是债权成立与债权到期(实现)的区别。认缴制的价值在于,在确保出资债权成立从而不影响公司债权人利益的前提下,将出资债权何时以及如何实现的问题交还给公司自治,由其按经营中实时的融资需求自主安排出资债权何时到期变现,甚至直接通过转让、质押等方式处分变现出资债权,最终实现注册资本对外担保功能和对内利用效率的兼顾平衡。公司不即时获得到期出资而仅享有对股东未到期的出资债权,这成为认缴制下公司资本结构的新常态。

(二) 出资债权的公司资产属性和组织法特殊性

将视角从出资义务转换为出资债权,更重要的价值在于发现并指出出资债权的公司资产属性,这与其债权属性是同一事物的一体两面。这至少有以下两点意义:

首先,出资债权的资产属性有助于理解我国仍是法定资本制的事实。这在认缴制后一度出现分歧。^[1]事实上,法定资本制只是要求公司设立时应由章程确定一个注册资本并以此作为股东出资义务(资本缴付)和限制公司分配(资本维持)的标尺,由此实现注册资本对债权人的责任担保功能,因此常被称为“确定资本制”。^[2]但这种确定性并非要求股东立即实缴出资。只要股东全额认缴出资,公司成立时就已经具有与注册资本价值对应的出资债权资产,其与现金、实物一样可以作为对债权人的责任财产。^[3]这正是法定资本制

[1] 持肯定意见者,参见赵旭东:《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》,《法学研究》2014年第5期,第18页;蒋大兴:《质疑法定资本制之改革》,《中国法学》2015年第6期,第137页。持否定意见者,内部也有分歧:有提出区别于法定资本制的认缴资本制(参见邹海林、陈洁主编:《公司资本制度的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第17页);有提出不严格的授权资本制(参见王建文:《论公司资本制度演变的内在逻辑与制度回应》,载王保树主编:《中国商法年刊2014》,法律出版社2014年版,第84页);还有提出折中声明资本制(参见郭富青:《我国封闭型公司的新选择:折中声明资本制》,载王保树主编:《中国商法年刊2014》,法律出版社2014年版,第123页)。

[2] Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, S. 556.

[3] 参见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、徐青松、毛晓露、接长建、林东雪股权转让纠纷案,上海市普陀区人民法院(2014)普民二(商)初字第5182号民事判决书。法院指出,股东认缴出资构成公司的债权资产,并以此作为出资未到期股东应对公司债权人承担责任的重要理由之一。

只以全额认缴为标准的根本原因。尽管实践中不少国家出于维护公司设立严肃性、避免股东过度转嫁风险以及公司过快破产等立法政策考量，额外在认缴数额（最低注册资本）、实缴时间（首次出资比例）、出资真实（验资）等方面提出要求，但这些均非法定资本制的固有要件，法定资本制完全可以脱离这些要素运行。^{〔4〕}甚至可以说，法定资本制本质上就是完全认缴制，我国的改革只是还原了法定资本制的本质。

其次，出资债权的资产属性是理解其具有组织法特殊性的关键。正是由于出资债权属于公司财产，认缴制下公司以出资债权为对象行使的自治本质上就是对自身财产的自主使用和处分。然而，公司组织的特殊性在于，股东既是出资关系中的债务人，又是作为债权人的公司的成员和所有者，这导致出资债权虽然属于公司财产并且是对公司债权人的责任财产，但却极易受到股东利用其内部人优势进行的不法侵害，而且相比其他公司财产，对出资债权的侵害更具有隐蔽性而易被忽视。这种基于出资关系中主体双方在组织上的从属和牵连关系而导致的易受侵害性使出资债权显著区别于普通债权。因此，立法者在将视角从实缴制管制和义务本位下的出资义务转换为认缴制自治和权利本位下的出资债权的同时，也应将认缴制法律规制的对象转换为出资债权本身。一方面，出资债权首先是债权，民法视角下关注的债权主体、到期、处分和计量等问题不仅提供了认缴制法律规制的基本框架，也提供了可适用的一般法规则。另一方面，也是更重要的是，出资债权是基于股东与公司间出资关系而形成的公司法上的特殊债权，公司法作为组织法就是要回答，组织法特殊原则会在何种范围和程度上对出资债权形成排除或补充上述一般法规则的特别法规则，由此构成认缴制法律规制的主线和内容。

然而，现实却表明，由于忽视出资债权的公司资产属性和组织法特殊性，认缴制所追求的安全与效率兼顾平衡的目标并未实现。一方面，公司未意识到其从一开始就拥有出资债权这项重要资产，也就无法对其进行合理的使用、处分和收益，而僵化的出资期限记载要求使得公司无法按需获得出资，此为无效率。另一方面，现实中不少常见的股东“自治”行为，如随意要求其他股东出资、随意延长出资期限、以出资未到期对抗债权人、认缴巨额或超长期限出资却照样分红等，实际上是违法侵害公司财产自主处分权的行为，此为不安全。要纠正这些实践偏差，就必须从组织法视角对出资债权的主体、到期、处分和计量等作出全面规制。

二、出资债权主体规则

公司作为出资债权的所有者，自然是债权人，这本不应存在疑问。但公司法规定，未完成出资义务的股东应向已完成出资义务的股东承担违约责任，只是未明确责任内容。^{〔5〕}如果违约责任只是股东相互间约定的违约金或损害赔偿，则仅为形式上的章程条款，本质

〔4〕 Vgl. Eidenmüller/Grünwald/Noack, in: Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, De Gruyter, 2006, S. 20. 我国也有学者持类似观点，参见李建伟：《公司资本的核心概念疏证》，《北方法学》2016年第1期，第69页以下。

〔5〕 公司法第28条第2款规定：“股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”第83条第2款规定：“发起人依照前款规定缴纳出资的，应当按照发起人协议承担违约责任。”

上是债法性质的股东间协议,可按合同法解决,^[6]公司法无需对此作出规定。但如果违约责任是指股东应向公司履行出资或承担出资瑕疵责任等组织法上的责任,则其他股东成为与公司并存的出资债权人(请求权人)。《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)》(法释〔2014〕2号,以下简称“公司法解释三”)第13条第1款则进一步明确了其他股东请求权的内容是要求股东向公司履行出资义务,^[7]从而坐实了其他股东的出资债权人身份。现行法延续实缴制下强调出资义务的思维,将债权人的范围扩大到股东,这一貌似以组织法特殊性而偏离普通债权主体规则的安排实际上恰恰违背了组织法原理,即公司具有独立的法人人格,公司对自身出资债权财产享有专有处分权。

现行法违背组织法原理直接赋予股东出资请求权的做法对认缴制尤其有害,其所造成的公司治理乱局已成为认缴制先天的制度负担。任何股东都可要求其他股东履行出资甚至提起诉讼,不仅完全置公司自主意思于不顾,更将未出资股东置于多重请求和诉讼风险之下,徒增讼累和交易成本,也难以保证判决统一,本质上是将公司降格为合伙的“开倒车”做法。更严重的是,“公司法解释三”第13条第3款和第4款将股东出资请求权的对象又扩张到了公司发起人以及负有个人责任的董事、高管人员,^[8]不仅大大加剧了股东间对抗的复杂程度,而且将本来只与公司存在法律关系并只对其负有勤勉和忠实义务的董事高管直接置于股东请求和诉讼之下,搅乱了正常的公司治理。

如果说上述混乱在实缴制下尚可因出资大多已履行完毕而在事实上得到限制,那么认缴制给予股东的高度自治将成为上述混乱全面爆发的导火索和催化剂。一方面,认缴制拓展了股东对出资数额、期限及履行方式等自由约定的空间,但同时增加了其相互间发生分歧摩擦并导致诉讼的可能。另一方面,也是更为重要的是,认缴制赋予公司融资自治的本意是,公司可以通过自主决定和安排出资债权的变现时间和方式来满足资金需求,这本应通过公司的意思表示实现。但在股东个体均有出资请求权和诉权的情况下,股东可依其个人意志甚至出于不合理目的,随意要求和起诉其他股东出资或承担责任,这实际上赋予股东随意处分公司出资债权的权利,直接侵犯了公司的独立人格和财产权。公司自治将演变成股东相互间甚至股东与董事高管之间的“混战”,最终使认缴制目标落空。

认缴制下的司法实践已经不得不应对这一乱象,在个案中以公司自主意思否定股东个体的出资请求权。^[9]这实际上是对实缴制下不合理规则的主动修正。而这一乱象在实践中之所以尚未大量发生,很大程度上“得益于”下文将论及的认缴制仍错误沿用实缴制下要求股东事先确定出资期限的做法。这虽然在一定程度上减少了纠纷,但却牺牲了认缴制所

[6] 参见〔德〕托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第409页。

[7] “公司法解释三”第13条第1款规定:“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。”

[8] “公司法解释三”第13条第3款和第4款规定:“股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务,依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告,请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的,人民法院应予支持;……股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务,依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告,请求未尽公司法第147条第1款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的,人民法院应予支持……。”

[9] 参见王冬青:《认缴资本制下股东出资义务应以实际约定为准——江苏南京秦淮区法院判决丁某、南京同仁堂公司诉沈某、钱某股东出资纠纷案》,《人民法院报》2016年2月18日第6版。

追求的公司自治目标。这更说明，要真正实现认缴制下公司融资自治的目标，就必须消除股东擅自处分公司出资债权这一历史遗留问题，删除公司法第28条第2款、第83条第2款以及“公司法解释三”第13条第1款中股东出资请求权及违约责任请求权的相关规定，明确出资债权的债权人只应当是公司，股东只能在符合条件时提起代位诉讼。

关于股东违反出资义务的责任，尽管有观点正确地指出，股东只应向公司承担责任，但多将其定性为违约责任。^[10]事实上，出资义务不是基于股东以出资换取公司分红这样的双务合同，而是组织法上社团成员为促进社团目的实现所负有的成员义务。公司章程也更多是组织规章而非合同。因此，出资履行不适用合同法上的同时履行抗辩，而只适用组织法上的股东平等原则的抗辩；归责原则是严格责任，而非过错原则；责任内容也超出合同法上的继续履行和损害赔偿，而包括组织法上的限制股东权利、其他股东及董事高管的连带责任甚至解除股东资格等。为避免股东出资对公司债权人的责任担保功能及资本真实缴纳原则落空，对出资债权通常也不适用普通合同债权较短的诉讼时效。^[11]我国更是突破性地规定出资债权不适用诉讼时效。^[12]这些都充分说明，股东违反出资义务的责任并非违约责任，而是组织法上的成员责任。

三、出资债权到期规则

在实缴制下，因出资即时到期而无需关注到期问题，但在公司有未到期出资债权的认缴制下，这却是至关重要的问题。在此，出资债权的组织法属性将衍生出偏离和补充普通债权一般规则的特别规则：公司对出资债权的自主处分权要求取消由股东事先设定期限的要求，但应补充规定公司主张出资债权的决定权归属；对于出资债权能否加速到期问题，尽管主流观点已经正确地基于组织法要求作出了肯定回答，但并未找到一条真正兼顾组织法、合同法以及诉讼法原理的规则适用路径。

（一）出资债权的期限设定问题

公司法第25条和第81条要求章程应当载明股东出资时间，即出资债权应为定期债权。法定代表人有义务在到期时催促股东履行，而在到期前，股东可以期限利益拒绝履行。但在司法实践中，法院往往认可以资本多数决将期限提前的做法。^[13]事实上，修改章程将期限提前，构成对出资义务的加重，而任何在公司成立后加重股东义务的决议都需要该股东

[10] 参见陈甦：《公司设立者的出资违约责任与资本充实责任》，《法学研究》1995年第6期，第47页；朱慈蕴：《股东违反出资义务应向谁承担违约责任》，《北方法学》2014年第1期，第34页以下；郭富青：《资本认缴登记制下出资缴纳约束机制研究》，《法律科学》2017年第6期，第129页，第132页。

[11] 例如，德国有限责任公司法第19条第6款、德国股份法第54条第4款均规定，出资债权诉讼时效为10年，而非德国民法典第195条规定的3年常规时效。

[12] 参见“公司法解释三”第19条、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第1条第3项。

[13] 参见北京尚雨轩餐饮管理有限公司与崔红江股东出资纠纷案，北京市东城区人民法院（2016）京0101民初8883号民事判决书；浙江柏同机器人科技股份有限公司与龚志梅、蒋忠良股东出资纠纷案，宁波市鄞州区人民法院（2017）浙0212民初1947号民事判决书；邓航、黎春等与重庆玖昌行科贸股份有限公司、重庆玖昌行迎康科贸股份有限公司股东出资纠纷案，重庆市渝北区人民法院（2016）渝0112民初13010号民事判决书。

本人同意。^[14]

然而，认缴制的核心目标是使公司能按实时资金需求自主决定出资债权何时到期变现。只有不事先设定期限，公司才能利用不定期之债可依债权人请求而随时到期的原理，根据经营需要决定出资到期并接收，实现资金供需同步匹配。由股东事先设定期限的规定剥夺了公司对出资债权到期与否的自主决定权，本质上仍是以合同法思维取代和损害组织法上公司的独立人格及其对自身财产的自主处分权，是实缴制下以牺牲公司自治来确保出资这一思维的残余。由于股东无法预见公司将来的资金需求，认缴制下不仅会发生实缴制下的资金闲置，更会发生公司亟需资金时出资却未到期的资金紧缺，^[15] 资金供需错配实际上比实缴制下更为严重。

更进一步说，事先设定期限减损了公司实际获得的出资债权的价值。在股东具有出资能力和意愿的情况下，出资债权的实际价值是由其名义数额和期限共同决定的。如设定期限，则公司通过转让或质押出资债权提前变现时要承受贴现损失，期限越长，则损失越大。当然，这并不是指股东事先设定期限构成侵权法意义上的侵害公司财产。从这个角度说，任何的期限设定客观上都大大限制了公司融资自治的空间，造成了公司对债权人的责任财产低于所公示的注册资本数额，不应提倡，更不应由立法强制。

（二）公司主张出资债权的内部决定权归属

章程不约定出资期限时，出资债权属于不定期之债。按债法一般规则，公司可依经营需要随时主张，出资债权在股东收到公司催缴意思时到期。然而，公司主张出资债权的意思必须依靠具体的公司机关来完成，这在根本上是公司融资权应当保留给谁的问题。

有限责任公司人合性强且多为股东亲自管理，因此，融资决定应由全体股东（包括未出资股东）以股东会决议方式作出。决议必须遵循组织法上的股东平等原则，按认缴比例催缴，除非有实质理由（如实缴不同）或全体股东一致同意才可偏离。此外，在组织法上，公司与股东是社团与成员的关系。依组织法原理，社团成员基于共同目的成立社团，因而负有促进社团目的实现的义务。^[16] 这体现为股东成员权的行使应以促进公司目的实现为其约束，尤其表决权这样的共益权，更要受到这一组织法原理的限制。在公司面临支付不能甚至资不抵债而破产的生存危机时，股东有义务同意和促成催缴决议，不可否决决议而放任公司破产或目的落空，否则构成滥用表决权，损害公司和其他股东利益。^[17]

股份有限公司（尤其是公众公司）中董事会负责公司日常运营，比股东更适合判断公司何时需要资金，因此可将催缴出资的决定权交给董事会。^[18] 尽管有观点以效率为由，主张将催缴决定权交由董事长或总经理。^[19] 但催缴出资作为一项重要的公司融资事项，仍应

[14] Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG § 46, 21. Aufl., 2017, Rn. 26. 上海自贸区咖啡交易中心有限公司诉上海君客商务咨询有限公司公司决议纠纷案，上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终10122号民事判决书。

[15] 参见前引 [13]。

[16] Vgl. Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, AcP (1980), S. 86, 102ff.

[17] 公司法第20条规定：“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；……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。”

[18] 参见罗培新：《论资本制度变革背景下股东出资法律制度之完善》，《法学评论》2016年第4期，第144页。

[19] 参见彭冰：《股东分期缴纳出资制度研究》，《金融法苑》2005年第4期，第4页。

交由董事会这一法定的业务执行机关决定，不宜转授个人。现实中，我国董事会权力上被股东会下被总经理等侵蚀严重，但法律规定的董事责任却依然严厉，这种责权利不统一的局面应该尽可能改变，而不是被强化。^[20]在公司亟需资金时，董事依勤勉义务应当作出要求股东出资的决定并督促缴纳，否则应对公司乃至债权人承担赔偿责任（比照“公司法解释三”第13条第4款）。

股东会或董事会形成有效催缴决议是公司对股东主张出资债权的前提。尽管有观点认为，公司亟需资金时，出资债权应视为自动到期。^[21]但考虑到法律安定性和个案复杂性，公司是否确实面临危机以及立即出资是否必要等仍应交由股东会或董事会讨论和表决决定。股东会或董事会的融资决定权即便在公司危机的情况下也应甚至更应得到尊重，否则只会迫使其改而采取对公司及债权人更为不利的融资方式，如债权融资等。^[22]在缺少决议、决议无效或被撤销的情况下，公司对股东的催缴表示也无效。不过，在破产、解散以及强制执行程序中，无需股东会或董事会作出决议，出资在破产管理人、清算人催缴或债权人强制执行时到期。^[23]这是由注册资本对债权人的责任担保功能决定的。

（三）出资债权加速到期的规则适用

由于公司法仍要求公司章程对出资债权设定期限，因此不得不面对公司资金需求和出资到期时间错位时的矫正问题。企业破产法和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（二）》（法释〔2014〕2号）分别针对企业破产和解散清算的情形规定了出资加速到期，^[24]出资未到期不能构成股东拒绝出资的抗辩理由。但在公司未破产或解散时，如不能清偿债务，债权人能否直接要求出资未到期的股东向其履行，则无明确规定。不同于司法机关因缺乏明确规定而偏向保守和否定加速到期的态度，^[25]学术界则更多持肯定观点，并尝试为债权人寻找请求权依据。

1. 组织法方案及其缺陷

组织法方案以公司法的规定论证债权人的直接请求权。例如，有观点基于加速到期体

[20] 参见邓峰：《中国法上董事会的角色、职能及思想渊源：实证法的考察》，《中国法学》2013年第3期，第104页以下。

[21] Vgl. Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts § 50, Band 3, 4. Aufl., 2012, Rn. 13.

[22] Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG § 19, 21. Aufl., 2017, Rn. 8.

[23] Vgl. MüKoGmbHG/Schwandtner, GmbHG § 19, 2. Aufl., 2015, Rn. 17.

[24] 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。”“公司法解释二”第22条第1款规定：“公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资，包括到期应缴未缴的出资，以及依照公司法第26条和第80条的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。”

[25] 参见杨临萍：《关于当前商事审判工作中的若干具体问题（2015年12月24日）》，载杜万华主编：《商事审判指导》总第40辑，人民法院出版社2016年版，第43页；俞巍、陈克：《公司资本登记制度改革后股东责任适法思路的变与不变》，《法律适用》2014年第11期，第21页；章恒筑等：《认缴资本制度下的债权人诉讼救济》，《人民司法·应用》2016年第16期，第97页以下。各地司法实践虽未形成统一观点，但否定非破产条件下加速到期的判决总体上占多数。参见屠威亚与江苏大融集团有限公司、李志燕等借款合同纠纷案，江苏省南京市中级人民法院（2016）苏01民终8727号民事判决书；上海江佑商邦投资有限公司与沈明富、王炳南债权人代位权纠纷案，上海市第二中级人民法院（2017）沪02民终608号民事判决书；刘胜振、刘品孝等与曾培合同纠纷案，北京市第一中级人民法院（2017）京01民终3562号民事判决书；开平比奥富时服饰有限公司、开平市童枫服装有限公司买卖合同纠纷案，广东省江门市中级人民法院（2016）粤07民终2929号民事判决书；文斌与济南邦容经贸有限公司等买卖合同纠纷案，山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01民终5731号民事判决书等。

现了注册资本的责任担保功能,主张直接以公司法第3条第2款作为债权人请求权的基础。^[26] 但该款明确规定的请求权主体只是公司,而非债权人。该条第1款第2句才是债权人的请求权基础,即公司以其全部财产对公司的债务承担责任。但义务人却是公司,而非股东。实际上,第3条作为公司法最为核心的条款,旨在确立公司独立人格(第1款)和股东有限责任(第2款),前者限制债权人只能向公司主张请求权,后者偏离民商法上无限责任的一般原则而给予股东有限责任特权,意在责任限制而非责任扩张,否则与前款矛盾。由立法直接确立债权人对股东的请求权,这一建议看似最简单(不考虑立法成本的话),但也最直接地违背了公司独立人格这一公司法基石。

对于公司法第20条禁止权利滥用规定的可适用性,也应否定。股东不存在对债权人利益的促进和照顾义务,其正常行使权利,包括主张正当的出资期限利益,不构成权利滥用。只有在股东滥用公司独立人格和股东有限责任、严重损害债权人利益时,债权人才可依该条第3款否定公司人格,从而在股东与债权人之间直接成立法律关系。但此时股东对公司债务承担无限责任,^[27]并非出资加速到期中以出资额为限承担责任。以此来论证出资加速到期,属于对法人人格否认制度本身的滥用。

2. 代位权方案及其缺陷

“公司法解释三”第13条第2款允许债权人在公司不能清偿债务时,直接要求未履行或未全面履行出资义务的股东承担补充赔偿责任。^[28] 许多人据此认为,应从利益衡量并优先保护债权人的角度,并以破产加速到期的思想,对该款中的“未到期出资”作扩张解释。^[29] 然而,超出法律文义的(非狭义)扩张解释应以存在法律漏洞为前提,即法律规定出现“违反计划的不圆满性”。^[30] 法律漏洞的填补,是通过取向法律内在的目的,以类推适用、目的性扩张、目的性限缩等方式,消除法律规定文义过窄或过宽的问题。^[31] 因此,法律漏洞的确认和填补均以法律规定的目的为依据和边界。“公司法解释三”的立法目的明确,即对股东违反出资义务的情形及责任作出规制,“未履行或者未全面履行出资义务”只是对到期不履行出资的各种表现形式的概括。该司法解释中相同或类似的其余十处表述结合其法律后果,都只能明确地解释为出资已到期,单独对该款作扩张解释,将使其成为与体系格格不入的异物。因此,出资未到期时的股东责任问题并不在立法目的范围内,在期限问题上不存在“违反计划的不圆满性”。

[26] 公司法第3条第2款规定:“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”相关观点参见李建伟:《认缴制下股东出资责任加速到期研究》,《人民司法》2015年第9期,第56页;王涌:《论公司债权人对未实缴出资股东的请求权》,《中国工商报》2014年8月9日第3版;前引[3],上海香通案。

[27] 参见黄辉:《中国公司法人格否认制度实证研究》,《法学研究》2012年第1期,第5页。

[28] “公司法解释三”第13条第2款规定:“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未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的,人民法院应予支持……。”

[29] 参见梁上上:《未出资股东对公司债权人的补充赔偿责任》,《中外法学》2015年第3期,第655页以下;前引[26],李建伟文,第56页;郭富青:《论公司债权人对未出资股东及利害关系人的求偿权》,《北方法学》2016年第4期,第119页;冯果、南玉梅:《论股东补充赔偿责任及发起人的资本充实责任——以公司法解释(三)第13条的解释和适用为中心》,《人民司法·应用》2016年第4期,第35页;周珺:《论公司债权人对未履行出资义务股东的直接请求权》,《政治与法律》2016年第5期,第99页,第103页。

[30] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第249页。

[31] 参见梁慧星:《民法解释学》,法律出版社2009年版,第206页。

至于债权人请求权的理论基础，学术界有观点将其归纳为债权人代位权制度。^[32]然而，债权人行使代位权应以债务人的债权已到期为条件。^[33]以此规定为基础设计的“公司法解释三”第13条第2款无疑也只能以出资债权已到期为前提。^[34]因此，出资未到期情形下的债权人保护问题即便是一个法律漏洞，也绝非该条规定的漏洞，解决问题的正确途径应当是在现行法律体系中找到这个漏洞的正确位置，再作填补。

3. 强制执行出资债权方案及其优越性

(1) 强制执行方案对组织法和代位权方案的扬弃

代位权方案给予债权人对股东的直接请求权，这实际上是我国合同法上代位权制度一直饱受批评之处。批评者认为，代位权只是为了保全债权而非债权的直接满足，因此，其行使效果应按“入库规则”直接归属于债务人，债权人不能以代位而取得优先受偿。^[35]事实上，从民法代位权本来的保全功能出发，优先受偿确实不妥。但我国合同法上的代位权已不再是传统意义上的代位权，通过规定次债务人直接向债权人履行，相当于在传统代位权实现“入库”之后嫁接了强制执行债务人财产的行为。既然传统代位权制度负责债权保全、强制执行制度负责债权清偿，那么将两者人为地嫁接在一起有何必要？也许只有在将强制执行的对象理解成仅指有形财产时，二者的结合才省去了次债务人（股东）向债务人（公司）履行后再对债务人（公司）财产强制执行的麻烦。然而，在认缴制下，公司财产除了现金、实物，将主要表现为公司对股东的出资债权。更重要的是，无论出资债权是否到期，都具有财产属性。因此，债权人完全可以直接强制执行公司的出资债权以获得清偿，根本无须扭曲传统意义上的代位权制度。更何况，将强制执行因素暗含进代位权制度，同时在形式上跳过本应进行的强制执行程序及其程序保障，这种做法本身就不具正当性。

更重要的是，主债权未经确定就赋予债权人追索次债务人的权利，即便在民法代位权制度中，这也有违背的相对性原理并在实体和程序上形成诸多难以解决的问题，^[36]将其照搬于公司组织法更是放大和凸显了这一缺陷。正是为了避免代位权方案的这一缺陷，公司法学者在强调股东只是承担“补充赔偿责任”的同时，还额外提出债权人只有在强制执行公司财产未果的情形下才能起诉股东。^[37]而在司法实践中，债权人依“公司法解释三”第13条第2款起诉股东时，只需存在公司不能清偿的事实即可，并不需要先行起诉公司并强制执行公司财产，股东也不享有先诉抗辩权。此外，实践中也常见债权人起诉公司在执行程序中直接追加股东为被执行人的做法，法院的执行裁定书中尽管也会援引“公司法解释三”第13条第2款的规定，但直接适用的仍是执行规定，公司法规定在此更多是为本不符合法理的直接追加做法提供正当性的说理依据（尽管其实际上反倒证明了直接追加做法

[32] 参见韩长印、何欢：《隐性破产规则的正当性分析——以公司法相关司法解释为分析对象》，《法学》2013年第11期，第28页。

[33] 参见合同法第73条第1款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号）第11条。

[34] 参见黄耀文：《认缴资本制度下的债权人利益保护》，《政法论坛》2015年第1期，第166页。

[35] 参见崔建远、韩世远：《合同法中的债权人代位权制度》，《中国法学》1999年第3期，第35页。

[36] 参见娄正涛：《债权人代位权制度之检讨》，《比较法研究》2003年第1期，第42页。

[37] 参见前引〔29〕，梁上上文，第659页；前引〔26〕，李建伟文，第56页。

是对股东诉权的剥夺),并非对先行起诉公司要求的确认。^[38]学者的建议虽然与司法解释制定者以代位权模型所构建的补充赔偿责任以及目前的司法实践不符,但恰恰是对民法代位权方案最为关键的修正。可惜,由于忽视了出资债权本身的财产属性和可强制执行性,未能意识到强制执行出资债权才是组织法下解决债权人对股东(无论出资到期与否)直接请求权问题的正确方式,更未能意识到此处才是限制公司自治和股东期限利益抗辩的正确位置,这也是扩张解释“公司法解释三”第13条第2款行不通的根本原因。因此,正确的做法是取消合同法上扭曲的债权人代位权制度及其公司法上的翻版,回归强制执行债权的基本原理。

(2) 出资债权强制执行的基本规则

考察民法和诉讼法上强制执行债权的一般规则,债务人不能清偿时,债权人应申请支付令或提起诉讼并获得相应的执行文书,由法院对债权进行冻结和变价。需要强调的是,债权无论是否到期均不影响其财产属性,理论上均可成为强制执行的对象。

依此原理,公司出资债权被冻结后,禁止公司收取或处分该债权,也禁止股东向公司作出履行。^[39]变价时,如果出资债权已到期,通常应由股东直接向公司债权人作出履行。法理上,此时出资债权的债权人仍是公司,公司的债权人只是获得了收取该债权的权利。当然,公司债权人也可以选择以出资债权折价抵债,直接成为出资债权的债权人。^[40]但此时债权人要承受股东无法履行的风险,因此其通常会选择前一种变价方式。如果出资债权未到期,债权人无法立即收取债权,除了冻结债权并待到期后收取或抵债之外,国外和我国台湾地区立法均规定,可采取拍卖、变卖等方式,将债权在到期前变价。^[41]我国司法界和理论界尽管原则上也认可对未到期债权的执行,但在措施上仍限于冻结债权并由法院向第三人发出附期限的履行通知,由第三人在债权到期后向申请执行人作出清偿。^[42]立法在此显然有待完善。当然,债权人通过拍卖、变卖未到期的出资债权获得清偿时,要承受贴

[38] 前者的案例,可参见荣成市华达钢材有限公司与陕西有色建设有限公司、威海有色科技园开发建设有限公司等买卖合同纠纷案,最高人民法院(2016)最高法民申2526号民事裁定书;舟山市华顺远洋渔业有限公司、蒋位秧等与舟山市华顺远洋渔业有限公司、蒋位秧等追偿权纠纷案,浙江省高级人民法院(2014)浙民再字第48号民事判决书;王大芳与周首成、陈启高股东损害公司债权人利益责任纠纷案,湖北省高级人民法院(2016)鄂民申149号民事判决书等。后者的案例,可参见福建六建集团有限公司与四川应林企业集团有限公司、四川应林企业集团建筑工程有限公司借款合同纠纷执行复议案,四川省高级人民法院(2014)眉执他字第7号执行裁定书;郭文智、丛秀章与威海港涛房地产开发有限公司新增资本认购纠纷案,威海火炬高技术产业开发区人民法院(2015)威海执异字第25号执行裁定书等。

[39] 参见德国民事诉讼法第829条、日本民事诉讼法第145条、我国台湾强制执行法第115条第1项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)第501条、《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(法释〔1998〕15号)第61条。

[40] 参见德国民事诉讼法第835条、日本民事诉讼法第160条、我国台湾强制执行法第115条第2项。我国司法界和理论界也承认直接以债权抵债的可能。参见江必新主编:《强制执行法理论与实务》,中国法制出版社2014年版,第661页。

[41] 针对被执行人的债权因附条件、期限、对待给付或其他事由,第三人不能立即向申请执行人履行的情形,德国民事诉讼法第844条、日本民事诉讼法第161条第1款、我国台湾强制执行法第115条第3项都规定,可以采取不同于收取或折价抵债的其他变价方法,这主要指准用动产执行的规定,采取拍卖、变卖等方法。

[42] 参见《最高人民法院关于依法制裁规避执行行为的若干意见》(法〔2011〕195号)第13条。理论上也有主张对到期债权参照动产,引入拍卖、变卖的执行措施(参见前引〔40〕,江必新主编书,第662页)。最高人民法院《强制执行法(草案)》起草小组所起草的《中华人民共和国强制执行法草案》(第六稿)尽管在第十四章专门规定了对债权的执行,但第178条对未到期债权的执行仍限于上述冻结和附期限履行通知(参见江必新、贺荣主编:《强制执行法的起草与论证(三)》,中国法制出版社2014年版,第611页)。

现损失，如能加速到期，对其保护无疑最优，但这就得依靠组织法的特殊规则才能实现。

出资债权作为公司资产，肩负着对债权人的责任担保功能。因此，股东的期限利益要让位于债权人保护。此时完全可以对强制执行出资债权类推适用破产和解散中加速到期的规定，禁止股东主张出资未到期的抗辩。不同于“公司法解释三”第13条第2款，此时符合类推适用的条件。在法律规定上，立法者为确保债权人利益实现，对破产和解散时的加速到期作了规定，但其未考虑到债权人利益除了通过破产和解散清算实现外，还可以通过强制执行出资债权实现，否则必然也会对此作出回答，由此产生“违反计划的不圆满性”。这一法律漏洞既和现行法对强制执行债权本身不够重视有关，更是对认缴制本质缺乏认识的结果。在程序性质上，破产和强制执行本身就有相通性，两者都是借助国家公权力强制实现债权的方式。破产本质上是在债务人财产不够清偿所有债权人时实行的一种特别的执行程序。在我国现实中，由于破产的高门槛，强制执行程序甚至事实上发挥了本应由破产承担的功能。^[43]在利益层面上，加速到期既符合债权人基于注册资本公示所产生的信赖利益，也不超出股东认缴出资时的预期，而这在强制执行和破产、解散时并无区别。

需要指出的是，在我国，股东提出异议往往被视为强制执行方案的软肋，此时法院基于审执分离的要求，不对异议作实质审查而终止执行。理论上观点认为，债权人此时只能以提起代位权诉讼的方式寻求救济，^[44]从而看似又不得不折回代位权方案。事实上，按照强制执行债权的原理，债权人通过冻结和变价被执行人的债权，已经获得收取该债权的权利，当然可以采取包括诉讼在内的各种收取债权所必需的措施。在次债务人不履行债务时，债权人完全可以直接以自己名义提起“收取诉讼”，^[45]无需借助额外的代位权诉讼。对于股东来说，其可在“收取诉讼”中行使作为被告的各项实体和诉讼权利且只在败诉时才可被强制执行。相比目前直接将股东追加为被执行人的做法，这无疑更好地维护了其权益。

(3) 小结

出资债权的资产属性是强制执行方案下打通组织法、合同法和诉讼法的连接点，最终体现为债权加速到期这一结果。强制执行出资债权方案，一方面找到了应当类推适用破产和解散中加速到期规定的法律漏洞所在，避免了在代位权方案下“缘木求鱼”，另一方面找出了代位权方案中真正起作用的强制执行因素，解决了组织法方案无法赋予债权人对股东直接请求权的问题，因此是现行法下最为合理的路径选择。即便将来启动立法修改解决这个问题，也绝不应越过强制执行这一必经步骤而径行在公司法中赋予债权人对出资未到期股东的直接请求权，或者将“公司法解释三”第13条第2款这一本就不合理的代位权方案扩展到出资未到期情形，从而在以合同法取代组织法的道路上越走越远。最符合组织法要求的立法应当是，统一以强制执行出资债权方案解决债权人对股东（无论出资是否到期）的

[43] 参见唐应茂：《为什么执行程序处理破产问题？》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2008年第6期，第12页以下。

[44] 参见葛文：《案外人对到期债权执行的异议——对民事诉讼法解释第501条的理解与运用》，《人民司法·应用》2015年第17期，第55页。

[45] 参见日本民事执行法第157条、我国台湾强制执行法第115条第3项。德国民事诉讼法虽未明文规定收取诉讼，但理论上，扣押程序使债权人获得扣押质权人地位，而变价（为收取目的而转付债权）程序则使债权人可以主张质权，债权人可依德国民法典中质权人的规定主张权利，包括提起诉讼。Vgl. MuKoZPO/Smid, ZPO § 835, 5. Aufl., 2016, Rn. 11.

请求权问题，并对出资未到期情形作出与破产、解散情形同样的加速到期的明确规定。

四、出资债权处分规则

现行法对出资履行及出资责任作了详细规制，但这是以实缴制为基础的。认缴制后，公司仅享有出资债权成为资本结构的常态，公司以抵销、转让、质押等方式处分出资债权成为其行使融资自治权、满足资金需求的重要手段。但和期限安排一样，股东在此同样能借助其“内部人”优势，通过参与甚至决定公司处分出资债权的意思形成，从而“巧妙”地在出资到期前就逃避掉出资义务，其手法更为隐蔽而难以直观察觉，甚至往往从普通债权自由处分的视角被误认为是合法的自治行为。股东应按法律和章程的规定真实履行所承诺的出资义务，这一资本真实缴纳原则（在我国一直被称为资本确定原则）在认缴制下并未改变和放松。^[46]因此，立法必须补充出资债权处分规则，避免现有出资规则被规避甚至架空。

（一）出资义务免除禁止

不同于普通债权的债权人可随其意愿免除债务人债务，公司不得全部或者部分地免除股东的出资义务。即便免除行为不是公司法定代表人而是股东会决议行为，也不允许。^[47]否则，资本真实缴纳要求将形同虚设。在禁止免除的范围上，除了出资义务本身，违反出资义务引发的各类责任（包括股东自身、其他股东、受让股东以及公司董事的责任等）同样不能免除。在禁止免除的方式上，包括以下常见情形：

1. 出资免除。这是指公司以单方行为、免除合同、消极的债务承认或者债权不行使约定等方式全部或部分免除股东的出资义务。

2. 出资延期。在章程约定出资期限的情况下，如果股东会决议修改章程或者公司与股东约定延长该期限，虽未改变出资数额，但公司及债权人将失去延长期内对出资的利用可能，从而丧失了出资的部分价值，等同于出资义务的部分免除。^[48]出资数额和期限一经确定，出资债权的实际价值也就随之确定下来，期限越长，价值越低。如果说公司设立阶段初始章程设定出资期限尚属股东自由决定其出资价值的范畴，那么在公司成立后，价值确定的出资债权已成为公司财产以及对债权人的责任财产，不能再由股东任意支配，这是组织法维护公司独立人格和财产的必然要求。延长期限直接导致出资债权价值贬损以及公司通过行使和处分该债权本可获得的价值的减少（如利息或贴现损失），这与股东未全面履行

[46] 参见前引[1]，赵旭东文，第21页；前引[4]，李建伟文，第72页；前引[10]，郭富青文，第123页；赵万一：《资本三原则的功能更新与价值定位》，《法学评论》2017年第1期，第89页。当然，也有观点认为，认缴制否定了资本确定原则。参见施天涛：《公司资本制度改革：解读与辨析》，《清华法学》2014年第5期，第135页以下；沈贵明：《论公司资本登记制改革的配套措施跟进》，《法学》2014年第4期，第105页。鉴于有观点将资本确定原则和最低资本要求或者实缴制相连，还有将资本充实原则的说法混用在资本缴纳和维持阶段的，本文在此采取“资本真实缴纳原则”的表达。

[47] 参见欧盟第二号公司法指令（2012/30/EU）第14条，德国有限责任公司法第19条第2款，德国股份法第66条，奥地利股份法第60条，法国商法典第225-3条第2款，韩国商法典第550条第2款、第551条第2款和第593条，日本公司法第55条、第102条之2第2款、第103条第3款（但允许经全体股东同意的免除）。

[48] Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG § 19, 21. Aufl., 2017, Rn. 21; MüKoGmbHG/Schwandtner, GmbHG § 19, 2. Aufl., 2015, Rn. 76.

出资或者提供价值不足的实物本质上并无差别。尽管债权人可以无视出资期限而在公司不能清偿时直接要求股东向其履行出资，但这只是避免了损失的进一步扩大，无法消除股东在实际履行前的延长期内已经给公司和债权人造成的损失。

值得注意的是，通过修改章程延长出资期限的做法在我国认缴制改革后相当普遍，尤其是在增资时将原先出资延长的做法更具有隐蔽性。^[49] 实践中，如果延长出资期限发生在中国因无法清偿债务而引发诉讼和执行时，司法机关通常以延长出资期限损害债权人利益而认定无效。^[50] 但在未发生纠纷的情况下，则被认为是股东自治的体现，工商机关一般都会同意登记备案。这显然是对认缴制下股东自治的误解。

3. 出资更新或替代履行。如果公司与股东之间约定将出资债务更新为标的或内容不同的普通债务（如贷款债务），由于普通债务并不受资本真实缴纳原则约束，即便其名义数额与出资债务相同，二者也不等值（如公司可以放弃向股东追讨贷款），因此也是变相免除出资义务。^[51] 同样，公司接受实物作为现金出资的替代履行或者接受与实物出资不同的其他实物，由于无法确保等值性，也不能承认替代履行的效力。^[52] 此外，变更履行主体，如约定由第三人履行出资或者在股东之间重新分配出资义务，都会因履行能力的差别而让真实出资的可能性减小甚至消失，因此也构成免除。^[53] 总之，民法上允许的双方合意下的债务更新或替代履行（代物清偿）要受到公司法上资本真实缴纳原则的限制。

4. 公司资助。如果股东出资直接或间接来自于公司资金，同样相当于免除出资义务。直接资助如股东出资来自于公司事先或事后提供的贷款。此时，公司实际上并未收到股东应当缴纳的现金出资，而只获得了对股东的贷款返还请求权，相当于上述债务更新。^[54] 因此，除非股东能证明公司的贷款返还请求权在价值和流动性上都相当于现金，否则股东以公司贷款履行出资的行为不能发生完成出资义务的效力。^[55] 间接资助如公司提供资金给股东控制的子公司、公司为给股东贷款的第三人提供担保、出资或者为出资提供的贷款或担保来自于公司的控股子公司等。

在法律后果上，资本真实缴纳属强制规则，无论当事人是否知晓或有过错，免除出资义务的行为一律无效，相关股东会决议同样无效。股东基于无效免除行为所进行的替代履行不发生消灭出资义务的法律效果。当然，如果股东能够证明其替代给付的价值，立法政策上可以考虑以该价值与出资义务相折抵，避免法律后果过于严苛。

[49] 参见前引〔3〕，上海香通案。

[50] 参见北京高氏投资有限公司与李雪峰、辽宁金百瑞现代农业发展有限公司、张国军买卖合同纠纷案，辽宁省锦州市中级人民法院（2016）辽07民终2056号民事判决书；刘军伟申请复议福建东易建设工程有限公司申请执行武夷山书豪置业有限公司建设工程合同纠纷案，福建省南平市中级人民法院（2016）闽07执复15号执行复议裁定书。

[51] Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG § 19, 21. Aufl., 2017, Rn. 19; MüKoGmbHG/Schwandtner, GmbHG § 19, 2. Aufl., 2015, Rn. 62.

[52] 参见〔韩〕李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社2000年版，第187页，第226页。

[53] Vgl. MüKoGmbHG/Schwandtner, GmbHG § 19, 2. Aufl., 2015, Rn. 65.

[54] 参见前引〔52〕，李哲松书，第226页。

[55] 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页以下。

（二）出资债权抵销禁止和限制

1. 禁止股东抵销

认缴制并未改变公司法区分现金出资和实物出资并对后者严格规制的基本立场。对于实物出资，法律不仅要求在章程中列明内容及对应的出资额、时间，还规定了所允许的实物出资形式及评估作价或创立大会审核等要求，对价值不足的情形规定了严格的差额补足责任和其他股东的连带责任。^[56]此外，认缴制同样不影响登记机关对公司章程，特别是实物出资形式和价值的审查权（义务），对明显高估实物作价的，公司登记机关应拒绝登记。

股东以对公司的债权抵销公司对其的出资债权，其结果是股东并未真实缴纳所承诺的出资，实际上是以用作抵销的债权出资，本为实物出资，却未在章程中列明，规避了章程公示、价值评估、审查规定以及实物价值不足的差额责任、连带责任。此外，在缺乏公示和审查的情况下，股东利用其内部人优势，很容易通过抬高甚至虚构债权等方式逃避出资义务。这实际上是利用认缴和抵销规则，将公司成立后通过虚构债权或关联交易抽逃出资的做法前移到了出资阶段。因此，除非抵销事先在章程中作了明确约定而且满足实物出资的要求，否则股东不得以抵销方式完成出资。至于股东债权的法律性质（转让价款、劳务报酬、利润分配请求权甚至是从第三人处受让的债权）和产生时间（公司设立阶段或成立之后），则在所不问。^[57]这同样适用于公司进入破产程序时。这是因为，破产程序中的抵销会使股东优先受偿。^[58]然而，这种优先受偿只有在公司破产或危机时才应受指责，其并非禁止股东抵销的理由。^[59]同样，股东也不得为了实现自己对公司的债权而强制执行公司对其自身或其他股东的出资债权，否则会形成与抵销同样的效果。

在法律后果上，股东以其债权抵销公司出资债权的行为无效，不产生履行出资和债权消灭的效果，双方债权均继续存续。不过，考虑到抵销毕竟同时免除了公司债务，从而使其获得了经济价值，立法政策上可以考虑允许股东以其债权的实际价值折抵仍存续的出资义务，^[60]但股东必须对其债权的实际价值、到期以及具有流动性承担举证责任。相比让双方债权各自存续和履行的做法，后者实际上只是将股东高估债权的风险交由资本维持原则处理。但受制于现行法资本维持原则的粗糙及举证困难，其在实际效果上未必比认定出资义务未完成但允许折抵的安排更有利于债权人和其他股东。当然，允许折抵并不等于承认以抵销方式履行出资的合法性，其恰恰以抵销不成立、出资义务存续为前提，因此并不发生抵销时的溯及效力（不排除股东迟延履行出资的责任）。折抵只是在违法后果上的减轻，且举证责

[56] 参见公司法第25条、27条、30条、81条、90条、93条。

[57] 参见德国有限责任公司法第19条第2款第2句，日本公司法第208条第3款及第281条第3款，韩国商法典第334条。

[58] 参见王欣新：《破产企业出资人欠缴的注册资本不得与其破产债权抵销》，《人民法院报》2007年8月30日第6版；朱慈蕴：《从破产中股东欠缴出资之债能否抵销谈起》，王保树主编：《中国商法年刊2007》，北京大学出版社2008年版，第349页。

[59] 混淆的说法，参见前引[52]，李哲松书，第225页。

[60] Vgl. Habersack/Weber, Die Einlageforderung als Gegenstand von Aufrechnung, Abtretung, Verpfändung und Pfändung, ZGR 2014, 509, 525ff. 但作者以公司“流动性”利益为由，要求折抵必须以公司未明确反对股东抵销（公司放弃“流动性”利益）为条件。德国主流观点仍囿于法律明确禁止股东抵销的规定，而否定在法律后果上折抵的可能。Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG § 19, 19. Aufl., 2016, Rn. 24; Hüffer/Koch, AktG § 66, 12. Aufl., 2016, Rn. 5.

任倒置仍是有力威慑。

2. 限制公司抵销

与禁止股东抵销不同，公司原则上可以主动以出资债权主张抵销。在股东支付能力恶化的情况下，公司主张抵销甚至是唯一可以实现出资债权的手段。公司与股东协商一致订立抵销合同，也视同公司主张抵销。但是，公司主张抵销同样要受资本真实缴纳原则的约束，不能规避实物出资的规定或变相免除股东的出资义务。对于出资债权产生时已经存在或可预见的股东债权（旧债权），其本应作为实物出资履行章程记载、价值评估和登记审查程序，因此，公司不得对这类旧债权主张抵销。^[61]对于出资债权产生后形成的股东债权（新债权），虽在认缴出资时不可能作为实物出资而不必遵守实物出资的规定，但公司的抵销不能变相免除股东的出资义务，而只应在避免不必要的现金往复的意义上进行。因此，所抵销的股东债权必须在价值上至少与公司的出资债权相等（足值）且已经到期并具有流动性。^[62]这意味着，在公司陷入支付困难或者资不抵债等困境时，股东债权在价值上会受到贬损，不能以出资债权对其抵销。

对于公司进入破产程序后破产管理人主张抵销是否要遵守足值原则，则存在不同观点。有观点认为，足值要求同样适用于破产程序，由于破产程序中公司已经资不抵债，这意味着破产管理人不得主张抵销。^[63]但也有观点认为，在出资债权因股东无偿还能力而不再具有价值或者价值不如股东能获得的破产清偿时，破产管理人可以主张抵销。^[64]笔者认为，应区别股东的出资能力而作不同处理。在股东具有出资能力时，因股东对公司的债权仅按比例受偿，禁止破产管理人抵销可以充实破产财产。但在股东缺乏出资能力时，允许破产管理人以（部分）出资债权与股东债权的比例价值（股东债权的实际价值）进行抵销，对于充实破产财产最为有利。至于剩余未抵销的出资债权，破产管理人仍可通过向其他股东主张出资连带责任的方式实现。当然，公司仅处于困境而未破产时，即便股东缺乏出资能力，也应以足值原则作为抵销的前提，因为此时股东债权的价值尚难以确定，存续的出资债权仍可通过其他股东的连带责任实现。

（三）出资债权转让、质押和强制执行的条件

理论上，出资债权与普通债权一样可以被转让、质押或强制执行。然而，如果公司处分出资债权获得的对价或免除的债务与出资债权不等值，就可能不符合资本真实缴纳的要求。因此，德国司法界和理论界的主流观点一直都认为，有效转让、质押或强制执行出资债权的条件是公司由此获得足值的对价，即受让人或质押权人等作为对价所给付的现金或公司由此所免除的债务必须至少与股东应缴纳的出资价值相等。^[65]

然而，资本真实缴纳原则约束的对象是股东而非债权人，“债权人是股东责任的受益

[61] Vgl. BGHZ 152, 37, 42f; BGHZ 158, 283, 285; Bayer, Neue und neueste Entwicklungen zur verdeckten GmbH-Sacheinlage, ZIP 1998, 1985, 1988f.

[62] Vgl. Lutter/Hemmehoff/Bayer, GmbHG § 19, 19. Aufl., 2016, Rn. 26; MüKoGmbHG/Schwandtner, GmbHG § 19, 2. Aufl., 2015, Rn. 97.

[63] Vgl. Lutter/Hemmehoff/Bayer, GmbHG § 19, 19. Aufl., 2016, Rn. 47.

[64] Vgl. Uhlenbruck/Hirte, InsO § 35, 14. Aufl., 2015, Rn. 310.

[65] Vgl. BGH NJW 1992, 2229f; BGHZ 53, 71, 72ff.; Bayer, Abtretung und Pfändung der GmbH-Stammeinlageforderungen, ZIP 1989, 8 f.; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG § 19, 21. Aufl., 2017, Rn. 42.

人，而非担保人”。〔66〕对于公司和债权人来说，出资债权和其所拥有的其他财产一样属于可自由处分的财产，转让价格只需遵循市场原则。当然，出资债权的转让仍应受到董事勤勉义务的约束。董事在处分出资债权时，应谨慎和准确地确定其价值，除因市场因素外，不得低于该价值处分出资债权而使公司资产受损。〔67〕值得注意的是，正是在董事判断出资债权的价值时，才必须考虑资本真实缴纳原则的要求。尤其在股东无法完成出资且无法通过其他股东的连带责任完成出资时，出资债权的价值已低于其名义数额，此时更无须满足足值要求。如果董事受到股东操纵甚至与股东或受让人合谋贱卖出资债权，则应对公司承担赔偿责任，股东和受让人应承担连带责任，这本质上是侵害公司财产的侵权责任。当然，如果贱卖出资债权的指令是以股东会决议的方式作出的，该决议会因违背资本真实缴纳原则而无效，此时的情形类似于上述出资债务的替代。

五、出资债权计量规则

在认缴制下，公司实收资本低于注册资本成为常态，由此带来的疑问是，在股东完全履行其出资义务前，公司可否向其分配利润？如可以，则认缴资本对利润分配毫无影响，无疑助长股东申报注册资本时的夸张现象；但若要求认缴出资未实缴前不得分配利润，则无异于限制甚至取消股东的认缴权利。法定资本制下的公司分配遵循的是资本维持原则，其本义及对出资债权的会计计量与处理是解决问题的关键。

（一）资本维持原则的本义

从资本维持的角度看，法定资本制通过注册资本确立了公司向股东分配的标尺和边界，公司净资产低于注册资本时，禁止公司向股东进行分配，以此体现注册资本对债权人责任担保功能的本义，平衡股东与债权人利益。〔68〕这里的分配不仅包括形式意义上的利润分配，还包括一切向股东进行的其他给付（变相分配）。〔69〕原则上，仅允许向股东分配公司真正通过经营而形成的利润，避免将出资当作利润分配而给投资者或债权人造成公司经营良好的假象，这正是法定资本制区别于授权资本制的关键。

我国学界常将资本维持原则定义为公司应当维持与注册资本相应的资产。〔70〕这种脱离分配语境的定义极易引发歧义。公司并无维持与注册资本对应的资产的义务，注册资本的分配标尺作用虽常被视为债权人风险的“缓冲垫”，但也不必夸大这种缓冲，因为注册资本过低或者公司亏损都会削弱这种缓冲。在此，最好的保护是确立董事及时申报破产的义务和责任，不可与分配问题混淆。

（二）资本维持原则下认缴出资的处理

1. 认缴制下资本维持原则的实现

资本维持原则在技术上的实现方式是将注册资本列示在资产负债表权益项下的同时，

〔66〕 Vgl. K. Schmidt, Die Übertragung, Pfändung und Verwertung von Einlageforderungen, ZHR 157 (1993), 291, 300ff.

〔67〕 Vgl. MüKoGmbHG/Schwandtner, GmbHG § 19, 2. Aufl., 2015, Rn. 138.

〔68〕 参见前引〔2〕，Wiedemann书，第383页。

〔69〕 参见刘燕：《重构“禁止抽逃出资”规则的公司法理基础》，《中国法学》2015年第4期，第192页；〔英〕保罗·L·戴维斯、萨拉·沃兴顿：《现代公司法原理》，罗培新等译，法律出版社2016年版，第300页。

〔70〕 参见柯芳枝：《公司法论》，中国政法大学出版社2004年版，第128页。

通过监测净资产是否高于注册本来决定是否可以向股东进行分配。公司亏损使净资产低于注册资本时，只有通过弥补亏损使净资产重新高于注册资本（包括相关公积金）或者按法定程序减资，公司才能向股东进行分配。

注册资本的分配标尺作用并不应受实缴或认缴的影响。实缴或认缴只是对于资产价值有影响：已实缴的记为现金或实物资产，认缴但尚未实缴的构成公司的出资债权，同样应计入资产。出资债权计入资产时应当进行价值评估，在该资产足值，即公司可以随时要求股东出资且股东也有能力履行出资义务时，以出资债权的名义价值计入资产，此时公司资产和注册资本相等，不阻却公司利润分配。但在出资债权的价值低于其名义价值，如股东出资困难甚至不能时，应对其作减值处理，此时公司资产与注册资本之间形成差额，阻却公司利润分配。可见，出资债权的价值对公司分配有着直接的影响。

2. 资本维持原则与会计计量原则的冲突和协调

尽管从法律视角看，出资债权无论是否已由公司催缴（到期）都不影响其资产属性，但会计谨慎性原则更趋向于只将认缴出资中已由公司催缴的部分计为资产，尚未催缴或到期的认缴出资并不能给公司带来实际的经济利益，因而不能计入资产。因此，从真实反映公司经济状况和为债权人提供准确信息的角度，特别是随着国际财务报告准则（IFRS）的推广采用，对认缴资本的会计处理不再采用上述总列示（Bruttoausweis）的计量方法，而更多采用净列示（Nettoausweis）的计量方法。认缴出资中只有已催缴（到期）部分才列入资产，未催缴出资仅作为注册资本的调整项目，注册资本扣除未催缴出资后的已催缴资本作为主项目。^[71]

尽管净列示的计量方法更符合通行的会计准则，但由于认缴而未催缴的出资不计入资产，却按名义价值从注册资本中扣除，这意味着如果其实际价值低于名义价值，那么相比总列示的情况，差额成为了可分配部分，公司分配的标尺实际上是注册资本扣除该差额的部分。以此为利润分配的标准无疑是对资本维持原则的放松。这显然不是立法者的本意，而更多是由会计计量方式变化造成的结果。由于国际财务报告准则的制定并未考虑有关利润分配问题，实行资本维持原则的国家如德国，尽管在资产负债表的编制上采用靠近准则的净列示方法，但在确定公司可分配利润时，仍将未催缴资本纳入计算并按其可实现程度进行估值，以确保注册资本的责任担保功能及资本维持原则不被改变和放松。^[72]

（三）我国现状与立法对策

1. 现状：实收资本作为公司分配的标尺

尽管我国公司法一直采法定资本制并遵循资本三原则，但公司法第166条只要求税后利润必须先弥补亏损并提取公积金后才能向股东分配，并未明确注册资本的分配标尺功能，而会计上计入所有者权益的只是实收资本而非注册资本。因此，我国实际上是以实收资本（含公积金）作为分配标尺，并不完全符合以注册资本作为对债权人责任担保的理念。^[73]

[71] 欧盟第二号公司法指令（2012/30/EU）第17条第2款允许公司选择净列示的会计计量方法。德国曾一直采用总列示的计量方法，1998年的控制和透明度法允许企业选择净列示计量方法，2009年会计法现代化法后只允许采用净列示计量方法（德国商法典第272条第1款第2句）。

[72] Vgl. Kropff, Nettoausweis des Gezeichneten Kapitals und Kapitalschutz, ZIP 2009, 1137.

[73] 公司分配标准模糊是我国目前在抽逃出资、对赌协议等资本维持问题上规制粗糙的根本症结所在。参见前引[69]，刘燕文，第194页以下；刘燕：《对赌协议与公司法资本管制：美国实践及其启示》，《环球法律评论》2016年第3期，第146页以下。

即便在上述较为宽松的净列示方法下,已经由公司催缴的认缴出资(即便尚未实收)仍应当计入资产。这一做法在实缴制下并无大碍,但在完全认缴制下,如果实缴极少,则会使注册资本的功能严重削弱甚至落空。这也是改革后出现不少“天价公司”的重要原因。

2. 立法对策:净列示计量方法下资本维持原则的坚守

在立法政策上,总体目标应当是确立注册资本在公司分配中的标尺功能,改变目前仅以实收资本为据的现状,适应认缴制的常态。^[74]但在认缴资本的会计计量上,尽管采取总列示的计量方法最能体现资本维持原则的要求,但在现有会计理论和实务下难以实现。因此,较为务实的处理方法是尽可能折中兼顾会计处理与公司法资本维持原则的要求。

首先,在会计计量上,我国可对认缴资本采取净列示的计量方法。对于股东认缴资本,资产端除将股东已实缴出资记为银行存款等,还应将已催缴(到期)出资记为债权资产(其他应收账款),负债端仅将未催缴出资作为注册资本的调减项,注册资本扣除未催缴出资后的已催缴资本(包括已实缴资本)作为主项目。对于已催缴的出资债权,应根据股东履行能力进行评估,在其缺乏履行能力且无法通过其他股东的连带责任实现时,应作减值后计入,由此形成的亏损应先以公司利润弥补。

其次,对于未催缴(到期)出资,净列示所造成的公司分配上的放松仍须以适当的方式纠正,以确保注册资本真正反映股东对债权人的责任担保范围,避免其沦为毫无意义的数字游戏。因此,可以考虑将未催缴的出资债权能否实现的情况记录在资产负债表的附注中。在未催缴的出资债权确实不能实现时,应对其作减值评估,由此形成的差额应从公司当年可分配利润中扣除。相应地,公司法上应确立董事对股东出资义务履行能力的监督和评估义务及相应责任,这是董事勤勉义务的具体化。不过,这并不意味着董事要定期对未催缴的出资债权的价值作出评估,而仅是在有充分迹象表明股东履行出资会出现问题,如认缴出资数额明显超出履行能力,因个人债务而被起诉甚至强制执行,股东明确表示不愿或无力按期履行出资,甚至公司已无法联系到股东本人等,并且难以通过其他股东的连带责任实现时,董事才应及时对未催缴的出资债权作减值评估(可委托专业机构),公司当年可分配利润扣除由此形成的差额后,才能向股东分配。如果董事因受制于股东而怠于或无法启动减值评估程序,就违背了董事对公司的勤勉义务及独立性要求,本质上与协助股东抽逃出资无异,应比照“公司法解释三”第14条对公司、其他股东及债权人承担责任。^[75]

以出资债权与其实际价值的差额阻却利润分配,可以从规则层面真正解决和遏制所谓的“天价公司”和“百年公司”问题。对于股东申报明显超出其履行能力的巨额资本注册“天价公司”的,出资债权在依股东实际履行能力作减值评估后所形成的差额将阻却利润分配。同理,在股东对出资债权设定期限的情况下,出资债权的实际价值应当扣除到期前的利息,这意味着约定出资在公司成立后50年甚至100年后到期的,出资债权的贴现价值也会显著降低,从而严重阻碍利润分配。这也是不鼓励股东在公司成立时就确定出资时间,

[74] 参见前引[46],沈贵明文,第105页。

[75] “公司法解释三”第14条规定:“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。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。”

而推荐交由公司按实际需求事后确定的原因。相比按照民法权利滥用规则认定认缴巨额或者超长出资行为无效的做法，^[76]以资本维持原则处理更具有量化标准和可操作性。当然，对于造成公司利润分配受限的股东，公司章程或股东会决议可比照“公司法解释三”第16条的规定^[77]和公司法法理限制其分红及表决等权利，重建股东间的利益平衡。

六、结论与展望

2013年的认缴制改革受制于时间仓促和认识局限等原因，并没有完成由实缴制向认缴制转变的重要任务。由于延续实缴制思维和规则，认缴出资的债权本质和资产属性被忽视，因而既无法认识到认缴制下公司融资自治的实质是公司对其出资债权这一财产的自主处分，也无法认清现实中股东所谓的自治行为实际上是对公司财产处分权的侵害，认缴制本应实现的安全与效率价值的平衡兼顾在现实中成了二者的错位兼失。因此，有必要将这场未尽的改革进行到底，围绕出资债权这一核心，以维护公司对出资债权的自主处分权免遭股东不法侵害为主线，对出资债权的主体、到期、处分及计量规则作出全面革新。

需要指出，即便上述规则革新将较大改变现行法面貌，但其仍是基于法定资本制的基本立场而展开，是以实证法为“工作前提”的“体系内的”批判，^[78]并不涉及法政策意义上的改革问题。尊重和承认现行法的基本秩序和价值设定是法治国家对待现行法的基本态度和要求。然而，在公司法资本制度领域，或许是由于不少学者心中一直存在一个更为理想的彼岸——授权资本制，现有研究总体呈现出偏重应然和宏观层面的制度批判、忽视实然和微观层面的规则建设的特点。资本制度一直处于立法粗糙和司法模糊的状态，而认缴制这一法定资本制的内部调整恰好暴露和放大了我们对制度本身的认知不足。改革后的讨论虽然热烈，但实际上是这一背景下不得不进行的应急性补救。

即便在法政策层面，授权资本制是否是更优的替代方案也不无疑问。相比大陆法系其他国家，结合我国本土国情的比较法和实证研究至今并未真正展开。^[79]这从我们一直习惯性沿用“授权资本制”来指代以美国为代表的不同制度安排即可见一斑。事实上，这一在英美文献中也少见的表述只反映了前端资本发行环节的一个（甚至是可兼容的）差异，相比更为重要的限制公司资产以损害债权人利益的方式流向股东的后端规制，其远不能反映两大法系在债权人保护理念上的本质不同。与大陆法系公司法中以注册资本作为限制公司分配的标尺不同，美国法下的债权人保护已不再是公司法的主要目标，而是综合借助合同法、侵权法、会计法、破产法及资本市场法等多种手段，这是美国公司法作为州法在经历

[76] 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》，《现代法学》2015年第5期，第40页。

[77] “公司法解释三”第16条规定：“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。”

[78] 参见前引[30]，拉伦茨书，第76页。

[79] 德国学者的集中讨论，参见Eidenmüller/Schön (eds.), *The Law and Economics of Creditor Protection*, T. M. C. Asser Press, 2008；前引[4]，Lutter主编书。

以股东利益至上的“朝底线竞争”后避免债权人保护因此被规避和削弱的必然选择。^[80]这意味着，放松公司法资本规制必须伴随着其他部门法制度的引入或强化，但其必要性及可行性需要论证，其中不仅是路径依赖和转换成本问题。

总之，在对债权人保护、公司利润分配的标准、董事义务的判断等问题缺乏充分的讨论和共识前，我们只能对任何法政策层面剧烈的制度变革保持慎重，认真对待、完善和落实现行法，避免法律保护的实际水平甚至低于现行法才是当务之急。否则，我们不仅没有批判现行法的资格，更没有改革后就能认真对待新制度的自信。

Abstract: The reform of the subscribed capital system in 2014 did not change the fact that the current capital rules in the Company Law are mostly still based on the paid-in capital system. They are unable to adapt themselves to the “New Normal” of post-reform capital structure in which the company only has a capital claim against the shareholders. Firstly, it is urgent to stop the inappropriate expansion of the scope of capital claim’s creditor to individual shareholders. The creditor should only be the company itself. Secondly, the legislative requirement of setting a contribution due time in the initial articles by the shareholders should be abolished. The due time should be decided by the company itself in the form of the resolution of the shareholders’ meeting or the board of directors. As to the acceleration of the contribution due time, the compulsory enforcement approach combines the advantages of the two existing approaches and is the only reasonable and feasible solution *lex lata*. Thirdly, the principle of real capital payment requires that the contribution obligation cannot be released, postponed, renovated or replaced. The offset by shareholders is forbidden and that by the company restricted. However, the transfer, pledge and compulsory enforcement of capital claim are not restricted by the principle of real capital payment. Only the transfer price is subject to the restriction of the directors’ duty of diligence. Last but not least, the principle of capital maintenance requires that the registered capital instead of the paid-up capital should be the scale used in company distribution. The capital claim should be depreciated when the shareholder obviously lacks the ability to pay the contribution or a due date of contribution is set in the articles and the value difference thus produced hinders the distribution of profit to the shareholders. Only in this way the liability guarantee function of registered capital can be reestablished and ensured.

Key Words: subscribed capital system, capital claim, accelerated due time of contribution, compulsory enforcement, capital maintenance

[80] Vgl. Merkt, Der Kapitalschutz in Europa-ein rocher de bronze?, ZGR 2004, 305, 316.