

# 合同视角下未到期出资转让的法律分析

叶敏<sup>1</sup>, 张晔<sup>2</sup>

(1. 江南大学法学院, 江苏无锡 214122; 2. 南京大学法学院, 江苏南京 210023)

【摘要】2013年公司注册资本制度改革后,因为配套制度未紧密跟上,存在一些对公司和债权人利益保护不完善的问题,如股东在认缴的出资未到期时进行股权转让就可能带来较大潜在风险。从合同分析视角来看,股东转让未到期出资是对公司所负债务的转让,应经过作为债权人的公司同意方可,而该同意的意思表示应由公司董事代表公司作出。董事基于对公司的忠实和勤勉义务,如认为该转让会对公司利益带来不利影响时,应采取催缴股东提前完成出资的措施,如董事未履行应尽的催缴义务,应对公司债权人由此受到的损失承担补充赔偿责任。

【关键词】认缴制改革;未到期出资转让;催缴制度;加速到期

【中图分类号】DF59

【文献标识码】A

【文章编号】1671-6973(2020)05-0068-09

我国的公司出资制度经历了一个从严格的法定资本制下的实缴制到分期缴纳制再到目前的认缴制的变化过程,2005年公司法修改降低了注册资本的最低限额,并将一次性足额实缴制改为分期缴纳制<sup>[1]</sup>。2013年公司法修改更是将原先“有限制的、不完全的认缴资本制度”改为“无限制的、彻底的认缴资本制”。但这一变革过程并不改变股东出资义务的存在<sup>[2]</sup>,出资义务仍旧是法定义务,只不过是取消了出资的最低资本额、期限等限制。正如学者所言,公司资本制度可以从行政管制、股东权利义务、债权人保护的三个不同维度进行观察,此次改革系行政机关对公司资本的行政管制的放松,而未改变股东的民事责任。<sup>[3]</sup>

此次资本制度改革的目的是“为了进一步简政放权,构建公平竞争的市场环境,调动社会资本力量,促进小微企业特别是创新型企业成长,带动就业,推动新兴生产力发展”<sup>[4]</sup>,也就是构建更为良好的营商环境。但不可否认的是,公司从资本信用到资产信用,股东出资义务确实存在虚化的现象,除了发生破产清算的情况外,坚持出资义务法定的现实意义似乎更多地是为了强调资本担保公司运营和债权人债权的作用,更多的是一种合同信用的体现。认缴制的健康运行需要合同信用的建立,合同信用的建立则必须辅之以强有力的配套制度。但是现阶段,出资限制全面放开仅仅强调依法公示的程序保障无疑打破了系统的平衡,引发学界对债权人保护的担忧。如实践中股东在较长认缴期限内转让未到期股权的有关问题就颇具争议,转让股东是否应当继续履行出资义务、转让时是否应当为债权人设置权利救济途径等问题有待立法明确。本文选取合同分析的视角,尝试对认缴制背景下未到期出资转让这一问题进行法律风险的分析与讨论,以供商榷。

## 一、合同分析视角的选取基础

在法学和经济学的研究中,合同与公司实体的学术脉络虽然不同,但存在着重叠的部分,其中最重要的是二者均以效率为制度核心目标,因此在效率规范的设计中必然存在可互通之处。公司合同理论就是遵循公司的经济逻辑,从合同的角度将公司内部运作机制解构成一系列合同,表明了“公司不是国家监督市场的工具,相反,它是所有者和其他人之间的契约的产物……公司应当摆脱不必要的和侵扰性的法条。”<sup>[5]</sup>不过也有学者表示异议,认为用经济学下泛化的“契约”概念分析公司内部的关系时,不能理所当然地推导出其适用于法学的“合同”规则,并且经济学视角下的公司合同有别于一般合同,合同法不能反映公司合同的特殊

【收稿日期】2020-07-20

【基金项目】教育部2019青年项目《个人信息商业利用的民法规则构建研究》(项目号:19YJC820067)。

【作者简介】叶敏(1982—),女,四川成都人,江南大学法学院副教授,中国人民大学民商法学博士,主要研究方向:商法。  
张晔(1994—),女,南京大学法学院博士研究生,主要研究方向:国际经济法。

性。<sup>[6]</sup>也有学者认为:公司内蕴的团体性使得公司法中的契约多为“组织性契约”,属于“私法中的公共契约”,其意思自治受到更多限制,“合同不自由”成为公司契约之主要品性<sup>[7]145-146</sup>,因此不能以普通民法的思路处理有关案件。还有学者从公司合同中效率规范的局限性出发,指出公司的合同化解释存在效率最优的不可验证性、公司内部的异质合同无法制定统一规则,以及合同中存在着高于效率的价值等问题<sup>[8]</sup>。

但笔者认为这些质疑并没有否认公司作为自治团体具有的合同属性,以及在此基础上以合同路径分析公司和公司法的合理性,具体理由如下:

首先,从公司的起源来看,公司形式诞生于法律规定之前,是市场竞争下基于与“价格机制”的比较成本优势而产生的组织形式。因此,公司是市场主体自由选择的最优合同安排,而公司的团体性带来的“合同不自由”,既是涉他合同导致的必然,也是公司合同的特殊限制,它既是市场主体合意的组成部分,也是被千百万次实践证明了的最优安排。从对公司的界定来看,张五常对科斯的认识<sup>①</sup>基础上提出,公司的含义注定是不明确的,任何一种公司的定义都可以轻易地找出例子来反驳之,社会中的个体作为私产的所有者,在与其他个体产生关系时,几乎都是由合约的形式联系在一起<sup>[9]</sup>。因此,重要的不是公司是什么,重要的是不同合约的安排、费用与产出。新古典经济学学者詹森和麦克林也认为公司完全是一种法律假设,真正存在的是合同以及合同各方<sup>[10]</sup>。当然,从法律的角度来看,虽然公司的边界模糊难以确定,但其作为独立实体是真实存在的,公司的合同属性无法否认公司的团体性,否则“法人”“有限责任”等制度优势将难以体现,公司将无法发挥整体作用、实现团体目标。因此,可以认为公司的合法主体地位是民事契约与商事登记共同作用产生的结果,股东间的出资协议作为公司诞生的最初始法律文件基础,其具有合同性质是无法否认的。

再从更具象的层面观察,公司的结构和运行也满足合同的定义、体现着合同属性。虽然经济学下的“契约”是一种观念性契约,所有的市场交易都被看作是一种契约关系<sup>[11]</sup>,但是广义的“契约”和狭义的“合同”的精神内核是一致的,公司的契约属性是公司合同理论的适用基础,并且契约内涵的宽泛也并不妨碍我们从法学视角对公司内部具体关系进行严谨的“合同”界定。“合同是交易型社会中一种权利义务的配置工具”<sup>[7]148</sup>,而公司通过权利义务的安排将不同的资产所有者约束在一起并进行资源整合,具体包括赋予企业家管理权力、限定权力范围,公司在代理人的指挥下实现生产,部分资产所有者于缔结合同时放弃权利以换取稳定收入等。可以说,各国立法者规定出种类繁多的公司类型以适应市场的需要,其经济基础就在于经济生活中的公司形态各异、不断创新,而公司系统的复杂和多样化正是源于内部合同束的灵活和开放。在这个意义上说,公司的合同属性是市场主体自主构建的替代市场的资源配置方式,能够为公司的创新发展提供充足动力。

最后,落实到未到期出资转让这一具体论题上,股权转让本身是一份合同,而股东与公司之间的未到期出资缴纳义务也是一项债法上的义务,随着股东资格的转让,也包括着这份权利义务的转让,是遵循合同法上债的整体转让只要征得债务人(即公司)同意即可,还是要考虑公司其他利益相关者(尤其是债权人)的利益保护?探索这一问题的答案本也绕不开合同法的解读路径。

## 二、未到期出资转让的合同法分析

### (一)出资义务法定的合同解释

股东的出资行为是投资者的理性选择,但是在复杂的市场环境下,为了避免投资者在自利驱动下做出背信行为,法律需要对出资行为加以限制,因此股东出资是法定义务。从公司合同角度进行解释,该法定义务的规定是公司各方利益相关者对股东出资预期的固定。

首先,公司设立前投资者在发起协议、认股协议中以设立公司为目的承诺出资,增资时在增资协议中以投资增值为目的承诺出资,都使承诺者承担起了约定的出资义务。如有任何主体违背这一出资义务将影响公司正常的设立和运行,破坏投资获利的合同目的,构成根本违约。因此投资者在签订合同时,必然报着各投资者顺利出资以便公司运行、营利的合理预期,在公司成立后,公司作为独立主体也享有股东按诺出资的合理期待,这些期待利益是受法律保护的。其次,投资者以转让所有权的方式为公司提供初始资金、成为公司确认的股东后<sup>[12]</sup>,其损益情况与公司经营息息相关,因而股东成为公司存续过程中风险的最大承担者,有

---

<sup>①</sup> 科斯在《企业的本质》中提到,试图通过一条硬性规则来确定是否存在一个“公司”是不可能做到的,因此他对以不同方式组织的生产和交易比对“公司”定义的关注更多。

最强的动机去维持经营、追求利润,也正是基于此公司合同赋予股东剩余控制权和剩余索取权。权利的获取对应的是出资义务的履行,股东对此应当有明确的合同预期。再次,公司债权人通过合同的选择,投入闲瑕资本以期换取固定的债权收益。公司的注册资本等公示信息是公司信誉的组成部分,债权人基于对公示信息的信赖而投资。股东违背出资义务将增加市场交易的成本和不确定性,有损债权人的利益和诚信秩序。最后,公司管理者作为代理人手握公司的经营决策权,对于影响公司运营甚至有损公司独立人格的资本问题应当予以关注,并且管理者承担的忠实和勤勉义务要求其对于出资违约股东催要出资。

综上,公司各方利益相关者对股东履行出资义务都有相似的合同预期,出资义务法定就是公司法条款对这一合理预期的体现和维护。

## (二)未到期出资转让的合同分析

在股东之间订立的以公司为受益第三人的出资协议中,约定了各股东的出资额和出资期限等事项,在出资期限尚未届至前股东享有合法的期限利益。在认缴制背景下,股东尚未到出资期限的股权是完整且无法律瑕疵的,因此可以自由转让。在准备缔结股权转让合同前,如果受让人是善意的,那么作为正常理性经济人,其必然会对股东欲转让出资的数额、出资方式、出资期限等情况进行调查作为交易的基础,并将利弊权衡体现在转让合同价款上,甚至将转让股东对出资情况的真实性承诺纳入合同条款中,进而约定相应的违约责任或要求提供担保等。正如科斯定理所言,如果此时交易成本为零或者很小,股东和受让人会通过不断磋商从而达成双方都接受的资源配置最优的合同,此时合同是趋近于完备并排斥非合同干涉的。如果受让人是恶意的,则可以通过恶意串通否定股权转让的效力,这在法律上并不存在障碍,难的只是在第三人主张恶意串通时的举证能力上<sup>[13]</sup>。

公司作为股东出资义务所对应的债权人,未到期出资转让对其带来的最大问题是转让人和受让人谁来承担继续出资的义务?有学者认为:“出资是股东的一项基本义务,但法律与公司章程仅对发起人课以出资义务,且无论其持有股份是否让渡于他人或几经多次流通转让,在未履行出资义务情况下均需承担资本充实责任”<sup>[14]</sup>,笔者认为这一论述仅针对发起人出资瑕疵的情形。认缴制下的未到期出资本身具有合法的期限利益,不能理解为出资瑕疵,即使存在出资瑕疵,还要区分受让人的善意与否<sup>①</sup>,这是法律公平理念的体现,也是评价投资环境的一大重要因素,因为“一国公司法对股权转让中受让人对发起人未履行的出资责任安排能有效反映该国投资环境的自由度和灵活性”<sup>[15]</sup>。同理,如果一味地要求转让方在完成股权转让后还要继续承担出资义务既缺乏法律上的依据,也与认缴制改革本身所希望达到的减轻投资者负担、降低创业门槛、改善营商环境的初衷不符。从合同法的角度来讲,未履行的债务并非不可转让,只要债权人知情并同意即可,因此未到期的出资转让经过公司的知情同意程序后即由转让后的新股东继受继续出资的义务,这一程序在我国公司法上也有一定体现,即有限责任公司股东对外转让股权需要其他股东过半数同意,即股东会表决形成公司的意思,公司认可股东转让股权表明该行为对公司而言有效。而在发起设立的股份公司中法律并未对股权转让做出约束,这应当是公司类型划分不合理导致的法律漏洞。笔者支持今后将我国公司法定类型修改为更科学的封闭公司与开放公司,同时认为基于现有的立法背景,既然发起设立的股份公司同有限责任公司一样采用资本认缴制,那么同样会面临股东未到期出资转让的问题,此时应当采取与后者同样的处理方式,以符合合同义务转让的规则,保障公司的合理期待利益。

公司合同作为以股东为核心的合同束,在着重体现股东利益的同时也应当兼顾各方利益相关者,其中最重要的就是债权人的保护。公司债权人通过与公司的合同将资金投入公司以获取预期收益,公司以自身全部资产作为债务履行的保证,因此公司资产的变动当然会直接影响到债权人的切身利益。在合同法上,债权人享有代位权、撤销权、不安抗辩权等保护措施,在公司法上,公司减资时应当通知债权人,债权人并有权提出提前清偿或提供相应担保的请求。但未到期出资股权的转让是否应通知债权人法律上并没有强制规定,理由可能是转让后的股东仍将承担起继续缴纳出资的义务,但义务主体的改变实际是可能影响债权人利益的,目前立法存在一定的漏洞,这一点将在后文予以详细分析。

综上,依据一般的合同理论,转让股东在享有处分权和期限利益且不违反正当程序的条件下善意地作出

<sup>①</sup> 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(三)》第18条规定:有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权,受让人对此知道或者应当知道,公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的,人民法院应予支持。

真实的意思表示,从而与受让人签订的未到期出资的转让合同是合法有效的。该行为所能达到的损害债权人利益的可能性和程度都不高,因此该行为所造成的债权人可能的风险不应成为合同权利救济的对象,合同法也无需为此增加特殊的保护方式。并且由于在认缴制背景下公司以其全部资产作为债务的担保,不应当再过分强调注册资本的信用功能,或在此基础上限制股权转让。最后,债权人对于公司股东在出资期限内转让股权的行为没有请求权基础,无法直接对股东行使请求权,这是完全认缴制度产生的制度风险,而这一风险在合同理论下不应当由股东承担<sup>①</sup>。

### (三)未到期出资转让的风险分析

公司合同毕竟不同于一般合同,公司内部治理结构的科层制使得合同的缔结受到企业管理者的控制,单个合同之间的关系紧密并服务于整体。也正是因为公司的团体性使得公司合同涉及的主体众多、关系复杂、牵连范围广,合同行为可能产生的外部性更强、所受的限制应当更多。公司作为团体的核心、合同的目的,也应当成为可被追责的主体。因此从公司的团体性角度进行判断,要求债权人在面对放松监管、自由竞争的市场经济改革方向下的信用风险完全依靠自己引起重视和进行评估以实现自我保护,确实是对债权人的过分苛责以及对公司的不当脱责。并且,现代公司合同理论已经纳入越来越多的社会因素考量,如公司的社区理论就认为公司行为不仅仅包括经济成本更存在广泛的社会成本,因此将关注点转移到公司的社会责任,即董事为股东利益服务的过程中产生的对其他利益相关人的负面影响<sup>[16]</sup>。该理论认为:公司如同一个社区,其中参与的各方基于互相之间的信任而负有尊重和支持义务,又因为公司各利益相关者力量的不均衡,故往往需要法律手段介入阻止违反义务的行为。因此,公司合同的团体性特征要求在一般合同的权利义务判断、违约责任承担之外,还要有其特殊的判断、处理方式。

资本认缴制改革被视作是从“资本信用到资产信用”<sup>[17]</sup>的一大重要转折,但笔者认为除了公司外部债权人往往很难得到准确、完整信息的公司资产,公司信用基础还建立在公司的行政评定结果(如建筑行业的资质等级)、股东及高管人员的信用状况、盈利率、管理与风控机制健全程度等多元化的基础上<sup>[18]</sup>,尤其是有限公司和发起设立的股份公司,其明显的“人合性”特征使得债权人对特定股东享有信赖利益,股东的信用状况对公司信用也有很大的影响。出资义务法定在认缴制下更强调对外的信用保证功能,因此出资期限内转让股权行为的债权人保护要点应当是维持合同信用。在实践中,公司债权人作为理性的经济人对于认缴制下“天价注册资本”与“百年认缴期限”等极端情况导致的股东转嫁投资风险的可能性必然有所防备,会在合同中尽可能地控制风险。股东与债权人的博弈将在股东主张的期限利益、股权转让自由和信息公示的效力与债权人主张的信赖利益及基于信任产生的合同预期之间进行平衡。

在这一博弈过程中,最具代表性的问题就是未到期出资的受让方如果比转让方信用状况差应如何保障公司债权人的自身利益?毕竟债权人在与公司订立合同时信赖的是当时登记的股东出资承诺,尤其是在股东自身信用对公司影响力很大的情况下更是如此,如一些大型的跨国公司、国有企业、行业巨头投资设立的子公司、知名人士出任股东的公司,在市场竞争中的确会因为股东的特殊身份而获得额外的市场信任。但如果这些股东在出资义务未到期时转让股权,进而转让股权中包含的未到期出资义务,实际上损害了公司的信用基础和公司债权人的合理信赖。而如前文所分析,根据合同法的进路,股东转让对公司所负的出资义务,只要经过作为债权人的公司同意即可,转让完成后原转让人对公司不再负有继续出资的义务。公司以外的债权人在合同法上基于代位权也只能对公司享有债权的主体进行权利主张,如果公司在股权转让后都丧失了对原转让股东的请求权,债权人的权利请求显然是缺乏法律依据的。

但回归到问题的本质,股东将未到期出资转让给明显不具备支付能力的后手时,真的取得公司同意了吗?目前的公司法规则实际是将这一判断决策权交给股东的(尚不完全,如股东间内部转让其他股东也没有干预的渠道),事实上真正有权向股东收取出资的债权人应当是公司,而公司在法律上的代理人应当是董事而非单个股东。这一制度安排很明显是体现了传统的“股东会中心主义”的立法思想,进而在某种程度上忽略了董事甚至是公司的应有法律地位与话语权。不可否认“股东会中心主义”有其一定的现实基础,因为在目前的公司运作实践中,几乎董事就是股东的利益代言人而非以公司利益至上。但存在的未必就是合理的,

---

<sup>①</sup> 如学者所担忧的,这似乎暴露出了单纯依靠合同机制存在的债权人保护不足问题。因为信息不对称、市场多变性等必然导致合同的不完全性,公司债权人不可能将所有风险规定在合同中。

“现代公司法发展的一个突出趋势就是从股东会中心主义向董事会中心主义的转变”<sup>[19]</sup>,这是现代社会专业化分工与效率原则的选择,也更有利于对公司债权人和中小股东的保护。如果说在公司成立前由股东会议来决定各股东出资事项尚具备合理性,那么在公司已经依法成立并取得独立法人人格后,在股东转让未到期出资时是否予以同意的权衡与判断再由股东来越俎代庖显然就是不适当的了。因此,既然未到期出资受让方资信不足直接损害的是公司作为债权人的利益,那么此时理应由董事承担起对公司的忠实与勤勉义务,通过拒绝同意这一转让或要求提出相应担保的方式来保障公司利益,具体实现路径则是完善公司法上的董事催缴制度。

### 三、未到期出资转让时公司债权人的保护

#### (一)代理成本的分析路径

经济学视角下的代理关系较法学视角下的委托代理关系范围大,无需明显的委托代理合同。委托人为防止代理人损害自己的利益,需要通过严密的契约关系和严格监督来限制代理人的行为,这将产生代理成本。1979年,Jensen和Meckling在《企业理论:管理者行为、代理费用与产权结构》一文中提出了因所有权、经营权分离产生的股权代理成本和因投资资产所有权、使用权分离产生的债务代理成本。<sup>[20]</sup>股权代理成本和债务代理成本构成了公司代理成本的主要内容。债务代理成本源于股东和债权人的利益冲突。股东掌握着公司的剩余控制权和剩余索取权,因此股东具有风险偏好并且能够通过剩余控制权实现这种偏好。而债权人作为固定收益权人则倾向于公司的平稳运营,股东和债权人之间的冲突将不可避免地带来机会成本、监督与担保成本。在股东转让未到期出资过程中,股东是否已经缴纳出资、出资对象的选择等都可能间接与债权人的利益相冲突,债权人因此需要付出谈判成本、执行监督的成本和担保成本,由时也可能给股东带来机会成本、履约保证成本等。

遵循代理成本的路径进行分析,在认缴出资即将到期的情况下任由市场竞争,则转让股东可能会在自利驱动下寻找一个没有支付能力的受让人达成协议,轻易逃脱依承诺实际缴纳出资的义务,在此之前则充分享受所认缴股权的投票权、分红权等利益,从而在权利义务的实质不对等中受益。然而,由于股东认缴出资的情况是通过商事登记对外公示的,对转让股东有信任基础的债权人显然将在此种转让中丧失信赖利益。如果认为取得其他股东过半数同意(尚有不同意转让必须购买相应股权的限制)即可转让,那么债权人将没有其他法定的救济途径,只能眼睁睁看着自己投资的估值人为地降低。

在假设的合同自由环境下,如果信息完全充分、合同完备且交易成本较低,债权人当然能够通过合同进行自我保护,那么公司法是否规范出资期限内的股东转让股权从效果上没有差别。但是如前所述,信息的不对称、合同的不完备及理性的有限等因素将导致债权人的风险必然存在。完全依赖合同路径会使得债权人自力救济保障不力,最终抑制债权人投资的积极性、阻碍资金的融通,也助长了股东的投机心理,有悖于鼓励投资创业、改善营商环境的初衷。因此,为了平衡债权人与股东的利益,对股东自由转让出资义务的适当限制将逐渐成为共识并成为合同条款固定下来。公司法的规范正是对普遍的商事实践安排的固定,是对合同解决方案的有效补充,从而降低债权人订立相关限制性条款的成本和因此公司丧失经营灵活性的成本,并且立法能够进行更全面的考量,形成配套的机制预防股东和公司隐蔽的机会主义行为,同时界定债权人权利边界。

#### (二)未到期出资转让时债权人可能的救济路径

如前所述,转让未到期出资应当是股东的一项自由,但这项自由如果被滥用也的确会损害公司,进而损害公司债权人的利益。在目前的立法背景下,公司缺乏直接干涉股东转让未到期出资的动力与途径,但公司债权人往往是会积极寻求权利救济的,可能的路径有:

##### 1. 主张转让无效

如果股东为了逃避到期债务、损害公司债权人利益,向明显缺乏支付能力的主体转让未到期出资,则该转让属于民法上的恶意串通、损害他人合法权益的行为,债权人可主张转让无效。但实践证明这一路径的难度是很大的,主观上的恶意、尤其是交易双方串通好的恶意,交易以外的第三人要进行举证证明是极其困难的。因此这一路径可能作为保底的存在是有意义的,但当成债权人唯一的依靠也是明显不足的。

##### 2. 债的保全措施

我国合同法上规定的债的保全措施主要有代位权和撤销权,但都限定了严格的适用条件,代位权要求债务人怠于行使其到期债权,撤销权要求债务人放弃到期债权,而股东在进行股权转让时公司的债权显然是未

到期的,即使《关于适用合同法若干问题的解释(二)》第18条将“恶意延长到期债权的履行期”也规定为损害债权人利益从而导致撤销权的情形之一,但股东的出资期限是在认缴出资之时就确定的,如果不是在到期时才进行延长,则也很难解释为“延长到期债权的履行期”。因此这两条债的保全途径对于公司的债权人来说都是行不通的。

### 3. 不安抗辩权

公司股东将未到期出资的缴纳义务转让给明显缺乏支付能力的主体,对于公司来说即使可以解释为“有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”,那也只是负有先履行债务的公司债权人可以有此抗辩权,已经履行完毕自身债务的债权人则只能望洋兴叹,因此这一路径也是明显不足的。

### 4. 主张股东出资义务加速到期

资本制度认缴制改革带来的股东延期出资期限利益必须带来债权人风险的加大,因此如何合理地规定出资义务加速到期的条件将是决定认缴制实际适用效果的关键。学者普遍支持建立起相应的加速到期制度<sup>[21]</sup>,认为“通过个别债务的清偿而化解危机并避免破产或许是更有利于公司和多数债权人的优先选项,由此而要求未届履行期或履行期不定的股东提前承担出资责任,未尝不可”。<sup>[2]23</sup>

2019年11月8日公布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第6条明确认可了股东依法享有期限利益,只有在满足了公司被执行案件中已具备破产原因但不申请破产或债务产生后延长股东出资期限的情形下,债权人才能例外地要求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。但这一规定一方面并不具备司法解释的法律效力,另一方面仍没有将未到期出资转让的情形考虑在内,显然也是无法提供有效支撑的。

### 5. 公司法人人格否认

“当作为义务人的公司资本构成中存在较大比例的较长缴纳期限的出资,而公司又明显欠缺交易偿债能力,就表明股东利用公司人格开展营业乃是欠缺诚意,目的在于利用公司人格和有限责任把投资风险降低到极限之下,并通过公司形式将投资风险外化给公司的债权人<sup>[22]</sup>,显然属于对公司法人独立地位的滥用,债权人可依据《公司法》第20条提出否认公司法人人格,要求公司股东承担连带责任的主张。但一方面要满足这一法条的前提是要达到未到期出资比例很大、期限很长,导致公司明显缺乏偿债能力的严重程度,在举证上存在困难;另一方面否认公司法人人格毕竟是特殊规则,并不适合经常性地使用来为债权人提供一般性的权利保障。

### 6. 申请公司破产

根据《企业破产法》第35条的规定:“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”,这可能是目前债权人唯一能找到的直接否定股东期限利益的法条依据了,但明显这一路径的适用范围也是非常狭窄的,只有在公司满足破产条件且法院受理破产申请后才能实现,而现实上大量存在的达到实质破产条件却不进入破产程序的“僵尸企业”现象可能原因之一就是为规避这一条款。因此,即使对于达到了该路径适用条件的债权人来说,申请公司破产也始终是一个成本高昂、障碍巨大、效率低下的选择。

综上,目前立法能够提供的债权人救济路径是不足的,且存在一个共同的弊端:都只能在转让行为完成后进行事后救济。如果能从公司这一关键环节入手,明确一个事前的、高效的救济路径殊为可取。从合同分析角度来看,公司合同是一系列的关系合同,可以通过一部分合同条款的修改,间接影响其他合同的实施。催缴制度是通过增加公司与董事间合同的权利义务,赋予董事催缴出资的权利并使其成为董事忠实勤勉义务的内容之一,从而约束股东与公司之间的合同关系。公司合同是不完全合同,需要当事人事后谈判机制、合同的自我履行机制和公司法的补充机制等多种方式来弥补其不完备性。在未到期出资的转让情景下,当事人事后谈判机制和合同的自我履行机制都只能提供事后的救济而无法起到事前风险控制的作用,因此需要有公司法的强制性介入。笔者认为:立法者实际应该做的是摆脱“家父主义”的思想,将未到期出资转让是否对公司不利这一问题交由公司董事来进行商业判断,直接通过债务转让时债权人的同意权来约束股东的转让行为,这是弥补公司合同不完备性成本最小也最高效的方式。

## 四、催缴制度的完善建议

### (一)我国催缴制度的现行规定

催缴是“在一定预设期限到达或遭逢特殊情形时,得由公司专业机构出马,向尚未完全履行出资义务的

股东催收股款”<sup>[23]61</sup>。从世界范围看,催缴制度是董事会可以基于商业判断或特定情况向未实际缴纳出资的股东催缴出资<sup>①</sup>,而我国《公司法司法解释三》第17条<sup>②</sup>规定的有限公司股东到期未履行出资义务或者抽逃全部出资情况下的催缴制度并非真正意义上的催缴制度。在最高人民法院《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》中,虽规定了法院在公司股东存在出资瑕疵时可追加其为被执行人,并要求其缴足出资,但也并未明确在完全认缴资本制下,公司资产不足以清偿债权人债务且股东出资未届章程规定期限时,能否在执行阶段追加该股东为被执行人并要求其提前履行出资义务,只有《企业破产法》及其司法解释规定了公司破产清算时未到期出资的缴纳责任<sup>③</sup>。学界观点也不统一,有认为完全认缴制下可以将股东全面履行出资义务扩张解释为包括出资期未届至的股东提前承担出资责任<sup>[24]</sup>;也有学者认为在认缴制下要求股东提前履行出资义务是基于股东对章定出资义务的违反,若不存在违法和违约的情形,债权人主张股东提前交付出资没有权利基础<sup>[25]</sup>。

从司法实践上来看,由于缺乏明确的法律依据,法院在突破认缴制下登记的出资期限、要求股东出资义务加速到期这个问题上往往采取保守态度,站在裁判者的角度这也很好理解,“认缴制作为一种制度创新,系《公司法》明文规定,加速到期无疑是对认缴制度的突破,这种突破实质上加重了股东个人的责任,在法无明文规定的情况下,不宜对相关条款做扩大解释”<sup>④</sup>。根据现行法律规定,“加速到期的出资应作为公司资产通过清算程序对公司的债务人平等受偿,单个的债权追及诉讼不符合破产法的精神”<sup>⑤</sup>。因此,“在公司存续期间,公司债权人不得以未实际出资为由要求出资未到期的受让股东对公司债务承担清偿责任;当然更无权要求出资未到期的转让股东、公司设立时的其他股东承担”<sup>⑥</sup>。在赵翻与米虹霞等合同纠纷[(2018)鲁01民终1778号],芜湖正特机械制造有限公司、窦燕等与镇江市华宇不锈钢有限公司、赵征云等买卖合同纠纷[(2018)苏11民终938号]两个案件中,虽然一审法院支持了债权人要求股东承担补充责任的请求,但在二审后仍被改判为股东不承担责任,除非债务人公司进入破产程序。只有极少数的法院敢于做出突破,在李杰、中国邮政速递物流股份有限公司广州市分公司服务合同纠纷[(2017)粤01民终11453号]一案中,法院认为:原告于2015年8月25日提起诉讼,被告在2015年9月7日将未全面履行出资义务的股权转让给案外人,原告有理由相信被告股东是为了逃避债务,恶意转让股权,损害其债权,故判决被告李杰在其未出资范围内对债务人贝易电子公司涉案债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。

笔者认为:《公司法司法解释三》虽然在2014年2月进行了修正,但基本只是删除了其中与认缴制明显冲突的条款,没有对股东出资义务在认缴制下的全面转换进行全局的审视与规则的升级,尤其第17条、18条的解释仍然没有明确,是导致目前理论界存在争议、司法界出现不同判决倾向的根本原因。实际上,该解释第17条确定的公司催缴权已经为解决未到期出资转让的问题提供了一个很好的制度基础,只要将催缴的条件增加一项“将未到期出资转让给明显缺乏清偿能力的主体等可能导致出资义务履行出现困难的情形”,那么在股东转让未到期出资可能造成公司未来获取实际出资出现障碍时,董事代表公司就可以行使催缴权,以保障公司合法期待利益。在具体判断上,受让方的资信、偿债能力、公司债权人是否提出异议等因素都应当纳入考虑的范围,由董事基于对公司的忠实和勤勉义务进行商业判断。

## (二)催缴制度的合理性

从制度目标来看,“公司资本制度变革目的,应是赋予公司本身筹资弹性,配合公司业务经营需求。在现行制度下,资金弹性的主导权似乎并非归属公司,反而掌握在出资股东身上。股东出资期限的自治,意味的不只是债权人保护不足,更意味着公司资金需求不畅。”<sup>[23]61</sup>在公司合同上,股东出资义务指向的权利人是公

① 如法国《商法典》规定,公司的董事会、经理等管理层可以根据情况决定股东未出资的部分;美国《特拉华州普通公司法》规定,公司的董事会可以随时要求没有付清股款的股东支付董事会认为业务所需的数额;英国《公司法》规定,股东在合同中可以约定在特定条件下或董事会认为必要时董事会有权向股东发出催缴通知。

② 《公司法司法解释三》第十七条第一款规定:有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资,经公司催告缴纳或者返还,其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资,公司以股东会决议解除该股东的股东资格,该股东请求确认该解除行为无效的,人民法院不予支持。

③ 参见《企业破产法》第35条及《企业破产法解释二》第20条。

④ 参见“内蒙古汇特投资有限公司与张云、内蒙古东雅图农业有限责任公司股权转让纠纷案”二审民事判决书(2019)内01民终1078号。

⑤ 伍峰、安徽长江徽银投资集团股份有限公司与公司有关的纠纷二审民事判决书(2018)皖01民终629号。

⑥ 广州乐博教育科技有限公司与广州友利电子商务产业园有限公司、广州市番禺区桥山镇资产管理有限公司与公司有关的纠纷一审民事判决书,(2018)粤0113民初1051号。



司而不是其他股东,催缴制度的建立正是让资金的主导权回归公司的有力渠道,更符合公司资本制度改革的目的。

从制度基础上看,催缴出资本身就是董事忠实勤勉义务的题中应有之义,不履行该义务将导致责任的承担,通过有效的责任追究机制可以迫使董事站在公司的立场进行合理的商业判断,避免由其他股东来决定是否同意转让可能产生的与公司利益的冲突。

从制度成本上看,一项新制度的构建应当考虑整个法律秩序的稳定性和产生的社会效应。催缴是通过董事对股权转让中的风险进行监控,给予公司在可能失去债务清偿能力前自行调整的机会。较之加速到期诉讼将判断的权力交给法院,催缴制度是更为温和的尝试,也更符合商业社会的逻辑,具备更友好的态度,对现有公司法体系的融入度更高,因此具有比较成本优势。

从专业能力上看,董事是代表公司的内部经营者,充分掌握公司资金需求、股东出资情况和对外负债情况等信息,对于股权转让行为是否会影响公司未来债务清偿能力能够作出最清晰的判断,因此应当享有根据公司经营需求催缴出资的权利。

从公司合同的角度看,催缴制度的建立是对公司内部控制<sup>①</sup>的完善,能够“弥补契约的不完全性,配置公司各主体的权利,形成一个互相约束和制衡的控制系统”<sup>[26]</sup>,有助于通过公司内部自我控制降低代理成本,是公司履行对利益相关者社会责任的重要保证<sup>[27]</sup>。作为一种公司内部监督机制,催缴制度在督促股东履行出资义务的同时也迫使董事恪尽职守,有效减少董事的利益偏离行为从而降低代理成本、增进整体利益。对于股东,催缴制度能够节省转让股东的机会成本,使得善意的转让股东不因过度保护债权人的机制而丧失交易机会或承担过高交易成本;对于债权人,催缴制度能够节省其自我救济的巨大成本,包括与股东或公司进行谈判的成本、进行调查与提起诉讼所付出的成本等,真正有助于营商环境的改善。

### (三) 债权人的外部约束

催缴制度的建立,一方面是为了保障公司的合法利益,一方面也是为了保护公司债权人,但由于信息不对称的问题,债权人只能作为外部的、事后的监督与补充机制存在。而且考虑到董事的代理成本问题,催缴制度能否成功的关键环节在于外部债权人能否起到有效的监督和约束作用。

因此,笔者建议:在催缴制度中应当有董事赔偿责任作为兜底,即如果董事怠于行使催缴权,导致具有合理信赖的债权人以及非自愿债权人(侵权侵权人)受损,则应承担相应的补充赔偿责任。在各国公司法普遍认可了董事对第三人责任的背景下,要求董事在未履行法定义务并导致了第三人损害的时候承担起个人责任并不存在大的障碍。如我国台湾地区性“公司法”第23条就规定:公司负责人对于业务之执行,如有违反法令致他人受有损害时,对他人应与公司连带负赔偿责任,韩国商法第401第1款也规定当董事因恶意或重大过失有怠于其任务时,对第三人承担连带赔偿责任。法国、丹麦、瑞士公司法中也有类似规定。

目前我国已有不少法律、司法解释直接规定了董事对第三人的民事责任,如《证券法》第69条、《公司法司法解释(二)》第18—20条、《公司法司法解释(三)》第13—14条,在《公司法》中尚无董事对第三人责任的一般性规定的情况下,笔者建议先通过对《公司法司法解释(三)》的修订,增加董事怠于行使催缴义务导致债权人利益受损时的补充赔偿责任,除非其能证明自身没有过错(如在董事会决议上投了反对票),以此保障催缴制度的真正落实。

## [参 考 文 献]

- [1] 施天涛. 公司资本制度改革:解读与辨析[J]. 清华法学, 2014(5):129.
- [2] 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[J]. 法学研究, 2014(5):21.
- [3] 李志刚. 公司资本制度的三维视角及其法律意义——注册资本制的修改与股东的出资责任[J]. 法律适用, 2014(7):91.
- [4] 李克强主持召开常务会议,部署推进公司注册合并登记制度[N]. 人民日报, 2013—10—28(01).
- [5] BUTLER H N. The Contractual Theory of The Corporation[J]. Geo. Mason UL Rev. 1988:123
- [6] 黄辉. 对公司法合同进路的反思[J]. 法学, 2017(4):128.

---

① 1992年,美国反虚假财务报告委员会(COSO)发布的《内部控制—整体框架》认为“内部控制是由董事会、管理层和其他企业员工所实施的控制过程,其目标是合理保证企业运营的效率与效果、财务报告的可靠性以及相关法规的遵行性”。



- [7] 蒋大兴. 公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑[J]. 法学, 2017(4):145—146.
- [8] LAMBERT F W. Path Dependent Inefficiency in the Corporate Contract; The Uncertain Case with Less Certain Implications[J]. Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 23, Issue 3 (1998). p. 1086.
- [9] CHEUNG S N S. The Contractual Nature of the Firm[J]. Journal of Law and Economics. 1983(1):17—18.
- [10] MICHAEL C. JENSEN. Organization Theory and Methodology[J]. The Accounting Review. 1983(2):326.
- [11] 罗培新. 公司法的合同解释[M]. 北京:北京大学出版社, 2015:66.
- [12] 叶林. 公司股东出资义务研究[J]. 河南社会科学, 2008(4):118.
- [13] 李志刚. 认缴资本制语境下的股权转让与出资责任[J]. 人民司法(应用), 2017(13):106—107.
- [14] 虞政平. 公司法案例教学(上)[M]. 北京:人民法院出版社, 2012:345.
- [15] 彭真明. 论资本认缴制下的股东出资责任——兼评“上海香通公司诉昊跃公司等股权转让纠纷案”[J]. 法商研究, 2018(6):99.
- [16] MILLON D. Communitarianism in Corporate Law; Foundations and Law Reform Strategies[J]. Progressive Corporate Law. 1995:1.
- [17] 赵旭东. 从资本信用到资产信用[J]. 法学研究, 2003(5):114.
- [18] 叶敏. 论公司信用基础多元化[J]. 广西政法管理干部学院学报, 2005(1):97.
- [19] 叶敏. 公司控制人的法律分析[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2015:41—42.
- [20] JENSEN M C, MECKLING W H. Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure [J]. The Journal of Financial Economics. 1976. p. 305—360.
- [21] 李建伟. 认缴制下股东出资责任加速到期研究[J]. 人民司法, 2015(9).
- [22] 朱慈蕴. 公司法人格否认法理研究[M]. 北京:法律出版社, 1998:44.
- [23] 王文字. 简政繁权——评注册资本认缴制[M]//朱慈蕴. 商事法论集:总第27卷. 北京:法律出版社, 2016.
- [24] 李建伟. 认缴制下股东出资责任加速到期研究[J]. 人民司法, 2015(9):56.
- [25] 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[J]. 法律适用, 2014(11):21.
- [26] HUANG W. Agency cost. Top Executives' Overconfidence, and Investment-cash Flow Sensitivity-Evidence From Listed Companies in China[J]. Pacific-Basin Finance Journal. 2011(3):261—277.
- [27] 卢代富. 企业社会责任的经济学与法学分析[M]. 北京:法律出版社, 2002.

(责任编辑:闫卫平)

## Legal Analysis of Undue Investment Transfer from the Perspective of Contract

YE Min<sup>1</sup>, ZHANG Ye<sup>2</sup>

(1. School of Law, Jiangnan University, Wuxi Jiangsu, 214122;

2. School of Law, Nanjing University, Nanjing Jiangsu, 210023)

**Abstract:** After the corporate registered capital system reform in 2013, there were some problems in protecting the interests of the company and creditors because the supporting system has not closely followed. For example, the transfer of shareholders' equity may bring great potential risks when the subscribed capital has not expired. From the perspective of contract analysis, the transfer of unexpired capital contributions by shareholders includes the transfer of debts to the company, which should be subject to the consent of the company as a creditor, while the expression of the consent should be made by the director on behalf of the company. Based on his duty of loyalty and diligence to the company, the director can take measures to urge shareholders to complete their capital contributions in advance to protect the company's reasonable expected interests if he thinks that the transfer may bring adverse influence on the company's interests. If a director fails to fulfill his due obligation to expedite payment, he shall be liable for supplementary compensation for the consequent losses suffered by the creditors of the company.

**Key words:** Reform of subscribed capital system; transfer of unexpired capital contribution; accelerated expiration; expedite payment system