

隱性實物出資規制淺析

楊舒淇*

所謂隱性實物出資指的是股東在公司設立或者增資時將現金出資與貨物交易結合起來的一種出資安排，也即股東首先按規定履行了其現金出資義務，然後向公司出售貨物，並以收回貨款的方式收回其繳納的股金。就這種行為結合體的本質特徵來看，隱性實物出資是為了規避現物出資規則而產生的行為；另一方面，經濟效應的角度來看，這種行為其實只是一個沒有遵守實物出資規則的行為；從結果上看，隱性實物出資意圖通過兩個合法行為相結合，繞過了法律對於實物出資的強制性審查規則，從這種為了規避法律規制的角度來看，似乎直接可以得出這種行為屬於一種非法行為的結論。但光從目的為導向的論證方面的欠缺使得這種行為的違法性論證在說服力和證明上顯得比較單薄，所以除了從法律目的來衡量結果的違法性之外，還應當從整個過程中論證為甚麼兩個合法行為能夠產生一個非法的結果，從而引伸出法律是如何定義或者限制這兩種合法行為的組合的。所以，如果法律限制隱性現物出資具有結果上的正當性，那麼與現金出資相聯繫的財產交易必然受到法律上的限制。¹ 儘管在有限公司成立之際，為了堅持資本充實，法律對現物出資程序設置了嚴格的規制，但是也還是存在着一些規避或者逃脫現物出資法律程序的情形。² 該類行為是借現金出資的外衣，行現物出資的行為。關於現物出資的規定是嚴格的，但是通過事前迴避，或即使遵守了程序但是在實質上卻使其無機能化。³

然而在中國的公司法中，對於這種為了規避實物出資規則而產生的隱性實物出資行為⁴並沒有專門的

法條規制，但實務中這種現象卻時常發生。接下來本文將從案例的角度，簡單分析中國法律對於這種行為的規制路徑選擇以及德國對於中國實務案例中出現的類似於隱性實物出資的行為是如何界定的。再通過這種制度的對比談談筆者就其中發現的兩個問題的看法。

一、中國法與德國法對於相同案情的不同認定方法

正如上文中所談的，《中華人民共和國公司法》（以下簡稱《公司法》）並未像其他國家一樣專門制定有關所謂的隱性實物出資行為的法條，造成了在實務中股東在公司設立之時為了逃避法律法規中關於實物出資相關評估等繁瑣的程序以及費用而採用名為現金出資實為實物出資的情況。那麼在這種情況下，為了保障債權人利益以及維護公司資本充實原則，在司法認定中，對於這種存在法律漏洞的情形，一般法院會在審理中將案情認定得趨向於《公司法》第 35 條，以及《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定(三)》（以下簡稱《公司法解釋三》）第 12 條中所談及的“抽逃出資”，具體行為的認定要麼從股東利用關聯關係將出資轉出或者是使用兜底行條款直接將這種行為認定為“其他未經法定程序將出資抽回的行為”，那麼實踐中這種解釋合理麼？首先，我們談到的利用關聯關係與公司進行交易的行為，在實際的司法實踐中認定起來是比較複

* 澳門大學法學院碩士研究生

雜的。僅《公司法》第216條第4款關於關聯關係的定義⁵來界定實際案例中的抽逃出資下的關聯交易實然是不夠的，交易是一種協商的結果，協商過程本來就具有複雜性，那麼在想在這過程中去界定是否存在利用關聯關係並且損害公司利益也就具有一定的複雜條件，必須結合實際案情來闡述；而出資的條件相比之下就更加簡單明確一些。就“南京博展鋼材有限公司訴丁麗俊股東抽逃出資案(以下簡稱案例一)”⁶中，法官在這種情況下對於這種行為為何屬於抽逃出資的解釋是比較模糊的，只是在簡單列舉了相關證據形成完整證據鏈後，直接引入《公司法解釋三》第12條關於抽逃出資部分的法律條款，或者直接跳過是否以實物交易代替現金出資而將其解釋為“以實物資產方式補足出資”這種詞義上的偷換概念，將隱性實物出資的“代替”轉換為“補足”，這種定義其實是以一種先入為主的思維去審理案件，也即在考量實物交易環節的時候，直接將之前的現金出資以及公司交付貨款的行為認定為是一種抽逃行為，而後再來評價實物交易的性質，筆者認為這樣的認定方式是否存在本末倒置之嫌。⁷在另外兩個案例中，隱性實物出資的表現形式則為用股東繳納的股金來清償公司欠股東的債務，“深圳市天陽宏科電子技術發展有限公司與深圳市思越信息系統有限公司追收抽逃出資糾紛案(以下簡稱案例二)”⁸中，對於公司欠股東的欠款，在主張補足出資的時候不管是當事人角度還是法院的角度，均將改欠款認定為公司歸還股東的借款，在這裏沒有就此借款的清償涉及抽逃出資的情形。“無錫錫工量具有限公司訴沈炳權追收抽逃出資糾紛案(以下簡稱案例三)”⁹中，法院從《破產法》的角度，引用《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國企業破產法〉若干問題的規定(二)》(以下簡稱《破產法解釋二》)第46條認定股東對於公司的出資不能以其對公司的債權主張抵銷。¹⁰實踐中對於這種以股東繳納股金來清償公司欠股東債務的情形，結合這兩個案例來看，有的是承認其清償行為的有效合法性，有的則在破產程序中認定為是抽逃出資的行為。可以看出，類似的情形，由於中國關於這方面的專門法律規制漏洞的存在，法院在認定時，首先就是否是抽資行為存在着不同的認定標準，再則是根據具體案情情節不

同，認定為抽逃出資後對於被告的補足出資的請求權基礎不同，可以從《公司法》去認定，也可以像後來的一個案例一樣，在破產階段，先根據案情認定公司先前增資後返還現金出資屬於抽逃出資後，利用《破產法解釋二》的規定否認被告關於對以公司債券主張對公司出資之債的豁免。從上述的案例中，包括在各類相關的文獻中可以看出，雖然中國對於這種隱性實物出資沒有專門的規定，但是一般法院在認定這類案件時，大致的做法是根據具體案情的不同，一般都是套用《公司法》關於抽逃出資的法條來認定股東將現金轉出與實物交易(或者主張債券債務抵銷)的行為是否具有違法性，對於後者也即認定了現金轉出行為屬於抽逃出資後，因為一般這種隱性實物出資行為大部分是在公司破產之後，管理人在破產清算程序中發現出資轉出的行為，那麼這時可以利用《破產法》的規定去追回出資，例如上述案例三中，通過引用《破產法》來否認股東主張債權債務抵銷。¹¹

對於隱性實物出資，德國以前的司法實踐對於隱性實物出資採取的是廣義說，除了股東與公司之間進行實物交易外(體現在案例一中)，還將來回支付、分紅收回程序以及以股東繳納的股款清償欠股東的債務(體現在案例二、三中)界定為隱性實物出資。後來德國在《有限責任公司法現代化及反濫用法》的第17條(c)中採用了狹義說，其所認定的隱性實物出資則僅僅是指股東與公司之間實物交易的隱蔽行為。那麼就從《現代法》來看，德國如果要認定股東的行為屬於隱性實物出資，首先要看股東繳納的股金的數額與公司購買的股東的實物所支付的價款在數額上能否不可分割的結合起來，也即股東把向公司出售實物作為其進行現金出資的前提條件，二是看出資行為與實物交易之間在時間上有無關聯性，德國採取的期限是六個月。那麼在案例一中，被告股東於2011年前設立了博傑公司，2011年3月1日前實繳貨幣出資144萬元後又抽回出資，證明了之前投入公司的房屋和設備在3月鑒定價格上172.996萬元以此來主張公司註冊資金充實，在時間上，根據案例中被告所提供的證據，只是說明了公司於2011年投入設備和廠房，但並沒有具體時間，所以就這些證據來看不能證明在兩行為之間時間期限上滿足6個月之內的限制。再則，

德國在實質上和時間上要求兩行為之間有聯繫之外，還要求當事人與公司之間在主觀上，必須就現金出資和實物買賣達成協議，筆者認為，這種協議在認定是否為隱性實物出資時起着至關重要的作用。但在該案例中並沒有顯示股東在設立公司繳清股金之前於公司達成了任何的買賣協議，那麼在這一點上也可以否認案例一中股東不存在隱性實物出資的行為。

綜合上述對於案例的比較分析，筆者就中國司法實踐中對於股東和公司之間的現金出資與實物交易行為的界定參考基礎(大多從利用關聯交易抽逃出資的角度)的合理性，以及隱性實物出資中就公司與股東間的事前協議在中國現行法框架下如何定性這兩個問題提出自己的一些看法。

二、是否可用抽逃出資中的關聯交易涵蓋隱性實物出資行為

結合實踐中的案例以及公司法關於關聯交易的法律規定來看，筆者認為不能用關聯交易來直接定義隱性實物出資行為的理由有三個。一是，就損害公司利益外觀來看，隱性實物出資在實務中多數情況下為了逃避實物出資的法律規制以外，它的表現形式多數情況就是現金出資－實物交易－實際以實物作為對公司的出資，那麼除去對實物出資的評估逃避外，這種實物出資是否就與現金出資形成一種資本失衡的出資狀態，筆者認為是有待考量的，就從價值方面來看，不一定這裏的實物的價值就比設立公司時的現金出資價值要少，那麼，就從這一點來看，隱性實物出資在這種情況下就沒有滿足《公司法》第 21 條中關於關聯交易需要損害公司利益的要求。二是，本身關聯關係的認定過程比較複雜，加之對於隱性實物出資存在法律漏洞，如果生硬套用利用關聯交易將出資轉出，是否會造成司法認定中對於公司與股東進行正常交易的範圍縮小。因為，隱性實物出資行為中股東利用實物出資將現金出資轉出的行為與股東利用關聯交易將出資轉出的行為在範圍上，筆者認為是屬於交叉關係的，正如上述第一個觀點所描述的，既然有些情況下股東利用實物交易將出資轉出的行為不滿足

損害公司利益的情況，那麼實踐中將範圍存在交叉關係的兩個行為界定為包含關係是否存在以偏概全的情況，並且這種情況是否會使得公司與股東在正常的合法經營交易中受到更大的交易壓力。三是，從兩者的規制目的來看，關聯交易是為了處於對公司和其他股東的利益的保護，而隱性實物出資則傾於對債權人利益的保護。¹² 並且，關聯交易的法律規制針對的是公司成立以後的行為，但隱性實物出資則屬於公司設立中的問題，兩者在階段性上就存在差異。

三、隱性實物出資中就公司與股東間的事前協議如何定性

一般在德國法對於隱性實物出資的規制下，其中一個關鍵就在於股東與公司之間將現金出資與交易行為結合起來的約定應當如何認定。在這方面，他們認為公司與股東之間必須就現金出資和貨物買賣達成協議，一般認為是股東在繳清全部股金之前於公司達成的買賣協議都應該納入考量範圍之內，具體是否屬於隱性實物出資還應當結合客觀構成要件(即上文中提到的現金出資與實物交易兩行為之間的實質內在聯繫和時間上的聯繫)來認定。其重要性體現在這個約定是交易行為與出資義務之間的連接點，缺乏這一個約定就很難說明是否發生了隱性實物出資這一行為。在德國的司法實踐中，根據原來德國《有限責任公司法》第 19 條第 5 款的規定，股東與公司之間達成的債權性協議無效。以前這種協議被認定為是無效的，但德國是典型的物權無因性的國家，這裏的協議無效並不影響物權的變動效力，一旦股東的出資被認定為隱性實物出資那麼他的出資義務則不能被免除，其必須繼續履行現金出資義務。但原來德國關於這一協議的規制導致了股東不但不能通過實物的轉移免除出資義務，而且還無法從公司取回被轉移的實物，這時股東只能通過對公司請求不當得利的請求權來收回實物，但是根據不當得利公司與股東之間進行的實物交易就應當恢復原狀，對給付及其對價進行清算。如果公司因為支付不能而陷入破產，股東就無法完全實現其返還請求權，這無疑是不合理的。¹³ 但現

在的德國關於這一協議的有效性則採取承認其效力，但交易行為不能免除股東的出資義務。這種協議的有效性使得股東的出資形式由現金出資轉換為實物出資，並且這種出資方式是有效的，但要經過價值鑒定和公示，也即股東尚需繳納的現金出資為認繳出資額與實物價值之間的差額。¹⁴

對於上述問題，關鍵在於中國並沒有關於隱性實物出資方面的具體法條規範，那麼就沒有關於認定這種行為的標準或者構成要件。所以如果實務中出現這種出資事前約定的行為，法院就應該從其他相關法律中尋找救濟辦法。可以看出公司與股東在繳清其出資之前的實物買賣協議可以規制於《中華人民共和國合同法》(以下簡稱《合同法》)的管轄下。首先，公司與股東為了設立公司或者增資，但又為了規避實物出資帶來的一系列法律問題，比如股東的出資義務、手續註冊問題等，採取事先約定一方以現金出資以保障公司設立或者增資完成，再以實物交易的形式將現金轉出從而通過這種隱蔽的方式去更換出資方式。這種情況是是否可以引用《合同法》第 52 條中關於合同無效的法定情形的第 3 款“以合法形式掩蓋非法目的”或者第 2 款“惡意串通，損害國家、集體或者第三人利益”，筆者認為需要分具體情況而言。首先看甚麼情況下可以適用《合同法》第 52 條第 2 款，比如，《公司法》規定出資標的的實際價額顯著低於公司章程所定價額時，股東要承擔差額補充責任，其他股東要承擔連帶責任這是關於股東出資瑕疵方面的規定，那麼股東為了規避將來可能因實物出資而遭遇的差額責任或者連帶責任，採取這種隱性實物出資的方式，以約定的交易價格來取代實物出資的評估價值。¹⁵ 那麼其實處於這種目的之下約定的交易價格很可能在多數情況下會造成實物真實價格與現金出資之間存在很大的差額，但是由於實物交易的部分以及現金出資的行為都是合法的，但是股東是為了規避由於實物出資不實帶來的法律責任，從而以這種迂迴隱蔽的方法來完成實為實物出資名為現金出資的行為。所以在這種情況下筆者認為是可以通過《合同法》第 52 條第 3 款來主張該交易合同無效的。那麼就怎麼通過主張《合同法》第 52 條第 2 款的“惡意串通，

損害國家、集體或者第三人利益”，一般公司與股東之間達成這種關於現金出資和實物交易的協議，很大程度上就不利於保護公司資本真實原則，如果沒有公司資本真實原則的保證，公司章程中所規定的註冊資本額就很可能成為一個虛假的數字，這種隱性實物出資行為，從公司的角度來看，它無疑是將對公司經營十分重要的流動資本返還給股東，勢必危及公司自身的經營發展；從公司的債權人的角度來看，出於隱性實物出資產生的原因來看，公司的實際資本可能會在很大程度上降低，最直接的就是影響公司的清償能力。¹⁶ 在這種情況下公司的客戶或者相關信貸機構並不知道這一情況，這樣就不利於他們做出經營投資決定。那麼在這種情況下，就可以通過認定公司與股東之間就現金出資和實物交易所達成的合同，主觀上具有惡意串通，現實中損害了第三人的利益，從而主張該合同無效。

四、結束語

正如上述，不管是從案例中來分析具體的關於隱性實物出資的問題，還是從《公司法》或者《合同法》的角度來規制在隱性實物出資中各個環節所面臨的法律問題，不可否認的是，中國確實在隱性實物出資方面缺少直接的法律規制，但是否有必要將其他國家關於隱性實物出資的法律規制進行引進吸收，筆者認為可以進行借鑒，但要杜絕盲目吸收。除去如何吸收他國經驗的問題，即便是現如今缺少直接法律規制，也可以看出，我們可以在隱性實物出資的各個環節利用相關法律進行規制從而去限制這類現象的發生。所以也應當看出，對於這種問題的出現，不應當盲目的去批判規制的欠缺而讓此類問題不置可否，而是在既然該類問題的直接解決辦法尚未出台之前，應當善於利用相關法律來進行完善，從而能夠為積累足夠的案例處理經驗來推動相關法律或者解決辦法的出台打下基礎，這樣才是真正能夠使法律用至其所應用之處的道理所在。

註釋：

- ¹ 王東光：《隱性現物出資規制比較研究》，載於《清華法學》，2010年第4期，第40頁。
- ² [日]志村治美：《現物出資研究》，于敏譯，北京：法律出版社，2001年，第152頁。
- ³ 同上註，第155頁。
- ⁴ 在接下來的案例分析中，因為首先中國法中並沒有專門的名詞去形容“隱性實物出資”，並且在實際案例中也不一定就屬於外國法所認定的“隱性實物出資行為”，但為了表述方便，筆者從中國法角度來分析中國實際案例中存在大致符合該名詞外觀的行為表述為“隱性實物出資行為”。
- ⁵ 《中華人民共和國公司法》第216條第4款：關聯關係，是指公司控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員與其直接或者間接控制的企業之間的關係，以及可能導致公司利益轉移的其他關係。但是，國家控股的企業之間不僅因為同受國家控股而具有關聯關係。
- ⁶ 見江蘇省靖江市人民法院民事判決書(2015)泰靖商初字第0219號。
- ⁷ 在該案件中，就原告提出的證據以及被告的質證意見，法院的認證意見為：對於被告辯稱的其已補足註冊資金一節，因以實物資產方式補足出資，亦需經過法定評估確認實物價值的程序，蔣錫其、丁麗俊對設備、資產的陳述，泰州中院執行過程中的筆錄均不足以證明鑒證結論書中的設備、廠房系丁麗俊的個人財產，故被告辯稱丁麗俊已補足出資的意見，本院依法不予採信。
- ⁸ 見廣東省高級人民法院民事判決書(2015)粵高法民二破終字第54號。
- ⁹ 見江蘇省無錫市錫山區人民法院民事判決書(2014)錫法商初字第00328號。
- ¹⁰ 本案中，錫工公司管理人認為錫工公司並未結欠沈炳權款項，且不論沈炳權所述其以個人名義為錫工公司借款逾1,000萬元投入公司使用以及其個人向錫工公司提供借款的事實是否成立，沈炳權是否據此對錫工公司享有債權即對錫工公司享有破產債權，本院亦認為，股東對公司的出資形成的是公司用於其獨立經營並獨立對外承擔責任的財產，而股東對公司享有的破產債權在公司破產的情況下其實際價值大大低於名義債權額，若允許股東因抽逃出資對公司所負之債務能與其破產債權相抵銷，將侵害其他債權人的利益，有違公司資本維持原則和破產法宗旨，故沈炳權即使對錫工公司享有債權亦不能抵銷其對錫工公司所負抽逃出資之債。
- ¹¹ 被告主張公司在經營過程中，其先後多次以個人名義對外借款逾1,000萬元並將款項投入公司使用，由於公司每次借款之後都是基於用款，未能及時辦理增資驗資手續，所以後來的增資驗資手續僅是屬於補辦；二是主張公司在辦理了增資手續後，其個人又先後投入大量款項給公司使用或着以個人名義為公司借款使用。
- ¹² 同註1，第51頁。
- ¹³ [德]托馬斯·萊塞爾：《德國資合公司法》，高旭軍譯，北京：法律出版社，2005年，第423頁。
- ¹⁴ 同註1，第47頁。
- ¹⁵ 同上註，第50頁。
- ¹⁶ 高旭軍：《論德國公司法中禁止隱性實物出資問題》，載於《南開學報》，2001年第2期，第90頁。