

特殊侵权说下抽逃出资的公司法规制

王湘淳

摘 要：新《公司法》完善了抽逃出资规范，对其进行妥当解释应以明确抽逃出资的性质为前提。抽逃出资应被界定为损耗股本、造成资本亏空的特殊侵权行为。抽逃出资属于侵权，新《公司法》规定的返还出资与损害赔偿等应被定性为侵权责任。未造成公司资本亏空的行为，不属于抽逃出资，不应适用抽逃出资规范，应适用“违法减资”“违法分配”“违法关联交易”等规范乃至一般侵权规范。因抽逃出资造成公司资本亏空，所以其存在适用各类资本亏空规范的可能。若否定资本亏空规范的适用，则无需强调抽逃出资于公司法领域内的特殊性。《公司法解释三》相较于新《公司法》的做法更为可取。但《公司法解释三》中的资本亏空规范仍以抽逃对象出资规范原型，需甄别适用。

关键词：抽逃出资；出资义务；资本维持；股本

一、问题的提出

2024 年生效的《中华人民共和国公司法》（以下简称新《公司法》）保留了禁止抽逃出资的规范，但未明确抽逃出资的性质、内涵及与其他行为的界分，无法提供明确的行为与裁判指引。反映在司法实践中，体现为法院对抽逃出资的法律属性、内涵外延存在不同见解：同一行为在此案中被认定为抽逃出资，在彼案中则可能被认定为“违法回购”“违法分配”“违法关联交易”等，这导致规范适用分歧，致使类案异判现象频发。抽逃出资是实缴资本制度下诞生的产物，但在认缴资本制度下，股权的获得不再以实缴出资为前提。在此背景下，如何认定抽逃出资、阐释其内涵外延以及进而化解裁判分歧便成为了亟待解决的问题。新公司法明确了抽逃的返还出资与损害赔偿两种责任，但该返还属于不当得利的返还抑或广义侵权责任的返还？损害赔偿是侵权责任抑或是特殊的法定责任？这些定性分歧将直接导致其构成要件差异。此外，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）》（以下简称《公司法解释三》）规定抽逃出资可适用股东除名规范、发起人充实责任规范等资本亏空规范，^①但新公司法并未承继司法解释的规定。这一作法是否合适，应作何种协调，后续司法解释修订应否延续公司法解释三的规定？回答这些问题的核心前提仍是明确抽逃出资的法律性质，厘清其内涵与外延。学界不乏对抽逃出资性质与概念的研究成果，但遗憾在于未将抽逃的性质、概念与其法律后果规范紧密结合，即没有对“基于抽逃出资的性质，相应规范应如何解释与续造”进行充分论证。由此，本文探讨抽逃出资的性质、明确其概念内涵、剖析抽逃出资与其他行为的边界，在此基础上再分析抽逃出资应产生何种法律后果，明确其规范适用。

作者简介：王湘淳，中央财经大学法学院副教授。

基金项目：本文系国家社科基金一般项目“公司治理模式多元化选择的规则革新研究”（22BFX188）与中国法学会部级法学研究自选课题“论股东协议的组识法效力”[CLS(2024)D67]的阶段性成果。

① 参见张其鉴：《股东出资义务履行不正常的债法评价及其公司法衔接》，《经贸法律评论》2023 年第 5 期。

二、抽逃出资属特殊侵权

我国早期实行严格的资本制度，规定了较高的最低资本额，并要求实缴出资。为了应对严格的资本制度，一些股东选择将资金实缴到公司，等验资结束后再将资金抽回。抽逃出资是对这一行为的概念描述。这种经典形态的抽逃出资属于规避最低注册资本与资本实缴规则的法律规避行为，但随着公司法取消最低注册资本制、改资本实缴制为资本认缴制，抽逃出资的表现形态也日益复杂。重新厘定抽逃出资的法律性质及其概念内涵，使得其能够同时应用于认缴制公司与实缴制公司。

（一）否定侵权说的反驳

否定抽逃出资为侵权的观点可分为否定抽逃出资为侵权行为与否定抽逃出资适用侵权规范两类。后者强调公司法领域内的侵权行为应优先适用公司法规范，但并不否认抽逃出资是侵权行为；而前者直接否认抽逃出资为侵权行为，但这一观点值得商榷：

首先，认为抽逃不属于侵权行为，往往是对“损害”概念的误解。抽逃出资包含减少资产与增加负债两种形式，认为抽逃出资不是侵权行为的经典论据是侵权不能涵盖增加负债。我国侵权法中的损害是指“行为人的行为对受害人的民事权益造成的不利后果”^①，按照经典的差额说，可涵盖公司负债的增加。也即，负债的增加让公司的整体财产状态产生了差额。

其次，将抽逃出资界定为公司不当向股东分配或公司财产无对价地流向股东无法否定抽逃的侵权性质。^②其一，该说认为抽逃出资是公司的行为，不是股东的侵权行为。但是这既有碍个案实质公平也与我国现行法不符。实践中，股东实施抽逃往往需借助其在公司的身份或者得到董事、高管的帮助。对这两种情形，无论是新公司法还是公司法解释三均将股东作为抽逃出资的首要责任人，规定股东担责。若认为这两种情形应认定为公司行为，否认抽逃属于股东的侵权行为，则难以解释立法的合理性。其二，“公司不当向股东分配”说其实并未明确抽逃的性质，只是着重从公司角度对抽逃行为进行描述。故其未否定抽逃的侵权性质，与侵权说可共存。

（二）特殊侵权说的证成

抽逃出资的侵权说一直为有力说。^③为避免向一般法逃逸，公司法学者的任务是指明抽逃侵权的特殊性。占主导地位的观点认为，抽逃出资的特殊性在于“抽逃的对象为出资”。这契合我国早期的资本实缴制度，但在现今的资本制度下需再探讨：

首先，该观点导致抽逃出资规范适用范围受限。该说认为抽逃的对象为出资，适用前提是出资已经实缴，这意味着其不能适用于未实缴的股东，亦不能适用于抽逃数额超出出资数额的情形。但这并不妥当：其一，未实缴股东“空手套白狼”的抽逃行为比实缴股东的抽逃行为更应得到规制；其二，将抽逃数额超出出资数额的抽逃认定为违法分配利润或侵占公司资产等，会导致侵犯公司资产数额较少的行为，属于抽逃出资，抽逃者承担更为严苛的责任；侵犯公司资产数额较多的行为，不属于抽逃出资，抽逃者承担更为宽松的责任的不当局面。

其次，该观点会使抽逃出资难以认定，这突出反映在货币出资中。相较于非货币场合可借助特定物或标识种类物锁定出资对象，在货币出资场合，几乎无法确定股东抽逃的货币就是出资的货币，仅能通过比较出资的数额与抽逃的数额来拟制抽逃的对象是出资。但若“企业家采取化整为零的策略，把预期的抽逃出资额分摊在无数笔可以掩盖抽逃出资的交易中，并且每次抽逃都做得相当克制，那么企业家被查处的风险就更加微乎其微”^④。这导致在司法实践中被认定为抽逃出资的往往是那些极为明显的抽逃行为，即股东将出资款项转入公司账户后旋即转出相同数额款项的行为。

① 黄薇：《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》，法律出版社2020年版，第7页。

② 参见张保华：《分配概念解析——兼评〈公司法司法解释（三）〉中的抽逃出资》，《政治与法律》2011年第8期。

③ 参见樊云慧：《从“抽逃出资”到“侵占公司财产”：一个概念的厘清》，《法商研究》2014年第1期。

④ 桑本谦：《法律经济学视野中的公司资本制度改革——聚焦中小微企业》，《中国法律评论》2017年第4期。

最后,强调抽逃的对象限于出资也导致抽逃出资规范极易被规避。譬如,股东在出资后,可操纵公司通过交易行为,将出资换回等价财产,再抽逃该财产。再如,“对象限于出资”的完整表述应是抽逃对象限于股东自身的出资。若股东甲抽逃的是股东乙的出资,股东乙抽逃的是股东甲的出资,即可规避抽逃出资规范的适用。坚持这种观点也导致实践中被认定为抽逃出资的,往往都是那些懒得在抽逃上花费心思的行为。若公司法有规制“复杂型”“隐蔽型”抽逃行为的雄心,就不得不放弃抽逃对象为出资的观点。

本文认为,抽逃出资的特殊性在于这一侵权行为损耗公司股本、造成公司资本亏空。损耗公司股本是一个资产负债表的概念。在持续经营的公司中,归属于股东的资产(公司资产减去负债)反映在资产负债表上即为“所有者权益”,主要由股本、资本公积、盈余公积与净利润四部分构成。若公司资产向股东流出的数额超过公积金数额与净利润数额之和,就说明超过部分源于股本,该流出造成股本数额减少,损耗股本。^①公司资产向股东流出可能存在多种形态,既可体现为公司向股东分配(不当分配型),又可体现为股东转走公司货币或侵占公司资产(典型侵权型),还可体现为公司与股东交易时,公司为履行合同义务,向股东给付资产(不当交易型)。无论通过何种方式侵害公司财产权益,只要损耗股本即可认定为抽逃出资。其中,对于交易型的抽逃出资,还需考虑公司获得的对价,即应先将公司资产向股东流出的数额减去股东资产向公司流出的数额,再将结果与公积金数额与净利润数额之和进行比较。因此,更为准确的表述是公司资产向股东流出的“净数额”。

损耗股本标准的理论基础是“资本维持原则”。^②依据该原则,公司应维持与资本(股本)总额相当的财产,以具体财产充实抽象资本。^③当资产流出的净数额损耗股本,资产少于资本,就会造成资本亏空,这违反了资本维持原则。^④就此而言,禁止抽逃出资规则是资本维持原则的具象体现。不得损害股本有着广泛的比较法作法可作参考。譬如,在特拉华州,若回购股份的资金超过公司的盈余,属于损害公司资本。^⑤依据《特拉华州普通公司法》第154条,公司净资产超过资本金额的部分(如有)应视为盈余。^⑥又如,德国《有限责任公司法》第30条规定,为维持基本资本所必要的公司财产不得支付给股东。据此,该条中禁止向股东进行给付的规定,只涉及“给付或者分配侵害到维持资本所要求的公司资产”的情形。公司法解释三制定者也曾指出,在判断行为是否构成抽逃出资时,应注意把握行为对资本的侵蚀这一要素。最高人民法院在新公司法生效后也再次强调这一观点,其指出“要求股东不得抽逃出资,目的是防止因股东抽逃出资而减少公司资本”。^⑦虽早有观点指出,抽逃出资认定的核心标准应是损耗股本,但持此观点者多不赞同其侵权行为定性。本文认为,损耗股本与侵权定性并不冲突,只不过损耗股本标准限定了可被认定为抽逃出资的侵权行为的范围。

反对损耗股本标准的主要理由是,其无法检测资产流动性的变化,难以应对资产负债表未改变时公司偿债能力的弱化,故应引入“实际偿付能力检测标准”。但首先,该局限性不是抽逃规则所具有的,而是资本维持原则所固有的。^⑧且“实际偿付能力检测标准”也需董事会中心主义等配套制度,无法仅靠修改或解释抽逃规则的方式引入。其次,两种标准并不冲突,保留“不得损耗股本标准”不

① 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。

② 参见朱慈蕴:《公司资本理念与债权人利益保护》,《政法论坛》2005年第3期。

③ 参见吴飞飞:《资本维持原则的当下意蕴及其对偿债能力测试的借鉴》,《政法论坛》2023年第4期。

④ See John Armour, *Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law*, 63 *The Modern Law Review* 355, 355-356.

⑤ See TCV VI, L.P. v. TradingScreen Inc., No. CV 10164-VCN, 2015 WL 1598045 (2015), *aff'd sub nom. Cont'l Invs. Fund LLC v. TradingScreen Inc.*, 275 A.3d 754 (2022).

⑥ 《Delaware General Corporation Law》§ 154.

⑦ 最高人民法院民事审判第二庭编著:《中华人民共和国公司法理解与适用(上)》,人民法院出版社2024年版,第243页。

⑧ 参见潘林:《“与公司对赌”合同履行的组织法进路》,《政法论坛》2024年第2期。

影响未来引入“实际偿付能力检测标准”^①。最后，本文秉持解释论立场，在公司法选择资本维持原则的背景下，应将损耗股本作为判断抽逃的标准。

（三）特殊侵权说的展开

本文主张将抽逃出资定性为股东侵害公司财产权，损耗或可能损耗股本的侵权行为。其特殊性在于，侵权行为的行为主体是股东，客观行为是侵害公司财产权益的行为，行为结果是损耗或可能损耗股本。

首先，行为主体限于股东。抽逃出资是资本维持原则的具体体现，该原则规制的是公司资产向股东流出的行为。故而，抽逃出资的行为主体限于股东，其他主体实施的损耗或可能损耗股本的行为不构成抽逃出资。股东在实施抽逃行为时可能伪装成其他主体或得到其他主体帮助，如不当分配型抽逃的决策主体表现为股东会，实施主体表现为董事（会）、高管；不当交易型抽逃的决策主体表现为股东会、董事会及以经理为代表的公司高管，实施主体表现为公司代理人；典型侵权型抽逃的决策与实施主体也有可能表现为董事、高管或公司财会人员。这些情形下，必须证明这些主体与股东构成共同侵权，共同侵权成立的必备条件包括行为人存在主观的共同过错与客观的共同参与行为。^②若不能证明构成共同侵权，不能认定为抽逃出资，但可认定其行为属于一般侵权。还需阐明的是，行为的主体限于股东并不意味着资产的直接接受方必须为股东。实践中，不少股东选择通过各种方式将公司资产转移到自己的关联方名下，^③或操纵公司向自己的债权人偿还债务，^④这不影响抽逃出资的认定。

其次，侵权行为的表现方式多样。《公司法解释三》第12条列明了抽逃的三种常见形态，但抽逃行为的表现方式远非该条所能涵盖：一方面，抽逃行为既可体现为违法（不当）交易行为，也可体现为违法（不当）分配行为，^⑤还可体现为典型侵权行为。其中，交易行为既包括双方法律行为，也包括单方法律行为，还包括非法律行为；分配行为可进一步区分为回购、减资、利润分配等多种子类型；典型侵权行为则体现为股东通过各种方式侵占、转移公司资产。另一方面，抽逃行为可以是一次性行为，也可以是化整为零的多次性行为。在多次性行为中，可以是短时间段内的多次行为，也可以是长时间段内的多次行为。可以是同类型的多次行为，也可以是不同类型的多次行为。譬如，股东综合运用不当分配、不当交易、侵占公司财产等方式抽逃。

最后，侵权行为的后果是损耗或可能损耗股本、造成公司资本亏空。具体而言，若行为已经实施，根据对象的不同，分别可构成返还原物或损害赔偿之侵权责任承担方式；若行为未实施，因为可能损耗公司股本，适用消除危险之侵权行为承担方式。存在多次抽逃行为时，需综合多次行为进行整体考量，判断行为是否达到损耗股本的程度。必须指出，不当交易型抽逃的危害后果最难识别。因为交易往往表现为有偿行为，难以判断行为是否损害公司的财产权。这在公司为股东提供担保场合体现得尤为明显。譬如，法院在某案件中认为，公司承担保证责任属于或然债务，并不必然发生，即使公司承担了保证责任，也有权追偿，并不会导致公司财产的必然减少。^⑥实践中，往往需等到交易履行阶段甚至执行程序终结后方能判断公司财产是否会因交易受损。此时，应以交易的产生时点还是以交易的完成时点或交易的涉诉时点为节点判断交易行为的具体后果？这属于价值判断问题：公司法理论反复强调为尊重自治，应尽可能避免用法院的、非商业的、事后的判断去替代公司的、商业的、事前的判断，但这可能导致部分抽逃行为逃脱法律规制。禁止抽逃出资是资本维持原则的体现，资本维持原则本就是对公司自治的限制。故在交易涉嫌损耗股本时，应以法院的事后判断替代公司的事先判断。

① 参见王军：《抽逃出资规则及公司分配制度的系统性改造》，《法学研究》2021年第5期。

② 参见王利明：《侵权责任法》（第2版），中国人民大学出版社2021年版，第99页。

③ 参见（2020）最高法民终107号民事判决书。

④ 参见（2021）最高法民申1151号民事判决书。

⑤ 参见刘斌：《公司分配的类型规制与体系调适》，《政法论坛》2022年第4期。

⑥ 参见（2015）闽民终字1292号民事判决书。

三、抽逃出资的具体识别

抽逃出资与“违法资本交易”“违法关联交易”、公司人格否认等行为的关系存在较大争议，代表性的观点认为抽逃出资规范应定位为公司资本流出端的兜底性规范，但在特殊侵权说下，此观点难以成立。

（一）违法资本交易场合的抽逃出资

理论上，公司与股东交易可分为资本交易与经营交易。资本交易项下，除抽逃出资外，还包括回购、分配、减资等交易形式。抽逃出资如何与其他违法资本交易相区分？既有研究提出了“行为主体不同说”“未经法定程序说”等观点，但皆有不足之处。行为主体不同说是司法实践中的有力说。如对于“违法回购”，最高人民法院认为，抽逃出资的主体应当是股东，而案涉行为系公司依章程回购股权，但公司本身并不能够成为抽逃的主体，故本案不涉及抽逃出资问题。^①与主体说密切相关的是“未经法定程序说”，该说被《公司法解释三》第12条确认，该说认为未经程序为认定抽逃出资的要件，若经过了法定决议程序，不能定性为抽逃出资。但若仅以是否经过程序判断行为主体或行为性质，会导致控制股东通过操纵股东会进行的侵害行为不会被认定抽逃出资之后果，这并不妥当。虽程序具有维护公司意志独立的功效，^②还可以一定程度上剥离股东的主观过错，但这本质上是一种经验法则上的大概率事件。不能据此认为，只要经过程序，公司的意志就独立于股东，^③也不能认为只要经过程序，股东就不具有故意等过错。因此，经过程序的行为，也有可能是股东的抽逃行为。而未经法定程序的行为，也有可能是正常的商业行为。

抽逃出资与其他违法资本交易实质相同或后果相同之观点也不成立。有观点认为，抽逃出资规范与其他资本交易规范是一般性规范与特殊性规范的关系。^④此观点实质是认为抽逃出资与其他资本交易并不存在实质区别，这也是实践中的有力说。但法院认为两者不存在实质区别往往是为了适用抽逃出资规则。比如，部分法院认为“违法减资”与抽逃出资的实质相同^⑤或后果相同，^⑥“违法减资”应适用或类推适用抽逃出资规则。但如前述，抽逃出资是损耗公司股本的侵害公司财产权益行为。若其他违法资本交易行为造成损耗股本的后果，可被评价为抽逃出资，若未造成且不可能造成此后果，不可被评价为抽逃出资。

在此基础上，抽逃出资规范与其他违法资本交易规范的适用问题也有了答案：譬如，违法分配利润可分为违反财源限制与违反决议程序两类，仅有违反财源限制且损耗或可能损耗股本时才可被评价为抽逃出资。在行为同时被评价为抽逃出资与其他违法资本交易时，公司等可以在抽逃出资规范或其他违法资本交易规范中选择。如同时构成抽逃出资与违法利润分配，可选择《公司法》第53条或第211条。但选择并无实际意义，因为两者指向的法律后果一致，即公司有权要求股东返还资金；给公司造成损失的，公司有权要求股东及负有责任的董监高承担赔偿责任，返还与赔偿数额不会因其属于抽逃出资或“违法分配”有所差异。此外，由于行为损耗股本，还可能适用资本亏空规范，如股东需对公司债务承担补充赔偿责任。抽逃出资的资本亏空规范与“违法分配”规范不属于一般法与特殊法的关系，后者不排除前者的适用。

（二）违法关联交易场合的抽逃出资

公司法通过关联交易规范群规制经营交易，通过资本流出规范群规制资本交易。在此分类下，隶

① 参见《最高人民法院关于发布第18批指导性案例的通知》（法〔2018〕164号）。

② 参见周游：《公司法语境下决议与协议之界分》，《政法论坛》2019年第5期。

③ 参见王湘淳：《论公司意思独立的程序之维》，《中外法学》2021年第4期。

④ 参见朱慈蕴主编：《新公司法条文精解》，中国法制出版社2024年版，第96页。

⑤ 参见（2010）民提字第79号民事判决书。

⑥ 参见（2017）沪02民终521号民事判决书。

属于资本交易的抽逃出资似本不应适用关联交易规范。但实践中，抽逃出资往往伪装成经营交易。《公司法解释三》第12条也将关联交易作为抽逃出资的典型形态。由此，抽逃出资存在同时适用抽逃出资规范与关联交易规范的可能：在规制的主体范围上，关联交易规范仅规制控股的股东、控制的股东、执行公司事务、担任董监高的股东与公司的交易，^①前述范围外的股东与公司间的交易不适用关联交易规范，仅可能适用抽逃出资规范。如前所述，抽逃出资是损耗股本的行为。若交易行为未损耗股本，则仅可能适用关联交易规范。在这二者外的交易型抽逃可能适用两类规范，如何处理规范适用问题？对此经典难题，不同法域，乃至同一法域在不同时期都可能给出不同答案。^②

本文认为，对于两种规范的规范适用问题的解决方式如下：

首先，若抽逃股东是公司的董监高或实际执行公司事务的双控人或前述两类主体的关联人，其与公司的交易适用新《公司法》第182条。依据该条，交易需向公司报告，且经过公司机构决议。未经决议的，交易不对公司产生效力。前述范围外的其他股东与公司间的交易不以向公司报告、得到有权公司机构决议批准为必要前提。

其次，抽逃出资还需满足交易公平的条件。交易公平通常难以认定，可通过明晰交易不公的方式反向界定。若交易对价显著失衡，且不具有正当商业目的，应认定交易不公平。交易不公平给公司造成损失的，股东应当承担赔偿责任，该责任的构成要件与法律效果不因规范依据为新《公司法》第22条或第53条而有所差异。

再次，若交易对价显著失衡，还需进一步类型化。类型1：交易的履行未损耗且不可能损耗股本，应尊重自治，由公司判断交易是否具有正当商业目的。若交易决策经由能够保障公司意志独立的程序而作出，法院不再对交易目的进行审查。^③类型2：交易的履行损耗或可能损耗股本时，该履行行为属于抽逃出资。抽逃出资行为违反资本维持原则，不在公司自治范围内，应受到司法审查。^④但法院可借助审查是否具有正当商业目的，判断股东及相应人员是否存在过错，进而认定股东等是否承担损害赔偿赔偿责任。

最后，履行行为属于抽逃出资时，未履行的不能履行。但交易或合同不因履行行为属于抽逃出资，违反禁止抽逃规范无效。一种观点认为，合同内容违反禁止抽逃出资规则的，合同无效。^⑤但其过于严苛，不够尊重交易自由，不利于促进交易创新。因此，以“九民纪要”为代表的观点指出，合同不因违反禁止抽逃规范而无效，若合同的履行构成抽逃出资，则受到禁止抽逃出资规范的约束。这具有合理性，如前所述，禁止抽逃出资规范规制的对象是抽逃出资行为，而抽逃出资是损耗股本的行为，这在交易场合体现为履行行为。只要阻却履行，即可实现禁止抽逃出资规范的规范目的。在规范目的得以实现的前提下，无须再否定合同的效力。这种情况下，合同的效力应当依据民法典法律行为效力规范进行判断。这也能尽可能协调“尊重交易自由、促进交易创新”与“保护公司、股东、债权人利益”两种法政策目标的冲突，且符合效力与履行相区分的原则。

（三）公司人格否认场合的抽逃出资

若抽逃出资行为属于“滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益”的，可适用公司人格否认规范。此时构成规范竞合，债权人可选择人格否认规范或抽逃出资规范。选择人格否认规范的效果是让抽逃股东对公司的债权承担连带责任，选择抽逃出资规范的效果是让抽逃股东在特定范围内对公司的债权承担补充责任。实践中，抽逃出资行为构成人格否认的包括两

① 参见王湘淳：《控制股东忠实义务的完善：基于特拉华州公司法的比较考察》，《证券市场导报》2024年第6期。

② See European Model Company Act, General Comments of Chapter 7, Official Comment (2017).

③ 参见王湘淳：《论我国利益冲突交易的统一综合调整》，《法学家》2024年第1期。

④ 参见（2022）新民再168号民事判决书。

⑤ 参见（2014）鲁商初字第25号民事判决书。

种类型：第一，抽逃出资致使公司资本显著不足。但资本显著不足并非指公司资产显著不足，而是指（注册）资本相对于经营业务所需的资金显著不足。^①但抽逃侵害的是公司财产权益，并不会造成资本显著不足。据此，抽逃行为不构成资本显著不足型人格否认，适用人格否认规范的做法并不正确。第二，抽逃行为体现了股东对公司的过度控制。过度控制是人格否认的经典类型，抽逃出资是损耗公司股本的严重侵权行为，该行为得以实施的前提通常是抽逃股东控制了公司的经营决策。因此，严重的抽逃行为可能构成过度控制型人格否认。

（四）抽逃出资不属于违反出资义务

将抽逃出资视为违反出资义务的观点实难成立。就法律性质而言，不履行出资义务属于违约行为，抽逃出资属于侵权行为。就体系定位而言，不履行出资义务属于资本制度前端的不当行为，违反资本确定原则，抽逃出资属于资本制度后端的不当行为，违反资本维持原则，^②两者的性质与定位均存在较大差异。将抽逃出资视为违反出资义务的主因仍是，抽逃的经典形态是股东将资金实缴到公司后旋即资金抽逃，这一行为存在被解释为出资义务履行瑕疵的可能。但随着抽逃出资的行为对象不再与出资相绑定，难以再将绝大多数的抽逃出资界定为出资义务的履行瑕疵，抽逃行为与违约行为解绑。

将抽逃出资视为违反出资义务的主要目的，是让抽逃出资可与其他违反出资义务的行为适用相同规范。相反，否定其属于违反出资义务的表现形式，则否定了适用相应规范的可能。但违反出资义务与抽逃出资引发的法律后果并不相同。将抽逃出资界定为违反出资义务的观点，难以解释抽逃股东为何不需要承担违约责任，而股东其他违反出资义务的行为，则会引发违约责任。同样，这一观点也难以解释负有责任的董监高为何需要与“违约”股东承担连带责任，而董监高与股东承担连带责任的规范并不适用于其他违反出资义务的违约行为。需探讨的是，应如何处理股东将资金实缴到公司后旋即资金抽回的行为。本文认为该行为既可以被评价为违约行为，属于拒绝履行或部分履行之违约，又可以被评价为抽逃侵权行为，构成违约与侵权的竞合。

四、抽逃出资法律责任的展开

抽逃出资在私法领域内的责任可分为侵权法责任与组织法责任，分别对应特殊侵权规范与资本亏空规范，前者是侵权责任在公司法中的具体应用，后者是“抽逃出资应由公司法规制”之主张的具体体现。因为，抽逃行为是损耗公司股本之特殊后果的侵权行为，此特殊后果的法律效果即为适用资本亏空规范。

（一）特殊侵权规范的解释

抽逃出资为造成特殊后果的侵权行为，而不同侵权责任的主观要件并不相同。具体而言，返还出资不以过错为要件，损害赔偿的过错要件包括故意与过失。

1. 返还出资

抽逃出资属于侵权行为，其引发的返还出资属于侵权责任。原《侵权责任法》第15条规定，返还财产是侵权责任的承担方式。民法典进一步抽象，其第179条将返还财产作为民事责任的承担方式。^③侵权责任作为经典类型的民事责任，自可适用第179条的规定。立法参与者指出，新《公司法》第53条中的返还对应的是《民法典》第179条的返还财产责任。^④返还财产这一法律效果可能对应多个规范，如在民法典中，可能是第235条所规定的“返还原物”，也可能是第985条规定的“返还取得的利益”。抽逃出资属于侵权行为，第53条第2款所称“返还抽逃的出资”对应的是作为侵权责任承担方式的返还财产。作为侵权责任承担方式的返还财产，与作为物权请求权的返还原物的效力没有

① 参见胡改蓉：《“资本显著不足”情形下公司法人格否认制度的适用》，《法学评论》2015年第3期。

② 参见凤建军：《公司股东的“除名”与“失权”：从概念到规范》，《法律科学》2013年第2期。

③ 参见杨立新：《〈民法总则〉民事责任规定之得失与调整》，《比较法研究》2018年第5期。

④ 参见王瑞贺：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社2024年版，第82页。

实质差别。^①也即，返还指返还原物，限于实物。须指出，一者，若抽逃的实物已灭失，不适用返还原物之责任承担方式，可能适用损害赔偿或不当得利返还；二者，返还财产仅限于实物，若抽逃的对象并非实物，公司仅可主张不当得利返还请求权等。返还原物责任不以占有人存在主观过错作为要件，只要抽逃股东为无权占有，都应承担此种责任。对于侵权型抽逃，占有为无权自无疑义。在分配型与交易型中，占有是否有权则应依据分配行为与交易行为的效力进行判定。以交易型抽逃为例：第一，若合同有效，股东享有保有该物的债权，属于有权占有，不应返还原物。公司可依据合同约定，要求抽逃股东支付相应对价。在股东履行合同后，仍造成公司损失的，存在适用损害赔偿规范的可能。若股东存在不履行合同等违约行为，产生违约责任。此时，存在违约责任与侵权责任的竞合。第二，若合同无效，且公司在交易中给付的为实物。股东自始不享有保有物的债权，属无权占有，应当返还原物，适用返还原物请求权。倘若认为占有也属于不当得利中的利益，则成立占有型不当得利。此时，不当得利返还请求权与返还原物请求权竞合，公司可选择依据第53条主张返还原物，也可选择依据第985条主张不当得利返还。但不当得利的返还不属于侵权责任承担方式的返还，不当得利制度的目的在于剥夺得利人没有法律依据的所获得的利益，^②侵权责任的目的在于恢复被侵权人至损害发生前状态的完整利益，两者在制度目的上的不同也决定了其返还数额的差异。据此，公司依据第53条或者第985条可主张的返还数额并不相同。此外，公司还可依据《民法典》第157条主张返还原物。若公司在交易中给付的并非实物，不享有返还原物请求权，不适用第53条“返还抽逃的出资”规范。但公司可依据《民法典》第157条返还或者第985条返还。理论、实务界对于第157条之无效返还存在争议，主流理论指出，合同无效清算可适用不当得利返还规范，^③相反观点认为合同责任排斥不当得利返还规范的适用，并指出“我国立法及审判实务主流立场从未将合同无效清算返还与不当得利进行过捆绑”。因此，这种情形下，公司依据第157条主张的返还数额有待进一步探讨。

2. 损害赔偿

侵权损害赔偿责任的归责原则一般采过错原则，过错包括过失与故意。抽逃出资损害赔偿责任也以过错为要件，且过错包括过失与故意。有观点认为应将主观限于故意，其重要理据是应依据主观恶性的不同课以差异化的法律责任。相较于违法分配利润等不当行为，抽逃出资引发的法律责任更重。由此反推，抽逃的主观恶性也应相对较高。这一观点在应然层面或能成立。但实然上，新公司法并未就抽逃出资设置更为严苛的责任。基于此，不应将损害赔偿责任的主观要件限于“故意”。否则，会产生其他不当行为更易追究股东责任，抽逃出资更难追究股东责任的局面。譬如，在交易型抽逃中，即便交易损耗股本，股东也会主张该损耗源于正常商业风险，自己对该损耗不存在故意，不承担责任。在将主观要件界定为过错的前提下，可限缩解释“过错”，以保障无辜股东利益。

必须指出，虽《公司法》第53条规定，抽逃出资给公司造成损失的，负有责任的董监高应与抽逃股东承担连带赔偿责任，第211、226条分别规定，“违法分配”、“违法减资”给公司造成损失的，负有责任的董监高应承担赔偿责任，但不能将其解读为立法者对抽逃行为课以了更为严苛的责任：一方面，抽逃出资的行为主体为股东，股东也是抽逃出资的首要责任人。让董监高承担连带责任并不会让股东承担更为严苛的责任。相反，董监高承担责任后，不能向抽逃股东追偿。^④按照这种观点，股东的责任反而更为宽松。另一方面，抽逃场合董监高需承担更为严苛责任的观点也难以成立。连带责任是一种极为严苛的责任类型，仅产生于法律规定或当事人约定。法律规定连带责任也“必须有充分

① 参见魏振瀛：《侵权责任方式与归责事由、归责原则的关系》，《中国法学》2011年第2期。

② 参见黄薇：《中华人民共和国民法典总则编释义》，法律出版社2020年版，第318页。

③ 参见崔建远、陈进：《债法总论》，法律出版社2021年版，第343页。

④ 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《中华人民共和国公司法理解与适用（上）》，人民法院出版社2024年版，第246页。

的法理依据,否则易于跌入滥设重责的立法陷阱”。^①因此,应探析第53条规定的连带赔偿责任的法理基础。抽逃出资是侵权行为,其引发损害赔偿责任自然是侵权责任,董监高所需承担的连带赔偿责任的性质也是侵权责任。负有责任的董监高承担侵权责任的前提是实施了侵权行为。依据《民法典》第1168、1169、1171条,董监高承担连带责任限于:一者,其与抽逃股东共同实施了侵权行为,成立共同侵权;二者,其与抽逃股东分别侵权,但每个人的行为足以造成抽逃出资损害。首先,抽逃场合的连带责任大多属于共同侵权。董监高对抽逃承担连带责任早先见于《公司法解释三》第14条,该条规定协助抽逃出资的实控人、股东、董监高需对抽逃出资的返还责任、补充赔偿责任承担连带责任。协助抽逃是帮助、教唆这一共同侵权类型在抽逃领域内的具体体现。依据共同侵权规范,协助抽逃者应承担连带责任。帮助、教唆等协助者通常持有故意之主观状态,但不可据此认定为仅在董监高“故意”时,方才承担连带赔偿责任。因为这些董监高还可能与股东成立普通共同侵权:第1168条中的普通共同侵权之“共同”,包括共同故意、共同过失、故意与过失相结合三种形态。^②三者皆可成立共同侵权。其次,若董监高与抽逃股东的侵权行为是分别实施的,且每个人的侵权行为足以造成全部损害的,承担连带责任。这种情形中,董监高在实施侵权行为前及实施过程中,与抽逃股东没有意思联络,不属于协助抽逃出资的董监高。

在前述两种情形外,依据第1172条,若董监高与抽逃股东分别实施侵权行为,且其行为不足以造成抽逃损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担责任。典型情形如董事因重大过失未发现交易问题,代表公司与股东进行不公平交易,监事未尽监督义务,未能及时阻止。此情形下,股东、董事、监事不存在意思联络,且各自行为皆不足以造成损害后果,属于分别侵权。与之类似,“违法分配”等给公司造成损失的,负有责任的董监高应当承担赔偿责任,也是这种情形。例如,执行董事因重大过失向股东会提交违法利润分配议案,股东因过错未发现议案的违法性,导致议案通过。此时,股东与执行董事构成分别侵权,各自承担相应责任。若负有责任的董监高与股东构成共同侵权,也应承担连带责任。两者差异化表述的原因,或许在于抽逃场合,以共同侵权为常见形态,分别侵权为例外形态。

综上,返还出资与损害赔偿是侵权责任于抽逃场合的体现,二者的适用范围与构成要件不因是否损耗股本而有所差异。就此而言,二者在抽逃场合的特殊性主要体现为举证责任。《公司法解释三》第20条规定,原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的,被告股东应当就其已履行义务承担举证责任。虽该条的表述为“履行出资义务”,但由于该解释并未严格区分抽逃出资与出资义务的(不)履行。因此,抽逃出资的举证责任分配也适用该规范。

(二) 资本亏空规范的适用

抽逃出资对应的资本亏空规范,可能包括抽逃股东对公司债权人承担补充赔偿责任规范等六种。抽逃出资适用返还规范与赔偿规范自无疑义。但学界对于抽逃出资是否适用、如何适用资本亏空规范存在较大分歧。这种分歧在“法律”层面也存在直观体现:公司法解释三明确规定抽逃出资适用部分资本亏空规范,新公司法则未明确抽逃适用任何资本亏空规范,即便未来新司法解释延续或部分延续公司法解释三的规定,该作法或许只表明最高法而非法工委同志的意见。^③如前所述,抽逃能否适用资本亏空规范与公司法调整抽逃的正当性密切相关,不可不察。下文分类探讨:

1. 资本充实类规范

首先,发起人资本充实规范可适用于抽逃出资。新公司法将发起人资本充实责任规范的适用范围

^① 陈甦:《股权受让人出资责任的规则建构分析》,《环球法律评论》2023年第3期。

^② 参见黄薇:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第17-18页。

^③ 如参见林一英:《公司注册资本认缴登记制的完善》,《国家检察官学院学报》2023年第6期;杨永清、潘勇锋:《公司法修订若干问题探讨》,《法律适用》2023年第1期。

限于公司设立时的出资义务瑕疵履行场合。类推至抽逃出资，即为公司设立时，股东侵害公司财产权益损耗股本，设立时的其他股东与该股东在损耗股本的范围内承担连带责任。该连带责任的依据是合伙理论。依据该理论，设立时股东间的法律关系为合伙。在合伙法律关系中，合伙人需对外承担连带责任，该责任的制度功能是强化合伙人的相互监督。合伙理论解释了设立时股东为何存在监督义务，且该监督义务在抽逃场合的履行也具有合理性：一者，设立时股东参与公司的创设活动，具有较大可能发现抽逃行为。二者，设立时的抽逃通常为股东将资金实缴到公司后旋即资金抽回之经典形态，这种抽逃较易被发现。

其次，知情受让人充实规范不应适用于抽逃出资。公司法解释三与新公司法均未明确抽逃情形下股权转让的责任承担。实践中，较为主流的作法是类推适用未履行出资义务股权转让的责任承担规范，^①即要求知情受让人承担连带责任，这一做法并不妥当：

价值判断层面，要求受让人承担充实责任的理据有二：一者，公司利益不能应因股权转让受损。为实现此目的，应要求受让人承担连带责任，但这在抽逃场合难以成立。因为抽逃是侵权行为，其引发的损害赔偿与返还出资属于抽逃股东的侵权责任，不会因股权转让而转移，公司利益也不会因股权转让改变。在此前提下，不应扩大责任主体的范围。二者，受让人责任未实际增加。有观点认为，若法律要求受让人承担责任，理性的知情受让人会与抽逃股东协商确定转让款，并将等同于抽逃数额的价款扣除。但协商有成本，要求受让人承担此成本不具合理性，且这种观点忽视了抽逃数额可能大于转让款数额。此时，双方无法达成一致意见。该观点实质上阻碍此种情形下的股权转让，并不合理：假设抽逃股东将抽逃财产挥霍一空后，计划通过转让股权的方式获取资金，以承担赔偿责任。若要求受让人承担连带责任，将会阻碍转让交易的达成，公司利益反而难得到保障。受让人的责任承担还可以与董监高对比。依据第53条，负有忠实勤勉义务的董监高在“负有责任”的情形下承担连带责任，“负有责任”要求其主观存在过错，客观存在不当行为。与之相对，受让人对公司不负有义务，也不存在不当行为，仅因知道抽逃即承担连带责任未免过于严苛。

理论构造层面，要求受让人承担资本充实责任主要存在债务转移与瑕疵物转移两种解释方案，但皆难以成立。方案一将抽逃出资纳入出资义务的范畴，^②基于股权与出资的对应关系，股权转让包含债务转让，本应经公司同意，^③但为提升流通性，股权转让无须公司同意，作为替代的是受让人承担责任。也即，受让人责任是对“对股东转让出资义务而不经公司同意的一种规则补偿”。^④方案二将抽逃后的股权视为瑕疵股权，^⑤且认为对于抽逃出资与未履行出资义务这两种形态的瑕疵股权，受让人的注意义务与责任承担具有相似性，因而得以类推适用未履行出资义务的受让人责任规范。但是抽逃行为是股东的侵权行为，不属于未履行出资义务，更不会导致股权存在瑕疵。

2. 权利限制类规范

首先，股东失权规范不应适用于抽逃出资。股东失权是维护资本充实的制度工具，其适用场景是，股东未履行且经催缴后仍不履行出资义务的，公司向其发出失权通知，该股东丧失其未缴纳出资的股权。虽股东失权与抽逃出资在制度功能上有共通处，但股东失权规范适用于抽逃存在解释论障碍：一者，失权仅适用于不履行出资义务，但抽逃原则上不属于未履行出资义务。二者，失权的对象是未缴纳出资的股权。即，出资与股权存在明确的对应关系，该对应关系的理论基础为出资是股权的对价，

^① 参见最高人民法院民事审判二庭编著：《最高人民法院关于公司法解释（三）、清算纪要理解与适用》，人民法院出版社2011年版，第250页。

^② 参见（2019）浙02民终4791号民事判决书。

^③ 公司同意规则于解释论上的可能，参见龚浩川：《有限公司股权对外转让中的公司同意权》，《政法论坛》2025年第2期。

^④ 陈甦：《股权受让人出资责任的规则建构分析》，《环球法律评论》2023年第3期。

^⑤ 参见（2021）桂02民终5100号民事判决书。

“股权是股东出资行为导致的法律后果”。^①使股东丧失未缴纳出资的股权符合权利义务相一致的原则。但特殊侵权说下,抽逃的对象不是出资而是资产,公司资产与特定股东的股权不存在对应关系。因此,即便扩张解释未履行出资义务,使其涵盖抽逃,失权规范仍难以适用于抽逃出资。

其次,股东除名规范具有适用可能。公司法解释三制定者认为股东除名的制度功能在于保证资本的确定与充实。^②这被认为混淆了除名与失权。在新公司法引入股东失权后,股东除名应回归其原有的制度功能,否则不具有存在必要。在此前提下,除名应坚持其“解决公司内部冲突”的制度定位。该定位下,股东除名的适用场景是,股东因特定重大事由失去其他股东的信任,在穷尽内部救济措施仍无法修补信任关系后,公司除去该股东的股东资格。抽逃出资是损耗股本的严重侵权行为,也间接损害了其他股东的利益,可能破坏股东间的信任关系。这种情形下,股东除名规范可适用于抽逃出资。因此,虽股东除名的制度功能本不在于维护公司资本,但于抽逃场合也存在适用空间。只不过,抽逃出资能否适用股东除名规范,其核心判断标准不在于抽逃是否损及股本,而在于是否损害股东的信任关系。因此,即便未来新司法解释仍保留股东除名规范,且仍明确抽逃出资适用该规范,但该规范本质上属于信任维护规范而非本文所称的资本亏空规范。

最后,限制股权规范具有适用可能。限制股权也具有保证资本充实的制度功能,但公司法解释三限制股权规范的理论依据是“出资是股权的基础”。依据该说,股权产生的基础是股东的出资,股权受到出资状况的影响,可依据出资的状况限制股权。并且,对股权限制的程度应与股东的出资程度相对应。限制股权规范能否适用于抽逃出资,关键在于抽逃出资的法律性质。若将抽逃定性为违反出资义务,可适用限制股权规范。相反,若将抽逃定性为侵权行为,难以适用限制股权规范。因为,侵权行为所造成的公司财产权益的损失额与股东出资额无关。在抽逃出资侵权行为说下,需重新厘定限制股权规范的理论基础,将“出资是股权的基础”改为“股东资格是股权的基础”。在股东资格说下,股权的基础是股东资格。作为社团的公司,可基于正当事由对于股东的社员权进行限制。该说并不强调股东权利与出资的对应关系,对于股东权利的限制程度也无须考虑股东的出资状况。

3. 便利债权人规范

便利债权人规范可适用于抽逃出资。便利债权人规范是指抽逃股东在特定范围内对公司债权承担补充赔偿责任。对其性质,存在债权人代位权说、第三人侵害债权说与公司法上的特殊责任说三类。从构成要件与法律效果上看,该规范与债权人代位权规范、第三人侵害债权规范存较大差异。因而,只能认为该规范在制定过程中,参考了债权人代位权说等学说,但不能将其解释为债权人代位权等规范的具体应用。本文认为,应将其解释为公司法上的特殊责任。该责任的理论基础是资本充实原则。基于该原则,抽逃股东对公司债权人的补充赔偿责任的数额并非抽逃出资的数额,而是抽逃行为损耗的股本数额。因为该种损耗“使得公司资本处于不确定和不充实状态”,虽“公司资本不一定能完全真实地反映一个公司的实际经济实力,却是一个债权人对市场形势进行判断以及发生意外时是否能够得到救济的保证”。未损耗股本的公司财产权益损害行为虽然也减少了公司责任财产,但没有让债权人产生误判,与其他公司责任财产减少的行为无实质区别。也即,股本数额之上的公司资产不受资本亏空规范的特殊保护。

结 语

本文主张抽逃出资应被界定为损耗公司股本、造成公司资本亏空的特殊侵权行为。相对于既有研究,本文可能的贡献有二:一者,将损耗股本说与侵权行为说相结合。侵权行为说与损耗股本说往往

^① 最高人民法院民事审判二庭编著:《最高人民法院关于公司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第260页。

^② 同上注,第261页。

相互对立。本文认为两者可相互结合，即相对于侵权行为说，本文主张仅在损害达到损耗股本的程度才构成抽逃出资；相对于损耗股本说，本文主张损耗股本行为的性质是侵权行为。二者，基于这种结合，本文对既有规范进行了阐释：

抽逃出资是侵权行为，抽逃股东应承担返还出资、损害赔偿等侵权责任；抽逃出资是造成公司资本亏空的行为，未造成亏空的行为不能认定为抽逃出资，符合条件的，可认定为“违法减资”、“违法分配”“违法关联交易”等；造成资本亏空的行为可同时构成抽逃出资与上述行为。也即，抽逃出资规范仅在①损害公司股本的场合，构成②“违法减资”“违法分配”“违法关联交易”等违法行为的兜底性规范，这在①与②两点上不同于将“抽逃出资规范应定位为公司资本流出端的兜底性规范”的有力说，该说①通常不认为抽逃出资规范对“违法关联交易”等经营交易兜底，②且不考虑抽逃是否损害股本、造成公司资本亏空。造成资本亏空这一特殊后果的法律效果即为适用资本亏空规范。^①

On the Regulation of Company Law on Capital Withdrawal: Based on Capital Withdrawal as a Special Tort

Wang Xiangchun

Abstract: The new Chinese Company Law has improved the rules of capital withdrawal, which should be interpreted in a way that clarifies the nature of capital withdrawal. Under new Chinese Company Law, capital withdrawal should be defined as a special tort of depletion of capital stock, resulting in a capital deficiency. Capital withdrawal belongs to tort, Chinese Company Law provides for the restitution and damages should be characterized as tort liability. Did not cause the company's capital deficiency behavior, does not belong to the capital withdrawal, should not apply to the capital withdrawal rules, but should apply to the “illegal capital reduction” “illegal allocation” “related transactions” and even general tort rules. On the contrary, if the application of the rule of capital deficiency is denied, there is no need to emphasize the special nature of the withdrawal of capital in the field of company law. Therefore, the Judicial Interpretation of the Company Law (III) is preferable to the new Chinese Company Law. However, the capital deficiency rule in the Judicial Interpretation of the Company Law (III) is still to “the object of withdrawal as shareholders’ capital contribution” as the object of regulation, need to be further transformed.

Keywords: Capital Withdrawal; Shareholders’ Capital Contribution Obligations; Capital Maintenance; Capital Stock

（责任编辑 陈景善 韩萌萌）

^① 参见陈景善：《库存股的组织法规范与公司资本制度的衔接》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2023年第1期。