

重构“禁止抽逃出资”规则的公司法理基础

刘燕*

内容提要 公司法资本制度改革引发了对现行抽逃出资规则的普遍质疑,也进一步强化了以“侵占公司财产”取代“抽逃出资”概念并追究抽逃出资股东侵权责任的改革动议。然而,从公司财务结构看,股东抽逃出资包括侵占公司财产与增加公司负债两条路径;诉诸于侵权法更忽略了禁止股东抽逃出资是公司法最古老的理念以及资本维持原则的核心要义。由于我国《公司法》缺乏股东—公司间资本性交易的规则框架,导致最高法院抽逃出资司法解释的不周延;它与《公司法》下分配规则的疏漏交织在一起,共同造就了实践中抽逃出资问题的困境。摆脱困境不在于抛弃抽逃出资概念或诉诸侵权法,而应重构抽逃出资规则的公司法基础。

关键词 抽逃出资 资本维持原则 公司法资本制度改革 侵权责任

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2015.04.010

问题、背景与研究进路

抽逃出资是我国经济生活中常见但极富争议的现象:在法律人眼中,抽逃出资被称为“隐蔽、复杂、专业性较强的违法行为”;在商人、特别是一些民营企业家看来,抽逃出资犹如一种“口袋罪”,是政府对企业秋后算账的工具。^① 2013年底的公司法资本制度改革在颠覆了传统法定资本制的同时,也再次引发学界对公司法抽逃出资规则的普遍质疑。不少人认为,对于大多数实行认缴登记制的公司而言,取消法定最低资本额后,抽逃出资问题自然消失了,因为股东没必要再去抽逃那也许微不足道的出资。^② 在这种看似顺理成章的逻辑下,《刑法》废除了抽逃出资等资本犯罪对认缴登记制公司的适用,^③学者进一步建议将“抽逃出资罪”更名为“抽逃公司财产罪”。^④ 类似地,公司法领

* 北京大学法学院教授,博士生导师,北京大学法学院公司财务与法律研究中心主任。本文是国家社科基金后期资助项目“上市公司财务运作的法律规制——路径探寻”(项目批准号:13FFX010)的阶段性成果。

① 参见杨涛《虚假出资、抽逃出资罪也应取消》,载《济南日报》2013年10月29日第F02版。

② 参见刘宪权《中国(上海)自由贸易试验区成立对刑法适用之影响》,载《法学》2013年第12期。

③ 资本犯罪通常包括虚假出资罪、虚报注册资本罪和抽逃出资罪三个罪名,又称“两虚一逃”。

④ 卢建平《公司注册门槛降低对刑法的挑战——兼论市场经济格局中的刑法谦抑》,载《法治研究》2014年第1期。

域近年来一直有将抽逃出资视为侵权行为的主张,^⑤如今这种观点俨然已成为主流,甚至有学者呼吁用“侵占公司财产”概念替代“抽逃出资”概念,强调非此不足以切割股东出资与公司独立财产之间的关联,也无法“真正确立公司法人的独立地位”。^⑥

然而,上述以“侵占财产”或“侵权”替代抽逃出资概念的主张与现实中的两个事实明显相悖:第一,稍微了解公司资产负债表结构的人都知道,“资本”与“资产”往往是资合公司的一体两面,在大多数情形下,股东抽逃出资也就同时意味着股东非法地从公司取得财产,二者是共生的关系,而非替代的关系。若进一步较真,“侵占公司财产”仅仅代表了抽逃出资的一条主要路径,另一条路径是增加公司负债,因此,“抽逃出资”在行为样态上比“侵占公司财产”更宽泛,根本无法由后者来替代。第二,也是更关键的,禁止股东抽逃出资是各国公司法最古老的规则,是“资本维持原则”的最本原的含义,它通常以“禁止公司向股东返还资本”的规则来表达,迄今依然存活于大陆法系以及绝大多数英美法系国家的公司法中,未见哪个国家把抽逃出资问题从公司法剥离出来,交由侵权法来处理。这与公司法是否强调资本管制之间并无必然联系。即使是被公认为自治色彩最浓厚的美国特拉华州公司法,也没有否认或者废除股东不得抽回出资这一基本规则。我国2013年底的公司法资本制度改革基于鼓励创业、激发经济活力的目的而放松了对公司设立环节的出资管制,并未否定公司设立后的资本维持原则,何以就需要用“侵占公司财产”概念来取代“抽逃出资”概念?

当然,即使忽略改革激发的概念创新,我们仍然无法回避抽逃出资问题长期以来在实践中引发的争议与困惑。它并不限于典型的股东直接抽逃出资现象,还包括公司与股东间借贷交易的合法性以及股东贷款是否应作为劣后债权的争议,甚至波及以“海富案”为代表的股东—公司间对赌协议等创新性交易。这并非我国公司法独有的苦恼,域外各国也普遍存在资本维持原则在实际运作中的边界究竟划在在哪里的问题,其背后则是公司法应如何构造股东—公司间资本性交易的规则体系,并在其中有效地平衡公司自治、股东合理回报与债权人保护之间的冲突。这是公司法中最古老但历久弥新的主题。资合公司的基础是股东的出资,它一方面构成了公司独立运作的财产基础,另一方面也昭告了股东对公司拥有的股权。股东有从公司获得投资回报的正当权利,其作为市场主体也可能与公司发生正常的商事交易;此外,公司也不时有调整资本结构的需求。凡此种种,都可能导致公司向股东间的财产转移与法律所禁止的“抽回出资”之间的边界模糊不清。

在域外公司法自然演进过程中,一些国家逐渐走向了以“隐性返还资本”或“变相分配”规则来处理抽逃出资问题的路径,并顺应公司自身以及公司与股东间正常交易的需求发展出资本维持原则的诸多例外,由此形成了一个以资本维持原则为基础,规范股

^⑤ 参见马胜军《股东抽逃出资的民事法律后果》,载《人民司法》2013年第2期。

^⑥ 樊云慧《从“抽逃出资”到“侵占公司财产”:一个概念的厘清——以公司注册资本登记制度改革为切入点》,载《法商研究》2014年第1期。

东—公司间资本性交易的庞杂且变动不居的规则体系。^⑦ 相形之下,我国《公司法》只有短短的二十余年,尚未建立类似《德国股份法》第三章的规范公司与股东间关系的完整的法律框架。不仅如此,改革开放释放出的民众经商热情与“资本信用”神话导致虚假出资、抽逃出资等现象在现实生活中普遍存在,而转型体制下“国有一民营”之间的紧张关系又使得资本违法现象人为地复杂化,成为一些地方选择性执法的借口,甚至被用来作为清算民营企业“原罪”的工具。这些因素都在很大程度上干扰甚至阻碍了学界对抽逃出资问题进行规范的、公司法教义学意义上的分析。2011年,最高人民法院发布的《公司法司法解释三》(以下简称《司法解释三》)第12条首次对抽逃出资的典型样态进行了描述,从传统的出资环节扩张到分配、交易等环节,一个建立在“资本维持原则”基础上的抽逃出资分析框架呼之欲出。^⑧ 然而,2013年底的改革大刀阔斧地放松了公司设立环节的资本管制,颠覆了人们对公司资本制度的传统理解,导致《司法解释三》第12条在一些学者眼中已经丧失了公司法的支撑,只能寻求侵权法作为依托。在此背景下,就更有必要从源头厘清“抽逃出资”争议,探究在这个资本维持原则最本原的问题上公司法之内在逻辑,^⑨ 并从商业实践的视角观察“抽逃出资”的表现形式及其与近似交易之间的边界。这样,也有助于澄清资本刑法问题上的认知误区;毕竟,在刑法与公司法的关系中,刑法的最后性(ultima ratio)和附属性(subsidiarity)表露无遗。^⑩

一、何谓抽逃出资——公司 vs 股东的两种视角

或许是因为“股东抽逃出资”的含义一目了然、无须再费笔墨定义的缘故,我国《公司法》、《刑法》都仅仅表述了抽逃出资这一后果,并未对抽逃出资的概念及其行为模式进行界定。《公司法》甚至连“抽逃出资”的概念都未能前后保持一致:对于有限责任公司,有1993年《公司法》的“抽回出资”以及2005年、2014年《公司法》的“抽逃出资”;对于股份有限公司,《公司法》一直表述为“抽回股本”。迄今为止,唯一具体描述了抽逃出资表现形式的规范性法律文件是《司法解释三》,但它也只是总结了实践中抽逃出资的几种主要类型,不仅未界定抽逃出资的本质含义,而且还因对“抽逃出资”的认定延伸到公司成立后的交易及分配等环节而进一步引发了“抽逃出资”还是“变相分配”的新困惑。

目前,对抽逃出资概念的批评主要指“抽逃出资”是一个不严谨、甚至可以说是错误

^⑦ 立法例可参见《德国股份法》第三章“公司和股东的法律关系”以及《欧盟第2号公司法指令》。学者论述可参见[英]艾利斯·费伦《公司金融法律原理》,罗培新译,北京大学出版社2012年版,第180页以下;[德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法》,高旭军、单晓光、刘晓海、方晓敏等译,法律出版社2005年版,第303页以下及第613页以下。

^⑧ 参见张保华《分配概念解析——简评〈公司法〉司法解释三中的“抽逃出资”》,载《政治与法律》2011年第8期。

^⑨ 对资本维持原则基本含义的探讨,可参见张保华《资本维持原则解析——以“维持”的误读与澄清为视角》,载《法治研究》2012年第4期。

^⑩ 前引^④,卢建平文。

的术语。批评者并未纠结于法律文本对“抽逃”与“抽回”或者“出资”与“股本”字眼的选择,而是聚焦于抽逃行为的客体——“出资”。他们认为,股东出资设立公司后,其出资义务履行完毕,就不再存在“出资”这样一种财产形态,股东缴付的“出资”已经转变为公司的财产。不论股东采取何种手段将公司的财产转化为自己的财产,均非“抽逃出资”一词所能准确表达。因此,“抽逃出资”充其量是对股东侵犯公司独立财产的行为的一个“形象描述”,^⑪继续使用“抽逃出资”概念甚至会令公司法理论陷入“困惑和悖论的误区”。^⑫

然而,一个无法否认的事实是,“出资”、“资本”、“股本”、“公司财产”等术语皆非公司法所创设的概念,而是首先在商业实践中产生并成型的。^⑬其使用是否以公司成立为界限而加以区分,特别是“出资”一词是否仅限于公司成立前的股东出资环节,完全是商人的使用习惯问题,非法律所能强制,只要不造成误导即可。实践中,虽然抽逃出资领域的工商执法或刑事追责屡遭批评,但鲜见批评者称问题源自“出资”概念的误用。另一方面,域外立法例中也不乏所谓不严谨的表述或者“出资”与“股本”、“财产”并用的情形。前者如我国台湾地区《公司法》第111条:(有限责任公司)股东非得其他全体股东过半数之同意,不得以其出资之全部或一部,转让于他人”。后者如《德国股份法》第57条第(1)款之股份公司“不得向股东返还出资”;同时,《德国有限责任公司法》第31条第(1)款规定“维持公司股本所必要的财产,不得支付给股东”。从历史上看,早期的公司法判例通常也不区分“股”、“出资”或“财产”,如美国最早确立资本管制的经典案例 *Wood v. Dummer* 就将银行未经清算而解散并向股东分配财产称为“抽回股本”(withdraw the capital stock)。^⑭可见,只要不影响法律意图的传递,禁止向股东返还“出资”与禁止向股东支付“与股本相当的财产”两种表述方式都可以存在,既不会基于公司已成立就禁用“出资”二字,也不会因为“出资”术语的继续使用就必然导致公司法陷入困惑或者悖论的误区。

当然,比较法视角的观察,特别是上引德国公司法的条款,的确指示了我国公司法与域外公司法在表述方式上存在的差异。我国法律侧重于对股东提出要求,禁止股东“抽逃出资”或者“抽回股本”;相反,域外公司法多是对公司直接提出要求,如禁止公司向股东“返还出资”或者“返还与股本相当的财产”。考虑到公司法的规范对象主要是公司的行为,域外公司法的表述方式似乎更合理一些;但两种表述方式只是角度上的不同,规则内容并不存在本质差异。公司是股东出资设立的商事主体,股东与公司构成了法律

^⑪ 参见邹海林《我国司法实务应对公司注册资本制度改革的路径选择》,载《法律适用》2014年第5期。

^⑫ 前引^⑧樊云慧文。

^⑬ 对于“股”、“资本”、“出资”等概念形成过程的一个简要描述,参见[英]罗纳德·拉尔夫·费尔摩里《现代公司法之历史渊源》虞政平译,法律出版社2007年3月版,第6-10页。更详细的介绍,参见WILLIAM RONALD SCOTT, THE CONSTITUTION AND FINANCE OF ENGLISH, SCOTTISH AND IRISH JOINT STOCK COMPANIES TO 1720, Vol. I, at 44-45 & 60-62 (Cambridge: Cambridge University Press, 1911)。

^⑭ *Wood v. Dummer*, 30 Fed. Cas. 435 (C. C. D. Me 1824)。

形式上各自独立、经济实质上联系密切的两极。资本维持 或者其反面——抽逃出资 就是在“股东 vs 公司”这一对立统一关系中发生的。尤其是在人合色彩较强的有限责任公司中 股东往往同时兼有公司董事或经理的身份。因此 不论是直接对股东提出要求 还是直接对公司提出要求 中、外公司法所传达的讯息是完全一致的 那就是“股东投入到公司的出资构成公司法人的资本额 非经清算不得撤回” 也即公司必须“资本维持”。^⑤

由此来看,“抽逃出资”一词的含义的确就像其字面意思一样直白,它指在公司成立后 股东违反资本维持原则的要求,直接地或间接地将自己对公司的出资(或资本、股本)又取回来;或者,从公司的角度来表述,指公司违反资本维持原则向股东返还出资。域外大多数国家的公司法对“抽逃出资”的描述是站在公司角度进行的,且用语比较中性,直接称为“返还资本”(return of capital),但其禁止向股东返还资本的立场与我国禁止股东抽逃出资并无不同。在笔者检索的域外立法例中,也未发现兀然跳跃到“禁止股东侵占公司财产”语境的情形。可以说,我国公司法下的“股东抽逃出资”不过是域外公司法下“公司向股东返还出资(或资本)”的另一种表述方式。

此外,由于长期以来人们在观念上存在着“资本 vs 利润”的两分法,“不得返还资本”与“只能分配利润”似乎是同一货币的两面。体现为公司法条文中,则是域外公司法常见的、从17世纪公司特许状中延续下来的一个标准句式——“公司只能从利润中分派股息,不得削弱资本”。^⑥从这个角度看,公司违法对股东返还资本似乎又可以称为“违法分配”或“变相分配”。^⑦不过,正如后文的分析所显示的,严格来说,“资本返还”与“变相分配”是两个密切联系但各自独立的范畴,二者都属于资本维持原则的内容。域外公司法实际上是以“禁止变相分配”规则来补充、强化而非替代“禁止返还资本”规则。^⑧鉴于此,本文仅将域外法下的“禁止向股东返还资本”视为与我国公司法下“禁止抽逃出资”对应的规则。

综上所述,在不同的语境下,公司法可以禁止“抽逃出资”,也可以禁止“返还资本”、“返还出资”或者禁止“返还与股本相当的财产”,它们体现的都是“资本维持”原则最原始的含义。下文不再区分“抽逃出资”与“返还资本”等一干词汇,而是基于我国公司法的习惯统称为“抽逃出资”。

二、公司法为什么禁止股东抽逃出资

乍看起来,公司法禁止股东“抽逃出资”的理由同样直白了然,不言而喻。公司法教

^⑤ 参见 Wolfgang Schön, *Balance Sheet Tests or Solvency Tests-or Both?*, 7 *European Business Organization Law Review* 181, 183-184 (2006).

^⑥ 例见 1845 年的英国《公司条款合并法案》, See E. A. French, *The Evolution of the Dividend Law of England*, in W. T. BAXTER & S. DAVIDSON (ed.), *STUDIES IN ACCOUNTING*, at 307 (London: ICAEW, 1977).

^⑦ 前引^⑧ 张保华文。该文中,对英国法的介绍涉及的是变相返还资本的案件,作者不加区分地使用“变相返还资本”与“变现分配”两个术语。

^⑧ 前引^⑦ 费伦书,第 186 页。

科书通常都指出,资本维持原则作为英美法系、大陆法系国家公司法共有的理念,一则为了保护债权人利益之目的,二则也减轻了源自股东的过度分配的压力,维系了公司正常经营业务的开展。禁止股东抽逃出资或者禁止股东退股则被列举为公司法资本维持原则最直接的应用范例。^①然而,这种简单的说理在当下却不再被人们接受。传统公司法理论自上个世纪80年代起遭遇了法经济学、特别是合同理论的强烈冲击,公司法资本制度更是经历了美国式废除“法定资本”概念的剧变以及全球化的资本制度改革浪潮的洗礼。^②在我国,2013年底的公司资本制度改革也取消了法定最低资本额,实行认缴登记制。实践中,1元公司屡见不鲜,似乎完全消解了资本维持原则的意义。在如此微乎其微的注册资本面前,禁止股东抽逃出资规则还有什么价值?

对此的一个简单回应是,对公司法资本制度改革的解读不能以偏概全。取消“最低资本额”要求,甚至个别国家公司法抛弃了“法定资本”概念,都只是公司法自身的规制方式顺应商业实践发展而进行的调整,并不意味着商业实践中“资本”对于公司不再重要。^③实际上,“资本”作为资合公司的财产基础以及最直观的信用指标(虽然只是一个简易甚至简陋的指标)的功能并未改变。一些例证是,美国《修订示范公司法》废除“法定资本”概念已经30多年,但上市公司的雄厚资本基础丝毫没有受到影响;在最先取消“法定资本”概念的美国加利福尼亚州,公司法转而采用更严格的财务指标来约束公司的分配行为,类似于适用20%的资本充足率标准。^④在我国,借着新《公司法》下认缴登记制的便利,也有不少小创业者把自己的公司注册为上亿元资本,它其实也反映了商业实践仍然看重公司资本这个指标。因此,关键是要把如下两个问题清晰地区分开来:一是《公司法》为便利创业而放松资本管制,特别是缓和公司设立时的出资要求,二是公司本身对资本的需求以及与此对应的股东出资义务,不能把二者混为一谈。就公司法学理而言,近年来美国学者依循法经济学的路径又重新“发现”了公司法作为商事组织法的独特功能,那就是切割股东与公司间的财产关系,确认公司的独立法人地位。^⑤其中,以禁止股东抽逃出资为核心的资本维持原则,正是公司法之独特功能的最佳诠释。用当下最新潮的学术概念来表达,资本维持原则(特别是禁止股东抽回出资规则)作为公司法人独立地位的内在要求,有两个重要价值:一是资产分割(assets partition),即公司的资产仅能用于偿付公司债务,而不能被股东抽回用于偿付股东自身的债务;^⑥二是资本锁定(locking in capital),由于股东无法抽回出资,现代公司就可以积聚大量的长期资金,这便利了工业革命以及工业化大生产的进行,并发展出组织特有的价值或商誉(称

^① 参见赵旭东《公司法》,高等教育出版社2006年5月版,第226页。

^② 参见傅穹《重思公司资本制原理》,法律出版社2004年版,第3页以下及第63页以下。

^③ John Amour, *Legal Capital: An Outdated Concept?* 7 *European Business Organization Law Review* 5 (2006); 刘燕《公司法资本制度改革的逻辑与路径——基于商业实践视角的观察》,载《法学研究》2014年第5期。

^④ Richard O. Kummert, *State Statutory Restriction on Financial Distributions by Corporation to Shareholders* (Pt. 2), 59 *Wash. L. Rev.* 185, 284 (1984).

^⑤ Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organization Law*, 110 *Yale L. J.* 387 (2000).

^⑥ *Id.*

为组织资本)。^⑤由此,禁止股东抽逃出资这个最古老的公司法理念仿佛凤凰涅槃,重新焕发了生机。

不过,相较于援引当下时髦的学说,笔者更愿意从历史演进的视角来理解古老的抽逃出资规则。这对于缺乏自然演进的制度变迁史、奉行“拿来主义”的立法模式与研究进路的中国公司法来说,可能是避免误读甚至以讹传讹式理解的必要步骤。从历史上看,股东作为出资人的投资回报诉求与公司作为持续经营的独立法人之间天然存在冲突,如何处理二者之间的关系成为贯穿公司组织形式发展历程的一个主题。早在17世纪的西欧合股公司时代,资本维持的理念就出现了,例如1697年英国议会批准英格兰银行增加资本的文件中就要求分派股息不得削弱资本。^⑥这一理念也被18世纪的特许公司所继承,如美国早期的公司特许状或专门法案中通常都会规定,股东或成员在公司解散之前不得抽回出资,可以从经营利润中支付股息但不得削弱资本。^⑦19世纪中期欧美诸国相继转向准则设立主义,公司法在确认公司独立法律人格并进而赋予股东有限责任时,也更明确地将公司与股东切割开来,借助“资本维持原则”来禁止股东从公司抽回出资。

例如,针对资本维持原则保护债权人的意义,早在1824年美国的Wood v Dummer一案中,Story法官就明确宣称有限责任公司的股东出资是公司为债权人而持有的“信托基金”:“单个股东并不以个人身份对银行债务负责,公司特许状豁免了他们的个人责任,而代之以股本来承担责任。公众是基于这些资本金向公司提供信用,也只能指望这些资本金来获得偿付。……如果股本能够在缴入的次日就被股东抽回(withdraw)而没有偿付公司债务,为什么公司特许状还要煞费苦心地规定股本额并郑重其事地要求股东缴入股本呢?”^⑧尽管该案确立的“信托基金”理论后来被摒弃,但股东出资不得撤回的理念却长久存在于美国公司法中。半个世纪后,英国法官也做出了同样的宣告:“公司债权人唯一的债务人就是这个面目模糊的公司,后者除了营业中的财产外别无他物。债权人正是基于对这些资本的信赖而提供了借贷,故有权要求公司维持其资本,不将资本返还给股东。”^⑨19世纪末的法官已明确意识到,资本维持原则并不保证公司资本免受商业风险,它所针对的是公司股东或董事人为减少公司资本、损害债权人利益的机会主义行为。英国1887年Trevor v Whitworth案判决书中的这段文字,几乎成为普通法关于“资本维持原则”的经典表述,直到今天还支撑着禁止股东抽回出资规则。“毫无疑问,资本会因投入到公司的正常业务范围而消耗掉;其中的一部分也可能在公司被授权经营的业务中损失掉。所有信赖公司并与公司进行交易的人们对于这些风险都知晓且

^⑤ Margaret M. Blair, *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century*, 51 UCLA L. Rev. 387(2003).

^⑥ Donald Kehl, *The Origin and Early Development of American Dividend Law* 53 Harv. L. Rev. 36, at 42, Note 51 (1939-1940).

^⑦ CHARLES O' KELLEY & ROBERT THOMPSON, *CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ASSOCIATIONS: CASES AND MATERIALS* (3rd ed.), at 568 (Aspen Publishers, 1999).

^⑧ *Wood v. Dummer*, 30 Fed. Cas. 435 (C. C. D. Me 1824).

^⑨ *Re Exchange Banking Co* (1882) 21 Ch D 519, at 533.

愿意承担。但是,他们有权依赖,且公司立法也打算让他们依赖公司做出如下保证:公司资本不会超出上述商业目的而被消耗,也不会因返还给股东而减损。”^⑩

与此同时,判例法也确认了出资问题上股东与公司间的对立关系以及股东间的平等关系,即股东投入公司的出资不再属于股东,而是公司的财产;同时,股东之间必须平等对待,不允许任何股份认购人虚假出资或抽逃出资。例如,美国法官在1836年的一个判例中以非常朴实的语言指出“公司的钱是该组织的财产,对此股东并没有所有权;就此点而言,股东的地位与一个纯粹的外人并无不同。”^⑪股东基于出资而享有权益更被称为“美国公司法中最持久的原则”:“为了共同的利益,公司的任一股东都有权要求公司的其他股东提供其应当缴纳的公司资本份额;……如果允许任何人不按其股份出资而享有股东的权益,则对那些已按其股份缴纳了全部资本或承担了这种缴纳责任的股东来说,无疑是对其公平权利的侵害。”^⑫在公司章程或认股协议没有特别约定的情况下,股权的大小通常取决于出资比例。因此,若某一股东在抽逃出资后仍然保留股东身份,享有与原出资额相对应的股东权利,对其他股东来说也是不公平的。

可以说,在域外公司法漫长的历史中,抽逃出资一直被视为损害了公司、债权人以及正常履行出资义务的股东的合法利益,从根本上侵蚀了公司的独立法律人格。自17世纪末以降,禁止股东抽逃出资就成为公司法(包括特许时代的公司法以及准则设立主义的公司法)下几无争议的规则。现代公司法对这一规则的表述以《德国股份法》第57条最具代表性。在宣告了“公司不得向股东返还出资”(法律准许取得自有股份时例外)后,《德国股份法》似乎意犹未尽,又补充了两条:(1)既不得向股东承诺利息,也不得向股东支付利息;(2)在公司解散前,只能向股东分配决算盈余”。换言之,股东出资必须留在公司中承受公司的经营风险,公司只能向股东分配经营中实现的利润,不得承诺固定收益,更不能返还出资。

20世纪70年代后兴起的全球公司资本制度改革以放松管制为特点,力图给公司及其股东提供更大的资本运作空间。但迄今为止,绝大多数国家只是剔除了传统资本管制中过时、僵化的因素(如绝对禁止回购规则),并没有废弃“禁止股东抽逃出资”这个古老的公司法理念。这不仅是因为现代资合公司仍然需要由股东出资形成的资本来提供公司营运的初始资金及确立相应的股权结构与治理模式,更是因为公司资本越充足,就越能降低股东及其代理人的道德风险,削弱公司商业决策偏向过度承担风险的动机,^⑬所谓“有恒产者有恒心”。这种基于组织内部的激励机制而非债权人保护的诠释方式无疑为“禁止股东抽逃出资”的古老观念又涂上了一层现代性色彩,也体现了传统

^⑩ *Trevor v Whitworth* (1887) 12 App Cas 409, at 415.

^⑪ *Brightwell v. Mallory*, 18 Tenn. (1 Yer.) 196, 197-98 (1836).

^⑫ Morawetz, 《公司》(1866), 第286页。转引自[美]阿道夫·A·伯利、加德纳·C·米恩斯《现代公司与私有财产》,甘华鸣、罗锐韧、蔡如海译,商务印书馆2005年版,第153页。

^⑬ FRANKLIN A. GEVURTZ, *CORPORATION LAW* (2nd ed.), at 163-164 (West Publisher, 2010). 参见陈实《交易费用与公司资本制度的意义》载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2008年第6期。

公司法逻辑与现代法经济学解释的殊途同归。

三、股东抽逃出资的基本路径与表现形式

相对于“禁止抽逃出资”的理念,我国实践中的争议主要集中于操作层面,即如何认定“抽逃出资”,特别是如何厘清它与股东—公司间正常的资金或财产转移之间的界限。人们从不同角度对抽逃出资的行为外观进行了归纳和描述,或关注“未经法定程序”^⑭,或侧重“账、实不符”^⑮、“暗中”等特点^⑯。近期的研究则突出强调“股东侵占公司财产”之特征。这里,笔者试图借助于公司资产负债表结构来展现股东抽逃出资的基本路径以及具体表现形态,以期获得“抽逃出资”行为样态的一个完整图像。

(一) 资合公司的一体两面——资产负债表

公司是股东出资设立起来的营利性法人。一方面,公司作为独立法人拥有了股东出资所投入的资产;另一方面,这种资产来源于股东出资,需要确认为公司的资本或股本,代表着股东或所有人在公司权益中所占的份额。上述两个方面在每一家资合公司身上都存在,且金额上是相等的,笔者称之为资合公司的“一体两面”特征。现实中,公司的“一体两面”在资产负债中最直观地展示出来。在公司最初设立时,公司拥有的全部资产都来源于股东的出资,资产负债表呈现出“公司资产 = 公司资本(股本)”的结构,如下图所示(见图1)。

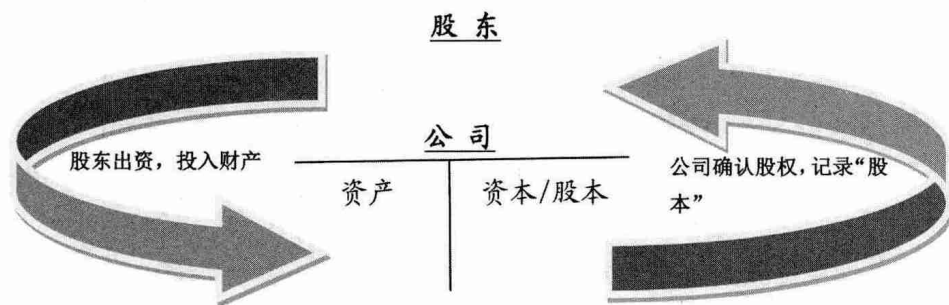


图1 公司设立环节的股东—公司出资关系及公司资产负债表的初始结构

在上图中,左边代表着股东对公司的出资和投入,在公司资产负债表上反映为公司资产的增加。右边代表了公司向股东签发股份或股票、确认股权,同时资产负债表上记录资本(或股本)的增加。左右两边相等,即“公司资产 = 公司资本”。这也是公司资本

^⑭ 赵旭东、傅穹、孙有强等《公司资本制度改革研究》,法律出版社2004年版,第301页。

^⑮ 江苏省高级人民法院民二庭《关于股东瑕疵出资及其民事责任认定》,载《人民司法》2003年第3期。

^⑯ 喻胜云《股份有限公司发起人出资不实民事责任剖析》,载《安徽大学法律评论》2008年第2期。

资产负债表的初始结构,反映了公司设立时的状态,此时,“公司资产”与“资本”或“股东出资”之间存在着完全对应的关系。

当公司成立以后,如果业务发展顺利,盈利颇丰,公司可能在分红后还留存了部分公积金用于扩大经营,甚至还通过举债快速扩张。由此带来公司资本结构的复杂化,如下面这张简化版的公司资产负债表所显示(见下图2)。

资 产 现金 存货 固定资产	负 债 流动负债 长期负债 所有者权益 股本 资本公积金 盈余公积金 未分配利润
----------------------------------	---

图2 公司资产负债表结构例示

图2描述了一家持续经营中的公司的资产、负债与所有者权益的结构与状态,即“公司资产 = 公司负债 + 所有者权益”。它比图1中的“公司资产 = 公司股本”的结构要复杂,右半部分增加了“负债”,“资本/股本”也扩张为“所有者权益”,其中包含多个项目。但是,图2仍然反映出资合公司“一体两面”的特征,即公司拥有的“资产总额”与资产背后的“资金来源总额”之间的对应关系。这些资金来源所代表的法律关系分为两大类,一是股东的权益(或所有者权益),二是债权人的请求权。可以说,“资产 = 负债 + 所有者”构成资产负债表的概念基础;而资产负债表作为反映公司财务状况的基本工具,也给我们提供了一个分析股东抽逃出资行为的极其有用的逻辑框架。

(二) 股东抽逃出资的两条基本路径

股东抽回出资意味着公司无偿地或无合理对价地向股东转移财产或利益,从而减少或者返还了股东在公司中的出资。从逻辑上说,在“公司资产 = 公司负债 + 所有者权益”的等式关系中,股东抽回出资意味着所有者权益中的“股本”减少,为保持等式关系不变,对应的变化只能循着两条路径发生:一是公司“资产”相应地减少;二是公司资产不变,但公司“负债”相应地增加。实践中,这也正是股东抽逃出资的两条基本路径:

其一,也是最基本、最常规的路径,股东将其对公司的出资(实质上是相当于股本额的财产)又拿回去了。从公司的角度看,它体现为公司资产负债表上的“资产”、“所有者权益”两个部分发生了联动的变化:一方面,公司的现金或其他资产减少了;另一方面,公司中的“资本”或“股本”也减少了,两方面减少的金额是相等的。

其二,增加公司负债,如公司承诺偿还股东的个人债务,甚至为此在公司资产上设

定了担保。^⑤ 这种承诺在向股东无偿输送利益的同时损害了公司债权人的利益,因为与股东出资额相当的财产日后被用于偿还股东自己的而非债权人的债务,实际上减少了债权人所依托的、作为吸收公司经营风险的公司资本之数额。体现在公司资产负债表上:左边的“资产”一方不发生任何变化,但右边的“负债”和“所有者权益”发生了联动变化,公司“股本”减少了,而“负债”相应地增加了。

对抽逃出资两条基本路径的勾画,也可以直观地展示以“侵占公司财产”术语替代“抽逃出资”概念的主张在逻辑上的不周延。鉴于“抽逃出资”本身的语境比较丰富,这里举其两种最常见的语境加以说明。第一,“抽逃出资”被解读为具体的抽逃行为,它指的是公司资产负债表左边的“资产”减少,即常规的抽逃出资路径。该路径的确意味着相关股东不当或违法取得、占有了公司财产,与“侵占公司财产”的指向基本相同。但是,“增加公司负债”这一抽逃路径并不伴随股东侵占公司财产的行为,至少在一段时间内并非如此。从这个意义上说,“侵占公司财产”术语所指向的“抽逃出资”行为类型是不完整的。第二,“抽逃出资”被解读为一种抽象的“公司股本被不合法地减少”的状态,它指的是资产负债表右边“所有者权益”的变化。基于资本负债表的对称结构——换言之,基于公司的一体两面特征,它往往同时伴随着股东从公司无偿取回财产的常规形态——即“侵占公司财产”。此时,“侵占公司财产”与“抽逃出资”实际上是对同一行为从两个不同角度进行的描述,二者是共生关系而非逻辑上的替代关系。综上所述,不论在哪一种语境下使用“抽逃出资”概念,它都难以被“侵占公司财产”一词替代。

(三) 抽逃出资的具体表现形式

在每种基本路径下,抽逃出资的表现形式因股东获得的公司资产形式或者给公司设定的债务形态的不同而各异。例如,就资产路径而言,公司可以向股东支付现金资产,这是最典型的抽逃出资方式;或者,公司将自己拥有的一幢价值不菲的不动产赠予股东,此时公司的“固定资产”就减少了。另外,公司也可以豁免股东欠公司的债务(如货款、贷款或工程款等),从而减少了公司的“应收账款”资产等等。

此外,我们也可以从其他角度来描述抽逃出资行为。例如,鉴于法律上明确禁止股东抽逃出资,很多公司并不在账面上如实记录因股东抽回出资导致公司资产减少或负债增加。换言之,资产负债表上很少直观地呈现上述“资产”、“股本”同时减少,或者“股本”减少同时伴随“负债”增加的情形。这也就是人们通常所说的“账、实不符”。账实不符又可大致分为两种类型:一是股东抽逃出资而公司账面上完全不记载;二是公司用其他会计科目进行掩饰,如记录“其他应收款”增加而非“股本”减少,从而用捏造的债权资产来掩盖股东抽逃出资的事实。《司法解释三》第12条第(二)款列举的“通过

^⑤ 就会计处理而言,公司仅仅是与第三人签订担保合同而没有成为第一位的债务人,只会被视为“或有负债”而不能直接记录为“负债”。因此,仅有担保合同尚不会导致资产负债表的变化。但若公司承诺替股东还债且在自己的财产上设定担保,则公司成为第一位的债务人,情形就不同了。

虚构债权债务关系将其出资转出”大致就属于此种类型。通常来说,公司虚假记账可能是为了规避工商年检,也可能是个别抽逃出资的股东(通常是控制股东)与公司管理层串谋以欺瞒其他股东。因此,抽逃出资又被描述为具有“隐蔽性”、“欺诈性”。不过,实践中也存在控制股东公然抽逃出资或者所有股东联合抽逃出资的情形,此时无论公司账目是否记录了抽逃出资,该事实在公司内部都是公开的,所谓“隐蔽性”或“欺诈性”只是针对外部第三人(如债权人、验资的会计师以及工商登记机关等)而言。

上面所讨论的情形都属于直接的抽逃出资,实践中还有间接的抽逃出资方式,即借助股东与公司间的商业交易来实现公司向股东返还出资的效果,德国学者称之为“变相的”、“隐性的”或“伪装的”的资本返还。^③例如,股东出售给公司一项资产但作价远远高于市场公允价格,公司支付的过高对价的目的就是向股东返还出资。我国《司法解释三》第12条第(四)款提到的“利用关联交易将出资转出”也属于此类。在域外,经历了法定资本制一百多年的约束或熏陶后,公司明目张胆地返还出资或股东赤裸裸地抽逃出资的情形已经很少见了,判例法处理的抽逃出资问题大多涉及那些表面看来正常、但实质在于掩盖公司将出资返还给股东这一事实的交易,^④如支付给担任董事或高管职务的股东以过高的职务薪酬,向股东提供低息或无息贷款,或者与股东签订特殊合同允许其股权在公司清算前转化为债权,^⑤等等。此外,有些交易看起来是公司对第三人进行的低价财产转移,但第三人实际上受股东控制或者有其他利益关联,也可以视为向股东返还资本。^⑥针对这些变相或隐性返还资本的方式,域外法院发展出一些细致的规则,如“真实性”标准或者“一个有良知的、理性的商人在同等条件下是否会与第三人进行同类交易”标准,以便具体判断相关交易下公司是否向股东无偿或者超出合理对价而输送利益。^⑦

综上,我们可以得到一个看似庞大、但内在逻辑清晰的抽逃出资行为的集合。它既包括直接的抽逃出资,也包括以正常交易伪装的间接抽逃出资;既有账面上如实记载的抽逃出资,也有账面上不反映或者用虚假账目掩饰的抽逃出资;既有对股东直接返还,也有通过对与股东有利益关联的第三方的支付而实现的曲线返还出资。它对于公司资产负债表的影响可能体现在公司资产减少,也可能体现为公司负债增加。无论通过哪一条路径,也不论采取何种具体方式,它们的共同特征是公司向股东无偿地或超过合理对价地转移财产或输送利益,并且这种转移导致公司资本或股本的减少,从而违反了资

^③ EVA MICHELER, DISGUISED RETURNS OF CAPITAL—AN ARM-LENGTH APPROACH, at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1313144 (Last visited on Feb. 10, 2015).

^④ Gerhard Wagner, *Distributions to Shareholders and Fraudulent Transfer Law*, 7 *European Business Organization Law Review*: 217, at 221.

^⑤ *Barclays Bank Plc v. British & Commonwealth Holding Plc.*, [1995] BCC 19(affirmed [1995] BCC 1059, CA).

^⑥ *AvelingBarford Ltd v. Perion Ltd*, 1989 BCLC 626.

^⑦ 参见前引⑦, 费伦书, 第183页以下; 莱赛尔等书, 第303页以下及第613页以下。

本维持原则。

四、抽逃出资的前提、边界与例外

然而,“公司向股东输送利益”的行为外观仅仅是认定“抽逃出资”的第一步。从资产负债表结构可以看出,归属于股东的“所有者权益”中不仅有“资本”或“股本”,还有公积金、利润等项目,如何能确定公司财产流出所减少的不是“所有者权益”项下的“利润”、“公积金”而一定是“股本”呢?举个简单的例子,假如公司用盈余公积金甚至资本公积金向全体股东分配或者向个别股东输送利益,其行为固然缺乏《公司法》上的依据^{④③},甚至可以说是一种违法分配,但很难说就是“抽逃出资”。现实中,当事人对交易目的的明示(如实施了利润分配程序)是一个重要的判断依据,但争议往往发生在各种间接的抽逃出资场合,因此需要对交易性质做出推定。

目前,学理上提炼出的判断标准主要有两个:一是取回、收回、抽回或转出“出资”或“出资财产”,^{④④}二是从公司抽回“相当于已缴纳出资数额的财产”。^{④⑤}这两种标准均未考虑到公司所有者权益项下存在股本、公积金、净利润等不同资金来源,难以解决实践中工商机关以及法院深感棘手的交易定性问题。^{④⑥}另一方面,域外公司法实践中发展起来的“变相分配”标准也很难直接为我国所用,因为域外的抽逃出资问题大多是在公司清偿不能或者清算阶段提出的,^{④⑦}此时公司所有者权益项下几乎没有东西了,因此判断公司清算前对股东的利益输送构成“返还资本”相对容易,也没必要再进一步区分是“变相返还资本”还是“变相分配”。^{④⑧}相反,我国的抽逃出资案件大多是在工商年检的行政执法过程中或者公司内部股东间冲突过程中冒出来的,此时公司处于持续经营状态,“所有者权益”项下的内容可能相对完整,因此就需要对公司利益流出所对应的“所有者权益”项目进行具体分析,以便区分“分配”、“变相分配”、“违法分配”与“抽逃出资”。

不仅如此,现代法治国家的理念也要求我们在认定抽逃出资时做这种甄别。我国

^{④③} 《公司法》第167条规定的“利润分配”,仅指从公司当年税后利润中对股东支付股利以及按照法律规定提取公积金等行为。

^{④④} 参见刘俊海《公司法》,中国法制出版社2008年版,第67页;北京市第一中级人民法院民四庭《公司法审判实务与典型案例评析》,中国检察出版社2006年版,第105页。

^{④⑤} 前引^{④④}赵旭东等书,第301页。

^{④⑥} 参见龙建林、白开荣《公司股东抽逃出资的法律制裁及完善》,载《行政与法》2013年第4期。

^{④⑦} Gerhard Wagner, *supra* note 45, at 222.

^{④⑧} 在英美法系国家,由于存在一个广义的、泛指公司对股东的无偿资源流出的“分配”概念,“变相分配”与“变相资本返还”之间的界限有时不太清晰。例如英国的AvelingBarford Ltd v. Perion Ltd, 1989 BCLC 626一案,英国学者自己解为变相返还资本,而我国学者则将其解读为变相分配。对比EILIS FERRAN, COMPANY LAW AND CORPORATE FINANCE, at 356-357 (Oxford University Press, 1999)以及前引^{④⑥}张保华文。在大陆法系国家,分配通常是一个狭义的概念,仅针对净利润(特定情形下还包括盈余公积)的分配,故“资本返还”与“非法分配”之间的界限相对清晰。

《公司法》缺乏一般性“违法分配”行为的概念,遑论追究其责任,因此变相分配、违法分配与“抽逃出资”的法律后果相差悬殊。实践中,当涉诉行为或引发争议的交易不具有直观的抽逃出资特征(如股东直接取回所出资的财产)时,当事人往往辩称是在进行分配或变相分配,甚至不惜承认自己有违法分配行为。当事人这种避重就轻的选择是完全可以理解的,且现代法治的基本理念是“法不明令禁止均可为”、“无罪推定”、“疑罪从无”,因此也不能说当事人的选择为法律所禁止。这就意味着,当缺乏直接证据而需要推定抽逃出资的存在时,除非能排除公司分配利润或分配公积金的可能性,否则不能认定“股本”减少或“出资”被抽逃。从这个角度看,认定抽逃出资,仅仅证明公司向股东输送的利益“与股东出资额相当”,甚至股东取回了所出资的财产都是不够的,还需要证明这种利益流出侵蚀的是公司的“股本”而非其他所有者权益项目,且不属于法律规定的合法返还资本情形。

(一) 认定抽逃出资的必要条件——公司股本被侵蚀

在一个持续经营的公司中,归属于股东的“所有者权益”通常包括四个部分:(1)股本,它由股东出资形成并进而决定公司的股权结构;(2)资本公积,它主要来源于股东购入股票时支付的溢价,也包括一些依据会计准则被纳入资本公积的特殊收益项目;(3)盈余公积,指公司从以前年度盈利中提取的法定公积金及任意公积金;(4)尚未分配的净利润(以下简称“净利润”)。

严格意义上的“抽逃出资”,是指公司从“股本”中向股东无偿支付,这在公司所有者权益下仅有“股本”项目而没有资本公积金、盈余公积金、未分配利润时,是最容易做出判断的。此时,公司若向股东无偿转移财产或输送利益,不论借助何种形式——利润分配或者借贷、买卖等交易,都必然构成“抽逃出资”或“资本返还”。另一种情形是,公司在所有者权益项下虽然有公积金或净利润,但公司向股东支付的金额大于公积金与净利润之和,超出部分实际上源自股本,因此也构成“抽逃出资”。

相反,如果公司对股东的支付没有超出所有者权益项下的公积金与净利润之和,情形就比较复杂了。各国公司法对资本公积、盈余公积以及净利润用途的具体规定不同,可能出现“抽逃出资”、“合法分配”、“违法分配”等不同结论:

1. 对于“资本公积金”,一国公司法可能基于资本公积主要源于股票溢价的事实而认为其属于股东“出资”的一部分,故对资本公积同样适用“禁止返还出资”规则。此时,公司对股东的无偿支付若出自“资本公积”,也就构成抽逃出资。^④但是,资本公积中也有一部分来自尚未实现的收益,如公允价值变动收益以及我国2006年之前的债务重组收益。如果公司法规定这些未实现的收益不得用于分配,则公司从资本公积中支出相关款项就构成了“违法分配”,但不构成“返还资本”。

2. 对于“盈余公积金”,虽然它是公司从以前年度利润中提留的资金,但域外各国

^④ 例见德国股份公司法的实践,前引⑦,莱赛尔等书,第614页以下。

公司法均不禁止从盈余公积中分配股息。至于“净利润”,它更是公司向股东提供回报的主要源泉。因此,当公司以“净利润”或“盈余公积”项下的资金对股东进行分配时,外观上均表现为公司财产无偿地流向股东,但它并不是抽逃出资,而是股东享受从公司获得投资回报的权利。

3. 当公司在利润分配程序(如股东大会批准利润分配议案)之外向股东无偿给予财产或利益时,如果公司的确有公积金、净利润且二者的金额之和大于公司向股东支付的金额,则公司的行为违反了公司法关于利润分配的程序性规则而构成“违法分配”,但它并未损害债权人利益,不构成“抽逃出资”。从理论上说,此时应该允许公司采取事后的补救措施,如增补利润分配手续或者指定对应的资金来源或所有者权益项目。毕竟,公司法禁止抽逃出资的主要目的是保护债权人,而非反对公司合法处置所有者权益;只要公司“股本”未被侵蚀,就不宜用“抽逃出资”这种严厉的规则来惩罚公司或股东。

需要说明的是,上文的分析主要着眼于抽逃出资对债权人的影响,因此并未区分公司是向全体股东按分配比例转移财产还是仅对个别股东进行利益输送。若从股东的角度观之,两类不同情形还会在公司内部治理方面引发不同的后果,并可能影响公司所采取的事后补救措施的具体方式。例如,假如公司的违反法定程序的分配是对全体股东按比例进行的,则通常只需要召开股东会对分配事项给予追认即可。若违法分配是对个别股东输送利益,其他股东可能否决分配事项,并基于股东平等原则请求法院撤销违法分配行为,追究获得不当利益的股东以及负有责任的公司董事或高管的民事责任。

(二) 抽逃出资的边界——抽逃出资 vs 违法分配 vs 合法分配

综上,在所有者权益的完整框架下,基于公司向股东输送利益所依附的不同资金来源,可以区分“抽逃出资/返还资本”与“分配”。其中,“分配”包括合法分配与违法分配,后者又可以进一步细分为仅违反程序性规则的违法分配与超出法律规定的分配基础、损害债权人利益的违法分配。构成“抽逃出资”的前提是公司从股本中向股东进行分配,或者,在公司法明确禁止的前提下从资本公积中向股东转移财产。这里用图示来说明“抽逃出资”的边界,即它与各种分配形式的区别以及与所有者权益项目之间的关系。(见图3)。

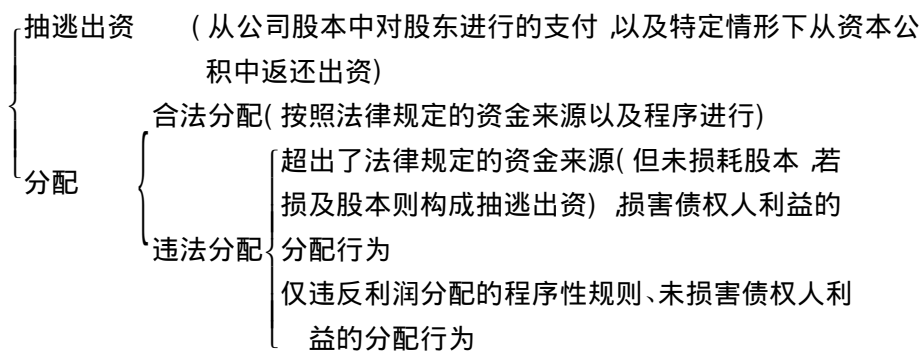


图3 “抽逃出资”与“分配”之间的界限

以上述分析框架来观察我国现行《公司法》,可以发现三个立法漏洞,导致实践中“抽逃出资”的边界变得模糊不清:第一,“禁止股东抽逃出资”中的“出资”是仅指“股本”还是包括由股票溢价构成的“资本公积金”,从法律条文看并不清楚。《公司法》第169条虽然明确了“资本公积金”只能用于扩大经营或转增股本,不得用于弥补亏损,但未明确资本公积金能否退还给股东。第二,盈余公积金能否用于向股东分配股息,也是一个存疑的问题。《公司法》第167条仅明确了公司税后利润的分配顺序,并未界定“分配”的概念,也没有明确哪些所有者权益项目可以用于分配。^⑤第三,与缺乏“分配”概念相关联,《公司法》中也不存在“违法分配”的概念与规则。换言之,在我国现行《公司法》框架下认定公司无偿向股东转移利益是否构成“抽逃出资”时,由于“分配”概念的不清晰,导致“排除‘分配’之可能性”这个前提性问题呈现出很大的不确定性。这些立法漏洞恐怕也是实践中抽逃出资认定陷入困境的根本原因。

尽管如此,一些原则性的界限还是可以确定的。比如,当公司不存在净利润与公积金,或者不存在足额的净利润与公积金时,公司无论是以股息分配的名义还是借助各种交易形式向股东输送利益,都可以认定构成了“抽逃出资”。再如,在公司编造财务报表、虚增利润并进行分配的情形下,它表明公司不存在“净利润”;此时应进一步考察公司是否有盈余公积金或资本公积金。若公司有公积金且其金额超过分配总额,则不宜认定为“抽逃出资”,而应作为“违法分配”处理;若公司无公积金,或者公积金少于分配金额,表明公司至少有一部分支付额实际上出自“股本”,则可以认定存在“抽逃出资”。从这个意义上说,《司法解释三》第12条第(三)款将“制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配”直接作为“抽逃出资”,明显过于武断了,没有考虑到公司可能有盈余公积金、资本公积金的情形。

(三) 抽逃出资的例外——合法的资本返还

资合公司作为一个商事主体,有根据资本市场状况或者自身业务特点而合理调整资本结构的正当需求。为此,公司法也提供了减资、回购股份甚至清算等合法的资本返还方式,作为资本维持原则的例外。^⑥

减资是指公司在存续期间依法定程序降低注册资本的行为。依公司资产流出与否,减资可分为形式性减资与实质性减资。形式性减资仅减少资本额,不涉及资产流出,它通常发生在公司用资本弥补亏损的场合。实质性减资意味着公司减少资本的同时,将相应金额的财产返还给股东。^⑦股份回购指公司从股东手中购回自身的股票,其目的可能是减资,也可能是基于法律或章程的规定,如在公司合并、分立时回购异议股

^⑤ 参见刘燕《会计法》(第二版),北京大学出版社2009年版,第319页以下。

^⑥ 严格来说,公司清算程序发生在公司结束营业的情形下,此时已无需资本维持原则,但其理念——先偿还债务、剩余财产归股东——与资本维持原则是一致的。

^⑦ 我国实践中还有一种特殊的减资方式,就是中外合作企业的外方提前收回投资。参见《中外合作经营企业外国合作者先行回收投资审批办法》(财政部令第28号,2005)。

东的股票,或者为实施股权激励而购入本公司的股票,等等。不论是实质减资还是公司回购、赎回股份,都意味着股东优先于债权人回收了所投入的资本。对此,早期公司法的立场是“一刀切”的禁令。随着人们逐渐意识到公司调整资本结构的正常诉求,特别是20世纪后半期全球资本市场的发展对于回购交易合法化的迫切需求——体现在兼并、收购、股权激励、私有化、PE与VC投资等一系列交易中。如今各国公司法基本上都认可了减资、回购交易,只是设定了一些约束以适度保护债权人利益,如通知债权人并应债权人的要求提前清偿或提供担保,或者减资后不得丧失清偿能力等。可以说,资本合法返还的途径受到法定条件与程序的约束。反之,若公司未遵守法律规定的条件或程序进行减资、回购或赎回,则可能存在抽逃出资的嫌疑,具体判断需依特定个案情形而定。

五、抽逃出资问题的公司法框架及其应用

在梳理了抽逃出资的表现形式以及认定抽逃出资的前提与核心要件的基础上,笔者对公司法下禁止抽逃出资的规则框架做一简要总结,并应用这一框架来分析实践中的若干争议。

(一)《公司法》层面如何构造“禁止抽逃出资”规则

从域外公司法来看,禁止抽逃出资,或者更确切地说,禁止返还资本的规则主要包括两方面内容,一是宣告所禁止的行为,二是明确行为的法律后果。域外公司法通常没有给“返还资本”下定义或列举其行为样态,而是通过司法实践来厘清禁止抽逃出资规则的适用范围。考虑到我国实践中围绕着“抽逃出资”概念与判断标准存在的诸多争议,《公司法》、《刑法》缺乏对“抽逃出资”的定义与判断标准可能的确是一个问题。目前,学理上的界定方式往往只点到股东从公司抽回的财产与股东“出资额相当”的地步,未直接提出“股本被侵蚀”这个必要条件。鉴于此,笔者建议通过立法或司法解释对“抽逃出资”做如下定义:“抽逃出资是指在公司成立且股东缴付出资后,公司违反法律规定向股东返还出资,或者股东违反法律规定从公司无偿取得或超出合理对价取得利益并导致公司资本(或股本)减少的行为或交易。”

上述定义中包含了与认定抽逃出资相关的几个关键要素:

1. 时间:抽逃出资发生在公司成立之后的持续经营期间。因此,那些在公司设立时或股东出资环节先转入资金旋即撤回的行为,就属于股东虚假出资而非抽逃出资。^⑤

2. 行为及责任主体:包括公司董事以及相关股东。从域外来看,违法资本返还的第

^⑤ 例如,《司法解释三》第12条原第(一)项“将出资款项转入公司账户验资后又转出”,严格来说就属于股东虚假出资而非抽逃出资。对此问题的一个透彻分析,参见郭红岩、陈伟伟《审计实务中应如何理解‘虚假出资、抽逃出资’行为的刑法定性》,载《中国审计报》2012年10月24日。

一责任人是公司董事 因为公司是由董事而非股东经营的 ,公司违法返还资本通常是董事具体操作的。在我国,“抽逃出资”的表述方式侧重于对股东的要求与约束,这或许与我国公司多存在大股东且大股东实际控制公司的现实有关。即便如此,在《公司法》设置了董事会的强制性规则下,要么大股东本身就有公司董事或者执行董事的身份,要么受其控制的公司董事在其抽逃出资时配合操作,因此追究相关董事的责任也是有意义的。这也是《司法解释三》第14条采取的立场。强调董事而非股东是首要责任人还有一个原因,就是有些情形下股东(至少部分股东)只是被动接受支付,并不知晓该支付构成了返还资本或违法分配。

3. 后果:股本被侵蚀,即对股东的支付导致公司股本而非净利润或公积金的减少。要求证明“股本被侵蚀”也是避免“抽逃出资”认定扩大化的关键。至于股东抽回出资后继续保留股东身份,并非认定“抽逃出资”的必要条件,只要公司是从股本中向其返还出资额且不满足减资或回购的法定条件,即使抽逃出资股东不再保留股东身份,仍构成抽逃出资。是否保留股东身份只是对其他股东的损害程度有别,对于债权人利益造成的潜在损害是一样的。

4. 违法性:相关支付或交易违反了公司法的规定,不属于合法的资本返还形式。抽逃出资在公司法下的法律后果一般包括以下几方面:第一,抽逃出资的股东必须返还相当于其出资额的利益或者等额的财产;第二,公司有权起诉相关股东,追回抽逃的出资额;当公司清偿不能或破产时,公司债权人或清算人也可以要求相关股东退回抽逃的出资额;第三,公司董事对于违法返还资本负有责任的,需要就相关股东不能退回的部分承担赔偿责任。我国《司法解释三》第12条、第14条除明确上述规则外,还进一步将有权起诉的主体扩展到公司其他守法股东,同时将责任主体扩展到协助抽逃出资的其他股东或实际控制人。

(二)《司法解释三》第12条的缺陷

《司法解释三》第12条是我国目前关于“抽逃出资”的最详尽的法律规则,也是最高人民法院在资本维持原则下构造“抽逃出资”问题之法理基础的一次大胆创新与尝试。遗憾的是,由于缺乏对公司持续经营期间“所有者权益”的准确把握,《司法解释三》未能将“抽逃出资”的核心要件——“股本被侵蚀”与“净利润”或“公积金”的减少等情形明确地剥离开来,结果“抽逃出资”与“违法分配”之间界限不清,导致司法解释适用中的困难。

第12条对抽逃出资的描述可归纳如下:公司成立后,相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益的,构成抽逃出资:(1)将出资款项转入公司账户验资后又转出;(2)通过虚构债权债务关系将其出资转出;(3)制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配;(4)利用关联交易将出资转出;(5)其他未经法定程序将出资抽回的行为。在2013年《公司法》修改取消公司设立的验资程序后,上述第(1)项已被删除。第(2)、(3)、(4)款看起来是归纳了实践中一些主要的抽逃出资行为样态,但它们同时也指向了界定

“抽逃出资”行为的三种完全不同的角度,即账实不符、以分配利润(尽管是捏造的利润)的方式抽逃出资、借助普通商事交易的外形而进行间接抽逃出资,因此其覆盖的行为样态极其广泛。从这个角度看,第12条实际上提供了我国公司法下资本维持原则的一个初步框架。

然而,第12条所存在的问题也非常明显,它忽略了在一个持续经营的公司中股东的“出资”可能已经扩展为具有多项内容的“所有者权益”,因此在列举各种抽逃出资形式时均直接默认或者推定公司“所有者权益”部分减少的必然就是“出资”而非其他。这种“以……方式将出资转出”的界定模式实际上是一种循环定义,无法为实践中判断一项资产转移或利益输送交易是否构成“抽逃出资”提供具体的、有针对性的指导。试想,如果当事人都已经知道通过虚构债权债务关系或者通过关联交易所做的事情就是在将“出资”转出,还需要请求法院确认“抽逃出资”吗?争议往往发生在公司转出了财产或利益,但尚不确定是否转出了“出资”的情形下。因此,司法解释要解决的关键问题是如何具体判断“将出资转出”,为此就必须明确提出“股本被侵蚀”的要件,并厘清它与公司可能存在的各种分配形式(包括违法分配)之间的界限。

事实上,在《司法解释三》征求意见阶段,已经有人指出了第12条存在缺陷,认为“不应推定出资人上述从公司获得财产的行为必然都是故意、直接地针对资本进行侵害,其中有些行为不会对公司资本造成损害,不属于抽逃出资”。可惜这些批评意见本身又滑向“侵害公司资产”的路径,因此提出的改进建议是“侵害公司资产的行为应当通过侵权行为制度或关联交易制度来解决”。显然,这种完全忽视公司法资本维持原则的解决方式不可能被最高法院所认可。^{⑤4}

概括起来,《司法解释三》第12条的起草人以及持反对意见者都犯了片面化或者简单化的错误:前者忽略了持续经营的公司的“所有者权益”与“出资”之间的差异,导致第12条存在漏洞;后者则完全漠视在资本维持原则框架内解决抽逃出资问题的必要性与可行性。由于司法解释不周延,替代性解决方案更荒谬,实践中“抽逃出资”的认定陷入困境也就不足为奇了。

更糟糕的是,由于我国现行《公司法》在分配规则上的重大疏漏——缺乏“分配”及“违法分配”的一般概念与法律责任,导致实践中公司向个别股东输送利益但尚未侵蚀“股本”的行为难以被认定为“违法分配”并追究法律责任。很自然地,工商执法机关、法院以及公司内部的守法股东都有一种自觉不自觉地倾向,就是诉诸于“抽逃出资”规则来追究相关股东及董事的责任。由此一来,“抽逃出资”认定的扩大化在所难免。它与《司法解释三》自身的疏漏交织在一起,最终让“抽逃出资”问题变成了一团乱麻。

(三) 股东与公司间交易的处理原则——以股东借贷、对赌协议为对象

“禁止抽逃出资”以及“禁止违法分配”都属于公司法下的资本维持原则的内容,它

^{⑤4} 参见宋晓明、张勇健、杜军《〈关于适用公司法若干问题的规定(三)〉的理解与适用》载《人民司法》2011年第5期。

们是规范公司与股东间资本性交易的法律框架的组成部分。大体上,股东与公司间的交易可区分为资本性交易与经营性交易两类,前者指股东基于出资人身份或股权属性而与公司进行的交易,如出资、利润分配、减资或回购下的资本返还、清算时的财产分配等;后者指公司在日常经营活动中可能与股东之间发生的市场交易,如法人股东向公司采购原材料或者向公司销售自己生产的产品,自然人股东受聘担任公司的高管或雇员等。实践中,公司法运用不同的原则来规范两类交易:针对经营性交易适用的是公平交易规则与关联交易约束,避免在利益冲突的情形下损害公司的整体利益;^⑤资本性交易中,法律规则包括“不得折价发行”、同股同价、资本维持原则等,意在为公司债权人或处于弱势地位的小股东提供最基本的保护,以减少公司组织形式、特别是有限责任规则的负外部性。通常来说,资本性交易与经营性交易之间的界限是比较清楚的,但在间接抽逃出资或隐性资本返还的场合,二者会发生交叉或重合,从而引发正常交易还是抽逃出资、应适用关联交易规则、分配规则还是抽逃出资规则等方面的争议。我国实践中长期存在的股东向公司借款是否构成抽逃出资的争议,“海富案”引发的对赌协议合法性争议,都属于此类。

1. 股东向公司借款——经营性交易 vs 资本性交易

对于公司的发起人或者股东向公司的借款行为是否构成抽逃出资问题,国家工商行政管理局(以下简称工商机关)纠结日久,1999年-2003年间就地方省局的请示连续发出的三份立场各异的《答复》就是明显例证。最初工商机关的观点是“公司股东为规避法律、法规的规定,以借款方式全额抽回其出资的,应按抽逃出资行为处理。”^⑥三年后,工商机关改变了立场,认为“公司借款给股东,是公司依法享有其财产所有权的体现,股东与公司之间的这种关系属于借贷关系,合法的借贷关系受法律保护,……因此,在没有充分证据的情况下,仅凭股东向公司借款就认定为股东抽逃出资缺乏法律依据。”^⑦一年后,工商机关又否定了公司借款给股东的合法性,认为根据金融法规只有银行或非银行金融机构可以向股东出借资金。因此,非金融机构的股东向公司借款且被查处后不能足额返还所借款项,就很可能被认定为股东抽逃出资。^⑧短短数年间,工商机关对股东向公司借款的交易分别适用了“推定抽逃出资”、“正常、合法的商业交易”、“违法借贷可推定抽逃出资”等完全不同的推理,令人大跌眼镜。

其实,剔除金融管制因素的干扰,就公司法下的“抽逃出资”问题而言,应采取分步骤层层递进的处理方式:首先应判断公司与股东间是否存在真实的借贷关系,其次确定

^⑤ 参见我国《公司法》第21条、第16条。

^⑥ 国家工商行政管理局《关于公司股东以借款为名抽回注册资本是否属于抽逃出资行为的请示的答复》(企指函字第6号)。

^⑦ 国家工商行政管理局《关于股东借款是否属于抽逃出资行为问题的答复》(工商企字[2002]第180号)。

^⑧ 国家工商行政管理局《关于山东省大同宏业投资有限公司是否构成抽逃出资行为问题的答复》(工商企字[2003]第63号)。

是否存在利益输送导致公司损失的情形,然后再基于公司所有者权益的状况确定是否存在“资本被侵蚀”。其中,对于借款交易本身应考察的因素包括:股东借款金额与出资额的大小,有无约定偿还期限,约定利率与市场利率是否相当,股东是否实际支付利息,公司内部对股东借款交易的决策程序,会计账目对股东借款交易的处理方式,等等。其结果大致有三种情形:第一,借贷关系是真实的且利率水平合理,则借款交易属于公司与股东间正常进行的商业交易,与公司与其他借款人之间的交易并无不同。即使股东最后无法偿还借款,也不应认定为抽逃出资。第二,借贷关系是真实的但约定利率明显低于市场水平,但给公司造成的损失尚未导致公司“资本被侵蚀”。此时就出现了“关联交易”与“违法分配”特征的重叠。理论上说,按哪一种路径处理都没问题,但由于我国现行《公司法》缺乏对此类“违法分配”的追责机制,所以宜认定为“关联交易损害公司利益”,以便按照《公司法》第21条(关联交易规制)处理。第三,若给公司造成的损失达到“资本被侵蚀”的程度,或者借贷关系不真实,实质上是以借贷之名非法返还出资,则可以作为“抽逃出资”处理。

2. 股东与公司之间的对赌协议——传统规则 vs 新出资安排

被称为“对赌协议第一案”的海富投资诉甘肃世恒等履行对赌协议的诉讼曾引发法律界与PE投资界的广泛关注。该对赌协议的核心是估值调整安排,投资方与融资方在达成出资协议时基于公司未来盈利的不确定而约定了对入股价格的调整办法。⁵⁹通常情形下,对赌发生在PE投资者与被投资公司的股东之间,但在海富—世恒交易中,海富作为PE投资者采取了与公司本身对赌且现金补偿的方式,这就使得对赌协议呈现“股东向公司出资以及公司在一段时间后向股东转移现金资产”的外观,从而具有了典型的股东—公司间资本性交易的特征。这就受制于公司法下的资本维持原则,包括禁止抽逃出资与禁止违法分配。

具体来说,海富在2007年出资2000万元入股世恒公司,其中115万元作为资本,剩余1885万元作为资本公积。由于2008年世恒公司仅实现3万元利润,远低于对赌协议下的业绩指标,世恒公司按照出资协议须补偿海富1998万元作为入股价格的调整。在现行《公司法》的框架下,世恒直接向海富支付现金补偿是无法操作的。由于补偿要求发生在海富出资一年之后,《公司法》默认此时不再是出资过程,而是公司持续经营期间向股东进行无偿支付。这种无偿支付只能通过两条合法途径进行:一是利润分配,二是返还出资。由于世恒公司仅有3万元利润,不可能分配海富投资所要求的1998万元,且对赌协议也明确此补偿并非利润分配,因此只剩下返还出资这一条路。然而,返还出资的合法途径——减资或回购都要求先行启动债权人保护程序,包括公告、提前清偿债务或向债权人提供担保等,并不能径直向股东支付。换言之,在未践行债权人保护程序之前,海富投资不能直接要求世恒公司补偿1998万元。

⁵⁹ 参见杜丽虹《“对赌”非赌关乎公司战略选择》,载《证券时报》2006年7月31日第A03版。

笔者以为,PE与公司之间对赌并非一个“是与非”的绝对判断,而是应当在资本维持原则之下进行具体分析与多步骤的程序操作,包括借鉴股权分置改革中资本公积定向转增的先例。遗憾的是,由于《公司法》缺乏对资本维持原则以及分配、资本公积等范畴的明确规定,海富案的一审与二审法官虽然都把握住了海富一世恒对赌协议作为股东—公司间资本性交易的属性,但困于无法可依而难以给出令各方满意的裁定。再审判决书援引《公司法》第20条(不得滥用公司法人地位与有限责任)平息了争议,但说理异常简单,仅有一句话“这一约定使得海富公司的投资可以取得相对固定的收益,该收益脱离了世恒公司的经营业绩,损害了公司利益和公司债权人利益”。这与其说是在“明理析案”,毋宁说是“发布宣言”,只是它因为符合法律人对资本维持原则的模糊感觉而获得了普遍支持。由此来看,当公司立法因各种原因而无法提供明晰而具体的规则时,学理上有必要尽快建立股东—公司间资本性交易的分析框架,这样一方面可以避免司法实践再度陷入既无法据可依、又无法理可循的尴尬境地,另一方面,也是更重要的,可以针对现代公司实践中的新问题来对传统的公司法逻辑进行必要的扩张甚至重构。

六、走出抽逃出资困境的路径选择——代结语

从“抽逃出资”概念之争出发,本文对公司法禁止抽逃出资的内在逻辑及操作路径进行了初步的探讨,一方面向历史深处去寻找资本维持原则所蕴涵的、但因年代久远而湮没于尘埃中的商业理性,另一方面借助资产负债表这个现代商业管理工具,观察抽逃出资问题的现实印迹,从而展示“抽逃出资”问题在当下中国呈现的理论与实践困境以及摆脱困境之路径选择。

抽逃出资的实践争议起源于我国《公司法》仅宣告了“禁止抽逃出资”而未规定抽逃出资行为的民事责任,导致公司债权人以及守法股东寻求民事救济缺乏法律依据。这与现实中抽逃出资的工商执法以及刑事追责的高调、强势形成了鲜明的对比。一些地方法院很早就开始探索民事救济的法理基础,如依据民事诉讼法对不能清偿债务的公司执行其已到期的第三人债权,或者合同法下的债权人代位求偿权等,但很快意识到必须在公司法的框架下解决问题。^⑩2011年《司法解释三》的出台标志着对多年来司法实践经验的总结。然而,由于司法解释忽略了公司成立后持续经营期间的“出资”已经演化为公司的“所有者权益”,未能明确界定“股本被侵蚀”与其他分配形式之间的界限,导致第12条存在漏洞,适用不便。与此同时,《公司法》本身在分配规则方面的重大疏漏也使得公司向个别股东输送利益但尚未侵蚀“股本”的行为无法作为“违法分配”被追究责任,结果,债权人或其他股东都转而求助于抽逃出资规则来获得法律救济,客

^⑩ 参见张天智《股东抽逃出资的法律思考》载《法学杂志》1997年第6期;前引^⑤江苏省高院民二庭文。

观上倒逼了“抽逃出资”认定的扩大化。此外,不论是《公司法》文本还是学理研究都缺乏公司-股东间资本性交易的分析框架,难以对股东借款、对赌协议等交易形态给予有效回应,导致抽逃出资规则在某种意义上变成了商业创新的制肘。可以说,《司法解释三》对“抽逃出资”界定的不周延、《公司法》分配规则的缺失、学理研究的不足等因素交织在一起,共同造就了我国实践中“抽逃出资”问题的困境。

公司法抽逃出资规则的进退失据,也催生了以侵权责任追究抽逃出资股东的民事责任、以“侵占公司财产”替代“抽逃出资”概念的改革动议。应该说,在《司法解释三》出台前,这种侵权责任说尚有一定的积极意义,但在《司法解释三》提供了一套清晰而确定的民事责任规则后,侵权责任路径已经失去了法理基础与现实支撑。侵权责任作为民事责任的基本类型之一,是一个非常宽泛的概念。在社会生活的不同领域,侵害他人合法权益所应承担的具体责任形式可能是不同的,这些由专门立法规定的民事责任与侵权责任法之间是特别法与一般法的关系,应优先适用。在域外公司法实践中,追究抽逃出资下相关董事和/或股东的责任是依照公司法而非侵权法进行的;学理上认为,公司法赋予公司或者(在公司清算时)债权人、清算人追回股东所抽逃的出资的权利是一种“特别的公司法请求权,它替代了民法上的诉讼请求法律依据”。^①在我国,早在1997年就有法官撰文,对我国《公司法》在抽逃出资条款下应如何规定这一特别请求权提出了明确、具体的建议。^②

至于“侵占公司财产”概念,它实际上无法包容“抽逃出资”。表面上看,“侵占公司财产”不仅指董事、监事、高管及他人侵占公司财产的行为,还可以包括股东侵占公司财产的行为,但法律上的概念并不能做望文生义式的理解。前文从公司资产负债表的视角描述抽逃出资的行为样态时已经指出,“侵占公司财产”要么只体现了“抽逃出资”的一种路径,因而比“抽逃出资”概念的外延小;要么就是与“抽逃出资”说的是一回事,体现的是资合公司的一体两面特征,因此二者构成共生而非替代的关系。更为关键的是,即使在股东侵占公司财产的抽逃出资路径下,它与董事、高管等利用职务之便将公司财物据为己有的性质也完全不同,法律规制的逻辑更是相去甚远。董事、高管的行为仅仅是侵犯了公司的法人财产权,而股东抽逃出资不仅侵犯了公司的法人财产权,更主要的是违反了公司法资本制度,特别是资本维持的原则,从而可能对债权人利益以及特定情形下其他守法股东的利益造成损害。借用德国刑法的“背信罪”概念来比拟,董事、高管的个人侵占行为仅仅违背了他们对公司的忠实义务,而股东抽逃出资的行为则是破坏了公司法关于有限责任制度下“公司-股东-债权人”三者之间关系的基本设定。因此,并不能因为股东、董事、高管以及公司内部其他人都可能违法或非法取得公司财产而将它们一股脑地归入同一个“侵占公司财产”概念中,除非后者只是一个“形象描述”

^① 例见德国股份公司法的实践,前引⑦,莱赛尔等书,第308页及第620页。

^② 前引⑩,张天智文。

而非具有法律涵义的术语。

或许,学者偏好“侵占公司财产”概念的一个客观动因是既往实践中“抽逃出资”概念或罪名的滥用,在某些地区甚至沦落为政府部门或公检法机关违法干预经济纠纷的帮凶。然而,这并非抽逃出资概念本身的过错,而是执法者的理念出了问题,不能将二者混为一谈。即使将“抽逃出资”替换成“侵犯公司财产”概念或“抽逃公司财产罪”之罪名,依论者所强调的“抽逃出资”实际上等同于“侵占公司财产”的逻辑,那些滥权的地方政府或公检法机关仍然可以继续操纵“口袋罪”,只不过换一个名称而已。因此,理性的应对方式只能是“让上帝的归上帝,让凯撒的归凯撒”。学者的职责是从学理上揭示“禁止抽逃出资”规则的内在逻辑,明确其构成要件,厘清其适用范围,为相关部门对抽逃出资问题的处理提供理论指导。例如,当前《公司法》层面应尽快补充分配规则的内容,《司法解释三》应进一步修正“抽逃出资”的认定标准,将“抽逃出资”与合法分配、违法分配、合法的资本返还等交易之间区别开来,并允许公司采取事后补正措施。这样既能够实现公司法禁止抽逃出资的目的,又尊重公司资本运作上的自主权,避免“抽逃出资”认定的扩大化和滥用。最终目标,则是在我国《公司法》下建立一个完善的股东—公司间资本性交易的规则体系。

当然,走出抽逃出资困境的路径不止于“公司法 vs 侵权法”的选择。从另一个角度看,美国《修订示范公司法》采取的废除资本维持原则,代之以事后的双重清偿能力标准并辅之以欺诈性转移规则、揭开公司面纱等规则,或许是一劳永逸地摆脱抽逃出资困境的更好方式。因为公司法下已不复有“资本”的概念,自然也不存在“抽逃出资”问题。本文之所以选择了公司法传统的改良路径,是因为我国现阶段的公司实践整体上看大致对应的是美国在20世纪早期的状况,而非《修订示范公司法》所处的20世纪80年代。^③在今天的欧美发达经济体中,资本维持原则、特别是禁止抽逃出资规则早已成为不言而喻的“常识”,但在我国却属于刚刚展开、尚未理顺、遽论成熟的法律规则,尚有其存在的价值。从实践层面看,以消除“资本”概念的方式假装现实中“抽逃出资”问题不存在,无异于一种掩耳盗铃;从理论层面看,如果不首先对资本维持原则的功能、运作与局限有透彻把握,后续的资本制度改革、发展抑或被替代恐怕更无从谈起。因此,面对这样一种世纪性落差,中国公司法实践可能更适合进行传统路径下的建设与改良,而非大刀阔斧的“革命”或“颠覆”。它需要时间和耐心,更考验意志与智慧。

^③ 例如,我国公司法学界2003年前后关于“从资本信用到资产信用”的讨论,与美国法律界1900年前后争论“资本”概念及其与“资产”的关系颇为类似。当然,中国问题的复杂性在于,美国最新的资本市场实践(如经理人股票期权)也会很快出现在我国上市公司中,使得学术热点似乎同步。因此,中国作为后发国家在经济发展层面的优势无意中给立法移植与学术引进的目标选择造成了干扰。

Abstract: The reform of capital system in Corporation Law has raised general query to the rule of capital withdrawal , and has strengthened the concept of replacing capital withdrawal with embezzling company property , and the reform discussion about investigating the tort liability of shareholders. However , from the structure of company finance , shareholder ' s withdrawal of capital includes embezzling company property and increasing company debt. That resorting to Tort Law has neglected that prohibiting shareholder ' s capital withdrawal was the most ancient concept in Corporation Law and the core in the rule of capital maintenance. The absence of rule frame of capital transaction between shareholder and company in Chinese Corporation Law has led to the undistributed explanation for the withdrawal of capital by the supreme judicial court , which has caused the dilemma of capital withdrawal in practice combined with the negligence of distribution rule in Corporation Law. The way of getting rid of dilemma does not lie in the concept of capital withdrawal and resorting to the Tort Law , it lies in the reconstructing the Corporation Law basis of the rule of capital withdrawal.

(责任编辑: 王莉萍)