

# 论公司资产维持的法理 及其法律规制

崔勤之\*

## 目次

- 一、公司资产维持的法理基础
- 二、公司原始资产充实与股东的出资义务
- 三、公司运营中资产维持的法律规制

目前,我国公司立法贯彻的资本维持原则,对维持公司资产、维护公司正常运营和保护公司债权人利益起了一定的积极作用,但也存在着明显的缺陷。笔者主张,我国公司立法应逐步从公司资本维持原则向公司资产维持原则过渡,建立公司资产维持制度。本文拟就公司资产维持制度的法理基础及其法律规制进行初步探讨。

## 一、公司资产维持的法理基础

### (一) 公司资本与公司资产的联系和区别

通常认为,公司资本是指公司成立时由公司章程确定的,全

---

\* 中国社会科学院法学研究所研究员,博士生导师。

体股东出资构成的财产总额。公司的成立一般都要履行到公司登记机关办理登记注册手续，其中资本是公司登记注册的重要事项之一。人们把公司成立时，在公司登记机关登记注册的资本称为注册资本。各国公司法对股份有限公司设立时注册资本是否到位规定的原则是不同的。主要有以下三种：一是法定资本制。即公司章程中记载的注册资本数额，在公司设立时由股东实际全部缴付。二是授权资本制。即公司设立时，股东可只缴付注册资本数额中的一部分股款，剩余部分授权董事会根据需要需要通过分次发行股份筹集。三是折中授权资本制。即公司设立时，股东缴付法定的注册资本数额一定比例的股款，剩余部分授权董事会在法定期限内通过发行股份筹集。上述情况表明：无论采用哪种原则，也无论股东是一次缴足还是分期缴足股款，最终由股东出资构成的财产都能在一定时间为公司所实际拥有。正是在这个意义上，我们一般所说的公司资本指的就是公司注册资本<sup>①</sup>。

公司作为以营利为目的，从事生产经营或服务性活动的企业法人，必须拥有自己的财产，而公司资本就是公司原始的自有财产。这是因为：公司的资本来源于股东的出资，股东一经把自己的财产投入到公司就丧失了所有权，属于公司所有。由股东出资构成公司资本的财产便与股东个人的财产相分离而存在，成为公司自有的独立财产。公司资本的数额通常是由股东依照法律规定，考虑公司规模及经营状况等因素协商确定，记载于公司章程，即注册资本的数额。需要指出的是，记载于公司章程的公司资本数额是不能随意改变的。大陆法系国家的公司法一般都规定，变更公司资本数额，必须依照增加或减少公司资本的法定程序进行。

公司资产是指公司拥有或者控制的能以货币计量的经济资源，包括各种财产、债权和其他权利<sup>②</sup>。换言之，公司资产是公司拥有

① 范健等：《公司法论》（上卷），333页，南京大学出版社，1997。

② 参见《企业会计准则》第22条。

或者控制的能够在未来为公司提供经济利益的财产。公司的资产主要来源于以下三个方面：一是公司成立时股东的出资即公司资本。二是公司对外负债。例如，公司从银行借入流动资金、以融资方式购入生产设备等。三是公司的资产收益和经营收益。公司资产的数额是不确定的，它会随着公司经营的好坏即赢利或亏损以及清偿债务而增加或减少。因此，公司资产的数额在公司存续期间总是处在不断变化之中。

从上述对公司资本和公司资产的概念进行的界定和分析中不难看出，公司资本与公司资产是既相互联系又相互区别的两个概念。两者之间的联系主要表现在：

第一，公司资本是公司资产的基础和组成部分。公司作为企业法人必须拥有自己的资产。由全体股东出资构成的公司资本就是公司原始的自有资产，公司成立时，在没有对外负债的情况下，公司资本就是公司的全部资产。正是从这个意义上说，公司资本是公司资产的基础。前已述及，作为公司资产的财产通常由公司资本、公司对外负债以及公司的资产收益和经营收益三部分组成。可见，公司资本是公司资产的重要组成部分。

第二，公司资产会或大于或小于公司资本。单从这两个概念的范围本身看，由于公司资本只是构成公司资产的一部分，所以公司资产大于公司资本。但是，在公司实际运营过程中，公司资产的数额会随着公司经营状况的不同而发生变化，会出现大于或小于公司资本的情况。例如，公司实行负债经营，经营状况良好，获得赢利，公司资产就大于公司资本；反之，公司要清偿到期债务，经营亏损，便会发生公司资产小于公司资本。

公司资本与公司资产又是相互区别的两个概念。它们之间的区别主要是：其一，从财产数额是否变动看：公司资本的数额一经记载在公司章程中，一般是不变的。而公司资产的数额会随着公司经营的赢利或亏损不断地变化。其二，从财产来源的渠道看：构成公司资本的财产仅来源于股东的出资。而公司资产要比公司资

本来源的渠道宽泛，除来源于股东的出资外，还可通过借贷，以及经营收益等渠道形成公司资产。

### （二）公司资本维持原则评析

公司资本维持原则又称资本充实原则，是公司存续期间，贯穿公司资本制度的一项重要原则。它是指，公司在存续期间，应当保持相当于其资本的财产。

在有限公司和股份有限公司中，股东仅以其出资或所持股份为限对公司负责，公司以其全部资产对公司债务承担独立责任。因此，公司资产是对公司债权人的唯一担保。由于公司资本一经记载于公司章程就不能随意改变，所以公司资本对公司债权人来说具有公示公司信用度的功能。而公司的资产在公司经营过程中，会随着经营状况的好坏发生不断变动。为维持公司的正常运营，保护公司债权人的利益，必须贯彻资本维持原则，要求公司的资本不仅以计数的金额存在，而且应当实际保有<sup>①</sup>。各国公司法中反映这一原则的规定很多，主要有两个方面：一是关于公司设立由股东出资构成的公司资本必须真实方面的规定；二是关于公司存续中应当经常保有相当于公司资本数额实有财产的规定。可见，资本维持原则的目的是防止公司资本的实质减少，防止公司滥分股利，以维持公司正常运营和保护公司债权人利益。

然而，随着社会经济生活的发展和公司运营的实践，资本维持原则的缺陷日益明显地暴露出来：

第一，会出现公司实有资产的价值与公司资本的原有价值严重背离的情况。按照资本维持原则，公司应当经常保有相当于公司资本数额的实有财产。我们必须看到，20世纪后半叶以来，由于技术进步、物价变动等因素的共同作用，虽然公司保有的实有财产在货币量上能够保持与资本数额相等，但是，公司保有的相

<sup>①</sup> [韩] 李哲松著，吴日焕译：《韩国公司法》，150页，中国政法大学出版社，2000。

当于公司资本数量的实有财产的价值相对于物价水平而言实际上是减少了。如果从保持公司实际的生产能力的角度来看，当年公司资本额所代表的财产生产能力与现今同样数量的公司实有财产代表的生产能力之间的距离就更大了<sup>①</sup>。所以，仅仅按照资本维持原则，要求公司保有与公司资本相当数额的财产，对于保障公司的正常运营和对公司债权人的保护是不够的。

第二，公司资本不能完全公示公司的信用。笔者认为，对公司债权人来说，公司资本具有公示公司信用的功能是不可否认的，但公司资本对公司信用的公示是不完全的。这是因为：一是公司资本是公司原始资产。它仅在公司成立时，具有公示公司原始资本信用的功能。二是作为衡量公司盈余还是亏损界限的公司资本是公司资产的组成部分；按照资本维持原则的要求，公司应当保有与公司资本相当数额的财产。从这个意义上说，公司资本起着公示公司一定信用的作用。此外，特别要指出的是，公司作为企业法人是以其拥有的全部资产而不是用公司资本对其债务承担责任。我国公司法就明确规定，公司以其全部资产对公司的债务承担责任<sup>②</sup>。公司的资产从是否属于公司所有的角度来划分，可分为借贷资产和自有资产两部分。公司虽然可以享受借贷资产未来提供的经济利益，但借贷资产不属于公司所有，也就是说，公司对借贷资产不享有所有权。而自有资产是属于公司所有的资产，即公司资产减去公司负债的净资产。我们上面所说的，公司以其全部资产对公司债务承担责任，其实质就是，公司以其净资产对公司债务承担责任。所以，公司对外承担财产责任的能力取决于其拥有的资产，而不是其资本。可见，能够完全公示公司信用的不是公司资本而是公司自有资产。

从以上分析可以看出：资本维持原则对维持公司资产、维护

① 刘燕：《会计法》，280页，北京大学出版社，2001。

② 参见《中华人民共和国公司法》第三条。

公司正常运营和保护公司债权人利益有一定的积极作用，但也存在明显的缺陷。为克服公司资本维持原则存在的缺陷，笔者主张，树立公司资产信用观念，对现行公司法中反映该原则的规定作如下处置：凡是不利于公司发展和保护公司债权人利益的规定予以取消；凡是有利于维持公司资产，确保公司运营和保护公司债权人利益的规定予以保留并加以完善。在此基础上，逐步从公司资本维持原则向公司资产维持原则过渡，建立公司资产维持制度。

### （三）公司资产维持制度的法理基础及其标准

1. 公司资产维持制度的法理基础。公司资产维持制度是指使公司在存续期间能够保有、维系其正常运营并能偿还到期债务资产的制度。它是防范股东侵蚀公司、保持公司持续运营，具有清偿能力，维护公司债权人利益的制度。

公司资产维持是股东权利义务相对应的必然反映。法理学告诉我们：总体上说，没有无义务的权利，也没有无权利的义务。权利和义务是一种互相关联、相互对应的关系。权利的实现以义务的履行为前提，义务的履行是权利实现的保证<sup>①</sup>。依照上述法理，公司资产维持是股东应履行的义务，是股东实现股东权的前提和保证。你若要享有股东权，就必须履行向公司真实出资的义务，使公司对你投入的财产享有所有权，构成公司资产的组成部分。否则，你就不能成为公司的股东，当然也就不能享有股东权。此外，在公司存续期间，股东一般情况下不能退股。这是为维护公司资产对股东的约束，也是股东应尽的一项义务。如果股东不受其约束就不能成为公司的股东，当然不能享有股东权。再有，公司盈余了，必须先弥补公司的亏损，所余利润才能对股东进行分配。可见，股东享有的股利分配权，也是以其履行维持公司资产义务为前提的。

公司资产维持是实现股东与债权人之间权益均衡的重要保障。

<sup>①</sup> 李步云主编：《法理学》，204页，经济科学出版社，2000。

有限公司和股份公司是以股东的有限责任和公司的独立责任为基本法律特征的。股东仅以其出资或所持股份为限对公司负责，也可以说，股东仅以其出资或所持股份为限承担有限责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任。如果股东仅负出资义务，承担有限责任，就享有投资回报的话，显然公司债权人的利益是得不到保护的。所以，为了维护交易安全，保护公司债权人的权益，股东还必须承担维持公司资产的义务，使公司的资产真正成为债权人的担保，才能使股东权益和债权人权益公平地实现。

2. 公司资产维持的标准。公司资产的维持取决于股东全面履行出资义务及公司运营期间的利润分配、股份回购、关联交易和减少资本的适度等。目前，大多数国家的公司立法着重从公司的利润分配和减少资本方面对维持公司资产标准作了规定。主要有两种：

(1) 资产负债表标准和法定最低资本限定标准。大陆法系大多数国家的公司立法对公司向股东分配利润规定为资产负债表标准，即公司资产总额超过公司债务总额，也就是公司的利润依法可用于向股东分配；对公司减少资本适用法定最低资本限额标准，即公司减资后，其注册资本不得低于法定最低资本额。例如，我国公司法就规定，公司弥补亏损、提取公积金、法定公益金后所余利润，有限公司按股东出资比例分配，股份公司按照股东持有的股份比例分配；公司减少资本后的注册资本不得低于法定的最低限额<sup>①</sup>。笔者认为，通过资产负债表标准和法定最低资本限额标准达到公司资产维持的目的，是重形式轻实质的标准。因为，公司债权人所关心的是公司的现金、可变现资产，是公司有无偿债能力。

(2) 资产负债表标准和清偿能力标准。资产负债表标准，即公司资产总额必须超过其债务总额；清偿能力标准，即公司必须

① 参见《中华人民共和国公司法》第一百七十七、一百八十六条。

具有清偿到期债务的能力。英美法系英、美等国家的相关法律对公司的利润分配和减少资本，均实行资产负债表和清偿能力双重标准。例如，美国1980年的《美国标准公司法》第六百四十条C项就规定了股东利润分配的清偿能力和资产负债表双重标准。特别是，美国的破产法以及各州按照《统一欺诈性转让示范法》所制定的州法，对公司利润分配进行的限制性规定，更是体现了对公司资产维持实行资产负债表和清偿能力双重标准。即公司的利润分配如果满足下列条件，则构成欺诈性财产转移：①在股利分配后，公司负债总额超过公司的资产总额；②股利支付导致公司的资本相对于公司的持续经营而言“少得不合理”；或者③公司在支付股利后无法清偿到期债务<sup>①</sup>。此外，美国《特拉华州公司法》对公司减少资本的规定，同样实行资产负债表和清偿能力双重标准。即公司减资后，资本总额需超过以前未发行而在转换后可以发行的任何股份的票面价值总额或申报资本的范围。该公司减资后的公司资产应当足以支付任何公司债务<sup>②</sup>。笔者认为，对公司资产维持采用资产负债表和清偿能力双重标准，注重公司清偿能力，是实质重于形式的表现，使公司的资产维持建立在现行市价或清算的基础上，防止公司的现金不公正地流向股东，更有利于保护公司债权人的权益<sup>③</sup>。

## 二、公司原始资产充实与股东的出资义务

### （一）公司原始资产的充实与股东出资义务的关系

公司原始资产即公司资本又称公司注册资本，是指公司章程确定的，由全体股东出资构成的财产总额。公司原始资产是公司

① 刘燕：《会计法》，326页，北京大学出版社，2001。

② 姜风纹译：《美国公司法选译》，76～77页，中国对外经济贸易出版社，1984。  
卜耀武主编，左羽译：《特拉华州普通公司法》，113页，法律出版社，2001。

③ 刘燕：《会计法》，326页，北京大学出版社，2001。

资产的基础和重要组成部分。它对公司、股东和公司债权人都具有重要意义。

作为公司，具备所从事事业的基本财产是其成立的要件之一。而这基本财产便是由全体股东出资构成的公司原始资产。也就是说，公司只有有了原始资产才能成立。同时，公司原始资产还是公司成立时拥有的资产信用，它成为公司对外信用的组成部分。

作为股东，由于公司原始资产是由股东出资所构成，所以，公司原始资产标示着股东的出资信用。此外，每个股东按照其出资或所持股份在公司原始资产中所占比例，享有股东权并承担相应责任。从这种意义上讲，公司原始资产意味着股东出资数额及其责任的界限。

作为公司债权人，公司原始资产是公司成立时对公司债权人的唯一担保。因为，在有限公司和股份公司中，股东仅以其出资或持有的股份为限对公司承担有限责任，不对公司债权人负责，能向债权人提供担保的只有公司的财产。而公司成立时其财产即是公司原始资产。又由于作为注册资本的公司原始资产，一经记载于公司章程即不能随意变动。因而，它具有一定的公示公司信用的作用。

要发挥公司原始资产对公司、股东以及公司债权人的作用，就必须确保公司原始资产的充实。而公司原始资产的充实就在于股东要切实履行出资义务。由于公司原始资产是由全体股东的出资所构成，所以，股东出资义务履行的如何与公司原始资产是否充实息息相关。如果股东不履行或不完全履行出资义务，势必造成公司原始资产的不充实。由此可见，只有股东切实履行了出资义务，公司原始资产的充实才有保证。

股东切实履行出资义务是指，股东必须依照法律和公司章程的规定，全额缴纳自己应该缴纳的出资。这包含两层意思：一是股东必须实际履行出资义务。股东应当依照法律和公司章程的规定，按时实际交付货币或货币以外的其他财产即现物，并依法办

理其财产权转移登记相关手续。二是股东必须完全履行出资义务。股东应当依照法律和公司章程的规定，全额缴纳自己应该缴纳的出资。以实物、工业产权、非专利技术等作为出资的，不得对其价值予以高估，确保公司原始资产的真实。

一些西方国家为使公司原始资产充实，对保证股东出资义务切实履行，采取了有力措施。例如，《日本有限公司法》规定，董事在公司成立前由公司章程确定或选任。董事应责成股东完成出资全额的缴纳或以实物为出资标的的财产的全部交付<sup>①</sup>。又如：《德国有限责任公司法》规定，股东以实物作为出资的，应在公司合同中明确规定实物出资标的和与该实物出资相对应的基本出资的数额。股东必须在实物组建报告中阐明对缴付实物出资的适应性具有根本意义的情况。同时，实物出资必须在公司向商业登记簿申报登记前，以能够使业务执行人对其完全自由支配的方式交付公司<sup>②</sup>。笔者认为，上述这些有益措施，对确保公司原始资产充实具有重要意义，值得我国借鉴。

### （二）股东违反出资义务的行为及其法律责任

1. 股东违反出资义务的行为。出资是股东应当履行的最基本的义务。股东实际完全履行出资是公司实收原始资产与公司章程所定的注册资本数额相一致的保证。如果股东违反出资义务则会对公司原始资产的充实，进而对公司资产的维持产生不利的影响。股东违反出资义务，其行为的表现方式可分为完全不履行出资义务和不当履行出资义务两种。

（1）完全不履行出资义务。完全不履行出资义务是指，股东根本没有履行出资义务。其具体表现为：①拒绝出资。股东在公司章程制定后或认股书填写后，拒绝按照规定出资。②不能出资。股东因客观条件的变化，而不能履行出资义务。例如，作为出资

① 参见《日本有限公司法》第十一、十二条。

② 参见《德国有限责任公司法》第五条、第七条（三）。

的房屋在办理产权转移手续前毁损。③虚假出资。股东弄虚作假谎称已经出资，而实际并没有出资。大致有以下三种情况：一是股东伪造存款证明和验资报告；二是股东和银行串通作假，由银行出具虚假存款证明；三是由会计师事务所出具虚假验资证明<sup>①</sup>。④抽逃出资。股东在公司验资或公司成立后，将缴纳的出资抽回。例如，股东将其出资的货币存入公司银行的临时账户，待验资后该股东又将其所缴纳的出资撤回。

(2) 不适当履行出资义务。不适当履行出资义务是指，股东没有依照法律和公司章程的时间、数额、手续等规定履行出资义务。其具体表现为：①迟延出资。股东不按照法律和公司章程规定的期限缴纳出资或办理产权转移手续。②不完全出资。股东只缴纳了部分出资，未按规定数额足额交付。③瑕疵出资。股东交付的非货币出资的实物或工业产权等现物存在瑕疵。例如，股东缴纳的实物不符合约定的质量标准等。

2. 股东违反出资义务的责任。股东依法履行出资义务是确保公司原始资产充实，进而维持公司资产的重要步骤。因此，各国公司法都对股东违反出资义务，应由其本人以及相关承担的法律责任的作了规定。主要分为：

(1) 股东不出资或不完全出资应承担的法律责任。股东不出资或不完全出资，其本人及相关人员应承担的法律责任分为民事责任、行政责任和刑事责任。

第一，民事责任。一般情况下，股东违反出资义务不出资或不完全出资，相关人员应承担担保责任。具体为：其一，在有限公司，相关人员负有出资担保责任。即股东不按照公司章程规定出资的，其他参与公司设立的股东及相关人员负有连带交付其出资的责任。例如，《韩国商法》第五百五十一条第一款就规定：“公司成立后若发现未缴纳完毕出资额或者未履行实物出资，公司

<sup>①</sup> 张开平：《公司权利解构》，83页，中国社会科学出版社，1999。

成立之际的社员、董事及监事就其未缴纳的金额或者未履行的实物价额，应向公司承担连带支付的责任。”其二，在股份公司，发起人负有认购、缴纳与交付担保责任。认购担保责任是指，设立股份公司发行股份时，其发行股份未认足或认购后又取消时，由发起人共同认足；缴纳担保责任是指，股份认购人未按招股说明书所定期限缴纳股款时，发起人对未缴纳的股款负有连带缴纳责任；交付担保责任是指，现物出资的发起人不按照公司章程的规定交付出资时，其他发起人应按未交付现物的价额，承担连带补交出资的责任<sup>①</sup>。例如，《韩国商法》第三百二十一条就规定了发起人的认股、缴纳担保责任。即在公司设立时发行的股份中，公司成立后仍有尚未认购的股份或者撤销认购时，视由发起人共同认购之；公司成立之后，仍有尚未缴纳的股款，发起人应连带缴纳股款。

第二，行政责任和刑事责任。股东违反出资义务应承担的行政责任和刑事责任主要是针对虚假出资和抽逃出资的股东应承担法律责任作出的规定。

股东虚假出资和抽逃出资应受到的行政处罚是责令改正和罚款。例如，我国公司法规定，公司的发起人、股东未交付货币、实物或者未转移财产权虚假出资的；或在公司成立后抽逃出资的，责令改正，处以虚假出资金额或所抽逃出资金额5%以上10%以下的罚款<sup>②</sup>。

股东虚假出资或抽逃出资数额巨大、后果或情节严重的要承担刑事责任。即，处以徒刑或者拘役或者罚金或处以徒刑或者拘役并处罚金。例如，《韩国商法》规定，公司发起人作出假装缴纳股款或者履行实物出资行为时，处以5年以下徒刑或者1500万元

① 陈甦：《公司设立者的出资违约责任与资本充实责任》，载《法学研究》1995年第6期。

② 参见《中华人民共和国公司法》第二百零八、第二百零九条。

以下罚金<sup>①</sup>。我国刑法也规定：“公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权虚假出资，或者在公司成立后又抽逃出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额2%以上10%以下罚金<sup>②</sup>。”

(2) 股东出资瑕疵应承担的法律责任。这主要是法律对以现物出资的股东，其出资现物的实际价额显著低于公司章程所定价额应承担差额填补责任的规定。包括：交付该现物的股东应补交其差额；公司设立时其他股东对不足的差额部分承担连带填补责任。例如，我国公司法规定：“有限责任公司成立后，发现作为出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补交其差额，公司设立时的其他股东对其承担连带责任。”<sup>③</sup>又如《韩国商法》也规定：“实物出资及受让的财产，在公司成立之际以实际价格显著低于章程中规定的价格时，公司成立之际的社员应向公司承担连带支付该差额责任。”<sup>④</sup>

(3) 股东违反出资义务给公司和其他股东造成损害应承担的法律责任。股东违反出资义务给公司和其他股东造成的损害应承担民事责任即损害赔偿。有以下两种情况：一是由于股东不履行出资义务导致公司不能成立、解散或被撤销时，违反出资义务的股东应向其他已足额缴纳出资的股东承担损害赔偿责任；二是在公司成立的情况下，不履行出资义务的股东应向公司承担损害赔偿责任。例如，《韩国商法》就规定，股份认购人未按照规定缴纳股款时，发起人可请求该股份认购人承担损害赔偿责任<sup>⑤</sup>。

① 参见《韩国商法》第六百二十八条。

② 参见《中华人民共和国刑法》第一百五十九条。

③ 参见《中华人民共和国公司法》第二十八条。

④ 参见《韩国商法》第五百五十条第一款。

⑤ 参见《韩国商法》第三百零七条第三款。

### 三、公司运营中资产维持的法律规制

公司在存续过程中，其资产有两个功能：一是运营功能，即公司资产维持公司的运营；二是担保功能，即公司自有资产，也就是公司净资产作为公司债务的担保。公司在运营中维持一定数量的资产是其生存和信用的保障。笔者赞同公司资产维持采用资产负债表和清偿能力双重标准，使公司在存续过程中维持以公司资本为基础并能偿还到期债务，具有变现能力的资产；在这种情况下，公司、股东和公司债权人的利益都可以有效实现。目前，各国公司法及相关法律对公司运营中资产维持的规制，主要有以下几个方面：

#### （一）关于股东不得抽回出资的规制

股东缴纳了出资（股款）或者将抵作出资（股款）的现物出资办理了转移手续之后，股东出资的财产，其所有权已转移给公司，形成了公司的原始资产，即公司资本，成为公司资产的基础和组成部分。为此，各国公司法都规定，通常股东是不能抽回出资的。否则，公司原始资产就会减少，这意味着侵害了公司的财产。例如，我国公司法规定，发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情况外，不得抽回其股本；股东在公司登记后，不得抽回出资<sup>①</sup>。

#### （二）关于公司向股东分配利润的规制

从各国对公司向股东分配利润的规定看，为维持公司资产，保护公司债权人的利益，不能用公司资本向股东分配，这表明公司无赢利即没有利润就不得分配。否则，就意味着向股东返还出资，侵害了公司资产。那么，是否公司有了赢利就可全部分配给

<sup>①</sup> 参见《中华人民共和国公司法》第九十三、三十四条。



股东呢？除公司法对此作出限制性规定外，破产法以及借款合同也可限制公司在特定情形下进行利润分配<sup>①</sup>。

公司法对公司向股东分配利润，主要从以下两个方面作出了限制性规定：

1. 对当年利润分配的限制性规定。例如，我国《公司法》第一百七十七条规定，公司应当用当年税后利润弥补亏损和提取利润的10%列入公司法定公积金、提取利润的5%至10%列入公司法定公益金，可提取任意公积金后，所余利润向股东进行分配。又如，《日本商法典》第二百九十条第一项对公司向股东分配当年利润的限制性规定更为严格。即：“盈余的分配，可以资产负债表上的纯资产额扣除下列金额为限进行：（1）资本额；（2）资本准备金及盈余公积金的合计额；（3）其决算期中须积存的盈余公积金的数额；（4）依照第二百八十六条之二（开业准备费）及第二百八十六条之三（试验研究费、开发费）的规定，计入资产负债表的资产部分金额的合计额，超过前两号准备金的合计额时，其超过额。”

2. 对累计利润分配的限制性规定。累计利润是公司以前年度的未分配利润。公司当年没有利润，但可用部分累计利润派发股利。例如，我国台湾地区“公司法”规定：“法定盈余公积金已超过资本总额50%时，或于有盈余之年度所提存之盈余公积金有超过该盈余20%数额者，公司为维持股票之价格，得以其超过部分派充股息及红利。”<sup>②</sup>

有的国家除公司法外，其他相关法律也对公司向股东分配利润作出限制性规定。例如，美国的破产法及其各州的相关法律对公司利润分配作出以下限制：公司在保证其资产总额超过负债总额，能

<sup>①</sup> 刘燕：《会计学》，32页，北京大学出版社，2001。

<sup>②</sup> 参见《我国台湾地区“公司法”》第二百三十二条第二款。

够持续经营并清偿到期债务的前提下，公司可以向股东分配利润<sup>①</sup>。

为了保护公司债权人的利益，除法律对股东分配利润作出强制性限制规定外，还可以通过公司债权人与公司债务人签订的借款合同中规定限制性保证条款，对公司利润分配进行限制。实践中，公司债权人，特别是为公司提供大额融资的银行或者机构投资者，往往在与公司签订的借款合同中加入限制性保证条款，对债务人公司进行利润分配的权利事先加以限制。例如，规定只有在公司的资产总额超过负债总额的前提下，才可向股东分配利润。如果公司违反了限制性保证条款就构成违约，债权人可以提前终止合同，收回贷款，或者对债务人公司加收罚息<sup>②</sup>。

需要说明的是，向股东分配利润是公司的行为，除了要有符合法律和合同规定可以分配的利润，还要有公司的意思表示才可进行。大多数国家的公司法都规定，公司利润分配的意思决定机关为股东会（股东大会）。例如，我国公司法规定，股份有限公司的利润分配方案由董事会制定，经股东大会审议批准。<sup>③</sup>

### （三）关于公司<sup>④</sup> 回购股份的规制

公司回购股份又称公司收购自己的股份，是指公司从股东那里受让股份<sup>⑤</sup>。公司因用其资产从股东那里收购自己的股份，使公司的资产流入到股东手中，相当于把股东的出资返还给股东。虽然，构成公司注册资本的股份数额没有减少，但公司却因收购本公司的股份而失去了部分资产。换言之，公司因收购自己的股份而减少了资产。为了公司资本的充实，维持公司资产，在公司回购股份问题上，大陆法系国家历来坚持原则禁止、例外允许的原

① 刘燕：《会计法》，326页，北京大学出版社，2001。

② 同上书，327页。

③ 参见《中华人民共和国公司法》第一百四十九条。

④ 本部分所说的公司均指股份有限公司。

⑤ [韩]李哲松著，金日煥译：《韩国公司法》，279页，中国政法大学出版社，2000。

则；即股份有限公司一般不得持有自己的股份，仅在法定例外情况下，才允许公司持有自己的股份。例如，我国公司法就这样规定：“公司不得收购本公司的股票，但为减少公司资本而注销股份或者与持有本公司股票的其他公司合并时除外。”<sup>①</sup>

值得关注的是，自 20 世纪 90 年代以来，为了适应经济发展和公司运营的需要，西方大多数国家纷纷对公司回购股份放松了限制，使公司持有自己股份的法定例外范围逐渐扩大。目前西方国家允许公司回购股份的情况有：一是公司减少资本；二是公司与持有本公司股票的其他公司合并；三是无偿取得；四是股东请求收购股份；五是维持公司正常股价；六是取得可赎回优先股；七是为了实行董事、使用人的期权；八是公司处置多余现金；九是作为收购策略而回购股份。特别是 2001 年 6 月日本商法的修改，基本解除了对公司持有自己股份的限制<sup>②</sup>。上述情况表明，放松对公司持有自己股份的限制，已成为各国公司立法的一种趋势。但是，在公司回购股份的程序、持股财源以及董事相关责任等方面的规制，仍是较为严格的，借以实现公司资产维持，保护公司债权人利益。<sup>③</sup>

#### （四）关于公司关联交易的规制

关联交易，亦称关联方交易、关联人交易，它是指发生在关联人士之间的有关移转资源或义务的事项安排行为。进而公司关联交易是指，公司与关联人之间的关联交易。由于公司关联交易，一方面在现实经济生活中大量存在；另一方面可能损害公司、非关联股东、公司债权人和社会公共利益。所以，各国都十分重视对公司关联交易的处理，许多国家的法律都规定，公司关联交易必须进行充分披露，均要求财务会计报表对关联交易予以揭示。

① 《中华人民共和国公司法》第一百四十九条。

② 参见《日本商法典》（2001 年 6 月）第二百一十条。

③ 王保树：《股份公司资本制度的走向从“资本维持原则”规则缓和中寻求真谛》，载《中国法学会商法学研究会第三届年会论文集》（2003 年 9 月）。

除此之外，美国证券法的 S-K 规则第四百零四条亦规定了注册发行股票的公司必须披露关联方交易的有关内容，主要有：关联方的确定、交易的类型等；英国公司法也要求建立关联报告及披露制度<sup>①</sup>。

我国证券法、《股票发行与交易管理暂行条例》以及《上市公司治理准则》等法律、法规及规章，针对公开发行股票的股份有限公司特别是上市公司的关联交易作出规定，主要有：其一，上市公司及其关联人一览表应记载于年度报告中<sup>②</sup>。其二，上市公司与关联人之间的关联交易应签订书面协议。协议的签订应当遵循平等、自愿、等价、有偿的原则，协议内容应明确、具体<sup>③</sup>。其三，关联交易的价格原则上应不偏离市场独立第三方的价格或收费的标准<sup>④</sup>。其四，上市公司的年度报告、关联交易的书面协议应当向证监会、证券交易所提供<sup>⑤</sup>；年度报告、关联交易协议的订立、变更、终止、履行情况等事项以及关联交易的定价依据，都要在国家有关部门规定的报刊或者在专项出版的公报上刊登充分披露；同时将其置备于公司住所、证券交易所，供社会公众查阅<sup>⑥</sup>。其五，上市公司应采取有效措施防止股东及其关联方以各种形式占用或转移公司的资金、资产及其他资源<sup>⑦</sup>。

除此之外，《上市公司治理准则》还规定，上市公司不得为股东及其关联方提供担保<sup>⑧</sup>。笔者认为，立法者规定该条的本意是为

① 施天涛：《关联企业法律问题研究》，62~63页，法律出版社，1998。

② 参见《股票发行与交易管理暂行条例》第五十九条。

③ 参见《上市公司治理准则》第十二条。

④ 参见《上市公司治理准则》第十三条。

⑤ 参见《中华人民共和国证券法》第六十一、六十二条；《股票发行与交易管理暂行条例》第五十七条。

⑥ 参见《中华人民共和国证券法》第六十四条；《上市公司治理准则》第十二、十三条。

⑦ 参见《上市公司治理准则》第十四条。

⑧ 参见《上市公司治理准则》第十四条。

防止上市公司的资产受损。但此规定，无论是从我国公司的实践和法律的规定，还是从其他国家的立法经验看，都是不妥的。上市公司为股东及其关联方提供担保，其本质上是一种关联交易。而关联交易包括公司关联担保，是公司经营的客观需要。在我国，特别是公司在向商业银行贷款时，都需要提供担保。实践中，公司集团内部公司之间的担保，被金融界认为是较为安全的担保。而禁止上市公司为股东及其关联方提供担保，不利于公司的生存与发展。既然公司都可以为不是其股东，也没有任何关联的企业提供担保，为什么不可以为自己的关联方提供担保呢？况且，我国的法律并没有禁止关联交易。再从西方国家相关立法规定看，无论是英美法系国家还是大陆法系国家几乎都未对公司为股东及其关联方提供担保作禁止性规定。例如，美国华盛顿公司法规定，只要担保行为可以合理地期待为担保公司直接或间接地获得利益，公司就可以为包括股东在内的任何关联公司提供担保；法国公司法未就股份公司为其股东的担保作任何禁止性规定<sup>①</sup>。因此，笔者主张，将上市公司不得为股东及其关联方提供担保的规定，从《上市公司治理准则》中删除。为避免上市公司为股东及其关联方提供担保，对上市公司、非关联股东、公司债权人及社会公共利益的损害，应当将其像其他关联交易一样对待。

最后，为避免公司关联交易的负面影响，除我国相关法律已对公司关联交易应予充分披露作出规定外，笔者建议还应增加公司关联交易必须事先征得非关联股东的同意方能进行的规定。

#### （五）关于公司资本减少的规制

公司的资产是公司从事经营活动的物质保障，是对公司债权人的担保。而公司资本即公司注册资本是确保公司资产的基础。因此，为了公司自身的必需和保护公司债权人的利益，一般地说，

<sup>①</sup> 陈洁：《上市公司关联担保问题研究》，载《金融担保法的理论与实践》，社会科学出版社，2004。

公司不得随意减少资本。

公司资本减少依据净资产是否因公司资本额减少而减少为标准,可分为形式减资和实质减资两种<sup>①</sup>。前者公司资本减少,仅仅是减少注册资本数额,并不发生公司净资产外流,即公司净资产未减少;后者公司资本减少,则是将一定数额的公司净资产返还给股东,即发生净资产从公司流向股东,意味着公司净资产的减少。由此可以看出,公司资本的减少,特别是实质减资,一方面涉及公司运营资产的减少,进而影响到股东的利益;另一方面涉及公司清偿能力的减弱,进而影响到公司债权人的利益。

仅从公司资本减少与公司债权人保护的关系看,公司资本的减少对公司债权人的保护是不利的。形式减资往往是出现了严重亏损,并在一定时间内不可能恢复的公司所为的行为。通过减资,使公司的资本接近公司的净资产。虽然,形式减资公司的净资产没有减少,但由于公司注册资本数额的减少,会缩小将来公司资产特别是公司净资产的规模,对债权人利益的保护会相对减弱;而引起公司实质减资的原因是多种多样的。实质减资发生公司净资产流向股东,事实上是对股东的出资退还,等于股东优先于债权人回收所投入的资本<sup>②</sup>,致使公司用于对债权人担保的资产减少。因此,为保障公司的运营,维护股东和公司债权人利益的平衡,大多数国家的公司立法对公司减少资本主要从低线标准及相应机制两个方面进行规制。

关于公司减少资本的低线标准,即是指公司减少后的资本应保持的最低限额标准。主要有两种:一种是法定最低资本限额标准。例如,我国公司法规定,公司减少资本后的注册资本不得低于法定的最低限额<sup>③</sup>;一种是资产负债表和清偿能力双重标准。例

① [韩]李哲松著,吴日焕译:《韩国公司法》,585页,中国政法大学出版社,2000。

② 同上书,586页。

③ 参见《中华人民共和国公司法》第一百八十六条。

如，美国《特拉华州普通公司法》规定，公司减资后的资本总额应超过注册资本数额，并能支付没有支付的债务<sup>①</sup>。

关于公司减少资本相应机制的规制。在这方面英美法系与大陆法系国家的规制不尽相同。英美法系国家，公司减少资本多为董事会的商业判断。例如，在美国，只要符合偿债能力标准，无论是成文法抑或法院均不设定其他严格的障碍或限定，经由事后的实质判断来矫正公平<sup>②</sup>。而大陆法系国家，对公司减少资本则规定了严格的法定程序，来保护公司债权人的利益。例如，我国公司法规定，公司减少资本的程序为：

1. 股东会（股东大会）作出减资决议，须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。

2. 公司必须编制资产负债表和财产清单。

3. 通知公司债权人并对外公告。公司应当自作出减少注册资本决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上至少公告三次。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第一次公告之日起 90 日内有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

4. 修改公司章程并办理变更登记<sup>③</sup>。

笔者认为，我国现行公司法关于公司减少资本的法律规定，无论是低线标准，还是相应机制都应改进。仅规定法定最低资本限额低线标准，不利于保护债权人的利益。而复杂的减资程序势必高成本。为此建议，公司法修改时，应从公司股东利益与公司债权人利益平衡的理念出发，在保留法定最低资本限额低线标准的同时，引入清偿能力标准；简化减资程序，特别是形式减资程序，可借鉴《德国股份公司法》中关于简化的削减资本的做法：股东大会作出决议由董事会和监事会主席将削减资本决议申报在

① 参见《特拉华州普通公司法》第二百四十四节资本的缩减。

② 傅穹：《重思公司资本制原理——以公司资本形成与维持规定为中心》，114、120 页，中国政法大学 2003 年博士学位论文。

③ 参见《中华人民共和国公司法》第一百零三、一百八十六、一百八十八条。

商事登记簿中登记即可<sup>①</sup>。

### (六) 关于公司资产信息公开的规制

公司资产信息公开是维持公司资产,保护股东和公司债权人利益的一项有效措施。因此,各国公司立法都对公司资产信息公开问题作出了规定。这主要涉及公司财务信息公开和影响公司资产变动重大事项公开两个方面。

在我国,现行法律对公司信息公开的规制,是针对以募集设立方式成立的股份有限公司,特别是上市公司作的规定。主要是:

1. 总的要求。上市公司应按照法律、法规和公司章程的规定,真实、准确、完整、及时地披露信息<sup>②</sup>。

2. 财务会计报告的公开。以募集设立方式成立的股份有限公司必须公告其财务会计报告<sup>③</sup>。

3. 中期报告和年度报告的公开。股票或者公司债券上市交易的公司,应当在每一会计年度的上半年结束之日起2个月内和4个月内,分别向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交中期报告和年度报告,并予以公告。其中,年度报告应当记载以下内容:

(1) 公司概况。

(2) 公司财务会计报告和经营情况。

(3) 董事、监事、经理及有关高级管理人员简介及其持股情况。

(4) 已发行的股票、公司债券情况,包括持有公司股份最多的前10名股东名单和持股数额。

(5) 国务院证券监督管理机构规定的其他事项<sup>④</sup>。

4. 重大事项的公开。上市公司应当立即将下列可能影响公司资产变动,而投资者尚未得知的重大事件的有关情况,向国务院证券监管机构和证券交易所提交临时报告,并予以公告,说明事

① 参见《德国股份公司法》第二百二十二、二百二十三、二百二十四条。

② 参见《上市公司治理准则》第八十七条。

③ 参见《中华人民共和国公司法》第一百七十六条。

④ 参见《中华人民共和国证券法》第六十、六十一条。

件的实质：

(1) 公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定。

(2) 公司订立重要合同，而该合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响。

(3) 公司发生重大亏损或者遭受超过净资产 10% 的重大损失。

(4) 公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定<sup>①</sup>。

值得关注的是，当今西方一些国家的法律不仅要求上市公司实行资产信息公开制度，而且还明确规定，非上市公司也要实行财务信息公开制度。例如，英国 1967 年公司法要求，所有公司每年向公司注册官员提交公司的利润和亏损表及资产负债表，审计人员对这些文件的审计报告和基于公司财务状况的董事报告；欧盟《第一公司法指令》也要求，所有公司公开提交它们的资产负债表<sup>②</sup>。上述做法值得我们借鉴。

(七) 关于董事及控股股东的维持公司资产义务与责任的规制

由于董事与控股股东在公司中扮演的角色和所处的地位，决定了他们都对公司资产的维持负有义务和责任。所以，各国相关法律程度不同地对此作了规定。以下主要依据我国相关法律的规定，阐述这个问题。

按照大陆法系国家学者的通说认为，董事与公司之间是一种委任关系，基于这种关系董事对公司负有注意义务和忠实义务。这反映在维持公司资产方面的义务主要是：董事不得挪用公司资金或将公司资金借贷给他人；董事不得将公司资产以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储<sup>③</sup>。董事违反上述义务要承担相应的法律责任，即董事挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人的，责令退还公司的资金，由公司给予处分，将其所得收入归公

① 参见《中华人民共和国证券法》第六十二条。

② [加] 布莱恩·R. 柴芬斯著，林伟华等译：《公司法：理论、结构和运作》，547、549 页，法律出版社，2001。

③ 参见《中华人民共和国公司法》第六十条。

司所有。构成犯罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或数额较大不退还的，处3年以上10年以下有期徒刑<sup>①</sup>；董事将公司资产以任何个人名义开立账户存储的，没收违法所得，并处以1倍以上5倍以下的罚款。构成犯罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产<sup>②</sup>。

控股股东是指对公司事务可以行使事实上控制权的股东。由于控股股东处于对公司享有控制权的特殊地位，为维护控股股东与非控股股东之间的利益平衡，法律规定控股股东对公司及其他股东负有诚信义务<sup>③</sup>。这反映在维持公司资产方面的义务主要是：控股股东不得占用、支配其投入到公司的资产；不得干预公司的财务、会计活动；不得直接或间接干预公司的决策及依法开展的生产经营活动，损害公司及其他股东的权益<sup>④</sup>。控股股东违反维持公司资产诚信义务，应承担的法律责任主要是：由于接受控股股东指示的董事，其业务执行给公司造成损害的，控股股东应与该董事一起承担损害赔偿责任<sup>⑤</sup>。

① 参见《中华人民共和国公司法》第二十一条；《中华人民共和国刑法》第二百七十二条。

② 参见《中华人民共和国公司法》第二百一十一条；《中华人民共和国刑法》第二百七十一条。

③ 参见《上市公司治理准则》第十九条。

④ 参见《上市公司治理准则》第二十一、二十四、二十五条。

⑤ 参见《韩国商法》第四百零一条之二。