

股东出资形态的认定及规范

张 辉

(中国政法大学,北京 100088)

摘 要:出资制度是公司法的一个核心制度,虚假或抽逃出资表现在各种各样的股东行为中,应当结合行为标准与主观标准来综合认定,这样股东出资形态的认定才是完整的、准确的。对虚假和抽逃出资的规范应当在均衡考量的基础上,补充股权处置的规则,完善诉讼时效的规定。

关键词:虚假出资;抽逃出资;诉讼时效

中图分类号:D923.6 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-6951(2008)04-0119-05

资本是公司的血液,资本的进入和流出是公司运转的主线,这其中,资本进入又是前提和基础,这就是出资制度的价值所在。《公司法》规定了三种出资形态以及确保出资真实的事前和事后措施,但从2005年第1期《人民检察》刊登的四位学者关于利用借贷资本注册后又抽回资金为虚假出资抑或抽逃出资之争^[1]来看,现有规定的缺漏和不足还大量存在,而诸多虚假或抽逃出资行为往往沉积多年后才伴随更严重的违法行为浮出水面,这也是值得我们反思之处。

一、股东出资形态的界定

我国《公司法》突出规定了两种瑕疵出资形态,即虚假出资和抽逃出资,并以强制性规范的形式确定了股东真实出资的义务,即“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额”。但对于何谓真实,何谓虚假、抽逃,从公司法规定中推导出的答案仍然很模糊。

1. 真实出资的两层含义。

真实出资有两层主要含义:一层是,“资”本身必须是真实的,在公司法上表现为货币或可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产;另一层是,“出”的行为必须是真实的,公司法上的表现就是将财产的处分权交于公司。为了确保“资”的真实性,公司法规定了可出资财产的类型、评估和验资制度;

而为了确保“出”的真实性,公司法又明确规定出资财产权转移制度。

另外,由于新《公司法》确立了全额认缴、分期缴纳的出资制度,故“出”的真实性保障就不再限于公司发起设立时,还延续到公司成立后两年或五年内。

2. 虚假出资的解释。

虚假出资是与真实出资相对的一个概念,表现为“资”或“出”的虚假。从我国《公司法》第三十一条和第二百零条的规定来看,法定的虚假出资形态表现为未交付和未足额交付两种。如果从结果的意义上来理解,未交付和未足额交付不仅是交付过程中的瑕疵,还包括出资财产本身的瑕疵,如出资财产不适格。

3. 抽逃出资的界定。

抽逃出资以真实出资为前提,在此基础上的“抽”和“逃”,“抽”是一种行为,即将出资从公司取回或抽回的客观行为,“逃”是一种目的,即逃避出资义务的主观目的。二者是认定抽逃出资行为的不可或缺的要件,仅有抽回的行为不构成抽逃出资,而仅有逃避的目的亦如此。

这就是从抽逃出资这一概念本身得到的界定,但结合公司法真实出资制度的立法寓意来看,凡是

收稿日期:2008-04-10

作者简介:张辉(1977—),女,吉林长春人,中国政法大学博士后研究人员,研究方向为公司法、证券法等。

如大鹏证券在被查出骇人听闻的巨亏之后,金策出资长期不到位的问题方被揭发,而后来用以补足出资的仍是以大鹏证券的资金投资的房地产项目,且至今仍以应收款的形式挂在大鹏证券的账上。参见《徐卫国涉嫌操纵股票被拘 大鹏证券股权显现疑云》,载《中国证券报》2005年8月23日。

侵害公司初始资本的真实性和完整性的行为,都应在禁止之列,主观恶性并非考虑因素。因此笔者认为,换以“抽回出资”的概念似乎更妥当,且不易产生适用上的漏洞。

二、股东出资形态的认定

股东出资是一种行为,对行为性质的认定一般涉及主观和客观两方面,但特定行为是仅以客观表现定性,抑或参考主客观方面,并没有绝对的规律,需要结合立法目的、行为表现、社会认知等综合判断。

(一) 股东出资认定的主客观标准

客观标准就是行为标准,即以出资财产权是否真实转移——货币出资是否转移占有以及非货币出资是否转移登记作为判断标准。客观标准是外观法理在公司法中的具体体现,并通过财产权转移的公信力和对抗力来稳定已经形成的公司外部秩序,因而具有相对持久的和稳定的确定效力。

主观标准通过考察行为的真实意思来判断行为的性质和效力,即以财产权转移的意图来判断出资真实与否。但主观意思藏于行为人的内心,其判断和证明都比较困难,可否作为股东出资真实的判断标准呢?

(二) 主观标准的作用——以虚假出资与抽逃出资的界分为例

在股东本无意真实出资,如利用借入资本出资,并商定验资后抽回返还借方,或者单纯“走账”的情况下,如何认定该出资行为的性质——虚假出资抑或抽逃出资?是否适用主观标准将导致行为性质上的变化。

1. 客观标准的尴尬。

抽逃出资与虚假出资的一个明显区别在于,前者以真实出资为前提,而后者与真实出资相对。以客观标准来看,出资真实与否在于出资财产是否完全转移于公司,即公司能否自由地支配该财产。我国《公司法》就此规定,股东以货币出资的,应当将货币出资足额存入公司在银行开设的账户;以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。但实际上,首次出资行为发生在公司设立阶段,此时的公司尚未获得独立的法人人格,甚至没有明确的法律主体资格,其根本不可能作为股东出资的受领者。因此,公司设立时出资的真实与否在现行公司法框架下根本无法理清,也就无所谓虚假与抽逃的

问题了。

对此,德国公司法律规定,现金出资的款项“必须完全处在经理自由支配下”,在实物出资的情况下,公司“向商务注册处提出申请登记之前,出资标的物必须处于经理的自由支配之下”^[2]。否则作为规避出资规则的“后继设立”加以规范。可见,德国是通过指定出资受领人的方式来解决公司成立前股东出资的受领问题的,但其中也有出资财产在公司成立后的承继问题,毕竟围绕公司本身确定财产承继问题较经由公司以外的人传递更复杂,这就牵涉到设立公司的法律主体地位问题。

2 主观标准的适用。

关于主观标准在股东出资判断中的作用,不同立法例,甚至同一立法例都有不同的看法。韩国公司法学界将其称为“见金”设立,并坚持“这形式上已缴纳股款,而没有实质上的资本构成”,因此“认其为无效”;而判例则坚持“真实缴纳意思的有无纯属主观问题,这里发生了实际金钱移动的现实的缴纳,因此这是有效的”^[3]。日本理论界和实务界看法较为统一,认为:“它在形式上已经完成了股款的缴纳,但在实际效果上与第一种方式没有本质的区别,而且,规避法律的意图更为明显。”^[4]因而该出资行为是无效的。

目前国内刑法学界对此认识不一,有的认为是抽逃出资^[5],也有的认为是虚假出资^[6]。从商事法理来看,一般以行为的外观推断行为性质,而很少考虑行为人的主观意图,其目的在于促进商事流通。因此,我们一般也仅以出资财产权按照现行法规定进行“转移”来推断股东出资真实,但如果事后发现股东出资并非基于真实意图,且能够证明存在后续的转移出资的行为,之前的推定就应当推翻,正如因意思表示不真实而导致合同被撤销一样,被撤销之前的合同是推定有效的。利用借款出资、公司成立后不久或者验资后即抽回出资等足以证明欠缺真实出资的意图,应当认为没有履行真实出资义务,是虚假出资行为。

三、虚假或抽逃出资的实务表现

出资换得股东资格,而股东资格伴随着物质性和精神性利益,因此可以说,虚假或抽逃出资是一种必然现象,其实质就是出资与股权利益不成比例,当然,前提是法律或公司章程没有赋予这种不成比例性以合法性。

江苏省高级人民法院《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)》第四十九条的规定亦采取此种立场,“股东在公司成立前未实际足额出资或将其缴纳的出资款抽回的,应认定为虚假出资;股东在公司成立后抽回的,应认定为抽逃出资,但根据出资款的来源、抽逃的时间等足以证明其有虚假出资意图的视为虚假出资”。但这仅是少数立法,且其效力层次并不高。

在公司法授权股东约定出资比例以外的分配方式,如我国《公司法》第三十五条,或者公司法规定或授权公司章程规定无表决权股票、多重表决权股票等情况下,出资与股权收益都不成比例,但其却是合法的。

1. 借款出资。

借款出资的特殊性在于出资人是以借入资金而非原始自有资金出资。从理论上讲,货币资金的所有权随占有的转移而转移,现金交付或者代表现金所有权的支票的转移、银行账户划转等都可以作为所有权转移的标志,出资之现金的来源在此并没有多大意义。但股东在以借款出资方式获得股权的同时也背负债务负担,出资后再抽回的所谓“过桥借款”典型地反映了借款出资的危险性。“过桥借款”通常指公司股东为履行出资义务从第三人处取得借款;股东将借入资金交付公司并取得公司股权后,再将公司资金直接或间接地归还给出借人,用以抵销股东对出借人的欠款^[7]。其本质是有出资资金转移占有的行为,但没有永久和真实地转移资金所有权的真实意图,因此构成虚假出资。

针对这种现象,日本学者建议:“要看公司成立后的实际还债期限的长短、取出的金钱是否作为公司资金来运用、借入金的偿还是否影响公司的资金关系等因素加以具体分析判断。”^[8]这就需要出资人提供出资来源证明,并以此判断该出资是否有效。我国现行法也在特定情况下对出资附加了限制条件,如1998年对外经济贸易合作部《关于外商以人民币投资有关问题的通知》限定:“一、作为外商出资的人民币,必须是该外商从中国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润;二、外商以人民币利润出资,应向审批机关出具其所投资企业的利润分配证明及该企业纳(减、免)税证明。再如,中国人民银行、财政部、中国证券监督管理委员会《关于证券公司个人债权及客户证券交易结算资金收购有关问题的通知》的规定:“……20万元(含20万元)以上的大额个人债权人不能提供合法收入证明的,应书面说明收入来源和不能提供合法收入证明的合理原因,并就收入的合法性做出承诺,对承诺的真实性承担法律责任。如收入来源为借款,应由最终提供资金者出具合法收入证明或公证部门的收入公证书。”二者均要求出资者提供出资来源的证明,后者并要求借款出资提供最终提供资金者的合法收入证明或公证。

但法律规范的制定必须考虑执法成本,提供收入来源证明不仅对出资者,而且对受资者——公司都会造成一定的负担,尽管公司获得了一定利益,但利益与负担恐怕远不能成正比,否则所有公司立法都会选择此种规范,而现实情况却并非如此。因此,现金出资的真实性保障一般情况下不能见诸公司法规范,但股东可通过公司章程、发起人协议或者股东协议、股东会决议等形式对此做出限制,包括提供出资来源的证明、完税凭证等,这也是股东保护自己利

益的一种方式。

2. 变相的实物出资。

变相的实物出资表现为隐性实物出资和实物承受,前者是形式上以现金出资,但事后通过真实或者伪造的实物交易的形式撤出现金,在允许债权出资的公司制度下,以非现金债权出资同样容易规避实物出资的强制性要求;后者是真实或伪造的实物交易在先,交易所得价款冲抵现金出资义务在后。二者徒具现金出资与实物交易的外表,但潜藏着虚假或抽逃出资的隐患,实物交易与现金出资在时间和数额上的关联,以及实物出资相对于公司经营之重要性等是认定这种出资形态的参考因素。

同时,这种实物交易常常发生在发起人、控制股东或其关联人与公司之间,在以逃避实物出资监管为目的,或者交易价格明显不公平的情况下,又构成非法关联交易。但关联交易的规制限于对公司的赔偿责任,没有上升到公司资本安全的高度,相应的民事、行政和刑事责任都显得不足。

3. 凝固的出资。

凝固出资是日本学者创造的概念,“发起人(发起新股的场合,是董事)和接受缴纳股金的金融机构的干部合谋,从该金融机构借入缴纳资金,将其作为公司存款,然后包装成股份交纳金的形式,约定到返还借款为止,公司都不取出该存款的行为”^[9]。对于非现金资产出资,如果仍由股东保留其占有权、使用权和收益权,公司仅保留处置权但不处置,也构成凝固出资。在更多情况下,这种凝固的出资是虚假出资行为,因为该“出资”并未成为公司实际可用资产的一部分。

此外,非法的利润分配、公司为股东担保等都可能演变为虚假或抽逃出资行为。尤其在公司为股东承担担保责任而追偿无果的情况下,公司资产负债表上的“应收账款”科目应逐年计提坏账准备金,在累计提取数额等同于债务金额时,股东对公司的负债就在公司内部抵消了,公司利润的一部分因而合法地流入股东的口袋,而这一切仅仅通过做账即可实现。

四、虚假或抽逃出资的法律责任

虚假或抽逃出资侵害了股东和公司的利益,也威胁到债权人的利益和交易安全,《公司法》、《公司注册资本登记管理规定》和《公司登记管理规定》、《刑法》等规定了民事责任、行政责任和刑事责任。

(一) 民事责任

虚假或抽逃出资的民事责任针对真实出资股东和公司而言,表现为发起人或股东的违约责任,以及对公司的补足出资责任。公司对虚假或抽逃出资责任的追究可由董事、监事提出,也可由股东代位提

出;其他股东对虚假或抽逃出资股东违约责任的追究可直接通过诉讼进行。但公司法法条给出的信息尚不明确、不充分,现就以下问题谈点看法。

1. 民事责任的规定不均衡。

《公司法》第二十八条和第三十一条的民事责任规定仅针对虚假出资行为,而抽逃出资仅有孤零零的一条禁止性规定——“公司成立后,股东不得抽逃出资。其结果就是,抽逃出资者似乎不必承担任何民事责任,即使根据民法的一般原理而承担返还出资的责任,也仅是针对公司而言,对其他股东的违约责任仍无从产生,否则也没有在虚假出资责任中明确规定的必要。因此,民事责任配置的不均衡,至少是公司法法条规定上的不均衡,将严重影响抽逃出资行为的规制,最高人民法院司法解释应当补充这一缺漏,而北京、上海、江苏等地法院已经先行一步。

2. 股权的处置不明确。

真实出资是取得原始股权和股东资格的前提,在出资存在瑕疵的情况下,该股东的股权和股东资格也相应地不完全。由于股东资格取决于股东是否真实出资,而这一层面的出资义务的对象是公司,因此,虚假或抽逃出资股东向公司补足出资,其股权即应恢复完整性。至于对其他股东的违约责任,是股东之间的一种协议安排,并不影响股东相对公司的法律地位。

股东补足出资,其股权即溯及至取得股份之时产生效力,因此,对于股东补足出资之前获得的物质性利益,公司可申请财产保全;对于即将获得的利益,暂时不予发放;对于未来的可得利益,可预先留出该股东的应得份额,之后根据情况处理。至于精神性利益,已经实现的部分不可回复,未实现的部分暂时冻结。对于股权转让,除非受让人同意补足出资,或者出让者承诺以股权转让款补足出资,否则一般应予禁止;如果股权转让完成后发现瑕疵出资情形,那么,除非受让股东不知情,否则应当与转让方承担连带补缴责任。

3. 诉讼时效问题没有解决。

虚假或抽逃出资之股东对公司承担侵权责任,对其他股东承担违约责任,但《公司法》没有规定两种责任的诉讼时效,北京市高级人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》补充规定为,前者适用《民法通则》第一百三十七条的规定,而后者应当依据公司章程规定的出资时间起计算。结合《民法通则》规定与公司实践可以发现,这

种规定过于草率:

首先,对公司的侵权责任应按照《民法通则》第一百三十七条的规定,即从当事人知道或者应当知道权益受到侵害时开始计算。但在公司诉讼中,除了董事代表外,股东在特定情况下也可以代位起诉。然而,董事并非公司诉讼的当事人,其仅代表当事人公司,诉讼时效应从公司知道或应当知道时起算。而股东则不然,其能够以自己的名义起诉,是当事人,则股东提起代位诉讼应当从股东知道或者应当知道公司权益受到侵害时——知道虚假或抽逃出资行为起计算。这两者可能有一定的间隔期,更何况《公司法》对股东代位诉讼设置了一般性的前置条件,即监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到股东的书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼,股东代位诉讼的时效期间可能因此缩短1个月,而对于非发起人或者不参与公司经营的股东来说,扣除1个月可能意味着其丧失了诉讼机会。因此,对股东提起的代位诉讼,应当以股东知道或者应当知道作为起算点。

其次,关于股东之间违约责任的追究,公司章程规定的出资期限可以作为判断“知道或者应当知道”的标准之一,但一般情况下适用于《公司法》第二十八条规定的情形,即股东未按期缴纳出资,至于按期缴纳,但事后发现虚假或抽逃的情形,出资期限的规定是没有意义的,评估机构和验资机构出具的评估和验资报告的认可使得“应当知道”在某些情况下变得不可能。因此,对违约责任的诉讼时效规定,《民法通则》的规定是最准确的,司法机关只能解释,不能变造。

(二) 刑事责任

关于虚假出资和抽逃出资的刑事责任,《公司法》一改过去逐项对应性规定的做法,通过“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任”的形式,将刑事责任规范交给了刑法。但《刑法》仅区分了两种犯罪形式,在刑事责任上作了统一的规定,这无形中弱化了关于虚假出资与抽逃出资两种出资形态划分的必要性和重要性。实际上,虚假出资与抽逃出资的社会危害性很难划分清楚,只能根据不同的犯罪情节而在刑罚的适用上具体区分。

参考文献:

- [1] 谢望原,阮齐林,叶林,王健. 外资公司利用借贷资本注册,后又抽回资金如何定性[J]. 人民检

参见最高人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)(征求意见稿)》第二十八条第一款的规定,以及上海市高级人民法院《关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见》(四)的规定。

- 察, 2005, (1).
- [2] [德] 托马斯·莱塞尔, 吕迪格·法伊尔. 德国资
合公司法 [M]. 高旭军等译. 北京: 法律出版社,
2005. 413, 419.
- [3] [韩] 李哲松. 韩国公司法 [M]. 吴日焕译. 北京:
中国政法大学出版社, 1999. 188.
- [4] 吴建斌. 最新日本公司法 [M]. 北京: 中国人民
大学出版社, 2003. 64.
- [5] 孙利. 经济犯罪研究与刑法适用 [M]. 北京: 中
国检察出版社, 2001. 200.
- [6] 陈兴良. 陈兴良刑法教科书之规范刑法学 [M].
北京: 中国政法大学出版社, 2003. 361.
- [7] 叶林, 王世华. 公司法定资本制的检讨 [J]. 法律
适用, 2005, (3): 9.
- [8] 末永敏和. 现代日本公司法 [M]. 金洪玉译. 北
京: 人民法院出版社, 2000. 46.
- [9] 高铭暄, 赵秉志. 中日经济犯罪比较研究 [M].
北京: 法律出版社, 2005. 171 - 172.

责任编辑: 李富民

The Confirmation and Regulation of Shareholders' Contributions

Zhang Hui

(China University of Political Science and Law, Beijing 100088)

Abstract: The system of contributions is the fundamental system of corporate law. False contributions and contributions withdrawal have various reflections in the shareholders' actions, so we should rectify them by the objective and subjective criteria to make the rectification of shareholders' contributions more complete and accurate. The regulations on false contributions and contributions withdrawal should be based on the comprehensive considerations, supplementing the rules of shareholding disposal and perfecting the limitation of actions.

Key words: false contributions; contributions withdrawal; the limitation of actions