

# 认缴制下对“资本三罪”的修订或重新解读<sup>\*</sup>

## ——“废用论”外的另一条可行路径

李 军

(海南大学法学院,海南海口 570228)

**摘要** 2013年底通过的我国《公司法》的第三次修正案,确认了公司认缴制度,即公司的登记制度由注册资本实缴登记制改为认缴登记制、对设立公司取消了最低资本额的限制。至此引发了对我国《刑法》中的虚报注册资本罪、虚假出资罪、抽逃出资罪去罪化的争议。基于刑法对公司资本信息公示制度这一法益保护的必要性以及刑法的非从属性原则,在当前还不宜将这三罪予以废除。但是也要注意,在认缴制下对该三罪的司法认定存在一定的困境,可以对其从实质解释论的角度进行新的解读或进行局部修订。

**关键词** 认缴制;资本三罪;资本充实原则;资本维持原则

中图分类号:DF623 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2015)09-0051-10

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.09.005

### 一、问题的提出

2013年12月28日第十二届全国人民代表大会常务委员通过了《公司法》的第三次修正案(以下简称《公司法修正案》)。此次《公司法修正案》最大的亮点就是确认了认缴制度,即公司的登记制度由注册资本实缴登记改为注册资本认缴登记(以下简称:认缴制),而且公司设立登记时没有了最低资本额的限制。

我国《刑法》第158条虚报注册资本罪、第159条虚假出资罪、抽逃出资罪(以下简称:“资本三罪”)是针对公司资本犯罪的三个罚则规范。其中虚报注册资本罪规定的是关于在公司设立阶段,通过虚假手段虚报注册资本,骗取公司登记的犯罪行为,而虚假出资罪、抽逃出资罪则是针对在公司运行阶段,公司发起人或股东出资不实或抽逃其出资的犯罪行为。有观点认为,随着我国公司法中有关公司资本制度立法理念的转变,虚报注册资本、虚假出资和抽逃出资行为或者会被剔除出刑法的规制范围,或者会被其他违法行为所吸收,抑或是在崇尚资产信用理念的指导下做出实质性的调

作者简介:李军,海南大学法学院刑法学博士研究生。

\* 本文为海南大学法学研究生创新中心资助项目(项目编号:14FXK04)的阶段性成果。

整。<sup>①</sup>“公司法放松了资本管制的立法取向,改变了对三种资本犯罪的危害性社会评价,三种资本犯罪行为的社会危害性较之刑法上的其他犯罪行为的确轻微,因此对其应彻底修改或取消。”<sup>②</sup>还有观点认为,关于虚报注册资本罪,从根本上说,在取消注册资本最低限额和资本实缴制后,注册资本的数额由股东自行决定,法律不限制也不要求审查注册资本,所以既不存在为符合公司设立门槛而骗取工商登记的问题,也不存在为夸大注册资本数额而骗取工商登记问题,因此可以得出应该废除虚报注册资本罪的结论。关于虚假出资罪、抽逃出资罪,《公司法司法解释三》第 6 条至第 24 条就出资方面(特别是抽逃出资)的民事义务及责任,进行了详细规定,已经能够保护相关利益人。建议将虚假出资罪、抽逃出资罪废除,相关行为主要由民法、行政法进行规制。<sup>③</sup>

笔者认为,《公司法修正案》对资本三罪着实带来了一定的冲击,在认缴制下资本三罪的适用条件发生了部分的改变。但是“一刀切”式的否定资本三罪在认缴制下存在的意义的观点,存在片面理解认缴制的实质以及高估了我国当前立法对公司资本违法行为的防治效果。基于刑法对公司资本制度规制的正当化根据,盲目废除资本三罪是不理性的选择,在新的制度下重新界定资本三罪的适用条件,才是为我国《公司法》提供切实保障的“一剂良药”。

## 二、认缴制下资本三罪的司法困境

我国的公司资本制度沿袭了大陆法系国家的公司资本制度,即确认了公司资本的三项基本原则,分别为资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则,简称为“资本三原则”。资本确定原则强调的是公司设立时最低限度的资本额的确定性与真实性,立法理念在于藉此实现公司形成最低限度的初始财产,从而构成其从事生产经营活动所必须的最低程度的物质基础,维护交易相对人的合法权益。<sup>④</sup>其含义有二:一是要求公司资本总额必须明确记载于公司章程,使之成为一个具体、确定的数额;二是要求章程所确定的资本总额在公司设立时必须分解落实到个人,即由全体股东认足。资本维持原则又称为资本充实原则,是指公司在其存续过程中,应该维持与其资本额相当的财产。资本不变原则是指,公司的资本一旦确定,非经法定程序,不得随意改变。资本三原则中的“资本”含义较为明了,无论是资本确定、资本维持、资本不变,其“资本”均指注册资本。<sup>⑤</sup>

### (一)认缴制下虚报注册资本罪的司法困境

虚报注册资本罪,是指申请公司登记使用虚假证明文件或采取其他欺诈手段虚报注册资本,欺骗公司登记主管部门,取得公司登记,虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。所谓虚报注册资本,即在公司登记的过程中,实缴注册资本不足法定注册资本数额的最低限额而谎报达到了最低限额要求,造成形式上达到法定资本的最低限额,或者是实缴注册资本虽达到法定最低限额,但仍虚报注册资本以夸大公司的“经济实力”,对外塑造虚假形象的行为。<sup>⑥</sup>

在认缴制下,公司登记的过程中,工商登记机关对公司的注册资本不再履行验资程序,只需要对

① 王志祥、韩雪:《论与公司资本制度有关的犯罪圈——以公司资本制度的重大调整为视角》,《法治研究》2014 年第 1 期。

② 蒋安杰:《公司法定资本制度改革的解读与思考——专访中国政法大学教授、中国商法研究会常务副会长赵旭东》,《法制资讯》2014 年第 3 期。

③ 刘凯湘、张其鉴:《公司资本制度在中国的立法变迁与问题应对》,《河南财经政法大学学报》2014 年第 5 期。

④ 王建文、范建:《论公司财产独立的价值及其法律维护——以公司资本制度的内在逻辑与变革取向为中心》,《南京大学学报》2006 年第 5 期。

⑤ 段晓红:《法学论丛第 1 卷》,学苑出版社 2001 年版,第 257 页。

⑥ 魏东:《妨害对公司、企业的管理秩序罪立案追诉标准与司法认定实务》,北京人民公安大学出版社 2010 年版,第 3 页。

公司的注册资本在营业执照中进行形式记载。这就意味着,公司设立时注册资本与实收资本可以不一致,而且,在认缴制下,公司的成立没有最低注册资本的限制。换言之,公司可以在股东或发起人不实际缴纳任何数额的出资时合法设立。而根据我国《刑法》第158条关于虚报注册资本罪的规定,判断行为违法与否的基本准则是法定最低资本限额,现在该规定已经没有再实施的必要,那么如何判断行为人是否虚报了注册资本数额?2010年《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(以下简称《追诉标准》)第3条是关于虚报注册资本案的追诉标准:超过法定出资期限,实缴注册资本不足法定注册资本最低限额,有限责任公司虚报数额在三十万以上并占其应缴出资数额百分之六十以上的,股份有限公司虚报数额在三百万元以上并占其应缴数额百分之三十以上的,超过法定出资期限,实缴注册资本达到法定注册资本最低限额,但仍虚报注册资本,有限责任公司虚报数额在一百万以上并占其应缴出资数额百分之六十以上的,股份有限公司虚报数额在一千万以上并占其应缴数额百分之三十以上的。

按照《追诉标准》,必须是实缴注册资本不足法定注册资本最低限额达到一定比例才能对该行为进行刑事追诉。在认缴制下,不再强制要求公司在设立时必须缴纳最低限额的法定注册资本,股东或者发起人只需要在公司章程中确定其认缴的出资额、出资期限。而该出资额由股东或发起人根据自己的投资能力酌定所设公司的资本规模,并由此限定自己的出资义务。<sup>⑦</sup>《追诉标准》中的“实缴注册资本”与“法定注册资本最低限额”都已经没有了立法根据,所以也无从对该类案件进行刑事追诉。同理,对于《追诉标准》中的“仍虚报注册资本”的数额也无从算起,继而无法进行追诉。在认缴制下根据当前的刑事相关立法,虚报注册资本罪的认定确实存在着一定的困难。

## (二)认缴制下虚假出资罪的司法困境

根据我国《刑法》第159条的规定,虚假出资罪,是指公司发起人、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,虚假出资数额巨大、后果严重,或者有其他严重情节的行为。根据该条立法规定,以行为人违反公司法中的相关规定作为刑事责任追究的前提。此次修订前的《公司法》中有关出资的规定主要集中在第26条至第29条、第81条、第84条、第85条,该部分立法主要体现了公司法中的资本充实原则。例如依照第26条规定,公司的注册资本为股东所认缴的出资额,股东应该在规定的时间内对其所认缴的出资额及时缴纳,股东实际缴纳的股款才能在公司成立后成为公司真正的自有财产。而其他条款则是具体规定股东应如何规范地将其认缴的出资额转移给公司的规定。可见,此次修订前的《公司法》强调的股东实缴义务,是遵循实缴资本制的体现。

在认缴制中,股东虽然依然对公司承担出资义务,但是履行出资义务的时间不受公司成立之时的限制,而实缴资本要求股东在资本确定和注册之时承担其出资义务。而且,在认缴制下,公司不再承担到工商登记机关验资的义务。我国《刑法》第159条中的“未交付”,是指没有足额缴纳公司章程中规定的其所认缴的出资额,这含义与此次修订前的《公司法》、《公司登记管理条例》中对违法行为也使用“未交付”的词语保持了一致。<sup>⑧</sup>但是认缴制中,这一出资义务由于没有了具体时间的限制,就很难界定“未交付”行为的违法性边界。《追诉标准》第4条第1款是关于虚假出资案的追诉标准。<sup>⑨</sup>其中的“超过法定期限”,在认缴制下没有了意义。职是之故,在当前的立法情形下,对股东或发起人追究其虚假出资罪似乎缺少立法根据。

## (三)认缴制下抽逃出资罪的司法困境

抽逃出资罪,是指公司的发起人或股东违反公司法的规定,在公司成立后又抽逃其出资,数额巨

<sup>⑦</sup> 赵旭东:《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》,《法学研究》2014年第5期。

<sup>⑧</sup> 孙力:《虚假出资、抽逃出资罪研究》,《法学家》2000年第5期。

大、后果严重,或者有其他严重情节的行为。作为交易的对方公司有权合理地认为,除非经由合法商业目的,任何已经流入公司口袋里面的资产不可随后即流出。<sup>⑩</sup>“公司的股东一旦把自己的投资财产交给公司,就丧失了对该财产的所有权,而取得了股权,股东个人无任何直接处置公司财产的权利。”<sup>⑪</sup>抽逃出资的前提是股东已经出资,已经出资于公司的财产构成实缴资本,由此抽逃出资的行为一定是发生在实缴资本确定之后,只有确定了公司的实缴资本才能认定股东的抽逃行为。<sup>⑫</sup>

《追诉标准》第 4 条第 2 款规定了抽逃出资案的追诉标准,但只是简单地将“抽逃出资数额”作为追诉行为人责任的关键词。<sup>⑬</sup>在认缴制下,对股东或发起人没有出资时间的限制。而抽逃出资行为是实缴资本后的行为,股东或发起人已经向公司履行了出资义务是认定抽逃出资行为的前提。在认缴制中,如果这个前提条件没有满足,就无法认定股东或发起人的抽逃出资行为。《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《公司法规定三》)第 12 条规定,有下列情形之一请求认定股东抽逃出资的,人民法院应予支持:(1)将出资款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。其中的“转入后转出”、“转出”、“抽回”等词语也表明了认定股东抽逃出资行为的前提是股东或发起人自己已经向公司缴纳了出资额。在认缴制下,对股东的出资义务在没有约定的情况下,很难对其出资时间做出限制,那么在股东没有或者没有完全履行其出资的情况下追究其抽逃出资的责任,几乎成为了一句“空话”。

### 三、刑法规制资本三罪的正当性

基于在认缴制之下,资本三罪司法认定中存在上述的司法困境,所以有观点认为应该废除资本三罪。而且 2014 年 4 月 24 日全国人大常委会审议通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第 158 条、第 159 条的解释》(以下简称《解释》)。该《解释》规定,刑法第 158 条、第 159 条,只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。按照反对解释规则,即对实行认缴制的公司将不再根据刑法第 158 条、第 159 条对相关资本犯罪行为进行规制。换言之,根据《解释》的规定,即使实行认缴制的公司存在资本违法行为,也只能让股东承担非刑事责任。因为《解释》的规定否定了刑法第 158 条、第 159 条对实行认缴制公司适用的依据,否定了实行认缴制的公司存在资本三罪的可能性。鉴于此,刑法对认缴制公司适用资本三罪失去了正当性。从逻辑上推理,全国人大常委会作出《解释》,是因为《公司法修正案》的出台。对于为什么实缴资本制下公司资本三罪有适用的余地,而认缴制下没有公司资本三罪的适用余地,全国人大常委会没有在《解释》中给出明确的解释,恐怕只能在《公司法修正案》中寻找答案。

我国 1979 年《刑法》中并没有关于资本三罪的规定,1997 年《刑法》中增加了关于资本三罪的规定,是因为 1993 年的《公司法》中确立了公司的法定资本制,并且在第 206 条、第 208 条、第 209 条中

<sup>⑨</sup> 该追诉标准为:超过法定期限,有限责任公司股东虚假出资数额在三十万元以上并占其应缴出资数额百分之六十的,股份有限公司发起人、股东虚假出资数额在三百万元以上并占其应缴数额百分之三十以上的。

<sup>⑩</sup> Eilis Ferran, *Company Law and Corporate Finance*, Oxford University Press, 1999, p355-372. 转引自傅穹:《公司资本维持原则的现代思考》,《社会科学战线》2004 年第 1 期。

<sup>⑪</sup> 江平:《新编公司法教程》,法律出版社 2003 年版,第 28 页。

<sup>⑫</sup> 同前注<sup>⑦</sup>,赵旭东文。

<sup>⑬</sup> 该追诉标准为:有限责任公司股东抽逃出资数额在三十万元以上并占其应缴出资数额百分之六十的,股份有限公司发起人、股东抽逃出资数额在三百万元以上并占其应缴数额百分之三十以上的。

规定,对违反法定资本制的违法行为中构成犯罪的依法追究其刑事责任。<sup>⑭</sup>但当时刑事立法中没有关于公司资本犯罪的规定,为此全国人大常委会在1995年制定了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,在该决定中确立了违反公司资本制度的资本三罪。随后在1997年刑法典中增订了关于资本三罪的规定。可见资本三罪与公司资本制度之间有着休戚与共的关系。

而此次《公司法修正案》取消了实缴制(除立法另有规定的除外)、实行认缴制、取消了公司设立最低注册资本制度、取消了验资程序。对此国内诸多专家、学者认为此次公司法资本制度改革的基本思路与方向是从资本信用到资产信用、从法定资本制到授权资本制或者是折衷资本制。<sup>⑮</sup>继而认为,在认缴制下公司的注册资本(在法定资本制下注册资本等于实收资本)已经不能反映公司的资本信用而不能起到保护债权人利益的作用,所以应该实行公司完全自治,逐渐放弃以公司资本为核心的公司资本制度的设计。而资本三罪是为了保护公司资本制度而成立的罪名,既然公司资本制度已经不再是公司法的保障范围,刑法对此自然也失去了相应的立法基础,所以资本三罪在认缴制下没有存在的根据。笔者在此揣测,全国人大常委会就是为了配合《公司法修正案》,而做出了上述《解释》的规定。

但是,对于全国人大常委会的这一《解释》,笔者不敢苟同。既然公司的实收资本只具有形式上的意义而失去了保护债权人利益的功能,那么为什么不是对所有的公司实行认缴制,对保险公司、商业银行、证券公司、期货公司等法律规定除外不适用认缴制的公司适用实缴制的意义为何。笔者认为,《解释》的出台脱离国情,盲目追逐公司全面自治,没有真正从认缴制实质内涵的角度来考虑我国公司法当前的资本制度,同时也没有厘清刑法与公司法的关系,忽视了刑法的独立性品格。

#### (一)关于认缴制的内涵界定

笔者认为,《公司法修正案》并没有改变我国公司法的原有公司资本制度。首先,在认缴制下股东或发起人依然有缴纳出资的义务。我国《公司法》第28条、第93条关于股东按期足额缴纳其认缴出资的规定并没有改变。资本认缴制是相对于资本实缴制的另一种法定资本模式,这两种模式在股东的出资义务上并没有根本对立和冲突。资本实缴制是股东在资本确定和注册之时承担将出资财产给付公司的出资义务,资本认缴制不要求股东即时给出资财产,但出资义务尤其是出资额却同样是确定的,只不过出资义务履行的时间有所不同。如把认缴资本比作开具票据,认缴人自然是要承担票据付款人义务和责任。绝不能无视嗣后出资能力、无所顾忌地漫天设定认缴资本,将其当作无需兑现的空头支票,更不能将公司注册资本当作儿戏。<sup>⑯</sup>其次,股东依然有资本充实和资本维持的义务。我国《公司法》第35条、第91条规定股东或发起人不得随意抽逃出资或抽回股本。股东或发起人的出资一旦缴纳给公司,该财产即成为公司的财产。保护公司的独立财产,以维护公司债权人的

<sup>⑭</sup> 我国1993年《公司法》第206条规定:“违反本法规定,办理公司登记时虚报注册资本、提交虚假证明文件或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的,责令改正,对虚报注册资本的公司,处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十以下的罚款;对提交虚假证明文件或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司,处以一万元以上十万元以下的罚款,情节严重的,撤销公司登记。构成犯罪的,依法追究刑事责任。”第208条规定:“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,欺骗债权人和社会公众的,责令改正,处以虚假出资金额百分之五以上百分之十以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。”第209条规定:“公司的发起人、股东在公司成立后,抽逃其出资的,责令改正,处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

<sup>⑮</sup> 参见王志祥、韩雪:《论与公司资本制度有关的犯罪圈的重构——以公司资本制度的重大调整为视角》,《法治研究》2014年第1期。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》,《法治研究》2014年第1期。肖中华、徐藩:《公司资本制度变革中的刑法保障》,《国家检察官学院学报》2012年第5期。王东敏:《公司法资本制度修改对几类民事案件的影响》,《人民司法》2014年第5期。

<sup>⑯</sup> 同前注<sup>⑦</sup>,赵旭东文。

受偿利益,这与公司的注册资本制度无直接关联。公司的注册资本构成公司独立财产的组成部分,股东对之不再具有法律上的支配地位。股东有损害公司独立财产(包括注册资本形成的财产)的任何行为,公司以及其他利害关系人均有权要求该股东承担相应的责任。<sup>①</sup>即使认缴制强调的是资产信用而非资本信用,但不容否定的是,在公司法中依然有着实收资本的一席之地,虽然实收资本在公司发展中对债权人的利益保障不再起着决定性的作用,但因此完全否定其对债权人的保护作用也是不理性的。对于债权人而言,实收资本并非毫无意义。债权人可以依据实收资本之有无,以及实收资本数额与公司经营规模是否相称,来判断公司的诚信度。同时,法律及相关司法解释围绕资本充实、资本维持而设定的具体规则,也是以实收资本为依据的,主要目的是确保公司经营以及债权人债权的实现。<sup>②</sup>而且在实行授权资本的欧陆国家,公司设立时登记的资本信息一般包括两项内容,一是“认缴资本额”,二是股东的“实缴出资”;同时,为反映公司实收资本的变化,公司至少每年公告一次更新后的实收资本信息。<sup>③</sup>再次,根据我国《公司法》第 3 条的规定,股东以其认缴的出资或认购的股份对公司承担责任。既然股东是以其认缴的出资而为其对公司承担责任的限额,那么公司股东的责任是可以在公司成立时得以确定,而股东认缴的出资额的总和为公司的注册资本。所以在认缴制下依然存在资本确立原则。只不过是已将已经确立的资本额不强制要求股东在公司成立之时足额缴纳而是允许其在公司成立后、公司章程约定的时间缴足而已。综上所述,根据我国当前的公司立法,就认为我国已经远离了法定资本制的约束,还为时过早。

退一步说,即使我国目前公司资本制度为授权资本制度,资本充实原则和资本维持原则依然应该是公司资本制度的应有之义。例如,英国公司法奉行“商业自由+透明度”的理念,比较强调对债权人的保护。在公司设立环节,公司法对股东出资的管制较少,仅有“不得折价发行”规则,同时高度重视资本公示与信息披露,在公司对股东的分配环节,有一套内容广泛、管制性较强的资本维持原则。<sup>④</sup>其中,英联邦成员的公司设立时直接登记“已发行资本额”、各认缴人实际出资额以及未来须补充缴付的金额。<sup>⑤</sup>在美国,“揭开公司的面纱”和“资本充实原则”的适用,在极大程度上削减了授权资本制的种种弊端。比如,股东在公司设立时如果出现资本显著不足的情况,可以通过“揭开公司面纱”制度使利用公司独立人格侵害债权人权益的股东承担无限责任。正是因为有了“揭开公司面纱”和“资本充实”原则的制衡,授权资本制在赋予股东及公司更多私法自治权利的同时,有效维护了债权人的合法权益。<sup>⑥</sup>由此可见,在英美国家分别是通过资本公示制度或揭开公司面纱制度来维护公司资本充实原则和资本维持原则的。而这两项制度在我国却未能很好地为公司资本制度服务,不能对认缴制下出现的资本违法行为进行有效的规制。

揭开公司面纱制度,在我国当前并未能充分发挥其应有的作用。<sup>⑦</sup>《公司法》只是从广义上禁止了股东滥用公司独立人格与股东有限责任的逃避债务的行为,但是并未对其适用主体(到期债权人或未到期债权人或执行债权人)、执行程序、举证责任、适用领域、控制者责任等进行具体界定,这直接影响着该制度的司法实施效果。<sup>⑧</sup>

① 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》,《法律适用》2014年第5期。

② 同前注③,刘凯湘、张其鉴文。

③ 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》,《法学研究》2014年第5期。

④ 同上注,刘燕文。

⑤ Australian Company Act, Sec. 120. 转引自刘燕:《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》,《法学研究》2014年第5期。

⑥ 肖中华、徐藩:《公司资本制度变革中的刑法保障》,《国家检察官学院学报》2012年第5期。

⑦ 沈贵明:《论公司资本登记制度改革的配套措施跟进》,《法学》2014年第4期。

⑧ 赵树文:《美国〈统一欺诈转让法〉对公司债权人保护之借鉴》,《社会科学》2013年第2期。

当前作为资本制度维护的资本公示制度或揭开公司面纱制度在我国都没有得到很好的落实。目前我国公司资本制度还是法定资本制度,资本三原则对公司制度的正常运行起着基本保障的作用。在认缴登记制度下,如果公司法中配套的相关资本保障措施不完善,就无法从根本上保护认缴制的顺利实施,反而被不法分子利用立法上的疏漏实施违法犯罪行为。到目前为止,仅凭公司法现存的资本维护制度以及已经出台的《注册资本登记制度改革方案》和《企业信息公示暂行条例》,是无法对认缴制下的公司资本制度提供全面的保障的。刑法作为社会秩序维护的最后一道防线,在其他法律制度无法对具有严重社会危害性的违法行为进行规制的情况下,刑法应该及时规制。

## (二)刑法的独立性

不仅从公司法本身的需求出发需要刑法对资本违法行为进行规制,而且从刑法独立性的角度出发,也有对公司资本犯罪行为进行处罚的必要。笔者认为,刑法作为一个法律部门具有独立性,而刑法规范却具有一定的从属性。实际上,刑法的独立性与刑法规范的独立性之间并没有必然联系。<sup>⑤</sup>

判断一个法律部门是否独立关键要看其是否具有特有的调整对象。对于刑法是否具有特有的调整对象,理论上是存有争议的。有观点认为,刑法没有独立的调整对象。因为每一个被刑法规范禁止的行为,实际上都是先已为其他部门法所禁止的行为,刑法实际只有用刑事制裁来增强其他法律禁止性命令威慑力的作用。所以,刑法是作为其他部门法的补充才可能存在。<sup>⑥</sup>对此也有观点认为,恰恰因为刑法作为保障法或第二次法的性质就隐含着刑法特有的调整对象。首先,刑法调整的范围几乎涉及社会生活中的各个领域,具有其他部门法所不能具有的广泛性。其次,刑法只调整经过其他法律调整而形成的社会关系,因而其内容具有确定性。而且刑法作为第二次法只对其他法律制度本身的制裁措施无法有效制止的行为进行调整,因而具有调整对象利益的整体性。<sup>⑦</sup>笔者赞同后者的观点,正如耶塞克教授所指出的,刑法对其它法律部门的依附性及其概念构造并非作为一般规则而发生效力,它取决于刑法规范的目的。<sup>⑧</sup>换言之,补充规范一旦纳入刑法条文,就要受到该刑法条文规范目的的限制,从该角度来看,纳入刑法规范的非刑事补充规范对刑法规范亦具有从属性。刑法中规定的资本三罪既有对公司法的依附,同时又有其独立性:对公司法的依附体现在现存公司相关立法对公司资本维持原则、资本不变原则的遵守;刑法的独立性体现在其保护的法益——市场经济中公司资本信息公示制度(公司资本信息公示制度就是股东及时将其对认缴出资额缴纳的情况以及实收资本变更的情形对社会公众公布的制度)。正是由于刑法的独立性,所以刑法规范目的与公司法规范的目的亦是不同的,继而规范的规则和机制也不同。对刑法中的“资本三罪”的理解应该遵照刑法的规则来进行,而不应该将其作为公司法完全的附属品,使其成为认缴制下的“牺牲品”。我国《刑法》将资本三罪规定在妨害对公司、企业的管理秩序一节之中,其直接保护的法益不在于保护公司的债权人的利益,而在于国家对市场经济秩序以及公司资本信息公示系统信息的真实性的保障。前者强调的是私的权益保护,后者维护的是公的法益。

有学者认为,修改后的公司法为投资者成立公司降低了门槛、提供了很大的便利,认缴制下虚假出资的行为会大大减少。<sup>⑨</sup>其实不然,在实践中很多公司的股东或发起人为了争取到更多的经济合作机会,纷纷将公司的注册资本额虚报很高,公司濒临破产时,股东对于近乎接近天价的违约责任也是

<sup>⑤</sup> 时延安:《刑法规范的结构、属性及其在解释论上的意义》,《中国法学》2011年第2期。

<sup>⑥</sup> 陈忠林:《意大利刑法纲要》,中国人民大学出版社1999年版,第6页。

<sup>⑦</sup> 陈忠林:《刑法散得集》,法律出版社2003年版,第118-119页。

<sup>⑧</sup> 王彦明:《公司资本犯罪刑法规制的有限性及其抗制——兼论刑法与公司法关系之协调》,《吉林大学社会科学学报》2003年第6期。

<sup>⑨</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,卢建平文。

“无能为力”,此时即使公司破产,在公司资不抵债的情况下,最后的“恶果”还是由公司和公司众多的债权人做了“替罪的羔羊”。这种现象使得社会信用逐渐沦丧。失去社会信用,正常的市场经济秩序将不复存在,所以刑法把公司资本信息公示制度作为重要的法益进行保护具有必要性。如果按照《解释》的规定,对所有认缴制的公司不再适用“资本三罪”,刑法作为最后一道保障也失去了规制资本犯罪功能,恐怕认缴登记制度也不会取得最初设想的目标,反而会滋生很多利用公司敛财的犯罪行为。

当然刑法不可能也没有必要对所有的资本违法行为进行规制,所以应当适当划定资本犯罪行为的犯罪圈。成立“资本三罪”的前提是,行为人有向公司登记机关如实申报的义务、行为人有将其真实出资的情况与其对外公示的信息保持一致的义务。但是仅仅有实施行为还是不能直接认定为犯罪。刑法在“资本三罪”中,将数额巨大、后果严重或者有其他严重情节,作为构成要件要素。数额较小或者后果轻微的情形下,直接可以利用民事责任追究行为人的违约责任即可。

#### 四、对资本三罪的修订或重新解读

破坏资本制度的违法行为,仅靠民事责任的追究不足以产生足够的威慑力。在商业欺诈行为较为猖獗的商业环境下,要改变轻视资本违法的意识,要扭转失信成本过低的局面,要形成对资本法律制度的敬畏,还必须强化对资本违法行为的刑事处罚。<sup>③</sup>但由于刑法规范具有从属性,所以刑法规范不能与公司法中的规范相冲突。由于认缴制的适用,不强求股东在公司成立之初必须实际出资,而是将其实际的出资义务、资本充实义务以及资本维持义务放到公司成立后完成。刑法中资本三罪的部分罪状的描述是根据公司资本实缴制时的情形而设定的,虽然在认缴制下,公司资本信息公示制度依然必须得以保护,资本三罪依然有存在的必要性,不过其部分罪状存有不合时宜之处。

##### (一)虚报注册资本罪的修订

虚报注册资本罪中的“欺骗公司登记主管部门,取得公司登记”,从字面上来理解,行为人的行为违反了公司登记管理条例,而该行为实际上侵害了市场经济秩序中的公司资本信息公示制度。在市场经济中,公司资本信息公示制度是公司作为市场主体能够正常运转所必要的组成部分,难以想象没有了信息公示制度公司将如何发行股票、发行债券、募集资本等。公司的债权人或者贸易合作对方当事人也主要甚至只能依靠公司对外公示的信息来参与公司的经营或选择合作公司,所以公司的信息公示应该真实、准确、及时。

由于在认缴制下,公司向工商登记机关申请登记时,所申报的注册资本不需要由工商机关进行验资,该注册资本只需要由股东或发起人记载于公司章程之中,并在公司章程中约定具体的出资时间和各股东认缴的数额即可,所以在公司申请注册时根本无法证明股东或发起人存在虚报注册资本的行为。此时追究行为人的虚报注册行为的责任已经没有意义。但是,由于虚报注册资本行为实际侵害的是我国市场经济秩序中的信息公示制度,而信息公示制度要求,与公司相关的重要信息要向社会公众进行公示公告,公司应对该公告内容的真实性与准确性负责。如果行为人在公司设立阶段或者在公司成立后增加公司注册资本时,虚假申报注册资本且没有打算在行为后真实出资、行为后确实也没有实际出资,导致公司以及其他权利主体造成较大、巨大损失的情形的,虽然也属于虚报注册资本,但是考虑到在认缴制下,公司设立或增加、减少注册资本时,依然有向登记机关申报的义务,为了区分以欺诈为目的的申报与一般情形的申报,将虚报注册资本罪修改为虚假申报罪,比较适宜。对此国外亦有相关立法规定。

<sup>③</sup> 同前注<sup>⑦</sup>,赵旭东文。

例如,美国《标准商事公司法》第 1.29 节规定:如果某人明知一份文件在任何重大问题上存在虚假且在明知该文件将提交州国务卿备案的情况下仍然予以签署,则该人构成犯罪。<sup>③</sup>德国《股份公司法》中关于虚假陈述罪的规定是:作为发起人或董事会或监事会成员为将公司进行登记注册而对股票接收、股票支付、已支付款项的使用、股票发行金额以及对特殊利益、设立经费、实物出资和实物接收等做虚假陈述或隐瞒重大事实;作为发起人或者董事会或监事会在设立报告、追加实物设立报告或审查报告中做虚假陈述或者隐瞒重大事实;在第 47 条第 3 项规定的公告中作虚假陈述或隐瞒重大事实;作为董事会或监事会成员为了将基本资本的增加(第 182 条至 206 条)进行登记注册而对原有资本的收入、新增资本的认购或收入、股票发行金额、新股票的发行或实物出资等做虚假陈述或隐瞒重大事实;作为清算人为了将公司的存续进行登记注册,在根据第 274 条第 3 款的规定所做出的证明中做虚假陈述或隐瞒重大事实的等。<sup>④</sup>2006 年新修订的日本《公司法》中的第 963 条第 1 款规定,关于第 960 条第 1 款第 1 项或第 2 项所列者对依第 34 条第 1 款或第 63 条第 1 款规定的缴纳或给付,或关于第 28 条各项所列事项,对法院或创立大会或类别创立大会,做虚假陈述或隐瞒事实时,处五年以下有期徒刑或五百万日元以下的罚款,或并处之。该条第 2 款规定,关于第 960 条第 1 款第 3 项至第 5 项所列者,第 199 条第 1 款第 3 项或第 236 条第 1 款第 3 项所列事项,对法院或创立大会或类别股东大会,做虚假陈述或隐瞒事实时,与前款同。<sup>⑤</sup>

## (二) 虚假出资罪的重新解读

授权资本制是指在公司设立时,公司章程中应载明资本总额,但不必发行全部资本,股东认足并缴足发行资本部分,公司即可成立,其余部分,授权董事会在必要时,一次或分次发行或募集。相对于法定资本制,授权资本制具有减轻公司设立难度,简化公司增资程序,避免大量资金在公司设立之初被闲置和浪费的优点。因此有观点认为,授权资本制的“授权”使得资本运作弹性增大,理财色彩日益浓厚,而担保角色迅速淡化,专为注册资本设计的资本三原则与资本功能急剧变迁之间的矛盾日益严重,因此,“传统资本三原则之全面检讨及修正,甚或废除已属于无可避免之现代趋势”。<sup>⑥</sup>

其实不然,资本维持原则和资本不变原则仍然是授权资本制下的法定原则,只不过是法定资本制下对资本制度的事前监管变为了事中、事后监管。例如,2006 年日本重新修订了《公司法》,此次修订中将折中授权资本制改为授权资本制度。日本《公司法》第 965 条规定,第 960 条第 1 款第 1 项至第 7 项所列者为假装进行股份发行的缴纳实施佯装贷款时,处五年以下有期徒刑或五百万日元以下罚金,或并处。配合进行佯装贷款者,亦同。<sup>⑦</sup>在日本,股份公司在设立或增加资本时,需认股者把股款汇入指定的银行等汇款机关,公司凭借相关的证明文件进行公司的设立或登记变更。发起人或董事等在公司认股人凑不齐或汇入款项不足的情况下,为能实现上述发起和增资目的,往往从汇款银行或第三者那里临时借款,制造出全部股款已经汇入的假象,在实现上述目的以后再对所借款项取出或以其他方式将款项归还给所有人。<sup>⑧</sup>

在授权资本制度下,股东依然承担着公司资本充实的义务。在我国当前法定资本制中,对公司资本制度的要求更为严格,更为强调资本三原则存在意义的情况下,资本充实义务必然是股东或发起人应承担的义务。

<sup>③</sup> 沈四宝译:《最新美国标准公司法》,法律出版社 2006 年版,第 15 页。

<sup>④</sup> 参见贾红梅、郑冲译:《德国股份公司法》,法律出版社 1999 年版,第 211 页。

<sup>⑤</sup> 王保树主编,于敏、杨东译:《最新日本公司法》,法律出版社 2006 年版,第 510-511 页。

<sup>⑥</sup> 段晓红:《法学论丛第 1 卷》,学苑出版社 2001 年版,第 259 页。

<sup>⑦</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,王保树主编书,第 512 页。

<sup>⑧</sup> 张森:《日本对公司制度的刑法规制》,《现代日本经济》2007 年第 6 期。

在本文第二部分,笔者也已经分析了在认缴制下虚假出资罪存在着司法认定的困境。为了解决该困境,笔者认为可以对我国《刑法》第 159 条中的“违反公司法的规定”从实质解释的角度将其限定在违反资本充实原则的限度内来诠释该罪的原意。形式解释论与实质解释论的对立,反映了论者对罪刑法定及其决定的刑法价值的不同追求,前者是基于形式的罪刑法定主义追求法的安全性、确定性和可预测性,以形式合理性为刑事法治的基本价值,后者则是基于实质的罪行法定主义而追求法的灵活性、动态性和周延性,以实质合理性为刑事法治的基本价值。<sup>⑦</sup>

虚假出资罪的设立,其实质上就是为了通过对公司资本充实原则的维护来保障公司公示信息的真实性和可靠性,维持正常的市场经济秩序。在此次修订前《公司法》中资本充实原则的体现就是股东或发起人及时、充足缴纳其所认缴的资本额,由于此次修订前《公司法》实行的资本实缴制,所以此处的认缴资本也可称为注册资本。但在认缴制下,公司可以在其注册资本不充实的情况下成立。在这种情形下,以注册资本与实际资本不一致的理由认定存在虚假出资的行为是站不住脚的,而应对股东或发起人对外公示的其资本缴纳行为本身进行鉴定。如果其没有实际缴纳或没有实际缴足其所认缴的资本额却对外公示其已经足额缴纳其资本额的,就应该认定其存在虚假出资的行为。

据此,笔者认为,根据刑法文本及其语词现在应有的客观意思进行扩张其通常适用范围的解释,但没有超越其文本及其语词可能具有的最大含义范围的实质解释,没有超越公民对该规范的可预测性,也不会侵害法的安定性。将我国《刑法》第 159 条中的“违反公司法的规定”诠释为违反了公司资本充实原则,是在公民可接受范围内的。

### (三)抽逃出资罪的修订

公司股东或发起人将已经属于公司的财产转移出去,损害了公司财产,使得公司的信用受损,更使公司对外公示的信息形式化、虚置化。虽然在公司运营过程中,公司的资产额可以更真实的反映公司的经济实力,但是并不是每一个市场主体都可以轻易的获得反映公司资产额的数据或资料,一般的市场主体对公司信息的获知也只能通过公司对外公示的信息来了解公司的运营状况、经济实力等。如果允许股东或发起人转移公司资产,使得公司对外公示的信息虚置化,那么整个市场经济就没有公司信用可谈。

在实践中,以抽逃出资罪来规制股东或发起人的抽逃出资行为,其规范效果并不理想。因为“抽逃出资”这个概念在司法实践中存在不确定性。例如,是不是行为人抽逃的出资只限于自己的出资,如果行为人抽逃的出资金额超出了自己出资的数额,对超过的数额该如何认定?根据民法的基本原理,对于货币采用的是占有即所有的原则,一旦股东或发起人将货币转入公司账户,该货币即归公司所有。如果股东是以货币的方式出资,此时很难去认定哪部分货币是股东或发起人曾拥有所有权的货币。若将抽逃出资罪的行为限定为行为人对其自己原有的出资的转移,在以货币出资的情况下,很难把行为人的行为纳入规制的范围;在股东或发起人是非货币出资的情况,是否仅仅对行为人转移原物的行为进行规制,如果此时行为人转移的是与其非货币出资价值相当的其它财产,那么对该行为该如何认定?

笔者认为,抽逃出资行为违反了公司资本维持原则,侵害了公司财产,影响了公司公示信息制度的真实性,应予以禁止。将抽逃出资罪变为侵害公司财产罪,不再将行为限定在“抽回”资金的行为,有利于对上述问题的解决。不管股东是否出资或足额出资,只要其将公司的财产通过不合法的手段转移出去,并制造了其已经出资的假象,都可以将该行为认定为侵害公司财产的违法行为。

(责任编辑:杜小丽)

<sup>⑦</sup> 梁根林:《刑法方法论》,北京大学出版社 2006 年版,第 151 页。