

新公司法实缴制下抽逃出资罪的司法适用

前沿话题

□ 赵星 张需聪

公司注册资本不仅是公司运营的物质基础,也是衡量公司实力和信用的重要指标,对公司获取融资、参与市场竞争及承担债务责任均具有重要影响。按照公司法的规定,股东出资后,该出资即成为公司的财产,非经法定程序,股东不得抽回出资,否则构成非法抽逃出资。对于抽逃出资的行为,我国刑法第一百五十九条规定了抽逃出资罪予以规制。

抽逃出资罪的司法适用情况与公司法规定的公司出资制度密切相关。1993年公司法规定,公司的出资应当一次性缴足;2005年公司法调整为,普通公司在两年内,投资公司在五年内缴足注册资本。此时,抽逃出资罪作为惩治股东抽逃出资的刑法规范,在落实公司资本维持原则上发挥了巨大作用。2013年,公司法对公司出资制度进行了重大修订:只要求部分特殊公司的成立需要实缴出资,绝大多数公司的成立只需认缴注册资本,不强制要求实缴出资,此即认缴制。在认缴制下,2014年全国人大常委会作出立法解释:抽逃出资罪只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。换言之,在采取认缴制的公司中,即使股东抽逃出资也不再构成抽逃出资罪。由于我国大多数公司适用认缴制,因此,在2014年以后,抽逃出资罪基本淡出了我国刑事司法实践。

认缴制度虽然极大激发了投资者的创业活力,但

也造成了部分投资者大量设立皮包公司、恶意认缴巨额资本,不利于保护其他投资者及债权人的利益。2023年12月29日,第十四届全国人大常委会第七次会议对《中华人民共和国公司法》予以修订,对公司出资制度再次予以修订。新公司法第四十七条规定,有限责任公司的全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足;第九十八条规定,股份有限公司的发起人应当在公司成立前按照其认购的股份全额缴纳股款。同时,第二百六十六条规定,本法施行前已登记设立的公司,出资期限超过本法规定的期限的,除法律、行政法规或者国务院另有规定外,应当逐步调整至本法规定的期限以内。可见,新公司法将公司出资制度重新调整回实缴制。

在实缴制下,抽逃出资的行为具有刑事可罚性,有必要重新激活抽逃出资罪。首先,抽逃出资具有形式违法性。抽逃出资属于刑法第一百五十九条规制的行为类型,在符合其他构成要件的情况下,应当对此行为予以刑事处罚。其次,抽逃出资具有实质违法性。抽逃出资不仅会削弱公司的偿债能力和持续经营能力,也会损害其他股东和债权人的利益,具有严重的社会危害性。再次,在实缴制下,股东抽逃出资的情形会更加常见。在认缴制下,法律不强制股东出资,因此,如果股东、发起人的资金紧张,大多会选择只认缴出资而不实际出资。这也是立法解释不以抽逃出资罪惩治认缴制公司中抽逃出资行为的根本原因。然而,在实缴制下,由于股东、发起人必须实缴出资,如果股东、发起人资金紧张,极有可能出现缴足出资后又以各种方式抽逃出资的情况。最后,抽逃出资的股东承

担民事责任并不影响刑事责任。虽然新公司法第五十三条规定,股东应当返还抽逃的出资;给公司造成损失的,负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。但是,股东的返还责任与相关人员的连带赔偿责任是民事责任的内容。抽逃出资的股东在承担民事责任的基础上,如果抽逃行为符合抽逃出资罪的要件,仍然应当承担刑事责任。

公司是抽逃出资的直接受害人,同时,抽逃出资罪的行为主体为公司发起人、股东或者单位,因此,抽逃出资罪涉及民营企业或者民营企业犯罪。在抽逃出资罪司法适用的过程中,既要严厉打击破坏民营企业发展的行为,又要防止以刑事手段插手经济纠纷。因此,在新公司法出台后,应当审慎适用抽逃出资罪,避免本罪的不当适用给民营企业、民营经济造成伤害。具体而言,在抽逃出资罪的司法适用中,应当注意以下两个问题。

第一,应当区分行政处罚与刑事处罚的界限,合理界定刑事处罚的适用范围。根据刑法的规定,对于抽逃出资的行为,只有在“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”时,才能认定为抽逃出资罪。至于“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”的具体标准,可以继续沿用2022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)》的规定,在必要时,可以征求最高人民法院对此出台相关司法解释。对于抽逃出资但不符合“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”,应当依照新公司法第二百五十三条予以行政处罚:“公司的发起人、股东在公司成立后,抽逃其出资的,由公司登记机关责令改正,处以



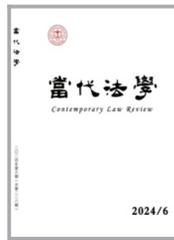
抽逃出资

所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。”

第二,应当坚持从旧兼从轻原则,避免对新公司法出台之前抽逃行为的刑事追究。根据2014年《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第一百五十八条、第一百五十九条的解释》的规定:抽逃出资罪只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。按照该立法解释,在实行认缴登记制的公司中,即使股东实施了抽逃出资的行为,也不构成抽逃出资罪。因此,在抽逃出资罪的司法适用中,应当根据抽逃出资行为发生的时间作出不同处理。对于新公司法出台之后抽逃出资,同时符合刑法第一百五十九条其他要件,应当认定为抽逃出资罪。在新公司法出台之前,股东抽逃认缴制公司中的出资,即使满足“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”的要件,也不应认定为抽逃出资罪,可以根据当时公司法的规定,由公司登记机关处以相应的行政处罚。

观点新解

李建伟谈股东协议的双重属性——决定其受行为法组织法的共同规制



中国政法大学民商经济法学院李建伟在《当代法学》2024年第6期上发表题为《股东协议的组法效力边界研究》的文章中指出:

私法自治体现在公司领域即为公司自治,公司自治的核心是股东自治,股东自治的形式除了公认的公司章程与股东会决议,还有一种更灵活的机制——股东协议,这在封闭公司尤为常见。股东依托彼此间的协议组织公司事务开展公司治理,可谓之协议治理。协议治理之实质,在于以私人的契约方式补充甚至替代公司组织法安排的正式治理机制(决议),由此关涉到公司组织法与契约法之关系处理问题,核心议题则是股东协议替代正式治理机制的边界何在。

制度成本与生俱来,关键是如何发挥协议、决议及章程的多种治理机制的协同效应,以期形成最佳的治理体系。无论遵循公司契约理论抑或公司实体理论,从公司治理视角言之,实现股东投资利益的最大化是公司治理的终极追求。股东协议的双重属性决定其受行为法、组织法的共同规制,且重心在后者。于此背景下考查其效力、治理效应及边界,需关注其与强制性规范之效力位序,更要处理好其与章程、股东会决议等其他股东自治方式的融合与冲突,以实现契约自由与社会公正的平衡。

全体股东协议,基于合同相对性原理,其效力原则上仅限于缔约人也即股东群体,如涉足公司治理的其他场域,则需跳出普通合同的相对性桎梏而作必要的效力延伸,如股东会决议、公司章程一样对公司自身、管理层等利益相关者主体亦生拘束力。这是组织法赋予的效力范围;对于部分股东协议,其合法性基础不能与公司章程、股东会决议相提并论,应恪守合同相对性,视其是否违反强制性规定以判定其效力或可履行性。基于以上认识,可建构公司法上的股东协议的生效要件,效力范围、与章程及决议冲突的处理等系统规则,发挥协议、决议及章程等多种治理机制的协同效应,构建最佳的公司治理体系。

类型事实区分视角下行刑交叉案件刑事违法性的判断

前沿观点

□ 陈禹潼

讨论语境:行刑交叉事实类型化区分

近年来,实践中出现了大量行刑交叉领域疑难案件,理论界和实务界围绕这些案件展开讨论。以往围绕行刑交叉类型事实,学者多采取传统的行政犯(法定犯)的理论进路,借鉴域外刑事事实、行政不法区分观点,探讨刑事违法性问题。这种讨论进路存在以下不足:第一,我国行刑交叉类型事实与域外探讨的行政不法、刑事不法问题的关注点并不完全一致,不宜直接借鉴域外行政犯理论探讨我国的行刑交叉类型事实中刑事违法性判断问题;第二,直接借鉴域外的讨论模式没有充分考虑我国行刑交叉类型事实的特点和多元性,导致不少学术观点的“针锋相对”,也无法为行刑交叉类型事实中刑事违法性的认定提供全面的理论指导和裁判规则。

立足我国刑事立法司法国情,可以将我国语境中的行刑交叉事实分为三种类型:“治安处罚—刑事处罚”二元处罚、违反行政前置法和瑕疵行政行为。应当根据不同行刑交叉事实区分讨论进路,通过对犯罪构成要件的实质性解释,采取刑事违法性的独立性、一体化判断立场,提出类型化的刑事违法性判断规则。

二元处罚类型中刑事违法性的认定

有观点从治安管理处罚法和刑法的规制对象出发,认为我国刑事违法与违法的区别不是行为类型的不同,而是行为程度的区别。但治安管理处罚法的立法目的、判断方式、成立条件等均与刑事判断存在显著差异。在我国“刑法定性又定量”,犯罪行为与治安违法行为存在形式上“交叉重合”的立法语境中,更加需要通过实质性判断犯罪构成要件,准确认定行为的刑事违法性,才能将不具有刑事处罚必要性的行为排除在犯罪行为之外,合理划定犯罪圈。

(一)治安违法行为和犯罪行为两者之间不是量的差别而是质的区别

治安管理处罚法与刑法法条描述行为形式上的

“交叉重合”,并不等于认定行为违法性的相似性。一方面,不同立法目的对治安违法行为与犯罪行为的构成要件解释产生深远影响。一方面,主观归责上,治安违法行为的主观要件没有区分故意、过失,这与刑法从规范论角度重视故意、过失等责任要件的认定,存在明显不同。

(二)实质解释犯罪行为的刑事违法性,给行政处罚留下必要的空间

在二元治安模式中,面对治安管理处罚法与刑法一些法条形式上的“交叉、重合”,司法者在把握罪与非罪界限时,要更加实质解释犯罪行为的刑事违法性,让治安管理处罚法尽量发挥具有前瞻性的预防犯罪的机能,并以此来弥补刑事打击的局限性,这也符合轻罪治理的时代需求。以刑法第二百零八条伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪为例,如果考虑到治安管理处罚法第五十二条对于此类行为也规定了相应的治安处罚,对于伪造、变造、买卖一个公文、证件、印章的行为是否入罪,应当更加慎重。

(三)注意立法活性化时代治安违法行为和犯罪行为的界限变化

随着法益变动、法益保护重要性程度的变化,刑法根据法益原则指导刑事立法调整犯罪圈,治安管理处罚法也在不断修订中。不仅要注意静态视角两者的有序衔接,还要注意动态视角中两者的双向互动,准确划定犯罪圈。

违反行政前置法类型中刑事违法性的认定

关于违反行政前置法与刑事违法性的认定,学界已进行了探讨,一种观点坚持行政犯的行政从属性,另一种观点则认为应当破除行政犯从属性,以刑法法益为核心实质判断。笔者认为,在违反行政前置法类型中,应当根据具体罪名的保护法益,将行政违法性内容“内嵌”在构成要件的实质解释过程中,采取刑事违法性的独立性、一体化判断立场,主要理由如下:第一,行政法与刑法的目的性质和价值追求不同,行政违法与行政犯罪的认定存在重大差异,不宜采取行政违法性前置判断标准;第二,行政违法性的前置判断可能导致刑事违法性判断的“形骸化”,影响刑事违法性的实质认定;第三,我国

刑事立法模式特点,为行刑交叉类型事实中的刑事违法性独立判断保留了空间。具体而言,可以分为空白刑法规范场合和涉前置法的构成要件要素两种情形。

(一)空白刑法规范场合的“构成要件一体化实质解释”

空白刑法规范场合,应当将“违反××规定”“非法”等空白刑法规范理解为构成要件要素,对于空白刑法规范所提示的行政违法性内容,通过将具体化到犯罪构成要件要素,对空白刑法规范在内在的构成要件一体化实质解释,实现刑事违法性的独立判断。以王某交通肇事案为例,行政从属性的认定思路很容易忽略交通肇事罪行为与结果的因果关系以及行政责任与刑事责任的不同。而将违反行政规范置于个罪构成要件中具体认定不法、责任要素的思路,更有利于实质性解释犯罪构成要件,有效避免将行政违法不当变为刑事犯罪。

(二)涉前置法的规范构成要件要素的实质化解释

刑法中涉前置法的规范构成要件要素区分为“参见型”和“非参见型”。“参见型”是指刑法直接规定了构成要件要素参见前置法,刑法对该涉前置法构成要件要素的含义,应当遵循前置法规定。刑法中更为常见的行刑交叉,是指“非参见型”,即个罪构成要件要素与前置法的概念、行为存在形式上的“重合”。解释“非参见型”涉前置法的规范构成要件要素时,需要参考前置法规定,但应当明确刑法与前置法所使用“法概念”的相对性。刑事司法人员应当立足实质违法性立场,根据个罪保护法益,对“非参见型”涉前置法的规范构成要件要素进行独立、实质判断,使作为违法性类型的构成要件,真正发挥对犯罪成立的决定作用。以某摩托车公司生产、销售伪劣产品案为例,行政法上的不合格产品不一定认定为生产、销售伪劣产品罪的“伪劣产品”,应当从是否对不特定消费者的人身、财产权益有危险、隐患的角度,对于行政法上的不合格产品和刑法上的“伪劣产品”作出区分。再以李某驾驶超标电动自行车危险驾驶案为例,基于不同立法目的,刑法、行政法上的“机动车”可以作出不同的解释,不应以相关法规未明确规定“超标车”属于机动车为由,将“超标车”一概排除在危险驾驶罪之外,而应当区分“超标车”是否符合机动车国家标准区别认定。



瑕疵行政行为为类型中刑事违法性的认定

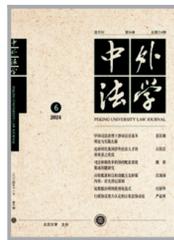
(一)瑕疵行政许可是否阻却犯罪成立

以A不符年龄申领驾照交涉案为例,本案中,对于A是否能评价为“无驾驶证驾驶机动车”进而符合交通肇事罪构成要件,存在分歧意见。背后的法理争议在于,通过行贿、欺骗等非法手段获得的有瑕疵的行政许可是否能构成阻却犯罪的事由。笔者认为,只有合法的行政许可才具有出罪功能的观点并不合理,应当根据具体罪名的刑法规范保护目的,法益,结合行政许可类型,实质性判断瑕疵行政许可是否构成阻却犯罪事由。如果该行政许可的瑕疵对该罪名保护法益具有影响,则瑕疵行政许可不能作为阻却犯罪事由,反之,则可以作为阻却犯罪事由。

(二)瑕疵行政许可是否具有刑法要保护性

以程某妨害公务案为例,该案是否成立妨害公务罪(现为袭警罪)的关键,在于民警的执行职务(执法行为)是否具有合法性。刑法学者对于并不完全具备法律规定的实体、程序要件的职务行为,并不一概否定刑法上“执行职务的合法性”的意见是一致的,区别仅在于如何划定本罪保护的“职务行为合法性”限度。笔者认为,应当承认行政法、刑法不同法域对职务行为法律评价的差异,不仅要从事务要保护性的观点出发,还要从抵抗行为作为妨害执行公务行为加以刑事处罚是否合适的观点出发,对职务行为的合法性进行综合评价。综上,立足我国统一刑法典的立法模式以及“刑事立法既定性又定量”等特征,应当区分二元处罚,违反行政前置法和瑕疵行政行为为三种不同的行刑交叉类型事实,以个罪保护法益为指导,在构成要件范畴内进行实质性解释,为准确认定刑事违法性,提出差异化判断路径。(原文刊载于《政法论坛》2024年第5期)

黎华献谈保密义务合理性的认定——需要从“范围”和“内容”两方面着手



北京理工大学法学院黎华献在《中外法学》2024年第6期上发表题为《商业秘密保密措施之合理性判断标准》的文章中指出:

商业秘密保密措施的合理性认定,是我国商业秘密案件的审理难点。保密措施要件的规范目的之模糊,是实务中保密措施合理性标准不一致产生的根源。

在商业秘密的法定构成要件中,秘密性要件、价值性要件与保密措施要件的关系需要被厘清。而保密措施要件对秘密性要件、价值性要件的依附,使法院在认定保密措施的合理性时,或极为严格,或极为宽松。这种极端情形的频繁出现,使得法院认识到不将保密措施要件与其他要件进行分离,就难以认识到保密措施的存在与否是一项事实问题。

保密措施要件的规范目的,在于保障商业秘密以谨慎的方式共享,促进商业秘密的积极使用,这是保密措施合理性的最终标准。保密义务被认为是商业秘密持有人采取的主要保密措施。保密义务的合理设置,能增强商业秘密共享的确定性,促进社会所期望的、经济上有效的商业秘密使用。而保密义务合理性的认定,需要从“范围”和“内容”两方面着手。保密义务的类型有明示保密义务和默示保密义务两种,这些义务的“范围”关系着商业秘密持有人的控制边界,对其范围进行限制的合理性认定,应以能否促进商业秘密的使用为最终标准。保密义务“内容”的合理性界定,要考虑替代获取途径、对价要求和公共政策等因素,这些因素的影响力强弱及如何影响,也要依据保密措施要件的规范目的来判断。另外,不同于商业秘密的义务型获取,非义务型获取情形中的保密措施针对的是不特定第三人,其合理性的认定所需要考量的因素又有所不同。

非义务型获取是商业秘密传播的另一种类型。它是指商业秘密的非法获取,涉及单方面、非自愿地从持有人处获取商业秘密,其基本规范问题在于定义该类获取途径不正当的理由是什么。在商业秘密的非义务型获取中,商业秘密窃取阻止措施,要起到促使持有人积极通过商业秘密许可来利用秘密的作用。同时,禁止反向工程合同条款的效力,不能被一味地否定,对技术措施合理与否的认定,也不应以是否满足技术充分性为标准,要受保密措施要件的规范目的的约束。

(赵珊 整理)

生成式人工智能的法律规制与制度因应

前沿关注

□ 祝戈辉

随着数字时代智能化的深入发展,如何在国家现代化治理的语境中科学建构人工智能法律制度,具有重要的现实意义。中共中央、国务院以及国家互联网信息办公室等部门和地方出台系列关于人工智能与数字治理的相关法规、政策、标准,以期促进人工智能升级应用,推动数字经济健康发展。

而以ChatGPT为代表的生成式人工智能正在引发新一轮的人工智能革命。所谓生成式人工智能,是指具有文本、图片、音频、视频等内容生成能力的模型及相关技术。生成式人工智能产品通过海量的数据累积和强大的计算能力,可以充分理解并记忆用户习惯,进而自动生成符合用户需求的高质量内容,具有极强的模仿力和创造力。在此背景下,应进一步厘清生成式人工智能法律规制的重点并明确监管方式,形成科学完备的法律制度,有效增强人工智能法律制度的张力,制定有针对性的规制路径,从而提升国际社会对我国全球治理思路和社会实践的认同。

第一,进一步细化、完善分类分级监管规则。随着生成式人工智能的高速发展,复杂多变的法律需求和

现实样态对治理方式提出了更高的要求。分类分级监管能够帮助监管部门兼顾考量不同场景下人工智能应用风险可能存在的差异性,在坚持良法善治的基础上科学地针对各个领域实践现状进行具体展开,充分进行理论修正和规则完善,从而进一步增强人工智能法律规制中的合理性和准确性。我国在最新实施的《生成式人工智能服务管理暂行办法》中明确了生成式人工智能服务实行分类分级监管的主要原则,但在具体监管细则及实施方式上仍可进一步细化。通过聚焦不同类别生成式人工智能的应用特点,提出特定的监管要求,并根据行业特性在不同行业内形成一整套完备的生成式人工智能风险评估标准,推动公共数据分类分级有序开放,在特定场合适用不同的监管模式并考虑采取差异化的监管处罚措施,合理因地制宜施策。

第二,坚持包容审慎监管理念,重视数据的真实性和安全性。包容审慎监管自提出以来逐步成为政府新的执法监管理念,一方面要求监管部门对生成式人工智能提供充分的发展空间和容错环境,鼓励生成式人工智能在技术创新、数据资源建设、转化应用、风险防范等方面开展创新应用,另一方面也要求对生成式人工智能可能引发的安全风险予以适当防范。这不仅有利于促进创新和依法治理相结合,保障追求效率与安全之间达成和谐的动态平衡,同时也有助于破解传

统监管困局。在包容审慎监管过程中,应充分重视数据安全和隐私的保护。生成式人工智能收集的数据往往具有重要的价值,不仅涉及个人隐私,还可能关系到国家重要基础信息。数据来源、处理方式以及数据的真实性应当是法律规制的重点关注对象。此外,应注意避免生成式人工智能学习虚假的数据或者存在价值偏差的数据,有效控制风险。

第三,划定底线,保护相关权利主体的知识产权。为减少侵权行为的发生,立足于生成式人工智能的核心要素与衍生内容,针对性地对相关法律问题予以回应。如生成式人工智能在前期对大量数据进行学习和使用时,尤其是在数据输入而未得到数据提供者授权的情况下,如何避免侵权行为的发生。在现有知识产权制度框架下,应进一步设立全面的数据知识产权保护规则并制定相应的惩罚措施,防止生成式人工智能对知识产权的侵权行为。此外,应确定生成式人工智能的衍生内容是否属于知识产权保护范畴。后续立法可以围绕衍生内容的独创性,结合人工智能的技术特征,确立其衍生产品独有的知识产权授权与确权规则。

第四,推动监管主体形成监管合力,构建系统性人工智能法律规范体系。生成式人工智能技术在各行业、各领域不断进行创新应用,其可能带来的风险涉及多个领域,现有监管方式也主要呈现多头监管、



鉴此,应当坚持以发展和安全并重的理念为指引,广泛团结协作,完善监管主体的沟通协作机制,并进一步加强人工智能治理专业委员会等机构的指导力度以及影响范围。通过形成主体层面的监管合力,合理地提升人工智能监管效率,避免监管规则的冲突以及监管资源的分配不均,促进人工智能的高效联动和协同治理,推动构建开放包容、安全稳定的监管法律体系。从现有法律规则设置而言,生成式人工智能相关的法律规定以原则性的内容为主,可以在具体标准、实施方式、责任划分等方面进一步完善,通过在立法、执法、司法层面形成稳固的价值理念,推动生成式人工智能产业健康发展。