美国公司盈余制度及变迁的启示： 法律与会计关系处理、债权人保护

冯兴俊

(中南财经政法大学 法学院 湖北 武汉 430073)

摘要：美国公司法上的盈余制度具有限制公司资产分配、保护债权人的功能，它体现了法律在财务会计领域的权威；我国应重新审视法律与会计的关系，应建立法律在会计领域的权威，中国法学院亟需开展财务会计基础教育，法律人在财务会计领域的研究大有可为。以偿付能力标准替代利润盈余标准体现了公司的动态信用观；需要建立应用于普通公司的动态偿付能力标准，并明确董事和股东在违法分配时的法律责任。

关键词：盈余；利润分配；股份回购；偿付能力；董事责任

中图分类号：DF411.91 文献标识码：A 文章编号：1002-3933(2019)07-0089-19

Revelation of Surplus in American Corporation Law and its Evolution

FENG Xing-jun

(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073 China)

Abstract: Surplus in American corporation law functions as a tool of restricting distribution to shareholders and protecting creditors. It symbolizes the authority of law in the field of accounting. We should introspect the relationship between law and accounting, establish the authority of law in accounting area, deliver accounting courses in law school, do more legal research on accounting. Surplus replacing by insolvency test in MBCA reflects evolution in the conception of corporation's credit; we need to build our rules of insolvency and legal liability of directors and shareholders.

Key words: surplus; distribution; redemption; insolvency; directors' responsibility

收稿日期：2019-02-28 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2019年6月17日数字出版，全球发行

基金项目：国家社会科学规划基金资助项目《资本认缴登记制下〈公司法〉适用难点研究》(15BFX118)

作者简介：冯兴俊(1975-)，女，贵州贵阳人，中南财经政法大学副教授，法学博士，研究方向：商法、公司法。

盈余(Surplus)^①是美国公司法上特有的概念,尽管其与财务会计上的一些概念相关,但它是个纯粹的法律事物^②,有防止公司股东及经营者不正当侵害公司资产及偿付能力的功能,是美国公司法上债权人权利保护的一项重要制度。近年来,国内不时有著述提及“盈余”,但系统资料仍付之阙如,甚至一些内容有误。笔者发现,对债权人利益保护、法律与会计关系处理等我国商法上亟需解决的问题,盈余制度及其变迁具有相当重要的借鉴意义。

一、盈余是公司股东分配的合法前提

(一) 盈余概念的厘清

1. 盈余 = 公司净资产 - 设定资本

从词源上讲,早期美国法上的盈余与利润是同义词^③。根据现代美国公司立法,盈余是公司净资产(net assets)减去设定资本(stated capital)的余额。1979年前的各版示范公司法都在第2条规定:盈余是公司净资产超出设定资本的数额;净资产意味着公司总资产超出总债务的数额。特拉华州公司法154条规定:公司净资产超过被确定为资本部分的数额,即为盈余;同时规定了与示范公司法相同的公司净资产概念^④。

因此,《元照英美法词典》将surplus解释为“公司资本的一个组成部分,由盈利、利润和其他资本增长额构成”,并将其翻译为“资本盈余”^[1],存在两个错误。首先,盈余指的是公司净资产中设定资本以外的部分,恰恰不属于资本。其次,美国公司盈余不仅只有资本盈余(capital surplus),还有利润盈余(earned surplus)。盈余是“公司的实有资本高于其设定资本的差额”的说法^[2],与立法原意不尽相符。

2. 设定资本数额依董事会决议确定

从前述定义可以看出,“盈余”的定量自动遵循“设定资本”,即“净资产”超出“设定资本”的数额。“净资产”是个全球通用的概念,指总资产减去负债的差额,但“设定资本”一词却很有美国特色。

设定资本进入美国公司法源于1912年无面额股的发行,立法中其是“资本(capital)”的

① Surplus 国内有三种译法。一是“资本盈余”,见《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1317页;王军、戴萍,《美国公司法的演变》,载《国际商法论丛》第8卷,法律出版社2006年版。二是“资本剩余”,见卞耀武主编《特拉华州普通公司法》,左羽译,法律出版社2001年3月第1版,第62-63页。三是“溢余”,见刘燕《对赌协议与公司法资本管制:美国实践及其启示》,载《环球法律评论》2016年第3期。笔者采第一种译法中的后半部分,即“盈余”。

② 笔者浏览了多家美国上市公司的财务会计年度报告,未找到任何一份财报在此意义上使用“surplus”一词,甚至连收录会计名词超过3900条,涵盖了英国、美国、澳大利亚等英语国家的财务会计、财务报告、管理会计、税务、审计、公司金融及会计主体的畅销词典“A Dictionary of Accounting”(第5版,Jonathan Law, Oxford University Press 2016)也无surplus词条。

③ Ray Garrett, Capital and Surplus Under the New Corporation Statutes, 23 Law and Contemporary Problems 239-263 (Spring 1958), Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss2/5>, 访问时间:2018年4月20日。

④ The excess, if any, at any given time, of the net assets of the corporation over the amount so determined to be capital shall be surplus. 特拉华州普通公司法第154条。

代位词,作用也与其相同^①。从数量角度,设定资本基本等于由公司董事会由以决议方式所确定的资本数额加上全部面额股的面值总额。根据1979年示范公司法2(j)规定,“设定资本”指以下数额之和:(1)公司已发行的所有面额股股票面值之总额;(2)公司已发行的、全部无面额股股份所实际收到的对价减去公司依法分配到资本盈余账户部分后的余额;(3)基于红利转增股份发行或其他方式发行的、不包括在(1)、(2)在内的、被转入设定资本账户的数额,与所有依法应扣减的受影响数额之余额。前述规定(3)主要有两个来源:一是董事会决议、从“资本盈余”账户转增发行新股而计入的数额,二是从“利润盈余”账户转增发行新股而计入的数额。特拉华州普通公司法规定与此类似。根据该法第154条规定,在公司发行无面额股及溢价发行面额股时,董事会在发行时可以决议方式确定计入“设定资本”账户的数额。如有此类决议,公司资本将等于股票面值总额与董事会决定的设定资本数额之和。溢价发行面额股时,如无此类决议,该类股票的资本则为股票面值总额。如发行无面额股,董事会可决定任意数额的对价款作为该类股票的资本;如果无类似决议,所有对价款均为资本。董事会未决议计入“设定资本”的面额股溢价款、未决议计入的无面额股对价款与未分配利润共同组成盈余,董事会可随时决议其一部或全部转为设定资本。总的来说,除了与公司所有股份面值总额相等的数额必须分配给“资本”外,“资本”与“盈余”的数额确定实质上在公司董事会控制与自由裁量范围内^②。

据此,简单将“Paid-in surplus”译为“资本盈余”,是“出售股票时所支付的超过股票票面价值的部分,即股票的溢价部分”^[1]不够准确。股东支付的股票溢价款,在美国公司资产负债表上称为“additional paid-in capital”,虽然“Paid-in surplus”指“additional paid-in capital”减掉转为设定资本的数额之余额,但它并不是资本盈余的唯一来源^③。

3. 盈余 = 利润盈余 + 资本盈余

盈余最开始只有利润盈余一个来源,无面额股出现后,盈余变成了利润与部分实缴股款的混合物。通过定义利润盈余与资本盈余^④的方式,1979年前的示范公司法试图将公司宣布分红与其他分配、股份回购的权力进行分类^⑤。故该法规定了两种不同的盈余:利润盈余(earned surplus)与资本盈余(capital surplus);资本盈余即为“非利润盈余”;利润盈余则很复

① Ray Garrett, Capital and Surplus Under the New Corporation Statutes, 23 Law and Contemporary Problems 239-263 (Spring 1958), Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss2/5>, 访问时间:2018年4月20日。

② R. Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein, Delaware Law of Corporations and Business Organizations-Balotti and Finkelstein, S5.22, Delaware, Determination of amount of capital and surplus, pp. 5-57.

③ 资本盈余可能有四个来源:面额股溢价发行款、无面额股发行款、董事会未决议为设定资本部分、设定资本减少,以利润盈余转入等。参见 Ray Garrett, Capital and Surplus Under the New Corporation Statutes, 23 Law and Contemporary Problems 239-263 (Spring 1958), Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss2/5>, 访问时间:2018年4月20日。

④ 特拉华州公司法不区别利润盈余与资本盈余。

⑤ Donald E. Schwartz, Delaware General Corporation Law-A Commentary and Analysis, Cornell Law Review, Volume 58, Issue 3 March 1973.

杂,基本上等于公司成立之日起所有利润(profits)或收益(gains)^①,减去公司成立之日起的所有亏损,再减去已分配红利及转增为公司资本或资本盈余部分,余额即为利润盈余^②。资本盈余代表未被分配到资本的无面额股款,利润盈余代表利润^③。

与我国会计准则相关规定比较,利润盈余基本相当于“所有者权益”中的“未分配利润”。但《元照英美法词典》Earned surplus 词条“所有营业收益减去一切业务亏损后,尚未分配股利及提存公积金等之时的累计净剩盈余。这一名词主要用以与溢价发行股票时所得的资本盈利(paid-in surplus)相区别”^[1]的解释不够准确。首先,美国公司法上没有“公积金”的概念。其次,与 Earned surplus 相区别的是 capital surplus,而不是 paid-in surplus。“capital surplus”词条将资本盈余界定为“公司在其股票溢价发行时的溢价款,通常被称作额外实收资本(additional paid-in capital)或发行无面值股所得的股款中专门划作资本盈余的部分”^[1]也不够准确。如前所述,资本盈余是“净资产—设定资本—利润盈余”后的余额,而股票溢价款既可能是设定资本,也可能是资本盈余,取决于董事会是否决议将其转为设定资本。

4. 盈余是纯粹的法律概念

前述美国法的界定容易让人产生这样的印象:设定资本约等于我国企业资产负债表上的实收资本,资本盈余类似公积金,利润盈余类似于未分配利润。这可能是错误的。在特拉华州,财务报告并不明确区别资本与盈余,或者,虽然这些术语用于财务分析时很清晰,但用于判断公司法上的“资本”和“盈余”时,却模糊不清。标明“实付资本”的账户既可能是资本,也可能是盈余,甚至可能部分资本、部分盈余,这取决于公司董事会的决议;而且,资本盈余究竟代表的是属于盈余的资本,还是属于资本的盈余,更加不清晰;甚至标为“利润盈余”或“未分配利润”的账户,究竟是公司法上的“资本”抑或“盈余”,也不完全确定。因为,公司董事会可能通过决议,将部分未分配利润转为资本,而财务报告上却没有相应的科目显示^④。事实上,美国公司资产负债表不存在盈余账户,类似于我国“实收资本”的科目分成了“既存已发行股票类型、面值与数量”与“额外实收资本”两个账户^⑤。

示范公司法起草(1950年)前,因“盈余”一词有会计界定而无法律界定,而法律界定可

① 美国法律文献中指称利润的词主要有 profit(s)、gain(s)、earning(s)及 income。

② Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law*, Third Edition, Foundation Press, 2015, 469.

③ Ray Garrett, *Capital and Surplus Under the New Corporation Statutes*, 23 *Law and Contemporary Problems* 239-263 (Spring 1958), Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss2/5>, 访问时间:2018年4月20日。

④ R. Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein, *Delaware Law of Corporations and Business Organizations—Balotti and Finkelstein*, S5.22, Delaware, *Determination of amount of capital and surplus* pp.5-58.

⑤ 我国公司资产负债表中的实收资本账户,大致相当但不完全等于美国公司的发行股票类型、面值与现存数量+多余实收资本(Additional paid-in capital),视不同公司所有者权益构成情况而有所区别。例如,根据苹果2017年年报,其所有者权益账户有普通股及其他实收资本(Additional paid-in capital)、未分配利润(Retained earnings)与累计其他综合收益或损失(Accumulated other comprehensive loss)三个科目;谷歌的除前三项外,还有可转换优先股(Convertible preferred stock);京东的除前三项外,还有法定准备金(Statutory reserves)与库存股(Treasury shares);阿里巴巴的除前述三项外,还有库存股、重组准备金(Restructuring reserve)、法定准备金、股权认购应收款(Subscription receivables)等。

能会因与会计界定没有实质性差别而发生冲突,故美国会计界从50年代开始就逐步放弃了使用利润盈余一词,而代以未分配利润^①。可见,在现代美国公司法上,如同“设定资本”是个律师术语而非会计师术语一样^②,盈余也纯粹是个法律概念。

(二) 盈余具有限制公司资产分配的功能

1. 对股东分配的资产应来源于盈余

总的来说,盈余结合设定资本的制度,其目的在于限制公司资产可以分配给股东的时间及条件,借以保护公司债权人;具体说有两个目的:(1) 确定可用于购买或赎回已发行股份的资金来源;(2) 确定支付股东分红的资金来源^③。

美国各州公司法从一开始就普遍以盈余限制分红,以保护作为债权人安全边际的企业资本^④。此后,法院开始用信托资金原理解释“资本”这个法律概念;该原理将公司资产中与资本数额相当的部分视为信托财产,以此保护公司债权人^⑤。即是说,债权人是与资本额相当的那部分公司资产的受益人,董事会作为该资产受托人,应为债权人利益而管理,无权向股东分配。因此,根据立法及资本信托原理,“在资本证券已有亏损、没有资产或盈余用以支付红利时,董事会无权宣布利润”^⑥。

公司回购自己股份本质上属于分配资产且不利于债权人的行为,适用盈余制度的限制,即是说:回购股份的资金只能来源于盈余。早期有些州甚至要求只能使用利润盈余,不过更多立法的限制是一般意义上的盈余^⑦。特拉华州公司法第160条规定,公司可以回购自己的股票,只要这样做不会使其资本受损。这意味着,在实际效果上,执行回购的资金是来自盈余而不是资本^⑧。

2. 盈余制度重点关注公司静态资产

无论是旧示范公司法规定的利润盈余模式,还是特拉华州公司法的盈余模式,其关注点都在于公司资产负债表及净资产数额。旧示范公司法第45条规定,公司董事会可以从利润

① Ray Garrett, *Capital and Surplus Under the New Corporation Statutes*, 23 *Law and Contemporary Problems* 239-263 (Spring 1958), Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss2/5>, 访问时间:2018年4月20日。美国法律与会计文献中表示“未分配利润”的词有 retained income、retained earnings、accumulated earnings、earnings retained for use in the business 等。

② Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., *Legal Capital*, third edition, 1990, Foundation Press, 69.

③ 参见 R. Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein, *Delaware Law of Corporations and Business Organizations—Balotti and Finkelstein*, §5.22, Delaware, *Determination of amount of capital and surplus*, pp. 5-57.

④ David R. Herwitz, *Installment Repurchase of Stock: Surplus Limitations*, *Harvard Law Review*, 79 *Harv. L. Rev.* 303, December, 1965, 305.

⑤ Ray Garrett, *Capital and Surplus Under the New Corporation Statutes*, 23 *Law and Contemporary Problems* 239-263 (Spring 1958), Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss2/5>, 访问时间:2018年4月20日。

⑥ *Webb City Undertaking Co. v. Sinclair*, 240 *Mo. App.* 958, 225 *S. W. 2d* 138 (1949).

⑦ Ferdinand S. Tinio, *Construction and operation of statute restricting corporation's right to purchase its own stock to purchase from surplus*, 61 *A. L. R.* 3d 1049 (Originally published in 1975, made current by the weekly addition of relevant new cases).

⑧ Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law*, Third Edition, Foundation Press, 2015, 473.

盈余中宣布利润,公司可以现金、财产或自身股份的方式支付分红,除非公司无偿付能力,或者支付分红将导致公司无偿付能力,或者宣布与支付分红将违反公司章程。据此,利润盈余立法的核心有二:公司利润或收益,以及其净资产或净值^①。特拉华州公司法 170(a) 规定,公司董事会可从依第 154 条和第 244 条界定和计算的盈余中宣布并支付分红,如无此项盈余,则可从其当前财年或前一财年的净利润中分红^②。虽然美国法院普遍承认,资产负债表等财务报告不是确定净资产的法定依据^③,但在账面资产、账面负债与实际资产、实际负债不存在显著差距的情况下,其对公司盈余仍有判断价值。然而,无论资产负债表反映的公司实际财务状况如何准确,它都只代表着“报告基准日”这一时点的静态数据。这意味着可能会出现这种情况:公司有很多账面净资产却不能及时清偿债务,或者公司无账面净资产但却能及时清偿债务。以盈余为控制手段的特拉华州公司分配制度,只是债权人保护的初级手段。因此,1979 年修订的示范公司法废除了以设定资本和盈余为基本框架的制度结构,建立了以衡平法上的无偿付能力标准(equity insolvency test)和净值标准(net worth test)^④为核心的公司新财务制度^⑤。与传统的、以资产负债表为基础的设定资本/盈余模式相比,衡平法上的无偿付能力标准更关注正常经营企业的流动性,更关心是企业的利润表(income statement)与现金流表^⑥。

(三) 盈余数额确定属于商业判断的范畴

1. 盈余数额由董事判断

在所有美国立法中,宣布分红的决策都属于董事会自由裁量的范围^⑦。这在特拉华州司法领域更明确。该州衡平法院认为,只要不存在恶意、欺诈或滥用自由裁量权的情形,衡平法院就不会越俎代庖替代董事会决策,而是遵从董事会计算的盈余数额;想推翻董事会的盈余数额,原告必须证明“董事会恶意作为,依赖不可靠数据与方法计算,或者决策严重偏离标准构成了事实欺诈或推定欺诈”^⑧。

① Barbara Black, Corporate Dividends and Stock Repurchases, Updated in December 2017, § 2:1 Policy and background, Westlaw.

② 即使公司资产负债表没有盈余,甚至可能有亏损,只要当前财年或前一财年有利润,也可分红,被称为“灵活分红(nimble dividend)”,是特拉华州公司法上的一个特别规定。

③ 参见本文第二部分内容。

④ 根据 Manning 的界定,净值标准是指:从禁止角度,如分配造成资产负债表列示资产少于列示负债之后果的,公司不得分配;或者从允许角度,如分配后资产负债表列示资产大于列示负债的,公司可以分配。见 Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., Legal Capital, third edition, 1990, Foundation Press, 68-69.

⑤ 示范公司法修订版 § 6.40. (对股东分配)(c) 规定,“如分配构成下列后果,公司不得对股东分配:(1) 正常经营过程中,公司将不能清偿到期债务;(2) 公司总资产将少于全部债务与满足解散优先权所需数额(除非公司登记证书中有其他规定)的总和,如公司在分配时解散,该股东之优先权优于接受分配的股东。”

⑥ 参见 Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., Legal Capital, third edition, 1990, Foundation Press, 64.

⑦ Linda O. Smiddy, Lawrence A. Cunnigham, Soderquist on Corporate Law and Practice, third edition, Practising Law Institute, 2007, supplemented in 2011, 11-2.

⑧ R. Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein, Delaware Law of Corporations and Business Organizations-Balotti and Finkelstein, § 5.22, Delaware, Determination of amount of capital and surplus, 5-59.

2. 董事判断盈余数额应有合理依据

早在 1915 年 特拉华州公司法第 34 条就规定 “在善意信赖由公司高管准备的、关于资产负债及 / 或净利润、或者与盈余和其他可用于合法宣布及支付红利的资金之存在及其数额之公司财务账簿或财务报告 , 董事应完全受到保护”^①。现行特拉华州公司法 172 条规定 , 关于公司资产、负债及 / 或净利润的价值与数额、盈余存在及其数额 , 以及可用于合法宣布并支付分红、公司股票合法回购或赎回的其他资金等事实 , 董事会成员或者由董事会指定的专业委员会成员善意信赖了相关资料或财务报告 , 应完全得到保护。该州法院认为 , 在被告不是公司执行委员会成员 , 在投票时信赖于公司顾问的建议、公司提供的最近资产负债表(显示涉案红利宣布前六周的财务状况) 、以及董事会主席关于下一个月经营状况令人满意(事实上该月严重亏损) 的陈述的情况下 , 该董事受州立法保护 , 免受非法从资本中宣布与支付红利的责任^②。因此 , 如果董事会依赖于外部审计师报告的资产负债表上的账面盈余决定分红 , 法院应支持董事会决定 , 而不是资产应低于资产负债表记载数额的反对观点; 如果董事会决定分红数量时依赖于现有价值盈余 , 如果是基于专业评估 , 也应得到支持^③。在示范公司法利润盈余模式中 , 如有经审计的财务报告 , 公司也一般使用来自该审计报告的未分配利润数额以确定其利润盈余^④。

二、我国法学界应重新审视法律与会计的关系

(一) 美国公司法从未放弃法律在会计领域的权威

1. 相关立法体现了法律的权威

(1) 立法不要求盈余确定必须遵守 GAAP

美国公认会计准则为 Generally accepted accounting principles , 简称 GAAP , 由美国权威会计标准机构 “美国财务会计标准委员会(The Financial Accounting Standards Board , FASB) ”^⑤ 发布。尽管 GAAP 是美国权威、通用会计准则 , 但各州包括示范公司法都不要强制使用。例如 特拉华州公司法允许公司以任何合理方法计算公司净资产 , 不要求必须坚持 GAAP 或任何其他会计方法^⑥。州公司立法一般不要求公司在决定是否可合法分配红利时遵守

① Right or duty of corporation to pay dividend; and liability for wrongful payment , 109 A. L. R. 1381 (Originally published in 1937) , The ALR databases are made current by the weekly addition of relevant new cases.

② Stratton v. Anderson (1936) 278 Mich. 499 , 270 N. W. 764.

③ Barbara Black , Corporate Dividends and Stock Repurchases , December 2017 Update , § 2: 34. Balance Sheet vs. Current Value Surplus , Westlaw.

④ Barbara Black , Corporate Dividends and Stock Repurchases , December 2017 Update , § 2: 3. Requirement of earned surplus , Westlaw.

⑤ FASB 成立于 1973 年 , 是独立的民间非盈利组织 , 该机构及其发布的标准不但得到了美国证券委员会(SEC) 承认 , 指定美国上市公司必须适用 , 还得到其他权威机构 , 如各州会计委员会以及美国注册公共会计师(CPA) 协会的承认。参见 <http://www.fasb.org/jsp/FASB/Page/SectionPage&cid=1176154526495> , 访问时间: 2018 年 5 月 12 日。

⑥ Richard A. Booth , Capital Requirements in United States Corporation Law. University of Maryland Legal Studies Research Paper 2005 - 64 , <http://ssrn.com/abstract=864685> , 访问时间: 2018 年 3 月 27 日。

GAAP^①。1980年示范公司法修改为衡平法上无偿付能力标准后,也没有要求强制使用,只是要求使用“当时条件下合理的会计实践及原则”。除上市公司依证券法规定必须使用外,大量的小公司或私人公司不做要求。一些公司仅保留基于税务会计要求的财务记录,财务报告也是依此制作。其他公司的财务报告实际上反映了GAAP,但有些方面(比如注释)有所偏离。这些事实说明,美国公司立法并未将GAAP作为统一标准,而是为了达到合理程度的灵活性,以及适应不同公司,尤其是私人公司的经营需要,这个立法标准是合理、恰当的。现行示范公司法第6.40(d)条明确授权公司在决定总资产与总负债数额时,使用“公允价值或当时条件下合理的其他方法”,因此,虽然公司可以依赖依据GAAP编制的财务报告,但是第6.40条并没有要求强制使用公认会计准则,只是要求使用当时条件下合理的会计实践及原则^②。

(2) 立法规定了净资产等确定盈余需要的概念

在设定资本/盈余模式下,为了从技术上确定盈余数额,示范公司法及一些州公司法除界定不同于会计意义的设定资本与盈余外,还规定净资产概念,相当数量的立法还界定了“净利润”或“利润盈余”等术语^③。例如,示范公司法第2条规定,净资产是“扣除掉库存股后的公司总资产减去总负债后的余额”;之前的特拉华州公司法没有规定净资产概念,1967年的大修版将其界定为“资产超过负债的余额”。

2. 司法中由法官确定各种会计数额

(1) 法官依法律的特有价值判决有关会计问题

一般情况下,如有经审计的财务报告,公司一般使用来自该审计报告的未分配利润数额以确定其利润盈余^④。但当公司行为及法律问题的解释与会计观点发生冲突时,法庭具有最终决定权,并倾向于遵循能够实现法律目标的规则^⑤。关于为确定用于分红的利润盈余所需界定的“净利润或损失”,示范公司法没有禁止法官确定与会计师的未分配利润数额不同的规定;因此,法官不会犹豫于依自己的观点判决^⑥。Liese v. Jupiter Corp.一案明确地表明了法官对这一问题的态度。该案原告是优先股股东,被告是虽是公司,但本质上是优先股股东与普通股股东之间的利益冲突。根据Jupiter的章程规定,优先股股东的一系列权利都直接与“油气收集收入”相关,因此该案焦点之一是界定哪些收入属于“油气收集收入”。关于该收入的界定方法,法官认为“关于这个案子的会计方面,为双方作证的专家以及相当部分的证据直接指向了公认会计准则。但是,我认为这些证词只在一般意义上有价值。这样说

① Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law*, Third Edition, Foundation Press, 2015, 472.

② American Bar Association, *Model Business Corporation Act Annotated: Revised Model Business Act(1984)*, 1985, Volume 1, Law & Business, Inc/Harcourt Brace Jovanovich, 479.

③ Barbara Black, *Corporate Stock Repurchases*, December 2017 Update, § 2:3. Requirement of earned surplus, Westlaw.

④ Barbara Black, *Corporate Dividends and Stock Repurchases*, December 2017 Update, § 2:3. Requirement of earned surplus, from Westlaw.

⑤ James D. Cox, Thomas Lee Hazen, F. Hodge O'Neal, *Corporations*, Aspen Law & Business, 1997, supplemented in 2009, 511.

⑥ Barbara Black, *Corporate Dividends and Stock Repurchases*, December 2017 Update, § 2:3. Requirement of earned surplus, from Westlaw.

是因为这个案子必须在其自身的参考框架内判决……。章程规定了‘油气收集收入应根据合理会计做法来确定’，合理会计做法是指公允、合理、恰当的做法。所有专家都同意这一定义，所以在本案中使用了它。这样做是因为，相关事项全是公司内部事务，即是说，它们只影响到普通股及优先股股东。法律上讲，至少公司以外的第三人不受本案结果影响。”法官在该案判决中还讨论了构成本案所涉的“油气收集收入”六个决定性因素^①。可见，对有关会计问题，法官依特定案件事实结合法律相关规定或其价值取予以判决，是司法界通行的做法。

(2) 财务会计报告不是确定盈余的决定性依据

在分红决议以未审计利润为基础做出的美国案例中，尤其是那些没有经过外部审计师审查过的数字，法院更可能倾向于自己计算利润盈余^②。特拉华州判决认为，在判断公司是否具有盈余以遵守以盈余赎回公司股份的法律规定时，公司资产负债表不具有决定性作用^③。纽约州判例也认为，资产减去负债后是否有充足盈余不仅仅由公司财务报告决定，资产实际价值对盈余判断具有决定性作用，而不是其账面价值^④。甚至，由于能防范可能存在的资产负债表操纵行为，法院优先采用的是资产实际价值方法^⑤。虽然示范公司法废除了盈余制度，但对相关会计问题的态度并没有改变，立法者对法律适用的指导极其明确：“当判断公司是否具有衡平法上的偿付能力时，资产负债表或者利润表都不是决定性的”^⑥。

(二) 美国公司法处理与会计关系的经验值得借鉴

1. 我国法律应建立其在会计领域的权威

我国起草公司法时，由于法律人缺乏必要的会计专业训练，“财务会计”一章只能交给财政部起草，这导致了“会计行业主管部门实质上垄断了各层次的财务会计制度供给”^[3]。在司法领域，涉及到稍复杂的会计问题，法官们普遍依靠会计鉴定。抛开法律是社会关系的最高与最终权威不谈，这种关系也绝不应该是正常的，理由有二：

(1) 会计的职能和目标与法律完全不同

会计职能即会计的职责与功能。会计学界通说认为，会计具有核算(反映)职能与控制(监管)职能^[4]，即会计“信息系统论”与“管理活动论”两大学说^[5]，也由此衍生出会计的两大分类：财务会计及管理会计^[6]。财务会计主要向外部关系人提供有关企业财务状况及经营成果和资金变动情况等有关信息；管理会计主要是向经营者和内部管理机构提供企业经营规划、经营管理、预测决策所需的相关信息。从财务会计的角度，公司存在多方利益关联

① Liese v. Jupiter Corp. , 241 A. 2d 492 , 501 (Del. Ch. 1968) .

② Barbara Black , Corporate Dividends and Stock Repurchases , December 2017 Update , § 2:3. Requirement of earned surplus , from Westlaw.

③ Klang v. Smith's Food and Drug Centers Inc. , 702 A. 2d 150 , 152(Del. 1997) .

④ Baxter v. Lancer Industries , Inc. , 213 F. Supp. 92 , 95 (E. D. N. Y. 1963) .

⑤ Barbara Black , Corporate Dividends and Stock Repurchases , December 2017 Update , § 2:3. Requirement of earned surplus , from Westlaw.

⑥ American Bar Association , Model Business Corporation Act Annotated: Revised Model Business Act(1984) , 1985 , Volume 1 , Law & Business , Inc/ Harcourt Brace Jovanovich 476.

者,各自有不同诉求,都需要通过财务报告这一载体体现。然而,同一个会计标的采取不同的方法计量或分类,能造成实质性不同的经济效果,例如资产以成本法或市场法入账,支出是费用化还是资本化,结果大有悬殊。正如美国学者所说,“关于具体事项如何会计处理和表达,总是给不同观点留有很大空间。在会计职业和一般商业领域,具体交易最恰当处理方式的探讨通常很激烈,结论也争议很大……与其他大多数语言一样,会计本质上也是一门允许表达大幅度变化的语言”^①;“没经历过会计实践的外行会以为会计规则是确定、精确及排他性的,事实上并非如此;财务报告只是会计师各种判断与决定的综合物,有时是会计师、律师及公司管理层判断的结合体”^②。管理者、控股股东的意志,最终都可能通过会计政策选择及会计师职业判断这两个看似合法的方式贯彻到财务会计中。故学者提出,“财务会计这么重要的领域,决不能完全交给会计行业与会计师‘自治’”^[3]。当关联方发生利益冲突时,依公平、正义或者效率等价值进行判断选择,是法律人的职责所在。就管理会计而言,其主要着眼于企业经营,考虑的是为经营决策提供信息支持,不考虑决策与监督等内部治理法律关系,导致公司财务治理方面的法律规定缺失。

(2) 行业主管部门的思维模式不能满足私法关系处理的需要

我国《会计法》与《公司法》财务会计一章是典型的“行政主导型”立法,受限于其特有的思维方式和部门视野局限,财政部作为会计行业行政主管部门,企业财务会计的管控是其主要立足点,所考虑或能考虑的主要是行业利益,也由此阻断了对公司财务会计行为所产生的一系列私法关系的关注。“部门视野局限”导致现行法忽视财务会计信息及其载体的私法功能,进而导致财务会计行为所产生的一系列内部与外部的私法关系被立法忽略。财务会计信息对内部有利润分配基准、管理层评价监督等“私”的功能,对外则反映公司偿付能力。内部关系中,会计政策变更是否应遵循内部程序、财务会计报告内部程序(审批、审批者责任、何种责任)及效力、财务会计信息是否应主动报送投资者等,现行立法缺失。外部关系中,非上市公司提供虚假财务报告对债权人或潜在投资者的民事责任、债权人的财务查阅权等无法可依。正如学者所说,《公司法》的相应制度内容实质上被架空,一方面是数量上供给不足;另一方面系统性和逻辑性欠缺,可操作性差……形成公司财务会计行为实质上的法律规制不足^[3]。

2. 我国法学院亟需开展财务会计基础教育

前述我国法律界全面放弃会计领域应有的权威,究其原因,是由于我们的法学院极度欠缺财务会计的基础教育,法律从业人员普遍没有掌握基本的财务会计知识。这是时代局限的原因;在公司法制定的90年代初,会计领域的企业现代财务会计规则也才起步不过10来年^③,法律界不了解财务会计,实属正常。但在公司法已走过近25年旅程的今天,这种现状

① Robert W. Hamilton, Richard A. Booth, Corporation Finance: Cases and Materials, fourth edition, West, 2012, 72.

② Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., Legal Capital, third edition, 1990, Foundation Press, 66.

③ 当中国70年代末开始经济体制改革时,不仅广大实务工作者不知道会计准则为“何方宝物”,就连会计学学术界也有很多人,特别是那些建国后接受高等教育的研究人员,也不了解会计原则或会计准则的实质。葛家澍、刘峰《新中国会计理论研究50年回顾》,载《会计研究》1999年第10期。

已没有持续下去的理由。

法学院开展财务会计知识教学已刻不容缓。且不谈大量从事商事服务的法科生必须掌握以外,就连看似被动的职业,如法官、行政执法人员,提高法律专业能力都离不开财务会计知识。截至2018年5月8日,裁判文书网当年14个涉及会计准则的判决中,多数因工程核算、股东知情权以及被告人格混同等需要司法鉴定,没有使用会计鉴定而又用了会计准则作为判决依据的,就有两个判决出现明显错误。一份涉及员工因公务向企业借支,判决适用《会计准则》判决不恰当,因为《会计准则》并没有规定企业内部借支程序^①,另一份判决中,对被告提出的损失赔偿数额的抗辩,判决中以“二者系计算方法不同,原告主张的损失未违反会计准则的相关规定”一笔带过,没有任何反驳理由^②。行政领域因执法人员欠缺财务会计专业知识导致的问题也存在。以IPO尽职调查为例,根据学者统计,1993至2017年间,证监会共对律师进行了19次行政处罚,这些案件中同案的券商、会计师皆因上市公司财务造假而受罚,尽管学者认为律师被罚原因是未尽勤勉义务^[7],但笔者认为律师因其财务造假“连坐”的嫌疑很大;这与执法人员对律师和会计师、保荐人的职责区分不够清晰有直接关联。

法学院开展财务会计基础知识教学已完全可行。现在,企业会计各层次制度已经发展成熟,会计教学及研究已足够作参考,律师商业实践也能为教学提供相应素材,加之从美国等法学教育发达的国家学习,提供财务会计方面的教学并不难。在法律从业者掌握足够财务会计知识后,如同美国同行那样再从立法、司法和执法等多维度参与财务会计领域的规则塑造,进一步促进商事领域公平正义,也才可行。

3. 法律在财务会计领域的研究大有可为

通过前述公司盈余制度相关资料研究,笔者发现,不仅盈余制度充分体现着美国法律在财务会计领域的权威,而且美国法律界对财务会计制度的研究之深入,已经远超我们想象。早在1990年,Manning针对公司资本问题,就提出了关于法律与会计的几大问题:立法或司法是否应该规定一个会计原则的全集之类?或是相反,立法与司法在所有方面遵从、参考会计行业不断进化的普通法——GAAP?或者只是某些问题上参考适用,如果这样,又是哪些原则?假如GAAP是指南话,特定情况下的会计师是否遵守了这些原则,是否从一系列不同但都是可以接受的原则中做了适当的选择?最后,有疑问的会计原则是否被适当地适用于手上的特定事实?Manning对问题一的回答是否定的,认为“这将完全是不切实际且灾难性

① 该判决认为,原告向企业借支“符合通常的会计准则中借支程序”,这句话有两个不妥;首先,我国《企业会计准则》是财政部发布的部门规章,用“通常”作定语不妥;其次,《会计准则》中并没有规定内部借支程序。参见“新疆兵五泉通商品混凝土有限责任公司与刘文杰民间借贷纠纷”一审民事判决书,新疆生产建设兵团五家渠垦区人民法院民事判决书,(2017)兵0601民初1892号。裁判文书网 <http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=7e2cabdf-9872-42c2-8ade-a86000409754&KeyWord>,访问时间:2018年5月8日。

② 北京赢天创业服务有限公司与北京焜道科技有限公司合同纠纷二审民事判决书,北京市第一中级人民法院民事判决书(2018)京01民终103号。裁判文书网 <http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=fdb2d5ce-9c4b-41b7-b108-a8870010b87e&KeyWord>,访问时间:2018年5月8日。

的”；对问题二，Manning 认为 GAAP 是法律人面对的现实，也确实是有用的总指南^①。其余问题他没有也不可能给出明确答案。但综观美国各法学评论发表的有关财务会的论文，基本沿着他的思路深入研究具体会计制度，例如：长期建设合同的会计问题、收入确认、会计与通胀、存货会计方法的后进先出规则、计提损失方法、资产证券化的会计问题、公司资产销售与回租交易的会计问题、股票期权的会计处理、或有负债的诉讼准备金及披露、著名公司的财务会计、上市公司会计监管委员会以及大量关于公司审计主题等。美国同行对此研究之深入，可见一斑。

虽然国内已有学者提出，“商法学者应当走向公司财务会计理论与制度改革的前台，代表利益相关者同财务会计控制人、会计行业及会计师展开充分博弈，探寻财务会计制度理论与实践的理性方向”^[3]。但在学者普遍未掌握财务会计基础知识的现状面前，实现这一目标的路很长。例如，《商事通则建议稿》“商业账簿”一章就受到民法学者猛烈批评，认为其与 1999 年的《深圳经济特区商事条例》相比没有任何进步，也无一个是民商法性质的条文，甚至进而否定《商事通则》的立法可行性^[8]。中国知网上与法律有关的财务会计方面的研究，全由会计学者及会计学刊物贡献。可以说，在法律、尤其是商法与财务会计这一领域的研究，除范伟红博士论文及刘燕教授《会计法》外，我国法律界基本空白；但是，这也正好说明这方面研究大有可为。

三、盈余制度及其变迁对我国债权人的保护具有借鉴价值

(一) 盈余制度变迁的启示——我国应建立公司偿付能力标准

1. 盈余制度受到质疑与挑战

第一，1979 年示范公司废除了设定资本/盈余的制度框架虽然盈余制度的初衷在于保护公司债权人，但其实效却大打折扣。

首先，虽然旧法规定用于利润分配的资产只能来源于利润盈余，但如公司注册证书(Certification of Incorporation) 规定了资本盈余可用于分配，则资本盈余可以自由分配；另外，设定资本可通过股东投票而减少。只要丧失偿付能力不是分配的直接后果，水平一般的律师也都做出使分配合法的安排^②。因此，学者认为，这些规则并未给债权人提供太多保护^③。1979 年示范公司法还规定，公司董事会可决定用资本盈余弥补利润盈余赤字，这与法定资本制度，尤其是只能用利润盈余分红的规定之宗旨——保护债权人——完全相悖^④。

其次，实践中利润盈余数额界定相当困难^⑤。根据旧法规定，分红资产只能来源于利润盈余。但实践中，以计算利润盈余为目的的“净利润或损失”却很难确定，唯一的指导是 1971 年示范公司法评论中的说法“企业所有利润及损失，无论是来源日常运营还是出资资

① 参见 Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., *Legal Capital*, third edition, 1990, Foundation Press, 65-66.

② Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., *Legal Capital*, third edition, 1990, Foundation Press 94.

③ 参见 Richard A. Booth, *Capital Requirements in United States Corporation Law*. University of Maryland Legal Studies Research Paper 2005-64. <http://ssrn.com/abstract=864685>, 访问时间: 2018 年 3 月 27 日。

④ Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., *Legal Capital*, third edition, 1990, Foundation Press, 81-82.

⑤ 关于设定资本计算之复杂与困难，参见 Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., *Legal Capital*, third edition, 1990, Foundation Press, 70-72.

产的交易 在示范公司法中都被视为利润盈余 其他的则是资本盈余”；这在事实上将利润盈余定义为“所有盈余减去有明确来源的资本盈余 例如实付资本盈余、减资资本盈余、超出面值的资本盈余、因股份与债务互转而产生的资本盈余 以及从利润盈余中划转的资本盈余”^①。可以说立法也没有给出明确的界定标准。故学者批评认为 资本与盈余的区别在实践中引发了大量的混淆和诉讼 最主要的困难在于使用了具有内涵不稳定且未能在技术或法律层面上界定的术语^②。此外 两个会计技术也对利润盈余的确定造成严重困扰 一个是60—70年代广泛使用的企业合并时资产负债表的“利润合并(Pooling of Interests)” 另一个是母公司对子公司或附属企业的“会计的所有者权益方法(The Equity Method of Accounting)”^③。

因此 示范公司法的1979年修正案废除了“设定资本/盈余”的财务制度框架 删除了以前版本第一条中的“盈余”“利润盈余”“资本盈余”及“库存股”“净资产”“设定资本”等概念 代之以新法第45条及“分配”(distribution) 不再区别各种分配形式 统称为“分配”。

第二 特拉华州司法开始质疑盈余制度的作用。

随着法官对公司财务的认识逐渐深入 不少特拉华州判决也开始质疑盈余制度的作用。例如 在Klang v. Smith's Food & Drug Centers, Inc.一案中 法院认为 盈余这个立法构造与公司财务健康状况没有必然联系^④。2010年的SV Inv. Partners, LLC v. ThoughtWorks, Inc.一案判决强烈质疑公司法有关盈余的规定 认为“分配来源于盈余 或者公司从盈余中向股东分配的说法是混乱的……分配从来不可能以盈余支付 盈余也不可能被分配 被分配的而是资产” 并在原告证明被告有足够盈余的情况下判决“公司最大可用于股份赎回的资金不足以回购全部优先股 因此 法院不要求公司回购全部优先股”^⑤。

2. 偿付能力标准更关注公司资产流动性

由于旧的设定资本/盈余模式不能有效防止公司向股东分配资本 所以立法不得不配套了衡平法上的无偿债能力标准 以防止公司在无偿债能力时分配^⑥。此后 盈余的重要性逐渐被偿付能力标准取代 直至被示范公司法完全放弃。与传统的、以资产负债表为基础的设定资本/盈余模式相比 衡平法上的无偿付能力标准更关注正常经营企业的流动性 更关心是企业的利润表(income statement)与现金流表^⑦。示范公司法(1984)6.40(c)规定 如造成以下后果 公司不得分配: (1)公司在正常经营过程中将于债务到期时不能清偿;或者(2)如公

① Barbara Black, Corporate Dividends and Stock Repurchases, December 2017 Update, § 2:3. Requirement of earned surplus, from Westlaw.

② Ray Garrett, Capital and Surplus Under the New Corporation Statutes, 23 Law and Contemporary Problems 239-263 (Spring 1958), Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss2/5>.

③ Larry p. Seriggins, The Model Business Corporation Act Financial Provisions: A Historical Snapshot, Law and Contemporary Problems, 2011, Vol. 74: 121, 122-124. 本文作者于1969至1979年间为美国律师协会公司法委员会(示范公司法立法机构)成员。

④ Klang v. Smith's Food and Drug Centers Inc., 702 A.2d 150, 157 (Del. 1997).

⑤ SV Inv. Partners, LLC v. ThoughtWorks, Inc., 7 A.3d 973, (Del. Ch. 2010).

⑥ American Bar Association, Model Business Corporation Act Annotated: Revised Model Business Act (1984), 1985, Volume 1, Law & Business, Inc/Harcourt Brace Jovanovich, 475-476.

⑦ 参见 Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., Legal Capital, third edition, 1990, Foundation Press, 64.

公司在分配时解散,拥有(剩余财产)分配优先权的股东之优先权优先于接受(利润)分配的股东,公司总资产将少于负债与满足解散优先权所需之数额(除非公司登记文件允许)之总和。依此规定,公司对股东分配必须满足以下两个标准:一是衡平法上无偿付能力标准,据此,公司在分配后必须能在正常经营过程中清偿届期债务;二是资产负债表标准,据此,分配后公司总资产数额必须超过总债务与满足优先股清偿优先权的数字之和^①。也有学者将(2)称为“资产负债表偿付能力标准”^②。

关于衡平法上无偿付能力标准,立法者最初的解释是:对正常经营的企业来说,该标准要求董事会基于公司现金流分析决策,该现金流分析覆盖期间足够长到得出“据合理预测,既有公司债务在其清偿期限届满时将得到足额清偿”的结论;简单计算流动资产减去流动负债,或者确定公司总资产目前预估的清算价值将得到足够资金清偿既有负债,都不够^③。三年后立法者否定了前述经营现金流分析法,认为这种考虑方式只是“可能有用”^④。根据最新立法解释,在决定衡平法上无偿付能力标准是否能到满足时,在缺少相反证据时,关于公司未来经营状况的某些判断或假设依惯例来决定。这些判断或假设包括以下可能性:(a)根据对公司产品或服务的既有及预期需求,现有债务及合理预期将产生的债务于到期时,公司能在一段时间内得到足够资金足额清偿;(b)近期到期的债务将得到再融资,且根据公司财务状况、未来预期以及同等饱和程度的行业整体信用状况,成功得以再融资的假设是合理的。在将既有保障或其他免受损失的保护措施全纳入考虑后,董事会对衡平法上无偿付能力的衡量,应达到公司可能受追偿的已主张或未主张的或有债务(contingent liabilities)这一程度,在或有债务的可能性、数量、向公司主张权利的时间等方面进行了合理判断^⑤。这与修法主导者 Manning 的观点一脉相承,“与传统的、以资产负债表为基础的设定资本/盈余模式相比,衡平法上的无偿付能力标准更关注正常经营企业的流动性,更关心企业的利润表与现金流量表。”^⑥

3. 我国应建立公司分配的流动性要求: 偿付能力标准

(1) 我国公司信用基础从“资本”到“资产”

在法律上,我国企业的偿付能力与两个领域有关,一是保险公司的偿付能力,二是破产法上的偿付能力。关于公司债权人保护,学界普遍使用的“公司信用”一词;所谓公司信用,“毫无疑问应落脚于公司履行义务和清偿债务的能力”^[9],以债权人保护为目的的“偿付能力

① Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law*, Third Edition, Foundation Press, 2015, p. 470.

② James J. Hanks, Jr., *Legal Capital and The Model Business Corporation Act: an Essay for Bayless Manning*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 74: 211, 214.

③ Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, *Revised Model Business Corporation Act (Official Text, with Official Comments and Statutory Cross-references)*, Law & Business, Inc/ Harcourt Brace Jovanovich, 1985, 124.

④ American Bar Association, *Model Business Corporation Act Annotated: Revised Model Business Act(1984)*, 1985, Volume 1, Law & Business, Inc/ Harcourt Brace Jovanovich, 477.

⑤ Corporate Law Committee, *Model Business Corporation Act*, business Law Section, 2017, 6-44, 6-45.

⑥ 参见 Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., *Legal Capital*, third edition, 1990, Foundation Press, 64.

标准”尚未进入正常经营的普通公司这一语境。

我国公司的信用经历了所有制信用到资本信用、再到资产信用的过程^[10]。长期以来,国有企业所依赖的是所有制信用,国有企业有所有制优势;市场经济必须破除所有制信用,建立资本信用;资本信用包含了注册资本的信用、资产信用(本质上是净资产信用)及信用破产(即企业破产)^[10]。但是,公司对外承担责任的范围取决于其拥有的资产,而不是注册资本,即资产才是公司信用的基础^[9]。虽然“资产信用”说受到一些质疑^[11],但资产信用观较资本信用观更贴合商业实践及其需求。2013年公司法取消了最低注册资本、首次出资比例以及现金出资比例等要求,充分体现了“资产信用”理念已全面贯彻到了我国公司立法中。然而,资产信用是否已是公司信用基础理论的终点呢?

(2) 资产信用不足以独立撑起公司偿付能力——“资产”应兼“流动性”标准

如前所述,美国公司立法最初要求公司只能从净资产减去设定资本之后的余额——盈余——中对股东分配,其目的完全在于保护公司债权人;长达半个多世纪的商业与司法实践证明,这种静态的资产信用理念难以独立实现这一目标。在废除盈余制度之前,示范公司法就为利润盈余标准配套了衡平法上无偿付能力标准,以防止公司以分配这合法手段侵害债权人,以至于利润盈余标准的重要性最终被无偿付能力标准所取代。所以,示范公司法全面废除了盈余制度,改由衡平法上无偿付能力和资产负债表双标准以控制公司分配行为;即使在没有废除盈余的特拉华州,21世纪的司法实践也表明:以盈余为代表的资产信用不足以实现其初衷,承认了资产流动性对公司信用的加持,更有利于保护债权人。可以说,我们所经历的资本信用到资产信用的认识变迁,美国公司法不仅经历过,而且走到了更高级的阶段:以代表资产流动性的衡平法上无偿付能力标准为主,以代表静态资产数额的资产负债表标准为辅。1980年后示范公司法走得更远:只要满足偿付能力标准,公司总资产超过负债与满足解散优先权股所需数额总和的余额,都可以分配。这意味着,如果不存在解散优先权股,公司可以将总资产超过总负债数额的全部余额分配给股东,换句话说,普通股股东缴纳的股本也可以分配。目前,于公司衡平法上无偿付能力的判断,在美国得以最广泛接受和使用的估值方法是现金流折扣法(discounted cash flow, DCF),不仅特拉华州法院反复强调已承认该估值方法,甚至美国司法领域几乎找不到不依赖现金流折扣法作为基本估值手段的判决^①。

虽然示范公司法中普通股股本也可分配的规定值得商榷,但美国从立法上静态盈余标准的废弃到动态偿付能力标准的确立,到司法中现金流折扣法的普遍适用,很值得我们进一步思考公司信用相关理论。我国商业实践中,人们也普遍承认资产流动性是一项极为重要的财务指标,故除资产负债率这一指标外,更加重视流动比率和速动比率等衡量企业资产流动性的财务分析方法^②,以全面判断企业财务健康状况。笔者认为,虽然公司资产信用观较

① Robert W. Hamilton, Richard A. Booth, Corporation Finance: Cases and Materials, fourth edition, West, 2012, 72.

② 流动比率是流动资产对流动负债的比率,用来衡量企业流动资产在短期债务到期以前,可以变为现金用于偿还负债的能力。速动比率是指企业速动资产与流动负债的比率,速动资产是企业的流动资产减去存货和预付费用后的余额,主要包括现金、短期投资、应收票据、应收账款等可以变现速度较快的资产。

之资本信用更符合商业实践的现实,但仅仅只有资产信用,仍不足以充分保护公司债权人,“公司信用取决于净资产”^[12]的说法有失片面,立法上确立公司动态偿付能力标准,司法中培养对公司盈利能力与现金流量的关注,发展出适用于我国的现金流估值方法,对债权人保护有着静态资产信用观不可替代的作用。

(二) 我国应加强公司违法分配的债权人保护——董事与股东责任

1. 美国公司法普遍规定违法分配的法律责任

(1) 董事因过错违法分配对公司负有赔偿责任

商业判断原则的目的不是要求董事会作出任何一项经营决策行为都可以使公司获利,而是要求董事会在作出经营判断时,是善意的、依据了解的事实为公司的利益作出决策^[13]。根据示范公司法及特拉华州公司规定,公司违法分配的,董事因过错而对公司负有赔偿责任,在公司解散或无偿付能力时对债权人负有赔偿责任。示范公司法 8.33 条“非法分配的董事责任”规定,如果原告能证明董事行为时未遵守 8.30 条规定的“善意,且合理相信是为公司最佳利益的方式”,投赞成票或同意超出合法范围分配的董事,对公司在超出合法分配的数额范围内负有个人责任。特拉华州公司法第 174 条规定,“公司故意或过失违反有关股份回购及分红的法律规定的”,当时在职的董事应对公司及在公司解散或无偿付能力时的债权人,在超出合法分配的数额范围内承担连带责任。实践中法院认为,如董事会宣布分红是基于善意,也不存在过失,他们就不应该仅仅因为分红最后损害了资本而承担责任;但当他们实际经营公司,知道或者应当知道公司并没有赚得利润用于分红时,则难辞其咎^①。

实践中过错的判断与董事勤勉义务有关。在多个案例中,美国法院认为,在经营中未能施加恰当注意的董事会成员,或者在宣布及支付分红时非法行使表决权及自由裁量权的董事,将被判决因非法以资本支付红利负有责任^②。虽然示范公司法 6.40(d) 规定,董事会可以信赖依合理会计准则制定的财务报告,但如检查此类报告,董事能轻易判断出数字有水分或者不恰当的话,依赖此类报告并不安全^③。例如,1919 年判决但仍有效的 *Fell v. Pitts* 一案认为,在公司资本长期被损害、合理调查就可以揭穿净利润不存在的情况下,尽管董事依据公司总经理做出的、有净利润支撑分红的声明,但在公司丧失偿付能力时,该董事对用资本宣布与支付分红仍负有责任;而且,该董事在其担任董事长达 6 年的期间内,并未真正关注公司经营,只出席过非法宣布利润的那次董事会,这说明:在该次会议上,董事们既没有根据公司章程的要求调查公司经营状况,也没有得到有关公司财务状况的报告,就批准了以支付流动支出(包括分红)为目的借款^④。

① Right or duty of corporation to pay dividends; and liability for wrongful payment, 55 A. L. R. 8 (Originally published in 1928), The ALR databases are made current by the weekly addition of relevant new cases.

② Right or duty of corporation to pay dividends; and liability for wrongful payment, 55 A. L. R. 8 (Originally published in 1928), The ALR databases are made current by the weekly addition of relevant new cases.

③ Right or duty of corporation to pay dividends; and liability for wrongful payment, 55 A. L. R. 8 (Originally published in 1928), The ALR databases are made current by the weekly addition of relevant new cases.

④ *Fell v. Pitts*, 263 Pa. 314, 106 A. 574, Pen. Supp. 1919.

(2) 特拉华州董事在公司无偿付能力时对债权人的责任

根据特拉华州公司法第 174 条规定,在非法分红支付后的 6 年内,当时在职的董事,应该对公司以及在公司解散或无偿付能力的情况下对债权人承担责任。虽然学者认为,站在债权人利益的角度,法律只在公司无偿付能力条件下赋予了债权人相关权利,实际效果上债权人只能得到欺诈性资产转移法下的救济^①。但这比示范公司法稍好,因为根据后者 8.33 条规定,非法分配的诉由属于公司,股东可提起派生诉讼。债权人一般没有权利提起派生诉讼,故仅在很罕见的情况下他们可能根据 8.33 条起诉,故美国示范公司法的分配规则对债权人并没有提供什么保护措施;如果债权人希望从股东处追回非法分配的数额,其救济方式在欺诈性转移财产法中,而不是示范公司法^②。

(3) 明知非法分配的股东负有返还义务

示范公司法与特拉华州公司法未明确规定接受分配的股东是否对公司负有返还责任,只是规定被法院判决对公司负有赔偿责任的董事,可以从明知非法仍接受分配的股东处追索其所接受的非法分配部分^③。不过,美国法院早就承认:如果宣布并支付给股东的分红并非来源于利润,而是公司资本,当公司丧失偿付能力时,其他人有权通过诉讼要求股东返还其所接受的分红;基于“无偿付能力的公司之资产是为了债权人利益的信托基金”这一原理,原告要求接受非法分红的股东返还分红款的权利普遍得到法庭支持,即使分红资产被非法转移,只要还没有落入善意购买人手中,也可追索,甚至无论非法宣布及支付利润时公司是否无偿付能力^④。可见,对超出合法范围的分配,股东负有返还义务,只是立法者认为公司董事是第一责任人,只规定由其向有过错的股东要求赔偿(示范公司法)或代位求偿(特拉华州公司法)。

2. 我国应加强公司分配时的债权人保护

(1) 增加董事在资产分配中的勤勉义务

关于这一点,示范公司法的规定尤其具借鉴意义。从该法的条文结构上看,规定违法分配董事责任的 8.33 条位于第 8 章“董事与高级管理人员”第三节“董事”^⑤;第 1 条 8.30 为“董事行为的标准”;8.30(a) 规定,“董事会成员履行董事义务时,应依以下标准行为:1) 善意,及 2) 以该董事合理相信是为了公司最佳利益的方式;8.30(b) 规定,董事会或其专业委员会成员履行其义务时,应给予类似情境下、处于类似位置的人合理相信是恰当的注意。按立法者的解释,8.30(a) 规定的是董事个人的行为标准,8.30(b) 既规范的既是董事个人,更是董事会所有成员集体行为的勤勉义务。8.33 条规定了如果某董事未遵照 8.30 条规定相关行

① Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law and Economics*, Foundation Press, 2002, 776.

② 参见 Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law*, Third Edition, Foundation Press, 2015, 471.

③ 示范公司法 8.33(b)(2) 特拉华州公司法 174(c)。

④ Right or duty of corporation to pay dividends; and liability for wrongful payment, 55 A. L. R. 8 (Originally published in 1928), The ALR databases are made current by the weekly addition of relevant new cases.

⑤ 该条共 3 个条文:8.30 8.31 8.33;8.32 已废除。

为标准,投赞成票或同意非法分配,该董事对非法分配部分负有个人责任^①。这种逻辑安排,说明该法将董事在公司分配中的行为标准视为董事行为的特别情形,除应遵守8.30条规定的“善意,为公司最佳利益,并施以合理注意”以外,还应该遵守衡平法上无偿付能力标准和资产负债表标准,违反此义务也同时违反了董事勤勉义务,应对公司承担赔偿责任。

我国《公司法》第147条只是笼统规定了董事对公司负有勤勉义务,并没有具体规定董事负有哪些具体情况下的勤勉义务,既没有勤勉义务的标准,更没有规定公司资产分配这种特别情形下的董事义务,相当简陋。笔者认为,在公司法中增加公司对股东分配的明文标准,以此明确董事在分配公司资产时的特别义务,对保护债权人及公司自身利益非常有必要。

(2) 明确规定董事违法分配的法律后果

在公司分配标准分歧如此之大的示范公司法与特拉华公司法,在这一点上可谓出奇一致:都明文规定了董事违法分配的法律后果。示范公司法在8.30条规定董事勤勉义务后,8.31条接着规定董事各种违反勤勉义务行为的法律后果,但仍在8.33条规定了董事违法分配的法律后果。8.30条除规定公司分配的两个检验标准外,还规定了董事被判决对公司负法律后果后的对其他董事的追索权与对股东的代位求偿权,起诉董事以及董事追索及代位求偿的诉讼时效等。这说明,该法同样将违法分配的董事责任视为董事违反勤勉义务的一种特殊情形,其法律后果仅依一般性董事责任规范还不够,需要特别条文予以明确。在特拉华州,由于传统上认为董事的勤勉义务属于普通法上的义务^②,故其公司法虽然在第1章第4节规定了董事会及董事诸多方面内容,但立法却没有规定董事勤勉义务及其违反的法律后果,董事勤勉义务的相关规则由判例法构成^③。但即便如此,该法也在董事一节174条明确规定了董事违法分配的法律后果。

对此,我国公司法仅有第149条“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任”的概括性规定,比较粗糙。虽然学者多年前就提出“不当分配时,公司可以要求董事、经理、监事在不当分配金额范围内,对公司负赔偿责任;公司的债权人也可以发动这一诉讼”的观点^[14],但尚未得到立法采纳。笔者认为,虽然我国的公司利润分配最终由股东会决议,但利润分配方案是董事会提出的,由其对债权人承担非法分配的特别法定责任^[15],更有利于债权人利益保护。监事虽然有权检查公司财务,但其无权阻止董事会或股东会通过分配利润的决议,正常情况下不应承担责任;经理亦然。

(3) 明确规定违法分配时股东的法律后果

如前所述,虽然美国立法未明确规定非法分配时的股东责任,但基于公司资产的信托原理,司法实践普遍确立了股东的同等数额返还义务。又因我国《公司法》财务会计一章受“行

① 参见 American Bar Association, Model business corporation act annotated: official text with official comment—sand statutory cross-references, 2016, 8-61.

② Henry Ridgely Horsey, The Duty of Care Component of The Delaware Business Judgment Rule, 19 Del. J. Corp. L. 971, 973.

③ Graham v. Allis-Chambers Mfg. Co., 188 A.2d 125, 130 (Del. Ch. 1963).

政主导立法”的局限,忽视了财务会计行为的内外部私法关系,自然没有考虑到违法分配的法律处理,因而这一领域规则缺失。基于民法上的不当得利原理,虽然在公司没有利润仍然分配的情形下,可要求股东返还超出合法范围的“分红”,但这一推理能否直接适用,不无疑问。有学者提出,“在不当分配的情况下,除非为了清偿公司债权人的需要,股东所取得的分配,不予返还;明知或者应当知道分配不当,而接受分配的股东,应当返还所取得的分配金额”^[14],这与前述不当得利的原理就有冲突。另外,对违法分配负有责任的董事对公司赔偿后,能否向其他股东追索或代位求偿,也是需要立法明确的问题。笔者认为,鉴于实践中可谓猖獗的债权人欺诈行为,对于非上市公司,应学习美国司法中的做法,明文规定所有股东都负有返还义务,以防止股东借口不知损害债权人;对于上市公司,一方面由于非控制股东以外的公众股东确实无法得知公司分配合法与否,也不大可能影响到公司分配政策,可不予返还,但控制股东所获之非法分配不仅应返还,还应与董事同责,对公司非法分配行为对债权人造成的损害承担赔偿责任。

结语

通过美国公司盈余制度及变迁史的梳理,笔者发现,前述我国立法及理论界一些难以满足实践需求的内容或观点,都与法律人普遍缺乏一定财务素养有直接关联。不过,近几年财务会计与商法的关系越来越受到理论界重视,公司法在这方面得到完善完全可期。

参考文献:

- [1] 元照英美法词典[M]. 法律出版社 2003. 1317.
- [2] 王军 戴萍. 美国公司法的演变[A]. 国际商法论丛·第8卷[C]. 法律出版社 2006.
- [3] 范伟红. 商法思维下的公司财务会计制度重构[D]. 西南财经大学博士论文 2012. 1.
- [4] 郭道扬. 论会计职能[J]. 中南财经政法大学学报, 1997 (3); 黄志忠. 从会计本质看会计目标与会计职能[J]. 会计研究, 1997 (6).
- [5] 葛家澍, 刘峰. 新中国会计理论研究 50 年回顾[J]. 会计研究, 1999 (10).
- [6] 李贻玲. 基础会计学[M]. 电子工业出版社 2017. 17.
- [7] 程金华 叶乔. 中国证券律师行政处罚研究——以“勤勉尽责”为核心[J]. 证券法苑 2017 (23): 19-48.
- [8] 王明锁. 论商事账簿及其法律关系的性质——兼论《商事通则》的不可行[J]. 法学杂志 2011 (3).
- [9] 赵旭东. 从资本信用到资产信用[J]. 法学研究 2003 (5).
- [10] 江平. 现代企业的核心是资本企业[J]. 中国法学, 1997 (6); 赵旭东. 从资本信用到资产信用[J]. 法学研究 2003 (5).
- [11] 陈甦. 资本信用与资产信用的学说分析及规范分野[J]. 环球法律评论 2015 (1); 孙乃玮. 公司信用基础的再探讨[J]. 河北法学 2009 (7).
- [12] 刘广. 从资本信用到资产信用的演进探析——基于新《公司法》资本制度改革[J]. 北京化工大学学报·社会科学版 2015 (1).
- [13] 卢静. 论商业判断规则在公司分红诉讼中的适用[J]. 河北法学 2018 (1).
- [14] 邱海洋. 公司利润分配法律制度研究[M]. 法律出版社 2004. 315.
- [15] 佐藤孝弘. 董事对第三人责任——从比较法和社会整体利益角度分析[J]. 河北法学 2013 (3).

(全文共 18 674 字)