

公司资本的核心概念疏证^{*}

李建伟

摘 要: 资本三原则在两大法系公司立法上存在形式化的差异, 实则只是规制程度上的不同。法定资本制的含义不仅仅指向资本的形成阶段, 而应该适用于资本形成、维持与不变的所有环节。将法定资本制仅仅定位于资本形成环节不仅会造成概念体系的混乱, 而且会产生一些制度设计的误导与弊端。资本三原则也并不具有决定资本制度的作用, 在资本三原则与资本制度的联系中, 历史的因素远远大于逻辑的推演, 资本制度的设计及形成更多由核心利益衡量所决定。我国现行公司注册资本制度的改革, 尤其是废除最低资本制之举, 并未改变法定资本制的制度体系, 最低资本制度在法定资本制下一开始就是一个独立选项。对公司资本诸核心概念的追根溯源, 将有助于理解现行公司资本法律制度的真相及其改革趋向。

关键词: 资本形成制度 资本三原则 法定资本制 最低资本制 认缴制

中图分类号: DF411.91 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-8330 (2016) 01-0064-09

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2016.01.007

多年来, 理论界围绕公司资本创建了一个庞大的概念群, 形成了一个层次感很强然而又不无杂乱的概念体系, 其间所包含的诸多核心概念甚至还需要在同一概念体系下进行进一步的梳理与订正。在宏观层面, “公司资本制度”这一概念被运用极广, 然而也不尽一致。狭义的公司资本制度, 是指公司资本的形成、维持、退出等方面的制度安排; 广义的公司资本制度, 是指围绕股东的股权投资而形成的关于公司资本运作的一系列概念网、规则群和制度链的体系。^①在此意义上, 可以说公司资本制度涵盖公司资本的所有规定, 在宏观上其应涉及资本制度立法的基础理论, 在微观上涉及资本制度的各项具体规则,^②如法定资本制、资本三原则等概念, 皆在其中。如果再进一步地结构化与层次化, 公司资本制度可以分为资本形成制度、资本运行制度和资本退出制度。关于资本形成制度, 在制度设计模式上又有法定资本制、授权资本制和折中资本制之分, 三者的区分标准与要素, 大致包含最低资本制、资本缴纳制等。在此概念体系下的诸多概念之间, 还存在很多有待厘清的交叉问题。比如, 资本三原则是否为法定资本制独有; 资本三原则是否决定资本形成制度; 法定资本制是否属于公司资本的形成制度; 最低资本制和授权制能否界分法定资本制与授权资本制。以上这些疑惑, 原本似乎不成为问题, 但在公司法学者的论述中却频繁出现概念性错误以及关

^{*} 本文系司法部法治理论项目“我国公司出资制度研究”(项目编号 08SFB2032) 的阶段性成果。在该论题的写作过程中, 中国政法大学硕士生苗壮同学做出重要贡献, 特此感谢!

【作者简介】 李建伟, 中国政法大学民商经济法学院教授, 博士生导师。

① 顾功耘主编 《公司法》, 北京大学出版社 2008 年版, 第 65 页。

② 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》, 载 《河南财经政法大学学报》2014 年第 5 期, 第 22 页。

联概念的歧义化现象。因而,公司资本的核心概念还需要进一步疏证。

一、资本三原则:两大法系通用的内在法律规则

关于资本三原则的使用,可以肯定的是公司立法并没有成文化的表述,是大陆法系的学者对于公司资本立法的相关规则归纳而成的概念,也即将资本确定、资本维持和资本不变提升为公司法管控公司设立和运行的“基本法律准则”或“立法原则”。^③至于资本三原则的缘起,一般认为是为了平衡考虑,法律要求公司维持一定资产以为债权人最终担保。^④既然资本三原则的功能旨在保护债权人的利益,那么英美法系出于同样的利益保护出发,也理应会发展出类似制度,比如资本确定规则,其在法律中的实际要求与大陆法系的资本确定原则差别甚微,显然,如果公司在设立时资本不加确定,那么股东的表决权制度也无法运行,股东要求公司分配利润的请求也缺乏合理依据。早在1882年,英国Jessel M. R.法官即作出一项判决:当债权人施信于公司之际,是善意地基于这样一种信赖,公司资本只能用于公司商业目的,债权人有权要求公司应维持其资本且不得返还给股东。^⑤这一判决被认为是英美公司法的资本维持原则之首创,其中确立的公司资本只能用于公司法经营目的和除非经法院确认则不能返还给股东的规则,便成为了普通法上资本维持原则的两项重要内容。^⑥到了1887年,资本维持原则的含义有了进一步发展,大法官Watson在Trevor诉Whitworth一案的判决中确立了公司不得持有自己股份规则:公司若成为自己的股东,这将与公司法的本质特征相背离;公司绝不能登记成为自己的股东就像个人不能对自己负债一样。^⑦为遵守资本维持原则,英国公司法对股份的回购一般采取禁止的态度,但是亦有例外,即当公司减少注册资本时公司可以回购自己的股份,虽然回购的股份因为注册资本的减少而必然被注销,就算如此,依据1985年英国公司法坚持的资本维持原则,英国公司法还规定了严格的减资条件,即法院具有决定公司能否减资的权利,而其首要关注的便是既存债权人的利益是否受到切实保护以及公司减资程序在形式上是否正确。^⑧因此,从资本的经营投入、禁止返还股东、禁止股份回购和严格限制减资等一系列措施看,英国公司法贯彻资本维持原则不可谓不彻底。虽未抽象出像大陆法上的系统“资本三原则”,但对公司资本维持给予充分肯定,在司法实践中形成了关于维护资本维持原则的判例规范,在某种意义上,资本维持恰是英美公司资本制度的根本原则。^⑨

二、资本形成制度与资本原则之关系探究:以法定资本制为视角

(一) 法定资本制的定位

1. 法定资本制概念的域内外比较

学界一般认为,法定资本制是一种被大陆法系普遍采用的公司资本制度,是“法、德为首的大陆法系国家率先采用的法定资本制”。^⑩关于法定资本制的通常定义是,“所谓法定资本制又称确定资本制,是指公司在成立时必须在章程中对公司的资本总额作出明确规定,并要求股东全部认足,否则公司不能成立”。^⑪“确定资本制又被称为法定资本制,要求公司具有确定的资本总额,而

③ 范健、蒋大兴《公司法论》(上),南京大学出版社1997年版,第335页。

④ 方嘉麟《论资本三原则理论体系之内在矛盾》,载《政大法学评论》第59期。

⑤ 傅穹《重思公司资本制原理》,法律出版社2004年版,第164—165页。

⑥ 葛伟军《英国公司法原理与判例》,中国法制出版社2007年版,第97页。

⑦ [英]珍妮特·丹恩《公司法》(影印本),法律出版社2003年版,第130页。

⑧ Stephen W. Mayson, Derek French & Christopher Ryan (1997), Mayson, French & Ryan on Company Law (14th ed.), Blackstone Press Limited, p. 279.

⑨ 李建伟《公司法学》,中国人民大学出版社2014年版,第153页。

⑩ 冯果《公司法要论》,武汉大学出版社2003年版,第93页。

⑪ 前引⑩,第20页。

且要求公司资本在公司成立前必须全部认缴或实缴”。^⑫“法定资本制，又称确定资本制或实缴资本制，是指公司在设立时，必须在公司章程中明确记载公司资本总额，由股东全部认足并实缴的一种公司资本制度”。^⑬不难发现，法定资本制的概念使用有三个印记：一是在不同层次上使用；二是将法定资本制定位于资本形成制度的地域；三是将法定资本制等同于资本确定原则。具体而言，从法定资本制与资本三原则的对应关系看，法定资本制仅聚焦于资本确定原则，与资本维持、资本不变原则无涉，所谓“大陆法系国家一般采用法定资本制，法定资本制源于公司资本三原则中的资本确定原则而得出……因此，资本确定原则有些学者称之为法定资本制”。^⑭这些印记似乎与域外的概念使用并不相合。比如，美国学者理解的法定资本制是：美国各州公司法将规制公司发行普通股的对价和种类以及在什么情况下可以分红，不管以什么名义进行的利润分配或股份回购的一系列规则，统称为法定资本制。^⑮换言之，凡公司设立之际，有法定声明资本要求与限制，且在公司分配或收购之际，以声明资本为底线标尺要求的公司资本制度模式均为法定资本制。^⑯韩国公司法所定义的法定资本制与美国不无相通之处，是指除了发生特定事由，如减资和公司解散等情况，禁止向股东返还股份和准备金的原则。^⑰再回到法定资本制的发源地，欧盟公司法指令定义下的法定资本制包括资本确定要求、资本维持、资本形成等各个环节。^⑱立法上摒弃了法定资本制的日本和我国台湾地区，^⑲法定资本制的内容聚焦在资本维持阶段，而非仅局限于资本形成领域。总之，域外公司法所定义的法定资本制似乎倾向于从更宽泛的角度去界定法定资本制，或者说法定资本制不是封闭的系统，而是在不断地变化与扩展。

2. 法定资本制定位于资本形成环节的危害

两大法系的公司资本制度都包括资本形成、维持、退出等诸环节，资本形成环节是前提，资本维持环节是核心，资本退出环节是保障。相比之下，我国所定义的法定资本制较狭窄，常见表述是“法定资本制即确定资本制”，仅限于资本形成阶段。在中国化的法定资本定义下，似乎只要在资本形成阶段有确定的资本，就满足了法定资本制的全部要件。这可能是片面的，事实上法定资本不仅在资本形成阶段具有意义，而且其在资本维持、资本退出环节也在发挥作用。据此，我们可以初步描绘公司资本制度的“原始图样”——将法定资本制局限于资本形成环节，再通过资本三原则等制度配套实施，达到覆盖资本维持和资本退出环节的目的。随着我国资本市场的发展，降低市场准入条件、放松资本形成环节规制的要求愈加紧迫，这使得资本维持和退出环节的压力越来越大，这在2013年公司资本制度改革提倡的“宽进严管”政策上体现得非常明显，即在对资本形成阶段放松要求的同时，也对资本的维持和退出环节提出了严加监管的要求。但在传统的公司资本制度设计上，囿于主要依托规制资本形成环节以保障债权人利益的传统思路，对资本维持环节的规制

^⑫ 黄辉 《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》，清华大学出版社2011年版，第74页。

^⑬ 范健、王建文 《公司法》，法律出版社2014年版，第272页。

^⑭ 赵万一、刘东平 《关于完善我国公司资本制度的法经济学分析》，载《淮阴师范学院学报》2014年第6期，第739—745页。

^⑮ 前引⑤，第63页。

^⑯ 傅穹 《三大公司资本制度模式比较论纲》，载《中国商法年刊》2004年第00期，第172页。

^⑰ 马丽丽 《法定资本制在国际语境下的重新定义》，载《山东工商学院学报》2013年第2期，第121页。

^⑱ 参见李辛 《欧盟公司法资本制度的改革及对我国的启示》，载《河北法学》2007年第9期，第146—151页。

^⑲ 1950年《日本商法》修改，第166条第4款规定，公司设立时发起人不必一次性认足所有预售股份，只是“在公司设立时发行股份的总数，不得少于公司发行股份总数的1/4”，将传统的“法定资本制”改为“折中授权资本制”。（参见刘永光 《日本公司资本制度改革的立法实践及其对我国的启示》，载《法商研究》2004年第1期，第30页。）我国台湾地区于1966年“公司法”修正时即已扬弃资本确定原则，改以折中式授权资本为取代，以赋予公司弹性之筹资空间。2005年6月“公司法”修正时，将第156条第2项及第278条第2项中要求公司设立时资本采取次次发行者及公司设立后增加授权资本时应至少发行原订或新增授权资本四分之一的规定废除，至此，我国台湾地区进入完全授权资本制时代。（参见曾宛如 《公司法最低资本额之变革——论有限公司与股份公司最低实收资本额规定之废除》，载《月旦法学杂志》2009年第171期，第132页。）

并不看重,现今,我国法律不断强化资本维持和资本退出环节的规制措施,这使得既有的公司资本概念体系愈加暴露出严重问题。

(二) 资本三原则与资本形成制度的关系

关于资本三原则和资本形成制度的关系,传统的表述是:资本形成制度和资本原则为两个概念,不同的资本形成制度可以适用相同的资本原则,同一资本原则之下则不可能存在两种不同的资本形成制度。资本形成制度侧重资本的形成方式,关注的是资本一次形成还是分次形成;资本原则贯穿资本制度的全过程,包括资本的形成、维持和退出,对公司资本的运作起到核心的调整作用。与法定资本制的定义所出现的偏差相关,公司法教科书常将法定资本制与资本确定原则等同,如所谓“法定资本制源于公司的资本三原则中资本确定原则而得名”^{②①}“以资本三原则为基础的公司资本制度设计不符合交易自由原则”、“这使得人们不得不对法定资本框架下的资本三原则进行严肃的反思”。^{②②}所有类似的表述,显然存在逻辑上的矛盾。为此,我们需要理顺资本三原则与资本形成制度的关系,可行的思路盖有四种:

思路之一:原则决定论。持这一观点的学者认为,法律追求的一般价值取向决定法律原则,法律原则主导具体法律制度。公司资本制度作为一种法律性质的制度安排,它的设计、选择和创新,都是围绕着制度安排的公平、安全、效率等价值目标而展开的。^{②③}具言之,如一国公司在立法上主要强调维护交易安全和保护公司债权人的利益,基于此种价值取向而确立了资本三原则,在此价值取向和基本原则的指导下便确定了法定资本制。反过来,法定资本制的内容集中体现为资本确定、资本维持和资本不变三原则,在法定资本制下,资本三原则得到了严格的贯彻。^{②④}这种贯彻表现为:在法定资本制中资本确定原则要求公司在成立时须在章程中对公司资本总额作出明确规定,并由股东全部认足,否则公司不能成立;资本维持原则要求公司在存续过程中应经常保持与其资本额相当的财产;资本不变原则是指公司资本额一经确认,非依法定程序,不得随意增减。^{②⑤}由此观之,法定资本制完全是通过资本三原则来体现和运作的。总之,在不同的公司资本制度价值目标和基本原则的指导下,各国将对应地选择不同的公司资本制度模式。

思路之二:利益衡量论。资本制度聚焦于公司运行的全过程,抑或仅局限在公司形成阶段?对这一问题的回答,决定了资本三原则与公司资本形成制度的关系。有学者总结道,就授权资本制内涵来说,因授权公司董事会进行商业判断以运行公司资本之故,授权资本制不局限于资本形成一隅,而是着眼于公司运行的全过程。相较之下,大陆法系认为法定资本制定位于资本的形成阶段,而英美法系强调法定资本制应用于资本运作的全过程。^{②⑥}此亦为两大法系对公司资本制度范围界定的差异。究公司资本之形成,一方面如将资本制度定位于资本形成阶段,相应的表述是:公司资本是通过股份或资本的发行或募集而形成的,它可以在公司设立时一次形成,也可以在公司成立后分次形成,各国公司法对资本形成方式的不同设计、选择使用不同的法律原则,由此产生了三种相对稳定的资本形成制度。^{②⑦}如坚持资本形成制度应定位于资本运行的全过程,则须综合考量各种资本制度,它们在保护公司股东、公司、公司债权人利益三个方面何者最优,则应确立何种资本形成制度。^{②⑧}所以无论对资本制度作何定位,资本制度要么是对资本形成方式不同设计的结果,要么是综合考量保护股东、公司和债权人利益最优选择的结果,资本三原则并不对资本制度起决定作用。

②① 刘东平 《商法视界中的公司资本制度》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第6期,第36页。

②② 施天涛 《公司法论》,法律出版社2006年版,第164—165页。

②③ 雷兴虎 《认可资本制:中国公司资本制度的最佳选择》,载《甘肃政法学院学报》2004年第1期,第1页。

②④ 参见李和平 《公司资本制度的立法价值取向、基本原则和模式分析》,载《贵州社会科学》2005年第3期。

②⑤ 周学峰 《出资、验资与公司资本制度》,载《山东审判》2002年第2期,第19页。

②⑥ 前引②⑤,第172页。

②⑦ 赵旭东主编 《商法学》,高等教育出版社2011年版,第142页。

②⑧ 前引②⑤,第172页。

思路之三：政策选择论。此观点与利益衡量论相仿，认为资本形成制度的宽严是一项法政策的选择，不存在法理上的绝对优劣。应该说，作为公司法的支柱性制度之一的公司资本制度，主要是一项政策性选择的结果，而不是一个逻辑推理的结果，如我国2013年《公司法》修正案放弃最低资本制以及采认缴制，更多的是政府借此释放的一种政策信号，表彰简政放权、弱化行政管理机制以及强化契约制约、最大限度激发民间投资热情的施政理念。^{②⑧}

思路之四：责任标准论。学者认为，股东按照什么标准来承担责任，各国立法是不同的，股东按照“承诺的”出资额还是按照“实际的”的出资额承担有限责任，产生了两种不同的法律制度。这也是公司资本制度的不同种类，分别称为“法定资本制”和“授权资本制”。从表面上看，授权资本制和法定资本制不过是一个是否一次性出资的问题，但对整个公司资本影响都很大。前者把对股东的出资请求权交给了董事会；而后者则是一种国家审查的方式。这种差异会导致公司融资方式、融资能力、公司门槛、资本分配方式、出资方式等有相当大的不同。^{②⑨}

“在现实生活中，由于人必须且总是向前生活，因此，历史究竟如何发展，究竟会形成什么样的制度，又会如何形成，所有这些问题，对于身在此山中的愿意思考并具有一点反思能力的当代人来说，大约总有某种无能为力甚至是荒谬之感”。^{③⑩} 尽管如此，关于研究制度的形成依然有迹可循，笔者认为，原则决定论易于理解，符合一般认知逻辑，即价值决定原则和制度，但是论及原则决定资本制度的形成时，不免陷入困境——两大法系同时坚持资本维持原则，也同时基于保护债权人利益考量，但却形成两种不同的资本制度。这对原则决定论形成了重大的挑战。政策选择论作为一种解释论也存在不足，一方面，其在解释诸如政府主导型立法方面具有天然优势，但此时法政策其实就是行政政策，因此，政策选择论似有过分强调行政权干涉立法的嫌疑；另一方面，政策选择基于理性建构理论，然而理性建构的合理性实值怀疑，特别是在强调自由市场的环境之下。哈耶克指出，“大凡认为一切有效率的制度都产生于深思熟虑设计的人，大凡认为任何不是有意识设计的东西都是无助于人的目的的人，几乎必定是自由之敌”。这种设计是一种理性的“致命的自负”。^{③⑪} 关于责任标准论，根据公司法理论，承诺的出资额（即认缴制）和实际的出资额（即实缴制）并不是区分资本形成制度的标准，各个资本制度之下都可以存在认缴制或实缴制，这只是出资缴纳方式的差异，它不能解释资本原则与资本形成制度之间的关系。

对于决定资本形成制度的因素，笔者倾向于有保留地认可利益衡量论的解释。本质上讲，原则决定论中的价值定位、政策选择论中宣誓的价值都是以利益衡量为基础的。法律是社会各种利益冲突的表现，是人们对各种冲突的利益进行评价后制定出来的，实际上是利益的安排和平衡。^{③⑫} 但利益衡量需要注意区分核心利益和非核心利益。核心利益是该法律制度所固定的能体现该制度本质属性的制度利益。核心利益处于主导地位，非核心利益从属于核心利益。一般而言，核心利益较为明确，容易判断；而非核心利益有时可能较为模糊，给利益衡量带来困难。当非核心利益与核心利益相冲突时，应当保护核心利益，围绕核心利益对非核心利益进行分析衡量、作出取舍。^{③⑬} 所以在衡量利益以安排具体资本制度的前提是寻找到核心利益。在公司、股东以及债权人之间，传统资本制度的出发点是维护债权人的利益，上文利益衡量论提出综合衡量各种利益，以达最优，但这种最优无异于美好的愿景，往往很难实现。笔者认为，公司的使命在于营利，并以此推动社会经济的发

^{②⑧} 前引⑨，第157页。

^{②⑨} 张维迎《理解公司：产权、激励与治理》，上海人民出版社2014年版，第194—196页。

^{③⑩} 苏力《制度是如何形成的》，北京大学出版社2007年版，第56页。

^{③⑪} 韦森《重读哈耶克》，中信出版社2014年版，第22页。

^{③⑫} 梁上上《利益衡量的界碑》，载《政法论坛》2006年第5期，第67页。

^{③⑬} 梁上上《制度利益衡量的逻辑》，载《中国法学》2012年第4期，第74页。

展,在自由市场经济之下,公司的投资者与创新观点拥有者形成天然矛盾(实为债权人与公司高管间的矛盾),并造成一种双边信任危机,比如,要开发一个创新的点子,创新者必须相信投资者不会剽窃他的点子,而投资者又必须相信创新者不会剽窃其资本。^{③4}这种危机即事关公司的核心利益,解决这种危机需要靠法律,也就是要借助资本制度的规制。所以,对于利益衡量论所指出的综合衡量的观点,可能事与愿违,综合未必能抓住核心利益的关键。在此,还需回到问题的开始,即公司资本制度核心概念为何存在大量混杂使用的状况。传统大陆公司法倾向于将资本制度定位于资本的形成阶段,故要借资本三原则以弥补法定资本制之缺陷,英美公司法的资本制度定位于全局,无须三原则的介入就可完整解决资本运行问题。但是我国公司资本制度的立法并非基于自身的实践经验,在引入渊源不同的外来立法制度的同时,未必完成了对资本三原则与资本形成制度之间关系的清晰认识,在承继大陆公司法传统的同时又夹杂着若干英美法的概念与规则,此间极易产生对资本制度基本概念的错解误用,也就不足为奇了。

三、最低资本制能否作为资本形成制度区分标准

(一) 最低资本制是否为区分不同资本形成制度的标准

2013年末我国公司法四修,聚焦于公司资本与登记制度,废除了最低注册资本制,引入了认缴制,废止了验资制度等。关于最低资本制,传统学说认为最低资本是法定资本制的应有之义和有力盾牌,那么,最低资本制此番被废是否意味着公司资本形成制度受到了很大冲击?更进一步,最低资本制是否具有区分不同资本形成制度的功能?

在理解资本形成制度、资本原则和最低资本制度的关系时,一些传之已久的表述不无误导性,比如常把资本确定原则等同于或称之为法定资本制。实质上法定资本制是体现资本确定原则的资本形成制度,^{③5}资本确定原则是指公司资本必须在设立时由公司章程明确规定,由股东认足,并按期缴纳,公司章程所确定的公司资本不得低于法定最低资本限额。^{③6}既然资本确定原则要求公司资本不得低于法定最低资本额,而资本确定原则某种程度上可以等同于法定资本制,那么似乎最低资本制度就成了法定资本制的题中之义。误解由此而生。同时,授权资本制的最大特点在于没有法定最低资本标准和公司的初设资本并不要求全部发行完毕而是交由董事会决定何时发行。^{③7}此时又容易产生另外一种误解,最低资本制不光是法定资本制的题中之义,而且更成了区分法定资本制和授权资本制的标志。更有学者指出法定资本至少包含以下功能:其一,在公司中规定一个必须投入的最低资本;其二,当净资产低于所投入资本的价值时,限制公司向股东转让财产。^{③8}此时,最低资本似乎已与法定资本制难舍难分。然而笔者认为,最低资本制并非法定资本制的标志,更不能说取消最低资本制就是变革了公司的资本制度。^{③9}最低资本制度可存在于不同的资本制度之中。美国实行

^{③4} [美] 罗伯特·库特、[德] 汉斯·博恩特·谢弗 《所罗门之结——法律能为战胜贫困做什么?》，张巍、许可译，北京大学出版社2014年版，第31页。

^{③5} 赵旭东主编 《商法学》，高等教育出版社2007年版，第239页。

^{③6} 前引②，第162页。

^{③7} 甘培忠 《企业与公司法学》，北京大学出版社2012年版，第239—241页。

^{③8} John . Armour, *Legal Capital: An Outdated Concept?* European Business Organization Law Review (2006), p. 7.

^{③9} 十二届全国人大一次会议审议通过的《国务院机构改革和职能转变方案》提出，逐步改革工商登记制度，将注册资本实缴登记制改为认缴登记制。有学者认为，此举并未改变公司资本制度，发行资本决定权的主体是股东全体或公司设立后的股东会而非董事会，认缴的注册资本总额即是公司设立之初的发行总额，公司设立时得将全部资本认缴即发行完毕等没有改变，改革旨在变更发起人实际缴纳资本的时间以及不需要实际缴付20%的部分。（参见甘培忠、周游 《注册资本认缴登记之语义释疑及制度解构》，载《中国工商管理研究》2013年第5期。）笔者认为，相较于1993年《公司法》，2005年《公司法》采取更宽松的法定资本制（即一次发行完毕、允许分期缴纳），2013年《公司法》采取的认缴制是出资分期缴纳的进一步宽松化演进，自然还在法定资本制框架内。

典型的授权资本制,但事实上在20世纪70年代末之前也曾存在最低注册资本制,即倘若公司在开业前没有收到最低注册资本,公司董事要对公司债务承担连带责任。^{④①}1985年之前,英国公司法中并未对有限责任公司与股份有限公司的最低注册资本额作出规定,理论上仅需1英镑便可成立公司。但其后为了不与欧共体的规定相抵触(欧共体第二指令规定,在欧共体成员国注册股份有限公司需要25000欧元的最低注册资本额),1985年英国公司法第118条规定,在英国注册股份有限公司应有50000英镑的最低注册资本。在实行法定发行模式的德国,《股份公司法》第7条规定设立股份有限公司的最低注册资本额为50000欧元,股票的最低票面价值为1欧元,《有限责任公司法》第5条则规定了有限责任公司最低注册资本额为25000欧元,每个股东的出资至少为100欧元。可见,最低资本制与采取何种资本发行模式无关,实行法定发行模式的德国与实行授权模式的美国和英国同样可能受到最低资本金要求的制约。究其原因,最低资本金要求没有深入到公司治理的内部决策层面,而仅是立法政策确定的一个数字而已。^{④②}一句话,最低资本制是独立选项,不作为法定资本制与授权资本制之区分依据。就如有学者对我国台湾地区“公司法”修改经验的总结所说的那样,“最低实收资本额与传统所称资本之三原则是否相关,有先予澄清之必要。资本确定原则或授权资本制,其间之差异仅在于董事会有无弹性决定股份发行时点及数量之权限,与公司应否有最低资本额并无关联。换言之,无论采行何种制度,最低资本额均为独立选项”。^{④③}

学者还发现,最低资本制规则的设计与其他保护债权人机制的成熟与可操作,成负相关关联。^{④④}当债权人的保护机制健全时,最低资本制度的使命往往被终结。因为一旦最低资本的担保作用被其他制度所替代,那么最低资本对于设立公司的阻碍效应就会被放大,当一项制度的优点可被替代时,这项制度的缺点自然暴露无遗。探究我国废除最低资本制的一个重要因素,是我国配套建立了一整套制度,如改年检制度为报告制度,注重运用信息公示和共享等手段,将企业登记备案、年度报告、资质资格等通过市场主体信用信息系统予以公示,推行电子营业执照和全程电子化登记管理,完善信用约束机制,将有违规行为的市场主体列入经营异常的“黑名单”,提高企业“失信成本”等。在这一整套信用体系构建的基础上,如最低资本制度依然存续,那么显然将阻碍市场主体的准入和经济发展的效率。因此,最低资本制度并非依赖于某个具体的资本形成制度,其有自身的命运轨迹,对资本形成制度的运行有所影响,却始终徘徊于资本形成制度之外。质言之,最低资本制度只是债权人利益的一种担保制度,如果资本不再背负公司信用基础的功能,不再赋予公司资本以债权人担保的使命,而把资本只作为公司自身经营的物质手段并交由公司的股东自行判断和决定的话,最低注册资本的数额甚至就是完全不必要的。^{④⑤}

(二) 资本形成制度区分标准的再界定

依据通说,法定资本制主要包含三大要素:(1)章定资本,即章程对资本总额有规定;(2)一次发行,即资本总额必须一次发行;(3)一次明确认足,即资本总额由股东全部认足。授权资本制则被认为包括以下三个要素:(1)章定资本,此与法定资本制相同;(2)多次发行,即公司成立时发行的资本只占资本总额的一部分,还存在以后发行的情况;(3)授权发行,董事会有权

^{④①} 参见刘俊海《建议〈公司法〉与〈证券法〉联动修改》,载《法学论坛》2013年第4期。当然,美国1969年《模范商事公司法》废除了最低注册资本制度,此法亦为其他州纷纷效仿。

^{④②} 德国《有限责任公司法律现代化和滥用斗争法法案》(MoMiG)还创设了一个有限公司的变种,即“企业主公司(有限责任公司)”,其原始资本无须达到1万欧元,事实上等于废除了最低资本金要求,最低资本金的法定限制功能在德国逐渐减弱。参见袁田《反思折中资本制——以公司资本制度的路径选择为视角》,载《北方法学》2012年第4期。

^{④③} 前引④②曾宛如文,第132页。

^{④④} 傅穹《路径依赖与最低资本额安排》,载《法制与社会发展》2002年第5期,第95页。

^{④⑤} 赵旭东《从资本信用到资产信用》,载《法学研究》2003年第5期,第115页。

根据公司经营情况和证券市场情况决定发行股份,无需经过股东(大)会决议。另外,折中资本制的要素与授权资本制的要素大体相同,区别在于授权发行股份必须在法定期限内进行,并且首期发行股份不得少于法定最低数额。比较三大资本形成制度的构成要素,我们发现最低资本制显然不是区分要素,相应地,授权董事会发行股份似乎成为区分法定资本制和授权资本制的基本要素,所谓授权资本制的核心在于允许通过公司章程授权董事会决定何时发行股票,^⑤即指此意。但有疑问的是,本文所称授权发行股份,是指公司授权董事会或其他管理机构发行股份权利的制度。考察大陆法诸国立法例,笔者发现在实行法定资本制的典型国家里,公司法授权发行股份已颇为常见。根据德国《有限责任公司法》第202条第(一)、(二)项的规定,股东会有权授权管理委员会在不超过5年的期间内将股份资本增加到某一特定数额,此数额不得超过授权之日公司股份资本总额的一半。^⑥在法国,公司设立时,虽然法律不允许董事会享有发行股份的权力,但是法律允许特别股东大会向董事会授权,董事会可以因此获得决定增资的权力(董事会可以行使权力的最长期限不得超过26个月,并对董事会可以决定发行股份的最大数额作出限制),董事会亦可以将获得的授权继续授权给经营董事。^⑦以上立法例说明,董事会是否获得发行新股的授权不能成为判断采用授权资本制的标准,因为很多被认为采用法定资本制的国家也存在授权发行。据此可以认为,一方面,随着两大法系公司资本规制模式的趋同性,很难再以某一个特定的标准如最低资本制或授权发行,来区分资本的形成制度;另一方面,中国公司法语境下的法定资本制、授权资本制、折中资本制的内涵甚至提法,与域外的界定存在较大差异,即使是与同为大陆法系的近邻韩国公司法相比较,在公司法的资本形成制度的交流上,往往我国学者和韩国学者说的也南辕北辙,对话半天,才知道此“A”非彼“A”。^⑧既然公司资本制度的某些核心概念在境内的沟通尚难以避免概念性歧义,放之于域外就更增加了沟通、交流的难度。在此意义上,对我国公司资本制度核心概念的疏证,对于国际学术交流也是不无积极意义的。

结 论

耶林在《法学的概念天国》一文中以戏谑的口吻批判道,“概念不能容许与现实世界接触。任何与现实世界相联系的事物都要远离概念存在和统治的地方。概念是与现实世界毫无关联的抽象思想和理念的领域。”那么,公司资本制度的基本概念是否与现实世界毫无关系?有学者统计了商法教材中关于商法特征的表述,计有24种,其中“营利性”、“技术性”的次数都不低于12次,^⑨以技术性和营利性为主导的商法必然与现实世界存在联系。公司资本制度关乎债权人、股东等多方利益,更需要接地气,与现实世界发生紧密联系。通过公司资本核心概念的疏证,我们发现资本三原则在两大法系中的定位、立法规制的效果及制度逻辑并无绝对差异,只是立法规制程度上的差异而已,资本三原则与资本形成制度、法定资本制的联系机制中,历史的因素远远大于逻辑的推演,其间制度的形成、演变与更替,更多的是核心利益衡量后的结果。在资本形成制度领域,自1993年《公司法》颁布以来始终实行法定资本制,但历经三修、四修之后,法定资本制一直在持续的得到缓和。1993年《公司法》确立法定资本制,并构建了最严苛的法定资本制。2005年《公司法》三修对资本形成制度进行了大幅度修改,大为降低注册资本数额要求,允许股东分次、分期缴纳出

^⑤ 彭冰 《股东分期缴纳出资制度研究》,载《金融法苑》2005年第4期,第11页。

^⑥ 脚威 马德斯·安登斯、[英] 弗兰克·伍尔德里奇 《欧洲比较公司法》,汪丽丽、汪晨、胡曦彦译,法律出版社2014年版,第151页。

^⑦ 前引^⑥,第174页。

^⑧ 前引^⑦,第199页。

^⑨ 李双元、宋云博 《对我国“商法特征”若干界说的实证分析思考》,载《时代法学》2013年第3期,第5页。

资，但依然规定股份必须一次发行，一次认足，董事会无权发行股份。2013年《公司法》四修奉行公司登记改革，伴随了资本制度改革，包括废除最低资本制，引入认缴制等，但认缴制不等于授权资本制，最低资本制的取消更不能说明法定资本制的终结，由于股份依然必须一次发行、一次认足，董事会依然无权发行股份，所以仍然是法定资本制。资本三原则自1993年《公司法》以来得到了严格的贯彻。随着公司资本制度的不断缓和化修改，学界对于资本确定原则的存废具有较大争议。资本确定原则的实质在于“章定资本”，即认缴资本额应当实缴，未实缴的资本额不能说已经确定，所以资本额的认缴与实缴，构成资本确定原则的固有内容。^⑤ 随着市场准入条件的放宽、信用体系的不断完善，在“章定资本+认缴+企业信息公示制度”的结构下，即便少去了实缴这一环，亦可实现资本之确定。无论是2005年《公司法》规定的分期缴纳制，还是2013年《公司法》规定的任意缴纳资本制，都未废除资本确定原则，只是资本确定的方式在信用体系完备的情况下发生了转变——信用公示制度逐渐取代实缴制以达确定资本之目的。

On the Core Concepts of Corporate Capital

LI Jian - wei

Abstract: The three capital principles in the corporate legislation between the two legal families differ only in form and degree of regulations in effect. The implication of the legal capital system applies not only in the phase of capital formation, but also in the other two phases of capital maintenance and being unchangeable. Restraining the application of legal capital system only to the capital formation phase will cause confusion among the concepts and systemic mislead and defects. In fact, the three capital principles are not decisive for the capital system for these principles have played more historic roles than logic deduction, therefore, the design and formation of capital system lies rather in the balance of core interests. The reform on the registered capital system in China and the abolishment of the minimum capital registration in particular, has not changed the dominant position of the legal capital system since the minimum capital registration is an independent option from the very beginning. Thus the analysis of the core concepts of corporate capital will help understand the truth and trend of reform under the current legal system of corporate capital.

Key words: the system of capital formation three capital principles legal capital system the system of minimum capital registration the system of discretionary capital submission

^⑤ 邹海林、陈洁主编《公司资本制度的现代化》，社会科学文献出版社2014年版，第63页。