

公司资本制度改革: 现实评价与未来走向

雷兴虎 薛 波

(中南财经政法大学 法学院 武汉 430073)

提 要: 我国自 1993 年颁布《公司法》至今, 历次公司资本制度改革呈现如下特点: 在改革背景上, 资本制度改革的政策使命十分明显; 在理念选择上, 一定程度上存在选择失当、导向模糊特点; 在改革进程上, 呈现渐进性、保守性的历史特点; 在启动特征上, 又具有鲜明的被动性、滞后性特点。尽管 2013 年改革进一步突出放松管制、加强公司自治的价值导向要求, 体现出一定的创新性。但是, 以行政权力驱动的政策性修法思维主导了整个改革过程, 使此次改革表现出极大的非科学性和保守性。未来我国公司资本制度修改, 应当强化公司资本制度立法的体系化和科学化, 适时改革资本形成制度模式, 放宽出资形式的限制性规定。

关 键 词: 公司法; 公司资本制度; 公司自治; 政策性修法

中图分类号: D922.291.91 文献标识码: A 文章编号: 1003-3637(2015)02-0122-06

DOI:10.15891/j.cnki.cn62-1093/c.2015.02.026

2013 年 12 月 28 日, 第十二届全国人大常委会第六次会议决定对《公司法》进行修改, 经过对公司资本制度大幅度修订之后, 新《公司法》于 2014 年 3 月 1 日正式实施。《公司法》的修订并不意味着对公司资本领域相关问题的诘难因此而终结和消弭。相反, 学界和实务界对此已展开了大规模的热议和争论。有学者从本次资本制度改革对股东出资义务和责任的影响入手进行了理性解读^[1]; 也有学者关注到了资本制度改革后对债权人利益保护存在的问题^[2]; 更有部分司法实务者就资本制度改革对商事审判的影响详加分析和论证^[3]。本文试图从历次公司法修订的历史沿革及背景切入, 就公司资本制度改革主要内容做较为深入的解读和辨析, 以期为进一步我国公司资本制度改革乃至《公司法》的修改有所裨益。

一、公司资本制度改革的历史进路研判

自 1993 年颁布第一部《公司法》伊始, 《公司法》总共经历了 1999 年、2004 年、2005 年和 2013 年 4 次修订, 其中与公司资本制度改革密切相关的主要是 2005 年和 2013 年修法, 纵观 1993 年公司立法及这两次修法, 均有着特殊的政治、经济和社会背景。

(一) 1993 年公司法制定的背景

1. 在政治背景上, 1993 年公司立法的主要目的是服务于国企改革的政治需要, 立法者没有充分考虑公司法的私法属性。这突出体现在对出资人出资后的财产权归属问题的认识上, 坚持认为出资人对出资的财产享有完全的、绝对意义上的所有权, 完全忽视了公司作为“法律上的人”的权利主体地位。由于不能实行“股权”和“公司法人财产权”之间的严格分离, 公司资本制度难以发挥应有的功能。

2. 从经济因素观之, 此时正处于从计划经济向市场经济过渡的初步阶段, 理论和实践上对市场经济的本质、特征和运作方式还认识不清, 残存的计划经济立法思维还较为根深蒂固。十四届三中全会《决定》将转换国有企业经营机制、理顺产权关系、保障国家所有权、建立现代企业制度作为构建市场经济体制目标的首要 and 关键环节。1993 年《公司法》的出台势必无法脱离既有经济背景的影响和束缚。

3. 从社会背景来看, 20 世纪 80 年代后期, 一些党政机关和官员借助于权力垄断优势, 以“机构改革”和“转变职能”为名义, 成立了数以万计的公司。在 1984 年至 1991 年间, 中共中央先后三次在全国范围内展开大规模的公司清理和整顿运动^①。在此社会背景之下, 《公司法》出台主要是以清规范公司运作和防范交易风险为己任, 整个公司资本规范体系始终充斥着“重管制, 轻发展”的立法政策导向。

(二) 2005 年公司法修订的背景

1. 在政治背景上, 随着 1993 年《公司法》所肩负的国有企业公司化改造政治使命基本完成, 对公司立法的目标和价值有重新认识的可能^[4]。《公司法》过去近 10 年的实施经验表明, 行政权力过多管制和约束了公司法对商事关系的调整空间和适用范围, 也抑制了其私法功能的发挥。

2. 从经济背景观之, 一方面, 自 2001 年我国加入 WTO 之后, 市场经济在我国已基本成型、确立并充分发展, 公司法需要满足社会主义市场经济建设的基本需要; 另一方面, 经济全球化和一体化开始向立体化、纵深化方向发展, 以跨国公司为主导“无国界”经济体正在形成。国内外的经济背景一起构成了公司法修改的主要动因。

3. 经济全球化和一体化促使各国公司资本制度在向全球融合的方向发展。欧盟、美、德、法、日、韩等国纷纷修订本国公司法, 世界范围内掀起了公司法现代化改革运动。以法国为例, 法国在 2003 年废除了 1984 年公司法修订中有限责任公司 7500 欧元的法定最低资本限额的规定, 2004 年又对其增资制度进行改革, 其结果是法国的公司资本制度逐渐向授权资本制度靠拢^[5]。

(三) 2013 年公司法修订的背景

1. 在政治背景上, 为响应中共十八大全面深化改革的战略总目标, 2013 年 10 月 25 日, 李克强总理主持召开国务院常务会议, 部署全面推进公司注册资本登记制度改革, 将放宽市场主体准入, 创新政府监管方式, 建立高效透明公正的现代企业登记制度, 作为政府转变职能的基本要求。2013 年 11 月 12 日, 中共十八届中央委员会第三次会议通过的《中共中央关于

全面深化改革若干重大问题的决定》决定指出“推进工商注册制度便利化,削减资质认定项目,由先证后照改为先照后证,把注册资本实缴登记制逐步改为认缴登记制。”

2. 从经济背景观之,随着我国经济体制改革日益深化,市场经济实践中存在的矛盾日益突出,经济下行的风险不断增大。2008年受全球性的金融危机的影响,我国GDP增长率呈骤然下滑的趋势,到2011年以后GDP再也难以维持在10%以上的高速增长。经济放缓直接造成日益严峻的就业形势,2009年之前每年新增的大学生就业人数达百万计,庞大的待就业人口基数给社会带来了沉重的负担。要为新一轮经济增长提供动力,提升就业率,政府认为应当取消企业设立门槛,以降低企业融资成本。

3. 从公司法理论研究及实践运作状况方面考察,随着《公司法》理论研究和司法实践的进一步深入,从资本信用向资产信用转型在学界已基本达成共识。在资产信用理念指导下,法定资本最低限额、资本缴纳的期限、方式、验资程序等与资本信用密切相关的制度体系均面临重新考量;同时,在实践运作中,尽管2005年《公司法》依然对资本形成制度进行较多的管制和约束,但虚假出资、抽逃出资、虚报注册资本等违法现象层出不穷。这使得法定资本制和资本三原则的诸多规范设计流于形式,难以发挥彰显公司信用、保护债权人的应有功能。

(四) 基本研判

1. 从法生长和发展的历史逻辑来看,在一个既定的社会形态之中,理性的法总是同一国的经济条件、政治体制、风俗习惯等因素之间是相互促进和相互钳制的^[6]。我们需要什么样的公司资本制度,与其说是立法者借助于法律技术将特定社会关系纳入法律调整的立法过程,不如说是特定的政治、社会和经济结构钳制了公司法的理念选择和制度生成,质言之,公司资本制度是历史的产物,只有历史的、体系的认识公司法的制度生成逻辑和体系结构,才有可能对公司资本制度的理念选择和制度优劣作出较为客观、公允的评价。

2. 从政策背景上分析,我国公司法修改的政策使命十分明显。长期以来,我国一直是个政策社会,主要依靠政策治理国家^[7]。我国公司法从制定之初,就背负着国企改革的政治使命,两次修法也同样和特定的社会政策密切相关。未来我国公司法资本制度改革,如何祛除政策性影响下的被动修法之弊病,如何将特定的社会政策转换成立法政策,又将立法政策渗透到公司法理念的选择、规范的制定、解释和适用过程中去,这是未来公司法学研究值得仔细斟酌的重大议题。

3. 从改革的过程上看,我国公司资本制度改革呈现出渐进性、保守性的历史特点。以法定资本制为例,1993年公司法制定时采严格的法定资本制。2005年修法时对有限责任公司和发起设立的股份有限公司采用分期缴纳的出资方式。2013年公司资本制度改革彻底取消两者在出资期限上的限制。这种渐进式的改革并没有彻底颠覆我国的资本形成制度,现行资本制度从制度特征上解释实行的依然是法定资本制^②。公司资本制度离现代化法制目标还很遥远。

4. 从理念选择上考察,我国公司资本制度改革在一定程度上存在理念选择失当、价值导向模糊的特点。1993年公司法被当成了促进国有资产保值、增值的工具,公司独立人格难以彰显。2005年修法,尽管在立法价值理念上秉持自由主义的立

场,但是在具体规范的设计中,却未能将此一以贯之,强制性、禁止性的法律规范仍然占极大的比例^③。2013年公司法修改,颇具滑稽意味的是,整个修法过程未进行任何的立法论证和实践调查,完全是在行政权力主导下的被动修改,至于修法采用何种价值理念则被置于次要的位置。

5. 从启动特征上观之,我国公司资本制度改革是在域外公司法改革潮流驱动下进行的强制性制度变迁,具有一定程度上的被动性和滞后性。进入21世纪,世界各国对本国公司法的修改日益频繁。为此,我国应时、应势而动,也逐步放松对公司资本制度的管制,强化股东和章程对公司的自治。但在改革的力度上,同国外相比,前后两次修法均是在法定资本制的框架内进行的阶段性、中度修改。在改革的进程上,也亦步亦趋跟随世界公司法改革的动向和潮流。

二、公司资本制度改革的内容评述:创新与守成

本次公司资本制度修改,取消了普通商事公司法定资本最低资本额的要求,确立了注册资本数额和缴付期限由公司章程约定的资本制度,验资程序也被取消,并对设立和登记制度也做了相应的修改。改革的内容既不乏创新和亮点,亦存不少值得商榷之处。

(一) 创新

1. 废除法定注册资本最低限额,从资本信用向资产信用的理念转型初步呈现。

1993年《公司法》规定了较为系统的公司最低资本额制度,立法者试图通过最低资本额制度这一强制性制度安排,来严防滥设公司,保护公司债权人的利益。2005年《公司法》修改有限的放松了对公司资本制度的管制,但依然维持了公司注册资本的最低限额规定。2013年《公司法》修改彻底摒弃了法定资本限额的要求,同时相应的修改了原公司法第26条、第79条关于公司注册资本的规定。至此,在我国普通商事公司法中存在着近十多年的法定资本最低限额彻底消失,公司的注册资本额决定权完全交由股东自行决定。从最低资本额制度的确立—放松—废弃这一历史发展脉络观之,笔者做如下三点简要评述:

其一,法定最低资本限额是立法者运用法律拟制技术所做的一种强制性制度安排,缺乏这一要件公司不能成立。立法者初衷之一是寄希望通过这一条件降低公司从事风险经营的成本^[8],保障公司的最低债务清偿能力,其立意可谓至善。但是,借助于最低资本额来保障公司的信用能力,只是“法律父爱主义”立法理念指导下的非效率成本支出制度安排。最低资本额非但不能为交易相对方提供准确的判断公司信用强弱指标的制度功能;相反,却极大的提高了公司的设立成本,降低公司运营效率^④。鉴于最低资本额存在的功能局限和规则欠缺,本次公司法修改完全废弃最低资本额制度是“兴利除弊”的恰当之举。

其二,到底该如何规定、规定多少数额的公司最低注册资本。立法者除需要通盘考量最低资本额的预设功能及其意义外,关键还取决于商人对所欲从事的行业性质、风险大小、发展规模、交易群体和实际资本需求等因素的识别和判断。换言之,对公司最低资本额的理性认识来自于投资者自己的商业判断,而非立法、法院等司法机关的决策。由此观之,我国2013年公司改革,完全废除对公司注册资本最低限额的管制,将

公司注册资本数额交由发起人或股东意思自治,法律不再干涉^⑤。是对法定资本最低额的性质、功能和意义的重新认识和理性回归。

其三,废除法定资本最低限额,我国公司法初步开始从资本信用向资产信用过渡和转型。原资本信用理念下,债权人与公司进行交易时,通过查阅公司章程中规定的注册资本额高低对公司的交易能力进行初步的判断,这种静态的资本信用观容易造成对公司信用能力的误判。实践证明,公司的信用能力取决于动态的资产。进言之,是公司资产的规模与资产的有效性两个因素决定了公司对外承担责任的范围和条件^[9]。与公司交易的潜在的债权人需要时刻关注公司资产的规模、资产的可变现性与可转移性,如此才有可能准确把控公司责任财产的范围和规模。

2. 资本缴纳由实缴改为认缴,取消货币出资比例,不改变股东出资义务和责任范围,股东和公司章程的自治属性得以彰显。

我国长期以来,在注册资本的缴纳期限、方式、出资比例上,厉行法律的约束和管制功能。2013年公司法修改则彻底取消了法律对资本制度的法律干预,由过去的有限制的实缴制改为采完全的认缴制。股东(发起人)可以根据公司章程确定的出资额或股本额自行约定认缴或认购的出资份额或股份,并根据公司章程的约定缴纳出资即可;相应的股东或发起人在进行营业执照登记时,不再需要记载“实收资本”事项;同时,货币出资比例限制也完全取消。

资本缴纳制度完全认缴制下,股东和发起人可以依据公司章程确定首次缴纳的出资额或股份、缴纳方式、缴纳期限等事项,以彰显股东和公司章程的自治属性。但是,需要指出的是,认缴制并非意味着公司设立者可以彻底卸除注册资本下的出资义务约束,从而随意地设定公司注册资本总额。其实,无论是认缴制还是实缴制,股东或发起人出资义务都始终存在。实缴制要求发起人或股东在资本确定并注册后必须将出资财产给付公司,认缴制不要求即时给付出资财产,改变的仅仅出资义务履行的期限,作为出资义务的数额同样是确定的。

另外,需要强调的是,出资履行的期限限制取消,容易产生幻觉是股东出资义务随之不复存焉。对此有学者明确指出,没有规定履行期的出资义务是股东对公司的无期限债务,履行期限的有无只是决定债务类型的不同,并不能否定出资义务的存在^[10]。笔者深表赞同。不过,值得进一步思考的是,认缴资本制下履行期限不定的出资义务,其最终结果如何,在目前公司法中却未具明文,学理和实务上仍有深入探讨之必要^⑥。

3. 取消强制验资程序,减少行政干预。

验资程序和资本缴纳的方式密切相连,实缴制和与强制验资要求共为一体,强制验资要求是实缴制度的外观标签^[11]。法律对实缴资本的干预和管制通过强制性的验资程序来体现。1993年《公司法》第26、89条,2005年《公司法》第29、90条均一致要求发起人或股东缴纳出资和股款后必须经过依法设立的验资机构验资。2013年改采认缴制后,资本的缴纳事项完全和行政机关脱节,登记机关无需过问出资的缴纳,自然也无需进行验资程序、缴纳验资证明。

但是,实缴制在我国公司法上并未被全部放弃,公司法第76条第2款仍然要求以募集方式设立股份有限公司必须要有

“符合公司章程规定的全体发起人募集的实收股本总额”。在未区分公司类型的情况下,彻底取消强制验资程序,致使募集设立股份公司实缴制的立法目的无法实现,立法规定值得检讨。

(二) 守成

1. 整个过程是在行政权力压迫下的被动改革,缺乏理论和实践上的回应自觉。

我国本次公司资本制度改革的背景和内容均值得检讨。此次改革是在政府转变职能、建设服务型政府的背景要求下在投资领域的体现,而非立法者基于对公司资本制度的内在逻辑的理性反思之后进行的调整和回应。对此有学者甚至尖锐批评道,本次公司法改革总体上是一件有毒的产品,是个别地方政府刻意制造制度洼地以引流国内资金的功利之举,是倒逼全国人大常委会改革的龌龊之举^[12]。此语虽不乏夸大和偏激之嫌,但却形象地道出了改革的过程特点。尽管此次改革在内容上处处显示出“放松管制,加强自治”的价值导向,但是,以“企业松绑、激发创造活力、助推经济发展”为导向的政策性修法思维很难说符合公司法制度的内在逻辑和体系要求。稍加分析可知,我国公司资本制度建立在大陆法系的法定资本制和资本三原则基础之上,但是,改革后的资本形成制度已很难说是严格意义上的法定资本制,资本三原则中资本确定原则已完全遭到废弃,资本维持原则也面临理念上的更新和制度上的调整^[13]。在公司资本内在价值理念发生颠覆性改革的情况下,立法却未对公司资本制度的整个规范体系做哪怕是一丁点儿的删改,例如,与资本维持原则要求相对应,《公司法》第166条、第176条分别对税后利润分配、减资程序做了严格的规定,以防止公司资本的不正当减少,保护公司的责任财产范围。该规定就明显看出我国目前公司资本制度的理念要求上存在矛盾和悖反^⑦。

应当说,以行政权力主导的本次公司资本制度改革,尽管在修法的方向选择上符合公司资本理念发展的趋势,但是,这种方向选择在很大程度上带有误打误撞的运气成分。整个过程缺乏理论和实践上的回应自觉。

2. 形式上依然恪守法定资本制的传统模式,但资本形成制度模式之间的界限趋于模糊。

我国目前的公司资本制度在形式特征上仍然是法定资本制,只不过法定资本制度的内核已基本被涤除。《公司法》和《公司登记管理条例》中仍然存在“注册资本”这一法定概念,股东(发起人)在公司章程中约定的资本总额依然需要履行登记手续,登记后的注册资本体现在公司的法人营业执照上,进而产生公示、公信的法律效果。股东或发起人必须依据公示的资本总额在自己认缴的出资额或股份份额之内履行出资缴纳义务,仅从制度特征上解释,新公司法实行的依然是法定资本制。但是,法定资本制的内核已基本被抽空。按照法定资本制的要求,公司设立时,公司章程规定的资本总额,必须一次性发行、全部认足和募足,并一次性全部缴纳。可是,认缴制下,由于资本总额由发起人或股东在公司章程中自行约定,对出资方式、期限等法律不加干涉,这就使得法定资本的“法定”二字无法也无处体现,法定资本制在司法实践中极可能蜕化为一具徒具形式的空壳。

更进一步讲,资本认缴制将会模糊各种资本制度之间差

异,法定资本制和授权资本制之间的界限将趋于模糊。认缴资本制在形式特征上和法定资本制度相吻合,在对公司资本事项的自治程度上,却和授权资本制一脉相承。两者均存在“实缴”和“认缴”的概念,均强调股东和公司在资本事项上的决定权。唯一的差别即是否授权董事会发行股份的权力。从功能之视角观之,笔者认为未来公司资本形成制度的改革方向上,既有不同资本形成模式之间的严格划分将趋于淡化和模糊。

3. 出资形式的限制性规定上依然保留。

此次改革并未对公司的出资形式做较大的改动。仅删除了《公司法》第27条第3款关于发起人或股东以货币出资的比例限制。非货币财产出资依然保留“可以用货币估价并可以依法转让的财产”的限制性规定。新公司法取消出资比例的限制后,对于非货币出资只要满足可用货币估价及依法转让两要件,均可出资。这样的弹性的规定应当说为出资形式的多元化预留了空间,值得肯定。但是,在随后修订的《国务院关于修改〈中华人民共和国公司登记管理条例〉的决定》中却明确限定“股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资”。这等于又缩限了股东或发起人出资的形式,作为公司法下位规范,如此规定是否有违公司法得立法本意,确有进一步反思之必要。

三、公司资本制度改革的方向: 思路和重点

为克服这种由政策性驱动修法遗留下的后遗症和后患,当务之急是适时启动公司法的进一步修改。

首先,未来我国公司资本制度的修改要着眼于现代市场经济的发展特点,充分反应市场经济的要求。正如上文回顾我国历次公司法改革的背景所示:特定的经济、政治和社会背景钳制和约束着我国公司法的理念选择和制度生成。如果“机械性”的公司法规则不能和特定的社会、政治、经济背景相融合,所谓公司法的“实践品行”也将沦为—纸空谈,公司法条文也只是存在于纸面上的“一群僵尸”而已^[14]。公司法对现实生活的回应力和解释力将是我们衡量公司修法质量的唯一标准。

其次,公司资本制度修改还要充分注意立法政策对社会政策的过滤和吸收。通过将社会政策转化成立法政策,总结和提炼公司资本制度的修改理念。再借助于立法技术手段,拟设具体规范的性质和内容结构。从而实现社会政策—立法政策—法律理念—法律规范四者之间链式过渡和无缝对接。

再次,在公司资本制度修改的理念选择上,要继续巩固和深化公司自治、效率优先的理念要求。其一,要深化公司自治的私法理念。在公司资本制度的规范构成上,要进一步缩小强制性法律规范的比例和范围,扩大任意性法律规范的适用空间;在对规范理解和适用上,对未来可能出现的涉股东出资、催收公司资本、因股权转让引发的缴纳资本义务等新类型司法纠纷案件的裁判,要严格控制司法介入公司自治空间的尺度和范围,宜充分尊重当事人的合同自由和公司自治权利^[15]。其二,要尊重效率优先的商法理念,公司法天生具有贴近生活、解释实践的“适应性”^⑧品格,这种“适应性”品格决定了公司法必须严守效率优先的商法理念。在具体关涉公司资本事项上要便于公司的交易简便和经营方便,便于未来公司资本纠纷案件的解决;在有关资本形成模式选择上,需要考量哪种公司资本形成模式有利于提升公司的经营效率、减少企业组织成本和运营成本。

最后,与域外公司法相比,由于资本理念的巨大变化带来公司资本功能的强化,担保功能的减弱。资本三原则和法定资本制严重制约了技术向生产力的转化,其完全建立在传统的物质资本理念和现实基础之上,无法与知识经济相衔接^[16]。因此,我国公司资本制度的修改还必须注意知识经济背景下公司法对科技进步和技术创新的促进作用。

鉴此,就我国未来公司资本制度改革重点择其要者详述如下:

(一) 注重资本制度立法的体系化和科学化

我国民商事立法,向来只重视立法的政治要求,对法律的体系化和科学化却不甚重视^[17]。此次公司资本制度改革,主要只是对资本缴纳制度和最低资本限额进行了局部修改,改革的过程注意到了修法的政治和社会诉求,而对于公司立法的体系化和科学化重视不够,以行政权力主导的被动式修法对我国公司法制功能的实现造成了障碍和隐患。如前所示,我国目前资本制度的构成上,资本三原则的固有理念根基已被完全根除^[18]。然而,我国整个公司资本制度规范体系均是立足于资本三原则尤其是资本维持原则的基础之上,资本维持项下的诸多子规范设计均以强制性、禁止性的形式来严防公司资本的不当减少,以强化资本信用的理念。下面就以两个典型范例以释明。

1. 股份回购规范。

《公司法》第142条就股份有限公司回购自己股份的具体情形做了明确规定。该条可分解为以下四层意思:首先,回购的目的限制。禁止公司回购自己的股份,仅仅例外允许在公司减资、合并、奖励职工持股和股东对股东大会决议公司合并、分立持异议四种情形下允许公司回购其股份。其次,回购程序的限制。立法明确规定仅股东大会有权决定股份回购方案。再次,回购股份注销期限的限制。针对上述四种不同情形,分别规定公司回购持股必须在10日和6个月内注销。最后,回购股份数量、资金来源限制。对因减资、合并和奖励职工持股股份回购不得超过已发行股份总额的50%,用于回购的资金只能从公司税后利润中支出。

立法如此要言不烦的就股份有限公司股份回购作出细密规定,其谨慎、保守立场昭然若揭。从比较法上看,国外对股份回购的规制存在美国的“原则允许,但附加限制条件”和德国“原则禁止,例外允许”两种模式。近年来,在资本形成制度改革背景下,放宽公司持有自己股份的限制已成为一种趋势。资本缴纳认缴制下资本制度宽缓化程度至为明显,原则禁止股份回购是否和我国资本制度转型趋势存在理念上的背反?依照目的解释,立法对股份回购的资金限定在可分配利润范围内,以维持公司资产不被实质性减少保障债权,其实际效果值得怀疑,严格限制股份取得的适用范围,一方面剥夺了公司和股东的合法权利,另一方面过于严格的限制有可能使公司另寻他法。实践中,以他人名义为公司计算取得股份,子公司购买母公司股份,以及为非股东之外第三人购买自己股份提供财政支持等均成为逃避自己股份取得的常见方法^[19]。笔者以为,在我国目前资本信用向资产信用转型的背景下,是从解释论的角度对该条的规范意义做宽缓化的解释,还是从立法论上彻底改革股份回购规制模式,需要从法律体系化的高度重新审视《公司法》142条有关股份有限公司股份回购之规定。

2. 债权人对未全面履行出资义务股东的追诉权。

如果说囿于2005年公司法修法时的理念选择和知识视野局限,公司资本制度改革之后,上述《公司法》规范适用中暴露出来的问题和疑惑,暂时尚可理解的话。2011年由最高人民法院发布的《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《公司法司法解释(三)》)的相关规定就委实费解了。这部试图“对我国资本制度进行全面解释,基本完成从价值取向到制度层面的重构”^[20]的司法解释,通篇却表现出对资本信用理念教条化的信守和强化,立法者力图通过多元的制度设计来督促股东全面履行出资义务^⑨。其中,《公司法司法解释(三)》第9条、第11条第2款、第13条第2款、第14条第2款、第26条规定了股东未全面履行出资义务时债权人可以在要求其在未出资本息范围之内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任,还可以要求发起人和其他股东等承担连带责任,抽逃出资股东也要对债权人承担同样的责任;同时,第19条第2款明确规定股东出资之诉排除适用诉讼时效制度。债权人能够突破合同相对性获得合同外保护的理论基础是什么?学界存在“债权人代位权”“公司法人格否认制度”“第三人侵权”三种解释路径,但均存在难以克服的局限性。目前,第三人侵权理论还未得到我国立法和司法的确认^⑩。公司法人格否认公司法人格否认适用要件较为严格,司法运用极为谦抑。股东未全面履行出资义务究竟到达何种程度之后,才构成对公司独立人格和股东有限责任的滥用,还需要进一步解释^⑪。将主要适用于合同之债的代位权之诉移用至作为团体法和组织法的公司法领域,也难谓圆通:1. 债权人代位权之诉的适用前提是债务人怠于行使到期债权,给债务人造成损害,并且债务人公司的财产已不足以清偿债务。此种情形下^⑫,通常做法是不足以清偿债务的公司债务人应进入破产清算程序。实践中,一旦进入破产清算程序,那么债权人的债权清偿问题就应该诉诸破产清算或者解散清算规则解决。2. 反之,如果债务人公司未进入破产清算程序。公司和未全面履行出资义务股东之间的纠纷可以依据《公司法司法解释(三)》第17条股东资格解除规则解决。即经过合理期间未全面履行出资或抽逃出资股东仍然未缴纳或返还出资,公司可以以股东会决议的形式解除该股东资格;同时,按照第17条第2款的规定,一旦公司解除该股东资格,及时办理减资或由其他股东或第三人缴纳出资后,未全面履行出资义务股东的出资义务即被免除,公司债权人欲行使代位权便无所依托。3. 《合同法司法解释(一)》第13条第2款规定代位权之诉的对象仅限于债务人对次债务人享有的具有给付内容的到期债权,对于以非货币出资的股东而言,几无适用的空间。总之,在法理未明、实践经验尚需总结的情形下,《公司法司法解释(三)》全面规定公司债权人的追诉权,并排除诉讼时效的适用。公司资本缴纳制度改革后,《公司法司法解释三》上述规定在理念上与修订后的公司资本制度存在明显的错位和不协调,需要及时予以清理和修正。

综上所述,未来的公司资本制度进一步修改,需要从法律体系化和科学化的高度,对《公司法》规范的法理基础和规范性重新厘定和设置,以使公司资本价值体系和外部规范体系趋于统一,便于解释和适用。

(二) 适时改革我国资本形成制度模式

我国目前的公司资本制度从形式上讲,依然是法定资本制。从域外公司资本制度发展的潮流来看,20世纪中叶,大陆法系德、法、日等国纷纷改革或废弃传统的法定资本制,逐步向授权资本制靠拢,从而在世界范围内形成了资本约束软化的发展趋势^[21]。近年来,英美法系国家鉴于授权资本制的弊端和误导性^⑬。又废除授权资本制度,改采更为实用、简洁和灵活的声明资本制。声明资本制下公司在章程中不再规定一个唬人的授权资本额,而是要求公司实事求是的声明其发行资本的情况^[22]。在英美法系,从授权资本制到声明资本制已是大势所趋,澳大利亚早在1998年就进行了改革,英国2006年公司法修订也废除了授权资本制,美国迄今为止绝大多数州也已经废除了授权资本制^[23]。根据《澳大利亚公司法》规定,设立公司的申请文件应当注明以下事项:1. 每个股东同意购买股份的类型和数量;2. 每个股东同意购买股份的价格;3. 如果购买价款在公司登记之时没有付清,那么每个股东同意将来需要补足的价款。该法第120条规定,公司股份推定在公司登记之时就已向股东发行。在公司设立后,公司可以自由决定股份的发行条件及股份的权利和义务等,董事会在遵循信义义务的前提下,具有股票发行的权力。其实,改革后的我国公司资本制度已具备了声明资本制的某些特征。例如,发行资本交由公司章程决定,公司登记前必须一次性发行、全部认缴。股款缴纳的方式和期限可由公司自行决定。这些方面两者具有一致性。但不同之处在于,目前我国公司法没有赋予董事会在公司成立后增资发行新股的权力,这是由我国公司股权结构相对集中的现实和股东会中心主义公司治理结构特点所决定的。因此,无论是建立在董事会中心主义基础之上的授权资本制还是声明资本制,只能是我国公司法改革持续努力的方向和长期目标。

(三) 放宽对出资形式的限制性规定

严格限制股东或发起人的出资形式,这既不符合促进投资、发展经济的目标,也有违本次修法所倡导的公司资本事项自治的法理念。在西方国家,出资形式从严格的强制性规定向日渐宽松的列举性规定是基本的发展趋势。在我国资本信用理念已发生初步转型的背景下,未来公司法改革,应当逐步放宽对股东或发起人出资形式的限制性规定。针对《中华人民共和国公司登记管理条例》和《公司法》在出资形式规定上存在的龃龉和矛盾。笔者建议,未来公司法修改时应删除《中华人民共和国公司登记管理条例》第14条“股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资”之规定。

注 释:

①在这期间,针对公司清理整顿颁布的主要文件有三个,分别是1988年《中共中央关于严禁党政机关和党政干部经商办企业的决定》;1985年《国务院关于进一步清理和整顿公司的通知》;1988年《中共中央、国务院关于清理整顿公司的决定》。

②如何对公司资本形成制度的模式定位和定性,下文将还会详细论述。

③公司法强制性和任意性规范之间的界限划分及比例分配问题,罗培新教授有精彩的论述。(参见罗培新. 公司法强制性与任意性边界之厘定: 一个法理分析框架[J]. 中国法学, 2007(4): 69.)

④事实上,对公司债权人利益的保护,股东提供保证和担保、揭开公司面纱、公司责任保险、衡平居次规则、防止欺诈性财产转让等反而是保障债权人利益的优化设计。

⑤应当注意的是,2013年公司法修正仅仅是放弃对普通商事公司注册资本最低限额的规定。但是,这并不意味着公司的注册资本完全变成了不受法律控制的约定事项,对此下文还会详述。

⑥根据《破产法》第35条规定“人民法院受理破产申请后,债务人的出资人尚未完全履行出资义务的,管理人应当要求出资人缴纳所认缴的出资,而不受出资期限的限制。”该条明确将出资义务扩展至未到期履行期或根本没有履行期的出资义务。但是,对于公司在正常经营中对外到期不能清偿的负债,又未进入解散、破产状态之前提下,未全面履行出资义务的股东是否丧失期限利益,对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。目前存在“否定说”和“肯定说”两种观点。(详细论述参见李建伟、王艳华,认缴制下有限公司股东出资责任加速到期的正当性和司法适用[C]//王保树,中国商法年刊,北京:法律出版社,2014:179—180。)

⑦资本缴纳制度改革之后,随着资本内在价值理念的转型,既有公司法规范体系的矛盾和冲突将会日益明显。因此,应当从法律体系化、科学化的高度检讨我国公司资本制度的相关规定。对此,下文部分将会进一步详述。

⑧法律经济学的分析表明,公司法应该是一系列开放式的合同。在这种合同形式之下,公司参与方在利益驱动之下可以对公司法进行增删修改,在一定情况下公司各参与方甚至可以选择“退出”公司法规则,故而,公司法的品格应该被理解为是适应性的。其适应性品格表现在对技术和市场相对价格变化方面的灵活应变性。当投入公司的某种生产要素的相对价格发生变化之时,公司法就应该对新的利益格局作出明智的适应性反应。(更为具体的分析参见(美)弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔,公司法的经济结构[M],罗培新、张建伟译,北京:北京大学出版社,2014:8。)

⑨《公司法司法解释(三)》进一步还拓展出资民事责任的主体范围,明确规定股东未尽出资义务的责任包括利息责任,限制股东在出资民事责任中的抗辩。(更为详细分析参见最高人民法院《关于适用公司法司法解释(三)》、清算纪要理解与适用[M],奚晓明,北京:人民法院出版社,2011。另还可参见宋晓明、张勇健、杜军,关于适用公司法若干问题的规定(三)的理解与适用[J],人民司法,2011(5):16。)

⑩但也有学者倾向于适用“第三人侵权理论”进行解释。(参见赵旭东,公司法[M],北京:高等教育出版社,2013:247页;最高人民法院《关于适用公司法司法解释(三)》、清算纪要理解与适用, [M],奚晓明,北京:人民法院出版社,2011:223。)

⑪尤其是在资本认缴制下,名股东缴纳的出资额和实缴资本都无需通过企业的经营执照予以确认公示,法定最低资本限额也被取消,司法实践中该如何判断“资本显著不足”的标准,目前理论和实务界对此论者寥寥,有待进一步深入研究。

⑫司法实践中,法官在适用《公司法司法解释(三)》第13条第2款裁判案件时,均未在判决理由部分说明债权人追诉权的理论基础。参见原告施某与被告程某股东损害公司债权人利益责任纠纷案,上海闵行区(2013)商初字第629号;原告邹某与被告程某股东损害公司债权人利益责任纠纷案,上海闵行区(2013)商初字第628号。

⑬授权资本制下公司章程通常要求公司在设立登记时写明所授权的资本数额,将此数额分割成具有相同面值的股份,然后董事会可以在授权资本的数额限定范围之内决定具体的股份发行数量。现实中,公司章程规定的授权资本数额巨大,很多公司通常在实际经营过程中只发行其中的很少一部分或根本没打算发行完全部的授权资本。比如,A公司的授权资本是1亿元人民币,实际上可能只发行了100元人民币。授权资本额纯粹是虚张声势而已,对公司债权人具有极大的误导性。

参考文献:

- [1]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[J]. 法学研究, 2014(5): 18.
 - [2]施天涛. 公司资本制度改革: 解读与辨析[J]. 清华法学, 2014(5): 128; 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[J]. 法律适用, 2014(5): 17; 甘培忠. 论长期坚守我国法定资本制的核心价值[J]. 法律适用, 2014(6): 90; 沈贵明. 论公司资本登记制度改革的配套措施跟进[J]. 法学, 2014(4): 98; 李东侠、郝磊. 注册资本弱化视角下的公司债权人利益保护[J]. 人民司法, 2014(5): 13.
 - [3]王东敏. 公司法资本制度修改对几类民商事案件的影响[J]. 人民司法, 2014(5): 9; 张元. 公司法资本制度修改对执行程序的影响[J]. 法律适用, 2014(10): 93; 丁海湖、李欣婷. 公司资本制度改革的司法应对[J]. 法律适用, 2014(11): 30.
 - [4]赵旭东. 公司法修订的基本目标与价值取向[J]. 法学论坛, 2004(6): 11.
 - [5]殷盛. 欧盟的公司资本制度变革[J]. 法学, 2007(9): 147.
 - [6][法]孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 许明龙译. 北京: 商务印书馆, 2012: 15.
 - [7]蔡定剑、刘丹. 从政策社会到法治社会——兼论政策对法制建设的消极影响[J]. 中外法学, 1999(2): 8.
 - [8][美]弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔. 公司法的经济结构[M]. 罗培新、张建伟译. 北京: 北京大学出版社, 2014: 58.
 - [9]赵旭东. 从资本信用到资产信用[J]. 法学研究, 2003(5): 119.
 - [10]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[J]. 法学研究, 2014(5): 22.
 - [11]施天涛. 公司资本制度改革: 解读与辨析[J]. 清华法学, 2014(5): 132.
 - [12]甘培忠. 论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救[C]//中国证券法研究会2014年年会论文集(上卷), 75.
 - [13]雷兴虎、薛波. 论资本维持的理念更新与制度反思[C]//王保树. 中国商法年刊(2014年卷). 北京: 法律出版社, 2014: 107—114.
 - [14]葛云松. 过渡时代的民法问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008: 269.
 - [15]赵万一. 公司法修改的目标、理念及其实现路径[J]. 人民司法, 2014(5): 8.
 - [16]冯果. 论公司资本三原则理论的时代局限性[J]. 中国法学, 2001(3): 21.
 - [17]孙宪忠. 我国民法立法的体系化与科学化问题[J]. 清华法学, 2012(6): 46.
 - [18]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[J]. 人民司法, 2014(5): 17.
 - [19]赵某与某公司股权转让纠纷上诉案. 浙江省绍兴市中院(2013)商终字第646号.
 - [20]郭雳. 论我国公司资本制度的最新发展——《公司法司法解释(三)》之解读[J]. 法商研究, 2012(2): 141.
 - [21]邓峰. 资本约束制度的进化和机制设计[J]. 中国法学, 2009(1): 99.
 - [22]黄辉. 现代公司法比较研究——国际经验及其对中国的启示[M]. 北京: 清华大学出版社, 2011: 76.
 - [23]Ben Pette, John Lowry and Arad Reisberg, Pette's Company Law: Company and Capital Markets Law (3rd ed., 2009) 311.
- 作者简介: 雷兴虎(1961—),男,陕西铜川人,中南财经政法大学法学院教授,博士生导师,主要从事商法学研究;薛波(1987—),男,陕西安康人,中南财经政法大学法学院博士研究生,主要从事公司法、证券法学研究。

责任编辑: 文德; 校对: 宁远