



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

甘培忠

摘要：2013年我国《公司法》完成的资本制度改革基本上是沿袭了法国、日本、韩国、台湾地区近10年来的做法，于我国国情考虑很不周延。工商机关从公司登记事务切入取消公司法定最低资本数额和实缴要求自始不合法治原则，谋求逃避监管职责的制度“走私”利益，欠缺正当性，存在违法情节；而深圳创造的“认缴制”概念在法律上没有确切的含义，没有体系化的制度结构，深究起来不知所云。地方政府越权修订国家的公司法，冒犯全国人大权威，实质获取“举改革大旗”、“挖制度洼地以引流抢夺国内金融资源”、“摘皇榜”等行政机会利益，倒逼全国人大及其常委会吃改革宴席中的立法“剩饭”，污损了民意机构的尊严。实施颠覆性的改革措施，忽视了其他大陆法系国家和地区公司资本制度变革的背景及底线。英美授权资本制下维护交易安全的配套制度非常完备和精细，我国则缺乏那种系统性的法律配置和软文化，依托法定资本制保护债权人利益是我国长期的最适合制度选项。所幸的是，本次改制后，法定资本制的框架尚得以保存，我们必须戒急用忍，通过公司法的进一步修订建立及时、妥当的配套制度，跟进补救其错漏。

关键词：颠覆式改革；盲目改制；资本制度属性；制度补救

中图分类号：D922.291.91；**文献标识码：**A；**文章编号：**1003-9945(2014)03-0498-18

作者简介：甘培忠(1956-)，北京大学法学院教授、博士生导师；主要研究方向：企业法、公司法、证券法。

目 次

一、世界主要市场经济体公司资本制度嬗变的考察	500
二、我国新公司资本制度的类型定位	504
三、对新资本制度下债权人保护规则的重新梳理和补救设想	507

我国《公司法》自1992年颁行以来,于2013年年底迎来了以资本制度改革为核心的第二次重大修订。本次修订取消了普通公司的法定最低资本的数额和实缴要求,确立了被冠以“认缴制”之名的注册资本数额和缴付期限由公司章程自主约定的制度;验资程序也相应废除。本次制度遽变缘起于深圳工商局于2012年发起的公司登记制度改革,借助“十八大”后以放松管制为取向的新经济体制改革东风,泰山压顶,势不可挡。然则,在期盼改革红利被进一步释放的同时,我们也应该意识到,面对效率与安全这对矛盾双方的力量失衡,若缺乏足够的风险意识和制度应对,很可能因矫枉过正而被迫吞咽另外一枚苦果。

一、世界主要市场经济体公司资本制度嬗变的考察

在传统公司法体制下,普通法系国家的授权资本制和大陆法系国家的法定资本制各自具有其逻辑内涵。以往,虽常有对两种资本制度的绩效比较和学术批评,但由于公司法总体上属于内国法,因此并没有引发不同公司法区域间因争夺投资而挑起的底线竞争。上世纪中叶后,大陆法系国家为鼓励投资、活跃经济,对公司资本制度采取了更为灵活性的态度,将注册资本的一次性缴付制度柔化为分期缴付制度,但法定最低资本的要求仍然保留。此后不久,欧盟¹的建立使英国的授权资本制和德国、法国等国的法定资本制在组织体系内发生正面冲撞。在欧洲统一市场体制下,德、法的投资者为宽松的资本制度所吸引,纷纷转移至英国注册公司,再以英国公司名义回到本国开展业务。这使得德、法不仅让出了市场,还丧失了税收和就业机会。在这种制度竞争压力下,德、法公司资本制度的改革便势在必行。此后,欧洲的变化渐次传导至亚洲乃至全球,进而形成了世界范围内的资本约束软化趋势。

在欧洲,法国于2003年率先启动并完成了这种改革,废除了其1984年《公司法》修订版中关于有限责任公司7,500欧元(约合5万法郎)的法定资本最低

1. 1993年,欧洲联盟在欧洲共同体基础上正式组建,市场一体化和欧元发行以及立法、司法、行政体系的架构建设促成了法律的融合。

限额要求,允许股东自由确定公司资本。在新法生效后创立的公司,其注册资本简单明了地“由公司章程”来确定。这使“一欧元公司”变为现实,正如在英国,用一英镑便可以设立一个有限责任的封闭公司一样。在法律理念上,法国也启动了在有限责任公司层面植入授权资本制的转化。2006年,芬兰也改革其公司法律,并将有限公司法定资本最低限额从原来的8,000欧元降为2,500欧元,同时引入真正意义上的无面额股。²2006年,德国在经历了长久的抵制后,面对欧盟一体化进程中来自英国及其他改制国家的公司资本制度的底线竞争的压力,³着手变革其有限责任公司制度。经两年的反反复复的讨论,在2008年最终通过了《有限责任公司法改革及防止滥用法》,规定于当年的11月1日施行。德国在1892年首创了有限责任公司制度,这一制度在全球的广泛传播使得成功的始作俑者具有了历史的荣耀和制度守护的自觉,加上学界和立法机构的专家十分看重公司债权人利益的维护,因此其并未彻底步法国后尘,而是继续保留了自1980年以来调整规定的有限公司最低资本标准5万马克(约合2万5千欧元),同时,另行规定一种没有法定最低资本金要求的“企业公司”,作为有

2. 2003年8月1日,法国作为第一个欧洲大陆国家其议会通过的《经济创新法》彻底取消了有限责任公司最低注册资本额。同年,西班牙在其一般有限责任公司之外创设特别有限责任公司,许诺其能在48小时内设立成立。2004年,意大利对其公司法律进行彻底改革,借以促进公司设立和公司竞争能力以及更好的资本市场进入。2006年,英国以强化股东参与和优化长期投资环境、确保更好的管理和优先考虑小型公司以及方便公司设立运作为目标,对其公司法律进行自150多年来最全面、最深入的改革。

3. 在欧盟范围内,由于欧洲法院判例要求各国承认外国设立的公司,因此,按照外国公司法设立的德国企业数量不断增加。德国有限公司制度面临着其他国家法律制度的竞争。特别是,越来越多的德国投资者青睐于英国的有限公司制度,据统计,截止2009年德国已经有超过46,000家英国有限公司。所以,在这一背景下,《德国有限责任公司法》急需修改。简化公司设立程序,降低设立成本,增强德国有限责任公司制度的竞争力,是德国有限责任公司法修改的当务之急。但同时,效率和安全必须一并兼顾。在简化公司设立和经营成本的时候,股东滥用有限责任特权和破产程序,损害交易安全,特别是损害债权人利益的危险,也必须加以防范。事实上,不仅是德国,在欧洲一体化发展过程中,特别是不同国家的不同形式的公司相互竞争的情况下,修改公司法律制度,是各国都面临的重要问题。2006年,英国为因应欧洲一体化的进程,制定了新的《有限责任公司法》;它废除了很多公司经营中一些不必要的障碍,例如,董事会秘书不再是强制设立的机关。

由此可见,《德国有限责任公司法》,面临两个问题,亟待改革:第一,面对欧洲一体化的发展趋势,必须简化公司设立程序,降低设立成本,增强德国有限责任公司制度的竞争力。第二,通过整合判例和确立新的法律制度,防止股东滥用有限责任特权和破产程序,损害交易安全,特别是损害债权人利益。参见范剑虹、李舸:《德国法研究导论》,北京:中国法制出版社2013年5月第1版,页78。

有限责任公司的例外和补充。⁴然而,无论是德国、法国,还是欧洲大陆的其他欧盟国家,都维持了股份有限公司的最低法定资本标准。《德国股份法》第7条规定,股份有限公司的最低注册资本是5万欧元(约合10万马克),法国则和其他26个欧盟成员国⁵及三个欧洲经济区成员国⁶按1976年欧盟第二号公司法指令要求,继续秉持股份公司的法定资本制度,包括不低于25,000欧元的法定资本最低限额。⁷

在亚洲,日本引领了公司资本制改革潮流。1990年之前,日本的有限公司最低注册资本为10万日元,股份有限公司最低注册资本为35万日元。1990年修法时,在承认一人公司的同时,依循提升公司品质和增强公司能力的精神,日本改有限公司最低资本金为300万日元,改股份有限公司最低资本金为1,000万日元;在2005年公司法脱离商法而独立制订时,彻底废止有限责任公司,并废止股份有限公司的最低法定资本金要求。韩国于2011年取消了股份有限公司5,000万韩元、有限责任公司1,000万韩元的最低标准;公司可以100韩元(是就

4. 德国2008年新《有限责任公司法》第5a条关于企业公司的主要规定是:第一,企业公司的注册资本不受最低限额的限制。第二,公司商号必须包含“企业公司(有限责任)”,即Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkung)或UG (haftungsbeschränkung)字样。这是因为,企业公司的注册资本不受限制,注册资本一般比较低,交易相对人应当受到保护,应当让其了解这一情形。第三,公司登记时资本必须全额缴足,而且不得实物出资。既然注册资本可以任意确定,那么完全可以按照股东实际缴付的现金确定,当然也没有必要允许股东分期出资或者实物出资。第四,每年利润填补往年亏损后,不得全额分配,要提取25%的法定公积金,它只能用于增加资本、填补当年亏损和填补往年亏损。根据《政府草案》,提取法定公积金的目的是,“相当低的注册资本的有限责任公司,能够在几年内得到更高的自有资本”,同时,由于这类有限责任公司,“通常股东和董事混同,股东可以按照自己的生活需要,确定董事报酬”,因此,“应当对利润分配予以限制”。《政府草案》还指出,如果违反该款规定进行利润分配,那么,确认年度报告和利润分配报告的决议,类推适用《股份法》第253条和第256条,都是无效的。此时,公司有权请求股东返还违法分配的利润,董事根据《有限责任公司法》第43条的规定,也应当负赔偿责任。第五,存在支付不能的危险时,就应当立即召开股东大会;而不像普通有限责任公司,直到亏损总额达到注册资本的一半时,才必须立即召开股东大会。这也是非常合理的规定,因为,注册资本很低的股份有限公司,不必到亏损总额达到注册资本的一半的程度,就很容易破产。第六,公司注册资本增加到普通有限责任公司最低注册资本额25,000欧元后,不再适用企业公司(有限责任)的规定,但商号仍可保留。参见范剑虹、李旻:《德国法研究导论》,北京:中国法制出版社2013年5月第1版,页86。

5. 比利时、保加利亚、丹麦、德国、爱沙尼亚、芬兰、希腊、爱尔兰、意大利、拉脱维亚、立陶宛、卢森堡、马耳他、荷兰、奥地利、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、瑞典、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、捷克、匈牙利、英国和塞浦路斯。

6. 冰岛、挪威和列支敦士登。

7. Second Council Directive 77/91/EEC, art. 6(1), 1977 O.J. (L 26) 1, 3.

股份有限公司的每股标准面额而言)甚或1韩元作为资本设立股份有限公司或有限责任公司。我国台湾地区在2008年以前,有限公司的法定资本额为50万元新台币,股份公司为100万元新台币;2008-2009年改有限公司为25万元新台币,股份有限公司为50万元新台币;2009年正式废除最低资本额,改为“足以支付设立直接费用即可”。

世界大陆法系主要市场经济体的公司法在近十多年来纷纷改变最低法定资本制度(欧洲保留了股份有限公司的法定最低资本金制度),转而效法英美法的授权资本制,必然有其经济、社会及其他方面的背景。笔者认为,首先是美国长期以来在经济和社会发展方面独步天下,使其公司法文化也随之成为世界主流。上百年以来,美国公司制度在无最低资本要求体制下依靠商业透明度、社会信用体系、公司经营状态压力测试、董事责任、揭开公司面纱、诉讼审查关联交易、股东债权衡平居次等规则,有效防止了不诚信的股东利用公司控制权和有限责任对债权人利益造成不正当侵害。二是如上所述,欧盟范围内,统一市场的建立使得法、德等国大陆法系公司法传统受到英国灵活的公司资本制度的挑战。为了吸引投资及其可能带来的税源和就业,欧洲大陆不得不展开制度竞争,被迫向英国看齐。三是全球范围内的周期性经济下行压力,迫使有关国家政府求诸以放松管制为主要内容的更深入的市场化改革,以期获得提振经济的制度效果。四是大批有英美法背景的学者推动了法律文化的跨国渗透,他们对较为严格的法定资本制的抱怨以及改采授权资本制的呼吁也构成制度变革的重要促进因素。⁸

单纯从制度竞争的角度看,英美法系的无最低资本金要求的资本制度已经胜出,这已是不争的事实,但这是否意味着大陆法系的法定最低资本制度起始就是个历史的误区,走了百年弯路?其实不然。在过去两种制度各自发展的一百多年中,英美法系和大陆法系的资本制度各有其道,各有所长,对便利投资和保障交易安全的问题都有各自不同的关注角度和方式。⁹此外,英美在公司资本制度上并不总是经济发展客观成果的赢家。德国目前仍然固守法定资本

8. 在我国有些创业者指责中国的最低注册资本制度妨碍了中国出现乔布斯、比尔·盖茨式的人物,说辞非常煽情。

9. 英美国家的公司法本身比较注重投资便利,而通过其他配套制度和诉讼机制保障交易安全;大陆法系国家则在公司法体系中直接融合交易安全规则,隐约可见其把法定最低资本缴付和股东有限责任作为强行法条件予以衔接。

制，而其经济委实为全球翘楚；我国经济发展的伟大成就也是在法定资本制的条件下实现的，而在过去的10多年中，英美和资本制度改革后的日本的经济反而低迷徘徊。这一现象说明，资本制度的调整对经济发展的牵引力十分有限，适合国情的法定资本制仍然合乎经济理性和规律；良莠不齐、杂草丛生的公司群体和道德水准有限的企业家一旦对债权人利益形成整体威胁，交易成本就会骤升，并因此阻碍商业规模和经济实效。

二、我国新公司资本制度的类型定位

到底是何等的现实需求导致我国去年的公司资本制度改革，以至于不惜颠覆法定资本制制度主体和配套制度的整个体系，¹⁰实在是一个在专业层面上令人迷茫、错愕的古怪难题。德国自1892年建立有限责任公司包括设立法定最低资本标准，至今已有122年的历史，2008年的修法尚未根本改变其制度原型；《法国公司法》于1925年从德国引入有限责任公司建立最低资本制度，至其变法经历了77年的时间，而且是在欧盟范围内受到英国法律的挤压挑战的背景下所为；我国《公司法》是1993年施行的，才满20岁，而且我们过去十多年的经济成长成就不凡，面对社会诚信状况的窘迫和债权人利益保护机制的脆弱，拆除最低资本标准和附期限实缴要求这个法律屏障的正当性、合理性到底在哪里？注册资本1元钱的公司如何进入营业状态，能够雇佣多少职员，又能够为社会创造什么财富和发展机会？注册资本50亿，但实缴资本只有2元钱，其余部分50年后缴付的公司，《公司法》上有没有救济制度来保护这类无赖公司给债权人利益造成的威胁，还是要依靠《破产法》等制度替《公司法》擦屁股？在这些问题未及认真思考就急于废掉法定最低资本标准和实缴要求的情况下，仅凭一个效果有限的所谓“公示平台”制度就想完成保护债权人利益的目标，实在是天方夜谭。因此，可以肯定地讲，由深圳启动并最终完成的行政主导的公司资本制度改革，总体上是一件有毒的制度产品。深圳的做法无非是我国地方政

10. 在我国，原先的注册资本制度在公司法、证券法、税法、会计审计法、刑法中都有规范，加上最高人民法院的司法解释形成了公示、法定义务、债权人合理预期、交易安全保障等价值体系。

府追求GDP目标的另类表现,¹¹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,是争扛“改革”大旗、摘“皇榜”、倒逼全国人大常委会吃剩饭的齷齪现象。

公司注册资本制度是自公司制度诞生以来伴生的基础制度。正如企业注册制度在中世纪的出现一样,它反映了商人经营活动的范围由熟人社会向陌生人世界扩展时借助公共机构的权威搭建起信用平台的需求。资本需要确定,资本有最低标准,资本应当按法定时间和法定形式投入,股东和资本都需要公示,其他社会主体根据这种公示判断公司的信用状况并决定是否与目标公司进行交易。这种判断的依据在于公司法对资本的缴付和合理利用施以强制维持的压力,债权人对注册资本的确信来自于对法律的信任。因此,法定最低资本和实缴要求是股东免受无限责任、连带责任追究的条件。欧洲大陆法系国家在效法英美制度时也不全然是移植授权资本制,至少股份有限公司保留了最低资本制度,德国还保留了有限公司的最低资本制度。从充分考虑国情和减轻对公司资本制度冲击的角度出发,反思我国去年的颠覆性的资本制度改革,笔者认为,改革的目标是本可以通过大幅度降低注册资本的方式实现的(如将有限责任公司的最低注册资本降为1,000元,股份有限公司则降为100万元),这样就不会损及与法定最低注册资本标准和实缴要求联动的股东责任体系和债权人保护机制。然而,非理性的改革举动使约束股东投机行为的制度堤坝被瞬间冲毁,似乎过去建立的公司资本制度本来就是妨碍投资发展的罪恶渊藪。这种近乎疯狂的完全不考虑妥当性、正当性的制度颠覆闹剧,无法不让人揣度其为政治作秀。

令人稍稍慰藉的是,去年完成的资本制度改革虽然已经大幅度偏离了公司

11. 2014年3月20日,央视新闻联播中正面赞颂深圳的制度改革,据其负责人讲,公司注册数量2013年同比2012年上升了40%,但却回避到底真金白银投入的公司有多少,就业情况带动了多少,这实质是继续在做涂脂抹粉的宣传。在十八大以前的特殊历史时期,深圳的做法难说不具有官场文化难以明言的政治表演色彩,迎合领导的意向而替代理性考量,摘“皇榜”,抢风头,其中还带有制度走私的明显因素:如抢先制造公司设立条件洼地引流国内金融资源(我们可以从中或多或少看出美国特拉华州公司法朝底竞争的影子,而我国是中央集权体制的国家,《公司法》是全国统一的一部法律,因此深圳的改革是以违法动作“抢钱”),谋求实行先照后证以卸去工商监管责任并试图转嫁执法累赘和风险。据我来看,深圳“底线抢跑”的做法,是借改革之名,行客观毁坏之实,工商机关暗度陈仓避实就虚,加大了债权人关注公司实绩的调查成本和交易风险,重创了我国经济社会的交易秩序安全。

法治的航线,但还不是与原有体制雷达系统的完全失联。从法律层面定位,我们仍然可以断定修订后的公司资本制度是法定资本制而非授权资本制。抛开公司登记的若干变动不说,修订后的《公司法》和《公司登记管理条例》仍然保留了“注册资本”这一法律术语,且注册资本需要在登记机关进行登记并体现在企业法人营业执照上,而后者显然也构成一种公示。在新资本制度下,注册资本的数额可由股东在章程中任意约定,经公示后确定为股东的出资义务;认购股本数额的股东得依照章程规定履行出资义务,违反章程约定延迟出资或者未出资都不能免除其在公司运行期间的某一时段承担如数出资的责任,而且其他的发起人股东对这种出资承担连带责任。这种制度与授权资本制比较,不同的是公司公示的注册资本不是股东会或全体股东授权董事会发行资本的最高限量指标,不存在注册资本和发行资本的区别,注册资本在公司成立时已经全部发行完毕,章程可以安排分期缴付和缴付的不同时间,注册资本经公司成立对社会发生信用信号,即其一旦公示,章程不可以未经法定减资程序而免除股东出资义务。在公司成立后,章程仍然可以通过修订而减少注册资本数额,甚至将已经缴付的出资退换股东,不算是抽逃出资,但应按减资程序处理;公司的控制股东未经章程修订和减资程序将自己的出资撤回的,当然属于抽逃出资行为。至于公司,无论是有限公司抑或是股份有限公司,其注册资本只有2元钱,股东出资已到位的,与这类公司发生交易的风险必将是债权人格额外予以关注的。没有了法定最低资本金的标准,《公司法》包括最高人民法院的司法解释在何种程度上做出制度应对应该说是一项难题。¹²

而英美法系的授权资本制规定的注册资本¹³仅仅是一种名义资本,它表达的法律含义是股东会对公司董事会发行资本的一种最高限量授权,因此也称授权资本。公司成立时这种授权资本通常不会全额发行完毕,往往只发行一股或者两股。¹⁴股东对公司缴付资本的义务由接受发行资本的数额所确定,与注册资本即名义资本(授权资本)无关。在名义资本限量范围内,董事会决定何时

12. 本文在第三部分中提出一些设想。

13. 英美法系公司的章程分为章程大纲和章程细则。以香港为例,章程所定资本总额应在章程大纲中记载,而章程大纲需在公司注册署登记,因此章程大纲所定资本也称为注册资本(Registered Capital)。

14. 一股或者两股,在不同的货币区就是适用货币的一个或两个基础货币单位,如1或2美元,1或2港元,1或2欧元,1或2日元等。

发行，每次发行数额多少、向谁发行。由于这些都不是股东会的决策事项，也就不能构成股东履行出资义务的法律义务。也许，公司的注册资本是1,000万港币，但发行资本只有2元港币，股东只对认购的2元发行资本承担缴付义务，哪怕公司倒闭、破产，股东对1,000万减去2元的大头余额均不负责任，即不依名义资本发生缴付义务。英美法系的这一套资本制度体系，与我国的国情、资本信用规则、商业传统、商人意识、司法认知、法治文化相去甚远，若贸然采纳，必将彻底摧毁公司法定资本制度构建的安全体系，其后果极有可能就是商业领域另一场“文化大革命”。¹⁵我们应当戒急用忍，长期坚守法定资本制的核心价值，在任何时候采取任何手段鼓励投资时，均不应忘记公司债权人和社会利益的安全，特别是在制度调整变化时更应谨慎考量，依照法治和传统处理法律的更新发展问题。毕竟，我国经历了三十多年的法制建设阶段，法治意识比较深入人心，大起大落的制度革新超出社会大众心理预期过远，若做“公牛闯进瓷器店”式的激烈变革，必然会给日后留下一堆麻烦。须知，合理的能够永生，缓进也是发展。

三、对新资本制度下债权人保护规则的 重新梳理和补救设想

如前所述，改革需要“快刀斩乱麻”的坚定态度，需要顶层设计，国务院有关部门负责牵头组织《公司法》修订也是应然之举，但改革的目标及具体措施的选择不能基于个别行政机构的主观臆断。我国从20世纪70年代末期至今，历经三十多年的稳定发展，社会的利益结构和法治秩序已经获得了国民的基本

15. 20世纪90年代，我作为兼职律师处理过一家香港公司的事务，该公司是典型的授权资本制的企业：该有限公司共有两位股东，公司的注册资本为100万港元，设立时只发行两股，每股1港元，公司收到两位股东认购的资本两港元。公司董事会的两位董事就是两位股东。公司运营的资金由董事会决议向股东借款，该两股东共向公司出借100万港元资金，如此，股东、董事、债权人集于一体。公司用100万港元借入资金购买了经营设备，且将该设备抵押给资金出借人也即该两位股东。后来，公司无力偿付对外债务进入破产清算程序，数十位员工的20多万元工资欠款不能支付，而股东却不受大的损失，因为公司较有价值的设备抵押给了债权人，也即以债权人身份出现的股东。公司注册资本中未缴付的999,998元港币因董事会未发行也无人认购故对债权人不具有任何价值，债权人就这个差额既不能追索股东补足责任，也不能以公司实际资本能力不足追究董事的责任。

认同,远不是“凤阳小岗村”土地承包闹革命的时代,凭借按满手印的几页密约草纸就可以把农业生产力从毛式公社的压制下解放出来。减少行政审批是一回事,而动摇公司资本制度是另一回事,因为它主要不是赋予行政部门管控市场投资的权力资源,而是在股东、公司、债权人之间划定责任区间的法律界桩,是公司实力的一种带有系统性法律思维的公示手段和股东责任状。仅以需要降低公司设立门槛、鼓励投资为由而将公司资本制度中的最低资本标准和附期限实际缴付要求当作阑尾切除,不顾实际地抛弃了这两项制度的积极价值,必然导致公司资本制度逻辑的紊乱。深圳的做法在程序上轻侮戏谑了全国人大的立法权权威,开创了“以下犯上、违法改革”和“生米煮成熟饭,倒逼全国人大就餐”的立法模式;在实体上,这种做法罔顾我国社会诚信环境很差的国情,盲目与其他国家和地区接轨,结果是瓦解资本制度体系,给公司债权人利益保护造成制度缺口,同时也直接鼓励公司投资活动中的机会主义行为,恶化交易安全环境。在法治建设过程中借鉴和移植别国制度建设方面的经验十分重要,但同时需要我们有结合本国实际状况的判断和选择能力,否则,改革者所期望的“投资能量释放”很可能是“镜花水月”,因为中国经济发展中的核心问题是中小企业持续发展中的融资难,国家实体经济发展中的信用环境差,赚钱的行业完全被少数国企垄断,而不是公司设立之初的法定最低启动资本标准。如此夸张地强调一个次要问题的改革,有回避主要矛盾、转移公众注意力的嫌疑。

综观大陆法系国家和地区公司法律中的注册资本制度,其最具核心的宗旨在于对公司债权人利益的保护。在此次公司资本制度改革完成后,我们的确在投资者、债权人、公司自身等诸多主体间的利益平衡上出现了新的挑战和理论的灰色地带。我们需要从废除法定最低资本标准和实缴要求后的资本制度的剩余部分解读,才可能厘清规则乱局,而后设想制度的补救事项。

改制前的资本制度对债权人利益的平衡保护原理是:法定最低资本标准的存在给股东采用公司形式投资设定一种条件负担,实缴规则同样要求股东先付一定比例的资本投入,其余部分在公司成立后的法定期限内缴付。章程所定资本未达法定最低标准,首期入资不符合出资比例要求,都是违法行为,公司难以成立;如有成立,也存在股东违法之事实,监管部门有职权、有责任查处,债权人可以追索。公司未经法定程序减资,不可以将出资退回股东,否则构成抽逃出资行为,法律通过行政处罚甚至刑事处罚来阻却股东进行这种活动,同时债权人也可追究股东责任以实现自己的预期利益。股东对公司债务仅以投资

额为限负责,就必须真实履行上述法定义务。当公司的最低资本被取消,跟进的实缴义务也被取消,公司注册资本的数额和缴付期限由股东在章程中确定,而缴付发生时也不需要验资机构确认,导致缴付行为只能由其他股东相互确认。这样一来,实践中发生的问题可能会有如下方面:

(1)“侏儒公司”问题。公司章程确定的注册资本是2元钱,无论是否缴付,对债权人利益保护的价值微乎其微。这类公司明明白白写出自己的资本“身高”,无法达到正常人的生理状态,笔者称之为“侏儒公司”。债权人由于自己疏忽,在没有设定担保的情形下与这类公司发生交易,上当受骗的风险极大,而在现有制度条件下,希望事后获得制度救济几无可能。

(2)“无赖公司”问题。公司章程所定注册资本为巨大数额,但实际缴付资本则为极小数额,余额在章程中约定自公司成立后第50年或第100年时缴付到位。这类公司可能是股东出于恶作剧而申办,也可能是股东误读公司资本制度而贪心求大,因此谓之“无赖公司”。这类公司如果不实际从事生产经营活动,只是一种华而不实的闹剧,也不至于损害社会利益和债权人利益;如果一旦进行经营活动,在其不能支付到期债务时,债权人请求其立即履行资本缴付义务以偿还债权人,目前《公司法》上没有依据支持债权人的主张,因为《公司法》取消了股东在法定期限内实缴资本的要求。在这种情形下,债权人只能对欠债公司首先申请破产,依据《破产法》第35条¹⁶由管理人向未履行出资义务的股东追缴出资,借以实现债权,导致昂贵的社会成本。

(3)投资者风险意识问题。对诚实的投资者来讲,在公司章程中合理确定所设公司的注册资本标准是风险管控的首要职责,不可心存侥幸,不可玩弄新体制下的“权利”机会,注册资本极小或者极大都可能是暗含“尖桩”、“毒刺”的制度陷阱,特别是法律废止出资验资程序后,一旦被债权人追诉,已履行出资义务的外部证据无法提供,可能使自己被缠入诉讼甚或背负沉重的债务负担。

(4)公司资本虚报、虚假出资及抽逃出资问题。将虚假出资、虚报注册资本、公司注册资本抽逃行为入罪向来为民商法学界所诟病,在资本制度修订后看来确有重新检讨的必要。由于《公司法》中还保留了法律、法规、国务院决

16. 我国《企业破产法》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,管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资,而不受出资期限的限制。”

定的部分公司的最低注册资本标准和实缴要求及验资程序，原先的刑法制度所依托的基础条件仍未全部变化，从总体上说还是应该继续保留。对于普通公司而言，到底是否继续适用，是值得深入研究的问题。

(5)出资形式问题。去年年底的《公司法》修订是全国人大及其常委会在没有将《公司法》修订列入2013年A类修法计划的情形下强行增加的立法安排，因此，对《公司法》关于股东出资的其他规则未作任何改动。其中，在股东出资形式方面，除取消了30%的现金要求外，具体的出资方式并没有做出扩大范围的许可，即没有同合伙企业法和个人独资企业法的投资者的入资条件相并轨。股东不得以劳务、个人信用出资的规定继续得以维持。

(6)年检、年度报告、公示平台等其他相关问题。公司的年检制度被年度报告备案公示制度取代，削减了公司登记机关对公司运营状况的监督检查权责，同时也减轻了公司企业的运营负担。过往的公司登记管理制度要求公司年检，过时不检的，最重会受到吊销营业执照的处罚。年检制度取消后，事实上也使登记机关向商业服务性部门方向转化，淡化了其行政监管的色彩，应该说符合党中央的改革总体设计方案。若公司不按要求做年度报告，其相关营业资讯就无法被体现到公示平台上，则登记机关也必须将未做年度报告的事项反映到平台，以给可能的社会需求者预告风险。

从近年来人民法院审理公司资本缴付瑕疵案件的情况看，尽管我们在《公司法》中规定了较严格的法定资本制度，但总有一些案件中存在股东虚报注册资本、虚假出资、挪用或者抽逃出资的情形，这种情形不是个别现象。即使有《刑法》规定的三种罪名及相应处罚，围绕公司资本的违法活动依然猖獗不已。现在，《公司法》废除了最低资本标准和实缴要求，债权人的权益保障又面临新的挑战。作为制度的设计者，政府显然不能为了获取“改革红利”而将交易风险管控的任务交给市场主体，而自己完全不作为，或者妄想将市场秩序寄托于作用十分有限的所谓公示“恶人”黑名单制度。当债权人被2元钱注册资本的公司骗得家破人亡、天地无应时，人们或许会问：是谁把这种带有“H7N9病毒”的公司投放到社会上害人的？如果我们不能及时修补被毁坏的围栏，不扎牢破损的篱笆，狼群撕咬绵羊的惨状必将写满中华大地。为此，笔者提出如下建议，以与学界商榷，也供立法机关参考：

(1)关于“侏儒公司”。“侏儒公司”即注册资本数额很小的公司，通常的经营模式是股东向公司出借运营的资金，再把公司购置的设备抵押给股东使其

取得优先受偿权，因为如果银行没有获得股东的私人担保是不会出借资金给这类公司的。不谨慎的交易相对方一旦和这类公司发生钱货交易，而又没有设定担保安排，风险就非常之大。德国在2008年修订《公司法》时，非常关注这类公司的恶意破产问题，将管控公司风险的责任强加于董事身上。美国法院在上世纪处理的公司恶意破产判例中确立了股东对公司的债权衡平居次的原则，世称“深石原则”。我国存在的问题有二：一是在公司治理体系中实行“股东会中心主义”，董事的权力受股东会制约较强，因此，董事对公司破产中财产受损的部分承担个人责任很难在立法、司法中落实，或者说抽象有规定，实体难实现；二是缺乏合理的标准和经验让法官足以判断公司的注册资本是否与其交易的规模不相适应，从而判令骗取他人钱货又以有限责任隔离自己风险的股东为债权人蒙受的损失负责。如注册资本同为2元钱的商贸公司和科技咨询公司，由于它们的业态完全不同，前者需要强大的货币资本支撑，后者则主要依赖科技人才的专业能力，因此，对实际运用资金的要求差别也很大。如果把这个问题完全交由公司的交易相对方自己把握，自己管控风险，而国家立法、司法机关袖手旁观，实在缺少公权道德。

法官们在长期审理民商经济案件的过程中自然也会养成一种尊重诚实守信的当事人而鄙视玩弄法律技巧、巧舌如簧的当事人的职业心态。当面对注册资本为2元钱而又做数百万元生意、利用关联交易和虚假投资手段隐匿财产，转移公司资源，让债权人承受巨大损失的案件时，很难说他们在第一时间不会在道德、情感上受到刺激。个人只以2元钱承担责任而攫取他人的巨大财富，这种利益结构与社会正常的财富流转秩序背离，尽管在外观上符合公司法的制度设计，但其内核却充满了人性的贪婪和猥琐，不应被提倡和推崇。但法官绝不可以仅凭注册资本数额极低而对外债务过大就责令公司股东对公司债务负担连带责任。在类似的诉讼案或者破产案中，根据债权人的请求，法官需要调查债务人财富的去向是否正当，债务人公司必须承担举证责任以证明其各类经济资源的利用是适当的。如果经过债权人的调查，查证公司的财产被股东违法分配、通过关联交易而转出、股东挥霍、赠送他人等手段使股东或其利益关联人从中获取非法利益的，可以采取下述方式给债权人以救济：(1)直接援引我国《公司法》第20条规定，认定股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害债权人利益，对公司债务承担连带责任。此即适用公司人格否认制度维护债权人利益。公司的董事、监事、高管人员在其中未尽忠诚义务和勤勉

义务的,同时承担连带赔偿责任。我国诚信环境极差,在公司注册资本制度改革后,资本数额为2元抑或100元的“侏儒公司”必然会大量涌现,《公司法》第20条被适用的几率肯定会大增,否则公司的债权人包括员工利益无法保障,改革就是制造公司生态灾难。(2)在债务人公司破产的情形下,股东向公司的借款债权,援引衡平居次规则(即“深石原则”)认定其资本数额不足其实际业务所需,确认其抵押担保无效,列入劣后债权分配。我国公司法目前未对衡平居次规则加以规定,建议最高法院在《破产法》司法解释或者《公司法》司法解释中做出规定。地方法院在处理类似案件一时等不及司法解释出台的,可以独立创造新类型案例,并可选择逐级上报最高人民法院确定为指导性案例。

对于资本数额极小,又无稳定金融资源支持、根本不具备履约能力的公司通过合同骗取他人钱财的行为,则可按合同诈骗追究刑事责任。

“侏儒公司”在经营中没有任何违反《公司法》第20条规定的情形,其行为和股东行为又不违反《刑法》关于合同诈骗的规定的,除在公司破产时适用衡平居次规则外,法院当然不应追究股东连带责任或赔偿责任,因为他们已经缴付了公司资本,哪怕是2元钱。

(2)关于“无赖公司”。“无赖公司”在经营中一旦无力清偿债务,债权人如何获取救济是个大问题。2010年,最高法院在答复地方法院一件债权人起诉请求公司股东提前缴付未缴资本以偿还公司债务的案件时曾发来电邮咨询笔者意见,笔者当时的答复意见是:股东在公司成立满两年时缴付全部资本既是股东义务,也是股东权利,因为有《公司法》的明确规定为据,债权人不能为实现自己的权利而损害股东的权利。债权人无权要求股东提前缴付资本,但债权人可以申请债务人公司破产,依此适用《破产法》第35条,由管理人催促股东缴付资本。也许这种行动路线费时费力,债权人诉求获得满足而造成公司主体资格的消灭,于社会、于股东、于法院皆无益处。但法律既已做出的规定不能因便宜各方而走捷径,对程序正义造成损害。据称,最高法院的相关答复和笔者的意见一致。但是,眼下我国《公司法》已无资本缴付期限的规定,为了降低债权人利益实现的成本,我们应该把债权人申请公司破产当做最后的救济手段,而在《公司法》修订中加上“公司无力清偿到期债务,而公司章程约定的股东缴付资本期限尚未届至或未约定缴付资本期限的,债权人可以请求人民法院判令股东立即缴付尚未缴付的资本,用以偿还债权人”的规定。现实中,有些公司具有高成长性或者有大量的产品售后服务业务,也雇佣了较多的员工,

若股东未履行全部出资义务,就以公司破产的方式实现债权人利益,社会成本巨大。所以《公司法》应当做出及时修订。

(3)关于公司资本虚报、虚假出资及抽逃出资问题。在新资本制度下,除法律、法规、国务院决定所设公司有法定最低资本标准和实缴要求外,虚报注册资本的概念已经完全过时,因为《公司法》已经确认公司注册资本由公司章程确定,而且不要求附期限实缴,虚报还是实报都无意义,也无法甄别确认。

对出资不实、债权出资为空头支票、实物资产和无形资产评估作价过高、以次充好等虚假出资现象的治理,在现行法定资本制条件下仍然具有价值。¹⁷它不仅可以保证股东履行出资义务的妥适性,而且为公司其他适当履行出资义务的股东、公司自身和债权人提供了一种监督利器。从这个意义上说,在公司法取消了法定验资程序,股东履行出资义务后就必须适当保留出资证明文件,包括汇款凭证等,以防日后公司债权人起诉股东追责。公司为了在市场上获取客户信任和社会信任,提升公司的品牌价值,也可以自行聘请会计师事务所进行验资,确认股东投资到位情况。

抽逃出资的问题似乎存在灰色区域,需要审慎厘定。在公司资本和缴付期限由章程而非公司法确定并取消公司年检制度后,资本似乎和除法院以外的政府机构包括公司登记机关失去了关联度,它们不再负有监督公司资本缴付的职责,工商机关已经实现了金蝉脱壳的目的。但是,总局的负责人为了给部门壮胆,还是反复讲在强化公示公司注册事项的同时,要加强监管,保证违法者寸步难行,“一处违规、处处受限”,提高企业“失信成本”,守法者海阔天空等。¹⁸然而,公司资本不再关涉到注册机关的行政职能,它怎样履行监管职责?从哪个视角可以切入?令人百思难得其解。已经缴付的资金被股东从公司撤出,传统体制下就是抽逃出资行为。依据数额与缴付期限由章程确定的逻辑

17. 最近获悉,中国证监会天津监管局正在查处的一家期货公司,申报的注册资本为1亿,但实际是通过企业集团内部所设的资金结算中心将500万元反复打进打出期货公司账户20次,终于凑够了1亿资金,虚假出资部分达9,500万元。

18. 工商总局领导曾讲过:“对工商部门而言,改革登记制度不是监管职责的弱化,而是对监管工作提出了更高更严的要求。在营造宽松准入环境的同时,综合运用行政、经济、法律、自律等手段进一步加大监管力度、提高监管效能。”参见杜宇:《降低创业成本,创新监管方式——解读国务院常务会议部署推进公司注册资本登记制度改革》,资料来源: <http://www.chinanews.com/gn/2013/10-27/5429091.shtml>;更新时间:2013年10月27日;访问时间:2014年4月8日。

辑，章程可经修改把已经缴付的出资撤回而不被冠以抽逃出资的帽子。所以，监管无从说起。但是，撤资毕竟会伤害到公司债权人的利益，集体性的撤资应当履行减资程序，所谓监管的权利只能来自公司债权人。如果公司没有债权人，集体性的撤资通过章程修订就不违法。余下的唯一一种抽逃出资行为只能发生在控制股东不经股东会修改章程而撤回自己出资的情形。公司一旦出现这种抽逃出资行为，不仅涉事股东应当承担责任，董事也要承担连带责任。最高法院公司法司法解释对此已有明确规定，应继续适用。

法定资本制是适合我国国情的制度选项，它给公司的投资者、治理主体、债权人以及司法体系和律师植入了理性预期和理解路径。在公司法层面，我国并未受到来自外部的制度竞争，因此，我们没有任何适当的理由去模仿、复制授权资本制的理念和做法。我国也不适宜通过构建庞大的其他制度体系维护债权人利益和交易安全，因为我们缺乏成熟的法律软文化，国民和社会基本不熟悉那种交易环境。保持经济发展不应该给社会一种恐惧交易的心理压迫，因此，戒急用忍，长期坚守法定资本制及其核心价值是应然正道。

(在本文写作过程中，笔者曾阅读过下列文献：王保树：《资本维持原则的发展趋势》；朱慈蕴：《公司资本理念与债权人利益保护》；葛伟军：《债权出资的公司法实践与发展》；郭雳：《论我国公司资本制度的最新发展》；彭冰：《未完成的改革——以股东分期缴付出资制度为例》；刘燕：《对我国企业注册资本制度的思考》；冯果：《论公司资本三原则理论的时代局限》；邓峰：《资本约束制度的进化与机制设计——以中美公司法的比较为核心》；赵旭东：《从资本信用到资产信用》等。在此谨做说明。)

Institutional Remedies of Environmental and Logical Flaw in Disruptive Reform of Company Capital System

GAN Pei-zhong

Abstract: The institutional reform of company capital in Company Law happened in 2013 is a simple adoption of foreign practices from France, Japan,

South Korea and Taiwan, without taking China's distinctive ecology into full consideration. The efforts of administration for industry and commerce in repealing the statutory registered capital and contributed capital, indeed has no foundation because it is not only unlawful but also a shirking of regulatory responsibility. The vague and ambiguous concept of “authorized capital” innovated in Shenzhen lacks an institutional framework and thus is unenforceable. Also, exceeding its powers in amending the national Company Law, the local government of Shenzhen has impinged the integrity and authority of the National People's Congress, in fact reduced legitimate lawmaking authority into mopping up the leftovers in the feast of reform and essentially obtained opportunism advantages stemming out of “race to the bottom”. To put it in a bigger picture, the disruptive legislation reform ignores the backgrounds of and constrains on such reforms of capital rules in other civil law countries. Moreover, China has no supporting legal and culture system as well as comprehensive rules to safeguard transactions as common law countries, which makes the statutory capital rule in company law our best choice to provide full protection to creditors. Fortunately, the basic framework of statutory capital survives the reform. We ought to formulate follow-up measures in further amendments of Company Law and try to cure the defects and mistakes of the 2013 reform.

Keywords: Disruptive Reform; Transition without Foundation; Institutional Nature of Capital; Institutional Remedies