

系统论范式下我国公司资本规制立法的完善

赵 树 文*

摘要:系统论范式对科学揭示资本规制的运行规律,推进认缴资本制改革具有重要指引意义,其核心在于系统论整体性、层次性以及开放性原理的运用,依据不同标准可以具体化为阶段性、方式性、程序性、制度性四种类型。以此范式为逻辑,可以明晰资本规制是一个由设立阶段规制走向流转与退出阶段规制、由行政管制走向司法规制、由事前规制走向事后规制、由公司法内规制走向公司法内外协同规制的进程。应以系统论范式为指引,并借鉴域外资本规制经验,明晰中国资本规制改革的具体路径。

关键词:公司法 系统论范式 资本规制 认缴资本制

立法变革需要学术的推动,而“科学研究有自己的基点即范式先定”,^①学术的发展在相当程度上取决于其研究范式的进化,因为“范式的更替意味着基石范畴、理论体系、理论背景、研究方法的全方位更新或跨越时空的创新”。^②因此,就资本规制立法改革而言,其学术研究范式的发展具有重要意义,然而鲜见有国内学者从范式及其转型这一学术本体出发对其进行研究,进而提出相关立法改革措施。尽管资产信用理论可以看成是学界关于资本规制研究的重要范式,并且其对推进资本规制立法改革确实发挥了重要作用,但自赵旭东教授于 2003 年明确提出该理论至今已 10 余年,在此期间我国公司法资本规制架构也历经两次修正,由最初的严格法定资本制发展至当前的认缴资本制,资产信用理论得到极大贯彻,资本信用理论退出历史舞台。然而在当前认缴资本制下,公司股东与董事机会主义行为愈发严重,债权人利益保护堪忧,股东不仅极力逃避其认缴出资义务,而且以公司名义通过虚假诉讼等方式进行的欺诈性财产转让行为日益频繁,资本规制的效率性与安全性失衡,危及公司制度的运行根基。因此,探究资本规制研究的新范式,寻求资本规制内在发展规律,以对当前认缴资本制立法改革做出理性回应,从而为资本规制立法的完善奠定坚实逻辑基础,已成为当前学界面临的重要课题。而“法律不是各种法规的机械堆积,它同任何复杂的事物一样,是一个体系或系统,是一个有自己的特定要素、特定结构因而也有其特定功能的系统或体系”。^③资本规制立法同样如此,因此作为当前法学研究的重要理论——系统论,无疑有助于我们打破当前资本规制研究的碎片化现象,进而更加全面、客观地推进其研究进程。

较早将系统论应用于资本规制研究的是徐晓松教授。徐教授在 2006 年出版的《公司资本监管与中国公司治理》一书中明确指出:“将公司资本制度看作一个由不同的部分构成的、处在公司法体系中的完整系统,并在此基础上展开研究,不仅有助于在普遍意义上深化对公司资本制度改革的认识,而且将为结合中国实际、解决中国公司资本制度改革的方向奠定基础”。^④同时,徐晓松教授又以公司运行阶段为基础将资本制度划分为设立阶段资本形成制度与经营阶段资本流转制度,指出两者相互独立又相互关联。显然,徐

* 河北大学政法学院副教授

基金项目:中国法学会部级法学研究课题[CLS(2016)C26]、河北省社会科学基金项目(HB16FX002)

① 张文显:《当代中国法哲学研究范式的转换》,《中国法学》2001 年第 1 期。

② 张文显:《当代中国法哲学研究范式的转换》,《中国法学》2001 年第 1 期。

③ 李昌麒、周亚伯:《怎样运用系统论研究法学问题》,《现代法学》1984 年第 1 期。

④ 徐晓松:《公司资本监管与中国公司治理》,知识产权出版社 2006 年版,第 129 页。

晓松教授早在10年前就已经洞察到了系统论范式对推进公司资本规制研究的重要意义,并将资本规制划分为设立阶段与流转阶段两个子系统进行了初步分析,这对当前资本规制改革研究仍具有重要意义。而本文所称系统论范式中的系统则是在此基础上延展开来,从公司运行阶段、资本规制方式、资本规制程序以及资本规制制度构成范畴等多元化路径进行分析,以期进一步推进我国公司资本规制立法改革。

一、系统论范式的界定及其对资本规制研究的方法论意义

如何对系统论范式进行界定,系统论范式究竟对资本规制立法改革有何意义,这是本文首先要解决的理论问题。对系统论范式的界定基础在于明晰范式的内涵,对其资本规制研究方法论意义的剖析重点则在于分析系统论整体性、层次性以及开放性原理。

(一)系统论范式的内涵

对系统论范式界定的核心在于准确把握范式的内涵,这是科学界定系统论范式的逻辑基石。但究竟什么是范式?学界并未对此作出统一性、权威性定义,即使其创立者美国学者库恩也未对其进行明确界定,“追溯库恩对范式的定义,可以发现他在运用此概念时没有赋予其固定的内涵”,^①甚至“因其多义性和暧昧不清,引来了诸多批评,以至于库恩曾一度放弃‘范式’这一概念”。^②经过笔者梳理,学界对范式内涵的表达,大致可以分为以下几种:(1)“科学共同体说”。该学说强调范式是学术共同体对某一科学研究领域所共同秉承的研究理念与行为方式,其代表学者为库恩。^③(2)“学科规范说”。该学说认为范式是围绕学科发展而确立的规则,其代表学者为英国学者伯勒尔、摩根。^④(3)“思想体系说”。该学说认为范式就是一整套思想体系,其代表学者为英国学者纽曼。^⑤(4)“研究形式说”。该学说认为范式就是一种思维方式或研究形式,其代表学者为美国学者盖奇。^⑥(5)“方法论说”。该学说认为范式就是一种特定的研究方法,持有此观点的学者包括日本学者藤田英典以及大多数国内相关学者。^⑦

上述各种学说反映了不同学者对范式内涵分析视角与理解重点的差异,依笔者之见,作为一种学术研究范式,其核心应当指向研究方法,是一种方法论,无论是“科学共同体说”“学科规范说”“思想体系说”还是“研究形式说”,其具体内容都包含了方法论的内容,其最终都是为某一学术问题的研究提供更好的方法,方法是各种不同范式界定的最终归结点。库恩虽然未明确对范式进行界定,但是其在《科学革命的结构》一书中关于“范式的优先性”的说明中将范式与规则紧密相连,以期对范式进行更好的解析,这也凸显了范式的方法论意义,因为规则最终就是解决问题的方法。^⑧因此,笔者更加倾向于“方法论说”。

基于此,笔者认为,范式就是为解决某一专业或某一学科问题而构建的具有一定变革性、引领性、多元性与共识性的科学研究方法。变革性表明一项新的范式的本质在于发展与创新;引领性表明范式具有突出的示范性特征;多元性表明范式的非单一性;共识性表明范式对不同研究者所产生的共性影响。

系统论范式“就是从系统的观点出发,按照事物本身所具有的系统性,把研究对象始终放在系统的运行过程中加以动态考察与分析的一种科学研究方法”。^⑨该研究方法特别强调系统论原理的方法论意义,特别是整体性、层次性以及开放性原理的方法论意义。就资本规制而言,系统论范式就是强调基于系统的

① 刘义兵、段俊霞:《教学研究范式论》,人民教育出版社2011年版,第7页。

② 丁华东:《档案学理论范式研究》,中国出版集团2014年版,第7页。

③ 参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2012年版,第147页。

④ 英国学者伯勒尔、摩根认为:“范式就是学科的基本规范,如研究课题、研究方法、理论观点等的共识单位。”转引自霍秉坤、黄显华:《课程范式:意涵、应用和争议》,香港中文大学出版社2004年版,第10页。

⑤ 纽曼认为,范式是一整套思想体系,包括基本假设、想要回答的重要问题、使用的研究技术等。转引自霍秉坤、黄显华:《课程范式:意涵、应用和争议》,香港中文大学出版社2004年版,第10页。

⑥ See N. L. Gage, *Paradigms of Research on Teaching*, N. L. Gage ed., *Handbook of Research on Teaching*, 1963, p. 95.

⑦ 例如,崔允郭认为:“范式代表了一种固定的问题和解题方法”。参见崔允郭:《范式与教学研究》,《课程·教材·教法》1996年第8期。

⑧ 参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2012年版,第136—143页。

⑨ 赵树文:《公司资本规制制度研究》,人民出版社2015年版,第66页。

观点,进而根据系统论原理,将资本规制始终放在系统性运行过程中加以动态考察与分析,并提出其发展路径与制度设想的资本规制研究方法。

(二)系统论范式的资本规制方法论意义

系统论方式为资本规制提供了一种崭新的研究方法,其根源在于系统论原理的指导意义,因此系统论范式的资本规制方法论意义是以系统论原理为基础的。

1. 整体性原理:资本规制改革必须注重整体性推进

整体性原理是系统论的首要原理,因为“一般系统论是关于‘整体’的一般科学”。^①该原理主要强调两方面内容:一是系统整体大于部分之和,作为系统构成子单元的要素一旦组成整体具有其自身所不具备的功能,“形成了新的系统的质的规定性”^②;二是构成系统的各个要素是相互关联、相互作用的关系,正是在这种互动博弈中才能展现系统的整体性质并推动整体的发展。该原理对资本规制改革最具指引意义:资本规制改革必须注重整体性,因为资本规制本身是一个由若干要素组成的系统,每一个要素都对资本规制整体产生重要影响,但是这种影响又是在各个要素的相互作用、相互影响中产生的,单一要素则难以有效展现其对资本规制的影响。因此,资本规制改革必须强化设立阶段、经营阶段以及退出阶段制度架构的整体性协同推进,对设立阶段资本规制改革的取舍必须兼顾经营阶段与退出阶段资本规制改革的有序衔接及其替代性机制的构建,只有这样才能实现预期改革效果。

2. 层次性原理:资本规制改革必须注重层级性推进

层次性原理在系统论中占据重要地位,因为“系统论也不孤立地考察系统的整体性,而是在其与部分、层次、结构、功能、环境的相互关系中来考察其整体性的”。^③该原理强调系统是一个多层性结构组织,其各个具体构成要素自身也是一个独立系统,是整体资本规制子系统,双方是高层系统与低层系统关系,高层系统包含低层系统,低层系统构成高层系统。该原理表明资本规制系统是由其若干低层系统构成的高层系统,其低层系统的组织结构对其功能具有重要的影响,与资本规制的发展紧密相关。因此必须明晰各个子系统功能定位与立法取舍,进而优化子系统组织构造,最终使其更好地服务于整体资本规制系统功能的发挥。

3. 开放性原理:资本规制改革必须注重持续性推进

开放性原理强调了系统构成的动态性发展,因为“系统具有不断地与外界环境进行物质、能量、信息交换的性质和功能,系统向环境开放是系统得以向上发展的前提,也是系统得以稳定存在的条件”。^④系统与外界之间、系统与子系统之间以及各个子系统之间都在进行能量、物质与信息的交换。该原理表明,必须对资本规制进行持续性改革,因为资本规制改革受其外部环境制约,伴随着经济环境、社会信用环境以及法律制度环境的变化,资本规制立法必须与时俱进,及时作出必要修正。

在上述三原理中,整体性原理引领层次性与开放性原理,因为“系统论的基本思想是整体优化,整体效应是系统论的最基本原理”。^⑤因此,整体性是层次性与动态性的基本平台,正是有了整体性才有了层次性,也只有在整体性视野下才能分析其开放性;层次性与开放性则充分揭示了系统的层级构成与动态发展,是对整体性原理的微观性与动态性解构,没有层次性就难以具体把握整体性的发展路径,没有开放性就难以揭示外部环境因素对整体性发展的需求与推动。

二、系统论范式下资本规制的类型化解构

以系统论范式为指引对资本规制进行类型化解构,有助于对资本规制构成进行更加微观的认识,从而

① [美]冯·贝塔朗菲:《一般系统论:基础、发展和应用》,林康义等译,清华大学出版社1987年版,第34页。

② 魏宏森、曾国屏:《系统论——系统科学哲学》,中国出版集团2009年版,第208页。

③ 常绍舜:《从经典系统论到现代系统论》,《系统科学学报》2011年第3期。

④ 魏宏森、曾国屏:《系统论——系统科学哲学》,中国出版集团2009年版,第208页。

⑤ 陆洪生:《运用系统论于犯罪的综合治理》,《中国法学》1989年第6期。

更加具体地挖掘其内在运行轨迹。系统论范式下资本规制的类型化解构取决于系统的构建标准,基于不同标准可以构建出不同的资本规制系统,究竟采取那些标准进行构建,取决于立法发展的实际需要。鉴于此,本文分别依据公司资本的运行阶段、规制方式、规制程序以及制度构成四项标准作出分析。

(一)阶段性范式:资本形成规制、资本流转规制与资本退出规制

作为一种商事主体,公司运行自然划分为设立、经营与退出三个阶段。以此为标准,资本规制系统可以看成是一个由设立阶段资本形成规制、经营阶段资本流转规制以及破产阶段资本退出规制组成的系统,这三个部分可以看成是资本规制的子系统。

阶段性范式强调从设立阶段资本形成规制、经营阶段资本流转规制以及破产阶段资本退出规制三个路径展开研究,剖析不同阶段资本规制改革的发展及其相互影响,尤其注重从整体资本规制的视角去审视单一阶段资本规制改革的效果,强调不同阶段资本规制改革的协同性。在该范式体系中,设立阶段资本形成规制是整体资本规制系统的基础,经营阶段资本流转规制是整体资本规制系统的核心,退出阶段资本破产规制则是整体资本规制系统的终结。设立阶段资本规制既包括最低注册资本、出资缴付、股份发行、出资形式以及验资制度等事前规制,也包括股东、发起人以及中介机构等对公司债权人的民事责任等事后规制;经营阶段资本规制主要包括股利分配、股份回购、公司合并与分立、变更注册资本、公司担保、公司对外投资、公司人格否认、董事信义义务以及信息披露等相关制度;退出阶段的资本规制主要包括破产法上的清算制度与公司法上清算制度。

(二)方式性范式:行政管制与司法规制

作为公司治理外部矫正机制的公力干预有两种途径:一是行政干预与监督,二是司法救济。^①无论是行政干预与监督还是司法救济都是资本规制的方式,前者可称为行政管制,后者可称为司法规制。因此,可将资本规制看成是一个由行政管制与司法规制组成的系统,行政管制与司法规制是整体资本规制系统的子系统。

方式性范式强调从行政管制与司法规制两条路径对资本规制制度的构建与发展进行研究,两种路径存在着显著的差别:行政管制重点在于公权力的直接干预,是一种不可商议的事前严格管制;司法规制则是以当事人诉权为基础,其启动力量是私权,经过私权启动才能进入司法程序,而司法裁决也显著区别于行政指令。在资本信用范式下,行政管制占据着主导地位,其突出的表现为严格法定资本制下的具体制度,如最低注册资本、一次性出资实缴以及强制验资等相关制度;在资产信用范式下,行政管制逐步弱化,司法规制相应强化,如公司人格否认、董事信义义务、公平居次以及实质合并等相关制度的发展。在系统论范式下,行政管制依然存在,如关于转投资无限责任以及关联交易表决程序的限制,但是司法规制将占据主导地位,成为改革核心路径。

(三)程序性范式:事前规制、事中规制与事后规制

就规制程序而言,可分为事前程序、事中程序与事后程序,以此为标准对资本规制系统进行构建,可以将其看成是一个由事前规制、事中规制与事后规制三个子系统构成的整体系统。

程序性范式就是沿着事前规制、事中规制以及事后规制的不同路径对资本规制改革措施进行研究。事前规制强调对公司成立之时所应具备的资本条件进行规制,对资本运行严格控制,其一般体现为严格的行政管制,如最低注册资本、股份不得折价发行、强制验资以及严格出资形式限制等相关制度;事中资本规制强调对资本运行过程中的规制,如信息披露规制、转投资规制以及关联交易的规制;事后规制强调对资本违法行为的矫正性规制,“一般并不直接控制人们的行为,而只是使某些行为承担相应的责任”,^②它表现为各种责任制度,如发起人及股东出资责任、公司人格否认以及董事等高级职员信义义务等相关责任制度。美国学者保罗·戴维斯就董事对债权人责任与最低注册资本制度的比较分析中对此给予了明确的说

^① 参见钱卫清:《公司诉讼:司法救济方式》,人民法院出版社2006年版,第9—10页。

^② 邓辉:《论公司法中的国家强制》,中国政法大学出版社2004年版,第63页。

明:“当公司濒临失去清偿能力之时,有效地确立董事对债权人责任制度将有助于降低强化或引入法定最低注册资本制度的压力。两者的不同在于前者是事后规制措施,后者是事前规制措施。”^①

(四)制度性范式:公司法规制与公司法外规制

以资本规制制度为标准对资本规制系统进行构建,可将资本规制看成是一个由公司法规制与公司法外规制组成的系统,公司法规制以及公司法外规制则是整体资本规制的子系统。

制度性范式就是沿着公司法与公司法外相关制度对公司资本规制改革进行研究,以期更好地探寻资本规制改革的整体性协同机制。因为“公司制度是建立在与外部‘域’的均衡之上的,外部‘域’不同,公司法律制度与体系就不同。相同的公司制度功能目标,在不同的国家而言可以由不同的规则体系来实现。公司规则与外部‘域’的规则之间,不可避免的存在着替代性。也就是说,在美国公司制度下的某个规则体系的功能目标,在其他国可能由其他规则来替代,或者是公司法本身的其他规则,或者是公司法之外的其他规则”,^②所以,同样是资本规制,却既可以由公司法内资本制度加以实现,也可以由公司法外制度加以实现,如破产法就是明证;同时也绝不仅仅限于破产法,如在美国,《统一欺诈转让法》对公司债权人利益的保护发挥着极其重要的作用,资本规制改革必须充分考虑到这种替代性机制。

然而“系统分类的标准是相对的,而且各种系统中往往有相互渗透、彼此交叉的情形”。^③无论是设立阶段资本形成规制、经营阶段资本流转规制还是破产阶段资本退出规制,都包含着行政管制与司法规制,都有事前规制、事中规制以及事后规制;而行政管制往往是事前规制与事中规制,司法规制则是事后规制;公司法资本规制与公司法外资本规制都可能出现在公司运行的任何一个阶段,都可能融合行政管制与司法规制。

三、系统论范式下资本规制立法变迁的比较法考察

美国、日本都历经了由法定资本制走向授权资本制的改革进程,并且都经历了废除设立阶段最低注册资本制度等行政管制并强化事后司法规制的立法过程,其资本规制立法改革模式与中国公司法改革路径更为近似。因此,以系统论范式为指引,剖析美国、日本资本规制立法经验,对完善中国认缴资本制改革具有重要意义。

(一)资本规制重心的转移:由形成规制走向流转规制与退出规制

美国早在19世纪初便确立了法定资本制,围绕着债权人保护确立了法定资本制度体系;以最低出资额度和股东出资强制保证为核心确定了最低资本限额制度,同时明确了股东出资计算方式即股份数乘以票面价值,强调交易价格与发行价不对称情形下资本的矫正计算方式,对渗水股及其法律责任进行明确规定,最后还对非额面股情形下的法定资本数额即“声明资本”进行了规定,其最终目的都意在强调对公司原始资本真实性的确认,以此给予债权人明确的资本信息进而决定其投资行为。^④美国1950年《标准公司法》充分沿袭了各州19世纪公司资本信用的基本理念:明确要求公司最低资本数额不得少于1000美元,公司章程必须标明股票面值以及最大发行数,额面股发行价格不得低于其票面价值,不得以口头承诺与未来的服务作为出资,必须建立法定资本会计账目,包括声明资本、资本盈余以及经营盈余,等等。日本公司法最初也是确立了严格的法定资本制,1890年《日本商法典》明确将资本作为公司章程的绝对记载事项,并不得发行无额面股;1899年《日本商法典》进一步强调股份发行不得低于票面价值,并对现物出资作出严格规制;1948年《日本商法典》对股金最低值作出规定,全部定位于20日元,并要求全部实际交付;1990年《日本商法典》则以最低注册资本制度为中心,进一步强化了设立阶段资本形成规制;规定股份有限责任

① Paul Davies, Directors, Creditor—regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency, 7 European Business Organization Law Review, 310(2006).

② 曹兴权:《公司法的现代化:方法与制度》,法律出版社2007年版,第222—223页。

③ 冯国瑞:《系统论、信息论、控制论与马克思主义认识论》,北京大学出版社1988年版,第216页。

④ See Bayless Manning and James J. Hanks, Jr., Legal Capital, Foundation Press, 1990, pp. 20—43.

公司的最低注册资本为1 000万日元,并且将有限责任公司的最低注册资本则增加至300万日元,以期更好保护债权人利益。

然而伴随着经济、社会、国际竞争以及立法技术的发展,美国、日本资本规制立法都经历了历史性的转变,其资本规制重心逐步转向流转规制与退出规制。1969年《美国修正示范公司法》明确废除了最低注册资本制度,并被绝大多数州公司法所采纳;1984年《美国修正示范公司法》则进一步废除了声明资本、额面股的概念,废除了资本会计账目的严格规定,同时对出资形式作出了扩展即“任何给予公司的有形的或者无形的财产或利益组成,其中包括现金、本票、已提供的服务、有关在将来提供服务的合同或其他公司证券”。^①2005年《日本公司法》也废除了最低注册资本制度,放松了设立阶段的资本管制。但是资本规制改革的步伐并未停止于此,而是与此同时强化了资本流转规制与退出规制。

就资本流转规制而言,突出的表现是强化对股利分配的规制,这一点在美国、日本公司法改革中都有着鲜明的体现。1984年《美国修正示范公司法》规定:第一,要求将优先股的股息等同于第三人债务,公司资产数量只有在向一般股东支付后还能够保障优先股息以及第三人债务之和时,才能进行股息分配;第二,要求将股份回购和赎回的资金也等同于公司第三人债务。^②2005年《日本公司法》则作出以下规定:第一,明确提出可分配额的概念并对其具体范围作出规制;第二,明晰公司进行盈余分配的净资产标准,即如果股份公司的净资产低于300万日元,那么不允许公司进行盈余分配;第三,延续并完善了原公司法中关于债权人对违法分配的救济权。^③此外,美国还强化了对欺诈交易的规制,1984年《统一欺诈转让法》通过对“实质欺诈”与“推定欺诈”判断标准及其救济措施的完善,强化了对以公司名义所进行的欺诈性财产转让规制,从而进一步遏制了公司机会主义行为的发生。^④日本还进一步强化了对公司合并、分立与减资的规制,2005年《日本公司法》“对公司合并、分立与减资行为都给予了十分翔实的规制,这些规制措施基本相同,都规定了当事公司公告义务、债权人的异议权利以及无效诉讼权利”。^⑤

就资本退出规制而言,美国强化了公平居次原则与实质合并原则的适用。1978年《美国破产法》首次以成文法的形式确立了公平居次原则,通过该项原则有力地规制了控股股东借助破产程序实施机会主义行为,遏制其通过关联交易转移破产公司资产或者通过提供虚假债权债务等各种欺诈性财产转让方式掠夺公司资产;早在1941年美国联邦最高法院就确立了实质合并原则,^⑥尽管1978年《美国破产法》并未对其进行明确规定,但是破产法的实施并未影响该规则的适用,并且相继出现了大量案例,如弗吉尼亚地方法院、第二联邦巡回上诉法院以及第十一联邦巡回上诉法院都通过案例的形式对该制度进行了发展,特别是对其具体适用参考因素都进行了十分详细的规定,甚至在司法实践中该制度还出现一种标准放松化的适用倾向。这对公司破产退出阶段的资本规制发挥着重要作用。^⑦日本则在2005年通过新的《日本破产法》,进一步强化了资本退出规制,主要体现为导入公司职员责任查究决定制度、强化破产财产保全处分措施以及破产刑事责任制度等。

(二)资本规制方式的转化:由严格的行政管制走向灵活的司法规制

由严格行政管制走向灵活司法规制是美国、日本资本规制改革立法发展的另一特性。以对出资规制为例,1984年《美国修正示范公司法》虽然放松了对出资形式的要求,允许任何具有价值的有形与无形资产出资,但强化了对出资的经营判断规制,明确强调董事有权根据公平价格或当时具体情形下的任何合理

① [美]罗伯特·W.汉米尔顿:《美国公司法》,齐东祥译,法律出版社2007年版,第137页。

② See Richard A. Booth, Capital Requirements in United States Corporate Law, 64 University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper, 15(2005).

③ 参见赵树文:《公司资本规制制度研究》,人民出版社2015年版,第114—118页。

④ 参见赵树文:《美国〈统一欺诈转让法〉对公司债权人保护之借鉴》,《社会科学》2013年第2期。

⑤ 赵树文:《公司资本规制制度研究》,人民出版社2015年版,第115页。

⑥ See *Sampson v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U.S. 215 (1941).

⑦ See Timothy E. Graulich, Substantive Consolidation—A Post-Modern Trend, 14 American Bankruptcy Institute Law Review, 527—551(2006).

方法确定公司资产价值或负债,^①进一步放松了对董事关于合格对价的审慎判断义务,董事会没有必要判断股东出资的真实价格,只要证明该出资的对价是充分的即可。乌克兰学者娜塔莎·安德烈耶娃对此作出评论:“很明显,美国对股东出资的司法裁决规则比欧洲的法定资本制度更加灵活,因为它不是由成文法来加以规定,而是由董事会加以决定。”^②同样,2005年《日本公司法》改革之前,日本实施法定资本制,严格的行政管制占据主导地位,不仅规定了法定最低注册资本制度,而且针对现物出资进行了严格规制,如当发起人、董事以及监事对现物出资事先不予记载或者作出虚假记载或者对创立大会做虚假说明或者隐瞒重要事实时,都将被严厉处罚。^③但是2005年《日本公司法》则在废除法定最低资本制等行政管制措施的基础上,强化了设立时董事责任制度,完善了董事等高管对第三人民事责任制度,规定了债权人对违法合并、分立与减资的诉讼救济制度,进一步明晰了债权人对公司违法分配股利的司法救济权。

(三)资本规制程序的改变:由事前规制走向事后规制

由事前规制走向事后规制是公司资本规制体系发展的重要路径,因为现代公司法改革的首要目标是促进交易。^④在实践中,正是事后债权人保护机制的发展奠定了美国法定资本制度放松的基础,“从法律角度来说,公司法其他规则的发展,已无需在事前加强规制。许多事后裁判更好的替代了事前规制。”^⑤例如,1984年《修正示范公司法》对股东出资经营判断规则的规范,1984年《统一欺诈转让法》对债权人撤销权司法保障机制的规范,公司人格否认制度的发达,董事信义义务制度的发展,公平居次原则以及实质合并制度对关联公司破产责任的规制等等。同样,事后资本规制的强化不仅是推进2005年《日本公司法》的重要支撑,也是其自身改革的重要内容。早在2005年《日本公司法》改革之前,公司人格否认制度在日本就已经得到了充分发展,“日本于20世纪50年代引进了判例法上关于人格否认的法理,地方法院则迟至20世纪60年代开始在判例中引用这一法理”^⑥,在20世纪70年代就积累了丰富的判例法经验,这为推进事前资本管制的放松奠定了良好的制度基础;2005年《日本公司法》对设立时董事制度强化、对董事等高管对第三人民事责任制度的完善等,也都充分体现着事后资本规制的强化。

(四)资本规制制度的拓展:由公司法规制走向多种法律协同规制

1984年《美国修正示范公司法》废除了传统的法定资本规制条款,“但是上述改革并不是说明债权人再不能享有美国法律体制下的有效保护,实际上这种保护存在于多个方面”。^⑦“债权人必须主要依赖严密的契约谈判条款、统一欺诈转让法和最终的破产法去保护自己免遭股东机会主义行为的侵害。”^⑧因此,美国公司债权人的保护从最初的公司法资本制度已经发展到公司法、合同法、证券法、破产法以及统一欺诈转让法等在内的综合法律体系,这些不同法律制度的协同化规制是美国资本规制体系的重要特征。甚至有学者认为:“在美国,契约条款是公司债权人保护机制当中最重要的组成部分。”^⑨与美国相似,日本资本规制同样是通过公司法、民法以及破产法等相关法律协同化而实现的。例如,《日本民法典》关于债权人撤销权的规定对债权人保护发挥着极其重要的作用,虽然日本没有效仿美国通过专门性《统一欺诈转让

① See Richard A. Booth, Capital Requirements in United States Corporate Law, 64 University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper, 18(2005).

② Natalia Andrichieva, The Role of Legal Capital Rules in Creditor Protection: Contrasting the Demands of Western Market Economies with Ukraine's Transitional Economy, A thesis of the Degree of Master of the London School of Economics and Political Science of Philosophy, 2009, p. 26.

③ 参见[日]志村治美:《现物出资研究》,于敏译,法律出版社2001年版,第98—100页。

④ See John Armour, Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, 63 Modern Law Review, 356 (2000).

⑤ 邓峰:《资本约束制度的进化和机制设计——以中美公司法的比较为核心》,《中国法学》2009年第1期。

⑥ 朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第92页。

⑦ Richard A. Booth, Capital Requirements in United States Corporate Law, 64 University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper, 24(2005).

⑧ Richard A. Booth, Capital Requirements in United States Corporate Law, 64 University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper, 24(2005).

⑨ J. Mac Kinnon, Substantive Consolidation: the Backdoor to Involuntary Bankruptcy, 23 San Diego Law Review, 1773(1986).

法》确立债权人撤销权,但是其民法典中关于撤销权的规定及丰富的司法判例为债权人提供了有效的保护。2005年新《日本破产法》对资本退出阶段的机会主义行为进行了严格的规制,有力地支撑着2005年《日本公司法》对设立阶段资本规制的放松化改革,强化了破产财产保全处分措施,导入了公司职员责任追究决定制度,并强化了破产犯罪刑事处罚等相关制度。上述改革对预防破产欺诈,保护债权人利益具有重要作用。

四、系统论范式下完善我国公司资本规制立法的具体构想

以系统论范式为指引,推进我国公司资本规制具体立法的完善,核心在于以资本规制运行阶段为制度构建基础,以防止公司控制者机会主义行为为中心,强化不同阶段资本运行的事后司法规制。具体而言,应当围绕以下几个方面展开:

(一)补强设立阶段资本形成规制

在公司法取消强制验资的情形下,如何保障股东现物出资的对价公平是当前设立阶段资本规制面对的难题。美国公司法明确将股东现物出资的定价权交给了董事,由董事根据经营判断规则加以确认,强调董事经营判断规则的适用,只要董事对现物出资的认定符合经营判断规则,就认为对价合理。日本公司法专门设立了“设立时董事制度”,专门对公司设立时的股东出资等问题进行处理,并就此向包括债权人在内的第三人承担相应民事责任,以此保障股东原始出资的真实性与公平性。笔者认为,公司法应当强化对发起人以及股东原始出资的司法规制,因为当前公司法规定股份有限公司在创立大会上选举董事会成员,但是自创立大会成立之日起30日内才向公司登记机关报送文件,也就是说,董事会成员一般在创立大会成立后30天内才会正式履行职务。因此,与股东出资之间有这样一个较长的时间差,而日本公司设立时董事则是或者由公司章程直接加以规定或者由创立大会直接选举产生,并且其被选举之后应当毫不延迟地履行对股东出资的调查义务。^①

因此,笔者建议借鉴日本设立时董事制度,规定董事在创立大会被选举后应当立即对股东出资行为进行毫不延迟的调查,并对其重大过失承担民事责任,以强化对设立阶段出资行为的规制。

(二)强化经营阶段资本流转规制

1. 完善公司人格否认制度:强化控制股东欺诈行为规制

控制股东不仅掌握着公司的终极控制权,而且可以通过控制董事会进而控制公司日常经营决策权,对公司欺诈行为的规制,首先便在于约束控制股东的行为。公司人格否认制度则是强化这一规制的重要架构,对此公司法已经有了基本规定,但是其操作性较差,需从以下几个方面加以完善:

(1)明确其适用场合。可以采取列举式加以明确规定,如资本不足、过度控制、形骸化、资产混同、业务混同等,当然这种规定应当尽量明细化,如究竟什么是资本不足,在当前认缴资本制下对资本不足的界定应当强调公司资本与其所从事经营风险的对应性。

(2)明确控制股东的连带责任性质。控制股东必须对公司债权人债务承担直接连带责任,而不是补充责任,因为其存在严重的主观恶意,并且处于对尚未提起相关诉讼或债权主张的债权人的保护,不允许其向公司追偿。

(3)强化案例指导。公司人格否认制度源自于英美判例法,其核心在于公平正义理念的适用,美国联邦最高法院一直坚持认为:该规则是一个被应用于欺诈以及其他特别情形的罕见例外情况,通常情形下案例法构成其审判依据。^②当前公司法的原则性规定严重制约着该制度在司法实践中的具体适用,因此,急需强化该规则适用的司法判例指导,并且这也有助于充分发挥公司法改革进程中的司法能动主义。

^① 参见赵树文:《日本公司设立时董事制度及其借鉴》,《法商研究》2013年第4期。

^② See Timothy E. Graulich, Substantive Consolidation—A Post-Modern Trend, 14 American Bankruptcy Institute Law Review, 533(2006).

2. 构建董事对债权人信义义务制度:强化董事欺诈行为规制

公司董事不仅有着借助机会主义行为直接进行欺诈行为的动机,而且会借助看似合法的决议直接或间接地协助控制股东进行资本弱化行为,因此,强化对董事的规制是防止公司资本进行欺诈性转让的重要一环。^①其核心是构建董事对债权人信义义务制度,强化董事对债权人的民事责任。对该制度的构建应重点关注以下三个方面:

(1)明确其适用时间节点。董事对债权人信义义务的承担并不是贯穿于公司运行的整个过程,而是只有在公司失去清偿能力或者濒临失去清偿能力之时才对债权人承担信义义务。因为“在公司陷入财务困境或者濒临破产之时,债权人与股东之间的利益冲突将会更加尖锐”。^②这时作为董事的机会主义风险大大提升,其不仅会决定从事更加冒险的公司项目,而且可能会直接转移公司资产。

(2)明确其具体内容构成。一方面,当公司濒临破产之时,董事不能从事机会主义行为或者协助公司股东从事机会主义行为,包括以损害债权人利益为代价去从事具有过度风险的商事行为、直接转移或者侵占公司资产的行为;另一方面,董事应当有义务采取合理措施降低债权人的损害,包括及时申请进入破产程序,而不是拖延或阻碍破产程序的提起,如《英国破产法》第214条规定:董事在意识到或者应当意识到公司将不可避免地进入破产程序却不采取必要的措施保护公司债权人利益时,应当对债权人承担责任。^③

(3)明确董事信义义务判断标准。董事信义义务的确立将使其经营决策行为变得更加谨慎,即使是对风险较小的行为也是如此,如推迟破产程序、宣布股息分配以及支持杠杆交易等。^④“这种谨慎将从两个方面增加公司运行的成本:第一,董事可能诱导公司在专业咨询上花费更多的资源,包括对其法律责任以及专家的财务、会计信息等相关方面;第二,董事将变得更加谨慎,拒绝采取有利于提高公司整体价值的行动,除非他们面临很小或者没有个人风险。”^⑤对此,应引入经营判断规则加以应对,具体从以下三个方面加以规制:第一,明确其功能。“该规则作用在于阻止法院对商业决策进行实质性审查,而是进行程序适当性审查。”^⑥进而“决定董事是否应当承担民事责任”。^⑦董事行为如果符合该原则就可免责。第二,明晰其适用要件。包括所从事的交易无利害关系;该决策是在充分收集信息和了解情况的基础上作出的;合理地相信该决策对公司是最有利的,并诚实地进行判断。^⑧第三,明确原告的举证责任。“原告应当证明董事在其决策行为中存在欺诈、自我交易、董事会具体决策的缺失以及其他相关因素。”^⑨

3. 构建专门性规制欺诈法律制度:强化“公司”欺诈行为规制

专门性规制欺诈制度——《统一欺诈转让法》——也是美国控制资本弱化行为、实现资本规制理想效果的重要制度架构。相对于公司法人人格否认制度,其不仅规制范围更加广泛,而且适用条件更加宽松,对债权人利益保护具有显著作用。对该制度的构建应重点关注以下三个方面:

(1)明确欺诈转让内涵。可将其界定为:任何能够导致债权被欺骗、阻碍与延缓的资产处置行为,具体“包括各种处分或放弃财产或财产权益的行为,无论其行为是直接的还是间接的、绝对的还是附条件的、

① See Adam Feibelman, *Equitable Subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt*, 70 *Law and Contemporary Problems*, 176(2007).

② Natalia Andreicheva, *The Role of Legal Capital Rules in Creditor Protection: Contrasting the Demands of Western Market Economies with Ukraine's Transitional Economy*, A Thesis of the Degree of Master of the London School of Economics and Political Science of Philosophy, 2009, p. 86.

③ See Paul Davies, *Directors, Creditor—regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, 7 *European Business Organization Law Review*, 326 (2006).

④ See B. Barry E. Adler, Marcel Kahan, *The Technology of Creditor Protection*, 61 *University of Pennsylvania Law Review*, 1782 (2013).

⑤ Barry E. Adler, *Bankruptcy and Risk Allocation*, 77 *Cornell Law Review*, 461 (1992).

⑥ Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 *Vanderbilt Law Review*, 86 (2004).

⑦ Lori McMillan, *The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine*, 4 *William & Mary Business Law Review*, 521(2013).

⑧ 参见邓峰:《代议制的公司:中国公司治理中的权力和责任》,北京大学出版社2015年版,143页。

⑨ Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 *Vanderbilt Law Review*, 83 (2004).

自愿的还是非自愿的,包括金钱支付行为、免除行为、出租行为或创设担保或其他负担”。^①

(2)明确欺诈转让的类型。总体而言,可以将其分为实际欺诈与推定欺诈。实际欺诈是指具有阻碍、延缓、欺骗债权人实际意图的转让财产或者招致义务的行为;^②推定欺诈是指只要具备某些客观要素,就可以推定欺诈成立,而不需要考虑债务人的内心真实意图的欺诈,具体可以从其资产转让对价的获取、是否为偏颇性清偿以及当时实际清偿能力等相关因素加以判断,如果在失去清偿能力的情况下进行非对价交易或者向内部人进行偏颇性清偿,就可以认定为推定欺诈。

(3)明确欺诈转让救济方式。对欺诈行为,债权人可以通过行使撤销权使转让行为归于无效进而回复财产,同时可以对债务人财产进行直接扣押或者申请法院进行转让冻结;并可以主张对从事欺诈转让的股东以及相关董事处以惩罚性经济赔偿,如果最终给债权人造成损害却无法赔偿且数额巨大的,那么从事实欺诈的当事人应当承担刑事责任。

(三)强化公司破产阶段资本退出规制

1. 构建公平居次制度:强化“内部人”破产债权欺诈行为规制

公平居次制度与《统一欺诈转让法》之间存在着密切关联,“它们在相当程度上都是用来控制由一个利益相关者向另一个利益相关者进行不合理或不公平的风险转移”。^③但是,两个制度之间也存在着显著的差别,“其中最重要的差别就在于统一欺诈转让法更多的是关注债务人的行为与动机——以期判断债务人是否做出了伤害债权人利益的转移行为;相反,公平居次原则则倾向于集中于债权人的行为——债权人是否采取不法行为损害了其他债权人利益”。^④因此,对该制度的借鉴应重点关注以下两个方面:

(1)明确公平居次的概念。《美国破产法》尽管在1978年就确认了公平居次原则,但是未对其进行概念性界定,同时美国学界也主要是结合《美国破产法》第510(C)部分的规定对其进行分析,该条规定强调法庭有权利使那些因不公平行为而获取的优先债权变成居后债权,目的在于“阻止公司内部人通过对公司的控制以牺牲债权人利益为代价进而获取利润”。^⑤其所规制的内部人包括公司高级管理职员、董事、控制股东以及债务人的母公司。并且其范围在实践中有扩大的趋势,“包括任何一个控制公司的人”。^⑥最终目的是使内部债权人顺序延后于外部债权人。鉴于此,笔者认为可以将其定义为:控制股东、董事、高级管理人员以及母公司等内部人员利用其控制关系对破产公司所持有的不正当债权,在破产程序中均应列后于公司其他债权人受偿,而不论其债权是否拥有别除权与优先权。

(2)明确公平居次适用要件。对于公平居次原则的适用要件,《美国破产法》并未作出明确规定,但司法实践中法院通过判例确立了其适用中的判断条件:第一,将要被居次的债权是否源自于不公平行为;第二,是否有不当行为伤害了其他债权人利益或者对债权人主张人产生不合理的优势;第三,是否符合破产法的制度规定。^⑦只要满足了前两个要件,第三个条件自然满足。^⑧第一个要件强调对公平居次原则的适用必须充分把握其使用的客观要件即“公平”,因为不同于自动居次,公平居次必须考虑债权人债权的取得及其对从属公司的不当控制,“因此,法庭一般根据以下事实适用该原则:管理不善、资本不足、欺诈、强夺,或

① 《统一欺诈转让法》第1条第a款第12项。

② 参见《统一欺诈转让法》第4条第a款第1项。

③ Adam Feibelman, Equitable Subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt, 70 Law and Contemporary Problems, 175 (2007).

④ Adam Feibelman, Equitable Subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt, 70 Law and Contemporary Problems, 175 (2007).

⑤ See Pepper v. Litton, 308 U.S. 295, 312 (1939).

⑥ Adam Feibelman, Equitable Subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt, 70 Law and Contemporary Problems, 175 (2007).

⑦ See Lauren Casparie, J. D. Candidate, Equitable Subordination—Where it Applies, What it Does, and the Implications that Result, 4 The St. John's Bankruptcy Research Library, 1439(2015).

⑧ See Luther v. United States, 225 F.2d 495, 499 (10th Cir. 1955).

者上述多种情形的混合”。^①第二个条件则强调对其他债权人利益的损害以及债权人自己的优势,对此,法院一般有自由裁量权,“在实施自由裁量权时,法院一般考量以下因素:管理机会、破产程序的推迟、财产的历史考量以及广义的公平即债权人不应通过法定程序损害另一个债权人债权”。^②因此,在立法时应当对上述三个基本条件加以原则性规定,同时借鉴美国法院关于前两个条件的适用经验进行较为详细的规制。

2. 构建实质合并制度:强化关联企业破产欺诈行为规制

实质合并制度不同于公平居次制度,因为“公平居次虽然使关联公司针对债务人的债权请求降级,但是却并不允许债权人直接向关联公司求偿”。^③对该制度的借鉴应当重点关注以下两个方面:

(1)明晰实质合并的概念。《美国破产法》并未对其做出任何直接的规定,不仅当前的破产法未对其作出规定,而且以前的破产法版本也未对其作出规定,^④“美国破产法庭一般直接根据对具体环境下公平与公正情形的判断决定是否进行合并”。^⑤但是“破产法第 105 条以及 1123 条关于破产法院一般公平性权力的规定可以作为其产生根源”。以此为逻辑,其概念核心在于强调破产程序中关联公司资产与负债的整合,美国纽约市律师协会结构金融委员会和破产与公司重整委员会的界定颇具借鉴意义:在破产程序中将两个或两个以上具有关联关系企业的资产与负债加以整合,并用合并后的资产对上述所有企业的债权人进行统一集中清偿的法律规则。^⑥上述概念强调两点:第一,该规则只是在破产程序中适用,因为该规则作为一种救济性制度在破产程序之外的适用非常罕见。第二,强调是对两个以上的关联企业的合并,“合并是用来整合债务人同其附属公司与关联公司的资产与负债”。^⑦从本质上来看,附属公司也是属于关联公司的一种,因此,应当对关联关系给予适度把握。

(2)明晰实质合并制度的构成要件。在美国,破产法本身并未对其作出任何实质性规定,其法律渊源主要是依据案例,而不同地区、不同法院的适用标准存在较大差异,但是不同的标准也存在着一个明显的共性,即强调实质合并对债权人影响的严密的客观调查与分析。^⑧其中,美国第十一联邦巡回上诉法院在“东部集团物业公司诉南方旅馆协会案”^⑨,对哥伦比亚特区巡回法院关于“德拉布金诉马里兰州罗斯公司案”^⑩中确立的审判因素进行了修正,确立了适用实质合并制度的基本原则与具体参考因素,这对我们的立法改革具有相当的借鉴性。据此案例,我们可对实质合并制度从以下两个方面加以规定:一方面,明确该制度适用的基本原则:第一,在被合并的实体之间存在着实质同一性;第二,合并对于保护债权人利益或减少债权人损害是必须的。另一方面,确立以下具体判断因素:第一,任何损害第三方当事人的欺诈或者公司完全控制行为;第二,公司程序的缺失;第三,公司资本不足;第四,出于个人目的而非公司利益的资产转移行为;第五,关联公司中所有权与管理权的重叠;第六,关联公司中交易的公平性;第七,从属公司对主导公司债务的清偿或担保;第八,关联公司资金的混合;第九,关联公司资产与负债的无法分离。

责任编辑 翟中鞠

① Adam Feibelman, Equitable Subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt, 70 Law and Contemporary Problems, 171 (2007).

② Missionary Baptist Foundation of America Inc. Wilson v. G. Huffman, 712 F.2d 206, 210 (5th Cir. 1983).

③ Timothy E. Graulich, Substantive Consolidation——A Post-Modern Trend, 14 American Bankruptcy Institute Law Review, 538 (2007).

④ Timothy E. Graulich, Substantive Consolidation——A Post-Modern Trend, 14 American Bankruptcy Institute Law Review, 526 (2007).

⑤ John Farrar, Piercing the Corporate Veil in Favor of Creditors and Pooling of Groups ——a Comparative Study, 25 Bond Law Review, 52 (2013).

⑥ See the Committee on Structured Finance and the Committee, Special Report on the Preparation of Substantive Consolidation Opinions, 64 The Business Lawyer, 413 (2009).

⑦ J. Stephen Gilbert, Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Primer, 43 Vanderbilt Law Review, 215 (1990).

⑧ See Daniel R. Culhane, Substantive Consolidation and Nondebtor Entities: The Fight Continues, <http://www.jonesday.com/substantive-consolidation-and-nondebtor-entities-the-fight-continues-06-01-2011>, 2017-08-12.

⑨ See Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc., Ltd., 935 F.2d 245 (11th Cir. 1991).

⑩ See Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc., Ltd., 935 F.2d 245 (11th Cir. 1991).