

刍议公司资本形成制度的改革与发展

——以“认缴制”的定性为起点

卢宁

(中国政法大学 民商经济法学院 北京 100088)

摘要: 我国公司登记的“认缴制”改革在资本形成制度上并没有改变我国法定资本制的性质。当前各发达国家和地区资本形成模式都呈现出不断放松管制并加强自治的趋同化发展潮流。“认缴制”与授权资本制的法律效果不同、自治效果也有差距,无法替代授权资本制。授权资本制的优势不仅体现在公司的便捷化设立和资本的高效筹集,更远的价值还在于其对私法自治的实质性落实,以及对股东和公司利益的有效平衡,能够适应现代化的公司治理和资本市场发展需求。我国资本形成制度未来的发展方向应立足于授权资本的分次发行,以及多元化资本概念的构建,实现资本的有效利用。

关键词: 资本形成制度;认缴制;法定资本制;授权资本制

中图分类号: D922.291.91

文献标志码: A

文章编号: 1009-8003(2017)03-0114-09

公司的资本是通过发行而形成的,资本的一次发行性和分次发行,产生了法定资本制和授权资本制等不同的资本形成制度类型。资本形成的核心在于资本的发行,狭义的资本形成制度就是指资本的发行制度,而广义的资本形成还包括资本的缴纳制度。伴随着国务院推行的商事登记制度改革,2013年底《公司法》的修订正式在立法的层面确立了“认缴制”这一资本登记和缴纳模式。但是,对于其在资本形成制度中的性质,学界有不同的观点和争议。只有在准确界定我国目前“认缴制”性质的前提下,才能认清我国资本形成制度的真实面目,从而进一步明确其存在的问题和未来的发展方向。

一、“认缴制”的性质界定

《公司法》在2013年底的修改,是针对国务院对我国公司注册资本登记制度的改革,在放松对市场主体准入管制和优化营商环境的大政策背景下进行的。旨在降低市场准入的门槛,激发经济发展的活力。从商法学的视角来看,这也是对商事登记制度和公司资本制度的一次不小的变革和发展。

(一)“认缴制”改革的主要内容

从2012年开始,在中共十八大确立全面深化改革的大背景下,为了降低创业成本,激发社会投资活力,国务院开始着手实行“商事登记制度”的改革,先后在广东的深圳、珠海等地进行试点,继而在2013年推向全国,对于注册资本的认缴登记制就是其中改革的重要一环,而资本登记制度的改革也推动了资本缴纳制度的进一步放宽。2013年底,全国人大常委会对《公司法》进行了修改,不仅取消了设立公司的最低资本限额,也取消了公司设立时首次缴纳资本的比例和缴足期限的限制,从法律的层面正式确立了完全的资本认缴制,大大扩大了公司股东的自治空间。所谓的“认缴制”,就是此次改革后,舆论和媒体对新确立的注册资本认缴登记制的简称。

(二)资本“认缴制”的性质界定

所谓认缴,是针对工商登记而言的,即只登记认缴的注册资本,不再登记实收资本,而并非意味着资

收稿日期: 2017-03-02

作者简介: 卢宁(1989-),男,山东潍坊人,中国政法大学民商经济法学院博士研究生,研究方向:商法学、公司法。

本不需要实缴。正如学者所言“此处所谓注册资本实缴登记制或认缴登记制,系从公司注册资本登记制度而言,不能将其混同于公司资本制度意义上的实缴制与认缴制。”^①笔者认为,无论2005年《公司法》确立的分期缴纳制,还是2013年确立的认缴制,都没有突破法定资本制的藩篱,我国现行的资本形成制度仍为法定资本制。

“认缴制”属于法定资本制的首要证据在于资本或股份的一次性发行。我国《公司法》对于实行注册资本认缴制的有限责任公司和发起设立的股份有限公司,仍要求股东认足全部的认缴出资,公司才能申请设立登记。^②而公司的注册资本就是全部股东认缴的出资额,因此全体股东认足全部的注册资本就是公司设立的必要条件。只有全部股东认足公司注册资本,即注册资本一次全部发行,公司才能成立,(认缴资本=注册资本=发行资本)。而对于募集设立的股份有限公司,《公司法》实行更为严格的实缴制,注册资本必须在公司设立时一次性发行并缴纳,(实缴资本=注册资本=发行资本)。总之,无论何种类型的公司,其注册资本必须在设立时全部募足,对应的股份必须一次性全部发行完毕。

法定资本制另一大本质特点,是股东(大)会为有权通过发行新股增加资本的唯一机构。在我国,无论有限责任公司还是股份有限公司,增资和新股发行的法定机构均为股东会或股东大会,且增发资本的决议还须占绝对多数的表决权通过,修改公司章程并办理变更登记。^③“公司董事会对增资议案仅具有建议权,而没有决定增资的独立判断权。”^④资本“认缴制”改革后,虽然极大地放宽了股东出资和资本缴纳的 limit 和要求,但资本形成制度上的核心内容并未改变,注册资本须在公司设立时一次性发行并认足,增加资本仍属于股东会或股东大会的法定职权。这是法定资本制的核心内涵,也是其与授权资本制的本质区别所在。因此,“认缴制”对于资本登记制度和资本缴纳制度的改革,并不改变我国资本形成制度的性质,我国目前《公司法》对于资本形成的规定仍属于法定资本制。

二、各国(地区)资本形成制度的发展趋势——从管制到自治

随着经济全球化的发展,作为国际性和技术性较强的法律制度,世界各国(地区)的公司资本制度也呈现出趋同化的发展特征。无论是大陆法系国家(地区),还是英美法系国家(地区),法律对于资本的管控都呈现出不断放宽的姿态,呈现出从管制到自治的发展趋势。

(一) 欧陆: 从法定资本制到许可资本制

法定资本制起源于以德国、法国为代表的欧洲大陆国家,但目前基本都已抛弃了严格的法定资本制,对资本管制进行松绑和缓和,在资本形成方面都转而实行较为宽松的许可资本制,通过简化增资程序,以实现公司筹集资本的机动性和灵活性。

作为大陆法系国家代表的德国,其《股份法》第202-206条规定了“授权资本”：“章程可以授权董事会,在公司登记后至多5年的期间内,通过发行新股将基本资本增加至一个特定的面值。”^⑤即“公司章程可以授权董事会在公司成立后5年内,在授权时公司资本的半数范围内,经监事会同意而发行新股,增加资本。”^⑥虽然公司设立时的资本仍须一次性发行并认足,但通过这种授权简化了公司的筹资程序。法国的目前资本形成制度也属于许可资本制,也有学者称其“在设立时采法定资本制,在增资时采授权资本制”^⑦。《法国商法典》第L225-129条第1款规定“特别股东大会唯一有权依据董事会的报告,或者在相应场合,依据管理委员会的报告,决定立即或者到期增加资本。特别委员会也可以按照第

①王建文:《论公司资本制度演变的内在逻辑与制度回应》,载王保树主编《中国商法年刊(2014年)》,法律出版社2014年版,第80页。

②参见《公司法》第26条、第29条、第80条、第83条、第89条、第92条。

③参见《公司法》第37条、第43条、第99条、第103条、第133条、第137条。

④叶林《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第255页。根据《公司法》第47条的规定,董事会对此事项的职权为“制定公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案”,以上报股东(大)会决议,最终的决定权在于股东(大)会。

⑤《德国商事公司法》,胡晓静、杨代雄译,法律出版社2014年版,第163页。

⑥赵旭东主编《公司法(第二版)》,法律出版社2006年版,第231页。

⑦赵旭东主编《境外公司法专题概览》,人民法院出版社2005年版,第377页;冯果《现代公司资本制度比较研究》,武汉大学出版社2000年版,第24页。

L225-129-2条规定的条件将此项权限授予董事会或管理委员会行使。”^①因此,虽然增资原则上需召开股东大会作出决议并修改公司章程,但“如此繁杂的制度从来也没有真正得到实行,股东大会可以将其权限授予董事会或管理委员会行使。由于特别股东大会召开的期限往往很长,致使公司往往难以抓住机会。有了这种授权,就可以减少召开股东大会所需的费用,尤其是可以尽快作出决定。”^②

(二) 英美:从授权资本制到声明资本制

授权资本制本是英美法系所首创,直到今天仍是许多后发展国家继受和借鉴的对象。美国《特拉华州普通公司法》第161条形象地把授权资本制中“章程授权董事会分次发行”的要义描述了出来,规定“公司章程大纲授权发行的资本股股份,如果还没有全部发行或认购完毕,也还没有以其他方式承诺发行的,董事会可以随时追加发行资本股股份,或者接受对追加发行的资本股股份的认购,直到达到章程大纲授权的数额。”^③

但如今英美法系各国的发展趋势却是抛弃“授权资本”的概念,进一步放宽资本限制。英国《1985年公司法》有“授权资本”的概念,即“公司在设立的时候,必须在公司宪章(备忘录和章程)中载明公司可以发行的最高股本总额。许多专家指出:授权资本只是记载于公司宪章的一个数字,其本身并不反映公司实际发行股本的情况,因此授权资本没有很大意义。”^④而且,对于公司外部人来说,授权资本具有很大的误导性,公司的发行资本奠定了公司的信用基础,而授权资本的主要功能在于调整股东与董事会之间的关系,而非债权人的保护。在授权资本制下,股东会设立授权资本的上限,董事会在此数额范围之内决定公司实际发行的资本,而如果董事会想发行的资本数额超过了授权资本,就需要股东大会来做决定。随着公司治理日益由股东会中心主义向董事会中心主义的转变,基于公司法应促进企业经营效率和减少成本的价值追求,应赋予公司董事会更大的筹资权,对于保护股东和债权人的任务,完全可以寄希望于其他配套制度作用的有效发挥。因此,英国《2006年公司法》取消了“授权资本”的限制,采用声明资本制,根据该制度,公司在章程中不再规定授权资本的上限,而是要求公司实事求是,声明其实际发行资本的状况。董事会在公司运营过程中,根据公司的现实需要,有权自主决定资本的发行问题,而无需收到授权资本总额的限制。除英国以外,同属英美法系的《澳大利亚公司法》从1998年也开始实行声明资本制,“根据《澳大利亚公司法》第120条,在公司登记时,公司股份推定为已经向股东发行。在公司设立后,公司可以自由决定股份的发行条件,以及股份的权利和义务等。发行股票权通常赋予公司董事会,当然,董事在行使此权力时需要遵循相关的信义义务规则。”^⑤

总之,“从授权资本制到声明资本制”已成为英美法系公司法的最新发展潮流。“从20世纪末开始的公司法改革中,英国、澳大利亚、新西兰、新加坡以及我国香港地区都废除了‘授权资本’概念,规定公司设立时直接登记‘已发行股本’以及‘实缴资本’。”^⑥美国公司法属于州法权限,各州的态度不完全一样,“美国资本制度演进的重点,主要是针对资本维持原则进行改造,透过消除授权资本额、股票面值的概念,来结束过去公司法经常以空洞的授权资本额,作为股利分配底线的荒诞局面。”^⑦

(三) 日韩以及我国台湾地区:从折中资本制到授权资本制

日本作为大陆法系的继受国,历史上曾实行传统的法定资本制。1950年《日本商法典》修改时,修改了公司设立时必须一次性发行全部股份的法定资本制,将法定资本制改为折中授权资本制,该法第166条第4款规定“公司设立时发行的股份总数,不得少于公司发行股份总数的1/4”,其余股份可授权董事会在公司成立后根据需要发行。2001年日本修改商法典时,为了方便企业的资金筹措,对折中授权资本制进行了缓和,将原来绝对化的首次发行比例不低于1/4的强制性要求做了例外规定“但在

①《法国商法典(上册)》,罗结珍译,北京大学出版社2015年版,第287页。

②[法]伊夫·居荣《法国商法》,罗洁珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第467-468页。

③《特拉华州普通公司法》,徐文彬等译,中国法制出版社2010年版,第60页。

④《英国2006年公司法》,葛伟军译,法律出版社2012年版,第10页。

⑤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76页。

⑥刘燕《公司法资本制度改革的逻辑与路径——基于商业实践视角的观察》,载《法学研究》2014年第5期。

⑦王文宇《简政繁权——评注册资本认缴制》,载朱慈蕴主编《商事法论集(总第27卷)》,法律出版社2016年版,第56页。

章程中规定转让股份须经董事会同意旨的情形下,不在此限。”^①即如果公司章程规定股份转让须经董事会同意,可以不受首次发行的1/4比例限制。同时,根据《日本商法典》第280条之2的规定,只要公司章程没有特殊要求,公司在成立后发行新股时,由董事会决定新股发行的事项。2005年制定的《日本公司法》第37条第3款规定“设立时所发行股份的总数,不得低于可发行股份总数的1/4。但拟设立的股份公司属于非公开公司时,不在此限。”^②

韩国公司法也曾实行折中授权资本制的“公司设立时发行的股份总数必须超过授权股份总数的1/4”的规定(原《韩国商法典》第289条第2款)^③,但在2011年修订公司法时,已将此限制删除,实行完全的授权资本制,扩大了董事会的筹资权。根据现在的《韩国商法典》第416条规定“公司成立后发行股份的,下列事项章程未规定的,由董事会决定。但是,本法中另有规定或者章程规定在股东大会上决定的情形除外。1. 新股的种类和数量;2. 新股发行价格和出资缴纳日期。”^④即原则上由董事会自由决定新股发行。“章程中,只记载发行预定股份数及公司设立时所发行的股份数,无须记载目前所发行的股份数。因此,若在发行预定股份总数的范围内发行新股,则无须变更章程。除非章程中规定,新股发行为股东大会的权限事项,应属董事会的权限事项,因此,可依董事会意思决定增加资本。它意味着从制度上保障在目前的章程范围内不受股东的约束,可以根据经营上的需要随时机动地筹集资本。”^⑤

我国台湾地区的公司资本形成制度的发展历程也与日韩的公司法变革亦步亦趋。1966年以前,我国台湾地区实行法定资本制,“公司法”规定“发起人认足股份总数时,应即按股缴足第一次股款。”“发起人不认足股份者,应募足股份总数。”因此在这种制度下,公司的股份总数都应在设立时全部发行,由发起人认足或对外募足而无例外。“原定资本总额缴足后,如须增资,复须经过股东会决议及变更登记程序,始能增发新股。”^⑥在1966年我国台湾地区修改公司法时,“为了方便股份之发行,配合证券市场之需要,乃仿日本折中式授权资本制”,^⑦规定“股份总数,得分次发行。但第一次应发行之股份,不得少于股份总数的四分之一。”之所以规定1/4的限制,有学者称是着眼于公司债权人的保护,^⑧但也有学者称“真正对公司债权人有影响者,系公司之实质资本而非形式资本。若资本制度之规范仅论及抽象之资本却不谈实际资产,无异系画饼充饥。四分之一之规定能否保障债权人已有疑问,且此种要求反而会使得公司的授权资本额迅速用毕,而增资又要召开股东会变更章程,实剥夺了董事会灵活运用授权资本额度筹备资金之弹性。”^⑨2005年我国台湾地区“公司法”修订时,立法者考虑到“因应新金融商品之发行,避免企业计算股份总数四分之一之不便”,^⑩删除了公司成立时第一次发行应不少于股份总数1/4的限制,过渡到了授权资本制。

通过以上的比较可以看出,目前世界各国(地区)资本形成制度的类型已经形成了新的三足鼎立局面,即以英美法系为代表的声明资本制,以欧陆法系为代表的许可资本制和以日韩法为代表的授权资本制。

三、我国现行资本形成制度的分析与检讨

比较世界各国的资本形成制度发展的历史及趋势,可以看出,面对全球化的市场竞争和制度竞争,包括法定资本制在内的严格的资本管制制度已成为各国法律所检讨和反思的对象,尤其是作为法定资本制发源地的大陆法系,都纷纷走向了对资本制度不断深化改革的潮流中。纵观我国历次对资本形成

①吴建斌编译《日本公司法规范》,法律出版社2003年版,第40页。

②《新订日本公司法典》,王作全译,北京大学出版社2016年版,第15页。

③参见[韩]郑燦亨《韩国公司法》,崔文玉译,上海大学出版社2011年版,第144页。

④王延川、刘卫锋编译《最新韩国公司法及施行令》,法律出版社2014年版,第93页。

⑤[韩]李哲松《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第549页。

⑥柯芳枝《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第131页。

⑦同⑥。

⑧参见柯芳枝《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第130页;刘连煜《现代公司法(增订八版)》,新学林出版股份有限公司2012年版,第203页。

⑨王文宇《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第210页。

⑩刘连煜《现代公司法(增订八版)》,新学林出版股份有限公司2012年版,第203页。

和缴纳制度的改革,都是顺应国际潮流,朝着不断放宽限制的方向发展,但始终都没有触及到法定资本制的内核,新确立的“认缴制”仍没有脱离这一藩篱,也就注定不能摆脱法定资本制所固有的弊端和问题。

(一) 法定资本制的制度检讨

一般认为,法定资本制的价值在于维护公司资本的稳定和确定,防止公司设立中的欺诈行为,有利于保障交易安全,这也是大陆法系的法学家设计这一制度的初衷。^①客观地说,立法者设计这一制度的出发点是好的,但是实践证明,法定资本制并没有发挥这一理想的作用,市场上频频发生的信用危机、债务危机、虚假出资、出资不实和抽逃出资等事实验证了这一立法假设的虚幻和不合理。根源在于,法定资本制的法理基础在于利用资本的确定和充实来维护交易安全,即建立在对资本信用的笃信之上,而“决定公司信用的并不只是公司的资本,公司资产对此起着更重要的作用”。^②因此,法定资本制的出身决定了它的命运,它并不能完成保护交易安全的使命。

“一个严格的资本制度模型不仅不能达到保护债权人的目的,而且阻碍了股东对公司的投资以及公司的经营。”^③如前所述,法定资本制的本质特征在于资本的一次性发行和股东会拥有发行权,虽然这种特点有利于维护公司资本的确定性和安全性,防止公司烂设,但是也正是这样的特点极大地阻碍了公司和资本的发展与增长,导致了运营成本的高昂,在瞬息万变的现代市场经济中,与公司高效化的发展要求背道而驰。

1. 公司设立时的资本发行。资本的形成首先在于公司设立时的资本发行,法定资本制要求公司设立时资本必须确定,且一次性发行并认足,因此“对于一些大型的股份公司,强制发行全部资本,因其数目巨大,不容易认足,影响公司的成立。”^④“对于股东而言,取得公司这一融资工具的成本越低越有利。至于初始投入的资本,是一个因公司而异、因行业而异的自我商业判断。”^⑤法律不应做统一的强制性要求。废除最低资本额制度和实行认缴制虽然在一定程度上缓解了公司设立难和资金闲置的问题,但没有从根本上实现鼓励和方便股东投资的目标,因资本的一次性发行并全部认足或募足的法律规定依然要求全部的注册资本必须落实到每个股东,即使在公司设立时不必实际缴纳资本,但也需要股东认缴一定的资本作为出资份额,而认缴就意味着承诺,意味着这是在一定期限内必须履行的债务。因此,法定资本制依然要求股东在公司设立时承担发行和认缴资本的负担,依然影响着公司的有效和便捷设立。

2. 股权融资时的繁琐程序。除了公司设立时的发行,资本的形成还在于公司成立后的增资扩股。法定资本制恪守资本不变原则,要求公司增资时必须履行召开股东会、修改公司章程、变更工商登记等繁杂的程序,耗费大量的时间和金钱,给公司增加额外负担和不必要的高昂成本。“而一般股份有限公司召集股东会本即受限于程序冗长,召集不宜之困扰,此问题尤其在公开发行人公司更为显著”,^⑥而且,我国《公司法》要求不论是增资还是修改公司章程都须经2/3以上的表决权通过的特别决议程序,“造成纵使增资成功往往亦缓不济急,错失投资良机之恶果。”^⑦

在当今全球化的市场经济环境中,高效率机动化的融资制度是一个企业在竞争中必要的发展工具,瞬息万变的市場要求公司迅速做出决定来适应资本的流动和发展,而法定资本制下增资的严格程序要求势必阻碍公司的发展和壮大,也不利于整个市场经济的繁荣和国家整体竞争力的提高。可以说,融资机制的繁琐化和低效化是法定资本制最大的弊病,因此也是传统大陆法系国家对法定资本制进行改革的最重要的方面,如前所述,法国、德国等欧洲大陆国家纷纷在公司增资的程序上予以简化,采用许可资

①参见赵旭东主编《公司法》(第2版),高等教育出版社2006年版,第229页。

②赵旭东《从资本信用到资产信用》,载《法学研究》2003年第5期。

③葛伟军《公司资本制度和债权人保护的相关法律问题》,法律出版社2007年版,第270页。

④赵旭东主编《公司法》(第2版),高等教育出版社2006年版,第229页。

⑤傅穹《重思公司资本制原理》,法律出版社2004年版,第71页。

⑥赵德枢《两岸公司法修订后有关股份有限公司资本制度之比较研究》,载赵旭东主编《国际视野下公司法改革——中国与世界:公司法改革国际峰会论文集》,中国政法大学出版社2007年版,第271页。

⑦同⑥。

本制,授予公司董事会甚至经理层一定的筹资权,以实现公司资本的高效化运转。

(二) 我国“认缴制”的法律效果检讨

我国《公司法》2013年底修改后确立的认缴制在一定程度上缓解了严格法定资本管制的弊端,尤其是之前被学者和商界所诟病的“资金闲置与浪费”、“公司设立门槛高”等问题,改革后的认缴制不再要求公司设立时必须要有实缴资本,也取消了对缴足出资的期限限制,有利于鼓励投资创业和释放市场活力。但是,“认缴制”并非能够达到与授权资本制同样的效果,也无法在资本领域实现真正的公司自治。

1. “认缴制”与授权资本制的效果区别。在资本认缴制的情况下,公司设立时一次性发行全部的注册资本,全体股东一次性认缴出资,并约定后续缴纳出资的期限和方式,既然股东对其认缴的资本承担责任,那么此时,“承担后续缴纳出资的义务及其主体在公司成立时已经确定”,^①股权或股份的归属也已经落实,后续的资本缴纳无非是对出资义务的履行行为,而没有创设新的法律关系。简而言之,公司成立时,股东的“名分”已定,权利义务关系也已经明确化,公司成立后的工作就是落实设立时的章程约定。

而授权资本制的机理和效果则与此不同,由于股东只对其认购的公司已发行资本承担责任,这就意味着,在授权资本制下,公司设立时承担后续出资义务及其主体尚未全部确定,而是授权董事会在分期发行股份时分次确定。“因为只有通过发行,才可能认购;而只有认购,才能确认投资者的出资责任。”^②因此,认缴制下股东分期缴付出资和授权资本制下公司分期发行资本的效果是不同的,在授权资本制的情况下,董事会在公司成立后发行资本不但是行使公司章程授予的权力,也是在创设新的法律关系,新的资本发行后,新的股东才能诞生,新的股权归属和出资义务也才能够得到确定。

2. “认缴制”的自治效果检讨。在我国实行资本认缴制后,法律不再对出资的事项进行限制,交由公司股东自主决定,“公司股东(发起人)应当对其认缴出资额、出资方式、出资期限等自主约定,并记载于公司章程。”这是此次改革措施保障市场主体自治的主要体现,即赋予公司股东运用资金的弹性,但是,值得注意的是,立法在赋予股东享有出资的期限利益时,并没有赋予公司董事会相应的根据公司资金状况催缴出资的权限,问题是,“股东出资弹性,能与公司资金运用弹性等而论之吗?”^③

从法理的角度看,认缴制的机理主要是在保障“股东自治”,而股东自治并不必然意味着“公司自治”。须知,公司一旦成立,就是独立的市场主体,有独立的财产和独立的意思形成机制,以自己的名义行使民事权利义务,承担独立的法律责任,具有独立的法人人格。^④故而,合法成立的公司人格独立于股东的人格,能够独立地行使权利和承担义务。因此,公司和股东作为不同的市场主体,公司的自治也就不能简单地等同于股东的自治,虽然意思的内容可能有重合的部分,但其意思形成的机制并不相同。公司资本制度改革的目的,应是赋予公司本身筹资弹性,配合公司业务经营的需求。但在现行制度下,资金弹性的主导权似乎并非归属公司,反而掌握在出资股东手上,因其可以自主约定的出资义务范围和履行期间。而公司成立后确有资金需求时,竟无明确的机制可要求尚未履行出资义务的股东来缴纳股款。正如学者所说,“股东出资期限的自治,意味的不只是债权人保护不足,更意味着公司资金需求不畅。”^⑤因此,我国目前的认缴制仅仅是保障了股东的出资自治,而非真正意义上的公司自治。

四、我国资本形成制度的发展方向和制度重构

我国资本形成制度未来的发展方向,应是顺应世界的发展潮流,完成从法定资本制到授权资本制的转变。从最近几年世界各国的发展趋势来看,授权资本制已不再是英美法系国家的专利,不仅是因为英美法系近年来纷纷采取了更为宽松的声明资本制,更重要的原因在于其他国家也在不断地学习和追随

^①刘俊海《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》,法律出版社2006年版,第12页。

^②叶林主编《公司法原理与案例教程》,中国人民大学出版社2010年版,第160页。

^③王文宇《简政繁权——评注册资本认缴制》,载朱慈蕴主编《商事法论集(总第27卷)》,法律出版社2016年版,第61页。

^④参见赵旭东《企业与公司法纵论》,法律出版社2003年版,第97页。

^⑤同^③。

这种发展趋势,亚洲的日本、韩国等国家和地区更是将授权资本制完全引入,有效地提高了企业和市场的整体竞争力。

(一) 授权资本制的优势和价值

1. 公司的便捷化设立。授权资本制的特质首先在于只需发行一部分资本公司即可成立,这就大大方便了公司的成立,也有利于资本的高效利用,避免了法定资本制下资本的闲置和浪费问题。我国在取消了最低资本额和资本缴纳期限等限制后,在一定程度上缓解公司设立难的问题,但由于改革未涉及资本的发行和认购,因此无法在效果上与授权资本制同日而语,授权资本制比认缴制更能方便公司的设立。

2. 资本的高效率筹集。授权资本制的特质之二在于授权董事会在资本总额的范围内根据公司需要随时分次发行资本,既不需要召开股东会修改公司章程,也不需要变更工商登记,避免了繁琐的程序,这就实现了公司的筹集资本的机动性和灵活性,有利于在需要资金的情况下实行高效率的筹资,弹性配合公司经营活资金需求。无论是对于公司的便捷设立,还是资本的机动筹集,只有授权资本制才能完成这样的使命。更为现实的是,随着我国资本市场的不断发展,市场对于股份期权激励、超额配售选择权、防御敌意收购的股份锁定协议等制度都有着很强的现实需求,但目前的法定资本制却成为阻碍其实施的法律障碍,只有引入授权资本制,才能为其合法施行提供发展空间和制度支持。

3. 授权的自治性规范。授权资本制的最大价值,在于其具体规定是实质的任意性规范,能够保证充分地实现“公司自治”。“资本的主要功能是筹集公司经营物质基础,划定公司股权结构。公司资本属于公司内部性事项,应以任意性规范为主。”^①以美国《标准公司法》为例,该法第6.21节关于“股票的发行”中规定“本节授予董事会的权力可以依据公司章程保留给股东。”^②再比如《韩国商法典》第416条规定“公司成立后发行股份的,下列事项章程未规定的,由董事会决定。但是,本法中另有规定或者章程规定在股东大会上决定的情形除外。”^③可以看出,授权资本制并非是法律将资本的发行权强制性地赋予董事会,而是规定股东可以将发行权授予董事会,当然也可以通过章程将其保留,这就取决于当事人自己的选择。“通常的新股发行,原则上由董事会决定。但是也可以以章程规定为股东大会的决议事项。”^④

美国法上的“可以”和韩国法上的“章程另有规定除外”是典型任意性规范的表述,证明“股份发行权归属于董事会”这一授权资本制的规定并非是法律强制适用的,而是可以供当事人选择的事项。按照布莱恩·R·柴芬斯教授将公司法规范分为“许可适用规范”、“推定适用规范”和“强制适用规范”的三种形态,一般的任意性规范被分为了“许可适用规范”和“推定适用规范”两种形式,授权资本制的规范就属于“推定适用规范”,即这种规范是“可以放弃”型的,其“整体的效果是一项法律是推定适用的,除非受其管辖的人选择不适用它。”^⑤因此,除非股东在章程中约定股份的发行权保留在股东大会,一般情况下由董事会掌握发行权。

基于同样的逻辑,章程可以授权董事会发行资本,当然就既可以分次发行,也可以一次性发行。这意味着,实践中的授权资本制是包括法定资本制的情形的,如果公司成立时选择一次性发行全部资本而并没有授权董事会发行,或者设立时授权董事会发行而之后召开股东大会修改公司章程或通过决议撤销授权,其之后法律效果都与法定资本制的一次性发行无异。因此,授权资本制给了当事人一个自由选择适用何种资本发行模式的空间,如果当事人偏向于资本和股权结构的安全和稳定,可以选择全部资本的一次性发行;而如果当事人追求公司和资本规模发展的灵活性和高效率,即可选择授权资本制通常情况,即授权董事会分次发行。

4. 必要的治理性制衡。授权资本制的优势还在于,他将公司治理的机制融入到资本形成制度中,在

^①李建伟《公司资本制度的新发展》,法律出版社2015年版,第93页。

^②沈四宝编译《最新美国标准公司法》,法律出版社2006年版,第49页。

^③王延川、刘卫锋编译《最新韩国公司法及施行令》,法律出版社2014年版,第93页。

^④[韩]李哲松《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第549页。

^⑤[加拿大]布莱恩·R·柴芬斯《公司法:理论、结构与运作》,林华伟、魏曼译,法律出版社2001年版,第234-235页。

调整资本运作的同时规范公司治理,给予董事会发行权以必要的限制。由于董事会是基于章程的授权发行资本,而章程必须载明公司的资本总额,即公司发行资本的上限,董事会必须在这个授权额度的范围内行使发行权。如果要超出章程规定的资本额发行,则必须召开股东大会进行决议。这也是授权资本制与声明资本制的不同之处。正如学者所说“授权资本的主要功能在于调整股东和董事会之间的关系,而非债权人的保护。”^①“授权资本”的额度限制目的在于“为了防止股东的权利被稀释”,^②董事会如果无限制的发行资本,必然导致原股东的股权被稀释摊薄,从而损失其对公司的控制利益,甚至出现严重的代理问题和信任危机。

因此,在董事会中心主义还没有完全确立的法域环境中,在资本市场法治体系、董事信义义务等相关配套的投资者保护制度没有健全的情况下,比如在我国,这种对董事会发行权的“授权资本”限制是必要的,也有利于平衡公司各方的利益关系,尤其是协调所有者与经营者之间的关系,以实现良好的公司治理目标。

(二) 我国引入授权资本制的制度构造

面对全球资本市场和法律制度的激烈竞争,《公司法》应该顺应并紧跟世界发展潮流,从根本上改革我国僵化的法定资本制。尤其是对于资合程度较高的股份有限公司,应建立高效而灵活的授权资本制。

1. 确立资本的次发行制度。授权资本制的核心在于授权董事会在公司成立后分次发行资本,因此,我国要建立授权资本制,首先要改革资本的发行制度。具体而言,资本的发行制度涉及注册资本制度、资本确定原则、公司设立制度、增资制度、股东大会与董事会职权划分等具体制度的改革。

首先,对于我国“注册资本”的概念,需要进行相关的改造和转化,学者曾言“我国《公司法》2005年修改时本来有采用授权资本制的建议和考虑,但由于一些具体的法律问题如注册资本与授权资本、实缴资本的关系等问题论证不足而未能实现”,^③因此,准确界定和构建授权资本制下的各种资本概念是改革首要目标。我国“注册资本”的概念由来已久,在发展的过程中其具体含义也经历了一个演变的过程,我国的法定资本制正是围绕这一概念而运行的。因此,改造法定资本制,首在改造“注册资本”的概念,笔者认为,基于我国《公司法》对于“全体股东对注册资本承担有限责任”的“路径依赖”,^④将“注册资本”改造为公司设立时的“发行资本”较为妥当,因其改革成本较低,可以维持股东对认缴的出资额(发行资本)承担责任等一系列现存规则。在此基础上,分别建立“资本总额”和“授权资本”的概念,资本总额在公司设立时须以章程记载,授权资本是指资本总额减去设立时发行的资本额。即“资本总额=发行资本(实缴资本)+授权资本”。在发行资本的概念下,再导入“实缴资本”和“待缴资本”的概念,具体可维持我国现行认缴制的相关概念。

其次,对于资本确定原则,我国目前的要求是注册资本必须在章程中明确规定,全部发行并认足或募足。将“注册资本”的概念转化为“发行资本”后,这一规定仍可适用,即公司设立时的发行资本须在章程中确定,全部发行并认足或募足。此外,“资本总额”和“授权资本”也须在章程中明确,但是不需要在公司设立时发行,而是授权董事会在公司成立后分次发行。因此,改革后的资本确定原则已经同传统的法定资本制下的资本确定含义不同,但都在不同程度上体现了资本确定原则的要求。

再次,对于公司的设立制度,我国现行法规定公司在章程中明确注册资本后,须全部发行并认足或募足,公司才能申请登记从而成立。而授权资本制仅仅要求公司设立时发行一部分资本,因此,公司设立制度应改为只需发行一部分资本,这部分公司设立时的“发行资本”已认足或募足的情况下,即可申

^①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76页。

^②参见Franklin Gevurtz, *Corporate Law*, West Group, 2000, p. 135. 转引自邓峰《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第313页。

^③赵旭东《中国公司资本制度的改革与未来》,载赵旭东主编《国际视野下公司法改革——中国与世界:公司法改革国际峰会论文集》,中国政法大学出版社2007年版,第280页。

^④“制度经济学指出,在制度变迁中存在着路径依赖(Path Dependence),即对制度变迁作第一次推动之后,这一制度选择会立即进行自我强化,使之得到日益增加的支持和拥护,而且能在此基础上的一环扣一环,沿着既有的轨道发展。我国公司法规群所构筑的注册资本信用规则,就是一个典型的例证。”傅穹《重思公司资本制原理》,法律出版社2004年版,第13-14页。

请公司设立登记。

最后,确立授权资本制还需改革公司的增资制度和股东大会与董事会的职权划分。

2. 与相关配套制度协同发展。公司资本制度作为公司法的支柱性制度之一,对所有具体的公司法律制度具有“牵一发而动全身”的功效。因而公司资本制度改革也是一项复杂而系统的工程,必须与其他相关配套制度统筹协调、一体推进,才能保证资本制度改革的顺利推行。尤其是关于股东权利保护和债权人保护制度的完善,立法应予以必要的重视。

因授权资本制的改革涉及董事会与股东之间的关系,因此首先必须强化董事信义义务制度,以及相关的诉讼和救济机制,以此保障董事会能够充分基于公司和全体股东的利益作出相关商业判断,服务于公司和股东的利益最大化;其次,也可考虑推行和完善股东优先购买权制度、新股发行瑕疵、停止和无效之诉等救济制度,^①同时在公司诉讼中导入商业判断规则,以此均衡原股东利益与董事会机动筹资权的平衡;再次,考虑到保障公司便捷筹资的整体效果,也应引入种类股制度并积极推进。

此外,对于法定资本制所承载的债权人保护功能,也需要通过其他制度进行分担和替代,立法应完善法人人格否认制度,强化企业信息披露和公示制度,加快财务会计制度的完善和国际化接轨,同时考虑引入英美法的衡平居次原则。以此加快我国“从资本信用到资产信用”^②的进度,利用切实有效的制度保障和维护交易安全。

结语

2013年《公司法》的修改确立了注册资本认缴登记制,取消了对资本缴纳的诸多限制,但在资本形成制度上并没有改变我国法定资本制的性质。面对全球化形势下世界各国激烈的市场和制度竞争,法定资本制的固有属性使我国的创业投资环境在总体上依然有着成本高、效率低的问题,认缴制的施行虽然在一定程度上缓解了公司设立时资金闲置和浪费的弊端,但未从根本上实现资本灵活有效利用的公司法现代化的目标。实践中,授权资本制优势不仅体现在公司的便捷化设立和资本的高效率筹集,更深远的价值还在于其对私法自治的实质性落实,以及对股东和公司利益的有效平衡,能够适应现代化的股权市场和资本市场发展。未来的资本形成制度重构应立足于授权资本的分次发行,以及多元化资本概念的构建上,同时进一步完善资本缴纳制度,实现资本的有效利用。

Subject: The Reform and Development of Capital Raising System

Author & unit: LU Ning (Civil , Commercial and Economic Law School , China University of Political Science and Law , Beijing 100088 , China)

Abstract: The Chinese reform of Capital Subscribing System has not changed the nature of Legal Capital System. The similar trends of developed countries and regions' Capital Raising System are decrease control and enhance autonomy nowadays. The legal result and autonomy of Chinese Capital Subscribing System are different form Authorized Capital System. Therefore the Chinese Capital Subscribing System cannot instead of Authorized Capital System. Advantages of Authorized Capital System are not only the convenience of incorporations and the efficiency of equity financing , but it can also enhance autonomy and balance the benefit of shareholders and corporation. Authorized Capital System can adapt the developmental requirements of modern Corporation Governance and Capital market. The developmental direction of Chinese Capital Raising System should be create concepts of "Authorized Capital" , "Issued Capital" and so on. Besides , some supporting systems of Authorized Capital System must be established at the same time for the making use of capital.

Key words: capital raising system; capital subscribing system; legal capital system; authorized capital system

[责任编辑:王德福]

^①参见陈景善《资本制度现代化与理念的冲突——社会需求与公司法理念博弈》,中国政法大学出版社2014年版,第99-107页。

^②参见赵旭东《从资本信用到资产信用》,载《法学研究》2003年第5期。