

[专论]

公司资本制度的困境与出路——从一元资本制到二元资本制 王济

[专题研究]

跨国公司商业贿赂的法律应对——以西门子全球贿赂案为中心 杨坤

[争鸣]

董事会决议中弃权票的性质认定 崔东豪 王丽维

[法官·律师论坛]

论公司法律顾问在公司治理中的地位和作用 金振朝

2007年第2辑 (总第10辑)

公司法评论

赵旭东 宋晓明 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所
最高人民法院民事审判第二庭

主办

人民法院出版社

[案例分析]

萨洛蒙案：中国公司法语境下的反思 王华鹏

[法治杂谈]

经营者超额薪酬：情感、法律与律法 周志铁

[焦点公司]

透视鲁能事件 顾东伟

[公司人物]

陈久霖——从“打工皇帝”到阶下囚的炼狱之路 滕晓春

[境外公司法]

德国公司治理法典 (2007年6月14日修订) 王金根 译

[高峰对话]

破产法的四个视角 整理人：钟远删 指导老师：周贤日

[公司法史话]

1908年之前英国公司及其立法 翟宝红

2007年第2辑 (总第10辑)

公司法评论

赵旭东 宋晓明 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所 主办
最高人民法院民事审判第二庭

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法评论. 2007 年. 第 2 辑: 总第 10 辑/赵旭东、宋晓明主编.
北京: 人民法院出版社, 2008. 2
ISBN 978 - 7 - 80217 - 496 - 2

I. 公… II. ①赵…②宋… III. 公司法 - 研究 - 中国
IV. D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 007380 号

公司法评论 2007 年第 2 辑 (总第 10 辑)

赵旭东 宋晓明 主编

责任编辑 林志农 张承兵 张维炜 张彦春 孟 晋
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250563 85250567 (责任编辑)
85250516 (出版部) 85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 207 千字
印 张 11.875
版 次 2008 年 2 月第 1 版 2008 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 496 - 2
定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

编辑委员会

编委会主任 江 平

编委会成员 (以姓氏笔画为序)

王家福 王保树 王利明

王卫国 邓荣霖 石少侠

江 平 吴志攀 宋晓明

赵旭东 奚晓明 黄松有

主 编 赵旭东 宋晓明

副 主 编 李建伟 林志农

编辑办公室 吴伟央 沈 莹 张维炜

吴 冬 杜 瑶 过 琳

王艳华

目 录

[专 论]

- 1 公司资本制度的困境与出路
——从一元资本制到二元资本制 / 王济
- 21 《公司法》解释中规范的“性格” / 孔瑾
- 31 日本公司收购防御法制的进展与评价 / 张子学

[专题研究]

- 41 跨国公司商业贿赂的法律应对
——以西门子全球贿赂案为中心 / 杨坤
- 52 跨国公司在华贿赂：本土化过程中的人乡随俗？ / 张维
- 60 “中间人”：跨国公司商业贿赂的第三类主体 / 王啍人

[争 鸣]

- 71 董事会决议中弃权票的性质认定 / 崔东豪 王丽坤
- 77 论股份公司董事会议中弃权票的责任承担 / 李杉

[法官·律师论坛]

- 81 论公司法律顾问在公司治理中的地位和作用 / 金振朝

[案例分析]

- 88 萨洛蒙案：中国公司法语境下的反思
/ 王华鹏

[法治杂谈]

- 103 经营者超额薪酬：情感、法律与律法
/ 周志轶

[焦点公司]

- 110 透视鲁能事件 / 顾东伟
120 附评
——“鲁能”事件的法律追问 / 剑玮

[公司人物]

- 125 陈久霖
——从“打工皇帝”到阶下囚的炼狱之路
/ 滕晓春
134 江湖企业家与企业家的江湖 / 剑玮

[境外公司法]

- 137 德国公司治理法典（2007 年 6 月 14 日
修订） / 王金根 译
147 ICGN 全球公司治理原则 2005 年 8 月
于英国伦敦年会中修订 / 王金根 译

[高峰对话]

- 155 破产法的四个视角
/ 整理人：钟远珊 指导老师：周贤日

[公司法史话]

- 177 1908 年之前英国公司及其立法
/ 翟宝红

[稿 约]

[专论]

公司资本制度的困境与出路 ——从一元资本制到二元资本制

王济*

引 言

在漫长的人类文明史中,人们发明了丰富多彩的用于彼此协作创造财富的方法和组织形式。今天,在全世界范围内,公司已经成为最重要的一种商事组织形式。当然,世界各国立法对公司的认识并不一致。本文所讨论的公司,基本上限于有限责任公司,或者近似地可以等同于资合公司,^① 以下所述公司如无特别说明,一般是指这类公司。

毫无疑问,如果到现在为止世界上仍然只有无限责任型企业的话,我们就不会拥有今天所看到的如此庞大而复杂的各种资本制度体系。可以说,资合公司的资本制度与人合公司以及其他无限责任型企业的资本制度相比多出来的那些内容,基本上是因适应股东有限责任的需要。而股东有限责任虽然对股东之间的关系也有深刻的影响,但毫无疑问,其首先影响到的还是公司债权人的利益。如今我们所看到的资合公司的资本制度,不论是资本形成制度、资本维持制度还是资本退出制度,无一不是围绕着“股东—债权人”的主要矛盾及“股东—股东”的次要矛盾而展开的。相应地,保障各方投

* 作者单位:中国民航总局空中交通管理局。

① 实际上两者还是有些差别的,资合公司还包括股份两合公司和资本两合公司,参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔著,高旭军等译:《德国资合公司法》(第3版),法律出版社2005年版,第5~6页。

资人,尤其是债权投资人的利益,成为了资合公司的资本制度最为核心的功能之一。

毋庸置疑,保障各类投资者的合法权益这一目的是正确的,但问题是我们应该如何实现这一目的。投资者的类型不同,他们的风险和收益就不同,对待不同的问题,他们的立场有时就会有很大的差别,或者说,会出现利益上的冲突。

投资者之间,尤其是股权投资者与债权投资者之间出现利益冲突时,我们应该如何处理呢?在公司资本制度方面,传统方法给出的是一种“非此即彼”的方案。“在这一框架内,公司资本制度的设计,演变为一个追问:现代公司法‘是否,或在何种程度上,或以何方式’平衡上述利益冲突?”^①沿着这样的思路继续走下去的话,无论学者们“构建公司股东与公司债权人利益平衡的公司法精神”^②的愿望有多么良好,我们都只能得到一个边际效益加速递减的效果。这一被下文称作“一元资本制”的道路,在笔者看来,已经依稀走到尽头。

对于公司的股东与债权人之间的利益冲突,究竟有没有一种可以让双方各得其所、并行不悖的安排呢?本文旨在以新的视角审视传统方法存在的问题,揭示传统公司资本制度的困境,并试图寻求一条有别于传统的新的道路,为公司资本制度的发展拓展新的空间,为解决实践中出现的问题提供新的思路。

一、传统公司资本制度的弊端与实质

(一) 弊端

1. 传统公司资本制度“顾东不顾西”

学者们关于传统公司资本制度弊端的描述已经很多了,笔者认为这些描述已经从很多角度阐释了传统公司资本制度的弊端和缺陷,本文要问的是,传统公司资本制度的根本特征究竟是什么呢?笔者认为,可以将其概括为“顾东不顾西”。也就是说,传统公司资本制度造成了一个零和博弈的状况:要求公司营利能力最大化的投资人——股东与要求公司偿债能力最大化的投

^① 傅穹:《重思公司资本制原理》,法律出版社 2004 年版,第 26 页。

^② 朱慈蕴:《法定最低资本额制度与公司资本充实》,载《中国商法年刊(第三卷)》,西南财经大学出版社 2004 年版,第 165 页。

资人——债权人之间利益发生冲突时应该优先为谁考虑？传统公司资本制度无法让两者的利益并行不悖地得到实现。

诚然，股东和债权人的利益关切点是不一样的。由于股权投资和债权投资本身的性质，股东通常希望在保持底线的偿债能力的前提下尽量提升公司的营利能力；债权人则通常优先考虑公司的偿债能力，而对公司营利能力的关注只集中在其是否会对偿债能力产生影响上。对于这种利益关切点上的差别，传统公司资本制度给出的回应方案是“尽量兼顾，同时优先照顾一方的关切”。

在过去，受到优先照顾的一方一般是债权人（美国例外），而在最近的公司法改革的国际浪潮中，天平开始倾向于股东，形成所谓“公司资本制度的缓和化趋势”。^①但无论这个天平倾向于谁，它都难免让另一方来承受代价。

学界先贤们关于传统公司资本制度弊端的描述，基本是围绕传统公司资本制度对股东和债权人的利益“顾东不顾西”这个根本特征展开的，但是提供的方案尚没有脱离“利益平衡”的范畴。各观点的差别仅在于有的学者主张更多地倾向于股东的利益，更加关注公司的营利和成长；有的学者主张更多地倾向于债权人的利益，更加关注经济秩序的安全。

2. 从洞悉传统公司资本制度弊端的视角——资产与责任财产

传统公司资本制度的弊端和缺陷表现在方方面面，但如何透过现象看清其本质，需要我们找到一个合适的观察视角。

在传统公司资本制度看来，股东和债权人的矛盾是不可调和的。但是这对矛盾是否真的不可调和呢？要回答这个问题，就要知道股东和债权人的真实想法，看看他们究竟想要什么。

就股东来说，他希望公司能够最大限度地营利，希望公司能够给他带来尽可能多的投资回报。而什么能够满足他的利益需求呢？笔者认为是公司的资产（在本文中，资产是指公司用以营利的财产）。

就债权人来说，他希望公司能够最大限度地确保其债权的安全，希望顺利地收回其债权的本金及其固定收益——利息。什么能够满足他的利益需求呢？笔者认为是公司的“责任财产”或者叫做“责任担保”（在本文中，“责任财产”是指作为公司履行义务与承担责任的一般担保的财产）。

^① 朱慈蕴：《公司资本制度的缓和化趋势与债权人利益保护》，载《转型中的公司法的现代化》，社会科学文献出版社 2006 年版，第 213 页。

通过以上分析可知, 股东利益的总代表是“资产”, 债权人利益的总代表是“责任财产”。股东关心公司拥有什么样的“资产”用以营利, 而债权人则关心公司拥有什么样的“责任财产”以应对债务。“资产”与“责任财产”的作用是不一样的, 如果公司资本制度认为“资产”与“责任财产”是一回事, 那么问题就产生了。以下, 本文将通过这一视角, 审视传统公司资本制度在资本形成、资本维持和资本退出等各阶段的种种弊端, 并揭示传统公司资本制度产生弊端的机理。

3. 传统公司资本制度在资本形成阶段的弊端

传统公司资本制度的弊端首先集中表现在资本形成阶段。资产与责任财产本应履行不同的职能, 因此应满足不同的要求。但传统公司资本制度对二者不做区分, 而是要求全部出资都要统一地满足一定的要件。^① 如此一来, 有一些资产, 就算其营利能力再强, 如果不适合作为责任担保 (例如缺乏可转让性), 仍然无法作为出资。这种作茧自缚的做法使很多资源因不能同时满足全部要件而被排除在可接受的出资形式之外, 无法得到充分有效的利用。

(1) 传统公司资本制度作茧自缚的例证之一——劳务出资被禁止。在因为不能同时满足全部要件而被排除在可接受的出资之外的财产中, 最为典型的的就是劳务。劳务既包括简单的体力劳动, 也包括复杂的、高级的技术或管理性的工作。^② 正如赵旭东教授所说: “毫无疑问, 劳务出资具有经营的功能, 甚至是极强的经营功能。”^③ 尤其是在当今这个知识经济的时代, 谁也无法否认现实经济生活中特定人才的巨大作用。显然, 对于劳务来说, 其具备作为资产的最为核心的要件——营利性, 很少有人反对这一明显事实。那么, 劳务是否具备作为资产所应具备的一定的价值确定性呢? 我国《合伙企业法》第 16 条规定: 合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资, 也可以用劳务出资……合伙人以劳务出资的, 其评估办法由全体合伙人协商确定, 并在合伙协议中载明。由此可见, 如果《公司法》允许劳务出资的话, 股东之间也完全可以就其评估办法协商确

① 薄燕娜:《股东出资形式法律制度研究》, 法律出版社 2005 年版, 第 77 页。蒋大兴著:《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》, 法律出版社 2001 年版, 第 43~46 页。

② 赵旭东:《论股东劳务出资》, 载《企业与公司法纵论》, 法律出版社 2003 年版, 第 279 页。

③ 赵旭东:《论股东劳务出资》, 载《企业与公司法纵论》, 法律出版社 2003 年版, 第 279 页。

定。劳务出资的价值确定性对于股东并不是问题,但是,如果作为责任财产,其价值确定性就不仅要让股东满意,还要让债权人满意。此外,由于劳务不具有转让的可能性,因此不能直接用于清偿债务,不具有保护债权人可能性而被大多数国家的公司法及公司法理论排除在出资形式之外。也就是说,劳务不能成为出资的根本原因是基于公司资本的担保功能和债权人利益保护的需。① 总而言之,如果仅仅作为资产,劳务是完全“够格”的,但要让它“兼任”责任财产,就勉为其难了。

(2) 传统公司资本制度作茧自缚的例证之二——信用出资被禁止。除了劳务之外,另一类在传统公司资本制度中被排除在外的财产是信用。我国台湾地区“公司法”第117条明确规定:有限责任股东不得以信用或劳务作为出资。② 大陆《公司登记管理条例》第14条也规定:股东不得以劳务、信用……等作价出资。信用与劳务就像一对难兄难弟,在传统公司资本制度中被双双排除在外,无法发挥其作为资产所能发挥的巨大作用。

关于信用出资,赵旭东教授认为,“信用出资,即通过某种方式使股东的商业信用为公司所用并受益。其利用的方法通常是允许公司使用股东的名称从事交易活动或者直接将名称权转移给公司,或者股东对于公司所发的汇票予以承兑或背书,或股东为公司债务提供担保等。”③ 也就是说,信用出资包括股东对公司债务的担保(以下简称为担保信用)和允许公司使用股东的名称(以下简称为名称信用)两种情况。以下分别对这两种情况予以分析:

关于担保信用,一方面,它不是直接提供公司营利所需的资产,仅凭股东对公司的一纸保函不能直接给公司带来任何利润;另一方面,它可以提升公司的融资能力,也可能促使更多的相对人与公司交易或者促使相对人与公司达成更大金额的交易。即使股东履行担保责任后对公司予以追偿,但就提供担保来说也相当于增加了公司责任财产的流动性,公司不必担心“不能偿还到期债务”而维持较高的流动性(维持流动性是有成本的)。因此,无论股东是否追偿,其担保都提高了公司的偿债能力。

然而,此种担保的价值还要取决于股东本身的财产状况和偿债能力,而

① 左传卫:《股东出资法律问题研究》,中国法制出版社2004年版,第223页。

② 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576页。

③ 赵旭东:《论信用出资与挂靠企业产权认定》,载《企业与公司法纵论》,法律出版社2003年版,第281页。

股东本身的财产状况和偿债能力属于变量。也就是说,在对外的价值确定性方面,由于平添了需要了解股东财产状况这一道成本,所以此种担保未达到资合公司责任财产通常的价值确定性标准。在无限责任型企业中,由于这个成本对于股权投资者来说并没有增加更多的边际成本(他们本来就需要非常关注其他股权投资者的资产状况),因而此种担保被很顺畅地接受为可以出资的财产形式。如我国台湾地区“公司法”第 43 条关于无限公司出资的规定:股东得以信用、劳务或其他权利为出资,但须依照第 41 条第 1 款第(5)项之规定办理。^①也就是说,在无限公司中只要股东之间认可,以信用出资是完全可以的。但是,一旦进入有限责任的公司当中,由于作为另一方的债权人有着更高的价值确定性方面的要求而无法或不愿加入股东之间本已达成的协议,因此信用出资就无法成为股东和债权人的共识。而按照传统公司资本制度,凡是股东和债权人不能达成一致的事情,即使在不损害一方的情况下可以使另一方变得更好,这件事情也是不能被允许的。总而言之,担保信用由于其价值确定性只能满足股东的需求而无法满足债权人的需求,因此它在不能直接作为责任财产的同时被剥夺了成为资产的资格。

关于名称信用,按照赵旭东教授的界定,其表现形式包括允许公司使用股东的名称从事交易活动和直接将名称权转移给公司。^②其中,后者(转让型)实际上是以名称权(自然人股东则为姓名权)出资的问题,而前者(利用型)实际上是公司对股东的名称和名称背后的信誉的利用问题。

之所以名称信用出资备受杯葛,关键的问题还是在于不论名称是被转让或是被利用,如果要达到良好的效果,难免要有名称原所有人的充分配合和支持,而这种行为本身是很难由受让方自己想办法替代的。换言之,名称信用如果作为资产,股东可以充分地让它在公司中发挥作用。但是,名称信用如果作为责任财产被债权人取得,债权人难免心存疑虑,因为股东未必情愿继续对名称的新使用者予以配合和支持,尤其是股东本身仍在对该名称继续使用的情况下,股东往往不希望该名称被动地为他人使用,因此其对名称信用作为责任财产也是心存芥蒂。

股东与债权人对名称信用作为责任财产基本上都是不赞同的。但是,如果股东认为名称信用可以作为公司的资产,对此,债权人则没有必要反对。

^① 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 566 页。

^② 赵旭东:《论信用出资与挂靠企业产权认定》,载《企业与公司法纵论》,法律出版社 2003 年版,第 281 页。

可见,名称信用作为资产进入公司本应不存在任何问题。但是,在传统公司资本制度下,由于名称信用没有做到“双重符合”,因此只能被弃而不用。

以上是从出资形式的角度考察传统公司资本制度在资本形成阶段的弊端。学界以往多从现物出资的适格要件角度解释各国立法,即什么财产可以作为出资,取决于其是否具备现物出资的适格要件。如果某种财产具备全部要件,那么它就可以作为出资。法律要件的方法是法学常用的方法,其本身并没有错,但资产和责任财产是不同性质的财产,把其统一于“出资”这个概念下,用统一的要件来要求,就磨灭了二者各自独特的闪光点。

4. 传统公司资本制度在资本维持阶段和资本退出阶段的弊端

公司资本制度不仅规范公司资本的形成阶段,还要规范公司资本的维持阶段和退出阶段。各个阶段之间不是彼此孤立的,而是有着前后发展的必然联系。传统公司资本制度在资本维持阶段的弊端是其在资本形成阶段弊端的必然延伸。

简而言之,传统公司资本制度在资本维持阶段的弊端可以概括成一句话,即维持的对象本应只是责任财产,结果却由于对资产和责任财产不加区分而束缚了资产的自由。

我们知道,资本维持的目的在于维持公司清偿债务的能力、保护债权人的利益。^①出于这样的目的,其各项制度设计都应该是针对责任财产的。实际上,公司资本维持制度的几项主要制度都是围绕维持公司清偿债务能力、保护债权人的利益而展开。这些制度都是以责任财产、偿债能力为考虑问题的出发点和落脚点,而并非有意限制资产的自由运用。非责任财产之资产的维持与否,本来应当付诸于股东的利益判断,而无关债权人利益保障,但由于传统公司资本制度把资产与责任财产视为一物、混为一谈,资产也难免受其“一体调整”。在这个阶段,即使制度设计者发现了弊端也已无法挽回了。

在传统公司资本制度下,一种财产只有“双重符合”才能作为出资,它既要符合股东追求营利的需要,又要符合债权人追求保障的需要。不在此“双重符合”范围内的,即使能给一方带来利益且不损害另一方的利益,也得不到公司法的认可。难道存在的就是合理的?公司资本制度中出现这样“损人不利己”的情况,是值得我们深思的。

① 江平、方流芳主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第73页。

(二) 实质——一元资本制

传统的公司资本制度,根据其出资制度的不同,表现为法定资本制、授权资本制和折中资本制。而传统公司资本制度无论表现为哪种形式其本质都是一元资本制。所谓一元资本制即对公司的资产与责任财产不做区分,而是将这两种财产归结为一种财产,把营利目的性与责任担保性同时加诸同一笔财产上的资本制度。本文将分别讨论三种表现形式下的传统公司资本制度,逐一揭示其一元的本质。

1. 法定资本制的实质是一元资本制

法定资本制是指在公司设立时必须要在章程中明确规定公司资本总额,并一次性发行、全部认足或募足,否则公司不得成立的资本制度。^①其中,又根据股款是否可以分期缴纳分为两种,即股款必须一次缴纳的严格的法定资本制和可以分期缴纳的普通的法定资本制。

我国在 2005 年修订《公司法》之前即采用严格的法定资本制,其第 3 条规定:有限责任公司,股东以其出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。股份有限公司,其全部资本分为等额股份,股东以其所持股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。2005 年修订的《公司法》改为可以分期缴纳的普通的法定资本制,其第 3 条规定:公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

旧《公司法》明确规定公司以其全部资产对公司的债务承担责任,资产与责任财产完全同一,自不必说。对于新《公司法》,考虑到其确立的分期缴纳制度,“全部资产”改为了“全部财产”这一变化的深意也许是指股东已经认缴的出资或认购的股份中尚未缴纳的部分也是公司的财产,即公司对股东的债权,但公司无法用于生产经营的部分不算公司的“资产”而只能算是“财产”。如果公司现有资产不足以偿还到期债务,股东应当缴纳尚未缴纳的部分用以“对公司承担责任”,而公司则可以以其全部财产对公司的债务承担责任。可见,在分期缴纳的情况下,公司的责任担保大于资产,也就是说有了二元制的因素。但这种二元仅是从范围上看责任财产可能超过

^① 赵旭东:《论公司资本形成制度》,载《企业与公司法纵论》,法律出版社 2003 年版,第 244~245 页。

了资产,而非某种财产可以只做责任财产而不做资产。总的说来,修订后的《公司法》并未对资产和责任财产分别加以规范,其资本制度仍是一元资本制。

2. 授权资本制的实质也是一元资本制

相对于法定资本制,近些年来倍受推崇的授权资本制也许要灵活、高明得多。但是,授权资本制是否跳出了“一元资本制”的范畴呢?笔者认为,授权资本制的本质其实也是一元资本制。

授权资本制是指在公司设立时虽然应在章程中载明公司资本总额,但公司不必发行资本的全部,只要认足或缴足资本总额的一部分,公司即可成立。其余部分,授权董事会在认为必要时,一次或分次发行或募集。^①

《美国标准公司法》(2002 年修订版)第 6.22 节规定:(1) 公司股票的购买人,就其所购股票,除支付该授权发行的股票的对价或者认购协议规定的对价外,不对公司或者公司债权人承担任何责任。(2) 除非公司章程另有规定,公司股东对公司行为或者债务不负个人责任,除非因为其自身的作为或者行为而可能承担个人责任。^②

在《美国标准公司法》中,公司的责任财产与资产并没有区别,而且,由于不存在分期缴纳,^③ 所以该法也不存在我国《公司法》中那种因分期缴纳而导致的二元因素。

作为授权资本制的典型立法例的《美国标准公司法》虽然被公认为是一部比较好的公司法,但它在处理公司的资产与责任财产的关系时,仍没有从根本上解决好这一问题,它也是对公司的资产与责任财产不做区分的一元资本制。其他类似的授权资本制立法例皆通一理,此处不赘述。

3. 折中资本制的实质同样是一元资本制

最后我们来简要审视一下传统公司资本制度在“折中”的设计下是否会比“一元资本制”有重大的突破。按照赵旭东教授的定义,折中资本制是在法定资本制和授权资本制基础上衍生和演变而成的资本制度,具体又分

① 赵旭东:《论公司资本形成制度》,载《企业与公司法纵论》,法律出版社 2003 年版,第 246 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 51 页。

③ 《美国标准公司法》第 6.20 节、第 6.21 节,参见沈四宝编译:《最新美国标准公司法》,法律出版社 2006 年版,第 49 ~ 50 页。

为许可资本制和折中授权资本制两种类型。^①

许可资本制,亦称认许资本制,是指在公司设立时,必须在章程中明确规定公司资本总额,并一次发行、全部认足或募足;同时,公司章程可以授权董事会在公司成立后一定期限内,当公司资本在一定比例的范围,有权发行新股,增加资本,而无须股东大会的特别决议。^②例如,《德国股份法》第 202 条规定:(1)章程可以授权董事会在公司登记后至多为 5 年的期间通过以出资为条件发行新股,将股本增加至一定的名义金额(授权金额)。(2)也可以通过变更章程,在章程变更登记后至多为 5 年的期间,给予此项授权。股东大会的决议需经至少包括在决议时被代表的股本的 3/4 多数同意。章程可以规定一个较大的资本多数和其他的要件……。^③可见,这种制度是在法定资本制的基础上对新股发行的决策权做了灵活处理。根据对法定资本制的分析可知,这种制度并没有触及资产与责任财产的分离,仍然是一元资本制。

折中授权资本制是指公司设立时也要在章程中载明资本总额,并只需发行和认足部分资本或股份,公司即可成立,未发行部分授权董事会根据需要发行,但授权发行的部分不得超过公司资本的一定比例。^④例如,我国台湾地区“公司法”在 2005 年 6 月 22 日修订前曾于第 156 条第(2)项规定:前项股份总数,得分次发行。但第一次应发行之股份,不得少于股份总数 1/4。^⑤于是授权发行的部分不得超过股份总数的 3/4。可见,这种制度是在授权资本制的基础上对董事会的授权做了一定的限制。根据对授权资本制的分析可知,这种制度同样也没有触及资产与责任财产的分离,仍然是一元资本制。

综上,纵观传统公司资本制度的各种表现形式,虽然从某些立法例中可以看到一些貌似突破一元资本制的因素,但从总体上来说,无论是法定资本制、授权资本制还是折中资本制,其本质都仍然是一元资本制。因此,可以说,一元资本制仍然是资本制度的基本形态。换言之,从法定资本制改为授

① 赵旭东:《论公司资本形成制度》,载《企业与公司法纵论》,法律出版社 2003 年版,第 248 页。

② 赵旭东:《论公司资本形成制度》,载《企业与公司法纵论》,法律出版社 2003 年版,第 248 页。

③ 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 391 页。资料来自杜景林、卢湛译:《德国股份法、德国有限责任公司法、德国公司改组法、德国参与决定法》,中国政法大学出版社 2000 年版。

④ 赵旭东:《论公司资本形成制度》,载《企业与公司法纵论》,法律出版社 2003 年版,第 248 页。

⑤ 黄昭元等主编:《综合小六法》,台湾地区新学林出版股份有限公司 2005 年版,第 19 页。

权资本制或者折中资本制,只是在传统的公司资本制度内部转换了一种形式,最终并不能从根本上解决传统公司资本制度的种种弊端。

二、对公司资本制度价值实现路径的反思

在很长时间内,一元资本制的合理性都未曾受过质疑。但历史走到今天,当一元资本制已呈现重重弊端的时候,我们应当静下心来想一想,它还能带领我们走多远。要想更好地实现公司资本制度的价值,继续沿着一元资本制的道路走下去是否切实可行。

(一) 公司资本制度应有的若干观念

1. 实现公司资本制度价值所要求的理念

要想跳出非此即彼的思维模式,我们必须排除传统法律思维的平衡理念。传统的法律思维遇到利益冲突时总想要寻求平衡,这主要是受大陆法系的影响,是一种一次博弈而非长期博弈的思维。制度不能只使用一次,我们应该考虑到制度对人们未来行为的影响。平衡只能存在于一次博弈之中,让各利益主体的资源都得到有效配置才是符合各利益主体的长期利益的安排。如果我们能摆脱一次博弈和零和博弈的思维桎梏,就能使公司资本制度的各目标得到协调发展。

2. 对公司资本制度若干核心概念的反思

一元资本制之所以自缚手脚,就在于其没有认清资产、责任财产等公司资本制度的核心概念及其相互关系。本文主张重新构造公司资本制度,也正是基于对这些概念及其相互关系的重新认识。

关于资产与资本在公司法上的差别,公司法学界已经做过深入的探讨,^①此不赘述。资产不仅不同于资本,而且也不应该是财产的另一个称谓。笔者认为,资产是指公司用以营利的财产。具体到本文,由于本文主要探讨资本形成阶段并且专注于股东与债权人的矛盾,因此本文中的资产更多情况下指的是因股东出资而形成的资产。

笔者认为,对财产应该做最广义的理解,它是经济利益的表现形式,但不一定表现为物质(如他人提供的劳务和信用)。我们知道经济界有“资本化”(Capitalization)的概念,即把不是资产的财产通过投资变成资产。可见,财产

^① 参见赵旭东:《从资本信用到资产信用——公司信用基础的检讨》,载《中国商法年刊(第三卷)》,西南财经大学出版社2004年版,第81~95页。